

ウィーン売買条約（C I S G）と履行請求権の限界

——ドイツ国内法との交錯

吉 政 知 広

- 一 はじめに
- 二 C I S Gにおける履行請求権
- 三 ドイツ国内法による履行請求権の遮断
- 四 結びに代えて

一 はじめに

1 C I S Gと日本の契約法

ウィーン売買条約（United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : C I S G）は、一九八〇年にウィーンにおける外交会議で採択されて以来、その締約国を増やし続けてきた。現在では約七〇か国がC I S Gの締約国となっており、その中には、世界の主要貿易国の多くが含まれている。二十五周年を記念した会合が「成功を祝して」⁽¹⁾と題されているように、C I S Gは、国際売買契約に関する統一ルールを提示するものとして、広く成功をおさめたと評価されている。

C I S Gの世界的な成功にもかかわらず、日本においては、諸般の事情から締結へ向けた動きが進められてこなかった。しかし、近時、加入へ向けた準備がようやく再開され、二〇〇八年中に加入の承認がなされる予定である。⁽²⁾

実現すると、日本の裁判所においても、CISGが広く適用されることになる。CISGの規律内容を明らかにすることは、実務にとっても重要な課題となっている。⁽³⁾

日本の契約法理論に眼を向けるならば、CISGは、これまでも様々な形で影響を及ぼしてきたということが出来る。まず、直接的な影響として、CISGを、国際売買契約に関する条約にとどまらない、契約法に関するモデル法として位置づけ、検討を加える業績が積み重ねられてきた。CISGの検討を通じて、日本の契約法に対する示唆を得ようとする数多くの研究を、このようなものとして位置づけることができるであろう。

さらに、日本の契約法理論に対するCISGの影響は、このような直接的なものにとどまらないと考えられる。すなわち、CISGは、世界各国の契約法の立法・改正作業、消費動産売買指令に代表されるヨーロッパ・レベルでの立法、さらには、ユニドロワ国際商事契約原則(PICC)⁽⁷⁾、ヨーロッパ契約法原則(PECL)⁽⁸⁾、近いうちに採択が予定されているEU契約法のCommon Frame of Reference(CFR)⁽⁹⁾といった国際的な法統一へ向けたイニシアチブにおいて広く参照されており、それらの内容にも強い影響を及ぼしてきた。こうした点を捉えて、CISGは契約法全般の「共通言語 lingua franca」になったという評価も示されているところである。⁽¹⁰⁾ 日本においても、これらの諸動向について検討を加える研究は、文字どおり枚挙に暇がない。CISGは、一九九〇年代以降大きな展開を見せた日本の契約理論に対して、これらの動向を通じて、いわば間接的な形で影響を及ぼしてきたと考えられるのである。

2 本稿の検討対象

CISGが以上のようなインパクトをもつに至った大きな理由として、CISGが大陸法とコモン・ローを架橋する規律を提示するものであったという点をあげることができる。しかし、CISGにおいても、国際売買契約に関するあらゆる問題について統一的な規律が示されているわけではない。統一の果たされていない重要な例が、履行請求権に関するルールである。後で詳しく見るように、CISG加盟国の裁判所には、国内法の規律を顧慮して、

当事者による履行請求を退けることが認められているのである。

しかし、日本においては、履行請求権に関するC I S Gの規律について、立ち入った検討がなされることはほとんどなかった。その理由としては、次のようなものが考えられるであろう。すなわち、C I S Gの規律は、履行請求を例外的にしか認めないコモン・ロー諸国を念頭においたものであって、日本法にとっては重要な意味をもたないと考えられてきたように思われる。また、日本におけるC I S Gの研究は、上述のように、C I S Gを完結したモデル法として取り上げるものが多く、C I S Gと国内法が交錯する場面に對する関心が低かったという事情を指摘することもできるであろう。

これに對して、ドイツにおいては、C I S Gが適用される契約において、ドイツ国内法の規律によって履行請求権が遮断されるべき場合が存在するという見解が主張されている。周知のとおり、ドイツ法は、契約当事者による履行請求を原則として承認する立場に立っていると考えられている。そうであるならば、日本法においても、問題となる規定や制度が存在しないと、検討を経ることなく片付けてしまうことはできないであろう。さらに、近時は、C I S Gや上述の国際的動向の影響を受けて、履行請求権の意義・位置づけをめぐる議論が流動化するに至っている¹¹⁹。そこでは、債権者が当然に履行請求権を有するという伝統的な理解を揺るがす可能性をはらんだ主張も登場している。この小稿では、こうした議論状況を踏まえて、履行請求権に関してC I S Gとドイツ国内法が交錯する問題局面において展開されている議論を取り上げて、C I S Gへの加入が、日本の契約法に對して投げかけている課題を明らかにすることを目指す。

検討の手順は次のとおりである。まず二において、C I S Gにおいて履行請求権がどのように扱われているのかを確認する。引き続き三では、C I S Gが適用される契約において、履行請求権に関するドイツ国内法の規律に基づいて、履行請求権が遮断される場面があるのかという問題について、ドイツにおいて展開されている議論を概観する。最後に四では、ドイツの議論を整理した上で、日本法において検討されるべき課題を指摘する。

二 C I S G における履行請求権

1 履行請求権の承認

C I S G は、四五条において、売主がその義務を履行しない場合に買主が利用することのできる諸々の救済手段を掲げている。買主に与えられる救済手段の具体的な内容は、四六条から五二条に規定されている。買主の履行請求権に関する規定は、その冒頭の四六条である。

C I S G 四六条（履行を求める権利^{①②③}）

- (1) 買主は、売主に対してその義務の履行を求めることができる。ただし、買主がその要求と両立しない救済を求めている場合は、この限りでない。
- (2) 物品が契約に適合していない場合には、その不適合が重大な契約違反に当たり、かつ、その要求を第三九条に基づく通知と同時に、又はその後の合理的な期間内にした場合にかぎり、買主は、代替品の引渡しを求めることができる。

- (3) 物品が契約に適合していない場合において、買主は、すべての状況に照らして不合理であるときを除くほか、売主に対してその不適合を修補によって追完することを求めることができる。修補の要求は、第三九条に基づく通知と同時に、又はその後の合理的な期間内にしなければならない。

これに対して、買主がその義務を履行しない場合に、売主が利用することのできる救済手段は、六一条に掲げられている。ここでも C I S G は、個々の救済手段に関する規定の冒頭に位置する六二条において、代金の支払い、引渡しの受領など、買主が負担する義務に関して、売主に履行請求権を認めている。

C I S G 六二条（履行を求める権利）

売主は、買主に対して代金の支払、引渡しの受領その他の買主の義務の履行を求めることができる。ただし、売主がその要求と両立しない救済を求めている場合は、この限りでない。

これらの条文において、C I S Gは、相手方による不履行に直面した買主と売主のいずれもが、原則的な救済手段の一つとして、履行請求権を行使することができるという立場を明らかにしている。もっとも、ドイツ国内法と交錯する形で履行請求権の限界について議論がなされているのは、主として買主の履行請求権である。¹⁵⁾そこで、以下では、買主が売主に対して有している履行請求権をもっぱら念頭において議論を進めることにしたい。

2 C I S Gにおける履行請求権の限界

以上のようにC I S Gは契約当事者の履行請求権を承認しているのであるが、それがどのような限界に服するのかという点について、C I S Gの規定は必ずしも明確でない。

履行請求権の限界に関する規定として、まず問題となるのが、債務者の免責について定めたC I S G七九条である。¹⁶⁾同条は、一項において、不履行が債務者の支配を越えた障害によって生じた場合に、当事者は「その不履行について責任を負わない」と規定している。そのため、一項だけを見ると、免責のための要件が充足された場合、債務者は履行義務からも解放されるかのように理解することもできる。しかし、七九条五項は、「本条の規定は、当事者がこの条約に基づく損害賠償請求権以外の権利を行使することを妨げない」と規定している。これは、C I S Gの前身であるハーグ統一売買法（U L I S）の七四条三項が、免責要件が充足された場合であっても、債権者の解除権と代金減額請求権は存続すると規定しており、同条の下では、債務者は損害賠償義務と履行義務の双方から解放されると解されていたのとは異なっている。そのため、C I S G七九条の文言を素直に解釈すると、債務者は、損害賠償義務を免れる場合であっても、履行義務を負担し続けると解されるのである。¹⁷⁾

しかしながら、ドイツでは、C I S G七九条の定める免責要件が充足された場合、債務者は、損害賠償義務からだけでなく、履行義務からも解放されるという解釈が有力に主張されている。すなわち、七九条の根底にあるのは、債務者は、一定の障害について克服する義務を負担していないという考え方である。そうである以上、債務者が、損害賠償義務から解放される場合にも、現実の履行という形で当該障害を克服しなければならないと解釈するのは、

七九条に矛盾を持ち込むものであり、適切でないというのである⁹⁸⁾。しかし、七九条五項の文言からして、債務者が七九条によって免責される場合であっても、債権者の履行請求権は影響を受けないと解釈するべきだという見解も有力である⁹⁹⁾。

さらに、CISGは、給付が不能となった場合の履行請求権の帰趨についても、明確な規定を有していない。もちろん、CISGが適用される契約においても、債務者が契約上の義務を履行することが不可能となった場合、債権者の履行請求は認められないと考えられる。そのような結論を導くために、ドイツでは、いくつかの理論構成が主張されている。まず、履行が不可能となった場合に履行の強制を請求することは、CISG四六条が履行請求権を認めた趣旨・目的に反するという理由から、履行請求権の消滅を導く見解がある¹⁰⁰⁾。その他に、CISG六六条から七〇条に定められた危険移転に関する規律から、履行請求権の消滅という帰結が導き出されるという見解がある。この見解は、六六条によると、目的物が危険の移転前に滅失した場合、買主は代金支払義務を免れることになるが、代金支払義務が消滅する場合には、両給付の牽連関係に基づいて、売主が負担している目的物給付義務も消滅することになると主張している¹⁰¹⁾。

以上のように、CISGには履行請求権の限界に関する明確な規定が存在せず、それを補うために様々な解釈が主張されている。このような状況が、次に見る二八条に依拠して、加盟国の国内法を顧慮して履行請求を排除することを認めるべきだという主張につながっていくことになる。

3 加盟国の国内法による履行請求権の遮断

CISG自体の規定からは、どのような場合に、債権者による履行請求が排除されるのかが明確ではないところ、CISGは、二八条において、加盟国の国内法に基づいて、債権者による履行請求が退けられる場合があることを承認している。すなわち、CISGを適用する各国の裁判所は、国際私法を除く法廷地法によると同種の売買契約について履行請求が認められない場合、債権者による履行請求を認容する必要がないとされているのである。

C I S G 二八条（現実の履行を命ずる裁判）

当事者が、この条約の規定に基づいて相手方の義務の履行を求めることができる場合であっても、裁判所は、この条約が規律しない類似の売買契約について自国法に従った場合に同様の裁判をするであろうときを除くほか、現実の履行を命ずる裁判をする義務を負わない。

改めて指摘するまでもなく、本条は、伝統的に債権の本来的効力として履行強制を認めてきた大陸法と、履行強制を例外的な救済手段としてのみ承認してきたコモン・ローの妥協によるものである。本条に対応する規定は、ラール（Ernst Rabel）が中心となっており起草された、国際売買契約法の統一へ向けた最初の草案である U N I D R O I T の第一草案（一九三五年）から存在した（二三条一項・七〇条一項）。²³³ 当時から、大陸法とコモン・ローが共に受け入れることのできる解決を見出すことは困難だと考えられたのである。²³⁴ その後、ハーグ条約Ⅶ条および U L I S 一六条においても、同様の規定が設けられている。

このような沿革からも、二八条は、コモン・ロー諸国の裁判所によって適用されることが想定された規定だといえることができる。しかし、そのことによって、大陸法諸国の裁判所による適用が当然に排除されるわけではない。そこで、ドイツ法においても、債権者からの履行請求が排除される諸々の局面が存在するところ、ドイツの裁判所は、どのような場合に、C I S G 二八条に依拠して履行請求を退けるべきなのかという問題が議論されることになる。

三 ドイツ国内法による履行請求権の遮断

1 C I S G 二八条とドイツ国内法の顧慮

C I S G が採択されてからの約一〇年間は、ドイツの裁判所に対して、C I S G 二八条に基づいて、履行請求権

の限界に関するドイツ国内法を顧慮することを認める見解が有力に主張された。こうした見解に影響を与えたと考えられるのが、UNCITRAL一九七八年草案に付された事務局のコメントリーである。そこでは、債務者の免責に関する草案六五条（CISG七九条に対応する）の注釈において、履行が不可能となった場合に裁判所が履行を命じるかどうかという問題は、本条約では扱われておらず、国内法に委ねられた問題であるという記述がなされている。⁹⁰

このような理解を受けて、CISG採択後は、CISGの起草に関わった論者を中心として、ドイツ国内法を顧慮することを認める見解が主張された。代表的な論者として、シュレヒトリム（Peter Schlechtriem）をあげることができる。シュレヒトリムらは、先ほど見たように、CISG七九条の定める免責要件が充足された場合であっても、債務者の履行義務が存続する結果として、ドイツをはじめとする大陸法諸国の裁判所にとっても、CISG二八条は重要な意味をもっていると指摘している。すなわち、債権者の履行請求権が存続するとしても、大陸法の裁判所も、給付を行なうことが不能となった場合に給付を命じる判決を出すことはできない。また、債務者が損害賠償責任を免れる事例において、履行を行なおうとしない債務者に対して、各国の手続に沿って制裁金などが課せられるとすると、それが損害賠償と等しくなる、あるいは、損害賠償を超える可能性がある。このような事態を回避するために、ドイツの裁判所にも、不能、権利濫用、行為基礎の脱却といったドイツ国内法の規定・法理に基づいて、債権者からの履行請求を拒むことを認めるべきだと考えられるのである。⁹¹

さらに、フーバー（Ulrich Huber）も、シュレヒトリムがケメラーと共に編者となり、一九九〇年に初版が公刊されたコンメンタール⁹²において、類似の理解を示している。すなわち、履行が客観的に不能となった場合、ドイツ法によると、債務者の責めに帰すべきでない場合はBGB二七五条一項（二〇〇二年債務法改正前⁹³）に基づいて、また、債務者の責めに帰すべき場合であっても、誰も不能な給付を命じられることはないという原則によって、履行の訴えは退けられることになる。フーバー自身は、CISGの解釈としても、履行が不能である場合について、条文には明記されていない履行請求権の限界が存在すると考えているが、そのような解釈が採れないとしても、ド

イツ裁判所はC I S G二八条に依拠して、債権者による履行請求を退けることができると主張している。⁸⁰⁾さらに、C I S G七九条の免責要件が充足されている場合、フーバーとしては、債務者は損害賠償義務だけでなく履行義務も免れると考えている。⁸¹⁾しかし、そのような解釈が採れないとしても、ドイツの裁判所は、B G B二七五条二項（二〇〇二年債務法改正前）や行為基礎論を顧慮して、債権者による履行請求を退けることができると主張している。⁸²⁾

このようなフーバーの主張の背後には、C I S G二八条に関する次のような理解が存在する。すなわち、フーバーによると、同条は、手続法のみに関する規定ではなく、一定の範囲で実体法にもかかわる規定である。つまり、コモン・ロー諸国において特定履行が認められないという場合、実体法としては履行請求権が存在しているが、手続上の理由からそれを貫徹することが認められないのだと理解するべきではない。そうではなく、コモン・ローの下では、実体法上の履行請求権自体が、一定の要件が充足された場合にのみ付与されると考えるべきである。従って、C I S G二八条は、当該事案において、債権者からの履行請求に対して債務者が主張することのできる実体法上の抗弁を、加盟国の裁判所が顧慮することを認めた規定なのである。そうであるならば、ドイツの裁判所において履行を請求した場合にも、ドイツ売買法、請負法、一般債務法において債務者に付与されている抗弁を顧慮することが認められるべきである。⁸³⁾もちろん、その場合も、C I S Gが排他的に規律している問題について、ドイツ国内法を顧慮することは認められない。そのため、債務者がどのような場合に損害賠償義務を免責されるのかという問題については、ドイツ国内法を顧慮することなく、C I S G七九条一項から三項に定められた要件のみに照らして、その可否を判断しなければならないことになる。⁸⁴⁾

以上のように、ドイツでは当初、有力な見解が、ドイツの裁判所に対して、ドイツ債務法の規律を広い範囲で顧慮し、債権者からの履行請求を退けることを認めていたということができる。

2 顧慮されるドイツ国内法の範囲

(1) ドイツ国内法を顧慮することの問題性

しかしながら、シュレヒトリムやフーバーの見解に対しては、その後、強い批判が投げかけられることとなった。今日では、ドイツの裁判所が国内法を広く顧慮することを認める見解は、CISGが採択された当初のように有力ではないという状況にある。批判の要点は、債権者による履行請求の可否を判断する際に加盟国の国内法を顧慮することは、国際売買契約に関する実体ルールの統一を目指すというCISGの理念に反し、CISG七条一項が要請するところの、CISGの統一的適用を考慮した解釈とも相容れないという点にある。⁸⁵

このような指摘を受けて、コモン・ロー諸国との妥協に過ぎないCISG二八条を足がかりとして、統一されていない加盟各国の法律が入り込んでくることの問題性は、ドイツにおいて広く認識されるに至っている。CISG二八条に基づいて顧慮されるドイツ国内法の範囲に関しても、初期の諸見解よりも自覚的な検討を加える見解が登場している。

まず、国内法を顧慮することの問題性を強く意識した議論として、履行の訴えが法廷地法において一般的に認められていない場合、あるいは、特別の要件の下で限定的に認められているという場合にのみ、CISG二八条は適用されると主張する見解がある。この見解は、CISG二八条はコモン・ロー諸国を念頭においた規定であって、大陸法諸国では限られた場合にしか適用されてはならないという理解に立脚したものである。この見解によると、BGB二七五条などの規定は、一定の要件の下で債務者の免責を認める特別の構成要件に過ぎず、CISG二八条に基づいて顧慮される規定には該当しないことになる。⁸⁶このような理解は、CISG二八条の適用範囲について、最も限定的に考える立場であるように思われる。

(2) フーバーの改説

さらに、先ほどその見解を取り上げたフーバーも、批判を受けて、より限定的な立場に改説するに至っている。上述のコンメンタールのその後の版⁸⁰⁾において、フーバーは、当初の立場とは異なり、C I S G 二八条の適用範囲を明らかにするために、債務者に課せられた義務と、債務者が義務を履行しない場合に債権者に認められる「救済」(remedy)とを区別するという視点を打ち出すに至っている。つまり、債務者がどのような義務を負担しているのかは、売買契約とC I S G の定めるところによって決まるのであって、二八条に基づいて顧慮される国内法によって影響されることはない。二八条は、あくまでも、債権者に与えられる履行請求権という「救済」にかかわるものに過ぎない。従って、加盟国の裁判所が二八条に基づいて履行請求を遮断することができるかという点を判断するにあたっては、契約およびC I S G によって根拠づけられた義務を指定した上で、債務者がその義務を履行しない事例において、国内法の規律に照らすと履行請求が認められるかを検討するという、プロセスを経なければならないことになる。⁸¹⁾

以上のような理解を踏まえて、フーバーは、具体的に適用の有無が問題となるドイツ債務法の規律についても、当初とは大きく異なった立場を採用するに至っている。例えば、B G B 二七五条や行為基礎論は、債務者が負担している給付義務そのものにかかわる規定・法理であると考えられる。そのため、フーバーの新たな理解に従うと、裁判所がこれらの規律を顧慮することは認められない⁸²⁾。これに対して、履行を行なうために過分の費用が必要になるという事例においては、裁判所がドイツ国内の権利濫用法理を顧慮して、債権者からの履行請求を退けることは可能だと考えられる。権利濫用法理は、債務者が負担している義務の帰趣にかかわるものではなく、義務が存在していることを前提として、履行請求という救済を衡平の観点から制限するものに過ぎないからである。⁸³⁾

(3) ノイファングの見解

このように、フーバーの新たな見解は、C I S G 二八条がコモン・ローにおける「救済」という概念を念頭においたものであるという点に着目するものであった。こうした観点をさらに押し進めた議論を展開しているのが、ノ

イファンク (Paul Neufang)⁴⁴¹である。ノイファンクは、履行請求権に関するアメリカ法とドイツ法の詳細な比較法研究を踏まえて、ドイツの裁判所におけるCISG二八条の適用可能性についても検討を加えている。

ノイファンクによると、履行請求に関するアメリカ法の手続は、ドイツ法のように、権利の存否の確定に関する手続と強制執行に関する手続とを区別することなく、履行請求という「救済」を認めることの適否を判断するという構造をもっている。そのため、CISG二八条に基づいてどのようなドイツ国内法の規律が顧慮されるのかを考える際にも、実体法と手続法という区別によることはできない。そうではなく、ドイツ法において履行請求権が遮断される個々の局面ごとに、履行請求の認められない理由が、履行請求という「救済」が不適切だという点にあるのか、それとも、債務者の責任そのものが認められないという点にあるのかを判断していかなければならない。CISG二八条が適用されるのは、前者の場合だけである⁴⁴²。

以上のような理解を踏まえて、ノイファンクは、ドイツ法のいくつかの問題局面について検討を加えている⁴⁴³。まず、債権者は、債務者の不履行を理由とする損害賠償を請求することができるが、履行請求を行なうことはできないという場面がある。例えば、債務者の責めに帰すべき事由によって履行が不能となった場合である。このような場合、法律は、履行請求という「救済」が不適切であるという評価に基づいて、債務者に金銭賠償という形で責任を負わせることにしている。これは、ノイファンクの基準によると、まさにCISG二八条が適用される局面に該当する⁴⁴⁴。これに対して、債権者が、損害賠償請求も履行請求も行なうことができないう場面が存在する。ノイファンクによると、このような場合は、さらに、法律がどのような判断から、損害賠償請求権と履行請求権を否定しているのかを検討しなければならない。つまり、一方で、法律は債務者の責任を否定するという判断を下しているに過ぎない場合がある。このような場合、CISG二八条の適用は問題とならない。これに対して、法律が、債務者の責任を否定するという判断と同時に、債権者による履行請求に対しても否定的な判断を下している場合がある。後者の具体例として、債務者の責めに帰すべからざる事由によって履行が不能となった事例をあげることができる。このような場合、法律は、債務者に責任を負わせないという判断だけでなく、債権者からの履行請求を認めること

ができないという判断も合わせて行なっている。CISG二八条は、法律がこのような判断を行なっている場合に適用されるべき規定である。⁴⁶⁾

ノイファンクは、以上のような基準によって顧慮されるべきドイツ国内法の範囲を判断するべきことを主張しつつも、同時に、CISG二八条が、広い裁量を認めたものであることに着目している。つまり、CISG二八条は、同条を適用するための要件が充足されている場合であっても、同条を実際に発動し、債権者による履行請求を拒絶するののかという判断について、裁判所に裁量を認めている。ここでは、法律の欠陥を創造的に補充することが裁判所に要請されていると考えられる。そこで、ノイファンクは、CISGとドイツ国内法との間に小さな相違が存在するに過ぎないという場合、裁判所は、国際売買契約法の統一という理念に照らして、ドイツ国内法の規律を顧慮するべきではないと主張している。そのような具体例として、CISG四六条三項によると、売主は追完請求を不合理（unreasonable）であるときに拒絶することができると対して、BGB六三三条二項（二〇〇二年債務法改正前）によると、不均衡な出費（unverhältnismäßiger Aufwand）が必要なきに拒絶することができるという違いがあげられている。⁴⁶⁾

3 CISG二八条と債務法改正

前節までに取り上げた諸々の見解は、ドイツ債務法が二〇〇二年に全面的に改正⁴⁷⁾される前の規定の下で主張されたものであった。債務法改正によって、ドイツにおける議論の大勢に変化はないと思われるが、BGB二七五条の改正を受けて、CISG二八条に基づいて顧慮されるドイツ国内法の範囲に関するシュレヒトリームの見解は、微妙に変化している。ドイツにおける議論の最後に、この点について見ておくことにしよう。

先に見たとおり、シュレヒトリームは、当初、CISG二八条に基づいて、ドイツ国内法を顧慮することを広く認める立場に立っていた。しかし、シュレヒトリーム自身も、このような二八条の理解が、批判的論者の指摘するとおり、国際売買契約法の統一というCISGの理念に照らして、問題をはらんだものとなりうることを認識して

いた。⁸⁸⁾ シュレヒトリームが一九九六年に第一版を公刊したCISGの概説書では、二八条はコモン・ロー諸国を念頭においた規定であって、債務者の免責に関するドイツ法の一般規定を顧慮するために用いてはならないという記述までなされていた。⁸⁹⁾

このような状況の下、BGB二七五条の内容は、債務法改正によって大きく変更された。シュレヒトリームは、この改正によって、ドイツ債務法における同条の位置づけが根本的に変化したことに着目している。すなわち、改正前の二七五条は、債務者の責めに帰すべからざる事由によって履行が不能となった場合に、債務者を、損害賠償義務と履行義務の双方から解放する規定であった。これに対して、改正後の二七五条⁹⁰⁾は、債務者の義務そのものにかかわるものではなく、債権者からの履行請求に対して債務者が主張することのできる事由を定めた規定だと位置づけられる。⁹¹⁾ このような変化を受けて、シュレヒトリームは、上述のように一九九六年の段階ではドイツ国内法を顧慮することに対して慎重な態度を示していたのに対して、二〇〇三年に公刊された第二版以降は、従来の見解を明示的に改めて、ドイツの裁判所は、新BGB二七五条の要件が充足されている場合には、CISG二八条に基づいて債権者による履行請求を退けることができると主張するに至っている。⁹²⁾ CISG二八条は、債務者が負担している義務にかかわるものではなく、裁判所による履行請求の貫徹可能性を制限する規定であって、改正後のBGB二七五条は、まさにそのような趣旨にでた規定だと考えられるのである。

以上のようなシュレヒトリームの見解の変化は、ある規定を加盟国の債権法の体系の中でどのように位置づけるかに応じて、裁判所がCISG二八条に基づいて当該規定を顧慮することの可否が変わってくる可能性を示しているということができようであろう。

四 結びに代えて

1 ドイツにおける議論の整理

前章では、C I S G二八条をめぐってドイツにおいてどのような議論がなされているのかを概観した。若干の整理を試みることにしよう。

ドイツにおける議論は、次の二つの問題を軸として、両者が交錯する形で展開されていたとまとめることができるであろう。

一つ目の問題は、改めていうまでもなく、ドイツの裁判所がC I S G二八条に基づいて履行拒絶することができるのはどのような場合かという問題、つまり、同条において顧慮されるドイツ国内法はどのようなものかという問題である。この点について、ドイツでは、当初に有力であったドイツ法の顧慮を認める見解に対して強い批判がなされた結果として、自覚的な検討が進められることとなった。

この問題を考えるにあたって、ドイツでは、次の二つの視点が重要な意味をもっていたといえることができるであろう。第一の視点は、C I S Gが、国際売買契約に関してどの範囲で統一を行なおうとしていると考えるかである。すなわち、C I S Gがどこまで統一的な規律を用意しており、各国法の規律を顧慮することが排除されているのか、反対からいうと、C I S G二八条によって統一的な規律が断念され、各国法の規律を顧慮することによって、顧慮されるのはどの範囲なのかという問題である。こうしたC I S Gの目的をどのように理解するかによって、顧慮される国内法の範囲が変わってくることになる。第二に、理論的に興味深い視点として、C I S G二八条がコモン・ローにおける「救済」概念を念頭に置いた規定であるということが認識されていた。その上で、同概念をもたないドイツ法において、どのような観点から二八条に基づいて顧慮される規定の範囲を確定すべきなのか、判断基準が模索されていたのである。その意味で、C I S G二八条による履行請求権の遮断という問題は、ドイツ債務法とコモン・ロー諸国における「救済」概念が交錯する問題局面であったということができるとであろう。

第二の問題として、ドイツにおける議論では、BGB二七五条に代表されるドイツ国内法の規律をどのように理解するのかという点も、重要な意味をもっていたことを見過ごしてはならない。このことを、端的に示していたのが、BGB二七五条の改正を受けたシュレヒトリームの見解の変遷である。

その他に、フーバーがその見解を改めた背後にも、BGB二七五条に対する理解の変化が存在していると考えられる。すなわち、当初、フーバーは、CISG二八条について、債権者からの履行請求に対して債務者が主張することのできるドイツ法上の抗弁を、CISGが適用される契約についても主張することを認めた規定だと考えていた。BGB二七五条も、そうした抗弁の一つとして、CISG二八条に基づいて顧慮することができると考えられたのである。しかしながら、その後、フーバーは、BGB二七五条や行為基礎論を、債務者が負担している義務そのものにかかわる規律として位置づけるようになった。そして、CISG二八条は、債権者に与えられる「救済」のみにしかかわる規定だと考えられたため、ドイツの裁判所が、BGB二七五条や行為基礎論を顧慮して、債権者からの履行請求を拒むことはできないと主張するに至ったのである。こうした変化は、別稿において詳しく検討した⁶⁵、債務法改正作業におけるフーバーの立場の変遷とも軌を一にしていると考えられる。すなわち、債務法改正作業の初期の段階では、フーバーは、不能に関する旧BGB二七五条の規定を、債務者の責任の存否に関する規律と、履行請求権の限界に関する規律に再編するべきことを主張していた。しかし、改正作業の最終段階に至ると、同条は、債務者の「責めに帰すべからざる」障害が生じた場合に、債務者が履行責任と損害賠償責任から免責される旨を定めた規定——つまり、債務者の義務にかかわる規定——であって、改正されるべきではないという主張に転じたのである。

これらの議論が示すように、ドイツ法における議論は、CISG二八条の射程に関する分析を進める過程において、それといわば表裏一体となった形で、問題となっている規律がドイツ債務法の体系においてどのように位置づけられるのかという、ドイツ国内法の課題に向かい合うこととなったのである。

2 日本法における課題

本稿で取り上げた議論を踏まえて、日本法においては、どのような課題について検討を進める必要があるのだろうか。最後にこの点を確認しておくことにしよう。

まず、当然のことながら、C I S G 二八条に基づいて顧慮される日本法の規律の範囲が明らかにされなければならない。ドイツにおける議論が示しているように、この問題を考えるにあたっては、日本の債権法の構造をどのように理解するかという課題を避けて通ることができない。密接に関連する従前の議論としては、債権の履行強制について定めた民法四一四条の位置づけをめぐる議論をあげることができるであろう。そこでは、民法四一四条一項ないし三項が実体法規定なのか、それとも、手続法規定なのか、債権の履行強制に関して実体法と手続法がそれぞれ規律すべき事項はどのようなものなのか、といった問題が議論の対象となってきた。これらの問題は、問いの立て方そのものが示しているように、実体法と手続法を対置する枠組みにおいて検討がなされてきた。これに対して、C I S G 二八条をめぐるドイツの議論では、こうした枠組みに納まりきらない視点が示されていたということができる。新たな視点を踏まえた上で、四一四条をめぐる従来の議論の位置づけを再検討することが、C I S G 二八条の解釈を考える上で有益な作業となるであろう。

さらに、より広い射程をもつ課題として、履行請求権の意義・位置づけに関する検討が、さらに進められなければならない。近時は、C I S G やそれに続く契約法の統一へ向けた動きに影響を受けて、履行請求権を、債務者の契約違反に直面した債権者に与えられる救済の一つとして位置づけようとする主張が登場しており、債権法改正作業においても一定の注目を集めている。⁵³しかし、このような主張には有力な批判も投げかけられているところである。C I S G 二八条を通じて、「救済」概念への応接を迫られたドイツ法の議論は、大陸法体系において「レメディー・アプローチ」⁵⁴が有している意義・射程を明らかにする上で、これまでに主として参照されてきた、国際的な法統一を目指すイニシアチブとは異なった視座を提供してくれると思われる。

この小稿では、CISGに定められた履行請求権について検討を加えてきた。CISGが規律する国際売買契約において、履行請求権のもつ意味は決して大きくないとはしばしば指摘されている⁸⁸。確かに、国際売買契約の当事者が、裁判所において履行請求を行なうという場面は、現実にはそれほど考えられないのであろう。しかし、ここまで見えてきたところから明らかなように、履行請求権に関するCISGの規定は、日本の契約法理論に対して興味深い課題を投げかけているということができる。一足先に、CISGの締結、そして、債務法改正を行なったドイツ法における経験は、同じ課題に直面する日本の契約法にとっても、有益な示唆を与えてくれるであらう。

注

- (1) UNCITRAL - VIAC Joint Conference, 15-16 March 2005, Vienna: Celebrating Success: 25 years United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 1980年3月15-16日『The Journal of Law and Commerce, Volume 25, Issue 1 (2005)』を参照。
- (2) 曾野裕夫「ウィーン売買条約(CISG)の検討」NBL八四八号三四頁(二〇〇七年)、能見善久「ウィーン売買条約(CISG)の試訳」NBL八六六号一三頁(二〇〇七年)、曾野裕夫「ウィーン売買条約(CISG)への加入に向けて」NBL八七二号五一頁(二〇〇八年)を参照。
- (3) このような観点から、曾野和明・山手正史『国際売買法』(青林書院・一九九三年)、甲斐道太郎・石田喜久夫・田中英司編『注釈国際統一売買法——ウィーン売買条約I』(法律文化社・二〇〇〇年)、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——ウィーン売買条約II』(法律文化社・二〇〇三年)という、CISG全般にわたる注釈書は、重要な意味をもつことになるであらう。
- (4) このような性格の強い研究として、久保宏之「国際動産売買契約国連条約の『免責』規定について」同『経済変動と契約理論』二八一頁(成文堂・一九九二年・初出一九八九年)、渡辺達徳『ウィーン売買条約』(CISG)における契約違反の構造」小樽商科大学商学討究四一巻四号一〇九頁(一九九一年)、同『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)(2)」小樽商科大学商学討究四二巻一号一七七頁四三巻一・二号一三二頁(一九九一年・九二年)、潮見佳男「国連動産売買条約における損害賠償責任の免責事由」同『契約責任の体系』(有斐閣・二〇〇〇年・初出一九九四年)

一三〇頁、山田到史子「契約における『重大な契約違反』と帰責事由(1)(2)——一九八〇年国際動産売買契約に関する国連条約に示唆を得て」民商法雑誌一一〇巻二七七頁・三〇六四頁(一九九四年)、石崎泰雄「瑕疵担保責任と債務不履行責任との統合理論——ウィーン国連売買条約・ドイッ債務法改正最終草案における理論構成」早稲田法学七〇巻三三二頁(一九九五年)、渡辺達徳「国連動産売買法と契約責任の再構成」法学新報一〇四卷六二七号三三頁(一九九八年)などをあげることができる。

- (5) C I S Gの各国の国内法に対する影響を概観するものとして、Peter Schlechtriem, in: Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG, 4. Auf., 2004 S. 35f. (= Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) 9-11 (Peter Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer eds. 2nd. ed. 2005); Ulrich Magnus, 25 Jahre UN-Kaufrecht, ZEuP 2005, S. 96, 104f.; Jürgen Basedow, Zur weltweiten Konvergenz des Leistungsrechts - Der Einfluss des CISG, in: Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag, 2006, S. 801 などを参照。

- (6) Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, 1999 O.J. (L 171) 12-16. 同指令の内容、および、各国国内法への転換作業については、今西康人「消費者商品の売買及び品質保証に関するEU指令(1)(2)——その制定過程とドイッ法への影響を中心として」関西大学法学論集五〇巻一号五〇頁・四号一頁(二〇〇〇年)、同「消費者売買指令と目的物の瑕疵に関する売主の責任——指令の国内法化からの検討」判例タイムズ一一七号三八頁(二〇〇三年)、ローラン・ルヴヌール平野裕之訳「ヨーロッパにおいて販売された消費財についての新たな担保責任——統一、多様性または共通の土台?」ジュリスト一三〇三三九〇頁(二〇〇五年)、馬場圭太「EU指令とフランス民法典——消費動産売買指令の国内法化をめぐる動向」甲南法学四六卷三三六九頁(二〇〇五年)などを参照。

同指令の立法理由においては、明示的に、C I S Gを参考にして立法を進めるべきことが主張されていた (COM (95) 520 final, 5-6, 11-14; COM (1999) 16 final, 3)。この点については、Dirk Staudemayer, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, NJW 1999, S. 2393を参照。

C I S Gと消費動産売買指令の内容を比較・検討するものとして、Ulrich Magnus, Der Stand der internationalen Überlegungen: Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und das UN-Kaufrecht, in: Stefan Grundmann/Dieter Medicus/Walter Roland

- (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht: Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, 2000, S. 79, 83ff.; Stefan Grundmann, Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht - warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechts-Richtlinie so ähnlich?, AcP 202 (2002), S. 40, 45ff.; ders., in: Stefan Grundmann/Cesare Massimo Bianca (Hrsg.), EU-Kaufrechts-Richtlinie: Kommentar, 2002, S. 19ff.; Magnus, The CISG's Impact on European Legislation, in: The 1980 Uniform Sales Law: Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences 132-141 (Franco Ferrari ed. 2003) 132.
- (7) Principles of International Commercial Contracts 2004 (UNIDROIT ed. 2004). 一九九四年版の翻訳として、曾野和明＝廣瀬久和＝内田貴＝曾野裕夫訳『ユニドロフ国際商事契約原則』（商事法務・二〇〇四年）。PICCの起草との関係については、Michael Joachim Bonell, An International Restatement of Contract Law 301-334 (3rd ed. 2005) を参照。
- (8) Principles of European Contract Law. Parts I and II (Ole Lando & Hugh Beale eds. 2000). 翻訳として、ケー・ン・ベール＝ユーター・ユール編・潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和監訳『ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ』（法律文化社・二〇〇六年）。
- (9) PICCの起草に対するCISGの影響を分析するものとして、Ole Lando, Salient Features of the Principles of European Contract Law: A Comparison with the UCC, 13 Pace International Law Review 339 (2001); Harry M. Flechner, The CISG's Impact on International Unification Efforts: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law, in: The 1980 Uniform Sales Law, *supra* note 6, at 169 を参照。
- (10) COM (2003) 68 final; COM (2004) 651 final. COMの起草は、大久保泰甫「ヨーロッパ共通民法典をめぐる大論議——フランスを中心として・その②」南山大学ヨーロッパ研究センター報一二号五一頁（二〇〇六年）のほか、ZEUP 2007 S. 109ff. に掲載された諸論稿を参照。ヨーロッパにおける契約法の統一に向けた諸動向については、比較法等という観点からの展望を、Reinhard Zimmermann, Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung, 2006 (= Zimmermann, Comparative Law and the Europeanization of Private Law, in: The Oxford Handbook of Comparative Law 539 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds. 2006)) が有益である（同論文については邦訳を準備中である）。さらに、西谷祐子「欧州共同体における契約法統一の道程——『ヨーロッパ契約法原則』の意義と問題点」民商法雑誌一二七巻四・五号一頁（二〇〇八年）、「北居功「EU契約法」庄司克宏編『EU法実務篇』（岩波書店・二〇〇八年）一二九頁も参照。
- (11) Peter Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht. Ein Studien- und Erläuterungsbuch zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Wareneinkauf (CISG), 4. Auf., 2007, S. V.

- (12) 様々な問題意識に立脚した研究が存在するが、近時の議論状況について、窪田充見「履行請求権」ジュリスト一三二八号一〇三頁（二〇〇六年）を参照。
- (13) 以下のC I S Gの訳文は、能見・前掲注(2) N B L八六六号一四頁以下による。
- (14) C I S G四六条の起草過程を検討するものとして、丸山愛博「履行請求権の優越とその限界についての一考察——国連動産売買法（C I S G）四六条を素材として」中央大学大学院研究年報法学研究科篇三三三九頁（二〇〇三年）がある。
- (15) もっとも、ドイツにおいては、C I S Gが適用される契約についても、請負契約の注文者に仕事が完成する前の解約権を認めたB G B六四九条に基づいて、請負人から注文者に対する代金請求が制限される場合が存在するのではないかという点が議論されている（B G Bにおいて請負契約に該当する契約であっても、C I S G三条によって、C I S Gが適用される可能性がある）。この問題は、本稿にとっても重要な意味をもつが、注文者の解約権に特有の問題も存在すると考えられるため、直接の検討の対象とはしない。
- (16) C I S G七九条によって、債権者の履行請求権が排除されるのかを検討する邦語文献として、渡辺・前掲注(4)小樽商科大学商学討究四一卷四号一〇九頁以下、潮見・前掲注(4)一三三頁以下がある。
- (17) U L I S七四条三項
当事者の一方のための本条に定めた免責は、免責を正当づけた状況が、相手方当事者またはその者が責に任ずべき者の行為により生じたのでない限り、本法の他の規定に基づく契約の解消を排除するものでもなく、または、本法に基づいて有する減額請求の権利を相手方当事者から奪うものでもない。
訳文は、北川善太郎「ヘーグ国際動産売買統一法と日本民商法」比較法研究三〇号三九頁（一九六九年）による。U L I S七四条に基づいて、債務者は、損害賠償義務からだけでなく、履行義務からも解放されるという解釈については、Hans Stoll, in: Hans Döle (Hrsg.), *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht. Die Haager Kaufrechtsvereinkommen vom 1. Juli 1964*, 1976, Art. 74, Rn. 15, 116-117を参照。
- (18) 七九条の起草に際して、西ドイツの代表団は、債務者が履行請求からも解放される旨を明らかにするべきだと提案したが、容れられるところとはならなかったという経緯がある。United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March -11 April 1980, Official Records, 383-385 (= John Homold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales* 604-606 (1989)). C I S G七九条の起草過程については、久保・前掲注(4)二八四頁以下、甲斐・石田＝

- 法政論集 227号 (2008)

がある。

²²⁾ Heinrich Stoll/Georg Gruber, in: Schlechtriem/Schwenzer, a.a.O. (Fn. 5), Art. 79, Rn. 48.

²³⁾ 一九三五年草案に「 Ernst Rabel, Das Recht des Warenkaufs: eine rechtsvergleichende Darstellung, Bd. 2, 1958, S. 374ff. を参照。」

²⁴⁾ 「の点に「 Ernst Rabel, Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, RabelsZ 9 (1935), S. 1, 69f. (= ders., Gesammelte Aufsätze Bd. 3, Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung, 1919-1954: mit einem Verzeichnis der Schriften Ernst Rabels, 1967, S. 522, 575f.) を参照。」

²⁵⁾ C I S G 二八条の起草過程を検討するものとして、斎藤彰「国際動産売買における売主の義務違反に対する救済(1)——ウィーン統一売買法(1980国連条約)の評価」六甲台論集三二巻二号一五〇頁以下(一九八五年)、『甲斐』石田＝田中・前掲注(三)二六頁以下「梶山玉香執筆」がある。

²⁶⁾ Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Prepared by the Secretariat, U.N. Doc. A/CONF. 97/5 (14 March 1979), Art. 65, para 9 (= Homold, *supra* note 18, at 445).

²⁷⁾ Peter Schlechtriem, Einheitliches UN-Kaufrecht: Übereinkommen der Vereinten Nationen über internationalen Warenkaufverträge. Darstellung und Texte, 1981, S. 51, 96f. (本書の英語版 Schlechtriem, Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) の邦訳として、内田貴＝曾野裕夫訳『国際統一売買法——成立過程から見たウィーン売買条約』(商事法務研究会・一九九七年)がある); ders., Die Pflichten des Verkäufers und die Folgen ihrer Verletzung, insbesondere bezüglich der Beschaffenheit der Ware, in: Eugen Bucher (Hrsg.), Berner Tage für die juristische Praxis 1990: Wiener Kaufrecht. Das schweizerische Aussenhandel unter dem UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf, 1991, S. 103, 105 (以下「Bern Tag Tagung」). 以下「用」. 以下「ders.」, Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland, ZEuP 1993, S. 217, 225f., 245を参照。ウィーンの起草に関わった論者が同様の理解を述べたものとして、Herbert Czerwenka, a.a.O. (Fn. 20), Art. 28, Rn. 5; Art. 46, Rn. 4; Dietrich Maskow, in: Fritz Enderlein/Dietrich Maskow/Heinz Strobach, Internationales Kaufrecht: Kaufrechtskonvention, Verjährungskonvention, Vertretungskonvention, Rechtsanwendungskonvention, 1991, Art. 79, Anm. 13, 6を参照。以下「以下の論者による記述として」Frank Vischer, Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers, in: Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf, Lausanner Kolloquium

vom 19. und 20. November 1984, 1985, S. 173, 175f.; Ole Lando in Commentary on the International Sales Law, *supra* note 21, at 237; Roland Loewe, Internationales Kaufrecht. Wiener UN-Kaufrechtsübereinkommen vom 11. April 1980 und New Yorker UN-Verjährungsübereinkommen vom 14. Juni 1974 samt Protokoll vom 11. April 1980 mit ausführlichen Erläuterungen sowie Vergleichen und Hinweisen zum österreichischen Recht, 1989, S. 49f.; John O. Honold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention 227-228, 493-495 (3rd. ed. 1999) ㉔参照。

- (28) Ulrich Huber, in: Ernst von Caemmerer/Peter Schlechtriem (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG-Kommentar, 1990.

(29) 旧CGB二七五条

- (1) 給付が、債務関係の成立後に生じた、債務者に帰責事由のない事情によって不能となった場合、債務者は給付を行なう義務から解放される。

- (2) 債務者が後発的に給付につき主観的不能に陥った場合も、債務関係の成立後に生じた不能と等しく扱う。

- (30) von Caemmerer/Slechtriem/Huber, a.a.O. (Fn. 28), Art. 28, Rn. 16.

- (31) Huber, a.a.O. (Fn. 19), S. 206. ㉕㉖草案段階の記述によれば、Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge, RabelsZ. 43 (1979), S. 413, 467 ㉔参照。

- (32) von Caemmerer/Slechtriem/Huber, a.a.O. (Fn. 28), Art. 28, Rn. 17; Art. 46, Rn. 38.

- (33) von Caemmerer/Slechtriem/Huber, a.a.O. (Fn. 28), Art. 28, Rn. 30-33. 以下の二八条は、手続的な規律であるとして、実体法上の問題ではないとHuber, a.a.O. (Fn. 19), S. 203, 207 ㉕㉖の記述が正確であると認める (von Caemmerer/Slechtriem/Huber, a.a.O. (Fn. 28), Art. 28, Fn. 55a)。

- (34) von Caemmerer/Slechtriem/Huber, a.a.O. (Fn. 28), Art. 28, Rn. 23.

- (35) Martin Karollus, in: Heinrich Honssell, a.a.O. (Fn. 20), Art. 28, Rn. 14-15; Fischer, a.a.O. (Fn. 19), S. 118f.; Staudinger/Magnus, a.a.O. (Fn. 19), Art. 28, Rn. 10-11; Art. 46, Rn. 28; MünchKommHGB/Bencke, a.a.O. (Fn. 20), Art. 28, Rn. 10; Bamberger/Roth/Saenger, a.a.O. (Fn. 19), Art. 28, Rn. 8; Georg Gruber, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, 5. Auf., 2008, Art. 28, Rn. 10 ㉕㉖㉗参照。

- (36) Honssell/Karollus, a.a.O. (Fn. 35), Art. 28, Rn. 15-16; Karollus, a.a.O. (Fn. 21), S. 178f.; MünchKommHGB/Bencke, a.a.O. (Fn.

- 20), Art. 28, Rn. 10.
- (35) Ulrich Huber, in: Peter Schlechtriem (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG, 3. Auf., 2000.
- (36) Schlechtriem/Huber, aa.O. (Fn. 37), Art. 28, Rn. 19-20.
- (37) Schlechtriem/Huber, aa.O. (Fn. 37), Art. 28, Rn. 29-30.
- (38) Schlechtriem/Huber, aa.O. (Fn. 37), Art. 28, Rn. 37. この点については主張の背後に存在する「イン法に対するフォーバーの理解」について Huber, Leistungsstörungen, Bd. 2, Die Folgen des Schuldnerverzugs - Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, 1999, S. 813ff.; ders., Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht und die Haftungsbegrenzung des § 275 Abs. 2 BGB neuer Fassung, in: Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, 2003, S. 521, 556ff. を参照。
- (41) Paul Neufang, Erfüllungszwang als „remedy“ bei Nichterfüllung: Eine Untersuchung zu Voraussetzungen und Grenzen der zangsweisen Durchsetzung vertragsgemäßen Verhaltens im US-amerikanischen Recht im Vergleich mit der Rechtslage in Deutschland, 1999.
- (42) Neufang, aa.O. (Fn. 41), S. 412ff.
- (43) 以下の問題局面に関するドイツ法自体の検討は、Neufang, aa.O. (Fn. 41), S. 292ff. にならなければならない。
- (44) Neufang, aa.O. (Fn. 41), S. 415.
- (45) Neufang, aa.O. (Fn. 41), S. 418f. ノイファンングは、一定の義務を指定した上で国内法によると履行請求が認められるかを判断するところフォーバーが提唱する基準は、履行請求を認めるべきではないという判断に基づいて、債務者の義務自体が否定されている場合が存在することを見逃したものであり、このような問題点は、フォーバーが権利 (right) と義務 (duty) の権利と救済 (remedy) という概念を明確に区別していないことに由来していると批判している (aa.O., S. 423)。
- (46) Neufang, aa.O. (Fn. 41), S. 426f.
- (47) ドイツ債務法改正作業全般については、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社・二〇〇三年）を参照。以下で取り上げるBGB二七五条の改正については、潮見佳男「ドイツ債務法の現代化と日本債権法学の課題」同『契約法理の現代化』（有斐閣・二〇〇四年・初出二〇〇一年）三六〇頁以下、吉政知広『履行請求権の限界』の判断構造と契約規範(1)(2)——ドイ

- 「債務法改正作業における不能法の再編を素材として」民商法雑誌一三〇巻一三七頁・二二六頁（二〇〇四年）を参照。
- (48) Schlechtriem, Berner Tage (Fn. 27), S. 105.
- (49) Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht. Ein Studien- und Erläuterungsbuch zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Wareneinkauf (CISG), 1. Auf., 1996, S. 73.
- (50) 新BGB二七五条（給付義務の排除）
- (1) 給付請求権は、それが債務者又は全ての者にとって不能である場合に、排除される。
- (2) 債務者は、債務関係の内容と信義誠実の要請に鑑みて、債権者の給付利益と著しい不均衡にある負担が給付に必要である場合、給付を拒絶することができる。債務者に期待しうる負担を確定する際には、給付障害について債務者に帰責事由があるかどうかも考慮されるべきである。
- (3) 債務者はさらに、給付が債務者自身によって提供されるべきであり、債務者の側における給付障害と債権者の給付利益を考慮して、債務者に給付を期待しえない場合にも、給付を拒絶することができる。
- (4) 債権者の権利は、二八〇条、二八三条から二八五条、三一一a条、および、三二六条に従って定まる。
- (51) 新二七五条の規律内容について詳しくは、吉政・前掲注47民商法雑誌一三〇巻二二六頁以下を参照。
- (51) 新BGB二七五条に関するシュレヒトリームの理解については、Schlechtriem, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auf., 2003, S. 149ff.; ders., International Einheitliches Kaufrecht und neues Schuldrecht, in: Barbara Dauner-Lieb/Horst Konzen/Kasten Schmitt (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis. Akzente - Brennpunkte - Ausblick, 2003, S. 71, 75f.; ders., Die Unmöglichkeit - ein Wiedergänger, in: Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag, 2004, S. 125を参照。
- (52) 最新版における記述として、Schlechtriem, aa.O. (Fn. 11), S. 98f.
- (53) 吉政・前掲注47民商法雑誌一三〇巻一四六頁以下・二二六頁以下。
- (54) 議論の到達点を示すものとして、奥田昌道「民法四一四条について——解釈論的および立法論的見地から」同『請求権概念の生成と展開』（創文堂・一九七九年・初出一九七八年）二八二頁、福永有利「強制履行に関する民法四一四条は、民法中に置くべきか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 第2巻 債権総論(2)』（日本評論社・一九九一年）九五頁を参照。
- (55) 能見善久「履行障害」別冊NBL五一号『債権法改正の課題と方向——民法一〇〇周年を契機として』（一九九八年）一〇三頁、同「履行障害」私法六一号一四頁（一九九九年）、「特別座談会 債権法の改正に向けて——民法改正委員会の議論の現

状（上）（下）」ジュリスト一三〇七号一〇二頁・一三〇八号一三四頁（二〇〇六年）を参照。こうした議論を最も明確な形で展開する論者による記述として、奥田昌道編『新版注釈民法(40) 債権(1) 債権の目的・効力(1)』（有斐閣・二〇〇三年）二三頁以下（潮見佳男執筆）、潮見佳男『債権総論Ⅰ（第2版）——債権関係・契約規範・履行障害』（信山社・二〇〇三年）二五頁以下を参照。

(56) 森田修『契約責任の法学的構造』（有斐閣・二〇〇六年）九四頁以下、同「履行請求権か remedy approach か——債権法改正作業の文脈化のために」ジュリスト一三一九号八二頁（二〇〇七年）、森田修＝加藤雅信＝加藤新太郎「鼎談 履行請求権と契約責任を語る」判例タイムズ二四四号二二頁（二〇〇七年）。さらに、中田裕康『債権総論』（岩波書店・二〇〇八年）八六頁以下も参照。

(57) 「レメディー・アプローチ」という用語法については、潮見佳男「総論——契約責任論の現状と課題」ジュリスト一三二八号八五頁（二〇〇六年）を参照。

(58) ドイツの注釈書では広く見られる指摘である。Helga Rudolph, Kaufrecht der Export- und Importverträge, Kommentierung des UN-Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge mit Hinweisen für die Vertragspraxis, 1996, Art. 28, Rn.9; Honsell/Karollus, a.a.O. (Fn. 35), Art. 28, Rn. 6; Hams-Christian Salger, in: Wolfgang Witz/Hams-Christian Salger/Manuel Lorenz, International Einheitliches Kaufrecht: Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG, 2000, Art. 28, Rn. 5; Schlechtriem/Schwenger/Müller-Chen, a.a.O. (Fn. 19), Art. 28, Rn. 4; Staudinger/Magnus, a.a.O. (Fn. 19), Art. 28, Rn. 2; Bamberger/Roth/Saenger, a.a.O. (Fn. 19), Art. 28, Rn. 143. アメリカにおける同様の指摘として、John M. Catalano, More Fiction Than Fact: The Perceived Differences in the Application of Specific Performance under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 71 Tulane Law Review 1807 (1997); Hornold, *supra* note 27, at 227-228, 310-312 等。

【追記】

二〇〇八年二月に本稿を脱稿した後、CISGの批准が正式に承認された。本稿で参照した条文訳と公定訳には若干の相違がある。（二〇〇八年八月記）