The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	法定解除権の正当化根拠と催告解除（一）
Author(s)	松井, 和彦
Citation	阪大法学. 2011, 61(1), p. 55-109
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54814
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

法定解除権の正当化根拠と催告解除（一）

松井和彦

第一章　問題の所在
第二章　ウィーン国連売買条約（ＣＩＳＧ）における解除規定
一　ＣＩＳＧにおける契約解除原因と「重大な契約違反」
二　ＣＩＳＧの起草過程にみる催告解除制度の位置づけ
三　ＣＩＳＧ成立後における学説の状況
四　小括
第三章　ドイツ民法における解除規定
一　ＢＧＢにおける解除規定の概観
二　ドイツ債務法改正作業における催告解除制度に関する議論（以上、本号）
三　債務法改正後における学説の理解
四　小括
第四章　若干の考察
一　比較法的検討のまとめ
二　わが国における債権法改正論議への示唆
第五章　結びにかえて

（阪大法学）61（1-55）55〔2011.5〕

第一章　問題の所在

わが民法における契約の総則規定には、債務が履行されない場合には相当の期間を定めて催告し、右期間の経過後にはじめて解除をなし得るという「催告解除」の制度が存する（民五四一条）。また、定期行為の遅滞および不能については、無催告の解除権が規定されている（民五四二条、五四三条）。

しかし、契約上の債務がその本旨に従って履行されない態様は多様である。とりわけ、契約における付随的な義務に違反が生じた場合や、長期間に及ぶ契約において不履行が生じた場合には、右の規定を形式的に適用すると妥当な結論が導かれないことが少なくない。そこで、判例および学説による解釈を通じて、さまざまな修正ないし補充が行われてきた。[1] 例えば、①不完全履行の場合につき追完可能性に応じ場合を分け、追完可能な場合には民五四一条に準じて、追完不可能な場合には民五四三条に準じて解決する、[2] ②付随的給付義務違反の場合につき、違反された債務が当該契約における「要素たる債務」である場合に解除を限定する、[3] ③複合的な契約における従たる契約の重要な義務違反の場合につき、これにより契約目的が達成されない場合に解除を限定する等の解釈論である。[4] さらに、④賃貸借契約においては、いわゆる信頼関係破壊の法理が展開されている。[5]

このような状況を踏まえ、現在進行中の債権法改正作業では、これらの解除法理を包括する「重大な不履行」概念を導入し、これを解除原因の中核に据えることが検討されている。[6] これが、「重大な契約違反」を統一的解除要件に据えるウィーン国連売買条約（CISG）や、これを範としてヨーロッパで進められている契約法の統一プロジェクトの影響を受けたものであることは明らかである。[7] 他方で、これらの統一プロジェクトにおいては、付加期間ないし催告期間の設定およびその徒過を経た解除（付加期間解除ないし催告解除）も定められている。[8] わが国に

おいても、催告制度の有益性が指摘されており、[9] 債権法改正作業においても、催告解除が完全に捨て去られているわけではない。[10] しかし、後に検討するとおり、債権法改正に係る各種の改正提案の中でも中心的な存在と目される「債権法改正の基本方針」では、催告解除制度にやや特殊な位置づけが与えられており、催告解除の利点が十分に活かされていないように思われる。

そこで、本稿では、比較法的検討を通じて、そもそも「重大な契約違反」ないし「重大な不履行」なる概念の根底にある解除制度の捉え方がどのようなものであるのか、この制度理解のもとで解除権がどのように正当化されるのか、これらと催告解除制度が両立し得るのか、両立し得るとすれば両者をどのような関係に位置づけるべきかについて、示唆を得たいと考える。最後に、これらの検討を踏まえて、現在公表されている代表的な三種類の改正提案について、解除制度の正当化根拠ないし統一的要件と催告解除の関係に限定して若干のコメントを加える。

本稿で比較法的検討の対象とするのは、第一に、「重大な契約違反」を中核的な解除原因に据えつつ付加期間解除も有するＣＩＳＧである。ＣＩＳＧは、従来は学術的な比較検討の素材たる外国法規範にとどまっていたが、二〇〇八年七月にわが国においてもＣＩＳＧが批准され、二〇〇九年八月一日に国内で発効するに至っている。この意味において、いまやＣＩＳＧは、適用される取引は限定的であるものの、国内法規範となっている。さらに、ＣＩＳＧは、もうひとつの比較法的検討の対象であるドイツ民法（ＢＧＢ）の改正に大きな影響を与えているため、ＢＧＢの基本思想や構造を理解する助けにもなる。第二に、わが民法典と同様に付加期間解除を原則としているＢＧＢである。ＢＧＢがＣＩＳＧの影響を受けて大改正された際に、「重大な契約違反」を中核とするＣＩＳＧの基本思想が付加期間解除を原則とするＢＧＢの構造とどのような論理によって融合することに成功したのかを確認することは、わが国における催告解除制度の理解にとって有益であると考える。

それでは、まずＣＩＳＧの規定から検討を始めよう。

（1）　遠山純弘「ドイツ法における催告解除と契約の清算㈠」北研四五巻三号四九四頁（二〇〇九年）参照。
（2）　我妻榮『債権各論上巻』（一九五四年）一七七頁など。
（3）　最判昭和三六年一一月二一日民集一五巻一〇号二五〇七頁、最判昭和四三年二月二三日民集二二巻二号二八一頁など。
（4）　最判平成八年一一月一二日民集五〇巻一〇号二六七三頁。
（5）　我妻榮『債権各論中巻一』（一九五七年）四八〇頁、最判昭和三九年七月二八日民集一八巻六号一二二〇頁など。
（6）　民事法研究会編『民法（債権関係）の改正に関する検討事項――法制審議会民法（債権関係）部会資料〈詳細版〉――』（二〇一一年）三八頁以下。
（7）　民事法研究会編・前掲注(6)四〇頁以下参照。
（8）　以下では、ＣＩＳＧおよびＢＧＢの文脈では「付加期間」または「付加期間解除」と呼び、わが国の民法の文脈では「催告」または「催告解除」と呼ぶことにする。
（9）　森田修『契約責任の法学的構造』（二〇〇六年）四一四頁以下。
（10）　民事法研究会編・前掲注(6)四三頁以下参照。

第二章　ウィーン国連売買条約（ＣＩＳＧ）における解除規定

一　ＣＩＳＧにおける契約解除原因と「重大な契約違反」

ＣＩＳＧは、解除を、債務者の契約違反によって契約関係を継続することが認容し得なくなった債権者を契約の拘束から解放し契約関係を清算するための制度と位置づけている（八一条）。そのうえで、代金減額や損害賠償など他の救済手段では十分に救済できない場合にのみ認められる「最終手段（ultima ratio）」と位置づけ、要件を厳しく

限定している。[11] これは、いったん成立した契約をなるべく存続させるべきであるというＣＩＳＧの基本思想に基づくものである。[12] というのは、国境を越えた隔地者取引においては給付物の返還に伴い高額な費用を要することが多く、また返還までに給付物が滅失するリスクが大きく契約関係の清算に伴う法律関係の処理が複雑化することが多いため、できるだけこのような事態を避けることが望ましいと考えられるからである。[13]

他方で、右のような解除制度の理解によれば、契約違反につき債務者に帰責性が存するか否かは重要でないため、これは要件とされていない。[14] むしろ、契約の拘束からの一方的な解放を正当化する根拠は、債権者利益の実質的な喪失である。ＣＩＳＧは、この観点から「重大な契約違反」を解除の統一的要件としている。より具体的には、次のとおりである。

ＣＩＳＧ四九条一項は、買主に契約解除権が認められる場合として、(a)契約またはこの条約に基づく売主の義務の不履行が重大な契約違反となる場合、(b)引渡しがない場合において、買主が四七条一項の規定に基づいて定めた付加期間内に売主が物品を引き渡さず、または売主が当該付加期間内に引き渡さない旨の意思表示をした場合、の二つを挙げている。すなわち、(a)号の解除原因は「重大な契約違反」であり、(b)号の解除原因は、不引渡しにおける「付加期間の徒過」である。[15] 売主の契約解除権についても、六四条一項に同様の規定があり、(a)号で買主の「重大な契約違反」、(b)号で買主の代金支払義務もしくは物品の引渡しの受領義務違反の場合における「付加期間の徒過」が解除原因として挙げられている。

ここでいう「重大な契約違反」の定義については、二五条が規定している。これによれば、当事者の一方が行った契約違反により、相手方がその契約に基づいて期待することができたものを実質的に奪うような不利益を当該相手方に生じさせる場合に、そのような契約違反が「重大な契約違反」とされる。ただし、契約違反を行った当事者

がそのような結果を予見せず、かつ、同様の状況の下において当該当事者と同種の合理的な者がそのような結果を予見しなかったであろう場合は、除外される。つまり、重大な契約違反の判断にあたっては、①債権者側の契約利益の実質的喪失と、②このことに対する債務者側の予見可能性が顧慮される。二五条の起草に際しては、前身であるＥＫＧの規定が当事者の主観的要素に重きを置いたものであったことから、基準の客観化を目指して激しい議論が戦わされたが、これについては先行業績に委ね[16]、本稿では、ＣＩＳＧ成立後の多数説による理解を確認するにとどめる。

右の①②のうち、付加期間解除との関係で重要なのは①の意味内容である。二五条がいう「契約に基づいて期待することができたものを実質的に奪うような不利益」とは、ＣＩＳＧ七四条のルールに基づき賠償請求の範囲に含まれるという意味での「損害」に限られず、広く契約によって債権者にもたらされるはずであった利益の喪失をいう[17]。このような利益が実質的に奪われたか否かは、多数説によれば、違反された義務が当該契約において重要なものとして位置づけられていたか否かを客観的に解釈することを通じて判断される[18][19]。その際、違反された義務が主たる義務であるか付随的義務であるか、対価的関係に立つ義務であるか否か、給付義務であるか保護義務であるか等は、右の判断をするための考慮要素のひとつではあるものの、決定的な基準ではない[20]。例えば、定期行為においては、引渡期日の徒過はそれ自体で重大な契約違反になるが、これは、引渡期日の遵守が当該契約においてきわめて重要な義務と位置づけられているため、言い換えれば引渡期日の遵守が債権者たる買主にとってきわめて重要な利益であることが契約上明らかにされているために、この不遵守によって債権者の契約利益が実質的に奪われると認められるからであって、買主に生じる損害が大きいことや、違反された義務が主たる給付義務であるということは、直接の理由ではない[21]。もっとも、七四条の意味における「損害」の程度は、違反された義務の当該契約における位置

づけないし重要性を判断するための重要な要素となり得る。[22]

さらに、学説では、たとえ契約の中で重要なものとして位置づけられていない義務に違反が生じた場合であっても、義務違反の結果として、契約利益が実質的に奪われるほど大きな不利益が債権者に生じたときには「重大な契約違反」を肯定すべきとの見解が有力に主張されている。[23] この見解は、要するに、発生した不利益の客観的な程度も考慮または重視すべきであるというものである。

多数説との違いは、次のような場合に顕在化する。売主が契約の中で合意された品質を備えていない目的物を引き渡したが、その品質は重要視されていなかった。ところが、これにより買主側に、契約利益を実質的に失わせるような莫大な不利益が生じたとする。この場合、多数説によれば、「重大な契約違反」は否定されてしまうが、有力説によれば、これを肯定し得ることになる。もっとも、このような場合には、債務者側の予見可能性が否定されることが少なくないため、具体的結論において違いが生じる場面は限定的であろう。

以上が、CISGにおける解除要件の中核をなす「重大な契約違反」概念のあらましであるが、四九条一項および六四条一項においてこの「重大な契約違反」と並んで解除権の発生事由として挙げられている「付加期間の徒過」は、これとどのような関係に立つと解されているのだろうか。以下では、この点に焦点を絞り、CISGの起草過程および成立後の学説の状況を概観する。

二　CISGの起草過程にみる催告解除制度の位置づけ

1　前史――ハーグ統一売買法における解除規定

CISGは、ハーグ統一売買法（EKG）の規定を出発点として、その見直しという方法で起草された。そこで、

まずＥＫＧにおける解除規定を概観することからはじめる。[24]

ＥＫＧにおいては、売主、買主それぞれにつき義務が規定され、その違反ごとに解除に関する規定が設けられていたため、内容的に非常に似た解除規定が各所に散在していた。しかも、細かな手続規定が存在していたり、細かな場合分けが行われたりしており、非常に複雑なものであった。その概要を、本稿と関わりのある限度でごく簡単に述べると、次のとおりである。

まず、売主の義務については、引渡期日および場所に関する義務違反につき、それが「重大な契約違反」になる場合には、買主は、履行請求または契約解除をすることができる旨が規定されていた（二六条一項、三〇条一項）。そうでない場合には、買主は、履行請求のほか、合理的な長さの付加期間を設定することができ、この期間内に引渡しをしないことは、「重大な契約違反」になる旨の規定が置かれていた（二七条二項、三一条二項）。

また、契約に適合しない物品の引渡しについても、それが「重大な契約違反」になる場合には、買主は、契約を解除することができる旨が規定されていた（四三条一文）。そうでない場合には、買主は、不足部分の引渡しもしくは瑕疵修補のために合理的な長さの付加期間を設定することができ、売主がこれを懈怠した場合には、買主は、履行請求または契約解除をすることができるとされていた（四四条二項）。他方、物品の数量的差異、部分的不足、品質もしくは特性の欠如は、それが軽微な場合には、考慮されない旨の規定が置かれていたため（三三条二項）、このような軽微な不適合は、そもそもＥＫＧにおける「契約不適合」にあたらず、解除や損害賠償請求など契約不適合に基づく全ての法的救済が認められなかった。つまり、ＥＫＧにおいては、瑕疵はまず、軽微なもの（unerheblich）と軽微とは言えないないもの（erheblich）に分けられ、前者はそもそもＥＫＧ上の「契約不適合」には当たらないとして法的救済の対象から除外される。他方、後者はさらに、「重大な契約違反」にあたるもの（wesentlich）とそ

うでないもの（unwesentlich）に分けられ、前者については即時解除が、後者については付加期間解除が認められた。

その他、物品の書類交付義務違反についても、違反の態様に応じて、右の諸規定が準用され（五一条）、他人物売買における所有権移転義務違反（五二条三項）、その他の義務違反（五五条一項a号）についても、それが重大な契約違反になることを要件として解除権が認められていた。

買主の義務については、代金支払義務違反につき、それが「重大な契約違反」になる場合には、売主は、履行請求または契約解除をすることができる旨が規定されていた（六二条一項）。そうでない場合には、売主は、合理的な長さの付加期間を設定することができ、この期間内に買主が代金を支払わなかった場合、売主は、履行請求または契約解除をすることができた（六二条二項）。物品の受領義務違反についても、それが「重大な契約違反」になることを要件として解除権が認められ（六六条一項）、そうでない場合には付加期間の設定を経由して解除権が認められていた（同条二項）。また、その他の買主の義務の違反についても、「重大な契約違反」になることを要件として解除権が認められていた（七〇条一項a号）。

2　作業部会での議論

ＣＩＳＧ起草に関する作業部会では、このようなＥＫＧにおける各規定の内容面での見直しと同時に、違反の態様ごとに各所に散在する解除規定を統合することが模索され、その際、契約不適合物品の引渡しに関するＥＫＧ四三条および四四条を軸にその他の違反を同規定の中に取り込むという方向で起草作業が進められた。[25]

まず、第三回作業部会会合（一九七二年一月）において、ＥＫＧ四三条および四四条の問題点が指摘され、新たな解除規定の原案を作成するため、作業部会内に起草委員会が設置された。[26] 起草委員会は、ＥＫＧ四三条および四

四条をもとに新たな規定の作成に着手したが、起草委員会内で草案を一本化することができず、三つの案が提示された[27]。しかし、前述のとおり、作業部会で解除規定の統合を目指す方向が打ち出されたため、契約不適合のみを扱ったA案およびB案は本格的な検討に至らず、C案を軸に検討が進められることになった[28]。

C案をもとに作業部会において作成された試案は、次のとおりである[29]。

「1　第三三条ないし第五二条に基づく売主による義務の不履行が重大な契約違反になる場合には、買主は、売主に直ちに通知することにより、契約を解除することができる。

2　略（追完権）

3　第三三条ないし第五二条に基づく売主による義務の不履行が重大な契約違反にならない場合であっても、買主は、その義務の履行のため合理的な長さの付加期間を設定することができる。この付加期間が経過しても売主がその義務を履行しない場合には、買主は、売主に直ちに通知することにより、契約を解除することができる。（傍点筆者）[30]」

この際、作業部会では、付加期間解除に関するＥＫＧ四四条二項が買主に二度目の提供の権利を保障した点については「ＥＫＧの最も重要かつ成功した規定のひとつ」であると高く評価され、これをＣＩＳＧに受け継ぐことが確認された[31]。しかし他方で、例えば契約後の急激な価格変動によってみずからに不利な内容の契約となった当事者や、契約後に当該目的物が不要になって契約を維持することに意味を失った当事者が、相手方の給付の軽微な契約不適合を口実に付加期間を経由することで契約から離脱することが可能になってしまう。このような濫用的な解除をなし得る危険性については、契約不適合について定義したＥＫＧ三三条二項において「軽微な数量不足や品質・性能の欠如は考慮されない」と規定されていることが指摘され、これによって右のような濫用的な解除を防ぐことができるとされた[32]。

このように、この段階では、契約不適合についても付加期間制度を適用することが意図される反面、軽微な契約不適合を法的救済の対象から除外することによって濫用的な解除を防止できると考えられていた。このような構造は、ＥＫＧの構造を受け継ぐものであるとともに、後述する旧ＢＧＢ四五九条二項二文とも類似している。

ところが、第四回作業部会会合（一九七三年二月）では、契約不適合に関する定義規定から「軽微な数量不足や品質・性能の欠如は考慮されない」の部分を削除することが決まった。[33] これにより、軽微な契約不適合を口実に付加期間を経由することによって解除に至るという濫用的な解除に対する歯止めがなくなってしまうこととなった。そこで、解除規定に関する議論では、当然、このような結論を容認するような規定は受け入れがたいとして、付加期間内に履行しないことが重大な違反になる場合にのみ解除を認めるべきとの意見が出された。[34]

ほかにも種々の意見が出されたため、再び起草委員会を設けて草案を作成することとなった。[35] ここで作成された草案においてはじめて、付加期間解除の適用を不引渡しの場合に限定する現行規定の姿が現れる。[36]

「1　買主は、次の場合には売主に通知をすることにより契約を解除することができる。

(a)　売買契約および本条約に基づく売主によるあらゆる義務の不履行が重大な契約違反になる場合、または

(b)　売主が第四三条に基づき買主により設定された付加期間内に物品を引き渡さなかった場合（傍点筆者）

2　略（解除権の喪失）」

結局、右の草案に若干の修正が施されてできた草案が、全体委員会で報告された。[37] 全体委員会では、契約不適合が付加期間内に追完されなかった場合にも買主に契約解除権が認められるべきであるとの提案があった。この論者によれば、買主が軽微な契約不適合を主張して解除権を濫用する可能性は、ＥＫＧ三三条二項のような規定、すなわち数量的差異、物品の部分的不足、品質または特性の欠如は、それが軽微なものであるときは考慮されない旨の

規定を置けば回避できるという。[38] しかし、これに対しては、軽微ではないがきわめて深刻でもない契約不適合を理由に契約を解除しようという不当な行為を招くことになるとの反論にあい、右の提案は採用されなかった。[39]

3　ニューヨーク草案

このような議論を経て、一九七八年にいわゆるニューヨーク草案が作成され、買主の解除権については四五条で次のように規定された。これは、全体委員会における草案と文言が多少異なっている以外、内容的にはほとんど変更されていない。[40]

「1　買主は、次の場合には契約を解除することができる。

(a)　売買契約および本条約に基づく売主によるあらゆる義務の不履行が重大な契約違反になる場合、または

(b)　売主が第四三条第一項に基づき買主によって設定された付加期間内に物品を引き渡さなかった場合もしくはこの期間内に引き渡さない意思を表示した場合（傍点筆者）

2　略（解除権の喪失）」

この草案一項b号に関して、国際商業会議所（ＩＣＣ）は、物品が全く引き渡されなかった場合の効果を規定したものである旨の説明をしており、契約不適合の場合には付加期間解除を適用しないことを明らかにしている。[41]

4　ウィーン外交会議における議論

第一委員会第二二回会議（一九八〇年三月二五日）において、右のニューヨーク草案に対して、カナダ代表とオランダ代表は、付加期間制度を契約不適合の場合にも適用すべきことを主張し、[42] 西ドイツ代表とメキシコ代表がこれを支持した。[43] しかし、これまでの議論でも指摘されてきたように、契約不適合の場合に付加期間制度を適用すると、軽微な契約不適合を付加期間の経由により「重大な契約違反」に転換することが可能になってしまうとの意見

が大勢を占め、結局、付加期間制度は、不引渡しの場合に限定して適用されることとなった。この議論の中で、付加期間制度が軽微な違反を「重大な契約違反」に転換するためのものではなく、買主のために状況を明確にするための制度であることが確認されている。[44] また、スペイン代表は、カナダ・オランダ提案に反対する際、ニューヨーク草案四五条一項a号と同b号の関係について、「a号は売主による履行のために付与された期間とは無関係に重大な違反を理由に契約解除を認める一般的なルールを規定しており、b号は付加期間内に引渡しをしないことが重大な違反と見なされるという補助ルールを定めている」と述べている。[45] これらの議論からは、多数意見が、付加期間制度を、一定の深刻な契約違反につき付加期間の徒過をもって「重大な契約違反」を擬制するための装置と位置づけたうえで、このため付加期間解除が適用されるのは、付加期間の徒過によって「重大な契約違反」を擬制できるほどの著しい違反に限定すべきであると考えていたことが分かる。

三　CISG成立後における学説の状況

CISG成立後の学説も、起草過程における議論を踏まえ、これに即して四九条一項b号を理解している。すなわち、一方では、同号は、付加期間の徒過でもって買主に解除権を認めることにより、解除の基準を明確化して契約当事者にとって見通しをよくすると同時に、[46]「重大な契約違反」要件具備に関する買主の証明責任を免除することを目的としている。[47] この意味において、b号では、a号で要求されている「重大な契約違反」の存否、すなわち二五条で定められている「債権者利益の実質的喪失」は、直接は問題にならない。しかし他方では、b号は、軽微な契約違反を「重大な契約違反」に格上げすることを目指したものではなく、一定の深刻な契約違反につき付加期間の徒過でもって定型的に「重大な契約違反」を擬制しようとしたものであり、[48] このため、付加期間解除が適用さ

れるのは、b号が規定しているとおり、目的物が全く引き渡されない場合に限定され、それ以外の契約違反（とりわけ契約に適合していない物品が引き渡された場合）に適用ないし類推適用されるべきではない。[49] このことは、買主の義務違反につき六四条一項b号が付加期間解除の対象となる義務違反を代金不払と目的物の不受領に限定していることについても同様である。[50]

このような理解からは、学説が、「重大な契約違反」に基づく解除と付加期間解除を別個の基本思想を有する独立した制度と捉えるのではなく、むしろ起草過程における議論に忠実に、両者とも契約違反が一定の重大性を有する場合にのみ解除を認めるとの基本思想に立脚しており後者が前者のいわば補助装置としての役割を担っていると理解していることがみて取れる。[51]

四　小括

ＣＩＳＧが規律する国際動産売買においては、売買の目的物が相当の長距離を移動して引渡しが行われることが想定される。このため、契約解除を容易に認めると、とりわけ目的物の引渡しが行われた後においては、その返還が必要となり、その運送等に要する費用が高額になる恐れがある。また、返還までに目的物が滅失・損傷するなど新たな法律問題が生じる恐れも高まる。このような国際動産売買の特殊性に由来する解除後の清算の煩雑さを回避するため、ＣＩＳＧは、解除による契約関係の清算を「最終手段」と位置づけ、他の方法で被害当事者を十分に救済できない場合にのみ解除を認めるという立場をとっている。債権者利益の実質的な喪失を内容とする「重大な契約違反」という厳格な解除要件を設定しているのは、このことの表れである。

他方で、ＣＩＳＧは、解除を、契約の拘束から債権者を解放するための手段と位置づけているため、債務者の帰

責性を要件としていない。

このような見地から、四九条一項b号および六四条一項b号は、売買契約上の「中心的な義務」が「全く履行されない」（すなわち売主の目的物不引渡し、買主の代金不払または目的物の不受領）という、その状態が続けば債権者の契約利益を実質的に奪う蓋然性の高い深刻な不履行についてのみ、このような不履行状態が現実に一定期間継続したことをもって、「当該契約に基づいて期待することができたものを実質的に奪うような不利益」（二五条）が債権者に生じたと擬制することによって、解除を主張する債権者の証明責任を軽減した規定と解されている。(52)

このことは、契約不適合物品の引渡しの取扱いに関する起草過程における議論からも確認することができる。起草過程においては、当初は軽微な契約不適合を法的救済の対象から除外する旨の規定が置かれていたため「契約不適合」にも付加期間解除を適用する方向で草案が作成されていたが、後に右規定が削除されるのに伴い、契約不適合を付加期間解除の適用場面から排除し、物品が全く引き渡されない場合に限定した。契約不適合にも付加期間解除を適用する旨の提案が何度か出されたが、そのたびにこの提案は拒絶された。なぜなら、もし不適合物品の引渡しに付加期間解除が適用されると、軽微な契約不適合を口実に付加期間の設定を経て契約を解除することが容認されることとなり、解除を最終手段と位置づけ「重大な契約違反」が認められる場合に限定したＣＩＳＧの基本思想に反するからである。

このようなＣＩＳＧの解除に関する基本思想は、ドイツ民法（債務法）改正において大いに参照され、影響を与えた。ところが、改正法の規定は、一見すると改正前の規定から大きく変わっていないようにも思われる。ＣＩＳＧの基本思想は、ドイツで採用されていた付加期間解除の原則とどのように調和し、解除法体系の中に取り入れられたのであろうか。次章では、この点について見ていこう。

(11) BGH, 3. 4. 1996, BGHZ132, 290; BGE, 28. 10. 1998, SZIER1999, 179; OLG Frankfurt/M. 18. 1. 1994, RIW1994, 240; OLG Köln, 14. 10. 2002, RIW2003, 300.

(12) Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 5. Aufl. 2008, Art. 49 Rn. 2; Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger/*Ferrari*, Internationales Vertragsrecht, 2007, Art. 25 Rn. 9; Honsell/*Schnyder/Straub*, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl. 2010, Art. 49 Rn. 2.

(13) Staudinger/*Magnus*, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Wiener UN-Kaufrecht, 2005, Art. 49 Rn. 4.　潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和編『概説国際物品売買条約』（二〇一〇年）一三七―一三八頁〔山田到史子執筆〕。

(14) Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, a.a.O. (Fn. 12), Art. 49 Rn. 4.

(15) ユニドロワ国際商事契約原則（ＰＩＣＣ）七・三・一条一項三項、ヨーロッパ契約法原則（ＰＥＣＬ）九：三〇一条、ヨーロッパ私法共通参照枠草案（ＤＣＦＲ）Ⅲ―三：五〇二条一項、Ⅲ―三：五〇三条一項も、ほぼ同様の枠組を採用している。

(16) 山田到史子「契約解除における『重大な契約違反』と帰責事由（一）」民商一一〇巻二号二八〇頁以下（一九九四年）、甲斐道太郎＝石田喜久夫＝田中英司編『注釈国際統一売買法Ⅰ』（二〇〇〇年）一八八頁以下〔山田到史子執筆〕、潮見＝中田＝松岡・前掲注(13)一三九頁以下〔山田到史子執筆〕。

(17) Bianca/Bonell/*Will*, Commentary on the International Sales Law, 1987, Anm. 2. 1. 1. 2; Schlechtriem/Schwenzer/*Schlechtriem*, a.a.O. (Fn. 12), Ar. 25 Rn. 9; Staudinger/*Magnus*, a.a.O. (Fn. 13), Art. 25 Rn. 11; Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger/*Ferrari*, a.a.O. (Fn. 12), Art. 25 Rn. 8; Bamberger/Roth/*Saenger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. 2007, CISG, Art. 25 Rn. 3; Honsell/*Karollus*, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 1997, Art. 25 Rn. 14.　契約に適合しない粗悪な靴が引き渡された事案において、買主からこの靴を購入した顧客から買主の元に苦情が寄せられていることから、売主がこのような靴を小規模な小売店たる買主に引き渡せばこれを販売した買主の評判が下がり売上げが減少することが合理的に予期されると認定し、「重大な契約違反」に基づく解除を肯定した裁判例として、OLG Koblenz, 21. 11. 2007, CISG-online 1733.

(18) Staudinger/*Magnus*, a.a.O. (Fn. 13), Art. 25 Rn. 13; Reinhart, UN-Kaufrecht, 1991, Art. 25 Rn. 6; Bamberger/Roth/

Saenger, a.a.O. (Fn. 17), CISG, Art. 25 Rn. 4; Honsell/*Gsell*, a.a.O. (Fn. 12), Art. 25 Rn. 12f.

(19) このように、契約においてある義務の履行が明示的に重要視されているのではない場合には、契約の合理的解釈を通じて当該義務の重要性が判断されることから、①「契約利益の実質的喪失」と②「予見可能性」との関係について見解が分かれることになる。多数説によれば、②は債務者側の免責事由とされているが、有力説は、契約の客観的解釈を定めたＣＩＳＧ八条二項三項を根拠に、①における当該義務の重要性を判断する際の解釈事情になるという。すなわち、債権者のある契約利益が債務者において予見し得なかった場合には、このことは違反された義務が当該契約において重要であったとは認められないと解するのである。両説の違いは、多数説が、「重大な契約違反」の要件を①＋②と捉えるのに対して、有力説は、「重大な契約違反」の要件を①のみと捉えたうえで②を①の判断の中に組み込んで理解するという点にある。この違いは、証明責任の分配において顕著に現れる。多数説によれば、①については債権者に、②については債務者に、それぞれ証明責任が課せられる。これに対して、有力説によれば、解除要件たる「重大な契約違反」の存在について債権者に証明責任が課せられるため、実質的には②の要素を含む①について債権者に証明責任が課せられることになり、この証明に成功した場合には、もはや債務者が②の不存在を証明することはほぼ不可能ということになる。結局、有力説によれば、二五条ただし書は八条二項三項のルールを裏から確認したにすぎず、独自の意味をほとんど有しないことになる。Schlechtriem/Schwenzer/*Schlechtriem/Schroeter*, a.a.O. (Fn. 12), Art. 25 Rn. 11-14, 16; Honsell/*Karollus*, a.a.O. (Fn. 17), Art. 25 Rn. 17-21, 34-35; Honsell/*Gsell*, a.a.O. (Fn. 12), Art. 25 Rn. 20-21, 26-27. 山田到史子「契約解除における『重大な契約違反』と帰責事由（二・完）」民商一一〇巻三号四六六頁以下（一九九四年）。

(20) 主たる義務である目的物引渡義務の違反であっても、例えば目的物にごく僅かな瑕疵が存在しただけであり容易に除去が可能なものであれば通常は重大な契約違反にはならない反面、付随的義務の違反であっても、例えば競業避止義務や相手方の知的財産権侵害などが重大な契約違反になる可能性がある。Schlechtriem/Schwenzer/*Schlechtriem/Schroeter*, a.a.O. (Fn. 12), Art. 25 Rn. 26, 41; Staudinger/*Magnus*, a.a.O. (Fn. 13), Art. 25 Rn. 12, 26, 29; Honsell/*Karollus*, a.a.O. (Fn. 17), Art. 25 Rn. 20; Honsell/*Gsell*, a.a.O. (Fn. 12), Art. 25 Rn. 11.

(21) Schlechtriem/Schwenzer/*Schlechtriem/Schroeter*, a.a.O. (Fn. 12), Ar. 25 Rn. 9; Staudinger/*Magnus*, a.a.O. (Fn. 13), Art. 25 Rn. 11; Honsell/*Karollus*, a.a.O. (Fn. 17), Art. 25 Rn. 22; Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/

Staudinger/*Ferrari*, a.a.O. (Fn. 12), Art. 25 Rn. 8.

(22) Schlechtriem/Schwenzer/*Schlechtriem/Schroeter*, a.a.O. (Fn. 12), Ar. 25 Rn. 9; Bamberger/Roth/*Saenger*, a.a.O. (Fn. 17), CISG, Art. 25 Rn. 3.

(23) Honsell/*Karollus*, a.a.O. (Fn. 17), Art. 25 Rn. 17-22; Grunewald/*Benicke*, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 2007, CISG, Art. 25 Rn. 8, 12. **[im folgenden zit. MünKomHGB/*Benicke*]**

(24) CISG四九条一項の起草過程については、山田・前掲注(19)二八七頁以下に紹介がある。

(25) Honnold, Documentary History of the Uniform Law for International Sales, 1989, p117, para. 28, p135-136, paras. 158-162. **[im folgenden zit. DH]**

(26) DH, p105, para. 103. この起草委員会の構成員は、オーストリア代表、インド代表、ソ連代表、アメリカ代表であり、オブザーバーとしてノルウェー代表が参加した。

(27) DH, p98-99.

(28) C案は、次のとおりである。

「1　売主による契約不適合または遅延した引渡しが買主による重大な契約違反になる場合には、売主に通知することにより、買主は、契約を解除することができる。《後略》

2　略（追完権）

3　契約不適合が重大な契約違反にならない場合であっても、買主は、さらなる引渡しまたは欠陥の修補のため合理的な長さの付加期間を設定することができる。この付加期間が満了しても売主が物品を引き渡さず、もしくは欠陥を修補しなかったときは、買主は、契約の履行請求、第四六条に従い代金減額、もしくは直ちにそれをするものとして、契約を解除することができる。」DH, p99.

(29) DH, p130. Article 43 (WG. III. Alternative C, as revised, merging ULIS43 and 44) (R. 3).

(30) その後、作業部会における個別規定の議論を踏まえ、いくつかの類似した規定をまとめて整理し、規定を作り直す作業が行われた。そこで作成された案は、次のとおりである。

「1　売買契約および本条約に基づく売主のあらゆる義務の不履行が重大な契約違反になる場合には、買主は、売主に直ち

に通知することにより、契約を解除することができる。

2　略（追完権）

3　売買契約および本条約に基づく売主のあらゆる義務の不履行が重大な契約違反にならない場合でも、買主は、その義務の履行のため合理的な長さの付加期間を設定することができる。この付加期間が経過しても売主がその義務を履行しない場合には、買主は、売主に直ちに通知することにより、契約を解除することができる。（傍点筆者）

4　略（猶予期間の不許）」DH, p136. Article 43 (R. 3).

(31) DH, p132, para. 137.

(32) DH, p132, para. 138. もっとも、軽微な契約不適合の場合に損害賠償や代金減額が遮断されることには合理性がないとされ、ＥＫＧ三三条二項に相当する規定を、解除のみを遮断する形で規定することが望ましいとされた。DH, p132, para. 140.

(33) DH, p142, para. 43. 作業部会では、二項を不要であるとして削除すべき意見のほかに、買主の救済手段に関する規定の箇所に移すべきとの意見や、現状維持を支持する意見もあった。それにもかかわらずなぜ削除することが決まったのかについては明確にされていない。DH, p142, para. 38.

(34) DH, p147, para. 101.

(35) DH, p148, para. 107. この起草委員会の構成員は、フランス代表、アメリカ代表、ソ連代表であり、ノルウェー代表とＩＣＣがオブザーバー参加した。

(36) DH, p148. Article 44.

(37) DH, p339. Article 31. 次のような草案である。

「1　買主は、次の場合には契約を解除することができる。

(a) 売買契約および本条約に基づく売主によるあらゆる義務の不履行が重大な契約違反になる場合、または

(b) 売主が第二九条一項に基づき引渡しをするよう請求され、同条に従い買主によって設定された付加期間内に物品を引き渡さなかった場合もしくはこの請求に従わない意思を表示した場合

2　略（解除権の喪失）」

(38) DH, p339, para. 291.

(39) DH, p339, paras. 292-293.

(40) DH, p387. Article 45.

(41) DH, p400. これに対して、オランダ代表は、不引渡し以外の場合にも適用すべきことを主張した。

(42) DH, p575, paras. 67-68. もっとも、その理由としてカナダ代表が挙げたのは、付加期間に関する草案四三条一項（現四七条一項）が全ての義務違反につき債権者に付加期間の設定を認めているにもかかわらず付加期間が徒過した場合に解除権を認めるのを不引渡しの場合に限定するのは整合性を欠くということであり、軽微な契約不適合を付加期間の経由により「重大な契約違反」に格上げすることを積極的に肯定する趣旨ではなかった。

(43) DH, p575-578, paras. 71, 78.

(44) DH, p575 paras. 69 (Sweden), 72 (Denmark), p576 paras. 76 (USA), 77 (Greece), 79 (Finland), 81 (Argentina), 82 (ICC), 83 (Spain), 84 (UK). この点は、付加期間解除を契約不適合にも広げるべきというカナダ・オランダ提案を支持した西ドイツ代表（シュレヒトリーム）も同様の理解を示している。DH, p575, para. 71.

(45) DH, p576, para. 83.

(46) Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2005, Rn. 503 (S. 240); Unberath, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 377.

(47) Piltz, Internationales Kaufrecht, 1993, S. 236; Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, a.a.O. (Fn. 12), Art. 49 Rn. 2, 15; Soergel/*Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl. 2000, CISG, Art. 49 Rn. 8; Honnold, Uniform Law for Internaitonal Sales, 3. ed. 1999, p329; Rolland, Die Aufhebung des Vertrages nach den Vorschlägen zur Schuldrechtsreform auf dem Hintergrund internationaler Entwicklungen, in: FS Schlechtriem, 2003, S. 644.

(48) Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, a.a.O. (Fn. 12), Art. 49 Rn. 2; Honsell/*Schnyder/Straub*, a.a.O. (Fn. 12), Art. 49 Rn. 5.

(49) Schlechtriem/Schwenzer/*Müller-Chen*, a.a.O. (Fn. 12), Art. 49 Rn. 2, 15; Soergel/*Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, a.a.O. (Fn. 47), Art. 49 Rn. 8; Staudinger/*Magnus*, a.a.O. (Fn. 13), Art. 49 Rn. 21; Westermann/*P. Huber*, Münchener

Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, CISG, Art. 49 Rn. 46 **[im folgenden zit. MünKomBGB/*Bearbeiter*]**; MünKomHGB/*Benicke*, Art. 49 Rn. 6; Bamberger/Roth/*Saenger*, a.a.O. (Fn. 17), CISG, Art. 49 Rn. 8; Reinhart, a.a.O. (Fn. 18), Art. 49 Rn. 5, 7; Honsell/*Schnyder/Straub*, a.a.O. (Fn. 12), Art. 49 Rn. 6.

(50) Schlechtriem/Schwenzer/*Hager/Maultzsh*, a.a.O. (Fn. 12), Art. 64 Rn. 8; Reinhart, a.a.O. (Fn. 18), Art. 64 Rn. 4; Staudinger/*Magnus*, a.a.O. (Fn. 13), Art. 64 Rn. 4, 22; MünKomBGB/*P. Huber*, Art. 64 Rn. 12; MünKomHGB/*Benicke*, Art. 64 Rn. 9; Bamberger/Roth/*Saenger*, a.a.O. (Fn. 17), CISG, Art. 64 Rn. 4; Honsell/*Schnyder/Straub*, a.a.O. (Fn. 12), Art. 64 Rn. 6-7. もっとも、ベニケは、代金支払義務に付随する義務（例えば契約に従い信用状を開設したり輸入許可を取得したりすること）や受領義務に付随する義務（例えば契約に従い目的物を運ぶため運送業者と運送契約を結ぶこと）の違反にも付加期間解除が適用されることを主張する。MünKomHGB/*Benicke*, Art. 64 Rn. 5-6. しかし、これは代金支払義務ないし受領義務の範囲の問題であろう。

(51) 渡辺達徳「『ウィーン売買条約』（ＣＩＳＧ）における契約目的の実現と、契約からの離脱(1)」討究四二巻一号一九五頁以下（一九九一年）も同旨。

(52) かりにｂ号の付加期間解除を、契約利益の実質的侵害と無関係に、簡易迅速な契約解消および代替取引の便宜のために認められたと解するならば、このような理解は、解除を「最終手段」と位置づけるＣＩＳＧの基本思想と相容れない。

第三章　ドイツ民法における解除規定

一　ＢＧＢにおける解除規定の概観

二〇〇二年の債務法改正により、解除規定はいくつかの重要な変更を受けた。このうち、本稿は、付加期間解除の位置づけに焦点を当てて検討を行うが、その前に現在の解除規定の全体像を確認しておこう。

まず、解除に関する原則規定ともいいうる三二三条は、次のとおりである。

「三二三条（給付がなされなかったこと、または契約に従った給付がなされなかったことを理由とする解除）

(1)　双務契約において、債務者が弁済期の到来した給付を履行せず、または契約に従って履行しない場合には、債権者は、給付または追完のために債務者に対して相当期間を定めたにもかかわらずこの期間が徒過したときは、契約を解除することができる。

(2)　次の場合には、期間の設定を要しない。

1．債務者が真剣かつ終局的に給付を拒絶している場合

2．債務者が契約で定めた期日または期間内に給付をせず、かつ、債権者が契約において、期日どおりに給付されることに給付利益が存する旨を示している場合

3．両当事者の利益を考慮して即時の解除を正当化する特別な事情が存する場合

(3)〜(4)　略

(5)　債務者が一部を給付した場合には、債権者は、一部の給付に利益を有しないときにのみ、契約全部を解除することができる。債務者が契約に従った給付をしなかった場合において、義務違反が軽微なときは、債権者は契約を解除することができない。

(6)　略」

このように、ＢＧＢは、付加期間解除を原則としつつ（一項）、一方では、即時解除が可能となる例外を列挙し（二項）、他方では、付加期間を定めたとしても解除ができない場合を規定する（五項二文）という構造をなしている。

また、瑕疵担保に関する規定についても、右の給付障害に関する総則規定を準用する形で統一された。

「四三七条（瑕疵ある給付における買主の権利）

物に瑕疵がある場合において、次に掲げる各規定の要件を満たし、かつ別段の定めがないときには、買主は、次のことをするこ

とができる。

1．略

2．第四四〇条、第三二三条および第三二六条第五項に基づいて契約を解除し、もしくは第四四一条に基づいて売買代金の減額を主張すること

3．略」

さらに、いわゆる保護義務違反については、三二四条が次のように規定している。

「三二四条（第二四一条第二項に基づく義務の違反を理由とする解除）

双務契約において債務者が第二四一条第二項の義務に違反した場合において、債権者は、契約の維持がもはや認容し得ないときには、契約を解除することができる。」

不能については、次のように規定されている。

「三二六条（反対給付からの解放および給付義務から解放された場合の解除）

(1) 債務者が第二七五条第一項ないし第三項に基づいて給付を要しなくなった場合には、反対給付請求権は消滅する。《後略》

(2)〜(4) 略

(5) 債務者が第二七五条一項ないし三項に基づいて給付を要しなくなった場合には、債権者は契約を解除することができる。解除については、期間の設定を要しないほかは、第三二三条が準用される。」

以下では、付加期間解除を定めた三二三条一項の起草過程を辿りながら、契約解除権の正当化根拠と付加期間解除の位置づけについて、ドイツ法がどのように理解しているのかを探っていくことにする。

二　ドイツ債務法改正作業における催告解除制度に関する議論

1　二〇〇二年改正前のＢＧＢにおける解除規定

（1）一般給付障害法における解除規定の概要

二〇〇二年改正前のＢＧＢ三二五条および三二六条は、解除の要件について、次のように規定していた。〔本稿では、二〇〇二年改正前のＢＧＢを「旧ＢＧＢ」と称し、その条文を「旧〇〇条」とする。〕

「旧三二五条（債務者の責めに帰すべき事由に基づく後発的不能）

(1)　双務契約により当事者の一方が負担する給付がその責めに帰すべき事由により不能となるときは、相手方は、不履行に基づく損害賠償を請求し、または契約を解除することができる。一部不能の場合において、契約の一部の履行が相手方の利益とならないときは、相手方は、第二八〇条第二項により、債務の全部の不履行に基づく損害賠償を請求し、または契約の全部を解除することができる。《後略》

(2)　略

旧三二六条（遅滞、受領拒絶の予告を伴った付加期間の設定）

(1)　双務契約において、当事者の一方が自己の負担する給付につき遅滞にあるときは、相手方は、給付の履行のために相当期間を設定し、その期間経過後は給付の受領を拒絶する旨の表示をすることができる。給付が適時になされないときは、この期間が徒過した後において、相手方は、不履行に基づく損害賠償を請求し、または契約を解除することができる。この場合には、履行を請求することができない。期間が経過するまでに一部が給付されないときは、第三二五条第一項第二文が準用される。

(2)　遅滞のため契約の履行が相手方の利益にならないときは、期間を設定することなく、相手方は、第一項に定める権利を取得する。」

このように、債務者の責めに帰すべき事由に基づく後発的全部不能の場合には、債権者は、直ちに契約を解除することができ、一部不能の場合には、一部の履行では債権者の利益にならない場合にのみ、契約全部を解除することができた。遅滞の場合には、債権者は、原則として、付加期間を設定したうえで、この期間が徒過した後に契約を解除することができた。ただし、定期行為など遅滞した給付が債権者の利益にならないときは、直ちに契約を解除することができた。[53] また、付加期間の経過までに一部だけが給付されたときは、当該一部給付では債権者の利益にならない場合にのみ、契約全部を解除することができた。他方、いわゆる保護義務違反については明文の規定がなかった。

(2) 瑕疵担保規定の概要

瑕疵ある給付については、瑕疵担保の問題として契約各則に規定されていた。解除に関連する規定のみを挙げると、売買においては、次のとおりである。

「旧四三四条（権利の瑕疵に基づく担保責任）

売主は、第三者が買主に対し主張することのできる権利を除去して、売買の目的物を買主に移転する義務を負う。

旧四四〇条（買主の権利）

(1) 売主が第四三三条ないし第四三七条および第四三九条に基づいて負う義務を履行しないときは、買主の権利は、第三二〇条ないし第三二七条で定める。

(2)〜(4) 略

旧四五九条（物の瑕疵に基づく責任）

(1) 物の売主は、買主に対し、危険が買主に移転した時に、物にその価値または通常の使用若しくは契約によって予定された使

用に対する適性を消滅または減少させる欠点がないことについて、責めに任ずる。価値または適性の軽微な減少は、考慮しない。

(2)　略

旧四六二条（解除請求、代金減額）

買主は、第四五九条および第四六〇条の規定により売主が責任を負うべき瑕疵に基づき、売買の解除請求（Wandelung）または売買代金の減額請求をすることができる。」

このように、いわゆる権利の瑕疵の場合における買主の権利については、一般給付障害法の規定が準用されていた。すなわち、原則として付加期間解除が適用された。これは、旧四三四条により売主には他人の権利の付着していない物を引き渡す義務が課せられており、権利の瑕疵はその義務違反と位置づけられたからである。[54]

他方、物の瑕疵の場合における買主の権利については、ローマ法の沿革に影響を受け[55]、一般給付障害法とは別個の制度として規定された。その内容は、三つの点で一般給付障害法とは大きく異なっていた。第一に、付加期間解除の制度はなく、買主は、直ちに解除請求（Wandelung）をすることができた。第二に、ここでの解除請求は、不能および遅滞の場合における形成権としての解除ではなく、請求権として構成されていた。第三に、価値または適性の軽微な減少を招くにとどまる欠点は、担保責任の対象となる「瑕疵」に含まれず、したがって解除請求のみならず代金減額や損害賠償などその他の権利も認められなかった。

これに対して、請負においては、やや異なった規定が置かれていた。

「旧六三三条（修補、瑕疵除去）

(1)　請負人は、仕事が保証された性質を有し、かつ、その価値または通常の使用もしくは契約によって予定された使用に対する

適性を消滅または減少させる欠点のないように、仕事を完成する義務を負う。

(2)〜(3)　略

旧六三四条（瑕疵担保責任、解除請求、減額）

(1)　注文者は、請負人に対し、第六三三条に掲げる種類の瑕疵の除去のために相当期間を設定して、その期間経過後は瑕疵の除去を拒絶する旨の表示をすることができる。《後略》

(2)　瑕疵の除去が不能であるとき、請負人が除去を拒絶するとき、または注文者の特別な利益により解除請求権もしくは減額請求権を直ちに行使することが正当であるときは、期間を設定することを要しない。

(3)　瑕疵による仕事の価値または適性の減少が軽微なときは、解除請求をすることができない。

(4)　略」

請負においても、売買と同様、解除請求権構成がとられていたが、売買とは異なり、注文者は原則として、解除請求に先立って付加期間を定めて瑕疵の除去を求めなければならなかった。この点は、旧三二六条と類似している。なぜなら、旧六三三条により請負人には仕事完成義務が課せられているため、瑕疵の存在はこの義務違反を意味することになり、ここに一般給付障害法と類似の取扱いをする基礎が存したからである。[56]

このように、解除規定は、契約類型および給付障害の態様に応じて旧BGBの中に散在しており、さらに瑕疵ある物の給付については解除請求という特殊な法律効果が規定されているうえ、物の瑕疵と権利の瑕疵の間、売買と請負の間で要件が異なるという複雑な状況にあった。

（3）双務契約における両給付義務の牽連性と解除権

双務契約において各当事者が負担する給付義務の間には、牽連性ないし牽連関係（Synallagma,Gegenseitigkeit）

が存する。第一は、成立上の牽連性（genetisches Synallagma）であり、原始的不能の場合に問題となる。第二は、機能的牽連性（funktionelles Synallagma）である。これは、わが国で履行上の牽連性と呼ばれているものに相当し、同時履行の抗弁権の問題を扱う。第三は、条件的牽連性（konditionelles Synallagma）であり、契約締結後に給付障害が生じた場合に問題となる。[57] 代表的な例は、契約締結後に債務者の責めに帰することのできない事由によって給付の目的物が滅失し給付義務が消滅した場合における反対給付義務の帰趨、すなわち対価危険の負担の問題であり、これはわが国では存続上の牽連性の問題と位置づけられている。しかし、ドイツにおいては、条件的牽連性は、わが国における存続上の牽連性よりも広く、債務者の責めに帰すべき事由による給付障害が生じた場合における反対給付義務の帰趨の問題をも含み、双務契約上の一方の給付義務の履行が実現されないことが確定した場合にはこれと相互交換関係にある相手方の反対給付義務も履行することを要しないという性質を指すと理解されている。[58] したがって、一方の給付義務に遅滞が生じた場合に旧三二六条に基づき債権者に解除権が認められることは、条件的牽連性の表れであると説明される。[59][60]

（4）旧ＢＧＢにおける付加期間解除制度の理解

前述のとおり、遅滞については、付加期間を設定したうえで解除を認めるのが原則とされていた。この解除および付加期間解除の淵源については、すでに詳細な研究が存するので、本稿ではこれらに依拠してごく簡単に触れるにとどめ、その後の展開を追うことにする。

解除制度の淵源を辿ると、損害賠償に行き着く。解除は、普通法時代には損害塡補の帰結と位置づけられ、独立した救済手段としての地位を与えられていなかった。すなわち、給付の遅滞が生じた場合、①債権者がまだ反対給付をしていないときは、当初の給付に代えて不履行に基づく損害賠償を請求し得ることにより、債務者の当初の給

付の受領を拒絶でき、②債権者がすでに反対給付をしているときは、給付物の返還を請求することができると解することによって、実質的な契約からの離脱という解除と同様の効果を導くというわけである。ただし、このような方法で債権者が一方的に当初の給付の受領を拒絶し得るためには、遅滞した給付が債権者にとって利益にならないという要件（無益性要件）が必要とされた。しかし、投機性の高い取引をすることの多い商事売買においては、簡易・迅速に契約から離脱する権利が要請され、そこでは、無益性要件は、概念の抽象度の高さゆえ、これを証明しなければならない債権者にとって障害となる。そこで、ドイツ一般商事法典（ＡＤＨＧＢ）では、解除権が損害賠償と分離された権利として規定され、その際、一方では、無益性要件は不要とされ、他方では、解除権の濫用を防止するため付加期間の設定が課せられた（ＡＤＨＧＢ三五四―三五六条）。これが双務契約全般に拡張されて旧ＢＧＢに受け継がれたのが、旧三二六条である。[61]

では、旧三二六条の下で、付加期間の徒過は、契約からの一方的な離脱である解除をなぜ正当化するのであろうか。学説は、前述のとおり、解除権が双務契約における両給付の条件的牽連性の表れであるとの理解を基礎として、遅滞については、付加期間の徒過をもって当該遅延した給付が終局的に実現されないと擬制することにより、条件的牽連性の帰結として、反対給付義務から債権者を解放することを正当化した。その際、付加期間の徒過をもってなぜ右のような擬制をすることが正当化されるのかについて、学説は、無制限に給付を待って反対給付を準備し続けることが債権者にとって認容し得ないからであると説明している。[62] すなわち、旧ＢＧＢは履行請求権の優先を原則としていることから、遅滞が生じた場合にも債権者はまず履行を請求しなければならない。しかし、右原則にも限界があり、債務者がもはや任意に履行しないことが終局的に確定した場合が、これにあたる。これを具体化したのが旧三二六条一項である。同項によれば、債権者により設定された履行のための付加期間を徒過した債務者はも

はや任意に履行しない、したがって契約関係の清算よりも現実履行の優先を維持する意味がもはやないと認められると同時に、これ以上債務（契約）に拘束されることが債権者にとって認容し得ないと評価されるため、反対給付債務からの解放および清算関係への移行、すなわち契約解除または給付に代わる損害賠償が正当化されるのである。[63] 言い換えれば、付加期間の徒過をもって債務者による任意の履行が終局的になされないと擬制することを通じて、契約解消に対する債権者の利益と契約維持に対する債務者の利益の調整、「契約は守られるべし」の原則（pacta sunt servanda）との調和を図ったのである。[64]

（5）債務法改正への端緒

周知の通り、ドイツ債務法改正の必要性は、裁判官法ないし判例法の明文化、特別法のＢＧＢへの取り込み、新たな契約類型のＢＧＢへの取り込み、時代に適合しなくなった規定の見直しという観点から一九七〇年代後半ごろに主張されたものであり、一般給付障害法の改正は、中心的な課題であった。不能概念を中心とする給付障害法体系の全面的な見直し、瑕疵担保法と給付障害法の統合、積極的債権侵害の明文化という抜本的な改正作業の中で、給付障害の効果のひとつである解除権に関する規定も必然的に影響を受けた。[65]

もっとも、解除に関して課題として明示的に挙げられていたのは、債務者の帰責性を要件として維持すべきか否か、解除と損害賠償を択一的にしか選択できない規定を見直す必要がないのか否かという点であって、解除原因の抜本的な見直しが当初から課題として挙げられていたわけではなかった。しかし、右に挙げた課題は、解除がどのような機能を有するものとして理解するのかという、解除制度の根幹に関わっており、この課題に取り組むならば、解除原因を含めた解除制度全体の再構築が必要とされることは明らかである。

他方、当時、（西）ドイツでは、ＥＫＧが一九七四年に国内法化されたところであり、その国際性、理論的先進

性ゆえに民法学者から注目を浴びていた。このような事情もあり、一九八一年および八三年に公表された『債務法改正のための鑑定意見書』では、EKGの影響が色濃く表れていた。その代表といえるのが、フーバーの「給付障害法」に関する鑑定意見（Gutachten）である。では、この鑑定意見では、解除規定は、どのように扱われているのであろうか。

2　フーバーの鑑定意見における付加期間解除と「重大な契約違反」

（1）フーバーの提案内容

フーバーは、EKGを手本としつつ、給付障害法の大胆な再構成を試みた鑑定意見を著した。その内容は多岐にわたるが[66]、本稿では、解除要件に着目してフーバーの提案を概観してみよう。〔なお、以下では、フーバーの鑑定意見において提示された草案については、GA○条と表記する。〕

(1)　一般給付障害法規定

まず、フーバーは、GA三二六条一項において、給付全部の遅滞につき付加期間解除を提案した[67]。

「(1)　双務契約において、債務者が定められた時に給付をしない場合には、債権者は、債務者に対して、給付をするための付加期間を設定することができる。この付加期間が経過するまでに給付がなされない場合には、債権者は、契約を解除することができる。」

さらに、GA三二六a条一項において、同じく給付全部の遅滞につき、重大な契約違反を理由とする即時解除を提案した。

「(1)　双務契約の債務者が定められた時に給付を行わなかった場合において、定められた時に給付をしないことが重大な契約違反を構成するときは、債権者は、付加期間を設定することなく契約を解除することができる。」

そして、同条二項において、「重大な契約違反」を次のように定義した。

「(2)　契約違反により、契約の遂行に対する債権者の利益が失われるに至った場合であって、かつ、債務者が契約締結時にこの結論を予見しまたは予見し得た場合には、当該契約違反は、重大なものとする。」

さらに、同条三項において、二つの場合につき「重大な契約違反」の見なし規定を置いた。

「(3)　次に規定する場合において、期日どおりに履行しないことは、疑わしい場合には、重大な契約違反と見なす。

1.　契約に定められた期日または期間内に給付が実現されるべきことが合意されたとき

2.　証券市場価格または取引市場価格を有する物品または証券の交付を契約の目的としているとき」

一号はいわゆる定期行為であり、二号は投機取引であって、いずれも履行期の厳格な遵守がきわめて重要な意味を有する契約だからである。(68)

次に、不能、履行拒絶および不履行が明らかに予見できる場合については、GA三二六b条において、即時解除を提案した。(69)

「双務契約において、債務者の給付が不能な場合、債務者が契約上予定された方法で給付を提供することを真剣かつ終局的に拒絶した場合、またはその他の理由から債務者が給付を実現しないことが明らかな場合には、債権者は、履行期前であっても、付加期間を設定することなく解除することができる。」

さらに、一部不履行については、GA三二六c条一項三文および二項において、「重大な契約違反」を解除原因とすることを提案した。(70)

「(1)　《前略》一部不履行が重大な契約違反になる場合には、債権者は、GA第三二六条ないし第三二六b条の要件の下で契約を解除することができる。

⑵　債務者が、契約上の主たる義務の履行の前提となりまたはこれを補完する義務を履行しなかった場合において、当該義務の不履行が重大な契約違反になるときは、債権者は契約を解除することができる。」

分割履行契約の不履行についても、ＧＡ三二六ｄ条二項において、既履行部分を含めた契約全体の解除原因として、「重大な契約違反」を挙げた。[71]

「⑵　将来の給付の不履行が解約告知権を生ぜしめ、このため既になされた給付に関しても重大な契約違反になる場合には、債権者は、契約全体を解除することができる。」

⑵　瑕疵担保規定

瑕疵ある給付についても、フーバーは、一般給付障害法との統合を図り、ＧＡ四六二条一項において、次のような提案をした。[72]

「⑴　その他、売主が瑕疵のないものを引き渡す義務を履行しなかった場合には、買主の権利は、ＧＡ第二七五条およびＧＡ第三二〇条ないし第三二七ｃ条に基づき定まる。」

すなわち、ＧＡ三二六条も準用されることになるので、解除権に関していえば、買主は原則として付加期間を設定して瑕疵の修補を請求し、この期間内に修補がされなかった場合には契約を解除することができることになる。[73]このような付加期間解除は、権利の瑕疵については旧四四〇条により採用されており、前述のとおり、物の瑕疵とのアンバランスが指摘されていた。そこで、物の瑕疵についても一般給付障害法を適用することにより、解除要件の一本化を図ったのである。

ただし、ＧＡ三二六ａ条またはＧＡ三二六ｂ条の要件を満たす場合には、付加期間を設定することなく直ちに契約を解除することができる。すなわち、①瑕疵修補が可能ではあるがこれに相当の時間を要し、これにより債権者

（買主）の利益が失われるため、瑕疵修補が債権者にとって実質的に意味をなさない場合、②瑕疵修補が不可能な場合、③売主が瑕疵修補を拒絶した場合、④売主が契約に従った給付をしないことがあらかじめ明らかな場合である。[74]

他方で、フーバーは、ＧＡ四六二条四項において、次のような提案をした。

「(4)　瑕疵が重大な契約違反でない場合には、買主の解除権は、排除される。」

前述のとおり、このような解除権の制限は、請負契約においては旧六三四条三項においてすでに採用されていたが、売買契約においては全ての救済手段を排除する規定になっていた。そこで、このアンバランスを解消するため、売買契約にも請負契約におけると同旨の規定を置いたのである。[75]

しかし、この規定は、解除要件の全体像を分かりにくくした。なぜなら、前述のとおり、ＧＡ四六二条一項が準用するＧＡ三二六条一項により、瑕疵が直ちに「重大な契約違反」にあたらなくても、付加期間の設定を経由して契約を解除することができるかに見え、ＧＡ四六二条四項との関係を整合的に説明することが難しいからである。[76]

（2）解除制度の機能純化と正当化根拠

従来、解除は、損害賠償から派生したという沿革ゆえ、債務者が受け取った給付を返還させることを通じて債権者の損害を塡補させることで契約関係を清算するという機能と、債権者をして債務から解放するという機能を併有するものと捉えられていた。フーバーの鑑定意見は、損害賠償と解除の機能分離という観点から、解除を債務解放のための制度に純化して解除要件を再構築することを提案した。そのうえで、いったん有効に成立した契約はできるだけ維持すべきであって契約関係を一方的に解消することを容易に認めるべきではないとの考えを基礎に据える。このことから、不履行が生じた場合には、原則として、債務者に追完する機会が認められるべきことになる。しかし、債権者にとって、いつまでも（契約に従った）履行を待って契約を維持し続けることは認容し得ない。フー

バーは、この「認容不可能」を、「重大な契約違反」という表現でもって解除権の正当化根拠に据える。[77] 具体的には、即時解除に関するGA三二六a条、一部不履行を理由とする解除に関するGA三二六c条、分割履行契約の違反を理由とする契約全体の解除に関するGA三二六d条において、「重大な契約違反」を要件に据え、瑕疵ある給付を理由とする解除についてもGA四六二条によりこれらの規定を準用することとした。さらに、後述するとおり、付加期間解除も、この正当化根拠の下に位置づけられている。

他方で、フーバーの鑑定意見は、解除の要件から債務者の帰責性を除外した。[78] なぜなら、債権者をして債務から解放する機能のみに着目するならば、債権者において契約の維持が「認容不可能」なことで十分なはずであり、その原因が何であるか、その原因発生につき債務者に帰責性があるか否かは問題にならないはずであるからである。[79]

（3）付加期間解除と「重大な契約違反」の関係

フーバーの鑑定意見は、債権者にとっての「認容不可能」である「重大な契約違反」を解除の正当化根拠に据えつつも、草案の体裁としては、付加期間解除を原則としている。[80] そこで、「重大な契約違反」概念と付加期間解除の原則との関係が問題となる。

フーバーによれば、双務契約において、債務者が対価関係にある給付を終局的に全く実現しない場合、この契約違反は、契約継続に対する債権者の利益を奪うこととなり、「重大な契約違反」と解される。このこと自体は当然のことである。ただ、ここで問題になるのは、当初の履行期を徒過したことが直ちに「重大な契約違反」にあたるのかどうかである。これが肯定される場合には、即時解除が正当化されるが（GA三二六a条一項三項参照）、それ以外の場合――こちらが通常であろう――には、解除に先立って付加期間を設定しなければならない（GA三二六条一項参照）。[81] というのは、この場合、一方では、契約尊重および履行請求の優先という基本原則によれば債務者に再

度の給付の機会が与えられるべきであるが、他方では、いつ履行されるのか不確定なまま債権者をしていつまでも履行を待ちつつ契約に拘束し続けることは、債権者にとって認容し得ないからである。そこで、付加期間を経過しても給付されない場合には、給付されないことが確定したと擬制され、それにもかかわらず契約に拘束されることが債権者にとって認容し得ないと評価される結果、契約からの一方的な離脱が正当化される。[82]

瑕疵ある給付についても、引き渡された目的物に瑕疵があり、これが終局的に追完されないことは、原則として、契約継続に対する債権者の利益を奪う点において、全く給付されない場合に匹敵すると評価される。[83] しかし、相当期間内に追完されるのであれば債権者の利益は回復される。そこで、全部遅滞の場合と同様、付加期間の徒過により追完されないことが確定したと擬制し、契約からの一方的な離脱を正当ならしめる。

つまり、フーバーは、当初の履行期に給付が全くなされず、または瑕疵ある給付がなされ、その後に設定された付加期間が経過してもなお給付がなされない場合、このことが「重大な契約違反」になると解しているのである。[84]

他方、一部給付については、給付された部分については契約に従っているのであるから、その限りにおいて債権者の利益は侵害されていない。このため、残部が相当期間内に引き渡されないことから直ちに、給付された部分も含め契約全体の維持に対する債権者の利益が奪われたと擬制することはできない。そこで、一部給付において付加期間解除が妥当するのは原則として給付されていない部分に限定され、契約全体の解除については、一部の不履行が契約全体の維持に対する債権者の利益が奪われたか否かの実質的判断が必要とされるのである。[85] さらに、この場合にも、残部が給付されれば債権者の利益が確保されるため、残部が終局的に給付されないことを擬制するため付加期間の設定が必要とされる。[86]

（4）小括

フーバーは、ＥＫＧの体系と同様、解除を、債務解放機能を担う制度として純化し、債務者の帰責性を要件から除外するとともに、債権者にとっての「認容不可能」を中核的な判断要素とする「重大な契約違反」を統一的な解除要件に据えた。しかし、規定のしかたとしては、この統一的解除要件を前面に出すのではなく、付加期間解除の原則との融合を目指した。すなわち、付加期間解除の原則に服する不履行については、付加期間の徒過をもって「重大な契約違反」と見なすという仕組みを構想した。[87] これは、旧三二六条の下での学説の理解、すなわち、履行期が経過した後に設定された付加期間をすぎてもなお給付されない場合、債権者においてこれ以上給付を待ちつつみずからの給付の準備をし続けることが認容し得ないと解し、これを解除の正当化根拠に据えるという理解に沿うものである。

3　最終報告書草案における催告解除の位置づけ

（1）最終報告書における債務法改正委員会草案

(1)　一般給付障害法規定

一九九二年に債務法改正委員会がまとめた最終報告書では、フーバーの鑑定意見を踏まえつつ、一定の修正を加えて改正草案が提示された。これによれば、一般給付障害法における解除規定は、次のとおりである。〔以下では、最終報告書草案については、ＫＥ○○条と表記する。〕[88]

「ＫＥ三二三条（義務違反における解除）

(1)　一方当事者が双務契約上の義務に違反した場合において、債権者がなした期間設定に基づいて債務者が解除を予見すべきであったときは、相手方は、設定された相当の期間が徒過した後に契約を解除することができる。《中略》義務違反が給付の一部

に存する場合には、債権者は、一部の給付では利益がないときにのみ、契約全体を解除することができる。

(2) 次の場合には、期間設定または催告を要しない。

1. 期間設定または催告が奏効しないことが明らかなとき
2. 義務違反が、契約に定められた期日または期間内に給付がされないことにあり、かつ、債権者が当該契約において、給付が期日どおりになされなければ給付利益が存続しないとしていたとき
3. 当事者双方の利益を顧慮して特別な事情から、即時に解除することが正当とされるとき

(3) 次の場合には、解除することができない。

1. 義務違反が軽微なものであるとき
2. KE第二四一条二項の義務違反があるが、それでもなお債権者において契約の維持が認容し得るとき

《以下、略》」

右草案の主眼は、第一に、不能、遅滞、瑕疵ある給付、付随的義務違反、保護義務違反など、違反が生じた義務の種類や違反の態様を問わず、「義務違反」を契約解除の統一的な要件として規定すること、第二に、この義務違反を理由とする契約解除については、付加期間解除を原則とすること、第三に、債務者の帰責性を要件から除外することであった。これらは、規定の体裁を除けば、概ねフーバーの鑑定意見を受け継いだ内容であった。

(2) 瑕疵担保規定

一般給付障害法規定に対応して、売買における瑕疵担保規定についても、次のような草案が提示されることとなった。[89]

「KE四三九条（解除）

(1) 買主は、目的物の瑕疵を理由に、KE第三二三条の基準に従い、契約を解除することができる。

(2) KE第三二三条二項の場合に加え、追完が達成されない場合には、期間設定は不要である。

(3) 略」

このように、フーバーの鑑定意見と同様、売買における瑕疵担保については、一般給付障害法規定の準用という形で、一般給付障害法と瑕疵担保法の統合が図られた。すなわち、追完可能な瑕疵については、原則としてKE三二三条一項に基づき付加期間解除が適用されるが、物理的には追完可能な瑕疵であっても、売主が追完を拒絶している場合や、追完に伴う時間の経過等により売主にとって契約の維持が認容し得なくなる場合には、例外的にKE三二三条二項各号またはKE四三九条二項に基づき即時解除が可能になる。また、追完不可能な瑕疵については、KE三二三条二項一号ないしKE四三九条二項に基づき即時解除が可能になる。[90] ただし、瑕疵ある給付にもKE三二三条三項一号が準用され、瑕疵が軽微な（unerheblich）場合には解除権が排除されることとなった。

この結果、解除の観点からは、瑕疵ある給付は、瑕疵の程度に応じ、①そもそも解除ができない軽微なもの、②即時解除を可能にするほど重大なもの、③両者の中間のものの三つに分類されることになった。言い換えると、①以外は、追完されなければ債権者の契約利益を著しく害するものであって、解除が可能な義務違反ということになる。しかし、追完によって債権者の契約利益は維持されるため、原則として付加期間の設定を通じた解除によるべきであり、一定の場合にのみこの手続を経ずに即時に解除をなし得ることになる。

（2）付加期間解除と「重大な契約違反」の関係

フーバーの鑑定意見と同様、最終報告書草案も、解除は、その深刻な法的効果に鑑み、義務違反が著しい場合にのみ認められるべきであるとの基本思想を維持している。[91]

しかし、この基本思想は、KE三二三条一項に直接表れていない。KE三二三条は、付加期間解除を原則としつつ即時解除が可能になる場合を例外的に規定するという旧三二六条と同じ体裁をとっている。しかし、最終報告書は、右の基本思想と付加期間解除（同条一項一文）との関係について、フーバーの鑑定意見と同様、著しい義務違反は付加期間の経過によって通常は認められると述べ[92]、解除要件に関する基本思想と付加期間解除が理論的に調和し得ることを明言している。そして、①CISGのように解除要件として義務違反の重大性の基準を抽象的に定義し、疑わしい場合につき付加期間の設定という制度を設けることで解除権の成否を明らかにするか、②旧BGBのように、付加期間の設定を要求したうえでこの徒過でもってはじめて解除できるということを原則に据え、この例外として義務違反が重大な場合につき付加期間の設定を不要とする規定を設けるかは、解除権の実質的要件の違いというよりも、むしろ規定の体裁の違いであると理解したうえで、最終報告書草案が②の方法を選択したことを明らかにしている。その理由として、①契約は守られるべしとの原則を強調するという利点があること、②義務違反が生じた場合に、債務の本旨に従った行為をなす機会を債務者に再度与えることで契約を尊重し債務者を保護することに資すること、の二点が挙げられている。

（3）解除権濫用への対応策

瑕疵ある給付を一般給付障害法の規定に基づいて規律することに伴い生じ得る解除権濫用への対応策について、フーバーの鑑定意見にはやや混乱がみられた。これに対して、最終報告書草案は、KE三二三条三項一号において、義務違反が軽微な（unerheblich）場合に解除を認めない旨を明示し、KE四三九条一項において瑕疵ある給付の場合にもこれを準用した。これとよく似た規定は、すでに旧BGBに存在していた。前述のとおり、売買および請負における瑕疵担保責任規定は、欠点の存在による「価値または適性の軽微な減少」を瑕疵概念から除外し、法的救

済の対象外としていたのである。KE三二三条三項一号は、結果的に、排除の対象となる救済手段を解除権に限定したうえでこの考えを一般給付障害法に取り込んだことになる。これにより、旧BGB四五九条一項二文に基づいて法的救済の枠外とされてきた「価値または適性の軽微な減少」は、最終報告書草案においても、KE三二三条三項一号に基づき解除の対象外とされることとなった。[93]

（4）学説の評価

最終報告書をまとめた債務法改正委員会の構成員であったシュレヒトリームは、当然のことながら最終報告書草案を積極的に評価する。[94] シュレヒトリームは、BGBの中で給付障害ごとに個別に規定されている解除原因は、ある共通の基本思想に還元されるという。すなわち、給付障害の重大さゆえ契約の存続に対する債権者の利益が失われたことである。この限界を画するためには、給付障害を除去して自己の義務を完全に履行し反対給付を得る債務者の利益と、危殆化した契約に不相当に長く拘束されない債権者の利益を顧慮する必要があると指摘し、このような両当事者の利益の調整を実現したのが旧三二六条の付加期間制度であるという。そして、付加期間制度と「重大な契約違反」の関係については、最終報告書が指摘するように二通りの考え方があるとしながらも、最終報告書草案とCISG等の国際統一規範との間に実質的な違いはないという。なぜなら、KE三二三条二項に規定されている付加期間の不要な場合は国際統一規範においても「重大な契約違反」に含まれ、他方で、同条三項に規定されている解除権が排除される場合は、国際統一規範においても「重大な契約違反」にあたらないと考えられるからである。[95]

他方、エルンストは、最終報告書草案を厳しく批判する。第一は、契約の安定性を害し契約の拘束力を弱めるとの批判である。[96] すなわち、草案によれば、義務違反が軽微なものでない限りどのような種類の義務違反であっても

付加期間の経過によって解除が可能になるため、例えば一定の文書の作成義務や使用説明書の交付義務や指示義務のような付随的な義務の不履行も契約全体の解除原因になり得ることとなるが、これは、契約の安定性と契約への拘束を弱めることにつながり、妥当でないという。とりわけ、草案は債務者の帰責性を要件から外したため、例えば売主が故意過失によらずに目的物の付属品を引き渡さなかった場合、かりに買主が当該付属品を他から調達できるとしても、付加期間を経由して契約を解除し得ることになるが、このような結論は支持し得ないという。

第二は、解除権の要件が曖昧であるとの批判である。[97] すなわち、契約関係が存続されるのか解消されるのかは、契約当事者にとって最大の関心事であるため、解除権の要件はできる限り明確に規定しておかなければならないところ、義務違反の重大性であるとか契約関係を維持することが認容不可能であるとかいう不明確な概念を持ち込むことは、契約当事者の予測可能性を低下させ、ひいては紛争の増加につながるという。そして、たしかに、旧BGBの下において積極的契約侵害に基づく契約解除の要件にはこれらの概念が用いられているが、これはあくまでも例外であり、法改正の課題はまさにこの要件をできる限り明確にすることであると述べる。さらに、草案の規定を瑕疵担保の領域にも及ぼすことになると、当該瑕疵が軽微なものであるか否かをめぐる紛争を増加させる恐れがあり、このような事態は、主観的瑕疵概念に依拠することで当該瑕疵ゆえに目的物の価値または適性の減少が軽微であるか否かをほとんど問題にしてこなかった法実務を後退させることになると指摘する。

第三に、CISGの特殊性を無視してCISGの規定に依拠したことへの批判である。[98] すなわち、CISGはたしかに「重大な契約違反」を統一的な解除原因としているが、これは、多種多様な国内法規定を有する加盟国にとって受け入れ可能な共通項を提示する必要性からやむを得ず採用せざるを得なかったのであり、多くの国内法規定は、「重大な違反」のような概括的な解除原因のみを挙げていないという。

4　債務法現代化法案での議論

一九九二年に最終報告書が公表された後、法改正に向けた具体的な動きがないまま約八年が経過した二〇〇〇年から、改正作業は急速に進み始める。二〇〇〇年八月に連邦司法省から「討議草案（Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes）」が公表されたのを皮切りに、これに対する批判を受けて修正された「整理案（Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes）」が二〇〇一年三月に、同年五月に「政府草案（Regierungsentwurf）」が相次いで公表された。政府草案は、若干の修正を経て連邦議会を通過し、二〇〇二年一月一日から債務法現代化法として施行された。

このような速いペースで改正作業が行われたことの大きな理由は、一九九九年から二〇〇〇年にかけて出されたEU指令の国内法化への要請である。すなわち、消費用動産売買指令、支払遅滞指令、電子商取引指令を二〇〇二年一月一日ないし同年八月七日までに国内法化する必要が生じ、これが債務法改正作業のテンポアップを強く後押ししたのである。[99]

この債務法現代化法案の議論の中で、CISGに依拠して作成された最終報告書草案は、一部はそのまま維持され、他の一部は右EU指令の影響もあり大きく変容を受け、重要な部分において旧BGBの体系に戻された。

（1）討議草案における解除規定

(1)　一般給付障害法規定

討議草案では、KE三二三条から文言に若干の修正が加えられた。しかし、解除要件を「義務違反」に一本化し、債務者の帰責性を不要としたという基本的な構造（同時に旧BGBからの大きな変更）は、KE三二三条と変わらないし、義務違反が重大な場合にのみ解除を認めるとの基本思想や、付加期間解除を維持したことも同様である。

〔以下では、討議草案については、DE〇〇条と表記する。〕

「DE三二三条　義務違反に基づく契約解除[100]

(1)　債務者が双務契約に基づく義務に違反した場合には、債権者は、契約履行のための期間を設定することができ、この期間が徒過した場合には契約を解除することができる。《中略》義務違反が給付の一部のみに係るときは、債権者は、一部の給付に利益を有しない場合にのみ、契約全体を解除することができる。

(2)　付加期間ないし催告は、次の場合には不要である。

1．付加期間ないし催告が奏効しないことが明らかであるとき

2．契約に定められた期日または期間内に給付がされないことに義務違反が存し、かつ債権者が当該契約において、期日どおりに給付されることに対して給付利益を有しているとき

3．当事者双方の利益を顧慮して特別な事情から即時の解除が正当化されるとき

4．DE第二八三条三項に基づく期間が奏効せずに徒過したとき

付加期間が不要な場合または付加期間が徒過した場合、債権者は直ちに契約を解除することができる。

(3)　次の場合、解除はできない。

1．義務違反が軽微なものであるとき

2．DE第二四一条二項の意味における義務に違反があり、この義務違反にもかかわらず債権者において契約の維持が認容し得るとき

3〜4．略

(4)　略」

討議草案に係る理由書も、「付加期間または催告が徒過した後は、あらゆる義務違反は通常、債権者にとって契約の維持が認容し得ない程度に達する」と説明している。[101] このことから、フーバーが鑑定意見の中で明らかにした「認容不可能」を解除の正当化根拠に据えるという基本思想と付加期間解除は無関係ではなく、むしろ逆に、付加期間の徒過でもって「認容不可能」を擬制するという形で右の基本思想を具体化したことが分かる。

(2) 瑕疵担保規定

売買における瑕疵担保規定についても、瑕疵担保に関する買主の救済を一般給付障害法に統合するという最終報告書の立場が踏襲されている。

「DE四三八条　解除

(1) 買主は、目的物の瑕疵を理由に、DE第三二三条の基準に従い、契約を解除することができる。

(2) DE第三二三条二項の場合に加え、追完が不相当な場合、失敗に終わった場合もしくはとりわけ目的物の種類および使用目的を顧慮して著しい不便を伴うため買主にとって認容し得ない場合にも、付加期間の設定は不要である。

(3) 略」

これにより、①権利の瑕疵と物の瑕疵の取扱いを同一にし、②売買と請負との間に存していた瑕疵担保規定の違いをなくすことが狙われている。これに加えて、討議草案に係る理由書では、イギリス法やスカンジナビア法の状況を参照するとともに、[102] EU消費用動産売買指令の国内法化という要請にも配慮したことが示されている。すなわち、付加期間解除の原則については、右EU指令三条三項および同条五項二文に依拠し、瑕疵が軽微な場合に解除権が認められないことについては、三条六項に依拠したことが指摘されている。[103]

また、DE三二三条三項一号を準用することにより、瑕疵ある給付において当該瑕疵が軽微な場合（および付随

義務違反が軽微な場合）には、たとえ付加期間を経由しても契約を解除できないこととしている。[104] この点は、基本的に最終報告書草案を受け継いでいる。ただし、瑕疵が軽微な場合として挙げられているのは、旧四五九条一項二文の「価値または適性の軽微な減少」の場合と、ＥＵ消費用動産売買指令三条六項の「契約不適合が軽微」な場合であるが、これら二つの概念とＤＥ三二三条三項一号の準用による「瑕疵が軽微な場合」との関係については、必ずしも明らかでない。[105]

（2）整理案における大転換

討議草案は、ＣＩＳＧなどの法統一プロジェクトの影響の下、ドイツ給付障害法における中心概念である不能概念を放棄し、これに代えて全ての給付障害を「義務違反」という新しい概念に一本化することを目指したが、このコンセプトは、学説からの激しい批判に直面した。[106]

そこで、整理案は、旧ＢＧＢの体系を維持する方向に大きく舵を切る。〔以下では、整理案については、ＫＦ○○条と表記する。〕不能概念を復活させ、ＫＦ二七五条およびＫＦ三二六条で別個に規定することとしたのである。すなわち、ＫＦ二七五条一項において、給付義務の全部不能の場合には当該義務が消滅することが規定され、これを受けてＫＦ三二六条一項一文において、この場合には反対給付請求権も消滅する旨が規定された。このように、全部不能については、危険負担によって処理する立場が採用されたことにより解除権を規定する必要がなくなり、ＫＦ三二六条一項三文において、一部不能の場合には給付された部分のみでは債権者にとって利益にならない場合に契約全体の解除をなし得る旨が規定されるのみとなった。[107]

また、保護義務違反についてもＫＦ三二四条で別個に規定され、そこでは、保護義務違反が重大なものであり、かつ債権者において契約の維持がもはや認容し得ない場合に解除権が認められることとなった。[108]

その結果、KF三二三条の守備範囲は、全ての義務違反ではなく、遅滞と瑕疵ある給付（付随的給付義務違反を含む。）に縮小された。[109][110]

（3）政府草案から現代化法成立へ

その後の政府草案では、文言に若干の修正が加えられたものの、基本的な方向性が変更されることはなかった。[111] したがって、理由書においても、これまで紹介したことと同旨のことが繰り返されている。〔以下では、政府草案については、RE○○条と表記する。〕すなわち、第一に、契約解除は、当事者の利益という観点から義務違反が重大な場合にのみ認められるべきこと、[112] 第二に、設定された付加期間が徒過したことにより、義務違反が通常、債権者にとって契約への拘束が認容し得ない水準に達するとの認識を前提とすること、[113] 第三に、義務違反が軽微な場合には解除権が排除されることである。[114] ただし、第三の点については、討議草案理由書には見られなかった説明が加えられている。すなわち、瑕疵ある物が給付された場合には、通常は債権者を契約に拘束することが正当化されないが、義務違反が軽微なものであり、したがって結局のところ債権者の給付利益が害されない場合にのみ、それが正当化される。このため、原則として、債権者はRE三二三条一項に基づき付加期間が徒過した後に契約全部を解除することができるが、義務違反が軽微な場合には、契約の全部であれ一部であれ解除することができない。[115] この説明によれば、起草者は、瑕疵ある給付は、遅滞と同様、原則として債権者の契約利益を害するものであって解除を基礎づけるものである、という理解をしていたことになる。そうであるからこそ、瑕疵ある給付の場合にも原則として付加期間解除が認められるのである。逆に、起草者は、義務違反が軽微な場合とは、瑕疵ある給付の文脈では、債権者の契約利益を害しない程度の瑕疵と理解していた。このような理解からは、軽微な義務違反という概念が、旧四五九条一項二文およびその下での解釈よりも広いものであることを窺わせる。[116]

その後、連邦議会の審議において、不能について、RE三二六条に五項が追加され、不能の場合にも解除をなし得る旨が明文で規定された。前述のように、一見すると、不能の場合には法律上当然に反対給付請求権が消滅するのであるから敢えて解除権を認める必要がないかのようにも思われる。しかし、債権者にとっては不履行の原因を知り得るとは限らないため、当該不履行が不能に基づく場合においても、債権者に解除権を認める実益があると考えられた。[117] そして、履行が不可能な場合に付加期間を設定することは無意味であることから、付加期間の設定が不要であることが明文で確認された。なお、これに伴い、同条一項三文に定められていた一部不能に基づく解除に関する規定は、削除された。

(53) さらに、判例・学説は、積極的契約侵害により債権者において契約継続が認容し得なくなった場合や債務者による真剣かつ終局的な履行拒絶の場合も、旧三二六条二項の（類推）解釈により期間設定を不要とした。Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I. Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, §24 I a (S. 369-370); Heinrichs/*Emmerich*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 1994, §326 Rn. 103; Palandt/*Heinrichs*, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl. 2002, §326 Rn. 20ff.

(54) Staudinger/*Köhler*, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1995, §440 Rn. 2, 4. **[im folgenden zit. Staudinger/*Bearbeiter, Aufl.oder Jahr*]**

(55) 柚木馨『売主担保責任の研究』（一九六三年）一頁以下、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（一九九五年）三六頁以下〔今西康人執筆〕参照。

(56) Staudinger/*Peters*, 1990, §634 Rn. 2.

(57) Palandt/*Danckelmann*, Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl. 1956, Einf. §320 Anm. 2c; Staudinger/*Otto*, 12. Aufl. 1979, Vorbem zu §§320-322 Rn. 12; Heinrichs/*Emmerich*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,

1979, Vor §320 Rn. 16 **[im folgenden zit. MünKomBGB/*Emmerich*]**; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, §13 II 5 (S. 318). 他方、ドイツにおいては、存続上の牽連性を機能的牽連性に吸収させたうえで二つに分ける立場もある。Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I. Allgemeiner Teil, 1953, §18 I (S. 150); Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, S. 60, 351; Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl. 1964, S. 107; Fikentscher, Schuldrecht, 2. Aufl. 1969, S. 44; Erman/*Battes*, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl. 1972, §326 Rn. 1; Soergel/*Wiedemann*, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl. 1990, Vor §320 Rn. 14. この立場によれば、遅滞に基づく解除は、機能的牽連性の表れであると説明される。

(58) ドイツにおいても、存続上の牽連性を、わが国と同様、危険負担の問題と狭く捉える見解がある。Vgl. Dubischer, Prinzipen-Platonismus, Anmerkungen zur Synallagmadiskussion, in: FS Raiser, 1974, S. 101.

(59) 遅滞に基づく解除権が双務契約における牽連性の表れであるという理解は、旧三二六条が「双務契約」と題する節の下に同時履行の抗弁権（旧三二〇―三二二条）や不能に関する規定（旧三二三―三二五条）に引き続いて置かれていたことからも窺われるものの、注釈書や体系書において明示されるようになったのは比較的新しく、戦後になってからである。Hedemann, Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuch, 1949, S. 59; Enneccerus/Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1958, S. 140; Esser, a.a.O. (Fn. 57), S. 60, 351; Blomeyer, a.a.O. (Fn. 57), S. 107; Fikentscher, a.a.O. (Fn. 57), S. 44, 234; Erman/*Battes*, a.a.O. (Fn. 57), §326 Rn. 1; Staudinger/*Otto*, 12. Aufl. 1979, Vorbem zu §§320-322 Rn. 12; Gernhuber, a.a.O. (Fn. 57), §13 II 5 (S. 318). 戦前においては、付加期間の徒過によって遅滞が不能に転化するとか、付加期間の設定により当初の債務が絶対的定期債務に転化すると説明することにより、付加期間徒過後の解除権が正当化されていたにとどまり、このことが双務契約における両債務の牽連性と結びつけた理解は示されていなかった（Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1929, S. 532.）。しかし、旧ＢＧＢの起草過程においても、解除権が双務契約における両給付の牽連性の表れであることが僅かながら言及されている。それは、第二委員会におけるシュトルクマン提案とヤクベツキィ提案に関する審議である。詳細については先行業績に委ねるが（杉本好央「ドイツ民法典における法定解除制度に関する一考察――解除制度の基礎的研究（その一）――（五・完）」都法四三巻二号二五八頁以下（二〇〇三年）参照）、シュトルクマン提案が債務者の帰責性を要件とした解除規定を提案したのに対

して、ヤクベッキィ提案は、これを要件としない解除規定を提案した。その際、ヤクベッキィは、双務契約における両給付の牽連性を解除の正当化根拠のひとつとして挙げた。結局、第二委員会はシュトルクマン提案を支持したのであるが、議論の焦点は帰責性を要件とすべきか否かであり、第二委員会の結論も、契約の両当事者の利益を調整するため帰責性を要件とすべきとの理由によるものであって、解除権が両給付の牽連性を基礎とするものであること自体が否定されたわけではない（杉本・同二六一頁）。

(60) 旧三二六条一項二文後段は、付加期間の徒過により履行請求権が消滅することを規定していた。このため、履行請求権の消滅に伴い、条件的牽連性の帰結として反対給付請求権の消滅を導くことは可能であり、実際、旧三二六条の下での通説は、このように解していた。しかし、本文で述べたとおり、ドイツにおける条件的牽連性は、わが国における存続上の牽連性とは異なり、一方の債務が不能により消滅した場合のみを扱うものではない。より広く、一方の債務が履行されない場合において、これと相互交換関係に立つ債務の帰趨を扱うものである。実際、二〇〇二年の債務法改正により旧三二六条一項二文後段が削除された後も、カナーリスは、付加期間解除が条件的牽連性の表れであると述べている（本文後述参照）。

(61) 遠山純弘「不履行と解除（二）」北研四三巻一号四八頁以下（二〇〇七年）、杉本好央「ドイツ民法典における法定解除制度に関する一考察――解除制度の基礎的研究（その一）――（二）（三）」都法四二巻一号一六八頁以下、四二巻二号一六六頁以下（二〇〇一～二〇〇二年）参照。Beinert, Wesentliche Vertragsverletzung und Rücktritt, 1979, S. 177-179; Schmoeckel/Rückert/Zimmermann/*Hattenhauer*, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II, Schuldrecht; Allgemeiner Teil, 2007, §§323-325 (S. 1813ff.).

(62) Larenz, a.a.O. (Fn. 53), §23 II b (S. 355); Erman/*Battes*, a.a.O. (Fn. 57), §326 Rn. 1; Jauernig/*Vollkommer*, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 1979, §326 Rn. 1.

(63) Horst Heinrich Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1969, S. 49-55; Uwe Hüffer, Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, 1976, S. 240; MünKomBGB/*Emmerich*, §326 Rn. 2; Beinert, a.a.O. (Fn. 61), S. 152; Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 1978, S. 132; Schlechtriem, Aufhebung des Vertrags als Rechtsbehelf bei Leistungsstörungen, in: FS Müller-Freienfels, 1986, S. 529; Huber, Leistungsstörngen, Bd. II. 1999, S. 332, 495. その他、

Erman/*Battes*, a.a.O. (Fn. 57), §326 Rn. 1; Staudinger/*Otto*, 2001, §326 Rn. 5. もよく似た理解を示す。もっとも、エメリッヒは、同様の記述を同書第三版（一九九一年）まで維持していたが、第四版（一九九七年）からはこのような記述が削除されている。これに対して、遅滞によりたとえ債権者において契約遂行に対する利益が消滅しなくても、付加期間の徒過でもって債権者に解除権を付与するのが旧三二六条一項であると理解する見解もある（Strohhal, Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II Bd. 1 Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 1914, §326 Anm. 2 (S. 393); BGB, RGR-Kommentar, 12. Aufl. 1976, §326 Rn. 1. (Ballhaus) **[im folgenden zit. RGRK/*Bearbeiter*]**）。近時のわが国における文献でこのことを指摘するものとして、遠山純弘「ドイツ法における催告解除と契約の清算㈢・完」北研四六巻三号六〇九頁以下（二〇一〇年）。

(64) Staudinger/*Otto*, 12. Aufl. 1979, §326 Rn. 5.

(65) 宮本健蔵「債務不履行法体系の新たな構築――ウルリッヒ・フーバーの鑑定意見――」下森定ら編著『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』（一九八八年）一二一頁以下、潮見佳男『契約法理の現代化』（二〇〇四年）三四二頁以下〔初出、「ドイツ債務法の現代化と日本債権法学の課題（一）（二・完）」民商一二四巻三号一頁、四＝五号一七一頁（二〇〇一年）〕参照。また、ドイツ債務法改正の歴史的経緯については、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（二〇〇三年）一五頁以下、中田邦博「ドイツ債務法改正から日本民法改正をどのようにみるか」椿寿夫＝新美育文＝平野裕之＝河野玄逸編『民法改正を考える』（二〇〇八年）二七頁以下に簡潔にまとめられている。

(66) フーバーの鑑定意見については、宮本・前掲注(65)一二一頁以下参照。

(67) Huber, Leistungsstörungen, in: hrsg. Bundesminister der Justiz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrecht, Bd. I. 1981, S. 677. **[im folgenden zit. Huber, Gutachten]**

(68) 一号については旧三六一条に、二号についてはＥＫＧ二八条に、それぞれ類似の規定があり、これが採用されたものである。Huber, Gutachten, S. 705.

(69) Huber, Gutachten, S. 678.

(70) Huber, Gutachten, S. 678.

(71) Huber, Gutachten, S. 678.

(72) Huber, Gutachten, S. 683.
(73) Huber, Gutachten, S. 878.
(74) Huber, Gutachten, S. 878.
(75) Huber, Gutachaten, S. 706-707, 879-880.
(76) 宮本・前掲注(65)一四〇―一四一頁の紹介でも、遅滞の場合には、不履行が「重大な契約違反」になる場合には付加期間を設定することを要しないとされているのに対して、瑕疵ある給付の場合には、付加期間解除の場合にも「重大な契約違反」が必要であるとされており、整合性に問題があることが分かる。さらに、瑕疵ある給付に「重大な契約違反」が存在する場合のうち買主が契約の履行について利益を喪失した場合等に限って即時解除が可能であるとされているが、契約の履行について利益を喪失していなければそもそも「重大な契約違反」が認められないのではないかとの疑念が生じ、フーバーの提案の矛盾が表れている。
(77) Huber, Gutachten, S. 753.
(78) Huber, Gutachten, S. 702f.
(79) Huber, Gutachten, S. 763.
(80) Huber, Gutachten, S. 703-704.
(81) Huber, Gutachten, S. 705.
(82) Huber, Gutachten, S. 753. Huber, Gutachten, S. 763でも、「債務者が給付を実現しないことが終局的に確定」する事由として、不能、真剣かつ終局的な履行拒絶とならんで、付加期間の徒過が挙げている。
(83) Vgl. Huber, Gutachten, S. 707.
(84) フーバーがしばしば参照しているＥＫＧでは、付加期間の徒過が「重大な契約違反」になることが明示されている(一七条二項)。フーバーがこの規定に示唆を得たであろうことは想像に難くない。
(85) Huber, Gutachten, S. 839ff. ＧＡ三二六ｃ条一項三文は、一部不能に関する旧ＢＧＢ旧三二五条一項二文、付加期間設定後の一部遅滞に関する旧ＢＧＢ三二六条一項三文およびＥＫＧ四五条二項に倣ったものである。
(86) Vgl. Huber, Gutachten, S. 841.

(87) フーバーの鑑定意見を、より付加期間解除を重視したものであると評価をするものとして、森田・前掲注(9)七〇頁以下。

(88) Hrsg. Bundesminister der Justiz, Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 162ff. **[im folgenden zit. Abschlußbericht]**

(89) Abschlußbericht, S. 214ff.

(90) Abschlußbericht, S. 215, 217.

(91) Abschlußbericht, S. 166. このことは、①一部不履行を理由とする契約全体の解除の要件として「一部の給付では利益がないとき」が付加されていること（ＫＥ三二三条一項）、②定期行為における弁済期徒過の場合に即時解除を認めていること（同条二項二号）、③義務違反が軽微な場合や、付随義務違反があっても債権者において契約の維持が認容し得るときに解除を排除していること（同条三項）にも表れている。

(92) Abschlußbericht, S. 166.

(93) Abschlußbericht, S. 216. ただし、最終報告書草案が両者を同義であると解していたのかどうかは明らかでない。学説の中には、両者を同義であると解したうえで、旧四五九条一項二文がほとんど適用されなかった従来の判例に照らせばこの規定の適用場面がごく小さいと評価するものがある（Schubel, Nacherfüllung im Kaufrecht, ZIP1994, 1338.）。

(94) Schlechtriem, Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland, ZEuP1993, 234-235.

(95) これに対して、フレスナーは、ＲＥ三二三条三項一号にいう「義務違反が軽微なとき」と、ＣＩＳＧの「重大な契約違反」とは裏表の関係にないと述べている。すなわち、ＣＩＳＧ二五条によれば、契約違反によって相手方が期待していた契約利益を実質的に奪われた場合にのみ「重大な契約違反」が認められるため、これに該当せず、かつ「義務違反が軽微なとき」に該当しない場合があり得るからである。Flessner, Richtlinie und Reform — Die Einpassung der Kaufgewährleistungs-Richtlinie ins deutsche Recht—, in: Grundmann/Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, 2000, S. 243.

(96) Ernst, Kernfragen der Schuldrechtsreform, JZ1994, 806-807.

(97) Ernst, a.a.O. (Fn. 96), S. 807.

(98) Ernst, a.a.O. (Fn. 96), S. 807.

(99) 潮見・前掲注(65)三四五頁以下参照。

(100) Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, 2002, S. 21. **[im folgenden zit. Canaris, 2002]**

(101) Canaris, 2002, S. 88.

(102) Canaris, 2002, S. 267.

(103) Canaris, 2002, S. 271-272; Flessner, a.a.O. (Fn. 95), S. 243.

(104) Canaris, 2002, S. 211, 272. しかし、カイザーは、軽微な瑕疵のある物の給付や軽微な付随的義務違反でも付加期間の徒過によって通常、著しい義務違反と見なされると述べる。Kaiser, Das allgemeine Leistungsstörungsrecht als Kernpunkt des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes. Die Bedeutung für das Private Baurecht, ZfBR2001, 149.

(105) この説明は、政府草案理由書にも受け継がれる。Canaris, 2002, S. 830.

(106) その急先鋒は、鑑定意見を著したフーバーであった。z. B. Huber, Die Pflichtverletzung als Grundtatbestand der Leistungsstörung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP2000, 2273.

(107) Canaris, 2002, S. 376.

(108) Canaris, 2002, S. 375.

(109) Canaris, 2002, S. 374. Anm. 2.

(110) その他、整理案では、解除の実質的要件として、「期間設定にもかかわらず債務者が解除を予見する必要がなかった場合を除き」が追加された。これは、付加期間内に適切な履行をしなければ解除されてしまうことを認識できる程度に明確に付加期間が設定されなければならないということを意味するのであり、この点において、旧三二六条一項一文で規定されていた「付加期間経過後は給付を受領しない旨の予告」と同様の考えに基づく。しかし、この文言は、政府草案段階で削除された。

(111) この段階でなされた内容面での修正点は、①修正草案の段階で一項に追加された「期間設定にもかかわらず債務者が解除を予見する必要がなかった場合を除き」との文言が削除されたこと、②付加期間に馴染まない義務違反につき催告

（Abmahnung）に代える旨の規定が置かれたことである。

（112） Canaris, 2002, S. 594f, 753.

（113） Canaris, 2002, S. 594f.

（114） フレスナーは、遅滞のみならず瑕疵ある給付についても付加期間の経過を通じた解除を認める規定になったことに対して、次のような分析をしている。すなわち、ＣＩＳＧでは、国際取引の特殊性に配慮して解除を制限する必要があるため、付加期間解除が適用される不履行を限定したが、国内取引に適用されるＢＧＢでは、右のような配慮をする必要がないため、ＣＩＳＧのように制限的な解除要件を定める必要がなかったのだ、と。Flessner, a.a.O. (Fn. 92), S. 243. 他方、フーバーは、鑑定意見の執筆以降、立場を一変させ、付加期間解除を遅滞に特有な救済手段であると述べ、これ以外の義務違反に拡張することに反対している。U. Huber, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in: Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 169.

（115） Canaris, 2002, S. 764-765.

（116） その他、付加期間の経過後は債権者の履行請求権が消滅する旨の規定（旧三二六条一項二文後段）を削除する理由について、次のような説明がなされている。すなわち、付加期間を設定する時点では、債権者は、期間経過後に債務者の給付能力がどのような状態かを知り得ないのであるから、期間経過後に債務者に損害賠償を請求すること、履行を請求すること、契約を解除することのうち、どれがみずからにとって有益なのかを判断することができないのであり、それにもかかわらず、付加期間設定の時点で履行請求権を失う決断をさせることは債権者に不当なリスクを負わせることになり妥当でない、と。Canaris, 2002, S. 761.

（117） Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucksache 14/7052, Canaris, 2002, S. 1094.

※ 本稿は、平成二〇年度～二二年度科学研究費補助金（基盤研究（C）、課題番号20530072）の成果の一部である。