

# 近時のフランス債務法における 契約解除規定改正動向の一断面

いわゆるテレ草案の規定の分析を通じて

福 本 忍\*

## 目 次

はじめに

- 一 テレ草案における契約解除規定
- 二 改正草案規定に関する報告書(Rapports)の検討  
現行法との差異に着目して
- 三 若干の考察  
解除の法的基礎(fondement juridique)をめぐる議論の変容  
むすびに代えて

## はじめに

本稿は、近時、わが国を含めてその話題に事欠かない民法（債権法）改正<sup>1)</sup>に関して、特に、契約解除法制の改正動向の一端をフランス法に着目して考察したものである。わが国の民法（債権法）改正の文脈においても、契約の解除については、これまでの判例・学説の議論を踏まえ、画期的な改正提案が示されている<sup>2)</sup>。しかし、本稿は、フランス法における契約解除規定の改正草案、なかでも、フランソワ・テレ（Francois TERRÉ）教授を中心メンバーとするフランス民法「契約法改正（une réforme du droit des contrats）」草案<sup>3)</sup>、いわゆるテレ草案（本稿では、以下、テレ草案と

---

\* ふくもと・しのぶ 北九州市立大学法学部専任講師

表記する)を主たる検討対象とするので、わが国における契約解除規定改正動向<sup>4)</sup>についての分析は別稿に譲る。

なお、フランスでは、司法省事務局(Chancellerie)<sup>5)</sup>が2008年7月以降、契約法の改正草案をウェブ・サイト上で公表してきた<sup>6)</sup>。本来ならば、この司法省事務局草案こそ最も詳細に検討すべき改正草案規定と考えるが、資料入手の困難<sup>7)</sup>などから、本稿では、必要最低限の範囲でしか同草案を採り上げることができなかった<sup>8)</sup>。この点、付言しておく。

ところで、筆者は、これまでフランス法における契約解除法制的基礎理論(法的基礎 *fondement juridique* と呼ばれる)<sup>9)</sup>、要件論、そして、両者の関係を対象とする小稿を公表してきた<sup>10)</sup>。本稿は、理論上、これらの延長線上に位置づけられる<sup>11)</sup>。本稿では、これまで公表してきた拙稿におけるキー・ワードである「(不履行)解除の法的基礎(*fondement juridique*)」を手がかりに、現在、胎動を始めているフランス債務法(契約法)改正草案の一端について、改めて、「契約の解除はなぜ認められるのか、どのような理論的根拠によって認められるのか。」という問題意識・視角から接近を試み、改正草案(もっぱら、テレ草案の規定の分析に留まるが)における契約解除の法的基礎(*fondement juridique*)とは何か、これまでのフランス債務法とどのような違いがあるのかという点につき、何かしらの結論またはその見通しを得るべく論じてみたい。したがって、本稿では、テレ草案の解除関連規定を主たる考察対象とするので、近時のフランスの学説(ただし、テレ草案の解除規定に関する報告書 *Rapports* については詳細に検討する)および裁判例の検討までは行うことができない<sup>12)</sup>。

本稿の分析の順序は、次の通りである。まず、主たる考察対象であるテレ草案における解除規定改正案を概観する(一)<sup>13)</sup>。次に、同草案の解除規定改正案に付された *Rapports*(報告書)について、現行フランス民法との差異に着目して分析を行う。なお、この報告(*Rapports*)部分の執筆担当者は、テレ教授ではなく、オーベール・ドゥ・ヴァンセル(Carole

AUBERT DE VINCELLES) 教授であるとされている<sup>14)</sup>。同改正草案規定に関する報告書の検討を通じて、フランス債務法における契約解除法制がどのように再構築されようとしているのか、その特質への接近を試みる(二)。そして、これまでの検討を踏まえ、テレ草案における解除規定について、前述の「不履行解除の法的基礎 (fondement juridique)」の視角から考察を加え、フランス債務法における契約解除法制の「変化」と法的基礎(論)との関係の変容について、その見通しを結論づける(三)。最後に、本稿に残された課題と今後の展望を示す(むすびに代えて)。

## 一 テレ草案における契約解除規定

### 1 解除関連規定の概観・序

以下、契約法改正草案(テレ草案)における解除(résolution)規定を掲げる。まず、改正案(試訳)を掲げ(原文については論文末注を参照)、草案規定毎に若干の検討を加えていく。

### 2 草案規定108条 通則的規定

#### (試訳)

**第3編 債権債務，第1部 契約，第3章 契約の効果，第1節 当事者間の効果，第3款 不履行，第4目 解除 108条～116条<sup>15)</sup>**

#### 第108条<sup>16)</sup>

契約の解除は、解除条項 (clause résolutoire) の適用によって、あるいは、重大な不履行 (grave inexécution) がある場合に、裁判上の請求若しくは送達 (notification)<sup>17)</sup> によって生じる。

テレ草案の解除規定に示された解除の要件における最も難解なマジック・ワードこそ、この「重大な不履行 (grave inexécution)」である。「重大な不履行」は、わが国の民法(債権法)改正のいわゆる『基本方針』に

おける不履行解除についての“提案”に見られる「契約の重大な不履行」と「ことば」のうえでは一致するけれども、その具体的内容は、両国とも不明確であると思われる。また、テレ草案においては(いわゆるカタラ草案でも採用されている)、送達(notification)による解除が導入された。この制度の検討については、二3および4で行う。

3 草案規定109条・110条 「重大な不履行」と送達(notification)・付遅滞  
第109条<sup>18)</sup>

不履行が、それを厳守することが契約の本質(essence)である債務に及ぶ場合には、重大である。

不履行によって、債権者が契約から正当に期待することができたことを本質的に奪われた場合においても、前項と同様とする。ただし、債務者が不履行によってこのような結果が発生することを予見できなかった場合は、この限りでない。

故意の(intentionnelle)不履行は、それが、債務者が将来履行しないことを推定させるものである場合には、常に重大なもののみなされる。

本条1項からは、いわゆる本質的債務の不履行が重大な不履行に当たるとの考え方が見てとれる。同条2項は、不履行によって、債権者が当該契約から正当に期待することのできた利益を本質的に奪われる場合も、「重大な不履行」と定めている。しかし、債務者の予見可能性を採用している点は注目に値すべきであろう。なお、同条3項では、「故意の(intentionnelle)不履行」の場合に関して、前二項とは異なる次元での「重大な不履行」概念の可能性が定められたと読むこともできる。

第110条<sup>19)</sup>

債権者が送達(notification)の方法によるときは、債権者は、履行がなければ契約を解除する権利を自身が有するというを明確にして、相当の期間内に履行するように、あらかじめ債務者を遅滞に付さなければ

ばならない。不履行が続く場合、解除は、債務者による送達の受領によって取得される。

債権者は、付遅滞（mise en demeure）が不履行の性格づけにとって無益である場合、または、緊急の場合には、付遅滞を免れる。この場合において、解除は、送達で定められた相当の期間の満了によって取得される。

債務者は、必要であれば、いつでも、急速審理（référé）<sup>20)</sup>によって、解除に異議を申し立てることができる。この場合において、債権者は、不履行の重大性を証明しなければならない。裁判官は、諸事情に応じて、必要であれば、期日（date）<sup>21)</sup>につき判決することで、解除を認めることができるか、あるいは、債務者に対して、必要があれば一定期間を付与して、契約の履行を命じることもできる。なお、すべての場合において、損害賠償（の請求）を妨げない<sup>22)</sup>。

本条は、解除の行使要件（conditions d'exercice）<sup>23)</sup>に関する改正草案規定である。そもそも、フランス法<sup>24)</sup>では、法定解除（不履行解除）の場合であれ、約定解除（clause résolutoire）の場合であれ、債務者をあらかじめ遅滞に付すことが原則として要求されてきた。本条2項は、その例外を明文で定めたことになる。付遅滞が無意味なものになったり、または、緊急の場合には、債権者は、付遅滞を免れることのできるわけである。なお、同条3項は、急速審理（référé）に基づく債務者の異議申立ての保障を定めている。このような内容の改正案も、これまでの解除法制においては、正面からは認められてこなかったと思われる。なお、3項に関して特徴的な点をいえば、後述<sup>25)</sup>の通り、「不履行の重大性」に関する立証責任の転換である。すなわち、債権者の方が、解除に異議を申し立ててきた債務者の「不履行の重大性」を逆に証明<sup>26)</sup>しなければならない。この点、テレ草案における債務者保護の視点、言い換えれば、契約の維持の志向が見え隠れする。しかし、草案111条と合わせ読むと、バランスが保たれているということもできる。

4 草案規定111条 不履行前の解除

第111条<sup>27)</sup>

(履行の)期限前から既に、解除の要件が満たされていることが確かな場合、債権者は、履行ができないときには送達(notification)のみで契約を解除する権利を債権者が有することを明確にして、予定された期間内に債務者が履行できる状態にあることの保証を債務者に対して請求することができる。

本条は、債権者に履行期前の契約解除権を付与している。しかし、「解除の要件が満たされていることが確か」であることは、誰がいつの時点で判断するのだろうか。本草案110条3項に従い、債務者が解除に異議を申し立てた場合、結局は急速審理手続に移行してしまい、債権者が「重大な不履行」を証明することができなければ、解除は認められないことになる。テレ草案において、不履行解除を「認めやすく」する方向性が志向されているのか、それとも、「可能な限り債務者に履行を求め、契約を維持する」方向性が志向されているのか、本草案における「解除像」<sup>28)</sup>の試金石ともなりうる規定と思われる。

5 草案規定112条 解除条項(約定解除)についての新规定

第112条<sup>29)</sup>

解除条項(clause résolutoire)は、その不履行が契約の解除を生じさせるであろう義務(engagements)を特定するものでなければならない。

(解除条項による)解除は、それが不履行という事実のみで生じることが合意されなかった場合には、有益でない(infructueuse)<sup>30)</sup>付遅滞に懸からしめられている。付遅滞は、それが解除条項を明白な文言で強調している場合にのみ有効である。

解除は、債務者に対してなされた送達(notification)に基づいて、かつ、債務者による送達を受領の日付にしかその効力を生じない。

本条は、解除条項(clause résolutoire わが国でいう約定解除、解除契

約〔合意解約〕を含めた広い概念と捉えるべきである）に関する改正草案規定である。現行民法典では、解除条項（約定解除）の通則的規定は置かれていない<sup>31)</sup>。そこで、カタラ草案でも、本草案規定とほぼ同じ内容・文言の改正草案が示されている<sup>32)</sup>。この点、解除条項、つまり、当事者間の合意による解除（権の留保）なので、契約自由の原則から、あまり両草案で差異が見られなかったのであろう。

各項ごとに見ると、まず、同条1項は、解除条項の適用領域が不当に広範囲にならないように配慮された内容を含んでいる。不当条項規制の一環と捉えるべきであろう。同条2項では、いわゆる「当然解除条項」<sup>33)</sup>の場合を除いて、債務者に対する付遅滞手続が要求されている。しかし、草案の文言には、「有益でない（infructueuse）」付遅滞という表現が用いられている。この意味するところは難解であるけれども、債権者が解除条項に基づいて解除をするわけであるから、付遅滞手続を採ってもほとんど意味がない、しかし、債務者が翻意して履行する可能性がわずかでも残っている限り、形式的に付遅滞手続を要求するという意味に解さざるをえない。最後に、同条3項は、解除条項に基づく解除の効力発生時期に関する規定である。これも、カタラ草案と同じく、送達（notification）の債務者による受領を効力発生時としている。不履行解除（法定解除）、解除条項（約定解除）とも、送達という法制度によって統一的に規律されることになると考えてよかろう。

## 6 草案規定113条・114条 裁判所による解除へのコントロールと一部解除 第113条<sup>34)</sup>

解除は、常に裁判上訴えることができる。

（履行の）期限前から既に、解除の要件が満たされていることが確かな場合であっても、債権者は、裁判官に訴えることができる。

裁判官は、諸事情に応じて、解除を言い渡すか、または、債務者に対して必要があれば一定期間を付与して、契約の履行を命じることができる。

現行フランス民法1184条3項(裁判上の解除および裁判官による猶予期間の付与)の大幅な改正提案と理解することができる。各項を見ると、まず、同条1項で、解除条項の場合、および、「重大な不履行」がある場合の裁判上の請求もしくは送達(notification)による解除すべてに対して、裁判所(裁判官)による解除へのコントロール(介入)が許容されている。特に、解除条項<sup>35)</sup>の場合に、裁判所(裁判官)のコントロールを認めるべきかどうかについては、古くは19世紀註釈学派の時代から議論がなされてきた<sup>36)</sup>が、テレ草案では、原則として解除条項にも裁判上の解除の規範を及ぼすことを認めている。次に、同条2項を見る。履行期前の解除の場合でも、「債権者は」裁判官に訴えることができると規定されている。なお、前述の通り、草案110条3項では、「債務者」に急速審理(référé)の手続が保障されている。この手続との関係には不明瞭な点が残るが、いずれにせよ、履行期前の解除が裁判「外」で自己完結する局面はきわめて少ないのではないだろうか<sup>37)</sup>。

#### 第114条<sup>38)</sup>

履行が分割可能なとき、解除は、いかなる明白な不均衡(déséquilibre significatif)も生じない場合に、当該契約の一部分に関してのみ生じることができる。

一部解除について<sup>39)</sup>も、カタラ草案と同様<sup>40)</sup>、現行法で解釈上認められてきたものが明文化されることになった。ただし、カタラ草案とは異なり、「……いかなる明白な不均衡も生じない場合……」との要件が付加されている点に注意すべきである。

#### 7 草案規定115条・116条 解除の効果：将来効と返還(restitution)

##### 第115条<sup>41)</sup>

契約の解除は、将来に向かって、契約当事者を解放する。解除は、場合に応じて、あるいは解除条項によって規定された条件で、あるいは送

達（notification）が効力を生じる日に、あるいは裁判所による判決の日  
に、その効力を生じる。

前項の規定に関わらず（Toutefois）、解除は、紛争の解決（règlement des différends）に関する条項にも、また、守秘義務条項や競争避  
止義務条項（non-concurrence）<sup>42）</sup>のように、解除の場合でさえ効力を  
生じる条項にも、影響を及ぼさない。

解除の効果論に大きな影響を与えうる改正草案といえる。同条1項にお  
いて、解除条項による場合でも、送達（notification）による解除や裁判上  
の解除による場合でも、いずれの解除であっても、その効果として、遡及  
効（rétroactivité）が排除され、将来効が採用されている。本稿は、解除  
の効果論を主たる考察対象とはしないけれども、要件と効果は常に連動し  
ているのであるから、フランス解除法制における効果面でのパラダイム転  
換の帰結が本条で具現化されつつあると考えられる。なお、同条2項は、  
紛争の解決（règlement des différends）に関する条項<sup>43）</sup>、守秘義務条項、  
そして、競争避止義務条項（non-concurrence）には契約の解除の効果は  
及ばないことが明示されている。ただし、この三種の条項に限定されるの  
か、つまり、制限列举か否かは、この法文のみからは明確とはならないと  
思われる。

#### 第116条<sup>44）</sup>

一方当事者が債務者によってなされるべき給付を受領することなく債  
務を履行したときは、返還（restitution）<sup>45）</sup>が生じる。

両契約当事者が契約の履行を一体のものとしなした場合も、前項と同  
様とする<sup>46）</sup>。

なお、かつ、返還（restitution）は、非債弁済の返還（répétition de  
l'indu）<sup>47）</sup>に関する諸規範に従うものとする。

同条1項は、解除の一般的効果としての返還（restitution）を端的に確  
認した規定と考えられる。しかし、草案115条1項が解除の遡及効を排除

しているのです。この場合、返還によって発生する義務は、不当利得返還義務ということになるのだろうか。そうすると、原状回復請求権(義務)を何によって根拠づけるかが問題になる。テレ草案116条は、3項において、解除の効果の新たな基礎(fondement)とでもいべき理論構成を示している。それが、非債弁済の返還(répétition de l'indu)である。

たしかに、同条1項がいうように、自身が反対給付の履行を受けることなく、債務を履行した場合、解除時点で、給付保持者は弁済受領権限のない者となるわけだから、非債弁済の法理によって返還(restitution)を正当化するという論理は首肯できる。しかし、そのことと、解除の遡及効を排除して将来効を採用したことは、独立して考えるべきであろう<sup>48)</sup>。

また、厳密に考えれば、解除をする直前までは、たしかに解除する側も債務を負っていたわけであるから、非債弁済になりうるのだろうか。この点には疑問が残る。

最後に、同条2項について。本項の意味するところ、すなわち、「契約の履行を一体のものみなした」とは、どのようなものなのか、具体的場面を想定することが難しいと思われる。この点については、二で検討する草案規定に関する報告書(Rapports)を咀嚼しても、理解することが困難であった。

## 8 小 括

108条を出発点とするテレ草案における解除改正規定は、解除条項による解除、「重大な不履行」を前提とする裁判上の解除および送達(notification)による解除の二つに分けられる。そのなかでも、送達による解除は、不履行後の一方的解除と111条が定める不履行前の解除とに分かたれる。その分水嶺となるのは、付遅滞の要否である。しかし、付遅滞不要を原因とする債権者のいわば専断に歯止めをかけるため、テレ草案は、110条3項で、急速審理(référé)手続や113条で裁判上の解除という受け皿を用意している。その意味で、同草案は、たしかに、現行規定とは大き

く異なる解除法制の枠組みを示してはいるが、その基底部分には、やはり、裁判官による解除のコントロールという志向がうかがえる。また、カタラ草案と同じく、114条で一部解除が明文化されたことは注目すべきことである。最後に、解除の効果として、115条および116条の規定が置かれている。その特徴は、遡及効の排除（将来効の全面採用）である。しかし、法文のみからでは、解除後の清算関係などが不明瞭である（116条3項に返還 restitution の依拠する規範が定められているが、報告書を検討しても、なかなか具体的な局面が描きにくいことはたしかである）。

このように、テレ草案における解除改正規定は、現行の不履行解除の規定（とりわけ、「黙示の解除条件」を定める1184条）とは大きく異なっていることがうかがえよう。

## 二 改正草案規定に関する報告書（Rapports）の検討 現行法との差異に着目して

### 1 序

以下、「不履行に基づく契約の解除（La résolution du contrat pour inexécution）」と題された、リヨン第 大学<sup>49)</sup>のオーベール・ドゥ・ヴァンセル（Carole AUBERT DE VINCELLES）教授による草案規定についての報告書（Rapports）の内容を検討する<sup>50)</sup>。

上記報告書は、オーベール・ドゥ・ヴァンセルが起草したとされる解除規定（テレ草案108条～116条）に関するものである。その内容は、おおまかにいうと、まず、導入部分として、解除の法的基礎（fondement juridique）<sup>51)</sup>についての認識、解除改正案規定における三つの特徴（送達 notification による解除の導入、履行期前の解除の導入、そして、解除による契約の消滅における非遡及効 l'effet désormais non rétroactif の導入）<sup>52)</sup>の指摘、そして、解除の適用領域論についての若干の検討が示

されているというものである<sup>53)</sup>。続いて、各草案規定の解説へと入っていくわけであるが、その内容は、大きく分けて解除の方法(mode)<sup>54)</sup>と解除の効果<sup>55)</sup>の二部構成となっている。前者は、さらに、送達(notification)による解除<sup>56)</sup>、合意による解除(La résolution conventionnelle)<sup>57)</sup>、そして、裁判上の解除<sup>58)</sup>についての考察に分かれている。また、送達による解除については、不履行後の解除<sup>59)</sup>と不履行前の解除<sup>60)</sup>とに分けて考察がなされている。そして、解除の効果の部分では、解除の将来効に関係する部分<sup>61)</sup>と、返還(Les restitutions)に関する部分<sup>62)</sup>とが分けて考察されている。

以下では、オーベール・ドゥ・ヴァンセルの解除改正規定に関する報告書(Rapports)の具体的内容を、主に、前述、送達による解除の導入、履行期(不履行)前の解除の導入、そして、解除による契約の消滅における非遡及効(将来効)の導入、を中心に検討し、テレ草案における解除改正規定に潜在する特質への接近を試みる。

## 2 解除の法的基礎(fondement juridique)および適用領域

フランス民法典制定後、今日に至るまで、不履行解除(法定解除)の通則的規定と目される同法典1184条は、その第1項に、「黙示の解除条件」という不明瞭な制度を蔵存させている。そして、この解除条件構成からの(あくまで理論的)脱却が不履行解除の法的基礎論の主たる争点になっていた<sup>63)</sup>。しかし、20世紀後半には、1184条を単一の法的基礎で根拠づけることは困難であるとの見解も主張されるようになった<sup>64)</sup>。そして、21世紀も10年を経過し、法的基礎(論)の主軸は、もはや1184条1項の「黙示の解除条件」をどのように理解するかという点から、「解除制度は何のために存在している制度なのか。」という解除の機能(論)へと移行したといつてよい。

オーベール・ドゥ・ヴァンセルの解除改正規定に関する報告の内容にも、上記のフランス債務法における解除の法的基礎の認識の変容が投影されつ

つある。たとえば、オーベール・ドゥ・ヴァンセルは、1184条の規定が曖昧（ambigu）であることを指摘しつつも、その伝統的基礎（fondement）につき、「……債務者を保護しつつ、契約を終了させる諸要件を厳格に枠づけることで、契約の拘束力をも保護することである。……したがって、契約のなかに黙示に存在する解除条件を通さずに、今後正面からこの問題（不履行の場合における契約の帰趨の問題…括弧内引用者）に取り組むことは、より論理的であった。」<sup>65)</sup>と論じている。この叙述からも分かるように、「黙示の解除条件」は、もはや解除の法的基礎を考えるうえで、「迂回すべき存在」として捉えられているように思われる。そして、その帰結が、前掲テレ草案108条なのである。そこには、解除条件的構成は微塵も残っていない。しかし、オーベール・ドゥ・ヴァンセルの叙述を見ると、フランス国内では、依然、上記伝統的基礎、つまり、契約を可能な限り解除せずに、債務者を保護して契約を維持する考え方が根強く、一方でこの考え方が守られたことが指摘され<sup>66)</sup>、他方で、解除に関して、ヨーロッパ法の考え方が再検討されたことについて好意的には受け止められていないことも指摘されている<sup>67)</sup>。

次に、解除の適用領域（論）はどうか。まず、その前提として、テレ草案ではコース（cause）概念が廃止されている<sup>68)</sup>。この点につき、オーベール・ドゥ・ヴァンセルは、解除を双務契約に限定して適用する必要はないとの立場を採ったうえで<sup>69)</sup>、コース概念の廃止により、この議論（解除の双務契約への適用限定の当否）は単純化することになると指摘している<sup>70)</sup>。なお、この「議論」について、オーベール・ドゥ・ヴァンセルは、報告書の脚注において、「約束された債務の履行を正当に期待していた者にとって、不履行の重大性（gravité）は、それだけで解除を基礎づけるのに充分でありうる。債権者の期待は裏切られ、無視されたのであるから、当該契約を終了させることを認めることになる。」<sup>71)</sup>とし、不履行の重大性を解除の法的基礎に据えようとする志向すら覗かせている。

なお、オーベール・ドゥ・ヴァンセルは、解除の適用領域論についての

叙述中、コース（cause）概念自体について、「……一般的に、解除の正当化根拠として示されている。……」<sup>72)</sup>と捉えている。このことは、解除の法的基礎（論）に対するオーベル・ドゥ・ヴァンセルの認識を示す重要な一文であると思われる。この叙述を見る限り、オーベル・ドゥ・ヴァンセルにとって、解除の法的基礎の多数説的見解はコース（cause）への依拠ということになる。つまり、現行法下においても、「双務契約の牽連性」のみによる解除の正当化を志向する見解は多数説的見解でないという認識が示されている重要な叙述であることに注意すべきであろう<sup>73)</sup>。今後、コース概念が廃止された場合、「双務契約の牽連性」という中間項で解除を正当化するよりも、上記のように、「不履行の重大性」そのものが法的基礎になっていく可能性も考えられる<sup>74)</sup>。

### 3 送達（notification）による解除（不履行後の解除）に関するオーベル・ドゥ・ヴァンセルの報告

一3で見たように、テレ草案110条では、送達（notification）による解除が導入されている。そして、同草案108条の文言から、送達による解除および裁判上の解除が認められるためには、重大な不履行がなければならぬ。問題は、どの程度の不履行が「重大な不履行」なのかということである。報告書によれば、「……後二者の解除（送達による解除および裁判上の解除…括弧内引用者）の場合に関しては、解除が言い渡されるためには、不履行が、重大性に関するある限界値（seuil）を越えなければならない……」<sup>75)</sup>としている。しかし、重大性に関する限界値（seuil）とは何か、そして、それを越えたかどうかは誰がどのように判断するのかについては、本報告書を見てもさほど明確にはならない<sup>76)</sup>。しかし、オーベル・ドゥ・ヴァンセルの報告書によれば、テレ草案において「重大な不履行」の具体的内容をどうするかという選択は、フランスの判例の伝統の保護に向けられたという。つまり、「重大な不履行」とは、「本質的な（essentielle）」不履行のように客観的考慮（不履行となった債務の本質的

性質）を包含し、同じく、主観的考慮（債務者の態度）をも包含するものだという<sup>77)</sup>。

では、送達による解除のうち、不履行後の解除（一方的解除 *résolution unilatérale*<sup>78)</sup>）ともいう）に関して、テレ草案はどのような態度を示しているだろうか。オーベール・ドゥ・ヴァンセルの報告書によれば、ヨーロッパ法との接近によって、判例が一方的解除権を認め、テレ草案はその考え方を踏襲しているということである<sup>79)</sup>。なお、司法省事務局草案もこの一方的解除権を認めているという<sup>80)</sup>。同報告書によれば、契約についての経済的アプローチ（一方的解除を認めることによって、債権者の採りうる手段をより迅速に付与することができる）と裁判上の解除だけにみられる「道徳的かつヒューマニズム的」アプローチ<sup>81)</sup>との間での妥協は可能だという。一方的解除の要件は限定されており、かつ、常に裁判上の異議申立て（*contestation*）<sup>82)</sup>が可能だからである<sup>83)</sup>。

以下、送達による不履行後の解除（一方的解除）に関するテレ草案の規定についての報告書の内容を検討する。草案規定において問題となったのは、送達に先立って債務者を遅滞に付す必要があるか否かである<sup>84)</sup>。報告書によれば<sup>85)</sup>、テレ草案は、カタラ草案<sup>86)</sup>と異なり、付遅滞（*mise en demeure*）という一定の期間が持つ意味を二つに分けて考えている。すなわち、債務者の権利と契約の拘束力を優遇するため、債務者がなおも履行する機会を認めるという意味合い、そして、債権者の権利の方を優遇し、契約の消滅を理由として債権者が（後始末などの）その後の段取りを整えるために、債務者に時間を認める意味合い、である。の場合には付遅滞に意味があるけれども、の場合には付遅滞は無益なものとなる。の場合を規定したのがテレ草案110条1項であり、の場合を想定しているのが同条2項である。なお、先に見た通り<sup>87)</sup>、解除条項が挿入されている場合でも、テレ草案は、当然解除条項の場合を除き、付遅滞を要求している。フランスの実務では解除条項に付遅滞を要求しているからである<sup>88)</sup>。

ここからは、特に、上記（付遅滞が無益になる場合）についての報告書の内容を検討する。テレ草案110条2項が想定するのは、履行の可能性のない明白な不履行（inexécution avérée）の場合や、緊急の場合であり、いずれにせよ、およそ履行が期待できない場合である。これらの場合には、付遅滞は要求されない。オーベール・ドゥ・ヴァンセルに言わせれば、「……解除予告（préavis）<sup>89)</sup>の一定期間は、この場合のみ（付遅滞が要求されない場合…括弧内引用者）において、債務者に対して、妥当な期間内に段取りをつける（s'organiser）<sup>90)</sup>可能性を与えるために、用意されなければならない……。」<sup>91)</sup>という。

ところで、送達には正当化根拠が必要であろうか。報告書は、このことを次に問題としている<sup>92)</sup>。カタラ草案ではこれが要求されているけれども<sup>93)</sup>、テレ草案では要求されていない。その理由について、報告書は、送達に（解除の）正当化根拠を要求してしまうと、それをめぐり、解除訴訟の原因になってしまうこと、そして、債務者の効果的な保護にもならないことを挙げている。また、そもそも、送達に基づく解除において、契約を解消する権利は絶対的なものでなく、「重大な不履行」（テレ草案108条）の要件が存在していることも合わせて確認すべきであろう。

続いて、オーベール・ドゥ・ヴァンセルは、草案110条3項（急速審理 référé）について報告している。条文の通り、解除を正当化する「不履行の重大性」については、債権者、つまり、送達を行った者が証明しなければならない。報告書では、これを立証責任の転換のメカニズムと評価している<sup>94)</sup>。

急速審理（référé）による異議申立てについて、もう少し検討しよう。報告書によれば<sup>95)</sup>、「……カタラ草案（1159条）が、司法省事務局草案と同様、次の通り規定している。……裁判官は、あるいは、『解除を有効と認める』ことができ、あるいは、『場合によっては、債務者に対して一定の期間を付与することで、契約の履行を命じる』こともできる<sup>96)</sup>。……急速審理（référé）では、少なくとも、一時的な契約の維持は、とりわけ有

益かつ正当たりうる。このことは、判例<sup>97)</sup>も認めたところであった。……」<sup>98)</sup>という。しかし、オーベール・ドゥ・ヴァンセルの叙述を見る限り、通常の解除訴訟と急速審理による解除に対する異議申立てとの差異が不明確であると思われる。いずれの場合においても、最終的に解除を認めるか否かの最終判断が裁判官に委ねられている以上、立証責任の転換以外の点<sup>99)</sup>で、急速審理手続の方にどのようなメリットがあるのかは、報告書の叙述からは明確には読み取ることができなかった。

#### 4 不履行（履行期）前の解除に関するオーベール・ドゥ・ヴァンセルの報告

テレ草案における解除規定に導入された新たな解除の方式として、不履行前（履行期前）の解除<sup>100)</sup>を挙げることができる<sup>101)</sup>。先に見た通り、オーベール・ドゥ・ヴァンセルの報告書も指摘するように、この型の解除の導入が、テレ草案における解除規定のひとつの特徴になっている。しかし、ここで注意すべきことは、あくまで、報告書におけるこの解除の位置づけ（テレ草案111条）が「送達（notification）による解除」の一方式になっているということである<sup>102)</sup>。また、送達による解除である以上、「不履行の重大性」の要件も充足する必要がある。以下、報告書の叙述を検討する。そもそも、不履行前の解除に関しては、フランスでも議論されていたが、「……見解の一致をみることはなかった。……」<sup>103)</sup>という。その証左として、カタラ草案は、不履行前の解除を採用していない<sup>104)</sup>。

では、テレ草案において、不履行前の解除の採用には何ら躊躇はなかったのであろうか。報告書は、不履行前の解除制度の導入の危険性について、論を展開している。その骨子は、概ね次の点に収斂されると考えられる。すなわち、（解除時点では）まだ明白でない不履行を評価する権利（不履行の確実性または重大性を判断する権利）が債権者にのみ帰属していることへの危険・懸念である。突き詰めれば、履行期前の不履行の確実性がなおも確実と言い切れるか、ということである<sup>105)</sup>。しかし、報告書は、他

方で、次のようにも論じている。「……次のことが明らかである。すなわち、債務者が履行期に履行できる状態にないことを自ら認めている場合、上記の危険性は存在せず、不履行前の解除は歓迎されるということである。しかし、このような承認（債務者による不履行の承認…括弧内引用者）がなければ、上記の躊躇が認められる。そこで、この法文（テレ草案111条…括弧内引用者）の利用は、債務者が困難な状況に陥っているとき、とりわけ、経済的困難の場合に誠実でありうる債権者に、契約、特に、継続的履行契約（*contrat à exécution successive*）<sup>106)</sup>から離脱する機会を捉えさせるに至りうる。」<sup>107)</sup>この叙述から読み取れることは、不履行前の解除がカバーする領域は、即時履行契約だけに限られないこと、そして、「債務者による履行の不能の承認」が半ば、裁判上の解除を経ないでする不履行前の解除の実体要件になっているということである<sup>108)</sup>。

最後に、オーベール・ドゥ・ヴァンセルは、不履行前の解除制度を導入するという選択について、次のように評している<sup>109)</sup>。この選択は、経済的有効性および各種ヨーロッパ法に関する研究成果から導き出されたものである<sup>110)</sup>。また、債務者自身による将来の履行の証明の機会の保障<sup>111)</sup>に関しては、この証明（*assurances*）が尽くされなかった場合にのみ、債権者には送達に基づく解除の権利が認められることになるという。送達による不履行前の解除は、将来の不履行が十分に重大なだけではならず、送達の日付においても不履行が確実である場合においてのみ可能であると報告書は指摘する<sup>112)</sup>。そして、この場合の解除は、送達で定められた相当の期間の満了によってのみすることができるのである<sup>113)</sup>。

このように、不履行前の解除に関しては、テレ草案108条・109条（重大な不履行の必要性）、110条2項・3項（付遅滞の不要、急速審理）、111条（債務者自身による将来の履行の証明の機会の保障）、そして、113条2項（裁判上の解除への移行）を読み合わせないと、その構造を有機的に把握することは難しいと思われる。

いずれにせよ、不履行前の解除においては、付遅滞と送達

(notification) との分離がなされている点に、その特質を見出すことができよう。

#### 5 非遡及（将来効）解除導入に関するオーベール・ドゥ・ヴァンセルの報告<sup>114)</sup>

解除による契約の消滅における非遡及効 *l'effet désormais non rétroactif* の導入について、以下、報告書の内容を検討する<sup>115)</sup>。オーベール・ドゥ・ヴァンセルは、大きく分けて、解除の将来効と返還 (restitutions) を対象に、草案規定を解説している。

フランス法における契約解除の効果は、原則として遡及効を伴う<sup>116)</sup>。しかし、テレ草案 (115条 1 項) は、遡及効の廃止を提案している。オーベール・ドゥ・ヴァンセルは、この点をどのように受け止めているか。フランス法における伝統的な考え方である遡及効に対して、この10年で幾人もの研究者らから批判が挙がっている現状認識がまずは示されている<sup>117)</sup>。その批判の骨子は、遡及効は、何よりも返還 (restitutions) を正当化するという疑わしい利益ための「擬制」であること、および、遡及効という擬制の時宜性 (opportunité) に対する評価のバラつきである。は、要するに、解除の遡及効という「擬制」は、結局、返還をもたらすために半ば恣意的にその時宜性が判断され、明確な利益に基づいて返還の関係を発生させていないので不適当だということである<sup>118)</sup>。また、報告書によれば、フランス法では、かなり以前から遡及効の原則の適用の困難に直面してきたという。その具体例が、テレ草案115条 2 項が規定する「紛争の解決 (règlement des différends) に関する条項」、「守秘義務条項」、そして、「競業避止義務条項 (non-concurrence)」である。なお、遡及効で説明することが最も難しい契約こそ、継続的履行契約 (les contrats à exécution successive) だという<sup>119)</sup>。このように、オーベール・ドゥ・ヴァンセルは、遡及効というある種のフィクション (擬制) の難点を指摘し、遡及効の廃止へと歩を進めたのである<sup>120)</sup>。

報告書は、他の債権法改正草案への反応へと移っていく<sup>121)</sup>。テレ草案とは一線を画し、部分的にはあれ、遡及効を維持しているのがカタラ草案(1160-1条4項)である<sup>122)</sup>。つまり、同草案は、継続的履行契約あるいは分割履行契約については遡及効を排除しているが、即時履行契約(les contrats à exécution instantanée)については遡及効を維持している。これに対して、オーベール・ドゥ・ヴァンセルは、継続的履行契約と即時的履行契約との区別自体が不適切であるという見解を示す<sup>123)</sup>。報告書は、「……この区別は、遡及効(rétroactivité)概念自体に内在する困難性を物語っている。(法)技術的に見ると、継続的履行契約に遡及効を適用するのを妨げるものは何らないのであり、価格での返還(restitutions en valeur)が認められている以上、いかなる返還も不可能ではないのである。……ランドー原則(9条:305)、あるいは、ユニドロワ原則(7.3.1条)に関していえば、解除は、非遡及としか考えられていない。すなわち、これらの原則では、解除は、両当事者を将来に向かって解放し、そして、契約は、過去に関しては存続しているのである。……」<sup>124)</sup>と述べて、法技術的には継続的履行契約に遡及効を認めることは可能だが、ヨーロッパ法の潮流に従い、遡及効を廃したと説明している。また、オーベール・ドゥ・ヴァンセルは、概念論的に、遡及効が無効(nullité)<sup>125)</sup>に関しては認められるが、解除にこれを認めるのは疑わしすぎるとしている<sup>126)</sup>。最後に、オーベール・ドゥ・ヴァンセルは、解除の効力が生じる日付(date)について、裁判上の解除の場合、裁判所による判決の日としている。不履行の日付にしてしまうと、解除に遡及効を認めることになりうるからである<sup>127)128)</sup>。

テレ草案の解除規定に関する報告の最後は、解除の効果としての返還(les restitutions)についてで締めくくられている<sup>129)</sup>。オーベール・ドゥ・ヴァンセルの認識としては、返還の問題は、解除の効果論の中心を占める<sup>130)</sup>。そのうえで、報告書は、フランス法では返還と遡及効とが関連づけられ続けているが、そのような関連づけ(lien)を強いるものは何もないとしている。返還は、非債弁済の返還(répétition de l'indu)<sup>131)</sup>、不当利

得 (enrichissement sans cause), あるいは, 法律の権威 (autorité de la loi)<sup>132)</sup> によって根拠づけられる。また, 解除に将来効しか認めないことは, 次の二つの場合に不可避となる返還の問題を, 必ずしも解決するわけではないことも指摘されている。そして, この「二つの場合」こそ, テレ草案116条1項および2項の場合である<sup>133)</sup>。報告書によれば, テレ草案116条1項および2項のケースで返還を認めないことは, 当事者の意思に反し, 不正 (injustice) になりうるという。さらに, 継続的履行契約において, 契約の期間が債権者にとって最も重要ということが明らかで, かつ, 契約の期間が当該契約において認められる反対給付に対応することが明らかかな場合についても同様であるという<sup>134)</sup>。最後に, オーバール・ドゥ・ヴァンセルは, 返還を伴う以上, 解除の効果は, 遡及効の有無でそれほど差異はないとしているものの, 将来効を採用することで, 無益な擬制を回避することができ, その結果, 両当事者間, または, 第三者との関係で都合の悪い (néfastes) 効果を回避できるとしている<sup>135)136)</sup>。

このように, テレ草案において採用された解除の効果としての「将来効」は, 遡及効という擬制の回避という単に法的構成の問題としてのみではなく, たとえば, 継続的履行契約などを念頭に置いた, 実際的な改正提案であると評価することができよう。しかし, 返還の局面において遡及効を排除することで, 具体的にどのようなメリットがあるのか, より踏み込んだ叙述がなされるべきであったと思われる。また, テレ草案116条1項・2項, 特に2項の想定するケースが具体的に示されていないことで, この改正案の趣旨が伝わりにくいものになっているとも思われる。

## 6 小 括

ここまで見てきたように, 同報告書は, 解除の法的基礎 (fondement juridique) についての認識, 解除規定における三つの特徴, すなわち, 送達 (notification) による解除の導入, 履行期前の解除の導入, そして, 解除による契約の消滅における非遡及効 (将来効) の導入につい

て、他のヨーロッパ法における債権法改正草案規定との比較的考察などの理論的背景の分析、要件・効果の検討、現行法との異同の分析を行っていた。

これまでの検討で特徴的といえるのは、まず、不履行解除の法的基礎および適用領域について、フランス債務法における解除の法的基礎の認識の変容が投影されつつあること、つまり、「黙示の解除条件」がもはや解除の法的基礎を考えるうえで「迂回すべき存在」として捉えられていることである。これは、コーズ(cause)概念のテレ草案における廃止なども影響しているといえよう。

次に、送達による解除の導入に関して、報告書を検討した限り、送達の存在意義が付遅滞よりも重要視されていると思われることである。なお、「送達(notification)による解除」は、送達に基づく「不履行後の一方的解除」であって、テレ草案の条文のみでは、そのこと自体がやや読み取りにくい構造になっている。そして、送達による(不履行後の)解除は、原則として「重大な不履行」でなければならない。しかし、オーベル・ドゥ・ヴァンセルの叙述からは、「どのような場合に重大な不履行といえるのか。」という具体的基準があまり深く考察されていないように思われる。

履行期前の解除に関しても、テレ草案の各規定同士のつながりが十分に報告書では説明されていないと思われる。同草案108条・109条、110条2項・3項、111条、そして、113条2項を読み合わせないと、その構造を正確に把握することは難しい。しかし、オーベル・ドゥ・ヴァンセルの叙述から、不履行前の解除では、付遅滞と送達との分離がなされている点に、その特質を見出すことができた。もっとも、報告書では、付遅滞と送達との関係について、踏み込んだ検討はなされず、むしろ、不履行前の解除導入を提案しつつ、他方で、その危険性(不履行か否かを判断する第一義的権限が債権者に帰属すること)をかなり意識した叙述がなされるなど、この制度が具体的に限定された局面(たとえば、継続的履行契約など)で用いられることが望ましいかのような印象を受ける叙述も見られた。

最後に、解除の効果としての将来効の原則全面的導入について。テレ草案が採用した「将来効」は、遡及効という擬制の回避という単なる法的構成の問題のみでなく、たとえば、継続的履行契約等を念頭に置いた実際的な改正提案であると評価することができよう。しかし、返還の局面で遡及効を排除することで、具体的にどのようなメリットがあるのか、もう一歩踏み込んだ叙述はなかったと思われる。また、テレ草案116条2項が想定する具体的事例が示されていないことも、改正案の趣旨が伝わりにくい原因といえよう。

### 三 若干の考察

#### 解除の法的基礎(fondement juridique)をめぐる議論の変容

##### 1 「重大な不履行」と解除の法的基礎(fondement juridique)との関係

テレ草案（カタラ草案も同様）の解除規定が、現行民法1184条の定める「黙示の解除条件」を法文形式上も明確に否定する構成を採用したことは、もはや時代の流れからして当然のことといえる<sup>137)</sup>。解除の通則的規定の改正案として位置づけられる同草案108条は、解除条項（約定解除）による解除、または、「重大な不履行」がある場合の解除を提案した。本条には、もはや「解除条件構成」としての解除は何ら制度的には残されていない。では、この現象、そして、フランス法でも採用された不履行解除の要件（実体要件）としての「重大な不履行（grave inexécution）」は、「契約解除の法的基礎（fondement juridique）」の視角からどのように受け止められるべきであろうか。

これまでのフランス民法学は、契約解除法制（主として1184条の「黙示の解除条件」）、なかでも、不履行解除（法定解除）の法的基礎ないし正当化根拠を「双務契約の履行上の牽連性」または「コーズ（cause）概念」に概ね求めてきた<sup>138)</sup>。そして、これらの法的基礎から、論理的に不履行

解除の実体要件を導き出してきた<sup>139)</sup>。しかし、テレ草案の規定およびオーベール・ドゥ・ヴァンセルによる報告書を見る限り、法的基礎(論)が不履行解除の要件を緩やかではあるが導き出しているとはいえないと思われる。むしろ、これまでの法的基礎と要件との関係に対して、逆方向の流れが示されつつあると考えられる。すなわち、「重大な不履行」がまずありきで、テレ草案109条が「重大な不履行」の定義あるいはその限界値(seuil)を定めようとする志向は、まさに、解除法制の正当化根拠(解除条項は除く)が「重大な不履行」概念そのものによって逆に決定づけられていくことを意味しているとも思われる。これは、解除の正当化根拠(法的基礎)と不履行解除の(実体)要件とが融合していると言い換えてもよいかもしれない。

「約束された債務の履行を正当に期待していた者にとって、不履行の重大性(gravité)は、それだけで解除を基礎づけるのに充分でありうる。債権者の期待は裏切られ、無視されたのであるから、当該契約を終了させることを認めることになる。」<sup>140)</sup>とのオーベール・ドゥ・ヴァンセルの叙述からも、その志向の一端をうかがい知ることができる。さらに、テレ草案はコース概念の廃止を提唱している。双務契約の履行上の牽連性をも根拠づけることが可能な同概念の廃止は、牽連性で解除を根拠づけることを難しくさせるものとならざるをえない。そうすると、「契約の解除はなぜ認められるのか、どのような理論的根拠によって認められるのか。」という法的基礎(論)における中心的争点は、解除の要件(重大な不履行)をそのなかに内包したかたちで進められていくことになると思われる<sup>141)</sup>。

テレ草案の解除規定およびその報告書についての分析から、不履行解除の法的基礎が解除の要件(重大な不履行)と一体化し、半ば要件そのものにとって代われつつある状況をも示すことができる。さらにいえば、解除の適用領域を双務契約に限定しない態度をテレ草案が採ったこと(コース概念の放棄の影響もあろう)で、これまでの不履行解除の法的基礎の一流であった「双務契約の履行上の牽連性」で解除を根拠づける見解も、

衰退の道を辿るかもしれない。そして、その先には、「重大な不履行」というマジック・ワードによって根拠づけられる要件(論)、あるいは、効果(論)からの法的基礎の再構築がなされる可能性すら指摘することができよう。

## 2 「黙示の解除条件」構成から送達(notification)による解除構成へ

テレ草案における解除規定およびオーベル・ドゥ・ヴァンセルによる報告書の内容から、本草案において提案された解除の特質のもう一点は、送達(notification)による解除構成の採用といえる。送達は、不履行前の解除を定める同草案111条でも要求されている。付遅滞が不要な場合であっても、また、解除条項による場合であっても、送達は要求される<sup>142)</sup>。このように、テレ草案が示した新たな契約解除法制では、送達(notification)が付遅滞(mise en demeure)よりも重要視されていると考えられる<sup>143)</sup>。では、この志向を、解除の法的基礎という視角から受け止める場合、何がいえるであろうか。

そもそも、現行フランス民法では、不履行解除の通則的規定ですら、1184条(1項)の「黙示の解除条件」の理論上の実質的修正に依拠している。解除条項(約定解除)に関しても、たとえば、売買契約などの個別の契約類型を定めた個所に解除条項(pacte commissoire)に関する規定は置かれている<sup>144)</sup>が、約定解除の通則的規定は置かれてない。このように、法定・約定両解除ともに、通則的規定を法文の形式上は欠いていることを考慮すると、テレ草案では、送達(notification)という法制度を通じて、二つの解除制度を統一的に把握しようとする態度をうかがい知ることができる<sup>145)</sup>。そして、ここで改めて確認すべきことは、送達の法的性質である。通常の送達による解除の場合(不履行後の一方的解除の場合)、テレ草案110条1項によれば、解除は、債務者による送達を受領時にその効果を生じると規定されている。その他の場合(不履行前の解除の場合など)においても、送達で定められた相当の期間の満了によって解除が生じる。

やや強引な立論かもしれないが、たしかに、現行フランス民法1184条の「黙示の解除条件」の具体的内容を探求するという意味での法的基礎(論)は、20世紀後半以降衰退したといってよい。しかし、テレ草案において、送達(notification)が実質的に解除を作動させる機能を有している以上、しかも、法定・約定両解除においてそれが要求されている以上、送達もまた、解除の法的基礎(fondement juridique)となりうるのではないだろうか。要するに、三1で検討したように、解除の新たな要件である「重大な不履行」、そして、送達(notification)、この両者が解除の法的基礎を逆に決定づけていくのではないだろうか<sup>146)</sup>。テレ草案においてコース概念が放棄された意味も、この問題とまったくつながっていないとはいえないと思われる。

### 3 解除の法的基礎論の帰趨

ここまでの考察から、フランス債務法における契約解除規定改正草案(本稿ではテレ草案に絞って検討した)の法的基礎(fondement juridique)の内容の特質として、以下の点を挙げることができよう。

まず、法的基礎(論)のかつての主たる争点であった現行1184条の「黙示の解除条件」構成に対する批判的検討・内容の探究の時代がほぼ終焉を迎えたということである。これは、フランス民法典公布以来、200年以上に渡って学説・判例上議論されてきた「黙示の解除条件」がその歴史的役割を近い将来消尽することを意味する。また、テレ草案では、コース(cause)概念が放棄されるから、そもそも、「黙示の解除条件」の具体的内容を他の法制度(現在のフランス民法学説ではコースで根拠づける見解が有力であるけれども)で根拠づける必要性も消尽することになる。むしろ、今後は、草案規定についてのオーベル・ドゥ・ヴァンセルの報告書の冒頭に記されていたように、解除の(法的)基礎は、「解除は何のための制度か。」という視点から論じられるべきものへと変容しつつあることを指摘することができよう。つまり、債務者の保護や契約の拘束力の保

護という機能も解除の法的根拠となっていくわけである<sup>147)</sup>。これは、解除の機能論であり、法的基礎(論)が事実上、機能論を含みうる内容へ変容していくと考えることができよう。

次に、これは、テレ草案の法文および報告書を検討した限りでの、あくまで、限定的結論であるが、「重大な不履行」や送達（notification）といった解除の実体要件、行使要件は、従来の法的基礎(論)では、むしろ「導き出される」べきものであった。しかし、テレ草案の解除規定を分析した限り、「重大な不履行」および送達が解除規定・理論の根幹を占めており、これまでの法的基礎(論)とは逆に、これらの要件を充足する不履行の状態の帰結、つまり、解除は、何を目的とした制度かについて議論が展開されるという法的基礎論が示されたと考えられる。特に、送達は、解除条項の場合でも要求されており、付遅滞よりもその存在意義は大きい。そして、送達（notification）は、それがいわば「成就」<sup>148)</sup>（債務者による受領や期間の満了）した時に、解除を生じさせるのである。そう考えれば、「黙示の解除条件」構成をテレ草案の解除規定は否定したけれども、条件や付款に近い送達で法定・約定両解除を根拠づけていると考えれば、案外、解除条件構成と似た制度を別の法制度で再構築しているとも考えられる。また、「重大な不履行」概念についても、これを柔軟に解せば、「解除は何のための制度か」という法的基礎を要件面から操作することが可能になりうる。このように、テレ草案における解除の要件は、解除の法的基礎をも含みうるものとして把握されるべきではないだろうか。

最後に、解除の効果論における将来効の採用と法的基礎との関係について述べる。これまでの解除の法的基礎(論)は、主に即時履行契約を念頭に置いて議論がなされてきたといえる。しかし、テレ草案では、継続的履行契約（les contrats à exécution successive）をも念頭に解除の将来効が考えられていた。これは、今後、契約解除法制の再構築を考えるうえで、継続的履行契約が典型モデルとして想定されることが多くなることを意味しているといえよう。継続的履行契約の不履行がなぜ同契約の解除をもたらす

のか、これまでの議論の際に念頭に置かれていた契約自体が変容することで、間接的にはあれ、解除の法的基礎(論)に対しても少なからぬ影響があると思われる<sup>149)</sup>。

以上から、解除の法的基礎論の帰趨は、次のように推移していくと考えられる。すなわち、これまで解除の法的基礎が担ってきた「解除の要件を導き出す機能」が逆転し、テレ草案を含め、今後のフランスにおける債務法改正規定では、逆に、解除の要件枠組みが画定され、そこから解除の基礎理論、つまり、法的基礎が考察されるようになるということである。そして、その際、鍵となるのは、「重大な不履行」などの実体要件や送達(notification)などの解除権行使に関わる要件そのものなのである。

近時のフランス民法学が志向する契約解除改正草案規定の一部ではあるが、テレ草案における解除規定は、不履行解除の法的基礎(論)の変容の契機となる画期的な内容を含んでいると評価されるべきであろう。今後も解除の法的基礎(論)の展開に着目していきたい。

## むすびに代えて

以上、テレ草案における解除規定の分析を通じて、今後の解除の法的基礎論の特質・帰趨への接近を試みた。検討不十分な点が多々あり、甚だ見苦しい内容となってしまったが、ご海容いただきたい。最後に、本稿に残された課題と今後の展望を示して稿を閉じる。

本稿に残された課題は数多い。逐一挙げると際限がないので若干確認するにとどめる。第一に、テレ草案における解除規定のうち、110条3項の急速審理(référé)手続の検討が不十分となってしまった。手続法上の問題といえばそれまでだが、不履行前の解除(同草案111条)との関係を明確にすることができなかった。第二に、送達(notification)と付遅滞との

有機的関連性について理解を深めることが不十分となってしまった。この点は、オーベール・ドゥ・ヴァンセルの報告書の分析のみにとどまったことが原因であろう。最後に、本稿の直接の考察対象ではないが、近時のヨーロッパ法における債権法改正の文脈におけるテレ草案の明確な位置づけを示すことができなかつた<sup>150)</sup>。この点は、ヨーロッパ法の横断的分析が必要になるろう。

今後の展望としては、まず、わが国の民法学に目を転じ、早急に解除法制の改正動向、とりわけ、危険負担の解除権構成の意義を基礎理論レベルで分析する必要がある。他方、今回分析したテレ草案と、かつて拙稿でその概観を見たにとどまっているカタラ草案<sup>151)</sup>との精緻な比較・検討を行う必要があるろう。その際、司法省事務局草案についても分析を行い、改正動向の最先端を注視すべきであろう。さらに、わが国における解除と危険負担の関係についての研究の到達点について、フランスの学説の分析と並行してフォローする必要があるろう。

【付記】 本稿は、平成22年度 科学研究費補助金（若手研究〔B〕）課題番号：20730075）の助成による研究成果の一部である。

- 1) わが国における民法（債権法）改正に関する文献・論考は多数に上るが、ごく最近のもの、なかでも、契約解除規定の改正に触れているものとして、たとえば、民法（債権法）改正検討委員会 編『債権法改正の基本方針』（別冊 NBL 126号）144～151頁（商事法務、2009）、同『詳解・債権法改正の基本方針 契約および債権一般（1）』293～364頁（商事法務、2009）、北居功「契約の効力と契約の解除 特集『債権法改正の基本方針』を読む」法律時報1013号43～49頁（2009）、半田吉信「解除の要件についての改正をどう考えるか」椿寿夫ほか（編）『法律時報増刊 民法改正を考える』279～282頁（日本評論社、2008）、鹿野菜穂子「契約解除と危険負担 解除の要件論を中心に」円谷峻（編著）『社会の変容と民法典』347～361頁（成文堂、2010）、森田宏樹「危険負担の解除権構成（1）」（2・完）論点講座 債権法改正を深める 第4回・第5回 法学教室358号87頁以下（2010）、同359号62頁以下（2010）、高須順一『民法（債権法）改正を問う 改正の必要性とあるべき姿』67～88頁（酒井書店、2010）などがある。
- 2) 民法（債権法）改正検討委員会が示した改正“提案”（不履行解除の一般通則規定の改正提案）は、以下の通りである。民法（債権法）改正検討委員会（編）・前掲注（1）「基

本方針」144～146頁。

『債権法改正の基本方針』第3編 債権，第1部 契約および債権一般，第1章 契約に基づく債権，第4節 契約の効力，第2款 債務の不履行，第3目 解除 提案【3.1.1.77】提案【3.1.1.77】(解除権の発生要件)

- 1 契約当事者の一方に契約の重大な不履行があるときには，相手方は，契約の解除をすることができる。
    - ア 契約の重大な不履行とは，契約当事者の一方が債務の履行をしなかったことによって，相手方が契約に対する正当な期待を失った場合をいう。
    - イ 契約の性質または当事者の意思表示により，特定の日時または一定の期間内に債務の履行をしなければ契約の目的を達成することができない場合において，当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したときは，契約の重大な不履行にあたる。
  - 2 契約当事者の一方が債務の履行をしない場合に，相手方が相当の期間を定めてその履行を催告し，催告に応じないことが契約の重大な不履行にあたる場合は，相手方は契約の解除をすることができる。
  - 3 事業者間で結ばれた契約において，契約当事者の一方が債務の履行をしない場合，相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし，その期間内に履行がないときは，相手方は，契約の解除をすることができる。ただし催告に応じないことが契約の重大な不履行にあたらなときはこの限りでない。
- 3) Sous la direction de TERRÉ (François), *Pour une réforme du droit des contrats Réflexions et propositions d'un groupe de travail sous la direction de François Terré*, Dalloz, Paris, 2009.
- 4) わが国における契約解除規定改正に関する論考(とりわけ、『債権法改正の基本方針』において示された「提案」に対する種々の検討は百花繚乱の感がある)としては，注1)に示した論考などを参照。
  - 5) chancellerie という語について，本稿では，「司法省事務局」と訳出する。なお，山口俊夫(編)『フランス法辞典』74頁(東京大学出版会，2002)は，「法務省事務局」と訳出している。
  - 6) 現在，司法省事務局の公式の草案はサイト上で閲覧することができない。なお，その信憑性に疑問符を付けざるを得ないが，司法省とは別の複数のサイト上で，司法省事務局第一次改正草案と思われる規定が公表されている。しかし，これをそのまま同草案と断定することはきわめて危険であると思われる。だが，少なくとも，解除に関する規定に関しては，一定程度の信頼はできそうである。
  - 7) この事務局草案(第一次草案と呼ばれる)は，わずかに数カ月の期間限定での公表という形式を採り，フランス国内でも批判を浴びたとされている。この点を指摘するものとして，廣峰正子『民事責任における抑止と制裁 フランス民事責任の一断面(神戸学院大学法学研究叢書19)』125頁(日本評論社，2010)参照。
  - 8) 司法省事務局草案における解除規定改正草案の詳細な検討については，他日を期したい。
  - 9) 法的根拠論といってもよからう。
  - 10) 民法典制定以降，19世紀における法定解除の法的基礎，要件論，および，両者の関係に

については、拙稿「フランス債務法における法定解除の法的基礎（fondement juridique）と要件論（1）」（2・完）19世紀の学説・判例による「黙示の解除条件」構成の実質的修正に着目して立命館法学299号321頁以下（2005）および同302号181頁以下（2006）〔拙稿（1）頁、拙稿（2・完）頁と表記する。〕参照。20世紀以降近時に至るまでのフランス民法学説における法定解除の法的基礎を扱ったものとして、拙稿「現代フランス債務法における法定解除の法的基礎（fondement juridique）の構造変容」立命館法学309号167頁以下（2007）〔拙稿「構造変容」頁と表記する。〕参照。また、19世紀初頭のフランス民法学における解除条項（約定解除）理論の特質に若干の考察を加えたものとして、拙稿「19世紀初頭のフランス民法学における解除条項理論の一断面」立命館法学327・328合併号（生田勝義・大河純夫教授退職記念論文集・下巻）744頁以下（2010）〔拙稿「解除条項理論」頁と表記する。〕参照。

- 15) なお、いわゆるカタラ草案については、拙稿「構造変容」252～257頁注239）において、その概要に触れたことがある。
- 16) しかし、草案規定の趣旨などを理解するうえで必要最小限度、学説に言及した部分がある。
- 17) その際、同草案に先行（2005年9月）して公表されたカタラ草案における解除規定改正案についても、比較を兼ねて一瞥した箇所がある。CATARA (Pierre), *Avant-Projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Ministre de la Justice, La documentation française, Paris, 2006, p. 52～55 [Exposé des motifs par ROCHFELD (Judith)] et p. 105～107 参照。
- 18) もちろん、テレ教授による監修がなされているのは容易にうかがえるから、この *Rapports* がオーバール・ドゥ・ヴァンセル教授の真の見解と額面通り受け止めるべきではなからうと思われる。
- 19) Sous la direction de TERRÉ (F.), *op. cit.* (3), p. 26～27 et p. 278～279.
- 20) art 108 La résolution d'un contrat résulte soit de l'application d'une clause résolutoire, soit, en cas de grave inexécution, d'une demande en justice ou d'une notification.
- 21) 送達 (notification) とは、ここでは、「……利害関係人になされる訴訟書類などの通知で、執達書 acte d'huissier によるものは、執行吏送達 signification とされる（新民訴651条）……」ものを指すとしてよからう。山口（編）・前掲注（5）389頁。
- 22) art 109 L'inexécution est grave lorsqu'elle porte sur une obligation dont la stricte observation est de l'essence du contrat.  
Il en va de même lorsqu'elle prive substantiellement le créancier de ce qu'il pouvait légitimement attendre du contrat, à moins que le débiteur n'ait pas pu prévoir que l'inexécution aurait un tel résultat.  
L'inexécution intentionnelle est toujours considérée comme grave lorsqu'elle fait présumer que le débiteur n'exécutera pas dans le futur.
- 23) art 110 Lorsque le créancier procède par voie de notification, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur de s'exécuter dans un délai raisonnable, en précisant qu'à défaut d'exécution il sera en droit de résoudre le contrat. Si

l'inexécution persiste, la résolution est acquise à la réception de la notification par le débiteur.

Le créancier est dispensé de la mise en demeure lorsqu'elle est inutile pour caractériser l'inexécution ou en cas d'urgence. La résolution est alors acquise à l'expiration d'un délai raisonnable fixé dans la notification.

Le débiteur peut, à tout moment, contester la résolution, le cas échéant, en référé. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution. Le juge peut, selon les circonstances, soit constater la résolution, en statuant le cas échéant sur sa date, soit ordonner l'exécution du contrat en octroyant éventuellement un délai au débiteur. Le tout sans préjudice de dommages et intérêts.

- 20) référéを「急速審理」と訳出したことにつき、山口(編)・前掲注(5)493頁参照。なお、同辞典493~494頁によれば、急速審理とは、概ね次のような制度である。すなわち、「……〔基本的に〕レフェレの命令 ordonnance de référéは、本案受理判事でない判事(急速審理判事 juge de référé)に即時に必要な処分を命じる権限を法律が与えている場合において、当事者の一方の請求により、他方当事者の出席または呼出のもとになされる仮の裁判 décision provisoireをいう(新民訴484条)。その対審性のゆえに、申請に基づく命令 ordonnance sur requêteと区別される。通常、単独判事 juge uniqueがそれを担当し、大審裁判所長、商事裁判所長、農事賃貸借同数裁判所長、控訴院長など裁判機関の長の権限とされているが、担当判事は、事件の重大性に依じてそれを合議体に付託することができるし、また、労働裁判所では常に合議体がとられている(新民訴487条……)。命令によって取りうる措置は、裁判機関ごとに詳細に定められているが、担当判事は、緊急の場合、重大な異議のない措置または紛争の存在が正当化するすべての措置をとることができる(新民訴808, 848, 872, 893, 956条……)。レフェレの命令は本案に関して既判事項の権威をもたないが、仮執行ができ、また、担当判事は罰金強制 astreinteを命じることもできる(新民訴488条以下)……」。
- 21) この date は、履行の期日ではなく、解除の期日(日付)と理解するのが素直であろう。
- 22) 損害賠償請求を急速審理手続のなかでできるということの意味であろう。
- 23) フランス法における解除の行使要件については、さしあたり、拙稿(2・完)182頁および関連注参照。
- 24) そもそも、現行のフランス民法典において、法文形式上は、法定解除の通則的規定はない。あくまで、1184条1項の「黙示の解除条件」が不履行解除の通則的規範の機能を果たしてきたのであって、そこでは、「付遅滞」などのいわゆる行使要件に関しては、正面から定めた規定がない。もっぱら、判例・学説の発展に委ねられてきたといつてよい。なお、フランス法における解除の行使要件、特に、付遅滞については、齋藤哲志「フランスにおける契約の解除(2・完) 解除訴訟における判事の役割を中心として」法学協会雑誌123巻8号185頁および関連注(2006)参照。
- 25) 二三参照。
- 26) prouver という語が用いられていることから、「証明」と訳出したが、急速審理の場合、「疎明」で足りるとしないと、債権者にとって酷な結果となりはしないだろうか。フラン

ス民事訴訟法における証明概念について、筆者は不勉強なので解からないが、事実上、解除を認めない方向で提案された規定とも考えられる。この点は後述する（二三）。

27) art 111 Si dès avant l'échéance, il est certain que les conditions de la résolution sont acquises, le créancier peut demander au débiteur de l'assurer qu'il sera en mesure d'exécuter dans le temps prévu en précisant que, à défaut, il sera en droit de résoudre le contrat par simple notification.

28) 「解除像」という表現・意味に関しては、拙稿（2・完）263～264頁参照。

29) art 112 La clause résolutoire doit désigner les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat.

La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu qu'elle résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure n'est efficace que si elle rappelle en termes apparents la clause résolutoire.

La résolution ne prend effet que par la notification qui en est faite au débiteur et à la date de sa réception.

なお、本草案規定の内容は、カタラ草案第1159条の内容と酷似している。

30) infructueuse にどのような訳語を充てるべきかは難しい問題である。本稿では、本文に示した通り、拙稿「構造変容」254頁 注239）と異なり、「有益でない」との訳語を充てた。なお、「不奏功の」という訳語を充てるものとして、齋藤・前掲注(24)272頁 注（429）がある。

31) 拙稿「解除条項理論」746～747頁参照。なお、齋藤・前掲注(24)226～234頁も参照。

32) カタラ草案における解除条項の一般通則規定新設案は以下の通りである。原文も含めて、その内容はテレ草案と酷似している。

#### 第1159条

解除条項 (clauses résolutoires) は、不履行によって契約の解除が生じる義務を明示的に指示しなければならない。

解除は、それが不履行という事実のみによって生じるということが合意されなかった場合、有益でない (infructueuse) 付遅滞に懸からしめられる。付遅滞は、それが解除条項を明白な文言で強調している場合にのみ有効である。

いずれの場合においても、解除は、債務者に対してなされた送達 (notification) に基づいて、かつ、債務者による送達の受領の日付にしかその効力を生じない。

33) 当然解除条項を含め、フランス法における解除条項に関しては、山下りえ子「フランスにおける契約解除法制について」比較法（東洋大学比較法研究所）31号100～102頁および関連注（1994）参照。

34) art 113 La résolution peut toujours être poursuivie en justice.

Le créancier peut même saisir le juge dès avant l'échéance s'il est certain que les conditions de la résolution sont acquises.

Le juge peut, selon les circonstances, prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en octroyant éventuellement un délai au débiteur.

35) ここでは、もっぱら、わが国でいうところの約定解除の場面を想定すれば足りると思わ

れる。

- 36) この議論の詳細については、拙稿(1)364~366頁および関連注参照。また、拙稿「解除条項理論」751~753頁および関連注も参照。
- 37) たとえば、テレ草案109条3項が示す故意の不履行(それでもなお、債務者の翻意の可能性は残される)の場合が挙げられようか。
- 38) art 114 Lorsque l'exécution est divisible, la résolution peut avoir lieu pour une partie seulement du contrat, s'il n'en résulte aucun déséquilibre significatif.
- 39) フランス法における一部解除についての本格的な研究書として、RIGALLE-DUMETZ (Corinne), *La résolution partielle du contrat*, Nouvelle Bibliothèque de Thèse, Dalloz, Paris, 2003 がある。
- 40) カタラ草案1160条参照。  
第1160条  
解除は、契約の履行が分割可能な場合には、当該契約の一部に関するのみ生じうる。
- 41) art 115 La résolution du contrat libère les parties pour l'avenir. Elle prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit au jour où la notification prend effet, soit au jour de la décision de justice.  
Toutefois, la résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence.
- 42) 競争禁止義務条項・約款(non-concurrence [clause de])には、いくつかの異なる意味があるとされるが、最大公約的理解として、「……他者の職業活動と競争的な活動を、一定の期間にわたり、一定の地域で行使しないことを内容とする義務……」と解すれば、ここでは充分であろう。山口(編)・前掲注(5)386頁。
- 43) 和解や仲裁に関する条項と考えてよからう。
- 44) art 116 Il y a lieu à restitution lorsqu'une partie a exécuté une obligation sans recevoir la prestation due par le débiteur.  
Il en va de même lorsque les parties ont envisagé l'exécution du contrat comme formant un tout.  
Pour le surplus, les restitutions sont soumises aux règles relatives à la répétition de l'indu.
- 45) テレ草案115条1項から、解除に遡及効は認められず、将来効しか認められないので、「原状回復」の訳語を充てなかった。しかし、本稿は解除の効果論を中心に扱うものではないので、この点に関しての検討は、今後の課題とせざるをえない。
- 46) 本項の意味は、各契約当事者による契約(債務)の履行が牽連性その他の規範により、相互的・不可分一体のものと考えられたときも、返還関係が生じるということであろう。
- 47) 非償弁済の返還(répétition de l'indu)とは、「債務原因なくして支払われたものの返還」をいう。山口(編)・前掲注(5)510頁。なお、フランス民法典上、非償弁済返還請求権は、1235条以下に規定がある。以下、規定の邦訳を掲げておく。なお、邦訳は、法務大臣官房司法部法制調査部 編(稲本洋之助 訳)<sup>9)</sup>フランス民法典 物権・債権関係

』92頁（法曹会，1982）によった。

フランス民法1235条〔弁済・非償弁済〕 弁済はすべて、負債を前提とする。義務づけられずに弁済したものは、返還請求 *répétition* に服する。

返還請求は、任意に弁済された自然債務 *obligation naturelle* に関しては、認められない。

- 48) この点については後述する（二五）。
- 49) オーベール・ドゥ・ヴァンセル教授については、報告書（*Rapports*）冒頭の表記では、リヨン第 大学教授との肩書きになっているが、改正草案作業部会の起草委員会（*COMITÉ DE RÉDACTION*）所属委員の紹介頁では、リヨン第 大学教授との肩書きになっている。誤記ではないと思われるが、起草作業終了後、リヨン第 大学に移籍したのであろう。
- 50) 以下の叙述は、*Sous la direction de TERRÉ (François), Pour une réforme du droit des contrats Réflexions et propositions d'un groupe de travail sous la direction de François Terré*, Dalloz, Paris, 2009, p. 269 ~ 277 [ *Rapports par AUBERT DE VINCELLES (Carole)* ] に負うところが大きい。
- 51) ここでの法的基礎 (*fondement juridique*) は、後述の通り、解除の機能論に近いといえる。
- 52) その実質は、将来効である。
- 53) *Sous la direction de TERRÉ (F.)*, par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n° 1, p. 269 ~ 270.
- 54) *Sous la direction de TERRÉ (F.)*, par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n<sup>os</sup> 2 ~ 12, p. 270 ~ 274.
- 55) *Sous la direction de TERRÉ (F.)*, par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n<sup>os</sup> 13 ~ 19, p. 274 ~ 277.
- 56) *Sous la direction de TERRÉ (F.)*, par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n<sup>os</sup> 3 ~ 10, p. 270 ~ 274.
- 57) *Sous la direction de TERRÉ (F.)*, par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n° 11, p. 274.
- 「合意による」という表現は、わが国の民法でいうところの約定解除に加えて、解除契約（合意解除・合意解約）の意味も含まれる広い概念である。広く、「裁判上の解除（法定解除）」以外の形式を指す語といえる。
- 58) *Sous la direction de TERRÉ (F.)*, par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n° 12, p. 274.
- 59) *Sous la direction de TERRÉ (F.)*, par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n<sup>os</sup> 4 ~ 7, p. 271 ~ 273.
- 60) *Sous la direction de TERRÉ (F.)*, par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n<sup>os</sup> 8 ~ 10, p. 273 ~ 274.
- 61) *Sous la direction de TERRÉ (F.)*, par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n<sup>os</sup> 13 ~ 17, p. 274 ~ 277.

- 62) Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n<sup>os</sup> 18 et 19, p. 277.
- 63) 19世紀フランス債務法における不履行解除の法的基礎(論)の変遷については、拙稿(1)を参照のこと。
- 64) その典型例として、スタルク＝ロラン＝ブワイエの見解を挙げることができる。彼らは、1184条の法的基礎として、「推定された意思」、「民事責任」、そして、「コース(cause)」を挙げ、これらを批判的かつ複合的に受容する法的基礎を示した。STARCK (Boris), ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent), *Droit civil Les obligations 2. Contrat*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, 1998, n<sup>os</sup> 1894～1965, p. 662～686 et n<sup>os</sup> 2000～2022, p. 696～704。その法的基礎の詳細は、拙稿「構造変容」219～223頁および関連注参照。
- 65) Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n<sup>o</sup> 1, p. 269.
- 66) しかし、テレ草案の規定を見れば解る通り、裁判官による介入を回避する(たとえば、当然解除条項や送達による解除など)、つまり、契約を解除しやすくする手段は、現行法よりも広範である。しかし、前掲テレ草案113条が置かれていることから、必ずしも、契約を解除しやすい方向に傾いているともいい難い。これらの点は、オーベル・ドゥ・ヴァンセルも指摘している。Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *ibid.*
- 67) *ibid.*
- 68) フランス債務法におけるコース概念については、小粥太郎「フランス契約法におけるコースの理論」早稲田法学70巻3号1頁以下(1995)が詳しい。
- 69) Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *loc. cit.*
- 70) Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *loc. cit.* (53).
- 71) Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n<sup>o</sup> 1, p. 270, note (2).
- 72) Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *loc. cit.* (53).
- 73) 拙稿「構造変容」178～184頁および関連注においても論じたが、解除の法的基礎をコース(cause)とする見解は、特に20世紀以降、その法的基礎の具体的構造を変容させた。たとえば、テレ＝シムレール＝ルケットは、解除を根拠づけているものは双務契約における両債務の履行上の牽連性であり、この牽連性を説明するものがコース(法的基礎)であるという法的基礎の構造を示していた。TERRÉ (François), SIMLER (Philippe) et LEQUETTE (Yves), *Droit civil Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, 1999, n<sup>o</sup> 623, p. 585～587.
- 74) この点に関する考察は、三1で行う。
- 75) Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n<sup>o</sup> 2, p. 270.
- 76) オーベル・ドゥ・ヴァンセルは、この点について、その叙述の大部分をヨーロッパ法の各民法典(ないし民法改正草案)の紹介に留めている。たとえば、「重大な不履行」の限界値(seuil)については、「……カタラ草案を除いて、すべての(民法典)改正草案で再考されている。……この(不履行の重大性に関する)限界値の呼び方(désignation)は、

それぞれの草案により異なり、同一でない。たとえば、ランドー（Lando）原則の9条：301およびユニドロワ原則の7.3.1条における『本質的な不履行（*inexécution essentielle*）』、ガンドルフィ（Gandolfi）法典114条における『著しく重大な不履行（*inexécution d'importance notable*）』、さらに、司法省事務局（Chancellerie）第一草案における『債権者から契約の利益を奪う』不履行が挙げられる。しかし、司法省事務局第一草案については、送達（*notification*）による解除のみに関するものである。……」*Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), ibid.* なお、ここで、オーベール・ドゥ・ヴァンセルが引用した司法省事務局第一草案は、2008年7月から期間限定でフランス司法省のホームページ上に公表された司法省事務局草案の規定のことを指していると考えられる。しかし、条文の詳細は不明である。

- 77) *ibid.*
- 78) 一方的解除に関しては、さしあたり、MALAURIE (Philippe) et AYNÈS (Laurent), *Cours de droit civil* Tome VI Les obligations Vol II *contrats, quasi-contrats*, 11<sup>e</sup> éd., Éditions CUIJAS, Paris, 2001, n<sup>os</sup> 487 ~ 494, p. 290 ~ 297 が比較的簡潔に解説している。
- 79) オーベール・ドゥ・ヴァンセルは、ここで、近時の破産院裁判例を脚注において二、三掲げている。*Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), op. cit. (50), n° 3, p. 270, note (5).*
- 80) *Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), loc. cit. (77).*
- 81) ここにいう「道徳的かつヒューマニズム的」アプローチとは、裁判官が諸事情を考慮して、債務者に対して、債務の履行のための猶予期間を付与すること（民法1184条3項）などを指していると思われる。
- 82) この異議申立て（*contestation*）は、テレ草案110条3項の急速審理（*référé*）のことを指していると考えてよさそう。
- 83) *Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), op. cit. (50), n° 3, p. 271.*
- 84) *Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), op. cit. (50), n° 4, p. 271.*
- 85) 以下の叙述は、*Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), ibid.* にほぼ全面的に拠っている。
- 86) カタラ草案は、一方的解除の送達前に常に付遅滞を要求している。同草案1158条3項参照。
- 87) 一5参照。
- 88) *Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), op. cit. (50), n° 5, p. 271.*  
オーベール・ドゥ・ヴァンセルの報告書を見て若干疑問が残ることは、「送達（*notification*）」の受領時に「送達」の効力が生じ、それによって「解除」も同時にその効力を生じるとそのまま解してよいかである。規定を見る限り、断定はできないが、本稿ではそのように理解する。
- 89) *préavis* については、ここでは、「解除予告」と解すべきであろう。

- 90) 「段取りをつける (s'organiser)」という語のここでの意味は、(履行をしない、あるいは、できないという前提で)不履行の後の処理をにらんで種々の準備をする「段取り」と読むのが素直であろう。テレ草案110条2項が想定するのは、およそ履行が期待できない場合だからである。
- 91) Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n° 5, p. 271 ~ 272.
- 92) 以下の叙述は、Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n° 6, p. 272 に負うところが大きい。
- 93) カタラ草案1158条3項参照。
- 94) Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *loc. cit.*
- 95) 以下の叙述は、Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n° 7, p. 272 ~ 273 に拠っている。
- 96) Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n° 7, p. 272.

ここで引用された法文の一部は、テレ草案110条3項の内容に酷似しているが、法文の文言が異なっている。また、カタラ草案1159条の文言とも合致しない。ということは、司法省事務局草案の規定であろうか。

- 97) この部分の脚注において、オーベール・ドゥ・ヴァンセルは、2000年11月7日に破毀院第1民事部が下した判決を参照している。しかし、本稿は、裁判例の分析を対象としないので、その内容には立ち入らない。Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n° 7, p. 272, note (8).
- 98) Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *loc. cit.* (96).
- 99) 立証責任の転換以外の点でいうと、テレ草案110条3項に規定されている損害賠償請求を挙げることができよう。しかし、以下に見るように、オーベール・ドゥ・ヴァンセルの叙述は難解なものとなっている。「……不履行となった債務の債務者は、常に、損害賠償を請求することができる。そして、その額は、異議申立ての原因に応じて異なりうる。なお、権利の行使のみを損害賠償の対象とすることができ、または、権利それ自体を損害賠償の対象とすることもできる。前者の場合(権利の行使のみを対象とした場合)、送達についての不誠実(déloyauté)または突発(brutalité)に基づき、たいていの場合、示されるとすれば、債務者は、これらの訴訟(causes)のみを理由に、被った損失の填補(compensation)または逸失利益(des gains éventuellement manqués)しか請求することができないであろう。しかし、後者の場合(権利それ自体を対象とした場合)、すなわち、重大でない不履行を主たる理由として、送達が正当化されない場合には、債務者は、損害の填補(compensation des préjudice)を、その期限(履行期のことか。括弧内引用者。)までの契約の不履行を理由に得ることができるであろう。」Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *loc. cit.* (95).

上記叙述のなかで、不誠実(déloyauté)とは、「……協議、論争、交渉などにおいて不誠実な手段により違法に勝利・利益を得ること……」を指すものと解してよからう。山口(編)・前掲注(5)153頁。また、突発(brutalité)は、ここでは「不意打ち」的な送達の

ことを意味していると思われる。

- 100) 「不履行」前の解除という表現には、違和感を覚える。不履行前であれば、実際に不履行が存在しないわけであって、解除の要件を充足しないはずだからである。
- 101) 以下の叙述は、*Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), loc. cit. (60)* に依拠している。
- 102) *Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), loc. cit. (83)*.
- 103) *Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), op. cit. (50), n° 8, p. 273*.
- 104) オーベル・ドゥ・ヴァンセルは、報告書において、各種ヨーロッパ法について、次のように報告している。「……不履行前の解除を採用しているのは、ランドー原則（9条：301）、ユニドロワ原則（7.3.3条）、……司法省事務局草案、ウィーン売買条約（72条）、……ドイツ法やコモン・ロー（anticipatory breach）である。……ガンドルフィ（Gandolfi）法典は、この点に関して、不履行前の解除を厳格な要件のもとで認めている。とりわけ、債務者による不履行についての書面による意思表示が要求されている（90条）」。 *Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), ibid.* なお、上記引用文中、コモン・ローの anticipatory breach とは、「期限前の契約違反」の意味である。
- 105) *Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), op. cit. (50), n° 9, p. 273*.
- 106) 継続的履行契約（*contrat à exécution successive*）の意味については、レモン・ギリアン、ジャン・ヴァンサン編著（*Termes juridiques* 研究会 中村統一ほか監訳）『フランス法律用語辞典 第2版』89頁（三省堂、2002）参照。また、フランス法における継続的履行契約の解消について詳細な分析を行っているものとして、中田裕康『継続的売買の解消』113～222頁（有斐閣、1994）参照。
- 107) *Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), loc. cit.*
- 108) オーベル・ドゥ・ヴァンセルは、不履行前の解除を導入することで、債務者よりも債権者の方を優遇しすぎにはならないのか、という問いに対して、次のように述べている。「……不履行という有害な（néfastes）結果をできる限り制限するような新たな手管（dispositions）を債権者が整えることを認めること。代替的な解決法をより容易にかつ迅速に見出すこと。同様に、債務者に対しても、損害の悪化の回避を認めること、そうすることで、債権者に対して支払われるべき（*due*）損害賠償を制限すること。最後に、これらの解決法（既に他国の法では行われている）は、特に、行き過ぎを示さなかった。」 *Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), ibid.*
- 109) 以下の叙述は、*Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), op. cit. (50), n° 10, p. 273～274* に負うところが大きい。
- 110) 可能な限り債務者の権利の保護にも努めた結果である、と報告書では強調されている。  
*Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), op. cit. (50), n° 10, p. 273*.
- 111) テレ草案111条参照。

- 112) Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n° 10, p. 274.
- 113) *ibid.*
- 114) ここで、解除の効果論に関する報告書の内容に入る前に、解除の方式の残り二つ、「合意による解除 (La résolution conventionnelle)」(テレ草案112条)および裁判上の解除(同113条)に関して、オーベール・ドゥ・ヴァンセルがどのような報告を行っているか一瞥しておく。前者(合意による解除)に関しては、草案の規定は、現在のフランスの判例の考え方を踏襲し、カタラ草案や司法省事務局草案によって踏襲されている点を指摘する程度で、あとはテレ草案112条の文言を辿っているにすぎない。Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *loc. cit.* (57)。また、後者(裁判上の解除)についても、オーベール・ドゥ・ヴァンセルの叙述は、他の部分に比べて分量が少ない。内容は、不履行(履行期)前の解除の場合や解除条項が付されている場合でも解除は裁判上訴えることができるとあるのみであり、残りは、テレ草案108条の「重大な不履行」要件につき、解除訴訟が提起されれば、解除の要件充足の可否を判断するのはもっぱら裁判官の自由である、と論じられているに留まっている。Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *loc. cit.* (58)。
- 115) 以下の叙述は、Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *loc. cit.* (55)に負うところが大きい。
- 116) フランスの近時の体系書でもこの考え方は原則として維持されている。たとえば、BÉNABENT (Alain), *Droit civil Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Montchrestien, Paris, 2007, n<sup>os</sup> 398 et 399, p. 283~285 など。
- 117) Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n° 13, p. 274~275 et note (10)。
- 118) Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n° 13, p. 275。
- 119) *ibid.*
- 120) オーベール・ドゥ・ヴァンセルは、次のようにも述べている。「……遡及効を守るのに、伝統のみの維持では充分とは思われなかった。……」, *ibid.*
- 121) Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n° 14, p. 275。
- 122) 司法省事務局草案においても、カタラ草案の考え方が踏襲されているという。Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *ibid.*
- 123) *ibid.*
- 124) *ibid.*
- 125) フランス法における無効 (nullité) 概念については、山口俊夫『フランス債権法』54~60頁(東京大学出版会, 1986)を参照。
- 126) Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n° 15, p. 275。
- 127) Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n° 15, p.

275～276.

- 128) 返還 (restitutions) 部分の検討に入る前に、オーベール・ドゥ・ヴァンセルは、「いくつかの条項の維持」および「一部解除 (résolution partielle)」と題して、前者では、テレ草案115条2項の内容を確認し、他の改正草案と若干の比較を行っている。Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n° 16, p. 276. しかし、その内容は本稿において検討を要すべき内容を含んでいるとはいえないと思われるので、分析については割愛する。また、後者では、カタラ草案も採用している（同草案1160条参照）一部解除について、その理論的基礎、要件、そして、他の債権法改正草案との若干の比較が示されている。Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n° 17, p. 276～277. この部分の叙述に関しては、一6でも述べたが、テレ草案115条2項と異なり、なお考究を要すべき事項が多分に含まれている。特に、一部解除の基礎理論に関しては、筆者としても本稿で扱いたいと思うのだが、検討不十分な段階であるから、今後の課題とし、本稿では分析・考察を保留したい。なお、現行フランス民法における一部解除理論に関する近時の研究として、GENICON (Thomas), *La résolution du contrat pour inexécution*, Bibliothèque de droit privé Tome 484, L. G. D. J, Paris, 2007, n<sup>os</sup> 794～811, p. 568～578 を挙げておく。
- 129) 以下の叙述は、Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *loc. cit.* (62) に拠っている。
- 130) Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n° 18, p. 277.
- 131) 注47)参照。
- 132) 筆者は、フランスの不当利得法について不勉強なため、autorité de la loi をそのまま「法律の権威」と訳出した。
- 133) Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *loc. cit.*
- 134) *ibid.* オーベール・ドゥ・ヴァンセルは、「……返還 (restitutions) は、したがって、契約当事者双方にとって重要なのである。」と述べている。
- 135) *ibid.*
- 136) 解除改正規定に関する報告書の最後の節において、オーベール・ドゥ・ヴァンセルは、以下のように述べて報告を締めくくっている。「返還 (restitutions) の諸原則は、不履行に基づく解除とともに論じられてきた。返還に関する一般原則は、それが無効の結果として生じたものであろうと、解除の結果として生じたものであろうと、非償弁済の返還 (répétition de l'indu) に関する将来の (改正提案…括弧内引用者) 提案の際に論じられるであろう。したがって、返還の対象・目的物 (現物によってか、または、価格 valeur によってか) に関連する問題、場合によっては支払われるべき損害賠償金 (indemnités) に関連する問題、あるいはまた、果実の帰趨 (sort) に関連する問題、こういった諸問題が考察されるであろう。」Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *op. cit.* (50), n° 19, p. 277.
- 137) 「黙示の解除条件」構成の不備は、19世紀註釈学派の時代から主張されてきた。
- 138) 拙稿 (2・完) 252～259頁参照。

- 139) 必ずしも論理的とはいえないと思われる要件の導出が散見されたことは、拙稿(1)で指摘した通り。
- 140) Sous la direction de TERRÉ (F.), par AUBERT DE VINCELLES (C.), *loc. cit.* (71). また、二2参照。
- 141) このような法的基礎(論)のあり方が適切か否かは、今後のフランス債務法の改正、および、学説・判例の進展を見守るしかない。本稿では、この点についての判断を保留とした。
- 142) 前掲テレ草案112条3項参照。
- 143) 二3参照。
- 144) たとえば、フランス民法1656条を挙げることができる。なお、法文については、拙稿「解除条項理論」749頁および関連注を参照のこと。
- 145) この点は、既に一5で若干論じた。
- 146) その意味は、最後に、三3で論じる。
- 147) その萌芽は、既に20世紀後半から見られた。たとえば、拙稿「構造変容」215~219頁および関連注参照。
- 148) ここで「成就」という表現を用いたことに対しては、送達(notification)を解除条件類似の理論へと誘導する恣意的なものとの批判を浴びることになるかもしれない。しかし、フランス法における送達概念について再検討を加える契機になればとも考え、誤謬を恐れず敢えてこのように表現した次第である。
- 149) ただし、本稿は、解除の効果論を主たる検討対象とはしていないので、本文の叙述はあくまで、推測的判断をも含んでいることを付言しておく。
- 150) カタラ草案との比較も貧弱な内容となってしまった。この点は、他日を期したい。また、司法省事務局草案の入手・分析についても早急に取り組まなければならない。
- 151) 拙稿「構造変容」252~257頁参照。