

Vorzeitiges Aufhebungsrecht des Vertrags wegen eines Mangels der Erfüllungsfähigkeit der anderen Vertragspartei

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/4449

履行能力の欠如による履行期前解除法理の展開（一） ——ドイツ法を手がかりに——

松井和彦

第一章 問題の所在

第二章 わが国における従来の理論状況

一 裁判例

二 学説の状況

三 日本法の問題点

第三章 ドイツ債務法改正前における履行期前解除権の展開

一 裁判例

二 裁判例の分析（以上、本号）

三 学説の状況

第四章 ドイツ新債務法における履行期前解除権

第五章 日本法への示唆

第六章 結びに代えて

第一章 問題の所在

一 はじめに

契約締結後、履行期が到来する前の時点においてすでに、履行期到来時に債務者から債務の本旨に従った履行が

なされないことが明らかになることがある。例えば、履行の準備——目的物の製造開始など——が遅れているために目的物が期日どおりに引き渡される見込みが乏しい場合がこれにあたる。このような場合、買主としては、とりわけ当該目的物を第三者に転売することになっていたり、当該目的物を材料にして別の製品を製造し、それを第三者に売り渡すことになっていたりする場合には、早期に売主との契約を解消し、別のところから当該目的物を調達する必要に迫られる。また、建築予定の建物に関する賃貸借契約を締結し、またはその予約をしたが、期日どおりに建物が完成することが見込めなくなったという場合、賃借人（または本契約により賃借人となるべき者）としては、早期に当該契約を解除し、別の賃貸不動産を探す必要に迫られる。しかし、債務の履行期が到来していないのであるから、従来の理解に従うかぎり、履行遅滞はまだ生じておらず、債務者側にその他の義務違反が生じたともすることも難しいようにみえる。それでは、債務者からの債務の履行がもはや望めなくなったにもかかわらず、ただ債務不履行が現実のものになるのを待つだけのために、債権者は契約関係に拘束されなければならないのだろうか。

右のような問題に対処するため、英米法では、「履行期前の契約違反 anticipatory breach of contract」理論が展開され、一定の要件の下で履行期前の契約解除が認められている。⁽¹⁾ また、ドイツにおいても、明文の規定はないものの、従来から判例・学説によりこの理論が認められていた。そして、二〇〇二年の債務法改正により、この理論が民法典に規定されるに至った（三二三条四項）。そこで、本稿では、わが国と同様に制定法主義をとり債務不履行に関する諸制度についてもわが国に大きな影響を与えてきたドイツにおいて、履行期前の契約解除に関する理論がどのように展開されてきたのかを紹介し、その分析を通じて、わが国において履行期前解除の理論を採り入れるための示唆を得たいと思う。

二 「契約危殆」の類型と本稿の検討対象

本稿で扱うような契約当事者の状況、すなわち、履行期前の時点において、履行期が到来しても契約に従った債務の履行がなされない恐れが生じることを、「給付の危殆化」または「契約危殆」と呼ぶことがある。さらにこの中には、いくつかの類型がある。⁽²⁾

第一に、債務者が履行期前に債務の履行を拒絶している場合がある。ウィーン国連売買条約(CISG)七一条一項の分類に倣えば、これは「履行意思の欠如」と呼ぶことができる。この場合には、債権者は、履行期が到来しても債務が履行されないのではないかという深刻な危険に曝されることとなり、履行期到来前の法的保護が必要になる。しかし、債務者が単に契約内容変更の申入をしたにすぎない場合や、債務の履行に対して難色を示したにすぎない場合は、ここには含まれない。一般には、債務者の履行拒絶が真剣かつ終局的であって、拒絶意思が明確に表示されなければならず、しかもこの判断は厳格になされるべきと解されている。⁽³⁾

第二に、右の履行拒絶以外の事由により、契約に従った債務の履行がなされない恐れがある場合がある。ここでは、債務者は、履行意思を有しているものの、契約に従った債務の履行をする能力を有していない(またはその能力を有するかどうか疑わしい)。この意味で、この類型は、「履行能力の欠如」と呼ぶことができる。ここにもさまざまな事案が含まれるが、大別すると次のようになる。まず、不履行が予想される債務の内容により、①売主・請負人・賃貸人等の目的物を適時に引き渡す債務の履行が危ぶまれる場合、②買主・注文者・賃借人等の対価を適時に支払う債務の履行が危ぶまれる場合、③以上のような主たる給付義務以外の義務(付随義務)が遵守されない恐れがある場合に分けることができる。そして、①はさらに、(a)適時の履行が危ぶまれる場合(履行が遅延ないし全くなされない恐れ)と、(b)契約に適合した履行が危ぶまれる場合(瑕疵ある物が引き渡される恐れ)とに分けることができる。②は、履行が危ぶまれる債務内容が主として金銭の支払であるため、適時の履行が危ぶまれる場合のみが問題となる。

これらのうち、履行期前の履行拒絶（履行意思の欠如）については、ドイツにおいて古くからその他の契約危殆類型とは別個に議論され、判例・学説が蓄積されている。そこで、両者が共通する問題を抱えていることを認識しつつも、履行期前の履行拒絶については別途検討することとし、本稿の検討の対象からは除外する。また、履行能力の欠如のうち、金銭債務の履行が危ぶまれる場合における先履行義務者の保護については、不安の抗弁権としてBGB三二一条に規定が置かれており、二〇〇二年の債務法改正により、不安の抗弁権行使後の履行期前解除権が三二一条二項として規定されるに至った。この問題も、契約危殆という意味で共通性を有するものの、先履行義務者の利益保護という視点から不安の抗弁権論と併せて論じることとし、本稿の検討対象からは除外する。本稿では、債務者の履行能力が欠如したことによる契約危殆のうち、主として、売主や請負人の目的物を引き渡す義務が適時または適切に履行されない恐れが生じた場合（右の①(a)および(b)）に事案を限定して、相手方たる買主や注文者の履行期前解除に関するドイツの判例・学説の展開をみることにする。なお、本稿で単に「契約危殆」という場合、右の限定した類型のみを指すものとする。

- (1) 英米法の状態を紹介した最近の文献として、石崎泰雄「履行期前の不履行と解除——不履行法体系の構造論のための比較法的考察——」早法七四巻四号一九二頁以下（一九九九年）。
- (2) 契約危殆の類型についてはVolker Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl. 2005, S. 306 参照。
- (3) Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl. 2002, § 326 Rn. 20a (Heinrichs) [im folgenden zit. Palandt/Bearbeiter, 2002]; Otto/Rieble, Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, 2001, § 326 Rn. 141 - 145 (Otto) [im folgenden zit. Staudinger/Bearbeiter, 2001]; Krüger, Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2001, Vor § 275, Rn. 249 (Emmerich) [im folgenden zit. MünKomm/Bearbeiter, AT, af]; BGH, Urt. v. 10. 12. 1975, WM 1976, 75=MDR 1976, 393=JR 1976, 282. (後掲判決【c】)
- (4) 債務法改正以前における不安の抗弁権論については、拙稿「『契約危殆』状態における履行確保——不安の抗弁権から履行停止権への展開——」（二）（二・完）「修道二〇巻一号三七頁、二号五六三頁（一九九八年）参照。新債務法については別稿を予定している。

※ 本稿は、平成一七年度文部科学省科学研究費補助金（若手研究B）および平成一七年度龍谷大学社会科学研究所の研究助成・指定研究「ヨーロッパ私法に関する総合的研究（代表Ⅱ川角由和龍谷大学法科大学院教授）」による研究成果の一部である。

第二章 わが国における従来の理論状況

ドイツ法の状況を紹介する前に、まずわが国における従来の理論状況を一瞥し、判例・学説の問題点を指摘しておこう。もつとも、わが国の裁判上、契約危殆に基づく履行期前解除が問題となった例は、僅かしかない。そのためもあつてか、学説においても、それほど本格的な議論は行われていないというのが現状である。

一 裁判例

1 裁判例の紹介

(5)

〔1〕大判大正三年三月二五日

〈事実の概要〉

大正三年三月二五日、橋の建設工事にかかる請負人Xは、この工事のうち、兩岸の石垣の積立工事をYに下請負させた。ところが、Yは、同年三月から八月一日まで工事に従事しただけでその後は工事を遂行せず、すでに行った工事も設計通りではなく検査に合格しない不完全なものだった。そのためXはYに対して石垣の積み直しを求めたが、Yが応じなかったため、Xは、橋の竣工期である同年九月一五日までに工事が完成する見込みがないと判断し、みずから工事を継続すべくYから工事を取り上げ（すなわちYとの下請負契約を解除して）、Yに対して損害賠償を請求した。

これに対してYは、石工を紹介するよう依頼を受けただけで本件工事を請け負ったわけではないと主張し、請負それ自体を否定した。

〈判旨〉

大審院は、次のように述べて、本件を履行不能と捉え、履行期前の契約解除を認めた。

「今後尚請負人ニ於テ為スヘキ工事アルニ拘ラス漫然放擲シテ顧ミス而モ之カ為取引ノ通念ニ照シテ約定ノ竣工期限到来迄ニ到底其ノ工事ヲ請負人ニ於テ完成セシムルコト能ハサル事実カ明確トナリタル場合ノ如キハ同法五百四十三条ニ所謂履行ノ全部又ハ一部カ債務者ノ責ニ帰スヘキ事由ニ因リテ不能トナリタルトキトアルニ該当スルヲ以テ債権者タル注文者ハ縦令竣工期限ノ到来以前ト雖同条ニヨリ契約ヲ解除スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス」

このような履行期前解除を認める理由について、大審院は、「第五百四十三条ニハ何等制限スル所ナキノミナラス履行期限ノ到来前ニ於テ既ニ業ニ債務者ノ責ニ帰スヘキ事由ニ因リ履行期ニ於テ履行ヲ為スコト能ハサルコトカ明確トナリタルニ拘ラス債権者ハ履行期限到来シタル後ニアラサレハ契約ヲ解除スルコトヲ得スト為スカ如キハ債権者ヲ遇スルニ酷ニ失シ到底採用スヘキモノニアラサレハナリ」と述べた。

〔2〕東京地判昭和五十一年二月二三日 (6)

〈事実の概要〉

昭和四五年七月八日、注文者Xは請負人Yとの間で、機械部品の製造に関する請負契約を締結した。納期に関しては当事者間において争いがあつたが、本判決により、当初は同年七月末日と合意されたが後に同年八月一〇日に変更されたことと認定されたため、これを前提とする。七月末日ころにおいて、Yは、まだほとんど製造に着手していなかった。他方、XはYから引渡を受けた本件目的物を訴外Aに、Aはこれをさらに訴外Bに納入する予定であり、AはBとの関係で納期に制約を受けていたため、XはAから、Yをして作業を急がせるよう督促されていた。XY間における数度の協議の後、同年八月二日に至りXは、Yのもとでは納期までに完成の見込みがないと判断し、Yに対して、支給した材料の引き揚げを求めた（契約を解除した）。

〈判旨〉

判決は、次のように述べて、履行期前の契約解除を肯定した。

「請負契約において、その完成に相当の日数を要する場合、その約定の履行期前においても、受注者において履行期までに仕事を完成させることができないと認められる場合には、注文者は履行期の到来を待つことなく、履行不能を理由としてその契約を解除し得るものと解すべきである。」

ただし、「右解除は一旦契約により受注者に与えられた期限の利益を奪うものであり、かつそれによって、債務不履行の責任をも負わせるものであることを考えるならば、右履行期前における契約の解除は、慎重にこれを判断してなすべきものと考えられるところ、前記認定のとおり、履行の能否が履行期までの残存期間に照らし、受注者であるYの意思にかかっており、しかもXの主張するところ、解除によりYの負担すべき損害賠償の責任が極めて重い結果となる本件においては、これを解除しようとするXとしては、Yに対し、解除された場合Yにおいて負担すべき損害賠償

償責任の内容を諒知させたうえ、Yの態度によつてはその考慮に要する相当期間を置いたうえで、Yに履行期までに完成させる意思がないと認められたときこれを解除することができるものと解するのが相当（履行遅滞後における解除に関する民法五四一条が考慮されるべきである）である」と述べて、場合によつては即時に履行期前解除をすることはできず、相当期間を定めて履行を催告したうえで解除すべきであると判示した。

もっとも、判決は、本件においては①Yの履行の意思と工夫によつては、期限内の完成が全く不可能であつたと断ずることができない、②Yに履行意思がなかったとは認められない、との理由から、履行期前の履行不能を否定した。

(7)

〔3〕東京地判平成八年七月一六日

〈事実の概要〉

平成四年一〇月三日、注文者Xは請負人Yとの間で、カラオケ施設の建築工事に関する請負契約を締結した。ところがその後、Xは、Yの下請業者Aが建築確認申請を遅延したうえ申請内容にも不備があつたため履行期までに工事を完成できないことが明らかになったとして、履行期（同年一二月二〇日）到来前の同年一〇月二九日に契約を解除し、損害賠償を請求した。

〈判旨〉

判決〔2〕と同様、本判決も事案を履行不能と捉え、履行期前の解除に関して、「請負契約において、その完成に相当の日数を要する場合、約定の履行期前であっても、請負人において履行期までに仕事を完成させることができないことが確定的であるときは、注文者は履行期の到来を待つことなく、履行不能を理由として当該契約を解除することができる」と解すべきである」と一般論を述べた。

そして、本件においては、次の理由を挙げて、Yが履行期までに建築工事を完成しXに引き渡すことは社会通念上不可能であつたと認定した。

すなわち、Aは、建築確認申請を二度にわたつて遅延したうえ、申請内容にも重大な不備があつたことから、建築確認に必要な図面を作成する能力に欠けており、そのため、申請書類のうち補正を要する部分についても、Aが独力でこれを行うことができるとは到底解し得ず、必要な図面等を外注によつて作成する必要があつたと解される。そして、本件カラオケ施設の建築工事には着工後短くとも四五日間が必要であるから、履行期（平成四年一二月二〇日）までに工事を完成し引渡を完了するためには、遅くとも同年一月五日までに建築確認のための現地調査を経ることが必要となる。しかし、Aが不備の補正を外注するとしても、本件工事の設計に携わっていなかった別の設計事務所等が建築確認のための書類を作成するには相当の日数がかかることが予想されるので、Aが同年一〇月二九日以降、右不備を補正して同年一月五日までに現地調査を経ることは到底できなかった、と。

(8)

〔4〕東京高判平成一五年三月一三日

〈事実の概要〉

平成八年一月下旬ころ、請負人Xは注文者Yとの間で、テレビゲームソフトの製作に関する請負契約を締結した。目的物の納期は、当初平成八年一〇月とされたが、最終的に平成九年二月と変更され、平成八年中にベータ版（製品版の九〇パーセント程度の完成度を有するもの）を、XがYに提出することが合意された。

平成八年一二月四日時点において、Yは、製作の進捗状況から、目的物を約定の期日までに完成させることが不可能と判断し、同月六日、契約を解除した。

これに対してXは、仮に目的物を約定の期日までに完成させることができるかどうか危ぶまれるような事情があったとしても、それは履行遅滞が見込まれる状態が生じたにすぎず、それだけでは債務不履行にはならない、また、本件目的物は現に完成されて大過なく販売されているのであるから、履行不能ということはあり得ない等と反論した。

〈判旨〉

判決は、Yの右判断を正当と認めた原判決を支持し、「履行期前に、履行期の時点で履行不能なことが確定した場合、履行不能となることは当然である」と述べて、Yの主張を認めた。

2 裁判例の分析

最上級審判決である判決「1」は、①条文中、履行期前解除を制限する文言が見あたらないという形式的根拠と、

②履行不能が明らかであるにもかかわらず債権者が履行期到来まで契約解除を待たなければならぬとすれば債権者にとって酷であるという実質的根拠を挙げ、期日の不遵守が確実になったことを理由とする履行期前解除を認めている。しかし、本判決は、本稿で検討の対象としている契約危殆を理由とする履行期前解除とは異なる。というのは、本件は、下請負人Yが八月一日以降、工事を全く行わず「漫然放擲」したという事案であり、判決はこの行為を「履行期前の履行拒絶」と解したうえで、これを「履行不能」と見なして、履行期前解除を認めたと解されるからである。結局、本稿で検討の対象としている契約危殆を理由とする履行期前解除を認めた最上級審判決は、わが国には見あたらないと理解すべきことになる。

これに対して、判決「2」ないし「4」はいずれも、請負人が履行を拒絶したのではなく、まさに履行期を遵守できないことが確実視されるという事案、すなわち本稿で検討の対象としている契約危殆の事案である。そして、これらの判決は、債務者が履行期を遵守できないことが確実視されることをもって「履行不能」と同視している。つまり、履行期前の履行拒絶と同様の法的評価のもと、履行期前の無催告解除を認めているのである。

もつとも、判決「2」は右の判示に続けて、注目すべき判断を行っている。同判決は、履行期を遵守できないことが確実とまではいえない場合には、注文者としては相当期間を設定して請負人の履行意思を確認したうえで履行期前解除をすべきであると述べている。たしかに、履行期前解除が債務者の期限の利益を奪うという効果を有することに鑑みると、このような結論それ自体は、一定の合理性を有すると言えよう。また、後述するドイツの判例・学説と類似しており、この意味でも興味深い。しかし、債務者の履行意思いかにによって履行不能の認定が左右されるという判断枠組は、不能概念と相容れないのではないかという疑問は残る。

二 学説の状況

1 請負契約における請負人の仕事完成義務違反をめぐる議論

まず、前述の裁判例に現れた事案のように、請負契約において仕事の期日どおりの完成が見込めなくなった場合に注文者がいかなる法的措置を講じることができるかについて、学説は、次のように論じている。多数説は、請負人が工事を全く開始しない場合と、工事を開始したが正当な理由なく中止した場合とに分け、前者については、原則として注文者は五四一条に基づき相当期間を定めて催告をしたうえで契約を解除できるとしつつも、請負は仕事の完成を目的とする契約であることに鑑み、期日どおりの完成がなお可能な場合には解除できないと解している。後者については、注文者は、五四一条に基づき仕事の続行を催告したうえで契約を解除することができるが、中止によつて期日までの完成が不能となった場合には、五四三条に基づき、完成期日の到来を待つことなく、催告をし

なくとも契約を解除することができると解している。⁽¹²⁾

右見解の基礎にあるのは、第一に、請負人には仕事を行う義務があるという考え、第二に、右義務に違反して仕事を開始せず、またはいったん開始した仕事を正当な理由なく中止することはそれ自体、履行遅滞になるが、これに基づく契約解除を認めるか否かの判断は、右遅滞によって請負契約の目的である仕事の完成が達成できなくなつたか否かを基準とする、という考えである。すなわち、仕事が開始されないというケースにおいては、完成予定期日まである程度長い期間が残されていることが多いため、契約目的を達成することができるともかわらず契約解除という重大な効果を安易に認めるべきではないとの考慮が働く。これに対して、開始された仕事が正当な理由なく中止されたというケースにおいては、完成予定期日が比較的近づいていることも多く、この場合には仕事の中止が期日どおりの完成に大きな影響を及ぼす。そのため、五四一条に基づき、催告のうえ契約解除を認める一方、仕事の中止によって期日どおりの完成が不可能な場合には、履行不能と見なして、五四三条により即時の契約解除を認めている。

このような多数説⁽¹³⁾に対して、仕事完成義務の特殊性を考慮してこの問題については特別な取扱いをなすべきことを主張する説がある。これによれば、まず、請負契約における請負人の義務はあくまでも仕事を完成する義務であつて、これとは別個に「仕事それ自体をなす義務」を認めることは妥当でないという。したがって、請負人が仕事に着手せず、もしくは着手した後仕事中止しても、直ちに不履行（遅滞）の責任を負うものではない。しかし、請負人が注文者の催告にもかかわらず仕事を開始または続行せず、仕事完成期日またはその後の短期間内に仕事を完成する見込みがないと見るのを相当とするときには、仕事完成期日の到来を待たず注文者の解除を認めるべきであるという。このように、履行期前解除を一定の要件の下で認める点については判例・多数説と同様の結論を導く。ただし、その根拠として判例・多数説が履行期到来前に履行不能が明確になったと言ひ、履行不能による解除の通

則としての五四三条を援用するのは、法文準拠の体裁をとるための解釈技術に過ぎず、当面の問題は請負人の不履行(遅滞)であって履行不能ではないと述べて、判例・多数説を批判する。⁽¹⁴⁾ また、不履行による解除の通則である五四一条の適用についても、遅滞の成立を待ち、さらに相当の期間を定めて催告した上でなければ解除が認められないという点において、仕事の完成を目的とする債務の不履行については適切でないという。そこで、この問題については、五四一条の枠外で不履行による解除、すなわち「履行期前の契約違反 (anticipatory breach of contract)」に基づく解除を認めるべきであると主張する。⁽¹⁵⁾ もともと、このような履行期前の不履行解除の位置づけについては、右解除権は請負人の仕事完成義務がもつ特殊性ゆえに認められるものであって双務契約一般にまで広げることまでは意図しないという見解がある一方で、右解除を債務不履行に基づく普通の契約の解除であって請負に特殊な問題ではないと述べ、契約一般に妥当する理論であることを明言する見解もある。⁽¹⁷⁾

このように、請負契約において期日どりの仕事完成が不可能であることが明らかになった場合について、注文者に履行期前の契約解除を認めるという結論においてはほぼ一致をみているものの、その法的根拠および法律構成については、なお争いがあるというのが学説の現状である。

2 契約危殆責任論

以上は、請負契約に特化した議論であったが、より広く双務契約に関する一般論として、履行期前にすでに契約どりの履行が見込めなくなったことを理由とする履行期前解除を論じるということは、従来ほとんどなされてこ⁽¹⁸⁾なかつた。僅かに、不安の抗弁権と関連して、後履行義務者の財産状態悪化を理由とする先履行義務者の履行期前解除権について、若干の議論が存するほか、履行期前の履行拒絶について、外国法の紹介を通じて議論がなされて⁽¹⁹⁾いる程度である。これらのうち、前者については既に別稿において紹介・検討しているため割愛し、⁽²⁰⁾後者については別途検討を加えることとし、ここでは、本稿の検討対象と関わりある学説として、北川善太郎教授の付随義務論

のみをみておこう。

これによれば、履行過程における付随義務の中には、給付実現を準備し確保すべき具体的行為義務がある。これは、給付義務から独立した義務ではなく、給付義務に従属的なものである。⁽²¹⁾ すなわち、この付随義務のみの違反に対して裁判上の履行請求や強制執行をすることは不可能であるし、損害賠償義務も生じない。この付随義務違反が給付義務の不履行に至ってはじめて債務不履行と見なされ損害賠償等が問題となるのである。しかし、この付随義務違反それ自体も、権利喪失・相手方の予防手段の許容など一定の法的不利益という効果を生ぜしめる。この意味で、「弱められた義務」と位置づけられる。⁽²²⁾

履行期が近づくのに債務者が履行に必要な準備を一切しない場合や、履行期に履行ができなくなるような行動に出ようとしている（目的物を他に処分する）場合など、履行拒絶にあたる場合のみならず、給付目的物の保存・準備・調達が不十分な場合や、債務者がその資金状態が悪いために履行に必要な準備をしないため期日が守られそうにないという場合は、この付随義務違反の問題となる。⁽²³⁾ この段階では、給付結果実現にかかる債権はまだ現実に侵害されていないので、債務不履行とは見なされない。しかし、侵害の可能性・蓋然性のある状態が生じているので、このような「契約危殆」を債務不履行のいわば「前段階」と捉え、債権者に一定の権利が認められる。⁽²⁴⁾

ただし、具体的な法的効果については、主として履行期前の履行拒絶について言及されているにとどまる。すなわち、債権者に、債務者に対して準備を促す催告をする権限を信義則上認めるとか、債権者が先給付義務を負う場合には、その履行を一時的に拒絶する抗弁権（一種の不安の抗弁権）を付与することが考えられる。ここでの債権者による催告は、債権危殆状態を債務不履行状態に転換するためのものであり、催告にもかかわらず債務者が履行拒絶を撤回しなかった場合には債務不履行になる、と。⁽²⁵⁾ そして、このようにして導かれた債務不履行を、従来の遅滞・不能・不完全履行のいずれとも異なる「契約危殆責任」または「契約保全責任」と位置づける。これに対して、

履行拒絶以外の契約危殆、すなわち履行能力の欠如に関しては、右と同様の法的効果が導かれるものと推測されるものの、明確にされていない。⁽²⁶⁾

三 日本法の問題点

以上の概観から、わが国においても、債務者において履行期が遵守できないことが確実視される場合には債権者側に履行期前の契約解除を認めた裁判例が散見されること、および学説においてもこれを支持する見解があることが確認できた。しかし、これらはいずれも、請負契約において請負人の仕事完成義務が期日どおりに履行されないことが明らかなことを理由として注文者が履行期前解除をするという場合に限定したものであり、売買契約など双務契約一般において一定の要件の下で履行期前の契約解除をなし得るという法準則が判例・学説において確立しているとは言い難い。また、学説では、主として履行期前の履行拒絶を念頭に契約危殆責任が論じられ、その責任構造や法的効果について分析がなされているが、履行能力が欠如している場合については目立った議論が存在しない。

さらに、請負契約において履行期前解除を認めた裁判例およびこれを支持する学説の多くは、ここでの履行期前解除を、履行不能に基づくものと解している。たしかに、右のような契約危殆を「履行不能」と解すれば、履行期前の契約解除を導くことは容易である。履行が不可能であるにもかかわらず履行期到来を待つことに意味がないことは明らかだからである。しかし、期日どおりに債務を履行できる見込みがなくなったことを「履行不能」と解することは妥当であろうか。例えば、売買契約において、売主が履行期の前日になっても目的物を仕入れることができないため期日どおりに買主に引き渡すことができないことが確実視される場合、これを「履行不能」と呼ぶであろうか。これらはむしろ、「遅滞」が確実視される状況と理解するほうが、実態に即しているように思われる。

また、法理論としても、契約危殆を「履行不能」とする解釈は、無理を生じる。というのは、契約危殆の状態に

直面した債権者は、契約を維持しつつ履行期到来を待ち、そのうえで履行請求をなすこともできるし、履行期到来後に履行遅滞に基づく契約解除および損害賠償請求をなすこともできるからである。履行不能であるにもかかわらず債権者の履行請求権が存続し、しかも履行期到来後には遅滞に変化するという解釈は、採り得ない。さらに、前述の通り、履行意思を確認するための催告が奏効しなかったことをもって履行不能を認定するという考え方は、従来の不能概念とは馴染まない。

右の問題を解く手がかりとして、履行期前解除に関して裁判例の集積をもち、債務法改正により明文の規定をも有するに至ったドイツの理論状況を次に見ていくことにしよう。

- (5) 民集五卷七六三頁。
- (6) 判時八六三号七六頁。
- (7) 判タ九五八号二二七頁。
- (8) LEX/DBインターネット(TKC法律情報データベース) 文献番号二八〇八一六四七。
- (9) 長尾治助『債務不履行の帰責事由』五二頁(一九七五年)は、本判決を履行期前の履行拒絶に関する事案であると理解する。
- (10) 学説の多くも、このような理解をしている。我妻栄『債権各論中巻二』六一五頁(一九六二年)、同「判批」判例民事法大正十五年度一〇四、星野英一『民法概論Ⅳ』二五九頁(一九八六年)、品川孝次『契約法下巻』一六七頁(一九九八年)。また、広中俊雄『債権各論講義第六版』二六五頁(一九九四年)も同旨と思われる。
- (11) 我妻・前掲注(10)六一四頁、松坂佐一『民法提要 債権各論(第五版)』一九五頁、石田穰『民法Ⅴ(契約法)』三二六頁(一九八二年)、森泉章『契約法各論』二二三頁(一九九六年)。幾代通Ⅱ広中俊雄編『新版注釈民法(16)』一二三頁(広中俊雄執筆)(一九八九年)、田山輝明『口述契約・事務管理・不当利得第二版』四一六頁(一九九七年)も同旨。品川・前掲注(10)一六六頁、平野裕之『契約法(第2版)』四七七頁(一九九九年)は、単に五四一条に基づき解除できると述べる。
- (12) 我妻・前掲注(10)六一五頁、星野・前掲注(10)二五九頁、森泉・前掲注(11)一二三頁、幾代Ⅱ広中編・前掲注(11)一二三頁、水本浩『契約法』三〇七頁(一九九五年)参照。石田・前掲注(11)三二六頁は、期日経過後の仕事の完成が注文者にとって無意味な場合を除き、

期日に接^レした時期に仕事の完成が期待できる場合には、注文者は催告のうえで契約を解除すべきであり(五四一条)、期日に接^レした時期に仕事の完成が期待できない場合、注文者は催告なしに契約を解除することができるという(傍点は引用者)。また、品川・前掲注(10)一六六一一六七頁は、いずれの場合にも五四三条により契約を解除することができるという。

さらに、我妻・前掲注(10)六一五頁は、注文者が、仕事の途中で、請負人が契約の内容通りに仕事をしないことを発見したときは、そのとくに變更を請求することができ、請負人が正当な理由なしにこれに従わないときは、この点で債務不履行を生じるともいう。

(13) 三宅正男『契約法(各論) 下巻』八八四―八八五頁(一九八八年)。この説を支持するものとして、平野・前掲注(11)四四五頁。

(14) 田山・前掲注(11)四一六―四一七頁も、完成期から逆算して社会通念上不可避免的に履行遅滞になるという場合を、「遅滞が確実な場合」と捉えたうえで、履行期前解除を認める。

(15) 三宅正男『契約法(総論)』二〇三―二〇四頁(一九七八年)、同・前掲注(13)八八四頁。

(16) 三宅・前掲注(13)八八五頁、八八八頁。

(17) 田山・前掲注(11)四一六―四一七頁。

(18) ドイツ債務法改正草案を検討する中で、わが国においても履行期前解除を認めるべきことを言及するものとして、下森定二岡孝編『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』八五頁(平野裕之執筆)(一九九六年)、英米法、ドイツ法、ウィーン国連売買条約(CISG)等の国際的統一ルールに関する比較検討を通じて、わが国においても履行期前の催告なしの即時解除を認めるべきことを主張するものとして、石崎・前掲注(1)一八九頁がある程度である。

(19) 論文としては、岡松参太郎「所謂『積極的債権侵害』ヲ論ス」新報一六卷一七六頁以下(一九〇六年)、菅原春二「債務の履行拒絶に就て」論叢八卷一頁(一九二二年)、川添清吉「債務の履行拒絶」法曹会雑誌一〇卷二頁、三頁、二七頁(一九三三年)、勝本正晃「債務者の履行拒絶(一)」「(三・完)」東北法学四卷二頁一〇九頁、六頁六五八頁、五卷六八四七頁(一九三五―三六六年)、末延三次「履行期前の履行拒絶に対する損害賠償の請求——英米法における Anticipatory Breach について——」『英米法の研究 上』八六頁(一九五九年)、長尾治助「履行拒絶による契約の解除——Doctrine of Anticipatory Breach の示唆——」東京外国語大学論集一二号五五頁(一九六五年)、北川善太郎「現代契約法Ⅰ」二四四―二四五頁(一九七三年)、長尾・前掲注(9)五一頁以下、横田貫一「論文紹介: Comment, Anticipatory Breach: A Comparative Analysis, 50 TUL. L. REV. 927-934 (1976)」アメリカ法一九七九年一三三六頁(一九七九年)、田沼証「履行拒絶に関するドイツの初期判決の検討」新報一〇五卷二二三号五五頁(一九九八年)など。注釈書、体系書としては、奥田昌道編『注釈民法⑩』三五四頁以下(北川善太郎執筆)(一九八七年)、北川善太郎「民法講要Ⅲ債権総論」[第3版]一〇八一―一〇九頁、一八四頁(二〇〇四年)、潮見佳男「債権総論Ⅰ」[第2版]一五二頁以下(二〇〇三年)、内田貴「民法Ⅲ」[第3版]債権総論・担保物権一二七頁(二〇〇五年)、平野・前掲注(11)

一四〇—一四一頁など。

(20) 拙稿『契約危殆』状態における履行確保(二)——不安の抗弁権から履行停止権への展開——」修道二〇巻一号五七頁(一九九八年)。

(21) 潮見佳男教授の債務構造論も、ほぼ同様の立場になつた。ただし、潮見説は、このような具体的行為義務を給付義務の構成要素のひとつと位置づけている点において、北川説と異なる。潮見佳男『契約規範の構造と展開』七七頁(一九九一年)、同『債権総論』一〇—一一頁(一九九四年)。潮見『債権総論I(第2版)』二四頁、二九頁(二〇〇三年)、奥田昌道編『新版注釈民法⁽¹⁰⁾』二八頁以下〔潮見佳男執筆〕(二〇〇三年)においてもこの立場は維持されている。

(22) 北川善太郎『契約責任の研究』三五五—三五六頁(一九六三年)。奥田編・前掲注(19)四〇一頁以下も参照。

(23) 奥田編・前掲注(19)三四九—三五〇頁、三五七頁、北川・前掲注(22)三七七頁、同・前掲注(19)『現代契約法I』二四三—二四四頁。

(24) 北川・前掲注(22)三七七頁。

(25) 奥田編・前掲注(19)三五七頁。

(26) 北川・前掲注(22)三七七頁。

第三章 ドイツ債務法改正前における履行期前解除権の展開

債務法改正前のドイツにおいては、契約危殆に基づく履行期前の契約解除権を認める明文の規定は存在しなかった。しかし、判例・学説によりこれを認める理論が展開されており、二〇〇二年の債務法改正によって明文化されるに至った。そこで、本章では、まず、債務法改正前における判例・学説の状況を紹介し、その到達点を整理しておこう。

なお、債務法改正前のドイツ民法においては、債務不履行に基づく債権者の法的手段として契約解除権と損害賠償請求権とが選択的に認められていた(旧三二六条一項)⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾。そのため、本稿で紹介する裁判例においても、債権者が履行期前に契約を解除した例と損害賠償請求をした例とが混在している。しかし、わが国においては、契約解除

権と損害賠償請求権とが両立し得ること、および本稿の検討対象は、法的手段の如何ではなく、履行期到来前に債務不履行と評価され法的手段を講じることが認められる場合の法的根拠および法律構成であることから、両者を分けて論じることとする。

一 裁判例

ドイツにおいては、契約危殆に基づく履行期前の解除ないし損害賠償請求が問題となった裁判例が比較的多くみられるが、契約類型または契約危殆のタイプによって適用条文が異なっており、これに伴い法律構成にも若干の違いがある。このため、本稿においても、まず遅滞の恐れが問題になった裁判例と、引き渡された目的物の瑕疵が修補されない恐れが問題になった裁判例とに分け、前者をさらに、給付障害法の総則規定である旧三二六条の類推適用が問題になった事案と、請負契約における契約解除権に関する旧六三六条および旧六三四条の類推適用が問題になった事案とに分けることにする。⁽²⁹⁾

1 遅滞の恐れが問題となった裁判例（1）——給付障害法の総則規定（旧三二六条）の類推適用——

ここに含まれる裁判例としては、主に次の二つの紛争類型を挙げることができる。ひとつは、売買契約において売主が期日どおりに目的物を引き渡すことができない恐れが生じたため、買主が履行期前に契約を解除ないし損害賠償を請求したというタイプである（後掲判決【2】【5】【6】【9】）。いまひとつは、将来建築予定の建物に関する賃貸借契約または賃貸借予約において、賃貸借の目的物たる建物が予定どおりに完成せずそのため賃貸借も予定どおりに開始できない恐れが生じたため、賃借人または賃借人になるべき者が契約を解除ないし損害賠償を請求したというタイプである（後掲判決【4】【8】）。後者は、建物の建築工事の遅れが問題になっているという点においては、後述する請負契約の紛争と類似するが、契約としては賃貸借であるため、旧三二六条に基づく契約解除ないし損害賠償請求が問題となる。

【1】帝国裁判所一九二二年二月一九日判決 (30)

〈事実の概要〉

詳細は不明だが、機械設備の売買または請負契約において、買主または注文者Yが、約定の引渡期日前に、本件契約の解除の前提として相当期間の設定をして催告をしたという事案である。

〈判旨〉

「機械設備は一月三〇日までに稼働できる状態に引き渡すことになっており、そのためその少し前にすでに準備および設置が開始されなければならなかった。したがって、一月二八日までに機械を全く然るべき場所に運び込まなかったX（売主または請負人——筆者注）は、すでにこの時点において契約上の債務の履行を怠ったことになる。それゆえ、二八日になされた催告および同時になされた相当期間の設定——催告と相当期間の設定を一緒になすことは認められる——は、早すぎるとは解されない。」

本判決は、売主ないし請負人が期日どおりに引渡ができるように履行の準備をしなかった時点ですでに債務不履行が生じていると述べ、遅滞における手続（相当期間の設定）を履行期前に「前倒し」して行ったことを正当と判示した。民法典施行後かなり早い段階ですでに、最上級審裁判所が履行期前の法的措置を認めたことは、注目すべきである。しかし、本判決は、履行期前解除の解釈論的根拠や法律構成について何等言及していない。そのため、なぜ履行期前に契約を解除する必要があるのか、履行期前解除を認めるとしても、「期日どおりの履行ができるよう準備をしなかったこと」が、それ自体ですでに「遅滞」になるということなのか、それともいわゆる付随義務違反として積極的債権侵害と位置づけられるのか等、解釈論上の問題は解決されないうまま残されることになる。

【2】帝国裁判所一九一八年九月一七日判決 (31)

〈事実の概要〉

一九一六年三月一日ないし一五日、売主Yと買主Xは、水筒用のフェルトカバー二万枚を売り渡す旨の売買契約を締結した。引渡は、同年四月、五月および六月に三回に分割して行うこととした。Xはこのフェルトカバーを他に転売することを予定していた。ところが、同年四月三日、

証拠書類発行手続の変更により本件フェルトカバーについては証拠書類の発行を受けられる見込みがなくなったとして、YはXに対して、期日どおりに引き渡すことができない旨通知した。Xは同年四月五日、損害賠償請求の可能性を示唆しつつ、三日間の期間を設定して履行準備に関する説明を求めたが、Yは翌六日、四月三日に書面で記したのと同旨の返答をしたうえで、仮に証拠書類が発行されてもはやフェルト生地を入手できない旨述べた。

そこでXは、Yの不履行を理由に損害賠償を請求した。

〈判旨〉

まず、帝国裁判所は、次のように述べて、Yの契約履行に対してXが疑念を抱いたことを正当なものと認めた。

「自由な取引におけるフェルト生地の仕入れは、Y自身の主張によれば、本件紛争が生じた時にはすでに困難に直面していた。Xはこれにより、Yのもとで入手しようと意図していたフェルトカバーの必要数を、第三者と契約を締結することによってできるだけ早く確保する必要に迫られた。」

このような場合における、履行期前の契約関係の解消につき、次のように判示してこれを肯定した。

「Xは、Yとの関係の法状況をできるだけ短期間に明確にすること、およびこの目的のために民法三三六条——同条は積極的契約侵害の場合に適用される——の法的救済を遅滞なく行使することに、きわめて差し迫った利益を有していた。したがって、Xは、当事者間で合意した引渡期日が経過する前であっても、債務を完全に履行しなかったことに対する損害賠償を請求し、契約を解除することができる。Xは一九一六年四月五日の書面において、要求を満たさなかった場合の措置につき、注意深くこの手続をとった。それゆえ、Xは、一九一六年五月一日のYの書面で述べられていた、今は契約を履行する意思がある旨の申し出を——実際にそうしたように——拒絶することができる。」

そのうえで、Yが本件フェルトカバーをXに対して引き渡すことが困難になった原因について、裁判所は、「Yは、Xのためにカバーを製造するために十分なフェルト生地を保有していたが、代替品を仕入れることができるかどうか——官庁の助力を得てにせよ、自由な取引によってにせよ——不確実なまま、これを第三者からの注文に応じるために消費してしまった。しかも、Yは一九一六年四月三日および六日の書面において右状況を説明すべきであつたにもかかわらず、過失により説明しなかった」と認定し、Yの積極的契約侵害に基づく責任を肯定した。

本判決は、判決【1】を受け継ぐかたちで、そこで不明確だった点を明らかにしている。第一に、本判決は、履行遅滞に基づく契約解除権を定めた旧三三六条に基づき相当期間を設定することによって履行期前の契約解除がで

きる旨を明言している。第二に、契約危殆の法的位置づけについて、これを積極的契約侵害と捉えている。すなわち、売主Yが全部の契約を履行できない状況に陥り、さらにこれについてXに対して適切な説明を怠ったことにより本件契約の履行を重大な危機に陥らせたことは、積極的契約侵害を構成するものである。そして、このように評価される実質的根拠として、判決は、売主との取引によって得た目的物を買主が第三者に転売することが予定されており、買主としては当該第三者との契約を履行するために、早期に売主の状況を明確にし、売主による債務の履行が望めない場合には早期に売主との契約を解消して填補取引する必要性があったことを挙げている。

【3】連邦通常裁判所一九五三年一月一三日判決
〈事実の概要〉

一九五〇年九月七日および八日、傭船会社XはYとの間で傭船契約を締結し、貨物船をニューヨークの港に向かわせた。同月一日に船はニューヨークに到着し、船荷の積載を待ったが、Yはこれを行おうとしなかった（後に、Yには船荷を運送すべき荷主がいなかったことが判明した）。そこでXはYに対して、同月一二日正午までに船荷の積載が開始されるか、または本件契約の履行につき銀行保証をしない場合には、Xは本件契約に基づく債務を免れたものとみなす旨通知した。YがXの請求に応じなかったため、同月一三日、Xは貨物船をニューヨークから引き揚げ、損害賠償を請求した。

(33)
これに対してYは、Xが商法五七七条一項に違反して積荷期間満了前に船を引き揚げたと主張した。
〈判旨〉

判決はまず、次のように述べて、債務者の故意過失による契約目的の危殆化が積極的債権侵害になることを確認した。

「重要なのは、単に契約目的を危殆化せしめたというだけではなく、右危殆化によって被害当事者において契約の継続がもはや認容し得ないほど、違反の程度が著しいということである。事案における全ての諸事情、とりわけ契約の性質や契約当事者の関係および利益に鑑み、契約に誠実な当事者において契約の継続がもはや認容し得ないほどに契約侵害が重大な場合には、少なくとも通常は、相当期間の設定や給付の受領拒絶に関する予告はもはや不要である。むしろ、契約侵害の被害当事者は、一定の理由を示して直ちに契約を解除することができる。」

本件においては、Yの一連の行為によって「Yが契約を誠実に遵守することに対するXの信頼は、Xにとって契約の維持がもはや認容し得ない

ほどにまで大きく揺らいだ。このような場合には、最初に生じた利益の危殆化は、利益の喪失と同一視すべきである」と述べて、積荷期間満了前になされたXの契約解除を正当とした。

本判決は、契約目的の危殆化が積極的債権侵害にあたるという従来の判例理論を契約危殆の事案に適用し、債権者に無催告の履行期前解除権を認めた。この結論は、たしかに判決【2】やこれを踏襲したその後の裁判例とは異なっている。しかし、本件には、やや特殊な事情が存する。すなわち、Yは、実際には荷主がいなくてもかわらずXとの間で傭船契約を締結したり、荷主として実在しない会社名をXに告げたり、銀行からの融資が受けられたと虚偽の事実をXに述べたりするなど、悪質な背信行為を繰り返している。判決はこの点を重視して、契約危殆の程度が著しく債権者において契約関係を維持することが認容し得ないと判断し、無催告の履行期前解除を認めたものである。

なお、判決は無催告解除を肯定しているが、本件ではXは解除に先立って相当期間を設定して催告を行っており、判決【2】の枠組によっても同じ結論が得られた事案であった。

【4】連邦通常裁判所一九七〇年四月二九日判決 (34)

〈事実の概要〉

一九六四年六月二二日、Y (賃貸人) が将来建築することを予定している事務所用建物につきX (賃借人) との間で賃貸借の予約がなされた。この予約には、賃貸借の開始や建物の完成に関する期限は明示されていなかったが、Yは工期を一八か月以内にするよう努力すべきことや、これをさらに七か月以上超過した場合にはYに違約金支払義務が生じることが規定されていた。

ところが、当初計画された建物は、その建ぺい率が建築法上の基準を超えていたため、Yが土地を追加購入して敷地を広くするか建物の規模を小さくしない限り、建築許可が得られないことが判明した。土地を追加購入するにせよ、当初の計画を大幅に変更するにせよ、容易ではないため、少なくとも予定されていた賃貸借開始期日に間に合う時期にYにおいて建物を完成させることが難しくなった。

〈判旨〉

判決はまず、本件建物につき建築許可が得られなかった場合には、建物を建築することはできないのであるから、建築許可の問題は、賃貸借予約においてYが負った債務の履行に対する克服し難い障害であること、仮に敷地を広げたり建物の規模を小さくしたりすることによって建築が可能だとしても、少なくとも著しい遅滞の恐れを生ぜしめること、およびこの履行不能または履行遅滞についてYに帰責事由があることを確認した。そのうえで、履行期前の契約解除につき、次のように判示した。

「遅滞または不能が生じたとすればYが責任を免れることができないと予見される場合には、Xは、右のいずれも生じていなくても、民法三二六条を準用して期間を設定し、その期間内に契約の履行がそもそも可能なかどうか、可能だとしていつ可能なのかについて明らかにするようYに対して求めることができると解さなければならない。このことは、信義誠実を顧慮して認められる。Xにおいて、民法三二五条および三二六条に基づく権利を行使するためにさらに何か月も待つことは認容し得ない。むしろ、必要な賃貸不動産を調達するために別の決断をする（当該相手方との契約を解消して別の相手方を探す——筆者注）ことができるように、直ちに状況を明らかにすることをXに認めなければならない。」

本判決は、連邦通常裁判所が帝国裁判所の判例を結論として踏襲することを明らかにした判決として重要な意義を有する。本判決によれば、将来において債務者が遅滞の責任を負うであろう場合には、履行期到来前であっても、これらが現実が生じたのと同様の取り扱いをすることが認められるという。つまり、契約危殆を「履行遅滞が将来において生じるであろうことが合理的に予見できる場合」と捉え、遅滞責任のいわば「前倒し」として旧三二六条を準用するのである。そして、このような「前倒し」を認める根拠として信義誠実の原則を挙げ、より具体的には、①期日どおりの履行が見込めない状況下においては、不履行に基づく損害賠償請求権ないし解除権を行使し得るために履行期到来を待つことは債権者において認容し得ないこと、②必要な場合には契約を解除して填補取引ができるよう、履行可能性について知る利益が債権者側に存することを挙げる。

【5】連邦通常裁判所一九七五年二月一〇日判決 (35)

〈事実の概要〉

スチールパイプ用の鉄に關して当事者間で締結した二つの売買契約のうち一つについて、売主Yが期日どおりに目的物を引き渡すことができるかどうか疑問視される状況が生じた。その原因は、Yの経営状態の悪化や、Yの施設において原料であるコークスの調達が困難になったことにある。このためYは再三にわたり、期日どおりの引渡ができない旨を買主Xに予告し、引渡期日の延期を求めている。Xは、この目的物を自己の取引先に転売しなければならないため、期日どおりに引き渡すことの確約を求めた。Yがこれに応じないためXは、目的物の受取を拒絶して損害賠償を求めた。

〈判旨〉

判決はまず、債務者が履行期前に履行拒絶をなした場合には、債権者は相当期間を設定しなくても履行期前に契約を解除できること、履行期前の履行拒絶が認められるためには、履行拒絶の意思が終局的であることが必要で、この要件は厳格に判断されることを述べ、本件においてはこの要件を欠いていたと認定した。

次いで、履行期前の履行拒絶が認められない場合であっても、「債務者の履行の準備を直ちに明らかにすることにつき正当な利益を有する債権者は、給付の履行期が到来していなくても、民法三三六条を類推適用して、債務者が契約とおりに履行するか否かを説明するための相当期間を債務者に対して設定することができる。その際、債権者は、この期間経過後は給付の受領を拒絶する旨を債務者に対して明示しなければならない。このことは……信義誠実により認められる。というのは、一方では、債務者が当該事情の下では合意に従った給付をすることができない旨を表示した場合において、給付の履行期が到来するまで待つて民法三三六条に基づいて手続をとることは、通常、債権者において認容し得ないからである。また他方では、債務者も、合意した給付を終局的に拒絶しない限り、債権者から不意打ち的に解除または損害賠償請求をされることはない」と述べ、契約どおりの履行が疑問視される場合には、三三六条を類推適用して履行期前であっても相当期間を設定したうえで右期間の満了とともに解除または損害賠償請求できることを認めた。

ただし、本件においては、履行期前解除・損害賠償請求の要件を満たしていたとしても、Xが相当期間を設定せずに直ちに損害賠償請求をしたことから、Xの主張を認めなかった。

(36)

【6】連邦通常裁判所一九七六年一〇月六日判決

〈事実の概要〉

一九六七年三月一五日、植木鉢メーカーの売主Yと卸売業者の買主Xとの間で、植木鉢の売買契約が締結された。これに基づいて同年九月一日までにXからYに合計四〇〇万個の注文がなされ、具体的な引渡数および期日については、Xの請求に応じてその都度の数量を八日以内にYが引き渡すこととされた。ところが同年一二月、Xの引渡請求に対してYは、在庫がないため翌年にならないと引き渡すことができない旨返答した。

というのは、Y側において植木鉢の原料である粘土の移し替え作業が行われており、そのために植木鉢の製造に大きな支障が生じていたからである（ただし、これは後の当事者間の協議の中でY側から明らかにされた）。その後、書面において協議が重ねられたが、そのたびにXは、注文した植木鉢の必要性を主張し、契約どおりに引き渡すよう求めた。一九六八年七月一日、Yは、引渡困難な状況が解消したことおよび今後の製造・発送体制および予想される数量につき具体的に説明したが、Xは従前のYの遅滞を指摘して引渡の受領を拒絶し、損害賠償を求めた。

〈判旨〉

判決は、前記判決【5】を引用した上で、そこでの論理が継続的供給契約ないし分割履行契約にもあてはまると述べた。すなわち、債務者が真剣かつ終局的に履行拒絶をしている場合には、債権者は履行期前であっても即時に契約を解除することができる。これに対して、真剣かつ終局的な履行拒絶に至らないが履行が不安視される場合には、「債権者は債務者に対して通常、未履行給付に関して民法三二六条を類推適用して、受領拒絶の予告を付したうえで、債務者が契約どおりに契約を履行するかどうかを明らかにするための期間を設定することができ、かつそうしなければならない。このことは……信義誠実から認められる。履行期が到来しても契約上の義務を遵守せず引渡期日を遵守できないと債務者が表示した場合には、積極的債権侵害の問題となる。このような場合には、民法三二六条が類推適用されなければならない。というのは、債務者が履行期前に、契約に従って、とりわけ期日どおりに給付できない旨を表示した場合には、債権者においては、給付の履行期到来を待つてはじめて三二六条の手続をとるのは認容し得ないからである。債務者が真剣かつ終局的に、時宜に適した給付を拒絶した場合には、債権者はむしろ、填補取引——これは債務者の利益にもなる——に努めるための機会を有するのである。他方で、終局的な履行拒絶をしなかった債務者は、債権者からの契約解除や損害賠償請求によって不意打ちを受けることはない。」

しかし、本件においては、「XがYに対して……三二六条に基づいて合意どおりに引き渡すか否かを明らかにするための相当期間を、受領拒絶の予告を伴って設定していたならば、Yは合意した植木鉢の量をXに引き渡していたかもしれないという可能性を排除することはできない」と述べ、Yの真剣かつ終局的な履行拒絶を否定した。そうすると、民法三二六条に基づく相当期間の設定が必要であるところ、Xはこれをせずに損害賠償請求をしたとして、Xの請求を退けた。

両判決とも、旧三二六条を類推適用するという従来の裁判例を踏襲しつつ、その根拠を、より詳細に論じている。すなわち、一方では、債権者において履行期到来を待たずに契約解除を認める必要性があるが、他方では、履行期到来前に突如として契約を解除されることによって債務者が不利益を蒙る可能性があることも考慮しなければなら

ない。このような両当事者の利益状況を調整するため、一方では履行期前解除を認め、他方では、債務者にとって不意打ち的な解除にならないために、解除に先立って旧三三六条が定める相当期間設定の手續を踏まなければならないこととしたのである。そして、同条の手續を踏む以上、単に相当期間を設定するだけでは足りず、条文の文言どおり、この期間経過後はもはや給付を受領しない旨の予告もしなければならぬことを確認した。

また、両判決は、「履行期前の履行拒絶」を引き合いに出し、契約危殆との状況の類似性および相違点を挙げ、右の結論を補強している。すなわち、まず「履行期前の履行拒絶」に基づく契約解除が認められるためには、翻意が期待し得ないほど拒絶意思が強固なものでなければならぬとの判例・通説⁽³⁷⁾を確認し、これに当たらない場合にまで即時の履行期前解除を認めることは債務者にとって不意打ちになり妥当でないとして即時の履行期前解除を否定する。しかし、期日どおりの履行が不安視される場合には、履行期前の履行拒絶におけると同様、債権者において履行期到来まで待つことは認容し得ないため、債権者は相当期間を設定して期日どおりの履行に対する証拠の提示を求めることができ、これが提示されなかった場合に履行期前解除できるといふ。つまり、相当期間内に右証拠が提示されなかったことは、それ以前の契約危殆状態と相俟って、履行期前の履行拒絶と同様の法的効果を付与するに値する状態を生ぜしめることになる。

【7】連邦通常裁判所一九八二年一〇月二二日判決⁽³⁸⁾
 〈事実の概要〉

一九七八年、注文者Xは請負人Yとの間で、一戸建て家屋の建築に関する請負契約を締結した。一九七九年七月にXは本件建築に関する建築許可を得たが、Yは工事を開始しなかった。Xは、同年一〇月七日、いつ工事を開始するのかをYに尋ねた。これに対してYは、自らが委託した現場監督が複数の下請業者と連絡をとっている旨返答しただけであった。さらにXは、一九八〇年二月一二日までに四度にわたりYに対して工事の開始および建物の完成につき確約しそれを裏付ける資料を提示するよう求め、返答の期限を守らない場合にはYからの履行を拒絶する旨予告した。

ところがYは、Xが先履行すべき敷地の整地が不完全なために工事が開始できないのだと主張し、Xに対して整地を行うよう求めた。Xは、同月二六日、本件契約に基づく給付の受領を拒絶して別の業者に本件工事を依頼し、要した追加費用の賠償をYに対して請求した。

〈判旨〉

判決はまず、Xが先履行義務を負っていた敷地の整地が完全になされていたと認定し、Xに義務違反はないと述べた。そのうえで、Xの契約解除につき、判決【4】【5】を引用しつつ、次のように一般論を述べた。

「とりわけ建築工事に関する長期契約において、請負人の責任領域に存する障害が生じ、それによって、合意した建築がそもそも完成できるかどうか、いずれにせよ時宜に適して完成するかどうかにつき深刻な疑念が存する場合には、注文者は、契約の履行が可能かどうか、可能な場合にはいつ可能なのかを証明するための相当期間を設定することができる。……VOB/B五条四号⁽³⁹⁾のこのような拡張解釈は、民法三二六条一項の解釈につきすでに認められているが、これは信義誠実の要請に基づくものである。」

「すでに生じている遅滞およびその原因に基づいて、XはYに対して、まず第一に具体的な履行準備をするよう求めることができる。契約がそのような内容を規定していないことは、反論にならない。建築契約の期日どおりの履行が諸事情の下で疑問視され、本件のように、注文者においてさらに待つことが認容し得ない場合には、注文者は請負人に対して、VOB/B五条四号を準用して、必要な要件を証明するための相当期間を設定することができる。」

本件においては、Xは、Yが本件工事を遂行・完成することができるのかどうか、具体的には、建物の建築工事を行う下請業者をYが手配することができるのかどうかにつき、深刻な疑念を抱いていたと判示し、Xの請求を認めた。

本判決は、VOB/B (Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B : 公共建設請負工事標準約款) が利用された契約において、目的物の期日どおりの完成・引渡が懸念された事案である。判決は、旧三二六条の準用ないし類推適用により履行期前解除を認めた判決【4】【5】を引用しながら、VOB/B五条四号の解釈としても同様の結論を導くことができると判示した。判決の中では「履行期前でも」ということが明示されていないものの、本件において履行期が到来していないことは明らかであるし、本判決が引用している判決【4】【5】がいずれも履行期前の契約解除を認めたものであることから、本判決が履行期前解除を肯定する趣旨であることは疑いない。

【8】連邦通常裁判所一九八八年五月一日判決⁽⁴⁰⁾

〈事実の概要〉

一九八二年二月一五日、賃借人Xは賃貸人Yとの間で、Yが建設する予定のホテルに関する賃貸借契約を締結した。この賃貸借関係は、遅くとも一九八四年二月一日に開始されることになっていた。ところが、Xが工事の遅れに不安を抱き、建築専門家を伴って視察した結果、期日どおりに完成させることが客観的にみて不可能と判断し、一九八三年一月三〇日、XはYに対して損害賠償を請求した。

〈判旨〉

判決は、前記判決【4】【7】を引用しつつ、「ホテルの建築に関する完成期日の合意が遵守されない——賃貸借の目的物が遅れて完成する可能性が継続する——ことが確実に予期されるといった給付障害は、遅滞と同様に扱われるべき」であると述べて、Xの履行期前の損害賠償請求を認めた。

【9】連邦通常裁判所一九九四年一〇月二六日判決⁽⁴¹⁾

〈事実の概要〉

買主Xは売主Yとの間で、一九八八年九月から同年一〇月にかけて、合計一三個におよぶ自動車（新車）の売買契約を締結した（以下、契約1、契約13と呼ぶ）。契約1、12については、一回の注文につき一台のみの引渡であったが、契約13については、一九八八年一月末日、二月末日および三月末日までに、各四台ずつ引き渡すこととされていた。しかし、Yは自動車を仕入れることができなかったため、右契約の履行期が到来してもXに対して自動車を引き渡すことができなかった。Xは一九八八年二月一九日、履行期の到来している契約につき引渡をするよう求めたが奏効しなかったため、同月二四日、契約全てにつき給付の受領を拒絶したうえで損害賠償を請求した。

なお、損害賠償請求をした時点では、契約1、9、および契約13のうち最初の引渡について履行期が到来していたが、契約10、12、および契約13の二回目および三回目の引渡については履行期が到来していなかった。

〈判旨〉

判決はまず、本件契約は、いわゆる継続的供給契約ではなく、別個独立の契約が同一当事者間に複数存するにすぎないとの前提に立った。そのうえで、第一に、Xが損害賠償請求をした一九八八年二月二四日の時点において履行期の到来しているYの債務のうち、契約1、9については、履行遅滞が存するため、Xの損害賠償請求を認めた。第二に、契約13については、Yの著しい不信行為による積極的契約侵害を理由として、即時の損害賠償請求を認めた。

第三に、契約10、12については、履行期が到来していないうえ、Yは履行拒絶をしているわけでもなく、また継続的供給契約における解約告知

の理論が適用されるわけでもないとして、解除および損害賠償請求を否定した。ただし、契約10、12についても、判決【5】を引用しつつ次のように述べて履行期前の契約違反に基づく契約解除が可能だったことを指摘した。

「Xが契約を解除する前に——当時まだ引渡期日が到来していなかった三台の自動車に関してXが懸念した履行意思（および履行能力）を明らかにするために——Yに対して、民法三三六条を準用して、合意したとおりに契約を履行するか否かを明らかにするための相当期間を、受領拒絶の予告を伴って設定していたとすれば、その場合にのみ、Xは、残り三台の自動車に関する契約の不履行を理由に、損害賠償を請求することができたはずである。」

両判決とも、履行期前の解除・損害賠償請求に関する詳細な判示を行うことなく、従来の裁判例を引用しつつこれを確認するにとどまっている。このような裁判例の態度は——判決【9】については履行期前解除に関する判示は傍論だったという事情もあるが——これまでみてきた裁判例を通じて、契約危殆を理由とする履行期前解除がドイツの判例上確立したことを示すものと言えよう。

2 遅滞の恐れが問題となった裁判例（2）——請負契約に関する規定（旧六三六条および旧六三四条）の類推適用——

ここに含まれる裁判例は、建築請負契約において、期日どおりに目的物が完成および引渡できない恐れが生じたため、注文者が履行期前に契約解除ないし損害賠償請求のを開始したというタイプの紛争を扱っている。請負契約に関しては、履行期前の瑕疵修補請求を認めた旧六三四条および完成期日の遅延に基づく注文者の契約解除権を認めた旧六三六条があるため、多くの裁判例は右規定の解釈として履行期前解除・損害賠償の問題を処理している。

〔10〕帝国裁判所一九二五年二月二〇日判決
（42）
〈事実の概要〉

不明である。

〈判旨〉

「民法六三六条に基づく注文者の解除は、契約上の引渡期日およびこれに引き続いて行われた相当期間を徒過したことを要件としない。注文者は、請負人の遅延も故意過失もなくとも、解除をすることができる。民法六三四条の準用により、仕事の完成前においてすでに、仕事が期日どおりに完成しないであろうことが判明した場合には、注文者は仕事完成前であっても、請負人に対して、相当期間を設定して右期間の経過後は受領を拒絶する旨を予告することができる。」

本判決は、請負契約において目的物が期日どおりに完成しない恐れがある場合に、注文者が履行期前に相当期間を設定できることを明言した。判決はその根拠を旧六三四条に求めており、後の判決の先駆けとなったという点において、本判決は重要な意義を有する。しかし、本判決には、旧六三四条との関係について詳細な言及がないため、法律構成が明らかでない。さらに、本判決が履行期前の「解除」を認める趣旨かどうかは不明である。というのは、後述するように、旧六三四条一項一文が、履行期前に相当期間を設定することはできるが右期間が履行期前に満了してはならないと規定しているため、これを根拠に履行期前解除を否定する考え方もあり得るからである。

【11】帝国裁判所一九三六年一月二〇日判決 (43)

〈事実の概要〉

訴外A（注文者）は、ポンプ装置および自動給水装置の配管の設置工事を複数の業者に分担して請け負わせた。その中のY（元請人）が担当した配管の部分には、鉄道の線路が敷設してあったため、トンネルを掘って配管を行うことになった。そこでYは、一九三四年三月末ないし四月初めにX（下請人）に対して、トンネル区間の地下水の排水工事を下請負させた。当該区間には水を通さない粘土層があり工事が困難をきわめたため、Yは、一九三四年五月一九日、A方へ赴き、工事方法の変更に関する同意を求めた。しかしAは同月二八日、Yとの請負契約を解除した。そのため、Yは同年六月一日、Xとの請負契約を解除した。

Xがすでに行った工事に対する報酬の支払を求めて訴えを提起したのに対して、Yは、Aが要求していた期日に間に合うようにXが工事を行わ

なかったことが原因でA・Y間の契約が解除されるに至ったのだと反論した。

〈判旨〉

判決は、次のように述べて、一般論として履行期前の契約解除を肯定した。

「注文者は、六三四条一項二文に基づいて、引渡前に瑕疵が判明した場合には、仕事の目的物が引き渡される前に所定の権利を取得することができる。これと同様に、仕事または本件で問題になっている仕事の一部が期日どおりに完成しないであろうことが確実な場合には、仕事の完成期日が経過する前であっても、六三六条および六三四条に基づく権利が注文者に認められる。したがって、当時すでに仕事の一部が期日どおりに完成しないであろうことが確実だった場合には、Yの契約解除時にまだ仕事の最初の部分を完成すべき期日が経過していなかったとしても、Yは六三六条および六三四条に基づく権利を有する。」

ただし、本件においては、Yは五月一八日の段階で、同月末日までにXの工事が完了しないと判断しAに工事方法の変更を申し入れたために、Xの工事が一時的に中断され、このことも工事の遅延を招く一因となったと判示し、五月一八日の段階で、工事が期日どおりに完成する見込みが本当になかったかどうか、どの程度遅延することが見込まれたのか等についても審理したうえで、Yの契約解除が正当なものか否かを判断し直すべきとして、Yの契約解除を正当とした原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。

本判決は、履行期前の相当期間設定の根拠を旧六三四条の趣旨に求めることにつき具体的な判示を行っている。

同条一項は、目的物に瑕疵が存することが履行期前に判明した場合には、注文者は直ちに相当期間を定めて瑕疵修補を請求することができ、この期間が満了しても瑕疵が修補されない場合には、契約を解除し、もしくは代金の減額を請求することができる旨を定めている。他方、旧六三六条は、目的物が期日どおりに完成しなかった場合には契約解除につき旧六三四条一項ないし三項が準用される旨を定めている。すなわち、旧三三六条と同様、注文者は相当期間を設定して引渡を求め、右期間経過後に解除することができる。本判決は、「履行期到来時に瑕疵が存する恐れ」と「履行期到来時に仕事が完成しない恐れ」が、契約どおりに履行されないという点において共通するという論理を用いて、前者に関する規定を後者にも類推し、旧六三六条を介して履行期前解除を認めると判示した。

もつとも、旧六三四条一項二文後段によれば、相当期間は、目的物の引渡期日より前に満了しないように設定しなければならない。当初の引渡期日までは請負人は仕事完成について期限の利益を有しているからである。したがって、右規定によれば、注文者は、引渡期日到来前に修補請求をなすことはできるが、修補の期限を引渡期日より前に指定し右期限が遵守されないからといって履行期前に契約を解除することはできないことになりそうである。しかし、「遅滞の恐れ」がある場合には事情が異なるため、同様の論理を用いることはできない。債権者が相当期間を設定して請求するのは、目的物の給付それ自体ではなく、期日どりの履行に対する保証等であるから、引渡期日前に相当期間が満了したとしても債務者の期限の利益を不当に奪うことにはならないし、期日どりの履行に対する保証等は、引渡期日より前に提示されなければ債務者にとって意味をなさないからである。結局、旧六三四条一項二文後段の規定は、遅滞の恐れを理由とする履行期前解除を妨げるものではない。

【12】連邦通常裁判所一九九二年五月五日判決 (44)

〈事実の概要〉

X（請負人）はY（注文者）との間で、UNIX用CPUカードの開発に関する請負契約を締結した（契約締結日は不明）。引渡時期については、「契約締結からおおよそ五か月後」の時期が念頭に置かれていたとの記述があるが、明らかではない。報酬は、開発作業の進行に応じて数回に分割して支払うこととされていた。その後、契約内容の変更や報酬の支払いにつき数度にわたり当事者間で協議が行われたが、不調に終わったため、一九八六年二月一日、YはXに対して、同月一七日までの期間を設定し、それ以降の履行を拒絶する旨の予告を行ったうえで、これまで支払った報酬に基づいて給付すべき成果を提示するよう求めた。Xは、この期限を守ることができないと述べ、同月一九日にこれを提示することを提案した。Yは、この日にXの事務所で提示された試作モデルを不十分だとして容認せず、一九八七年一月五日の書面でもって、契約解除の意思表示をした。

〈判旨〉

判決は、次のように述べて、一般論として履行期前解除を肯定した。

「上告はまた、Xの遅滞がないためにYの解除権は生じないと主張するが、これも支持し得ない。この点、上告は、民法六三六条一項一文が請負

人の遅滞を要件としていないことを誤解している。本条に基づく解除権が生じるのは、仕事完成期限がすでに経過している場合だけではない。仕事完成期限を徒過する恐れがあるだけでもよい。」

しかし、判決は、そもそも本件においては履行期が明確ではないのであるからYとしては明らかに履行期が過ぎるまで解除を待つべきであったこと、Xが仕事を完成させることができなかったのはYの協力が得られなかったからであり、Yの催告にXが応じなかったとしても、これによりXが履行拒絶したとは見なされない等の理由を挙げ、Yの解除を認めた原判決を破棄し、履行期等につきさらに審理を尽くすよう事件を原審に差し戻した。

本判決は、ごく簡単な判示ながら、目的物が期日どおりに完成しない恐れがある場合にも旧六三六条が適用ないし類推適用されるという従来からの判例の立場を確認している。なお、本件では、注文者は相当期間を設定することなく契約を解除しているが、それ以外に解除の要件を満たしていない可能性が高かったこともあり、この点について特に問題とされていない。⁽⁴⁵⁾

【13】連邦通常裁判所二〇〇〇年五月四日判決⁽⁴⁶⁾

〈事実の概要〉

一九九五年五月、注文者Yは請負人Xとの間で、数棟の居宅用建物および地下ガレージの建築請負契約を締結した。この契約によれば、目的物の完成および引渡期日は、それぞれ建築許可から一三か月後（居宅用建物）ないし九か月後（地下ガレージ）とされていた。ところがXは、一九九六年三月、予定していた完成期日を遵守することができず一部は三か月以上遅れざるを得ない旨をYに伝えた。同年四月三日、Yは、同月一日までに現実可能な完成期日を指定されたい旨Xに求めたが、Xはこれに返答しなかった。そこでYは、本件契約を即時解約告知した（これを定めた契約条項が存在したことが窺われる）。Xが完成部分の代金等の支払を請求したのに対して、Yは、本件解約告知がXの責めに帰すべき事由によるものであると主張し、本件契約に基づき、支払うべき金額の減額を主張した。

〈判旨〉

まず、判決は次のように述べて、一般論として、継続的契約関係における「重大な理由」に基づく即時の履行期前解除を認めた。

「契約の維持が認容し得ないほど請負人の契約違反が重大な場合には、注文者は、解約告知に対する重大な理由を有する。重大な契約違反がまだ生じていなくても、その発生が確実な場合には、解約告知権は認められる。なぜなら、法的効果を導くために契約違反の発生を待つことは、通常、注文者において認容し得ないからである。この限りにおいては、債務者が真剣かつ終局的に履行を拒絶した場合に債権者が給付義務の履行期前に、拒絶の予告を伴った相当期間を設定することなく三三六条一項一文に基づいて手続をとることができる場合と同様である。したがって、請負人が自らの責めに帰すべき事由により契約上の完成期日を遵守できず、この契約違反が、注文者において契約の維持が認容し得ないほど重大なものになることが確実視される場合にも、解約告知が認められる。」

そして、本件においては、「Yは、四月になした解約告知の時点において、Xが契約上合意した完成期日を遵守できる状況にないと考えた。これは正当である。Xがこの期日を著しく遅延するであろうことは確実であった。この遅延がXの責めに帰すべき場合には、Yは、重大な理由に基づいて契約を解約告知することができる」と述べ、Yの解約告知を正当なものと結論づけた。

本判決は、「重大な理由に基づく解約告知」によって、相当期間の設定を要することなく履行期前解除を認めた。

すなわち、重大な契約違反の発生が確実であるという事情は、請負人の故意過失によって契約目的を著しく危殆化せしめるものであるから注文者において契約関係を継続し難い重大な理由にあたる、との前提のもと、本件において仕事完成が著しく遅延することが確実であるということが、右事情にあたると解したのである。このような法律構成は、旧三三六条類推適用や旧六三六条および旧六三四条類推適用、さらにはVOB/Bの解釈によって導かれていた判例理論とは異なるため、一見すると、判例が変更されたのではないかとも思われる。すなわち、「違反の恐れ+相当期間の設定→履行期前解除」という構成から、「重大な違反の恐れ」のみを要件として即時の履行期前解除を認め、期日どりの履行に対する証拠等の提示を求めたが奏効しなかったという事情は、重大な違反の恐れを肯定する方向に作用する要素として考慮する、という判断枠組へと変更されたとの見方である。あるいは、双方の法律構成が併存し得るとの立場が表明されたと見ることもできる。たしかに、本判決が出された二〇〇〇年五月は、債務法改正に関するいわゆる討議草案 (Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes v. 4. Aug.

2000) が公表される直前の時期にあたり、討議草案では、後述するとおり、草案三三三条において即時の履行期前解除を認める規定が存在していた。このことが判決に何らかの影響を与えた可能性は否定できない（実際、後掲判決【17】はこのことを明言している）。

しかし、本判決をこのように評価するには、慎重を要する。というのは、本件契約の中には重大な理由に基づく即時の解約告知権に関する条項が存在していたことが窺われ、注文者がこの約定解約告知権を主張したため、判決は右主張に沿って判断を行ったにすぎないと見ることもできるからである。結局、本判決は、右条項が存しなかった場合に、解釈論上、即時の履行期前解除が認められることがあり得るのかという新たな問題を浮かび上がらせたにとどまる。

なお、本件では、期日どおりの仕事完成ができない旨の知らせを受けた注文者Yは、いつならば完成するのかについて実現可能な完成期日を指定するよう請負人Xに対して相当期間を定めて求めたが返答がなかったために解約告知をなしている。したがって、従来の判例理論によっても履行期前解除が認められていたと思われる。

【14】連邦通常裁判所二〇〇三年一月二八日判決 (48)

〈事実の概要〉

一九九七年二月、XはYに対して、注入鑄造機械二台を注文した。引渡期限は「一九九七年の暦で二三週間以内」と合意された。Xは、これをアメリカの顧客Aに販売することを予定していた。ところが、製造に遅延が生じた。その原因について、XはY側にあると主張し、YはXの希望に変更があったからだと主張した。Xは、自らの顧客Aと合意した違約罰を伴った引渡期限を指摘して、時間が切迫しているとYに述べた。同年五月二〇日に協議を行い、Xは、Yの側で引渡期限が遵守されないとの見解を主張した。これによれば、完成状況は一五パーセントにすぎないという。これに対してYは七五パーセント完成していると主張した。同月二五日、未完成の機械はYの承諾のもとXに引き渡され、後に別の請負人によって完成されることとなった。Xは、これによって被った損害の賠償をYに請求した。

〈判旨〉

Xの請求を棄却した原判決に対して、連邦通常裁判所は、判決【8】【12】を引用しつつ、次のように述べて原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。

「原審は、本件においてXが請負契約に関する積極的契約侵害に基づく損害賠償請求権を行使し得ることを顧慮していない。注文者は、製造期間を超過する恐れがある場合に旧六三六条一項一文に基づいて認められる解除権とともに、判例に基づき、契約の維持が認容し得ないほど請負人の契約違反が重大である場合には、重大な理由に基づく解約告知権をも取得する。この解約告知権は、まだ重大な契約違反が発生していないが将来発生することが明らかである場合にも認められる。というのは、契約違反の発生を待つことが注文者において認容し得ない場合には、注文者には、請負人に対して履行意思を具体的に示すよう求める権利が認められるからである。請負人が契約期間または契約上合意した期限を、その責めに帰すべき事由により遵守しないであろうことが明らかであり、かつこの契約違反が重大なものである場合には、契約の維持は、この意味において注文者にとって認容し得ない。このような場合には同時に、一般原則に基づいて積極的契約侵害が成立し、これに基づき損害賠償請求権が認められる。」

本判決は、判決【13】で生じた疑問に対して明確な答えを示している。判決によれば、請負人に期間不遵守の恐れがある場合、履行期前における注文者の法的手段として、①旧六三六条一項一文に基づく履行期前解除権、すなわち同条で準用されている旧六三四条に規定されているように相当期間を設定して期間遵守に対する担保供与を求め、右期間が奏効しなかった場合に契約を解除する権利が認められるほか、②請負契約のような継続的契約においては、重大な理由に基づく即時の解約告知権も認められることを明言した。後者によれば、相当期間を定めることなく、即時に契約を履行期前解除することができる。すなわち、双方の法的手段が併存し、それぞれの要件が満たされる限り、いずれを行使することもできるというわけである。同時に、重大な理由に基づく解約告知の理論は継続的契約においてのみ認められるものであるから、本判決は即時の履行期前解除の可能性を契約一般にまで広げることまで意図しているわけではない。

3 目的物の瑕疵が修補されない恐れが問題となった裁判例

ここに含まれる裁判例は、引き渡された目的物に存在した瑕疵が修補されない恐れが生じたため、注文者ないし買主が、設定した瑕疵修補期間の経過前に損害賠償を請求したというタイプの紛争に関するものである。

【15】連邦通常裁判所一九七四年六月一〇日判決⁽⁴⁹⁾

〈事実の概要〉

詳細は不明だが、概ね次のとおりであると思われる。建物の内装工事に関する請負契約において、注文者Yは、本件工事の瑕疵を理由にVOB／B二三条五号二項⁽⁵⁰⁾に基づいてXに対して相当期間を設定して修補請求を行った。Xが右期間内に瑕疵を修補しなかったため、Yは瑕疵修補を第三者に依頼したうえ、その費用を損害賠償としてXに請求した。

〈判旨〉

判決はまず、本件工事に瑕疵があったこと、したがってYには瑕疵修補請求権があったことを認定した。そのうえで、Yの損害賠償請求権につき、次のように判示した。

「注文者は、正当な理由でもって請負人に対する信頼を喪失したり、請負人が瑕疵修補義務を履行しないのではないかと懸念せざるを得ない場合には、相当期間を設定することなく、VOB／B二三条五号二項に基づく権利を行使することができる。この要件が相当期間設定後かつ右期間経過前に具備した場合も、同じである。この場合にも、右期間の満了を待つことは注文者にとって無意味であろうからである。」

判決は、本件でYが設定した相当期間は不相当に短かったが、右の事情が認められれば相当期間の設定が不要となるためYの損害賠償請求は正当と認められると判示しつつも、本件では右の事情は認められないとして、Yの損害賠償請求権を否定した。

【16】連邦通常裁判所一九七七年一〇月一九日判決⁽⁵¹⁾

〈事実の概要〉

一九七四年九月二四日、売主Xと買主Yとの間で新車のスポーツカーに関する売買契約が成立した。引渡期日については、契約書の中に「約四週間後」との文言がみられるが、これは確定的なものではなかった。同年一〇月七日、引渡前にYがXの工場を訪れたところ、引渡予定の新車があったが、そこでYは、Xの従業員がこの新車から部品（前部と後部のスポイラー）を取り外し、別の中古車に取り付けられていた同じ中古部品をこの新車に取り付けているのを発見した。そこでYは、契約を解除した。

〈判旨〉

判決はまず、契約目的の達成を危殆化せしめる行為が積極的契約侵害になること、右行為には、給付誠実義務違反、すなわち契約目的および給付結果を危殆化せしめたり侵害したりしない義務に違反する行為も含まれること、右義務違反によって、契約の相手方にとって契約の維持がもはや認容し得なくなった場合には、債権者に契約解除権が生じることを確認した。

そのうえで、本件においては、XがYに引き渡すべく準備した新車からスポイラーを取り外し、これを別の中古車に取り付けているところをYが発見したこと、および右行為に対してXが納得のいく説明をしなかったことによって、Yが契約どおりの新車が引き渡されるかどうかにつき重大な疑念を抱いたことを確認し、右の「Xの行為は、Yにおいて、契約相手方の信頼および契約誠実に対する重大な疑念を生ぜしめた。それゆえ、原審は、一九七四年一〇月七日の出来事（Xの右行為をYが発見したこと——筆者注）がYにおいて信頼の破壊を引き起こし、これによりYは積極的契約侵害を理由として契約を解除することができる」と述べ、この原審の判断を正当と判示した。

さらに、Yが契約を解除する際に、三三六条の手続を踏まずに無催告解除をしたことについて、次のように述べて、これを正当と見なした。

「たしかに、積極的契約侵害と評価される履行拒絶においては債権者は、まだ『最終的な言葉』を発していない（拒絶の旨の最終的な意思表示をしていない——筆者注）債務者に対して、三三六条の類推適用により、期日どおりに給付するかどうかを表示するよう要求しなければならない。このことは、一方では期日どおりの給付に疑問がある場合には債権者において給付の履行期まで待つて初めて三三六条の手続を踏むことは認容し得ないし、他方では給付を終局的に拒絶したわけでもない債務者が債権者からの契約解除によって不意打ちを受けるべきでもないという考慮から、正当と解される。」

しかしながら、債務者の給付誠実義務違反によって契約に従った履行に対する債権者の信頼が喪失した場合には、上述のことは当てはまらない。というのは、このような信頼の破壊は、相当期間の設定によって回復されることがないからである。したがって、この場合には、債権者は、三三六条に規定された方法によらずに契約を解除することができる。」

本件では、瑕疵ある目的物が引き渡される恐れが問題になっており、全く履行されない恐れが問題となった判決【3】とは事案を異にする。しかし、履行過程における債務者の背信行為による契約目的の危殆化という点において判決【3】と共通するため、本判決も判決【3】の判断を踏襲している。さらに本判決は、Xの信頼破壊行為ないし契約目的を危殆化せしめる行為が、付随義務としての給付誠実義務（*Leistungspflicht*）に違反する行為で

あると述べ、積極的契約侵害の具体的内容を明らかにしている。

【17】連邦通常裁判所二〇〇二年九月一二日判決 (52)

〈事実の概要〉

請負人Yは、注文者Xとの間で事務所用建物に関する建築請負契約を締結し、一九九四年九月一四日に目的物を引き渡した。ところが一九九九年五月二〇日、Xは、本件目的物が事務所として十分な明るさを確保できていないことおよび天井が低いため公法上の基準を満たさないことを理由に、同年六月三日までにこれらの瑕疵を修補するようYに求めた。Yがこれに応じなかったため、Xは損害賠償を請求した。

〈判旨〉

原審が、瑕疵修補のためにXが設定した期間が不当に短かったため無効であると判示したのに対して、連邦通常裁判所は、それでもなおXが瑕疵修補に代わる損害賠償を請求することができる場合があるとして、次のように判示した。

「相当期間が遵守されないであろうことが確実視される場合には、注文者は原則として、右期間の経過前でも損害賠償を請求することができる。このことを原審は顧慮していない。なぜなら、このような場合に相当期間の経過を待つことは注文者にとって通常、認容し得ないからである。したがって、当裁判所は、契約上の期日が遵守されず請負人との契約の維持が認容し得ないほど右契約違反が重大になることが確実視される場合には、注文者は即時解約告知権を有する旨判示しているのである。

このことは、新債務法三三三条四項の一般的な法原則からも基礎づけられる。これによれば、解除の要件が備わるであろうことが明らかな場合には、債権者は、給付の履行期前であっても、契約を解除することができる。」

本件につき原審は、Xが設定すべき期間は二か月以上が相当であったと認定したが、本判決は、「仮に二か月以上の期間があったとしてもYが右期間を遵守しないであろうことが確実だった」と述べてXの損害賠償請求を認めた。

判決【15】【17】は、請負人が瑕疵修補義務を履行しないであろうことが判明した場合には、注文者は相当期間を設定せずに直ちに損害賠償を請求することができること、および履行期到来後に設定された相当期間の経過前に右事情が判明した場合には、その時点で直ちに瑕疵修補請求から損害賠償請求に切り換えることを認めたものである。

る。このように、たしかに両判決は、履行期前の解除ないし損害賠償請求を認めたものではない。しかし、請負人が義務を履行しないであろうことが判明し注文者において瑕疵修補のために設定された期間の経過を待つことが意味を失った場合にはその時点で次なる法的措置を講じることを認める、という点において、履行期前解除と共通の論理を見て取ることができる。このことは、判決【17】が当時施行前だった新債務法三二三条四項（履行期前解除に関する規定）と同じ基礎を有する旨明言していることから裏付けられる。また、両判決では、遅滞の恐れではなく、瑕疵修補がなされない恐れが問題になった点において従来の裁判例とは異なるが、判決は遅滞の恐れが問題になった場合と同様の論理でもって処理している。このことは、遅滞の恐れ以外の契約危殆についても、同様に履行期前の解除ないし損害賠償が認められ得ることを示唆している。

二 裁判例の分析

これまで見てきたように、ドイツの裁判例は、一定の要件の下で履行期前の契約解除を認めている。以下では、その理論的根拠、法律構成および要件について、裁判例を整理しつつ、若干の分析を試みる。

1 若干の分析

(1) 履行期前解除の法律構成および根拠

裁判例の多くによれば、債務者による期日どおりの履行につき深刻な疑念が存する場合、債権者は、旧三二六条（民法が適用される請負契約においては旧六三六条および旧六三四条）を類推適用して、履行期前であっても、相当期間を設定して、期日どおりに履行ができることの証拠等を提示するよう求め、同時に右期間の満了後は履行を受領しない旨を予告することができる。そして、この期間内に右証拠等が提示されなかった場合には、契約を解除することができる。逆に言えば、債権者は即時に履行期前解除をすることができず、解除に先立って相当期間を設定し、この期間を経過した場合には履行を受領しない旨予告しておかなければならない（判決【2】【4】【5】【6】）。

【9】【12】【14】。さらに、判決【8】も同旨と思われる。また、VOB／B五条四号の解釈により、結果的に旧三二六条類推適用と同様の法律構成でもって、同様の結論が導かれている（判決【7】）。

この結論の実質的な根拠としては、契約危殆状態における契約当事者双方の利益衡量が挙げられている。すなわち、一方では、履行が期待できない状況下において履行期到来を待たなければ契約関係を解消できないとするのは債権者にとって認容し得ないため、履行期前解除を認めることにより、不安定な状態を終わらせるとともに、別の取引先と契約するなどして当初の目的を達成させる道を開くべきである（判決【2】【4】【5】【6】【16】）。しかし他方では、債務者自身が履行意思を失っているわけではないので、債権者に即時の契約解除を認めると、債務者にとっては予想外の契約解除により不利益を蒙る恐れがある。そこで、債権者に相当期間の設定を義務づけ、履行期前解除を予告させることにより、①右のような債務者側の不利益が生じるのを回避し債務者に履行を担保する機会を与えるとともに、②右期間が徒過することをもって債権者のために、期日どおりの履行がなされないことを確実なものにしようとしたのである（判決【5】【6】【16】）⁽⁵³⁾。

右の利益衡量は、しばしば「履行期前の履行拒絶」の場合と比較しつつ論じられる（判決【5】【6】【16】）。判決【9】も同旨か。さらに、「重大な理由」に基づく解約告知として履行期前解除を認めた判決【13】も、履行期前の履行拒絶理論に言及する。すなわち、債務者に履行期前の履行拒絶が認められる場合には、債権者は、履行期前であっても直ちに契約を解除することができる。この場合には、債務者の履行拒絶によって、履行期が到来し相当期間が経過しても履行されないこと、すなわち不履行が現実視されるため、契約どおりの債務の履行に対する債権者の正当な信頼ないし期待が裏切られ、これにより契約関係を継続することが債権者において認容し得ないと認められるからである。⁽⁵⁴⁾ しかも、債務者自らが履行を拒絶していることや、右履行拒絶が「真剣かつ終局的」であ

る場合に相当期間を設定して履行を促しても奏効しないことが明らかであることから、たとえ直ちに解除の意思表示がなされたとしても債務者にとっては不意打ち的な予想外の解除とは解されない。したがって、相当期間の設定も必要ない。

これに対して、履行能力を欠くために不履行が生じる恐れがあるという場合には、不履行が確定視されるまでには至っていない。また、債務者に履行意思が欠けているわけでもない。したがって、即時の履行期前解除を認めると、債務者にとっては不意打ちとなり不測の損害を蒙らせることになりかねない。しかし、不履行が予見されることから、前述のとおり、早期の契約関係解消に対する債権者の要請が認められる。そこで、相当期間の設定を介して、右期間が徒過したことをもって、履行期前の履行拒絶がなされた場合と同様、不履行が確定したものと見なし、履行期前解除を認めるのである。

他方、請負契約のような継続的契約においては、「重大な理由」に基づく即時の解約告知に関する法理が存するので、これと履行期前解除権との関係が問題となる。これにつき裁判例は、それぞれの要件を満たす限りにおいて両者が併存し得ることを明らかにしている(判決【14】)。これによれば、履行期前の即時解除が認められるのは継続的契約に限られることになるはずであるが、判決【17】の表現はやや微妙であり、契約全般に拡張できるとの含みをもたせたものと読むこともできる。このような判示は、当時、契約全般について履行期前の即時解除を規定した新債務法三二三条四項が起草されていたことと無関係ではなからう。

(2) 不履行の恐れ一般への拡張可能性

旧六三四条一項二文によれば、請負契約において目的物に瑕疵があることが判明した場合には、履行期前であっても、注文者は相当期間を設定して瑕疵修補を請求することができる。そこで判決【11】は、期日どおりに目的物が完成できないことを「不能」ではなく「遅滞」と捉えたうえで、遅滞が生じる恐れがある場合も、瑕疵ある目的

物が給付される恐れがある場合も、ともに「契約に従った履行がなされない恐れ」という点において共通するとして、右規定の類推適用を導いている。さらに、判決【15】【17】によれば、瑕疵ある目的物が引き渡された場合において、瑕疵修補期間内に請負人において瑕疵を修補することができないと見込まれる場合には、注文者は、右期間の経過前においても、損害賠償請求に切り換えることができる。これは、「履行期前」の解除ではないものの、所定の期日が経過する前の時点において右期日経過と同様の法的効果を与えるという点において、履行期前解除と発想を同じくする。そして、これらの判決は、引き渡された瑕疵ある目的物が適切に修補されない恐れが問題になった事案であり、この意味で、「遅滞の恐れ」以外の契約危殆類型にも履行期前解除が認められる可能性を示している。

なお、判決【16】は、瑕疵ある目的物が引き渡される恐れがある場合を直接に扱った裁判例であるが、後述するように、本件においては、債務者が故意に瑕疵ある目的物を引き渡そうとしたという債務者の背信性が認められ、この要素が履行期前解除を肯定するのに大きく影響している。したがって、本判決から、瑕疵ある目的物が引き渡される恐れがある場合における履行期前解除に関する解釈論を一般化することには、慎重を要する。

(3) 義務違反が生じる蓋然性の程度

義務違反が生じる蓋然性がどの程度必要なのかについて、履行期前の履行拒絶との比較において契約危殆に基づく履行期前解除を論じている裁判例は、履行期前の履行拒絶と比べると低い蓋然性で足りると解している。だからこそ、履行期前の履行拒絶の場合には即時の履行期前解除が認められるのに対して、これ以外の契約危殆の場合にはまず相当期間を設定しなければならぬのである。もともと、履行期前の履行拒絶が認められるためには非常に厳格な要件が必要とされるため、⁽⁵⁵⁾あくまでもこれと比較して低い蓋然性で足りるというだけで、かなり高度な蓋然性が必要とされることに変わりはない。このことを判決【7】は、履行期前の履行拒絶との比較を論じた判決【4】

【5】を引用しつつ、期日どおりの履行に対して「深刻な疑念が存する ernsthaft in Frage stellen」場合、または「疑問視される scheint fraglich」場合と表現している。さらに、相当期間を設定したうえでの履行期前解除を認めた裁判例でありながら、期日どおりに履行されないであろうことが「確実に予期される mit Sicherheit erwarten」(【8】)、または「確実 sicher」(【11】【14】)であることを要求している裁判例もある。

もともと、裁判例に現れた事案をみると、蓋然性の程度に差を認めることは難しい。例えば、判決【2】においては、売主のもとに目的物を製造するための原料の在庫が不足しており所定の数量の目的物を製造し引き渡すことが困難な状況が認められた。判決【4】においては、建ぺい率の関係上、敷地面積を広くするか、もしくは当初の建築計画を大幅に変更しない限り、建築予定の建物につき建築許可が得られない状況にあった。判決【5】においては、売主側の経営状態悪化等により目的物の準備が困難になり、売主から再三にわたって引渡期日の延期が申し入れられていたという事情が存した。判決【7】においては、請負人が予定通りに工事を開始せず敷地の整地に関する注文者の先履行義務を主張したため工事が全く進行していないという状況にあった。判決【8】においては、賃貸借の目的物たる建物が期日どおりに完成することが専門家たる鑑定人からみて不可能な状況にあったと認定されている。判決【9】においては、問題となった契約以前にも売主は合計九つの契約につき履行を遅滞しており、さらに一つの契約については不信行為による積極的債権侵害が認定されていた。判決【13】においては、請負人自ら期日から三か月以上遅れると述べたうえ、いつまでに完成できるのかとの注文者の質問に対して何ら返答しなかったという事情が認められる。このように、履行期前解除が認められた裁判例は、いずれもほぼ確実といえるほどの高度な蓋然性でもって将来における義務違反が予見される事案であった。

(4) 帰責事由の要否

期日どおりの履行が不安視されるに至ったことにつき債務者の帰責事由が必要か否かという問題につき、判決

【4】は、「遅滞または不能が生じたとするれば債務者がその責任を免れることができないと思われる場合」に履行期前解除権が認められると述べ、判決【7】は、「請負人の責任領域に存する障害が生じ」それによって期日どおりの完成に深刻な疑念が生じたことを履行期前解除の要件として挙げている。また、判決【13】【14】も、「請負人が自らの責めに帰すべき事由により」契約上の完成期日を遵守できないことを要件としている。これらの表現からは、債務者の帰責事由が必要ということになる。他方、請負契約に関する旧六三四条および旧六三六条を類推適用した裁判例の中には、両規定が請負人の帰責事由を要件としていないこと⁽⁵⁶⁾から、類推適用の場合にも帰責事由を要しないとしたものもある(判決【10】)。

このように、債務者の帰責事由の要否につき裁判例は分かれる。しかし、この違いは、当該規定の本来の要件として帰責事由が要求されていたか否かに由来するものであって、履行期前解除が認められるためには履行期到来以外の解除の要件を全て満たす必要があるとの立場は共通している。すなわち、旧三二六条においては債務者の帰責事由が要件とされ、旧六三六条および旧六三四条においてはそれが要件とされていないため、それぞれの規定を類推適用する際にもこの差異が反映されるのである。この意味で、裁判例は、履行期前解除を、債務不履行責任のいわば「前倒し」と捉えていると言えよう。

(5) 債務者の故意

債務者が債務の本旨に従った履行を故意に危殆化せしめ、これによって債権者において契約を維持することが認められなくなった場合には、債権者は、旧三二六条の手續を踏むことなく、直ちに契約を解除することができる。この例として、裁判例においては、荷主がいなくてもかわらず船主との間で傭船契約を締結し、船が準備されても船積を開始せず、船積および傭船料の支払について船主が懸念を示すとこれを保証するために虚偽の返答をなしたという事案(判決【3】)と、新車の売買契約において仕入れた新車の部品を中古の部品と交換したという事案

〔判決【16】〕が存する。いずれの判決においても、このような契約目的を危殆化せしめる債務者の行為は積極的契約侵害にあたるという法律構成をとっているが、このうち判決【16】は、その具体的内容を明らかにしている。

これによれば、債務関係に内在的な当事者双方の誠実義務の具体化として、契約目的および給付結果を危殆化せしめたり侵害したりしない一般的な付随義務が存在する。これが「給付誠実義務」と呼ばれるものである。債務者による故意の契約危殆は、この義務違反にあたるというのである。⁽⁵⁷⁾つまり、故意の契約危殆は、給付義務に対する「違反の恐れ」にとどまらず、給付義務の履行と密接に関係する付随義務の違反がすでに現実には発生している状態と評価されている。⁽⁵⁸⁾そのため、解除の時期が給付義務の履行期到来前であるかどうかは、問題にならないのである。

そして、故意の契約危殆によって、債務者が誠実に契約を履行することに対する債権者の信頼が破壊された場合、すなわち債権者において契約を維持することが認容し得なくなった場合には、無催告の契約解除が認められる。なぜならば、旧三二六条に基づいて相当期間を設定しても、これによって破壊された信頼が回復することはもはやないからである。

2 小括

裁判例は、債務者の期日どおりの履行が深刻な疑念に曝されるに至った場合には、相当期間を設定したうえでの履行期前解除を認めている。このような結論の実質的な根拠としては、一方では、履行に関する不確実な状況を早期に明らかにし履行が見込まれないことが明らかになった場合には早期に契約関係を解消したいという債権者側の利益を保護する必要性、他方では、期限の利益を有しているにもかかわらず不意打ち的に突如として履行期前に契約を解除されることによって債務者が不利益を蒙る可能性を回避する必要性が挙げられている。つまり、両者の利益調整を図った結論が、一定の要件の下で履行期前解除を認めつつも、これに先立って相当期間を設定することを原則とする、というものである。

右の結論を導くための法律構成として、裁判例は、請負契約については旧六三六条および旧六三四条の類推適用、売買などそれ以外の契約については旧三三六条の類推適用という方法を用いている。すなわち、前者については、契約に従った履行がなされない恐れという視点から、「遅滞の恐れ」を「瑕疵ある目的物が引き渡される恐れ」と同様に扱うべきものと解し、後者については、不履行類型（遅滞）の共通性およびその発生の高度な蓋然性という視点から、「遅滞の恐れ」を「遅滞」そのものと同様に取り扱うべきものと解するのである。

このような裁判例の判断の根底には、債務の本旨に従った履行が最終的になされないこと、すなわち不履行が確実視されるに至った場合には契約解除が認められるとの考えがある。債務が期日どおりに履行されない恐れは不履行の恐れであり、右状況下において相当期間内に債務者から期日どおりの履行に対する保証等が提示されなかったことは、不履行が確実視される状況と評価されるのである。

右のような判断の構造は、遅滞以外の義務違反が生じる恐れがある場合にも当てはまる。このことを明示する裁判例は見あたらないものの、瑕疵ある目的物が引き渡される恐れがある場合にも同様の論理でもって履行期前解除が認められ得ることを示唆する裁判例が散見される。

他方で、債務者が故意に契約危殆を招いた場合について、裁判例は、このような債務者の行為を、債権者の信頼を破壊するものであり「給付誠実義務違反」にあたり積極的契約侵害を構成すると述べ、無催告の契約解除を認めている。ここでは、契約危殆に対する債権者の故意が、法律構成および法的効果に決定的な役割を果たしている。すなわち、債務者の契約危殆行為は、給付義務違反の恐れを生ぜしめると同時に、付随義務としての給付誠実義務に対する違反にあたると解される。したがって、給付義務の履行期が到来する前か後かは問題とならず、しかも、契約危殆行為によって、契約を維持することが債権者において認容し得ないほどに債権者の信頼が破壊されたため相当期間の設定も意味をなさない。このため、無催告の契約解除が比較的容易に導かれることになる。

(27) 新債務法では、契約解除権と損害賠償請求権とが両立することとなった(新債務法三二五条)。

(28) 以下、本稿では、二〇〇二年改正前の条文のうち、改正によって内容に変更が生じたものについては、「旧三二六条」のように「旧」を付して表記する。ただし、判決の引用部分に関しては、原文どおり「旧」を付さずに引用する。

(29) 本文で紹介した裁判例以外に、下級審において履行期前解除を認めたものとして、OLG Hamm, Urt. v. 27. 10. 1994. NJW-RR 1995, 1519; OLG Hamm, Urt. v. 23. 2. 1996. NJW-RR1996, 1098=WuM1996, 466. (両判決ともに旧三二六条の類推適用。)

(30) RG, Urt. v. 19. 12. 1912. Das Recht1912, Nr. 3181.

(31) RG, Urt. v. 17. 9. 1918. RGZ93, 285.

(32) BGH, Urt. v. 13. 11. 1953. BGHZ11, 80=NJW1953, 299=MDR1953, 158=JZ1954, 238.

(33) 商法五七七条一項 運送人が第三者から積荷を受け取るべき場合において、その地の慣行に従い運送人が発表した積荷の準備をこの第三者が不注意により確認せず、もしくは積荷の引渡を拒絶した場合には、運送人は、荷受人に対して直ちにこのことを通知しなければならず、かつ例えば合意した超過停泊期間の間、積荷を待つ必要はなく、積荷期間が経過するまでだけ待てば足りる。ただし、積荷期間内に荷受人またはその代理人からこれと異なる指図がなされた場合はこの限りでない。《後略》

(34) BGH, Urt. v. 29. 4. 1970. WM1970, 791=MDR1970, 756.

(35) BGH, Urt. v. 10. 12. 1975. WM1976, 75=MDR1976, 393=JR1976, 282.

(36) BGH, Urt. v. 6. 10. 1977. NJW1977, 35.

(37) Staudinger/Otto, 2001, § 326 Rn. 141.

(38) BGH, Urt. v. 21. 10. 1982. NJW1983, 989=Baur1983, 73.

(39) VOB/B五条四号 請負人が工事の開始を遅延し、完成につき遅滞に陥り、もしくは三号に掲げた義務(工事に必要な人員や機材等を遅滞なく投入する義務——筆者注)を履行しなかった場合には、注文者は、契約を維持しつつ六条六号に基づいて損害賠償を請求することもでき、または請負人に対して契約の履行につき相当期間を設定し、右期間が奏効せずに経過した場合には契約を解除する旨を予告することもできる。

(40) BGH, Urt. v. 11. 5. 1988. NJW-RR1988, 1100.

(41) BGH, Urt. v. 26. 10. 1994. NJW-RR1995, 240.

(42) RG, Urt. v. 20. 2. 1925. Das Recht1925, Nr. 446.

(43) RG, Urt. v. 20. 11. 1936. WamR1937, Nr. 16.

- (44) BGH, Urt. v. 5. 5. 1992. NJW-RR1992, 1141.
- (45) その他、判決【12】を引用して履行期前解除が認められることを示唆するものとして、BGH, Urt. v. 20. 3. 2001. NJW2001, 2024.
- (46) BGH, Urt. v. 4. 5. 2000. NJW2000, 2983=Baur2000, 1182.
- (47) Staudinger/Peters, 2003, § 649Rn. 36.
- (48) BGH, Urt. v. 28. 1. 2003. NJW2003, 1600.
- (49) BGH, Urt. v. 10. 6. 1974. Baur1975, 137.
- (50) VOB/B 二三条五号二項。注文者が設定した相当期間内に請負人が瑕疵修補を行わなかった場合には、注文者は、請負人の費用をもって当該瑕疵を修補することができる。
- (51) BGH, Urt. v. 19. 10. 1977. NJW1978, 260.
- (52) BGH, Urt. v. 12. 9. 2002. Baur2002, 1847.
- (53) Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Band II, 1999, S. 602-603. [im folgenden zit. U.Huber II] はこのような裁判例の傾向を、裁判例は契約危殆の問題を履行期前の履行拒絶理論をもって解決しようとしているのだと評する。すなわち、契約危殆の状況下において相当期間内に債務者から履行意思または履行能力が示されなかったことをもって「真剣かつ終局的」な履行拒絶があったものを解し解除権を認めるのだ」と。Vgl. MünKomm/Ennemerich, AT. aF, Vor § 275 Rn. 242, 248.
- (54) ただし、履行期前の履行拒絶の場合に履行期前解除をなし得る法的根拠については、本文で述べた以外にもさまざまな見解がある。これについては別途検討する。
- (55) 前掲注(3)の文献参照。
- (56) Westermann, Münchener Kommentar zum BGB, Schuldrecht, Besonderer Teil II, 3. Aufl. 1997, § 636 Rn. 1 (Soergel). [im folgenden zit. MünKomm/Bauer, BtAF]; Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2000, Rn. 370.
- (57) NJW1978, 260.
- (58) Staudinger/Otto, § 326 Rn. 207.