

論 説

解除の要件事実（１）
——法定解除を中心として——

田 村 伸 子

- 1 はじめに
- 2 履行遅滞解除の要件事実
- 3 履行不能解除の要件事実
- 4 不完全履行解除の要件事実

1 はじめに

(1) 本稿の趣旨

解除についての日本における学説の整理作業を行っているが、その現在における議論のあり様が要件事実論という形をとって実務において表れて用いられていると考え、要件事実論の整理が解除の制度趣旨、学説の発展史との関連で必要不可欠であるとの思いが強くなった。

そもそも要件事実は何を基準に決定されるかという点について、仮に従来の民法の学説の発展とは全く無関係であるとすれば、要件事実論を論じる意味は現在の実務における主張立証されるべき事実の整理確認という程度の意味しかないのであるが、筆者は、要件事実が民法の学説の発展と深いかわりを有していると考える。民事訴訟における主張立証責任対象事実の決定基準は、立証責任の負担の公平であり、立証責任の負担の公平は実体法の定める制度趣旨によって決定される¹⁾。そして、そこにいう制度の趣旨はまさに

実体法の解釈によって決定される。それは立証の困難を組み込んだ制度趣旨である必要がある。解除制度においては、解除の制度趣旨は何かという議論により解除の要件事実とは決定されるべきこととなる。

そうした意味では、まず解除の制度趣旨とは何か、現在の議論にいたるまでの学説史、その後の債権法改正を視野に入れた議論を見ることが先で、その後学説における議論を踏まえて解除の要件事実を論じるべきという順序になるのであるが、現時点では、とりあえず実務・判例・学説等において定着している要件事実論や議論のある問題についてはその内容を整理しておきたいと思う。

(2) 訴訟物

解除による原状回復請求権（その法的性質は不当利得返還請求権といわれる）を訴訟物として、契約に基づき引き渡した目的物（それに代わる価額返還）や支払った金銭の返還を求める場合がある。この場合は、返還を求める前提として、解除の要件の他に、契約の成立、その契約に基づき自己の債務を履行したこと（目的物の引渡や金銭の交付など）が要件事実として必要である。

解除には様々なものがあり、大きくは法定解除と約定解除である。債務不履行による解除以外にも契約各論においては様々な解除の規定が存在する（民575条、民634条など）。特別法の規定による解除もある。それらの解除原因が異なれば訴訟物が異なるかについては、議論がありうるところである。賃貸借契約については、解除を含む終了原因ごとに訴訟物が異なるかについて多元説・一元説の見解の対立があるところである²⁾が、解除一般については、あまり論じられていないところである。

本稿では、法定解除の要件事実を中心に検討することとし、その他の解除

1) 伊藤滋夫編『要件事実講義』（商事法務、2008年）223頁以下、特に226頁〔伊藤滋夫執筆部分〕。「裁判規範としての民法」という考え方については、上記文献の他、伊藤滋夫『要件事実の基礎』（有斐閣、2000年）183頁以下参照。

2) 司法研修所編『民事訴訟における要件事実第二巻』（法曹会、平成4年）10頁。司法研修所編『改訂紛争類型別の要件事実』（法曹会、平成18年）（以下『紛争類型別』という。）90頁

に関する要件事実については後日論じることとしたい。

なお、請求原因ではなく、抗弁以下で解除が問題となる場合も、もちろんある。

契約に基づく履行請求権を訴訟物とする場合に、解除により契約に基づく履行請求権はすでに消滅したとして抗弁で主張する場合等である。さらには、債務不履行に基づく損害賠償請求権を訴訟物とする場合に、債務不履行に陥る前にすでに原告側の債務不履行により解除していて、被告の債務は消滅したので、債務不履行にあるとはいえないという主張として解除を抗弁として主張立証する場合も考えられる。

2 履行遅滞解除の要件事実

(1) 履行遅滞解除総論

民法541条は履行遅滞解除について定める。現行民法には「履行遅滞等による解除権」との標題が付されているが、この条文が履行遅滞による解除について定めた規定であることは疑いがない。

民法541条によって解除するための要件としては、従来の民法の教科書等では以下のように説明がなされている³⁾。すなわち a 債務者の責めに帰すべき事由による履行遅滞があること、b 債権者が相当の期間を定めて催告したこと、c 催告期間内に履行されなかったことの3つであるとされる。a の要件は、さらに①履行の可能なこと、②履行期を徒過したこと、③債務者の責めに帰すべき事由によること、④履行しないことが違法であることの4つの要件が必要とされる⁴⁾。解除の前提として債権総論における債務不履行(履行

3) 我妻栄『民法講義V 1 債権各論上巻』(岩波書店, 1954年), 152頁。

4) 川井健『民法概論4 債権各論』(有斐閣, 2006年) 69~79頁では、1 債務者が履行遅滞にあること、2 解除権者が履行の提供をしたこと、3 相当期間を定めた催告があること、4 催告期間内に債務者が履行をしなかったことがあげられている。内田貴『民法II 債権各論(第2版)』(東京大学出版会, 2007年), 87頁は、1 履行期の徒過、2 責めに帰すべき事由、3 相当期間を定めた催告とし、2 の立証責任は債務者にあるとしている。山本敬三『民法講義IV-1』(有

遅滞)の要件を満たすことが大前提とされている。近時それらの点については新しい学説の台頭⁵⁾⁶⁾がみられ、そうした考え方と要件事実についても大きな問題であるが、とりあえず本稿においては、従来の学説の理解を前提として要件を論じることとする。

司法研修所においては、履行遅滞に基づく解除の要件事実として、履行期の定めのない例においては①債権者が債務者に対して催告をしたこと、②催告後相当期間が経過したこと、③債権者が債務者に対し②の期間経過後に解除の意思表示をしたこと、④債権者が債務者に対して①の催告以前に自己の債務の履行の提供をしたこと、が必要とされるとしている⁷⁾。

まずは債務の発生原因事実が必要である。契約の解除が問題となることから、それぞれの契約締結の事実が必要である。それを主張立証しないことには履行遅滞を観念することができないからである。解除を抗弁として主張する場合、請求原因で債務の発生原因事実が表れている場合は、抗弁で重ねて主張立証する必要はない。

解除による原状回復を請求する場合は、契約に基づく履行をしたことが必要である。

定期行為の場合は、催告は不要との特則が定められている(民542条)。

斐閣, 2005年), 155頁では, a 債務者の債務不履行, b 債権者による催告, c 催告期間内の不履行とされ, a 債務者の債務不履行の中に, ①履行遅滞, ②違法性, ③帰責事由があるとされている。論者によって少しずつ説明が異なるが, いずれも前掲注3我妻の説明と理論的な本質は同じであり大きく異なるものではない。

5) 債務不履行制度と解除制度を切り離して要件を捉えとする学説が近時は有力である。山田到史「契約解除における『重大な契約違反』と帰責事由——九八〇年国際動産売買契約に関する国連条約に示唆を得て」民商法雑誌110巻2号, 3号(有斐閣, 1994年), 潮見佳男『債権総論I(第2版)』(信山社, 2003年)264頁, 森田宏樹『契約責任の帰責構造』(有斐閣, 2002年)1頁以下, 近江幸治『民法講義V契約法(第3版)』(成文堂, 2006年)79頁~80頁, 民法(債権法)改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針II—契約および債権一般(1)』(商事法務, 2009年)293頁以下, 『民法(債権関係)部会資料集第1集<第1巻>』(商事法務, 2011年)166頁以下など。

6) 帰責事由が不要とする学説と要件事実については, 伊藤滋夫編『債権法改正と要件事実法科大学院要件事実研究所報第8号』(日本評論社, 2010年)の中の潮見佳男報告, 高須順一報告, 難波孝一報告参照。

7) 『紛争類型別』11頁

(2) 「履行しないこと」の主張立証責任について

条文上は、「当事者の一方がその債務を履行しない場合において」と定められていることから、履行期に履行がないことを主張立証する必要があるのではないかとの疑問が生じる。解除を主張するほうで反対当事者が「履行しないこと」を主張立証すべきか、反対に解除を争うほうで「履行したこと」の主張立証が必要かが問題となる。

この点については、主張責任と立証責任との一致を必要とするか、例外を認めるかという点と関連して、争いが存在するところではあるが、通説的見解によれば、解除を主張する者が反対当事者が履行しないことを主張立証する必要はなく、解除を争う者において自己の債務の履行の提供をしたことを主張立証すべきと解されている⁸⁾。実務においてもそのような立場が採られているであろう。

従来は、解除というより、履行遅滞に基づく損害賠償請求において、主張責任と立証責任の分離を認めるかという問題とからめて激しく論じられてきた⁹⁾が、厳格に言えば、このような損害賠償請求における議論がそのまま解除の場合にも妥当するかという問題がそもそも論じられるべきであろう。突き詰めてゆけば、まさに解除と債務不履行制度との関係、解除における債務不履行は、債権総論に規定される債務不履行と全く同じであるかという問題である。

「履行の可能なこと」、「債務者の責めに帰すべき事由によること」、「履行しないことが違法であること」についても、解除を主張する者が主張立証責

8) 解除について述べたものとしては、司法研修所編『増補民事訴訟における要件事実第一巻』(昭和61年、法曹会)(以下『第一巻』という。)、257頁、吉原正三「契約の成立と効力・解除」伊藤滋夫総括編集、牧野利秋・土屋文昭・斎藤隆編『民事要件事実講座3 民法I 債権総論・契約』(青林書院、2005年)229頁、前掲山本敬三『民法講義IV-1』156~159頁。

9) 以下の文献はいずれも解除ではなく、履行遅滞に基づく損害賠償請求についての議論であるが、『第一巻』22頁、255頁。伊藤滋夫『要件事実の基礎』(有斐閣、平成12年)81頁以下、難波孝一「主張立証責任」、伊藤滋夫総括編集、伊藤滋夫・難波孝一編『民事要件事実講座1 総論I 要件事実の基礎理論』(青林書院、2005年)、160頁以下にまとめられている。特に182頁以下参照。筆者も上記参考文献と同様、主張責任と立証責任は例外なく一致するという立場に立つ。

任を負うか、解除を争う者がその反対事実について主張立証責任を負うか、という問題が同様に生じる。実務においては、これらの要件についても、解除を主張する者が主張立証する必要はなく、解除を争う者において、その反対事実、すなわち履行が不能であること、債務者の責めに帰すべきでない事由によること、履行しないことが違法でないこと、を主張立証すべきであるとされている。上記の解除と債務不履行制度との関係の議論が同様に必要であろう。

(3) 「履行期の経過」

売買型の契約の場合、履行期の合意は契約の本質ではないので、契約の成立要件として主張立証する必要はない。

売買型の契約の場合は、履行期の経過をいうためにどのような事実を主張立証する必要があるかについて多少問題がある。履行期の定めがない場合は附遅滞のための催告（民412条3項）を主張立証すれば足りる。そして後述のように附遅滞のための催告は解除のための催告（民541条）を兼ねることができるとするのが判例（大判大6.6.27民録23,1153）・通説¹⁰⁾である。したがって、期限の定めのない場合は、催告をいえばそれで足りることとなる¹¹⁾。

売買型の契約において、当事者が履行期の合意をした場合（例えば、平成24年3月1日に売買契約を締結し、その際、代金支払いは契約から3ヶ月後の同年6月1日と合意した場合など）は要件事実の必要最小限度性という性質から問題が生じる。すなわち、解除の場合は必ず催告が必要とされることから、期限の合意を言わなくても催告を言えばそれで足りるのではないかという問題である。要件事実論では、評価的要件の場合を除き過剰主張が許されないため、催告に加えて期限の合意を主張立証するのはいわゆる $a+b$ ¹²⁾ となるように思わ

10) 近江幸治『民法講義Ⅶ契約法（第2版）』83頁。内田貴『民法Ⅱ債権各論（第2版）』89頁。

11) 『紛争類型別』11頁は、あくまで期限の定めのない場合の説明である。

12) いわゆる「 $a+b$ 」については、『第一巻』58頁以下、および284頁以下参照。伊藤滋夫編『要件事実小辞典』（青林書院、2011年）14頁も参照。

れる¹³⁾。

解除を主張する方において、期限の合意を主張立証する必要はなく、かえって解除を争うほうが期限が経過しておらず未だ履行遅滞にあるとはいえないという主張を行う場合に、「代金支払期限は平成24年6月1日とする合意をした」との事実が抗弁となると考えるべきであろう。理論的にはその期限の経過「平成24年6月1日が経過した。」が再抗弁となろう。確定期限の場合は、暦日上期限の経過の存否が明らかで、顕著な事実(民事訴訟法179条)であるので、すでに経過した期限の合意を主張しても意味はない。不確定期限の場合にこのような判断構造となる場合が多いであろう。

なお、『第一巻』54頁は時的要素の説明で解除を例に挙げてあるが、一般的な説明にすぎず、売買型の契約の場合まで履行期の経過と別に催告が必要なのかまでは明らかとは言えない。おそらくこれは民法541条による解除特有の問題であろう。履行遅滞に基づく損害賠償請求については、いつからいつまでの期間に生じた損害を請求するのか(損害の発生と額)を請求原因で明らかにしなければならないから、確定期限の合意がある場合は、履行期の定めおよびその経過が必要とされる¹⁴⁾。

これに対し、貸借型¹⁵⁾の契約の場合、返還時期の合意は契約の本質であるので、契約の成立要件として主張立証する必要がある。したがって貸借型の場合は、債務の発生原因として契約締結の事実を主張立証すれば、期限の合意は必然的に表れるので、重ねて期限の合意を主張立証する必要はなく、その経過を主張立証すれば足りると一般に理解されている。

しかしながら、消費貸借契約、使用貸借契約は片務契約であるので、理論

13) 『第一巻』294頁にはその旨の指摘がある。

14) 『第一巻』21～22頁は確定期限の合意がある場合の履行遅滞に基づく損害賠償請求の説明であることは明らかである。

15) 従来、司法研修所は、期限が契約の本質であるかという点において、売買型と貸借型で区別を行っていたが(『第一巻』275頁～276頁、『紛争類型別』11頁)、司法研修所編『新問題研究』(2011年、法曹会)124頁では、貸借型理論を放棄しているかのようにも読める。伊藤滋夫「司法研修所編『新問題研究 要件事実』について(下)」法律時報1045号(2012年4月、日本評論社)も参考になる。

的には解除を認めることができる¹⁶⁾ものの、実際上は解除を問題とする必要性は多くない¹⁷⁾。

貸借型の中でも賃貸借契約の場合は、解除が問題となる場合は多く、論じる実益があるが、主として賃料支払債務の履行遅滞による解除であるので(賃貸人の債務については履行遅滞が問題となることはあまりない)、返還時期の合意すなわち目的物の使用収益の期限を主張立証しても賃料債務の履行期は当然には表れない。賃料については後払いの原則により(民614条)それと異なる合意がある場合に意味があるが、後払いの期限もすでに経過している場合は、前払いの合意を主張立証しても意味がないといえる¹⁸⁾。したがって、賃料支払時期の合意を主張立証する必要はない¹⁹⁾。

(4) 「催告」

条文上は「相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし」と規定されているが、催告の際に相当期間を付すことは不要である²⁰⁾。単に履行を催告すれば良い。その理由として考えられるところは、本条が解除の前に催告すべきとしたのは、債務者に最後のチャンスを与えて債務者が翻意してその履行がされれば解除を認めるまでもないといった点にあると考えられるところ、翻意の機会を与えて、履行をすべき期間が経過してもなお履行がなされていないならば解除を認めるべきという点にあるから、債権者が債務者に対し催告をして最後のチャンスを与えたことが重要であり、債権者が相当期間

16) 川井健『民法概論4 債権各論』66～67頁

17) 使用賃貸借契約や賃貸借契約のような継続的契約については、遡及効のない解約(解約告知)と呼ぶ場合もある。近江『民法講義V契約法(第2版)』85頁

18) 司法研修所編『民事訴訟における要件事実第二巻』101頁。

19) 解除が必ずしも問題となるのではないが、不動産や動産の明渡・引渡請求訴訟において附帯請求として賃貸借契約終了による目的物返還債務の履行遅滞に基づき明渡済み(引渡済み)までの賃料相当損害金を請求する場合がある。賃貸借契約の終了原因を主張立証する必要があるが、期間満了による場合は賃貸借契約の目的物の返還時期の合意およびその経過が必要となる。返還時期の合意は契約の成立を言えば表れることとなる。賃貸借契約の終了原因が解除の場合は、別途解除の要件が必要となる。

20) 『紛争類型別』12頁

を定めた催告をする必要性は認められないということであろう。客観的に相当な期間が経過すれば足りる。(大判昭和2.2.2民集6.133, 最判昭和29.12.21民集8.12.2211) 解除者が行った催告期間が過大または過少であった場合でも、同様である(最判昭和31.12.6民集10.12.1527)。

前述のように、解除のための催告は、附遅滞のための催告を兼ねることができる。

(5) 「相当期間の経過」

「相当期間」は事実的要件か、評価的要件か、当事者が期間を定めて催告した場合に、それが不相当であった場合にはどうなるかが、問題点としては挙げられる。

まず、事実か、評価かという点においては、評価であろうと考える²¹⁾。「相当期間」とだけいった場合に万人が共通のイメージを持つことは不可能であるからである。評価根拠事実としては、債務の内容を具体的に主張立証すれば良いと考えられる。すなわち、債務の発生根拠事実、すなわち具体的な契約の目的物、引渡債務か持参債務かなどの事実を主張立証すれば、履行をするのにどの程度の猶予期間が必要かが判断可能となる。解除が請求原因として主張される場合は、請求原因で契約締結の事実が表れ、解除が抗弁として主張される場合は、請求原因で契約締結の事実が表れているので、その契約締結の事実により相当期間がどの程度か基礎づけられることになる。

(6) 「解除の意思表示」

解除は意思表示が必要であることが条文上明らかである(民540条)。相手方に到達した時点で効力を生じる。実務上解除の意思表示は内容証明郵便でなされることが多いが、解除の意思表示がなされたことについて争いがなければ単にその意思表示到達の日において解除するとの意思表示をしたと摘示

21) 伊藤滋夫編『要件事実小辞典』144頁「相当期間」の項目には、評価的要件との説明がなされている。

すれば足りる。当事者間に争いがあれば、解除の意思表示の具体的態様を示す必要がある。

また、解除の意思表示に、解除原因を明らかにする必要はない²²⁾。

(7) 「自己の債務の履行の提供」

解除される側に帰責事由が必要とする従来の民法学における解除の捉え方を前提とすると、相手方が債権総論にいう債務不履行（履行遅滞）に陥ったことが必要であるから、履行しないことが違法であるといえなければならない。

要件事実論では、本来は履行しないことが違法であると債権者が主張立証する必要はなく、解除を争うほうで、履行しないことが違法でないことを主張立証すべきと解される。なぜなら、契約は守られるべきという制度趣旨からは、履行期が経過していれば特段の事情のないかぎり債務者は債務不履行にあるといえるのであって、例外として解除を免れるためには債務者のほうで履行しないことが違法でないことを主張立証するほうが、債務不履行、なかんずく履行遅滞、および履行遅滞を前提とする解除制度の制度趣旨に合致するといえるからである。

履行しないことが違法でないことの典型例は、債務者が同時履行の抗弁権を有していることである。同時履行の抗弁権については、従来の民法の教科書等においては、存在効果説、行使効果説の対立があるとの記載があるが、両者は対立する性質のものではなく、解除や債務不履行に基づく損害賠償請求の場合には存在効果が表れるというものであり、いずれも双務契約に根拠があるものである²³⁾。

双務契約の場合には、解除の前提として双務契約を締結した事実を主張立証しなければならず、その事実によって相手方における同時履行の抗弁権の

22) 大判大元、8.5民録18,726, 最判昭和48.7.19民集27.7.845

23) 伊藤滋夫編『要件事実講義』93頁〔伊藤滋夫、今出川幸寛、若柳善朗執筆部分〕Q110回答参照。

存在が基礎づけられることとなる。本来抗弁となるべき「履行しないことが違法でないこと」が請求原因に表れるため、請求原因だけを考えたときは主張自体失当となってしまう。そこで本来再抗弁であり、相手方の同時履行の抗弁権の存在効果を消すための、自己の履行の提供、あるいは、自己の履行が後履行であることを請求原因として主張立証すべきである（いわゆる「せり上がり」）²⁴⁾

契約に基づく履行請求に対し、抗弁として解除を主張する場合も、同様である。請求原因で相手方の同時履行の抗弁権の存在が基礎づけられるので、催告、相当期間の経過、解除の意思表示だけでは、履行しないことが違法でないといえるので、抗弁で自己の債務の履行の提供を併せて主張立証する必要がある。

(8) 抗弁

抗弁としては、1 履行が不能であること、2 履行しないことについて帰責事由がないこと、3 履行しないことについて違法性がないこと、4 履行の提供をしたこと、を主張立証することができる。

第1の履行が不能であることについては、解除の意思表示前に履行が不能になったことを主張立証することができる。自己の債務が履行不能になったことにより、債務が消滅するからである。ただし、履行不能は別の解除原因となりうる²⁵⁾。したがって、実際は自己の責めに帰すべからざる履行不能の場合しか、抗弁としての意味はないであろう。解除の意思表示前に履行不能になれば、催告後であっても良い。催告後の不能は履行遅滞後の不能となり、債務者の責めに帰すべき事由による履行不能と同視できることから²⁶⁾、別個の解除原因となる。履行不能解除に対し、帰責事由なしの抗弁が出されても、その履行不能が催告後であったことが再抗弁となるように思われる。

24) 『第一巻』62頁以下、291頁以下参照

25) 『紛争類型別』13頁。

26) 我妻栄『民法講義契約上』173頁

第2の履行しないことについて帰責事由がないことについては、不可抗力によること、債務者の故意・過失に基づかないことなどを主張立証することができる。評価的要件であり、評価根拠事実が必要である。この要件について民法学説上、近時は不要説が台頭していることはすでに述べた。今後議論が必要となろう。

第3の履行しないことについて違法性がないことであるが、同時履行の抗弁権については、すでに述べたとおり、せり上がりとなる。

第4の履行の提供については、解除の意思表示の到達前に、履行の提供をしたことを抗弁として主張立証することができる²⁷⁾。民492条により、弁済の提供によって債務不履行によって生じる一切の責任を免れることができる。

催告後、解除の意思表示到達前に限られるか²⁸⁾という点であるが、債務者が催告前に履行の提供をしていればそもそも履行遅滞の責めを負うことはないから、解除はできないと考えられる²⁹⁾。その意味では、催告前の提供は、解除特有の抗弁ということではなく、その前提である履行遅滞に対する抗弁である。もっとも弁済の提供は適法になされることが必要であり、契約に定められた日時・場所・態様においてなされることが必要であろう。民541条の解除特有の抗弁としては、催告後、解除の意思表示到達前の弁済の提供となる。この点においても、今後解除制度と債務不履行制度の分離を主張する新しい考え方によれば、議論がなされるべきところであろう。

27) 『第一巻』258頁、民541条解除で期限の定めのない例である。

28) 『紛争類型別』13頁は、催告後、解除の意思表示到達前とする。なお、『第一巻』59頁は、催告後、相当期間経過前であれば解除権の発生障害事由となり、相当期間経過後、解除の意思表示到達前であれば、解除権の消滅事由となるとの説明がある。

29) 『第一巻』256頁は、履行遅滞に基づく損害賠償請求の場合の説明であるが、債権者の催告以前に債務者が弁済の提供をしたことが抗弁となるとの説明がある。期限の定めのない例である。

(9) その他履行遅滞解除に関連する問題

履行遅滞解除については、他に、実務上以下のような解除が行われる場合がある。停止条件付解除の意思表示(停止期限付解除の意思表示)、無催告解除特約に基づく解除、当然解除特約(失権約款)に基づく解除などである。これらの解除については、本稿では説明を省略する³⁰⁾。

3 履行不能解除の要件事実

(1) 履行不能解除総論

民法543条は履行不能解除について定める。履行遅滞の場合と異なり、催告、相当期間の経過は不要である。履行が不能になっているものに対し、債務者に翻意の機会を与えても意味がないのは当然のことである。

同条ただし書について触れておく。平成16年改正(平成16年法律第147号)前は、履行不能解除の積極要件として、「債務者ノ責ニ帰スベキ事由」を必要としていたのに対し、改正後は、ただし書の形式で、「その債務の不履行が債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない」と、消極要件として規定した。従前から、履行不能解除の場合も、債務者の責めに帰すべき事由がないことが抗弁とされていて、実務上も定着し学説上争いもなかったのであるが、こうした事実条文の形式を合わせることにしたのである。

要件事実を考えるにあたっては、民法543条の趣旨からは履行不能だけで原則として解除権が発生し、それが債務者の責めに帰することができない事由による場合は、解除権を認めるのは不当であるから、それは例外的事由として抗弁となると考えるべきである。

履行不能の場合は、債務の発生原因事実、債務の履行が不能になったことを基礎づける具体的事実、解除の意思表示が必要である。

30) 『第一巻』259頁～270頁参照。

履行遅滞においては、履行がないことを主張立証する必要はなかったこととの均衡が問題となりうるが、履行不能の場合は、それをいわずに何も主張立証しなくてもよいことになってしまい、不当であるからであろう。

(2) 「履行不能」

履行不能は、原始的不能ではなく、後発的不能である。社会通念上の不能(最判昭和35.4.21民集14.6.930)とされているので、それに該当する具体的事実を主張立証する必要がある。少なくとも単なる事実ではなく、評価と扱うべきであろう³¹⁾。特定物の引渡債務の場合は、その目的物が滅失・毀損等した場合は、それ以上調達して引き渡すべき義務は負わないが、種類債務の場合は、特定(民法401条2項)しないかぎりには調達して引き渡すべき債務を負うので、単なる目的物の滅失・毀損等を主張立証しても履行不能とは言えない。特定したこと、または、制限種類物債務であり、その範囲の物がすべて滅失・毀損等したことを主張立証してはじめて履行不能といえる。言い換えれば、種類債務の場合は、そうした事実がないかぎりには履行遅滞解除となり催告・相当期間の経過が必要となる。

なお、履行不能の評価障害事実は抗弁となりえよう。

(3) 「解除の意思表示」

履行遅滞における解除の意思表示(前記2(6))と同様である。

(4) 抗弁

解除を争う者は、履行不能が自己の責めに帰すべき事由に基づくものではないことを抗弁として主張立証しうる。履行遅滞解除において帰責事由を必要とする従前の説を前提とすれば、履行不能においても不能が債務者の責めに帰すべき事由に基づくことが必要とされる。そしてそれは履行遅滞の場合

31) 伊藤滋夫編『要件事実講義』95頁〔伊藤滋夫・今出川幸寛・若柳善朗執筆部分〕Q114回答参照。

と同様、解除を主張する者が主張立証する必要はなく、債務者が自己の責めに帰すべからざる事由に基づくことを抗弁として主張立証すべきである。そして、その見解によれば、債務者の責めに帰すべき事由に基づかない履行不能は、危険負担の問題とされる。危険負担の要件事実との関係については、問題があるところであるが、本稿では取り上げない。

履行遅滞解除において帰責事由を不要とする学説によれば、履行不能についても帰責事由を不要とするのが理論的であろう³²⁾。しかし、履行遅滞解除において帰責事由を不要としながらも、履行不能については帰責事由を必要とする見解もある³³⁾。

金銭債権については、不可抗力を抗弁とすることはできない。民法419条3項は損害賠償についての規定であるが、解除の場合も同様に解すべきであろう。

履行遅滞と同様に、履行が不能であること、履行しないことについて違法性がないこと、も抗弁となりうるか。

履行が不能であることについては、後発的不能は請求原因ですでに表れているため、原始的不能が抗弁となりうるかという問題となりそうであるが、契約当初から履行が不能であれば、契約不成立の問題となり、解除をいうまでもなくすでに引渡・交付したものがあれば原状回復請求ができ、また、自己の債務から解放されるであろう。いわゆる契約締結上の過失の問題として損害賠償請求等は問題となりえよう。抗弁とはなりえない。

履行しないことについて違法性がないことについては、履行遅滞の場合と異なり、同時履行の抗弁権は問題とならない。それ以外に違法性がない場合の具体例は、以下のようなものが挙げられる。ある開発したばかりの新薬（材料となる物質も極めて希少である）を売買する契約において、引渡期日直前にある一定範囲の地方においてその新薬しか効かない病気が流行し、人道的見

32) 潮見佳男『債権総論』265頁、辰巳直彦「契約解除と帰責事由」『谷口知平追悼論文集第二巻契約法』331頁以下、特に344頁以下。

33) 近江幸治『民法講義Ⅴ契約法』81頁、89頁

地からその一定範囲の地方に供給することが必要とされた場合に、その一定範囲の地方に引渡をしたため買主に引渡をすることができなかったということなどである。評価的要件であろう³⁴⁾。

履行遅滞の間に履行不能になった場合は、債務者の責めに帰すべき事由に基づく履行不能とされることは、履行遅滞のところで述べたとおりである。抗弁として債務者の責めに帰すべき事由がないことが主張された場合、再抗弁として期限の合意、その期限の経過、その後請求原因の履行不能が生じたことを主張立証することができるであろう。

(5) その他履行不能解除に関連する問題

前述のとおり危険負担との関係は大きな問題であるが、指摘するにとり本稿では論じない。また、売買をはじめとする有償契約においては、売主担保責任が適用される場面が多いであろう。それらの責任との競合は問題となる。

4 不完全履行解除の要件事実

(1) 不完全履行解除総論

不完全履行については、実体法上そうした類型を認めることができるか自体が争いとなっていて、履行遅滞か履行不能かいずれかに分類可能であるから不完全履行という概念を認める必要はないとの見解も強く主張されているところである。

不完全履行概念を認める見解は、追完不能な場合と、追完可能な場合とがあり、追完不能な場合（あるいは追完が債権者にとって意味がない場合）は履行不能と、追完が可能な場合は履行遅滞と、それぞれ同様に考えることもできるように思われる。引渡債務においては、履行遅滞と同じとし、行為債務の場

34) この例は、創価大学法科大学院の「民事法総合Ⅰ（要件事実・事実認定基礎理論）」の授業打合せにおいて伊藤滋夫教授からご教示を得た。

合は、履行不能とも履行遅滞にも分類できない独自の類型として意味があるとする見解もある³⁵⁾。しかし、いずれの場合も典型的な履行不能解除、履行遅滞解除とは異なる点があるように思われる。本稿では、不完全履行という概念を認める立場を前提として、論じることとする。それらの要件事実を検討することにより、不完全履行をめぐるこれらの議論に対し何らかの一石を投じることができるかもしれない。

まず債務の発生原因事実が必要なことは、履行遅滞、履行不能と同様である。

追完不能な場合は、民543条に従って解除できる。要件事実としては、一応の履行がなされたこと、その履行が不完全であったこと、追完が不能であること（あるいは追完が債権者にとって意味がないこと）、解除の意思表示が必要である。

追完可能な場合は、民541条に従って解除できることとなる。要件事実としては、一応の履行がなされたこと、その履行が不完全であったこと、催告、相当期間の経過、解除の意思表示が必要である。

行為債務で解除が問題となるのは、請負契約の請負人の仕事完成債務、賃貸借契約の賃借人の用法遵守義務等であろう。医師の診療債務等は損害賠償請求は問題となっても、解除が問題となることは事実上ない。

請負契約の場合は、請負人の担保責任が規定されていて（民法634条以下）、債務不履行責任の特則であると解されていることから、これらの請負の規定によることとなる。

賃貸借契約における賃借人の用法違反については、特約が付されることが多く、信託関係破壊理論が適用されることから、別途の検討が必要であろう。

35) 内田貴『民法Ⅱ（第2版）』105頁

(2) 「履行が不完全であること」

履行が不完全であることといっても、引渡債務の目的物に欠陥がある場合から、行為債務の場合のように、バリエーションがある。そのため履行が不完全であることがどういう場合か、一概にはいえない。履行が不完全であることは、事実的要件ではなく、評価的要件であろう。追完不能場合と追完可能な場合とに分けて検討する。

(a) 追完不能場合

一応の履行がなされたこと、その履行が不完全であったこと、追完が不能であることをまとめて、履行不能と評価できるものでなければならない。典型的な履行不能との違いは、その評価性の高さにあるように思われる。すなわち評価根拠事実のバリエーションが多く、主張立証すべき事実も多いということが考えられる。なおかつ、評価障害事実が出てくる可能性も高いということであろう。

典型的な履行不能の場合も、履行が不能となったことは評価的要件であるに違いはないが、目的物が滅失したとか、用をなさなくなった等の具体的事実が評価根拠事実であり、それと両立しかつ異なる評価障害事実はさほど多くはない。不完全履行は一応の履行がなされているながらその目的物が用をなさないような場合に該当することの具体的事実を評価根拠事実として主張立証しなければならない。解除を主張する側としては様々な事実を主張立証しなければならない。量的に主張立証すべき事実は多くなるであろう。

また、一応の履行を行っていることから、それが用をなさない代物であるのは債権者側の事情による（例えば、債権者の管理方法や使用方法が悪かったことに基づく）といった評価障害事実も考えられる。履行の不完全性を巡る当事者間の攻撃防御が、激しくなるということであろう。

筆者は、評価的要件については、その要件を定めた法の趣旨、制度の趣旨を考えて、いたずらに恣意的にならないよう、また民事訴訟における当事者の攻撃防御の指標となるように評価根拠事実、評価障害事実をどの程度の量をいずれの当事者が主張立証すべきかを決定していくべきと考える。その上

で立証の困難性という点も加味して法の趣旨に合致するよう決定していくべきと考える³⁶⁾。実際これを行うとなると非常に困難を伴うが、不完全履行の類型ごとに一つ一つ丁寧に検討していくしかないのではなかろうか。

(b) 追完可能な場合

売買契約の目的物に欠陥がある場合を例に挙げると、YがXに売買契約に基づき目的物を引き渡したこと、および、引渡時においてその目的物に欠陥があったことの評価根拠事実が必要である。

有償契約における目的物に瑕疵（欠陥と言い換えても中身は同じであろう。）がある場合には、瑕疵担保責任（民法570条、566条）の適用も考えられることから、不完全履行と瑕疵担保責任との関係が、瑕疵担保責任の法的性質と相まって問題となる。判例といわれている法定責任説を前提とすると、不特定物の場合は不完全履行責任を問うこととなるから、目的物が不特定物であることが必要である。これは、通常は契約の締結を主張立証すれば、目的物が不特定物であるか否かが表れる場合が多いであろう³⁷⁾。不特定物であっても、債権者が目的物受領後に瑕疵の存在を認識した上で、これを履行として認容したこと（ほとんどこのような場合はおこりえないように思えるが、追完請求権を放棄することとはほぼ同旨かと思われる。）を主張立証して瑕疵担保責任を追及することは可能である³⁸⁾。そうした認識・認容がない場合は不完全履行による解除を主張しうる。不完全履行の場合は、瑕疵担保責任と異なり、欠陥が「隠れた」ものである必要はない。

(3) 「催告」

追完可能な場合は、履行遅滞と同様民法541条により解除がなされる。催告、相当期間の経過が必要である。債権者は追完請求権を有することから、

36) 田村伸子「評価的要件の判断構造についての考察—権限外の表見代理における『正当事由』を題材として」『民事要件事実講座6 民法学と要件事実との協同』81頁以下、特に91頁

37) 『第一巻』214頁

38) 最判昭和36.12.15民集15.11.2852〔146〕

追完のための機会を債務者に与えて、それでも追完なされず完全な履行が期待できない場合に初めて解除ができると解すべきであろう。

履行遅滞と異なり、不完全履行の場合の追完請求権には、修補請求権と代品請求権が考えられるが、両者の関係が問題となる³⁹⁾。考え方としてはいくつありうるであろう。

まず第1説は、まずは修補せよと催告し、修補に必要な相当期間が経過し、次に代品を引き渡すべきことを催告し、代品引渡に必要な相当期間が経過したことが必要とする見解である。典型的に代品請求より修補請求に対して履行することが容易であることを理由とする⁴⁰⁾。

第2説は、代品を引き渡すべきことを催告し、相当期間が経過すればよく、代品請求をすることが信義則に反することの評価根拠事実（修補のほうが容易であることなど）が抗弁であるとする見解である。

第3説は、解除を主張する者は、修補の催告または代品の引渡いずれかを選択して催告すればよいとする見解である。

第1説は、修補請求が原則であっていきなり代品請求をする場合は修補より代品請求のほうが容易であることを併せて主張立証すべきこととなる。単なる履行遅滞より解除を主張立証すべき者は原則として2度の催告をすべきこととなり、負担が大きいに思われる。

第2説は原則代品請求を履行するほうが容易であると考え、修補請求ができるのは特段の事情と考えるのであろう。しかし、代品請求のほうが容易であると一般的典型的に言えるかは難しいように思われる。

第3説は、不完全履行の場合に債権者が選択できるとする根拠が明確ではないという難点があるように思われる。選択したものが信義則に反しないことを請求原因で併せ主張立証すべきか、選択されたものが信義則に反すこ

39) 創価大学法科大学院における「民事法総合Ⅰ（要件事実・事実認定基礎理論）」の教員間の合議において、伊藤滋夫教授の問題提起および伊藤教授、今出川幸寛教授、若柳善朗教授、後に担当された栗林信介教授との議論により多大なご教示を得た。

40) 前記の合議において伊藤滋夫教授の主張された見解である。内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権（第3版）』（東京大学出版会、2005年）128頁参照。

との評価根拠事実が抗弁となるかの点も明確でないように思われ、理論的難点があるように思われる。

それぞれ一長一短あるようであるが、筆者は、第1説が、解除を主張する者の負担は大きい、履行遅滞と異なり債務者は一応の履行をしていることから、2度の催告を課しても著しく不当ともいえないように思われることから、最も理論的難点が少なく妥当な見解ではないかと考える。

(4) 「相当期間の経過」

履行遅滞における「相当期間の経過」(前記2(5))と同様である。

(5) 「解除の意思表示」

履行遅滞における「解除の意思表示」(前記2(6))と同様である。

(6) 「自己の債務の履行の提供」

履行遅滞解除と同様、不完全履行の場合においても、完全な履行をしないことが違法であるといえなければならない。要件事実では、本来は履行しないことが違法であると債権者が主張立証する必要はなく、解除を争うほうで、履行しないことが違法でないことを主張立証すべきと解されることも、履行遅滞解除で述べたことがそのまま妥当するであろう。

不完全履行の場合においても、履行しないことが違法でないことの典型例は、同時履行の抗弁権の存在である。双務契約の締結を主張立証すれば相手方の同時履行の抗弁権の存在が当然に表れてくることから、せり上がりで、自己の債務の履行の提供を合わせて主張立証すべきことも、履行遅滞のところで述べたとおりである。

不完全履行の場合に特に問題となるのは、すでに引き渡された不完全な目的物の返還の提供が必要か否かである。代品請求は引渡を受けた不完全な目的物と無関係に新品を引き渡せと請求するのではなく、債務者は、不完全な目的物の返還と新品の引渡とにおいて同時履行の抗弁権を主張しうると解す

べきであろう⁴¹⁾。

(2) に続く。

41) この点も前記の合議における伊藤滋夫教授からのご教示による。大江忠『第3版要件事実
民法(4)』(第一法規, 2005年), 73頁