

## 《 論 説 》

Die zivilrechtliche Methodenlehre gegen die  
Entwicklung der sozialen Gesellschaft<sup>☆</sup>

Norikazu ASHINO

## Einleitung

Ich freue mich darüber, dass ich heute einen Vortrag über meine Forschung halte.  
Heute behandle ich neue Rechtsprobleme in der modernen entwickelten Gesellschaft.

Das japanische bürgerliche Gesetzbuch wurde 1898 in Kraft gesetzt. Es hat seinen Ursprung im Kyu-Minpou, das der Franzose Boissonade 1888 entwarf. Weil dem Inhalt des Kyu-Minpous sehr liberal war, sprachen sich viele konservative Politiker dagegen aus. Demzufolge wurde die Inkraftsetzung des Kyu-Minpou verschoben. Damals wurde auch in Deutschland die Herstellung eines ganzheitlichen Rechtssystems diskut-

---

☆ 本稿は2015年3月26日にバイロイト大学シュミットケッセル研究室において行った報告の原稿である。筆者は昨年度(2014年度)1年間、バイロイト大学において客員研究員として研究を行った。本報告は、帰国にあたっての短時間かつ雑感的なものであり、文献等の引用は一切ない。

貴重な時間を割き報告の機会を設けていただいたシュミットケッセル教授及び参加者に感謝の意を表する。

また、本報告の準備に際し、バイロイト在住のパウロ＝バッハフィッシャー氏(ヴェツブルク大学法学士)の多大なる協力を得た。同氏にも改めて感謝したい。

Der Aufsatz ist ein Manuskript meines Vortrags, der ich am 26. März im Seminar von Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel an der Universität Bayreuth gehalten habe.

Ich danke Prof. Dr. Schmidt-Kessel und Teilnehmern wieder.

Bei der Vorbereitung habe ich zu große Hilfe von Herrn Bachfischer, der in Bayreuth wohnt und Jurist ist, genommen. Ich danke auch ihm noch einmal.

iert. Der japanische Gesetzgeber sah die Diskussionen in Deutschland und nahm sich das deutsche System und diese Vorschriften zum Vorbild ; z.B das Pandekten-System, die Begriffe von „Willenserklärung“ und „Rechtsgeschäft“ usw.

Nach der Entstehung wurde der Großteil des Vermögensrechts kaum reformiert, weil japanische Gesellschaft grundsätzliche Gesetze nicht verändern möchte. Wenn neue Probleme aufgrund der Entwicklung der sozialen Gesellschaft aufgetreten sind, wurden sie erst durch traditionelle Auslegungen der Vorschriften gelöst. Aber die derzeitigen Verhältnisse sind ganz andere als zuvor und diese Entwicklungen sind sehr rapid, deswegen können die traditionellen Auslegungslehren den Problemen nicht völlig begegnen.

Ich untersuche, ob die Auslegungslehren diese neuen Problem lösen können, und wenn es möglich ist, wie ich das begründen kann. In meinem heutigen Vortrag berichte ich einfach über vier verschiedene Themen dazu.

- I . die Natur der Vorschrift und das Kriterium der Auslegung
- II . die Komplizierung des Vertragsgegenstands
- III . die Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Betroffenen
- IV . die Veränderung der Leistungsweise

## I . die Natur der Vorschrift und das Kriterium der Auslegung

### 1 ) Gegenstand der Überlegung

Bei der Einordnung einer Regelung durch ihre Natur muss die Regelung von der Beziehung mit einem Parteiwillen als dispositiv oder zwingend eingeordnet werden. Im Gesetzbuch gibt es keinen Begriff des dispositiven Rechts und des zwingenden Rechts und das Kriterium ist nicht klar. Deswegen muss die Regelung durch ihre Auslegung eingeordnet werden.

Hier behandle ich § 635 japanisches BGB, das über das Werkvertragsrecht ist.

## 2) herrschende Meinung

§ 635 japanisches BGB bestimmt folgendes; Wenn das Werk mangelhaft ist und damit das Vertragsziel nicht erreicht werden kann, kann der Besteller vom Vertrag zurücktreten. Wenn ein Bauwerk Vertragsgegenstand ist, kann er vom Vertrag nicht zurücktreten.

In Japan diskutieren wir ,ob § 635 S. 2 dispositiv oder zwingend ist: u.zw. ob die Vertragsparteien ihn ausschließen können und trotz der Vorschrift das Gericht den Rücktritt des Bestellers gelten lassen kann.

Nach der früher herrschenden Meinung war er eine zwingende Vorschrift und das Gericht konnte den Rücktritt des Bestellers nicht gelten lassen. Der Grund liegt darin;

- a) Die Wiederherstellungspflicht für das Bauwerk wiegt sehr schwer wegen der hohen Kosten.
- b) Das Bauwerk ist sehr wichtig in der gesellschaftlichen Wirtschaft, deswegen fügt seine Abbruch ihr einen schweren Verlust zu.
- c) Auch der Gesetzgeber meinte dasselbe.

## 3) meine Meinung

Ich bin dagegen.

Im Wandel der Zeit verändern sich die gesellschaftliche Verhältnisse und Hintergrund, auf den das Gesetz sich gründete. Dann verändert seine Kraft als „geltendes Recht“. Wir müssen nicht nur den Telos des Gesetzes berücksichtigen, sondern auch der derzeitigen gesellschaftlichen Verhältnisse und die derzeitigen Interessen der Beteiligten. Aufgrund dieser allgemeinen Berücksichtigungen soll die geltende Auslegung geführt werden.

Eine Regelung, den Parteiwillen nicht beschränkt und keinen Verbraucherschutz betrifft, wie § 635 jpBGB, müssen wir nicht für das zwingenden Recht halten. U.zw. ist es keine Frage, ob diese Vorschrift dispositiv oder zwingend ist, sondern nur eine Frage, wie elastisch wir die Regierung auslegen können.

Nächst erkläre ich die Beziehung zwischen der Entwicklung der Verträge und der Methodenlehre.

Die gesellschaftlichen Entwicklungen brachten die Vielfalt der Verträge. In der Zeit der Entstehung des jPBGB waren die meisten Verträge einfach, u.zw. Betroffene eines Vertrags waren nur zwei ,beide Vertragsparteien erklärten einander ihren Willen, und ihre Gegenstände waren einfach. In der modernen Gesellschaft werden vertragliche Gegenstände kompliziert und mehrere Betroffene eines Vertrags treten danach auf.

Hier erscheinen zwei Fragen.

Wie können wir die bestehenden Vorschriften auf die modernen ungeschriebenen komplizierten Gegenstände anwenden?

Was müssen wir bei den Rechtsverhältnissen dieser Beteiligten bedenken?

## II. die Komplizierung des vertraglichen Gegenstands

Hier behandle ich die Software als Vertragsgegenstand.

### 1) Fragestellung

- a) Eine Software ist keine Sache im Sinn des jPBGB geschrieben wird. Falls sie in dem Speichermedium gespeichert wird, ist sie auch keine „Sache“.
- b) Ein Hersteller einer Software verpflichtet sich kraft des Vertrags, sie zu entwickeln, herzustellen und zu liefern.

Dieser Vertrag wurde in das jPBGB nicht aufgenommen. Was ist die Natur des Vertrags, der die Lieferung herzustellender Software zum Inhalt?

Wie können wir die juristische Probleme über dieses Vertrag lösen.

### 2) Rechtsprechung

In Japan gibt es sehr wenige Entscheidungen darüber. Weil die Probleme sehr fachspezifisch und komplex sind, ist das sehr schwer nachweisbar für den Besteller; z.B.

dass eine Software mangelhaft ist. Deswegen gibt es darüber nicht so viel Diskussion.

### 3) Meine Meinung

Meiner Meinung nach ist dieser Vertrag ein atypischer Vertrag. Er ist sehr komplex und hat verschiedene Elemente, nämlich Element des Auftrags, Werkvertrags und Kaufvertrags.

Aufgrund dieser Natur müssen wir uns nicht zwingen, ihn als einen typischen Vertrag zu denken. U.zw. dürfen wir nur die Vorschriften über einen typischen Vertrag nicht direkt auf ihn anwenden.

Im Grund müssen wir beachten, wo das Problem auftreten ist und woher das gekommen ist; z.B. falls es sich um einen Mangel der Software handelt, der aus der unpassenden Herstellung gekommen ist, müssen wir die Vorschriften über den Werkvertrag auf das Problem anwenden.

Aber sie kann es manchmal nicht lösen, weil der Vertrag moderner ist und sie nicht völlig passen. Dann müssen wir die Vorschriften unter Berücksichtigung der Interessen der Parteien und des Inhalts ihrer Einigung noch auslegen. Dabei ist das Gleichgewicht zwischen Entgelt und Gegenleistung ein wichtiges Element.

## III. die Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Betroffenen

Hier behandle ich den Subunternehmer.

### 1) Fragestellung

Je komplexer ein Vertrag wird, desto mehr Personen sind betroffen ihn ; z.B. bei der Herstellung einer Software oder eines großen Bauwerks sind viele Hersteller betroffen. Der Besteller schließt mit dem Unternehmer einen Vertrag. In der Regel vergibt dieser einen Teil der Herstellung oder Alles an andere Unternehmen noch weiter. U.zw. der erste Unternehmer vergibt dem Werk an den zweiten Unternehmer (Subunternehmer),

dann der zweite Unternehmer vergibt den noch an den dritten Unternehmer, u.s.w.

Der Besteller hat keinen Werkvertrag mit dem Subunternehmer, sondern mit den ersten Unternehmer. Im Grunde hat der Besteller keinen Anspruch gegen den Subunternehmer und der Subunternehmer hat auch keinen Anspruch gegen den Besteller. Wenn der erste Unternehmer in Konkurs geraten ist, wie müssen wir die Beziehung zwischen dem Besteller und dem Subunternehmer bewerten?

## 2) Rechtsprechung

Der Unternehmer schloss einen Werkvertrag mit dem Besteller. In der AGB war eine Bedingung; der Besteller kann bis zur Vollendung des Werks jederzeit den Vertrag kündigen. Kündigt der Besteller, so wird er das Eigentum des unvollendeten Gebäudes erwerben und ist der Unternehmer berechtigt, die passende Vergütung zu dem zu verlangen.

Der Unternehmer vergab den Großenteil des Werks dem Subunternehmer. Im Subwerkvertrag gab es keine Bedingung wie oben. Der Subunternehmer beschaffte den notwendigen Stoff selbst und baute das Gebäude allein. Da wusste der Besteller den Subvertrag nicht. Vor der Vollendung des Werks machte der Unternehmer Konkurs, dann kündigte der Besteller den Vertrag, weil er da Werk nicht vollenden konnte.

Der Subunternehmer klagte gegen den Besteller, dass er das Eigentum des unvollendeten Gebäudes hat.

Das japanische Obeste Gericht wies die Klage ab.

„Der Subunternehmer ist an den Vertrag zwischen den Besteller und den Unternehmer gebunden, weil er eine Stelle wie ein Erfüllungsgehilfe des Unternehmers steht. Er hat gar keinen Anspruch obwohl der Unternehmer keine Anspruch hat.“

## 3) Meiner Meinung

Meiner Meinung nach, der Subunternehmer kann eine direkte Anspruch auf den Bestel-

ler unter der bestimmten Voraussetzungen haben Weil der Subunternehmer unentbehrlich für ein modernen komplexen Werk ist und notwendig in der modernen wirtschaftlichen Gesellschaft.

Wenn er unabhängig von dem Unternehmer ist und der Besteller mit dem Subwerkvertrag im Voraus einverstanden war, muss man die beide Verträge zusammen unterschätzen. U.zw. da steht es wie einen dreiecken Vertrag, den Canaris früher den Liesing nannte. Unsere Forschungsgruppe nannten den „die mehrecke Rechtsbeziehung“.

#### IV. die Veränderung der Leistungsweise

Die Entwicklung der Informationstechnologie bringt die vielfältige Arbeitsweise; z.B. die Dateneingabe durch dem Internet. Falls gebe der Unternehmer beim Werkvertrag Daten ein, erscheint andere neue Problemen: Was ist Mangel? Wie das tritt auf? Pfflichtet der Unternehmer den Datenschutz? Was ist der Grund dieser Pflicht? Mit dieser Probleme beschäftige ich mich in der Forschungsgruppe von der Vertragsforschung im japanischen Ministerium für Arbeit und Soziales. In meinem diesmaligen Aufenthalt in Deutschland habe ich viele Tipps bekommen. Dann forsche ich darüber noch weiter.

#### Schulss

Japanisches Rechtssystem hat seinen meisten Ursprung der Rechtssystem im deutschen Rechtssystem. In Japan entwickelt die Gesellschaft wie in den anderen hoch entwickelten Länder und erscheint viele gleiche rechtliche Probleme.

Einerseits ist das Rechtsproblem ganz inländisch, andererseits brauchen wir in der heutigen globalisierten Welt eine einheitlichen wünschenswerten Lösung wie möglich.

Trotzdem der unterschiedlichen Voraussetzung wie EU-Richtlinie kann ich viele Tipps durch die Diskussionen in Deutschland.

Wahrscheinlich wird das jpBGB bald modernisiert. In dem Entwurf, der am 10. Februar veröffentlicht wurden, keine Vorschriften über diese Problem. In dem wird § 635 jpBGB nicht die Natur klar lassen, sondern aus jpBGB herausgestrichen. Deswegen müssen wir sie noch durch Auslegungen lösen.

Nach meiner Heimkehr denke ich noch weiter.

Vielen Dank

—あしの のりかず・法学部教授—