

〔翻 訳〕

マーク・フィリップ・ヴェラー

「継続的契約の解約告知における継続の利益  
——日本の一般条項と  
ドイツの解約告知の制限——」\*

寺 川 永 (訳)

目 次

- I. はじめに
- II. 継続的契約に関する日本の法改正
- III. 継続的債権関係の概念
- IV. 契約の拘束力と解約告知の自由
- V. 通常の解約告知
- VI. 特別の解約告知
- VII. 一般的な解約告知の制限としての信義則
- VIII. 黙示的な同意に基づいて継続的契約が存続することで認められる更新
- IX. 新たな履行請求権の根拠としての信義則
- X. 期間の定めのある継続的契約——解約告知の制限回避に対する保護
- XI. 総括および中間試案の検討

I. はじめに

ユニドロワ運営審議会は、2013年のローマにおいて、今後は長期間契約 (*long term contracts*) に取り組むことを決定した<sup>1)</sup>。これによれば、ユニドロワ国際商事契約原則<sup>2)</sup>を補完するものとして、継続的債権関係の特徴を考慮に入れた国際的・統一法的なモデル準則が策定されることになる<sup>3)</sup>。たとえば、複合的な契約においてよくみられ

\* 本稿の作成においては、マリエッタ・ピートレック (フライブルク大学)、フランツィスカ・グレーテ (同) 両名の協力を得た。

1) UNIDROIT 2013, C. D. (92) 4 (b). <http://www.unidroit.org> で参照することができる (アクセス: 2013年11月25日)。

2) 第3版, 2010年 [注釈付き全文訳として, 私法統一国際協会 (内田貴ほか訳) 『UNIDROIT 国際商事契約原則2010』 (商事法務, 2013年) がある。]。

3) 従来のユニドロワ国際商事原則 (第3版, 2010年) は, 継続的債権関係に関する

る契約締結過程の長期化や、契約交渉の破棄に関する準則が構想されている<sup>4)</sup>。これらに加えて、協力義務のさらなる具体化、将来の展開を見通せないという継続的債権関係の性質、場合によっては、そうした性質から生じ得る契約改訂の問題を扱う準則が検討されている<sup>5)</sup>。最後に、継続的契約の解消方法についての準則も検討の対象とされている<sup>6)</sup>。このように、継続的契約をめぐる法理論は、オットー・フォン・ギールケの画期的な論文である「継続的債権関係」<sup>7)</sup>から100年を経て、華々しく国際舞台にも登場することになったのである。

しかしながら、20世紀は、まだ債務法の古典的中核たる売買契約の時代であった。その嚆矢となったのは、有名な比較法の著作物であるエルンスト・ラーベルの『物品売買法』(1936年)であった<sup>8)</sup>。これに続いて国際分野に現れたのはハーグ統一売買法条約(1955年)で、その次は世界的に大成功を収めたウィーン統一売買条約(1980年)であった。これらに続いて、ヨーロッパでは、1999年にEC消費動産売買指令が現れたが、この指令は2001年のドイツ債務法改正の重要なきっかけとなった。

20世紀における法律学の関心は、とりわけ売買契約をめぐる法理論に向けられていたが、今日では売買以外の契約類型に焦点が当てられている。こうした類型には継続的契約も含まれる。技術的進歩やグローバル化とともに、とくに販売活動や投資に関わる契約の重要性が増している<sup>9)</sup>。後者の契約には、大規模な産業プラントの設置や操業、新しい製品の開発や製造、医薬品の研究開発、あるいは原材料の調査やその利用に関する契約が含まれている。そうした契約は、会社法(ジョイント・ベンチャー)や知的財産法

---

る規定を散発的に定めていたにすぎない。第5.1.8条(期間の定めのない契約: 期間の定めのない契約は、各当事者が、あらかじめ合理的な期間を置いて通知することにより、終了させることができる。)および第7.3.7条(履行が一定期間にわたる契約に関する原状回復: (1) 履行が一定期間にわたる契約の解除においては、原状回復は解除の効果発生後の期間についてのみ請求することができる。ただし、当該契約が分割可能であるときに限る。)を参照。UNIDROIT 2013, C. D. (92) 4 (b), Tz. 3 ff. に記された覚書の記述も参照。

4) UNIDROIT 2013, C. D. (92) 4 (b), Tz. 5 ff.

5) UNIDROIT 2013, C. D. (92) 4 (b), Tz. 9 ff.

6) UNIDROIT 2013, C. D. (92) 4 (b), Tz. 13.

7) *Gierke*, Dauernde Schuldverhältnisse, in: *JherJb.* Bd. 64, 1914, S. 355, 357 ff.

8) *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs — Eine rechtsvergleichende Darstellung, Band 1 (1936) und Band 2 (1957).

9) UNIDROIT 2013, C. D. (92) 4 (b), Tz. 1.

(ライセンス契約), 国際法 (投資家と国家との間の契約) と関連していることが多い<sup>10)</sup>。

以下では, こうした特別法の影響を強く受ける長期間契約は, 本稿の検討対象から外れる。本稿では, 国際的・統一法的な観点ではなく比較法的な観点から, 継続的契約に関する日本法とドイツ法について検討する<sup>11)</sup>。

## II. 継続的契約に関する日本の法改正

日本の債権法<sup>12)</sup> は独自の長い伝統を有しているが, その中にはドイツ法から着想を得たものもある。ドイツ債務法現代化法<sup>13)</sup> から10年が経過したが, 日本でも債権法改正が計画されている<sup>14)</sup>。これまで日本民法典 (以下「ZGB」と略する。)<sup>15)</sup> には, 特殊な継続的契約類型である賃貸借契約 (ZGB 601条以下) と雇用契約 (ZGB 623条以下) に関する規定が存在していたにすぎない。

### 1. 規律対象とされていない領域

さて, 民法 (債権関係) の改正に関する中間試案のたたき台 [以下, 具体的な条文を指す場合には, (本文中の見出しを除いて) 「たたき台」と略する。末尾の【付記】も参照されたい。] 第34によれば<sup>16)</sup>, 継続的契約について, いくつかの一般準則も明文化さ

10) UNIDROIT 2013, C. D. (92) 4 (b), Tz. 1, 15 (「国家契約」)。

11) 労働法の日独比較についてはすでに *Meinhardt, Die Änderung von Arbeitsbedingungen in Deutschland und Japan — ein Vergleich, ZVglRWiss 104 (2005), S. 257-283*; *Hashimoto, Der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung des Handelsvertreters und des Franchisenehmers — zugleich mit einem Seitenblick auf die Rechtslage in Japan, 2004.* がある。

12) この点については, たとえば *Igarashi, Einführung in das japanische Recht, 1990.* を参照。

13) Gesetz vom 26.11.2001, BGBl. I, S. 3138. ドイツ債務法現代化法については *Artz/Lorenz/Gsell (Hrsg.), Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, 2013.* (近刊)

14) *Handa, Die Reformarbeiten am japanischen Zivilgesetz, in: Baum/Bälz/Riesenhuber (Hrsg.), Rechtstransfer in Japan und Deutschland (Zeitschrift für Japanisches Recht, Sonderheft 7), 2013, S. 233.*

15) Act No. 89 v. 27.4.1896. 日本民法典の英訳は [www.japaneselawtranslation.go.jp](http://www.japaneselawtranslation.go.jp) で参照することができる (アクセス: 2013年11月6日)。さらに, *Kaiser, Das japanische Zivilgesetzbuch in deutscher Sprache, 2008.* を参照。

16) たたき台第34 継続的契約

れている。もっとも、これらの準則は、継続的債権関係の「一生」の「終わり」の部分、つまり解約告知に関するものにすぎない。その限りにおいて、中間試案とドイツ債務法現代化法を比較することができる。ドイツ債務法現代化法では、ドイツ民法典〔以下「BGB」と略する。〕314条を通じて、同じく継続的契約の解約告知のみが規律対象とされているからである。

これに対して、中間試案においてもドイツ法においても、解約告知を除いて、ユニドロワ国際商事契約原則で継続的債務に特有のものであるとされている規律に該当する規定は存在しない。まず、契約準備段階や契約交渉の破棄は規律対象とされていない。協力義務や事情変更に基づく契約改訂も、継続的債務に特有のものとして扱われてはいない。これは残念なことである。他方で、債務法の一般理論は、少なくともドイツでは——おそらく日本でもそうであろうが——とても柔軟なものであることから、継続的債務のこうした特徴を一般規定の枠組みにおいて捉えることができるのである。

---

#### 1 期間の定めのある契約の終了

- (1) 期間の定めのある契約は、その期間の満了によって終了するものとする。
- (2) 上記(1)にかかわらず、当事者の一方が契約の更新を申し入れた場合において、当該契約の趣旨、契約に定めた期間の長短、従前の更新の有無及びその経緯その他の事情に照らし、当該契約を存続させることにつき正当な事由があると認められるときは、当該契約は、従前と同一の条件で更新されたものとみなすものとする。ただし、その期間は、定めがないものとする。

#### 2 期間の定めのない契約の終了

- (1) 期間の定めのない契約の当事者の一方が、相手方に対して解約の申入れをしたときは、当該契約は、解約の申入れの日から相当な期間を経過することによって終了するものとする。この場合において、解約の申入れに相当な予告期間が付されていたときは、当該契約は、その予告期間を経過することによって終了するものとする。
- (2) 上記(1)にかかわらず、当事者の一方が解約の申入れをした場合において、当該契約の趣旨、契約の締結から解約の申入れまでの期間の長短、予告期間の有無その他の事情に照らし、当該契約を存続させることにつき正当な事由があると認められるときは、当該契約は、その解約の申入れによっては終了しないものとする。

#### 3 解除の効力

前記1(1)又は2(1)の契約を解除した場合には、その解除は、将来に向かってのみその効力を生ずるものとする。

## 2. 中間試案のたたき台第34

中間試案には、期間の定めのある継続的契約は、約定の期間の満了によって終了するとの明文の規定が新たに設けられている（たたき台第34.1 (1)）。さらに、期間の定めのない継続的契約は解約告知〔中間試案では「解約の申入れ」〕によって解約することができる。すなわち、相当な期間を経過することによって終了すると規定されている（たたき台第34.2 (1)第1文）。もっとも、解約告知をする者〔以下、便宜上「解約告知者」と略する。〕は、そのような「相当な期間」については、相当な解約告知期間〔中間試案では「予告期間」〕を付することで、これに代えることができる（同第2文）。最後に、継続的契約は、将来に向かってのみ（*ex nunc*）その効力を生ずることによって終了すると定められている（たたき台第34.3）<sup>17)</sup>。これらの提案は、継続的債務に関するドイツの法理論にいずれも対応している。しかしながら、ドイツ債務法改正（BGB 314条）の場合とは異なり、中間試案には重大な事由に基づく特別の解約告知に関する一般規定が置かれていない。

ドイツ的な観点からみて、中間試案の一般条項はきわめて興味深い。この一般条項は、期間の定めのある継続的契約または解約告知がされた継続的契約において、一方の当事者の請求に基づく契約の更新（*Verlängerung*）に関わるものである。中間試案では、一方の当事者が有する存続の利益もしくは継続の利益（*Fortsetzungs- bzw. Kontinuitätsinteresse*）に着目している。継続の利益は、一方の契約当事者がこれまでの契約上の規律を維持したいという希望を表している<sup>18)</sup>。まさに継続的債権関係は、これまでの契約関係を続けたいという、継続に対する期待を当事者に抱かせ得るものである<sup>19)</sup>。

日本の中間試案によれば、期間の定めのある契約の場合には、更新請求権（たたき台第34.1 (2)）を通じて、解約告知がされた契約の場合には、解約告知の意思表示に対する抗弁（たたき台第34.2 (2)）によって存続の利益が実現されている。これらの位置関係の根底には、一般条項を介して行われる利益衡量モデルがある。利益衡量の対象となるのは、一方の当事者が有する契約からの離脱の利益（*Liberationsinteresse*）と、他方

17) こうした規律については、すでに賃貸借契約および雇用契約に関する ZGB 620 条および同630条に規定されている。

18) 国際私法における連結点の継続（*Anknüpfungskontinuität*）について *Mansel, Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität*, 1988, S. 72 ff. を参照。

19) *Oetker, Dauerschuldverhältnisse*, 1994, S. 273 f., 279 ff.

の当事者が有する契約の存続の利益である。利益衡量を行うにあたって、とりわけ次のような、たたき台第34に列挙された基準が採用されている。すなわち、契約の趣旨、契約に定めた期間の長短、従前の更新の有無、契約の履行に関わる事情、解約告知期間〔予告期間〕の長短である。したがって、契約の存続を望む当事者が、継続的契約を引き続き効力のあるものとするについて正当な利益があると立証できる場合は、期間設定 (Befristung) もしくは解約告知にかかわらず、当該契約は更新されることになる。

### 3. ドイツ法との比較

継続的契約の存続について定める中間試案の一般条項と直接的に対応するものは、ドイツ法には存在しない。しかしながら、通常解約告知と特別解約告知で必要とされる様々な「要件」と「制限」については、民法上、機能的に比較することのできるものである<sup>20)</sup>。同じく、そうした要件や制限は、一方の当事者が継続的債権関係のさらなる存続に対して有する継続の利益を実現するものである。以下では、このことに重点を置いて検討する。

まず、継続的債権関係の概念の要点を述べておこう (III.)。継続的契約は——一回的な給付交換契約とは異なり——現実的履行 (Naturalerfüllung) によって消滅し得るものではなく、解約告知によってのみ終了し得るものであることが明らかにされる。もっとも、このことから導かれる解約告知の自由は、契約の拘束力 (Vertragsbindung) との緊張関係に立つことになり (IV.)、そのために、通常解約告知および特別解約告知については、特別な要件が必要となる (V. および VI.)。さらに、信義則は、一般的な解約告知の制限となる (VII.)。他方、更新については、中間試案にみられる一般条項のような役割を果たす一般準則は、ドイツ法には存在しない。本来であれば終了する継続的債権関係は、これが黙示的に継続される場合にのみ更新される (VIII.)。BGB 242条が、継続的債権関係に基づいて新たな履行請求権が発生する根拠として機能し得るのは、ごく例外的な場合にしかすぎない (IX.)。最後に、立法者が、解約告知の要件およびその制限について、一方の当事者が有する存続の利益や継続の利益を考慮する場合には、こうした要件や制限が、契約実務において、「期間の定めのある」契約を計画性をもって合意することで回避されないように配慮する必要がある。それに対応するものとして、ドイツ法には使用賃貸借契約〔以下、とくに断り書きがない限り、Miete を「賃貸借」と

20) Oetker, Dauerschuldverhältnisse, 1994, S. 279 ff. も参照。

訳す。]と労働契約に関する特別規定があり、期間設定の権限が制限されている(X.)。

### III. 継続的債権関係の概念<sup>21)</sup>

#### 1. 史的変遷

今日、継続的契約は理論上、独立したカテゴリーになっている<sup>22)</sup>。たしかに、今日において継続的契約の代表例とみられている賃貸借契約(賃約 *locatio conductio*<sup>23)</sup>)はローマ法に存在していたが<sup>24)</sup>、ローマ法には継続的債務に特有の構造や規律メカニズムが展開されることはなかった<sup>25)</sup>。「一時的」給付と「継続的」給付という用語上の区別は、フリードリッヒ・カール・フォン・サヴィニーに由来する<sup>26)</sup>。用語としての「継続的債権関係」という概念は、1910年のBGBの注釈書において、ポール・エルトマン<sup>27)</sup>によってはじめて補足として(en passant)使われた<sup>28)</sup>。それから4年後、オットー・フォン・ギールケによって「継続的債権関係」に関する論文の中で有力な仮設が提唱された。つまり、継続的債権関係は、一回的な給付交換契約の場合とは異なるものとして、特別な規律メカニズムを必要とすることを明らかにしたのである<sup>29)</sup>。フォン・ギールケによれば、BGB 362条とは異なり、継続的債権関係では、契約は、その給付義務と反対給付義務のすべてが(現実的に)履行されることで終了することには「ならない」点が特徴である、という<sup>30)</sup>。こうした理解が支持されることとなった。継続的債

21) この点についてはすでに *Weller*, JZ 2012, 881.

22) とくに *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994. および *Paschke*, Das Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete, 1991. の各教授資格論文を参照。

23) 賃約については *Honsell*, Römisches Recht, 7. Aufl. (2010), § 49, S. 140 ff.

24) *Gierke*, Dauernde Schuldverhältnisse, in: JherJb. Bd. 64, 1914, S. 355, 394; *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S. 146 f.; *Paschke*, Das Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete, 1991.

25) *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S. 48.

26) *Savigny*, Obligationenrecht, Bd. I, 1850, S. 302.

27) 「継続的債権関係」では積極的債権侵害よりも特別の解約告知が優先されることについて、*Oertmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 1910, § 325 BGB, Anm. 6c a. E. (S. 201).

28) *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S. 50.

29) *Gierke*, Dauernde Schuldverhältnisse, in: JherJb. Bd. 64, 1914, S. 355 ff.

30) *Gierke*, Dauernde Schuldverhältnisse, in: JherJb. Bd. 64, 1914, S. 355, 363 ff. (「継続的債権関係の共通のメルクマールは(中略)、継続的債権関係それ自体がメ

権関係から新たな義務が連続して生じることから、当事者は、約定の義務を履行するだけでは契約全体から離脱することはできない。したがって、継続的契約の場合、——一回的な給付交換契約とは対照的に——一方的な解消の自由 (Beendigungsfreiheit) という原則が展開された。契約からの離脱は、解約告知という形での一方的な形成権の行使の意思表示によって行われるのである<sup>31)</sup>。

## 2. 「時間」カテゴリーに基づく給付範囲の確定

継続的債権関係の特別な効果に鑑みれば<sup>32)</sup>、要件の面から、一回的な給付交換契約<sup>33)</sup>との線引きを可能とする基準を見出すことが重要である<sup>34)</sup>。そこで、継続的契約

---

「履行によって消滅するものではない、という点である」)。さらに、BGH, NJW 1954, 231, 232. を参照 (すでに発生している保険料債権の実現が、保険契約を完全に消滅させるわけではない、とした)。

- 31) *Gierke*, Dauernde Schuldverhältnisse, in: JherJb. Bd. 64, 1914, S. 355, 380 ff., 386 (「解約告知制度は、継続的契約の特徴を示すメルクマールである」)。契約の解消が現実的履行と何ら関わりをもたないことは、継続的債権関係が「常に新たな履行義務」を生じさせ、全体の給付が確定していないといったその他の限界づけのメルクマールとも適合する。Palandt/*Grüneberg*, BGB, 73. Aufl. (2014), § 314 Rn. 2 f.
- 32) 以下では、「回帰的債権関係 *Wiederkehrschuldverhältnisse*」の特徴を取り上げることはしない。回帰的債権関係は「一つの」契約関係では「ない」からである。むしろ、回帰的債権関係では、特定の決済期間のための「契約締結」が常に繰り返されることが特徴となっている。RGZ 148, 326, 330. もともとは電気やガス、水を供給する契約が回帰的債権関係であった。OLG Köln, NJW 1981, 1105. 1980年以降、一般料金顧客 (Tarifkunde) と締結した供給契約は一つの継続的債権関係と理解されている。Ziffer 32 AVBEltV, AVBGasV, AVBWasserV; Jauernig/*Stadler*, BGB, 14. Aufl. (2011), § 311, Rn. 15 (争いがある)。を参照。
- 33) 「継続的債権関係」という用語の対極をなす単一の概念が形成されることはなかった。むしろ、そうした単一の概念に代わって、たとえば「一回的な給付交換契約 *punktueller Austauschverträge*」, 「一時的な債権関係 *vorübergehende Schuldverhältnisse*」, 「単一の債権関係 *einfache Schuldverhältnisse*」といった一連の異なる名称が懸案のままになっている。たとえば, *Ulmer*, Der Vertragshändler, 1969, S. 255. *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 380. によれば, 「継続的債権関係を補完し, 誤解を生じさせることのない概念」は存在「しない」という。そうではあるが, 本稿では, 比較的線引きが容易であることを理由に, 継続的契約には一回的な給付交換契約という概念が対置されることになる。
- 34) 本稿で検討を行うにあたっては, 契約を一回的な給付交換契約と継続的契約の二つに分けることで十分である。そうではなく, 部分的に三つに分ける手法について

であることを確認するためのメルクマールとして、時間という要素が注目されている<sup>35)</sup>。継続的契約とは、その給付の範囲が、重量や寸法、個数といった量的指標を用いてではなく、「時間」というカテゴリーのみで確定できる契約であり、これは、継続的供給契約や割賦販売契約と区別されるものであり、複合的で、かつ時間的経過を要する主たる給付を有する請負契約とも異なるのである<sup>36)</sup>。ヨーゼフ・エッサーやペーター・ウルマーは、こうした時間という要素と密接に関連づけて、継続的契約の特徴を、継続的行為という形での債務者の「義務に拘束されるという永続的な緊張状態 ständige Pflichtanspannung」に見出している<sup>37)</sup>。

### 3. 継続的契約の人的側面

「時間」という要素の他に、継続的契約のさらなる特徴とみることができるのは、ギュンター・バイツッケによれば、その人的要素の比重が高いという点である<sup>38)</sup>。こうした人的側面は、住居賃貸借では明白である<sup>39)</sup>。人的側面は、住居を使用させることが、賃借人の物質的な消費需要を充足させるのみならず、賃借人の人格の展開にも寄与しているという点に現れている<sup>40)</sup>。この他にも人的側面によりウェイトが置かれて

---

↳ては、*Horn*, Die Vertragsdauer als schuldrechtliches Regelungsproblem, in: *BMJ*, Gutachten, 1981, S. 551, 560 ff. を参照。

35) すでに *Gierke*, Dauernde Schuldverhältnisse, in: *JherJb.* Bd. 64, 1914, S. 355, 393 ff. で指摘されていた。また、*Palandt/Grüneberg*, BGB, 73. Aufl. (2014), § 314, Rn. 2. を参照。

36) *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S. 20 ff., 115 f., 143.

37) *Esser*, Schuldrecht, Bd. I, 4. Aufl. 1970, S. 136; *Ulmer*, Der Vertragshändler, 1969, S. 253. さらに *Nicklisch*, *JZ* 1984, S. 757, 761; *Palandt/Grüneberg*, BGB, 73. Aufl. (2014), § 314, Rn. 2. を参照。

38) *Beitzke*, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, 1948, S. 10. 人的要素をより積極的に主張するのは *W. Schwarz*, Dauerschuldverhältnis, *FS Wilburg*, 1975, S. 355, 362 f.

39) 住居賃貸借は、いわゆる人的継続的債権関係に含まれる。*Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S. 202 ff. ただし、賃貸借における人的要素は、人的会社法上の関係におけるそれよりも強力なものではない。*Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/1, Die Personengesellschaft, 1977, S. 12. を参照。

40) *BGH*, *NJW* 2006, 220, 221. こうした人的要素は驚くにあたらない。それどころ

いるのは、労働契約<sup>41)</sup>や商法上の長期提携契約、たとえばフランチャイズ契約や販売活動契約である<sup>42)</sup>。これに対して、売買契約や請負契約のように一回的な給付交換契約では、人格の展開は、法的に考慮の対象とならない動機であるのがほとんどであって、たとえば、結婚式が中止になったとしても、注文したウェディングケーキの代金は支払われなければならない、ということになる<sup>43)</sup>。

#### 4. 信義誠実に対して増大する重要性（BGB 242条）

最後に、継続的契約では、時間という要素および一回的な給付交換契約と比べてより明確に打ち出された将来への志向性が、信義則の強化につながっている<sup>44)</sup>。このような事態は、とりわけ給付への誠実義務（*Leistungstreuepflicht*）〔以下「給付誠実義務」と略する。〕に当てはまる。こうした義務は、契約への誠実（*Vertragstreue*）〔以下「契約誠実」と略する〕の一要素であり、裁判例では BGB 242条および同241条2項に基づいて認められてきたものである<sup>45)</sup>。契約誠実は、当事者に対して、契約目的の達成を阻害する可能性のある行為のすべてを自制し、——積極的に——契約の履行にあたって必要とされるあらゆる行為に尽力する義務を負わせることを内容としている。もっとも、これらの義務を果たすことが、義務者において自己の利益を放棄することな

---

ゝろか、個人的かつプライベートな空間という飛び地（*Enklave*）としての住居は、人格の自由な展開のための空間的な核である。連邦憲法裁判所は、ドイツ連邦共和国基本法（以下、条文引用の際には「GG」と略する。）13条に定める住居不可侵性を求める基本権を参照しながら、「まさに居住空間に対する憲法上の保護を強めることは（中略）GG 2条1項における人格の展開の保護と密接な関係がある。個人に対して、『心穏やかな気分させる』権利が（中略）居住空間において保障されなければならない」と強調する。BVerfG, NJW 1979, 1539.

41) BGB 613条に定める疑義のある規定（労働者の労務給付義務の一身専属性および労務請求権の非譲渡性）のみを参照。

42) こうした契約類型における利益関係の維持といった特徴に基づいて、販売店と生産者との間に信頼関係が生まれることを説くのは、Ulmer, *Der Vertragshändler*, 1969, S. 409 f.

43) その他の典型例としては、予定していた休暇のために恋人と夏服を買った後に、ある紛争が勃発した場合がある。このとき、旅行が中止になってしまったとしても、夏服の代金を支払わなければならない。Leipold, *BGB Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. (2013), § 18 Rn. 5, S. 259. を参照。

44) Ulmer, FS Möhring, 1975, S. 295, 311; Weller, *Die Vertragstreue*, 2009, S. 202.

45) 詳細は Weller, *Die Vertragstreue*, 2009, S. 46 ff., 302 ff.

く可能であり、期待可能であり、かつ権利者の危険領域に属するものではない場合に認められるものである。

日本法にも信義則が認められている（ZGB 1 条 2 項）。この原則によれば、事業者・消費者間の関係以外においても、当事者間に格差が存在するときには特別な考慮をするものとされている（たたき台第35）<sup>46)</sup>。

20世紀にみられた給付誠実義務の展開は、責任倫理学がしだいに自由倫理学と重なり合う中で現れるようになってきた<sup>47)</sup>。歴史上の BGB の立法者が指導理念としてみていた自由モデルは、徐々に「社会的」モデルや「実質化」モデルによって補完された<sup>48)</sup>。契約法では、人間の役割は、もはや競争的なものだけでなく、協力的なものとして捉えられている<sup>49)</sup>。フランツ・ヴィアッカーは、このことを具体的に「協調の法感情」が「競争の感情」を抑え込み、「民法の個別契約における個々人の相互協力が（中略）我々の時代の社会における私法上や社会法上の基本関係を支えるモデルであるように思われる」と表現している<sup>50)</sup>。協調という考え方は、国際的・統一法的なモデル準則では協力義務（*duty to co-operate*）として映し出されている<sup>51)</sup>。ドイツにおいて、2001年の法改正に携わった立法者は、こうした物の見方の変化を BGB に採り入れたのである。BGB 241条 2 項によれば、「各当事者」は「相手方の権利、法益及び『利益』に配慮する」義務を負うのである。

46) たたき台第35 信義則等の適用に当たっての考慮要素

消費者と事業者との間で締結される契約（消費者契約）のほか、情報の質及び量並びに交渉力の格差がある当事者間で締結される契約に関しては、民法第1条第2項及び第3項その他の規定の適用に当たって、その格差の存在を考慮しなければならないものとする。

47) *Wieacker*, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 1974, S. 30 f.

48) *Mansel*, *Grundlagen der Informationshaftung*, *Habil. Heidelberg* 1998, S. 100 ff.; *ders.*, *FS Henrich*, 2000, S. 427, 439 ff.; *Schön*, *FS Canaris*, 2007, S. 1191 ff.

49) *Parry*, *The Sanctity of Contracts in English Law*, 1959, S. 73. 「（中略）今日、我々は社会的な存在であるが故に協力的であると同時に、個性を有するものであるが故に競争的であるという逆説に直面している」を参照。

50) *Wieacker*, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 1974, S. 30.

51) ヨーロッパ共通売買法規則提案（DCESL）2条および3条，DCFR III.-1：103条（「信義誠実及び取引の公正」），同III.-1：104条（「協力」）を参照。さらに，*Ernst*, *AcP* 208 (2008), 248, 262 mit Fn. 48.

## IV. 契約の拘束力と解約告知の自由

### 1. 契約からの離脱手段としての解約告知

継続的契約では、契約の拘束力は、債務者が有する契約からの離脱の利益に抵触することになる<sup>52)</sup>。というのも、一回的な給付交換関係では、契約上の主たる給付義務と従たる給付義務のすべてが BGB 362条の意味で履行されると直ちに契約の拘束力が失われるのに対して<sup>53)</sup>、継続的債権関係の場合には、給付義務が連続して新しく発生するからである。現実的履行が契約を終了させることにならない以上、継続的契約それ自体への拘束力が時間的な制約なしに継続することになってしまうだろう<sup>54)</sup>。もっとも、ドイツの法秩序は、個人の自己決定の自由を守るために、そうした半永久的な拘束力を容認していない<sup>55)</sup>。生涯にわたるものとして締結された婚姻 (BGB 1353条 1項 1文) でさえ、一方の当事者からの離婚の申し出によって、その婚姻を解消することができる (BGB 1564条以下)。離婚によって、ドイツ連邦共和国基本法で保護される婚姻締結の自由が再び獲得されるのであって、その限りにおいて、——著名なスペイン人判決で連邦憲法裁判所が示したように——そうした自由はドイツの公序 (*oedre public*) に含まれる<sup>56)</sup>。一般契約法においても、連邦通常裁判所によって、期日前に借入金が返済された場合の期限前弁済による損害賠償をめぐる判決において明確に指摘されたように、契約からの離脱の利益は、GG 2条 1項、同12条および同14条<sup>57)</sup> に基づく人格の自由およ

52) 契約関係からの離脱の利益については *Weller, Die Vertragstreue*, 2009, S. 334 ff.

53) さらに、場合によっては起り得る余後効を伴う配慮義務も消滅しなければならないとするのは、*Schur, Leistung und Sorgfalt*, 2001, S. 215.

54) ただし、当事者が継続的債権関係を自主的に一定期間に限定していたときは、この限りでない。一般的には BGB 158条 2項と関連する同163条と、賃貸借法を例とした BGB 542条 2項 1. を参照。

55) *Oetker, Dauerschuldverhältnisse*, 1994, S. 251, 254. 境界線となるのは、とりわけ公序良俗違反 (BGB 138条) および将来財産の譲渡禁止 (BGB 311b 条 2項) である。競争制限禁止法 1条および BGH, NJW 1972, 1459; BGHZ 147, 279, 282 ff. も参照。事業経営の方針を状況の変化に合わせる自由または権限を、事前に厳密に制限することは認められていない (事業経営において状況の変化に合わせる権限を締めつけことはできない)。

56) BVerfG, *Beschl. v. 4.5.1971, 1 BvR 636/68, BVerfG 31, 58* (「ドイツ国際私法の規定および個々の事案において当該規定を通じて引用される外国法は、基本権と比較されなければならない」)。

57) より詳しくは *Weller, Die Vertragstreue*, 2009, S. 334 f.

び経済的行動の自由といった基本権保護の下にある<sup>58)</sup>。

以上のことから、継続的債権関係について一方的な解消の自由が形成されてきたが、こうした自由は解約告知制度にはっきりと現れている（たとえば、BGB 542条1項参照<sup>59)</sup>）。特別の解約告知は、その要件として具体的事由を必要とするのであり、この点においては一回的な給付交換契約における解除に即しているものであることから、特別なものではない。これに対して、通常の解約告知は、継続的債権関係が有する本来の特徴を示すものとなる。継続的債権関係の場合、現実的履行によって契約から離脱することができないことから、通常の解約告知が、契約の拘束力についての制度上、不可欠な修正であることは明らかである<sup>60)</sup>。解約告知は、契約を将来に向けて終了させるものにすぎず、その解約告知より前に発生していた義務に拘束されるという状況に影響を及ぼすものではない<sup>61)</sup>。

## 2. 契約の拘束力との均衡の維持

しかしながら、解約告知者は、この一方的な解消可能性を必ずしも意のままに扱うことができるわけではない。つまり、一方的な解消可能性は、いかなる要件や制限からも自由であるというわけではない<sup>62)</sup>。むしろ、一方的な解消可能性と契約の拘束力との間にはある緊張関係が存在する。契約誠実という、私法上の原則を明確に示したものとしての契約の拘束力が意味するところは、一方の当事者は、法的に認められた根拠がなければ、原則として「一方的に」契約から離脱でき「ない」ということだからである<sup>63)</sup>。

58) BGHZ 136, 161, 167.

59) *Gierke*, Dauernde Schuldverhältnisse, in: *JherJb.* Bd. 64, 1914, S. 355, 380 ff.; *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S. 248 ff.; *Schimansky*, Der Franchisevertrag nach deutschem und niederländischem Recht, 2003, S. 187 f.; *Ulmer*, Der Vertragshändler, 1969, S. 257 ff.

60) *Oetker*, Dauerschuldverhältnisse, 1994, S. 272 ff. さらに BGH, NJW 1969, 37; *Huber*, Leistungsstörungen, 1999, S. 439 ff.; *Looschelders*, Mietrechtliche Gewährleistung und allgemeines Leistungsstörungsrecht, in: DMT-Bilanz 2011, S. 141, 147. を参照。

61) BGH, Urt. v. 15. 1. 1959, VII ZR 15/58, BGHZ 29, 171, 173. (解約告知されるまでに生じる契約上の給付は「契約に基づいて義務づけられ、なおも義務づけられている」)。 *Oetker*, Dauerschuldverhältnisse, 1994, S. 255 f. (「契約誠実は(中略)継続的契約の場合、具体的な、まだ終了していない契約関係から生じる給付義務については無制限に妥当するものである」)。

62) *Oetker*, Dauerschuldverhältnisse, 1994, S. 248 ff.

63) これは、特別な要件の有無に左右される契約解消事由から、かえって推測され

したがって、法秩序は、契約の拘束力という一般原則と、継続的債務に特有の、解約告知に基づく一方的な解消可能性を必要とすることを衡量しなければならない<sup>64)</sup>。こうした衡量は、解約告知が一定の要件の下でのみ、または、少なくとも何らかの制限の下でのみ可能とされることにおいて現れている。以下では、この点について詳細にみることにしよう。

## V. 通常 of 解約告知

通常 of 解約告知は、原則として、解約告知期間の満了をもってその終了の効力を生ずる (1.)。さらに、人的または社会的な影響がきわめて大きい特定の継続的契約では、実質的な解約告知の制限がみられる (2.)。

### 1. 解約告知期間

期間を定めずに締結された継続的債権関係は、通常 of 解約告知によって、将来に向かって終了する<sup>65)</sup>。通常 of 解約告知は、解約告知の具体的事由を不要とするのが通例であるが<sup>66)</sup>、たいいていの場合、1 か月を経過するまで〔当該債権関係の〕効力を延長する解約告知期間を必要とする<sup>67)</sup>。解約告知期間は、解約告知の相手方が新たな状況に向けて準備できるようにすることを目的としている<sup>68)</sup>。解雇期日については長い伝統がある。たとえば、使用者が配置転換を計画したり、労働者が新たな職場を探したりするように、契約当事者の計画や準備に対する負担を軽減するものとなっている<sup>69)</sup>。

---

ゝる (im Umkehrschluss) ものである。Weller, Die Vertragstreue, 2009, S. 274 ff.

64) Oetker, Dauerschuldverhältnisse, 1994, S. 248 ff., 279 ff.

65) Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 20. Aufl. (2012) Rn. 611.

66) BGB 620条 2 項, 同621条, 同624条 (雇用関係), BGB 620条 2 項, 同622条 (労働関係), BGB 542条 1 項, 同549条, 同573c 条, 同576条 (住居賃貸借関係), BGB 542条 1 項, 同580a 条 (土地, 事業用空間 (gewerblichen Räumen) および動産の賃貸借), BGB 489条, 同608条 (消費貸借契約), HGB 89条 (代理商) を参照。他方, 組合は, BGB 723条 1 項 1 号および同724条により, 解約告知期間を定めずに, 通常 of 解約告知をすることができる。

67) たとえば BGB 622条および同573c 条を参照。

68) Larenz, Schuldrecht II/1, 13. Aufl. (1986), § 52, S. 331; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 20. Aufl. (2012) Rn. 611.

69) MüKo-BGB/Hesse, 6. Aufl. (2012), § 622 Rn. 3. およびそこに掲げる諸文献を参照。

賃貸借法 (BGB 573c 条 1 項 1 文) や労働法 (BGB 622 条 2 項) では、解約告知期間が貸貸人側または使用者側からの解約告知のために設けられており、それは、契約関係が継続した期間にあわせて延長される<sup>70)</sup>。賃貸借法では、解約告知期間の延長 (Staffelung) は、賃借人が時間の経過とともに現在の住環境に「慣れる」ので、この地域内で新たな住居を探すことができるという考え方に基づくものである<sup>71)</sup>。労働法では、解約告知期間の段階的な延長は、存続の保護、さらには労働者が「自身の」労働関係に対する人的関係がいつそう強まるという考え方によって正当化されている<sup>72)</sup>。賃貸借法においても労働法においても、解約告知期間の延長は、とくに「より弱い立場にある」当事者の保護を必要とする立場の現れであることから、簡単に一般化することはできない。それでも、延長という考え方を、賃貸借や労働関係と同様に力関係の不均衡がみられる他の継続的債権関係に取り入れることは、一考に値すると思われる。

## 2. 特段の事情——解約告知 (解雇) 事由

立法者は、とりわけ人的側面や社会的側面を強く有する一定の継続的契約において、解約告知期間と並んで、典型的に「より弱い立場にある」当事者が有する継続への期待を保護するために、特別な解約告知を認めるための要件を定めていた。こうした要件は「存続の保護」という注目を集める概念を用いて広く表現されている<sup>73)</sup>。住居賃貸借および労働契約では、具体的事由が存在していなければならない。また、販売活動契約では、HGB 89a 条に基づく代理商の清算請求権に、少なくとも間接的には解約告知を停止させる効力が認められている。

### a) 住居賃貸借——自己使用の必要

住居賃貸借では、貸貸人側からの解約告知は自己使用の必要がある場合にのみ可能で

70) 労働法では、BGB 622 条 5 項 3 文、同 6 項により、当事者は、労働者の解約告知期間を使用者の解約告知期間に調整することができる (いわゆる平等取扱いに関する合意 Gleichbehandlungsabrede)。ErfK/Müller-Glöge, 14. Aufl. (2014), § 622 BGB Rn. 10; MüKo-BGB/Hesse, 6. Aufl. (2012), § 622 Rn. 24. およびそこに掲げる諸文献を参照。

71) Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl. (2013), § 573c Rn. 11.

72) ごく最近のものとして Hessisches LAG, Urteil v. 13. 5. 2013, Az. 7 Sa 511/12, Tz. 30 f. を参照。

73) Oetker, Dauerschuldverhältnisse, 1994, S. 280.

ある (BGB 573条 1 項 2 号)<sup>74)</sup>。このような解約告知の制限は、人格を展開させる空間的な基盤としての住居を、賃借人から簡単には奪うことができないことを保障するものである<sup>75)</sup>。特定の住居について自己使用の必要があると認められた場合であっても、選択肢として、それ以外の使用可能な住居が、当該住居と同程度のもので、かつ同一の地域に存在している限りで、賃借人に提供されなければならない<sup>76)</sup>。連邦通常裁判所は、こうした締結強制を「(中略) 住居の解約告知は、賃借人のライフスタイルに非常に強く干渉することになる (中略)。したがって、賃貸人には、できる限りこうした干渉を緩和することが求められている」として、まさに住居賃貸借の人的側面をもって根拠づけている<sup>77)</sup>。

b) 労働契約——社会的な正当性

労働関係では、労働者に有利となるための特別な存続の保護を必要とするが、使用者による通常解雇の場合、解雇制限法 [以下「KSchG」と略する。] の適用範囲では、さらに社会的正当性という要件が必要となる<sup>78)</sup>。KSchG 1 条 2 項ないし同条 4 項でその基準が明らかにされているものの、結局のところは KSchG 1 条 2 項 1 文に定める次の三つの解雇事由の可能性が開かれているにすぎない。すなわち、解雇事由に該当することになるのは、労働者である「人」<sup>79)</sup>、つまり個人の能力もしくは性格によって約束さ

74) 憲法との調和については、基本的には BVerfG, NJW 1974, 1499, 3. この判決の判旨は以下の通りである。「変更解約告知の排除、および継続的な賃貸借関係における賃料の金額を、その地域において通常の比較賃料に制限することは (中略) 憲法上、異議を唱えることはできない」。この他に、BVerfG, NJW 1979, 31; BVerfG, NJW 1980, 1617; BVerfG, NJW 1994, 308. を参照。さらに、賃借人に引き渡した後に所有者が変更され、かつ売却された住居について、その (新たな) 所有者に対する制限も同様である。BGB 577a 条 1 項は、最初の 3 年の間に自己使用の必要に基づく解約告知の禁止を定めている。

75) BVerfG, NJW 1994, 308, 309. 「賃借人の人格の自由な展開をもたらす空間的な中心地点、つまり自己責任に基づく活動の自由空間としての住居は、重大な事由なくして解約告知によって賃借人から奪い取ることはできない」。

76) BGH, NJW 2003, 2604 und 2605. 賃貸人がこのような住居提供義務を履行しないときには、自己使用の必要を理由とする解約告知は権利濫用を理由に無効となる。BGH, NJW 2006, 220, 221.

77) BGH, NJW 2003, 2604.

78) KSchG 1 条 1 項「労働関係の解雇は (中略)、その労働関係が社会的に相当ではない場合に、無効となる」。

79) BAG, NZA 2007, 680, 681.

れた労務給付を提供できない者であるか<sup>80)</sup>、主たる義務もしくは付随義務に（故意もしくは過失によって）違反した労働者の「行為」<sup>81)</sup>である<sup>82)</sup>。そして、就業中の労働者の継続雇用を妨げる緊急の「経営上の必要性」が、解雇事由として認められている。この場合は、解雇事由は、経営内外の事情に基づく経営者の判断によるものとなる<sup>83)</sup>。その点において、KSchG 1条2項はBGB 242条に基づく信義則を具体化したものとなる<sup>84)</sup>。さらに、KSchG 1条2項1文に定める解雇事由が存在する場合には、社会的正当性を審査することが必要となり、その際に、合意によって排除することができない要件として、次の三つの原則が付け加えられている。すなわち、解雇事由は将来的に起こり得るものでなければならない（将来予測の原則）<sup>85)</sup>。次に、KSchG 1条2項2文および同3文により、解雇は比例原則に従うものでなければならない（最終的手段の原則）<sup>86)</sup>。そして、解雇はKSchG 1条3項、同4項により、利益衡量<sup>87)</sup>もしくは社会的選択の法理<sup>88)</sup>を充足するものでなければならない。

c) 販売活動契約——解約告知の制限としてのHGB 89b条？

HGB 89b条は、代理商に通常の解約告知がなされる場合における代理商の清算請求権を認めている。通説によれば、この規定は本来、代理商に対して、事業者の常連客を確保したことの報酬を与えることを目的としている<sup>89)</sup>。しかしながら同時に、この規

80) 典型的な適用事例は、病気を理由とする解約告知である。BAG, NJW 2007, 3148, 3149.

81) BAG, NZA 2012, 607, 608.

82) たとえば、使用者への侮辱、謝罪のない過失行為、病気休暇中の回復に反する行為。Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 12. Aufl. (2012), Rn. 368. を参照。

83) とくに合理化が実施された場合や営業が停止された場合、販路関係に問題が生じた場合。BAG, NJW 1987, 776; BAG, NZA 2009, 312, 314.

84) BAG, NJW 1964, 1542, 1543; 2001, 2994; v. Hoyningen-Huene/Linck/Krause, 15. Aufl. (2013), § 1 Rn. 181, § 13 Rn. 82.

85) BAG, NZA 1991, 185, 186 (病気); BAG, NZA 1991, 891 (経営上の理由による解雇); BAG, NJW 1995, 1851, 1853 (労働者の行為に理由がある解雇)。Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen (1987), S. 322-357. も参照。

86) 基本的には BAG, NJW 1954, 1949; BAG, NZA 2008, 812.

87) BAG, NZA 1993, 115, 116; 1997, 487, 488; BAG, NJW 1990, 2953, 2954 (人および行為を理由とする解約告知)。

88) BAG, NZA 1986, 260; 1987, 776 (経営上の必要性を理由とする解約告知)。

89) MüKo-HGB/von Hoyningen-Huene, 3. Aufl. (2010), § 89b Rn. 2f.; Baumbach/

定は、間接的には——ウルマーが明らかにしたように——解約告知の制限としての効力を持ち、その限りにおいて、HGB 89b 条は社会的保護の性質を有するのである<sup>90)</sup>。

HGB 89b 条は、すべての代理商に適用され、また同条 5 項によれば、保険や住宅貯蓄組合の代理商にも適用される。さらに、この規定は、単なる買主・売主間の関係に尽きる契約関係だけでなく、商人が生産者や供給者の販売組織に組み込まれる契約関係にも準用される。商人は、経済的にみれば、かなり広い範囲で代理商と同様の義務を果たし、代理商と同様に、獲得した常連客を製造業者や供給業者に最終的には紹介しなければならないからである<sup>91)</sup>。これとの関連では、とりわけ販売店や問屋代理人<sup>92)</sup>、フランチャイジー<sup>93)</sup>、ライセンサー<sup>94)</sup>を取り上げることができる。

## VI. 特別の解約告知

特別の解約告知は、すでに、これが債務法改正の中で BGB 314 条に明文化される以前から、判例法によって認められていた (1.)。特別の解約告知が継続的債権関係を即時に (*fristlos*) 解消し<sup>95)</sup>、その限りにおいて、通常の解約告知と比べて契約誠実とより強く抵触することになる。したがって、特別の解約告知は、同時にいくつかの制限を受けることになる。具体的には、特別の解約告知は以下の諸要件を充足するときのみ有効となる。

- 重大な事由 (2.)。
- 事前に定められた期間が徒過したこと、または事前になされた催告が奏功しなかったこと (BGB 314 条 2 項, 同 543 条 3 項)。これらは、契約の現実的履行が優先されることを保障するものである (3.)。
- 双方の当事者の利益衡量 (4.)。

---

↘Hopt/*Hopt*, 35. Aufl. (2012) § 89b Rn. 2 f. およびそれらの文献に掲げる多数の文献。BGH, NJW 2010, 3226.

90) *Ulmer*, FS Möhring, 1975, S. 295, 311.

91) 確定判例である BGH GRUR 2010, 1107, 1109; NJW 2011, 848. Baumbach/*Hopt/Hopt*, 35. Aufl. (2012) § 89b Rn. 4.

92) Baumbach/*Hopt/Hopt*, 35. Aufl. (2012), § 89b Rn. 4; § 84 Rn. 19.

93) Baumbach/*Hopt/Hopt*, 35. Aufl. (2012), § 89b Rn. 4, § 84 Rn. 10, 19, Überbl. 43 vor § 373; *Schimansky*, Der Franchisevertrag nach deutschem und niederländischem Recht, 2003, S. 190 f.

94) BGH, GRUR 2010, 1107; Baumbach/*Hopt/Hopt*, 35. Aufl. (2012) § 89b Rn. 4.

95) BGB 314 条 1 項 1 文 (「解約告知期間を遵守することなく」) を参照。

- 短期の解約告知の行使期間 (kurze Kündigungsausübungsfrist) (5.)。

## 1. BGB 314条への明文化

重大な事由に基づいて継続的債権関係の解約告知ができることは、その事由が契約上にも法律上にも規定されていなかったとはいえ、2001年の債務法現代化より以前から認められていた<sup>96)</sup>。裁判例では、BGB 626条、同723条のような特別の解約告知に関する特別な規定との全体類推 (Gesamtanalogie) をもって、そのような解約告知を根拠づけていた<sup>97)</sup>。特別の解約告知が起り得るといふ状況は、本質的には強行法規が適用される場面と変わらない<sup>98)</sup>。したがって、とりわけ約款を用いてもそうした状況を制限することはできない<sup>99)</sup>。

立法者は、2001年に、BGB 314条に定める重大な事由に基づく継続的債権関係の解約告知に関する規律を BGB 314条に取り入れることで、実質的に新たな法を作り上げるのではなく、今日までに認められてきた判例法の原則を、その実務上の高い重要性に鑑みて法律に明文化することを考えていたにすぎなかった<sup>100)</sup>。現在通用している規定は、1991年に提出された債務法改正委員会による最終報告書提案<sup>101)</sup> にほぼ従っており、その提案自体はウルリッヒ・フーバー<sup>102)</sup> とホルン<sup>103)</sup> の提案を基礎としていたのである。

## 2. 重大な事由

特別の解約告知に関する第一の要件は、重大な事由が存在していることである。この重大な事由とは、個々の事案のすべての事情を勘案し、かつ双方の当事者の利益を比較衡量した上で、解約告知者に解約告知期間の満了まで契約関係の存続を期待させることができないことをいう (BGB 314条1項2文。さらに、BGB 543条1項、同626条を参照。)

97) RGZ 105, 167; BGHZ 9, 157, 162; BGHZ 50, 312, 314.

98) BGH. NJW 1986, 3134; 2012, 1431, 1432 f.; MüKo-BGB/Gaier, 6. Aufl. (2012), § 314 Rn. 4; Palandt/Grünberg, BGB, 73. Aufl. (2014), § 314 Rn. 3.

99) BGH, NJW 1986, 3134; BGH NJW 2012, 1431, 1432 f.

100) BT-Drucks. 14/6040, S. 177.

101) BMJ, Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 152 ff.

102) BMJ, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, 1981, S. 647, 842.

103) BMJ, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, 1981, S. 551, 639.

通例であれば<sup>104)</sup>、重大な事由は解約告知の相手方の危険領域にあることが必要となるので<sup>105)</sup>、自己の危険領域から生じる障害によって解約告知権が生じることはない<sup>106)</sup>。たとえば、顧客は、インターネットのDSL接続を行うときには、その者自身のネット環境の変更によって通信関連の給付を利用できなくなるといった危険を負担するのである<sup>107)</sup>。しかしながら、解約告知の相手方の過失は必要条件でも十分条件でもない<sup>108)</sup>。

たしかに、期待可能性を判断する際には、個々の事案に存する事情が決定的なものとはなるが、その前に、現に存在する事由が、特別の解約告知を正当化するのに一般に適したものであるかどうかについて検討されなければならない<sup>109)</sup>。この点について、裁判例は、次のようなケースに類型化してきた。

a) 給付障害

継続的債権関係が形成された場合には、債務者の給付障害を理由とする重大な事由が生じる可能性がある。すなわち、BGB 323条に定める不履行、または契約に適合しない（瑕疵ある）給付の履行、支払遅滞といった事由である<sup>110)</sup>。給付できない者または給付しようとしぬ者は、相手方が契約関係を維持すると期待することは許されない<sup>111)</sup>。一回的な給付交換関係の解除権を根拠づけるこのような考え方は、継続的債権関係に採り入れることができ<sup>112)</sup>、継続的債権関係において重大な事由に基づく解約告知の可能性を開くものである<sup>113)</sup>。

b) 必要不可欠な信頼関係の破壊

当事者間の信頼関係が破壊された場合も重大な事由となる可能性がある。信頼を破壊する効果を及ぼすのは、一方の当事者の故意によるものであることが証明された犯罪行

---

104) 危険領域という考え方に対する例外があり得るとすれば、それは、通常の給付交換契約で考えられる以上の、きわめて密接な信頼関係が当事者間に存在するときである。BGH, NJW 2005, 1360, 1362.

105) BGH, NJW 2010, 1874, 1875; BGHZ 133, 316, 320 f.; 136, 161, 164.

106) BT-Drucks 14/6040, S. 178. さらに、不誠実な権利行使の抗弁（後述 VII.3.）を参照。

107) BGH, NJW-RR 2011, 916, 917.

108) BT-Drucks 14/6040 S. 178.

109) *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 242.

110) MüKo-BGB/*Gaier*, 6. Aufl. (2012), § 314 Rn. 11.

111) *Canaris*, Schuldrechtsreform, 2002, S. XVII.

112) MüKo-BGB/*Gaier*, 6. Aufl. (2012), § 314 Rn. 11.

113) BGHZ 50, 312, 315; BGH, NJW 1987, 2004, 2006; BGH NJW 2002, 1870.

為だけではない<sup>114)</sup>。重大な義務違反があるという単なる疑いだけで<sup>115)</sup>、解約告知を正当化することができる<sup>116)</sup>。たとえば、スポンサー契約において、スポーツ選手にドーピングの疑いがあるとされる場合である<sup>117)</sup>。

もっとも、疑いに基づく解約告知には、通常、次のような特別な要件が必要とされる<sup>118)</sup>。(1.) 解約告知の根拠となる疑いが、客観的な事情から生じるものでなければならない。(2.) これに加えて、問題となる事実について疑いありと認めるための高度な蓋然性がなければならない。(3.) 事実が実際にあったとすれば、当該事実が特別の解約告知を正当化できるほどの重大性を有するものでなければならない。(4.) 疑いがあるということだけで既に労働関係の存続のために必要不可欠な信頼を破壊することになるものでなければならない。(5.) さらに、使用者は、その者に期待されることができるとする事実関係の開示に向けたすべての手続を行い、労働者に対し、適切な釈明をする機会を与えなければならない。

信頼関係の破壊が解約告知事由となる場合には、次に述べる利益衡量がとりわけ重要となる。契約の方法および目的や、人的関係の程度、「忠誠心の深さ」である<sup>119)</sup>。労働者に疑いに根拠がないことが後に明らかになったときには、再雇用を求める権利がその者に認められている<sup>120)</sup>。

### 3. 事前の催告

債権者は、債務者の義務違反を根拠とする解約告知事由を主張するときには、BGB 314条2項1文に基づいて、解約告知前に債務者に催告をし、または〔義務違反の〕是

114) jurisPK/*Weth*, 6. Aufl. (2013), § 314 Rn. 14; MüKo-BGB/*Gaier*, 6. Aufl. (2012), § 314 Rn. 11. BGH, MDR 1985, 302. も参照。

115) 他方、軽微な義務違反では足りない。代理商契約について BGH NJW 2001, 608, 609. を参照。Geringfügige Pflichtverletzungen reichen hingegen nicht aus, vgl. für den Handelsvertretervertrag BGH NJW 2001, 608, 609.

116) BGH, NJW 1977, 1778. プロジェクトマネジメント契約 (Projektsteuerungsvertrag) については, BGH, NJW 2000, 202. 労働法における確定判例として BAG, NJW 2008, 1097, 1099. を参照。

117) *Humberg*, JR 2005, 271, 273.

118) BGH, NJW 1995, 1110; BAG, NZA 2005, 1056. *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 12. Aufl. (2012), Rn. 412. も参照。

119) BGH, NJW 2000, 202.

120) BAG, NJW 1964, 1918; ErfK/*Preis*, 14. Aufl. (2014), § 611 BGB Rn. 325.

正期間の満了を待たなければならない<sup>121)</sup>。この点において、従来から積み重ねられてきた裁判例の方向性が債務法現代化によって受け継がれたのである<sup>122)</sup>。催告期間または是正期間の要件は、保護機能および性質決定機能を有する<sup>123)</sup>。これは、BGB 323条1項に定める期間設定の要件と並んで<sup>124)</sup>、債務者に対し、契約に適合した行為をするための機会をもう一度与え、その限りにおいて現実的履行が優先されることを保障し、契約誠実という原則を実現するものである<sup>125)</sup>。他方、そうした催告期間や是正期間の要件においては、義務違反は、通例、是正が行われずには是正期間が経過してはじめてBGB 314条に定める重大な事由に該当するものと評価される<sup>126)</sup>。これに対応して、期間の長さは、債務者に事実上、違反状態を是正するための機会がもう一度与えられていると評価できるものでなければならない<sup>127)</sup>。是正期間があまりにも短く設定されたのであれば、これに代えて相当な期間が進行する<sup>128)</sup>。催告と是正期間のどちらを選ぶかについて権利があるわけではないが、より正確に言えば、義務違反が続いているのであれば、是正期間が設定されなければならない。これに対して、既に契約に違反する行為が行われた後では、催告が必要となる（BGB 323条3項を参照。）<sup>129)</sup>。BGB 314条の適用範囲にある催告が、「適切な催告」としての解約告知による威嚇効果（Androhung）を伴っていないなければならないのかどうかについては争いがある<sup>130)</sup>。

是正期間または催告が不要である場合については、BGB 314条2項2文により、

121) *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 244; *Bitter/Alles*, WM 2013, 537, 541.

122) BT-Drucks. 14/6040, S. 178.

123) MüKo-BGB/*Gaier*, 6. Aufl. (2012), § 314 Rn.15.

124) BT-Drucks. 14/6040, S. 178.

125) BT-Drucks. 14/6040, S. 185; *Bamberger/Roth-Unberath*, 3. Aufl. (2012), § 314 Rn. 17.

126) MüKo-BGB/*Gaier*, 6. Aufl. (2012), § 314 Rn. 15.

127) *AnwK/Krebs*, 2. Aufl. (2012), § 314, Rn. 38f.; *jurisPK/Weth*, 6. Aufl. (2013), § 314 Rn. 32.

128) MüKo-BGB/*Gaier*, 6. Aufl. (2012), § 314 Rn. 16. BGB 旧323条については BGH, NJW 1985, 2640. を参照。

129) *jurisPK-BGB/Weth*, 6. Aufl. (2013), § 314 Rn. 35; *AnwK/Krebs*, 2. Aufl. (2012), § 314 Rn. 39; MüKo-BGB/*Gaier*, 6. Aufl. (2012), § 314 Rn. 16.

130) これを肯定するのは *Bamberger/Roth-Unberath*, 3. Aufl. (2012), § 314 Rn. 18. 異なる見解は MüKo-BGB/*Gaier*, 6. Aufl. (2012), § 314 Rn. 16; *v. Hase*, NJW 2002, 2278, 2280.

BGB 323条2項の即時解除の規定が準用される<sup>131)</sup>。

#### 4. 双方の当事者の利益衡量

特別の解約告知は、結局のところ最後の手段 (*ultima ratio*) にほかならない。解約告知期間が満了するまでに、債権関係の存続が期待できないものとなっていなければならないのである<sup>132)</sup>。解約告知者にとってその存続が期待できないかどうかは、契約当事者双方の包括的な利益衡量に基づいて判断される<sup>133)</sup>。解約告知者にとって負担が重いことだけでは十分ではなく<sup>134)</sup>、解約告知を受ける相手方の利益をも適切に考慮しなければならない<sup>135)</sup>。比較衡量の判断基準は、義務違反の重大さ、進行中の契約関係の残余期間<sup>136)</sup>、契約の重要な目的および契約類型の特殊性である<sup>137)</sup>。たとえば、フィットネスクラブ契約を締結したクラブ利用者が妊娠した場合、——こうした事情は解約告知者〔クラブ利用者〕の危険領域にあるものの——利益衡量によりその契約を解約告知できる可能性がある<sup>138)</sup>。

131) 消費者権利指令の国内法化を通じて BGB 323条2項で新たに加えられた文言は、双方の当事者の利益を比較衡量しつつ特別な事情の下での即時解除を認める権限(3号)を「契約に適合しない給付の場合」という文言を付け加えることで限定するものである (BR-Drucks. 817/12, S. 96)。そして、これに基づいて BGB 314条2項2文も2014年6月13日から以下の文言に置き換えられた。「是正期間の確定や催告の不要には BGB 323条2項1号および2号が準用される。双方の当事者の利益を比較衡量し、即時の解約告知を正当化する特別な事情が存在するときにも、是正期間の確定および催告が必要である」。BT-Drucks. 17/13951, S. 16。現在では、これまでのように BGB 323条2項を一般的に参照することでは、同条2項の限定により、もはや同条2項3号に定める即時解除の可能性を全面的に解放することはない。したがって、BGB 314条2項2文に定められた新たな文言によってこれまでの法状況は維持されることになるだろう。Palandt/*Grüneberg*, BGB, 73. Aufl. (2014), § 314 Rn. 14.

132) *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 244.

133) Hk-BGB/*Schulze*, 7. Aufl. (2012), § 314 Rn. 3.

134) BT-Drucks. 14/6040, S. 178.

135) 交互計算信用貸越の過剰引出し (Überziehung des Kontokorrentkredits) を理由とする解約告知について BGH, NJW 1978, 947, 948. を参照。

136) *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 243.

137) BT-Drucks. 14/6040, S. 178.

138) BVerfG, NJW 2005, 2383.

## 5. 短期の解約告知の行使期間（BGB 314条 3項）

BGB 314条 3項によれば、解約告知は「相当期間内においてのみ」可能であり、そうではない場合には、解約告知は無効となる<sup>139)</sup>。個別の継続的債権関係が多様であることに鑑みて、確定した期間を定めることは見送られたことから<sup>140)</sup>、個別事例において常に、解約告知の目的や、必要とされる調査の範囲、利害関係人に対する影響を考慮することになる<sup>141)</sup>。雇用契約についてBGB626条 2項に定める2週間という期間は、参考となる基準として用いることができる<sup>142)</sup>。

## VII. 一般的な解約告知の制限としての信義則

### 1. BGB 242条の権利制限的機能

最後に、継続の利益は——立法者が特別に規範化した解約告知事由とは別に——、一般的な解約告知の制限としての信義則を介して認められている<sup>143)</sup>。信義則には様々な機能が付与されている<sup>144)</sup>。第一に、BGB 242条は権利「制限」的機能を有する。すなわち、与えられた権利の行使それ自体を制限するのである。これに該当するのは、とりわけ許されない権利行使や権利濫用のケースである<sup>145)</sup>。さらに、BGB 242条は、例外

139) この点について BGH, NJW-RR 2010, 1500; Palandt/*Grüneberg*, BGB, 73. Aufl. (2014), § 314 Rn. 10; MüKo-BGB/*Gaier*, 6. Aufl. (2012), § 314 Rn. 20.

140) BT-Drucks. 14/6040 S. 178.

141) BGH, NZM 2010, 552, 553, Tz. 15; BGH, NJW 2011, 1438, 1440; Palandt/*Grüneberg*, BGB, 73. Aufl. (2014), § 314 Rn. 10.

142) *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 246; *v. Hase*, NJW 2002, 2278, 2279.

143) *Bitter/Alles*, WM 2013, 537 ff.; *Ulmer*, FS Möhring, 1975, S. 295, 317.

144) (1.) 従たる給付義務および保護義務に関する補充機能, (2.) 権利制限的機能, (3) たとえば, 損害賠償法や不当利得法での修正機能, (4.) 正当な法命題の発展のために権限を付与するための根拠。Jauernig/*Mansel*, 14. Aufl. (2011), § 242 Rn. 5 ff.

145) 権利濫用または許されない権利行使に該当するのは以下の場合である。(1.) 同意のない (*missbilligt*) 行為, または従前の行為と矛盾した行為 (自己矛盾行為 *venire contra factum proprium*), (2.) 期間満了による失効, または権利の実現に対して正当な利益が存在しないこと ([相手方から受け取ったとしても] 相手方に即座に再返還する必要のあるものを, その相手方に請求する者による不誠実な行為 *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*, より穏便な方法を採用することができるにもかかわらず, 相手方に対して不相当な不利益を生じさせる権利を行使する者による不誠実な行為など)。MüKo-BGB/*Roth/Schubert*, 6. Aufl. (2012), § 242 ↗

的に権利を「発生」させる効力を生じさせることができる。たとえば、信義誠実は付随義務を発生させる根拠とされているのである<sup>146)</sup>。

そこで、継続的債権関係において解約告知の制限が問題となる場合に、そこで問われているのが BGB 242条の権利制限的機能なのか、それとも——要件としてはより厳格な——権利発生的機能なのかについては争いがある。ウルマーは、次のような根拠をもって BGB 242条に基づく権利「発生」のより厳格な要件に関連づけようとする。すなわち、解約告知が起り得るという状況を限定するのであれば、(さらに進行する)継続的契約に新たな義務を常に生じさせることになる、というのである<sup>147)</sup>。これに対して、カナリスは解約告知の制限を権利制限的機能に位置づける<sup>148)</sup>。この見解は説得的である<sup>149)</sup>。解釈論としては、もともと存在している形成権の制約が問題となっており、したがってこれを限定することが重要だからである。利益状態もまた、——カナリスが説くように——単なる権利の制限に親和的である。「一方的な」法律行為としての解約告知の場合には、解約告知の名宛人である「相手方」だけがより手厚い保護を受けるに値するからである<sup>150)</sup>。これに対して、権利発生的であるとした場合には、先の場合とは異なり「債務を負う」当事者、ここでは解約告知者が、より保護に値するとされることになるだろう。その者から契約の継続に関する自らの同意が奪われることになるからである<sup>151)</sup>。しかしながら、解約告知の制限は、解約告知者の形成力に対して、まさに解約告知を受ける者の保護を目的とするものであり、その意味では権利制限に主眼が置かれている。BGB 242条の枠組みでの権利制限的なケースは、とりわけ自己矛盾行為 (*venire contra factum proprium*) の禁止や私法上の過剰禁止 (*inciviliter agere*) である<sup>152)</sup>。

↘Rn. 199, 241 f., 281, 284 ff., 329, 408 ff., 417 ff.

146) とくに情報提供義務や説明義務のような契約上の付随義務、(給付) 誠実義務、給付を前提としない保護義務。Jauernig/*Mansel*, 14. Aufl. (2011), § 242 Rn. 6, 19 ff.

147) *Ulmer*, FS Mohring, 1975, S. 295, 303, 305.

148) *Canaris*, ZHR 143 (1979), 113, 123.

149) *Bitter/Alles*, WM 2013, 537, 538. も同意見である。

150) *Canaris*, ZHR 143 (1979), 113, 123.

151) *Canaris*, ZHR 143 (1979), 113, 123.

152) *Bitter/Alles*, WM 2013, 537, 538; *Canaris*, ZHR 143 (1979), 113, 124, 128. 過剰という考え方についての詳細については、*M. Stürner*, Die Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010.

## 2. 不利な時期にされる解約告知ではないこと

### a) 要件, 意義および目的

信義誠実の権利制限的機能を具体化しているのは、不利な時期の解約告知の禁止 (Verbot einer Kündigung zur Unzeit) である<sup>153)</sup>。こうした禁止は一部の法律規定にもみられる<sup>154)</sup>。たとえば、BGB 723条2項, 同627条2項および同671条2項によれば<sup>155)</sup>, 組合と雇用契約の場合には職務従事者に対して, また, 委任の場合には受託者に対して, 相手方が有する契約上の重要な利益への配慮がみられる時点でのみ, 解約告知をすることが許されている<sup>156)</sup>。もっとも, まさに解約告知が選択された時点において, 重大な事由が存在しているときは, この限りでない。不利な時期の解約告知の禁止は, その他の解約告知期間で求められているものと同じく, まさしく解約告知を受ける者の処分権限の保護を目的としている<sup>157)</sup>。したがって, 法律上, 不利な時期の解約告知の禁止は, 期限が遵守されることなく契約が終了するときのみ命じられている<sup>158)</sup>。もっとも, そうした禁止が, 特別の解約告知にも通用することは認められている<sup>159)</sup>。

組合契約の解約告知は, 「まさに解約告知の時点が組合員の共通の利益を侵害し, もしくは組合員の一人に損害を与えるとき」に, 不利な時期にされたものとなる<sup>160)</sup>。つまり, 職務権限を有する者が職務を適時にその他の方法で行うことができないときに行われる職務従事者の解約告知である (BGB 627条2項1文)。たとえば, BGB 627条2項によれば, 弁護士は, 重大な期間が満了し, またはその他の弁護士による代理ができ

153) *Bitter/Alles*, WM 2013, 537, 540 f.; *ErfK/Müller-Glöge*, 14. Aufl. (2014), § 627 BGB Rn. 6; *van Venrooy*, JZ 1981, 53 ff.

154) 受託者に関する BGB 671条2項1文, 同条と関連して, 組合の業務執行者に関する BGB 712条2項および遺言執行者に関する BGB 2226条3文も参照。

155) BGB 671条2項1文を参照するのは, 組合の業務執行者に関する BGB 712条2項および遺言執行者に関する BGB 2226条3文である。

156) *MüKo-BGB/Carsten Schäfer*, 6. Aufl. (2013) § 723 Rn. 53. を参照。

157) *Oetker*, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*, 1994, S. 313.

158) *Oetker*, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*, 1994, S. 314.

159) 解約告知期間が長くなればなるほど, 不利な時期の解約告知が考慮されなくなる。*Oetker*, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*, 1994, S. 314. これに対して *Hadding*, *FS Heinsius*, 1991, S. 183, 198 f. によれば, 解約告知について重大な事由が存在する場合には, 不利な時期の解約告知の禁止を考慮する余地はまったくないという。

160) *OLG Karlsruhe*, *NZG* 2003, 324, 325. *Palandt/Sprau*, 73. Aufl. (2014), § 723 Rn. 6. も参照。

ないという期限が到来する直前になって、依頼人の仕事を打ち切ってはならない<sup>161)</sup>。また、医者は、治療によって患者の健康の危険が生じないときにのみ、その治療を中止することが認められている<sup>162)</sup>。消費貸借契約の場合、不利な時期の解約告知の禁止は、事前の警告なしに、または受信者に是正手段を与えることなく解約告知できないということの意味する<sup>163)</sup>。

不利な時期の解約告知の禁止が信義誠実を具体化したものであるので、その他の継続的債権関係のすべてに採り入れることができる<sup>164)</sup>。すなわち、BGB 627条2項の規定は、たとえば、労働関係<sup>165)</sup> や消費貸借契約<sup>166)</sup> にも適用することができる。もっとも、信用貸付の解約告知が、事業者の経営再建中になされたということだけで、直ちに「不利な時期」となるわけではない<sup>167)</sup>。それが、不利な時期とならないためには、受信者に借換えをするための時間的猶予が与えられていなければならない<sup>168)</sup>。

161) MüKo-BGB/*Henssler*, 6. Aufl. (2012) § 723 Rn. 33 およびそこに掲げる諸文献を参照。BeckOK-BGB/*Fuchs*, 28. Edition (2013), § 627 Rn. 8; Erman/*Belling*, 13. Aufl. (2011), § 627 Rn. 9.

162) Staudinger/*Preis*, BGB, Neubearb. 2012, § 627 Rn. 28; MüKo-BGB/*Henssler*, 6. Aufl. (2012) § 723 Rn. 33; BeckOK-BGB/*Fuchs*, 28. Edition (2013), § 627 Rn. 8.

163) LG Frankenthal, ZIP 2006, 752, 752 f. 消費貸借契約には、そうした禁止が、信義誠実ならびに BGB 627条2項, 同671条2項, 同675条1項後段および同723条2項の類推に基づいて適用されなければならない。LG Frankenthal, ZIP 2006, 752, Orientierungssatz.

164) MüKo-BGB/*Henssler*, 6. Aufl. (2012) § 723 Rn. 31, 37; *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S. 313; *Canaris*, ZHR 143 (1979), 113, 114. ErfK/*Müller-Glöge*, 14. Aufl. (2014), § 627 BGB Rn. 6. に従えば、BGB 627条のように特別な信頼関係に基づいているものにのみ可能であることになるだろう。

165) BAG NJW 2001, 2994; MüKo-BGB/*Henssler*, 6. Aufl. (2012) § 723 Rn. 31.

166) LG Frankenthal, ZIP 2006, 752; *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S. 313; *Hadding*, FS Heinsius, 1991, S. 183, 198; *Canaris*, ZHR 143 (1979), 113, 114; *Schimansky/Bunte/Lwowski/Bruchner/Krepold*, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. (2011), § 79 Rn. 162 ff.

167) *Canaris*, ZHR 143 (1979), 113, 115.

168) *Hadding*, FS Heinsius, 1991, S. 183, 198; *Canaris*, ZHR 143 (1979), 113, 115; *Schimansky/Bunte/Lwowski/Bruchner/Krepold*, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. (2011), § 79 Rn. 163.

b) 解約告知が不利な時期にされた場合の効果

もつとも、不利な時期の解約告知は、解約告知の有効性とは無関係である<sup>169)</sup>。解約告知者の損害賠償義務が発生する（にすぎない）（BGB 723条2項2文<sup>170)</sup>、同627条2項2文<sup>171)</sup>）。

しかしながら、不利な時期の解約告知が BGB 242条により無効になることがある。たとえば、意図的に、または労働者個人の利益を見誤ってしまったために、契約の相手方にとって解約告知がきわめて不利な時期に選択されたときである<sup>172)</sup>。解約告知がされる時点において「解約告知の相手方の正当な利益の侵害、とりわけその者の人格に配慮した正当な利益の侵害」が存在しなければならない<sup>173)</sup>。しかしながら、そうした侵害が存在するのは、ごく例外的な場合にしかすぎない。たとえば、わずか数か月間の労働関係について、長年寄り添ってきた配偶者の死亡と葬儀の間になされた労働者の解雇では〔労働者の利益に侵害が存在すると認めるには〕十分ではなかった。このような場合には、長期にわたる労働関係にみられるような〔労働者への〕配慮義務がまだ明確に現れていなかったからである<sup>174)</sup>。〔解雇が〕労働者の流産と時間的に密接な関係があっただけでは十分ではなかった。このような場合には妊産婦保護法が適用されないからである<sup>175)</sup>。クリスマスイブに解約告知が到達した場合でも十分ではなかった。12月24日が就業日であり、BGB626条2項に定める解約告知期間を遵守するためには、そうした時期の到達が必要とされたからである<sup>176)</sup>。他方、重大な労働事故の後に、病院で手術

169) 通説は *Canaris, ZHR* 143 (1979), 113, 115; *Schimansky/Bunte/Lwowski/Bruchner/Krepold, Bankrechts-Handbuch*, 4. Aufl. (2011), § 79 Rn. 164. およびそこに掲げる諸文献を参照。反対説は *van Venrooy, JZ* 1981, 53, 57. であり、BGB 134条に基づく法律違反を理由として不利な時期の解約告知の無効を認める。さらに特別な事情が存在する場合には別である。そのような場合には BGB 242条に基づいて解約告知の無効が考慮される。MüKo-BGB/*Henssler*, 6. Aufl. (2012) § 723 Rn. 38.

170) OLG Karlsruhe, NZG 2003, 324, 325.

171) MüKo-BGB/*Henssler*, 6. Aufl. (2012) § 723 Rn. 34; *Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse*, 4. Aufl. (2013), § 7 Rn. 121.

172) BAGE 97, 294=NJW 2001, 2994, 2995; BAG, NZA 2001, 63, 65.

173) BAGE 97, 294=NJW 2001, 2994, 2995; BAG, NZA 2001, 63, 65.

174) BAGE 97, 294=NJW 2001, 2994, 2995.

175) BAG, NZA 1991, 63, 66 f.

176) BAG, NZA 1986, 97, 98.

が行われるのと同日で、その手術の直前に労働者に伝えられた解約告知は無効であるとされた<sup>177)</sup>。

### 3. 解約告知の相手方による不誠実な権利行使の抗弁

以上の他に、BGB 242条の権利制限的機能に関する適用事例は、いわゆる不誠実な権利行使の抗弁 (*tu quoque*-Einwand) である<sup>178)</sup>。これによれば、解約告知者自身が契約に対し不誠実であるときに、義務違反が存在することによる特別の解約告知が無効とされる<sup>179)</sup>。たとえば、賃貸人が支払遅滞を理由に解約告知をしたところ、その者が目的物の瑕疵を除去しなかったときには、賃借人は、いわゆる不誠実な権利行使の抗弁をもって、賃貸人自身の契約誠実を欠いていることを主張することができる。

一般的には、債務者が債権者による何らかの形成権や請求権に対し、契約誠実を欠いていることを抗弁とすることができるのは<sup>180)</sup>、債権者の行為が「方法および射程に応じて」まさしく「契約目的〔の達成〕を危殆化させ、または挫折させる」<sup>181)</sup> ときである。これが不誠実な権利行使の抗弁として知られている<sup>182)</sup>。このような抗弁は「ほぼ自明の理である法命題」<sup>183)</sup> とみられており、これを根拠づけるために、様々な試みを通じて説明されている。たとえば、「自己が規範に違反した後の制裁を排斥するもの」<sup>184)</sup> や、アンククリーンハンドの法理 (*unclean hands*-Doktrin)<sup>185)</sup> を具体化したものと理解されている。ヴィアッカーは、不誠実な権利行使の抗弁に基づく基本的な考え方を、「法に対して誠実な者のみが法への誠実を求めることが許される」として肯定的に捉えていた<sup>186)</sup>。裁判例では、不誠実な権利行使の原則を BGB 242条から導き出している。すなわち、「信義誠実に抵触する」可能性があるのは、「ある者が自己の契約上の義

177) LAG Bremen, LAGE § 242 BGB Nr. 1=Betriebsberater 1986, 393.

178) 本節の以下の内容については Weller, Die Vertragstreue, 2009, S. 52 f. を参照。

179) Ulmer, FS Möhring, 1975, S. 295 f. 脚注 4 を含む。

180) Hüffer, Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, 1976, S. 209 f. を参照。

181) BGH, Urt. v. 6. 7. 2004—XI ZR 250/02, BGHReport 2005, 78 unter II. A. 2. b); BGH, Urt. v. 15. 10. 1993—V ZR 141/92, WM 1994, 215, 216.

182) BGH, Urt. v. 13. 11. 1998, V ZR 386/97, NJW 1999, 352, 353. 「解除権者自身の契約への誠実に基づく抗弁 (『汝もまた *tu quoque*』)」。

183) E. Lorenz, JuS 1972, 311, 312.

184) Teubner, Gegenseitige Vertragsuntreue, 1975, S. 3.

185) Prölss, ZHR 132 (1969), 35, 55 f.

186) Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242, 1960, S. 31 f.

務に違反しているにもかかわらず、その契約の相手方に対して契約の履行を求め、または相手方の契約違反に基づいて自己の権利を主張しようとするときである<sup>187)</sup>。

不誠実な権利行使の抗弁は、債務法現代化法の中でも給付障害について債権者の責任がある場合の一例として明文化されている。たとえば、債権者に解除権が与えられる事情について主に債権者に責任があるときには、BGB 323条6項によって、債権者の解除権は認められない<sup>188)</sup>。

重大な事由に基づく解約告知についても同様に考えることができる。この場合には、重大な事由の構成要件要素（個々の事案のすべての事情および包括的な利益衡量。BGB 314条1項2文）の中で、解約告知者の行為を考えることができる。たしかに、解約告知者の過失は、本質的には、解約告知権を排除することはない<sup>189)</sup>。しかしながら、他方で、解約告知者自身が、信頼関係の破壊についてその原因の大半を引き起こしていたときには、その者の過失を考慮に入れなければならない<sup>190)</sup>。たとえば、ライヒ裁判所は、害虫による住居の瑕疵に基づく賃借人の解約告知を無効であるとした。賃借人は「積極的に害虫駆除者の作業に協力しな」かったからである<sup>191)</sup>。今日、不誠実な権利行使の抗弁は、条文としてBGB 536c条に規定されている。同条によれば、賃借人は、賃貸人に対して瑕疵を知らせる必要があり、これを怠れば自己の権利を失うのである（BGB 536c条2項2文<sup>192)</sup>。

### VIII. 黙示的な同意に基づいて継続的契約が 存続することで認められる更新

中間試案で予定されているものとは異なり、ドイツ法には、一方の当事者の存続の利

187) たとえばBGH Urt. v. 19. 11. 1959—VIII ZR 115/58, LM § 326 (C) BGB Nr. 1a.

188) *Grigoleit*, FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 275, 280.

189) BGH, Urt. v. 15. 11. 1962, VII ZR 113/61=BB 1963, 160; NJW 1969, 1845 1846.

190) BGH, NJW 1966, 347, 348; BGH, NJW 1981, 1264, 1265; BeckOK-BGB/*Unberath*, 28. Edition (2011), § 314 Rn. 8.

191) RG, Urt. v. 17. 2. 1911, III 676/09, JW 1911, 359, 360. 「したがって、被告（＝物の給付に関する債権者）は〔瑕疵を〕除去するにあたって協力義務を負わない、すなわち互いの関係が終了した後にそのような義務をまったく負わないと控訴審が述べたのは適切ではない」。

192) この規定により、完全性利益の保障以外にも、賃貸人が、将来の現実的履行義務を遵守することができるだろう。BeckOK-BGB/*Ehlert*, 28. Edition (2012), § 536c, Rn. 1.

益を他方の当事者の解消の利益と比べて（一方的に）考慮するような一般規定はみあたらない。ドイツ法では、BGB 545条<sup>193)</sup>のような若干の特別な規律を出発点として、解約告知がされた継続的債権関係、または期間満了に基づいて終了した継続的債権関係<sup>194)</sup>が、当事者双方によって黙示的な合意に基づいて存続するときには、元の状況に基づいて期限なしに進行することが認められているにすぎない<sup>195)</sup>。

一般的な見解によれば<sup>196)</sup>、BGB 545条も BGB 625条も、契約がない状態を生じさせないことから、法的明確性には大いに資するものではあるが、賃借人や労働者の保護に

193) 雇用契約についてこれに類する規定がある (BGB 625条)。労働法にも同様の規定がある (TzBfG 15条5項)。これらの規定によれば、労務給付権利者が単独で異議を申し立てることができる。代理商に関する法律では (HGB 89条3項1文)、一方の当事者から異議が申し立てられたときに、その申立てを認めない (ausscheiden) とする双方の継続の意思が必要とされている。Baumbach/Hopt/Hopt, § 89 Rn. 21. さらに、職業養成教育法 (Berufsbildungsgesetz) 24条では、期間の定めのある養成教育が終了する代わりに新たな、これとは別個の契約関係が生じるとされている。MüKo-BGB/Henssler, 6. Aufl. (2012), § 625 Rn. 5; BAG, Urteil vom 05. April 1984-2 AZR 54/83 = EzB BBiG § 14 Abs. 2 Nr. 18; Staudinger/Preis, BGB, Neubearb. 2012, § 625 Rn. 5; ErfK/Müller-Glöge, 14. Aufl. (2014), § 625 BGB Rn. 2.

他方、以上のような規律とは異なる BGB 724条2文は、一定の期間が満了した後組合を継続させる場合において、いつでも解約告知を可能にするための解釈規定を定めている。MüKo-BGB/Carsten Schäfer, 6. Aufl. (2013) § 724 Rn. 11.

194) BGB 545条の場合、どのような根拠に基づいて、たとえば、解約告知や期間満了、取消し、約定解除などによって賃貸借関係が終了するのかわかりは関係がない。MüKo-BGB/Bieber, 6. Aufl. (2012), § 545 Rn. 5; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl. (2013), § 545 Rn. 4 ff. を参照。ただし、約定解除の場合、BGB 545条の失効の可能性が考慮されなければならないが、必ずしも自動的に失効されるものでもない。Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl. (2013), § 545 Rn. 9.

195) 利用の継続は純粹に事実上の行為である。Jauernig/Teichmann, 14. Aufl. (2011), § 545 Rn. 2. (少なくとも3年の) 期間の定めのある用益賃貸借契約 (Pachtvertrag) について、同様の機能を取り入れる BGB 594条2文ないし同条4文の場合とは異なる。このとき、更新について利益を有する者が、(最後の3年目に) 相手方に対して照会をし、契約の更新を伝えなければならないのであれば、そうした照会は拒絶されるべきではないだろう。

196) BT-Drucks. 14/4553, S. 44; MüKo-BGB/Bieber, 6. Aufl. (2012), § 545 Rn. 1; MüKo-BGB/Henssler, 6. Aufl. (2012), § 625 Rn. 1; ErfK/Müller-Glöge, 14. Aufl. (2014), § 625 BGB Rn. 1.

役立つことは少ないとされている。したがって、BGB 545条<sup>197)</sup>と BGB 625条<sup>198)</sup>は、合意によってこれを排除することはできない<sup>199)</sup>。更新は、一方の当事者の特別な要保護性に基づくものではないので、BGB 545条、BGB 625条にみられる継続の法理は一般化を受け入れやすい。そこで、当事者が「隙間に足を踏み入れる」のを避けるために、すべての継続的債権関係で採り入れることができるのである。とくに、(1) 一方の当事者が、不当利得返還請求権に基づく清算が、通常であれば、自己にとって不利な結果をもたらすので、引き続き給付を提供し、かつ、(2) 他方の当事者が、更新をしない場合には、契約終了後の保護義務に基づく給付拒絶義務を負わなければならないであろうことを知っているときには、通例、当事者に更新の意思を推定することができる<sup>200)</sup>。このような場合には、異議を申し立てることで更新を容易に阻止することができるので、当事者の(消極的な)契約締結の自由<sup>201)</sup>に影響する場面はごくわずかでしかない。つまり、法的安定性といった利点が、契約締結の自由に対する介入の埋め合わせをしているのである。

## IX. 新たな履行請求権の根拠としての信義則

信義誠実は、例外的に、その権利制限的機能に加えて権利発生的にも効力を及ぼすのである。つまり、新たな、または新たに訴求力かつ執行力のある履行請求権を発生させることを可能とする。

### 1. BGB 242条の権利発生的機能

BGB 242条は、権利濫用的な行為が生じる場合には、権利「制限」的機能を通じて解約告知を制限する<sup>202)</sup>。さらに、これを越えて、BGB 242条は権利を「発生させるもの

197) MüKo-BGB/*Bieber*, 6. Aufl. (2012), § 545 Rn. 4.

198) ErfK/*Müller-Glöge*, 14. Aufl. (2014), § 625 BGB Rn. 8; MüKo-BGB/*Henssler*, 6. Aufl. (2012), § 625 Rn. 23.

199) 他方、とりわけ労働法分野のパートタイム労働・有期労働契約法〔以下「TzBfG」と略する。〕15条5項は、合意によってこれを排除することができない。ErfK/*Müller-Glöge*, 14. Aufl. (2014), § 625 BGB Rn. 8; MüKo-BGB/*Henssler*, 6. Aufl. (2012), § 625 Rn. 23.

200) 同様に BT-Drucks. 14/4553, S. 44. は、BGB 987条以下、同812条以下に基づいて、仮定的な当事者意思を通じて阻止されるべき清算が複雑であることを引き合いに出している。

201) この点については *Weller*, Die Vertragstreue, 2009, S. 154 ff.

202) 上述 VII。

として」も作用する。すなわち、誠実義務や給付誠実義務は BGB 242条から導くことができる<sup>203)</sup>。これらの義務には、原則として、配慮義務違反の効果として損害賠償が認められているが (BGB 280条1項, 同241条2項), 履行を請求することはできない (BGB 241条1項)<sup>204)</sup>。例外として、誠実義務の内容を確定することが十分に可能である場合や、債権者の利益が強く保護に値するものである場合には、履行を請求することが認められている<sup>205)</sup>。こうした事例においては、誠実義務も事実上、履行を請求することができるものとなる。

## 2. 契約更新請求権——信用貸付の限度額を例にして

以上の内容については、継続的契約の場合、具体例として信用貸付の限度額の更新を確認することができる。たとえば、信用の更新または信用貸付の限度額の拡大を求める権利は、原則として、BGB 242条から導くことができる誠実義務から生じる<sup>206)</sup>。しかしながら、この場合には、解消の自由の制限と比べてより強い要求がなされているのは、こうした場合には与信者が協力する権限がないので、給付義務の発生が「私的自治の」正当化根拠ではなく、法律上の正当化根拠「のみ」を示しているにすぎないからである<sup>207)</sup>。

誠実義務の程度は具体的な契約上の信頼関係の強さに左右される<sup>208)</sup>。そうではあるものの、誠実義務は、他人の利益を保持する性質を有する契約の場合には、とくに明確に現れているのである<sup>209)</sup>。

銀行契約は (他人の) 利益を保持する契約であることから<sup>210)</sup>, 銀行契約の場合の誠

203) とくに情報提供義務や説明義務のような契約上の付随義務, (給付) 誠実義務, 給付を前提としない保護義務。Jauernig/*Mansel*, 14. Aufl. (2011), § 242 Rn. 6, 19 ff.

204) 配慮義務の要件および効果について, 詳細は *Weller*, Die Vertragstreue, 2009, S. 240 ff., 260 ff.

205) *Weller*, Die Vertragstreue, 2009, S. 265 ff., 268 f.

206) 詳細は *Canaris*, ZHR 143 (1979), 113, 121, 123 f. これを相対化するものとして *Bitter/Alles*, WM 2013, 537, 538 (「非常に広い範囲に及ぶ試み」)。

207) *Canaris*, ZHR 143 (1979), 113, 123 f.

208) MüKo-BGB/Roth/*Schubert*, 6. Aufl. (2012), § 242 Rn. 232 ff. を参照。

209) *Ulmer*, FS Mohring, 1975, S. 295, 298 f; *Canaris*, ZHR 143 (1979), 113, 116 f.

210) *Schimansky/Bunte/Lwowski/Hopt*, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. (2011), § 1 Rn. 25.

実義務にはとくに重要な意味が与えられている。いかなる更新請求権も、与信者の保護に値する利益を通じて制限される。与信者にとって信用貸付の更新は「期待可能な」ものでなければならない<sup>211)</sup>。こうした点は、既に存在するもののまだ使用されていないのであれ、新たに提供されるのであれ、とりわけ受信者の十分な担保によって、供与される信用貸付の限度額が補填されるかどうかにか左右される<sup>212)</sup>。さらに、銀行を保護するための特別な措置を講じることが必要である。たとえば、受託者または銀行自身を企業経営の運営に加わらせることがある<sup>213)</sup>。

カナリスによれば<sup>214)</sup>、*venire contra factum proprium*（自己矛盾行為）の禁止や、*inciviliter agere*（「私法上の過剰介入の禁止」）は、——解約告知の制限としての権利制限的な特徴と並んで——受信者の更新請求権を発生させることができる根拠となっている<sup>215)</sup>。たとえば、不法行為の領域では、BGB 826条から締結強制が生じる可能性がある（この点について争いはない）。契約の領域では、こうした締結強制を BGB 242条から導かなければならない<sup>216)</sup>。与信者が、保護を要する受信者の任意に委ねられていた特別な信頼関係を構築していたにもかかわらず、更新が正当事由なく拒絶されるときには、矛盾行為の禁止によって更新請求権が生じる可能性がある<sup>217)</sup>。こうしたことは、受信者が銀行にきわめて強く依存しており、同時に当該銀行がそうした依存関係を築いてきた場合に起こり得るのである<sup>218)</sup>。これに対して、たとえば過去における行為、とりわけ受信者が信用貸付の限度額を極端に引き上げることについて容認していたという事情から、将来の履行請求権を導くことはできない。むしろ受信者自らが信用貸付の限度額の引き上げについて注意する必要があるからである、という<sup>219)</sup>。

これと並んで、既存の誠実義務を具体化する形で「私法上の過剰介入の禁止」から生じるのは、当事者を脅かす不利益の間に存在する重大な不均衡によって、——ただし一時的なものではあるが——信用の供与という事態が生じる可能性があるという点である、

211) *Canaris, ZHR 143 (1979), 113, 121.*

212) *Canaris, ZHR 143 (1979), 113, 121, 123, 133, とりわけ 135 f.*

213) *Canaris, ZHR 143 (1979), 113, 134.*

214) *Canaris, ZHR 143 (1979), 113, 122 ff.*

215) *Canaris, ZHR 143 (1979), 113, 124, 128.*

216) *Canaris, ZHR 143 (1979), 113, 122.*

217) *Canaris, ZHR 143 (1979), 113, 124, 126.*

218) *Canaris, ZHR 143 (1979), 113, 125.*

219) *Canaris, ZHR 143 (1979), 113, 128.*

という<sup>220)</sup>。信用貸付の限度額がなお担保を通じて十分に保証されているときに、事業者が再建を図る必要がある場合には、こうした場面を想定することができるだろう<sup>221)</sup>。つまり、信用貸付の限度額を引き下げることによって事業者を脅かす損害は当該事業者にとって「とどめ」を刺す可能性があるが、他方で、そうした引き下げは、与信者にとってわずかな不利益しか生じないのである<sup>222)</sup>。

### X. 期間の定めのある継続的契約——解約告知の制限回避に対する保護

法制度が、解約告知の要件や制限を通じて存続の利益や継続の利益を考慮しようとする場合には、こうした規律が、しかるべき契約形成を通じて回避されないように配慮する必要がある<sup>223)</sup>。回避が行われる仕組みは、とりわけ期間の定めのある契約を締結する場合や、期間の定めのある契約を繰り返し締結する場合（連鎖契約）に存在している<sup>224)</sup>。したがって、労働法や賃貸借法では、期間設定は強行的な要件を必要とするのである<sup>225)</sup>。

BGB 575条1項は、期間の定めのある賃貸借契約の締結について厳格な要件を定めている<sup>226)</sup>。こうした事由が契約締結時に存在していないか、既に契約締結時に賃借人に伝えられていないときには、契約は期間の定めのないものとして締結されたとみなされる（BGB 575条1項1文後段、同2文<sup>227)</sup>。期間設定の事由が延期され、または完全になくなってしまったときは、賃借人に更新請求権が認められる（BGB 575条3項）。

これに相当する規定が労働法にもみられる。TzBfG<sup>228)</sup> 14条1項と関連する BGB 620

220) *Canaris*, ZHR 143 (1979), 113, 130 ff.

221) 再建を目的とする信用貸付における解約告知の制限については *Bitter/Alles*, WM 2013, 537 ff. を参照。

222) *Canaris*, ZHR 143 (1979), 113, 131.

223) そうした制限の強行的な性格が解約告知の制限に関する合意と対立する。BGB 557条4項、同569条5項、同572条。

224) *Begründung RegE Mietrechtsreformgesetz*, BT-Drucks. 14/4553, S. 69.

225) § 575 Abs. 4 BGB; § 22 TzBfG; *BeckOK-Arbeitsrecht/Bayreuther*, 29. Edition (2012), § 14 TzBfG Rn. 6.

226) この要件に含まれるのが、BGB 573条2項2号に基づいて、期間の定めのない契約の場合にも解約告知をする権限が認められている賃借人の自己使用の必要（BGB 575条1項1文1号）、居住空間の構造上の全体的な変更（同2号）、職務従事者の必要性（同3号）である。

227) *Begründung RegE Mietrechtsreformgesetz*, BTDrucks. 14/4553, S. 69.

228) パートタイム労働・有期労働契約法。

条3項によれば、有期労働契約の締結は、具体的事由が存在する場合にのみ認められている<sup>229)</sup>。立法者が取り上げた基本的な事例は無期労働契約であるとされている<sup>230)</sup>。具体的事由のない期間設定は、TzBfG 14条2項および同条3項に定める限定的な範囲において可能である。複数の有期契約が連続して締結されたものは、結果的に不確定期間の労働契約として適用されることになる (TzBfG 16条)<sup>231)</sup>。そのような連鎖的な労働契約は、そもそも解雇から保護するための規定〔以下「解雇保護規定」と略する。〕を回避するためのものであったときは、無効である<sup>232)</sup>。

締結自由の制限は、労働者や賃借人の特別な社会的要保護性に基づいており、そのことは解雇保護規定に明文化されている。期間設定の制限は、期間の定めがない場合に強行法的な解雇からの保護を必要としないその他の継続的債権関係に転用することはできない。解雇保護規定の適用の回避を阻止するという期間設定規定の目的では、効果があるとはいえないからである<sup>233)</sup>。

## XI. 総括および中間試案の検討

最後に、本稿の総括をした後で、中間試案についてドイツ法の観点から検討することにした。

### 1. 継続的契約の特徴

継続的契約は特別な法理論を必要とする。継続的契約であることを確認するためのメルクマールとされているのは、給付範囲を確定するための量的指標としての「時間」(エトカー)、義務に拘束された債務者の永続的な緊張状態(エッサー)、人的要素の影響(バイツッケ)、契約の終了について履行が重要ではないこと(フォン・ギールケ)である。

229) 具体的事由がなかったとしても他の要件が満たされているのであれば、有期労働契約の終了は最大2年ないし5年まで可能である。TzBfG 14条2項および同3項を参照。

230) Begründung RegE TzBfG, BTDrucks. 14/4374, S. 12.

231) TzBfG 14条3項の新文言については争いがある。BeckOK-Arbeitsrecht/Bayreuther, 29. Edition (2012), § 14 TzBfG Rn. 129.

232) ErfK/Müller-Glöge, 14. Aufl. (2014), § 14 TzBfG Rn. 1. およびそこに掲げる諸文献を参照。

233) 販売店についても同様である。Ulmer, Der Vertragshändler, 1969, S. 478 f.

継続的債権関係において、契約の履行（BGB 362条）は、一回的な給付交換契約の場合と異なり、契約から離脱する効力を有しない。解約告知をすることでのみ、契約からの離脱が問題になるにすぎない。通説によれば、そうした点から解約告知の自由の原則が導かれる。つまり、いかなる契約当事者も、解約告知によって契約から再び離脱することができなければならない。

しかしながら、解約告知の自由は、契約の拘束力との緊張関係を生じさせるものであり、解約告知の相手方が有する継続の利益に抵触する可能性がある。継続的債権関係の維持または存続は、こうした点にとって重要なものとなるだろう。

## 2. ドイツ法における継続の利益

ドイツ法は、解約告知の相手方が有する継続の利益について、きわめて細かく分類することを念頭に置いており、そうすることで、やや複雑な規律構造を生み出しているのである。

- a) 通常解約告知の場合には、解約告知期間は、——なお一時的なものにしかすぎないが——契約関係の存続をもたらすものである。
- b) さらに、——賃貸借や労働契約のように——社会的にとりわけ保護を必要とする法律関係の場合には、通常解約告知をすることが、解約告知の具体的事由（自己使用の必要、労働者の行為に理由がある解雇、労働者の人物に理由がある解雇もしくは経営上の理由による解雇）が存在しているときにのみ可能である場合においても、弱い立場にある賃借人や労働者は、存続の利益という点からなおも保護される。
- c) 代理商やこれに類する販売取引の場合には、継続の利益は、金銭上の清算請求権を通じて間接的に保護されるにすぎない。
- d) 特別解約告知の場合には、厳格な解約告知要件（重大な事由、事前の催告、利益衡量、短期の解約告知の行使期間）が、解約告知の相手方が有する継続の利益が十分に考慮されているという結果をもたらしている。
- e) さらに、継続的契約では人的要素に基づいてとくに徹底されている信義則は、一般的な解約告知の制限として機能している。信義則は、とりわけ不利な時期の解約告知を禁じるのである。
- f) それ以外にも、解約告知の相手方は、契約違反、たとえば賃借人の支払遅滞を理由とする解約告知の場合には、不誠実な権利行使の抗弁を主張することができる。

- g) ドイツ法では、——中間試案とは異なって——終了された継続的契約の更新を求める権利を、一方の当事者に対して一方的に認めるような一般規定はみあたらない。より正確に言えば、更新は、黙示的に（同意に基づいて）継続的契約が存続する場合にのみ考慮されている。
- h) 一方の当事者が、BGB 242条に基づいて一方的に行使可能な存続を求める権利、たとえば信用貸付の限度額の更新を求める権利を有するのは、ごく例外的な場合にしかすぎない。

### 3. 中間試案の検討

#### a) 意義のある規律

ドイツ法の観点からは、以下の中間試案の規律が意味のあるものといえるだろう。

- 中間試案第34.1(1)において、約定の期間の満了によって期間の定めのある継続的契約が終了することが明確にされたこと。
- 中間試案第34.2(1)において、通常の解約告知〔解約の申入れ〕が、相当な解約告知期間〔予告期間〕を経過することで、はじめてその効力を生じさせることが規定されていること。
- 中間試案第34.3において、解約告知〔解約の申入れ〕が将来に向かって（*pro futuro*）効力を及ぼすにすぎないこと。したがって、既に履行されたものは解約告知〔解約の申入れ〕の影響を受けないとされたこと。

#### b) 規律の欠落

ドイツ法の観点からみて、中間試案において BGB 314条に相当する特別の解約告知に関する規律がみあたらないのは残念である。それはさておき、中間試案の観点からみても、特別の解約告知について補充することは、通常の解約告知〔解約の申入れ〕が既に中間試案第34.2において規律対象とされている限りで、制度整合的なものであるといえるだろう。

もっとも、ユニドロワ国際商事契約原則からみれば<sup>234)</sup>、〔中間試案には〕継続的債務に特有の規律の大半が欠けている。冒頭で指摘したように、さらに契約締結時の特徴、すなわち協力義務または事情変更における契約改訂を規律対象とすることができるかもしれない。もっとも、ドイツ法理論では、一回的な給付交換契約と継続的債権関係とに

234) UNIDROIT 2013, C. D. (92) 4 (b). <http://www.unidroit.org> で参照することができる。

分けて、それぞれに応じた解釈をすることでも、そうした問題提起に対応できることが示されている。こうした点から、特別な規律をさらに設けることは不要である。

c) 継続の利益に対する深い配慮

中間試案では、解約告知〔解約の申入れ〕を受ける者の継続の利益や存続の利益の保護に配慮する一方で、解約告知〔解約の申入れ〕をする者が有する離脱の利益にかかる負担が、非常に大きいものとなっている。

- 中間試案第34は、同条の適用範囲について、賃貸借や労働契約のように、社会的保護を必要とする権利関係に限定するのではなく、あらゆる継続的契約に関係するという、より一般化したアプローチを選んでいる。
- 内容としても、中間試案は広い効力を認めている。解約告知〔解約の申入れ〕の相手方は、中間試案第34.2(2)による解約告知〔解約の申入れ〕の効力を生じさせないようにするために、契約関係を存続させることについて正当な事由のみを主張すればよい。これにより、解約告知〔解約の申入れ〕をする者の〔契約からの〕離脱の利益、そして同時にその者の契約の自由は相対的に小さくなる。
- 法理論的には、どの程度まで継続の利益が認められるかは、中間試案の英語訳から十分に明らかであるとはいえない。中間試案第34.1(2)が存続を望む者の「請求」として考えられていて、中間試案第34.2(2)が、解約告知〔解約の申入れ〕の相手方が主張しなければならない解約告知〔解約の申入れ〕に対する「抗弁」として考えられているのか。あるいは、訴訟となった場合には、裁判官が職権によって存続について検討しなければならないのか。
- 最後に、法技術的には、継続の利益を評価する根拠として列挙された基準の一つは、必ずしも説得的なものではないように思われる。すなわち、契約の存続と解約告知〔解約の申入れ〕をする者によって設定された解約告知期間〔予告期間〕との関係が、中間試案第34.2(2)では、必ずしも明らかなものとはなっていない。中間試案第34.2(1)によれば、解約告知期間〔予告期間〕のない解約告知〔解約の申入れ〕や、極端に短い解約告知期間〔予告期間〕が付された解約告知〔解約の申入れ〕は、相当な期間の経過のみを生じさせるにすぎないのであって、期間の定めのない契約の存続を生じさせないからである。

#### 4. モデルの比較——ドイツの解約告知制度と日本の一般条項

総じて、継続の利益について「一般条項的に」着目した中間試案は重要な点を示して

いる。多様な解約告知の要件と制限との間で段階づけて、その適用範囲は類推適用によって拡張し、最終的には、期間の定めのある連鎖契約による適用回避に対応せざるを得ないドイツモデルは、やや複雑な規律構造となっている。他方、中間試案は、規律モデルを設計する段階で適用範囲を狭くして、期間の定めのある継続的契約および解約告知〔解約の申入れ〕がされた継続的契約のすべてに適用される利益衡量モデルに限定している。

いずれのモデルも、実際の成果という点では、さほど大きく乖離し合うものではないかもしれない。というのも、おそらく日本の裁判所は、裁判例を通じて中間試案第34の一般条項を具体化しようとするであろうし、最終的にはドイツ法では周知のものとなっている段階づけ（Abstufungen）に至る、つまり、社会的により弱い立場にある当事者に有利となるように、存続の利益に対してより深い配慮を示すことになるかもしれないからである。

さて、ローマに戻ってユニドロアをみてみよう。国際的な法統一にとって、日本からの興味深い刺激となっているのは、継続的契約における継続の利益や存続の利益を、法理論的に、解約告知の次元ではなく、一般条項の枠組みの中で利益衡量に基づく解決を通じて一般的に扱うやり方である。そうした考慮は、——既に示されたように——解釈論上の形姿や構造を大きく失う恐れのあるものではあるが、ドイツの継続的債務をめぐる議論において「新たな風」を呼び起こすことにもなるだろう。少なくとも、こうした重要な契約類型について胸躍る展開を心待ちにしているのである。

## 【付 記】

本稿は、2014年2月24日に京都大学の主催（京都大学大学院法学研究科科学研究費基盤研究（A）「財産権の現代化と財産法制の再編」〔潮見佳男教授（京都大学）代表〕）によって開催されたマーク・フィリップ・ヴェラー教授（Prof. Dr. Marc-Philippe Weller——フライブルク大学法学部（当時）。現在はハイデルベルク大学法学部外国・国際私法及び経済法研究所所長）の講演会で用いられた講演原稿について、ヴェラー教授の承諾を得て翻訳したものである（なお、当日の司会は潮見教授が、議論の通訳は中田邦博教授（龍谷大学）が務められた。）。本稿に基づく報告は、2014年2月21日および同22日にドイツ文化会館 OAG ホール（東京）で開催されたシンポジウム「債権法改正に関する比較法的検討——日独法の視点から——」（主催：中央大学日本比較法研究所、独日法律家協会）においても行われた（22日）。同報告は、只木誠 = ハラルド・バウム

編『債権法改正に関する比較法的検討——日独法の視点から——』日本比較法研究所研究叢書96号213頁-254頁（中央大学出版部，2014年）に収録されている（同書の収録にあたって，本文中の日独それぞれの引用条文の原文が，XII. Anhang: Gesetzestexteとして追加されている。）。なお，報告の概要版の独語テキストが同書393頁-396頁に掲載されており，その翻訳（訳：高田淳教授（中央大学））もあわせて掲載されている（同書397頁-400頁）。これらは本稿の翻訳にあたって参照した。

ヴェラー教授には，翻訳の公表を快諾していただき，また，度重なる質問にも常に懇切丁寧にお答えいただいたことに深くお礼申し上げます。なお，本文内での〔 〕はヴェラー教授への質疑応答を踏まえた上での訳者の補注を示す。本文中の補注で指摘したように，ヴェラー教授の原稿ではいわゆる「中間試案のたたき台」が引用されている。中間試案では，中間試案のたたき台第34.2.の内容が一部変更され，中間試案のたたき台第35は中間試案第26.4に移されていることを指摘しておく。参考のために，中間試案（平成25年7月4日補訂。<http://www.moj.go.jp/content/000112242.pdf>〔アクセス：2015年3月16日〕）第26.4および同第34の条文を掲げておく（中間試案は法務省ホームページからアクセスできる <http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi04900184.html>〔アクセス：同上〕）。周知の通り，民法（債権関係）部会第99回会議（平成27年2月10日開催）で決定された「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」（<http://www.moj.go.jp/content/001136445.pdf>〔アクセス：同上〕）では，残念ながらいずれの条文も削除されたが，それによって，ヴェラー教授の継続的契約に対する分析の意義が失われることにはならない。依然として，ヴェラー教授の指摘は，わが国の継続的契約をめぐる法理論にとって非常に示唆に富むものである。

## 【中間試案】

### 第26 契約に関する基本原則等

#### 4 信義則等の適用に当たっての考慮要素

消費者と事業者との間で締結される契約（消費者契約）のほか，情報の質及び量並びに交渉力の格差がある当事者間で締結される契約に関しては，民法第1条第2項及び第3項その他の規定の適用に当たって，その格差の存在を考慮しなければならないものとする。

（注）このような規定を設けないという考え方がある。また，「消費者と事業者との間で締結される契約（消費者契約）のほか，」という例示を設けないと

いう考え方がある。

### 第34 継続的契約

#### 1 期間の定めのある契約の終了

- (1) 期間の定めのある契約は、その期間の満了によって終了するものとする。
- (2) 上記(1)にかかわらず、当事者の一方が契約の更新を申し入れた場合において、当該契約の趣旨、契約に定めた期間の長短、従前の更新の有無及びその経緯その他の事情に照らし、当該契約を存続させることにつき正当な事由があると認められるときは、当該契約は、従前と同一の条件で更新されたものとみなすものとする。ただし、その期間は、定めがないものとする。

(注) これらのような規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

#### 2 期間の定めのない契約の終了

- (1) 期間の定めのない契約の当事者の一方は、相手方に対し、いつでも解約の申入れをすることができるものとする。
- (2) 上記(1)の解約の申入れがされたときは、当該契約は、解約の申入れの日から相当な期間を経過することによって終了するものとする。この場合において、解約の申入れに相当な予告期間が付されていたときは、当該契約は、その予告期間を経過することによって終了するものとする。
- (3) 上記(1)及び(2)にかかわらず、当事者の一方が解約の申入れをした場合において、当該契約の趣旨、契約の締結から解約の申入れまでの期間の長短、予告期間の有無その他の事情に照らし、当該契約を存続させることにつき正当な事由があると認められるときは、当該契約は、その解約の申入れによっては終了しないものとする。

(注) これらのような規定を設けない（解釈に委ねる）という考え方がある。

#### 3 解除の効力

前記1(1)又は2(1)の契約を解除した場合には、その解除は、将来に向かってのみその効力を生ずるものとする。

\* 本研究は独立行政法人日本学術振興会の科研費（15K03232）の助成を得た。