

履行拒絶による契約の解除

——Doctrine of Anticipatory Breach の示唆——

長尾 治 助

- 序 論
- I 判例の態度
- II 比較法的考察
- III 法律構成上の二三の問題

序 論

債務者が正当の理由なく自己の債務の履行を拒絶したとき、債権者は直ちに契約を解除し、これによって生じた損害の賠償を請求することができるか。履行拒絶が履行期前になされた場合には、履行期の到来をまって民法第五四一条に定める手続を踏んではじめて契約を解除することができ、また履行拒絶が履行期後になされた場合にも同条に定める相当な期間をおく履行の催告をしなければならない、というのが従来 of 支配的な学説の態度であった¹⁾。そう解する前提には、債務不履行を履行遅滞、履行不能および不完全履行の三態様に区分するとの思想があるのではあるまいか。その考えによれば履行拒絶はこれらのいずれかに属せしめられなければならない、通説はこれを履行遅滞として扱うので、契約解除の要件に関しても上に述べた如く説かれることとなるのである。

然し、わが民法上債務不履行をこれらに限定すべき理由はない。規定の上からもそうである。民法典は直接履行遅滞と履行不能とを規定しているけれども、民法の制定過程を探ると民法第四一五条前段の債務者が「履行ヲ為ササルトキハ」の文言および第五四一条の「履行セサルトキハ」の文言には履行遅滞およびその他のすべての不履行が含まれていると解しうる余地がある²⁾。履行期前の履行拒絶に関しては民法制定過程において審議されたことはなかったようであるが³⁾、次の点は注意されてよいであろう。現行民法第四一四条の原案（四〇八条）一項⁴⁾が民法調査会で審議された当初、起草委員の一人である穂積陳重博士は本項の必要性を問われて次の如く答弁している。「第一項カ必要カ何ウカト云フ御質問デアリマスガ之ハ何ウシテモ強制履行ヲ要求シヤウト思ヘハ法文カ要ルト思ヒマス私ハ債権ノ性質トシテ固ヨリ弁済期ニ達スル弁済期ニ達シタナラハ必ス之ヲ履行シナケレハナラス而テ債務者カ履行ヲセスト云フコトヲ明ニ言フカ履行シナイト云フコトヲ行為其他ノコトヲ明ニ示スカ履行ヲ拒ムカ然ウ云フ事ヲシ

タナラハ債権者ノ権利ヲ侵害シタノテアル債務ノ関係ト云フモノハ茲ニ於テーツノ変化ヲ来サレタモノテアル然ウスレハ法文カナケレハ当然ハ賠償ノ責ヲ生スル不履行ト云フコトカアツタナラハ賠償ノ責カアルト云フコトカ当然ノ結果テアルジヤラウト思ヒマス……」⁵⁾ 以上の説明からすると、起草委員は、弁済期後債務者の履行拒絶に基いて損害賠償の請求をなしうることを認めていたものと推考できるのである。

たしかに、社会事実としての債務の不履行を類型化するときは債務者の履行拒絶を抜きにすることはできまい。そして、それに応じた法的解決が要求されてよい筈である。裁判上においてもこれが問題とされた事件は多くはないのである。また履行拒絶に基く契約解除を肯定する外国の法制も少くはないのである。私はわが民法においても履行拒絶に基く契約の解除を認めうるのではないかと思考するので⁶⁾、本稿によってその説明を試みる。これを認める理由の第一は、履行拒絶に基き直ちに契約を解除することを認めることによって得られる社会的利益である。その理由の二は判例の態度であり最後に各国の法制が履行拒絶による契約解除を認めていることである。

第一の理由はこうである。債務者によって履行拒絶がなされた場合、債権者は契約を解除し債務者に対する自己の債務を消滅させ、また新たに第三者と契約を締結し当初の目的をすみやかに達せんと欲することがあろう。この場合、履行期の到来を待ち且相当期間をおく催告をなさなければ契約の解除を許さないとすることは債権者を催告期間の終了迄不利益な状態に釘づけにすることになる。また債務者の履行拒絶は債務の確定的な不履行の意思の表示である。債権者がこれに信頼して第三者と新に契約を締結したのち、債務者が前言を齟して債務を履行期間内に提供してきた場合、債権者がこれを受領しなければ債権者に不利な法効果が附与されることになる。すなわち、債権者の不利益は債務者の行為とその利益とに比較して甚しいものがある。他方、履行拒絶に基き即時に契約の解除を許すことは債務者が賠償すべき損害の範囲を最少限に喚止める意味があるから債務者にとっても利するところがある。

次に第二、第三の理由について詳説する。

註 1) 履行拒絶に履行遅滞に関する法理を適用するのは主として次の理由からである。債務者は履行期において履行する債務を負担するにすぎないから、それ以前において履行を拒絶するも後に意を翻して履行期に債務の本旨に従ったものとして債務を履行することができ(岡松参太郎「所謂積極的債権侵害を論ず」法学新報 16 卷 1 号 77~80 頁; 石坂音四郎 日本民法債権各論 601 頁; 末弘敏太郎 債権各論 244 頁; 我妻栄 債権各論(上) 161 頁), そして民法第五四一条の趣旨については契約解除が契約締結当初の意思に反する現象であることおよび直ちに契約を終了させては債務者に酷であることから履行期後相当の期間を定めた催告を要するとしたのであるとする(岡松前掲 80 頁)。法典調査会における起草委員の説明については、法典調査会民法議事速記録 25 卷 79 丁参照。

2) 債務者の責に帰すべき履行不能を特に規定したのは、これが、第四一五条前段および第五四一条の「履行ヲ為ササルトキ」「履行セサルトキ」に用語上含まれないと解釈されるのをさける為に注意的に

規定したのである。履行不能に基く損害賠償については日本学術振興会法典調査会民法議事速記録 23 卷 150 丁裏富井政章委員の説明参照。契約解除については同上 25 卷 95 丁裏穂積陳重委員の説明参照。なお北川善太郎「契約責任の研究」304 頁。

- 不完全な履行については同上民法議事速記録 18 卷 83 丁裏, 93 丁参照。なお北川前掲 304 頁参照。
- 3) 旧民法を起草したボアソナードが、イギリス法における履行期前の履行拒絶の法理を好まないフランス法に範をとったことは、旧民法の起草過程でも少くとも履行期前の履行拒絶については論じられることがなかったことを推測せしめるのである。

Williston, on Contracts (1937), § 1337 A 註 32) の記述にはフランス法学者の英米法観が現われていて興味深い。すなわち：

In Madray, Des Contrats d'après la récente codification privée faite aux États Unis (1935) a comparative study of American and French law, the author says (p. 141) of doctrine of anticipatory breach that "it is surprising in view of the extreme powers which it gives to the creditor: it seems that such Draconian provisions can never be introduced into our laws".

- 4) 第四〇八条第一項 債務者カ債務ノ履行ヲ為ササルトキハ債権者ハ強制履行ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但債務ノ性質カ之ヲ許ササルトキハ此限ニ在ラス

本条は旧民法第三八三条第一項に由来する（債務者カ義務履行ヲ拒絶シタル場合ニ於テ債権者カ強制執行ヲ求メサルカ又ハ義務ノ性質上強制執行ヲ為スコトヲ得サルトキハ債権者損害賠償ヲ為サシムルコトヲ得債務者ノ責ニ帰ス可キ履行不能ノ場合ニ於テモ亦同シ）。

- 5) 法典調査会 民法議事速記録 18 卷 39 丁。
- 6) 同説 川添清吉「債務の履行拒絶」法曹会雑誌 10 卷 2, 3 号；菅原春二「債務の履行拒絶に就て」法学論叢 8 卷 1 号；小町谷操三「商事判例研究 商人間の売買——履行拒絶の意思表示と解除」志林 34 卷 7 号；勝本正晃「債務者の履行拒絶」法学 4 卷 2, 6 号 5 卷 6 号。但し此等の見解には理論構成に差異がみられる。

なお、もっとも慣習があればそれによる。現株の取引における商慣習によった判例として昭和10年12月21日東京地裁の判決がある（法律新聞 3951 号 15 頁）。本件は履行期後の拒絶に対し債権者は履行の催告をしているが解除の意思を表示することなく商慣習に従い損害金を請求した事例である。

I

本節でははじめに履行拒絶行為の態様を判例によって整理し、次いで履行の催告を要するか否かに関する判例の態度を整理する。

判例は履行拒絶行為と認めうる場合を「義務ノ履行ヲ為ササル事実ノ明確ナル場合」⁷⁾、「契約履行ノ意思ナキコトヲ確認シタルモノ」⁸⁾、「契約上ノ義務ヲ拒絶スル意思ヲ表示シタルモノ」⁹⁾などと表現している。具体的にこれにあたる行為としては、代金未払の一方当事者が不当に目的物の引渡訴訟を提起してきたこと¹⁰⁾、代金の内入金を不当にも手附金と称しその倍額を償還して契約解除を示す旨通知してきた場合¹¹⁾、履行の催告の内容と一部または全部抵触する如き内容の返答をした場合¹²⁾、契約当事者の一方が不当に相手方の義務不履行を理由とする契約解除の意思を表示したとき¹³⁾、当事者の一方による工事中止の申入れを明示的に拒絶し工事を続行した場合¹⁴⁾があげられる。これらは何れも義務の履行とは相反する意義をもつ行為

である。債務者が履行の見込みなきことを債権者に表明する行為も判例は履行の意思なきことを表明するものとしている¹⁵⁾。これらを総合すると、判例は、黙示であってもよいが履行拒絶の意思が明確であり絶対的であり無条件であることを要求しているといえよう¹⁶⁾。

次に履行拒絶に基く契約解除にも相当の期間を定めた履行の催告を要するか否かに関する判例の態度を検討しよう。この種の問題につき判例を如何なる基準にしたがって分類すべきであろうか。英米では履行期前の履行拒絶と履行継続中の履行拒絶とに分類するのが一般で、履行継続中の履行拒絶の適用としては分割給付の契約においてその一部が履行された場合の相手方の代金支払の拒絶があげられる。そうしてこれには履行期前の履行拒絶と同様の法理が適用されるべきものとされている。わが国では履行拒絶は履行遅滞に関する第五四一条に関して争われることが多い為、ここでは一応次の如く分類することにした。

第一は、履行期が到来する前に履行拒絶がなされた場合である。第二は、債務不履行に基き契約解除の為相当の期間をおく履行の催告がなされた場合において、その期間終了前に債務者が履行拒絶をなした場合である。第三は、第一第二以外の場合における履行拒絶であって種々の態様が含まれるが、債務者が履行遅滞、不完全履行、その他義務違反にあたる行為をなした後、債務の本旨に従う履行を拒絶した場合が主要な例である。第二の場合である相当期間をおく催告期間内の履行拒絶については問題はない。この点に関する判例としては、昭和7年7月7日¹⁷⁾と昭和9年12月26日の大審院判決がある¹⁸⁾。第五四一条の定める適法な催告期間中の履行拒絶は期間の猶予の趣旨を全く無用にするものであるからその期間の終了をまたずに解除しうることには学説にも異論をみない¹⁹⁾。

問題となるのは第一の場合と第三の場合である。順序は逆になるが説明の便宜上第三の場合における履行拒絶の判例から整理しよう。そこでは契約解除の为民法第五四一条の相当の期間をおく履行の催告を要するか否かが問題の焦点である。判例には、催告を要せず解除することを認めるものと、催告を必要とし催告なき解除に効力なしとするものがある。学説も分れる。従来の履行拒絶による契約の解除に関する論争は民法第五四一条と第五四二条の解釈をめぐる争われた。すなわち、履行拒絶による契約解除に相当の期間を定めた催告が必要であるとする見解は、第五四二条の定期行為の場合の外第五四一条は履行遅滞に基く契約解除には相当期間の催告を必要とし例外を設けていないと主張する²⁰⁾。これに対し反対説は第五四二条第五四三条が催告を要せず直ちに契約の解除を許したのは、この場合催告が無益だからであり、そうだとすれば債務者がこれに応ぜざることが明確であってしたがって催告が無益に帰することが明らかな場合に第五四一条の手續を要求するのは没条理であるとする²¹⁾。判例は、原則として契約を解除するためには相当の期間を定めた履行の催告を必要とするとの態度をとり、これを不要とするのは例外の場合であるとする。この原則的態度を表明した最初の判例は大正11年

4月17日の大審院判決²²⁾である。この判決の後半年ほどして大審院はその理由をややくわしくのべた判決を下している。同年11月25日²³⁾の大審院判決は次のようにいう。

「民法第五四一条ニハ当事者ノ一方ガ其ノ債務ヲ履行セザルトキハ相手方ハ相当ノ期間ヲ定メテ其ノ履行ヲ催告シ云々ト規定シ、特ニ之ガ除外的規定ヲ設ケザルノミナラズ、所謂定期行為ニ関スル民法第五四二条ノ規定トノ対照上右第五四一条ノ場合ニ於テハ縦令当事者ノ一方ガ其ノ債務ヲ履行セザルノ意思明確ナルトキト雖モ相手方ハ必ズヤ相当ノ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ為スニ非ザレバ解除ノ意思表示ヲ為スコトヲ得ザルモノト解スルヲ相当トナスベキ」ものである。

すなわち、第五四一条が除外規定を設けていないことおよび第五四二条との対照上にその理由を認める。なお、本件では債権者は相当の期間の催告にあたらぬ催告をしているものである。

そして右の態度はそのまま昭和2年1月25日大審院判決²⁴⁾に踏襲され、昭和3年12月12日大審院判決も——これは後に述べるとおり商人間の売買について催告不要の場合を例外的に許容した判決であるが——原則として上記の取扱を認める。また、昭和9年5月19日大審院判決²⁵⁾は同様の判決を下すにあたり相当期間の履行の催告を要する趣旨を次の如く述べている。

「民法第五百四十一条は債務者遅滞の場合に債権者をして単に損害の賠償を求めしむるのみにては其の保護十分ならずとして之に契約の解除を与へたるものにして同条が解除権発生要件として相当の期間を定めて其の履行を催告すべき旨規定したるは債務者に対し更に履行の機会を与へ契約解除によりて生ずべき不利益を免れしめんと欲したるものに外ならざるを以て履行期間に於ては縦令履行期に債務を履行せざる債務者の意思明確なりとするも債権者は同法条に依り直に契約の解除を為すには履行期到来後更に相当の期間を定めて履行の催告を為すことを要するものと解するを相当とす。」

催告を要せず解除を認める判例は次のものである。

民法施行前において大審院は地所建物の売買について、「凡ソ義務ノ不履行ニ因リ契約ノ解除ヲ求ムルニハ遅滞ニ付スルノ手続ヲ為スコキハ裁判上認ムル所ノ慣習ナルモ相手方カ不当ノ主張ヲ為シ以テ義務ノ履行ヲ為ササル事実ノ明確ナル場合ニ於テハ更ニ遅滞ニ付スル手続ヲ為スノ必要ナキハ勿論」であると判示した²⁶⁾。

民法施行後においては判例は上述した如く、右の民法施行前の判例と異なる態度を示すようになるが、特殊の場合にはなお催告を要せずに契約を解除することを認める。すなわち、昭和3年12月12日の大審院判決²⁷⁾は、夏密柑の売買において、夏密柑販売商である本件買主が目的物の一部が不完全であることを理由に、夏密柑搬出業者である本件売主に対し完全履行の催告をなしたところ、売主がこれに応ずる意思なきことを表示したので買主が契約解除の意思を表示した事案である。これに対する判示は次の如し。

「契約当事者ノ一方ニ於テ其ノ債務ヲ履行セザルトキト雖モ、相手方ハ更ニ相当期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ為スニ非レバ契約ヲ解除スルヲ得ザルコトハ民法五四一条ノ定ムル所ニシテ、而モ此ノ催告ハ債務者ニ於テ履行ヲ為スノ意思ナキコト明ナル場合ニ於テモ、尚且之ヲ必要トストノコトハ当院ノ判例トスル所ナリト雖モ（大正一一年一月二三日判例集一巻六八四頁）、商人間ノ売買ニ於テ売主ノ為シタル

給付が債務の本旨に従ヒタル履行ト為スニ足ラザルノ故ヲ以テ買主ヨリ履行ノ催告ヲ為シタルニ対シ、売主ニ於テハ曩ノ給付ヲ以テ債務の本旨に従ヒタルモノト為シ此ノ催告ニ応ズルノ意思ナキコトヲ表示シタル場合ニアリテハ、買主ハ直ニ契約ヲ解除スルコトヲ得ベク、更ニ相当期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ為スガ如キハ其必要ナキモノト解スルヲ相当トス。蓋当事者が契約ヲ締結スル所以ノモノハ債務ノ本旨ニ従フ履行アルコトヲ庶幾スルニアルハ言フマデモ無キヲ以テ、債務者ニ於テ履行ノ意思ナキコト明カナルノ一事ニ依リ何等ノ催告ヲモ為スコトナク直ニ契約ヲ解除セシムルガ如キハ、聊カ早計ニ失シ契約締結ヲシテ頓ク徒爾ニ了ラシムルニ至ルベキガ故ニ之ヲ許スヲ得ズト雖売主ノ為シタル給付カ債務ノ本旨ニ従ヒタル履行ト為スニ足ラサル為買主ヨリ更ニ其ノ履行ヲ為スヘキ旨ノ催告アリタルニ拘ハラス売主ハ其ノ為シタル給付ヲ以テ相当ノモノナリトシ此ノ催告ニ応セサル意思ヲ表シタル場合ニ於テモ尚買主ヲシテ催告ヲ再ビセシムルガ如キハ畢竟無用ノ形式ヲ強ヒルニ過ギズ、殊ニ取引ノ敏活ヲ尚ブ商人間ノ売買ナル場合ニ於テハ更ニ其ノ爾ヲ知ルニ余アリ。」

本件は商人間の売買において契約の解除が問題とされたものであり、昭和6年11月14日の大審院判決（後述）も商人間の売買に関し本判決を踏習する。これらの判決は先に述べた催告必要説に対し具体的事案に即したきめのこまかい判断をしている点において一段の進歩をとげたということができ、また次に述べる判決への橋渡しの役を演ずる点において重要な意義がある。すなわち、賃貸借に関してこの法理を認めた下級審の判決がある²⁶⁾。その事件では、Xは法定の催告をなしてから契約を解除しているものである。ただ、催告前に工事の続行禁止と家屋の占有移転禁止の仮処分を執行しているので、被告は催告期間中原状回復はできぬから催告は無効であると争っている。これに対する判断は次の通りである。

「民法が債務不履行を理由とする契約解除にあたって、債権者は債務者に対し先ず以て相当の期間を定めた履行の催告をすべきことを規定したのは、元來契約はその履行によって終了することを理想とするのであるが、債務者の側についてみればその不履行は履行期の失念その他有恕すべき事由に基く場合もあり得べく、そのような場合には一片の催告がよく履行を招来しないとも限らないから、これらの場合における理想と現実を可及的に一致せしめんとする用意に出たものに外ならないのである。されば一概に債務不履行による契約解除といっても、その契約関係が性質上迅速に処理せられることを要する商事関係、または特に当事者の信頼関係を基調とする賃貸借関係に関するような場合において、債務者が予め債務の履行を拒絶したり、あるいは取引の通念に従い、たとえ債権者が所定の催告をしてもこれに応ずる意思のないことを表明するものと考えられるような行為に出たときは債権者は催告を要せずして直ちに契約を解除し得るものと解するを相当とする。」

本判決は相当の期間を定めた催告を不要とする場合を賃貸借の場合に認めたもので例外が拡張される一現象である。そして、第五四一条において相当の期間を定めた履行の催告を要するとした趣旨について従来の判例と異なる解釈を与えたことは注目すべき点である。けだし、催告不要の場合を更に拡大する余地があると解されるからである。尤も判例は賃貸借契約には別に信義則に基く催告なき解除を認めているので、本判決もその判例の流れに包括されうる一事例であるとみることができよう。

最後に履行期前の履行拒絶に関する判例を整理する。ここでは履行期前の契約解除を許すか否か、解除を認めるとすれば現行法の下においては如何なる理論によるかが問題の中心となる。

本問題に関する判例は大正 15 年 11 月 25 日大審院判決²⁹⁾、昭和 6 年 11 月 14 日大審院判決、昭和 34 年 6 月 5 日東京地方裁判所の判決である。

昭和 6 年 11 月 14 日の大審院判決は債務が分割して給付されるべき場合に、給付の一部の履行期は経過したがその一部の給付が履行されない為最後の給付の履行期が到来する前に契約全部の解除を認めた事案である。履行期前の履行拒絶の典型的な形態ではないが、最後の給付の履行期到来前に履行拒絶がなされたことに着眼して履行期前の履行拒絶として扱うことができよう。ところで、本件は公式判例集に搭載されていないものである。そこで本件の事実に関しては東北大学図書館所蔵の記録謄本により本件を紹介された小町谷博士の前掲判例研究から引用する。すなわち、上告人（商人）は大正 7 年 9 月 1 日に被上告人ら（商人）と木炭 10 万貫の供給契約を締結し、その給付の方法として被上告人らが上告人に大正 7 年 10 月 10 日から同年 12 月 31 日までの間に 1 万貫、大正 8 年 1 月 1 日から同年 12 月 31 日までの間に 6 万貫、大正 9 年 1 月 1 日より同年 9 月 30 日までの間に 3 万貫を分割給付することとした。而して上告人は被上告人らに木炭代金前渡として金 3 千円および木炭受渡用倉庫建設費として金 3 百円を支払った。然るに被告らは全然木炭の給付をしなかった为上告人は大正 8 年 2 月 1 日に被上告人らに対し同年 2 月 15 日までに契約の履行をなすべき旨の催告をなした。しかるに被上告人らは上告人に債務不履行の責任ありとして、大正 8 年 6 月 2 日契約解除の予告をし金 8 千円の損害金を請求してきた——これが履行拒絶と解釈された行為である。これに対し上告人は同年 8 月 12 日に契約解除の予告をし且つその後も屢々催告をなしたが終に大正 9 年 8 月 12 日に内容証明郵便を以て契約を解除した。よって上告人は被上告人らに対し前記前渡金および倉庫建設費として交付した金銭の返還を求め、且つ、上告人が本件契約に基き給付を受くべき木炭につき訴外雲国製鉄会社となした本件木炭の転売契約の履行不能に因って受けた希望利益喪失の賠償を受ける為本訴を提起したものである。

これに対する判決は次の通りである³⁰⁾。

「依テ按スルニ商人間ノ売買ニ於テ其ノ売主カ買主ニ對シ契約上ノ義務履行ヲ拒絶スル意思ヲ表示シタルトキハ買主ハ売主ノ義務不履行ヲ理由トシテ直ニ契約ヲ解除シ得ヘク解除ノ前提トシテ相当ノ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ為スコトヲ要スルモノニアラス（昭和三年（オ）第九百六十号同年十二月十二日民事第四部判決参照）本件ニ付テ之ヲ視ルニ……被上告人等ハ大正八年六月二日上告人ニ買主トシテ義務不履行アリト為シ本件売買契約解除ノ意思表示ヲ為シタルコトハ被上告人等カ原告ニ於テ其ノ自記スル所ニ係ルヲ以テ右ノ契約解除ノ意思表示ニ依リ本件売買ニ於ケル売主タル被上告人等ハ契約上ノ義務ヲ拒絶スル意思ヲ表示シタルモノト解スヘキハ当然ナルヲ以テ若シ其ノ買主タル上告人ニ於テ何等義務不履行ノ存スルモノナク相手方ノ解除ノ意思表示ノ効力ヲ生セサル場合ナルトキハ却テ上告人ハ被上告人ノ義務不履行ヲ理由トシテ相当ノ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ為スノ必要ナク直ニ契約ヲ解除シ得ヘキ筋合ナリト云ハサルヘカラス」

本件は判文中に引用されている如く先に述べた昭和 3 年 12 月 12 日の先例にならうもので

ある。その判決にあらわれた事実と本判決のそれとを比較すると、両者はともに商人間の動産の売買でいずれも履行拒絶と認定できる債務者の行為がある。然し、前者においては履行期について特別の定めがあったのか否かは判明しないが、速やかに給付がなされるべき性質のものであることは明らかで、その事情の下に債務者のなした給付の一部が債務の本旨に合せざるものであった。本件では履行期が確定しており債務の本旨にしたがった履行は全くなされなかった場合である。そうして前者においては履行拒絶が債権者の完全給付請求に対して直ちになされたのに対し、本件では最終回の給付の履行期が到来する前に履行拒絶がなされたものである。そして両事件の上告理由はともに相当の期間の定めある催告が行なわれたりや否やに関する。両事件はその具体的事情に上述の如き差異があるにも拘らずその上告理由に対し同一の判断を与えていることが注目される。

次に近時、下級審において履行期前の履行拒絶を正面からとりあげた注目すべき判決がある。昭和 34 年 6 月 5 日の東京地方裁判所の判決³¹⁾で次の如きものである。昭和 32 年 2 月 27 日を引渡期日と認定された鎮鑰屑の売買において、2 月 26 日売主 X が引渡期日を通知する為買主 Y 方に赴いた際 Y は目的物の価格が下落していることを理由に代金減額に応じない限り代金の支払をしない旨強硬に述べて目的物を Y 方に持込んでもこれを受領しないと声明していたので翌 27 日 X は目的物を引渡場所に積み何時でも被告方へ運搬できる状態におくとともに更に……再三その受領を被告に口頭で催告したところそれにも拘らず被告は前日同様代金減額を強く主張しこれに応じなければ代金を支払わない旨を重ねて主張して本件代金債務の履行を拒絶したので X は Y の右履行拒絶に基いて被告に対し即日口頭をもって本件契約解除の意思を表示した事案である。これに対し次の如く判示する。

「原告が前記事実の経過にもとづいて前記履行期の経過をまたずになした契約解除の意思表示は商慣習を云々するまでもなく一般的に法律上有効なものといわなければならない。けだし、右認定のように債務者においてその債務（本件でいえば約定代金支払債務）の履行を履行期日の経過前に強に拒絶し続け、その主観においても履行の意思の片りんだにもみられず、一方その客観的状況からみても、右の拒絶の意思をひるがえすことが全く期待できないような状態においては、その債務の履行は民法所定のいわゆる履行不能と同一の法的評価を受けてもよいと考えられるのであるから、債権者としては履行期日の経過前においても民法第五百四十三条の精神に則って、何等催告を要せずして契約を解除することができるものといわなければならないからである。」³²⁾

この判示は履行期前の履行拒絶を債務不履行の独立の一態様と認めたものではあるまいか。というのは、損害賠償の算定に関する判示の箇所、「前記の被告の履行拒絶も民法第四百十五條前段の債務者がその債務の本旨にしたがった履行をなさざるときに該当するとみとめるべきである」とのべており、契約解除については上に掲記した如く債務者の履行拒絶をもって履行不能と同一の法的評価に値するとしているからである。

判例を通覧した結果われわれは次のことを理解する。第一に判例で履行拒絶が問題とされた

債務の基本関係は不動産の売買，不動産の賃貸借，動産の売買，交換などの契約に基くものに限られており，中でも不動産の賃貸借と動産の売買を基本関係とするものは他の場合に比して件数が多いことが注目される．第二に履行期前の履行拒絶にあっては商人間の売買においては相当の期間を定めた催告を要せず契約を解除することが認められるが，商人間の売買以外では如何なる範囲でこの法理を適用するのか未だ明確でなく今後の判決の集積を待たねばならない．第三に，義務違反後の履行拒絶においては相当の期間を定めて催告を要することを原則とし商人間の場合にはこれを要せず直ちに契約を解除し得るとする．第二，第三の場合を通じて判例は履行拒絶を履行遅滞という既成概念に依拠しつつ事件の特殊性に応じてその要件を緩和し妥当な解決を見出そうと努力していることがうかがわれる．判例のこの漸進的態度は明文による拘束と具体的妥当性からいって止むを得ない態度といわなければならない．然し例外的現象が漸次増加しその適用範囲を拡大する傾向にあることに注目すべく，特に履行期前の履行拒絶に関して下級審の判例ではあるが，その態度を更に進めて履行拒絶を独立の債務不履行の態様とみるものが現れている．

- 註 7) 明治 31 年 3 月 14 日大判 (民録 4 輯 3 卷 31 頁)．
 8) 大正 11 年 4 月 17 日大判 (法律新聞 1988 号 17 頁)．
 9) 昭和 6 年 11 月 14 日大判 (法律新聞 3344 号 13 頁)．
 10) 明治 31 年 3 月 14 日大判 (民録 4 輯 3 卷 31 頁)．
 11) 大正 11 年 4 月 17 日大判 (法律新聞 1988 号 17 頁)．
 12) 昭和 3 年 12 月 12 日大判 (民集 7 卷 12 号 1085 頁)．昭和 9 年 12 月 26 日大判 (法学 4 卷 727 頁)．大正 7 年 6 月 25 日大阪控訴院 (法律新聞 1441 号 20 頁)．昭和 33 年 9 月 9 日東京地裁 (下級民集 9 卷 9 号 1826 頁)．昭和 34 年 6 月 5 日東京地裁 (下級民集 10 卷 6 号 1186 頁)．昭和 3 年 12 月 12 日大判の事実は次のものである。「控訴人ハ被控訴人ニ対シ送付ノ品ハ一部ノミ約旨ニ適合スルモ他ハ不良ニ付一部ノ外受取ラサル旨ノ電報ヲ發シタルコトヲ認メ得ヘク該趣旨ハ右良品ノミ約定代金一籠三円五十銭ニテ受取ルモ他ハ受取ラサルニヨリ如何スルカトノ照会ナルト同時ニ契約ノ本旨ニ従フ履行ヲ催告シタルモノト解スルヲ得ヘク……被控訴人ハ右控訴人ノ催告ニ対シ控訴人ノ送付品ノ全部ヲ受領スルコトヲ前提トシテ代金ノ一部ヲ減額スルコトヲ返電シ又ハ前示認定ノ如ク送付品中七十六籠ヲ手取金一籠二元八十銭ニ減スル旨返電シ以テ右ノ一部受領ノ照会ニ対シテハ不承諾ノ意思ヲ表示スルト同時ニ契約ノ本旨ニ従フ履行ノ催告ニ対シテハ之ニ応スル意ナキコトヲ表シタルモノト謂フヘク……同月二十日控訴人ハ被控訴人ニ対シ右契約違背ヲ理由トシテ契約解除ヲ為シタルコトヲ認ムルニ足ルモノトス」
 13) 昭和 6 年 11 月 14 日大判 (法律新聞 3344 号 13 頁)．
 14) 昭和 25 年 6 月 23 日東京地裁 (判例タイムス 6 号 43 頁)．
 15) 大正 3 年 12 月 1 日大判 (民集 20 卷 1004 頁)．大正 10 年 11 月 9 日大判 (民集 27 卷 1910 頁)．これらは履行の提供の有無が問題とされ言語上の提供を要しないとした判例であるが，履行拒絶の態様についても参考となる判例である．
 16) 川添前掲論文 (法曹会雑誌 10 卷 3 号 34 頁) は，第 542 条，第 543 条が催告を無益としている実質的根拠からみて，第 541 条の催告手続を不要たらしむる履行拒絶はその手続が無益に終ることが明確なりと認められる程度のものであることを要するといわれる．勝本前掲論文 (法学 5 卷 6 号 855 頁) は，債務者の逃亡を履行拒絶とみる．

- 17) 昭和7年7月7日大判(民集11巻15号1513頁)は次の如き事案である。建物賃借人Yは賃借人Xに無断で建物に改築などの工事を開始したのでXは11月11日Yに工事の中止と三日内に原状を回復すべく然らざるときは賃貸借契約を解除する旨を表示した。これに対しYはその翌日にXの要求を拒絶してきたのでXは更に催告期間中である11月13日に仮処分命令を執行した。Yは催告期間中にXが原状回復を不能ならしめたるを以て解除はその効力を発生しないと争う。判決はこの場合債権者は期間の終了をまつことなく契約を解除しうるとする。すなわち、「民法第五百四十一条が契約解除ノ前提トシテ一定ノ期間ヲ定メ履行ヲ催告スベキ旨ヲ命ジタル所以ハ一方ニ於テ履行遅滞ニ在ル債務者ニ対シ更ニ最後ノ考慮ヲ促サントスルト共ニ他方其ノ履行ノ準備並其ノ完了ニ要スル期間ノ猶予ヲ与ヘントスルノ趣旨ナレバ、債務者ニシテ如上ノ催告ニ対シ之ヲ拒絶スベキ意思ヲ表示シタルトキハ債権者ガ与ヘタル履行期間ノ猶予ノ如キハ之ヲ同条ノ本旨ニ照シ全ク無用ノモノトナルベキガ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ債務者ハ与ヘラレタル期間ノ利益ヲ失ヒ債権者ハ強テ右期間ノ終了ヲ待ツコトナク直ニ進ムデ契約ノ解除ヲ為シ得ベキ権限ヲ取得スルモノト解スルヲ相当トス。蓋シ右ノ期間ハ履行ノ為ニ必要ナルモノニシテ履行ヲ為スヤ否ヲ考慮スルガ為ニ設ケラレタルモノニアラザレバ如上ノ催告ニ対シ一旦拒絶ヲ為シタル者ガ更ニ其ノ意ヲ變スコトアルベキガ為メ之ヲ留保シ得ベキ期間ニアラザルヲ以テナリ。故ニ右ノ如キ拒絶ノ意思表示ヲ受ケタル債権者ハ直ニ契約ヲ解除シ得ベキハ勿論必要アルトキハ権利ノ行使又ハ保存ノ為適當ナル処置ヲ採ルコトヲ妨ゲザルモノニシテ此等処置ノ結果債務者ガ期間内ニ為スペカリシ行為不能ニ帰スルモ之ガ為メ債権者ガ一旦取得シタル解除権ハ毫モ其ノ影響ヲ受クルモノニアラズ。」
- 18) 法学4巻727頁728頁。
- 19) 判民昭和7年119事件川島評釈(406頁)。
- 20) 岡松前掲論文法学新報16巻1号80頁。
- 21) 川添前掲論文法学會雑誌10巻3号30頁—32頁。小町谷前掲論文志林34巻7号71頁72頁。
- 22) 法律新聞1988号17頁。「依テ案ズルニ履行遅滞ヲ理由トシテ契約ヲ解除スルニハ予メ相当ノ期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ為スコトヲ要スルコト民法第五百四十一条ノ規定ニ徴シテ明ナルヲ以テ債務ノ履行期ニ於テ債務者ガ其ノ履行ヲ為スノ意思ナキコト明ナル場合ニ於テモ尚ホ履行ノ催告ヲ為シタル後ニ非ザレバ債権者ハ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得ザルモノトス」
- 23) 民集1巻11号684頁。
- 24) 法律新聞2666号12頁。
- 25) 法学3巻1302頁。
- 26) 民録4輯3巻26頁。
- 27) 民集7巻12号1085頁。
- 28) 判例タイムズ6号42頁43頁。
- 29) 民集5巻11号763頁。本件は請負契約において履行期前の債務者の不作為が履行拒絶にあたるか否かを問題にすることなく、債務者の責に帰すべき事由による履行不能にあたるものとして履行期前の契約解除を肯定した。その実質的理由としては履行期前の解除を認めない場合の債権者に対する考慮があげられている。これは本件が請負契約であることによるものであろう。
- なお、典型的な履行期前の履行拒絶に関する事案に於て之に基く損害賠償の請求を通説と同じ根拠から否定した下級審判例がある。しかし、この判例も履行不能を理由として契約を解除すれば損害賠償請求を認めうる余地があることを示す(大正6年10月29日和歌山地裁(法律新聞1341号18頁))。
- 30) 法律新聞3344号13頁。
- 31) 下級民集10巻6号1182頁、1186頁。
- 32) なお、この判決は損害賠償の算定について、その範囲は約定価格と転売価格の差でなく、約定価格と解除時価格の差により決するとする。

II

本節では履行拒絶に関する外国法を概観する。まず大陸法系の諸国の法制をみると、ドイツ民法は第三二六条において双務契約における債務者の遅滞に基く契約解除には爾後の履行が相手方に何等の利益を与えざるときを除き、なお給付の実行に付相当の期間を指定することを要求している。履行拒絶に関しては規定がないが右の第三二六条の規定にも拘らず判例³⁴⁾、学説は履行期の前後を問わず第三二六条の定める履行の催告を要せず債権者は損害賠償および契約の解除を求めうとする。蓋し、履行の催告はかくの如き場合には無用の形式にすぎないからとい³⁴⁾、あるいは積極的債権侵害を構成するからとする³⁵⁾。スイス債務法は、履行遅滞に履行の催告を要すとした第一〇七条につづき、第一〇八条において次の如き規定を設け債権者は直ちに損害賠償の請求と契約解除を求めうことを認めている。すなわち次の場合には債権者は爾後の履行の為の期間を定める必要はないとし、その第一号において債務者の行動によってこの期間を定めることが無用と認められる場合をあげている³⁶⁾。猶予期間の決定を無用たらしめる債務者の行為としては、債務者の行為による爾後の履行不能と、遅滞開始前の拒絶を含む拒否 (Verweigerung) とがあげられ、この拒絶 (Weigerung) は期間の定めをもはや無意味なものにし空虚な形式に終らせる如き強固且決定的なものでなければならぬとされている³⁷⁾。なお、統一売買法草案は³⁸⁾、第百一条において履行期前の履行拒絶において相手方は遅滞なく通知をして契約を解除することができることを定め、また第四十条は「物品が時価ヲ有シ履行期が契約若ハ商慣習ニ依リ一定ノ期間ヲ以テ定メラルル場合ニ於テハ売主カ該期間経過前ニ履行ヲ為シ得ザルコトヲ通知シタルトキ又ハ売主ノ態度ニ依リ履行ヲ為サザル意思ヲ認メ得ルトキハ損害賠償額ノ算定ハ該期間ノ最後ノ日ニ於ケル物品ノ市場価額ヲ基礎トス。

契約又ハ商慣習ニ依リ斯ル期間ヲ知り得ザルトキハ損害賠償額ノ算定ハ買主ガ契約解除ノ意思表示ヲ為ス権利ヲ取得シタル日ニ於ケル物品ノ市場価額ヲ基礎トス」と定めている³⁹⁾。

次に履行拒絶の理論は特に英米法において Doctrine of Anticipatory Breach の名の下に発展したものであるからわが法との比較の限度においてこれに言及しなければならない。

イギリス法においては履行拒絶 (Renunciation or Repudiation) は、当事者の責に帰すべき事由による履行不能 (Impossibility created by one party) および債務不履行 (Failure of performance) と並ぶ契約違反 (Breach of contract) の一形態である⁴⁰⁾。

履行拒絶とは約束者が自発的に約束の履行を拒否する積極的な行為をいう。これが特に契約違反の一形態を構成するのは履行期前になされた履行拒絶の法律関係を妥当に処理せんが為であると思われる。当事者の責に帰すべき履行不能は履行期前であっても不能事由の発生により一方当事者に直ちに損害賠償請求権を行使する機会を与えるものであるが、履行期前の履行拒

絶についても履行期前の履行不能と同様の扱いをうけるものとされている⁴¹⁾。それなら履行期前の履行拒絶と履行期前の責に帰すべき履行不能とを区別する理由はどこに見出されるべきであろうか。履行拒絶にあっては約束者の行為が受約者に対する積極的な拒絶の意思の表明であるのに対し、履行不能においては必ずしもそうではないことにこの区別の主たる理由があると思われる。換言すれば、当事者の責に帰すべき履行不能においては受約者は履行不能が約束者の default に帰せしめられることを証明しなければならない。これに対し、履行拒絶においては受約者は約束者の行為が約束を履行することができないと合理人をして信ぜしめるに足ることを証明すればよいとされている。尤も、約束者の責に帰すべき履行不能とされる行為が例えば履行期前の二重売買の如く、不能売買の相手方にとって約束者の行為が明示の履行拒絶の意思にはあたらない場合であっても黙示的に履行を拒絶するものと推定できるからその責に帰すべき履行不能にも履行拒絶の法理が適用されてよいといわれるのである⁴²⁾。そして、注意すべきことは、両者は相排斥の関係にあるのではなく受約者が約束者の行為を履行拒絶に当ると主張しその成立が認められないときでもその責に帰すべき履行不能の事実が認められる限りこれを理由とする救済がなお受約者に認められることである⁴³⁾。そうしてみると、約束者の責に帰すべき履行不能のほかに履行拒絶を契約違反の一形態とする実益は、履行拒絶の方が約束者の責に帰すべき履行不能よりも容易にその成立を立証しうる点にあるといえてよいであろう。

さて、次に拒絶行為とその効果について述べよう。債務者の行為が履行拒絶にあたるか否かの判断は約束者の真意を基準にするのではなく、合理人 (reasonable man) の意思を標準とするのである。買主が代金を支払わないと表明するとき契約上の債務にたいする明確な拒否がこれにあたることは勿論である。履行拒絶を理由として契約を解除するにはそれが全約束を拒否する意思を示す程度のものであることを要する。元来、イギリス法ではすべての契約違反は損害賠償の請求事由たりうるが契約を解除するには違反が契約の根底に達する (lay at the root of the contract) ことを要するとされている。履行拒絶により損害賠償を請求するには契約を解除することが必要であるが、履行拒絶においては違反が重大なものか否かはとくに給付が分割してなされる場合に問題とされる。そして履行の一部分の拒否は合意の履行拒絶に該当しないとされている⁴⁴⁾。

ところで、履行期前の拒絶に際会した相手方はもし彼が望むならば契約違反であることを承認して直ちに契約を解除し損害賠償を請求することが許される。蓋し、履行期前においても履行期に契約を履行することと同様に契約関係は尊重されなければならぬからである⁴⁵⁾。

また、当事者一方の履行拒絶はこれにより契約を解消することを示すものであるから相手方がその履行拒絶をもって契約を解消するものとして承認することが必要である⁴⁶⁾。この手段は、履行拒絶が履行期前になされると履行継続中になされたとを問わず相手方に認められるもので

ある⁴⁷⁾。更に相手方は右の手段を選ばず契約はなお存続するものとして履行期の到来を待ち他方当事者に不履行の全責任を負わせることができる。この場合においては契約は受約者の為にも約束者の為にも存続する。したがって、履行拒絶にもかかわらず契約内容の実現が期せられるとともに他方において履行期迄の間に債務者の責に帰すべからざる履行不能が生じたときは約束者は損害賠償責任を負わないこととなる⁴⁸⁾。また履行期の到来迄待って損害賠償を請求する場合には損害賠償額の算定にあたって損害の軽減義務は問題とされない⁴⁹⁾。

それでは、履行期前の履行拒絶における損害賠償の範囲はどうであろうか。履行期前の履行拒絶によって契約解除を承認した場合、その損害賠償の算定時期は履行期を基準とする⁵⁰⁾。然し、履行期前に損害を軽減することができる状態にあったならばそれは損害賠償の算定にあたり考慮される⁵¹⁾。例えば、履行期前の履行拒絶をもって契約解除として承諾した買主は履行期以前に契約目的物と同種同等の物を市場において購入しえた場合には履行期における市価がそれより高騰していても履行期前の価格の限度で損害が算定されるのである。なお、原告が損害を軽減しえたか否かは被告が証明すべき事項である⁵²⁾。

次にアメリカ法の履行拒絶を考察するにあたっては、アメリカ法律協会 (American Law Institute) の作成した Restatement of Contracts の期前違反 (Anticipatory breach) の条項に依拠しようと思う⁵³⁾。Restatement を考察することによってアメリカにおける履行拒絶法の主流を把握することが可能だからである。ところでアメリカ法は先に述べたイギリス法とは異なる点がある。本文では両者の主たる相違点を整理しておくにとどめ、要件、効果については註(59)に譲ることとする。イギリスの多くの契約法の著書は履行期前の履行拒絶と約束者の責に帰すべき履行不能とを別個の契約違反として類型化している。これに対し Restatement は損害賠償請求権の発生原因である契約違反の一態様として履行拒絶を挙げるが (Restatement § 312)、この観念の下に固有の履行拒絶と約束者の責に帰すべき履行不能を包含せしめる⁵⁴⁾。すなわち Restatement § 318 (a) 項は「受約者、またはその他契約上権利を有する者に対してなされた積極的陳述であって、約束者が自己の契約上の義務を実質的に履行する意思がないことまたは履行し得ないことを表示するもの」と定め、(b) 項は「自己の契約義務の実質的履行に肝要な特定の不動産、動産またはその他の物に関する権利を第三者に譲渡または譲渡する旨の契約を締結したこと」を挙げ、そして (c) 項は「すべて自発的な積極的行為であって、自己の契約義務の実質的履行を不能としたりは外見上不能とするもの」が全部的契約違反たる期前拒絶を構成するものとしている。蓋し、履行拒絶者の相手方からみれば履行不能なる旨の表示と不履行の故意との間に区別を認める理由がないからであるとされている⁵⁵⁾。

また、イギリス法においては契約の本質的違反にあたる履行期前の履行拒絶により当然に契約が解消するのではなくこれによって解除権が発生し解除をするか否かは相手方の選択に委ね

られていた。これに対し Restatement では履行拒絶は全部違反（本質的違反）に該当しこれによって契約は当然解消するがなお相手方は契約の不消滅を主張しようとする（Restatement §§ 398, 280⁵⁶⁾）。すなわち相手方の承諾はイギリス法では契約解消に対するものであるのにアメリカでは契約の存続に対するもので、且つこの結果を認める為には不法な拒絶をしたものがその後契約の継続に対して承諾を与えることを必要とする（Restatement § 317(2)⁵⁷⁾。

次に、イギリス法においてはすべての契約違反は損害賠償請求権の発生原因でありまたその契約違反が重大であるときのみ契約の解除を認める。Restatement では履行期前に相手方に履行拒絶に基くすべての損害賠償を認める為には（Restatement § 327）、履行拒絶が先に述べた § 318 に定める積極的な場合に当ることを必要とする。他方相手方が自己の約束履行の義務を免れる為には履行拒絶が積極的であることを要しないが、相手方がそれに基づいて自己の地位に重大な変更をきたすことを必要とする（Restatement § 280(1)⁵⁸⁾。Restatement においては期前違反となる行為は条件不履行を免責する行為または契約上の義務を解消させる行為とは区別しなくてはならないのである（§ 318 Comment(f)）。

註 33) ライヒスゲリヒトの判例については川添前掲論文（法曹会雑誌 10 卷 2 号）を参照。

34) Enneccerus-Lehman, *Recht der Schuldverhältnisse* (1958), S. 229.

35) Staub の見解である。Enneccerus-Lehman, a. a. O., S. 235, (5).

36) この立法例は我妻栄「債権各論(上) 140 頁」によって、「我民法の解釈としても参考となる注目すべき点である」とされている。

37) Hugo Oser, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bd. VI., *Das Obligationenrecht*, S. 580.

38) 梶浦彦臣「統一売買法草案について」法学 5 卷 770 頁。922 頁。

39) なお、フランス法は、民法第一一八四条によって債務不履行の債務者に履行の機会が与えられているので（現代外国法典叢書(16) 仏蘭西民法 [III] 財産取得法(2) 第一一八四条参照）、履行拒絶の場合に履行期前に債務者を訴えうるかという点については否定的である。履行拒絶の唯一の効果として受約者は約束者に履行の請求を形式的に求める必要はなく契約の解除と損害賠償あるいは原状回復の為約束者を相手として訴を提起することができる」とされているにすぎない（Williston, on Contract, § 1337 A (pp. 3759~3760)）。

40) この分類は、Anson, *Law of Contract*, 21 st. ed., p. 412; Chitty, on Contracts, Vol. 1. 22nd. ed., para. 1241. による。

41) Chitty, op. cit., para. 1253.

42) Anson, op. cit., p. 415.

43) Chitty, op. cit., para. 1252.

44) Chitty, op. cit., para. 1250.

45) Anson, op. cit., p. 413. なお、末延三次「履行期前の履行拒絶に対する損害賠償の請求——英米法における Anticipatory Breach について——」英米法の研究(上) 89 頁以下参照。

46) Chitty, op. cit., para. 1245.

47) Chitty, op. cit., para. 1249.

48) Chitty, op. cit., para. 1246; Anson, op. cit., pp. 414~415.

49) Chitty, op. cit., para. 1384; Mayne-McGregor, on Damages, 12th. ed., para. 149 (3).

- 50) Chitty, op. cit., para. 1364; Mayne-McGregor, op. cit., para. 149 (3).
- 51) Chitty, op. cit., para. 1364, 1384; Mayne-McGregor, op. cit., para. 149 (3); なお, A. L. Goodhart, Measure of damages when a contract is repudiated, 78 L. Q. R. 263.
- 52) Mayne-McGregor, op. cit., para. 149 (4).
- 53) Restatement of The Law of Contracts については末延三次教授の邦訳がある(条解米国契約法)。本稿で引用の訳文は末延教授の前掲訳書による。
- なお, アメリカでは Uniform Sales Act, § 65 は動産売買に関する履行拒絶を規定し(これに関しては Williston, on Sales, Vol. 3 (Revised ed., (1948)) §§. 580, 590. 参照)。また, Uniform Commercial Code 第二~六一〇も売買に関する期限前の履行拒絶を規定する(神戸法学 7 巻 370 頁参照)。
- 54) 田中和夫 英米契約法 227 頁, 229 頁参照。
- 55) Williston, on Contracts § 1326; 末延前掲論文 98 頁。
- 56) Williston, on Contracts § 1301.
- 57) 田中和夫 前掲 315 頁, 317 頁, 318 頁。
- 58) 田中和夫 前掲 318 頁 註 (9)。
- 59) Restatement においては履行期前の履行拒絶および履行期前の当事者の責に帰すべき履行不能が履行期前の違反を構成する為には履行の相互性が必要である(末延前掲論文 99 頁以下参照, Williston, on Contracts. §§ 1296, 1328, 1329.)。§ 318 は、「始めから片務的であって受約者がさらに何等かの履行をなすことを条件としない契約, および始めは双務的であったが, 一方の当事者の全部履行によって片務的かつ上記のものと同じく無条件となった契約の場合」には約束者の行為は期前拒絶を構成しないと定めている。例えば, 「甲は, 乙が 10,000 弗払ったことを約因として, 5 月 1 日乙に丙地を譲渡すると約束する。5 月 1 日前に甲は乙に「譲渡しない」と言う。片務契約だから期前違反ではない」 (§ 318 illustration 10) とされている。その理由としては債権尊重義務の背後にひそむ実質的理由を考えねばならない。「当方にはなんらの義務も残存せず, ただ相手だけが義務を負う場合に, 相手が履行を拒絶してきたとき, 双務契約で双方とも未履行の状態にあるときの拒絶とを比較すれば, 両者間に非常な相違があることは明らかであろう。極端な例としては, 婚姻予約と短期の商業手形とを比較すべきである。両者の相違は程度の差ではあるが, 裁判所は, 衝突する各種の利益を考慮し, 単純な論理に盲従するのを避け, 一歩ずつ健全な歩み続けようとするもので, その慎重な態度はかならずしも非難できない。」(末延前掲論文 100 頁)。
- 次に履行拒絶を構成する諸事実についてふれよう。履行拒絶行為として § 318 が掲げる行為はいづれも自発的な積極的行為である (Williston, on Contracts, § 1324; Frederick A. Whitney, The Law of Contracts, 6th. ed., p. 331.)。その例として Restatement は次のものをあげる。すなわち, 一方当事者が相手方に合意はなかったとか, 合意に法的効果はないといった場合 (illustration 1)。買主乙が売主甲に, 当時の下落した値段でなければ商品は受取らないといった場合 (同 2)。売主が履行期前に目的物を履行期を超える期間で第三者に賃貸する場合 (同 5)。一年間の雇傭契約を締結した一方当事者が始期の一週間前に世界漫遊に出発した場合 (同 6)。甲は乙が 500 弗払ったことを約因として, 乙に, 乙が 5 月 1 日に 10,000 弗払ったら丙地を譲渡すると約束したが 5 月 1 日前に甲が丙地を丁に売却した場合 (同 9) 等である。これらの例に対し次の場合はこれにあたらぬ。売主甲が, その契約上何等の権利を有しない丙に, 契約は履行しないつもりだと告げ, 丙は頼まれもしないのに買主乙にこのことを告げた場合 (illustration 3)。売主甲が買主乙に「履行できるかどうか怪しい。価格の動きを見ると, たとい履行できて自分として履行するかしないか解らない」と告げた場合。しかし甲が履行期に実際に履行しなければ乙は履行の提供をしないで訴えることができる (同 4)。買主乙が支払不能に陥った場合。しかし甲がその地位を著しく変更すれば, たとい乙が履行期に支払

能力を回復しても乙に対し何等の義務を負わない(同 8)。1929 年 5 月, 甲は乙と同年 7 月 1 日に特定の船舶をニューヨークの乙の波止場に廻わす(乙のために貨物を積込みかつ運送するために)旨契約する。契約当時, 船はサウス・カロライナのチャールズトンにある。契約成立後, 甲は黙って不履行を決心し, 7 月 1 日後まで船をチャールズトンに繋留させる。7 月 1 日までは違反はない(同11)。

なお, 約束者の行為が履行拒絶に該当しないものであるときでも相手方がそれに基き自己の地位に変更を来した場合には自己の約束履行の義務を免除され (§ 280), また履行拒絶者がその後正確な履行を提供しても履行期において契約違反に陥ることを防止する効力を生じない (§323(1)) Williston, on Contracts § 1331.

ところで履行拒絶の効果は次の場合には消滅させられる (§319)。すなわち, 「(イ)右の履行拒絶を構成する陳述が, 被害当事者が該違反に応じて訴訟を提起する前に, または右の陳述を信じて訴訟提起以外の方法によって自己の地位に重大な変更をきたさせる前に, 履行拒絶者が被害当事者に対し撤回の通知をなすことによって撤回された場合, または(ロ)陳述以外の事実が右の履行拒絶を構成する場合に, それらの事実が訴訟提起前または前項(イ)に述べる地位の変更前に消滅したことを被害当事者が知った場合」である (Williston, on Contracts § 1335)。拒絶の為に自分の地位を変更した場合に撤回を許さないのはいわゆるエストップルの法理に基づくといわれる(末延前掲論文 106 頁)。本条は拒絶のなされた時が不履行または防止による違反と同時にまたはその先後であるかを問はず, 等しく適用される。拒絶が有効に撤回されれば, 拒絶ははじめからなかったことになる (comment (a))。

履行拒絶があったのに拘らず履行を催告しても一旦生じた履行拒絶の効果は変わらない。Restatement § 320 の規定するところで, 同条は, 「被害当事者が約束者の履行拒絶にも拘らず, 約束者の履行をなすことを許容しまたは履行を要求する旨の意図を表示する場合にも, 右の表示は履行拒絶が契約違反として有する効果を消滅せしめるものではなく, また履行拒絶が条件の履行を免除しかつ返約履行の義務を解消せしめることを妨げるものではない」と規定する (Williston, on Contracts § 3748。なお § 3747; 田中和夫 前掲 228 頁)。illustration 1 の示すところによれば, 甲乙が将来商品を売買する旨契約する。履行期前に甲は期前違反をする。乙は手紙で履行を催促する。甲は返事をしない。そこで乙は他から商品を買ひ, 履行期到来のときに履行の提供をしない。甲は考え直して履行期に履行の提供をする。双方が訴える。甲だけが違反をしたことになる。

最後に損害賠償金算定の標準時は履行について定められた時期である (Restatement § 338) が, 損害軽減義務の法理 (同 § 336) の適用がある (§ 338 Comment (c), Williston, on Contracts, §§ 1299, 1300, 1397; Whitney, op. cit., pp. 327~331; 末延前掲論文 111 頁~113頁参照)。

その他履行拒絶の時期および出訴期限法の進行の起算時については, Restatement § 321 (Williston, on Contracts § 1332 参照) § 322 に, また履行拒絶後の不能については Restatement § 457 に規定されている (なお, Whitney, op. cit., p. 359)。

III

判例および外国法制を検討した後, わが民法における履行拒絶法に関し若干の私見をのべて結論にかえたい⁶⁰⁾。わが民法上, 債務不履行の態様を履行遅滞, 履行不能, 不完全履行に分類するときは履行期前の履行拒絶はそのいずれにも属しがたく⁶¹⁾, またとくに既存の態様から独立した履行拒絶の観念を認めることは履行期前の履行拒絶において法律上の実益がある。蓋し, これを認めず履行遅滞に包含せしめるとすれば原則として履行期到来迄の不利益は債権者が負担することになるのに対しこれを認めれば債権者はその不利益を免れうるからである。す

で述べたところから明らかな如く、英米法によれば、履行拒絶は明示的な不履行意思の表明であるが債務者の責に帰すべき履行不能は黙示的な履行拒絶と認められうるのであり、したがって相手方の立場からみれば両者に差異を認めることは不合理であるとする。かくて、わが民法において履行拒絶に特別な意味をもたせるについても、一方においてわが民法は第五四三条に履行不能にもとづく契約解除を認めるのでそれとの権衡上、相手方にとって履行不能と同様の結果を作出する履行拒絶も契約解除の原因と認められよう。尤も、履行期前の履行拒絶の効果として契約解除権の発生を認めてもそれを行使するか否かは相手方の選択にまつべきである。履行拒絶においてははまだ履行が可能なのであるからこれを履行不能と同様に取扱うわけにはいかない。相手方には履行期の到来をまって債務の現実的強制を請求する途も開かれていなければならない。その為に履行不能の観念を拡大し履行拒絶を履行不能に属せしめることがあってはなるまい。履行拒絶は多面的な性格をもつ。

履行期後の履行拒絶においては履行期前の履行拒絶にみられるような問題はない。履行拒絶を独立の態様とする立場をとっても、また履行遅滞の特別な場合としても相当期間の定めある催告を不要とする結論には変りがないからである。

次に相当期間を定めた履行の催告の要否の問題についてふれよう。履行拒絶を債務不履行の一態様と認めても契約解除の要件として相当の期間を定めた催告を要するか否かの問題は全く解消するわけではない。然らばこれをいかなる債務の履行拒絶に迄要求しあるいは不要となすべきであろうか。大陸法によれば履行拒絶に基く契約の解除において相当期間を定めた履行の催告は無益である故に不要であるとされていたが、わが大審院判例は商人間の売買の場合にこれを不要とし、下級審の判決は特に当事者の信頼関係を基調とする賃貸借関係の如き場合をこれに加えた。これに対しわが国の学説は、より広範囲の適用を主張している。山中教授は、大審院判例が民事売買には催告を要するとし商事売買にはこれを不要とすることを批判され、「民事売買の場合だけは、なぜ、催告を不要とするのは『早計』なのだろうか。催告をうけたら債務者があるいは気がかわるかもしれないとでもいうのであろうか」と疑問を提起され、つづけて、「しかし債務者がはじめはどんなことがあっても絶対に履行の意思なきことを表明しておきながら、解除されると、催告をしてくれておりさえすれば、自分も気が変わったかもしれないのだから、右の解除は無効だと主張することじたい信義則違反（あるいは禁反言法理にふれるといってもよい）ではないだろうか。『尚買主ヲシテ催告ヲ再ヒセシムルカ如キハ畢竟無用ノ形式ヲ強ユルニ過キス』とは民事売買の場合にも、なおかつしかりとというるのであろう」とされ⁶²⁾、遠藤教授もこの見解を支持された⁶³⁾。また小町谷博士は大審院判決の評釈において履行拒絶による即時解除を認め、「この理論は契約一般に通ずることであって必ずしも売買契約に限ることではない。況んや、商人間の売買のみに限定せらるべきものではない。」とされ契

約一般にこの法理の適用を主張された⁶⁴⁾。勝本博士は更に契約債務に限らず一般の債務にもその適用を考えうるとされている⁶⁵⁾。

私は相当な期間を定めた履行の催告を不要とするのは履行拒絶が双務有償契約に基く債務のそれである場合に限定するべきではないかと考える。蓋し、この種の契約には両当事者の経済的対価につき索連関係が存するので両当事者間の利害を公平の見地から調節するより強い要請が認められるからである。その他の債務については債権者をそれ程迄保護する必要はあるまい。但し次の二点を注意したい。双務有償契約に基く債務の不履行で第五四一条の履行の催告が不要とされる場合として判例は既に「賃貸借の継続中に、当事者の一方に、その信頼関係を裏切って、賃貸借関係の継続を著しく困難ならしめるような不信行為であった場合」を認めている⁶⁶⁾。かような性質の契約にはそれ固有の理論が支配すべきであるから、この種の契約に基く債務の履行拒絶もその領域内の問題として取扱うのが至当であろう。また、右に履行の催告を不要たらしめる履行拒絶は債務が双務有償契約に基くものに限るとのべたが、それ以外の債務については履行期前の履行拒絶に基き契約を解除する場合には相当の期間を定めた履行の催告を要すると解したい⁶⁷⁾。

さて履行拒絶の法律構成上、考慮すべき第三点は次の事項である。履行期前の履行拒絶においては債権者の保護がはかれると同時に債務者も賠償すべき損害の範囲につき利益を得ることがある。債権者の利益か債務者の利益かいずれか一方を強調することなく、損害の公平な分担の見地からすれば履行拒絶により債権者は直ちに履行不能と同様の填補賠償を請求しうるとしては、履行拒絶後第三者との取引により債権者が損害を軽減しうる場合を無視し、また債務者に大なる負担を課することになって妥当ではない。そこで英米法の態度にならない履行拒絶の相手方が即時の解除を望むときには損害賠償の算定にあたって相手方に履行期前の損害軽減義務を課することが望まれる⁶⁸⁾。

最後に、双務契約において一方当事者の受領拒絶は自己の負担する債務の履行拒絶とみてよいであろうか。弁済の提供が有効か否かが争われる事例において、応々債権者は弁済の提供が債務の本旨に従わざるゆえに受領を拒絶すると抗弁するけれども、その実、自己の負担する給付の履行をさける為であることがある⁶⁹⁾。かような場合に、履行の提供が債務の本旨にしたがったものなりや否やを争ったものではあるが履行拒絶と認定した判例がある⁷⁰⁾。私は双務契約における債権者の不当な受領拒絶が自己の負担する債務の履行拒絶にあたと認められる場合には相手方は履行拒絶による契約解除をなしうると考えたい。尤も、その受領拒絶が履行拒絶とされる為には弁済の提供が債務の本旨にしたがったものであり、通常そのような提供を受領することが慣習と認められる程度に当然な場合であることを必要としよう。

註 60) 双務契約において自己の債務の履行拒絶をした当事者はなお同時履行の抗弁権を有するか、換言す

れば、相手方は自己の債務の履行を提供 (§ 549) しないで足るかの問題については、長谷部茂吉「弁済の提供」48頁～50頁、拙木啓「同時履行の抗弁権」136頁～138頁（ともに総合判例研究叢書民法(2)に所収）参照。

- 61) 勝本前掲論文 法学 4 卷 662 頁以下参照。
- 62) 山中康雄「履行遅滞による解除」(総合判例研究叢書 民法(10)) 59 頁。
- 63) 遠藤 浩「解除と催告」(契約法大系 I) 329 頁。
- 64) 小町谷前掲論文 79 頁。
- 65) 勝本前掲論文 (法学 4 卷 2 号) 10 頁。
- 66) 最高判昭和 27 年 4 月 25 日 (民集 6 卷 4 号 451 頁)。
- 67) 菅原前掲論文 17 頁は履行拒絶を債務不履行の一種と認めながら履行期の前後を問わず契約解除に催告を要するとされる。
- 68) 同説小町谷前掲論文 78 頁。英米の損害賠償軽減義務の法理はわが民法上過失相殺の理論に応用されるべきである (谷口知平「損害賠償額算定における損害避抑義務」我妻先生還暦記念論文集損害賠償責任の研究(上)所収); 谷口・植林 損害賠償法概説 84 頁～90 頁参照)。
- 69) 例えば昭和 34 年 11 月 16 日大阪高判にあらわれた事例にみられる (最高民集 16 卷 9 号 2048 頁以下)。
- 70) 昭和 13 年 12 月 9 日大判 (法律新聞 4357 号 17 頁)。

Rescission of Contract by Repudiation of Performance
—A Suggestion of the Doctrine of Anticipatory Breach—

Jisuke Nagao

Our lawyers classify breach of contract to delay of performance, impossibility of performance and imperfect performance and apply the provision of delay of performance to cases as to repudiation of performance because only an obligor is liable for a duty of performance at the time fixed for the performance of his undertaking. Namely, although the obligor had repudiated the performance of his duty before the time, afterwards he changed his mind, yet he might perform his duty. According to the theory, under art. 541 of our civil code, an obligee cannot rescind his contract unless he express to the obligor the notice with which fixed a reasonable period and demand its performance.

But the theory is adhere too much to form. Where the obligor repudiated his presentation, the obligee should immediately wants to rescind the contract and accomplishing to the original object he should wants to conclude a new contract with third party. On the other hand, such practical treatments are also in favor of the obligors because the immediate rescission checks the growth of damages which he shall pays. Case law is the second consideration with me. Our case law showed that to rescind the contract the notice under art. 541 is a necessary condition. However, as the exception, courts held that where the contract was purchase and sale between merchants the notice become useless. Taking a bird's-eye view of foreign legislation, the doctrine of anticipatory breach were developed to the remotest particulars by law of England and America. German civil law does not require the notification at the repudiation of performance though German civil code makes the notification necessity to rescind the contract where performance was delayed (BGB § 326). In Swizerland by a substantive enactment, there is no use in giving notice (O. R. § 108). In the Draft of an International Law of the Sale of Goods, there are provisions on the rescission of contract by repudiation of performance and its damages (§§ 40, 101).

As a conclusion of the study on the practical use, the tendency of our case law and the foreign legislations, especially the doctrine of anticipatory breach in the law of England, I regard to locate repudiation of performance in an independent cause as to rescission of contract as appropriate.