

裁判官と契約の消滅

2013年10月23日債務法改正草案に関する一考察
ムスタファ・メキ（パリ第13大学教授、IRDA 所長）

小林 和子

- I 裁判官の事後の関与の進展
 - A. 当事者の合意による場合
 - 1. 裁判外での紛争解決を推し進める条項
 - 2. 当事者の一方的権限に関する条項
 - B. 一方化現象
 - 1. 裁判外の一時的破棄の原則
 - 2. 裁判外の一時的破棄の原則の枠組み
- II 裁判官の事前の関与の維持
 - A. 債務者の所為に帰すべき不履行による裁判上の解除
 - 1. 裁判上の解除の原則
 - 2. 裁判上の解除の効果
 - B. 債務者の所為に帰されない不履行がある場合の契約の消滅
 - 1. 不可抗力における債務者の解放
 - 2. 複数の契約の解消

本原稿は、2014年9月22日、23日に日仏会館、東京大学で開催されたアンリ・カピタン協会日仏特別研究集会「契約と裁判官：契約自由の比較考察」のムスタファ・メキ教授報告を翻訳したものである。

1. 裁判官の関与—事前の関与から事後の関与へ— 契約の消滅段階における裁判官の役割は、ほぼ自然なものであろう。裁判官は、裁判において判決を言渡し、契約の効力の全てもしくは一部を消滅させる。裁判官による事前の関与と契約の消滅のこの自然な関係は、1804年に制定されたフランス民法典の特徴である。フランス民法典では、不履行による契約の消滅は、裁判上の解除に

よるとしている。しかし、今日、この原則とは相反する傾向が生じている。契約の自由の原則が優先され、しばしば、裁判官の役割が、付随的なものにとどまることがある。すなわち、裁判官の事後の関与が次第に多くなっている。裁判官の事後の関与は、2013年10月23日草案の規定にも見受けられる。この点を理解するため、表題に用いたそれぞれの用語について触れる。

2. 消滅の意義 「消滅」という用語は、本来は、法律上の用語ではない。辞書「リトレ」によると、「消滅」とは、「消す行為、消えた状態」を意味する。法律上では、消滅は、当事者、第三者、裁判官、行政機関が行う消す行為を意味する。また、法律関係が消えた状態を意味することもある。法律関係が消えた状態がどのような時間的広がりを持つかは、場合によって異なる。契約の消滅の場合、まず、無効がある。無効は、成立の段階において契約に瑕疵がある場合、問題となり、原則として、遡及的に契約を消滅させる¹⁾。次に、失効がある。失効は、契約が存続中に本質的な要素を失う場合、問題となり、原則として、将来に向かって契約を消滅させる。本報告は、他の報告で検討されるので、無効や失効を取り上げることはしない。本報告は、履行の段階で契約が消滅した場合を取り上げる。

3. 消滅と履行 履行の段階で契約が消滅する場合には、二つの場合がある。第一の場合は、一方当事者が契約関係を継続しない選択をした場合である。当事者の自由な意思によって、契約は消滅する。すなわち、当事者は、契約を一方的に解消する自由、契約を更新する自由を持っている。契約を更新する場合、新しい契約関係が生じる。第二の場合は、債務不履行があった場合である。不履行があった場合には、二つの場合がありうる。第一に、債務者の所為による不履行がある。第二に、債務者の所為に帰されない、外的要因による不履行がある。契約法において不履行は、状態を示すことにもなる。この場合、効果と

1) ジャン＝パティスト・スーブ教授により取り上げられるテーマである。

しては、制裁よりも救済が好まれる²⁾。判例の流れではこの傾向が見受けられ、本草案も同様である。特に、不履行はリスクと考えられている。条項を用いることにより、当事者はリスクに事前に対処することができる³⁾。契約の消滅と履行の間には様々な関係があるため、裁判官の役割の多様性は驚くべきことではない。裁判官の役割の多様性は、1804年に民法典が制定された後、変化し続けている契約そのものに特に影響を受けている。

4. 契約の概念 1804年に制定された民法典の起草者は、売買契約を典型例として考えていた。そして、契約を、成立から履行までが瞬時に行われる、経済的利益を交換する制度として捉えていた。その後、立法者は、様々な場合で、判例は、少しずつ、当初考えられていた典型例を変化させた。本草案も同様である。契約とは、経済的利益を交換する制度であり、また、契約関係の「原型」でもある⁴⁾。多くの場合、契約は、長い期間に渡って継続される⁵⁾。契約は、しばしば、契約関係そのものでもあり、学説では、組織契約 (contrat-organisation)⁶⁾、協力契約 (contrat-coopération)⁷⁾、同盟契約 (contrat-alliance)⁸⁾、共有契約 (contrat-partage)⁹⁾、関係的契約 (contrat relationnel)¹⁰⁾と表現することがある。独立した単一の契約が存在する場合のみならず、複数の契約¹¹⁾がお互いに依

2) Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l' inexécution du contrat*, LGDJ, 2004.

3) J.-M. Mousseron, *La gestion du risque par le contrat*, RTDciv. 1988, p.481 et s.

4) 区別について、J. Mestre, *L' évolution du contrat en droit privé français*, in *L' évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985), P. U. F., 1986, p.41 et s., spéc. p.55 et s. 契約は、「締結した当事者とは区別される、独立した存在とされる」(p.56)。同様の見解として、M.-A. Frison-Roche, *Le contrat et la responsabilité: consentements, pouvoirs et régulation économique*, RTD. civ., 1998, p.43 et s., spéc. n°12, p.47. 適用について、Ph. Stoffel-Munck, *L' abus dans le contrat. Essai d' une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ., Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome337, 2000.

5) G. Brière de l' Isle, *De la notion de contrat successif*, D. 1957, Chr., 153; J. Azéma, *La durée des contrats successifs*, thèse Lyon, 1968.

6) P. Didier, *Brèves notes sur le contrat-organisation*, in *L' avenir du droit*, Mélanges Fr.Terré, Dalloz-P. U. F. -éd. du juris-classeur, 1999, p.635 et s.

存¹²⁾する場合も問題となる。契約は、過去と将来を結びつける役割を担う。契約は、また、将来を予見¹³⁾、リスクに対処する制度である。リスクに対処する方法には、契約の調整や契約の消滅に対処する条項（更新条項、違約罰条項、解約金条項、責任制限条項…）、あるいは、裁判官の関与に対処する条項（解除条項、和解条項、履行の強制条項…）がある。以上の理由により、契約の消滅そのものが、時間的な広がりを持っている。消滅の段階において、ある種の「合意」（punctuation）¹⁴⁾がある。これは、次第に重要視されている、契約終了後の段階とされているものである。この契約終了後の段階とは、法的な意味を持

-
- 7) S. Lequette, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, *Economica*, 2012. 協力契約とは、交換契約と組織契約の中間に位置する契約であり、その具体例には、フランチャイズ契約、供給契約、共同の利益を有する委任契約、出版契約、ジョイント・ベンチャー契約、コンソーシアム契約がある。すなわち、「目的の達成のため、様々な財産を関係させ、この関係が、様々な経済的利益をもたらす。」ものである。n°182, p.130.
- 8) J. Fr. Hamelin, *Le contrat-alliance*, *Economica*, 2012.
- 9) Fr. Chénédec, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, *Economica*, 2008, n°123, p.114.
- 10) Ian R. Macneil, *The New Social Contract : An Inquiry into Moderne Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980. 関係的契約理論の分析について、v. O. E. Williamson, *Les institutions de l'économie*, Préf. M. Ghertman, trad. R. Coeurderoy et E. Maincent, InterEditions, sous dir. M. Ghertman, 1994, spéc. p.95 et s. ; L. Rolland, *Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec*, *Revue de droit de McGill*, 1999, vol.44, p.903 et s. 批判的な見解として、Y. -M. Laithier, *A propos de la réception du contrat relationnel en droit français*, D., 2006, Chr., p.1003 et s.
- 11) 契約の集団について、B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, Thèse Montpellier, éd. 1975.
- 12) S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Dalloz, 2007 ; S. Bros, *L'interdépendance contractuelle*, thèse Paris2, 2001. さらに、C. Aubert de Vincelles, *Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir*, RDC2007, p.983.
- 13) H. Lécuyer, *Le contrat acte de prévision*, in *L'avenir du droit*, Mélanges Fr. Terré, Dalloz, 1999, p.643 et s. さらに、L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, *Economica*, 2011 ; J. Heinich, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, thèse dactyl. Aix, 2013.
- 14) この見解について、M. -E. André et alii, *L'après-contrat...*, op. cit., p.24.

たず、一時的なそして変動しうる事実の状態である¹⁵⁾。契約の終了後の段階では、「契約の終了後、なお法的な意味を伴って、残されたものを検討する…当事者が主として期待していた経済的な作用がどのように実現されたかに関係なく、終了後、残されたものを検討する。」とされる¹⁶⁾。広義に解して、契約終了後の段階は、「契約関係終了後の当事者の状況」とする見解もある¹⁷⁾。契約終了後の段階は、「契約終了後、契約から生じるもの」とする見解もある¹⁸⁾。契約終了後に関する条項では、いわば、終了した契約の霊が出没しているのである¹⁹⁾。要するに、契約を取り巻く環境は、もはや、農業を中心とした社会ではない。グローバル化された環境である。契約を取り巻く環境は、市場の原理により支配され、社会の加速という現象の一環の中に存在する²⁰⁾。これまで以上に、契約は、将来への賭けであり、リスクに対処する制度とされる。本草案

15) J. -M. Mousseron, M. Guibal et D. Mainguy, Avant-Propos de < l' avant-contrat > éditions Fr. Lefevre, 2001, p.14 ; さらに、M. -E. André, M. -P. Dumont et Ph. Grignon, L' après-contrat, éditions Fr. Lefevre, 2005, spéc. p.25 : 「契約関係の終了後の一定期間」とされる。さらに、M. Mekki, Les clauses aménageant la phase post-contractuelle, in Remédier aux défaillances du contrat, Larcier, 2010, p.147.

16) Ph. Stoffel-Munck, L' après-contrat, in Durées et contrats, RDC., 2004-1, n°sécial, p.159 et s., spéc. p.160 : 「契約終了後の段階が契約そのものとの関係で特に問題となるのは、経済的作用がまさしく過去のものである場合、すなわち、経済的作用が正しく履行された場合である。契約終了後の段階の検討は、最終的には、当事者が望んだ経済的作用の履行の再現に過ぎない場合を問題としない。」

17) M. -E. André et alii, op. cit., p.25 : 契約関係の終了は、広く解されている。例えば、裁判上の無効、約定による無効、解消、裁判上の解除、一方的破棄、不更新、期間満了による終了、解除条項などがある。

18) F. Petit, L' après-contrat de travail, Thèse Bordeaux, 1994, n°16. 同様の見解として、G. Blanc-Jouvan, 「契約終了後の段階は、消滅した契約の影響を依然として受ける、契約の消滅に続く期間を意味する。」(n°3)。

19) C. Caseau-Roche, Les obligations postcontractuelles, thèse Paris I , 2004, n°309 : 契約終了後の段階は、「契約終了の最初の段階ではなく、存在する契約の最後の段階である。」

20) この現象について、H. Rosa, Accélération. Une critique sociale du temps(2005), trad. D. Renault, éditions La découverte, 2010, p.36 : 「近代化の経験は加速の経験である。社会の加速は、時のメカニズムの変容の主たる特徴であり、また、近代文化の不可抗力である。」

の起草者はこの点をよく理解している。とりわけ、不履行の効果として制裁に限らず、複数の救済を考えているからである。すなわち、場合に応じた救済を用意している（本草案125条）。

5. いかなる裁判所の裁判官か 私法の領域での契約の消滅では、司法裁判所の裁判官が中心的な役割を担うことになる。しかし、司法裁判所以外の裁判官の役割を否定することはできない。憲法院裁判官が、契約に関与することがある。例えば、個人の自由の尊重、永久契約の禁止により、契約の一方的解約権の憲法上の問題に関与する²¹⁾。欧州司法裁判所の裁判官、とりわけ欧州人権裁判所²²⁾の裁判官は、いくつかの判決により、契約の消滅に関する問題に関与している。しかし、本報告は、司法裁判所の裁判官と契約の消滅の関係を考察するものである。司法裁判所の裁判官は、次第に、重要な役割を担っている。司法裁判所の裁判官は、「契約の当事者」²³⁾となるには至らないにせよ、契約においてより積極的な役割を担っている。2013年10月23日改正草案においても同様である。すなわち、本草案では、裁判官はより具体的な役割を担っている。信義則（本草案3条）のように、契約の指導原理の確立がその証拠である。別の具体例として、契約の自由と基本権の調整のために規定された比例原則のコントロールがある（本草案2条）。契約における裁判官の役割により、背後にある契約の見方について考えさせられる²⁴⁾。この点に関する議論は、しばしば、二つの見方についての二者択一の議論となる。つまり、仮に、一つの見方である「連帯主義」に拠ると、裁判官は、自然に、契約関係に関与しうる²⁵⁾。仮に、

21) バックスについて、Déc. Cons. const. 9nov. 1999, JCP(G)2000, I, 210, n°4, N. Molfessis.

22) 契約の解除が財産権侵害を構成するか否かについて、CEDH, 29mars 2011, 30août 2011, RDC2012/1, p.186 s., obs. J. -P. Marguénaud.

23) L. Cadiet, Les jeux du contrat et du procès : esquisse, in Mélanges G. Farjat, 1999, p.23 ets., spéc. p.42.

24) 問題の政治的側面について、Th. Génicon, Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques, in La place du juriste face à la norme, Association H. Capitant, 2012, p.85 et s.

もう一つの見方である「契約の自由」に拠ると、裁判官は、契約関係とは無関係であり、混乱させる要素となる。ある学説は、「強者と弱者の間では、自由が服従を要求し、(法律ではなく)裁判官が解放される。」と表現する²⁶⁾。実を言うと、この二つの見方の対立は、単なる誇張にすぎない。多数説は、いずれの見方にも依拠した中間的な見方を支持する。例えば、「社会的自由主義」(libéralisme social)、あるいは、「節度ある連帯主義」(solidarisme modéré)²⁷⁾である。どの見方に依拠するにせよ、実定法に目を向けると、あるパラドックスを指摘しうる。まず、裁判官は、より積極的に、契約に関与している。例えば、裁判官は、過度の不均衡や不誠実な行動をコントロールし、当事者の意思とは関係なく、新たな義務・債務を作り出す。その一方で、裁判官の役割が、契約の消滅段階において、付随的なものにとどまる、あるいは、裁判官の介入が事後にとどまることがある。後者については、裁判官の関与に対処する条項が重要になっていることや、契約法での一方化現象(unilatéralisme)が発展していることによって、裏付けられる。契約の消滅段階における、当事者と裁判官の均衡の問題は、2013年10月23日改正草案でも見受けられる。裁判官と当事者はそれぞれ、より積極的な役割を担っている。この微妙な均衡は、今後、維持しうるであろうか。司法裁判所の裁判官の積極的な役割を維持しながら、契約の消滅段階において、契約の自由を推し進めることは、実際、できるのであろうか。

25) D. Mazeaud, La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises..., Mélanges J. Hauser, 2012, p.905 et s. ; Chr. Jamin, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in Mélanges J. Ghestin, 2001, p.441 et s. spéc. p.471 : Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique, un exercice de lecture comparée, Droits 2010, n°52, p.137 et s.

26) Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, 11éd., Dalloz, 2013, n°42, p.49. 同じ見解として、L. Aynès, Le devoir de renégociateur, RJC., 1999, n°26, p.19 ; Y. Lequette, Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique, in Mélanges J. Hauser, 2012, p.879.

27) M. Mekki, Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise, RDC. 2010, p.383 et s.

6. この問いに対しては、裁判官による、事前の関与と事後の関与を検討すればよい。裁判官は、次第に、事後に関与している。今日における特徴である。しかし、裁判官は、契約の消滅段階において、事前に関与しなくなったと考えるのは間違いである。そこで以下では、まず、契約の消滅段階での、事後の関与の進展について検討する（Ⅰ）。その後、契約の消滅段階での、事前の関与の維持について検討する（Ⅱ）。これらは、本報告における、二つの軸となる。

I 裁判官の事後の関与の進展

7. フランス民法典は、裁判官の関与なしの契約の消滅を予定していないが、最近、裁判官が、事後に関与することがある。裁判官の事後の関与は、当事者の合意による場合（A）、一方化現象による場合がある（B）。

A. 当事者の合意による場合

8. 契約条項の頻繁な利用は、契約自由の原則が確立した兆候であり、裁判官と契約の消滅の関係に、ある影響を及ぼしている。裁判官は、全く関与しないのではなく、事後の関与にとどまる。ある条項は、当事者の協議による紛争解決を推し進め、裁判官の関与の時期を遅らせている。他の条項は、裁判外で契約を消滅させる権限を一方当事者に与えている。

1. 裁判外での紛争解決を推し進める条項

9. **裁判官と契約当事者による事後の合意** 当事者は、いかなる条項が存在するにせよ、事後の合意によって、契約の終了、契約の変更²⁸⁾、新たな契約の締結²⁹⁾、をすることができる。裁判官の判断権は、この段階において、完全に排除されるわけではない。例えば、合意解除³⁰⁾については、暗黙の合意による場合³¹⁾もあり、裁判官は判断権を持つ。同様に、契約の変更の範囲は、記載の方

28) 契約変更による変更について、S. Pellé, *L'avenant au contrat*, IRJS éditions, 2010.

29) 契約の更改による。

法³²⁾に左右されるため、しばしば、裁判官が当事者によって用いられた文言を解釈する必要がある。裁判官は、契約の変更により従来の契約に何らかの変更が加えられたのか、あるいは、更改により、従来の契約は新しい契約に替わったのか、を解釈する。今日では、起こりうる紛争を当事者の協議によって解決し、裁判官の関与に備えることがある。このことは、主に、条項によって行われる。特に、契約の消滅段階で生じる問題について、行われる。実は、条項について、共通した現象を指摘しうる。事前においては、裁判官の役割は減少したが、事後においては、裁判官は解釈により一定の関与をしている³³⁾。裁判官は、生じた問題の内容には関与できないが、その形式が正当であるかについて関与しうる。その具体例として、例えば、ハード・シップ条項、事前に協議を行う義務を負う条項（*clause de conciliation préalable obligatoire*）がある。

10. ハード・シップ条項 将来起こりうる問題に備えて、裁判官が関与する時期を遅らせる条項がある。例えば、期間が満了した期間の定めのある契約、期間の定めのない契約における、再交渉条項がある³⁴⁾。この場合、事情変更

30) R. Vatinet, *Le mutus dissensus* : RTDciv. 1987, p.252 ; G. Rouhette, *La révision conventionnelle du contrat* : RIDcomp. 1986, p.369 ; A. Arseguet, *Rupture d'un commun accord et transaction*, in Mél. Boyer, 1996 ; E. Putman, *La révocation amiable*, in *La cessation des relations contractuelles*, PUAM, 1997, p.125.

31) Cass. 1^{re} civ., 18 mai 1994 : JCP 1994, IV, 1817.

32) v. Cass. 1^{re} civ., 24 avril 2013, n°11-26597, RTDciv2013, p.600, obs. H. Barbier : 「援用された事実や証書の正しい性質決定により、当事者は、2007年2月28日の口頭による取決めるとき、2006年2月26日付けの証書の枠組みにとどまるとした、その取決めとは、変更の表題の通り、従来の契約の文言をはっきりと参照し、机の交換の変更のみを明示したものである、その結果、他の条項はそのまま維持されていた、つまり、料金の自動改訂条項は維持されていたことが認められる、また、2008年、M. Xは、改訂された賃料を支払い、辞職まで、交換された机は転貸借の構成要素であると全員によりみなされ、以前からの契約の一部をなしていたと、控訴院は判断した。」

33) 実務では条項の内容をわざと不十分なものとする場合がある。類型化を避け、後から手を加える余地をより多く残すためである。裁判官がこの曖昧さを解釈する際、危険な駆引となる。

備えたハード・シップ条項に着目することになる。ハード・シップ条項により、「事情変更により、一方当事者にとって過大に負担となるほどに、当初の契約の均衡が変容した場合、当事者は契約の改訂を要求することができる。」となる³⁵⁾。ハード・シップ条項は、国際的な取引において、習慣的に用いられている。しかし、対等でない当事者間では、ハード・シップ条項の作成は難しい、そして、国内法において、当事者が機敏に対応することは、いつも現実的であるとは限らないし、不可能である。条項は、かなり多様であり、当事者の意思の解釈に基づいて契約終了後に争うことはあまり評価できるものではない³⁶⁾。裁判官の役割は、排除されるわけではない。裁判官は、解釈の段階で関与することで、事後に自らの役割を取り戻す。

11. 当事者の合意と不可抗力（本草案） ここでは、イブ＝マリ・レティエ教授によって検討された、事情変更による契約の消滅（2013年10月23日改正草案104条）について触れる。草案104条は、2009年5月草案101条と同じである。第1項は、「事情変更により、リスクを引き受けていない当事者にとって債務の履行が過大な負担となったとき、その当事者は相手方に対し再交渉を求めることができる。ただし、再交渉中、債務の履行を継続することになる。」となっている。第2項は、「拒絶あるいは不調による再交渉の終了の場合、当事者は、合意により、裁判官に契約の改訂を求めることができる。それ以外の場合、当事者は、裁判官が定める日時・条件によって契約を終了させることを裁判官に要求できる。」となっている³⁷⁾。草案は、事情変更による契約の改訂には触れていない³⁸⁾。確かに、104条2項によれば、拒絶や不調による再交渉の終了

34) 再交渉条項により、新たな契約が生じ、従来の契約が消滅する。付随する担保は消滅する。例えば、Cass. 3^{ème} civ., 4 novembre 1980, Bull. civ. III, n°167.

35) B. Oppetit, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship, JDI., 1974, p.797. 概観として、v. J. Ghestin et alii..., Les effets du contrat, op. cit., n°316 et s., p.381 et s.

36) ハード・シップ条項の効率性の欠如について、G. Piette, La correction du contrat, Préf. M. Menjucq, PUAM, 2004, n°299 et s. ; Ph. Stoffel-Munck, La révision..., op. cit., n°107 et s.

の場合、契約当事者のみが、合意によって、裁判官に契約の改訂を求めることができる。それ以外の場合、裁判官は当事者からの要求により「契約を終了」させうる。「契約を終了」という表現は、曖昧であり、より正確な表現が用いられるべきであった。失効か、解消か、あるいは解除が問題となるのか…。契約の終了は、裁判官の義務かあるいは単なる権限なのか。当事者の協議による紛争解決を推し進める条項についても、裁判官は事後に関与する。

12. 当事者の協議による紛争解決を推し進める条項 当事者の協議による紛争解決を推し進める条項³⁹⁾の中には、事前に協議を行う義務を負う条項がある。一定の契約において、高い頻度で用いられる本条項は、契約の履行や破棄に関するあらゆる紛争を義務的な事前協議の対象とすることができる。裁判官は、本条項の強制力に配慮することしかできない。2003年2月14日破毀院混合部判決⁴⁰⁾後、破毀院は、事実審の裁判官に対し、本条項に反した訴えの提起がされても受理しないことを強制している。裁判官がその権限を全く失うと考えるのは間違いである。もちろん、裁判官は、事後に、当事者によって決められた手続きを遵守して協議が行われたのかを確認しうる。特に、破毀院は、本条項の記載内容により積極的に関与している。このことは、2014年4月29日破毀院商事部判決⁴¹⁾の分析により明らかである。問題となった条項では、「契約の解釈、履行、解消など、本契約から生じる当事者間の紛争は、協議による解決が不調に終了した場合、パリ商事裁判所の管轄による。」とされていた。破毀院はこの条項の効力を次の理由により認めなかった。すなわち、「特に条件を

37) ヨーロッパ契約法原則6:111条、アンリ・カピタン協会－比較立法協会共通契約原則7:101条、ガンドルフィ契約法草案157条。

38) 改訂の適法な場合について、v. Th. Génicon, Les traitements légaux : mesures préventives, RDC., 2010/1, p.456, spéc. n°316 et s.

39) L. Cadiet, Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation, Mélanges C. Champaud, Dalloz, 1998, p.123.

40) Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n°00-19423.

41) Cass. com., 29 avr. 2014, n°12-27004, Sté Medissimo c/Sté CGIFrance, F-PB.

示していない場合、協議を予定した条項は、事前に協議を行う義務を負う手続きではない、違反は訴訟不受理事由を構成する。」という理由による。協議の手続きが明らかな条項でなければ、裁判官を排除することはできない。すなわち、当事者、期限、場所、制裁などが明らかである必要がある。条項は、明確で詳細である必要があり、曖昧であってはならない。裁判官は、契約の解釈により、条項の適用について、一定の関与を取り戻す。一方当事者に裁判外で契約を破棄する権限を認める条項（解除条項）についても同様である。

2. 当事者の一方的権限に関する条項

13. 「当然」の解除条項 当事者に一方的権限を与える条項が増えている。価格の一方的な決定条項、解約金条項⁴²⁾などがある。裁判上の解除に関する民法典1184条で定められた、裁判官の判断を免れるため、特に実務において作り出された条項がある⁴³⁾。「当然」の解除条項である⁴⁴⁾。不履行による契約の解除を当事者が事前に放棄する条項は、後に取り上げるため、ここでは問題としない⁴⁵⁾。はっきりとした文言により示された「当然」の解除条項により、債権者は、裁判官が関与することなく、不履行がある場合、契約を消滅させることができる⁴⁶⁾。裁判官は、不履行の具体的事実の問題があった場合のみ、関与する⁴⁷⁾。ここでも、裁判官は、契約の消滅の一側面のみについて判断をしている。

42) Y. Dagorne-Labbé, Contribution à l'étude de la faculté de dédit, thèse Paris II, 1984 ; L. Boyer, La clause de dédit, in Mél. Raynaud, 1985, p.41 ; Cl. Humann, La spécificité de la clause de dédit, RDimm. 1997, p.169.

43) Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, Droit des obligations, 13^{ème} édition, Lexisnexis, 2014, n°517 et s.

44) J. Borricand, La clause résolutoire dans les contrats, RTDciv., 1957, p.433 ; J. Viatte, La clause de résiliation de plein droit dans les baux commerciaux, Gaz. Pal., 1981, 1, doct. p.314 ; C. Paulin, La clause résolutoire, LGDJ, 1996 ; J. A. Robert et Q. Charluteau, Utilité et mise en oeuvre des clauses résolutoires : Rev. Lamy dr. civ. févr. 2010, p.7.

45) A. -S. Lucas-Puget, La clause de renonciation à la résolution judiciaire, CCC2013, formule8.

46) 最近の具体例として、Cass. 1^{re} civ., 25 sept. 2013, RTDciv. 2013, p.880, obs. M. Grimaldi.

解除の適時性に関与しないかわりに、条項の記載内容に関与する。仮に、「当然」の解除の形式的要件が示されず、解除条項があまりにも漠然と書かれていた場合、通常の解除条項となり、裁判官は関与しうる⁴⁸⁾。同様に、解除条項によると、明示されていなければ、附遅滞を免除した解除をすることはできない⁴⁹⁾。裁判官は、信義則により、事後に、本条項に関与する。(しばしば広く解される)悪意⁵⁰⁾により用いられた場合、本条項の効力は失われる⁵¹⁾。本条項と他の契約の破棄の制度との関係が問題となったとき、裁判官は、再び関与する。判例は、一貫して、本条項は、裁判上の解除の要求を妨げないとしている⁵²⁾。しかし、本条項と裁判外の一方的な破棄の場合は、異なる。選択権を、破毀院商事部は肯定したが、破毀院第三民事部は否定した⁵³⁾。ここでは、契約の予見可能性と制裁の効率性の関係が問題となる。破毀院混合部あるいは破毀院大法廷の判断が必要である。

14. 解除条項と草案 2013年10月13日草案は以上の問題に対する答えを用意していない。不履行の救済の冒頭規定である125条2項は、「両立しうる救済はいずれも請求しうる。他のあらゆる救済と共に、損害賠償を請求しうる。」としている。「両立しうる」とは、何を意味するのか。裁判外の一方的な破棄と、

47) F. Osman, Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en oeuvre de la clause de résolution de plein droit : Defrénois1993, 1, 65, art. 35433.

48) Cass. 3^e civ., 7 déc. 1988 : D. 1988, inf. rap. p.299 ; Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 1988 : JCP 1989, II, 21349, obs. M. Béhar-Touchais ; Cass. 3^e civ., 12 oct. 1994 : JCP1994, IV, 2509 ; JCP 1995, I, 3828, n^{os}11à15, obs. Ch. Jamin.

49) Cass. 3^e civ., 29 juin 1977 : Bull. civ. 1977, III, n^o293 ; Cass 1^{re} civ., 3 févr. 2004 : CCC 2004, comm. 55, obs. L. Leveneur.

50) 裁判官の濫用条項の援用について、G. Poissonnier, Les clauses résolutoires abusives dans les contrats de crédit à la consommation : D. 2006, chron. p.370.

51) 特に、v. Cass. 3^e civ., 15 déc. 1976, Bull. civ. III, n^o465 : 17 juillet 1992, Bull. civ. III, n^o254.

52) Cass. 3^e civ., 4 mai 1994 : JCP 1995, II, 22380 et note B. Boccara.

53) Cass. com., 1^{re} oct. 2013, n^o12-20830, D. 反対の立場は、Cass. 3^e civ., 9 oct. 2013, n^o12-23379, FS-PB.

一定の形式の遵守が要求され、時には一定の損害賠償が予定された解除条項の両立の判断は、裁判官が行う。他にも、2013年10月13日草案には、解除条項に関する規定がある。草案133条1項は、「解除条項は、不履行による契約解除の条項を意味する。」としている。この規定により、新たな疑問が生じる。仮に、不履行による解除の条項を「意味する」(désigner) としなければならないとすれば、あらゆる不履行に適用される、漠然と書かれた解除条項は、認められないのだろうか⁵⁴⁾。この考えは間違っているであろう⁵⁵⁾。また、この条項の原則そのものに関係するが、債務者の所為に帰されない不履行（不可抗力）にも解除条項は適用されるかが問題となる。適用されないとすべきである。解除条項は、履行をしなかった債務者を制裁する意味合いを持つ条項であるからである⁵⁶⁾。最後に、第3項は、「解除は、債務者に通知が到達した日からその効果が生じる。」としている。この規定は、改正の当初の議論から大きな変更はない。本規定は、司法省草案167条（2008年7月）、カタラ草案1159条、テレ草案112条と全く同じである⁵⁷⁾。理由提示義務に関する規定の創設を起草者が検討していないのは、残念である。この義務は、濫用を未然に防ぎ、裁判官の事後の関与の助けとなる⁵⁸⁾。

当事者の合意は、今日、一方化現象⁵⁹⁾と共に、裁判官の関与を事後にさせるものである。裁判官の関与は、当事者の合意のみならず一方化現象によっても、

54) カタラ草案でも既に同様の議論が見受けられた、v. Medef, Observations sur l' avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, juin2006, p.22. この見解は、あらゆる不履行に関する一般条項の作成も可能とする。

55) 反対の見解として、A. Hontebeyrie, Les effets du contrat dans le projet de réforme, Journal des sociétés, n°118, avril 2014, p.33 et s., spéc. p.40.

56) この見解について、Chr. Paulin, La clause résolutoire, préf. J. Devèze, LGDJ, 1996, n°71 et s. さらに、Ph. Stoffel-Munck, Exécution et inexécution du contrat, RDC., 2009/1, p.333. spéc. n°19.

57) 2009年5月草案142条では、解除の効果が示されていない。

58) 附遅滞がない場合には、通知における理由提示が求められるであろう。

事後のものとなる。

B. 一方化現象

15. 躍進を遂げている一方化現象は、契約における当事者による公正 (justice privée) の再現の現れである。この点は、マガリ・ジャウアン教授が博士論文において見事な分析を行っている⁶⁰⁾。条項によって予定されていなくても、当事者が裁判外で契約を一方的に破棄する機会が次第に増加している。この場合、必然的に裁判官は付随的に関与するにすぎない。例えば、期間の定めのない契約の、いかなる不履行もない場合に行使される、一方的解消権である⁶¹⁾。濫用や法⁶²⁾に予定された他の手法によって、事後に、裁判官はこの解消権に関与する。濫用は、特に、供給契約が不当に更新されない場合に役立つ。例えば、2013年10月8日破毀院商事部判決がある⁶³⁾。契約法では、従来とは全く異なる救済が行われる場合がある。当事者の行動の重大性による、裁判外の一時的破棄の場合である⁶⁴⁾。今日、この原則は確立しているが、裁判官の事後の関与を容易にするため、手続きが改善されるべきである。

59) 契約法での一方化現象の進展について、L' unilatéralisme et le droit des obligations,

Colloque du 9 janvier 1998 organisé par le Centre de recherche européen de droit des obligations de l' Université Paris Val-de-Marne (Paris XII) et le Centre René Demogue pour la recherche interdisciplinaire et comparative en droit des contrats de l' Université de Lille II, sous dir. Chr. Jamin et D. Mazeaud, *Economica*, Coll. Etudes juridiques dirigées par N. Molfessis, n°9, 1999. さらに、R. E., De Munagorri, L' acte unilatéral dans les rapports contractuels, Préf. A. Lyon-Caen, LGDJ., Bibliothèque de droit privé, Tome254, 1996.

60) M. Jaouen, La sanction prononcée par les parties au contrat, Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, *Economica*, 2013. さらに、D. Mazeaud, Le nouvel ordre contractuel, RDC2003, p.295, spéc. n°36.

61) バックスに関する判決として、Déc. Cons. const. 9nov. 1999, JCP (G) 2000, I, 210, n°4, N. Molfessis.

62) 商取引関係の突然の打ち切りに関する商法典 L. 442-6 条などがある。

1. 裁判外の一方的破棄の原則

16. 判例による形成 裁判外の一方的破棄の原則は、実を言うと、一方的解消の対象とはならない、期間の定めのある契約において問題となる⁶⁵⁾。1998年10月13日破毀院第一民事部判決、2001年2月20日破毀院第一民事部判決が、裁判上の解除と相反するこの原則⁶⁶⁾について触れている⁶⁷⁾。行動の重大性がある場合、当事者は、自らの危険において契約の終了を求めうる⁶⁸⁾。特に契約の拘束力との関係を幾度も強調する学説が一部存在するが⁶⁹⁾、判例は裁判外の一方的破棄の原則を認めている⁷⁰⁾。当事者により一方的に行われることから、この破棄の要件である「行為の重大性」は、民法典1184条の要件である「重

63) 例えば、特約店の地位の承継を失敗させた許諾者の行為、すなわち、特約店契約の不当な打ち切りの例(2013年10月8日破毀院商事部判決 n°12-22952)がある。「解消の通知日に、許諾者は、特約店とその承継者との間での交渉を知っていたことが認められる、そして、理由となる事実を評価すると、許諾者の解消が及ぼす無形の営業財産の価値への影響に照らすと、譲渡により得られる相当な対価を特約店から奪い、特約店が窮地に陥ることを知りつつ、許諾者は解消の通知を早めたことが認められる、控訴院は、第一の主張が援用したフォートを認めず、協力義務を許諾者に認めなかった、そして、解消が譲渡を阻んだとしなかった、しかし、許諾者は故意に特約店同士の承継を阻害したことを強調した、この理由のみにより、第二、第四、第六の主張によって批判を受けた理由を別とすれば、予告の遵守にもかかわらず、フィアット社は、解消権を信義則に反して用いたと導きえた。」

64) Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Le droit des obligations*, op. cit., n°424.

65) Ph. Simler, *L' article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée*, JCP1971, I, 2413.

66) 裁判外の一方的解除は、以前は、例外的にのみ認められた。特に、判例では、緊急を要する場合に認めていた。

67) Cass. 1^{re} civ., 10oct. 1998, Bull. civ. 1998, I, n°300 ; D. 1999, 197 et note Ch. Jamin ; Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2001, Bull. civ. 2001, I, n°40 ; D. 2001, 1568 et note Ch. Jamin ; D. 2001, somm. 3239, obs. D. Mazeaud.

68) J. -P. Gridel, *La rupture unilatérale aux risques et périls*, Rev. Lamydr. civ. sept. 2007, p.53 ; Ph. Chauviré, *Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l' absence de comportement grave?*, Rev. Lamydr. civ. oct. 2010, p.7 ; S. Pellé, *La réception des correctifs d' équité pour le droit : l' exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail*, D. 2011, 1230.

大な義務違反」より厳格に評価されることが期待されていた。「行為の重大性」の評価を巡って、主として誠実性を参照しながら主観的に判断するという見解⁷¹⁾と、不履行の債務が本質的であるかを考え重大性を判断し、客観的に判断するという見解⁷²⁾が対立していた。しかし、全く異なった。破毀院は、「行為の重大性」と「重大な義務違反」を単に同様に解したのである⁷³⁾。裁判官は、「自らの危険」による契約終了であることから、事後に関与する。不当に破棄された当事者は、事後に、訴えを提起することができる。多くの場合、裁判官は、破棄した当事者に損害賠償を命じることになる。契約関係を元に戻すことを命じることほとんどない⁷⁴⁾。

17. 条文の制定の可能性 2013年10月23日草案では、裁判外の一方的破棄の原則の規定がある⁷⁵⁾。その一方で、期限前の一方的解除には触れていない⁷⁶⁾。裁判外の一方的破棄の原則は、134条「通知による解除」に規定されている。

69) S. Amrani-Mekki, La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée : Defrénois 2003, 1, 369, art. 37688 : D, Mazeaud, art, préc : Ch. Corgas-Bernhard, La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée, PUAM, 2006 : A. Vaissière, A propos de la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée, Rev. Lamy dr. civ. juill. -août 2006, p.70 : T. Génicon, Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier, RDC2010, p.44.

70) Cass.1^{re} civ., 5 nov. 2008, RTDciv. 2009, 119, obs. B. Fages : Cass.1^{re} civ., 24 sept. 2009, RDC 2010, p.690, obs. C. Pelletier.

71) J. Mestre et B. Fages, La résolution unilatérale s'installe doucement dans le paysage juridique français, RTDciv, 2001, p.363.

72) この見解には、S. Amrani-Mekki, La résiliation unilatérale.. op. cit., Defrénois2003, p.383 : Ph. Stoffel-Munck, Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale, Droit et Patrimoine, 2004, p.126.

73) 重大な義務違反の概念について、v. Cass. com., 18 juin2013, LPA18 oct. 2013, n°209, p.6, obs. A. Albarian.

74) Cass.1^{re} civ., 7 nov. 2000, D. 2001, somm. p.1137. さらに、J. Mestre, Rupture abusive et maintien du contrat, RDC2005, p.99 : Ch. Bourgeon, Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien, RDC2005, p.109.

第1項は、「債権者は、自らの危険において通知による契約の解除ができる。」としている。通知による解除は、今後、裁判上の解除と併存することになり⁷⁷⁾、当事者は選択権を持つ⁷⁸⁾。草案では、「十分に重大な不履行」という文言が用いられ、全くの主観的基準ではなく、裁判上の解除とかなり類似した基準を選択したようである。不当に破棄された契約が存続し続けるのかあるいは終了するのは、草案で用いられている文言は曖昧であり、明らかではない⁷⁹⁾。

18. 裁判外の一方的破棄の危険性 事後の裁判官への訴えでは不十分であり、裁判外の契約の破棄の原則は非常に危険であると考えずにはいられない。法によって裁判官への訴えが債務者に認められても、実際はどうであろうか⁸⁰⁾。主たる収入源でありうる契約が破棄された場合、債務者は、裁判官に訴える経済的手段、ノウハウ (moyens intellectuels) はあるだろうか。契約が復元することは常に可能とは限らないため、当事者による契約破棄が損害賠償によって可

75) 通知による解除は既にヨーロッパ統一法への動きでも存在する。例えば、ヨーロッパ契約法原則9:301条、ガンドルフィ契約法草案114条、ユニドロワ国際商事原則7.3.1条、アンリ・カピタン協会-比較立法協会共通契約原則10:303条。

76) 2008年7月司法省草案169条、テレ草案111条は触れている。国際的な動き（ユニドロワ国際商事原則7.3.3条、ウィーン売買契約72条）によるものであるが、契約当事者に新たな脅威となり、受入れ難い。契約は将来の賭けであり、不履行の賭けではない。不履行のリスクの結果は、契約の停止（2013年草案では不安の抗弁として認められている）であり、契約の解消ではない。期限前不履行による解除は、共通欧州売買法草案116条がある。

77) 共通欧州売買法草案118条とは異なる。さらに、2013年草案は、解除の規定を不履行の部分に置くため、その要件を切り離して規定している。

78) 債権者という文言を用いたのは驚くべきことである。当事者という文言がより適切である。カタラ草案におけるこの点について、Ph. Stoffel-Munck, *Exécution et inexécution du contrat*, RDC2009/1, p.333, spéc. n°22.

79) 134条1項は、解除ができるとし、4項は、異議を唱えることができるとする。4項から、不当な破棄の場合には、要件が満たされないことから、契約は一度も破棄されていないとなるとの考えに辿り着く。

80) J. Rochfeld., *Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivisation du droit de l'exécution*, RDC2006, p.113 et s.

能になることにならないか。「契約は守らなければならない」(respect de la parole donnée) 原則よりも経済的効率性を重視した救済法に行き着かないだろうか⁸¹⁾。従って、期間の定めのある契約を裁判外で破棄させる権限は、当事者による破棄の理解や許容を可能にする、そして特に、裁判官が事後にその正当性に関与する、手続きによるべきである。

2. 裁判外の一方的破棄の原則の枠組み

19. 理由提示義務と予告期間 (草案) 実定法は、裁判外の一方的破棄の原則の枠組みについてほとんど触れていない。学説では、主として、催告期間 (délai de préavis) と理由提示義務の創設が主張されていた⁸²⁾。本草案は、より積極的に枠組みを示している。1項から4項まで、一方的破棄の要件を示している。1項は、「一方的破棄をする者は、債務を履行しない債務者に対し、まず、相当期間中に附遅滞をする必要がある。」としている⁸³⁾。2項は、「附遅滞には、明確に、債務者が履行しない場合、債権者は契約を解除しうると記さなければならない」と付け加えている。この附遅滞は、債務者に、最後の履行の機会を与える。債務者が履行しないことが明らかである場合、債権者は附遅滞をしなくてよい。この点は、暗示であってもよい⁸⁴⁾。草案の重要な改正点は、判例では認められていない、理由提示義務の規定を設けたことである。3項は、「不

81) Ph. Stoffel-Munck, Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale, droit et patrimoine, mai 2004, n°126, p.70 et s.

82) 好意的な見解として、M. Fabre-Magan, L' obligation de motivation en droit des contrats, in Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle, LGDJ, 2001, p.301 ; D. Mazeaud, Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs!, Recueil Dalloz, 2010, p.2178 ; S. Amrani Mekki., La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée, Defrénois2003, p.383.

83) 附遅滞は、ヨーロッパ契約法原則、アンリ・カピタン協会-比較立法協会共通契約原則、ユニドロワ国際商事原則には存在しない。

84) 緊急の場合で、附遅滞が無意味の場合には、テレ草案110条2項がある。v. C. Aubert de Vincelles, La résolution du contrat pour inexécution, in Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, p.280 et s.

履行がある場合、債権者は債務者に契約の解除とその理由を通知する。」としている⁸⁵⁾。4項は、証明責任の規定を置き、判例における「自らの危険」の要件に意味を与えている。この点も、評価できる。「債務者は、解除に異議があるとき、いつでも訴えを提起することができる。債権者は不履行の重要性を証明しなければならない。」としている。債権者が証明責任を負う。カタラ草案は証明責任について触れていない⁸⁶⁾。カタラ草案は、裁判官の事後の介入を少し抑えるべきであった⁸⁷⁾。2013年草案は、2008年7月司法省草案（168条3項）のように、レフェレ裁判官によって、債務者のため、附遅滞の効果が停止されることを明らかにしてはしていない。この可能性は民事訴訟法が規定すればよい。一方的に破棄された契約の復元への事実審の裁判官の関与は、形式、実体の要件が遵守されなかったならば、可能とすることに何の妨げもない。当事者の一方的な破棄の権限が、不当に破棄された契約を復元しうる裁判官への訴えにより補われることは、全く妥当である⁸⁸⁾。たとえ一時的であっても、破棄された契約の復元は、その上、しばしば、著名な判決が示すように、有効である⁸⁹⁾。

20. 効率性の優位性 通知による解除は、ヨーロッパ統一法への動きに強く影響を受けている。効率性の名の下に、債権者が優遇される⁹⁰⁾。手続きはより速

85) テレ草案は、理由提示義務を要求していない。提案理由は、債権者の証明責任で十分であるとす。C. Aubert de Vincelles, *op. cit.*, n°6. アンリ・カピタン協会－比較立法協会共通契約原則10:303(3)a条は、通知に、「解除原因とその射程」を示さなければ、有効な通知とはならないとする。

86) カタラ草案1158条。2008年7月司法省草案、2009年5月草案においても同様である。

87) テレ草案110条3項は、「債務者は常に解除の異議をレフェレ裁判官に唱えることができる。債権者は不履行の重要性を証明しなければならない。裁判官は、場合に応じて、(必要な場合は日付を決定して) 解除をする、あるいは、履行の強制をする。」

88) 批判的見解として、v. Ph. Stoffel-Munck, *Exécution.*, *op. cit.*, spéc. n°26. 同様の批判として、カタラ草案に関するパリ商工会議所の報告。

89) Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000, D. 2001, somm. p.1137, obs. D. Mazeaud.

90) 期日前の通知による解除には触れていない。この点について、テレ草案111条、2008年7月司法省草案169条。

く低コストである⁹¹⁾。しかし、効率性と正当性、債権者の利益と債務者の利益の均衡のため、通知による解除は、重大な濫用を防ぐため、手続き（附遅滞、催告期間、理由提示義務、証明責任）⁹²⁾を経て、行われるべきである。従来からの裁判上の解除におけるヒューマニズムは、通知による解除の効率性によって否定されるべきでない⁹³⁾。

21. 動向は明らかである。契約の自由や制裁の効率性により、裁判官は事後に関与する。しかし、裁判官の権限は無視できない。なぜならば、裁判官は、契約の解釈をし、条項の射程や効率性に異議を唱える。一方的破棄の際には今後一定の手続を踏むことになる。このことは、裁判官の関与の実効性・効率性を強める。

裁判官の事後の関与が発展しているが、事前の関与も維持されていることを忘れてはならない。以下では、事前の関与の具体例をみる。

II. 裁判官の事前の関与の維持

22. 契約における一方化現象の躍進は事前の関与を全て排除しているわけではない。当事者の不履行による契約の消滅において、裁判官は重要な役割を果たしている。裁判官は、主に、当事者の所為に帰すべき不履行による裁判上の解除の場合、事前に関与する（**A**）。また、裁判官は、当事者の所為に帰されない不履行の場合にも関与し、契約を消滅しうる（**B**）。

91) D. Mazeaud, Rapport de synthèse, RDC., 2009/1, p.397, spéc. n°37.

92) 証明責任以外の手続きについては、既に、2008年7月司法省草案168条、2009年5月草案143条がある。

93) この性質について、v. Ch. Jamin, Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence, in L'unilatéralisme et le droit des obligations, Economica, 1999, p.71 et s.

A. 債務者の所為に帰すべき不履行による裁判上の解除

23. 裁判上の解除の原則そのものには、大きな問題はない（1）。議論の中心は、裁判上の解除の効果にある（2）。

1. 裁判上の解除の原則

24. **裁判官一保護者** 裁判上の解除の規定は民法典1184条にある⁹⁴⁾。この規定を概略すると、不履行による解除の対象は、双務契約や要物契約である。原則として、裁判上の解除は契約を遡及的に消滅させる。裁判官は解除について重要な判断権を持つ。不履行は十分に重大である必要がある。不履行は、債務者の所為に帰すべき場合と帰されない場合がある⁹⁵⁾。裁判官は、猶予期間を債務者に与える場合、債権者に損害賠償を認める場合、債務者に履行を強制させる場合がある⁹⁶⁾。裁判上の解除における裁判官の権限は、1804年に制定された民法典に深く浸透したヒューマニズムの象徴である。この権限は、議論の的ではない。実を言うと、今日議論となっているのは、裁判上の解除は、通知による解除に替わるのではないかという点である。2013年10月23日草案は、この代替を認めず、いずれの解除制度も認め、債権者に制度の選択権を与えている。

25. **裁判上の解除の維持（草案）** ヨーロッパ統一法への動きでは、通知による解除の規定のみを置いている。アンリ・カピタン協会－比較立法協会共通契約原則のみ異なっている（10：306条）。本草案は裁判上の解除を維持し⁹⁷⁾、当事者に選択権を与えている⁹⁸⁾。135条は、「当事者は、常に、裁判上の解除

94) Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Le droit des obligations*, op. cit., n°513 et s.

95) 債務者のフォートの場合のみ裁判上の解除の問題とする考えは、特に v. B. Fages, *Le comportement du contractant*, préf. J. Mestre, PUAM, 1997 ; C. Chabas, *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ, 2002.

96) しかし、常識からすると、裁判官が同時に解除と履行を命じることはできない。Cass. 1^{re} civ., 5juill. 2005, Bull. civ2005, I, n°292 ; Rev. Lamydr. civ. févr. 2007, p.68 et note J. -M. de Carmo Silva.

を請求できる。」とする。さらに、判例の流れに従い、解除条項が存在しても、当事者は、民法典1184条による裁判上の解除を選択しうる⁹⁹⁾。「常に」は、議論的となる。裁判上の解除を事前に放棄する条項は、将来、禁止されるのであろうか¹⁰⁰⁾。テレ草案102条は、不履行の場合、債権者による救済の制限、排除を当事者に認めている。このような規定は本草案にはない。この点を今後明らかにする必要がある。

2. 裁判上の解除の効果

26. 難しい問題は、解除の原則そのものではなく、効果にある。効果では、裁判官の役割は重要である。破毀院は、「双務契約が、当事者による不履行によって解除された場合、当事者は、契約から生じた債権・債務がなかった状態に戻す義務を負う。」としている¹⁰¹⁾。実際、裁判官は、解除の効果の時間的広がり調整する権限を持っている。継続履行契約では、遡及的な効力は不履行時までである¹⁰²⁾。不履行が初めから存在する場合は、契約全体が遡及的に消滅する¹⁰³⁾。2013年10月23日草案137条3項は¹⁰⁴⁾、区別なく、「債務の履行が当

97) 例えば、共通欧州売買法草案118条も異なる。さらに、2013年草案は、解除の規定を不履行の部分に置くため、その要件を切り離して規定している。

98) 債権者のみではなく当事者とすべきである。カタラ草案におけるこの点について、Ph. Stoffel-Munck, *Exécution et inexécution du contrat*, RDC2009/1, p.333, spéc. n°22.

99) Cass. 3^{ème} civ., 4mai1994, Bull. civ. III, n°84. 概観として、D. Bakouche, *L'articulation des résolutions unilatérale et conventionnelle*, JCP (G.), 2014, p.414.

100) Cass. 3^{ème} civ., 3 nov. 2011, Bull. civ. III, n°178は、肯定した。

101) Cass. 3^{ème} civ., 29 janv. 2003, JCP2003. II, 10116, obs. Y. -M. Serinet.

102) Cass. 3^{ème} civ., 1^{re} oct. 2008, Defrénois2008 art. 38874, n°1, obs. R. Libchaber : RDC2009, 70, obs. T. Génicon ; RDC2009, 168, obs. J. -B. Seube.

103) Cass. 3^{ème} civ., 30 avr. 2003, Bull. civ. III, n°87. 「履行が継続的に行われる双務契約は、裁判上の解除により、不履行時まで遡及的に消滅する。不履行が初めから存在する場合は、契約全体が遡及的に消滅する。」

104) この規定は、おそらく、通知による解除にも意義がある。その遡及的效果は学説では激しい議論的である。特に、v. Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, op. cit., n°660.

事者の予定した内容と異なる場合、契約のエコノミーによる要請がある場合、当事者は解除による原状回復義務を負う。」とする。文言を明確にする必要がある。以上の文言によると、予定した内容と合致した債務は原状回復されないのか。原状回復義務について、破産院はあらゆる使用利益の補償を排除している¹⁰⁵⁾が、2013年10月23日草案259条は、排除していない。

27. 継続する条項と裁判官の権限 現在、解除の効果では、解除後継続する条項が問題となっている¹⁰⁶⁾。一定の条項は、解除後、存続し、効力を持ち続ける。例えば、紛争解決に関する条項、仲裁に関する条項¹⁰⁷⁾、裁判管轄に関する条項¹⁰⁸⁾である。解除後の義務に関する条項（守秘義務に関する条項、競業行為を禁止する条項…）も存続する¹⁰⁹⁾。不履行の効果に関する条項も存続し続ける¹¹⁰⁾。不履行をした債務者を制裁する違約罰条項も同様である¹¹¹⁾。これらの条項の有効性の判断は完全に裁判官に委ねられている。契約が解除されてもなお存続し続けるかを判断するのは裁判官である。判例は、常に明白であるわけではない。最近、驚くべきことに、責任制限条項¹¹²⁾や解消に関する条項¹¹³⁾の

105) 遡及効一般について、Cass. com., 30oct. 2007, Bull. civ. 2007, IV, n°231 ; JCP2007, IV, n°3180 ; Cass. 3^{ème} civ., 19déc. 2007, n°07-12824, RDC2008, 255, obs. T. Génicon ; Cass. 3^{ème} civ., 19 févr. 2014, D2014, p.544 ; CCC2014. com. 112, ob. L. Leveneur.

106) L. Bernheim-Vandecastell, *Survie de certaines clauses du contrat en cas de résolution pour inexécution*, Brèves réflexions à la lumière de la jurisprudence récente, LPA 15 févr. 2013, n°34, p.6.

107) Cass. com., 12nov. 1968, D. 1969, p.238.

108) Cass. 2^e civ., 11 janv. 1978, Bull. civ. 1978, II, n°13.

109) 契約終了後の段階について、v. M. Mekki, *Les clauses post-contractuelles*, in *L'après-contrat*.

110) Cass. ch. mixte, deux arrêts, 23nov. 1990, D. 1991, p.121 et note Ch. Larroumet.

111) この問題について、Ch. Hugon, *Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat*, JCP1994, I, 3790.

112) Cass. com., 5oct. 2010, RDC2011, 431, obs. T. Génicon.

113) Cass. com., 3mai 2012, D. 2012, 1719, note A. Etienney de Sainte-Marie, D. 2013, 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki.

効力を否定している。これらの条項は、不履行に関する条項ではないか。2013年10月23日草案は、一定条項が解除後にも存続することを認めている。しかし、責任制限条項や解消に関する条項を含んでいるのかは定かではない。草案138条は、「解除は、守秘義務に関する条項、競業行為を禁止する条項など、解除後存続を予定した条項や紛争解決に関する条項には、影響を及ぼさない」としている。

28. 裁判上の解除では、裁判官は重要な権限を持ち続けている。債務者の所為に帰されない不履行による契約の消滅でも、裁判官は関与し続けている。

B. 債務者の所為に帰されない不履行がある場合の契約の消滅

29. 債務者の所為に帰されない不履行がある場合の契約の消滅でも、裁判官は積極的な役割を担っている。主に、二つの場合がある。不可抗力の場合と複数の契約の消滅の場合である。

1. 不可抗力における債務者の解放

30. 2006年4月14日破毀院大法廷判決¹¹⁴⁾後、契約法と不法行為法の不可抗力の定義を同一に破毀院は解している。いずれの領域でも、不可抗力は、予見できないかつ不可抗の事実である。裁判官は、契約法では、成立の段階では合理的に予見できない事実であり、履行の段階では不可抗の事実や結果であるか、検討する。問題は、裁判官の関与は事前か事後かである。つまり、不可抗力の要件がそろった場合、裁判上の解除により、解除には裁判官の関与が必要であるのか、あるいは、裁判官の事前の関与はなく、当然に解除されるのか、である。判例は、裁判上の解除がなされると解しているようであるが、議論は尽くされていない¹¹⁵⁾。

114) Ass. plén. 14 avr. 2006, n°04-18. 902 P. Brugiroux c/RATP et n°02-11. 168 P. Mittenaeere c/ Lucas, Bull. civ. Ass. plén. n°5.

115) Cass. 1^{re} civ., 2juin 1982, BI n°205, RT. 83. 340 obs. Fr. Chabas.

31. 草案は、不可抗力の定義や効果を大きく変更している。草案では、不可抗力は、責任の免除と債務者の債務からの解放の原因となるとしている。不可抗力は、危険負担理論（*théorie des risques*）と結びつき、契約をリスク管理の制度と考える。草案126条は、「契約締結時では合理的には予見できず、適切な処置によりその結果を回避できない、債務者のコントロールを超えた事情が、債務者の債務の履行を妨げる場合、契約法では、不可抗力の問題となる。」としている。2項は、「不履行が治癒しうる場合、契約は停止しうる。不履行が治癒しがたい場合、契約は当然に解除される。213条、214条の要件により、当事者は自らの債務から解放される。」としている¹¹⁶⁾。事情とは、契約締結時では合理的には予見できず、その結果を回避できない、債務者の債務の履行を妨げるものである。この定義は、2006年4月14日破毀院大法廷の2つの判決による、統一した「誤った」定義よりも適切である。「不可抗力」という要件がない。2013年10月23日草案は、債務者によるリスク負担の原則を採っている¹¹⁷⁾。不可抗力とリスクの負担の関係は¹¹⁸⁾、126条が参照している、213条により、明らかである。213条は、「履行の不可能は、不可抗力により治癒できない場合、リスク負担や附遅滞がなければ、債務者を債務から解放させる。」としている。契約法では、予見可能性が問題となっている。いかなる者も不可能なことを強いられることはない。草案は債務者の債務や契約への不可抗力の効果を明らかにしている。カタラ草案は明らかにしていない。反対に、テレ草案は、ヨーロッパでの統一ルールの試みから示唆を得て当然の解除を選択している¹¹⁹⁾。統一ルールの試みは、通知が不要の当然の解除を認めているが、テレ草案は、債務者に通知義務を負わせている（110条）。2013年10月23日草案

116) 草案126条1項・2項は、2009年5月草案134条と同様である。

117) 同様の見解として、テレ草案109条がある。

118) この考えを適用した判決として、Cass. 3^{ème} civ., 31oct. 2006, JCP G2007, I, 115, n°13. 特に、v. M. Mekki, La définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur, *Lamy Civil*, n°29, p.17.

119) ヨーロッパ契約法原則9:303(4)条、ユニドロワ国際商事原則7.1.7条。

が、通知が不要の当然の解除を予定していることは、残念である。解放された債務者の債権者への通知は実用的であり、テレ草案のように、法に定めを置くべきである。この点に関する改正を期待するが、裁判官は、不可抗力の場合、契約が消滅する要件を確認するため、事前に関与する。

32. 債務者の所為に帰すべき不履行がない場合に関して、裁判官の事前の関与の具体例として、全体 (ensemble contractuel) における複数の契約の消滅を取り上げる。

2. 複数の契約の解消

33. 例えば、同時にあるいは異時に締結され、相互に依存した複数の契約によって全体が構成されることがある¹²⁰⁾。そこで、一つの契約が消滅したとする。一見したところ、その実益を失った他の契約はどうなるのか。実益を失った契約の履行から債務者を解放（例えば、不必要になった画像再生装置のリース料を支払い続けること）するため、裁判官は、全体を構成する一つの契約の消滅は、他の契約の消滅、失効をもたらすとした。いかなる根拠（コース、契約当事者の意思、不可分性…）にせよ、全体を構成する一つの契約の不履行により、つまり、債務者の所為に帰されない不履行により、裁判官は、他の契約の消滅を言渡していた¹²¹⁾。今日の問題は、可分条項の有効性にある。この条項は、全体における各契約の依存関係を失わせ、次々と契約が消滅することを回避させる。各契約の相互依存関係を可分条項により支持できないとき、裁判官はこの条項とより一層向き合うことになる。破毀院商事部は、ためらいがちであり、

120) S. Bros, L'interdépendance contractuelle, th. Paris II, 2001 ; S. Pellé, La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrats, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007.

121) J. -B. Seube, Caducité et ensemble contractuel indivisible, in Mélanges J. Foyer, Economica, coll. Bibliothèque de droit privé, 2008, p.925 ; S. Amrani-Mekki, Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats, Defrénois2002, p.356.

契約のエコノミーに反するこの条項は書かれざるものとする判断した¹²²⁾。破毀院第一民事部は、可分条項の有効性を肯定した¹²³⁾。しかし、この期待は長く続かなかつた。すなわち、2013年5月17日破毀院混合部判決（2つの判決）は、不十分な理由により、この条項の有効性を再び否定した¹²⁴⁾。破毀院は、原則として、いわゆるファイナンス・リース（location financière）を構成する契約は相互依存関係にある、この相互依存関係と相容れないあらゆる条項は書かれざるものとみなす、としている。よって、一つの契約の解消は他の契約の消滅をもたらすことになる。「いわゆるファイナンス・リース（location financière）における、同時、あるいは順次の契約は、相互に依存している。この相互依存関係と相容れない条項は書かれざるものとみなす。」としている。この見解は問題がある。契約の自由をほとんど認めず、一貫性がない。さらに、判決理由の文言は、曖昧であり、法的安定性との関係で問題である。なぜ、不可分性ではなく相互依存関係なのか¹²⁵⁾。「同時、あるいは順次」の契約とはいかなる契約か。いわゆる「ファイナンス・リース」（location financière）を構成しない全体をどのように考えるべきか。「相容れない条項」とはどのような条項か。本判決は、裁判例の多い領域における議論に決着をつけることができていない。

122) Cass. com. 15 févr. 2000, n°97-19. 793, D. 2000. 364, obs. Ph. Delebecque.

123) Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 2010, n°09-68. 014, D. 2010. p.2073, obs. X. Delpech, 2011, p.566, note D. Mazeaud.

124) Cass. ch. mixte, 17 mai 2013 n°11-22. 768 et n°11-22. 927, D. 2013. 1658, note D, Mazeaud et 2487, obs. C. Le Stanc : RTDciv. 2013. 597, obs. H. Barbier : RTDcom2013. 569, obs. D. Legeais : JCP2013. 674, note J. -B. Seube et 673, note F. Buy : RDC2013. 1331, note Y. -M. Laithier.

125) 2008年草案13条は、相互依存関係という文言を用いている。2009年5月草案89条とは異なる。2013年10月23日草案94条2項は、「全体取引（opération d'ensemble）」という奇妙な文言を用いている。

34. 契約の消滅と裁判官の分析から、当事者の契約の自由と裁判官の権限との間の、そして、効率性と公平性との間の均衡が次第に確立してきていることが明らかにされた。2013年10月23日草案は、この適切な均衡を尊重し、認めたものと評価できる。

(こばやし・かずこ 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻准教授)

