

解除における「重大な契約違反」と

「付加期間設定」要件の關係

——ドイツ、英米、CISG, PICC, DCFRの議論に示唆を得し——

山田 到史子

(一) 問題の所在

(二) 「重大な契約違反」及び「Nachfrist」を解除要件とする法制度

(I) Nachfristを中心とする解除要件を持つ制度——ドイツ債務法現代化法

(II) 重大な契約違反を解除要件とする制度——英米法

(III) 両者を解除要件として併記する制度——CISG, PECL, PICC, DCFR

(三) 解除の要件としての「重大な契約違反」と「Nachfrist」の關係と、

日本における債権法改正の立法提案

(四) 結びに代えて

(一) 問題の所在

法定解除権の要件として、現在日本で債権法改正の議論の中で、一九八〇年国際動産売買契約に関する国連条約（以後CISGという）で解除要件とされている「重大な契約違反（fundamental breach）」をモデルとする「重大な不履行」と、「付加期間設定」解除をモデルとする「催告期間設定解除」の関係を巡り、様々な法的構成が主張され議論されている。CISGにおいても、これら二つの要件は四九条一項(a)号と(b)号で並列されており、両方がともに解除の要件となることについては、CISGの前身であるハーグ国際動産売買統一法（以後ULIS又はEKGという）を引き継ぐものでもあり（但、CISGは引渡のない場合のみ）、起草過程においても全く異論なく認められ、その構成は双方から高く評価されてきた。しかし実は前者は、英米法に起源を持つとされる一方、後者はドイツ法の *Nachrist* に由来すると言われ、各々別個独立の法制度における解除要件を範として⁽¹⁾いる。なお、CISGについては、今や世界の潮流——例えばヨーロッパ契約法原則（以後PECLという）・共通参照枠草案（以後DCFRという）、UNIDROIT 商事契約法原則（以後PICCという）、それらをモデルとするドイツ債務法現代化法など⁽²⁾が、CISGをモデルとする構成に収斂していると言われている。

このように、解除の要件として二つの制度を並列する場合、それら要件間の関係について明らかにしておく必要がある。ところがCISGに関しても、一部を除いて、あまり議論は明示的には現在までされていないように見受けられる。またドイツ法においても、なぜ *Nachrist* の徒過によって解除が認められるのかについて、今まで満足に答えられてこなかったと指摘されている^(2a)。それらが、淵源を異にする二つの制度であれば、本来ならば

一方だけで完結しているはずである。本稿は、この問題について英米法・ドイツ法に遡りつつ、比較法的な観点から、CISGのように両者を一つの条文の中で要件とする場合の関係、両者を要件の中に併存させることの意味について検討を試みる。

本稿では、まず「Nachfrist」の解除の要件としての機能を、ドイツ債務法改正の議論を振り返りながら明らかにしたうえで、解除制度がどのように現代化されたのか、すなわちドイツ旧BGBが、解除制度がなお未成熟な段階で、債務法全体にばらまかれた規定を統一の原則に形成しえなかった時期に法典化がなされたと言われ、要件についても統一的な規定を持たず、解除がなぜ認められるかの理念も必ずしも明らかではなかったとされる旧制度を、新しい潮流をモデルとして⁽³⁾どのよう⁽⁴⁾に現在の形になり、その時どのような議論がされたのかを、振り返る。そしてそこで得られた議論と、英米法における「重大な契約違反」の要件との関係、CISGなど双方を並列する制度で、Nachfristの要件をどういう意味で取り入れられているのかについて検討をすすめる。その際、抽象的な規定に止まると批判される「重大な契約違反」の内容にも、CISG、PECL、PICC、DCFR、その後の議論も参考に触れる。

現在、日本において解除についても、さまざまな立法提案がなされており、それぞれ大変良く考慮され苦心の跡が伺われる。とりわけ民法（債権法）改正検討委員会による立法提案については、比較法的に見ても大変優れていると思われる。本稿が、それら日本における議論に、若干にでも参考になれば幸いである。

(1) これら新しい法制度は、Remedy approachを採用すると言われているが、すべての不履行を統一的に債務者の債務の内容からの逸脱として扱うアプローチをとる。これに対して Cause approachは無履行、一部履行、遅滞、不完

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

全履行、不能、物の瑕疵担保責任というような義務の違反のタイプによる区別により、それぞれに対する救済手段を定める。これによると不履行の原因を明らかにしどちらに該当するか、またその境界を定めるといふ複雑な問題に答える必要があるとの欠点が指摘されてきた。Eberhard, Les sanctions de l'inexécution du contrat et les Principes UNIDROIT, 2005, p. 77 et s.

- (2) Basedow, Zur Weltweiten Konvergenz des Leistungsstörungenrechts – der einfluss des CISG –, FS Georgiadades (2006), 801 ff.
- (2^a) Canaris, Teleologie und Systematik der Rücktrittrechte nach dem BGB, FS Kropholler, (2008), S. 3.
- (3c) Leser, Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbezugnis bei Leistungsstörungen, 1975; Flessner, Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung, ZEuP (1997) S. 255 ff.
- (4) Bundesminister der Juritz, Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (1992) S. 163-166.

(二) 「重大な契約違反」及び「Nachfrist」を解除要件とする法制度

トライテルの有名な印象深い比較法分析以来、解除要件を支配する原則とされる「当該不履行が重大性の最小の段階に達するときのみ解除が可能である」⁽⁵⁾ことについては、どのような立場に立とうとも、異論は聞かれな

い。しかし、これには二つの方向からのアプローチが可能であると思われる。一つは、単なる契約違反では解除要件としては不十分で、上述の原則通り「重大な契約違反」を必要とする英米法のアプローチ、もう一つは、同じことをもうひとつの側面から述べた「できるだけ契約を維持しなければならないとの原則」を堅持するドイツ法のとるアプローチである。

(I) Nachfrist を原則とする解除要件を持つ制度——ドイツ債務法現代化法

(1) 歴史的経緯

ドイツの解除制度については、歴史的にみると、ローマ法に解除という一般的権利がなかったために、旧ドイツ民法典起草当時も、一般的救済手段として契約解除は知られておらず、契約からの解放についての法律構成がまだ不明で、前述のように債務法全体にばらまかれた規定を統一の原則に形成しえなかった時期に行われたことから、旧ドイツ民法典の起草者は数個のモデルを、救済手段として解除という新しい概念の中に取り込んでおり、バラバラに存在し非常に断片的構造を有していたと言われている。⁽⁶⁾ すなわち、解消の規範が複合しているにもかかわらず、それら相互の調整が欠け（有責性のある乃至はない場合の不能による給付義務からの解放、有責性のない不能の場合の反対給付義務からの解放、有責性ある不能の解除、債務者の遅滞の解除、積極的債権侵害による解除、帰責性に依存しない売買または請負の瑕疵による解除、不当利得による精算・約定解除権の規定による精算など）、それぞれの法的救済手段の主張の期限も様々で、見通しのきかないきわめてわかりにくい形で規律され、部分的に評価矛盾に至る法状況が生じており、旧 BGB の解除制度は模範とならないと指摘されていた。⁽⁷⁾ この点が、債務法現代化法起草時においても、旧 BGB に存在する欠陥と認識され、債務法改正議論の中で、CISG を模範として規律されねばならないと認識されるに至る。

このように、「契約からの解放」制度が、旧 BGB 起草当時も未成熟な制度のままで、不履行の法律効果として発展するのに大変な時間がかかったのは、ローマ法における断片化された契約制度に起因する法律学における⁽⁸⁾ 観念の限界だけではなく、当事者間の正当な利益の鋭い対立により、適正なルールを発展させることが難しか

ったことに原因があると言われている。債権者にとっては、解除は魅力的である一方（裁判も不要であり、損害の数値化も不要）、債務者にとっては契約利益の喪失を上回る損失を受ける可能性があった（特注品でほかに転用できない場合や、建築を半ば完成していた時に遅滞に陥った場合など）⁹。さらにまた、「契約は守られなければならない（Pacta Sunt Servanda）」の原則の克服も——解除は重大かつ深刻な例外——必要とされた¹⁰。それまでは、給付の約束から帰結される義務付けを法的に基礎づけることに努めてきたのに対して、契約に忠実な側の契約からの解放は、最も遅く一般原則として受け入れられた。有償取引では、当事者の利益は、取引を成立させる交換目的が考慮され、債権者の自らの義務からの解放について、全ての契約・全ての不履行についての一般的原則であると一般化されねばならなかった¹¹（相手方当事者による深刻な義務違反のための仮定された解除条件の補助的な概念を経て、仮定的当事者意思に基づいて説明された）。上述のように、「契約からの解放」の制度を一般化する場合に、債務者の利益を考慮する方法として、先に述べたように二つの立場があるが（すなわち、不履行が特に重大な場合のみ、解放が認められるとする立場と、債権者は自らの利益を予め定められた手続において主張する場合のみ解放が認められるとする立場）、いずれにせよこのように債権者の解放は、債務者の利益も考慮に入れうる要件にかからしめられるとされ、どのような要件で解放されてよいかについて詳しく立法するものは、賃貸借（解約告知において、賃料不払いが一定の程度・期間に至っていること）等、若干の契約類型に限られているとされる¹²。

なお、フランスが、一八〇四年に Code Civil で債権者の「契約からの解放」を、初めて契約法全体に通じる統一的法効果として規定した時は大きな進歩とされ、一九世紀の欧州の模範と言われたが、次の理由でなお慎重

でなければならぬことから、裁判の手に「契約の解消」が委ねられた (Art. 1184III) 経緯がある。まず、①「契約は破られてはならない」との原則を克服しなければならないこと、②債権者が契約から解放されることで、自己裁判を実践してしまうのは許されないと懸念、③債務者の「重大でない」場合も含む不履行によって、経済的・道徳的必然性なしに、債務者が契約上の権利を完全に失うことに対して保護する必要性、である。しかし、時の経過とともに、この裁判による安全保障は、面倒で時間と費用がかかり、保障は現実には不要のものとの確信が得られるようになったことから、近時の立法では、裁判の代わりに、債権者自ら一定の意思表示をすることによって契約からの解放をもたらす私的手続き——債権者が最終的な期限を設定して、債務者がこの期限経過まで給付を行わないと、法律により又は解放の意思表示により解放する権利を与える——¹³⁾が取り入れられるようになった。とりわけ商事取引においては迅速処理が重要であることから満足できず、一八六一年にドイツでは商法典によって、裁判を経ることなしに契約からの退出の権利を認めた。

なお、旧ドイツ法の *Nachrist* の手続きはすべての種類の履行の遅延の場合に適用され (履行不能・定期行為・履行拒絶、さらに積極的債権侵害は除く。なお現行法は契約不適合の場合も適用が明示されている)、主に債務者の保護を目的とするが、実際の効果は、PECL Art.8:106と同じである旨の指摘がある。以前ドイツも主たる債務の遅延の場合には一般的には適用されるが、付随義務に違反した場合は、義務違反によって取引全体の目的を危殆化させるならば、*Nachrist* の手続きを利用できるとされた。ドイツ法では、催告の中で期間経過後は受領の拒絶をすることを明確にすることが必要とされていたが、後の改正作業の中で、現実に解除権行使の障害になる場合があることを理由に削除されている。¹⁴⁾

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

一八三

(2) 新債務法の解除要件⁽¹⁵⁾

一九〇〇年一月一日のドイツ旧民法典（以後 BGB という）は、上述のように契約解消の統一概念からスタートすることなく、さまざまな概念を用いた。また契約解消には差し迫った重大な段階の違反がなくてはならないとの基本原則を明示的に述べず、一定の特別規定の共通の基礎として発見されるだけであると批判されてきた。⁽¹⁶⁾

フーバーの鑑定意見を皮切りに改正作業が着手されたが、基本的にフーバーの起草した草案を基礎にいくつかの修正がなされており、基本的な点に関しては、この草案の考え方が最後まで踏襲されている。

一、フーバー給付障碍法鑑定意見⁽¹⁷⁾

フーバーは、解除要件として旧ドイツ民法典も、*Nachrist* をまず設定することを原則としながら（BGB326I, EKG Art. 76）、定期行為（BGB361, HGB376, 326II, EKG Art. 26, 60I）や *Nachrist* の意味がないとき——不能・終局的履行拒絶（BGB323, 325, EKG76）を例外とし、EKG とそれほど異なっているわけではないと述べたうえで、彼の立法提案はハーグ国際動産売買統一法（EKG）の規整を範とする。

しかし、旧 BGB は *Nachrist* の設定（「二度目の提供（*zweite Andienung*）」の機会）を保障しながらも、それは首尾一貫しない形でのみ規定されていると指摘する。すなわち、履行のない場合は *Nachrist* 設定を原則とするが、瑕疵ある給付についての売買の場合は即時に解除、請負・賃貸借の場合は *Nachrist* の設定を原則とするなど、バランスを欠くと再三批判されてきたことを指摘し、EKG も契約不適合の場合に Art. 43, 44 など「第二の提供を認める原則」から出発していることに立法提案も倣って、特別な場合（定期行為・瑕疵が除去不能）を

除いて、瑕疵除去のための期間をまず設定しなければならないとする（提案 Art. 462I, 326aD）。すなわち EKG は、適時になされない履行が重大な違反にあたるときは即時に解除を認め、そうでなければまず付加期間を設定しなければならないとするが、提案もそれに従う。但し BGB の伝統（一方で BGB326I、他方で BGB326II, 361, HGB376）と、事の本質（Natur der Sache）に合致するように、重大でない単なる期限徒過の場合を原則として、まずはじめに規定し（Art. 326）、重大な期限徒過をこの規定の例外として扱う（Art. 326a）。Art. 326aII は、重大な契約違反（Wesentlich Vertragsverletzung）の定義を規定し、その文言は EKG Art. 10 の複雑な定式を回避するために、BGB326II に依拠する。Art. 326aIII は、Art. 361II と EKG Art. 28 の例示を内容とする。双務契約上の付随義務の不履行については、若干の修正をしてはいるが EKG Art. 55, 70 と一致して、草案 Art. 326c に重大な契約違反となれば解除できる（履行に対する利益が喪失するかどうかの問題と解する）と規定する。ただ EKG とは異なり、即時解除を認めるか、まず Nachfrist を設定すべきかを区別して Nachfrist 設定可能性を検討するのが有用とする。

重大な契約違反に関し、売買における瑕疵ある給付については、EKG は不適合給付・異種物・数量不足を区別せず、まず「本質的でない（unerheblich, not material）瑕疵」と「本質的な瑕疵」を区別し、前者は解除原因とならず（EKG Art. 33II）、後者はさらに重大な契約違反を基礎づける「重大な瑕疵」か否かで区別されるべきで、「重大でない瑕疵」と「本質的でない瑕疵」を混同しないよう、「重大な瑕疵」だけが即時解除を基礎づけ、その他の場合は解除の前にまず Nachfrist を設定しなければならない（EKG Art. 44）。このように瑕疵が「重大」ではないが「本質的」であるとき（EKG Art. 33II の意味において）、買主は売主に追給付（Nachlieferung）または

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

一八五

追完 (Nachbesserung) のために Nachfrist を設定することができ、その徒過後に重大でない (が本質的な) 瑕疵についても、解除権が正当化されることになる。また Nachfrist は、買主にもはや何の利益もなく、そのことが売主にも契約締結時見られるべき時には不必要であり、また瑕疵が除去できないとき、売主が瑕疵の除去を拒絶しているときにも問題にはならない⁽¹⁸⁾。

なお、これらの提案の基礎をなしているのは、給付障害の場合に、現存する双務契約を保護するという一般的な政策的な原則であるとする。この傾向は旧 BGB にも、EKG にも看取されるが、提案はこれらに対して強化されていると説明される。すなわちまず先頭に Nachfrist の原則を置き (Art. 326)、そこで旧 BGB より上述の原則を EKG モデルにより強く打ち出し、売買契約の瑕疵ある給付の場合に、追給付または追完による「二度目の提供」の機会が与えられる。さらに、解除権 (Rücktritt. 今まで Wandelung) が、BGB34III の継続的發展または CISG のモデルによって、重大な契約違反の場合に制限されている。根本的な考え方は、障碍の除去の機会を債務者に与えることが期待される限りにおいて、まず契約を維持することであり、これは法的考慮・経済的考慮の双方に基づいている。すなわち、債権者にとって期待さえ得ない不利益や危険とならない限りにおいて、時に回避不能であった事由により給付障害に陥った債務者に、障害除去のチャンスを与えること、さらに、債務者自身の経済的利益を保護し、債権者には損害賠償請求を帰責事由のあるとき認めて、清算することが費用的にも有利となるとする。

二、債務法改正委員会最終報告書委員会草案（一九九二年）⁽¹⁹⁾

契約は維持されるべきとの原則の例外として解除権を認めることについては、契約当事者に打撃を与えることから、義務違反の深刻さが考慮されるべきであり、債務者の帰責性とは関係ないとの基本的立場をとるのは、上述と同じである。そして現行法の問題点として、「義務違反の解除」という法的救済手段の統一規整を有さず別々の要件・効果の中で規定すること、すなわち原始的客観的不能（法上当然の無効 BGB306）、責に帰さない不能（法上当然の解消 BGB323I）、責に帰すべき不能（解除 BGB325II）、遅滞・相対的定期行為（BGB326I, HGB376I）、積極的債権侵害と履行期前の履行拒絶（判例・学説が規定を補充する）、瑕疵担保（Wandlung, BGB459, 462, 634I3）、継続的契約（Kündigung, BGB651e, j）のように、これらは要件の上でも区別され（帰責事由 BGB325, 326、障碍の深刻さについては積極的債権侵害は契約継続の期待可能性・一部不能は継続の利益消滅・遅滞は期限の意味次第、Nachfrist の必要 BGB326I と不要 BGB36I）、効果も利得法に従って清算されるのか（法上当然の解消）、約定解除権のための規定（BGB346）が適用されるのか、の区別がなされる。このような旧 BGB は、解除要件の異常な多様性と清算規定の区別において問題があり、この区別は客観的にも正当化されえず、歴史的な成立の前提からのみ説明できると指摘する。これらは常に境界画定を必要とする重複と、補助的なルールが必要となる競合に至るとする。そして、Huber の鑑定意見では EKG によって方向を定めることが提言されていること、その他にも、点在する別々の規整を統一的原則に還元する試みがなされていることに言及し、すべての契約の義務違反のための解消手段の規範を定立すべきであると提案する。そこで旧 BGB323, 325, 326 で規定される諸場合と Wandlung・積極的債権侵害を統合する 323BGB-KE を提案し、契約の解消は義務違反すべての場合に解除

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

(Rücktritt) の意思表示により生じるとする。規整技術として、C I S G のように契約違反の重大性を抽象的に定義し、疑わしい場合のために Nachfrist 要件を明確化のためにおく方法もあるが、本提案では Nachfrist 設定解除を原則とし、例外として深刻な場合に Nachfrist を不必要なものとして規定する方法を採用する。これは、フーバーの提案及び遅延のための BGB326I, II に基礎を置くものであるが、それによって、①契約を遵守し維持されるべきとの原則が強調でき、②債務者になお一度の義務適合的履行のチャンスを開き、契約と債務者を保護することになるとする。なお、323III2BGB-KE で、解除権が排除される場合として、付随義務違反の際に、契約をさらに維持することの期待不可能性、すなわち重大な債務者の義務違反が基準にされる。²⁰⁾

三、債務法現代化法討議草案（二〇〇〇年）

旧 BGB の規定は現実の要求に合っていないことを指摘し、法定解除権は、義務違反にもかかわらず契約を維持することがなご期待されるかどうかのみ依拠すべきだとする。そして、C I S G の履行障碍規定が、ドイツにおける旧 BGB と判例・実務の協働によって成功したのと同じ結果になっているが、決定的な違いは、C I S G は明快で分かりやすく、矛盾のない法政策上納得のいく規整を定め、それによって実務の負担も軽減されているとし、C I S G は改正の際のモデルシステムとして役立つとする。²¹⁾そして、323BGB-KE の規定に対して、五項を削除し一項に統合し、二項は第四号を追加して、三項三号を修正することを提案する。²²⁾

四、債務法現代化法政府草案（二〇〇二年）

債務法委員会草案が、①あらゆる義務違反に適用される統一的解除規定（323KE）を設けること、②要件に関して帰責事由を不要とし、Nachfrist の設定要件を最初に規定し（323KE）中心に据え、Nachfrist が不要ないとき（323IIKE）及び解除権が排除される場合（とりわけ義務違反が些細な場合 323IIIKE）を規定し、③解除と損害賠償の併存を認める（327KE）、との原則をとるのに対して、草案は基本的にこれを引き継ぐものであるが、軽微でない変更も含まれるとする。とりわけ不能に関しては変更が大きい。⁽²³⁾ 条文は、遅滞と不適合給付については RE 三二三条、不能に関して RE 三二六条（323II2KE から独立）、その他の義務については RE 三二四条（323IIIKE 条から独立）で規定されているが、なお解除要件の統一性は三二三条一項で保持されているとする。不能は、RE 三二三条の後の RE 三二六条に、一般規定である三二三条一項の特別規定として把握され、なお RE 三二三条一項による解除可能性も否定されない。RE 三二六条一項三文は、まず追完が不能の場合の不適合給付の場合も解除が可能であることを明らかにし、RE 三二三条に則って期間設定は必要とされない。

RE 三二三条一項は、不適合給付にも適用され、主たる義務・付随義務の区別も関係なく、解除の要件はただ債権者が設定した Nachfrist の相当期間の徒過だけに依存する。また、債権者が債務者に相当な期間を設定することが要件とされるが、現行法とは異なり、拒絶警告は必要ないとされる。これは、RE 二八一条一項一文と同様、債権者にとって権利行使の障害になっているからと説明されるが、これによって解除への敷居が低くなるのではないかとの疑念も出たが、問題ないと考えられている。⁽²⁴⁾

RE 三二三条四項一文は一部給付（teilweise Nichterfüllung）、同二文は、不完全な履行（Schlechtleistung）を

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

扱うが、この場合は履行が全くなされないのではなく契約に適合しない(Vertragsgemäß)——たとえば給付目的物に瑕疵があり売主が追完をしないような場合が問題となる。瑕疵が履行全体に及ぶか一部に留まるかによって、各々、債務法委員会草案§§311KEによって全体の契約についてNachristの徒過後に解除が可能になる場合と、草案§§333KEによって一部の瑕疵ある履行のため債権者がもはや何の利益も有しないときに解除できることになるが、それらは大抵は区別できないとしてこの立場にはならなかったとする。この場合に、履行に瑕疵が存在するときには債権者が契約に部分的に引留めておくことには理由がないことから、義務違反が些細である時と、債権者の履行に対する利益が妨げられないときにだけ、契約維持が正当化されるとする。RE三二三一条一項が三二三条四項二文との関連で、前に規定されていることから、債権者は債務者の不完全な履行の場合にも、Nachristが徒過した後は、原則的に契約全体を解除しうるべきである。ただ、義務違反が些細である場合は別で、些細な義務違反の場合は、債権者は契約全体も一部も解除することはできないとし、一項四文にあった規定を、一部履行と瑕疵ある給付の規定を一緒にして独立させている。

上述の解説からは、不完全な履行の場合は、Nachrist解除がまず原則として適用され、その場合には些細か否かで判断されるので、この時の瑕疵は「解除を正当化する瑕疵」と「解除を正当化しない些細な瑕疵」で二分されることになり、フーバーの言う三分法(時の要素による明示的な瑕疵の区別)は採用されていない。²⁵⁾

(3) Nachfrist の解除要件としての正当化と機能

1. Nachfrist 設定解除の位置づけ

上述のように、「契約からの解放」の制度を一般化する場合に債務者の利益を考慮する方法として、先に述べたように二つの立場があり、不履行が特に重大な場合のみ解放が認められるとする立場と、債権者は自らの利益を予め定められた手続において主張する場合のみ解放が認められるとする立場（第一の立場の消極的定式化・「不履行があまり意味を持たない時には解除を正当化しない」とのルールをたて、それに加えて、多くは債権者の手続的措置——期間設定——によって解放を認める）である。前者は、重大な契約違反から出発し、契約違反が重大であれば即時の解除が認められるが、履行や治癒がまだ可能であると思われるときには、付加期間設定して解除する道が開かれており、後者は、「契約は守られねばならない (Pacta sunt servanda)」との原則が大きな重要性を持ち、履行が可能でかつあるいは違反を治癒する可能性のある場合は、常に債務者は終局的に契約が解消される前に、契約を救済するチャンスを持つべきであるとされる。そのために Nachfrist を設定し、その間債務者は不履行を治癒することができ解消を回避しうる一方、経過後は債権者は契約を解消しうる。⁽²⁶⁾ 後者が、上述のようにドイツ債務法現代化法・スイス債務法のとる立場であり、Nachfrist 要件から出発して、まず当事者は Nachfrist を設定し、例外的に設定する必要のないときや見込のないとき、さらに給付障害によって双方の利益を衡量した結果、即時の解消を認めるべき時、不能のように既に重大な契約違反が明らかである場合は期間設定は不要である。

しかし、この立場の違いについては、法技術的意味しか持たず、意義は同じであると解されている。⁽²⁷⁾ この点に

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

ついでに、草案で *Nachfrist* が不要ないとき (KE323II) は、重大な契約違反のときであり、解除権が排除されるときは (KE323III)、重大な契約違反が認められないときとなり、実際の帰結は区別できないとする。⁽²⁸⁾

二、*Nachfrist* 設定徒過の解除要件としての正当化

新法が制定された数年後に、カナーリスは *Nachfrist* 徒過が契約解除の要件として十分か、あるいはそれが解除のために必要かについての法的根拠及び体系上の関係づけは、まだ十分には明らかにされていないと指摘する。そして三二三条一項を、条件づけられた双務関係の現れ (*Ausfluss des konditionellen synallagmas*) 及び契約上の交換的正義の具体化 (*Konkretisierung der vertraglichen Austauschgerechtigkeit*) として正当化する。*Nachfrist* 徒過だけで解除が認められるのは、重大な義務違反に比して広すぎて公正なかが問題となるが、三二六条一項一号が、不能の場合に (二七五条一〜三項)、反対請求権が消滅する (双務契約において他方の履行の受領のために、一方の履行が約束され、双方の履行義務は存続において相互に依存しており、これは交換的正義の現れとして理解できる) のと全く同様の考え方で、債務者が *Nachfrist* を経過しても何ら調達しないとき、債権者から反対給付を期待すべきでないし、債権者にとって無価値になった契約を維持し、反対給付のためのキャパシティの維持を強いることも期待すべきでないと説明する。三二六条一項一号との違いは、契約拘束力の時的な次元が中心として問題になることだとする。又、三二三条は不能の場合と異なり、未だ遅れを取戻せる可能性があり、その状況で一方的な形成的意思表示によって契約から解放されることは、「契約は守られねばならない」の原則、私的自治との矛盾が生じることを指摘する。そこで問題の核心は、債権者利益の重大な侵害が債権者の解放を導

くことに求められ、これを実質的規準として構成するのが「重大な違反」、手続上の手段として構成するのが Nachfrist であり、前者の概念のあいまいさ、さらなる具体化を必要とする短所を後者は補うとする。すなわち履行期にも、(新たな機会が与えられたにも拘らず) Nachfrist 経過後にも履行しないときは、債務者は履行しないであろう、することができないとの説得力ある懸念の根拠を示すことになる。従って、ここで債権者の意味のある履行利益の危険が発生し契約の解消が正当化される。ウンベラスも同様に、履行利益が十分危険にさらされるときは、契約の拘束が一方的にしか貫徹されない危険が存在するので、債権者は拘束から解放される必要があると述べる。Nachfrist 経過後は義務違反が十分重大であると仮定され、また契約解除の正当化の考え方は三二四条一項で継続的契約の解除の場面でモデルとして述べられると言う。すなわち決定的なのは、当事者に契約関係を継続することが期待されるかどうかであり、当事者の履行利益が危殆化されているときさらなる協力は要求されないし、解約は認められると言う。^(28 a)

これに対してメデイクスは、(遅滞についての言及であるが) Nachfrist の設定・徒過が「重大な契約違反」の判断にも一定の役割を果たし、重大かどうかの判断には「契約信義障碍 (Vertrauensstörung)」の要素も含まれ、Nachfrist を徒過することは債務者の将来の契約信義 (Vertragstreue) に疑いを抱かせることにもなりうるとする。⁽²⁹⁾ 単に Nachfrist を徒過することによって、重大な契約違反を正当化するほどに、当事者間の信義を損なうのかどうか、どのような場合も言えるかについては、異論のあるところであろう。⁽³⁰⁾ しかし、契約維持の原則を堅持し、再度チャンスを債務者に与えたにもかかわらずそれを徒過した場合には、単発の契約であれば、将来の契約遵守は期待できないと言っても良いように思われる。これは信頼関係が基礎となる継続的契約において、将来の

解除における「重大な契約違反」と「付加期間設定」要件の關係

一九三

契約義務の履行を疑わせるような事情が解除の要件として考えられていることとも共通する。このように考えると、後述のように重大な契約違反の概念の内容をどのように捉えるかにも関わってくるが、Nachfristの設定徒過による解除も、契約を守らなければならないとの原則から例外的に逸脱を認めて、契約義務から当事者を解放するために、重大な契約違反と同じ考慮のもとで、同様の結果に至ることになろう。ただ、期間設定により二度目のチャンスも与えたにもかかわらず履行がなされない場合も、まだ将来の契約義務の履行に信頼がおけるような場合には、今度はできる手段は尽くしたと言える債権者からではなく、債務者の方からその旨の主張をさせるべきだとも考えられる。このことは、またオーダーディーの、付加期間設定されてもまだ不履行が続いている場合は、証明責任を転換させるとの考え方にも共通する。⁽³¹⁾

三、Nachfrist 設定要件の機能と解除要件の原則として挙げる理由

フォーバーの鑑定意見の中で、Nachfrist 要件を掲げる提案三二六条は旧 BGBとは違って、遅滞の場合にだけ適用されるのではなく、責めに帰さない給付障碍・不能の場合も適用され、債権者は不能について何も知る必要なしに、有効に Nachfrist を設定できるとする。また他人の物の売買のような主観的不能の場合にも適用され、債務者がなお調達することができるとテストすることができると指摘される。⁽³²⁾ この点についてはメディクスも、債権者が関心を持っているのは、ただ「なされるべき給付がなされない」ということであり、債権者からは通常不能か遅滞かはわからないのであり、債権者にただ一つの確実な方法を聞くことは理にかなったことだとする。⁽³³⁾

一方、債務法改正委員会最終報告書では、Nachfrist 要件を「二度目の提供 (zweite Andienung)」の機会とし

て、解除の原則に挙げる利点として、上述のように①契約を遵守し維持されるべきとの原則が強調でき（なおこの点に関してウンベラスは、Nachfristの目的を、当事者が協力によって給付障害を除去させることにあるとする。S. 370）、②債務者になお一度の義務適合的履行のチャンスを開き、契約と債務者を保護することになると述べる。重大性の判断には債務者の追完可能性が考慮されなければならないとすると、結果は両モデルで変わらないと言われており、反対に契約違反が重大か否か不明確な場合には、かえってNachfristの設定・徒過によって、解除が認められることから解除しやすいとされている。カナリスは、Nachfristは契約解消の可能性については債権者、契約保持については債務者、双方の利益に役立ち二重の機能を有し、このまさに逆方向の機能が当事者の公平な均衡を導くとする。なおCISGのように、唐突に遅延の場合だけNachfristに移行することで満足な結果が得られず、PICCが柔軟な追完可能性を認めることで回避するのに対し、CISGやPECLは追完の機会を拒絶していると批判する。また、ウンベラスもイギリス法の解除権を契約解釈モデルと呼び、ここでは当事者が予見したものだけが解除に至るとするが（後述参照）、法的安定性と個別的妥当性のバランスが図れず、Nachfristモデルより優位に位置する訳ではないと評価する。ただイギリス法の判断の主旨は、Nachfristが不要の場合の例外に参考になると述べる。^{33a)}

四、Nachfrist 解除要件と瑕疵

上述のフーバーの説明からは、「本質的でない（些細な）瑕疵」と、重大な契約違反を正当化する「重大な瑕疵」の間には、「本質的瑕疵」ではあるが即時解除を導くには至らない「重大でない瑕疵」が存在することにな

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

る。このことは、現行 BGB 323V について、義務違反が軽微な時には Nachfrist を徒過しても解除できないと規定することに対して、意味するところが未確定のまま残り、「軽微である」と「重大でない」ことは同一視できない（瑕疵があっても使用できるとき、または損害賠償や減額請求によって契約利益が満足できても、原則として解除できるのではないかとする）との指摘もなされているように、⁽³⁴⁾ 中間的な判断の難しい部分が残るのか問題となる。しかし他方フーバーは、CISG Art. 49 の解説で、「重大な契約違反」の評価について、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分析し、⁽³⁵⁾ 付加期間設定・徒過によって、時に関する重大性が明らかになると説明する（実はこの説明は後の版では「その他の義務」で説明されており、これに従って契約不適合は具体的な分類がなされている）。が、これによると、「重大な瑕疵」と「本質的な瑕疵」の違いは、瑕疵の重大性は同じでも、期限の遵守が重要ではないという時の経過に関してだけにかかわることになる（追完可能性があり、現在のままでは直ちには重大な瑕疵とは言い切れず、債権者も追完を受け入れ得るような場合）。後の版でフーバーが説明しているところによると、(イ)瑕疵が客観的に重大で、性質上瑕疵の除去ができない場合、及び(ロ)除去は可能ではあるが①引渡期限が重大、②売主の態様又は瑕疵の種類によって契約の信頼の基礎を侵害して追完を買主に期待できないとき、③その他追完が買主に期待しえない不利益を与え、④又は売主が最終的に追完を拒絶しているときに重大な違反によって即時解除が認められるとし、Nachfrist 経過後は、相当期間内に追完し得ないときに解除が認められるとする。もともと、このように Nachfrist を設定したとき不履行の程度を判断する際に問題となるのは、時間の要素だけではない。Nachfrist の設定によって、買主にまだ追完するための時間的な余裕があるかどうかに加えて、その間に売主によってどのような追完がなされたのか、どのような対応を

売主がしたかも、不履行（重大性）の判断に関して問題となるはずである（たとえば、コピー機の売買でたびたび故障が繰り返り、すぐに修理すれば直るような瑕疵がある場合に、売主がいつもなかなか修理に来ず使用に支障を来たしているような場合など。同様のことは、連邦最高裁の立場でもあるとの指摘がある^(35a)）。又、瑕疵の重大性自体も、期間中の追完によって Nachfrist を設定する前とは変わっているのが普通であろう。そうすると、前述のフォーバーの言うように、期間の経過には時に関する要素だけではなく客観的瑕疵の要素（重大性）等も問題となり、Nachfrist 設定後の重大性は、その期間中のあらたな事実を加味して判断されることになる。CISG の起草過程の議論の中で、「些細な瑕疵」が付加期間設定によって格上げされることが問題視され、Nachfrist 設定による解除は、不引渡の場合だけに限られたという経緯があるが、その中では、ドイツのように Nachfrist 解除に習熟していない国が危惧されたような運用をする恐れが説かれていた。従って、期間の経過だけで直ちに解除に至る訳ではないことが明らかであれば、すなわち Nachfrist 設定徒過で時的次元の問題を明らかにし、瑕疵の程度、債務者のその後の態様は、義務違反の重大さ（＝些細さ）の実質判断に委ねられることが明確であれば、不適合給付の場合に Nachfrist 設定を前提とすることも、論理必然として否定されるものではないと思われる。

さらに上述のように、「重大な契約違反」を正当化する「重大な瑕疵」と、いわゆる解除を正当化しないと考えられる「些細な瑕疵」との間には、フォーバーの言うように解除を正当化しうる可能性はあるが直ちには重大な契約違反には至らない瑕疵の部分（「本質的な瑕疵」と言っても良い）があるのが問題になる。そもそも、瑕疵が重大な契約違反を正当化するほど「重大」かどうかを、判断するのは容易なことではない。これに対して、「三二三条五項一文で一部不履行の場合は全契約に対する債権者利益の消滅が要件とされているが、それは履行が

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

一九七

可分であることを前提とし、たとえ一部解除しか認められなくても金銭的調整によって後に債権者に不都合は残らないからだと説明されている。これに対して契約不適合の場合は、利益の消滅まで必要とされず *unerheblich* でないことが要件となる（上述に対し瑕疵ある物の保持を余儀なくされる）。しかしこれは、旧四五八条一項よりは高い規準とされ（代金減額の要件でもあった）、具体的には判例の分析を待たねばならないものの、これを重大な義務違反の規準と異なって考える必然性もないと考えることも可能であるように思われる。

従って、政府草案では、上述のように三つに分類するのではなしに、軽微で解除がでない瑕疵と、それ以外で分類し、客観的な瑕疵の程度で判断する構成となっている。Nachrist 要件はすべての義務違反に適用があるが、解除時の結果を見て、義務違反が軽微か否かで判断されていることになる。なお、*Unberath* は、三三三三条五項二文の「軽微」の規準より、CISGの「重大性」の方が敷居は高く、CISGで重大でない場合でも、三三三三条で「軽微」ではないので、ドイツ法のもとでは契約の拘束を Nachrist 後には排除することができると述べるが、CISGの区別に相当するとの見解もある。^(35b)

なお、Nachrist 経過後は、重大な義務違反でなくてもよいとすると、第二のチャンスを与えたにも拘らず完全な履行をしなかったことそのこと自体信義に反するとの理由が考えられる。一部不履行は可分であることを前提に、原則は一部のみの解除、例外的に全体に効果を及ぼす場合の要件として利益の消滅まで必要とされると考えられる。そもそも不可分な履行の不完全さがどの程度かを決するのは容易でない。*unerheblich* の規準は、その不明確性に対する実務上の要請に答える制度（旧法からの連続性もあるかもしれない）との理解もなされているようである。（なお分割可能性は、英米法でも量的瑕疵で規準とされており、この考え方は継続的契約などで

も見られ、*unethelich* の規準とともに稿を改めて論じる予定である。）

五、期間の相当性

解除の要件として、独立して *Nachfrist* 設定徒過をあげる場合にも、実質的な問題として現われるのが期間の相当性の判断である。相当性の判断は、一部履行、契約不適合（三三三条五項）と並んで、なぜ契約からの解放が認められるかの規準に立戻ることを必要とする。債権者利益はもとより、*Nachfrist* の債権者に解除権を認めると同時に債務者に第二の機会を与えるとの目的及び機能に応じて、期間の相当性について両当事者間で争いになった場合には、両当事者の利益状況などに鑑みて客観的に判断され、債権者の事情も考慮することが認められる。^(35a)

なお、設定される期間は適切でなくてはならないが、スイスでは、債務者の期間が短かすぎるとの抗弁が認められ、もし抗弁しなければ、その期限を拘束的なものとして債務者は甘受しなければならぬとされる。⁽³⁶⁾ 又、これを契約の補充ないし改訂として、当事者の最終期限についての新たな合意がなされたと考えたと、なぜ合意と言えるのが問題となり、単なる設定された期間の相当性に対して反論が可能となるにすぎない。契約の解消と瑕疵担保責任において *Wandelung* と構成したが（旧 BGB459）、それは債権者に相手方が同意するまで救済手段の変更権を与えるという実際上の効果を有していたとされる。また現在でも当事者の支配を越えた出来事による契約のフラストレーションの場合に、この合意の観念がみられる。⁽³⁷⁾

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

一九九

(II) 重大な契約違反を解除要件とする制度——英米法

(1) コモンローにおける解除権と拒絶権

一、双方の関係

相手方当事者の不履行に対して、契約の将来の履行を終了させ、原状に復するための方法として三つの異なるプロセスがあると分析される。⁽³⁸⁾ ①不履行の相手方が自らの履行を拒絶する。大陸法の同時履行の抗弁権も含まれる。一時的に中断するのではなく、全体的・終局的に義務から解放されたいときには、さらに次の解除の手段に訴える必要がある。②不履行当事者から将来の履行の受領を拒絶する。拒絶以前の過去の履行についてはそのままの状態である。これは一定の期間、双務的な義務の履行を必要とする契約に、共通する手段である。③自分の側の履行が終わっており原状回復を望む、の三つである。大陸法では、まず多くは解除へ至る最初のステップとなる、①のカテゴリーに含まれる同時履行の抗弁を主張するが、これに対して、コモンローでは抗弁の性質を持つ拒絶と、不履行当事者を完全に解放するものに関する厳密な学理上の区別はされず、①と、②及び③の二つのプロセスは区別できない。これはおそらく、解除について何ら方式を要しないためであると分析されている。さらに、これら三つの行為をカバーする「解消 (rescinding, rescission)」という共通の用語があり、区別せずに言及される。同じ用語を異なる意味で使うことは批判されてきたが、なお根強く裁判では慣行として使用され続けており、イギリス動産売買法は、売主の瑕疵ある履行に対する買主の商品の拒絶・拒絶されたものと契約を扱う権利 (right to reject the goods and to treat the contract as repudiated) と、不払いに対する売主の解消権 (right to rescind) を区別するものの、判例によっては、拒絶権は解消権の特別な形にすぎないと述べるものもある。

る。アメリカでもUCCは、^(38a) 解消 (termination)、解除 (cancellation)、拒絶 (rejection)、受領の撤回 (revocation of acceptance) の用語の区別をするが、その目的はあいまいな「解消 (rescission)」の用語を回避するためだとされるが、裁判ではなお慣例として残っている。このようにこれらの区別はあまり効果はないが、他方、裁判所では一部の不履行の場合に解消を許すことを躊躇する傾向が増えており、②③の二つより最初①の方法が好まれていると言われる。これらの区別は単に程度の問題としてだけ捉えられており、第一の方法が好まれても、不当な利得を認めなかったり、取引リスクの再分配を許さないことなど、他の手段によってバランスは図られうる⁽³⁹⁾とされている。

また上述のうち最も効果的な救済手段の一つが、ただ単に自分の契約の履行を拒絶することであるとされるが、それは、これが一種の自助手段で何ら法的手続きに頼る必要がないからである。この手段は、時に解除手続きへの一ステップあるいは一部でありえ、少なくとも不履行が続く限り、不履行当事者の相手方に履行拒絶というそれほどドラスティックでない効果を与える。しかし、この救済手段の比較法的な検討は、普通、手におえない程度の困難さを有し、それは用語の要素に起因するとされる。まず、救済手段は契約の様々なカテゴリーへの分類に依拠するが、コモンローと大陸法では、分類に大きく隔たった用語を用いており、二つ目に、不履行の分類の要素がある。コモンローでは、上述の目的のために「condition」という表現を使うが、非常に多くの意味で使用される。さらに、大陸法では同時履行の抗弁権と解除を厳格に区別することに対して、コモンローではそれがあいまいにされ、多くの同じルールが両方の救済手段に使われ、この点は用語の使い方にも反映しており、上述のようにたびたび両方の救済手段を「rescission」として言及する。この表現の使用は、イギリスでもアメリカでも批

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

判されており、現在減ってきてはいるとされる。⁽⁴⁰⁾

二、拒絶権

履行の拒絶 (refusal to perform) の救済手段は、condition の発生・履行の観点から分析されるが、この用語は「カメレオンのような、状況によって意味を変える用語」と言われてきた。即ち、①将来の一定の不確実な出来事（契約上の義務の効果発生がそれに依拠する）、②契約上の条項、さらに③これら二つを融合させた特別な条項、すなわち一つの不確実な出来事——相手方のなす適合的な履行——に当事者の義務を依拠させる——意味で使われる。なお、大陸法でもフランス民法典の一六八条、ドイツ民法典の一五八条に条件の概念がある。⁽⁴¹⁾

義務を条件づける条項は、明示的あるいは黙示的であり得るが、当事者の義務の内容だけでなしにその不履行の結果も決める。後者の意味において、アメリカでは「黙示的条件 (implied condition)」の用語が、履行の拒絶の救済手段との関係で使われる。契約では普通「AはBの義務がなされる前に履行しなければならない」とは述べないが、BはAの不履行を自らの履行拒絶を正当化するものとして依拠することができる。これは、Aの履行義務を課す条項を、Bの責任の黙示的条件と述べることによって説明されてきた。アメリカでは、この表現は主観的であると批判されるようになったが、「黙示的条件」は当事者の意図に関する推定に基づかれるべきだと言われ、他方、実際はしばしば客観的に確定される当事者の意思とは無関係に、明示的でない条件は裁判所の政策の問題として契約に読み込まれ付随させられた。「擬制的条件 (constructive conditions)」の用語がアメリカで流行しだしたことに關する、裁判所の創造的な役割が強調されるべきであるとされる。⁽⁴²⁾

当事者によってなされるべき履行を示す明示的な条項は、条件 (condition) または約款 (promise/covenant)、または双方の特性を兼ね備えたもののいずれかである。コモンローに言う片務契約の場合、被約束者によって履行されるべき作為・不作為を課す条項は、約束者の義務の条件を述べるにすぎず、規定された履行がなされない被約束者は損害賠償責任はないが、約束者の約束を強制することはできないとされる。同様のことが双務契約でもいえる。例えば、A が仕事中には煙草を吸わないという約束をした場合と、A が仕事をする約束をし、B がそれに対して報酬を支払うが、支払いは仕事に煙草を吸わなかった場合に限るとの約束をした場合を比較して、A が煙草を仕事に吸った場合は、前者はB に支払い義務がある一方、後者では支払義務はないとの結論を正当化するために、イギリスでは前者の事例の場合には、煙草を吸わないとの条項は「先行条件 (condition precedent)」ではなく、「独立の約款 (independent covenant)」であると説明する。アメリカでは、後者の条項の履行は明示的条件ではなしに「擬制的条件 (constructive condition)」だと説明する。異なる用語を用いるが、双方、禁煙条項の不履行の結果が、深刻な損害をB に生じさせる場合にだけ、B の支払いの拒絶を正当化するという重要な点については一致する。大陸法にはこれに相当するものはなく、ただ解除に関連して用いられるだけである。もっとも近いのは、条件関係と双務関係の区別であるが、同時に約款であり先行条件 (condition precedent) であるような条項の規定はなく、あるのは停止条件 (contingent condition) だけである。⁴³⁾

また、例えば仕事をしたら報酬を支払うというような「約束的条件 (promissory condition)」と天気が晴れたら仕事をするという「偶発的条件 (contingent condition)」の区別があり、アメリカではA の不履行がB の履行拒絶を正当化する時は、常に約束的条件を言うのが一般的で、実際すべての「擬制的条件 (constructive condition)」

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

二〇三

は「約束的先行条件 (promissory conditions precedent)」と言いうる。イギリスでは現在、先行条件は履行の順番の問題に限定して使われるものの、履行に瑕疵がある場合には「条件」は約束的意味で用いられる。一方当事者の不履行が相手方の履行拒絶を正当化するのは、不履行が十分深刻な場合であるとの一般ルールがあるが、これはアメリカの「実質的違反」(後述参照)が相手方の履行拒絶を正当化するとの「擬制的条件」法理のもとのルールに匹敵しうる。なおリステイトメント2dによると、一方当事者が予期した履行を受領できなるとき、訴訟よりむしろ履行を求めて交渉するのが普通であることから、可能な限り不履行の相手方には自らの義務を留保し (the right to suspend his own performance)、最終的には拒絶する権利を与えることがより公平に適用とされ、二三七条・二三八条のもとで相手方の履行(ないしその提供)を被害当事者の契約上の残りの義務の「条件」とすることが認められている。二三七条では先履行の当事者の実質的不履行のないことが各当事者の残りの義務の条件となると定められ、実質的不履行を条件の不発生として交換の観点から相手方の義務が履行期になるのを一時的に妨げ、履行がなされる相当の期間追完されなければ(条件がもはや起こらないと)義務から解放する。この種の条件の発生は、当事者の合意の結果としてというよりむしろ公平の観念(a sense of fairness)から必要とされる(擬制的条件)と説明される。⁴⁴なおこのルールには様々な例外が存在する。イギリス法では、「条件(condition)」の用語は、(混乱させるが)この種の条件を述べるのに使われ、warrantyの表現(損害賠償だけで、拒絶権を正当化しない)と対比される。conditionの条項の厳格な履行が、同時に相手方当事者の責任に対する「先行条件」として述べられるので、条項自体が(用語の変遷によって)「condition」として知られるようになり、この用語がイギリス動産売買法に規定され、このcondition/warrantyの二分法(のちにintermediate

terms が加わる) がコモンローもしくは法律によってそれ以外の契約にも適用されてきた。さらに warranty がアメリカ統一売買法で「implied warranties」として、condition の意味で用いられ、この違反の救済手段は損害賠償には限られず、また UCC のいわゆる完全履行原則 (perfect tender rule) のもとで、それは拒絶権を正当化する。これに対して、大陸法は「condition」を約束的な意味では用いず、A の仕事をする義務は B の報酬支払義務の「先行条件」であるとは言わず、単に A の義務は先行して履行しなければならぬと言う。同様に、コモンローでは引渡と支払いは「同時条件」もしくはお互い「条件」であると表現するが、大陸法では単に履行は同時になされねばならないと表現する。しかしこれらにつき、コモンローの偶発的条件と約束的条件の両方に、condition の言葉を用いることは混乱をもたらし、明確性のために約束的条件の概念は放棄されることが示唆されると言及されている。⁽⁴⁵⁾

(2) 「重大な契約違反」要件の内容

一、重大な契約違反

最も重要な一つの原則は、解除権は不履行が深刻さの最小限に至ったときに認められることだと言われるが、この原則はすべての法システムで様々な形で存在し、普通、非常に曖昧な一般的な用語で述べられていると分析されている。ここで必要とされるデリケートな利益衡量は、裁判所の際立った裁量問題であり、固定ルールで予め定められうるものではない。これは不明確性の源となり、当事者に解除権を生じさせるか否かを予想すること
を困難にするとわれ、イギリスの一連のケースがこの危険を認識して、商事における確実性の重要性を強調し

解除における「重大な契約違反」と「付加期間設定」要件の關係

二〇五

てきた。このように曖昧で開かれた構造の原則は深刻な不正義を不履行者にもたらす危険を有し、裁判所の裁量を導く原則を一般的に決めることが重要であるとされた。⁽⁴⁶⁾ この原則に対して、不履行が深刻な程度でないにも拘わらず解除が認められる例外があるとされ、①契約自由の原則に基づく場合（明示的に、ある不履行が当事者に解除権を与えると定めることができる。目的は深刻さの困難な証明の軽減）、②商事に関して確実性の必要に基づく場合、③不履行当事者の態様に基づく場合である。しかし①の場合でも明らかに不履行者が困難に陥るときには、それを軽減するためかかる条項に関して、条項適用の厳格な解釈・信義則による条項の効力の制限・債権者に不履行の治癒を求め解除する旨の通知を要求する。⁽⁴⁷⁾

従ってイギリス法では、解除権は違反の結果よりむしろ、違反された条項の性質に依拠するとされるが、「中間条項 (intermediate stipulation)」違反のテストは、「CISG Art. 25 の「重大な契約違反」の定義と類似する (Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. [1962] 2QB26 (CA) 事件、不履行の結果が債権者から契約を締結した実質を奪う場合に解除が認められる」と言われる。しかしテストを必要としない効果を持つ「条件 (condition)」の違反を除いた残りの部分のテストとなっていることから、満足しがたいものと評価され、買主の履行請求権や売主の追完権の行使にも一定の役割を果たしている CISG の定義の方が、より一般的な概念と指摘されている。⁽⁴⁸⁾

先に述べたような契約条項の分類は、一定の条項違反の結果が、他の条項の不履行よりも深刻であろうという仮定に基づいている。しかし、分類が硬直性の要素を導入することは避けられず、個々の場合において不履行の結果から注意を逸らしてしまう傾向にあるとされる。最も明白な例が、イギリスの conditions と warranties の

区別である。動産売買契約や、商品の供給のための他の契約に関連して導入されている。区別の基礎は、不履行が解除権を生じさせるほど「本質」的かどうかの原則であるが、たとえ違反によって何ら損害を与えなかったとしても、条項は条件となりうる。その理由は、条件かどうかは解釈の一つであり、当事者に契約中に明示することによって条件にするかどうかが開かれており、またある種の契約では、立法または判例によって条件と分類されているからである。条件にこのような効果を与える正当化の根拠は、一つは取引上の便宜である。転売しサブバイヤーから解除の主張がされたかもしれない。もちろんこのような仮定的な困難 (hardship) は実際にはないかもしれない、相場の変動によって利用される可能性もあるので、過度にテクニカルだと批判されてきた。この状況の中で裁判所は、上述のいわゆる中間条項の第二の範疇 (重大な結果が生じたときのみ解除の効果が発生する) を認めることによって、濫用を回避してきた。このような範疇によって、正義が促進される反面、確実性を代償にすることになることから、確実性に第一の重要性をおく、とりわけ商事契約における履行期に関しては、裁判所は条件と分類し続けたとされる。⁽⁴⁹⁾ なおイギリスには、condition と免責条項の解釈に関連する fundamental terms の間にさらなる区別がある。これに対してアメリカには、前述のようにイギリスにおけるこの分類の厳密な対応物はなく、warranty が一般に condition の意味で用いられ、アメリカには warranties と covenants の区別が、イギリスの conditions と intermediate terms (warranties と言うより) の区別に対応するとされる。⁽⁵⁰⁾

このように条件 (condition) や基本条項 (fundamental term) の違反による解除権は、少なくとも部分的には、仮定的困難 (hypothetical hardship) の議論を基礎とするが、これはイギリス法の動産売買契約における量的瑕疵 (どのような量的瑕疵も解除を正当化するとされる) には言えないとされる (但し不動産売買には適用はない)。

解除における「重大な契約違反」と「付加期間設定」要件の關係

二〇七

このような動産売買における量的瑕疵と質的瑕疵の区別は、conditions と warranties の区別と同様、原則的に支持され得ず、これらの区別は解除を正当化するためには不履行が重大であるべきとの基本原則を見失う傾向にあるとされる。⁽⁵¹⁾ UCCはこの区別を採用せず (§2-601)、『いわゆる完全履行原則 (perfect tender rule) によってどのような契約不適合も解除権を生じさせるようにみえるが、実際は本条とともに読まなければならない一連の他の規定によって重大性の要件が導入されている。従って、買主が一旦商品を受領 (accept) したら不適合が「実質的に (substantially) 価値を損なう場合にだけ解除 (受領の撤回) revoke his acceptance) が認められる (§2-608 (1))⁽⁵²⁾。本条は、買主の契約価値だけを問題にしており、売主の契約価値には言及していない。「実質的侵害 (substantial impairment)』は、§2-610 (不安の抗弁権 anticipatory breach) でも重要で、(ここ)では双方の価値に言及する)、§2-612 (通次供給契約 installment contracts と違反) ではとりわけ(3)項で契約全体にかかわる場合の定義と類似する。この点、「重大な契約違反」の概念は UCC Article II の様々な規定に使われている「実質的侵害 (substantial impairment)』に非常に似ているが、履行を中断する権利が与えられる要件なので、解除を導く条約の規準よりも程度の少ないものと分析するものもある。⁽⁵³⁾ 実際は、裁判所は「実質的侵害 (substantial impairment)』の場合に解除権を制限するために、むしろ買主が「受領した」と進んで判決するようである(自分で車を運転して帰った買主は、簡単に治癒可能な瑕疵のために車の受領を撤回する権利はないとされる)。さらに売主が不適合を治癒でき、その旨の適切な通知をするときには、解除することはできない (§2-508 (1))⁽⁵⁴⁾。また §2-609 (1) では両当事者の期待に言及し「売買契約は、相手方当事者の履行を受領する期待は損わない、という義務を課す」と規定する。売主の救済手段を一般的に規定するのは §2-703 であり、解除 (cancel the contract) が

(f)号で、買主が不当に受領を拒絶又は撤回したり、履行期に支払わない、あるいは一部または全体に関して履行を拒絶する場合にできる。買主の救済手段一般についての規定は、§2-711にある。「違反」という言葉は使われないが、売主が引渡をしないか履行を拒絶した場合、又は買主が受領を適法に拒絶するか正当に撤回した場合の解除権を定める。

二、重大性の判断

なお、コモンローのシステムでは、不履行の重大性の要件のあいまいな一般的定式から生じうる危険や不便を減ずるための試みが、判断に影響する多くの要素を明らかにすることによってなされてきたと述べられる。⁽⁵⁵⁾これは固定したルールの定式化に導くものではなく、事情(circumstances, not rules)として述べられてきた要素(factors)である。①損害賠償の代替的救済手段との比較から、損害賠償で十分な救済であれば解除は許されない。②解除の結果、不履行の相手方の不当利得に至る場合は、裁判所は解除を正当化するほど不履行が深刻であると判断することに躊躇する。③救済手段が不正な動機で追及されようとしているとき、裁判所はやはり違反が解除を正当化するほど重大と判断することを躊躇する。④不履行当事者が契約の残りを履行するかどうかについての不明確性・将来の履行に対する不確実性(Restatement 2ndは二四一条、二四二条で不履行が実質的か、いつ被害当事者を残りの義務から解放するかを定めるが、多くはC I S G・P I C Cの議論と重なる。二四一条(a)号で不履行の相手方の利益の喪失、(d)号で履行の交換の期待を確保する手段として実質的不履行の場合に履行を留保する権利を与えることから、不履行当事者の不履行を治癒する可能性の要素を挙げる)、⑤不履行の量的割

解除における「重大な契約違反」と「付加期間設定」要件の關係

二〇九

合、⑥不履行の態様（不履行の際の不注意は将来の履行に対する不確実性を増加させる）である。これらは、解除するのに十分な不履行に関連する要素として独立して説明されているが、この問題は網羅的な分析を拒み、解除権が依拠する利益の衡量の観点から、説明できるものであるとされる。それでもなお、このような説明を敷衍できないケースも存在する。たとえば、特にドラマティックなケースで裁判所に「重大」と印象づけた、アメリカの病院などの公的機関への牛乳の供給契約に関して、最初の一日のうち三日にミルクの中にハエの死骸などが混入していた事例、イギリスの九か月にわたる広告契約において、一度の広告で多くの聴衆に深刻な程度に不快感を与え、マーケティングが減少する傾向に陥った例を挙げる。解除を認めた裁判所の直観的な判断は正しいが、その判断方法は、危険——少なくとも重大性要件の判断に一般的に影響する要素を分析する試みによって減少させることはできるが——を有しているとされる。⁵⁶ また、イギリス動産売買法三一条(2)項では、違反が明らかに契約の残りの義務を履行しない意思を示すときには、故意でなくとも履行期前の履行拒絶となりうる。

(3) 通知による解除システム

一、「契約解除のための期間設定」と「追完のための不履行の通知」

基本的に英米法では、解除するためには何ら形式——裁判や *Notarist*——は必要とされておらず、相手方に対する意思表示だけで解除しうる。さらに、特定時期までに履行することを求める通知に応じないことは、契約拒絶の意思があるとの証拠にはなり、その限りで解除を正当化することがありうるとされている。ただ歴史的な理由から遅延に対する特別な扱いが、土地の権利売買 (*sale of interest of land*) にもともとは適用された履行時期

に関する条項（本質的か否か go to the essence）に関してなされている。本質的か否かは契約条項や契約目的物の性質によるが、例えばイギリスでは、支払時期や不動産売買の履行期の条項は本質的ではなく、動産売買は本質的と考えられている。不動産売買など本質的でない場合も、履行のための相当な期間を設定すれば相手方への一定の時期までの履行を求める通知によって、後の期日の履行それ自体を当事者の義務の条件、すなわち遡及的に「期限を本質的なもの」にすることができるとされる。⁽⁵⁷⁾ ファーンズワースによると、広義のいわゆる「自助（self-help）」には、契約の継続履行を期待してなされる「履行関連（performance-related）」の段階（例、履行中断）と、紛争の解決を期待してなされる「紛争関連（dispute-related）」の段階（例、契約解除）がある。前者の理論的根拠は擬制的交換条件の考え方を前提にし、契約で定められた順番で相手方が義務を履行することを被害当事者の履行の擬制的条件とすることにあるとするが、Nachristは履行関連の自助手段ではあるもののその例外と位置づけられる。なお中断した被不履行当事者がいつ解除できるかは、履行期が本質的か否かによるが、ここで Nachrist の意義が認められる。相当期間を履行のために設定した時、その間履行の中断ができ期間経過後解除できる Nachrist は、遅延が解除を正当化するか否かについての不確実性を除去し相手方に不履行が請求されることを気づかせる利点を有する。コモンローにはかかる概念はないが、遅延の場合に通知によって最終期限を有効に設定できる判例を指摘する^(57a)（契約によって期限を定めていなくても相当期間が経過したら義務からの解放を求める通知によって、時を本質的なものにできる。）なおこれについては、最終的に解除の要件の機能を有する Nachrist は、後者の「自助」にも関わり、完全に擬制的条件の例外にもならないように思われる。また、一方当事者だけで契約条項を「条件」に変えることはできないが、設定された期限が相当であれば、たとえ履行

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

期が本質的でなくとも不合理な遅延は拒絶 (repudiation) に匹敵するという意味で解除を正当化するとこの説明もなされている。^(57b) なおこの準則の射程に関しては疑問が残るとされ、伝統的な見解によると不動産・動産売買などの一定の領域に限られる。しかしあるケース (*United Scientific Holdings Ltd v. Burnley Borough Council* [1978] A. C. 904; *Bunge Corp. v. Tradax SA* [1981] 1 W. L. R. 771) ㉞、合理的な通知を不履行当事者に行うことによって期限を本質的なものとできることを一般ルールとして述べる引用を承認すると指摘され、これは PECL 8: 106 (3) の構想していることと同じだと理解されている。⁽⁵⁸⁾ 期限徒過すると不履行の相手方には履行を求めるか解除するかを選択権が与えられるが、一旦かかる通知がなされたら期間までにどちらからの履行もなければ、不履行当事者からも契約を解除することができる。なお、英米法はドイツ・フランスほど債務者保護に関心を示さず、債権者によりスピーディーで便利な救済手段を与える傾向があり、*Nachfrist* のような通知を与えるケースは幾分例外として扱われると分析するものもある。⁽⁵⁹⁾

イギリス法では、引渡時期や引渡に関連する義務は、商事取引上、特に国際取引では「本質的」であるとされ、「期限を本質的にすること (making time of the essence)」はほとんど問題にならない。これに対して、CIS G の規定には「約束的条件 (promissory condition)」がないので、当事者が相手方の履行の遅延に直面したとき、事を明らかにするための装置が必要になる。これが *Nachfrist* の制度と言われ、履行のために付加期間を設定することが認められている。この点、イギリスで最も頻繁に問題になるのは、上述のように不動産売買契約の場合である。この場合の伝統的なルールは、履行期が設定されていない場合と設定されている場合に分け、前者は、相手方が履行のための合理的な期間を設定する通知がなされる前にも、不合理な遅延であれば責任をおわなけれ

ばならないとされ、遅延者に二重に遅延を算入される点が批判されているが、もし履行期が定められていれば、不履行後直ちに履行を求める通知はなされうる。「期限を本質的なものにする通知」の効力は、前述のように期日までの履行を「条件 (condition)」にする(いついかなるときと)とDiplock 卿によって言及されているが、これに対する適切な反論は、期限を本質的なものとする通知は何ら契約の基礎を変更しえない、すなわち通知によって期限はもともと合意されたものより重要なものとはなりえないことである。Simon 卿は、期限を本質的にする通知は、受約者がいつまでに契約上の義務が履行されるのが合理的と現在考えているかの証拠となると指摘される。⁽⁶⁰⁾

なお、時計は逆には戻せないで、遅延が治癒されるとは考えられない。従って遅延が既に重大な契約違反となつていると、それに対して売主が元に戻すために何ができるのかを考えることは不可能である。同じことが、買主が期限を本質的なものとしたにも拘らず、売主がその間に履行しなかつた場合にも言える。さらに、これは引渡期限を越えてなされた売主の追完にも関連する。CISG Art. 48 は、売主に不合理な遅滞を生じない範囲での追完を要求するが、売主の追完が認められない場合は、遅れが重大な契約違反となるほど深刻でなければならぬのか問題となるが、代案を推測することは大変難しいという理由で、これが裁判所や仲裁において方針になるのは、きわめてありうることだとされる。⁽⁶¹⁾

このように、Nachfrist の要件と英米法上明らかに比較しうるものは、上述の履行時期に関する条項の効果を判断するためのルールの他、契約解除の明示的な条項に対して瑕疵を治癒することに関して不履行当事者に猶予を与えるルールである。猶予を与えられた不履行当事者は追完する自由を有し、それは Nachfrist に類似する通知、即ち不履行当事者からの申し出に依存する。これは追完義務とは区別され、英米法にはそのような義務は存

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

二二三

在しない。追完の可能性は、不履行の重大性に影響する。

UCCは、§2-508(追完権 (right to cure))を定め、アメリカには治癒の自由が認められており、一見して重大な瑕疵であっても履行の中断だけを正当化し、解除権は違反が治癒できない場合にだけ行使できる (Restatement 2nd §37Comment a.)。設定された期限の徒過後であっても、もし履行期が本質的ではなく、遅延もそれ自体重大な違反とならない場合には、一般に追完はなお許される。イギリスにも治癒の自由の原則はあり、瑕疵ある提供をした当事者は、提供が拒絶された場合には第二の提供をすることによって治癒する権利が与えられる。それによって契約に適合すれば、一般ルールとして受領されねばならない。⁽⁶²⁾なお追完の第一の目的も、契約を重大な契約違反による解除から救い、維持することである。CISGでは三七、四八条で規定されているが、イギリス法にはこれにちょうど匹敵するものはないとの指摘もあり、買主が商品を拒絶し契約を解除することを妨げるそのような権利は、判例法で、売主が一定の場合に不適合の提供や履行を是正しうることがみられるのみとされる。法律委員会がこの点を調査し、鑑定意見の中で、追完権は消費者である買主に対して売主を有利な立場に置き、商事契約にも不明確性を導入することになると最終報告書で結論付けているとのことである。⁽⁶³⁾

アメリカ法では、UCCには付加期間の設定を認める規定はないが、UCC §2-609に、履行のための十分な保障に関して、定められた期間内に何らかの保障を求める通知することによって解除権を与える規定がある。これは遅延だけではなくあらゆる義務の不履行に適用される。また、§2-719ではUCC Art. 2に定められていない付加的ないし補完的救済手段を合意することは認めている。また、不確実性を削減するために、当事者は予期できないことを避け、通知をして可能な限り常に交渉するべきである。信義則によって、当事者が不履行に対して請

求する際には、合理的な通知をするべきことを要求される。さらにCISGと同じようにUCC §2-508(2)は、売主に、代品提供する意思の合理的な通知を必要とする。

また、UCCのもとでは、買主は引渡の際に商品を拒絶することも、後に受領を撤回することもできる。UCC §2-601は、物品が契約に適合しないとき、買主が商品の拒絶ができるとの基本原則を定め、それは引渡から合理的期間内に拒絶の原因である瑕疵を特定して、売主に拒絶の合理的な通知をすることを要件とする。§2-602による有効な拒絶をしないと、買主は物品を受領したとみなされる。いったん§2-606のもと商品を受領すると、⁽⁶⁴⁾上述のように買主は不適合が実質的に物品の価値を損なう場合にだけ受領を撤回することができる。

このようにコモンローには、相手方が履行しない場合に、自らの履行を留保する権利 (right to withhold performance) が認められている。当該契約条項が条件となつている場合や、相手方の不履行により当事者の契約をした実質(目的)を奪う結果となる場合に認められ、解除と同じような規準で判断される。⁽⁶⁵⁾

(3) 小括

英米法では、履行の拒絶・受領撤回は解除権への一ステップで、それぞれ厳密には区別されない。大陸法で同時履行の抗弁とされるものと解除権との区別もあいまいである。このことを、解除の要件として英米法をモデルに「重大な契約違反」を要件として構成する場合には、問題とならないかを検討する必要がある。英米法では、拒絶権も解除権も、conditionの観点から説明され、相手方の履行が黙示的な条件となり、一方の履行がなされなければ、不履行の救済手段の側面というよりも、むしろ契約のいわゆる双務関係から認められる一連の効果とし

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

二二五

て、義務からの解放の要件が構成されている（従って、一連の効果を連続して捉えることは、なぜ契約（義務）からの解放が認められるのかの本質が見えてくる利点を有す）。もっとも、終局的な解放を意味するか、中断かは効果としては異なり、この点は留意されるべきであるが、段階的な程度の問題として、本質的には同じ考慮で構成することが可能と思われる。

解除の要件として、不履行の重大性を要求することは——アメリカ法では「実質的 (material)」という言葉を用い、イギリスでは「本質的 (essential)」という用語を用いるが、履行の実質的部分がなされないこと、契約の本質にかかわる履行がなされないことを示す——、英米法でも原則として認められることに異論はないが、その不明確性には問題があることが認識されており、何が解除を正当化するほどの重大性にあたるかを様々なファクターを抽出することによって検討されてきた。また、原則の例外を、当事者の合意（契約で解除の条件を定める）・商事取引における確実性（条項を条件と裁判所は認定）・債務者の行為態様の観点から認めるが、イギリスでは、取引上の便宜や確実性から、解除は違反された条項の性質 (condition) に依拠する。アメリカの UCC では、商品を受領するまでは完全履行原則を採用し、これに基づいて受領の拒絶を認めるが、実際には商品を一旦受領すれば（原状回復が必要になる）、受領の撤回は価値を実質的に損なう場合に限られている。これらの効果は、解除とは厳密には区別されないとされるものの、履行を中断する権利の要件であり、程度が軽いと分析される一方で、これは原状回復の要否からも説明でき、解除が債務者に大きな損失を与えるのは多くは引渡後であることから、受領前後で分類することには意味があると思われる。

また、英米法には *Nachfrist* の制度はないが、履行期の条項は、動産売買では本質的であり、経過後直ちに解

除が認められ、本質的でない場合にも、相当な期間を定めた相手方への履行を求める通知によって「期限を本質的なもの」、つまり期日までの履行を自らの義務の「条件」にすることができると言われる。この点、等価交換契約においてはある意味、時は常に本質的であり、合意された等価物の反対約束の履行を強制するには履行は常に必要であるとされることから、⁽⁶⁶⁾牽連関係に考え方の基礎があるように思われる。その際実質的判断は、期間の相当性に求められ、Restatement 2d §242によると、不履行の実質性を判断するファクター（相手方の期待利益喪失の程度が重要）に加えて遅延によって相手方が代替手段を妨げる程度、合意の内容の要素が考慮される。またそのような通知は、いつまでに履行されるのが必要かの証拠になるとも言われている。さらに、英米法では、「約束的条件 (promissory condition)」によって予め期限の重要性を明らかにしておくことができると言われる。

なお以上からは、不履行の対応を考えるにあたって、遅延と不適合を区別しつつも、パラレルに考えることもできることがわかる。遅延のための Nachfrist の手続きとパラレルに、追完のために不履行当事者に治癒の機会が与えられ、アメリカには不履行当事者に追完権が定められ、追完ができる限り、それぞれ不履行者に第二の機会ないし治癒の可能性を与える必要があるのは同じであり、Nachfrist を設定する催告、及び追完を求める通知をして、期限が徒過することによって、解除権が発生するとするならば、同じ考慮に基づいて構成することができる。⁽⁶⁷⁾ドイツ債務法改正の新しい構成はこれと同じである。

(Ⅲ) 両者を解除要件として併記する制度——CISG, PECL, PICC, DCFR

イギリス法に範を得た「重大な契約違反」が要件になることについては、如何に定義するかは別として、C I

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

SGの起草過程においても議論の当初から異論はなかった。さらにドイツ法を範とする「付加期間設定による解除」も、ほぼ異論なく解除の要件として認められ、この法的手段の基本的な有用性は、起草過程においても問題にはされなかった。予め通知することによって両当事者間の状況を明らかにする機会は、国際的に広く支持を受けたと言われている。⁽⁶⁸⁾ その理由は、重大な契約違反の概念の不確定性にあると思われる。

もっともこれら二つの解除要件の制度は、本来は別々の制度で、個々に発展してきたという経緯がある。⁽⁶⁹⁾ 従ってこれらはいくまでも別の制度であり、解除要件として一つのものではなかったということは留意する必要があるが、この別々の制度の要件を、CISGが一つの制度に統合させ大成功を収めたことは上述のとおりである。⁽⁷⁰⁾ この構成は、その後 PECL, PICC, DCFR にもそのまま踏襲されている。二つの制度からの二つの要件を、どのように理論的に整合的に理解することができるのか。併存するシステムの中での Nachfrist の機能を明らかにした上で、重大な契約違反との関係を検討する。

(1) CISGにおける二つの要件の関係

一、通知解除の根拠と機能

CISGでは、付加期間を設定してその徒過によって解除が認められるのは、引渡のない場合・支払いのない場合だけである。この点は、旧ドイツBGBが条文上 Nachfrist による解除を遅滞の場合に限っていたこと、また新改正債務法では明文で遅滞の場合だけではなく不適合の場合にも、Nachfrist の手続きによる解除が認められていることとは異なる。⁽⁷¹⁾

ホノルドによると、設定される付加期間の「相当性 (reasonableness)」について、柔軟性のあるこの基準に対して、選択は何ら落ち度のない不履行の相手方 (the innocent party) にあるとする。実際、通知解除の手続き (notice-avoidance procedure) が、契約解除権に関する不明確性を減じるといふ目的に仕えるべき限り、「相当な」期間を設定する際の不履行の相手方の裁量が尊重されねばならないとする。そして、相手方によって設定された期間が「相当」か否かを決定するにあたり支配的な考慮要素 (dominant consideration) は、これ以上遅れることなく商品の引渡を受ける「相手方の必要性」であるとする。他方、期間の徒過によって解除権が発生することに鑑みると、相当性はまた、契約は重大でない理由によっては解除されるべきではないとの基本原則に照らして決定されるべきであるとする。⁽¹²⁾

さらに四八条に関して、不適合が治癒可能と期待される場合、買主は売主が不適合を治癒するか否かについての確証を得るまで、違反が「重大」であると結論付けることはできないとされる。もし、治癒の問合せに対して売主からの返事が Yes でなければ、買主は契約解除を遅らせる必要はない。例えば、機械の売買で、買主から「パーツXの不具合で機械が作動しないが、修理してくれるか? 六月二〇日までに機械を稼働させねばならず、さもなければ解除して他から調達せざるを得ない。六月一〇日までに、エンジニアの到着と修理の予定について知らせてほしい」旨の問い合わせをした場合、この通知は、当事者間の普通の取引関係を維持する商的利益に答えるものであろうが、加えて、買主の法的権利を保護する基礎になるとする。一つは三九条の不適合の通知義務を果たしたことになり、二つ目にこの通知が、合理的な履行のための付加期間を設定する四七条における Nachfrist 通知を構成し、さらに三つ目に、買主が不適合物品を所持しているという、当事者間の関係のこの進

解除における「重大な契約違反」と「付加期間設定」要件の關係

一一九

んだ状況にあり、買主の売主の治癒の予定に関する問合せに対して、売主は速やかな通知をする「義務」をおうことになる。なおこの義務は、七条二項の法の一般原則（相手方から必要とされた情報を提供すべきであるとの、たとえば一九条二項、二二条二項、二六条、三九条一項に由来する）から導き出されるとする。この仮定では、速やかに（六月一〇日）売主の予定を知らせることに対する要請は、四七条や四九条一項b号の通知解除の規定によっても支持されうるとする。⁽⁷³⁾このように、売主の義務違反があつて、買主からの *Nachrist* と認められる通知によって当該違反の状況、追完の必要性や重要性を明らかにした上で追完が求められると、相手方に新たに返答義務が生じ、買主からの通知があつたにもかかわらずそのままその期間を徒過すれば、債務者には履行の意思はないと認められ、解除権を正当化することになると考えられる。

この場合、もし期間の相当性について売主に疑義があれば、その相当性については、例えば短かすぎるなどの反論ができると考えられよう。相当性について争いになった場合には、客観的に双方の事情を考慮して、しかし上述のように期間徒過によって解除権が発生することを勧案すると、不履行の相手方の利益が重視されることになる。従つて、一方の義務違反によって新しい局面に進んだとは言つても、追完が可能で期待できる場合にも、不履行の相手方の利益が優先することになる。⁽⁷⁴⁾先述の例で、六月二〇日の期限がまさに買主の利益を左右するのであれば、それが優先されることになる。

このように *Nachrist* の機能は、不履行当事者の義務違反によって生じた不履行に関する状況が解除権発生に十分か否かを明確にするために、具体的な新たな義務が発生し、設定期限徒過によって、解除権が認められることになる。このことは、CISGだけに限らず、上述のようにアメリカのUCCに明示的には *Nachrist* に匹敵

する付加期間の設定手続きはないものの、UCC §2-309 のオフィシャルコメント⁽⁷⁵⁾には、当事者間の関係に明確性を付与するかかる通知の利用についての言及があることから、Nachfrist の手続きを持たないアメリカの理解としても、予め通知をすることによって、当事者間の関係を明確にし、それによって解除に関する不明確性を減じることに、この制度に対する高い評価がなされていると言える⁽⁷⁶⁾。さらに、これに関して日本でも「いきなり解除したことを理由に訴えたところ追完補修可能ということで解除権が否定されても困るから、買主は追完・修補の請求をあらかじめするのが無難であろう。結局、実質的には催告を要するのと同じ結果になろう」との指摘がある⁽⁷⁷⁾とされるが、これも上述の、当事者間の状況を明確にするとの相当期間設定の機能を同様に解するものと思われる。

ちなみに、上述のように、どの段階から契約の拘束を解消して、相手方の契約の存続の利益を後退させることが正当化されるかについて、当事者の対抗する利益（債権者のあまりに長い間不確かな契約に拘束されない利益と、債務者の義務を履行して反対給付を得る利益）を調整する仕組みのひとつとして、Nachfrist 設定解除のシステムがあると解されているが、それと重大な契約違反との関係には二つの道があり、重大な契約違反のとき原則として解除を常に認める立場（CISG, PECL, PICC の立場）によると、付加期間設定が必要とされるのは、違反の重大性に関する判断が明らかに疑わしいためであり、重大性の不明確な場合に付加期間を設定し、徒過した場合に重大な契約違反が明らかにされる。フレスナーも、Nachfrist によって給付の遅延が重大な契約違反かどうか、債権者の解放を正当化するほどの重みがあるかどうかに関する審査を省くことができると理解する。すなわち、それ以上の遅延が、重大な契約違反と判断されるべき時期を確定し、半面、債務者にこの時期までは遅延

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

が重大とはされないという確実性を与える。このように、遅延はすべて重大なものに「切り上げ」られるとする⁽⁷⁸⁾。しかしこれに対して物の瑕疵の場合は、遅滞とは違って、最終期限の設定によってのみ重大な契約違反となりうるものではない。個別の状況により、典型の場合を挙げるのも容易ではなく、結局瑕疵にもかかわらず債権者に契約を（損害賠償で）維持することを要求できるかどうかに着目することになる。この点、上述のように、同様の説明はホノルドにもみられるが、*Nachrist* の通知をすれば、通知に設定された付加期間の経過によって重大な契約違反を構成するかどうかの証明せずに、解除の根拠が与えられることになるとする⁽⁷⁹⁾。

二、「重大な契約違反」の要件と通知

ところで、ドイツ債務法改正案についての上述のフーバーの説明からは、瑕疵は、①重大な契約違反を構成し即時解除の認められる「重大な瑕疵」、②追完可能性があるなどにより即時解除は認められないが *Nachrist* 後追完がなされなければ解除を正当化する「本質的瑕疵」、③そもそも解除が認められない「本質的でない些細な瑕疵」に区別される。しかしフーバーは C I S G 四九条の解説⁽⁸⁰⁾では、いわゆる「本質的でない瑕疵」とされる修補義務や組立義務の不履行も、時の経過の要素（追完など）により重大な契約違反になることがあるとすることから、いわゆる些細な瑕疵でも、瑕疵自体の重大性の他（時の経過等）の要素によって重大な契約違反に至ることを認めていた。そのように考えるならば、「本質的」とされる瑕疵の中にも、追完されず *Nachrist* 経過により *Nachrist* 徒過の要件を充足し問題なしに解除が認められる場合と、完全な追完がなされると解除は問題とならない場合を除いて、その間に追完は多少なされたものなお瑕疵が残存する場合が残り、この場合に先の「本

質的でない些細な瑕疵」でも問題になったように、Nachfrist 要件によって解除が認められるかは問題となろう。この点、ドイツ債務法現代化法では、§323V によって義務違反が些細な場合には解除権が排除されることを明記しここで判断されるが、もつとも疑わしい場合は、相当期間が経過すれば一律に解除を認めることになる。⁽⁸¹⁾これに対して、C I S G では Nachfrist 設定による解除要件は引渡のない場合だけに限られるので、目的物に瑕疵があるときには重大な契約違反の要件が問題になるが（但、瑕疵の治癒のために付加期間を設定することはできる）、瑕疵の重大さと付加期間徒過により履行期の重大さ、さらには債務者の態様などを総合判断することになる。付加期間の設定により追完の要素が加味されることになると、修理・交換等によって瑕疵の重大性自体も変化し、これにさらに時の要素、ないし債権者の適時履行に対する利益と追完途中の債務者の態様が判断に加わってくと考えられるので、期間の徒過によって重大な契約違反になるものと、ならないものがある。

なお、C I S G では売主の追完権については、四八条において、引渡期日後買主が解除しない限り認められている。治癒が不履行の相手方に不都合を生じさせず、前払い費用の償還について不安を生ぜしめない限りにおいて可能である。⁽⁸²⁾

(2) P E C L

§:103条が重大な契約違反の定義を定め、(a)号は債務の厳格な遵守が必要とされる場合の不履行、(b)号は実質的な期待の喪失、(c)号は故意による不履行の結果、将来の履行が期待できないこと、を重大な契約違反とする。これらはイギリス法と非常に近似していると指摘されており、それぞれ、契約条項が条件であった場合・Honn

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

一三三

Kong Fir Shipping Co Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. [1967] 2Q. B. 26 (C. A.)・契約の残りを履行する意思がないことが違反から明らかである場合(動産売買法三二条二項)とパラレルであり、最後の定義が故意による違反に限定されていることだけが違うと指摘される。

不履行当事者の追完権は、履行が不履行を理由に受領されなかった場合に、履行期が未到来、または遅延が重大でなければ、契約に適合した提供をすることができると定める(Art.8:104)。履行の遅延が重大か否かは、履行期が契約の重要な要素かどうか、Art.8:106に基づく通知(付加期間の設定)がなされ期間経過によって履行期が契約の本質的要素になったかどうかによるとされる。なお、重大な違反があれば追完権は認められない。売主の追完権を一般的な形で定めているのは、コモンローであり(UCC2-508条やBorrowman Phillips & Co. v. Free & Hollis (1878) 4Q. B. D. 500 (C. A.))、デンマーク動産売買法四九条などの北欧法やオランダ法にもあるとの指摘がなされている。

Art.8:106は、付加期間設定通知を定める。重大でない遅延の場合に、合理的長さの期間を設定し徒過すれば契約を解除できる。本条は、不適合な履行の場合も適用があるが、解除の効果は生じない。しかしこの場合も、不履行の相手方がなお適切な履行を希望し、不履行当事者に最後の機会を与えるという機能を有するとする。これはフランスの付遅滞・ドイツの催告と同じ機能と説明される。なお期間の相当性は様々な要素が考慮され、例えば不履行の相手方の必要性・履行目的の性質・元の契約の履行期の長さ・遅延の原因があげられる。また通知の中で、期間が徒過すれば自動的に契約が解消する旨を定めることもできるとされる。なお、本条はドイツのNachfristに示唆を得たものであるが、コモンローでも、合理的な通知を不履行当事者に行うことによって期限

を本質的なものにする事ができるとの一般的ルールの引用が、比較的最近の判例でも認められていると指摘される。しかし合理的な通知の後に重大でない遅延に対して解除ができるとの考え方は、すべてのシステムで受け入れられているわけではない。例えばフランスにはかかる制度はなく、付遅滞の制度により、原則として不履行当事者が履行を請求する通知を受け取った場合にだけ、不履行の救済手段が与えられるとされる。また設定される期間の相当性について、ドイツでは短ければ自動的に延長され相当期間経過後に解除できるが、コモンローでは、相当でない通知はおそらく効力を有せず、新たな通知がなされねばならないと考えられている。また、期間経過後の効果についても、かつてドイツ法では規定により、期間が経過すればもはや履行請求権を失うとされたが、コモンローでは選択が認められ、再度新しく期間設定ができる。⁽⁸³⁾

なお、この最後の二点の違いは、当事者の意思を起点とするか、客観的な状況から当然に効力を生じるものと捉えるかの違いのように思われる。契約解消の要件自体、例えば一方の履行が不能になった場合などでも、この考え方による違いが生じる。合理的な再度の履行を求める通知をすれば、その経過後に契約を解除する権利が相手方に認められることの根拠も、当事者の意思から解除の効果が生じると考えるか、客観的な状況から当然に効力が生じるかの違いが出てくるように思われる。この点は、不能との関係を含めて、稿を改めて論じることを予定している。

解除の要件は、Art.9:301に規定されており、(a)号で重大な契約違反、(b)号でArt.8:106III（通知）による解除を挙げる。また、PECL9:301(1)及び8:103とPICCは類似するが、PECLは重大な契約違反を定義づける規定となっており、PICCの(e)号を含まず、故意ファクターの代わりに信頼関係喪失の要素を加味する。

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

二二五

(3) PICC

一、概要

PICCも国際的な傾向と軌を一にし、解除の範囲を狭く限定して最後の手段として扱う。解除できる範囲を制限するために、PICCは重大な契約違反(Art.7.3.1(1))とNachfristシステム(Art.7.3.1(3))、さらに不履行者の追完権(Art.7.1.4)という二つの装置を結合させると分析されている。重大な契約違反法理が基本ルールであり、不履行の重大さを問題にするが、これはCISG、PECLの指導原則となっている他、スカンジナビア売買法や英米法・エストニア債務法にも採用されていると指摘する。Nachfristシステムでは、付加期間が適切な履行なしに徒過する場合にだけ解除が認められることから、不履行当事者に有効な追完の機会、即ち第二の履行のチャンスを除除する前に与えることを前提とするが、これは解除権者からすると、解除が認められない単なる不履行を、付加期間設定徒過により昇格させるチャンスを持つことになると指摘されている。又、三つ目の追完権によって、合理的期間内に適切に履行すれば、解除を回避することができる。Nachfristと違い不履行者から働きかける装置で、契約を存続させることを欲する不履行当事者による追完権は、解除の通知によって排除されず、有効な追完の通知は、解除権者が履行とは一貫しない手段(例えば解除)をとることを留保させると明記する。このメカニズムは、PECL Art.8:104にも規定され、アメリカ法において重要な役割を果たす(UCC §2-508(2))ものと説明される。CISGのもとでも議論の末、現在では広く受容されている。但し、Nachfrist手続きは遅延の場合に限定されており、Art.7.3.1とArt.7.1.4の組合せによって解除権は二つの場合にだけ——違反が重大なArt.7.1.4に従って追完されえない場合と、遅滞の場合に付加期間徒過による場合——認められる。

これらの基本的構造は、PECLやCISGのシステムと非常に似ているが、PICCは追完権のより詳細で直接的なルールを定め、問題をCISGのように重大な契約違反法理にシフトさせる代わりに、追完権について解除権を留保させるものとして規定するとされる。⁽⁸⁴⁾

二、解除の要件規定

Art.7.3.1(1) PICCでは、不履行が重大なときに解除権が利用可能との基本ルールを定め、Art.7.3.1(2)では、不履行が重大となるか否かの判断の際の基準を挙げ、Art.7.3.1(3)では、遅延の場合に(付加期間設定による解除を履行遅滞に限るとするのは旧ドイツ民法典と同様の立場、但しPICCでは追完権によって瑕疵の治癒の問題は処理されることから機能分担されていると考えられる。後述参照)、解除権がArt.7.1.5により定められる履行のための付加期間徒過によって発生することを規定する。

Art.7.3.1は、様々な考慮のバランスを図ることに基づいており、すなわち一方では債務不履行の相手方に契約解除を認め、他方で、解除によって不履行当事者に準備や履行の費用において深刻な損失を与え得ることとのバランスを図る。無駄になる費用というリスクの結果、解除権を制限する必要があると出てくる。国際的傾向に基づいて、本条はさらに次のような一般原則「契約は守られねばならない」との原則——即ち契約維持の原則——と、経済的考慮即ち「経済的損失最小の原則 (minimizing economic waste)」に基づいていると言える。そしてArt.7.3.1は、重大な契約違反の定義を置くのではなしに(オフィシャルコメントでは、定義を「実質的で (material) 単に軽微な重要性ではない (not merely of minor importance)」とのみ述べる)、重大か否かの判断は、個々

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

のケースに特有な事情を分析することによって、又異なる基準を比較考察することによって答えることができるとの仮定に基づいて、二項は「とりわけ」考慮すべき要因を挙げるにとどまり、これで尽きるリスト(exhaustive list)ではない。(a)号から(e)号までの要素は、主に考慮に入れなければならないが、ほかの基準も考慮することが勧められるファクターであり、しかしこれらのファクターは広くカバーし、他の要素が関係するケースは多いとは思われないとされる。

(a)号の「実質的損失(substantial deprivation)」はCISG二五条の定義の要約版である。主に不履行の不履行当事者の相手方への(消極的)結果に、焦点を当てる。CISGのdetrimentの文言からの変更によって、「損害の程度」ではなしに、契約によって証明された不履行の相手方の「適法な利益」が強調される。⁽⁸⁵⁾「契約のもとでの文言により、契約上の合意に重要性を置き、(b)号ときわめてリンクしているが、「正当に期待できるもの」との文言から主観的な期待ではない。また、追完権は専らArt.7.1.4で考慮されるので、ここでは問題とならない。規定によると、追完権により解除権はペンディングされる。

(b)号は、「厳密な遵守(strict compliance)」ファクターで、契約上の義務の性質を強調する。(a)(b)号はイギリス契約法と極めてパラレルで、warrantiesとconditionsの区別は(b)号、契約条項の区別ではなしに違反の結果に依拠すべきと述べるHong Kong Firケースは(a)号とパラレルである。アメリカ法における「実質的違反(material breach・total breach)」(契約法リステイトメント2d §236-245)とも類似するが、ただ注意すべきは、この概念はPICCとは異なった法理の基礎の上で作用する。^(85a)

(c)号は、「故意(intention)」ファクターで、不履行当事者だけ(いかにひどい態様かの問題)に着目する。重

過失または故意による不履行は、不履行当事者への信頼を喪失しうる可能性もあるが、PICCは一般的に過失要件に大きな意義を置いていないので、このファクターは制限的な解釈がされるべきとの議論がある。

(d)号は、「信頼喪失 (loss of reliance)」ファクターで、不履行当事者が将来の履行に義務付けられている状況に言及する。本条では、不履行当事者の相手方が、通次供給契約や継続的契約などの不履行当事者の将来の履行を信頼できないと信ずる理由があるかどうかを考慮する。不履行がまだ起こっていないときは、本条は適用されない(将来の不履行の危険があるときは anticipatory breach)。本条は、全体の契約の解除原因として、特定の不履行をどのような状況に基づいてとりあげることができるのかについてのガイドラインを示しており、それは「もはや相手方の将来の履行を当てにすることができないと信ずる理由があるとき」という客観的な要件とされる。主観的にそう信ずるだけでは足りない。継続的契約は、全体の契約につき重大な不履行に基づいて (Art.7.3.1 (2) (d))、不履行の相手方は解除することができ、原則として、将来の義務から両当事者を解放する (Art.7.3.5-6)。全体の契約解除は、全体の契約に関して遅滞はなかったことから、Nachrist 手続きに基づいてはできない (Art.7.3.1 (3), 7.1.5)。なおこの点は、たとえ付加期間設定解除を遅滞の場合に限らなくても、過去の不履行をもって将来の契約を解除する場合には、付加期間を設定して徒過することによって、なぜ将来の契約からの解放に至るかは不明で、重大な不履行の考え方でしか説明できないように思われる。

(e)号は「不相当な損失 (disproportionate loss)」の要素で、不履行当事者の、履行準備が無駄になることによる不利益を考慮する。

なお、これらの要素は必ずしも区別できるものではなく、時に重複し、個々の状況を検討する際に衡量されう

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

二二九

るファクターの一覧表となつていとされる。

Art. 7.3.1 (3) は、不履行当事者に、付加期間を設定することによって、履行の第二のチャンスを与える反面、買主は解除を正当化する不履行に格上げすることができる⁸⁶と理解されている。しかしこの要件は、解除を制限するという一般原則に適う。本条は遅滞の場合に限られ、不適合など他のケースには適用がないので、他のケースに付加期間を設定しても、本条により自動的に解除に至ることはなく、解除は重大な不履行のもとでのみ可能となる。しかし Art. 7.1.5 は、すべての不履行に適用可能なので、重大な契約違反のもとで解除に役立ちうる。すなわち、付加期間を設定することによって、不履行当事者が追完するつもりがあるかどうかの状況を明らかにすることに役立ち (Art. 7.1.4)、さらに不履行当事者が付加期間内に履行しなかったという事実は (Art. 7.1.5)、故意のファクター (intention factor) や信頼喪失のファクター (loss of reliance factor) に関係しうる。従つて Nachfrist の手続きによつて、不履行当事者の相手方は、不履行が重大であることを示すチャンスが与えられることができる⁸⁶と説明される。

三、履行のための付加期間

Art. 7.1.5 は、ドイツの概念 Nachfrist に示唆を得ているが、履行の遅延 (in case of delay) は、他の不適合な履行とは次の点できわめて異なるとする。まず、①債権者は履行が全くないよりは履行が遅れてもある方がずっと好ましいと考えることが多く、②履行期に当事者が履行しない時点で、どのくらい遅れても実際に良いのかはしばしば不明確であり、履行を受領する当事者の商的利益についても、遅れても合理的速やかに履行がなさ

れば、長期の遅延でない限り受領可能である。付加期間によって、他の救済手段を損なうことなしに、履行当事者に第二のチャンスを与えることができる。また付加期間経過後の状況は、遅延がすでに期間の延長が認められた時に重大か否かによる。重大であれば、契約が期間中に完全に履行されない場合、重大な不履行のために、期間経過とともに解除権は単純に生き返る。他方、遅延がまだ重大でなかった場合は、期間が相当な長さであれば、付加期間によって延長された期間の終わりに、解除は可能となるとされる⁽⁸⁷⁾。なお、Art. 7.1.5 (1) と Art. 7.3.1 (3) によって付加期間設定により解除できるのは、相手方が未だ履行していない場合に限定され、履行される⁽⁸⁷⁾とそれが遅れていても本条による解除の可能性はない。ここで、付加期間設定の機能として、不履行における「履行の遅延」の特徴——遅れても当事者の利益はなお存続することが多いが、いつまで可能かは不明確であること——から、第二のチャンスを与えることが、債務者の利益、ひいては債権者の利益からも不明確性を除去することから、望ましいとされる。付加期間の機能は、第二のチャンスを与えることによって、契約を当事者の意図に従ってできるだけ維持することを目指しながら、その不明確性を除去して解除の理由を与えることと理解しうる。

なお四項で、履行されない義務が不履行当事者の契約上の義務の些細な部分 (only a minor part) にすぎない場合は、解除の効果は生じないと規定される。しかしこの規定の厳密な意味・射程は明らかでない指摘されており、遅れてなされた履行が不完全である場合にも適用されると説明される^(87a)。本条は、履行されない義務があらゆる義務を含むことを前提とし、売主の引渡義務の遅延だけに本条の適用があるのではない。そうするといわゆる不完全履行との区別が難しくなり (類推の可能性が示唆される)、実質からするならば、本条は CISG のよ

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

うに売主の義務のうち引渡のない場合だけに付加期間設定解除が認められるのではない。現ドイツ法は、この手続きをすべての義務違反に適用するが、同様の規定を有する。相当期間設定後、履行されない義務が遅延にしろ不完全履行にしろ、義務違反が契約の些細な部分でなければ解除できるとすると、重大な不履行との関係が問題となる。

四、追完権

Art. 7.1.4は一項で、不履行当事者は一定の条件のもとで、不履行を治癒することができる。従って要件が満たされれば、契約や状況によって適時の履行が必要とされない限りにおいて、不履行当事者は履行期を若干延長させることができる。この規定は契約維持に適用のものであり、経済的損失縮減のポリシー (the policy of minimising economic waste: Art. 7.4.8) や信義則 (Art. 1.7) の基本原則を反映するものである。CISG Arts. 37, 48の追完規定と関連する。

不履行当事者が追完の通知をした後にのみ、追完は有効となり、通知は合理的な時期・方法で、遅滞なく、追完の方法と時期についてできる限り示さなければならない。追完が適切かどうかは契約によってさらに履行を認めるのが合理的か否かに従って判断されるが、不履行が重大であるということだけでは、追完は排除されることはないとされる。

治癒の適切性を判断する際の考慮要素には、提案された治癒が問題の解決へと導くものか、治癒をするのに必要な遅れが不合理で、遅延そのものが重大な不履行とならないかが含まれる。さらに一度有効な治癒の通知がな

されたら、不履行の相手方の解除をするなど状況を変更する権利は留保される。但し、解除権者が治癒を拒絶する適法な利益を示すことができる場合には、不履行者は治癒することはできない。例えば、不履行者が人や財産への損害（いわゆる完全性利益）を与えることが明らかの場合、適法な利益があると言える。

また治癒は、通知後速やかになされねばならず、治癒権を行使するための期限は本質的であるとされる（Time of the essence）。不履行者は相手方を、延長された期間後も待機させたままにしておくことは許されない。相手方に不利益が生じなくても、不履行当事者が治癒を遅らせることは正当化されない。追完には修理・代品交換・その他の不履行を治癒する所為や契約上期待することが正当なものを含むが、不履行当事者が試みることができきる治癒の回数については、裁判所の決定にゆだねられる。なお、この「治癒権を行使する期限」について、オフィシャルコメントでは時期が本質的であることの意味は、不適合な履行の治癒のための期限に対して、履行の遅延の場合に規定されている「付加期間」とパラレルに考えられている。これらは、不履行にもかかわらずに不履行当事者に与えられた期限（期間）という点では共通し、もう一度相手方を待たせることは、正当化されないことから、時期が本質的となり、解除が認められることになるとの趣旨と理解できる。

解除の効果に関して、有効に追完の通知がなされた場合は、たとえ適切に解除権者がArt. 7.3.1(1), 7.3.2(1)によって契約を解除した場合であっても、中断される。不履行が治癒されたら、解除は効力を有しないが、治癒のための期間が経過したにもかかわらず何ら重大な不履行が治癒されない場合には、解除権は効力を生じる。また、治癒権に関する本条を援用するかどうかの決定は、不履行当事者に委ねられ、一度不履行の相手方が有効な治癒の通知を受領したならば、治癒を許可し相手方に協力する義務が生じる（Art. 5.3.1）。もし相手方が治癒を

許可すべきときにもかかわらず拒絶するならば、解除の通知は無効で、治癒されることができた不履行に対して救済を求めることはできない⁽⁸⁸⁾。

なお、PICCのオフィシャルコメントの中で使われている「重大な」不履行の概念について、履行遅延に関して使われているときは、「遅延」の重大性を指し、「追完権」の中で使われているときは、不履行（瑕疵）の客観的な「重大性」を指していることに注意が必要と思われる。CISGではフォーバーの説明の中で、「重大性」の中には時の経過の要素が含まれ、瑕疵の重大性に時の経過の重大性が加わって初めて「重大な契約違反」となるとの使われ方がなされていたとは異なる。このことは、重大性と追完との関係におけるCISGとの違いに起因する。CISGでは、契約違反が重大か否かを判断する際に、追完可能性を考慮して、追完の余地があれば「重大」とは言えなかったのに対して、PICCでは、追完権が合理的か否かの判断の中で時の要素、すなわち不当な遅延を生ぜしめないことが追完権の要件となっている（Art. 7.1.4(1)(a)）ことから、時の要素は、「重大性」の概念から「追完権」へ移りその中で考慮されるようになったと言える。この場合には「重大性」の判断の中には、時の経過の要素は含まれないことになる。総合してみると、考慮されている要素は結果的には違いはないものの、どちらで考慮されるかによって重点が変わってくることから、結果に違いが生じる可能性も出てくる。

(4) DCFR⁽⁸⁹⁾

解除の要件については、PECLの条文及びコメントと内容は実質的にはほぼ等しく、修正されている点は限られている。Art. III-3: 501では、「射程及び定義」として、解除(termination)の用語は、契約ではなしに、契約

関係の終了 (contractual relationship) を意味すると定め、即ち、例えば訴訟行為がなされると、解消されるのは契約ではなしに当事者間の契約上の関係とされる⁽⁹⁰⁾。

Art. 3: 502 で、重大な不履行による解除 (Termination for fundamental non-performance) として、(1) 項で、契約上の義務の不履行が重大な場合には債権者は解除でき、(2) 項で、重大な不履行になる場合として、「(a) 債権者が契約において正当に認められた期待を現実的に奪われたとき、契約締結時、債務者がその結果を予見しなかったか、予見することを合理的に期待されえなかったときを除いて、履行の全体または当該部分に適用される。もしくは、(b) 故意 (intentional) もしくは不注意 (reckless) で、かつ債権者に債務者の将来の履行を当てにできないと信じさせるに相当の理由があるとき」と規定する。重大な契約違反となる場合については、PECL Art. 8: 103 では、「(a) 号で義務の厳格な遵守が契約の「本質 (of the essence)」であるとき、と定められていたが削除された。これは、義務が「本質的」か否かを裁判所にゆだねることから、たとえ不履行がなんら重大な結果を相手方に与えなくても、あらゆる義務の不履行によって契約関係を解消させる権利を相手方に与えるかもしれないことが理由にされている。但し当事者が契約の中でそのような効果を定めるのは自由であり、また一定の取引においては慣例として存在するかもしれない。またもう一つの修正点としては、コメントに追完権との関係が入ったことである。当事者の義務には二重の側面があり、定められていた履行時期までは不履行はあり得ないことが、履行期前に不履行に対する追完がなされる場合に債務者が追完権を持つ理由である、と説明される。債務者は履行を全く試みられなかったよりも悪い状況におかれるべきではなく、なぜならもし適切に履行期までに履行できれば、契約に適合した履行になるからである。さらにたとえ履行期後であっても、債務者は遅延が重大でない

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

一三三五

限り追完権を持つ（Art. III-3: 203）。従って解除は、遅延が重大な場合か、付加期間内に履行がなされなかった場合に可能となる。債務者に「第二のチャンス」を与えることが債権者に不便をもたらすかもしれないときには、Art. III-3: 502で限定している。従って、債権者の解除権は実際は債務者の追完権に影響されるが、いわゆる遅延の意味も含めた重大な契約違反の場合は、債権者が直ちに解除する権利を有するので、追完権は認められない。⁽⁹¹⁾

また、Art. III-3: 503が、履行のための付加期間設定通知後の解除を規定し、(1)項で、それ自体契約上の義務の履行遅延が重大でない場合に、債権者は履行のための合理的長さの付加期間を設定する通知を与えたにもかかわらず、期間内に債務者が履行しなかった場合の解除と、(2)項で、その期間が不合理に短い場合に債権者は通知から合理的期間後にのみ解除できることを定める。この規定は、PECL Art. 8: 106 (3)を、解除の規定として独立させたもので、内容は変わらない。⁽⁹²⁾

重大な契約違反の定義については、不履行の結果が基準となるというCISGと同じ方向へ修正され、追完権についてのコメントが追加されつつも、PICCのような解除権によって追完権の行使が妨げられないとの規定はなされず、内容的には従前と変わっていないと言える。

なお、CISGとは異なり、PECLやPICC、DCFRは、立法の目的が異なると言われている。⁽⁹³⁾比較法をする場合、立法目的はとりわけ後者のようなものを参照するときには注意が必要であろう。アメリカのリステイトメントにも共通するが、これらの目的はtool boxなのかsoft lawなのかはさておき、拘束力のある立法とは異なる。現在なされている日本の立法提案でもこれらを参照し、これらの立法形式に近いと言われるが、今後

解釈の指針となるテキストとしての民法の目的——将来の社会の変化に合わせられる法の運用、裁判官に自由な裁量を認めるといふ目的——を留意して、運用の幅を考慮したものを規定する必要があるのではないかとの指摘がなされている。

- (15) Treitel, Remedies for Breach of Contract, in von Mehren, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VIII, 2008 (1976 Ch. 16) No. 158-161; 以下の指摘は多くの文献に参照されており、例として Basedow, Die Reform des deutschen Kaufrechts (1988), S. 36; Bundesminister der Juris a. a. O. (Anm 4) S. 164ff.; Schlechtriem, Termination of Contracts under the Principles of International Commercial Contracts, in Bonell/Bonelli (eds), *Contratti commerciali internazionali Principi Udirroit* (1997) at 250.
- (16) Zimmermann, The New German Law of Obligations, 2005, at 67; Schlechtriem, *supra* note 5, at 254.
- (17) Zimmermann, Konturen eines Europäischen Vertragsrechts (1995) *Juristenzeitung* S. 483-484.
- (18) Zimmermann, a. a. O. (Anm 7), S. 484. ロー民法では、個々の事例に基づき当事者に契約解除権を与え、契約違反に対する一般的な解除権は認めなかった。
- (19) Flessner, a. a. O. (Anm 3), S. 264.
- (20) Zimmermann, a. a. O. (Anm 7), S. 484; Schlechtriem, *supra* note 5, at 249.
- (21) Flessner, a. a. O. (Anm 3), S. 260-263.
- (22) Flessner, a. a. O. (Anm 3), S. 264.
- (23) Flessner, a. a. O. (Anm 3), S. 271.
- (24) Lando/Beale, *Principles of European Contract Law*, PART I and II (2000) at 377; Treitel, *supra* note 5, §245; Bundesminister der Juris, a. a. O. (Anm 4), S. 164, 167.
- (25) 要を得た概要については、潮見佳男「ドイツ債務法の現代化と日本債権法学の課題(1)(2)」民商二二四卷三三三〇

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

一三七

九一三五八頁(二〇〇一年)を参照。

(16) Schlechtriem, *supra* note 5, at 250.

(17) 提案三二六条 [Nachfrist 後の解除権] 「(1) 双務契約の場合、債務者が定められた時期に履行しなかったならば、債権者は履行のために Nachfrist を設定することができる。履行が Nachfrist の経過までになされなければ、債権者は契約解除権が与えられる。(2) Nachfrist の経過後履行がなされ、それが債権者の解除の意思表示の前であれば、債権者は遅滞なく解除の意思表示をしない場合、解除権は消滅する。(3) 債権者によって設定された Nachfrist の期間が相当でない場合、債権者は履行が相当の期間になされなければ解除権が認められる」。三二六 a 条(1)「重大な契約違反の場合の即時の解除権」、(2)「重大な契約違反の定義」、(3)「適時履行がなされることが重大な契約違反のとき」。三二六 b 条「不能・履行拒絶の場合の即時の解除権」。三二六 c 条(2)「付随義務違反が重大な契約違反のとき」。

(18) 以上につき U. Huber, *Leistungsstörungen*, in: Bundesminister der Justiz, *Grundsätzen und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Band 1* (1981), S. 703f, 705ff.

(19) Bundesminister der Juritz, a. a. O. (Anm 4), S. 162ff.

(20) Art. 323BGB-KE (1) 債務者が双務契約上の義務に違反し、Nachfrist が設定されたことによって解除を覚悟しなければならぬとき、債権者は設定した相当期間の徒過後、契約を解除できる。義務違反によって期間設定が問題にならない場合は催告がそれに代わる。義務違反が履行の一部に限定されるとき、債権者はその一部履行のために何ら利益を有さないとき全契約を解除することができる。(2) 次の場合には、期間の設定又は催告は必要とならない。1. それらが何ら効果を有しないことが明らかなきとき、2. 債権者が契約に対する利益の存続を、適時の履行に結び付けた場合、契約で定められた期限あるいは期間内に履行がなされないと、3. 双方の利益を考慮して、特別の事情から即時の解除が正当化されるとき、(3) 解除は次の場合、排除される。1. 義務違反が些細 (unerheblich) なとき、2. 241III BGB-KE (相手方の法益への配慮義務) の意味における義務が違反され、義務違反にもかかわらず債権者を契約に引き留めることが期待されるとき、3. 債権者が、義務違反に専らまたは主に責任を負うべきとき、4. 債務者が既に有し又は解除

後遅滞なく有する 275BGB-KE の抗弁が、解除権の妨げになっているとき、(4) 解除の要件が発生することが明白であるとき、債権者は履行期前でも解除権を有する。(5) 債権者は、解除権行使のための相当な期間を定めることができる。債権者はその期間内は解除権を行使できず、相当期間の徒過後初めて契約を解除することができる。

(21) Bundesministeriums der Justiz, Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, (2000) S. 175ff.

(22) Diskussionsentwurf, a. a. O. (Anm 21), S. 34. Art. 323BGB-RE [義務違反の際の解除権] (1) 債務者が双務契約上の義務に違反したとき、債権者は期間を設定して契約の履行を求めることができ、その徒過後解除できる。期間が設定されないか、又は設定された期間が不相当に短いとき、相当期間が設定されたものとみなされる。義務違反の態様によって、期間設定が問題にならないならば、催告がそれに代わる。義務違反が履行の一部分に限定されるときは、債権者が全契約を解除できるのは、一部の履行では債権者に何ら利益とならないときだけである。(2) 1〜3同前、4. Art. 283III に従った期間が徒過したときには催告がなくてもよく、又は *Nachfrist* の経過の途中でそうなった場合は、債権者は即時に解除ができる。(3) 1〜2同前、3.(追加) 又は債務者の責に帰さない義務違反が、債権者の受領遅滞中に生じたとき。(4) 債務者が給付の一部を実現した場合において、債権者は一部給付につき利益がないときにのみ、契約全体を解除することができる。債務者が給付を契約適格的に実現しなかった場合において、その義務違反が軽微であるときには、債権者は契約を解除することができない。Art. 324BGB-RE (1) [その他の義務違反] 双務契約において、債務者がその他の義務に違反した場合に、債権者はその義務違反が重大であり、かつ債権者にとって契約を維持することがもはや期待できないときに、契約を解除することができる。

(23) 潮見・前掲注 (15) 三三七頁一、三五三頁一。

(24) Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, S. 417-424, S. 425-428.

(25) Begründung, a. a. O. (Anm 24) S. 432f.

(26) Schlechtriem, *supra* note 5, at 264-5.

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

一三三九

- (27) Zimmermann, a. a. O. (Anm 7), S. 485, ドイツ債務法草案も、比較法調査の結果、CISGで一般的に認められた原則に基づいているが、ただ規定はCISGとは逆の言い方をしており、Nachfristを原則として、一定の重大な契約違反の場合の例外を設けているものの、実際の帰結は区別できないとする。Flessner, a. a. O. (Anm 3), S. 264. Schlechtriem, *supra* note 5, at 265; Schlechtriem, Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechts reform in Deutschland, ZEuP (1993) S. 217-246; 契約維持の観点から論じたものとして Weller, Die Vertragsstreu – Vertragsbindung – Naturerfüllungsgrundsatz – Leistungsstreu, (2009) 330ff. 496f.
- (28) なおこれに対して、先に見た政府草案の理由説明及びカナリスの立場は微妙に異なる。とりわけ不完全な履行・一部不履行の場合、義務違反がなならないであるときと、債権者の利益が妨げられていないときにだけ解除を認めず、原則として期間経過後は解除しうるべきだとの考え方は、前者の立場の帰結とは異なる。
- (28 ㄐ) Canaris, a. a. O. (Anm 2a), S. 3-11; Unberath, Die Vertragsverletzung (2007), S. 361ff.
- (29) Medicus, Voraussetzungen einer Haftung für vertragsverletzung in: Basedow, Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht (2000). 日本語訳、ユルゲン・バゼドウ編『ヨーロッパ統一契約法への道』一三二頁。Begründung, a. a. O. (Anm 24), S. 129; Canaris, Schuldrechtsmodernisierung (2002), S. 660-661.
- (30) この点に関して、フォーバーは、重大でない瑕疵もNachfristを徒過した場合に、たとえば何度修理の要請をしても修理をしないなど、その後の売主の対応によっては「重大な契約違反」に至る場合があることを指摘する。Huber, in: von Caemmerer/Slechtriem (Hrsg.), Kommentar zum Einheitslichen UN-Kaufrecht (1990), Art. 45 Rn. 29, Art. 49 Rn. 2, 12, Art. 47 S. 455ff. 拙稿「契約解除における『重大な契約違反』と帰責事由」民商一〇巻三号四七五頁参照。
- (31) Audit, *La vente internationale de Marchandises*, L. G. D. J. (1990), p. 127. 参照。拙稿前掲注(30) 四七五頁。
- (32) Huber, a. a. O. (Anm 18), S. 832f.
- (33) Medicus, a. a. O. (Anm 29) S. 180ff, バーゼドウ、前掲注(29) 一三二六頁参照。Bundesminister der Justiz, a. a. O. (Anm 4), S. 163ff.

- (33 a) Canaris, a. a. O. (Anm 2a), S.11f; Unberath, a. a. O. (Anm 28a), S. 369.
- (34) Schwenzler, Rechtsbeihilfe und Rückabwicklungsmodelle im CISG, in dem European und UNIDROIT Principles, im Gandorfi-Entwurf sowie im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in Schlechtriem (Hrsg.), Wandlungen des Schuldrechts (Schriften der Ernst von Cämmerer-Gedächtnisstiftung), Band 5, 2002. 日本語訳「モノユイリー」『ヨーロッパ債務法の変遷』、五九頁参照。
- (35) この考え方は、ハーグ統一売買法(EKG)の、引渡場所に関する違反・物品が不適合な場合に、明文で重大な違反と引渡期日に関する違反双方を必要とする考え方と共通する(EKG Art. 30, 43)。Huber, in: Schlechtriem (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht 3. Auf (2000), Art 49 Rn. 8-14, Rn 17.
- (36 a) Ernst, in Krüger, (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 5. Auf (2007), §323 Nr. 243 Anm. 447; BGH ZIP 2006, 904.
- (36 b) Unberath, a. a. O. (Anm 28a), S. 378; Ernst, a. a. O. (Anm 35a), §323 Nr. 243.
- (35 c) 同様の主張は、Canaris, a. a. O. (Anm 2a), S. 9, 12-14, 17-19。
- (36) Flessner, a. a. O. (Anm 3), S. 281 note106.
- (37) Schlechtriem *supra* note 5, at 252.
- (38) Treitel, *supra* note 5, no. 239 at 318.
- (38 a) THE AMERICAN LAW INSTITUTE NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONS UNIFORM STATE LAW, UNIFORM COMMERCIAL CODE 2009-2010 ed. OFFICIAL TEXT AND COMMENTS, 2009, §2-106, §2-601, §2-608 at 61, 145, 154.
- (39) Treitel, *supra* note 5, no. 239-240 at 318-320.
- (40) Treitel, *supra* note 5, no 188, at 245.
- (41) Treitel, *supra* note 5, no 194-5, at 255-6.
- (42) Treitel, *supra* note 5, no 196, at 257.

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

- (43) Treitel, *supra* note 5, no. 197-8, at 258-261.
- (44) THE AMERICAN LAW INSTITUTE, RESTATEMENT OF THE LAW, 2d CONTRACT, 1981 Ch. 10 §237 Comment a, §238 at 215-226, §241 §242 at 237-249.
- (45) Treitel, *supra* note 5, no. 198, at 261. 英米法については、大陸法との歴史的な経緯との関係で、別稿を予定して⁵²⁹。
- (46) Treitel, *supra* note 5, no. 259, at 350-2.
- (47) Treitel, *supra* note 5, no. 266, at 360-1.
- (48) BRIDGE, THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, no. 3.22-23 (1999).
- (49) Treitel, *supra* note 5, no. 267, at 361-3.
- (50) Treitel, *supra* note 5, no. 268 at 364.
- (51) Treitel, *supra* note 5, no. 269 at 364.
- (52) Treitel, *supra* note 5, no. 269 at 364; UCC, *supra* note 38a.
- (53) GABRIEL, THE CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALES OF GOODS (CISG) AND THE UNIFORM COMMERCIAL CODE (UCC), at 74, 78; UCC, *supra* note 38a.
- (54) Treitel, *supra* note 5, no. 269 at 364-5; UCC, *supra* note 38a.
- (55) Treitel, *supra* note 5, at 356.
- (56) Treitel, *supra* note 5, no. 264.
- (57) Treitel, *supra* note 5, no. 248-9 at 334-7; MC CAULIFF, CORBIN ON CONTRACTS Volume 8 Revised Edition, §37. 10 at 411-3 note 87 (1999).
- (57 a) FARNSWORTH, FARNSWORTH ON CONTRACTS Third Edition, §8.19a note 13 at 545, §8.18 at 525, 528 (2004).
- (57 a) PEEL, TREITEL ON THE LAW OF CONTRACT TWELFTH EDITION, 18-095 at 921-2 (2007).

- (58) Lando/Beale, *supra* note 14, at 377; 潮見他編『ヨーロッパ契約法原則』三八七頁。
- (59) Treitel, *supra* note 5, no. 248-9 at 334-7. 実質上この分析は微妙で、必ずしもそうとは言いい切れないようにも思われる。後述参照。
- (60) Scandinavia Trader Tanker Co AB v. Flota Petrolera Ecuatoriana [1983] 2 AC 694, 703; Re Olympia & York Canary Wharf Ltd (No2) [1993] BCC159, 173; BRIDGE, *supra* note 48, no. 3. 26-3. 27.
- (61) BRIDGE, *supra* note 48, at 3.35.
- (62) Treitel, *supra* note 5, no. 276 at 371-2.
- (63) BRIDGE, *supra* note 48, at 3.32.
- (64) Treitel, *supra* note 5, no. 247 at 332-3; UCC, *supra* note 38a. なお逆の Nachfrist 禁止のDCCのこの影響については J. Duncan, *Nachfrist Was Ist?* BYU L. Rev. 1363-1411, 2000.
- (65) Lando/Beale, *supra* note 14, at 408.
- (66) Mc CAULIFF, *supra* note 57, §37.1 at 378.
- (67) BRIDGE, *supra* note 48, at no3. 35.
- (68) HONNOLD, *UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES UNDER THE 1980 UNITED NATIONS CONVENTION* 4th ed., Art.47 C, No. 290 at 422 (2009).
- (69) かの点にこういふ、歴史的に遡れば、実はロー民法にかなるものがあふやれる。かの点、Zimmermann, “Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter...” *Conditio tacita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts*, *AcP* 193, S. 120-173 (1933) 翻訳を予定してらる。この点の各国法からの影響については Magnus, *The Vienna Sales Convention (CISG) Between Civil and Common Law—Best of All World?*, *3J. Civ. L. Stud.* 67, 2010, 67-96.
- (70) Magnus, *UN-Kaufrecht*, in: Julius von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz* 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

und Nebengesetzen, 2005; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, COMMENTARY ON THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALES OF GOODS (CISG), 2010; P. Huber, CISG, in: Westermann, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3 4. Auf., 2008.

(71) Schlechtriem, Fristsetzungen bei Leistungsstörungen im Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG) und der Einfluß des §326 BGB, in FS Trinker (1995), S. 321 ff.

(72) HONNOLD, *supra* note 68, Art. 47 C. No. 290 at 421.

(73) HONNOLD, *supra* note 68, Art. 48 No. 296 at 426-8. 付加期間の相当性の判断は、どのように構成するかで異なる。ここでは実質的な判断は重大な違反か否か、すなわち債権者の、契約への利益の消滅が規準となる。

(74) これに関して、再交渉プロセスの法的設計として、催告解除をみる立場がある。不履行後に当事者間には新たな合意がなされ、追完が実現した場合も当初契約とは異なる改訂された合意が実現されていると構成する。森田修『契約責任の法学的構造』四一六頁等。

(75) UCC, *supra* note 38a, at 89-90.

(76) Schlechtriem, Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland, ZEuP 1993, 217 ff.

(77) 星野英一『民法概論 契約各論』一三七頁（一九六三年）。森田修、前掲注(72)三三三頁。

(78) Schlechtriem, *supra* note 5, at 265; Flessner, a. a. O. (Ann 3), S. 283.

(79) Flessner, a. a. O. (Ann 3), S. 283.

(80) Huber, a. a. O. (Ann 30), Art. 49 Rn 2, 12.

(81) Schlechtriem, International Einheitliches Kaufrecht und neues Schuldrecht, S. 85f.; in Dauner-Lieb (Hrsg.) Das neue Schuldrecht in der Praxis (2002).

(82) Magnus, Aufhebungsrecht des Käufers und Nacherfüllungsrecht des Verkäufers im UN-Kaufrecht; in FS Schlechtriem, S. 599ff (2003); Schlechtriem, Aufhebung von CISG-Kaufverträgen wegen vertragswidriger Beschaffenheit der Ware, in:

- FS für Ulrich Huber, S. 563 ff (2006).
- (83) 以上をこゝに Lando/Beale, *supra* note 14, at 377.
- (84) 以上のハイパーリンクにおける解除の解説をこゝに P. Huber, in: VOGENAUER/KLEINHEISTERKAMP, COMMENTARY ON THE UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS (PICC) (2009), at 815-817.
- (85) 本条の解釈には、CISG 二五条の経緯を参照する必要があると云われ、P. Huber, *supra* note 84, Introduction to §7.3 at 822. 拙稿「契約解除における「重大な契約違反」と「帰責事由」」民商一〇卷二号二七三頁、三号四六二頁参照。
- (85 ㄅ) P. Huber, *supra* note 84, Art. 7.3.1 no. 17 at 823.
- (86) P. HUBER, *supra* note 84, Art. 7.3.1 no. 92 at 838.
- (87) UNIDROIT, UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2004, at 201-2; Bonell, The UNIDROIT Principles in Practice 2nd Edition (2006), at 375-392; Huber, *supra* note 84, Art 7.3.1 no. 88-96.
- (87 ㄅ) Schelhas: in VOGENAUER/KLEINHEISTERKAMP, *supra* note 84, Art 7.1.5 no. 24-5 at 759; Schlechtriem, Abstandnahme vom Vertrag, in Basedow a. a. O. (Anm 29) S. 167f.
- (88) UNIDROIT, *supra* note 87, at 196-200.
- (89) 一般的な指摘をこゝに 参照 Max Planck Institute, Policy Options for Progress Towards a European Contract Law Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM (2010) 348 final.
- (90) von Bar and Clive, PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition Volume I (2009), Book III at 850-1.
- (91) von Bar, *supra* note 90, at 852-6.
- (92) von Bar, *supra* note 90, at 862-6.
- (93) 参照、戒能・上村・石田『法創造の比較法學、先端的課題への挑戦』(二〇一〇年)。

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

二四五

- (三) 解除の要件としての「重大な契約違反」と「Nachfrist」の関係や、日本における債権法改正の立法提案
——解除の要件として両者を併存させることの意味

(1) 解除における二つの要件

一、「重大な契約違反」要件の内容——とりわけ第一の視点と第二、第三の視点の関係

債権者を契約から解放させる要件として、「重大な契約違反」が必要と考えるとき、その内容について一般的な定式を立てた際の視点は三つあるとの分析が、Flesher によってなされている。一つは、不履行されたのは契約のどの規定かに注目し、「契約と契約の義務の内容」（例えば、イギリスの Warranty, Condition やドイツの主たる義務・付随義務の区別である。）二つ目が、債務者の契約違反の程度（重大性）であり、この視点によって契約の構造だけでなく、契約締結後の不履行の状況も意味を持たせることができ、第一の視点の欠点を補い結果も考慮できる。例えば、賃料支払いが二か月遅れても解約は無理だが、付随的義務と考えられる賃借人の廊下の掃除義務も継続して怠ると解約に至ることがある。イギリス法上の履行拒絶 (Reputation) や、スイスの判例上の債務者の敵対的態度が解除の前提とされていることもこの視点に入る。さらに、三つ目が債権者が不履行によりどのような状態に置かれたか、すなわち「債権者利益の侵害された程度」である。C I S G がこれを出発点とする。これらの視点は、結合され (PECL, PICC は明示) 思考上も不可分であり、具体的ケースでの考慮が決定的かはそれぞれであるとされる。⁹⁴⁾

なお、物品の契約不適合が重大な契約違反に達しているかは非常に難しい問題で、この概念による解消要件の不明確性については批判されているが、この場合、当事者間で一定の品質や特徴の約束をすることによって（契約中に明示的に述べるか、少なくとも契約締結時に当事者の言明や行為に照らして明らかにすべきである）、間違ひなく買主にとって重要であることが認められ、客観的なその特徴の重要性や価値にかかわりなく、契約を解消させることができよう。より一般的にいわゆる付随義務の不履行（不完全な履行）についても、単なる主たる義務との資格付けで決まるのではなしに、解除の問題は、特別な義務の重要性と、債務者のこの重要性に対する予見可能性によって決まり、不適合物品による解消の問題と同じように考えられる。この特殊の義務の重要性を強調するのは当事者の責任であり、いわゆる主たる義務と付随義務の区別は、この重要性の最初の兆候を示すもの以外の何物でもない。すなわち、予見可能性の要素は非常に重要で、たとえば主たる義務については、その重要性は常に債務者に予想され、合理的に予見しうる。従って、債務者がこれらの義務を違反すると、債権者の期待利益が奪われることを予見できるように、遵守することが根本的に重要であることを明らかにすることは、主たる義務を除いては、当事者の責任であるとされる。⁽⁹⁶⁾ この意味で、先の第一の視点は、重大性を判断する場合に重要な要素となりうる。

この点、ドイツ法との比較で対立が表面化するように見えるのは、先述のように不完全な履行の場合の *Nachfrist*（徒過後の規準「*unerheblich*」）と *CISG* 等の重大な不履行である（日本の瑕疵担保であれば「契約目的達成」規準である）。ドイツ法は二三三条五項一文の一部不履行との関係で分割可能性が重要となるが、この「分割可能性」は上述のように英米法でも判断を分けるメルクマールとなっている。これを踏まえて（ひいては代替

解除における「重大な契約違反」と「付加期間設定」要件の關係

二四七

・追完可能性）重大性を判断するとドイツ法の規準もC I S Gとほぼ変わらないことになるように思われる。この点も含め解除要件の「統一化と類型化」は次稿で論じる予定である。

二、等価交換契約におけるNachfrist要件の正義・信頼の要素と当事者意思の要素

給付義務から解放されるための基本ルールは、双務契約の基本的考え方、すなわち、双務的な契約義務には従属性が期待されている——相手方当事者が義務を完全にかつ適時に履行するであろうということが、当事者双方の自らの義務が基礎とする期待の一部である——ことから生じるとされ、不履行に対する責任を前提とせず、債務者の態様の故ではなく、債権者が約束されたものを得られない場合は、それ故に契約に無制限に拘束される必要がないからと考えられている（交換的正義の現れと説明される）。他方、この債務者の責任の要素（債務者の態様）は、重大な契約違反の判断に際して、Nachfristが徒過したという理由だけでは不十分な場合において、債権者と債務者の利益の衡量をする際、考慮される一要素ではありうる。たとえば、債務者が誠実に努力していたか、故意に契約義務に反していたか（しかし付随的義務が意図的に違反されただけでは不十分である）、不履行がわずかな過失で生じたか、予期しえない避けがたい事情により妨げられたか、とりわけ人的信頼を前提とする契約の場合は、非個人的な大量取引と比べて、債務者の誤った態様は消極的に評価されやすいとされる。⁽⁹⁷⁾

カナーリスがNachfrist設定徒過により解除が認められることについて、交換的正義の観点から債務者が履行しない、できないとの説得力ある懸念の原因が存し「意味のある債権者利益の危殆化」と説明し、不能を典型としてそれとパラレルに捉えるのに対し、メディアクスも、この点前述のように、Nachfrist手続きが要件と認めら

れるのは、信賴關係が損なわれたからだと分析する。Nachfristを設定したにもかかわらず、債務者が履行することなしに徒過することによって、将来履行がなされる見込みがないことが明らかになれば、重大な契約違反に相当し、解除が認められると言ってよいと思われる。重大な契約違反の要素として、「信賴關係を損なうこと」をP I C Cは明示するが、一般的にも継続的契約では信賴關係が損なわれることが要件となるとされてきた。これは、継続的契約においては信賴關係が基礎となっており、将来において（すなわち給付の行われていない期間）、不履行当事者の契約適合的な行動がなお期待できるかどうかにより判断されていると言える。この場合、通常の履行期前の契約の解消であることから、「重大な理由」——著しい契約違反——がある場合のみに正当化されると考えられているが、このことは、継続的契約に限らず一般の契約においても、なされていない給付の将来の履行については状況は同じである。このように、「重大な契約違反」の要素の中に、「信賴關係を損なうこと」すなわち「将来の義務を履行することについて信賴できるか」という要素も認めるならば、解除に関するこれら二つのアプローチは、やはり、意義は同じで区別は法技術的な意味しか持たない⁽⁹⁹⁾ということになると思われる。

なおP I C Cに関して、上述のように解除要件として「もはや相手方の将来の履行を当てにすることができないと信ずるに値する理由があるとき」という客観的な要件が明記されている。継続的契約であれば、全体の契約解除は、全体の契約に関して遅滞はなかったことからNachfrist手続きに基づいてはできないとされるが、この点は、一部の不履行をもって全体の契約を解除する場合にも、重大な契約違反の考え方でしか説明できないように思われる。この点でも、両者を全く別の制度と構成することには、限界があると思われる。

さらに、Nachfristの解除要件の捉え方についても、condition概念を基礎に当事者の意思を根拠に、当事者の

解除における「重大な契約違反」と「付加期間設定」要件の關係

二四九

意思から解除の要件を導く考え方に基づく英米法とドイツ法では、異なる視点から説明されるように見える。状況を明らかにすることができるとの *Nachfrist* の機能については、広く認められているものの、上述のように正義・信頼の要素から *Nachfrist* の根拠を説明する考え方に対して、英米法は相手方の不履行後、相手方の履行のための十分な相当期間を設定し、相手方に履行を求めその期間が債権者にとって最終期限であることを通知することによって、治癒のための期限を本質的と考え、このことから、もう一度相手方を待たせることは正当化されないことから、二度目の期限の徒過が解除を正当化すると考え方が示されている。しかもそれは相手方に不利益が生じなくても、これ以上治癒を遅らすことは正当化されないとされている。

このように、*condition* に依拠し「重大な契約違反」を要件とする英米法と、二度目のチャンスを与えたにもかかわらず正義・信頼の観点から履行しない場合に解除を認めるとの、客観的な状況から当然に効力が生じるものと捉えるドイツ法の解除要件の捉え方の違いは、例えば一方の履行が不能になった場合などでは違いは表面化するように見えるが、双務性・等価均衡を基礎とする本質的な考え方においては変わりはないように思われる。前者は「相手方の不履行により当初定めた期限が経過したことにより、たとえ履行期の意味が不確定でも、不履行の相手方から相手方の履行を条件として新たな期限を通知したこと」により、期限が本質的であることが明確になり（相当性の判断が重要となる）解除につながるとする考え方（期限徒過が重大な契約違反となることが明らかになる）であり、後者は「第二の履行のための期間を設定したにも拘らず履行しないこと」が客観的に解除を導くと考える考え方（将来の履行に信頼がもてないとの重大性、債権者利益の危殆化を根拠にする考え方）の違いが見られるが、英米法でも当事者の合意を出発点としながら、擬制的意思を根拠に契約からの解放を認めて

おり、またドイツ法も契約からの解放を認める根拠として当事者意思を援用する。問題は、どこまで一般化し、どこまで契約の個別の事情を考慮することを、具体的な場合において許すかに帰着するように思われる。

三、付加期間設定解除要件の適用範囲

ドイツ法はかつて、*Nachfrist* の要件を遅延の場合に限っていたが、これは PECL や PICC、DCFR でも同様である。一方現行ドイツ法では、すべての義務違反に適用があるとしつつ、別に契約不適合の要件を三三条五項二文で加える。不履行当事者に通知をし、相当期間を設定して第二の履行のチャンスを与えるという点において、遅延と不適合給付は共通して問題となる。

不履行の対応を考えるにあたって、遅延と不適合を区別するのは上述のように有用ではあるが、また同じようにある点においてはパラレルに考えることができる。それぞれ不履行者に治癒の可能性を与える必要があるのは同じで、*Nachfrist* を設定する催告及び追完の通知をして、期限が徒過することによって、それでも履行・治癒されなければ、解除権が発生することになる。買主が期限を本質的なものとしたにも拘らず、売主がその間に履行しなかった場合には解除が認められ、引渡期限を越えてなされた売主の追完の場合も、追完は売主に不合理な遅延を生じない範囲でのみ認められるとすると、不合理な遅延となり追完がなされなければ解除が認められる。この場合も、不合理な遅延となり売主の追完が認められない場合は、遅れが重大な契約違反となるほど深刻でなければならぬのが問題となるが、おそらく同様に考えられることになる。このように構成することによって、統一的な要件を設定することも可能になり、解除が認められる根拠も説明ができる。PICCでも、前述のよう

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

に治癒権を行使する期限は本質的であるとされ、オフィシャルコメントで遅滞の場合の「付加期間」とパラレルに考えられるとされる。

もつとも、ここで注意されなければならないのは、*Nachrist*の手続きは時的要素を中心とすることである。カナリスも指摘する通り、三二三条と三二六条の違い、すなわち*Nachrist*要件は時的次元にのみかわり、たとえ不適合給付に*Nachrist*要件が適用されるといっても、再度期間を設定して第二のチャンスを与えても解除しうるか否かは、重大か否か（ドイツではささいか否か）の実質判断でなされる。このことはすなわち、*Nachrist*の意味は、たとえ全ての不履行に適用され第二のチャンスを与えうるとしても、本質は期限の最後通告をすることにあると思われる。重大性を実質要件、*Nachrist*を実質要件の不明確さを時的要素に関して補うための手段として理解すれば、⁽¹⁰⁾これによって契約維持にも役立つことになる。不完全履行の場合の*Nachrist*設定徒過は（追完の問題と構成することもできる）、直接解除に結びつく時的次元には意味があり、その間債務者がした追完の態様又はそれによって変わった瑕疵の状況は、やはり実質的な解除要件の問題になると考えられる。さらに、PECL・PICCはこの要件を遅延の場合——すなわち履行が全くなかった場合に限る。ドイツ法は、全ての義務違反に適用されるが、別に不適合な給付の場合（*unerheblich*であれば解除を認めない）や不能の場合等のため規定を留意する。何らかの履行がなされれば実質的な判断が必要となる。CISGはこの点、引渡・支払のない場合に限るが、全契約類型が問題になるとき、一般化する必要がある。コーズアプローチは、不履行の類型化自体に問題があると指摘されてきたが、履行が全くないのか否かの区別は事実的・物理的なものとして意味があるように思われる。*Nachrist*要件は、履行が全くない（という意味で遅延）場合に解除要件と

して意味があると思われる。

四、小 括

現在の契約法の新しい潮流が、動産売買に関するルールであるCISGを起点として始まり、それは動産売買に限らず広く契約法一般に及んでいる。これに大きく影響を受けたPICCやPECLについて、カナリスが「それら自身に内在する説得力によって、すなわち権限ではなしに真理によって有意性を獲得した」、ドロップニツヒがケッツにならって「理性によって適用される」と言い「決め手」となりうるのは、法の解釈・形成への影響力が、それが単なる思いつきではなしに、広く比較法的検討の結果に基づくときだと言う。⁽¹⁰⁾

英米法は解除の要件に関して、条件法理を基礎に、相手方の履行が実質的になされることが自らの履行の条件となっていることから、契約義務からの解放は、相手方の履行が実質的になされない、即ち契約違反の重大性が要件となると構成する。そこでは、同時履行の抗弁と受領拒絶・撤回権及び解除権は厳密に区別されない。そして「実質的・本質的な契約違反」という概念の抽象性・曖昧性を補い、取引の便宜・商的要請を考慮して、条項の性質 (condition/warranty) に解除の可否を委ねる手段をとることは留意されるべきであるが、その硬直性を克服するために、intermediate terms の範疇を新たに作り、やはり重大か否かの同様のテストをする。この構成では、解除の要件は不履行が「重大か否か」で総合判断することになり、重大性判断のファクターには、例えば瑕疵の重大性の他に、履行期の重大性・債務者の態様及び当事者間の信頼関係の要素などが考慮される。履行期が本質的でないとき、不履行当事者に通知をして、履行期を本質的 (条件) にしたうえでその徒過によって解除を

解除における「重大な契約違反」と「付加期間設定」要件の關係

二五三

する場合も、重大性が理由となる。但し、約束的条件の考え方で予め解除原因を特定し、当事者間の関係を明確にする手段で取引の要請に答える。

これに対してドイツ法では、まず *Nachfrist* を設定した通知をし、その徒過で解除を認めるが、些細な (*unwesentlich*) 義務違反は *Nachfrist* を設定しても解除することはできないとする。これは遅滞の場合に限らず、不完全な履行の場合も適用され、後者の場合には、従って義務違反が些細でなければ *Nachfrist* を設定・徒過すれば解除が認められると構成するものである。通知によって、いつまでに履行する必要があるのかに関する当事者関係を明らかにし、解除の要件とする。英米法と違って、一般規定として三三三条を原則とするので、解除するために①不履行、②期間設定、③その徒過を証明するだけで足り、例えば履行の不完全さや債務者の態様を主張しなければならぬ重大性よりも、証明対象は限られ簡明であるとされる。しかし実際はカナリスも指摘するように、解除要件は三三三条以外に、三三六条(不能)、三三四条(保護義務違反)があり、さらに三三三条のバリエーションとして一部給付・不完全な履行の規定に分かれている。期間設定の通知によって、債務者も二度目のチャンスが与えられ、債権者も解除の要件が明らかとなり、双方に公平な均衡がもたらされるともするものの、そこに重大性の観点は入らない訳ではない。一部の履行不能、些細な義務違反の場面で、重大性で判断された考慮と同様の考慮がなされることが予定される。

(2) 日本における法制審議会の議論を踏まえて

一、民法債権法改正検討委員会による改正提案⁽¹⁰²⁾

民法債権法改正検討委員会によって、解除権の発生要件は、811条で(1)当事者の一方に重大な不履行があるときは、相手方は契約を解除できるとし、(ア)号で、重大な不履行とは契約に対する正当な期待を失った場合を言い、(イ)号で定期行為はそれにあたと規定する。(2)相当期間を設定して催告したにもかかわらず履行されないことが、重大な不履行にあたるときは、解除ができる。(3)事業者間での契約では、相当期間を設定して催告したにもかかわらず履行がないときは、解除が認められるが、但書で重大な不履行にあたらぬ場合はこの限りでない、との規定の提案がなされている。なお、他の改正提案の検討は時間の関係上次の機会に譲らざるを得ないことを付言させて頂きたい。

提案は、解除要件の中核を「被不履行者を契約関係に拘束することが不当となる様な不履行」に無催告解除を認めることに置き、無催告解除が認められる「重大な不履行」とは、従前の履行不能・定期行為(例示とみる)がこれに当たり、契約目的達成規程がこれに含まれるが、それより広い「契約に対する正当な期待(契約規程によって当事者が引受けたリスクは何かという観点から認められた利益)」が基準とされる。これには、判例の準則——解除は、(イ)不履行の程度が大きい場合(賃料不払いなど)に認められ、(ロ)当該義務が契約の要素にあたるかという点と、不履行が目的実現に重大な影響を与えているかの点が組み合わされ判断されている(付随的義務の不履行)、(ハ)契約目的達成規程は、民法典でも他人の権利の目的となっているという特定の不履行が前提となっている点——が包摂される。さらに解除の機能を、債権者の反対債務からの解放のための救済とする。この

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

「重大な不履行」要件は、判例の発展から取り出されるとし、たとえば解除の可否について、契約の要素たる債務に入るか否かにつき債務が重要な意義を持つものとして合意したか、その不履行によって契約締結の目的を達せられるかの二つの考慮がなされ、五六六、五七〇条でも「契約目的達成」の規準が定められている。本条の規定の形式は、この二つの考慮のうち、契約の要素性にかかわる概念を法文上定式化する困難を回避するためこのようになったと説明される。(1)については、解除要件として、不履行の態様にかかわらず適用される原則規定が設けられているのは、非常に評価される点である。

なお、不完全な履行について、追完可能であっても重大な不履行にあたることがありうるとして、解除の対象とし、追完可能性のある不完全履行それ自体が重大な不履行にあたらない場合に、催告解除の対象になりうることを認めると述べられている。(なお遅延に限られないことについては、後述するように手続的に明確になることが理由に挙げられている。現行民法との連続性あるいは統一的な解除要件を立てられるメリットもあると考えられる。)また付随的義務の不履行について、判例が、付随的義務にすぎなくても契約目的達成に重大な影響を与える特段の事情のあるときは、要素たる債務となり解除できるとし、また同じ義務を双方に位置付け解除につき反対の結論をしていることに鑑み、付随的義務・要素たる債務に分けて解除原因を規定することはなされなかった(なおこのことは、予め義務を解除を正当化するものとのそうでないものとを分けることは、ある程度の効果はあるものの、その硬直性が問題となり必ずしも妥当な結果を導き出せないこととも関連する。同様のことはイギリスの *condition* と *warranty* の議論でも見られる。また重大な不履行の定式は、比較法的にも普通、債務者の予見可能性が要求されているが、シュレヒトリームやタンク説によれば、契約で認められた期待が基準になるこ

とによって、考慮される要素が重複していると指摘されてきた。しかしこの点を明記することによって、相手方からの抗弁として例外的に予測不能であったことを主張させ、解除を認めない効果を生ぜしめ、契約の内容が予見可能性の点から重要な意味をもつことが明示できるという利点も存在する。わかりやすさという点から明記されても良かったのではないかとも思われる。なおタンクは全部削除を主張しているわけではなく、合理人を基準とした予見可能性を削除すべきで、不履行当事者自身を基準とする予見及び予見可能性は残す主観的免責事由として残すか、契約の趣旨を主観的認識が明らかな場合は含まれることが明確に注釈しておくことが望ましいと思われる。

なお、「重大な不履行」の判断は、不履行によって債権者が契約利益を失い、契約の存続を合理的に期待できないこととなったか否かについての判断で、それは「契約類型ごとに客観的に定められるべき契約利益」がその基底におかれるとされる。他方、個別当事者が当該合意について有する主観的な契約利益についても考慮され、裁判所の裁量の要素が存在するとする。そのため事業者間では予測可能性を事前に保障する必要があり、別の要件を留意する。

(2)の催告解除については、催告に応じないことに加え、重大な不履行にあたるという要件が加重される。なおこれは、ドイツ法ともCISGとも、文言として異なる。不完全な履行にも適用があり、そのままでは一項の解除原因とならない場合でも、追完の催告及び債務者がそれに応じなかったことが重大な不履行に当たれば、当該不完全履行が解除原因に格上げされることを認める（これについては、比較法的な観点からも理由が詳細に説明される必要があると思われる。なお、特にこの点に関して、Nachfristの制度は重大でない不履行を重大なもの

に格上げするものではないとの理解もされているので、後述の説明に加えて、ここは遅延の場合に *Naachrist* 徒過だけで重大になるか等説明が望まれる)。二項も重大な不履行の一類型で、重大性の判断は、不履行後の追完を巡る当事者の行動態様を契約の内容に照らして評価する、という内容が付け加わっているとす。なお、重大な不履行の紋りは、些末な付随義務違反であれば催告しても解除は認められない、との判例を念頭に置く。もつともそうであるなら、実質はドイツ法の立場と変わるところはない。ドイツ法は、債務者の態様については規定上別に三二四条も用意し、契約を維持することが期待できないとの規準で判断することが予定されている（前述参照）。

本条は、債務者になお認められる追完利益を保障することを目的とする。この追完利益の保障は、履行請求権の排除原因にあたらず、重大な契約違反に当たらない場合に認められる。また、現民法と同じく、再度の機会を与えることを、一定の範囲で容認する基本的態度を採用する（理由としては契約維持の原則、あるいは契約を白紙に戻すことによる不利益からの債務者保護の考慮が考えられる）。ただ一旦発生した解除権（おそらくここで追完可能性・時的要素も加味して判断されたものと思われる。）を、追完権で排除することは認めていない。なお、催告解除廃止論も検討の対象とされ、それによると催告解除について催告に応じないという事情があれば、単なる不履行を解除にふさわしいものに格上げされ、解除が認められるとの理解を基礎とする、と説明される。重大な契約違反への一元化によって、追完可能性は重大な契約違反の中で考慮される方向性もあるが、催告解除を置くメリットは、期間の相当性を含め相当な催告をしたか、債務者の対応が合理的かの評価が、手続的に明確になることがあげられている。また催告及びそれに応じないことに、重大な不履行の要件を加えることで、規範

的評価が可能となるとされる。この二つの要件の關係は、契約規範に基礎を持つという点では共通しているが、催告解除の場合は、当初契約によって設定された契約規範に、不履行後の当事者の行動態様を踏まえて具体化・豊富化されたものとされる。その後の態様により債権の内容が明確化することもあり、経緯を考慮に入れることで重大か否かの判定が、不履行時には不確定であっても縮減できるとされる。(この理解は比較的他に例を見ないが、Nothist 要件を手続的な機能に限ることによって広く受け入れられてきた他の機能、特に遅延の場合の機能を見逃すことにならないか、一見したところ二重に要件を加重したものと誤解されやすい点が問われることになるのではないだろうか。)

事業者間取引においては、予見可能性を高めるため特別の規定が用意された。重大な不履行の要件を加重せず、直ちに相当期間徒過で解除権が発生し、相手方から重大な不履行にあたらなとの主張を認める。

二、法制審議会での議論

法制審議会の民法改正の議事録によれば、債務不履行解除についての五四一条から五四三条の規定については、債務不履行について特段の限定をしていないことから、わずかな不履行でも解除できるように読めるのに対して、例えば付随義務違反の場合は判例で解除が否定され、一部不能についても、学説は契約目的の達成の肯否によって判断することから、この齟齬を是正する必要があるとされ、規定の改正が議論されている。

法制審議会での議論は、大変興味深いものであり、比較法的な観点から見ても、議論となっている点の多くが共通している。問題とされた点は、おそらく次の点に絞られるのではないかと思われる。

解除における「重大な契約違反」と「付加期間設定」要件の關係

(i) 催告(手続き)の実際上の重要性と位置づけ

①まず、催告解除の要件について、重大な契約違反などの重い要件を加重して、催告解除と無催告解除の要件を統一する必要があるのかの点が、問題となった。(無理やり二つのタイプを重大性でくくって一貫しない重大性という要件でやるのか。無催告の重大と催告解除の重大は重大と普通に分かれる、との意見も出された。)催告要件に重大性を加味すると、解除が狭まるといふ危惧感が多い。催告しても解除できない場合があることについては異論はないが、「軽微な不履行は除く」でよいのではないか(「重大でない不履行は除く」でもよいと発言されたが、それだと提案と同じなので問題ない)。従ってドイツと同じ「催告解除を原則として、例外として軽微な不履行は除く」とすべきで、催告原則と言うのは、実務では必ず催告し、相手方の反応を見ながら解除できるかどうかを判断するのが多いからと指摘された(岡 p.69 高須 p.123) (なお、この点の状況を明らかにすることの意味は、双方の立場から言えると思われる)。もっとも、確認の質問によって二つの要件は全く異質ということではなしに、要件は重大な契約違反、それを判断する際の要素として催告相当期間設定要件による解除を組み込むことには反対ではない、連続したものと述べられるに至っている。

催告解除の場合、重大性は抗弁に回すということもありうるとの指摘もあった(山野目 p.14)。

②どういう場面で催告相当期間設定解除が適切なのか。なぜ、催告相当期間設定徒過で解除が認められるのか、との理論は何かが問われるべき。一つは催告して相当期間設定しているにもかかわらず履行しない(不応答)のは、不履行の態様自体(契約全体からみて)が重大(↓松本 p.12)も必ずしも重大性の概念が一貫していないとする)。但し、そこでの重大性は目的達成とは異なる。二つは、即時解放の利益を想定してそこから催告解除を

考える。民法に一般化するときには何か要件を加重しなければならないか。相当期間設定で解除を認めるが、例外として軽微な不履行は解除が認められない枠組みであれば、それがなぜなのかの説明がある(潮見 p.11-2)との問題提起がなされた。

③なぜ催告で解除が認められるかは、——契約の拘束から解放すること・債務者に対する制裁をどの程度含めるかそのバランスによる。このバランスを取る際、催告解除と無催告解除で違うということがあっていいのか。

なぜ解除が認められるかという本質を考えることで全体としての統一的な制度ができるのではないか(中田 p.15)。
催告解除は軽微なものは外すとの議論で、「軽微」をどのように決めるかがポイント。契約の趣旨からして軽微か否かを判断しなければならない。その意味で重大な契約違反も契約の趣旨からして重大であり、解除を認めるに値するものか否かを判断するわけで、同質性がある。その同質性をどのような規定にするか、催告という手続きをどう組み込んでいくか、を議論すべき。異質なものととらえて独立した解除システムを作る方向に進むのは問題(山本 p.11)、との意見が出された。これらの議論から、重大な不履行要件と催告解除要件は異質なものはなしに、統一的に捉えられるべきであり、それは催告解除のところでも異論がなかったが、軽微なものを外すという要件をどのようなものとして捉えるかの問題とつながり、重大でない(重大な)不履行との連続性を踏まえて、それをどのように考えるかが検討されるべきだと議論された。

④さらに、重大な不履行要件と催告解除要件が一貫したものとすると、どのように理解するかが問題となるが、次のような意見が出された。実務的には、解除権の発生が明確でないと困る。確実に解除する手続きとして相当期間要件を考える。解除するときは実体的要件からではなしに、手続的要件からアプローチすべき(中井

p.9)として、催告解除の要件を手続的な要件と捉える考え方が示されている。解除の実体要件としての重大な不履行要件と、手続要件としての催告解除の要件との位置づけである。さらに、催告の実際上の重要性は、明確性・それによって交渉がもたれることと指摘されている(中田 p.15)。

⑤ 解除は最後の最後的手段であり、契約を結ぶときは利害が一致してお互いの義務をしっかりと果たしましょうと納得して契約するので、不履行になっても極力履行してもらいたいことからしても催告は非常に重要。契約を守るのが大前提、この前提での制度作りが必要(木村 p.10)。二つの要件との関係で、どちらが原則かについても、催告解除を原則とするとの意見が実務家から出されている。

⑥ 催告解除と無催告解除は異質なものではなしに、催告に意味がない場合の例外適用場面。契約の拘束力を外す解除制度は、債務を履行しないところに本質が認められるが、白紙に戻すドラスティクな効果を生ぜしめることから、軽微でない不履行もいきなりではなしに念押しの意味合いで、催告という手続き要件を加える必要があると指摘された(深山 p.14-5)。さらに催告について、催告が意味を持たないということには、二つの意味があり、履行不能のように催告をしても意味がない場合と、両当事者間の公平から催告させてもう一度履行のチャンスを与えなくても良い場合(野村 p.17-8)、との意見もあった。

⑦ またこれに関して、不履行が重大かという軸と催告をさせるかどうかという軸は、おそらく違う。催告をしても意味のない定期行為・一部不能でも解除が認められない場合がある。催告不要に導くのは、不履行の程度ではない(道垣内 p.16)と指摘された。

以上から、次のような議論の整理がなされたが、若干の異論が出されている。

⑧二つの場面・(I)契約目的達成・催告なしで解除、(II)催告して相当期間徒過による解除、但し軽微な不履行の場合は認められない。問題は、目的達成・軽微の意味。契約の趣旨に照らせば、契約の維持が期待できない、契約の拘束力に債権者を縛ることがもはや正当化できないと捉えることには合意があった。どちらが原則なのか、一つにまとまるかは立場の違いはある(潮見 p.19)。

(I)原則で(II)推定ルールとすると、異論はありそうではある(山本 p.20)。(I)の目的達成できる程度の不履行と、(II)の軽微でない不履行は同じか。催告解除では、目的達成の概念は使わないで、すべての不履行が解除の原因になるが、特別マイナーなものだけは外れるということか。目的との関係でどちらも縛って共通ではないか(松本 p.22、山本 p.22)との意見については、後述の重大な不履行概念をどう捉えるかでも問題となる。催告に応じなかったという対応を含めて重大性を判断すること、催告に応じなかったことによって、契約目的との関係における不履行の評価が変わるかどうかについては、コンセンサスなのではないか(道垣内 p.19)。催告という不履行後の対応を、解除に結び付ける意味を持たせることには反対。本来解除できないものが、催告によって解除できるようになるのか。催告したにもかかわらず履行しないこと(そういう悪質さ)によって、もともとは解除できなかったものが、重大な不履行に昇格すると考えるのは違う。弁済期に履行しないので解除の効果を結び付けても良いが、白紙に戻すというドラステイックな効果ゆえに催告すべきと考えるべきではないか(深山 p.19-20)。(なお催告期間設定解除については、単に期限徒過によって、客観的に解除できなかった不履行が解除可能なものに昇格するのか否か、理由と共に十分な説明が望まれる。ドイツ法は、原則的に *Nachfrist* 徒過で解除が認められるとの立場をとる。)

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

二六三

⑨ 履行拒絶・通知がいるのかどうか、重大な不履行で良いのか、規定に加える必要があるとの指摘もなされてくる（山本 p. 22）。

(ii) 重大な契約違反の概念

① 不履行について、「重大な不履行」と「軽微な不履行」と「真中の普通の不履行」の三分類か、「重大な不履行」と「重大でない不履行」（道垣内 p. 8）又は「軽微な違反」と「それ以外（解除に値するもの）」（深山 p. 15）の二分類かについては、上述の二つの要件との関係でも問題となる。

② 「重大な不履行」の言葉に違和感がある・ファジー。従来使用されている「契約目的達成」など客観性がある程度ある言葉が望ましい（木村 p. 11）マテリアルというのは主たる給付の部分で、目的達成とほぼ同じ。マテリアル・ファンダメンタルとの単語が使われている（松本 p. 12 高須 p. 13）。言葉に対する慣れというのもあるので、最初から外すこともないと思う（中田 p. 15）。法律用語として「重大」を選ぶと、主観的に勝手に主張する恐れがある。

なお、解除の要件として、どのような概念・用語を用いるかについて、「重大な」「本質的な」「基本的な」あるいは「契約目的達成」などの主張がなされている。不履行が「契約の本質的（基本的）部分」に及び、本質的部分を消滅させる不履行、さらには契約に対する利益を喪失させてしまう結果を生ぜしめるという「重大な結果を引起す」不履行がある。前者は、契約ないしは履行に結びつき、後者は、不履行によって生ぜしめられた結果につながる。「契約目的」は、必ずしも当初目的に含まれない不利益を包摂できない可能性があるが、交換的正

義の視点から、実質的に履行がなされなかったのと同じという意味での「実質的不履行」の用語も考えられる。しかし、カナリスも、この要件は前述のように解除の三つで一組のひとつにすぎないと指摘するが全てを包摂できる用語としては疑問が残る (Canaris, S. 23)。

(iii) その他

① 事業者とそうでないものに分けたいようにお願いしたい。民法の一般性・事業者でも能力格差がある (奈良須野 p. 18)、との意見もあった。

三、改正検討委員会の立法提案は、一項で重大な不履行、二項で相当期間設定徒過が重大な不履行に当たることを解除の要件に挙げる。二項は全不履行に相当期間設定を要件として認めつつ、重大な不履行を付加して要件にするならば、一項に加えて別に挙げる意味が問題になるが、前述のように手続的な明確さ(催告の相当性と債務者の対応)と債権内容の明確化(経移を考慮に入れることで不確実さを縮減できる)から説明される。しかしこのように解すると遅延の場合に、重大な不履行の証明なしで期間徒過だけで解除が認められるという利点がなくなってしまう。CISGやPECL・PICCで遅延(不引渡)に限るのも、ドイツ法で期間設定を原則としつつ不完全な履行の場合にだけ *innehelich* 要件を加味するのも、遅延には期間設定徒過だけを要件とする趣旨であると思われる。もつとも期間の相当性を判断する際に実質的考慮がなされることを考えると、区別する意味があるのか、相当性の意味・判断の規準が問題となる。期間の相当性は、ドイツ法では合意があればそれにより、

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

二六五

ない場合は客観的に決められるが、債務者の追完の利益だけではなしに、適時の履行に対する債権者利益が考慮されるとする。Nachfrist要件の目的は、債権者に解除権を認める手続要件であると共に、債務者に第二の追完の機会を与え、又それは契約維持にも適うと理解すれば、相当性判断もそれに応じて双方の利益が考慮されると言いうる（但、定期行為のように極端な場合は債権者利益が優先される）。期間設定・通知によって時的次元に関して状況を明らかにしていつが最終期限かを明らかにし、合意又はそれが整わなければNachfrist要件の趣旨・目的に立戻って相当性を判断する。これに対して不適合給付の場合は、追完可能性など時以外のファクターは期間の相当性判断でなされないことから、たとえ相当性に関して実質判断で債権者利益が規準となり判断されることになっても、不履行の重大性判断とは包括される内容が債権者の時に関する利益に縮減される利点があると考えられる。遅延と不適合給付で解除の要件として区別するのは、ドイツ法だけでなくCISG・PICC・PECLでも同様で、特に期間設定要件に関しては有益な区別であると思われる。本条は、主に不適合給付を念頭においているように思われる。

(94) Flessner, a. a. O. (Ann 3) S. 265.

(95) Zimmermann, a. a. O. (Ann 7), S. 485. CISG, PECL, PICCで規整は一樣でないが、定式は必然的に曖昧で實際への適用を待たないと明確な輪郭は得られないとする。

(96) Schlechtriem, *supra* note 5, at 260-262.

(97) Flessner, a. a. O. (Ann 3), S. 296-298.

(98) Flessner, a. a. O. (Ann 3), S. 294.

(99) 前述参照。Flessner, a. a. O. (Ann 3), S. 264.

(100) Canaris, a. a. O. (Ann 2a), S. 8.

(101) Canaris, Die Stellung der “UNIDROIT Principles” und der “Principles of European Contract Law” im System der Rechtsquellen, in: Basedow a. a. O. (Ann 29) S. 16, 31.

(102) 民法（債権法）改正検討委員会『詳解債権法改正の基本方針Ⅱ』（二〇〇九年）二九三―三二五頁。

(103) 拙稿、前掲注（30）、四六七、四六九頁。

（四）結びに代えて

法律の正当化根拠は、論理的整合性の他、当事者の利益の衡量、二当事者間および社会の経済的観点など、総合的な観点から検討しなければならないが、先に Flessner が言ったように、旧ドイツ BGB を制定したときドイツの解除制度は、法的観念力の限界から、断片的なものにとまり統一的な解除要件を構成するまでに至るにはまだ時間が必要だった。現在ドイツの解除要件は、まず *Nachfrist* 設定の要件を冒頭に挙げる構成をとるが、比較法的にみるとオーストリー・スイスに限られており、特殊な位置にあると言える。これは、ドイツにおける歴史的な経緯や、また重大な契約違反の概念の抽象性から、解除の一般的な考え方を前面に出さなかったフォーバーの鑑定意見で採用された構成がそのまま維持された結果である。このように、地域独自の事情の他、歴史的な観点もまた、立法に大きな影響を与える。⁽¹⁰⁴⁾

日本法の現在の債務不履行に基づく解除要件制度は、債務不履行一般に対する相当期間設定（催告）解除の規定・定期行為・履行不能（危険理論との領域区別のため、帰責事由を要件とする）⁽¹⁰⁵⁾の他、瑕疵担保解除（契約目

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

二六七

的達成規準、帰責事由・相当期間設定不要）・委任及び雇用契約解除の規定を留意し、解釈によって、履行遅滞は相当期間設定（催告）解除要件で、不完全履行についても、不十分なながら追完可能性の有無によって、相当期間設定（催告）解除と履行不能の規定を準用する。これは、相当期間設定（催告）解除を原則とし、相当期間を設定する意味のない「重大な契約違反」にあたる場合を例外とする構成を採用する。さらに、原則規定を債務不履行一般の規定として過不足なく取り込める規定にしつつ、遅滞を不完全履行と同一に扱って、遅滞に対する催告と、不完全履行に対する催告を同視する構成となっている。これは、ドイツの新しい改正債務法の基本構造とまさに基本において同じ構成になっていることが、注目される。明治の初年になされた、ヨーロッパに限らず広い範囲の比較法研究の結果は、現在の視点から見ても、解除要件の構成として現在も十分通用する非常に優れた規定と言える。明治の初年になされた日本民法典の再評価、すなわちそれまでの日本にあった伝統的な固有の法とは、徹底した比較法の手法を採用したことで、完全には断絶してはいないと考えると、このような日本の歴史的な事情も考慮する必要があるかもしれない。しかし、解除制度については、当時の研究が進み明らかになった点がこれ以上にあるとするならば、こだわる必要はないと思われる。ドイツ法の採用した構成のように、抽象的な概念を原則とすることを回避し、法的安定性を前面に出し実務の要請に答える構成に対して、解除制度の基本原則をまず原則に掲げることは、重要であると思われる。それは、民法のような私法の基本法という性格上、今後生じるであろう様々な社会的問題に対処し、その裁量の余地を裁判官に委ねるためには、ある程度の抽象性をもって、法の原理を掲げる必要があると思われるからである。⁽¹⁰⁶⁾ その意味で、現在の立法諸提案を分析することが望ましいと思われる。

本稿は、解除についての一連の検討の一部である。時間の関係上、検討し尽くせなかった点を残していることは多々ある。

なお、田上・田中両先生には、ロースクール開設当初より貴重な助言を数々賜わり、大変お世話になったことを心より御礼申し上げると共に、今後の御健康と増々の御活躍を祈念する次第である。

(104) 日本における解除法の歴史的分析については、別稿を予定している。明治の初年に治外法権撤廃・関税自主権獲得のために、当時の近代法典を模範とする立法がなされたが、ローマ法が領土を拡大し統治の目的のために使われたように、ヨーロッパの近代法典が日本古来の法を駆逐し、日本において法の断絶があるように見える。現在、私法の基本法である民法典を大きく改変するには、立法時の歴史的な視点も必要なのではないかと思われる。なお、ヨーロッパにおける解除の歴史については、別稿で Zimmermann 教授の論文の翻訳を予定している。

(105) この点についての検討は別稿を予定している。

(106) 参照、戒能他・前掲注(93)。

(在ハンブルク)

The Relationship between the two Preconditions
of “Fundamental Breach” and “Nachfrist”
for Cancellation of Contract

—A Comparative Approach among German New Obligation Law,
Anglo-American Law, CISG, PICC, DCFR—

Toshiko YAMADA

CISG integrates the preconditions of “Nachfrist” procedure and “Fundamental Breach” into a single provision for the cancellation of the contract, the latter of which is modeled after the Anglo-American legal requirements (as the substantial precondition), while the former of which is modeled German legal requirements (as the procedural precondition). CISG is the integration of these two separate legal structure, and subsequently urge to reconsider the original understand of required precondition.

Originally, only one precondition as been necessary for the cancellation of the contract. In order to understand how these two concepts of preconditions for the right to cancel have been integrated, this article examines their original understanding, focusing especially on German concept of Nachfrist (regarding the Fundamental Breach, see “Fundamental breach in CISG” *Minshohozassi* 110 2 p. 274, 110 3 p. 462). Namely, this article investigate why the Nachfrist precondition is sufficient for cancellation, whether it is necessary for cancellation, and how is the relationship with “Fundamental Breach”.

Under roman law there was no general legal system for cancellation of contract. In the 19th-century, Europe prematurely codified the right to cancel the contract. Consequently, its remedial system lacked uniformity. More recently, German and Europe has modernized the Laws of Contract cancellation through CISG (1980 UN Convention for the International Sales of Goods) —a structure of which had received great acclaim and success due to its detailed and careful comparison of the laws of the world.

The German law and the Anglo-American law have different understandings of the reason why the contract can be cancelled.

Regarding bilateral contracts, in Anglo-American law as a party promises their own performance based on the condition that the other party performs his own obligation; therefore the substantial non-performance of one party releases the other party from the contract. More specifically, “Substantial Breach” becomes the precondition for cancellation. On the other hand, German law explains the right of cancellation in terms of impossibility; the typical case of non-performance is the impossibility of performance. A party executing no performance may not demand the performance of the other party, as it contravenes the idea of “commutative justice (*iustitia commutativa*)”. The principle of *iustitia commutativa* prescribes obligation of performance to mutual benefit; non-performance, unreasonably in other cases such as late performance and defective performance (even after the expiration of the reasonable period of time for performance set by the aggrieved party) imperils the obligee’s interest seriously and justify the cancellation of the contract, Canaris says. Accordingly the German and Anglo-American basic ideas of cancellation are incredibly similar.

But each of them has a different point of view regarding which is the general principle of the precondition for cancellation. According to the Anglo-American law, the expiration of the period gives the obligee the right to cancellation without proving that a non-performance amounts to a fundamental breach (since the notification from an aggrieved party can be clarify the situation and make the term for performance go to the essence). On the other hand, according to German law, setting *Nachfrist* and its expiration without the other party’s performance has a dual effect: this gives both the obligee the right to cancel the contract and the obligor the second chance. Consequently, this leads to the equitability of both parties’ interests and also serves to continue the contracts. In the light of these functions, German Civil Code adopted the *Nachfrist* precondition as the principle which is applied to all cases of non-performances. As a result, “*Fixgeshaeft*” and the case of impossibility of performance, etc. become exceptions in which setting the *Nachfrist* is unnecessary.

Anglo-American law admits the Nachfrist procedure only in cases of non-performance (namely delayed performance and impossibility), and in cases of defective performance (the period may be set for the cure by the obligor), but judging whether to cancel the contract is based on the criterion of fundamental breach. In German law, Nachfrist procedure is set forth for all cases of non-performance, but when regarding defective performance, the right to cancel the contract is excluded if the defect is “unerheblich, not fundamental” — which is said to be, the material criterion and equivalent to the criterion in CISG. It is considered that such criterion is higher than one of BGB Art. 459 I sentence2 of old version for cancelation of the contract and “Minderung,” and lower than one of BGB Art. 323V sentence1 for the partial performance — which is on the condition of divisibility of performance and easy to adjust pecuniarily. Therefore in cases of defective performance, the judgment to cancel the contract is primarily based on whether the degree of defect (and obligor’s behavior) is “unerheblich” or not. If the behavior of the obligor is also taken into consideration besides the degree of defect, the defect which is “unerheblich” may be upgraded, after the expiration of Nachfrist, to the point in which the obligee can cancel the contract.

The Japanese draft by Civil Code (Law of obligations) Return Commission provides that the precondition for the cancelation of the contracts “Fundamental Breach” at 1st sub-paragraph, and also the precondition that non-performance by the defaulting party after expiration of Nachfrist amounts to fundamental breach at 2nd sub-paragraph. 2nd sub-paragraph is unique in terms of comparative law. The meaning of providing 2nd sub-paragraph in addition to 1st sub-paragraph is explained in the view point of the functions of Nachfrists, namely which are procedural clarity (in judging the both of reasonableness of length of the period and the behavior of the obligor) and clarification of the contractual content.

But especially in cases of delayed performance, certain advantages will also disappear—such as the expiration of Nachfrist, which allows the obligee to cancel the contract without proving Fundamental breach. CISG, PICC, PECL and DCFR restrict the application of Nachfrist procedure in cases of non-delivery or and delayed performance. Additionally, German law makes

the Nachfrist procedure the general rule and in case of defective performance adds the precondition: “unerheblich”.

The purpose in requiring the precondition of Nachfrist besides Fundamental Breach is to clarify the circumstances surrounding the period of time for performance and to give notice to the obligor as to when the deadline is set. If the reasonability of the period comes into dispute, the issue is decided according to the purpose and functions of the Nachfrist procedure. Under such substantial judgment, both the obligor’s interest and the obligee’s interest (but the latter of which has priority) are taken into consideration. However, the reasonability of the period only takes ‘time’ into account – this can be deduced to the obligee’s interest regarding time compared with the criterion of Fundamental Breach.

It is useful to distinguish categories between two kinds of non-performance, no-performance (involving delayed performance) and others (especially defective performance), regarding Nachfrist precondition as in German law, CISG, PECL, PICC.