

解除原因と遮断効

法学科 4 年 後 友香

1.はじめに

民事訴訟の機能は私人間の紛争の終局的な解決であるから、それに実効性を持たせるためには、同じ紛争が蒸し返されないようにする必要がある。そこで、確定判決には既判力が与えられ、訴訟物たる実体法上の権利義務の存否を再び争うことは封じられている。もっとも、実体法上の権利義務は時間の経過によって変動しうるため、その存否の判断というのは一時点におけるものでしかない。その一時点のことを基準時(又は標準時)と呼び、それは事実審の口頭弁論終結時であるとされている(民事執行法 35 条 2 項参照)。なぜなら、裁判所の判断は、当事者の提出した事実及び証拠に基づいてなされることから、当事者が事実及び証拠を提出できるのは、事実審の口頭弁論終結時までだからである。言い換えれば、この時点までの事由は全て主張しえたはずであるから、それについて基準時後の主張を認めなくても不当ではない。このように、基準時前の事由を基準時後に主張できないとする効力を、既判力の遮断効という。

例えば、債務の履行請求に対し、弁済や免除の主張をするのであれば、弁済や免除があった時点と、その効果が主張できるようになった時点は同一であるから、その時点が基準時より前か後かで、遮断効が及ぶか否かを判断すればよい。ところが、形成権の場合にはそうはいかない。なぜなら、形成権は、発生してもその行使の意思表示をしなければ効果が生じないからである。そのため、形成権は、その発生時点と行使時点のいずれに重点を置くかで、既判力によって遮断されるか否かが変わりうる。

通説²・判例³は、取消権と白地手形補充権については遮断効を肯定する一方で、相殺権と建物買取請求権については遮断効を否定している。今回取り上げる解除権については、最高裁判例はないものの、以下に掲げる下級審裁判例があるほか、学説上も見解が分かれるところである。後述のように、通説は、解除権を取消権と同様に扱い、遮断効を肯定すべきだとしている。本稿でも、解除権は原則として遮断すべきであると解する。その上で、主として取り上げるのは、解除権が前訴で発生していなければ、前訴の基準時前の事由を基準時後の事由と合わせて、後訴で解除の主張ができるか、という問題である。これにつ

¹ もっとも、当事者が基準時前に当該事由の存在を知り得なかった場合には、実質的には手続保障が充足されていたとは言えないから、そのような事由に遮断効を及ぼすことには問題があると考えられるが、本稿では立ち入らない。

² 兼子一『新修民事訴訟法体系』340頁、三ヶ月章『民事訴訟法[第3版]』法律学講座双書36頁、新堂幸司『新民事訴訟法[第5版]』691頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)[第2版補訂版]』614頁。

³ 取消権につき、最判昭 36.12.12 民集 15-11-2778、最判昭 55.10.23 民集 34-5-747。白地手形補充権につき、最判昭 57.3.30 民集 36-3-501。相殺権につき、最判昭 40.4.2 民集 19-3-539。建物買取請求権につき、最判平 7.12.15 民集 49-10-3051。

いて、とりわけ賃貸借契約に焦点を当て、解除権の発生原因事実に着目した検討を試みたいと思う。

2. 裁判例

まず、基準時の前後を通じて継続していた債務不履行による解除についての判断をしている2件の下級審裁判例を紹介する⁴。なお、いずれの事案も、解除権に関する部分に絞って簡略化する。

① 旭川地判昭 41.1.26 判時 453-60 — 遮断効否定

[事案]

Aは、昭和15年6月1日、Y1に自己所有の建物を賃貸した。Y1は、同30年10月以降、Aに無断で右建物の2階をY2に転貸した。Xは、同33年2月25日、右建物をAから買受け、賃貸人たる地位を承継した。

Xは、Y1に対し、賃貸借契約終了に基づく建物明渡請求訴訟(前訴)を提起した。契約終了の原因としては、(i)同32年2月以降の賃料不払に基づき同33年4月になされた無催告解除、(ii)同日になされた自己使用の必要による解約申入れ、(iii)同33年9月以降のY2への無断転貸に基づき同34年11月になされた解除、を挙げている。旭川地裁は、同35年10月6日に終結した口頭弁論に基づき、Xの主張をいずれも認めずXの請求を棄却した。

その後、Xは、Y1に対し、再度、賃貸借契約終了に基づく建物明渡請求訴訟(後訴)を提起した。契約終了の原因としては、(I)同30年10月以降のY2への無断転貸、同33年2月以降の賃料不払、相当以前からの土地不法占有に基づき同38年4月になされた無催告解除、(II)同33年3月から同38年4月の賃料不払に基づき同38年4月になされた催告を経た解除、(III)(I)で挙げた事実及び相当以前からの用法違反を正当事由として同38年4月になされた解約申入れ、(IV)用法違反に基づき同38年12月になされた解除、(V)同28年9月になされたBへの無断転貸に基づき同40年5月になされた解除、を挙げている。

[判旨]

以下のように述べ、無断転貸以外については、後訴での主張を認めて解除の可否を判断し、結果としてXの請求を棄却した。以下、無断転貸、賃料不払、及び土地不法占有についての判旨を引用する⁵。なお、土地不法占有についての判断は、(IV)及び(V)の解除等についても同様であるとされた。

(無断転貸)「Xの…(後訴での)主張にかゝるY1からY2に対する…転貸とXの前訴における…主張にかゝるY1からY2に対する…転貸とは、継続した一個同一の事実関係としての

⁴ 基準時前に発生していた解除権の遮断を肯定した事案として、大阪高判昭 52.3.30 判時 873-42 がある。

⁵ 土地不法占有等の開始時期は明示されていないが、判決からは、いずれも賃貸借契約締結直後、少なくとも前訴提起前から継続していることがうかがわれる。

一個同一の転貸であ(り)…Xが…生じたとする解除権なるものは…全く同一のものと認めなければならない。蓋し一個同一の無断転貸に因り別異の解除権が発生するいわれはないからである。…Xが前訴の最終事実審口頭弁論の終結の時以前に右解除権なるものを既に行使している以上、Xの本訴における…主張は…前訴判決の既判力に抵触する…。」

(賃料不払)「賃借人による賃料不払の事実の累積は、賃借物件の無断転貸の場合とは異なり、同一事実状態の単純な継続とみることはできず、Xとしても賃借人に賃料支払の遅滞があれば貸貸人は遅滞金額の多寡に拘らず直ちに賃貸借契約を解除できるものとしているのではなく…Y1が前訴の最終事実審口頭弁論終結の後においても賃料不払いを続けそのため遅滞金額が著しく膨大になったことに因って初めてその発生要件が完備したものとして…主張をしているものと考えられるから、右主張は…前訴判決の既判力に抵触するものではない…。」

(土地不法占有)「右主張は…前訴判決の既判力に抵触するものではない。蓋しY1による本件土地不法占有に因って生じたというX主張の解除権なるものゝ行使は本訴において初めてなされたもの、すなわち前訴の最終事実審の口頭弁論終結の後になって初めてなされたものと認めれるるのであるが、凡そ賃貸借契約の解除権はその行使に因って初めて賃貸借関係に変動を生ぜしめるものであるのみならず、その行使の効果には遡及効がなく唯将来に向ってのみ該契約を失効せしめる効力を有するものであるから、Xの右主張は前訴の最終事実審口頭弁論の終結の後に生じた事実の主張とみななければならないからである。」

②東京地判平元.9.29判タ 730-240 — 遮断効肯定

[事案]

昭和61年3月、Xは、Yに対し、土地の賃貸借契約終了に基づく建物収去土地明渡請求訴訟(前訴)を提起した。一審(浦和地裁)でXの請求が棄却されたため、Xは控訴したが、控訴審(東京高裁)も、同63年11月17日に終結した口頭弁論に基づき、Xの請求を棄却した。なお、Yは、同63年8月以降、隣接地の所有者に右土地の一部を使用させていたため、Xは、控訴審の和解期日であった同63年11月17日に、Yに対し、原状回復の催告をしていた。

しかし、Yが原状回復しなかったため、平成元年4月、Xは、Yに対し、再度、賃貸借契約終了に基づく建物収去土地明渡請求訴訟(後訴)を提起した。契約終了の原因としては、前述のYの無断転貸を挙げている。

[判旨]

以下のように述べ、前訴の基準時後の無断転貸についてのみ解除の可否を判断し、結果としてXの請求を棄却した。

(前訴の基準時前の事由は既判力により遮断されるから)「Xは前訴控訴審の口頭弁論終結時…以前に存在した「無断転貸」の事実を理由としては、本件後訴の訴訟物である本件土地明渡請求権を基礎づけることは、許されない…。」

「Xは…既判力の基準時である前訴控訴審口頭弁論終結時後に解除権を行使したのであるから、右基準時以前に存在した事実を解除原因として援用することも許される旨の主張をするが、右見解を採用することは、ひっきょう当事者の恣意により既判力の効果を浮動状態に置くことになるから、許されないものというべきである。また、解除権の性質が形成権であることをもって、別異に解すべき根拠もない…。」

①は、無断転貸につき、1つの無断転貸から生じる解除権は1つであり、前訴でそれを行った以上後訴では行使できないとする。他方で、賃料不払については、無断転貸と異なって同一事実状態の単純な継続ではないことに加え、基準時後の不払が膨大になったことを理由に、後訴での解除の主張を許している。特に「基準時後の不払」が膨大になったことを挙げているところから、基準時前の不払を理由とすることは認めていないと思われる。以上2点につき、前訴で解除が認められなかった理由は定かではないが、仮に、後述の信頼関係破壊の法理により認められなかったのであれば、私見では、基準時前の事由も合わせて主張できるべきであると解する。また、土地不法占有については、基準時前から生じていたとうかがわれるところ、解除権の行使が基準時後であったことを理由に、その土地不法占有全体を解除原因として解除の可否を判断している。(IV)の用法違反、(V)の無断転貸についても、同様の理由で、基準時前の解除原因((V)はこれのみ)に基づき、解除の可否を判断している。以上3点につき、私見によれば、前訴で当該事由に基づく解除の主張ができたのにしなかった以上、既判力により遮断すべきである。

②は、基準時の前後を通じて継続していた1つの無断転貸を、基準時前の部分と基準時後の部分に分け、基準時前の部分に基づく解除の主張は、既判力により遮断されるとする一方で、基準時後の部分に基づく解除の主張については、遮断効の問題を論ずることなく、解除の可否を判断している。私見によれば、前訴での当該事由に基づく解除の主張がないため、既判力により遮断すべきである。

3.学説

次に、解除権の基準時後の行使についての学説に目を向けると、通説⁶は、解除権を取消権と同様に扱い、遮断効を肯定すべきだとしている。

これに対し、中野教授の有力な反対説⁷は、形成権全般につき遮断効を原則として否定する。中野説は、主に取消権についてその論を展開しているが、そのうち解除権にも当てはまる部分の説明を取り出すと、次のようなものである。形成権は行使の意思表示をしなければ効力を生じないため、既判力が確定するのは将来消滅する可能性のある請求権にすぎない。また、形成権に実体法上定められている除斥期間(解除権の例として民法564条、同566条3項)が、訴訟係属という偶然的な事情により制限されることになり、実体法と訴訟

⁶ 三ヶ月前掲(注2)36頁、新堂前掲(注2)692頁。

⁷ 中野貞一郎『強制執行・破産の研究』36頁、同『民事訴訟法の論点I』243頁。

法の間には齟齬を生じるとともに、取消権者の利益が不当に害されかねない。更に、通説によれば形成権の遮断は債務者が「執行の腕をとり押える」ことを許さない法律政策的考慮に基づくが、そう解すれば債務者が帰責事由なく基準時までには形成権の発生原因の存在を知らなかった場合には基準時後の行使の効果の主張を許さなければならなくなる。しかし、このような当事者の主観的事情は、既判力の客観的な明確性と相容れないと言う。

同じく解除権につき遮断効を一律否定するものとして、伊藤教授の説⁸がある。伊藤説は、取消権については通説・判例を支持する一方で、解除権については遮断効を否定する。なぜなら、契約の解除とは、契約に基づく権利義務があることを前提に、それを遡及的に解消することであるから、解除の意思表示は、基準時における契約関係が存在するとの判断と矛盾・抵触しないためである。ただし、仮に解除の意思表示が執行妨害目的でされた場合には、信義則によってその主張を制限することも考えられるとする。

これらの説に対し、解除権を分類して論ずるものも少なくない。まず、上田教授⁹は、形成権全般の遮断効につき、次のように論ずる。形成権と遮断効の問題は、形成権者がその形成権を前訴の基準時までに行使しておかなければ後訴で提出可能性を失うという責任の問題である。これを提出責任と呼ぶ。そして、提出責任の有無は、法的安定要求と実体関係的手続保障要求のいずれが優位であるかで決まる。法的安定要求とは、当事者に攻防の機会(抽象的手続保障)が与えられたことを前提とするものであり、訴訟経済の要求や執行妨害の防止要求等が含まれる。さらに、当事者平等原則の下、勝訴判決を得た当事者の地位の安定確保の要求も出てくる。この法的安定要求は、提出責任を認めることに積極的に作用する。他方で、提出責任を認めることに消極に作用する実体関係的手続保障要求とは、形成権者の実体法上の地位の訴訟法上の評価として基準時後の主張を許すべきとする個別具体的な手続保障の要求である。それに加えて、後訴判決も含めた全体としての争訟解決の結果を可及的に実体的権利関係に接近させるべきであるという要求も同じ働きをする。形成権が遮断されるか否かは、以上の二種類の相反する要求のうち、いずれかが決定的優位を占める場合以外は、両者の緊張関係の調和点としての提出責任の有無の判断によって決せられるべきである。

これに基づき、解除権については、以下のような帰結に至る。(1)催告をその発生要件とする解除権については、催告をして相当の期間が経過して初めて解除権が成立する。そのため、前訴の基準時前に解除原因事実があったとしても解除権が発生していなかった場合には、法的安定要求の前提となる抽象的手続保障さえも与えられていないから、提出責任は否定され、後訴での主張は遮断されない。前訴の基準時前に解除権が発生していた場合には、後述のようになる。(2)基準時前に解除権が発生していた場合には、抽象的手続保障が与えられていたため、法的安定要求が現実化する。そこで、実体関係的手続保障要求との緊張関係を検討する。(2-i)原告たる債権者が解除権者であったときは、提出責任は否定

⁸ 伊藤眞『民事訴訟法[第4版補訂版]』518頁。

⁹ 上田徹一郎『判決効の範囲』224頁。

され、後訴での主張は遮断されない。履行遅滞の場合には、債権者は、本来の履行請求と解除による原状回復請求の選択を任されている一方で、債務者は、催告権(民法 547 条)を行使しなかったのであるから、勝訴当事者たる債務者の地位の安定要求に比して、債権者の実体関係的手続保障要求を重視してよい。履行不能の場合には、もし債権者が履行不能を知っていれば、前訴で本来の履行請求をすることは有り得ないため、知らなかった場合が問題となる。この場合は、相手方が前訴で催告権(民法 547 条)を行使して解除権を行使あるいは消滅させておくべきであったとして、同じく実体関係的手続保障要求の方が優位になる。(2・ii)被告たる債務者が解除権者であったときは、提出責任は肯定され、後訴での主張は遮断される。債務者は債権者と異なり、解除権を行使する外ない法的地位にあったため、法的安定要求、ことに勝訴原告の地位の安定確保の要求が大きい一方、実体関係的手続保障要求は相対的に軽減されるのである。

この上田説に対し、高橋教授¹⁰は、被告の解除権については通説と同じく遮断することに賛成しているが、原告の解除権を遮断しないことは、原被告間のバランスを欠くとする。なぜなら、原告が本来の履行請求で訴えを提起している時点で、選択権の保障の規律が揺らぐ一方で、被告に、本来の履行請求に対して民法 547 条の催告を要求しているからである。なお、債務者が履行不能を秘匿し、それを知っていれば解除したであろう原告が本来の履行請求を続けて判決を得た場合は、判決確定後にも解除を認めるべきであるとする¹¹。

他方で、池田教授¹²は、上田説に全面的に賛成するわけではないものの、自らの説と相通ずるものがあるとする。池田説は、形成権一般でなくさしあたり解除権を念頭におき、以下のような要件プログラムを示している。(1)防御型(債務者行使型)の場合は、形成権を行使する責任が一応あるが、当該形成権(解除権)保障の実体法的な趣旨からみて早期の行使を要求できない場合は、その責任は生じない。(2)攻撃型(債権者行使型)の場合は、攻撃の仕方には選択の余地がある上、当該形成権(解除権)保障の実体法的な趣旨からみても、基本的には形成権を行使する責任は生じない。ただし、不行使につき相手方の正当な信頼が生じた場合には、その責任は生じる。(3)防御型・攻撃型双方に妥当する点については、解除権行使により自己の犠牲を強いられる場合は、形成権を行使する責任は生じない。また、契約の成否を主たる争点としているときは、特段の事情がない限り、その責任は生じない。以上の要件プログラムを精緻化していく作業が必要であるとする。

最後に、山本教授¹³は、形成権も訴訟上は一つの攻撃防御方法に過ぎず、特別扱いする必要はないとして、前訴で形成権を行使できた場合は原則として全て遮断されると考えてよいとする。その上で、状態型の約定解除権については基準時後の状態を理由になお行使できるが、法定解除権や事実原因型約定解除権については、原則として遮断されるとする。

¹⁰ 高橋前掲(注 2)617 頁以下、特に注 36。

¹¹ しかし、これは前訴での主張の期待可能性の問題として処理することもできるように思われる、としている。注 10 参照。

¹² 池田辰夫『新世代の民事裁判』197 頁。

¹³ 山本和彦『民事訴訟法の基本問題』195 頁。

しかし、法定解除権であっても、債務不履行が基準時の前後を通じて存在する場合には、基準時後に新たな解除原因が発生したとみて、遮断の対象とせず、後訴で解除権の主張ができるとする。

4.検討

解除原因と遮断効の検討にあたり、まず、本稿の立場を明確にしておく。本稿では、原則として解除権は遮断されるが、解除権発生の要件事実に規範的要件が含まれ、且つ、前訴で解除が認められなかった理由がその規範的要件の不充足である場合には、基準時前の解除原因を、基準時後の解除原因と合わせて、後訴において解除の主張ができると考える。

冒頭でも述べたように、既判力は、紛争解決に実効性を持たせるために確定判決に与えられた制度的効力であり、前訴で手続保障が与えられた以上は、前訴の基準時前に生じていた事由は後訴では主張できないとされる（民事執行法 35 条 2 項参照）。さて、このような既判力の趣旨をふまえれば、形成権が基準時前に成立しており行使可能な状態にあった場合には、原則として既判力により遮断されるべきである。ここで注意すべきは、形成権の基準時後の行使という問題は、そもそも、ある形成権が基準時前に「発生していた」場合の問題であるということである。

例えば、民法 541 条の履行遅滞による解除の場合のように、催告及び期間の経過がなければ発生しない解除権については、以前から議論されているところであるが、基準時前に催告及び期間の経過がないのであれば、そもそも既判力の遮断効の問題にならない¹⁴。なぜなら、基準時前の状態はあくまでも形成権を「発生させることができた」状態であり、形成権が「既に発生していた」状態ではないためである。では、次のような場合(以下、「設例」という)はどうか。前訴で貸貸人が貸貸借契約の解除を主張したところ、いわゆる信頼関係破壊の法理により、解除が認められず、貸貸人敗訴の判決が確定した。その後、貸貸人が後訴で再び解除を主張した。この解除の主張は、既判力により遮断されるか。また、遮断されなかったとした場合、後訴で主張できる解除原因は基準時後のものに限られるか。

まず、解除権の遮断の問題になるには、基準時前に解除権が「発生していた」ことが必要となる。貸貸借契約の貸貸人からの解除にあたっては、信頼関係破壊の法理、すなわち、貸貸借契約上の義務違反があった場合でも、貸借人の行為が貸貸人に対する背信的行為と認めるに足りない特段の事情がある場合においては、解除権は発生しない、との考え方がとられている。注目すべきは、判例の「解除権は発生しない」¹⁵とする文言である。解除権が発生しないのであれば、前述の催告解除の場合と同様に、遮断効の問題にならない。

¹⁴ 上田前掲(注 9) 273 頁、兼子一ら『条解民事訴訟法[第 2 版]』557 頁(竹下守夫)参照。なお、高橋前掲(注 2)617 頁注 32 は、「催告をしたがその相当の期間経過前に口頭弁論が終結したという場合は、遮断は肯定されないであろう。逆に催告の余裕がありながら催告しなかった場合は、遮断してもよいかもしれない。」とした上で、既判力論の外の信義則で個別に処理する枠組みが穏当であるように思われる、としている。

¹⁵ 無断転貸による解除について、最判昭 28.9.25 民集 7-9-979。

ここで一点考慮しておくべきは、判例が、解除権発生の基準として用いている背信性不存在である。この背信性不存在は規範的要件であり、賃借人が評価根拠事実を、賃貸人が評価障害事実を、それぞれ主張した上で、最終的には裁判所の認定の問題となるため、両当事者は、基準時前に解除権が発生しているか否かを知りえない。また、背信性の有無の具体的な判断基準の1つとして、債務不履行の継続性(期間・反復性)が挙げられる¹⁶。すなわち、1回きりの一時的な不履行だけでは背信性があるとされなくても、不履行が長期に渡っている、或いは、一時的なものであっても従来から反復されている場合には、解除が認められることがあるということである。

これらをふまえると、設例において、具体的に次のような場合が問題となることが分かる。すなわち、解除原因が、基準時前又は基準時後のいずれかだけでは背信性を認めるに足りないけれども、両者を合わせれば背信性を認めるに足りる場合である。例えば、無断転貸が基準時の前後を通じて継続している場合は勿論、無断転貸が基準時前に終了している場合でも、基準時後に再度無断転貸が行われた場合は問題になりうる。このような場合に、基準時前の事由を基準時後の事由と合わせて主張できないとなると、以下のような不都合が生ずる。すなわち、賃貸人は、たとえ前訴で解除権行使の主張をしても解除権の発生自体が認められない。それにもかかわらず、仮に後訴で解除権行使の主張ができると解しても、前訴さえなければ解除できたはずの状況下でありながら解除できなくなり、解除権が発生するまで更に余分な期間賃借人の債務不履行の累積を待たなければならず、最悪いつまでも解除できなくなる。それどころか、前述のように、いつから解除権が発生するかは当事者には分かりえないのであるから、賃貸人は、解除原因が分断されることをおそれ、前訴すら提起できなくなりかねない。他方で、賃借人からすれば、前訴のお陰で解除原因が分断され、前訴がなければ解除されえたとを解除されずに済む結果となるが、これは、賃借人を不当に利するものである。

以上のような不都合を避けるために、本稿は次のような考え方をとる。まず、前訴において賃貸人は、基準時までの事由に基づき、解除を主張しておかなければならない。前訴で信頼関係破壊の法理によって解除が認められなければ、賃借人としては、基準時後にも債務不履行があれば改めて解除される可能性があることを認識できるため、後訴で賃貸人に基準時前の事由をも合わせた主張を認めても、基準時後にも債務不履行をしている賃借人を不利に扱うことにはならない。他方で、仮に、前訴で主張しなかった場合でも後訴での主張を認めると、前訴の基準時前に解除権が発生していた(と後訴で判断された)場合には前訴で主張できたとして後訴での主張を遮断するが、発生していなかった(と判断された)場合には後訴での主張を許すべきことになる。しかし、後訴裁判所及び賃借人にその審理判断のための負担を課すことになる一方で、前訴で解除権の発生が認められる可能性もあった以上、賃貸人はその主張をしておくべきであったから、いずれにせよ、賃貸人が前訴で解除の主張をしなかったのであれば、後訴での解除の主張は遮断してよい。

¹⁶ 山本敬三『民法講義IV-1 契約』468頁。

これを異なる視点から見ると、次のようになる。解除権が遮断されるのは、当該解除権者たる当事者の意思のみにかかる行使の意思表示(及び訴訟法上の主張)をしなかったからである。とすれば、当事者の意思のみにかかるわけではない要件事実が欠けていた場合には、原則として遮断されるべき筋合にないことになる。権利発生のための要件事実が基準時前と基準時後に分かれている場合(例えば、前述の履行遅滞による解除で、基準時後に催告をした場合)は、形成権は基準時後に発生しており、遮断効の問題にならないと考えられる。そして、これは、その要件事実が規範的要件の場合にも変わらないはずである。規範的要件については、前述のように、当事者は、評価根拠事実又は評価障害事実を主張立証すべきことになり、それらが主要事実となる¹⁷。当事者が主張立証責任を負う主要事実が基準時の前後に分かれているという点においては、その主要事実が、要件事実自体であっても、要件事実の評価根拠/障害事実であっても、異なるところはない。したがって、解除権発生の要件事実たる規範的要件の評価根拠/障害事実が基準時の前後に分かれて存在する場合でも、前訴で当事者が解除を主張したにもかかわらず基準時前だけでは要件事実の存在が認められなかった場合には、後訴では両者を合わせて主張できると解すべきである。

本稿の立場から、他説を検討する。通説には、遮断効を肯定するという点においては賛成であるが、解除原因と遮断効につき詳細な検討がされてしかるべきである。中野説は、形成権全般につき原則として遮断効を否定している。この説は、実体法に根ざしており非常に魅力的である一方、紛争の一回的解決の理念に反する。確かに、実体法上保障されている権利を訴訟法上の理由で失わせることは極力避けるべきであるが、前訴で主張できたものを後訴でも主張できるとすれば、形成権のみならず他の攻防方法においても妥当させるべき場合が出てきてしまい(基準時前の時効完成等)、それら全てにつき基準時後の行使を認めてしまうと、紛争解決の実効性が失われ、裁判所にも重い負担を負わせる結果となる。そのため、形成権につき遮断効否定を原則とすべきでない。伊藤説は、解除は契約の存在を前提にそれを遡及的に解消することであり、基準時における判断と矛盾抵触しないとして、基準時後の主張を許す一方で、取消権については遮断とする。しかし、遡及的に解消する点に注目するならば、同じく意思表示を遡及的に無効にする取消権(民法 121 条)を、解除権と区別するのは困難である¹⁸。上田説は、確かに、通説や中野説等いかなる説をも、法的安定要求と実体関係的手続保障要求との関係で説明することは可能であるように思われる。しかし、諸要求それ自体は基準となりうるものではなく、基準を立てる際の考慮要素となるに過ぎない。また、解除権者の相手方には民法 547 条の催告権があるとの指摘があるが、これは、解除権の行使期間の定めがない場合にのみ適用されるものである上¹⁹、実際上は主に約定解除権に適用があるとされている²⁰。これを持ち出しても、理論的にはそ

¹⁷ 高橋前掲(注 2)425 頁、伊藤前掲(注 8)296 頁。

¹⁸ 山本和彦前掲(注 13)198 頁も参照。

¹⁹ 山本敬三前掲(注 16)187 頁。

²⁰ 谷口知平ら編『新版注釈民法(13)』743 頁(山下末人)、平野裕之『民法総合 5 契約』194 頁。

のような構成も可能であるというにとどまり、民法の実態と乖離するものとなる。池田説は、今後要件プログラムの精緻化を要するとしているところであるが、「形成権を行使する責任」とは何を意味するのか、また、どのような場合に肯定されるのかが、他説との関係も含め明らかにされねばならない。山本説は、基準時の前後を通じて継続する無断転貸や賃料不払につき、基準時後の部分のみを取り上げた解除ならできるとし、私見に最も親近性があると思われる。しかし、前述のように、基準時前の部分も合わせて主張できなければ、貸貸人を不利に、賃借人を有利に扱うことになる可能性がある以上、妥当でない。

5.おわりに

以上のように、本稿は、前訴の基準時前の解除原因を基準時後の解除原因と合わせて後訴で主張できるようにすべき場合があることを明らかにするものである。もっとも、これに対しては、訴訟法上の問題を実体法に引きつけて考えすぎであるという批判も考えられる。しかし、民事訴訟は、実体法上の権利義務を訴訟物とし、その存否を決することによって実効的な紛争解決を図る手段なのであるから、基礎にある実体法の考慮ぬきに訴訟法を考えることはできない。今後も、訴訟法上の問題を考えるにあたり、実体法上の議論の動向を注視すべき場合は数多くあるように思われる。