論　説

債務不履行における不履行者の保護
―ドイツ債務法現代化法がもたらしたもの―

青　野　博　之

1　はじめに
2　ドイツ債務法現代化法による改正前の状況
3　委員会草案における履行請求権と損害賠償請求権の関係
4　委員会草案における履行請求権と解除権の関係
5　ドイツ債務法現代化法による改正後の状況
6　判例
7　不履行者の保護の方法
8　おわりに

1　はじめに

(1)　問題の所在

債務不履行がある場合において、不履行者の保護としては、日本民法では、解除のときの期間を定めた催告が挙げられる。つまり、日本民法第541条により、履行遅滞があるといっても、債権者は、すぐに解除することができず、期間を定めた催告をしなければならない。期間を定めた催告の後の解除という制度によって、不履行者は保護されている。ところが、これだけでは十分でない。たとえば、期間を定めた催告の後、債権者が解除の意思表示をしなければ、不履行者は、解除されるか、履行請求されるか、わからない不安定な地位に留め置かれる。そこで、日本民法は、第547条により、債務不履行に基づいて発生した法定解除権も、たとえば履行遅滞に基づく場合においては、催告期間徒過後、債権者に対して解除するかどうかを確答すべき旨を催告する権利が債務者に認められている。これは、制限行為能力者や無権代理人の相手方に催告権を認めるのと同様の趣旨であり、解除されるかもしれない者がいつまでも不安定な状態に置かれな

いようにするためである、とされる[1]。制限行為能力者の相手方については、制限行為能力者に取消権が認められていることから、その相手方に催告権を認める必要があり（日本民法第20条）、無権代理人の相手方については、本人に本来は法律効果が帰属しないことから（日本民法第113条）、無権代理人の相手方に催告権を認める必要がある（日本民法第114条）。しかし、債権者に解除権が認められるのは、まさしく不履行があるからであって、解除権の成立原因は不履行者である債務者にあり、不履行者を保護するための催告権がそれほど必要であるかは、立法政策上は検討の余地があろう。

ところが、不履行者を保護するための催告権は不要であるとすれば、債権者が解除の意思表示をしなければ、不履行者は、解除されるか、履行請求されるか、わからない不安定な地位に留め置かれることになる。

⑵　問題の２つの局面

催告期間が徒過した場合における履行請求権と解除権の関係が、本稿の検討対象である。

問題は、２つに分けられる。第１に、履行期も徒過し、解除のために指定された期間（催告期間）も徒過したが[2]、債権者からの解除の意思表示が到達しないことに照らして、まだ契約が存続しているとして、履行の準備をしていた債務者を保護するために、もはや解除権の行使を許されないと解すべきか、である。これは、履行したい債務者の保護の問題である。債務者の治癒権を認めるかという

⑴　我妻栄・債権各論上巻205頁（1954年）、谷口知平・五十嵐清編・新版注釈民法（13）903頁（山下末人執筆）（補訂版）（2006年）、山本敬三・民法講義Ⅳ－１　187頁（2005年）。

⑵　債権者が債務者に対して期間を指定することなく、債権者が自分で契約が履行されたのと同様の状態を作り出す場合とは異なる。たとえば、売買目的物に瑕疵がある場合において、買主が売主に追完（瑕疵除去又は代物給付）を請求することなく、自分で瑕疵除去をした場合である（青野博之「売買目的物に瑕疵がある場合における買主による瑕疵除去」駒澤法曹１号27頁（2005年）、田中宏治「ドイツ新債務法における買主自身の瑕疵修補」阪大法学55巻３・４号207頁（2005年）、同「ドイツ新債務法における追完請求権と買主の義務」阪大法学56巻２号93頁（2006年））。しかし、この延長線上の問題である（Stefan Bressler, Selbstvornahme im Schwebezustand nach Ablauf der Nacherfüllungsfrist, NJW　2004, 3382）。債権者が契約を解除することによって、又は債権者自身が履行したのと同様の状態をもたらしその損害の賠償を債務者に請求することによって、結果として、履行への債務者の期待を奪ったことになるからである。

問題でもある。本稿では、この第１の問題を扱い、また、その見通しを高めるために、もっぱら、売主の保護を検討対象とする。しかし、これは、特に、履行までに多くの作業を要求される請負人にとって、厳しい問題である。

第２に、催告期間が徒過した場合において、債務者はいつまで履行に向けて努力をし続けなければならないかである。これは、もはや履行を求められることはなく、解除されるだろうと思っていた債務者を保護すべきかという問題であり、債権者の履行請求権がいつまで存続するかの問題である。ここでの解決方法としては、履行はある時点までに請求をしなければならないとするか(3)、解除はある時点までにその意思表示をしなければならないとするかである(4)。

---

(3)　日本商法第525条がその例である。

また、ヨーロッパ契約法原則第９：102条第１項は、「債権者は、不完全な履行に対する救済を含め、金銭の支払い以外の債務の特定履行を請求する権利を有する」と定め、同条第３項は、「債権者が、不履行を知りまたは知るべきであった時から合理的な期間内に特定履行を請求しないときは、特定履行を請求する権利を失う」と定める（ヨーロッパ契約法原則の訳は、川角由和・中田邦博・潮見佳男・松岡久和編・ヨーロッパ私法の動向と課題（2003年）による（藤井徳展・益澤彩（訳））。

さらに、国際商事契約原則第7.2.2条は、「金銭の支払以外の債務を負う債務者がそれを履行しないときには、債権者はその履行を請求することができる。ただし、次の各号のいずれかに該当するときはこの限りではない」と定め、その（e）号は、「債権者が、不履行を知りまたは知るべきであった時から合理的な期間内に履行を請求しないとき」と定める（国際商事契約原則の訳は、曽野和明・廣瀬久和・内田貴・曽野裕夫・ユニドロワ国際商事契約原則（2004年）による）。

(4)　第１に、不履行者の保護としては、解除の意思表示は遅滞なくしなければならない、とする方法が考えられる（スイス債務法第107条第２項）。

第２に、ウィーン売買条約第49条第２項は、次のように定める（訳は、曽野和明・山手正史・国際売買法（1993年）による）。

第２項　しかしながら、売主が物品を既に引き渡している場合においては、次に掲げる時期に契約の解除を宣言しない限り、買主は解除を宣言する権利を失う。

(a)　遅延した引渡については、買主が引渡のなされたことを知った時以後の合理的期間内。

(b)　遅延した引渡以外の違反については、次に掲げるいずれかの時以後の合理的期間内。

(i)　買主がその違反を知り又は知るべきであった時。

(ii)　第47条第１項に基づき買主が定めた付加期間が経過した時、又は売主がその付加期間以内に義務の履行をしないことを宣言した時。

(iii)　第48条第２項に基づき売主が示した付加期間が経過した時、又は買主が履行を受け入れない旨を宣言した時。

第３に、ヨーロッパ契約法原則第９：303条第２項及び第３項は、次のように定める。

第２項　債権者は、不履行を知りまたは知るべきであった時から合理的な期間内に債務

⑶　ドイツ民法を参照する根拠

催告期間が徒過した場合において、債権者の履行請求権と解除権の双方に対処しなければならない[5]、債務者の不安定な地位をどのように考えるか、これが本稿の目的である。本稿では、ドイツ民法（以下、引用条文はドイツ民法であり、日本民法を引用するときは「日本民法」とする。）を検討の対象とする。この問題を考察するために、ドイツ民法を参照するのは、第１に、2002年に施行されたドイツ債務法現代化法によってこの問題が発生したこと、第２に、実際にこれを問題にしたBGH判決が2006年１月20日に現れたからである[6]。

ドイツ債務法現代化法の前の旧第326条第１項第２文では、履行のために期間を定め、その期間経過後には、履行請求権が消滅したので、債務者は、不安定な地位、浮動的状態に追い込まれることはなかった。しかし、ドイツ債務法現代化法により、履行又は追完のために定められた期間経過後においても、履行請求権は消滅しないこととなったので、債務者は、債権者が解除の意思表示をしなければ、解除されるか、履行請求されるか、わからない不安定な地位、浮動的状態[7]に追い込まれることとなった（第323条第１項）。ここでは、不履行債務者を保護すべきかが問題となる。いいかえれば、履行しようしている債務者を保護すべきか、債務者に治癒権[8]を認めるかが問題となる。

者に対して通知をしたときを除き、契約を解除する権利を失う。

第３項(a)　履行期に履行が提供されなかったときは、債権者は、提供がなされるまでは解除の通知をすることを要しない。履行が遅れて提供された場合において、債権者は、その提供を知りまたは知るべきであった時から合理的な期間内に解除の通知をしないときは、解除権を失う。

(b)　前号の規定にかかわらず、債権者が、債務者はなお合理的な期間内に提供する意思があることを知りまたは知る根拠を有しており、かつ履行を受領しないことを債務者に合理的な理由なく通知しなかった場合において、債務者が合理的な期間内に実際に提供するときは、債権者は解除権を失う。

第４に、国際商事契約原則第7.3.2条第２項は、次のように定める。

履行が遅れて提供され、または契約に適合しないものである場合、債権者は、その遅延した履行の提供または不適合な履行を知りまたは知るべきであった時から合理的な期間内に相手方に対して通知をしたときを除き、契約を解除する権利を失う。

⑸　日本民法第570条の瑕疵担保責任を契約責任であると構成した場合において、買主に追完請求権を認めるときは、売主は、買主が解除の意思表示をしなければ、解除されるか、追完請求されるか、わからない不安定な地位に留め置かれる。その意味において、本稿で検討する問題は、売買目的物に瑕疵があるときにも関連する。

⑹　NJW 2006, 1198＝MDR 2006, 735.

したがって、不履行者である債務者（売主）と解除しようとする債権者（買主）の利害をどのように調整すべきかについて、ドイツ民法の状況を検討して、日本民法への示唆を得るのが本稿の目的である。ドイツ債務法現代化法により解除権の成立に債務者の帰責事由が要求されなくなったこと[(9)]、及び期間を指定して解除権を消滅させる権利が不履行者に認められなくなったことの２点が、本稿で取り扱う問題においてドイツ債務法現代化法により不履行者にとって厳しくなった理由である。なお、損害賠償請求権の成立に原則として債務者の帰責事由が要求されること（その帰責事由がないことは債務者が主張立証責任を負う）は

---

(7)　ドイツ債務法現代化法により、第439条第１項において、売買目的物に瑕疵があるときは、買主には瑕疵除去請求又は代物給付請求のどちらかを選択する権利が与えられた（丸山愛博「売買目的物の瑕疵と代物請求・修補請求の選択権」法学新報113巻１・２号531頁（2006年））。そのため、売主はどちらを請求されるかという、不安定な地位、浮動的状態に追い込まれることとなった。ドイツ債務法現代化法は、追完請求権を履行請求権が変化したものであると捉えたので（追完請求権と履行請求の具体的な違いについては、青野博之「売買目的物に瑕疵がある場合における買主の権利と売主の地位」判タ1116号12頁、13頁（2003年）、田中宏治「ドイツ新債務法における特定物売買の今日的課題」民商133巻１号１頁、18頁（2005年））、売主が買主に瑕疵ある物を引き渡した後は、売主の履行義務がなくなっていると考えることができる。このように考えると、売主は瑕疵なき物を提供して、買主を受領遅滞に追い込むことができない。買主としては、瑕疵ある物をそのままにしてその除去を望む場合が存在するからである。つまり、買主が瑕疵除去請求又は代物給付請求のどちらかを選択するまで、売主は身動きがとれない。ここでは、履行請求権と追完請求権との関係が問題となり、検討対象が広がりすぎるので、本稿では履行に瑕疵がある場合の検討は将来の課題とし、履行がない場合に検討対象を限定する。

(8)　ウィーン売買条約第48条は、次のように定め、売主に治癒権を認める。

第１項　第49条に服することを条件として、売主は、引渡期日後であっても、不合理な遅滞を招くことなく、かつ、買主に不合理な不便又は買主の前払い出費につき売主から償還を受けるについて買主に不安を生ぜしめずになし得る場合には、自己の費用によりその義務のあらゆる不履行を治癒することができる。ただし、この場合でも、買主はこの条約に定められた損害賠償を請求する権利は失わない。

第２項　売主が買主に対して履行を受け入れるか否かにつき問合わせをした場合において、買主が合理的な期間内にそれに応答しないときは、売主は、その問合わせの中で示した期間内に履行することができる。この期間中、買主は、売主による履行と両立し得ない救済を求めることができない。

第３項　一定の期間内に履行を行う旨の売主の通知は、買主にその選択を知らせるようにとの前項の下での問合わせを含むものと推定する。

第４項　第２項又は第３項の下での売主の問合わせ又は通知は、買主が受け取らない限りその効果を生じない。

(9)　解除権が比較的容易に成立することになったので、この問題を解決する必要性が特に高まっている（MünchKommBGB / Wolfgang Ernst（4. Aufl.), Bd 2a §323 RdNr. 158（2003））。

改正前と異ならないが、解除権と（給付に代わる）損害賠償請求権とが履行請求との関係において同じく扱われているため、本稿でも、解除権と（給付に代わる）損害賠償請求権の双方の、履行請求権との関係に関する記述を参考にする。

2　ドイツ債務法現代化法による改正前の状況

⑴　履行請求権の消滅

旧第326条第１項第１文及び第２文は、「双務契約において当事者の一方が自己の負担する給付につき遅滞にあるときは、相手方は、給付の履行のために相当の期間を指定して、その期間経過後は給付の受領を拒絶する旨の表示をすることができる。給付を適時に行わないときは、期間経過後において、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；この場合においては、履行を請求することができない。」[10]と定めていた。つまり、債務者は、不履行があっても、期間経過後は、履行する必要がなくなり、履行準備を免れ、不安定な地位に追い込まれない。たとえば、売主の履行遅滞では、売主は、契約を解除されるか、損害賠償を請求されるかに過ぎない。旧法の下では、「給付の受領を拒絶する旨の表示」が重要であった。

⑵　解除権の消滅

さらに、債務者は、旧第355条による権利も有していた。すなわち、旧第355条は、「解除権の行使について期間の合意がなかったときは、その相手方は、権利者に対し行使につき相当の期間を指定することができる。その期間経過前に解除の意思表示がないときは、解除権は、消滅する。」と定めていた。この旧第355条は、旧第327条第１文[11]により、法定解除に準用されていた。

⑽　ドイツ債務法現代化法による改正前のドイツ民法の条文訳及び改正されなかった条文の訳は、椿寿夫・右近健男編・ドイツ債権法総論（1988年）及び右近健男編・注釈ドイツ契約法（1995年）による。

⑾　「第325条及び第326条に定める解除権については、約定解除権に関する第346条から第356条までの規定を準用する。」

なお、旧第325条は、債務者の責めに帰すべき後発的不能の場合における解除権を定め、旧第326条は、遅滞の場合における解除権を定めていた。

⑶　不履行者の保護

したがって、たとえば、売主の履行遅滞では、債務者である売主は、不履行があっても、旧第326条第１項第２文によって、債権者である買主が指定した期間の経過後は、履行する必要がなく、さらに、旧第355条によって、債務者である売主が指定した期間の経過後は、解除される心配もなくなり、あとは、損害賠償を請求されるだけということになっていた。

⑷　解除権と損害賠償請求権

ドイツ債務法現代化法による改正前においては、解除権についても、損害賠償請求権についても、債務者に帰責事由が存在しないときは、その権利が成立しなかった。その意味で、この二つの権利はそれほど変わらないと評価することができ、損害賠償請求が可能であれば、解除権の行使も可能であろうから、それで債権者の保護の共通性は実現されているともいえよう。

しかし、解除権について、債務者の帰責事由を問題にしないことにすれば、それがまさしくドイツ債務法現代化法による改正であったが、解除権だけでも、残す必要性が高まったということができる。

⑸　売買

旧第466条は、「買主が売主に対して物の瑕疵を主張するときは、売主は、買主に対して解除を申し出るとともに相当の期間を指定して、解除を請求するか否かの意思表示を催告することができる。この場合において、解除は、期間満了の前にのみ請求することができる。」と定めていた。債務法現代化法の前は、解除は、解除権という形成権とは構成されていなかった[12]。

⑿　請負について、旧第634条第１項第１文は、「注文者は、請負人に対し、第633条に掲げる種類の瑕疵の除去のために相当の期間を指定して、その期間経過後は瑕疵の除去を拒絶する旨の意思表示をすることができる。」と定め、同項第３文は、「適時に瑕疵の除去がないときは、注文者は、期間経過後、契約の解消（解除）又は報酬の引下げ（減額）を請求することができる；この場合においては、瑕疵の除去を請求することができない。」と定めていた。

3　委員会草案における履行請求権と損害賠償請求権の関係[13]

⑴　委員会草案第283条第４項

委員会草案は、1992年に公表された。その第283条第４項は、「債権者が給付に代えて損害賠償を得たときは、給付の請求をすることはできない。債務者は、あらかじめ債権者に対してその選択権の行使のために相当の期間を定めることができる。債権者は、この期間内に選択権を行使しなかったときは、自己の定めた相当の期間が徒過した後にはじめて、給付に代わる損害賠償を請求することができる。」[14]と定める。すなわち、給付（履行）請求権は、給付に代わる損害賠償を得てはじめて消滅する。また、債務者が定めた期間内に債権者が履行請求するか給付に代わる損害賠償請求をするかの選択権を行使しなかった場合において、債権者が給付に代わる損害賠償を請求するためには、債権者は、もう一度、相当期間を定めなければならない。

⑵　委員会草案第283条第４項の問題点

債権者から給付又は損害賠償を請求されるかわからないという債務者の不安定な立場を和らげるために、委員会草案第283条第４項第２文は、債務者に催告権を認めているが、それは不十分であるばかりでなく、実際には複雑すぎて使いにくい、との批判があった[15]。

4　委員会草案における履行請求権と解除権の関係

⑴　委員会草案第323条第５項

委員会草案第323条第５項は、「債務者は、債権者に対して、解除権行使のための相当の期間を定めることができる。債権者は、この期間内に解除権を行使しなかったときは、自己の定めた相当の期間が徒過した後に、又は催告が効果がなかった後にはじめて契約を解除することができる。」と定める。すなわち、債務

⒀　森田修・契約責任の法学的構造83頁（2006年）。
⒁　委員会草案による条文の訳は、下森定・岡孝編・ドイツ債務法改正委員会草案の研究（1996年）による。
⒂　Wolfgang Ernst, Kernfragen der Schuldrechtsreform, JZ　1994, 801, 806.

者が債権者に対して定めた解除権行使のための相当の期間が徒過したことによって、債権者の解除権は消滅する。しかし、債務不履行は続いているので、もう一度、債権者が相当期間を定めて、その期間徒過後、解除権が発生する。

⑵　委員会草案第323条第５項の問題点

旧第326条第１項第１文の「双務契約において当事者の一方が自己の負担する給付につき遅滞にあるときは、相手方は、給付の履行のために相当の期間を指定して、その期間経過後は給付の受領を拒絶する旨の表示をすることができる」のもとでは、債務者は、相当期間経過後は、債権者から履行を請求されることはなかった。しかし、「給付の受領を拒絶する旨の表示」という制度をなくすと、債権者が契約に基づいて履行を請求するか、契約を解除するかを決断するまで、浮動的な状態が長く続くことになる。これに対して案出された対策が委員会草案第323条第５項である。

しかし、これには、次の問題があると指摘されていた[16]。すなわち、この対策は、第１に、実務上、行われないものである。また、第２に、これでは、不十分である。第１の点については、一般的に、債務者は、相当期間を指定して、債権者に契約を解除させようということはしない。債務者は義務違反をしていない、したがって、解除権は成立していない、と争うのが実務上多い事例である。第２の点については、たとえ、債務者が相当期間を指定して、その期間経過後、履行の準備をしたとしても、債権者は解除するかもしれない。つまり、この対策は、実務の経験なしに、机上の知識だけで案出されたものである。

⑶　討議草案の修正・整理案第323条第５項

委員会草案第323条第５項は、討議草案の条文には規定としては含まれていなかったが[17]、討議草案の修正・整理案第323条第５項において、いくぶんか異なる点はあるが、復活した。すなわち、討議草案の修正・整理案第323条第５項は、

---

⑯　Ulrich Huber, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in Wolfgang Ernst / Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 31, 179 (2001).

「債務者は、債権者に対して、解除権行使のための相当の期間を定めることができる。債権者は、この期間内に解除権を行使しなかったときは、自己の定めた相当の期間が徒過した後にはじめて契約を解除することができる。」[18]と定める。

5　ドイツ債務法現代化法による改正後の状況

(1)　第281条第４項及び第323条第１項

第281条第４項は、「債権者が給付に代えて損害賠償を請求したときは、給付請求権は、ただちに消滅する。」[19]と定める。また、第323条第１項は、「双務契約において債務者が履行期到来の給付を履行せず、又はその履行が契約に適合しない場合において、債権者は、債務者に対して履行又は追完のために相当期間を定め、その期間が徒過したときは、契約を解除することができる。」と定める。

第281条第４項及び第323条第１項が旧第326条第１項第２文と異なる点は、次の通りである。旧第326条第１項第２文では、期間を指定し、その期間が経過すると、履行請求権が消滅することになっていたところ、第323条第１項では、期間を指定し、その期間が経過しても、それだけで履行請求権は消滅しない。旧第326条第１項第２文では、期間を指定して、その期間が経過すると、履行請求権が消滅するから、期間指定そのものがためらわれることもあったであろう。もっとも、解除して、履行請求権が消滅するのは、当然だとしても、給付に代わる損害賠償の請求をするだけで履行請求権が消滅するのは、債権者に酷であるともいうことができるが、それは、給付に代わる損害賠償を請求したと認定する要件を厳しくすることで解決することができよう。

第281条第４項が委員会草案第283条第４項と異なる点は、２つある[20]。第１は、債務者（不履行者）に債権者に対する選択を迫る権利を認めていない。たしかに、債務者は、債権者が指定した期間が経過した後、債権者から履行を請求さ

---

(17)　討議草案理由書には、第323条第５項に関する記述があるので（Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, 213（2002））、誤植によってこの規定が討議草案には含まれていなかったと考えられる（Ulrich Huber（Fn. 16), 165)。

(18)　Claus-Wilhelm Canaris（Fn. 17), 375.

(19)　ドイツ債務法現代化法による改正後のドイツ民法の条文訳は、岡孝編・契約法における現代化の課題（2002年）による。

(20)　森田修（注13）90頁。

れるか、損害賠償を請求されるか、解除されるか、不安定な立場に追い込まれる。しかし、「債務者は、債務を履行して、その不安定な立場から免れることができる」[21]ので、委員会草案第283条第４項が債務者に認める権利を正当なものとすることができない[22]。第２は、「債権者が給付に代えて損害賠償を得たとき」ではなく、「請求したとき」に、履行請求権が消滅する。

しかし、このように規律を単純化することは急進的であり、事態をよくするものでない、との批判がある[23]。

(2) 解除のための期間指定後における当事者間の法律関係

たしかに、給付に代わる損害賠償の請求ができるようになった後は、もはや、債権者は、債務者からの給付を受領する必要はなくなるとの説に立つときは[24]、債務者は、不履行状態を解消させることができない。しかし、債務法現代化法の立法理由によれば、給付に代わる損害賠償の請求ができるようになった後であっても、債務者は、不履行状態を解消させるために、履行することができる。

旧第326条第１項第２文によれば、債務者は、不履行があっても、期間経過後は、履行する必要がなくなるという点については、目的に適合していないだけでなく、債権者にも不利益を与えるとの批判があった。期間を指定する時点では、債権者は、債務者の履行を期待しており、その期間が徒過したからといって、その期待を失ったとまではいうことができない。また、債務者が無資力になってし

---

(21) Begründung zum Reg E, BT-Drucks. 14 / 6040, 140. 解除については、ユルゲン・バセドウ編・ヨーロッパ統一契約法への道217頁（石崎泰雄執筆）(2004年)、Begründung zum Reg E, BT-Drucks. 14 / 6040, 185.

(22) なお、履行請求権と給付に代わる損害賠償請求権との関係を定める規定の立法理由には、債権者に期間を指定する権利を認め、これに基づき損害賠償請求権を発生させる一方で、債務者にも債権者が給付を請求するか損害賠償を請求するかを選択させるために期間を指定する権利（催告権）を認めるというように、双方に期間指定権を認めることは、まさしく複雑であるので、債務者には催告権を認めない、との記述がある（Begründung zum Reg E, BT-Drucks. 14 / 6040, 141）。

(23) Wolfgang Ernst, Zum Fortgang der Schuldrechtsreform, in Wolfgang Ernst / Reinhard Zimmermann（Hrsg.）, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 595（2001）.

(24) Beate Gsell, Der Schadensersatz statt der Leistung nach dem neuen Schuldrecht, in Tobias Helms / Daniela Neumann / Georg Caspers / Rita Sailer / Martin Schmidt-Kessel（Hrsg.）, Das neue Schuldrecht-Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, 105, 115（2001）.

まう場合においては、損害賠償請求権ではあまり意味がない。むしろ、履行請求権を貫徹する方向の方が望ましい。したがって、旧第326条第１項第２文は削除すべきであるというのが、改正理由である[25]。

債権者の履行請求権が存続する限りにおいて、債務者は、なお履行することができる。そのように解さなければ、債権者は、任意に、契約を浮動的な状態に押しとどめ、債務者はこれに対して何の対策も取ることができないことになってしまうからである。したがって、債権者が給付に代わる損害賠償を請求するまでは、債権者が指定した期間が徒過した後も、履行は可能である[26]。

問題は、債権者がなおも履行を請求していたときに、債務者は契約を解除されることを覚悟しなければならないかである。言い換えれば、一度発生した解除権が債権者の履行請求によって消滅するかが、問題となる。

6　判例

(1)　事実の概要

2003年７月31日の公正証書により、買主である原告（X）は、売主である被告（Y）との間において、Yから不動産を275,000ユーロで譲り受ける契約を締結した。代金支払期限は同年９月15日と定められたが、Xが引き受けない不動産担保権の抹消のために必要な文書をYが用意することがその前提となっていた。抹消に要する文書をYが用意するのが遅れたため、代金支払い及び登記がなされなかった。代金支払期限到来のためのそのほかの要件はすべて満たされていた。同年11月19日の書面は、Xは抹消に要する文書をYが用意するために10日間の期間を定め、この期間経過後はもはや待たず、すぐに売買契約の履行を求める訴えを提起するという内容であった。また、抹消に要する文書をYが用意するのが遅れたことを理由とする遅延賠償を求めることも、その書面に書かれていた。

2003年12月30日に、XのYに対する代金の支払いと引換えに所有権の移転を求める訴状が送達された。2004年２月６日の書面により、不動産担保権についての債権者は、公証人に対して、かなり前から頼まれていた抹消についての同意は近

---

(25)　Begründung zum Reg E, BT-Drucks. 14 / 6040, 140.
(26)　Florian Faust, in Huber / Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Rn. 3 / 155（2002）.

日中に着くと連絡した。その前日、同月５日に、2003年11月19日の書面により定めた期間内に抹消に要する文書をＹが用意しなかったことを理由にして、Ｘは、売買契約を解除した。その後、2004年２月19日の書面で、Ｙの訴訟代理人は、Ｘの訴訟代理人に対して、抹消に要する文書を用意したと申し出た。Ｙは、Ｘのした解除は、催告期間を定めたときに解除の予告がなく、Ｘは実際に契約の履行を求めていたことに照らし、無効である、と主張した。

2004年４月に、Ｘは、Ｙがなお上記の主張を堅持するので、訴えを変更して、解除によって無駄になった費用の賠償（第325条、第281条及び第284条）を請求した。

第１審の、LG Hildesheim は、Ｘの請求を認容した。

そこで、Ｙは、控訴した。

⑵　OLG Celle 2005年５月17日判決[27]

第２審の、OLG　Celle は、次のように述べて、原判決を取り消して、Ｘの請求を棄却した。

Ｘは、第281条第１項及び第284条に基づく損害賠償請求権を有しない。また、2004年２月５日の解除は、その効力を有しない。

Ｘは、指定した期間徒過後、履行を求めるか、損害賠償を求めるかの選択権を有するが、2003年12月に提起した訴えは履行を求めていると解され、この選択をした以上は、その第二次的請求権をもはや有しない結果になる。

損害賠償を請求すれば履行請求権が消滅するので、履行を請求すれば損害賠償請求権もまた消滅する。第262条の類推適用により、債権者は、自己のした選択に拘束される。履行を請求したからには、履行の提供を拒絶することは許されない。これを許すとすれば、第242条が定める矛盾挙動の禁止に反する。指定した期間内に履行があると思っていたところ、もしその履行がなければ、もう一度期間を指定して、その徒過後、債権者は、解除又は損害賠償を請求することができる。

⑵⑺　NJW 2005, 2094.

⑶　BGH2006年１月20日判決[28]

BGH は、X の上告に対し、次のように述べて、原判決を破棄し、Y の控訴を棄却した。

第１に、債権者は、指定した期間が徒過した後、給付請求権、給付に代わる損害賠償請求権及び解除権を選択することができ、これらはいわゆる選択的競合の関係にあり、選択債務の規定は適用も類推適用もされない。

第２に、給付に代わる損害賠償の請求は、形成権的な性質を持っているから、一度請求すれば、もはや履行請求することはできなくなる。しかし、履行の請求はそうではなく、履行を請求したからといって、解除権の行使が妨げられることはない。これは、第281条第４項の反対解釈による。

第３に、履行請求した後において解除することは、それだけで一般的に信義則違反とはならない。たしかに、再度、期間を指定した後、すぐに解除するのは信義則に反するおそれがある。しかし、本件は、そのような事例ではない。

7　不履行者の保護の方法

⑴　期間制限

第１に、履行請求の期間を制限することが考えられる。定期売買については、ドイツ商法第376条第１項第２文は、日本商法第525条のように、履行請求の時期を制限している。これは、債権者が債務者の危険において投機をしないようにするためである[29]。

第２に、給付に代わる損害賠償の請求の期間を制限することが考えられる。給付に代わる損害賠償の請求は、相当期間においてのみ許されるとするのは、解釈論としては行き過ぎであるが、立法政策的には不履行者の保護を検討する必要性が存在する[30]。

⑵⑻　NJW 2006, 1198＝MDR 2006, 735.

⑵⑼　日本民法では、解除の場合の損害賠償について、解除権を行使した時期が基準時となるので、その危険性が大きい。これについては、姫野学郎「契約解除における損害賠償算定基準時－ドイツ法における『債務者の費用における投機行為』を手がかりに－」法学論叢44巻６号71頁、46巻２号81頁（1999年）参照。

⑶⓪　Stephan Lorenz, Schuldrechtsreform 2002 : Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW 2005, 1889, 1892.

(2) 選択債務

第262条は、「数個の給付を負担し、その一つのみを行うべき場合において、疑わしいときは、選択権は、債務者が有する。」と定める。指定期間経過後において、履行請求をするか、給付に代わる損害賠償の請求をするか、解除するかは、債権者に委ねられているから、第262条の場合とは、選択についての権利者が異なる。また、履行請求権は契約から生じるが、損害賠償請求権は債権者の請求によってはじめて生じる点において、その２つの債権は異なる。さらに、履行請求権は契約の存在を前提しているところ、解除権は契約を消滅させる権利であり、その方向が２つの権利において矛盾し、選択債務のように、どちらでもよいという性格を有しない。したがって、履行請求権と給付に代わる損害賠償請求権、履行請求権と解除権は選択債務ではないとする説が通説である[31]。

なお、このように、指定期間経過後において、履行請求をするか、給付に代わる損害賠償の請求をするか、解除するかは、債権者に委ねられていることを選択的競合（elektive Konkurrenz）と呼ぶ。選択的競合の場合には、選択債務の場合と異なり、債権者は、一度なした選択の意思表示に拘束されないので、一度、契約に基づいて履行を請求しても、解除権が成立している以上、その契約を解除することができる。

(3) 第281条第４項の解釈

第281条第４項は、「債権者が給付に代えて損害賠償を請求したときは、給付請求権は、ただちに消滅する。」と定める。給付に代わる損害賠償請求権と給付請求権について、相互互換的に考えることができれば、「債権者が給付を請求したときは、給付に代わる損害賠償請求権は、ただちに消滅する」ことになる[32]。しかし、BGH は、第281条第４項を反対解釈すべきであって、債権者が給付を請求しても、給付に代わる損害賠償給付請求権は、ただちに消滅しない、とする。

---

(31) Eberhard Wieser, Gleichzeitige Klage auf Leistung und auf Schadensersatz aus §281 BGB, NJW 2003, 2432, 2433 ; MünchKommBGB / Wolfgang Ernst（4. Aufl.）, Bd 2a §281 RdNr. 69（2003）; Bamberger / Roth / Christian Grüneberg, BGB Bd. 1 §262 Rn. 6（2003）.

(32) Jauernig / Max Vollkommer（10. Aufl.）, §281 Rn. 15（2003）.

(4) 第350条の類推適用

法定解除権について、第350条を類推適用することができるかが問題になる。しかし、そもそも、法律の欠缺がないから、類推適用の前提を欠く。第350条を約定解除権に限定する立法者の意図は明らかだからである[33]。したがって、法定解除権について、第350条を類推適用することができず、法定解除権をいつ行使するかは、契約に違反した債務者ではなく、債権者のみに委ねられる[34]。もっとも、第350条を約定解除権に限定したことに対しては、立法論上、問題が指摘されている[35]。委員会草案第323条第５項以来提案されてきた債務者の保護を何の根拠も挙げないまま、債務法現代化法が否定したからである[36]。

(5) 放棄

BGH 判決は、「履行請求権は、契約それ自身から発生するものである」[37]と述べる。履行請求権の行使は、撤回することができないわけではなく、また不履行に基づく損害賠償請求権を失わせるものでもない[38]。

(6) 失効

たしかに、解除権の行使が信義則に反し、解除権は失効しているという理由も考えられる。しかし、短期間が経過したというだけでは、失効の理論は、適用されない[39]。

(7) 履行の提供

---

(33) Lothar Haas / Dieter Medicus / Walter Rolland / Carsten Schäfer / Holger Wendtland, Das neue Schuldrecht, Kap. 4, Rn. 83（Walter Rolland）(2002)；Staudinger / Hansjörg Otto, §323 D 3 (2004).

(34) Thomas Riehm, in Lorenz / Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 235 (2002).

(35) AnwKom-BGB-Johannes Hager §350 Rn. 1 (2002).

(36) Dagmar Kaiser, Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform, JZ 2001, 1057, 1069.

(37) NJW 2006, 1199＝MDR 2006, 736.

(38) RGZ 102, 262, 265.

(39) BGH NJW 2002, 669, 670. もっとも、この判例は、約定解除権に関するものであり、旧第355条があるということも、失効の理論が適用されない理由に挙げている。

債務者はまだ履行していないとしても、契約が存続しているので、債権者が給付に代わる損害賠償を請求するまでは、債権者が指定した期間の経過後において履行を提供することができるとすれば、債権者が指定した期間の経過後において債務者に履行を請求するか損害賠償を請求するかを、債務者が期間を定めて債権者に選択をせまる権利を認める必要がない[40]。

なお、解除のための期間を指定し、その期間経過後、解除するかどうかを債権者は決断することができる。したがって、期間経過から間もない時期に、債権者が解除したときは、受領拒絶が許されると解すべきである[41]。

(8) 合意

不履行者を保護する仕組みがドイツ民法に存在しないとすれば、当事者間の合意によって、不履行の後、相当期間内においてのみ給付に代わる損害賠償の請求、解除権の行使が可能であるとすることが考えられる。しかし、約款において、旧第326条第1項第2文と同じく、期間経過後に履行請求をすることができないとする条項が用いられるとすれば、その条項は、第307条第2項により[42]、無

---

(40) Claus-Wilhelm Canaris, Das allgemeine Leistungsstörungsrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZRP 2001, 329, 334 ; Jauernig / Max Vollkommer（10. Aufl.）, §281 Rn. 15（2003）; Christoph Althammer, Ius variandi und Selbstbindung des Leistungsgläubigers, NJW 2006, 1179, 1181. しかし、このように考えると、債権者が指定した期間の経過後において、債権者は、債務者に履行を請求するか損害賠償を請求するかの選択権があるにもかかわらず、その選択権を奪われることになる。そこで、債権者が指定した期間の経過後において、債務者が履行を提供しても、この受領を拒絶して、損害賠償請求が可能である、とする説がある（Dirk Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Rn. 624（2006）. また、債権者の選択権に配慮する説として、Peter Derleder / Fabian Hoolmans, Vom Schuldnerverzug zum Gläubigerverzug und zurück, NJW 2004, 2787, 2791がある。

(41) MünchKommBGB / Wolfgang Ernst（4. Aufl.）, Bd 2a §323 RdNr. 176（2003）.

(42) 第307条第1項「普通取引約款に含まれる条項は、当該条項が信義誠実の原則に反して約款使用者の契約相手方を不相当に不利益に取り扱うときは、無効とする。不相当な不利益は、条項が明確でなく、又は平易でないことからも生じる。」

同条第2項「ある条項が次の各号のいずれかに該当する場合であって、疑いがあるときは、不相当に不利益な取扱いと推定する。

1　法律の規定における本質的基本思想から逸脱し、合意すべきでないとき

2　契約の性質から生じる本質的な権利又は義務を著しく制限し、契約目的の達成を危険にさらすとき」

効と考えるべきである。第281条第４項の本質的基本思想は、期間徒過だけによって履行請求権は消滅しないとするものであり、この本質的基本思想と「期間経過後に履行請求をすることができないとする条項」が矛盾するからである[43]。

(9) 信義則違反

債権者が債務者の履行を求めるために期間を指定し、その期間経過後にもう一度履行を求めてすぐに、給付に代わる損害賠償を請求するのは、矛盾挙動の禁止という信義則に反するので[44]、給付に代わる損害賠償の請求だけでなく、解除するのも信義則に反する、ということができる。しかし、履行請求によって、解除権が消滅するわけではない。

8　おわりに

(1) 本稿の結論

まだ債務者が契約上の債務を履行していないときは、その契約を解除するためには、債権者が期間を指定しなければならない。その意味では、債務者保護の立場に立つべきである。しかし、解除するために指定した期間が徒過した場合において、債権者は、解除することができ、債務者がその解除を避けたいときは、解除の意思表示が到達する前に、履行を提供すべきである。解除するために指定した期間が徒過した後の債務者の保護は、日本民法の立法論としても、これで十分である。解除するために、一度期間が指定されたからには、それで債務者の保護としては、十分である。

(2) 将来の課題

なお、本稿の検討対象とはしなかったが、売主が瑕疵ある物を引き渡した場合

---

(43) Thomas Pfeiffer, Neues Schuldrecht-neues Leitbild in AGB-Recht in : Barbara Dauner-Lieb / Horst Konzen / Karsten Schmidt（Hrsg.）, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 225, 244（2003）; Reiner Schulze / Martin Ebers, Streitfragen im neuen Schuldrecht, JuS 2004, 265, 271.

(44) MünchKommBGB / Wolfgang Ernst（4. Aufl.）, Bd 2 a §281 RdNr. 101（2003）.

において、買主に完全履行（追完）請求権（瑕疵除去請求権又は代物給付請求権）を認めたとしても、売主は、売買目的物を既に引き渡しているので、その取りうる手段は、事実上、代物給付に限定されよう。しかも、買主としては、瑕疵除去請求をしたいということが考えられるだけでなく、代物給付請求と瑕疵除去請求は同列であるので、この場合には、債務者である売主の買主に対する手段としては、履行の提供もできないことになる。日本民法の立法論として、当事者間の利益状況を調整するためにこれで十分かは疑問が残る。瑕疵ある給付をした債務者をどのように保護するかの問題については、将来の課題として残しておきたい。

いずれにしても、債務不履行における不履行者の保護といっても、履行がない場合において履行準備をしている債務者と不完全履行があった場合において履行をしたと信じている債務者とは、利益状況が異なる。