

Vorzeitiges Aufhebungsrecht des Vertrags wegen eines Mangels der Erfüllungsfähigkeit der anderen Vertragspartei (2)

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/2297/4460

履行能力の欠如による履行期前解除法理の展開 (二・完) ——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

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、四八巻二号)

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

一 債務法現代化作業における議論

二 履行期前解除規定の新設

三 小括

第五章 日本法への示唆

第六章 結びに代えて (以上、本号)

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 (承前)

三 学説の状況

学説が「履行期前の履行拒絶」以外の契約危殆について議論を始めたのは、一九六〇年代末ごろから、すなわち

一九七〇年に前掲判決【4】が出される前後ごろからである。学説は基本的に判例を支持しており、履行期前解除を全面的に否定する見解はみられない。そこで、学説の関心は、履行期前の契約解除を認めるべきか否かではなく、如何なる理論的根拠をもって判例の法律構成に正当性を与えるか、これと関連して、履行期前解除が問題となる契約危殆を給付障害法体系のどこに位置づけるか、という点に注がれている。ただし、ここで念頭に置かれているのは、主として期日どおりの履行ができない深刻な恐れが生じた場合である。瑕疵ある目的物が引き渡される恐れや、その他の契約上の義務が適切に履行されない恐れについては、VOB/Bをめぐる議論のように関連する規定が存在する場合を除けば、あまり検討されていない。

1 履行期前解除の理論的根拠および位置づけをめぐる議論

(1) 積極的債権侵害の枠内で捉えようとする見解

多数説は、期日どおりの履行ができない深刻な恐れが生じたことを積極的債権侵害の一類型として位置づけてい⁽⁵⁹⁾る。例えば、ヴィーデマン (Wiedemann) は、積極的債権侵害の中に「履行の危殆化 Erfüllunggefährdung」という類型があるという。これは、相手方の責めに帰すべき契約違反によって、契約の一方当事者が契約の更なる履行につき危惧を抱き、そのため当該当事者において契約の維持がもはや認容し得なくなった場合であり、⁽⁶⁰⁾基本的には、契約の相手方に対する信頼が失われたことよ⁽⁶¹⁾って生じる。この履行の危殆化は、さらに給付の危殆化 (Leistungsgefährdung)、契約目的の危殆化 (Vertragszweckgefährdung)、信頼の喪失 (Vertrauensverlust)、不誠実な行為 (illoyales Verhalten) に分類される⁽⁶²⁾。そして、期日どおりの履行ができない深刻な恐れが生じた場合は、右のうち給付の危殆化にあたるという。これに似た位置づけをするものとして、オットー (Otto) の見解がある。オットーも積極的債権侵害の中に「契約の危殆化 Vertragsgefährdung」という類型がある⁽⁶³⁾とい⁽⁶³⁾い、これをさらに履行期前の履行拒絶と信頼の喪失 (Unzuverlässigkeit) に分ける。期日どおりの履行ができない深刻な恐れが生じた場合は、後者に含ま

れる。オットーはこれを「給付能力の欠如が予見できる場合 vorausichtliche Leistungsunfähigkeit」と名づけている。⁽⁶⁴⁾

他方、エメリッヒ (Emmerich) は、基本的には右と同様の立場にたちつつ、具体的内容を一層明確にし、かつ、履行期前の履行拒絶理論と、本稿で扱っているようなそれ以外の事由による契約危殆の場合とを一体的に捉えようとする。エメリッヒによれば、各契約当事者は、契約目的を危殆化したり達成不可能にしたりしない義務、すなわち契約によって追求される利益の達成や目的の実現を妨げない義務 (給付誠実義務: Leistungstreupflicht) を負う。⁽⁶⁵⁾

履行期前の真剣かつ終局的な履行拒絶は、この給付誠実義務に違反したことになり、履行期前の契約解除権を生ぜしめる。⁽⁶⁶⁾ さらに、とりわけ長期契約においては、真剣かつ終局的な履行拒絶には至らないまでも、債務者の責めに帰すべき事由により給付能力や給付意思に深刻な疑念が生じた場合には、債権者は、右疑念について状況を明らかにすることに対して重大な利益を有するため、旧三二六条を準用して、履行期前であっても、給付能力または給付意思を明らかにするための相当期間を設定することができ、⁽⁶⁷⁾ 右期間が徒過した場合には、契約解除または損害賠償請求をすることができ、⁽⁶⁸⁾ なぜなら、この場合には、債務者の履行拒絶が事実上、終局的なものと確定したことになるからである。⁽⁶⁸⁾ このようにエメリッヒは、契約危殆の状況下において債務者が相当期間内に右状況を解消しないことをもって、真剣かつ終局的な履行拒絶、すなわち給付誠実義務違反を擬制する。これにより、判断枠組として⁽⁶⁹⁾ 履行期前の履行拒絶理論に一本化されることになる。⁽⁷⁰⁾ また、解除権を根拠づけるのが付随義務たる給付誠実義務違反ということであるから、義務違反はすでに現実に発生しているのであり、主たる給付義務の履行期が到来していないことはもはや問題ではなくなる。この意味では、他の付随義務違反を理由とする解除権と何ら変わりがないことになる。

しかし、エメリッヒの見解に対しては、第一に、給付誠実義務について、そもそも給付義務とは別個の義務として給付誠実義務なる概念を考える必要があるのかという批判があり得る。すなわち、給付誠実義務の内容は給付義

務を裏から表現しているにすぎないのではいかとの疑問である。⁽⁷¹⁾ 第二に、履行意思の欠如と履行能力の欠如を履行期前の履行拒絶法理に一本化することについては、たしかに相当期間の経過でもって履行拒絶の意思が真剣かつ終局的であることを認定することは可能であるとしても、履行能力の欠如を、相当期間の経過でもって履行意思の欠如である履行期前の履行拒絶と擬制することができるのかという疑問が残る。とりわけ、瑕疵ある目的物が引き渡される恐れがある場合については、この難点に直面する。

(2) 不能規定からアプローチする見解——旧三二五条類推適用説——

これに対して、ヤコプス (Jakobs) は、不履行責任の根拠に関する考察から、履行期前における履行能力ないし準備能力の欠如を理由とする履行期前解除の可能性を示唆する。⁽⁷²⁾ ヤコプスによれば、不履行責任の根拠は「債務者が履行しないことが確実になったこと」であり、民法上規定されている「不能 Unmöglichkeit」は、その代表例にすぎない。不能以外にも、債務者が履行しないことが確実になった場合は存在するのであり、これらの場合にも不能と同様の法的効果を付与すべきである。例えば、真剣かつ終局的な履行拒絶がこれにあたるが、それ以外にも、従来の不完全給付によって債務者が将来においても契約に従ったかたちで給付を実現しないであろうことが正当化される場合には、債権者において契約の維持が認容し得ないため、解除ないし損害賠償請求を認めるべきであるという。その例としてヤコプスは、二棟の建物を建設する旨の請負契約において、最初に建てられた一棟に瑕疵があり、そのために次に建てられる建物も契約に従って建設されることが期待し得ない場合を挙げる。⁽⁷³⁾ この見解によれば、判例とは異なり、債権者は不能に関する旧三二五条を類推適用して、即時に履行期前解除をすることができることになる。

このように、ヤコプスの見解は、不能規定を契機として多様な給付障害に共通する契約解除原因を探ろうという手法や、期日どおりの履行がなされない深刻な恐れがある場合のみならず、瑕疵ある目的物が引き渡される恐れが

ある場合をも念頭に置いて履行期前解除の問題を論じている点において、注目に値する。しかし、ヤコプスの見解には疑問がないわけではない。ヤコプスの見解によれば、履行能力ないし準備能力の欠如が履行期前にすでに明らかであって「債務者が履行しないことが確実」な場合には、履行期前であっても不能と同様の無催告解除が認められることになる。しかし、右の説明は、履行期前の履行拒絶や、これと同視し得るほどに債務者が履行しないことが確実な場合にのみあてはまる。裁判例に現れたような、履行期前の履行拒絶には至らないが契約に従った履行が不安視されるという場合にもあてはまるのかどうか、あるいはそのような場合には——判例理論のように相当期間を設定する等——別の処理をするのかは疑問である。さらに、仮に別の処理をするのだとすれば、不能からのアプローチでそれを導くことができるのかどうかという疑問も残る。

(3) 遅滞規定からアプローチする見解

フューファー (Huffer) は、ヤコプスと似たアプローチを採りつつ、不能規定ではなく遅滞規定 (旧三二六条) の趣旨を手がかりに、後履行義務者による債務の履行が不安視される状況下において、先履行義務者は遅滞に関する旧三二六条の類推適用により契約を解除することができる⁽⁷⁴⁾と述べる。フューファーによれば、単なる遅滞だけでは何の法的救済も生じず、ただ旧三二六条の手続——相当期間の設定——を行う権利が債権者に生じるにすぎない。遅滞により、債務が履行されるか否かにつき不確実な状況が生じるが、同条が規定している相当期間設定の制度は、この不確実な状況を除去し、履行されないことを確定するための手段として捉えることができる⁽⁷⁴⁾。これが確定した段階で、債権者は、契約を解除することができるようになるのである。フューファーは旧三二六条の相当期間設定の制度趣旨を右のように捉え、これを遅滞以外の場面にも用いることができるという。すなわち、遅滞は、債務の履行が不確実になる場合のうち特徴的で特に重要な場合にすぎないのであって、履行意思の欠如が債務者のその他の行為から分かることもあるし、相手方の先履行に協力しない⁽⁷⁵⁾ということから分かることもある、と。

さらに、フューファアは、債権者の行為によって債務者の給付と反対給付との交換関係が保てなくなり、そのため債務者において給付が認容し得なくなった場合には、旧三二六条二項を類推適用して、相当期間の設定を要することなく、契約解除権または不履行に基づく損害賠償請求権が生じるとい⁽⁷⁶⁾う。

このように、フューファアもヤコプスと同様、「債務が履行されることが確定したこと」をもって債権者に契約解除権が認められるとの前提に立ち、履行期前であっても右状況に至った場合には同様の法的効果を認めるべきと主張する。ただ、ヤコプスと異なり、フューファアは、一方では、相当期間設定の制度を活用することによって、債務が履行されないことが不安視されるが確定したとまではいえないような場合にも履行期前解除を可能にし、他方では、相当期間を設定するまでもなく履行されることが確定される場合にはこれを不要とする解釈を条文に即して導いている。

もつとも、フューファアは履行期前の履行拒絶（履行意思の欠如）に言及するにとどまり、それ以外の契約危殆には言及していない。⁽⁷⁷⁾しかし、フューファアの見解によれば、本稿で問題にしている類型の契約危殆は、債務の履行が不確実になる場合に含まれるので、判例と同様、旧三二六条一項が類推適用される場面として理解されることになる。しかし、先履行義務者が契約危殆の状況に陥ったことが、何故に旧三二六条類推適用という法的効果を導くのか、言い換えれば、後履行義務者の履行能力の欠如が、如何なる義務違反になるのかが明らかでない。この意味では前述のヴァイデマンやオットーの見解と同様である。

この点を論じるのが、ウルリッヒ・フーバー（Ulrich Huber）である。フーバーは、長期の製造期間を要する給付を目的とする契約、とりわけ建築請負契約において、請負人が工事の開始を遅延した場合について次のように論じている。まず、工事の開始時期につき当事者間で合意がある場合には、その遅延は履行遅滞となり、注文者は旧三二六条に基づいて法的措置を講じることができる。これに対して、右のような合意がない場合には、仕事の完成

期日を遵守できないであろうことが明らかになった場合に、工事の開始の遅延は契約違反となる。この場合、注文者は、旧三二六条を類推適用して、同条と同様の措置を講じることができる。⁽⁷⁸⁾ すなわち、債権者は、仕事の開始時期を明らかにすること、あるいは従来から存する仕事開始に与つての障害が除去されることを明らかにすることを求めて相当期間を設定し、右期間が経過した後は給付の受領を拒絶する旨を予告することができ、右期間が経過した場合には、注文者は、契約を解除し、もしくは不履行に基づく損害賠償を請求することができる。

このようにフーバーは判例理論を支持して、契約危殆の場合においては相当期間の設定を原則としつつも、履行期到来後、相当期間内にもはや給付が提供できないことが確定した場合には、例外的に、債権者は直ちに契約解除ないし損害賠償請求をすることができると述べ、その例として前掲判決【8】の事案を挙げる。⁽⁷⁹⁾ ただし、たとえ債務者が故意過失によつて契約の履行を危殆化せしめた場合であっても、債権者の「不意打ち」的な無催告解除により不利益を蒙らしめることは妥当でないとして、無催告の履行期前解除が認められるのはごく例外的な場合に限り得られることを強調する。⁽⁸⁰⁾

右のような債権者の権利をフーバーは、不能とも遅滞とも異なる契約違反であるという点においては他の学説に同調しつつも、積極的契約侵害と位置づける見解には異を唱える。フーバーによれば、請負人が違反した義務は、「期日どおりに給付する義務」すなわち主たる給付義務それ自体である。請負人は、工事開始を遅延したことにより、履行期前にこの義務に違反したのである。⁽⁸¹⁾ そのため、履行期前ではあるが遅滞に関する規定を類推適用することができるのである。

フーバーは、請負契約を前提に右のような見解を述べている。たしかに請負契約においては、仕事を開始し遂行すること自体が給付義務に含まれるので、給付義務違反という構成に馴染みやすい。しかし、フーバーの着眼点は、仕事の適切な遂行ではなく、期日どおりの完成にある。すなわち、フーバーは、適切に仕事を遂行しなかつたこと

に義務違反を認めているのではなく、期日どおりに給付結果を実現できないと予測される事態を招いたことに遅滞(82) 類似の義務違反を認めているのである。したがって、売買その他の契約においても、債務者が給付のために一定の準備行為をなすことが当事者間において前提とされているような場合には、同様のことがあてはまると解される。

2 建築請負契約をめぐる議論

請負契約に関しては、履行期前に目的物に瑕疵があることが判明した場合には注文者は期間を定めて瑕疵修補を請求できること、右期間内に修補がなされない場合には注文者は契約を解除することができることを規定した条文が民法典に存在し(旧六三六条、六三四条)、建築請負契約に関するVOB/Bにも同旨の条項が存在する。そこで、学説においては、主として建築請負契約に関して、請負人が期日どおりに目的物を完成させることができない恐れが生じた場合や、瑕疵ある目的物を引き渡す恐れが生じた場合に右規定の類推適用等により注文者が履行期前解除できるか否かが議論されている。

ここでの問題は、民法およびVOB/Bの規定に従い、①瑕疵修補期間が本来の履行期前に満了するかたちで設定され、右期間内に修補がなされなかった場合に、注文者は本来の履行期前に契約を解除することができるのか否か、②瑕疵修補に関する規定およびこれに関する解釈論を、完成期日が遵守されない恐れがある場合にも類推ないし準用することができるか否か、である。以下では、これらに関する学説の状況を概観する。

(1) 民法が適用される契約——旧六三六条および旧六三四条類推適用説

民法が適用される建築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によって注文者の履行期前解除が認められるか否かが議論の焦点となっている。まず、引渡前に目的物に瑕疵が判明した場合には、旧六三四条が規定している。この場合、注文者は、履行期前であっても瑕疵修補のための期間を設定することができる(旧六三四条一項二文前段)。ただし、この期間は本来の履行期前に到来してはならない(同後段)。そこで、通

説は、判例と同様、この規定を根拠に、瑕疵ある目的物が引き渡される恐れがあることを理由に、注文者が履行期前に期間を設定し、さらに履行期前に契約を解除することはできないと解している。⁽⁸³⁾

これに対して、建築請負契約に限って履行期前解除を主張する見解もある。⁽⁸⁴⁾これによれば、後述するVOB/Bにおいて履行期前解除が認められていることに着目し、建築請負契約においてはそれが必要だからだという。すなわち、建築工事においては複数の請負人が工事に関与しており、先の請負人の仕事完成が後の工事日程に影響を与えることが多い。例えば、建物の構造部分を建築する請負人が一定の段階まで仕事を終えた後に電気や水道などの配線・配管に関する請負人が仕事を開始し、これらが終わった後に内装に関する請負人が仕事を開始するという工事計画において、建物の構造部分を建築する請負人が最終の完成期日まで瑕疵修補に時間をかけていると、その後の工事が不相当に停滞してしまうため、注文者にとってこのような遅延は認容し得ない。また、損害軽減の観点からは、このように修補が遅れると修補費用を負担しなければならぬ請負人にも不利益になる。このような建築請負契約の特殊性を考慮してVOB/Bでは瑕疵修補期間が本来の履行前に満了してはならない旨の規定が置かれていない(後述参照)のであるから、民法が適用される建築請負契約においても、同様に解すべきであるという。

さらに、右のような場合以外にも、引渡前にある瑕疵が判明したことによって、仕事全体にも著しい瑕疵が存するのではないかという懸念が生じ、そのため当該請負人による契約に従った仕事の完成が注文者においてもはや期待し得ないほど注文者と請負人の間の信頼関係が破壊された場合には、注文者は、本来の履行期前に期間が満了するかたちで期間を設定して修補を請求することができる⁽⁸⁵⁾との見解もある。これによれば、右期間が経過しても瑕疵が修補されない場合には、注文者は履行期前であっても契約を解除することができる。この見解は、たしかに建築請負契約を前提とした議論ではあるが、瑕疵の存在によって契約当事者の信頼関係が破壊されることを履行期前解除の実質的根拠としているため、建築請負契約に限らず、広く請負契約一般、さらには継続的契約一般にも妥当す

る可能性を有すると考えられる。

他方、即時の契約解除はどうか。旧六三四条二項によれば、瑕疵修補が不可能な場合、請負人が瑕疵修補を拒絶している場合または即時の解除（または代金減額請求）に対して注文者が特別な利益を有している場合には、注文者は瑕疵修補期間を設定することなく、直ちに契約を解除（または代金減額を請求）することができる。右規定においても、注文者が目的物を受け取るとは要件とされていない。そのため、多数説は、注文者が目的物を受け取る前にすでに右事情が存する場合には、注文者は即時に契約を解除することができる⁽⁸⁶⁾と解している。そして、請負人が相当期間内に瑕疵を修補できないであろうと見込まれる場合（全く修補できないと見込まれる場合も、右期間を超過すると見込まれる場合も含む⁽⁸⁷⁾）には、即時の契約解除に対する注文者の特別な利益が存するとして、即時の契約解除を認める。問題は、履行期前でも解除できるかであるが、この点について言及する学説は少ない。わずかにペータース (Petar) が、次のように述べてこれを肯定しているだけである。すなわち、このような状況下では、注文者は即時の契約解除に対してこそ正当な利益を有しているのであって、後から権利を与えられても十分な保護にならない。履行期到来まで何もしないで時間を浪費することは、注文者において認容し得ない。さらに、通常、瑕疵ある目的物を受け取った注文者は、旧六三三条三項に基づいて自ら瑕疵を修補し、その費用を損害賠償として請負人に賠償請求することができるが、目的物を受け取る前に瑕疵が判明した場合には、注文者は右のような措置を講じることができない。したがって、せめて旧六三四条二項に基づいて履行期前の契約解除、代金減額および損害賠償請求を認めるべきであるという⁽⁸⁸⁾。

次に、期日どおりに目的物が完成しない恐れがある場合については、現実に期日どおりに仕事が完成しなかった場合に関する旧六三六条一項が旧六三四条一項ないし三項を準用していることから、通説は、判例と同様、両規定を類推適用して、瑕疵ある目的物が引き渡される恐れがある場合と同様の取扱いをしている⁽⁸⁹⁾。すなわち、注文者は、

期日どおりの完成・引渡しに対する確約ないし証拠等の提示を求めて相当期間を設定することができ、右期間内に十分な対応がない場合には契約を解除することができる。ただし、旧六三四条一項二文があることから、右期間は本来の履行期前に満了してはならないと解する説が多数を占める。⁽⁹⁰⁾これによれば、履行期前に相当期間を設定することはできるものの、履行期前に契約を解除することはできないことになる。

それでは、この説によれば、期日どおりに仕事が完成しない恐れがある場合には注文者は履行期前解除ができないのかというと、そうではない。この場合は、旧六三四条二項の「即時の解除に対して注文者が特別な利益を有している場合」にあたるため、右規定の類推適用により、あるいは重大な理由に基づく解約告知により、注文者は履行期前に、即時に契約を解除することができる⁽⁹¹⁾と解されている。ペータースは、このような給付障害を積極的債権侵害の問題と位置づけている。⁽⁹²⁾

(2) VOB/Bが適用される契約

これに対して、VOB/Bの下では、若干異なった解釈論が展開されている。まず、引渡前に目的物に瑕疵が判明した場合には、四条七号が規定する。これによれば、建築工事中に、目的物に瑕疵が存することが判明した場合には、注文者は、その修補を請負人に対して求めることができ、請負人が修補をしない場合、注文者は、瑕疵修補のための相当期間を設定し、右期間経過後は契約を解除する旨を予告することができる。そして、右期間が経過しても瑕疵が修補されなかった場合には、注文者は、八条三号に基づいて契約を解除することができる。右規定には、民法旧六三四条一項二文のような規定がないため、通説は、設定した相当期間が本来の履行期前に満了してもよいと解している。⁽⁹³⁾つまり、注文者は履行期前に契約を解除することもできる。また、旧三二六条の解釈と同様に、請負人が適時かつ適切に修補をする意思または能力を有するかどうかにつき正当な疑念が存する場合には、注文者は、右規定を類推適用して、相当期間を設定して、適切かつ適時の瑕疵修補ができることの証拠等を提示す

るよう求めることができ、右期間内にこれ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。⁽⁹⁴⁾

これに対して、旧六三四条一項二文を顧慮し、V O B / B の下でも原則として本来の履行期前に瑕疵修補期間が到来してはならないと解する見解もある。⁽⁹⁵⁾しかし、この見解も例外を認める。すなわち、本来の履行期到来を待つことによつて建築計画に狂いが生じ、場合によつては当該建築に関わる他の業者に不利益を生ぜしめることもあると述べ、このような事情により注文者において本来の履行期到来を待つことが認容し得ない場合には、二四二条(信義誠実の原則)により本来の履行期よりも短い瑕疵修補期間を設定することができるという。

また、目的物を受領した後に瑕疵の存在が判明した場合にも、注文者は、相当期間を定めて瑕疵修補を請求することができ、右期間内に瑕疵が修補されなかった場合には、注文者は、自ら瑕疵を修補してその費用を請負人に請求することができる(一三条五号)。このように、注文者が自ら瑕疵を修補する権利は、請負人が瑕疵修補期間内に瑕疵を修補しなかった場合にはじめて認められるのが原則である。しかし、学説においては、前掲判決【15】【17】と同様に、客観的にみて請負人が右期間内に適切な瑕疵修補をなし得る状況にないことが確実な場合には、例外的に、右期間の満了前であっても、注文者は自ら瑕疵修補を行いその費用を請負人に請求することができる⁽⁹⁶⁾と解されている。

次に、期日どおりに目的物が完成しない恐れがある場合については、五条四号および八条三号の解釈が問題となる。五条四号によれば、請負人が仕事の開始を遅延した場合や完成を遅滞した場合には、注文者は、契約を維持しつつ損害賠償を請求するか、または契約を履行するための相当期間を設定し同時に右期間の経過後は契約を解除する旨を予告することができる。そして、八条三号によれば、五条四号等の場合において相当期間が経過したときは、注文者は契約を解除することができる。そこで学説は、前掲判決【7】を引用しつつ、請負人の責任領域に属する障害事由によつて、請負人が期日どおりに仕事を完成できるかどうかにつき深刻な疑念が生じた場合には、両規定

の類推適用により、注文者は、相当期間を定めて、期日どおりに目的物が完成することの証拠等を提示するよう求めることができ、右期間が経過した場合には契約を解除することができる⁽⁹⁷⁾と解している。

3 小括

これまでみてきた学説の状況をまとめると、次のようになる。

まず、履行期を遵守しない恐れが生じた場合については、契約類型に応じて、旧三二六条の類推適用、旧六三六条および旧六三四条の類推適用ないしVOB/B五条四号および八条三号の類推適用により、相当期間の設定を媒介として履行期前解除を認める。この点において、学説は、結論として判例を支持している。ただし、民法上の建築請負契約に関しては、旧六三四条一項二文の存在を理由に履行期前解除に消極的な見解が多い。

次に、瑕疵ある目的物が引き渡される恐れが生じた場合については、民法上の建築請負契約に関しては、旧六三四条一項二文を根拠に履行期前解除を否定する見解が多数を占めるが、肯定説も有力である。これに対して、VOB/B上の建築請負契約においては、VOB/B四条七号・八条三項により履行期前解除が認められる。最後に、瑕疵修補期間内に修補がなされない恐れがある場合には、VOB/B一三条五号の解釈として右期間満了前の契約解除を認めるのが通説である。このように、瑕疵ある目的物が引き渡される恐れがある場合についても、特に建築請負契約をめぐって議論が進んでおり、履行期前解除を認める傾向にある。ただし、民法上の請負契約においては、旧六三四条一項二文があるため、履行期前解除が認められにくい状況にある。

以上のような結論を導く理論的根拠として、学説においては、大きく分けて二つの見解が主張されている。多数を占めるのは、積極的債権侵害と位置づける見解である。すなわち、各契約当事者は、契約目的を危殆化したり達成不可能にしたりしない義務(給付誠実義務)を負っており、債権者をして債務者の給付能力や給付意思に深刻な疑念を生ぜしめ、かつ相当期間内に右疑念を払拭しないことは、この義務の違反にあたりと解するのである。この

見解によれば、契約危殆は、給付義務に関してはいまだ現実の違反は生じておらず、「違反の恐れ」とどまるが、給付誠実義務に関しては現実に違反が生じていると捉えられ、これに基づいて契約解除が認められる。したがって、給付義務の履行期が到来していないことは、契約解除権にとって障害にならない。

これに対して、主たる給付義務違反のいわば「前倒し」により履行期前解除を認める見解もある。この見解は、不能・遅滞といった既存の給付障害規定の考察から、「債務が履行されないことが確定したこと」をもって債権者に契約解除権が認められるという一般準則を演繹し、契約危殆にもこれをあてはめる。すなわち、契約危殆状態は「債務が履行されない恐れ」が存する状態であり、この状況下において相当期間内に履行に対する保証等の提示がなかった場合には、「債務が履行されないことが確定した」として、履行期前であっても契約解除権が認められると解するのである。この中でも、債務者において自己の給付義務を履行できるか否か不確実な状態に至らせること自体が、当該給付義務に対する違反であると述べ、このような新たな給付障害類型を承認すべきことを唱えるフーバーの見解が注目される。

- (88) Staudinger/Otto, 2001, § 326 Rn. 215-216; MünKomm/Emmerich, AT, aF, Vor § 275 Rn. 242; Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht I, 12. Aufl. 1990, Vor § 275 Rn. 387, 389, 394 (Wiedemann) [im folgenden zit. *Soergel/Barbeiter, aF*]; Peters, Die Ablehnungserklärung des Gläubigers, JR1998, 186, 189.
- (89) Soergel/Wiedemann, aF, Vor § 275 Rn. 387.
- (90) Soergel/Wiedemann, aF, Vor § 275 Rn. 388.
- (91) Soergel/Wiedemann, aF, Vor § 275 Rn. 389-393.
- (92) Staudinger/Otto, 2001, § 326 Rn. 209, 212.
- (93) Staudinger/Otto, 2001, § 326 Rn. 215-216.
- (94) Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 4. Aufl. 1997, S. 240ff.; MünKomm/Emmerich, AT, aF, Vor § 275 Rn. 248; Schlechtriem, Schuldrecht,

Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2000, Rn. 347.

- (66) Emmerich, a. a. O. (Fn. 65), S. 240, 243; Schlechtriem, a. a. O. (Fn. 65), Rn. 347.
- (67) MünKomm/Emmerich, AT, af. Vor § 275 Rn. 242; Emmerich, a. a. O. (Fn. 65), S. 208-209, 242.
- (68) MünKomm/Emmerich, AT, af. Vor § 275 Rn. 248.
- (69) フリッツ (Fritz) にも類似の考えをみることができる。ただし、フリッツは真剣かつ終局的な履行拒絶には不能に関する旧三二五条を、そこまで至らない履行拒絶には遅滞に関する旧三二六条一項を類推適用すべきと解しており、若干異なる法律構成をとっている。また、旧三二六条一項を類推適用する場面としてフリッツが想定していたのは拒絶意思が「真剣かつ終局的」には至らない履行拒絶の場合であり、本稿で扱っている履行能力の欠如による契約危殆をも含める趣旨だったかどうかは明らかでない。Fritz, Die Erfüllungswigerung des Schuldners, AcP134 (1931), 197, 209-212.
- (70) このような位置づけは、判決【16】がとった立場と共通する。ただし、判決【16】は債務者の故意による契約危殆に関するものであり、しかも債務者の故意が重視されたがゆえの法律構成であった。
- (71) この批判は、履行期前の履行拒絶を給付誠実義務違反で説明する見解に対して、しばしばみられるものである。Vgl. Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendland, Das neue Schuldrecht, 2002, Kap. 3, Rn. 203(Medicus)im folgenden zit. Haas/Bearbeiter]; U. Huber II, S. 579.
- (72) Horst Heinrich Jakobs, Ummöglichkeit und Nichterfüllung, 1969, S. 54f.
- (73) Jakobs, a. a. O. (Fn. 72), S. 55
- (74) Uwe Hüffer, Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, 1976, S. 240.
- (75) Hüffer, a. a. O. (Fn. 74), S. 240.
- (76) Hüffer, a. a. O. (Fn. 74), S. 241.
- (77) 履行期前の履行拒絶に関しては、旧三二六条二項類推適用の問題になる。Vgl. Hüffer, a. a. O. (Fn. 74), S. 244.
- (78) Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Band I, 1999, S. 341-342. Im folgenden zit. U. Huber I]
- (79) U. Huber I, S. 342.
- (80) U. Huber I, S. 343.
- (81) 履行期前の履行拒絶に関しても同様の立場をとる。U. Huber II, S. 579.
- (82) このようなフーバーの見解によれば、仮に請負人が予定通りに仕事を開始しても、仕事の進捗状況が芳しくなく期日どおりに完成できる見込みがない場合には、「期日どおりに給付する義務」に対する違反と評価されることになろう。

- (87) RGR-Kommentar, Band II, 4 Teil, 12. Aufl. 1978, § 636 Rn. 3(Glanzmann)[**im folgenden zit. RGRK/Bearbeiter**] ; Palandt/Sprau, 2002, § 634 Rn. 3 ; Peters, Staudingers Kommentar zum BGB, Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, 2000, § 634 Rn. 17(Peters). [**im folgenden zit. Staudinger/Bearbeiter, 2000**] ; Soergel/Teichmann, aF, § 634 Rn. 3 ; MünKomm/Soergel, BT, aF, § 634 Rn. 8.
- (88) Schmitz, Die Mängelbeseitigung vor Abnahme nach dem BGB, BauR 1979, 195, 199 ; Ingenstau/Korbion, VOB/Teil A und B Kommentar, 14. Aufl. 2001, B § 4 Rn. 369(Oppler). [**im folgenden zit. Ingenstau/Bearbeiter**] このコメントンは「履行期前に瑕疵が判明したために、注文者が相当期間を設定して瑕疵修補を求めたが請負人がこれに応じない場合には、本来の履行期前であっても、注文者は第三者に瑕疵修補を依頼し、これに要した費用を損害賠償として請負人に請求する」ということである。 Schmitz, a. a. O., S. 201.
- (89) Schmitz, a. a. O. (Fn. 84), S. 199.
- (90) RGRK/Glanzmann, § 634 Rn. 6 ; MünKomm/Soergel, BT, aF, § 634 Rn. 21.
- (91) RGRK/Glanzmann, § 634 Rn. 6 ; MünKomm/Soergel, BT, aF, § 634 Rn. 18 ; Kleine-Möller/Merl/Oelmaier, Handbuch des privaten Baurechts, 1992, § 9 Rn. 9(Kleine-Möller) ; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 9. Aufl. 1999, Rn. 1657.
- (92) Staudinger/Peters, 2000, § 634 Rn. 23.
- (93) RGRK/Glanzmann, § 636 Rn. 4 ; Palandt/Sprau, 2002, § 636 Rn. 2 ; Soergel/Teichmann, aF, § 636 Rn. 10 ; MünKomm/Soergel, BT, aF, § 636 Rn. 12.
- (94) RGRK/Glanzmann, § 634 Rn. 4 ; MünKomm/Soergel, BT, aF, § 636 Rn. 12.
- (95) RGRK/Glanzmann, § 636 Rn. 5 ; Soergel/Teichmann, aF, § 636 Rn. 15 ; Staudinger/Peters, 2000, § 636 Rn. 37.
- (96) Staudinger/Peters, 2000, § 636 Rn. 37.
- (97) Kleine-Möller/Merl/Oelmaier, a. a. O. (Fn. 87), § 9 Rn. 10(Kleine-Möller) ; Ingenstau/Oppler, B § 4 Rn. 369 ; Schmitz, a. a. O. (Fn. 84), S. 196.
- (98) Heiermann/Riedl/Rusam/Kullack/Weyand, Handkommentar zum VOB Teil A und B, 10. Aufl. 2003, B § 4 Rn. 98. (Riedl) ; Kleine-Möller/Merl/Oelmaier, a. a. O. (Fn. 87), § 12 Rn. 466(Merl).
- (99) Ganten/Jagenburg/Motzke, Beck'scher VOB-Kommentar/Teil B, 1997, § 4. Nr. 7 Rn. 209(Kohler).
- (100) Ingenstau/Wirth, § 13. Nr. 5 Rn. 512 ; Ganten/Jagenburg/Motzke, a. a. O. (Fn. 95), § 13. Nr. 5 Rn. 91(Kohler) ; Kleine-Möller/Merl/Oelmaier, a. a. O. (Fn. 87), § 12 Rn. 526(Merl) ; Heiermann/Riedl/Rusam/Kullack/Weyand, a. a. O. (Fn. 94), B § 13 Rn. 144a, hh)(Riedl) ; Locher/Locher, Das private Baurecht, 6. Aufl. 1996, § 16 Rn. 155 ; Leinemann, VOB/B Kommentar, 2002, § 13 Rn. 258(Schliemann).
- (101) Ganten/Jagenburg/Motzke, a. a. O. (Fn. 95), § 5. Nr. 4 Rn. 48, § 8. Nr. 3 Rn. 23-24(Motzke) ; Ingenstau/Döring, § 5. Nr. 4 Rn. 45, ders/Vygen, § 8.

Nr. 3 Rn. 98; Leinemann, a. a. O. (Fn. 96), § 8 Rn. 72. (Schirmer); Heiermann/Riedl/Rusam/Kullack/Weyand, a. a. O. (Fn. 94), B § 8 Rn. 21c (Riedl); Peters, Staudingers Kommentar zum BGB, Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, 2003, § 633 Rn. 131(Peters).

第四章 ドイツ新債務法における履行期前解除権

一 債務法現代化作業における議論

一九七〇年代後半に始まり二〇〇二年に結実したドイツ債務法の現代化作業は、確立した判例・学説を民法典の中に取り込むことを目的のひとつとしていた。⁹⁸そこで、前章でみてきた履行期前解除に関する判例・学説が、債務法現代化作業の中でどのように取り扱われ、条文として具体化されていったのかについて概観してみよう。

1 鑑定意見での取扱い

(1) フーバーの鑑定意見

一九八〇年に公表された「債務法改正のための鑑定意見」において、給付障害法総論を担当したフーバーは、履行期前解除につき次のような規定を提案した。

「三二六b条・不能・履行拒絶・明白に予見できる不履行

双務契約において、債務者の給付が不能になり、債務者が真剣かつ終局的に、契約により意図された方法で給付を提供することを拒絶し、またはその他の理由から債務者が給付を実現しないであろうことが明白になった場合には、債権者は、当該債権の履行期前であっても、相当期間を設定することなく、契約を解除することができる。⁹⁹」

右規定は、①履行の客観的不能、②真剣かつ終局的な履行拒絶、③その他の理由から債務者が給付を実現しないであろうことが明白になったこと、のいずれかに該当する場合に、即時の履行期前解除を認めている。これらのう

ち、本稿で扱っている履行能力の欠如による契約危殆と関連するのは③である。この文言は、契約危殆に関する従来の判例・学説の立場を表現したものと理解することができる。フリーバーは、右③の趣旨を次のように説明している。すなわち、あらゆる予測によっても、債務者が履行期到来後に設定された相当期間内に給付能力を回復することが見込めない場合には、このような主観的不能（一時的不能か永続的不能か、債務者の責めに帰すべき事由に基づくものか否かを問わず）は解除権を生ぜしめる、と。また、フリーバーは、「信託基礎の喪失」を理由とする即時の契約解除権が従来から判例上認められており、このような解除権もここに含まれるとも述べ、前掲判決【3】を引用している。⁽¹⁰²⁾

しかし、フリーバーは、あらゆる予測によっても給付能力を回復することが見込めない場合を「主観的不能（*subj. vermögen*）」と表現しているうえ、この場合に解除権が認められることについて何らの文献も引用していないので、これが本稿で検討した判例・学説の履行期前解除法理を意味するのかどうかは必ずしも明らかでない。また、フリーバーは、法的効果として即時の契約解除のみを提案している。このような法的効果は、たしかに履行期前の履行拒絶や信託基礎の喪失を理由とする契約解除に関する従来の判例・学説を踏襲するものである。しかし、履行能力の欠如による契約危殆に関して判例・学説により展開されてきた「相当期間の設定→履行期前解除」という枠組みとは、明らかに異なっている。結局、フリーバーが右規定において契約危殆事例を扱おうと意図したことは明らかであるが、本稿で検討した判例・学説についてはあまり顧慮していなかったということができる。

(2) ヴァイヤースの鑑定意見

これに対して、請負契約の部分を担当したヴァイヤース（*Hans-Leo Meyers*）は、契約危殆の場合における履行期前解除に関する従来の判例・学説を踏まえ、予定された完成期日に遅延が生じることが前もって予測できる場合に、注文者に履行期到来まで待つよう強いることは妥当でないと述べる。⁽¹⁰³⁾そして、注文者が別の相手方と新たな取

引をなし得るようにするため、履行期前の契約解除権を認める必要があるとして、次のような規定を提案した。

「製造の開始または遂行が遅延したために、請負人が仕事を期日どおりに完成させることができないこと、または期日どおりに引き渡すことができないことが確実に予見できる場合には、請負人は、仕事の完成または引渡しのために合意した期日より前であっても、現実に期日どおりに給付しなかった場合と同様の取扱いを受ける。」⁽¹⁰⁴⁾

右提案は、期日どおりに目的物が完成・引渡しできない恐れがある場合を、現実に期日どおりに給付しなかった場合と同視することを明言している。このような考え方は、従来の判例・通説の立場を受け継いだものである。契約危殆の効果についても、遅滞に準じた扱いをすることは、原則として相当期間の設定を必要とすることを意味するので、この点でも従来の判例・通説を踏襲している。

他方、瑕疵ある目的物が引き渡される恐れに関しては、旧六三四条一項(とりわけ二文)をめぐって学説上争いがあったが、ヴァイヤースの提案では、この部分はそのまま維持されている。⁽¹⁰⁵⁾ これも、履行期前に瑕疵が判明しても注文者は履行期前に契約を解除することができないという判例・通説の立場を踏襲した結果である。

2 最終報告書から現代化法成立まで

履行遅滞に基づく契約解除に関する旧三二六条の規定内容は、実質的に最終報告書草案三二三条に受け継がれた。ここに同条四項が新設され、履行期前解除が規定された。この規定内容は、次の通りである。

「解除権の要件が備わるであろうことが明らかなる場合には、債権者は履行期到来前に契約を解除することができる。」⁽¹⁰⁶⁾

最終報告書の解説によれば、右規定の趣旨は、次のように説明されている。履行期前に除去することのできない給付障害の恐れが生じたか、あるいは債務者が明確かつ終局的に履行拒絶を表示した場合であっても、現行法の規定によれば、まだ給付義務違反が存在しないため債権者には契約解除権が認められない。しかし、右のような事情

の下において、債権者が履行を期待し得ないにもかかわらず履行期到来を待たなければならぬのは酷であるから、従来の判例・学説に従い、履行期前に契約解除を可能にしたのである、と。そして、履行期前の契約違反を規定するCISG七二条を参考にしたことが指摘されている。

右規定は、フーバーの鑑定意見を踏まえ、あらゆる契約危殆類型をその守備範囲に包摂する文言になっている。これにより、真剣かつ終局的な履行拒絶や、履行期が遵守されない恐れが存する場合のみならず、瑕疵ある目的物が引き渡される恐れが生じた場合や、付随義務違反が生じる恐れが生じた場合も、履行期前解除の原因になり得ることとなった。たしかに、多種多様な不履行の態様のうち、履行遅滞についてのみ、その恐れがある場合に履行期前解除権を認めるのは、それ以外の不履行が生じる恐れがある場合とのバランスを欠く。実際、学説においては瑕疵ある目的物が引き渡される恐れがある場合にも履行期前解除権を認めるべきことが主張されていたし、裁判例においても、履行期が遵守されない恐れがあることと瑕疵ある目的物が引き渡される恐れがあることとの間には、不履行の恐れがあるという点において共通性を有すると判示するものがみられた。さらには、請負契約において、瑕疵修補期間内に修補がなされない恐れがある場合には期間経過前の損害賠償請求を認めるのが判例・通説であった。このような従来の判例・学説の展開に鑑みると、履行期前解除の範囲を契約危殆全般に拡大したことは、適切であったと評価することができる。

もっとも、この規定が、前章で検討した判例・学説を条文に盛り込む意図をもって起草されたものであったかどうかは、明らかでない。なぜなら、フーバーの鑑定意見と同様、右規定の法的効果は、即時の履行期前解除であり、契約危殆につき相当期間の設定を経てはじめて履行期前解除を認めていた従来の判例・学説とは異なっているからである。これに対して、右規定のもうひとつの適用対象である「履行期前の履行拒絶」については、従来の判例・学説は、即時の履行期前解除を認めており、右規定はむしろこれを受け継いだかたちになっている。最終報告書の

解説の中で履行期前の履行拒絶に関する判例・学説が引用されていることから、起草者がさまざまな契約危殆類型のうち主として履行期前の履行拒絶を想定していたことが窺える。要するに、右規定は、その適用範囲を契約危殆全般に拡大したにもかかわらず、法的効果については、さまざまな契約危殆類型のうち、履行期前の履行拒絶のみに関する判例・学説を採用したことになる。

その後、右草案規定は、そのまま二〇〇〇年八月四日の討議草案 (Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes)⁽¹⁰⁸⁾、二〇〇一年三月六日の修正草案 (Konsolidierte Fassung eines Entwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes)⁽¹⁰⁹⁾、同年五月九日の政府草案 (Regierungsentwurf) へと受け継がれ、その後の審議においても何ら変更を加えられないまま、特に議論が行われた形跡もなく、現行規定として採用された。

他方、請負契約における解除規定は、新三二三条に統合されるかたちで消滅した⁽¹¹⁰⁾。したがって、結果的にはヴァイヤースの提案は、履行期前解除を認めるという部分のみが新三二三条四項に受け継がれ、現実に不履行が生じたのと同様の取扱いをするという法的効果については新債務法に受け継がれなかったことになる。

二 履行期前解除規定の新設

右に述べたような経緯をへて新設された三二三条四項は、ドイツ給付障害法においてどのような意義を有するのであろうか。また、従来の判例・学説との間にはどのような共通点・相違点があるのだろうか。

1 給付障害法の体系上の意義

「義務違反」という新しい概念を採用し、解除の要件から帰責事由を外すなど今回の大改正の目玉ともいべき改正点が三二三条に現れていることもあってか、概説書や注釈書の中にはこれらの点にのみ注目し、履行期前解除を定めた同条四項については、条文を引用してごく簡単な解説を行うにとどまるものもある⁽¹¹¹⁾。しかも、四項を、履行期前の履行拒絶に関する判例理論を明文化したものと捉えるものも少なくない⁽¹¹²⁾。

これに対して、四項の意義を高く評価する見解もある。エルンスト (Ernst) はまず、四項を、履行期前の履行拒絶のみならず、債務が当初の予定通りに履行されないであろうことが債務者による履行拒絶以外の事情から明らかになる場合をも含むと正確に理解する。⁽¹³⁾そして、これら二つの類型を「履行の危殆化 [Gefährdung der Erfüllung] という新たな概念にまとめ、独自の給付障害要件として明文で規定したのが四項であるという。つまり、エルンストによれば、「履行の危殆化」という新たな給付障害類型が民法典に加えられたということになり、⁽¹⁴⁾もしそうだとすれば、給付障害法の体系に与えるインパクトは非常に大きいことになる。

もつとも、「履行の危殆化」に関するその他の規定（不安の抗弁権ないし履行停止権に関する三二一条、いわゆる付随義務違反に基づく契約解除権に関する三二四条）、履行不能に関する規定（二七五条、三二六条等）、仮差押・仮処分といった将来の履行を担保するための諸規定との関係を整序することは、今回の改正によってなされておらず、それは今後の課題であるとエルンストは述べている。⁽¹⁵⁾つまり、「履行の危殆化」なる給付障害類型は、まだその存在が認められた段階にとどまり、その全体像が明確になるには至っていないということになる。

2 実際上の意義

他方、実際上の意義については、体系上の意義を積極的に評価するエルンストでさえ、四項が適用されるのは現実には主として履行期前の履行拒絶の場合だけであろうとやや消極的な予測をしている。というのは、履行不能が確実に予見されるような場合や、履行のために著しく不相応な費用を要することが確実に予見されるような場合には、三二三条四項を持ち出すまでもなく、履行不能に基づく契約解除権（二七五条一項二項および三二六条五項）が認められるからだといふ。⁽¹⁶⁾

しかし、建築請負契約における遅延の恐れや、⁽¹⁷⁾瑕疵ある目的物が引き渡される恐れがある場合には、不能規定では対処できない。このことは、従来の裁判例が示すとおりである。さらに、金銭債務は不能にならないので、やは

り不能規定では対処できない。これらの場合には、三二三条四項が実効性を發揮する。また、保護義務としての不作為義務(二四一条二項)に違反が生じる恐れがある場合にも三二三条四項が適用されるとの見解もある。⁽¹¹⁸⁾この見解によれば、三二三条は双務契約であることが要件になっているのみで、対価関係にある給付義務に違反の恐れがあることは要件とされていないため、債務者の不作為義務違反によって債権者が主たる給付義務の履行も含めた契約全体を維持することに対する利益を喪失したかどうかという観点から解除権の成否を判断することができる。要するに、三二三条も三二四条(付随義務違反に基づく契約解除)も、義務違反が重大であると判断された場合に解除を認めるという点においては共通しているのだから、保護義務違反の恐れがある場合にも両規定による解決が認められるべきだという。

このようにみていくと、本項が実際上問題になる事案の多くが履行期前の履行拒絶であるとしても、それ以外にも本項によって解決され得る重要な問題が存在するということは間違いない。つまり、対象を履行期前の履行拒絶に限定せず、より広く契約危殆の問題全般を取り扱うこととしたことには、実際上も重要な意義があると評価すべきであろう。

3 従来の判例・学説との関係

ところで、三二三条四項と、これまでみてきた従来の判例・学説との間には、内容的にどのような異同があるのだろうか。

(1) 履行期前解除の要件としての「契約危殆」

三二三条四項は「解除権の要件が備わる」であろうことが「明らか」であることを履行期前解除の要件として規定している。すなわち、同条は、①予想される義務違反の重大性、および②当該義務違反が発生することについての蓋然性、という二つの側面から、履行期前解除の対象となる契約危殆を定義している。まず、①の要件からみて

いこう。新債務法によれば、解除権が認められるのは、不能を除けば、遅滞、不適合給付、保護義務違反の三つの場合である。第一に、遅滞の場合には、三二三条一項によれば、単に履行期が到来しても給付がなされないだけでは足りず、履行期到来後に相当期間が経過してもなお給付がなされない場合にはじめて解除権が生じる。そこで、多数説は、同条四項に基づいて履行期前解除が認められるためには、履行期到来後さらに相当期間が経過してもなお給付されないであろうことが明らかである必要があると解している。⁽¹¹⁹⁾また、給付の一部に関する遅滞については、三二三条五項一文により、当該一部のみの給付では債権者にとって利益にならない場合にのみ解除権が認められる。したがって、同条四項の履行期前解除においても、一部のみの給付が予想され、相当期間内に残部が給付されないであろうことが明らかで、かつ当該給付では債権者にとって利益にならないことが明らかであることが必要となる。⁽¹²⁰⁾第二に、契約に適合しない目的物が引き渡された場合については、同条五項二文により、当該契約不適合が重大な場合にのみ解除権が認められる。したがって、同条四項の履行期前解除が認められるためには、五項二文の要件と一項の要件の両方を満たすであろうことが明らかでなければならないことになる。⁽¹²¹⁾第三に、前述のように、保護義務違反(二四一条二項)の恐れがある場合にも同条四項が適用されるとの立場に立てば、保護義務違反に基づく解除権の要件(三二四条)が備わると予想されること、すなわち債権者において契約を維持することがもはや認容し得ないと判断されるほど重大な保護義務違反が生じるであろうことが明らかになる必要がある。⁽¹²²⁾

要するに、三二三条四項の下で履行期前解除が認められるためには、単に軽微な義務違反が生じると予想されるのでは足りず、もし義務違反が現実に生じたとすれば債権者において契約関係の維持が認められないほど債権者の利益喪失が重大なものになると予想されるのでなければならぬのである。これに対して、不履行が懸念される債務の内容や、予想される不履行の態様について、三二三条四項では特に制限がなされていない。このような「契約危殆」の捉え方は、従来の判例・学説を基本的に踏襲しつつ、その妥当範囲を重大な不履行の恐れがある場合全般

に拡張したものである。とりわけ、瑕疵ある目的物が引き渡される恐れがある場合については、旧法下においても履行期前解除を肯定することを示唆する判例・学説がみられたものの、明確に肯定されていたわけではなかった。むしろ、ここではCISG七二条など国際統一規範が大きな影響を与えていると推測される。

次に、②の要件については、⁽¹²³⁾明確な具体的基準を提示することは難しいものの、非常に高度な蓋然性が必要であると解されている。その程度は、例えば、同じく履行期前解除権を規定するCISG七二条一項の基準と同等であり、履行停止権ないし不安の抗弁権に関する新債務法三二一条一項やCISG七一条における、反対給付がなされないことの蓋然性の程度よりも高度でなければならぬといわれている。⁽¹²⁴⁾これは、契約関係に与える影響という点において三二三条四項のほうが重大だからと説明されている。⁽¹²⁵⁾このような解釈準則は、前章で検討した従来の判例の立場とほぼ一致しているといえよう。

なお、従来の裁判例の中には、不履行の恐れが現実のものになった場合、それが債務者の責めに帰すべき事由によるものであることを要件として挙げるものもあった(前掲判決【4】【7】)。これに対して、四項に基づく履行期前解除権については、債務者の帰責事由は要件になっていない。しかし、これは、新債務法の下では通常の契約解除権の要件から債務者の帰責事由が外されたことに伴うものであって、⁽¹²⁷⁾履行期前解除に関する従来の判例理論を修正したことを意味するものではない。

(2) 相当期間設定の要否

三二三条四項の要件を満たせば、債権者は直ちに契約を解除することができる。解除の意思表示に先立って相当期間の設定等をする必要はない。⁽¹²⁸⁾これは、請負契約において注文者が履行期前解除をなす場合も同様である。債務法改正により、請負契約における注文者の解除権を規定した旧六三六条および旧六三四条が内容的に三二三条に統合され、請負契約において請負人の期日どおりの債務の履行が疑問視されるに至った場合についても、三二三条四

項が適用されるようになったからである。⁽¹²⁹⁾

このような取扱いは、たしかに履行期前の履行拒絶法理に関する従来の判例と同様である。⁽¹³⁰⁾しかし、本稿でみてきた契約危殆に関する従来の判例と右規定との間には、大きな違いがみられる。従来の判例によれば、原則として即時の契約解除は認められず、まず相当期間経過後には受領を拒絶する旨の予告を伴って相当期間を設定しなければならなかった。しかも、従来の判例はこの法準則をきわめて厳格に適用しており、たとえ実質的な要件が備わっていても、相当期間を設定せよとなされた契約解除を認めてこなかったし、また、相当期間経過後の給付に関する受領拒絶の予告をせずに相当期間が設定された場合にも、右期間経過後になされた契約解除を認めてこなかった。このような判例の傾向に対して、新规定の下では、相当期間の設定を要件としていない。債権者は、即時に契約を解除することができるのである。

このような規定内容は、一見すると、履行期前の契約違反を規定したCISG七二条一項と類似しており、実際、最終報告書においてもそれ以降に公表された種々の草案においても、CISG七二条が引用されている。⁽¹³¹⁾したがって、同条が四項の規定内容に強い影響力をもっていたことは想像に難くない。⁽¹³²⁾

しかし、CISG七二条の構造をよくみると、三三三条四項とは明らかに異なっている。すなわち、CISG七二条は一項において、履行期前解除権を規定しながらも、二項において、原則として事前に解除を予告しなければならぬと規定している。そして、三項において、履行期前の履行拒絶の場合には例外的に二項の通知義務が不要になる旨を規定している。つまり、CISG七二条においても、履行期前解除をする場合には原則として事前の通知をすることによって履行期前解除を回避する措置を講じる機会を債務者に与えなければならず、即時に解除できるのは例外的な場合——そのひとつが履行期前の履行拒絶である——に限られているのである。⁽¹³³⁾このようにみると、CISG七二条は、解除をする前に債務者に対して履行に向けての最後の機会を与えなければならないという

点において、むしろドイツにおける従来の判例・学説の立場に近いことが分かる。

ところが、三二三条四項は、強く影響を受けたと思われるCISG七二条とも、従来の判例・学説とも異なった内容をもっている。⁽¹³⁴⁾このため、学説においては、新规定の下においても、従来の判例・学説を活用しようという提案がなされている。例えば、エルンストおよびゲゼル (Essl) は、将来の履行に疑念があるがまだ確実という程度には至っていない場合には、債権者は債務者に対して相当期間を設定して、履行可能性について考えているのかどうか、どのように考えているのかについて説明を求めることができ、右期間内に債務者が何らの返答もしなかつたという事実は、将来の履行に対する当初の疑念と相俟って三二三条四項の要件が具備されると評価されることがあり得るといふ。ただし、このように評価されるためには、債権者は相当期間を設定する際に、債務者の不履行につき疑念を抱いた原因を十分に明示すること、および少なくとも黙示的に相当期間経過後には法的措置を講じることを考える旨を示して履行期前解除を予告することが、信義誠実の原則により要請されるといふ。⁽¹³⁵⁾また、エメリツヒは、場合によっては、CISG七二条二項および三二三条一項の類推適用により債権者に対して履行期前解除に先立って相当期間を設定するよう義務づけることも妨げられないといふ。⁽¹³⁶⁾メディクス (Medicus) は、事案によっては、信義誠実に基づいて、CISG七二条二項に規定されているような事前の通知をすることが賢明なことがあると述べている。⁽¹³⁷⁾

(3) 履行期前の損害賠償請求権

三二三条四項は履行期前の契約解除権に関する規定であって、損害賠償請求権については何ら言及していない。しかし、履行期前解除権の理論的根拠を考えるに際しては、給付障害のもう一つの法的効果である損害賠償請求権の可否も視野に入れる必要があるため、これに関する新債務法の状況を一瞥しておく。

債務法改正により、契約解除権を行使した場合にも損害賠償請求が妨げられない旨が明文で規定されるに至った

(三二五条)。しかし、履行期前の損害賠償請求権に関して、三二三条四項に相当する規定は存在しない。そのため、契約危殆状態において債権者が——三二三条四項に基づいて契約を解除するか否かにかかわらず——履行期前に損害賠償を請求することができるかどうかは、解釈に委ねられる。多数説は、三二三条四項を類推適用して、これを肯定している。⁽¹³⁸⁾ その理由の第一は、起草者の意図である。すなわち、起草者は今回の債務法改正において、原則として損害賠償の要件と解除の要件を同一のものにしようと考えており、三二三条四項の場面を右原則の例外に位置づけようとの意図は起草過程において特に示されていない。⁽¹³⁹⁾ 第二は、債権者の保護ないし三二三条四項の趣旨である。すなわち、三二三条四項の要件を満たす場合には、履行期が到来すれば二八一条の要件も満たし損害賠償請求権が認められる状況にあるのが通常であるところ、もし履行期前の損害賠償請求権を否定すると、債権者は、履行期前に契約を解除して損害を極力小さくし、その代わりに損害賠償請求を断念するか、それとも大きな損害を被ることを覚悟しつつ履行期到来を待つて契約を解除し損害賠償を請求するか⁽¹⁴⁰⁾の選択を迫られることになるが、これでは履行期前解除は必ずしも債権者にとって有利な法的手段とはいえず、三二三条四項を定めた意味が薄れてしまう。⁽¹⁴¹⁾ 第三は、三二三条の趣旨である。すなわち、解除権と損害賠償請求権とが択一的にしか認められていなかった旧法下では、解除権を行使した債権者は契約の履行に対する積極的利益の賠償を受けられないというデメリットがあり、これを回避するため三二三条において両者を併存させたにもかかわらず、三二三条四項の場合に損害賠償請求を否定すると三二三条の目的が達成されなくなってしまう。⁽¹⁴²⁾

これに対して、三二三条四項に基づいて履行期前に契約を解除した場合にも債権者は損害賠償を請求し得るがこれには履行期到来が必要であるとの見解もあり、これによれば履行期前の損害賠償請求は否定されることになる。⁽¹⁴²⁾

(4) 履行期前解除の理論的根拠

債務法改正以前においては、すでにみたとおり、契約危殆を理由とした履行期前解除がいかなる理論的根拠に基

づいて認められるのかにつき、給付誠実義務等の付随義務違反による積極的債権侵害とみる見解と、給付義務違反(不履行の前倒し)とみる見解との対立がみられた。それでは、新債務法はいかなる立場を採用したのであるうか。

この点につき、起草者は、旧法によれば、履行期前に除去不可能な給付障害の恐れがある場合や、債務者が明確かつ終局的に給付の拒絶を予告した場合には、当該給付義務の有責な不履行がまだ生じていないため、債権者は契約解除権を取得し得ないことになるが、このような状況において履行期日の到来を待つことは不合理である旨の説明をしている⁽¹⁴³⁾。さらに、起草者は、従来の学説の状況として、履行期前の履行拒絶に基づく履行期前解除の解釈論上の根拠について学説上争いがあり積極的契約侵害と解するのが通説であるとも指摘している⁽¹⁴⁴⁾。これらの説明の後半部分は、給付誠実義務等の付随義務違反とみる見解に近いものの、従来の論争に決着をつけるほど明確な態度を示しているわけではない。

そのため、新債務法下の学説においても、給付誠実義務違反による積極的債権侵害が明文文化されたとみる見解と、債務法改正前におけるフォーバーの見解を支持して、債務者は履行拒絶によつてすでに給付義務に違反したことになるとの見解との対立が依然としてみられる⁽¹⁴⁶⁾。もつとも、新債務法成立から日が浅いこともあり、いまだ詳細な検討を行う見解は存在せず、体系書等にみられる短い記述も履行期前の履行拒絶に関するものが多い。

また、三二三条四項は義務違反の存在を要件としない解除権を認めた規定と理解したうえで、履行期前の履行拒絶については、三二三条四項の要件を満たすと同時に給付誠実義務違反にもあたるとの見解も主張されている⁽¹⁴⁸⁾。これによれば、履行期前の履行拒絶の場合には、債権者は、三二三条四項のほか三二四条に基づいても履行期前に契約を解除することができ、それ以外の契約危殆の場合には三二三条四項のみが適用されることになる⁽¹⁴⁹⁾。しかし、この見解によれば、履行期前の履行拒絶以外の契約危殆、すなわち本稿で取り扱っている契約危殆は何らの義務違反にもあたらないことになるが、そうなると、この場合になぜ履行期前解除権が生じるのかが十分に説明されないこ

とになってしまふ。このことの問題性は、履行期前の損害賠償請求権を考える際にいつそう顕著になる。前述のとおり、多数説は、履行期前の履行拒絶に限らずあらゆる契約危殆につき履行期前の損害賠償請求権を肯定しているが、この結論を導くには、契約危殆状態が生じた時点で債務者に何らかの義務違反が存在していることを前提とせざるを得ない。これらを矛盾なく説明することは困難であろう。⁽¹⁵⁰⁾

三 小括

債務法改正により三二三条四項が新設され、履行期前解除権が明文でもって認められるに至った。これにより、契約危殆が「新たな給付障害類型」として法文上認知されたということができ、これ自体は重要な意義を有する。ただ、この規定が従来の判例・学説を正確に反映したのかというと、必ずしもそうではない。

まず、要件面においては、従来の判例・学説を踏まえつつ、さらに広く契約危殆全般を対象としている。これにより、従来の判例・学説においていまだ確立していなかった、瑕疵ある目的物が引き渡される恐れがある場合の履行期前解除が可能であることが明らかとなった。この点については、CISG七二条など国際統一規範の立場が基本的に採用されており、債権者の履行期前解除に対する要請に広く応えるものになったという意味において評価できる。

他方、効果面においては、三二三条四項に定められている法的効果は即時の履行期前解除であり、従来の判例・学説において展開されていた「相当期間の設定→履行期前解除」という枠組みは受け継がれていない。しかも、三二三条四項を起草するにあたって参照されたCISG七二条二項にも同旨の規定があるにもかかわらず、これは採用されなかった。これは、三二三条四項が起草される際に主に念頭に置かれたのが履行期前の履行拒絶であり、従来の判例・学説においては即時の履行期前解除が認められていたためと推測される。しかし、学説においては、相当期間の設定が履行期前解除にあたり有益であることが指摘されており、また、実際にも履行期前解除に先立って

相当期間が設定されることが多いと思われる。

また、従来から学説上争われていた履行期前解除権の理論的根拠は、三二三条四項の下でも明らかにされず、大きな課題を残した。この問題は、債務法改正前においてはあまり議論されないまま認められていた履行期前の損害賠償請求権の問題とも関連づけながら、引き続き検討する必要がある。

(98) 債務法現代化作業が実現に向けて前進した直接のきっかけは、消費者売買に関するEC指令(一九九九年五月二五日)を二〇〇二年一月一日までに各国の国内法に受容しなければならなかったことにある(P. Huber/Pausi, *Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht*, 2002, Einführung Rn. 1.)。しかし、現代化の作業に際しては一九九二年の最終報告書に多くを依拠しており、この最終報告書は従来の判例・通説を条文化すること、および特別法の内容を民法典に取り込むことを主な目的として作成されたものであった(Hrsg. Bundesminister der Justiz, *Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, 1992, S. 13-14. [im folgenden zit. *Abschlussbericht*])。この点から従来の判例・通説の条文化が今回の債務法現代化の目的のひとつであったと解することができよう。

(99) U. Huber, *Leistungsstörungen: in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band I, 1981(Hrsg. Bundesminister der Justiz), S. 838.

(100) 判例については、本稿第三章一以下(金沢四八卷一七頁以下)参照。

(101) U. Huber, a. a. O. (Fn. 99), S. 839.

(102) U. Huber, a. a. O. (Fn. 99), S. 838.

(103) Hans-Leo Meyers, *Werkvertrag: in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band II, 1981(Hrsg. Bundesminister der Justiz), S. 1178.

(104) Meyers, a. a. O. (Fn. 103), S. 1188.

(105) Meyers, a. a. O. (Fn. 103), S. 1187.

(106) *Abschlussbericht*, S. 162. なお、草案三二三条については、下森定||岡孝編『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』七二頁以下(一九九六年)[平野裕之執筆]も参照。

(107) この草案に対して、フーバーは、要件・効果が明確に規定されていないことに対して注文を付けつつも、内容には特に異論はないと述べて

いる。ただし、フーバーはこの規定を、履行期前の履行拒絶を規定したものと理解していたようである。U. Huber, Das geplante Recht der Leistungstörungen : in Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 179.

(108) Abschlussbericht, S. 170.

(109) Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, 2002, S. 22, 212 (Diskussionsentwurf : 討議草案), S. 375 (Konsolidierte Fassung : 修正草案), S. 763 (Begründung der Bundesregierung : 政府草案理由書), S. 1093 (Bericht des Rechtsausschusses : 法務委員会報告)。なお、政府草案については、BT-Drucks. 14/6040 S. 186. を参照。債務法改正に至る経緯については Canaris, a. a. O., Einführung IX-XI「半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』一五頁以下(二〇〇三年)参照。なお、Canaris, a. a. O., Einführung IX 中の「討議草案の公表が二〇〇一年八月である旨の記述は、二〇〇〇年八月の誤植と思われる。

(110) 従来の民法典では、給付障害の総則規定のほか、各種契約に関する規定の中にも解除や損害賠償に関する規定が散在していた。そこで、各種契約に共通する規定を給付障害の総則規定に統合することにより、条文の適用関係を分かりやすくしようというのが、今回の改正の目的のひとつであった。Vgl. Abschlussbericht, S. 257.

(111) P. Huber/Faust, a. a. O. (Fn. 98), Kap. 5 Rn. 24(P. Huber) : Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2005, Rn. 500 ; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Aufl. 2005, § 323 Rn. 23(Heinrichs)[im folgenden zit. *Palandt/Bearbeiter*, 2005] ; Schlechtriem, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2003, Rn. 431 ; Brox, Allgemeines Schuldrecht, 30. Aufl. 2004, § 23 Rn. 61 ; Haas/Medicus, Kap. 3 Rn. 106 等々。

(112) Schlechtriem, a. a. O. (Fn. 111), Rn. 431 und Fn. 179 ; Kohle/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann, Das neue Schuldrecht-Kompaktkommentar, 2003, § 323 Rn. 20(Willingmann/Hirse) [im folgenden zit. *Kohle/Bearbeiter*] ; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Anwaltkommentar, Schuldrecht, 2002, § 323 Rn. 22(Dauner-Lieb) 等々。

(113) Krüger, Münchener Kommentar zum BGB, Band 2a, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2003, § 323 Rn. 132(Ernst)[im folgenden zit. *MünKomm/Bearbeiter*, nF.] の 96「Emmerich, Das Recht der Leistungstörungen, 6. Aufl. 2005, S. 306-307 ; Medicus, a. a. O. (Fn. 111), Rn. 500 ; Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, Band I, 2003, § 323 Rn. 6(Grotthe)[im folgenden zit. *Bamberger/Bearbeiter*] ; Soergel/Wolf, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 5/2, Schuldrecht 3/2, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 130(Gsell) [im folgenden zit. *Soergel/Bearbeiter*, nF.] の同様。

(114) MünKomm/Ernst, nF, § 323 Rn. 132.

(115) MünKomm/Ernst, nF, § 323 Rn. 132.

(116) MünKomm/Ernst, nF, § 323 Rn. 134. また、Schlechtriem, a. a. O. (Fn. 111), Rn. 431. が挙げる例も、履行不能として処理できる。すなわち、二二一月一日に引き渡すことになっている目的物(特定物)が九月五日に滅失した場合や、機械の売買契約において売主が当該機械を仕入れる予

定だった製造業者との契約が解約告知されてしまったために、引渡期日に当該機械を買主に引き渡すことができなくなった場合である。もっとも、いずれの例においても、目的物が種類物であった場合には、履行不能とはならないため、三三三条四項が問題となり得る。

注釈書の中でも、三三三条四項の適用例として履行期前の履行拒絶のみを挙げるものが多い。Vgl. Dömer/Ebert/Eckert/Hoeren/Kemper/Saenger/Schulte-Nölke/Schulze/Staudinger, BGB-Handkommentar, 3. Aufl. 2003, § 323 Rn. 12(Schulze); Kohle/Willingmann/Hirse, § 323 Rn. 20.

(117) Medicus, a. a. O. (Fn. 111), Rn. 500. や Palandt/Heinrichs, 2005, § 323 Rn. 23. が、請負契約における遅滞の恐れを例として挙げる。また、Brox, a. a. O. (Fn. 111), § 23 Rn. 61. は、次のような例を挙げる。すなわち、BはAとの間で、Aの小さな子供のために有償でサンタクロースを演じることを約した。Bはクリスマススイヴの遅くとも午後五時三〇分にA宅に現れることになっていたが、三日前になってBは、午後一〇時ごろにならなければ来ることができない旨Aに知らせた。この場合も、履行遅滞の恐れが履行期前に明らかになる事例である。

(118) Schlechtriem, a. a. O. (Fn. 111), Rn. 435.

(119) Bamberger/Grothe, § 323, Rn. 7; Kohle/Willingmann/Hirse, § 323, Rn. 20; Jauernig, BGB-Kommentar, 11. Aufl. 2004, § 323 Rn. 15(Stadler)[im folgenden zit. Jauernig/Stadler.] それに対して MünKomm/Ernst, nF, § 323 Rn. 133. は、単に当初の履行期が到来しても履行されないのであることが明らかとまで足りると言う。

(120) Vgl. Haas/Medicus, Kap. 3 Rn. 107; Soergel/Gsell, nF, § 323 Rn. 133.

(121) Vgl. Haas/Medicus, Kap. 3 Rn. 107; Soergel/Gsell, nF, § 323 Rn. 133.

(122) Vgl. Haas/Medicus, Kap. 3 Rn. 133.

(123) Palandt/Heinrichs, 2005, § 323 Rn. 23; Bamberger/Grothe, § 323 Rn. 6-7; MünKomm/Ernst, nF, § 323 Rn. 134; Soergel/Gsell, nF, § 323 Rn. 134.

(124) CISG七一条と七二条における、義務違反発生の蓋然性の程度の違いについては、甲斐道太郎||石田喜久夫||田中英司||田中康博編『注釈国際統一売買法Ⅱ』一一二頁、一一四頁以下(二〇〇三年)〔松井執筆〕参照。

(125) MünKomm/Ernst, nF, § 323 Rn. 134.

(126) 本稿第三章十一(3)(金沢四八巻一号四二頁以下)参照。

(127) MünKomm/Ernst, nF, § 323 Rn. 136; Medicus, a. a. O. (Fn. 111), Rn. 502.

(128) なお、履行遅滞において債権者が相当期間を設定して履行を請求する際に、相当期間経過後は給付を受領しない旨の予告をなすことは、今回の改正によって不要とされた(三三三条一項参照)。これに伴い、四項においても、このような予告をなす必要はない。この点も従来の判例とは異なるが、判例理論が修正された結果ではない。

(129) Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, Band II, 2003, § 636 Rn. 4(Voit); Schlechtriem, Schuldrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl. 2003, Rn. 423; P.

Huber/Faust, a. a. O. (Fn. 98), Kap. 18 Rn. 56; Peters, a. a. O. (Fn. 97), § 633 Rn. 131 (Peters), 起草過程におおむね、同様の記述が見られる。Ab-schlussbericht, S. 257.

(130) U. Huber II, S. 620; z. B. BGH, Urt. v. 10. 12. 1975, WM1976, 75 = MDR1976, 393 = JR1976, 282. (判決【5】)

(131) Abschlussbericht, S. 171. Diskussionsentwurf, Konsolidierte Fassung, Begründung der Bundesregierung (2005) 6. Canaris, S. 212, 375, 763.

(132) Vgl. Haas/Medicus, Kap. 3 Rn. 106; Bamberger/Grothe, § 323 Rn. 6; MünKommErnst, nF, § 323 Rn. 131ff; Palandt/Heinrichs, 2005, § 323 Rn. 23; Jaernig/Stadler, § 323 Rn. 11.

(133) CISG七二条二項によれば、通知をする時間的余裕のない場合にも通知義務が免除されるが、現代の通信技術を考えると、このような例外が認められる余地はきわめて少ないともいわれている。そうだとすれば、CISGの下では、履行期前の履行拒絶を除けば、現実にはほとんどの場合に事前の通知義務が必要ということになる。甲斐ら編・前掲注(124)一二六頁〔松井執筆〕参照。

(134) ユニドロワ国際商事契約原則(Principles of International Commercial Contracts, 1994)七・三・二条や、ヨーロッパ契約法原則(Principles of European Contract Law, 1998)九:三〇四条では、即時の履行期前解除が認められており、三三三条四項はむしろこれらに類似している。たしかに、討議草案が公表された二〇〇〇年の段階では、これらの国際統一規範はすでに存在していた。しかし、三三三条四項は、一九九二年に最終報告書が公表された当時においてすでに現在と同様の文言で起草されていたので、右の国際統一規範に如何なる影響を受けたのかは、直ちには明らかでない。なお、CISG等の国際統一規範における契約危殆規定については、拙稿「契約危殆状態における法的救済に関する一考察——ウィーン国連売買条約・ユニドロワ国際商事契約原則・ヨーロッパ契約法原則を手がかりに——」川角由和・中田邦博・潮見佳男・松岡久和編『ヨーロッパ私法の動向と課題』一七九頁(二〇〇三年)参照。

(135) MünKommErnst, nF, § 323 Rn. 135; Soergel/Gsell, nF, § 323 Rn. 139.

(136) Emmerich, a. a. O. (Fn. 113), S. 307.

(137) Haas/Medicus, Kap. 3 Rn. 106. *ramming* (Ramming) は、二四二条二項に基づく債務者の給付誠実義務(Leistungstreupflicht)を根拠に、新債務法の下でも従前の判例理論が妥当することを主張する。これによれば、債務者は、二四一条二項の義務(相手方の権利や法益に対する保護義務・配慮義務)として、自らが契約の履行能力および履行意思を有していることにつき相手方に疑念を生ぜしめない義務を負っているため、右疑念が生じた場合には、債権者は相当期間を定めてこれを払拭するための措置を講じるよう請求することができ、右期間内に疑念が払拭されなかった場合には、二四一条二項の義務違反により債権者において契約の維持が認容し得ない状況が生じたと認められ、債権者は三二四条に基づいて契約を解除することができる。

もつとも、ラミングは、履行期前の履行拒絶も給付誠実義務違反であるからこれに基づく解除権の根拠規定は三三三条四項ではなく三二

四条であるという特殊な見解に立っており、注意を要する。Ramming, Die Aufforderung zur Bestätigung der Leistungsbereitschaft und-fähigkeit als weiterer vorzeitiger "Rechtsbehelf" des Gläubigers, ZGSS2003, 209ff.

(138) Soergel/Gsell, nF, § 323 Rn. 131; Ramming, Vorzeitiges Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung, ZGSS2002, 416; Jaensch, Der Gleichlauf von Rücktritt und Schadensersatz, NJW2003, 3614.

(139) Ramming, a. a. O. (Fn. 138), S. 416.

(140) Soergel/Gsell, nF, § 323 Rn. 131.

(141) Jaensch, a. a. O. (Fn. 138), S. 3614.

(142) Jaernie/Stadler, § 323 Rn. 15.

(143) Begr. RegE BT-Drucks. 14/6040 S. 186. = Canaris, a. a. O. (Fn. 109), S. 763.

(144) Begr. RegE BT-Drucks. 14/6040 S. 186. = Canaris, a. a. O. (Fn. 109), S. 763.

(145) Erman/Westermann, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl. 2004, § 323 Rn. 11.

(146) P. Huber/Faust, a. a. O. (Fn. 98), Kap. 3. Rn. 152. *von* Has/Medicus, Kap. 3. Rn. 203. *は*、忠実義務や誠実義務は給付義務と別個独立のものではなく、給付義務に包摂されるところの見解に立っている。この見解も、契約危殆を給付誠実義務のような付随義務に対する違反ではなく、給付義務それ自体の違反と解するフーバーの見解と方向性を同じくする。Otto/Rieble, Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, 2004, § 323 Rn. B85 (Otto) *も*、履行期前の履行拒絶を給付に関連する義務違反と捉え、これは保護義務に関する二四一条二項および三二四条よりもむしろ三二三条の問題として扱うべきと述べる。

(147) 契約危殆を法的にどう捉えるにせよ、三二三条四項の規定のしかたは適切だったのかという疑問は残る。すなわち、契約危殆を——給付義務違反であれ、給付誠実義務等の付随義務違反であれ——重大な義務違反そのものと捉えると、それ自体ですでに解除権の要件を具備しているのであって、「解除権の要件を備えるであろうことが明らか」なのではない。他方、義務違反ではないと捉えるならば、この場合には、契約危殆の法的性質が問題となり、とりわけ履行期前の損害賠償請求権を肯定することとの関係を理論的に説明することが困難になる。契約危殆および履行拒絶を保護義務違反と捉えるKuhmann, Leistungspflichten und Schutzpflichten, 2001, S. 293-294 *は*、このことを端的に指摘している。

(148) MünKomm/Ernst, nF, § 323 Rn. 132; Soergel/Gsell, nF, § 323 Rn. 130; Ramming, a. a. O. (Fn. 138), S. 415-416.

(149) もっとも、起草者は、二四一条二項の義務は給付に関連しない付随義務と考えていたようであり、そうだとすると、履行期前の履行拒絶が二四一条二項の義務違反にあたるか否かは、別途検討すべき問題として残る。Begr. RegE BT-Drucks. 14/6040 S. 141-142. = Canaris, a. a. O. (Fn.

(150) 履行期前の損害賠償請求につき三二三条四項を類推適用するという場合、それは、損害が発生していないけれども発生が予見できるためその時点での賠償請求を認める、という意味ではないであろう。もしこのように解すると、債権者は、現実に発生していない損害の賠償を請求し得ることになるからである。もつとも、実際には、契約危殆状態に陥り契約の履行が挫折した段階ですでに、これによる損害は現実に発生しているのであり、この意味では、その賠償請求を肯定するために三二三条四項を類推適用する必要はない。履行期到来前の段階ですでに契約の履行が挫折したとの判断をなし得るためにこそ、三二三条四項の類推適用が必要なのである。

そこで、三二三条四項は、次のように理解すべきではなからうか。すなわち、同条の「解除権の要件が備わらるであろうことが明らかな場合」とは、三二三条一項（遅滞、不適合給付）、三三二条（保護義務・配慮義務違反）、三三六条五項（不能）等所定の「伝統的な意味における不履行」に基づく解除権の要件が備わらるであろうことが明らかな場合と解し、このような場合には当該不履行が現実に発生したのと同視して、これに相應する法的効果、すなわち契約解除権を生ぜしめるのが三二三条四項とみるのである。そして、このような「見なし義務違反」ないし「擬制された義務違反」を、新たな給付障害類型として新債務法が承認したのだと解するのである。三二三条四項をこのように理解すれば、履行期前の損害賠償請求権が同条の類推適用を通じて認められることも整合的に理解できる。

第五章 日本法への示唆

ドイツ法における履行期前解除に関する判例・学説および新債務法の規定を検討した結果、わが国において、契約危殆の状況下における履行期前解除の問題を考えるにあたり、いくつかの有益な示唆を得ることができた。

第一は、ドイツにおいては、債務者による期日どおりの履行が見込めない場合において履行期前解除が認められていることである。すなわち、債務法改正前におけるドイツの判例・学説は、旧三三二六条（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、債権者はまず相当期間を設定して、債務者に対して履行に対する不安材料の払拭または期日どおりの履行に対する証拠等の提示を求めることができ、右期間が徒過した場合には、債

権者は、履行期前であっても契約を解除することができる」と解していた。これを踏まえて新債務法三二三条四項は、履行期前解除権を明文で規定するに至っている。

第二は、右のような法律構成の実質的根拠である。これに関しては、次のような両当事者の利益衡量が挙げられる。すなわち、一方では、契約に従った債務の履行がもはや望めなくなった債権者を履行期到来まで契約に拘束し続けるのは酷であり、かつ無意味である。早期に債権者を契約関係から解放し、新たな契約を結ぶことで当初の契約目的を達成する途を開くべきである。しかし他方では、債務者は、履行期到来まで期限の利益を有するのであるから、その利益を一方的に破棄され突如として契約を解除されるとすれば不利益を蒙る恐れがある。このような両当事者の利益状況の調和を図る方法として、債権者が契約を履行期前に解除する場合、相当期間の設定を履行期前解除に先行させることが合理的かつ有用と解される。

第三は、このような履行期前解除を基礎づける「遅滞の恐れ」を給付障害法体系にどう位置づけるかについてである。これにつき、ドイツにおいては、大別して次の二つの見解が主張されている。ひとつは、付随義務違反構成である。すなわち、各契約当事者は契約目的を危殆化ないし達成不可能にせしめない義務（給付誠実義務）を付随義務として負っており、契約危殆はこの義務に対する違反になるという考え方であり、債務法改正の前後を通じて多数説を形成している。

いまひとつは、給付義務違反構成である。この立場は、右の見解に対して、給付誠実義務は給付義務そのものと別個独立の義務なのかとの疑問を提示し、右のような内容の義務を給付義務の枠内で捉えようとする。すなわち、履行期前における給付義務違反の恐れを、給付義務違反そのものと擬制する考え方である。これによれば、不能や遅滞において解除権が認められるのは給付義務の終局的な不履行が確定したことを理由とするのであるから、履行期到来前においてこれが確定した場合にも、当該給付義務違反はその時点で発生しているのであり、したがって履

行期到来時における不履行と同様の法的効果が認められる。このような解釈は、遅滞をいわば前倒的に認定し、遅滞責任を発生させるものである。債務法改正以前の裁判例においては、このような考え方に基つき、旧三二六条類推適用によって履行期前解除を認めたものが散見された。

このような学説上の争いは、債務者の履行準備行為を給付義務の一内容とみるか、それとも別個の義務とみるかの違いに由来するものと考えることができる。すなわち、給付義務を履行する場合、その前段階として何らかの準備行為が必要な場合が少なくない。給付義務を、履行期到来時に適切な給付結果を実現することと狭く解する伝統的理解によれば、適時かつ適切に準備行為をなすことは給付義務に含まれないため、準備行為が適時かつ適切に行われなくても、履行期到来前においてははまだ義務違反は発生しておらず、履行期が到来してはじめて給付義務違反となって顕在化するにすぎない。したがって、債務者が適時かつ適切に履行準備を行わないことを履行期前に置いて給付障害と評価するためには、給付誠実義務という別の概念が必要になってくる。これに対して、適時かつ適切に準備行為をなすことを給付義務の構成要素の一部と解するならば、給付誠実義務なる概念を持ち出す必要はなく、契約危殆を給付義務違反の問題として位置づけることになる。

第四は、履行期前解除を正当ならしめる要素としての相当期間設定の重要性である。債務法改正前におけるドイツの判例・学説は、右に述べたとおり、旧三二六条を類推適用するため、履行期前解除に先立って相当期間を設定して、債務者に対して履行に対する不安材料の払拭または期日どおりの履行に対する証拠等の提示を求めなければならぬと解しており、かつ、この要件の具備を厳格に要求していた。というのは、相当期間設定がもつ、債務者に対して履行期前解除を警告する機能、履行のための最後の機会を提供する機能および「終局的に履行されない恐れがある状態」を「終局的に履行されないことが確定した状態」に格上げする機能を重視したためである。この要件は、たしかに債務法現代化作業の過程で忘れ去られ、新債務法三二三条四項には反映されていないが、右の機能

の有用性に鑑み、新債務法の下でも、相当期間の設定が履行期前解除の要件を満たす方向に働く有力な手がかりとして役立つことが学説において指摘されている。とりわけ、後の訴訟において債権者の履行期前解除権に理由がないと判断された場合には、債権者の側が債務不履行責任を負うことになるため、現実には、右のリスクを避けるために相当期間の設定が活用されることになると考えられている。

第五は、「遅滞の恐れ」以外の場合にも履行期前解除が承認される場面があり得るということである。債務法改正前のドイツでは、請負契約における注文者からの履行期前解除を認める法律構成として旧六三四条および旧六三六条が類推適用され、その理由として、「瑕疵ある目的物が引き渡される恐れ」も「遅滞の恐れ」も、不履行が生じる恐れという点では共通しており、そのため契約当事者がおかれる法状況も同じだからと説明されていた。また、瑕疵ある目的物が引き渡されたため注文者が相当期間を設定して瑕疵修補を求めた場合においても、右期間内に瑕疵修補がなされないことが見込まれる場合には、右期間が経過する前であっても注文者は契約を解除することができるというのが判例・通説であった。これらの論理に沿えば、瑕疵ある目的物が引き渡される恐れがある場合においても、瑕疵のない目的物の引渡しに関する確約や担保等を求めて相当期間を設定し、右期間が徒過した後に契約を解除することも認められることになる。

このように、改正前の債務法の下でも、裁判例においては、すでに履行期前解除の範囲を「遅滞の恐れ」以外の場合に拡大する萌芽がみられた。これを明文で認めたのが、新三二三条四項である。右規定は、「解除権の要件が備わることであることが明らか」な場合に履行期前解除権を認めており、契約危殆の原因を限定していない。すなわち、履行期前の時点において、履行すべき目的物が準備できていない、契約に適合した品質・数量の目的物が準備できていない等、すでに義務違反の前段階ともいえる状態——仮に現状のまま履行期が到来したとすれば義務違反が現実発生しこれに基づいて解除権が発生するような状態——が存在しており、しかも、履行期到来時（または

履行期到来後の相当期間満了時) までにこの状態を除去できることが見込めない場合には、いずれにせよ履行期到来まで待っても事態が好転しないことが明らかであるので、義務違反が現実のものになった場合に準じた取扱いをすることが正当化されるのである。このような立場は、CISGをはじめとする契約法に関する国際統一規範および英米法に沿ったものでもある。そして、この三二三条四項の新設により、遅滞の恐れにとどまらず広く契約危殆が給付障害事由であることを明文で認めたことになる。

ところで、わが国に目を転じると、第二章で述べたとおり、わが国においては、期日どおりの履行が不安視される状況は「不能」として処理されてきた。これは、履行期前解除を認める法律構成が「履行期前の不能」以外にわが国に存在しなかったからかもしれない。しかし、契約解除権が認められるための基礎を、債権者において契約の維持が期待し得ない事情が生じたことに据え、右事情の典型例が、債務の本旨に従った履行が終局的になされないこと、すなわち債務の終局的な不履行であると捉えると、不能に関するわが民法五四三条は終局的な不履行が確定した状況に関する規定であり、遅滞に関する五四一条は終局的な不履行の恐れがあるが確定するには至っていない状況に関する規定と理解することができる。履行期到来前において期日どおりの履行がなされない恐れが生じたという契約危殆状態は、後者に類似している。そこで、右状態は、ドイツの判例・学説が示すように、「遅滞の恐れがきわめて高い状態」と捉え、遅滞に準じて取り扱われるべきである。すなわち、債権者は、履行期前解除に先立つて相当期間を定め、債務の本旨に従った履行に対する担保等を供与するよう債務者に求めることができ、かつそうしなければならない。債務者は履行期到来までは期限の利益を有しており、この間に履行の準備を行うことができるのであるから、履行期前解除によって右利益を奪うには、事前の警告を与え、債務の本旨に従った履行の準備を行う最後の機会を与えるべきである。このような解釈は、契約危殆状態下においても債権者の履行請求権が存続することや、履行期到来後には債務者が履行遅滞の責任を負うこと等との整合性を保つこともできる。

さらに、瑕疵ある目的物が引き渡される恐れがある場合や、付随義務違反によって重大な結果が生じる恐れがある場合にも、同様の考え方により、履行期前解除が認められるべきである。契約当事者がおかれる法状況に違いないからである。したがって、ドイツ新債務法三三三・四項が規定しているように、これらの契約危殆についても、同様の法的効果を付与することが妥当である。すなわち、瑕疵ある給付や付随義務違反がなされる恐れがきわめて高い場合を、そのような瑕疵ある給付や付随義務違反が現実になされたのと同様に扱うのである。

このような解釈は、明文の規定をもっていなかった債務法改正前のドイツにおいても、判例・学説により信義則を介して認められていたものであるから、わが国における解釈論としても、明文の規定が存しないことは障害にならないし、近時における契約法の国際的潮流とも合致する。

第六章 結びに代えて

本稿では、履行能力の欠如を理由とする債権者の履行期前解除権について、ドイツの理論状況を手がかりに検討を行ってきた。その結果、わが国の解釈論としても、「不能」を擬制するのではなく、契約危殆を債務不履行の一類型と位置づけ、^(四) 遅滞の恐れ、瑕疵ある目的物の給付の恐れ、付随義務違反の恐れなど、契約危殆のタイプに応じて、これに相応する現実の不履行と同様の取扱いをすることにより履行期前解除を認めるべきではないかとの試案を得るに至った。

しかし、十分に検討することができなかった問題も多い。第一に、本稿で扱った契約危殆は、如何なる義務違反なのかという問題をさらに深く掘り下げることである。現時点では、契約危殆は危殆化の対象となった義務に対す

る違反そのものであり、したがって例えば遅滞の恐れや瑕疵ある給付の恐れはそれ自体給付義務違反であるという見解に共感を覚えるが、この見解に立つ場合には、給付義務と準備行為との関係を明らかにし、給付結果を実現するためになすべき個々の行為それ自体の法的位置づけを明らかにする必要がある。というのは、給付義務は通常、履行期日において目的物を引き渡すという給付結果を実現する義務と解されているため、これによれば、その実現が危ぶまれる状態に至っただけで給付義務それ自体に違反したといえるのかという疑問が残るからである。これに對して、給付義務を広く捉える見解によれば、債務者は「債権者に給付結果を実現すべき行為義務」としての給付義務を負っているが、このことは、給付結果を実現するために、履行過程の各段階において具体的行為（作為・不作為）義務を負っていることを意味する。例えば、売主は売買の目的物を引き渡すためにこれを製造・調達するなど適切な準備をして、毀損しないように保管し、運送する義務を負っており、これらが給付義務の構成要素をなしている。この意味で、具体的行為義務は、給付義務と独立別個のものではなく、給付義務が履行過程の諸段階において具体的に発現したものである⁽¹⁵³⁾ことができる。

給付義務に対するこのような理解は、契約危殆に関するフーバーの見解に通じる。つまり、給付結果の実現を危殆化せしめるような具体的行為義務違反をもって給付義務違反と捉え、給付結果が実現されなかった場合と同様の法的効果を導くという考えである。⁽¹⁵⁴⁾ 今後はこの視点からさらにこの問題を検討していきたい。

第二に、本稿では、債務者の履行能力が欠如している場合（期日どおりに債務が履行されない恐れがある場合、瑕疵ある目的物が引き渡される恐れがある場合）に事案を限定して、履行期前解除の問題を検討してきた。しかし、履行期前に契約の履行が危惧されるもうひとつの類型として、債務者による履行拒絶の場合がある。ドイツにおいては、これに關しても多くの判例・学説が蓄積されており、三二三条四項を起草するに際しては、むしろ履行拒絶に關する判例・学説が強く意識されていた。また、三二三条四項は、両者を區別せずに一体的に取り扱っている。

たしかに両者は、契約どおりの履行が不安視されるという点において共通性を有するが、履行拒絶の場合には債務者は債務の履行を積極的に拒否しているという点において、本稿で検討した事案とは大きく異なる。したがって、両者を——とりわけ法的効果に関して——一体的に把握することが妥当か否かについて結論をみいだすためには、まず履行期前の履行拒絶をめぐる問題を検討することが必要となる。

今後、これらの問題について、順次取り組んでいきたいと考えている。

(151) 債務不履行に関する伝統的通説である、いわゆる三分類説に対しては、近時、さまざまな批判が寄せられ、そのなかでも、四一五条の沿革および文言に即した一元的な理解をなすべきとの見解(一元説)が有力に唱えられている(平井宜雄『債権総論(第二版)』四八頁(一九九四年)、淡路剛久『債権総論』九〇頁以下(二〇〇二年)、平野裕之『債権総論』二〇四頁以下(二〇〇五年)、潮見佳男『プラクティス民法債権総論(第二版)』三八頁以下(二〇〇五年)、大村敦志『基本民法Ⅲ(第二版)』一〇四頁以下(二〇〇五年)など)。筆者も基本的にはこの見解を支持するものではある。しかし、「債務の本旨に従った履行をしないとき」の態様は多種多様であり、これらを整理するための道具としては、従来の分類はなお有用であると考え、「契約危殆」なる新たな債務不履行類型も、このような位置づけのものとして理解すべきである。

(152) 奥田昌道編『注釈民法(10)』九一—一〇頁参照(一九八七年)〔奥田昌道執筆〕。

(153) 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—一頁(一九九四年)。

(154) 潮見『契約規範の構造と展開』七七—七八頁も、具体的行為義務違反が、債務不履行(債権侵害)の前段階としての危殆化段階(債権危殆)において、一定の予防的措置を講ずる権利を債権者に与えると述べる。しかし、予防的措置にとどまらない履行期前の契約解除権まで認められるか否かについては言及されていない。