

タイトル	不履行と解除（一）
著者	遠山，純弘
引用	北海学園大学法学研究，42(3)：585-610
発行日	2006-12-31

# 不履行と解除 (一)

遠  
山  
純  
弘

不履行と解除 (一)

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 解除と有責性
  - (一) 有責な不履行の効果としての契約解除
  - (二) 債務者の有責性に依存しない契約解除
    - (1) 有責性に依存しない遅滞の効果としての契約解除
    - (2) 契約解除の有責な不履行からの解放

(以上、本号)

## 一 はじめに

いったん有効に成立した契約関係を契約当事者の一方的な意思表示によって解消するための手段として、民法は契約の解除を認めている。契約解除の機能という観点に着目するならば、契約解除の重要な機能は、契約当事者を契約の拘束力から解放することにある。契約の解除によって契約を解除した当事者は、自己にとつて無益となった、あるいは客観的にみてその当事者を拘束しておくことがもはや期待されない契約関係から離脱することが可能となるのであり、それとともに他者と新たな契約を締結することによって当初の契約で企図していた目的を達成することも可能となるのである。もつとも、契約を解除される当事者にしてみれば、自己に解除されてもやむを得ない事情がないにもかかわらず、恣意的な事情によって契約の解除が認められるとすれば、予期せぬ不利益を被るおそれがある。また、そもそも私的自治の原則を基礎に置く近代私法秩序のもとでは、契約は遵守されなければならないのであるから、恣意的な事情による契約の解除は認められるべきではない。

それゆえ、契約の解除が認められるためには、契約の拘束力を事後的に否定する積極的な事由が必要となるのである。<sup>(1)</sup>

それでは、契約の解除が認められる契約の拘束力を事後的に否定する積極的な事由がある場合とは如何なる場合であろうか。これについて民法は、解除権が当事者の合意によって発生する場合と法律の規定によって発生する場合を規定している。解除権が当事者の合意によって発生する場合に何時契約当事者が契約を解除することができるかは、契約当事者の合意による。また、法律の規定によって解除権が発生する場合について民法は、契約総則において契約一般に通ずる解除原因として不履行に基づく解除を規定するとともに、契約各論において各契約類型に特有な解除原

因を規定している。とはいえ、契約の解除において重要な機能を果たしている一般的な法定解除権を契約総則における規定の仕方でもって言い表そうとしたことは、立法者としてはあまりよい出来栄ではない。とりわけ不履行に基づく解除の一般規定としての性格を有するとされる民法五四一条については、早くから判例・学説においてその要件や適用範囲をめぐって多くの議論が展開されてきたのであり、また、判例・学説は、同条が規定する要件の解釈という枠をこえて、同条が規定する要件が充足されていない場合であつても、契約を解除しうる場合があることを認めているのである。これによれば、一般的な法定解除権の発生原因は、法律に規定された場合に限定されない。それゆえ、このような判例・学説に従う限り、一般的な法定解除権の発生原因を法律に探求するだけでは、その発生原因を適切に理解することはできないのである。そのため、われわれが一般的な法定解除権の発生原因を適切に理解しようとするならば、法律の解釈という枠をこえて、契約当事者が如何なる場合に契約を解除することができるのか、という問題を改めて吟味しなければならぬのである。<sup>②</sup> この問題の吟味を通して一般的な法定解除権の発生原因を適切に理解することによって初めて契約総則に規定された解除原因が有する意義あるいは機能を適切に理解することができる。またそれらの解除原因に関する個々の要件を適切に解釈することも可能となるのである。さらに、一般的な法定解除権の発生原因およびそれとの関連において契約総則に規定された解除原因が有する意義あるいは機能を適切に理解することによって初めて契約各論に規定されている個々の解除権が有する意義あるいは機能を適切に理解することも可能となるのである。<sup>③</sup> そして、何よりもまず真の解除原因を知ることが、損害賠償と契約解除の適切な関係を知らるうえで重要となるのである。

## 二 解除と有責性

### (一) 有責な不履行の効果としての契約解除

契約当事者は、如何なる場合に契約を解除することができるのか。この問いに答えるために、われわれは、不履行と解除の関係を明らかにしなければならぬ。これらの適切な関係を知ることなしに、われわれは、一般的な法定解除権の発生原因を適切に理解することはできないのである。さらに、不履行と解除の関係をめぐる議論は、一般的な法定解除権の発生原因を適切に理解するための重要な手がかりをわれわれに提供してくれるのである。そこで、以下では、不履行に基づく解除の一般規定としての性格を有し、また実際上最も多く行われ、理論としても困難な問題を含むとされる民法五四一条の要件をめぐる議論を中心に、不履行と解除の関係を明らかにしていこう。

ところで、不履行と解除の関係については、従来、損害賠償責任の発生要件としての不履行と解除原因としてのそれが如何なる関係にあるか、言い換えれば、契約を解除するために損害賠償におけるのと同じ意味での不履行、つまり、債務者の責に帰すべき事由による不履行があることを要するかが議論されてきた。

学説では、民法典施行当初から、損害賠償と契約解除は、有責な不履行の効果として捉えられ、損害賠償責任の発生要件としての不履行と解除原因としてのそれとは同視されてきた<sup>4)</sup>。通説によれば、民法五四一条は、損害賠償責任の発生要件におけるのと同じ意味での不履行に基づく解除を規定しており、それゆえ、損害賠償責任の発生要件としての不履行に関する考え方は、解除原因としての不履行にも当てはまる<sup>5)</sup>。そのため、民法五四一条に基づいて契約を

解除するためには、不履行が債務者の責に帰すべき事由に基づくものであることが必要とされるのである。<sup>(6)</sup> たとえば、通説的理解を確立した我妻は、一般的な法定解除権、すなわち、民法五四一条に基づく解除権を遅滞の効果の一つであるとし、そのため、遅滞を生ずる要件として、債権総論に述べた事由を、そしてその事由の一つとして債務者の責に帰すべき事由を要求する。<sup>(7)</sup> また、長尾は、契約の拘束力を当事者の意思に見出すことによつて、損害賠償請求の場合よりもむしろ契約解除の場合にこそ過失が要求されてしかるべきであるとし、<sup>(8)</sup> 契約解除の場合に過失を要することを強調する。さらに、川村も、不履行一般を指摘して、契約Ⅱ債務不履行がある場合、すなわち、債務者の責に帰すべき履行遅滞・履行不能・不完全履行がある場合に、他方の当事者が契約を解除して契約関係を清算することを認める。<sup>(9)</sup>

このように、損害賠償と契約解除を有責な不履行の効果として捉え、損害賠償責任の発生要件としての不履行と解除原因としてのそれとを同視するという考え方は、判例においても見られる。大審院は、請負人の不履行による解除が問題となった事案において、請負契約にも民法五四一条が適用されるとしたうえで、「第五百四十一條ニ依リ請負人ノ債務不履行ヲ理由トシテ解除ノ意思表示ヲ為シタル場合ニ於テ請負人ニ債務ノ不履行ヲ責ムヘキ事実ナキトキハ解除ノ効ヲ生スルコトナク契約ハ依然トシテ其効ヲ有スル」として、請負人に「不履行ノ責」がないことを理由として解除の効力を否定した原審の判断に違法はないとしたのである。<sup>(10)</sup> 同様に、大審院は、売主が、自己の債務の提供をしないまま代金の支払を請求し、その支払がないことを理由として契約の解除を請求した事案においても、「民法第五百四十一條ニ於テ：契約ノ解除ヲ為スコトヲ得セシメタルハ一方ニ債務不履行ノ責アルニ因リ其相手方ヲ保護スル趣旨ニ出テタルモノナレハ一方ニ不履行ノ責ナキニ於テハ相手方ニ催告及ヒ解除ヲ為スノ権利アリト為スコカラサルヲ以テ斯卡ル場合ニ於テ相手方カ催告及ヒ解除ヲ為スモ法律上其効力ナキモノト為ササルヲ得ス」との一般論を展開したうえで、当該事案において売主が引渡の準備をした事実は認められないことから、買主が「代金ヲ支払ハサリシトテ

遅滞即ち不履行ノ責ヲ負フモノニ非ス」として、売主の解除請求を認めなかったのである。<sup>(11)</sup> これらの判決によれば、大審院が、解除の効力を生ずるために債務者に「不履行ノ責」があることを前提としていることは明らかである。その後も、大審院は、本来損害賠償責任の発生要件たる債務者の「不履行ノ責」あるいは「遅滞ノ責」という要件を民法五四一条に基づく契約解除の要件として好んで用いたのであり、最高裁も、損害賠償責任の発生要件としての不履行に関する考え方を契約解除の要件をめぐる議論に持ち込むというやり方を踏襲したのである。たとえば、最高裁は、代金の一部を支払い、残代金は所有権移転登記と同時に支払われるべき旨の特約があつたが、期日になつても売主（上告人）が履行しないため、買主（被上告人）が所有権移転登記を求めて提訴し、それに対して、売主が催告のうえ解除の意思表示をした事案において、「反対給付の提供なき上告人の右残代金支払の催告は被上告人を遅滞に陥らしめるに足らず、従つてこの催告に基く解除は効力を生じ得ないものである」として、売主が主張した解除の抗弁を認めなかったのである。<sup>(13)</sup> その後も最高裁は、解除の効力を生ずるために債務者に「不履行の責」あるいは「遅滞の責」があることを前提としたのであり、たとえば、売主所有の土地・建物の売買において買主による代金の一部支払いがないことを理由に売主がした解除の意思表示の効力が争われた事案においても、契約を解除するために債務者である買主が「遅滞の責」を負っていることを前提に、買主が残代金の支払いについて「遅滞の責」を負うかどうかを判断させるため、訴訟を原審に差し戻したのである。<sup>(14)</sup>

不履行をめぐる議論は、本来債務者の損害賠償責任について発展したものであつた。それがいまや判例・通説によつて遠慮会釈なしに契約の解除という全く別な状況に持ち込まれてしまったのである。何故解除法が損害賠償責任の考え方に拘束されなければならないのであろうか。

もちろん、判例・通説が解除法の領域において盲目的に損害賠償責任の考え方に拘束されたわけではない。たとえ

ば、我妻は、一定数量の商品を何回かに分けて給付する売買あるいは一定の期間毎に一定の数量を給付する遞次供給  
 売買などのように、債務者が一部ずつ履行することが契約の趣旨である場合に、すでに履行された部分が不完全な  
 のであるときは、その部分について、損害賠償を請求し得ることはいうまでもないが、履行された部分の不完全な程  
 度が甚だしく、契約の目的を達することができない場合には、未履行部分はもちろん、履行された部分についても契  
 約を解除することができるとする<sup>(15)</sup>。これによれば、同じく有責な不履行を要件としながら、損害賠償請求が認められ  
 る場合と契約の解除が認められる場合とは、必ずしも一致しないことになる。つまり、損害賠償請求が認められる場  
 合であっても、履行された部分の不完全な程度が甚だしく、契約の目的を達することができない場合でない限り、契  
 約の解除は認められないのである。さらに、我妻は、同様のことを一回的給付についても述べる。彼によれば、債務  
 者が一時に給付すべきものについて一部だけを給付した場合には、全部の給付がなければ債権者にとって契約の目的  
 を達し得ないときに、債権者は契約全部を解除することができ、債務者の給付が不可分である場合において、不履行  
 の部分が給付全体からみて軽小なものであって、全部の解除を認めることが信義誠実の原則に反するときは、債権者  
 は契約を解除することができないのである<sup>(16)</sup>。

このように、損害賠償におけるのと同じく有責な不履行または遅滞を要件としながら、不履行または遅滞の意味あ  
 るいは内容において損害賠償責任の発生要件としての不履行または遅滞と解除原因としてのそれとを区別するという  
 考え方は、今日では、もっぱら付随的義務の不履行に基づく解除の議論において見られるところであるが<sup>(17)</sup>、なお山中  
 は、遅滞一般について、民法五四一条の遅滞の要件としてあげられることは、損害賠償請求権を発生させるのと同じ  
 く遅滞であるために、民法五四一条の催告に関すること以外は、民法四一五条の場合とまったく形式的には同じであ  
 るとしながらも、遅滞による解除権の発生は、その遅滞により、客観的にみて当事者が契約をなした目的が達せられ



ぬ場合であるか、または少なくとも問題の遅滞があつたことにより債権者が主観的にそう考えて解除をしたとしても債務者としては文句をいうべき筋合ではないと客観的に認めうべき程度の遅滞がなければならず、民法五四一条が、遅滞があるだけではならず、さらに相当の期間を定めて催告し、右催告期間内に履行がないということを解除権発生の要件としているのも、それであつてのみ解除権を発生せしむるにふさわしい遅滞といふものだと考えられるとし、<sup>18)</sup>損害賠償責任の発生要件としての遅滞と解除原因としてのそれとを区別する。同様に、山下も、遅滞一般について、民法四一二条の遅滞は、債務不履行の一般的効果である損害賠償を予想するものであり、債務不履行による法定解除も損害賠償と同様債務不履行の保障手段であるから、両者における遅滞はこの点で共通でなければならぬとしながらも、他面では損害賠償と解除はそれぞれの目的・内容が異なるから、これに依じて遅滞の意味も異なるのは当然であり、遅滞による解除権の発生は、その遅滞により当事者がなした契約の目的が達せられず、債権者が契約を解除しても債務者として異議を主張しえないと客観的に判断されるような場合に認められるとし、<sup>19)</sup>損害賠償責任の発生要件としての遅滞と解除原因としてのそれとを区別するのである。

また、通説と同様の考え方は、判例においても見られるのであり、すでに大審院は、契約の解除を、単に債務者に「不履行ノ責」あるいは「遅滞ノ責」があるということだけでなく、契約当事者が契約を締結した目的を達成することができると否かにかからしめていたのであり、このことは今日に至るまでそうである。たとえば、大審院は、上告人と被上告人との間で映画フィルムの映写を目的とする契約が締結されたが、その契約中の約定に違反して被上告人が上告人以外のフィルムを映写したことを理由として上告人が契約の解除を主張した事案において、「所謂附随的約款ノ存スルハ上告人カ自家ノ写真ノ発展ヲ欲シタル為ナリトセンカ畢竟上告人カ約定ノ期間中他ノ同業者ノ競争ヲ防キ被上告人ヲシテ専ラ上告人ノ写真ヲ使用セシメ以テ自家ノ写真発展ノ目的ヲ達センカ為メニ其約款ヲ契約中ニ加ヘタル

モノニ外ナラサレハ其約款ニヨル被告ノ義務不履行ハ之カ為メニ原告人カ原判示ノ如ク其主トスル報酬金取得ノ目的ヲ達スルノ妨トナラストスルモ其従トスル所ナルニセヨ右契約ヲ以テ達セント欲シタル自家ノ写真発表ノ目的ハ遂ニ之ヲ達スルコト能ハサルニ至<sup>20</sup>つたとして、原告人の解除を認め、ここでは契約を解除するために単に被告人が義務に違反したかどうかではなく、その義務違反によって原告人が契約を締結した目的を達成することができなくなつたかどうか契約の解除を認めるか否かの判断において重視されているのである。また、大審院は、地上権設定契約に際し、地上権設定者である被告原告が、将来自己が住宅を建設する場合には、地上権者である原告被告が被告人に目的土地の二分の一の使用を許容すべき旨約定されたが、原告被告がそれを履行しなかつたため、被告原告が右地上権設定契約の解除を主張した事案において、「約旨ナルモノノ目的ヲ察スルニ必要ノ生シタル場合当該二分ノ一二対スル地上権ヲ消滅セシメ以テ所有者タル被告原告人ニ於テ自由ニ之ヲ使用シ得ル状態ヲ回復スレハ則足ルモノニシテ之カ為ニハ或ハ解除権ヲ留保シ置クモノナリ將タ解除条件附ト為シ置クモ亦之ヲ妨ケス必スヤ先ツ原告人ノ行為ニ俟ツトコロアリテ後始メテ善ク其ノ目的ヲ達スルヲ得ト云フカ如キ性質ノモノニ非サルコトハ言フ俟タス」として、結論において右の判決とは反対に地上権設定者である被告原告人の解除を認めなかつたが、<sup>21</sup>ここでも契約を解除するために原告人の義務違反によって被告原告人が契約を締結した目的を達成することができなくなつたかどうか重視されているのである。<sup>22</sup>最高裁も同様に、不動産の売買契約が締結されたが、買主が移転登記をせず、売主が納付を余儀なくされた固定資産税の償還にも応じないため、売主が売買契約の解除を請求した事案において、「法律が債務の不履行による契約の解除を認める趣意は、契約の要素をなす債務の履行がないために、該契約をなした目的を達することができない場合を救済するためであり、当事者が契約をなした主たる目的の達成に必須的でない附随的義務の履行を怠つたに過ぎないような場合には、特段の事情の存しない限り、相手方は当該契約を解除することができない」として、

租税負担義務は本件売買契約の目的達成に必須的でない附随的義務にすぎず、本件売買契約の要素ではないから、この義務の不履行を理由としてなされた契約の解除を否定した原審の判断を正当であるとしたが<sup>(23)</sup>、最高裁は、不履行に基づく解除を契約の要素をなす債務の履行がないために契約をなした目的を達することができない状況から契約当事者を救済するための手段として位置づけたのである。その後も最高裁は、農地を宅地に転用する目的で売買契約が締結されたところ、買主が特段の事情がないにもかかわらず許可申請をせず、また知事の許可がないことを理由として売主の残代金の支払請求にも応じなかったため、売主が契約の解除をした事案において、農地を宅地に転用するための許可申請、所有権移転登記の申請については、「法律上双方申請主義がとられているので、当事者双方は売買契約に基づきその手続の完成に協力すべき義務があり、売主がこの義務を履行するため債務の本旨に従った弁済の準備行為をしたにも拘らず、買主がその義務を履行しないときは、売主は、買主の県知事に対する許可申請手続の懈怠により、契約をした目的を達し得ないから、これを理由として、民法五四一条により契約を解除することができる」としたが<sup>(24)</sup>、ここでも契約の解除にとって買主の義務の不履行それ自体ではなく、その不履行によって売主が契約を締結した目的を達成することができなくなったかどうかが契約の解除を認めるか否かの判断に当たって重視されているのである<sup>(25)</sup>。

以上のように、判例・通説は、損害賠償と契約解除を有責な不履行の効果として捉え、損害賠償責任の発生要件としての不履行に関する考え方を契約解除の要件をめぐる議論に持ち込むにもかかわらず、不履行の意味あるいは内容において損害賠償責任の発生要件としての不履行と解除原因としてのそれとを区別し、契約の解除が認められるか否かを、単に義務の不履行があったかどうかではなく、その不履行によって契約当事者が契約を締結した目的を達成することができなくなったかどうか、あるいはその不履行が契約目的の達成に重大な影響を与えるかどうかにかからしめるのである。そのため、判例・通説によれば、不履行に基づいて債権者が債務者に対して損害賠償を請求すること

ができる場合であっても、当該不履行によって債権者が契約を締結した目的を達成することができなくなった場合でない限り、債権者は契約を解除することができないのである。しかも、判例を見る限り、たしかに契約の解除が認められるか否かの判断に当たって、債務者に「不履行の責」あるいは「遅滞の責」があるかどうか問題とされた判例もあるが、<sup>(26)</sup>しかし、多くの判例においては、債務者に「不履行の責」あるいは「遅滞の責」があるかどうかではなく、むしろ、債務者の不履行によって債権者が契約を締結した目的を達成することができなくなったかどうか、あるいは債務者の不履行が契約を締結した目的の達成に重大な影響を与えるかどうかという要素が、實際上、契約の解除を認めるか否かの判断の決め手となっているのである。<sup>(27)</sup>

とはいえ、解除法は、有責な不履行というウィルスに感染してしまったのであり、このウィルスは、常に解除法の中に潜伏し、解除法を発病のおそれにさらしているのである。実際、最高裁は、不履行が債務者の責に帰することのできない事由に基づく場合には、契約の解除を認めないのである。<sup>(28)</sup>債権者は、一方で、不履行に基づいて債務者に対して損害賠償を請求することができるときは、なお契約を締結した目的を達成することができるときは、契約を解除することができず、他方で、不履行が債務者の責に帰すべからざる事由に基づく場合には、たとえその不履行によって債権者が契約を締結した目的を達成することができなくなったとしても、債権者は、なお契約を解除することができないのである。しかも、後者の場合には、債権者は、債務者に対して損害賠償を請求することもできないのである。何故債権者は、損害賠償という救済手段だけでなく、契約の解除という救済手段も奪われなければならないのであろうか。何故債権者は、すでに契約目的を達成することができなくなった契約になお拘束されなければならないのであろうか。そもそも何故契約の解除が認められたのであろうか。

## (二) 債務者の有責性に依存しない契約解除

もちろん、損害賠償と契約解除を有責な不履行の効果とする考え方に対して、損害賠償と契約解除の機能の違いから、それらの要件を区別し、契約を解除するために不履行が債務者の責に帰すべき事由に基づくものであるか否かを問わない、とする考え方も比較的早い時期から主張されていた。もつとも、この見解をとる論者において、大別すると、さらに二つの異なる考え方が見られる。第一の考え方は、判例・通説と異なり、そもそも遅滞が成立するために不履行が債務者の故意または過失に基づくものであるか否かを問わないということを前提に、特に遅滞に基づいて損害賠償を請求する場合には、遅滞のほか、遅滞が債務者の故意または過失に基づくものであることを要するとする考え方であり、第二の考え方は、今日の有力説の考え方であり、判例・通説と同様に、遅滞が成立するために不履行が債務者の責に帰すべき事由に基づくものであることを要するということを前提に、損害賠償と契約解除の機能の違いから、契約を解除する場合には、不履行が債務者の責に帰すべき事由に基づくものであるか否かを問わないとする考え方である。

### (1) 有責性に依存しない遅滞の効果としての契約解除

かつては、契約解除以前に、そもそも遅滞が成立するために不履行が債務者の責に帰すべき事由に基づくものであることを要するか否かについて争いがあり、遅滞が成立するために不履行が債務者の責に帰すべき事由に基づくものであるか否かを問わない、とする見解も有力に主張されていた。<sup>(29)</sup> この見解によれば、債務者が債務の存在を知らずに、<sup>(30)</sup> あるいは不可抗力によって<sup>(31)</sup> 給付をしなかった場合でも、遅滞は成立する。何故債務者の帰責事由が問題とされないか

について岡松は詳細に論じ、第一に、沿革上、遅滞には本質的に過失を要するものではないこと、第二に、理論上、従来過失主義と言われるものは、決して真の過失主義ではなく、過失がない場合にも債務者の責任が認められていること、第三に、實際上、債務者に遅滞の責がないとされる事案のほとんどは、債務者にそもそも給付義務がない事案であること、第四に、解釈上、改正前民法四一九条二項（現行民法四一九条三項）は、金銭債務だけにかかわるものであり、同条項が金銭債務以外の債務に反対解釈されるべきではないことを挙げる<sup>32)</sup>。また、岩田は、遅滞が成立するために債務者の故意または過失を要するとは、遅滞と損害賠償の思想の混同によるものであり、またもし遅滞が成立するために債務者の故意または過失を要するならば、債務者に故意または過失がない場合には、債権者は、強制履行を請求することもできず、契約を解除することもできないという結果になるとする<sup>33)</sup>。

ところで、損害賠償と契約解除の要件論に関して言えば、この見解をとる論者において、すでに触れたように、判例・通説と同様に、損害賠償と契約解除を同じく不履行の効果として捉える考え方が一方<sup>34)</sup>、損害賠償と契約解除の要件を峻別する考え方もある。後者の見解によれば、遅滞が成立するために債務者の故意または過失を問わないということから、ただちに契約を解除するために債務者の故意または過失を問わないという帰結が導かれるわけではなく、遅滞を理由として損害賠償を請求したり、契約を解除するために債務者の故意または過失を要するか否かは、それぞれの場合につき別途検討されなければならない<sup>35)</sup>。そして、損害賠償については、改正前民法四一九条二項（現行民法四一九条三項）との対比から、金銭債務以外の債務については、不可抗力を抗弁とすることができ、この不可抗力を債務者の責に帰すべからざる事由あるいは故意または過失に基づかない事由であるとし、そのため、債権者が債務者に遅滞に基づいて損害賠償を請求するためには、遅滞のほか、遅滞が債務者の責に帰すべき事由に基づくものであることが必要とされる<sup>36)</sup>。これに対して、契約の解除については、法律上不履行が債務者の責に帰すべき事由に基づ

くものであることは特に要求されていないこと、またそれを要求した場合の債権者の不利益を理由に、契約を解除するためには遅滞が債務者の故意または過失に基づくものであるか否かは問題とされない<sup>37)</sup>。たとえば、未広は、「不履行ニ付キテ債務者ニ過失アリヤ否ヤハ民法ノ問フ所ニアラズ、従ヒテ債務者ガ遅滞ニ在ルコトハ毫モ本條ニ依リテ解除ヲ為スノ要件ニアラズ」とし、これに対して、ドイツ民法三二六条、スイス債務法一〇七条は、債務者が遅滞にあることを要求しているとす<sup>38)</sup>。また、岩田は、すでに述べたように、通説が、遅滞が成立するために不履行が債務者の故意または過失に基づくものであることを要することに対して、もしこの考え方に従うときは、債務者に故意または過失がない場合には、契約を解除することができない結果となると批判する<sup>39)</sup>。

以上のように、ここで取り上げた考え方によれば、遅滞が成立するために不履行が債務者の責に帰すべき事由に基づくものであるか否かを問わないということを前提に、遅滞に基づいて損害賠償を請求する場合には、遅滞が債務者の責に帰すべき事由に基づくものであるか否かは問題とされない。もっとも、この見解の論者は、損害賠償を請求したり、契約を解除したりする場合に、債務者の帰責事由の要否を、損害賠償と契約解除の機能の違いを熟慮することによってではなく、もっぱら法律あるいはその文言の形式的な解釈から帰結する。しかしながら、「文理上五四一条と五四三条との関係は、四一五条前段と後段の關係に対応することから、『解除』の要件を固有に考察する場合は与えられず、むしろ『解除』の要件論は『損害賠償のための不履行』の要件論に従属するべく宿命付けられていた」とするならば<sup>40)</sup>、法律あるいはその文言の形式的な解釈から損害賠償と契約解除の機能の違いに着目した要件の違いを帰結することができるかは疑問であり、またこの点をひとまず置くとしても、この考え方によれば、契約解除の要件——あるいはその効果も——に関する判断は、常に法律に拘束されるのであり、法律をこえて、あるいは法律の基礎にある契約一般

に通ずる解除権の発生原因を汲み上げることができないのである。もつとも、岩田においては、このような形式的判断にとどまらず、前述したように、実質的な理由づけが見られるが<sup>(41)</sup>、それでもなお今日の有力説に見られるような損害賠償と契約解除の機能の違いを前面に出した叙述は見られないのである。

(2) 契約解除の有責な不履行からの解放

この考え方に対して、近時の有力説は、判例・通説と同様に、遅滞が成立するために不履行が債務者の責に帰すべき事由に基づくものであることを要するということを前提に、契約を解除するためには、不履行が債務者の責に帰すべき事由に基づくものであるか否かを問わないとして、損害賠償責任の発生要件としての不履行と解除原因としてのそれとを峻別する。

もつとも、このような考え方も決して目新しいものではなく、比較的早い時期からすでに主張されていた。たとえば、石坂は、民法五四一条に基づく解除を「履行遅延ニ因ル解除」であるとし<sup>(42)</sup>、その要件について「債務者カ履行期ニ履行ヲ為サルコトヲ要ス單ニ履行ヲ為サルヲ以テ足り其不履行カ債務者ノ過失ニ因ルト否ト関スル所ナシ從テ債務者カ遅滞ニ在ルト否トヲ問フ所ナシ」とする<sup>(43)</sup>。石坂は、これに対して、遅滞が成立するためには不履行が債務者の過失に基づくものであることを要するのであるから<sup>(44)</sup>、その表現からすでに明らかのように、石坂においては、損害賠償責任の発生要件としての遅滞と民法五四一条に基づく解除要件としての履行遅延とは明らかに区別されている。もつとも、損害賠償責任の発生要件としての遅滞と民法五四一条に基づく解除要件としての履行遅延とが何故区別されるのかについて、石坂は、「獨民法(第三百二十六條)瑞債務法(第一百七條)匈牙利民法草案(第九百二十七條第三項)等ハ債務者カ遅滞ノ責ニ任スルコトヲ必要トス我民法ニ在リテハ遅滞ヲ要件トセス」と述べるのみで<sup>(45)</sup>、それ



以上の実質的な根拠は明らかではない。その限りでは、石坂もやはり法律をこえないのである。

損害賠償と契約解除の要件の違いを法律のみから導き出そうとする考え方に対して、損害賠償と契約解除の機能そのものの違いに着目することによって損害賠償と契約解除の要件の違いを導き出そうとする動きは、戒能に見られる。戒能は、民法五四一条に基づいて契約を解除するためには、不履行が債務者の故意過失に基づくことを要しないとす。戒能は、解除権を債務者に対する制裁ではなく、債権者をして何時までも履行なき契約に拘束せられざるものとする手段と捉える<sup>(46)</sup>。そのため、戒能は、債務者の損害賠償義務の発生原因と解除権の発生原因を分けて考えるのが正当であるとし、前者には債務者の故意過失を要するが、後者には之を要しないとす<sup>(47)</sup>。ここには明らかに単に法律の文言やその体系に着目するのではなく、損害賠償と契約解除の機能の違いに着目することによって損害賠償と契約解除の要件を峻別しようとする考え方を見ることができる。

その後、比較法的な考察や国際売買の進展に伴う国際統一法の影響を受けて、損害賠償と契約解除の要件を峻別し、契約を解除するためには不履行が債務者の責に帰すべき事由に基づくものであるか否かを問わないとする考え方は、より有力に主張されるようになり<sup>(48)</sup>、契約解除の意義あるいは機能がより深く熟慮されるようになる<sup>(49)</sup>。損害賠償と契約解除の機能の違いに着目して解除原因そのものを見直そうとする動きも見られるようになったのである。たとえば、好美は、解除の基本的効果を契約上の義務の消滅と原状回復請求権の発生と捉えたうえで、この債務の消滅と原状回復の内容は、解除権の発生が不履行に基づくとはいえず、契約の無効・取消の場合の清算と共通して価値中立的な契約の清算制度であり、いずれが有責の不履行者かという問題とは無関係なものであるとする<sup>(50)</sup>。そのうえで、好美は、契約の解除を契約上の債務を消滅させ、既給付の原状回復を義務づけるための技術的手段ないし概念にすぎないとし、解除権の発生のためには客観的な契約の本質的侵害があれば足り、このことを妥当視させる事情を解除要件

とすれば足りるとする<sup>(51)</sup>。また、山田も、国際動産売買契約に関する国連条約の立法過程およびそこにおける議論を詳細に分析したうえで、国際動産売買契約に関する国連条約の解除観においては、「重大な契約違反」の中核部分である「契約を維持する利益」の実際的脱落が、契約の解除の要件として重要な部分を占めるとし、このことは、解除の本質論からしても、また日本の従前の議論にも共通する発想が存在することからしても、この基準はわが国の解除の要件においても解除要件の本質部分を構成し得るとする<sup>(52)</sup>。そして、解除の要件としての「契約を維持する利益」の実際的脱落という基準は、日本においても、たとえ正面からそうと述べられていなくとも、考慮されてきたものであるとし、従来の理論の分析においても、この考慮が解除の可否を決するにあたり実質的な判断基準となっていた場合も少なく<sup>(53)</sup>なかつたとする。

注

(1) 谷口知平 五十嵐清編集『新版注釈民法(13) 債権(4)』(有斐閣、一九九六年)六四二頁(山下末人執筆)、潮見佳男『債権総論〔第2版〕 I — 債権関係・契約規範・履行障害 —』(信山社、二〇〇三年)四二八頁など。

(2) 本稿における主たる目的は、現在の判例・学説の考え方を批判して一般的な法定解除権の発生原因を法律が規定する狭い発生原因に限定することではなく、法律に規定された解除原因と判例・学説において解除原因について主張されているところから、法律をこえて、あるいは法律の基礎にある契約一般に通ずる解除原因を汲み上げることであり、そして、そのようにして得られた解除原因との関係において契約総則に規定された解除原因が有する意義あるいは機能を明らかにすることにある。

(3) もっとも、以下の検討から得られる一般的な法定解除権の発生原因およびそれに基づいて再評価された契約総則に規定された解除原因との関係で契約各論に規定されている個々の解除権が如何なる意義や機能を有するか、あるいは契約各論に規定されている個々の解除権の意義あるいは機能を再評価することがそれらの解除権の要件論または効果論に如何なる影響を与えるか、という問題は、本稿においては立ち入らない。

- (4) 通説的理解の形成過程については、渡辺達徳「民法五四一条による契約解除と『帰責事由』(1)」(解除の要件・効果の整序に向け  
た基礎資料)、『商学討究』四四卷一・二合併号(一九九三年)二四三頁以下、とりわけ二五九―六〇頁を参照。
- (5) 文献については、渡辺・前掲論文注(4)二四〇頁以下、辰巳直彦「契約解除と帰責事由」林良平Ⅱ甲斐道太郎編集『谷口知平先  
生追悼論文集第二巻契約法』(信山社、一九九三年)三四―一二頁、山田到史子「契約解除における『重大な契約違反』と帰責事由(一)」  
『民商』一一〇巻二号(一九九四年)二七四頁などを参照。なお、最近の教科書や論文においても、この理解は、「通説」とされてい  
るが(鎌田薫ほか『民法法Ⅲ―債権各論』(日本評論社、二〇〇五年)八四頁〔曾野裕夫執筆〕、松岡久和「履行障害を理由とする解  
除と危険負担」『ジュリスト』一三一八号(二〇〇六年)一三九頁などを参照)、大村は、この理解を「かつての通説」と位置づけて  
おり(大村敦志『基本民法Ⅱ債権各論(第2版)』〔有斐閣、二〇〇六年〕五八―九頁)、また松岡も、帰責事由必要説を積極的に擁護  
する主張は、現在のところみられないとする(松岡・前掲論文本注一四〇頁)。しかも、通説においても論者によって違いが見られる。  
たとえば、長尾は、後述するように、結論において遅滞に基づく契約解除の場合に過失を要求するが、「損害賠償請求と契約解除にお  
いて過失の可否を同一に扱うことは論理的に必然なのであろうか」と疑問を投げかける(長尾治助『債務不履行の帰責事由』〔有斐閣、  
一九七五年〕三九頁)。同様に、星野も、履行不能の場合との均衡を考慮して、不履行が債務者の責に帰すべき事由に基づくものであ  
ることを要するとしながら、判例・通説が損害賠償請求権におけるのと同じく契約の解除についても相手方の責に帰すべき事由を要  
するとすることに對して、「外国にはこれを不要とするものもあり(フランスの判例)、解除は不履行者に対する制裁というよりは相  
手方を契約から解放するためのものであるから、若干疑問がある」とする(星野英一『民法概論Ⅳ(契約)』〔良書普及会、一九八六  
年〕七七頁)。また、石田は、遅滞に基づく解除および不完全履行のうち追完可能な場合の解除について、遅滞が短い期間のものであ  
る場合には、債務者に帰責事由が必要であり、これに對し、遅滞が長期にわたり債権者に不当な不利益が生じるおそれがある場合に  
は、債務者に帰責事由の存在することは不要であるとする(石田穰『民法Ⅴ(契約法)』〔青林書院、一九八二年〕七九、八九頁)。さ  
らに、定期行為の場合ではあるが、三宅は、定期行為による解除(民法五四二条)を遅滞による解除ではないとし(三宅正男『契約  
法(総論)』〔青林書院、一九七八年〕一七〇頁)、定期行為については、約定の時期を経過すれば債務者の責に帰すべき事由の有無を  
問わず、債権者は契約を解除することができる(二〇〇―一頁)。
- (6) これに對して、通説と同様に、損害賠償と契約解除を不履行の効果として捉えながらも、そもそも損害賠償責任あるいは遅滞が成  
立するために不履行が債務者の故意または過失に基づくものであるか否かを問わないとし、その結果、契約の解除についても、不履  
行が債務者の故意または過失に基づくものであるか否かを問わない、とする見解もある(松波仁一郎Ⅱ仁保亀松Ⅱ仁井田益太郎『帝

- 民法正解債権編』(日本法律学校、発行年不明)一三九、八八〇頁、岡松参太郎『民法理由債権編』(有斐閣書房、一八九九年)五〇四頁、同『無過失損害賠償責任論』(以下、「岡松・無過失損害賠償」とする。)(有斐閣書房、一九一六年)三九五頁。
- (7) 我妻栄『債権各論上巻』(岩波書店、一九六二年)一五三頁。
- (8) 長尾・前掲書注(5)三九頁。
- (9) 川村泰啓『商品交換法の体系Ⅰ—私的所有と契約の法的保護のメカニズム—』(勁草書房、一九七二年)二六七頁。同旨のものとして、品川孝次『契約法上巻』(青林書院、一九八九年)一三八頁。
- (10) 大判明治四四年一月二五日民録一七輯五頁。なお、この判決以前にも、後述する大判大正五年三月二三日民録二二輯五六八頁が引用する大判明治四一年四月一日民録一四輯三六九頁がある。この判決は、売主が、自己の債務を履行しないまま、買主の代金不払いを理由として契約の解除を主張した事案に関するものである。大審院は、「双務契約ニ於テ当事者ノ一方カ自カラ尽ス可キ債務ノ提供ヲ為シ相手方ノ債務履行ヲ要求スルニ拘ハラス其相手方カ債務ヲ履行セサルトキハ第五百四十一条ノ債務不履行者」であるとして、買主の債務の提供にもかかわらず、債務を履行しなかつた売主がした催告および解除は同条に該当しないとしたのである。もつとも、事案との関連では、そもそも不履行者たる売主が契約の解除を主張したという事案に関するものであり、債務者の不履行に基づく解除が問題となつたものではない。
- (11) 大判大正五年三月二三日民録二二輯五六八頁。
- (12) 大審院の判例の詳しい状況については、渡辺達徳『民法五四一条による契約解除と『帰責事由』(2)』解除の要件・効果の整序に向けた基礎資料』、『商学討究』四四卷三号(一九九三年)八五頁以下を参照。ところで、大判大正八年九月一日民録二五輯一六〇七頁も、このような判例の流れに反対するものとして援用されるべきではない。この判決は、木炭の売買において売主(上告人)が買主(被上告人)の代理人と思われた者に木炭の一部を引渡し、その後買主の請求により残部の引渡準備を行い引取を催告したが、買主が不履行を理由に契約の解除および手附金の返還を請求した事案に関するものである。大審院は、「契約当事者ノ一方カ其債務ヲ履行セス而カモ相手方ヨリ相当ノ期間ヲ定メ履行ノ催告アリタルニ拘ハラス期間内ニ履行セサルトキハ其債務ノ不履行ニ付キ故意又ハ過失ノ有無ヲ問ハス相手方ハ契約ノ解除ヲ為シ得ルコトハ民法第五百四十一条ノ規定スル所ナレハ本件ニ於テ上告人カ契約ヲ履行セサルニ付キ過失ナカリシモノト仮定スルモ被上告人カ其解除権ヲ行使スルノ妨ケ為ルモノニ非ス」として、買主の解除を認めたのである。たしかにこの判決によれば、債権者は、不履行が債務者の故意または過失に基づくものであるか否かを問わずに契約を解除することができる。しかし、当時、そもそも損害賠償責任あるいは遅滞が成立するために不履行が債務者の責に帰すべき事由に基づく

くものであるか否かを問わないとの立場がとられており（大判明治四〇年一月二日民録一三輯一〇六七頁、大判明治四一年二月一日民録一四輯一〇一頁など）、この判決は、民法五四一条についてその考え方を踏襲したものにすぎないとするならば、この判決は、むしろ、損害賠償責任の発生要件としての不履行に関する考え方を契約解除の要件をめぐる議論に持ち込むという判例の流れの中に位置づけられる（山中康雄『総合判例研究叢書民法（10）〔有斐閣、一九六六年〕二六、四九頁、辰巳・前掲論文注（5）三三六―七頁、倉田卓次監修『要件事実の証明責任契約法上巻』（西神田編集室、一九九三年）一九九頁など）。これに対して、渡辺は、前掲大判大正五年三月二三日および大判大正一〇年五月二七日民録二七輯九六三頁（売主の不履行に基づく解除が問題となった事案において、大審院は、履行期に義務を履行しない場合には、反証がない限り、自己の過失に原因するものと推定するとする。）との整合性から、この判決を、相手方から適法な催告を受けたにもかかわらず履行しない債務者は、それだけで遅滞の責を負い、債権者は解除が可能だ、という意味に、あるいは正当な理由なき引渡懈怠を直ちに「帰責事由」と称している、と理解する（渡辺・前掲論文本注八七頁）。しかしながら、この判決をこのように理解するならば、何故大審院が「過失ナカリシモノト仮定スルモ」と述べたかは不明となり、また不履行が債務者の責に帰すべからざる事由に基づくものであるという反証を債務者に認めなければならないはずであるから、大審院が「本件ニ於テ上告人カ契約ヲ履行セサルニ付キ過失ナカリシモノト仮定スルモ被上告人カ其解除権ヲ行使スルノ妨ケ為ルモノニ非ス」と述べたことを十分に説明することはできないだろう。

(13) 最判昭和二年七月二七日民集八巻七号一四五五頁。

(14) 最判昭和三年一月三十一日民集一一巻一号八八頁。なお、その他の最高裁判例については、渡辺・前掲論文注（12）九〇頁以下を参照。

(15) 我妻・前掲書注（7）一五六―七頁。

(16) 我妻・前掲書注（7）一五七頁。このように、不履行の意味あるいは内容において損害賠償責任の発生要件としての不履行と解除原因としてのそれとを区別する考え方は、我妻以前にも見ることができるといえる。たとえば、鳩山は、「債務ノ履行」がないというのは、「契約ノ要素」をなす債務について履行がないことを言い、付随的債務については履行がない場合には契約を解除することができる（鳩山秀夫『日本債権法各論上巻』（岩波書店、一九三六年）二〇九―一〇頁）。そして、その理由について「民法二明文ナシト雖モ、理論上此解除権ハ債務ノ不履行ニ因リ契約ヲ為シタル目的ヲ達スルコトヲ得ザル場合ニ於テノミ之ヲ認ムルヲ正當トスルガ故ニ此ノ如ク解セザルベカラズ」と述べる。また、鳩山は、「契約ノ要素」をなす債務について一部の不履行がある場合にもその理は異なるところがないとし、一部不履行が全部不履行と同じく「契約ヲ為シタル目的ヲ達スルコトヲ得ザラシムルトキハ」、全部の契約を解

除することができるとする(二一〇頁)。また、磯谷も、「債務ノ不履行ハ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ為サルカ為メニ其契約ヲ為シタル目的ヲ達スルコト能ハサルヲ謂フモノナルカ故ニ」、「契約ノ要素」に属しない付随的債務の履行がない場合には解除権を生じないと解するのが妥当であるとする(磯谷幸次郎『債権法論(各論上巻)』(巖松堂書店、一九二九年)二五七頁)。そして、もしこの場合に契約の解除を認めるとするならば、それは、単に付随事項の債務の履行を怠つたに過ぎない債務者に対する制裁としては苛重にすぎ、事理の公平を得たものといふことができただけでなく、解除権を設定した法の目的にも副わないとする。

(17) この考え方は、付随的義務の不履行に基づく解除を原則として否定するための論拠として用いられる(学説の議論状況については、山本敬三『民法講義Ⅳ—1契約』(有斐閣、二〇〇五年)一七九—八〇頁、鎌田ほか・前掲書注〔5〕七八—九〔曾野執筆〕などを参照)。

(18) 山中・前掲書注(12)二八頁。

(19) 谷口五十嵐・前掲書注(1)六六五頁(山下執筆)。

(20) 大判大正七年二月一七日新聞一三八八号二九頁。

(21) 大判大正一二年一二月二二日新聞二二三九号一〇頁。

(22) 主に戦前の判例については、山中・前掲書注(12)三二頁以下を参照。

(23) 最判昭和三六年一月二一日民集一五卷一〇号二五〇七頁。

(24) 最判昭和四二年四月六日民集二一卷三三五三頁。

(25) 主に最高裁の判例については、渡辺・前掲論文注(12)九三頁以下を参照。

(26) なお、債務者に「不履行の責」あるいは「遅滞の責」があるか否かが問題とされた判例についても次のことが注意されるべきである。すなわち、債務者に「不履行の責」あるいは「遅滞の責」があるか否かが問題とされた判例において「不履行の責」あるいは「遅滞の責」という概念で問題とされているのは、たしかに債務者の帰責事由の存否である場合もあるが、しかし、たいていの判例において「不履行の責」あるいは「遅滞の責」という概念で問題とされているのは、同時履行の抗弁権など、違法性にかかわる問題であり(すでに取り上げた判例のほか、大判大正九年一月二九日民集二六輯二五頁、同大正九年七月八日民集二六輯九六六頁、同大正一〇年六月三〇日民集二七輯一二八七頁、最判昭和四七年一月三〇日民法六七二号五〇頁なども参照)、学説においてしばしば問題とされているような債務者の帰責事由の存否が問題とされているわけではないのである(渡辺・前掲論文注〔12〕一〇三頁)。

(27) この点を指摘するものとして、渡辺・前掲論文注(12)一〇三頁、山田到史子「契約解除における『重大な契約違反』と帰責事由

(二・完)『民商』一一〇卷三号(一九九四年)四八八―九頁、潮見・前掲書注(1)四三四頁など。また、賃貸借契約および継続的契約の解除において用いられる信頼関係破壊法理も(最判昭和二八年九月二五日民集七卷九号九七九頁、同昭和三九年七月二八日民集一八卷六号一二二〇頁、同昭和四一年四月二一日民集二〇卷四号七二〇頁など)、表現こそ異なるものの、基本的にはこの考え方と同様の考え方に基づくものであると思われる(森田修「解除の行使方法と債務転形論」(2)——履行請求権の存在意義再論——)、『法協』一一六卷八号(一九九九年)一二一五頁以下、山田・前掲論文本注四九四―五頁、潮見・前掲書注(1)四三四頁)。

(28) 最高裁は、競売許可決定に対する即時抗告の申立てによって競売手続が一時停止されたため、競売手続中の不動産の売主(被上告人)が約定日に買主(上告人)に不動産の所有権移転登記および引渡義務を履行することができなくなり、そこで、買主がそれらの義務の不履行を理由として売買契約を解除したうえ、約定に基づいて手付金の倍額の支払いを請求した事案において、「被上告人が：上告人に対し所有権移転登記手続等の義務を履行することができなくなったのは、被上告人の責に帰することができない事由によるものと解するのが相当である」として、売主が義務を履行しないことにつき、売主に帰責事由がないことを理由に買主による契約の解除を否定した原審の判断を正当であるとした(最判昭和五七年七月一日判時一〇五三号八九頁)。なお、下級審の判決ではあるが、東京地判昭和五五年四月一四日判時九八三号八六頁も、アパートの建設請負工事が付近住民の激しい建設反対運動によって施工できなくなった事案において、請負人がアパート建設工事を続行しなかったことにつき、請負人に帰責事由がないとして、注文者による契約の解除を否定した。

ところで、右の最高裁判決に対して、この事案において売主に帰責事由がなかったと言い切れるかは疑問であり、また売主の約定日の履行を妨げたのは解除を主張する買主の事情によるところが大きく、むしろ、このような事情が判決の結論に影響したのではないかと、ということが言われる(渡辺・前掲論文注〔12〕九七、一〇〇―一頁)。ここではこの主張の可否はひとまず置くとして、次のことが指摘されるべきである。すなわち、たしかに判例においては、實際上、契約の目的を達成することができずかどうかが契約の解除を認めるか否かの判断の決め手となっているとしても、それでもやはり、判例―および通説―が有責な不履行を契約解除の要件とする限り、不履行が債務者の責に帰すべからざる事由に基づくものであることを理由に契約の解除を否定するという余地が残されているのである。それゆえ、不履行が債務者の責に帰すべからざる事由に基づくものであることを理由に契約の解除が否定されるということを憂慮するならば、有責な不履行が契約解除の要件とされるべきか、という問題が根本的に検討されなければならないのである。

(29) 注(6)に挙げた文献のほか、川名兼四郎『債権法要論』(金刺芳流堂、一九一五年)一五六頁、末広巖太郎『新法學全集第九卷債

権総論』(日本評論社、一九三七年)五二頁、岩田新『債権法新論』(有斐閣、一九三四年)六一頁。もつとも、論者によれば、遅滞が成立するためには不履行が債務者の故意または過失に基づくものであるか否かを問わないが、債務者が履行期に履行をしないことについて法律上正当な理由がないことを要する(川名・前掲書本注一五六頁、末広・前掲書本注五二頁)。

(30) 川名・前掲書注(29)一五六頁。

(31) 岩田・前掲書注(29)六一頁。

(32) 岡松・無過失損害賠償三九七―四〇三頁。

(33) 岩田・前掲書注(29)六一頁。もつとも、今日の一般的な理解によれば、強制履行については、不履行が債務者の責に帰すべき事由に基づくものであるか否かは問題とされない(それについて、渡辺・前掲論文注〔4〕二五六頁、内田貴『民法Ⅲ第3版債権総論・担保物権』〔東京大学出版会、二〇〇五年〕一一一、一二三頁、野村豊弘ほか著『民法Ⅲ―債権総論〔第3版〕』〔有斐閣、二〇〇五年〕三二頁〔栗田哲男執筆〕などを参照)。しかしながら、この一般的な理解については疑問がないわけではない。この問題の重要性に鑑みて詳細については別な機会に改めて論じることとして、ここでは疑問を提起するにとどめる。たしかに今日の一般的な理解によれば、債務者の給付が不能にならない限り、たとえ不履行が債務者の責に帰すべからざる事由に基づくものであっても、債務者の給付義務は消滅せず、その結果、債権者の債権は存続するのであるから、その債権の効力として強制履行が認められることになる。しかし、そもそも不履行が債務者の責に帰すべからざる事由に基づくとは何を意味しているのか。もちろん、債務者の責に帰すべき事由とは何かということ自体重要な問題であるが、今日の判例・通説に従うならば、債務者の故意・過失または信義則上これと同視すべき事由であり、さしあたり過失の問題に着目するならば、過失とは、取引通念上一般的に要求される程度の注意を欠いたために不履行の発生を認識しえず、その結果、不履行の発生を妨げるための適切な措置(行為)をとらなかつたことである(それについて、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』〔悠々社、二〇〇〇年〕一二五頁、淡路剛久『債権総論』〔有斐閣、二〇〇二年〕一四四―四五頁などを参照)。ということは、不履行が債務者の責に帰すべからざる事由に基づくとは、債務者が取引通念上一般的に要求される注意(行為)を尽くしても、なお不履行の発生を妨げることができなかつたということの意味するのである。それにもかかわらず、不履行が債務者の責に帰すべからざる事由に基づく場合にも、強制履行、もつと言えば、債務者の給付義務が認められるとするならば、債務者は、契約によって引き受けていないにもかかわらず、取引通念上一般的に要求される注意(行為)をもって義務を履行しなければならぬ結果となるのである。何故債務者は、契約によって引き受けていないにもかかわらず、取引通念上一般的に要求される注意(行為)以上の注意(行為)をもって義務を履行しなければならぬのだろうか。そもそも債務者には取引通



念上一般的に要求される注意（行為）以上の注意（行為）をもって給付する「義務」があるのだろうか。はたして債務者の給付義務とは、それほど厳格なものであるのだろうか。この疑いは、履行義務の転形であるとされる不履行に基づく損害賠償義務が債務者に帰責事由がない場合には認められないということにかんがみるならば、ますます強まるのである。

(34) それについて、注(6)を参照。

(35) 末広・前掲書注(29)五二頁。また、川名も、損害賠償義務について「民法第四百十二條ハ賠償ノ問題ヲ決定シタル規定ニハアラス、此問題ハ第四百十五條ニ依リテ決定セラルモノナリ」とする(川名・前掲書注(29)一五八頁)。

(36) 川名・前掲書注(29)一五七―八頁、一六八―九頁、岩田・前掲書注(29)六四、八二―三頁。なお、川名は、不可抗力を債務者の故意または過失に基づかない事由にほかならないとする(川名・前掲書注(29)一六九頁)。これに対して、末広は、たしかに他の論者と同様に、民法四一九条二項(改正前)は、金銭債務について「債務者ハ不可抗力ヲ以テ抗辯ト為スコトヲ得ス」と規定しており、これは、それ以外の一般の債務については、債務者は不可抗力を抗弁とすることができるということの意味しているが(末広・前掲書注(29)五三頁)、しかし、それに続いて、債務者は、債権者の損害賠償請求に対して、履行遅延についてやむことを得ざる事由があつたことを主張し、これを抗弁として賠償義務を免れ得ると述べるのみで(五三頁)、他の論者のように、損害賠償について遅滞が債務者の故意または過失に基づくものであることを要するということを明言していない。

(37) 川名・前掲書注(29)一五八頁、末広・前掲書注(29)六一頁。

(38) 末広・前掲書注(37)二四四頁。

(39) 岩田・前掲書注(29)六一頁。

(40) 渡辺・前掲論文注(4)二四五―六頁。

(41) 岩田・前掲書注(29)六一頁。

(42) 石坂音四郎『日本民法債権編第六卷』(有斐閣書房、一九一六年)二二七八頁。

(43) 石坂・前掲書注(42)二二七九頁。もつとも、石坂は、実際には、通常債務者が遅滞の責を負う場合に解除をする結果となるとする(石坂・前掲書注(42)二二八八頁)。

(44) 石坂音四郎『債務者ノ遅滞ニハ過失ヲ必要トセサルヤ』『民法研究第二卷』(有斐閣書房、一九一三年)四七―八頁、同『日本民法債権編第二卷』(有斐閣書房、一九一六年)四八七頁。

(45) 石坂・前掲書注(42)二二八八頁。

- (46) 戒能通孝『債権各論』(巖松堂書店、一九四二年)一〇〇頁。
- (47) 戒能・前掲書注(46)一〇〇頁。
- (48) 契約を解除するために不履行が債務者の責に帰すべき事由に基づくものであるかを問わないとする学説について詳しくは、山本・前掲書注(17)一七三頁、鎌田ほか・前掲書注(5)八〇頁(曾野執筆)、松岡・前掲論文注(5)一三九―四〇頁などを参照。
- (49) たとえば、磯村は、契約の解除を、双務契約の場合にとどまらず、広く契約の拘束力を受けることによって生ずる不利益を回避するための救済手段として位置づける(藤岡康宏ほか著『民法Ⅳ―債権各論(第3版)』(有斐閣、二〇〇五年)三八頁(磯村保執筆))。そのうえで、帰責事由なき履行不能の場合には危険負担の問題として処理され、債務者主義による限りにおいて、履行不能の危険は債務者が負担することになるが、帰責事由なき履行遅延の場合に、解除が認められないとすると、債権者は履行が可能なかぎりいつまでも契約に拘束されることになり、履行遅延の危険を自ら負担することになるとし、債務者に帰責事由がない場合に債権者に解除権が認められないことに疑問を提起する(四〇頁)。また、辰巳は、契約の解除を、双務有償契約における債務の結合・牽連関係を考慮して、交換プログラムからの逸脱が、客観的に一方当事者の不履行により生じた場合に、一定条件のもとで相手方当事者に時宜を失せぬよう契約プログラムから離脱して反対債務から解放され、かつ当該反対債務の履行のために留保された資本についての処分の自由を回復する手だてを与える制度として捉える(辰巳・前掲論文注(5)三三九頁)。そのため、契約解除の前提となる債務者の不履行には帰責事由は必要ではないとし、契約の解除によつて帰責事由のない債務者に生ずる不利益については、民法五四一条の解除権発生要件である期間の相当性の判断に、債権者・債務者双方の状況を利益考量し、適正な期間を設定することによつて解決する(三三九頁)。さらに、辰巳は、付随的債務の不履行による契約解除の可否を、付随的債務の不履行が、契約の固有・本来的債務履行により目標とされている契約の目的の達成にいかなる影響を与えるか、さらにはかくのごとき付随的債務の不履行を問題になっている具体的契約類型につき、一般契約解除の規定に当てはめて便宜的に解除を認めることが妥当か、それとも、その他の法理により解除を認めることの方が、事物の性質上、妥当かどうかという価値判断に依存させる(三三九頁)。
- (50) 好美清光「契約の解除の効力―とりわけ双務契約を中心として―」遠藤浩二林良平監修『現代契約法大系第2巻現代契約の法理(2)』(有斐閣、一九八四年)一七九―一八〇頁。
- (51) 好美・前掲論文注(50)一八〇頁。
- (52) 山田・前掲論文注(27)四八八頁。同様に、「重大な契約違反」がある場合に限って契約の解除を認める学説について、山本・前掲書注(17)一七三頁、鎌田ほか・前掲書注(5)八四頁(曾野執筆)などを参照。

(53) 山田・前掲論文注(27)四八九頁。なお、山田は、そもそも契約の拘束力からの解放にあたっては、契約を維持することについての当事者の利益が実質的に脱落してしまうことこそが基準となるのであるとすると、日本法においても損害賠償責任を債務者に課するための要件としての帰責事由という概念を解除の要件枠組みに取り込むことそのものが適切でないとする(四八九頁)。

(未完)