

タイトル	ドイツ法における催告解除と契約の清算(一)：催告解除は解除法における万能薬か
著者	遠山，純弘
引用	北海学園大学法学研究，45(3)：493-520
発行日	2009-12-31

ドイツ法における催告解除と契約の清算 (一)

—— 催告解除は解除法における万能薬か ——

遠 山 純 弘

目 次

- 一 はじめに
 - 二 ドイツ普通商法典における契約からの離脱 (Abgehen)
 - (一) 離脱の成立
 - (二) 債務者の遅滞と契約からの離脱
 - (三) 離脱と給付の受戻し
 - 三 改正前ドイツ民法典における催告解除
 - (一) 催告解除の成立
 - (二) 履行請求権からの解放
 - (三) 瑕疵ある商品の給付
 - (四) 離脱に基づく給付の返還請求
 - 四 一部給付
- (以上、本号)

一 はじめに

法律が規定する、あるいは判例によって形成された解除権の発生原因の中で、民法五四一条に基づく解除権（なお、以下では、解除権行使の観点に着目して、「催告解除」と言う。）は如何なる機能を有するのか。

残念ながら、これまで催告解除の機能が適切に理解されてきたと言ふことはできないし、より深刻なことに、近時の債権法改正をめぐる議論において、ドグマティックは、催告解除について誤った方向に突き進んでいる。

民法五四一条における「当事者の一方がその債務を履行しない場合」という表現から、同条に基づく解除は、従来、不履行に基づく解除の一般原則として理解されてきた。^① もっとも、判例および学説は、周知のように、民法五四一条の一般的な適用によってもたらされる不当な結論を同条の適用を制限することによって回避してきたのである。たとえば、一部給付の事案においては、すでに履行された部分だけでは契約を締結した目的を達成することができない場合でなければ、契約全体の解除を認めず、原則として残りの未履行部分についてののみ解除を認めている。^② また、附随的義務の違反においても、原則として解除を認めず、附随的義務の違反によって契約を締結した目的を達成することができない場合にのみ契約の解除を認めている。^③ さらに、賃貸借契約においては、当事者間の信頼関係を破壊するおそれがあると認めるに足りない特段の事情がある場合には解除を認めないものである。^④

また、解除の効果に目を向けるならば、解除の効果の規定する民法五四五条は、抽象的解除権行使の効果の規定したものと理解され、そのため、同条は法定解除および約定解除に適用されるとされてきた。^⑤ これによれば、催告解除にもその他の解除権の発生原因に基づく解除と同じ効果が認められる。そうだとすれば、さしあたり一部給付や附随的義務の違反の事案において催告解除が認められる場合には、債権者は、催告解除によって、なされた一部給付

や不完全給付を債務者に受戻して、契約を終了させ、あるいは債権者がすでに反対給付を行っている場合には、債権者は、債務者に対してその返還を請求することができることになろう。しかしながら、判例および通説は、すでに述べたように、一部給付や附随的義務の違反の事案において、催告解除による契約全体の清算を認めず、契約を締結した目的を達成することができない場合にはじめて契約全体の清算を認めているのである。つまり、催告解除によるなされた一部給付や不完全給付の受戻しは認められていないのである。このように、催告解除は、抽象的にはその他の解除権の発生原因に基づく解除と同じ効果を有するとされているにもかかわらず、催告解除が問題となる個別の事案を見る限り、催告解除によつて常に契約全体の清算が認められているわけではないのである。その限りでは、現行法における催告解除の機能は、実際に催告解除が有している機能と比較して、抽象的なレベルにおいては過大評価されているのである。

しかも、より深刻なのは、近時の債権法改正をめぐる議論において、このように催告解除の機能が過大評価されていることが十分に認識されないまま債権法改正の議論が行われ、その結果、催告解除はまさにその本来的な機能をも奪われようとしている、ということである。

たとえば、近時、民法（債権法）改正検討委員会によつて解除権の発生要件について次のような提案が示された。⁶⁾

【三・一・一・七七】（解除権の発生要件）

（一）契約当事者の一方に契約の重大な不履行があるときには、相手方は、契約の解除をすることができる。

（ア）契約の重大な不履行とは、契約当事者の一方が債務の履行をしなかったことによつて、相手方が契約に対する正当な期待を失った場合をいう。

「イ」 契約の性質または当事者の意思表示により、特定の日時または一定の期間内に債務の履行をしなければ契約の目的を達成することができない場合において、当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したときは、契約の重大な不履行にあたる。

「二」 契約当事者の一方が債務の履行をしない場合に、相手方が相当の期間を定めてその履行を催告し、催告に応じないことが契約の重大な不履行にあたる場合は、相手方は契約の解除をすることができる。

「三」 事業者間で結ばれた契約において、契約当事者の一方が債務の履行をしない場合、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。ただし催告に応じないことが契約の重大な不履行にあたらないときはこの限りでない。

解除権の発生要件一般の問題についてはひとまずおくとし、催告解除に関して言うならば、改正提案は、さしあたり事業者間取引とそれ以外の取引とを区別している。そのうえで、改正提案は、事業者間取引について、原則として催告とそこにおいて設定された期間の徒過によって契約の解除を認めている（改正提案「三」）。もっとも、改正提案は、「催告に応じないことが契約の重大な不履行にあたらないときは」契約の解除を認めない（改正提案「三」但書）。しかしながら、催告解除は、そもそも債権者に迅速な代替取引の可能性を与えることにその本来的な意義があったはずではないか。^⑦ 債務者が債務の履行をしないため、債権者が第三者と代替取引をしようとしても、債務者が後に遅れて債務の履行をしてくる可能性がある。そこで、債権者がこのように遅れてなされる債務の履行を危惧することなく第三者との代替取引を行うことができるよう、簡易な手続によって迅速に債権者を契約から解放するために認められたのが催告解除であった。つまり、催告解除は、催告とそこにおいて設定された期間の徒過のみによって債権者を契

約から解放することにその本来的な意義があるのである。そうであるならば、履行のために付与された期間が徒過したにもかかわらず、なお債務者に「催告に応じないことが契約の重大な不履行にあたらない」との主張を許すことは、簡易な手続で迅速に債権者を契約から解放するという催告解除の本来の趣旨に反することになる。これについて提案旨は次のように述べている。⁽⁸⁾

些末な附随義務の違反等を取り上げて解除が為されることを認めない判例法は、事業者間取引においても合理性のあるものであつて維持される必要がある。債務者の側で、催告に応じないことが「契約の重大な不履行」に当たらないという主張をした場合には解除権が発生しないこととする形でこの絞りの要件を本提案「三」においても維持することとした。

結局のところ、提案要旨は、些末な附随義務の違反によって契約全体の清算を認めることが不合理であるというにすぎない。つまり、改正提案においても、催告解除に、その他の解除権の発生原因に基づく解除と同じく、契約全体の清算する効果が与えられるということが前提とされているのである。しかしながら、催告解除がそもそもその他の解除権の発生原因に基づく解除と同じ効果を有するのか、あるいは、催告解除が常に契約全体を清算する効果を有するのか、ということ自体が問題とされなければならないのである。少なくとも現在実際に催告解除に与えられている効果からすれば、改正提案におけるような催告解除の制限は不要である。

次に、改正提案は、事業者間取引以外の取引について、催告とそこにおいて設定された期間の徒過のみによつては解除を認めず、催告に応じないことが「契約の重大な不履行」にあたる場合にはじめて契約の解除を認めている（改

正提案へ二〃。提案要旨はこの点について次のように説明している⁽¹⁰⁾。

履行期にまったく履行がなされず、その後相当期間を付与されたにもかかわらず、債務者が猶予期間を徒過した場合、「催告に応じなかったこと」は、原則として「契約の重大な不履行」に当たる。しかしながら、この試案は、不完全な履行にも、とりわけそれがただちに「契約の重大な不履行」に当たらない場合にも、催告解除の対象となることとした。もつとも、追完可能性のある不完全履行が、そのままは契約の重大な不履行に当たらない場合がある。このタイプの不完全な履行においては、不完全な履行が判明した後、債権者と債務者との間で追完をめぐるやりとりがなされたが、結局、債権者が契約に対する正当な期待を失うという場合が存在する。そこで、当初の不完全な履行がそのままでは当然には本提案へ一〃の解除原因とならない場合に、債権者が当該不完全履行につき追完の催告をして、それに対する債務者の応接が「催告に応じなかったこと」とされ、かつ、それがその段階で「契約の重大な不履行」と評価される場合には、当初の不完全な履行が解除原因に格上げされることを認め、本提案へ二〃が適用されることとした。また、現在の判例法は、債権者が些末な附随義務の不履行を取り上げ、これについて催告しても、債務者がそれに応じないだけでは、当然には解除権が発生しないとしており、この判例法を維持するためにも、本提案へ二〃において催告手続に加えて「契約の重大な不履行」概念による紋りを用意しておくことが必要である。

おおよそ催告解除の機能が熟慮されることはなかった。催告解除は、すでに述べたように、催告とそこにおいて設定された期間の徒過のみによって債権者を契約から解放することにその本質的な意義がある。改正提案へ二〃におけ

る解除は、すでに催告解除ではなく、「契約の重大な不履行」に基づく解除にほかならない。また、ここでも解除による契約全体の清算が問題なのであって、催告解除による契約全体の清算を認めることの不合理性が問題とされているのである。つまり、催告解除に、その他の解除権の発生原因に基づく解除と同じく、契約全体を清算する効果が与えられるということが前提とされているのである。それゆえ、ここでもすでに述べたことが当てはまるのであって、催告解除がそもそもその他の解除権の発生原因に基づく解除と同じ効果を有するのか、あるいは、催告解除が常に契約全体を清算する効果を有するのか、ということが問題とされなければならないのである。もちろん、事業者間取引と比較して、それ以外の取引においては、迅速性の要請が後退することは否定できない。しかしながら、履行のために必要な期間を与えられ、それにもかかわらず、「債務の履行をしない」債務者の給付を何故債権者は付与した期間の徒過後も待たなければならないのであろうか。催告解除の機能が適切に理解されるならば、事業者間取引以外の取引において催告解除を認めても何ら問題はなからう。

このように、改正提案を見る限り、催告解除の機能が適切に理解されていないことは明らかである。改正提案は、現行法において催告解除に付加された不要物を削ぎ落としてその本質を明らかにするどころか、却って、催告解除にさらに不要物を覆いかぶしてその本質をまったく見えないものとしようとしている。改正提案は、まさに催告解除からその本質的な機能を奪おうとしている。もちろん、そのようなことが許されるべきではない。それゆえ、われわれは、これを回避するために、催告解除の本質的な機能を明らかにする必要がある。

わが民法五四一条は、その起草において、ドイツ法に強い影響を受けた。⁽¹²⁾二〇〇二年債務法改正前ドイツ民法典は、解除の効果に関する一般的な規定を有さず、約定解除について解除の効果を規定していたが（ドイツ民法旧三四六条以下）、これらの規定は、法定解除に準用されていたため（ドイツ民法旧三二七条）、催告解除に契約全体を清算する

効果が認められていた。また、現行ドイツ民法典は、わが民法典におけるのと同じく、解除の効果をすべての解除に共通するものとして規定し（ドイツ民法三四六条一項）、そのため、催告解除に、その他の解除権の発生原因に基づく解除と同じく、契約全体を清算する効果が認められている。しかしながら、催告解除を規定するドイツ民法旧三二六条およびドイツ民法三二三条の適用が問題となる個別の情況を見る限り、催告解除の実質的な効果は制限されており、催告解除によって常に契約全体の清算が認められているわけではないのである。しかも、ドイツ法においては、このような催告解除の効果の制限は、明文上認められ、あるいは明確に意識されて議論されているのである。言い換えれば、ドイツ法においては、催告解除は、そもそも限定された範囲においてだけ機能する、あるいはある特定の限定された機能しか有さないということが明確に意識されているのである。

そこで、以下では、ドイツ法において催告解除が如何なる機能を有しているかを明らかにしよう。それによって、わが民法五四一条における催告解除が有すべき機能を明らかにしよう。

なお、以下では、売買契約の事を念頭に催告解除の機能について考察することとする。なぜなら、催告解除は、そもそも売買契約に関して作られ、また、以下において中心的な問題となる催告解除による契約全体の清算が売買契約において特に重要な問題となるからである。¹³⁾ もう少し敷衍するならば、以下では、もっぱら一部給付や不完全給付の事案におけるように、売主によって何らかの給付がなされた場合に、買主が催告解除によってなされた給付を売主に受戻して、契約関係を終了させ、あるいは買主がすでに代金を支払っているときは、その返還を請求することができるか否かが問題となる。

二 ドイツ普通商法典における契約からの離脱 (Abgehen)

(一) 離脱の成立

ドイツ民法典における催告解除の機能について見る前に、催告解除の起源たるドイツ普通商法典 (Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch) における契約からの離脱 (Abgehen) の機能について見ておくこととする。⁽¹⁵⁾

普通法においては、不履行に基づく解除は認められておらず、債務者の給付が遅滞のために債権者にとって無益となった場合に、債権者に債務者による給付の受領を拒絶することが認められていた。⁽¹⁶⁾ しかしながら、このような無益性に基づく給付の受領拒絶は、商取引の領域においてさまざまな不都合をもたらしたのである。たとえば、売主が買主による代金の支払いを拒絶するために代金の支払いが売主にとって無益となることを要求するならば、売主が金銭給付について利益を失うことはほとんどないから、売主は、たいていの場合、代金の支払請求しできないこととなる。しかしながら、買主が支払不能である場合のように、これによって売主にはしばしば不利益がもたらされたのである。⁽¹⁷⁾ また、物の給付においても、無益性の立証が困難な場合があるとともに、無益性の立証において営業秘密が漏えいするおそれがあった。⁽¹⁸⁾ さらに、商取引においては、迅速な取引というその性質から、定められた期日または期間内に履行がなされることが重要だったのであり、そのため、遅滞後の給付は債権者にとって無益なものとなると考えられたのである。⁽¹⁹⁾

このような普通法における無益性に基づく給付の受領拒絶の不都合を考慮して、一八六一年に制定されたドイツ普通商法典は、商事売買における遅滞の事案に関して、催告とそこにおいて設定された期間の徒過によって契約から離

脱する (abgehen) 権利を認めた (ドイツ普通商法三五四条ないし三五六条)。しかも、ドイツ普通商法典は、離脱と損害賠償とを相互に排他的なものとして規定し、離脱を履行および損害賠償と並ぶ一つの法的手段として位置づけた。ドイツ普通商法典の起草者たちは、離脱を、契約を消滅させるものとして理解し、そのため、契約の存続を前提とする損害賠償とは矛盾すると考えたのである。⁽²⁰⁾

(二) 債務者の遅滞と契約からの離脱

契約からの離脱に関して、まず契約の履行につき確定期日または確定期間が定められているか否かが区別される。そのうえでさらに、ドイツ普通商法典は、契約の履行につき確定期日または確定期間が定められていない場合に関して、買主が売買代金の支払いについて遅滞にある場合と売主が物の引渡しについて遅滞にある場合とを区別して規定していた。

買主が売買代金の支払いについて遅滞にある場合には、——さらに商品がまだ引き渡されていないという要件のもとで——売主には三つの選択肢が与えられた(ドイツ普通商法三五四条⁽²¹⁾)。すなわち、第一に、遅延損害の賠償とともに契約の履行を請求すること、第二に、履行に代えてドイツ普通商法三四三条の規定に従って買主の計算で商品を売却し、かつ、損害賠償を請求すること、第三に、あたかも契約が締結されなかったかのように契約から離脱することが売主に認められた。このうち、売主が履行に代えてドイツ普通商法三四三条の規定に従って商品を売却して損害賠償を請求する場合あるいは契約から離脱しようとする場合には、売主は、これを買主に通知し、取引の性質が許す場合には、追完のために諸般の事情に相応しい期間を買主に与えなければならなかった(ドイツ普通商法三五六条⁽²³⁾)。

同様に、売主が商品の引渡しにつき遅滞にある場合にも、買主に三つの選択肢が与えられた(ドイツ普通商法三五

五条)⁽²⁴⁾。すなわち、第一に、遅延損害の賠償とともに履行を請求すること、第二に、履行に代えて不履行に基づく損害賠償を請求すること、第三に、あたかも契約が締結されなかったかのように契約から離脱することが買主に認められた。このうち、買主が履行に代えて不履行に基づく損害賠償を請求する場合は契約から離脱しようとする場合には、売主の場合におけるのと同じく、買主は、これを売主に通知し、取引の性質が許す場合には、追完のために諸般の事情に相応しい期間を買主に与えなければならなかった(ドイツ普通商法三五六条)。

ドイツ普通商法典は、売主であれ、買主であれ、債権者が契約から解放されるためにもはや給付の無益性を要求せず、債務者の遅滞そのものが債権者を契約から解放するものとした。そして、離脱の権利の濫用を避けるために、ドイツ普通商法典は、債権者が債務者に契約から離脱することを通知し、取引の性質が許す場合には、追完のために諸般の事情に相応しい期間を債務者に与えることを要求したのである。

以上に対して、契約の履行につき確定期日または確定期間が定められている場合には、ドイツ普通商法三五六条の通知や期間設定をすることなく、ドイツ普通商法三五四条または三五五条に定められた履行請求権以外の権利を行使することが売主または買主に認められた(ドイツ普通商法三五七条一項)⁽²⁵⁾。契約の履行につき確定期日または確定期間が定められていない場合とは異なつて、売主または買主が履行を請求しようとする場合には、その旨を相手方に通知しなければならず、これを怠ったときは、売主または買主は履行を請求する権利を失った(ドイツ普通商法三五七条一項)。

(三) 離脱と給付の受戻し

すでに述べたように、ドイツ普通商法典において、離脱は、契約を消滅させるものとして理解されていた。しかし

ながら、離脱の効果は、債権者を契約から解放し、債権者に給付の受領拒絶を認めることにとどめられていたのである。

ドイツ普通商法典は、買主が売買代金の支払いについて遅滞にあること、あるいは売主が商品の引渡しについて遅滞にあることを離脱の要件とした（ドイツ普通商法三五四条、三五五条）。これによれば、契約からの離脱は、買主であれ、売主であれ、債務者がいまだ給付を行っていない場合に認められる。

(7) 一部給付

もつとも、ドイツ普通商法典において、売主あるいは買主が何らかの給付を行った場合に契約からの離脱がまったく問題とならなかったわけではなかった。たとえば、一部給付の事案においても契約からの離脱が認められた（ドイツ普通商法三五九条²⁶⁾）。しかしながら、一部給付の事案における離脱は、給付が両当事者にとって可分である限りで、未履行の契約部分に関してだけ認められたのである。それゆえ、債権者が契約からの離脱によってなされた一部給付を債務者に受戻すことは認められていなかったのである。

(i) 瑕疵ある商品の給付

給付された商品が契約または法律に従った性質を有さない場合、すなわち、給付された商品に瑕疵がある場合について、ドイツ普通商法典は、隔地者間の取引を別とすれば、買主の権利について特別な規定を有していなかった。そのため、この問題は普通法に従って判断された²⁷⁾。

特定物売買において、売主によって給付された商品に瑕疵があった場合には、按察官法上の救済手段、すなわち、

代金減額訴権 (actio quanti minoris) および解除訴権 (actio redhibitoria) が買主に与えられた⁽²⁸⁾。買主は、解除訴権 (actio redhibitoria) によって瑕疵ある商品を受戻して売買代金の返還を請求することができた⁽²⁹⁾。

他方、種類物売買において、売主によって給付された商品に瑕疵があった場合には、買主の意思に従って売買契約の履行がなされたかどうかが問題とされた。買主が瑕疵ある商品の給付を履行として承認するならば、買主は、合意された代金を支払わなければならない⁽³⁰⁾。これに対して、買主が瑕疵ある商品の給付を履行として承認しないならば、買主は商品を受領する必要はない。この場合、売主は、商品の引渡しにつき遅滞にあるのと同様に扱われる⁽³¹⁾。それゆえ、この場合に、買主は、履行に代えて不履行に基づく損害賠償を請求し、あるいは契約から離脱することができた (ドイツ普通商法三五五条)。もちろん、買主がこれらの権利を行使するためには、定期行為の場合を別とすれば、売主にこれを知り、取引の性質がそれを許す限り、追完のために諸般の事情に相応しい期間を売主に付与しなければならなかった (ドイツ普通商法三五六条)。

さらに、ドイツ普通商法典は、隔地者間取引、とりわけ商品の送付が予定されている取引に関する規定を有していた。送付された商品に関して、買主は、商品が引き渡された後遅滞なくそれを検査し、それが契約または法律に従っていない場合には、売主にそれをただちに通知しなければならなかった (ドイツ普通商法三四七条一項⁽³²⁾)。買主がこれを怠ったときは、ただちに検査をしても知ることができなかった瑕疵でない限り、買主は商品を承認したもの (benahmigt) とみなされた (ドイツ普通商法三四七条二項⁽³³⁾)。その結果、買主は、商品を黙示に契約に従ったものとして承認したものとして扱われ、瑕疵ある給付に対する一切の権利を失った⁽³⁴⁾。瑕疵が後に判明した場合には、買主は、瑕疵を発見した後遅滞なく売主に通知しなければならず、これに違反した場合にも、買主は商品を承認したものとみなされた (ドイツ普通商法三四七条三項)。

以上のように、買主が契約からの離脱によって瑕疵ある商品を売主に受戻すことは認められていなかったのである。⁽³⁵⁾ 結局、一部給付の場合であれ、瑕疵ある商品の給付の場合であれ、債務者が債権者に何らかの給付を行った場合に、債権者が離脱によってなされた給付を債務者に受戻すことは認められていなかったのである。その限りでは、契約からの離脱は、債務者がまだ履行していない債務についてだけ認められたのである。

(四) 離脱に基づく給付の返還請求

それでは、債権者が契約からの離脱によって先給付した物の返還を債務者に請求することは認められたのであろうか。

まず、売主が物を先給付したにもかかわらず、買主が代金を支払わない場合について言えば、ドイツ普通商法典は、売主が契約から離脱するために「商品がまだ引き渡されていない」ことを要件とした(ドイツ普通商法三五四条)。そのため、売主が商品を生給付した場合には、売主はそもそも契約から離脱することができなかった。

これに対して、買主が代金を支払ったにもかかわらず、売主が商品を引き渡さない場合には、法律上は明らかではないが、離脱に基づいて支払った売買代金の返還を請求する権利が買主に認められるとされていた。⁽³⁶⁾

このように、ドイツ普通商法典のもとでは、さしあたり契約からの離脱に基づいて先給付した物の返還請求が認められていたことができる。もともと、ドイツ普通商法典のもとで離脱に基づく給付の返還請求が積極的に認められていたということができる。たとえば、売主が先給付した場合には、右に述べたように、そもそも離脱自体が認められていなかった。たしかに、この場合にはそもそも離脱自体が認められないのであるから、さしあたり離脱に基づく給付の返還請求が否定されているわけではない。しかしながら、起草過程の議論によれば、ドイ

ツ普通商法典の起草者たちは、売主が先給付した場合にそもそも契約からの離脱を認めないことによって、離脱に基づく清算から生ずる困難な問題を回避しようとしたのである。⁽³⁷⁾これによれば、売主が先給付した場合に契約からの離脱を認めていないこと自体、ドイツ普通商法典が離脱に基づく売主の先給付の返還請求に対して消極的な態度をとったということができる。

他方、買主が先に売買代金を支払った場合には、契約からの離脱に基づいて売買代金の返還請求が認められるとされていた。しかしながら、買主が契約から離脱するためには、売主の遅滞を要件とした（ドイツ普通商法三五五条）。しかも、買主が支払った売買代金が、買主が蒙った最低限の損害として理解されたことによつて、支払った売買代金を返還請求する買主の権利は、結局のところ、ドイツ普通商法三五五条における「不履行に基づく損害賠償」の権利に含まれることとなったのである。⁽³⁸⁾

このように、さしあたり契約からの離脱に基づいて先給付の返還請求が認められるとされていたとはいえ、それは理論的なものにすぎなかった。ドイツ普通商法典において、なされた給付の清算の問題が熟慮されることはなかったのである。⁽⁴⁰⁾

つまり、これまで述べてきたところによれば、ドイツ普通商法典において、離脱は、契約を消滅させるものとして理解されていたにもかかわらず、契約からの離脱の効果は、実質的には債権者を債務者の給付を待つことから解放し、その結果、債権者に給付の受領拒絶を認めることにとどめられていたのである。

三 改正前ドイツ民法典における催告解除

(一) 催告解除の成立

改正前ドイツ民法典は、解除を損害賠償とは独立した制度として規定するとともに、ドイツ普通商法三五四条ないし三五六条に依拠して、催告とそこにおいて設定された期間の徒過によって契約を解除しうることを認めた（ドイツ民法旧三二六条）⁽⁴²⁾。第二委員会は、解除のために利益消滅を要求することによる不都合を危惧したのである⁽⁴³⁾。また、利益消滅を解除の要件からはずすことは、これまでの法発展の帰結であり、それが適切な時期における履行という改正前ドイツ民法典制定当時の取引の要請であると考えたのである⁽⁴⁵⁾。

ドイツ普通商法典における離脱と比較するならば、ドイツ普通商法典は、離脱を商事売買に関してだけ認めていたが、改正前ドイツ民法典は、催告解除を双務契約一般に認められるものとして規定した⁽⁴⁶⁾。

また、改正前ドイツ民法典は、ドイツ普通商法典において未解決のままにされた、なされた給付の清算の問題に関して、解除による各当事者の給付の返還義務を認めた（ドイツ民法旧三四六条）⁽⁴⁷⁾。もつとも、この効果は、約定解除について規定されたものであったが（ドイツ民法旧三四六条）、ドイツ民法旧三七条一文がドイツ民法旧三二六条に基づく解除にもこの効果を準用したため、催告解除にも給付の清算の効果が認められることとなった。

このように、改正前ドイツ民法典において、催告解除は、わが民法典におけるのと同じく、双務契約一般に通ずる解除手段となるとともに、催告解除には、その他の解除権の発生原因に基づく解除と同じく、解除の効果が一般的に認められたのである⁽⁴⁹⁾。

(二) 履行請求権からの解放

契約当事者がなされた給付を受戻することができるのは、給付義務がもはや存在しない場合だけである。⁽⁵⁰⁾ その限りで、給付義務が給付障害によって法律上当然に (ipso iure) 消滅するののか、あるいは、給付義務が消滅するために、もはや契約に拘束されない、という債権者の意思表示を必要とするのが問題とされる。

ドイツ民法旧三四九条によれば、給付義務は、解除の意思表示によつてはじめて消滅する(ドイツ民法旧三二七条、旧三四九条)。それにもかかわらず、不能の事案においては、給付の不能それ自体によつて債務者の給付義務は消滅するとされていた。たしかに、ドイツ民法旧三二五条は、債務者の責めに帰すべき事由による給付不能に基づく解除を規定している。⁽⁵²⁾ また、ドイツ民法旧二七五条一項によれば、給付が債務者の責めに帰すべからざる事由によつて不能となった場合にだけ債務者は給付義務から解放される。⁽⁵⁴⁾ これによれば、給付不能が債務者の責めに帰すべき事由に基づく場合には、債務者の給付義務は存続し、債権者は、解除の意思表示をしてはじめて履行請求権から解放される。しかしながら、支配的な見解は、ドイツ民法旧二七五条一項の文言に反して、給付が債務者の責めに帰すべき事由によつて不能となった場合にも、債務者は給付義務から解放されるとしていた。⁽⁵⁵⁾ それゆえ、給付が不能となった場合には、不能が債務者の責めに帰すべき事由に基づくか否かにかかわらず、しかも、債権者が解除の意思表示をすることなしに、給付の不能それ自体によつて債務者の給付義務は消滅したのであり、債権者は履行請求権から解放されたのである。

また、遅滞の事案においては、ドイツ民法旧三二六条一項二文によれば、履行のために設定された期間の徒過によつて履行請求権は排除される。⁽⁵⁶⁾ そのため、遅滞の事案においても、ドイツ民法旧三二七条および旧三四九条の規定にも

かわらず、債権者が履行請求権から解放されるために解除の意思表示をする必要はなく、催告において設定された期間の徒過のみによって債務者の給付義務は消滅したのであり、債権者は履行請求権から解放されたのである。

結局、不能の事案においても、遅滞の事案においても、給付の不能または履行のために設定された期間の徒過それ自体によって債務者の給付義務は消滅したのであり、債権者は履行請求権から解放されたのである。そのため、ドイツ民法旧三二七条および旧三四九条の規定にもかかわらず、債務者の給付義務を消滅させ、あるいは債権者が履行請求権から解放されるために、債権者による解除の意思表示は必要なかったのである。

とはいえ、旧法下において、債務者の給付義務の消滅にとつて解除の意思表示がまったく意味を持たなかったわけではない。契約を解除するために債権者による期間設定が不要とされる場合、たとえば、債務者が履行を最終的かつ真摯に拒絶する場合⁵⁷⁾あるいは債権者が遅滞に基づいて契約の履行について何ら利益を有さなくなった場合（ドイツ民法旧三二六条二項）には、債権者が債務者の給付を明示的に拒絶してはじめて債務者の給付義務は消滅したのである。⁵⁸⁾

このように、旧法のもとでは、とりわけわれわれの問題である通常の遅滞の事案、すなわち、ドイツ民法旧三二六条一項の適用が問題となる事案においては、履行のために設定された期間の徒過それ自体によって債務者の給付義務は消滅し、債権者は、債務者の給付を待つことから解放された。そのため、債権者が履行請求権から解放されるために解除の意思表示をする必要はなかった。ドイツ普通商法典において、離脱（Abgehen）は、債権者を履行請求権から解放する効果を有していたのであり、それが離脱の最も重要な機能であった。これに対して、ドイツ旧民法典において、催告解除は、もはや債権者を履行請求権から解放する効果を有さなかったのである。債権者は、履行のために設定された期間の徒過それ自体によって履行請求権から解放されたのである。⁵⁹⁾

注

- (1) 倉田卓次監修『要件事実の証明責任 契約法上巻』(西神田編集室、一九九三年) 一九三頁(三村量一担当)。
- (2) 大判大正一四年二月一九日民集四卷六四頁、最判昭和三〇年三月二日民集九卷三三二頁など。山中康雄『総合判例研究叢書 民法(10)』(有斐閣、一九六六年) 四一、四七一八頁、谷口知平『五十嵐清編集『新版注釈民法(13)債権(4)〔補訂版〕』(有斐閣、二〇〇六年) 八一八頁(山下未人執筆) など。
- (3) 大判大正七年二月一七日新聞一三八八号二九頁、最判昭和三六年一月二二日民集一五卷一〇号二五〇七頁など。谷口『五十嵐編・前掲書注(2)』八一九頁(山下執筆、鎌田薫ほか『民事法Ⅲ——債権各論』(日本評論社、二〇〇五年) 七八—九頁(曾野裕夫執筆) など)。
- (4) 最判昭和三九年七月二八日民集一八卷六号一二二〇頁、同昭和四一年四月二一日民集二〇卷四号七二〇頁など。
- (5) 我妻栄『債権各論上巻』(岩波書店、一九六二年) 一三〇頁、山中・前掲書注(2) 一三九—四〇頁、谷口『五十嵐編・前掲書注(2)』八七三頁(山下執筆) など。
- (6) 以下の改正提案について、民法(債権法)改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』別冊NBL一二六号(二〇〇九年) 一四四—五頁を参照。なお、その他の民法改正に関する提案を含め、民法改正提案についての詳細な検討は、後に改めて行うこととする。
- (7) それについて、拙著『不履行と解除(三・完)』『北海学園大学法学研究』四三卷二号(二〇〇七年) 三八二—三頁を参照。
- (8) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲書注(6) 一四六頁。
- (9) 「現在の判例法は、債権者が些末な附随義務の不履行を取り上げ、これについて催告しても、債務者がそれに応じないだけでは、当然には解除権が発生しないとする(大判昭和一三年九月三〇日民集一七卷一七七五頁、最判昭和三六年一月二一日民集一五卷一〇号二五〇七頁)。」(民法(債権法)改正検討委員会編・前掲書注(6) 一四六頁)。
- (10) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲書注(6) 一四五—六頁。
- (11) それについて、前注(9)を参照。
- (12) それについて、北川善太郎『日本法学の歴史と理論』(日本評論社、一九七五年) 八九—九〇頁を参照。なお、わが民法五四一条の起草に影響を与えたのは、改正前ドイツ民法典(ドイツ民法旧三二六条)ではなく、ドイツ民法典第二草案二七七条である。この第二草案二七七条は、若干の文言の変更を受けたものの、内容の変更を受けずに、ドイツ民法旧三二六条となった。

(参照)

第二章案第二七七条「双務契約において当事者の一方がその負担する給付につき遅滞にあるときは、相手方は、給付の実行につき相当の期間を定め、この期間経過後は給付の受領を拒絶する旨を表示することができる。給付がその期間内になされなるときは、相手方は、不履行に基づく損害賠償を請求し、又は契約を解除する権利を有する。この場合には履行の請求をすることができない。給付が期間の経過までに一部しかなされなるときは、第二七六条第一項第二文の規定が準用される。

契約の履行が遅滞に基づいて相手方にとって何ら利益を有さないときは、相手方は、期間を定めることを要せずに前項に定められた権利を有する。」

- (13) たとえば、ドイツ旧民法典の起草者たちは、ドイツ民法旧三二六条の起草過程において、遅滞に基づく解除の準則は、主として売買および交換に関してだけ重要であることなる (Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, (Berlin, 1899), S. 641.)。

- (14) Jakobs, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, Zur Ordnung des Rechts der Leistungsstörungen im Bürgerlichen Gesetzbuch und nach Einheitlichem Kaufrecht (Gesetzgebung, (Paderborn, München, Wien, Zürich, 1985), S. 57f.; Kaiser, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB, (Tübingen, 2000), S. 9; Mont, Die Kombination von Rücktritt und Schadensersatz im neuen Schuldrecht, (Peter Lang, 2007), S. 20. Jakobs は、ドイツ旧民法典における損害賠償と解除との重畳適用の禁止と関連して、次のように述べている。すなわち、金銭給付の債務者（たとえば、買主）は、損害賠償によって——さらに支払った金額が賠償されるべき最低限の損害とされることによって——実質的には契約を解除したのと同様の効果を得ることができる (Jakobs, Gesetzgebung, S. 58.)。それゆえ、この場合には解除は機能しない。また、質貸人が履行したが、質借人が賃料の支払いにつき遅滞にあるときは、そもそも解除ではなく、解約告知 (Kündigung) が問題となる (Jakobs, Gesetzgebung, S. 61.)。このことは、役務提供契約においても同様である。さらに、請負人が給付をしたが、注文者が報酬の支払いにつき遅滞にあるときは、たしかにドイツ民法旧三二六条が問題となる。しかしながら、それは理論的にだけである。請負人が解除した場合、注文者は、契約において定められた金銭 (ドイツ民法旧三二六条二文)、すなわち、合意された仕事の報酬の支払いについて義務を負うにすぎない。それゆえ、ここでも解除は機能しない (Jakobs, Gesetzgebung, S. 61.)。これによれば、結局のところ、解除は、債務者の責めに帰すべからざる事由による給付遅延の事実および売買契約あるいは交換において売主あるいは当事者の一方が先給付した場合にだけ機能することとなる (Jakobs, Gesetzgebung, S. 61, 66f.)。

- (15) ドイツ普通商法典における契約からの離脱は、ドイツ民法旧三二六条における催告解除の起源とされている (Schemmer, Rücktritt-

- srecht wegen Nichterfüllung, Untersuchungen zur deutschen Privatrechtslehre der Neuzeit, (Wiesbaden, 1965), S. 217; Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbeiträge bei Leistungsstörungen, (Tübingen, 1975), S. 14; Beinert, Wesentliche Vertragsverletzung und Rücktritt, (Bielefeld, 1979), S. 179.)°
- (16) ベーニェルト・シュエマー Scherner, a. a. O., S. 140ff.; Leser, a. a. O., S. 5f.; Jakobs, "Nichterfüllung und Rücktritt", in: Internationales Recht und Wirtschaftsordnung, Festschrift für F. A. Mann zum 70. Geburtstag am 11. August 1977 ("Nichterfüllung"), (München, 1977), S. 50ff.; ders, Gesetzgebung, S. 57f. および杉本好央「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)——『東京都立大学法学会雑誌』四二巻一号(二〇〇一年)一六八頁以下を参照。
- (17) Beinert, a. a. O., S. 179. たゞし「しばしば挙げられる判決として」シェー控訴審裁判所の一八七九年七月一日判決(SeuffA35, Nr. 14)がある。不動産の売買契約において、売主が先に不動産を引き渡したが、買主が契約どおりに代金を支払わなかった。買主はまったく財産を有さなかった。それにもかかわらず、シェー控訴審裁判所は、売買代金の支払いが売主にとってまったく価値がなしか、あるいはそうでないとしても契約締結において目的とされていた価値がもはやなくなったということは明らかではないとして、売主による売買契約の破棄を認めなかった。
- (18) Beinert, a. a. O., S. 179.
- (19) Scherner, a. a. O., S. 159ff.; Leser, a. a. O., S. 15. および杉本・前掲論文注(16)一九三—一五頁。
- (20) Schubert, Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches ("Protokolle zum ADHGB"), Bd. 3, (Frankfurt/Main, 1984), S. 1409f. また「ドイツ普通商法典の起草者たちは」「あたかも契約が締結されなかったかのように契約から離脱する」という表現を用いることによって(ドイツ普通商法三五四条「三五五条」)「離脱によって契約は消滅する」ということを明確にし、「契約の存続を前提とする損害賠償との違いを明らかにしようとした」(Schubert, Protokolle zum ADHGB, Bd. 9, S. 4395f.)。しかしながら、「このような起草者たちの意図にもかかわらず、ドイツ普通商法典の起草者たちは、実質的に離脱を損害賠償から独立した制度として位置づけることに成功しなかった」(Beinert, a. a. O., S. 180f. および拙著「不履行と解除(二)」『北海学園大学法学研究』四三巻一号(二〇〇七年)五三頁)。
- (21) ドイツ普通商法典第三五四条「買主が売買代金の支払いについて遅滞にあり、かつ、商品がまだ引き渡されていないときは、売主は、契約の履行および遅延した履行に基づく損害賠償を請求し、又は履行に代えて第三四三条の規定に従って買主の計算で商品を売却し、かつ、損害賠償を請求し、又はあたかも契約が締結されなかったかのように契約から離脱する(abgehen)ことができる。」

- (22) ドイツ普通商法典第三四三条「買主が商品の受領 (Empfangnahme) につき遅滞にないときは、売主は、通常の商人の注意をもって商品を保管する義務を負う。」
- 買主が商品の受領 (Empfangnahme) につき遅滞にあるときは、買主の危険および費用で商品を公の倉庫又は第三者のもとで保管する (niederlegen) ことができる。売主は、あらかじめ通知 (Androhung) をした後、商品を公売することもできる。商品が取引所価格又は市場価格を有するときは、買主は、公売でなくとも、あらかじめ通知 (Androhung) をした後、商事仲立人又はそのような者がいない場合には競売をする権限を有する官吏によって時価で売却することができる。商品が腐敗のおそれがあり、かつ、遅滞の危険があるときは、あらかじめ通知 (Androhung) をする必要はない。
- 売主は、通知が可能である限り、売却の実行について買主にただちに通知しなければならない。売主がそれらを怠ったときは、売主は、損害賠償の義務を負う。」
- (23) ドイツ普通商法典第三五六条「契約当事者の一方が前二条の規定に基づいて履行に代えて不履行に基づく損害賠償を請求し、又は契約から離脱する (abgehen) ことを欲するときは、これを相手方に通知し、取引の性質が許す場合には、懈怠者の追完のために諸般の事情に相應しい期間を相手方に与えなければならない。」
- (24) ドイツ普通商法典第三五五条「売主が商品の引渡しについて遅滞にあるときは、買主は、遅延した履行に基づく損害賠償とともに履行を請求し、又は履行に代えて不履行に基づく損害賠償を請求し、又はあたかも契約が締結されなかったかのように契約から離脱する (abgehen) ことができる。」
- (25) ドイツ普通商法典第三五七条第一項「商品が精確に一定の時期又は期間内に供給されることが条件づけられているときは、第三五六条は適用されない。買主および売主は、第三五四条又は第三五五条に従って自己に帰属する権利をその選択に従って行使することができる。ただし、履行を請求しようとする者は、これを遅滞なくその時期又は期間経過後相手方に通知しなければならない。これを怠るときは、爾後履行を請求することができない。」
- (26) ドイツ普通商法典第三五九条「第三五四条、第三五五条および第三五七条の事案において、諸般の事情から、とりわけ契約の性質、契約当事者の意図又は給付目的物の性質から、契約の履行が両当事者にとって可分であるときは、契約当事者の一方は、相手方によって履行されなかった契約部分に関してだけ離脱することができる。」
- (27) Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Bd. II, (Leipzig, 1882), S. 672, 735.
- (28) Endemann, a. a. O., S. 674.

- (29) 解除訴権 (actio redhibitoria) の詳細については、Leser, a. a. O., S. 41ff. を参照。
- (30) Endemann, a. a. O., S. 674.
- (31) Endemann, a. a. O., S. 674.
- (32) ドイツ普通商法典第三四七条「商品が他の場所に送付されるときは、通常の営業活動上なしうる限り、買主は、引き渡された後遅滞なく商品を検査し、それが契約又は法律（第三三五条）に従ったものとは認められないときは、売主にそれをただちに通知しなければならぬ。
- 買主がこれを怠るときは、通常の営業活動によれば、ただちに検査をしても知ることができなかった瑕疵でない限り、商品は承認されたものとみなされる。
- そのような瑕疵が後に判明したときは、瑕疵を発見した後遅滞なく通知しなければならない。これに違反したときは、これらの瑕疵に関しても、商品は承認されたものとみなされる。
- 前項の規定は、送付された商品の瑕疵が通常の吟味又は通常の検査では知ることができなかったものである限り、吟味売買、試験売買又は見本売買にも適用される。」
- (33) 適切な通知の懈怠は、単に商品の承認を推定するのではなく、擬制する (Puchelt, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Bd. II, 4. Aufl., (Leipzig, 1894), §347, Anm. 12 a.)。
- (34) Puchelt, a. a. O., §347, Anm. 1 b, 12 a; Endemann, a. a. O., S. 678.
- (35) 種類物売買において瑕疵ある商品が引き渡された場合に、買主がそれを履行として承認しないならば、買主は商品の受領を拒絶することができ、改めて義務の履行を求めることができた。しかしながら、この買主の受領拒絶は、瑕疵ある商品の給付はそもそも契約に従った履行ではない、ということから認められたものであり、離脱の効果として認められたわけではなかった。
- (36) Puchelt, a. a. O., §335, Anm. 9. なお、離脱に基づく買主の売買代金の返還請求権について言えば、ドイツ普通商法三五五条と異なっており、ドイツ普通商法典の第二草案においては、明文上それが認められていた。

ドイツ普通商法典第二草案第三三三条「売主が商品の引渡しにつき遅滞にあるときは、買主は、遅れた履行に基づく損害賠償とともに履行を請求し、又は給付されたものを返還請求して契約から離脱し、かつ、損害賠償を請求することができる。」

もともと、このような文言の変更は、離脱に基づく買主の売買代金の返還請求権を排除する趣旨ではなかった。それについて Schubert, Protokolle zum ADHGB, Bd. 9, S. 4594ff.; Jakobs, Gesetzgebung, S. 58; Beinert, a. a. O., S. 180, を参照。

- (37) それに「*es ist*」 Schubert, Protokolle zum ADHGB, Bd. 2, S. 625ff. および杉本好央『ドイツ民法典における法定解除制度に関する一考察(三)——解除制度の基礎的研究(その一)——』『東京都立大学法学会雑誌』四二巻二号(二〇〇二年)一八四頁を参照。

- (38) それに「*es ist*」 Jakobs, Gesetzgebung, S. 58, を参照。

- (39) Jakobs, Gesetzgebung, S. 58; Beinert, a. a. O., S. 180; Kaiser, a. a. O., S. 22f.

- (40) Leser, a. a. O., S. 14, 28f.; Mont, a. a. O., S. 57.

- (41) 第一委員会は、解除を損害賠償とは対立するものであると考え、そのため、解除が認められる場合には、損害賠償請求権は排除されなければならないと考えた(Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenfassung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, (Berlin, 1978), S. 273.)。

- (42) Mugdan, a. a. O., S. 641.

ドイツ民法典旧第三二六条「双務契約において当事者の一方がその負担する給付につき遅滞にあるときは、相手方は、給付の実行につき相当の期間を定め、この期間経過後は給付の受領を拒絶する旨を表示することができる。この場合において、給付が適時になされなかったときは、相手方は、期間経過後、不履行に基づく損害賠償を請求し、又は契約を解除することができる。この場合には履行の請求をすることができない。給付の一部が期間の経過までになされないときは、第三二五条第一項第二文の規定が準用される。契約の履行が遅滞に基づいて相手方にとって何ら利益を有さないときは、相手方は、期間を定めることを要せずに前項に定められた権利を有する。」

- (43) Mugdan, a. a. O., S. 641.

- (44) Mugdan, a. a. O., S. 641.

- (45) Mugdan, a. a. O., S. 642.

- (46) しかしながら、旧法において、ドイツ民法旧三二六条の適用は、双務契約一般に認められたにもかかわらず、すでに述べたように、ドイツ旧民法典の起草者たちは、ドイツ民法旧三二六条の起草過程において、遅滞に基づく解除の準則は、主として売買および交換に關してだけ重要であると考えていた(Mugdan, a. a. O., S. 641.)、実際上もその有効性は限定的であったということができる(それについて、前注(14)を参照)。

- (47) ドイツ民法典旧第三四六条「契約において当事者の一方が解除を留保した場合において、解除が行われるときは、両当事者は、受領した給付を互いに返還する義務を負う。給付された労務および物の利用の供与については、その価額を返還し、又は契約において反対給付が金銭で定められているときは、これを支払わなければならない。」
- (48) ドイツ民法典旧第三二七条「約定解除権に関する第三四六条ないし第三五六条の規定は、第三二五条、第三二六条に定められた解除権に準用される。解除が相手方の責めに帰すべき事由に基づいてなされるときは、相手方は、不当利得の返還に関する規定に従って責任を負う。」
- (49) なお、解除の法的性質について言えば、改正前ドイツ民法典の起草者たちは、解除の独自性を肯定し、しかも法律において解除の効果の規定したにもかかわらず(ドイツ民法旧三四六条以下)、解除の法的性質に関して如何なる理論をとるかという問題を立法では解決せず、この問題の解決を判例および学説に委ねたのである(Müggen, a. a. O., S. 727)。かつての支配的な見解は、解除によって、まだ履行されていない給付義務だけでなく、契約関係全体が、しかも遡及的に消滅すると理解していた(RGZ50, 266; 71, 277; Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., (Tübingen, 1958), §38III; Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Das Recht der Schuldverhältnisse, Bd. I, 5. Aufl., (Berlin, 1928), §346, 2a; Soergel/R. Schmidt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Schuldrecht I, 10. Aufl., (Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1967), vor §346, Rdnr. 4)。¹⁾しかしながら、その後、支配的な見解は、解除は、取消や解除条件の成就と異なつて、契約関係を消滅させず、契約関係を清算関係に変えるにすぎないと考えるに至つた(BGHZ88, 46; BGH NJW1990, 2068f.; Stoll, "Rücktritt und Schadensersatz", AcP131 (1929), S. 111; E. Wolf, "Rücktritt, Vertretensmüssen und Verschulden", AcP153 (1954), S. 106; Wunne, "Die Rechtsnatur der Rückgewährpflichten bei Rücktritt und auflösender Bedingung mit Rückwirkungsklausel", AcP168 (1968), S. 425ff.; Leser, a. a. O., S. 150ff., 157ff.)。もともと、山中は、ドイツ旧民法典において重要なものは、解除によって原状回復の債権関係が発生することであり、および解除によって不履行に基づく損害賠償請求権が発生しないということだったのであり、解除の法的性質に関して如何なる理論をとるかという問題は、解除の具体的効果の判断にはほとんど違いをもたらさなない、大して実益のない問題にすぎなかつたと指摘している(山中・前掲書注(2)一四九頁)。
- (50) Kaiser, a. a. O., S. 69.
- (51) ドイツ民法典旧第三四九条「解除は、相手方に対する意思表示によって行われる。」
- (52) ドイツ民法典旧第三二五条「双務契約に基づいて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って不能となると

は、相手方は、不履行に基づく損害賠償を請求し、又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、契約の一部履行が相手方にとって何ら利益を有さないときは、相手方は、第二八〇条第二項に従って義務全体の不履行に基づく損害賠償を請求し、又は契約全体を解除することができる。さらに、相手方は、損害賠償請求および解除に代えて、第三二三条に定められた権利を行使することができる。

給付が期間の経過までになされず、又はこの時点において給付の一部がなされないときは、同じことが第二八三条の事案に当てはまる。」

(53) ドイツ民法典旧第二七五条第一項「給付が債務関係の成立後に発生した債務者の責めに帰すべからざる事由に基づいて不能となる限り、債務者は給付義務から解放される。」

(54) 判例・学説におけるこの理解をめぐっては (RGZ54, 28; 88, 76; 107, 15; 109, 23; RG Gruchot53, 920, Nr. 57; RG JW1924, 292, 1911, 807; RG WarnR 1924, Nr. 102; Rabel, “Die Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch”, in: Gesammelte Aufsätze I, (Tübingen, 1965), S. 4ff., 9ff., 51; Zweigert, “Leistungsklage bei verschuldeter Unmöglichkeit”, Recht1908, S. 416f.; Krickmann, “Nachlese zur Unmöglichkeitslehre”, JherJb59 (1911), S. 94; Cosack/Mittels, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 8. Aufl., (Jena, 1927), S. 420f.; Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung (“Unmöglichkeit”, (Bonn, 1969), S. 67ff., 230ff.; Kohler, “§283 BGB im Prozeß”, Jus1991, S. 945; Baumgärtel/Strieder, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil und Schuldrecht BGB mit VOB, HOAI, KSchG und ProdhafG, 2. Aufl., (Köln, Berlin, Bonn, München, 1991), §275, 1, 3.)°

(55) RGZ88, 76; 91, 30; 97, 6; RG JW1919, 188; Kleinedam, Unmöglichkeit und Unvernügen, (Jena, 1900), S. 107ff., 126; Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, (Leipzig, 1900), S. 145; Scholler, “Nochmals der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B. G. B.”, Gruchot45 (1901), S. 517, 524; G Roth, “Das nachträgliche Unvernügen des Schuldners”, Jus1968, S. 101; Meincke, “Rechtsfolgen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrag”, AcP171 (1971), S. 22ff., 25; Lopau, “Besprechung von: Horst Heinrich Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung”, AcP174 (1974), S. 80; Braun, “Die Unmöglichkeit der Leistung (I. Teil)”, JA1983, S. 491; ders., “Bürgerliches Recht: Das zerbrochene Diatretglas”, Jus1988, S. 215; Gillig, Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung: ein Beitrag zum System der Vertragshaftung, (Tübingen, 1984), S. 87; Larenz, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl.,

- (München, 1987), §221; Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 12. Aufl., (München, 2000), Rdnr. 388; Fikentscher, Schuldrecht, 9. Aufl., (Berlin, New York, 1997), Rdnr. 337; Schlechtriem, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., (Tübingen, 1997), Rdnr. 293; Soergel/Wiedemann, 12. Aufl., (1990), §280, Rdnr. 30, 32f.; Staudinger/Löwisch, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse, §§255-314, Neubearbeitung 2001, (Berlin, 2001), §275, Rdnr. 58, §280, Rdnr. 2; Palandt/Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., (München, 2002), §275, Rdnr. 24, §280, Rdnr. 1.
- (56) RGZ52, 92; 106, 89; BGH WM1988, 1171; BGH NJW-RR1989, 201; BGH NJW2000, 278; Staudinger/Otto, Neubearbeitung 2001, (2001), §326, Rdnr. 149; Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht • Allgemeiner Teil, §§241-432, 4. Aufl., (München, 2001) ("MünchKommB")/Emmerich, §326, Rdnr. 93; Palandt/Putzo, §326, Rdnr. 24; Kaiser, a. a. O., S. 71. 1) わたしは「Niederländerは「履行請求権を停止するものではない」として(Niederländer, "Rückforderung der Kaufsache und Schadensersatz", in: Festschrift für E. Wahl zum 70. Geburtstag, (Heidelberg, 1973), S. 251f.)」を「履行請求権の排除を認める支配的な見解にならう」として「履行請求権を排除される根拠について」争うのである。この論者は「履行請求権の排除の根拠を債権者による受領拒絶の意思表示に求める (Soergel/Wiedemann, §326, Rdnr. 69; Staudinger/Otto, §326, Rdnr. 149.)」がたゞある論者は「履行のために設定された期間が経過したことにのみ債権者を契約に拘束するものではなく、期待されないことにより「すなわち」契約への拘束の可能性を求める (Jakobs, Unmöglichkeit, S. 57; ders, Nichterfüllung, S. 56.)」。
- (57) RGZ51, 347; 67, 314; BGH NJW1986, 661.
- (58) RGZ91, 30; RG Recht 1921, Nr. 514; 1924, Nr. 349; RG JW1925, 606; BGH WM1988, 1171; BGH NJW1988, 2877; BGH NJW-RR1995, 1327; Adler, "Zur Lehre vom Leistungsverzug beim Kauf", ZHR86 (1923), S. 73; Braga, "Der Schadensersatzanspruch nach §326 BGB und die Aufrechnung und Abtretung (§404 und §406)", MDR1959, S. 437; Wertehbruch, "Das Wahlrecht des Gläubigers zwischen Erfüllungsanspruch und den Rechten aus §326 BGB nach einer Erfüllungsverweigerung des Schuldners", AcP193 (1993), S. 192; MünchKomm/Emmerich, §326, Rdnr. 91; Staudinger/Otto, §326, Rdnr. 134, 146; Palandt/Heinrichs, §326, Rdnr. 22.
- (59) ドイツ普通商法典における離脱と比較して「ドイツ旧民法典における解除の機能の変化を次の点にも見ることができるとする。すなわち、普通法の法学者たちあるいはドイツ普通商法典の起草者たちにとって問題だったのは、債権者が債務者の遅れてなされた——その結

果、債権者にとつてもはや無益となった——給付を受領しなければならないこと、そしてそれによつて債権者が自己の反対給付を行わなければならないことであつた。そのため、すでに述べたように、普通法においても、ドイツ普通商法典においても、債務者によつて遅れてなされた給付の受領を拒絶することが債権者に認められたのである。これによつて債権者は、自己の反対給付をせずにすんだのである。

これに対して、ドイツ旧民法典は、不能に基づく解除を認めた(ドイツ民法旧三二五条)。旧法において不能に基づく解除が認められたのは、普通法のもとでは解除は損害填補手段として理解されていたが(それについて、Jakobs, Nichterfüllung, S. 51f.; ders., Gesetzgebung, S. 55ff.; Beiner, a. a. O., S. 176ff. を参照)、解除の機能をそのように理解する限り、損害が遅滞によつて生じたか、不能によつて生じたかは重要ではなく、それゆえ、遅滞におけるのと同様、履行の全部または一部不能の事案においても解除権が与えられなければならないと考えられたことによる(それについて、Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, Allgemeiner Teil, (Berlin • New York, 1980), S. 867. を参照)。しかしながら、債権者が債務者の遅れてなされた——その結果、債権者にとつてもはや無益となった——給付を受領しなければならないこと、そしてそれによつて債権者が自己の反対給付を行わなければならないことが問題であるならば、不能の事案においては、債務者が遅れて給付をしてくる可能性はないのであるから、債務者の給付の受領拒絶はそもそも問題とならないはずである。それゆえ、旧法において不能に基づく解除が認められたということは、旧法において解除は、ドイツ普通商法典——および普通法——におけるのとは異なる機能を有するに至つたと評価することができる。

(未完)

※本稿は、平成二二年度～二四年度科学研究費補助金(若手研究(B)、課題番号21730068)(研究代表・遠山純弘)および小樽商科大学地域研究会「グローバルイズムと地域経済」の成果の一部である。

**Das Rücktrittsrecht wegen Verzugs nach Fristsetzung und
die Abwicklung des Vertrags im deutschen Recht (1)**

— Ist das Rücktrittsrecht wegen Verzugs nach Fristsetzung
das Allheilmittel im Rücktrittsrecht? —

Junkou TOYAMA

I. Einleitung

II. Das Abgehen vom Vertrag im ADHGB

1. Die Entstehung des Abgehens vom Vertrag
2. Der Verzug des Schuldners und das Abgehen vom Vertrag
3. Das Abgehen vom Vertrag und die Rückgabe der Leistung
 - a) Teilleistung
 - b) Die Leistung der mangelhaften Waren
4. Der Herausgabeanspruch aufgrund des Abgehens vom Vertrag

III. Das Rücktrittsrecht wegen Verzugs nach Fristsetzung im alten BGB

1. Die Entstehung des Rücktrittsrechts wegen Verzugs nach Fristsetzung
2. Die Befreiung vom Erfüllungsanspruch

(wird fortgesetzt)