

# 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

福 本 忍

## 目 次

はじめに

- 一 「黙示の解除条件」の特殊性の認識  
「解除条件」の枠組みのなかでの1183条との理論上の峻別
- 二 コーズ (cause) 理論への依拠
- 三 コーズ理論からの脱却と双務契約における両給付の交互関係ないし  
両債務の履行上の均衡・牽連性への依拠
- 四 賠償 (réparation) の一方式ないし民事責任訴権の特別適用として  
の1184条
- 五 既存の法的基礎の批判的・複合的受容

まとめと今後の課題

## は じ め に

本稿は、フランス民法典第1184条が定める法定解除の通則的規定について、その法的基礎 (fondement juridique)<sup>1)</sup>、ならびに、その構造の変容を、20世紀以降近時に至るまでのフランスの学説の分析から明らかにすることを目的とする<sup>2)</sup>。具体的には、法定解除の法的基礎 (論) とは、フランス民法1184条各項の法的構成をどのような法理論ないし法規範で根拠づけるかということ、すなわち、法定解除の法的根拠論である<sup>3)</sup>。そして、法的基礎の構造とは、後述する種々の学説が提唱した法的基礎を構成している法理論ないし法規範、および、その他の概念的要素のことを指す。本稿は、20世紀以降近時に至るまでのフランスの学説 (以下、単に「現代の学説」

と表記する場合がある。)がこれらの問題をどのように考えてきたかを明らかにする。そして、法的基础の構造が19世紀までとは異なり、20世紀から現在までを通じてどのように変容してきたのかを分析し、その変容の意味を明らかにする。

本稿の問題意識は、そもそも、債務の不履行によって契約の解除がなぜ認められるのか、というきわめて素朴な疑問に端を発している。双務契約において、契約の一方当事者が自身の負っている債務を履行しない場合に、なぜ相手方当事者も自身の負う債務を免れることができるのか、という根本的でありながら、しかし、それに対して明確な解答を与えることがきわめて難しい疑問である<sup>4)</sup>。本稿では、この問題意識に留意して、フランス法定解除に関する学説を採り上げる<sup>5)</sup>。フランス民法は、後述の通り、わが国の民法とは異なり、法定解除の通則的規定のなかに不履行解除とは一見なじまない異質な構造である「黙示の解除条件」構成(民法第1184条第1項)を含んでいる。しかし、この規定の存在が、逆に契約解除の存在意義ないし本質に関する議論の必要性を生じさせた。たとえば、19世紀のフランスの学説・判例は、「黙示の解除条件」をコース(cause)理論やpacte comissoire(解除条項)の黙示化など、種々の法理論で根拠づけることにより、「黙示の解除条件」の解除条件構成からの理論的離脱を試みた<sup>6)</sup>。その結果、1184条は、19世紀末には「法定解除の通則的規定」として認識されるに至った。本稿において、フランス民法学説における法定解除の法的基础論のその後(20世紀以降近時まで)の推移を分析することは、わが国とは異なる法定解除の立法形式を採用している国において、契約解除の現代における存在意義ないし本質がどのように考えられているか、ということを理解することに資する。その意味で、本稿は、もっぱらフランスの法定解除法制の一端を明らかにするものにすぎない。しかし、法定解除の基礎理論を考えるうえで、わが国とは立法形式が異なる外国の解除法制、しかも、その特異な立法形式(「黙示の解除条件」構成)を理論上克服した国の解除法制に学ぶことは、決して無益なことではないと考える。

たとえば、わが国における近時のフランス法定解除基礎理論研究において、後藤巻則教授は、契約解除制度の存在意義の再考という視点から、フランス民法1184条1項の「黙示の解除条件」の沿革ならびにその法的根拠づけ(法的基礎論における一つの課題)を簡潔に分析され、解除はたしかに債務不履行に対するサンクションだが、これを債務不履行責任と結びつけて考える必然性はなく、双務契約における債務の牽連関係によって解除を根拠づける可能性を主張される<sup>7)</sup>。また、山下りえ子教授は、フランス民法1184条を、「なぜ、契約の解除は認められるのか」という観点から明快に分析され、「……契約によって一旦債務を負担しながら、なぜ、相手方の債務不履行という事情によって、自ら債務を免れうるのか。契約の拘束力からの解放を、理論的に基礎づける原理は何かという疑問がやはり残る。」と問題を提示される<sup>8)</sup>。このように、法定解除の基礎理論、法的根拠づけという根本的な問題を検討する際、フランス法を採り上げることには意義があると思われる<sup>9)</sup>。

次に、本稿の分析対象であるフランス民法典第1184条の法典における位置および規定の内容を確認する。本条は、「解除条件」について規定する第1183条<sup>10)</sup>に続けて、次のように規定する。

**フランス民法典 第3編 所有権を取得する種々の方法, 第3章 契約又は合意による債務一般, 第4節 債務の様々な種類, 第1款 条件つき債務, 第3項 解除条件 第1184条**

**art 1184** La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.

(試訳)

**第1184条** 両契約当事者のうちの一方が自身の負う債務を何ら履行しない場合には、双務契約においては、常に、解除条件が黙示的に存在しているものとする。

前項の場合において、契約は、当然には解除されない。自身に対して債務が何ら履行されなかった当事者は、それが可能である場合には当該契約の履行を他方当事者に対して強制するか、または、損害賠償とともに当該契約の解除を請求するかの選択権を有する。

解除は、裁判上請求しなければならない。そして、諸事情<sup>11)</sup>に応じて、被告に対しては、期間を付与することができる。

第1項は、「黙示の解除条件 (la condition résolutoire sous-entendue)」構成<sup>12)</sup>および法定解除の要件(不履行に関わる要件)を規定している。第2項は、「黙示の解除条件」を含む双務契約は不履行という事実だけで法律上当然には解除されないことを定めている。さらに、不履行を被った当事者の選択権(履行の強制または損害賠償とともにする解除請求)についても規定している。そして、第3項は、フランス法定解除の特徴である「解除の裁判所への請求の必要性(解除の裁判上の性格 le caractère judiciaire)」について規定している。この法文からは、裁判官の評価権限(pouvoir d'appréciation)が導き出される。この評価権限は、部分的不履行または付随的債務(付随的条項)の不履行に基づく解除の可否の判断の局面、たとえば、「不履行の重大性」などの具体的な判断を裁判官が行う際に機能する<sup>13)</sup>。3項は、どのような不履行があれば解除判決が言い渡されるのか、という具体的な判断を迫られる局面において機能する。また、同項は、解除の要件の充足の判断につき、裁判官が事前に介入できることを制度的に保障している法文として位置づけることができる。本稿は、フランス民法1184条の各項を検討対象とするが、あくまで、法的基礎論を主たる分析対象とし、法定解除の要件論・効果論自体は扱わない<sup>14)</sup>。本稿では、法定解除の法的基礎が1184条の要件や1184条の「法定解除の通則的規

定」としての認識の確立に対してどのような影響ないし作用を及ぼしたかという法的基礎の機能ではなく、構造にのみ焦点を絞って分析を行う。したがって、要件論、効果論については今後の課題とする<sup>15)</sup>。

続いて、本稿との関係上、確認しておくべき拙稿における分析の到達点を示す<sup>16)</sup>。拙稿では、まず、ローマ法からフランス民法典制定までの不履行解除理論の変遷を検証し、「黙示の解除条件」構成の形成過程を明らかにした。特に、古法時代のドマ、ポティエの学説における不履行解除理論の特質の分析に重点を置き、その特質として、売買契約レベルにおける不履行解除理論の法的根拠づけとしてのコース理論の採用(ドマ)、ならびに、債務法レベルにおける不履行解除理論の法的根拠づけとしての「解除条件」構成の付与(ポティエ)をそれぞれ明らかにした<sup>17)</sup>。次に、民法典制定以降に関しては、19世紀註釈学派の大半が、1184条(1項)の「黙示の解除条件」の「解除条件」構成からの理論上の脱却を試みたことに着目して、各法的基礎を整理し、それぞれの法的基礎の特質、他の法的基礎との対立構造を分析した<sup>18)</sup>。また、19世紀註釈学派による法定解除の要件(「帰責性」の要否、全部不履行、主たる債務の不履行の要否など)の構築およびその推移、そして、判例が示した法的基礎、要件の推移過程を分析し、学説・判例両者の要件論の推移の差異を明らかにした<sup>19)</sup>。特に、学説においては、各法的基礎が要件論上の種々の問題の結論を導き出す機能を果たしていたことを論証した。そして、以上の分析から、19世紀の法定解除理論(要件論および1184条の「法定解除の通則的規定」としての性格づけ)における法的基礎(論)の「機能」とその限界を明らかにした<sup>20)</sup>。以下、本稿との関係上、学説における法的基礎の機能と限界のみを示す<sup>21)</sup>。19世紀註釈学派については、1184条の「解除条件」構成からの理論的離脱を試みた法的基礎の大半によって、解除の要件についての種々の議論(「帰責性」の要否、全部不履行、主たる債務の不履行の要否など)が導き出され、しかも、それらの結論に差異がもたらされるという要件論の多様化機能を明らかにした。しかし、要件論における法的基礎の多様化機能

に「限界」があったことも同時に明らかにした。その「限界」の原因は、「裁判官の評価権限」を規定する1184条3項と法的基礎論との関係にあった。たとえば、部分的不履行の重大性などの評価を裁判官の評価権限に一任することは、「どのような不履行があれば解除は認められるのか(実体要件)」という問題を事実上、裁判官に丸投げすることを意味する。したがって、多様な要件論を導き出し、その結論に影響を及ぼした法的基礎(論)にも、その機能に「限界」があった。最後に、1184条の「法定解除の通則的規定」としての性格づけにおける法的基礎(論)の機能と限界については<sup>22)</sup>、「黙示の解除条件」の「解除条件」構成からの理論上の脱却を試みた学説(法的基礎)が1184条を「法定解除の通則的規定」として理論上認識するに至ったことを明らかにした<sup>23)</sup>。しかし、「黙示の解除条件」の「解除条件」構成からの理論的離脱が図られていない法的基礎に与する学説の大半は、1184条の「法定解除の通則的規定」としての認識を明確に有するまでには至らなかった。この点が学説における法的基礎論の機能の「限界」だったといえる。19世紀の学説は、「解除はなぜ認められるのか。」「それはどのような場合に認められるべきなのか。」という根本的な問いに対して、「黙示の解除条件」の捉え方を通じてそれらに答えようとした。19世紀とは、法定解除理論が産み出され、その理論的成熟が胎動を始めつつある時代だったといえる。

拙稿に対して、本稿は、法定解除の要件論を分析対象とはしないので、法的基礎(論)の「機能」について論じることはできない。もっぱら、法定解除の法的基礎の構造およびその変容を分析するととどまる<sup>24)</sup>。以下では、現代のフランス民法学説が提唱した法定解除の法的基礎<sup>25)</sup>を、その構造の特質、他の法的基礎との相違点に着目して分析・整理する。そこでは、「双務契約における両債務の履行上の牽連性(interdépendance)ないし牽連関係(connexité)」<sup>26)</sup>および「コース(cause)理論」という二つのキーワードの関係を中心に法的基礎を分析する(一~五)<sup>27)</sup>。この分析を踏まえ、本稿の目的である現代フランス債務法における法定解除の法的基

礎の構造変容について考察し、その構造の変容の意味を明らかにする。そして、本稿に残された課題、および今後筆者が取り組むべき課題を再確認する(まとめと今後の課題)<sup>28)</sup>。

## 一 「黙示の解除条件」の特殊性の認識

### 「解除条件」の枠組みのなかでの1183条との理論上の峻別<sup>29)</sup>

「黙示の解除条件」の特殊性を認識し、1184条を、1183条の解除条件とは異なる「解除条件」として理解する立場に与する学説として、ボンヌカーズを挙げることができる<sup>30)</sup>。20世紀に入り、ほとんどの学説が1184条の「解除条件」構成からの理論的脱却を志向するなかで、この学説は、依然、1184条を「黙示の解除条件 (condition résolutoire tacite)」としてそのまま理解している。しかし、「黙示の解除条件」との対比で挙げられる1183条の「明示の解除条件 (condition résolutoire expresse)」に関する叙述内容は、解除条項(約定解除)を想定しているとも考えられる<sup>31)</sup>。1183条のなかに解除条項(約定解除)を含めているとすれば、ボンヌカーズは、1184条を実質的には「法定解除の通則的規定」として捉えていることになる。しかし、ボンヌカーズは、「解除条件は、常に明示的に定められている必要はない。1184条は、その文言において、解除条件を双務契約のなかに黙示的に含ませている。……」と述べるのみで、あとは同条各項の引用およびその内容の要約に終始している<sup>32)</sup>。

この学説は、1184条を「解除条件」とは異なる法理論ないし法規範で根拠づけていない。しかし、19世紀註釈学派初期の見解のように<sup>33)</sup>、1184条と1183条とを概ね同一視する見解とは異なる。ボンヌカーズの見解を法的基礎論のなかに位置づけるならば、「黙示の解除条件」の(1183条に対する)特殊性の認識はあるものの、あくまで、「解除条件」の枠組みのなかで1184条と1183条との理論上の峻別を図ったにとどまる立場となる<sup>34)</sup>。また、「黙示の解除条件」(1184条1項)を法的にどのように根拠づけるか、



という法的基礎論におけるかつての中心的争点・課題に対して、いわば素直に取り組んだ学説とも評価できる。なお、この法的基礎は、20世紀以降現在までを通じて衰退し、今日、この立場に与する学説は皆無といってよい。その原因の一端は、この法的基礎の構造を形成している「黙示の解除条件」理論そのものにあると思われる。後述する種々の法的基礎に与する学説が指摘するように、「解除条件」の枠組みのなかで理論上1184条を根拠づけようとする限り、同条2項（解除条件が法律上当然にはその効力を生じないこと。）、ならびに、3項（裁判官による介入）を説明できないからである。では、なぜボンヌカーズは、「解除条件」の枠組みのなかで1184条と1183条との理論上の峻別を図ろうとしたのか。後述コース理論や双務契約における両債務の履行上の牽連性などを法的基礎とする立場では、1184条の文言（特に1項の「黙示の解除条件」）の範囲を理論上超えてしまうと考えたからであろうか。たとえば、コース理論で1184条を根拠づけたとしても、ボンヌカーズの見解と同様、同条2項、3項の正当化は不十分なものとなりうる。同じ批判を浴びるのなら、1184条1項の文言に忠実な理解を示した方がよい、とボンヌカーズは判断したと思われる。いずれにせよ、ボンヌカーズが19世紀註釈学派の示した古典的な法的基礎を維持しようとした点に、この法的基礎の特質が見出される。しかし、法的基礎の構造という点から見たとき、その特質にどれほどの意義があるのかについては疑問が残る。

## 二 コース (cause) 理論への依拠

### 1 カピタンのコース理論の特質

#### コース理論による双務契約における両債務の履行上の牽連性の説明

コース (cause) 理論に依拠して解除を根拠づける立場は、現在でも法的基礎論における一有力説としての地位を占めている。カピタン、コロン=カピタン(初版)、ジュリオ・ドゥ・ラ・モランディエール(コロン=カピタン第10版)、ゴドゥメ、プラニオル=リペール(第2版〔エス



マン改訂〕。本稿ではエスマンの見解とする。<sup>35)</sup>、ヴェイル=テレ (第4版, 第7版〔第7版は, テレ=シムレール=ルケット共著。〕), ペナバン, ラルメ, デレベック=パンスィエ, カルボニエなど多くの学説がこの立場に与している<sup>36)</sup>。これらの学説のなかでも, カピタン (コラン=カピタンの見解を含む。以下, カピタンおよびコラン=カピタン〔初版および第10版〕両方の見解を指す場合は, 「カピタンら (の見解)」と表記する。) らの見解は, 19世紀註釈学派が示した法的基礎としてのコース理論の構造を変容 (双務契約における各当事者の債務のコースを相手方当事者の債務の存在ではなく, 相手方による債務の履行とした。) させて, 種々の批判に耐えうるものにするをを試みた点で, 法的基礎論史上, きわめて重要な学説といえる。以下, カピタンのコース理論の特質およびカピタンらの示した法定解除の法的基礎の構造を分析する。これらの分析から, この立場の最大公約数的理解も自ずと明らかになると思われる。次に, カピタンの影響を受けた後の学説がどのような理論構造を示したかということにつき, 上記代表的学説をカピタンらの理論構造との異同に着目して検討する<sup>37)</sup>。

本稿は, コース理論自体の分析を主たる目的とするものではない。しかし, 本稿において, コース理論は, 法定解除を根拠づける法理論として頻繁に登場する。そこで, コース理論の分析の到達点ともいえるわが国の論考<sup>38)</sup>を参照して, 簡単ではあるが, カピタンのコース理論の特質を一瞥しておくことが以下の分析に有益である。

カピタンのコース理論は, 20世紀前半のコース理論のなかの主観説 (コース概念を主観化して, これを動機に接近させ, 広範囲での契約の合目的性のコントロールを肯定する立場) として位置づけられる。カピタンは, 19世紀註釈学派が示したコース理論とは異なり, 債務負担の目的 (but) の概念を重視する。どのような債務負担も but なしには行われないとされる。カピタンによれば, 債務は, 目的達成のための手段であるという。そして, but とは, コースのことである。このように, カピタンのコース理論の第一の特質は, 契約における主観的・個別的意思を考慮した

点にある。そして、もう一つの特質は、双務契約における両債務の履行上の牽連性を強調した点である。本稿では、この第二の特質がより重要である。以下、この第二の特質について、もう少し具体的に見ていく。フランス民法典は、その構造上、特に、双務契約における両債務の履行上の牽連性への配慮が不十分とされている。民法典は、双務契約の牽連性に関する通則的規定を置かず、二つの債務を分離している構造を示しているからである。カピタンは、コース概念のなかに双務契約の牽連性の内容を盛り込むと同時に、民法典において散在している双務契約の牽連性に関わる規定をすべてコース概念によって根拠づけた。解除に関していえば、「コース＝双務契約の牽連性」という構造を強調し、「解除条件」構成とその帰結を批判した。このように、カピタンは、双務契約における両債務の履行上の牽連性を特に徹底的に追求したコース理論を提示したとされる。

では、コース理論に依拠した解除の法的根拠づけの理論構造はどうか<sup>39)</sup>。カピタンらは、法的基礎としてのコース理論について、以下の構造を示している。

コース理論を解除の法的基礎とする見解は、19世紀註釈学派においても存在していた。しかし、他の法的基礎から種々の批判を浴びていた<sup>40)</sup>。そこで、カピタン<sup>41)</sup>らは、他の学説による批判の克服を試みるかたちで、法的基礎としてのコース理論の構造を変容させ、そのコース理論に依拠して解除を根拠づけた。すなわち、カピタンらは、コース理論の不都合性（不履行によって自動的に債権債務関係の消滅がもたらされてしまうこと。つまり、1184条2項、3項との理論的整合性が保てないという批判。）を克服しようとした。たとえば、従来から主張されてきた、コースは契約の一有効要件にすぎないとの批判に対して、カピタンらは、19世紀註釈学派をはじめ、これまでの多くの学説がコース理論について誤った認識を有していたと反論し、双務契約において、各当事者の負っている債務のコースは相手方当事者の負っている債務ではなく、相手方当事者による債務の「履行」であると主張した<sup>42)</sup>。彼らは、コース理論を双務契約における両

債務の履行上の牽連性に接近させることによって、不履行解除などの契約成立以後の問題をコース理論によって根拠づけることができるとし、従来の批判に反駁した。さらに、カピタンらは、前述の通り、コース概念を債務負担の目的 (but) 概念として、この概念で解除を根拠づけた。すなわち、契約によって but が追求されるべきであるにもかかわらず、不履行によってそれが損なわれたことにより、不履行を被った当事者の反対給付がそのコースを喪失し、契約が解除される、という理論構造を提示した<sup>43)</sup>。さらに、but が不履行によって損なわれたか否かを裁判官が評価すべきとすることで、1184条3項が定める裁判官の介入との理論的整合性を確保しようとする<sup>44)</sup>。このように、コース概念を、but という当事者の意思的要素の観点から分析したことがカピタンらの見解の特徴といえる<sup>45)</sup>。

そして、最も特徴的な点は、カピタンらが、コース理論によって説明される双務契約における両債務の履行上の牽連性ないし牽連関係で解除 (訴権) を根拠づけたことである<sup>46)</sup>。この理論構造は、コラン = カピタン初版において既に見られる。彼らは、双務契約においてコース概念は必要不可欠であると論じ、その理由として、「……この概念は、両債務のうち的一方が履行されない場合に、他方の債務にもはやコースがなく、他方の債務が存続しない、という意味において、両契約当事者の相互的債務 (obligations réciproques) が密接な牽連性のなかにある、という基本的真理を明らかにするからである。……」<sup>47)</sup>と述べている。そして、このコース理論から説明される双務契約における両債務の履行上の牽連性で1184条の解除を根拠づけている。彼らに言わせれば、コース概念なしでは、解除を適切に理解することは不可能であるという<sup>48)</sup>。

このように、カピタンらが示したコース理論による法定解除の根拠づけの理論構造には、たしかに、双務契約における一方当事者の不履行によって、相手方の負っていた債務がそのコースを喪失するという19世紀以来のコース理論の構造との連続性があった。しかし、カピタンらは、19世紀のコース理論とは異なり、双務契約の各当事者が負う債務のコースを相手方

当事者の債務の存在ではなく、相手方当事者による債務の履行（給付）と捉えたことで、契約成立以後の問題（解除、同時履行の抗弁〔権〕、そして、危険負担理論）をすべてコース理論によって説明できるとし、従来の批判を克服しようとした。しかも、解除訴権を根拠づける際、法的基礎であるコース理論で直接的に解除を根拠づけようとはしていない点も特徴的である。彼らは、コース理論によって、双務契約における両債務の履行上の牽連性（interdépendance）ないし牽連関係（connexité）を説明し、その牽連性で解除を説明している。

カピタン以後の現代のコース論者の多くは、法的基礎であるコース理論を核心的構造としつつ、コース理論でまずは双務契約における両債務の履行上の牽連性を説明したうえで、その牽連性によって解除を根拠づけるという理論構造の枠組みを維持している<sup>49)</sup>。

## 2 現代の代表的学説の検討

### カピタンらが示した法的基礎の構造との異同に着目して

コース理論に依拠して解除を根拠づける立場は、カピタンらが示した法的基礎の構造の枠組みを概ね支持し、コース理論で双務契約における両債務の履行上の牽連性を説明して、その牽連性で解除を根拠づけている。しかし、各学説における法的基礎の構造に着目すると、カピタンらが示した法的基礎との間には異同も見られる。カピタン以後の現代の学説は、カピタンらが示したコース理論を批判的に受容しているといえる。以下、現代の代表的学説を検討する。

たとえば、ゴドゥメ<sup>50)</sup>は、解除訴権においては、一方の債務の履行が他方の債務の履行の条件になっていると論じ、この両債務の交互関係（*corrélation*）<sup>51)</sup>が双務契約に内在する性質だとする。そして、この性質にコース理論が影響を及ぼしているとする。また、解除論史に関わる叙述のなかで、彼は、ブワイエの歴史認識を支持し、解除制度の正当化は、既にカノン法学者によって、コース概念に基づき行われていたと指摘する<sup>52)</sup>。

ゴドゥメは、法定解除の「法的基礎」はコース理論だと明言はしていない。しかし、双務契約における両債務の履行上の交互関係をコース理論から導き出している点に着目すれば、ゴドゥメの見解は、but 概念に関する叙述は見られないものの、カピタンらが示した法的基礎の構造に概ね従っていると思われる。

エスマン<sup>53)</sup>は、1184条を、相互的に牽連している両債務間の関係 (rapports entre obligations réciproques connexes) という項目のなかで検討している。彼は、両債務の履行上の交互関係に着目する。そして、この交互関係の「上位規範」として、両契約当事者に課される「正義規範」を指摘する<sup>54)</sup>。コース理論については、これを法的基礎としつつも、解除が双務契約以外にも適用されることを指摘して、カピタンのいうコース概念の核心である but 概念への依拠が解除の適用領域をうまく説明できないことの原因だとして、批判的態度を示す<sup>55)</sup>。しかし、彼も、カピタンらと同様、19世紀註釈学派が示したコース理論の構造を批判し、要求される満足を与えるのは債務の存在のみでなく債務の「履行」であると指摘する。法的基礎の構造に着目すると、but 概念については、カピタンの見解を批判し、また、コース理論だけでなく、上位規範である「正義規範」を持ち込んでいる点から、コース理論のみによる解除の正当化に対する批判的認識、理論構造がうかがえる。

ヴェイル=テレ、テレ=シムルール=ルケット<sup>56)</sup>は、法的基礎としてのコース理論自体については、カピタンの見解を支持している。つまり、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関係ないし牽連性であり<sup>57)</sup>、この牽連性を説明するものがコース理論 (法的基礎) であるという構造を示す。なお、彼らのコース理論は、カピタンが示した but 概念に依拠したコース理論である。しかし、彼らは、コース理論だけでは解除の機能のすべて (1184条各項の帰結) を説明できないことを認識しており、コース理論以外に、「道徳的および経済的考慮」にも依拠すべきだとする。法的基礎の基本構造は、ヴェイル=テレ、テレ=シ

ムルール=ルケットともほぼ同じだが、前者の方が、後者に比べて、「コース理論の法的基礎としての限界性」に関する意識が強いと思われる。しかし、両学説ともコース理論を「排他的なものではなく、主たる法的基礎」と認識している点で、共通の志向を示している<sup>58)</sup>。以下、彼らの法的基礎の構造の特質を見る。

ヴェイル=テレの版には、テレ=シムルール=ルケットの版では削除されている「双務契約の締結以後のコース概念の重要性」に関する叙述が存在する。ヴェイル=テレは、双務契約に特有の効果である解除を理解するには、両当事者のうち的一方によって契約された債務がその見返りとして彼に対して約束された給付をそのコースとしていることを想起すべきだと指摘し、判例が契約成立時だけでなく、契約成立以後においてもコース概念を利用してきたことに贅意を示している。約束された給付が履行されない場合、不履行の原因を問わず、交互的債務はそのコースを喪失する<sup>59)</sup>。しかし、彼らは、コース理論に依拠した場合、裁判上の解除の法的基礎の多様性という考え方にまで至るほどの厳しい批判がコース理論によって引き起こされることも自覚している<sup>60)</sup>。コース理論に依拠する場合、コースの喪失 (absence) は通常、解除でなく当然に絶対無効を引き起こすから、1184条の解除が債権者しか請求できない以上、裁判上の解除は相対的無効<sup>61)</sup>に類似するという批判、および、コースの喪失は、その確認だけで充分であり、裁判上の解除に関して裁判官に認められている評価権限とは両立しないという批判<sup>62)</sup>が指摘される。これらの批判に対して、ヴェイル=テレは、次のように反論する。まず、<sup>63)</sup>に対しては、この批判を正当化するためには、コースの喪失に対するサンクションが、不道德なコース (cause immorale) や違法なコース (cause illicite) が存在するときと同様に、当然無効でなければならないはずだとする。しかし、不道德あるいは違法なコースの場合には、公序が問題となり、あらゆる利害関係人はそれらのコースを主張できる。それに対して、コースの喪失が問題となる場合には、一方当事者の意思によって追求された but が達成されない。

彼らに言わせれば、コースの喪失は、同意（合意）の瑕疵に類似しており、この範囲において、不履行の被害者側からしか裁判上の訴えは正当化できない、とする<sup>63)</sup>。次に、<sup>64)</sup> に対しては、原則、裁判官による介入がコントロールの有益性によって要請されていることを強調する。明示の解除条項がない場合の契約の解除は、不履行を被っている者のもっぱら意思次第とはいかない。意思次第ならば、債権者は、単純遅滞や部分的不履行の場合に、とりわけ、自身に都合の悪い契約を解消するために、軽微な義務違反を口実に解除請求を濫用するからである。解除請求に理由があるか否かを評価し、当該請求が相手方の非難されるべき所為によって正当化されるか否かを示すために裁判官が介入することは当然だと彼らは反論する。つまり、契約解除前の重大な判断、債権者の債務が契約成立以後、コースを実際に失ったかどうかを確認しなければならない。裁判所の介入はこのように理解すべきだとする<sup>64)</sup>。しかし、裁判官の有する広範な権限の正当化が難しいこともまた、彼らは認識している。特に、解除を言い渡さずに債務者に対して猶予期間を付与し、契約を維持することの説明、さらに、解除の言渡しに加えて、損害賠償判決を課することができることの説明が問題となる。コース理論は、これらの問題をほとんど正当化できないとして批判される<sup>65)</sup>。ヴェイル＝テレは、「……コース概念は、解除理論の全体を論理的には正当化している。しかし、コース概念だけでは、解除理論の機能のすべての要素を説明するには不十分である。……」<sup>66)</sup>と述べている。解除の機能のすべての要素を説明するには、コース理論以外に、道徳的および経済的考慮にも依拠しなければならないとする<sup>67)</sup>。彼らの示した法的基礎は、コース理論自体に関してはカピタンらの見解に従っているが、法的基礎の構造の点から見ると、コース理論が法的基礎において占める地位はカピタンらの見解と異なり、相対的に低下している。

また、ベナバン<sup>68)</sup>は、解除の理論的基礎 (fondement théorique) と題して、各契約当事者は自身の負う債務のコースとなっている反対給付が供給されない場合には、自身の負う債務から解放されうることを指摘する。



さらに、解除の適用領域を論じた箇所、解除が伝統的に双務契約にしか関わらないと指摘されていることを挙げ、双務契約においてのみ、各債務は、その反対給付のなかにコースを見出すのであり、したがって、各債務は、この反対給付が供給されない場合には消滅することができるとする。牽連性的思考がさほど強調されていない点を除けば、概ねカピタンらの法的基礎の構造に従っているといえよう。

ラルメ<sup>69)</sup>は、解除の適用領域を論じた箇所において、「解除および双務契約における債務のコース」と題し、カピタンらの理論構造に従った法的基礎を提示している。各債務のコースは相手方当事者による債務の履行であること、そのコース理論によって双務契約における両債務の履行上の牽連性を説明すること、そして、その牽連性で解除を根拠づけるという理論構造は、カピタンらの法的基礎を概ね踏襲しているといえる。

デレベック＝パンスィエ<sup>70)</sup>は、法定解除規定を契約の不履行に対する制裁 (sanction) と位置づけている。しかし、彼らは、解除の基礎 (fondement de la résolution) の項目において、「この制度 (解除) は、古くから存在している。……この制度は、民法典および判例によって緩和された。1184条は、解除を両当事者の推定された意思に由来する制度として示している。したがって、両当事者のいずれかが自身の負う債務を遵守しないときは、常に、解除を認める隠れた解除条件 (condition résolutoire sous-jacente) が存在している。ところが、実際、その制裁 (解除) の基礎は、もう少し複雑である。なぜなら、解除は、双務契約において合意された両債務間に存在している牽連性という考え方の当然の帰結だからである。解除は、したがって、コース理論によって説明される。」と述べている。コース理論の構造、but 概念の叙述は見られないが、カピタンらの法的基礎の構造に概ね従っているといえる。

最後に、カルボニエ<sup>71)</sup>は、まず、債務の不履行が引き起こす契約の存在自体に影響を与える三つの帰結 (解除、危険負担理論、そして、同時履行の抗弁〔権〕) が共通の特徴を有していることを指摘し、これらの制度

がほとんど双務契約に関わるものであること、および、これらの制度が本質的に(両債務の履行上の)牽連性に基づいていることを指摘する。カルボニエによれば、牽連性とは、契約において各当事者の債務を相手方当事者の債務のコースにするものであるという。このコース理論の構造は、カピタンらの示した構造とは異なり、むしろ、19世紀註釈学派のものに近い。また、but 概念の分析も見られない。しかし、カルボニエは、解除の適用領域を論じた箇所において、裁判上の解除の最も自然な説明は、双務契約における両債務の履行上の牽連性によることであると指摘し、「……一方の当事者が自身の負う債務を履行しない場合、他方当事者の負う債務には、もはや存在理由がなく、利益も、コースもない。……」<sup>72)</sup>とする。また、コース理論を論じた箇所において、契約成立以後の事後的に発生した給付の不履行によってコースが欠ける場合、成立した契約の崩壊(chute)が引き起こされるが、それは無効ではなく解除ないし解約であるとする<sup>73)</sup>。さらに、彼は、解除制度の基礎(fondement de l'institution)と題して、種々の法的基礎を紹介している<sup>74)</sup>。コース理論の構造にはカピタンらとの差異が見られるが、コース理論で双務契約における両債務の履行上の牽連性を説明し、その牽連性で解除を根拠づけるという法的基礎の構造の枠組みは、カピタンらに従っているといえる。

カピタンらの示した法的基礎の理論構造は、後の学説においても概ね踏襲されているといえる。しかし、コース理論自体の構造や but 概念の採否に関しては見解が分かれている。ところで、本稿は、法定解除の法的基礎を、「1184条各項の法的構成をどのような法理論ないし法規範で根拠づけるかということ。」と定義した。そこで、ここまで検討した各コース論者がいう法的基礎と本稿のいう法的基礎との関係・差異について確認しておく。まず、カピタンのいう法的基礎は、解除「訴権」の根拠づけでもあり、1184条各項全体の矛盾のない正当化論拠を意味しているので、本稿のいう法的基礎の意味に合致する。同じく、ヴェイル=テレ、テレ=シムルール=ルケット、ラルメ(ラルメは、fondement という表現は用いてい

ない。)カルボニエが示した法的基礎の意味も、本稿におけるそれに合致する。他方、ゴドゥメ(「解除訴権」という表現は見られる。)、エスマン、ペナバン、デレベック=パンスイエのいう法的基礎は、1184条各項全体の矛盾のない正当化という意味合いが読み取りにくく、特に、1184条3項を考慮に入れているのが不明確なものといえる。

### 3 法的基礎としてのコース理論が導き出された理由ならびにコース理論が何から導き出されたかについての考察

コース理論に依拠して解除を根拠づける見解は、19世紀から既に提唱されていた。1184条を条文の文言通り、「黙示の解除条件」として理解すると、解除条件の自動性(不履行によって自動的に債権債務関係の消滅がもたらされてしまうこと。)ゆえに、1184条1項と、2項および3項との理論的整合性が保てなかったからである。コース理論は、この整合性を保つために、法定解除の法的基礎として導き出されたとも考えられる。

しかし、コース理論で1184条を根拠づけても、上記と同様の批判が指摘される。つまり、コース概念にも自動性があるという批判である。コースの喪失という考え方には、1184条3項が定める「裁判官による介入」とは相容れない点がある。特に、各当事者の負っている債務のコースを相手方の債務とする19世紀のコース理論では、いったん契約が有効に成立すると、コースが契約の不履行の局面で機能することを説明するのは難しい。しかし、カピタンらは、各当事者の負っている債務のコースを、相手方による債務の履行(給付の履行)と捉え直し、その核心に but 概念を据えることで、コース理論が契約の成立以後でも機能できるようにその構造を変容させた。しかも、コース理論を双務契約における両債務の履行上の牽連性と接近させることによって、カピタンらは、コース理論から直接的に法定解除理論を導き出すのではなく、「牽連性」という中間概念・構造を置くことで、法定解除の仕組みを双務契約の性質から導き出したかのような理論構造を示すことに成功した。裁判官は、コースの喪失の有無を判断する

ことで、実質的には、牽連性の崩壊の程度を評価することになる。裁判官による介入を、19世紀のコース理論よりは矛盾なく説明できる可能性が生じる。このような理由から、コース理論は法的基礎として導き出されたと考えられる。

では、解除の局面で機能するコース理論は何から導き出されたのであろうか。解除を根拠づけるために用いられるコース理論は、カノン法時代にフグッキオが示した法格言 *Frangenti fidem, non est fides servanda* (信義を破る者には、もはや信義は義務づけられない)<sup>75)</sup> から導き出されたものと考えられる。19世紀註釈学派とは異なり、現代の学説の大半は、不履行解除論史に言及する際、カノン法を採り上げている。たとえば、前述ゴドゥメは、解除の沿革論を法的基礎の構造に据えて解除を根拠づけていた。ところで、カノン法時代では、教会裁判所が解除の言渡しを行っていた。この歴史的事実は、1184条3項の考え方もなじむ。しかも、カノン法時代の「黙示の条件」の考え方は、1184条1項ともなじむ理論であったと思われる<sup>76)</sup>。20世紀以降、ブワイエなどが解除の歴史に関する тезис を発表したことにより、不履行解除の根拠をその制度沿革の観点からも正当化する分析手法が普及したといえる。その結果、コース理論を双務契約における両債務の履行上の牽連性の領域に拡張することの正当性が担保されたとされる。解除を根拠づけるためのコース理論は、カノン法時代の解除理論の仕組みから導き出されたのではなからうか。

最後に、現在でもこの法的基礎が有力説としての地位を維持している理由について若干検討しておく。後述三で検討する「**双務契約における両給付の交互関係ないし両債務の履行上の均衡・牽連性に依拠して解除を根拠づける立場**」は、双務契約に内在する性質から解除理論を導き出している。しかし、双務契約における両給付の交互関係ないし両債務の履行上の均衡・牽連性に関する通則的規定を持たないフランス民法典の構造上、「条文」という具体的なかたちで存在する法理論で解除を根拠づける方が説得力があると思われる。コースは、たしかに契約の一有効要件にすぎないが、

「給付の交互関係ないし両債務の履行上の均衡・牽連性」のみで解除を根拠づけるよりも、具体的な明文上の根拠を持った法的基础の方が、その理論的基盤は強固となろう。しかも、現代のコース理論は、「双務契約における両債務の履行上の牽連性」をも説明できる法理論へと変容を遂げた。コース理論への依拠に対しては、種々の批判が現在でも指摘されてはいるが、法的基础のもう一方の有力説である「双務契約における両給付の交互関係ないし両債務の履行上の均衡・牽連性」とは異なり、明文上の根拠を持っていること<sup>77)</sup>が、19世紀中葉以来、コース理論が法的基础の一有力説としての地位を維持してきた要因であると推測される。

### 三 コース理論からの脱却と双務契約における両給付の交互関係ないし 両債務の履行上の均衡・牽連性への依拠

#### 1 双務契約における両給付の交互関係ないし両債務の履行上の均衡・ 牽連性に依拠して解除を根拠づける立場

##### ルベルティエの法的基础の到達点

コース理論に依拠する立場に対して、双務契約における両給付の交互関係、あるいは、両債務の履行上の均衡・牽連性に依拠して1184条の解除を根拠づける立場が20世紀以降登場した。この立場に属すると考えられる学説として、プラニオル、ピカール=プリュドム、モーリイ、リペール、ジョスラン、ルベルティエ、カサン、リペール=ブーランジェ、マルティ=レイノー、フルール=オベール=サヴォー、マロリ=エネス、ゲスタン=ジャマン=ピリヨーらを挙げることができる<sup>78)</sup>。これらの学説の大半は、コース理論の契約履行段階（不履行解除）における機能、言い換えれば、コース理論に依拠して解除を根拠づけることに対して明確に否定的な態度を示している。なお、これらの学説のなかには、法定解除の法的基础としてのコース理論からの脱却を試みるため、解除理論（ないしその法的基础）とコース理論との厳密な関係を分析しているものも見受けられる<sup>79)</sup>。以下では、まず、この立場に与する最も代表的な学説とされるルベ

ルペルティエの見解を検討する<sup>80)</sup>。この学説を検討することで、この立場の最大公約数的理解を知ることができよう。続いて、ルペルティエと時代を前後する代表的学説、そして、近時の代表的学説を順に分析していく<sup>81)</sup>。

ルペルティエの見解は、従来から示されてきた法的基礎を批判的に検討し、余分な理論構造を削ぎ落とした結果、「双務契約における両債務の履行上の牽連性」による解除の根拠づけにたどり着いている。たとえば、彼は、法的基礎としてのコース理論を批判し、カピタンらがいくら各債務のコースが相手方の債務の履行だとしたところで、完全には批判をかわし切れないと指摘する<sup>82)</sup>。また、「黙示の解除条件」(解除条項の黙示化)に依拠する見解にも批判を加え<sup>83)</sup>、さらには、抽象的かつ曖昧な *équité* 規範による根拠づけも批判し<sup>84)</sup>、結局、双務契約の性質である両債務の履行上の牽連性に法的基礎を求めざるを得ないと主張する<sup>85)</sup>。そして、この牽連性は、契約当事者の意思に合致するものとされる。以下、詳しくルペルティエの法的基礎の構造を分析する。

ルペルティエ<sup>86)</sup>は、解除の存在理由や原因を明らかにすることはたやすいとし、それは、双務契約における両債務の履行上の牽連関係ないし牽連性であるとする。彼は、牽連関係について、「同一の双務契約から生じた両債務を結びつけている密接な相互依存性 (*interdépendance*)」という定義を与えている<sup>87)</sup>。ところで、*équité* や良識 (*bon sens*) は、各当事者に負担を負わせる同時に発生した両債務が履行段階まで結びつけられたままであることを望んでおり、さらに、契約当事者の一方が債務を履行しない場合、相手方がもはや自身に課せられた給付の履行を義務づけられないことも望んでいるという。学説・判例のなかには、1184条を純粋な法律的論拠でなく、*équité* で説明するものがあることを彼は指摘する。そこで、ルペルティエは、裁判上の解除理論を牽連関係、均衡、等価性といった曖昧すぎる考え方<sup>88)</sup>でなく、明確な法技術に結びつけることはできないか、と問う。この問いに答えるため、彼は、従来の法的基礎について、批判的検討を行っている。その概要は、以下の通りである。

まず、1184条を解除条件理論に結びつける法的基礎に対して、ルペルティエは、批判を加える。批判の理由は、解除の裁判上の性格と約定解除との比較から導かれる。彼は、条件理論への依拠に対して示された二種類の批判を検討している。その第一は、契約締結時に両当事者は自分たちの一方による不履行をあらかじめ想定していないというものである。したがって、両当事者の意図(intention)の分析は、黙示の条件の考え方を否定することになる。しかし、ルペルティエは、この批判を決定的なものではないとする。両当事者が不履行を予見ないし想定していなくても、契約締結に先行する交渉(pourparler)のときから、1184条は、両当事者の共通の意図に適切に合致しているからである。つまり、1184条の「黙示の解除条件」は、立法者があらゆる双務契約のなかに挿入した推定された条件、法定条件たりうると指摘する。第二の批判は、1184条3項(裁判官による解除の言渡し)との矛盾を突くものである。ルペルティエは、解除条件の考え方は解除の裁判上の性格を排除すると指摘する。しかし、実際、解除条件の考え方を維持しつつ、裁判官の介入の正当化が試みられ、その際、この介入は解除が債権者に対して強制されないようにするために必要的だと主張がなされる。しかし、彼は、この論理は誤解に基づいていると主張する<sup>89)</sup>。ルペルティエは、明示的解除条項が契約に挿入されている場合でも、債権者には履行請求と解除との選択権が常に確保されており、債権者は、解除よりも履行を請求することがありうることを根拠に、この論理を批判する。いずれにせよ、「裁判上の解除」は、解除条件理論で説明することができない。その他の批判としては、条件成就にもかかわらず、履行請求が可能なことを説明できないこと、不履行に、解除を正当化するほどの重大性がないと判断された場合に、裁判官が猶予期間を付与したり、解除を認めなかったりするとの説明がつかないこと、債権者に対する損害賠償請求権の付与の正当化を説明できないこと、が指摘される。ルペルティエは、条文の文言にもかかわらず、裁判上の解除は解除条件理論の適用ではないとする。



次に、ルペルティエは、コース理論に依拠して解除を根拠づける見解を批判する。彼は、まず、カピタン以前のコース理論の構造を確認したうえで、この見解を批判する。その批判の仕方は、19世紀註釈学派のローランやボードリィ・ラカンティヌリ＝パルドに依拠している<sup>90)</sup>。そして、カピタンらの提唱したコース理論について、ルペルティエは、同じくその理論構造を確認し、その理論を間違いとはいえないとしながらも、やはり批判を展開する。彼に言わせれば、1184条が明確に認めている解決法のなかには、コース理論に依拠した解釈と矛盾するものがあるという。たとえば、履行請求と解除との選択権の説明が依然できていないことが挙げられる。また、履行が依然訴求可能である間は、債権者の負っている債務がコースを喪失しているとはいえないことを指摘する。要するに、コース理論を法的基礎とすると、解除訴権だけが可能となり、しかも、猶予期間の付与を説明できなくなる。コース理論への依拠に対しては、ほかにも批判がなされている。たとえば、コースの喪失は、契約の解消を法律上当然に引き起こす。コースの喪失による契約の解消は、不存在 (inexistence)<sup>91)</sup>、あるいは、少なくとも、絶対無効と考えられる。したがって、裁判官の介入を依然説明できないとする批判が指摘される。これに対して、カピタンは、「……不履行に基づく解除の場合において (カピタンの原著では、〔この最後の場合〕となっている。その指示するところは、〔コースの喪失が主張された場合、but が損なわれたと評価される場合〕である。括弧内引用者。)、裁判官が債権者の主張における正当な理由を評価することは、必要不可欠なことであり得る。」<sup>92)</sup> と言うにとどまっている。ルペルティエに言わせれば、これは反論になっていない。さらに、彼は、コースの喪失は契約の絶対無効を引き起こすので、両当事者とも無効を援用できるのに対して、解除の場合、不履行の被害者である債権者のみが解除を主張できるという差異を指摘する。また、損害賠償請求権の付与を説明できないとの批判もなされている。

ルペルティエは、徹底的にコース理論への依拠を批判する。しかし、

コースと解除の二つの理論を一つに融合できなくても、これら二つの理論が互いにきわめて類似していることは認めなければならないと彼は主張する。これら両理論は、より一般的な原理の二つの帰結であると指摘する。この「より一般的な原理」とは、両理論を支配する共通の「根本理論 (théorie-mère)」である。以下、ルペルティエは、この根本理論を明らかにしていく。その分析のなかで、彼は、後述ピカル＝プリュドム、モーリイの学説を参照している。彼に言わせれば、この両学説には顕著な差異があり、その差異は、用語法上だけでなく<sup>93)</sup>事の本質においても見られるという。しかし、この両学説は、双方十分に類似しているとルペルティエは指摘する。契約の履行段階において、コース理論と解除の存在とが呈しているそれぞれの特色を同時に説明できるのは、両当事者間の給付における均衡の保障の必要性 (ピカル＝プリュドム)、つまり、両給付間での等価性の維持 (モーリイ) の必要性だからである<sup>94)</sup>。

では、コース理論と解除理論を正当化しているものは何か。ルペルティエによれば、結局、それは、「双務契約における固有の性質」であるという。双務契約を特徴づけているものは、各当事者に課されている両債務の存在、および、それら相互の密接な結びつきである。両債務は、互いに反対給付になっている。この「一つの実態」を示すために、両債務は、相互依存関係的 (connexes) であり、相互的であり (réciproques)、相互に依存しており (interdépendantes)、交互的 (corrélatives) である、などの多くの表現・用語が用いられていると彼は指摘する。

ここから、ルペルティエは、双務契約における当事者の意思について、具体例を示しつつ鋭い分析を行っている。各当事者は、「ギヴ・アンド・テイクで (donnant donnant)」同意をする。たとえば、不動産売買において、買主が代金支払いの義務を負うのは、売主が買主に対して、当該不動産の所有権を移転することに同意するからである。逆もまた然りである。ギヴ・アンド・テイクでの同意がまさに各契約当事者の意思であること、このことに対して異議を唱えようとする者はいないという。そして、ルペ

ルペルティエは、コース理論と解除理論との「守備範囲の棲み分け」を明確に示す。つまり、双務契約において、その成立段階で機能するのは、コース理論であり、履行段階において、その交互的履行をサンクションするのは、解除である。両債務の成立上の牽連性と履行上の牽連性とが明確に峻別されている。

結局、ルペルティエは、双務契約の特質が解除を課していると主張する。両当事者の交互的な両債務をもっぱら考慮して締結された契約は、両債務の一方の不履行によって、契約の構造が完全に破壊されるときには、もはや維持することができない。このようにして1184条の法定解除は立法上正当化される、と彼は主張する。

しかし、ルペルティエは、双務契約の特質、つまり、両債務の履行上の牽連性が解除を正当化するとしても、1184条3項の裁判上の性格を正当化できるとは思われないと述べる。だが、それでもなお、同条3項の仕組みを正当化することは可能だとも彼は指摘する。その正当化の理論構造としては、債権者に対して付与された契約解除権能は債務者にとって脅威となる手段だから、コントロールなしにこの完全な権能を債権者に委ねることは危険だという理論が挙げられる。実際、当事者は、部分的不履行の場合には、常に裁判所へ訴えなければならない。しかし、全部不履行の場合でも裁判所への訴えを提起する必要性は、債務者の効果的な保護を保障しているとする。裁判所への訴えの必要性は、債務者に対して履行のための最初の猶予期間を自動的に付与することに等しいという。裁判官は、いつでも義務の履行のために、債務者に対して期間を付与できる。最初の不履行の際に、債権者に対して、不履行債務者を委ねないという配慮 (souci) によって、解除の裁判上の性格を説明することができるとする。なお、ルペルティエは、解除の裁判上の性格を正当化するのに、*équité* の考え方では不充分であることを指摘する。そこで、*équité*、さらには、感情 (sentiment) という論拠以外に、より法律的な論拠を援用することができるとする。ルペルティエは、より法律的な論拠として、解除が請求さ

れている契約が有効に締結され、正式に成立したこと。したがって、契約は、両当事者によって挿入される条件の成就によってしか、もはや消滅することができない。そのような条項がない場合、両当事者は、当該契約が自身に課している債務から解放されることができない。裁判官の権限が解除を言い渡すだけにとどまらず、債務者に対して猶予期間を付与し、債権者に対して損害賠償請求権を付与することができること、の二つを挙げている。このことは、1184条が明示的に認めている本質的な二つの権利である。そして、これらの権利は、解除理論に密接に結びつけられている。また、これらの権利は、解除理論に対して特殊な傾向を与えている。つまり、明らかに、猶予期間の付与または損害賠償請求権の付与は、裁判所への訴えを前提にしているということである。以上の二つの論拠でルペルティエは、解除の裁判上の性格を正当化しようとする。

最後に、ルペルティエは、法定解除の法的基礎の構造をまとめている。「要するに、裁判上の解除理論を債務法上の他の理論に帰着させることが不可能であるにもかかわらず、裁判上の解除理論は、曖昧で不明瞭な *équité* 規範とは異なるものであると思われる。両当事者の法律となり、そして、誰もそれを変更することができない拘束力ある契約に直面して、裁判上の解除理論は、双務契約の本質そのものである相互的な両債務間の牽連性を契約の履行まで維持する。そうすることによって、たいていの場合、裁判上の解除理論は、両当事者の共通の意図に合致する。なお、両当事者は、少なくとも、自分たちの誓約 (*protestations*) の間でのこの牽連関係を不明瞭なたちではあれ理解していたのであって、そして、実定法においてこの牽連関係をサンクションすることを望んでいた。裁判上の解除理論は、両当事者の意思を解釈したものであるか、あるいは、両当事者の意思をよりよく補足するものである。」<sup>95)</sup>。

ルペルティエの見解に代表されるように、この立場に与する学説の理論構造の共通点には、これまで示されてきた種々の法的基礎、なかでも、コース理論に依拠して解除を根拠づける立場への根強い批判的態度がある。

言い換えれば、双務契約に内在する性質から、1184条の解除を正当化する理論構造を示しているともいえる。この法的基礎によれば、双務契約における一方の債務が不履行となった場合、両債務あるいは両給付の履行段階での均衡・牽連性が破壊され、その破壊の程度を裁判官が評価することで解除が効力を生じることになる。この法的基礎の構造の根底には、双務契約において、一方の当事者が不履行をした場合、なぜ相手方はなおも当該契約に拘束され、債務を負い続けなければならないのかという問題意識が潜在している。この立場に与する学説の大半は、その理論構造の特質に差異はあれ、双務契約に内在する性質である両債務ないし両給付の履行上の均衡・牽連性を何らかの理論や法規範から正当化し、さらに、1184条各項の正当化の間での矛盾をも緩和しようとする<sup>96)</sup>。

## 2 代表的学説にみられる種々の理論構造

### ルベルティエ前後の時代の学説

プラニオルは、「明示の解除条件 (1183条)」と「黙示の解除条件 (1184条)」という用語法自体に対して批判を加える<sup>97)</sup>。彼は、解除が生じる方法に従い、かつ、契約のなかに明示的あるいは黙示的に含まれたかどうかを問わず、「解除条件 (1183条)」、「解除訴権 (1184条)」という名称を用いるにとどめておくことが適切だと指摘する<sup>98)</sup>。用語法上の指摘を行った後、解除の合理的基礎 (fondement rationnel) について論じている<sup>99)</sup>。プラニオルが最も正当と考える規範は、両債務間の相互性 (réciprocité)、および、両給付間の相互性である。二人の人間がそれぞれ相手方に対して義務を負っているとき、各人は、いわば条件付きの合意しか法律行為に与えていない。各当事者は、相手方が自分に対して義務を負うからこそ、義務を負う。この (契約成立時における) 両債務間の相互性は、当然、両給付間の相互性をももたらす。そして、この理論構造から解除請求権を導き出す。では、プラニオルは、法的基礎としての両給付間の相互性をどのような理論構成で正当化しているか。彼は、双務契約における両給付間の相

互性はただちには明らかにならないとする<sup>100)</sup>。だが、決して両給付間の相互性をコーズ理論で説明しようとはしない。彼は、解除の沿革<sup>101)</sup>や、罰 (peine) の考え方を援用する。プラニオルは、解除の要件論 (不履行に悪意 *mauvais vouloir* や「帰責性」を要求すべきか否か。) に関わって、当時の学説の多数説<sup>102)</sup>・判例<sup>103)</sup>が、不履行の原因を問わない立場を採っていたことに対して異を唱え、1184条がもつぱら債務者のフォートに起因する不履行を対象としていることは明らかだと反論した<sup>104)</sup>。プラニオルは、フォートを要求する理由として、歴史的伝統と論理を挙げ、その「論理」について、「……当事者が何ら非難される必要のない場合に、当該当事者に対して、契約の解除を罰として課す理由はない。……」<sup>105)</sup>と述べる。プラニオルの法的基础の構造は、ルペルティエとは異なり、「両給付の相互性」を基本構造とし、その相互性を、解除の沿革や罰の考え方で正当化ないし補強しようとする。しかし、双務契約に内在する性質から解除を導き出している点は、ルペルティエの法的基础の構造の枠組みに類似していると思われる。

次に、ピカール=プリュドム<sup>106)</sup>が示した法的基础の構造は、後述リペールが評したように、1184条の解除を、双務契約における両債務の履行上の均衡 (*équilibre*)、契約の実際上の目的 (*fins pratique*)、そして、契約の誠実な (*de bonne foi*) 履行、これらすべてを保障するための法技術ないし制度と捉えるものである。彼らが提唱した法的基础の構造の最大の特質は、不履行となった債務の種類に応じて法的基础を使い分け、多元的構成で解除を根拠づけた点にある。具体的には、本質的債務 (*obligation essentielle*) の不履行、付随的債務 (*obligation accessoires*) の不履行、そして、信義誠実に関する一般的債務 (*obligation générale de bonne foi*) の不履行<sup>107)</sup> というように、不履行の対象となった債務の性質に応じて法的基础の構造を変容させている。彼らによれば、本質的債務とは、「その存在が契約の成立に必要な債務」である。要するに、双方の債務にとっての「コーズとなる債務」である<sup>108)</sup>。この本質的債務の全部不履行の場合には、

契約は当然に解除される<sup>109)</sup>。彼らは、「……あらゆる双務契約における二つの本質的債務は、相互的な牽連関係にある。これらは互いに法的に均衡させられる (se font juridiquement équilibre)。」と論じている<sup>110)</sup>。ただし、ここでの法的均衡は、契約の成立要件であるとし、その履行の局面では別の機能を示すという。本質的債務の全部不履行の場合、「……当該不履行が契約の構造 (économie) を重大なかたちで破壊することになるのは明らかである。二つの本質的債務は、互いに均衡を保てなくなる。均衡の破壊がこれに続く。……」とする。彼らは、この均衡の破壊を「事実上の破壊 (rupture de fait)」と呼ぶ<sup>111)</sup>。彼らは、「……双務契約は、その性質上、二つの本質的債務の間の法的かつ事実上の均衡 (équilibre de droit et de fait) を含んでいる。コース理論は、契約の成立段階に関する法的均衡を保障し、解除は、履行段階における事実上の均衡を確保する。」と指摘する。要するに、両債務の事実上の均衡を法定解除の法的基礎とする<sup>112)</sup>。では、「付随的債務の不履行」の場合の処理はどうか。彼らは、付随的債務を「本質的でないあらゆる債務」とし<sup>113)</sup>、本質的債務間におけるような厳格な関係はないとする。付随的債務は、当事者によって望まれ、あるいは、契約の性質上要請される「実際上の目的」の実現を対象とするものであるという<sup>114)</sup>。そして、付随的債務の不履行に基づく解除の可否については、「実際上の目的」が「契約の特定の要素 (élément spécifique)」にどの程度結びつけられているかによって判断されるとする<sup>115)</sup>。このように、付随的債務の不履行の場合には、「実際上の目的」という要素で解除が根拠づけられる。これが彼らの示す第二の法的基礎であると考えられる<sup>116)</sup>。そして、第三の法的基礎と考えられるものとして、「契約の誠実な履行」が提示される。この規範は、直接的には、民法1134条3項から導き出される<sup>117)</sup>。彼らは、この規範を信義誠実に関する一般的債務の不履行において援用し、この局面での解除の法的基礎としている。ピカール=ブリュドムは、「……信義誠実に関する一般的債務が違反された場合、……契約は解除されるということを確認すること、それは、判例上、権利関係



(rapport de droit) が裁判上の解除のメカニズムの軸 (pivot) であることを必然的に認めることである。……」と指摘する<sup>118)</sup>。

彼らは、1184条1項の「黙示の解除条件」<sup>119)</sup>の法的根拠づけのみにとどまらず、1184条3項の裁判官による介入の正当化も見据えた、多面的・可变的構造を持つ法的基礎を提示した。しかし、彼らの見解は、現在の学説からも支持を得ていない。その理由は種々考えられるが、後述リペールが指摘するように、彼らの見解を独自の法的基礎とする積極的理由がないことが挙げられる。法的基礎の構造を三種類に変容させたところで、結局は、主たる法的基礎である「双務契約における両債務の履行上の均衡」のなかで、他の二つの法的基礎を論じることが可能だからであろう。このことから、近時の学説は、法的基礎として、彼らの見解を重視していないと考えられる。また、ピカール=プリュドムの見解は、前述ルペルティエによって、(その要件論なども含めて) 批判の対象とされた<sup>120)</sup>。批判の主たる理論構成は、この見解は双務契約の履行段階における両債務の均衡を維持しようとするものであるから、結局、両債務の履行上の牽連性で解除を根拠づける立場と根本的には変わらない、というものである<sup>121)</sup>。

モーリイは、コース概念をもとに案出した両債務間の履行上の等価性 (équivalence) 概念で解除を根拠づける。双務契約の履行段階における両債務の等価性ないし等価値性 (équivalent) を法的基礎の基本構造とする<sup>122)</sup>。モーリイは、コース理論に依拠して解除を根拠づける立場 (特に、カピタンのコース理論の構造) を批判したうえで、コース理論の根拠である等価性概念で解除を根拠づけている。モーリイが示した法的基礎の構造には、原初的にコース理論が内包されているともいえる。しかし、コース理論で、契約の履行段階の問題である解除を根拠づけることには否定的な態度を示す。彼は、カピタンらがコース理論の機能を契約の履行段階にまで拡張させていることを批判する<sup>123)</sup>。そして、「……あらゆる債務は、コースを有している。両当事者は、信用を得る以上、履行をその前提とする。したがって、根本的に考慮することは、両当事者の履行に対応する債

務である。しかし、もっと考えを進めることができ、等価性の考え方を履行の領域にもたらすことができる。履行における等価性の考え方は、よりよく保障されるだろう。1184条がなしたことは、このことではないのか？」<sup>124)</sup>と指摘する。また、彼は、1184条2項が定める損害賠償を考慮に入れ、等価性をあくまで、「本質のないし主たる法的基礎」と位置づけ、これに、付随的な考え方 (idée accessoire) を付加する必要性を指摘する。その理論構造は、債務者のフォートに起因する制裁 (peine) の考え方である。この考え方により、債権者が解除と同時に損害賠償を得ることを説明できるとする<sup>125)</sup>。モーリイは、契約の履行段階におけるコース理論の機能を「双務契約における両債務の履行上の等価性」へと置き換えることで、解除を根拠づけているともいえる。しかし、法的基礎の構造の観点から見れば、ルペルティエと同じく、双務契約の性質から法定解除の法的基礎を導き出しているといえる。

他方、リペールは、上記二学説とは法的基礎の構造の特質を異にする。彼は、1184条を等価性概念よりも高次の抽象的な規範である *équité*、契約上の正義 (*justice contractuelle*)、さらには、道徳規範 (*règle morale*) で根拠づけている。フランス契約法には、契約上の正義の考え方を法律が認めた重要な規定が実際に存在すると指摘し、それこそ、1184条の解除権だとする<sup>126)</sup>。そして、19世紀以来主張されてきた各法的基礎に対して批判的検討を加えている。たとえば、契約の拘束力のみで解除を根拠づける見解<sup>127)</sup> に対し、リペールは、この見解を、解除規範の起源と意味とを誤認するものとして批判する。彼に言わせれば、解除規範は、両当事者による法律の適用ではなく、契約の挫折 (*échec*) であるという<sup>128)</sup>。この解除条項の黙示化という意思自治的な考え方 (法的基礎) の否定は、勝利を収めていると彼は主張する。続けて、カピタン<sup>129)</sup>、モーリイ<sup>130)</sup>、そして、ピカール = プリュドム<sup>131)</sup>、これらすべての見解についても批判的検討を加えている。リペールに言わせれば、これらの法的基礎の根源的な考え方はすべて同じだという。つまり、契約は、それが法律上正当な目的に合致し

ている以上、それが締結されたときには容認される。契約は、その締結以後、両当事者のうちの一方のフォートによって、あるいは、純粋な偶発的出来事<sup>132)</sup>によってもその均衡が失われる。この不均衡となった(boiteux)契約を履行することは、きわめて不道徳的であるという。したがって、裁判官は、契約をコントロールする結果として、その履行を拒絶させることができる<sup>133)</sup>。また、リペールは、前述1865年11月29日破毀院民事部判決を一部引用し、破毀院が解除を「……契約当事者の一方が相手方に等価値を与えない契約関係に、その相手方当事者を拘束させたままにしておくことを認めないこの *équité* 規範の容認……」と捉えていることを指摘する。*équité* 規範を道徳規範や契約的正義と同視する思考がここでは示されている<sup>134)</sup>。さらに、リペールは、裁判官による介入(1184条3項)の正当化論拠も具体的に示している。彼によれば、契約の解消が重大なものである以上、裁判官による介入は必要的であるとし、裁判官は、部分的、付随的あるいは遅延した不履行の場合に、当該不履行の程度を評価するという。そして、裁判官の猶予期間付与と権限について、「……要するに、裁判官は、契約を維持しようと試みる。これら裁判官の介入は、解除条件の考え方では説明できない。これらのことは、1184条が拘束力ある契約に対して裁判官に依拠している場合に、より明確に理解できる。……」と指摘する<sup>135)</sup>。リペールによれば、有効に契約された債務の法律上当然の消滅はありえないという。契約関係の維持が適切かどうかを裁判官は評価しなければならない。そして、裁判官の介入が認められる理由として、彼は、不履行の場合、契約の不均衡(*déséquilibre*)が完全なものになるからだとする<sup>136)137)</sup>。このように、リペールは、双務契約における両債務の履行上の均衡を考慮するものの、法的基礎自体は、高次の抽象的規範(道徳規範など)に求めている。法的基礎の構造の点から見れば、ルペルティエが示した法的基礎の構造の中核である「両債務の履行上の牽連性」とは異なる。しかし、裁判官による介入を含めて、1184条各項の正当化を考慮した理論構造を持つ法的基礎を提示した点で、ルペルティエの理

論構造との近接性もうかがえると思われる。

次に、ジョスラン<sup>138)</sup>は、解除権の法的性格 (caractère juridique) を論じた箇所において、法的基礎に言及している。ジョスランに言わせれば、一点だけ確かなことがあるという。それは、1184条の解除は、双務契約から生じた両債務の履行上の牽連性から説明できるということである<sup>139)</sup>。その論拠として、ジョスランは、契約の相手方が不履行を被っているのに、一方当事者が自身の権利について満足を受けたのでは、論理的にも衡平 (équité) にも反するからだと主張する。ジョスランは、双務契約における両債務の履行上の牽連性の説明にコーズ理論を用いず、論理的理由および équité から、解除の法的基礎としての牽連性を導き出す<sup>140)</sup>。ルペルティエは、équité 規範を用いることに否定的だった。しかし、ジョスランは、équité に加えて、「論理的理由」を持ち出すことで、牽連性を導き出す理論構造を明確にしようとしている。また、他方で、彼は、ルペルティエやプラニオルの理論構造に類似した要素に依拠して、牽連性を導き出そうとする。ジョスランは、法的基礎をより詳細に検討する際に最も重要な二つの考え方が見出されると指摘する。その一方は、「契約の解除は、両当事者の推定された意思を考慮して生じる。解除は、解釈的 (interprétative) である。」という考え方であり (ルペルティエの理論構造に一見類似。)、もう一方は、「解除は、……契約上の義務についての真の制裁の意味をも含んでいる。」という考え方である (プラニオルの理論構造に類似。)<sup>141)</sup>。まず、後者の考え方について、ジョスランは、解除を履行請求とともに、契約を履行しない債務者に対して、債権者に与えられる一つの攻撃手段と位置づけ、この観点の正確性を、伝統 (ポティエの学説) および1184条の文言から導き出している。伝統については、ポティエの著作の一節を引用し<sup>142)</sup>、そこから、解除の訴えが代金の支払いを得ることを目的とする訴えと接近することを示し、売主がこれら二つの制裁の間で選択権を有すると指摘する。また、1184条の文言の内容についても、2項の文言を念頭に、履行請求と解除請求とが同一法文中に規定されてい

ることの正確性を指摘する。そして、そもそも、解除の裁判上の性格がこの考え方と完全に合致するとし、裁判上の解除は、一種の逆向きの強制執行であるとする<sup>143)</sup>。さらに、制裁という指針あるいは標準からは、不履行に関わる要件としての「帰責性」必要説<sup>144)</sup>、および、解除の裁判上の性格、もそれぞれ導き出されると主張する<sup>145)</sup>。

他方、前者の考え方については、「……契約の解除は、契約法に結びつけられている制裁であるにもかかわらず、両当事者の意思の解釈である。……」と述べ、この観点の正確性を先例および1184条の文言自体から導き出している<sup>146)</sup>。先例については、ローマ法でも、フランス古法でも、*lex commissoria* が両当事者の意思のなかにその基礎 (*fondement*) を見出していたことを指摘する。他方、ポティエが古法時代の黙示の *lex commissoria* をローマ法の明示的条項に結びつけていたことも指摘する<sup>147)</sup>。この理論構造は、1184条1項の「黙示の解除条件」を *lex commissoria* の黙示化 (*pacte commissoire* の黙示化) で根拠づけているものともいえよう。ジョスランが提示した法的基礎は、あくまで双務契約における両債務の履行上の牽連性である。しかし、この牽連性の正当化論拠として、両当事者の推定された意思である *lex commissoria* の黙示化が用いられている<sup>148)</sup>。ジョスランが、解除論史の点でルペルティエによって否定的に捉えられていた *lex commissoria* の黙示化を当事者意思の根拠としていることには注意すべきである。次に、1184条の文言については、同条1項の「黙示の解除条件」を挙げ<sup>149)</sup>、これもまた、両当事者の推定された意思であるとする。このように、ジョスランの見解は、双務契約における両債務の履行上の牽連性を1184条の法的基礎としている点では、ルペルティエの法的基礎の構造の枠組みと概ね合致するが、その牽連性を「論理的理由」、「*équité*」、「真の制裁」、ならびに、1184条1項の文言および *pacte commissoire* の黙示化から導き出される「両当事者の推定された意思」で正当化している点で、ルペルティエの理論構造よりもその正当化要素が複雑多岐に渡っているといえる。

カサンは、法定解除の法的基礎を、双務契約における両給付の交互関係としたうえで<sup>150)</sup>、解除制度が承認しているのは、法的地位 (situation juridique)<sup>151)</sup>の不可分一体性ないし特定の法的取引 (opération juridique déterminée) における不可分一体性であるとする。そして、この「不可分一体性」のなかでは、コース理論自体は、双務契約におけるいくつかの側面のうちの一つにすぎないと理解されている<sup>152)</sup>。カサンの表現を借りれば、解除とコースの関係は、母と娘の関係ではなく、姉妹の関係であるという<sup>153)</sup>。コース理論<sup>154)</sup>は、たしかに、双務契約における両給付の交互関係の一側面を担ってはいるけれども、解除の局面では、「法的地位の不可分一体性」あるいは「特定の法的取引の不可分一体性」が法的基礎の主要構造をなす。また、カサンは、解除理論とコース理論がともに高次の道徳規範 (équité がこれに対応する。) から導き出されていることを示し、両理論の並列的な関係を明らかにしている<sup>155)</sup>。だが、いずれにせよ、カサンの示した法定解除の法的基礎の構造は難解なものといえる。では、その原因はどこにあるのか。カサンの法的基礎の構造は、単純化すれば、双務契約における両給付の交互関係ということになるだろうが、検討したように、「法的地位の不可分一体性」あるいは「特定の法的取引の不可分一体性」や、高次の道徳規範 (équité) などのきわめて抽象的な理論が法的基礎の構造に厳存している。しかし、カサンの示した法的基礎の構造の難解性は、それらだけに起因するものなのか。難解性の原因は他にも考えられる。一つ挙げるとすれば、「解除の社会的側面」といういわば「思想」を解除理論に持ち込んでいる点が指摘されよう<sup>156)</sup>。端的にいえば、カサンの志向する「解除の社会的側面」とは、できるだけ契約を維持させようとする考え方である。民法1134条によって、法律に代わる効果を与えられた契約は、その消滅・破棄の局面においては、その成立の局面とは反対に、社会的な使命を課された裁判官によるコントロールを受けることになる。これが、カサンが解除理論に持ち込んだ「思想」と考えられる<sup>157)</sup>。そして、この「思想」は、同時に、1184条3項の裁判官による介入を正当化するものと

も考えられる。法的基础の構造の点から見れば、カサンの理論構造は、ルペルティエの示した法的基础の構造とは大きく異なっていると考えられる。「両債務の履行上の牽連性」ではなく、「両給付の交互関係」を法的基础とした点、「法的地位の不可分一体性」あるいは「特定の法的取引の不可分一体性」といった構造、そして、コース理論と解除理論とを導き出す高次の道徳規範の存在、これらは、ルペルティエの理論構造との差異を示す特質といえよう。

最後に、リペール=ブーランジェ<sup>158)</sup>の見解は、端的にいえば、双務契約における両債務の履行上の牽連性を法的基础としつつ、その構造に、「交換的正義」および「信義誠実」を据えるものである。リペール=ブーランジェは、まず、双務契約理論について、これらの債務は非常に密接に結びつけられているので、一方の債務が履行されない場合、他方の債務は履行されるべきではないとする。その際、不履行の原因は重要ではない<sup>159)</sup>。続いて、彼らは、双務契約における両債務の牽連性の原則の起源についても論じている。彼らは、牽連性の考え方が16世紀後半において確立したと指摘し、この考え方に対して基本的理念を用意していたのはカノン法だったと主張する。カノン法は、一方当事者が相手方に対して与えることを約していたものをその相手方に引き渡さないにもかかわらず、当該契約の利益を請求できるとすることを、交換的正義に反すると考えていた。前述 *Frangenti fidem, non est fides servanda* である。あらゆる契約のなかに存在している一般的な信義誠実の義務は、あらゆる債務の履行を支配しているという<sup>160)</sup>。そして、彼らは、牽連性の実在と根拠についても論じる。民法典は、双務契約における両債務の履行上の牽連性の一般原則を明確には定めていないが、その一般原則からその存在を導き出すことを認めている諸解決を定めているという。牽連性の原則の存在、なかでも、両債務のうち一方の不履行の場合における契約の解除を導き出すことを認めている諸解決が定められているとする。しかし、この牽連性の原則の基礎(fondement)は、不明確なままであると彼らは指摘する。民法典は、解



除を「黙示の解除条件」で根拠づけている。「黙示の解除条件」は、あらゆる双務契約のなかに存在している。民法典が採る牽連性の根拠は、慣用的な条項を法律上の規範に変えることで、そのことにより、ローマの考え方につながるという。意思自治の原則がフランス民法を支配していた時代に、このような説明は好都合と見られていた。契約は、両当事者の意思によってしか消滅しなかった。この考え方は、リペール=ブーランジェによれば、支持を失っているという。交換的正義の考え方が主張されていると指摘する。つまり、契約が両債務の一方の不履行によってその均衡を失うことは、交換的正義および信義誠実に反するという。契約における両給付の等価性 (l'équivalence des prestations) は、正義の実現だと思われると彼らは主張する<sup>161)</sup>。

では、リペール=ブーランジェの示す法的基礎の構造はどのようなものか。まず、彼らは、プラニオルと同様、黙示・明示の解除条件という用語法について批判を展開する<sup>162)</sup>。そして、従来の法的基礎を順次批判していく。たとえば、「黙示の解除条件」の考え方について、彼らは、これを最も単純な考え方であると指摘し、その考え方の由来について説明している。二人の人間がそれぞれ相手方に対して義務を負っているとき、各人は、その法律行為に対して、いわば条件付きの同意しか与えていない。各人は、相手方もまた自分に対して義務を負うから、自分も義務を負う。両債務の相互性は、必然的に、両給付の相互性をももたらす。そして、この考え方から、解除請求権が導き出される<sup>163)</sup>。しかし、彼らは、この説明には、両当事者の推定された意思についての明らかな濫用があると指摘する。つまり、両当事者が不履行について考えていることは確実とはいえない。仮に、不履行について考えているならば、両当事者は契約しないはずだと彼らという。解除に関する法技術は、解除条件が作り出した法技術とは異なっているという。解除には裁判官による介入が必要である。不履行を確認する裁判官は、ただちには解除を言い渡さずに、債務者に対して、履行のための期間を自由に与えることができる。これらすべてのことは、条件

の考え方とは調和しないと彼らは主張する<sup>164)</sup>。続いて、彼らは、コース理論に対して批判を加える。彼らが念頭に置いているのは、カピタンのコース理論である。リペール=ブーランジェは、コース理論に依拠して解除を根拠づける見解は受け入れられないとする。その理由として、「黙示の解除条件」の考え方と法的基礎としてのコース理論とはそれほど違わないことを挙げている。さらに、コースの不存在がなぜ契約の無効ではなく、解除を生じさせるのかということが理解しにくい点を挙げている<sup>165)</sup>。

彼らは、裁判上の解除の道徳的基礎 (fondement moral) についても論じている。契約の解除がカノン法において、懲罰的性格を有していたこと、ならびに、ローマ法が *condictio* を *équité* で根拠づけていたことを忘れてはならない、と彼らはいふ。契約を課す必要はなく、それを解消することが重要であり、そして、契約の解消のため、裁判官に助力が求められる。契約がその均衡を失った場合は、当該契約が履行されても、*équité* に反すると主張する<sup>166)</sup>。この場合、もはや両給付間に等価性はない<sup>167)</sup>。裁判例のなかには、解除規範について、基本的な *équité* の性格を指摘するものもあるとして、前述1865年11月29日破毀院民事部判決を挙げている。

彼らは、両給付の等価性や *équité* に関心を示しつつも、相互的な両債務間の履行上の牽連性の原則がしっかりと打ち立てられたので、契約の不完全な履行が不当な場合、当該契約は消滅することになるという論理的帰結が牽連性から引き出されるだけでよい、と主張する。では、1184条3項との理論的整合性はどのようにして保たれるのか。彼らは、契約の解消は重大であると認識しており、不履行の重大性および早急な救済をすべき不能の重大性に関わる裁判官によるコントロールの後にしか、契約解消を言い渡してはならないとする。しかし、結局、両当事者の共通の意思を実現することを理由に、1184条は契約の履行を監督し、契約の衡平 (*équité*) を保障する裁判官の権限を認めていると指摘するにとどめている<sup>168)</sup>。なお、彼らは、プラニオルと同様、不履行当事者を何ら非難する必要がないときに、当該当事者に対して、契約の解除を罰として課す理由はないと述

べており、解除を罰の観点から正当化する理論構造も示している<sup>169)</sup>。彼らの示した法的基礎の構造の主たる要素である双務契約における両債務の履行上の牽連性は、ルペルティエの理論構造に合致する。しかし、彼らの法的基礎の構造のなかには、「交換的正義」および「信義誠実」という抽象的な法規範が潜在している。この点が、ルペルティエの理論との差異といえよう。

この時期の学説が示した法的基礎の構造は、ルペルティエと同様、双務契約に内在する性質に着目したものだ。しかし、この時期の学説の大半は、「双務契約における両債務の履行上の牽連性」という簡潔な主要構造を示すには至らず、双務契約における両債務の均衡や両給付間の交互関係を、解除の沿革、罰、高次の抽象的規範（道徳規範など）から正当化し、複雑多岐に渡る理論構造を示した。だが、理論構造の大枠で見れば、ルペルティエの見解に概ね沿ったものといえる。次に、この時期の各学説のいう法的基礎の意味と本稿のいう法的基礎の意味との関係・差異につき確認しておく。まず、ルペルティエは、法的基礎を、1184条各項の法的構成をどのような法理論ないし法規範で根拠づけるかという意味で用いており、本稿のいう法的基礎の意味に合致する。ピカール=プリュドム（「法的性質」との表現を用いている。）、モーリィ、リペール、ジョスラン（「法的性格」という語を用いている。）、カサン、リペール=プーランジェ（「道徳的基礎」との表現を用いている。）のいう法的基礎の意味も、本稿のそれに合致する。他方、プラニオルの法的基礎は、1184条各項の正当化（特に、1184条3項の正当化）の意味が読み取りにくく、本稿のいう法的基礎よりもその射程範囲は狭いといえる。

### 3 近時の学説に見られる特質

#### 双務契約における両債務の履行上の牽連性の種々の根拠の錯綜

たとえば、マルティ=レイノー<sup>170)</sup>によれば、解除は完全に、双務契約から生じた両債務の履行上の牽連性と調和する。そして、彼らは、前述

1865年11月29日破毀院民事部判決の判決文中から、「……契約当事者の一方が相手方に等価値を与えない契約関係に、その相手方当事者を拘束させたままにしておくことはできない。……」との部分を引用する。この部分は、*équité* 規範の定義に関する叙述であり、双務契約における両債務の履行上の牽連性を導き出す根拠として、*équité* 規範を援用しているといえる<sup>171)</sup>。以下、彼らの示す法的基礎の構造を詳しく検討する。

彼らは、まず、従来から提唱されてきた法的基礎である解除条件やコーズといった、明確な概念に依拠する見解に対し、これらの正確性は疑わしいとして批判する。他方で、*équité* や契約上の均衡概念といった、より一般的だが、練り上げられていない考え方(法的基礎)に対しても、彼らは、あまりに曖昧すぎるとして批判する。しかし、結局、説明しなければならぬ種々の諸規範に共通の考え方、つまり、双務的關係から生じる両債務の牽連性の考え方のなかに、このような考え方は、十分に説得的に現われていると彼らは主張する<sup>172)</sup>。マルティ=レイノーは、既存の法的基礎について批判的検討を加えている。「黙示の解除条件」の考え方については、これを民法典の初期の註釈者の考え方と位置づけ、彼らは、双務契約における「黙示の解除条件」を定める1184条の法文によって、註釈者らが直接的にこの分析を促されたと理解している。この分析は、意思自治理論に完全に合致していた。意思自治理論は、同時履行の抗弁(権)および危険負担理論に認められた解決を正当化することができる。各当事者は、相手方が自身の約束を守るという条件に基づいてのみ義務を負うのであり、この条件が実現しない場合、契約は機能することができない。しかし、彼らは、この説明は放棄されていると指摘する。まず、この説明に対して、彼らは、常に不履行を予見しているわけではない両当事者の意思に関して、予見的解釈に基づいていることを批判する。さらに、不履行が解除条件として機能するならば、解除条件は当然かつ自動的に機能するはずだとも指摘する。ところが、実際、不履行に基づく解除は、裁判官にとっても、両当事者にとっても裁量的である<sup>173)</sup>。彼らは、コーズ理論に依拠する法的基

礎も批判する。その論拠は、コースは契約の成立・有効要素にすぎないとするものである。そして、カピタンらの提唱したコース理論に対しても、きわめて疑わしいものだとして批判する。まず、この説明は、コースについて異論の余地のある分析に基づいている。契約成立時、各債務は、それに対応する債務が約束された瞬間からコースを有する。コースとは、まさしく相手方による約束であり、この約束の履行ではない。そうでなければ、契約は成立していないはずであると彼らは指摘する。さらに、不履行の場合に本当にコースが消滅するのであれば、この消滅は、契約の無効になるはずだとする。しかし、実際、契約は存続している。債権者には、履行を訴求する権利もある。さらに、解除の裁量的性格・裁判上の性格は、確実に自己矛盾に陥ると指摘し、痛烈な批判を浴びせている<sup>174)</sup>。次に、*équité* への依拠については、前述リペールの見解を紹介し、解除制度の発展に関して、信義誠実および交換的正義の考え方によって果たされた歴史的役割を引き合いに出しつつ、リペールは、同時履行の抗弁(権)、裁判上の解除、そして、危険に関して認められた諸解決を正当化するのは道徳律 (*règle morale*)、つまり、*équité* であると考えたと指摘する。しかし、マルティ=レイノーは問う。「……この非常に一般的な確認だけに満足しなければならないのだろうか? また、この考え方 (*équité*) について、より明確で専門的な公式化を図ることに努めることはできないのだろうか? ……」と<sup>175)</sup>。また、彼らは、等価性への依拠についても論じている。同じ *équité* の考え方から着想を得つつ、学説のなかには、*équité* の考え方が双務的關係において立法者によって望まれた均衡の観を呈しているということを明確にすることを望んだ者もいた、と彼らは認識している。たとえば、ピカール=ブリュドムは、契約の双務的性格から生じる解決のすべてに対して、客観的な基礎 (*fondement*) を提示したとする。そして、モーリイは、双務契約の諸効果を説明するために、コース概念の根拠である等価性の考え方に依拠したとする。また、マルティ=レイノーは、等価性の考え方が介在する契約における二つの局面、つまり、契約成立時と契

約履行時と、等価性の考え方が示される講学上の技法とを区別することが望ましいと主張する。それぞれのサンクションは異なっているからである<sup>176)</sup>。

最後に、マルティ＝レイノーは、「……諸規範（これらの諸規範は、長い歴史の変遷の所産であり、その変遷の間に、これらの諸規範は、種々の影響を被った。）のあらゆる具体化の方法のなかに、講学上の方式を見出すことは難しい。これらの影響のなかで、最も明白かつ永続的な考え方は、信義誠実および *équité* であると思われる。これらの考え方は、両当事者および法律によって望まれた均衡のなかに示されている。そして、最古参のリペールやモーリィが注目されたように、この観点から、双務契約の諸効果に関する理論は、その理論がコーズ理論の無条件の適用ではないとしても、コーズ理論と同じ固定観念から着想を得ている。……」<sup>177)</sup>と論じている。彼らによれば、双務契約の効果の一つである解除理論は、その自立性と特殊性とを維持しており、この理論を支配する本質的な考え方は、双務的関係を性格づけている均衡の追求と維持の考え方である。意思およびコーズから切り離されて、この考え方は、契約に基づかない双務の関係においても、その機能を果たすことができる。そして、この考え方は、留置権および相殺とともに見出されるであろうと指摘する<sup>178)</sup>。このように、マルティ＝レイノーが示した法的基礎は、その構造の主たる要素として、たしかに、「双務契約における両債務の履行上の牽連性」を据えている。しかし、その牽連性を導き出す規範は、彼らに言わせれば、「*équité*」や「信義誠実」といった抽象的な規範である。この理論構造は、ルペルティエの構造とは異なる。しかも、マルティ＝レイノーは、解除理論を支配している本質的な考え方である「均衡の追求と維持」を掲げ、それらの機能を、契約外の双務的関係にも及ぼしている。同じ「牽連性」でも、その論拠はルペルティエとは大きく異なっている。このことを法的基礎の構造の点から見れば、ルペルティエの示した法的基礎の構造を、「*équité*」や「信義誠実」規範を介して、拡張していると考えられる。

また、フルール=オペール=サヴォーは<sup>179)</sup>、「裁判上の解除の基礎：両債務の牽連性」と題して、「……1184条は、黙示の解除条件を裁判上の解除の根拠にしている。すなわち、両当事者は、不履行を、それが実現すると契約の消滅をもたらすであろう将来の不確実な出来事として考えているものとみなされている。しかし、このような法的基礎では満足がいかない。つまり、条件が問題となるならば、その機能は、裁判官によるあらゆる介入とは無関係に、契約を消滅させるだけで充分なはずである。ところが、1184条は、この介入を要求し、……裁判官は、そこで重要な役割を果たしている。この法律上の規定の指示にもかかわらず、裁判上の解除を根拠づけているのは、交換的正義によって要請されている両債務の牽連性まさにそれである。……」<sup>180)</sup>と述べている。なお、裁判上の解除は道徳的な配慮に基づいている、と彼らは主張する。彼らは、「交換的正義」、「道徳的な配慮」という抽象的な規範から、双務契約における両債務の履行上の牽連性を導き出している。法的基礎の構造の点から見れば、理論の枠組みはルペルティエの見解に従ったものといえる。しかし、交換的正義によって要請されている両債務の履行上の牽連性だけでは、法定解除の「裁判上の性格(1184条3項)」を完全に正当化するのは難しいと思われる。

マロリ=エネス<sup>181)</sup>は、同時履行の抗弁(権)、危険負担理論とともに、解除を双務契約における両債務の履行上の牽連性で説明している。しかし、法定解除に関する叙述では、「黙示の解除条件」の沿革の部分で法的基礎について論じているようにも読める。しかも、その歴史認識は、現在では否定的に考えられている *pacte comissoire* の黙示化を採用している。したがって、彼らの主張する両債務の履行上の牽連性が1184条2項および3項を正当化することができるのかについては疑問が残る。マロリ=エネスによれば、双務契約は、最も数多く、最も重要な契約の一つとして位置づけられる。双務契約の特徴は、その契約が当事者らに対して課している相互的な両債務の牽連性である。一方の債務は、他方の債務に従属している。一般的に、この牽連性は、双務契約を有効なものとする方向に寄与してい



るという。各契約当事者の債権が消滅するという「おそれ」は、当事者を債務の履行へと駆り立てる<sup>182)</sup>。彼らの認識によれば、解除が成就するとき、それは、契約当事者から実現性のない契約を除去し、契約当事者を債務から解放するという利点を有しているという。しかし、解除は、債務者を債務から解放して、遡及効を生じさせるものである以上、重大な手段ともいえる<sup>183)</sup>。

次に、彼らは、不履行解除の歴史について分析を行っている。ここで注目すべきは、前述の通り、彼らが、*lex commissoria* (*pacte comissoire*)、つまり、解除条項の「黙示化」という歴史認識を肯定していることである。そのうえで、古法時代には、二つの潮流が現われたと指摘している。その一方は、カノン法の考え方で、同時履行の抗弁(権)を正当化している倫理的理由それ自体を解除の基礎としたものである。もう一方の考え方は、すべての双務契約に、黙示的に約定された解除条項を認めるものである。しかし、マロリ=エネスは、ローマ法およびカノン法の二つの考え方の間に矛盾が存在していること自体は認識している。カノン法学者が解除に与えていた道徳的基礎(*fondement*)は、当事者の道徳性を評価するために、そして、場合によっては債務者の誠実・不誠実に応じて、債務者に期間を付与するために、あるいは、反対に債務者に対して罰を科すために、裁判官の介入を必要としていた。これに対し、解除条項は、不履行があったというだけの理由で自動的に機能し、そのうえ、当該条項が黙示的に含まれているということは、解除が両当事者によって排除可能であることをも意味する。彼らは、この二つの相反する思想的遺産が1184条における矛盾の原因だと指摘する。彼らによれば、1184条1項は、黙示の解除条項(*pacte comissoire tacite*)の考え方を基礎としており、ローマ法の考え方に結びつくとする。また、同条2項および3項は、解除における裁判上の性格が強調されており、カノン法の考え方に結びつくとする。このように、彼らは、双務契約における両債務の履行上の牽連性に依拠するものの、1184条2項、3項を「条件」に結びついた自動性と相反するものとして位

置づける<sup>184)</sup>。なお、彼らは、解除の要件に関する叙述において、解除が認められるための要素として重要なことは、当該契約がもはや追求していた経済的効用を保障することができないということであると指摘する。そして、彼らは、解除を契約責任の一態様として理解する立場(後述、マゾーらの法的基礎を指していると考えられる。四参照。)を否定的に捉えている<sup>185)</sup>。彼らは、法的基礎としてはたしかに、双務契約における両債務の履行上の牽連性に着目している。しかし、それとともに、不履行解除の沿革にもよっていると思われる。しかも、その歴史認識 (pacte comissoire の黙示化) は、19世紀註釈学派のものに近く、現在では否定的に考えられている。法的基礎の構造の点から見ると、表面上は、ルペルティエの法的基礎の構造と類似しているように見えるが、構造の要素(ないし、法的基礎)としての「歴史認識」に関しては、マロリ=エネスとルペルティエとでは、大きく異なっている。

ゲスタン=ジャマン=ピリョーが示す法的基礎<sup>186)</sup>は、その構造に着目したとき、この立場に与する学説のなかで、最も先進的かつ難解なものと思われる。彼らは、まず、既存の法的基礎について批判を展開する。たとえば、黙示の解除条項(「黙示の解除条件」)で解除を根拠づける見解については、この法的基礎では裁判官による介入(1184条3項)および1184条2項が認めている損害賠償を説明できないとして批判する<sup>187)</sup>。コース理論に依拠する見解に対しても、コースの効果は解除でなく絶対的無効であること、また、仮にこの法的基礎を採る場合、1184条3項の裁判官による介入を説明できないといった批判を展開する<sup>188)</sup>。さらに、民事責任(解除を賠償 réparation の一方法と捉えるマゾーらの法的基礎。後述。)、衡平規範 (règle d'équité)、信義誠実原則 (principe de bonne foi)、そして、不履行債務者に対する制裁といった法理論あるいは法規範で解除を根拠づける見解に対しては、これらの理論の不明確性を指摘し、いずれの法的基礎も解除理論の一側面しか説明できていないという批判を浴びせている<sup>189)</sup>。

上記批判をもとに、彼らは、法的基础として、「相互的な両債務の発生  
の共通性 (La communauté d'origine<sup>190)</sup> des obligations réciproques)」とい  
う理論を提示する。彼らは、法定解除の歴史的生成の複雑性から、法定解  
除を正当化する諸要素の多様性を説明することができるとしつつ、しかし、  
何よりもまず、法的基础は、この相互的な両債務の発生  
の共通性にあると主張する。そして、双務的関係にある各債務は、当該双務的関係全体の満  
足の実現について、両当事者の意思、法律、裁判官などによって影響を受  
けると指摘する。その結果、不履行に対する制裁、不履行によって引き起  
こされた状況に対する救済、そして、相互的な両債務における相互的担保  
などが生じるとする<sup>191)</sup>。また、彼らは、契約の社会的効用<sup>192)</sup>についても  
言及する。「契約の社会的効用」とは、両契約当事者のうちの一方によっ  
て、相手方当事者から交換関係の一方が奪われる場合には、契約がその実  
現を目指す当該「交換」は消滅するということである。そして、契約的正  
義<sup>193)</sup>にも彼らは言及する。契約的正義によって、次のことが課される。  
すなわち、上記「交換関係」の一方を奪われた契約当事者(不履行を被っ  
た当事者)は、反対給付をもはや得ることのできなかつた義務から解放さ  
れることである<sup>194)</sup>。

彼らの示した法的基础の構造は、双務契約に内在する性質に着目したも  
のではあるものの、さらに踏み込んだ分析から、法的基础を導き出して  
いるといえる。ゲスタン=ジャマン=ピリョーの見解は、双務契約における  
両債務の履行上の牽連性あるいは均衡で解除を根拠づける考え方をその基  
本構造としている。しかし、彼らの法的基础は、双務契約に内在する性質  
という枠組みを事実上越えているとも指摘できる。もはや、ルペルティエ  
が示した法的基础は、彼らにとって、法的基础の構造の単なる一要素でし  
かないと考えられる。「契約的正義」や「契約の社会的効用」を含めて<sup>195)</sup>、  
多種多様な諸要素を法的基础の構造のなかに取り込んでいる点が、この学  
説の法的基础の構造の最大の特質である。その結果、法的基础の主要構造  
であるはずの「牽連性」の重要度は低下していると考えられる。この点は、

ルペルティエの示した法的基礎の特質と異なる点である。しかし、「牽連性」の根拠を改めて深く掘り下げて分析し、1184条全体を矛盾なく説明できる理論構造を提示しようとしたことは、法的基礎論史上、画期的であると評価することもできよう。

近時の学説が示した法的基礎の構造は、大枠で見れば、ルペルティエと同様、「双務契約における両債務の履行上の牽連性」に着目したものと見える。しかし、契約外の双務的關係にも適用可能な理論、現在では否定的に考えられている解除の沿革への依拠、さらに、この立場の法的基礎の主要構造である「牽連性」の地位を低下させる可能性を含む理論などが示され、牽連性の論拠は錯綜している。だが、双務契約における両債務の履行上の牽連性に依拠するこの立場は、現在でも法的基礎論において一有力説であり続けている。次に、近時の学説のいう法的基礎と本稿のいう法的基礎との関係・差異を確認する。マルチ＝レイノー、フルール＝オベール＝サヴォー、ゲスタン＝ジャマン＝ピリヨールは、法的基礎を、1184条各項の法的構成をどのような法理論ないし法規範で根拠づけるかという意味で用いており、本稿のいう法的基礎の意味に合致する。他方、マロリ＝エネスは、1184条各項の沿革自体を法的基礎としているようにも思われ、本稿のいう法的基礎と次元を異にしている可能性も考えられる。

#### 4 双務契約における両給付の交互関係ないし両債務の履行上の均衡・牽連性が導き出された理由についての考察

双務契約の性質から主に導き出される両債務の履行上の牽連性・均衡、あるいは、両給付の交互関係で解除を根拠づける立場は、コース理論に対する19世紀以来の批判を受けて登場し、カピタンらが示したコース理論をもってしても完全には成すことのできない1184条2項および3項との理論的整合性の確保を試みた。つまり、「黙示の解除条件」を含めて、1184条各項全体を統一的に正当化しようとした。しかし、この立場もまた、コース理論と同じく、1184条3項の裁判官の介入を完全には矛盾なく説明する

ことができなかつたと考えられる。しかし、コーズ理論の有している自動性(前述)を払拭した点、および、双務契約の性質から解除理論を導き出した点で、法的基础論史上、画期的だった評価できよう。では、「双務契約における両給付の交互関係ないし両債務の履行上の均衡・牽連性」はなぜ導き出されたのか。この問いについては、次のように答えることができる。二で検討した「コーズ理論に依拠して解除を根拠づける立場」は、この三の立場と同じく、最終的には双務契約における両債務の履行上の牽連性で解除を根拠づけた。結局は双務契約における両債務の牽連性で解除を根拠づけるわけだから、19世紀以来、種々の批判を浴びてきたコーズ理論で牽連性を説明する必然性がない。そもそも、コーズ理論に依拠しなくても、双務契約における両債務の履行上の牽連性は導き出すことができる。ルベルティエが示したように、契約当事者の意思(共通の意図)から導き出すこともできるし、ここまで検討してきたように、コーズ理論以外の種々の理論や法規範、たとえば、「罰(ないし制裁)」、「*équité*」、「交換的正義」、「契約上の正義」、「契約の社会的効用」、そして、「信義誠実」からも牽連性(あるいは均衡)を導き出すことができる。最大の要因は、やはり、コーズ理論に依拠する積極的な理由がないことにあると考えられる<sup>196)</sup>。コーズ理論といういわば「桎梏」から解き放たれたことで、この法的基础は、双務契約の構造そのものに目を向けることが可能になった。牽連性あるいは均衡の崩壊の程度を裁判官が評価するという理屈によって、1184条3項を正当化できる可能性が生じる。コーズの喪失を裁判官が確認するという理論構造では3項を正当化することは難しいと思われる。

ところで、「双務契約における両給付の交互関係ないし両債務の履行上の均衡・牽連性」で解除を根拠づける立場のうち、なかでも「双務契約における両債務の履行上の牽連性」で解除を根拠づける立場が現在、コーズ理論に依拠する立場と並び、法的基础論における一有力説としての地位を占めている理由はどこにあるのだろうか。この問いに対する答えは、コーズ理論に依拠する立場との比較でしか示すことはできないと思われる。

コース理論で説明される、双務契約における両債務の履行上の牽連性で解除を根拠づけると、裁判官の評価権限、特に、付随的債務の不履行や部分的不履行に基づく解除の可否を判断する場合に、どうしても、コースを構成している債務ないし給付の不履行しか解除の対象にならなくなる。これに対して、双務契約における両債務の履行上の牽連性に依拠して解除を根拠づける立場ならば、その「牽連性」の論拠である種々の論理や法規範(法的基礎の構造・要素)の性質次第によっては、コース理論に依拠する立場よりも柔軟に解除の可否を判断することができる。同じ「牽連性」で解除を根拠づけても、その論拠がコース理論か否かによって、解除の可否の判断の際の具体的な考慮要因<sup>197)</sup>は異なってくると思われる。裁判例レベルでは結論は同じになるかもしれないが、理論上は差異をもたらすと考えられる。この点におけるコース理論に対する優越性が、この立場の有力説たる要因ではないだろうか。しかし、本稿では、裁判例の分析はおろか、要件論についても分析をしていないので、この問題について断定的な叙述をすることはできない。

#### 四 賠償 (réparation) の一方式ないし民事責任訴権の特別適用としての 1184条

##### 1 マゾーの理論の一貫性

マゾー(初版)、ジュグラー(マゾー第4版)、マゾー=シャバス(マゾー第9版)の示した法定解除の法的基礎は、その著作が版を重ねても、終始一貫している<sup>198)</sup>。また、彼らの法的基礎は、19世紀註釈学派には見られなかった理論構造を示しており、現代フランス債務法において、特筆すべき法的基礎といえる。マゾーらは、現代の法定解除理論が多くの異なった考え方の融合によって形成されていることを指摘したうえで<sup>199)</sup>、既存の法的基礎を批判的に検討し、それぞれの理論的不充分性を浮き彫りにしてから、自身の法的基礎を提示する<sup>200)</sup>。

彼らは、まず、「両当事者の推定された意思」を法的基礎とする見解に

対し批判を加えている<sup>201)</sup>。この見解は、ポティエの学説および民法1184条1項の規定に依拠するものとされる。マゾーらに言わせれば、この法的基础は、解除制度の起源についての理解に反しているだけでなく、次の見解によっても批判されるという。すなわち、仮に、両当事者が解除について黙示的に合意していたのであれば、解除は、裁判官の裁量に委ねられることなく、必ず解除条項から生じる解除と同様の当然の解除を生じるはずだという批判である。

次に、コース理論に依拠して解除を根拠づける法的基础についても、これまで主張されてきた批判を改めて指摘している。マゾーらは、コース概念はきわめて範囲の狭いものだと言主張する。つまり、コースは、契約の有効要件の一つでしかなく、契約締結時にコースが存在しているだけで充分だという批判である。また、そもそも、解除へのコース理論の適用が正しいのなら、解除ではなく契約の無効を認めることになるはずだとする。さらに、彼らは、コース理論に依拠した場合、裁判官にはいかなる権限も認められないことになり、裁判官の役割は、もっぱらコースの不存在を確認することに限定されざるをえないことになると指摘する。(双務)契約から生じる両債務間のコースの存在を評価するには、契約成立時を基準としなければならない、と彼らは主張する。こうして、法的基础としてのコース理論も否定される<sup>202)</sup>。そして、マゾーらは、双務契約における両債務の履行上の牽連性に依拠する法的基础についても、コース理論に対するほどではないにせよ、批判的見解を示している。彼らは、コース理論と比較して、「……解除を双務契約から生じる両債務の牽連性の帰結として示すことは、(コース理論。括弧内引用者。)よりも正確である。……」<sup>203)</sup>と指摘する。しかし、牽連性への依拠も法的基础としての不十分性を免れないという。その論拠は、解除と危険負担理論との差異を説明できないことにあるとする<sup>204)</sup>。

このように、既存の法的基础を批判したうえで、マゾーらは、1184条の法的基础を、賠償(reparation)に求める。彼らは、「……裁判上の解除



は、債務者による債務の不履行が債権者に対して引き起こす損害の一賠償方法である。……」<sup>205)</sup>と主張する。債権者の大半は、相手方当事者による不履行の場合に、等価値での履行を請求することができる。しかし、この賠償方法では、債務者が無資力状態の場合、ほとんど有効性がない。債権者による自身の債務の履行の免除を認め、既に履行した給付の取戻しを認める解除制度は、反対給付なしに自身の給付を履行する債務を負う債権者に生じた損害を消滅させるので、より実効性のある賠償の一方法としての様相を呈している、と彼らは主張する。さらに、債務者の態度が債権者に対して他の損害をもたらすとき、または、解除それ自体が不履行とは無関係に損害をもたらす場合には<sup>206)</sup>、損害賠償 (dommages-intérêts) のかたちでの賠償方法<sup>207)</sup>をこの賠償 (réparation) に付加することができるのだとする<sup>208)</sup>。

## 2 訴権構成の考慮および法的基礎としての評価

マゾーらは、また、1184条3項の裁判上の性格 (裁判官による介入) を正当化するために、解除訴権を民事責任訴権ないし契約責任訴権の特別適用としても理解している<sup>209)</sup>。なお、彼らは、明示的には法的基礎 (fondement) を賠償 (réparation) としているが、民事責任訴権構成から裁判官の評価権限を導き出しているので、1184条各項の法的構成をどのような法理論ないし法規範で根拠づけるか、という本稿における法的基礎の定義から見れば、この訴権構成の考慮も「法的基礎」に含まれる。こうして、「黙示の解除条件」(1184条1項)を含め、1184条各項全体を契約責任 (賠償 réparation) という法理論で根拠づけるのがこの法的基礎の理論構造の特質といえる。たしかに、不履行解除論史の点から見ても、カノン法の時代、解除は制裁の一種と考えられていた<sup>210)</sup>。また、解除の要件としてフォートないし「帰責性」を要求するマゾーらの立場からすれば、解除訴権をこのように根拠づけることで、1184条各項を矛盾なく説明できるといえる。

ところが、マゾーらの提唱した法的基礎は、現在、学説の支持を得ておらず、有力説にはなっていないとされる<sup>211)</sup>。その理由は、次の通りである<sup>212)</sup>。たしかに、前述の通り、解除は古くから罰あるいは制裁の一種と考えられてきた。しかし、現代において、法定解除は、裁判上の訴えの形式を採用している。マゾーらの見解は、法定解除の裁判上の性格(1184条3項)を一見矛盾なく説明しているようにみえる。だが、債務者による不履行が重大なものでない場合に、裁判官が解除の言渡しを認めずに、猶予期間を付与することをどのように説明するのかという問題について、彼らの見解は、十分に答えることができていないと批判されている。そして、決定的な批判として、この法的基礎では、現代においても破毀院判例が解除の要件として債務者のフォートを要求していないことの説明ができないことが指摘されている<sup>213)</sup>。

しかし、マゾーらが提唱した法的基礎は、従来の法的基礎、特に、コーズ理論や両債務の履行上の牽連性では矛盾なしに説明することが難しいとされる1184条3項の「裁判上の請求の必要性」に対して、解除を契約責任訴権として捉えることで、この問題の克服を試みた注目すべき見解といえる。この点は、評価されるべきであろう。また、賠償(réparation)という法的基礎の構造は、「黙示の解除条件」の法的根拠づけにとどまらず、1184条各項全体の矛盾のない説明をも視野に入れた法定解除の法的根拠を示すものと思われる。その点において、この法的基礎を軽視することはできない。しかし、この法的基礎が法定解除の機能(1184条各項の機能)のすべてを説明できるわけではない点<sup>214)</sup>もまた、無視することはできないといえる。

### 3 賠償(réparation)の一方式という法的基礎は何から導き出されたのかについての考察

マゾーらは、1184条の解除を賠償(réparation)の一方式として理解する法的基礎を示した。さらには、解除訴権を民事責任訴権の特別適用とし

でも捉えている。彼らは、この法的基礎を何から導き出したのだろうか。彼らは、1184条の解除の要件（不履行に関わる要件）として、不履行にフォートを要求した。解除訴権を民事責任訴権、あるいは、契約責任訴権として捉えることは、この解除の要件から導き出されたといえる。では、解除を賠償（réparation）の一方式と捉える法的基礎は、何から導き出されたのか。これについては、「等価での履行（par équivalent）」の考え方<sup>215)</sup>の裏返しから導き出されたと考えられる。

「等価での履行」は、契約の不履行の場合における給付の結果的均衡を確保する考え方である。現物での履行が無理な場合、それに替わるものを履行させることで、給付の均衡を図ろうとする考え方である。これは、解除の局面においても機能することができる。つまり、「等価での履行」ができない場合、相手方の不履行に対して、既履行債務の場合には、給付した物の返還を、未履行債務の場合には、当該債務からの解放を解除で実現することで、結果的に両当事者の給付の均衡は図られる。マゾーらは、この考え方から、解除の法的基礎である賠償（réparation）理論を導き出したのではないだろうか。「賠償」というよりも、「損害回避」という表現の方が正しいかもしれない。「等価での履行」が難しい場合に、生じた損害を回避させるという志向が、この賠償（réparation）という法的基礎を導き出したと考えられる。

## 五 既存の法的基礎の批判的・複合的受容

### 1 既存の法的基礎に対する批判的検討

これまで相反するとされてきた既存の法的基礎を並存させるかたちで、批判的に受容し、複合的な法的基礎を示す立場として、スタルク＝ロラン＝プワイエを挙げることができる<sup>216)</sup>。彼らは、1184条を「双務契約<sup>217)</sup>における不履行」の項目で扱い、「法定解除の通則的規定」として1184条を捉えることを当然の前提としている。そして、彼らは、「解除の基礎（Le fondement de la résolution）」と題し<sup>218)</sup>、既存の法的基礎について、批

判的検討を加えている。スタルク＝ロラン＝ブワイエは、法的基礎を大きく三つに分類する。「推定された意思」、「民事責任」、そして、「コース」である<sup>219)</sup>。

まず、彼らは、「推定された意思」を法的基礎とする見解を批判している<sup>220)</sup>。この見解は、1184条の解除を「黙示の解除条件」という黙示的条項の効果として捉えている。この法的基礎によれば、不履行の場合に契約が解除されるということがあらかじめ、かつ、黙示的に両当事者によって定められていることになる。さらに、この法的基礎は、1184条の民法典のなかでの位置（「条件つき債務」の款に置かれていること〔1168～1184条〕）、また、歴史的観点からの主張も行っている。つまり、解除制度がローマ法の *lex commissoria* に由来していることである。しかし、スタルク＝ロラン＝ブワイエは、この法的基礎がほぼすべての学説によって批判されていることを指摘する。一般的な批判の理由によれば、この法的基礎によると、不履行の場合に債権者が解除を要求すれば、両当事者自身の意思によって契約が自動的に解除されることになってしまう、というものである。しかし、彼らに言わせれば、この法的基礎が妥当しない理由はそうではないという。解除が裁判官によって言い渡されなければならないこと、つまり、解除が裁判上の性格を有していること、そして、裁判官が解除の言渡しの可否に関して広範な評価権限を有していること、これらとの矛盾を彼らは指摘する。こうして、まず、「当事者の推定された意思」という法的基礎が批判的に捉えられる。

次に、解除と賠償権 (*droit à réparation*) と題して、彼らは、民事責任を法的基礎とする見解について検討を進める<sup>221)</sup>。なお、この法的基礎は、前述マゾーらの法的基礎である「賠償 (*réparation*) の一方式」を指している。この法的基礎に対して、スタルク＝ロラン＝ブワイエは、「……この法的基礎は、なかなか立派なものである。たしかに、損害を遮断するのに適したあらゆる措置を命じるのは裁判官の自由裁量である。しかし、この法的基礎は、反論に遭う。解除は、損害がまったくないときでも言い渡

すことができるからである。したがって、賠償 (réparation) という考え方は、不充分であり、カノン法に由来する制裁 (sanciton) の考え方<sup>222)</sup>によって補完されなければならない。……」と指摘する<sup>223)</sup>。また、彼らは、この法的基礎の抑止的・刑罰的 (répressif) 側面は、解除の裁判上の性格を説明していると主張する。制裁は、私的な独断専行に委ねられるべきではない。制裁は、裁判官によって判断・評価されるべきであるとし、彼らは、この法的基礎に好感も示している。しかし、それでもなお批判は残るという。つまり、解除が制裁であるのなら、債務者による不履行について、フォートを確認しなければならないことになる。ところが、判例は、不可抗力の場合においても、1184条を適用している。要するに、判例における解除の要件を正当化できないという難点をこの法的基礎は有していると指摘する<sup>224)</sup>。

最後に、彼らは、法的基礎としてのコース理論についても批判を加える<sup>225)</sup>。コース理論そのものに関して、彼らは、「……双務契約において、各契約当事者の債務は、その相手方の債務だけでなく、この債務の履行をもコースとしている。……」<sup>226)</sup>と述べ、カピタンらが示したコース理論を前提にしている。一方の債務が履行されない場合、他方の債務は、そのコースを喪失する。双務契約においては、誰もがその相手方によって約束された給付を考慮してのみ義務を負うからだという。期待された結果が得られない場合に、不履行の被害者が、コースを喪失した自身の債務から解放されることができるのは当然だ、と彼らは一般論を展開する。しかし、スタルク = ロラン = ブワイエは、解除をコース理論の帰結とする場合、二つの批判を浴びることになる、と指摘する。批判の第一は、コース理論が理論的には契約締結段階で問題となるにもかかわらず、債務の履行段階においてそれを機能させている点である。この法的基礎によれば、コースが不存在 (absence de cause) となるのは、事後的な不履行の場合でしかない。しかも、その不履行からは、コースに関する諸原則が本来想定している絶対無効は生じず、債権者のみが請求できる消滅<sup>227)</sup>しか生じない。こ

の点が批判される。批判の第二は、コース理論による説明があまりにも狭すぎるといふものである。この説明では、双務契約における主たる債務の不履行についてしか義務の消滅を正当化できないからである。ところが、実際、解除は双務契約以外でも、そして、主たる債務以外でも機能することができる。この点についても彼らは批判を示している。

## 2 単一の法的基础の限界の自覚

### 既存の法的基础の批判的・複合的受容の当否

スタルク＝ロラン＝ブワイエは、法的基础に関する私見として、次のように論じている。「……実際には、機能している解除は、これら三つの考え方（推定された意思，民事責任，そして，コース理論。括弧内引用者。）のそれぞれを考慮に入れている。これら三つの考え方は、互いに相容れないものではなく、これらの考え方の中で、組み合わせられている。……」<sup>228)</sup>。したがって、彼らの法的基础の構造は、既存の法的基础の批判的分析を通じたそれらの複合的受容に求められる。彼らが示した法的基础は、「黙示の解除条件」の法的根拠づけにとどまらず、1184条各項全体間での矛盾のない正当化や法定解除の種々の機能を説明するために提唱されたものと評価することができる。彼らの示した法的基础の構造を具体的に見ると、たとえば、前述マゾーらが示した法的基础（賠償の一方式）を批判しながらも、カノン法由来の「制裁」の考え方による補完を介してこれを受容することで、彼らは、1184条3項が規定する裁判官による介入を正当化しようとしている。また、コース理論についても、批判的な分析を示しつつ、それを受容することで、解除の局面での双務契約における両債務の履行上の牽連性を強調しようとする。さらに、「黙示の解除条件」構成（1184条1項）の厳存に対しても、法的基础としての「推定された意思」を批判的に受容することで、1184条の法典上の位置との矛盾を回避しようとしている。彼らの示した法的基础の構造からは、単一の法的基础で1184条を正当化することの限界に対する認識がうかがえる。

この複合的な法的基礎に対しては、まだフランスの民法学説上、本格的な批判的検討はなされていない。しかし、ここで一点指摘するならば、彼らの見解は、既存の各法的基礎が互いに相容れないものではない、という可能性を示した点で、たしかに画期的なものではあるが、それぞれの法的基礎の長所・短所が表裏一体をなしているという「危うさ」を半ば捨象しているものとも考えられる点を挙げることができよう。

19世紀註釈学派以降、さまざまな学説が主張してきた法的基礎には、1184条の各項全体を統一的に矛盾なく説明できる「何か」が欠けている。スタルク＝ロラン＝ブワイエが既存の法的基礎に存在する欠点を批判し、それを補おうと種々の角度から分析を試みたことは、評価に値すべきことであつたと思われる。しかし、彼らの法的基礎は、結局、これまで批判されてきた法的基礎をすべて取り込んで折衷しただけのものにすぎないともいえる。これでは、1184条の解除の正当化の問題がすべて解決できるとは考えにくい。「すべてを受容する」ということは、「それらの欠点もすべて受容する」ということになるはずである。いずれにせよ、彼らが示した法的基礎は、1184条の種々の機能をどのように統一的に説明することができるか、という問題に一石を投じたものといえよう。

## まとめと今後の課題

現代のフランス民法学説が提唱した種々の法定解除の法的基礎を、その構造の特質、他の法的基礎との相違に着目して分析した結果、以下のよう  
に整理することができた<sup>229)</sup>。

- 一 「黙示の解除条件」の特殊性を認識し、1184条を、1183条の解除条件とは異なる解除条件として理解する立場
- 二 コーズ (cause) 理論に依拠して解除を根拠づける立場
- 三 双務契約における両給付の交互関係ないし両債務の履行上の均衡・牽



### 連性に依拠して解除を根拠づける立場

#### 四 1184条の解除を賠償(reparation)の一方式ないし民事責任訴権の特別適用と理解する立場

#### 五 これまで相反するとされてきた既存の法的基础を並存させるかたちで、批判的に受容し、複合的な法的基础を示す立場

以下、ここまでの分析を踏まえ、現代の学説における法定解除の法的基础の構造変容について考察し、その構造変容の意味を明らかにする。

まず、「黙示の解除条件」の特殊性を認識し、1184条を、1183条の解除条件とは異なる解除条件として理解する立場<sup>230)</sup>の構造は、19世紀註釈学派において、「黙示の解除条件」の「解除条件」構成からの理論的脱却を図れなかった法的基础<sup>231)</sup>の構造とほとんど変わらない。要するに、時間軸の視点(19世紀註釈学派との関係)から見ると、法的基础の構造変容はほとんどなかったといえる。また、他の法的基础との関係で見ても<sup>232)</sup>、この法的基础の構造は、たいていの場合、批判の対象でしかなかった。「解除条件」の枠組みのなかで1183条との理論上の峻別を試みる限り、この法的基础の構造の主たる要素は、「黙示の解除条件」そのもの、あるいは、「契約当事者の推定された意思」のみである。この立場は、1184条の文言(特に1項の「黙示の解除条件」)に拘泥し、コース理論など明文規定のある法理論はもちろん、*équité* 規範などですら、法的基础の構造に取り込むことができなかった。1184条各項全体の矛盾のない正当化(本稿のいう法的基础論)の観点からすれば、この法的基础は、同条2項および3項の正当化がきわめて難しいと思われる。

これに対して、コース理論に依拠して解除を根拠づける立場が示した法的基础は、多様な構造変容を遂げた。たとえば、時間軸の視点で見ても、19世紀註釈学派が示した法的基础としてのコース理論とは異なり、双務契約における各債務のコースを相手方の債務の履行(給付)と捉える構造を示した。また、他の法的基础との関係で見ても、この法的基础は、双務契約における両給付の交互関係ないし両債務の履行上の均衡・牽連性に依拠

して解除を根拠づける立場から種々の批判を浴びながらも、コース理論でまずは双務契約における両債務の履行上の牽連性を説明し、そして、その牽連性で1184条を根拠づけるという構造を創り上げた。以上のことを1184条各項の矛盾のない正当化の視点から見れば、この法的基礎は、双務契約における両給付の交互関係ないし両債務の履行上の均衡・牽連性に依拠して解除を根拠づける立場とさほど変わらない理論構成を示すことに成功したともいえよう<sup>233)</sup>。さらに、同時代の同じ法的基礎論者間の関係においても、この法的基礎は、その構造を変容させている。たとえば、前述テレ=シムレール=ルケットとラルメとでは、カピタンらが示したコース理論への依拠の程度が異なっていた。前者は、あくまでコース理論を「主たる法的基礎」ととどめていたからである。また、カピタンらの示したコース理論 (特に but 概念<sup>234)</sup> の採否) に対する各論者の反応からも分かるように、この法的基礎は、種々の面でその法的基礎の構造を変容させたといえる。

次に、双務契約における両給付の交互関係ないし両債務の履行上の均衡・牽連性に依拠して解除を根拠づける立場も、時間軸の視点、他の法的基礎との関係、そして、同時代の同じ法的基礎論者間の関係という点から見たとき、法的基礎の構造変容を遂げたといえる。この法的基礎は、19世紀註釈学派における法的基礎論の最有力説であったコース理論を批判的に分析して、双務契約に内在する性質としての「両債務の履行上の牽連ないし均衡」という理論構造の抽出に成功した。しかし、この立場の代表的学説であるルペルティエ<sup>235)</sup> 以前の学説のなかには、法的基礎の構造に、原初的にコース理論を内包しているともいえるものも見られた<sup>236)</sup>。だが、この時期の学説は、1184条3項 (裁判官による介入・解除の裁判所への訴えの必要性) の正当化に適した法的基礎の構造を示していた。そして、ルペルティエ以後の近時の学説は、法的基礎の主要構造である「双務契約における両債務の履行上の牽連性」をどのような規範・概念で導き出すかという問題に関心を移し、それに伴って、この法的基礎の構造はさらに変容

した。なお、この法的基礎は、現在、コース理論に依拠して解除を根拠づける立場とさほど差異のない理論構造となっている。結局、いずれの法的基礎も、「双務契約における両債務の履行上の牽連性」で解除を根拠づけているからである。その意味で、この法的基礎とコース理論はそれぞれ、類似した諸要素・概念を取り込んで法的基礎の構造を変容させる共通の基盤を有しているといえよう。この法的基礎を、1184条各項全体の矛盾のない正当化の視点から見たとき、コース理論と決定的な差異はないものと思われる。

1184条の解除を賠償 (réparation) の一方式ないし民事責任訴権の特別適用と理解する立場は、マゾーらが提唱した一貫した法的基礎なので、同時代の同じ法的基礎論者間の関係という視点から、この法的基礎の構造変容を分析することはできない。次に、時間軸に着目すると、この法的基礎は、20世紀中葉以降、新たに登場したものであるといえる。たしかに、戦前の学説のなかには、1184条の法的基礎の構造の要素として制裁や罰といった考え方を提示したものがあつた<sup>237)</sup>。しかし、マゾーらは、「賠償 (réparation)」、「民事責任訴権 (契約責任訴権)」という二本立ての法的基礎を示した。この法的基礎は、その登場のときから既に、変容した構造を持ち合わせていたものだったといつてよい。しかし、他の法的基礎との関係に着目すると、この法的基礎は、コース理論に依拠して解除を根拠づける立場や双務契約における両給付の交互関係ないし両債務の履行上の均衡・牽連性に依拠して解除を根拠づける立場とは異なり、他の法概念・要素を構造へ取り込むことを拒んでいたようにも思われる。その意味で、法的基礎の構造変容は他の法的基礎ほどはなされていまいと考えられる。しかし、独自の理論構造で、1184条各項全体を矛盾なく正当化しようとした画期的な法的基礎であることは否定できない。

これまで相反するとされてきた既存の法的基礎を並存させるかたちで、批判的に受容し、複合的な法的基礎を示す立場も、マゾーらの法的基礎と同じく、新しい法的基礎を模索したものであるが、マゾーらとは異なり、

既存の法的基礎をそのまま構造に取り込むという複合的法的基礎である。つまり、「推定された意思」、「コース理論」、そして、「賠償 (reparation)・民事責任 (マゾーらの法的基礎)」という構造の取り込みである。このような法的基礎を示しているのは、スタルク＝ロラン＝プワイエのみなので、同時代の同じ法的基礎論者間の関係という視点から、この法的基礎の構造変容を分析することはできない。他方、他の法的基礎との関係に着目すると、この法的基礎は、変容を繰り返してきたコース理論 (法的基礎) を既に構造に取り込んでおり、今後、法的基礎としてのコース理論がその構造を変容させた場合、その利点だけを取り込むことも可能であるといえる。その結果、この複合的法的基礎自体がその構造を変容させることになるとも思われる。つまり、この法的基礎の構造変容は、コース理論に依拠して解除を根拠づける立場の構造変容に従属しているものと考えられる。いずれにせよ、この法的基礎は、マゾーらの法的基礎も取り込んでいるので、1184条各項全体の矛盾のない正当化という観点から見たとき、これまで検討してきた法的基礎のなかで最も1184条各項を矛盾なく説明できる可能性を秘めているとも考えられる。

このように、現代のフランスの学説における法定解除の法的基礎の構造は、「黙示の解除条件」以外の法文 (1184条2項および3項) の正当化も含めた、法文全体の矛盾のない正当化に適したものと概ね変容してきたといえよう。では、法定解除の法的基礎の構造変容は、何を意味しているのか。

20世紀以降近時に至るまで、フランスの学説は、法定解除の法的基礎の構造を絶え間なく発展・変容させてきた。たとえば、コース理論に依拠して解除を根拠づける立場を例にとると、その法的基礎の構造は、19世紀では、コース理論およびその基底概念とされた *équité*<sup>238)</sup> が主なものだった。しかも、コース理論に関しては、一方当事者の債務のコースを相手方当事者の債務の存在とする構造だった。しかし、カピタンらの示したコース理論によって、各債務のコースは、相手方による債務の「履行」となり、し

かも、コース理論で直接解除を根拠づけるのではなく、双務契約における両債務の履行上の牽連性という中間概念をたどって解除を根拠づけるという構造へと推移した。

では、こういった法的基礎の構造変容は何を意味するのか。そして、そこから何が導き出されるのか。法的基礎の構造変容の意味は、次の通りである。さきほど考察した通り、同じ法的基礎（コース理論に依拠する立場）であっても、19世紀註釈学派の時代のコース理論とでは、その実態・構造が大きく異なり、1184条の法的根拠づけに関して、その時代に即した可変性のある正当化理論を提供することができる。これは、時代を超えて同じ法的基礎を維持していくための「時間軸に着目した」法的基礎の構造変容である。この種の変容によって、法的基礎は、時代に応じて外部から種々の法規範ないし法理論（概念・要素）を構造内に取り込むことが可能となった。他方、時間軸に対して、「同時代の同じ法的基礎論者間での」法的基礎の構造変容もありうる。前述の通り、同じコース理論に依拠する法的基礎であっても、その法的基礎に与する論者らがそれぞれ異なる法的基礎の構造・要素を示すことで、同時代の同じ法的基礎であっても、その理論構造が論者ごとで多種多様なものへと変容し、1184条各項全体の矛盾のない正当化という法的基礎論における最重要課題の達成の可能性が高まる。この場合、外部からの種々の法規範ないし法理論等の取り込みによって、その多様化の幅は広がると思われる。

このように、法的基礎の構造変容は、各法的基礎を時代やその置かれた状況に順応させ、1184条各項全体を矛盾なく説明できるようにする可能性を増大させることを意味すると考えられる。そして、そこから導き出されることは、法定解除の法的基礎の構造変容を幾度も（「時間軸の視点」においても、「同時代の同じ法的基礎論者間の関係」においても、そして、「他の法的基礎との関係」においても、）経た法的基礎は、その理論構造が可変的かつ柔軟なものとなり、たとえば、コース理論に依拠して解除を根拠づける立場やルペルティエ以後の双務契約における両給付の交互関係な

いし両債務の履行上の均衡・牽連性に依拠して解除を根拠づける立場のように、法的基礎論において、その構造の多様性から、時代を通じて、その賛同者を増やしていくことが可能になるということである。逆にいえば、「黙示の解除条件」の特殊性を認識し、1184条を、1183条の解除条件とは異なる解除条件として理解する立場が20世紀以降、衰退の一途を辿った原因は、条文の文言に拘泥しすぎたことで、法的基礎の構造変容を経ることがなかったことにあるといえる。要するに、法定解除の法的基礎の構造変容とは、各法的基礎が時代との関係、同時代の同じ法的基礎論者間との関係、そして、他の法的基礎との関係において、自らの理論を発展させていくために必要不可欠な手段だと考えられる。各法的基礎は、今後もその構造を周りの環境に応じて変容させていくであろう。

最後に、本稿に残された課題、および、今後筆者が取り組むべき課題を再確認しておく。**はじめに**において述べたように、法的基礎が1184条の要件（実体要件および行使要件）や1184条の「法定解除の通則的規定」としての認識の確立に及ぼす作用ないし影響、つまり、法的基礎の「機能」について分析を行うことが急務である。また、法的基礎の「機能」を今後明らかにしていくためには、本稿では扱わなかった20世紀以降の法定解除の要件に関わる裁判例の検討も必要となろう。本稿で検討した各法的基礎が導き出された理由についてのより正確な分析のためにも、裁判例の検討は必要と考える。なお、1184条の要件を分析する際、双務契約における両債務間の「牽連性」概念、ならびに、債務の「不履行」概念につき、各学説がそれらをどのように考えているかについて、一層の検討が必要になろう。また、法定解除の法的基礎と危険負担理論（債務者主義）の法的基礎との関係についても分析する必要がある。そして、フランスの約定解除（解除条項）について、再び19世紀まで遡り、明示の解除条件との関係进行分析すべきである。これらの課題については、他日を期したい<sup>239)</sup>。



〔付記〕 本稿は、平成18年度文部科学省科学研究費補助金（特別研究員奨励費 課題番号18・3499）の助成による研究成果の一部である。

- 1) フランス民法1184条の「法的基礎 *fondement juridique*」という表現（特に「法的 *juridique*」という形容詞を付加した表現）をはじめて用いたのは、おそらく、不履行解除論史についてのテーゼを著したブワイエである。BOYER (Georges), *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, thèse, Paris, 1924, p. 40 は、解除の法的基礎 (*Fondement juridique de la résolution*) という表現を用いている。
- 2) フランス民法典制定以降、19世紀における法定解除の法的基礎、要件論、および、両者の関係については、福本忍「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302号181頁以下(2006)参照(以下、**拙稿(1) 頁**, **拙稿(2・完) 頁**と表記する。)
- 3) 法的基礎(論)の定義は、拙稿(1)322頁で示したものよりも、その射程範囲が広がっている。19世紀の学説における法定解除の法的基礎論の最重要課題は、フランス民法1184条1項が定める「黙示の解除条件」という法的構成をどのような法理論で根拠づけるかということだった。しかし、20世紀以降近時に至るまでのフランス民法学説において、法定解除の法的基礎論は、1184条各項全体の矛盾のない説明に重点が置かれている。しかし、「黙示の解除条件」の法的根拠づけが法的基礎論の一課題であることは変わらない。
- 4) わが国の民法学は、近年、解除の要件再構築などの視点を通じて、解除制度の存在意義ないし本質に対し種々のアプローチを試みている。たとえば、辰巳直彦「契約解除と帰責事由」『谷口知平先生追悼論文集 第二巻 契約法』331頁以下(信山社, 1993), 山田到史子「契約解除における「重大な義務違反」と帰責事由(一, 二・完) 1980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110巻2号273頁以下(1994)および3号462頁以下(1994), 渡辺達徳「民法541条による契約解除と「帰責事由」(2・完) 解除の要件・効果の整序に向けた基礎資料」商学討究(小樽商科大学)44巻3号108~109頁(1994), 辰巳直彦「契約責任と債務不履行類型 三分体系批判」北川善太郎先生還暦記念『契約責任の現代的諸相(上巻)』1頁以下(東京布井出版, 1996), 渡辺達徳「履行遅滞解除の要件再構成に関する一考察」法学新報105巻8・9号1頁以下(1999)など多数。しかし、いまだ十分に満足できる説明ないし解答が示されているとはいえない状況でもある。法定解除の存在意義ないし本質の解明が今後、一層試みられるべきである。
- 5) ドイツ法における法定解除の基礎理論研究を行うものとして、杉本好央「ドイツ民法典における法定解除制度に関する一考察 解除制度の基礎的研究(その一) (一~五・完)」東京都立大学法学会誌41巻2号299頁以下(2001), 42巻1号167頁以下(2001), 2号165頁以下(2002), 43巻1号463頁以下(2002), 2号257頁以下(2003)がある。
- 6) 拙稿(1)360~375頁参照。
- 7) また、後藤教授は、解除と危険負担との関係にも言及され、破毀院判例などを根拠に、両制度の法的根拠の同一性を示し、危険負担を解除の特別な場合と位置づけ、危険負担を



解除のなかに吸収する理解を示される。後藤巻則「契約解除の存在意義に関する覚書」比較法学(早大比較法研究所)28巻1号1頁以下(1994),特に,18頁および23頁参照。さらに、「双務契約における双方の債務の牽連関係という観点から解除を説明しようとするフランス法の動向は,双務契約から生ずる一方の債務が履行されない場合に,もう一方の債務を契約の拘束から解放するというに解除の存在意義を見出すものであり,債務不履行に基づく損害賠償とは別個の解除固有の要件を導くものである。わが国の通説は,契約解除の要件を損害賠償の要件に従属的に捉えてきたが,解除を双務契約における双方の債務の牽連関係によって根拠づけ,契約の拘束からの解放という観点から解除の要件を考察するならば,債務不履行に基づく損害賠償とは別個の解除固有の要件が明らかになってくるであろう。また,解除を双務契約における双方の債務の牽連関係から説明することは,解除を同時履行の抗弁権や危険負担と同列の制度として理解することを意味し,これらとの関係についても再考を促すこととなろう。……」との指摘もある(同論文24頁)。

- 8) 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91頁以下(1994),特に97頁および98頁参照。
- 9) なお,フランス法を主たる検討対象とするものではないが,松岡久和「履行障害を理由とする解除と危険負担 特集 契約責任論の再構築(2006年日本私法学会シンポジウム資料)」ジュリスト1318号(2006)138~148頁は,「契約責任論の再構築」の視点から,わが国の債務不履行解除における「帰責事由」要件に疑問を呈され,立法論として,「重大な契約違反」あるいは「重大な債務不履行」を統一的要件とする解除権構成を志向される(同論文139~143頁参照。なお,松岡教授は,ドイツ民法以外に,国際動産売買に関する国連条約(CISG),ユニドロワ国際商事契約原則(PICC),そして,ヨーロッパ契約法原則(PECL)なども検討しておられる。)そして,これら統一的要件を認めることを前提として,解除と危険負担の機能分担関係の再検討にまで分析を進められ,「双務契約の一方の債務につき重大な契約違反あるいは重大な債務不履行と評価される給付障害が発生した場合の処理」として,解除と危険負担の関係について,いくつかのモデルを提示され,それぞれの問題点を明快に指摘される(以下の叙述は,同論文144~145頁にほぼ全面的によっている)。松岡教授は,そのモデルとして,次の5つを提示される。 **単純競合モデル**(解除と危険負担を単純併存させ,被害当事者に自由な選択を認めるもの。), **解除優位の併存モデル**(原則として解除制度のみを規定する点で,モデルに近い。しかし,例外的に,全体的かつ永続的な障害を理由として当事者が免責されるときに限り,契約が,障害の発生時に自動解消する〔反対債務も消滅。〕ことを認める点で,実質的に危険負担的処理の余地を残しているもの。), **一時的履行拒絶と終局的解放への再編モデル**(日本民法536条1項を一時的な履行拒絶権とし,終局的な解放を意図するときには意思表示を媒介とした双方の債務の消滅を目的とする解除制度によるべきだとするもの。), **危険負担への一元化モデル**(履行不能となった場合には契約解除を否定し,〔解除を待つまでもなく〕給付請求権が当然消滅すると考えるもので,危険負担制度内で,既履行反対給の返還問題も処理するもの。),そして, **解除への一元化モデル**(後藤教授の前掲論文の考え方をこのモデルとして位置づけられる。……危険負担につき債務者主義が採用される場合も債権者主義が採用される場合も,ともに危険負担の規律としての独自性が奪われ,

危険負担は、解除制度に内在している問題として位置づけられる〔危険負担制度廃止論〕ことになるとするもの。〕である。そして、ご自身の見解としては、後藤教授と同様、危険負担を解除のなかに吸収して理解（解除への一元化）する理論構成を推奨される（同論文148頁参照。）。さらに、契約関係から抽象化された債権を中心に債権法・契約法を捉える考え方を批判され、契約を中心に据えた解除制度の視点から、改めてわが国の解除制度の要件再構築を主張される（同論文同頁参照。）。

なお、本稿は、解除と危険負担の関係を扱うものではない。しかし、解除を広く「給付障害」と理解すれば、解除の基礎理論を検討する際にも、危険負担との関係をまったく無視するということではできない。これは、フランス法定解除を検討する場合も同じであるといえよう。しかし、本稿では、この点についての分析は今後の課題とせざるを得ない。松岡教授の論考は、解除の基礎理論（および要件論）を考えるうえで、貴重な指針を示されたものといえよう。

10) 第1183条は、以下のように規定する。

**art 1183** La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.

Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive.

（邦訳）

第1183条 解除条件 condition résolutoire は、それが成就するときに債務の消去 révocation をもたらし、債務が存しなかった場合と同一の状態に物を復する条件である。

解除条件は、債務の履行をなんら停止しない。この条件は、それが予定した出来事が到来する場合に、債権者が受領したものを返還することのみをその者に義務づける。

本条の邦訳は、法務大臣官房司法法制調査部 編（稲本洋之助 訳）『フランス民法典 物権・債権関係』78～79頁（法曹会、1982）によった。本文でも述べた通り、本条は、「解除条件」の項に定められている二ヶ条のうちの一つであり、わが国民法におけるいわゆる解除条件に相当する規定と理解されている（ただし、フランスの解除条件は、その成就の効果として遡及効を生じるという点に注意すべきである。フランス民法第1179条前段参照。しかし、他方で、この遡及効が貫徹されていないこともまた事実であり、このことは、古くからわが国の民法学者によって指摘されてきた。たとえば、山中康雄「解除の遡及効（二）」法学教会雑誌55巻上2号322～326頁（1937）参照。なお、山中博士が指摘された「貫徹」の不充分性については、拙稿（1）380～381頁注26を参照。）。そして、1184条も、その立法形式上は、たしかに解除条件的構成を採用している。しかし、現代のフランス民法学説は、1184条を法定解除の「通則的規定」として理解することを半ば前提としている。

11) les circonstances を本稿では「諸事情」と訳出する。拙稿（1）324頁では、「状況」と

訳出していた。しかし、文脈上、「状況」と訳すことで不自然な叙述になることが多かったことから、本稿では「諸事情」と訳を改める。

- 12) わが国の民法学説には、フランスの法定解除は解除条件の構成を採用している、これは厳密な意味での解除とは異なるという「誤ったイメージ」を1184条に与えているものが依然多く見られる。近時の体系書における一例として、半田吉信『契約法講義』127頁(信山社、第2版、2005)は、「一八～一九世紀の西欧の法律学では解除に関する一般的なルールはまだ完成しておらず、主に個別的な解除約款を素材にして議論が行われていた。一八〇四年のフランス民法は、一般的な解除の理論にかような解除約款の流れを汲む解除条件の構成をとり入れた。……わが民法では、解除のかような解除条件の構成は採用されていない。今日では解除と解除条件とは異なるものとされている。解除の場合は、債務不履行の事実が発生しただけでは解除の効果は生ぜず、解除権の行使ないし解除の意思表示が必要である。……これに対して解除条件では、条件となっている事実の発生によって当然に契約の効力が失われる。しかし、債務者の債務不履行または不完全履行といっても、履行または追完の可能性もある場合もあるし、債権者が当初の履行を追及したいと思う場合もあるから、当然に解除されるという扱いは合理性を欠き、解除条件の構成とはとべきではない。」と強調する。この「誤ったイメージ」は、古くからわが国の民法学説に見られる。たとえば、石田文次郎『債権総論講義(債権総則 契約総則)』68～69頁(弘文堂書房、第4版、1937)、我妻榮『債権各論 上巻(民法講義 1)』131頁および143～144頁(岩波書店、1954)、稲本洋之助ほか『民法講義 5 契約(有斐閣大学双書)』62頁〔中井美雄〕(有斐閣、1978)、星野英一『民法概論(契約)』68頁(良書普及会、合本新訂版、1986)など多数。たしかに、形式的に見れば、1184条は解除条件の構成を採っているといえるかもしれない。しかし、拙稿で検討した通り、既に19世紀のフランスでは、「黙示の解除条件」は、「解除条件」構成からの理論的脱却を半ば完成させていたものであり、現代フランス債務法において、もはや1184条は、1183条の解除条件と並列して論じられてはいない。本稿は、依然わが国に残存する上記誤解を拙稿に引き続き解消していくことを隠れた使命としている。
- 13) 解除訴訟における裁判官の役割という視点から、約定解除も含めてフランス法における契約解除理論を詳細に検討したものととして、齋藤哲志「フランスにおける契約の解除(1、2・完) 解除訴訟における判事の役割を中心として」法学教会雑誌123巻7号113頁以下および8号179頁以下(2006)が発表された。上記論考におけるきわめて詳細な学説・裁判例の分析の登場により、本稿において、「裁判上の解除」構成をフランス解除法が採っていることの意味を検討するという意義は失われたといってもよい。しかし、法定解除の法的基礎論について齋藤論文は詳細には触れていない。しかし、本稿と上記論考とは内容の一部において(扱っている学説など)重複している。だが、本稿独自の視点は失われていないと考える。また、現代フランス債務法における解除に関する学説の叙述(一部要件論など)につき、上記論考を大いに参照・参考させていただいたこともあわせてここで明記しておく。なお、拙稿および齋藤上記論考以外で、フランス民法1184条を主たるテーマとした論考には、小池隆一「佛法に於ける契約の解除に就て(一、二・完)」法学研究(慶應大学)14巻3号25頁以下(1935)および14巻4号31頁以下(1935)〔その内容

は、後述ルベルティエのモノグラフの紹介に近いものだった。], 山口俊夫『フランス債権法』231～233頁(東京大学出版会, 1986), 同『概説フランス法 下』151～154頁(東京大学出版会, 2004)[山口博士の著作は、フランス法ないしフランス民法のテキストという性格上、法定解除については数頁の叙述しか見られず、法的基礎に関する検討は見当たらない。], 後藤・前掲注(7)論文, 山下・前掲注(8)論文, そして、武川幸嗣「解除の対第三者効力論(一, 二・完) 売主保護の法的手段とその対第三者効」法学研究(慶應大学)78巻12号1頁以下(2005)および79巻1号61頁以下(2006)などがある。

- 14) ちなみに、法定解除の効果論に関して、フランスでは、解除の遡及効を認める見解が多数説とされている。STORCK (Michel), *Obligations conditionnelles Résolution judiciaire*, en *Juris classeur civil code, Contrats et obligations Art. 1184*, 1997, n° 131, p. 30. また、わが国と同様、賃貸借などの継続的契約の解除(解約。résiliation)に関しては、遡及効が排除されるのが原則である。STORCK (M.), *op. cit.* (14), n° 133, p. 30. なお、継続的契約における解除(解約)の不遡及は、たしかに原則であるが、近年はむしろ、何らかのかたちで遡及効を認めようとする立場が多くなっているとされている。この問題については、中田裕康『継続的売買の解消』115～222頁(有斐閣, 1994)が詳しい。
- 15) 効果論の視点からの現代フランス法定解除理論の検討は、今後の課題とせざるを得ない。この問題については、武川・前掲注(13)論文が詳しい。また、本稿は、法定解除の法的基礎に関する現代のフランス民法学説を分析対象としており、判例については、本稿では扱わない。また、約定解除の分析も検討対象とはしない。さらに、いわゆる瑕疵担保解除、民法典中に散在する個別の法定解除規定、そして、特別法上の解除規定についても分析対象としない。拙稿(1)でも述べたように、特に、瑕疵担保解除は、フランス法において、用語の上でも、1184条の解除(résolution)とは別概念(redhibition)で理解されており、また、制度沿革上も résolution とは異なる起源・変遷を示している。したがって、瑕疵担保解除は、独自の検討課題とすべきである。拙稿(1)380頁注24)参照。
- 16) 以下の叙述については、拙稿(1),(2・完)の該当箇所をそれぞれ参照されたい。
- 17) TERRÉ (François), SIMLER (Philippe) et LEQUETTE (Yves), *Droit civil Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, 1999, n° 623, p. 585～587 は、ドマ、ポティエのいずれも、売買契約レヴェルにおいて、コース理論で解除を根拠づけていたと指摘する。
- 18) 詳しくは、拙稿(1)360～375頁を参照。なお、19世紀註釈学派が示した法的基礎は、大きく分けて四種類あった。解除条件の枠組みのなかで理解しようとする立場、pacte commissaire(解除条項)の黙示化で根拠づける立場、コース理論で根拠づける立場、そして、折衷説的理解を示す見解である。これらのうち、～の法的基礎は、「解除条件」とは異なる法的構成を理論上「黙示の解除条件」に付与した点で、1184条を文言に捉われずに分析した画期的な学説だったと評価できる。
- 19) 詳しくは、拙稿(2・完)182～250頁を参照。一例を挙げれば、「帰責性」の要否に関して、学説は、1870年代初頭までは不要説が有力だったが、19世紀末には必要説が有力となったのに対して、判例は、1830年代に必要説から不要説へと推移し、その後も不要説を維持した。
- 20) 詳しくは、拙稿(2・完)263～269頁参照。

- 21) 19世紀の判例に関しては、拙稿(2・完)265~266頁参照。
- 22) 19世紀の判例に関しては、拙稿(2・完)266~268頁参照。
- 23) 詳しくは、拙稿(2・完)266~267頁参照。
- 24) その意味で、本稿の位置づけは、もっぱらフランス解除法制の一端を明らかにするものにすぎない。したがって、今後、裁判例の検討も含めた法定解除要件論の分析、ならびに、フランス法における約定解除の分析を行う必要がある。これらのテーマに関する研究は別稿に譲る。
- 25) 現代の学説(法的基礎論)の流れは、19世紀註釈学派の流れを引き継ぎ、その理論構造を変容させていく過程であるといつてよい。また、法定解除(1184条)を主たるテーマとしたモノグラフも、特に、20世紀前半に次々と刊行された。そして、体系書等においても、19世紀註釈学派とは異なった理論構造で1184条を根拠づけるものが登場した。
- 26) 以下、interdépendance の訳語は、特に断りのない限り「牽連性」に統一する。ちなみに、interdépendance を「牽連性」と訳出するものとして、山口俊夫(編)『フランス法辞典』299頁(東京大学出版会、2002)がある。また、interdépendance とほぼ同義の概念である connexité については、柳川勝二『佛和法律辞書』95頁(判例タイムズ社、1977)に従い、「牽連関係」と訳出する。
- 27) なお、検討した限り、法定解除の法的基礎について、「立場不明」と位置づけざるを得ないものとして、TOULET (Valérie), *Droit civil les obligations Manuel 2005-2006*, 10<sup>e</sup> éd., Orléans, 2005, p. 193~198 がある。トゥーレは、たしかに、1184条を「法定解除の通則的規定」と理解している。解除を「契約の不履行」の章のなかの「双務契約に適用できるメカニズム」の箇所でも同時履行の抗弁(権)とともに分析しているからである(危険負担理論については別項目で論じている)。しかし、解除に関する叙述のなかで、トゥーレは、法的基礎に関わる叙述をしていない。ところが、危険負担理論の箇所では、résolution の語を用い、「物は債務者において消滅する(危険負担の債務者主義)」という法格言の法的基礎について論じている。そこでは、「双務契約を性格づけている牽連性」との表現が見られる。トゥーレは、危険負担理論の法的基礎として、牽連性、コース、そして、両当事者の推定された意思を挙げることができると指摘する。しかし、上記いずれの法的基礎によっても危険負担理論を正当化することができると述べるだけで、自身の見解を示していない。TOULET (V.), *op. cit.* (27), p. 199. なお、DIMITRESCO (M.), *La condition résolutoire dans les contrats*, thèse Paris 1906, p. 103~107 (未見); NÉCHTCHT (M.), *L'action en résolution dans les contrats*, thèse Paris 1909, p. 13~20 (未見)の両テーマについては参照することができなかったため、その法的基礎について検討することはできない。しかし、他の学説による上記両学説の位置づけを示すことは許されよう。たとえば、MAURY (Jacques), *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Tome I (La notion d'équivalence en matière contractuelle), thèse Toulouse, 1920, p. 274 によれば、ディミトゥレスコは、1184条をあくまで「解除条件」の枠組みのなかで理解する立場を採っていたとされる。また、NÉCHTCHT の法的基礎については、MAURY (J.), *op. cit.* (27), p. 274; BOYER (G.), *op. cit.* (1), p. 41 がともに、解除を équité 規範の適用とする見解として位置づけている。特に、モーリイの引用によれば、NÉCHTCHT は、解除を、

équité を満足させて両当事者の意思に合致させるためのものと理解していたという。また、BOYER (G.), *ibid.* によれば、NÉCHTCHT と同旨の法的基礎を示した学説として、ボードリイ・ラカンティヌリ＝パルドの名が挙げられている。また、同趣旨の法的基礎を示した判決として、1865年11月29日破毀院民事部判決 (Civ. 29 nov. 1865: D. P. 66. I. 27; S. 66. I. 21. 事案の詳細等は、拙稿(2・完)229～231頁参照。)が挙げられている。プワイエは、この法的基礎について、間違っていないが不充分だと評している。

- 28) とところで、フランス民法典制定200周年を迎えた2004年から、民法典(担保法分野および債務法分野)の改正に向けた動きが本格化し、改正草案が公表されていることは周知の通りである。フランス民法典改正の動向については、さしあたり、金山直樹「フランス民法典改正の動向」ジュリスト1294号(2005)92～98頁を参照。また、北村一郎(編)『フランス民法典の200年』316頁注31〔森田宏樹〕(有斐閣, 2006)も参照。なお、上記民法典改正草案およびその趣旨説明は、サイト上〔<http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/RAPPORTCATALALASEPTEMBRE2005.pdf>〕で公開されている。本稿注239)の分析もそれによっている。
- 29) 現代フランス民法学説において、1184条(1項の「黙示の解除条件」)を「解除条件(民法1183条)」とほぼ同一視する立場は、検討した限り見当たらなかった。この点は、19世紀註釈学派と大きく異なる。19世紀註釈学派初期の学説のなかには、上記立場、つまり、法的基礎に無関心な立場が見られた。拙稿(1)361頁参照。
- 30) BONNECASE (Julien), *Précis de droit civil*, Tome II, Paris, 1934, n<sup>o</sup>s 629～631, p. 507～509.
- 31) BONNECASE (J.), *op. cit.* (30), n<sup>o</sup> 629, p. 507～508. 明示の解除条件が想定していることは、両当事者が明示的な方法で、契約の遡及的消滅の場合を定めたこととする。そして、条件が成就しない限り、当該契約は無条件とみなされるとする。条件が成就しなかった場合、当該契約は確定的となる。解除条件が成就すると(以下、ボンヌカースは、売買契約を例に説明している。), 売主は、法律上当然に所有権者へと復帰する。裁判官は、猶予期間を付与することはできない。ボンヌカースは、ここで裁判官が介入すべきかどうかをまさに検討することができる。そして、その介入の当否は、両当事者によって用いられた書式次第であるとする。両当事者がそのような双務契約(売買が想定されている。)において、解除は不履行の場合に当然に生じるということを示している場合、裁判官は、契約の解釈に関する場合を除き、介入する必要はないとする。
- 32) BONNECASE (J.), *op. cit.* (30), n<sup>o</sup> 630, p. 508. なお、本条の適用領域、要件についても沈黙している。
- 33) マルヴィル, デルヴァンクールの見解である。拙稿(1)361頁参照。
- 34) ボンヌカースの立場は、19世紀註釈学派との関係でいえば、ムールロンの見解に近い。なお、ムールロンが示した法的基礎については、拙稿(1)362～363頁参照。ところで、ボンヌカースは、解除については十分な叙述をしていないが、危険負担理論については、その法的基礎(fondement)を示している。しかも、ボンヌカースは、解除を論じたのと同じ箇所(条件に関する部分)で危険負担理論を扱い、1184条について論じた後、「……いずれにせよ、黙示の解除条件は、常にこの結果(1184条各項が定める帰結を指している。括弧内引用者。)に至るとは限らない……」と指摘し、危険負担理論がその証拠であると



述べる。BONNECASE (J.), *loc. cit.* つまり、ボンヌカーズは、危険負担理論の視点からも、「黙示の解除条件」の特殊性を認識していたといえる。そうだとすれば、1184条を「法定解除の通則的規定」として明確に認識していたといえよう。

- 35) 1184条の解除に関するモノグラフを著した後述ルペルティエも、プラニオル＝リペール (第2版) をエスマンの見解として紹介している。本稿もこれに従った。LEPELTIER (Eugène), *La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations, thèse Caen*, 1934, n° 33, p. 77, note (2).
- 36) CAPITANT (Henri), *De la cause des obligations (Contrats, Engagement unilatéraux, legs)*, 1<sup>re</sup> éd., Paris, 1923, n°s 147～160, p. 309～346; COLIN (Ambroise) et CAPITANT (Henri), *Cours élémentaire de droit civil français*, 1<sup>re</sup> éd., Tome II, Paris, 1915, p. 133～142 et p. 314～315; COLIN (Ambroise) et CAPITANT (Henri), *Cours élémentaire de droit civil français*, 10<sup>e</sup> éd., Tome II, par JULLIOT DE LA MORANDIERE (Léon), Paris, 1948, n°s 140 et 141, p. 103～104 et n°s 144～148, p. 106～111 et n°s 231～257, p. 172～183; GAUDEMET (Eugène), *Théorie générale des obligations*, 1937, (Sirey, réimp. en 1965), p. 370～377 et p. 414～421; PLANIOL (Marcel) et RIPERT (Georges), *Traité pratique de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., Tome VI (Obligations première partie), par ESMEIN (Paul), Paris, 1952, n°s 410 et 411, p. 558～561 et n°s 420～437, p. 570～590; WEILL (Alex) et TERRÉ (François), *Droit civil Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, 1986, n°s 463 et 464, p. 485～486 et n°s 478～502, p. 496～525; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.* (17), n°s 621～639, p. 584～605 et n°s 640～646, p. 605～611; BÉNABENT (Alain), *Droit civil Les obligations*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, 2001, n°s 330～346, p. 235～245 et n°s 380～384, p. 247～250 et n°s 389～402, p. 252～262; LARROUMET (Christian), *Droit civil Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Tome III (Le contrat), Paris, 2003, n° 696, p. 790～791 et n°s 701～712, p. 799～813; DELEBEQUE (Philippe) et PANSIER (Frédéric-Jérôme), *Droit des obligations I. Contrat et quasi-contrat*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 2003, n°s 445～452, p. 297～303; CARBONNIER (Jean), *Droit civil Volume II Les obligations*, 22<sup>e</sup> éd., Paris, 2000 (réimp. en 2004), n° 974, p. 2019～2020 et n°s 1101～1113, p. 2231～2249.

なお、上記のほかにも、この立場に与していると考えられる学説として、ブダン、メグレ、サヴァティエ、セリヨ、レジエ、ヴィッカー、ボルシィ・シモンを挙げることができる。BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, Tome V (Les contrats et les obligations), Paris, 1906, n°s 598～653, p. 360～393; MÉGRET (Jean), *Éléments de droit civil*, Paris, 1948, n°s 258～261, p. 135～137; SAVATIER (René), *La théorie des obligations en droit privé économique*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, 1979, n°s 132 et 180, p. 178～179 et 227～229; SÉRIAU (Alain), *Droit civil droit des obligations*, 1<sup>re</sup> éd., Paris, 1992, n°s 48 et 49, p. 178～185; LÉGIER (Gérard), *Droit civil les obligations*, 14<sup>e</sup> éd., Paris, 1993, p. 86～90; WICKER (Guillaume), *Les fictions juridiques contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Bibliothèque de droit privé Tome 253, L. G. D. J., Paris, 1996, n°s 306～308, p. 287～288; PORCHY-SIMON (Stéphanie), *Droit civil 2<sup>e</sup> année Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 2002, n° 490, p. 221 et n°s 496～523, p. 223～229. これらの学説については、文末注においてその理論構造の概略を紹介するとどめる。



- 37) 代表的学説の検討は、次の2で行う。
- 38) 次の段落の叙述は、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)、特に、60~64頁、66~68頁、71~72頁、82~85頁、ならびに、関連注に負うところがきわめて大きい。なお、叙述内容については、補足的・説明的に加筆などを行ったことも合わせて明記しておく。
- 39) 以下の叙述は、CAPITANT (H.), *op. cit.* (36), n<sup>os</sup> 147 et 149, p. 310~312 et 316 et n<sup>o</sup> 151 et note (1), p. 326; COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *op. cit.* (36), p. 314~315; COLIN (A.) et CAPITANT (H.), par JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.), *op. cit.* (36), n<sup>o</sup> 241, p. 174~175 et n<sup>o</sup> 242, p. 176 参照。
- 40) 特に、ローランやボードリィ・ラカンティヌリ=バルドなどは、コース理論で「黙示の解除条件」を根拠づけることに対して、痛烈な批判を浴びせた。詳しくは、拙稿(1)368頁参照。
- 41) カピタンは、その著書『債務におけるコースについて』の、「契約成立以後のコースの役割および相互的な両債務が通常に履行されるまでのコースの役割」と題する章において、1184条の解除を検討している。彼は、「解除訴権の基礎(fondement)」という観点から法的基礎を論じている。なお、同時履行の抗弁(権)および危険負担理論についても同じ章で扱っている。
- 42) CAPITANT (H.), *op. cit.* (36), n<sup>o</sup> 147, p. 310~311; COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *op. cit.* (36), p. 314; COLIN (A.) et CAPITANT (H.), par JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.), *op. cit.* (36), n<sup>o</sup> 241, p. 174.
- 43) CAPITANT (H.), *op. cit.* (36), n<sup>o</sup> 147, p. 312; COLIN (A.) et CAPITANT (H.), par JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.), *ibid.* (but という表現はないが、理論構造としてはカピタンに同旨。). なお、コラン=カピタン初版には、まだ、but が損なわれたことによる解除の言渡しという構造は見られない。しかし、双務契約におけるコースの核心が but であることの叙述は見られる。COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *ibid.*
- 44) CAPITANT (H.), *op. cit.* (36), n<sup>o</sup> 147, p. 312 et n<sup>o</sup> 151, p. 326, note (1).
- 45) ここで注意すべきことは、カピタンが but 概念のような意思のない主観的要素だけを重視したのではないという点である。彼は、後述の通り、あくまでコース理論で説明される、双務契約における両債務の履行上の牽連性で解除を根拠づけている。カピタンに言わせれば、契約当事者の意思ばかりを重視することは、批判されるべきだという。その証拠に、彼は、法的基礎として「解除条項の黙示化」を採用する見解を批判している。CAPITANT (H.), *op. cit.* (36), n<sup>o</sup> 151, p. 326 et note (1). また、ジュリオ・ドゥ・ラ・モランディエールも、契約当事者(特に解除権者)の意思ばかり重視する考え方を、解除権の濫用につながるとして否定的に捉え、裁判官による介入の必要性を強調している。COLIN (A.) et CAPITANT (H.), par JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.), *loc. cit.*
- 46) CAPITANT (H.), *op. cit.* (36), n<sup>o</sup> 151, p. 326, note (1) et n<sup>o</sup> 155, p. 335; COLIN (A.) et CAPITANT (H.), par JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.), *op. cit.* (36), n<sup>o</sup> 242, p. 176.
- 47) COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *loc. cit.* (39).
- 48) COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *loc. cit.* (43).

- 49) コーズ概念の内容自体に対する理解、ならびに、牽連性とコーズ理論との関係については、各論者によってその理論構造に差異は見られるものの、この法的基礎に与する学説は、概ね本文の理論構造に従っている。GAUDEMET (E.), *op. cit.* (36), p. 414~415 et p. 416 et note (2); PLANIOL (M.) et RIPERT (G.) par ESMEIN (P.), *op. cit.* (36), n<sup>os</sup> 410 et 411, p. 558~561 et n<sup>o</sup> 420, p. 570~571; WEILL (A.) et TERRÉ (F.), *op. cit.* (36), n<sup>os</sup> 463, p. 485~486 et n<sup>os</sup> 480 et 481, p. 496~499 et 501; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.* (17), n<sup>os</sup> 623 et 626, p. 585~588; BÉNABENT (A.), *op. cit.* (36), n<sup>os</sup> 389 et 390, p. 252~253; LARROUMET (Ch.), *op. cit.* (36), n<sup>os</sup> 696 et 704, p. 790~791 et p. 802~803; DELEBEQUE (Ph.) et PANSIER (F.-J.), *op. cit.* (36), n<sup>o</sup> 446, p. 297~298; CARBONNIER (J.), *op. cit.* (36), n<sup>os</sup> 974, 1101, 1102 et 1105, p. 2019~2020, 2231~2232 et 2237. 以上の学説における法的基礎の構造の特徴・異同については本文で検討する。

他の学説についても、その理論構造に差異は見られるが、概ね本文の理論構造を支持している。以下、各学説の理論構造の特徴を中心に指摘する。たとえば、ブダンは、双務契約における相互的な *réciproque* 両債務をコーズ理論で説明する。しかも、1184条は、1131条〔契約の有効要件としてのコーズを定める規定〕の間接適用だとする。BEUDANT (Ch.), *op. cit.* (36), n<sup>o</sup> 645, p. 386~387. メグレは、コーズ理論の内容についても、カピタンと同旨であり、双務契約における各債務のコーズは、反対給付債務の「履行」であるとする。MÉGRET (J.), *op. cit.* (36), n<sup>o</sup> 259, p. 136. サヴァティエは、形式上は、1184条を「履行態様限定条項 *modalité*」のなかで扱っているが、コーズ理論の契約履行段階での機能を承認し、コーズを法的基礎とする態度を示す。SAVATIER (R.), *loc. cit.* セリヨは、まず、その用語法が特徴的である。彼は、1184条の解除を原則 *résolution* ではなく、*révocation* (撤回) と表記する。また、牽連性構造は見られないが、法的基礎はコーズだとしている点も特徴的である。なお、コーズ理論の構造は、19世紀註釈学派に近い。SÉRIAU (A.), *op. cit.* (36), n<sup>os</sup> 48 et 49, p. 176~180. レジエは、法的基礎に関わる叙述において、「……解除請求権は、両債務の牽連性に由来する。なぜなら、各債務は、相手方の債務をコーズとしているからである。……」と述べる。コーズ理論の構造は、カピタンというより、19世紀註釈学派のものに近い。LÉGIER (G.), *op. cit.* (36), p. 86. ヴィッカーは、牽連性がコーズ概念によって根拠づけられていることを指摘し、解除の法的基礎をコーズとする。その理論構造は、カピタンの見解と同旨といえよう。WICKER (G.), *loc. cit.* また、ポルシィ・シモンは、本文で検討するデレベック = パンスイエとほぼ同じ理論構造を示す。PORCHY-SIMON (S.), *op. cit.* (36), n<sup>o</sup> 490, p. 221.

- 50) GAUDEMET (E.), *ibid.*
- 51) 牽連性という表現自体は見られない。しかし、文脈から判断して牽連性と同じことを意味していると考えられる。
- 52) BOYER (G.), *op. cit.* (1), p. 209~406; GAUDEMET (E.), *op. cit.* (36), p. 416 et note (2). ゴドゥメのブワイエに対する評価の妥当性は措くとして、20世紀以降のコーズ論者は、解除論史に関わる叙述において、カノン法を採り上げるようになった。この点は、19世紀註釈学派とは異なる。
- 53) PLANIOL (M.) et RIPERT (G.) par ESMEIN (P.), *loc. cit.* なお、エスマンの示した法定解除

的法的基礎を、「罰 (peine)」あるいは「契約責任に結びついた民事上のサンクション」として位置づける見解がある。前者につき、STORCK (M.), *op. cit.* (14), n° 14, p. 6. 後者につき、CARBONNIER (J.), *op. cit.* (36), n° 1105, p. 2237 および後藤・前掲注(7)17頁注(30)。これらの学説は、その論拠を PLANIOL (M.) et RIPERT (G.) par ESMEIN (P.), *op. cit.* (36), n° 545, p. 751 ~ 752 の叙述に求めている。しかし、当該部分の叙述は、不法行為における本人の所為による責任 (responsabilité du fait personnel) のなかの、「損害」の項目にあたる。ここでエスマンは、「現在および将来の損害」と題して、「損害を防止するための措置 (mesures destinée à empêcher le dommage)」に関して叙述している。その内容は、概ね次の通りである。裁判所は、損害の発生、継続、あるいは、再発を防止するために、種々の措置等を命じることができる。この目的のために、裁判所は、必要があれば、アストラントに基づき制裁を課して、命令を発し、あるいは、禁止を命じる。防止の措置を命じる裁判所の諸権限は、個人の自由を尊重する義務および既得権によって制限される。そして、エスマンは、行政権と司法権との分離を理由とする裁判所の権限の制限に焦点を当てた叙述を行っている。さらに、命令あるいは禁止の不履行の場合、または、命じられた措置が効果的でなかった場合、損害の被害者は、改めて裁判所に訴えることができるとし、新たな所為、新たな損害を被害者が主張した場合における既判力についても論じている。最後に、刑事裁判所 (tribunaux répressifs) には、規則違反によって公益に対して引き起こされた損害を消滅させるために必要な諸措置を強制的に命じ、刑罰を言い渡す義務があるとする。

このように、解除的法的基礎に罰あるいは民事上の制裁をエスマンが求めた根拠として、この叙述を参照することは、誤っていると思われる。

- 54) 交互関係やコーズ理論によりながら、依然「正義」という抽象的規範を法的基礎の構造に持ち込もうとする態度は、後述リベールの法的基礎にも見られる。
- 55) PLANIOL (M.) et RIPERT (G.) par ESMEIN (P.), *op. cit.* (36), n° 411, p. 560 ~ 561. but に依拠する場合、契約時の両当事者によって、当該契約から生じるものとして共通とみなされた両債務だけが相互的たりうるものと思われるとエスマンはいふ。そして、反対給付の必要性とは、両当事者の意思よりも優先する原則、つまり、両当事者に対して課される正義という規範である、と指摘する。
- 56) WEILL (A.) et TERRÉ (F.), *loc. cit.*; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *loc. cit.*
- 57) テレらは、解除論史に関わる叙述のなかで、「……1184条に関して、双務契約における黙示の解除条件が強調されているにもかかわらず、給付を受領できなかった契約当事者が当該契約の解除を請求する権利は、その基礎 (fondement) を牽連関係のなかに見出しており、そして、この牽連関係とは、双務契約によって創出された相互的な両債務を結びつけているものである。……」と述べる。この「相互的な両債務を結びつけているもの」こそコーズ理論である。しかし、解除の局面では、コーズ理論はあくまで「主たる法的基礎」にすぎないという。WEILL (A.) et TERRÉ (F.), *op. cit.* (36), n° 481, p. 501; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *loc. cit.* (17).
- 58) WEILL (A.) et TERRÉ (F.), *op. cit.* (36), n° 480, p. 496 ~ 499; TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.* (17), n° 626, p. 587 ~ 588.

- 59) WEILL (A.) et TERRÉ (F.), *op. cit.* (36), n° 463, p. 485 ~ 486.
- 60) 以降の叙述は、テレ=シムレール=ルケットの版では削除されている。
- 61) フランス法における相対的無効については、鎌田薫「いわゆる『相対的無効』について フランス法を中心に」椿寿夫 編『法律行為無効の研究』127 ~ 149頁 (日本評論社, 2001) が詳しい。
- 62) WEILL (A.) et TERRÉ (F.), *loc. cit.* (58).
- 63) *ibid.*
- 64) WEILL (A.) et TERRÉ (F.), *op. cit.* (36), n° 480, p. 498.
- 65) WEILL (A.) et TERRÉ (F.), *op. cit.* (36), n° 480, p. 498 ~ 499. コーズ理論以外による正当化として, *équité*, 経済的諸事情, そして, 解除理論の歴史的起源が挙げられている。
- 66) WEILL (A.) et TERRÉ (F.), *op. cit.* (36), n° 480, p. 499. なお, テレ=シムレール=ルケットの版にはこの叙述は見られない。
- 67) *ibid.*
- 68) BÉNABENT (A.), *loc. cit.*
- 69) LARROUMET (Ch.), *loc. cit.*
- 70) DELEBEQUE (Ph.) et PANSIER (F.-J.), *loc. cit.*
- 71) CARBONNIER (J.), *loc. cit.* (47).
- 72) CARBONNIER (J.), *op. cit.* (36), n° 1102, p. 2232.
- 73) CARBONNIER (J.), *op. cit.* (36), n° 974, p. 2019 ~ 2020. 「ある学説によれば……」という叙述の仕方なので, カルポニエ自身の見解かどうか断定はできない。しかし, 解除に関する叙述と合わせ読めば, コーズ理論を法的基礎としていることは間違いない。
- 74) CARBONNIER (J.), *loc. cit.* (53). しかし, 「黙示の解除条件」構成を採る法的基礎以外については, 批判的検討を加えることなく, 各法的基礎の列挙にとどめている。彼によれば, 1184条の解除を「黙示の解除条件」の効果として分析し, 解除制度に対し法的基礎として両契約当事者の黙示の意思を与えた見解は, 古典的なものだったという。この見解を採った学説として彼は, ボードリイ・ラカンティヌリ=バルドの名を挙げている。ところで, 「黙示の解除条件」構成に対する最大の批判, それは, 解除条件は裁判官による介入なしに作動すべきであり, さらに, 両当事者が契約の際に不履行を予見するというのは不自然だということであった。しかし, カルポニエは, 反対に, 契約違反を犯しそうな者に備えて, 契約のなかに威嚇的制裁条項 (*clause comminatoires*) を挿入することの方がより基本的だと答えることができると主張する。そして, 彼は, 上記以外の法的基礎を列挙する。具体的には, コーズ理論 (提唱者としてカピタンを挙げている。), 等価性 (*équivalence*) 理論 (モーリイの名を挙げている。この法的基礎については後述。), 法的地位あるいは特定の法的取引の不可分一体性 (提唱者として後述カサンを挙げている。), 両契約当事者が互いに義務を負う信義誠実に解除を結びつける見解 (リペールの見解としている。この理論についても後述する。), 不誠実に対する制裁 (ジョスランの名を挙げている。本稿とは法的基礎の位置づけが異なる。), そして, 損害回避 (エスマン, 後述マゾーらの名が挙げられている。) が挙げられている。
- 75) 拙稿 (1) 335 ~ 336頁および386 ~ 387頁注81) および82) 参照。

- 76) 拙稿(1)335~336頁参照。
- 77) たとえば、前述ブダンが、双務契約における相互的な両債務をコース理論で説明する根拠として、1184条は1131条の「間接適用」だからということを強調したことも、筆者の考察を裏づけるものといえよう。BEUDANT (Ch.), *loc. cit.*
- 78) PLANIOL (Marcel), *Traité élémentaire de droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., Tome II, Paris, 1905, n° 1270, p. 425 et n°s 1302~1333, p. 438~446 et n°s 1334~1352, p. 447~454; PICARD (Maurice) et PRUDHOMME (André), *De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations*, Revue trimestrielle de droit civil, Tome XI, Paris, Recueil Sirey, 1912, p. 61~109; MAURY (J.), *op. cit.* (27), p. 264~340; RIPERT (Georges), *La règle morale dans les obligations civiles*, 1<sup>re</sup> éd., Paris, 1925, n° 1, p. 126~127 et n°s 75~80, p. 126~136; JOSSERAND (Louis), *Cours de droit civil positif français*, Tome II, Paris, 1930, n°s 374~394, p. 178~189; LEPELTIER (E.), *op. cit.* (35), n°s 32~35, p. 71~81 et n°s 74~93, p. 176~225; CASSIN (René), *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution*, Revue trimestrielle de droit civil, Tome XLIII, 1945, n°s 1~15, p. 159~180; RIPERT (Georges) et BOULANGER (Jean), *Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL*, Tome II, Paris, 1957, n°s 490~492, p. 190~191 et n°s 515~551, p. 199~210; MARTY (Gabriel) et RAYNAUD (Pierre), *Droit civil Les obligations Tome I Les sources*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1988, n°s 325~343, p. 337~351; FLOUR (Jacques), AUBERT (Jean-Luc), FLOUR (Yvonne) et SAVAUX (Éric), *Droit civil Les obligations 3. Le rapport d'obligation*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 2004, n°s 240~241, p. 171 et n°s 246~261, p. 174~185; MALAURIE (Philippe) et AYNES (Laurent), *Cours de droit civil Tome VI Les obligations Vol II contrats, quasi-contrats*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, 2001, n° 460, p. 273 et n°s 475~494, p. 281~297 et n°s 500~503, p. 299~302; GHESTIN (Jacques), JAMIN (Christophe) et BILLIAU (Marc), *Traité de droit civil Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 2001, n°s 428~600, p. 485~637 et n°s 639~659, p. 680~702.
- なお、上記以外で、この立場に属していると考えられる学説として、ラボルド・ラコスト、マランヴォー、ピュフラン・ラノル、カブリヤックを挙げることができる。LABORDE-LACOSTE (Marcel), *Précis élémentaire de droit civil*, Tome II, Paris, 1948, n°s 261~270, p. 76~78; MALINVAUD (Philippe), *Droit des obligations*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, 2001, n°s 298~307, p. 206~212; BUFFELAN-LANORE (Yvaine), *Droit civil deuxième année*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, 2002, n°s 709~720, p. 284~290; CABRILLAC (Rémy), *Droit des obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, 2004, n° 172 et n°s 176~180, p. 124 et p. 127~130. なお、これらの学説については、文末注のなかで、法的基礎の構造の概略を示すとどめる。
- 79) PICARD (M.) et PRUDHOMME (A.), *op. cit.* (78), p. 66~76, 81, 91, 95, 98~99, 103~105 et 107; MAURY (J.), *op. cit.* (27), p. 272, 274, 277, 280 et 282; RIPERT (G.), *op. cit.* (78), n° 76, p. 128 et note (2)~(3), p. 129 et note (1)~(2) et p. 130 et note (1); CASSIN (R.), *op. cit.* (78), n°s 3 et 4, p. 169 et 170 がその典型例と思われる。
- 80) 齋藤・前掲注(13)(1)186頁も、ルベルティエについて、「二〇世紀前半の解除理論の到達点と言うべきテーズを著した……」と評している。
- 81) 代表的な学説の検討は、次の2および3で行う。

- 82) LEPELTIER (E.), *op. cit.* (35), n° 33, p. 75-77. なお、カピタン自身も、法定解除を変則的な権利と認識し、何をもってそのシステムを根拠づけるかについて、もっともらしい説明を行うことの難しさを指摘していた。CAPITANT (H.), *op. cit.* (36), n° 147, p. 309.
- 83) LEPELTIER (E.), *op. cit.* (35), n° 32, p. 72-75.
- 84) LEPELTIER (E.), *op. cit.* (35), p. 71-72.
- 85) LEPELTIER (E.), *op. cit.* (35), n° 35, p. 81.
- 86) LEPELTIER (E.), *op. cit.* (35), n°<sup>ss</sup> 32-35, p. 71-81.
- 87) LEPELTIER (E.), *op. cit.* (35), p. 71. 牽連関係 (connexité) の定義のなかに「牽連性 (interdépendance)」(本文引用箇所のみ、文脈上「相互依存性」と訳出した。)の語が含まれている。これは、一見するとトートロジカルな叙述にも思われる。
- 88) これらの用語は、同じことを意味しているのに悉く表現が異なっている、とルベルティエは指摘する。LEPELTIER (E.), *op. cit.* (35), p. 72.
- 89) LEPELTIER (E.), *op. cit.* (35), n° 32, p. 74, note (2). この「誤解」を犯している学説として、カピタンらの名が挙げられている。
- 90) LEPELTIER (E.), *op. cit.* (35), n° 33, p. 75 et note (2). ローランやボードリイ・ラカンティヌリ＝バルドによるコース理論批判の内容については、拙稿(1)368頁参照。
- 91) フランス法における不存在 (inexistence) 理論については、鎌田・前掲注(61)139-140頁を参照。
- 92) LEPELTIER (E.), *op. cit.* (35), n° 33, p. 77 et note (1) が引用する CAPITANT (H.), *op. cit.* (36), n° 147, p. 311, note (1) には、ルベルティエによる「読み替え」が見られる(ただし、ルベルティエが参照したカピタンの著作の版は筆者が参照したものとは異なっている。ルベルティエは、“CAPITANT, Cause, note 1, page 323, in fine”と記している。)
- 93) ピカール＝ブリュドムは、「均衡の原則 principe d'équilibre」について論じ、モーリイは、「等価性 équivalence」の原則に依拠していた(後述)。
- 94) ルベルティエは、本文に示した通り、ピカール＝ブリュドム、モーリイの見解をともに「給付の均衡の保障、給付の等価性の維持」と位置づけているが、後述の通り、彼らの理論構造は、「給付」間の均衡や等価性ではなく、「両債務の履行上」の均衡や等価性である。
- 95) LEPELTIER (E.), *loc. cit.* (85).
- 96) 各論者によって、両債務ないし両給付の均衡・牽連性を導き出す具体的な論理ないし法規範に差異は見られるものの、この立場に与する学説は、概ねルベルティエの見解に即した理論構造の枠組みを示している。PLANIOL (M.), *op. cit.* (78), n°<sup>ss</sup> 1308, 1309 et 1313, p. 439 et 441; PICARD (M.) et PRUDHOMME (A.), *loc. cit.*; MAURY (J.), *loc. cit.*; RIPERT (G.), *loc. cit.*; JOSSERAND (L.) *op. cit.* (78), n° 377, p. 179 et note (1) et n°<sup>ss</sup> 378-380, p. 179-181 et n°<sup>ss</sup> 382 et 383, p. 182-183 et n° 385, p. 183-184; CASSIN (R.), *loc. cit.*; RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *op. cit.* (78), n°<sup>ss</sup> 490-492, p. 190-191, n° 516, p. 200, n°<sup>ss</sup> 521-523, p. 201-202 et n° 527, p. 203; MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *op. cit.* (78), n° 325, p. 337 et n°<sup>ss</sup> 338-343, p. 348-351; FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), FLOUR (Y.) et SAVAUX (E.), *op. cit.* (78), n° 247, p. 175 et note (4); MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *op. cit.* (78), n°<sup>ss</sup> 460, 476, 478 et 480, p. 273, 281-282 et 284; GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *op. cit.* (78),

n°s 430 ~ 432, p. 489 ~ 493 et n° 433, p. 493 et note (35) ~ (38) et n° 434, p. 493. 以上の学説の法的基礎における構造の特質については、本文で検討する。

なお、上記以外の学説についても、その理論構造に差異は見られるものの、概ねルベルティエの見解を支持している。以下、各学説の示す法的基礎の構造の特質を中心に指摘するにとどめる。たとえば、ラポルド・ラコストは、*dépendance* (相互依存関係)で解除を根拠づける。意味としては、両債務の履行上の牽連性と同じと見てよい。彼によれば、この法的基礎は、民法典の編纂者の考えにも合致しているという。LABORDE-LACOSTE (M.), *op. cit.* (78), n° 264, p. 77. マランヴォーは、解除の適用領域論に関する叙述のなかで、両債務の牽連性を法的基礎と捉えている叙述が見られる。また、他の法的基礎に対しても検討を加えている。MALINVAUD (Ph.), *op. cit.* (78), n°s 300 et 301, p. 207. ビュフラン・ラノルは、解除の法的性質として、それを両債務の履行上の牽連性だと指摘する。なお、法的基礎の構造として、「経済的不均衡」概念を挙げている点が特徴的である。BUFFELAN-LANORE (Y.), *op. cit.* (78), n° 711, p. 285 ~ 286. カブリヤックは、「……双務契約から生じる両債務の牽連性から、不履行の場合における二つの特殊の諸規範(同時履行の抗弁(権)と解除。括弧内引用者。)の説明がつく。……」と述べている。CABRILLAC (R.), *op. cit.* (78), n° 172, p. 124.

- 97) PLANIOL (M.), *op. cit.* (78), n° 1308, p. 439. 彼は、当時常用されていた用語法の不都合性を厳しく批判する。一般的に、1184条を「黙示の解除条件」と呼び、1183条が定める厳密な意味での解除条件に、「明示の解除条件」という名を与えていることを批判する。プラニオルに言わせれば、法律自体によるこのような表現がもたらす名称が混同の原因だという。解除訴権を契約によって明示的に定めることができる場合(約定解除の場合)には、解除訴権はもはや「黙示的」と呼ぶに値しないし、反対に、「明示的」といわれる解除条件は、しばしば明示的に約定しないこともありえ、両当事者の黙示の意思からも生じうるからである。
- 98) *ibid.*
- 99) PLANIOL (M.), *op. cit.* (78), n° 1309, p. 439.
- 100) *ibid.*
- 101) プラニオルは、解除論史に関わって、1184条1項の「黙示の解除条件」の沿革を *pacte commissoire* の黙示化に求めている。つまり、あらゆる双務契約のなかにこの条項が黙示的に含まれたとする。PLANIOL (M.), *op. cit.* (78), n° 1310, p. 440. この沿革論上の認識は、ボードリィ・ラカンティヌリ=バルドやローランの認識と一致する。なお、ボードリィ・ラカンティヌリ=バルドやローランの法的基礎については、拙稿(1)366~368頁参照。
- 102) オーブリエ=ロー、ドゥモロンブ、そして、ラロンビエールの見解などが想定されている。
- 103) 判例としては、Civ. 3 août 1875: D. P. 75. I. 409; Civ. 14 avr. 1891: D. P. 91. I. 329 et note PLANIOL; S. 94. I. 391. が挙げられている。いずれの判決も、1184条の解釈として、「帰責性」不要説を採ったものと解される。事実関係等の詳細については、拙稿(2・完)206~208頁, 210~212頁参照。
- 104) PLANIOL (M.), *op. cit.* (78), n° 1313, p. 441.



- 105) *ibid.*
- 106) ビカール=ブリュドムの法的基礎の構造は、非常に難解なものであった。以下の叙述内容は、齋藤・前掲注(13)(1)187~189頁および関連注に負うところがきわめて大きい。また、BOYER (G.), *op. cit.* (1), p. 42~44 にもよっている。その他、他の学説による評価ないし位置づけも参照しつつ、彼らの法的基礎を分析したことを明記しておく。
- 107) PICARD (M.) et PRUDHOMME (A.), *op. cit.* (78), p. 66.
- 108) *ibid.*
- 109) PICARD (M.) et PRUDHOMME (A.), *op. cit.* (78), p. 67.
- 110) PICARD (M.) et PRUDHOMME (A.), *op. cit.* (78), p. 68.
- 111) PICARD (M.) et PRUDHOMME (A.), *op. cit.* (78), p. 68~69.
- 112) PICARD (M.) et PRUDHOMME (A.), *op. cit.* (78), p. 69. なお、ビカール=ブリュドムは、均衡の考え方が部分的不履行の分析において効果を発揮すると指摘している。彼らは、裁判例を分析し、本質的債務の部分的不履行がある場合に、解除を認める判決と認めない判決とが拮抗し、一見すると矛盾しているかのように見えるが、実はそうではなく、これらの判決はすべて均衡の考え方によって説明できるとする。まず、原則として、本質的債務の不履行は、たとえ、それが部分的なものであっても、均衡の破壊に至ると指摘する (PICARD (M.) et PRUDHOMME (A.), *op. cit.* (78), p. 74.) では、解除が認められない場合をどのように説明するか。彼らは、本質的債務間の法的関係の弛緩 (relâchement) でこれを説明する。この弛緩は、「均衡の変質 (décomposition)」を導く。この弛緩が見られる場合、契約は解除されない。その具体例として、彼らは、契約が継続的である場合、履行が分割されている場合を挙げる。PICARD (M.) et PRUDHOMME (A.), *op. cit.* (78), p. 75~76. なお、彼らが分析した裁判例は割愛する。PICARD (M.) et PRUDHOMME (A.), *op. cit.* (78), p. 69~73. また、以上の叙述は、齋藤・前掲注(13)(1)188~189頁および関連注に全面的によっている。
- 113) PICARD (M.) et PRUDHOMME (A.), *op. cit.* (78), p. 81.
- 114) *ibid.*
- 115) PICARD (M.) et PRUDHOMME (A.), *op. cit.* (78), p. 91. 彼らは、具体例として、売買において、担保義務や引渡債務は付随的債務であるが、「特定の要素」である所有権の移転に密接に結びつけられているため、その不履行によって解除が引き起こされるとする。PICARD (M.) et PRUDHOMME (A.), *op. cit.* (78), p. 95. なお、この叙述は、齋藤・前掲注(13)(1)196頁注(338)に全面的によっている。
- 116) PICARD (M.) et PRUDHOMME (A.), *op. cit.* (78), p. 107.
- 117) PICARD (M.) et PRUDHOMME (A.), *op. cit.* (78), p. 98~99.
- 118) PICARD (M.) et PRUDHOMME (A.), *loc. cit.* (116).
- 119) 彼らは、当事者の意思、「黙示の解除条件(条項)」構成について、いずれも法的基礎として分析不十分だと批判する。PICARD (M.) et PRUDHOMME (A.), *op. cit.* (78), p. 103~105. その主たる論拠は、解除の裁判上の性格を十分に説明できないことにある。
- 120) ルベルティエを含め、後述する他の学説も批判を行っている。
- 121) LEPeltier (E.), *op. cit.* (35), n° 34, p. 78~79.

- 122) MAURY (J.), *op. cit.* (27), p. 277 et 282. なお, 山下・前掲注(8)99頁および106頁注(18)は, モーリイの示した解除の法的基礎を, 「給付」の等価性と理解している。
- 123) MAURY (J.), *op. cit.* (27), p. 277.
- 124) *ibid.*
- 125) MAURY (J.), *op. cit.* (27), p. 280. また, モーリイは, 法的基礎としての解除条件理論を批判する理由の一つとして, 裁判官に対し評価権限を付与している1184条3項を説明できないことを挙げており, 1184条各項の正当化を試みている。MAURY (J.), *loc. cit.* (27).
- 126) RIPERT (G.), *op. cit.* (78), n° 76, p. 128.
- 127) この立場の学説として, オブリエイ = ロー, ボードリイ・ラカンティヌリ = バルドの名が挙げられている。RIPERT (G.), *op. cit.* (78), n° 76, p. 128, note (2).
- 128) RIPERT (G.), *loc. cit.* (126).
- 129) RIPERT (G.), *op. cit.* (78), n° 76, p. 128 et note (3).
- 130) RIPERT (G.), *op. cit.* (78), n° 76, p. 129 et note (1).
- 131) RIPERT (G.), *op. cit.* (78), n° 76, p. 129 et note (2).
- 132) 不可抗力と同義と考えて差し支えない。
- 133) RIPERT (G.), *op. cit.* (78), n° 76, p. 129.
- 134) *ibid.*
- 135) *ibid.*
- 136) *ibid.*
- 137) なお, リペールは, コーズ理論批判を具体的に, 次のように展開している。「……カピタン氏の理論では, 1184条は, 契約成立以後のコースの機能の表明だという。しかし, コーズ概念間におけるこの同一性 (identité), つまり, コーズが契約の有効性の要素であるとともに, 履行の要素でもあること, 履行の要素としてのコースが欠けると解除が引き起こされること, このことは理解できない。実際, 1184条は, コーズ理論の根拠としての役割を果たしている考え方に基づいている。しかし, この考え方とコース理論そのものとは混同されない。……」 RIPERT (G.), *op. cit.* (78), n° 76, p. 130, note (1).
- 138) ジョスランの学説に対して, 「双務契約の牽連性をコースで説明する立場」という位置づけを与えるものもある。わが国でいえば, 小粥・前掲注(38)66~67頁および101頁注(80)参照。ジョスランがなぜ, 少なくとも解除の法的基礎としての牽連性について, それをコースで説明することに否定的だったのか。この問題の検討については他日を期したい。
- 139) JOSSERAND (L.), *op. cit.* (78), n° 377, p. 179.
- 140) この牽連性を説明する他の理論に関してジョスランは, 種々の学説を紹介している。なかでも, カピタンのコース理論に対しては, 「……債務はその不履行によって消滅しない。消滅するならば, 相手方の債務のコースを任意に消滅させるのも, したがって契約の解除を決定するのも, 各契約当事者次第になるはずだ……」として, コース理論による説明を批判する。さらに, 具体例を挙げて, 「……買主が代金を支払わない場合でも, 買主は, それでもなお代金支払債務を義務づけられたままであり, したがって, 売主の債務は, そのコースを失っていない。……」とする。JOSSERAND (L.), *op. cit.* (78), n° 377, p. 179, note

(1). また、前述モーリイの等価性の考え方、あるいは、両当事者の蓋然的意思による根拠づけに対しては、両当事者のうちの一方は、その相手方が不履行の犠牲となっているにもかかわらず、当該取引から利益を得ることができてはならない、という本質的な結論に帰着すると指摘し、両当事者のうちの一方が契約という法律に違反している以上、その相手方は、自身も当該契約から解放されることができなければならないとする。JOSSERAND (L.), *loc. cit.* (139).

- 141) JOSSERAND (L.), *op. cit.* (78), n° 378, p. 179.
- 142) 「たいてい、多額の費用なしに、自身の債務者から弁済をしてもらうことはできないので、人は、裁判所において、これらの諸原則（ローマ法の諸原則）の厳格性を放棄することを義務づけられた。そして、売主には、代金不払いに基づく売買契約の解除の訴えが認められる。この訴えは、解除条項 (pacte commissoire) が挿入されていなくても認められる。」という一節が引用されている。拙稿（1）395頁注184）参照。
- 143) JOSSERAND (L.), *op. cit.* (78), n° 379, p. 180.
- 144) JOSSERAND (L.), *op. cit.* (78), n° 380, p. 180～181.
- 145) JOSSERAND (L.), *op. cit.* (78), n° 382, p. 182. ジョスランは、本文に示した解除についての「真の制裁」の観点から、1184条の解除条件と通常の解除条件（1183条）とを異なるものだと指摘する。通常の解除条件は当然に、自動的にその効力を生じる。通常の解除条件には、訴訟 (voie de droit) としての性格がないからである。ジョスランは、1184条3項の視点から1183条と1184条とを明確に区別している。
- 146) JOSSERAND (L.), *op. cit.* (78), n° 383, p. 182.
- 147) JOSSERAND (L.), *op. cit.* (78), n° 383, p. 183.
- 148) ジョスランは、解除の適用領域論に関わる叙述のなかで、lex commissoria が黙示的に存在しているのは、両債務間に牽連性が存在している契約、つまり、あらゆる双務契約のみだと強調している。JOSSERAND (L.), *op. cit.* (78), n° 385, p. 183～184.
- 149) JOSSERAND (L.), *loc. cit.* (147).
- 150) カサンは、交互関係を、牽連性についての基本概念と定義する。「牽連性」という表現を用いているが、交互関係を法的基礎とすべきと明示しているので、本稿では、カサンの叙述に従った。CASSIN (R.), *op. cit.* (78), n° 4, p. 169.
- 151) 法的地位 (situation juridique) については、「……法的地位は、ある者が法規範を根拠にして、他の法主体に対して有する地位を表すために用いられる。したがって、ある事実（事故、死）、ある身分（夫婦、子）、ある法律行為（売買、贈与）は、一連の権利および義務、すなわち、その者のためのまたはその者に対する一連の優先的権限および負担の発生を促す……」との説明がある。レモン・ギリアン、ジャン・ヴァンサン編著 (Termes juridiques 研究会 中村紘一ほか監訳) 『フランス法律用語辞典 第2版』290頁（三省堂、第2版、2002）。
- 152) CASSIN (R.), *loc. cit.*
- 153) *ibid.*
- 154) サレイユ (SALEILLES) のかの有名な表現、「民法典の向こうにある、民法典によって。」を置き換えて、「コースの向こうにある、コース理論によって」という名句を採用しなげ

ればならないという比喻を用いることにより、カサンは、解除に関して、コース理論と一定の距離を置こうとする。CASSIN (R.), *op. cit.* (78), n° 3, p. 169.

- 155) カサンは、「……一方で、筆者(カサン。括弧内引用者。)の曲折は、以下のことを明らかにしたであろう。すなわち、裁判上の解除が一般原則となり、そして、それがフランス(そこでは、コース理論が開花した。)のごとき一国において、その最も完全な発展をみたということである。しかし、とりわけ、以下のことも明白である。つまり、これらの法制度(解除理論とコース理論。括弧内引用者。)はともに、母と娘としてではなく、似てはいるが異なった性格を有する二人姉妹として現れ、そして、これら両制度とも、それらを支配する(この原理は、さらに同時履行の抗弁〔権〕をも支配している。)高次の道徳という一つの原理に結びつけられているということ、そして、カノン法学者が最初にこれらのごとく(解除理論とコース理論、および、両者の関係を指す。括弧内引用者。)を主張したということ、である。……」と述べている。CASSIN (R.), *loc. cit.* (153).
- 156) 齋藤・前掲注(13)(1)192頁がこの旨を指摘する。本稿も齋藤氏の見解に賛同するものである。
- 157) CASSIN (R.), *op. cit.* (78), n° 4, p. 170 の叙述からは、本文のように読みとることができる。
- 158) RIPERT (G.) et BOULANGER (J.) *loc. cit.*
- 159) RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *op. cit.* (78), n° 490, p. 190 ~ 191.
- 160) RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *op. cit.* (78), n° 491, p. 191.
- 161) RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *op. cit.* (78), n° 492, p. 191.
- 162) RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *op. cit.* (78), n° 516, p. 200.
- 163) この叙述は、先に検討したプラニオルの叙述に酷似している。しかし、彼らは、プラニオルの理論構成を批判している。だが、批判の対象としてのプラニオルの名は挙げられていない。
- 164) RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *op. cit.* (78), n° 521, p. 201.
- 165) RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *op. cit.* (78), n° 522, p. 201 ~ 202.
- 166) ピカール=ブリュドムの見解が参照されている。
- 167) ここでは、モーリイの論文が参照されている。
- 168) RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *op. cit.* (78), n° 523, p. 202.
- 169) RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *op. cit.* (78), n° 527, p. 203.
- 170) MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *loc. cit.*
- 171) MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *op. cit.* (78), n° 325, p. 337.
- 172) MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *op. cit.* (78), n° 338, p. 348.
- 173) MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *op. cit.* (78), n° 339, p. 348 ~ 349.
- 174) MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *op. cit.* (78), n° 340, p. 349 ~ 350.
- 175) MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *op. cit.* (78), n° 341, p. 350.
- 176) MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *op. cit.* (78), n° 342, p. 350 ~ 351.
- 177) MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *op. cit.* (78), n° 343, p. 351.
- 178) *ibid.*
- 179) FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), FLOUR (Y.) et SAVAUX (É.), *loc. cit.*

- 180) *ibid.* なお、フルール=オペール=サヴォアは、コース理論に対する批判も展開している。具体的には、裁判官がコースの不存在を確認する場合、コースの不存在からは、契約の無効が命じられるはずだといふものである。
- 181) MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *loc. cit.*
- 182) MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *op. cit.* (78), n° 460, p. 273.
- 183) MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *op. cit.* (78), n° 476, p. 281.
- 184) MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *op. cit.* (78), n° 478, p. 282. マロリ=エネスは、解除における要件・効果の問題点は、この条文の両義性に起因していると指摘する。
- 185) MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *op. cit.* (78), n° 480, p. 284.
- 186) GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *loc. cit.*
- 187) GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *op. cit.* (78), n° 430, p. 490.
- 188) GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *op. cit.* (78), n° 432, p. 491~493.
- 189) GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *op. cit.* (78), n° 433, p. 493 et note (35)~(38).  
なお、衡平 (équité) 規範で解除を根拠づける見解として、彼らは、前述1865年11月29日破毀院民事部判決が示した法的基礎 (équité 規範の受容) を挙げる。また、信義誠実原則を法的基礎とする見解として、リペールの名が挙げられている。また、制裁 (sanction) を法的基礎とする見解として、後述スタルク=ロラン=ブワイエを挙げている。彼らによるこれらの法的基礎の捉え方については疑問が残る。スタルク=ロラン=ブワイエは、後述の通り、明らかに複合的な法的基礎を提示しており、制裁のみを重視した法的基礎を採っているわけではないからである。詳しくは、五参照。
- 190) origine の訳語については、「発端」、「根拠」なども考えられる。しかし、適切な訳語を充てることは難しい。本稿では、後藤・前掲注(7)17頁に従い、「発生」と訳出する。
- 191) GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *op. cit.* (78), n° 434, p. 493.
- 192) この「契約の社会的効用」と、前述カサンが解除理論に持ち込んだ「解除の社会的側面」という思想との関係については、なお考究を要すべき点が多い。したがって、本稿では、この問題についての検討を控える。
- 193) 契約的正義という構造は、他の学説にも見られた。たとえば、前述リペールの示した法的基礎参照。
- 194) GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *loc. cit.*
- 195) 従来から抽象的で曖昧な概念として批判を被っていた *équité* 規範などを批判しておきながら、彼ら自身もまた、「契約的正義」や「契約の社会的効用」という曖昧な法規範・思考に依拠して法的基礎を導き出している。
- 196) しかし、コース理論に依拠する立場からすれば、「明文上の規定があるから」という積極的な理由を見出すことができる。この点については、前述二三参照。
- 197) 本文に示した解除の可否の判断の具体的な局面における考慮要因についての分析は、別稿に譲らざるを得ない。したがって、本文の叙述は、あくまで推測にすぎない。
- 198) MAZEAUD (Henri, Léon et Jean), *Leçons de droit civil Obligations théorie générale Biens droit de propriété et ses démembrements*, 1<sup>re</sup> éd., Tome II, Paris, 1956, n<sup>os</sup> 1080~1123, p. 882~907; MAZEAUD (Henri, Léon. et Jean), *Leçons de droit civil Obligations théorie*

- générale*, 4<sup>e</sup> éd., Tome II 1<sup>re</sup> volume, par JUGLART (Michel de), Paris, 1969, n<sup>os</sup> 1080 ~ 1123, p. 958 ~ 983; MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) et CHABAS (François), *Leçons de droit civil Obligations théorie générale*, 9<sup>e</sup> éd., Tome II (premier volume), Paris, 1998, n<sup>os</sup> 1080 ~ 1123, p. 1135 ~ 1169 (なお、マゾー=シャバスについては、第7版も参照した〔MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) et CHABAS (François), *Leçons de droit civil Obligations théorie générale*, 7<sup>e</sup> éd., Tome II (premier volume), Paris, 1985, n<sup>os</sup> 1080 ~ 1123, p. 1106 ~ 1133.〕。しかし、内容はほとんど同じだったので、本文の叙述については、第9版に依拠する。)
- 199) マゾーらは、法的基礎について今日、とかく議論を呼んでいることは驚くべきことではないと指摘する。MAZEAUD (H. L. et J.), *op. cit.* (198), n<sup>o</sup> 1089, p. 887; MAZEAUD (H. L. et J.) par JUGLART (M. d.), *op. cit.* (198), n<sup>o</sup> 1089, p. 962; MAZEAUD (H. L. et J.) et CHABAS (F.), *op. cit.* (198), n<sup>o</sup> 1089, p. 1140。なお、この叙述は、マゾー初版から存在しており、「今日」という表現は、20世紀中葉からまさしく近時に至るまでの間、法定解除の法的基礎が議論されてきたことの証左になろう。
- 200) MAZEAUD (H. L. et J.), *op. cit.* (198), n<sup>o</sup> 1089, p. 887 ~ 888; MAZEAUD (H. L. et J.) par JUGLART (M. d.), *op. cit.* (198), n<sup>o</sup> 1089, p. 963; MAZEAUD (H. L. et J.) et CHABAS (F.), *op. cit.* (198), n<sup>o</sup> 1089, p. 1140 ~ 1141。
- 201) マゾーらの認識によれば、この法的基礎は、「……契約によって両当事者は、一方当事者によるフォートある不履行の場合に、他方当事者が解除を請求する権利を自身に留保している、ということを黙示的に望んでいる。……」とする理論である。しかし、彼らは、この法的基礎に依拠する現代の学説名を挙げていない。MAZEAUD (H. L. et J.), *loc. cit.* (199); MAZEAUD (H. L. et J.) par JUGLART (M. d.), *ibid.*; MAZEAUD (H. L. et J.) et CHABAS (F.), *loc. cit.* (199)。
- 202) MAZEAUD (H. L. et J.), *ibid.*; MAZEAUD (H. L. et J.) par JUGLART (M. d.), *ibid.*; MAZEAUD (H. L. et J.) et CHABAS (F.), *ibid.*
- 203) *ibid.*
- 204) *ibid.*
- 205) *ibid.*
- 206) 「……または、解除それ自体が不履行とは無関係に損害をもたらす場合……」というこの表現は、マゾー初版およびジュグラール(マゾー第4版)の叙述には見られない。MAZEAUD (H. L. et J.), *ibid.*; MAZEAUD (H. L. et J.) par JUGLART (M. d.), *ibid.*
- 207) この損害賠償 (dommages-intérêts) は、1184条2項が定める損害賠償を指している。
- 208) MAZEAUD (H. L. et J.), *loc. cit.*; MAZEAUD (H. L. et J.) par JUGLART (M. d.), *loc. cit.*; MAZEAUD (H. L. et J.) et CHABAS (F.), *loc. cit.* マゾーらは、裁判上の解除の法的基礎に関して、学説上の合意が形成されているならば、多くの不安定性は消滅するはずだと指摘する。彼らは、法的基礎論が法定解除理論に占める重要性を認識している。しかし、判例は学説によって提示された法的基礎のいずれかに明確に与しているとはほとんど思われず、と彼らはいふ。さらに、裁判上の解除を支配する諸規範は、ときとして、論理的でないこともあると指摘する。マゾーらは、この諸規範が裁判上の解除の適用領域、性質、要件、そして、効果に関わると指摘する。なお、現代の判例がどの立場に依拠して法定解除の法

- 的基礎を示しているかについて、本稿で検討を加えることはできない。MAZEAUD (H. L. et J.), *op. cit.* (198), n° 1089, p. 888; MAZEAUD (H. L. et J.) par JUGLART (M. d.), *ibid.*; MAZEAUD (H. L. et J.) et CHABAS (F.), *op. cit.* (198), n° 1089, p. 1141.
- 209) MAZEAUD (H. L. et J.), *op. cit.* (198), n° 1094, p. 890; MAZEAUD (H. L. et J.) par JUGLART (M. d.), *op. cit.* (198), n° 1094 p. 966; MAZEAUD (H. L. et J.) et CHABAS (F.), *op. cit.* (198), n° 1094, p. 1144 ~ 1145.
- 210) 拙稿 ( 1 ) 336頁参照。
- 211) STORCK (M.), *loc. cit.* (53). なお、ストルクは、マゾーらの示した法的基礎を「罰」として紹介している。
- 212) *ibid.*
- 213) この批判に対して、マゾーらは、むしろ破毀院の考え方が間違っているとして反論する。その理由として、彼らは、解除と危険負担との区別を破毀院が認識していないことを挙げる。破毀院は、解除の要件としてフォートを不要とし、解除と危険負担理論双方に1184条を適用しているという。MAZEAUD (H. L. et J.), *op. cit.* (198), n° 1097, p. 891 ~ 892; MAZEAUD (H. L. et J.) par JUGLART (M. d.), *op. cit.* (198), n° 1097, p. 967 ~ 968; MAZEAUD (H. L. et J.) et CHABAS (F.), *op. cit.* (198), n° 1097, p. 1148 ~ 1149.
- 214) STORCK (M.), *loc. cit.* をはじめ、前述ゲスタン = ジャマン = ビリョー、後述スタルク = ロラン = プワイエなども同様の点を指摘する。三三および五参照。
- 215) MAZEAUD (H. L. et J.), *op. cit.* (198), n° 1087, p. 885; MAZEAUD (H. L. et J.) par JUGLART (M. d.), *op. cit.* (198), n° 1087, p. 961; MAZEAUD (H. L. et J.) et CHABAS (F.), *op. cit.* (198), n° 1087, p. 1138.
- 216) 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.
- 217) 彼らの定義によれば、双務契約とは、二人の契約当事者のそれぞれ一方が相手方に対して債務を負う契約であって、その契約から生じる両債務間に相互性および牽連性が存在する契約であるという。STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.* (216), n° 1894, p. 662.
- 218) STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.* (216), n° 1898, p. 664.
- 219) *ibid.*
- 220) STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.* (216), n° 1899, p. 664.
- 221) STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.* (216), n<sup>os</sup> 1900 ~ 1902, p. 664 ~ 665.
- 222) *Frangenti fides, fides non est servanda* (信義を破る者には、もはや信義は義務づけられない。)の法格言を彼らは挙げる。邦訳は、山下・前掲注(8)105頁によった。STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.* (216), n° 1901, p. 665. なお、この法格言(カノン法学者フグッキオ HUGUCCIO de Pisa が定めたとされる。)の解除論史における位置づけに関しては、拙稿 ( 1 ) 335 ~ 336頁参照。
- 223) STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *ibid.*
- 224) STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.* (216), n° 1902, p. 665. 判例の「帰責性」不要説に対する反論として、不履行は、たいていの場合フォートがあるものであり、偶発



的なものではないとの主張がなされる、と彼らは指摘する。彼らは、この反論に賛同する。スタルク＝ロラン＝プワイエは、この法的基礎(民事責任)自体に全面的に賛同しているというわけではない。しかし、不履行にフォートを要求することには賛成していると考えられる。

- 225) STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.* (216), n<sup>o</sup> 1903 et 1904, p. 665 ~ 666.
- 226) STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.* (216), n<sup>o</sup> 1903, p. 665.
- 227) 相対的無効 (nullité relative) のことを指していると考えられる。
- 228) STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *op. cit.* (216), n<sup>o</sup> 1905, p. 666.
- 229) 19世紀註釈学派初期の見解のように、「黙示の解除条件」(1184条)を1183条の解除条件とほぼパラレルに理解する見解はまったく見られなかった。
- 230) ボンヌカースの示した法的基礎である。
- 231) ここでは、ムールロンが示した法的基礎を特に指している。ムールロンの法的基礎については、拙稿(1)362~363頁参照。
- 232) 検討した限り、この立場に与する学説はボンヌカースだけだったので、同時代と同じ法的基礎論者間での法的基礎の構造変容を分析することはできない。
- 233) それでも、なお前述コース理論の自動性(不履行によって自動的に債権債務関係の消滅がもたらされてしまうこと。)の問題や、1184条3項の正当化(理論上、コースの喪失を裁判官が確認することになる。)の問題が残る。
- 234) but 概念については、二1参照。
- 235) ルベルティエの示した法定解除の法的基礎の構造については、三1参照。
- 236) モーリイの示した法的基礎の構造である。しかし、モーリイは、コース理論で契約の履行段階の問題である解除を根拠づけることには否定的態度を示していた。三2参照。
- 237) たとえば、ブラニオルやジョスランの示した法的基礎の構造の要素がこれにあたる。三2参照。
- 238) 拙稿(2・完)198~199頁参照。
- 239) なお、今後の課題に取り組むための準備作業の一環として、以下、2005年9月に公表されたフランス民法典債務法改正草案における解除規定を一瞥しておく。前述の通り、改正草案規定およびその趣旨説明についての分析は、サイト上[<http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf>]で公開されているものによっている。また、解除に関する草案規定および趣旨(理由)説明(後述)については、AVANT-PROJET DE REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS (Articles 1101 à 1386 du Code civil) ET DU DROIT DE LA PRESCRIPTION (Articles 2234 à 2281 du Code civil), rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 Septembre 2005, p. 40~42 [exposé des motifs par ROCHFELD (Judith)] et p. 92~94 によっている。  
ここで、解除規定の草案および趣旨説明を一瞥する前に、債務法改正草案全体の特徴について一言しておく。改正草案の表紙頁には、司法大臣 Pascal CLÉMENT の名が付されている。また、今回の草案の全体的な統括者は、パリ第一大学のカタラ (CATALA) 名誉教授である。

改正草案における債務法は、(新) 1101条～1386条であり、現行規定と同じ条文番号の範囲で内容をほぼ全改したかたちを採用している。したがって、改正草案規定には、いわゆる「枝番」が多く見られる。なお、条文の編・章・節・款の構成は、現行法典と大きく異なっている。たとえば、現行法典においては、第3編「所有権を取得する種々の方法」、第3章「契約又は合意による債務一般」、第1節(1101～1107条)が前置規定である。これに対して、改正草案では、第3編を「債権債務関係 (DES OBLIGATIONS)」とし、その序章 (CHAPITRE PRELIMINAIRE) の表題を「債権債務関係の発生原因 (DE LA SOURCE DES OBLIGATIONS)」としており、1101条から1101 2条までの三箇条が置かれている。ここで注目すべきは、法律行為 (acte juridique) および法律事実 (fait juridique) 概念が採用されたことである。多分にドイツ民法の影響を受けたものと思われる。以下、改正草案における解除規定の試訳を掲げる。

#### (フランス民法典債務法改正草案における解除規定・試訳)

**第3編 債権債務関係, 第1准編 (SOUS-TITRE) 契約ならびに合意による債権債務関係一般 (DU CONTRAT ET DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GENERAL) (1102条～1326 2条), 第3章 合意の効果, 第5節 債務の不履行および契約の解除 (1157条～1160 1条)**

##### 第1157条

双務契約において、各当事者は、相手方がその債務を履行しない限り、自身の負う債務の履行を拒絶することができる。

不履行が不可抗力 (force majeure) または他の正当な事由 (autre cause légitime) によって生じる場合、当該契約は、当該不履行が回復不可能でない場合には、前項と同様に (pareillement)、停止することができる。

同時履行の抗弁に対しては、その相手方当事者は、当該契約の停止が正当でないことを裁判上証明することによって、再抗弁することができる。

新1157条は、同時履行の抗弁 (権) の規定である。改正草案では、同時履行の抗弁 (権) に関する通則規定がはじめて導入されることになった。また、改正草案規定には、起草者 (ここではロシュフェルド パリ第11大学教授) によるものと思われる意見が付されている。ちなみに、解除規定に関しては、新1158条にのみ意見 obs が付されている。なお、新1157条に付せられている意見の内容の紹介は割愛する。

##### 第1158条

あらゆる契約において、自身に対して義務が履行されなかったか、または、不完全に履行された当事者は、当該義務の履行を訴求するか、契約の解除を請求するか、損害賠償を請求するかを選択権を有する。なお、必要な場合には、損害賠償は、当該履行または解除に付加される。

債権者が解除を選択する場合、債権者は、解除を裁判官に対して請求ことができ、あるいは、債権者自ら、不履行債務者を、妥当な期間内にその義務を履行するために、遅滞に付すことができる。当該期間内に履行がなければ、債権者は、契約を解除する権利を有する。

不履行が継続する場合、債権者は、債務者に対して、契約の解除および解除を正当化

する理由を通知する。解除は、相手方当事者による当該通知の受領の時にその効力を生じる。

本条には、三つの意見が付されている。第一に、本条1項において、不履行の原因に制限を加えていないことを有益だとするものである。第二は、解除それ自体に二つの方法があることの指摘である。つまり、一方的解除（非裁判上の解除）を認めつつ、現行1184条の裁判上の解除を廃棄しなかったことである。前者については、債権者が自らの危険において自己決定をするということの強調の契機になるとされている。そして、第三の意見として、一方的解除は、ショックを与える原因を有しているとされる（一方的解除の不意打ちのニュアンスを指しているものと思われる。筆者注。）。一方的解除を認めることは有益だが、手続上の慎重な配慮を伴うという。「彼は、本契約が解除されることを宣言する。」という書式は、あまりにも断定的すぎる。結果は同じだが、「一方的主義的（unilatéraliste）」でない表現、つまり、「彼は、本契約を解除されたものとみなす。」と表現することにより、一方的解除のインシリアティブを和らげることができるという意見が付されている。

#### 第1158 1条

債務者は、債権者の決定に対して、債務者の責めに帰せられた不履行が契約の解除を正当化しないことを主張することによって、裁判上、任意に異議を申立てることができる。

裁判官は、諸事情に応じて、解除を有効とするか、または、契約の履行を命じることができる。その際、必要な場合には、債務者に対して猶予期間を付与する。

#### 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、結実しない（infructueuse）付遅滞に懸からしめられる。付遅滞は、それが明示的な表現で解除条項について再度言及する（rappelle）ものであ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通知に基づき、その受領の日付においてしかその効力を生じない。

なお、新1159条2項が定めている「結実しない（infructueuse）」付遅滞とは、それによっても不履行債務者からの履行が得られなかった付遅滞のことを指す。なお、齋藤・前掲注（13）（2・完）272頁注（429）は、infructueuse を「不奏功の」と訳出している。

#### 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してのみ生じうる。

#### 第1160 1条

契約の解除は、両当事者をその負っている債務から解放する。

継続的履行契約または分割履行契約（les contrats à exécution successive ou échelonnée）においては、解除は、解約（résiliation）に相当する。両当事者の義務

は、解除の召喚または一方的解除における通知の時から、将来に向かって終了する。契約が部分的に履行された場合、交換された両給付の履行が両当事者相互の債務に適合するものであるときには、当該交換された両給付は、原状回復も損害賠償金も生じさせない。

即時的履行契約 (les contrats à exécution instantanée) においては、解除は、遡及効を有する。各当事者は、本章第六節の規定に従い、自身が相手方から受領したものをその相手方に対して返還しなければならない。

次に、「債務の不履行 (Inexécution des obligations)」と題するロシュフェルド教授による草案規定の趣旨 (理由) 説明 *Exposé des motifs* を概観する。以下の叙述は、ROCHFELD (Judith), *Exposé des motifs de AVANT-PROJET DE REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS (Articles 1101 à 1386 du Code civil) Inexécution des obligations (art.1157 à 1160-1)*, 2005, p. 40~42 にほぼ全面的によっている。

ロシュフェルドによれば、債務の不履行に関する草案規定は、この分野における現状 (l'état de la matière) に基礎を置いているという。その現状とは、現行規定および判例による寄与に起因する現状である (以下、ロシュフェルドは、これを問題 (1) と位置づけている。)。また、本草案規定は、現行規定の不備の修繕、および、1804年以来、明らかにされてきた発展の必要性への対応を試みているという (これは、問題 (2) として位置づけられている。)。そして、この目的のために、本草案規定は、いくつもの方針を示していると指摘する (彼は、これを問題 (3) とする。)。つまり、ロシュフェルドは、まず、債務の不履行および契約の解除についての現行法の現状を概観し、そして、現行法上の問題点・不備を指摘し、最後に、草案規定の趣旨を説明するプランを示している (なお、本稿では、先に本文で草案規定の試訳を掲げた。)。なお、ここで若干気になることは、草案規定1157~1160 1条の趣旨説明にもかかわらず、そのタイトルが上記の通り、「**債務の不履行**」のみになっていることである。なぜ、草案規定の表題通りに、「**契約の解除**」という表現を付け加えなかったのだろうか。しかし、本論の叙述では、当然、解除規定についての叙述があり、むしろ、解除規定に関する叙述の方が多い。以下、上記 (1) ~ (3) の問題に対するロシュフェルドによる説明を概観する。

まず、(1) の問題 (**この分野における現状**) について、ロシュフェルドは、「債務の不履行および契約の解除の分野は、いくつもの伝統的基礎 (fondements) に基づいている。」と述べ、解除 (résolution) が解除条件の構造によって正当化されていること、解除がすべての双務契約のなかに、黙示的なもの (implicite) として含まれていること、そして、解除が裁判上のもの (judiciaire) として考えられていること、を改めて指摘する。また、「解除を取り巻く法的な考え方」が以下の二つに明確に区別されている現状を示している。その第一は、「契約の拘束力の基本原理および契約上の道徳主義 (moralisme)」である。契約は、直面する諸事情や困難がいかなるものであっても実行しなければならない。したがって、きわめて重大な不履行の場合にのみ、それどころか、履行の全部不履行の場合にのみ、契約の消滅が正当化される。そこで、裁判官がこの重大性の限界値 (seuil) を確認するために、裁判官への訴えが必要とされるという考え方である。

第二は、「不履行債務の債務者の保護および契約上のヒューマニズム」である。債務者は、契約の相手方側からの、不意打ち的な、しかも、裁判所によるコントロールなしの制裁を被るべきではないとする考え方である。

次に、(2)の問題(この分野における不備および改正の必要性)につき、ロシュフェルドは、次の四点を指摘する。民法典の当初の見直しに関する不備(この点につき、ロシュフェルドは、さらに、次の三点において詳しく指摘をしている。すなわち、a 解除は、契約全体に関して定められた唯一の措置であること。b 解除以外の措置は、点在する個別の諸法文においてしか援用されない。これらの措置は、判例および実務によって、あらゆる双務契約に適用可能な原則へと一般化されたにもかかわらずである〔その例として、ロシュフェルドは、同時履行の抗弁や危険負担理論を挙げている。〕ということ。そして、c 約定による解除 *résolution conventionnelle* も実務上普及しているにもかかわらず、いかなる規定もそれについて定めていないこと、の三点である。) 適用要件に関する不備(「黙示の解除条件」構成、適用領域を含め、実体要件・行使要件それぞれの不備を指摘する。なお、これについても、次の三点において、ロシュフェルドは詳論している。すなわち、a 1184条は、疑わしいメカニズム、つまり、解除条件によって解除を基礎づけていること。b この基礎は、条件つき債務に関する諸規範のなかの法文に、その位置を与えていること〔ロシュフェルドは、現行1184条の条文の位置を再確認している。彼は、「……したがって、この法典上の位置もまた、疑わしいものであって、再検討されるべきである。……』と指摘している。「黙示の解除条件」の明文上の「解除条件」構成からの脱却が決定的になったといえる説明である。〕。そして、c 1184条は、解除の適用要件を明らかにしていないこと。つまり、解除を生じさせるのに適切な不履行の限界値に関して何ら定めていないこと、である。) 効果に関する不備(これに関しては、次の四点の指摘がある。すなわち、a 1184条は、解除の効果の範囲に関して何ら明確にしていないこと〔遡及効の存否や、効果が契約全体に及ぶのか否かについて。〕。b 解除は、伝統的に遡及効のあるものとして理解されており、このことは、「解除条件」によって要求されている根拠 *fondement* に合致していること。c 学説・判例は、それにもかかわらず、解除の効果について変異形 *variante* を創り出したこと、つまり、解約 *résiliation*、あるいは、より正確には、将来に向かっての解除を創り出したこと。そして、d 解除あるいは解約の適用結果について、何ら規定がないこと。とりわけ、原状回復の構成およびこれらの措置の根拠について何ら述べられていないこと、が指摘されている。)そして、ヨーロッパ法の影響(ロシュフェルドは、「……ヨーロッパ契約法原則は、もっぱら、債権者によって訴えられる一方的解除のみを規定している。これは、多くの近隣諸国に倣っている(同原則 第9章9条:301)。このことは、フランス法に近隣諸国とのズレを生じさせている。……』と指摘する。)である。

最後に、(3)の問題(提案された方針)として、ロシュフェルドは、まず、「法文の位置に関する方針」として、解除条件への依拠をなくし(「黙示の解除条件」構成の廃棄)、不履行について定める本節(第5節)を、契約の履行の節に続けて位置づけること(なお、第4節は、「債務の履行(1152条~1156 2条)」)を提案している。次に、「民法典の当初の不備を修繕するための方針」として、同時履行の抗弁(権)とその適用要件、とりわ

け、その機能の限界値、それらの存在について、草案通りに起草すること(草案1157条)。

危険負担理論を解除のなかに組み込むこと。そして、解除条項について規定を置き、その適用要件ならびに効果について、本草案の通り起草すること(草案1159条)を指摘している。なお、につき、ロシュフェルドは、「……それは、解除が、不履行の原因がいかなるものであれ、契約の不履行に対応する措置を構成する限り、提案される(草案1158条)……」と指摘している。本稿 はじめに で述べた松岡・前掲注(9)がいう「解除への一元化モデル」と同じ志向であると思われる。解除と危険負担理論との一元的理解がこの草案で企図されているといえよう。そして、ロシュフェルドは、「裁判上の解除と一方的解除との選択に関する方針」、ならびに、「解除の効果のレジームに関する方針」についても、詳細な趣旨(理由)説明を行っている。たとえば、前者(裁判上の解除と一方的解除との選択に関する方針)については、次の三点の説明・指摘を行っている。すなわち、

債権者のための、強制履行、損害賠償、解除の間での選択権の維持の採用(草案1158条)。解除を選択する債権者に対して、裁判上の解除と一方的解除との間の選択権を認めること。債権者が後者を選択する場合、一方的解除は、履行のための債務者の付遅滞およびこの効果にとって妥当な期間(délai raisonnable)の経過後、その効果を生じること。そして、債務者の不履行(carence)の場合、解除は、当該契約解消の正当化を説明する債権者による通知(notification)に基づき、確認されること(草案1158条)。そして、債務者に対して、自身の責めに帰せられる不履行の存在についての異議申立に基づき、債権者による決定を事後的に批判する可能性を認めること(草案1158 1条)である。また、後者(解除の効果のレジームに関する方針)についても、次の三点の説明・指摘がなされている。すなわち、解除の効果の発生時期を草案の通りに起草すること。つまり、解除が裁判上の場合には、解除の召喚(assignation)時、解除が一方的な場合には、通知の受領時(草案1158条および1160 1条)とすること。即時的履行契約(contrats à exécution instantanee)に関する遡及効の場合を除き、将来に向かっての解除の原則を定めて、解除の効果を草案の通りに起草すること(草案1160 1条および原状回復に関する第6節の諸規範)。そして、契約の履行の分割可能的性格に基づき、これらの効果の調整(modulation)の基準を定めること(草案1160条)である。

このように、ロシュフェルドは、約200年に渡りその立法形式を守り続けてきた法定解除規定(現行1184条)に、新たな命を吹き込もうとしている。

以上、改正草案規定(とりわけ、新1158条)および草案の理由説明(Exposé des motifs)から明らかのように、現行1184条1項が定めている「黙示の解除条件」構成は廃棄された。他方、現行1184条3項が定める「裁判上の解除」構成は、「付遅滞を介した一方的解除」構成と並存するかたちで残された。この草案通りに民法典が改正されれば、1804年以来、種々の批判を受けながらもその牙城を崩さなかった「黙示の解除条件」は、明文上も「解除条件」構成からの脱却を果たすことになる。これを法的基礎論の観点から見れば、19世紀の(現代でも議論の中心ではあるが。)法定解除の法的基礎論における最も重要だった問題が立法的解決によって解消されたことになる。今後は、解除条項(約定解除)も含めた契約解除法制全体の法的根拠を何に求めるかという議論が一層活発化するものと思われる。