

タイトル	ドイツ法における催告解除と契約の清算(三)・完：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，46(3)：597-628
発行日	2010-12-31

ドイツ法における催告解除と契約の清算 (三)・完

—— 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
 - (ア) 一部給付
 - (イ) 瑕疵ある商品の給付
- 三 改正前ドイツ民法典における催告解除
 - (一) 離脱に基づく給付の返還請求
 - (二) 催告解除の成立
- (四) 催告解除と債権者の反対給付
 - (一) 履行請求権からの解放
 - (二) 催告解除と給付の受戻し
 - (ア) 一部給付
 - (イ) 不完全給付
 - (a) 物の瑕疵
 - (i) 特定物売買
 - (ii) 種類物売買
 - (b) 権利の瑕疵
 - (c) 付随義務の違反 (積極的債権侵害 (Die positive Forderungsverletzung))

(五) 小括

四 現行ドイツ民法典における催告解除

(一) 現行ドイツ民法典における解除法の発展

(二) 履行請求権からの解放 (以上、四六卷二号)

(三) 催告解除と給付の受戻し

(ア) 一部給付

(イ) 瑕疵ある物の給付

(ウ) 付随義務の違反

(i) 給付と関連する付随義務の違反

(ii) 給付と関連しない付随義務の違反

(四) 催告解除と債権者の反対給付

(五) 小括

五 催告解除と契約の清算

(一) 催告解除の機能

(ア) 契約からの解放手段としての催告解除

(イ) ドイツ民法典における機能の変化

(i) 催告解除の民法典への導入

(ii) 契約からの解放から契約の清算へ

(ウ) 催告解除と給付の受戻し

(エ) 小括

(二) 催告解除の適用範囲

(三) 解除と給付の受戻し

(四) 催告解除と重大な不履行に基づく解除

(三) 催告解除と給付の受戻し

現行ドイツ民法典は、催告解除を規定するドイツ民法三二三条一項を、債務者がそもそも給付をしない場合だけでなく、債務者が契約に従った給付をしない場合にも適用する。そのため、債務者が契約に従った給付をしない場合にも、債権者は、追完のために相当な期間を設定し、その期間内に追完がなされなときは、契約を解除することができる。

しかしそれにもかかわらず、旧法におけるのと同じく、現行法においても、債務者によって何らかの給付がなされた場合には、催告解除による契約全体の清算やなされた給付の受戻しは認められていないのである。

(7) 一部給付

たとえば、債務者が給付の一部しか履行しない場合には、債権者は、未履行部分の給付のために相当な期間を設定し、その期間内に給付がなされないときは、契約を解除することができる(ドイツ民法三二三条一項¹⁸⁾)。しかしながら、債権者は、解除権の行使によってただちになされた一部給付を受戻すことはできない¹⁹⁾。一部給付の事案において、なされた一部給付の受戻しは、債権者が一部給付について何ら利益を有さない場合にだけ認められるのである(ドイツ民法三二三条五項一文)。

なお、ドイツ民法三二三条五項一文の準則は、ドイツ民法旧三二六条一項三文および旧三二五条一項二文の準則に従ったものである¹⁸⁾。そのため、ドイツ民法三二三条五項一文における「債権者が一部給付について何ら利益を有さない場合」の判断については、ドイツ民法旧三二六条一項三文および旧三二五条一項二文において発展した考え方が当てはまる¹⁹⁾。

いずれにせよ、ドイツ民法三二三条一項に基づく期間設定は、まだなされていない給付についてだけ意味を有しているものであり、催告解除によってに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いのである。

(イ) 瑕疵ある物の給付

ドイツ民法三二三条一項は、給付遅延の場合だけでなく、債務者が契約に従った給付をしない場合にも適用される。法律は、債務者が「契約に従って給付をしない」という表現で、不完全給付の事案を想定している。不完全給付の主たる事案は、債務者が瑕疵ある物を給付した場合であるが、旧法下における積極的債権侵害の一類型であるドイツ民法二四一条一項の意味における付随義務の違反もドイツ民法三二三条一項における債務者が「契約に従って給付をし

ない」場合に含まれる。⁽¹⁵⁾

現行法によれば、瑕疵ある物の給付は、もはや債務の履行とは認められない(ドイツ民法四三三条一項二文)⁽¹⁶⁾。そのため、買主の履行請求権は、瑕疵ある物の給付後も存続する。買主は、追完のための期間を設定することができ、この期間内に追完がなされないときは、契約を解除することができる(ドイツ民法三二三条一項)。しかしながら、買主は、この場合にただちに契約を解除し、瑕疵ある物を売主に受戻すことができるわけではない。瑕疵ある物が給付されたときであっても、義務違反が軽微(unerheblich)な場合には、買主は、契約を解除することができないのである(ドイツ民法三二三条五項二文)。

もともと、ドイツ民法三二三条五項二文における「義務違反が軽微なとき」をどのように理解するかについては問題がある。この問題は、ドイツ民法三二三条五項二文における「義務違反が軽微なとき」とドイツ民法旧四五九条一項二文における「価値又は適性の軽微な(unerhebliche)減少」との関係をどのように理解するか、という問題にかかわる。

多数説によれば、ドイツ民法三二三条五項二文における「義務違反が軽微なとき」は、ドイツ民法旧四五九条一項二文における「価値又は適性の軽微な減少」に相応する。⁽¹⁷⁾そのため、この見解によれば、ドイツ民法三二三条五項二文における「義務違反が軽微なとき」の判断は、ドイツ民法旧四五九条一項二文における「価値又は適性の軽微な減少」の判断において発展した考え方が当てはまる。⁽¹⁸⁾

これに対して、ドイツ民法三二三条五項二文における「義務違反が軽微なとき」の判断とドイツ民法旧四五九条一項二文における「価値又は適性の軽微な減少」の判断とは異なる、とする見解も有力に主張されている。⁽¹⁹⁾旧法においては、瑕疵が軽微な場合には、買主は、瑕疵に基づくすべての権利を失った(ドイツ民法旧四五九条一項二文)。その

ため、買主は、解除(Wandlung)の権利だけでなく、減額請求権も失った。それゆえ、瑕疵の軽微性は、「裁判官はささいなことは考慮しない」という原則を具体化したものとして嚴格に解釈されていた⁽¹⁶⁾。しかしながら、現行法においては、義務違反の軽微性は、もはや減額請求権とは関係がなく、解除権のみにかかわる(ドイツ民法三二三条五項二文)。そこで、この見解の論者は、この旧法と現行法との違いに基づいて、義務違反の軽微性のハードルは、ドイツ民法旧四五九条一項二文におけるそれよりも明らかに高い、とする⁽¹⁷⁾。そして、この見解においては、義務違反の軽微性の判断について、包括的な利益衡量ということが強調され、契約の清算が債務者にとって過度に負担をかけ、経済的にも不利益であるときは、義務違反は軽微であるとされる⁽¹⁸⁾。ここに契約に従った給付がない場合における義務違反の軽微性の判断と一部給付における利益消滅や付随義務違反における期待不可能性の判断との類似性を見ることができるのである。

このように、ドイツ民法三二三条五項二文における「義務違反が軽微なとき」とドイツ民法旧四五九条一項二文における「価値又は適性の軽微な減少」との関係については、見解の対立があるが、いずれにせよ、現行ドイツ民法典において、契約に従った給付がなされない場合には、ドイツ民法三二三条一項に基づく催告解除によってただちに瑕疵ある給付の受戻しが認められるわけではないのである⁽¹⁹⁾。瑕疵ある物の受戻しは、義務違反が軽微でない場合に認められるのであり、その限りでは、この場合にも期間設定やその期間の徒過は、まだなされていない追完について意味を有しているのである⁽²⁰⁾。

(ウ) 付随義務の違反

現行法は、旧法と異なつて、付随義務の違反に基づく解除について特別の規定を有する。

とはいえ、付随義務の違反に基づく契約の解除について、ドイツ民法二四一条一項の意味における付随義務、すなわち、給付と関連する付随義務の違反と、ドイツ民法二四一条二項の意味における付随義務、すなわち、給付と関連しない付随義務の違反とが区別される。

(i) 給付と関連する付随義務の違反

債務者がドイツ民法二四一条一項⁽¹⁶⁾の意味における付随義務、いわゆる給付と関連する付随義務に違反した場合にも、ドイツ民法三二三一条一項が適用される⁽¹⁶⁾。債務者が給付と関連する付随義務の履行をしない場合に、債権者は、その履行のために期間を設定し、その期間内に履行がなされなければ、契約を解除することができる（ドイツ民法三二三一条一項）。

もともと、債権者は、これによつてただちに契約全体を清算したり、なされた給付を受戻したりすることはできない。付随義務の違反は、契約に従つた給付ではないから、この場合における契約全体の清算やなされた給付の受戻しは、ドイツ民法三二三条五項二文の制限のもとで認められるのである。

(ii) 給付と関連しない付随義務の違反

これと区別されるのは、債務者がドイツ民法二四一条二項⁽¹⁶⁾の意味における付随義務、いわゆる給付と関連しない付随義務に違反した場合である。債務者が債権者の権利、法益および利益に配慮する義務、すなわち、いわゆる保護義務⁽¹⁶⁾に違反した場合には、債権者は、ドイツ民法三二四条に基づいて契約を解除することができる。これらの義務は、特定の時期に履行期が到来するわけではなく、通常、訴求することができない⁽¹⁶⁾。それゆえ、ここでは期間設定は意味を

有さない。

これらの義務違反の効果は、原則として損害賠償である。⁽¹⁸⁾ もつとも、債権者を契約に拘束することがもはや期待されない場合には解除が認められる(ドイツ民法三二四条)。

なお、債権者を契約に拘束することがもはや期待されないか否かは、旧法のもとで判例が積極的債権侵害に基づく解除に関して発展させた考え方が当てはまる。⁽¹⁹⁾

なお、一部の学説によれば、期待不可能性は、原則として債権者による催告(Abmahnung)を前提とする。⁽²⁰⁾ それでもやはり、ドイツ民法三二三条一項に相応する期間の設定は考慮されない。⁽²¹⁾ なぜなら、ドイツ民法三二四条においては、給付の請求は問題とならず、同条に違反した行動を終了させることが問題だからである。

いずれにせよ、給付と関連しない付随義務の違反の事案においては、そもそも履行のための期間設定は問題とならないのであり、そのため、ドイツ民法三二三条一項の適用は問題とならないのである。

(四) 催告解除と債権者の反対給付

現行法は、旧法におけるのと同じく、解除による各契約当事者のなされた給付の返還義務を認めている(ドイツ民法三四六条一項)。

もつとも、旧法は、すでに述べたように、法定解除の効果に関する規定を有しておらず、約定解除の効果を法定解除に準用していた(ドイツ民法三二七条一文)。これに対して、現行法は、解除の効果を約定解除および法定解除に共通するものとして規定している(ドイツ民法三四六条一項)。

また、旧法のもとでは、解除と債権者の反対給付義務からの解放について見解の対立があった。支配的な見解によれば、債権者は、ドイツ民法旧三二六条一項二文後段に従って設定された期間の徒過によって履行請求権から解放され、そして、双務契約における両債務の牽連性に基づいて履行請求権から解放された時点で自己の反対給付義務から解放された。⁽¹⁷⁾ その結果、債権者は、契約を解除しなくても自己の反対給付義務から解放された。

これに対して、現行法は、履行や追完のために設定された期間の徒過によっては債権者を履行請求権から解放しない。⁽¹⁸⁾ 履行や追完のために設定された期間が徒過しても、履行請求権は存続し、債権者は、解除の意思表示によって初めて履行請求権から解放される。それゆえ、現行法のもとでは、債権者の反対給付義務からの解放も債権者による解除権の行使に依存することとなったのである。⁽¹⁹⁾

(五) 小括

現行ドイツ民法典は、催告解除の適用範囲を拡張した。催告解除を規定するドイツ民法三二三条一項は、債務者が給付を遅延した場合だけでなく、契約に従って給付をしない場合、すなわち、瑕疵ある物を給付した場合や付随義務の履行をしない場合にも適用される。しかも、旧法におけるのと同じく、催告解除にその他の解除原因に基づく解除と同じ効果が付与されている(ドイツ民法三四六条一項)。それにもかかわらず、現行法は、旧法と同じく、さまざまな制限によって、その効果を実質的には債務者の給付や追完を待つことから債権者を解放すること、および債権者がした反対給付の返還請求を認めることにとどめている。

たとえば、債務者が給付の一部しか履行しない場合にも、ドイツ民法三二三条一項が適用されるにもかかわらず、

一部給付が債権者にとって何ら利益を有さない場合にしか債権者は契約全体を解除することができない(ドイツ民法三二三条五項一文)。また、債務者が瑕疵ある物を給付したり、給付と関連する付随義務に違反したりした場合にも、同じくドイツ民法三二三条一項が適用されるにもかかわらず、義務違反が軽微なときは、債権者は契約を解除することができない(ドイツ民法三二三条五項二文)。

つまり、債務者によって何らかの給付がなされた場合には、現行法においても、催告解除による契約全体の清算やなされた給付の受戻しは認められていないのである。その限りでは、現行法においても、債権者による期間設定は、まだなされていない給付や追完についてだけ意味を有しているのであり、すでになされた給付については意味を有さないのである。

もともと、現行法における催告解除の機能が旧法のそれとまったく同じであるわけではない。旧法においては、履行のために設定された期間内に債務者が履行しない場合には、債権者は、契約を解除しなくても、履行請求権から解放された(ドイツ民法旧三三六条一項二文後段)。また、支配的な見解によれば、この場合には双務契約における両債務の牽連性に基づいて、契約を解除しなくても、債権者の反対給付義務も消滅した。それゆえ、驚くべきことに、旧法のもとでは、催告解除は、解除の基本的な効果である債権者を契約から解放するという効果を有さなかったのである。これに対して、現行法のもとでは、履行や追完のために設定された期間の徒過によつては、債権者は、債務者の給付を待つことから解放されない。設定された期間の徒過後も履行請求権は存続する。そして、債権者は、解除の意思表示によつて初めて履行請求権から解放されるのである。また、その結果、債権者の反対給付義務からの解放も債権者による解除権の行使に結び付けられることとなったのである。このように、現行法においては、否、正確に言えば、現行法において初めて、催告解除は、債権者を契約から解放するという効果を有することとなったのである。

五 催告解除と契約の清算

(一) 催告解除の機能

それでは、わが民法五四一条が規定する催告解除は如何なる機能を有すると考えるべきであろうか。

もともと、ドイツ法における催告解除の発展を見る限り、その発展は複雑である。それゆえ、催告解除の発展の歴史から、催告解除とはこのようなものである、といった明確な機能を見出すことは難しい。しかしそれでもなお、催告解除の機能を検討するうえで重要な観点を見出すことができないわけではない。

(ア) 契約からの解放手段としての催告解除

催告解除は、ドイツ普通商法典における離脱 (Abgehen) に由来する。ドイツ普通商法典は、商取引において、契約相手方が債務の履行をしない場合に、他方当事者に迅速に代替取引の可能性を与えるために、商事売買における遅滞の事案について、履行のための期間の設定とその期間の徒過によって契約当事者の契約からの解放を認めた (ドイツ普通商法三五四条ないし三五六条)。債務者が給付をしないといえ、債権者が第三者との間で代替取引を行うことは、債権者にとって、債務者が遅れて履行し、その結果、自己の給付を行わなければならないというリスクを伴う。もともと、このリスクについては、普通法においてすでに、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、債務者の給付の受領を拒絶することが債権者に認められていた。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。⁽¹⁶⁾そこで、履行のための期間の設定とそ

の期間の徒過という簡易で、比較的明確な手続きのもとで、債権者に給付の受領拒絶を認めることによって、債務者の遅れた給付を受領しなければならないリスクから債権者の保護を図ったのがドイツ普通商法典における離脱であった。

とりわけここで次のことが注目されるべきである。すなわち、受領拒絶という効果それ自体は、すでに普通法において認められており、そのため、ドイツ普通商法典の起草者たちにとっては、債権者に迅速な代替取引を可能とするために、この受領拒絶を如何なる要件のもとで認めるか、ということが問題だったということである。そして、ドイツ普通商法典の起草者たちは、それを期間の設定およびその期間の徒過で認めうると考えたのであり、かつ、それだけを考えたのである。つまり、履行のための期間の設定とその期間の徒過という要件は、本来、債権者の履行請求権からの解放や受領拒絶という効果に結び付けられていたのである。

実際、ドイツ普通商法典においては、離脱は、契約を消滅させるものとして考えられたにもかかわらず、⁽¹⁷⁾ 離脱に基づくでなされた契約の清算の問題は、未解決のままとされたのである。⁽¹⁸⁾ 否、それどころか、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おける離脱を排除することによって、離脱に基づいて生ずる契約の清算の問題を回避しようとさえしたのである。⁽¹⁹⁾

(イ) ドイツ民法典における機能の変化

ドイツ民法典は、履行のための期間の設定とその期間の徒過による契約の解除を認める（ドイツ民法旧三二六条一項、現行ドイツ民法三二三条一項）。右に述べたように、ドイツ普通商法典においては、履行のための期間設定とその期間の徒過は、債権者を契約から解放し、その結果、債権者に給付の受領拒絶を認めるという効果と結び付けられて

いた。これに対して、ドイツ民法典においては、履行のための期間設定とその期間の徒過の効果はそれだけにとどまらない。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ていた解除によるなされた契約の清算を認めるのである（ドイツ民法旧三二七条一文、旧三四六条一文、現行ドイツ民法三四六条一項）。

そこで、ドイツ民法典におけるこのような発展が本来催告解除に与えられていた機能に如何なる影響を与えたかということが問題となる。以下では、それぞれの問題を順次検討していこう。

(i) 催告解除の民法典への導入

われわれは、まず、最近までほとんど意識されてこなかった問題を取り上げよう。すなわち、催告解除、より正確に言えば、履行のための期間設定とその期間の徒過によって債権者を契約から解放する、という考え方が民法典に採り入れられたことによって、催告解除がその機能に関して如何なる影響を受けたか、という問題である。⁽¹⁸⁾

履行のための期間の設定とその期間の徒過によって債権者を契約から解放する、という考え方は、本来、商事売買について発展してきたものである。商取引において、普通法において認められていた無益性に基づく債権者の受領拒絶は、さまざまな不都合をもたらしたのであり、この不都合を解消し、簡易で、比較的明確な手続きのもとで債権者の履行請求権からの解放を認めることによって、債権者に迅速に代替取引の可能性を与えたのが離脱であった。しかしながら、履行のための期間設定とその期間の徒過によって債権者を債務者の給付を待つことから解放する、という考え方が民法典に採り入れられたことによって、いまやこの考え方は、商取引以外の取引においても当てはまることとなったのである。もちろん、そこにおいては、商取引においてよりも迅速な取引の要請はそれほど強くはなからう。⁽¹⁹⁾ そのため、履行のための期間設定とその期間の徒過によって債権者を債務者の給付を待つことから解放する、という

考え方が民法典に採り入れられたことによって、この考え方を支える基盤は大きく揺るがされたのである。

それでもなお、近時の学説は、この考え方の適用を商取引について認めることによって、何とかその崩壊を防ごうとしている^⑧。

しかしながら、われわれは、履行のための期間設定とその期間の徒過によって債権者を契約から解放する、という考え方が民法典に採り入れられたこと、それゆえ、その考え方が商取引以外の取引にも適用されるようになったことをもつと熟慮すべきである。

債権者に迅速に代替取引の可能性を与えるとはいえ、債務者の不履行があれば、ただちに債権者は契約から解放されるわけではなく、履行のための期間設定とその期間の徒過が必要とされる。では、何故履行のための期間設定とその期間の徒過によって債権者は契約から解放されるのであろうか。これについて文献において主張されているところによれば、期待不可能性にその根拠を見出すことができる^⑨。つまり、こういうことである。債務者が債務の履行をしないため、債権者が履行のために必要な期間を債務者に付与した。それにもかかわらず、債務者がなお履行をしない。この場合に、債務者がその後履行をすることはほとんど考えられない。そのため、債権者がそれ以上債務者の給付を待つことは期待されない。それゆえ、債権者は債務者の給付を待つことから解放される、というのである。

そして、債権者の解放の根拠がまさにこのような考え方に基礎をおくのであれば、商取引以外の取引においてこの考え方が否定されるべきであらうか。たとえば、私人間取引において、債務者が履行期に履行をしない。そこで、債権者は、債務者に履行のために必要な期間を付与した。それにもかかわらず、債務者は履行しない。この場合に、その後、債務者が履行をするという可能性がどれほどあるというのであろうか。もしその可能性がほとんどないのであれば、そのような契約になお債権者を拘束しておく必要があるのだろうか。それでもなお、債権者を契約に拘束する

とするならば、はたしてその理由は何か。何故商取引ではないというだけで、債権者は、履行の可能性のほとんどない契約に永遠に拘束されなければならないのであろうか。おおよそそれについて合理的な理由を見出すことはできない。つまり、商取引において債権者の解放を認める基礎にある考え方は、まさしくそれ以外の取引においても当てはまるのである。ドイツ民法典の起草者たちがドイツ普通商法典におけるのとほぼ同様の理由から、履行のための期間設定とその期間の徒過によって債権者を契約から解放する、という考え方を民法典に採り入れたのは、まさしくこの基礎の共通性によるのである。⁽¹⁸⁾

その限りでは、履行のための期間設定とその期間の徒過によって債権者を契約から解放する、という考え方が民法典に採り入れられたことそれ自体は、ドイツ普通商法典において形成された観念にほとんど影響を与えなかったのである。

(ii) 契約からの解放から契約の清算へ

それでもやはり、ドイツ民法典は、催告解除について明らかな機能の変化をもたらしたのであり、期間の設定とその期間の徒過になされた給付を清算するという効果も結び付けたのである。⁽¹⁹⁾

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となっていた解除による契約の清算、すなわち、なされた給付の返還を認める(ドイツ民法旧三七七条、旧三四六条一文、ドイツ民法三四六条一項)。これによって、解除は、単なる契約からの解放手段としてだけでなく、契約の清算手段としても機能することとなったのである。否、それどころか、今日では、解除の解放機能は重要性を失い、清算機能こそが解除の重要な機能とされているのである。⁽²⁰⁾ われわれは、ここに解放手段としての解除から清算手段としての解除という解除の機能の大きな転換を見ることができ

のである。

もちろん、ドイツ民法典における解除の効果の一般化によって（ドイツ民法旧三二七条、旧三四六条一文、ドイツ民法三四六条一項）、催告解除も、単なる解放手段としてだけでなく、清算手段としても機能することとなったのである。しかしながら、ドイツ民法典の起草者たちは、催告解除に契約の清算機能を一般的に付与したにもかかわらず、それでもなお、催告解除について解放機能よりも清算機能が重要であるとは考えていなかったであり、単にその本来の目的と抵触しない限りで、催告解除の機能の拡張を認めたにすぎないのである。⁽⁸⁾ すなわち、ドイツ民法典の起草者たちは、債権者が履行請求権から解放された限りで、債権者に反対給付の返還請求を認めたにすぎないのである。

それゆえ、ドイツ民法典が履行のための期間設定とその期間の徒過によって、債権者を履行請求権から解放するだけでなく、さらに、契約の清算をも認めたとしても、それでもなお、その効果として重要なのは、依然として、債権者を債務者の給付を待つことから解放する、ということなのであり、契約の清算は、あくまで債権者が履行請求権から解放されたことによる副次的な効果にすぎないのである。

(ウ) 催告解除と給付の受戻し

このことから明らかなように、ドイツ民法典において、履行のための期間設定とその期間の徒過によって、契約の清算も認められるにもかかわらず（ドイツ民法旧三二七条、旧三四六条一文、ドイツ民法三四六条一項）、それでもなお、それによつては、なされた給付の受戻しは認められていないのである。債務者によつて何らかの給付——もちろん、それは契約に従ったものではないが——がなされた場合に、契約全体の清算やなされた給付の受戻しは、さらなる要件のもとで認められるのである。

たとえば、債務者が給付の一部しか履行しない場合にも、催告解除を規定するドイツ民法旧三二六条一項やドイツ民法三二三条一項が適用される。しかしながら、それによつてただちに契約全体の清算が認められるわけではなく、一部給付が債権者にとつて何ら利益を有さないときにだけ、契約全体の清算が認められる（ドイツ民法旧三二六条一項三文、旧三二五条一項二文、ドイツ民法三二三条五項一文）。また、債務者が瑕疵あるものを給付した場合にも、ドイツ民法旧三二六条一項やドイツ民法三二三条一項が適用されうるが、その場合にもなされた給付が債権者にとつて何ら利益を有さないか（ドイツ民法旧四四〇条一項、旧三二六条一項三文、旧三二五条一項二文）、義務違反が軽微でないときに（ドイツ民法三二三条五項二文）、契約全体の清算が認められる。さらに、付随義務の違反においても、改正前ドイツ民法典のもとでは、——ドイツ民法旧三二六条の類推適用によつて、追完のための期間設定とその期間の経過のもとで——債務者の義務違反によつて契約目的が危殆化され、その結果、債権者を契約に拘束することが期待されないときに、現行法のもとでは、義務違反が軽微でないときに（ドイツ民法三二三条五項二文）、契約全体の清算が認められるのである。

これによれば、一部給付や契約に従つた給付がなされない場合には、期間設定とその期間の経過や催告解除によつては、債権者の履行請求権や追完請求権からの解放が認められるにすぎず、一部給付やなされた給付の受戻しは認められないのである。この場合に契約全体の清算やなされた給付の受戻しを認めるか否かは、契約目的や物の利用目的を考慮したうえで、給付の受戻しが債務者に不当な負担を課すことにならないか否か、あるいは債権者の利益がなされた給付に対応する減額や損害賠償の請求によつて満足することができないか否かに従つて判断される。これは、契約全体の清算やなされた給付の受戻しが、場合によつては、債務者、とりわけ売主に不当な負担をもたらすからである。そのため、債務者の給付が債権者にとつて有する意味が問題とされなければならず、解除以外の他の救済手段によつ

て債権者が満足することができないか否かが問題とされるのである。

これに対して、催告解除は、もちろん、期間の長さの相当性など評価的な判断を完全に排除することはできないとしても、それでもなお、基本的にはこのような評価的な判断にはなじまない。このことは、ドイツ普通商法典における離脱がそもそも普通法における無益性に基づく受領拒絶の不都合を克服するために認められたことからすれば、何ら不思議はない。^(四)つまり、催告解除の本質は、債権者に迅速に代替取引の可能性を与えるというその本来の目的から帰結されるように、できる限り評価を要するような判断を排除し、簡易かつ明確な手続きのもとで債権者を契約から解放することにあるのである。

その限りでは、催告解除は、債務者に不当な負担を課さないために、包括的な利益衡量のもとで認められるべき給付の受戻しにはなじまないのである。そのため、これまでもそうであったし、現在でもそうであるように、催告解除による給付の受戻しは認められるべきではないのである。

(エ) 小括

以上のことから、われわれは、履行や追完のための期間の設定とその期間の徒過あるいは催告解除の効果について次のように言うことができる。

履行のための期間設定とその期間の徒過や催告解除の本質的な機能は、債権者を債務者の給付や追完を待つことから解放すること、別な言い方をするならば、契約関係を解除時点あるいは設定された期間の徒過時点の状態においてフリーズし、それによってそれ以上契約関係を進展させないことにある。^(四)催告解除による債権者がした反対給付の返還請求は、債権者が履行請求権から解放されたことによる副次的な効果にすぎない。^(四)

それに対して、履行のために設定された期間の徒過や催告解除によるなされた給付の受戻しは認められない。

解除が法律において認められたとはいえ、わが国の法秩序のもとでは、それはあくまで例外にすぎない。それゆえ、解除以外の他の救済手段によって債権者が十分に保護されるのであれば、例外としての解除を認める必要はない。^(四) また、わが国の判例・学説は、奇跡的に催告解除による給付の受戻しについて適切な理解に至ったのであり、一部給付や付随義務の違反の事案においては、期間設定とその期間の徒過では契約全体の清算やなされた給付の受戻しを認めず、なされた給付では契約目的を達成することができない場合にだけ契約全体の清算やなされた給付の受戻しを認めているのである。^(五) さらに、催告解除は、そもそもまだなされていない履行請求権からの債権者の解放について発展してきたものであり、その結果、給付が債権者にとって如何なる意味を有するか、という問題や解除以外の他の救済手段によって債権者が満足しうるか、という問題を考慮する枠組みを持ち合わせておらず、むしろ、そのような困難な判断を要する要素を催告解除の要件に持ち込むことは、事柄の性質に適合的ではない。それゆえ、債務者の不利益を考慮し、債務者の給付が債権者にとって有する意味や解除以外の他の救済手段によって債権者が満足しうるかを考慮しなければならぬ給付の受戻しの問題を、それらの要素を考慮する枠組みを持たず、また考慮すべきでない催告解除によって解決することは妥当ではないのである。^(六)

(二) 催告解除の適用範囲

それでは、履行のために設定された期間の徒過や催告解除による契約からの解放は、如何なる場合に認められるのであろうか。履行のために設定された期間の徒過や催告解除の主たる機能が債権者を債務者の給付を待つことから解

放することにあるとするならば、履行のために設定された期間の徒過や催告解除は、さしあたり債務者の給付や追完など、債務者の給付が問題となる場合、しかも、まだなされていない給付についてだけ問題となる。わが国の判例・学説は、偶然にもこの結論に至ったのであり、——民法五四一条は、本来、主たる債務の遅滞もしくは遅延を予定しているにもかかわらず——一部給付や不完全履行の事案においても、民法五四一条の適用を認めるのである^(四)。それでもやはり、それは、偶然だったのであり、それだけに質が悪い。こともあろうに、判例・通説は、一部給付や不完全履行の事案に民法五四一条の適用を認めたことによつて、それによつてもたらされる不都合を解消するために、一部給付や不完全履行の事案における解除の要件論に債務の内容に関する議論や契約目的の不達成の概念を持ち込んだのである^(五)。おおよそ催告解除の機能が理解されていない。何故債権者が債務者の給付を待つことから解放されるために、債務の内容や契約目的を達成しうるか否かを問題としなければならないのであろうか。そもそもこのような困難な判断を要する要素を催告解除の要件論に持ち込むことは、催告解除の本質に反するのではなかったか。債務者が履行期になつても履行しない。そこで、債権者は、債務者に履行や追完のために必要な期間を付与した。それにもかかわらず、債務者は履行しない。そうであれば、債権者は、もうその履行や追完はいらないと言える。それに加えてせいぜい自分がした給付を返してくれと言える。まさにこれが履行のために設定された期間の徒過や催告解除の効果なのである。何故履行や追完のために設定された期間内に債務者が履行や追完をしなくてもかわらず、それが付随義務であれば、債権者の解放は認められず、債権者は、永遠に債務者の履行や追完を待たなければならないのであろうか。何故この場合に債権者が第三者から追完を受ける可能性が否定されなければならないのであろうか。まさしくこれが履行のために設定された期間の徒過や催告解除による債権者の解放が認められた本来の目的ではなかったのか。つまり、民法五四一条の文言がそうであるように、同条の適用や同条に基づく解除について債務の内容や契約目的

の不達成を問題とする必要はないのである。それらは、契約全体の清算やなされた給付の受戻しが問題となる場合に問題となるのである。⁽¹⁹⁾

もつとも、給付や追完の請求が問題となる場合に履行のために設定された期間の徒過や催告解除による解放が認められるとしても、だからと言って、それが問題となるすべての場合においてそれが認められるわけではない。

履行のために設定された期間の徒過や催告解除による債権者の解放は、ドイツ普通商法典においては、売買（ドイツ普通商法三五四条、三五五条）、ドイツ民法典においては、双務契約とはされているが（ドイツ民法旧三二六条一項、ドイツ民法三二三条一項）、それでもなお、催告解除が機能するのは、主として売買契約である。⁽²⁰⁾ 実際、ドイツ民法典の起草者たちもそう考えた。つまり、ドイツ普通商法典の起草者たちやドイツ民法典の起草者たちは、売買において債権者の履行請求権からの解放や給付の受領拒絶を履行や追完のための期間設定とその期間の徒過で認めようと考えるとすぎない。ドイツ普通商法典の起草者たちは、離脱について契約からの解放以上の効果を考えていなかったし、また、ドイツ民法典の起草者たちも、たしかに設定された期間の徒過による履行請求権からの解放の結果として、債権者がした反対給付の返還請求を肯定したものの、それでもなお、それ以上の効果を、すなわち、なされた給付の受戻しを期間の設定とその期間の徒過で認めようとは考えていなかった。さらに、解放が問題となる場合であっても、実際、賃貸借においては、解約告知によつて解除を制限しているように、売買と異なる事案において同じ要件で債権者の解放を認めようとは考えていなかった。加えて、ドイツ普通商法典の起草者たちも、ドイツ民法典の起草者たちも、売買においても、債権者の解放を履行のための期間設定とその期間の徒過で認めようと考えるとすぎず、それらの要件でなければ解放は認められないと考えたわけではない。つまり、履行のために設定された期間の徒過や催告解除による債権者の解放は、一つの解放手段にすぎないのである。そうであるならば、すでにわが国の判例・学説がそ

うしているように、ある事案の諸事情に適合的な解除準則を發展させることは、判例・学説による法發展に委ねられていると考えるべきである。

それゆえ、ある状況において履行のための期間設定とその期間の徒過のみによつて債権者の履行請求権からの解放を認めることが妥当ではないと考えられるのであれば、一部給付や付随義務の違反における契約目的の不達成や賃貸借契約における信頼関係破壊法理⁽²⁰⁾のように、契約の解除をさらなる要件のもとで認めることも否定されるべきではないのである。また、催告においてそもそも期間が定められなかった場合や付与された期間が不当なものである場合における解除、債務者の履行拒絶の意思が明らかの場合においてまだ催告期間を経過していない場合における解除⁽²¹⁾あるいは賃貸借契約における無催告解除のように、必ずしも民法五四一条の要件が満たされていない場合であっても、当該事案の事情のもとで解除を認めるべきであると考えられるのであれば、同条の要件を満たしていないことをもつて解除が否定されるべきではないのである。もちろん、これらの解除準則を民法五四一条に基づく解除の例外と位置づける必要もない。

(三) 解除と給付の受戻し

これまで述べてきたところによれば、催告解除の主たる機能は、債権者を債務者の給付を待つことから解放することであり、一部給付や契約に従った給付がなされない場合など、債務者によって何らかの給付がなされた場合には、履行のために設定された期間の徒過や催告解除による契約全体の清算や給付の受戻しは認められない。それでは、一部給付や契約に従った給付がなされない場合に、如何なる要件のもとで契約全体の清算や給付の受戻しが認められる

のであろうか。

たとえば、ドイツ民法典においては、すでに見たように、一部給付が債権者にとって何ら利益を有さない場合（ドイツ民法旧三二六条一項三文、旧三二五条一項二文、ドイツ民法三二三条五項一文）、瑕疵が軽微でない場合（ドイツ民法旧四五九条一項二文）や債務者の義務違反が軽微でない場合（ドイツ民法三二三条五項二文）あるいは債務者の義務違反によって契約への拘束が債権者に期待されない場合（ドイツ民法三二四条）に、契約全体の清算が認められている。⁽²⁶⁾

これらの要件の判断に当たって、一部給付における利益消滅と付随義務の違反における期待不可能性の判断基準については、共通性を見出すことができ、⁽²⁸⁾そこでは包括的な利益衡量のもとで契約目的が達成されるか否かが重視されている。⁽²⁹⁾これは、これらの場合における契約全体の清算が、債務者、とりわけ売主に不当な負担をもたらすからである。⁽³⁰⁾そのため、売主の給付が買主にとって有する意味が問題とされなければならず、解除以外の他の救済手段によって買主が満足することができるかどうかの問題とされなければならないのである。

これに対して、瑕疵ある物が給付された場合における契約の清算については、状況は異なる。改正前ドイツ民法典のもとでは、瑕疵ある物が給付された場合には、瑕疵が軽微でないときに契約の清算が認められたが（ドイツ民法旧四五九条一項二文）、この瑕疵の軽微性の判断に際しては、買主の目的物の利用目的が重視され、⁽³¹⁾また、瑕疵の軽微性は、「裁判官はさやいなこととは考慮しない（de minimis non curat praetor）」という原則を具体化したもの（Bagatellgrenz）にすぎず、⁽³²⁾この場合にも契約全体の清算やなされた給付の受戻しが問題であるにもかかわらず、一部給付における利益消滅や積極的債権侵害における期待不可能性ほど、高いハードルではなかった。⁽³³⁾このような利益消滅や期待不可能性と瑕疵の軽微性との判断の違いは、旧法のもとでは、瑕疵が軽微である場合には、買主は、解除（Wandelung）

の権利だけでなく、減額の権利をも失う（ドイツ民法旧四五九条一項二文）ということから正当化されていた。⁽²⁵⁾ それゆえ、解除と減額とが区別されている現行法のもとでは、たしかに、なお瑕疵ある物の給付における債務者の義務違反の輕微性（ドイツ民法三二三条五項二文）を旧法のもとにおける瑕疵の輕微性と同視する見解があるものの、⁽²⁶⁾ 利益消滅や期待不可能性と同じく、包括的な利益衡量のもとで判断される、との見解も有力に主張されており、契約の清算が債務者にとって過度に負担をかけ、経済的にも不利益であるときは、義務違反は輕微であるとされているのである。⁽²⁷⁾

このように、債務者によって何らかの給付がなされた場合における契約全体の清算やなされた給付の受戻しの基準についても、必ずしも統一的な理解があるわけではないが、それでもなお、改正前ドイツ民法典のもとにおける瑕疵の輕微性の判断においては、ある特殊な事情があったことに鑑みるならば、その表現の違いにもかかわらず、債務者によって何らかの給付がなされた場合における契約全体の清算やなされた給付の受戻しの判断に当たっては、基本的には債務者の給付が債権者にとって有する意味が問題とされるのであり、解除以外の他の救済手段によって債権者が満足することができるかどうかが問題とされるのである。そして、解除以外の他の救済手段によっては、買主が満足することができない場合に、契約全体の清算や給付の受戻しが認められるのである。

(四) 催告解除と重大な不履行に基づく解除

これまでしばしば指摘してきたように、われわれの催告解除に関する結論は、これまで解除の議論に慣れ親しんできた者にとっては、奇異に感じられるにもかかわらず、わが国の判例・学説がこれまで催告解除について認めてきた

機能と結論において一致する⁽¹⁸⁾。

しかしながら、われわれの結論と判例・学説の結論との一致は、奇跡だったのであり、そのため、判例・学説は、発症こそしなかったものの、いつ発症するともわからないウィルスを解除法の議論に潜伏させることとなったのである。そして、いままさに債権法の改正において、このウィルスによって解除法は病魔に冒されようとしているのである。

たとえば、すでに見たように、民法（債権法）改正検討委員会は、重大な不履行を一般的な解除原因としながら（改正提案【三・一・一・七七】⁽¹⁹⁾）、事業者間取引については、迅速性と解除手続きの明確性の要請から、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・一・一・七七】⁽²⁰⁾）。しかしながら、こともあろうに、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のである（改正提案同条項但書）。迅速性と解除手続きの明確性は台無しである。このように、催告とそこにおいて設定された期間の徒過による解除を認めながら、一定の場合にそれによる解除を制限するという考え方は、その表現——「契約の目的が達せられること」——こそ異なるものの、民法改正研究会の改正提案にも見ることができる（改正案四八三条一項、二項⁽²¹⁾）。催告解除の機能がおおよそ理解されていない。催告解除は、履行のための期間設定とその期間の徒過によって債権者を債務者の給付を待つことから解放し、債権者に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る。それにもかかわらず、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ぬ」とか、「契約の目的が達せられる」との主張を許すというのである。債権者に迅速に代替取引の可能性を与えるという催告解除の目的は無に帰する。

この制限の理由として、民法（債権法）改正委員会の提案要旨は、些末な付随義務の違反において契約全体の清算

を認めることの不都合を持ち出す⁽²²⁾。しかしながら、催告解除にそもそもそのような機能があるのか。これまで述べたところによれば、催告解除や設定された期間の徒過の効果は、債権者を債務者の給付を待つことから解放することにより、せいぜい債権者が履行請求権から解放された限りで、自己がした反対給付の返還を請求することができるというにすぎない。催告解除によるなされた給付の受戻しは認められないのである。そして、催告解除の第一次的な機能が債権者を契約から解放することにあるとするならば、通常の遅滞の場合と比較して、債権者が債務者によってなされない付随義務の追完から解放されるために何故重大な不履行や契約目的の不達成が要求されるのか。追完のための期間が付与されたにもかかわらず、債務者が追完をしない場合に、何故債権者が第三者から追完を受ける可能性が重大な不履行や契約目的の不達成によって制限されなければならないのであろうか。つまり、改正提案においては、解放の問題と——給付の受戻しの意味における——清算の問題とが混同されているのである⁽²³⁾。

また、民法（債権法）改正委員会の改正提案は、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では、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る（改正提案【三・一・一・七七】（二））。ここでも不完全履行や付随義務の違反の事案における催告解除による契約全体の清算を認めることに対する抵抗感が期間設定とその期間の徒過による解除に反対するのである⁽²⁴⁾。しかしながら、これでは催告解除は台無しである。否、そもそもここで問題とされているのは、催告解除ではない。ここでは重大な不履行に基づく解除が問題なのである。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。それゆえ、この場合に債権者の履行請求権からの解放を履行のための期間設定とその期間の徒過ではなく、重大な不履行に依存させるという考え方もないわけではない。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ぬのであろうか。いずれにせよ、ここで重要となるのは、履行のための期間設定とその期間の徒過の効果は、債権者の履行請求権からの解放である、ということを経前提に、事業者間取引以外の取引に催告解除の適用を認めるか否かを検討することなのである。

ドイツ民法典における解除概念の形成と催告解除の適用範囲や効果の一般化が成功であったということができるかは疑わしい。それは、一方で、ある紛争に対する解決を導くことを容易にしたが、他方で、催告解除の本来の機能を覆い隠すこととなった。もつとも、催告解除がそこにおいて発展してきたドイツにおいては、覆い隠されたところの催告解除の本来的な機能はかろうじて意識されていた。これに対して、出来上がったものを継受したにすぎないわが国においては、催告解除の本来の機能は必ずしも理解されていなかった。もつとも、判例・学説は、——もちろん、問題がなかったわけではないが——かろうじて解除や催告解除の機能を適切な方向に導いた。しかしながら、皮肉なことに、それによつてかえつて、催告解除は、混乱の中へと導かれることとなったのである。もちろん、立法論として、催告解除について、重大な不履行や契約目的の達成によつて、その適用を制限するという考え方もないわけではない。ただ、それは、もはやこれまで認められていたところの催告解除ではないのであり、それとはまったく異なる新たな解除原因であるということは意識されるべきであらう。

注

(147) もちろん、債権者は、ドイツ民法二六六条に従って一部給付の受領を拒絶することができ、受領を拒絶しても受領遅滞にはならぬ (Muthers, a.a.O., S. 112; Bamberger/Roth/Uberath, §266, Rdnr. 18; Erman/Ebert, §266, Rdnr. 5; Palandt/Grüneberg, §266, Rdnr. 10)。

(参考)

ドイツ民法典第二六六条「債務者は、一部給付をする権利を有する。」

- (148) ここでは一部解除が問題となるが、一部解除については、旧法におけるのと同じく、債権者の反対給付が可分であることも解除の要件となる (Muthers, a.a.O., S. 120, 123; Bamberger/Roth/Grotte, §323, Rdnr. 43; MünchKomm/Ernst, §323, Rdnr. 202; Staudinger/Otto, §323, Rdnr. B123)。⁹ 債権者の反対給付が不可分である場合には、契約全体の解除が問題となる。

- (149) Mont, a.a.O., S. 65f.; Muthers, a.a.O., S. 133f.; Anwk/Dauner-Lieb, §323, Rdnr. 23; Bamberger/Roth/Grotte, §323, Rdnr. 42.
(150) ドイツ民法三二三条五項一文における利益消滅の判断の詳細については、MünchKomm/Ernst, §323, Rdnr. 203; Erman/H. P. Westermann, §323, Rdnr. 26. を参照。

- (151) なお、付随義務の違反については、後述する。

- (152) ドイツ民法典第四二三条第一項第二文「売主は、買主に瑕疵のない物又は権利を供与する義務を負う。」

- (153) Anwk/Dauner-Lieb, §323, Rdnr. 24; Haas, "Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes: Kauf- und Werkvertragsrecht", BB2001, S. 1316; Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht, (München, 2002), S. 129; Medicus, Das neue Schuldrecht, (München, 2002), S. 109. などについては立法者の見解は必ずしも一致しない (たとえば、Anwk/Dauner-Lieb, §323, Rdnr. 24. を参照)。

- (154) Anwk/Dauner-Lieb, §323, Rdnr. 24.

- (155) Müller/Matthes, "Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Bestimmung der Leistung in §323v BGB bei Teilschlechtleistung und Teilleistung unter Berücksichtigung der erforderlichen Korrekturen des §281 BGB", AcP 204 (2004), S. 747f., MünchKomm/Ernst, §323, Rdnr. 243; Staudinger/Otto, §323, Rdnr. C30; Bamberger/Roth/Grotte, §323, Rdnr. 39; Erman/H. P. Westermann, §323, Rdnr. 27; Muthers, a.a.O., S. 71.

- (156) それについては、三二三(二)②を参照。

- (157) MünchKomm/Ernst, §323, Rdnr. 243.

- (158) Bamberger/Roth/Grotte, §323, Rdnr. 39; Staudinger/Otto, §323, Rdnr. C30.

- (159) Erman/H. P. Westermann, §323, Rdnr. 27.

- (160) もちろん、現行法によれば、債務者が契約に従って給付をしない場合には、追完のために設定された期間の徒過によって原則として解除が認められ、同条五項二文における義務違反が軽微であるということは、その制限にすぎない。しかしながら、義務違反が軽

微な場合には、契約を解除することができないのであるから、義務違反が軽微でないことも、消極的な意味において、契約に従った給付がなされない場合における解除の要件となる。

- (161) Mont, a.a.O., S. 88.
- (162) 、「ドイツ民法第二四一条第一項「債権者は、債務関係に基づいて、債務者に給付を請求することができる。給付は、不作為の場合もある。」
- (163) Anwk/Dauner-Lieb, §323, Rdnr. 4; Mont, a.a.O., S. 64; Muthers, a.a.O., S. 57ff.
- (164) Anwk/Dauner-Lieb, §323, Rdnr. 4.
- (165) 、「ドイツ民法第二四一条第二項「各当事者は、債務関係の内容に従って、相手方の権利、法益及び利益に配慮する義務を負う。」
- (166) Mont, a.a.O., S. 82; Muthers, a.a.O., S. 160; Anwk/Dauner-Lieb, §282, Rdnr. 3; Staudinger/Otto, §324, Rdnr. 37; MünchKomm/Roth, §241, Rdnr. 90ff.; MünchKomm/Ernst, §282, Rdnr. 1.
- (167) Mont, a.a.O., S. 82; Staudinger/Otto, §324, Rdnr. 28ff.
- (168) MünchKomm/Roth, §241, Rdnr. 112; Erman/H. P. Westermann, §241, Rdnr. 13; Bamberger/Roth/Grtneberg/Sutschet, §241, Rdnr. 106.
- (169) Anwk/Dauner-Lieb, §324, Rdnr. 2; Mont, a.a.O., S. 37; Muthers, a.a.O., S. 161.
- (170) MünchKomm/Ernst, §324, Rdnr. 8; Anwk/Dauner-Lieb, §324, Rdnr. 9; Muthers, a.a.O., S. 162.
- (171) Mont, a.a.O., S. 37; Muthers, a.a.O., S. 162.
- (172) それについて、三四を参照。
- (173) それについて、四二を参照。
- (174) なお、すでに述べたように、旧法におけるドイツ民法旧四五四条の制限は、現行法では排除されている。
- (175) 債権者が先給付義務を負う場合を別とすれば、債務者が給付をしない限り、債権者は、同時履行の抗弁権を有し、自己の反対給付を拒絶することができる。それゆえ、解除にとって、本来、債務者の遅れてなされる給付が問題だったのである。しかしながら、解除をこのように理解するならば、給付不能の事案においては、解除は問題とならないはずである。それにもかかわらず、改正前ドイツ民法典において、給付不能に基づく解除が認められたのであるから、——ドイツ民法典の起草者たちはそれを明確に意識していなかったにもかかわらず——後述するように、改正前ドイツ民法典は、解除法のパラダイムの変化をもたらしたといえることができる。

- (176) それについて、二(一)を参照。
- (177) Schubert, Protokolle zum ADHGB, Bd. 9, S. 4595f.
- (178) それについて、二(三)および四を参照。
- (179) Schubert, Protokolle zum ADHGB, Bd. 2, S. 625ff. および杉本・前掲論文注(37)一八四頁。
- (180) 近時の研究において、催告解除が本来商取引に関するものであることが強調されている(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(五・完)——解除制度の基礎的研究(その一)——」『東京都立大学法学会雑誌』四三巻二号(二〇〇三年)二七二頁以下)。また、債権法改正の議論においても、民法(債権法)改正委員会は、事業者間取引とそれ以外の取引を区別し、基本的には前者においてのみ催告解除を認めている(それについて、一を参照)。
- (181) 実際、民法(債権法)改正委員会は、このような考慮から、事業者間取引とそれ以外の取引とで解除の要件を区別している(それについて、民法(債権法)改正委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ——契約および債権一般(1)』(商事法務、二〇〇九年)三一—一二頁を参照)。
- (182) それについて、前注(180)を参照。
- (183) Scherner, a.a.O., S. 224; Jakobs, Nichterfüllung, S. 56.
- (184) それについて、三(一)を参照。
- (185) 取引の迅速性の要請は、履行のための「相当な期間」の相当性において考慮されることとなる。
- (186) もちろん、正確に言えば、契約の清算の効果は、期間の設定とその期間の徒過に直接結び付けられるわけではなく、それによって与えられる解除権の行使に結び付けられる。もっとも、契約の清算をもたらすところの解除権は、結局のところ、期間の設定とその期間の徒過によって付与されるのであるから、その限りにおいて、清算を行うか否かは債権者の意思に委ねられるとしても、期間の設定とその期間の徒過で契約の清算を認めうると考えられたことができる。
- (187) Leser, a.a.O., S. 171ff.
- (188) それについて、Jakobs, Gesetzgebung, S. 58, を参照。
- (189) 旧法下において、瑕疵ある種類物が給付された場合にもドイツ民法旧三二六条一項が適用されたが、そこで問題だったのは、不履行に基づく損害賠償請求であり、解除に基づく契約の清算ではなかった(それについて、三(三)(i)(a)(ii)を参照)。
- (190) Mont, a.a.O., S. 281f.; 283.

(191) それについて、二(一)を参照。

(192) このように、期間の設定とその期間の徒過によって期間の徒過時点における状態を維持するという考え方は、わが民法に知られていないわけではなく、むしろ、わが民法においてしばしば見られる(民法二〇条一項、二項、一一四条、五四七条、九八七条、一〇〇八条)。

(193) 今日では、催告解除によって債権者がした先給付の返還請求が認められることには争いがない。しかしながら、先給付は、一種の信用の供与にほかならない。それゆえ、理論的な側面において、信用を供与したはずの——しかも、それについて何らの措置も講じなかった——債権者が債務者の不履行の事実において何故給付の返還を請求することができるのかは、なお検討すべき問題であろう。

(194) 潮見佳男『債権総論(第2版)』I——債権関係・契約規範・履行障害——(信山社、二〇〇三年)四二八頁は、「解除を欲する側の利益は損害賠償や代償の引渡し等で填補すれば十分であるとも言える」としている。

(195) 一部給付について、大判大正一四年二月一九日民集四卷六四頁、渡辺達徳「付随的債務の不履行と解除」中田裕康ほか編『民法判例百選II 債権(第6版)』(有斐閣、二〇〇九年)九一頁を参照。付随義務の違反について、最判昭和三十六年一月一二日民集五〇巻一〇号二六七三頁、鎌田ほか編・前掲書注(3)(第2版)(二〇一〇年)七八—九頁(曾野執筆)を参照。

(196) 以上に得られたわれわれの結論によれば、民法五四五条一項は、解除の効果として原状回復まで認めうる、ということの規定したものである。

(197) 一部給付について、前掲大判大正一四年二月一九日、最判昭和三〇年三月二日民集九卷三号三一頁、渡辺・前掲論文注(195)九一頁を参照。また、不完全履行については、追完が可能な場合には、履行遅滞に準じて考えたとされており(我妻・前掲書注(5)一七四頁、そのため、民法五四一条の適用が認められる。

(198) それについては、前注(195)に挙げた文献のほか、債務の内容に関する議論については、谷口五十嵐編・前掲書注(2)八一—八九頁(山下執筆)を参照。

(199) 契約目的の不達成は、解除を制限する要件として機能しているが、このことは、原則として民法五四一条に基づいて解除が認められることを意味している。このような理解は、民法五四一条の必ずしも成功していない表現に起因するものであるが、すでに述べたところによれば、民法五四一条の一般的な表現にもかかわらず、給付の受戻しの意味における契約の清算については、そもそも民法五四一条の射程は及んでいない。

(200) それについて、前注(14)を参照。

- (201) Mugdan, a.a.O., S. 641.
- (202) 最判昭和二年九月二五日日民集七卷九号九七九頁など。
- (203) もっとも、われわれが本稿において至った結論によれば、原則として民五四一条に基づいて解除することができ、さらなる要件はあくまでその制限にすぎないと考ええることは適切ではない。
- (204) 大判昭和二年二月二日日民集六卷一三三頁、最判昭和二年二月二日日民集八卷一二号二二二頁など。
- (205) 大判昭和九年一〇月三十一日新聞三七七号一頁、最判昭和三年一月二六日日民集一〇卷一二号一五二七頁など。
- (206) 大判昭和三年二月二日日民集七卷一〇八五頁、同昭和七年七月七日日民集一一卷一五一〇頁など。
- (207) 最判昭和二年四月二五日日民集六卷四号四五一頁、最判昭和三年九月二七日日民集一一卷八号一〇六九頁など。
- (208) 改正前ドイツ民法典のもとでの積極的債権侵害に基づく解除については、三(三)(イ)を参照。
- (209) MünchKomm/Ernreich, Vor §275, Rdnr. 283; Jakobs, Urmöglichkeit, S. 47ff.
- (210) それについて、三(三)(イ)および(ロ)並びに四(三)(イ)および(ロ)(ii)を参照。
- (211) Mont, a.a.O., S. 281f., 283.
- (212) 瑕疵の軽微性の判断については、三(三)(イ)(i)を参照。
- (213) それについて、三(三)(イ)(i)を参照。
- (214) Ernstは、ドイツ民法旧四五九条一項一文の制限は、実際には機能していなかったとしている (MünchKomm/Ernst, §323, Rdnr. 243.)。
- (215) それについて、三(三)(イ)(i)を参照。
- (216) Anwk/Dauner-Lieb, §323, Rdnr. 24; Haas, a.a.O., S. 1316; Huber/Faust, a.a.O., S. 129; Medicus, Das neue Schuldrecht, S. 109.
- (217) それについて、四(三)(イ)を参照。
- (218) もっとも、すでに述べたように、判例・通説がこれまで民法五四一条に基づく解除を解除の一般原則として理解してきたことには問題がある。
- (219) 民法(債権法) 改正委員会の改正提案については、民法(債権法) 改正委員会編・前掲書注(6)一四四―一四五頁および民法(債権法) 改正委員会編・前掲書注(8)二九三頁を参照。
- (220) それについて、民法(債権法) 改正委員会編・前掲書注(8)三一一頁を参照。

(221) 民法改正研究会の改正提案については、民法改正研究会編『民法改正 国民・法曹・学界有志案』（日本評論社、二〇〇九年）一九五頁を参照。

(222) 民法（債権法）改正委員会編・前掲書注（6）一四五―一六頁および民法（債権法）改正委員会編・前掲書注（18）三一―三二頁。

(223) 事業者間取引について催告解除を一般的な解除原因とすることが適切かどうかは、なお検討を要するが、かりにそうするとしても、給付の受戻しが問題となる場合においてのみその適用を制限すべきであり、改正提案におけるように、催告解除の適用を一般的に制限することは適切ではない。

(224) 民法（債権法）改正委員会編・前掲書注（6）一四五―一六頁および民法（債権法）改正委員会編・前掲書注（18）三〇六頁以下。

（完）

※本稿は、平成二一年度～平成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。