

タイトル	不履行と解除(二)
著者	遠山，純弘
引用	北海学園大学法学研究，43(1)：47-78
発行日	2007-06-00

不履行と解除 (二)

遠 山 純 弘

不履行と解除 (二)

目次	一
はじめに	はじめに
二 解除と有責性	二 解除と有責性
(一) 有責な不履行の効果としての契約解除	(一) 有責な不履行の効果としての契約解除
(二) 債務者の有責性に依存しない契約解除	(二) 債務者の有責性に依存しない契約解除
(1) 有責性に依存しない遅滞の効果としての契約解除	(1) 有責性に依存しない遅滞の効果としての契約解除
(2) 契約解除の有責な不履行からの解放	(2) 契約解除の有責な不履行からの解放
(以上、四二卷三号)	(以上、四二卷三号)
三 損害賠償としての解除と無益性	三 損害賠償としての解除と無益性

(一) 理性法	(一) 理性法
(二) 一九世紀の普通法	(二) 一九世紀の普通法
(三) 一般ドイツ商法典	(三) 一般ドイツ商法典
(四) ドレスデン草案	(四) ドレスデン草案
(五) ドイツ民法典の編纂過程	(五) ドイツ民法典の編纂過程
(1) 部分草案	(1) 部分草案
(2) 第一草案	(2) 第一草案
(3) 第二草案	(3) 第二草案

(以上、本号)

三 損害賠償としての解除と無益性

ところで、近時の有力説が述べるように、契約を解除するために債務者の帰責事由は不要である、あるいは損害賠償責任の発生要件たる帰責事由という概念を契約解除の要件をめぐる議論に持ち込むことそのものが適切ではないとするならば、⁽⁵⁵⁾それでは何故契約を解除するために債務者の帰責事由が必要とされるようになったのであろうか。われわれは、この問いに対する答えをドイツ民法旧三二五条および旧三二六条⁽⁵⁶⁾における解除準則の形成過程に見ることができるのであり、歴史的な条件づけの中でドグマティックが解除の本質を十分に考慮することができなかったために有責性が解除の要件として残されたことを認識することができるのである。⁽⁵⁸⁾

(一) 理性法

解除は近代的な制度であり、理性法の理論において発展してきた。⁽⁵⁹⁾そこにおいて、物が遅滞のために (ob moram) 債権者にとって明らかに無益 (inutilis) となった場合に行為 (negotium) は遅滞のために崩壊する (corrumpitur)、との観念が形成された。⁽⁶⁰⁾また、理性法の理論家たちは、この無益性の判断要素として衡平の観念から二つの要素を発展させた。⁽⁶¹⁾すなわち、第一に、遅滞 (mora) によって明示された、または認識し得る経済的な目的が達成されなくなったこと、別な言い方をすれば、給付についての利益が消滅したことであり、第二に、遅滞 (mora) によって遅れた給付またはさらなる契約への拘束が債権者に期待されないことである。これらのいずれかが認められる場合に、物が遅滞のために債権者にとって明らかに無益 (inutilis) となった、と認められたのである。

さらに、このような理性法の理論家たちによる契約の拘束力に対する例外の承認は、一八世紀における法典編纂にも少なからず影響を与えた。たとえば、一七九四年のプロイセン一般ラント法は、当事者の一方が履行を拒絶し、または適切に履行をしなかったとしても、原則として相手方に契約から離脱する権利を認めなかったが、行為を目的とする契約については、自らの危険で即座に(A L R第一編第五章四〇八条)⁽⁶⁴⁾、その他の契約については、裁判所の介入のもとで、契約の解除(zurücktreten)を認めたのである(A L R第一編第五章三九六条以下)⁽⁶⁵⁾。

(二) 一九世紀の普通法

一八世紀に理性法の理論家たちによって形成された観念は一九世紀においても見られる。たとえば、Thibautは、債務者遅滞の効果として、契約が遅滞によって債権者にとって無益(unnütz)となった場合に債権者が契約から完全に離脱する(abgehen)ことを認める⁽⁶⁶⁾。同様に、v. Wening-Ingenheimも、契約が遅滞によって債権者にとって無益(unnütz)となった場合に債権者に契約から完全に離脱する(abgehen)権利を認めるのである⁽⁶⁷⁾。

しかしながら、普通法において解除権はなお根拠づけられなかった⁽⁶⁸⁾。なぜなら、解除は、双務契約の本質からは帰結されず⁽⁶⁹⁾、またローマ法の史料にもその根拠を見出せなかったからである⁽⁷⁰⁾。普通法の理論家たちにとって、履行のほか、損害賠償だけが契約に内在する「自然な(natürliche)」清算手段だったのである⁽⁷¹⁾。そのため、普通法の理論家たちは、実務の要請に應えるために、契約を解除したのと同様の効果を利益給付(Interesseleistung)義務、つまり、損害賠償義務から導き出さなければならなかったのである⁽⁷²⁾。たとえば、Mommensenは次のように述べる。「既述の方法で(利益訴権によって反対給付の回復[Restitution]を請求する——括弧内、筆者)債権者が問題となっている事案にお

いて契約を解除した(zurücktreten)のと同じ効果が生ずる。反対給付がまだ提供されていない限りにおいて、ある事情のもとで債務者の遅滞によって契約を解除する(zurücktreten)債権者の権利が根拠づけられる、ということもできる。しかしながら、この権利を遅滞の特別な効果として援用することはできない。なぜなら、確立された原則は、むしろ、双務的な債務および遅滞によって根拠づけられた債務者の利益給付義務の一般的な性質から生ずるからである⁽¹³⁾。

このように、普通法の理論家たちは、債権者が一方的に契約から離脱し、あるいは債務者の給付を拒絶するという効果を利益給付義務、つまり、損害賠償義務から帰結したのである。彼らにとって、債務者の遅滞の事案において、債権者が一方的に契約から離脱し、あるいは債務者の給付を拒絶することができるのは、損害賠償の一つの方法にすぎなかったのである。これによれば、債権者が一方的に契約から離脱し、あるいは債務者の給付を拒絶することができるかは、利益給付訴権、すなわち、損害賠償請求権の成立要件に依存するのであり、その結果、債務者の有責性に依存するのである。

もつとも、利益給付訴権の成立要件が充足されれば、ただちに一方的な契約からの離脱や債務者の給付の拒絶が債権者に認められたわけではない。これが認められるためには、債務者が遅滞にあるというだけでなく、さらに遅滞によって債務者の給付が債権者にとって無益となる必要があることである。たとえば、Monnsenは、右の叙述の注において、債務者遅滞の発生後債権者が債務者の給付を拒絶する権利を債務者遅滞の特別の効果であるとする⁽¹⁴⁾ことに對して、「ここで債権者が債務者の給付を拒絶することができる理由は、実は、遅滞によって根拠づけられた契約を解除する(zurücktreten)権利にあるのではなく、債務者の遅滞の結果給付が債権者にとって無益となったことにある⁽¹⁵⁾とする。同様に、Windscheidも、双務契約において債権者が債務者の遅滞によって契約を解除する権利を獲得す

る、という考え方をその一般性ゆえに適切ではないとし、給付されるべきものが約束された目的のために債権者にとって有用でなくなった (unbrauchbar) 場合に債務者の給付を拒絶する権利を債権者に認めるのである。⁽⁷⁵⁾

以上のように、普通法においては、一方的に契約から離脱し、あるいは債務者の給付を拒絶する債権者の権利は、債務者の遅滞の結果給付が債権者にとって無益となった場合に、利益給付義務、すなわち、損害賠償義務から帰結されたのであり、解除権はなお根拠づけられていなかったのである。⁽⁷⁶⁾

(三) 一般ドイツ商法典

解除法の発展において重要な歩みは商法の領域において起こった。投機によって利潤の獲得を目指す商取引において、迅速な取引という商取引実務の要請にこたえるべく、普通法におけるのと異なり、一八六一年の一般ドイツ商法典 (Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch) (以下では、「ADHGB」とする。⁽⁷⁷⁾) は、商事売買に関して、遅滞に基づいて契約から離脱する (abgehen) 権利を認めたのである (ADHGB 三五四条、三五五条⁽⁷⁸⁾)。もともと、それによって相手方に生ずる不利益を考慮して、相手方に対する通知義務および追完のための期間設定義務が規定された (ADHGB 三五六条⁽⁷⁹⁾)。また、供給売買 (Lieferungskauf)⁽⁸⁰⁾ に関して、通知および追完のための期間を設定することなく三五四条または三五五条に従って帰属する権利を行使することができる旨が規定された (ADHGB 三五七条一項⁽⁸¹⁾)。

このような ADHGB の解除準則は、解除法の発展にとって極めて重要な歩みをもたらした。たしかに普通法においても、債権者が一方的に契約から離脱する可能性は認められていたものの、それは、利益給付義務、すなわち、損害賠償義務から帰結されたのであり、解除はなお一つの独立した法的手段として形成されていなかった。これに対し

て、ADHGBは、解除と損害賠償とを相互に排他的なものとして規定したのであり、解除を履行および損害賠償と並ぶ一つの清算手段として位置づけたのである。⁽⁸²⁾ このことはさらに以下の点にも現れている。すなわち、ADHGB三五四条および三五五条は、解除によって「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」と規定しているが、ADHGBの立法者たちは、この表現を用いることによって、解除により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のである。⁽⁸³⁾

さらに、ADHGBにおける解除準則は、その要件においても興味深い発展を見せたのである。すでに見たように、普通法においては、債権者の一方的な契約からの離脱は、債務者が遅滞にあるというだけではなく、遅滞によって債務者の給付が債権者にとって無益となった場合に初めて認められた。これに対して、ADHGBにおいては、この無益性は、解除の要件とされず、遅滞のみによって解除が認められた(ADHGB三五四条および三五五条)。また、ADHGBは、解除のために債権者に通知義務および追完のための期間設定義務を課した(ADHGB三五六条)。Schererは、このようなADHGBにおける解除準則にドイツ民法旧三二六条一項に結実する期間設定による解除の根源を見るのである。⁽⁸⁴⁾

このように、遅滞のみによって解除が認められ、無益性が解除の要件とされなかったのは、当時の商法学説の状況に相応するものであり、⁽⁸⁵⁾ 商取引の性質およびそれに基づいて商取引における解除に無益性を要求することの問題性が考慮された結果だった。すなわち、迅速な取引という商取引の性質、とりわけ当時の商法学説において解除をめぐる議論の中心的な問題だったのは、供給売買だったということにかんがみるならば、定められた期日または期間内に履行がなされるということが重要だったのであり、そのため、遅滞後の給付は、原則として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。⁽⁸⁶⁾ また、金銭債権の債権者が給付についての利益を失うということはほとんどないから、

解除に無益性を要求するならば、金銭債権の債権者は、たいていの場合、履行請求に限定されることになるが、——債務者が支払不能である場合のように——これによって債権者に不利益がもたらされることがあり、さらに、物給付においても、しばしば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り、いずれにせよ、無益性に基づく解除は、商取引において十分なものではなかったのである⁽⁸⁷⁾。

また、債権者の通知義務および追完のための期間設定義務（ADHGB三五六条）について言えば、これらの義務は、解除に際して裁判所の介入を不要としたこと、すなわち、容易な解除権の行使を可能としたことから債務者に生ずる不利益を回避するために認められた⁽⁸⁸⁾。議事録は次のように述べる。もし解除のために裁判所の介入を要するとするならば、「誠実な契約当事者は訴訟を強制される。他方、解消（Aufösung）のために単に威嚇（Androhung）または通知が要求されるならば、正当に債務者に裁判上の救済を求める途が開かれ、かつ債務者は、適時に給付したという証明を行うことができるのである」⁽⁸⁹⁾。

すでに述べたように、ADHGBにおいては、解除と損害賠償とは分離された。ADHGBにおける解除準則は、後述するように、ドイツ民法典における解除準則の形成に重大な影響を与えた。しかしながら、それでもなおドグマティックは、解除と損害賠償とをまったく異なる機能を有し、それゆえ、異なる要件のもとで適用されるとは考えていなかった⁽⁹¹⁾のである。両制度は、依然として同じ要件に依存したのであり、解除も損害賠償も、債務者が遅滞にある場合にだけ認められたのである。このことは、定期行為の解除に関しても当てはまるのであり（ADHGB三五七条一項）、定期行為に関して債務者の遅滞に依存しない解除が認められるためには、なおドイツ民法典の登場を待たなければならなかった⁽⁹²⁾のである。

(四) ドレスデン草案

A D H G B において解除が損害賠償と並ぶ一つの法的な制度として承認されたにもかかわらず、一八六六年のドレスデン草案は、原則として解除を否定した。ドレスデン草案一五一条によれば、契約当事者の一方がその義務を履行しないときは、特別の合意または法律に別段の定めがない限り、相手方は、一方的に契約から離脱する(abgehen)権利を有さない。⁽⁹³⁾

この原則に対して、例外として定期行為に関して契約から離脱する権利が認められた(ドレスデン草案一五二条⁽⁹⁴⁾)。また、ドレスデン草案三〇五条において、債務者の遅滞に基づいて給付が債権者にとって無益(nutzlos)となった場合に、給付の受領を拒絶して反対給付を留保する(zurückhalten)権利が債権者に認められた。⁽⁹⁵⁾ しかしながら、ここで注意すべきなのは、このドレスデン草案三〇五条が認める債権者の拒絶権は、損害賠償から独立した意味での解除の効果として与えられるものではなく、普通法においてすでに認められていた損害賠償としての拒絶権にすぎない、ということである。⁽⁹⁶⁾ その限りでは、ドレスデン草案三〇五条は、普通法の理論、すなわち、契約を解除したのと同様の効果は、債務者の遅滞の結果給付が債権者にとって無益となった場合に、利益給付義務、すなわち、損害賠償義務から帰結される、という考え方を条文化したにすぎないのである。

結局、ドレスデン草案一五二条における契約から離脱する権利をドレスデン草案一五一条がいう「特別の合意」がある場合と理解する限り、⁽⁹⁷⁾ A D H G B における解除権の承認にもかかわらず、民法の領域においては、解除権はなお根拠づけられなかったのである。⁽⁹⁸⁾

(五) ドイツ民法典の編纂過程

すでに見たように、普通法においては、解除権はなお根拠づけられていなかった。債権者の一方的な契約からの離脱は、債務者の遅滞の結果給付が債権者にとって無益となった場合に、利益給付義務、すなわち、損害賠償義務から帰結された。しかし、この理論は、ドイツ民法典において変更された。ドイツ民法典は、解除を独立した一つの法的な制度として位置づけたのである。

(1) 部分草案

第一委員会の審議の基礎になった部分草案において双務契約の解除に関する規定が置かれた。部分草案「遅滞の効果」a「債務者の遅滞」二八条（以下では、「部分草案二八条」という。）によれば、双務契約において債務者が義務を負う給付が債務者の遅滞に基づいて債権者にとって無益となったとき、または価値を著しく失ったときは、債権者は、契約を解除する（zurücktreten）ことができる。⁽⁹⁹⁾ しかしながら、同条は、その表現、すなわち、「契約を解除する（zurücktreten）ことができる」という表現にもかかわらず、完全に普通法の理論に従っていた。⁽¹⁰⁰⁾ そもそも部分草案は、普通法におけるのと同じく、原則として一方的に契約から離脱する権利を認めない。部分草案「契約に基づく権利義務」a「総則」二条によれば、契約当事者の一方がその義務を履行しないときは、別段の法律の定めまたは合意がない限り、相手方は、一方的に契約から離脱する（abgehen）権利を有さない。債務法に関する部分草案を起草したグ・Kibbelは、この点に関して理由書において次のように述べる。「契約、そしてその中に表明され、かつそれによって生じた双務的な意思結合は、そもそも概念上契約当事者による一方的な契約の解除を排除する。各当事者は、契約にと

どまること、および契約から生ずる義務を履行することを義務づけられる。不履行の事案において、相手方は、通常、履行または履行利益への訴権だけを有する。これは、契約の本質および事柄の本質にも完全に適合するローマ法の観点であり、古ドイツ法も、明らかにこの原則から出発したのである⁽¹⁰⁾。そして、彼はその帰結として解除について次のように述べる。「むしろ、双務契約は、各当事者に履行または履行利益への請求権だけを根拠づけることができ、かつ根拠づけるべきである。そして、そのような請求権は、その実行においてだけ、自ら履行した、または履行することができるといふことによつて条件づけられるのである。さらに、この双務契約の自然な効果と一般的に異なることを正当化する取引の要請も存在しない。特に契約があるか、または契約当事者の一方が有する現実の利益がこれが必要とする場合にだけ、この利益の行使のために契約の解除がこの当事者に委ねられなければならないのである⁽¹¹⁾。そのうえで、彼は解除の機能について次のように述べる。「つまり、遅滞は、たえず義務の一部不履行であり、時に関する履行の不能である。債務者は、それに基づいて債権者に対してその利益について責任を負わなければならないのである。いまやこの利益の擁護のために、または遅滞によつて債権者に生じた損害を填補する (Ausgleichung) のために解除権が認められ、かつ認められなければならないとするならば、他の事案、すなわち、債務者の責に帰すべき履行の全部または一部不能が量もしくは質に関する事案において、何故債権者に損害填補 (Ausgleichung) のために同じ手段が与えられないのか……が、ただちに問題となる⁽¹²⁾」。これによれば、v. Kippelが解除を損害填補のための手段として位置づけていたことは明らかである。実際、部分草案二八条における遅滞に基づく解除が損害賠償としての機能を有することは、同条の文言からも明らかである⁽¹³⁾。すなわち、第一に、同条によれば、遅滞に基づいて債務者の給付が債権者にとって無益となったとき、または価値を著しく失ったときにだけ、債権者は、契約を解除することができる。これは、同条に基づく解除が債権者のもとにおける損害の発生に依存することを意味するのである。第二に、債権者は、

解除の時点においてすでに生じているさらなる損害の賠償への権利を害することなく、契約を解除することができる。これは、解除と損害賠償との併存 (Kumulation) を認めるものであり、このような併存は、解除を損害賠償義務から帰結する場合に認められるのである。

もちろん、これに反対して部分草案「不履行の効果」一「総則」六条(以下では、「部分草案六条」という。)が援用されるべきではない。同条は解除の効果を定める。同条によれば、契約当事者は、解除によって互いに契約が締結されなかったかのように権利を有し義務を負う。⁽¹⁰⁵⁾ たしかに同条の表現とADHGBにおける解除に関する規定の表現、すなわち、「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(ADHGB三五四条、三五五条)の類似性は、——ADHGBにおける解除が損害賠償から独立した一つの法的手段として認められていたのだから——部分草案における解除が損害賠償から独立した一つの法的手段として位置づけられたかのような印象を与えるかもしれない。しかしながら、この類似性から部分草案における解除が損害賠償から独立した一つの法的手段として位置づけられたと考えられてはならない。すでに述べたところから、v. Kübelが原則として解除を否定していたこと、および解除を損害填補 (Ausgleichung) のための手段と考えていたことは明らかである。また、彼は、部分草案六条について次のように述べている。「これは(債権者を単に「さらなる損害賠償とともに」金銭等価物の請求だけに押しやること——括弧内、筆者)、債権者に与えられるものに到達するための他の手段がない場合のやむをえない手段にすぎない。支払不能の債務者に対しては、まったく目標に到達しない。もし債権者に解除が認められるならば、多くの事案において簡易な方法で債権者に救済が与えられ、それによって契約締結前の状態への十分な回復 (Restitution) がもたらされるのである」⁽¹⁰⁶⁾。つまり、v. Kübelが解除の効果についてADHGBにおけるのと類似する表現を用いたのは、解除を損害賠償から独立した一つの法的手段として位置づけようとしたからではなく、契約締結前の状態への回

復を一つの簡易な損害填補の方法と考えたことによるのである。⁽¹⁰⁷⁾

以上のように、部分草案二八条における解除は、「解除する(zurücktreten)」という表現にもかかわらず、完全に普通法におけるのと同じく損害賠償の一つの手段にすぎなかったのである。⁽¹⁰⁸⁾

とはいえ、部分草案が解除について普通法の理論をそのまま継受したわけではない。すでに述べたように、普通法においては、債務者の遅滞の事案においてだけ債権者の一方的な契約からの離脱が認められた。これに対して、部分草案においては、遅滞の事案だけではなく、債務者の責に帰すべき事由による不能の事案においても解除が認められたのである。部分草案「不履行の効果」一「総則」三条(以下では、「部分草案三条」という。)は、全部不能の事案において、損害賠償請求権に代えて契約を解除する権利を債権者に与え、また一部不能の事案においては、給付が一部不能に基づいて債権者にとって無益となったとき、または価値を著しく失ったときに解除権を債権者に与える。⁽¹⁰⁹⁾すでに述べたように、解除を損害填補のための手段と理解する限り、損害が遅滞によって生じたか、不能によって生じたかは重要ではなく、それゆえ、v. Kübelは、「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、債権者の利益が、事情によつては、損害填補(Ausgleichung)のための手段であり、かつ債務関係に基づいて不履行債務者に対して与えられる権利である解除権を債権者に与えることを要求する」として、⁽¹¹⁰⁾債務者の責に帰すべき事由による不能の事案においても債権者に解除権を認めたのである。もちろん、以上のことから明らかであるが、この不能に基づく解除も、遅滞におけるのと同じく損害賠償義務から帰結されたのである。⁽¹¹¹⁾

(2) 第一草案

第一委員会は、解除と損害賠償とを分離することを決定した。第一草案三六九条一項によれば、双務契約に基づく

給付が債務者の責に帰すべき事由によって不能となったときは、債権者は、不履行に基づく損害賠償を請求し、または契約を解除することができる⁽¹¹²⁾。また、同条二項によれば、債務者の遅滞の事案においても、給付が遅滞に基づいて債権者にとって何ら利益を有さない限りにおいて、不能の事案におけるのと同様、損害賠償請求権または解除権が債権者に与えられる。

このように、解除と損害賠償とを分離することを決定した理由について議事録は次のように述べる。「この草案(部分草案——括弧内、筆者)は、解除は損害填補(Schadensvergütung)の一種であり、解除によって填補されなかった損害賠償への請求権を存続させる、ということから出発する。さらに、解除権の正当化根拠が、解除権が迅速かつ容易な方法を与え、それによって債権者が害されないようにすることにあるとしても、それでもやはり誤解されてはならないのは、損害賠償請求権が解除後も解除前の時点におけるのと同じく何も変わらずに存続するとするならば、異常な権利の拡張が債権者に認められる、ということである。なおさらに進んで、解除権と契約から生ずる損害賠償請求権との間に内的な矛盾が認められなければならない。なぜなら、解除権は、損害賠償の権利とは対立するものであり、それゆえ、それが与えられるならば、すべての損害賠償請求権を排除しなければならないからである。加えて、解除は、関与者を契約が締結されなかったならば置かれていたであろう状況に置くものであり……、つまり、せいぜい消極的な契約利益への請求権と両立するのであって、契約から生ずる履行への請求権——現物履行によるのであれ、損害賠償によるのであれ——とは両立しないのである⁽¹¹³⁾」。

要するに、第一委員会が解除と損害賠償とを分離することを決定したのは、解除が契約当事者を契約が締結されなかったならば置かれていたであろう状況に置くものであって、そのため、解除は、契約の存在を前提とする損害賠償とは両立し得ないものであると考えられたことによる。

しかしながら、第一草案において解除と損害賠償とが互いに排他的なものとして規定されたにもかかわらず、それでもなお解除と損害賠償との関連は維持されたのである。すなわち、第一草案における解除は、完全に利益消滅に基づいて構築されたのであり、言い換えれば、解除は、債権者のもとにおける損害の発生に依存したのである。⁽¹⁴⁾このことは、解除は、損害賠償請求権が与えられる場合にだけ認められる、ということの意味するのである。そのため、たとえ第一草案が解除と損害賠償とを選択的に与えられるものとすることによって形式的には両制度の結合を切断したとしても、それでも解除権の発生が損害賠償請求権の発生要件に依存する限り、実質的には解除と損害賠償との関連はなお維持されたのである。⁽¹⁵⁾

(3) 第二草案

第二委員会はさらに歩みを進めた。第二委員会は、ドイツ民法旧三二五条および旧三二六条になったものを決定した。ドイツ民法旧三二五条に相当する第二草案二七六条によれば、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に帰すべき事由によって不能となるときは、相手方は、不履行に基づく損害賠償を請求し、または契約を解除することができる。また、一部不能の事案においては、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に、義務全体の不履行に基づく損害賠償を請求し、または契約全体を解除する権利が相手方に与えられる。⁽¹⁶⁾さらに、ドイツ民法旧三二六条に相当する第二草案二七七条によれば、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示すことができ、給付がその期間内になされないときは、相手方は、不履行に基づく損害賠償を請求し、または契約を解除することができる。⁽¹⁷⁾

第一草案におけるのと同じく、第二草案においても解除と損害賠償とが互いに排他的なものとして規定されている。

また、債務者の責に帰すべき事由による不能に基づく解除についても第一草案の立場がほぼ維持されている。第一草案における解除と対比して注目すべきなのは、債務者の遅滞に基づく解除である。第二草案二七七条は、解除のために原則として期間設定を要求し、また利益消滅を解除の要件とせず、単に第一項における解除のための期間設定を不要とする要件にとどめている。⁽¹¹⁹⁾ 第二委員会は、司法庁修正案三六九条aおよび商法三五四条ないし三五六条に依拠して、給付が債権者にとって利益を有さないか否かを問わずに、債務者の遅滞それ自体が解除権を根拠づけるものとし、その代わりに解除のために債権者による期間設定を要求したのである。⁽¹²⁰⁾ 議事録は、遅滞のみによって解除を認めることについて次のように説く。すなわち、第一草案三六九条二項の準則は、主として売買および交換に関してだけ重要となるが、売買において金銭給付が債権者にとって利益を失うということはないから、第一草案の準則によれば、売主に解除権が与えられないことになるが、それは、債務者が支払不能である場合のように、訴訟が初めから見込がないうという事案において明らかに不公平であり、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今日の取引の要請であるとする。⁽¹²¹⁾

もちろん、第二草案が利益消滅に基づく解除をまったく知らなかったわけではない。第二草案は、利益消滅を解除のための期間設定を不要とする要件とすることによって、間接的にはあるが、第二草案二七七条二項において利益消滅に基づく解除をなお維持したのである。⁽¹²²⁾ しかしながら、第二草案が利益消滅を解除のための期間設定を不要とする要件にとどめたことによって、第一項における期間設定による解除が原則となり、これまでの利益消滅に基づく解除は、例外として位置づけられることになったのである。⁽¹²³⁾ いずれにせよ、第二草案が解除のために期間設定を要求することによって解除と損害賠償との最終的な結合は解かれたのである。⁽¹²⁴⁾

しかしながら、解除と損害賠償との結合が解かれたことによって第二委員会において次のことが問題とされなければならなかった。すなわち、契約を解除するために債務者の遅滞を、さらに言えば、不履行についての債務者の有責性を要求すべきか否かという問題である。これに関して、第二委員会においてJacubekkyにより以下の提案がなされた。

「双務契約において第三六一条(定期行為における解除——括弧内、筆者)に定められた方法で給付時期が定められていないときは、債権者は、債務者に給付の実行のために相当の期間を定め、給付がこの期間内になされないときは、それをもはや受領しない旨の威嚇(Androhung)をする権利を有する。給付が定められた期間内になされないときは、第三六一条の規定が適用される⁽¹²⁶⁾」。

この提案は、結局のところ、解除のために債務者の有責性を前提とする遅滞を不要とするものであり、債務者の——有責性に依存しない——給付遅延によって解除を認めようとするものである⁽¹²⁷⁾。この提案の理由は以下のとおりである。第一に、遅滞要件を不要とすることがこれまでの法発展の帰結であり、またフランス民法一一八四条およびスイス民法一二二条にも適合すること、第二に、定期行為においては、遅滞要件が不要とされており、また使用賃貸借および用益賃貸借において、遅滞は無制限に要求されているわけではなく、請負契約および労務契約においては、遅滞はまったく要求されていないこと、第三に、解除においては、債権者の給付に対する権利が問題ではなく、債権者が反対給付を準備する義務を負うか否か、あるいはすでになされた反対給付を債務者のもとにそのままにしておく義務を負うか否かが問題なのであって、債権者が反対給付義務を負った目的、つまり、相当の時期になされるべき双方の給付の交換が無に帰するときは、売買および交換において解除が許容されなければならないこと、第四に、この構成によって懈怠した債務者に有責性があるか否か、債権者が期間設定の権利を有するか否かという問題の判断を避けることができ、争いや訴訟を回避することができること、第五に、それが当事者の意思および通常の取引観念に相応する、

ということである。⁽¹²⁸⁾

しかしながら、この提案は、第二委員会において多数の賛同を得られなかった。多数意見は以下の理由からこの提案を拒絶したのである。第一に、この提案は、双務契約が経済的に統一的なものであることを十分に考慮していないこと、第二に、提案者によって挙げられた類推の正当化は疑わしく、第二草案は、賃貸借については、一般的に遅滞を要件とし、請負契約については、請負契約は定期行為の性質を有し、特殊なものであるから、請負契約に関する規定を一般化することは正当化されないこと、第三に、この提案は、現行ドイツ法からかなり離れること、そして、第四に、最も重要な反対理由として、遅滞要件を断念することは、まさしく第二草案二四六条⁽¹²⁹⁾において承認された原則を放棄することになり、それは、債務者にとって不当に厳しいものになる、ということである。⁽¹³⁰⁾ さらに、多数意見は、最後の論拠に敷衍して次のように述べる。「買主は契約によって確実な権利を取得する、ということから出発するならば、買主に有責任がない限り、この権利を買主から奪い取ることは正当化されない。……債権者は、当該事案において自己の利益が給付の遅延によって少しも侵害されていないが、しかし契約の存続が相手方にとって経済的に重要な意味を有するときであっても、解除によって自己にとって不利な契約から離れる(*losnachen*)ことができる。これは、懈怠が有責任に基づく場合に正当化されるのである。……ここで法律は、債務者の犠牲で投機する手段を債権者に与えてはならないのである。期間設定は、期限の到来後に初めて行われるので……、債務者は、通常それによって遅滞に陥るのであり、その結果、多くの事案において解除はそもそも遅滞に結び付けられるのであり、危惧される不利益は発生しないのである。このことは、債務者が利益を有する例外的な事案をも公平に考慮すればするほど、疑いがないのである」⁽¹³¹⁾。

要するに、第二委員会の多数意見にとって解除によって債務者に生ずる不当に厳しい結果が問題だったのであり、

それから債務者を保護するために債務者の遅滞あるいは有責性が必要とされたのである。⁽¹³²⁾そして、この第二草案二七六条および二七七条は、若干の表現の変更を受けてドイツ民法旧三二五条および旧三二六条となったのである。

以上のように、第二委員会は、解除を損害賠償から分離したにもかかわらず、債務者の遅滞あるいは有責性をなお解除の要件として維持したのである。結局、第一委員会においてドグマーティクが到達し得なかったものは、第二委員会においても到達されることはなかったのである。⁽¹³³⁾契約の拘束力に対する例外を認めることへの恐れは、なおドイツ民法典の起草者たちを強く拘束したのである。⁽¹³⁴⁾そのため、解除の本質が十分に考慮されることはなかったため、解除は、依然として損害賠償としての機能を維持したのである。⁽¹³⁵⁾

注

(54) それについて詳しくは、前述二(二)(2)を参照。

(55) 山田・前掲論文注(27)四九〇頁。

(56) ドイツ民法旧三二五条「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に帰すべき事由によって不能となるときは、相手方は、不履行に基づく損害賠償を請求し、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。」

(57) ドイツ民法旧三二六条「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。」

(58) なお、ドイツにおいては、二〇〇二年の債務法改正によって解除のために債務者の有責性は必要でなくなった(Vgl. Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, [München, 2002], S. XVII.)。ところで、何故従来の判例・通説において契約を解除するために債務者の帰責事由が必要とされるようになったのか、という問題を考察するに際しては、ドイツ債務法改正前の解除準則の形成までを追うことで足りるので、以下では、ドイツ債務法改正前の解除準則の形成までを取り上げる。

ドイツ民法三二三条「双務契約において債務者が履行期に給付をなさず、又は契約に従って給付をしない場合に、債権者が債務者に相当の期間を定めて給付若しくは追完履行を請求するも、その期間内に給付若しくは追完履行がなされないときは、債権者は、契約を解除することができる。

次の場合には期間の設定は必要でない。

一 債務者が給付を真摯かつ最終的に拒絶するとき

二 債務者が契約において定められた期日又は期間内に給付をなさず、かつ、債権者が契約において給付についての利益の存続を給付が適時になされることに結び付けたとき

三 両当事者の利益を考量して即時の解除を正当化する特別な事情があるとき

義務違反の種類によれば、期間の設定が考慮されないときは、催告 (Abmahnung) がそれに代わる。

解除要件が発生するであろうことが明らかなきは、給付の履行期前であっても、債権者は、解除することができる。

債務者が一部給付をした場合には、債権者がその一部給付について何ら利益を有さないときだけ、債権者は、契約全体を解除することができる。債務者が契約に従って給付をしなかった場合において、義務違反が重大でないときは、債権者は、契約を解除することができない。

債権者が解除を正当化する事情についてもつばら若しくは主として責があるとき、又は債権者が受領遅滞にある場合において、債務者の責に帰すべからざる事由が生ずるときは、解除することができない。」

ドイツ民法三二四条「双務契約において債務者が第二四一条第二項の義務に違反した場合には、債権者を契約に拘束することがもはや期待されなないときに、債権者は、契約を解除することができる。」

ドイツ民法三二六条五項「債務者が第二七五条第一項ないし第三項に従って給付をする必要がないときは、債権者は、解除することができる。第三二三条は、この解除に準用される。この場合に期間の設定は必要でない。」

- (59) 理性法以前の解除をめぐる法状況および理性法における解除法の発展について詳しきは、Vgl. Scherner, Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung, Untersuchungen zur deutschen Privatrechtslehre der Neuzeit, (Wiesbaden, 1965), S. 9ff.; Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen, (Tübingen, 1975), S. 2ff.

- (60) たゞ Helldorf, Jurisprudencia forensis secundum pandectarum ordinem in usum auditorii proposita, (Jenae, 1796), §330, S. 107. の觀念の形成過程については、Vgl. Scherner, a.a.O., S. 92ff., bes. S. 117.

- (61) これらの要素の形成過程については、Vgl. Scherner, a.a.O., S. 92ff., bes. S. 122.

- (62) プロイセン一般ラント法における解除については、本田純一「近世ドイツ立法史における形成権の基礎」『一論』七四卷二号（一九七五年）二二八頁、鶴藤倫道「契約の解除と損害賠償（一）——売買契約解除に関するドイツ法を中心に——」『民商』一一〇卷三号（一九九四年）四四〇—三頁、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（一）——解除制度の基礎的研究（その一）——」『東京都立大学法学会雑誌』四一卷二号（二〇〇一年）三二七—九頁が詳しく紹介している。

- (63) なお、以下のALLRの条文については、Hattenhauer, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, (Frankfurt am Main • Berlin, 1970)の条文を参照した。

ALLR第一編第五章三九三条「契約の履行が当事者の一方によって拒絶され、又は適切になされなかったとしても、相手方は、原則として自ら再び契約から離脱する (abgehen) 権利を有さない。」

ALLR第一編第五章三九四条「むしろ、この者には、裁判官によって、相手方に約束された履行をさせ、又は法律に従って認められる賠償をさせることが許される。」

- (64) ALLR第一編第五章四〇八条「行為を主たる目的とする契約において、相手方が契約に従って履行しなかった、又は契約に従って履行することができないと主張する者は、自らの危険で即座に再び契約から離脱する (abgehen) ことができる。」

- (65) ALLR第一編第五章三九六条「契約の内容は明らかであるが、相手方がその債務を適切に履行しなかった、又はそのように履行することができないことを理由に、当事者の一方が契約において引き受けられた義務の履行を拒絶するときは、この拒絶の理由は、裁判によって調べられなければならない。」

ALLR第一編第五章三九七条「拒絶の理由が確定判決をもって相当でないとされたときは、履行を請求していた者は、さらに履行

を請求し、かつ、理由のない拒絶によって生じた損害の賠償を請求することで満足するか、又は契約を解除する(zurücktreten)かを選択する権利を有する。」

ALR第一編第五章三九八条「履行を請求していた者が解除をするときは、契約に従った義務の履行を法律上の根拠なく拒絶した者は、その拒絶によって生じた損害の賠償のほか、契約に基づいてすでに受領していた物の返還において、悪意占有者と同様のすべての負担を引き受けなければならない。」

ALR第一編第五章三九九条「しかし、履行を請求された者の拒絶が確定判決によって相当であると認められるときは、裁判官によって定められたとおり履行をするか、又は契約から完全に離脱する(abgehen)かは、拒絶者に委ねられる。」

ALR第一編第五章四〇〇条「拒絶者が解除を選択するときは、その者は、契約に基づいてすでに受領していた物の返還において、善意占有者が有するすべての権利を有する。」

(66) Thibaut, System des Pandekten = Rechts, Bd. I, 8. Aufl., (Jena, 1834), S. 83.

(67) v. Wening=Ingenheim, Die Lehre vom Schadensersatz nach Römischem Rechte, (Heidelberg, 1841), S. 212.

(68) Jakobs, "Nichterfüllung und Rücktritt", in: Internationales Recht und Wirtschaftsordnung, Festschrift für F. A. Mann zum 70. Geburtstag am 11. August 1977 (フクトベダ「Jakobs, Nichterfüllung und Rücktritt」フクトベダ), (München, 1977), S. 51f.; ders, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, Zur Ordnung des Rechts der Leistungsstörungen im Bürgerlichen Gesetzbuch und nach Einheitlichem Kaufrecht (フクトベダ「Jakobs, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht」フクトベダ), (Paderborn, München, Wien, Zürich, 1985), S. 56; Beinert, Wesentliche Vertragsverletzung und Rücktritt, (Bielefeld, 1979), S. 176.

(69) 双務契約における給付と反対給付の牽連関係から帰結されるのは「当事者の一方が履行しないときは、相手方が履行しないことが正当化される」ということ「および当事者の一方の義務が消滅するときは、相手方の義務も消滅する」ということだけである(Jakobs, Nichterfüllung und Rücktritt, S. 50. Vgl. auch Beinert, a.a.O., S. 177)。

(70) v. Madaiは「遅滞の効果として契約からの離脱を認める論者たちがその正当化根拠として挙げるローマ法文の検討を通して、それらの法文を解除権の正当化根拠とならな」と批判する(v. Madai, Die Lehre von der Mora, dargestellt nach Grundsätzen des Römischen Rechts, [Halle, 1837], S. 391ff.)。なお、v. Madaiの批判については、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(二)——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)一六九—七一頁が詳細に紹介している。

- (71) Leser, a.a.O., S. 6; Jakobs, Nichterfüllung und Rücktritt, S. 51; Beinert, a.a.O., S. 177.
 - (72) Scherner, a.a.O., S. 150; Jakobs, Nichterfüllung und Rücktritt, S. 52; ders, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, S. 56; Beinert, a.a.O., S. 177f. および鶴藤・前掲論文注(23) 四三七―八頁、杉本・前掲論文注(70) 一六九頁以下など。
 - (73) Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, 3. Abt., Die Lehre von der Mora, (Braunschweig, 1855), S. 258.
 - (74) Mommsen, a.a.O., S. 258f., Fn. 5.
 - (75) Windscheid = Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 9. Aufl., (Frankfurt am Main, 1906), S. 146.
 - (76) なお、Schernerによれば、無益性の判断基準として理性法において見られた二つの要素、すなわち、遅滞(mora)によって経済的な目的が達成されなくなったこと、言い換えれば、給付についての利益が消滅したこと、および遅滞(mora)によって遅れた給付またはさらなる契約への拘束が債権者に期待されないことという二つの要素は、一九世紀の普通法においても無益性の判断基準として重視されていた(Scherer, a.a.O., S. 151ff.)。
 - (77) ADHGBの制定に至るまでの商取引の状況あるいは商法学説の議論状況およびADHGBの立法過程の議論状況については、Scherer, a.a.O., S. 156ff.; Leser, a.a.O., S. 10ff. および鶴藤・前掲論文注(62) 四四三―九頁、杉本・前掲論文注(70) 一八四頁以下、同「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)一六六頁以下が詳細に紹介している。
 - (78) なお、以下のADHGBの条文については、Schubert, Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches (以下では「Schubert, Protokolle zum ADHGB」とも称す), Bd. 11, (Frankfurt/Main, 1984)に収録されているEntwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buchsの条文を参照した。
- ADHGB三五四条「買主が売買代金の支払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)かを選択する権利を有する。」
- ADHGB三五五条「売主が商品の引渡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あわせて履行を請求し、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)かを選択する権利を有する。」
- (79) ADHGB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応しい期間を相手方に与えなければならない。」

- (80) 供給売買とは、直売買(Tageskauf)に対する概念であり、売買目的物の供給、したがって、その引取もしくは受領についてある期限または期間が定められている売買をいう(Vgl. Thöl, Das Handelsrecht, Bd. I, 4. Aufl., [Göttingen, 1862], S. 425ff.; Endemann, Das deutsche Handelsrecht, 4. Aufl., [Leipzig, 1887], S. 527ff.)。そして、これが確定期限または確定期間の定めにより定期行為(Fixgeschäft)となるときは、特に重要となる。この場合には、債権者は、有責な懈怠を証明することなく、単に不履行の事実のみによって填補賠償を請求し、または契約を解除し、さらに場合によっては、遅延損害の賠償とともに履行を請求することができる(Endemann, a.a.O., S. 527.)。供給売買は、当事者の意思が最初から商品の現実の供給を目的とせず、売主から買主に対する、または買主から売主に対する価格もしくは相場に従った差額(売買代金と弁済の時および場所における市場または取引所の相場との差額)の支払いのみを目的とする場合には、差額の取得を目的とする差金行為(Differenzgeschäft)の性質を帯びる(Thöl, a.a.O., S. 428; Endemann, a.a.O., S. 527, 529.)。

- (81) ADHGB三五七条一項「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。」

- (82) Scherner, a.a.O., S. 156f.; Leser, a.a.O., S. 10; Beinert, a.a.O., S. 180f.および鶴藤・前掲論文注(62)四四六頁、四四八頁、杉本・前掲論文注(77)一九六頁。

- (83) Schubert, Protokolle zum ADHGB, Bd. 9, S. 4595f.

- (84) Scherner, a.a.O., S. 217.

- (85) ADHGB立法当時の商法学説の議論状況については、Scherner, a.a.O., S. 173および杉本・前掲論文注(77)一九八頁が詳しく紹介している。

- (86) Scherner, a.a.O., S. 159ff.; Leser, a.a.O., S. 15.および杉本・前掲論文注(70)一九三—五頁、二二二頁、同「ドイツ民法典における法定解除制度に関する一考察(四)——解除制度の基礎的研究(その一)——」『東京都立大学法学会雑誌』四三巻一号(二〇〇二年)四八二—五頁。このように、商取引において債務者の遅滞のために履行が債権者にとって無益となるという考え方は、たとえば、A

DHGBの立法過程において、ニュルンベルク会議の基礎となったプロイセン草案の理由書にも見ることができ。すなわち、理由は、当事者の一方の不履行において相手方が履行および遅延（Verzögerung）に基づく損害賠償だけを訴求できる、という準則に対して次のように述べる。「しかし、この準則は、かなり多くの事案において、そもそも契約内容に厳格に従って取引されるという前提のもとでのみ法律関係に入った誠実な契約当事者に対して不公平（Unbilligkeit）であり、不法（Unrecht）である。遅れた、あるいは不適切な履行によってかなり頻繁に契約の目的全体が無に帰し、そして後から強制された履行が権利者にとってしばしば価値のないもの（werthlos）⁷⁴、それどころか不利益なものとなるのであり、他方で、賠償訴権は不十分な填補手段にしかならないのである。このため、とりわけ商行為における契約に對するものはあるべきである」（Schubert, Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten, Nebst Motiven, [Frankfurt/Main, 1986], S. 130.）⁷⁵

(74) Lehmann, Die Ausweitung der debitorischen Verzugswirkung bei gegenseitigen Verträgen, (Dresden, 1891), S. 5. なお、Lehmannによれば、少なくとも遅滞事案の九割が金銭給付の遅滞にかかわる（Lehmann, a.a.O., S. 5.）⁷⁶

(75) Lehmann, a.a.O., S. 6.

(76) Schubert, Protokolle zum ADHGB, Bd. 2, S. 600ff.

(77) Schubert, Protokolle zum ADHGB, Bd. 2, S. 602.

(78) Regelsberger, “Über das Recht zum Rücktritt vom Kaufgeschäft wegen Verzugs in der Erfüllung”, AcP50 (1867), S. 34; Beinert, a.a.O., S. 181.

(79) シュルツ民法旧三六一条によれば、定期行為の解除のために債務者の遅滞は必要である（Vgl. dazu Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., [München, 1987], S. 403; Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 12. Aufl., [München, 2000], S. 253.）⁷⁹

(80) なお、ドレスデン草案の条文については、Schubert, Protokolle der Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes, Bd. 6, (Frankfurt/Main, 1984)に収録されているEntwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisseの条文を参照した。また、ドレスデン草案の起草過程については、杉本・前掲論文注（8）四六八頁以下が詳しく紹介している。

(81) ドレスデン草案一五二条「給付が早くもなく遅くもなく一定の時期に、若しくは一定の時期までに遅れることなくされるべきことが契約において定められ、又は諸関係、とりわけ目的物の性質から明らかな場合において、給付が契約当事者の一方によって一定

の時期に、若しくは一定の時期までになされないときは、相手方は、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し(abgehen)、又は契約に基づく権利を第二七三条、第三八八条および第三八九条に従って行使する権利を有する。」

- (95) ドレスデン草案三〇五条「債務者の遅滞に基づいて給付が債権者にとって無益(nutzlos)となったときは、債権者は、さらなる損害賠償への請求権を害することなく、給付の受領を拒絶して反対給付を留保し(zurückhalten)」、又はすでに給付した場合には、その返還を請求することができる。」

- (96) 杉本・前掲論文注(86)四七七―八頁。

- (97) 杉本・前掲論文注(86)四七八頁。

- (98) さらに、ドレスデン草案三〇五条に基づく債権者の拒絶権は、ドレスデン草案三〇五条が第三部「債務関係の効果」第三章「不履行の効果」第二節「遅滞の効果」に規定されているにもかかわらず、遅滞そのものの効果ではない。このことは、ドレスデン草案三〇五条の要件から明らかであり(同条は、「債務者の遅滞に基づいて給付が債権者にとって無益(nutzlos)となったとき」という)。また普通法において解除と同様の効果の発生根拠は、遅滞そのものではなく、遅滞によって給付が債権者にとって無益となったことにあるとされていたが(それについて、二(二)を参照)、それでもこの効果は、債務者遅滞の効果の個所で論じられているのである。たとえば、すでに見たように、債権者の拒絶権が認められる根拠を、遅滞そのものではなく、遅滞によって給付が債権者にとって無益となったことにあるとするMommensenやWindscheidも、債務者遅滞の項目のもとでこれを論ずるのである(Mommensen, a.a.O., S. 258; Windscheid=Kipp, a.a.O., S. 146)。

- (99) 部分草案の条文については、Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, Allgemeiner Teil (ゾーベール「Schubert, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB」以下)、(Berlin・New York, 1980)の条文を参照した。

部分草案二八条「双務契約において債務者が義務を負う給付が債務者の遅滞に基づいて債権者にとって無益となったとき、又は価値を著しく失ったときは、債権者は、解除の時点においてすでに生じているさらなる損害の賠償への権利を害することなく、契約を解除する(zurücktreten)こともできる。第四、五、六、七条の規定は、これに準用する。」

- (100) Jakobs, Nichterfüllung und Rücktritt, S. 52f.および鶴藤・前掲論文注(62)四五〇頁、杉本・前掲論文注(86)四八八頁。

- (101) Schubert, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, S. 380.

- (102) Schubert, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, S. 383f.

- (103) Schubert, Vorentwurfe der Redaktoren zum BGB, S. 867. また、v. Kübelが「損害填補 (Ausgleichung) の手段としての解除権」(Schubert, Vorentwurfe der Redaktoren zum BGB, S. 867.)「損害填補 (Schadenausgleichung) のこの手段 (解除——括弧内、筆者)」あるいは「解除によって差し当たり填補された損害」(Schubert, Vorentwurfe der Redaktoren zum BGB, S. 868.)とも述べている。
- (104) Jakobs, Nichterfüllung und Rücktritt, S. 53.
- (105) 部分草案六条「契約当事者は、解除によって互いに契約が締結されなかったかのように権利を有し義務を負う。受領された金銭は、受領の時点からの利息を付して、その他の代替物は、同じ種類、量および質の物で、不代替物は、増加 (Zuwachs) 従物 (Zubehörungen) およびすべての果実とともに返還される。收取されなかった果実、毀損又は滅失物について、返還義務者は、通常の家長の注意を用いるならば果実が收取され、毀損又は滅失を回避することができたときは、賠償を給付しなければならぬ。返還されるべき物の利用に基づいて、義務者は、所有権者が所有権に基づく請求権を行使する場合に、所有権者に対して善意占有者に与えられる権利を有する。」
- (106) Schubert, Vorentwurfe der Redaktoren zum BGB, S. 868.
- (107) 鶴藤・前掲論文注 (62) 四五〇頁、杉本・前掲論文注 (86) 四九〇頁。
- (108) もっとも、Jakobsは、部分草案が「解除する (zurücktreten)」という語を用いたことによって、これまでの普通法における厳格さは、少なくとも言葉のうえでは捨て去られ、さらなる発展のための胚 (Keim) が置かれたとする (Jakobs, Nichterfüllung und Rücktritt, S. 53.)。
- (109) 部分草案三条「双務契約において給付が全部不能となったときは、債権者は、第二条に規定された請求権に代えて、解除の時点においてすでに生じていたさらなる損害の賠償への権利を害することなく、契約を解除する (zurücktreten) ことができる。一部不能の事案においては、給付が一部不能に基づいて債権者にとって無益となったとき、又は価値を著しく失ったときに、この解除権が債権者に与えられる。」
- (110) Schubert, Vorentwurfe der Redaktoren zum BGB, S. 867.
- (111) 鶴藤・前掲論文注 (62) 四五〇頁、杉本・前掲論文注 (86) 四八八頁。なお、部分草案における解除について敷衍するならば、部分草案における解除が「不履行の効果」の表題のもとに規定されたにもかかわらず、v. Kübelにとって解除の本質的な要件は、不履行そのものではなく、契約の履行が債権者にとって本質的な利益 (das wesentliche Interesse) を失ったこと、言い換えれば、履行が

債権者にとって無益となった (nutzlos) 又はは無意味となった (zwecklos) ことである (Schubert, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, S. 867)。その限りでは、普通法における無益性に基づく解除は、とりわけ部分草案二八条の文言からも明らかなように、部分草案においてもなお維持されたのである。そして、この理解が債務者の責に帰すべき事由による不能を解除要件とすることを可能としたのである (Vgl. Leser, a.a.O., S. 33)。

ところで、v. Kübelに見られるように、無益性と利益消滅とを同視し、あるいは無益性という概念に代えて利益消滅という概念を用いる傾向は、一九世紀後半から見られるようになる (Schermer, a.a.O., S. 154)。

- (112) 第一草案の条文については、Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, (Berlin, 1899), XXXVII; Jakobs=Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, (Berlin, 1978), S. 473f.を参照した。

第一草案三六九条「双務契約に基づく給付が債務者の責に帰すべき事由によって不能となったときは、債権者は、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。給付が一部不能となったときは、不能でない給付部分が債権者にとって何ら利益を有さない場合にのみ、債権者に解除権が与えられる。

給付が債務者の遅滞に基づいて債権者にとって何ら利益を有さない限りにおいて、同じことが第二四三条に規定された事案にも当てはまる。

第四二六条ないし第四三一条、第四三三条の規定は、解除権について準用する。」

- (113) Jakobs=Schubert, a.a.O., S. 273.

- (114) Scherner, a.a.O., S. 205; Beinert, a.a.O., S. 182. 第一草案における解除も、普通法あるいは部分草案におけるのと同様、その根拠を、不履行そのものではなく、不能または遅滞によって給付が債権者にとって無益となった、あるいは何ら利益を有さなくなったことに有する。実際、理由書において次のように述べられている。「草案も、双務契約において契約相手方が遅滞にある場合に債権者に契約を解除する権利を与える。しかしながら、それは無制限ではなく(商法三五四条、三五五条、草案三六一条を参照)、給付が遅滞に基づいて債権者にとって利益 (Interesse) を失った、という要件のもとでのみ与えられるのである。つまり、解除は、実は (in concreto) 債権者の利益 (Interesse) によって正当化されるのである (三六九条二項)」(Mugdan, a.a.O., S. 116)。

また、第一草案三六九条一項は、給付の全部および一部不能において債権者に解除権を付与するが、全部不能の事案については、全部不能という事実それ自体によって給付が債権者にとって利益を失ったと考えられたのであり (Jakobs=Schubert, a.a.O., S.

272.)、また一部不能の事案については、明文上、給付が債権者にとって何ら利益を有さない場合にだけ、債権者に解除権が付与される。さらに、債務者の遅滞の事案においても、明文上、給付が遅滞に基づいて債権者にとって何ら利益を有さない限りにおいて、債権者に解除権が付与される（同条二項）。

(115) Jakobs, *Nichterfüllung und Rücktritt*, S. 54.

(116) Beinerは、解除について独自の正当化根拠を打ち出すために時代がまだ熟しておらず、普通法における解除の禁止がかなり強く影響し、そのため、解除は損害賠償請求権の一つの態様にすぎない、という考え方からドグマティックはなお解放されなかったとする（Beiner, a.a.O., S. 182f.）。

(117) 第二草案の条文については、Mugdan, a.a.O., S. XXXVII-VIII.を参照した。

第二草案二七六条「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に帰すべき事由によって不能となるときは、相手方は、不履行に基づく損害賠償を請求し、又は契約を解除することができる。一部不能においては、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に、第二三六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権利を有する。さらに、相手方は、損害賠償請求および解除に代えて、第二七四条に定められた権利を行使することができる。」

(118) 第二草案二七七条「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いときは、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いときは、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前項に定められた権利を有する。」

(119) ところで、第二草案二七七条に近い考え方をすでに第二委員会の審議に先立つ帝国司法庁 (Reichsjustizamt) の準備委員会による司法庁修正案三六九条aに見ることができる。

司法庁修正案三六九条a「双務契約において債務者が遅滞にあるときは、債権者は、相当の期間を債務者に設定する権利を有する。給付がこの期間内になされないときは、債権者は、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。給付が遅滞に基づいて債権者にとって何ら利益を有さないときは、期間の設定は必要でない。給付がその期間内に一部しかなされないときは、

第二四七条第二項および第三六九条第一項第二文の規定が適用される」(Jakobs=Schubert, a.a.O., S. 476.)。

同条が解除のために原則として期間設定を要求し、また利益消滅を解除の要件とせず、単に解除のための期間設定を不要とする要件としている点は、第二草案二七七条と共通する。もつとも、期間設定について第二草案二七七条においては、「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」とされているのに対して、同条では、単に「相当の期間を設定する権利を有する」とされている。

ところで、司法庁修正案三六九条aにおいて解除のために原則として期間設定が要求されたのは、帝国司法庁の準備委員会におけるJacubezkyの提案に端を発する(それについて「Jakobs=Schubert, a.a.O., S. 49f.」)。帝国司法庁の準備委員会におけるJacubezkyによつて遅滞に基づく解除につき以下の提案がなされた。

「給付の時期がそのような方法で(一定の時期または期間内に精確に給付されること——括弧内、筆者)定められていないときは、債権者は、その実行のために相当の期間を定め、給付が定められた期間内になされないときは、契約を解除する旨の威嚇(Androhung)をする権利を有する」(Jakobs=Schubert, a.a.O., S. 448.)。

この提案については、以下の理由が付されている。「すべての契約はその目的に従つて相当の時期に履行されるべきである、という自然な直観から出発するならば、自己に与えられる給付をこの期間内に取得できない当事者は、その義務から解放されなければならない、ということは明らかである。それゆえ、債務者の有責性があるか否か、および受領者にとつて給付についての利益が消滅したか否かをこれらの事案において無視し、それに代えて、適時に給付がなされないときは、債権者は、契約を解除する権利を有し、ただし、債権者は、あらかじめ債務者に解除の威嚇(Androhung)のもとで後発的に給付を実行するための期間を承認しなければならない、という規定を取り入れることが得策である」(Jakobs=Schubert, a.a.O., S. 449f.)。

しかしながら、この提案は、債務者に有責性があるか否か、および受領者にとつて給付についての利益が消滅したか否かを問うことなく解除を認めるものであったため、委員会の多数意見は、この提案をあまりに広すぎ、それによつて債務者の犠牲において債権者の地位が強化され、契約の拘束力を震撼させると考え、この提案に反対した(Jakobs=Schubert, a.a.O., S. 450f.)。もつとも、右提案が債権者に広範に解除権を認めることに代えて債権者に期間設定を要求する点については、債務者の遅滞の事案において債権者の解除を容易にし、かつ市民法上の取引と商取引との間に矛盾を生じさせないことが望ましい、との理由から、商法三五五条、三五六条およびスイス債務法一二二条に従つて債権者に期間設定の権利を与えることが決定されたのである(Jakobs=Schubert, a.a.O., S. 450.)。

- (120) Jakobs=Schubert, a.a.O., S. 478ff. なお、第二委員会は、Struckmannの提案に賛成したが、このStruckmannの提案は、とりわけ債権者の期間設定に関して帝国司法庁の準備委員会の決定に依拠する（それについて、Jakobs, *Nichterfüllung und Rücktritt*, S. 54f., Fn. 41.）。
- (121) Jakobsは、解除が損害賠償から切り離されたことによって、利益消滅という要件は、解除に内在する要件としてもはや根拠づけられなくなったとする（Jakobs, *Nichterfüllung und Rücktritt*, S. 54.）。
- (122) Mugdan, a.a.O., S. 641. なお、第二委員会において採用されたStruckmannの提案、とりわけ債権者による期間設定が帝国司法庁の準備委員会の決定に依拠しており、またその決定が準備委員会におけるJacubezkyの提案に依拠したものであったことは、すでに述べたところであるが（それについて、前掲注〔119〕および〔120〕を参照）、Jacubezkyは、第二委員会において期間設定についてさらに以下のように述べる。「債権者が反対給付義務を負った目的、つまり、相当の時期になされるべき双方の給付の交換が無に帰するときは、売買および交換において解除が許容されなければならない。それによって単なる双務契約は、後発的に定期行為となる資格（Fähigkeit）を取得するのである。定期行為においては、給付がなされなければならない時期が初めから契約によって定められている。契約においてそれが定められていないときは、各当事者は、相当の期間を設定することによってすきまを補充することができる。……。契約に従って一方的に設定された期間は、合意された期間と同じ意味を有するのである」（Mugdan, a.a.O., S. 642.）。
- (123) Scherner, a.a.O., S. 217.
- (124) 杉本は、「無益性解除」の要石である無益性要件がA D H G Bに倣う期間設定権の債権者への付与によって空洞化したとする（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』四三卷二号〔二〇〇三年〕二六九頁）。
- (125) Jakobs, *Nichterfüllung und Rücktritt*, S. 54; Beinert, a.a.O., S. 184.
- (126) Jakobs=Schubert, a.a.O., S. 479. また、Jacubezkyは、第二項として次の提案を行った。
「給付が債務者の遅滞（Verzug）に基づいて債権者にとって何ら利益を有さないときは、債権者は、期間を定めることなく契約を解除する権利を有する。給付が一部不能となり、かつ、債権者が給付の可能な部分につき何ら利益を有さないときは、同じことが当てはまる」（Jakobs=Schubert, a.a.O., S. 479.）。
- (127) Jakobs=Schubert, a.a.O., S. 479f.
- (128) Mugdan, a.a.O., S. 641f.

(129) 議事録においては、第二草案二四六条とされているが、最終的には第二草案二四一条(ドイツ民法旧二八五条、現行ドイツ民法二八六条四項)となった。

第二草案二四一条「給付が債務者の責に帰すべからざる事由によってなされない限り、債務者は遅滞に陥らない。」

(130) Mugdan, a.a.O., S. 642.

(131) Mugdan, a.a.O., S. 642.

(132) 杉本・前掲論文注(124)二六五頁。

(133) Jakobs, Nichterfüllung und Rücktritt, S. 55.

(134) Jakobs, Gesetzgebung im Leistungsstörungenrecht, S. 55.

(135) JakobsおよびBeinertは、第二草案における解除は、依然として損害賠償としての機能から解放されなかったとする(Jakobs, Nichterfüllung und Rücktritt, S. 55f.; Beinert, a.a.O., S. 185.)。また、Ecksteinも「ドイツ民法旧三二五条および旧三二六条に基づく解除について、それらの規定に基づく解除を損害賠償の一つの特別な形態にすぎないとする(Eckstein, "Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit, Leistungsschwerung und verwandte Umstände und das Schicksal der Gegenleistung", ArchBürgR37 [1912], S. 435f.)。Beinertは、第二委員会の多数意見が、Jacubekzyの提案について、それは現行法からかなり離れる」ということを危惧したならば(Jakobsは、さらに強調して、Jacubekzyの提案が現行法からかなり離れる、という論拠だけが第二委員会の多数意見にとって決定的だったとする(Jakobs, Nichterfüllung und Rücktritt, S.55.)」、解除の正当化根拠は従来と変わらないのである、このことは、第二委員会の多数意見が解除を依然として損害賠償請求権の一種と捉えていたことを意味するとする(Beinert, a.a.O., S. 185. Vgl. auch Jakobs, Nichterfüllung und Rücktritt, S. 55f.; Eckstein, a.a.O., S. 435f.)。(未完)

※ 「不履行と解除(一)」の刊行後、北居功「付遅滞解除要件論——伝統的債務不履行論から現代的債務不履行論への転回」『法学雑誌tätonomie』第九号(二〇〇七年)四七頁以下に接した。

※ 「不履行と解除(一)」『北海学園大学法学研究』四二巻三号に誤記がありましたので、以下のとおり訂正いたします。

・六一〇頁三行目

(誤)「(四八九頁)」→(正)「(四九〇頁)」

・七七二頁一行目、裏表紙五行目および抜刷裏表紙一行目
(註)「Nichterfüllung und Rücktritt」→(正)「Nichterfüllung und Rücktritt (1)」