

## 平準化されたヨーロッパ私法および アキ・コミュニテールのEU加盟国法へのインパクト

— 大陸法とコモン・ローの調和 —

ルス・M.マルティネス・ヴェレンコソ\*  
(カライスコス アントニオス 訳)

### 概要

グローバル化された今日の世界では、主要な2つの法圏（コモン・ローと大陸法）の違いを架橋する自律的な法準則の展開がみられる。これらの法準則は、特定の準則や原則の法伝統や教義上の由来よりも、その機能に焦点を当てるものである。ヨーロッパのレベルでは、PECL、DCFRそしてCESLなど、この型に合致する、私法を平準化するいくつかのモデル準則がある。

EUのレベルでは、非公式のものであり、分散しているこのような準則策定の過程は、今のところ、ヨーロッパ民法典の制定という形に至ってはいない（そして、CESLの制定さえ失敗に終わっている）が、国内法に影響を与えている（ドイツ民法とオランダ民法の現代化、フランス民法の改正）。このような国内法への直接の影響は、DCFRの序論でも述べられているように、平準化を行うこれらのモデル準則が持つ目的のひとつである。

スペインでは、平準化されたEU法は、最高裁判所によって、民法（19世紀に制定されたもの）による解決方法が現代の社会的現実に適していないことを考慮して、国内法を統合するための、特に契約責任に関する新たな体系（不履行の一元的な概念と重大な不履行の概念の取込み、そして、契約の解除と事情の変更に関する準則の策定）を構築するための手段として考えられている。

もっとも、いわゆるアキ・コミュニテールの構築により、消費者保護を目的とする（一般的に、EC立法の国内法化の結果である）一連の準則が成立したものの、これらの準則は、多くの場合は各加盟国の民法典の外に置かれてきた。これらの特別法は、通常、消費者を保護する必要がある契約における特定の状況を規律するものである。このような特別法が大量に存在することは、法の適用を複雑にしたため、スペイン、オーストリア、フランスやギリシャ等のいくつかの国では、これらをひとつの「消費者保護法」にまとめる選択肢が採られた。しかし、つい最近、ドイツやオランダ等のいくつかの国では、消費者保護規定をその民法典の中に取り込むのがよいという判断がされた。今日では、締結される契約の大半が消費者契約であるため、どのように進めるのが最もよいのかに関する判断は、非常に重要である。

キーワード：平準化されたヨーロッパ私法、アキ・コミュニテール、  
ヨーロッパ諸国の民法の現代化

---

編集部注\* バレンシア大学（スペイン）教授（民法）。

## はじめに

19世紀末頃の伝統的な民法典や20世紀の法原則を変更するという今日の傾向は<sup>1)</sup>、21世紀における再法典化のプロセスを示すものであるといえよう。その理由としてはいくつかの異なるものがありうるが、間違いなくそのひとつに挙げられるものとして、そのような法典が基礎とした市民社会の社会的および経済的前提が変化したということがある。

それ以外に考慮されるべきは、超国家および国際的な契約法が、市場経済の急速なグローバル化に対応すべく生成し、その平準化がますます進んでいることである。これは、伝統的に2つの異なる法体系として区別されてきた大陸法とコモン・ローを近接させることにも貢献した<sup>2)</sup>。EU域内における〔法の〕違いを架橋することに役立つ規範的な枠組みがいくつか見られる。それらは、国際物品売買契約に関する国際連合条約（CISG）、ユニドロワ国際商事契約原則（PICC）、ヨーロッパ契約法原則（PECL）、共通参照枠草案（DCFR）およびいわゆるヨーロッパ共通売買法（CESL）規則提案である<sup>3)</sup>。

改正へのさらなる刺激となったのは、法実務において生じた必要性である。民事裁判所は、民法典の適用を実効性あるものにするために、その外にある膨大な数の、判例法に類似するものである一連の準則を生み出してきた。このような変化は、すべて、法典の指導原理を再検討し、再法典化の手続を行う必要があることを示している<sup>4)</sup>。

最後に、EU加盟国の伝統的な民法典を近代化する新たな法制定行為を行う起草者たちは、各加盟国の民法典の外に置かれた、消費者保護を目的とする一連の規定（これらは、EC立法の国

- 
- 1) このような傾向は、ヨーロッパ（たとえばドイツ民法、オランダ民法、フランス民法）だけでなく、日本などの他の国でも見られる。その制定から110年以上を経過した日本民法は、特に債権法の領域について根本的な改正手続の最中にある。
  - 2) 平準化されたEUの法準則は、ヨーロッパ全域において、国内立法者の発想源となっている。その理由は、いくつかの場合には伝統的な民法典が時代に遅れたものであるとされたこと（たとえばドイツ）、また、他の場合には、共産主義後の東欧においてそうであったように、政治情勢が変わったことにあった。後者に関しては、Vékás, L. (2010) “About Contract Law in the new Hungarian Civil Code”, 6 *ERCL* pp.95-98; Zukas, T. (2011) *Einfluss der “Unidroit Principles of International Commercial Contracts” und der “Principles of European Contract law” auf die Transformation des Vertragsrechts in Litauen*, Stämpfli, Bern. Jónzon, M. (2012) “The influence of European Private Law on the New Romanian Civil Code”, *ZEuP*, pp.568 ff.を参照。
  - 3) Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law (CESL).
  - 4) スペインとフランスにおける状況がそうである。これら2つの国では、規定の文言に含まれている準則とは異なるものが判例法によって展開された。スペインにおけるこの状況については、Martínez Velencoso, L. (2015), “National Courts: How can they keep track?” in Lehmann, M. (ed.) *Common European Sales Law Meets Reality*, Sellierを参照。フランスでは、契約法を改正する2016年2月10日のオールドナンス第131号（以下、「2016年のオールドナンス」という）が制定された理由のひとつに、契約法が、その大部分において裁判所によって形成された法となっていたことがある。1804年以降、契約法が、破毀院の判決を通じて、民法典の外で非常に重要な発展を遂げたのである。

内法化の結果として断片化されている<sup>5)</sup>)に注目してきた。これらは主に特別法に置かれたものであり、その目的は、通常、消費者を保護する必要がある契約における特定の状況を規律することにある(たとえば、消費者信用、売買における保証、約款など)。約款については、今日、標準契約を利用することが商取引の一般的な特徴であることを指摘しておこう。この種類の契約は、当事者自治という神聖視された原則に基づいてきた19世紀からの伝統的な法典の枠組みにうまく収まるものではない。標準契約条項が法の経済分析の観点から利点を有する可能性があるにもかかわらず、裁判所は、これらをきわめて懐疑的に取り扱う傾向にある。事業者がリスクを効果的に配置できるということは、事業者が、消費者(あるいは、一般的に標準契約に附合する者)によって認識され、かつ、理解されるよりもはるかに自己にとって有利な条項を標準契約に置き、これによって隠れたリスクを消費者に負担させることで、消費者を不当に利用することも可能とする<sup>6)</sup>。裁判所がいわゆる透明性の審査を行うのは、そのためである。これは、「消費者が、金銭的負担の程度および契約に基づく法的負担について現実に理解していること」を確保するための手段として理解されている。したがって、契約に組み込まれた条項は、このような透明性を欠く場合には無効とされなければならない。

EUでは、各加盟国の民商法は、国内の法体系、EU法(一般原則を含むアキ・コミュニテール<sup>7)</sup>)および欧州人権条約という3本の柱に依拠するものとなっている。それぞれの国内法は互いに影響し合い、EUの立法もこのような相互的な影響を基礎としている。そして、互いに異なる国内法体系も、EU法の影響を受けている<sup>8)</sup>。

---

5) EU契約法の特徴のひとつとして、その断片化が挙げられる。EU契約法は、あらゆる種類の契約やあらゆる契約当事者に適用できる一般規定を含んでおらず、また、契約の発生からその終了までの間に生じる可能性のあるすべての問題に対応しているわけではないからである。

6) Hillman, R. A., Rachlinski, J. J. (2002) "Standard-Form Contracting in the Electronic Age", *New York University Law Review*, v.77, p.440.

7) 欧州連合司法裁判所は、複数の判決で、私法全般に関するEU立法に成文がない場合において事件を解決する際に、民法の一般原則に言及している。これは、ほとんどの場合、EC指令をそのような原則の背景に照らして解釈することで行われている。学説では、これらの原則が直接の水平的効果を生じさせることができると考えられている。「EU法の優位性と、場合によってはその直接的効果は、関連するEU法が成文化されているか否かに依拠するべきではない」というのである。たとえば、司法裁判所は、契約の拘束力と信義誠実の双方の原則に言及してきている。S. Hesselink, M. W. (2011) "The General Principles Of Civil Law: Their Nature, Roles and Legitimacy", Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No.2011-35, p.20, <http://ssrn.com/abstract=1932146>.

EU契約法の定義については、Hesselink, M. W. (2015) "Contract Theory and EU Contract Law", Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No.2015-39, p.8を参照。これによると、「EU契約法は、EUの契約法、つまりEUの第一次法と第二次法(成文のものであるか否かを問わない)に限定されたものとして理解されている。そして、そこには、指令、規則、基本条約、および欧州連合司法裁判所によって認められている一般原則にあるすべての契約法準則が含まれている」。

8) ヨーロッパ私法の重要性については、Fauvarque-Cosson, B. (2013) EU "Contract Law Through and beyond pluralism-the case of an optional instrument", pp.95 ff in Niglia, L. (ed) *Pluralism and European Private Law*, Hartpublishingを参照。これによると、「ヨーロッパ契約法は、2001年から2011年まで、立法過程のための素晴らしい競争の場となった。立法過程は大きな変容を遂げたのであり、その特徴は、より広範な議論

平準化されたこのような立法の一部は、英米法の規定に由来するものである。また、国際取引における自律的な法準則の発展は、特定の準則や原則の法伝統あるいは教義上の由来よりもその機能に焦点を当てることで、これら2つの法圏を結びつけることを可能としている<sup>9)</sup>。

たとえば、消費者物品の売買およびこれに付随する保証の一定の側面に関する EU 指令99/44/EC (1999年3月19日に採択) が、その大部分において、特に〔物品の契約〕不適合の文脈において、CISGに基づいていることは広く認められている。

ラーベルは、その著作が国際物品売買に関する法典化に際して大きな影響を与えた学者であるが、彼は、実務上の観点から、法のこの部分を国際的に統合するには、イギリス売買法のコモン・ロー的な構造が最も適切であると確信していた<sup>10)</sup>。

CISGは、さらに、間接的そして直接にも、DCFRに強い影響を与えた。間接的な影響は、PECL、ユニドロワ国際商事契約原則および消費者物品売買指令の規定を介したものであった<sup>11)</sup>。

また、特にDCFR第4編A部(売買)には直接的な影響がみられる。この部分を担当した委員会には、数名のCISGの専門家(中でも特にペーター・シュレヒトリーム教授)が属しており、これらの専門家は、CISGで採られた解決方法がスタディ・グループで常に意識されることを確実にしたからである。

裁判官は、契約の不履行に関するCISG35条を適用することで、フランス民法から発想を得て、かつ、ローマ法的な伝統に従いこのような〔担保〕責任を契約責任から分離する国々の理論的な議論を、無視することができるのである。

---

が行われていること、そして、10年前と比べてはるかにより影響力の増した市民社会に対して広く開かれていることにある。(中略) 多くの場合においてEUの機関による資金援助を受けている複数のネットワークや『専門家グループ』の発展は、モデル準則の急増に貢献した。(中略) 法の効率性と質は、EU機関にとって真の関心事項となった。影響評価と統計データは、新たな『洗練された規制 Smart Regulation』過程の一部として重要になった。「洗練された規制」については、通達“Smart Regulation in the EU”(COM(2010)543)を参照。これは、規制の質を保証することに関する欧州委員会の計画を確立するものである。洗練された規制は、必要がある場合に限り規制を行うことを目的とするものであり、そうすることで費用を最小限に抑えることができる。

- 9) 用いられる方法論によっては、より多くの結びつきがありうる。このことは、我々が制定法としての準則や法だけではなく、「生ける法」にも注目した場合に特に当てはまる。この方法論は、2005年5月に形成されたCoPECLネットワーク・オブ・エクセレンス内のコモン・コア・グループでも採択された。このグループは、複数の大学、機関その他の団体によって構成されている。詳細については、<http://www.common-core.org/>を参照。筆者は、契約法と財産法の分野でこのグループに参加している。
- 10) Magnus, U. (2010) “The Vienna Sales Convention (CISG) between Civil and Common law-Best of all Worlds?”, *Journal of Civil Law Studies*, v.3, p.74.
- 11) Kruisinga, S.A. (2001) “What do Consumer and Commercial Sales Law Have in Common? A Comparison of the EC Directive on Consumer Sales Law and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, 9 *European Review of Private Law*, Issue 2/3, pp.177-188. また、Schwenzer, I., Hachem P. (2009) “Drafting New Model Rules on Sales: CFR as an Alternative to the CISG?”, *European Journal of Law Reform*, v.11, pp.459-472. Magnus, U., “The Vienna Sales Convention (CISG) between Civil and Common Law-Best of all Worlds?”, *Journal of Civil Law Studies*, vol.3, 2010, pp.67-97も参照。

CISGの規定は、物品の適合性については、契約の重要性を第一の評価基準とし、これに重点を置いているのである。

物品が契約に適合しているのかを判断するための、CISGに置かれている補足的な推定が適用されるのは、当事者が物品の特徴について契約で何も定めていない場合だけである。

さらに、上記とは反対の流れで、CISGの解釈が、EU指令99/44の適用によって発展した判例法の影響を受けた可能性もある。同指令は、CISGとは異なり事業者と消費者の間の関係を対象としているものの、特定の事項については、そのモデルとなったCISGと比べてより具体的または詳細となっているからである<sup>12)</sup>。

EUのレベルでは、非公式のものであり、分散しているこのようなモデル準則（PECL、DCFR、CESL等）について展開されてきた策定過程は、今のところ、ヨーロッパ民法典の制定という形には至っていない（そして、CESLの制定さえ失敗に終わっている<sup>13)</sup>）が、国内法に影響を与えてきた（ドイツ民法とオランダ民法の現代化、フランス民法の改正）。その意味では、一般的に、ヨーロッパの法文化は、部分的には現在の新自由主義的な経済モデルを理由として、形式主義的な伝統から、従来のヨーロッパ各国の法伝統と比べてはるかにより形式主義的ではなく、教義的ではなく、そして実証主義的ではないものへと根本的に変わりつつあるとの結論を導くことができるだろう<sup>14)</sup>。1889年に制定された民法を現代化していないスペインでは、平準化されたヨーロッパ

---

12) このような姉妹編的な立法への影響については、Ferreri, S. (2005) "Remarks concerning the implementation of the CISG by the courts (the seller's performance and article 35)", *Journal of Law and Commerce*, vol.25, p.239を参照。

13) 欧州委員会は、その2015年作業計画からCESL提案を撤回することを確認し、同時に「デジタル単一市場における電子商取引の可能性を完全に解き放つための修正提案」を意図していることを明らかにした。そして、2016年12月、欧州委員会は、CESLに代わるものとして、物品のオンラインその他の通信売買契約に関する指令（物品のオンライン売買指令）に関する提案を行った。これは、通信売買（オンラインとオフラインの双方）について、現行の消費者物品売買指令に部分的に置き換わるものとなる予定である。消費者物品売買指令とは異なり、物品のオンライン売買指令に関する提案は、最大限の（完全な）平準化をもたらすものとなる。そのため、加盟国は、この指令の適用範囲内において、より高水準の消費者保護を導入することが禁止される。物品のオンライン売買指令提案は、デジタル単一市場戦略の一部であり、提案されている他の複数の法準則、特にデジタル・コンテンツ供給指令[2015/0287 (COD)]やデジタル・コンテンツのポータビリティに関する指令と並ぶものである。オンライン売買指令提案については、[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/577962/EPRS\\_BRI\(2016\)\\_577962\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/577962/EPRS_BRI(2016)_577962_EN.pdf)を参照。〔訳者注：オンライン売買指令提案の翻訳としては、カライスコス アントニオス＝寺川永＝馬場圭太訳「物品のオンラインその他の通信売買契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令提案」関法66巻3号（2016年）314頁以下、デジタル・コンテンツ供給指令提案の翻訳としては同「デジタル・コンテンツ供給契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令提案」関法66巻2号（2016年）197頁以下がある。〕

14) 筆者の観点からは、フランス契約法を現代化する目的でフランス民法を改正した2016年のオールドナンスが、契約が有効に成立するための要件としての「コース」を廃止したことは、ひとつの実例である。「コース」は、フランス契約法の伝統的な原則であったが、上記改正で取り除かれ、フランス民法1128条以下では、適法であり、かつ確定した内容（"un contenu licite et certain"）という要件に置き換えられた。

現代的な法体系では、契約の締結を優遇する政策が採られるべきである。フランス民法の制定当時は、契約は特にリスクを伴う試みとして考えられていたが、200年以上経った今日ではこのことはもはや同じではない。

法は、最高裁判所によって、国内法を統一するための手段として考えられている。平準化されたヨーロッパ法は、スペイン民法を用いた場合の解決手法が、ほとんどの場合に新たな社会的現実に適していないことに鑑みて、特に契約責任の新たな体系を構築するものである（不履行と重大な不履行に関する単一の概念、および、契約の解除と事情変更に関する準則）。

## 1. ヨーロッパ契約法における新たな傾向

### 1.1. 消費者保護のための一連の新たな準則

アキ・コミュニテールには、そのほとんどが各加盟国の民法典の外に置かれてきた、消費者保護を目的とする一連の規定（EC立法を国内法化した結果であるもの）が含まれている。これら特別の立法は、通常、消費者を保護する必要がある契約における特定の状況（たとえば、消費者信用、売買における保証、約款等）を取り扱う。そのような特別規定が大量に存在することから法の適用が複雑になったため、スペイン、オーストリア、フランス、ギリシャやイギリス等<sup>15)</sup>のいくつかの国では、正確に言えば消費者保護規定の法典化ではないが、これらの規定を集約して編集した「消費者保護法」を設けた<sup>16)</sup>。これらの国では、消費者の概念が民法典の中に登場することはまったくなく、契約法の領域では、消費者と締結された特別の契約とそれ以外の契約との間で大別されている。通常、消費者保護規定が強行的なものであることから、伝統的な契約自由の原則は後者の契約においてより強い。

しかし、ここ数十年の間、ドイツやオランダ等のいくつかの国は、消費者概念をその民法典に取り込んだ。EUで締結される契約の大部分が消費者契約であるため、これは重要な展開である<sup>17)</sup>。

---

PECLでは、契約が有効であるためには契約当事者間に十分な合意があることのみが必要とされ、他の追加的な要件はない。そのため、契約が特別の様式に従うことは要求されておらず、「契約のコース」（大陸法）または「約因」（コモン・ロー）も必要とならない。

スペインは、「コース」の概念のインフレの悪影響を受けてきているとすることができる。つまり、過去の学説では、裁判所は、契約当事者を保護するために職権で規制を行わなければならないと考えられていた。この強制的な規制は介入主義的な性質のもので、今日では政略上適切ではない。このことは、強行的な規範や、道徳上の準則への違反を取り扱う特別の規律がある場合に特に当てはまる。このことについては、Diez-Picazo, L. (2003) "Reforma de los Códigos y Derecho Europeo", *ADC*, p.1574を参照。

15) スペインでは2007年立法政令 Royal Legislative Decree 第1号（同年11月16日）、フランスでは、2016年8月17日の消費法典、オーストリアでは消費者保護のための規定を制定した1979年3月8日の連邦法、ギリシャでは消費者保護に関する1994年法第2251号、イギリスでは既存の消費者保護立法を統合するとともにいくつかの新たな消費者の権利や救済手段を定めた2015年消費者権利法がそれぞれ存在する。イギリスの消費者権利法は、「消費者権利の現代的な枠組み」を提供する目的で制定された。

16) Lurger, B. (2010) "The "social" side of contract law and the new principle of regard and fairness", in Hartkamp, A.S., Hesselink, M.W., Hondius, E., C Mak, Du Perron, E. (eds) *Towards a European Civil Code*, 4th ed, Kluwer Law International, p.276.

17) このことは、国内裁判所が欧州連合司法裁判所の判決やEU法を頻繁に引用していることにみることができる。これについては、Conant, L.J. (2002) *Justice Contained: Law and Politics in the European Union*, Cornell University Press, p.83を参照。

オランダ民法には、1992年の改正により、消費者保護規定（約款に関する6:236条以下、売買契約に関する7:5条以下の規定等）が取り込まれた。また、2002年に改正されたドイツ民法には、消費者保護に関するEC指令による制度が取り込まれている（たとえば通信販売および電子商取引契約に関するドイツ民法312条ないし312f条<sup>18)</sup>、約款に関するドイツ民法305条ないし310条、消費者その他の者に適用される売買契約における保証に関するドイツ民法433条ないし445条の規定）。

イタリアとオーストリアでは、中間的な解決が採られた。イタリアでは、不公正契約条項指令と消費者物品売買指令は、イタリア民法に新たな規定を挿入することで国内法化された（1469-2条ないし1469-6条、1519-2条ないし1519-9条）。これらの新たな規定は、基本的に指令の内容を再現するものであり、体系的にも売買契約の規律に挿入されたわけではない。また、スイス民法には、消費者保護に関する規律を目的とする節が置かれている<sup>19)</sup>。

スカンジナビア諸国（デンマーク、スウェーデン、フィンランド、ノルウェー）では、長い伝統をもつ消費者保護に関する特別の規律に加えて、それぞれの契約法に、裁判官に、不公正な契約の効力を当事者の一方の利益のために否定し、または契約を変更することを認める一般規定が置かれている。この規定の適用範囲は、不公正条項指令とは異なり、事業者と消費者の間の契約に限定されていない。そのため、契約関係があり、かつ、当事者の一方が強くて他方が弱いと考えられるすべての場合に適用される。実際、この規定は、近時の経済危機の文脈において、銀行との間で締結された契約に関する多くの事例に適用された。そこでは、弱い当事者、つまり銀行の顧客（消費者ではないこともある）は、銀行から事前に適切な情報提供を受けていなかったため、関連するリスクを認識していなかったのである<sup>20)</sup>。

さらに、CESLには、BtoB契約に適用される、不公正契約条項の内容や効果に関する規定が置かれている（CESLの8章3節を参照<sup>21)</sup>）。また、信義誠実と公正な取引についても定められてお

---

18) その状況については、Martínez Velencoso, L. (2002), “La transposición de la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio electrónico en el Derecho alemán: el nuevo 312e BGB”, *RCE*, n.29, pp.63 ffを参照。

19) スイス債務法には、消費者保護に関するいくつかの規定が置かれている。これらの規定によると、注文していない製品の送付を受けた者は、これを返送する義務も、保管する義務も負わない。また、訪問取引（40a条以下）については、消費者は、次の場合にはその申込みまたは承諾の意思表示を撤回することができる。それは、申込みが行われたのが、①その職場、住宅またはその周辺、②公共の交通手段、または公の道路その他の場所、あるいは③遠足その他類似するイベントと組み合わせられた販売促進のいずれかである場合である。消費者は、契約交渉を明示的に招請しており、または、市場や見本市のスタンドで意思表示を行った場合には、撤回権を有しない。撤回の意思表示は、契約の申込みまたは承諾を行い、かつ、関連する情報を受け取った時から7日以内に、書面で行わなければならない。

スイス債務法によると、電子商取引の場合は、電子署名により売買契約を締結することができる。これに係る要件は、電子署名に関する連邦法に定められている。

20) 判例法の興味深い分析を行うものとしては、Marthinussen, H.F. (2015) «Unfair contract terms and the CESL in light of the Nordic statutory unfair contract provisions» in Plaza Penadés, J., Martínez Velencoso, L.M. (eds.): *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Springer, pp.93-110がある。

21) もっとも、BtoB契約の条項は不正性審査の対象とはなるものの、これは、BtoC契約の審査と比べて厳格ではないのである。

り、たとえばCESLのBtoB取引では、信義誠実の義務は、提供される物品の主な特徴に関する契約締結前の情報提供に及ぶ(CESL23条)。これと同じアプローチがPECLでも採られている。そこでは、4:110条に不公正契約条項の定義が置かれており、それは、BtoB契約とBtoC契約の双方に適用される(同条は、不公正契約条項指令93/13/ECの文言を借用している)<sup>22)</sup>。同様の規律は、BtoB契約とBtoC契約の双方に適用されるドイツ民法307条<sup>23)</sup>、オランダ民法6:248条2項<sup>24)</sup>

---

22) PECL4:110条は、次のように定める。

「個別に交渉されていない不公正条項

(1) 個別に交渉されていない条項が、信義誠実および公正取引の要請に反して、当該契約において生じる両当事者の権利義務に著しい不均衡をもたらし、当事者の一方に損害を与える場合には、その当事者は、当該条項を取り消すことができる。その際、当該契約の下で提供されるべき履行の性質、当該契約における他のすべての契約条件および契約締結時の事情が考慮される。

(2) 本条の規定は、次の各号のいずれかに該当するものについては、適用されない。

(a) 契約の主たる内容を定める条項。ただし、その条項は、平易でわかりやすい言葉によるものでなければならない。

(b) 当事者の一方の債務負担の価値が、相手方の債務負担の価値と比較したときに、相当か否か。」

〔訳者注：本稿におけるPECLの翻訳については、オーレ・ランドー＝ヒュー・ビール編(潮見佳男ほか監訳)『ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ』(日本評論社、2006年)およびオーレ・ランドーほか編(潮見佳男ほか監訳)『ヨーロッパ契約法原則Ⅲ』(日本評論社、2008年)に依拠した。〕

23) ドイツ民法307条は、次のように定める。

〔(1) 約款の条項は、信義誠実の要請に反して約款使用者の契約相手方を不当に不利益に取り扱うときは、無効とする。不当な不利益は、条項が明確かつ平易でないことから生ずる。〕

(2) 次の各号のいずれかに該当する場合において、疑いがあるときは、不当に不利益な取扱いがあるものと推定する。

1. 法の規定とは異なるものであり、かつ、その規定の本質的な基本理念に反するとき。

2. 契約の性質から生ずる本質的な権利又は義務を、契約の目的が達成できないおそれが生ずるほどに制限するとき。

(3) 本条第1項及び第2項並びに第308条及び第309条は、約款の条項であって、かつ、法の規定とは異なるものであり、又は法の規定を補充する規律を合意するものに限り、適用する。それ以外の条項は、本条第1項第1文との関連において本条第1項第2文により無効となることがある。」

〔訳者注：ドイツ民法の条文の翻訳としては、岡孝編『契約法における現代化の課題』(法政大学現代法研究所、2002年)193頁以下、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』(信山社、2003年)、高橋弘『約款規制に関するドイツ民法の規定』広法28巻1号(2004年)208頁以下、ディーター・ライボルト著(円谷峻訳)『ドイツ民法総論——設例・設問を通じて学ぶ——』(成文堂、第2版、2015年)550頁以下、民法(債権関係)改正に関する比較法資料におけるものなどがあり、これらを参照した。また、ドイツ約款規制法については、債務法現代化より前のものではあるが、石田喜久夫編『注釈 ドイツ約款規制法』(同文館、1999年)を参照。〕

Smits, J.M. (2014) *Contract Law: A Comparative Introduction*, Edward Elgar, p.150によると、「ドイツ法は、BtoB契約とBtoC契約の双方における潜在的な不公正条項を取り扱うものであるため、最も広範な適用範囲を有するものである」。

24) 同項は、次のように定める。「(2) 契約によって当事者間において妥当している規律は、当該状況において信義誠実に照らし容認されないものである限りにおいて、適用されない。」

〔訳者注：この規定の翻訳については、民法(債権関係)部会資料12-2の17頁に掲載のものに依拠した。〕

このことについては、Hesslink, M.W., (2011) "Unfair Terms in Contracts between Businesses", in



およびアメリカ統一商事法典（UCC）2:302条<sup>25)</sup>にも見られる<sup>26)</sup>。

スペインには、最高裁判所の近時の判決として、契約当事者の地位に不均衡がある場合だけでなく、透明性を欠いている場合にも、条項が不公正になると判断したものがあつた。同裁判所は、2013年5月9日の判決<sup>27)</sup>

---

Stuyck, J. & Schulze, R. (eds.), *Towards A European Contract Law*, Sellier European Law Publishers, p.12を参照。これによると、「ほとんどの加盟国は、事業者間契約における不公正条項を審査している。これは、多くの場合、一般的な契約法、つまり契約当事者の種類を区別しない立法に基づいて行われている。そのようなものとしては、たとえば、北欧契約法 Scandinavian Contract Act 36条の一般規定、ドイツ民法305条、そして、イギリスの1977年不公正契約条項法がある。これらの制定法上の規定は、多くの場合、たとえばドイツとオランダでそうであったように、判例法が先行してから作られたものである。そのような判例法の基礎となつたのは信義誠実の一般原則であり、主な適用対象とされたのは事業者間契約である。この観点からは、内容規制の拡大は、BtoB契約からBtoC契約へという、現在とは逆の方向性を辿つたのである」。

25) UCC2-302条は、次のように定める。

〔(1) 裁判所は、法律の問題として、契約又は契約の条項が契約を締結した時に非良心的なものであつたと認めるときは、その契約を強制することを拒否し、非良心的な条項を除いたその契約の残りの部分を強制し、又は非良心的な結果を避けるために非良心的な条項の適用を制限することができる。〕

(2) 当事者は、契約又は契約の条項が非良心的であると主張し、又は裁判所がそうであると思料するとき、裁判所がその決定を下すのに役に立つ、その契約の取引上の背景、目的及び効果に関する証拠を提出する合理的な機会を与えられるものとする。〕

〔訳者注：本稿におけるUCCの翻訳については、田島裕訳『UCC2001：アメリカ統一商事法典の全訳』（商事法務、2002年）を参照した。〕

非良心的な契約を定義すると、一方で、理性があつて思い違いをしていない not under delusion 者であれば行わない契約であり、他方で、誠実で公正な者が受け入れない契約である。このことについては、Browne, M. N., Biksacky, L. (2013) “Unconscionability and the Contingent Assumptions of Contract Theory” *Mich. St. L. Rev.* 211, p.216を参照。

26) Lando, O. (2014), “CISG and CESL: Simplicity, Fairness and Social Justice”, in Gullifer, L., Vogenauer, S. (eds.) *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law: Essays in honour of Hugh Beale*, Hart Publishing, pp.237-250.

27) 2013年5月9日、最高裁判所民事部は、セビア控訴裁判所の判決に対する上告について判断した。控訴裁判所の判決は、セビア第2商事裁判所の判決を覆したものであり、銀行利用者連盟がBBVA社、CAIXA GALICIA社およびCAJA MAR社に対して行使した請求権を棄却し、消費者や上記各社の利用者との間で締結された抵当権付きのローン契約（変動利率によるもの）における「底値条項」は、無効ではないとした。その理由は、「消費者及び利用者の防護に関する一般法 General Law for the Defence of Consumers and Users」に定められている、上記条項が無効となるための要件が充たされていないとするものであつた。

最高裁判所は、控訴裁判所における理由づけとは異なり、上記条項が無効であると判示し、被告である諸法人に、同条項をその契約から削除することと、以降、従来と同じ形および方法でこれを用いないことを命じた。

上記条項は、それが契約の主な目的を定めるものであることを消費者が認識するのに足りる明確性と透明性を欠くものであつた。このことは、代金支払をするという消費者の債務にも影響を与えており、または影響を与えることができ、さらに、消費者は、上記条項が契約の経済的側面の展開にどのような影響を与えており、または与えることができるのかについて真のかつ合理的に完全な知識を得ることを妨げられたのである。そして、上記条項は、底値には、これに不可分のものとして、天井値が附帯するとの印象を与えていた。変動利率の定めは、十分な情報を伴っていなかつたため、消費者の誤認を惹起するものであつた。このことは、天井値条項が併せて設定されることで消費者の注意が他の部分に逸らされ、底値条項の影響を分析することがより困難となつていた場合に特に当てはまる。

で、「底値条項」<sup>28)</sup>が不公正であると判示した。要するに、最高裁判所は、消費者は契約によって課されることになる経済的および法的負担を予測することができないため、この条項は透明性を欠くと判断したのである。

このような判例法の解釈を通じて、「透明性の審査」は、当事者のいずれも消費者ではない場合であっても、約款に関する事案であれば常に行うことができると主張する学説もある。

交渉された契約とは区別されるべき標準契約は、「法解釈学の重大な変革」(2014年12月2日の最高裁判所判決第677号)を象徴するものである。この種類の契約の効力と効果は、契約に附合する者の同意に基づくものではなく、作成者が、当事者の利益の均衡を保ち約款を理解可能なものとすることを確保するために存在する、いくつか特別な契約義務を遵守しているのかに左右される。このことは、「組入れの審査」の後、かつ「内容の審査」の前(これらは、不公正契約条項指令に規定されている)に行われるいわゆる「透明性の審査」という第二段階目の審査の範囲を理解するために重要となる。

「透明性の審査」は、作成者に対する単なる「明確で理解できる条項を作成するという形式的な要請」を超えたもので、「[契約に] 附合する者がその契約条項の結果にアクセスできる方法で」<sup>29)</sup>条項を真に分かりやすいものとする追加的義務である<sup>29)</sup>。実際、スペインには、消費者保護規定を集約した「消費者保護法」があるが、不公正契約条項指令の国内法化の結果として設けられた法律はそれとは別のままになっている。なぜなら、この法律は、消費者が当事者となっているのに関係なく、あらゆる標準契約に適用されるからである(ただし、条項がその内容を理由として濫用的であると宣言するためには、消費者が損失を被っている必要がある)<sup>30)</sup>。

## 1.2. 物品の適合性

ヨーロッパ各国の民法典のほとんどは、フランス民法から強く着想を得たものとなっており、伝統的に2つの体系を、つまり契約上の義務の不履行に関する「隠れた瑕疵に対する責任と担保責任」と、契約違反に関する一般的な体系を提供してきたのである。

このような体系は、「物品の適合性」の原則を基礎とする CISG の法体系や平準化された EU 法

---

28) 底値条項とは、銀行が、最小限の金利について設定された抵当権につき、スペインにおけるほとんどの抵当権付きローンにおいて用いられる指標金利であるユーリボー (Euribor) が上記金利より低いものとなっても、顧客が支払をしなければならぬと定めるものである。つまり、この条項は、ユーリボー金利の下落による利益を顧客が享受することを認めないのである。

29) Orduña Moreno, F.J., Sánchez Martín, C., Guillén Catalá, R. (2016) *Control de Transparencia y Contratación Bancaria*, Tirant lo Blanch.

30) 最高裁判所第一部の大法廷は、2016年6月3日の判決第367号 (JUR 2016, 128769) で、消費者との契約に含まれる約款の透明性審査は、事業者との間で締結される契約には及ばないと判示した。この判決には、Francisco Javier Orduña Moreno 裁判官 (元バレンシア大学教授 (民法)) の反対意見が付された。同裁判官は、透明性の要請は事業者間の標準契約、特に小規模事業者や中小規模事業者が単に附合するにとどまる場合にも及ぶと述べた。同裁判官によると、透明性審査が法の一般原則になっていることに照らすと、事業者間契約についてもこれを拡張解釈するべきだということである。

(PECL、DCFR、CESL)とはかけ離れたものである。指令99/44/ECにおける体系も同じである<sup>31)</sup>。

この新たな規律では、契約は合意の条件に従い履行されなければならないという契約法の一般原則に照らすと、適合性を欠く履行は、売買契約における不履行の特別類型だということになる。適合性の概念は、当事者自治の原則と、合意は拘束するという原則に従い、契約条項に一層の重要性を与えている。要するに、「適合性の欠如」という概念は、19世紀にヨーロッパで制定された諸民法典における「隠れた瑕疵」の概念よりもはるかに広いものであり、物品の「不適合」は約束された給付と実際に行われた給付を比較した成果なのである。また、この概念は、より現在の経済環境に相応しいものである（なぜなら、今日では、大量生産された物品が支配的であるが、19世紀では物品は主に手作業で造られていたからである）。

加えて、「適合性の欠如」という概念は、統一をもたらす効果もある。たとえば、同指令の2条に置かれている物品の適合性に関する基準は<sup>32)</sup>、適合性の欠如の主観的な次元と客観的な次元を組み合わせたものとなっている。客観的な基準は、たとえばスペイン民法等の、フランス民法の影響を受けた民法典に特徴的である。スペイン民法によると、物品の「瑕疵 vice」の概念の範囲は、物品が、同種の物品について通常意図される使用に適さない場合に限定される。主観的な次元は、ドイツ法や英米法に特徴的なものであり、そこでは、瑕疵の概念には、買主によって期待された品質が欠如していることも含まれる<sup>33)</sup>。この主観的な基準は、EU立法者によって望ましいものと考えられたのであり、このことは、指令1999/44の立法過程にも見ることができる。しかし、その後、影響を受ける業界の圧力により、指令の最終版では双方の基準に対して同じような比重が与

---

31) EUのそれぞれの法準則については、次の条文を参照。指令1999/44の2条（「契約との適合性」）、PECLの9:401条（不適合性の場合の代金減額請求権に言及）、DCFR第3節（物品の適合性）のIV. A-2:301条以下、CESL第3節（物品及びデジタル・コンテンツの適合性）の99条以下。

また、García Rubio, M.P. (2015), "Non conformity of goods and digital content and its remedies", in Plaza Penadés, J., Martínez Velencoso, L.M. (eds.): *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Springer, p.163を参照。これによると、「CESLに置かれている、契約の不履行および不適合性に関する規定は、消費者物品売買及び付随保証に関する欧州議会及び理事会の指令1999/44/ECによって再定義された国際物品売買契約に関する国際連合条約（CISG）、上記指令を解釈する欧州連合司法裁判所の判決、および共通参照枠草案（DCFR）の直接の遺産である。適合性の問題は、これらすべての法準則において最も重要な事項のひとつとなっている」。

32) 指令1999/44の2条2項は、次のように定める。

「消費者物品は、次に定める事項が充たされている場合は、契約に適合するものと推定する。

- (a) 売主が行った説明に合致し、かつ、売主が消費者に提示した見本又はひな型の品質を有する場合
- (b) 契約締結時に消費者が売主に知らせ、かつ、売主が受け入れた、消費者が物品に求める特別の目的に適合する場合
- (c) 同じ種類の物品が通常用いられる用途に適合する場合
- (d) 同じ種類の物品が通常備えており、かつ、物品の性質に照らし、及び、売主、製造者又はその代理人が、特に広告又はラベルにおいてその物品について行った公の表示を考慮した場合に、消費者が合理的に期待することができる品質及び動作上の機能を有する場合」

33) (Niels) de Bruijn, C.J. (2012) "Historical Perspectives on the Remedies for Non-Conformity with Contract in EU Consumer Sales Law", in A.L.M. Keirse & M.B.M. Loos (eds.), *Alternative Ways to Ius Commune*, Antwerpen: Intersentia, pp.111-124を参照。

えられた。

指令1999/44が互いに異なるEUの法体系において国内法化される際、2つの選択肢が実現した。1つは、ドイツやオランダで採られたいわゆる「大きな解決」である<sup>34)</sup>。この解決では、指令の体系は、民法典に取り込まれることで一般的な体系を形成し、どのような売買契約にも（つまり、当事者の一方が消費者であるか否かとは関係なく）適用されることとなった。他の国は、いわゆる「小さな解決」を選択した。そこでは、指令は、消費者に対する売買に適用される特別法で国内法化され、その特別法は、消費者に関する既存の規定（たとえば、フランスの消費法典）を改正するものとなる場合と、民法典に事業者である売主と消費者である買主との間の売買に関する節を挿入する場合（たとえばイタリアで行われたように）がある。このことは、各加盟国における売買に関する立法に一定程度の「脱・平準化」を生じさせる。

フランスでは、民法が最近改正された（2016年のオールドナンス）にもかかわらず、状況は変わらなかった。これに関連する議論は、既に指令1999/44を国内法化する時に行われていた。2005年2月17日には、政府は消費者物品売買指令を国内法化するオールドナンスを制定することで、これをフランス法に取り入れた。指令の国内法化は、新たな規定の適用範囲の問題と、民法によって物品のあらゆる買主に認められていた既存の2つの救済手段（「瑕疵担保責任 *garantie des vices cachés*」と「適合性欠如 *défaut de conformité*」）の運命について議論を引き起こした。

指令の新たな規定が民法を通じて国内法化されると、その適法範囲はあらゆる契約に拡大され、既存の2つの救済手段に置き換わる可能性がある。しかし、消費法典において国内法化をする場合には、その適用範囲は消費者契約に限られ、民法に置かれている既存の救済手段と合わせて適用されることになる。

結局、2005年2月17日のオールドナンスでは後者の解決策が採られ、フランスの売買契約法を刷新する機会は失われた。フランス売買法に対する唯一の改正は、民法1648条に関するものであった。同規定は、「短い期間」が経過した後は、隠れた瑕疵（瑕疵担保責任 *garantie des vices cachés*）に基づく提訴を禁止するものであったが、「短い期間」という概念の解釈が困難であったことから、これは繰り返し争いの基となり、2年という具体的な期限に置き換えられた<sup>35)</sup>。

---

34) Kruisinga, S.A. (2009) "The Impact of Uniform Law on National Law: Limits and Possibilities-CISG and Its Incidence in Dutch Law", *Electronic Journal of Comparative Law*, vol.13.2, <http://www.ejcl.org>, p.9を参照。これによると、「オランダ民法における物品売買に関する新たな規定では、適合性の概念は、隠れた瑕疵に関する規律に置き換わった。民法のこの部分は、上述した統一法に関するベネルクス草案をモデルとしたものである。CISG35条における(不)適合性の概念は、オランダ民法7:17条の要件にほぼ文字通りに一致するものである。この規定は、明らかにCISGの規定から間接的に発想を得たものである。これらの規定は、いずれも、物品が契約に適合するものでなければならないことを定めている」。

35) Paisant, G. (2004), "La transposition, en France, de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation", Lete Achirica, J. (ed), *Garantías en la venta de bienes de consumo*, Universidade de Santiago de Compostela, pp.227 y ff; Rohlfing-Dijoux, S. (2000), "Umsetzungüberlegungen zur Kaufgewährleistungs-Richtlinie in Frankreich", *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, (ed. Grundmann, S., Medicus, D., Rolland, W.), W. Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, pp.145 ff.を参照。

上述したように、ドイツの立法者は、指令1999/44を国内法化する際、いわゆる「大きな解決」を選択し、法典化されていたそれまでの体系が変更された<sup>36)</sup>。2002年1月1日には、債務法現代化法がドイツで発効し、その結果として、ドイツ民法が大きく改正された。同法が1900年に施行されて以来最も重要な改正であったことに疑いはない。

新たな債務法には、いくつか異なる源がある。第一に、これは、ドイツの法体系に、複数のEU指令を国内法化するものであった。その中で最も重要だったのは、消費者物品売買指令であった。改正法の施行日は、消費者物品売買指令の国内法化の期限に間に合わせることでされた。それによって改正の過程が加速したが、学説の一部ではこのような状況が批判された<sup>37)</sup>。

第二に、改正は、民法の中に、従来はこれに置かれていなかった制度を取り込むことも目的としていた。そのような制度は、判例法によって設けられたり（たとえば、事情変更に関する規律）、その多くがEU指令の国内法化によって定められたものである特別法に置かれたりしていた。それが、学説において「ドイツ民法のヨーロッパ化」について語られることが多い理由のひとつである。

改正前のドイツ法では、スペイン法と同様に、売主による契約違反があった場合の買主の救済と、給付された物品に隠れた瑕疵があった場合の担保責任との間で区別されていた。そのような区別は非常に複雑だったが、大きな意味を有していた。買主は、売主が隠れた瑕疵のある物品を引き渡した場合には不利な立場に置かれていた。そのような場合には、買主は、隠れた瑕疵に関する担保責任請求権を行使するために引渡しから6か月の期間しか与えられず、損害賠償の請求は例外的な場合に限られていたからである。しかし、売主が契約に違反した場合（契約に適合しない物品を給付した場合）には、買主は、被った損失を含む損害賠償を請求することができ、その請求権の行使期間は担保責任の場合よりはるかに長かったのである。

新たな規律により、この区別は意義を失った。売主が契約違反の責任を負うためには、給付された物品が契約、特に物品の品質の詳細を定める合意事項に適合しないことで足りるからである。また、担保責任は、もはや不履行による救済手段の一般的な体系の外に置かれておらず、売主は、単に瑕疵ある物品を給付することで、契約に違反したものとなることが明示的に規定されている（これとの関係においては、ドイツ民法433条1項後段を参照<sup>38)</sup>）。

---

36) この状況は、オーストリアでも同様である。そこでは、この指令は、保証に関する民法の一般規定（オーストリア民法922条ないし933b条）を改正することで国内法化され、消費者については、消費者保護法に特別規定が置かれた。

37) Schlechtriem, P. (2001), "Das geplante Gewährleistungsrecht im Licht der europäischen Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf", en AA.VV. coord. Ernst, W., Zimmermann, R., *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Mohr Siebeck, Tübingen, pp.205 ff.; Schwartz, A. (2000), "Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa-Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vor ihrer Umsetzung", *ZEuP*, pp.544 ff.を参照。

38) ドイツ民法433条1項は、次のように定める。「売主は、売買契約により、買主に物を引き渡し、物に対する所有権を取得させる義務を負う。売主は、買主に、物の瑕疵又は権利の瑕疵のない物を取得させなければならない。」

指令がドイツ民法における売買の一般的な体系に組み込まれているにもかかわらず、そのほとんどが任意規定であるため、物品の売買に関する部分の中に、消費者物品売買を規律することを目的とする款が新たに挿入された。ドイツ民法474条によると、この体系が適用されるのは、消費者が事業者から動産を購入した場合である。この種類の売買では、意思自治が消費者の利益において制限されている。消費者の権利を遵守しない契約は、ドイツ民法475条により無効となるからである<sup>39)</sup>。

したがって、この改正の最も重要な側面のひとつは、ドイツ民法が、その施行後の最初の1世紀に用いられてきた救済の体系と比べてより効率的に、かつ、より費用をかけることなく、契約を履行するための売主に対する圧力を増していることにある。

売主は、契約に基づいて物品を給付する義務を負う。これによって、「異物 aliud」の給付（これについては、契約違反に関する一般規定が適用される）と「瑕疵ある物 peius」の給付（これについては、隠れた瑕疵に関する規定が適用される）をどのように区別するかという問題（それぞれ異なる期間制限に服する）が回避される。新たな規律によると、売主がその債務に違反したことに対する責任を負うためには、物品の現状（“Istbeschaffenheit”）と本来あるべき状態（“Sollbeschaffenheit”）の間に乖離があることで足りる。そして、後者の内容は、物品の特徴に関する契約上の合意によって定められる<sup>40)</sup>。

スペイン民法には、契約上の債務の不履行について2つの体系、つまり「瑕疵担保責任と保証責任」と、契約違反に関する一般的な体系（民法1094条以下）が置かれている。その理由は、スペインでは、指令1999/44が、消費者物品売買にのみ適用される特別法である「消費者物品売買における保証に関する2003年7月10日の法第23号」によって国内法化され、民法の体系がそのまま維持されたことにある。この法律は後に廃止され、そこに含まれていた体系は2007年11月16日の立法政令第1号に置かれ、それにより、消費者その他の者の保護に関する一般法とこれを補足する他の法律（ヨーロッパ指令の国内法化によって生じた、消費者保護のための一連の特別規定<sup>41)</sup>）が、より具体的には114条以下の改正後の内容が取り入れられた。

---

39) ドイツ民法475条は、次のように定める。

- 〔(1) 事業者は、事業者に対する瑕疵の通知より前に、第433条から第435条まで、第437条、第439条から第443条まで及び本款の規定を消費者の不利益に変更する合意をした場合であっても、その合意を援用することができない。第1文に掲げる規定は、これが他の方法で回避される場合にも、適用する。
- (2) 第437条の請求権の消滅時効は、事業者に対する瑕疵の通知より前に、その法定の起算点から2年間又は中古品の場合は1年間より短い消滅時効期間に制限する合意をしたときであっても、これを短縮することができない。
- (3) 第1項及び第2項は、第307条ないし第309条にかかわらず、損害賠償請求権の排除又は制限には、適用しない。〕

40) Grigoleit, H.C., Herresthal, C. (2003), “Grundlagen der Sachmängelhaftung im Kaufrecht”, JZ, p.121.

41) 英文は、[http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292426984318?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DRevised\\_Tex\\_of\\_the\\_General\\_Law\\_for\\_the\\_Protection\\_of\\_Consumers\\_and\\_Users\\_%28Ley\\_General\\_para\\_la\\_Defen.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292426984318?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DRevised_Tex_of_the_General_Law_for_the_Protection_of_Consumers_and_Users_%28Ley_General_para_la_Defen.PDF) で閲覧することができる。

スペインの司法省は、現代化の作業過程について、民法（債務法に関する編）と商法を改正するための2つの提案を公表した。これらの2つの提案は、いわゆる「法典化一般委員会 Comisión General de Codificación」によって作成された<sup>42)</sup>。民法改正に関する提案の目的のひとつは、指令1999/44の体系を参照して、売買契約の規律を現代化することにあつた<sup>43)</sup>。スペインの学説では、民法を改正することを目的とする現在または将来のあらゆる試みは、平準化されたEU法準則に沿うものでなければならないとの認識が共有されている<sup>44)</sup>。

今のところ、スペインの立法者はこの作業を終えていないため、その実現の大部分はスペイン最高裁判所によって行われてきた。物品の不適合性については、裁判所は、特別の体系に含むことのできる事件についても、債務不履行の一般的な体系を適用している。

上記の事柄の適切な例としては、2004年9月21日の最高裁判所判決が挙げられる。そこでは、最高裁判所は、判例法によって導かれた「ある物を別の物として *aliud pro alio*」の原則を、隠れた瑕疵に関する民法の規定の適用によって著しい不公正が生じる場合のための救済手段であるものとして考えた。この原則は、CISG35条に規定されているところの、契約内容に従った物品の適合性の原則とも関連するものであり、消費者物品売上の保証に関する2003年法第23号により消費者物品に適用される。上記事案に直接適用できる規定はこれらの法文のいずれにも置かれていないが、この問題は、この新たな法的枠組みにしたがった民法の解釈を通じて解決された。

### 1.3. 契約違反の法的効果

#### 1.3.1. 不履行という一元的な概念

CISGは、契約違反とその効果についても、ヨーロッパ私法の平準化<sup>45)</sup>、そしてEU諸国の民法の現代化に際してもモデルとされた。CISGによると、当事者は、契約責任を負う場合は、損害賠償を支払う義務を負うことになる。さらに、違反が重大で基本的なものである場合にのみ、契約の解除が可能となる。この解決は、指令1999/44<sup>46)</sup>でも採られており、ドイツ民法もその一般債

---

42) “Boletín de Información del Ministerio de Justicia”, año LXIII, enero de 2009, suplementにて公表。

43) Fenoy Picón, n. (2010), “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento”, *ADC*, pp.64-65を参照。

44) Díez-Picazo, L. (2003) “Reforma de los Códigos y Derecho Europeo”, *ADC*, p.1574を参照。

45) Lando, O. (2004), “Non-performance (breach) of contracts”, in Hesselink, M.W., Hartkamp, A.S., Hondius, E.H., Joustra, C.A., du Perron, C.E., Veldman, M. (eds.) *Towards a European civil code*, 3rd ed., Kluwer Law International, p.505を参照。これによると、「ヨーロッパ契約法原則 (PECL) では、ヨーロッパ契約法委員会は、『契約違反』について、将来のヨーロッパ法典のための構造と条項を策定した。これを行う際、ヨーロッパ契約法委員会は、主に2つの考慮要素を重視した。1つ目は、CISGのものと比較できるような構造を持たせるということであった。2つ目は、物品売買だけでなく、原則としてあらゆる契約に適用できる構造とすることであった」。

46) アキ・コミユノテルは、債務違反という一般概念を提供することで、いくつか特定の不履行の種類（たとえば、遅滞や不能）に依拠しない救済手段を適用する傾向にある。たとえば、指令1999/44のほかにも、バック旅行とこれに付随する旅行手配に関する2015年11月25日の指令2015/2302の13条(3)は、「旅行主催者は、旅

務法にこれを取り込んでいる。

このモデルは、コモン・ローと大陸法とを接近させている。「当事者は、原則として過失の有無を問わず、その契約上の約束を守る責任を負うとするのがコモン・ローの立場であるのに対し、大陸法の伝統では、当事者は、自己に過失がある場合に限り契約違反について責任を負うとされてきた」<sup>47)</sup>。CISGでは、当事者は、自己がリスクを負担しておらず、また、自己の過失によるものでもない状況によって履行が不能となった場合は、責任を負わない（CISG79条）。同条には、「不可抗力」と「経済的苦難」の場合も含まれる<sup>48)</sup>。

スペイン法では、契約違反の概念を画定する際に困難に直面した。契約に定められた行為が履行されていないという想定の外に、いわゆる「債務者遅滞 mora debitoris」が存在し、これは単なる遅滞の場合とは異なるからである<sup>49)</sup>。また、違反に関する債務者の責任体系が過失主義に基づくものであるべきなのか、それとも契約責任について客観的な体系を設けるべきなのかについても長く議論されてきた<sup>50)</sup>。さらに、スペイン法には、履行請求権、解除と損害賠償請求権については、一貫した規律が存在していない。

平準化されたEU私法は、より明確である。そこには、不履行の単一の概念と、いくつかの救済手段がある。第一に、たいていの場合、特定履行請求権が与えられている。この救済手段は、履行が不能となっている場合には用いることができない。また、この救済手段では、請求権がさらなる遅滞なく行使されることが必要とされている。加えて、契約の相手方は、特定履行が著しい負担を要するものである場合には、その請求権に対して異議を申し立てることができる（コモン・ローと大陸法との中間的な解決方法）。

第二に、契約を解除することができるのは、契約違反が「重大なもの」とであると評価される場合だけである。この新たな規律は、債権者が猶予期間を与えることで、重大なものではない遅滞を重大なものにすることを認めている。しかし、これは、瑕疵ある履行の場合には適用されない。

第三の救済手段は、損害賠償である。契約に違反した債務者は、損害について責任を負う。ただし、当事者双方の過失なくして契約上の債務が履行不能となっている場合、つまりその状況の下では履行をすることが不可能となっている場合にはこの限りではない。

---

行役務がバック旅行契約に従って履行されなかった場合は、その適合性の欠如を取り除かなければならない。」と定めている。〔訳者注：同指令の翻訳としては、高橋弘「新EUバック旅行指令第2015/2302号の条文」広法39巻4号（2016年）96頁以下がある。〕

47) Magnus, U. (2010) "The Vienna Sales Convention (CISG) between Civil and Common Law-Best of all Worlds?", *Journal of Civil Law Studies*, v.3, p.75. イギリス法では責任は過失を要しないものであり、不履行は契約目的の達成不能という限られた場合に「許される」ものとなる。平準化されたEU私法は、イギリス法とは異なり、契約条項である条件 condition、付随的条項 warranty と中間約定 intermediate terms のそれぞれに対する違反を区別していない。

48) Salvador Coderch, P. (1998), "Comentario del artículo 79", in Díez-Picazo, L. (ed.) *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, pp.635-656を参照。

49) 単なる遅滞は問題とならない。債務者が責任を負うことになるのは、契約を履行することを債権者が求めた場合だけである。これは、遅滞によって生じた損害について賠償を得るための要件となる。

50) Díez-Picazo, L. (2003) "Reforma de los Códigos y Derecho Europeo", ADC, p.1571.



上述したスペイン民法の改正提案では、起草者は、広範囲で一元的な不適合の概念を採用している。契約に違反した債務者は、その債務によって発生する給付義務や他の義務をいずれも適切に履行していないことになる（提案の1188条1項）。これは、ヨーロッパ契約法原則に沿ったものである。PECLの公式コメントで明らかにされているとおり、「本原則が採用する体系の下では、当事者がおよそ契約上の債務を履行しないときは、常に不履行となる。不履行とは、瑕疵のある履行または履行期に履行がないことである。後者は、早すぎる履行、遅すぎる履行、またはまったく履行がないことをいう。相手方の営業秘密を公開してはならない義務など、当事者の負う付随的義務の違反も、不履行に当たる。さらに、当事者の一方が、相手方の履行を受領（receive or accept）すべき義務を負うときは、受領しないことも、不履行に当たる。」<sup>51)</sup>。

スペインの改正提案では、履行が確定的に不能となった場合は、債務者に過失がなくても、契約違反が存在する（1188条1項）。違反の概念には、正当化できるものとできないものの双方が含まれるのである。いずれにせよ、このような分類は、救済手段に一定の影響を与える。改正提案の1209条1項によると、債務者は、違反によって債権者に生じた損害について責任を負わない。しかし、同提案の1209条4項によると、そのような場合には、債権者は、損害賠償以外の救済手段、たとえば契約解除や代金減額請求権を行使することを妨げられない（これは、CISG79条のモデルに基づくものである）。

PECLでは、1:301条(4)に、不履行は、その免責の如何とは関係なく契約違反となることが明示されている<sup>52)</sup>。PECL8:108条は、不履行が免責される場合について規定している<sup>53)</sup>。そのような場

---

51) PECL8:101条に関するコメント（特にコメントA）とノートを参照〔記者注：潮見・前掲『ヨーロッパ契約法原則 I・II』365頁以下を参照〕。<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp45.html>にて、オンラインで閲覧することができる。

52) Lando, O. (2004), "Non-performance (breach) of contracts", in Hesselink, M.W., Hartkamp, A.S., Hondius, E.H., Joustra, C.A., du Perron, C.E., Veldman, M. (eds.) *Towards a European civil code*, 3rd ed., Kluwer Law International, p.506を参照。これによると、「法体系は、履行をしなかった当事者がリスクを負う場合は、その当事者に不利益な効果を割り当てる。履行がされなかったことによって相手方、つまり被害当事者 aggrieved party に、違反をした当事者に対するいくつかの権利が付与されることがある。被害当事者は、相手方が適切に履行をしなかったことによって被った損失について損害賠償請求権を有する場合がある。契約に適合しない履行の提供を受け入れた場合は、自己の履行を減少させることができる。また、相手方が適切な履行を行うまで、自己の履行を控えることができる。特定の条件の下では、契約を解除することができる（中略）。被害当事者は、最終的に、特定履行を求める権利、つまり契約が合意された通りに履行されることを請求する権利を有することがある。ここでは、これらすべての権利を救済手段と呼んでいる」。

53) PECL8:108条は、次のように定める。

- 〔1〕 当事者の一方による不履行は、それがその当事者の支配を超えた障害によるものであり、かつ、その障害を契約締結時において考慮すること、または、その障害もしくはその結果を回避もしくは克服することが合理的に期待できなかったことが、この当事者によって証明される場合には、免責される。
- 〔2〕 障害が一時的なものにとどまる場合には、本条による免責は、その障害が存する間、効力を有する。ただし、履行の遅延が重大な不履行になる場合には、債権者は、この遅延を重大な不履行として扱うことができる。
- 〔3〕 不履行当事者は、障害の事実およびその障害が自らの履行の可否に及ぼす影響に関する通知を、自己がそうした事情を知りまたは知るべきであったときから合理的な期間内に、相手方が受け取ることのできるようにしなければならない。相手方は、この通知を受け取らなかったことによって生じるあらゆる損害に

合には、「被害当事者は、履行請求および損害賠償請求を除いて、第9章に定められたいずれの救済手段も用いることができる」(8:101条を参照)。

DCFR III-3:101条によって補完されている DCFR III-1:102条(3)を見ると、まさに上記の準則が DCFR におけるモデルとなっており<sup>54)</sup>、欧州委員会によって CESL 87条でも採用されている<sup>55)</sup>。しかし、CESL87条は、不履行の一元的な概念を定義しているものの、当事者の支配の範囲を超えた障害や債権者による不正行為があった場合の免責について定めていない。CESL 88条の定める免責の効果は、救済手段に関する規定 (CESL 106条(4)、131条(2)、167条(1)、168条(1)) に定められている。これとは異なり、DCFR と PECL では、免責される不履行と免責されない不履行の異なる 2つの種類が区別されている<sup>56)</sup>。

### 1.3.2. 重大な不履行と契約の解除

解除は、コモン・ローおよび大陸法のいずれの伝統でも、補完的な救済手段とされている。コモン・ローでは、解除は、違反のあった事項が契約の「条件」である場合、または、違反が「重大な」ものである場合にかぎり可能となる。大陸法の国々では、解除にはさらなる要件が必要となる<sup>57)</sup>。

---

ついて、賠償を求める権利を有する。』

54) 債務の不履行とは、免責されるか否かを問わず、債務が履行されないことをいい、遅滞した履行のほか、債務の内容に適合しないその他の履行のすべてを含む。

55) 「この提案とこれに先行した共通参照草案とヨーロッパ契約法原則は、ヨーロッパにおける契約法、特に売買法の展開を反映するものとして理解することができ、また、そう理解しなければならない。」このことについては、Schmidt-Kessel, M., Silkens, E., (2015) «Change of circumstances» in Plaza Penadés, J., Martínez Velencoso, L.M. (eds.): *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Springer, p.112を参照。

56) 「実際の観点からは、この相違は大したことはないものにみえるかもしれないが、教義的な訓練を受けてきた大陸法の法律家にとっては、この変化は重要であり、過小評価してはならない。欧州委員会の提案の文章と構造は、教義的な思考回路を有する各加盟国の法律家が、異なる 2つの種類の違反に基づく主張を行うことを防ぎ、あるいは防ぐのに役立つはずである。コーズに対するアプローチと、これらの種類の違反の間で線引きを行う必要性の悪しき経験のある法体系に属する私たちにとっては、欧州委員会によって提案されている解決は、ヨーロッパ契約法を組織建て、構造化するための重要で斬新的な進歩に思える。」このことについては、Schmidt-Kessel, M., Silkens, E., (2015) «Change of circumstances» in Plaza Penadés, J., Martínez Velencoso, L.M. (Eds.): *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Springer, p.115を参照。

57) この項目に関する CISG、PECL とイギリス法の比較法的な分析としては、McKendrick, E. (2014) *Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, pp.791 ff. を参照。イギリス法では、解除は重要な救済手段である(もっとも、損害賠償ほど重要ではない)。また、イギリス法は、契約自由の原則に基づき、当事者に対して、解除権がいつ生じるのかを自ら決める自由を与えている(当事者は、あらゆる条項をそのための条件として位置付けることができる)。これに対し、他の法体系では、違反が解除を正当化するのかを判断するのは裁判所である。CISG (25条) は、特定の条項に対するあらゆる違反が解除権を生じさせる旨を合意する権利を当事者に認めていない。なぜなら、当事者がその関係を維持することを可能とする救済手段(たとえば、違反を治癒する権利と、代金の減額)が優位するからである。しかし、PECL の規定 (8:103条) は、イギリス法により近いようである。「イギリス法の観点からは、この規定はウィーン条約とはかなり異なる。きわめて重要な違いは、条件に近接するものであるかのように見える(a)である。これは、そのため、その契約の条項の地位を分類するという当事者の権利を留保するものであるとの印象を与える。(b)はより中間約定に近いものであり、(c)は故意による不履行と故意によるものではない不履行を区別している(この区別は、イギリス法

解除がこのような補完的なものとされている理由は、解除を複雑なものとする重要な要素が存在するからである。解除が救済手段として用いられると、契約関係は終了し、場合によっては、すでに契約関係から生じている効果が消滅することになる。解除は、どのような契約にも、どのような形態の不履行にも通用するように理解することが困難である。また、一般的なモデルに対応するものでも、そのようなモデルに適合するものでもない。なぜなら、解除は、多くの異なる要素——不履行があった時期とこれに関連する費用、具体的に行われた投資、価格の変動、転売をするための市場の存在等——があり、これらが、解除の効果や、そのような効果を念頭においた場合の解除に対する契約当事者のインセンティブについて、異なる重要性を持つからである。

契約の解除に関連するコストを認識していることから、それぞれの法体系は、この救済手段の行使を調整する理論、原則および準則を設けている（重大な違反<sup>58</sup>）、「契約の尊重 favor contractus」の原則、瑕疵を治癒する債務者の権利等<sup>59</sup>）。

PECLの下では、解除は、契約への重大な違反がある場合に行うことができる。ドイツ民法<sup>60</sup>

---

において一般的なものではない。』

58) Zimmerman, R. (2002), "Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zimmerman.html>を参照。これによると、「解除という救済手段が利用可能となるのは一定程度以上の重要性をもつ場合に限られるという考え方があるが、これは、様々な形で、より伝統的な国内法体系の多くにも反映されている。この考え方は、解除が、契約は守られるべしとする基本原則がある意味で危険にさらすものであり、契約に従い被害当事者が負担するべきであったリスクを、不履行をした当事者に再び移転する効果を有するものであるという考慮に基づくものである。この点については、ローマ法はより厳格であり、契約違反の場合について一般的な解除権を認めることはなかった。このアプローチは、長い間、普通法を支配し、ドイツ民法をも形作ったものである」。改正前のドイツ民法は、制定法上の一般的な解除権がなく、概念的には黙示的に合意されたものである解除条件に基づく、非常に断片化された体系を提供するものであった。履行をする義務は、債務者の過失の結果として不能となった場合と、債務者が履行不能について責任を負わない場合には消滅していた。債務者遅滞の場合と、瑕疵ある履行の場合においても、これらが契約関係に深刻な影響を与えていることを条件として同様の扱いがされていた。ツインマーマン教授が述べているように、「ドイツ民法に置かれていた規定は、明確で容易に運用できるものであるとして一般的に称賛されることはなかった」。

59) Gómez Pomar, F., Gili Saldaña, M. (2014) "La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su trascendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas", *ADC*, pp.1218-1219.

60) Zimmerman, R. (2002), "Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zimmerman.html>を参照。PECLとドイツ法を比較した場合、PECLにおいて解除ができるのは重大な契約違反の場合であると言える。また、ドイツ民法は解除権が行使できる前に猶予期間が与えられることを求めるが、重要な違反があったいくつかの場合は、この要件の例外となる。PECLでもドイツ法でも、債権者が履行請求と解除との間の選択権を失うのは、解除通知を行ったときだけである（PECL8:106条(3)第2文）。解除のメカニズムは、ドイツ民法とPECLのいずれでも同じであり、契約を解除する当事者の権利は、相手方に対する通知で行使される（PECL9:303条(1)）。もっとも、契約が自動的に解除されるために、解除通知さえいらぬ場合がある。そのような場合としては、ドイツ民法326条は不能の場合について定めており、PECL9:303条(4)は当事者が8:108条（全体的かつ永続的不能）に照らして免責される場合について定めている。

やオランダ民法<sup>61)</sup>は、解除という救済手段が利用可能となる前に、猶予期間が与えられることを求めている。また、CESL114条ないし115条、134条および136条では、買主も事業者である場合、救済手段としての解除は、不履行が重大なものでなければならないという要件に服する。不履行が重大なものとなるのは、「他方当事者から、その当事者が契約の下で期待する権利を有するものを実質的に奪う場合である。ただし、契約締結時に、不履行をした当事者がそのような結果を予見しておらず、または予見することができなかつたときは、この限りでなく<sup>\*1</sup>、さらに不履行の「性質が、不履行をした当事者の将来の履行が期待できないことを明らかに示すものである場合」である<sup>62)</sup>。「解除の通知が、権利が発生した時、または、買主が不履行を認識し、もしくは認識することが期待できた時のいずれか遅い時から合理的な期間内に行われなければならない場合」には、買主は契約を解除する権利を喪失する<sup>63)</sup>。

しかし、CESLによると、BtoC取引において、物品が契約に適合しないために不履行が存在するときは、消費者は、適合性の欠如が重大ではない場合を除き、契約を解除することができる<sup>64)</sup>。したがって、この場合には、解除の要件はそれほど厳格なものではない。

重大な契約違反という概念は、CISGにも見ることができる。具体的には、CISG 25条は、「当事者の一方が行った契約違反は、相手方がその契約に基づいて期待することができたものを実質的に奪うような不利益を当該相手方に生じさせる場合には、重大なものとする。ただし、契約違反を行った当事者がそのような結果を予見せず、かつ、同様の状況の下において当該当事者と同種の合理的な者がそのような結果を予見しなかつたであろう場合は、この限りでない<sup>\*2</sup>と定めている<sup>65)</sup>。

---

61) Kruisinga, S.A. (2009), "The Impact of Uniform Law on National Law: Limits and Possibilities-CISG and Its Incidence in Dutch Law", *Electronic Journal of Comparative Law*, vol.13.2, <http://www.ejcl.org>, p.13 を参照。これによると、「オランダ民法では、契約を解除する権利は6:265条ないし277条によって規律されている。6:265条1項によると、当事者の債務の瑕疵ある履行や不履行の場合、相手方は契約を解除することができる。ただし、契約違反の特質またはその限られた範囲を考慮した場合に、この救済手段が不適切であるときは、この限りではない。こうして、債権者は、不履行があまり重要ではない場合を除き、この救済手段を選択することができる」。

オランダの学説では、この条文を CISG や PECL に従って解釈することで、解除が重要な契約違反の場合にのみ可能になるとの立場が主張されてきた。しかし、この考え方は、最高裁判所の2000年2月4日判決 (NJ 2000, 562) によって否定された。

\*1 [訳者注：本稿における CESL の翻訳については、内田貴ほか訳『共通欧州売買法（草案）共通欧州売買法に関する欧州議会および欧州理事会規則のための提案』（商事法務、2012年）に依拠した。]

62) CESL87条(2)(a)および(b)。

63) CESL119条。欧州議会（修正201）は、法的安定性を増すためにこの期間を2か月とすることを提案した。

64) CESL114条(2)。

\*2 [訳者注：CISG の翻訳および解説としては、甲斐道太郎ほか編『注釈国際統一売買法 I ウィーン売買条約』（法律文化社、2000年）、同『注釈国際統一売買法 II ウィーン売買条約』（法律文化社、2003年）がある。]

65) Spaic, A. (2014) "Interpreting fundamental breach", in DiMatteo, L.A. (ed.) *International Sales Law*, Cambridge University Press, pp.237 ff. Spaic は、重大な違反を定義するために用いられてきた複数のアプローチを検討している。同氏によると、このような状況はかなりの不安定性をもたらしているが、それは単一のアプローチによって払拭できるものである。そのため、同氏は、目的論的なアプローチ（被害当事者が、契約に期待していたものを実質的に奪われたのか）と救済手段志向のアプローチ（被害当事者の利益が、解

重大な違反の概念が正確に定められていないのは、様々な法体系におけるその定義が異なるからである<sup>66)</sup>。

瑕疵ある物品の引渡し、国際紛争で最も頻発する状況であることには疑いがない。この問題を取り扱う判決の数は比較的多いが、より問題となるのは、物品のどのような種類の瑕疵が重大な違反に該当するのかを特定することである。これについては、判例法は経済志向のアプローチを採っており、被害当事者の損失を基準にしている。考慮されるいくつかの要素としては、瑕疵ある物品が占める割合、物品の総価格に対して見込まれる修理費用、および、瑕疵ある物品の商用流通性がある<sup>67)</sup>。

PECLとDCFRは、契約への違反が故意または無謀な行為によるものである場合にも、重大な違反があるとしている<sup>68)</sup>。

CISG、ユニドロワ商事契約原則、PECLおよびDCFR等の国際的なモデル準則は、重大な違反の概念を平準化している。

CISGでは、25条に置かれている予見可能性の基準がきわめて重要である。契約違反が他方当事者に不利益を生じさせ、それによってその当事者が期待する権利を有するものを奪われた場合であっても、違反をした当事者がそのような結果を予見せず、かつ、同種の合理的な者が同様の状況でそのような結果を予見することができない場合、違反は重大なものではない。同様に、PECL8:103条は、ほぼ同じ予見可能性の概念を含んでおり、違反の結果が契約締結時に予見できるものであったことを求めている。予見可能性の要件は、合理性の基準によってより客観的なものとなっている。PECL8:103条(2)では、違反をした当事者が特定の条件によって予見せず、または予見できなかったものではなく、他の合理的な者が同じ状況で誠実に行為していたならば予見できたであろうものが基準となる。CISGも、25条で「同種の合理的な者」が「同様の状況の下において」という基準を用いている。DCFR III.-3:502条は、債務者の重大な不履行に基づく解除を上述した

---

除よりも厳格ではない救済手段によって保護できるのか)を組み合わせるアプローチを提案している。

66) Schlechtriem, P., Butler, P. (2009), *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*, Springer, p.100. これによると、「もちろん、重大な違反の原則を、CISG25条を通じて統合する試みにもかかわらず、国内裁判所や仲裁裁判所には、重大な違反の概念を評価する余地がなお残されている。そのような評価は、重大な違反に関する国内法の特別の理解、その国内法体系において重大な違反の概念がもつ重要性、そして、異なる裁判所や仲裁裁判所による異なるアプローチへと必然的に導くものである。ドイツとスイスの最高裁判所は、重大な違反に対して厳格なアプローチを採っているが、フランス、オーストリアとアメリカ合衆国の裁判所は、重大な違反を認定して契約の解除を認めることについてより柔軟である」。

67) Graffi, L. (2003) "Case Law on the Concept of "Fundamental Breach" in the Vienna Sales Convention", *International Business Law Journal*, No.3, pp.338-349, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html> を参照。

68) 「故意による違反のすべてを、その重要性にかかわらず重大なものとして取り扱うのは、国際的な取引慣行に適するものではなく、違反をしていない当事者の正当な利益によっても正当化することができない。」このことについては、S. Schwenzler, I. Hachem, P. (2009) "Drafting New Model Rules on Sales: CFR as an Alternative to the CISG?", *European Journal of law reform*, v.11, pp.464を参照。

他の準則と同様に規律しているが、合理性を要件としていない<sup>69)</sup>。CESL 87条2項も同様である<sup>70)</sup>。

重大な違反の存在について考慮すべき他の基準としては、重大な剥奪という概念があり、その趣旨は CISG、PECL および DCFR のいずれにおいてもほぼ同じであるとされているが、文言は異なる（CISG では「不利益 detriment」、PECL では「厳格な履行 strict compliance」の基準と「実質的な剥奪 substantial deprivation」の基準が区別されている）。重大な剥奪は、被害当事者の期待に関連している。加えて、契約の履行に対するその当事者の特別の期待も、違反が重大なものであったのかを判断する際に関連性をもつ。違反は、主たる債務または従たる債務のいずれについて存在する場合でも、重大なものとなりうる。考慮されるべきは、被害当事者の利益の重要性である。それは、司法によって判断される<sup>71)</sup>。

スペインには、重大な違反の概念を平準化された EU 法に照らして再定義する一連の重要な判例がある。そこでの考え方は、契約当事者の一方による不履行のすべてが必ずしも契約を解除する権利を他方に与えるわけではないというものである。これは、「契約維持 conservation of the contract」の基本原則に従ったものである<sup>72)</sup>。

非常に明確な例としては、駐車スペースの売買契約に関する 2015 年 5 月 23 日の判決（RJ 2014, 3878）がある。入口の高さが予定されていたものより低いことと浸水する危険は、契約の性質に従った目的物の利用に関するその利便性や適合性を妨げるものではない。したがって、これは契約への重大な違反ではなく、解除を可能とするものではない。この最高裁判所判決では、その判断を正当化するものとしてヨーロッパ契約法と CISG が引用されている。

最高裁判所の見解では、重大な違反という分類は、債権者の利益を満足させることに関連するものである。つまり、関心の中心にあるのは、契約に定められ、または信義誠実の原則に基礎づけられた契約上の義務への潜在的な違反ではないのである。このような、債権者の満足の内容を確定するためには、契約締結にかかわった利益を考慮しなければならないが、これらを特定する

---

69) 「(2) 契約上の債務の不履行は、次の各号のいずれかに該当する場合には、重大である。

(a) 履行の全部又はある部分に関して、債権者が当該契約に基づいて正当に期待することができたものが、不履行によって実質的に奪われる場合。ただし、契約の締結時において債務者がそのような結果を予見せず、かつ、予見したことを合理的に期待されない場合を除く。」

〔訳者注：本稿における DCFR の翻訳については、クリスティアン・フォン・パールほか編（窪田充見ほか監訳）『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則 共通参照草案 (DCFR)』（法律文化社、2013年）に依拠した。〕

70) CESL87条2項は、次のように定める。

「2. 一方当事者による債務の不履行は、次の各号に定める場合には、重大である。

(a) その不履行が、その契約のもとで他方当事者が当然に期待することができたものを実質的に奪うことになるとき。ただし、契約締結時に、不履行当事者がその結果を予見せず、かつ予見することが期待されなかったときは、この限りではない、または

(b) その不履行が、不履行当事者の将来の履行は当てにできないということを明確にするような性質のものであるとき。」

71) Treitel, G.H. (1988) *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, Clarendon Press, p. 350.

72) 2013年2月25日の判決（RJ 2013, 7413）を参照。

際には、いわゆる「契約の基礎」、つまり契約に明示され、または単に当事者の双方が知っている契約の特別の理由、あるいは締結された契約の種類や性質または特徴を用いることになる。CISGの文言（25条）によると、「当事者の一方が行った契約違反は、相手方がその契約に基づいて期待することができたものを実質的に奪うような不利益を当該相手方に生じさせる場合には、重大なものとする。ただし、契約違反を行った当事者がそのような結果を予見せず、かつ、同様の状況の下において当該当事者と同種の合理的な者がそのような結果を予見しなかったであろう場合は、この限りでない」。また、スペインの判例法で用いられた文言によると、契約締結時に当事者によって「遂行された実際の目的」または「適法な期待」の「達成不能」の場合である<sup>73)</sup>。

この解決は、契約維持の原則に沿うものである<sup>74)</sup>。

### 1.3.3. 特定履行と損害賠償

概念上は、契約違反に関する救済手段の領域では、コモン・ローと大陸法の間には大きな違いがある。コモン・ローでは損害賠償が違反に対する通常かつ当然の救済手段であるのに対し、大陸法は特定履行を目指す<sup>75)</sup>。ただし、今日では、この区別はもはやそれほど熱心に支持されているものではない<sup>76)</sup>。特にCISGでは、この問題は解決されておらず、各国裁判所に判断が委ねられて

---

73) 契約の基礎は、契約当事者の一方によって遂行された目的であり、かつ、相手方によって受け入れられ、契約の経済的効果に反映されたものとして定義することができる。たとえば、2014年11月12日の最高裁判所判決（RJ 2014, 5911）では、売却された不動産の明渡しが遅滞は重大な違反に該当するとされたが、その際には、その基礎に従った契約の解釈が行われた。この事件では、契約の目的物は開発可能な土地であり、債務を履行するための期限は重要だったのである（これを守らなければ、買主は建築許可を申請することができなかった）。

また、2014年6月13日の判決（RJ 2014, 3435）は、売主による重大な契約違反の事件に関するものである。当事者は、買主が開発することを計画していた土地について売買契約を締結した。契約を締結した後、新たな行政規則が採択され、この不動産が文化的価値のあるものとして登録されたため、建築を行うことがもはや不可能となった。最高裁判所は、このリスクは買主によって負担されるべきもの（「物は買主の負担において滅失する」*res perit emptore*）ではないと判断した。一般的に、土地の開発規則の変更によるリスクは買主が負担するものの、この事件では、買主が、建物（この建物は、もはや取り壊すことができなかった）が建っていたこの土地を開発する意図を有していたことが、契約の目的物の基本的な要素であるとされた。そのため、（契約の基礎によれば）売主の主要な債務であると判断された。

74) 1991年1月3日の判決（RJ 1991, 105）を参照。この事件では、契約違反が重大なものではないとされ、解除が認められなかった。そうでなければ、契約維持の原則に反する結果となっていたからである。この原則は、潜在的な詐欺を回避し、契約の経済性の需要を満たすために、契約当事者が明示的に表示した意思を遵守するという本質的な目的に合致するものである。

75) Castermans, A.G., De Graaff, R. and Haentjens, M. (2016), "The Digital Single Market and Legal certainty: A critical analysis", en Colombi Ciacchi, A. (ed.) *Content and effects of contracts-lesson to learn from the Common European Sales Law*, Springer, p.60.

76) UCCの新版では、特定履行の救済手段が利用可能となっている。金銭ではなく物品そのものを望む買主を保護するため、UCC2-716条と2-502条にそのための規定が置かれている。2-716条は、次のように定める。  
「(1) 特定履行の命令は、物品が類のないものであり、又は他の適切な状況が存在する場合に、これを発することができる。

(2) 特定履行の命令は、裁判所が公正であると考える代金の弁済、損害賠償その他の救済手段に関する条件

いる<sup>77)</sup>。

指令1999/44は、売主に適合性の欠如を治癒する可能性を与えることで、これらの立場をより接近させている。同指令の体系では、契約違反の効果は、特定の救済手段に対する買主の選択または基本的に売主の経済的利益のみによって決まるわけではない<sup>78)</sup>。

特定履行は、EU 契約法にもみられる法の一般原則のひとつである契約の維持に適合する救済手段である<sup>79)</sup>。この救済手段は、コモン・ローと大陸法の伝統では例外的な性質の救済手段である契約の解除と対比させる必要がある。

一部の学説によれば、フランス法が特定履行を認めていた理由は、特定履行という救済手段の背景にあるとされている経済的効率性ではなく、契約違反の被害者である債権者に、損害賠償を認めるだけでは不当であると思われる場合に、期待されていた利益の形で満足を与えるためであるといわれていた。

しかし、他の学説によると、フランス法をコモン・ローから区別するものであるよく知られて

---

を含むことができる。

(3) 買主は、合理的な努力をした後に物品の代品を入手することができず、そのような努力が成功しないことが状況によって合理的に示され、又は物品が留保を付して発送され、かつ、その物品に対する担保権の弁済がされ、若しくはその供託がされた場合は、契約に特定された物品を回復する権利を有する。」

White, J., Summers, R. (2010) *Uniform Commercial Code* 6th ed., Hornbook, p.314によると、「もちろん、UCCの起草者たちは、白紙の上で起草をしたわけではない。むしろ、司法や立法による何世紀にもわたる指標によって形作られた石板が既にそこにあったのである」。

イギリス法では、特定履行は1979年動産売買法52条と、同法62条2項に定めるコモン・ローの原則によって規律されている。イギリス売買法での特定履行は、裁判所の裁量に従い、被害を被った物品購入者に認められる。その場合の特定履行は、物品が特定物であり、かつ、損害賠償では足りないことが証明されたときに限り、売主に対し、契約条項に適合する形で買主に物品を引き渡すことを求める判決または命令で実現される。

また、イギリス法では、裁判所は、契約当事者が特定履行を行うよう命令する権限を有することがある。2015年消費者権利法23条および24条には、物品が当初当事者間で合意された契約条項に十分に適合するものではない場合に、その取換えまたは修理を受ける消費者の権利が定められている。

77) CISG28条は、次のように定める。「当事者の一方がこの条約に基づいて相手方の義務の履行を請求することができる場合であっても、裁判所は、この条約が規律しない類似の売買契約について自国の法に基づいて同様の裁判をするであろうときを除くほか、現実の履行を命ずる裁判をする義務を負わない。」

78) この救済手段のスキームは、オランダ法への指令の国内法化を通じて、より巧妙な性質をもつに至っている。これにより、裁判所は、特定の解決が不相当であると考えられる場合に、介入をするためのより多くの権限を与えられている。このことについては、Castermans, A.G., De Graaff, R. and Haentjens, M. (2016), "The Digital Single Market and Legal certainty: A critical analysis", en Colombi Ciacchi, A. (ed.) *Content and effects of contracts-lesson to learn from the Common European Sales Law*, Springer, p.61を参照。

79) この特定の課題について、指令1999/44が「基礎としているのは、契約維持の原則である。物品の取換えと修理は、実際に、売買の正確な実現をもたらすことから、優先される救済手段となっている」。

このことについては、Massimo Bianca, C. Grundmann, S. (2002) *EU Sales Directive: Commentary*, INTERSENTIA, p.168を参照。また、この原則は、CESL 提案の立法理由の32段落目にも反映されている。これによると、「共通欧州売買法は、当事者の正当な利益の観点から可能であり適切である限り、有効な契約の維持を目的とすべきである」。



いるこの「原則」は、実際には理論的なものにすぎず、判例法を分類し、これに影響を与えるために学説によって造り上げられたものである<sup>80)</sup>。

状況が変わったのは、フランス契約法を改正した2016年のオルドナンスが重要な変更を導入したためである。それによると、特定履行の強制は、その強制のために債務者が負担する費用と、それによる債権者の利益との間に不均衡がある場合には、排除できるのである<sup>81)</sup>。

また、ドイツ法で一般的な出発点となるのは、契約当事者は、通常、その債権の現実の履行を求める権利を有するということである。ドイツ民法241条によると、「債権者は、債権債務関係に基づき、債務者に履行を請求する権利を有する」（このことは、PECL 9:102条でも定められている）。最も重要な例外は、ドイツ民法275条1項に定められている。特定履行は、それが不能である限りにおいて排除されるというものである。

また、275条2項によると、「債務者は、債権債務関係の内容及び信義誠実の要請を考慮して、履行が債権者の履行利益と著しい不均衡にある費用を要するときは、これを拒絶することができる」。債務者に期待されるべき努力を確定する際には、債務者が履行障害につき責任を負っているのかも考慮しなければならない。

ドイツ民法275条2項のこの規律の仕方は、PECLにもみることのできる考慮に基づくものである。PECL 9:102条2項(b)は、この意味において、履行をすることが債務者に不合理な努力または費用を要するものである場合には、特定履行を求めることができないと定めている。

スペインでは、契約違反の場合には、特定履行が一般的かつ望ましい救済手段であると述べる判決がみられるが、このことが常にそうであるとは必ずしもいえない<sup>82)</sup>。

スペイン法では、特定履行は、指令1999/44の国内法化の結果として「より広範な内容」をもつ

---

80) Laithier, Y.M. (2005) "Comparative reflections on the French Law of remedies for breach of contract", in Cohen, N., McKendrick, E. (eds.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Hart Publishing, 2005, pp.103-122を参照。同氏は、フランスの破毀院判決（1971年6月24日第3民事部）を分析している。この判決は、特定履行が、契約違反の被害を受けた債権者に「原則として」付与されるものであることを否定している。この事件では、破毀院は、特定履行を認めずにそれに代わる損害賠償を命じた控訴院判決を維持した。同事件における瑕疵は、建造物を再建築することが必要となるほど重大なものではなかったとされたのである。建築請負人は、特定履行をせずに、これに代えて金銭による賠償を行った。

81) フランス民法の改正後の1221条を参照。「債務の債権者は、付遅滞の後、現実の履行を訴求することができる。ただし、この履行が不能である場合又は債務者にとってのその費用と債権者にとってのその利益との間に明らかな不均衡が存在する場合は、この限りでない。」

〔訳者注：本稿におけるフランス民法の和訳については、荻野奈緒＝馬場圭太＝齋藤由起＝山城一真「フランス債務法改正オルドナンス（2016年2月10日のオルドナンス第131号）による民法典の改正」同法390号（2017年）279頁以下に依拠した。〕

82) Gómez Pomar, F. (2007) "El incumplimiento contractual en Derecho español", *InDret*, N.3, www.indret.com, p.16. 同氏によると、最高裁判所が何度か誇張的に判示しているにもかかわらず、スペイン法では、特定履行は、契約違反に関する一般的な救済手段とはなっていないようである。ただし、必ずしも常にではないが、一般的に、損害賠償よりも望ましい救済手段であるとされている。同氏は、1998年2月2日の最高裁判所判決を引用している。同事件では、特定履行は不可能ではなかったが、これを行うための費用が完全に不均衡なものであったため、損害賠償の方が救済手段として適切であった。

ている。つまり、いくつか特定の売買契約では、契約に適合しない物品の修理や交換を求めることも可能なのである。

しかし、債権者が特定履行請求権を有するという考え方は、疑問視できるものである。特定履行は、債務者に著しい負担を課すことがあり、現在では、不能や信義誠実以外の制限を導入することの合理性が議論されているからである。このような理由づけは大陸法をコモン・ローに近づけるものである。コモン・ローにおいては、伝統的に、契約違反に対する救済手段の実現における経済的な考慮要素により大きな重要性が与えられていた<sup>83)</sup>。

スペインの判例法では、被告は、特定履行を望むという理由で、損害賠償を拒絶することはできない<sup>84)</sup>。

他にも、救済手段の領域で大陸法とコモン・ローを接近させる要素として契約違反に対する損害賠償の制限がある。フランス民法1150条の改正前の内容では<sup>85)</sup>、債務者による損害賠償は、契約締結時に予見できた損害に限定されていた。ただし、違反が故意によるものであった場合は、この限りではなかった（同様の規定が、改正後のフランス民法1231-1条に置かれている）。

フランス法の影響を受けて、CISGは、契約違反に対する損害賠償を制限している<sup>86)</sup>。DCFR 3:703条でも、違反をした当事者は、契約を締結した時に予見した損害について責任を負うとされている。

フランス民法1150条は、イギリスの、1854年の“Hadley v. Baxendale”判決に影響を与えた<sup>87)</sup>。この判決は、いわゆる「予見可能性テスト」をイギリス法に導入したものであり、このテストに

---

83) この状況はオランダでも同様である。オランダでは、合理性と公平の要求に基づき、「特定履行という救済手段が債務者に不合理な負担を課し、かつ、債権者にとって他の救済手段と比べてより有益なものではない場合には、債権者はこれを求めることができないと考えられている」。このことについては、Loos, M.B.M. (2002) “Section 1: Right to Performance”, in Busch, D. et al. (eds) *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary*, Ars Aequi Libri, p.355を参照。

84) 2012年10月10日の判決 (RJ 2013, 1537)。

85) 同じ方向性のものとして、スペイン民法1107条を参照。

86) CISG74条は、次のように定める。「当事者の一方による契約違反についての損害賠償の額は、当該契約違反により相手方が被った損失（得るはずであった利益の損失を含む。）に等しい額とする。そのような損害賠償の額は、契約違反を行った当事者が契約の締結時に知り、又は知っているべきであった事実及び事情に照らし、当該当事者が契約違反から生じ得る結果として契約の締結時に予見し、又は予見すべきであった損失の額を超えることができない。」

87) Hadley v Baxendale [1854] EWHC Exch J70 Courts of Exchequer. この事件は、原告の製粉所のクランク軸が壊れたというものである。原告は、被告に対し、クランク軸を修理場所まで運び、修理後にこれを製粉所まで届けることを委託した。しかし、被告の過失により、クランク軸は7日遅れて戻ってきた。原告は、その間製粉所を使うことができなかつたとして逸失利益を請求した。被告は、遅滞の間は製粉所が休業せざるを得ないことを知らなかつたため、逸失利益は疎遠関係にあるものだと反論した。裁判所は、契約違反に対する損害賠償に含まれるのは、①契約違反によって自然に生じたものであると公正かつ合理的に考えることのできるもの、および②契約が締結された時に、当事者の双方が予期したと合理的に考えられるものであるとした。運送を依頼する際の代金は2.4ポンドであり、原告が請求した損害賠償は50ポンドであった。

同判決の評釈としては、Gregoraci Fernández, B. (2011) “Daños indemnizables en el derecho contractual inglés: hacia una revisión de la remoteness rule”, *ADC*, pp.125-156を参照。

よると、債務者は、違反による当然の結果としての損失、ないしは、違反によって生じうる結果として当事者が想定していた損失について損害賠償をしなければならない。この準則は、イギリスの1893年および1979年の動産売買法（50条2項、51条2項、53条2項）ならびにUCC 2-714条1項と2-715条2項によって制定法としての姿をもつに至った<sup>88)</sup>。

## 1.4. 事情の変更

### 1.4.1. 平準化されたEU法における事情変更

「契約は守られるべし *pacta sunt servanda*」という原則は、世界中で認められている。契約が拘束力を有するのは、個人がこれを履行する意思を有し、相手方もそうすると信頼しているからである。すべての契約が一般的に再考可能であったならば、経済主体の信頼が消えていたであろうが、そのような信頼こそがあらゆる経済体制において基本的なものとなっているのである。いずれにせよ、一般的に、契約は拘束力を有し、そのため、不履行の場合には何らかの種類の責任が発生し、それが経済体制が効率的に機能するための必須条件になると考えられているのである。

しかし、多くの法体系では、契約の事情が根本的に変化したということは、その契約の拘束力を緩めることにつながる場合がある。この効果をもたらす法理論は、ヨーロッパ諸国では様々な名称で呼ばれている。PECLやDCFRなどのEUのモデル準則では、「事情変更」という用語が用いられており、CESLでも同様である<sup>89)</sup>。

CESL 89条を、これに先行したPECLやDCFRにおける規定と比べると、それぞれに大きな違いはないとの結論をもつことができる。いずれにおいても、そのかなり冒頭において、「契約は守られるべし *pacta sunt servanda*」という原則が明示的に認められている。いずれにせよ、この原則は、履行の価値を増加させ、または対価の価値を減少させることで、契約をより負担の大きいものとする事情の変更がある場合には、緩和することができる。例外的な事情の変更が契約に与える影響は、様々な文言で描写されている。PECLでは「契約の履行が著しく負担の大きいものとなる」、DCFRでは「債務者を債務に拘束することが明らかに不公正となるほど……の負担となる」、CESLでは「履行がより負担の大きいものとなった」とされている。他方で、契約の改訂とその解除の間には優先順位が設けられておらず、個々の場合における判断は裁判官に委ねられている。解除という救済手段では、裁判官がその効果を決めることになるため、大きな問題が生じない。改訂については、それぞれの文言が異なり、PECLでは「当事者の間で正当かつ衡平な形で損失と利益を分配するために契約を適応させる」、DCFRでは「新たな状況において債務を合理的かつ衡平なものとするためにこれを改訂する」、CESLでは「当事者がその事情の変更を考慮していたならば契約締結時において合理的に見て合意していたであろう内容と一致するように、契約を改訂すること」とされている。

要するに、CESLとPECLのいずれも、まずは再交渉の義務を定めている。DCFRは裁判官の

---

88) Magnus, U. (2010), "The Vienna Sales Convention (CISG) between Civil and Common Law- Best of all Worlds?", *Journal of Civil Law Studies*, vol.3, p.84を参照。

89) PECL6:111条、DCFR I-1:103条、CESL89条を参照。

介入に直接言及しているが、再交渉はその介入を求めるための前提要件となる。それ以外では、この介入を行うための要件はほぼ完全に一致しているが、DCFR III-1:110条は、契約上の債務と単独の法律行為から生じる債務のいずれにも適用される。後者の種類を含めることは、国内法体系や国際的な法準則の一般的な特徴ではない。DCFRがこれを含めたことの正当化根拠は、ほとんどの場合その性質からして無償のものである片務契約の債務者を保護することにある。

他方で、交渉することを拒絶し、または信義誠実や公正な取引に反して交渉を破棄した当事者が生じさせた損害に対する賠償を裁判所が認めることができるのは、PECLにおいてのみである<sup>90)</sup>。

この「予見できない事情の変更」の準則に相当するものは、すべての加盟国の国内法に存在するわけではないが、この法理論を認めている加盟国がいくつかある。

#### 1.4.2. 大陸法系の国々における事情の変更

ヨーロッパ諸国には、予見できない事情の変更があった場合の契約に対する効果（事案によって解除または改訂）についての規律が設けられている。イタリアでは、後発的過剰負担 *eccessiva onerosità* の原則が民法1467条で成文化された。

「行為基礎の喪失 *Geschäftsgrundlage*」（文字通り訳すと「契約の基礎」となる）に関するドイツの理論は、つい最近までは法律上の規定のないものであり、ドイツ民法242条（信義誠実に関する条文）に基づいて判例法によって展開された。しかしながら、今日では、「行為基礎の喪失」の法理論は、2002年1月に発効した債務法改正法によって民法313条に取り込まれている<sup>91)</sup>。この規定が置かれるに至った理由は、改正作業を担った委員会の見解によると、「行為基礎の喪失」がドイツでは非常に重要な理論であり、また、裁判所によって何十年にもわたって適用されてきた法原則が多く存在していたということである。これらを民法典の外に置くことは、消極的に評価すべきであるとされた。イタリアでの規範とは異なり、ドイツのものは経済的な過剰負担とその結果に限られておらず、また、解除を認める前に契約を改訂することが優先されている。

1992年のオランダ民法の改正でも、6:258条と6:260条が新設され、これらには、予見できない事情変更の理論に関する特別規定が置かれている。6:258条によると、裁判所は、合理性と信義誠実の基準に照らせば、契約をそのまま遵守することが契約当事者に期待できないような形での事

---

90) Martínez Velencoso, L.M. (2015) «Change of circumstances» in Plaza Penadés, J., Martínez Velencoso, L.M. (eds.): *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Springer, pp.137-163を参照。

91) ドイツ民法313条は、次のように定める。

- 「(1) 契約の基礎となった事情が、契約締結後に著しく変更し、かつ、当事者がこの変更を予見したならばその契約を締結せず、又は異なる内容で締結していた場合には、その事例のあらゆる事情、特に契約上又は法律上の危険配分を考慮して、当事者の一方に変更のない契約に拘束されることを要求することができないときに限り、契約の改訂を請求することができる。
- (2) 契約の基礎となった本質的な観念が誤りであることが判明したときも、事情の変更の場合と同様とする。
- (3) 契約の改訂が可能でなく、又は当事者の一方にこれを要求することができないときは、不利益を受ける当事者は、契約を解除することができる。継続的債務関係においては、解除権に代えて、解約をする権利を認める。」

情の変更があった場合は、予見できないハードシップに基づき契約を改訂し、または解除することができる。オランダの最高裁判所（“Hoge Raad”）は、既にオランダ民法が改正される前から、信義則から派生するものであるとしてこの準則を適用していた。オランダ民法6:258条は、6:248条で制定化されている信義則の一般原則から派生した「特別の規律 *lex specialis*」であるとされている<sup>92)</sup>。

フランス法は伝統的に、裁判官に契約介入権限を与えるような一般準則を拒んできた。その例外は、公法人との長期契約について行政裁判所で争われるケースに限られていた。しかし、この「不予測 *imprévision*」理論は、改正フランス民法の施行後は、1195条の文言からすると、もはや判例法上だけの理論ではなくなるであろう<sup>93)</sup>。

同条は、事情変更の第一の効果として、当事者間の再交渉義務を定めている。裁判官が介入することができるのは、再交渉が成功しなかったときであり、契約を改訂する権限を有するのは、これに関する当事者間の合意が存在する場合だけである。そのような合意がない場合は、裁判官は契約を解消することができ、その際の実効をどのようなものにするのかについて広範な裁量を有する。

これにより、フランス民法の規律は、ドイツ民法のものに非常に近づくことになる。もっとも、フランス民法における規律が、ドイツ民法のもの（313条）のように信義則にその根拠を有しているのかは、明らかではない。既に指摘したように、ドイツ民法のこの条文は、242条に基づくドイツの判例法理論の産物であり、242条は、契約の改訂を解除に優先するものであった。フランスの新たな規律は、どのような概念的な基礎をもつものなのか示していないため、幾分かより曖昧なものとなっている。1項は、フランス民法1134条に基づき再交渉義務を課した破産院商事部のいくつかの判決と関連性をもつものであるとみることができる<sup>94)</sup>。もっとも、2項によると、「不予測 *imprévision*」理論の場合における通常の救済手段は契約の解除であり、裁判官による改訂が可能となるのは、当事者双方がこれに同意する場合だけである（この解決は、従来の規律では「不可抗力 *force majeure*」の場合について一般的なものであった）。

上記にもかかわらず、民法に「不予測 *imprévision*」理論が導入されたことは、望ましい効果を及ぼすことになる。なぜなら、この理論を適用する際の不明確性に終止符を打つことになるからである。また、契約の解除よりもよい救済手段を与えることによって、この問題のより適切な取

---

92) たとえば、1999年6月25日の最高裁判所判決（NJ 1999, 602）を参照。

93) 2015年2月16日の法第177号。2016年10月1日に発効する新たな1195条は、次のように定める。

「契約締結時に予見することのできない事情変更が、その危険を引き受けることを承認していなかった当事者にとって履行を過分の費用のかかるものにした場合には、その当事者は相手方に対して、契約の再交渉を求めることができる。その当事者は、再交渉の間、債務の履行を継続しなければならない。

再交渉が拒絶され又は失敗した場合には、当事者は、その定める日付及び条件で契約の解除を合意すること、又は、双方同意のうえで裁判官に契約の調整を行うよう求めることができる。合理的な期間内に同意がない場合には、裁判官は、当事者の一方の求めにより、契約を改訂し、又はその定める日付及び条件で契約を終了させることができる。」

94) Cass com, 3 novembre 1992, arrêt Huard, n° de pourvoi 90-18547, Bull civ IV, n.338.

扱いを可能とする。イギリスの裁判所が事情に応じて対応するための余地を与えられていないことは、「契約目的の達成不能」の理論が限定的に適用されている理由のひとつとなっている。

それでも、この解決が最適のものであるとみることはできない。裁判官による契約の改訂が認められるのは、再交渉が失敗に終わった場合において、当事者が裁判官による改訂について特別に合意したときに限られるからである。このことは、部分的には、フランスの法律家が、司法介入主義に対して敵対的であることから説明することができる。いずれにせよ、契約当事者は、双方が同意するのであれば、いつでも裁判官に契約の改訂を求めることができる。新しく加わった要素は、再交渉が失敗に終わった場合には、当事者の一方の求めがあればこれに応じて裁判官が契約を解消することができることである。

この改正が成功するのかは、契約が解除される可能性が、当事者にとって、自ら契約を再交渉し、あるいは司法によるその改訂を求めることに同意するための十分なインセンティブとして働くのかに左右されることになる。

賢明な契約当事者が、複雑な長期契約において、「不予測 *imprévision*」の場合の救済手段を規律する準拠法に関わりなく、しばしば「ハードシップ条項」を設けていることは、当事者が、その契約を解除するよりも、これを維持して改訂することを望むことの証なのかもしれない<sup>95)</sup>。

予見できない事情によって生じる問題を解決するためにスペイン法で用いられた法理論は、いわゆる「事情変更 *rebus sic stantibus*」の原則である。この救済手段は、予見できない事情の変更によって乱された契約の均衡を回復させることを目的としている。

スペイン民法には、この原則に関する規定は置かれておらず、むしろ、判例法によって展開されたのである。

判例法によると、この原則を適用するための要件は、以下のとおりである。

- ① まず、この原則は、遅延実行契約または段階的に履行される契約にのみ適用される。
- ② 次に、事情の変更は、予見できないものでなければならない。

契約の均衡が影響を受け、または契約の目的が達成不能となったことによる、契約の基礎の変更がなければならない。

契約の基礎の変更は、「合理的に」過度のものであり、契約締結時に予見できなかったものでなければならない。そのため、事情の変更が、当事者によって想定されていた契約上のリスクに関するものである場合には、この原則を適用することができない。合理性の概念が含まれているのは、スペイン最高裁判所の近時の判決によるものである。なぜなら、伝統的には、事情の変更は

---

95) 新たな規律が実務に与える影響は、裁判所がこれをどのように適用するのかに大きく左右されることになる。まず、裁判所は、契約を解消する前に、契約の再交渉に関する請求の内容を確定しなければならない。解除を求めて提訴した当事者による提案が不適切であると考えた場合、裁判所は、契約内容を改訂すべく、交渉に直接介入できる。次に、1195条2項は、裁判所が適切と考える条件の下で契約を解消することを認めている。このような条件もまた、裁判所によって決められることになる。このことについては、Lutzi, T. (2015) "Introducing *imprévision* into French Contract Law", *Ius Commune Workshop on Contract Law*, [http://www.iuscommune.eu/html/activities/2015/2015-11-26/workshop\\_1\\_Lutzi.pdf](http://www.iuscommune.eu/html/activities/2015/2015-11-26/workshop_1_Lutzi.pdf)を参照。

著しく過度のもので、契約の均衡を完全に失わせるものでなければならぬと解されてきたからである。

多くの判決では、この原則の適用が認められていない。その理由は、契約において、事情の変更のリスクについて明示的に想定がされている、あるいは、事情の変更が通常のリスク配置（契約上または制定法上のもの）の範囲内にあるというものである<sup>96)</sup>。

加えて、事情の変更は予見できないものでなければならぬ。この要件は困難なものである。その理由は、現代社会では、いくつかのリスクは自然なものではなく、社会的生産物として生じているという意味で人工的なものであること、および、いくつかの事例では、これらを予見して保険をかけるのが非常に困難であることにある。そのため、予見不能であるとされるか否かは、各契約の種類との関連や、契約当事者がアクセスすることのできる情報量との関係で評価されるべきである<sup>97)</sup>。

さらに、いずれの当事者も、事情の変更について有責であってはならない。信義則に従い、リスクを回避するために求められる注意義務に違反したために責任を負うべき当事者に、防御のメカニズムを与えることは不当である<sup>98)</sup>。

過去の判決のうち、審理の対象となった事案についてこの原則の適用を認めたものは数少ないが、そのうちのいくつかは、事情の変更によって生じる効果として契約の解除を認め、いくつかは改訂を行った。契約の改訂は、契約内容の全体的な解釈を通じて裁判所によって行われる。この全体的な解釈の根拠となるのはスペイン民法1258条であり、同条によると、当事者は、合意された債務に加えて、信義則から生じる債務も遵守しなければならない<sup>99)</sup>。

近時、スペインの最高裁判所によって発展されたこの原則に対する考え方が変わった。その理由となったのは、最近のスペインの経済危機がもたらした結果と、平準化されたヨーロッパ私法（PECL、DCFR および CESL）の影響である。たとえば、2014年6月30日の判決（2012年第2250

---

96) たとえば、1983年6月16日のスペイン最高裁判所判決（RJ 1983, 3632）は、建築作業を行うための契約に関するものであるが、作業員がストライキをしたことによる建物明渡しの遅滞について、これを正当化することを認めない旨の条項が置かれていた。そのため、高等裁判所は、ストライキ行為によって当初予想されていたものよりも工事費用が高くなったことについて、「事情変更 *rebus sic standibus*」の原則を適用しなかった。この事件では、ほかに、代金を増額しないことを定める条項も存在していた。

97) そのため、通貨価値の下落は、判例法によれば、予見できない事情に該当しない。そのように判断した最高裁判所判決としては、炭鉱の売買契約に関する1940年12月14日判決（RJ 1940, 1135）、集落による水の使用に関する1963年3月26日判決（RJ 1963, 2120）、1963年11月31日判決（RJ 1963, 4264）がある。

また、判例法によると、契約締結時と履行時の間に生じた資産価値の変化は、予見できない事情ではない。そのように判断した最高裁判所判決としては、1945年6月5日判決、1987年10月6日判決（RJ 1987, 6720）、1996年5月29日判決（RJ 1996, 3862）、2012年4月27日判決（RJ 2012, 4714）がある。

98) 最高裁判所の1985年4月19日判決（RJ 1985, 1804）、1994年11月19日判決（RJ 1994, 8539）、2000年11月15日判決（RJ 2000, 9214）を参照。

99) 1962年11月23日の最高裁判所判決（RJ 1962, 5005）では、条項の効果は契約の改訂であった。しかし、1970年1月28日と1988年3月23日の最高裁判所判決（RJ 1988, 2228）では、契約の解除が宣言されている。最高裁判所の1984年7月9日判決（RJ 1984, 3803）、1992年11月6日判決（RJ 1992, 9226）および2010年7月21日判決（RJ 2010, 3897）での効果は、契約の改訂であった。

号)では、スペインの最高裁判所は、PECLおよびDCFRを引用して、「事情変更 rebus sic stantibus」という古くからの原則をこれら平準化されたヨーロッパのモデル準則に沿って再解釈しなければならないとの結論に至った。最高裁判所は、広告契約について次のように述べている。「広告活動に対する経済的期待は、契約の基礎の一部を構成した(なぜなら、利益が増加すれば、代金を増加させることができることとされたからである)」。裁判所によると、経済危機を原因として年間の総売上高が著しく減少したことを理由に、代金も減額されなければならないというのである。この事件での法的効果は、契約の解除ではなく、裁判所によるその改訂であった。

他の重要なものとしては、2014年10月15日判決(2012年第2992号)がある。これは、ホテルの賃貸借契約に関するものである。最高裁判所は、事情変更という古くからの原則を現代化する必要性について示した上記の理論に従い、バレンシア市では、ホテル業界の収益が一部屋あたり42.3%減少したことから、賃料を改訂する必要があるとの結論に至った。こうして、賃料は29%減額されなければならないとされた(専門的な鑑定意見による結論)。もっとも、この減額をもってしても、「これによって生じる賃料は、市場の賃料と比べて20%高額である」結果となったのである。このように、ここでも、契約の改訂という選択肢が採られた。

#### 1.4.3. コモン・ローの国々における事情の変更

イギリス法では、契約目的の達成不能は、債務者がその履行から解放される理由のひとつである。

「契約目的の達成不能」の理論は、いわゆる「戴冠式事件」に由来するものである<sup>100)</sup>。

イギリス法に由来するものであるにもかかわらず、この理論は、アメリカ法でも認められており、そこでは、裁判所は、「商業上の実行困難性 commercial impracticability」の理論を展開した。契約目的の達成不能の理論の主な目的は、契約当事者が契約における明示的または黙示的な条項によってこれを明確に行わなかった場合に、予見できない事情のリスクを契約当事者間で配置するための適切な方法を設けることにある。

そのため、「契約目的の達成不能」の理論を適用するための要件のひとつとして、事情変更は予見不能でなければならないというものがある。また、この救済手段を用いるためには、これを援用する当事者が、事情の変更をまったく支配することができず、かつ、その変更が当事者の一方の過失ある行為によって発生したものでないことも必要となる。

契約目的の達成不能の場合、当事者双方がその債務から解放される。この解放は完全かつ自動的なものであるが、コモン・ローでは、当事者が既にその債務を履行し始めている場合には問題

---

100)最も関連性のある事件のひとつとして、“Krell v. Henry”事件がある。同事件の原告は、1902年6月26日と27日に開催される予定であった戴冠式を見ることができるとあるベルメルという場所にあるいくつかの部屋を所有していた。原告は、被告が戴冠式を見るために代金75ポンドで部屋を使うことに同意した。そのうちの25ポンドは、契約締結時に手付金として支払われた。ところが、戴冠式は、王の病のため開催されなかった。裁判所は、被告が、手付金として支払った25ポンドの返還を受ける権利を有すると判断した。これに対して原告が控訴した。



が生じる可能性がある。そのような問題については、1943年の法改正（目的達成不能の契約）法によって解決が試みられた。

したがって、契約目的の達成不能の一般的な効果は、当事者が、未履行のその債務から完全に解放されるということである。しかし、このことは、既に履行された債務に影響を与えない。イギリス法では、新たな事情に適合させるべく契約を改訂する可能性はまったくない。なぜなら、改訂を認めることは、法的安定性に影響を与え、また、裁判所に、当事者に代わって契約を締結する権限を与えることになるからであるが、これらはいずれも望ましいものとして考えられていない。

契約目的の達成不能を解除と比べると、次のような結論に至ることができる。契約目的の達成不能は、解除とは異なり、事情によって影響を受けた当事者だけでなく、いずれの契約当事者もこれを援用することができる。これ以外の相違としては、契約違反の場合とは異なり、契約目的の達成不能の場合には、損害を賠償する義務はないことが挙げられる。さらに、契約違反では、契約に違反した当事者に過失があることが必要となるが、契約目的の達成不能の場合には、当事者双方が同様に、いずれの当事者の責任によるものでもない事情の犠牲となっているのである<sup>101)</sup>。

## 終わりに

最後に、ヨーロッパ契約法の新たな傾向の基礎となっている、既に述べたいくつかの大枠の考え方をまとめたい。

まず、「契約の尊重 favor contractus」という原則の強化をみることができる。この原則は、契約の成立あるいはその遵守から、契約違反の場合の救済手段に関する準則（たとえば、解除は、重大な違反がある場合に限り可能であるとするもの）まで、契約法の様々な側面において基礎となっている。事情変更の領域では、契約の解除よりも、その改訂が優先されている。また、物品の適合性欠如の場合の不履行について優位する救済手段は、売買が忠実に履行された場合とほぼ同じ結果をもたらす修理や交換を認めるものである。

さらに、契約への適合という概念は、「契約は守られるべし pacta sunt servanda」という伝統的な原則に一層の重要性を与えており、契約は、合意された条件に従い履行されなければならないことになる。

そして、契約締結を支援する政策に結びつけられたものとして、物品や役務の取引を容易にする法規範を制定するという傾向がみられる。たとえば、平準化されたヨーロッパ契約法や最近の改正後のフランス民法では、コーズは、もはや、有効な契約が存在するための要件とされていない。

加えて、法がより教義的なものではなくなっているという意味で、法の効率性と質に対する関心が高まっている。そのため、法規範の教義上の由来ではなくその機能に着目するという点で、互いに異なる法圏における共通化が見られる。

---

101) McKendrick, E. (2013) *Force Majeure and Frustration of Contract*, Informa Law を参照。

考慮されるべき他の要素としては、交渉された契約と標準契約との間での二分が挙げられる。後者の契約では、作成者である当事者に対して、たとえば契約締結前の情報提供義務や、契約に附合する当事者が契約の経済的内容を実際に認識していることを確保するためのいわゆる「透明性の義務」など、いくつか特別の契約上の義務が課されるのである。

最後に、いわゆる契約の基礎は、救済手段の領域で考慮すべき要素となっている。理論的には、特定履行（大陸法）や損害賠償（コモン・ロー）などの特定の救済手段が優位するとしても、裁判官は、そのような救済手段が他方当事者にとって過度の負担になるとしてこれを認めないことがある。この要素は、契約への重大な違反の解釈あるいは事情変更の有無に関する検討を行う際にも役立つ。そして、損害賠償でも重要な要素となる。なぜなら、契約に違反した債務者が支払うべき金銭の額は、生じた損失と被告によって求められた代金に準じて算出されるべきだからである。合理性テストは、実質的には、契約経済の評価を伴う場合がある。

#### [訳者付記]

本稿の筆者であるルス・M.マルティネス・ヴェレンコソ教授は、2016年10月に来日され、10月27日に関西大学（法学研究所第131回特別研究会。司会：馬場圭太教授、コメント：中田邦博教授、通訳：カライスコス アントニオス）、10月30日に慶應義塾大学（司会：鹿野菜穂子教授、コメント：中田邦博教授、通訳：カライスコス アントニオス）で講演会が開催された。本稿は、両大学での講演の基礎になった原稿に、後に、同教授自ら手を加えたもの（2017年1月脱稿）を訳出したものである。

ルス・M.マルティネス・ヴェレンコソ教授の略歴や業績については、同教授のブログ（<http://luzmtnez.blogs.uv.es/>）に掲載されている CV を参照されたい。

本掲載にあたっては、拙訳につき、中田邦博教授および馬場圭太教授から貴重なご意見を賜った。ここに記して感謝の意を表したい。

本研究は、JSPS 科研費16H03571の助成を受けたものである。

## ルス・M. マルティネス・ヴェレンコソ先生の講演へのコメント

中田 邦博

コメンテーターとして指名されました龍谷大学の中田邦博です。このような機会を与えてくださいました馬場圭太先生、そして関西大学法学研究所のみなさんに感謝いたします。

最初に、内容の濃い講演をしていただいたことに感謝を申し上げます。今日のルス・M. マルティネス・ヴェレンコソ先生のご講演では、ヨーロッパでの展開を踏まえて、消費者法の展開と、契約法の再構築ないしは現代化を、伝統的なヨーロッパの法、ドイツ法、フランス法、加えてスペイン法での法典編纂の展開を組み込んでお話をいただきました。

私たちにとって、ドイツ、フランス、イギリスの動向はそれなりに知られているのですが、今回、スペイン法の展開を確認できたことは何より重要な知見を得たものと考えています。

一連の消費者法の準則、売買法の中核的な概念、とくに物品の適合性をめぐって、各国法の展開を説明していただきました。さらに、義務違反の法的効果、とくに不履行という一元的な概念について、また重大な不履行と契約の解除、特定履行、損害賠償、事情変更の原則についても、これらは現代的な契約法の内容を確認する試金石となるテーマですが、簡潔にふれていただきました。

これらのテーマは、コモンローと大陸法の法体系とでアプローチの違いがあると強調されてきた事項であり、共通化という課題にとって重要な宿題となっているものです。

先生は、CISG、PECL、DCFRなどの準則を提示しながら、その共通要素を取り上げています。最後に、結論として、契約の尊重の傾向を述べられています。こうした立場は私も支持するところ です。

そこで、二つ質問があります。一つ目は、スペイン民法の現代化、再法典化の可能性がどうなるか、についてです。もう一つは、スペインの消費者法典のあり方について、どのような方向性が考えられるか、ヨーロッパの展開も含めてどうなるか、についてです。先生のお考えをお聞かせいただけると幸いです。

