

論 説

契約解除の存在意義に関する覚書

後藤 卷 則

1 はじめに

(1) 考察の対象

民法上の規定や制度を具体的な紛争に適用してその解決をはかるためには、その規定や制度がどのようなものか、なんのためのものか、なぜそうなっているかを検討することが不可欠な基礎的作業になる⁽¹⁾。こうした観点から、これまで種々の規定や制度について検討が進められてきたが⁽²⁾、契約解除に関する諸規定、あるいはこの制度自体の理解も、こうした観点からの検討を必要とするものの一つであろう。

すなわち、従来の通説は、損害賠償（民法415条）の要件としての債務不履行と契約解除（民法541, 542, 543条）の要件としての債務不履行を同一視し、一債務者の帰責事由が損害賠償請求の要件となるという理解の下で、

(1) これについては、ほとんど異論がないであろう。例えば、星野教授は、適用されるべき民法の規定、そこに用いられている法概念・制度・原理が、「なんであるか」「なんのためのものか」をまずはっきりと把握すること、そのためにもそれらが「なぜそうなっているか」を追及すること、「実際どうなっているか」を調べるのが解釈のための第一の基礎的作業であるとする。星野英一「民法学の方法に関する覚書」民法論集第5巻97頁〔初出、法学協会百周年記念論文集第三巻〔1983〕〕。

(2) 星野・前掲84頁、同「民法の教科書に書いてあること」法学教室13号〔1981〕49頁、55頁注(8)。

一契約解除についても債務者の帰責事由が必要であり、帰責事由の内容は損害賠償におけるそれと同じであると考えてきた⁽³⁾。しかし、その理由は必ずしも明らかにされておらず⁽⁴⁾、契約解除という極めて重要な制度、規定について、それがどのようなものか、なんのためのものか、なぜそうなっているか、という観点からの検討は、従来、意外に十分には行われてこなかったように思われる⁽⁵⁾。

しかし、最近になって、これを考えるのに手がかりを与える研究が相次いでいる。これらを列挙すると、①解除の意義は不履行者に対する制裁というよりもその相手方を契約の拘束から解放することにあることを理由として、帰責事由の要件を疑問視するもの⁽⁶⁾、②解除は価値中立的な契約解消

(3) この経緯につき、渡辺達徳「民法541条による契約解除と『帰責事由』—解除の要件・効果の整序に向けた基礎資料—(1) 商学討究44巻1 = 2号 [1993] 243頁以下参照。なお、解除には、約定解除や合意解除などもあるが、本稿ではもっぱら相手方の債務不履行に基づく解除を扱い、この意味で「解除」の語を用いる。

(4) 鳩山秀夫・増訂日本債権法各論(上巻) [1924] 215頁は、「第五百四十二条及び第五百四十三条トノ比較上コヽニ謂フ不履行モ亦第四百十五条ニ謂フ不履行ト同ジク債務者ノ過失ヲ要件トスル」とし、我妻榮・債権各論上巻(民法講義VI) [1954] 156頁も、「債務不履行による損害賠償責任の発生要件におけると同様に債務者の責に帰すべき事由によることを必要とし、ただその举证責任は、債務者にあると解すべきである。責に帰すべき事由ということの意義も、損害賠償責任の発生要件としての債務不履行におけると同様に解すべきである」という。しかし、これ以上の言及は見られず、なぜ契約解除の場合に損害賠償請求の場合と同様に解すべきかは明らかにされていない。これらの学説については、渡辺・前掲247頁以下が詳しく検討している。

(5) 初期には、不履行に対する制裁という側面が強調されたが(例えば、横田秀雄・債権各論(全) [1912] 168頁は、「当事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルトキハ之カ制裁トシテ其契約ヲ解除シ」という)、その後は解除の存在理由と結びつけて解除の要件を考察する態度は後退しており、むしろ過失責任主義の浸透(渡辺・前掲252頁)や、ドイツの学説の影響(星野英一・日本民法学史(1)法学教室8号 [1981] 43頁注(20)および対応本文参照)といった当時の時代的風潮が通説的解釈の重要な要因になったと考えられる。なお、「効果面に比して、解除の要件面、とりわけ主観的要件面の議論の薄弱さが感じられ、この方向へと議論の主題がシフトしていくことを期待したい」という指摘がある(潮見佳男「無効、取消、撤回、解除、無権代理(追認・遡及効)」法学教室144号30頁)。

方法であるとして、履行不能を除き債務者の有責を問わないとするもの⁽⁷⁾、③損害賠償については債務者の帰責事由が必要であるとしても、帰責事由のない遅延の場合にいつまでも債権者が契約に拘束されるのは妥当でないとして、履行遅滞による解除については帰責事由を不要とするもの⁽⁸⁾、④損害賠償の要件と解除の要件は別であるとして、履行遅滞が短期である場合には債務者に帰責事由が必要であるが、履行遅滞が長期にわたり債権者に不当な不利益が生ずるおそれがある場合には不要とするもの⁽⁹⁾、⑤債務者の無責の履行不能の場合にも、債務者の債務およびそれと牽連関係にある債権者の反対債務の存続を認めた上で（「後発的不能＝給付義務消滅」のドグマの否定）、一方では、債務者が、履行不能な自らの債務の履行請求を債権者から受けた場合には、履行拒絶を抗弁として主張でき、他方、債務者の債務の履行不能により債権者が給付を受けられない結果として、それと牽連関係にある債権者の反対債務につき債務者も履行を受けることができず一債権者がその履行の請求を債務者から受けたときには、やはり履行拒絶を抗弁として主張できるものとし、これを規定したのが民法536条1項と解する一、もし、債権者が履行可能な自らの債務からの最終的な解放を意図するときには、債権者は、双務有償契約における客観的な相互の債務の対価牽連関係に着目して設けられた「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であるとするもの⁽¹⁰⁾などである。

(6) 星野英一・民法概論Ⅳ〔合本新訂、1986〕77頁。また、内田勝一・債権各論講義ノート〔1994〕236頁も、この解釈の可能性を認める。

(7) 好美清光「契約の解除の効力」現代契約法大系第2巻〔1984〕180頁。なお、渡辺・前掲論文（2・完）商学討究42巻3号〔1994〕110頁も、履行義務からの解放と挫折した契約の清算（原状回復）の範囲では解除の機能を価値中立的と捉え、損害賠償義務の負担を債務者の不利益と見て、この場合にのみ帰責事由を要求する方向を示唆する。ただし、他の方向の解釈の可能性も留保している。

(8) 藤岡康宏他・民法Ⅳ—債権各論〔1991〕39頁（磯村保執筆）。

(9) 石田稜・民法Ⅴ（契約法）〔1982〕79頁。

(10) 辰巳直彦「契約解除と帰責事由」谷口知平先生追悼記念論文集2 契約法〔1993〕546頁、347頁。

これらの最近の研究は、解除とはどのようなものか、なんのためのものかという基本的な問題意識に根ざしており、契約解除の要件を損害賠償の要件に従属的に捉えていた従来の通説に再考を促すものという共通点を持っている。本稿は、これらの研究に示唆を得て、契約解除の要件を再検討するための準備作業として、契約解除の存在意義、制度趣旨について若干の考察を行うものである。

(2) 考察の方法

考察の方法として、比較法、具体的にはフランス法を参考にしたい。その理由は、次の通りである。

フランス法において契約解除の制度趣旨については、学説上いくつかの考え方があるが、双務契約から生ずる双方の債務の相互依存性(*interdépendance*)、牽連関係(*connéxité*)を根拠とする制度と理解するのが学説の多数であるとされている⁽¹¹⁾。わが国でもすでに梅博士が、民法541条の規定は、295条および533条の規定とその精神を同じくすると説明しており⁽¹²⁾、最近の学説も、契約解除は、同時履行の抗弁権と同趣旨で、これを一步進めたものということもできるとしている⁽¹³⁾。わが国におけるこのような考え方は、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ることによって、債務不履行を理由とする損害賠償とは別個に解除固有の要件を考察することを可能にすると思われるが、この点で、同様な方向を有するフランス法の検討はわが国にとっても示唆を与えるであろう。

また、フランスの判例は、契約解除の要件として債務者の帰責事由を不要とし、不履行が重大なものであることを要求している⁽¹⁴⁾。わが国の通説は、債務者の帰責事由が損害賠償請求の要件となるという理解の下で、契

(11) Voy. D. Tallon, ch. v. n° 17, in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, 1987.

(12) 梅謙次郎・民法要義巻之三債権篇〔1903〕447頁。

(13) 星野・前掲注(6)70頁。川井健他・民法第4巻契約・事務管理・不当利得〔1980〕51頁〔野村豊弘執筆〕も、ほぼ同様の説明をしている。

(14) Weill et Terré, *Droit civil, Les obligations*, 4^e éd., 1986, n° 486 ; Ghetin et

約解除についても債務者の帰責事由が必要であるとしているが、英米法⁽¹⁵⁾、ウィーン売買条約⁽¹⁶⁾、ドイツ債務法改正委員会草案⁽¹⁷⁾では、これを要求しておらず、わが国の通説は、比較法的には異例なものとなっている。とりわけ、ウィーン売買条約が解除の要件として「重大な契約違反」を要求し⁽¹⁸⁾、ドイツ債務法改正委員会最終報告書が不履行の重大性を問題としている（債権者に与えられてしかるべき給付が行われぬにもかかわらず、債権者が今後も契約に拘束されて、自己の給付を準備し続けることが、なおも期待できるかどうかが基準になるとする）⁽¹⁹⁾ことは、古くから不履行の重大性を問題としてきたフランスの判例との類似性を示すものであり、その参照を要請するであろう⁽²⁰⁾⁽²¹⁾。

Billiau, *Traité de Droit civil, Les obligations, Les effet du contra*, 1992, n^{os} 409 et s. もっとも、フランスの学説の多くは、債務者の帰責事由を要求している（Treitel, *Remedies for Breach of Contract, A Comparative Account*, 1988, 254）。

(15) Treitel, 257.

(16) Honnold, *Uniform Law for International Sales*, 1982, 423. 4. 曾野和明＝山手正史・国際売買法〔1993〕263頁。

(17) ドイツ債務法改正委員会草案323条。

(18) ウィーン売買条約49条1項a号, 64条1項a号。

(19) 現行ドイツ民法は、債権者が解除をするためには、債務者に帰責事由があることが必要であるとしているが（ドイツ民法325, 326, 285条）、ドイツ債務法改正委員会の最終報告書は、債務者の帰責事由が意味をもつのは損害賠償請求についてのみであるとする（岡孝＝辻伸行「ドイツ債務法改正委員会の最終報告書・総論（上）（下）ジュリスト996号101頁, 998号105頁（1992））。

(20) 本稿が用いる比較法の方法は、解除規定の沿革を探り、解除規定が沿革的にフランス法に連なるからフランス法を検討するというものではなく、どの国の立法にも存在するような解除制度について、いわば「比較モデル」としてフランス法を検討するのが有益であるとするものである。「比較モデル」としての比較法の重要性につき、能見善久「民法学と隣接基礎法学との関連」法時61巻2号〔1989〕29頁参照。なお、ウィーン売買条約も、契約解除に関する有益なモデルである。渡辺達徳『ウィーン売買条約』（CISG）における契約目的の実現と、契約からの離脱（2・完）商学討究43巻1＝2号〔1992〕155頁参照。

(21) なお、フランス民法1184条3項は、解除は裁判所に請求しなければならない旨を規定している。このように契約解除のために裁判所の介入を要求することは、裁判のための出費や労力を考えると解除に対する大きな制約となる点で、

本稿は、このような関心からフランス法を取り上げる⁽²²⁾。もっとも、債

難点のある制度であり、フランスでも、この手段を採らずに約定解除の方法が用いられることが多いようである (Malaurie et Aynès, *Droit civil, Les obligations*, 3^e éd., 1992, n° 749; Carbonnier, *Droit civil Tome 4, Les obligations*, 16^e éd., 1992, n° 188. 26)。また、わが国では解除を相手方に対する単独の意思表示 (裁判外の一方的な意思表示によって解除の効果が生ずる) として構成しているため、この点では、フランス法を参照すべき点は多くないと見る余地もある。しかし、解除の成否に争いがある場合は結局裁判所の判断を仰ぐことになるから、わが国もフランスと大差ないとも言える (星野・前掲注(6)70頁)。また、一般的には契約当事者の意思を尊重し、裁判所の介入を極力排除しようとする姿勢が強いフランスにおいて (Voy. H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de Droit civil, Obligations, théorie générale* 8^e éd. par F. Chabas, 1991, n°s 730 et 1095), 契約解除の場面では裁判所に広い裁量を与えていることの実際上の意味は重要である。フランスにおいて裁判官は、状況に最も適切な解決を選択するために不履行の重大性を考慮するのであり、フランスにおける裁判所への解除請求を特徴づけるのは、この柔軟性である (Ghetin et Billiau, *op. cit.*, n° 413)。例えば、売主の一部不履行の場合には、裁判官は、不履行が解除を生じさせるほどに重大であるかを判断し、重大である場合には解除を認め、重大でない場合には売主に損害賠償のみを命ずることによって代金の減額を認めたのと実質的に同じ解決をはかっている。

- (22) なお、本文中で述べた点の他にフランス法につき興味深い点をあげておく。すなわち、フランス民法1184条2項は、「債務の履行を受けなかった当事者は、それが可能であるときは合意の履行を他方当事者に強制し、またはその解除を損害賠償とともに請求する選択権を有する」と規定しており、履行請求と解除は選択的、解除と損害賠償請求は併存的とする処遇をしている。フランス民法が、このように履行請求と解除を選択的とする明文を置いていることは、一解除の要件が具備し、履行も可能であるという場合には、一解除を履行請求と優劣のない同列の制度と理解することを可能とする (Tallon, *op. cit.*, n°s 41 et s. もっとも、フランスでも学説に争いがある)。これに対して、ドイツ民法326条1項は、債務者の履行遅滞の場合につき、「相手方は、給付の履行のために相当の期間を指定して、その期間経過後は給付の受領を拒絶する旨の表示をすることができる」と規定しており、これは、第1次的には遅延損害の賠償プラス履行請求がなされるべきであり、解除は2次的な方法とする考えに立つものとされている (椿寿夫=右近健男編ドイツ債権法総論〔1988〕226頁〔赤松秀岳執筆〕)。また、英米法では、コモン・ローが認める原則的救済方法は損害賠償であり、特定履行 (specific performance) や解除は、損害賠償が十分な救済方法とならない場合を補うために、エクイティにより認められた2次的救済方法とされている (Treitel, *op. cit.*, 62. 望月礼二郎・英米法〔改訂第二版〕〔1990〕438頁。

務者の帰責事由の要否あるいは解除の要件としての不履行の重大性についての具体的な検討は次の機会に譲り、本稿では、フランスにおいて契約の解除とはどのようなものか、なんのためのものと考えられているかという点に限定して検討することにする。

2 フランス法における契約解除の制度趣旨

(1) フランス民法典（Code civil）における解除規定

フランス民法1184条は、次のように規定している⁽¹⁾。

1項「双務契約においては、当事者の一方がその債務を履行しない場合

もつとも、最近では、英米法でも、特定履行の緩和傾向が見られる。文献として、樋口範雄「契約の特定履行—英米救済法研究のための覚書として—」田中英夫編集代表・英米法の諸相〔1980〕601頁以下、同・アメリカ契約法〔1994〕49頁以下。なお、英米法における解除制度の概略につき、森田修「UCCにおける『不履行契約からの離脱』と債務転形論」法学志林91巻2号〔1993〕9頁以下参照）。わが国でも履行請求が解除に優先する原則的な方法とする理解が暗黙裡に行われているように思われるが（例えば、星野・前掲注〔6〕78頁は、民法541条の催告につき、「わが民法は、契約の原型をできるだけ維持したいとの考え方に立ち、解除は、契約関係を一方的に廃棄する重大な行為であるから、不履行をしている債務者にもう一度考え直す機会を与えようとの趣旨とされる」と説明している）、上のフランス法を参考にすれば、一解除の要件が満たされなければならないという実際上の制約はあるものの一理論的には、解除を履行請求と優劣のない同列の制度として理解する可能性があるのではないだろうか。履行請求を本来的な救済方法とする考え方は、その究極的な根拠を「約束は守られなければならない」という理念に置いていると考えられるが、それと全く同価値の理念として、「約束を守らない者に対しては約束を守らなくてよい」という理念が存在するのであり、契約解除の本質は、この観点から検討される必要がある（フランス解除法の沿革がそれを示唆している点を、本文で後に述べる）。なお、履行請求と契約解除とを同列に見ることは、具体的にはわが国の民法541条の規定する付加期間（猶予期間）の解釈にも影響を及ぼすと考えられるが、稿を改めて論じたい。

- (1) 条文の訳出にあたっては、法務大臣官房司法法制調査部編・フランス民法典—物権・債権関係〔1982〕78頁～79頁、山口俊夫・フランス債権法〔1986〕231頁を参考にした。

につき、つねに解除条件が暗黙裡に含まれている (tourjours sous-entendu) 』。

2 項「前項の場合において、契約は、当然には解除されない。債務の履行を受けなかった当事者は、それが可能であるときは合意の履行を他方当事者に強制し、またはその解除を損害賠償とともに請求する選択権を有する。」

3 項「解除は、裁判所にこれを請求しなければならない。裁判所は、状況に従って被告に猶予期限を付与することができる。」

この規定は、フランス民法第 3 編第 3 章第 4 節第 1 款が規定する「条件つき債務」のうちの解除条件 (condition résolutoire) に関する規定の中に位置しており、同じ款に属してこれに先立つ 1183 条は、解除条件の意義・効果につき、次のように規定している。

1 項「解除条件は、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。」

2 項「解除条件は、債務の履行を停止しない。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。」

以上の 2 条の規定によれば、フランス民法の解除規定には、次のような特徴がある。

第 1 に、フランス民法には解除という独立した制度はなく、解除条件として構成されている。すなわち、双務契約には当事者の一方が債務を履行しない場合に他方が解除しうる旨の解除条件が黙示的に含まれている、としている (1184 条 1 項)。第 2 に、右の第 1 の構成からすれば、当事者の一方が債務を履行しない場合には当然に債務が消滅し、あるいは他方が当然に解除しうるように見えるが、そうではなく、裁判所に解除を請求しなければならない、とされている (同条 3 項) ⁽²⁾。

(2) フランス民法の解除規定と、わが国の旧民法、現行民法の規定との比較について、平井一雄「解除の効果についての覚書」獨協法学 9 号 [1977] 48 頁以下

(2) 解除規定の沿革

右のように、同一の条文の中に一見矛盾する規定が置かれているのは、フランス民法の解除規定が持つ沿革によると説明されている⁽³⁾。そこで、これを概観しよう。

(1)ローマ法　ローマ法は、売買などの有名諾成契約について、不履行に基づく契約の解除を認めていなかった⁽⁴⁾。そのため、売主が代金の支払いを受けることなく物を引き渡した場合には、売主は、買主に対して代金の支払いを請求することができるのみで、物の返還を請求することはできず、買主に資力がない場合には、売主は何らの救済も得られなかった。そこで、売買契約においては、慣習により、次第に、合意された期限内に買主が代金を支払わない場合には、契約は当然に解除されるという解除約款 (*lex commissoria*) が取り決められるようになった⁽⁵⁾。これは、売買契約につき、しかも売主の利益のためにのみ行われ、また、解除といっても当事者の合意に基づくものであった。

他方、無名契約については、ローマ法は、その不履行について履行請求と返還請求という2つのサンクション (sanction) を認めた。このうちの返還請求は、契約の一方当事者は、反対給付を得なかった場合には物を取り戻すことができるという不当利得の原則の一適用であり、目的不到達による不当利得返還請求訴権の問題と考えられた⁽⁶⁾。

参照。

(3) Malaurie et Aynès, op. cit., n° 738. なお、小川浩三「ジャン・ドマの lois de la religion と lois de la police (二・完)」北大法学論集38巻4号 (1988) 641頁注 (65) がフランス解除法の沿革に言及している。

(4) R. Cassin, Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution, Rev. trim. dr. civ. 1945, p. 162; Ghestin et Billiau, op. cit., n° 386. なお、有名契約についても、賃貸借契約、組合契約などの継続的契約の解約は認めていた。

(5) Ghestin et Billiau, op. cit., n° 386; Weill et Terré, op. cit., n° 481.; Malaurie et Aynès, op. cit., n° 738.

(6) Mazeaud et Chabas, op. cit., n° 1088.; Ghestin et Billiau, loc. cit. なお、ローマ法における不当利得制度については、原田慶吉・ローマ法〔改訂版, 1955〕

(ロ)フランス古法 解除がすべての双務契約に一般的に適用されることが認められたのは教会法 (droit canonique) に至ってのことである。教会法学者は、契約上の債務を生じさせるのは、債務者の意思 (債務を引き受けるという意味)なのであるから、債務の履行に関する紛争において裁判官が依拠するのは債務者の意思であるとする。これに基づき、教会法学者は、一方の債務者が負う債務は、その不履行があった場合には、他方が負う債務からの利益を剥奪するという黙示の条件を含んでいると推定されるとする。すなわち、債務者による契約の不履行があれば、暗黙裡の条件 (condition sous-entendue) が働き、約束は拘束力を失うとする⁽⁷⁾。こうして、教会法学者は、双務契約から生ずる双方の債務を結びつける因果関係 (lien de causalité) を明らかにし、そのことから、約束を守らなかった契約の一方当事者は、彼に対してなされた約束の履行を求める権利を失うという規範を引き出す。教会法学者は、この規範に基づき、相手方の給付の履行を受けることができなかった者は、自己の給付を履行しない権利を有するが、それのみならず、契約を解除する権利をも有すると結論づけた⁽⁸⁾。解除の根拠は、*Fragenti fidem non est fides servenda* (信義を破る者に対してはもはや信義は義務づけられない) という法格言に求められ、解除は、表明された約束の言葉 (parole donnée) を尊重することを担保するための制度であり、約束を守らず、締結した契約の有する利益を喪失させたことがフォート (faute) を構成するとした⁽⁹⁾。そして、約束を守らない者に対する санкシオンは罰としての性質 (caractère pénal) を持つと説き、これに基づき、不履行の被害者は、フォートある債務者に対して損害賠償を求めることができるとした⁽¹⁰⁾。ここでは、解除は道徳を根拠とする制度であり、当事者の

206頁以下、船田享二・ローマ法第三卷〔改版、1970〕339頁以下、マックス・カーザー著、柴田光蔵訳・ローマ私法概説〔1979〕379頁以下参照。

(7) M. Storck, *Juris-classeur civil* 1988, Art. 1184, n° 6.

(8) Weill et Terré, *loc. cit.*; Ghetin et Billiau, *loc. cit.*

(9) Mazeaud et Chabas, *op. cit.*, n° 1088; Weill et Terré, *loc. cit.*

(10) Storck, *op. cit.* n° 7.

行為の反道徳性を調べるために裁判所の介入が要求された⁽¹¹⁾。

他方、世俗法 (*droit laïc*) も、次第に教会法の影響を受けて、無名契約についてのサンクションを他の契約に拡張していった。そして、16世紀に至り、Dumoulin[1500-66]は、ローマ法上無名契約と結合していた不当利得返還請求訴権 (*condictio ob coasam* = 原因による不当利得返還請求訴権) が、有名契約である売買契約にも適用されるべきことを説いた⁽¹²⁾。その後、16世紀から17世紀にかけて、Connan[1508-51]らは、有名契約と無名契約の区別を退け、無償契約と有償契約の区別に代えた。これにより、一有償契約はすべて *ob causam* な (原因による) ものであるという理由で、一不当利得返還訴権の適用が、他の双務 (有償) 契約へと一般化していった⁽¹³⁾。

このような動向の帰結は、Domat [1625-96] の次の論述に現れている。「契約当事者の一方の側の契約の不履行は、彼がその債務を履行することができなかったときであれ、あるいは彼がその債務を履行しようとしなかったときであれ、解除の原因となる。このことは、売主が売却した物を引き渡さない場合のように、解除条項 (*clause résolutoire*) が存在しないときでも同様である。この場合に、契約は、必要であればまず解除され、あるいは任意の期間の後に解除され、解除は不履行によって生ずる損害賠償を伴う⁽¹⁴⁾。」 Domat は、契約当事者が互いの債務を履行しない場合には、契約の解除が認められる旨を一般的に表明し、この原則は売買契約にも適用さ

(11) Malaurie et Aynès, loc. cit.; Ghetin et Billiau, loc. cit. また、同時履行の抗弁のような不履行の抗弁 (*exception d'inexécution*) も、道徳を根拠とする制度と理解された (Malaurie et Aynès, op. cit., n° 722)。

(12) Ghetin et Billiau, loc. cit.; Cassin, op. cit., p. 163; Dumoulin, *variae juris quaestiones*, t. III, De verborum obligationibus, rubr. I, n°s 57 et s., 63 et s. (未見, cité par Cassin, ibid.). 有名諾成契約において解除が認められなかった理由は、合意した以上、契約は完全なものであり、その後の事実によって契約の効力は影響を受けないと考えられていたためである (Storck, op. cit., n° 9)。

(13) Cassin, ibid. なお、Connan の契約理論については、小川浩三「F・コナンの契約理論(一)(二)」北大法学論集35巻6号[1985]775頁以下、38巻1号[1987]37頁以下参照。

(14) Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, I, 1, Sect. VI 1735, n° 11.

れるから、売買契約の解除のためにも解除条項が存在することは必要でないとした。そして、契約当事者は、互いにその債務を履行する場合にのみ契約の存続を主張することができるとした⁽¹⁵⁾。

Pothier [1699-1772] は、不履行に基づく解除についての一般的論述を解除条件の部分で扱っている。このことは、解除を解除約款とするローマ法の伝統に忠実なもののように見える。しかし、不履行による解除と解除条件との関連について、Pothier は、不履行による解除は、「あなたの債務の不履行を、私があなたと契約した債務の解除条件 (condition résolutoire) としたことを契約条項の中で明記していなくても」働くとし、解除は裁判官によって宣告されなければならないとしている⁽¹⁶⁾。また、Pothier は、売買を扱った部分でも解除について論じているが、そこでは、代金の不払いがあった場合には、解除条項が存在しなくても、売主は契約解除を求めることができる旨を論じたうえで、「売主あるいは買主のその他の債務については、不履行が解除の原因になるかどうかは状況による。すなわち、約束した事項が、それがなかったらば契約を締結しなかったような事項である場合に、不履行は解除の原因になる」としている⁽¹⁷⁾。

(3) 沿革と解除規定との関連

フランスの解除制度の沿革を概観すると以上のようなものである。これと1184条との関連を見ると、①解除を解除条件とする同条1項は、(少なくともその文言上は)ローマ法の *lex commissoria* に由来するよう見え、②解除と損害賠償が併存することを定める2項、および裁判所に解除を請求しなければならない旨を定める3項は、教会法に由来するよう見える。このような見方がフランスの学説において従来は多かった⁽¹⁸⁾。

(15) Weill et Terré, loc. cit.

(16) Pothier, *Traité des obligations*, n° 672 (Oeuvres de Potier par M. Bugnet, Tome 2, 1848).

(17) Pothier, *Traité du contrat de vente*, n° 475 (Oeuvres de Potier par M. Bugnet, Tome 3, 1847).

(18) Mazeaud et Chabas, loc. cit. が、従来はこのように考えられていたことを

しかし、すでに見たように、ローマ法における *lex commissoria* は、その適用場面が限定されたものであり、フランス中世の公正証書においても解除条項はあまり多くなかったようである⁽¹⁹⁾、そのため、最近では、解除が *lex commissoria* に由来するという理解には否定的な見解が多い⁽²⁰⁾。むしろ双務契約が暗黙裡の解除条件を含んでいるとする見方は教会法学者によるものであり、これは双務契約における双方の債務の牽連関係についての原初的な見方として位置づけられるものである。また、1184条1項は、起草者が Pothier の見解を誤解して起草したものと説かれている。これによると、たしかに、Pothier は、解除を解除条件の部分で扱い、しかも、債務の不履行を解除条件としたことを契約条項の中で明記していなくても解除をなしうるとしているが、これは、裁判官が職権により解除を宣告することができる以上、解除条件を付するのは不要であると論じただけのことである。ところが、起草者は、解除条件を付するのは不要とせずに、解除条件が暗黙裡に含まれていると規定してしまった。それ故、1184条1項は、起草者が Pothier の見解を誤解したために起草された条文であるとする⁽²¹⁾。Pothier が、買主の代金支払債務以外の売主・買主の債務について、不履行が解除の原因になるかどうかを直接に当事者の意思によって説明し

指摘する。Cassin, loc. cit. も、解除と解除条項を接近させる考え方が古い学者にとっては伝統的であったとする。なお、Maurie et Aynès, loc. cit. は、このような従来の見方を維持している。

(19) Mazeaud et Chabas, *ibid.*

(20) Weill et Terré, loc. cit.; Ghetin et Billiau, op. cit., n^os 386 et 387; Cassin, loc. cit.; Storck, op. cit., n^o 13. なお、船田・前掲290頁は、フランス法における双務契約解除のための訴訟（1484条）は、その原型を無名契約制裁のための返還請求訴訟に求められるとしている。

(21) Cassin, *ibid.*; Ghetin et Billiau, op. cit., n^o 386; Weill et Terré, *ibid.* フランス民法の制定過程で、起草委員の一人である Bigot-Préamneux は、立法院 (Corps législatif) における理由説明において、双務契約において各当事者は、相手方がそれに満足しない場合には解除されるという解除条件付で債務を負っていると推定される、と述べている (Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoire du code civil*, Tome XIII 1827, p. 244)。

ていることからすると、Pothier は、当事者の意思に依拠して双務契約における双方の債務の結びつきに着目した教会法学者と共通の基礎に立っていたと見ることができる。すなわち、フランス法の基本的な流れは、教会法 → Domat → Pothier → 起草者 (1184条 2 項, 3 項) というものであり、*lex commissoria* → Pothier → 起草者 (1184条 1 項) という沿革は、現在では否定的に見られている。

(4) 解除の根拠

契約の解除が上のような制度だとして、このような制度としての解除は、法的にどのような概念として構成されるであろうか。これについては、フランスにおいて次のような学説がある。

(イ) 当然解除条項 (clause résolutoire sous-entendue)

解除は、不履行があった場合に契約が解除されるということを両当事者が予め黙示的に決めておく制度であるとする。解除はローマ法の *lex commissoria* に由来するという理解、およびフランス民法1184条 1 項に適合的な見解である。しかし、上に見たように、解除が *lex commissoria* に由来するという理解は、フランスの学説上否定的に見られている。また、この見解は、相手方に損害賠償請求を認め、裁判所の介入を要求している1184条 2 項, 3 項と矛盾すると批判されている⁽²²⁾。この見解は、古い時代のものであり⁽²³⁾、現在では採られていない。

(ロ) コーズ⁽²⁴⁾

(22) Starck, *Obligations 2 Contrat*, 4^e éd. 1993 par H. Roland et L. Boyer n° 1647; Mazeaud et Chabas, *op. cit.*, n° 1089; Ghetin et Billiau, *op. cit.*, n° 387.

(23) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité théorique et pratique de Droit civil, Des Obligations*, 3^e éd. 1907, Tome II, n°s 900 et s.

(24) フランス法におけるコースについての邦語文献として、野村豊弘・体系フランス民法〔債務法〕6判タ649号〔1987〕24頁以下、岸上晴志「契約の目的についての覚書(一)(二・完)」中京法学16巻1号51頁以下、16巻2号77頁以下〔1981〕、山口俊夫・前掲45頁以下、能見善久「違約金・損害賠償額の予定とその規制(四)」法協102巻10号〔1985〕1829頁以下、岸上晴志=石堂典秀「ジョルジュ・シュヴリエ『債務におけるコースの歴史に関する試論(一)~(八・完)』中京法学25

解除は、コース（cause, 原因）によって説明されるとする⁽²⁵⁾。この見解によれば、双務契約において、契約当事者は、互いに相手方から、合意した反対給付の履行を受けることを目指して債務を負うのであるから、各自の債務は相手方の債務をコースとしており、一方の債務の履行がなされず、期待した結果が得られない場合には、その相手方の債務はコースを欠くことになり、その者は債務を免れるとする。コースは、契約当事者の各自が追求する目的（but）であり、解除は、このような意味でのコースの不存在として説明されるとする。また、強制履行（exécution forcée）は常に可能とは限らず、債務者が無資力の場合には損害賠償を命じても無益なのであるから、期待した反対給付が履行されないのに自己の給付は履行する義務を負うとするのは当事者の意図に反するという⁽²⁶⁾。判例も、「双務契約においては、当事者の一方の債務は他方の債務を互いにコースとしている。したがって、一方の債務が履行されないならば、他方の債務はコースを欠くことになる」と述べている⁽²⁷⁾。

しかし、フランス民法は、コースを契約が有効に成立するための要件の一つとして規定しているため（1108条）、フランスの学説の多数は、コースは契約の締結時点での有効要件であり、契約の履行の段階における契約均衡（équilibre contractuel）を担保するためには、他の法技術によるべきであるとしている⁽²⁸⁾。また、コースを欠く場合の効果は絶対無効（nullité abs-

卷2・3号77頁以下、26巻1号38頁以下、26巻2号151頁以下、26巻3・4号188頁以下、27巻1号165頁以下、27巻2号64頁以下、27巻3・4号132頁以下、28巻1号153頁以下（1991～1993）参照。

(25) Demolombe, Cours de Code Napoléon, Tome 25 (Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général Tome II), 1869, n° 489; Larombière, Théorie et pratique des obligations, Tome 3, art. 1184, 1885, n° 1; Capitant, De la cause des obligations, 3^e éd. 1927, n°s 147 et s.

(26) Capitant, op. cit., n° 147.

(27) Cass. civ. 14 avril 1891, D. P. 91, 1, 329, note Planiol; S. 94, 1, 391.

(28) Gestin, Traité de Droit civil, La formation du contrat, 3^e éd. 1993, n° 878; Storck, op. cit., n° 15; Starck, Roland et Boyer, op. cit., n° 1652. フランスにおける伝統的な理解によると、コースは、契約の締結にかかわる概念として捉

olue)であり、利害関係人の誰もが主張しうることになるから、債権者のみが主張しうる解除の場面にコースの理論を適用することは適切でないとする批判がある。さらに、解除は、双務契約以外の契約についても、また、付随的な債務の不履行についても認められることがあるが、コースを根拠とするならば、双務契約につき、主たる債務の不履行があった場合の解除についてしか説明しえないと批判されている⁽²⁹⁾。

(イ) 債務不履行責任

解除を不履行に対する罰 (peine) とする見方は、フランス古法においても認められてきたが、フランスの一部の学説は、解除は、現在では、債務者の契約責任に結びついた民事上のサンクションになったとする⁽³⁰⁾。この

えられている。コースは、片務契約や無償契約についても問題となるが(片務要物契約においては物の交付が目的物返還債務のコースであり、無償契約においては処分者の恵与の意図 (intention libérale) が目的物引渡債務のコースであると説明されている。Voy. Mazeaud et Chabas, op. cit., n° 263), 双務有償契約についてこれを見ると、一方当事者Aの債務のコースは、相手方Bの債務であり(例えば、売主の目的物引渡債務のコースは、買主の代金支払債務)、契約締結時点でBの債務が存在しない場合には、契約は有効でないとされる。それ故、コースは、双務契約につき、契約締結時点において互いの債務に相互依存関係 (interdépendance) があることを説明する概念として有用性をもつ (Mazeaud et Chabas, op. cit., n° 266)。

- (29) Starck, Roland et Boyer, loc. cit.; Ghetin et Billiau, op. cit., n° 389; Storck, loc. cit. なお、フランスでは契約の解除は原則として双務契約について問題となるとされているが、例外として、双務契約でなくとも解除できる場合もあり、また、双務契約でも解除できない場合があることが認められている。
- (1) 双務契約でなくとも解除できる場合としては、①質物の所持者がそれを濫用した場合における質物の返還請求(民法2082条)、②利息付消費貸借における元本の返還請求(債務者の破産等による期限の利益の喪失の場合=民法1188条)、③抵当不動産の滅失、損傷による債務の償還請求(民法2131条)などがある。
- (2) 双務契約でも解除できない場合としては、①司法関係職(例、公証人職)の譲渡、②終身定期金における定期金支分金の支払いの欠如(その欠如は、定期金の設定を受けた者が元本の償還を請求し、またはその者が譲渡した資産を取り戻すことを可能としない(民法1978条)、③従業員代表との間で締結された労働契約(企業委員会 comité d'entreprise の同意あるいは労働監督官 inspecteur du travail の承認がなければ解雇できない)などがあげられている (Maurie et Aynès, op. cit., n° 739; Ghetin et Billiau, op. cit., n°s 393 et s.)。

見解によれば、解除は、債務者の不履行があった場合に、反対給付を受けない債権者を履行義務から解放し、あるいはすでに履行した給付を債権者が取り戻すことを可能とするによって、債権者が被った損害を賠償する方法のひとつ（現物賠償）であるとする。債務の履行を受けない債権者は、その等価履行（exécution par équivalent）としての損害賠償を求めうるが、この賠償は債務者が無資力の場合には無力であるから、債権者にその債務の履行を免除し、あるいは履行した給付を取り戻すことを可能とするのが契約の解除であるとする⁽³¹⁾。この見解によると、フランス民法1184条2項は、契約を解除してもなお損害がある場合の損害賠償請求として説明される。また、1184条3項も、債務者に責任を課すためには裁判官の評価を経ることが適切であるという観点から説明することができる。しかし、この見解に対しては、フランスの判例が、解除の要件として債務者の帰責性を必ずしも必要としていないことを説明しえないとする批判がある。また、解除が損害賠償の一態様ならば、フランスの判例が損害が発生していない場合にも解除を認めうるとしていることと矛盾するという批判がある⁽³²⁾。

(二) 債務の牽連関係（connéxité）

双務契約から生ずる双方の債務の相互依存性（interdépendance）、発生共通性（communauté d'origine）によって解除を説明する⁽³³⁾。双務的な関係に従属する債務は、相互にその関係の全体としての満足を目指して存在するという⁽³⁴⁾。しかし、この見解に対しては、解除と危険理論（危険負担）の区別が説明できなくなるとする批判がある⁽³⁵⁾。

(30) Planiol et Ripert, *Traité pratique du droit civil français*, 2^e éd., Obligations, Tome VI par Esmein 1952, n° 545 ; Mazeaud et Chabas, op. cit., n° 1089 ; Chabas, observ. Rev. trim. dr. civ. 1983, p. 340.

(31) Mazeaud et Chabas, op. cit., n° 1089.

(32) Storck, op. cit., n° 14 ; Starck, Roland et Boyer, op. cit., n°s 1648 et s.

(33) Tallon, ch. v. n° 17, in *Le contrat aujourd'hui* ; Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 1930, Tome II, n° 377 ; Ghetin et Billiau, op. cit., n° 391 ; Weill et Terré, loc. cit.

(34) Ghetin et Billiau, *ibid.*

(5) 解除の沿革, 根拠についてのまとめと日本法への示唆

以上で検討してきたフランス法における契約解除の沿革と根拠から、次の点を指摘することができよう。

第 1 に、1184 条 1 項の明文規定があるにもかかわらず、解除を解除条件として構成することには否定的である。

第 2 に、フランス法の沿革は、解除に債務不履行に対するサンクション(制裁)の性質を認めるが、そこで問題とされているサンクションは、約束を守らなかったことに対するサンクションであり、フォートは不履行自体によって備わるものと考えられている。ここにおけるフォートは、わが国で債務者への主観的非難を含んで用いられる帰責性とは異なる。

第 3 に、フランス法の沿革は、解除に債務不履行に対するサンクションの性質を認めるが、フランスではこれを債務不履行責任と関連づけて捉える学説は少なく、むしろ、これを双務契約における双方の債務の関連性によって説明している。この場合にコースズ概念が援用されることもあるが、通説は、コースズを契約の締結のみならず履行にまでかかわる概念と理解することには否定的である。むしろ、双務契約から生ずる互いの債務の相互依存性、発生共通性、すなわち、わが国で牽連関係と言われているものによって解除を説明しようとしている。

第 4 に、フランスにおいて解除の根拠を債務不履行責任とする見解は、解除を損害賠償の一態様(現物賠償)とする。この点は、解除と損害賠償を同様の要件の下に考察しつつも、この二つの制度自体は債務不履行から生ずる別個の効果と観念しているわが国と異なる。

以上によりフランス法がわが国に与える示唆を考えると、解除は債務不履行に対するサンクションであるが、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、双務契約における双方の債務の牽連関係によって解除を根拠づけることが可能なのではなかろうか⁽³⁶⁾。また、解除を債務不履

(35) Mazeaud et Chabas, op. cit., n° 1089.

(36) なお、本稿では扱っていないが、フランスでは解除は無効と同じ効果を生ず

行責任と結びつけるとしても、わが国では—フランスの学説と異なり、—解除と損害賠償を債務不履行から生ずる別個の効果としているのであるから、損害賠償に帰責事由を要するからといって解除も同様とする必然性はないのではないか。

もっとも、右のように解除を双務契約における互いの債務の牽連関係によって説明し、解除に債務者の帰責性を必要としないとすると、フランスでも指摘されているように、解除と危険負担の区別ができなくなるのではないかという問題がある。そこで、次にこの点に関するフランス法の状況を検討しよう。

3 フランス法における契約解除と危険負担

(1) 危険負担制度の概略⁽¹⁾

フランスでは危険理論（危険負担）に関する一般規定は存在せず、各別に規定されており（賃貸借契約に関する民法722条、請負契約に関する1790条、組合契約に関する1867条1項など）、これらは、債務者主義を採っている。

これに対して、民法1138条は例外的に債権者主義を採る。すなわち、同条1項は、「物を引き渡す債務は、契約当事者の合意のみによって完全となる」と規定し、2項は、「この債務は、引渡しが行われなかった場合でも、物を引き渡すべきであったときから直ちに債権者を所有者とし、その物を債権者の危険におく。ただし、債務者がその物を引き渡すことにつき遅滞にある場合にはその限りでない。この場合には、その物は、債務者

ると考えられているから（Voy. Flour et Aubert, Les Obligations, 1, L'acte juridique, 5^e éd. 1991, n° 320）、この点からも、解除の根拠を債務不履行責任と考えないのが妥当である。わが国の立法者も解除を価値中立的な清算手段と見ていたと解される（一の注(7)好美論文参照）。

(1) Mazeaud et Chabas, op. cit., n°s 1107 et s. および Ghetin et Billiau, op. cit., n°s 515 et s. による。また、山口・前掲228頁以下、小野秀誠「牽連関係と危険負担（一）」商学論集〔福島大学〕50巻3号〔1982〕28頁以下参照。

の危険にとどまる」と規定している。ただし、停止条件付売買については例外規定がある（1182条）。

(2) 危険負担の根拠

危険負担の根拠について、学説には、①コースを根拠とすると見るもの⁽²⁾、②契約当事者の推定された意思 (*volonté présumée*) によるとするもの⁽³⁾、③双務契約における双方の債務の牽連関係によるとするもの⁽⁴⁾などがある。

このうち、コースを理由とする見解に対しては、(i)コースは契約の締結にかかわり、履行にかかわる概念ではない、(ii)コースを欠く場合には契約は無効となるが、これは危険負担の効果とは異なる、(iii)コースは存在するかどうかが問題であり、コースの部分的不存在ということは考えられないから、不可抗力による一部不履行の場合には、コースを欠くことにならず、危険負担の問題として扱えない、といった批判がなされている。また、当事者の推定された意思を根拠とするという見解に対しては、不可抗力事象かどうか、あるいは一部不履行の場合に契約の効果をどうするかという判断を裁判官が行わざるをえない場合があり、危険負担を全面的に当事者の意思によるものと考えすることはできない、という批判がある⁽⁵⁾。さらに、双方の債務の牽連関係を根拠とするという見解には、解除と危険負担の区別ができなくなってしまうという問題がある。

(3) 解除と危険負担との適用関係

フランス民法は、危険負担に関する一般規定を置いていない。そのため、19世紀のフランスの学説の大部分は、解除に関する民法1184条が、理由を問わずすべての不履行に適用されるとし、契約解除と危険負担を明確に区別していなかった⁽⁶⁾。判例も、債務者の責めに帰しえない不履行の場合にも

(2) Planiol et Ripert, *op. cit.*, n° 413; Weill et Terré, *op. cit.*, n° 498; Malaurie et Aynès, *op. cit.*, n° 761.

(3) Mazeaud et Chabas, *op. cit.*, n° 1109.

(4) Ghetin et Billiau, *op. cit.*, n° 523.

(5) Ghetin et Billiau, *ibid.*

1184条を適用して解除の問題とした。この旨を判示した破毀院民事部1891年4月14日判決⁽⁷⁾は、次のようなものである。

〔事実〕ブドウ栽培のための土地賃貸借契約において、ブドウの害虫であるネアブラムシの発生により、賃借人が取り木をすることができなくなった。そこで、賃貸人が、裁判所に対して賃貸借契約の解除（1184条）を請求した。原審は、本件では、不可抗力が問題となっていること、および賃借人が取り木をする義務は一部履行されていることを理由として、解除の請求を退けた。そこで、賃貸人が破毀を申し立てた。

〔判旨〕「双務契約においては、当事者の一方の債務は他方の債務を互いにコーズとしている。したがって、その理由はどうであれ、一方の債務が履行されないならば、他方の債務はコーズを欠くことになる。・・・契約が明示的な解除条項を含んでいない場合には、当事者の一方が全部的に履行を怠ったときに、契約の文言や当事者の意図によって、彼が同意した義務の範囲や効力を探究し、また、一部不履行のときには、状況に応じ不履行が解除を生じさせるほどに重大であるか、あるいは損害賠償を命ずることによって十分に回復されないかを評価することは裁判所に属する。」として、原判決を破毀した。

この破毀院判決を評釈した Planiol は、本件で賃貸借契約が消滅するのは、契約の解除（1184条）によるものではなく、「当事者の一方の債務を消滅させる不可抗力は、必然的かつ同時に他方の債務をも消滅させる」と定式化される「書かれていない規範（une règle non écrite）」の効果によるとする。そして、契約解除は債務者に帰責事由がある場合の問題であり、危険負担は債務者に帰責事由がない場合の問題であるとして、両者を区別すべきことを説いた⁽⁸⁾。

(6) Demolombe, op. cit., n° 497; Larombière, op. cit., n° 6.

(7) Cass. civ., 14 avril 1891 précitée

(8) その理由として、Planiol は次の3点をあげる(Planiol, note sous Cass. civ., 14 avril 1891 précitée)。①ローマ法において例外的に契約解除が認められた場合においても、不可抗力による不履行の場合には解除が認められなかった。②

しかし、判例は、その後も、債務者の責めに帰しえない不履行についても解除の問題としている⁽⁹⁾。また、最近の学説は、「危険理論によれば、契約は当然に自動的に解除される⁽¹⁰⁾」、あるいは「危険理論の適用による解除⁽¹¹⁾」と表現しており、危険負担を解除の特別な場合とする傾向が見られる。のみならず、外来原因による一部不履行の場合や一時的不履行の場合を考えると、契約の全部消滅にするか代金の減額にとどめるか契約の停止 (suspension)⁽¹²⁾ を認めるかといった評価が必要であり、そのためには、裁判官の評価を必要とする契約解除の適用のほうが妥当であると説かれている⁽¹³⁾。

危険負担の場合には、不可抗力事象の発生によって債務者の債務は消滅し、債権者の債務は反対給付を失うことによって、コースを欠くことになる。契約解除の場合には、債務が履行されないだけであり、「履行されない債務」は「存在しない債務」ではないから、債権者の債務はコースを欠いていない。それ故、解除と危険負担とは異なる根拠に基づく。③契約解除は裁判上の行為によって債務を消滅させるものであるが、危険負担は裁判外でも当然に働く債務の消滅である。この Planiol の評釈がその後の学説によって繰り返し引用され、債務者の責めに帰しえない外来原因 (とりわけ不可抗力) による不履行については危険負担の問題とするという多数説が形成された。これによると、1184条は、債務者に帰責事由があることを要件として債権者が裁判所に契約の解除を請求する制度であるのに対して、危険負担は、債務者に帰責事由がない不履行の場合に契約全体を自動的に消滅させる制度である。また、危険負担は、裁判所への請求を要せず、被告に猶予期限を付与するとか、損害賠償義務を付与するということがなく、契約当事者のいずれもが契約の消滅を主張しうる点で、契約解除と異なり、解除と危険負担を混同すべきでない、とされる (Voy. Starck, Roland et Boyer, op. cit., n° 1739; Mazeaud et Chabas, op. cit., n° 1110.)。

(9) Ghetin et Billiau, op. cit., n°s 407 et 516.

(10) Malaurie et Aynès, op. cit., n° 761.

(11) Carbonnier, op. cit., n° 191.

(12) フランスでは、継続的契約 (主として労働契約) において不可抗力により履行が一時妨げられた場合の契約停止が論じられている。これについては、山口俊夫「フランス法における契約停止 Suspension du conerat の概念について—契約関係安定のための法技術」私法28号〔1966〕115頁、中田裕康「継続的売買の解消(3)」法協108巻7号〔1991〕1043頁以下参照。

(13) Weill et Terré, op. cit., n° 486; J. Mestre, Résolution judiciaire et inexécution fortuite du contrat, Rev. trim. dr. civ. 1986, p. 346.

(4) 日本法への示唆

このようなフランスの判例や最近の学説の状況を見ると、解除と危険負担とは、そう簡単に区別できるものなのか、そもそも区別すべきものなのか、が問われる必要があるように思われる。危険負担における債務者主義の原則は、契約の一方当事者の債務不履行によって契約の存続が不可能になった場合に、その危険を不履行者に負担させるという考え方であると見ることができるが⁽¹⁴⁾、契約の解除を、一方当事者の債務不履行によって契約の存続が無益になった場合に⁽¹⁵⁾、他方当事者を契約の拘束から解放する制度と考えるならば、危険負担と解除とは同じ根拠をもち、同じ目的に仕える制度として理解することができるのではなからうか。このように、解除を双務契約における双方の債務の牽連関係を基本として理解するならば、解除規定は、債務者の責めに帰しえない不履行の場合にも適用される一般規定であり、危険負担はその特別な場合として、危険負担を解除の中に吸収して理解することができるのではないだろうか⁽¹⁶⁾。

(14) フランス民法1138条やわが国の民法534条は、危険を物の所有者に負担させるという観点から理解すべき規定であり（フランスにつき、山口・フランス債権法228頁、わが国につき、広中俊雄・債権各論講義〔第6版、1994〕339頁参照。広中教授は、わが国の民法534条は、「所有権の移転と危険の移転を一致させたものとしてのフランス民法1138条に類似したもの」とする）、危険負担に関する原則の例外として位置づけられる。

(15) 契約解除を双務契約における双方の債務の牽連関係から理解するならば、相手方の不履行があれば直ちに解除しうることになるように見える。しかし、解除を認めるかどうかの判断においては、契約を存続させることがなお有用かどうか、契約が目指した利益がなお達成可能かどうかという見地から（Voy. Ghestin et Billiau, op. cit., n°391, 410 et 523; Malaurie et Aynès, op. cit., n°740）不履行の態様や程度などが考慮されるべきであり、このことは契約解除の根拠を双務契約から生じた双方の債務の牽連関係に求めることと矛盾しない（むしろ双務的な関係にある双方の債務が相互にその関係の全体としての満足を目指して存在していることからすると、双方の債務の牽連関係の問題と契約の有用性や利益の問題との間には基本的な結びつきがあると考えられる）。フランスでも、解除の要件として不履行の重大性が考慮されている。

(16) 一の注(10)対応本文で紹介した辰巳説（「後発的履行不能＝給付義務消滅」を否定し、債権者が自らの債務からの終局的な解放を意図するときは解除制度に

4 小 括

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ことによって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。本稿では、フランス法についての若干の動向を論じたにすぎないが、引き続き、本稿で示した問題意識を具体的に展開したいと考えている。

〔付記〕 脱稿後、潮見佳男・債権総論〔1994〕260頁以下（解除のためには「重大な契約違反」があれば足り、債務者の帰責事由は不要とする。危険負担との関係にも言及している）、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〕31号〔1994〕91頁以下および山田到史子「契約解除における『重大な契約違反』と帰責事由（一）」民商110巻2号〔1994〕273頁以下に接した。

よるべきであるとする。民法536条1項は、債務者に帰責事由がない履行不能の場合において、債権者が債務者から履行の請求を受けたときに、履行拒絶を抗弁として主張できることを規定したものと解する）は、このような方向から解除と危険負担の関係を捉えた解釈論の一つと見ることができ。フランスでも、Ghetin et Billiau, *op. cit.*, n° 543は、1184条が原則規定であり、危険負担についての一般的な理論を構築することは無益だとする。