

「契約解除要件の再検討—新たな解除制度の構築に向けて—」

目 次

序	1
第1章 問題意識—わが国における新たな解除制度の構築	1
第2章 検討の対象と方法	7
第1編 日本法における解除制度の沿革と解除要件の展開	11
序章	11
第1章 民法典成立過程	13
第2章 ドイツ法継受と学術理論の発展	28
第3章 解除制度をめぐる国際的動向	41
第4章 日本における新たな契約責任論と解除制度	47
小括	67
第2編 アメリカ法における解除制度の沿革と解除要件の展開	72
序章	72
第1章 アメリカにおける契約解除制度の概要	73
第2章 「重大な違反」要件の判断要素	101
第3章 ケースにおける「重大な違反」の判断構造	109
第4章 契約の終了と「完全な違反」total breach	127
小括	165
第3編 解除要件をめぐる実務の課題と動向	169
序章	169
第1章 解除についての判例の展開—契約目的不達成解除と催告解除	171
第2章 解除をめぐる攻撃防御と主張立証責任	188
第3章 契約目的不達成の判断構造—要件事実論	204
小括	224
第4編 解除要件の再検討	227
序章	227
第1章 催告解除と無催告解除との規律	230
第2章 契約・義務類型による解除要件の再検討	238
小括	249

結び—債権法改正に寄せて 251

文献一覧

「契約解除要件の再検討—新たな解除制度の構築に向けて—」

細 目 次

序	1
第1章 問題意識—わが国における新たな解除制度の構築	1
1 新たな解除要件の体系化	
2 実務における解除要件の判断	
第2章 検討の対象と方法	7
1 日本法における沿革と現状	
2 アメリカ法における沿革と現状	
3 解除要件の理論と実務の架橋	
第1編 日本法における解除制度の沿革と解除要件の展開	11
序章	11
第1章 民法典成立過程	13
1 フランス民法の導入	
(1) フランス民法の翻訳	
(2) 旧民法	
2 ドイツ解除法の導入と法典調査会における議論および初期の学説	
(1) ドイツ解除法の導入	
(2) 現行民法制定時における議論	
(a) 解除制度の理解	
(b) 541条解除	
(c) 543条解除	
(d) その他の解除	
(3) 現行民法制定時における解除要件	
第2章 ドイツ法継受と学術理論の発展	28
1 債務不履行制度の発展と解除要件	
2 定期行為解除 542条の位置づけ	
(1) 解除の原則規定としての541条と帰責事由	
(2) 絶対的定期行為と相対的定期行為	
3 542条における帰責事由の要否	
(1) 民法制定時および起草者	
(2) 学説	
4 債務不履行制度と解除制度との関係	

(1)債務不履行制度への従属	
(2)解除要件への影響	
第3章 解除制度をめぐる国際的動向	41
1 ウィーン売買条約 (CISG)	
2 PICC、PECL、DCFR	
3 ドイツ債務法改正	
第4章 日本における新たな契約責任論と解除制度	47
1 伝統的な契約責任論と新たな契約責任論	
2 解除における問題提起	
(1)新たな契約責任論からの問題提起	
(2)催告要件の位置付け	
(3)「重大な違反」「重大な不履行」と「契約目的不達成」	
3 民法(債権法)改正における解除をめぐる議論	
(1)『債権法改正の基本方針』	
(2)その他の改正案	
(3)「中間試案」	
(4)「要綱仮案」	
小括	67
第2編 アメリカ法における解除制度の沿革と解除要件の展開	72
序章	72
第1章 アメリカにおける契約解除制度の概要	73
1 契約による義務とその消滅	
2 条件 condition	
(1)条件の分類	
(2)第2次リステイトメントの記述	
(3)重大な違反以外の条件による義務の消滅	
3 「重大な違反」 material breach	
(1)擬制的条件と「重大な違反」	
(2)「実質的履行の法理」との関係	
(3)事実認定と判断の基準時	
4 治癒 cure および「完全な違反」 total breach	
5 損害賠償義務との関係	
第2章 「重大な違反」要件の判断要素	101
1 第2次リステイトメント § 241	
2 被害を受けた当事者の損失(a)	

3	損失のための拒絶の相当性(b)	
4	不履行を行った当事者の権利喪失(c)	
5	治癒の不確実性(d)	
6	信義誠実の欠如(e)	
7	学説における判断要素	
第3章	ケースにおける「重大な違反」の判断構造	109
1	被害を受けた当事者の損失(a)	
2	不履行を行った当事者の権利喪失(c)	
3	治癒の不確実性(d)	
4	信義誠実の欠如(e)	
第4章	契約の終了と「完全な違反」total breach	127
1	第2次リステイトメント § 242	
2	§ 241 に定める事情(a)	
3	時宜に適った履行が必要とされる場合 Time of the essence	
	(1)即時解除が認められる場合	
	(2)特別な動産の製造を目的とする契約	
	(3)不動産取引	
	(4)その他の契約	
4	分割契約 installment contracts の不履行	
小括		165
第3編	解除要件をめぐる実務の課題と動向	169
序章		169
第1章	解除についての判例の展開—契約目的不達成解除と催告解除	171
1	定期行為	
2	催告解除と契約目的不達成	
3	瑕疵担保責任解除における契約目的不達成	
4	一部不履行の場合の全部解除における契約目的不達成	
第2章	解除をめぐる攻撃防御と主張立証責任	188
1	解除の要件事実総論	
2	履行遅滞解除の要件事実	
	(1)履行遅滞解除総論	
	(2)「履行しないこと」の主張立証責任について	
	(3)「履行期の経過」	
	(4)「催告」	
	(5)「相当期間の経過」	

(6)「解除の意思表示」	
(7)「自己の債務の履行の提供」	
(8)抗弁	
(9)その他履行遅滞解除に関連する問題	
3 履行不能解除の要件事実	
(1)履行不能解除総論	
(2)「履行不能」	
(3)「解除の意思表示」	
(4)抗弁	
(5)その他履行不能解除に関連する問題	
4 不完全履行解除の要件事実	
(1)不完全履行解除総論	
(2)「履行が不完全であること」	
(3)「催告」	
(4)「相当期間の経過」	
(5)「解除の意思表示」	
5 解除の要件事実をめぐる残された課題	
第3章 契約目的不達成の判断構造—要件事実論	204
1 いわゆる附随的債務の不履行	
(1)いわゆる付随的債務の不履行による解除の可否	
(2)判例	
2 契約目的不達成についての主張立証責任	
3 契約目的不達成の評価根拠事実・評価障害事実	
(1)評価的要件の要件事実	
(2)農地法5条の知事の許可申請手続の協力義務違反	
(3)ゴルフクラブ入会契約における附帯設備の未整備	
(4)リゾートマンション購入契約とスポーツクラブ会員権契約	
4 要件事実、判断構造のまとめ	
小括	224
第4編 解除要件の再検討	227
序章	227
第1章 催告解除と無催告解除との規律	230
1 「契約目的不達成」の意義	
2 催告を必要とする解除	
3 「契約目的不達成」要件と催告解除	

第2章 契約・義務類型による解除要件の再検討	238
1 「契約目的不達成」の主張立証責任	
2 契約・義務類型による分類	
(1)目的物所有権移転を伴う義務違反類型	
(2)金銭支払義務違反	
(3)定期行為に相当する場合	
(4)附随的義務違反	
(5)一部義務違反	
(6)分割債務	
小括	249
結び—債権法改正に寄せて	251

文献一覧

「契約解除要件の再検討—新たな解除制度の構築に向けて—」

本 文

序

第1章 問題意識—わが国における新たな解除要件の構築

1 新たな解除要件の体系化

解除制度を新たに構築することとは、契約を締結した当事者間における契約の拘束力が、どのような場合に消滅して拘束力から解放されるべきかという問題において、複雑化した契約社会に対応した適切な理論を構築することである。

契約の内容に従い、当事者が債務を履行した場合は、契約を締結した目的が達成され、契約の効力は消滅する。しかし、当事者が何らかの事情により、契約の内容として合意した債務の履行がなされなかった（履行障害）場合には、履行請求権、損害賠償請求権、契約解除権などが生じることとなり、最終的に当事者は当初の契約関係による拘束力から解放されるべき必要が生じることとなる。

したがって、解除制度の理解は、契約そのものをどのようなものと捉え、何らかの履行障害が生じた場合の契約責任をどのように解するかと深く関係せざるを得ない。解除制度に影響を及ぼす契約責任論については、欧米諸国の動向にわが国も多大な影響を受け、以下のような伝統的理解から現代的理解への大きな変遷があった¹。

伝統的理解においては、契約責任の問題を債権債務の問題としてとらえ、債務者が債務を履行しない場合には債権の効力に属するとはしても契約の拘束力そのものから基礎づけられるものではなく、過失責任の原則（過失責任主義）から基礎づけられるとされる。そこでは解除は、損害賠償請求権と同じく、債務不履行という債務者の行為に照準が当てられ債務者の帰責事由が必要であると考えられていた。すなわち債務を履行しなかった債務者に対する制裁と考えられる。

しかし、我が国においても 1990 年代ころから盛んに論じられるようになった新たな契約責任論においては、契約責任の問題を債権債務の発生原因である契約そのものから考察することを出発点として、損害賠償請求権も解除も契約の拘束力から導かれるものとする。すなわち、当事者が契約を締結する際に、

¹ 潮見佳男「総論—契約責任論の現状と課題」（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』No.1318（2006 年 9 月 1 日）81 頁。山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」（同上）87 頁以下。

契約の履行を怠った場合に一定内容の責任を負うことを自ら約束したこと責任の根拠を求める考え方である。そこでは解除は契約の拘束力からの離脱を認める制度と捉え、損害賠償制度とは異なり債務者の帰責事由は不要であると考えられる。(契約責任論の変遷と解除制度については第1編第4章参照)

このような新しい契約責任論の台頭の中、ウィーン売買条約(CISG)においては、催告解除と無催告解除が二本立てで規定され、一定の範囲で催告解除を認めて、無催告解除では重大な契約違反が要件とされていて、重大な契約違反については、契約にもとづく期待利益の侵奪を基本としつつも、違反当事者の予見および予見可能性の不存在をも考慮している。(第1編第3章参照)

わが国においては、このような世界的動向の影響を受けながら、現在、民法(債権関係)改正の進められている。2009年3月には民法(債権法)改正検討委員会による『債権法改正の基本方針』(以下『基本方針』という。)では、「重大な不履行」を解除の中心的要件とする提案が行われている²。その後、法制審議会民法(債権関係)部会は、2013年2月26日に「民法(債権法)の改正に関する中間試案」(以下『中間試案』という。)を発表し³、「重大な不履行」の要件は、「契約をした目的を達することができない」という表現に改められている。『基本方針』および『中間試案』いずれにおいても、「重大な不履行」「契約した目的を達することができない」(以下ではわが国での条文・判例を通じて、契約をした目的を達成することができない場合を総称して「契約目的不達成」という。)という一本化された要件の中で、催告解除を位置付けている。

2014年8月26日には「民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案」(以下『要綱仮案』という。)が決定・公表され、そこでは催告解除と無催告解除の二本立てを認めた。そして、催告解除では、不履行が当該契約及び取引上の社会通念に照らして軽微であるときは解除できないとの例外を設けた。一方で、債務の履行不能、履行拒絶の場合と、契約目的不達成を要件とする3つの場合、すなわち一部履行不能の場合の全部解除、定期行為解除、およびその他の場合で、それぞれ無催告解除を認めている。(民法改正の動向の詳細は、第1編第4章(6)参照)今後大きく変わる見込みはなく、早くて2015年には民法が改正されるという段階まで来ている⁴。

² 民法(債権法)改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』別冊 NBL126号、(商事法務、2009年)144頁以下【3.1.1.77】

³ 商事法務編『民法(債権関係)の改正に関する中間試案(概要付き)(別冊 NBL143号)』(商事法務、2013年)

⁴ その後、法制審議会民法(債権関係)部会第97回会議(平成26年12月16日開催)において、「要綱案の原案(その1)」が提示された。

このように新しい契約責任論を前提とする解除制度においても、どのような解除制度を採用するかは一義的に決定するものではない。ここ数年間の民法改正をめぐる議論の中だけでも、解除要件はめまぐるしく変化し、現行法とは大きく異なる方向性で解除要件の検討が進められている。

債務者の帰責事由必要としないという考え方は、新たな契約責任論から論理的に導かれ、それが導入される一方で、いかなる場合に当事者を契約の拘束力から解放すべきかという問題においては、債務者に「重大な不履行」「重大な契約違反」「契約目的不達成」が存在する場合に債権者に解除を認めるという方向性が打ち出されつつも、催告解除と無催告解除との区別の基準、催告解除と無催告解除と「重大な不履行」「重大な契約違反」「契約目的不達成」との論理的関係をどのように理解し構築すべきか、という問題においては、未だ明快な理論が構築されておらず混乱が続いているように考えられる。なおかつ、法制審議会が公表した『要綱仮案』においては、催告解除において「軽微」な不履行の場合は解除できないとしているが、そのもととなったいわゆる附随的債務の不履行解除についての判例理解には大きな問題があるといえる（詳細は第1編第4章3(4)および第1編小括参照）。

一方、現行民法では、契約総則で解除を規定しつつ、契約各論においても多くの「契約目的不達成」を要件とする解除を規定し、判例でも「契約目的不達成」を要件とする解除を認めている。これらの「契約目的不達成」要件は、条文上は無催告解除における要件であると同時に、判例では解除に値する不履行の要件という二面性を持ち、かつ債権者の利益保護という観点から認められるもので、債権者の利益を侵害した債務者に対する制裁という観点にはなじむが、いかなる場合に契約の拘束力からの解放を認めるべきかという新しい契約責任論を前提とする統一的な解除要件としては限界を内包するものであるといえる（詳細は、第1編小括、第3編第1章参照）。したがって、現行法の解除規定の解釈では限界があるといわざるを得ない。

解除制度は、その時代、その社会を取り巻く状況、その時点における契約観を色濃く反映する制度である。民法制定から100年をとうに過ぎて、わが国における社会状況や契約をとりまく状況も、大きく変化している。契約も複合的契約、継続的契約等や非典型契約が増大したといえるし、国際化の波も大きくなってきている。このような時代の変化に対応しうる解除要件の構築が必要である。

現状からは、解除制度を統一的理論的に説明しうることは困難であることか

<http://www.moj.go.jp/content/001130015.pdf>(2015年1月10日最終閲覧)これによって形式が条文化されたが、解除については、内容は『要綱仮案』から若干の字句の修正がなされたのみで、実質的な変更はない。

ら、解除制度を統一的理論的に説明しうる解除要件の構築が必要である。催告解除と無催告解除との区別の基準、催告解除と無催告解除と「重大な不履行」「重大な契約違反」「契約目的不達成」との論理的関係の問題を解決するためには、従来のがわが国における「契約目的不達成」要件を再構成する必要性が存在する。このような観点からあるべき解除要件の再構築を目指したい。

2 実務における解除要件の判断

上記のようにあるべき新たな解除要件を構築したとしても、具体的な解除要件の判断において、実務に耐えうる判断指標を示すことが、理論と実務の架橋という観点から重要である。催告解除においても無催告解除においても、「契約目的不達成」「重大な不履行」「重大な契約違反」といったどういう表現が最適かという言葉の問題はさておき（この「序」では解除が認められる程度の不履行をさす言葉として『契約目的不達成』等」という）、すべての不履行において解除が認められるものではなく、相当程度の不履行があつて初めて解除が認められるという理解は判例学説において共通している。催告解除においても、従前の判例実務において不履行が軽微である場合は解除が認められないとされてきたが⁵、どの程度であれば解除が認められるか、いつの時点で判断すべきか、無催告解除の場合と程度が異なると理解すべきかは大きな問題である。

「契約目的不達成」等の要件は、新しい契約責任論を前提としても裁判実務における解除要件の判断にどのような影響が出るのかについての不安があるのは否定できない。具体的には一体どのような場合に解除が認められるのか、また解除が認められないと考えるべきか、いずれの当事者がいかなる事実について主張立証すべきか、どの程度の事実を主張立証すれば裁判所は解除を認定してくれ、または否定してくれることになるのか、という問題は、実務においては非常に重要である。

これらの要件は、一義的に明確性があるとはいいがたく、多義的で不明確である。評価性の高い評価的要件であると言わざるを得ない。一般的に要件事実論における評価的要件の判断は、当該評価の存在を主張する者が当該評価を根拠づける事実を評価根拠事実として主張立証しなければならず、当該評価の存在を争う者は、評価根拠事実と異なりかつ両立する事実で、当該評価を障害する事実を主張立証しなければならない。裁判所は、立証された評価根拠事実から当該評価があると認められるかをまず判断し、当該評価が認められるを前提として、次に立証された評価障害事実から当該評価を覆すことができるかを判断することとなる。評価的要件の特徴として最も重要なのは、評価根拠事実お

⁵ 大判昭和 14 年 12 月 13 日集民 7 輯 4 号 10 頁

よび評価障害事実は、要件事実の内容が一義的に確定していない、すなわち、ある一定の方向に向かう量的なものということである。その他、過剰主張が許されること、主張自体失当となること、評価根拠事実・障害事実の総合判断が行われること、などが挙げられる⁶。

評価的要件の判断においては、以下のような消極的評価がなされることがある。すなわち、裁判実務に携わる者としては、当事者としていかなる事実を主張立証すれば必要十分といえるか、そのためにどのような証拠を提出すればよいかについて不安を抱くこととなる。そうした不安は、勝訴判決を得るためにできる限りの事実を主張書面に記載して主張し、提出しうる限りの証拠を裁判所に提出することを促す。裁判所としては、膨大な主張書面を読んで事実や争点を整理し、膨大な量の証拠調べをしなければならなくなる⁷。まさに評価的要件の判断構造を客観的に明らかにすることは困難とされていることを実感す

⁶ 用語については従来から「規範的要件」（司法研修所編『増補民事訴訟における要件事実第一巻』（法曹会、昭和62年）30頁）という呼び方が普及しているが、規範的要素を含まない評価を要件とするものも存在することから（「契約目的不達成」の要件も規範的要素を含まないものの一つといえよう）、事実的要件と対峙する概念として規範的要素を含む評価を要件とするものを「評価的要件」と名付けて用いることにする。詳細は伊藤滋夫『要件事実の基礎—裁判官による法的判断の構造』（有斐閣、平成12年）126頁、難波孝一「規範的要件・評価的要件」伊藤滋夫総括編集、『民事要件事実講座1 総論I 要件事実の基礎理論』（青林書院、2005年）204頁。評価的要件の特徴については、前掲難波「規範的要件・評価的要件」の他、伊藤滋夫編『要件事実講義』（商事法務、2008年）257頁以下、田村伸子「評価的要件の判断構造についての考察—権限外の表見代理における『正当事由』を題材として」伊藤滋夫総括編集、『民事要件事実講座6 民法学と要件事実との協同』（青林書院、2010年）81頁以下。

⁷ 松本博之「要件事実論と法学教育(2)—要件事実論批判を中心に」『自由と正義』55号（2004年1月）68頁。評価的要件に対しては、法律要件要素そのものが証明の対象となるとする立場から、評価根拠事実として事実の一部についてのみ証明責任を負いそれ以外の事実については証明責任を負わないとすること、また評価障害事実を観念し反対当事者に証明責任を負わせることによって、恣意的な要件事実の取り扱いがなされる、主要事実の細分化が行われる危険性、評価障害事実については証明責任の転換が行われ法律の要件を変更するに等しい、といった批判がなされている。なお大塚直「不法行為法と要件事実論—規範的要件としての過失および受忍限度を中心として」『NBL』812号（2005年7月1日）92頁も参照。さらには、林陽子「規範的要件と訴訟実務—現代的紛争の中での機能」『NBL』813号（2005年）87頁では、総合判断の理論的な判断枠組みの不明確性、それにより立証命題が不明確になる、あるいは、訴訟のブラックボックス化を避け、裁判所の判断過程をできるだけ目に見えるものにするといった要件事実の効用も、ここでは限界があるとされている。

る。

このようなことから、筆者は、従前から要件事実論とりわけ評価的要件の判断構造に関心を有してきた⁸。原則としていかなる具体的事実があれば当該評価的要件があると認められ、例外としていかなる具体的事実があれば当該評価が障害されるのかを明らかにすることが裁判実務において有益であるとする。

上記のような不安や恐れを取り除くためには、従来は研究者と実務家とで別々に行われてきた感が強い学術理論研究と実務理論研究を有機的に関連させる必要を強く感じる。「契約目的不達成」等の主張立証責任をどのように解すべきか、原則例外の視点から評価根拠事実、評価障害事実としてどのような事実をどの程度主張立証すれば要件が認められるか、という「契約目的不達成」の要件を中心とした解除要件の判断構造を検討したい。こうした理論と実務を架橋する研究は意義があるものとする。

⁸ 田村伸子「国籍法2条3号『父母がともに知れないとき』の要件事実—最判平成7年1月27日民集49間1号56頁国籍確認請求事件」『創価ロージャーナル』第4号(2011年)183頁以下では、国籍法当該条項の趣旨および立証の公平という観点から当該要件の評価根拠事実および評価障害事実について検討を行った。

第2章 検討の対象と方法

1 日本法における沿革と現状

まず、第1編では、わが国の解除制度の制定過程および民法制定当初の学説状況を概観する。条文の成り立ちそのものをめぐる要件論を整理し、わが国における解除規定が、ドイツを中心としつつもそのみならず諸国の解除制度を取り入れたため、契約総則と契約各論とで多様性を有していることを明らかとしたい。その上で、「契約目的不達成」を要件とする無催告解除における規定において、「契約目的不達成」がどのように捉えられていたかを分析する。

次に、ドイツ法継受によってどのような変容を経たかを検討する。諸制度を取り入れた多様な解除制度が、ドイツ法継受により債務不履行三分体系による影響を受け、債務不履行に基づく損害賠償制度に従属していく過程を明らかにする。そして、我妻榮を代表とするいわゆる伝統的契約責任論を前提とする解除制度の理解を明らかにしたい。

その一方で定期行為解除においては、条文の位置が催告解除と無催告解除の狭間にあり、履行遅滞や履行不能ほどには債務不履行に基づく損害賠償制度と結びつきにくかったため、解除制度独自の観点から論じられている。まずは定期行為解除の位置付けの議論を検証することによって、542条の「契約目的不達成」の意義や、催告解除と無催告解除との区別の基準の視点を明らかとしたい。また、542条における債務者の帰責事由の要否の議論を通じて、解除制度独自の観点から要件論が論じられたということを明らかにしたい。

その次には、1980年代から生じてきたウィーン売買条約(CISG)をはじめとする国際的動向について、解除制度を中心にその変遷を見てみる。欧米では、解除要件として「重大な不履行」「重大な契約違反」概念が採用された。わが国の民法典成立時に多大な影響を受けたドイツ法における解除制度においても、こうした国際的動向の影響を受けて変遷している。わが国における議論の参考となるためドイツ法については、多くの研究が行われているので、その成果を簡潔に整理する。

こうした国際的動向はわが国における解除制度にも影響を及ぼした。新しい契約責任論を前提として、解除要件については、帰責事由の要否、催告要件の位置づけと「重大な不履行」との関係、契約目的不達成解除等については近時相当な研究が行われてきた。解除をめぐる国際的動向がわが国における解除要件に対しどのような影響を及ぼしてきたかを明らかとする。

最後に、債権法改正における解除をめぐる議論を整理し、解除要件をめぐる問題点を浮き彫りにすると同時に、改正の方向が「契約目的不達成」という要件を中心としつつも、なお催告解除と無催告解除の二元化を図った過程を明らかにする。そして残された課題として、催告解除と無催告解除との区別の基準、

催告解除と無催告解除と「契約目的不達成」要件との関係、「契約目的不達成」要件の評価性、判断構造の問題が存在することを明らかとしたい。

2 アメリカ法における沿革と現状

CISG の制定過程において採用された、「重大な契約違反」の源流は英米法にある。アメリカは、CISG の制定過程において、「重大な契約違反」の定義および催告解除を残すかという点において大きな影響力を及ぼした⁹。

加えて、現代社会においてアメリカは、多種多様な人種・民族の垣根を越えて、自国のみならず世界における経済発展の中心的役割を担っている。事前規制から事後処理へ、行政から司法の役割が増大してきたアメリカにおいては、多様化した社会の実情に合わせて、解除制度も契約類型等に応じて具体的に発展してきたのではないかと推測される。そこにはわが国における社会の多様性、契約の多様性に伴う変化に対応しうる解除制度のモデルとなりうるような考え方が形成されていったのではないかと考えられる。

このような理由から、欧米を中心とする新たな解除制度の構築に多大な影響を及ぼし、かつ、社会の多様性に対応して経済的発展を遂げたアメリカの解除制度を取り上げたい。アメリカにおける「重大な契約違反」はどのような概念として理解され、どのような判断基準で認められてきたか、多様な契約類型においてそれぞれ適用されてきたかを第 2 編において検討する。

アメリカにおいては日本の民法 540 条以下の条文に相当する制度が明確に存在するかといえば、決してそうではない。まずは、アメリカにおける契約解除制度の沿革と展開およびその周辺の損害賠償請求の制度を概観し、日本の契約解除制度に対応する制度を明らかにしていきたい。

次に、治癒 (cure) されない「重大な違反」(material breach) がある場合に限り、「完全な違反」として契約の解除を認めるという制度の発展過程を検討し、具体的に「重大な違反」「完全な違反」についてどのような判断が行われているかを検討する。「完全な違反」には、催告解除に相当するもの、例外としての無催告解除に相当するものを含むため、催告解除と無催告解除との区別の基準の視点も明らかとしたい。

具体的な「重大な違反」「完全な違反」の検討において、英米法では、当事者が合意した内容の解釈が基本とされていると言われていたが、そうした解釈は個々の具体的な契約を目の前にして、一つ一つの当事者意思を具体的に解釈すると

⁹ 道田信一郎「国際物品売買条約案と国連会議(7)」『ジュリスト』668号(1978年7月1日)116頁以下。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)」『民商法雑誌』110巻2号(1994年5月)283頁以下

いうものではなく、ある程度は類型化された判断が行われていると思われる。そうした類型的判断構造を明らかにしていきたい。

3 解除要件の理論と実務の架橋

第3編では、アメリカ法における「重大な契約違反」による契約解除の検討を通じて、それらの考え方をわが国に導入する際の視点や問題点を明らかとするために、わが国における解除要件の実務について検討したい。

わが国においては、従前解除要件についてどのような視点から体系化すべきかが明確に意識されていなかった。そこで、判例による解除要件をめぐる展開を整理する。特に「契約目的不達成」の要件を扱う判例を下級審も含めて取り上げ分析・検討する。具体的には、どのような事案において、「契約目的不達成」による解除を認めているか、あるいは認めていないか、催告解除との関係をどのように示しているか、を検討する。その中で、「契約目的不達成」の判断要素も検討する。

次に、「契約目的不達成」等の要件の評価性、多義性、不明確性の問題を検討するため¹⁰、裁判実務を意識した主張立証責任や裁判官の判断構造を明らかとする。要件事実論の問題である。その中でまずは、解除の要件事実が、従来の伝統的な契約責任論に基づく債務不履行三分体系を前提として、どのように構築され理解されてきたかを明らかにしたい。これによって判例によって認められてきた契約目的不達成解除の要件事実については、従前の三分体系を前提とする要件事実論においては検討がなされておらず、今後の問題として残っていることを明らかにする。

その後、「契約目的不達成」の主張立証責任および判断構造においては、その

¹⁰ 森田修『「契約目的」概念と解除の要件論—債権法改正作業の文脈化のために—』小林一俊ほか編、『債権法の近未来像—下森定先生傘寿記念論文集』(酒井書店、2010年)231頁以下。241頁では、541条においては、催告の要否の判定と解除の可否の判定とが融合する構造であるのと対照的に、附随的義務違反に基づく解除の判例法理については、「目的達成基準が解除の可否そのものについての基準であり、催告の要否のそれではないことを示している。」257頁では、瑕疵担保解除、複合契約解除についても言及され、「契約目的」概念をあいまいさを指摘し、それを「実定的な枠組みの中で用いるためには、このあいまいさを克服することが不可欠である。」と指摘される。

¹¹ 山本敬三『民法講義Ⅳ—1 契約』(有斐閣、2005年)178頁、平井宜雄『債権各論Ⅰ』(弘文堂、2008年)227頁は目的不到達を解除要件とする。山本179頁は「契約目的は、一方当事者の主観的な期待ではなく、合意により契約内容になったと評価できる目的を意味する」と述べる。

評価根拠事実・評価障害事実としていかなる事実が必要か、裁判官の判断構造を原則・例外の視点から明らかにすることを視野に入れて、判例における判断構造を検討する。

第4編においては、以上の検討を踏まえ、新しい解除制度の構築を試みる。現行民法の541条ないし543条に定める解除および契約各論における解除を統一的体系的に説明しうる理論の構築を目指し、債権法改正後の解除要件の解釈に対し一定の指標を示すことができればと考える。

わが国の「契約目的不達成」とアメリカの「重大な違反」との比較において、その相違点を明らかにし、広い概念として再構成した「契約目的不達成」要件の構築を提唱したい。その上で、催告解除と無催告解除との区別の基準をいかに考えるべきかを検討する。さらに催告解除と無催告解除と広く再構成した「契約目的不達成」要件との関係を論じる。

最後に、契約の多様化、国際化に対応するため、新たな「契約目的不達成」要件を前提として、契約類型・義務類型ごとに、原則例外という視点をもって、その判断構造、すなわち評価根拠事実、評価障害事実を検討することとする。

第1編 日本法における解除制度の沿革と解除要件の展開 序章

わが国における契約解除の条文は、履行遅滞等の541条を中心としつつも、履行不能をはじめとした催告を不要とする場合を、契約各論も含めて多く規定している。本編では、民法典成立過程から伝統的な契約責任論から新しい契約責任論を前提とする解除要件理解に至るまでの学術理論を対象として、その展開を負うこととする。

わが国では、現在に至るまで、諸外国の法制度を取り入れることを中心に議論を構築してきたといえるが、そうした中にも、新たな解除要件を構築していくための視点となりうる議論が行われていたのではないかと推測されることから、そのような理論を明らかとしたい。具体的には、催告解除と無催告解除との区別の基準がいかにか解されてきたか、催告解除と無催告解除との規律と「重大な不履行」「契約目的不達成」との理論的關係がどのように理解され展開されてきたかが、現在における新たな解除要件の構築のために残された大きな課題である。こうした観点から検討を行いたい。

第1章では、現行民法典成立に至る立法過程において、多様な解除制度が成立した経緯を明らかにし、特に「契約目的不達成」を要件とする無催告解除において、「契約目的不達成」要件の意義・内容について、学説においてどのような理解・説明がなされてきたかを整理する。

第2章では、成立した現行民法典の解除制度が、ドイツ法継受により、債務不履行三分体系が確立しゆくに従い、解除制度も債務不履行に基づく損害賠償制度に従属した形で、解除要件が整理されていく過程を明らかにする。双務契約の牽連性という点では同時履行の抗弁権、危険負担の制度と同じであるものの、解除の場合はこれらの制度と異なり、債務不履行に基づく損害賠償請求の要件に従属したことを明らかとする。

その一方で、学説において、催告解除を規定する541条と、無催告解除を規定する543条との間に存在し、契約目的不達成を要件として無催告解除を規定する542条の定期行為解除において、いくつかの議論が行われている。一つは、定期行為を絶対的定期行為と相対的定期行為に分類し、541条、543条のいずれが適用されるかが議論されている。この議論においては、どのような場合に催告が必要とされ、どのような場合に無催告解除ができるかという問題が論じられている。もう一つは明文上帰責事由がないことを消極要件とする543条と、条文上は明らかでない541条における帰責事由の要否と関連して、542条の定期行為解除に帰責事由が必要かが議論されている。

これらの議論を通して、当時は無意識的かもしれないが、債務不履行三分体系を前提としつつも、履行遅滞、履行不能、不完全履行の区別が相対的である

ことが認められ、催告解除、無催告解除の区別が、債務不履行三分体系による遅滞か不能かという視点ではなく、解除独自の視点から議論されていたことを浮き彫りにしたい。

第3章では、新しい契約責任論の台頭と、その議論が解除要件に与えた影響を整理する。欧米諸国における解除制度をめぐる動きの中で、特にわが国に影響を及ぼした CISG の解除制度およびドイツ債務法改正における解除制度を紹介し、それらを契機としてわが国においてどのような議論が行われてきたかを整理する。それによって帰責事由要件が不要とされたこと、催告解除の機能と意義についての議論がされたこと、「重大な不履行」「重大な違反」「契約目的不達成」要件の解明と、催告解除と無催告解除との規律との論理的関係についての議論が生じたことを明らかとする。

さらに上記のような議論を前提とした民法（債権法関係）改正をめぐる動向を整理して、解除要件をめぐる民法改正の現状と今後の課題を明確にしたい。民法改正をめぐる現在も残された問題としては、催告解除と無催告解除との区別の基準、催告解除と無催告解除との規律と「契約目的不達成」要件との論理的関係、「契約目的不達成」要件の解明の問題が存在することを明らかとしたい。

第1章 民法典成立過程

1 フランス民法の導入

(1) フランス民法の翻訳

日本民法の編纂作業は、フランス民法の翻訳から始まった。フランス民法の翻訳は、明治4(1871)年に完成されたとされる¹²。フランス民法は、1804年に制定されたもので、ナポレオン民法典とも呼ばれるものである。フランス民法の翻訳における解除に関する規定は、旧民法に至るまで大枠はそのまま受け継がれていることから、フランス民法における解除制度を概観し、旧民法における解除制度を概観したい。

フランスにおいては、売買代金の不払いの場合における契約解消は、当事者間の約款、従たる契約によって、実際の解除の必要性に対応していたとされる。それがフランス民法典に黙示の解除条件という法的構造で取り入れられた¹³。

(a) 「フランス民法の翻訳」における解除の総則的な規定について見てみることにする。

第1168条¹⁴では、契約の義務の執行を後にあることが生じるまで停止し、またはあることの生じないことで解除するというように、未定の事実に係らせる時は、その義務を未必の条件に関した義務とする¹⁵。前段は停止条件であり、後段は解除条件についての説明である。この規定を受けて第二節では「義務ノ執行ヲ停止スル未必ノ条件」、第三節では、「義務ヲ解除スル未必ノ条件」の規定が存在する。

¹² 箕作麟翔(みつくり りんしょう)が、当時明治政府の太政官制度(取調)局(制度分局)長官江藤新平の下で、フランス民法の翻訳にあたり、箕作麟翔訳のフランス民法典は複数存在するとされるが、前田達明編『史料民法典』(成文堂、2004年)2頁以下収録の「仏蘭西法律書 民法」によることとする。

¹³ フランスの解除制度については、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)—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(2005年第1号)、302号(2005年第4号)、齋藤哲志「フランスにおける契約の解除(一)(二・完)」『法学協会雑誌』第123巻第7号(2006年7月)、同巻8号(2006年8月)、後藤卷則「契約解除の存在意義に関する覚書」早稲田大学比較法研究所『比較法学』28巻1号(1994年)1頁以下を参照した。

¹⁴ 「フランス民法の翻訳」「第三巻」「第四章」の冒頭は「第一款 未必ノ条件ニ関スル契約ノ義務」について規定する。その冒頭「第一節 總テ義務ヲ行フト行ハサルトヲ定ムル未必ノ条件及ヒ其種類」の冒頭の規定が1168条である。

¹⁵ 第1168条は以下のように規定する。「契約ノ義務ノ執行ヲ後ニ或事ノ生スルニ至ル迄停止シ又ハ其事ノ生シ或ハ生セサルニ從ヒ其義務ヲ解除スルカ如ク總テ義務ノ執行ヲ來時ノ未定ノ事件ニ管セシムル時ハ其義務ヲ未必ノ条件ニ管シタル義務ナリトス」

この「第三節 義務ヲ解除スル未必ノ條件」の冒頭の規定第 1183 条では、義務を解除する未必の条件とは条件が成就した時にその義務を初めより全くその義務がないのと同じに復することをいうとし、未必の条件はその義務を遅らせるものではなく、一方が収受した物を他方に返還すべきであるとする¹⁶。すなわち遡及効を認めて、契約により生じた義務がなかったものとする¹⁷。

次の第 1184 条では、第 1 項で、双務契約については、契約上の義務を履行しない時に他方の当事者は解除することができるとし、解除は訴えによつてなすべきものとされている。第 2 項では、履行を求めることができる場合においては、義務の履行を強制し、または損害賠償の訴えを起こすこともできる。第 3 項は、解除の訴えにおいては、裁判所が被告である債務者に相当の猶予期間を与えることができるとされている¹⁸。

この規定は、解除について最も重要な規定である。この規定の特徴は、第 1 点は、解除は意思表示ではなく、訴えによることである。第 2 点は、解除の規定と一緒に債務不履行の効果を定めているということに特徴がある。第 3 点は現行民法 541 条と同様に債務者に相当期間の猶予を与えているということである。

第 2 点からいえることは債務不履行制度と解除制度は密接なものと考えられていたことである。さらに第 2 点および第 3 点から言えることは、催告解除の淵源をフランス民法にも求めることができるが、履行遅滞、履行不能といった

¹⁶ 第 1183 条においては第 1 項で「義務ヲ解除スル未必ノ條件トハ其條件ノ如ク成リタル時其義務ヲ解除シ初ヨリ全ク其義務ナキト同一ノ模様ニ復ス可キ事ヲ云フ」と規定し、第 2 項で「此未必ノ條件ハ其義務ノ執行ヲ遅延スルニ非ラス其條件ノ如ク成リシ時一方ノ者嘗テ収受セシ物ヲ他ノ一方ニ還ス可シ」とする。

¹⁷ 現行民法においては、解除条件付法律行為は、解除条件が成就したときからその効力を失うと規定して (127 条 2 項)、当事者の意思表示という特段の事情のない限り (同条 3 項)、遡及効を認めない。そのことと対比すれば、やはり現在の解除条件というよりは、契約解除の効果 (545 条) に近いものを認めるものである。

¹⁸ 第 1184 条においては、契約における解除について規定する。当時の訳文は以下のとおりである。第 1 項「雙務ノ契約ノ時其契約ヲ結ヒシ一方ノ者之ニ背ク時ハ毎ニ其義務ヲ解除ス可シ」、第 2 項「此場合ニ於テハ契約ヲ結ヒシ一方ノ者其契約ニ背キタルノミニ因リ直チニ之ヲ解除ス可カラス必ス他ノ一方ノ者ヨリ其訴ヲ為ス可シ○此場合ニ於テ義務ヲ得可キ一方ノ者其義務ヲ行フ可キ一方ノ之ヲ為シ得可キニ於テハ強テ其義務ヲ執行ハジメ又ハ償ヲ得テ其義務ヲ解除ス可キノ訴ヲ為ス事自由ナリトス」、第 3 項「其契約ヲ解除スルコトハ之ヲ裁判所ニ訴ヘ裁判所ニテ其時ノ模様ニ從ヒ被告人ニ相當ノ猶豫ノ時間ヲ許スコトヲ得可シ」とある。

不履行の類型は条文上問題とされておらず、猶予期間の有無は裁判所の裁量によるということである。

(b) フランス民法の翻訳における契約各論に該当する解除規定も見てみたい。まず売買においては、本来の義務違反を理由とするものについて、売主・買主それぞれについて契約解除の規定が存在する。

売主が期限内に目的物の引渡をせず遅延した場合に、買主は売買契約を取り消す訴えをするか、その目的物を自己の所有であるとする訴えをするか、自由にできるとする¹⁹。買主が代金支払をしない場合にも、同様に、売主が契約を取り消すことができるとする²⁰。

売主担保責任に該当する規定としては以下に挙げる数量違いの場合、追奪担保責任、瑕疵担保責任に相当する規定が存在する。

数量違いの場合は、目的物が不動産のときの規定であるが、面積とその一区についての価格割合とが契約書に記載されていた場合、実際の面積が契約書の記載より 20 分の 1 以上多すぎるときは、買主はその余分の費用を支払うか、あるいは契約を取り消すことができる²¹。わずかな面積の違いは契約の効力に影響を与えないことが分かる。

一部追奪担保責任の規定も存在した。買主が他人より訴訟を受けて買い入れた物件の一部を奪われ、その部分が全部と比較して極めて大きい比重を占め、買主がその一部だけでは買わなかったと思料するときは、買主は契約を取消できるとする²²。ここには所有権を得ることができなかった割合という客観的な要素とともに、買主の意思という主観的要素も考慮要素として挙げられている。売買契約だけでなく、交換契約においても追奪担保責任に相当する規定が存在する²³。ここでも所有権の取得ができなかった一部がわずかな場合は契約に影響を及ぼさないということが分かる。

瑕疵担保に相当する規定も存在する。売買の目的物に「不良」の箇所があるとき、買主は目的物を返還して価額を取り戻す、または減額分を取り戻すこと

¹⁹ 「フランス民法典の翻訳」1610条。訳文には「取消」の語が用いられているが、当時は現在の解除に相当するものとして「取消」「廃棄」等の用語も使用されていた。

²⁰ 「フランス民法典の翻訳」1654条

²¹ 「フランス民法典の翻訳」1618条、1617条。また1621条には効果として、買主が契約を取り消すときは、売主は受け取った代金と契約費用を返還すべきとの原状回復の規定がある。

²² 「フランス民法典の翻訳」1636条。

²³ 「フランス民法典の翻訳」1705条。

ができるとする²⁴。

フランス民法においては、解除条件構成を採用しながらも、売買契約の特則として数量違いの場合や一部追奪担保規定のように、契約内容と実際とが異なってもそれがわずかなものである場合には、契約解除を認めないとの考えがうかがえる。

(2)旧民法

その後、ボワソナードが民法の編纂に参画することになり、ボワソナードが中心となって作成され、旧民法草案が作成された²⁵。その草案に基づいて旧民法²⁶が成立し、明治 23 (1890) 年 3 月 27 日に民法中の財産編、財産取得編、債権担保編、証拠編が公布された。

ボワソナードによるフランス民法契約編の講義が明治 7 (1874) 年から明治 9 (1876) 年の間に司法省で行われたため、旧民法には、ボワソナードの解釈や考え方が影響を与えそれらが取り入れたものと推測される。しかしながら、解除については、フランス民法の翻訳と同様に解除条件の構成を採用し、ほとんど変化は見られない。フランス民法の翻訳内容から大きくその域を出るものではなかった。旧民法の解除の総則に関する規定は、以下のとおりである。

財産編第 561 条では、義務は第 409 条、第 421 条及び第 422 条に従い、明示にて要約したる解除又は裁判上の解除によって消滅することを規定している²⁷。

第 409 条は第 2 項において、解除条件の成就するときは当事者をして合意前の各自の地位に復せしむるという効果を規定し、それはフランス民法 1183 条と同内容のものとされている。第 421 条は、およそ双務契約には義務を履行する当事者の一方の利益のために、他方の義務不履行の場合は常に解除条件を包含するものとして、フランス民法 1184 条第 1 項と同内容の規定となっている。さらに第 422 条は、当事者は特約によって黙示の解除条件を排除することがで

²⁴ 「フランス民法典の翻訳」 1644 条。買主は不良部分を知ることができたときは責任を負わない。同 1642 条。

²⁵ 前掲前田達明編『史料民法典』、610 頁以下収録の「旧民法草案」による。旧民法草案と旧民法の条文の対応関係は以下のとおりである。旧民法草案第 928 条は、旧民法財産編第 408 条に、第 929 条は同第 409 条に、第 941 条は同第 421 条に、第 942 条は同編第 422 条に、第 943 条は同第 423 条に、第 944 条は同第 424 条に、第 945 条は、同第 426 条に、それぞれ相当する。

²⁶ 前掲前田達明編『史料民法典』、942 頁以下収録の「旧民法 (明治 23 年 3 月 27 日・同年 10 月 6 日民法)」による。

²⁷ 旧民法の中の、財産編 「第二部 人権及ヒ義務」、「第三章 義務ノ消滅」 「第九節 解除」に配置されている。

きるとする一方、義務の履行について遅滞に至れば当然解除を行うべきことができるとしている。

その他、第 408 条は、フランス民法 1168 条、1183 条を合わせた内容となっており、条件について停止条件と解除条件のあることを定義している。第 424 条は、フランス民法 1184 条第 2 項と同様、裁判上にて解除を請求する当事者はその受けた損害賠償を求めることができる旨を規定している²⁸。

旧民法における契約各論における解除の規定も見てみたい。

まず、本来の義務違反による解除については、財産取得編第 81 条において以下のような規定が存在する。すなわち、当事者の一方が法律に定めた義務その他特に負担する義務の全部若しくは一部の履行を欠いたときは、他の一方は財産編第 421 条乃至第 424 条に従い裁判上で契約の解除を請求し、かつ損害あれば賠償を請求することができるとする²⁹。これは売買特有のものではなく、法律上の解除条件構成を採用するものである。

売主担保責任に相当する規定もある。不動産を目的物とする場合に面積不足の場合、買主は約束した面積がその「用方ニ必要ナルコトヲ證シテ」契約の解除を請求することができる。面積超過の場合は、買主が 20 分の 1 以上の代価弁償を必要とする場合は、単純に契約を解除することができる³⁰。フランス民法にはなかった面積不足の場合についても、新たに規定が置かれたこととなる。

追奪担保責任については、他人物売買において、その部分が重要か如何に関わらず、買主は損害賠償を得て、契約を解除することができる³¹。目的物たる土地に先取特権、抵当権の負担があり、買主がその所有権を失った場合は、損害賠償の規定は存在するが、解除の規定は見当たらない。

瑕疵担保責任に相当する規定としては、動産と不動産とを問わず目的物に売買の当時に不表見の瑕疵があり、買主がこれを知らずまた修補することができず、かつその瑕疵が物の「性質上若クハ合意上ノ用方ニ不適當ナラシメ」又は「買主其瑕疵ヲ知レハ初ヨリ買受ケサル可キ程ニ物ノ使用ヲ減セシムルトキハ」買主はその売買の廃却を請求することができるとする³²。これに対応する旧民

²⁸ 旧民法 408 条、409 条、421 条、422 条、424 条は、旧民法、財産編 「第二部 人権及ヒ義務」「第二章 義務ノ効力」「第四節 義務ノ諸種ノ體様」「第一款 成立ノ單純、有期又は条件附ナル義務」に配置されている。

²⁹ 旧民法の財産取得編「第三章 売買」「第三節 売買ノ解除及ヒ銷除」「第一款 義務ノ不履行ニ因ル解除」に配置されている。

³⁰ 旧民法 52 条。面積不足のときには、代価減少請求（旧民法 51 条）の他、損害賠償請求もできる。

³¹ 旧民法 64 条

³² 「第三款 隠レタル瑕疵ニ因ル売買廃却訴権」という一款を設け、その冒頭の第 94 条第 1 項に規定する。

法草案は 1241 条であり、フランス民法 1641 条、1642 条に相当する。

この瑕疵担保責任の規定については、後に起草委員の一人である富井政章によって以下のような説明がなされている。すなわち、隠れた瑕疵については、それを買主が知っていた場合は、通常は低額で買い受けたか、使用収益を妨げるに足らないと思料したか、容易に修補することができると思料して買い受けたものと推定できるから、瑕疵の性質としては、修補できることが容易でないことである。また、売渡物が通常の用法に適するだけの性質を具備することを要することについては、契約の一条件を履行しないことに基づく解除の一種である。このような著しい瑕疵がある場合は、買主においてこれを発見することができない場合の他は責任を免れることができない。この原則はフランス民法におけると同様買主の利益に偏するように思われるが、イギリス法とは異にするとの指摘がなされている³³。

委任契約では、旧民法財産取得編第 11 章代理において、第 252 条では、委任者のみの利益のために委任した代理の廃罷は謝金を諾約したときでも、委任者は何ときでも随意にこれをなすことができるとしている。第 253 条では、ただし、将来に向かってのみ効力を生じ、廃罷前に生じた事柄を害することはない、とする。

請負契約では、第 282 条では、注文者は常に自己の意思のみをもって契約を解除することができ、しかし注文者は請負人の損害を賠償し、契約により得べき正当な利益を弁済する義務を負うとする。

旧民法においては、まだ解除という用語で統一されているわけではなく、様々な訳語、用語が用いられている。柿崎欽吾『日本民法財産編註釋』³⁴では、「解除」、「削除」（そうじょ（せうちょ））、「廢罷」（はいは）の語句の説明がなされている。「解除」はフランス語の「レゾリウション」といい、義務の紐すなわち砂決めを解き関係を解くの意であるとする。「削除」とは、取消ということと同一であるとし、フランス語の「レジジション」といい、関係を切断（トランセラー）するという意であるとする。「廢罷」とは、廢棄ということと同一であるとし、フランス語の「レボカション」といい、呼戻すの意である。すなわち既に成立した合意を引き取るという如しとする。

また、富井政章『民法論綱 財産取得編 上』³⁵においては、「削除」することができる合意とはその発生の時より原因となるべき瑕疵（承諾の瑕疵または当事者の無能力）を帯びるものをいい、「解除」できる合意とは、当初は完全

³³ 富井政章『民法論綱 財産取得編 上（復刻版）』（新青出版、2001年）206頁、208頁

³⁴ 柿崎欽吾『日本民法財産編註釋』（発行者梅原亀七、明治23年）366頁

³⁵ 前掲富井『民法論綱 財産取得編 上』179頁

無欠であるが、後日ある条件が成就するとは、既往に遡り効力を失うものをいうとある。

旧民法全体を見てみると、「廢罷」は主に詐害行為取消権に相当する条文で用いられ(旧民法 560 条)、「銷除」の語は行為無能力者、錯誤、強迫、詐欺に関する条文で用いられているようである。

2 ドイツ解除法³⁶の導入と法典調査会における議論および初期の学説

(1) ドイツ解除法の導入

旧民法は周知のとおり結局施行されることはなかった。旧民法に代わって、主としてドイツ法の影響を大きく受けた現行民法が制定され施行されることとなった。現行民法では、ドイツのパンデクテン体系が導入され、様々な国の法制が参照されているものの基本的にはドイツ法が参照されたことは周知のとおりである。

1861 年にドイツ普通商法典(ADHGB)が成立し、そのころからドイツ民法制定の議論が行われ、1896 年(明治 29 年)にはドイツ民法が成立し、1900 年(明治 33 年)に施行された。解除は旧 325 条から 327 条に規定されていた。

旧 325 条は、不能についての規定である。双務契約における不能であると同

³⁶ ドイツにおける旧 BGB の解除法については、鶴藤倫道「契約の解除と損害賠償(一)(二・完)―売買契約解除に関するドイツ法を中心に―」『民商法雑誌』110 巻 3 号(1994 年) 429 頁以下、同 4・5 号、859 頁以下、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(一)～(三・完)」東京都立大学法学会編『法学会雑誌』第 41 巻第 2 号(2001 年 1 月) 299 頁以下、同第 42 巻 1 号、168 頁以下、同巻第 2 号(2002 年 1 月) 166 頁以下、大滝哲祐「ドイツにおける解除制度の発展に関する考察―催告を中心として(1～4・完)」『横浜国際科学研究』第 10 巻第 2 号(2005 年 8 月) 91 頁以下、第 11 巻第 2 号(2006 年 8 月) 89 頁以下、第 12 巻第 1 号(2007 年 7 月) 61 頁、第 12 巻 4・5 号(2008 年 1 月) 55 頁以下、遠山純弘「不履行と解除(一)～(三・完)」北海学園大学法学会『法学研究』第 42 巻 3 号(2006 年 12 月) 3 頁以下、同第 43 巻 1 号(2007 年 6 月) 47 頁以下、同巻 2 号(2007 年 9 月) 31 頁以下、遠山純弘「ドイツ法における催告解除と契約の清算(一)～(三・完)―催告解除は解除法における万能薬か―」北海学園大学法学会『法学研究』第 45 巻 3 号(2009 年 12 月) 49 頁以下、同第 46 巻 2 号(2010 年 9 月) 157 頁以下、同巻 3 号(2010 年 12 月) 41 頁以下、遠山純弘「損害賠償、解除、そして帰責事由」松久三四彦ほか編、『民法学における古典と革新―藤岡康宏先生古希記念論文集』(成文堂、2011 年) 167 頁以下、松井和彦「法定解除権の正当化根拠と催告解除(一)(二・完)」『阪大法学』第 61 巻 1 号(2011 年 5 月) 55 頁以下、同巻第 2 号(2011 年 7 月) 113 頁以下等を参照した。

時に、債務者に帰責事由が必要とされていた。効果は履行に代わる損害賠償、解除権の行使、自己の反対給付義務の消滅である。

旧 326 条は遅滞の場合の規定である。一時的には遅延賠償請求を認め、催告解除を定める。

旧 327 条は法定解除権の行使および効果についての規定で、約定解除についての規定(旧 346 条以下)を準用していた。解除権は形成権であり、解除の意思表示は撤回できないこと、解除権が行使されると、未履行の給付義務が消滅し、履行利益の損害賠償請求権も消滅する。解除と損害賠償は両立しないとされた。

売買契約における担保責任における解除は、契約各論に規定されていた。権利の瑕疵の場合は、一般給付障害法の規定が準用され、原則として催告解除が適用された(旧 434 条、旧 440 条、旧 326 条、旧 327 条)。物の瑕疵の場合は別個に規定され、直ちに解除請求できた(Wandelung)(旧 459 条、旧 462 条)。なお請負においては、解除請求権構成がとられていたが、原則として解除請求に先立つ相当期間を定めて瑕疵の除去を請求しなければならなかった(旧 633 条、旧 634 条)。

(2)現行民法制定時における議論

(a)解除制度の理解

解除制度においては、主として起草委員の一人である穂積陳重委員より説明が行われている。旧民法のように義務消滅の部ではなく、契約のところに「契約の解除」に関する規定を設けた趣旨としては、契約又は法律の特別の規定に別段の定めがない場合に解除した場合にどのような効果が生じるかについての通則を示す目的で「契約の解除」に関する 1 款を置いたとの旨の説明がなされている³⁷。

第 538 条(現行第 540 条)解除の方法についての規定において、穂積陳重委員より、以下のような説明が行われている。すなわち、比較法的には、法律上当然解除主義、裁判上の解除を採用せず、意思表示によって解除をするという方法を採用した。スイス、ドイツの法典に倣ったとされる。旧民法のもととなったフランス民法は、干渉主義を採用し、国民相互間の契約においてもなるべく規定において親切に示す主義を採用しているが、本案は、なるべく私的自治に任せるという考え方に立ち解除の規定についてもそうした。解除については、当然解除主義をとれば、法律に疎い者は自分が知らないうちに権利が消えていたということになりかねず、他方裁判上の解除制度を採用すれば、間違いは少ないであろうが、手間も時間も費用もかかることから採用せず、当事者の意思

³⁷ 『日本近代立法資料叢書 3 法務大臣官房司法法制調査部監修 法典調査会民法議事速記録三』(社団法人商事法務研究会、昭和 59 年) 800 頁。

によって解除を通知するという方法が最も良い解除方法ということで採用したとされている³⁸。

旧民法の採用する解除条件との関係については、本案においては、双務契約の一方の不履行ということは、条件には入らず、法律上の解除の原因となるとの理解が示されている。条件は、法律行為の附帯事項として規定し、その中には法律の規定によって解除が生じる場合は含まれないとの説明されている³⁹。

損害賠償請求との関係については、オーストリア民法は不履行に対し損害賠償を請求することができる場合は、解除権を認めないことを通則としているが、そういう制度は採用せずに、損害賠償請求することもできるとし、解除条件としたのでは法律行為の性質から当然に解除されてしまうから、当事者の意思表示に係らせることにしたと説明されている⁴⁰。

この点は、ドイツ民法との最大の違いであり、解除の場合は損害賠償請求を認めないドイツの制度とは対照的であった。

また、契約責任の解釈としては、第 539 条（現行第 541 条）の検討において、穂積陳重委員の説明で以下のようなことが述べられている。すなわち、第 539 条（現行第 541 条）は旧民法 421 条に相当するとした上で、その範囲を少し異にしているとし、双務契約において一方当事者の債務の不履行を解除条件とするということは、向こうが履行しないならばこちらも履行しない、履行義務が消滅するということが当事者が見込んで双務契約を締結することであり、双務契約をそういうものと見るのは少し行き過ぎた話である。双務契約の場合は一方が義務を履行しなければ他方の履行義務は解かれるということを法律が言ってやるのであって、法律が言わなかったならばその事柄の性質から生じるものではないとする⁴¹。

(b)541 条解除

第 539 条（現行第 541 条）の検討において、催告、相当期間の経過については、穂積陳重委員の説明では以下のようなことが述べられている。すなわち、旧民法における裁判所が相当の期間を許与することができる旨の規定は、穏当・親切なやり方であるので、裁判上の解除の主義は採用しなかったが、意思表示の主義においても相当の期間を定めて催告し、その期間内に履行がないときに解除することができるということにした。相当の期間というものは取引の性質によって定まるものであるから、かえって当事者の見込みの方が穏やかな場合があるかもしれない。スイス、モンテネグロ、ドイツ商法の規定を採用

³⁸ 前掲『民法議事速記録三』801~802 頁。

³⁹ 前掲『民法議事速記録三』803 頁。

⁴⁰ 前掲『民法議事速記録三』805 頁。

⁴¹ 前掲『民法議事速記録三』805 頁。

したともされている⁴²。

(c)543条解除

第541条（現行第543条）の履行不能による解除の規定における議論をみたい。穂積委員より第414条（現行第415条）とほぼ同じ規定であり、414条は債務者が債務の本旨に従って履行を為さないときに損害賠償を請求することができるというものであり、追加で債務者の責めに帰すべき事由によって履行を為すことができなくなった場合も損害賠償を求めることができるということになったとして、損害賠償請求だけでなく、解除をすることもできると規定したものである。「当事者の一方が履行をせざるときは」という文言が不能の場合を含みかねることから、不能の場合もできるということを明らかにするために追加したとの説明が行われている。他に議論は行われていない。

(d)その他の解除

①定期行為（542条）

第540条（現行542条）の定期行為における解除の規定における議論を見てみたい。契約目的不達成の内容については、第540条（現行542条）の定期行為における解除で、穂積委員より具体例を挙げて、「契約の性質又は当事者の意思により一定の日時または一定の期間内に履行をなすにあらざれば契約の目的を達すること能わざる場合」がどういう場合か説明が行われている。具体例は、フロックコートの仕立てを依頼し今週中に持参するように契約した場合の事例が挙げられ、土曜日の夜会に行くために注文し、その時までにはできなければその目的を達することができない場合は、解除してしまっても差支えない、請負人が期限までに持ってこないで、遅れて持参した場合でも、注文主がまた後日入用であるから等と思いを許す場合は解除しないで受け取る場合もあるであろう、とされている。これに対しては、横田委員から、期限があつてそれを過ぎたならば、それはすなわち目的を達せない場合であり、法律が慈悲深すぎはしないかと思うとの反論が出されているが、その反論は受け入れられていない⁴³。

こうした議論から、後の定期行為の定義、542条の適用範囲の議論に発展していく流れとなつていった。

②他人物売買解除

法典調査会においては、まず、561条（現行560条）については他人物売買の契約の有効性が問題となったが、梅謙次郎委員から、フランス民法および旧民法においては他人物売買は他人の物を目的とすることから契約は無効であるとするが、我が国はドイツ民法ほかの法制度と同様に無効とはしないこととし、

⁴² 前掲『民法議事速記録三』805頁。

⁴³ 前掲『民法議事速記録三』812頁。

そうすると、他人物売主がその所有権を買主に移転できない場合は、履行をしないこととなり、解除ができることは当然の結果であろうと思う旨が述べられている⁴⁴。

さらに 562 条（現行 561 条）他人物売買の売主担保責任では、梅委員が以下のような説明をしている。フランス、オランダ、イタリア、ポルトガル、スイス、スペイン、ベルギー等を参照し、それらには代価の返還、果実、利息について細かく規定されているが、本案においては、損害賠償の一般の規則が明らかになっているので、賠償の規定を適用すれば諸外国のように細かい規定を置く必要がない、解除すれば代価は全額返還請求できることもわざわざ言う必要がないとして、ドイツ民法のように解除の原則、損害賠償の原則で十分であり、細目を規定しないことにした⁴⁵。案には「第 539 条（現行 541 条）の規定に従い」解除できるという文言が含まれていたため、第 539 条（現行 541 条）は不能の場合ではなく自ら履行をしない場合を含むとの意見が出された⁴⁶。それにより、原案から「第 539 条（現行 541 条）の規定に従い」という文言は削除され⁴⁷、成立した。

564 条（現行 563 条）では、一部他人物売買の場合の規定について議論がなされている。一部履行不能の場合の全部解除類型といえよう。ここでは、解除の不可分性から、一部の場合は解除を認めないとする意見、認めるとするといかなる場合に（当事者の主観的要件）解除を認めるかについて議論が行われている。

後に梅は、買主が善意のときは契約全部の解除をすることができなければ買主が非常に不利益を受けるだけでなく、買主が得た権利が買主の手にあるのはほとんど用をなさないため経済上においても頗る不利なことがあるとして、解除を認めたものと説明している⁴⁸。

こうした議論からは、他人物売買は 543 条のカテゴリーとして理解されていたこと、一部他人物の場合の全部解除においては、解除できないとした場合の買主の不利益、買主が得た権利が買主にとって用をなさないことが重視されていると考えられる。

③数量指示売買、用益権解除

⁴⁴ 前掲『民法議事速記録三』903 頁

⁴⁵ 前掲『民法議事速記録三』919 頁

⁴⁶ 前掲『民法議事速記録三』920 頁、長谷川喬委員の発言。

⁴⁷ 『日本近代立法資料叢書 3 法務大臣官房司法法制調査部監修 法典調査会民法議事速記録四』（社団法人商事法務研究会、昭和 59 年）1 頁

⁴⁸ 梅謙次郎『民法要義 卷之三 債権編』（和佛法律学校（明法堂）、明治 30 年）490 頁

565条(現行565条)数量指示売買においては、法典調査会で梅委員が以下のように述べている。すなわち、解除について、数量不足の場合は、不履行というよりは、契約の場合の要素とみてよろしいと思う、こういうことを条件としていたということである⁴⁹。数量不足または一部滅失の場合は、一部他人物売買の一部追奪と買主に損害を与える程度が異なるところはないことから、一部他人物の規定を準用したとの説明もある⁵⁰。

ここでは、数量不足は瑕疵担保に近く、一部滅失は一部不能(他人物売買と同じ)に近いといえよう⁵¹。

566条(現行566条)用益権においては、後の梅の説明によると、旧民法は一部と全部とを区別していたが、些細な区別は煩わしいことから、目的を達し得るや否やということによって区別したとある。本条においても、一部他人物売買と同様であるが、用益権等が売買の目的物に存在することにより、物の価格の幾分を減じるかは極めて量定しがたいため、本条においては用益権等が存在するために契約をなした目的を達することができないときに限り買主が解除できるとしたとされている⁵²。また悪意の買主は用益権等に相当する価格を減じた価格で買い受けることができるから、そうした悪意の買主を保護する必要性はないとしている。

ここでは契約目的不達成を理由に解除を認めるのは、損害額の算定が困難であるから、損害賠償請求のみでは買主が保護されないため、解除を認めるべきとの考え方が見られる。

④瑕疵担保解除

瑕疵担保の場合(570条)は、566条を準用する。法典調査会では、571条(現570条)の規定については、フランス、オーストリア、オランダ、スペイン、スイス、モンテネグロ、ベルギー、ドイツ民法草案、イギリス動産売買法など多くの規定が参照されている。諸外国では細目が規定してあるものが多いが、それらの規定には規定しなくても知られているもの、実行する上で穏当でないものもあり、細かく規定するよりは用益権が存在する場合の規定を準用す

⁴⁹ 前掲『民法議事速記録四』26頁

⁵⁰ 前掲梅『民法要義』495頁

⁵¹ 内田貴『民法Ⅱ第3版』(東京大学出版会、2011年)124頁の図表では、数量不足は権利の瑕疵に分類されているが、注記で「数量不足は、権利の瑕疵というより、広い意味で、物の隠れた瑕疵(欠陥)といえるが、代金減額の効果を認め易いので、ここに規定されている。また一部滅失も、権利の瑕疵とはいえないが、一部が他人の物であった場合と性質が同じ責任だから、ここに入れている。」とある。

⁵² 前掲梅『民法要義』499頁

ることとしたと説明されている⁵³。旧民法は、「修補することができない」場合に解除ができるとされていた。この点について梅委員の説明では、修補ができるけど莫大な費用がかかる、あるいは長い時間がかかる場合もある、そういう場合でも瑕疵があることを知ったならば買わなかったであろうということが十分に証明できる場合には解除を許さないと不都合であるから、「修補することができない」という要件は除いたとされている⁵⁴。

また、571条（現570条）の瑕疵について、旧民法94条に「用法ニ不適當ナラシメ」つまりそれがあるということを知ったならば買わなかったであろう、すなわち、契約をなしたる目的を達することができぬ場合であるということに帰着する旨の説明がある⁵⁵。先に見たように、旧民法94条は、隠れたる瑕疵による売買廃却訴権の規定であり、第1項で、動産と不動産とを問わず目的物に売買の当時に不表見の瑕疵があり、買主が善意で修補を得られず、かつ、その瑕疵が物の性質上もしくは合意上の用方に不適當ならしめ、または買主その瑕疵を知れば初めより買い受けなかった程度に物の使用を減じた時は、買主は解除を請求することができるとする。また、第2項は、解除をした場合、買主は弁済代金と契約費用とを取戻し、その代金の利息は請求の日に至るまでの物の収益または使用とこれを相殺するとして、原状回復を規定している。

なお、瑕疵担保解除については、諸外国の立法には、代金減額請求を許すものがあるが、いくら減額すべきかは算定しがたいので、目的物に用益権等が存在する場合と同様にして解除と損害賠償のみを認めることとしたとの説明もある⁵⁶。

ここでは、修補することができても契約目的不達成の場合は解除を認めるとして、買主の利益を保護すべきとの価値判断が見られる。また、契約目的不達成の判断には、目的物の性質、もしくは契約の合意内容を考慮要素とするという理解も見られる。

⑤請負(635条)

売買以外の契約各論における契約目的不達成に関する解除規定を見てみることにする。

請負契約において目的物に瑕疵がある場合の解除を定めた642条(現行635条)について見てみたい。本条では、オーストリア、スイス、モンテネグロ、ドイツ草案等が参照されている。

法典調査会においては、642条（現行635条）について、穂積陳重は以下の

⁵³ 前掲『民法議事速記録四』75頁

⁵⁴ 前掲『民法議事速記録四』75~76頁

⁵⁵ 前掲『民法議事速記録四』76頁

⁵⁶ 前掲梅『民法要義』517頁

ように説明する⁵⁷。すなわち、売買の場合と同じ趣意によって立案したとし、仕事の目的物に瑕疵があってその瑕疵たるや注文の目的を達することのできないものである場合、すなわち、靴であればまるで履くことができない、修補すべきこともできない、あるいは煙草盆を注文しても煙草盆にするに堪えないものである、こういう物を持ってきたときは、すなわち初めの契約の目的を達することができないから、外の売買の場合においてもやはりその瑕疵の程度が契約の目的を達することを妨げるものであれば、その契約の解除をなすことができるという例をここにも用いたとする。

なお、本条不要説という問題提起がなされ、多少の議論が行われている。この点に関しては、本来ならば、解除の通則が適用されて不履行によりどんどん解除ができる、しかし、641条（現行643条）で修補請求ができるのが原則であり、損害賠償請求もできる。解除の通則が適用されてしまうと目的が少しでも達せられない場合はどんどん解除ができてしまい、それではたとえ動産の場合でも困ってしまうから、本条を規定した、との説明が、梅委員からなされている⁵⁸。

後に起草委員の梅は、本条について、以下のような説明をしている⁵⁹。請負人は担保責任として瑕疵修補および損害賠償の責めを負うが、それだけでは注文者の保護が十分でないことがある。すなわち、修補した物が到底初めに予期した用をなさないことがあり、あるいは、修補のために莫大な日時を要し、そのために注文者の目的を達することができないことがあるからである。この規定は541条の原則によることができるが、催告の必要がないため直ちに解除できる点で差がある。具体例としては裁縫師に上等の衣類を裁縫させる場合で、見えやすい個所に傷があってこれを縫合すれば上等の衣類としては全く用をなさない、あるいは同一の生地で再度作らせたが生地がない場合、生地はあるが再度作ると一定の時期に着用することを予定していた場合にその時期までに完成しない場合を挙げている。

ここでは、635条の契約した目的が達成できないという要件を、解除を制限する要件とする一方で、635条は541条の例外としての催告不要な場合であり、解除を認める方向での理解も示されている。

売買の売主担保責任、その他契約各論における解除規定については、その後の初期の学説においては、特筆すべき記述はない。

(3) 現行民法制定時における解除要件

⁵⁷ 前掲『民法議事速記録四』549頁

⁵⁸ 前掲『民法議事速記録四』558頁

⁵⁹ 前掲梅『民法要義』700頁

現行民法は、旧民法と異なり、解除条件構成を採用せず、ドイツ法に従い、契約総則に解除に関する総則規定を設け、遅滞の場合の催告解除と、不能の場合の無催告解除を定めた。その一方で、契約各論においては、ドイツ法やフランス法を中心として諸外国の制度に依拠した売主担保責任における解除の規定や、請負契約における解除規定が混在している。その意味では、わが国の解除制度は成立当初から様々な考え方がミックスされたものと捉えることが可能である。

契約総則の解除については、543条は履行拒絶および履行不能の場合の無催告解除規定、541条はそれ以外の場合に広く催告解除を定めた規定と認識されていることが伺える⁶⁰。

契約各論の解除規定、特に売主担保責任の規定をよく見てみると、履行不能解除の特則といえる他人物売買解除については、債権者たる買主の受ける不利益を重視して、無催告解除を認めていると解される。

売主担保責任のうち、一部不履行による全部解除の類型においては、損害の算定が困難であることを理由に、「契約目的不達成」による無催告解除を認めている。損害賠償請求により買主の保護が図れる場合は、「契約目的不達成」であるとはいえ、解除を認める必要がないからであろう。

瑕疵担保責任においては、修補することができない場合という要件を削除したため、追完可能な場合も無催告解除ができるように一見思われるが、物理的に可能であっても、買主保護の見地から売主の追完がほぼ無意味な場合は、解除が認められないと理解されているといえよう。「契約目的不達成」については、その具体的内容が意識されて議論が行われているのが分かる。

また、この当時は定期行為解除の「契約目的不達成」については、あまり明確な方向性を見出すことは困難である。定期行為解除については、この後のドイツ法継受により、債務不履行三分体系が導入されることにより、様々な議論が行われていることから次にそれらを分析・検討したい。

⁶⁰ 北川善太郎『債権総論』（有斐閣、1993年）166頁、北居功『契約履行の動態理論Ⅰ－弁済提供論』（慶應義塾大学出版会、2013年）460頁注7

第2章 ドイツ法継受と学術理論の発展

1 債務不履行制度の発展と解除要件

旧民法はフランス民法の影響が多たであったが、現行民法は主としてドイツ民法が軸になったことから、民法制定後はドイツ民法の研究と日本民法への導入が盛んとなったのは、一種の必然であろう。債務不履行責任に関しては、ドイツ法における議論が導入され、これらの考え方が日本独自の発展を遂げていった⁶¹。それによって、日本特有の債務不履行制度の解釈が形成され、我妻説を代表とするいわゆる従来の通説が形成されていった⁶²。それに伴い、解除制度も債務不履行制度と密接に関連していることから、そうした影響を正面から受けることとなっていた。

解除制度に対する影響を論じる前提として、まずは債務不履行制度の理論的発展について、解除制度の発展を検討するに必要な限度で説明を要する。筆者の理解するところにおいて簡略に説明するとおよそ以下のとおりである⁶³。シュタウプの積極的債権侵害の理論の中には、不作為債務、不完全給付、給付の拒絶（これらに継続的給付義務違反を付け加えるものもある⁶⁴。）が含まれており、各論者によって様々な分析が行われていった。ドイツでは遅滞と不能のみを規定しそれ以外の債務不履行態様を条文で規定していないためこのような議論が生じているという状況も踏まえられた上で、積極的債権侵害の中でも独自に取り上げるべきは不完全給付（不完全履行）だけであり、それ以外のものは履行遅滞、履行不能に吸収されるとする解釈が確立していった⁶⁵。そしてドイツにおける不完全給付（不完全履行）についての法の欠缺と日本民法の規定（415条）との違いも意識されつつ⁶⁶、不完全給付（不完全履行）の位置付け

⁶¹ ドイツのシュタウプの積極的債権侵害の理論が日本に紹介されたのは、1906年（明治39年）であった。岡松参太郎「所謂『積極的債権侵害』ヲ論ス」『法学新報』16巻第1号57頁以下、同巻第2号12頁以下、同巻第3号15頁以下、同巻第4号35頁以下（明治39（1906）年）。

⁶² 潮見佳男「債務不履行・契約責任論史」水本浩・平井一雄編『日本民法学史・各論』（信山社、平成9年）183頁以下

⁶³ 前掲潮見「債務不履行・契約責任論史」187頁以下。

⁶⁴ 石坂音四郎『日本民法第三編債権第二巻 第7版』（有斐閣書房、大正5年（明治45年初版））特に597頁。近藤英吉・柚木馨『註釈日本民法（債権論総則）〔上巻〕』（巖松堂書店、昭和9年）166～169頁。

⁶⁵ 前掲石坂『日本民法第三編債権第二巻』、590頁以下。鳩山秀夫『日本債権法（総論）増訂版』（岩波書店、昭和7年（大正5年初版））165～167頁

⁶⁶ 北川善太郎『日本法学の歴史と理論』（日本評論社、1968年）91頁では、541条は履行遅滞の場合にのみ適用されるべく予定されておらず、債務不履行による法定解除権を認めた一般規定であった、民法542・543条はその例外規

については、履行遅滞、履行不能以外の独立の債務不履行とする見解⁶⁷、415条の「債務の本旨に従った履行がない」という要件に含まれるとする見解⁶⁸に大きくは分かれる。後者の不完全給付（不完全履行）も415条の「債務の本旨に従った履行がない」という要件に含まれるとする見解においても、債務不履行の三分体系そのものを排除するということはなかったため、履行遅滞、履行不能、不完全履行の三分体系が確立されていったと言えよう⁶⁹。

以下ではまず、ドイツ法を継受しつつも、「契約目的不達成」を要件として無催告解除を規定する542条の定期行為解除について、541条のカテゴリーとすべきか、あるいは543条のカテゴリーとすべきかという議論が、定期行為の定義とも関連して盛んに議論されている。まさに542条解除の位置付けの問題である。

さらに、解除における帰責事由の要否について、542条では541条とは異なり債務不履行責任とは別の視点からも論じられている。明文上帰責事由がないことを消極要件とする543条と、条文上は明らかでない541条における帰責事由の要否との比較の観点からも論じられているので、それらを検討したい。

これら二つの議論から、催告解除と無催告解除との違い、区別の基準がどのように意識されていたかを明らかにし、新たな解除要件構築のヒントとなるものを見出すことができないかを検討する。

最後は、そうした議論を踏まえて、我妻榮を代表とする伝統的な契約責任論を前提とする立場で、契約総則における解除要件について、どのような整理がなされたかを検討していくこととする。

2 定期行為解除 542 条の位置づけ

(1) 解除の原則規定としての 541 条と帰責事由

法典調査会での議論を見ると、債権総則の現行 415 条において過失責任主義が採用されたことは明らかである⁷⁰。一般的には、以下に述べるように、解除

定ないし特別規定であることになるとして、「したがって、民法典の構造上、不完全履行による解除に対して欠缺はなかったわけである。」とする。

⁶⁷ 前掲石坂『日本民法第三編債権第二巻』604頁。

⁶⁸ 末弘巖太郎『債権法総論』（出版社、出版年不詳）69～70頁。

⁶⁹ 我妻榮『新訂 債権総論 民法講義IV』（岩波書店、1964（昭和39）年（1940（昭和15）年初版））99頁以下。

⁷⁰ 前掲『民法議事速記録三』64頁。法典調査会における第409条（現行第415条）をめぐる議論においては、穂積陳重委員より、「本旨ニ従ヒ」ということで不履行も遅延も両方を含むつもりであるとし、但書については、諸国の法典では多く不可抗力による場合を除いてあり、いかなる原因による場合でも、その

においても債務不履行に基づく損害賠償請求の制度と同様に、債務者の責めに帰すべき事由によること要件とする考えられていたと理解される。

法典調査会においては、解除に帰責事由が必要かについて、特に論じられていない。

初期の学説においては、梅謙二郎が代表的である。債権総則の 415 条前段の説明部分においては「なお、契約上の債務については若し債務者が正当の時期に其債務の履行を為さざるときは契約を解除し単に損害の賠償の身を求むルことあるべきは後に論ずベキところなり (541 条、545 条)」とある⁷¹。また、解除については、民法 540 条の説明において、「本款ニ於テハ解除権カ法律ノ規定ヨリ生スル場合ノ最モ重モナルモノ即チ不履行ニ因ル解除権ノ通則ヲ掲ケ」⁷²としている。この「不履行」の中身については触れられていないが、541 条の説明においては、「本条以下五百四十三条ニ至ルマデハ不履行ニ因ル解除ノ一般ノ条件ヲ定メタルモノナリ」として 541 条が本則、542 条、543 条は例外の場合を定めたとの説明があり⁷³、同様のことは起草委員以外の著作にも見られる⁷⁴。

543 条の説明においては、より明確に 541 条の通則に対する例外を規定したものであるとした上、債務者の責めに帰すべき事由により不能となった場合は、催告は無用の手続に過ぎなくなってしまうので、ただちに解除をすることができるとの説明がなされている⁷⁵。542 条については、特に債務者の責めに帰すべき事由が必要かには触れられていない。

543 条については、帰責事由を必要とする明文の規定が存在することから、議論の余地があまりなかった⁷⁶。梅の 543 条の説明においては、より明確に 541

不履行が債務者の責めに帰すべからざるときは、損害賠償の責めを生じないということを広く断った旨の説明がなされている。

⁷¹ 前掲梅『民法要義』54 頁。なお、415 条後段については、『民法原理 債権総則 完 (講述本)』(和佛法律学校発行、明治 35 年、(信山社、復刻叢書法律学編 17、平成 4 年)) 284 頁には、特定物の引渡について自己又は使用人の不注意により毀損したり、動産を他に売却して引き渡したりした場合は、債務者の責めに帰すべき事由によるとし、類焼により焼失したり、強盗により奪取されたりした場合は、帰責事由なしとして損害賠償請求できないとの説明がある。

⁷² 前掲梅『民法要義』435 頁

⁷³ 前掲梅『民法要義』438 頁

⁷⁴ 松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎『帝国民法正解 債権編第 3 版』(日本法律学校発行、有斐閣書房、明治 36 年) 886 頁は、542 条は 541 条の例外と明記しているが、543 条については例外であるとの説明はない。

⁷⁵ 前掲梅『民法要義』441 頁。

⁷⁶ 前掲『民法議事速記録三』814 頁。第 541 条 (現行 543 条) については、第

条の通則に対する例外を規定したものであるとした上、債務者の責めに帰すべき事由により不能となった場合は、催告は無用の手続に過ぎなくなってしまうので、ただちに解除をすることができるとの説明がなされている⁷⁷。

これらのことから、解除における不履行と債務不履行に基づく損害賠償請求における不履行とは、当然に同じように考えられていることが同われ、541条の例外が542条、543条ということからは、541条が帰責事由を要件とする債務不履行責任を前提とするものであれば、その例外である542条、543条においても同様であると考えるのが論理的ではあろう。

(2)絶対的定期行為と相対的定期行為

このように民法制定当初から、債務不履行に基づく損害賠償請求の415条前段と同条後段とパラレルに、解除の541条と543条とが理解されていることが分かる⁷⁸⁷⁹。そして、解除においては、541条が原則規定とされ、542条、543条はその例外規定との理解が見られる。こうした理解が、債務不履行三分体系

539条(現行第541条)より明確に、帰責事由が必要とされることが述べられている。第539条(現行第541条)の「履行セサルトキハ」という文言に、不能の場合が含みかねるので、本条を置いたとの説明がある。損害賠償請求を規定する415条において、債務者の責めに帰すべき事由により履行不能になった場合も損害賠償請求ができるとされたが、そこでの議論と形式的にはほぼ同じである。

⁷⁷ 前掲梅『民法要義』441頁。

⁷⁸ その一方で、債務不履行と解除を必ずしも一体的なものとはせず、債務不履行における議論が解除においては論理必然ではないとする考え方も残っている。最も特徴的なものは石坂説であるが、541条は「履行遅滞による解除」とはせず「履行遅延に因る解除」(下線は筆者が付した)とし、債務者の過失の有無を問わない、客観的に履行期限を経過した場合として整理されている。債務者の過失については、後述のように分析的に議論がなされている。その上で、石坂説は、542条は、履行遅滞による解除の一つと位置付け、履行遅滞のうち、履行期が重要でない場合は、541条、履行期が重要である場合は542条による分類がなされている。石坂音四郎『日本民法第三編債権第六巻 第三版』(有斐閣書房、大正5年)2278~2279頁。

⁷⁹ 末弘巖太郎『債権各論 第7版』(有斐閣、大正9年(大正7年初版))241~242頁も「債務者の履行遅延に因る解除」として契約が定期行為でない場合が541条、定期行為である場合が542条として、ほぼ同様の整理をしている。なお、前掲鳩山『増訂日本債権法各論上巻』209頁注4参照。鳩山は、契約一般に通じる解除権の原因は債務不履行とした上で、債務不履行につき民法は履行遅滞と履行不能のみを規定し、不完全履行の場合に解除権が生じるかについて解釈上議論があるとしている。履行遅滞の中の定期行為でない場合が541条、定期行為である場合が542条との整理がなされている。

と結びつき、543条は履行不能、541条は不完全履行その他も含む履行遅滞の場合の解除規定との理解が形成されていく。

しかし、損害賠償請求に対応する規定が存在しない定期行為については、解除独自の視点でいかなる場合に無催告解除を認めるべきかという議論が行われている。一つは、542条の解釈について絶対的定期行為と相対的定期行為とに分類して、どのような場合に541条乃至543条のどの条文が適用されるべきかの議論が台頭している。この議論は、542条と541条および543条との境界をどのように考えるか、催告解除と無催告解除との区別の基準をどのように考えるかという問題と結び付く。

絶対的定期行為と相対的定期行為の分類はドイツ民法の影響によるものである⁸⁰。「絶対的定期行為」とは、一定の履行期を経過するときは、以後履行が本来の価値を失うべき場合⁸¹、履行期を経過した後に履行をなしても債務の履行たる性質を有しない場合⁸²、をいう。これに対し、「相対的定期行為」とは、債権者が正確に一定の時期に履行を為すことをもって契約の要素となしたる場合⁸³、給付の性質上は一定の時期に履行をすることを必要としないが当事者が契約で特に一定時期に履行をすべきことを定めた場合⁸⁴、をいう。

こうした分類を前提として、①絶対的定期行為の場合は543条の適用を受けべきものであって、542条は相対的定期行為の場合にのみ適用されるべきとする見解⁸⁵、②絶対的定期行為、相対的定期行為ともに542条の適用があるとする見解（末弘、鳩山）⁸⁶、③相対的定期行為の場合は542条の適用を受けず541条によるべきとし、542条は絶対的定期行為のみに適用されるとする見解（石坂説）⁸⁷がそれぞれ提唱されている。

⁸⁰ ドイツ民法361条においては、相対的定期行為のみについての規定であり、絶対的定期行為には適用されないとされる。石坂『日本民法第三編債権第六巻』2291頁、2297頁注13、14。なお、スイス債務法108条は①債務者の行動によりこれを不要と認める場合、②債務者の遅滞のため給付が債権者に対し不要となった場合、③契約によりその給付が正確に一定の時期または一定の期間内になすべき当事者の目的が明白な場合、の3種の場合を列举し、この3種の場合には催告を要することなく契約を解除することができるとしている。和田宇一『判例契約解除法上巻』（大同書院、昭和12年）790頁も参照。

⁸¹ 前掲末弘『債権各論』250頁

⁸² 前掲石坂『日本民法第三編債権第六巻』2291頁

⁸³ 前掲末弘『債権各論』250頁

⁸⁴ 前掲石坂『日本民法第三編債権第六巻』2291頁

⁸⁵ 前掲末弘『債権各論』251頁、おそらくドイツ法における見解であろう。

⁸⁶ 前掲末弘『債権各論』250頁、前掲鳩山『日本債権法各論上巻』219頁

⁸⁷ 前掲石坂『日本民法第三編債権第六巻』2291頁

まず、①絶対的定期行為の場合は 543 条が適用され 542 条は相対的定期行為の場合にのみ適用されるべきとする見解は、ドイツ民法 361 条の解釈としては通説であるが、542 条は履行が可能であるにもかかわらず履行をしない場合の結果として生じるものであり、履行不能の結果として生じる場合とは区別するとされる⁸⁸。

③相対的定期行為の場合は 541 条が適用され 542 条は絶対的定期行為のみに適用されるとする見解(石坂説)は、542 条にいう「契約を為したる目的」とは、履行期後の履行が債権者に全く利益を与えない場合をいい、履行期が単に重要な場合は含まず、履行期後になす履行が価値を有しないことを必要とした上で、定期行為の場合の契約目的不達成は、契約の性質により、あるいは当事者の意思表示によって定まるとする⁸⁹。そして相対定期行為の場合は債権者の契約締結の理由・動機にすぎず、債権者だけが契約締結の動機を表示するだけでは 542 条の適用はなく、債務者がこれを承諾し契約の内容の一部となった場合のみ 542 条の適用があると解すべきであると主張する⁹⁰。

しかし、この見解に対しては、「契約を為したる目的」とは契約によって達成しようとした特殊の目的をいうものではなく、広く債権者が契約を為すに至った理由・動機をいうものと解すべきであるから、当事者が正確に一定の時期に履行あることを要素として契約を締結した場合には、その正確な履行があることを契約締結の理由(契約をなした目的)と解することができ、また、相対的定期行為の場合に 542 条の適用がないとすると 541 条が適用され相当期間を定めた催告が必要となり、契約の本旨と矛盾する無用の手続を債権者に要求する結果となり不当であるから、542 条の適用があるとすると⁹¹といった批判がある。

②絶対的定期行為、相対的定期行為ともに 542 条の適用があるとするとする見解(末弘、鳩山)は、542 条の「契約を為したる目的」とは債権者がその契約を為すに至った理由・動機をいい、契約上明示または黙示にされることを必要とし、一定の時期に遅行がないときはこれが貫徹されないことを理由とし(末弘説)⁹²、あるいは、債権者と債務者との間に特約を成立させるのは、債権者の主観的動機に留まらず、動機を表示することについて債務者と契約をなすものであり、542 条にいう「契約を為したる目的」とは契約を締結するに至った主要な動機をいうことが明らかで、履行期以後の履行が性質上不能な場合だけでなく性質

⁸⁸ 前掲末弘『債権各論』251 頁、前掲鳩山『日本債権法各論上巻』220 頁。

⁸⁹ 前掲石坂『日本民法第三編債権第六巻』2292 頁

⁹⁰ 前掲石坂『日本民法第三編債権第六巻』2294 頁

⁹¹ 前掲末弘『債権各論』252 頁

⁹² 前掲末弘『債権各論』250 頁

上可能な場合も包含すべき(鳩山説)⁹³と主張する。鳩山説は、絶対的定期行為は、履行期に履行をすることが可能でありまず履行遅滞を生じ、その結果不能を生じるものだから、543条の他に542条を設けたとし、相対的定期行為の場合は、まず遅滞を生じた結果不能を生じるものだから541条に属するべき場合だけ当事者間に履行を厳守すべき特約をもって催告を不要とするために特に542条を規定したと説明する⁹⁴。

②説は、542条の適用がある相対的定期行為は債権者の理由・動機の表明だけでなく、債権者の動機の表示を前提として当事者が契約をしたことを要する⁹⁵としており、当事者の合意を厳しく認定しようとする方向性が見られる。

②説が通説的見解となり⁹⁶、542条の適用がある相対的定期行為とは何かという解釈に帰着するように解される。かくして、542条の解釈として、絶対的定期行為と相対的定期行為とに分類して議論する方向性は徐々に見受けられなくなっていく。

このように542条は履行期後の履行が物理的に可能であっても、債権者債務者間の合意によって履行期後の履行が債権者にとって意味を有しないことを認識していた場合を指すこととなった。これは、542条の「契約目的不達成」要件の内容をいかに解するかとも密接不可分に結びついた議論であることが明らかである。それと同時にドイツ三分体系の導入によって履行遅滞、履行不能の区別が明確になる一方で、遅滞と不能の区別の相対性も意識されていることが伺える。③の石坂説は、542条を単に541条の例外と位置付けるだけでなく、543条のカテゴリーも含むものとの理解が伺える。

3 542条における帰責事由の要否

(1) 民法制定時および起草者

債務者の帰責事由を明文で規定する543条はもちろんのこと、明文の規定のない541条においても、債務者の帰責事由を必要と理解されていたことについては、既に述べた。542条における債務者の帰責事由の要否については、学説上、解除独自の観点から議論が行われているが、法典調査会においては、特に目立った議論は行われていない。法典調査会では、542条と帰責事由との関係において、損害賠償請求との関係で、催告なしで解除の意思表示をするまでは、

⁹³ 前掲鳩山『日本債権法各論上巻』220頁

⁹⁴ 前掲鳩山『日本債権法各論上巻』221頁、注18

⁹⁵ 前掲鳩山『日本債権法各論上巻』220頁

⁹⁶ 我妻榮『債権各論上巻 民法講義V1』(岩波書店、1954(昭和29)年)169～170頁

期限の遅滞というだけでは損害賠償請求ができないのか、という質問が長谷川喬委員からなされている。この質問に対して、損害賠償はもとよりできるのが当然であるとの見解が述べられている⁹⁷。ここでは、解除の前提としては、債務不履行（遅滞）による損害賠償請求権が発生していることが必要とされていることから、おそらく542条の解除においても帰責事由が必要とされると理解されていたと解してよいであろう。

(2)学説

不要説としては、末弘巖太郎『債権各論』⁹⁸が詳細な理由を5つ挙げている。まず1つ目として、債務者の過失に基づくことを要する規定が存在しないことを挙げる。2つめとして、必要説は損害賠償請求には債務者の過失を必要とすることとの均衡を理由とするが、理論上この種の必要的論理はない。すなわち、545条3項は解除以前に損害賠償請求の原因が存在するときは解除しても損害賠償請求できるとし、そのような原因がないときは解除できても損害賠償請求はできないと解するものであるので、解除の要件として過失不要説をとっても不当な結果とならない、とする。3つめに、必要説は542条は履行期に履行しないときは履行不能となり543条と対比して過失が必要であると主張するが、542条は絶対的定期行為のみに適用されるものではない、たとえ絶対的定期行為の場合でも履行不能を理由とするのではなく履行遅滞を理由とするのであるから、543条と542条とを同一に解する必要はないとする。4つめは、541条の場合に過失不要とすることは反対論者（石坂説）も認めるとする。5つめとして542条は一定の時期に履行しないことに重きをおくものであるから、過失なしでも解除を認めるべきであることは、541条の場合より顕著である、とする。

末広は、541条542条ともに全くの過失不要説である。異説のようにも思われるが、他にも岡村玄治『債権法各論』のように、542条について債務者の帰責事由不要説が存在する⁹⁹。理由としては、543条は明文で帰責事由を要するとあるが542条は明文がないこと、536条で当事者双方の責めに帰さない不能は債権者は反対給付を免れるとするが、542条は債務者に過失がない限り債権者は反対給付を免れないとするのは536条との権衡上不当であるとする。

これに対し、おそらく必要説が多数的見解と考えられる。鳩山秀夫『日本債権法各論上巻』では、過失なくば責任なしという一般原則および、543条との関係から、過失を必要とするのを正当とするとし、履行期以後の履行が不能な

⁹⁷ 前掲『民法議事速記録三』813頁。

⁹⁸ 前掲末弘『債権各論』253頁～255頁。

⁹⁹ 岡村玄治『債権法各論』（巖松堂書店、昭和4年）126頁。

場合には、性質上履行不能の一場合に属し、履行期以後の移行が可能な場合には、不能の場合より重い責任を債務者に負担させるべき理由がないからとする¹⁰⁰101。

必要説の中でも特徴的な見解としては、石坂音四郎『日本民法第三編債権第六卷』¹⁰²が挙げられる。前述のとおり、石坂説は、542条は絶対的定期行為にのみ適用されることを前提とする。過失を必要とする理由としては、542条に明文の規定はないが、遅滞の要件として過失が必要とされていること、債権者が損害賠償請求をするには債務者の過失が必要とされていること、542条の場合是一定期間に履行がなければ不能を生じることから543条との対比においても、542条でも責めに帰すべき事由に基づくことを要すると解すべきとされている。

石坂説は、541条に関しては、一般的には不要説として他の文献に引用されている¹⁰³が、完全な不要説でもないようである。541条および542条を「履行遅延による解除」と標題を付して、履行遅滞による解除とはされていない。そして、541条については、債務不履行と、解除の要件がリンクしていない旨を指摘する点の特徴である。すなわち、解除の場合は、単に履行期に履行をしないことだけでよく、その不履行が債務者の過失によるかは関係ない、したがって、債務者が遅滞にあると否とを問わないと明確に記載されている。特に不確定期限の場合（民412条2項）は、遅滞の責めを負うためには到来だけでなくそれを知ったことが必要であり、期限の定めなきとき（民412条3項、債権の発生と同時に履行期が到来する場合）は債権者の請求が必要であるが、解除の場合は、それらは不要で単に履行期に履行がないことだけで足りるとする¹⁰⁴。これに対し、ドイツ民法、スイス債務法、ハンガリー民法草案は、債務者が遅

¹⁰⁰ 前掲鳩山『日本債権法各論上巻』221頁

¹⁰¹ 他の必要説は、磯谷幸次郎『債権法論 各論上巻』（巖松堂書店、大正15年）269頁。三猪信三『契約法講義要領 再版』（有斐閣、昭和7年）99頁。

¹⁰² 前掲石坂『日本民法第三編債権第六卷』2295頁

¹⁰³ 鳩山秀夫『増訂日本債権法 各論上巻』（岩波書店、昭和7年（大正13年初版））209頁注4。前掲磯谷『債権法論 各論上巻』255頁など。

¹⁰⁴ 前掲石坂『日本民法第三編債権第六卷』2279頁、2283頁（催告は履行期到来後であれば債務者が遅滞の責めを負わなくてもいつでもできる。催告によって412条2項3項の要件を満たす場合はある。）、2284頁（相手方が同時履行の抗弁権を有する場合であっても催告でき、自己の債務の履行の提供は不要である。債務者が同時履行の抗弁権を有していても、債権者の履行の請求を妨げることはなく、債務者は抗弁権の援用により債権者の請求を拒むことができるに過ぎないためである。541条の文言からも履行の提供を要件とすることはできない。）

滞の責めに任ずることを必要とするが、我が民法においては、遅滞を要件としない、しかし実際は通常債務者が遅滞の責めを負う場合に解除をなすとの結果となる旨が指摘されている¹⁰⁵。この一連の説明は、時期的な要素だけのものであるように解される。遅滞の時期と履行期に履行がないことという要件における履行期がずれるという指摘にすぎないと考えられ、541条帰責事由必要説と実質的に同様である。

必要説の中には541条は不要説に立ちつつ、542条は必要説に立つ異説も存在する¹⁰⁶。理由として、①民法の過失責任主義、損害賠償請求について債務者の過失を必要とする以上、解除のような一層債務者に不利益の結果を及ぼす場合には過失を必要とする。②541条は催告期間があるため過失不要論をとるが、542条は催告が必要とされず過失不要とすると債務者に酷に過ぎる。543条は絶対的定期行為を多く含み債務者の過失を必要とする以上、これよりも軽い意味を有する相対的定期行為の場合は一層債務者の過失を必要とする、といったことを挙げる。

その後は、債務不履行三分体系の確立により、542条の重要性が相対的に低下していったことや、541条では帰責事由必要説が通説的見解となったため、542条においても541条と同様に帰責事由必要説が通説化していったと考えられる。しかしながら、不要説は、541条解除での帰責事由不要説を前提として、542条の絶対的定期行為と相対的定期行為の議論とも関連づけながら543条との対比においても論じているし、債務不履行に基づく損害賠償請求との対比においても、解除の機能を意識して論じられているように理解される。

なお、542条の特則とされる商法525条においては、債務者の帰責事由に基づくか否かは問わないとするのが通説である¹⁰⁷。

4 債務不履行制度と解除制度との関係

(1) 債務不履行制度への従属

ドイツの債務不履行に関する議論が導入され、わが国においては履行遅滞、履行不能、不完全履行の三分体系が確立され、それは債権総論のみならず、契約総論の解除における議論でも前提として論じられることとなった。そうした流れは我妻榮によって一応の完成を見たと言っても良いであろう。いわゆる伝統的な契約責任を前提とする解除の制度趣旨および解除要件について見てみた

¹⁰⁵ 前掲石坂『日本民法第三編債権第六巻』2288頁、注3

¹⁰⁶ 中村武『債権発生原因論』（巖松堂書店、昭和3年）261頁。

¹⁰⁷ 田邊光政『商法総則・商行為法第3版（新法学ライブラリー）』（新世社、2006年）232頁、最判昭和44年8月29日集民96号443頁

い。

まず債権総論においては、損害賠償の請求が、債権の効力として實際上最も主要な問題とされ、履行遅滞、履行不能、不完全履行の3類型に分けて論じられている。それぞれの効果においても、契約から生じた債権である場合には契約解除権が生じることが挙げられている¹⁰⁸。

解除の趣旨・目的という点では、具体例を複数挙げ、比較法的視点からの検討もなされているが、解除の効果として注意すべき点は、二つあるとして、一つは解除したものは自己の債務を免れることであり、もう一つは解除をした上に損害賠償請求ができることを挙げている。解除と履行に代わる損害賠償請求との関係について、比較法的観点からの検討がかなりなされている¹⁰⁹。それまでの教科書では、法定解除は債務不履行を原因とするといった程度の記載¹¹⁰は見られるが、比較法的視点から解除と損害賠償請求との関係について深く考察されている論述は見られない。こうした考察自体、解除が債務不履行を前提としているという理解の表れである。債務不履行をした当事者に対する制裁という言葉は見られないが、損害賠償請求と解除との関係について論じられている部分を読む限りでは、解除そのものについては、債務からの解放を主として、制裁という観点からは、損害賠償請求をするために解除が必要か、どの範囲の賠償を認めるか、という問題の中で検討されているように解される。損害賠償請求のために解除が必要であれば、解除も制裁としての意味合いを増し、解除した場合に広く賠償を（履行利益まで）認めるのであれば、解除独自の制裁としての意味合いは減少することとなる。

(2)解除要件への影響

次に解除要件をそれぞれ見てみる。

履行遅滞については、(a)債務者の責めに帰すべき事由による履行遅滞があること、(b)債権者が相当の期間を定めて催告したこと、(c)催告期間内に履行されなかったこと、の3つを挙げる。さらに(a)の要件は、履行の可能なこと、履行期を徒過したこと、債務者の責めに帰すべき事由によること、履行しないことが違法であることの4つの要件が必要であるとする。その理由は、債務者の履行遅滞の効果の一つであることが挙げられている¹¹¹。それまでの教科書、例えば、鳩山秀夫『増訂日本債権法 各論（上）』が上記(a)の要件に相当するも

¹⁰⁸ 前掲我妻『民法講義IV』112頁は解除が「實際上極めて重要な作用をする。」と評価されている。145頁、153頁。

¹⁰⁹ 前掲我妻『民法講義V 1』135～145頁。

¹¹⁰ 前掲鳩山『日本債権法各論上巻』201頁、208頁。

¹¹¹ 前掲我妻『民法講義V 1』152～153頁。

のとして、541条の条文に忠実に、「債務の履行がないこと」と記載し、その債務の内容として付随的債務や一部債務の不履行の場合の解除の可否を検討していたこと¹¹²、債務者の故意過失が必要かという問題について、上記(c)の要件の中で検討されていること¹¹³と比較すると、より一層明確に民法415条の債務不履行（履行遅滞）の要件を満たすことが解除の要件として必要であることが意識されているといえる。

次に一部不履行の場合の解除について概観する。大きくは①債務者の為すべき給付が可分であり一部の履行でも債権者にとってそれだけの価値がある場合と、②債務者のなすべき給付の内容が不可分である場合とに分け、①については、さらに3つの場合に分類し、a)一定数量の商品を何回かに分けて給付する売買や一定期間内に一定の数量を給付する順次供給売買などのように、債務者が一部ずつ履行することが契約の趣旨である場合には、未履行の残部についてのみ解除することができる。b)分割してまたは順次に給付すべき場合でも債務者が最初の給付義務を怠っているときは、債権者は全部について解除をすることができる。c)債務者が一時に給付すべきものについてその一部だけを給付した場合には、理論的には分割給付や順次供給の場合と同様であるとするが、「この場合には、全部の給付がなければ債権者にとって契約の目的を達しえない場合—すなわち、全部の解除をなし得る場合—が多いことを特に注意すべきである。」としている。②の債務者のなすべき給付の内容が不可分である場合には、一部の給付は債権者にとってそれだけの価値もないから、全部の解除をすることができる。ただし、不履行の部分が給付全体から見て軽少なものであって全部の解除を認めることが信義誠実の原則に反するときは解除はできないとする¹¹⁴。やはり「契約目的不達成」という点が解除の可否に大きく影響しているとの理解が見られる。

さらに不完全履行については、一部不完全履行の場合も追完が可能な場合は履行遅滞に、追完が不能の場合は履行不能に、それぞれ準じて取り扱われるとされている。給付の内容が可分で、追完を許す場合はその部分だけ催告解除できるが、それ以外の場合（可分で追完を許さないとき、不可分で追完を許すとき、不可分で追完を許さないとき）は、可分であれば残部だけ、追完を許さない場合は無催告でという限定がそれぞれ付されてはいるが、共通項としては、その瑕疵の程度が契約をした目的を達し得ない程度のものであれば解除でき、その

¹¹² 前掲鳩山『日本債権法各論上巻』209～211頁。

¹¹³ 前掲鳩山『日本債権法各論上巻』215頁。

¹¹⁴ 前掲我妻『民法講義V 1』156～157頁。上記は一部履行遅滞の場合の説明であるが、一部履行不能の場合も一部の履行遅滞と同様に取り扱うとする。173頁。

瑕疵の程度が重大でなければ損害賠償の請求だけできるとされている¹¹⁵。そう考える理由については特に触れられてはいないが、ここで契約が可分かという点および「契約目的不達成」という点が重視されている。

542 条については、定期行為に関する特則と位置付け、契約の性質による定期行為（絶対的定期行為）と当事者の意思表示による定期行為（相対的定期行為）とに分類し、双方について 542 条が適用されるとする。契約の客観的な性質から、または債権者の主観的な動機からという違いはあるが、いずれも一定の日時または一定の期間内に履行しなければ契約をした目的を達し得ないことが分かるからという理由による。従来議論のあった相対的定期行為について 542 条の適用があるかという問題については、動機が相手方に表示され、相手方がこれを了解することを必要とし、単に履行期を厳守すべきことを約束しただけでは足りないとしている¹¹⁶。

その後、新たな契約責任論が台頭してくるまでは、学説においてこのような整理はほぼ引き継がれているといえよう¹¹⁷¹¹⁸。

¹¹⁵ 前掲我妻『民法講義Ⅴ 1』176 頁。

¹¹⁶ 前掲我妻『民法講義Ⅴ 1』169～170 頁

¹¹⁷ 松坂佐一『民法提要 債権総論 第 3 版』（有斐閣、昭和 51 年（昭和 31 年初版））65 頁以下では履行遅滞、履行不能の効果として、冒頭に契約解除権を挙げる。同書 54 頁以下も我妻とほぼ同様の整理がされている。

¹¹⁸ 北川善太郎『債権総論（民法講要Ⅲ）第 3 版』（有斐閣、2004 年（1993 年初版））177 頁以下には、債権総論において解除が論じられている点が特徴的である。

第3章 解除制度をめぐる世界的動向

1 ウィーン売買条約 (CISG) ¹¹⁹

新たな契約責任論は、フランス・ドイツ・英米等の欧米諸国における議論を参考にしたものである。特に 1960 年代以降の、解除を含む契約責任をめぐる欧米を中心とした動向・発展には目をみはるものがある。こうした欧米での議論が、わが国においてどのようなものとして紹介され、どのように議論がなされていったかを検討する前提として、まずは、ウィーン売買条約 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (以下「CISG」と略記する。)を中心として、どのように契約解除制度が理解され規定されているかを整理する。

前身となるハーグ売買条約 Convention Relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods(ULIS)が、国際連盟の機関である司法統一国際協会(UNIDROIT)の手によって、1964 年に制定され、1972 年に発効に至った。その後、国際連合国際商取引委員会(UNCITRAL)において、ハーグ売買条約の改訂作業が行われることとなり、新たに「CISG」が 1980 年に採択され、1988 年に発行された。

CISG は、その名のとおり、物品(動産)を目的とした国際的な売買契約に限定されて適用される。消費者売買には適用が除外されており(2 条(a))、主として企業間の貿易取引に適用される。

その第3部「物品の売買」では物品(動産)の売主及び買主の義務と、その義務違反に対する救済を主として規定する。その主な内容は、契約違反概念の一元化(債務不履行責任と瑕疵担保責任との統合)、損害賠償請求要件として過失責任主義の否定、解除については、重大な契約違反を理由とする解除を基本としつつ、一部についての催告解除制度を採用する。

解除に関する規定の内容は以下のとおりである。契約不適合な物品が提供さ

¹¹⁹ CISG の解除制度については、以下の文献を参照した。山田到史子「契約解除における『重大な違反』と帰責事由——一九八〇年国際動産売買契約に関する国連条約に示唆を得て一(一)(二)」『民商法雑誌』110 巻 2 号(1994 年 5 月) 77 頁、110 巻 3 号(1994 年 6 月) 64 頁、甲斐道太郎ほか編『注釈国際統一売買法(1)(2)』(法律文化社、2000 年、2003 年)、曾野裕夫・中村光一・船橋伸行「ウィーン売買条約(CISG)の解説(3)ないし(5・完)」『NBL』890 号(2008 年 10 月 1 日) 82 頁以下、同 891 号(2008 年 10 月 15 日) 65 頁以下、同 895 号(2008 年 12 月 15 日) 49 頁以下、曾野裕夫「ウィーン売買条約(CISG)の意義と特徴」『ジュリスト』1375 号(2009 年 4 月 1 日) 4 頁以下。渡辺達徳「ウィーン売買条約と日本民法への影響」(同号) 20 頁以下。潮見佳男「13 国際物品売買条約における売主・買主の義務および救済システム」『債務不履行の救済法理』(信山社、2010 年) 337 頁以下。

れた場合、それが「重大な契約違反」(fundamental breach)である場合にのみ45条以下の規定が適用され、反対当事者は解除をすることができる(49条、64条)。解除は意思表示によることとされている(27条、発信主義)。あらゆる違反事例に妥当するものとして、「重大な契約違反」を理由とする解除を認めつつ(49条1項a号、64条1項a号)、引渡義務の「無履行」の場合と、代金支払い義務・引渡受領義務の「無履行」の場合に限り、催告、付加期間経過後の解除権を認めている(49条1項b号、64条1項b号)。両者の関係については、議論の存在するところであるが、催告解除は「重大な契約違反」を理由とする解除と並ぶ独自の解除類型と理解されている¹²⁰。催告解除が適用されない場合(契約不適合を理由とする場合)は、「重大な契約違反」を理由とする解除のみ認められることとなる。

「重大な契約違反」については、相手方の正当な期待を実質的に奪うような不利益な結果の招来(解除者が立証責任を負う)と、このような結果を違反当事者が予見し、または予見可能であったこと(違反者が立証責任を負う。)が必要とされている(25条)。この点についてもCISGの制定に至るまで議論がなされたところであり、ULISの起草過程では、「重要な義務」に対する違反から、義務の「重大な違反」を意味するものとされ、当事者の主観を重視して判断されるべきとされたが、CISGの制定過程においては、判断基準が主観的すぎると批判され、「実質的損失」を基準とし、予見可能性は消極要件に結び付けられた。

その後、「実質的損失」の基準について、旧西ドイツから「契約の履行にもはや利益を有しない」場合と修正すべきとの提案が出されたが、アメリカからは、「契約にもはや利益を有しない」という完げ方はコモンローの考え方からかけ離れたもので、あまりに主観的な基準となるとして反対された。アメリカは、「実質的損失」は「違反が彼にとっての契約の価値を実質的に損なうとき」と捉えるべきとされた。そうした経緯を経て、より客観的に判断できる25条の文言に落ち着いた¹²¹。

¹²⁰ 前掲潮見「13 国際物品売買条約における売主・買主の義務および救済システム」、『債務不履行の救済法理』367頁。「(催告解除は、重大な契約違反を理由とする解除の一類型ではない)と理解されている。」

¹²¹ これらの議論の経過については、U. N. Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March-11 April 1980, Official Records at 295-303, U. N. Doc. A/CONF 97/5. <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf> (2014年12月25日最終閲覧)。前掲道田「国際物品売買条約案と国連会議(7)」116頁以下。前掲山田「契約解除における『重大な違反』と帰責事由(一)」、特に288頁以下

なお、売主には追完権（治癒権）が認められるが、「重大な契約違反」が認められるときには追完権を否定され、追完権に対する解除権の優位が認められている(48条)。

その他、履行期前の契約解除について規定し(72条)、将来見込まれる「重大な契約違反」を理由とする契約解除が認められた。解除の効果については、原状回復義務を定める(81条、82条)。

2 PICC、PECL、DCFR

CISG以降は、国際商事契約原則（ユニドロワ原則）Principles of International Commercial Contracts（以下「PICC」¹²²と略記する。）が、1994年に採択され、続いてヨーロッパ契約法原則 Principles European Contract Law(以下「PECL」¹²³と略記する。)、ヨーロッパ共通参照枠草案 Draft Common Frame of Reference(以下「DCFR」¹²⁴と略記する。)が成立した。これらにおいては、CISGの解除制度を基本的に承継しさらに発展させた。

PECLとPICCは、動産取引に限定されないが、「重大な不履行」(fundamental non-performance)を理由とする解除と催告解除を採用している点でCISGと共通する。

PICCは、重大な不履行か否かを判断する際の要素として、以下のa)ないしe)の要件を規定する。すなわち、a)不履行が当該契約のもとで被害者が当然に期待することができたものを被害者から実質的に奪うことになるか。ただし、相手方がそのような結果を予見せずかつ、そのような結果を合理的に予見しなかった場合は、この限りではない。b)履行されなかった債務に厳格に従うことが、当該契約のもとで、不可欠な要素とされていたものか、c)その不履行は故意によるものか、または無謀なものではなかったか、d)相手方の将来の履行はあてにできないと被害者に信じさせる根拠をその不履行が被害者に与えているか、e)解約が解消された場合、準備や履行のために費やした不釣り合いな損

¹²² PICCの訳文は内田貴、曾野裕夫、森下哲朗ら訳の以下のHPを参照した。
<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-japanese.pdf> (2014年12月25日最終閲覧)

¹²³ PECLについては、オーレ・ランドー、ヒュー・ビール編、潮見佳男、中田邦博、松岡久和監訳『ヨーロッパ契約法原則I・II』（法律文化社、2006年）
<http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/> (2014年12月25日最終閲覧)

¹²⁴ DCFRについては、
http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf(2014年12月25日最終閲覧)

失を被ることになるか、を挙げている¹²⁵。PECL は、重大な不履行に当たる場合（要件として）として、PICC の上記 a)b)c)d)と同様な規定を置く¹²⁶。

DCFRⅢ-3:502 条 2 項は、a)履行の全部または重要な部分に関して、債権者が当該契約のもとで期待することができたものを債権者から実質的に奪うことになる場合（ただし、契約締結の時点で債務者がそのような結果を予見せず、かつ、そのような結果を合理的に予見し得なかった場合は、この限りではない）、b)その不履行が故意によるか、または無謀なものであった場合であり、かつ、債務者の将来の履行はあてにできないと債務者に信じさせる根拠を債権者に与える場合を、「重大な不履行」としている。

さらに履行の遅延の場合に催告解除が PECL8:106 条第 3 項、PICC7・3・1 条 3 項、DCFRⅢ-3:503 条 1 項にそれぞれ規定されている。

これらの規定は、損害賠償請求が清算を目的とし本来予定された履行と同じ価値を回復させるためのものと理解するのに対し、解除の要件としては、損害賠償請求と異なり、契約関係を解消し、給付義務からの解放を目指す制度であるとの理解のもと、帰責事由を不要とする。さらに「重大な不履行」という概念を用い、その具体的内容としては、契約を維持する利益が脱落したかという客観的基準を用いるという考え方が用いられている。

3 ドイツ債務法改正

ドイツ民法 BGB は、1980 年代から債務法改正作業が始まり、2002 年に新 BGB が施行された。伝統的に過失責任主義を採用してきたドイツであるが、世界的潮流の影響をどのようにして受けたか概観する。

ドイツ債務法改正は、主に不能概念を中心とする給付障害法体系の見直し、瑕疵担保法と給付障害法の統一、積極的債権侵害の明文化が中心的な課題であったが、解除に関する規定も当然にそれらと深い関係にあるため、影響を受けた¹²⁷。

¹²⁵ PICC7・3・1 条 2 項

¹²⁶ PECL8:103 条

¹²⁷ ドイツ債務法改正一般については、ドイツにおける議論について木村常信「解除とその機能」『産大法学』11 巻 2.3 号（1977 年）95 頁。宮本健蔵「債務不履行法体系の新たな構築—ウルリッヒ・フーバーの鑑定意見書—」、下森定編『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』（法政大学現代法研究所叢書 9）（日本評論社、1988 年）121 頁以下所収、潮見佳男「ドイツ債務法の現代化と日本債権法学の課題（一）（二・完）」『民商法雑誌』124 巻 3 号（2001 年）1 頁以下、同巻 4=5 号（2001 年）171 頁以下（潮見佳男『契約法理の現代化』（有斐閣、2004 年）324 頁以下所収）、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信

BGB 新 276 条は、旧法と同様に一般原則としては過失責任を維持しているものの、解除においては、帰責事由は無関係としている¹²⁸。すなわち、BGB 旧 325 条、326 条は、双務契約において一方当事者の債務が不能となり、又は、遅滞後相当の期間を定めて催告しても履行がない場合、相手方は、解除と損害賠償請求とを選択的に行使することができるとしており、ここにいう不能または遅滞は帰責事由を要件とすることは明らかであった。

BGB 新 323 条は、解除権は相当期間の経過によって発生するとされ(323 条 1 項)、催告解除を原則として定めた。例外的に、債務者の給付拒絶、給付が期日に履行されずかつ債権者が給付が適時になされる必要があるとき、正当な特別事情があるときには期間設定は不要とし(323 条 2 項)、例外的に催告を必要としない場合の解除を認めている。そして、一部給付の場合は債権者が利益を有しないときのみ解除でき、契約に従った履行がなく義務違反が軽微なときは解除できないとし(323 条 5 項)、一部不履行の場合にのみ契約不適合の場合に義務違反が重大でないときは解除を認めないとしている。それは、帰責事由を必要とするものではない。

不能については、相手方の不能により反対給付請求権は消滅することとなり、債権者は期間設定をせずに解除ができる(275 条、326 条、323 条)。

付随義務違反に基づく解除については、新たに規定が設けられ、給付と関連する付随義務については催告解除、給付と関連しないいわゆる保護義務違反の場合は、催告解除は意味をなさないのが原則として損害賠償を認め、債権者を契約に拘束することがもはや期待されない場合に解除を認めた(241 条、323 条 1 項、324 条)。

さらに売買契約における瑕疵担保責任における解除が一般の給付障害法における解除規定を準用する形で統合された(437 条、323 条、326 条 5 項)。

解除の効果については、約定解除規定の準用ではなく、すべての解除に共通するものとして規定された(ドイツ民法 346 条 1 項)。旧法と同様に既給付の返還請求権を認めている。また解除と損害賠償請求の併存を認めた(325 条)。

解除の意思表示がなされると、従来と同様に反対給付義務が消滅し、既になされた給付は 346 条に従って返還されるべきものとなる。

このように、ドイツ民法は、解除の機能を損害賠償請求とは異なり限定してとらえることによって、帰責事由を要求しないものとした点では、CISG 等の影響を強く受けているが、解除の要件としては、「重大な契約違反」という概念

山社、2003 年)、半田吉信『ドイツ新債務法と民法改正』(信山社、2009 年) 21 頁以下、133 頁以下、等を参照した。

¹²⁸ 渡辺達徳「ドイツ債務法現代化における帰責事由—その内容及び機能について—」『判例タイムズ』1116 号(2003 年 6 月 1 日) 22 頁以下。

を認めるとしても、それは一部的なものにとどまり、あくまで催告解除を原則としている点で独自性を有する¹²⁹。催告解除は、不完全給付、附随的義務の不履行を含む、すべての種類の遅延に適用され、改正において瑕疵ある物を給付した場合にも適用範囲を拡張された。

なお、損害賠償との関係については、選択制を廃止して、併存性を採用した。双方の給付が未履行の場合で、契約解除後のみ、信頼利益に限り可能であるとされる。帰責事由については、必要とされていない。

¹²⁹ 前掲半田『ドイツ債務法現代化法概説』114頁以下。山田到史子「解除における『重大な契約違反』と『付加期間設定』要件の関係—ドイツ、英米、CISG、PICC、DCFRの議論に示唆を得て—」『法と政治』第62巻1号上（2011年4月）183頁

第4章 日本における新たな契約責任論と解除制度

1 伝統的な契約責任論と新たな契約責任論

従来の契約責任論においては、ドイツ民法の学説継受によって、債務不履行の三分体系が導入され、ドイツ法の実体法的な「請求権」「給付義務」を中心とした体系理解が前提とされていた。

伝統的理解においては、契約責任の問題を債権債務の問題としてとらえ、債務者が債務を履行しない場合には債権の効力に属するとはしても契約の拘束力そのものから基礎づけられるものではなく、過失責任の原則（過失責任主義）から基礎づけられるとされる。そこでは解除は、損害賠償請求権と同じく、債務不履行という債務者の行為に照準が当てられ債務者の帰責事由が必要であると考えられていた。すなわち債務を履行しなかった債務者に対する制裁と考えられる。

その後、1980年代ころから、以下のような、契約を中心に据えて、契約内容の確定と契約責任を結びつける、いわゆる新たな契約責任論¹³⁰が提唱され、それを前提とする問題提起がなされた。

すなわち、契約責任の問題を、ドイツ民法のように債権総則のレベルで扱われるべきではなく、債権債務の発生原因である契約そのものから考察することを出発点として、個々の契約の解釈として解決されるべき問題とする。そして、損害賠償請求権も解除も契約の拘束力から導かれるものとする。すなわち、当事者が契約を締結する際に、契約の履行を怠った場合に一定内容の責任を負うことを自ら約束したこと責任の根拠を求める考え方である。

そして、それはすなわち、まずは当事者によりいかなる義務が（黙示的に）合意されたのかを確定し、契約の解釈という作業によっても明らかにならない場合に、規範的な判断として、当該契約によって意図された目的を最もよく達成するような義務が承認されるべきであるとされる¹³¹。

こうした問題提起を受けて、その後、わが国でのドイツ三分体系に対する批判の動きが出てくる一方で、従来の過失責任主義の見直しという視点で、フランスにおける「結果債務」、「手段債務」の分類と契約上のフォート（過失）の捉え方が研究されていった。「結果債務」と「手段債務」の区別は相対的であり、債務の範囲・強度には様々な態様があることを留保しつつも、契約上のフォー

¹³⁰ 全体的な流れについては、潮見佳男「債務不履行・契約責任論史」水本浩＝平井一雄編、『日本民法学史・各論』（信山社、1997年）183頁以下、潮見佳男『債権総論Ⅰ 債権関係・契約規範・履行障害〔第2版〕法律学の森』（信山社、2003年）5頁以下。前掲潮見「総論—契約責任論の現状と課題」81頁以下、前掲山本「契約の拘束力と契約責任論の展開」87頁以下。

¹³¹ 平井宜雄『債権総論』（弘文堂、1985年）44頁以下。

トの判断としては、「結果債務」については債権者が結果の不実現を立証すれば、債務者はそれが不可抗力によることを証明しない限り免責されない。他方「手段債務」においては、債務者が慎重に注意を尽くして行為しなかったという過失判断がなされることとなる¹³²。

さらには、結果債務、手段債務の分類を進めて、債務者が債権者に対して一定の利益を獲得させるための拘束を受けた債務者の地位が債務であり、債務者が債権者にとって獲得が期待されている利益を自らが担保（保証）することを引き受けている場合が少なくないとして、こうした「保証責任」を契約責任の中核に捉え、「過失責任の原則」を採用しないとする考え方¹³³も有力に主張されている。債務発生原因である契約からの債務内容の確定を強調し、債務不履行の帰責事由を考えるにあたっては、「保証責任（結果債務）」においては、不可抗力および債権者の圧倒的な帰責性を免責事由とし、「手段債務」においては、債務不履行の事実の確定をもって債務者の帰責性が同時に確定されるとする。

こうした議論はわが国における債務不履行責任における「三分体系」および「過失責任の原則」の採用、「帰責事由」の必要性に対し、大きな疑問を投げかけることとなる。そうした問題提起は債務不履行制度に従属してきた解除においても影響を及ぼす。

以下では、まず解除をめぐる新たな契約責任論を前提とする議論を整理したい。特に催告要件の位置づけ、「契約目的不達成」や「重大な違反」の要件の導入についてどのような議論がなされ研究がされていったかを検討する。そして、民法(債権関係)改正の議論でどのように結実してきたかを整理する。それによって、今後検討すべき残された問題点を明らかとしたい。

2 解除における問題提起

(1) 新たな契約責任論からの問題提起

好美清光「契約の解除の効力」¹³⁴ は、最初に解除についての新しい考え方

¹³² 平井宜雄『債権総論（第2版）』（弘文堂、平成6年）77頁以下、引渡債務、行為債務二分論が紹介され、帰責事由の内容について詳細な検討がなされている。森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について—債務不履行における『帰責事由』」太田知行他編『鈴木禄弥先生古希記念 民事法学の新展開』（有斐閣、1993年）109頁以下（森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣、2002年）1頁以下所収）

¹³³ 前掲潮見『債権総論 I 〔第2版〕』263頁～283頁

¹³⁴ 好美清光「契約の解除の効力」遠藤浩・林良平・水本浩監修、『現代契約法体系第2巻 現代契約の法理（2）』（有斐閣、昭和59（1984）年）175頁以下

を採用した文献として挙げられている場合が多い。この後、解除の要件について、比較法的検討を交えた新しい考え方が続々と紹介・検討されていくことになる。そうした問題提起を初期に行った点で重要な意義を有する。解除の効果において、「解除権の発生が債務不履行に基づくとはいえ、契約の無効・取消の場合の清算と共通して価値中立的な契約の清算制度であり、いずれが有責の不履行者かという問題とは無関係である、と解すべきである。」として、ドイツの議論、ハーグ条約、ウィーン条約の議論が紹介されている¹³⁵。

辰巳直彦「契約解除と帰責事由」¹³⁶では、より具体的にウィーン条約等に表れる新しい考え方を提唱する。まず、解除の機能と本質という点においては、フランス、ドイツの解除制度の成立、両者を取り入れた我が国の解除制度について、双務有償契約の「牽連関係」による交換プログラムからの逸脱という視点から解除を捉える¹³⁷。その上で、危険負担制度との関係、契約解除の効果論、第三者保護との関係について論じられている。

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」¹³⁸、では、

¹³⁵ 前掲好美「契約の解除の効力」180頁。また、「解除による原状回復請求権は、契約の巻き戻しによる清算目的をもつものとして、本稿の主題である「解除の効果」であって、有責な債務不履行の効果ではない、ということを明確に主張しておきたい。」とも明確に述べられている。

¹³⁶ 辰巳直彦「契約解除と帰責事由」林良平・甲斐道太郎編、『谷口知平追悼論文集第2巻契約法』（信山社、平成5（1993）年）331頁以下。332頁においては、「双務有償契約において、帰責事由の如何を問わず債務者の客観的に違法な債務不履行があり、債権者としてもはや契約に拘束させておくことが危殆でなくなったと見られる場合に、双務有償契約における相互の債務の牽連性を理由に、債務不履行となった債務者の債務と対価的牽連関係にある債権者自らの債務に対する拘束から債権者の意思により脱することを認め、当初の契約関係の既履行の債務につき巻き戻し関係に形成転換させる制度として捉えるべきであることを提唱し、そのことによって一般的・抽象的に規定されている民法契約総則中の契約解除に関する規定の本来的位置付けを明確にすることを意図するものである。」とある。

¹³⁷ 帰責事由の要件については、ドイツ法、フランス法、英米法、ハーグ条約、ウィーン条約の例を通し、帰責事由不要説を採用し、ただ541条においては、期間の相当性の判断に債権者・債務者の双方の状況を利益考量の上、適正な期間を設定することにより、帰責事由のない債務者に不利益とならないようすべきとされている。なお、付随的債務の不履行については、契約目的の達成にいかなる影響を与えるか、具体的契約類型について便宜的に解除を認めるか、その他信頼関係破壊等の法理によるか、「事物の性質上、妥当かどうかの価値判断によるところも多いように思われる。」と留保されている。前掲辰巳「契約解除と帰責事由」339頁。

¹³⁸ 前掲山田「契約解除における『重大な契約違反』と帰責事由（一）（二）」

CISG の採用した付加期間制度によって補完された「重大な契約違反」による解除（49条1項、25条）について、その成立に至るまでの議論を明らかにし、「重大な契約違反」の要件の内容、判断基準について検討がなされている。さらに、より詳細な欧州諸国の法制度の紹介が進められたといえよう。特に CISG 25条前段の「期待の実質的侵害」と同条後段の「債務者の予見と予見可能性」については、CISG の前身である ULIS（ハーグ国際動産売買統一法）制定過程以前からの各国の状況や、各国の主な学説の展開を詳細に紹介している。日本法に対する示唆としては、重大な契約違反に該当するかの基準として「期待の実質的侵害」すなわち「契約を維持する利益」という客観的基準が決定的であり、それがいかなる場合に契約から解放されるかという解除観（履行に代わる損害賠償が清算を目的とし本来予定された履行と同じ価値を債権者に回復しようとする）に合致するとされ、そうした判断は従来日本においても、570条、一部履行遅滞・一部履行不能・一部不完全履行における解釈、付随義務違反、542条、債務者の履行拒絶といった場合の解除の可否について行われてきたと指摘する¹³⁹。最後に、CISG における付加期間解除についても、日本における 541条の相当期間の解釈において、引渡がない場合に付加期間が経過することによって重大な契約違反の存在が認められるという CISG の考え方と同様な判断が行われているとされている¹⁴⁰¹⁴¹。催告解除においても、重大な違反を解除要件として持ちこむことを容認していると理解されよう。

後藤卷則「契約解除の存在意義に関する覚書」¹⁴²も、解除制度の存在意義、制度趣旨から、帰責事由が必要か、解除制度と危険負担との関係という点について検討がなされている。フランス法における解除制度の制度趣旨、沿革から、解除の根拠については、債務不履行に対するサンクションではあるが、債務不履行責任と結び付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が根拠づけられるとされている。危険負担との区別についてもフランス法との比較から、解除制度の中に危険負担を吸収して理解すべきとされている。

¹³⁹ 前掲山田「契約解除における『重大な契約違反』と帰責事由（二）」489～490頁

¹⁴⁰ 前掲山田「契約解除における『重大な契約違反』と帰責事由（二）」493頁

¹⁴¹ なお帰責事由については、前掲山田「契約解除における『重大な契約違反』と帰責事由（二）」490頁以下で、我が国における解除についての帰責事由（主観的要件）不要説に触れ、比較法的にも不要説が多数派であると紹介する。不要説に立ったとしても CISG では「契約を維持する利益」の実質的脱落の判断の際に、債務者の予見及び予見可能性を一つの要素として考慮するので、従来の帰責事由の一部が判断要素として残ると指摘する。同 492～493頁。

¹⁴² 前掲後藤「契約解除の存在意義に関する覚書」1頁以下

渡辺達徳「民法 541 条による契約解除と『帰責事由』」では、新しい契約責任論の観点から、541 条解除における帰責事由について詳細に検討が行われている¹⁴³。帰責事由に関する判例の分析も詳細になさされていて、判例上では解除において帰責事由が問題となったものはないとされている¹⁴⁴。そして、帰責事由解除が債務不履行者に対する制裁であると説かれる意味をさらに明確にしてゆく必要があるとされる¹⁴⁵¹⁴⁶。

山下末人¹⁴⁷は、債務不履行と解除との関係において、解除は原状回復を目的とするものとし、損害賠償請求と区別した解除要件の再検討を問題提起している。

¹⁴³ 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・効果に向けた基礎資料—(1)(2・完)」『商学討究』、第 44 卷 1・2 号 (1994 年) 239 頁以下、同卷 3 号 (1994 年) 81 頁以下。541 条による解除の要件および効果について、通説の形成と、帰責事由不要説にいたるまで、時代区分に応じて検証されている。さらに帰責事由に関する判例も詳細に検討されている。なお、渡辺「履行遅滞解除の要件再構成に関する一考察」『法学新報』第 105 卷 8・9 号 (1999 年) 1 頁以下においても、CISG における解除制度を債権者利益の欠落を中心に捉え、民 541 条制定過程および我が国における帰責事由不要説を分析し、会員制ゴルフ場の開場遅延を理由とする会員からの入会契約の解除が問題となった裁判例の検討がなされている。裁判例は、債権者の開業への合理的期待を重く見ているとの指摘がなされている。

¹⁴⁴ 前掲渡辺「民法 541 条による契約解除と『帰責事由』(2・完)」109 頁では、帰責事由に関する判例が検討された結果、判例上は「もっぱら『帰責事由』の有無により解除権の帰趨を説明しうる事例を見出すことは困難である」と結論されている。

¹⁴⁵ 前掲渡辺「民法 541 条による契約解除と『帰責事由』(2・完)」110 頁

¹⁴⁶ 帰責事由一般について、吉田邦彦「債権の各種—『帰責事由』論の再検討—」星野英一編集代表、『民法講座別巻 2』(有斐閣、1990 年) 1 頁以下で分析がなされている。ドイツ式の主観的な判断から外部原因へ、債務内容の設定及びその違反のレベルの判断を重視する方向性が検討され、結果債務・手段債務論に対する評価がなされている。こうした発想は、本稿第 3 編第 3 章でのいわゆる附随的債務の不履行における契約目的不達成の要件事実の検討に通じる。

¹⁴⁷ 谷口知平・五十嵐清編『新版注釈民法 (13) 債権 (4)』(有斐閣、平成 8 年) 656～657 頁「解除は単に『契約関係の清算』を目的とするのではなく、有償双務契約における債務不履行の保障手段として原状回復を目的とするものといわねばならない」「解除と損害賠償は債務不履行の効果という性質においては共通であるが、後者はより一般的な効果ということができ、解除は特に有償双務契約の特殊性に応じた効果として損害賠償とは同列視しえず、その成立要件も解除の性質・目的との関連で規定されねばならない。」

平井宜雄『債権各論 I 上契約総論』¹⁴⁸は解除について、立法当時の趣旨、近時の学説に触れ、解除についての解釈論は、近時の学説を基本として考えるべきと評価する。ただ、帰責事由については、債務の種類に応じて帰責事由の内容を分化させ、解除の要件に組み入れる方向で考えるべきとする¹⁴⁹。

(2) 催告要件の位置付け

新しい契約責任論を受けて、541条の催告要件については、最も盛んに検討がなされることとなった。543条では、帰責事由を不要とした場合、危険負担制度がなくなるという論理的帰結に学界では違和感が提唱されることはほとんどなかったといえるし、「重大な違反」や「契約目的不達成」という要件の導入についても、「契約目的不達成」を要件とする無催告解除の規定が複数存在し、判例も解除の判断要件としていたことから、ある程度受け入れやすさが存在したといえる。

これに対し、541条の催告解除は、民法制定当時は解除の原則形態と捉えられていたし、「重大な違反」や「契約目的不達成」を解除要件の中心に捉えるとするならば、従来解除の形式的要件とされてきた催告との関係がどのように説明するかは理論的に大きな問題となる。重大ではない違反が催告によって重大な違反となると考えることも可能であるし、催告とは関係なく「重大な違反」「契約目的不達成」という要件を満たす必要があると考えることも可能である。この催告要件については、主にドイツ法を中心として、比較法的視点から研究が多く行われた。

森田修『契約責任の法学的構造』¹⁵⁰では、遅滞解除についてのドイツ・フラ

¹⁴⁸ 平井宜雄『債権各論 I 上契約総論』（弘文堂、平成20年）219～225頁。特に223～224頁では、近時の学説を評価すべき理由として、旧民法を受け継いだ現行民法で、ドイツ民法の解釈論をそのままの形で採用するのは無意味である、すなわち、ドイツ民法の2001年債務法改正により、債務不履行三分類は解除の要件として意味を有しなくなったこと（ドイツ民法323条）を挙げる。

¹⁴⁹ 前掲平井『債権各論 I 上契約総論』225頁。

¹⁵⁰ 森田修『契約責任の法学的構造』（有斐閣、2006年）343頁以下、「第5章 解除の行使方法」。なお、森田修「解除権の行使方法と債務転形論—履行請求権の存在意義再論(1)~(3・完)」『法学協会雑誌』116巻7号1033頁、同巻8号1211頁、同巻9号1489頁（いずれも1999年）、森田修「民法541条催告の規範的要件化と要件事実論」『ジュリスト』1158号（1990年）106頁以下、森田『契約責任の法学的構造』343頁以下では、ドイツ債務転形論を基礎としつつ、不履行後の当事者関係を、交渉拒絶型および再交渉型の二類型に分類し、前者は契約からの迅速離脱を必要とし、厳格な催告を必要とするが、後者は信頼維持義務を負い、不履行後の交渉によっても妥当な善後策を行わない場合に

ンスを中心とした比較法的検討を踏まえ、催告、解除の意思表示といった手続的要件を取り上げる。催告概念の規範的要件化を前提として、催告を履行請求権排除として積極的に評価している。

ドイツの催告解除の意義を検討したものとしては、大滝哲祐「ドイツにおける解除制度の発展に関する考察」¹⁵¹がある。ドイツにおけるプロイセン一般ラント法（ALR）、普通法時代、旧民法制定から新債務法にいたるまでの催告要件の機能・役割および意義について紹介されていて、催告要件は、債権者債務者の利害調整のための要件とする¹⁵²。

遠山純弘「不履行と解除（一）～（三）」¹⁵³では、我が国における、有責性を必要としない「契約目的不達成」解除を踏まえた上で、学説の有責性不要説を取り上げ検討するものである。その上で、ドイツ民法典（旧 BGB）の編纂過程と比較検討し、我が国の民法 541 条解除の機能を検討している。一般的な解除原因を定式化するのは困難であるとして、「重大な不履行」を一般的な解除原因とすることに懐疑的である。

同じく遠山純弘「ドイツ法における催告解除と契約の清算（一）～（三）」¹⁵⁴では、ドイツ旧民法典成立前から新民法典制定に至るまでの催告解除の機能を検討した上で、催告解除と契約目的不達成解除、重大な不履行解除との機能は異なることを強調する。ドイツの催告解除の機能は、債権者を債務者の給付や追完を待つことから解放すること、すなわち契約関係をそれ以上進展させないことにあるとして、債権者がした反対給付の返還請求（受戻し）は、催告解除の機能ではなく、副次的な効果に過ぎないとする¹⁵⁵。催告を債権者のための制度と理解すると、債務の内容や契約目的を達成しうるかを問題とする必要はないこととなり¹⁵⁶、催告解除以外の事案に適合的な解除準則や「重大な不履行」

解除権が発生するとして、催告の規範的要件化を認める。

¹⁵¹ 前掲大滝「ドイツにおける解除制度の発展に関する考察—催告を中心として—(1)～(4・完)」

¹⁵² 前掲大滝「ドイツにおける解除制度の発展に関する考察(4・完)」66頁は、ドイツにおける催告の役割は、両当事者の公平の観点から、債権者だけでなく債務者にもイニシアティブをとらせるという役割を担うことを明らかとした。まさに両当事者の利害調整のための要件であるとする。

¹⁵³ 前掲遠山「不履行と解除（一）～（三）」

¹⁵⁴ 前掲遠山「ドイツ法における催告解除と契約の清算（一）～（三）—催告解除は解除法における万能薬か—」

¹⁵⁵ 前掲遠山「ドイツ法における催告解除と契約の清算（三）」57頁。なお、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(三)」(東京都立大学『法学会雑誌』第42巻2号(2002年1月)188頁も参照。

¹⁵⁶ 前掲遠山「ドイツ法における催告解除と契約の清算（三）」59～60頁

や「契約目的不達成」を要件とする解除は、催告解除とは全く異なる解除原因と解すべきとしている¹⁵⁷。催告解除とそれ以外の解除を二分化して考える立場といえよう。

松井和彦「法定解除権の正当化根拠と催告解除（一）（二）」¹⁵⁸では、CISGにおける解除規定とドイツにおける債務法改正と解除規定それぞれを比較検討している。解除の正当化根拠を債権者利益の著しい侵害に求め、我が国における催告解除の位置付けについては、催告制度を債権者利益の著しい侵害を擬制するための装置として位置づける¹⁵⁹。すなわち、期間の徒過をもって「重大な契約違反」「重大な不履行」という解除要件を擬制し、抽象度の高い要件の弱点を克服するための補助装置として期待するとしている。「債権法改正の基本方針」に対しては、CISGのように催告解除の適用場面を限定し、期間の徒過をもって「重大な不履行」を擬制すべきであるとしている。

また、山田到史子「解除における『重大な契約違反』と『付加期間設定』要件の関係」¹⁶⁰の中では、ドイツ債務法改正、英米法、CISG、PICC、DCFRにおける「重大な契約違反」要件と催告解除のあり方の比較検討から、我が国における契約目的不達成を要件とする解除との関係もにらんで催告解除の重要性と位置付けについて詳細な検討がなされている。ドイツ債務法現代化法では、「契約は守らねばならない」との原則から出発し、履行が可能でかつ違反を治癒する可能性のある場合は常に債務者は契約を救済するチャンスを持つべきとする立場を採用するとする¹⁶¹。そして、催告解除と重大な違反との関係については、新BGB323条5項の「軽微である」ことと「重大でない」こととの関係について、瑕疵自体の重大性と時の経過の重大性の二つの要素があるとして、付加期間設定・徒過を時に関する重大性と位置づける見解を紹介している¹⁶²。

¹⁵⁷ 前掲遠山「ドイツ法における催告解除と契約の清算（三）」66頁。なお、前掲遠山「損害賠償、解除、そして帰責事由」179頁では、「債権法改正の議論において、解除法の中における催告解除の位置付けが問題とされているが、そこで問題とされているのは、催告解除の位置付けではない。新たな解除原因の創設である。残念ながら、催告解除の機能が理解されていないのである。」とされている。

¹⁵⁸ 前掲松井「法定解除権の正当化根拠と催告解除（一）（二）」

¹⁵⁹ 前掲松井「法定解除権の正当化根拠と催告解除（二）」414頁以下、418頁

¹⁶⁰ 前掲山田「解除における『重大な契約違反』と『付加期間設定』要件の関係」177頁以下

¹⁶¹ 前掲山田「解除における『重大な契約違反』と『付加期間設定』要件の関係」191頁

¹⁶² 前掲山田「解除における『重大な契約違反』と『付加期間設定』要件の関係」196頁

以上のような先行研究からは、CISG、PICC、PECL、DCFRにおける解除制度、ドイツにおける催告解除の機能、ドイツ現代化法により催告解除の機能が増大しつつも一部重大な違反概念を採用されたことなどが明らかとなった。これにより、催告要件と「重大な契約違反」要件と理論的關係においては、催告解除と無催告解除を二元的に捉える見解と、両者を一元的に捉え、「重大な契約違反」を両者に共通する解除要件と位置付ける見解とが対立し、さらに両者を一元的に捉える立場では、催告要件と「重大な契約違反」との關係を具体的にどのように説明するべきかという問題意識が明確となった¹⁶³。

(3) 「重大な違反」「重大な不履行」と「契約目的不達成」

欧米諸国で論じられてきた「重大な違反」「重大な不履行」の要件は、我が国において542条、566条、570条、635条といった条文で規定されている、あるいは判例上認められてきた「契約目的不達成」を要件とする解除に通じるものであることを意識して、「契約目的」概念についての研究もなされてきた¹⁶⁴。

渡辺達徳は、CISG 成立過程の議論を参考に、目的不到達の場合の解除も、契約を維持する利益の脱落により説明されるとする¹⁶⁵。

森田修¹⁶⁶は、債権法改正検討委員会試案の採用した「契約の重大な不履行」概念を取り上げ、現在学説判例上広く認められる「契約目的」の達成不能概念

¹⁶³ 鹿野菜穂子「契約解除法制と帰責事由」民法改正研究会『民法改正と世界の民法典』（信山社、2011年）299頁以下、帰責事由を不要とする方向と必要とする方向それぞれを検討し、不要とする方向においては、催告解除も重大な契約違反という統一要件に組み込むことが考えられるとする。特に302頁。

¹⁶⁴ 栗田晶「目的不到達に基づく契約の解除—契約内容となっていない目的の不到達—」『信州大学法学論集』第16号（2011年3月）19頁は、契約目的の位置付けを問題意識を有し、目的不到達を解除要件とすることが不可避であるとしている。

¹⁶⁵ 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』『商学討究』42巻1号（1994年）177頁、43巻1・2号（1994年）131頁。

¹⁶⁶ 森田修『『契約目的』概念と解除の要件論—債権法改正作業の文脈化のために—』小林一俊・岡孝・高須順一編、『債権法の近未来像—下森定先生傘寿記念論文集』（酒井書店、2010年）231頁以下。238頁では、「債務者の追完利益がある場合でも債権者の契約利益の方は失われている場合には、無催告解除が認められる。この典型的場面が定期行為解除なのである。」とする。また、241頁では、「附随的義務違反に基づく解除の判例法理に催告解除の事案が含まれているということは、目的達成基準が、解除の可否そのものについての基準である、催告の要否のそれではないことを示している。」として、両者の違いを指摘する。

を解除の中核になぜおかないかという批判が想定されるとして、「契約目的」の内容、機能、実際について整理されている。そこではまず、542条解除と付随義務違反解除との対比において、付随義務違反の場合は判例の判断枠組みに対して、契約目的の多義性のゆえに、それが契約内容に取り込まれる際の判断基準・思考手続自体のあいまいさがあると指摘する。さらにリゾートマンション事件判決における「契約目的」の区別と多義性にも触れている。結論としては、契約目的を契約内容に取り込む際のあいまいさゆえに、契約目的を解除原因の中核にすることはできないとし、それまでは、契約の重大な不履行という概念の裁量性から生じる不安に耐えつつ、その裁量性をカズイースティックにより拘束していく作業を続けるべきではないかとしている。

森田論文が、542条の「契約目的不達成」と、いわゆる附随的義務違反解除における「契約目的不達成」要件との違いが意識され、それゆえのわが国の「契約目的不達成」要件のあいまいさを指摘されている点は、筆者は大いに共感する。問題は「契約目的不達成」の評価性の高さからくる多義性、不明確性をいかに克服するかであると考えられる。

ともあれ、こうした指摘によって、「契約目的不達成」は民法（債権法）改正の中間試案でそれまでの「重大な不履行」概念に代わり、解除要件としてクローズアップされることとなる。

3 民法（債権法）改正における解除をめぐる議論

(1) 『債権法改正の基本方針』

日本においては、2006年法務省法制審議会民法部会への諮問がなされた。その後、2009年3月には民法（債権法）改正検討委員会による『債権法改正の基本方針』（以下『基本方針』という。）がまとめられ公刊された。この『基本方針』においては、解除法の分野で「重大な不履行」という概念が新たに持ち込まれている¹⁶⁷。

¹⁶⁷ 民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針 別冊 NBL126号』（商事法務、2009年）144頁以下【3.1.1.77】は以下のとおりである。「〈1〉契約当事者の一方に契約の重大な不履行があるときには、相手方は、契約の解除をすることができる。〈ア〉契約の重大な不履行とは、契約当事者の一方が債務の履行をしなかったことによって、相手方が契約に対する正当な期待を失った場合をいう。〈イ〉契約の性質または当事者の意思表示により、特定の日時または一定の期間内に債務の履行をしなければ契約の目的を達成することができない場合において、当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したときは、契約の重大な不履行にあたる。〈2〉契約当事者の一方が債務の履行をしない場合に、相手方が相当の期間を定めてその履行を催告し、催告に応じないことが

そこでは、従来の催告解除（民法 541 条）、無催告解除（民法 543 条）という二元的構成を維持するとともに、両者は「重大な不履行」概念によって統一的に説明がなされることとなった（【3.1.1.77】〈1〉および〈2〉）。そして民法 543 条但書に規定されていた帰責事由に基づかない場合は解除できないとする主観的要件は削除された。無催告解除における重大な不履行には、賃貸借契約における信頼関係破壊による解除、付随的債務の不履行解除、民法 566 条 1 項解除が包摂され、「契約目的不達成」よりも広い概念とされている¹⁶⁸。

催告解除については、CISG と異なり、追完可能な不完全履行で、それだけでは重大な不履行にあたらぬ場合でも、催告に応じないという行動態様を考慮事項とし、解除を認めるとしている。

なお、民法 542 条の定期行為の解除は維持されている（同 〈1〉 〈イ〉）。

さらに事業者間取引における催告解除では、催告に応じないことが重大な不履行にあたらぬときは解除できない旨記載され、解除の効果を争う者が主張立証責任を負う（非事業者間の解除と異なり主張立証責任が転換されている）ように読むことができる（同 〈3〉）。

その他、複数契約の解除について判例法理の規定化がなされている¹⁶⁹。

他の制度との関係では、帰責事由を要件としないため、危険負担制度との境界がなくなり、危険負担制度は廃止するとの提案がなされている¹⁷⁰。

契約各論との関係においては、売買契約における売主担保責任の解除については、基本的に【3.1.1.77】によるものとする¹⁷¹とされている。

債権法検討委員会による説明によれば、「契約の重大な不履行」とは、被不履行当事者が、合意を出発点として契約に基づいて決まる債務の内容に照らして、正当とされる契約に対する期待を失った場合を広く含むものであるとされ¹⁷¹、

契約の重大な不履行にあたる時は、相手方は契約の解除をすることができる。

〈3〉事業者間で結ばれた契約において、契約当事者の一方が債務の履行をしない場合、相手方が相当の期間を定めてその履行を催告し、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。ただし催告に応じないことが契約の重大な不履行にあたらぬときはこの限りではない。」

¹⁶⁸ 前掲『債権法改正の基本方針』145 頁

¹⁶⁹ 前掲『債権法改正の基本方針』147 頁【3.1.1.81】「同一当事者間で結ばれた複数の契約の間に密接な関連性がある場合において、一の契約に解除原因があり、これによって複数の契約を締結した目的が全体として達成できなくなったとき、当事者は【3.1.1.77】に従い、当該複数の契約全部を解除することができる。」

¹⁷⁰ 『債権法改正の基本方針』【3.1.1.85】

¹⁷¹ 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針Ⅱ契約および債権一般(1)』（商事法務、2009 年）297 頁。

これまでわが国の判例・学説において発展してきた無催告解除はもちろん、催告解除についても重大な不履行という概念によって絞りをかけるとされる¹⁷²。すなわち「重大な不履行」要件を解除要件として一本化し、その中に催告解除と無催告解除をおくものである。

従来の判例・学説によって築きあげられてきた解除の要件についての法理と相反するものではなく、むしろ従来の判例法の発展の中から取り出されそれに基礎を置くとされている。具体的には、無催告解除の基本要件として「契約の重大な不履行」という概念を設定し、催告解除においても、相当期間を定めた催告と催告に応じないことに加えて、催告に応じないことが「契約の重大な不履行」に当たれば解除できるとして、「契約の重大な不履行」による解除として取り込まれるとする議論がなされている¹⁷³¹⁷⁴。

こうした動きを契機として、解除における債務者の帰責事由の要否、催告解除と重大な不履行解除の関係性、解除と危険負担との関係など、多くの議論がなされたが、学説の多くはこうした潮流に賛成するものであった¹⁷⁵。

(2)その他の改正案

加藤雅信を代表とする民法改正研究会は、2009年（平成21年）1月1日に「日本民法改正試案・仮案」を公表した。そこでは「重大な不履行」概念は採用しなかったものの、「契約の目的を達成」できる場合には解除は認められないとするわが国の判例が示す考え方を採用している¹⁷⁶。かつ、債務者に帰責事由

¹⁷² 前掲『詳解債権法改正の基本方針Ⅱ（1）』294頁。

¹⁷³ 『債権法改正の基本方針』が出される前から、内容については明らかにされていた。「特別座談会：債権法の改正に向けて（下）—民法改正委員会の議論の現状」『ジュリスト』1308号（2006年3月）144頁以下。危険負担との関係、重大な不履行解除と催告解除との関係などが論じられている。

¹⁷⁴ 『債権法改正の基本方針』の解除について論じたものとしては、北居功「契約の効力と契約の解除」『法律時報』81巻10号（2009年9月）43頁以下、鹿野菜穂子「契約解除と危険負担—解除の要件論を中心に—」円谷峻編著『社会の変容と民法典』（成文堂、2010年）347頁以下。なお、北居も鹿野も「債務者側の事情」も考慮されるべきであるが、『基本方針』では、そうした配慮は明確ではないとし、「重大な不履行」の有する高度な規範化に対しての危惧を表明している。

¹⁷⁵ 前掲北井「契約の効力と契約の解除」45～46頁では、前掲山田「契約解除における『重大な契約違反』と帰責事由（二）」を挙げて、解除要件の一元化を支持し、「重大な不履行」の高度な規範性を指摘する。

¹⁷⁶ 加藤雅信「日本民法典財産法改正試案『日本民法改正試案・仮案（平成21年1月1日案）』の提示」『判例タイムズ』1281号（2009年1月1日）108頁、「477条 契約の解除」では、履行不能または追完不能の場合は無催告解除を、

がない場合は解除できないという従来からの過失責任主義を原則として維持している¹⁷⁷。

同研究会は、その後「民法改正国民・法曹・学界有志案」も公表しており¹⁷⁸、そこでは、契約目的達成が解除の要件とされ、契約目的の達成が不可能な場合には即時解除が可能であるとし、履行遅滞および不完全履行の場合には契約目的達成が可能な場合は催告解除が適用される¹⁷⁹。また、債務者の帰責事由を原則として必要とせず、一部不履行に基づく解除については、帰責事由必要との立場をとっている¹⁸⁰。これとの関係で、危険負担制度も残されている。なお、基本方針とは異なり、履行期前の解除規定の新設を提唱する¹⁸¹。

履行遅滞または追加遅滞の場合は、催告解除を提案している（477条1項）。そこでは、不能と遅滞を区別しつつも、「債務者が、その債務不履行にもかかわらず、契約の目的が達せられることを証明したときは、前項の解除をすることができない。」（477条2項前段）としている。この点につき加藤教授は、「いわゆる『重大な契約違反』論を一立証責任を転換し、かつ『重大な契約違反』という要件の評価的要素を極力小さくしたうえで一受けついでいる。」とされている。同34頁。

¹⁷⁷ 帰責事由について、「債務者がその債務の相当部分を履行している場合において、残された部分についての債務の不履行が自己の責めに帰すべき事由によるものでないことを証明したときも、同様とする。」（477条2項後段）としている。加藤教授は、「契約解除についての帰責事由不要論を、契約未履行の場合の債務不履行に限定したうえで導入している。」と説明されている。同34頁。また、加藤雅信「日本民法典財産法編の改正『日本民法改正試案』の基本枠組」『ジュリスト』1362号（2008年9月1日）19~20頁も参照。

¹⁷⁸ 民法改正研究会編『法律時報増刊 民法改正国民・法曹・学会有志案』（日本評論社、2009年）110頁以下

¹⁷⁹ 前掲『法律時報増刊 民法改正国民・法曹・学会有志案』195頁、改正提案483条では、「483条① 契約に基づく債務につき、新第342条（債務不履行による損害賠償）に定める債務不履行がある場合において、債権者は契約を解除することができる。ただし、履行の遅滞または不完全な履行の追完の遅滞があった場合において、履行期後の債務の履行によっても契約の目的を達することができるときは、債権者が相当の期間を定めてその履行を催告し、債務者がその期間内に履行しないときに限る。483条② 債務者がその債務不履行にもかかわらず、契約の目的が達せられることを証明したときは、債権者は、前項の解除をすることができない。債務者がその債務の相当部分を履行している場合において、残された部分についての債務の不履行が自己の責めに帰すべき事由によるものでないことを証明したときも、同様とする。」

¹⁸⁰ 前掲『法律時報増刊 民法改正国民・法曹・学会有志案』195頁、前述の改正提案483条②

¹⁸¹ 前掲『法律時報増刊 民法改正国民・法曹・学会有志案』196頁、改正提

椿寿夫教授を中心とする改正提案においては、「基本方針」と同様に、債務者の帰責事由を不要とする。541条については解釈による方向で、また、現行543条については但書きの削除を提案している。541条については、売買における瑕疵担保責任も含めて催告解除を原則としつつ、①債務者の履行拒絶、②債権者が契約上給付利益の存続を給付の適時性に結び付ける場合、③両当事者の利益を考慮して即時の解除を正当化する特別の事情が存在する場合には、催告解除の例外として即時解除が可能な場合を規定している。さらには、「義務違反が重要な場合にのみ債権者は契約を解除しうる」とする¹⁸²。なお危険負担については、残存する方向性が提示されている。これは、危険負担における引渡主義以外の立場を特約などで採用する場合、売主の責めに帰すべき事由によらない毀滅で解除が認められない場合があり、危険負担を残しておくべき、法律上当然の契約関係の解消の道を残しておくほうが、特に買主が消費者である場合を考えると合理的であるとしている¹⁸³。

(3) 『中間試案』

『基本方針』を契機として、法務省は2009年11月から法制審議会民法(債権関係)部会において、債権法改正について議論を行っている。ごく初期の議論においては、541条から543条の規定の整序(判例が附随的債務の不履行において解除の制限を認めてきたように客観的要件を限定するという点、不履行の態様によって区別せず解除の規律を一元化するという点も含む)、履行期前の履行拒絶による解除を規定化するという点、解除における帰責事由を不要とする点(危険負担との関係も含む)などという問題について意見交換が行われている¹⁸⁴。

案483条④

¹⁸² 半田吉信「解除要件についての改正をどう考えるか」椿寿夫・新美育文・平野裕之・河野玄逸編、『民法改正を考える(法律時報増刊)』(日本評論社、2008年)279頁以下。

¹⁸³ 前掲半田「解除要件についての改正をどう考えるか」282頁、小野秀誠「危険負担規定の改正は必要か」、同書275頁以下も参照。

¹⁸⁴ 法制審議会民法(債権関係)部会第4回議事録(平成22年2月23日)

<http://www.moj.go.jp/content/000047179.pdf> (2014年12月16日最終閲覧)では、基本的にはこうした方向性で議論が行われていて、「重大な不履行」の「重大な」の意味内容、「契約目的不達成」との関係、催告解除との関係、催告解除における「軽微」な不履行との関係が今後の議論の焦点となっていく様子が見えがわける。なお、岡(正)委員から第一東京弁護士会の意見として、催告解除と無催告解除は別立てでよいのではないかと、催告解除について軽微な不履行の場合には解除を認めないという見解が紹介されている(議事録6頁)。なお、

その後、やはり実務家を中心に催告解除の位置付けについては慎重な議論をすべきとの意見が多く出され¹⁸⁵、2011年4月12日決定「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」¹⁸⁶では、催告解除の位置付けについての検討の必要性が提唱されている。その後の会議でも、重大な不履行、契約目的不達成の要件と催告との理論的な関係性について多くの時間が割かれている¹⁸⁷。用語

高須委員も同様の意見を述べている(同12頁)。なお、大阪弁護士会編『民法(債権法)改正の論点と実務(上)―法制審の検討事項に対する意見書』(商事法務、2011年)65頁は、催告解除の位置付けについて、「実務家としては、何よりも『解除できる場合』が行為規範として明確であることが望ましく、特に手続的に明確なものであるべきである。その意味で、手続的に明確な催告解除制度は、実務上も便宜であり、安定的に利用されているところである。したがって、催告解除制度は断固として存続させるべきであり、解除制度の原則的類型と位置付けるべきである。」としている。

¹⁸⁵ 法制審議会民法(債権関係)部会第21回議事録(平成23年1月11日)

<http://www.moj.go.jp/content/000069691.pdf> (2014年12月16日最終閲覧)

では、「中間的な論点整理」へ向けて、「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理のたたき台(1)」が検討された。中井委員からは、催告解除を基本としたうえで、催告しても解除できない場合、無催告解除できる場合を議論してはどうか、という催告を起点として整理すべきとの意見が出されている(議事録26頁)。高須委員からも同様の意見がある(同29頁)

¹⁸⁶ 『民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理(『NBL』935号付録)』(商事法務、2011年)として公刊されている。

¹⁸⁷ 法制審議会民法(債権関係)部会第39回議事録(平成24年1月17日)

<http://www.moj.go.jp/content/000096258.pdf> (2014年10月6日最終閲覧)に

よると、大きくは、重大性の程度に応じて、無催告解除が可能、催告した上で解除、催告しても解除不可という場合を認めるのか、それとも重大性の要件を満たした上で、催告の可否を考えるべきかという二つの立場が対立しているようである。潮見委員からは、目的物に重大ではないが軽微でもないという瑕疵があった場合に催告解除を認めるべきか、附随的義務の不履行の場合に、重大不履行あるいは契約目的達成不能を理由とする解除かそれとも催告解除ができるか、重大不履行の重大性の判断枠組みをどうするか、という問題提起が行われている(議事録3~4頁)。松岡委員からは、「重大な不履行」概念より契約目的達成不能の概念のほうがよいとの意見、瑕疵の除去の可否と契約目的達成不能との関連について問題提起がなされ(同5~6頁)、松本委員、深山幹事からは、催告解除・無催告解除に共通する基準として契約目的の達成の可否を基準とすべきとの意見が出されている(同6頁)。これに対し、潮見幹事は、重大な不履行でなくても催告をして履行しない場合に、契約からの離脱を認める可能性も認めるべき旨の意見が出され、中井委員はそれに賛成されている(同7~8頁)。その点についての意見が活発に出されているがこの時点では錯綜している感もある。

としては、「重大な不履行」に代わり、「契約目的不達成」が用いられるようになった¹⁸⁸。

その後、法制審議会民法（債権関係）部会は、2013年2月26日に「民法（債権法）の改正に関する中間試案」（以下『中間試案』という。）を発表した¹⁸⁹。その中の「第11 契約の解除」「1 債務不履行による契約の解除の要件（民法第541条ほか関係）」では、催告解除を原則としつつ、例外として、但書で、不履行が契約をした目的の達成を妨げるものでないときは、解除を認めないとした(1)。さらに催告要件の例外として、契約をした目的を達することができない場合は、催告を不要としている（(2) および (3)）¹⁹⁰。

『中間試案』では、「契約目的不達成」の要件が、催告解除および無催告解除共通の要件として一元化されている。催告解除においては、契約目的達成を妨げるものでないときを消極要件とし、無催告解除では、契約目的不達成が積

¹⁸⁸ 法制審議会民法（債権関係）部会第65回議事録（平成24年12月18日）
<http://www.moj.go.jp/content/000111377.pdf>（2014年10月6日最終閲覧）では、中間試案のたたき台の検討が行われ、そこでは、「重大な不履行」の用語はほとんど用いられず、ほぼ「契約目的不達成」の用語が用いられている。また、中間試案の「第11 契約の解除」「1 債務不履行による契約の解除の要件（民法第541条ほか関係）」(2)ウについて多くの意見が出され、ウにはどのようなものが含まれるのか明確でない、(1)の催告解除の例外としての契約目的不達成と語句が同一であることについての疑問などが意見として出されている。

¹⁸⁹ 『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）別冊NBL143号』（商事法務、2013年）として公刊されている。

¹⁹⁰ 『中間試案』によれば、従来の541条から543条までの規律に代えて、以下のような提案をする。催告、相当期間の経過をしても履行がないときには、相手方は解除できるが、但書で、相当期間の経過時の不履行が契約をした目的の達成を妨げるものでないときは、解除できないとしている。さらに、催告が不要な場合として、ア、定期行為の場合（従来の542条と同趣旨）、イ、債務の全部につき履行請求権の限界事由があること（従来の543条の履行不能と同趣旨）、ウ、アイ以外で催告を受けても契約をした目的を達するのに足りる履行をする見込みがないことが明白であること、の3つを挙げている。さらに履行期前でも、債務者が履行意思がない旨を表示したなどにより、履行期に契約した目的を達するのに足りる履行の見込みがないことが明白なときも、無催告解除できるとする。この案の注として、解除の原因となる債務不履行が「債務者の責めに帰することができない事由」による場合には上記に該当する場合であっても契約の解除をすることができないとする考え方がある旨の記載がなされている。ウについては、一部履行不能の場合や、民法566条1項、635条による無催告解除も包摂するものとの説明がある。なお、債務不履行による損害賠償請求においては、債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、賠償責任を負わないとされている。

極要件とされている点に違いを見出すことができる。

さらに、複数契約の解除についても最判平成 8 年 11 月 12 日民集 50 卷 10 号 2673 頁の法理を明文化するという方向で提案がなされている¹⁹¹。なお、危険負担の規定は、534 条、535 条、536 条 1 項を削除するものとされ、従来の 536 条 2 項のみが維持されている¹⁹²。

『中間試案』の契約各論を概観する。売買契約における売主担保責任においては、従来の数量不足、瑕疵担保責任に代わっては、目的物が契約の趣旨に適合しない場合には、その内容に応じて、追完を請求すると同時に、債務不履行の一般原則にしたがって損害賠償請求をし、又は不履行による契約解除をできるとしている。また、代金減額については追完の催告を必要とし、その催告には損害賠償請求および解除権を放棄する旨の意思表示と共に行うことが必要とされている。他人物売買、用益権等が存在する場合の担保責任においても、ほぼ同内容の規定が提案されている。

請負契約については、仕事が未完成でも施行部分につき可分でかつ注文者が利益を有するときには未施行部分のみ解除できるとする判例を条文に取り入れる一方、従来の 635 条を削除する提案がなされている。これは、契約目的不達成解除の規定と重複を避けるためであり、同上但書の規定も必ずしも合理的なものではないため削除すべきとの説明がなされている。さらに委任契約については、任意解除権を維持した上で、従来判例が認めてきた受、任者の利益のためにも契約が締結された場合には、やむをえない事情がある場合を除き、解除するに際し、損害を賠償をしなければならないという法理が規定されている。その他、贈与契約における解除、賃貸借における賃借物の一部滅失等による解除などは、現行法と異なる提案がなされている。

このように契約各論においても、解除については、上記の解除規定との一元化が図られつつ、契約類型に応じた特則の規定が提示されているといえよう。先の『基本方針』とは異なり、「契約目的不達成」要件が用いられ「重大な不履行」という用語は用いられていないが、その内容は、従前から論じられてきた CISG 等での「重大な不履行」による解除を念頭に置くものである¹⁹³。

¹⁹¹ 前掲『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）』48 頁

¹⁹² 前掲『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）』51 頁

¹⁹³ 「民法（債権関係）の改正に関する中間試案をめぐって 対談 債務不履行とその救済等」『ジュリスト』1456 号（2013 年 7 月）50 頁では、山野目章夫教授により、「債務者の責めに帰すべき事由はいらぬという考え方を表現するために、ご指摘になったように、重大不履行解除の考え方が唱えられてきました。中間試案に（中略）提案されているものは、おおもとはこの考え方にほかなりません。」と説明されている。

(4) 『要綱仮案』

『中間試案』を受けて、さらなる議論が行われ¹⁹⁴、その後、法制審議会民法（債権関係）部会は、2014年8月26日に「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」（以下『要綱仮案』という。）を取りまとめ、公表した¹⁹⁵。

解除については、以下のような案が示されている¹⁹⁶。民法541条については、

¹⁹⁴ 法制審議会民法(債権関係)部会第78回議事録（平成25年10月8日）

<http://www.moj.go.jp/content/000117653.pdf>(平成26年12月31日最終閲覧)では、潮見幹事から、目的不達成解除と催告解除という二本立てとすべきとの意見があり、山本（敬）幹事からも同意見が出されている（議事録38頁）。また、山本（敬）幹事から、CISGと同様に不完全履行の際に、催告しただけではなく、契約目的不達成を満たして初めて解除できるという趣旨かとの確認がなされ（同42頁）、さらに軽微な不履行と契約目的を達成できない不履行との関係を解釈上どう理解すれば良いかという問題が生じると指摘されている（同43頁）。こうした指摘は重要であるが、問題点の指摘にとどまっていて、要綱仮案でその点が解消されているとは考えられない。その後は、法制審議会民法（債権関係）部会第91回議事録（平成26年6月17日）

<http://www.moj.go.jp/content/001129006.pdf>(平成26年12月31日最終閲覧)で、履行拒絶解除、一部不能の場合の解除、危険負担と解除との関係などについて議論が行われた。

¹⁹⁵ 『要綱仮案』は、<http://www.moj.go.jp/content/001127038.pdf>（平成26年12月31日最終閲覧）を参照。

¹⁹⁶ 『要綱仮案』「第12 契約の解除」では、「1 催告解除の要件（民法第541条関係）」として、「当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行を催告し、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。ただし、その期間を経過した時における債務の不履行が当該契約及び取引上の社会通念に照らして軽微であるときは、この限りでない。」として、民法541条を改正する案を提示している。「2 無催告解除の要件①（民法第542条・第543条関係）」として無催告解除ができる場合を規定し、「(1)債務の履行が不能であるとき (2)債務者がその債務の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき (3)債務の一部の履行が不能である場合又は債務者がその債務の一部の履行を拒絶する意思を明確に表示した場合において、残存する部分のみでは契約をした目的を達成することができないとき (4)契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、債務者が履行をしないでその時期を経過したとき (5)(1)から(4)までの場合のほか、債務者がその債務の履行をせず、債権者がその履行の催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らかであるとき」を挙げている。「3 無催告解除の要件②（民法第542条・第543条）」として無催告で契約の一部の解除ができる場合として「(1)債務の一部の履行が

催告解除を維持しつつ、例外として但書で「期間を経過した時における債務の不履行が当該契約および取引上の社会通念に照らして軽微であるときは、」解除を認めないとした（「第 12 契約の解除」1）。従前までは「契約目的不達成」概念が用いられていたが、ここでは、「軽微であるとき」という概念が新しく用いられた。

また、民法 542 条については、「契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合」には解除できるとして（同 2(4)）、現行法を引き継ぎ、543 条については、従前の「履行請求権に限界事由があること」という難解な表現を排して、無催告解除を認めた。一部不能の場合に「残存する部分のみでは契約をした目的を達することができないとき」に全部解除を認め、それ以外は一部の解除のみを認めるとした（同 2(1)(3)および 3(1)）。

その他、「履行の催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らかであるとき」には解除できるとされた（同 2(5)）ほか、履行拒絶の場合も無催告解除を認めている（同 2(2)、3(2)）。

なお、中間試案で提示された複数契約の解除の明文化については、反対意見が多く、明文化は見送られている。危険負担については、民法 534 条、535 条は削除するとされている。536 条については削除反対の意見に配慮し、削除せずに、履行拒絶の抗弁権を認めるという方向性で存続するという提案がなされている。

『要綱仮案』においては、結局催告解除と契約目的解除とで二元化されることとなった。実務の要請により催告解除を残したが、例外として、軽微な不履行の場合は解除を認めないとした。この点については、法制審議会民法(債権関係)部会の部会資料 79-3「民法(債権関係)改正に関する要綱仮案の原案その(1)補充説明」催告解除においては、最判昭和 43 年 2 月 23 日民集 22 卷 2 号 281 頁を引用して、契約をした目的を達成することができる場合（無催告解除ができない場合）であっても、催告・相当期間経過により解除できる場合を認める（「契約目的の達成に重大な影響を与える」とときには催告解除を認める）、そこで債務の不履行が軽微であるとはいえないときには、催告解除をすることができるとの整理をした旨がある¹⁹⁷。この補充説明に対しては、賛成意見が見られ

不能であるとき (2)債務者がその一部の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき」を挙げる。さらに債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、債権者が 1 から 3 までによる契約の解除をすることができないとの規定を設けている。

¹⁹⁷ 法制審議会民法(債権関係)部会第 90 回会議（平成 26 年 6 月 10 日）における部会資料 79-3「民法(債権関係)改正に関する要綱仮案の原案その(1)補充説明」

る一方で、判決が催告解除を扱ったとする理解に異論が述べられている¹⁹⁸。この点に関しては、本編小括で検討する。

なお、無催告解除においては、中間試案の「契約目的不達成」要件がそのまま残存している。

契約各論においては、売買の売主担保責任については、「中間試案」と同様に、一般原則にしたがって損害賠償請求をし、又は不履行による契約解除をできるとしている¹⁹⁹。請負は635条を削除するとされ、解除については、一般原則に一本化されている。「中間試案」では存在した贈与契約の解除は、削除され、より解除の一般原則による一本化が進められたと言ってよいであろう。

「要綱仮案」において、未だ残る問題としては、催告解除と無催告解除とが二元化されたことにより、催告解除と契約目的不達成解除とは異なる根拠に基づいた解除制度と理解すべきか、催告解除の例外要件とされる「軽微な不履行」と無催告解除の「契約目的不達成」との関係をどのように理解するかがある。また、催告解除において、軽微でない場合に解除できるのが原則か、催告解除に対する例外として軽微であることが位置づけられるのかも問題となろう。また、契約目的不達成解除はいくつかの類型があるが、そうした類型において契約目的不達成をどのように判断するのか、の問題もあるといえよう²⁰⁰。

<http://www.moj.go.jp/content/000124058.pdf>

(2015年1月7日最終閲覧)13～14頁。

¹⁹⁸ この「補充説明」を前提として、法制審議会民法(債権関係)部会第91回議事録(平成26年6月17日) <http://www.moj.go.jp/content/001129006.pdf> (2015年1月7日最終閲覧)では福田幹事が賛成意見を述べ(議事録2頁)、これに対し、潮見幹事からは最判43年判決は催告解除を扱ったケースではないとの指摘がある(同12頁)、山本(敬)幹事からも潮見意見に賛成の旨が述べられている(同14頁)

¹⁹⁹ 代金減額については損害賠償請求および解除権を放棄する旨の意思表示が必要とする旨の提案は削除されている。

²⁰⁰ 横山美夏「契約の解除」『法律時報』86巻12号(2014年11月)33頁～34頁

小括

以上、民法典成立過程から、民法（債権関係）改正の議論にいたるまでの解除要件の展開を、催告解除と無催告解除との区別の基準、催告解除と無催告解除との規律と「重大な不履行」「契約目的不達成」との論理的関係を中心に見てきた。

第1章では、現行民法典成立過程において、多様な解除制度が成立した経緯を明らかにし、学説においてどのようにしてどのような説明がなされてきたかを整理した。契約総則の解除規定は催告を不要とする不能と催告を必要とする遅滞とに分けて規定するドイツ法をのの流れを汲むものの、催告解除はフランス民法にも由来していた。制定当時には、催告解除を定める541条が原則であり、542条、543条はその例外であるとの説明もこうした意識を表すものといえる。

また契約各論の解除は、フランス法やその他欧州諸国の解除制度を取り入れており、様々な国の制度を取り入れたミックス的な性格を有するものであった。これらの無催告解除は、条文に文言がない場合も存在するが、その実質は「契約目的不達成」を要件とする解除と理解して良いであろう。無催告解除を認める場合に考慮されるべき要素としては、条文に応じて異なるように理解されているが、解除できないとした場合の買主の不利益、買主が得た権利が買主にとって用をなさないこと（他人物売買）、損害額の算定が困難であるから、損害賠償請求のみでは買主が保護されないこと（用益権、瑕疵担保）、修補することができても契約目的不達成は否定されないこと、および契約目的不達成の判断には、目的物の性質、もしくは契約の合意内容を考慮要素とするという理解が見られる。ここでは債権者の利益保護という観点から「契約目的不達成」を判断するという理解が見られる。

契約各論の無催告解除については、民法典成立過程の議論を検討することにより、そこに見られる「契約目的不達成」の意義について上記の要素が考慮されていることが明らかとなった点に意義があると考ええる。

第2章では、現行民法典の解除制度が、ドイツ法継受により、債務不履行三分体系が確立しゆくに従い、第1章で成り立ちを検討した民法典の解除制度が、541条は履行遅滞、543条は履行不能、不完全履行は追完可能性の有無によって、541条か543条かのいずれかが適用されるとされていった。一方、契約各論における無催告解除については、解釈論は影をひそめ、541条ないし543条の解除についてのみクローズアップされ意義づけられたといえる。解除における催告解除と無催告解除との区別は、債務不履行三分体系に従った解除制度の理解によって、明確には意識されず、潜在化していく運命となったと考えられる。

その一方で、催告解除を規定する541条と、無催告解除を規定する543条と

の間に存在し、契約目的不達成を要件として無催告解除を規定する定期行為解除において、いくつかの議論が行われている。まず一つは、定期行為を絶対的定期行為と相対的定期行為に分けて、541条と543条のいずれの条文が適用されるかという問題である。

この議論を検討することにより、542条は履行期後の履行が物理的に可能であっても、債権者債務者間の合意によって履行期後の履行が債権者にとって意味を有しない場合に適用されることが明らかになった。これは、542条の「契約目的不達成」要件の内容をいかに解するかと密接不可分に結びついた議論であるといえる。つまり、542条における「契約目的不達成」とは、当事者間に履行期が定められており、履行期以後の履行が物理的に不能な場合、または、履行期後の履行が物理的に可能であっても、債権者債務者間の合意によって履行期後の履行が債権者にとって意味を有しない場合ことを意味するといえる。

また、同時にドイツ三分体系の導入によって履行遅滞、履行不能の区別が明確になる一方で、遅滞と不能の区別の相対性も意識されていることが伺える。絶対的定期行為は543条が適用され、相対的定期行為のみに542条が適用されるとする見解は、542条を単に541条の例外と位置付けるだけでなく、543条のカテゴリーも含むものとの理解が伺える。

二つ目は、542条の定期行為解除に債務者の帰責事由が必要かという問題である。明文上債務者の帰責事由がないことを消極要件とする543条と対照的に、条文上は明らかでない541条における帰責事由の要否が議論されたが、その議論とも関連する。

541条においては必要説が通説的であったため、542条も必要説が通説的見解であったといえるが、不要説は、541条解除での帰責事由不要説を前提として、542条の絶対的定期行為と相対的定期行為の議論とも関連づけながら543条との対比においても論じているし、債務不履行に基づく損害賠償請求との対比においても、解除の機能を意識して論じられているように理解される。また541条で帰責事由必要説をとりながら、542条では催告要件が不要とされることを理由に帰責事由不要説をとる立場もあり、債務者へ履行の機会を与える債権者の手間と債務者の帰責事由とが比較考量されている点も興味深い。この議論を検証することにより、催告解除、無催告解除の区別の基準が、より明確になったといえよう。

その後、ドイツ法の学説継受による債務不履行の三分体系が解除制度においても確立されるに伴い、以後は542条解除の意義は相対的に低下していった。さらに、契約各論における契約目的不達成解除の規定についても、売買契約における瑕疵担保責任の法的性質をめぐる議論などは債務不履行に基づく損害賠償制度との関係で、帰責事由の要否等の議論は行われたものの、解除独自の視

点から催告解除との対比という視点で議論されることはほとんどなかったと言ってよい。契約各論における無催告解除、契約目的不達成解除は、契約総則における解除制度との関係においては置き去りにされていたと言ってよいであろう。

第3章では、新しい契約責任論の台頭と、その議論が解除要件に与えた影響を整理した。CISG、PICC、PECL、DCFR、ドイツ債務法改正といった欧米諸国における契約責任論や解除制度がわが国に紹介されていった。契約責任論との関係の文脈で、解除要件が論じられ、初期には帰責事由要件の不要性が導かれ、危険負担制度との関係をめぐる議論が行われた²⁰¹。そこでは、契約責任論に従属していた解除制度を、いかにして契約責任論から解放すべきかという点に重点が置かれていたように理解される。

さらに「重大な不履行」「重大な違反」要件が注目されたが、それに伴い、催告解除の意義についてもドイツ債務法改正を参考に改めて見直しがなされた。催告解除の重要性については、明らかとなったが、催告解除と無催告解除との区別の基準、すなわちどのような場合に催告が必要とされるか、どのような場合に無催告解除ができるかという問題が残されているといえる。

さらに、催告解除と無催告解除とで解除を二元的に理解すべきか、それとも「重大な不履行」「重大な違反」といった要件のもと催告解除と無催告解除とを一元化して考えるべきかという問題については、CISG等の欧米諸国の議論をもとに、「重大な不履行」を要件とする無催告解除と、一部の限定的な場合に催告解除を認めるべきとする見解や、催告解除をあくまで原則とすべきとの見解など、様々な見解が主張されている。

筆者は催告解除と無催告解除との違いは、従来不完全履行において追完可能か不能かにより541条か543条かが議論されてきたことから、追完の可否および追完が債権者にとって意味を有するか否かの違いにすぎず、それ以上に解除の正当化根拠が異なるとは考えられない(第4編第1章参照)。したがって、解除を一元的に考えた場合に、催告解除において「重大な不履行」「重大な違反」要件をどのように判断すべきかは残された問題といえる。さらには「重大な不履行」「重大な違反」「契約目的不達成」の評価性、多義性、不明確性については未だ解明されていないといえる。

民法(債権関係)改正をめぐる議論においては、催告解除の重要性を改正に反映すべきとの実務界からの要望が強く主張された。これは実務家としてどの

²⁰¹ 山田到史子「契約解除との関係における『危険』制度の意義」松浦好治他編『市民法の新たな挑戦—加賀山茂先生還暦記念』(信山社、2013年)353頁以下。解除を危険制度の一環として構成する必要を述べ、英米法を中心とした解除要件について検討されている。

ような場合に催告が必要とされるかの判断基準が不明確なことによる不安の表れとして理解しうるものである。また、評価性の高い「重大な不履行」要件に対する懸念から、現行民法の条文にも規定され判例実務でも認められてきた「契約目的不達成」に変更されていったが、その違いについては明確とまではいえないであろう。

民法改正においては、現在『要綱仮案』が公表され、要綱案の原案(1)で条文化された段階まできている。『要綱仮案』では、催告解除と無催告解除との二元的構成が採用された。これは実務界からの催告解除の重要性を認めるべきとの意見を踏まえたものと理解されよう。ただ、要綱仮案では、無催告解除で「契約目的不達成」を主たる要件としつつ、催告解除では不履行が「軽微」でない場合には解除できないとする例外を設けた点については、大きな問題があると考えられる。催告解除の場合には、「契約目的不達成」要件を満たさない場合であっても、催告すれば解除ができる場合を認めるものと理解され、最判昭和43年2月23日民集22巻2号281頁が挙げられている。この最判昭和43年については、法制審議会で潮見幹事、山本(敬)幹事から、催告解除のケースではないとの指摘があることはすでに指摘した(注198参照)。この判例は、第3編第3章においても検討するが、催告・相当期間の経過を経たから、契約目的不達成とまでいえなくても、「契約目的の達成に重大な影響を与える」場合は解除を認めたものと理解するのは困難である。判例は、当該事案において問題となった約款(特約)が売主の代金支払確保のために重要であったことから、重要な約款違反行為という附随的債務の不履行が、契約をした目的を達することができない場合と等価値であるとしたものと解すべきであり、催告解除だから「契約目的の達成に重大な影響を与える」場合には解除できるとの判例との理解には大きな問題が残る。

加えて、民法改正の議論では、催告解除の重要性を改正に反映すべきの実務界からの要望が受け入れられ、催告解除と無催告解除との二元的構成が採用されたが、催告と無催告解除との区別の基準については不明確なままである。要綱仮案がこのまま条文化され民法改正された場合に、最判昭和43年の理解の問題とも相まって、催告解除の「軽微」でない不履行と無催告解除の「契約目的不達成」との関係については、混乱が予想される。

これらの議論においては、CISG等の欧米諸国の解除制度が議論の発端であることは間違いないが、欧米諸国の制度に必要以上に縛られている印象も受けるところである²⁰²。実際にわが国における判例実務において、どのような場合に催告を必要とし、どのような場合に無催告解除を認めてきたか、また、「契約

²⁰² CISGは動産取引に限定して適用される規範であり、それを一般化することに対する危惧も感じられる。

目的不達成」を要件とする解除はどのような場合に認められてきて、いかなる機能を果たしてきたか、具体的にどのような事実があれば「契約目的不達成」の要件を満たすをされてきたのか等の検討が残されていると考える（この点については、「第3編 契約解除要件をめぐる実務の課題と動向」参照）。

そうした問題を念頭において、次の第2編においては「重大な違反」を中心的な要件とするアメリカにおける契約解除制度を検討することとする。

第2編 アメリカ法における契約解除要件の沿革と展開

序章

英米法における重大な契約違反を解除要件とする制度は、CISGの成立過程において大きな影響をもたらし、その後のドイツ債務法改正、欧米の統一法形成にまでも影響を及ぼしていることは、すでに述べたとおりである（序第2章（2）、第1編第3章（1）参照）。

この2～300年ほどで、現代の国際社会において、経済大国として世界をリードするまでに成長したアメリカで、重大な違反を要件とする解除制度がどのように形成され、発展していったかを明らかにすることにより、わが国における催告解除と無催告解除との区別の基準、催告解除と無催告解除と「契約目的不達成」との関係、さらには「契約目的不達成」の判断構造等の問題について、参考となる議論があると考えられる。

第1章では、アメリカの重大な違反を要件とする解除制度の沿革と概要を整理することとする。契約における義務とその消滅に関し、わが国の契約観とは大きく異なる契約責任論を構築してきたアメリカの制度を概観し、条件(condition)違反による解除権を認める構造を明らかにする。そして、黙示的条件(implied condition)において重大な違反(material breach)があれば自己の履行を停止・保留(suspension)でき、相当な期間を与えて債務者に治癒の(cure)の機会を与える必要があり、それでもなお、治癒がなされない場合には完全な違反(total breach)と扱われて義務の消滅、契約の終了を認めるという構造を明らかにする。

第2章では、第2次リステイトメント § 241 に定める「重大な違反」の判断要素について詳細に検討する。「重大な違反」があれば、債権者は自らの義務の履行の停止・留保を正当化することができる。「重大な違反」があったと認められるために、どのような要素が考慮されるべきかを明らかにする。

続いて第3章では、ケースに現れた「重大な違反」の判断要素を検討し、どのような契約類型において、どの要素がどの程度考慮されているのかを、原則例外という視点から検討する。

第4章では、わが国の催告解除と密接に関連すると考えられる、契約の終了をもたらす「完全な違反」に関する判断要素、ケースにおける判断を検討する。

特に第3章および第4章でのケースの検討においては、契約類型・義務類型によって、原則としてどのような事実があれば解除が認められ（または認められず）、例外としてどのような事実があれば解除が認められない（または認められる）かという原則・例外の視点から検討することとする。

第1章 アメリカにおける契約解除制度の概要

1 契約による義務とその消滅

判例法を基礎とする英米における契約解除は、大陸法特にドイツ法の影響を大きく受けた日本における契約解除制度と大きく異なる。契約が有効に成立したことを前提として、契約に基づく義務の消滅等を認める制度は複数存在する。その中でも契約上の義務違反に基づく解除制度は何かを検討し、その上で、アメリカにおいて当該制度がどのような法律構成をとるかについて見てみることにする。

契約により、一次的な義務と二次的な義務が生じると理解されている。契約の成立は、合意によって履行すべき一次的な義務を形成する。二次的な義務は救済的な義務とも呼ばれ、一次的な義務の違反によって、二次的な損害を賠償すべき義務を生じさせることとなる。もともとコモンローの救済は、二次的な義務の強制を目指すものである。特定履行と呼ばれるエクイティ上の救済は、一次的な契約に基づく履行義務の強制を目指すものである。負債訴訟(debt and indebitatus)は一次的な義務履行の方法である(もともと、労働契約における労働を行う義務などはその性質上強制されない)。損害賠償を求める引受訴訟(special assumpsit)は常に二次的な義務を強制する方法であった²⁰³。しかし、このような区別は時代とともに徐々に消滅していったとされる。

一次的な契約上の義務は、一般的には、相互の同意の欠如、約因の欠如、引渡の欠如、非合法、当事者の無能力、詐欺、強迫、その他契約の成立に影響を及ぼす事実によって消滅する。無効原因は義務の消滅を引き起こすとされる²⁰⁴。

それと同時に条件による契約上の義務の消滅も認められる。後に論じる重大な契約違反(breach of contract)以外に契約が後発的事由に基づいて履行がされなかった場合として、履行不能理論(impossibility)、履行の実行困難性(impracticability)、契約目的達成不能(frustration of purpose)が挙げられる。これらについても後述する。

なお、契約により生じた義務が消滅する用語については、アメリカでは多少混乱が見られる。UCCでは、discharge が用いられる場合が多いが、それは権利侵害による損失を指す場合もある。第2次リステイトメントでは、discharge は、債務者の義務を無効とし、債権者の権利を終了させ、その権利に基づく請求を生じさせるとする²⁰⁵。UCCは、termination と cancellation を区別し、termination は契約違反以外の理由で、合意または法によって創設された権限

²⁰³ Arthur L. Corbin, *Discharge of Contracts*, 22 Yale L. J. 513, 513-514 (1913).

²⁰⁴ *Id.* at 516.

²⁰⁵ John E. Murray, Jr., *Corbin on Contracts* § 67.02 (Desk ed. 2013).

に従って、当該契約の終了をさせる場合におこる、とする。cancellation は、一方の当事者が、相手方による違反に対し、契約を終了させる場合に起こる、とする²⁰⁶。しかし、裁判所は当事者がどのような意図でこれらの用語を用いたか解釈しなければならず、両者の用語のあいまいさからは逃れられないとされている²⁰⁷。これに対し、学者の中では、重大な違反による契約解除を termination と表現する者が多く²⁰⁸、U.C.C.における cancellation と同じ意味で termination が用いられることが多いとの指摘もある。

さらに rescission は、アメリカでは、契約の無効を指す場合に用いられることが多い。

本稿では、わが国の法定解除における催告解除と無催告解除との規律、「重大な違反」「契約目的不達成」要件と催告解除との関係という問題と比較対照するために、UCC でいう cancellation (アメリカの学者の多くは termination を用いるが)、すなわち相手方による契約違反を原因として一方当事者が契約を解除させる場合に限定して論じることとする²⁰⁹。

2 条件 condition

(1)条件の分類

原告が、一次的な義務の履行を求める場合は、有効な契約の成立および一次的な義務の存在を立証しなければならない。しかし、契約違反を主張して二次的な救済（契約違反に基づく損害賠償請求）を求めるときは、二次的な救済的義務の存在を立証しなければならない。こうした被告の二次的な義務が法的に効力を有するとされるには、ある事実または出来事（条件）を、立証しなければならない。

条件には先行条件と後行条件とがある。

先行条件(condition precedent)²¹⁰の場合、双務契約の場合には、原告による契約の違反は、被告の義務の解放として働く。被告が履行を提供した場合は、

²⁰⁶ U.C.C § 2-106(3)(4).

²⁰⁷ Murray, *supra* note 205, § 67.02.

²⁰⁸ John E. Murray, Jr., Murray on Contracts 663,665 (5th ed. 2011); E. Allan Farnsworth, Contracts 561 (4th ed. 2004). Farnsworth は、裁判所は時々 termination の代わりに rescission を用いるとも指摘する。

²⁰⁹ 日本の文献としては、平野晋『体系アメリカ契約法 英文契約の理論と法務』（中央大学出版部、2009年）525頁以下、前掲山田「解除における『重大な契約違反』と『付加期間設定』要件の関係」200～201頁がある。

²¹⁰ 「前提条件」「停止条件」との訳もある。前掲平野『体系アメリカ契約法』445頁

原告が要求された行為を行うまで、被告はいかなる義務にも拘束されない。約束が独立である場合は、一方当事者の違反は他方当事者の義務を消滅させることはできない。約束が独立でない場合、原告によって約束されたあることが履行されるまで、被告が責任を負わないということを意味する。これらの履行は被告の責任の先行条件となる。履行がなされないケースでは、被告の責任は法的に生じない。二次的な義務または救済的な義務は生じない、ゆえに被告は義務から解放されない²¹¹。

後行条件(condition subsequent)²¹²とは、義務が生じたあとに起こる条件をいう。契約に定める義務（一次的または二次的義務いずれも）からの解放を認める事実または出来事をいう。違反によって義務が消滅するのではなく、条件によって消滅するのである²¹³。

また先行条件、後行条件それぞれにおいて、明示の条件と黙示の条件とが存在する。契約の文言によって明らかにされている場合は、明示の条件(express condition)である。また、黙示の条件が法的に認められる場合もある(implied condition)。黙示の条件の場合は、黙示的な当事者の意思を基礎として正義公平といった原理から認められる。

これらの明示または黙示の先行条件となる事実または出来事があって初めて二次的な救済的義務の存在が認められることとなる。契約違反を主張して救済を求める当事者は、これらの条件を満たすことの立証責任を負う²¹⁴。

さらには、明示の条件、黙示の条件の他に、裁判所は当事者の意思を出発とせず、正義や公平から条件を擬制する場合を認める。このような条件を擬制的条件(constructive condition)という²¹⁵。この擬制的条件が重大な違反と結びついていき、損害賠償請求だけでなく救済としての契約解除制度が成立していった。この点は、後述する。

このように条件という制度によって、契約を締結した当事者の義務の消滅が認められてきた。

(2)第2次リステイトメントの記述

第2次リステイトメントでは、条件の定義は、発生するか否かは不確実であるが、その不成就が許容される場合を除き、契約に基づく履行義務が効力を生

²¹¹ Corbin, *supra* note 203, at 517-518.

²¹² 「事後的条件」「解除条件」との訳もある。前掲平野『体系アメリカ契約法』453頁

²¹³ Corbin, *supra* note 203, at 522-523.

²¹⁴ *Id.* at 515-516.

²¹⁵ Murray, *supra* note 205, § 32.02.

じる前に発生しなければならない出来事(event)をいうとされている²¹⁶。

そして、条件が成就しない場合の効果は、以下のとおりである。すなわち、条件付の義務は、条件が成就しないか、またはその不成就が許容されない限り、履行しなくても良い²¹⁷。また、条件の不成就は、それが許容されていない限り、当該条件がもはや成就しえない場合には、義務を消滅させる²¹⁸。そして、条件の不成就は、当事者の一方がその条件を成就させる義務を負っている場合を除き、その者による契約違反とはならない²¹⁹。

条件は、必ずしも反対当事者の履行に関するものでなくともかまわないが、通常は相手方の履行がなされることが、自己の債務の履行の条件とされる場合が多い。そのような場合は、双務契約において相互の履行の対価的牽連性を保持するという機能を有することとなる。すなわち、条件が付されている義務については、条件成就まで履行義務を一時的に停止することができ、履行を行う必要はないこととなる。履行が可能であろう一定期間内に条件が成就しなければ、履行義務自体の消滅をもたらす。条件不成就の場合は、履行をしない当事者は契約違反の責任を負うことはなく（損害賠償責任を負わない）、相手方も契約違反の責任を負わない²²⁰。

ある出来事を当該債務の履行の条件とするためには、当事者が合意をするか、裁判所によって補充された条項による²²¹。明示の条件(express condition)の場合は、契約中に明確に表現されているから、その条項に従った「完全履行」が求められる。したがって、当事者の一方が完全な履行を行わなければ、相手方は自己の債務の履行を停止し、条件が成就しないことが確定すれば履行する必

²¹⁶ Restatement (Second) of Contract § 224. 条件の定義「条件とは、発生するか否かは不確定であるが、その不成就が許容される場合を除き、契約に基づく履行義務が効力を生じる前に、発生しなければならない出来事をいう。」なお、本稿における第2次リステイメントの訳については、松本恒雄「第二次契約法リステイメント試訳（一）ないし（五・完）」『民商法雑誌』第94巻第4号乃至第95巻第2号（昭和61年7月15日乃至昭和61年11月15日）を参照し、適宜修正した。

²¹⁷ *Id.* § 225(1). 「条件付の義務は、条件が成就しないか、またはその不成就が許容されない限り、履行しなくてもよい。」

²¹⁸ *Id.* § 225(2). 「条件の不成就は、それが許容されていない限り、当該条件がもはや成就しえない場合には、義務を消滅させる。」

²¹⁹ *Id.* § 225(3). 「条件の不成就は、当事者の一方がその条件を成就させる義務を負っている場合を除き、その者による契約違反とはならない。」

²²⁰ *Id.* § 225 comment. a.

²²¹ *Id.* § 226. 「いかにしてある出来事を条件となしうるか。ある出来事は、当事者の合意または裁判所によって補充された条項によって、条件とすることができる。」

要はない。相手方は、違反をした当事者に対し、違反による損害賠償請求をすることもできる²²²。黙示的条件、擬制的条件が重大な違反と結びついて発展したことと対照的である。

(3) 重大な違反以外の条件による義務の消滅

契約違反(breach of contract)以外に契約が後発的事由に基づいて履行がされなかった場合として、「重大な違反」以外に、履行不能理論(impossibility)、履行の実行困難性(impracticability)、契約目的達成不能(frustration of purpose)が挙げられる。これらはいずれも「重大な違反」と同様に、黙示の条件のルールにより認められてきた²²³。重大な契約違反との比較という点で述べておきたい。

履行不能理論(impossibility)は、「後発的履行不能」とも言われ、約束者の管理外の偶発的な事象による不能が必要とされる²²⁴。わが国における危険負担の論点を包含するとされる²²⁵。

履行の実行困難性(impracticability)は、後発的な事象が履行を完全に不可能

²²² U.C.C § 2-601. 不適切な引渡しに対する買主の権利「割賦販売契約の違反に関する本編の規定(§ 2-612)に従い、かつ救済方法の契約による制限に関する諸条文(§ 2-718 および § 2-719)による別段の合意がない限り、当該物品または引渡しの提供が何らかの点でその契約に適合していない場合には、買主は、(a) その全体を拒絶する；または、(b) その全体を受領する；または(c) 商業上の一単位または複数の単位を受領して、その残りを拒絶することができる。」商業的動産取引における「完全履行ルール」(perfect tender rule)を表すとされる。なお、本稿における U.C.C の日本語訳は、田島裕『UCC2001—アメリカ統一商事法典の全訳』(商事法務、2002年)、田島裕『UCC コメントリーズ第1巻総則・売買・リース』(レクシスネクシスジャパン、平成19年)を参照し、適宜修正した。

²²³ Murray, *supra* note 205, § 74.01.

²²⁴ 典型例としては、特定の者による義務の履行が必要な場合に、その者が死亡した場合や、特定の物が義務の履行のために必要な場合に、その物が滅失・毀損したような場合である。Restatement (Second) of Contract § 262. 履行に必要な者の志望または無能力「特定の者の存在が義務の履行のために必要である場合、その者の死亡または履行を実行不能とするほどの無能力は、それが生じないことを基本的前提として契約が締結された出来事にあたる。」*Id.* § 263. 履行に必要な物の破壊、品質悪化、または不出現「特定の物の存在が義務の履行のために必要である場合、その物の不出現、破壊または履行を実行不能とするほどの品質悪化は、それが生じないことを基本的前提として契約が締結された出来事にあたる。」

²²⁵ 前掲平野『体系アメリカ契約法』490頁。

にするほどではないが、困難性を生じる場合をさすとされている。わが国で言えば、事情変更の原則に相当する例が典型とされる²²⁶。履行不能理論の要件が厳格に過ぎて容易に認められなかったため実行困難性の理論が発達し、現在では後者が前者を包含しているといわれる²²⁷。U.C.C § 2-613²²⁸が法源とされている。

契約目的達成不能 (frustration of purpose) は、前二者とは異なり、契約の価値が著しく減少・喪失したため、契約の基礎となる目的が挫折した場合である。²²⁹ 典型例としては、国王の戴冠式をみるために、見晴らしの良い部屋を数日間借りる契約を締結したところ、国王が病気で戴冠式が延期になった場合、賃料を支払う義務が免除されたという事案である。

これら三者の効果は、いずれも契約上の義務が消滅する²³⁰。不能等による不履行が正当化されたとしても、他方当事者の義務履行については条件不成就となり、履行義務は消滅する。しかし、後発的な事象による不能等の危険を相手

²²⁶ 事情変更の法理に対応するアメリカ法の研究について、久保宏之『経済変動と契約理論』(成文堂、1992年)を参照。

²²⁷ 前掲平野『体系アメリカ契約法』490頁

²²⁸ U.C.C § 2-613. 特定物品に対する偶発事故「契約がその履行のために契約締結時に物品を特定することを必要としており、かつ、当該物品が、損失の危険が買主に移行する前に、いずれの当事者にも帰責事由のない偶発事故を被った場合、(a)もしその損失が全体であるときは、当該の契約は解除される;そして(b)もしその損失が部分的であるとき、または物品がもはや契約に適合できない程度まで粗悪化したときは、買主は、それにもかかわらず検査を要求し、その選択により、当該の契約が失効したものとして扱うか、粗悪化または数量不足について契約代金から割引を認めさせ、売主に対するそれ以外の権利を放棄して、当該の物品を受領することができる。」

²²⁹ Restatement (Second) of Contract § 265. 後発的達成不能による消滅「ある出来事の生じないことを基本的前提として契約が締結されている場合に、契約締結後に、そのような出来事が生じたことにより、当事者の一方の主たる目的が、その者の過失によらずして実質的に達成不能となったときは、その者の残存する履行義務は消滅する。ただし、文言または諸般の事情から反対のことが察知される場合は、この限りではない。」

²³⁰ *Id.* § 261. 後発的履行不能による消滅「ある出来事の生じないことを基本的前提として契約が締結されている場合に、契約締結後に、そのような出来事が生じたことにより、当事者の一方の履行が、その者の過失によらずして実行不能となったときは、その者の当該履行義務は消滅する。ただし、文言または、諸般の事情から反対のことが察知される場合は、この限りでない。」U.C.C § 2-615「前提条件が欠如しているという抗弁」も参照。いわゆる不可抗力の場合について規定したものである。

方が引き受けていた場合は消滅しない²³¹。

これらは、履行が物理的に不能か不能とまではいえないが多大な負担が生じるとか契約の目的が挫折した場合という、不能の程度の差こそあれ、いずれも約束者の行為によるものではなく、後発的な事象により生じる点に特徴がある。わが国の法制度でいえば、従来の危険負担、すなわち債務者の帰責事由がなく不可抗力による不能の場合、および事情変更による解除が認められる場合に該当すると言える。

これらについては、わが国における履行不能解除と危険負担との関係を論じるには、それと対応する制度であり、非常に有益であるが、すでに述べた問題意識のもとでは中心的ではないため、本稿では取り上げないこととする。

3 「重大な違反」 material breach

(1) 擬制的条件と「重大な違反」

前述のように、一般に、条件の不成就は、その条件に従属する義務に対し、二つの効果をもたらすとされる。すなわち、第1は、少なくとも一時的に義務の履行をしなくてもよい（履行の停止・保留 suspension）。第2は、条件がもはや成就しえない場合は、義務が消滅する(discharge)。したがって、当事者間において、相手方の履行を自己の履行の条件とすることを明示的に合意をしていれば、相手方が履行しない場合には、自己の義務の履行を停止し、その後も相手方が履行しないことが明確になれば、自己の履行義務から解放され、履行を強制されることはなくなる。

問題はある出来事を履行の条件とすることが、契約中に明確に表現されていない場合である。ある出来事が明示の条件とは認められなくても、裁判所はその事実を擬制条件（constructive condition）あるいは交換擬制条件（constructive condition of exchange）と認める場合があった。すなわち、交換的な契約においては、一方当事者の義務の履行が、他方当事者の義務の履行の条件であることが擬制されることを認めるのである²³²。

²³¹ *Id.* § 267. 実行不能または達成不能によって正当化される不履行が相手方の義務に及ぼす効果「(1)第2項に定める場合を除き、当事者の一方の不履行または履行の提供のないことは、その不履行または履行の提供のないことが本章に定める諸準則に基づき正当化される場合であっても、第237条および第238条に定める準則に基づき、相手方の義務に効果を及ぼす。(2)第1項に定める準則は、そのような不履行または履行の提供のないことがあっても履行しなければならないとの危険を相手方が引き受けた場合は、適用されない。」

²³² *R. G. Pope Constr. Co. v. Guard Rail of Roanoke, Inc.*, 219 Va. 111, 244 S.E.2d 774(1978). 元請人と下請人との間で道路のガードレールの設置工事

アメリカの判例は、交換的な契約においては、条件構成を用いることによって、一方当事者の重大な違反(material breach)が生じた場合に、他方当事者は自己の履行について、一時的な停止・保留をすることができるとしてきた。重大な違反は、擬制的条件の不成就とされる事実・出来事とは何かということについて、判例によって積み重ねられてきたものといえよう。

このことは、第2次リステイトメント § 237²³³条および § 238 条²³⁴で述べられている。 § 237 は先履行義務について重大な不履行が存在しないことが後履行義務の条件とされている。 § 238 条においては、同時履行の関係にある義務

の請負契約を締結した。1973年4月に下請人は、ガードレールの材料を購入する契約を材料供給会社と締結した。しかし、1974年7月になっても、元請人はガードレール設置のための準備ができなかった。そのころ、1973年8月から同年11月初旬にかけて鉄の値上がりにより、下請人は従来の価格では材料を入手することができなくなったため、価格について交渉を申し入れたが、元請人はそれを断った。よって下請人は履行を拒絶したため、元請人は他の下請業者と1974年8月に別の契約を締結し、もともとの下請契約より約13万2071ドル費用がかかったとして、1975年2月に下請人とその保証人を被告として訴訟を提起した。下請人は元請人の契約違反を理由に約1万3183ドルの利益が得られなかったことを理由に反訴を提起した。裁判所は概要以下のような判断をした。1 双務契約においては、履行義務は相互に要求される。下請人のガードレールを設置するという履行は、設置を可能とすることが重要な条件となる。証拠によると、その条件は下請人が履行をなすことができる時期には成就しなかった。下請人の義務の履行は、条件が成就しない、または条件の不成就が免除されない限り、義務とはならない。2 下請人が履行を拒絶したことは、元請人が期日までに準備しないという不履行によって1974年4月には完全に正当化された。3 元請人の下請人に対する在庫を有しておくべき義務はない。結論として上記のように判断し、元請人の損害賠償請求を退け、下請人の損害賠償請求を認めた。相互に相手方の不履行を理由として損害賠償請求を行った事案であるが、契約に明示されていなくても条件となると判断された。

²³³ Restatement (Second) of Contract § 237. 不履行が相手方の義務に及ぼす効果 「第240条に定める場合を除き、より早く履行期の到来している相手方の履行義務について、未だ追完されていない重大な不履行 (uncured material failure) の存在しないことが、約束の交換に基づいて交換になされるべき各当事者の残存する履行義務の条件となる。」

²³⁴ *Id.* § 238 履行の提供をしないことが相手方の義務に及ぼす効果 「約束の交換に基づいてなされるべき双方の履行義務の全部または一部の履行期が同時に到来する場合、相手方が同時に交換になされるべきその側の履行をなすこと、または現在履行することが可能なことを表明しつつ履行の提供をなすことが各当事者の履行義務の条件となる。」

については相手方が履行をなすことまたは履行の申出をなすことが、自己の履行義務の条件とされている²³⁵。すなわち、重大な不履行が存在しないことが、交換的な相手方の義務の履行の条件となる旨が述べられている。

一方当事者の履行が、他方当事者の履行の条件であるとは明示的に示されていなくても、一方当事者が履行を行うことが他方当事者の履行の条件であることを擬制することによって、交換的な契約、いわば双務契約における履行の牽連性を認めることと同様の効果を生じさせるのである。

なお、「重大な違反」それ自体は、法的ルールの問題ではなく、事実認定の問題であるとされる²³⁶。

以下に重大な違反に関する形成してきたリーディングケースのうち、いくつかを挙げて紹介する。

ケース 1 K&G Construction Co. v. Harris, 223 Md. 305, 164 A.2d 451 (1960)

【事案】K&G Construction Company は、土地所有者であり、宅地分譲の業務を行っていた（以下「元請人」という）。Harris and Brooks は、掘削整地を請け負った（以下「下請人」という）。請負人と下請人との間の契約である。

契約書では、工事代金の支払は、毎月の出来高に応じ、下請人は当月 25 日に請求書を提出し、請負人は翌月 10 日までに支払うこととされていた。また、

²³⁵ 第 1 次リステイメントにおいては、重大な不履行は義務の消滅をもたらす「約因(consideration)の不履行」として構成されている。See Restatement(first) of contract § 274(1)。「交換的な合意における約束において、一方当事者による重大な違反は、その約束が明示的に条件とされていない場合であっても、交換的な合意により生じたその後の義務の他の消滅をもたらす行為によっても、正当化されない。重大でない不履行はそのような消滅をもたらすものではない。」ここでの「約因」は、合意された交換的価値のみを意味するものとして用いられている。See also Restatement(first) of contract § 274(1)comment a. しかしながら、一方で、当事者間での合意が存在しない擬制的条件の不履行の場合も、約因の不履行と同様の結論をもたらすとされている。Id. § 274(1), comment e. 第 1 次リステイメント § 274 では当事者間でお互いの義務が交換的価値をもつものと合意された場合のみについて述べるが、解釈によってはそのような合意がない場合も同様の結論となることが認められていたといえる。そのような経緯から第 2 次リステイメントでは § 224 以下では当事者が条件とした原則的な場合について規定し、§ 237 条以下では擬制条件の場合を規定したといえる。なお、第 1 次リステイメント § 275 における「約因の不履行」というのは間違った不正確な用法であるとの指摘がある。See Restatement (Second) of Contract § 237, Reporter's note.

²³⁶ Farnsworth, *supra* note 208, at 567.

契約書において下請人は「職人にふさわしい」履行をすることを求められていた。

下請人は、掘削中に請負人の建物にブルドーザーを近づけすぎて作業を行ったため、その建物の壁その他が崩壊してしまった。元請人は、1958年9月12日までに作業を終わらせなければならず、8月9日に下請人のブルドーザーの事故が起こった。下請人とその運送保険は、事故について責任を負わないと主張し、元請人に損害を支払うことを拒んだ。7月25日までの工事については、下請人が8月10日あるいはそれ以前に、契約書の文言に基づいて請求する権利があるとして工事代金の請求書を提出した。一方元請人は、ブルドーザーの事故による修理をしないことを理由に下請工事代金の支払を拒んだ。下請人は9月12日までは工事を継続したが、その後は元請人からの工事代金の支払がないことを理由に工事を中止した。

この事案において、元請人は損害として2つのものを主張した。一つはブルドーザーによる自己の損害として3400ドル、もう一つは、下請人の契約違反によって、工事を完成するために他の業者を雇ったためにかかった費用として450ドルである。元請人は訴訟の中でこの2つの損害賠償を請求した。

これに対し、下請人は、すでに工事を終えた未払請負代金として1484ドル、仕事を完成させることができなかつたため、契約が完全に履行されていれば得ていたであろう損害賠償として1340ドル、合計2824ドルを請求し、反訴を提起した。

【判断】控訴裁判所は、結論として元請人の請求を認めた。控訴裁判所においては、元請人の下請人に対する1958年8月10日の下請工事代金支払義務を拒絶する権利があるかが問題となった。

8月9日に生じた下請人が元請人の建物の壁を過失で損傷したという行為は、下請人の「職人にふさわしい」仕事を行うという義務違反となり、それは重大な違反であるとされた。したがって、元請人は自らの下請工事代金を支払うべき義務を保留・停止することができるとし、元請人は損害賠償義務を負わないとした。そして、下請人には損害賠償義務を認め、結果として、裁判所は元請人の訴えを認めた。

【コメント】Restatement (Second) of Contract § 241 ill. 1の基礎ともなったケースである²³⁷。このケースは、重大な違反の法理を示すリーディングケースの一つとして多くの文献で紹介されている。

事案を時系列にしたがって整理すると、順に①下請人の工事義務は先履行、②下請人が元請人の建物に対し損害を与えた。③元請人の下請人に対する損害

²³⁷ Restatement (Second) of Contract § 241, Reporter's note comment. a.

賠償請求権が発生する。④下請人が損害の支払を拒絶した。⑤元請人は事故が起こる前の出来高に対し請負代金の支払をしなかった。⑥下請人が工事の履行を停止した。このようになる。

いずれの義務あるいは義務違反をとらえて、重大な不履行に当たると解したのか、一見明確ではないので整理すべきであるが、元請人が請負代金を支払うべき時に、元請人が支払を拒絶する権利を有していたかということが問題である。それ以前に下請人の重大な不履行が存在すれば、元請人の支払義務の条件が不成就であるということになり、元請人が支払をしなくても正当化されることとなる。反対にそれ以前に下請人の重大な不履行は存在しないということになれば、元請人の支払義務の条件が成就したこととなり、元請人は支払をしなければならない。

このケースは、下請人の請負工事が、請負人の工事代金支払義務よりも先履行であるため、§ 237 の適用場面である。請負人の工事代金支払義務に対して、下請人の工事を行う義務に重大な不履行が存在しないことが、履行の条件となる。下請人は7月25日までの工事そのものは終えているのであり、いわゆる本来的な債務は履行しているようにも思われる。下請人の「職人にふさわしい」工事を行うことに反して、請負人の建物を損傷したことは、我が国でいうところの不完全履行、あるいはいわゆる附随義務違反に該当するように思われる。そうした下請人の「職人にふさわしい」工事を行う義務違反を捉えて、「重大な違反」と認定したものと解される。

もう一つは、下請人が建物の損傷による損害を直ちに賠償していれば、請負人による工事代金の支払停止は正当化されなかったであろうといえる。「治癒」の概念とも関係するように思われるが、損害賠償を争ったという下請人の姿勢も「重大な違反」の認定に大きく影響しているように思われる。

さらに、このケースは、いずれの当事者も履行を停止した場合にいずれが先に重大な違反を行ったかという問題(first material breach)も同時に提起する²³⁸。契約の履行の途中で、両当事者がともに自己の義務の履行を保留し、お互いに他方の重大な違反を理由に契約を終了した旨を主張する場合がある。その場合にいずれの当事者の履行の保留・契約終了が理由があるものとして正当化されるかが問題となる。アメリカの裁判所は、そのような場合、いずれが先に重大な違反を行ったかを認定して解決を図ってきた。最初の重大な違反によって侵害された当事者が、みずからの履行を保留・停止する権利を有することとなる²³⁹。

²³⁸ Farnsworth, *supra* note 208, at 565.

²³⁹ Restatement(second) of contract § 237 comment. b. 「問題は、いずれの当事者が最初に重大な治癒されない不履行を犯して契約を消滅させられるべきか

ケース 2 Walker & Co. v. Harrison, 347 Mich. 630, 81 N.W.2d 352 (1957)
債務者のささいな不履行を口実に債権者が自らの履行を免れようとするため、重大な違反というしぼりをかけたケースである。

【事案】 Walker & Co.は原告で、掲示板、広告看板の売買、レンタル、サービスを行っている。被告 Harrison はドライクリーニング業者である。被告は、原告から看板を期間 36 カ月としてレンタルし、その対価として被告は 1 か月あたり 148.50 ドルを賃料として支払う旨の契約を書面で締結した。契約書には、メンテナンスについては、貸主の費用で、契約期間中行うことが明記され、そのサービス内容は、当初の色を保つように看板を清掃し、塗り替えることを含み、設備の修理も含むといったものであった。

看板は、遅くとも 1953 年 7 月下旬までは問題なく設置されていた。最初の月 148.50 ドルの請求が、1953 年 8 月 1 日になされ、被告によるその支払いは 9 月 3 日になされた。この最初の支払いが最後の支払いとなった。看板が設置された後まもなく、誰かがトマトを投げつけた。さびがメッキ部分に見られるようになり、看板の角が「小さい蜘蛛の巣がはった」ようになった。被告は、契約書のメンテナンスの条項を根拠として、何度も原告に電話をしては修理を要求したが、原告は修理に応じない。被告は最後には電報を出して、契約を終了する旨を告げ、賃料を支払わなかった。そこで、原告は、レンタル期間中の未払賃料 5197.50 ドルの支払を求めて提訴した。

【判断】 裁判において、原告の請求に対し、被告は、原告のメンテナンスサービスの不履行は、被告の支払拒絶より前に生じていた重大な違反であるから、被告の支払拒絶は正当化されると抗弁した。

裁判所は、重大な違反は認定できないとした。事実認定は以下のとおりである。被告は数度にわたり原告に電話をした。最初の電話は 8 月 7 日ころであり、トマトについてとさびと蜘蛛の巣についての不満が述べられた。看板にぶつけられたトマトは、はしごなしでは手の届かないところであった。「蜘蛛の巣」とさびについては被告の手が簡単に届くところにあった。この看板の設置後 7 日間でさびが重大事になったという証拠については全てを信じがたいので、違反の重大性は存在しないと考えられる。トマトは実際にぶつけられ、それが広がったであろうが、雨がいくらかきれいに流した後も被告は電話し続けた。しみ

をいかに決定するかである。履行期が到来しているとき、関係する履行期の決定において、合意の文言と、履行期についての追加的なルールが考慮されるべきである (§ 233,234)。すでに不履行が存在するかの決定において、省略された必須条項の補充 (§ 204)、そして信義誠実および公正取引の義務 (§ 205) のような、契約合意の文言と履行期に関する追加のルールが考慮されるべきである。」

はそのまま残っていた。このような事情のもとでは、契約の終了を正当化させる重大な違反となるものを認定することができないとした。

【コメント】本ケースは、借主が賃料を支払を停止した時点で、貸主の重大な違反の存在を否定したケースである。単なる賃貸借契約というよりは、レンタルおよびサービスを内容とする契約といえよう。確かに、看板にトマトのしみ、さび、蜘蛛の巣のような症状が生じていたことは事実であり、それは貸主の費用でメンテナンスを行うという義務の違反になることは間違いない。しかしながら、トマトのしみは雨によっていくらかは流され、さびと蜘蛛の巣のような症状は、被告が簡単に手の届くところにあり被告が何らかの対処をしようものであり、しかも看板の設置からわずか短期間後に生じたことであったこと、などが重大な違反を否定する要素として考慮されていると考えられる。

裁判所は、このように、違反が重大な場合に限り、侵害された当事者が履行を保留することを許し、他方、違反が重大でない場合には、侵害された当事者が履行を保留することを拒絶し、悪用を制限してきた。

しかし、違反にさらされた当事者は、自己の義務の履行を停止するか決定する際に、相手方の違反が重大なものかを判断しなければならない。重大な違反であると判断して、自己の履行を停止した場合、後の訴訟の裁判所の判断によって重大な違反ではなかったとして覆されるというリスクを負うことになる。このケースにおいて、ミシガン州最高裁判所は、当事者の判断は、「後の裁判所の冷静な判断によって、彼自身の行為により、素朴な被害者ではなく、重大な違反について責任がある攻撃的な拒絶者にもなりうるような、正当化されない危険に満ちているものである」と述べている。

したがって、重大な違反にあたるかの判断基準や考慮要素が非常に重要になってくる。後にその点は検討したい。

ケース 3 Liddle v. Petty, 249 Mont. 442, 816 P.2d 1066 (Mont. 1991)

重大な違反がある場合には侵害された当事者が自己の履行を停止・保留できるとされたケースである。

【事案】捺印証書で49万8000ドルで不動産売買契約を締結した事案である。買主はメモで約束した期日に頭金8万ドルを現金で支払うとし、残額は5年の分割払いと合意した。頭金を受領したら、売主は、娯楽施設としての車の公園を開発するために、土地の一部の区画を引渡すこととされた。買主は、車の公園とするための地域区分を変更することができず、2回の分割払いを怠った。

買主は、売主が、8万ドルを受領した時に、捺印証書に定められていた25エーカーの一部の土地の証書を引き渡さなかったから、支払を留保する権利があり、それに基づき支払をしなかったと主張した。これに対し、売主は、期日

に証書にサインした捺印証書を代理店に対し、送付したと主張した。売主は買主に重大な違反があるとして、損害賠償請求をした事案である。

【判断】地方裁判所は、買主が1985年2月11日以降支払を行わなかったと認定した。買主は抵当権者である銀行への支払を1986年1月に停止・保留した。買主は売主に対し、1987年5月まで25エーカーの証書を要求しなかった。そして、売主に対し、抵当を外すための銀行への支払を停止したことを知らせなかった。加えて、買主は、抵当義務を引き受けた後7カ月以内に抵当の支払をしなかったため、抵当権者の銀行によって抵当権の消滅を得ることが非常に困難であった、と認定した。さらに、売主は、契約証書の条項、文言に従って履行をし、証書を適宜な方法で引渡したと認定した。

そして、地方裁判所は、重大な不履行は、売主が25エーカーの土地の証書を引渡さなかったことではなく、買主が、車の公園とするための地域区分変更を得ることができなかったことであると認定した。買主は、契約締結から2年以上も遅れ、買主は合理的な注意を用いたともいえない。結論として買主は履行を保留する権利を有しないとした。

モンタナ州最高裁判所もこの認定は明らかに誤りとは言えないとして原審を支持した。結論として、裁判所は、売主は買主の代金不払について責任を負わないと判示した。すなわち買主の違反が重大であるとして、売主は買主の契約違反を理由に損害賠償請求が認められた。

【コメント】いずれの当事者も自己の義務を履行していないが、問題点はいずれの義務違反が重大であったかである。買主に重大な違反があり、買主が支払を停止する権利がなかったとの認定が妥当であったと判断された。裁判所は、買主は売主から証書を受け取っていないという不履行の知らせを一切売主に与えず、かつ、買主が、売主に一区画の捺印証書を受け取っていないと報告する前に、買主は2年以上も代金支払を遅滞していたという事実をもって重大な違反に当たると認定したものである。

このケースの特徴は、遅滞の期間のみならず、売主の不履行に当たる事実を自ら知りながら、相手方に告げずに、引き受けた抵当債務の支払を怠った（抵当を外すことを困難とした）という買主の行為を根拠に、買主の行為が重大な義務違反に当たるとした点にある。

以上のように、重大な違反があれば、相手方は自らの義務の履行を停止・保留できる権利が認められてきた。反対に、重大でない違反に過ぎない場合は、相手方は自らの義務の履行を停止・留保することは認められず、履行義務は影響を受けない。Restatement (Second) of Contract § § 237, 238 に述べられているルールのもとでは重大な不履行は、条件の不成就として機能することとな

る。言い換えれば、擬制条件の場合の条件不成就は不履行の重大性(materiatity)の基準によるということとなる。§ 237, 238 に述べられているルールは、当事者の合意に基づくものではなく、公平の理念に基づくもの²⁴⁰とされる。これは、交換擬制条件を認めざるをえなかった当事者の合意の欠缺を埋めるための法技術であると理解される。まさに当事者が同意により条件を合意した場合²⁴¹と対照をなす。当事者が合意によって明示的に完全なる履行がなされることを反対債務の履行の条件として設定した場合には、重大性の基準は適用されないこととなる²⁴²。

「重大な違反」は、明示的条件の場合を除いて、様々なタイプの契約に適用されるとされている²⁴³。条件不成就の効果を定めた § 225 のもとでは、重要性の基準は、同時に履行される双方当事者のすべての履行か、異時的に履行される部分的な履行であるかを問わないし、また割賦販売契約にも適用される²⁴⁴。§ 240 のもとの合意された等価物にも適用されるとされている²⁴⁵。ただ、その具体的な判断基準、考慮要素は契約類型ごとに異なっているであろうことが予想される。

²⁴⁰ *Id.* § 237, comment a. 「このセクションにおいて扱われる条件の成達は、当事者の合意の結果としてというよりも、公平の意識から要求される。ゆえに、このような条件はしばしば交換擬制的条件として扱われる。 § 204 参照」

Id. § 204. 省略された必須条件の補充「契約であると十分に言うことのできる交換的取引の当事者が、当事者間の権利および義務を決定するのに必須の条項に関して合意をしていなかった場合、諸般の事情から見て相当とされる条項が裁判所によって補充される。」

²⁴¹ *Id.* § 226.

²⁴² *Id.* § 237, comment d.

²⁴³ Joseph M. Perillo, *Calamari and Perillo on Contracts* 378 (6th ed. 2009).

²⁴⁴ U.C.C § 2-612(2)(3). 「(2)もし不適合が当該割賦の価額を実質的に傷つけるものであり、かつ、是正できないものであるか、あるいは、もしその不適合が必要とされる証書の欠陥である場合、買主はその割賦を拒絶することができる。但し、もし不適合が(3)項に該当するものではなく、かつ、売主がその是正の適切な保証を与えた場合には、買主はその割賦を受領しなければならない。(3) 1 または複数の割賦に関する不適合または債務不履行が、実質的に契約全体の価値を傷つける場合には、その全体の違反がある。但し、もし被害者が時宜にかなった解約の告知を出さないで不適合な割賦を受領するか、あるいはもし過去の割賦に関してのみ訴訟を起こすか、または将来の割賦の履行を請求する場合には、当該の契約を原状に戻す。」

特に第3項は、商事取引では、不適合が契約全体の違反となる場合であっても、相手方が明白な契約解除の意思を表白しない限り、契約の継続を原則としたものである。 *See* U.C.C § 2-612 comment 6.

²⁴⁵ Restatement (Second) of Contract § 241 comment a.

(2) 「実質的履行の法理」との関係

擬制条件の不成就は、債権者に自己の義務の履行の停止・保留を認め、その後治癒されない場合は契約解除という効果を生じ、また後述するように被違反者に損害賠償請求権を認めるものであるから、本来は被違反者が支払うべき対価を、相手方が本来履行すべきものの代替物を獲得するために活用することを認めるためのものである²⁴⁶。擬制条件は、債権者にとっては、強力な保護を与えるが、違反者にとっては、反対給付を全く得ることができないという厳しい効果を生じるものである。このような不均衡をさけるため、過度の厳格性を軽減するために、重大な違反の理論が発展してきた。

また、同様に違反した当事者からの視点で、こうした欠点をカバーするため擬制条件においては、「実質的履行の法理」という概念が生成・発展していった²⁴⁷。この「実質的履行の法理」と表裏をなす関係にあるのが「重大な違反」という概念である²⁴⁸。すなわち、契約違反をした当事者から見れば、その者の履行の実質性 (substantiality) が満たされていれば、自ら違反した当事者にもかかわらず、反対履行を受ける権利を有することとなる。違反をされた反対当事者から見れば、違反の重大性 (materiality) が満たされていれば、自己の残債務の履行の拒絶を正当化することができるとされる。こうした意味で表裏の関係をなしているとされている²⁴⁹。

重大な違反を前提とし、治癒がなされず義務の消滅を認める「完全な違反」と、「実質的履行の法理」との関係についても、「重大な違反」と「実質的履行の法理」との関係と同様であろう。「完全な違反」と「重大な違反」とは、治癒のための時間的猶予を与える前か後かという問題であるから、違反の程度としては同じであり、そうした意味では、実質的履行がなされていない場合は、重大な違反および完全な違反がある場合と同じと言えよう。

これと対照的に動産取引においては、「完全履行ルール」(perfect tender rule)

²⁴⁶ Eric G. Andersen, *A New Look at Material Breach in The Law of Contracts*, 21 U.C.Davis L. Rev. 1073, 1073 (1988).

²⁴⁷ 実質的履行の法理の展開については、笠井修「建設請負契約における不履行判断のあり方について—アメリカ契約法における「実質的履行の法理」との比較—」伊藤真他編、『民事司法の法理と政策 下巻』(商事法務、2008年)参照。

²⁴⁸ Farnsworth, *supra* note 208, at 567.

²⁴⁹ ただし、実質的履行がなされていても(違反が重大でなくても)部分的な違反(partial breach)による損害賠償責任は負うとされる。Farnsworth, *supra* note 208, at 563; Restatement (Second) of Contract § 236(2).

が適用される²⁵⁰。U.C.C § 2-601 では、買主の受領拒絶権のみを認め、契約解除については規定していないが、「完全履行ルール」のもとでは、目的物のささいな瑕疵によっても買主は受領の拒絶が認められるため、その形式的な適用は買主に契約を反故にする口実を与える一方、売主にとっては、全く代金を受領することができなくなる。したがって、後述するように治癒の権利が相対的に重要性を増すこととなる。しかしながら、裁判所は、U.C.C が適用されるケースにおいても例外的に「実質的履行の法理」の適用を認めているものがある²⁵¹。

以下では、実質的履行の法理を形成してきたケースを挙げる。

ケース 4 Bank v. Murphy, 131 Idaho 787, 964 P.2d 654 (Idaho 1998)

実質的な履行がなされている場合は、契約における違反は重要でないとされたケース

【事案】1969年エースサプライ有限会社の3名の株主が、会社の株を第三者に売却することを制限し、株主が死亡した場合に株式譲渡することを確実にし、未亡人の共有持分を市場に提供することについて合意をした。その合意は、会社が株主の死亡のときに株を買うこと、そして買受には生命保険の収益によって資金を提供することが考えられていた。

1975年、株主の合意は、以下のように修正された。すなわち、生命保険の限度によって制限されること、そして、残存する死亡した者の所有する株は、合意に署名した残された株主によって買受されることとされた。修正は、特別な条件を除いて、合意した当事者の有する生命保険証書の価値を譲渡して現金を借り入れするという会社の権利をも制限した。

1975年、Delwin G. Woerman, David G. Johnson (その遺族が原告、控訴人), Donald Murphy(被告、被控訴人)の3人が株主の合意に署名した。1970年代半ばころ、Delwin G. Woermanが死亡し、会社は彼の株式を買受け、彼の家族のために信託的に管理することとなった。516株はジョンソンとその妻ドロシーによって買い取られた。その当時ジョンソンは彼自身の財産として、1425株を有していた。

1981年9月30日、David G. Johnsonの株は(1425より20はMike Johnsonに譲渡し1405株)は、Johnsonとその妻Dorothyに名義書換された。その時から、エースサプライ有限会社のすべての株は、Johnsonとその妻Dorothyの共有財産として1901株、所有された。(もともと有していた株とWoermanの死により取得した516株を合わせた数)

1984年に、大株主David G. Johnsonが予期せず死亡した。彼の死亡の結果、

²⁵⁰ U.C.C § 2-601.

²⁵¹ Perillo, *supra* note 243, at 381.

エースサプライ会社は、「保険の範囲内でのみ買い取る」という合意に従い、株を買い取った。保険の価値は、デビッドの株をすべて買い取るには不十分であった。1636株は買い取られたが、265株は買い取られず残ったままであった。

不足分の支払を求めて、1986年エースサプライの破産法11章の手續に従い、Johnsonは債権者として訴えを提起した。破産(再生)計画3条のもと、Johnsonの財産上の権利は12段階に分類され、50%は5年後に、残り50%は6年後に支払われるとされた。1995年3月の支払の不履行の後、妻DorothyとDavid G. Johnsonの最初の結婚の時の子供たちと受託を受けたファーストセキュリティ銀行が、Donald Murphyに対し、合意の違反(株式の買取義務違反)を主張して提訴した。

【判断】まず、Murphyは、最初にJohnsonの妻Dorothyの有していた株は合意の対象に含まれないと主張した。地方裁判所はDavid G. Johnsonの固有の株と共有の株は合意の目的であったと認定した。Dorothy Johnsonの共有の株については、DorothyとMurphyの間に何ら相互関係がないため、本件合意によって拘束されないと認定した。しかし、控訴審は「亡くなった株主の株」という文言は多義的ではないと認定した。David G. Johnsonの有していた全ての株であって、単独所有のものであるか、共有であるかを問わないとした。

その上で、生命保険に対し借入れをしたことによって、David G. Johnsonは合意に対する違反を犯し、その違反がMurphyの株式買取義務が消滅するほど重大であるかが問題とされた。地方裁判所は、David G. Johnsonの違反は合意によるMurphyの履行義務を免除するものとしたため、控訴された。

裁判所は、「重大な違反とは、契約に入った目的全体を侵害するもの、契約の基本的な意図目的を侵害するものである。しかしながら、主要でない、附随的な、そして、契約の主な目的に従属的なものだけでは、契約の解除権は生じない。契約上の要求からの逸脱があったとしても、契約の被約束者において重要な本質的な利益をもたらす履行がなされていれば、それは実質的な履行となる。契約違反が重大か否かは事実認定の問題である。」とした。

結論として、控訴審では、重大な違反ではないとの事実を認定した。

【コメント】本ケースでは、実質的履行がなされている、すなわち重大な違反がないとは、契約に入った目的全体を侵害するもの、契約の基本的な意図目的を侵害するものではなく、契約の重要な本質的な利益をもたらす履行がなされていることであり、反対に、契約上の要求からの逸脱があったとしても、それが主要でない、附随的な、そして、契約の主な目的に従属的なものにすぎない場合は、契約終了を正当化する重大な違反ではないとすることを明らかにした。

本件のような株式買取のために、保険の範囲外で借入を行ったことは、関係

者以外に株式を買い取られないようにするという本件合意の主たる目的実現のために必ずしも必須ではなく、会社の負債を増やさないようにするための特約であり、そういう意味では附随的、従属的な目的のための合意である。そうした特約に違反したのみでは、重大な違反とはいえないという原則を示したものであるといえよう。

(3) 事実認定と判断の基準時

先に述べたように「重大な違反」それ自体は、法的ルールの問題ではなく、事実認定の問題であるとされる。そして、重大性の判断の基準時は、契約の時ではなく、違反の時である²⁵²。

ケース 5 Ken Mclean v. Buffalo Bills Football Club, Inc., 32 A.D.2d 881, 301 N.Y.S.2d 872 (1969)

違反が重大か否かは、事実認定の問題であると示したケース

【事案】契約によって、原告は、フットボールをプレイし、トレーニング期間の間も拘束され、練習の集まりに参加することを、被告チームと合意した。合意のため、契約期間中は他のチームにおいて、フットボールをプレイしたり、フットボールに関係する行動をした場合は、選手は 1 万 3500 ドルを支払うこととされていた。原告は、被告チームにおいて、1966 年 7 月 11 日のトレーニングキャンプで 3 つのエキシビジョンゲームでプレイし、被告チームのコーチから、リーグで 40 名の選手と限定されているから登録選手名簿から削除されると告げられた 8 月 25 日までは被告チームで練習した。グリーンベイというチームとの間の電話での会話の結果、選手は被告チームを去り、1966 年 8 月 29 日にグリーンベイに移った。30 日からは他の選手と共に朝食をとり、ミーティングにも参加しプレイブックを受け取り、練習も見学した。しかし、31 日に被告チームのコーチに電話し、バッファローに戻りたいと伝えた。被告チームの副社長は、原告に対し、契約違反であること、来季は 2 軍でのプレイに週当たり 400 ドルを支払うと提案した。原告は、2 軍選手としての義務をすべて履行した。

原告は、被告の原告に対する金銭的な支払義務が終了したのではなく、原告が登録選手名簿上にあるかどうかによって、給料を受け取ることが正当化され、契約は、打ち切られたものではないと原告は主張した。

【判断】

被告は、原告がチームを離れて、グリーンベイというチームに行ったことに

²⁵² Farnsworth, *supra* note 208, at 567.

より、契約を違反した、そして、2軍でのプレイをすることについて新たな契約を締結したと主張した。

証拠によってはいずれの当事者の主張が正しいか分からなかったので、裁判所は決定を留保し、原告に契約の一部的な違反（それは被告が放棄した違反である）、すなわち原告は実質的には契約の文言に従い、給料全額を受け取ることが正当化する一部的な違反があったにすぎないことを認定した。

原告の違反が重大かという問題と、被告が新たに2軍契約を締結したことをもって権利を放棄したかという問題が示されている。控訴裁判所は法的小よび事実的問題双方について誤った決定がなされたので、それは被告の事実認定について陪審を受ける権利を奪うものであったとした。したがって、重大な違反かの問題は、事実認定の問題であるとされる。結論として控訴審では、選手の残額請求に対する行動の点において審理を差戻した。

基準時については、U.C.C § 2-608 cmt. 2 が以下のように述べている。「受領の取消（撤回）は、物品の不適合が買主にとって当該物品の価値を実質的に侵害した場合にのみ可能である。そのテストは、売主が契約時に知っていたかによるものではない。売主が買主の特定の事情を、事前に知らなかったとしても、問題は、不適合によって、買主にとっての物品の価値を実質的に害することが引き起こされたかどうかである。」

これは、買主が受領を撤回（廃止）場合における実質的な障害のテストについて、売主が買主の一定の状況を知っていたか関係ないことを示している。損害賠償請求の予測可能性の決定基準時のルールとは対照的である²⁵³。

後に発見・取得された証拠によって、契約終了後になって、契約終了の正当化事由があると分かった場合、それらの事実によって責任を免れることができるかが問題となる²⁵⁴。契約終了時には見逃されていたとしても、それらの事実により契約終了を正当化されるというのが一般的な見解である。後に得られた証拠によっても重大な違反の認定に問題ないとしたのが以下のケースである。

ケース 6 Johnson v. Honeywell Info. Sys. Inc., 955 F.2d 409 (6th Cir. 1992)

【事案および判断】雇用契約における従業員による違反が問題となった事案である。裁判所は、「ミシガン州最高裁判所は、終了時には雇用主が知らなかった事実を含めて、雇用の終了の理由として支持する。」として、契約終了後に得

²⁵³ Farnsworth, *supra* note 208, at 792.

²⁵⁴ E. Allan Farnsworth et al., *Cases and Materials Contracts* 747 (7th ed. 2008).

られた証拠によっても、雇用主は完全に責任を免れるとした。

「雇用主が契約消滅させる時にその事実を知っていたら、それだけを根拠として契約終了の理由となるような従業員の悪事を証明できる、明らかに信用できる証拠によるものでなければならない。」とした。

【コメント】 こうしたケースからは、契約終了後に得られた証拠によっても重大な違反を認定することが可能であることを示している。しかし、裁判所は、雇用契約における後に得られた証拠の使用については、いくつかの制限を認めていると理解されている。契約終了後に得られた証拠により認定できるということは、「雇用主とその弁護士が、従業員の仕事上の失敗を探し出そうと、勤務記録やインタビューを探し回る」「雇用主は従業員の悪事を無視するが、差別（待遇）の責任が生じた日のためにその知識をしまいこむ」あるいは「従業員は、勤務記録が欠点のないものではないことから、不満をいうことなく、いじめと差別を我慢せざるをえない」といった恐れを含むものである。

アリゾナ州最高裁判所²⁵⁵は、こうした恐れに注目し、雇用主が後に得られた証拠を使用できるのは、「それが以前の不品行があると知られている従業員を解雇することを論証しうるものである場合である」と結論づける。しかし、従業員は、「雇用主が不品行を発見してから解雇されるまでの間に」失った利益を回復することもできるとする。「後に得られた証拠は、証拠により証明されたものであれば、可能性のある利益の消滅、懲罰的賠償をも含む、その他の雇用主の悪意ある行為に起因する損害の賠償には効果を及ぼさない。」とも述べている。

こうした裁判所の判断は、原則としては、後に得られた証拠によって立証される事実を含む、契約違反時（終了時）に存在する客観的事実により、違反が重大かを判断すべきとしつつ、例外的に違反をしたとされる従業員の権利を過度に害することを避けるため、後に得られた証拠の効力を制限しようとするものであり、妥当なものであると考えられる。

これに対し、CISG25条は違反した当事者によって予見可能であることが必要であり、アメリカ法の形成したものの中には見られない要件を挙げている²⁵⁶。

4 治癒 cure および「完全な違反」 total breach

このように裁判所は、違反が重大な場合に限り、自己の義務の履行の停止・保留を認め、違反が重大でない場合は、違反した当事者に、契約による反対給付を受ける権利を維持するよう努めてきた。

²⁵⁵ O'Day v. McDonnell Douglas Helicopter Co., 191 Ariz. 535, 959 P.2d 792 (1998)

²⁵⁶ Farnsworth, *supra* note 208, at 567-568

さらに、アメリカの判例は、重大な違反を前提として、その後相手方の違反が治癒(cure)されない場合には、債権者は自己の履行義務から解放され契約が終了することを認めてきた。このことは、侵害された当事者に、自己の履行の保留ができる権利を与えるのみならず、さらに進んで、契約を終了させ自己の義務を消滅させるためには、相手方に治癒の機会を与えなければならないということである。換言すれば、違反が重大であり、侵害された当事者が自己の履行を停止・保留することが正当化されたとしても、違反者は自己の瑕疵ある履行を治癒して完全な履行とすることができる。もちろん契約内容によっては、治癒が不可能な場合も存在する²⁵⁷。

これは権利者からの恩恵ではなく、違反した当事者の権利であるとされている²⁵⁸。これは公平の観点から認められたものであり、債権者は違反した当事者に違反を治癒するための一定の時間を与えることが必要とされる。

治癒権を認めることによって、裁判所は、侵害された当事者の早急な権利行使を否定し、契約を終了させる権利の悪用を制限してきた。治癒権によって、合意を信頼しお互いに契約の履行がなされることによる利益(keeping the deal together)という当事者の利益を正当化してきた。それゆえ、すべての遅滞が契約の終了をもたらすものではなく、違反した当事者には、違反を治癒する時間的猶予が与えられることとなる²⁵⁹。

瑕疵の治癒権(right to cure)は、U.C.C § 2-508によって明文化されている²⁶⁰。

²⁵⁷ 演劇に出演する契約などの不代替な作為義務は、治癒が不可能な例として考えられる。

²⁵⁸ CISG § 46(2)(3)も買主に適合する物品を供給させる権利を認め、修理によって適合性を欠く物品の違反を売主に補わせる権利を認めている。

²⁵⁹ Farnsworth, *supra* note 208, at 562

²⁶⁰ U.C.C § 2-508(1) (2). 「(1)もし買主が物品または(中略)引渡の提供を拒絶する場合、または、(中略)受領を取り消した場合で、かつ、履行のための合意期間がまだ残っているときは、信義誠実に履行した売主は、買主に時宜に適した通知を与え、売主自身の経費で、合意された期間内に適合する引渡の提供をすることによって、契約の違反を是正することができる。売主は、売主の契約違反によって、かつ、事後の是正によって、生じた売主の合理的な経費の全額を賠償しなければならない。」「(2)もし買主が物品または(中略)引渡の提供を拒絶する場合、または、(中略)受領を取り消して、履行のために合意された期間が徒過した場合には、信義誠実に履行した売主は、買主に時宜に適した通知を与え、売主自身の経費で、もし是正がその状況のもとで適切で、かつ、適時になされたものならば、合意された期間内に適合する物品の提供をすることによって、契約の違反を是正することができる。売主は、売主の契約違反によって、かつ、事後の是正によって、生じた売主の合理的な経費の全額を賠償しなければならない。」

U.C.C では、履行期が到来していない場合 (U.C.C § 2-508(1)) と、履行期が経過している場合 (U.C.C § 2-508(2)) それぞれについて治癒権を定める²⁶¹。

U.C.C は動産売買契約のみに治癒を認めている。これは、完全履行ルールと密接な関連性を有する。動産売買においては、完全履行ルールが適用されるが、例えば売主により引き渡されるべき物品の一部に瑕疵がある場合であっても、買主はそれらの受領を拒絶し、損害賠償を請求することができる。これはささいな瑕疵の場合は売主にとって非常に酷な結果となることから、U.C.C においては、こうした治癒の権利の重要性が増すことが指摘される²⁶²。

治癒権が認められるのは U.C.C における動産取引だけでなく、他の契約においても類似のことが述べられている²⁶³。

治癒権においては、重大な違反を行った当事者に履行の停止・保留すること、ないしは治癒の機会があることを告知することが要求されるかが問題となっていることから、複数のケースを挙げる。

ケース 7 Howard S. Lease Constr. Co. v. Holly, 725 P.2d 712 (Alaska 1986)

履行を停止することを告げることは必要とされないが、治癒の機会を与えることが必要としたケースである。

【事案】1978年、ハワード・リース建設会社は、高校建築のゼネコンとして工事を請け負い、ホリーに掘削と埋戻しを下請に出した。

下請業者は、契約上の義務であるサイト（コンクリートを敷く工事）を行ったが、コンクリートの量が少なく完全ではなかったため、ゼネコンは、下請業者に損害として3万0632.3ドルを1979年1月23日に請求した。下請業者は直ちには支払わず争った。1979年5月25日下請業者はゼネコンに対し、3万5000ドルを支払ったが、ゼネコンの現場監督は、下請業者に対し、整地についての請求は解決していないと伝えた。ゼネコンは1979年6月に整地を終え、下請業者に対し合計5万2844.89ドルを請求した。しかし下請業者は同年6月に1万ドル支払っただけだった。その後、下請業者は契約に基づく工事の残余

²⁶¹ *Id.* § 508(2), comment 2. 売買慣習や以前の取り扱いから外れるような定型的な契約条項という証拠が表れた場合には、売主は提供が受け入れられると信じるにつき合理的な信頼の基礎を示すに十分な注意を与えなかったとされる。

²⁶² Farnsworth, *supra* note 208, at 569.

²⁶³ Restatement (Second) of Contract § 237 Reporter's note によれば、§ 237 の「治癒」の用語は U.C.C 2-508 における意味より広い意味で用いられていて、他方当事者は遅れによる部分的な違反に基づく損害賠償請求権を有するけれども、他方当事者の残存している義務が消滅する前の、一方当事者による履行も含むとされる。一般的に他の契約においても U.C.C が採用した cure という用語に従っている。

を完成させた。

しかし、1979年6月終わり、下請業者は砂利の供給者であるS&Bに約9500ドルの支払い義務を負っていたが、下請業者は1万ドルの中間支払い以外は支払いをしなかった。それはゼネコンが下請業者に対し、5月の中間払いをしなかったことによるものであった。7月20日あるいはその前後に、S&Bはそれ以上の砂利の供給を拒絶した。ゼネコンは直接S&Bから砂利を購入することを試みた。ゼネコンは最終的にS&Bから1立法ヤードあたり1ドル25セントで購入した。

下請契約のもとでの下請業者の責任の中では、掘削とフットボール場のランニングトラックの整地であった。トラックが完成した後、当郡は、トラックの内側を1フィート拡張するよう要求した。ゼネコンの要求により、下請業者は拡張を行い、488立法ヤードを埋めた。

下請業者は、ゼネコンに対し、契約違反の回復を求め、また下請契約に基づく支払いを求め、そして、ランニングトラックの拡張を含む契約の範囲を超えた労働分や材料費の支払いを求めて、訴えた。ゼネコンは、整地および余分に要した砂利の費用を含む、金銭の支払を求め反訴を提起した。

【判断】裁判官は、下請業者はゼネコンが主張した方法によって整地をする責任を有すると認定し、ゼネコンの請求額合計5万2844.89ドルのうち4万4440.69ドルの支払義務を下請業者に認めた。

しかし、ゼネコンが、下請業者が砂利供給者に支払不能となった原因である5月の中間支払いをしなかったことは悪意であり、正当化されないと判断した。したがって、ゼネコンの1立法ヤードあたり75セントの追加の砂利の費用請求は否定された。

下請業者には4202ドルのランニングトラックの拡張の費用を認めた。下請業者は、1万8955.05ドルの対価を差し引いた2万6243.20ドルの支払義務が認められた。

ゼネコンは砂利の費用とトラック拡張の費用について控訴した。下請業者も控訴した。

控訴裁判所は砂利の追加費用とトラック拡張については差し戻し、その他は控訴棄却した。

州最高裁は、ゼネコンが下請業者の砂利供給に対する支払い不能を引き起こした5月の中間払いをしなかったことは、故意的でないと認定した。予審裁判所が、ゼネコンは下請業者に対し5月の時点での中間支払いとして2万5000ドルの支払い義務を負うと認定したのは誤りであり、損害額が確定した時点で、中間支払の義務が生じるとした。追加的に、ゼネコンは下請業者に対し、将来の中間支払いの一部を控えることを知らせる必要もなかったとも判示した。

下請業者が引き続きトラックの拡張工事を行ったことで、侵害による権利を放棄したことを理由に、下請業者の要求を否定したことは適切であったとした。

【コメント】傍論ではあるが、侵害された当事者の履行の保留が正当化された場合でも、違反した当事者がそれらに気付いてなくとも、治癒の機会を与える必要があるということを示した。本件は、下請業者の不完全な工事は、ゼネコンの報酬の中間払いを停止することを正当化するものであったが、直ちに損害賠償請求をすべきでなく、下請業者に整地工事をやり直させるべき事案であった。治癒権の行使においては、侵害された当事者が、違反の事実およびそれに対し自らの履行の停止を、違反した当事者に告げる必要はなく、違反した当事者が、重大な違反があることを認識しているかを問わず、客観的にそうした違反があれば、認められる権利であることを示していると言ってよい。このケースとは対照的に、U.C.C § 2-508 では、拒絶した買主が欠陥を指摘することを要求している。

ケース 8 Stanley Gudyka Sales Co. v. Lacy Forest Prods. Co., 915 F.2d 273 (7th Cir. 1990)

治癒の機会と告知を要求することは、一般的な契約法理に一致するとしたケースである。

【事案】木材製品を販売する際、原告は被告に対し、販売の手数料を支払う契約を締結した。1983年6月14日、原告は被告から契約終了通知書を受け取った。その2週間後、被告は手紙を送った。その後被告は小切手を原告に送った。原告は、正当な理由なく被告が契約を終了させたとして契約違反を主張して訴訟を提起した。

【判断】 被告が契約終了通知書を原告に送ったことについて、契約終了の正当な理由があるかが、争点となった。

地方裁判所は、相手方当事者が違反したときに、自助的な救済として契約を終了させることを認める「条件の法理」によって被告は契約を終了させたと分析した。この自助的な救済は、違反が取るに足らないものでなく、重大なものである場合にのみ、認められるとした。被告が原告に対して負う責任に比較して、原告が負う責任が取るに足らないものであると認定した。加えて、被告は原告が取るに足らない責任を負うと知っていたから、被告は原告にそれを告げて違反を治癒する機会を与える義務を負うとした。被告が原告に告げず、治癒の機会を与えなかったことは、正当な理由なく契約を終了させたものと認めた。

控訴審も、同様の判断をおこなった。

【コメント】侵害を受けた当事者は、違反した当事者に対し、治癒の機会と告知を与えなければならないと判断したものである。これは治癒権が侵害され

た当事者の権利ではなく、違反した当事者の権利であることを示すものである。先のケース 7 の判断をさらに進めて、違反者側の利益をより重視する判断を行ったものと評価できる。

治癒権行使の効果としては、以下のような説明がなされる。U.C.C における動産売買も含め一般的に、治癒は売主の履行または履行の提供が、買主の履行の擬制的条件となっている場合に、売主の条件不成就の効果は無効にする権利とされる。治癒の効果は、買主に売主の違反に対する口実を与えず、買主の義務を履行させるというものである。そういう意味で、売主の治癒権は、単に買主の追完の申出を満足させるだけでなく、買主の損害を減少させる効果を生じるものである。ただし、売主の治癒は、一旦生じた売主の違反を消滅させるものではなく、履行が遅滞したことによる損害、修理や代替品による損害を賠償すべき責任は消滅しない²⁶⁴。最も大きな効果は、違反した当事者が相当な期間内に違反を治癒すれば、侵害された当事者は、履行を停止・保留することが正当ではなくなり、双方の当事者は完全な履行をすべき義務を負うということである。これは、その違反が重要な条件として扱われないことを表すということになる。

治癒がなされない場合はどうなるか。契約上の義務を残したまま損害賠償を認める履行障害のレベルから、さらに進めて、当事者を契約上の義務から解放し、契約そのものの終了を認めるレベルに至るのである。

重大な違反 (*material breach*) があれば他方の当事者は自らの義務の履行を保留することができ、その後、治癒がなされず、相当な期間が経過すれば、契約を解除することができる。契約終了が正当化される違反は完全な違反 (*total breach*) という。その結果、侵害された当事者は自己の債務を免れ、違反した当事者は完全な違反に基づく損害賠償を請求されることとなる。

治癒されないということにより、完全な違反に当たるかの判断基準は第 2 次リステイトメント § 242 に規定されている²⁶⁵。本編第 4 章で検討する。

5 損害賠償義務との関係

アメリカにおいては、履行の停止・保留が正当化される重大な違反とまではいえないが確かに違反がある場合と、履行の停止・保留が正当化される重大な違反を前提として、治癒がなされずに契約解除が正当化される完全な違反との区別は、損害賠償請求の範囲と連動している。

²⁶⁴ Farnsworth, *supra* note 208, at 570.

²⁶⁵ Restatement (Second) of Contract § 242.

まず、重大な違反を前提として、治癒もなされておらず、契約解除が認められる完全な違反 (total breach) がある場合、侵害された当事者は、当該契約のもとで得られたであろう利益を、損害として請求することができる (damages for total breach) ²⁶⁶。その損害はいずれの当事者も義務が残っていないと仮定して算出される。侵害を受けた当事者は、当該契約のもとで得られたであろう利益相当額から、契約解除により、自己が支出を免れた額を差し引いた額を請求できることとなる。

これに対し、契約解除が認められない違反の場合、すなわち重大な違反がない場合、すなわち、重大ではないが契約違反がある場合は、それは部分的な違反 (partial breach) であるとされる。その場合、侵害された当事者は部分的な違反に対し、契約による権利義務を残したまま、それに加えて、部分的な違反により生じた損害賠償を請求することができる (damages for partial breach) ²⁶⁷。これは、違反があっても両当事者によって履行が続けられる場合は、その損害は予想されていることによる。侵害された当事者は、違反による履行の拒絶または遅滞により生じる損失だけでなく、自己の履行に対する対価を得ることができない場合はその損害も、請求することができる。自己の履行を免れた金額を差し引かれることはない。

これに対し、U.C.C は、買主に対し、支払われる価格と対価関係にある引渡義務の部分的な違反による損害を、売主に通知することによって、差し引くことができる権利を与えている²⁶⁸。これは動産売買における例外的な措置であり、一般的なルールではないとの理解がなされている²⁶⁹。

以上のことを建築契約において請負人が遅滞により違反した例で具体的に検討すると、以下のとおりである。

請負人の違反が重大でない immaterial 場合は、注文者は部分的な違反とし

²⁶⁶ *Id.* § 236(1). 全部 (完全な) 違反および一部違反に対する損害賠償請求権「(1)完全な違反に対する損害賠償請求は、被害を受けた当事者の残存する履行請求権の全部に基づく損害賠償請求権をいう。」*Id.* § 237 comment. e.「交換的約束における交換的な履行に関わる義務だけが、不履行によって影響を受ける。分割できる契約における義務は影響を受けない。」そして「部分的な違反によって生じた損害賠償請求権からは解放されない。」とされる。

²⁶⁷ *Id.* § 236(2). 全部 (完全な) 違反および一部違反に対する損害賠償請求権「(2) 一部の違反に対する損害賠償請求は、被害を受けた当事者の残存する履行請求権の一部のみに基づく損害賠償請求権をいう。」

²⁶⁸ U.C.C § 2-717. 「買主は、売主に通知すれば、同一の契約により生じた価格から、契約の違反によって生じた損害の全部または一部を差し引くことができる。」

²⁶⁹ Farnsworth, *supra* note 208, at 564.

て扱い、履行を続けるしかない。注文者の救済は、遅れにより生じた損失を、部分的な違反に対する損害として請求することだけである。

もし違反が重大 material であって、請負人は相当な期間内に違反を治癒した場合は、遅れにより生じた損害を部分的な違反に対する損害として請求する。注文者は自己の履行を継続し、代金支払をしなければならない。

もし違反が重大であり、かつ、請負人が治癒しないまま適切な時間が経過すれば、注文者は、完全な違反として扱い、契約解除することができる。双方当事者の履行義務は消滅し、注文者は、契約上の実質的な権利である、完全な違反に対する損害賠償請求権を有する。損害の計算においては、裁判所は、注文者が支払わなかったことにより免れた支出が、請負人が完全に建築しなかったことによる注文者の損失から差し引かれる。

このように、履行の停止・保留をも認めない部分的な違反の場合は、部分的な損害賠償請求のみを認め、重大な違反の場合は、履行の停止・保留が認められ、その後、治癒がなされず完全な違反となった場合は、契約解除が認められると同時に、完全な違反に対する損害賠償請求が認められ、非常に合理的な制度となっている。

第2章 「重大な違反」要件の判断要素

1 第2次リステイトメント § 241

重大性の判断基準は、第2次リステイトメント § 241 に規定されている²⁷⁰。以下の通りである。

「不履行または履行の不申出が重大であるか否かを決定するにあたっては、以下の事情が重要である。

- (a)被害を受けた当事者が期待するのが合理的であった利益を奪われる程度
- (b)被害を受けた当事者が、奪われる利益部分に対して適切に補償を受ける程度
- (c)履行をしない、または履行の提供をしない当事者が被る権利喪失の程度
- (d)相当な保証を含むすべての事情を考慮したうえで、履行をしない、または履行の提供をしない当事者が、その不履行または不提供を追完する見込み
- (e)履行をしない、または履行の提供をしない当事者の態度が信義誠実および公正取引の基準に適合している程度」

このリステイトメントの規定は、ルールを規定したものではなく、不履行が重大か否かを決定される際に考慮される事情について述べられているとされ、事実の認定に関する規定であるとされている²⁷¹。以下その内容を検討する。

2 被害を受けた当事者の損失(a)

先にも述べたように、§ 237、238 で述べられたルールの目的は、契約の履行により得られる期待を保証することであるから、不履行が重大かを決定する要素において、被害を受けた当事者が交換による合理的に期待された利益を奪

²⁷⁰ Restatement (First) of Contract § 275 には、不履行が重大 material であるか否かを決定するにあたって重要な事情として以下の(a)ないし(f)の要素が挙げられている。「(a)被害を受けた当事者が期待するのが合理的であった得ることができる実質的な利益の程度、(b)被害を受けた当事者が、完全な履行の欠如により受ける損害が適切に補償を受ける程度、(c)履行をしない当事者がすでになした履行または履行の準備の程度、(d)履行をしない当事者が契約を終了されることにより被る不利益の大小、(e)履行をしない当事者の故意、過失あるいは善意に基づく態度、(f)履行をしない当事者が契約の残債務の履行を行う不確実性の大小。」Restatement (Second) of Contract § 241 においては、このうち(c)の項目が削除され(§ 241 の(c)に統合された)、(a)および(b)はそれぞれ第2次リステイトメント § 241 の(a)および(b)に、(d)は(c)に、(e)は(e)に、(f)は(d)に、それぞれ多少の文言の変更を経て整理された。

²⁷¹ Restatement (Second) of Contract § 241 comment a.

われた程度は重要である²⁷²。単純に考えると、被害を受けた当事者が履行によって期待していた利益と、実際に不履行によって奪われた利益を比較して、奪われた利益が期待していた利益を上回る場合は、その不履行は重大と言いやすいであろう。このような比較はある程度有益であると思われる一方で、過度な比較は危険であるともされている²⁷³。なぜなら重大な違反が認められた事例において、損害の規模はささいなものから厳格なものまで多岐にわたっているためである。したがって当該事情だけでは実質的な概念とはならず、むしろ他の要因にも依存することを示唆しているとされる。

具体例としては、建築契約の場合や動産売買における完全履行ルール、治癒のルール、割賦払いの場合などが挙げられていて、全ての適切な意味のある事情が考えられなければならないとされる²⁷⁴。

3 損失のための拒絶の相当性(b)

不履行により損害が生じた場合は、それがささいな不履行であっても、被害者は損害賠償を請求できる。その損害に対する補償がなされない、あるいはなされてもそれが相当額に満たないような場合には、その不履行は重大とされやすいということを示すものである。違反者からの損失補償の確実性が低い場合は、自らの履行を行うことを停止・保留できることを示すものと換言してもよい。この条項は、(a)項からの必然の結果とされる²⁷⁵。

しかしながら、この事情についても以下のような疑問が提示される。すなわち、一つは、損害の確実性が立証できずに適切な補償が受けられない場合に、なぜ契約の終了が損害賠償の代わりに可能となるのかという疑問である。すなわち、第1次リステイトメントのもとにおいては、救済手段として被害者が補償を受ける事が許されるべきであるにも関わらず、その法的救済が実行不可能な場合、違反は重要と見なされる傾向にある²⁷⁶。第2次リステイトメントにおいては、この部分は多少変更さ

²⁷² *Id.* § 241 comment b.

²⁷³ Andersen, *supra* note 246, at 1082

²⁷⁴ Restatement (Second) of Contract § 241 comment b.

²⁷⁵ *Id.* § 241 comment c; *see also* Restatement first of contract § 275(b).

²⁷⁶ Restatement first of contract § 275(b), ill. 3. 土地の売買の事案を挙げ以下のような説明がなされている。もともと土地に小さい建築物が存在していた場合、それを取り壊したという違反は重大ではない。なぜなら、その損害は賠償されることができるからである。しかし、観賞用の大きな木が何本かあるような場合、それを切り倒したという違反は、重大な違反となる。この設例の意味は小さな建物であれば、取り壊したという義務違反は、損害賠償により適切に補償がなされることが可能であり、他方で観賞用の大きな木であれば、それを切

れており、被害者の実際の損害が金銭的損害の根拠となる確実性をもって証明できない場合、契約のキャンセルが代替手段として与えられるべきであるとされる²⁷⁷。この損害の確実性の立証ができないということが、不履行の重大性に影響するのはなぜかということである。

もう一つは、第1次リステイトメントと第2次リステイトメントとの齟齬である。第2次リステイトメントにおいては、損害の確実性の立証ができないということが不履行の重大性に影響するのはなぜかの理由を説明していないという点であり、重大な不履行に関する多くの判例に反するとの批判がされている²⁷⁸。

Restatement (Second) of Contract § 241 Reporter's Note cmt. c には、§241(b) 「被害を受けた当事者が、奪われる利益部分に対して適切に補償を受ける程度」という基準に関して具体的なケースが挙げられていない。事実上この基準は重大な不履行の判断基準として機能していないと考えられよう。

4 不履行を行った当事者の権利喪失(c)

この項目は、視点を被害者から自ら違反を行った当事者へと移している。契約終了による違反者の権利喪失に際する損害が大きいほど、違反が重大である可能性が低いことを示唆するものである。違反を行った当事者といえども、契約を信頼し、相手方の義務が履行されることにより得られる利益が大きい場合には、相手方からの契約の終了は許されず、違反した当事者は権利喪失しないという保護が与えられなければならないという考え方に基づくものである。違反を行った当事者であっても、相手方からの契約そのものの解除を主張されてしまった場合、自らがすでに行った履行に相当する反対給付を全く受けることが不可能となってしまう。また、自ら違反を行った者であっても、相手方の不履行に対しては、損害賠償請求をすることができるが、損害賠償請求権の実効性に疑問

り倒したという義務違反は、適正に損害を賠償することができないため補償が不可能であるからということと理解されている。Andersen, *supra* note 246, at 1086, note 34.

²⁷⁷ Restatement (Second) of Contract § 241 comment c.

²⁷⁸ Andersen, *supra* note 246, at 1086. 「第一に、確実性の条件は基本的に契約違反の損害を制限するための手段として用いられるにもかかわらず、なぜ確実性の条件が満たされない場合に解除が損害賠償の代わりに可能となるのかという疑問である。(中略) 第二の問題は、第一次リステイトメントの理由付けに反することである。たとえこの正当化が有効だとしても、重大な違反に関する大多数の事例には当てはまらない。第2次リステイトメントは、なぜ、損害の不確実性による不適切な補償が、なぜ重大な違反を明確にするために検証すべき事項なのかを明らかにしていない。」

が生じるような場合もある²⁷⁹。

このことは条件という側面からみた場合は、重大な違反は、条件の不成就としての働きを有することから、履行あるいは履行の提供をしなかった当事者が、反対履行による期待を実質的に当てにしていた場合の、権利喪失のリスクという一般的な条件不成就の場合に包含される。このことは、「実質的履行の法理」とも深く関連すると考えられる。例えば、建築契約において、請負人が実質的に履行を行ったが、その建物に部分的な瑕疵があった場合に、注文者が、代金の支払いを拒絶した場合を考えてみる。ビルは注文者の土地の上であり、代金に見合うものの回復を拒絶されたら、請負人は何らの救済を得ることはない。しかし、請負人が補償請求権を有している場合²⁸⁰、または契約にもとづき請負代金の先払いを受けている場合は、このような権利喪失の危険は和らげられることとなる。

結果的に、一方当事者が部分的にせよ履行や履行の提供を行った後は、その当事者による重大と考えられる不履行はあまりなく、むしろ履行やその提供が一切なされる前に生じた場合は、重大な不履行と考えられる場合が多いということはいえよう。しかし、この要素に対しても、これらの要素は、重大な違反か否かの結果論ではあるが、重大な違反が何かという発見をする要因とまでは言えないという問題提起があるところである²⁸¹。

同じ要素は、動産売買等においても考慮される。売主が受領を拒絶され、価格の回収を拒絶された場合に、売主が動産を提供し、他へ転売することによって回収することができるかという事例において、重大な違反に当たるかを論じる要素となる。動産売買においては前述のとおり、完全履行ルールが適用されるが、売主が買主のために特に製造に応じた場合や、船積みや発送にかなりの

²⁷⁹ Andersen, *supra* note 246, at 1087. 「(c)は、焦点を違反の被害者から違反者に移している。ここでは、契約を違反した者であっても、特に信頼性が危険にさらされている場合、法的保護を求める事ができることを確認している。この要因は、解除による違反者の没収される損害が大きいほど、違反が重大である可能性が低いことを示唆する。契約法は違反者側の損害賠償の効果について大きな懸念を有している。この懸念は重大性の分析において、検討の余地がある事項であるが、本稿で説明する通り、違反者への解除の対価は、重大性の発見に寄与する要因への直接的な埋め合わせとして扱われるべきではない。権利喪失要因は重大性理論の重要な考え方の一つであるが、重大性の分析においてリスティメントは、この概念を正しく扱っていない。」

²⁸⁰ Restatement (Second) of Contract § 370~377, § 374(1). 「(1)第2項に定める準則の適用される場合を別として、当事者の一方が、相手方の違反によって自己の残存する履行義務が消滅したことを理由に正当に履行を拒む場合、違反をした当事者は一部履行または信頼によって供与した利益のうち、その違反によってひきおこした損失を超える部分について原状回復の権利を有する。」

²⁸¹ *Id.* § 241, comment d.

額を費やした場合等には、例外的に重大な違反ではないとの考慮が認められるべきであろう。

5 治癒の不確実性(d)

一方当事者の重大な違反は、他方当事者に履行を停止・保留する権利を与える。相当な期間内に当該不履行が治癒されなければ、契約解除という効果をもたらす。治癒されることが合理的に確実な程度のものであれば、その不履行が重大なものであると結論付ける理由が少なくなる。これは、違反者による解決策と将来の履行に対する保証により、違反の重大性が減少されることを示しており、結論としてはそれ自体正しいものといえよう。

しかし、治癒は違反がなされた後に行われるものであり、その確実性が、違反が重大か否かを判断する要素になりうるということは理論的に成立しえないとも考えられる。

本要素は、U.C.C § 2-612 cmt.6 に述べられるポリシーに従うものとされている²⁸²。U.C.C § 2-612 (3)は「割賦販売契約において割賦に関する不適合または債務不履行が契約全体の価値を傷つける場合には、契約全体の違反がある。」と定める。商事取引においては、明白な解除の意思が示されない限り、契約は継続するという原則が示され、割賦販売においては、一度の契約違反があっても将来の履行に対する保証を要求することはできるが、契約全体を直ちに解除できるものではないとされる²⁸³。また、商事取引においては、売買契約の各当事者は、履行の適切な確約を求める権利を有するとされている²⁸⁴。

²⁸² *Id.* § 241, comment e.

²⁸³ U.C.C § 2-612, comment 6. 「明白な解除の意思が示されない限り、契約は継続する原則を示す。たった一度の割賦の不履行が生じた際に、生じる疑問は、キャンセルの権利を放棄することによって解決される。これは、予期された拒絶の中に真の拒絶が存在する状況と対照をなす、一度あるいはそれ以上の割賦に欠陥がある場合も含む。不適合が将来の解除を正当化するものでもなく、不適合が将来の引き渡しにおいても欠陥があるものとする意図あるいは見込みがあるというわけでもなく、あくまで不適合は契約全体の価値を実質的に損なうことから、解除が正当化されるのである。もし、売主の将来の履行に対する防衛手段が損なわれた場合であっても、十分な保証を要求する権利を有するが、契約全体を直ちに解除できる権利はない。この項で明確なのは、欠陥がある割賦が累積していれば、受領したとしても放棄された欠陥を洗い流してしまうことはできない。」なお、割賦売買契約においては、U.C.C § 2-609 のような、保証の権利は与えられていない。

²⁸⁴ *Id.* § 2-609. 履行の適切な確約を求める権利「(1) 売買契約により、各当

6 信義誠実の欠如(e)

たとえ当事者が信義誠実の厳守²⁸⁶を行ったとしても、義務の一部不履行による損害賠償責任から免れるわけではない (Restatement (Second) of Contract § 236(2))。また、条件不成就の効果が消滅するわけでもない (Restatement (Second) of Contract § 237-238)。しかし、履行あるいは履行の提供をしない当事者の信義誠実の基準に合致した振る舞いの程度は、重大性の重要な事情とはなる。

第1次リステイメントにおいては、不履行を行った当事者の「wilful (故意の、強情な、片意地な)」「negligent (怠慢、不注意、過失)」「innocent (無罪の、潔白な、無邪気な)」態度という文言を用いているが、第2次リステイメントにおいては、それらの文言の代わりに信義誠実および公正取引(good faith and fair dealing)の基準を用いている。裁判所は、しばしば wilful という言葉を使用している。

この要素は、決定的、最終的なものではないとされ、信義誠実の厳守に関わらず、他の事情によって不履行が重大であるとされることもある。と同時に信義誠実を厳守しないことも決定的、最終的ではなく、他の事情によって重大ではないとされることもある²⁸⁷。そうした他の事情との優劣・関係等も問題となる。

事者は、適正な履行を受けることができるという相手方当事者の期待を傷つけないようにする義務を負う。いずれかの当事者の履行に関して不安の合理的な根拠が生じた場合、相手方当事者は、適正な履行の適切な確約を書面で要求することができ、かつ、その確約を受領するときまで、商業上合理的である限り、合意された反対給付をまだ受理していないことに対応する履行を停止させることができる。(2) 商人間では、不安の根拠の合理性および提供された確約の適切性は、商業上の基準に従って決定されるものとする。(3) 不適切な引渡しまたは弁済を受領しても、将来の履行の適切な確約を要求する被害者の権利に影響を与えない。(4)正当化された請求を受理した後、30日を超えない合理的期間内に、事件の具体的な諸状況のもとで適切であるとされるような適正な履行の確約を与えないことは、当該契約の履行拒絶となる。」

²⁸⁵ Restatement (Second) of Contract § 251. 保証の不供与を履行拒絶とみなすことができる場合について規定する。

²⁸⁶ *Id.* § 205. 信義誠実 (good faith) および公正取引 (fair dealing) の義務「すべての契約は、その履行および強行にあたって、信義誠実および公正取引の義務を各当事者に課す。」

²⁸⁷ *Id.* § 241, comment f.

7 学説における判断要素

ヒルマンは、重大な違反、錯誤(mistake)、履行の実行困難性(impracticability)、契約目的達成不能(frustration of purpose)といった、契約の解消(cessation)全般における考慮すべき要素として、以下の4つを公平さの原理として挙げる²⁸⁸。

1つ目は、当事者間の相対的な公平である。裁判所は、一方当事者が信頼した利益と、履行により入手可能な利益とを、他方当事者が履行により被った経済的損害という観点から、比較考量した公平さを実現するとする。

2つ目は、損害の回避という点である。当事者が正当な理由なく、故意的ではなく引き起こした損害が賠償されるかという観点である。損害回避の規範は、他方当事者が契約を解消しようとしたことによって結果的に生じた経済的損失から、または、他方当事者が相殺した損害がなく契約を強制することから、一方当事者を守る働きをする。

3つ目は、合理性のある行動、損害の発生を避けるため合理的な行動をとったかという観点である。一般的な共同体の標準にしたがって、同様の立場に立った場合、当事者に合理的な行動を要求する。当事者の行動が合理的でなかった場合、損害が生じてもそれは他方当事者によって引き起こされたとはいえない。

4つ目は、相互関係という点である。契約の配分に従って十分に利益を得なければならぬ。裁判所は、当事者の権利が不確定な時でも、利益を考量して、予想された損害と同様に、例外的な利益について、相互関係の重要性を示すとする。

ファーンズワースは、違反の重大性の基準として、ほとんどは、予期された正当な利益を侵害する程度の違反であると述べている²⁸⁹。換言すれば損害の十分な回復がなされたかによるとする。

アンダーセンは、将来における履行に対する利益を損なう場合には解除が認められるとする²⁹⁰。この概念は、本来契約によって得ることができたであろう利益を得ることができなくなった場合であり、契約を締結した目的が達成できない場合と通じる概念であるといえよう。

上記からは、重大な違反の判断要素として、一概にいえるわけではないが、最も重要視される要素としては、権利者が契約によって予期していた利益を得ることができなくなったことといえる。もちろんこれと関連して違反によって

²⁸⁸ Robert A. Hillman, *An Analysis of the Cessation of Contractual Obligations*, 68 Cornell L. Rev. 617, 619, 629-639 (1983).

²⁸⁹ Farnsworth, *supra* note 208, at 567-568

²⁹⁰ Andersen, *supra* note 246, at 1106

生じた損害の填補可能性も考慮される。損害の重大性、損害の回避可能性といった経済的要因を中心としつつも、違反を行った当事者の損害を含めた当事者間の公平、当事者の行為態様等も考慮すべき要素と考えられる。

第3章 ケースにおける「重大な違反」の判断構造

第2次リステイトメント § 241 に挙げられた要素には、理論的には多くの疑問がありうるころではあるが、以下では、実際のケースにおいて、重大な違反の認定においてどのような要素が考慮されたか具体的に検討する。

1 被害を受けた当事者の損失(a)

ケース 9 Northern Helix Co. v. United States, 197 Ct.Cl. 118,455 F.2d 546 (1972)

代金支払の遅滞の程度を判断要素とし、重大な違反であるとしたケースである。

【事案】ヘリウムの保存・節約プログラムのための1960年の修正ヘリウム法に基づき、原告はヘリウムを産出してアメリカ政府に売買する契約を締結した。アメリカ政府（被告）は、原告による Hugoston 地域から産出されたヘリウムを購入することを合意し、950万ドルを上限とする国家予算から月々の支払いをすることを約した。支払は遅くとも1968年11月26日までは行われていた。しかし、内務省は原告に対し、政府は将来の支払が不可能になったと告げ、その後、政府は1970年12月まで一切支払を行わなかった。1970年6月、原告は政府に対し、不払は重大な契約違反であり、それによる権利は放棄されていないと告げた。原告は、1970年12月24日に訴訟を提起し、契約上の義務は政府による重大な違反によって消滅したと主張し、損害賠償請求を行った。損害については、ヘリウム産出の設備は石油ガスの液化と、石油化学製品の運転と相互に関係し、ヘリウムを貯蔵するか無駄にするかに関わらず、設備は操業し続けなければならないため、その分を請求した。

被告である政府内務省は、終了した契約は1971年3月28日まで有効であり、その後内務省は原告とヘリウムの供給契約を継続することを合意したので、原告の損害はない、と主張した。原告は内務省に1971年3月31日までに引渡しした分の請求書を送付した。その請求書はヘリウムの引渡による代金分のみを示し、原告の損害分は含まれていなかった。1971年6月23日、原告は1970年12月から、1971年3月28日までの支払を受け取り、それは損害分を含まないものと考えていた。

支払いの滞りは、1968年12月から始まり、1969年まで続き、その間の不払額は66万4122ドルから325万5349ドルまでの範囲であった。1969年11月1日から1970年11月30日までの供給に対して、政府は一切支払わなかった。1970年12月に訴訟が提起されたとき、未払額は867万1632ドルであった。政府の不払いは、原告に履行を継続するために資金を借りる必要を生じさせた。この借入は1969年に始まり、徐々に増えて1970年12月31日には、

717万5000ドルになった。原告は1カ月あたり5万6000ドル(860万ドルに対する年8パーセントの利息)を請求した。

【判断】裁判においては、政府の不払が当初の契約において重大で、完全な違反といえるか、すなわち原告が契約終了と考えたことが正当化されるかが問題となった。

原告の被告に対する損害賠償請求の可否については、その後、原告が政府から引き渡したヘリウムの代金額を受領していることが、原告の損害賠償請求権の放棄といえるか、が問題となった。

裁判所は、重大な違反については、政府が長期間にわたり多くの金額を支払わなかったことが契約上の義務違反にあたるとして、重大な違反を認めた。

なお、損害賠償請求権については、U.C.C § 1 - 207²⁹¹により、本件では被告の完全な違反によって、原告の引渡義務は消滅していたが、原告が損害を減少させるためにヘリウムの製造、供給を継続していくことは「合理的商業的判断」であることから、損害賠償請求権は認められるとした。被告が、原告の支払いを受ける権利を放棄しないという意図を知っていた場合には、原告の一部的な支払いの受領は、原告の損害賠償請求権を放棄させるものではないとして、売主の損害賠償請求を認めた。

【コメント】単なるしばらくの間の支払いの遅延とは明確に異なることを意識して、上記のような約2年間にわたる長期間の多額の不払いについては、被害を受けた当事者が莫大な借入れを余儀なくされたことにより損失が莫大になることを理由として、重大な違反に当たるとしている。

建物工事請負契約における請負人の義務違反について、欠陥の程度を考慮したケースを2つ挙げる。

ケース 10 Tolstoy Constr. Co. v. Minter, 78 Cal.App.3d 665, 143 Cal.Reptr. 570 (1978)

家の建築における多くの小さな欠陥の存在が、請負人の重大な違反にあたるとしたケースである。

【事案】原告は建築会社であり、被告が所有し経営するアンティークショップの上にアパートを増築する契約を締結した。被告は、原告の行った工事に多

²⁹¹ U.C.C § 1 - 207. 「明白な権利留保を付けて、他方当事者によって要求されたか、もしくは申し込まれた方法で履行するか、または履行を約束するか、または履行に同意する当事者は、そのことにより留保された権利を害することはない。」この原理の示すものは、個々の状況による「合理的な商業的判断」であるとす。

くの欠陥があることを理由に代金を支払わなかったことから、原告が訴訟を提起した。それに対し、被告は、原告が実質的な契約の履行をしなかったことを理由に、自己の責任を否定するとともに、原告の違反により生じた損害賠償を求めて反訴を提起した。

このケースにおける工事の瑕疵は以下のように多数指摘されている。給湯器の設置場所、車庫の移設や不備、外壁塗装の不備・亀裂、雨漏り、釘の頭が突出、断熱が施されていないこと、ドアや窓や電気スイッチの不良、タイルのヒビや割れ、等である。

【判断】原審裁判所は原告はすべての条項の実質的な履行を行ったと認定し、原告の請求を認め、被告の反訴を否定したが、控訴裁判所は、実質的履行の法理のもと、実質的履行に満たないと認定した。

実質的履行の法理の判断については、事実認定の問題であり、その程度が常に問題となるとされる。すべての例において、存在する複合的な関係する事実によって決定されるべきとされ、先例の判決においても、「建物もしくは建築物全体としては損なわない契約の仕様との食い違い、建物がその後意図した目的に実際仕様されている、あるいは大きな支出なく、他の構造部分に重大な損害を生じることなく修復できる欠陥の場合は、実質的な履行がなされているが、しかし、欠陥が仕事全体を通じてでなくても、所有者の目的が実際に遂げることができなかつた場合は、実質的な履行とはいえない」とされている。カリフォルニアの裁判所においては、合理的な標準的基準に達していない場合は、実質的履行の法理の適用を否定してきたとされる。

本ケースにおいては、被告の所有者がこのような問題に対し経験がなく、きちんとした家を建築できる資格を有した業者を選択することができなかつた。契約自体には合理的な品質を確保できる職人らしい仕事を行うことが内在されていた。建築業者のライセンス制度自体は、安全と健康と法的担保について相当程度の知識と経験を有しているものとされてしかるべきであった。被告も原告がそうしたライセンスを有しているという事実を信頼していた。

しかるに被告は合理的な品質を要求していたにも関わらず、増築部分と車庫は、合理的な賃借人に相当の金銭を得て貸すには惨憺たるものであった。まっすぐではないドアや窓は修復不可能であった。いくつかの欠陥は小さいものではあったが、多くの欠陥の累積によって実質的履行がされたと評価することはできなかつたとされた。

ケース 11 Brewer v. Custom Builders Corp., 42 Ill.App.3d 668, 1 Ill. Dec. 377, 356 N.E.2d 565 (1976)

ケース 10 と同様、建築物の多くの欠陥の存在を判断要素としたケースであ

るが、注文者の行為態様が考慮され重大な違反ではないとされたケースである。

【事案】被告は、シングルファミリー向けのシェル（ドーム型の建造物）を1万7985ドルで建設販売する会社であった。原告は注文者・買主であった。契約書の文言には、「すべての大工は職人らしいベストの仕事をする」とされていた。被告は契約書に記載された仕事のほとんどを行ったが、原告は多くの欠陥があることを理由に、職人らしい仕事ではないとして損害賠償を請求し訴訟を提起した。

【判断】裁判では、実質的履行の法理が適用されるかが争点となった。予審裁判所は、被告の工事には多くの欠陥があり、実質的な違反を構成すると認定し、被告の履行は実質的履行には満たず、損害は提供労務相当額によって算定されるべきとした。

しかし裁判所は最終的に、原告の欠陥の修理、その他多くの欠陥の修理の申出、受領と使用が、被告の責任を消滅させるものではないけれども、被告の履行が実質的なものであると性質づけられるとした。原告のそうした行為は、原告が履行を完了したものと考えていることを双方の当事者に予想させる。その上、原告が欠陥を修理する前に、原告が被告の履行を満足いくものとは考えていないことを、被告に十分に示したと考えられる。それゆえ、本件における損害の算定においては、厳格な契約通りの履行ではないが、実質的な履行がなされたと判断された。

【コメント】ケース10およびケース11は、いずれも建築請負契約において、工事に多くの欠陥が存在した事例である。ケース10においては、増築部分を賃貸するという所有者の目的を重視し、それに相応しいとは言えない工事に「実質的履行の法理」は適用されない（重大な違反がある）との判断がなされたものと考えられる。

これとは対照的に、ケース11は多くの欠陥があっても重大な違反には当たらない、実質的履行がなされているとされた。Restatement (Second) of Contract § 241 Reporter's note では、前の事例と比較して、疑わしい結論とされている。

ケース11では、客観的な工事の程度、欠陥の重大性だけでなく、その後の注文者の受領、使用、請負人の欠陥の修理といった行動が、実質的履行の判断に影響を与えている。そういう意味では、単なる矛盾する判断というより、ケース10はケース11の判断をさらに一步進めて、履行後の注文者の履行としての認容といった解除権放棄、修補行為等の事実も考慮要素に取り入れた判断といえよう。

ケース11は、契約の終了が問題となった事案ではなく、損害賠償請求がな

された事案であるが、建築契約において、実質的履行を受けた注文者・買主は、完全な履行を得た場合と比較して、存在する欠陥の補償に相当する額を差し引いて、代金額を支払わなければならないというルールとして現れることとなる。反対に、実質的履行に満たない履行しかしていない建築業者は、契約代金を受領する権利を有せず、注文者・買主は、代金支払いを拒絶でき、それは契約違反とはされない。実質的履行があれば、請負人は違反により注文者・買主が被った損害を差し引いた提供労務相当額のみ請求できる。

ケース 12 *Bridgkort Racquet Club v. University Bank*, 85 Wis.2d 706, 271 N.W.2d 165 (1978)

融資を受けるための条件について、実質的な履行がなされているとして、借主の重大な違反を否定したケースである。

【事案】原告（被控訴人）であるブリッジコート・ラケットクラブ有限会社は、被告（控訴人）銀行に対し、被告銀行が融資を実行しなかったことを理由として、より高い利息の借り入れを行わざるをえなかったことによる損害賠償請求を求めた事案である。被告銀行は、原告側が融資実行日までに実質的な履行を行わなかったことにより、自らの融資の不履行は正当化されると答弁した。

【判断】裁判において、被告銀行は、原告の以下に挙げる契約の3つの条項の実質的な履行がないことを示す証拠があると主張した。

- 1 1976年1月12日までに7人の保証人のサインを得ることについての不履行
- 2 同日までに十分な権原保険 *title insurance* を提供することについての不履行
- 3 同日までに十分な長期にわたる火災担保、延長定期保険、拡張担保保険を提供することについての不履行（おそらく担保目的不動産についての保険と思われる。）

予審裁判所はこれらの争点について否定し、1月12日までにこれら3つの原告の重大な不履行は認められなかったとした。控訴審も以下のように判断してこの結論を支持した。

1については、証言では、7人中5人の保証人は1月12日にサインをした。サインをしていない保証人は電話でコンタクトをとり、その日か翌日にサインをする予定であったと認定された。そして残りの2人はその週には実際にサインをした。これは時宜に適った履行であったと判断されている。

2の権原保険に関しては、1月12日の時点では、下請人からの担保権の放棄は得られていて、その言質を提出することはできた。しかし、被告銀行は、そうした言質だけでは権原保険の代理品としては不十分であると主張した。裁判

所は、もし銀行が融資実行日に出席していて、原告が用意した書類だけでは不十分だという不満を表明していれば、原告は十分な権原保険証書を発行するために必要な言質を得ていると伝えられたはずであり、そうした状況は権原保険証書を作成するために十分な状況を持っていたとすることができるとした。

3の火災保険については、すでに前の年の9月には105万ドルの保険が発行されていた。さらに保険代理店は、原告に対し、保険会社は継続的なローンが締結されれば継続して保証しますと手紙を出していた。この手紙が、保険会社が継続ローンが出来た際に銀行を継続して保護する約束として、拘束力があるものか議論がなされた。被告銀行は、この手紙は名前も補償金額も明記していないので、拘束力はないと主張した。しかし、裁判所は、情報が不十分であれば、保険会社の支店などに行って拘束力のある手紙をもらうなどして、不足分を融資実行日に明確にすることができたであろうと推測するのが合理的であると判断した。

さらに被告銀行は、ブリックコートが取引中に信義誠実に基づいて行動したということと矛盾する証拠を提出していないとして、上記結論を出した。

【コメント】Restatement (Second) of Contract § 241 Reporter's note では、侵害された当事者が違反した当事者に対し、不履行を救済する機会を与えなかった場合にMaterial breachを否定したケースとして挙げられている。

本件は、損害賠償請求訴訟であるが、原告の損害賠償請求に対し、被告から、原告が実質的履行を行っていないので、自己の不履行は正当化されるとの抗弁が認められるかが問題となった。相手方の実質的履行がなされていない（重大な違反がなされている）場合は、自己の債務の履行の停止を行うことが正当化されるという、同時履行の抗弁権的な働きを考えれば、理解できることとなる。

裁判所の実質的履行がなされたか（重大な違反がなかったか）の判断としては、融資を受けるための条件として、保証人や保険を付することとされており、それが完全に履行されていたわけではないが、それに近いところまで行われていたことが一つのポイントである。それに加えて、融資実行の際、あるいはそれ以前のそれに近い日に、現状のままでは融資実行には不十分である旨を、銀行が借主に告げていれば、借主としては不足分を補う行動をとれたはずである（しかしそうした行動を銀行がしなかったから借主としては融資実行日には不足分を補うことができなかった）という点が二つ目のポイントである。

2 不履行を行った当事者の権利喪失(c)

ケース 13 Utah Int'l, Inc. v. Colorado-Ute Elec.Ass'n, 425 F.Supp. 1093 (D.Colo.1976)

契約の解釈により最低限の量を売る義務を認め、一部についてのみ契約解除を認めたケースである。

【事案】原告であるウタインターナショナルは国際的に操業する採鉱会社であり、コロラドウテ電気組合会社およびプラテリバーパワーオーソリティ、ソルトリバー、パワーディストリクト（すべて電気、エネルギーの卸売業者である）らが被告である。

原告と被告らとの間で、35年間採掘した石炭の全てを売る、最小限でも採掘したものを全て買う義務を含む石炭供給契約を締結した。契約では、原告の義務は35万キロワットの2機の発電機において必要とする石炭を供給すると定められ、石炭の最大値と最小値の間で、契約は現実の必要量によって、注文し引渡を受ける石炭が決定するとされていた。ところが、この35万キロワットという数字は、被告らが、他の異なる規模・稼働率の発電所に基づくデータから予想される発電所の規模・稼働率等を計算したもので、契約における石炭の量は原告の供給できる量を超えていた。契約の実行後しばらくしたあと、1973年9月にアラブからの石油輸入ができない状態となり、石炭の価格が高騰したため、原告は石炭を供給できなくなった。

原告は、売買契約で指示されたより大きな規模の発電所を建築したことを被告らの契約違反として訴えた。そのような建築の結果、原告は契約により要求されたものより多くの石炭を供給することを要求され、そうした違反によって原告の契約上の義務は終了したと主張した。被告らは契約の履行を求めて反訴した。

【判断】裁判では、原告は、被告らが、契約書に定められていた35万キロワットの発電所ではなく、41万キロワットの発電所を建設したこと、発電所のワット数の条項は契約の本質的な条項であり、発電所のワット数の増加について被告らが原告に適切に伝えなかったことから、もし適切に原告に伝えられていれば契約の内容に影響を与えていたであろうと主張した。そして、被告らが35万キロワットの発電所の代わりに、41万キロワットの発電所を建設したことは、契約全体を破棄したものであると主張した。これに対し、被告らは、発電機のサイズも、推定石炭消費量も契約の本質ではなく、原告の価格設定と採鉱計画がそれに頼っていたものではないと主張した。被告はむしろ契約に含まれていた石炭量の最大値と最小値は原告の義務を確定し、大きい発電機を建設したことは実質的な履行であり、契約違反ではないと主張した。

裁判所は、被告である卸売業者の最低限の買取義務に適する契約の一部のもと、原告である採鉱会社と卸売業者の権利と義務を決めた。結論としては、最低限の量を買う義務、最低限の量を供給する義務については解除を認めず、一部解除のみを認めた。重大な違反は被告の最低限の買う義務を含む契約の一部

には影響を及ぼさないとしたものである。それゆえ、原告は被告に要求された量の石炭を売り、被告はそれを買う、被告は最低限の支払をする。原告は余分に被告に売る義務はない、とした上で上記の結論を取ったものと考えられる。

なお、コロラド州法では、契約の本質的な条件となりうる大きい違反でない限り、契約違反は契約を終了させず、当事者を義務から解放するものではない。さらに契約の終了を当事者が求める場合は、契約の文言との食い違いだけでなく、違反が回復されないものであることを立証しなければならないとされている。

【コメント】実質的には、裁判所は、契約上の義務がすべて消滅することによって当事者が反対給付を受ける権利をすべて喪失してしまうという不利益もよく理解した上で、上記のような結論が下されたものと考えられる。被告には契約の一部の重大な違反があったのではあるが、契約解除のために契約終了を主張する者において、違反が回復されないことの立証が必要とする州法の適用がある例であることも特徴である。

ケース 14 Prescott & Co. v. Powles & Co., 113 Wash. 177, 193 P. 680 (1920)
動産の売主の数量不足が重大な違反に当たるとしたケースである。

【事案】控訴人（買主）は、被控訴人（売主）を代理する仲買人を通じて、オーストラリア産の玉ねぎ 300 箱を注文した。当時オーストラリアとサンフランシスコとを結ぶ船便は 1 カ月 1 便であった。注文後に買主は仲買人に注文のキャンセルを伝え、仲買人は売主に海外電報を打ったが、海外電報は一部の玉ねぎが船積みされた後まで届かなかった。

売主が 300 箱の玉ねぎを注文にしたがって船積みする時には、240 箱しか船積みされなかった。アメリカ政府から小麦の注文があり、それを載せるスペースが必要であったため 240 箱のみが船積みされた。240 箱の玉ねぎは、船主に引き渡され、上陸許可書には買い入れ額が記載され、支払前に点検する権利があった。

【判断】裁判での主な争点は、未履行の契約における物品の引渡は正確な量でなければならないか、正確な量でない場合には買主は受領を拒絶できるか、という点であった。

裁判所は先例を挙げて以下のとおり判示した。「少ない量の引渡は契約の順守ではない。多くの量の不履行か一つのみの不履行かは当事者の契約関係に影響を及ぼす。原告は契約全体の違反として損害の回復を請求し、請求を維持するために、契約を順守する意思を示すこと、あるいは故意でないことを示すことが必要である。それは、契約全体の違反の回復となる。」

政府によって規定の量が船積みされるのを妨げられたことが、一部履行しか

できなかったことの言い訳となるかという点についても、それは言い訳とはならないとされた。

【コメント】このケースは、Restatement (Second) of Contract § 241, ill. 3の基礎ともなった事案である。§ 241 (a)と(c)の要素によれば重大な不履行であるとされている。

動産の商取引においては、原則として正確な履行が要求されることとなり、数量不足は原則として重大な違反となると判断されたものといえよう²⁹²。

売主の権利喪失の程度が問題となるが、重大な違反であるとして契約が解除され、代金の支払いを受けられない場合であっても、売主としては玉ねぎを他へ売ることによって利益を得ることが可能であるから、売主はそうした不利益を被るとしてもよいということになる²⁹³。

3 治癒の不確実性(d)

ケース 15 Lake Dorr Land Co. v. Parker, 104 Fra. 378, 140 So. 635 (1932)

不動産売買契約において、売主の権利概要提示義務の遅滞が重大な違反であるとされたケースである。

【事案】1925年2月7日、原告(買主)は、被告(売主)からある土地を買った。契約が締結された時、手付金として1000ドルが支払われた。買主は4000ドル以上をその日から30日以内に、5000ドル以上を契約から60日以内に、分割払いで支払うとの約定があった。また、売主は、フロリダの地元地域の評判の良い会社によって発行された不動産の概要を直ちに買主に提示することと記載されていた。それによって買主は市場価値がある不動産かを判断することができ、買主が支払をしない場合には、手付金1000ドルを没収されると

²⁹² U.C.C § 2-106(2). 「物品または履行の一部を含む行動は、それらが契約による債務に従っているものである場合、契約に「適合する(conforming)」または適合している。」とする。comment 2においては、売主の受領を要求する権利としての条件として、一般的に売主の義務の正確な履行の要求に従うことが意図されている。しかし、§ 2-508(不適切な提供または引渡の売主による是正、取替)による売主のセイフガードは必要である。さらに、貿易への適用は、履行の商業的遅れを許すので、合意書の文言それ自体が、慣習、用法、従前の扱い、長期の契約期間、履行の方法にしたがって明らかに解釈されなければならないとされている。

²⁹³ Restatement (Second) of Contract § 241 comment d. 例えば売主が買主のために特に製造に応じた場合や、売主が船積みのためにかなりの費用を要した場合などは、権利喪失の程度が高くなり、重大な違反に当たらない(契約解除できない)方向に働く要素となりうることを指摘する。

されていた。

買主は、手付金 1000 ドルおよび 2 回目の 4000 ドルの支払を行ったが、売主が、契約書に記載されている不動産譲渡の概要を提示しなかった。買主は 3 回目の支払を行わなかった。買主は既に支払った 5000 万円の返還を求めて提訴した。

【判断】 売主の違反が重大なものか、買主の手付金が没収されるかが争点となった。

概要が示されるべき土地の売買契約の条項は、いつまでに提出されるべきかは書いていなかったが、証拠によると 10 日以内に提示すべきであったと認定された。にもかかわらず、売主はそうした準備もしなかったし、正当な理由もなしに概要提出を拒絶した。

売主が不履行した場合、売主の不履行が救済されるまでは、買主は先の支払をする必要がないとされ、原告の請求が認められた。

【コメント】 本件では、3 回目の支払拒絶が正当化されるかが問題となっているため、その時点では、すでに契約から 60 日が経過している。その時点まで売主は権利の概要を提示しなかったのであるから、これは重大な違反であり、治癒されてもいないとして買主の契約解除が認められたものである。本ケースは Restatement (Second) of Contract § 241, ill. 5 の基礎となったケースである。それによれば (a)~(d) の要素により重大な不履行であるとされている。Restatement (Second) of Contract § 241 Reporter's note では、このケース以外は挙げられていない。

履行の遅滞については、Restatement (Second) of Contract § 242 とも深く関連する。

4 信義誠実の欠如(e)

ケース 16 Crawford-Strauss Properties, Inc. v. Doolittle, 540 S.W.2d 334 (1976)

請負契約における請負人の不完全な工事が重大な違反ではないとされたケースである。

【事案】 原告（被控訴人）はスプリンクラー会社であり、被告会社が（控訴人）上位のゼネコンからの請け負ったサンアントニオの建築マンションにスプリンクラーシステムを設置する工事を、下請人として請け負った。原告は、仕事をした補償と材料費として 5470.5 ドルの支払を求めた。

被告は一部の支払を行ったものの、スプリンクラーの点検後原告は設置を完全に行っていないとして、被告は支払をストップした。そしてすでに支払った

金銭相当額の回復を求めた。

契約では、スプリンクラーのヘッドは、地形や植えられた植物に応じて、適切な到達範囲に届くものでなければならない、と明確に記載されていた。契約では材料と仕様が定められていた。すべての作業と材料はサンアントニオ市の定めるコードの配管と建設に従うことが要求され、原告は逆流しないよう「要求どおりに」することに合意し、100%到達範囲を保証した。契約は建物にはかからないことを要求していた。

被告が支払をストップした時、スプリンクラーは100%の到達範囲に至らなかった。逆流しないようにすることも失敗していた。配管についても履行されなかった。被告の証言では逆流防止装置を設置するのに715ドルかかるとされた。

【判断】予審裁判所は、原告による仕事は、明らかに原告の仕事は契約の文言を順守したものではなかったが、実質的には契約に適合した職人らしい仕事がなされたと認定した（実質的履行の法理）。そして、契約に従った仕様の完全なスプリンクラーと取り換える余分な費用は認められないと認定した。控訴裁判所もこの判断を受け入れた。

裁判所の判断においては、原告が、履行のスピードを上げるために、契約書に定められた仕様とは異なる材料を用いることが、故意的な逸脱と位置付けられるかが問題とされた。

この点については、支払がストップされた後、請負人は欠陥は修理し適合しないスプリンクラーを取りかえた。請負人は支払がないことの原因を探し求め、そして、修理の必要があると知った。裁判所は、請負人が注文者の不満の原因がどこにあるかを突き止めようとし、契約を順守した履行をもたらすためにどうすれば良いか知ろうとしていることを認定した。以上のような考慮から、原告の違反は故意的ではないとされた。

このような請負人を「故意的な、悪意の」者とするのは、不公平であるとの理由でこのような結論が下された。例えば、反対に、原告が代わりの安い低品質の材料を使おうとしていたという事実があれば、故意的な違反とされていた可能性が高いであろう。

ケース 17 Rouselle v. B&H Constr. Co., 358 So.2d 614 (Fla. Dist. Ct. App. 1978)

請負契約における請負人の工事の欠陥が重大な違反であるとされたケースである。

【事案】被控訴人（原告）は、控訴人（被告）から建物の増築工事を依頼され、工事を行った。原告の行った工事には欠陥が多数存在するため、被告は一

部代金を支払わなかった。そこで請負人である原告が支払を求めて提訴した事案である。被告は、原告の欠陥工事による損害賠償請求を反訴提起した。

当事者の間で交わされた契約書には、「被控訴人が現在ある控訴人の建物に合うように」増築することと記載されていた。異議のない証拠によれば、被控訴人の仕事開始にあたり、すぐに隣地に浸食しないよう増築部分を小さくすることを決定した。しかし、工事の間、被控訴人はひさしを 2~3 インチ広げたので雨水が隣地に落ちるようになった。また、被控訴人は平らな屋根ではなく、傾斜のある屋根を設置した。そのうえ、被控訴人は鉄の幕面（看板）ではなく、木の幕面（看板）を設置した。もともとの煉瓦とマッチしない煉瓦を用いて、煉瓦の基礎として数インチ、基礎を流し込んだ。そのため、西側の窓の底辺の煉瓦がモルタルと煉瓦の厚みのばらつきがあり数インチはみ出した。これによって、概観は見苦しくなり、控訴人は後に壁が裂け、再度工事をし直さなくてはならなかった。スタッコを設置する際に、もとのビルにひびが入っていなかったのにひびが入った。

【判断】裁判では、被控訴人のチーフが、傾斜のついた屋根、木製の幕面（看板）が鉄の幕面にマッチしないこと、ひさしをつけたので、境界をこえて隣地に雨水がはいったことを認めた。

予審裁判所は、原告の請求を認め、被告の反訴を認めなかった。おそらく実質的履行の原理を適用されるとしたのであろう。しかし、控訴裁判所は、この原理は請負人が故意にあるいは意図的に契約違反をした場合には適用されないと判断し、そのようなケースでは、注文者は契約に適合する仕事をするための費用を請求する権利が与えられると判断した。原告の違反は故意的なものとされた。

ケース 18 Jacob & Youngs, Incorporated, v. George E. Kent, 230 N.Y. 239, 129 N.E. 889(1921)

請負契約における請負人の不完全な工事が重大な違反ではないとされたケースである。

【事案】原告は被告のために 7 万 7000 ドルでレジデンスを建築した。原告は建築工事を完了し、被告は居住して占有した。原告が未払い分 3483.46 ドルの支払を求めて訴訟を提起した。

仕様書では、配管について亜鉛メッキ鉄製、溶接されたリーディング社製のスタンダードパイプを使用することになっていた。居住開始後、被告はいくつかのパイプが他の製品であることが分かった。原告は建築家よりもう一度仕事をするよう指示された。配管はいくつかの露出している部分を除き、壁に包まれていた。それに従うことはパイプを取りかえる以上のことであった。それは

すでに組み立てられた部分を破壊することを意味していた。

【判断】裁判所は、パイプのブランドについて指示通りしなかったことは、詐欺的でも故意によるものでもなかったとの認定を維持した。それは原告の下請人が見落としあるいは不注意による結果であった。リーディング製パイプとコホーズ製パイプやそれ以外のブランドとの区別は6～7フィートごとにスタンプされた名前だけであり、パイプの引渡しを受けた際に点検しているが、不一致を見落としした。原告はメーカーは異なっても品質は同一であると主張した。裁判所は履行を完全に為しとげたとは言わないが、些細なそして無害な怠慢は時々結果として生じた損害賠償を許すことにより責任を免れる。ブランドが異なっても品質が同一であれば、その損害は名目的なものにすぎないとした。

【コメント】ケース 16、ケース 17 およびケース 18 はいずれも請負契約に属する契約における「実質的履行の法理」の適用の有無が問題となったものである。ケース 18 は「実質的履行の法理」の先駆的ケースでもある。いずれも「実質的履行の法理」は、請負人の違反が故意的である場合には適用されないとして、故意的であれば請負人は反対給付を受ける権利を失う（契約解除）が、故意的でない場合は、反対給付を受ける権利を失わないとされた。

ケース 18 では、パイプを取りかえるには多額の費用と労力を請負人が負担しなければならないこと、それに比較してパイプのブランドによっては品質に変わりはないことといった、被違反当事者の損失と違反者の権利喪失が考慮され、重大な違反を否定する方向に働いていることは明らかであろう。その上で、ブランドの違いは、下請人に見落としにあるという故意的ではない事情はそれを補強する役割を果たしているように思われる。

ケース 16 およびケース 17 は、行われた工事が契約で定められた仕様に反しているということを前提にして、違反が故意的か否かの判断においては、工事後にそれを肯定した態度をとったか、あるいは違反を認めそうした欠陥を是正しようとしたかが重視されているといえる。そこでの判断は、やはり主として被違反当事者の損失と違反者の権利喪失が考慮され、被違反者の義務の消滅を肯定すべき場合（ケース 17）あるいは否定すべき場合（ケース 16）に、そうした結論を補強するために故意的か否かが考慮されているように思われる。

Restatement (Second) of Contract § 241, ill. 7 では、請負人の故意的な違反が存在するにもかかわらず、不履行による損害額と未払報酬とを比較して、未払報酬が高額である場合は、(e)信義誠実の欠如に関わらず、(a)(b)(c)の事情のもとでは不履行は重大ではないとされている。このことも、(e)の事情がそれのみで重大な違反かの基準となるわけではなく、補完的な役割を果たすことを意

味している。

ケース 19 *Eli Lilly v. Emisphere*, 408 F.Supp.2d 668, (S.D.Ind. 2006)

数年にわたる継続的な契約において、重大な違反が認定されたケースである。

【事案】 製薬会社と調査会社が、骨粗鬆症に用いる甲状腺ホルモンの新しい経口的な化学的合成物について、共同研究することを合意した。契約とライセンスの合意を通じて、当事者は、信義誠実に従って密な共同研究を行うことを合意した。しかし共同研究の数年後に、製薬会社はこれ以上調査会社の調査は不要であることを決定し、共同研究を利用して秘密の調査を実行することを決定した。これは契約上の義務に違反していた。原告の製薬会社が治癒の機会を求めて訴訟を提起した。

【判断】 裁判所は、製薬会社の行動は、契約に違反しており、信義誠実に従った行動ではないと結論づけた。当事者の合意の根底には信頼関係が存在し、それに対する違反であり、調査会社が契約を解除するのに十分であるとした。重大な違反があり、治癒がなされない場合は、侵害された当事者は契約を解除できる。解除されるまでは契約は効力を有すると結論づけた。

【コメント】 損害を与えていない場合においても、契約に信頼関係が要求され、一方当事者が信頼関係を破るような信義誠実にしなかつた行動を行った場合は、契約を終了するに足りる重大な違反であることを示したものである。数年にわたり共同研究を行うという契約の内容を考慮して、このような判断を行ったものといえる。侵害された当事者の損害というより、違反者の行為態様を重視した判断である。

ケース 20 *Bernstein v. Nemeyer*, 213 Conn. 665; 570 A.2d 164 (1990)

保証違反が重大な不履行であるとされたケースである。

【事案】 無限責任パートナー（ジェネラルパートナー）らと、投資家のグループが、共同住宅を購入して修理するためのパートナーシップを締結した。そして、有限責任パートナー（リミテッドパートナー）にも加わるよう強く勧めた。無限責任パートナーは、マイナスのキャッシュフロー（現金収支）を保証する(negative cash flow guaranty)として、300万ドルを貸し付けた。結果として、無限責任パートナーは、担保の支払を継続することができず、担保が実行されて、無限責任パートナーも、有限責任パートナーも投資財産を失ってしまった。そこで、有限責任パートナー（原告）が、無限責任パートナー（被告）に対し、契約解除と原状回復を求めた事案である。

【判断】 原告は、コネチカット州不公正取引に関する法 § 42-110b に基づいて、被告の契約違反は故意的・違法・妨害的なものであると主張したが、州高