HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	ドイツ法における催告解除と契約の清算(二)：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(2)：391-418
発行日	2010-09-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論説

ドイツ法における催告解除と契約の清算　(二)

――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
(四)　離脱に基づく給付の返還請求
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)　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））
(四)　催告解除と債権者の反対給付

（以上、四五巻三号）

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
(三)　催告解除と給付の受戻し
(五)　小括

（以上、本号）

(三)　催告解除と給付の受戻し

催告解除について規定するドイツ民法旧三二六条は、ドイツ普通商法典におけるのと同じく、債務者の遅滞を要件としていた。そのため、同条は、債務者がいまだ給付を行っていない場合に適用された。これによれば、債務者によって何らかの給付――もちろん、それは契約に従った給付ではないが――がなされた場合には、同条の適用は問題とならないはずである。もっとも、そのような場合にドイツ民法旧三二六条の適用がまったく問題とならなかったわけではなかった。

(ア)　一部給付

たとえば、債務者によって給付の一部しか履行されない場合にも、ドイツ民法旧三二六条が適用された[60]。債務者が給付の一部しか履行しない場合に、債権者は、未履行部分の給付のために相当な期間を設定することができ、その期間内に給付がなされないときは、債権者にドイツ民法旧三二六条に基づく権利が与えられた[61]。しかしながら、債権者は、これらの権利を未履行の給付部分についてだけ行使することができた[62]。一部給付の事案において、債権者は、催告解除によって、契約全体を解除すること、すなわち、なされた一部給付を債務者に受戻して、自己の反対給付義務から解放され、あるいは自己がした反対給付全部の返還を請求することはできなかった。一部給付の事案において、

債権者が契約全体を解除するためには、なされた一部給付が債権者にとって何ら利益を有さないこと、すなわち、利益消滅が必要とされたのである（ドイツ民法旧三二六条一項三文、旧三二五条一項二文）。

なお、一部給付が債権者にとって何ら利益を有さないか否かは、債権者が契約の一部の実行について利益を有するか否か、すなわち、債権者が一部給付に対してそれに応じて縮減された反対給付を行うことについて利益を有するか否かに従って判断された[63]。その際、契約目的が重視された[64]。そして、債権者が一部給付ではもはや契約目的を実現することができないか、あるいは一部しか実現することができない場合や、給付目的物を他から調達しなければならない場合に利益消滅が認められた[65]。たとえば、電子データ処理センター（EDV-Anlage）の売買契約において、契約で予定されていたソフトウェアが供給されなかった場合に利益消滅が認められている[66]。

以上のように、一部給付の事案においては、ドイツ民法旧三二六条一項の適用それ自体は認められていたものの、それでも、催告解除による契約全体の清算やなされた一部給付の受戻しは認められていなかったのである。その限りでは、同条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たのであり、すでになされた給付については、意味を有さなかったのである。

(イ) 不完全給付

改正前ドイツ民法典のもとでは、売買契約における不完全給付についての法状況は複雑であった。

(a)　物の瑕疵

(i)　特定物売買

特定物の売買において、物に瑕疵があったときは、もっぱら売買法の担保責任に関する規定が適用された。売買契約の目的物にドイツ民法旧四五九条の瑕疵があったときは[67]、買主は、売買の解消（解除（Wandelung））または売買代金の減額を請求することができた（ドイツ民法旧四六二条）[68]。買主は、解除（Wandelung）に基づいて瑕疵ある給付を売主に受戻し、また、買主がすでに売買代金を売主に支払っていた場合には、その代金の返還を請求することができた（ドイツ民法旧四六七条、旧三四六条）[69]。

もっとも、物の瑕疵が軽微な（unerheblich）場合には、解除（Wandelung）や売買代金の減額は認められなかった（ドイツ民法旧四五九条一項二文）。そのため、解除（Wandelung）およびそれに基づく契約全体の清算は、物の瑕疵が軽微でない（nicht unerheblich）場合に認められた。

なお、物の価値または適性の減少、すなわち、瑕疵が軽微（unerheblich）であるか否かは、個々の事案の諸事情および取引観念に従って、瑕疵によって物の価値や適性がどの程度侵害されているかによって判断された[70]。その判断に当たっては、とりわけ使用目的が重視された[71]。瑕疵を容易に知ることができ、わずかな労力や費用で瑕疵を除去することができるときは、瑕疵は軽微なものとされた[72]。たとえば、四〇〇万ドイツマルクで売却された家屋がカミキリムシ被害にあった場合に、それが六五〇〇ドイツマルクで除去できるときは、それは軽微な瑕疵であるとされている[73]。もっとも、軽微な瑕疵であっても、それを容易に知ることができず、その除去が困難である場合には、瑕疵は軽微でなくなることもある[74]。

また、一部給付の事案における利益消滅の判断との関係で重要なのは、ドイツ民法旧四五九条一項二文における「軽

微な瑕疵」は限定的に解釈されていた、ということである。[75] というのは、同条項によれば、物の瑕疵が軽微である場合には、買主は、担保責任に基づく請求権を有さず、その結果、解除（Wandelung）の権利だけでなく、売買代金の減額請求権も有さないこととなってしまうからである。そのため、軽微な瑕疵という概念は、「裁判官はささいなことは考慮しない（de minimis non curat praetor）」という原則を具体化したものとして理解されていた。[76]

いずれにせよ、特定物の売買において、物に瑕疵があった場合には、ドイツ民法旧三二六条の適用は問題とならなかったのである。

もっとも、瑕疵ある物の給付と区別されるのは、売主が義務づけられた物と異なる物を給付した場合（aliudlieferung, Falschlieferung）である。たとえば、製造番号、車体番号および製造所番号を詳細に表示してなされた中古車の売買において、それとは異なる自動車が給付された場合には、これは、瑕疵ある自動車の給付ではなく、義務づけられた自動車とは異なる自動車の給付であるとされている。[77] この場合には、ドイツ民法旧四五九条以下の規定は適用されず、履行請求権は存続し、ドイツ民法旧三二〇条以下の給付障害に関する一般規定が適用された。[78] もちろん、買主は、義務づけられた物と異なる物の給付の受領を拒絶することができ、それを拒絶しても受領遅滞にはならなかった。

(ii) 種類物売買

種類物の売買において、物に瑕疵があった場合には、解除（Wandelung）または減額に代えて、瑕疵ある物に代えて瑕疵のない物を請求する権利が買主に認められた（ドイツ民法旧四八〇条一項一文）。[79] もっとも、買主が追完請求権を行使したにもかかわらず、売主が追完をしない場合に、ドイツ民法旧三二六条が適用されるか否かについて見解の対立があった。

少数説は、追完請求権だけが認められ、ドイツ民法旧三二六条は適用されないとしていた。[80] 論者は、以下のように説く。

瑕疵ある物の引渡によって履行がなされ、目的物は特定する。それゆえ、この場合に、買主は、瑕疵担保責任に基づく権利だけを、すなわち、解除（Wandelung）と減額だけを行うことができ、不履行に基づく損害賠償請求権を行使することはできない。もしそれが認められるとするならば、特定物の買主よりも種類物の買主を不当に有利な地位に置くこととなる。[81] また、ドイツ民法旧三二六条が適用されないということは、ドイツ民法旧四八〇条一項二文がドイツ民法旧三四八条を準用していることからの帰結である。[82] なぜなら、ドイツ民法旧四八〇条一項二文は、ドイツ民法旧四六七条一文を準用しているが、同条によれば、ドイツ民法旧三四八条が解除（Wandelung）に準用され、[83] この規定の反対解釈から、ドイツ民法旧三二六条は追完請求権には適用されないからである。さらに、通説のように、解除（Wandelung）や減額の請求によって特定が生じ、担保責任に基づく請求権が発生するとするならば、担保責任に基づく請求権は、その発生前に消滅時効にかかるというおかしな結論に至る。[84]

このような少数説に対して、支配的な見解は、ドイツ民法旧三二六条は追完請求権にも適用されるとしていた。[85]

瑕疵ある物が給付された場合に、買主が追完請求をしたとしても、それによって目的物は特定せず、履行請求権は存続する。[86] そして、追完請求権は、この請求権に代わるものにすぎない。また、少数説のように、買主が瑕疵ある物を受領した場合にはドイツ民法旧三二六条の適用が排除されるとすることは、ドイツ民法旧四六四条とも一致しない。[87] さらに、買主は、通常、物が引き渡された後に初めて瑕疵を知ることができ、[88] もしドイツ民法旧三二六条が適用されないとするならば、買主は、解除（Wandelung）を強制されることとなる。[89] なぜなら、売主がドイツ民法旧三二六条に基づく請求権を危惧しないならば、買主は、売主の追完給付の懈怠を防止する有効な手段を持たないこととなるか

らである。

このように、旧法のもとでは、種類物の売買において、物に瑕疵があった場合に、買主の追完請求権にドイツ民法旧三二六条が適用されるか否かについて見解の対立があったが、支配的な見解は、追完請求権への同条の適用を肯定していた。とはいえ、買主の追完請求権にドイツ民法旧三二六条が適用されるか否かという議論の本質は、買主が同条に従って不履行に基づく損害賠償を請求することができるのか、それとも買主が利益のない解除（Wandelung）のみにとどまるのか、ということにあった[90]。それゆえ、追完請求権にドイツ民法旧三二六条の適用が肯定されるとしても、そこで念頭に置かれていたのは、不履行に基づく損害賠償請求権だったのであり、催告解除に基づく契約全体の清算ではなかったのである。支配的な見解によれば、種類物の売買において、瑕疵ある物が給付された場合には、買主は、契約を解除するまでもなく、その受領を拒絶することができたのである[91]。

また、特定物の売買におけるのと同じく、ここでも瑕疵ある物が給付された場合と義務づけられた物とは異なる物が給付された場合とが区別される[92]。義務づけられた物と異なる物が給付された場合には、履行請求権は何ら影響を受けない[93]。この場合には、瑕疵担保責任に関するドイツ民法旧四八〇条は適用されず、一般の給付障害法に関する規定が適用された。もちろん、買主は、義務づけられた物と異なる物の給付の受領を拒絶することができた[94]。

(b) 権利の瑕疵

売却された物について権利の瑕疵があった場合、たとえば、売主が他人の所有物を売却した場合に、売主が所有者からその物を取得することができず、そのため、買主に所有権を移転することができないときや、購入した不動産に第三者の物権が存在した場合に、売主が負担のない所有権を買主に供与することができないとき、買主は、売主に対

して如何なる権利を有するのか。

ドイツ民法旧四四〇条一項によれば[95]、権利の瑕疵において、買主の権利は、一般的な給付障害法の規定に従って決定された。それゆえ、買主は、ドイツ民法旧三二五条、旧三二六条の要件のもとで不履行に基づく損害賠償を請求したり、契約を解除したりすることができた。もっとも、この場合には、通常、一部不履行が存在するにすぎない[96]。したがって、ドイツ民法旧三二五条一項二文、旧三二六条一項三文が考慮され、買主は、なされた給付が自己にとって何ら利益を有さない場合にだけ、契約全体を解除することができた。

(c)　付随義務の違反（積極的債権侵害（Die positive Forderungsverletzung））

改正前ドイツ民法典における給付障害法は、不能と遅滞を中心に構築されていた。そのため、改正前ドイツ民法典は、不能でも遅滞でもない債務者の義務違反に関して明文の規定を有さなかった。もっとも、判例・学説は、早くから不完全履行の一類型として、積極的債権侵害（Die positive Forderungsverletzung）あるいは積極的契約侵害（Die positive Vertragsverletzung）に基づく債務者の責任を肯定していた[97]。そして、債務者の付随義務の違反は、この積極的債権侵害の主たる適用事例として理解されていた[98]。

債務者が付随義務に違反した場合には、債権者は、原則として、本来の債務の履行とともに付随義務の違反によって生じた損害の賠償を請求することができた[99]。また、場合によっては、債権者は、契約全体の不履行に基づく損害賠償を請求したり、契約全体を解除したりすることもできた。

ドイツ連邦通常裁判所（一九五三年一一月一三日判決）は、原告が被告とのチャーター契約に従って汽船を期限までに被告に提供したが、被告が船積みを延期し、そのため、原告がチャーター契約を契約どおりに履行することがで

きないと憂慮したという事案において、次のように述べて、原告の汽船の引き戻しおよびチャーター契約の不履行に基づく損害賠償請求を認めた。[100]

有責な債権侵害が民法典に規律された特別の要件である給付の不能および遅滞に至らず、かつ損害が履行利益を超えない限り、この損害は、ドイツ民法（旧）二四九条以下に従って賠償されるべきである。それは、反対給付に依存しない片務的な義務だけでなく、双務契約にも当てはまる……。しかしながら、双務契約において、侵害された契約当事者は、「消極的」利益（信頼利益または清算利益）にかかる損害の主張に限定されるわけではない。むしろ、積極的契約侵害によって害された契約当事者は、ある要件のもとでさらなる権利を行使することができる。その権利は、たしかに内容的にはドイツ民法（旧）三二五条、（旧）三二六条に基づく権利に相応するが、しかし、その法律上の原因は、結局、ドイツ民法（旧）二四二条にある。「積極的契約侵害」によって契約目的が危殆化され、事案のあらゆる事情の考慮のもとで信義誠実に従って契約の存続および契約に従って義務を負う給付の実行が契約に誠実な当事者に期待されないときは、その者は、契約の履行を拒絶し、選択に従って不履行に基づく損害賠償、つまり、――「積極的」――履行利益を請求し、または契約を解除することもできる。

そして、このような理解は、その後の判例・学説においても承認され、債務者が有責に契約上の義務に違反した場合に、その義務違反によっ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は、債権者は、積極的債権侵害に基づいて契約全体の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、という法理が形成された。[101]

なお、契約への拘束が債権者に期待されないか否かは、上述の判例が述べているように、個々の事案の諸事情を考慮して信義誠実に従って判断された[102]。とはいえ、契約の拘束への期待不可能性は、その表現の違いにもかかわらず、結論においては、一部不能や一部給付におけるドイツ民法旧三二五条一項二文や旧三二六条一項三文の利益消滅と異ならないとされていた[103]。たとえば、債務者が真摯かつ最終的に履行を拒絶する場合[104]、商業地の買主が合意に反してその土地を投機目的で利用した場合[105]、土地の買主が売主に認められていた居住権を危殆化した場合[106]、債務者が給付を繰り返し著しく遅延した場合[107]、あるいは当事者の一方が継続的取引において突如合意に反して現金払いを要求し、手形割引によるさらなる信用供与を拒絶した場合[108]などに契約目的の危殆化が認められている。

もっとも、われわれは、ここでドイツにおける解除法に関するドグマーティクの混乱を目の当たりにする。従来の支配的な見解は、債権者が付随義務の違反に基づいて契約全体の不履行に基づく損害賠償を請求したり、契約全体を解除したりするために、給付拒絶の威嚇を伴う期間設定（ドイツ民法旧三二六条一項参照）を要件としていなかったが[109]、その後の支配的な見解は、ドイツ民法旧三二六条一項一文の類推によって、原則として給付拒絶の威嚇を伴う期間設定を要求したのである[110]。

ドイツ連邦通常裁判所（一九七六年一一月一〇日判決）は、待降節のシュトレン（Adventsstollen）の売買において、実際に供給されたシュトレンが契約に従ったものではなかったため、買主が売主に契約全体の不履行に基づく損害賠償を請求した事案において次のように述べた[111]。

もちろん、――上述したように――判例および学説における統一的な見解によれば、継続的な供給契約において、売主が有責な契約違反行為によって取引の目的やその支障のない実行をはなはだしく危殆化し、契約への拘束を買主に

まったく期待できない限り、買主は、さらなる契約の実行を断念し、契約全体の不履行に基づく損害賠償を請求することができる……。学説において、これについて一般的に主張される見解がある。それによれば、そのような事案において、通常、期間の徒過後履行を拒絶するという威嚇を伴ったあらかじめの期間設定（ドイツ民法（旧）三二六条一項参照）は必要ない。しかしながら、この見解は、その一般化において誤りである……。むしろ、次の原則から出発すべきである。すなわち、契約相手方の有責な契約違反が非難される限り、契約当事者の一方が継続的な供給契約から解放される場合にもドイツ民法（旧）三二六条が類推適用される。受領拒絶の威嚇を伴う期間設定の義務は、この期間設定がさらなる契約違反行為の効果を契約相手方に再度はっきりとわからせる、という考慮から正当化される。それゆえ、期間設定は、――ここで問題となっていない利益消滅の事案（ドイツ民法（旧）三二六条二項）や契約相手方の履行拒絶の事案を別とすれば――信頼の基礎がすでに最終的に破壊され、この理由から契約への拘束を契約に誠実な当事者にもはや期待しえない場合にだけ必要ない。他方、契約に違反した当事者が設定された期間内にその義務を履行し、そのため、両当事者の利益の適切な評価において信頼の基礎が回復されると考えられる場合には、さらなる契約の実行は、通常、期待されないとは認められないのである。

その後まもなくして、ドイツ連邦通常裁判所は、新車の売主がそのパーツを中古のパーツと取り替えたことに基づいて契約全体の解除が問題となった事案においても、期間設定およびその期間の徒過を要求したのである。[12]

しかしながら、ドイツ連邦通常裁判所は、一九七六年判決において、期間設定の根拠をドイツ民法旧三二六条の類推に求めたが、積極的債権侵害に基づく契約全体の解除の根拠は、ドイツ連邦通常裁判所の一九五三年判決が述べているように、ドイツ民法旧三二五条、旧三二六条との類似性にもかかわらず、ドイツ民法二四二条、すなわち、信義

則にあるのである。また、積極的債権侵害に基づく契約全体の解除における期待不可能性の判断と一部給付における契約全体の解除における利益消滅（ドイツ民法旧三二六条一項三文、旧三二五条一項二文）の判断との類似性ということが言われるならば、ドイツ連邦通常裁判所の一九七六年判決に反して、積極的債権侵害に基づく契約全体の解除について、債権者による期間の設定はそもそも問題とならないはずである。

とはいえ、付随義務の違反において、契約全体の不履行に基づく損害賠償請求や契約全体を解除するために、かりに期間設定やその期間の徒過を要するとしても、付随義務の違反における契約全体の不履行に基づく損害賠償請求や契約全体の解除にとって期間設定やその期間の徒過が重要だったのではなく、あくまで債務者の義務違反によって契約目的が危殆化され、契約への拘束が債権者に期待されない、ということが重要だったのである。[113] それゆえ、付随義務の違反において、契約全体の不履行に基づく損害賠償を請求したり、契約全体を解除したりするために期間設定やその期間の徒過が要求されるとしても、期間設定やその期間の徒過それ自体によって契約全体の清算が認められたわけではなかったのである。

㈣　催告解除と債権者の反対給付

以上のように、改正前ドイツ民法典のもとでは、ドイツ普通商法典における離脱と同じく、催告解除によるなされた給付の受戻しは認められていなかった。これに対して、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ていた、解除に基づく各当事者の給付の返還義務を明文上認めた（ドイツ民法旧三四六条）。[114] そして、この効果は、ドイツ民法旧三二六条一項に基づく解除にも認められた（ドイツ民法旧三二七条）。

しかしそれでもなお、解除と債権者の反対給付義務からの解放について問題がなかったわけではない。

一部の学説は、債権者が契約上の反対給付義務から解放されるために解除の意思表示を要するとしていた。[115] 論者は次のように説く。

債権者の反対給付義務は、債権者によって履行のために設定された期間の徒過では消滅せず、債権者がドイツ民法旧三二六条に定められた権利を選択するまで単にその実行が妨げられるにすぎない。[116] ドイツ民法旧三二六条一項二文後段は、設定された期間の徒過によって履行請求権だけを排除しているのであり、同条項から、債権者の反対給付義務も消滅する、ということは帰結されない。[117]

これに対して、支配的な見解は、債務者の給付義務が消滅した場合には、双務契約における両給付義務の牽連性に基づいて債権者の反対給付義務もその時点において自動的に消滅するとしていた。[118] そのため、支配的な見解によれば、契約を解除しなくても、給付の不能や設定された期間の徒過によって債務者の給付義務は消滅し、その結果、債権者の反対給付義務も消滅する。[119] したがって、両当事者がまだ給付を行っていない場合には、解除は意味を有さなかったのである。

もちろん、支配的な見解によっても、解除は、まったく意味を有さなかったわけではなく、債権者が自己の反対給付をすでに行っていた場合に、なされた給付を返還する義務に変える効果（形成効）を有していたのである。[120]

さらに、解除に基づく反対給付の返還請求の問題と関連して、旧法下においては、売買契約について次のことが注意されるべきである。すなわち、旧法のもとでは、売買契約において、売主が契約を履行し、かつ、売買代金の支払いを猶予した場合には、解除権は排除された（ドイツ民法旧四五四条）。[121] この規定は、ドイツ普通商法三五四条に依拠して第二委員会によって導入された。[122] 委員会は次のように説く。[123]

売主が売買契約を履行し、売買代金の支払いを猶予するならば、売主は、買主に信用を供与しており、それにもかかわらず、売買代金が支払われない場合に売買目的物の返還請求を認めることは、それと一致しない。また、買主は、給付された売買目的物を消費、加工、あるいは譲渡することがあるが、その場合に契約が解除されるならば、売主は不当な負担を負わされることとなる。さらに、売買代金の支払いの猶予は、解除権の放棄と考えられる。

しかしながら、このような立法理由は、説得力がなく、法政策的には誤りであるとされていた。[124] そのため、ドイツ民法旧四五四条は、限定的に解釈されるべきであるとされていた。[125]

もっとも、売主の先給付は、一種の信用の供与であるとしても、売主が売買目的物を先給付しただけでは、ドイツ民法旧四五四条によって売主の解除権は排除されなかった。[126] 売買代金の支払猶予は、売買代金請求権の履行期が売主の給付後の時点まで延期される場合に認められた。[127] それゆえ、――ドイツ民法旧四五四条はドイツ普通商法三五四条に由来するにもかかわらず――売主の先給付それ自体は、ドイツ民法旧四五四条における支払猶予とは認められなかったのである。

㈤　小括

改正前ドイツ民法典は、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、すなわち、催告解除を認めた（ドイツ民法旧三二六条一項）。催告解除を規定するドイツ民法旧三二六条一項は、双務契約一般に適用されるものとして規定され、また、同条に基づく解除にもその他の解除原因に基づく解除と同じ効果が認められた（ドイツ民法旧三二七条、旧三四六条以下）。

しかしながら、このような一般化が成功であったかは、改正前ドイツ民法典やそこにおける支配的な見解が実際に同条に認めていた機能にかんがみるならば、疑問である。

同条は、双務契約一般に適用されるものとして規定されていたにもかかわらず、実際には売買契約においてだけ意味を有していた。[128]

また、ドイツ民法旧三二六条一項は遅滞を要件としていた。そのため、同条は、まだ給付がなされていない場合に適用された。もっとも、一部給付のように、債務者が何らかの給付を行った場合にも、同条の適用が認められた。しかしそれでもなお、同条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たのであり、債務者によってすでになされた給付については意味を有さなかったのである。それゆえ、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かったのである。

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は、債権者が一部給付につい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）、瑕疵が軽微でない場合（ドイツ民法旧四五九条一項二文）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に認められたのである。

さらに、ドイツ民法旧三二六条がまだなされていない給付についてだけ意味を有していたとしても、以下のことが注意されるべきである。ドイツ民法旧三二六条一項二文後段によれば、債務の履行のために設定された期間の徒過によって債務者は給付義務から解放された。そのため、債権者は、契約を解除しなくても、債務者の給付を待つことから解放された。また、支配的な見解によれば、債務者が給付義務から解放された時点において、双務契約における両給付義務の牽連性に基づいて、債権者は自己の反対給付義務から解放された。それゆえ、債権者が反対給付義務から解放されるために契約を解除する必要はなかったのである。その結果、債権者がまだ自己の反対給付を行っていない

場合には、解除は意味を有さなかったのである。

結局、催告解除は、債権者が自己の反対給付をすでに行っていた場合に、なされた反対給付を返還する義務に変える効果しか有さなかったのである。

四　現行ドイツ民法典における催告解除

㈠　現行ドイツ民法典における解除法の発展

二〇〇二年ドイツ債務法改正によって、ドイツ民法典は、解除法の領域においてさらなる歩みを進めた。解除一般について言えば、まず、債務者の有責性は、もはや解除の要件として必要とされない。[129] そのため、債務者の遅滞は、もはや解除の要件ではない。これは、債務者が給付をせず、または契約に従った給付をしない場合に、債権者が違反された契約から解放され、その需要を第三者との契約によって満足することが、債務者の有責性の欠如によって妨げられるべきではない、ということによる。[130]

また、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（ドイツ民法三四六条一項）、[131] しかも、解除と損害賠償とを重畳的に適用されるものとして規定している（ドイツ民法三二五条）。[132] つまり、旧法と異なって、解除権の行使によって損害賠償請求権は排除されない。旧法における損害賠償と解除との選択（ドイツ民法旧三二五条、旧三二六条）は、債権者が性急な解除権の行使によって積極的利益の賠償請求権を失うという不都合をもたらしたのであり、[133] また、損害賠償の算定における差額理論（Differenztheorie）によって実質的には意味を有さな

くなっていた。[134] 損害賠償と解除との重畳適用が認められた結果、債権者は、解除によって自己の反対給付義務を除去し、瑕疵ある給付を受戻すことができるだけでなく、代替取引によってより高い価格で目的物を調達したり、適時に給付されなかったことによって不利益を被った場合には損害賠償を請求することが可能となった。

さらに、売買法の領域においては、まず、瑕疵担保責任における解除（Wandelung）が一般の給付障害法における解除（Rücktritt）に統合された。

売買契約において、物に瑕疵がある場合には、買主は、それを受領する義務を負わない。買主は、その受領を拒否し、[135] ドイツ民法三二〇条[136]に従って売買代金の支払いを拒絶することができる。買主が瑕疵ある物を受領した場合、買主にはドイツ民法四三七条に定められた権利が与えられる。[137] 同条二号によれば、ドイツ民法三二三条が準用される。[138] その結果、買主は、ドイツ民法三二三条に従って契約を解除することができる。

また、旧法のもとでは、物の瑕疵と権利の瑕疵とは、異なる規律に服していたが、たしかに現行法においても、それらの区別は、依然として維持されているが（ドイツ民法四三四条一項および四三五条）、[139] それでも、現行法においては、物の瑕疵と権利の瑕疵とは、原則として同じ規律に服する（ドイツ民法四五三条一項）[140] ため、それらの区別はもはや重要な意味を持たない。[141]

さらに、旧法のもとでは、瑕疵ある物が給付された場合と義務づけられた物と異なる物が給付された場合とは、異なる規律に服していたが、現行法はもはやこれらを区別しない。義務づけられた物と異なる物が給付された場合は、瑕疵ある物が給付された場合と同視される（ドイツ民法四三四条三項）。[142] これによって、瑕疵ある物が給付された場合と義務づけられた物と異なる物が給付された場合との困難な区別を回避しようとしたのである。[143]

(1) 履行請求権からの解放

双務契約において、債務者がそもそも給付をなさず、または契約に従って給付をしない場合には、債権者は、反対給付を拒絶することができる(ドイツ民法三二〇条)。この場合、契約関係は存続し、債権者は、依然として履行請求権に拘束される。債権者は、この状況を解除によって初めて終了させることができる。旧法のもとでは、債権者は、契約を解除しなくても、履行のために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た(ドイツ民法旧三二六条一項二文後段)。これに対して、現行法においては、解除権は、原則として期間の徒過によって発生し(ドイツ民法三二三条一項)[14]、履行請求権と並存する[15]。つまり、債権者によって履行または追完のために設定された期間が徒過しても、履行請求権は影響を受けず、解除権の行使によって初めて排除されるのである[16]。

注

(60) なお、一部給付も契約に従った給付ではないから、債権者は、その受領を拒否することができ、受領を拒否しても原則として受領遅滞にはならなかった(Larenz, Schuldrecht I, §14I; Medicus, Schuldrecht I, Rdnr. 138, 429; MünchKomm/Krüger, §266, Rdnr. 18; Palandt/Heinrichs, §266, Rdnr. 10.)。そのため、ドイツ民法旧三二六条は、債権者が給付を履行として受領した場合にだけ適用された(MünchKomm/Emmerich, §326, Rdnr. 103; Palandt/Heinrichs, §326, Rdnr. 28.)。

(61) Staudinger/Otto, §326, Rdnr. 186; MünchKomm/Emmerich, §326, Rdnr. 109; Palandt/Heinrichs, §326, Rdnr. 29.

(62) なお、債権者は、解除によって、未履行部分の割合に応じてしか自己の反対給付義務から解放され、あるいは自己がした先給付の返還を債務者に請求することができないから、一部給付の事案における解除の要件として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(RGZ50, 143; Staudinger/Otto, §326, Rdnr. 181; MünchKomm/Emmerich, §326, Rdnr. 104; Palandt/Heinrichs, §326, Rdnr. 29.)。債権者の反対給付が不可分である場合には、一部給付が債権者にとって何ら利益を有さない場合にだけ解除が認め

られた(ドイツ民法旧三二六条一項三文、旧三二五条一項二文)。また、すでに述べたように、この場合にも債権者が未履行部分の給付を待つことから解放されるために契約を解除する必要はなかった(ドイツ民法旧三二六条一項二文後段)。

(63) MünchKomm/Emmerich, §325, Rdnr. 127; Staudinger/Otto, §325, Rdnr. 121.

(64) BGH NJW1990, 3011; 1990, 2549; BGH WM1990, 2000.

(65) MünchKomm/Emmerich, §325, Rdnr. 127; Staudinger/Otto, §325, Rdnr. 122.

(66) BGH NJW1990, 3011.

(67) ドイツ民法典旧第四五九条「物の売主は、危険が買主に移転する時点において、その物がその価値又は通常の使用若しくは契約に従って予定されていた使用に対する適性を消滅し、又は減少させる瑕疵がないことについて買主に対して責任を負う。価値又は適性の軽微な(unerhebliche)減少は考慮しない。

売主は、物が危険の移転時点において保証された性質を有することについても責任を負う。」

(68) ドイツ民法典旧第四六二条「買主は、(旧)第四五九条、(旧)第四六〇条に従って売主が責めを負う瑕疵に基づいて、売買の解消(解除(Wandelung))又は売買代金の縮減(減額)を請求することができる。」

(69) ドイツ民法典旧第四六七条「約定解除権に関する(旧)第三四六条ないし(旧)第三四八条、(旧)第三五〇条ないし(旧)第三五四条、(旧)第三五六条の規定は、解除(Wandelung)に準用する。ただし、(旧)第三五二条の場合において、物の改変において瑕疵が初めて明らかになったときは、解除(Wandelung)は排除されない。売主は、買主に対し、契約費用も賠償しなければならない。」

なお、ドイツ民法旧三四六条以下の規定は、解除(Rücktritt)の効果として規定されているにもかかわらず、Kaiser は、これらの規定の主たる適用領域は、解除(Wandelung)においてであるとしている(Kaiser, a. a. O., S. 9.)。

(70) Staudinger/Honsell, 13. Aufl., (1995), §459, Rdnr. 59; MünchKomm/H. P. Westermann, 3. Aufl., (1995), §459, Rdnr. 27.

(71) RGZ70, 85f.; 129, 283; 131, 351; BGHZ10, 242; Staudinger/Honsell, §459, Rdnr. 59; MünchKomm/H. P. Westermann, §459, Rdnr. 27.

(72) RG JW1907, 173; 1914, 827; BGH BB1957, 92.

(73) KG NJW-RR1989, 972.

(74) RG WarnR1912, Nr. 299.

(75) RG JW1907, 173; 1914, 827; BGH BB1957, 92; Jauernig/Vollkommer, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl., (München, 1999), §459,

Rdnr. 17; Peters, “Praktische Probleme der Minderung bei Kauf und Werkvertrag”, BB1983, S. 1953; Mont, a. a. O., S. 75.

(76) Mugdan, a. a. O., S. 124; Staudinger/Honsell, §459, Rdnr. 59. また、Ernst は、ドイツ民法旧四五九条一項二文の制限は、実際には機能していなかったとしている（MünchKomm/Ernst, 5. Aufl., (2007), §323, Rdnr. 243.）。

(77) BGH NJW1979, 811. これに対して、鯨肉として船舶の積荷が売却されたにもかかわらず、それが実際には鮫肉であった場合（RGZ99, 147）や、特定の画家によって描かれた絵画として売却された絵画が実際にはその者によって描かれたものではなかった場合（RGZ135, 339）には、それは瑕疵ある物の給付であるとされている。なお、Medicus は、前者の場合について、他の船の積荷が供給されたときは、それがたとえ鯨肉であったとしても、それは、義務づけられたものとは異なる物の給付であるとしている（Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 10. Aufl., (München, 2000), Rdnr. 64.）。

(78) BGH NJW1979, 811; Staudinger/Honsell, §459, Rdnr. 25; Kaiser, a. a. O., S. 35. これに対して、Kramer は、この場合にも瑕疵担保法の規定の適用を肯定している（Kramer, “Für eine gewährleistungsrechtliche Behandlung des “Identitäts-aliud””, NJW1979, S. 2023.）。

(79) ドイツ民法典旧第四八〇条「種類に従ってのみ定められた物の買主は、解除（Wandelung）又は減額に代えて、瑕疵ある物に代えて瑕疵のない物の給付を請求することができる。この請求権には解除（Wandelung）に関する（旧）第四六四条ないし（旧）第四六六条、（旧）第四六七条第一文および（旧）第四六九条、（旧）第四七〇条、（旧）第四七四条ないし（旧）第四七九条の規定が準用される。

物が、危険が買主に移転する時点において保証された性質を欠き、又は売主が瑕疵を悪意で黙秘したときは、買主は、解除（Wandelung）、減額又は瑕疵のない物の給付に代えて、不履行に基づく損害賠償を請求することができる。」

(80) Esser, Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, 4. Aufl., (Karlsruhe, 1971), §64III4; Kirchhoff, “Der Übergang vom Nachlieferungs- und Nachbesserungsanspruch zu Rücktritt bzw Wandlung beim Kauf”, NJW1970, S. 2053; Köhler, “Grundfälle zum Gewährleistungsrecht bei Kauf, Miete und Werkvertrag”, JuS1979, S. 499; Bletz, “Gewährleistung und Erfüllung beim Gattungskauf”, Jura1987, S. 141.

(81) Kirchhof, a. a. O., S. 2052; Bletz, a. a. O., S. 141.

(82) Köhler, a. a. O., S. 499.

(83) ドイツ民法典旧第三四八条「解除に基づく当事者の義務は、引き換えで履行されなければならない。（旧）第三二〇条、（旧）第三

二二条の規定が準用される。」

(84) Bletz, a. a. O., S. 140.

(85) RG JW1904, 198; 1905, 17; RGZ123, 212; BGH NJW1970, 1502; 1985, 2526; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Besonderer Teil, Hb. 1, 13. Aufl., (München, 1986), §41III; Staudinger/Honsell, §480, Rdnr. 10; MünchKomm/H. P. Westermann, §480, Rdnr. 6; Palandt/Putzo, §480, Rdnr. 2.

(86) これに対して、買主が解除（Wandelung）または減額を主張する場合には、特定が生じ、もはやドイツ民法旧三二六条の適用の余地はなくなる（Petersen, "Zur Anwendbarkeit des §326 BGB auf den kaufrechtlichen Nachlieferungsanspruch", Jura1998, S. 294.）。

(87) BGH NJW1999, 2884. これに対して、Bletz は、むしろ、支配的な見解による構成がドイツ民法旧四六四条と一致しないとしている（Bletz, a. a. O., S. 140.）。

（参考）

ドイツ民法典旧第四六四条「買主が瑕疵を知りながら瑕疵ある物を受領した場合には、受領の際に買主が瑕疵に基づく権利を留保したときにだけ、買主は、（旧）第四六二条、（旧）第四六三条に定められた請求権を有する。」

(88) Staudinger/Honsell, §480, Rdnr. 10.

(89) Soergel/Huber, 12. Aufl., (1991), §480, Rdnr. 31.

(90) それについて、Petersen, a. a. O., S. 294. を参照。

(91) Palandt/Putzo, §480, Rdnr. 2.

(92) 瑕疵ある物と義務づけられた物とは異なる物との区別について、Medicusは、特定物売買における基準、すなわち、売却された物と給付された物との同一性は、種類物売買においては用いるべきではないとしている（Medicus, Schuldrecht II, Rdnr. 79.）。そして、給付された物が注文された物とかなり異なるために、売主が買主の承認が得られないと考えなければならない場合には、瑕疵ある物の給付とは認められず、ドイツ民法旧四八〇条は適用されないとしている。

(93) Larenz, Schuldrecht II, §41III; Medicus, Schuldrecht II, Rdnr. 79; MünchKomm/H. P. Westermann, §480, Rdnr. 2, 5; Staudinger/Honsell, §480, Rdnr. 4.

(94) Staudinger/Honsell, §480, Rdnr. 4.

(95) ドイツ民法典旧第四四〇条第一項「売主が（旧）第四三三条ないし（旧）第四三七条、（旧）第四三九条に従って負う義務を履行しないときは、買主の権利は、（旧）第三二〇条ないし（旧）第三二七条の規定に従って定まる。」

(96) Staudinger/Köhler, §440, Rdnr. 13; Palandt/Putzo, §440, §441, Rdnr. 1; Mont, a. a. O., S. 51.

(97) 積極的債権侵害概念の成立について、MünchKomm/Emmerich, Vor §275, Rdnr. 204ff. を参照。

(98) MünchKomm/Emmerich, Vor §275, Rdnr. 253; Palandt/Heinrichs, §276, Rdnr. 113.

(99) BGHZ11, 80; BGH NJW1989, 2115; MünchKomm/Emmerich, Vor §275, Rdnr. 278; Palandt/Heinrichs, §276, Rdnr. 123.

(100) BGHZ11, 80(84).

(101) BGHZ23, 198; 59, 104; BGH NJW1969, 975; 1972, 99; BGH WM1977, 220; 1982, 208; 1984, 561; BGH MDR1970, 319; BGH NJW-RR1996, 949; 1996, 1108; Musielak, "Leistungsstörungen beim Sukzessivlieferungsvertrag - BGH, WM1977, 220", JuS1979, S. 101; MünchKomm/Emmerich, a. a. O., Vor §275, Rdnr. 283; Palandt/Heinrichs, §276, Rdnr. 124; Kaiser, a. a. O., S. 10; Mont, a. a. O., S. 52.

(102) BGHZ11, 80. さらに、MünchKomm/Emmerich, Vor §275, Rdnr. 283. も参照。

(103) MünchKomm/Emmerich, Vor §275, Rdnr. 283; Jakobs, Unmöglichkeit, S. 47ff. ドイツ民法典の起草者たちは、不完全履行の事案を一部不能の事案として捉えていた（MünchKomm/Emmerich, Vor §275, Rdnr. 282.）。そのため、Emmerich は、積極的債権侵害の事案における不履行に基づく損害賠償請求や契約全体の解除の要件に対する問いの答えは、ドイツ民法旧二八〇条二項および旧三二五条一項二文から直接帰結されるとしている（MünchKomm/Emmerich, Vor §275, Rdnr. 282.）。したがって、期待不可能性の判断にとって、客観的に考察して債務者の契約違反によって債権者のさらなる契約の実行への利益が消滅したか否かが重要となるとしている（MünchKomm/Emmerich, Vor §275, Rdnr. 282.）。

(104) Staudinger/Otto, §326, Rdnr. 209, 211.

(105) BGH WM1976, 1111.

(106) BGH MDR1967, 660.

(107) BGH NJW1969, 975.

(108) BGH MDR1961, 224.

(109) BGHZ11, 80; Soergel/R. Schmidt, 10. Aufl., (1967), §326, Rdnr. 49; Erman/Battes, Handkommentar zum Bürgerlichen

Gesetzbuch, Bd. I, 6. Aufl., (Münster, 1975), §326, Rdnr. 43, 73; Larenz, Schuldrecht I, 11. Aufl., (1976), §24I.

(110) BGH WM1977, 220; 1984, 1375; BGH NJW1977, 35; 1978, 260; 1978, 416; 1981, 679; 1981, 1264; 1982, 2316; 1983, 1188; Musielak, a. a. O., S. 101f.; MünchKomm/Emmerich, Vor §275, Rdnr. 287; Kaiser, a. a. O., S. 10. これに対して、債務者がもはや任意に履行しない場合、その他の事由から期間内に履行が行われないことが確実な場合あるいは債権者が遅れた履行に利益を有さない場合には、期間設定は不要とされている（MünchKomm/Emmerich, Vor §275, Rdnr. 287; Staudinger/Otto, §326, Rdnr. 206ff.; Kaiser, a. a. O., S. 10.）。

(111) BGH WM1977, S. 220(221).

(112) BGH NJW1978, 260.

(113) このことは、現行ドイツ民法典における付随義務の違反に基づく給付に代わる損害賠償請求（ドイツ民法二八二条）や契約全体の解除（ドイツ民法三二四条）に関する規律が旧法下での議論を受け継いだものであるとされていることからもわかる（Dauner-Lieb, Anwaltkommentar BGB, Bd. 2: Schuldrecht, Teilband 1: §§241 bis 610, (Bonn, 2002), §324, Rdnr. 2; Mont, a. a. O., S. 52; Muthers, Der Rücktritt vom Vertrag, (Nomos. 2008), S. 159.）。

（参考）

ドイツ民法典第二八二条「債務者が第二四一条第二項の義務に違反した場合において、債務者による給付が債権者にもはや期待されないときは、債権者は、第二八〇条第一項の要件のもとで給付に代わる損害賠償を請求することができる。」

ドイツ民法典第三二四条「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、契約への拘束が債権者にもはや期待されないときは、債権者は、契約を解除することができる。」

(114) Jakobsは、売主が先給付した事案において解除に基づく給付の返還請求を認めたことが改正前ドイツ民法典の起草者たちにとって実質的な改革であったとしている（Jakobs, Gesetzgebung, S. 58f.）。もっとも、旧法においては、解除の効果は、解除について一般的に認められていたわけではなく、約定解除の効果（ドイツ民法旧三四六条以下）が法定解除に準用されていた（ドイツ民法旧三二七条）。

(115) Leser, a. a. O., S. 131f.; Kaiser, a. a. O., S. 70, 84ff.

(116) Kaiser, a. a. O., S. 86.

(117) Kisch, “Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen”, JherJb44(1902), S. 95f.

(118) RGZ50, 255; BGHZ20, 338; BGH NJW1994, 3351; 1998, 1079; 1999, 3115; Schöller, “Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B. G. B.”, Gruchot44(1900), S. 625; ders, Gruchot45, S. 524; Staffel, “Zur Erläuterung der §§325, 326B. G. B.”, AcP92(1902), S. 468ff.; Meincke, a. a. O., S. 31; Teubner, Gegenseitige Vertrasuntreue, Rechtsprechung und Dogmatik zum Ausschluß von Rechten nach eigenem Vertragsbruch, (Tübingen, 1975), S. 40; Larenz, Schuldrecht I, §23IIb; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen, (Tübingen, 1989), §13II5a; Soergel/Wiedemann, §326, Rdnr. 69; Wertenbruch, a. a. O., S. 191; Staudinger/Otto, §326, Rdnr. 154; MünchKomm/Emmerich, §326, Rdnr. 93; Palandt/Heinrichs, §326, Rdnr. 24.

このように、債務者の給付義務が消滅した場合に、双務契約における両給付義務の牽連性に基づいて債権者の反対給付義務もその時点において自動的に消滅する、という理解は、給付不能の場合にも当てはまる。支配的な見解によれば、給付の不能が債務者の責めに帰すべき事由に基づくものであるか否かを問わずに、債務者の給付義務は消滅する（それについて、三（二）を参照）。そして、債権者の反対給付義務は、債務者の給付不能によって自動的に消滅する（Schöller, Gruchot45, S. 524ff.; Staffel, a. a. O., S. 468ff.; Teubner, a. a. O., S. 37ff.; Braun, JuS1988, S. 215; Soergel/Wiedemann, §325, Rdnr. 24; Staudinger/Otto, §325, Rdnr. 28; MünchKomm/Emmerich, §325, Rdnr. 22, 24; Palandt/Heinrichs, §325, Rdnr. 7.）。そのため、支配的な見解によれば、ドイツ民法旧三二五条にもかかわらず、債務者の給付が不能となった場合にも、債権者は、契約を解除することなく、反対給付義務から解放されたのである。もっとも、遅滞の場合と同じく、この場合にも、債権者は、解除によって反対給付義務から解放される、とする見解も主張されていた（Kisch, JherJb44, S. 89f.; Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach den Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, (Jena, 1900), S. 132; Hadding, “Die Rechtswirkungen beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit der Leistung”, AcP168(1968), S. 163; Larenz, Schuldrecht I, §22IIa; Kaiser, a. a. O., S. 86.）。

(119) Kaiser, a. a. O., S. 70.

(120) Kaiser, a. a. O., S. 70.

(121) ドイツ民法典旧第四五四条「売主が契約を履行し、かつ、売買代金の支払いを猶予したときは、（旧）第三二五条第二項および（旧）第三二六条に定められた解除権は、売主に帰属しない。」

(122) Mugdan, a. a. O., s. 775.

(123) Mugdan, a. a. O., S. 775f.

(124) MünchKomm/H. P. Westermann, §454, Rdnr. 1; Staudinger/Honsell, §454, Rdnr. 1.

(125) MünchKomm/H. P. Westermann, §454, Rdnr. 1; Staudinger/Honsell, §454, Rdnr. 2; Palandt/Putzo, §454, Rdnr. 1. なお、現行法においては、ドイツ民法旧四五四条は削除されている。

(126) なお、ドイツ民法旧四五四条による解除権の排除は、売主が自己の義務を完全に（RGZ50, 138.）あるいは重要な部分を（MünchKomm/H. P. Westermann, §454, Rdnr. 3; Palandt/Putzo, §454, Rdnr. 4.）履行した場合に認められた。

(127) RGZ50, 138; 83, 181; MünchKomm/H. P. Westermann, §454, Rdnr. 6; Staudinger/Honsell, §454, Rdnr. 12. 単に事実上与えられた温情は、売買代金の支払猶予とは認められず、金銭調達のための期間が譲歩された場合にも売買代金の支払猶予がなされたとは認められなかった（Staudinger/Honsell, §454, Rdnr. 12.）。また、買主が商品を受け取って初めて代金を支払うという合意も猶予とは認められなかった（RG SeuffA79, Nr. 66.）。

(128) それについて、前注（14）を参照。また、改正前ドイツ民法典の起草者たちも、解除の準則を売買および交換においてだけ意味を有すると考えていた（Mugdan, a. a. O., S. 641.）。

(129) Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, (München, 2002), S. XVII; Schulz, “Leistungsstörungsrecht”, in: Das Schuldrecht 2002, Systematische Darstellung der Schuldrechtsreform, (Stuttgart・München・Hannover・Berlin・Weimar・Dresden, 2002), S. 90; Staudinger/Otto, Neuarbeitung 2004, (2004), §323, Rdnr. B4; MünchKomm/Ernst, §323, Rdnr. 46; Palandt/Grüneberg, 69. Aufl., (2010), §323, Rdnr. 1; Anwk/Dauner-Lieb, §323, Rdnr. 4; Bamberger/Roth/Grothe, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, (§§1–610), 2. Aufl., (München, 2007), §323, Rdnr. 9; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 18. Aufl., (2008), Rdnr. 477; Muthers, a. a. O., S. 63.

(130) Canaris, a. a. O., S. XVII; Medicus, Schuldrecht I, 15. Aufl., (2004), Rdnr. 502.

(131) ドイツ民法典第三四六条第一項「契約当事者の一方が契約上解除を留保し、又は法定解除権がその者に帰属する場合において、解除がなされたときは、受領した給付を返還し、かつ、収取した収益を返還しなければならない。」

(132) ドイツ民法典第三二五条「双務契約において損害賠償を請求する権利は、解除によって排除されない。」

(133) それについて、Canaris, a. a. O., S. 766f. を参照。

(134) Vgl. Huber, “Leistungsstörungen”, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, (Köln, 1981), S.

713ff.

(135) もちろん、買主は、受領を拒否しても、受領遅滞にはならない（Fikentscher/Heinemann, 10. Aufl., (2006), Rdnr. 856.）。

(136) ドイツ民法典第三二〇条「双務契約に基づいて義務を負う者は、反対給付がなされるまで自己が義務を負う給付を拒絶することができる。ただし、その者が先給付の義務を負うときは、この限りではない。給付が数人になされるべきときは、反対給付の全部がなされるまで各人に給付すべき部分を拒絶することができる。第二七三条第三項の規定は適用されない。

当事者の一方が一部だけ給付したときは、拒絶が諸般の事情、とりわけ給付がなされない部分の割合が僅少であるために、信義誠実に反する限り、反対給付を拒絶することができない。」

(137) ドイツ民法典第四三七条「物に瑕疵がある場合において、以下の規定の要件が存在し、かつ、別段の定めがないときは、買主は次のことをすることができる。

一　第四三九条に従って追完履行を請求すること

二　第四四〇条、第三二三条及び第三二六条第五項に従って契約を解除し、又は第四四一条に従って売買代金を減額すること

三　第四四〇条、第二八〇条、第二八一条、第二八三条及び第三一一条aに従って損害賠償を請求し、又は第二八四条に従って無駄になった費用の賠償を請求すること

(138) ドイツ民法典第三二三条「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を請求するも、その期間内に給付若しくは追完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ときは、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、義務違反が軽微な（unerheblich）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っぱら若しくは主として責めがあるとき、又は債権者が受領遅滞にある場合において、債務者の責め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。」

(139) ドイツ民法典第四三四条第一項「物が危険移転の際に合意された性質を有するときは、物に瑕疵はない。性質が合意されていない限り、以下の場合には物に瑕疵はない。

一　物が契約に従って前提とされた使用に適する場合

二　物が通常の使用に適し、かつ、同種の物が通常有し、かつ、買主が物の種類に従って期待しうる性質を有する場合

第二文第二号に従った性質には、買主が、売主、製造者（製造物責任法第四条第一項及び第二項）又はその補助者の公の表示に従って、とりわけ広告又は物の特定の性質についての表示において期待しうる性質も属する。ただし、売主が、その表示を知らず、かつ、知るべきでなかった場合、それが契約締結時に同様の方法で訂正された場合、又はそれが売買の決定に影響を及ぼさなかった場合には、この限りではない。」

ドイツ民法典第四三五条「第三者が、物に関して、買主に対していかなる権利も主張することができず、又は売買契約において引き受けられた権利しか主張することができないときは、権利の瑕疵はない。登記簿に存在しない権利が登記されている場合は、物の瑕疵と同視される。」

(140) ドイツ民法典第四五三条第一項「物の売買に関する規定は、権利およびその他の目的物の売買に準用する。」

(141) もっとも、消滅時効に関して、権利の瑕疵は、物の瑕疵に対して長期の消滅時効に服する（ドイツ民法四三八条一項）。

(142) ドイツ民法典第四三四条第三項「売主が異なる物又は過少の数量を給付したときは、物の瑕疵と同視される。」

(143) Canaris, a. a. O., S. XXII.

(144) なお、ドイツ民法三二三条一項によれば、現行法のもとでは、期間設定において給付の受領拒絶の威嚇はもはや必要ない（ドイツ民法三二三条一項）（Canaris, a. a. O., S. 207f.; Schulz, a. a. O., S. 48f., 91.）。

(145) 旧法との対比において明確に指摘するものとして、Schulz, a. a. O., S. 48f., 91; Anwk/Dauner-Lieb, §323, Rdnr. 14; Bamberger/Roth/Grothe, §323, Rdnr. 31; Staudinger/Otto, §323, Rdnr. D1, D12. ぬらに、MünchKomm/Ernst, §323, Rdnr. 45, 143; Palandt/Grüneberg, §323, Rdnr. 33; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rdnr. 488, 497; Muthers, a. a. O., S. 207. も参照。

(146)　もちろん、不能の事案においては、旧法と同じく、給付の不能によって債務者の給付義務は消滅する（ドイツ民法二七五条一項）。しかも、現行法のもとでは、給付不能が債務者の責めに帰すべき事由に基づくものであるか否かを問わずに、給付の不能によって履行請求権は排除される（Canaris, a. a. O., S. XIf.; Schulz, a. a. O., S. 25; Muthers, a. a. O., S. 207; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rdnr. 412; Staudinger/Löwisch/Caspers, Neuarbeitung 2009, (2009), §275, Rdnr. 2, 3; MünchKomm/Ernst, §275, Rdnr. 56; Palandt/Grüneberg, §275, Rdnr. 5; Anwk/Dauner-Lieb, §275, Rdnr. 4; Bamberger/Roth/Unberath, §275, Rdnr. 60. もっとも、Kohler は、これは、ドイツ民法二七五条一項における「誰にとっても」不能である場合にだけ当てはまり、これに対して、同条項における「債務者にとって」不能である場合には、現行法においても、それがドイツ民法二七六条一項に従った責めに帰すべき事由がない場合にだけ給付義務からの解放が認められるとしている（Kohler, "Bestrittene Leistungsunmöglichkeit und ihr Zuvertreten-haben bei §275 BGB Prozesslage und materielles Recht", AcP205(2005), S. 118f., 122f.)。

（参考）ドイツ民法典第二七五条第一項「給付が債務者にとって又は誰にとっても不能である限り、給付請求権は排除される。」

（未完）

※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「グローバリズムと地域経済」の成果の一部である。

※前回の欧文サマリー（北研四五巻一号六五〇頁）を次のように訂正致します。

（誤）II 3.a) Teilleistung　→　（正）II 3.(1) Die Teilleistung

II 3.b)　→　II 3.(2)

Das Rücktrittsrecht wegen Verzugs nach Fristsetzung und die Abwicklung des Vertrags im deutschen Recht (2)

—— 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
(1) Die Teilleistung
(2) 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 (Bd. 45, H. 3)
3. Das Rücktrittsrecht wegen Verzugs nach Fristsetzung und die Rückgabe der Leistung
(1) Die Teilleistung
(2) Die Schlechtleistung
(a) Der Sachmangel
(i) Der Stückkauf
(ii) Der Gattungskauf
(b) Der Rechtsmangel
(c) Die Nebenpflichtverletzungen(Die positive Forderungsverletzung)
4. Das Rücktrittsrecht wegen Verzugs nach Fristsetzung und die Gegenleistung des Gläubigers
5. Zusammenfassung

IV. Das Rücktrittsrecht wegen Verzugs nach Fristsetzung im geltenden

BGB

1. Die Entwicklung des Rücktrittsrechts im geltenden BGB
2. Die Befreiung vom Erfüllungsanspruch (wird fortgesetzt)