

早稲田大学審査学位論文（博士）

日本における履行期前拒絶法理の意義と課題についての
一考察
——英国法との比較を通じて——

早稲田大学大学院法学研究科

内田 暁

目次

序論	4
1. 問題の所在	4
2. 検討の方法——英国法との比較法的検討	7
3. 行論順序	7
第一章 民法（債権法）改正過程での議論	9
1. はじめに	9
1. 1. 序	9
1. 2. 改正法の内容	9
1. 3. 改正法に対する疑問	10
2. 第一ステージでの議論の様相	12
2. 1. 議論のはじまり	12
2. 2. 「中間的な論点整理」の取りまとめ	15
3. 第二ステージでの議論の様相	17
3. 1. 序	17
3. 2. 履行期前拒絶に基づく填補賠償請求をめぐる議論	17
3. 3. 履行期前拒絶に基づく契約解除をめぐる議論	20
3. 4. 分科会での議論	21
3. 5. 「中間試案のたたき台」における提案	23
3. 6. 「中間試案」における提案	26
4. 第三ステージでの議論の様相	28
4. 1. 序	28
4. 2. 「要綱案のたたき台（3）」における提案	28
4. 3. 「要綱仮案の原案（その1）」における提案	30
4. 4. 「要綱仮案の第二次案」における提案	32
4. 5. 「要綱仮案（案）」における提案	33
4. 6. 「要綱案」における提案	35
5. 検討	36
5. 1. 序	36
5. 2. 改正法の意義	36
5. 3. 改正法の課題	37
6. 小括	43
第二章 英国における履行期前拒絶法理導入の経緯	45
1. はじめに	45
1. 1. 本章以下の内容の概観	45
1. 2. 英国における履行期前拒絶法理の概観	45
2. 権利者が自らの義務につき履行不能状況を招来した場合	47
2. 1. 前史	47
2. 2. 婚約破棄事例	52
2. 3. その他の事案類型	54

2. 4. 小括と自招的履行不能の法理の評価	60
3. 債権者が債務者の履行を妨げた場合	61
3. 1. 前史	61
3. 2. 判例の展開	63
3. 3. 履行妨害の法理の副作用	69
3. 4. 履行妨害の法理の評価——擬制的役務提供法理の派生	72
4. 準契約に基づく訴訟が提起される場合	75
4. 1. はじめに	75
4. 2. 準契約に基づく提供役務相当金額の請求という枠組みの確立	77
4. 3. 若干の考察	79
5. 履行期前に履行拒絶がなされる場合	79
5. 1. はじめに	79
5. 2. 二つの判例	80
6. Hochster v. De La Tour 事件判決	81
6. 1. はじめに	81
6. 2. Hochster v. De La Tour 事件	81
6. 3. 分析	90
第三章 英国における履行期前拒絶法理の展開過程——「選択理論」を中心に	98
1. はじめに	98
1. 1. 「選択理論」への注目	98
1. 2. 英国法との比較可能性	98
1. 3. 本章における検討課題	102
2. 選択理論の誕生	102
2. 1. はじめに	102
2. 2. Frost v. Knight 事件	103
2. 3. Avery v. Bowden 事件と Reid v. Hoskins 事件	105
2. 4. Avery 事件/Reid 事件から Barrick 事件を経て Frost 事件へ	108
2. 5. 選択理論の確立——Johnstone v. Milling 事件	110
2. 6. 違反転形論の背後にある理論——「申込み-承諾」理論	113
2. 7. 本節のまとめと次節への導入	114
3. 違反転形論の衰退	115
3. 1. はじめに	115
3. 2. 「違反転形論」という論理構成に対する批判	116
3. 3. 「申込み-承諾」理論に対する批判	121
3. 4. 承諾されていない履行期前拒絶自体の効果	125
3. 5. 選択理論の現代的意義	128
3. 6. 小括と次節への導入	132
4. 英国法における「正当な利益」基準の誕生	132
4. 1. はじめに	132
4. 2. White & Carter v. McGregor 事件	133

4. 3. 小括——「正当な利益」基準の誕生.....	136
5. 判例による「正当な利益」基準の展開.....	137
5. 1. はじめに.....	137
5. 2. 「正当な利益」基準に関する判例の概観.....	138
5. 3. 小括——英国における「正当な利益」基準の意義.....	154
6. 補論——「正当な利益」基準に対する評価.....	156
6. 1. はじめに.....	156
6. 2. 「正当な利益」基準の解明を志向する見解.....	156
6. 3. 「正当な利益」基準の解体を志向する見解.....	157
6. 4. 小括.....	159
第四章 本稿のまとめと英国法からの示唆.....	160
1. はじめに.....	160
2. 我が国に履行期前拒絶法理を導入する意義について.....	160
2. 1. 第二章のまとめ.....	160
2. 2. 検討.....	165
3. 我が国に履行期前拒絶法理を導入することによって生じうる問題について.....	170
3. 1. 第三章のまとめ.....	170
3. 2. 検討.....	172
4. 残された課題.....	178
参考文献.....	181

序論

1. 問題の所在

本稿は、我が国に履行期前拒絶法理（以下、履行期前拒絶に基づいて被拒絶者に契約解除権や損害賠償請求権といった法的な救済を認めるべきであるとする理論を指して、単に「履行期前拒絶法理」という）を導入することの意義と課題について、英国法との比較法的研究に基づいて検討するものである。

契約の締結後、履行期前の期間において、債務者が、もはや自身の債務を履行する意思がない旨を表明した場合に、債権者としてはいかなる措置を講じうるのかという問いは、これまでいわゆる「履行期前の履行拒絶」の問題として論じられてきたものである¹。この問題について、学説では当初、履行期前に履行を拒絶した債務者も履行期において改めて給付する権利を失わないこと、履行期前の履行拒絶は履行期における債権侵害を予期させるだけのものに過ぎず、実際に債権侵害を生ぜしめているわけではないこと、および債務者は債務の履行を妨害しない義務を負っているとはいっても、この義務に対する違反は履行期に履行することによって取り返すことができること等を根拠に、履行期前の履行拒絶に対して独自の法的救済を与えないとする立場が有力に主張された²。また、債務不履行について、いわゆる三分説をとる伝統的な通説においても、履行期前の履行拒絶は独自の意味を持たないものとされた³。

これに対して、履行期前拒絶を受けた当事者には、直ちに契約関係から離脱して代替取引をする機会が保障されるべきであるとの考えから、履行期前拒絶に独自の意義を認め、これに法的な救済を与えるべきであるとする立場も少数ながら古くから主張されてきたところであり⁴、近時ではむしろこのような立場の方が有力であった⁵。平成29年の民法（債

¹ これに対して、債務者の明確な履行拒絶はないものの、履行期になっても履行しない恐れが相当程度の蓋然性をもって予見されるという事態もあり得る。これは従来、契約危殆の問題として論じられてきた。最近の研究として、陳韻希「アメリカ統一商事法典における保証請求制度による契約危殆の救済（一）（二・完）」民商法雑誌150巻3号384頁、同150巻4・5号609頁がある。

² 岡松参太郎「所謂『積極的債権侵害』ヲ論ス」法学新報16巻1号57頁、同2号12頁、同3号15頁、同4号35頁（「……弁済期前ノ給付ノ拒絶ハ直ニ債務ノ不履行ナリト云フ可ラス唯債務ノ不履行ニ至ル可キコトヲ予期シ得ルニ過キス、即未タ必シモ債権ノ侵害アリト云フ可ラス債権侵害ノ虞アルニ過キス」（同1号77頁））。

³ 厳密には、伝統的通説において債務不履行に関する三分説が定着するにしたがって履行期前拒絶の問題が忘れられていったのである。この経緯については、松井和彦『契約の危殆化と債務不履行』（有斐閣、2013年）241-246頁を参照。

⁴ 履行期前の履行拒絶の問題を中心に扱ったものとして、例えば、金田才平「履行期前ニ於ケル履行拒絶ト債権保全」法学協会雑誌31巻6号140頁、菅原脊二「債務の履行拒絶に就いて」法学論叢8巻1号1頁、川添清吉「債務の履行拒絶」法曹会雑誌10巻2号1頁、同10巻3号27頁、小町谷操三「商人間の売買——履行期前の履行拒絶の意思表示と解除」法学志林34巻7号64頁、勝本正晃「債務者の履行拒絶」同『民法研究 第三巻』（巖松堂書店、1936年）111頁、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——」同『英米法の研究（上）』（東京大学出版会、1959年）86頁、長尾治助「履行拒絶による契約の解除——Doctrine of Anticipatory Breachの示唆——」東京外国語大学論集12巻55頁、田沼柁「履行拒絶について」法学新報97巻1・2号285頁、安藤誠二「契約の履行期前違反の諸相 サンタ・クララ号事件貴族院判

権関係)の改正(「民法の一部を改正する法律」(平成29年法律第44号)によるものを指す。以下、単に「債権法改正」や「民法改正」などという。また、同法によって改正された民法を指して「改正民法」などという)では、このような議論状況を反映して、履行期前拒絶が填補賠償請求および契約解除の原因となりうることが明文化された(改正民法415条2項2号、542条1項2号、3号、同2項2号)。

もっとも、このような学説理論の盛り上がりや民法改正の動きとは対照的に、我が国では、履行期前拒絶に対する救済が正面から問題となった事案は、実際には多くない⁶。果たして、この事実は何を物語るのであろうか。あり得る一つの説明は、そもそも日本においては履行期前拒絶という現象がほとんど生じないために事案も少ないのだ、というものであろう。しかし、このような説明では、我が国と類似の経済体制を持つ諸外国や、それら諸外国間においてなされる国際的な取引に関する諸ルールにおいて、履行期前拒絶という現象が問題として認識され、かつそれに対処するための規律が設けられているという事情を上手く説明できないように思われる。これらの諸外国等では、履行期前拒絶という現象が現に生じており、それ故に、履行期前拒絶に対処する規律も発展しているのであるとすれば、類似の経済体制を敷く我が国において履行期前拒絶が事実として生じないというのは、説得力に欠けるように思われるのである。

そこで、あり得るもう一つの説明は、我が国においても履行期前拒絶と類似した事態は

決外最新二判例と周辺先例を主題に」海事法研究会誌135号1頁、田沼柁「履行拒絶に関するドイツの初期判決の検討」法学新報105巻2・3号55頁、吉川吉樹『履行期前の履行拒絶』法理の歴史的展開」アメリカ法2002年2号379頁、王冷然「イギリス法における履行期前の契約違反」法学69巻3号313頁、谷本陽一「契約危殆責任の起点としての履行期前の履行拒絶——英米法における履行期前の履行拒絶の歴史的分析を通じて——(一)(二)(三)(四・完)」早稲田大学大学院法研論集118号47頁、同119号135頁、同120号121頁、同122号155頁、劉善華「アメリカ契約法における履行期前の履行拒絶制度およびその法的根拠に関する考察」一橋研究32巻1号15頁、谷本陽一「履行期前の履行拒絶と契約危殆の連続化」次世代人文社会研究4号43頁、石崎泰雄『契約不履行の基本構造 民法典の制定とその改正への道』(成文堂、2009年)125頁以下、吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務 履行期前の履行拒絶に関する考察』(東京大学出版会、2010年)、谷本陽一「民法四一五条に取り込まれた履行拒絶 明治民法典先史における履行拒絶規定の生成と解消」松久三四彦ほか編『民法学の古典と革新』(成文堂、2011年)187頁、松井和彦『契約の危殆化と債務不履行』(有斐閣、2013年)第2部などなどがある。なお、履行期前の履行拒絶という問題をめぐる判例・学説の展開過程については、奥田昌道編『新版 注釈民法(10) 債権(1) 債権の目的・効力(2)』(有斐閣、2013年)59頁-67頁〔北川・潮見〕に簡潔にまとめられている。

⁵ 教科書・体系書においても、履行期前の履行拒絶に対して何らかの救済を認めるべきであるとの見解が有力に唱えられるに至っている。近時のものとしては、例えば内田貴『民法Ⅲ』(東京大学出版会、第3版、2008年)127頁、潮見佳男『プラクティス債権総論』(信山社、第4版、2012年)148-149頁、中田裕康『債権総論』(岩波書店、第三版、2013年)115-116頁などがある。

⁶ 我が国の判例動向については、吉川・前掲注(4)349頁以下、松井・前掲注(3)227頁以下を参照。履行期前の履行拒絶に基づく救済が問題となった裁判例としては、戦前戦後を通じて僅かに和歌山地判大正6年10月29日新聞1341号18頁、大判大正15年11月25日民集5巻763頁、大判昭和6年11月14日新聞3344号13頁、東京地判昭和34年6月5日下民集10巻6号1182頁等が挙げられるのみである。

生じているものの、それは、いわゆる履行期前拒絶の法理とは異なる枠組みにおいて処理されているのだ、というものであろう。つまり、我が国には、履行期前拒絶法理に代わり得るような受け皿がすでに存在しており、そのような受け皿が諸外国においては履行期前拒絶として評価されるような事案をすくっているという仮説が考えられるのである。

仮にこのようにいえるならば、先に挙げた改正民法について、直ちに次のような疑問が提起されるであろう。すなわち、そのような受け皿がすでにあるのであれば、我が国において履行期前拒絶に対する救済をことさらに取り上げ、履行期前拒絶法理として条文化する必要があるのかという立法事実に関わる疑問である。つまり、履行期前拒絶法理を導入する改正は、現実には生起している不都合を解消しようとの意図に出たものではないのではないかという疑問である。

もっとも、たとえ現実的なニーズに基づかない改正であっても、それによって契約当事者に与えられる救済のメニューが増えるだけであるならば特に不都合はないとの考え方もあり得よう。しかし、履行期前拒絶法理を導入する改正案については、不都合がないどころか、そのことによってかえって紛争が惹起されやすくなるとの批判もあったところである⁷。履行期前拒絶法理を導入するのであれば、このような疑問や批判に答えてゆく必要がある。そして、そのためには、次のような諸点について十分に検討がなされる必要がある。すなわち、我が国においてこれまで履行期前拒絶法理の受け皿として機能してきたのはいかなる法理・法制度であったのか。そのような受け皿は、新たに導入される履行期前拒絶法理といかなる関係に立つのか。履行期前拒絶法理を我が国に導入することによっていかなる問題が惹起され、そのような問題に対していかなる対処の仕方があるのか、といった諸点について検討／シミュレートする必要があると考えるのである。しかし、本稿第一章においてみるように、履行期前拒絶法理を導入した今般の債権法改正の過程においては、こういった諸点に関する議論は殆どなされないままであった。

⁷ 加藤雅信『迫りつつある債権法改正』（信山社、2015年）168-169頁では、「履行期前の履行拒絶による契約の解除」を導入しようとする改正案について次のような批判が加えられていた。

今回の改正法案が通れば、債務者が債務の支払いの延期要請等に対して、債権者が契約債務どおりの履行を拒絶する意思が明確に表示されたと主張し、無催告で契約の解除をする等の紛争が発生しやすい。通説が、履行期前の履行拒絶による解除を否定するのは、契約成立後に当事者間で履行にかんする交渉があるのはごく普通のことだからである。したがって、この法理の母国であるイギリスでも、契約成立後に履行にかんする交渉があった場合に、「契約の要素となっていないことをこちらに課そうとした」、「こちらが不快に思うような権利を主張した」、「当事者間では契約になっていないようなことをいつてきた」、「契約文言の変更を試みた」等の主張がなされると、それが「履行期前の履行拒絶」であると主張されることが多く、しかも契約の双方当事者が、他方に「履行期前の履行拒絶」があったと主張し、泥仕合の様相を示す例も少なくない、といわれていることを日本の実務家も指摘している。／「合意」否定的な立場を示す研究者の個人的な関心から取引実務を混乱させるような法改正をしようとする提案に、法務省民事局が組織として荷担するのは、著者には責任ある行政官庁の姿勢とは思われない。「履行期前の履行拒絶」の導入は、文字通りの民法「改悪」である、と著者は評価している。

このような問題意識から、本稿では、次の二点について検討を加えることとしたい。第一に、これまでの我が国において履行期前拒絶法理の受け皿となってきたのはいかなる法理・法制度であったのか。そして、そのような法理・法制度では、いかなる意味で履行期前拒絶という現象の受け皿として不十分であったのか、という点について検討する。これは、履行期前拒絶法理を我が国に導入することの意義に関する検討である。第二に、我が国に履行期前拒絶法理を導入することによっていかなる問題が惹起される可能性があるのか。そして、そのような問題にいかにして対応してゆくべきか、という点について検討する。これは、履行期前拒絶法理を我が国に導入することの課題についての検討である。

2. 検討の方法——英国法との比較法的検討

上記の問題を考えるにあたっては、筆者は、英国法における履行期前拒絶法理との比較法的な研究が参考になると考えている。

我が国でもすでに幾度となく紹介されていることではあるが、履行期前拒絶法理は英国法において誕生した法理である。すなわち、英国では 1853 年の *Hochster v. De La Tour* 事件以来、履行期前の履行拒絶に際して被拒絶者に救済が与えられることが認められてきているのである。つまり、英国には履行期前拒絶法理をめぐって我が国に先行すること 160 年分の経験と議論が蓄積されている。これを参考にしない手はない。英国のいかなる法状況が履行期前拒絶法理の導入を促したのか。英国において履行期前拒絶法理によって解決が図られているのはいかなる紛争なのか。そのような紛争は、我が国に既存の法理・法制度によって解決することは可能なのか。これらの点を検討することは、上記の問題点に対する答えを探すにあたって有効であると考えられる。また、履行期前拒絶法理を導入した英国においていかなる問題が生じ、それに対してどのような対応がなされてきたのかを知ることが、履行期前拒絶法理の導入が決定している我が国にとっても有益なことであろう。要するに、英国は、履行期前拒絶法理を導入してから 160 年にわたって壮大な社会実験を行ってきたのであり、そこで蓄積された議論・経験はこれから同じ法理を導入しようとする我が国の今後を占う上でも参考になると思われるのである。このような考えから、本稿では、英国における履行期前拒絶法理の導入課程とその後の展開過程について検討を加えるものとする。

もっとも、大陸法系に属する我が国の法と英米法系に属する英国法とを単純に比較することの是非については、議論のあり得るところであろう。特に、英国の履行期前拒絶法理の参照可能性については、これまで懐疑的な見方があったところでもある。そこで、本稿の主題に関して、英国法との比較法的検討をするにあたっては、まずは英国法との比較可能性について検討しなくてはならない。この作業は、本来であれば本稿の冒頭においてなすべきであるが、英国における履行期前拒絶法理の展開過程において生成してきた「選択理論」と密接に関わる問題でもあるので、英国における履行期前拒絶法理の展開過程を検討する箇所（第三章）で併せて検討することとしたい。

3. 行論順序

本論に先立って、ここでは、本稿の構成について紹介しておこう。

まず、第一章において、本稿の主題を敷衍したい。具体的には、債権法の改正にあつ

てなされた法制審議会での議論を検討の俎上に載せ、その過程で、我が国に履行期前拒絶法理を導入することの意義についていかなる議論がなされたのかを確認する。あらかじめ結論を先取りすれば、債権法改正の過程では、我が国に履行期前拒絶法理を導入することの意義や、同法理を導入した場合にいかなる問題が惹起されうるかといった点について、必ずしも深い議論がなされたとはいえないように思われるのである。

第二章以下では、英国における履行期前拒絶法理について概観し、日本法との比較法的な検討を試みる。まず、第二章では英国法に履行期前拒絶法理を導入したとされる **Hochster** 事件に焦点を当て、英国法に履行期前拒絶法理が導入された経緯について検討する。これは、英国における法状況と我が国の法状況とを比較し、我が国において履行期前拒絶法理の受け皿として機能してきた可能性のある諸法理を抽出するための作業でもある。これもあらかじめ結論を示せば、履行期前拒絶法理が導入された当時の英国ではすでに、相手方の履行期が（厳密な意味で）到来する前であっても訴訟を提起しうることを認める法理がいくつか認められており、**Hochster** 事件も（履行期前拒絶法理を導入せずとも）それらによって解決することができたとの指摘がある。それらの制度とは、自招的履行不能の法理、履行妨害の法理、そして準契約の法理である。我が国において、これらの英国の諸法理に対応する法理・法制度を挙げるとするならば、(社会通念上の) 履行不能、受領遅滞・拒絶、合意解除に基づく原状回復等を挙げることができるであろう。我が国では、これら既存の法理・法制度が履行期前拒絶という事象に対する受け皿として機能してきたが故に履行期前拒絶法理が発展しなかった可能性があるところ、これらの法理・法制度が履行期前拒絶という現象の受け皿として十分なものであるのか否かを検討することを通じて、我が国に履行期前拒絶法理を導入することの意義について検討することが可能になると考える。

第三章では、**Hochster** 事件判決によって英国に導入された履行期前拒絶法理が、その後いかなる展開を見せたのかについて概観し、検討する。ここでは、英国における履行期前拒絶法理の特徴をなすとされる、いわゆる「選択理論」に注目し、それがどのような経緯で誕生し、いかなる展開を遂げたのかといった観点から検討を加える。この作業を通じて、履行期前拒絶法理を導入した英国においていかなる問題が生じ、それに対して英国法がいかに対応してきたのかをみるのが目的である。これは、同じ法理をこれから導入する我が国にとって、今後のシミュレートとしての意味があると考えられる。

第四章では、英国法についての検討から得られた示唆をまとめるとともに、本稿の提起した課題について、回答を試みることにしたい。

第一章 民法（債権法）改正過程での議論

1. はじめに

1. 1. 序

先に触れたように、平成 29 年に成立・公布された「民法の一部を改正する法律」によって、我が国に履行期前拒絶法理が導入された。もっとも、このことは、実は改正民法の条文からは必ずしも自明であるとは言い難い。そこでまずは、この改正によって、本当に我が国に履行期前拒絶法理が導入されたといえるのかが検討されなければならない。加えて、仮にこの改正によって我が国に履行期前拒絶法理が導入されたと評価できるとして、なぜそのことが改正民法の条文自体から自明ではないという事態——分かりにくい事態——を生じているのか、そのような立法には問題がないのかといった点について検討する必要がある。また、これも先に触れたように、そもそも我が国では、履行期前拒絶に対する救済が問題となった事案は多くない。そこで、この改正過程において、我が国に履行期前拒絶法理を導入することの意義についていかなる議論がなされたのかについて確認しておく必要がある。

以上のような観点から、本章では、この改正民法において明文の規定が置かれた、（履行期前の）履行拒絶に基づく填補賠償請求と契約解除の規律について、その改正過程を検討し、その意義と課題を分析するとともに、本稿の主題を敷衍することとしたい。

1. 2. 改正法の内容

まず、本稿で取り上げる改正民法の条文を確認しておこう。関連する規定は次のようなものである。

改正民法 415 条

- 1 項 債務者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、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。ただし、その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない。
- 2 項 前項の規定により損害賠償の請求をすることができる場合において、債権者は、次に掲げるときは、債務の履行に代わる損害賠償の請求をすることができる。
 - 1 号 債務の履行が不能であるとき。
 - 2 号 債務者がその債務の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。
 - 3 号 債務が契約によって生じたものである場合において、その契約が解除され、又は債務の不履行による契約の解除権が発生したとき。

改正民法 542 条

- 1 項 次に掲げる場合には、債権者は、前条の催告をすることなく、直ちに契約の解除をすることができる。
 - 1 号 債務の全部が履行不能であること。
 - 2 号 債務者がその債務の全部の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。

- 3号 債務の一部の履行が不能である場合又は債務者がその債務の一部の履行を拒絶する意思を明確に表示した場合において、残存する部分のみでは契約を締結した目的を達することができないとき。
 - 4号 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約の目的を達することができない場合において、債務者が履行をしないでその時期を経過したとき。
 - 5号 前各号に掲げる場合のほか、債務者がその債務の履行をせず、債権者が前条の催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がなされる見込みがないことが明らかであるとき。
- 2項 次に掲げる場合には、債権者は、前条の催告をすることなく、直ちに契約の一部の解除をすることができる。
- 1号 債務の一部の履行が不能であるとき。
 - 2号 債務者がその債務の一部の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。

改正民法 415 条は、債務不履行に基づく損害賠償請求に関する規定であり、その 2 項は「債務の履行に代わる損害賠償」すなわち填補賠償の請求が認められるための要件について定めたものである。これによると、債権者は、債務者の債務が履行不能となったとき（2 項 1 号）や契約が解除されたとき（2 項 3 号。もっとも、同号によれば、填補賠償を請求するためには契約を解除することまでは必ずしも必要ではなく、契約解除権が発生していれば足りる）だけでなく、債務者が「履行を拒絶する意思を明確に表示したとき」にも填補賠償を請求することができる。

改正民法 542 条は、催告解除の要件について定めた改正民法 541 条を受けて、無催告解除権の発生要件について定めた規定である。これによると、債権者は、債務者の債務の全部が履行不能となった場合（1 項 1 号）や債務の一部が履行不能で、残存する部分のみでは契約をした目的を達成することができない場合（同項 3 号）に加え、債務者が「債務の全部の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき」（同項 2 号）や「債務の一部の履行を拒絶する意思を明確に表示した場合」であっても、残存する部分のみでは契約をした目的を達成することができないとき（同項 3 号）には、契約を無催告で解除することができる⁸。

要するに、改正民法においては、債務者の履行拒絶に基づいて、債権者は、填補賠償を請求したり、契約を無催告で解除したりすることが可能となる、ということである。

1. 3. 改正法に対する疑問

以上の改正民法の規律について、筆者が特に問題としたいのは、債務の「履行を拒絶する意思を明確に表示」という部分である。

改正民法に関する解説書や、改正民法を前提とした教科書・体系書の中には、上記各条項について、「履行期前」に履行が拒絶された場合（以下、単に履行期前拒絶という）をも

⁸ なお、改正民法 542 条 2 項は、債務の一部不能および一部履行拒絶があった場合について規律するものである。

含む規律である旨説くものがある⁹⁾。しかしながら、改めて上記各条項の文言を素直に読めば、そこには「債務の履行を拒絶する意思を明確に表示」とあるのみで、少なくとも文言のみからは、いつの時点での履行拒絶を念頭に置いているのかは必ずしも判然としない。もっといえば、上記各条項について、「履行期後」の履行拒絶をもっぱら念頭に置いていると解釈することも、少なくとも文言の上からは不可能ではないように思われるのである¹¹⁾。

もちろん、以下においてみるように、上記各条項の改正過程における議論に鑑みれば、上記各条項が履行期前拒絶の場面をも念頭において定められたものであることは明らかである。しかしながら、そのことを条文の文言の上から窺い知ることが容易ではないと言わざるを得ない。それでは、改正民法は、なぜ上に紹介したような——ある意味では分かりにくい——形で履行期前拒絶に関する規律を設けることとしたのであろうか。

また、そもそも我が国においては、履行期前拒絶が正面から問題となった事案は必ずしも多くない。そうであれば、仮に上記各条項が履行期前拒絶事案に対しても適用されうるとしても、それはいかなる必要性に基づいて用意されたものなのであろうか。これは、今後我が国において、上記各条項（特に履行期前拒絶法理を明文化したものと考えられる部分）がいかなる場面において適用されるべきかという問題にもつながる。

本章では、債権法改正の過程でなされた法制審議会での議論を振り返ることによって、上記のような疑問に対する答えを模索するとともに、上記各条項の意義と課題について検討したい¹²⁾。以下では、法制審議会における議論の段階ごと¹⁴⁾に、履行期前拒絶に関する

⁹⁾ 改正民法に関する解説書では、大村敦志・道垣内弘人編『解説 民法（債権法）改正のポイント』（有斐閣、2017年）146-147頁〔吉政知広〕が、改正民法542条1項2号について、「債務者による履行拒絶が履行期の前にされたか、それとも履行期の後にされたかは問わない」という。また、潮見佳男・北居功ほか編『Before/After 民法改正』（弘文堂、2017年）117頁〔白石友行〕は、確定的履行拒絶と履行に代わる損害賠償について、「債務者による履行拒絶が履行期前であるか、履行期後であるかは、問題とならない」という。体系書では、中田裕康『契約法』（有斐閣、2017年）211頁が、改正民法542条1項2号、同3号、2項2号について、「履行拒絶の意思が表示された時期が履行期の前か後かを問わない」という。潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、2018年）572-573頁も参照。

¹⁰⁾ 改正民法の成立後、改正民法に関する概説書等の出版が相次いだ。そのすべてをここで挙げることは叶わないが、例えば、前掲注(9)に掲げたものの他、山本敬三『民法の基礎から学ぶ民法改正』（岩波書店、2017年）、潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（金融財政事情研究会、2017年）、中田裕康・大村敦志・道垣内弘人・沖野眞己『講義 債権法改正』（商事法務、2017年）、筒井健夫・村松秀樹編『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務、2018年）などがある。

¹¹⁾ このことは、特に改正民法542条についていえると思う。というのも、改正542条は、一定の場合に「前条の催告をすることなく」契約を解除することができるとしており、改正民法541条を前提としていると読める。そして、改正民法541条は、「当事者の一方がその債務を履行しない場合」についての規律であり、履行期の到来を前提としているように読める。そこで、改正民法542条も履行期の到来を前提とした（すなわち履行期前拒絶の場合を含まない）規律であると読むこともできるように思われるのである（以上は、平成30年7月6日に後藤卷則教授からいただいた助言に示唆を得たものである。ここに記して感謝申し上げる次第である）。

¹²⁾ 法制審議会民法（債権関係）部会の部会資料や議事録は、商事法務社から書籍で発行されているほか、法務省のウェブサイトにてPDF形式で公開されている

規律についてどのような改正案が提案され、どのような議論がなされたのかをみてゆこう。

2. 第一ステージでの議論の模様

2. 1. 議論のはじまり

(1) 履行期前拒絶に基づく損害賠償に関する議論

実は、履行期前拒絶に関して明文の規律を設けるべきではないかという提案は、債権法改正作業の初期の段階からなされていた。すなわち、すでに第3回会議において、債務不履行による損害賠償に関する検討事項として、「債務の本旨に従った履行をしないとき」の具体化・明確化が挙げられたが、そこに「履行拒絶」も含まれていたのである。

現行民法は、債務者が債務の履行を終局的・確定的に拒絶した場合（履行拒絶）の債務不履行責任について特段の規定を置いていない。この点については、履行期よりも前に履行拒絶された場合や双務契約の両当事者が負担する債務の履行期が異なる場合において後履行義務者が履行拒絶をしたとき等に履行拒絶による債務不履行責任を認める実益があるため、履行期前に債務者が債務の履行を拒絶する意思を終局的・確定的に表明した場合を、填補賠償請求権の成立要件の一つとして規定することが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか¹⁵。

これは、項目こそ「履行拒絶」となっていたが、その実質は履行期前拒絶に関する明文の規律を設けるべきか否かという問題提起であった¹⁶。

(http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai_saiken.html)。本稿での検討は、これらの法務省のウェブサイトで公開されている資料に依拠している(2018年7月時点で閲覧可能であることを確認している)。なお、「民法(債権関係)部会資料」は、本稿において最初に引用する際にはその資料名を掲げ、2回目以降の引用の際には資料名を省略したり、単に「部会資料」として引用する。また、「法制審議会民法(債権関係)部会議事録」は単に「第〇〇回会議議事録」という形で引用し、頁数の後に〔〕書きで発言者を示す。発言者は、原則として、初回の引用時には氏名を示し、2回目以降は氏のみで示すこととする。

¹³ なお、今般の債権法改正の過程について検討するにあたって、法制審議会以前の改正論議、とりわけ民法(債権法)改正検討委員会等の私的な改正提案をいかに位置付けるべきかは、一つの問題でありうるが、本稿では、法制審議会における議論に焦点を当てるため、これらの私的な改正提案については原則として本文では言及しない。

¹⁴ 債権法改正をめぐる法制審議会での議論は、改正すべき論点を選定する第一ステージ、中間試案を取りまとめるまでの第二ステージ、そして要綱案を取りまとめるまでの第三ステージの各段階に分けてなされた(<http://www.moj.go.jp/content/000103339.pdf>)。本稿でも、これらの段階ごとに分節して改正過程を整理することとする。

¹⁵ 「民法(債権関係)の改正に関する検討事項(1)」(部会資料5-1)4頁、「民法(債権関係)の改正に関する検討事項(1)詳細版」(部会資料5-2)25頁。

¹⁶ 事務局からは、この問題提起の趣旨は次のようなものであると説明された。すなわち、現行民法上、債務者が履行を明確に拒絶した場合の損害賠償についての規定がないところ、特に履行期前の履行拒絶の場合には、履行がないことがほぼ確実であるにもかかわらず、履行期経過を待たないと損害賠償を請求できないとすることに合理性がないとして、履行拒絶による損害賠償を認めるべきだという考え方がある。また、履行期後の履行拒絶についても、履行不能や履行遅滞の要件該当性の検討に委ねることなく、それだけで損害賠償

この問題提起に対して、部会では、履行期前拒絶に基づいて損害賠償を請求することを可能とする規定を設けることに消極的な見解（消極説）と、積極的な見解（積極説）が主張された。

消極説は、履行期前拒絶を理由として契約を解除することは是認しうるものの、履行期前に損害賠償を請求することまでは認められないという。というのも、履行期前に填補賠償を請求しうるとしたら、それは実質的には弁済期を前倒しすることであり、債権者が本来有していた地位以上のものを債権者に認めることになるからである¹⁷。

これに対して、積極説は、いくつかの観点から履行期前拒絶に基づく損害賠償の請求に関する規定を設けることを肯定する。まず、履行期前に填補賠償を請求することを可能とすることは実質的には履行期の前倒しに当たるとの否定説からの指摘に対しては、人身損害の死亡事故の場合の将来の逸失利益の賠償では将来の利益を現在価格に割り引いて計算しており、その意味で、履行期前であっても損害賠償を認めることは差し支えないのではないかという趣旨の反論がなされた¹⁸。

次に、履行不能と区別された観念として履行拒絶を設けることに意味があるとする意見も提出された。すなわち、履行不能と評価される場合、債権者は履行請求権を失い、填補賠償請求のみなしうるということになる。しかし、填補賠償請求権と履行請求権とを併存させ、債権者に選択の余地を認めた方がよい場面もありうるというのである¹⁹。

また、関係官からも、履行拒絶に基づく損害賠償に関する規律を設けることの利点を強調する意見が提出された。すなわち、契約を締結した後に事情が変わり、履行拒絶がなさ

請求できることを条文上明らかにすることが望ましいという考えがある。こういった点について、実務にどのような影響を与えるかも踏まえて意見を聞きたい、と（第3回会議議事録 18-19 頁〔大畑欣正関係官〕）。なお、本問題提起に付された補足説明では、東京地判昭和 34 年 6 月 5 日下民集 10 卷 6 号 1182 頁が参考判決として引用されている（部会資料 5-2・26 頁）。これは、真鍮屑の売買契約において、買主が、目的物価格の下落を理由に、代金の減額に応じない限り代金を支払わない旨を履行期前に主張し、売主が目的物を買主方に持ち込んでも受け取らないと頑なに主張した事案である。売主は、買主に対して、いつでも目的物を引き渡せる旨を伝えが、買主が一向に態度を改めないため、無催告で契約を解除した。買主は、売主による解除が民法 541 条の相当期間を定めた催告を経ていないとして、その有効性を争った。判決は、次のように論じて、本件解除の有効性を認めた。すなわち、「……原告〔売主〕が前記事実の経過にもとずいて前記履行期日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く拒絶し続け、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律的评价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つて、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」と。

¹⁷ 第3回会議議事録 21 頁、22-23 頁〔深山雅也委員〕。

¹⁸ 第3回会議議事録 23 頁〔松本恒雄委員〕。

¹⁹ 第3回会議議事録 21-22 頁〔木村俊一委員〕。もっとも、履行期前の履行拒絶が終局的・確定的なものであることをどのように認定するべきか、それを条文上どのように書いてゆくべきかについてはなお慎重な議論が必要であるとの留保を付す。

れることはありうる。そうした場合に、当事者を契約から解放することにメリットがある。また、四半期ごとに決算がなされることに鑑みれば、損得勘定を早期に決算し、取引関係を処理するということがビジネス上の実益がある、というのである²⁰。

加えて、主に労使紛争の場面を念頭に、履行拒絶に先履行義務の消滅という効果を盛り込むことができれば、無用な就労紛争を回避できるのではいかとの提案もなされた^{21,22}。

(2) 履行期前拒絶に基づく契約の解除について

履行期前拒絶に基づく契約解除についても明文の規定を設けるべきであるとの提案も、債権法改正作業の早期の段階ですでになされていた。すなわち、第4回会議において、「債務不履行解除の不履行態様等に関する要件の整序」が議題として取り上げられたが、その中で「履行拒絶」も検討事項とされていたのである。

そこでの問題提起は、次のようなものであった。

現行民法は、債務者が債務の履行を終局的・確定的に拒絶した場合（履行拒絶）の債務不履行責任について特段の規定を置いていない。この点について、履行期よりも前に履行拒絶された場合や双務契約の両当事者が負担する債務の履行期が異なる場合において後履行義務者が履行拒絶したとき等に履行拒絶による債務不履行責任を認める実益があるため、履行期前に債務者が債務の履行を拒絶する意思を終局的・確定的に表明した場合を、債務不履行による解除権の成立要件の一つとして規定することが望ましいという考え方があるが、どのように考えるか²³。

これも、先ほどの履行拒絶に基づく損害賠償に関する提案と同じく、項目こそ「履行拒絶」となっていたが、その主たる目的は、履行期前拒絶に基づく契約解除の可否について

²⁰ 第3回会議議事録 23-24 頁〔奈須野太関係官〕。

²¹ 第3回会議議事録〔新谷信幸委員〕。これは次のような問題意識に基づく提案であった。すなわち、労働契約においては、労働者の役務提供が先履行義務とされ、使用者の賃金支払債務は後履行義務とされている（民法 624 条 1 項）。そこで、労働者から使用者に対して賃金を請求するためには、まず労働者から労務提供の意思と能力のある事を示さなければならないところ、使用者から「仕事をしなくてよい」という形で履行を拒絶され、紛争を生じることがある。履行拒絶に先履行義務の消滅という効果を含ませることができるのであれば、このような紛争を回避できるのではないか、というのである。

²² なお、履行期前拒絶に基づく損害賠償請求に関連する論点として、その賠償額をいかに算定すべきかという問題が指摘された。すなわち、履行期前の履行不能に関する賠償額算定について履行不能時を基準とするのは適当ではないのではないかと（履行不能時以降に目的物の価格が変動した場合には、履行期を基準に賠償額を算定すべきではないか）という問題が指摘され、「履行不能にしても履行拒絶にしても、履行期前の損害賠償を認めるということであれば、損害賠償額算定のルールに留意する必要があるのではないか」（第3回議事録 44 頁〔松本委員〕）と提案されたのである。筆者としても、履行期前拒絶に基づく損害賠償額の算定方法に関してはこの指摘と問題意識を共有しており、この点については別稿において検討することを予定している。

²³ 部会資料 5-1・12 頁、部会資料 5-2・74 頁。

問うことにあったといえるであろう²⁴。この提案に関しては、履行拒絶に基づく解除の場合にも催告ないし通知のようなものを要するのかが質され、また履行拒絶についてもそれが重大な不履行や契約目的の達成不能をもたらすようなものであることという縛りを明文でかける必要があるのではないかといった点が指摘された²⁵。

2. 2. 「中間的な論点整理」の取りまとめ

(1) 「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理のたたき台（1）」での提案

第21回会議からは、法制審議会におけるそれまでの議論を踏まえて、「中間的な論点整理」の取りまとめに向けての議論が始まるが、ここでも履行期前拒絶法理に関する規律を設けるべきか否かが検討課題として取り上げられていた。すなわち、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理のたたき台（1）」（部会資料21）では、「第2 債務不履行による損害賠償」の「1 「債務の本旨に従った履行をしないとき」の具体化・明確化（民法415条）」という検討課題の中に「(4) 履行期前の履行拒絶」が挙げられ²⁶、また「第3 契約の解除」の「1 債務不履行解除の不履行態様等に関する要件の整除」という検討課題の中にも「(3) 履行期前の履行拒絶」が挙げられていたのである²⁷。

上にみたように、これまでの議論では「履行拒絶」という項目の下で履行期前拒絶について論じられてきた。これに対して、この段階では「履行期前の履行拒絶」という項目の下で損害賠償請求、解約解除の可否がそれぞれ論じられており、その意味では履行期前拒絶への規律を設けるべきか否かという問題に焦点が絞られたといえよう。

さて、第21回会議では、履行期前拒絶に基づく損害賠償請求について、次のような形で論点が示された。

債務者が履行期前に債務の履行を終局的・確定的に拒絶すること（履行期前の履行拒

²⁴ 本問題提起に付された補足説明は、問題提起の趣旨について次のようにいう。すなわち……

現行民法は、債務者が債務の履行を終局的・確定的に拒絶した場合（履行拒絶）の債務不履行責任について特段の規定を置いていない。この点について、履行拒絶の場合も履行遅滞・履行不能の規定によって対処可能であり、独自の要件を設ける必要はないとの考え方もある。しかし、履行期前の履行拒絶に関しては、履行期よりも前の時点で履行拒絶された場合や、双務契約の両当事者が負担する債務の履行期が異なる場合において後履行義務者が履行拒絶をしたとき等、履行期前の履行拒絶による債務不履行責任を認める実益があるとして、これを認めるべきとする考え方もある。……下級審判例には、履行期前の履行拒絶による解除を認めたものがある（東京地判昭和34年6月5日下民集10巻6号1182頁）。そこで前記問題提起をするものである。（部会資料5-2・74頁）

ここからも、本問題提起の主たる目的が、履行期前拒絶に基づく解除の可否を検討する点にあったことが窺える。

²⁵ 第4回会議議事録22頁〔山本敬三幹事〕。

²⁶ 部会資料21・3頁。

²⁷ 部会資料21・7頁。

絶)を填補賠償請求権の成立要件の一つとすることについて、債権者に不当な利益を与えるおそれに留意しつつ、具体的な要件の在り方や填補賠償以外の効果のあり方について、更に検討してはどうか²⁸。

これに対して、同会議では、そもそも履行期前拒絶については議論がそこまで深まっていない、「債権者に不当な利益を与えるおそれに留意しつつ」という表現が分かりにくいといった指摘がなされた²⁹。

また、履行期前拒絶に基づく契約解除については、次のような形で論点が示された。

債務者が履行期前に債務の履行を終局的・確定的に拒絶したこと(履行期前の履行拒絶)を解除権の成立要件の一つとすることについては、催告を必要とするか、履行拒絶が重大な不履行等をもたらすものであることが必要であることを明文化すべきかといった具体的な要件設定について、債務不履行解除の原則的な要件(前記(1))との整合性や履行拒絶による填補賠償請求権(前記第2、1(4))の論点との関連性に留意しつつ、さらに検討してはどうか³⁰。

もっとも、この提案に対しては特段の議論がなかったようである³¹。

(2)「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」での提案

第25回会議では、「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理(1)」において示された履行期前拒絶に基づく填補賠償請求、契約の解除に関する論点をめぐってなされた議論を踏まえて、「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理のたたき台(1)(2)【改訂版】」(部会資料25)が用意された。もっとも、この会議では、履行期前拒絶に関する特段の議論はなされなかったようである。

その後、「中間的な論点整理のたたき台(1)(2)【改訂版】」においてなされた論点整理は、そのまま「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理案」(部会資料26)においても維持され、それが「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」に引き継がれた。

「中間的な論点整理」では、履行期前拒絶に基づく填補賠償請求について次のような形で論点が示された。

債務者が履行期前に債務の履行を終局的・確定的に拒絶すること(履行期前の履行拒絶)を填補賠償請求権の成立要件の一つとすることに関しては、契約上の履行期に先立つ履行請求を認めることに類似し、債権者に契約上予定された以上の利益を与えることになるのではないかとの意見がある一方で、履行期前の履行不能による填補賠償請求が認められる以上、履行期前の履行拒絶による填補賠償請求も認めてよいなどと

²⁸ 部会資料21・3頁。

²⁹ 第21回会議議事録19頁〔松岡久和委員〕、同20-21頁〔深山雅也委員〕。

³⁰ 部会資料21・7頁。

³¹ 第21回会議議事録参照。

いう意見があった。また、効果として、反対債務の先履行義務の消滅を認めるべきであるという意見もあった。これらの意見を踏まえて、債権者に不当な利益を与えるおそれに留意しつつ、履行期前の履行拒絶に関する具体的な要件の在り方や、填補賠償及び後記の解除（第3、1（3））以外の効果の在り方について、更に検討してはどうか³²。

また、履行期前拒絶に基づく契約の解除については、次のような形で論点が示された。

債務者が履行期前に債務の履行を終局的・確定的に拒絶したこと（履行期前の履行拒絶）を解除権の成立要件の一つとすることについては、これに賛成する意見があり、具体的な要件に関して、催告の要否を検討すべきであるという意見や、履行拒絶が重大な不履行等をもたらす程度のものであることが必要であることを明文化すべきであるという意見等があった。これらを踏まえて、履行期前の履行拒絶を解除の成立要件とするものの当否及びその具体的な要件について、債務不履行解除の原則的な要件（前記（1））との整合性や履行拒絶による填補賠償請求権（前記第2、1（4））の論点との関連性に留意しつつ、更に検討してはどうか³³。

上記の論点整理では、履行期前拒絶をめぐって第一ステージにおいてなされた議論が反映されており、その意味で、第一ステージの総決算とも評価できるだろう。

この後、この「中間的な論点整理」を基に、各種団体からヒアリングが行われた³⁴。もっとも、このヒアリングでは履行期前拒絶に関する規律については特段の意見は提出されないまま、議論は第二ステージへと移行することとなった。

3. 第二ステージでの議論の模様

3. 1. 序

第二ステージでは、第一ステージで絞り込まれた改正論点についてさらに議論を深め、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」の取りまとめが目指された。ここでは、この第二ステージで履行期前拒絶に関する規律をめぐってどのような議論がなされたのかについてみてゆくこととしよう。

3. 2. 履行期前拒絶に基づく填補賠償請求をめぐる議論

第二ステージにおいて、はじめに履行期前拒絶に関する議論が交わされたのは、第37回会議でのことであった。そこでは、履行期前拒絶に基づく損害賠償について、次のような形で論点が示された。

債務者が履行期前の債務の履行を終局的・確定的に拒絶する意思を表明した場合（履

³² 「中間的な論点整理」7頁。

³³ 「中間的な論点整理」15頁。

³⁴ 第27、28、29回会議。

行期前の履行拒絶)を填補賠償請求権の発生原因の一つとして明文化するとの考え方があり得るが、どのように考えるか³⁵。

この提案は、「中間的な論点整理」において示された論点整理に比べると、シンプルなものとなっていることが分かる。これは、「中間的な論点整理」において検討課題として挙げられていた諸点(履行期前に填補賠償請求を可能とすることは、実質的には期限の前倒しに該当し、債権者に契約上予定された以上の地位を認めることになるのではないか、など)が、「補足説明」に落とされたためである³⁶。

さて、この提案をめぐっては、以下にみるように、かなり激しい議論が交わされた。

まず、岡正晶委員から、弁護士会の意見として、履行期前拒絶を填補賠償請求権の発生根拠とすることについては、賛成反対の両方があるものの、やや反対が多かった旨が紹介された³⁷。

続いて、深山幹事が、履行期前拒絶を填補賠償請求権の発生根拠とする規律を設けることに対する消極的な意見を示した。そのポイントは、①履行不能概念に一定の幅を持たせることによってある程度履行拒絶の場合をも把握しうるのであって、履行期前拒絶に基づいて填補賠償請求を可能とすることにニーズないしメリットがあるのか疑問である³⁸こと、②社会通念上履行不能ではないが、終局的・確定的に履行拒絶がなされているということとどのように事実認定するのか、また、終局的・確定的に履行拒絶がなされたということとを要件として規定することは立法技術的には困難であると思われること、である³⁹。

深山幹事のこの意見に対しては、履行期前拒絶に基づく填補賠償請求を認める規定を設けることに積極的な潮見佳男幹事が次のように応じている。すなわち、①'履行拒絶については、理論にも裁判実務にも、履行不能概念に必ずしも包摂されない形で処理しているものが多くある⁴⁰。また、②'裁判例や学説において、履行拒絶という概念自体について

³⁵ 「民法(債権関係)改正に関する論点の検討(5)」(部会資料32)16頁。

³⁶ 部会資料32・16-17頁。なお、労使紛争の場面を念頭に、履行期前拒絶の効果として先履行義務の消滅を盛り込むことが可能かという指摘もなされていたところであるが、これについては受領遅滞や弁済の提供といった制度や536条2項に関する判例法理の明文化について取り上げる箇所では検討することとされたため、履行期前拒絶に関する本論点から落ちることとなった(同17頁)。

³⁷ 第37回会議議事録34頁〔岡正晶委員〕。ここでの反対説は、積極的反対説というよりも、現実にこのような必要性がそれほどあるのか、終局的・確定的に拒絶する意思というのはそれほど明確なのか、履行期前拒絶に基づく効果として填補賠償まで認めるのはどうなのかといった諸点から発しているという(第37回会議議事録38頁〔中井康之委員〕)。

³⁸ 経済界からは、履行期前拒絶法理について、早期に契約関係を解消して新たな契約関係を再構築していくことができるという点でメリットがあろうと思われるが、想定される場面が限られているため、あまり大きなメリットは期待できそうもないということで、強い支持意見も反対意見もない状況である旨が報告された(第37回会議議事録38頁〔佐成実委員〕)。

³⁹ 第37回会議議事録35頁〔深山幹事〕。

⁴⁰ もっとも、この点については、履行不能概念に包摂しきれない履行期前拒絶とは具体的にどのような場面であるのか必ずしも明確ではなく、そのために実務上の必要性が認識されにくい旨の指摘もなされた(第37回会議議事録38-39頁〔中井委員〕)。

ある程度の共通項のようなものが形成されているとも考えらえるので、履行拒絶に基づく填補賠償請求を認めることを積極的に条文化することに障害はない、と⁴¹。

もっとも、深山幹事は、履行期前拒絶に基づく填補賠償請求については消極的である一方で、履行期前拒絶に基づく契約の解除については積極的であった。曰く、「解除することによって契約関係から離脱するということと、契約関係を維持したままの状態での填補賠償請求を認めるかどうかという問題とは、やはり違った規律でもよろしいのではないかと考えて、結論としては違う規律を選んでいる⁴²」と。

深山幹事のこの見解については、内田貴委員らから、履行期前拒絶で契約を解除した場合に損害賠償請求も可能であることは当然には導かれなため、その旨を明文で定めるべきではないかとの指摘がなされた⁴³ほか、潮見幹事より次の指摘もなされた。すなわち、履行期前拒絶に基づく填補賠償請求が認められない場合、履行期前拒絶に基づいて契約を解除しうる根拠が不明確になる。というのも、履行期前拒絶に基づく填補賠償請求が認められないのが、履行期前拒絶それ自体は債務不履行に該当しないためであるとするならば、債務不履行に該当しない履行期前拒絶に基づいて契約を解除しうることをどのようにして正当化しうるのかが見えにくい、というのである⁴⁴。

この他に、履行期前拒絶に基づく填補賠償請求を認めることに積極的な立場からも、次のような検討課題が提出された。すなわち、履行期前拒絶に基づく契約の解除と填補賠償請求との間で要件をそろえるべきである⁴⁵。また、履行拒絶というのはどのような場面なのか、履行を拒絶された債権者が契約の拘束力を免れるためには何をすることが必要か、債権者がある一定の行為をした後でも、なお債権者が履行を請求したり、債務者が債務を履行したりすることが可能か否か、債権者の損害賠償請求権はいつの時点で発生するのか、損害軽減義務が履行拒絶の場面でも適用されるのか、といった諸点についても検討すべきであるとされた⁴⁶。

このように、履行期前拒絶に基づく填補賠償請求をめぐる議論が交わされた⁴⁷が、そのポイントは大きく次の二つの点にあったとすることができるだろう。すなわち、第一に、履行不能概念を柔軟に運用しうるのであれば、履行期前拒絶に基づく填補賠償を認める実務的なメリットは乏しいのではないかという、規律の必要性に関する点。第二に、履行期前拒絶の存在をいかに認定するべきか、いかなる場合に履行期前拒絶があったと評価するべきかが難しいのではないかという、立法技術的問題に関する点である。

⁴¹ 第37回会議議事録35頁〔潮見佳男幹事〕。

⁴² 第37回会議議事録35頁〔深山幹事〕。

⁴³ 第37回会議議事録36頁〔内田貴委員〕、同〔山本敬三幹事〕。

⁴⁴ 第37回会議議事録36頁〔潮見幹事〕。

⁴⁵ 第37回会議議事録37頁〔山本敬三幹事〕。

⁴⁶ 第37回会議議事録37頁〔中田裕康委員〕。

⁴⁷ 第37回会議においては、本文においてみた以外にも、履行期前拒絶に基づく填補賠償請求の可否をめぐる議論がなされた。すなわち、填補賠償請求の要件と契約解除の要件との関係で、債務の一部が履行拒絶された場合に、契約の解除はできないが填補賠償請求はできるという場面を認めるのか否か（議事録40頁〔沖野眞己幹事〕）、履行期前拒絶の効果として先履行義務の消滅という効果を認めるべきではないか（議事録43頁〔鹿野菜穂子幹事〕）、が議論の対象とされたのである。

このうち、規律の必要性に関しては、次のような諸点が指摘された。すなわち、履行不能という概念自体が難しい概念である。履行不能概念を柔軟に運用することで履行期前拒絶事案にも対応できるかもしれないが、ルールを明確化するという観点からは履行期前拒絶が解除原因となることを明示的に書いておくべきである。これまでの日本の裁判例は物の給付義務を負担する債務者が履行を拒絶する事案が多かったために履行不能の概念を拡張することで対応できたが、外国では金銭債務が履行拒絶される場合もあり、これは履行不能では吸収できず、日本でもこのような事案の生じる可能性はある、という諸点である⁴⁸。

ところで、以上の議論過程を見ていると、履行期前拒絶に基づく填補賠償請求の可否と履行期前拒絶に基づく契約の解除が一体のものとして議論されていることが分かる。そこで、これら両法理の関係性が問題となった。すなわち、履行期前拒絶に基づく契約の解除を認めるということが履行期前拒絶に関する規律の主目的なのであって、ただ解除に関する規律の中に填補賠償請求も可能である旨を書き込むことはできないので、履行期前拒絶に基づいて填補賠償を請求することできる旨を前出ししているというだけなのか、それとも、履行期前拒絶があった場合に契約を解除をすることなく填補賠償を請求することも可能であることを強調する目的で履行期前拒絶に基づく填補賠償請求を認める規律を設けるのか、という点が問題とされたのである⁴⁹。

この点については、内田委員が次のように応じた。すなわち、履行期前拒絶をめぐって比較法的に最初に議論されたのは契約の解除である。契約の解除原因は債務不履行であるところ、履行期前に債務不履行がありうるのかが理論的な問題とされたが、実務上、履行期前に契約の解除を認める必要性は明らかであったから、それを認める裁判例や立法例が集積した。その上で、契約解除に伴う損害賠償を認める法制の下では、履行期前拒絶に基づく損害賠償も議論の対象とされた。したがって、履行期前拒絶に関する規律としては、本式はまず解除ということになるのだが、解除をせずとも填補賠償請求を可能とする規律を仮に設けるとすれば、履行期前拒絶についても同様の議論が妥当する可能性があるため、ここで議論の俎上に載っているのだろう、と⁵⁰。

そこで次に、履行期前拒絶に基づく契約の解除に関する論点をめぐる議論を見ることにしよう。

3. 3. 履行期前拒絶に基づく契約解除をめぐる議論

履行期前拒絶に基づく契約解除の問題については、第 39 回会議で取り上げられた。ここでは次のような提案がなされた。

- ア 債務者が履行期前に債務の履行を終局的・確定的に拒絶する意思を表明した場合（履行期前の履行拒絶）を解除原因として明記することとしてはどうか。
- イ 履行期前の履行拒絶を解除原因として規定する場合、以下の点を含め、具体的な要件設定につき、どのように考えるか。

⁴⁸ 第 37 回会議議事録 39 頁〔内田委員〕。

⁴⁹ 第 37 回会議議事録 41-42 頁〔松本委員〕。

⁵⁰ 第 37 回会議議事録 42 頁〔内田委員〕。

- ① 履行拒絶が「重大な不履行に該当する／契約目的の達成を困難にする」ことが明らかであることを解除の要件とするかどうか
- ② 催告の要否⁵¹

会議では、この提案をめぐって次のような議論がなされた。まず、高須順一幹事から、履行期前拒絶を契約解除事由の一つとすること自体については弁護士会の中でも前向きな意見が多かったことが報告されたほか、終局的・確定的に拒絶の意思があるというのほどのような場合になのかを明確にする必要があり、その観点からは、拒絶意思を確認するためにイ②の催告を要件とするのが望ましいのではないかと指摘された⁵²。

履行期前拒絶に基づく契約解除に関して催告をどのように位置づけるべきかについては、他の委員からも意見が提出された。まず、ここでの催告の位置づけ方には二つのものがありうることが指摘された。一つは、履行の拒絶を終局的・確定的なものと評価する上で催告があったことを必要とするという位置づけ方。もう一つは、できるだけ契約を存続させて履行させた方が良いという判断に基づいて催告を求めるという位置づけ方である⁵³。そして、弁護士会では前者の意味で催告を位置づける見解が多かったことも紹介された⁵⁴。

次いで、履行期前拒絶に基づく契約解除と填補賠償請求との要件をそろえる観点から、契約解除の際に催告が要求されるのであれば、填補賠償請求の要件についても同様に催告を要件とするべきである。逆に、履行期前の履行拒絶という要件自体を極めて厳格に解し、履行不能に相当するようなものと考えるのであれば、もはや履行期前拒絶があるか否かを判断する際に意思の確認は不要であり催告も必要ではないということになる、などの意見が提出された⁵⁵。

履行期前拒絶に基づく契約解除については、第 39 回会議において提出された上記の諸意見を踏まえ、分科会においてさらに検討することとされた。そこで次に、分科会における議論を概観しよう。

3. 4. 分科会での議論

履行期前拒絶に基づく契約解除に関してどのような規律を設けるべきか、特にその要件をいかに設定するべきかについては、部会での審議に加え、分科会でさらに詰め議論がなされることとなった。中田裕康第 1 分科会長によれば、問題は「どのような場合に解除

⁵¹ 「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（6）」（部会資料 34）32 頁。第 39 回会議議事録 21 頁〔高須順一幹事〕

⁵² 第 39 回会議議事録 21 頁〔高須順一幹事〕。なお、イ①については、履行期前拒絶の場合に限って特別な規律とする必要はないから、履行期後の場面での要件の規定ぶりに合わせて改めて考える必要があるという。

⁵³ 第 39 回会議議事録 21 頁〔中田裕康委員〕。

⁵⁴ 第 39 回会議議事録 21 頁〔岡委員〕。なお、この場合の「催告」は、履行する意思があるか否かの将来の意思を確認という意味になるので、「催告」という用語は相当ではない。また、終局的・確定的な意思が書面等で明らかになっている場合には、さらに意思を確認する必要はなく、その意味でこの「催告」は証拠の一つと位置付ける方が分かりやすいという意見が弁護士会で多かったことも紹介された。

⁵⁵ 第 39 回会議議事録 22 頁〔潮見幹事〕。

権が発生するののかということと、催告についてどう考えるのかということ⁵⁶」の二つであった。

分科会では、上記の二つの問題のうち、まず履行期前拒絶に基づく契約解除の要件として催告を要するか否かについて議論がなされた。

催告を不要とする見解（不要説）は、大要次のようにいう。すなわち、ここでいう催告とは、いわゆる履行の催告ではなく、債務者に履行をする意思があるか否かを確認するという意味での催告である。そして、履行期前拒絶に基づく契約解除について、履行されないことが明らかであるという要件を設けるのであれば、その明らかという要件の中で履行意思の有無についても考慮の対象となしうるのではないか。そうであれば、重ねて意思の確認を求める催告要件は不要ではないか、と⁵⁷。

これに対して、催告を必要とする見解（必要説）は、履行期前拒絶の問題がまさに履行期前に生じることから、終局的・確定的に履行を拒絶する意思なるものが本当に間違いないものであるか否かを慎重に確認するために催告要件を課しても良いという⁵⁸。また、ここでいう催告には、履行を拒絶している債務者に翻意を促す効果もあり得るところ、このような観点からも催告要件を課した方が良いとの見解も示された⁵⁹。

履行期前拒絶に基づく契約解除に関する催告要件の要否に関連して、履行期前拒絶に基づく填補賠償請求の要件との関係も議論された。すなわち、催告不要説に立つ場合、履行期前拒絶に基づく填補賠償請求の要件はどのような設定するべきか。また、催告必要説に立つ場合、履行期前拒絶に基づく填補賠償請求の場合にも催告要件を課すのか否か、が問題として指摘されたのである⁶⁰。もっとも、この点についての結論は示されなかった⁶¹。

また、契約解除一般の要件との関係も意識して履行期前拒絶に基づく契約解除の要件を定めるべきであるとの意見も示された。すなわち、契約解除一般の問題として、債務者から債務の履行を得ることができないことが確実であるときも解除事由となりうるとするならば、そのような事情が履行期前に明らかであることが履行期前解除の要件となるべきである。その意味で、契約解除一般の要件を確定しないことには、履行期前拒絶解除の要件も確定できないというのである⁶²。

さらに、この点に関連して、履行期前解除の要件として、履行期前拒絶に絞って規律を設けるべきなのか否かという問題も提起された。すなわち、多くの国際条約やモデル契約

⁵⁶ 第1分科会第2回議事録46頁〔中田裕康分科会長〕。

⁵⁷ 第1分科会第2回議事録46頁〔中井康之委員〕。なお、中井委員も、実際問題としては当事者が履行拒絶の意思を確認するために催告をすることや、後日に備えて証拠を残すために催告をすることもあり得るといふ。もっとも、書面等で履行拒絶意思が明確に表示されている場合に重ねて履行拒絶意思を確認する必要はない。その意味で、履行期前拒絶に基づく契約解除のための要件として催告は不要である、という（同46-47頁）。なお、前掲注（54）も参照。

⁵⁸ 第1分科会第2回議事録47頁〔高須順一幹事〕。

⁵⁹ 第1分科会第2回議事録47-48頁〔新井吐夢関係官〕、同48頁〔高須幹事〕、同〔鹿野菜穂子幹事〕。

⁶⁰ 第1分科会第2回議事録48頁〔潮見佳男幹事〕。

⁶¹ 第1分科会第2回議事録48-49頁参照。

⁶² 第1分科会第2回議事録49頁〔山本敬三幹事〕。

法においては、履行期前解除について、履行拒絶に絞った規律を設けるのではなく、将来の履行期において重大な契約違反が生じるであろうことというような広い要件が設けられている。そこで、履行拒絶以外の事由も履行期前解除の原因となりうるのかという問題が提起されたのである⁶³。

この点については、履行拒絶がなくとも、将来の履行期において債務者からの履行がなされないことが明らかである場合には債権者を契約に拘束しておくことが無意味であるから、履行期前の解除について規定を置くべきであるとの意見が示された⁶⁴一方で、履行不能に関する準則を履行期の前後を問わずに適用できるようにすれば足りるのではないかとの意見も示された⁶⁵。もっとも、この論点については、事務局において比較法的な調査をした上で原案を作成することは実質的には困難であるから、提案者において具体的な提案なり資料なりを用意することとして、いったん議論が打ち切られた。

3. 5. 「中間試案のたたき台」における提案

分科会で審議されてからしばらくは、法制審議会において履行期前拒絶に関する規律について議論がなされることはなかったようである。履行期前拒絶に関する議論が次に審議の俎上に載ったのは、中間試案の取りまとめに向けた作業が大詰めを迎えるころである。

まず、履行期前拒絶に基づく填補賠償請求に関しては、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案のたたき台（1）（概要付き）」（部会資料53）の第8の3「債務の履行に代わる損害賠償の要件（民法第415条後段関係）」において次のような提案がなされた。

民法第415条後段の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 次に掲げる場合には、債権者は、債務者に対し、債務の履行に代えて、その不履行による損害の賠償を請求することができるものとする。
 - ア その債務につき、前期第7、3所定の事由（履行請求権の限界）が生じたとき
 - イ 債権者が、債務不履行による契約の解除をしたとき
 - ウ 上記イの解除がされていない場合であっても、債権者が相当の期間を定めて債務の履行の催告をし、その期間内に履行がなかったとき
 - エ 債務者が、その債務につき履行する意思がない旨を表示したことその他の事由により、債務者が履行する見込みがないことが明白であるとき
- (2) 上記（1）の損害賠償を請求したときは、債権者は、債務者に対し、その債務の履行を請求することができないものとする⁶⁶。

本提案に付された概要によれば、本提案は、「履行期の前後を問わず、債務者が履行の意思がないことを表示したことなどにより、履行がされないであろうことが明白な場合を、履行に代わる損害賠償請求権の発生原因として条文上明記するものである⁶⁷」という。こ

⁶³ 第1分科会第2回会議議事録50頁〔山本幹事〕。

⁶⁴ 第1分科会第2回会議議事録51-52頁〔鹿野菜穂子幹事〕。

⁶⁵ 第1分科会第2回会議議事録52頁〔鎌田薫委員〕、同〔内田委員〕。

⁶⁶ 部会資料53・36頁。

⁶⁷ 部会資料53・37頁。

の説明からも明らかなように、本提案はもはや、履行期前拒絶に基づく填補賠償請求にのみ関わるものではない。「履行期を問わず」、すなわち履行期の前後を問わず、およそ履行拒絶があれば填補賠償請求が可能である旨を示すものである。

この提案については筆者は、やや唐突である印象を受ける。というのも、履行期前拒絶に基づく填補賠償請求をめぐるこれまでの議論では、履行期後の履行拒絶に基づく填補賠償請求に関する規律と統合することを志向した議論は見受けられなかったためである⁶⁸。もっとも、第64回会議では、この提案について特段の議論はなされなかったようである。

次に、履行期前拒絶に基づく契約解除については、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案のたたき台（2）（概要付き）」（部会資料54）の第1の1「債務不履行による契約の解除の要件（民法第541条から第543条まで関係）」において次のような提案がなされた。

- (1) 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めて履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができるものとする。ただし、その履行がされなくても契約の目的を達することができるときは、この限りでないものとする。
- (2) 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、その不履行が次に掲げる要件に該当するときは、相手方は、上記（1）の催告をすることなく、契約の解除をすることができるものとする。
 - ア 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したこと
 - イ その債務の全部につき、履行請求権の限界事由（部会資料53第7、3の事由をいう。以下同じ）が生じたこと

⁶⁸ もっとも、法制審議会における改正論議以前の改正論議に目を向けると、履行期前拒絶と履行期後の履行拒絶とを併せて填補賠償請求権の発生原因とする旨の改正提案がなかったわけではない。例えば、民法（債権法）改正検討委員会からは、次のような改正案が示されていた（民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ』（商事法務、2009年）等を参照）。

【3.1.1.65】（履行に代わる損害賠償）

- (1) 債権者は、次の各号に掲げる事由が生じたとき、【3.1.1.62】のもとで、債務者に対し、履行に代わる損害の賠償を請求することができる。
 - 〈ア〉 履行が不可能な時、その他履行をすることが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できないとき
 - 〈イ〉 履行期の前後を問わず、債務者が債務の履行を確定的に拒絶する意思を表明したとき
 - 〈ウ〉 債務者が債務の履行をしない場合において、債権者が相当の期間を定めて債務者に対し履行を催告し、その期間内に履行がされなかったとき
 - 〈エ〉 債務を発生させた契約が解除されたとき
- (2) 略。

ここでは、「履行期の前後を問わず」、債務者による確定的な履行拒絶が填補賠償請求権の発生原因とすべきことが提案されていたのである。

- ウ 上記ア又はイに掲げるもののほか、当事者の一方が履行をせず、これにより契約をした目的を達することができないこと
- エ 当事者の一方がその債務につき履行する意思がない旨を表示したことその他の事由により、その当事者の一方が履行期に履行する見込みがなく、かつ、これにより契約をした目的を達することができないことが明白であること⁶⁹

この提案は、履行期前に履行が拒絶される場面をもっぱら念頭に置き、履行期前拒絶を無催告解除事由とすることを狙ったものである。この提案をめぐっては、次のような議論がなされた。

まず、右提案では、履行期前拒絶がなされた場合、「(1) の催告をすることなく」、契約を解除しようとの規定ぶりが採用されているが、「(1) の催告」とは「履行の催告」であるところ、履行期前にはそもそも「履行の催告」はあり得ない。履行期前拒絶に基づく契約解除に関するこれまでの議論において、履行拒絶の意思を確認するという意味での催告の要否が検討されてきたが、このような意味での催告を不要とするという趣旨であれば、むしろ(1)(2)とは別枠で規定を設けるべきであるとの指摘がなされた⁷⁰。

この指摘については、事務局からも賛意が示された⁷¹。他方で、慎重な意見も示された。すなわち、履行拒絶に基づく契約の無催告解除の問題は、履行期前に限定されない。例えば、履行期前から履行を拒絶しており、そのまま履行期が到来してしまった場面などでも、無催告解除を認める余地があるのではないか。履行期前拒絶に基づく無催告解除に関する規律を別枠にすると、問題が履行期前に特有のものであると理解されてしまう恐れがある。履行期前に完全に限定する趣旨ではないということを確認しておく必要がある、というのである⁷²。

⁶⁹ 部会資料 54・1 頁。なお、本提案に付された概要において関連する判例として引用されているのは、大判大正 15 年 11 月 25 日民集 5 卷 11 号 763 頁である。これは、橋の建設工事を請け負った原告が石垣の積立工事を被告に下請負させたところ、被告がなした工事が設計に符合せず、検査にも合格しない不完全なものであり、しかもその後被告は工事を中断してしまい、石垣の積み直しにも応じないため、履行期に橋を完成できない見込みが強まったとして、原告が被告から仕事を取り上げ、やむを得ず自己の出捐の下で橋の工事を完成させた上で被告に損害賠償を求めた、という事案である。原審は、原告が履行期前に被告から仕事を取り上げた行為は不法であり、被告が履行不能となったのは原告が自ら工事を完成させたためであるなどとして、原告の請求を棄却したため、原告から上告がなされた。大審院は、「今後尚請負人ニ於テ為スヘキ工事アルニ拘ラス漫然放擲シテ顧ミス而カモ之カ為取引ノ通念ニ照シテ約定ノ竣工期限到来迄ニ到底其ノ工事ヲ請負人ニ於テ完成セシムルコト能ハサル事実カ明確トナリタル場合ノ如キハ同法第五百四十三条ニ所謂履行ノ全部又ハ一部カ債務者ノ責ニ帰スヘキ事由ニ因リテ不能トナリタルトキトアルニ該当スルヲ以テ債権者タル注文者ハ縦令竣工期限ノ到来以前ト雖同条ニヨリ契約ヲ解除スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス」として、原判決を破棄し差し戻した。

⁷⁰ 第 65 回会議議事録 2-3 頁〔中井委員〕。なお、会議で提供された中井康之「中間試案のたたき台(2)に対する修正案」(いわゆる中井メモ。

<http://www.moj.go.jp/content/000105324.pdf>)も参照。

⁷¹ 第 65 回会議議事録 3 頁〔筒井健夫幹事〕。

⁷² 第 65 回会議議事録 4 頁〔山本敬三幹事〕。

この意見に対しては、履行期後の履行拒絶については(2)ウの方で拾えるという理解に基づいて資料を作成したという事務局からの説明があったほか⁷³、幹事からも、履行期前拒絶については履行期前に限定した履行拒絶が新たな解除事由になるかどうかという形でその当否を尋ねるべきであり、履行期前から履行を拒絶している結果、履行期が到来した後も履行を拒絶しているという場面については(2)ウに含めるか、(2)の中の別の一類型として処理することが望ましいとの意見が示された⁷⁴。

その後、「中間試案のたたき台」において示された提案をめぐってなされたこれらの議論を踏まえて、「民法(債権関係)の改正に関する中間試案のたたき台(1)(2)(3)(概要付き)【改訂版】」(部会資料58)が作成された。もっとも、そこでは、履行期前拒絶に基づく填補賠償請求と契約解除がともに独立の項目として規律された以外は、実質的には「中間試案のたたき台(1)」、「中間試案のたたき台(2)」における提案が維持されていた⁷⁵。

3. 6. 「中間試案」における提案

以上の第二ステージでの議論の集大成として、平成25年2月26日、「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」が取りまとめられた。そこでは、履行期前拒絶に基づく填補賠償請求に関して、第10の3「債務の履行に代わる損害賠償の要件(民法第415条後段関係)」に次のような規律が設けられていた。

民法第415条後段の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 次のいずれかに該当する場合には、債権者は、債務者に対し、債務の履行に代えて、その不履行による損害の賠償を請求することができるものとする。
 - ア その債務につき、履行請求権の限界事由があるとき。
 - イ 債権者が、債務不履行による契約の解除をしたとき。
 - ウ 上記イの解除がされていない場合であっても、債権者が相当の期間を定めて債務の履行の催告をし、その期間内に履行がないとき。
- (2) 債務者がその債務の履行をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、債務者が履行をする見込みがないことが明白であるときも、上記(1)と同様とす

⁷³ 第65回会議議事録5頁〔新井関係官〕。

⁷⁴ 第65回会議議事録5頁〔深山幹事〕。なお、履行期前拒絶に基づく契約の解除に関する規律を別枠で設ける場合に、催告を要するか否かは別途検討すべきであるとしつつ、「履行期前の履行拒絶について催告を要件とした上で解除を認めるという考えから採ったとしても、更に履行期が到来した後に解除する場合には、履行期前から拒絶していたということを前提に、そのときにはもう催告は要らないという考え方もあり得る」という。

⁷⁵ 部会資料58・40頁、48頁。なお、履行期前拒絶に基づく契約解除に関する規律については、若干の文言の修正があった。すなわち、「中間試案のたたき台(1)(2)(3)【改訂版】」では、履行期前拒絶に基づく契約の解除について「当事者の一方がその債務につき履行する意思がない旨を表示したことその他の事由により、その当事者の一方が履行期に履行する見込みがないことが明白であり、かつ、これにより契約をした目的を達することができないことが明白であるときも、上記(2)と同様とする」との規律が提案され、「契約をした目的を達することができないこと」だけでなく、「当事者の一方が履行期に履行する見込みがないこと」も「明白」であることが要求されているのである。

るものとする。

- (3) 上記 (1) 又は (2) の損害賠償を請求したときは、債権者は、債務者に対し、その債務の履行を請求することができないものとする⁷⁶。

また、履行期前拒絶に基づく契約解除については、第 11 の 1「債務不履行による契約の解除の要件」に次のような規律が設けられていた。

民法第 541 条から第 543 条までの規律を次のように改めるものとする。

- (1) 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めて履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができるものとする。ただし、その期間が経過した時の不履行が契約をした目的の達成を妨げるものでないときは、この限りでないものとする。
- (2) 当事者の一方がその債務を履行しない場合において、その不履行が次に掲げるいずれかの要件に該当するときは、相手方は、上記 (1) の催告をすることなく、契約の解除をすることができるものとする。
- ア 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、当事者の一方が履行をしないでその時期を経過したこと。
- イ その債務の全部につき、履行請求権の限界事由があること。
- ウ 上記ア又はイに掲げるもののほか、当事者の一方が上記 (1) の催告を受けても契約をした目的を達するのに足りる履行をする見込みがないことが明白であること。
- (3) 当事者の一方が履行期の前にその債務の履行をする意思がない旨を表示したことその他の事由により、その当事者の一方が履行期に契約をした目的を達するのに足りる履行をする見込みがないことが明白であるときも、上記(2)と同様とするものとする⁷⁷。

このように、「中間試案」においては、履行拒絶に基づく填補賠償請求、契約解除のそれぞれについて、独立した規律が用意されたのである。もっとも、履行拒絶に基づく填補賠償請求については、もはや履行期前拒絶に限った規定ではなく、履行期後の履行拒絶の場合をも含むものとして構想されている点に注意が必要である。この時点では、填補賠償請求については履行期の前後を問わない履行拒絶に関する規律が用意され、契約の解除については履行期前の拒絶を解除原因とする規律が独立のものとして用意されていたのである。その意味で、同じく履行拒絶に関する規律でありながら、填補賠償請求に関する規律と契約解除に関する規律との間に適用場面のズレが生じていたのである。

⁷⁶ 「中間試案」 16 頁。

⁷⁷ 「中間試案」 18 頁。

4. 第三ステージでの議論の模様

4. 1. 序

第三ステージでは、「中間試案」に対して寄せられた意見等を踏まえて、「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」の取りまとめに向けた議論がなされた。ここでも、履行期前拒絶に関する規律に焦点を絞って、どのような提案がなされ、どのような議論が交わされたのかについてみてゆくこととしよう。

4. 2. 「要綱案のたたき台（3）」における提案

履行期前拒絶に関する規定案が第三ステージにおいて議論の俎上に上ったのは、第 78 回会議でのことである。そこでは、「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（3）」（部会資料 68A）に基づいて審議が行われた。

「要綱案のたたき台（3）」に含まれる履行期前拒絶法理に関する提案は次のとおりであった。まず、履行期前拒絶に基づく填補賠償請求については、第 2 の 2 「債務の履行に代わる損害賠償の要件（民法第 415 条関係）」において、次のような提案がなされた。

前記 1 により損害賠償の請求をすることができる場合において、次に掲げる要件のいずれかに該当するときは、債権者は、債務の履行に代わる損害賠償の請求をすることができるものとする。

- (1) 債務の履行が不能であるとき。
- (2) 債務者がその債務の履行をしない旨の確定的な意思を表示したとき。
- (3) 債務が契約によって生じたものである場合において、当該契約を債権者が解除したとき。
- (4) 債務が契約によって生じたものである場合において、当該契約を債権者が解除していないときであっても、後記第 3、1 (1) から (3) まで又は 2 (2) の要件のいずれかに該当するとき⁷⁸。

また、履行期前拒絶に基づく契約解除に関しては、第 3 の 2 「履行不能による解除の要件（民法第 543 条関係）」において、次のような提案がなされた。

民法第 543 条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 債務の履行が不能であるときは、債権者は、契約の解除をすることができるものとする。
- (2) 履行の一部が不能である場合において、残存する部分のみでは債権者が契約をした目的を達することができないときは、債権者は、契約の全部を解除することができるものとする。
- (3) 上記 (1) 又は (2) の履行の不能が契約の趣旨に照らして債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、債権者は、契約の解除をすることができないものとする。

⁷⁸ 部会資料 68A・7 頁。

(4) 債務者がその債務の履行をしない旨の確定的な意思を表示したときは、上記 (1) から (3) までを準用するものとする⁷⁹⁾。

これらの提案をめぐっては、次のような議論がなされた。まず、履行拒絶に基づく填補賠償請求について、要件が「確定的な意思を表示したとき」となっており、「中間試案」に比べて要件が客観化・厳格化している。また、履行拒絶に基づく契約解除の要件も「確定的な意思を表示した」と改められており、この限りで平仄は合うものの、なぜ変更されたのかは必ずしも明確ではない。他方で、第3の1(3)の箇所では「履行する見込みがないことが明白であるとき」というのが維持されており、平仄が合わないのではないかと指摘がなされた⁸⁰⁾。

この指摘に対して事務局からは次のような回答がなされた。すなわち、解除については、確定的な履行拒絶の場合以外にも一般的に無催告解除を認めるべき場合を拾うものとして履行を受ける見込みがないことが明白である場合の無催告解除に関する規律を設けておく必要があると考えられるのに対して、填補賠償請求のところでは、確定的な履行拒絶の場合以外に、履行を受ける見込みがないことが明白である場合の填補賠償請求に関する一般的な規律を設ける必要はないと判断した、というのである⁸¹⁾。

次に、やはり第3の1(3)と2(4)の関係性について、疑問が提起された。すなわち、2(4)は履行拒絶を理由とする解除に関する規律であり、他方で1(3)は当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行を受ける見込みがないことが明らかであるという場面に関する規律であるが、これらの関係性が見えにくいというのである⁸²⁾。

この点についての事務局からの回答は次のようなものであった。すなわち、確定的な履行拒絶を理由とする解除については、履行期前の履行拒絶については「中間試案」の第11の1(3)が適用され、履行期後の履行拒絶については1(2)のウが適用されると整理されていた。他方で、「要綱案のたたき台(3)」では、確定的な履行拒絶については、履行期前のものでも履行期後のものでも、第3の2(4)が適用されるという方針で整理されている、と⁸³⁾。

⁷⁹⁾ 部会資料 68A・27 頁。

⁸⁰⁾ 第 78 回会議議事録 9 頁 [松岡久和委員]。なお、松岡委員の発言中にある「履行する見込みがないことが明白であるとき」とは、「履行を受ける見込みがないことが明らかであるとき」(部会資料 68A・21 頁参照) のことであると思われる。本文で紹介した松岡委員の指摘の背後には、次のような実質的な問題提起が含まれていた。すなわち、例えば、履行期前に債務者が履行の準備を一切行わないまま行方不明となっている場合、履行を拒絶する意思の表示はないと思われるが、履行期における履行は期待できない。このような場合でもなお、履行期を待たなければ契約を解除したり損害賠償を請求したりできないというのでは、履行期到来後の解除よりも要件が加重されているように思われる、というのである。

⁸¹⁾ 第 78 回会議議事録 9 頁 [金洪周関係官]。

⁸²⁾ 第 78 回会議議事録 10 頁 [潮見幹事]。

⁸³⁾ 第 78 回会議議事録 10 頁 [金関係官]。なお、部会資料 68A には、無催告解除に関する規律の「中間試案」と「要綱案のたたき台(3)」との対応関係につき、次のような図が付

先に見たように、「中間試案」においては、履行拒絶に基づく填補賠償に関する規律は履行期の前後を問わず適用されることが予定され、他方で履行拒絶に基づく契約の解除は履行期前の履行拒絶を専ら念頭に置いていたため、填補賠償請求と契約解除とで適用場面にズレを生じていた。この点、「要綱案のたたき台(3)」における履行拒絶に基づく契約解除は、履行期の前後を問わずに適用対象とされるものとして構想されていたため、上記のようなズレは解消されることとなった。もっとも、そのために、履行期前の履行拒絶に特化した規律は姿を消すこととなったのである。

4. 3. 「要綱仮案の原案(その1)」における提案

次に(履行期前の)履行拒絶に関する規律が提案されたのは、要綱案のとりまとめに向けた検討が進み、要綱仮案の原案が作成され始めた頃、すなわち第90回会議と第91回会議においてであった。そこでは、「民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の原案(その1)」(部会資料79-1)に基づいて審議が行われた。

まず、(履行期前の)履行拒絶に基づく填補賠償請求については、第8の2「債務の履行に代わる損害賠償の要件」の箇所で、次のような提案がなされた。

債務の履行に代わる損害賠償の要件について、次のような規律を設けるものとする。

1により損害賠償の請求をすることができる場合において、次のいずれかに該当するときは、債権者は、債務の履行に代わる損害賠償の請求をすることができる。

- (1) 債務の履行が不能であるとき。
- (2) 債務者がその債務の履行をする意思がない旨を明らかにしたとき。
- (3) 債務が契約によって生じたものである場合において、当該契約が解除され、又は債務の不履行による契約の解除権が発生したとき⁸⁴。

「要綱案のたたき台(3)」における提案では「債務者がその債務の履行をしない旨の確定的な意思を表示したとき」との表現が用いられていたところ、本提案では「債務者がその債務の履行をする意思がない旨を明らかにしたとき」との表現が用いられており、規定ぶりが若干変更されている。もっとも、「要綱仮案の原案(その1)」に付された補充説明(部会資料79-3)によれば、これは規律の内容を変更するものではない。すなわち、従来の表現では履行拒絶の意思を表示することが要件であるとの誤解を生じさせかねないとの

されていた(24頁)。

	中間試案	要綱案のたたき台(3)
履行不能による解除	第11、1(2)ア	第3、2(1)
定期行為の履行遅滞	第11、1(2)イ	第3、1(2)
一部不能による全部解除	第11、1(2)ウ	第3、2(2)
履行期後の履行拒絶	第11、1(2)ウ	第3、2(4)
その他の催告不要の場合	第11、1(2)ウ	第3、1(3)
履行期前の履行拒絶	第11、1(3)	第3、2(4)

⁸⁴ 部会資料79-1・8頁。

指摘を踏まえて、表現を変更したに過ぎない。具体的には、債務者が債権者との交渉の過程で債務の履行を拒絶する趣旨の発言をただけでは直ちに要件を満たさず、他方で、債務者が長期間行方不明になった場合などにはその他の事情をも考慮して要件を満たすことがありうることを想定している、というのである⁸⁵。

第90回会議では、このような文言の変更について、批判的な意見が提出された。すなわち、以前の提案にあった「確定的な」という文言が落ちてしまったことによって、要件が緩和されたように見える、判例の理解を忠実に反映できているのか疑問である、というのである⁸⁶。

この指摘に対して、事務局からは、次のような回答がなされた。すなわち、文言を変更したのは、「確定的な」という言葉が法文として使用するに足る明確な意味を備えていないという疑念があったためである。この文言の変更によって規律内容を変更する意図はないものの、表現の仕方についてはさらに検討する、と⁸⁷。

次に、(履行期前の)履行拒絶に基づく契約の解除については、第9の2「無催告解除の要件(民法第542条・第543条関係)」の箇所、次のような提案がなされた。

民法第542条及び第543条の規律を次のように改めるものとする。

次のいずれかに該当するときは、債権者は、1の催告をすることなく、直ちに契約の解除をすることができる。

- (1) 履行の全部又は一部が不能であるとき。
- (2) 履行の一部が不能である場合において、残存する部分のみでは契約をした目的を達することができないとき。
- (3) 債務者がその債務の履行をする意思がない旨を明らかにしたとき。
- (4) 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行を

⁸⁵ 「民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の原案(その1)補充説明」(部会資料79-3)10-11頁。

⁸⁶ 第90回会議議事録51-52頁〔佐成委員〕、同52頁〔村上正敏委員〕、同52頁〔深山幹事〕。ここでは、履行期前拒絶を填補賠償請求権の発生事由とすることに対して、初期のころから一貫して消極的な立場を採ってきた深山幹事の発言だけを紹介しよう。深山幹事は、次のように言う。すなわち、「[今回の提案は]従前は履行期前の履行拒絶という取り上げ方をされていた論点であり、損害賠償請求権の発生事由に加えたり、あるいは解除のところでも新たな解除事由を設けるという提案がずっとなされていて、その点について私は消極的な意見を一貫して述べてきたところですが、仮にそういう新たな損害賠償事由あるいは解除事由を明文で定めるとしても、それはかなり限定的な場面に限られるべきであろうと思います。そういう意味で前回の提案である「確定的な意思表示されたとき」ということであれば、それは許容できるかなと思うのですが、このように「意思がない旨を明らかにした」という、必ずしも意思表示を要件としないし、確定的という言葉もなくなって、その債務を履行しない態度を示したということだけで、解除、更には損害賠償まで履行期前に認めるという規律を設けることについては、やはり反対したいと思います」と。また、深山幹事は、補足説明で言及されていた、債務者が長期間行方不明となったような場合にも触れ、このような場合をも対象とする規律を設けることの実益についても疑問を提起した。

⁸⁷ 第90回会議議事録52-53頁〔筒井幹事〕。

しなければ契約をした目的を達することができない場合において、債務者が履行をしないでその時期を経過したとき。

- (5) (1) から (4) までの場合のほか、債務者がその債務の履行をせず、債権者がその履行の催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らかであるとき⁸⁸。

この提案をめぐっては、(履行期前の) 履行拒絶に基づく填補賠償請求と同様、以前の提案からの文言の変更が問題として指摘された⁸⁹ほか、履行拒絶はないけれども履行期における履行がなされないであろうことが客観的に明らかであるという場合についての対応が問題として指摘された⁹⁰。

この点について事務局からは、次のような回答がなされた。すなわち、上記のような場面について、履行不能概念を拡張して対処するという解釈を否定するものではないが、履行期前の解除については(3)の要件に該当するか否かのみで判断することを前提としている。そもそも、(3)による解除は非常に厳格な要件の下でのみ、すなわち翻ることのない確定的な履行拒絶があった場合にのみ認められるものであることを前提としており、このような厳格な要件を満たさない限り履行期も到来していないのに解除権は発生しないということを前提としている、というのである^{91,92}。

4. 4. 「要綱仮案の第二次案」における提案

「要綱仮案の原案(その1)」をめぐる前記のような議論を経て、「民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の第二次案」(部会資料 82-1)が作成された。(履行期前の) 履行拒絶に基づく填補賠償請求に関しては、第11の2「債務の履行に代わる損害賠償の要件」の箇所、次のような規律が提案されていた。

債務の履行に代わる損害賠償の要件について、次のような規律を設けるものとする。

1 により損害賠償の請求をすることができる場合において、次のいずれかに該当する

⁸⁸ 部会資料 79-1・9 頁。

⁸⁹ 第 91 回会議議事録 10 頁〔深山幹事〕。

⁹⁰ 第 91 回会議議事録 10 頁〔中田委員〕、同 13 頁〔潮見幹事〕。本文に挙げたような場面については、履行不能概念を拡張して対応する(すなわち、提案の(1)で対応する)のか、それとも、そもそもそのような場面は解除事由としない方針なのかが問われたのである。

⁹¹ 第 91 回会議議事録 13-14 頁〔金関係官〕。

⁹² なお、第 91 回会議では、この他に、(1)と(2)の関係に関する疑問が提起された。すなわち、(1)では「履行の全部または一部が不能であるとき」には無催告解除をなしうる旨が規定され、他方で、(2)でも「履行の一部が不能である場合において、残存する部分のみにでは契約をした目的を達することができないとき」には無催告解除をなしうると規程されており、これらの関係性が不明確である。もし(1)において意図されているのが一部不能に基づく一部解除であるならば、むしろ(1)では単に「履行が不能であるとき」と書いた方が全体としては平仄が合うのではないかと、いうのである(第 91 回会議議事録 9 頁〔深山幹事〕、同 12 頁〔道垣内弘人幹事〕)。この点については、事務局において表現の仕をさらに検討することとされた(同 10 頁、12 頁〔金関係官〕)。

ときは、債権者は、債務の履行に代わる損害賠償の請求をすることができる。

- (1) 略。
- (2) 債務者がその債務の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。
- (3) 略⁹³。

また、(履行期前の) 履行拒絶に基づく契約の解除に関しては、第 12 の 2 「無催告解除の要件 (民法第 542 条・第 543 条関係)」の箇所で、次のような規律が提案されていた。

民法第 542 条及び第 543 条の規律を次のように改めるものとする。

次のいずれかに該当するときは、債権者は、1 の催告をすることなく、直ちに契約の解除をすることができる。

- (1) (2) 略。
- (3) 債務者がその債務の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。
- (4) (5) 略⁹⁴。

(履行期前の) 履行拒絶に関する規律について、「要綱仮案の原案 (その 1)」からの変更点は文言のみである。すなわち、「要綱仮案の原案 (その 1)」では「債務者がその債務の履行をする意思がない旨を明らかにしたとき」とされていたのが、ここでは「債務者がその債務の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき」と変更されているのである。

この変更は、「要綱仮案の原案 (その 1)」でも、(履行期前の) 履行拒絶に基づいて填補賠償を請求したり契約を解除したりする場合には、履行不能の場合と同様に扱ってよい程度の状況が必要であり、例えば債務者が債権者との交渉過程で履行を拒絶する趣旨の言葉を発しただけでは要件を満たさないことが前提とされていたが、そのことが必ずしも伝わらない表現であったとの指摘を踏まえてのことであるという⁹⁵。

第 90 回会議および第 91 回会議での議論を踏まえた修正がなされたわけであるが、第 95 回会議においてはこれらの規律について特段の議論はなかったようである。

4. 5. 「要綱仮案 (案)」における提案

第 90 回会議、第 91 回会議、そして第 95 回会議を経て、「民法 (債権関係) の改正に関する要綱仮案 (案)」(部会資料 83-1) が作成された。そこでは、(履行期前の) 履行拒絶に基づく填補賠償請求に関しては、「要綱仮案の第二次案」における案がそのまま維持されていた⁹⁶。

これに対して、(履行期前の) 履行拒絶に基づく契約の解除に関する規律には、若干の修

⁹³ 部会資料 82-1・12 頁。なお、「要綱仮案の原案 (その 1)」における提案から変更のない箇所については省略した。

⁹⁴ 部会資料 82-1・13-14 頁。なお、「要綱仮案の原案 (その 1)」における提案から変更のない箇所については省略した。

⁹⁵ 填補賠償請求について、「民法 (債権関係) の改正に関する要綱仮案の第二次案 補充説明」(部会資料 82-2) 3 頁、契約解除について、同 5 頁。

⁹⁶ 部会資料 83-1・11-12 頁。

正が加えられた。まず、第 12 の 2「無催告解除の要件①（民法第 542 条・第 543 条関係）」の箇所、次のような提案がなされた。

民法第 542 条及び第 543 条の規律を次のように改めるものとする。

次のいずれかに該当するときは、債権者は、1 の催告をすることなく、直ちに契約の解除をすることができる。

- (1) 債務の履行が不能であるとき。
- (2) 債務者がその債務の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。
- (3) 債務の一部の履行が不能である場合又は債務者がその債務の一部の履行を拒絶する意思を表示した場合において、残存する部分のみでは契約をした目的を達することができないとき。
- (4) 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、債務者が履行をしないでその時期を経過したとき。
- (5) (1) から (4) までの場合のほか、債務者がその債務の履行をせず、債権者がその履行の催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らかであるとき⁹⁷。

また、第 12 の 3「無催告解除の要件②（民法第 542 条・第 543 条関係）」の箇所では、次のような提案がなされていた。

無催告解除の要件について、次のような規律を設けるものとする。

次のいずれかに該当するときは、債権者は、1 の催告をすることなく、直ちに契約の一部の解除をすることができる。

- (1) 債務の一部の履行が不能であるとき。
- (2) 債務者がその債務の一部の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき⁹⁸。

これらの修正は、一部不能・履行拒絶の場合に契約の全部を解除できるという規律と、一部不能・履行拒絶の場合に契約の一部を解除できるという規律とが従前の案では不分明であったとの指摘を踏まえたものである⁹⁹。

これらの提案に対しては、第 96 回会議において、「要綱仮案の第二次案」に比べて分かりやすいものとなったと一定の評価があったものの、表現の仕方についてなお工夫の余地がある旨が指摘されたのであった¹⁰⁰。

⁹⁷ 部会資料 83-1・13 頁。

⁹⁸ 部会資料 83-1・13 頁。

⁹⁹ 「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（案） 補充説明」（部会資料 83-2）10 頁。なお、前掲注（92）も参照。

¹⁰⁰ 第 96 回会議議事録 16-17 頁〔潮見幹事〕（「むしろ一部履行不能、一部履行拒絶の場合に、契約の一部が解除できるのか、更に契約全体の解除が可能なのはどのような場合かという形で、両者をくっ付けて整理する方が分かりやすいのではないか」）、同 17-18 頁〔沖

4. 6. 「要綱案」における提案

これまでに見てきたような審議を経て、平成26年8月26日には、「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」が決定された。そこでは、（履行期前の）履行拒絶に関する規律については、「要綱仮案（案）」のものが維持されていた¹⁰¹。

その後、平成27年2月10日には、「民法（債権関係）改正に関する要綱案」が決定され、ここに、法制審議会における民法改正論議は区切りを迎えることとなったのである。そこでも、（履行期前の）履行拒絶に関する規律については「要綱仮案（案）」、「要綱仮案」における規律の内容がほぼそのまま維持されていたが、表現に若干の修正が加えられていた¹⁰²。すなわち、（履行期前の）履行拒絶に基づく填補賠償請求に関しては、第11の2「債務の履行に代わる損害賠償の要件」の箇所に次のような規律が用意された。

債務の履行に代わる損害賠償の要件について、次のような規律を設けるものとする。

1の規定により損害賠償の請求をすることができる場合において、債権者は、次に掲げるときは、債務の履行に代わる損害賠償の請求をすることができる。

- (1) 債務の履行が不能であるとき。
- (2) 債務者がその債務の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。
- (3) 債務が契約によって生じたものである場合において、その契約が解除され、又は債務の不履行による契約の解除権が発生したとき¹⁰³。

（履行期前の）履行拒絶に基づく契約の解除については、まず、第12の2「無催告解除の要件①（民法第542条・第543条関係）」に次のような規律が設けられた。

民法第542条及び第543条の規律を次のように改めるものとする。

次に掲げる場合には、債権者は、1の催告をすることなく、直ちに契約の解除をすることができる。

野幹事]（「今回の整理によりますと、13頁の3の解除が一部の不履行に対して一部解除という形になっておりますけれども、そうしますと、なぜ履行不能と履行拒絶だけなのかという疑問を生じさせるように思います。典型的な場合ということだと思いますけれども、催告解除でも一部解除・全部解除は問題となり得ますし、また、頭の中で考えますと、定期行為性などについても、団扇の売買の場合にそのうちの一部は中元用であるとか、そういうふなことも考えられます。そうしますと、このような形の整理の方がよろしいのか、それともむしろ逆の形にしまして、債務の不履行がある部分と解除の対象とが一致しない場合を書き出すというやりかたもあるかと思えます」）。

¹⁰¹ （履行期前の）履行拒絶に基づく填補賠償請求については「要綱仮案」第11の2(2)を、契約の解除については第12の2(2)および3(2)を参照。

¹⁰² 以下に紹介する変更は、厳密には「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の原案（その1）」（部会資料84-1）の段階で加えられたものであるが、その後の会議において特段の議論がなかったため、ここでは「要綱仮案」から「要綱案」への変更として紹介することとする。

¹⁰³ 「要綱案」12頁。なお、「要綱仮案」からの変更点については傍点を付した。

- (1) 債務の全部の履行が不能であるとき。
- (2) 債務者がその債務の全部の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき。
- (3) 債務の一部の履行が不能である場合又は債務者がその債務の一部の履行を拒絶する意思を明確に表示した場合において、残存する部分のみでは契約をした目的を達することができないとき。
- (4) 契約の性質又は当事者の意思表示により、特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができない場合において、債務者が履行をしないでその時期を経過したとき。
- (5) (1) から (4) までに掲げる場合のほか、債務者がその債務の履行をせず、債権者が1の催告をしても契約をした目的を達するのに足りる履行がされる見込みがないことが明らかであるとき¹⁰⁴。

また、3「無催告解除の要件②（民法第542条・第543条関係）」に次のような規律が設けられた。

無催告解除の要件について、次のような規律を設けるものとする。

次に掲げる場合には、債権者は、1の催告をすることなく、直ちに契約の一部の解除をすることができる。

- (1) 債務の一部の履行が不能であるとき。
- (2) 債務者がその債務の一部の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき¹⁰⁵。

「要綱案」において設けられた上記の諸規律が条文化されて、改正民法415条2項および542条となったのである。

5. 検討

5. 1. 序

以上、本稿では、履行期前拒絶の場面を念頭に置いてではあるが、改正民法415条2項2号ならびに542条1項2号および2項2号（以下、これらの条項を指して、単に改正民法415条および542条などという）について、改正過程においていかなる提案がなされ、いかなる議論がなされてきたのかについて概観してきた。ここでは、以上に見てきたところを踏まえて、履行期前拒絶法理の我が国への導入という観点から、改正民法415条および542条の意義と課題について若干の検討を加えたい。

5. 2. 改正法の意義

改正民法415条および542条の意義を評価するにあたって、まず確認しておくべきことは、それら各条項の適用場面である。本稿冒頭でも指摘したように、これらの各条項は、

¹⁰⁴ 「要綱案」13頁。なお、「要綱仮案」からの変更点については傍点を付した。

¹⁰⁵ 「要綱案」13-14頁。なお、「要綱仮案」からの変更点については傍点を付した。

単に「債務者がその債務の〔全部の〕履行を拒絶する意思を明確に表示」したときと定められており、いったいいつの時点での履行拒絶を念頭に置いたものであるのかが必ずしも判然としないものとなっている。つまり、改正民法 415 条および 542 条が「履行期前」の履行拒絶の場面についても適用されるのかは、少なくともその文言から直ちに読み取ることができないのである。

しかしながら、これまで本稿においてみてきたように、改正民法 415 条および 542 条をめぐる改正論議は、もともとは「履行期前」の履行拒絶に対処することを念頭に置いて出発したのであった。そこから最終的に「履行期前」という修飾語が落ちてしまったのは、改正論議の過程で「履行期後」の履行拒絶に関する規律と統合されてしまったからである。このような改正過程での経緯に鑑みれば、改正民法 415 条及び 542 条が（「履行期後」の履行拒絶と併せて）「履行期前」の履行拒絶の場面をもその適用対象として含めていることは明らかである。

さて、以上を念頭に置いた上で、改正民法 415 条および 542 条の意義についてであるが、履行期前拒絶という現象に対処する明文の規定が設けられたことの意義は大きいといえる。改正前の民法では、履行期前拒絶という現象に対応する明文の条文がなく、また、通説的な見解が債務不履行につきいわゆる三分類説を採用していたこともあって¹⁰⁶、果たして履行期前拒絶が債権者に何らかの救済を付与する根拠となり得るのかについて、疑義があった¹⁰⁷。この点、改正民法 415 条および 542 条が設けられたことによって、履行期前拒絶があった場合に、債権者は契約を解除したり、填補賠償を請求したりすることができることが明文でもって認められたことになる。すなわち、改正民法 415 条および 542 条によって我が国に履行期前拒絶法理が導入され、履行期前拒絶をめぐる従来の問題（履行期前拒絶に対して救済を認めうるか、という問題）は、立法的に解決されたのである。

5. 3. 改正法の課題

(1) 規定の分かりにくさ

我が国に履行期前拒絶法理を導入するという意義を有する改正民法 415 条および 542 条であるが、筆者の見るところ、いくつかの課題も残されているように思われる。

まず、本稿冒頭および前節において述べたように、改正民法 415 条および 542 条の規定ぶりは、必ずしも分かりやすいものではない。すなわち、もともと「履行期前」の履行拒絶に関する規律として用意されたものが、改正過程において「履行期後」の履行拒絶に関する規律と統合されてしまったが故に、「履行期前」の履行拒絶をもその適用対象としていることが見えにくくなってしまったのである。

もちろん、本稿において見てきた改正過程の経緯からすれば、改正民法 415 条および 542 条は、その文言にも関わらず、「履行期前」の履行拒絶をも対象としているものとして解釈することが適当である。また、改正民法 415 条 2 項 1 号および改正民法 542 条 1 項 1 号が履行不能の場合に関する規律であること、履行不能は履行期の前後を問わずに問題となり

¹⁰⁶ 債務不履行の類型論をめぐる議論を概観するものとして、早川眞一郎「債務不履行の類型論」内田貴・大村敦志編『民法の争点』（有斐閣、2007年）180頁を参照。

¹⁰⁷ 我が国における履行期前拒絶法理をめぐる学説の展開については、序論 1. を参照。

得ること、そして履行拒絶に関する規改正民法 415 条 2 項 2 号および 542 条 1 項 2 号がそのすぐ後ろに配置されていることを併せて考えれば、ここでいう履行拒絶も履行期の前後を問わずに問題となり得るものであると解釈することは可能であろう¹⁰⁸¹⁰⁹。

しかしながら、これらはいずれも、そのように解釈することができるというだけであって、規定の文言から自明であるとはいえない。その意味で、改正民法 415 条および 542 条の規定ぶりは、やはり分かりにくい¹¹⁰といわざるを得ないように思うのである。

(2) 形式的な課題

このように、改正民法 415 条および 542 条が、履行期前拒絶に関する規律としては分かりにくいものとなってしまった原因は、筆者の見るところでは、「履行期後」の履行拒絶に関する規律と統合されてしまったためである。それでは、このような統合は、分かりやすさを犠牲にしてまでする必要があったのであろうか。この点について筆者は、以下のような理由から、懐疑的に考えている。

まず、やや形式的な理由として、比較法的な問題を挙げたい。

¹⁰⁸ なお、一部履行拒絶に関しても同様の解釈をすることが可能である。すなわち、一部履行拒絶に基づく全部解除に関する規定である改正民法 542 条 1 項 3 号は、一部履行不能の場合と併せて規定されており、したがって履行期の前後を問わず問題となり得ると解釈することができる。また、一部履行拒絶に基づく一部解除に関する規定である改正民法 542 条 2 項 2 号は、一部履行不能に基づく一部解除に関する改正民法 542 条 2 項 1 号のすぐ後ろに配置されており、したがって履行期の前後を問わずに問題となり得ると解釈することができるのである。

¹⁰⁹ もっとも、定期行為の場合の無催告解除について定めた改正民法 542 条 1 項 4 号のことをも考えると、本文において述べたように、条文の配置から履行期前の解除も可能であると解釈することも難しいかもしれない。というのも、改正民法 542 条 1 項 4 号は、「債務者が履行をしないでその時期を経過したとき」と規定しており、履行期の徒過を前提としているからである。また、同条同項 5 号も「債務者がその債務を履行せず」と規定しており、履行期の到来を前提としているように読める（履行期前であれば債務者はそもそも債務を履行しなくてもよいはずであるから、「その債務を履行せず」という文言は妥当しない）。この条文の存在も、条文の配置から履行期前解除の可能性を読み解くことを難しくしているといえよう。要するに、改正民法 542 条には、履行期の前後を問わず問題となり得る事柄と、履行期到来後に限って問題となり得る事柄とが併せて規定されており、そのことが規律を分かりにくいものとしているのである。

¹¹⁰ 今般の債権法改正の目的の一つには、民法を「国民一般に分かりやすいものとする」（諮問第 88 号）ことが挙げられていた。いかなる法典をもって「国民一般に分かりやすい」と評価すべきかはそれ自体問題である（水津太郎「民法（債権法）改正の方針と民法典の体系」民商法雑誌 153 巻 1 号 8 頁を参照）が、少なくとも、判例や学説といった民法の外に形成された規範群によって、民法を読んだだけではルールが分からないといった「分かりにくさ」が生じていたという認識のもと、今般の債権法改正によってそのような「分かりにくさ」を解消することが企図されていたことは確かである（例えば、山本・前掲注（4）53 頁以下、筒井・村松・前掲注（10）1 頁などを参照）。そうであれば、改正民法 415 条および 542 条について、本文において述べたように、改正過程の議論を参照させたり、条文の配置から履行期前拒絶をも含む規律であると解釈させたりするというのは、書かれざるルールを読み取ることを国民に求めることとなり、その意味で「分かりやすい」民法という理念と相容れないようにも思うのである。

今般の債権法改正にあたっては、各国の民法典（ないしそれに準じるもの）や国際的な取引に関する統一諸ルールないしモデル法などに関する比較法的な見解が活用されている¹¹¹。しかし、そのような比較法的検討を経て完成したはずの改正民法 415 条および 542 条は、比較法的にみて（少なくとも外面的には）やや特異な規定となったように筆者には見受けられる。

例えば、国際動産売買に関する国連条約（CISG¹¹²）やユニドロワ国際商事契約原則（UNIDROIT¹¹³）、あるいはヨーロッパ契約法原則（PECL¹¹⁴）や共通参照枠草案（DCFR¹¹⁵）、共通欧州売買法（CESL¹¹⁶）などの国際的な取引に関する諸ルールにおいては、履行期前拒絶ないし履行期前の契約違反に対処するための規定が、通常の契約違反に関する規律とは別枠で設けられている。

また、各国内法に目を転じてみても、例えば米国法では、統一商事法典（UCC）が履行

¹¹¹ 法制審議会の部会において参照された比較法的資料をまとめたものとして、法務省民事局参事官室（参与室）編『民法（債権関係）改正に関する比較法資料（別冊 NBL146 号）』（商事法務、2014 年）がある。

¹¹² CISG72 条「(1) 当事者の一方は、相手方が重大な契約違反を行うであろうことが契約の履行期前に明白である場合には、契約の解除の意思表示をすることができる。

(2) 時間が許す場合には、契約の解除の意思表示をする意図を有する当事者は、相手方がその履行について適切な保証を提供することを可能とするため、当該相手方に対して合理的な通知を行わなければならない。

(3) (2) の規定は、相手方がその義務を履行しない旨の意思表示をした場合には、適用しない。」

¹¹³ UNIDROIT（2010 年版）7.3.3 条「債務者の履行期前に、その債務者による重大な不履行が起きるであろうことが明瞭であるときは、債権者は契約を解除することができる。」

条文の訳は、私法統一国際協会〔内田貴・曾野裕夫・森下哲朗・大久保紀彦訳〕『UNIDROIT 国際商事契約原則 2010』（商事法務、2013 年）によった。

¹¹⁴ PECL9:304 条「当事者の一方の債務の履行期が到来する前に、その当事者が重大な不履行になるであろうことが明白なときは、相手方は、契約を解消することができる。」

条文の訳は、オーレ・ランドー／ヒュー・ビール編〔潮見佳男・中田邦博・松岡久和監訳〕『ヨーロッパ契約法原則 I・II』（法律文化社、2006 年）によった。

¹¹⁵ DCFR III.-3:504 条「契約上の債務を履行しないことを債務者が明確に示した場合その他契約上の債務が不履行になることが明白な場合であって、かつ、その不履行が重大なものとなるであろう場合には、債権者は、その債務の履行期が到来する前に、契約関係を解消することができる。」

条文の訳は、クリスティアン・フォン・パールほか編〔窪田充見ほか監訳〕『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則——共通参照枠草案（DCFR）』（法律文化社、2013 年）によった。

¹¹⁶ CESL116 条「不履行が生じることを売主が断言しまたはその他の方法によりそのことが明らかな場合において、その不履行が解除を正当化するようなものであるときは、買主は、弁済期が到来する前に契約を解除することができる。」

同 136 条「不履行が生じることを買主が断言しまたはその他の方法によりそのことが明らかな場合において、その不履行が重大なものであるときは、売主は、弁済期が到来する前に契約を解除することができる。」

条文の訳は、内田貴監訳『共通欧州売買法（草案）（別冊 NBL140 号）』（商事法務、2012 年）によった。

期前の契約違反に関する規律を独立して設けている¹¹⁷ほか、独法（BGB）も契約の解除に関する規定の中に独立の項目を立てて履行期前解除に関する規律を置いている¹¹⁸。

このような状況に鑑みれば、履行期前拒絶ないし履行期前の契約違反のために独立の規定ないし項目を設けることが国際的な潮流であるといえる。そして、このような潮流に照らすと、履行期後の履行拒絶に関する規律と履行期前の履行拒絶に関する規律とを統合し、結果的に履行期前拒絶に特化した規定を置かなかつた改正民法は、やや特異の観を呈しているといえよう。

もちろん、上記の国際的な諸ルールや各国法が履行期前の契約違反に通常の契約違反とは別枠で対処しているのは、それらの制定過程や改正過程におけるそれぞれの事情によるところが大きいであろう。また、国際的な潮流に無批判に追従することが正しいというわけでもないであろう。したがって、国際的な潮流に合致しないから改正民法 415 条および 542 条には問題がある、といったような短絡は避けるべきである。

しかし他方で、あえて国際的な潮流にのらず、履行期前拒絶に関する規律としての分かりやすさを採らないというのであれば、相応の理由があってもよいはずである。しかしながら、本稿においてみてきた改正過程の議論からは、この点に関する検討は必ずしも十分ではなく、いつのまにか履行期後の履行拒絶に関する規律と履行期前の履行拒絶に関する規律とが統合されていたとの印象を受けるのである。

もっとも、これが単に形式的な規定ぶりだけの問題にとどまるのであれば、（規律としての分かりにくさという問題は残るものの）それほど深刻な問題ではないともいえる。しかしながら、筆者の見るところ、この統合は、単に形式的な問題にとどまらず、理論的な問題も生じさせている。これは特に、履行拒絶を無催告解除事由とした改正民法 542 条 1 項 2 号¹¹⁹についていえるのであるが、この点については項を改めて敷衍しよう。

（3）理論的な課題

¹¹⁷ UCC（2003 年改正前）§ 2-610 条「一方の当事者が履行期未到来の履行について契約の履行を拒絶し、それにより他方当事者にとっての契約の価値が実質的に損なわれる場合、損害を受けた当事者は、次のいずれの行為をなすこともできる。

- (a) 商業的にみて合理的な期間、履行拒絶をした当事者による履行をまつこと。
- (b) 契約違反に対する救済方法（§ 2-703 または § 2-711）に訴えようとする。これは、履行拒絶をした当事者の履行を待つという通知をし、履行拒絶の撤回を促した場合においても可能である。
- (c) 前二号のいずれの場合においても、自らの履行を停止すること、または履行を停止せず、本編の規定（§ 2-704）によって、相手方の契約違反にもかかわらず物品を契約の目的物として特定する売主の権利、もしくは未完成の物品の財産的価値を維持するための売主の権利を行使すること。」

条文の訳は、澤田壽夫編『解説 国際取引法令集』（三省堂、1994 年）によった。

¹¹⁸ BGB323 条 4 項「解除の要件を満たしていることが明白である場合には、債権者は、給付の履行期到来前であっても解除することができる。」

条文の訳は、吉川・前掲注（4）（『履行請求権と損害軽減義務』）309 頁によった。

¹¹⁹ 以下で論じることがは、一部履行拒絶に基づく全部解除（改正民法 542 条 1 項 3 号）や一部履行拒絶に基づく一部解除（同 2 項 2 号）についても同様に当てはまるため、本文では（全部）履行拒絶に基づく全部解除の場面で代表させる。

すでに繰り返し述べているように、改正民法 542 条 1 項 2 号は、履行期後の履行拒絶と履行期前の履行拒絶を区別することなく無催告解除事由として定めた。しかしながら、そもそも履行期後の履行拒絶と履行期前の履行拒絶とは、その法的性質を異にしているはずである。というのはこうである。

履行期後の履行拒絶が無催告解除事由とされるとき、そこでいう履行拒絶は、それ自体が解除事由としての性質を持つわけではない。例えば、履行遅滞後に債務者が履行を拒絶する意思を明確に表示した場合を考えてみよう。このとき、債権者は、改正民法 542 条 1 項 2 号に基づいて、無催告で契約を解除することができる。これは、履行遅滞に基づいて契約を解除するためには、本来であれば催告が必要である（改正民法 541 条）ところ、債務者による明確な履行拒絶がある場合には、そのような催告をしても債務者が応じる見込みがなく、したがって催告という手続きを踏む意味がないために、そのような手続的要件が緩和されるためである。このとき、債務者が犯している債務不履行はあくまでも履行遅滞という債務不履行であり、履行拒絶は催告という手続的要件を緩和させる事情の一つに過ぎないといえよう。

これに対して、履行期前の履行拒絶については事情がまったく異なる。すなわち、履行期前拒絶に基づいて履行期前に契約を解除するためには、履行期前拒絶それ自体を解除事由として承認する必要があるのである。

換言すれば、履行期後の履行拒絶について問題となるのは、契約を解除するために本来であれば要求される「催告」という手続的要件を不要とするための事情としてそのような履行拒絶を考慮すべきか否かであるのに対して、履行期前の履行拒絶について問題となるのは、履行期前拒絶それ自体を解除事由として承認しうるか否かなのである。つまり、履行期後の履行拒絶と履行期前の履行拒絶とは、その法的性質を異にしており、生じさせる問題も異なる¹²⁰。しかるに、改正民法 542 条 1 項 2 号は、履行期後の履行拒絶に関する規律と履行期前の履行拒絶に関する規律とを統合してしまった。これは、理論的には問題があるといわざるを得ないであろう。

また、以上に関連していえば、改正民法 542 条 1 項 2 号において不要であるとされた「催告」の意味についても、履行期後の履行拒絶に関する規律と履行期前の履行拒絶に関する規律とが統合されてしまったが故に、不透明さが生じてしまっているように思う。というのはこうである。

条文の構造からいって、改正民法 542 条 1 項 2 号において不要とされている「催告」は「前条の催告」、すなわち改正民法 541 条における催告である。そして、改正民法 541 条にいうところの「催告」は「当事者の一方がその債務を履行しない場合において」することができるものであり、履行期が到来していることを前提としているように読める。つまり、改正民法 541 条の「催告」とは債務者が履行期を徒過しても「その債務を履行しない場合」に、債務を履行するように債務者に求めることであると解釈でき、改正民法 542 条 1 項 2 号は、そのような意味での「催告」を不要とする規定であると解釈できるのである。

このような規律は、履行期後の履行拒絶についてはよく当てはまる。すなわち、履行期が到来しているにも関わらず、債務者が債務を履行する意思のないことを明確に表示して

¹²⁰ 前掲注 (74) に対応する本文も参照。

いる場合には、改めて債権者から催告をしたとしても、債務者が催告に応じることは期待できない。そうであるにもかかわらず、債権者が契約を解除するには催告を要するというのでは、債権者に無用の手間をかけさせることになる。したがって、このような場合には、改正民法 541 条にいうところの「催告」を要求することなく債権者に解除を認めるのが適当である¹²¹。

他方で、上記のことは、履行期前拒絶の場面においては必ずしも当てはまらない。というのも、履行期が到来する前に債務者が履行を拒絶する意思を明確にしたとしても、履行期前である以上、債権者は債務を履行するように「催告」することがそもそもできないはずだからである。そうであれば、履行期前拒絶の場合に不要とされる「催告」は、改正民法 541 条にいうところの「催告」とは異なるものであるということになる。それでは、ここで不要とされる「催告」とは一体どのような「催告」であるのかが問われることとなろう。実は、履行期前拒絶に基づく契約解除に際して問題となる「催告」の意味をめぐっては、部会でも相当に議論がなされたはずなのだが¹²²、最終的な改正法はそのような議論を十分に反映できていないように思われる¹²³。

¹²¹ このような規律自体は、判例（大判昭和 3 年 12 月 12 日民集 7 卷 1085 頁）の立場とも整合的である。右判例は、夏ミカンの売買契約において、売主が買主に代金の支払いを求めた事案であった。買主は、売主からの請求に対して次のように応じていた。すなわち、売主が提供した夏ミカンは、その大半が契約で定めた品質に適合しないものであった。そこで買主は、契約に適合する夏ミカンの履行を求めたが、売主がこれに応じる意思がないことを表明したため、買主から本件契約を解除した。したがって買主は代金支払義務を負わない、と。問題は、債務者が債務を履行する意思がないことを表明している場合に、なお債権者は契約を解除するために相当期間を定めた催告をする必要があるかである。この点について大審院は、債務者に履行をする意思がないことが明らかであるときであっても、債権者が契約を解除するためには原則として催告が必要であるとしつつも、次のように論じて、買主による契約の解除を有効であるとした。すなわち、「商人間ノ売買ニ於テ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ノ本旨ニ従ヒルモノト為シ此ノ催告ニ応ス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ヘク更ニ相当期間ヲ定メテ履行ノ催告ヲ為スカ如キハ其ノ必要ナキモノト解スルヲ相当トス」。といういのも、このような場合にまで債権者に催告を求めるのは、「畢竟無用ノ形式ヲ強ユルニ過キス殊ニ取引ノ敏活ヲ尚フ商人間ノ売買ナル場合ニ於テハ更ニ其ノ爾ルヲ知ルニ余リア」るためである、と。

¹²² 例えば、「中間試案のたたき台 (2)」において提案された履行期前拒絶に基づく契約解除に関する規律と、それに対する第 65 回会議における中井委員の発言（前掲注 (70)）を参照。

¹²³ あるいは、改正民法 542 条 1 項 2 号において不要とされる「催告」とは、債務者の履行拒絶意思を確認する意味での「催告」であると解することもできるかもしれない。実際に、債権法改正過程では、そのような意味での「催告」の要否についても議論が交わされていた（第 1 分科会の第 2 回会議における議論（本章 3. 4.）を参照。もっとも、そこでは、履行拒絶意思を厳格に認定するのであれば、そのような「催告」は不要であるとの見解も主張されていた）。しかし、仮に改正民法 542 条 1 項 2 号において不要とされた「催告」がそのような意味における催告であるとするならば、それは改正民法 541 条の「催告」とは意味が異なるのであるから、改正民法 542 条 1 項の「前条の催告をすることなく」という規定ぶりはミスリーディングであるといえよう。

いずれにしても、履行期後の履行拒絶に際して不要とされる「催告」と履行期前の履行拒絶に際して不要とされる「催告」が異質のものであるとすれば、それらを一つの条文の中に統合してしまったのは、やはり理論的には問題であるといわざるを得ないであろう。

(4) 実質的な課題

ここまで、改正 415 条および 542 条について、特に履行期の前後を問わずに規律の対象とした点を捉えて、形式的な課題と理論的な課題を指摘してきた。最後に、改正 415 条および 542 条が抱えている実質的な課題についても触れておこう。それは、我が国において履行期前拒絶法理を導入することの意義に関わる問題である。

本稿冒頭において言及したように、我が国においては、履行期前拒絶が正面から問題となった事案は、必ずしも多くない。また、改正民法 415 条および 542 条の改正過程での議論において、その必要性を疑問視する意見が（特に実務家の委員を中心に）当初から根強く主張されていたことも見過ごせない¹²⁴。

これに対して、履行期前拒絶法理を我が国に導入することに積極的な立場からは、履行不能概念の拡張には限界があるといった指摘や、早期の紛争解決に資するといったメリットが提示されたが、同法理の導入に消極的な立場との間の溝は最後まで埋まりきらなかったという印象を受ける¹²⁵。

要するに、我が国に履行期前拒絶法理を導入することの実質的な課題は、その必要性が認識されにくいという点にあると思われるのである。仮に我が国に履行期前拒絶法理を導入した場合、それはどのような場面で用いられるのか。それらの場面は、従来はどのような枠組みで処理されてきたのか。従来の処理ではどのような問題があったのか。また、履行期前拒絶法理を導入することによって、従来の枠組みはどのような変容を受けることになるのか。履行期前拒絶法理を含む改正民法 415 条および 542 条の改正過程では、こういった点についての議論が足りておらず、上記の課題はなお残されたままであるといえよう。

6. 小括

本章では、履行期前拒絶法理という小さな窓を通じてではあるが、改正民法 415 条および 542 条の改正過程における議論を振り返り、その意義と課題について検討を加えた。右改正は、履行期前拒絶法理を我が国に導入するものであり、その意味では意義深い改正であったといえる。他方で、改正民法 415 条および 542 条は、履行期前の履行拒絶に関する規律と履行期後の履行拒絶に関する規律を一つの条文に統合してしまったため、結果的に履行期前拒絶に関する規律であることが分かりにくくなってしまった。また、改正過程での議論も、必ずしも十分に反映されたとは言いがたい。

また、本章では、履行期前拒絶に関する規律という観点から見た場合の、改正民法 415 条および 542 条の課題をいくつか挙げた。これらのうち、形式的な課題と理論的な課題は、改正民法 415 条および 542 条の条文構造と密接に結び付いた課題であり、今後の運用・解

¹²⁴ 例えば、第 3 回会議や第 37 回会議における深山委員の発言（前者につき前掲注（17）に対応する本文を、後者につき前掲注（39）に対応する本文を参照）。なお、前掲注（36）、（37）、（40）も参照。

¹²⁵ 前掲注（86）における深山幹事の発言を参照。

積によって対応することが難しいものであるといえる。私見としては、履行期前の事柄に関する規律は独立して設けた方が、分かりやすさという面でも、また理論的な整合性という面でも、無難ではなかったかと思う¹²⁶。

他方で、実質的な課題、すなわち、履行期前拒絶法理としてのこれらの規定が、いかなる場面で用いられるようになるのか。従来はそれらの場面はどういった枠組みで対処されてきたのか。これらの規定が用いられることによって、従来の枠組みにはどのような変化が生じるのか、といった諸点については、改正過程の議論においても取り上げられはしたものの、議論は十分に深まらなかったような印象を受ける。したがって、この点についての検討は、なお残された課題であるといえるであろう。

¹²⁶ もっとも、その場合に、履行期前の「履行拒絶」に注目して規律を設けるか、それとも、「履行期前の」履行拒絶であることに注目して規律を設けるかは、なお検討を要する事柄である（第1分科会第2回会議における山本幹事の問題提起（本稿3.4.）を参照）。比較法的には、後者の立場から規律を設けるものが多いようである（前掲注（112）、（113）、（114）、（115）、（116）、（118）を参照）が、米国のUCCのように、「履行拒絶」に焦点を当てるものもある（前掲注（117）参照）。

第二章 英国における履行期前拒絶法理導入の経緯

1. はじめに

1. 1. 本章以下の内容の概観

本章以下では、英国における履行期前拒絶法理の導入課程と展開過程を追い、その姿を描き出すこととしたい。英国では、いかなる法状況が履行期前拒絶法理の導入を促したのか。履行期前拒絶法理がいかなる場面において活用されているのか。履行期前拒絶法理を導入したことによっていかなる問題を生じたのか。それに対して、英国法はいかに対処してきたのか。こういった事柄について概観するのが、本章以下の目的となる。

ここで、あらかじめ本章以下で検討する内容について概観しておこう。まず次款では、英国における履行期前拒絶法理について、英国の一般的な体系書やテキスト等に基づいて概説する。これは、本章以下で検討する事柄についての前提的な知識を共有するための作業である。続く本章第二節以下では、英国法に履行期前拒絶法理を導入したとされる *Hochster* 事件判決に焦点を当て、いかなる経緯で英国に履行期前拒絶法理が導入されることとなったのかについて検討する。この作業を通じて、当時の英国のいかなる法状況が履行期前拒絶法理の導入を促したのかを検討するとともに、我が国において履行期前拒絶法理の欠缺を埋めている可能性のある諸法理を明らかにしたい。その上で、第三章では、*Hochster* 事件以降の履行期前拒絶法理の展開過程について概観する。具体的には、*Hochster* 事件によって英国に導入された履行期前拒絶法理が、その後いわゆる「選択理論」というものを生じさせた経緯と、それによって日英法比較が妨げられてきた経緯について分析を加える。その上で、英国において「選択理論」が導入されたことから派生的に生じた問題について検討を加え、我が国への示唆を導くこととしたい。

もちろん、英国の履行期前拒絶法理の展開をみるのに、「選択理論」意外の視座がないわけではない。しかし、後にみるように、「選択理論」が英国履行期前拒絶法理論の顕著な特徴をなしているのも、また事実である。そこで本稿では、「選択理論」という観点から——それがごく小さな窓に過ぎないことに留意しつつ——英国履行期前拒絶法理論について検討を加えることとする次第である。

1. 2. 英国における履行期前拒絶法理の概観

(1) 履行期前の契約違反 *anticipatory breach* の一類型としての履行期前拒絶

英国では、履行期前拒絶は、履行期前の契約違反 *anticipatory breach* として救済の対象となるとされている。履行期前の契約違反とは、履行期が到来する前に一方の当事者が契約を拒絶するか、あるいは自ら履行を不能とすることによって生じる契約違反である¹²⁷。

このような定義からも分かるように、英国の履行期前契約違反は、履行期前の履行不能と履行期前の履行拒絶の二つから構成されている¹²⁸。その意味で、英国における履行期前拒絶法理は、実は履行期前契約違反法理 *the doctrine of anticipatory breach* の一部なのである。

このような枠組みを明らかにした判例として、*Universal Cargo Carriers Corp v. Citati*¹²⁹が

¹²⁷ E. Peel, *Treitel: The Law of Contract* (Sweet & Maxwell, 14th ed., 2015), at 17-074.

¹²⁸ N. Andrews, M. Clarke, A. Tettenborn, G. Virgo ed., *Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies* (Sweet & Maxwell, 2nd ed., 2017), at 7-001.

¹²⁹ *Universal Cargo Carriers Corp v. Citati* [1957] 2 QB 401.

ある。事案は次のようなものであった。ブエノスアイレスで商売を営む被告は、バスラからブエノスアイレスまでくず鉄を輸入するために、船舶所有者である原告との間で航海傭船契約 *voyage charterparty* を締結した。この契約では、船が目的地に着いてから一定の期間内に荷積みすることとされていた。しかしながら、被告は、荷送人を指定することができず、そのために約定の期日の三日前になっても荷積みがなされなかった。そこで原告は、この荷積み期間が満了する前に、本件傭船契約を解除し、船を第三者に傭船してしまった。そのうえで、原告から被告に対して契約違反に基づく損害賠償請求の訴訟が提起された。これに対して被告は、原告による本件傭船契約の解除は不当であるとして、原告に対して損害賠償を求める反訴を提起した。なお、本件では被告は、一貫して荷積みに向けた努力をしていたのであるが、それが功を奏さなかったという事情がある。

本件で争われたのは、原告による本件傭船契約の解除が正当なものであったか否かである。この点に関連して Devlin 判事は、*Heyman v. Darwines Ltd.* 事件¹³⁰における Porter 判事の判旨を引きつつ、契約の解除を正当化する契約違反の類型について次のように整理した。すなわち、①一方当事者が自らの契約上の義務を拒絶する場合、②自身の行為によって履行不能となること、③全部または一部の履行をしないこと、の三つであると。そして、③は一般的な実際の契約違反 *actual breach* であり、①②は履行期前の契約違反についてのものであるとの理解を示したのである¹³¹。

このように、英国では、履行期前拒絶は、履行期前の履行不能と併せて履行期前の契約違反を構成するものとされているのである¹³²が、以下では差し当たり、本稿の主たる検討対象であるところの履行期前拒絶に焦点を当て、その要件と効果を概観しておこう。

(2) 要件

履行期前拒絶が履行期前の契約違反となるためには、それが「明白 *clear*」かつ「無条件 *absolute*」に履行を拒絶する意思を示すものでなければならないとされる。もっとも、履行期前拒絶は明示のものでなくともよく、履行する意思のないことを示す振舞いも履行期前拒絶に該当する¹³³。

ここでも、先の *Universal Cargo Carriers Corp* 事件において Devlin 判事が判示したところをみておこう。Devlin 判事はいう。

履行拒絶は、それが明白であることを条件として、言葉によっても振舞いによっても

¹³⁰ *Heyman v. Darwines Ltd.* [1942] AC 356.

¹³¹ *Universal Cargo Carriers Corp v. Citati* (n 129), at 436. See J. Beatson et al., *Anson's Law of Contract* (Oxford University Press, 30th ed., 2016), at 540.

¹³² 参考までに、英国における履行期前の契約違反について図にまとめると、次のようになる。

履行期前の契約違反		
履行期前の履行不能	履行期前の履行拒絶	
	明示の履行拒絶	黙示の履行拒絶

¹³³ *Treitel: The Law of Contract* (n 127), at 17-075, *Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies* (n 128), at 7-008, *Anson's Law of Contract* (n 131), at 540.

なされうる。しばしば、履行を拒絶する当事者は、契約に従わない「意思を表明 *evince an intention*」しなければならないとされる。その意思は言葉によっても振舞いによっても表明されうるのだ。その振舞いによって意思が十分に表明されているか否かの試金石は、履行を拒絶している当事者が、彼に契約を履行するつもりがないという結論に合理的な人をして至らしめるような仕方振舞ったか否かである¹³⁴。

(3) 効果

履行期前拒絶がなされると、被拒絶者には二つの選択肢が与えられる¹³⁵。すなわち、被拒絶者は、履行期前拒絶にもかかわらず、契約を維持し、拒絶者に対して履行を求め続けてもよい。この場合、契約は完全に効力を持ったまま維持されるので、被拒絶者は自らの負担する義務も履行しなければならない¹³⁶。また、拒絶者が履行を拒絶し続けたまま履行期を迎えた場合には、通常の契約違反として扱われることになる。これに対して、被拒絶者は、履行期前拒絶を承諾 *accept* して、直ちに契約を解除し、拒絶者の契約違反責任を追及することもできる¹³⁷。このように、被拒絶者に、契約を維持するか、それとも契約を解除して直ちに拒絶者の契約違反責任を追及するか否かの選択権が与えられる点に、履行期前拒絶法理の特徴があるのである。この、いわゆる「選択理論」については、第三章以下において検討を加えることとする。

(4) 次節以下への導入

すでに言及したように、*Hochster* 事件判決が英国契約法史において画期的であった所以は、この判決が、「履行期前拒絶を受けた当事者は履行期の到来を待つことなく直ちに損害賠償を求めて訴訟を提起しうる」こと、すなわち履行期前拒絶の法理を承認したという点にある。それでは、いかなる法状況が *Hochster* 事件判決における履行期前拒絶の法理の生成を促したのか。この点について検討するための前提として、本章では *Hochster* 事件以前の法状況について分析を加える。なお、引用文中 [] で示される部分は、筆者による補足である。

2. 権利者が自らの義務につき履行不能状況を招来した場合

2. 1. 前史

権利者が、履行期が到来する以前の時点において自らの義務につき履行不能状況を招来した場合には、相手方義務者としては履行期の到来を待つまでもなく訴訟を提起しうるの準則——以下では仮に、自招的履行不能の法理と呼ぶ——が、すでに 19 世紀の初頭において成立していた¹³⁸。もっとも、この準則の成立過程は多分に複雑なものであった。

この自招的履行不能の法理は、もともとは条件付き捺印金銭債務証書 *conditional bond* をめぐる判例理論から導かれたものである。そこでは、一方当事者が条件を成就することを

¹³⁴ *Universal Cargo Carriers Corp v. Citati* (n 129), at 436.

¹³⁵ *Treitel: The Law of Contract* (n 127), at 17-078.

¹³⁶ *Ibid.*, at 17-090.

¹³⁷ *Ibid.*, at 17-080.

¹³⁸ M. Lobban, 'Contractual Terms and Their Performance' in W. Cornish et. al., *12 The Oxford History of the Laws of England* at 497.

自ら不可能にした場合に、他方当事者は直ちに——条件付き捺印金銭債務証書に基づく金銭債務 *debt* の履行を求めて——訴訟を提起しうるとされていた。この判例理論が、19 世紀初頭には契約違反に基づく引受け訴訟 *assumpsit* の場面においても妥当するようになり、債権者は、債務者が自ら履行不能状況を招来した場合には、履行期の到来を待つことなく——契約違反に基づく損害賠償を求めて——訴訟を提起しうるとされるに至ったのである¹³⁹。

条件付き捺印金銭債務をめぐる判例理論についてさらにいえば、その起源は 14～15 世紀頃にまで遡ることができるという。そもそもは、例えば、ある者 A が他のある者 B に対して、再譲渡の合意 *covenant to reneff* 付きで封土を譲渡 *enfeoffment* したような場合において、B がこの土地を期限前に第三者にさらに譲渡するとか、この土地に担保権を設定するとか、あるいは結婚する——すなわち寡婦産権 *dower* が発生する可能性を生じさせる——などした場合に、A は不動産の占有を回復 *re-entry* することができるかといった枠組み¹⁴⁰で議論されていた¹⁴¹。ここでは、B による封土の再譲渡が A による権利行使のための条件であるところ、第三者への譲渡等によってその成就が不可能になったと判明した場合には、A としては直ちに不動産の占有を回復しうるとされていたのである¹⁴²。

¹³⁹ *Ibid.*, at 497-498.

¹⁴⁰ なお、1628 年に出版された E. Coke の『英国法積義』の第一巻 (E. Coke, *The First Part of the Institutes of the Laws of England*. 同書は、T. Littleton の『土地法論 *Tenures*』に Coke が詳細な注釈を付したものであり、一般に *Coke upon Littleton* と呼ばれる) には以下のような記述がみられる。すなわち、355 条には次のようにある。「また封の譲渡が、他の者に譲渡することないし他の者を承継する者 *in tale to another* に贈り物をするを条件としている場合などにおいて、封土譲受人が、条件を成就させる前に、第三者に対して封の譲渡をした場合、あるいは永年不動産賃借権 *lease for life* を設定した場合には、封土譲渡人ないしその法定相続人 *heirs* は、その封土に立ち入ることなどができる。なぜならば、封土譲受人は、第三者のために不動産権を設定するなどした限りにおいて、自ら条件を成就することを不可能にしたためである」。これは、当事者の行為に基づく不能の例であるとされる。*Coke upon Littleton*, at 221a. また、357 条には次のようにある。「このような封の譲渡が、同じ条件に基いて独身の男性に対してなされた場合で、その者が条件を成就する前に妻を迎えた場合には封土譲渡人およびその法定相続人は、その封土に立ち入ることができる。なぜならば、封土譲受人が条件に従って不動産権を設定し、その後死亡した場合には、その妻には寡婦産権が分与されるべきこととなり、寡婦産権請求令状によって寡婦産権を回復することが可能となる。したがって封土譲受人が妻を迎えることによって、その保有不動産 *tenements* は、当初条件に基づいて譲渡された時の状態とは異なった状態に置かれたのである。というのも、当初はそのような寡婦産権を持つ妻はおらず、法によって寡婦産権を分与されるべきこともなかったのであるから」。これは、法による不能の例であるとされる。*Coke upon Littleton*, at 221b. Littleton の『土地法論』が出版されたのが 1475 年であるから、少なくとも 15 世紀中頃には、当事者の行為ないし法に基づいて条件の成就が不可能になる場合があること、およびその場合には他方当事者は直ちに自身の権利を行使できると認識されていたことが窺える。

¹⁴¹ See M. Mustill, *Anticipatory Breach of Contract: The Common Law at Work*, in *Butterworth Lectures 1989-90*, at 14-15.

¹⁴² もっとも、B が封を第三者に譲渡したからといって、直ちに A に対する再譲渡——条件の成就——が不可能になるわけではない。B が、期限までに A に対して再譲渡する可能性は未だにあるはずである。同様に、B が結婚したからといって、その妻に寡婦産権が生じることが確定するわけでもない——B の妻が B よりも先に死亡した場合、寡婦産権は生

条件付き捺印金銭債務に関する判例としてたびたび参照されるものに、Main 事件¹⁴³と Vynior 事件¹⁴⁴がある。Main 事件の事案は次のようであった。被告は原告に不動産賃借権を設定していた。この不動産賃貸借契約においては、原告が現在の不動産賃貸借が満期を迎える前にこれを放棄したならば被告はさらに新たな賃借権を原告に設定する旨の合意が付されており、この合意は条件付き捺印金銭債務証書によって担保されていた。然るに被告は、現在の賃貸借が満期を迎える前に——したがって原告が現在の賃借権を放棄するよりも前に——目的物たる土地に第三者の権利を 80 年間の期間で設定した。そこで原告は、条件付き捺印金銭債務証書に基づいて訴訟を提起した。これに対して被告は、原告は賃借権を放棄していないなどとして争った。

裁判所は、第三者のために 80 年間の権利を設定することによって、被告は、原告による賃借権の放棄を受領すること、あるいは合意に従って新たな賃借権を設定することを自ら不可能にしたのであって、そのような場合にはたとえ原告による賃借権の放棄がなされていなくとも被告は合意違反を犯しているとして、原告勝訴の判決を下した。

ここでは、原告による不動産賃借権の放棄が被告による賃借権の再設定のための停止条件であるところ、被告が第三者のために権利を設定した——すなわち合意に従って新たな賃借権を設定することを不可能にした——場合には、原告はその条件を満たすことなく直ちに訴訟を提起しようとされたのである¹⁴⁵。

Vynior 事件の事案は次のようであった。原告と被告は、特定の仲裁人の仲裁判断に従う旨の合意をなした。この合意は、捺印金銭債務証書によって担保されていた。然るに被告がこの仲裁人の権限を否認したため、仲裁人は仲裁判断を下さなかった。そこで原告は、捺印金銭債務証書に基づき訴訟を提起したが、被告は——被告が従うべきとされた——仲裁人の判断は下されていないなどとして争った。

裁判所は、次の理由から原告勝訴の判決を下した。第一に、被告は仲裁人の権限を否認することによって条件に違反している。第二に、被告は自ら捺印金銭債務の条件——この条件は被告の利益のために設けられたものである——が成就されることを不可能にしたのであって、その結果本件における捺印金銭債務は条件の付かないものとなった——したが

じない——。Mustill はこの点に着目し、——法理学的追跡は困難であるとしつつも——17 世紀初頭には、修復可能な不能 *remediable disablement* であっても直ちに条件の喪失 *forfeiture of condition* を招くとの準則が確立していたと評価するのである。Mustill (n 141), at 16. 前掲注 (12) において言及した *Coke upon Littleton* には、次のような記述があり、Mustill の主張を裏付けている。すなわち Coke は、357 条に関連にして、封土譲受人の妻が先に死亡する可能性があるにもかかわらず、封土譲渡人は直ちにその封土に立ち入ることができるという。なぜならば、「一度不能となった者は常に不能である (*Coke upon Littleton*, at 221b.)」からである、と。

¹⁴³ Sir Anthony Main's case (1595) 5 Co. Rep. 20b, 77 ER 80.

¹⁴⁴ Vynior's case (1609) 8 Co. Rep. 81b, 77 ER 597.

¹⁴⁵ より厳密には、本件における捺印金銭債務証書は二重の条件に服していたと分析される。すなわち、①新たな賃借権を設定し損なうことが捺印金銭債務証書に基づく金銭債務発生条件であるが、さらに②新たな賃借権を設定するための条件は、原告による現在の賃借権の放棄である。本件では、被告が合意に従って新たに賃借権を設定することを不可能にしたため、原告は②の条件を成就する必要がないとされたのである。See Mustill (n 141), at 18.

って被告は、金銭債務を履行すべきこととなる——と¹⁴⁶。

このように、一方当事者が捺印金銭債務に付された条件の成就を自ら不可能にした場合に他方当事者は直ちに——すなわち条件を満たすことなく——捺印金銭債務に基づいて金銭債権を行使することが正当化されるとの判例理論が、比較的古くから確立していたのであった。

もっとも、これらの事案において問題となっていたのは、いわゆる契約違反に基づく損害賠償請求ではなく、あくまでも条件付き捺印金銭債務に基づく金銭債権の行使であったという点に注意すべきである。つまりこれらの事案においては、履行期が到来するよりも前に他方当事者が契約違反を犯したか否かという点はそもそも問題とされていなかったのであり、したがって損害賠償が認められるべき義務違反を見出すといった作業や、あるいはいまだ生じていない将来の契約違反に対する現時点での損害賠償請求を可能とする方法論の模索などは、そもそもなされていなかったのである。これらの判例において問題とされていたのは、捺印金銭債務に付された条件に対する違反であったのであり、決して契約義務に対する違反ではなかったのである¹⁴⁷。

ところがその後、次第に、条件に対する違反の問題と契約義務に対する違反の問題とが混同されるようになる。そのことを窺わせる判例として、*Warburton v. Storr* 事件判決¹⁴⁸を挙げることができる¹⁴⁹。事案は次のようであった。原告と被告は、紛争が生じた場合には仲裁人の仲裁判断に従う旨の合意——「C.S.による仲裁判断 award、決定 order、仲裁裁決 arbitrament 及び最終判断 final determination を忠実に遵守 observe し、遂行 perform し、維持 keep する」旨の合意——をなし、この合意を相互に捺印金銭債務証書によって担保した。然るに被告が仲裁人の権限を否認したため、原告は捺印金銭債務証書に基づいて訴訟を提起した。

これに対して被告とその訴訟弁護士である Campbell は、次のように述べて訴答不十分の抗弁をなした。すなわち、「仲裁付託合意 submission を取り消してはならないという黙示的な約束 implied promise が本件合意から生じ、この黙示的約束に対する違反を理由とした引受け訴訟が提起されうるというのは認められねばならないが、原告は、[そのような黙示的約束の違反を理由とした引受け訴訟を提起するのではなく]違約罰 penalty を理由とした金銭債権を問題とすることにしたのである¹⁵⁰」。したがって被告が違約罰を負担すべきか否かが裁判所の判断すべき問題ということになるところ、仮に仲裁付託合意において仲

¹⁴⁶ 本件における捺印金銭債務も、二重の条件にかからしめられていたと分析できる。すなわち、本件の条件は、①仲裁人が仲裁判断を下すこと、および②仲裁人によって下された仲裁判断に被告が従わないことの二つであるところ、原告が②の条件が満たされたと主張して捺印金銭債務に基づく請求をしたのに対して被告は①の条件が成就されていないとして争ったのであるが、裁判所は、仲裁人の権限を否認することによって被告自ら条件の成就を不可能にした場合——より厳密には、①の条件成就を不可能にしたことによって②の条件成就をも不可能にした場合——には、捺印金銭債務に付されていた条件が外れる——したがって原告は、直ちに捺印金銭債務に基づく請求をなしうる——と判断したのである。

¹⁴⁷ See Mustill (n 141), at 19.

¹⁴⁸ *Warburton v. Storr* (1825) 4 B. & C. 103, 107 ER 997.

¹⁴⁹ Mustill (n 141), at 19.

¹⁵⁰ *Warburton v. Storr* (n 148), at 104, 998.

裁判判断を「守り、甘受する stand to and abide」という文言が用いられていた場合には、仲裁付託合意を取り消すことによって条件に違反することになるが、本件合意の文言——「C.S.による仲裁判断、決定、仲裁裁決及び最終判断を忠実に遵守し、遂行し、維持する」——に照らせば、被告は仲裁判断が下されるまでは合意に違反しえない。したがって違約罰に付された条件に違反しえない、と¹⁵¹。

これに対して原告は、Vynior 事件を引きつつ次のように述べた。まず、仲裁付託合意の文言については、「守り、甘受する」という文言と「遵守し、遂行し、維持する」という文言のいずれが用いられたとしても、その意味するところにおいて異なる。また、債務者が自身の行為によって捺印金銭債務証書に付された条件の成就を不可能にした場合には捺印金銭債務証書は無条件のものとなるという論理は、条件付き捺印金銭債務証書が問題となる場面に限られるものではない。ある者が、契約の履行につき自ら自身の力の及ばないものとした場合には、これは法的には契約違反である。したがって本件における契約もまた違反されており、違約罰はその契約違反の法的効果として結びついているのである、と¹⁵²。

Abbott 首席裁判官は、「当事者が将来あることをなすことを約し、その後自らの行為によってそれを履行することが不可能になった場合、そのこと自体が約束に対する違反である。この準則は確立されたものであり、これを支持する先例を引用する必要がないほどである¹⁵³」と述べた上で、「守り、甘受する」という文言と「遵守し、遂行し、維持する」という文言とは同じ意味であるとし、次のように判示した。すなわち、「債務者が自らの行為によって捺印金銭債務の条件が成就することを不可能にしたために、捺印金銭債務は無条件のものとなった」という Vynior 事件判決で示された理論は本件においても妥当するところ、「本件では、被告は仲裁判断を遂行することを違約罰付きで合意しかつ仲裁付託合意を取り消し自らそれをなすことを不可能にすることによって、自身の合意に違反し、それによって自らを違約罰に基づく訴訟に服さしめたのである¹⁵⁴」、と。

上記したところからも明らかなように、Warburton 事件判決は Vynior 事件判決を踏襲したものであり、その意味では新規な内容を含む判例ではない。しかし、原告の主張に注目すると、そこには、条件に対する違反の問題と契約義務に対する違反の問題とが混同され、前者に関する準則が後者にまで拡張されている様子が窺われるであろう。さらに Abbott 首席裁判官に至っては、「当事者が将来あることをなすことを約し、その後自らの行為によってそれを履行することが不可能になった場合、そのこと自体が約束に対する違反である」という準則は「確立されたもの」であるとまで断言しているのである。このような混同ないし拡張は、条件付き捺印金銭債務に関する判例理論を一般化したことによって生じたものであるといえよう。そして、この傾向は Warburton 事件判決後も見受けられるようになり、次第に自招的履行不能の法理として判例上に定着していったのであった。以下では、この自招的履行不能の法理が妥当するとされた事案類型について確認しておこう。

¹⁵¹ Ibid.. at 104, 998.

¹⁵² Ibid.. at 105-106, 998.

¹⁵³ Ibid., at 106, 998-999.

¹⁵⁴ Ibid.. at 107, 999.

2. 2. 婚約破棄事例

自招的履行不能の法理が当てはまるとされた事案類型のひとつが、婚約に関するものである。もともと、婚約に一方当事者が違反した場合に他方当事者が損害賠償を請求するということが、確立した準則であった¹⁵⁵。それでは、合意された挙式日の前に、一方当事者が第三者と結婚してしまった場合の取扱いはどのようになるのであろうか。

この点に関連して、王座裁判所は、1698年の判決¹⁵⁶において、婚約をした一方当事者が第三者と結婚した場合、この一方当事者はもはや履行不能であり、したがって合意の現実的違反を犯していると判示していた¹⁵⁷。この、第三者との結婚によって婚約の履行が不可能になるとの理論が、19世紀に入ってから Short v. Stone 事件¹⁵⁸と Caines v. Smith¹⁵⁹事件を通じてさらに展開された¹⁶⁰。

Short 事件の事案は、次のようであった。被告は原告との間で、原告からの要請があり次第、合理的な期間内に原告と結婚する旨合意した。然るに被告は、原告が婚姻の要請をする前に第三者と結婚してしまった。そこで原告は、損害賠償を求めて訴訟を提起した。これに対して被告は、原告から結婚の要請がなかったとして争った。Denman 首席裁判官は次のように判示した。「我々は本件を、この契約を締結した際の当事者の気持ちや意思 feelings and intention といった観点から考える必要がある。そしてその意思とは明らかに、それぞれの当事者がその当時あった状況において結婚することである。もしどちらかの当事者がその状況の外に自らを置いた場合には、その当事者は契約を不要なものとした dispense with とみなされるべきであり、したがって他方当事者は結婚の要請をすることなく訴えを提起しうる¹⁶¹」。また、Patterson 裁判官は次のように判示した。「我々は意思について考えるべきである。そして一方当事者が、要請が適正になされうる状況の外に自らを置く場合、その当事者は要請を不要なものとしているのである。本件では、被告が第三者と結婚してしまったと主張されているが、その第三者が訴訟開始時に生存していたことを立証する必要はない。被告が結婚した時点で直ちに契約違反が生じたのである¹⁶²」。Coleridge 裁判官は、次のように判示した。「もし被告が、自らそのような〔結婚の〕要請が満たされることを不可能にする場合、第一に、被告は要請を不要なものとしているので

¹⁵⁵ 「コモン・ローは、伝統的に婚約を婚姻と同様、契約とみた。婚約には、その約束を破った男性は、婚約違反を理由として、彼の婚約者であった女性から訴えられることがあるという法的効果が伴っていた」(フィリップ S. ジェームズ (矢頭敏也監訳)『イギリス法(下)私法』(三省堂、1985年)301頁)。もっとも、1970年法改正(雑規定)法 Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970 によって、婚約違反を理由として損害賠償を請求することは禁止された。同法1条によれば、「二人の間の婚姻の合意は、イングランド及びウェールズの法の下では法的権利を生じさせる契約としての効力を持たないものとし、そのような合意の違反を理由とする訴訟は、この合意に適用される法がなんであろうとも、イングランド及びウェールズの法においては提起することができないものとする」とされている。

¹⁵⁶ Harrison v. Cage (1698) 1 Lord Raym 386, 91 ER 1156.

¹⁵⁷ P. Mitchell, 'Hochster v. De La Tour (1853)' in C. Mitchell and P. Mitchell ed., *Landmark Cases in the Law of Contract* 135, at 136.

¹⁵⁸ Short v. Stone (1846) 8 Q. B. 358, 115 ER 911.

¹⁵⁹ Caines v. Smith (1847) 15 M. & W. 188, 153 ER 816.

¹⁶⁰ Mitchell (n 157), at 136.

¹⁶¹ Short v. Stone (n 158), at 369, 915.

¹⁶² Ibid., at 369-370, 915.

ある。というのも、その要請を効果的になすことが不可能になったからである。そして第二に、被告は自らの契約を破ったのである。というのも、被告はもはや契約を履行することができないためである。契約が一度破られた以上、被告が結婚した相手がどの程度生存するかということは問題とならない。そして、契約の履行に向けた要請〔があったことの〕主張は重要ではない¹⁶³」。

Caines 事件の事案は次のようであった。被告は原告と結婚する旨の約束をしていたが、第三者と結婚してしまった。そこで原告が、損害賠償を求めて訴訟を提起した。これに対して被告は、原告から結婚するようとの要請を受けておらず、また被告の現在の妻が死亡し、被告が再び原告との約束を果たす事が出来るかもしれないにも関わらず、原告は被告の妻が現在生存していることを請求原因において主張していないなどと争った。Pollock 首席裁判官は次のように判示した。「特定の物を相手方に給付する契約を締結したある者が、その物を破壊することによって給付することを自身の力の及ばないものとした場合、その者にその物を供給するように求めることは必要ではありえない¹⁶⁴」。Alderson 裁判官は次のように判示した。「なぜ〔被告の〕妻が合理的な期間が経過する前かあるいはその夫〔すなわち被告〕の生存中に死亡するであろうと推定 presume しなければならないというのか。むしろ、物事は現状のまま継続すると推定すべきである。そしてその継続中は、被告には契約を履行することが不可能であるということが明らかである¹⁶⁵」。

一見したところからも明らかのように、両事件は非常に類似したものである。すなわち、どちらの事案においても、被告は、原告からの「要請」があれば、その後合理的な期間内に原告と結婚することを合意していた。然るに被告が第三者と結婚したため、原告は損害賠償を求めて訴訟を提起したところ、どちらの事案においても原告は被告に対して「要請」をしてはいなかったというのである。

この「要請」の欠如によって、次の2つの法的問題が提起されることになった。第一に、原告からの要請は被告の責任が生じるについての停止条件 condition precedent ではないのか、という問題。第二に、要請が未だなされていないのであるから、その要請がなされた時点で契約違反が生じたであろうと想定することはできないのではないのか、すなわち例えば、要請のなされる時点では、被告の現在の配偶者が死亡し、被告が再び結婚することができるようになっていないのではないのか、という問題である¹⁶⁶。

上記引用判旨からも明らかであるが、この二つの問題は、両事件においてともに否定された。まず Short 事件判決についてみれば、右二つの問題に対する解答は、当事者の意思に求められるという。Denman 首席裁判官によれば、当事者の意思とは、「それぞれの当事者がその当時あった状況において結婚することである」。この見解によれば、被告が再び結婚することができるようになるかもしれないということは、重要ではない。第三者と結婚することによって、被告は独身でいるという約束に違反したのである。そして被告は、この違反を犯すことによって「契約を不要なものとしたと考えられるべきであり、したが

¹⁶³ Ibid., at 370, 915.

¹⁶⁴ Caines v. Smith (n 159), at 190, 817.

¹⁶⁵ Ibid., at 190, 817.

¹⁶⁶ Mitchell (n 157), at 136.

って他方当事者は結婚の要請をすることなく訴えを提起しうる」のである¹⁶⁷。

他方で、*Caines* 事件判決に目を転じると、原告は無意味な結婚の要請をすることなく訴訟を提起しうるという結論については *Short* 事件判決と同様であるが、しかし契約違反の性質をめぐる分析では *Short* 事件判決とニュアンスを異にしていることが窺われる。*Alderson* 裁判官の判示によれば、*Caines* 事件における契約違反の存在は、現状——被告の配偶者が生存していること——が継続すると推定される点に求められる。そうであるとすると、被告の配偶者が死亡したことが証明される場合にはこのような推定が働かないこととなり、したがって契約違反も認定されないこととなろう。これに対して、*Short* 事件における契約違反は、被告と第三者との婚姻関係が継続するという点にではなく、被告が契約の締結後に自身の地位に変動をきたさしめたという点に求められているのである¹⁶⁸。

Short 事件判決と *Caines* 事件判決との間のこのような相違の背景には、被告の契約義務違反の性質をいかに捉えるかという点に関する見解の相違がある。すなわち、被告は現在の義務に違反しているのか、それとも未だ履行期の到来していない将来の義務に先取りして違反しているのか、という相違である¹⁶⁹。この点を敷衍すると、*Short* 事件における契約違反は、*Denman* 首席裁判官の分析によれば、互いに挙式の日まで独身でい続けるという現在の義務に対する現在の違反である。したがって、被告が第三者と結婚してしまった場合、その時点で義務違反が実際に生じていることとなる。他方で、*Caines* 事件における契約違反は、被告が第三者と結婚してしまったことによって作出された現状が将来にわたって存続し、そのことによって原告との婚姻の合意が履行されないままになるであろうという点に求められている。ここで問題とされているのは、原告からの要求があればそれに応じて結婚するという、将来の義務に対する違反なのである。このような、被告の違反した義務の性質に対する理解の相違が、両事件の判示内容におけるニュアンスの差となって表れているのである。

このように、婚約破棄事例においては、自招的履行不能の法理が妥当していたと評価することができる一方で、義務者がいかなる義務について違反を犯したのか——いかなる義務の履行を不可能にしたのか——という、この準則の基盤となる部分については必ずしも明確にはされていなかったのである。そしてこの、将来の義務に対する違反かそれとも現在の義務に対する違反かという問題は、自招的履行不能の法理が問題となったその他の事案においても伏流し続けたのである。

2. 3. その他の事案類型

条件をめぐる判例理論から派生し、婚約破棄事例において妥当するものとされていた自招的履行不能の法理は、その他の事案類型においても同じく妥当するものとされていた。

¹⁶⁷ *Mitchell* によれば、*Denman* 首席裁判官の判旨第二点の分析の真意は、当事者の意思に効力を与えるという点にではなく、むしろ原告を無意味な履行から解放するという点に見出される。このような、無駄で無意味な履行を避けるという配慮は、後の *Hochster* 事件を含む他の事件においても見出されるところであるという。 *Ibid.*, at 137.

¹⁶⁸ *Ibid.*, at 137.

¹⁶⁹ *Ibid.*, at 138.

すなわち、干草の売買契約をめぐる *Bowdell v. Persons* 事件¹⁷⁰、捺印金銭債務証書の譲渡をめぐる *Amory v. Brodrick* 事件¹⁷¹、不動産の賃貸借契約をめぐる *Ford v. Tiley* 事件¹⁷²、不動産に関する権益の譲渡をめぐる *Lovelock v. Franklin* 事件¹⁷³などにおいて、自招的履行不能の法理が妥当するものとされていたのである。もっとも、これらの事案においても準則の基盤となる部分に関しては曖昧な部分が残されたままであった。以下、各事案の内容につき確認しておこう。

まず、*Bowdell* 事件である。事案の概要は次のようであった。原告と被告は、原告を買主、被告を売主とする干草の売買契約を締結した。この契約によれば、被告は、原告が要求したらならば、その要求に従って干草を提供することとされていた。然るに被告は、この干草を——一部は原告に引き渡したものの、残りの部分を——第三者へと売却してしまった。そこで原告は、被告の契約違反を理由とする損害賠償を求めて訴訟を提起した。本件では、原告が訴えを起こすためには原告が被告に対して履行を請求したことが主張されるべきか否かが争われた。*Ellenborough* 首席裁判官は、原告が訴訟を提起するにあたって被告に対して履行の請求をしたことを要するか否かという点について次のように述べて、原告の主張を支持した。すなわち、「……被告は、第三者に残りの干草を売却し処分したことによって、自ら残りの干草を原告に提供することについて不適格となった *disqualified* ののである。したがって、履行の請求は必要なかった¹⁷⁴」と。

本件契約では、原告は被告に履行の請求をなすべきこととされていたのであって、その意味で原告の請求は被告の契約義務発生のための停止条件であったといえる。そのため、被告の契約義務違反責任を追及するためには原告が被告に対して履行の請求をなしたことが必要か否かが争われたのである。裁判所の判断は上に引用したとおりである。被告の行為によって、原告が条件から解放されうるという点では、本件は条件をめぐる従来の判例理論を踏襲したものとといえる。他方で、本件においては、捺印金銭債務の履行請求ではなく契約義務違反責任の追及の可否が問題となっていたという点で、従来の条件をめぐる判例理論を超えるものであった¹⁷⁵。本件によって、原告は、被告の行為を理由として、条件を成就することなく被告の契約違反責任を追及しうることが確認されたといえよう。

次に、*Amory* 事件の概要は次のようであった。被告は、原告に、自身が第三者に対して有する金銭債権を譲渡し、原告との間で次のような合意をなした。すなわち、被告は、当該金銭債権の元金および利息を受けず、受け取らず、受領せず、また証書ないし証書によって生じ、あるいはその行使によって生じる権能あるいは権限を売却し、あるいは無効なものとしてはならないこと、および原告が被告に要請した場合には、原告が当該金銭債権を行使することを認め、是認し、承認 *avow, ratify, and confirm* しなければならない、と。然るに、後に原告が当該金銭債権を行使する際に、被告は上記合意があるにも関わらずその行使を認めず、かえって当該第三者に免責を与えてしまった。そこで原告は、自身の被った損害の賠償を求めて訴訟を提起した。これに対して被告は、原告からの要請がなかつ

¹⁷⁰ *Bowdell v. Parsons* (1808) 10 East 358, 103 ER 811.

¹⁷¹ *Amory v. Brodrick* (1822) 5 B. & Ald. 712, 106 ER 1351.

¹⁷² *Ford v. Tiley* (1827) 6 B. & C. 325, 108 ER 472.

¹⁷³ *Lovelock v. Franklyn*, (1846) 8 Q. B. 371, 115 ER 916.

¹⁷⁴ *Bowdell v. Parsons* (n 170), at 361, 812.

¹⁷⁵ *Mustill* (n 141), at 20.

たなどと主張して争った。Abbott 首席裁判官は、次のように述べた。「一方当事者が要請をしたことを主張すべきなのは、そのような要請の対象が、他方当事者に何事かをなすことを義務付ける場合においてのみである。本件において被告は、R. [Joshua Rowe. 被告が原告に譲渡した金銭債権の債務者] の義務を免除することによって、自ら [原告が R. に対して提起しうる] いかなる訴訟をも支持することができなくなったのである。これは契約違反の実質的な部分であり、したがって要請は全く必要ないのである¹⁷⁶」と。Bayley 裁判官は、次のように述べた。「.....本件において原告が要請をなしたことを主張する必要がないことは明らかである。これは、被告が [R. の] 義務を免除することによって、本件金銭債権に基づくいかなる訴訟を提起することをも自ら全く不可能にしてしまったという限りにおいてそうである¹⁷⁷」と。Holroyd 裁判官は、次のように述べた。「ある当事者が、あることをしないとの契約を締結した場合、契約違反は、その当事者がそのことをなしたことを示すことによって十分に摘示される。本件において摘示された契約違反の効果は、被告が特定の行為をなし、これによって [原告が本件金銭債権を行使することを] 認める云々といったことを自ら全く不可能にしてしまったということである。したがって原告が要請をなしたことを主張する必要は全くなかったのである¹⁷⁸」と。

本件においても、原告から「要請」がなされたことが被告の義務が発生するための条件なのではないか、したがって原告からの「要請」がない以上は被告の義務違反もありえないのではないかという点が争点となっていた。この点について王座裁判所は、被告が第三者の義務を免除することによって、原告が本件金銭債権を行使することを認容するという義務の履行を自ら不可能にしたと認定し、このような場合には、原告は被告に対して本件金銭債権の行使を認容するよにとの「要請」をなすことなく被告の契約義務違反責任を追及しうると判示したのであった。

もつとも、本件および先にみた Bowdell 事件に関しては、被告が犯したのがいかなる契約違反であったのかについて注意を要する。というのも、これら両事件において問題となったのは履行期が未だ到来していない被告の義務に対する違反の有無であるとも考えられるが、他方で、被告はまさに現実的な義務違反を犯しているとも評価しうる事案であったとの指摘があるためである¹⁷⁹。つまり、これら両事案において認定された被告の義務違反が、現在の義務に対するものなのかそれとも将来の義務に対するものなのかが、必ずしも明確ではないのである。この点は、特に Amory 事件判決における Holroyd 裁判官の判示部分において顕著に表れているように思われる。Holroyd 裁判官は、「ある当事者があることをしないとの契約を締結した場合、契約違反は、その当事者がそのことをなしたことを示すことによって十分に摘示される」と述べているが、ここからは、被告が犯したのは今現在彼が負担している不作為義務に対する違反であるとの認識も窺われるのである。

この、被告が犯したのが現在の義務に対する違反なのかそれとも将来の義務に対する違反なのかという点に関する不明確さは、後の事案¹⁸⁰においても必ずしも明確に意識される

¹⁷⁶ Amory v. Brodrick (n 171), at 714-715, 1352.

¹⁷⁷ Ibid., at 716, 1353.

¹⁷⁸ Ibid., at 716, 1353.

¹⁷⁹ See Mustill (n 141), at 20.

¹⁸⁰ 先にみた婚約破棄事案に関する Short 事件および Caines 事件を参照。

ことはなく、自招的履行不能の法理の理論的基盤をめぐる混迷の度合いをさらに深めてゆくこととなる。

Ford 事件の概要は次のようであった。原告は、被告からある建物を 14 ないし 21 年間の期間で賃借する契約を締結した。この契約では、被告が当該建物を占有するに至ったならば可及的速やかにこれを原告に賃借することとされていた。なお、当該建物は本件契約締結時には第三者に賃借されており、この賃貸借は 1827 年夏に満了する予定であった。また、本件契約には、「どちらかの当事者が契約から逃避するか、あるいは関係当事者が賃借を実行するにあたって妨げとなりうるあらゆることをなした場合には、その当事者は 200 ポンドを放棄するものとする」とも定められていた。然るに被告は、建物の占有を取得するよりも前に、先の第三者に更に 23 年の期間でこれを賃貸してしまった。そこで原告は、①被告は当該建物を占有することを不当にも自ら妨げ、また占有することを拒んだこと、②被告は本件賃貸借の実行を無視し、本件契約から逃避し、賃貸借を実行しなかったこと、③被告が本件契約から逃避し、賃貸借が実行されなかったことの三点を訴訟原因とする訴えを提起した。①②は契約責任の追及を、③は違約罰金 *penalty* の支払いを求める訴訟原因であった。事実審では原告勝訴の評決が下されたが、同時に訴え却下を申し立てる余地を被告に残し、仮決定 *rule nisi* が下された。これを受けて被告は、原告が訴訟を起こしたのは被告が未だ建物の占有を取得しえない時期であり、時期尚早であったとして訴え却下を申し立てた。

Bayley 裁判官は次のように述べて、被告の申し立てを退けた。すなわち、「……我々は、本件訴えは維持されうると考える。というのも、〔第三者に対する〕1825 年 6 月の賃貸借によって、被告は、占有を得る権利を放棄し、1825 年 6 月の賃貸借が続く限りにおいて、自身が譲与すべきとされた賃貸借を譲与することを自らの力の及ばないものとしたからである。第三者が〔もともと被告が建物の占有を得るべきであった〕1827 年の夏よりも前に賃貸借を放棄し、それによって被告が譲与すべきとされた賃貸借を譲与するための条件が満たされるかもしれないというのは、まさしくその通りである。しかし、そのような放棄がなされるということは期待しがたいし、一方当事者が将来において設定すべきとされた不動産権を設定することを、それとは相容れない態様で当該不動産権を譲渡することによって自ら不可能にした場合には、当該一方当事者は契約違反について有責であるとみなされ、そのような日が到来するよりも前であっても訴えられる責任を負うというのが先例である¹⁸¹」と。その一方で、被告が負うべき損害賠償額についてはさらなる審理が必要であるとして、再度の事実審理がなされるべきものとした。

Ford 事件判決をどのように評価するかについては、見解の対立がみられる。Bayley 裁判官の判示内容を読むと、そこでは、これまでにみてきたような自招的履行不能の法理が用いられているようにも見受けられる。すなわち、被告は、第三者に賃借権を設定することによって、原告に対する関係では自ら履行不能となったのであって、そのような場合には、原告は履行期が到来する前であっても直ちに訴訟を提起しうるとの準則が示されているように読めるのである。しかも、Bayley 裁判官の判示によれば、このとき被告が違反しているのは、将来において原告に賃借権を設定すべき義務に対してであると理解されているよ

¹⁸¹ Ford v. Tiley (n 172), at 327, 473.

うに読める。実際に当時の契約法に関する体系書の中には、Ford 事件に対するこのような理解を示すものが少なくなく、また現在でもそのような理解を支持する見解がある¹⁸²。これらの見解によれば、Ford 事件は、履行期が到来する前の義務に対する違反を理由に訴えを提起しうることを認めた、すなわち履行期前の契約違反の法理を認めたものであると評価されることとなる¹⁸³。

他方で、Ford 事件は将来の義務に対する違反を理由として原告を勝訴せしめたのではなく、まさに現在の義務違反を理由に被告の責任を肯定したのであると理解する見解が、現在では有力である。これらの見解が根拠とするのは、先に引用したのとは別の媒体に掲載された Ford 事件の報告である¹⁸⁴。これによると、Ford 事件において原告が陪審員の下した評決を保持しえたのは、原告の主張した訴訟原因のうち3つ目のものが認容されたためであることが分かる¹⁸⁵。3つ目の訴訟原因とは、本件契約中に「どちらかの当事者が契約から逃避するか、あるいは関係当事者が賃借を実行するにあたって妨げとなりうるあらゆることをなした場合には、その当事者は200ポンドを放棄するものとする」という合意があるにもかかわらず被告が契約から逃避したため、原告は被告に200ポンドの支払いを求める、というものであった。つまり、Ford 事件における原告は、被告が将来の義務に違反したために被った損害の賠償を受けたのではなく、当初から契約中に定められていた違約罰金の合意に従って違約罰金の支払いを受けたに過ぎないといえるのである。これは、従前の条件をめぐる判例法理から自然に導かれる帰結であり、Ford 事件は当時すでに確立されていた法理を踏襲したに過ぎない。したがって Ford 事件を履行期前の契約違反法理を承認した判決として評価することは誤りであるというのである¹⁸⁶。

このように、Ford 事件が、将来の義務に対する違反に基づく履行期前の救済を承認したもののなのか、それとも現在の義務に対する違反に基づく金銭債権の支払いを命じたものなのかという点については、なお不明瞭な部分が残されていた。このような曖昧さは、掲載された判例集によって判旨のニュアンスが異なるという事実を鑑みると、当時の裁判官や判例報告者らが、上記の点について必ずしも自覚的ではなかったことに起因するといえよう。いずれにしても、このような判例の曖昧さが、自招的履行不能の法理をめぐる混乱を深める要因の一つであった。このような自招的履行不能の法理をめぐる混乱ぶりを示す例として、Lovelock v. Franklyn 事件がある。事案は次のようであった。原告は、1838年7月13日から7年間の間に被告に対して140ポンドを支払うことによって、被告がある土地および家屋敷に対して有する全権益を買い受けるとの契約を締結した。然るに被告は、上記7年の期間が満了する以前に、第三者にこれらの権益を譲渡してしまった。そこで原告は、

¹⁸² Mitchell (n 157), at 138-139.

¹⁸³ See Mustill (n 141), at 21.

¹⁸⁴ Ford v. Tiley (1827) 5 L. J. (OS) 169.

¹⁸⁵ *Law Journal* に掲載された Ford 事件の報告には、Bayley 裁判官の判示内容として次のような下りが記載されている。「第一の訴訟原因は、被告が、もし適当であると考えたならば〔本件賃貸借契約の目的物たる建物の〕占有を取得しえたであろうことを前提としており、また第二の訴訟原因は、被告が〔本件賃貸借契約の目的物たる建物を〕占有していたことを前提としている。こういった前提は、いずれも正しくない。唯一妥当な訴訟原因は……被告が自身のした合意から逃避したということである (Ford v. Tiley (n 184), at 171)」。

¹⁸⁶ Mustill (n 141), at 21-22.

損害賠償を求めて1840年に訴訟を提起した。これに対して被告は、①原告は、自身が履行を提供したこと、あるいは少なくとも履行を提供する用意があることを主張しなければならないところ、これを主張していない。②被告は履行期までに履行能力を回復するかもしれないが、したがって上記7年の期間が満了する以前の時点において契約違反を犯すことはない、などと主張して争った。

Denman 首席裁判官は次のように述べて、被告の主張を退けた。「原告は被告に対して次のようにいう権利を持つ。すなわち、『あなたは自らを、あなた自身が約束したことを履行できない状況に置いてしまった。あなたは約束したはずである。7年間は〔約束の履行に向けて〕備えろ。そしてその期間の間は、私はいつでもあなたに代金を支払い、〔本件土地および家屋敷にかかる利益を〕譲渡するように求めることができ、またあなたが準備をしていることを期待することができたはずである。然るに、今私があなたに代金を支払ったとしても、あなたは準備ができていないであろう』と。これぞ契約違反である。……一方当事者が、所定の将来の日において売却するとか賃貸するとかいった合意をする場合、その者は、その日までの時間を、契約を履行するための術を得るために自由に用いることができる。しかし本件では、被告は、自分自身が履行すると合意したことを履行することを、自らの力の及ばないものとしてしまった。それはすなわち、被告が〔合意の履行を〕求められうる間はいつでも〔本件土地および家屋敷にかかる利益を〕譲り渡すということである。……ある行為が将来の特定の時点においてなされるべき場合には、それまでの間に履行を妨げうるかもしれない何事かによっては契約は破棄されえない。……被告のために提示された事案の全てにおいて、当事者は履行期が到来する前に自身〔の履行能力を〕を回復させる術を有していた。本件では、被告は、〔合意の履行を〕求められるかもしれないが、かつ〔合意の履行に向けて〕備えているべきであるまさにその時点において、自ら不可能となったのである¹⁸⁷」。

本件における Denman 首席裁判官の判示からは、被告が犯したのは、原告から契約の履行を求められる可能性のある7年間は契約の履行に向けて適切に備えているべき義務に対する現在の違反であるとされていることが分かる。すなわち、本件で被告は、1838年7月13日から7年間の間は、原告からの要求があればこれに応じて本件土地および家屋敷にかかる利益を譲渡すべく備えて続ける義務を負っているところ、第三者にこれらの利益を譲渡することによって、その義務に対する違反を犯したとされているのである。

本件の判示内容で興味深いのは、上記結論を補強するに当たって Denman 首席裁判官が依拠した理論である。Denman 首席裁判官によれば、本件のような事案は、将来の特定の日時が履行期として定められているような場合とは区別されるという。というのも、後者のような事案においては、契約当事者は履行期が到来するまでの時間を自由にすることができ、たとえその間に履行能力を喪失したとしても、履行期までに自らの履行能力を回復することができるためであるという。したがって、仮に履行期が到来するよりも前に一方当事者が契約の目的物を第三者に処分してしまったとしても、このことは契約違反を構成しない。なぜならば、この場合の一方当事者は、他方当事者からの要求に備え続けるべき現在の義務を負っていないためである。

¹⁸⁷ *Lovelock v. Franklyn* (n 173), at 378, 918-919.

Lovelock 事件において Denman 首席裁判官が提示したこのような理論は、Ford 事件における Bayley 裁判官の判示内容と必ずしも整合的でない¹⁸⁸。さらには、同じく Denman 首席裁判官が、Lovelock 事件の三日前に示した Short 事件の判示内容とも容易には一貫しない。Short 事件において Denman 首席裁判官は、当事者の意思から「お互いに独身でいるべき義務」を導き、第三者と結婚してしまった当事者はこの現在的な義務に対する違反を犯したのであると論じた。他方で Lovelock 事件においては、例えば将来のある日においてある物を引き渡すべき契約においては、仮に履行期前に第三者に当該目的物を譲渡したとしても契約違反には当たらないと論じたのであった。しかし、後者の場合において何故に当事者の意思として当該目的物を所持し続ける義務が導かれえないのかは、Denman 首席裁判官の判示内容のみからは必ずしも明らかではないのである¹⁸⁹。

Denman 首席裁判官の判示内容に表れたこのような不明瞭性は、自招的履行不能の法理の理論的基盤を現在の義務に対する違反として把握する場合であっても、そのような義務をいかなる根拠によって導きうるのかについて必ずしも明確な基準が想定されていなかったことを示しているといえよう。

2. 4. 小括と自招的履行不能の法理の評価

前項までにみてきたように、契約の締結後履行期前の時期において一方当事者が自ら履行不能状態に陥った場合には、他方当事者は履行期の到来を待つことなく直ちに訴訟を提起しようとの自招的履行不能の法理が、英国法史においては比較的古くから存在していた。

この準則は、もともとは条件付捺印金銭債務証書に基づく金銭の支払請求をめぐる判例理論に由来するものであった。そこでは、当事者の一方が自ら履行不能状態を招来した場合には、他方当事者は直ちに金銭債務証書に基づいて権利を行使することができるとされていたのであった。したがって、自招的履行不能の法理は、本来的には契約違反の問題でも損害賠償請求の問題でもなかったのである。

ところがこの法理は、次第にその適用範囲を契約義務違反に対する損害賠償請求をめぐる紛争にまで拡大させた。もっとも、この拡大現象は必ずしも自覚的になされたものではなく、そのため自招的履行不能の法理の理論的基礎については曖昧さが付きまとうことと

¹⁸⁸ Ford 事件において、Bayley 裁判官は、「1827 年の夏よりも前に賃貸借を放棄し、それによって被告が譲与すべきとされた賃貸借を譲与するための条件が満たされるかもしれないというのは、まさしくその通りである。しかし、そのような放棄がなされるということは期待しがたいし、一方当事者が将来において設定すべきとされた不動産権を設定することを、それとは相容れない態様で当該不動産権を譲渡することによって自ら不可能にした場合には、当該一方当事者は契約違反について有責であるとみなされ、そのような日が到来するよりも前であっても訴えられる責任を負うというのが先例である (Ford v. Tiley (n 172), at 327, 473.)」と述べていたことを想起されたい。

¹⁸⁹ Mitchell はこの点について、財産権、特に土地などは、例えば譲渡抵当権 mortgage の設定などによって第三者に移転されることがありうるところ、契約当事者としてもそのことを想定しておくべきであると考えられた可能性があるとして指摘する。もっとも、いずれにしても、ある財産権のために代価の支払いを約した者が、その財産権が履行期前に他所へ移転されることについて無関心であると考えすることは現実的ではないという。Mitchell (n 157), at 139.

なった。とりわけ、自招的履行不能の法理が、将来の義務に対する違反を理由とした履行期前の救済を是認するものなのか、それとも相手方が現在負っている義務を履行することが不可能になったことに対する救済を与えたものなのかという理論的基礎に関する部分については十分に議論されなかった。その結果、判例間、否、同一判決についての報告間でも異なるニュアンスの判示内容が示されるなどの混乱がもたらされることとなったのである。この点に関して、Short 事件および Lovelock 事件における Denman 首席裁判官の判示内容に鑑みれば、自招的履行不能の法理の理論的基礎が——必ずしも明確な基準によって導かれたものではなかったのであるが——現在の義務に対する違反に求められていた——換言すれば、自招的履行不能の法理は履行期前の契約違反の問題ではなく、現在の義務に対する違反の問題であると考えられていた——とも言える。しかし、本節においてみた Short 事件や Lovelock 事件を含む諸事案は、後の教科書や体系書等において、将来の義務に対する違反を理由に履行期前の訴訟提起を容認したのものとして参照され¹⁹⁰、その結果、自招的履行不能の法理は履行期前の契約違反の問題であるとの理解が判例・学説において定着してゆくこととなったのである。

このように、自招的履行不能の法理の生成過程には、様々な誤解や曲解のあったことが指摘されている¹⁹¹。しかし、いずれにしても、自招的履行不能の法理が無責の当事者を無意味な履行の提供から解放し、直ちに損害賠償を求める訴訟を提起するための強力な手段を提供していたということは確認されるべきであろう。

3. 債権者が債務者の履行を妨げた場合

3. 1. 前史

前節においてみたものの他に、一方当事者の履行期が厳密な意味においては到来していないにもかかわらず他方当事者が訴訟を提起しうると考えられていた場面として、債権者が債務者の履行行為を妨げるような場合が挙げられる。ここでは例えば、債務者による義務の履行が債権者による義務の履行のための条件となっているような場合において、債権者が債務者による義務の履行行為を妨げたような場面が念頭に置かれている。このような場合に、債務者は、自身の義務を履行することなく債権者に対して反対給付ないし損害賠

¹⁹⁰ 例えば、*Anson's Law of Contract* (n 131)では、Lovelock 事件が履行期前の契約違反の項目において取り上げられている。Ibid., at 517.

¹⁹¹ Mustill は、このような自招的履行不能法理の生成過程にこそ、コモン・ローの方法論的弱点が如実に表れているとして、次のように論じる。すなわち、①コモン・ローの方法論は、裁判所に必要な素材が提供された場合のみ機能するものである。自招的履行不能法理の生成過程においては、裁判所が過去の先例について十分な素材を有していたとは思われない。②懲罰的捺印金銭債務証書からの誤った一般化がなされ、これに履行期前の契約違反に基づく訴えという新たな観念が結びついた。③条件の不成就を「違反 breach」と名付けることが、異なる意味での違反の場面においても古い先例と同一の結果を導くものであるとの考えを導くことになった。④妥当と思われる結論に達するために、自招的履行不能は直ちに訴えられうる違反であるとの考えが採用されたが、その際には、これが新たな種類の義務に対する現実の違反なのか、それとも将来の義務に対する新たな種類の違反なのかという点についての詳細な検討はなされなかった。その結果、後の裁判所は不安定な理論的基盤の上に立たざるをえなかったのである、と。See Mustill (n 141), at 24-25.

償を求める訴訟を提起しうるであろうか。債務者による義務の履行がなされていない以上、債権者は自身の義務を履行する必要がなともいえそうである。しかし、債務者の履行を自ら妨げたような債権者が、かかる事情を自身の有利に主張しうるとしたのでは公平を失するであろう。そこで英国契約法においては、かかる場合に債務者は自身の義務を履行することなしに債権者に対して反対給付を請求しうるとの準則が確立されたのである。本節ではこの準則について検討を加えるが、その前提として、まずは、英国契約法において契約当事者が負担するそれぞれの義務の関係性がどのように考えられてきたのかという点について概観しておこう。

そもそも、初期英国契約法においては、当事者が特に明示的に契約 *covenant* に定めない限り、当事者双方が負担する義務は、原則として相互に独立¹⁹²したものとみなされていた¹⁹³。双方の負担する義務が独立のものであるとすると、一方の当事者がその義務を履行しない場合であっても、そのこととは無関係に他方当事者は自身の義務を履行することを求められることとなる。

17世紀頃から、このような原則に修正が加えられるようになる。18世紀に入ると、たとえ当事者が明示的に合意していない場合であっても、それぞれの負担する義務を相互に従属的なものとする黙示の合意が認められうることで判例によって承認された¹⁹⁴。これによって、当事者が負担する義務は、別段の合意が明示的になされない限り相互に独立のものであるとする原則は、その原則としての地位を大きく揺るがされることとなった。

ところが、当事者双方の負担する義務がそれぞれに従属的なものであるとされると、一

¹⁹² 英国契約法における契約義務の独立性ないし従属性をめぐる議論の歴史的展開については、S. J. Stoljar, 'Dependent and Independent Promises' 2 Syd. L. Rev. 217 が詳しい。邦語文献としては、末延三次「イギリス法における同時履行の抗弁権の成立」同『英米法の研究（上）』（東京大学出版会、1959年）48頁を参照。

¹⁹³ J. W. Carter, *Carter's Breach of Contract* (Hart Publishing, 2012) at 1-21.

¹⁹⁴ *Kingston v. Preston* (1773) cited in *Jones v. Barkley* (1781) 2 Duglas 68, 99 ER 434 (KB), at 689, 437. 同事件は、概ね次のような内容のものであった。被告は、自身の事業を原告に譲渡する代わりに、原告から金銭の支払を受ける旨の契約を締結した。右契約では、原告は、金銭の支払いに先立って、被告に対して十分な保証を提供することとされていた。その後原告は、被告が事業を譲渡する義務に違反したとして訴訟を提起した。原告によれば、右契約において当事者が負担する義務は、相互に独立した性質のものであり、したがって原告の側に義務違反が存在していたとしても、そのことによって被告が自身の義務違反責任を免れることはないという。これに対して被告は、右契約において当事者が負担する義務は相互に従属的な性質のものであり、したがって原告がその負担する義務を履行しない以上は、被告も自身の負担する義務を履行する必要はないと主張して争った。Mansfieldは、契約には独立的なものと従属的なもの、および相互条件 *mutual conditions* に服するものの三種類があることを確認しつつ、問題となっている契約がこのいずれに該当するかは「当事者が明らかに考えていた意味から推断される *to be collected from the evident sense and meaning of the parties* (*Kingston v. Preston*, at 691, 438.)」と述べた上で、本件における契約は従属的なものであるとして被告の主張を支持した。Mansfield 首席裁判官の判示内容からは、契約義務が相互に独立のものか従属的なものかを決する際には、契約の文言に拘泥することなく、当事者の意思を柔軟に解釈すべきであるとの発想が窺われる。ここに、契約当事者が負担する義務が黙示的に従属的なものであると評価されるようになる契機が含まれていたのである。

方当事者が他方当事者に対して義務の履行を求めるか、あるいは義務違反の責任を追及するには、一方当事者の側で、自身の負担する義務を履行したことを主張・立証しなければならないこととなる。何となれば、当事者双方が負担する義務がそれぞれに従属的なものであるということは、それぞれの義務が互いに互いを条件視し合っているということであり、すなわち一方の義務の履行が他方の義務の履行のための条件となるということだからである。換言すれば、双方の義務が従属的であるということは、一方の義務が履行されるまでは他方の義務も履行されえないということを意味するのである。

しかし、この要件を厳格に貫くと、例えば他方当事者の側で一方当事者からの義務履行を妨げたような場合でも、一方当事者は、他方当事者に対して義務の履行を求め、あるいは義務違反の責任を追及することができないということになってしまいかねない。この場合でも一方当事者が自身の負担する義務を履行していないことに変更はなく、したがって他方当事者が負担する義務は未だ履行期にないといえそうだからである。

このような解決が当事者間の公平に反することは明らかである。そこで判例において、上記の結果を回避すべく努力がなされることとなったのである。

3. 2. 判例の展開

契約当事者双方の負担している義務が相互に従属的なものであるとされる場合であっても、他方当事者が一方当事者による義務の履行を妨げたような場合には、この一方当事者は、自らの義務を実際に履行せずとも、履行するための用意と意思があったことを主張することによって、他方当事者に対して義務の履行ないし義務違反責任を追及するという準則——以下では便宜のため、仮に履行妨害の法理と呼ぶ——が、16世紀から17世紀中頃には確立していた¹⁹⁵。もっとも、この準則の適用にあたっては、裁判所は伝統的に慎重

¹⁹⁵ 17世紀中頃の事案として、例えば *Peeters v. Opie* 事件を挙げることができる。本件では、原被告間で、原告がある建物を取り壊した上でそこに被告のために新たな建物を建築し、被告は「原告の仕事に対して *for his work*」金銭を支払うとの合意が結ばれていたところ、原告が、被告が金銭の支払いを怠ったとして訴えを提起した。一度は原告勝訴の判決が下されたものの、被告が次のように主張して判決の阻止（抑止）を求めて争った。すなわち、原告の主張は不十分である。というのも、原告は、自身が為すべき仕事を終えたこと、あるいは仕事を為すことを被告によって妨げられたことを主張すべきところ、そのような主張をなしていない。原告は単に、仕事の準備をしてその旨を申し出たというのみであって、実際に仕事を終えたこと、あるいは被告によって仕事を妨げられたことを示していないためである、と。被告のこの主張を受けて、裁判所も、原告が先に仕事を終え、それに対して対価を支払うというのが被告の意図したところであろうとしつつ、「しかし、仮に原告が仕事をするを申し出て、被告がそれを妨げたならば、被告はそのような場合には対価を支払う責任を免れない。というのも、被告は自身の不当な行為によって利益を得るべきではないからである」と述べ、この点についてさらに検討すべく判決を差し止めた。本件の争点となったのは、「原告の仕事に対して」という契約文言の解釈如何、すなわち、この文言が、原告の義務履行を被告の義務に対する条件とするものであるのか否かという点であった。本文との関係で注目すべきなのは、この文言によって被告の義務が原告の義務履行に条件づけられると解される場合に原告が主張すべき内容についての分析である。すなわち、*Hale* 首席裁判官によれば、「原告の仕事に対して」という文言は原告による義務履行を被告の義務に対する条件とするものであるところ、原告が被告による義務違反を理由

な態度をとってきた。そのことを窺わせる判例として、以下のものがある。

まず、**Barker and Fletwel** 事件¹⁹⁶である。事案の概要は次のようであった。原告は、ある者に対して土地の定期不動産賃借権を設定した。これに際しては、賃借人が賃料を支払わない場合には原告が当該土地の占有を回復・再立入り **re-entry** すること、および賃借人は賃借期間の最初の十年以内に土地上に家を建てることという約定 **covenant** が取り交わされた。その後賃借人は、自身の賃借権を被告に譲渡した。原告は、被告が家を建てるとの約定に違反したとして訴えを提起した。これに対して被告は、原告が賃借期間の九年目に当該土地の占有を回復したために、被告は家を建築することができなかった旨を主張して争った。

Barker and Fletwel 事件の判決内容は不明であるものの、裁判所は次のような意見を示した。すなわち、裁判所助言者 **amicus curiae** の **Cook** によれば、被告のこのような抗弁を主張するためには「力づくで抵抗された」ことを証明しなければならない。また **Gaudy** 裁判官によれば、賃借人が賃借人に対して家を建てることを認めなかったであろうことを証明する必要があるという。

Blandford v. Andrews 事件¹⁹⁷の概要は、次のようであった。原告は被告に対して、80 ポンドの金銭債務の支払いを求めて訴訟を提起した。この金銭債務は、被告が原告とある女性との間の結婚を取り持つとの条件に服していたところ、原告は、被告が原告と女性との結婚を取り持たなかったとして訴えを提起したのである。これに対して被告は、次のように主張して争った。すなわち、原告は、女性のもとを訪れた際に、女性のことを売春婦呼ばわりした上、もし結婚したならば女性を柱に縛り付けるなどの侮辱的な言葉をかけた。このために被告は、原告と女性との結婚を取り持つことができなかった、と。

裁判所は、次のように述べて原告勝訴の判決を下した。すなわち、被告が自身の責任を免れるためには、自身の側に義務違反のないことを示さなくてはならないところ、被告は、原告と女性との間の結婚を取り持つために努力を尽くしたことを示していない。原告からの侮辱的な言葉にもかかわらず、原告と女性が結婚する可能性はある。そうであるならば、これらの侮辱的な言葉は、被告の義務履行に対する妨げとはならない、と。

Morris v. Lutterel 事件¹⁹⁸も事案の詳細は不明であるが、原告から被告に対して金銭債務証書に基づく訴訟が提起されたのに対して、被告が次のように主張して争ったという事案である。すなわち、被告によれば、被告が原告に対して負担する義務は、被告が第三者らに対して 100 ポンドを支払うことに条件付けられていた——すなわち、被告が第三者らに 100

として訴えを提起するためには、原告は必ず自身の仕事を終えたことを示さなければならず、あるいは少なくとも被告によって仕事をなすことを妨げられたことを示さなければならないとされたのである。**Hale** 首席裁判官の判事内容、および先に引用した裁判所の判断に鑑みれば、当時既に、他方当事者が一方当事者による義務の履行を妨げた場合には、この一方当事者は自身の義務を履行することなく——より厳密には、自身の義務を履行したことを主張立証することなく——他方当事者に対して義務の履行ないし義務違反責任を追及しようとの準則が確立していたということが、窺われるのである。**Peeters v. Opie** (1670) 2 Wms. Saund. 350, 85 ER 1144, at 352, 1146.

¹⁹⁶ **Barker and Fletwel's Case** (1585) Godbolt 69, 78 ER 43.

¹⁹⁷ **Blandford v. Andrews** (1598) Cro. Eliz. 694, 78 ER 930.

¹⁹⁸ **Morris v. Lutterel** (1599) Cro. Eliz. 672, 78 ER 910.

ポンドを支払えば、被告の原告に対する義務は生じないとされていた——ところ、被告が定められた場所、時刻に 100 ポンドを持参することを、原告が、何者かとの謀議の上、被告を投獄したため、結局被告は 100 ポンドを支払うことができなかったのである。裁判所は、被告の主張は単なる推測に過ぎず、原告の請求を妨げるものではないとして、原告勝訴の判決を下した。

Fraunces 事件¹⁹⁹の概要は次のようであった。原告が被告に対して家畜に対する動産占有回復訴訟 *replevin* を提起したところ、被告は次のように主張して争った。すなわち、原告は、被告の父親 R から土地の遺贈を受けた被告の兄 J から当該土地に対する賃借権の設定を受けて家畜を飼っていたというが、J の当該土地に対する権利はすでに消滅していた。というのも、R から J に対しては、当該土地の他にも家屋敷など複数の財産が遺贈されたところ、R の遺言によれば、J がその他の兄弟による家屋敷の利用を妨げ、あるいは R の遺言執行者による家屋敷への立ち入りを妨げ、その他遺言に示された R の意思に背くような行為をした場合には、J は自身の権利を失う旨の条項が定められていた。然るに J は、遺言執行者の当該家屋敷への立ち入りを拒否した。したがって J は、当該土地およびその他の R から遺贈された財産に対する権利を喪失していたのであって、J から当該土地を賃借した原告も当該土地を利用する権利を正当化されない、と。

原告勝訴の判決を下した裁判所は、被告の抗弁に対しては次のような判断を下した。すなわち、「口頭での拒否は条件の違反ではなく、何らかの行為がなされる必要がある。例えば、遺言執行者から要請されたにもかかわらず、遺言執行者らに対して扉を閉ざし、あるいは手を上げ、抵抗した²⁰⁰」などの行為である、と。

Lancashire v. Kellingworth 事件²⁰¹の概要は次のようであった。原告がある会社の株式 1000 ポンド分を被告の遺言者 *testator* に対して譲渡し、これに対して遺言者の側が 2000 ポンドを支払うとの合意がなされた。この合意に基づき、原告は、定められた日時と場所において、遺言者に株式を譲渡すべく待機したが、遺言者は現れなかった。そこで原告は、被告に対して 2000 ポンドの支払いを求めて訴訟を提起した。

裁判所は次のように述べて、原告の訴えを退けた。すなわち、原告は、履行の提供をしたことを示せば、実際に履行をせずとも 2000 ポンドを受け取る資格を得る。しかし、本件においては、原告は履行の提供をしたとはいえない。ある者があることを為すことを合意した場合、その者は、それを為すために最大限努力しなければならない。そして、約束したことが為されない場合には、なぜ為されなかったのかを示さなければならない。本件の原告は、遺言者が受領を拒絶したこと、および法によって定められる場所および時間の最後の瞬間まで遺言者が現れなかったことを示さなければならない。ある者が訴訟を起こすためには、あるいは責任を免れるためには、その者は自身の側でできることを全てしなければならないというのが法である、と。

以上にみた諸判例からは、裁判所が履行妨害の法理に対して 16 世紀以来示してきた二つの傾向が窺われる。すなわち、第一に、他方当事者による履行行為の妨害があったといえるためには、単なる言語上のものでは足りず、何らかの実力を伴う妨害行為があったこと

¹⁹⁹ Fraunces's Case (1609) 8 Co. Rep. 89b, 77 ER 609.

²⁰⁰ *Ibid.*, at 91a-91b, 613.

²⁰¹ Lancashire v. Kellingworth (1701) 1 Ld. Raym. 686, 91 ER 1357, 1 Comyns. 117, 92 ER 991.

が必要であるとされる傾向があった。そして第二に、義務者が自身の義務を実際に履行することなく、履行の提供のみで訴訟を提起するためには、権利者からの妨害にもかかわらず、自身の側でできることを全てなす必要があるとされる傾向があった。つまり、履行妨害の法理が適用されるためには、権利者による妨害行為および義務者による履行の提供の双方に相当高度のものが求められていたといえる。

ところが、18世紀に入ると、履行妨害の法理にかかっていた上記の制限が、次第に緩和され始める。そのことを如実に示す判例として、*Jones v. Barkley* 事件²⁰²がある。事案は次のようなものであった。原被告間で、原告が第三者 L に対して有している権利をこの L に譲渡し、また L に対して有しているあらゆる請求権を放棄したならば、被告が原告に金銭を支払う旨の約束が取り交わされた。この約束に基づき、原告は、L に対する権利の譲渡および請求権放棄に必要な書類の草案を作成し、被告の承認を求めた。然るに被告は、この草案を読むことを拒否し、金銭の支払いも拒んだ。そこで原告が、金銭の支払いを求めて訴訟を提起したところ、被告は、原告は未だ L に対する権利を譲渡しておらず、また L に対して有する請求権を放棄することもしていないなどと主張して争った。これに対して原告側弁護士は次のように述べて、訴状に示された原告の主張は、原告による義務履行の主張にも等しいものであるとした。すなわち、「ある者が、ある先行行為をなすことによって金銭債務ないし義務に対する権利を取得する場合には、その者は、相手方がその先行行為をなすことを許可しなかったならば、その提供をなすことによって、あたかもそれが実際になされたかのように権利を得るのである。そして、仮に、相手方の行為のせいで提供が不完全なものとなった場合には、そのような不完全な提供でも十分である。何となれば、ある物事がなされることを妨げた者は、自身で引き起こした不履行を自身の有利に援用すべきでないというのが一般原則だからである²⁰³」と。

Mansfield 首席裁判官は次のように述べて、原告の訴えを認容した。すなわち、「当事者は、〔履行のための〕用意があったことを示さなければならない。しかし、他方当事者が自身の側の義務を履行しないと意図の下で妨害を行う場合には、さらに〔履行行為を〕進め、無駄な行為をする必要はない²⁰⁴」と。

Jones 事件において下された *Mansfield* 首席裁判官の判断は、履行妨害の法理に商業的な有用性を与えたものであると評価される²⁰⁵。先にも述べたように、履行妨害の法理には、①相手方による妨害行為の認定、および②自身の側でなすべきことをなしたことの認定を厳格にすることによって制限が設けられていた。ところが、*Jones* 事件判決では、これら二つの制限が大幅に緩和されていることが窺われる。まず①の制限についていえば、従来は、履行妨害の法理が適用されるためには単なる言語上の妨害では足りず、何らかの実力を伴う妨害行為が必要であるとされていた。ところが、*Jones* 事件では、被告はなんら実力を伴う妨害行為をなしていない——原告から示された文書の草案を読むことを拒んだに過ぎない——にもかかわらず、履行妨害の法理が適用されているのである。次に②の制限についていえば、従来は、仮に他方当事者が一方当事者による履行行為を妨害したとしても、こ

²⁰² *Jones v. Barkley* (1781) 2 Dougl. 684, 99 ER 434.

²⁰³ *Ibid.*, at 686, 435.

²⁰⁴ *Ibid.*, at 694, 440.

²⁰⁵ *Mitchell* (n 157), at 141.

の一方当事者の側でなすべきことをすべてなさなければ、履行妨害の法理は適用されないとされてきた。ところが、Jones 事件では、原告が自身の側でなすべきことを全てなしたとは評価できない可能性があるにもかかわらず、履行妨害の法理が適用されているのである。すなわち、Jones 事件においては、原告は、被告に、自身の履行行為に必要な文書の草案を提示したに過ぎない。原告は、自身が望むならば——文書草案に対する被告の承認の有無にかかわらず——第三者 L に対して権利を譲渡することも、また請求権を放棄することも可能であったはずである²⁰⁶。それにもかかわらず、原告はこれらをなしていないのであるから、従来判例の傾向からいえば、自身の側でなすべきことを全てなしたとは評価できないと判断される可能性も十分にあった²⁰⁷のである。

このように、16 世紀以来英国契約法において妥当してきた履行妨害の法理は、Jones 事件判決でもってその射程を広げ、Hochster 事件判決が下された当時も確立した法であり続けていたのである。そのことを示す判例として、Cort v. The Ambergate, Nottingham and Boston and Eastern Junction Railway Company 事件²⁰⁸を挙げることができる。事案は次のよう

²⁰⁶ See Mitchell (n 157), at 141.

²⁰⁷ このように、履行妨害の法理をめぐる従来判例の傾向は、Jones 事件における原告にとっては必ずしも有利なものではなかった。原告側弁護人が、「ある者が、ある先行行為をなすことによって金銭債務ないし義務に対する権利を取得する場合には、その者は、相手方がその先行行為をなすことを許可しなかったならば、その提供をなすことによって、あたかもそれが実際になされたかのように権利を得るのである。そして、仮に、相手方の行為のせいで提供が不完全なものとなった場合には、そのような不完全な提供でも十分である。何となれば、ある物事がなされることを妨げた者は、自身で引き起こした不履行を自身の有利に援用すべきでないというのが一般原則だからである (Jones v. Barkley (n 202), at 686, 435)」と、「一般原則」を——それを直接的に指示する先例を示すことが出来ないにもかかわらず、敢えて——持ち出してきた背景には、このような事情もあったとされる。See Mitchell (n 157), at 141.

もっとも、このような原告側弁護人の訴訟戦略は、最終的に原告が勝訴したことからも示唆されるように、必ずしも外的を外したものではなかったようである。ここで原告側弁護人が援用する一般原則とは、ローマ法に由来するものであるとされる。すなわち、ユスティニアヌス帝が編纂したローマ法大全中の学説彙纂第 50 卷第 17 章第 161 法文には、次のように定められているのである。「条件が成就されないことに利害関係をもつ者によってそれが成就されないようになされるたびごとに、あたかも条件が成就されたかのように考えられることが市民法にとりいえられた。このことは、自由〔付与〕および遺贈に、そして相続人指定に及ぼされる。要約者が条件にしたがわないように、諾約者によって〔あることが〕なされたときは、問答契約〔の効果〕もこの例にしたがって発生する」と。原告側弁護人が明示的にこの法文を引用しているわけではないが、事件を担当した Mansfield 首席裁判官がローマ法に造詣が深かったことを併せて考えると、原告側の主張は裁判所に対して相当程度の説得力を発揮したのではないかと、ということが指摘されているのである。Mitchell (n 157), at 142. なお、同書該当箇所での学説彙纂の引用は 50.17.1.161 となっているが、これは 50.17.161 の誤りであろう。学説彙纂の第 50 卷第 17 章第 1 法文には、そのさらに下位分類としての項が存在せず、したがって学説彙纂第 50 卷第 17 章第 1 法文第 161 項というものも存在しない。引用の内容からみても、ここでは、学説彙纂第 50 卷第 17 章第 161 法文が意図されていると考えてよいであろう。なお、学説彙纂の邦語約については、田中周友「ローマ法に於ける法原則の研究——学説彙纂第 50 卷第 17 章邦訳」甲南法学 11 卷 4 号 537 頁によった。

²⁰⁸ Cort v. The Ambergate, Nottingham and Boston and Eastern Junction Railway Company (1851)

なものであった。原被告間で、原告が被告のために鉄道用の特殊な鉄製の椅子を 3900 トンほど製造し給付し、これに対して被告は代金を支払うといった契約が締結された。この契約に基づいて、契約で定められた量の約半分の椅子が被告に給付され、代金も支払われた。然るに被告は、原告に対して、もはやこれ以上の椅子を必要とはしておらず、仮に原告が椅子を製造したとしても受領するつもりはなく、代金も支払わない旨を告げた。被告からのこの通知を受け、原告は、椅子の製造を中止した上で、被告に対して損害賠償を求めて訴えを提起した。原告からの訴えに対して、被告は次のように主張して争った。すなわち、原告が訴えを提起するためには、原告の側で契約に従った履行をなしたことを証明する必要があるところ、原告は残部の椅子を製造・給付していない。仮に被告が原告による履行を妨げたような場合には、原告は自身の負担する義務を履行することなく訴えを提起することができるが、被告による妨害があったといえるためには、単なる言葉によるものでは不十分であり、何らかの実力行為を伴う必要がある、と。

Campbell 首席裁判官は以下のように論じて、原告の主張を支持した。まず、Campbell 首席裁判官によって被告の主張は次のように要約された。すなわち、「原告は残部の椅子を製造せず、提供しなかったのであるから、契約を履行する準備と意思があったとはいえない。したがって被告は契約違反の責任を負わない。被告からの通知——これは実際には、被告が契約に違反し、以降の契約を放棄したことの表明に当たるのであるが——を受けたならば、原告は、何らかの救済を望むのであれば、鉄道用の椅子に適合する特殊な種類の鉄を予定量購入し、全部の椅子を型どおりに製造し、社名を刻印し、給付地に運搬した上で、被告——財政上の理由から、椅子が設置される予定であった鉄道の完成を放棄し、これ以上の椅子が製造されないことを望み、〔仮に製造されたとしても〕これ以上は受領せず代金も支払わない旨を事実上表明しているのであるが——に提供しなければならない²⁰⁹」と。その上で Campbell 首席裁判官は、「仮に〔給付の〕一部を受領して、残部については代金を支払うことが出来ず、〔そのために残部を〕受領しないことを決したのであれば、材料や労働力を無駄にすることによって被告の利益になることはなにもない。これは、被告に対して認められるかもしれない損害賠償額を増やしうるのみである²¹⁰」と断じた。

次いで Campbell 首席裁判官は、被告が原告の義務履行を妨害したといえるためには、物理的な妨害行為がなければならないとする被告の主張について、次のように論じた。すなわち、「全てが証明されなければならないとしても、被告が原告による残部の椅子の供給を妨害・放免し、また更なる契約の遂行を妨害・放免したことを示す証拠はあるように思われる。『妨害』とは、ここでは物理的な力による妨害でなければならないと主張される。そして、裁判所からの質問に答える形で、私たちは次のように主張されたのであった。すなわち、仮に買主が、物を提供すべき者に対する手紙の中で『それらを持って家に来たなら、脳みそを吹き飛ばしてやる』と書いたとしても、これは物の給付に対する妨害には当たらないのである、と。しかし、契約を達成させないことを望まれることによって、契約の達成が妨げられていると合理的にいえないだろうか？ある行為がなされることに対する

17 Q. B. 127, 117 ER 1229.

²⁰⁹ Ibid., at 143-144, 1236.

²¹⁰ Ibid., at 144, 1236.

妨害の手段としては、物理的な力か残酷な暴力の外にはないのであろうか？²¹¹」と。

思うに、Cort 事件は二つの意味で重要かつ興味深い事案である。第一に、先にも述べたように、本件では Jones 事件判決によって緩和された履行妨害の法理が用いられているという点が重要である。すなわち、原告が自身の義務を履行することなく訴えを提起するためには、被告による物理的な妨害行為があったことが証明されなければならないとする被告の主張に対して、Campbell 首席裁判官は、物理的な行為でなくとも義務履行に対する妨害となりうることを、さらにいえば権利者による受領拒絶が履行妨害になりうることを確認したのであった。

第二の点は、本件を担当した裁判官に関する。すなわち、本件を担当しているのは、誰であろう、この二年後に Hochster 事件を担当することとなる Campbell 首席裁判官その人なのであった。つまり本件判決は、Hochster 事件を担当した裁判官が履行妨害の法理について認識していたという事実を示唆するものでもあるのである。

3. 3. 履行妨害の法理の副作用

以上のような過程を経て、履行妨害の法理は英国契約法において確立されていった。しかし、この準則に問題がなかったというわけではない。次に掲げる判例から、履行妨害の法理の持つ問題点を垣間見ることができる。まず、Smith v. Wilson 事件²¹² である。事案は次のようであった。原被告間で、次のような内容の傭船契約が締結された。すなわち、原告は、英国のポーツマスにおいて、自身の所有する船舶に被告の貨物を積み込み、これをモンテビデオへ運搬する。その途中、被告の要請に基づいてアフリカに寄港する。モンテビデオに到着後、運搬してきた貨物を降ろし、代わりに新たな被告の貨物を積み込み、再び英国へ帰る。英国のどこの港へ帰港するかについては、被告が指示する。英国へ帰港後、被告は原告に対して、一ヶ月当たり 670 ポンドの傭船料及びその他の経費等を支払う、という旨の契約である。原告は、上記契約に基づき、船をポーツマスから出航させ、アフリカへと寄港したが、その際に、何者かによって船舶を強制的に取り上げられた。その後、その何者かによって船舶はロンドンへと送り返されたが、原告の下に返還されるまでに多くの時間を要した。その後原告は、船舶を修繕し、被告との傭船契約を履行すべく改めて被告に指示を仰いだ。然るに被告は、原告に対して指示を与えることをせず、かえって契約の解消を主張した。そこで原告は、傭船料その他の支払いを求めて訴訟を提起した。

Ellenborough 首席裁判官は、大要以下のように述べて原告の訴えを退けた。すなわち、原告は、被告が傭船料等を支払わないことをもって契約違反であると主張しているが、本件傭船契約によれば、被告が負担すべき傭船料等は原告の船が英国に帰港して初めて支払われるものとされており、したがって原告の船が英国に帰港することが被告の傭船料等支払義務の停止条件である。この点について、Jones 事件判決等の先例によれば、原告が、傭船契約を履行するために船を修繕し被告の指示を仰いだこと、それにもかかわらず被告が指示を与えなかったことを主張・立証すれば、原告は、あたかも船が英国に帰港したかのように、傭船料等を請求することができるようにも思われる。しかし、この理は本件には

²¹¹ Ibid., at 145, 1236.

²¹² Smith v. Wilson (1807) 8 East 437, 103 ER 410.

妥当しない。Jones 事件判決等において示されたのは、先行行為をなすことによって権利を得る者が、その先行行為を提供しているにもかかわらず、相手方がそれを妨害するなどした場合には、この者は先行行為が実際に完全になされたのと同様の権利を得るという準則であるところ、本件の場合には、仮に原告が自身の側でできることを全てなしたとしても、それは先行行為をなしたことと同視されうるものではなく、せいぜい先行行為の実現に向けて努力したことにしかならない。本件の場合、被告による傭船料等の支払については、船が英国に帰港することが停止条件となっているところ、船の帰港は、不可抗力によって、あるいはその他の海難事故等によって挫折する可能性がある。この意味で、本件は、先行行為をなすことによって直ちに反対給付に対する権利も発生する Jones 事件等とは区別される、と。

Ellenborough 首席裁判官は、要するに、原告がなすべきことをなしたところで——より厳密には、被告の妨害行為によって、原告が先行行為をなしたものと同視されるとしても——、なお船が実際に英国に帰港することができるかどうかは確定しない——この点で、なすべきことをなしていたことを証明すれば、先行行為がなされたものとして扱われ、その結果直ちに反対義務も発生する Jones 事件等とは事案を異にする——のであり、したがって船の帰港に掛からしめられている被告の傭船料等支払義務の発生も確定しないとの理論によっているようである。ここでは、履行妨害の法理が適用されるのは、原告の負担する先行行為がいかなる性質のものでなければならぬかという、要件面からの分析がなされているといえる。

このような Ellenborough 首席裁判官の分析に対しては、次のような批判が加えられている。すなわち、被告による指示の拒否はそれ自体として契約違反を構成しうるのであって、そのような状況で、訴訟を提起するに当たって原告にさらに履行を続けることを要求することは無意味である。そしてこの意味では、本件も Jones 事件と異なるところはないはずである、と²¹³。

批判説によれば、Smith 事件は、履行妨害の法理の要件面ではなく、効果面について問題を提起しているという。すなわち、履行妨害の法理が適用されるとして、その場合に先履行義務者は、相手方に対してただ損害賠償請求をなしうるに過ぎないのか、それとも反対給付を請求する権利を取得するのかという点が、必ずしも明確ではないというのである。仮に後者のように理解すると、先履行義務者は、自身の義務を実際には履行しないまま反対給付を得ることとなり、かえって当事者間の公平を逸する可能性がある。Smith 事件において原告が求めたのは、まさにこのような請求であったといえる²¹⁴。

このような履行妨害の法理の不明確性ないし不公平性が明確に意識されたのは、次の Laird v. Pim 事件²¹⁵においてであった。事案は次のようであった。原告は被告との間で、原告の土地を被告に譲渡し、これに対して被告が代金を支払うとの契約を締結した。原告は、上記契約に従って、契約の締結後直ちに被告に対して土地を引き渡し、占有を得させた。その後原告は、被告に本件土地に関する権限等を譲渡するために、必要となる証書の草案を提示するなど、自身の側においてできることをなして、契約の履行に務めた。然るに被

²¹³ Mitchell (n 157), at 144.

²¹⁴ Mitchell (n 157), at 144.

²¹⁵ Laird v. Pim (1841) 7 M. & W. 474, 151 ER 852.

告は、原告との契約を顧みず、代金の支払いも拒んだ。そこで原告は、売買代金の支払いを求めて——引受け訴訟 *assumpsit* によって——訴えを提起した。これに対して被告は、原告は未だ本件土地を被告に譲渡していないなどと主張して争った。本件の争点は、第一に、本件のような事案において、原告は売買代金を請求することができるのか、それとも損害賠償を請求し得るにとどまるのか。第二に、原告は損害賠償を請求し得るのみであるとした場合、本件において原告が請求し得る損害賠償額はいかにして算定されるべきか、という二点であった。

第一の争点について、**Parke** 裁判官は次のように述べて、原告は売買代金ではなく損害賠償を請求し得るのみであるとした予審裁判所 *trial court* の判断を支持した。すなわち、「原告が土地とその対価を同時に持つことができないのは、明らかである。一方当事者は、物品 *chattel* の対価を完全に回復することはできない。ただし、財産権が被告に移転したことを示す状況、すなわち動産が売却され給付されたというような状況があれば別である。そのような場合には、それらの動産は絶対的に手放され、再び売却されることがないのである²¹⁶」と。

次いで **Parke** 裁判官は、第二の争点について、**Jones** 事件判決によりつつ次のように述べた。すなわち、「本件請求原因において主張されている事実によれば、原告は実質的には、金銭を回復するという目的について、あたかも自身の側で約束したこと全てをなしたのと同様の状況にある。これは、原告が全売買代金を回復するであろうということではない。しかし、原告は、売買代金の不払いに対する損害賠償の回復という目的について、あたかも全てをなしたのと同様の状況にあるのである。……したがって、**Jones** 事件判決によれば、原告は、あたかも合意のうち自身の側の全てを履行したのと同様の状況、すなわち、あたかも譲渡を完遂したかのような状況にあるのである²¹⁷」と。

Parke 裁判官の判示内容には、履行妨害の法理が有していた理論的な脆さが露呈している。まず **Parke** 裁判官は、第一の争点について、原告は売買代金を回復することができないとする。なぜならば、土地についての権限を保持したままその対価をも獲得することは、価値の二重取りになるからである。しかし他方で、第二の争点については、原告はあたかも土地の譲渡を完遂したかのように損害賠償を請求することができる旨判示する。ここに、論理的な矛盾が顔を出している。原告が土地の譲渡を完遂したものとして扱われるのであれば、原告は売買代金を請求し得るはずである。あるいは少なくとも、売買代金と同等額の損害賠償を請求し得ることとなる。しかし、原告が売買代金を回復し得るとすれば、それは原告に価値の二重取りを許容することとなり、当事者間の公平を逸しかねない。このようなジレンマの中で下されたのが、**Laird** 事件判決なのであった。**Parke** 裁判官の判示には、履行妨害の法理が内包するこのジレンマを回避し中庸を得ようとした努力の痕跡が滲んでいる。もっとも、結果的に、その判示内容はそれ自体として矛盾を孕んだものとなってしまった。

²¹⁶ *Ibid.*, at 478, 854.

²¹⁷ *Ibid.*, at 485, 857.

3. 4. 履行妨害の法理の評価——擬制的役務提供法理の派生

前項にみたように、履行妨害の法理は理論的な脆さを抱えていた。

Jones 事件判決によって、当初は厳格であった履行妨害の法理の要件は大幅に緩和された。これにより、一方の当事者が単に口頭で履行の受領を拒絶したような場合であっても、他方当事者は自身の履行を妨害されたものとして扱うことができるようになった。その結果、当該一方当事者は、自身の義務を履行せずとも直ちに訴訟を提起し得ることとなった。この理論は、当該一方当事者を無駄な履行行為から解放することができるという意味で、一見理にかなっているようにも思われる。しかしこの理論は、その副作用として、一方の当事者に二重取りを許容しかねないという側面をも有していた。一方当事者が、自身の義務を履行しないままその対価を得るとしたら、それはかえって当事者間の公平を逸しかねない。

履行妨害の法理が内包するこの副作用は、判例においても意識されていた。Smith 事件判決は——必ずしも自覚的というわけではなかったであろうが——この副作用を回避しようとした事案であったとも評価しうる。また、Laird 事件判決においては、この副作用に対する警戒が明確に表明されていた。もっとも、Laird 事件判決における Parke 裁判官の判示内容は、それ自体矛盾を孕んだものであった。

義務の履行を妨害された当事者は、履行妨害の法理が適用される結果として反対給付を請求することができるのか、それとも損害賠償を請求し得るとどまるのかという点は、その後も明確な解決を与えられることはなかった。一般的には、一方当事者による二重取りを回避しようとする傾向が大勢であったといえるが、他方で、履行妨害の法理の副作用が積極的に用いられた例も存在した。そのような事例として *Gandell v. Pontigny* 事件²¹⁸を挙げることができる。事案は次のようであった。原告は被告に雇われた事務員であった。報酬は、四半期毎に 50 ポンド、年間で 200 ポンド支払われるはずであった。然るに被告は、原告を四半期の途中で正当な理由なく解雇した。その際に被告は、四半期のさらに半期分の報酬として、原告に対して 25 ポンドを支払った。その後原告は、四半期分の報酬の残額の支払いを求めて訴えを——債務負担支払引受訴訟 *indebitatus assumpsit* によって——提起した。これに対して被告は、原告が実際に労働していない部分についての報酬は支払う必要はないと主張して争った。

Ellenborough 裁判官は、次のように述べて原告の訴えを支持した。すなわち、「原告が十分な理由なく職を解かれたならば、私は本件訴訟は維持し得るものであると考える。四半期のうち部分的に従事し、残りの部分について従事する意思を持ち続けることにより、原告は、法の熟慮するところによれば、全体的に従事したものとみなされうるのである²¹⁹」と。

Gandell 事件では、原告は被告によって故なく解雇されており、そのために定められた雇用期間の全部について仕事に従事することができなかった。この場合に、原告は実際には従事していない期間の分の報酬を請求する権利を有するか否かが争点であった。

この点について、Ellenborough 裁判官は、原告は実際には仕事に従事していなかったと

²¹⁸ *Gandell v. Pontigny* (1816) 4 Camp. 375, 171 ER 119.

²¹⁹ *Ibid.*, at 376, 119-120.

しても、従事する意思を有していた場合には従事したものとしてみなされる旨を説いた。ここから、いわゆる擬制的役務提供 *constructive service* の法理が生まれることとなった。

擬制的役務提供法理によれば、故なく不当に解雇された被用者に、実際には仕事に従事していないにもかかわらず、その分の報酬を受け取る権利が認められる。その意味で、擬制的役務提供法理は、先に述べた履行妨害の法理の副作用を積極的に用いたものであるといえよう。

このような擬制的役務提供法理に基づく解決は、一見すると、不当に解雇された被用者の保護に資するようにも思われる。しかし、仕事に従事しないままに報酬を受けるという結論の正当性に対してはその後も疑義が呈された。ここでは、一例として、*Archard v. Hornor* 事件²²⁰を紹介しよう。事案は次のようであった。原告は一年の雇用期間の定めで被告の使用人となり、被告は原告に報酬を支払うことを約した。然るに被告は、一年の雇用期間が満了する前に——実稼働期間は約二ヶ月であった——原告を不当に解雇した。そこで原告は、すでに従事した分の報酬を含めた四半期分の報酬を求めて訴訟を——引受訴訟 *assumpsit* によって——提起した。

Tenterden 首席裁判官は、原告の選択した訴訟方式によっては実際に従事した期間に対する報酬以上は回復できないとした。*Tenterden* 首席裁判官によれば、雇用期間の途中で不当に解雇された場合であっても、被用者は実際に従事した分に対応する報酬しか——少なくとも引受訴訟によっては——請求しえないこととなる。

もっとも、その判示は僅か一文に過ぎず、結論のみを述べたとの印象を受ける。しかも *Tenterden* 首席裁判官は、*Gandell* 事件判決に対しては何らの言及もしていない。そのため、*Gandell* 事件と *Archard* 事件との関係性は判然としない。

しかし、それにもかかわらず、後の事件においては、両事件における判示内容は鋭く対立するものとして認識され、かつ後者における *Tenterden* 首席裁判官の判示内容の方が望ましいと受け止められたようである²²¹。

²²⁰ *Archard v. Hornor* (1828) 3 Car. & P. 349, 172 ER 451.

²²¹ このことを示す判例として、*Smith v. Hayward* 事件を挙げることができる。事件の概要は次のようなものであった。1835年6月、原被告間で、雇用期間一年に対して50ギニーの報酬という内容の雇用契約が締結された。その後原被告間で問題が生じ、1835年9月19日、被告は原告を解雇した。この時、原告は既に被告から最初の四半期分の報酬を受け取っていた。1835年9月22日、原告は、第二四半期分の報酬を求めて訴訟を提起した。なお、被告は、解雇後に原告が提供した役務に対する報酬を裁判所に支払っている。このような事実関係の下で、裁判所は原告の請求を退けた。*Denman* 首席裁判官はいう。

「*Ellenborough* 卿がそこ〔*Gandell* 事件判決〕で判断された点について採用した見解と、*Tenterden* 卿が同じ点について *Archard* 事件判決において採用した見解とは異なっている。そして、この二つの先例 *authorities* のうちいずれかに決めなければならないとしたならば、後者の事案の方がより良い根拠に基づいているといわねばならない (*Smith v. Hayward* (1837) 7 Ad. & E. 544, 112 ER 575, at 548, 577)」と。また、*Patteson* 裁判官も、「二つの判決のうちいずれかを選ばねばならないとしたならば、*Archard* 事件判決における *Tenterden* 卿の判決の方が *Gandell* 事件判決における *Ellenborough* 卿の判決よりも好ましいとするに何らの躊躇も持たぬであろう (*ibid.*, at 548, 577.)」という。*Williams* 裁判官は、提供されぬかもしれない役務に対して債務負担支払引受訴訟を提起し得るであろうかと自問した上で、「この問題について決することを求められたならば、*Archard* 事件判決における判決の方が

このような傾向の背後には、仮に擬制的役務提供法理が認められたとすると、法が怠惰を許容することになりはしないかとの考慮があったとの指摘がなされている²²²。というのはこうである。不当に解雇された被用者が、使用者に対して、実際には提供していない役務に対する報酬の支払いを求めるためには、被用者はその役務を提供する意思と用意があったことを立証しなければならない。ところが、例えば不当に解雇された当事者が解雇された後に他の使用者と新たな雇用契約を結ぶなどした場合には、元の使用者に対する関係では役務を提供する意思と用意があったとはいえないと評価されかねない。そうすると、不当に解雇された被用者が報酬を請求しようとする場合には、解雇された後も他の使用者と雇用契約を締結するなどしない方がよいということになる。しかしこれは、解雇された後も漫然と時を過ごすことを被用者に許容する結果となりはしないか。むしろ被用者としては、不当に解雇された場合であっても、出来得る限り速やかに他の使用者と新たな雇用契約を締結するなどして損害の軽減を図るべきであると考えの方が合理的なのではないか。擬制的役務提供法理を認めることは、このような合理的な解決を困難にし、かえって被用者が怠惰であることを助長することとなりはしないか、という点が憂慮されたのである²²³。

Gandell 事件判決におけるそれよりも合理的であり、それを支持する先例が多いというに何らの困難もない (ibid., at 549, 577.)」という。

以上にみた諸裁判官の見解は、いずれも Gandell 事件判決における Ellenborough 裁判官の見解と Archard 事件判決における Tenterden 裁判官の見解を対立的な枠組みにおいて把握し、かつ後者の方が望ましいとする点で一致している。

なお、以上とは若干異なった観点からの見解を述べるのは、Coleridge 裁判官である。Coleridge 裁判官はいう。Gandell 事件判決が法であるとした場合、解雇された被用者に、雇用期間中役務を提供する意思と用意があるならば、実際にはなされなかった仕事があたかもなされたかの如く扱われることになる。しかしその場合には、解雇された被用者は雇用期間が満了するまで待ってから訴訟を提起しなければならない。したがって、雇用期間が満了するよりも前の時点で訴訟が提起されている本件においては Gandell 事件判決は問題にならない、と。Ibid., at 549, 577.

²²² M. Lobban (n 138), at 496.

²²³ この点を指摘する判例として、例えば Goodman v. Pocock 事件を挙げることができる。事案の概要は次のようなものであった。1847年1月23日、被告は原告を、年200ポンドの報酬、支払いは四半期ごとの条件で雇用した。しかし1848年4月8日、被告は原告を解雇した。そこで原告は、不当解雇を理由として訴訟を提起した。本件で争われたのは、1848年1月23日から同年4月8日までの間に原告が被告に提供した役務に対する報酬及びそのために支出された費用等を回復することができるかという点であった。事案の解決自体は、専ら原告が選択した訴訟方式の問題としてなされた——結論として、原告の主張は退けられた——。本稿の主題との関係で注目されるのは、Erle 裁判官の——事案の解決にとっては傍論と位置付けられざるをえない——次の判示である。Erle 裁判官はいう。「損害賠償額の真の基準は、解雇の時点で〔被用者が〕被った損害であるとする。被用者は、解雇された後に、その時間を最善の仕方を用いることができるし、またそうしなければならない。被用者は、解雇を利益へと転じる機会を持ち得るのである (Goodman v. Pocock (1850) 15 Q. B. 576, 117 ER 577, at 583-584, 580)」と。ここには、被用者は解雇された後速やかに新たな雇用関係に入り、自身に生じうる損害を軽減することができる——し、軽減すべきである——との発想が明確に現れている。See Mitchell (n 157), at 146. これに対して、解雇された被用者が——役務に対する報酬ではなく——損害賠償を請求する場合には、損

履行妨害の法理及び擬制的役務提供法理をいかに評価すべきかは、それ自体一つの難問であり、本稿ではこれ以上立ち入ることは出来ない。ここでは——当事者間の公平を逸しかねないという副作用が指摘されてはいたものの——履行妨害の法理が判例上認められ、これにより自身の履行行為を妨げられた者は、自身の義務を履行することなく相手方契約責任を追及しえたことが確認できれば、本節の所期の目的は達せられたというべきであろう。

4. 準契約に基づく訴訟が提起される場合

4. 1. はじめに

以上、前節まで自招的履行不能の法理および履行妨害の法理を概観してきた。本節においては、これらの準則とは若干性格を異にする——しかし、履行期到来前の訴訟提起という観点からは重要な意味を有していた——法理について概観する。すなわち、準契約 quasi-contract の法理²²⁴である。

自招的履行不能の法理および履行妨害の法理には、ともに問題となっている契約が存続

害軽減の観点から賠償額を調整することができるという。

²²⁴ 英米法における準契約の法理は、非常に多様な内容を含むものであり、その生成過程も複雑である。したがって、本稿においてその全貌を明らかにすることは困難である。ここでは差し当たり、我が国において一般的に紹介されている内容を引用するにとどめたい。高柳賢三・末延三次ほか編『英米法辞典』（有斐閣、1952年）によれば、準契約とは、「不法行為及び契約と並んで、債権債務の発生原因をなすものであり、法が、主として、不当利得を防止する目的で、特定人の間に創造する関係であり、不当に利得したものの価値の返還を請求する権利、ならびにその返還をする債務を発生せしめるものである。準契約は当事者間の純然たる合意又は契約に由来するものではないのであるが、契約による債権債務関係と近似した債権債務関係であり、又、準契約は契約が存在せぬところに、法が契約の存在を擬制するものであるという見解もあって、用語としても、準契約 (quasi contract) という言葉を初めとして、法定契約 (constructive contract; contract created by operation of law; contract implied by law; contract implied in law) という言葉も用いられる。非債弁済をなした者の返還請求権、契約の履行不能が生じた場合の quantum meruit 又は quantum valebant に基づく請求権、妻に生活必需品 (necessaries) を給付した者が夫に対して取得する代金請求権、未成年者又は精神病者に生活必需品を給付した者の代金請求権、保証人の主債務者に対する求償権、共同不法行為者間の求償権、海難救助料の請求権等は、いずれも、準約に基づくものと考えられる」。また、田中英夫編『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）によれば、準契約は、意識不明の病人に治療を施した場合や自己の土地であると誤信して改良や固定資産税を支払った場合などにも問題となるという。これらの記述からも、準契約がいかに多種多様な内容を含む法理であるかが理解されると思う。なお、英国法における準契約の法理に関する概説として、J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History* (Oxford, 4th ed., 2002) at 363-378 を参考。同書の邦訳として、J・H・ベイカー（深尾裕造訳）『イギリス法史入門 第4版 第Ⅱ部【各論】』（関西学院大学出版会、2014年）201-223頁。また、我が国における英国法上の準契約の法理をめぐる研究としては、守屋善輝「英法に於ける準契約の素描（一）（二・完）」法協 51 卷 7 号 30 頁、同 51 卷 8 号 42 頁。小池隆一「英法に於ける準契約法理序説」慶応義塾大学法学部編『慶應義塾創立百年記念論文集（法学部）第一部法律学関係』（慶應通信、1958年）1頁。小林規威『英國準契約法』（千倉書房、1960年）。土田哲也「準契約法上の救済について（1）（2）（3・完）」香川大学経済論集 40 卷 3・4 号 107 頁、40 卷 5 号 1 頁、40 卷 6 号 496 頁などがある。

していることを前提としているという点で共通性がある。両法理とも、契約が存続していること自体は前提としつつ、その違反に対する責任を相手方に追及するための法理であった。換言すれば、両法理で問題となっていたのは、相手方の契約違反責任の如何であったのである。

これに対して、準契約の法理では契約の存続は前提とされない。むしろ、契約は解消されたものとされ、その事後処理が問題となるのである。準契約に基づく請求の萌芽を窺わせるものとして、Giles v Edwards 事件²²⁵を挙げることができる。事案は次の通り。被告は原告に対して薪を売却する約束をし、原告は供給された薪に対して代金を支払うことを約束した。被告は、契約に従って、約束した薪の内の一部を提供し、原告はこれに対して代金を支払った。しかし、その後被告から薪の残部が提供されなかったため、原告は先に支払った代金の返還を求めて訴訟を提起した。これに対して被告は、本件契約は未だ未履行であり、かつ原告は、本件契約に基づいて行動している以上その契約を解除することは出来ない。したがって原告は、契約の不履行を理由とした訴えを提起すべきである、などと主張して争った。

Kenyon 首席裁判官は、次のように論じて原告の訴えを支持した。すなわち、「本件契約は不可分契約である。そして、被告の不履行によって原告は自身が引き受けたことをなすことが出来なかったのであるから、原告には契約全体を終了させる権利があり、その契約に基づいて支払った金銭の返還を求める権利がある²²⁶」と。

Giles 事件判決では、原告は被告の不履行を理由として契約を解除することができること、その上で、被告に対して提供した金銭の返還を求め得ることが確認されている。

Giles 事件判決と同様の趣旨を反対の観点から述べる判決もある。Hulle v. Heightman 事件²²⁷がそれである。事案の概要は次のようであった。原告は船員であり、被告は原告らを雇用する船長であった。原被告間の契約によれば、被告は原告と共にデンマークのアルトナからロンドンへと航海し、再びデンマークへと戻ってくるということになっていた。なお、原告ら船員に対する報酬は、デンマークへと帰港した際に支払われることとされていた。然るに被告は、ロンドンにて原告らを解雇し、原告らは下船した。その後、被告は原告らに船へ戻るように要請したが、原告らはこれを受け入れず、本航海の片道において提供した役務に対する報酬の支払いを求める訴えを提起した。

Le Blanc 裁判官は、次のように論じて原告の請求を退けた。すなわち、契約が存続し続ける限り、原告はそれに従う必要がある。被告の行為によって契約が解除されたならば別段、本件においてはそのような事情はない、と。

Hulle 事件において原告は、航海の片道において提供した役務に対する報酬の請求を認められなかった。その理由は、Le Blanc 裁判官によれば、契約が未だ解消されていないという点に求められたのである²²⁸。

Giles 事件判決および Hulle 事件判決から読み取れるのは、相手方が契約違反を犯した場

²²⁵ Giles v Edwards (1797) 7 T. R. 181, 101 ER 920.

²²⁶ Ibid., at 182, 921.

²²⁷ Hulle v. Heightman (1801) 4 Esp. 75, 170 ER 647.

²²⁸ Le Blanc 裁判官の判示はその後の審級においても追認されている。Hulle v. Heightman (1802) 2 East 145, 102 ER 324.

合には、他方当事者は契約を解除し、その時点までに相手方に提供したもの——ないしその価格分——の返還を求めることができるという準則の存在である。これは、後にいうところの準契約に基づく提供役務相当金額の請求 *quantum meruit* ないし提供物相当金額の請求 *quantum valebant* である。

次項では、準契約に基づく提供役務相当金額の請求が問題となった事案として著名な *Planché v. Colburn* 事件を取り上げ、*Hochster* 事件以前において準契約に基づく請求がどの程度確立されたものであったのかを検討しよう。

4. 2. 準契約に基づく提供役務相当金額の請求という枠組みの確立

まずは、*Planché v. Colburn* 事件の正式事実審理²²⁹の内容を確認しよう。事案は次のようであった。被告は、青少年文庫というシリーズものを刊行することを企画し、原告に記事を書くように依頼した。なお、報酬については、完成した原稿に対して 100 ポンドが支払われることとされた。原告は被告からの依頼に応じて原稿の準備を進め、その大部分を完成させたが、被告は同シリーズの刊行を断念した。その後被告は、原告の用意した原稿を単独の書物として出版することを提案したが、原告はこれを拒み、訴訟を提起した。原告は、本件提訴に当たって、契約違反に基づく損害賠償請求、金銭債務の支払い、および提供役務相当金額の請求の 3 つの請求原因を挙げた。

Tindal 首席裁判官は次のように論じて、原告による提供役務相当金額の請求を支持した。*Tindal* 首席裁判官曰く、「私は、〔本件の帰趨は〕第二訴訟原因ではなく、第三訴訟原因における提供役務相当金額の請求によっていると考える²³⁰」。「原告は契約したところの全額の回復を求めているのではない。ただ、自身が準備した記事の部分に対する正当な報酬を求めているのである。この記事は、それが掲載される予定であった企画の中断によって不要のものとされたのである²³¹」と。これを受けて陪審は、原告に 50 ポンドの請求を認める評決を下した。

この評決に対して被告は、次のように論じて上訴した²³²。すなわち、本件契約は未だ解消されておらず、従って原告は、提供役務相当金額の支払いを求めることはできない、と。これを受けて、*Tindal* 首席裁判官は次のように判示した。

事実はこうであった。被告は『青少年文庫』を単に一時的に中断したのではなく、実際に終結させたのである。被告は、原告との契約に違反したのである。その後原告が、自身の本を単独の書籍として発行することを被告に許容する新たな契約を締結したということ立証しようとする試みがなされたが、これは極めて不奏功に終わった。特定契約 *special contract* が存在し、終了していない場合には、原告は提供役務相当金額の請求をなし得ないという点については同感である。ここでの問題の一部はしたがって、契約が存在しているか否かであったところ、問題の原稿が最終的に放棄されたということは極めて明らかである。そして陪審は、新たな契約は締結されなかったと判

²²⁹ *Planché v. Colburn* (1831) 5 Car. & P. 58, 172 ER 876.

²³⁰ *Ibid.*, at 61, 877.

²³¹ *Ibid.*, at 61, 877-878.

²³² *Planché v. Colburn* (1831) 8 Bing. 14, 131 ER 305.

断した。このような状況下では、原告は自身の労働の果実を失うべきではない……²³³。

このように、Planché 事件判決によって、相手方の契約違反に際して他方当事者は契約を解消し、すでに提供していた役務に相当する金額の請求をすることができること、逆から言えば、契約を解消しない限り提供役務相当金額の請求は出来ないがこと明らかにされたのである。ここに至って、準契約に基づく提供役務相当金額の返還請求という枠組みが定まったのである。

もっとも、Planché 事件判決によっても必ずしも明らかとはならなかった点がある。今みたように、準契約に基づいて提供役務相当金額の返還を求めるためには、契約が解消されていることが必要なのであるが、それでは、契約はいつ、どのようにして解消されるのであろうか。この点について示唆的なのが、次の Ehrensperger v. Anderson 事件²³⁴である。事案は次のようであった。訴外 C.M.は、訴外 C.D.との間で綿の委託販売契約 consignment を締結した。この契約によれば、C.D.はもっとも適切な時期に綿を売却し、その収益をもっとも適切な時期に為替手形によって C.M.へと送金することとされていた。その後 C.M.は、前渡金欲しさに、綿に対する権利を原告へと譲り渡した。更にその後、C.D.が廃業し、その事業が被告によって継承された。以上の事実関係の下で、被告は綿を売却し収益を得た。原告は、その収益を送金するように依頼したが、被告はこれに応じなかった。そこで原告は、被告の上げた収益について、不当利得金の返還請求訴訟 money had and received²³⁵を提起した。

Parke 裁判官は、原告が不当利得金の返還を請求し得るか否かは、「原告が被告に対して、『あなたは私から受け取った金銭を有している。そしてあなたは、契約を解消した。したがって私にも私の側の契約を解消する権利がある』といえる立場にあるか²³⁶」にかかっているとした上で、次のように論じて原告の請求を退けた。すなわち、「不当利得金の返還を請求する権限が構成されるためには、一方当事者の側で契約が履行されないとか履行が無視されているとかだけでは足りず、『この契約を解消する』というに等しい何か——契約の履行に対する全面的な拒絶か、あるいは原告の側で『あなた〔被告〕が契約を解消するというなら、私も自分の契約を解消する』ということを可能ならしめる何かが必要なければならない。……他者に金銭を渡した者が、契約を解消されたものとして扱う権利があるということを根拠としてその金銭の返還を求める権限を得るためには、他方当事者が自身の側で契約を解消したということが明確に示されなければならないということは明らかであると思う²³⁷」。しかし本件では、被告はそのような意味で契約を解消したと

²³³ Ibid., at 15-16, 306.

²³⁴ Ehrensperger v. Anderson (1843) 3 Ex. 148, 154 ER 793.

²³⁵ 不当利得金の返還請求は、定型的訴訟原因項目 common counts に基づいて訴訟が提起される際に示される訴訟原因項目の一つであった。定型的訴訟原因項目には金銭請求訴訟原因項目 money counts と提供役務相当金額の請求および物品相当額の請求とが二大類型をなしており、不当利得金の返還請求はこのうちの前者に含まれていた。この不当利得金の返還請求も、準契約に基づく法的保護であった。田中英夫編『英米法辞典』の common counts、money counts および money had and received の項目を参照。

²³⁶ Ehrensperger v. Anderson (n 234), at 158, 797.

²³⁷ Ibid., at 158, 797.

はいえない、と。

Parke 裁判官の判示内容からは、契約が解消されたといえるためには、被告による契約違反があるだけでは必ずしも十分ではなく、原告の側から契約を解消する必要性のあることが意識されていることが窺われる。これは、準契約に基づく救済を得るためには、両当事者が参加した上での契約解消行為が必要であることが認識される端緒であったとされる²³⁸。

4. 3. 若干の考察

以上に見てきたところからも分かるように、19 世紀の中頃までにはすでに、準契約の法理が——必ずしも洗練された形ではなかったにせよ²³⁹——確立されつつあったのである。

本稿の主題との関連で特に興味深いのは、次の二点である。第一に、Planché 事件における被告の履行期の問題である。この事件では、原告が完成原稿を被告に提供し、これに対して被告が報酬を支払うこととされていた。つまり、被告による報酬支払い義務は、原告による原稿提供義務に対して後履行の関係にあり、したがって原告が原稿を提供しない限り履行期が到来しないというものであった。Planché 事件では、原告は結局原稿を提供していなかったのであるから、厳密には被告の報酬支払い義務の履行期は未だ到来していなかった。それにもかかわらず、本事件で原告は、準契約に基づく請求によって 50 ポンドを回復しているのである。要するに、準契約に基づく請求は、相手方の義務の履行期が到来する前であったとしても可能であるということが Planché 事件判決から明らかになるのである。

第二に、準契約に基づく請求を基礎付けるために要求される、当事者の参加の態様である。前款においてみた Ehrensperger 事件判決では、準契約による請求を基礎付けるためには、被告による契約違反に加えて、原告による契約解消行為が必要であることが示唆されていた。この、両当事者が参加しての契約の解消から準契約による回復請求という構図は、Hochster 事件当時においても維持されていたのであり、同事件に対しても少なからず影響を与えるのであるが、この点については本章 6. において改めて検討を加えることとする。

いずれにしても、Hochster 事件の当時すでに、相手方の履行期が到来する前であっても準契約に基づく訴訟の提起は可能であったということは確認されるべきである。

5. 履行期前に履行拒絶がなされる場合

5. 1. はじめに

前節までは、Hochster 事件当時、契約締結後履行期前の期間に問題が生じた場合に当事者がいかなる措置を講じることが出来たのかという観点から考察を進めてきた。本節では、これとは逆の観点から Hochster 事件以前の法状況について確認しておこう。すなわち、契約締結後履行期前の期間において、当事者はいかなる措置を講じることが出来なかったのか。

²³⁸ Mustill (n 141), at 35.

²³⁹ Q. Liu は、Planché 事件判決について検討を加えつつ次のように結論する。「結局、本件判決が下された当時は、不当利得法は未だ萌芽的な形であったのであり、提供役務相当金額の請求は、契約上の損害賠償請求の手段とも契約からは独立した原状回復的な救済の手段とも考えられ得たのである」と。Q. Liu, *Anticipatory Breach* (Hart Publishing, 2011), at 11.

予め結論を先取りすると、契約締結後履行期前に一方当事者が履行を拒絶した場合であっても、他方当事者は、その履行拒絶自体を契約違反とみなして訴訟を提起することは出来ないとされていたのであった。このことを、本節では二つの判例を素材に確認しよう。

5. 2. 二つの判例

履行期前になされた履行拒絶は契約違反に当たらないとした判例として、まずは *Phillipotts v. Evans* 事件²⁴⁰を挙げる事ができる。事案は次のようであった。グロスターの穀物業者である原告は、バーミンガムの製粉業者である被告に穀物を売却したが、その後穀物の市場価格が急落した。そこで被告は、穀物がすでに輸送中であるにもかかわらず、その受領を拒絶する旨を原告に伝えた。その後、穀物がバーミンガムに到着した後も、被告は穀物を受領しなかった。そこで原告は、損害賠償を求めて訴訟を提起した。公判において争われたのは、損害賠償額を何時の時点を目準に算定するかであった。すなわち、原告が契約締結時の価格とバーミンガム到着時の価格との差額を請求したのに対して、被告は契約締結時の価格と受領拒絶の意思を通知した時点での市場価格との差額こそが適正な損害賠償額であるとして争ったのである。

裁判所は、原告の主張を支持した。Parke 裁判官はいう。「[被告が]原告は通知の後、穀物が給付されるべき時期まで待つことなしに訴訟を提起しえたということを立証できたならば、損害賠償額の算定基準として適切なのは通知の時点での価格に従うことかもしれない。しかし私は、その時点では契約違反に基づく訴訟は提起し得ないと考える。むしろ原告は、被告が穀物を受領するか否かを見極めるためにも、穀物の履行期が到来するまで待たなければならない。その時被告は、穀物を受領することを選択するかもしれない、何らの契約違反責任をも負わないかもしれない。被告がなすべきとされているのは、契約において定められた時期に、目的物を受領する用意と意思を持ち、対価を支払うということだけなのである。目的物を受領しないという事前の表明によっても、契約違反は生じなかった。そのような表明は単に無効であり、そのような表明にもかかわらず被告は目的物を受領する権限を有していたのである。とりわけ原告は、被告を事前に訴えることは出来なかったのである²⁴¹」と。

Phillipotts 事件において争われたのは、契約違反に基づく損害賠償額の算定基準時をいつに設けるかという点であった。この点につき Parke 裁判官は、契約価格と履行期における市場価格との差額こそが損害賠償額として適切であるという。その根拠は、履行期前の履行拒絶には何らの意味もなく、その時点では契約違反は生じていない。したがって、履行拒絶時の市場価格は損害賠償額の算定にとって適切ではないというものであった。

このように Parke 裁判官は、損害賠償額の算定基準時としていつが適切かという問題と結びつけながら履行期前の履行拒絶が契約違反であるか否かという問題に取り組んだのであり、その結果履行期前拒絶は契約違反たりえないと結論したのであった。

Phillipotts 事件の 10 年後、Parke 裁判官は再び履行期前拒絶が契約違反を構成するかという問題について取り組む機会を得た。*Ripley v. M'Clure* 事件²⁴²においてのことである。事

²⁴⁰ *Phillipotts v. Evans* (1839) 5 M. & W. 475, 141 ER 200.

²⁴¹ *Ibid.*, at 477, 202.

²⁴² *Ripley v. M'Clure* (1849) 4 Ex. 345, 154 ER 1245.

案は次のようであった。原被告間で、原告が輸入した茶葉を被告が買い取る旨の契約が締結された。この契約によると、原告がお茶をベルファストまで輸送し被告に提供した後、被告が代金を支払うこととされていた。然るに、原告が茶葉を船で輸送している間に被告は契約を履行することを拒み、かつ船がベルファストに到着してからも履行することを拒み続けているというのである。そこで原告は、損害賠償等を求めて訴訟を提起した。

Parke 裁判官は次のように論じて、原告の訴えを支持した。まず、輸送中の被告による履行拒絶が契約違反に当たるか否かという点については、「陪審員が、積荷が到着する前になされた履行拒絶が契約違反であると説示されたならば、その説示は誤りである。これは *Phillpotts v. Evans* 事件において適切に判決された点である」という。その上で、本件についていえば、被告は船がベルファストに到着してからも履行を拒絶しているのであり、この拒絶は契約違反を構成しうる。契約の定めによれば、被告の受領義務および代金支払義務は、原告がベルファストまで茶葉を輸送し被告に提供して初めて問題となるところ、被告による履行拒絶によって原告は直ちに被告の契約責任を追及しうると判示した。

Ripley 事件において、Parke 裁判官は、Phillpotts 事件判決における自身の判示内容を確認する形で改めて履行期前拒絶は契約違反たりえないことを示したのである。このように、Hochster 事件以前においては、履行期前拒絶は契約違反ではないという見解が強力に主張されていたのであった。

6. Hochster v. De La Tour 事件判決

6. 1. はじめに

ここまでみてきたところから、Hochster 事件の当時においてすでに、履行期前に訴訟が提起され得るということ自体は承認されていたことが分かる。もっとも、Hochster 事件の当時は、履行期前拒絶は契約違反でないとする先例もまた存在したところであった。それでは、Hochster 事件判決はいかなる論理によって履行期前拒絶に基づく救済を根拠付けたのであろうか。ここでは、この点について検討を加えることとする。

6. 2. Hochster v. De La Tour 事件²⁴³

(1) 発端

1852年4月、被告は、エジプトへ旅行した際に Maskill 氏とその案内人であった原告に出会い、その一行に加わった。以降原告は、被告の案内人としても働くと同時に、被告に多額の金銭を貸すなどした。その後一行がイングランドへ帰国した際、被告は原告に借金を弁済するとともに、エジプト滞在中の働きに対する報酬を支払った。

1852年5月、被告は原告に手紙を出し、妹をスイス旅行に連れて行きたいので、ぜひ原告に案内人として同道してもらいたい旨を伝えた。被告からの報酬額の問い合わせに対して、原告は、三ヶ月の期間であれば月あたり 10 ポンド、それ以上の長期であるならば月あたり 8 ポンドの報酬である旨を回答した。被告はこれに一度は納得し、6月1日から3ヶ

²⁴³ 以下に紹介する事案の概要は、The Times 紙の 1853 年 4 月 25 日付記事および 1853 年 6 月 11 日付記事、並びに 17 Jurist 972 および 2 El. & Bl. 678, 118 ER 922 にて紹介された事実関係に基づいている。

月の仕事を予定しておいてほしい旨を原告に伝えた。その後原告は、被告からパスポートの取得を依頼されたため、自らの出費において被告のためのパスポートを取得した。

ところがその後、被告は再び原告に手紙を書き送り、次のように述べた。すなわち、友人に今回の旅行のことを相談したところ、その友人から、年間で 500 ポンドの収入しかないにもかかわらず 3 ヶ月で 300 ポンドもの大金を出費するような計画は愚か極まりなく、また原告に対する月あたり 10 ポンドという報酬も法外であると諫められた。被告としても、原告との契約を破棄することが賢明であると考えに至ったため、原告による案内はもはや不要である、と。

そこで原告は、被告に対して契約違反に対する賠償を求めたが、被告がこれを拒否したため、損害賠償を求めて訴訟を提起した。1852 年 5 月 22 日のことであった。

なお原告は、本件訴訟を提起した後に Ashburton 卿との間で本件契約と同様の契約を締結した。但し、この契約の履行期は 7 月 4 日と定められていた。

(2) 訴訟

① 正式事実審理での経過

Erle 裁判官の下で開催された正式事実審理において、被告側弁護人である Hill 氏は、原告からの訴えに対して次のように反論した。すなわち、本件契約の履行期は 6 月 1 日なのであって、それ以前においては契約違反はありえない。履行期が到来する前には、一方の当事者が一方的に契約を破棄することは出来ない。履行期が到来するまで継続した履行拒絶がない限り契約違反は生じないということは、いくつかの事件において確認されている。原告は、被告との仕事が予定されていた日時に Ashburton 卿の案内人として働いていたのであるから、そのような行動でもって被告による契約の破棄に対して同意を与えたことになる、と。

Hill 氏の主張を聴いた Erle 裁判官は、次のように述べた。すなわち、原告勝訴の判断をすることになるが、被告に対しては Hill 氏が示した強力な先例に基づく申立てを許可するであろう、と。

その後 Hill 氏は、陪審に対して、そもそも被告は原告と契約を締結してはいない、原告が契約であると解釈したものは単なる相談であったに過ぎないと述べた。

以上を受けて、Erle 裁判官は、陪審に対して次のように指示した。すなわち、陪審はまず、原告と被告との間に契約が成立していたか否かについて決しなくてはならない。次いで、仮に契約が存在していたと判断するならば、被告がその契約に違反したか否かを決しなくてはならない。最後に、被告が契約違反を犯したと判断するならば、公平で合理的な損害賠償金を原告に与えなくてはならない、と。

最終的に、原告の訴えを支持する旨の評決が下されたが、被告には女王座裁判所に対して訴え却下を申し立てる *enter a nonsuit* 許可が与えられ、判決を差し止める旨の仮決定 *rule Nisi* がなされた。そこで本件は、女王座裁判所において争われることとなった。

② 女王座裁判所での経過

②-1 原告側の主張

原告側の弁護人である Hannen 氏は、正式事実審理で下された判断が妥当でない理由を

大略以下のように主張した²⁴⁴。

本件において争われている問題は、「履行期が到来するよりも前に契約違反を犯すことは法的に可能か否か²⁴⁵」というものである。被告は、この点を否定することによって原告の訴えを棄却すべき旨主張する。被告がこの主張をするに当って依拠している先例は、*Leigh v. Paterson* 事件²⁴⁶、*Phillpotts v. Evans* 事件および *Ripley v. M'Clure* 事件であるが²⁴⁷、このいずれも被告の主張を支持するものではない。

Leigh 事件は、物品の売主による履行期前の履行拒絶に基づく損害賠償額の算定基準が問題となった事案であるが、裁判所は、このような場合の損害賠償額は、履行期における目的物の市場価格と契約価格との差額を基準に算定すべきであることを明らかにした。

Phillpotts 事件は、*Leigh* 事件とほとんど同様の事案であったが、*Parke* 裁判官による傍論が付されており、これが被告にとって有利な材料を提供しているようにも見受けられる²⁴⁸。また *Parke* 裁判官は、*Ripley* 事件において、*Phillpotts* 事件における自身の説を再確認しているのである²⁴⁹。

しかしその表現からみるに、*Parke* 裁判官には、「撤回しえない履行拒絶」をも含めて履行期前拒絶一般が契約違反ではないとまで主張する意図はなかったものと思われる。未履行契約における一方当事者が予め契約の履行を拒絶し、他方当事者がこれを真に受けて自らの義務を履行不能にするような形で行動した場合には、履行拒絶はもはや撤回しえない

²⁴⁴ 以下の記述は、*Hochster v. De La Tour* (1853) 2 El. & Bl. 678; 118 ER 922, at 681-685; 923-925 をまとめたものである。

²⁴⁵ *Ibid.*, at 682, 923.

²⁴⁶ *Leigh v. Paterson* (1818) 8 Taunt 540, 129 ER 493. *Leigh* 事件の事案と判旨は次のようなものであった。獣脂の売主である被告は、12 月中に原告に対して獣脂を供給する契約を締結した。なお、契約締結時の獣脂の価格は、112 ポンド当たり 65 シリングであった。然るに被告は、10 月 1 日、原告に対して、獣脂を第三者に売却してしまった旨を通知したのである。なお、この通知の時点での重視の市場価格は、112 ポンド当たり 71 シリングであった。原告は、被告からの通知を受けて、契約違反に基づく損害賠償請求を求めて訴訟を提起した。その際に原告は、12 月 31 日における重視の市場価格 (112 ポンド当たり 81 シリング) と契約価格との差額を基準に損害賠償額を算定した。これに対して被告は、被告が第三者に獣脂を売り、そのことを原告に通知した時点で、原告は自身に生じる損害を拡大させない義務を負う。よって原告は、被告からの通知を受けた後直ちに市場において代替取引をすべきであり、したがって損害額は通知の時点での市場価格と契約価格との差額であるというべきである旨を主張して争った。

Dallas 首席裁判官は次のように論じて、被告の主張を退けた。すなわち、双方向的に締結された契約は、一方的に破棄することは出来ず、必ず双方当事者の合意によらなければ解除することが出来ない。原告は市場において新たに獣脂を購入することができる旨主張されたけれども、原告はそのようにすべき義務を負わない。それどころか、契約は未だ解消されていないのであるから、被告は、もし望むのであれば、改めて獣脂を購入した上で原告に提供することもできるのである。したがって原告の損害賠償額の算定基準となるのは、12 月 31 日時点での市場価格である、と。

²⁴⁷ *The Jurist* の記述によれば、被告が *Leigh* 事件における *Dallas* 首席裁判官の判示および *Phillpotts* 事件判決と *Ripley* 事件判決における *Parke* 裁判官の判示を引用することによって仮決定を得たことが窺われる。 *Hochster v. De La Tour* (n 244), at 972.

²⁴⁸ *Phillpotts* 事件における *Parke* 裁判官の判示内容については、本章 5. 2. を参照。

²⁴⁹ *Ripley* 事件における *Parke* 裁判官の判示内容については、本章 5. 2. を参照。

というべきである²⁵⁰。そして当裁判所は、*Cort v. Ambergate &c. Railway Company* 事件において、このような場合には履行拒絶を受けた当事者はもはや自身の義務を履行することが出来ないにも関わらず損害を回復しようとの判決を下したのである。

本件において、仮に令状 writ が6月2日に発行されていたならば、*Cort* 事件の論理が妥当したはずである。そこで問題は、令状が6月1日よりも前に発行されたか後に発行されたかによって取扱いに差が生じるかという点である。履行期前の履行拒絶は契約違反ではないという *Phillpotts* 事件における *Parke* 裁判官の判示内容が一般的な妥当性を有するならば、この問いに対する答えは是となるであろう。しかし、*Parke* 裁判官の判示内容は、一般的に妥当するものではない。*Short* 事件では、婚約中に男性が他の女性と結婚することが契約違反であるとされた。これは、男性による他の女性との結婚が履行拒絶であることに基づく判断である。というのも、男性が他の女性と結婚したからといって、必ずしも当初の婚約が履行不能になるというわけではないからである。*Lovelock* 事件判決も同様に、履行期前の履行拒絶が契約違反に当たることを確認した判決であるといえる。また、*Planché* 事件では、青少年文庫シリーズのために原稿を書くことを約した作家が、同シリーズの刊行が中止されたことに基づいて出版者に損害賠償を求めた。*Planché* 事件では、出版者側の義務の履行期は作家が原稿を完成させた後に到来すべきものであったところ、作家は原稿を完成させていなかった。すなわち、出版者側の義務の履行期は未到来だったのである。しかし、それにも関わらず作家の請求は認容されたのである。

②-2 被告側の主張

被告側の弁護人である *Hill* 氏と *Deighton* 氏は大略次のように論じて、正式事実審理における判断が正当なものであったと主張した²⁵¹。

契約当事者は、契約の履行が法的に可能な状態を相互に維持することを黙示的に約しているのであるから、自ら履行を不可能にする行為は契約違反である。しかし、相手方に対して契約を破棄する意図を通知する行為は、単なる解約の申込みに過ぎない。仮に履行期前拒絶が撤回されない場合には、履行期における契約違反の証拠となる。しかしそれまでは、この拒絶は撤回が可能なのである。したがって、履行期前に契約違反が生じることはなく、当事者が契約違反に基づく訴訟を提起するためには履行期の到来を待つ必要がある。契約違反とは、履行期においてなすべきことをなさない場合に生じるところ、本件被告は、本件訴訟開始時である5月22日の時点では何等なすべき義務を負ってはいなかったのである。これは、*Phillpotts* 事件と *Ripley* 事件において示された法理でもある。

Cort 事件では、令状が受理されたのが履行期到来後であったという点が重要である。同

²⁵⁰ *The Jurist* によれば、*Hannen* 氏は次のように述べたとされている。すなわち「*Parke* 裁判官は、積荷の到着時よりも前に契約が終局的に放棄されることはありえないということを用意してはいなかった。というのも、契約の条件を遵守するつもりはないとの意図を相手方から通知された当事者がその通知に基づいて行動した場合には、そのような拒絶は終局的になりうると *Parke* 裁判官が考えていたことは明らかだからである」と。*Hochster v. De La Tour* (n 244), at 972.

²⁵¹ 以下の記述は、*Hochster v. De La Tour* (n 244), at 685-687, 925; (n 244), at 973 をまとめたものである。

事件では、原告の契約履行に対する用意と意思をめぐって争いがあつたところ、裁判所は、被告から拒絶通知を受けた原告はもはや契約の目的物を製作することなく訴訟を負提起しようという判断が下されたのであり、それ以上でもそれ以下でもない。よって、Cort 事件は被告の主張と一致するものである。

このような被告側の主張をめぐって、Crompton 裁判官が被告側弁護人に「原告は、彼を雇わないという被告からの通知を受けて、損害を軽減するために他の雇用先を探すことはできないのか²⁵²」と質した。これに対して被告側弁護人は、「原告が被告の通知を受け入れる際には、この通知の法的な効果は解除の申込みなのであるが、それを全面的に受け入れなければならない²⁵³」と応じた。

この被告側弁護人の回答を受けて、Campbell 首席裁判官と Erle 裁判官がさらに次のような質問を發した。すなわち、Campbell 首席裁判官は「それでは被告側弁護人は、原告が救済を保持するためには怠惰でい続けなければならないというのか²⁵⁴」と問い、また、Erle 裁判官は、「もう一步踏み込んでみてはどうか。原告が Ashburton 卿と契約を締結した後に、被告が履行拒絶を撤回し、原告に 6 月 1 日に一緒に旅行するように要求したとする。そして、原告がこの要求を拒み、Ashburton 卿について旅行に行ったとする。被告側弁護人は、この場合には、現在の被告が現在の原告を契約違反の廉で訴えることができるというのか²⁵⁵」と問うたのである。

これらの質問に対して、被告側弁護人は、そのような場合において原告が免責されるか否かは陪審に委ねられるべき事実問題であると答えた。その上で、履行期の市場価格を損害賠償額の算定基準とした Phillpotts 事件を引合いに出し、履行期前拒絶が契約違反であるとするならばその損害賠償額をいかに算定すべきなのかと反問した。

(3) 判決

双方当事者による以上の弁論を受けて、女王座裁判所は下記のような判決を下した。結論からいえば、裁判所は原告の請求を認容したのである。以下では、Campbell 首席裁判官の執筆した判決文を①履行期前に契約違反が生じるか否か、②原告は履行期前拒絶に基いて直ちに訴えを提起しようか、③先例との関係はいかに解すべきかの論点ごとに分割し整理して紹介する。

① 履行期前に契約違反が生じるか否かについて

²⁵² Hochster v. De La Tour (n 244), at 686, 925.

²⁵³ Ibid., at 686, 925. 被告側弁護人によるこの応答の意図するところは必ずしも明確ではないが、恐らく次のような趣旨であったものと思われる。すなわち、原告は、被告からの解除申込みを受け入れた上で他の雇用先と契約を締結することができる。しかしその際には、被告に対して契約責任を追及することを諦めなければならない。何故ならば、原告は被告との間で契約を合意解除したのであり、したがって契約は初めからなかったものとなるからである。契約解除に合意しつつ——すなわち、他の雇用主と契約を締結しつつ——、他方で被告の契約責任を追及する途は残すということは出来ない。解除の申込みを受け入れる際には、全面的に受け入れなければならないのである、と。

²⁵⁴ Ibid., at 686, 925.

²⁵⁵ Ibid., at 686, 925.

まず Campbell 首席裁判官は、本件においては、契約の当事者が履行期前に履行を拒絶し契約違反を犯すことができるのか、そして拒絶の相手方は履行期が到来する前に訴訟を提起しうるのかが争点であることを確認し、次のように続ける。「被告側弁護人は、原告が契約の解消に同意し、それに基づく全ての救済を放棄しないならば、原告は、被告に雇われた案内人としての実際の雇用が始まるその日まで、該契約の履行のための用意をし、また履行する意思を持ち続けなければならない、その日以前には訴訟を提起する権利を付与するような合意違反は生じえないと強力に主張する。しかし、ある行為が将来なされるべきであるとの合意がある場合に、その行為をなすべき日が到来するまでは該合意に対する違反を理由とした訴訟を提起しえないというのは、一般的な準則ではありえない²⁵⁶」と。

その根拠として、Campbell 首席裁判官は 3 つの先例を挙げる。すなわち、Short 事件、Ford 事件および Bowdell 事件である。Campbell 首席裁判官は、これらの事案では履行期が到来する前であっても訴訟を提起しうるとの判断が下されているという。

それでは、これらの先例において履行期前の訴訟提起が可能であるとされた根拠はなんであったのか。この点について、Campbell 首席裁判官は次のようにいう。「そのような訴訟を支持するために主張されている根拠の一つは、被告が、履行期よりも前に、履行期に契約を履行することを不可能にしてしまったというものである。しかし、これには必ずしも従う必要はない。というのも、[Short 事件についていえば] 履行期よりも前に第一の妻が死亡するかもしれない、[Ford 事件についていえば] 賃借権の放棄が得られるかもしれない、また [Bowdell 事件についていえば] 被告が、原告に目的物を売却し提供するために、それらを買戻すかもしれないからである。他の根拠は、次のようなものであろう。すなわち、将来あることがなされるという契約がある場合、その契約期間中は当事者間にある関係が構築され、その間は、双方の当事者がこの関係に反して他方当事者を妨害しないことを黙示的に約しているというものである²⁵⁷」と。

Campbell 首席裁判官は、この理論を敷衍している。「例えば、婚約を交わした男女は、その婚約から挙式までの間、相互に婚約者となるのである。旅行者と案内人に関する本件の場合、雇入れの日から雇用開始日までの間、当事者は互いに密接な関係に入る *engaged to each other* のであり、当事者のうちのどちらかがこの関係を拒絶した場合には、黙示的な契約に対する違反があるように思われるのである。この論拠は、Elderton 事件²⁵⁸に対する財

²⁵⁶ Ibid., at 688, 925-926.

²⁵⁷ Ibid., at 688-689, 926.

²⁵⁸ Elderton v. Emmens (1848) 6 C. B. 160, 136 ER 1213. Elderton 事件の事案と判旨は以下のようであった。裁判所が認定したところによると、1844年11月30日、原告は、1845年1月1日から1846年1月1日までの一年間、被告のために弁護士 *attorney and solicitor* として働くことを約し、これに対して被告は、年間 100 ポンドの報酬を原告に支払うことを約した。然るに被告は、1845年5月、正当な理由なく原告を解雇した。そこで原告は、被告の契約違反を理由に損害賠償を求めて訴えを提起した。本件を担当した人民間訴訟裁判所は、本件契約は被告が原告を雇い続けるという内容を当然に含むものではないと判断し、原告の訴えを退けた。この判決に対して原告が異議令状でもって異議を申し立て、財務府裁判所がその審理に当たった。

Parke 裁判官率いる裁判所は以下のように論じて原告の訴えを認容した。すなわち、本件契約によれば原告は被告の求めに応じて役務を提供することになっているが、これは被

務府裁判所による全員一致の判決にも合致するように思われる。この判決は、後に当裁判所が扱った事件において我々も従ってきたところである²⁵⁹」と。

② 原告は履行期前拒絶に基いて直ちに訴えを提起しうるかについて

以上のように、履行期前であっても契約違反が生じる場合があることを確認した上で、Campbell 首席裁判官は、原告が契約違反に基づく救済を得るためには履行期の到来を待たなければならないのかという点について検討を加える。

Campbell 首席裁判官はいう。「仮に、原告が契約を効力あるものとして扱い 1852 年 6 月 1 日までそれに基づいて行動しない限り契約違反に基づく救済を得られないとした場合、その時まで原告は、『その年のその日に被告とともに旅行に出立する』という約束に支障を来しうような雇用に入ってはならず、またヨーロッパ大陸への 3 ヶ月の旅行の案内人としてあらゆる面において適切に準備しておかねばならないということになる。しかし、被告によって合意が拒絶された後は、原告には、契約違反によって自身が被ったあらゆる損害について訴えを提起する権利を保持しつつ、あらゆる将来の契約履行から解放されたとみなす自由があるとすることがよほど合理的であるし、また当事者双方の利益にもなることが確実である。したがって原告には、仕事を得られぬまま、無駄になるであろう準備に費用をつぎ込む代わりに、他の雇い主の下で仕事を探す自由がある。これは、さもなければ契約違反を理由に原告が取得したであろう損害賠償額を軽減しうるのである。契約を拒絶し、契約に従わないつもりであることをはっきりと表明した被告が、この自身の表明に対して与えられた信頼に対して異議を唱え、考えを変える機会が残されていなかったと不平を述べることを許容されるとするのは、おかしな話である。仮に原告が、6 月 1 日に被告と共に案内人として出立することと矛盾するような契約を締結したことによって救済を否定されるならば、原告は被告の表明を信頼したがために〔救済を得ることを〕妨げられるのである。しかし、契約を完全に拒絶したことを表明した被告は契約違反を犯していないと主張することを妨げられるとする方が法理に適っている。……自らが意図して加わった契約を不当に拒絶する者は、自身が損害を与えた者から損害の賠償を求めて直ちに訴えを提起されたとしても、不平を述べることを正当化されえないのである。そして被害当事者

告にあらゆる場面において原告に役務を提供するように求めることを義務付けるものではない。すると、求めに応じて役務を提供する者に対して少なくとも一年間は一定の報酬を与えるという合意の意味するところは何か。「我々は、この合意は弁護士と依頼人という関係を創出するものであると考える。同時にこの合意は、少なくとも一年はこの関係を維持するという約束に相当するものと考え (Ibid., at 176, 1219)」と。

なお、Hochster 事件において Campbell 首席裁判官が言及したのは Elderton 事件の上記財務府裁判所判決であったが、同事件はその後、被告の申立てにより貴族院においても争われ、結果として財務府裁判所の判決が維持されるという経過を辿っている。貴族院判決において、Crompton 裁判官は次のように述べた。すなわち、「一定期間、一方当事者が雇い入れないし雇用し、他方が俸給ないし報酬のための役務を提供するという契約がある場合にはいつでも、雇用主の側には、被用者を、問題となっているその関係にその期間留めておく約束があるのであり、単に期間の終わりに被用者に役務に対する報酬を支払う約束のみがあるのではない (Emmens v. Elderton (1853) 13 C. B. 495, 138 ER 1292, at 506, 1297.)」と。

²⁵⁹ Hochster v. De La Tour (n 244), at 689, 926.

には、直ちに訴えを提起するか、あるいは、無責の当事者に有利となるかもしれず、また不当な行いをなす者を害することもないこの選択を行使するために、この契約を将来においても拘束力を有するものとしつつ履行期まで待つかの選択を認めることが合理的であると思われる²⁶⁰」と。

③ 先例との関係をいかに解すべきか

履行期が到来する前であっても訴訟を提起しうること、および相手方が履行を拒絶した場合には他方当事者は履行期まで待つことなく直ちに契約関係から離脱し、契約違反を理由とする損害賠償を請求しうることが確認されたとしても、裁判所にはなお検討すべき事項が残されていた。すなわち、先例との関係をいかに解すべきかという問題である。とりわけ、履行期前の履行拒絶は契約違反ではないと明言する **Parke** 裁判官の判示はいかにして克服されるべきなのか。

この点について、**Campbell** 首席裁判官は次のようにいう。「我々が本件において採用している見解と矛盾するような先例は見出されない。**Leigh** 事件は、特定の期日に提供されるべき物品の売買に関して、売主が、その期日よりも前に買主に対して物品を提供できないと告げ、それらを〔第三者へ〕売却した場合には、買主は、それらの物品が提供されるべきであった時点での市場状況に従って損害賠償額を算定する事ができるということを明らかにしたにすぎない。仮にこれが特定物の売買であったならば、**Bowdell** 事件に従って、履行期前に、売主が目的物を第三者に売却し給付した時点で、訴えが提起されえたはずである。**Phillpotts** 事件も同様の事案であった。そこでの唯一の問題は、穀物の売買と提供に関する契約の違反に基づく損害賠償額の算定方法であった。裁判所は、まことに適切に、原告は穀物が提供されるべきであった時点での市場状況に従った損害賠償額を請求することができると判示したのである。その際に、裁判所は、**Startup** 事件判決²⁶¹において示された準則に従うことを明言しているのであるが、ここでは、契約の履行拒絶に基づいて履行期前に訴訟を提起する権利に関する問題は生じていないのである。**Parke** 裁判官は、その意見は非常な尊重に値するのだが、**Phillpotts** 事件判決において確かに、穀物を受領しないという被告の通知に関連して次のように述べている。すなわち、『私は、その時点では契約違反に基づく訴訟は提起し得ないと考える。むしろ原告は、被告が穀物を受領するか否かを見極めるためにも、穀物の履行期が到来するまで待たなければならない』と。しかし、

²⁶⁰ **Hochster v. De La Tour** (n 244), at 689-691, 926-927.

²⁶¹ **Startup v. Cortazzi** (1853) 2 C. M. & R. 165, 150 ER 71. **Startup** 事件の事案と判旨は以下のようなものであった。原告は被告から亜麻仁を購入する契約を締結し、代金の一部を前払いした。然るに被告は、履行期が到来するよりも前に、原告に対して亜麻仁を供給出来ない旨を通知した。その後、原告は被告の契約違反を理由に損害賠償を求めて訴えを提起した。争点となったのは、原告の損害賠償を算定する際の基準時をいつの時点とするかであった。なお、履行期における亜麻仁の市場価格はクォーター当たり 50 シリングであったところ、原告は正式事実審時の市場価格であるクォーター当たり 56 シリングに基づいて損害額を算定すべきである旨主張していた。

裁判所は、本件原告は自身が被った特別な損害について何ら証明していないのであるから、損害賠償額の算定基準としては履行期における市場価格が妥当である旨を述べ、原告の主張を退けた。

学殖豊かな Parke 裁判官は、この通知は契約に対する履行拒絶には当たらないと考えたのではないだろうか。仮に Parke 裁判官が、そのような履行拒絶の後でも、原告は、契約に基づく救済を得るためには、自身の側の契約を履行し穀物を提供するために費用と損失を被らなければならないと考えたのであれば、彼には賛成出来ない。Ripley 事件では、物品の売買と供給に関する契約においては、物品の受領拒絶は、履行期の前のいずれの時点においても、必ずしも契約違反ではないと判断された。しかし裁判所は、将来あることをなすという契約がある場合において、一方の当事者がその日より前に契約を拒絶した場合に、他方当事者がその拒絶に基づいて契約違反を理由とする救済を得るか否かという問題については何らの意見をも示さなかったのである²⁶²と。

さらに Campbell 首席裁判官は、当事者の弁論において現れた先例のうち、特に言及を要するものとして Planché 事件判決を挙げる。Campbell 首席裁判官によれば、Planché 事件判決は以下に述べる意味において本件原告にとって有利な素材を提供するものであるという。

まず Campbell 首席裁判官は、Planché 事件を次のように評価する。すなわち、「原告第一訴答は役務および労務 work and labour に関する訴訟原因をも含むものであるが、原告は特別契約 special contract に焦点を当てた訴訟原因によって、すなわち、裁判所の意見によれば、原告は被告による契約の解消を契約違反であるとして扱うことができたこと、および契約が効力を持ち続けており、そのために原告が契約違反に基づく訴えを起こす前に自身の側の義務を履行することを強いられるかについて考慮することなく、原告は訴えを提起しうることによって、その評決を獲得したことは明白である²⁶³」と。つまり Campbell 首席裁判官は、Planché 事件においては準契約に基づいて原告の訴えが認容されたわけではなく、むしろ被告による契約解消行為が契約違反と評価されたが故に原告の請求が認容されたというのである。

その上で Campbell 首席裁判官は、「仮に、将来あることをなすという契約について、一方当事者による契約の解消が他方当事者によって成就されるべき条件の成就を不要ならしめると判断されるのであれば、この他方当事者に訴訟でもって救済を得るために履行期の到来を待つように求める理由はないであろう。そして、条件の成就が不要ならしめられる唯一の根拠は、その解消が契約違反として扱われうることであるように思われるのである²⁶⁴」と述べる。

要するに Campbell 首席裁判官は、Planché 事件判決を契約違反に基づく損害賠償請求が認容された事案であると理解した上で、一方当事者による契約解消行為によって他方当事者は自身の側の義務を履行することなく——すなわち、一方当事者の義務の履行期が到来する前に——損害賠償請求の訴えを提起しうるのであり、それというのも一方当事者による履行期前の契約解消行為——すなわち履行拒絶——が契約違反と評価されるためであるとの一般理論を導出したのである。この理解によれば、Planché 事件判決は、履行期前の契約違反とそれに基づく履行期前の訴えの提起を認容した事案であるということになり、したがって Hochster 事件の原告の主張を支持する先例であるということになるのである。

²⁶² Hochster v. De La Tour (n 244), at 691-693, 927.

²⁶³ Ibid., at 693, 927.

²⁶⁴ Ibid., at 693-694 927-928.

6. 3. 分析

以上、Hochster 事件についてやや詳細に概観した。本款では、先に検討した Hochster 事件以前の法状況とも絡めつつ、Hochster 事件判決が履行期前拒絶に基づく救済を認めた論理について検討を加える。

(1) 履行期前の契約違反の根拠

まず、履行期到来前に契約違反は生じうるのかという点に関する Campbell 首席裁判官の判決文をみてみよう。

この点について、原告側弁護人である Hannen 氏は、Short 事件判決、Lovellock 事件判決および Planché 事件判決を挙げ、履行期前であっても契約違反が生じうることを、したがって契約違反に基づく訴訟も提起しうることを主張した。

これに対して、被告側弁護人である Hill 氏らは、主に Phillpotts 事件判決および Ripley 事件判決に依拠しながら、自ら履行不能状態を招来する行為は契約違反になりうるが、履行期前の履行拒絶は違反には当たらないというのが確立した法である旨を主張した。

これら当事者の主張を受けた Campbell 首席裁判官は、原告の主張を容れる形で、履行期前であっても契約違反は生じうると判示した。その根拠として Campbell 首席裁判官が挙げるのは、Short 事件、Ford 事件および Bowdell 事件である。

Campbell 首席裁判官が依拠する諸判決は、いわゆる自招的履行不能の法理に関するものである。これらの判決において示されていたのは、履行期前に自ら履行不能状態を招来した者は、相手方から直ちに訴えを提起されうるという準則であった。

ここで注目すべきなのは、これら自招的履行不能の法理を表明したとされる諸判決に対する Campbell 首席裁判官の分析である。Campbell 首席裁判官によれば、これらの判決において履行期前の契約違反が認められたのは、一方当事者が履行不能状態に陥ったことに基づいてのことではない。というのも、実のところ、上記諸判決のいずれにおいても義務者は履行不能状態に陥ってはいないためである。それでは、上記諸判決において履行期前の契約違反はいかにして認定されたのか。この点について Campbell 首席裁判官は、契約関係に入った当事者間に創設される特別な関係性に注目する。すなわち、「将来あることがなされるといふ契約がある場合、その契約期間中は当事者間にある関係が構築され、その間は、双方の当事者がこの関係に反して他方当事者を妨害しないことを黙示的に約している²⁶⁵」ところ、「当事者のうちのどちらかがこの関係を拒絶した場合には、黙示的な契約に対する違反がある²⁶⁶」というのである。

要するに、Campbell 首席裁判官がこの判示部分で行っているのは、自招的履行不能の法理を、契約関係を維持するという黙示的な約束に対する違反として再構成するという作業なのである。Campbell 首席裁判官は、自招的履行不能の法理をめぐる諸判決から抽出された黙示的な約束に対する違反を履行期前に契約違反が生じることの根拠とし、ひいては履行期前の履行拒絶が契約違反となりうる根拠とするのである。

このような Campbell 首席裁判官の論理については批判もある。すなわち、Campbell 首

²⁶⁵ Ibid., at 689, 926.

²⁶⁶ Ibid., at 689, 926.

席裁判官は契約当事者間に生じる関係性を導くに当たって *Elderton* 事件判決に依拠していた²⁶⁷のであるが、この点について、雇用契約をめぐる紛争であった *Elderton* 事件において示された論理を雇用契約以外の契約一般に妥当する論理として拡張することには無理があるとの指摘がある²⁶⁸。また、*Campbell* 首席裁判官が婚姻契約をめぐる判例——*Short* 事件判決——にも言及している点について、男女間に特別な法的地位を創出する婚姻契約と通常の新務契約とを同列に論じることは奇抜 *fanciful* であるとも指摘される²⁶⁹。さらに、自招的履行不能の法理は、その元を辿れば条件付捺印金銭債務証書をめぐる判例法理に行き着くのであるが、そこでは *Campbell* 首席裁判官がいうような契約当事者間の特別な関係性といった観点は示されていないのであった²⁷⁰。

このように、*Campbell* 首席裁判官の論理には批判もあるが、いずれにしても「この方法によって、*Campbell* 首席裁判官は、将来の義務に対していかにして違反することができるのかという逆説を解消しただけでなく、履行不能化と履行拒絶とを統合する一般的な法理を創造したのである²⁷¹」。

(2) 履行期前に訴訟を提起しうる根拠

次に、履行期前に訴訟を提起することができるとする根拠について、*Campbell* 首席裁判官が述べるところをみてみよう。

被告側弁護人は、履行期前の履行拒絶は単なる契約解除の申込みに過ぎないとの立場から、本件の原告には、被告からの解除の申込みを受け入れるか、さもなければ履行期の到来を待ってから契約違反の責任を問うかの二つに一つの選択肢しかないと主張した。このような被告側弁護人の主張に対して、*Crompton* 裁判官が、原告は他の雇用主と契約を結び損害の軽減を図った上で履行期到来後に被告の契約違反責任を問うことは出来ないのかとの質問を發したところ、被告側弁護人は、そのようなことは出来ないと応答したのである。

ある論者によれば、被告側弁護人のこの応答が、被告の敗訴を決定付けた要因の一つであるという。「被告側弁護人は、履行拒絶は単なる契約解除の申込みであったということによって、依頼人のためにあまりにも多くを主張しすぎたのである。……*Crompton* 裁判官の質問に対して、被告側弁護人は次のように答えるべきであった。すなわち、被告からの履行拒絶に基づいて、原告は直ちに別の仕事を探す権利を得、かつ拒絶された契約の下で合意された自身の役務を提供するための用意をし続け、役務を提供する意思を持ち続けるべき義務から解放される、と。これは確かに既存の法に合致するものであり、また疑いなく、

²⁶⁷ *Ibid.*, at 689, 926

²⁶⁸ 「*Campbell* 卿は、*Elderton* 事件判決に基づくだけで本件におけるのと同様の結論を得られたことは明らかである。しかし、卿は全ての契約類型に妥当しうる一般的な『黙示的約束』という理論を作り出すことに決めたのである。そして卿は、これを将来の契約違反に対する現在の責任を創設するという問題に対する解決策として考えたのである。先例の展開という観点からいえば、これは *Elderton* 事件判決を不相当に拡張したものであったと思われる (*Q. Liu* (n 239), at 21.)」と。

²⁶⁹ *M. Mustill* (n 141), at 42.

²⁷⁰ *Ibid.*, at 42.

²⁷¹ *Q. Liu* (n 239), at 13.

論争が交わされた当時の英国法であった²⁷²」と²⁷³。

なるほど確かに、先にみたように、契約の一方当事者が相手方の履行行為を妨げた場合には、当該相手方はもはや自身の義務を履行することなく反対給付を請求することができるというのが、当時すでに確立された準則であった。また、ここでいう履行妨害とは、必ずしも物理的な妨害行為に限られるものではなく、権利者による受領拒絶も妨害行為に含まれるとされていた²⁷⁴。したがって、これによれば、本件原告は、被告による履行拒絶の後には自身の義務を履行することなく、さらにいえば他の雇用主との新たな契約を締結した上で、反対給付を請求することが出来たようにも思われる。もっとも、履行妨害の法理が典型的に妥当する場面とされていたのは、妨害を受けた当事者の義務についての履行期が既に到来している場面であった。本件においては、原告の義務についての履行期は未だ到来していなかったのであり、その意味で履行妨害の法理がそのまま妥当する事案ではなかったともいえる。

ともあれ、被告側弁護人の論理によれば、本件原告が辿るべき道は次の二つに一つであることになる。すなわち、第一に、被告からの契約解除の申込みを受け入れる代わりに、被告に対する一切の契約違反責任の追及を断念する。第二に、被告からの契約解除の申込みに応じず、その代わりに履行期が到来するまで契約の履行のために用意をし、かつ履行のための意思を持ち続けた上で被告に対して契約違反責任を追及する。この二つである。

仮に原告が第一の道を選択した場合、どのような結果になるか。当時の英国法においても、契約を合意解除した当事者は、相手方にすでに提供したもの——金銭や役務など——があればその返還を——役務を提供していた場合には、提供した役務分の対価を——求めることが出来た。準契約の法理に基づく解決である。したがって本件原告も、被告からの履行拒絶を受け入れて契約を合意解除したとしても、すでに被告に対して提供したものがあれば、その返還を求めることは出来たはずである。

しかし本件は、Planché事件のように、すでに一方の当事者がその義務を——たとえ一部でも——履行していたような事案とは異なり、当事者双方の義務が未履行であった。したがって、本件原告は、準契約の法理に基づいては救済を得ることは出来なかったのである。本件において原告が契約に基づく救済を否定されるということは、とりもなおさず、原告には何らの救済も与えられないということを意味したのである²⁷⁵。

他方で、原告が第二の道を選択した場合には、どのような結果になるか。被告側弁護人によれば、この場合に原告は、被告に対して契約違反の責任を追及するためには、恐らくは無駄になるであろうことを認識しつつ、履行期まで自身の義務を履行するために準備し続けなければならないことになる。履行期到来後に原告が被告の契約責任を追及するためには、自身の側で契約の履行に向けた用意と意思を持ち続けていたことを証明する必要があるためである。この場合原告は、新たに第三者との間で雇用契約を締結することは出来

²⁷² J. E. Murray Jr., 10 *Corbin on Contracts* (lexis Nexis, Revised ed., 2014), at 133-134.

²⁷³ また別の論者は、この被告側弁護人の応答は英米契約法の将来をも変えたという。Mustill (n 141), at 41.

²⁷⁴ *Cort v. The Ambergate, Nottingham and Boston and Eastern Junction Railway Company* (n 208).

²⁷⁵ Q. Liu (n 239), at 13.

ない。何故ならば、第三者と雇用関係を結ぶ行為は、原告が履行期まで当初の契約の履行に向けた用意と意思を有していなかったことを示すものに他ならないためである。つまり原告は、第二の道を選択した場合、損害の軽減に向けた行動を採ることが実際上できず、かえって無駄な費用ないし損害を被らなければならないということになるのである。

このような被告側弁護人が示した理論——履行期前の履行拒絶＝契約解除の申込という理論——は、原告に対して酷な、あるいは不合理な結果をもたらすものであるように裁判官らの目に映った。そこで、このような結果を回避するために、Campbell 首席裁判官は、被告からの履行拒絶を受けた原告に対して直ちに訴えを提起することを認めたのである²⁷⁶。

ここで Campbell 首席裁判官は、被告の履行拒絶によって無駄になる可能性が高いと見込まれるにもかかわらず、原告に履行行為を強いることは合理的でないと考えたようである。このような場合に原告に履行行為を強いることは、そのために費用と時間とを無駄に消費することを強いることになるのみならず、最終的に被告が契約違反を犯した場合に被告が負担することになるであろう損害賠償額を増加させもする。被告が履行拒絶をしている場合に原告に履行行為を強いることは、当事者の誰にとっても利益とならない可能性が高く不合理である、と。

要するに、Campbell 首席裁判官は、Hochster 事件において当事者双方にとって経済的に合理的な解決を追及したといえよう²⁷⁷。なお、これとよく似た合理的思考方法は、履行妨害の法理から派生した擬制的役務提供法理をめぐって、この法理を否定するために用いられていたところである。すなわち、犠牲的役務提供法理が認められるとすると、例えば雇用者が不当に解雇するなどして被用者の履行を妨害した場合に、被用者は役務を提供することなく報酬を受けることができるということになりかねないが、その前提として被用者は新たな雇用主との雇用契約を締結することを差し控えるべきこととなりかねない。これは不合理ではないか。むしろ被用者は、雇用主から履行妨害を受けた後には、直ちに他の雇用主と雇用契約を結ぶなどして損害の軽減に務めるべきであるとする方が合理的なのではないか、と考えられていたのである²⁷⁸。また、当事者全体の経済的合理性を志向する Campbell 首席裁判官の思想は、Hochster 事件の二年前に同裁判官が担当した、履行妨害法理の適用をめぐる Cort 事件判決においても示されていたところであった²⁷⁹。このことから示唆されるのは、Cort 事件判決も Hochster 事件判決も、共に Campbell 首席裁判官の一貫した思想²⁸⁰に基づいて下された判決であるということ、そして同様の思想が当時の裁判官

²⁷⁶ Mustill はいう。「結果的に、契約を合意解除して救済はないということと、救済はあれども成果なく待つだけの不毛な三か月という強烈な対比がありありと明らかになった。裁判所は、便宜のために、原告は直ちに義務を免れかつ直ちに訴えを提起する権利を持つと結論せざるをえないと感じたのである」と。Mustill (n 141), at 42.

²⁷⁷ J. W. Carter, A. Phang and S. Y. Phang, 'Performance Following Repudiation: Legal and Economic Interests' (1999) JCL LEXIS 34, at *6.

²⁷⁸ 本章 3. 4. および前掲注 (224) に挙げた Goodman 事件を参照。

²⁷⁹ See Cort v. The Ambergate, Nottingham and Boston and Eastern Junction Railway Company (n 208), at 144, 1236.

²⁸⁰ Campbell 首席裁判官の人柄と業績について簡潔にまとめたものとして、W. Holdsworth (A. L. Goodhart & H. G. Hanbury ed), 15 *A History of English Law* (Methuen & Co. Ltd. And Sweet & Maxwell, 3rd ed. 1982) 405-429.

にも多かれ少なかれ共有されていた²⁸¹ということである。いずれにしても、当事者双方にとっての経済的合理性という観点が、Hochster 事件において、裁判所をして原告の請求を認容せしめる実質的根拠を形成したであろうことは確認されてよいであろう。

(3) 先例との関係性

最後に、Hochster 事件判決の結論は一見したところそれまでの先例と矛盾するようにも思われるところ、この点がいかにして対処されたのかについてみてみよう。

被告側弁護人は、原告の訴えを退けるべきであるとの主張の根拠として *Phillpotts* 事件判決および *Ripley* 事件判決における *Parke* 裁判官の意見を挙げる。なるほど、これらの判決における *Parke* 裁判官の意見は、履行期前の履行拒絶はそれ自体としては契約違反たりえないということを明らかにしているようにも読める。

この被告側弁護人の主張に対して、原告側弁護人は次のように論じて反論を試みた。すなわち、その表現の仕方からみて、「*Parke* 裁判官には、『撤回しえない履行拒絶』をも含めて履行期前の履行拒絶一般が契約違反ではないとまで主張する意図はなかったものと思われる。未履行契約における一方当事者が予め契約の履行を拒絶し、他方当事者がこれを

²⁸¹ *Mitchell* (n 157) は Hochster 事件当時の英国において支配的であった思想傾向と *Campbell* 首席裁判官の個人的な思想傾向から Hochster 事件判決の分析を試みるものである。*Mitchell* によれば、*Campbell* 首席裁判官は *Mansfield* 首席裁判官を模範として裁判官職を遂行していた。*Mansfield* 首席裁判官は、従来の法に盲目的に従うだけでなく、理性の求めるところに従い職務を遂行していたとされるが、*Mansfield* 首席裁判官のこの姿勢が *Campbell* 首席裁判官に大きな影響を与えたものとされるのである。*Campbell* 首席裁判官は、自身の著書の中で *Mansfield* 首席裁判官について次のように書いている。「先例と法理とは、しばしば激しく対立するものであり、この対立は *Mansfield* 卿をも捉えたに違いない。卿はかつて、*Garrick* が悲劇と喜劇との間でやったように、先例と法理との間に自身の身を置かなければならなかったと述べた。卿は、その他の凡庸な輩 *mortals* と同じように、過ちを犯したかもしれない。しかし卿は、危険を伴わずには動揺することのない確立した法準則がない場合には、何が適切であるかについての人間的な感覚を指針とし、また『法は道徳的な正しさ *moral rectitude* に基づく、しかし慣習や権威によって修正される合理的な科学』であると考えていたのである (*J. Campbell, 2 The Lives of the Chief Justices of England* (1849) at 417. 引用文中の太字は、原典では大文字アルファベット)」と。

それでは、*Campbell* 首席裁判官が Hochster 事件判決を下すに当たって従った「合理性」とはどのようなものであったのか。この点について *Mitchell* は、いわゆる古典経済学派の影響を指摘する。*P. S. Atiyah* によれば、Hochster 事件判決が下された当時は、*A. Smith* 率いる古典経済学派 *political econoy* が隆盛を極めんとしていた時代であった。彼はいう。「(だいたい) 1800 年から 1850 年の間に成熟した教養ある者であれば誰でも、大量の新古典経済学派や過激な功利主義に関する著作を読んでいないということは、ほぼありえない。多くの者がそれに心底影響されたし、またより多くの者は、これらの学派を簡単にしたものによって影響された。そういった者たちの中には、多くの指導的な裁判官を含む相当数の最も重要な法律家たちがいたのである (*P. S. Atiyah, The Rise and Fall of freedom of Contract* (Oxford University Press, 1979) at 293.)」と。*Mitchell* は、労働の自由を重視する古典経済学派の影響の下に Hochster 事件判決が下されたという。すなわち、Hochster 事件において、原告が救済を得るためには履行期の到来を待たなければならなかった場合、実質的には原告の労働の自由が奪われることとなりかねないという点が考慮されたというのである。以上につき、*Mitchell* (n 157), at 155-158.

真に受けて自らの義務を履行不能にするような形で行動した場合には、履行拒絶はもはや撤回しえないというべきである」と。つまり、Parke 裁判官が契約違反ではないとした履行期前の履行拒絶とは、撤回することができる履行拒絶に限られる。もはや撤回しえない履行期前の履行拒絶は、契約違反に当たると解する余地がある。そして、履行期前の契約違反を撤回不可能にする要因としては、履行拒絶の相手方が、この拒絶を信頼し、それに基づいて自らの義務の履行を不可能にするような態様で行動した場合が挙げられる、というのである。要するに、原告側弁護人は、Phillipotts 事件判決と Ripley 事件判決における Parke 裁判官の意見を制限的に解釈することによって、その障壁を回避しようと試みたのである²⁸²。

このように、原告側弁護人が Parke 裁判官の意見を再解釈しようと試みたのに比べると、裁判所の応答はいささか簡素である感を免れない。Campbell 首席裁判官は、Parke 裁判官の意見について「仮に Parke 裁判官が、そのような履行拒絶の後でも、原告は、契約に基づく救済を得るためには、自身の側の契約を履行し穀物を提供するために費用と損失を被らなければならないと考えたのであれば、彼には賛成出来ない」と、結論を述べるだけである。

その上で、Campbell 首席裁判官は、Planché 事件判決に言及しつつ、履行期前の履行拒絶はそれ自体として契約違反たりえ、被害当事者は直ちに損害賠償を求める訴えを提起すると述べるのである。しかし、Planché 事件は準契約の法理に基づく提供役務相当金額の請求が問題となった事案だったのであり、契約違反に対する損害賠償の請求が問題となつたわけではなかった。そうすると、Planché 事件判決に基づいて履行期前の履行拒絶を理由とした損害賠償請求を根拠付けることには若干の無理があるといえよう。

むしろ、Planché 事件判決において原告の訴えが認容されたのが準契約の法理に基づいてであったのなら、問題となっていた契約は当事者の合意によって解消されたことが前提となっているといえる。Planché 事件判決は、被告による行為が契約解消の申込みとしての性質を持ち、これに対して原告が同意を与えたことによって契約が解消され、その結果として原告の準契約の法理に基づく提供役務相当金額の請求が認容されたというものである。そうすると、Planché 事件判決は、Hochster 事件の原告にとって有利な材料というよりも、むしろ履行期前の拒絶は契約解消の申込みに過ぎないとする被告の主張を補強する材料であったともいえるのである²⁸³。

それにもかかわらず Campbell 首席裁判官は、Planché 事件判決を原告にとって有利な材料であると解釈する。その背景には、被告の主張に合致するように Planché 事件判決を評価することによって引き起こされる不合理な結果に対する、先にみたような実質論的な警戒があったものと考えられる。

しかし、ここで Campbell 首席裁判官が展開する理論には、やはり無理があるといわざるをえないであろう。繰り返しになるが、そもそも Planché 事件は、提供役務相当金額の請求が認められた事案であったのであり、契約違反に基づく損害賠償が問題となった事案ではなかった。このことは、正式事実審における Tindal 首席裁判官の判示からも明らかであ

²⁸² Ibid., at 151.

²⁸³ See Q. Liu (n 239), at 12.

る²⁸⁴。いずれにしても、Hochster 事件判決は、先例との整合性につき難を残す結果となつてしまっているといえるであろう。

(4) まとめと若干の考察

Hochster 事件判決を全体としてみると、実際的な当事者間の公平ないし便宜——と Campbell 首席裁判官が考えるもの——のために、先例との論理的な整合性は必ずしも重視されなかったとの印象を受ける。とりわけ、履行期前の履行拒絶は契約違反には当たらないとする Parke 裁判官の Phillpotts 事件判決や Ripley 事件判決における意見や、履行期前の履行拒絶につき準契約の法理に基づく救済を認めたとされる Planché 事件判決との整合性については難があったと言わざるをえないであろう。さらに、先にもみたように、Hochster 事件自体は、履行期前の履行拒絶に対して直ちに訴えを提起しようとの論理を採用せずとも、当時すでに確立されていた履行妨害の法理を用いることによって解決することが可能な事案であったとの評価もあるところである。そうであるならば、コモン・ローにおける履行期前拒絶の法理とは、Hochster 事件における被告側弁護人の弁論およびそれに対する裁判官の反感によって導かれた、ある意味で偶発的な法理であったと評価することもできよう。

しかし他方で、Hochster 事件は、次に挙げる理由から、当時英国において存在していた諸法理のいずれによっても十分には解決し得ないものであったとも評価できる²⁸⁵。というのはこうである。

まず、Hochster 事件の被告は、原告に対して、もはや原告の履行を必要としていない旨を伝えたに過ぎない。これを、被告の義務について自ら履行不能状態を招来するものであると評価するのは困難であったろう。Campbell 首席裁判官は、被告の言動が契約違反に該当することを示すために、自招的履行不能法理に関する判例法理を、黙示的な義務違反という形で再構成したのである——このような Campbell 首席裁判官の手法には批判もあった——が、この背後には、被告の言動を純粋な意味での履行不能概念では拾えなかったという事情があったのかもしれない。他方で、仮に被告の行為が原告の義務に対する履行妨害に当たると解したとしても、なお困難が残ったであろう。先にみたように、履行妨害の法理が問題となった諸事案においては、先履行義務を負担する一方当事者の履行期は到来していた。すなわち、一方当事者がすでにその義務を履行すべき立場にあるにもかかわらず相手方がその履行を妨害したという場面において履行妨害の法理が典型的に問題となるのであった。これに対して、Hochster 事件においては原告の負担する義務の履行期も未到来の時点で訴訟が提起されたのであった。このような場合においてまで履行妨害の法理を及ぼそうとする場合には、予期される履行妨害 *anticipatory prevention* という観念が認められる必要がある²⁸⁶。また、Hochster 事件では契約は解消されていなかったのであり、したがって準契約の法理に基づく請求も問題とはならなかった。

加えていうならば、Hochster 事件判決は、それ以前の法状況の延長線上に位置づけるこ

²⁸⁴ 前掲注 (231)、(232) に対応する本文によって引用した Tindal 首席裁判官の判示内容を参照。

²⁸⁵ Mitchell (n 157), at 147.

²⁸⁶ Ibid., at 147.

とも可能であると思われる。確かに、Campbell 首席裁判官の判旨には、論理的な整合性よりも結果的な妥当性を重視するという姿勢が滲み出ている²⁸⁷。しかしそれは、Hochster 事件判決が先例と全く無関係に下されたものであるということの意味しないのは当然である。むしろ Campbell 首席裁判官自身は、先例において示されていた諸法理に基づいて Hochster 事件を処理しようと考えていたのではないかと²⁸⁸。とりわけ、自招的履行不能の法理を黙示的約束に対する違反として再構成し、履行期前の履行拒絶をそこに含ませるという作業は、Campbell 首席裁判官のこのような態度を示すものであるといえるのではないだろうか。さらにいえば、履行期前の履行拒絶は契約違反であり直ちに損害賠償を請求することができるという一般論を導くに当たって Planché 事件判決が根拠とされていたことから——その妥当性はともかく——このような Campbell 首席裁判官の姿勢が窺えよう。

また、履行妨害の法理およびそこから派生した擬制的役務提供の法理をめぐる諸先例をみると、Hochster 事件判決において Campbell 首席裁判官が重視したであろう具体的な妥当性という観点——当事者双方にとって経済的に合理的な解決という観点——は、当時の多くの裁判官らによって共有されていたことが窺われるのである。

そうであるならば、Hochster 事件判決に至る道は、自招的履行不能の法理や履行妨害の法理をめぐる先例によってすでにある程度踏み固められていたともいえるのではないかと。あるいは、Hochster 事件判決は、諸先例がそれぞれ辿ってきた道の一つの合流点であったともいえるかもしれない。

いずれにしても、Hochster 事件判決によって英国法は履行期前拒絶法理を承認したのである。そこには、当時の法状況下での必要に迫られてというよりは、被告弁護人の弁論とそれに対する裁判官らの反感、および当時生じつつあった合理主義的発想が絡まりあったという側面も、確かにある。しかし他方で、Hochster 事件は、当時の英国法の下では必ずしも十分に解決し得なかった可能性も、またあるのである。このような意味で、英国に履行期前拒絶法理を導入した Hochster 事件判決は、意義深いものであったと評価できるであろう。

²⁸⁷ この点は、我が国に Hochster 事件判決を最初に紹介したと思われる金田・前掲注 (4) においてすでに指摘されていたところでもあった。すなわち、「今其のリーディングケースたる Hochster 事件の判決を按ずるに裁判官は履行期前に於ける契約当事者の一方の履行拒絶なる事実を認定するや殆ど直覺的に違約なりと断じ相手方は契約存続を欲せざるときは履行期の到来を待つことなく直ちに契約の解除を為し得べきことを認め然る後法理上の根拠を発見せんと努めたるが如し。換言すれば法理の示す所に従って断定せるに非ずして断定したる後其の判決理由を案出せしものと思惟せらる (143 頁-144 頁。現代仮名使いに改めた)」と。この点について金田は、「実際の便益を重んじ濫りに理論に拘泥せざる〔英国人の〕国民的性質 (142 頁。現代仮名使いに改めた)」によるところが大きいとして、肯定的に評価している。

²⁸⁸ See P. A. Moses, 'The Doctrine of Anticipatory Breach of Contracts, Theoretically and Historically Considered' (1900-1901) 1 N. C. L. J. 321, at 324. もっとも、Moses 自身は、Hochster 事件判決において Campbell 首席裁判官が言及した Short 事件判決、Ford 事件判決、Bowdell 事件判決のいずれも、履行期前の履行拒絶法理を支持しようものではないことを強調している。See *ibid.*, at 325.

第三章 英国における履行期前拒絶法理の展開過程——「選択理論」を中心に

1. はじめに

1. 1. 「選択理論」への注目

前章では、英国における履行期前拒絶法理の導入の過程を素描してきた。本章では、Hochster 事件以降の英国における履行期前拒絶法理の展開過程について概観・検討することとする。具体的には、Hochster 事件判決によって英国に導入された履行期前拒絶法理が、その後、いわゆる「選択理論」という理論を生むこととなった過程を素描し、その展開を追うことによって履行期前拒絶法理の展開過程を跡付けたいと考えている。これは、次のような理由による。

第一に、「選択理論」は、Hochster 事件以降の英国における履行期前拒絶法理の顕著な特徴をなしているといえるためである。詳細については本章においてみるところに委ねるが、「選択理論」が英国における履行期前拒絶法理を特徴づけるものであることは、すでに我が国の先行研究においても指摘されているところであり、それがいかなるものであるかを理解することは、英国の履行期前拒絶法理を理解するために欠くべからざる基礎的な作業であると考えられる。この作業を通じて、これから履行期前拒絶法理を導入する我が国にとってのシミュレーションも可能になるであろう。

第二に、第一の点とも密接にかかわるのであるが、我が国では、この「選択理論」が必ずしも正しく理解されていないために、履行期前拒絶法理に関する英国法の知見を活かすきれていないように思われるためである。すなわち、履行期前拒絶法理をめぐる我が国のこれまでの研究においては、英国法は比較検討の対象として必ずしも大きく取り上げられてはこなかったのであるが、その背後には、この「選択理論」の存在があったように思われるのである。

そこで本章では、英国履行期前拒絶論の特徴をなす「選択理論」について、その誕生の背景と内容およびその後の展開について検討するとともに、副次的に、我が国と英国法との比較可能性についても検討を加えることとするが、まず次款において、本章の課題を敷衍しよう。

1. 2. 英国法との比較可能性

履行期前拒絶法理をめぐる研究に限らず、一般に英国法は我が国との比較法的研究の対象になりにくいように思われる。それは、我が国の民法が大陸法の系譜に連なるのに対して、英国法はまさに英米法系に属するものであることによるのであろう²⁸⁹。

我が国の民法を研究するにあたって、ある条文の起源を辿れば独国法ないし仏国法に行

²⁸⁹ 英国法研究者である幡新大実は次のように指摘する。

明治維新後、鎌倉時代以来七百年の歴史を表向き否定した形で、主にフランスとドイツの民法典を模範として成立した近代日本民法の立場からすると、大陸法と構造および方法論を異にする英米法、とくにイギリス法は、基本概念も違っておりつきにくく、かつ関連性も低いようにみえるであろう。(幡新大実『イギリス債権法』(東信堂、2010年) i 頁)

きつくことが殆どであり、英国法に起源を求めることのできる条文は少ない²⁹⁰。その意味で、起源に遡った研究の対象として英国法が参照されることは殆ど無い。また、一般論として言えば、条文を出発点とし、それを解釈することを通じて紛争の解決を図るという大陸法系の思考様式と、個別具体的な紛争の解決である判例の積み重ねから法準則を導くという英米法系の思考様式の違いも、我が国において英国法が比較法的研究の対象となりにくい一因であろう。

もっとも、我が国では、履行期前拒絶法理をめぐるのは米国法が参考にされることがしばしばある。言うまでもなく、米国法は英米法系に属する。同じ英米法系に属しながら、なぜ米国法は履行期前拒絶法理の研究に際して比較法的研究の俎上に上ることが多く、英国法は——履行期前拒絶法理がまさに生まれた場所であり、米国法もその延長線上にあるにもかかわらず——そうではないのか。この点については、米国における統一商事法典の編纂過程や契約法リステイトメント作成過程での議論が特に我が国にとって示唆に富むものであったという事情に加えて、否、それよりもより本質的な問題として、履行期前拒絶法理をめぐる米国法と英国法の違いに原因があるのではないか、というのが筆者の考えである。

これもすでに我が国で紹介されていることではあるが、米国法と英国法とでは、履行期前拒絶法理に関して無視することのできない顕著な相違点があるとされる。すなわち、履行期前拒絶に関する、いわゆる選択理論の有無である。

これまでも、英国法における履行期前拒絶法理を特徴づけるものとして、いわゆる選択理論の存在が指摘されてきた。我が国では、英国の選択理論とは概ね次のような意義を有するものとして紹介されている²⁹¹。すなわち、①履行期前の履行拒絶は、それ自体ではいまだ完全な意味における契約違反ではなく、被拒絶者がこの拒絶を契約違反に該当するものとして扱うことを「選択」することによってはじめて契約違反になる。また、②被拒絶者は、履行期前の履行拒絶を契約違反として扱わないという「選択」をすることもできる。この場合、履行期前の履行拒絶は契約に何等の影響をも及ぼさず、当事者間には従前通りの権利義務関係が維持される。

つまり、英国法の下では、履行期前に履行拒絶を受けた被拒絶者には、その履行拒絶を契約違反として扱うか否かを「選択」する「選択権」が与えられる。逆に言えば、被拒絶

²⁹⁰ 英国法に起源を求めることのできる数少ない日本民法典上の条文としてよく取り上げられるのが、債務不履行に際しての損害賠償の範囲について規定した416条である。同条は、1854年のHadley v. Baxendale 事件判決 ((1854) 9 Ex. 341, 156 ER 145) によって示された準則を導入したものであるとされる。もっとも、Hadley 事件判決で示された準則も、元を辿れば仏国のPothierという学者の説に由来するものであるとされるから、結局のところ民法416条も間接的には仏法に由来するものであるといえよう。民法416条の立法過程については、平井宜雄『損害賠償法の理論』(東京大学出版会、1971年)143頁以下、難波譲治「民法四一六条の立法趣旨」田山輝明ほか編『民法学の新たな展開 高島平蔵教授古稀記念』(成文堂、1993年)319頁、中田裕康「民法四一五・四一六条(債務不履行による損害賠償)」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅲ』(有斐閣、1998年)1頁などを参照。教科書・体系書としては、内田貴『民法Ⅲ』157頁、中田裕康『債権総則』(岩波書店、第三版、2013年)163頁などがある。

²⁹¹ 吉川・前掲注(4)『履行請求権と損害軽減義務』49-50頁。

者がその拒絶を契約違反として扱うという「選択」をしない限り、その拒絶は契約違反を構成しない（意義①）。そして、このことのコロラリーとして、被拒絶者が履行期前拒絶を契約違反として扱わないという「選択」をした場合には、その拒絶は契約違反を構成しないわけであるから、従前の契約関係がそのまま維持されることになる（意義②）。これが、これまで我が国において紹介されてきた英国法にいわゆる選択理論である。

仮にこのような選択理論の理解が正しいとすれば、それは我が国にとっては必ずしも受け入れやすいものではない。まず、選択理論の意義①（以下、単に「選択理論①」という）とされるものについて。このように、履行拒絶を受けた被拒絶者の「選択」如何によって履行期前の拒絶が契約違反を構成するか否かが振り分けられるという発想は、我が国にとっては馴染みがない。我が国の場合、債務不履行が生じているか否かを判定する際に債権者側の「選択」が介在することはないからである。

次に、選択理論の意義②（以下、単に「選択理論②」という）とされるものについて。これは要するに、被拒絶者は履行期前の履行拒絶を無視することができ、その場合には履行期前拒絶にも関わらず被拒絶者は契約上の権利を保持することができるということである。この発想も、これまでの我が国における履行期前拒絶法理の研究がある種の合理性を志向していたことに照らせば、やはり受け入れがたいものと言わざるをえない。これまで我が国において履行期前拒絶法理の導入を主張してきた論者の問題意識は、おおよそ次のようにまとめることができよう。すなわち、履行期前に履行拒絶がなされたにも関わらず、被拒絶者が——少なくとも当初の契約において定められた履行期までは——契約関係に拘束されることは経済的にみて不合理である。履行期前に履行が拒絶され、履行期における相手方からの履行がもはや期待できなくなったならば、被拒絶者は直ちに契約関係から離脱し代替取引ができるというべきであるし、またそうするべきである。というのも、このことによって被拒絶者に生じる損害が軽減され、結果的に拒絶者・被拒絶者双方にとって経済的に合理的な解決が可能になるからである。そこで、このような解決を可能にするものとして、我が国においても履行期前拒絶法理の解釈論的な導入が図られるべきである、と²⁹²。我が国における履行期前拒絶法理の研究がこのような問題意識によって突き動かされてきたといえるならば、選択理論②は我が国にとっては受け入れがたいものである。というのも、選択理論②とは、経済的に不合理な結果をもたらすことを許容するものだから

²⁹² 我が国で早くに履行期前拒絶法理の導入を検討すべきと説いた金田才平においてすでに、その問題意識は次のように述べられていた。

今若シ債権者ヲシテ其ノ履行期ノ到来ヲ待ツコトナク直チニ斯ノ如キ蟬脱的契約ヲ拋棄スルコトヲ得セシメタランニハ彼ヤ必ズ他ニソノ人ヲ求メテ同一ノ目的ヲ達シ得ベキ契約ノ機會ヲ贏チ得タランコト蓋シ難キニアラザルベシ。……蓋シ斯ノ如キ場合ニ於テ相手方ニ直チニ解除権ヲ付与スルコトハ……実ニ債務者ニ向カッテ亦頗ル有利ナリ。何トナレバ相手方ガ直チニ取得シタル解除権ノ行使ニヨリ負担スベキ債務者ノ損害賠償ノ債務ハ之ヨリ後履行期到来後ニ於ケル解除ニヨリ負担スベキモノヨリモ一般ニ軽小ナルベケレバナリ（金田・前掲注（4）140-141頁）。

金田以降の我が国における履行期前拒絶法理をめぐる研究も、基本的には金田の上記問題意識を継承してきたのである。

である²⁹³294。

このようにみても、英国法にいわゆる選択理論は、我が国にとっては馴染み難いもののように思われる。そして、上にみたような選択理論は、英国法における履行期前拒絶法理と不可分一体のものとして捉えられてきたから、結局、英国法下の履行期前拒絶法理そのものが我が国に馴染み難いものと考えられたのではないか。他方で、英国法と同じく英米法系に属する米国法においては、上にみたような意味での選択理論は放棄されており²⁹⁵、その意味で我が国との比較法的研究の俎上に上りやすかったのではないか。これが、従来の我が国における履行期前拒絶法理研究において英国法が比較法的研究の対象となり難かった原因についての筆者の仮説である。

しかしながら、これまで我が国で英国法のものとして紹介されてきた選択理論の理解は、果たして正確なものであったのだろうか。この点について筆者は疑問を抱いている。少なくとも、選択理論①として我が国において紹介されてきたものは、当の英国においてもはや維持されていないとみるべきであると考えられる。そして、選択理論①と同②は、いわばコ

²⁹³ 谷口知平「損害賠償額算定における損害避抑義務」川島武宜編『損害賠償責任の研究上』(有斐閣、1957年)254頁、および後掲注(501)を参照。

²⁹⁴ 以上に述べたのとは異なる観点から、英国法にいわゆる選択理論②を批判するのが谷本陽一である。谷本はいう。

履行期前の履行拒絶の原則の起源がイギリス法にあることはすでに記述した。そして、アメリカ法もイギリス法のそれを出発点として議論を展開してきた。それゆえ、イギリス法との比較により履行期前の履行拒絶および契約危殆に対する法的救済を模索する試みは確かに自然であるように思われる。しかし、履行期前の履行拒絶に関しては、イギリス法におけるそれとアメリカ法におけるそれとの間には大きな隔りがある。アメリカ法における履行期前の履行拒絶の原則は、イギリス法のその単純な受容ではなく、いわばその欠点の克服を漸次伴った受容であった。イギリス法は履行期前の履行拒絶を受けた被害当事者に対して選択権 election を与えることにより、被害当事者に履行期前の履行拒絶を契約違反であるか否かを決定する権限を付与している。しかし同時に、被害当事者が履行拒絶者に対して履行の要求または説得を行った場合には、契約を維持するという選択をしたと判断され、履行期前の履行拒絶に基づく被害当事者の法的救済は失われるという欠点も有している……。そして、そこには契約危殆状態を治癒し、契約を正常な状態に復帰させるという視点が決定的かつ致命的に欠けている。イギリス法を比較の対象とするのであれば、被害当事者の選択権の機能にのみ着目するのではなく、この欠点が現在いかに扱われているのかを分析し、日本法への示唆を受ける際にはその克服も検討しなければならない。イギリス法に関してはこの点の研究が待たれる。(谷本・前掲注(4)(一)51-52頁)

ここでは、履行期前拒絶法理に関して英国法と米国法との間に大きな隔り、すなわち選択理論の有無という違いのあることが指摘され、かつ英国法を選択理論には「契約危殆状態を治癒し、契約を正常な状態に復帰させるという視点が決定的かつ致命的に欠けて」おり、それゆえに英国法との比較的検討をする際にはこの「欠点」の克服が図られなければならないとされている。これは、本稿本文に挙げたのとはまた異なる観点から選択理論②を批判するものであると同時に、履行期前拒絶法理に関して英国法との比較法的研究をする際に選択理論の存在が障壁の一つとなっていることを示すものでもあるといえよう。

²⁹⁵ 谷本・前掲注(4)(一)52-53頁、吉川・前掲注(4)(『履行請求権と損害軽減義務』)21頁。

インの表裏のように理解されてきたことを踏まえると、結局、我が国においてこれまで英国の履行期前拒絶法理を特徴づけるものとして考えられてきた選択理論そのものについて認識を改める必要があるといえよう。

この点についての論証は本章本論において試みるが、仮にこのように言えるならば、我が国において履行期前拒絶法理を研究するにあたって英国法が比較法的研究の対象となり難かった原因の大きなものを取り除かれることになりはしまいか。そうなれば、履行期前拒絶法理に関する英国法の知見を大いに参照することができる。これは、右法理を導入する我が国にとっても、今後の運用方法をシミュレートするにあたって有益であると思われる。本稿の冒頭においても述べたこととも重なるが、履行期前拒絶法理を導入するにあたっては、それがどのような紛争場面においてどのように用いられることになるのか、それによって我が国に既存の法理・法制度はいかなる変容を受けることになるのかといった点について検討することが必要である。さもなければ、履行期前拒絶法理の導入によって法的な安定性が損なわれ、取引実務界は混乱をきたし、かえって紛争が増える恐れがある²⁹⁶。転ばぬ先の杖として英国法を参照することは意義あることであろう。

これまでも、履行期前拒絶法理に関して英国法との比較法的研究を試みるものはあった。しかし、すでにみた選択理論の存在が英国法を対象とした研究の障壁の一つとなってきた可能性も否定し難いように思われる。英国法にいわゆる選択理論なるものは、いわば喉に刺さった小骨のようなものであり、これがために我が国で英国法の知見を咀嚼し吸収することが妨げられてきたのではないか。仮にそのように言えるならば、英国法との比較法的研究を充実したものとするためには、その小骨を取り除いてやればよいことになる。問題はいかにしてこの小骨を取り除くかである。

1. 3. 本章における検討課題

以上を踏まえて、本章では次の二つの目標を掲げることとしたい。第一に、選択理論の展開過程を概観することを通じて、英国における履行期前拒絶法理の展開過程を跡付け、Hochster 事件以降の英国において履行期前拒絶法理がいかなる展開過程を経てきたのかを概観する。これは、今後履行期前拒絶法理を導入する我が国においていかなる問題が生じうるのか、そのような問題に対していかにして対処してゆくべきなのか、といった点についての示唆を得るためである。第二に、「選択理論」に対する我が国の認識を更新し、履行期前拒絶法理をめぐる日英法比較研究の可能性を論証するとともに、英国の履行期前拒絶法理をめぐる知見を我が国において活かすための道を作ることである。

2. 選択理論の誕生

2. 1. はじめに

選択理論の確立過程を検討した先行研究によれば、選択理論確立の端緒となったのは Frost v. Knight 事件に対する財務府会議室裁判所の判決²⁹⁷であるという²⁹⁸。そこで、まずは Frost 事件判決を検討することから始めよう。

²⁹⁶ 加藤・前掲注 (7) を参照。

²⁹⁷ Frost v. Knight (1871-72) L.R. 7 Ex. 111.

²⁹⁸ 吉川・前掲注 (4) (『履行請求権と損害軽減義務』) 47 頁。

2. 2. Frost v. Knight 事件

Frost 事件の概要は、次のようである。すなわち、原告と被告は結婚の約束をしていたが、この婚約には、被告の父親が死亡したならば結婚するとの条件が付せられていた。ところが被告は、父親が死亡する前に、原告に対してもはや原告と結婚する意思のないことを表明し、婚約を破棄した。これを受けて原告は、被告の父親が死亡するのを待つことなく直ちに訴訟を提起した、というものである。

訴えを受けた原審は、Hochster 事件判決によって確立された法理は本事件には適用されないとして、原告の請求を退けた²⁹⁹。そこで原告が上訴したところ、財務府会議室裁判所の Cockburn 首席裁判官は、原審の判断を覆し、原告勝訴の判決を下したのである。

問題は、原告勝訴判決を宣言する際の Cockburn 首席裁判官の判示内容である。以下に、Cockburn 首席裁判官の判示内容を引用しよう。

一方で Hochster v. De La Tour 事件判決や Danube and Black Sea Co. v. Xenos 事件判決によって、他方で Avery v. Bowden 事件判決や Reid v. Hoskins 事件判決、Barwick v. Buda 事件判決によって確立された、履行を義務付けられている当事者が履行期前に履行しない意思を表明した場合の、将来履行されるべき契約に関する法は、次のようにまとめることができる。すなわち、被約束者は、もし望むのであれば、他方当事者からの意思の通知を無効のものとして扱い、履行期まで待った上で、不履行から生じるすべての結果についての責任を他方当事者に負わせることができる。しかしその場合には、被約束者は、自身の利益のためだけではなく、他方当事者の利益のためにも契約を維持するのである。被約束者は、当該契約におけるすべての自身の義務と責任に服するとともに、他方当事者をして契約を完遂させることを可能ならしめる。それだけではない。被約束者は、他方当事者が、以前の履行拒絶にも関わらず、契約を完遂しないことを正当化しうる事後的な状況を援用することも可能にするのである。他方で、被約束者は、もし適切であると考えるのであれば、他方当事者の履行拒絶を、不当に契約を終結させるものであるとして扱い、契約違反に基づいて直ちに訴えを提起することもできる。そのような訴訟においては、被約束者は、履行期における契約不履行から生じるであろう損害の賠償を請求することができる一方で、損害を軽減しうるような術を被約束者に与える状況に応じた減額に服するのである³⁰⁰。

この Cockburn 首席裁判官の判示内容によれば、なるほど確かに、履行期前の履行拒絶を受けた当事者には、履行拒絶にも関わらず契約を維持するか、それとも直ちに訴えを提起するかを選択権が与えられると読める。その意味で、上記 Cockburn 首席裁判官の判示内容には、選択理論の端緒が現れているといえそうである。もっとも、上記引用部分からは、選択理論に関する意義①について Cockburn 首席裁判官がどのように考えていたのかは、必ずしも明らかにならない。すなわち、確かに上記引用部分で、Cockburn 首席裁判官は、被

²⁹⁹ Frost v. Knight (1869-70) L.R. 5 Ex. 322.

³⁰⁰ Frost v. Knight (n 298) at 112-113.

拒絶者に契約を維持するか直ちに訴えを提起するかを選択権のあることを認めている。そして、被拒絶者が契約を維持することを選択した場合には、契約は従前どおりの効力を持つことが確認されている。したがって、少なくとも選択理論②については、Cockburn 首席裁判官の判示にその端緒があるといえそうである。しかしながら、被拒絶者が直ちに訴えを提起することを選択しない限り履行期前拒絶は契約違反とはならないという趣旨まで Cockburn 首席裁判官が意図していたかについては、上記引用部分からは明らかとはならないのである。

否、むしろ、上記引用部分に続く Cockburn 首席裁判官の判示内容をみると、履行期前拒絶それ自体が契約違反を構成すると考えているかの如く読めるのである。

Hochster v. De La Tour 事件判決が依拠した考慮とは、次のようなものである。すなわち、契約当事者が契約を履行しない意思を通知することは契約違反に当たる。そして、履行期における不履行を含むすべての事柄について、契約が破られたものと考えられるべきことは、両当事者にとって利益となる。というのも、直ちに訴えが提起され、不履行から生じる損害賠償額がもっとも早い時期を基準に算定されることによって、そのような不履行から生じる有害な効果が回避ないし軽減されるためである。本件に関して財務府裁判所首席裁判官が述べたように、不履行を理由とした現実的契約違反は履行期が到来しない間にはありえないというのは、その通りである。しかし他方で、——Hochster v. De La Tour 事件判決もこのことを前提としているのだが——約束者が履行を拒絶し、もはや契約に拘束されないと表明した場合には、契約違反があるのである。被約束者は、取引の履行について不完全な権利 *inchoate right* を持つ。これは、履行期が到来することによって完全なものになる。それまでの間は、被約束者には、契約を、有効かつ存続するものとして開いておく *have the contract kept open* 権利があるのである。これが棄損ないし侵害されないことは、被約束者の利益にとって本質的なものであろう。その下で被約束者に与えられる権利は、さまざまな方法によって被約束者の利益のために取り扱われる。他方当事者による契約の履行拒絶、すなわち契約は履行されないと告げることは、そのような利益のすべてを被約束者から奪い去るのである。したがって、そのような通知が全体として *in omnibus* 契約の侵害に当たり、被約束者は、望むのであれば、それに基づいて、直ちに契約全体が違反されたものとして扱い、訴えを提起することができることは、きわめて正当である³⁰¹。

すぐ上に引用した Cockburn 首席裁判官の判示内容をみると、履行期前拒絶は、被約束者が有する未完成の権利を侵害するものであり、それ自体として契約違反を構成すると考えられているようにも読める。つまり、被約束者が履行期前拒絶を契約違反として扱うことによってはじめて履行期前拒絶が契約違反になるという選択理論①は、ここには現れていないようにも読めるのである。

要するに、Frost 事件における Cockburn 首席裁判官の判示内容には選択理論②の端緒がみられるものの、選択理論①の端緒は必ずしも明確には現れていないのである。果たして

³⁰¹ Ibid., at 113-114.

Cockburn 首席裁判官は、履行期前拒絶は被拒絶者の選択をまっぴらに始めて契約違反になると考えていたのか、それとも履行期前拒絶それ自体が契約違反を構成すると考えていたのか。この点を探るには、Cockburn 首席裁判官が Frost 事件判決を書くにあたって前提とした当時の英国法の状況をさらに検討する必要がある。そこで、次に、Cockburn 首席裁判官が Frost 事件判決において言及した判例に目を転じることにしよう。

2. 3. Avery v. Bowden 事件と Reid v. Hoskins 事件

前款でみたように、Frost 事件における Cockburn 首席裁判官の判示内容は、英国法における選択理論の端緒とされてきたのであるが、少なくとも選択理論①に関しては、Cockburn 首席裁判官の判示にその端緒が明確に現れていたとは言い難いように思われる。そこで、本款では、Cockburn 首席裁判官が Frost 事件判決において言及した判例の中に選択理論①の端緒となりうるものが含まれていたのかについて検討してみたい。

Cockburn 首席裁判官が Frost 事件判決で言及した判例は Hochster 事件³⁰²、Danube and Black Sea Co.事件³⁰³、Avery 事件³⁰⁴、Reid 事件³⁰⁵、Barwick 事件³⁰⁶であるが、選択理論の展開にとって特に重要であると思われるのは Avery 事件と Reid 事件である。そこで、以下ではまず、この二つの事案について概観する。

(1) Avery v. Bowden 事件

Avery 事件の概要は、次のようなものであった。船主である原告は、被告との間で傭船契約を締結した。原被告はともに英国籍であり、原告所有の船も英国船籍であった。右傭船契約では、船はロンドンからコンスタンティノープルを経由してオデッサへ向かい、そこで被告から積み荷を受け取るようになっていた。なお、荷積みには要する期間は、船がオデッサ港に到着してから 45 日とされていた。また、右傭船契約には、不可抗力 act of God や敵国 Queen's enemies によって契約の履行が不可能になった際の免責条項が定められていた。さて、原告の船は 1854 年の 3 月 11 日にオデッサへ到着したが、その直後（1854 年 3 月 28 日）に英国が露国に宣戦を布告³⁰⁷した。英露間での開戦の情報は、同年 4 月 1 日にはオデッサ港にも到達していた。原告所有船の船長は、オデッサに到着してからすぐに被告代理人と会談し、積荷を引き渡されたい旨伝えていたが、被告代理人は積荷はない旨返答し、結局原告所有船への荷積みは行われぬまま、同船は同年 4 月 17 日オデッサ港を後にした。そこで原告から、被告による契約違反を理由とした訴訟が提起された。これに対

³⁰² Hochster v. De La Tour (n 244).

³⁰³ The Danube and Black Sea Railway and Kustendjie Harbour Company (limited) v. Xenos (1863) 143 ER 325.

³⁰⁴ Avery v. Bowden (1855) 119 ER 647.

³⁰⁵ Cockburn 首席裁判官が本文引用部分で言及したのは、Reid 事件についての財務府会議室裁判所における判決（Thomas Reid and George Reid v Edward Hamilton Hoskins (1856) 119 ER 1119）であったが、本稿での分析において重要なのは、むしろ同事件についての女王座裁判所の判決（Thomas Reid and George Reid v Edward Hamilton Hoskins (1855) 119 ER 653）であるから、以下の本文ではこちらを紹介・検討する。

³⁰⁶ Barrick v Buba (1857) 140 ER 536.

³⁰⁷ いわゆるクリミア戦争 Crimean war（1853 年～1856 年）である。

して被告は、原告所有船がオデッサに到着した後に英露間で戦争が起こり、その時点以降オデッサ港は「女王の敵の支配下にある敵性港」になったのであり、そのような港で荷積みをするのは原告被告双方にとって不可能になったと主張した。要するに被告は、本件傭船契約は英露間の開戦という当事者双方の責めに帰すべからざる事由によって達成不可能となった——したがって被告は契約違反の責任を負わない、という趣旨の抗弁を提出したのである。このような被告の抗弁に対して原告は、被告はオデッサ港において英露間の開戦の情報が知られるようになる前に原告に対して履行を拒絶しており、これが被告の契約違反責任を基礎づけるという趣旨の主張をした。この原告の主張に対して、被告はさらに次のように反論した。

〔原告が被告の契約違反責任を基礎づけるには〕原告は被告による契約違反が4月1日以前になされたものであることを示さなければならない。契約で定められた〔荷積みのための〕期間は、4月26日までである。4月1日以前の契約違反を示すためには、原告は、被告による免除 *dispensation* を示すとされている事実³⁰⁸に依拠するしかない。しかし船長は、そのような免除を、当事者が戦争について知る4月1日以前に承諾 *accept* したり、あるいはそれを前提に行動したりするといったことをしなかった。反対に、船長は、オデッサ港を後にする直前まで積荷を要求し続けたのである。……契約の一方当事者は、履行期が徒過する前に、他方当事者に履行をしない意図を表明することによっても契約に違反しうる。*Hochster* 事件はそのような事案であった。しかし、そのような事案にあっては、契約違反は、*Hochster* 事件がそうであったように、他方当事者がそれ〔すなわち一方当事者による履行拒絶〕を、契約を終結させるものであると捉えた場合にのみ完成するのである。……〔被告の〕代理人の言葉が契約の拒絶 *renunciation* に（まずないことであるが）当たるとしても、船長がその拒絶を承諾しなかった以上、4月1日以前にはまだ契約違反はなかったのである。³⁰⁸

以上のような当事者の主張を受けた *Campbell* 首席裁判官は、次のような判断を示しつつ被告勝訴の判決を下した。

4月1日かそれ以前に傭船契約の違反に基づく訴訟原因を原告が得たという何らかの証拠があるだろうか？我々は、ないと考える。我々が従うべき *Hochster* 事件判決によれば、仮に被告が、荷役継続期間 *running days* 間かつ開戦前の時点で、〔原告所有船である〕「*Lebanon*」の船長に対して、オデッサ港では彼のための荷は提供されず、また提供されることもないであろうこと、そしてオデッサ港に彼が留まってもはや意味がないことを積極的に伝えたならば、船長はこれを契約違反および契約の拒絶であるとして扱うことができた。そしてそれを前提に、オデッサ港を後にして、友好国の港で別の人物から積荷を受け取ることもできた。この場合には、原告は、傭船契約に基づいて、被告による契約違反によって被った損失に相等しい損害賠償を回復するための訴えを維持する権利を有したであろう。開戦前に被告の代理人によって用いら

³⁰⁸ *Avery* (n 304), at 650-651.

れた言葉は契約を拒絶するものであるとはみなされえないものであった。しかし、仮にそれがより強力であったとしても、船長が傭船契約を全うすべく積荷の受領に固執し続けた後では、我々は、それをして訴訟原因を構成するものとは考えないであろう。

309

この Avery 事件に関して、注目すべきは次の二点である。第一点は、Avery 事件判決からは、「履行期前の拒絶それ自体では完全な意味での契約違反に該当せず、被拒絶者側で履行拒絶を契約違反として扱うことによってはじめて契約違反になる」という発想をみて取ることができるという点。第二点は、右第一点の趣旨を明らかにする Campbell 首席裁判官の判示部分は、事案の解決にとっては傍論に過ぎないという点である。

Campbell 首席裁判官の判示内容をみると、Avery 事件の判決理由となったのは、「被告の代理人の用いた言葉が履行拒絶には該当しない」というものであった。被告が船長に対して述べた言葉が契約の拒絶に当たらないのであれば、それは当然に契約違反ともならず、したがって原告は被告の契約違反に基づく責任を追及することができない——契約は、両当事者の責めに帰すべからざる事由によって達成不能となる——ということになる。つまり、事案の解決という観点からみれば、被告が契約を拒絶していないと判断されればそれで十分だったのである。

それにもかかわらず、Campbell 首席裁判官は、「仮に」被告の言葉がより強力なもの——すなわち、契約の拒絶に当たるようなもの——であったとしても、原告側で被告のそのような拒絶を承諾していない以上、原告は被告の契約違反責任を追及できないというのである。この趣旨を述べる Campbell 首席裁判官の判示部分に、我々は選択理論①の萌芽を見て取ることができるのであるが、事案の解決にとっては必ずしも必要な判断ではなかったという意味で、傍論であったと評価せざるを得ないのである。

(2) Reid v. Hoskins 事件

次に、Reid 事件について検討する。同事件の事実関係は、先にみた Avery 事件と酷似したものであった。すなわち、船主である原告が被告との間で傭船契約を締結した。この傭船契約によれば、原告が船をオデッサへと向かわせ、そこで被告から積荷を受け取るとされていた。なお、荷積みのための期間は、原告の船の用意ができてから 45 日間とされていた。さて、原告の船の船長は、1854 年 3 月 10 日に荷積みの準備が整った旨を被告の代理人に通知した。ところが被告の代理人は、荷物を用意できない旨述べて、荷を積み込むことをしなかった。その後、同年 4 月 1 日には英露間の開戦情報がオデッサ港にも届くようになった。同年 4 月 25 日、原告の船は被告からの荷を積みぬままオデッサ港を後にした。以上の事実関係の下で原告が被告に対して、傭船契約違反に基づく訴えを提起した。これに対して被告は、オデッサ港において英露間の開戦情報が知られるようになった 4 月 1 日をもって本件傭船契約は両当事者の責めに帰すべからざる不能によって解消された——したがって被告の契約違反もない——旨を主張して争った。この被告からの抗弁を受けて、原告は、4 月 1 日以前になされた被告代理人から原告所有船の船長に対する発言が契

³⁰⁹ Ibid., at 652-653.

約違反に当たる旨を主張した。

以上のような事実関係の下、Campbell 首席裁判官は次のように述べて原告の訴えを退けた。

我々は、そのような〔原告が主張するような、4月1日以前の〕契約違反を示す証拠は何もなく、被告は、契約違反が生じるよりも前に英露間の開戦によって本件契約は解消された旨を大意において述べる抗弁に基づいて勝訴の評決を得る資格があるとの意見にいたった³¹⁰。

その上で Campbell 首席裁判官は、本件では、原告が契約を終結させるものとして扱い、訴えを提起しうることを正当化するような履行拒絶があったということは困難である旨述べて、次のように続ける。

しかし、いずれにしても、仮に原告がそのような選択肢を有していたとしても、原告はそれを行使しなければならなかった。原告は、被告を将来の契約履行に拘束しつつ、同時に契約は拒絶されたということはできないのである³¹¹。

本件においては、原告所有船の船長はオデッサ港に到着してから開戦の情報が知られるようになるまで一貫してオデッサ港に留まり続け、傭船契約を維持することに固執し、被告代理人に対して積荷を提供するように要求している。したがって、結局本件においては開戦の前に被告が契約違反を犯したということとはできない、というのである。

本件も、Avery 事件判決と同じく、選択理論①の萌芽を窺わせるものとなっている。しかし、これも Avery 事件判決と同じく、そのことを窺わせる部分は、事案の解決にとっては傍論に過ぎないものである。すなわち、本件の判決理由は、被告による契約違反を根拠づける証拠はない、というものである。それにもかかわらず、Campbell 首席裁判官は、「仮に」原告が履行拒絶を理由に契約違反を主張できるとしても、その選択権を実際に行使しなかった原告は被告の契約違反責任を追及することはできない、というのである。

2. 4. Avery 事件/Reid 事件から Barrick 事件を経て Frost 事件へ

以上みてきたように、Avery 事件判決および Reid 事件判決における Campbell 首席裁判官の判示内容には、本稿が検討の対象としている選択理論①の端緒が見受けられた。もっとも、それは事案の解決にとっては必ずしも必要ではない部分に関する判断、すなわち傍論に過ぎないものであった。したがって、本来であれば、判例法としての拘束力を持ちえないものであったはずである³¹²。それにもかかわらず、これら両事件における Campbell 首席裁判官の傍論は、Frost 事件における Cockburn 首席裁判官の判決に影響を及ぼしたとみることができる。

そのことを示す事案として、Barrick 事件がある。事案の概要は次のようなものであった。

³¹⁰ Reid (n 305), at 658.

³¹¹ Ibid., at 659.

³¹² 田中英夫『英米法総論 下』（東京大学出版会、1980年）482頁参照。

船主である原告は、被告との間で傭船契約を締結した、右傭船契約によると、原告がオデッサ港へと船を向かわせ、そこで被告から荷を受け取ることとされていた。積荷のための期間は、40日とされた。また、原告の船は、1854年3月15日にはオデッサ港にて荷積み準備を整えた。ところが、被告の代理人は、本件傭船契約を第三者に譲渡した旨を述べて、荷を提供しなかった。その後、英露間で戦争が勃発し、同年4月6日にはオデッサ港にも知られるようになっていた。原告所有船船長は、その後も被告および被告が契約を譲渡したとされる第三者に荷を提供するように求め続けたが、結局荷は提供されず、原告は同年4月25日にオデッサ港を後にした。以上のような事実関係の下で、原告が被告の契約違反を理由に訴えを起こしたのが本件訴訟である。

本件においても、英露間の開戦によって本件契約が解消するよりも前に被告による契約違反があったのが争点となった³¹³のであるが、ここで興味深いのは、原告とのやり取りから垣間見える Cockburn 首席裁判官の Avery 事件に対する評価である。Cockburn 首席裁判官によれば、Avery 事件で示されたのは次のような判断であったという。

……荷積期間が経過する前の代理人による拒絶であっても、契約に対する拒絶として扱われていないものは訴訟原因ではなく、したがって〔被告の〕抗弁は立証されたと判示されたのである³¹⁴。

この引用部分から窺えるのは、Cockburn 首席裁判官が、Avery 事件判決を、履行期前の拒絶は被拒絶者がそれを契約に対する拒絶として扱わなければ訴訟原因とはならない旨を判示したものであるとして認識していた、ということである。このことからすると、Avery 事件判決およびそれとほぼ同内容の Reid 事件判決に言及しつつ下された Frost 事件における Cockburn 首席裁判官の判決も、上記の事柄——履行期前の拒絶は被拒絶者がそれを契約に対する拒絶として扱わなければ訴訟原因とはならない——を前提としているものと考えるのが自然である。つまり、先に引用した Frost 事件判決における Cockburn 首席裁判官の判示内容は——それだけでは必ずしも明瞭ではないのであるが——選択理論①を述べるものであったと評価できるのである。

それにしても、Barrick 事件判決および Frost 事件判決において Cockburn 首席裁判官が示した、Avery 事件判決および Reid 事件判決に関する認識は、それら両事案における Campbell 首席裁判官の傍論を判決理由と取り違えている観があるが、なぜにこのような事態が起きたのか。この点について、米国の法学者である L. Vold は、リポーターによる報告ミスを指摘する³¹⁵。すなわち、Avery 事件判決および Reid 事件判決を掲載した判例集のリポーターが、それぞれの事案における傍論をあたかも判決理由であるかの如く報告しており³¹⁶、こ

³¹³ なお、本件の解決としては、被告が第三者に契約を譲渡したことそれ自体は契約の拒絶に当たらず、したがって英露間の開戦以前に被告からの契約違反はなかったとされ、原告の訴えは退けられた。Barrick (n 306), at 544.

³¹⁴ Ibid., at 544.

³¹⁵ L. Vold, 'Anticipatory Repudiation of Contracts and Necessity of Election' 26 Mich. L. Rev. 502, at 515-519.

³¹⁶ Avery 事件の判決要旨には、「荷積期間満了前の代理人による拒絶で、契約の拒絶として扱われていないものは、訴訟原因ではない (Avery (n 304), at 647)」と記載されている。

れが後に続く判例を誤導する結果になったというのである³¹⁷。このことからすると、そもそも選択理論①は、歴史的・先例的基盤の薄弱なものであるといわなければならないのであるが、それにもかかわらず Frost 事件判決以降も選択理論①を確認する判決が続き、英国法における履行期前拒絶法理の展開を方向付けていったのである³¹⁸。

2. 5. 選択理論の確立——Johnstone v. Milling 事件

Frost 事件判決において示された選択理論をさらに進め、定式化した事案として Johnstone 事件判決³¹⁹がある。事案の概要は次のようなものであった。原被告間で、原告所有の建物に関する賃貸借契約が締結され、その期間は 21 年とされた。本件賃貸借契約によれば、賃貸借期間の最初の 4 年が経過した後は、被告からの 6 か月前の通知によって契約を終了するとされていた。また、賃貸借期間の最初の 4 年が経過した後は、被告からの 6 か月前の要求があれば、原告が建物を改築すべきことも合意されていた。ところが原告は、賃貸借期間の最初の 4 年が経過する前からたびたび被告に対して改築のための資金を得ることができない旨を告げていた。このような原告の言動を受けて、被告は契約の定めるところに従って本件賃貸借契約を終了させたが、その後もしばらく本件建物を占有し続けた。被告曰く、原告が改築のための資金を得る可能性に賭けてのことであったという。本事件では、訴えを提起したのは賃貸人たる原告であるが、事案の主な争点となったのはむしろ賃借人たる被告から提起された反訴の方であった。この反訴において被告は、原告が本件建物を改築すると都合を履行期前に反故にしたと主張したのである。

被告から提起された反訴について、Esher 記録長官は次のように論じてその主張を退けた。すなわち、いわゆる履行期前の契約違反に該当するような言辞は「それ自体としては契約違反に当たらないが、他方当事者がそれを前提として行動し、直ちに訴えを提起する権利を生じる契約の解消として採用することはありうる³²⁰」。そもそも、一方当事者が契約を拒絶する場合、その当事者は契約を解消する意図を表明していることになるが、そのような意図が表明されただけでは契約は解消されることにはならない。

そのような拒絶はもちろん、契約の解消には当たらない。というのも、契約の一方当事者は自分だけで契約を解消することはできないためである。しかし、そのように不

また、Reid 事件の判決要旨には、「4 月 1 日以前に契約違反があったことは証明されていない。というのも、M の言葉が原告に契約を終了したものととして扱うことを選択する権利を付与する契約の拒絶に当たるとしても（当たるとも思われないのであるが）、これは原告のために選択がなされるまでは契約違反を構成しないためである（Reid (n 305), at 653）」と記載されている。

³¹⁷ この点を指摘する我が国の先行研究として、末延・前掲注 (4) 86 頁、103 頁。

³¹⁸ 末延・前掲注 (34) 103 頁は、Frost 事件判決における Cockburn 首席裁判官の意見に由来する選択理論が英国のみならず米国にまでも影響を与えたことを指摘する——ただし末延は、同時に、米国においては英国で示されたような「選択の必要性」は否定されており、それは「米国の裁判所が原則としていわゆる損害軽減の義務を認めることから生じる当然の結果にはかならない」とも指摘している。

³¹⁹ Johnstone v. Milling (1885-1886) L.R. 16 Q.B.D. 460.

³²⁰ Ibid., at 467.

当な形で契約を拒絶することによって、彼は他方当事者に、もしその他方当事者が望むのであれば、そのような不当な解消に対して訴えを提起する権利を保持することを条件として、契約の終了に合意する権利を与えることになる³²¹。

もっとも、他方当事者としては、契約を存続させつつ、そのような拒絶を契約違反として扱うことはできない。

彼〔被拒絶者〕が拒絶を採用する場合、そのような不当な拒絶に対して訴えを提起するという目的を除いて、契約は終了する。もし彼がそうしたくないのであれば、通常の筋道において契約上の訴訟原因が生じるであろう時期が到来するまで待たなくてはならない。彼は、どちらの道を進むのか選ばなくてはならないのである³²²。

しかるに本件では、被告は契約を解消することを選択しなかった。したがって、仮に原告の言辞が履行拒絶に当たるとしても³²³、被告の本件反訴は維持しえない、と。

以上にみた Esher 記録長官の議論構造は、[一方当事者による履行期前拒絶+他方当事者による拒絶の採用→契約の解消→契約違反]と定式化することができるが、このような議論構造は、Esher 記録長官だけではなく、Esher 記録長官とともに本件裁判に携わった Cotton 控訴院裁判官および Bowen 控訴院裁判官の判示内容にも——程度の差こそあれ——見ることのできるものであった。Cotton 控訴院裁判官はいう。

³²¹ Ibid., at 467.

³²² Ibid., at 467.

³²³ 本文において紹介した Esher 記録長官の議論は、事案の解決にとっては傍論であった。というのはこうである。Esher 記録長官によれば、被告が本件反訴を維持するためには、第一に原告が契約を不当に拒絶したこと、第二に被告が原告のそのような拒絶を採用し、契約を全体として解消することができること、および第三に実際に被告が契約を解消したこと、の三点をすべて立証しなければならなかった。しかるに、本件における原告の言辞は、そもそも履行の拒絶に当たらない。履行拒絶に当たるというためには、原告が「何であろうとも」履行しない意思を表明することが必要であるところ、本件における原告の言辞はそのようなものではない。したがって、被告の反訴は上記第一点からすでに維持しえないものと評価できるのである。ところが Esher 記録長官は、「逆だと〔原告の言辞が履行拒絶に当たると〕すると、被告が原告の言辞を不当な契約拒絶として扱うことを選択したのか否かという問題が生じる」として、上記第二、三点についての検討に移る。そして、上記第二点については、本件において原告が拒絶したとされる改築合意は、本件賃貸借契約全体の消長に影響を与えるものではなく、したがって被告は本件改築合意に基づいて本件賃貸借契約の全体を解消することはできない。つまり、原告の言辞が仮に履行期前の契約違反に当たるとしても、それは被告をして契約を解消することを可能にするようなものではないというのではない、という。その上で Esher 記録長官は、被告が原告の言辞に基づいて契約全体を解消しうるか否かに関わらず、本件では被告は契約を解消するという選択をしなかったのであるから、いずれにしても被告の本件反訴は維持されえない、というのである（以上につき、ibid., at 467-469）。このように、本文で紹介した Esher 記録長官の議論は仮定に仮定を重ねたものであり、事案の解決にとっては傍論であったと評価せざるをえないのであるが、この傍論こそが英国における履行期前拒絶法理の発展に後々まで影響を与えることになったのである。

〔Hochster 事件によって打ち立てられた〕法理とは、次のようなものであると思われる。すなわち、契約の一方当事者が履行期前に履行の拒絶ないし契約に拘束されることの拒絶を含意するような言辞を述べた場合には、他方当事者は、もしそう選ぶのであれば、そのような言辞が契約全体の拒絶に当たるものとして行動し、そのような拒絶を契約違反であるとして扱い、訴えを提起しうる。……したがって、法は次のようなものであると解されねばならない。すなわち、一方当事者が契約の不当な拒絶に該当するような行動をした場合で、他方当事者がそれをそのようなものとして行動した場合には、それに関する訴訟原因がある。しかし、他方当事者がそのようにしなかった場合、両当事者は、契約を拒絶しようとした者も、契約の存続を訴えた者も同じく、契約条項の恩恵に浴するのである³²⁴。

ここでは、履行期前拒絶に際会した被拒絶者に、その拒絶を契約全体に対する不当な拒絶として扱うか否かの選択権が与えられること、および被拒絶者が履行期前拒絶を不当な契約拒絶であると扱うことを選択して初めて訴訟原因が生じることが確認されている。この趣旨をさらに進めたのが、Bowen 控訴院裁判官である。彼はいう。

原則として、そのような〔約束者からの契約を履行しないという〕意思の表明は、被約束者がそれを前提として行動しない限り、それ自体としては契約違反ではない。そのような意思の表明は、それに続く事柄の力によって不当な契約拒絶へと転化される *it is converted by force of what follows it into a wrongful renunciation*。その真の機能は、被約束者に、その意思の表明を大言壮語 *brutum fulmen* に過ぎないものと扱い、契約をしっかりと保持し、履行期が到来するまで待つか、あるいはそれに基づいて行動し、それを約束者からの、もはや契約に拘束されないとの最終的な主張であり、被約束者が入った契約関係に対する不当な拒絶であるとして扱うかを選択権を与えることであると思われる。しかし、そのような意思の表明は、被約束者がそのようなものとして扱うことを選択する場合にのみ、不当な行いとなる。被約束者がそのように選択するならば、それは契約違反となり、彼はそれに基づいて回復を得ることができる³²⁵。

ここで Bowen 控訴院裁判官は、約束者の履行期前拒絶によって被約束者に選択権が付与され、被約束者がその選択権を行使することによって初めて履行期前拒絶が契約違反へと転化されるとの見解を示している。さらに Bowen 控訴院裁判官は、このような構想は理に適ったものでもあるともいう。

被約束者が不当な契約拒絶に基づいて訴えを提起する権利を与えられ、同時に依然として契約が将来に向けて存続するものとして扱う権利を与えられるというのは、不条理であり、あらゆる公平さと調和しない³²⁶。

³²⁴ Ibid., at 470-471.

³²⁵ Ibid., at 472-473.

³²⁶ Ibid., at 473.

約束者の履行期前拒絶を契機として、被約束者には契約を解消して直ちに訴えを提起するか、あるいは契約を存続させるかを選択する権利が与えられるが、被約束者は訴えを提起しつつ契約を存続させることはできない。それは不条理であり、公平でもないというのである。

以上にみてきたような、Johnstone 事件における各裁判官の判示を通じて、履行期前拒絶に関する[一方当事者による履行期前拒絶+他方当事者による拒絶の採用→契約の解消→契約違反]という構成が英国法において定着することになった。このような、「履行期前拒絶はそれ自体としては契約違反ではなく、被拒絶者の選択を待って初めて契約違反になる」という理論は、近年「違反転形論 breach conversion rule³²⁷」として整理されているところである。この違反転形論こそが、我が国において選択理論①として紹介されるとともに、英国法における履行期前拒絶論を特徴づけるものと考えられてきた理論である。それにしても、英国法においてはなぜにこのような違反転形論が採用されたのであろうか。違反転形論の背後には、それを支えるいかなる理論があったのであろうか。次に、この点について概観しよう。

2. 6. 違反転形論の背後にある理論——「申込み-承諾」理論

英国法における違反転形の背後にある理論を探るにあたって、その手がかりを提供してくれるのが、Bradley v. Newsom 事件判決³²⁸である。事案は次のようなものであった。被告は、自身の所有する船舶で原告の貨物を輸送することを請け負った。ところが、被告の船は、目的地へと向かう途中で敵国の潜水艦による攻撃を受けた。船長ならびに船員は同船を放棄して脱出した。船長は、船が沈没したものと思い、その旨を被告に知らせ、被告もその旨を原告に告げた。ところが、その後間もなくして、実際には船は沈んでおらず、積荷も無事であったことが発覚した。原告は、被告の船長が船を放棄したことは契約の拒絶に当たり、したがって原告は輸送料を支払うことなく積荷を受け取ることができるとして、訴えを提起した。

事案の解決としては、船長が船から脱出したことは契約の拒絶には当たらず、したがって原告の主張は認められないとされた。本稿の主題との関連で興味深いのは、Wrenbury 卿が示した以下の見解である。Wrenbury 卿曰く、「締結された契約は三通りの方法のうちのいずれか一つによって解消される³²⁹」。すなわち、第一に、当事者の合意によって契約を解消する場合である。第二に、契約の履行が不可能になる場合である。そして第三に、当事者の一方が、履行期が到来しても契約を履行しないという意思を言葉ないし行動で他方当事者に示す場合である。Wrenbury 卿が挙げる第三の場面とは、いわゆる履行期前拒絶の場合であるが、このような場合には、被拒絶者は拒絶者に対して「私はあなたの言葉を信じよう。あなたの約束に対する拒絶を承諾し、その上で契約違反を理由に訴える³³⁰」と主張することができるという。

³²⁷ Liu (n 239) at 24.

³²⁸ Bradley v. Newsom [1919] AC 16 (HL).

³²⁹ Ibid., at 51.

³³⁰ Ibid., at 52.

これは実際には第一に述べた原則に何がしかを付け加えるものではなく、むしろその原則の適用の特殊なものに過ぎない。第一当事者〔履行拒絶者〕は、実際には申込みをしているのだ。この申込みとは、「私は契約を履行するつもりはない。私は、今ここで契約を終了させ、かつ契約を終了させることによって生じる結果について引き受けることを申し込む。その結果とは、私の知るところでは、あなたが私の拒絶に対して損害賠償を請求して私を訴えることができるというものである」というものである。他方当事者〔被拒絶者〕は、その申込みを承諾するか拒否することができる。彼が承諾する場合、合意によって契約は解消され、履行を拒絶した当事者に対する損害賠償請求権が生じる³³¹。

ここで Wrenbury 卿は、履行期前拒絶を契約の解消に向けた申込みに準えているが、このような考え方は「解消に向けた申込み offer to rescind³³²」理論ないし「申込み-承諾 offer-acceptance³³³」理論などと整理される。上に引用した Wrenbury 卿の言葉からもすでに窺うことができるが、この「申込み-承諾」理論こそが英国法における違反転形論の背後に控える理論であった。すなわち、履行期前拒絶それ自体は契約違反ではなく、契約解消へ向けた申込みに過ぎない。履行期前拒絶は、被拒絶者が履行期前拒絶を契約違反であるとして承諾した場合に初めて契約違反に転形すると、こういった具合である。

2. 7. 本節のまとめと次節への導入

以上本節では、英国法における、いわゆる選択理論の生成過程について概観・検討してきた。ここで、本節の検討内容を改めて簡単にまとめておこう。

我が国ではこれまで、英国法における履行期前拒絶法理の特徴として、いわゆる選択理論があると紹介されてきた。この選択理論には二つの側面があるとされてきた。一つは、履行期前拒絶それ自体は契約違反には当たらず、被拒絶者が履行期前拒絶を契約違反として扱うことを「選択」することによってはじめて契約違反になるという側面(選択理論①)。もう一つは、被拒絶者には、履行期前拒絶を契約違反として扱わず、当初の履行期を待つという「選択」も許容されるという側面である(選択理論②)。この二つの側面のうち、本節が特に検討の対象としてきたのは前者の側面である(後者については、本章4. 以下において検討を加える)。

この選択理論①とされるものの英国法における起源を探ると、19世紀末に下された二つの判決、すなわち Avery 事件判決および Reid 事件判決に行き着く。これらの事案を担当した Campbell 首席裁判官の傍論において、履行期前拒絶は、被拒絶者がそれを契約違反として扱わなければ契約違反とはならない旨が示唆されたのである。

Avery 事件判決および Reid 事件判決の傍論において示された理論は、その後 Frost 事件

³³¹ Ibid., at 52.

³³² See Liu (n 239), at 12-13; P.M.Nienaber, 'The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy' 1962 Cambridge L.J. 213, at 218.

³³³ See M. Fischer, 'Remedies for Anticipatory Breach of Contract (LLM Thesis University of Cape Town)' at 9.

判決における Cockburn 首席裁判官の判示内容に引き継がれた。そこで Cockburn 首席裁判官は、履行期前拒絶を受けた当事者において、その拒絶を無視して履行期を待つか、あるいはその拒絶を契約に対する違反として扱い直ちに訴えを提起するかを選択することができることを示したのであった。

Frost 事件判決において示された選択理論の萌芽を定式化したのが Johnstone 事件判決であった。右判決によって、「一方当事者による履行期前拒絶+他方当事者による拒絶の採用→契約の解消→契約違反」という構成が英国法に定着することとなったのである。近時、履行期前拒絶に関するこのような構成は、英国では「違反転形論」として整理されているところである。この「違反転形論」の背後には、履行期前拒絶を契約の解消に向けた申込みと捉える思想があった。すなわち、履行期前拒絶それ自体は契約の解消に向けた申込みに過ぎず、それ自体としては契約違反ではない。被拒絶者の側で履行期前拒絶——契約解消の申込み——を「承諾」して初めて、履行期前拒絶が契約違反となる。このような、履行期前拒絶を契約解消の申込みに準える理論は、近時の英国では「申込み-承諾」理論などとして整理されているところであるが、この理論と「違反転形論」とは同じコインの表裏なのである。

さて、以上にみてきたところから、これまで我が国において、英国法における履行期前拒絶論を特徴づけるものとして紹介されてきた選択理論①の正体もみえてきたと思う。それはすなわち、「申込み-承諾」理論によって裏打ちされた「違反転形論」に他ならない。このことを踏まえて本稿の問題意識を再述すると、次のようになる。すなわち、これまで我が国において英国法における履行期前拒絶論を特徴づけるものとして紹介され、ともすれば英国法の知見を我が国において活かす際の障壁ともみられてきた「選択理論≒違反転形論」は、筆者にはもはや英国法における通説的立場を反映するものではないように思われるところ、この「違反転形論」のヴェールを取り去り、現代の英国法における選択理論の姿を分析することによって、英国法における履行期前拒絶論の知見を我が国の法解釈に活かす土台を形成することができるのではないかと。そこで次節では、英国法における「違反転形論」がいかにしてその通説的立場を失うに至ったのか、そして、「違反転形論」が克服された後の「承諾」ないし「選択理論」が持つ意義について分析しよう。

3. 違反転形論の衰退

3. 1. はじめに

本節では、英国法における履行期前拒絶論を特徴づけるものと考えられてきた、「申込み-承諾」理論に支えられた「違反転形論」が衰退してゆく過程と、「承諾」ないし「選択理論」の現代的意義について検討する。

「違反転形論」に対する批判は、主に次の三方向から加えられてきた。第一に、履行期前拒絶は承諾されることによって初めて契約違反となるという「違反転形論」という論理構成そのものに対する批判がある。第二に、「違反転形論」を背後から支える「申込み-承諾」理論に対する批判がある。第三に、第一の方向からされる批判のいわば裏側ともいべき方向からの批判として、いまだ承諾されていない履行期前拒絶の効果という観点からされる批判がある。以下では、上記それぞれの方向から「違反転形論」に加えられる批判について概観した後、「承諾」ないし「選択理論」の現代的意義について概観する。

3. 2. 「違反転形論」という論理構成に対する批判

まず、「違反転形論」という論理構成そのものに対して加えられる批判についてみよう。

前章においてみたように、「違反転形論」とは、履行期前拒絶それ自体としては契約違反を構成せず、被拒絶者によって承諾されることによって初めて契約違反を構成する、というものである。しかし、このような論理構成は、『契約違反 breach』という用語が自然に意味するところと正面からぶつかる³³⁴。近年、英国における履行期前契約違反の法理に関して浩瀚な研究書を著した Q.Liu は、次のようにいう。

契約違反とは、契約上の過ちである。もっとも重要なのは、契約当事者がなにをやるかである。他方当事者がどのように反応するかは、契約違反がなされたか否かという問題に関しては全く関係がない。したがって、履行期前の契約違反が契約違反を構成するか否かを、被害者がそれをそのように「承諾」することに掛からしめることはできない³³⁵。

「違反転形論」に対する同様の批判は、すでに J. C. Smith によってもなされている。Smith は、「そのような〔履行拒絶の〕意思の表明は、被約束者がそのようなものとして扱うことを選択する場合にのみ、不当な行いとなる³³⁶」という Johnstone 事件判決における Bowen 控訴院裁判官の判示を引きつつ、次のようにいう。「しかし、約束者からの契約違反があるか否かは、その約束者がなしたことに掛からしめられるべきであり、その後被約束者がなしたことに掛からしめられるべきではない³³⁷」と。また、P. M. Nienaber も次のようにいう。

また、履行拒絶が被約束者による承諾によってのみ不正な行いとなり、契約違反を構成するという事は、是認し得ない。それ自体として不正でない行いが、その行いによって損害を被ることが予期される、まさにその者の承諾によって不正な行いへと転化されるという事はあり得ないのである。契約違反は、損害を被った当事者の行動ではあり得ない³³⁸。

このように、学説からは「違反転形論」という論理構成に対する疑問がたびたび提起されてきたのであるが、それにもかかわらず、判例において「違反転形論」が正面から否定されることはなかった³³⁹³⁴⁰。もっとも、Liu によれば、「違反転形論」では説明することの

³³⁴ Liu (n 239), at 28.

³³⁵ Ibid., at 28.

³³⁶ Johnstone (n 319), at 473. Johnstone 事件判決における Bowen 控訴院裁判官の判示内容については、前傾注 (325) および (326) にて引用した本文を参照。

³³⁷ J. C. Smith, 'Anticipatory Breach of Contract' in E. Z. Lomnica and C. G. Morse ed., *Contemporary Issues in Commercial Law* (Sweet & Maxwell, 1997) 175, at 180.

³³⁸ Nienaber (n 332), at 221.

³³⁹ Q. Liu, 'Claming Damages upon an Anticipatory Breach' 25 *Legal Stud.* 559, at 575. See Liu (n 239), at 28; Smith (n 337), at 180.

難しい論理を展開する判例も少なからず見受けられるという。そのような例として Liu は、Tilcon Ltd.v. Land and Real Estate Investments Ltd.事件³⁴¹における Dillon 控訴院裁判官の判示内容を挙げる。事案は次のようなものであった。原告は被告から、煉瓦を作るための粘土を15年間に渡って継続的に買い入れる旨の契約を締結した。この契約にしたがって被告が粘土を提供したところ、原告は品質に問題がある旨述べて、その受領を拒絶した。その後原告は、本契約で被告が提供すべき粘土は化粧煉瓦の作成に適した品質を有したものであったはずであり、原告はそのような品質に達しない粘土の受領を拒むことができるとの契約解釈の宣言を求めて訴えを提起した。これに対して被告は、原告の契約解釈を争うとともに、被告が提供した、あるいは提供するつもりであった粘土は化粧煉瓦の作成にも適した品質であったと主張した。加えて被告は、原告に対して、本契約上原告が被告に支払うこととされていた最低金額の支払いと原告の契約違反によって生じた損害の賠償を求める反訴を提起した。本件で特に争われたのは、被告が反訴の訴状を後に修正したことの是非である。すなわち被告は、反訴を提起した後になって、原告の振舞いが契約拒絶に該当すること、および被告がそのような原告の拒絶を承諾したことを、反訴の訴状に追加したのである。これに対して原告は、このような被告の訴状修正は新たな訴訟原因を追加するものであって不適法であると主張したのである。このような事実関係の下で、Dillon 控訴院裁判官は次のように述べて、原告の主張を退けた。すなわち、「訴訟原因となる事実は反訴が提起されるよりも前に生じている。それらの事実の結果として契約を拒絶されたものとして扱うという選択は、救済に関わる問題であって、新たな訴訟原因を完成させるのに必要な新事実というわけではない³⁴²」と。Dillon 控訴院裁判官のこの判示は、「違反転形論」

³⁴⁰ むしろ、「違反転形論」は、貴族院によっても——無意識的にせよ——前提とされていた節がある。例えば、Wright 卿が Heyman v. Darwins Ltd.事件において履行期前拒絶に関して述べたところをみてみよう。Wright 卿曰く、「〔履行期前拒絶に基づく〕契約違反は、契約が解消 rescission された瞬間をもって完成し、その時点から効力を持つのであり、したがって契約違反と契約解除とが同時に生じるのである」と (Heyman v. Darwins Ltd.[1942] AC 356, at 382)。ここでは、履行期前拒絶を受けた当事者の側の振舞いによって履行期前拒絶が契約違反を構成するに至るという意味での「違反転形論」が前提にされているとみることができるのである。なお、Heyman v. Darwins Ltd.事件は次のような事案であった。原告は被告の生産する鋼鉄の販売の委託を受けた。なお、右販売委託契約には、「当事者間で本件合意に関して、もしくは本件合意に含まれるいずれかの条項に関して、または本件合意外で生じるあらゆる事柄に関して紛争が生じた場合には、1889年仲裁法の条項に従って仲裁に付すべきこと」との条項（以下、本件仲裁条項）が含まれていた。さて、本件契約は1938年4月1日から3年間継続するものとされていたが、1939年頃から当事者間に行き違いが生じ、1940年1月、ついに原告は被告の契約違反を理由に損害賠償を求める訴訟を提起した。被告は、契約違反の事実を争うとともに、原告が本件仲裁条項にもかかわらず訴訟を提起した点を咎めた。本件で争われたのは、履行期前拒絶に基づく訴えの場合に、当初の契約に定められていた仲裁条項が効力を有するかという点である。というのも、履行期前拒絶に基づく訴えが提起されるためには、その前提として被拒絶者が契約を解消されたものとして扱うことが必要であるところ、契約が解消されたならばその契約に含まれていた仲裁条項の効力も失われる可能性があるためである。貴族院は結論として、本件仲裁条項は契約の解消にもかかわらず効力を有するとして被告の主張を容れた。

³⁴¹ Tilcon Ltd.v. Land and Real Estate Investments Ltd. [1987] 1 W.L.R. 46.

³⁴² Ibid., at 53.

では必ずしも説明できないと Liu はいう。ここには、履行期前拒絶それ自体で訴訟原因を構成しうる——承諾を経ることによって訴訟原因が構成されるわけではない——という発想が見て取れるというのである³⁴³。

Liu はさらに、「違反転形論」を前提としていないことを窺わせる最近の事例として、*Manx Electricity Authority v. J P Morgan Chase Bank* 事件³⁴⁴を挙げる。事案は次のようなものであった。原告は、訴外会社に発電所の設計と建築を発注したが、訴外会社は途中で作業を放棄した。ところで原告は、訴外会社と本契約を締結するにあたって、被告との間で履行保証契約 *performance security* を締結していた。原告は、訴外会社による作業放棄を契約違反であるとして、被告に保証金の支払いを求めた。ところが被告は、原告からの申請の不備を指摘するなどして保証金の支払いに応じなかった。そこで原告から保証金の支払いを求める訴えが提起された。本件で問題となった訴外会社の契約違反は履行期前拒絶であるところ、Rix 控訴院裁判官は原告の請求を認容し、被告の保証責任を認めたのである。Liu は、本件において訴外会社の履行期前拒絶が原告によって承諾されていないにもかかわらず被告の保証責任が肯定された点に注目する。これはすなわち、履行期前拒絶それ自体が被告の保証責任を生じさせる契約違反であることを前提としているというのである³⁴⁵³⁴⁶。

³⁴³ See Liu (n 239), at 28-29.

³⁴⁴ *Manx Electricity Authority v. J P Morgan Chase Bank* [2003] EWCA Civ 1324.

³⁴⁵ Liu (n 239), at 29.

³⁴⁶ もっとも、Rix 控訴院裁判官は、原告が、被告から履行保証を受ける旨を訴外会社に告げたことが履行期前拒絶の承諾に当たるとも——傍論ながら——判示している (*Manx Electricity Authority* (n 345), at [36])。このことからすると、Liu が「違反転形論」を前提としないものとして Rix 控訴院裁判官の判示内容を援用することには、若干の疑問が残る。というのも、先にみた判示内容に照らせば、Rix 控訴院裁判官は「訴外会社の履行期前拒絶が原告の承諾によって契約違反を構成するに至った——したがって被告の保証責任も生じる」との発想に立っていたという可能性も排除できない。そうであれば、Rix 控訴院裁判官の判示内容を「承諾されていない履行期前拒絶であっても被告の保証責任を生じさせる契約違反に当たる」ことを示したものとして整理することには、なお慎重である必要があると思われるためである。

なお、*Andrews et al ed.*(n 128) at 7-023 は、以上とは異なる観点から、Liu が「違反転形論」を否定する判例として *Manx Electricity Authority* 事件判決に依拠することを批判する。その批判点は、第一に、*Manx Electricity Authority* 事件判決は「違反転形論」を明確に否定するものではなく、むしろ被拒絶者が承諾しなければ履行期前拒絶に基づいて訴えを提起することはできないとの伝統的な立場を維持している。第二に、*Manx Electricity Authority* 事件判決では、被告の保証責任を生じさせるのに必要な訴外会社の契約違反が現実の拒絶的契約違反なのか、それとも履行期前の契約違反なのかについて明確な判断をしていない、という二点である。もっとも、これらの指摘は Liu の主張に対する批判としては必ずしも有効なものとはいえないように筆者には思われる。まず第一点についていえば、Liu 自身も *Manx Electricity Authority* 事件判決によって「違反転形論」が明確に否定されたと主張しているわけではない。あくまでも「違反転形論」が前提とされていないことが示唆されているというだけである (See Liu (n 339), at 575)。加えて Liu は、*Manx Electricity Authority* 事件判決が、履行期前拒絶について、被拒絶者が承諾しなければその拒絶に基づく訴えは提起しえないという立場に立っていることを認めている (See Liu (n 239), at 29)。次に第二点についていえば、Liu がここで問題としているのは、承諾されていない履行期前拒絶で

さらに Liu は、いくつかの判例を引きつつ、「違反転形論」が必ずしも判例法理上貫徹されていないことを指摘する。例えば、Hasham v Zenab 事件³⁴⁷では承諾されていない履行期前拒絶に基づく特定履行 specific performance の救済が認められたのであるが、Liu はこれをもって履行期前拒絶それ自体が特定履行を求める訴訟原因を構成しうることを指摘する³⁴⁸。この他にも、例えば、裁判所の管轄を巡る諸判例³⁴⁹も、「違反転形論」によっては説明

あっても被告の保証責任を生じさせるのに十分な契約違反といえるのかという点であり、それが現実の拒絶的契約違反なのか、それとも履行期前の契約違反なのかという点ではない。結局、Liu に対する上記批判は、Liu の主張の骨子であるところの「違反転形論」と「条件付き損害賠償請求権構成」との区別——この点については、後掲注 392 においてみる——という観点を捉え損なったものであるように筆者には思われる。

³⁴⁷ Hasham v Zenab [1960] AC 316. 事案は次のようなものであった。原告は被告から、約 2 エーカーの土地を購入する売買契約を締結した。ところが被告は、契約を締結した数分後には契約を破棄してしまった——被告曰く、売却する土地の面積は 1/2 エーカーのつもりであったとのことである。さて、本件契約は 1954 年 2 月 19 日に締結され、履行期はその半年後の同年 8 月 19 日とされていたのであるが、原告は同年 7 月 2 日に特定履行を求める訴えを提起した。これに対して被告は、選択理論（「違反転形論」）に拠りつつ、原告の訴えは時期尚早であり不適法であると反論した。すなわち、原告が特定履行の救済を受けるためには、原告は本件契約を維持することを選択しなければならない。ところが、原告が契約を維持することを選択する場合には、履行期前拒絶は契約違反を構成しないのであるから、履行期が到来するよりも前に訴えを提起することはできない。したがって、原告の本件訴えは時期尚早かつ不適法である、と。これに対して、本件を担当した Tucker 控訴院裁判官は、「被告の主張は、特定履行を求める訴えを提起する権利とコモン・ロー上の訴えを提起する権利とを同一視しているという点で誤っている」（*ibid.*, at 329）として原告の訴えを認めたのである。

³⁴⁸ Liu (n 239), at 29. もっとも、ここでの Liu の主張にはやや説得力に欠けるところがあるように筆者には思われる。確かに Liu の指摘するように、Hasham 事件では承諾されていない履行期前拒絶に基づく特定履行請求が認容されており、その限りでは承諾されていない履行期前拒絶であっても訴訟原因となりうることを確認されたといえよう。しかし、ここでは、原告が求めたのがあくまでもエクイティ上の救済である特定履行であった点に注意する必要があるのではないだろうか。すなわち、Hasham 事件判決とは、厳密な意味でのコモン・ロー上の契約違反が生じていなくとも、特定履行請求というエクイティ上の救済を求めることができるということを確認した判決であったと評価すべきなのではないだろうか（この点については、Hasham 事件の概要を紹介した前掲注（347）を参照）。これに対して、Liu が批判の俎上に載せている「違反転形論」とは、履行期前拒絶がコモン・ロー上の契約違反を構成するようになるのはいつか、という問題に関する理論ではなかったか。そうであれば、「違反転形論」が貫徹されていないことの論拠として Hasham 事件判決を挙げることに、やや難があるのではないだろうか——「違反転形論」はあくまでもコモン・ロー上の理論であるのに対して、Hasham 事件判決はコモン・ロー上の救済が得られるべき場面とエクイティ上の救済が得られるべき場面とを区別しうることを説くに過ぎないのである。なお、Hasham 事件判決に対する上記の理解は、現在の英国契約法学においても一般的なものであるとあって差し支えないであろう（*Anson's Law of Contract* (n 131) at 642）。

³⁴⁹ ここで Liu が援用するのは、Cherry v. Thompson (1971-72) LR 7 QB 573; Holland v. Bennett [1902] 1 KB 867; Mutzenbecher v. La Aseguradora Espanola [1906] 1 KB 254; Martin v. Stout [1925] AC 359 の諸判例である。それぞれの事案の概要について、ごく簡単に紹介しておこう。

することが難しいという。というのも、それらの諸判例においては、履行期前拒絶が承諾された場所ではなく、履行期前拒絶がなされた場所を基準にして裁判管轄が決定されているためである³⁵⁰。

以上に加えて Liu は、いわゆる連鎖型契約の場合に「違反転形論」が採用されるとすると奇妙な結論になりかねず、判例もこのような場合には「違反転形論」を適用していない旨を指摘する³⁵¹。ここで Liu が援用する判例は、**British Electrical and Associated Industries (Cardiff) Ld. v. Patley Pressong Ld.** 事件判決である。ここでの検討に必要な限りで事案を紹介すると、次のようになる。原告は、被告から 200 トン余りの軟鋼材を購入する契約を締結した。原告は、被告から購入した軟鋼材を第三者に転売することを予定していたが、被告が軟鋼材の提供を拒絶したため右転売契約を履行できなくなったとして、契約違反に基づく訴えを提起した。この訴訟の過程で、被告は、自身が原告に対して負担する可能性のある損害賠償責任について求償するために、鋼材の仕入先であった第三当事者を訴訟に加えた。曰く、第三当事者の履行拒絶が原因で、被告としては原告に対して契約を拒絶せざる

Cherry 事件は次のような事案であった。原告、被告ともに英国人であるが、両者は独国において婚姻契約を締結した。その後原告が一時的な用事のために英国に滞在していた折、独国の被告から、婚姻契約を破棄したい旨の手紙が届いた。そこで原告は、被告による婚姻契約違反を理由に訴えを提起した。本件で争われたのは、果たして本件のような事案について英国の裁判所が管轄権を有するか否かであったところ、**Blackburn** 裁判官は、本件では契約違反は英国ではなく独国において生じたものであり、したがって英国の裁判管轄は及ばない旨述べて、英国裁判所の管轄権を否定したのである (**Cherry v. Thompson**, 579. もっとも、右趣旨を述べる部分は厳密には傍論であったのだが)。

Holland 事件は次のような事案であった。原告は、仏国在住の被告から、被告が経営する新聞社のロンドン通信員として雇用された。ところがその後、被告は、ナポリから原告を解雇する旨の手紙を送った。そこで原告は、被告による契約違反を根拠に訴えを提起した。裁判所は、上記 **Cherry** 事件を先例として引きつつ、本件における英国裁判所の管轄権を否定した。

Mutzenbecher 事件は次のような事案であった。西国の保険会社である被告は、原告を、英国その他の地域における独占的な外交員として 5 年間雇用する契約を締結した。ところが被告は、原告の雇用開始から 1 年ほどたって、原告を解雇する権限を与えられた代理人を英国に送り、右代理人は実際に原告を解雇した（解雇する旨は英国の郵便を通じて原告に伝えられた）。そこで原告は、被告の契約違反に基づく訴えを提起した。被告は、本件において英国の裁判所は管轄権を持たない旨主張して争ったが、否定されたため、控訴した。裁判所は、本件における契約違反は英国内において生じたものであり、その意味で **Cherry** 事件とは区別されるとして、本件に対する英国裁判所の管轄権を認めた。

Martin 事件は次のような事案であった。英国在住の被告は、埃国在住の原告から埃国の土地を購入する契約を締結したが、その後海底ケーブルを通じた電信によって右契約を拒絶する意思を原告に伝えた。そこで原告が埃国の裁判所に被告の契約違反に基づく訴えを提起した。被告は、本件については埃国の裁判所の管轄権は及ばないはずであるとして争ったが、埃国の裁判所はこの主張を容れなかった。そこで被告は英国の裁判所に控訴した。裁判所は、**Cherry** 事件判決、**Holland** 事件判決、**Mutzenbecher** 事件判決を引用しつつ、本件における契約違反は履行拒絶の意思を含む電報がロンドンの電報局に送られた時点で生じた——すなわち、本件における契約違反は埃国ではなく、英国において生じた——とし、本件について埃国の裁判所の管轄権を否定した。

³⁵⁰ Liu (n 239), at 29.

³⁵¹ Ibid., at 29-30.

をなくなったのである、と。これに対して第三当事者は、さらに仕入先の第四当事者を訴訟に加え、自身が被告に対して負担する可能性のある損害賠償責任について求償を求めた。曰く、第四当事者の履行拒絶が原因で、第三当事者としては被告に対して契約を拒絶せざるをえなくなったのである、と。このような第三当事者からの訴えに対して、第四当事者は次のように反論した。すなわち、被告が第三当事者からの履行拒絶を承諾したのは1951年3月9日のことであるが、第三当事者が第四当事者からの履行拒絶を承諾したのは同年7月5日になってからである。すると、第三当事者と第四当事者間の契約違反の方が、被告と第三当事者間の契約違反よりも後に生じていることになるはずであり、そうであるならば、後に生じた契約違反が先に生じた契約違反の原因となったということはできないはずである、と。この第四当事者からの反論について、McNair 裁判官は、「巧妙かつ一見したところ魅力的である」としながらも、次のように述べて退ける判断を示した。すなわち、第四当事者の主張は、承諾されていない履行拒絶は何ら法的意味を持たない旨述べた判例³⁵²に依拠しているが、このような判例理論は——右事案においては全く適当であったのだが——少なくとも本件においては適用されない、と³⁵³。

このように、履行期前拒絶は被拒絶者の選択をまって初めて契約違反を構成するという「違反転形論」は、学説からの厳しい批判に加え、判例においても——正面から否定されることはなくとも——必ずしも貫徹されていないと指摘されているのである。

3. 3. 「申込み-承諾」理論に対する批判

「違反転形論」を下支えする「申込み-承諾」理論についても、学説・判例からの批判が提起されている。次に、この点について概観しよう。

本章2. 6. においてみたように、英国法における「違反転形論」の背後にあるのは、履行期前拒絶を契約の解消に向けた「申込み」として構成する発想である。このような発想からすれば、履行期前拒絶それ自体からは具体的な法的効果が生じることはなく、相手方の「承諾」があって初めて法的効果が生じるということが帰結される。判例においても、例えば先にみた Bradley 事件判決における Wrenbury 卿の判示において、右理論が明確に示されていたところである。

履行期前拒絶を申込みに準える「申込み-承諾」理論は、Bradley 事件後も判例においてしばしば言及された。例えば Denmark Productions Ltd. v. Boscobel Productions Ltd. 事件³⁵⁴に

³⁵² Howard v. Pickford Tool Co. 事件のことである。本件については、本章第4節において検討する。

³⁵³ British Electrical and Associated Industries (Cardiff) Ld. v. Patley Pressing Ld. [1951] 1 WLR 280, at 286. なお、本件で原告は、被告による契約違反を理由とする損害賠償と、原告が転売契約を履行できないことによって第三者に対して負担することになるであろう責任の補償を被告に求めるとの確認判決を求めていた。これらの原告の請求は、次の理由により、いずれも裁判所によって退けられた。すなわち、損害賠償請求については、そもそも本件原被告間では契約の存在を認定することができず、また責任の補償については、原告が第三者に対して負担することになるであろう責任が被告の契約違反によって惹起されたものであるとは認定できない、と。

³⁵⁴ Denmark Productions Ltd. v. Boscobel Productions Ltd. [1969] 1 QB 699. 事案は、概ね次のようなものであった。音楽グループである K は、被告との間で、K の音楽活動に関するマ

において、Winn 控訴院裁判官が履行拒絶に関して次のように述べている。

履行拒絶による契約の終了や変更に向けた過程は、同じ契約を締結する過程を反転したものである。それぞれの過程は、申込みと承諾、あるいはそれに準じるものによって働く。それぞれの過程は、本質的に相互的 bilateral である。A と B が未履行契約の当事者だとして、A が、言葉ないし行動によって、契約を履行するつもりがないこと、または履行できない、もしくはある特定の 방법으로履行することができないことを示した場合、A は、実際には、B に対して、将来に向けて契約を解消ないし変更されたものとして扱うことを申し込んでいるのである。もし B が、それによって契約が解消されたものとするを選択したならば、B は、多くの先例の言葉に従えば、「履行拒絶を承諾」したものとみなされ、それに基づいて、(a)A が以前に犯した契約違反および履行拒絶に関して損害賠償を求める訴えを提起すること、および(b)自身の側で契約の履行を差し控えることができるのである³⁵⁵。

しかし、このような「申込み-承諾」理論に対しては、学説・判例ともに反対する見解がある³⁵⁶。まず学説についてみてみよう。

Nienaber によれば³⁵⁷、英国法において「申込み-承諾」理論が生成されてきた背景には、履行期前拒絶が契約違反ではないとの前提³⁵⁸の下で被拒絶者を契約から安全に解放するた

ネジメント契約を締結した。ところが被告は、ポップ・ミュージシャンのマネジメントに疎かった。そこで被告は、ポップ・ミュージシャンのマネジメントに長けた原告を K の共同マネージャーとする契約を締結した。この契約には、原告が、K のあげた全収益から 10 パーセントの報酬を受け取ること、および K の音楽作品（曲や歌詞）に関する権利を排他的に譲り受けることが定められていた。ところがその後、原告に対して不満をもった K は、今後の K の活動に原告を一切関与させないように被告に要請した。この K からの要請を受けた被告は、K に弁護士を紹介した。この弁護士は、K の依頼に応えるために、まず K に被告との契約を拒絶することを助言し、その後原告に K の意向を伝え、最後に被告に対して K との新たな——原告を排除した形での——マネジメント契約の締結を提案する、という方針を採用した。K の弁護士から上記通知を受けた原告は、被告に対して契約違反の責任を追及する旨を示唆する手紙を出した。これを受けた被告は、被告と K との間が解消されたこと、および被告と K との間で新たなマネジメント契約を締結するつもりであること、その新たなマネジメント契約では被告が責任をもって K をマネジメントすることになる旨を原告に伝えた。そこで原告は、被告を相手取って、原被告間の契約で定められた報酬（K の収益の 10 パーセント）の支払いを求める訴えを提起した。第一審は、K が原告のマネジメントを受けない旨表明したことによって原被告間の契約は目的達成不能となり効力が失われたと判断し、原告の訴えを退けた。そこで原告が上訴した。控訴審では、本文で引用した Winn 控訴院裁判官を除く 2 名の裁判官が原告の上訴を容れ、K の収益の 10 パーセントを原告に支払うよう被告に命じる判決を下した。

³⁵⁵ Ibid., at 731-732.

³⁵⁶ J. W. Carter は、履行期前拒絶法理を説明する理論として「申込み-承諾」理論は「最も満足のいかない根拠」であるという (J. W. Carter (n 193) at 7-18)。

³⁵⁷ Nienaber の「申込み-承諾」理論に対する見解は、すでに我が国においても紹介されている。吉川・前掲注 (4) (『履行請求権と損害軽減義務』) を参照。

³⁵⁸ Phillpotts v. Evans (1939) 5 M.&W. 475, 151 ER 475 および Ripley v. McClure (1849) 4 Ex.

めには、履行期前拒絶を契約の解消にむけた申込みとして構成せざるを得なかったという事情があった³⁵⁹。しかしながら、「ひとたび履行期前拒絶が独立した契約違反の形態として認識されたならば、履行拒絶を契約解消に向けた申込みとして取り扱うべき理由はまったくなくなった³⁶⁰」のである。然るに、Hochster 事件判決によって履行期前拒絶それ自身が契約違反であることが確認されて以降も履行期前拒絶を契約解消に向けた申込みに準える見解が残存したことは、歴史的な誤解に基づくものといわざるを得ない³⁶¹。

そもそも、履行期前拒絶を契約解消に向けた申込みに準え、それに対する被拒絶者の承諾をもって契約からの解放と損害賠償請求権を基礎づける理論は、最初から矛盾含みであった。というのも、契約解消に向けた申込みである履行拒絶が承諾されたならば、もはやそこに契約は存在しないのであるから、当然、損害賠償を請求すべきその違反というものも存在し得ないはずだからである³⁶²。

かといって、履行拒絶には被拒絶者に対する損害賠償の申込みも含まれていると解することは擬制が過ぎる³⁶³。また、仮にそのように解する場合でも、そこにはやはり「契約違反」は存在しない。その場合の損害賠償請求権とは、申込みと承諾の合致に基づく新たな契約に由来するものであって、当初の契約に対する違反によるものではないのである³⁶⁴。

同様に、被拒絶者は自身の損害賠償請求権を保持することを条件に契約の解消を承諾すると解することもできない。というのも、その場合の被拒絶者は、履行拒絶者が申し込んだものよりも過大なものを承諾することになるからである³⁶⁵。

さらにいえば、履行期前拒絶に基づく損害賠償請求権の発生を当事者の新たな合意によって説明することは、そもそも論理的に困難である。というのも、英米法においては、契約が成立するためには双方の当事者が約因を提供する必要があるところ、履行期前拒絶を

345, 154 ER 1245 における Parke 裁判官の判示を参照のこと。なお、両事件については本稿第二章 5. 2. を参照。

³⁵⁹ Nienaber (n 332), at 218.

³⁶⁰ Ibid., at 222.

³⁶¹ そもそも、履行期前拒絶を契約の解消に向けた申込みとして構成する発想は Hochster 事件における被告側の主張にすでに現れていたものであり、英国法における履行期前拒絶法理はそのような被告の主張を Campbell 首席裁判官が退けたことによって一大発展を遂げたのではなかったか。それにもかかわらず、Hochster 事件判決以降にも「申込み-承諾」理論が残存したことは、興味深い現象である。この現象について、Q. Liu は、F. W. Maitland の言葉を借りて、「墓場から我々を支配している」と表現している (Liu (n 239), at 24)。

³⁶² Nienaber (n 332), at 220-221.

³⁶³ Smith は次のようにいう。「しかし、履行期前の契約違反の場合には、約束者は合意を望んでいない。約束者は、被約束者に対して『おしまいだ』と告げているのである。これとは異なる風に解することは、近代法、とりわけ履行期前の契約違反が顕著に現れる商事法においてあってはならない擬制である」と (Smith (n 338). at 184-185.). See also J. W. Carter, “Acceptance’ of a Repudiation’ 1994 JCL LEXIS 19, at *11-*12; Carter (n 193), at 7-18.

³⁶⁴ Nienaber (n 332), at 221. また、Carter も同様のことを裏側から指摘する。すなわち、「被約束者の訴訟原因は当初の契約に因るのであって、約束者の『申込み』に対する承諾によって形成された新たな、あるいは変更された契約についての当事者の合意に因るのではない」と (Carter (n 193), at 7-18)。

³⁶⁵ Nienaber (n 332), at 221.

承諾する場面においては、被拒絶者は何等の約因をも提供していないためである³⁶⁶。

この他にも、一口に履行期前拒絶といっても、そこには拒絶者が履行を拒絶する意思を明確に表示する場合もあれば、拒絶者が誤った契約解釈に固執する場合や、拒絶者の行動から履行拒絶の意思が推定される場合もあり、幅があるところ、「申込み-承諾」理論に基づく説明は、後二者のような場合の履行期前拒絶については必ずしも適合的ではないとの指摘もある³⁶⁷。

次に、「申込み-承諾」理論に対する判例の態度をみてみよう。先にみたように、判例の中には「申込み-承諾」理論を採用したものもある一方で、これを明確に否定したものもあるのである。その例として、ここでは *Moschi v. Lep Air Services Ltd.* 事件³⁶⁸における Diplock 卿の判示を挙げよう。事案は次のようなものであった。原告は訴外会社の運送取扱人であり、訴外会社の商品に対してリーエン *lien* を有していたところ、これを放棄する代わりに訴外会社が原告に対して負担している金銭支払義務を分割して支払うべきこと、および訴外会社の業務執行取締役 *managing director* である被告が訴外会社の支払義務を保証すべきことが原告、訴外会社、被告の三者間で合意された。ところが訴外会社は、右分割支払義務を履行することができなかった。そこで原告は、訴外会社の不払いを履行拒絶とみなし、それを承諾した上で被告に対して残額の支払いを求めて訴えを提起した。これに対して被告は、被告の保証義務は原告が訴外会社の履行拒絶を承諾したことによって消滅したなどと主張して争った。控訴院が被告の主張を退けたため、被告から貴族院へ上訴した。貴族院は、結論として被告の上訴を退けたのであるが、本稿の問題関心との関連で注目すべきなのは、Diplock 卿の判示に現れた次の言葉である。

本件のような状況下で、契約の一方当事者が契約を解消されたものとして扱う権利を行使することを、他方当事者による不当な契約の履行拒絶を契約の解消として「承諾する」ということが一般的になってきている。しかし、不履行を犯していない当事者が他方当事者の拒絶的契約違反を理由に契約を解消されたものとして扱う権利を行使することを選択した場合に、当事者間で新たな合意が形成されたとか、あるいは元の契約条項に変更があったと考えることは、非常な誤りであろう。彼は法によって彼に与えられた権利を行使しているのであり、その唯一の源は元の契約なのである。彼はその契約を変更しているのではなく、それを実行しているのである³⁶⁹。

ここで Diplock 卿は、履行期前拒絶を契約解消ないし変更に向けた申込みに準え、履行期前拒絶に基づく責任を当事者間の新たな合意によって説明する「申込み-承諾」理論を明確に否定しているのである。

このように、「違反転形論」の背後にある「申込み-承諾」理論についても、学説から様々な批判が提起され、判例によっても必ずしも支持されていないのである³⁷⁰。

³⁶⁶ See *Smith* (n 337), at 185; *Carter* (n 363), at *10.

³⁶⁷ See *Carter* (n 363), at *8.

³⁶⁸ *Moschi v. Lep Air Services Ltd.* [1972] 2 WLR 1175.

³⁶⁹ *Ibid.*, at 349-350.

³⁷⁰ ただし、「申込み-承諾」理論が全くその姿を消したわけではない。例えば、*M. Furmston*,

3. 4. 承諾されていない履行期前拒絶自体の効果

「違反転形論」に対しては、承諾されていない履行期前拒絶の効果如何という観点からの疑問も提起されている。というのは、「違反転形論」——ないし「申込み-承諾」理論——を前提とする場合、履行期前拒絶それ自体からは具体的な法的効果は生じないとの結論が導かれることになるが、このような帰結が果たして英国法の状況を正確に反映したものであるのかについて疑義があるためである。

まずは、この点について度々引用される判例をみてみよう。Howard v. Pickford Tool Co. 事件³⁷¹がそれである。事案は次のようなものであった。被告は原告を共同専務取締役 joint managing director として 6 年間雇用する契約を締結した。ところが、原告の主張するところによれば、右契約の締結から 1 年もしないうちに、被告の会長の行動から原告との契約を履行する意思のないことが示唆された。そこで原告は、被告による契約違反に基づく訴えを提起した。当初原告は、被告の契約違反を理由とする損害賠償を請求していたが、補助裁判官による審理の過程で、原告が被告からの履行拒絶にもかかわらず、その後も共同専務取締役として執務していたことが明らかとなったため、右請求は退けられた。そこで原告は、損害賠償の請求に代えて、被告が契約を拒絶したこと、および原告はもはや契約の履行義務を負わないことの確認を求めた。原審では原告の求める確認判決が下されたため、被告が控訴した。控訴院裁判所は、原告がいまだに契約上の義務を履行しており、履行期前拒絶を承諾していないこと、および仮に原告が求めるような確認判決を下したところで原告は改めて別訴を提起することになるとの観点から、原告の求める確認判決を退けた。Evershed 記録長官曰く、確認判決は「裁判所に学問的な問題に対する答えを求めるために用いることはできず、また用いることもできないということは明らかである³⁷²」と。

ここで注目したいのは、Asquith 控訴院裁判官の次の判示である。

承諾されていない履行拒絶は、水に書かれたもの a thing writ in water であり、誰にとっても何等の価値もない。それは、いかなる種類の法的権利も付与するものではない³⁷³。

ここで Asquith 控訴院裁判官は、履行期前拒絶は承諾されない限り何等の法的効果をも生じさせないことを説いているのである³⁷⁴。承諾されていない履行期前拒絶を「水に書かれたもの」と表現する Asquith 控訴院裁判官の言葉は、比喩としての秀逸さからか³⁷⁵、そ

Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract (Oxford University Press, 17th ed., 2016) では、履行拒絶の効果について、「申込み-承諾」理論を前提としていると思しき説明がなされている (ibid., at 677)。

³⁷¹ Howard v. Pickford Tool Co. [1951] 1 KB 417.

³⁷² Ibid., at 421.

³⁷³ Ibid., at 421.

³⁷⁴ Evershed 記録長官も、Heyman 事件における Simon 卿の言葉を引きつつ、承諾されていない履行期前拒絶を指して「法的には全く無駄かつ無効 wholly nugatory and ineffective in law」であるという。

³⁷⁵ See F. Dawson, 'Metaphors and Anticipatory Breach of Contract' 40 CLJ 83, at 86.

の後の判例や学説において度々引用されることになった³⁷⁶。

しかしながら、承諾されていない履行期前拒絶は、果たして法的に何らの意味を持たない「水に書かれたもの」に過ぎないのだろうか。この点については、少なくとも次のような疑問が学説から提起されている。

まず、先にみた Hasham 事件判決では、承諾されていない履行期前拒絶であっても特定履行の救済を求める根拠になりうることが示されていた。このことからしても、未承諾の履行期前拒絶が何等の法的効果をも持たないとするには疑問がある³⁷⁷。また、これも先にみた事案ではあるが、British Electrical and Associated Industries (Cardiff) Ld. 事件判決では、契約が連鎖する場合において、先行する契約に関する未承諾の履行期前拒絶が、後行する契約に関する履行期前拒絶を惹起した契約違反であるとして評価されることが示されていた³⁷⁸。このことも、未承諾の履行期前拒絶に何らの効果も存しないとする Asquith 控訴院裁判官の判示に対する反証となろう。

加えて、承諾されていない履行期前拒絶であっても被拒絶者にとって防御的に作用しうることが指摘されている³⁷⁹。

³⁷⁶ Asquith 控訴院裁判官の言葉は、契約法に関する代表的な体系書である *Chitty on Contracts* の最新版においても引用されている。H. G. Beale ed., *Chitty on Contracts Volume I General Principles* (Sweet & Maxwell, 32nd ed., 2015) at 24-013.

³⁷⁷ Mustill (n 141) at 65; Fischer (n 333), at 11.

³⁷⁸ ここで、McNair 裁判官が明確に Howard 事件判決における Asquith 控訴院裁判官の判示を適用しない旨述べている点は着目されてよい。British Electrical and Associated Industries (Cardiff) Ld. (n 353), at 286.

³⁷⁹ *Anson's Law of Contract* (n 131), at 535. そこで援用されているのは、豪州における二つの判例、すなわち Peter Turnbull & Co. Pty. Ltd. v. Mundus Trading Co. (Australasia) Pty. Ltd. 事件判決と Foran v. Wight 事件判決である。それぞれについて、本稿に関わりのある範囲で事案をごく簡単に紹介すると、次のようである。前者は穀物の売買契約に関する事案である。原告は、被告から穀物を購入する契約を締結した。右契約では、1951年の1月から2月の間にシドニー港にて船に穀物を積み込むこと、および穀物を積み込むべき船と積み込み日は14日前までに原告が指定すべきこととされていた。ところが被告は、1951年1月末頃になって、メルボルン港でなければ穀物を積み込めない旨を原告に伝えた。原告はメルボルン港にて穀物を受領できるように船を手配しようとしたが上手くいかず、結局穀物を積み込むべき船を指定できなかった。当時原告は、すでに第三者との間で穀物の転売契約を締結していたこともあり、他所から別途——被告との契約価格よりも高い価格で——穀物を購入することとなった。そこで原告は、被告の契約違反を理由に損害賠償を求める訴訟を提起した。本件で争われたのは、被告の義務にとっては原告による船の指定が停止条件 *condition precedent* である——原告が先に船を指定し、その後被告が指定された船に穀物を積み込むべき——ところ、原告は船を指定していないわけであるから、結局原告は被告の契約違反に基づく責任を追及することもできないのではないか、という点であった。豪州最高裁判所は、3対1の多数意見でもって原告の訴えを認容した。すなわち、本件では被告は原告による停止条件たる義務の履行を免除した *Dispensed the plaintiff from such fulfilment* といえる、と (Peter Turnbull & Co. Pty. Ltd. v. Mundus Trading Co. (Australasia) Pty. Ltd. 90 CLP 235 (1954) at 245 (Dixon CJ))。なお、Taylor 裁判官は、本件においては原告は被告からの履行期前拒絶を承諾しておらず、契約が従前のまま存続する結果、被告は原告による停止条件たる義務の不履行を抗弁として援用しうるという趣旨の反対意見を付している (*ibid.*, at 255ff.)。

結局、承諾されていない履行期前拒絶を「水に書かれたもの」に過ぎないとする Asquith 控訴院裁判官の言葉は、契約を一方的に解消することはできないという事柄の一面を過度に一般化したものである³⁸⁰といわざるをえないのである。Asquith 控訴院裁判官の言葉が「違反転形論」と直ちに同視しうるかについては問題もありうるが³⁸¹、この言葉がこれま

後者は土地の売買契約に関する事案である。原告は被告から土地を購入する契約を締結した。右契約の履行期は1983年6月22日とされ、期限は遵守されるべきもの *time was of the essence* とされた。なお、右契約では、土地の引渡しに先立って、被告が通行地役権 *right of way* を設定すべきものとされていた。ところが被告は、1983年6月20日、原告に対して同月22日の履行期までに通行地役権を設定することができない旨を伝えた。その後は原告被告とも履行に向けた行動をとることなく履行期を徒過した。同月24日、原告は被告の契約違反を理理由に契約を解除する旨を被告に伝えた。その後原告は、被告による契約違反を理由に契約が解除されたことの確認、および手付金の返還を求めて訴訟を提起した。これに対して被告は、原告は履行期において代金を支払うだけの資金を持ち合わせていなかったのであり、そのような原告がなした契約解除は不適法であること、むしろ本件契約は原告の契約違反を理由に被告の側から解除したこと、したがって原告は手付金の返還を求めないことの確認を求める反訴を提起した。豪州最高裁判所は、4対1の多数意見でもって原告の訴えを認容した。すなわち、被拒絶者たる原告が訴えを提起するためには自らの側でも契約の履行に向けた用意と意思のあったことを証明する必要があるが、本件では被告の履行期前拒絶により、原告は購入のための資金を調達することが不可能ではなかったこと、および絶対に資金を調達しないと決意したわけではないことを証明すればよいことになる (*Foran v. Wight* [1989] 168 CLP 385, at 413-432 (Brennan J), 439-455 (Dawson J))、あるいは履行期前拒絶をなした被告が原告の代金不払いの可能性に依拠することは禁反言に触れる (*ibid.*, at 432-439 (Deane J), 439-455 (Dawson J))、と。

これらの事案では、いずれも原告は被告からの履行期前拒絶を承諾しておらず、したがって契約が従前のまま存続している状態で履行期を徒過し、その後で訴えが提起されている。このとき、契約が従前のまま存続する結果、原告が負担する停止条件たる義務 (*Peter Turnbull & Co. Pty. Ltd.* 事件) や反対給付義務 (*Foran* 事件) も存続するところ、これらの履行がないままに被告の契約違反責任を追及しうるのかが争われたのである。上に紹介した両事案とも、結論としては原告の訴えを認めた。しかしながら、何故に原告は停止条件たる義務や反対給付の履行を免れうるのかに関する説明は、必ずしも一貫していない——そもそも、両事案ともに反対意見が付されているのである。加えて、上に紹介した事案はいずれも豪州におけるものであり、英国法の状況は必ずしも判然としない (*See M. G. Lloyd, 'Ready and Willing to Perform: The Problem of Prospective Inability in the Law of Contract'* 37 MLR 121; Liu (n 239), at Ch. 5; Mustill (n 141), at 65-69; *Chitty on Contracts* (n 376), at [24-011]-[24-012])。今後のさらなる研究が俟たれるところである。いずれにしても、ここでは未承諾の履行期前拒絶であっても、被拒絶者にとって防御的に作用する可能性があること——したがって未承諾の履行期前拒絶といえども「水に書かれたもの」に過ぎないわけではないこと——が確認できればよい。

³⁸⁰ See Liu (n 239), at 30; Mustill (n 141), at 61-62.

³⁸¹ Asquith 控訴院裁判官の言葉を「違反転形論」と同視することにはなお慎重であるべきことを Liu は示唆する。Liu 曰く、Howard 事件の具体的事案とのかかわりからみれば、Asquith 控訴院裁判官の言葉は「『違反転形論』とはまったく異なるものを意味しているように思われる。それは単に、履行期前拒絶それ自体が契約を終結させるという命題に対するアンチドートとして読まれるべきである」(Liu, (n 239), at 30)。Howard 事件における裁判所の判断は「その正しい文脈で見れば、契約が解消されるためには承諾が必要であるとのことを繰り返し述べるものであるにすぎない。それにもかかわらず、Asquith 控訴院裁判

で「違反転形論」を述べたものであると一般的に理解されてきたことは事実であるから、その言葉に疑問が投げかけられているということは、すなわち「違反転形論」に対して疑問が投げかけられているともいえるのである。この意味でも、「違反転形論」はその支持を失っているといえるであろう。

3. 5. 選択理論の現代的意義

以上本節では、これまで我が国において英国法における履行期前拒絶論を特徴づけるものとして理解されてきた、いわゆる「違反転形論」が、当の英国においていかに批判にさらされているのかについてみてきた。

英国における「違反転形論」に対する批判は、主に三つの方向から加えられていた。すなわち、「違反転形論」という論理構成そのものに対する批判と、「違反転形論」を裏から支える「申込み-承諾」理論に対する批判、そして未承諾の履行期前拒絶であっても決して「水に書かれたもの」ではないという批判の三方向である。

それぞれの方向から厳しい批判にさらされた「違反転形論」は、もはや英国法における履行期前拒絶論を貫く理論的支柱としての役目を果たしていないといえよう。我が国においても、「違反転形論」が英国法における履行期前拒絶論を特徴づけるとの認識を改める必要があるだろう。

もっとも、「違反転形論」が理論的支柱としての役目を終えたとはいっても、英国法の履行期前拒絶論において被拒絶者の「承諾」という契機が放棄されたわけではない。今でも、英国契約法に関する標準的なテキストで履行期前契約違反の項目を開けば、履行期前拒絶の効果として被拒絶者に履行期前拒絶を「承諾」するか否かの「選択」権が与えられることが書かれている。英国履行期前拒絶論において、「選択理論」は依然としてそこにあるのである。

しかし、そこでいう「選択理論」や被拒絶者の「承諾」は、もはや「違反転形論」を前提としたものではない。そこで、英国履行期前拒絶論における「選択理論」ないし被拒絶者の「承諾」が、「違反転形論」が克服された今、どのような意義を有するものなのかが問題となる。

Liu によれば、履行期前拒絶に際会した被拒絶者がなす「承諾」とは、すなわち契約の「解除 Termination」に他ならない³⁸²。Liu はいう。「承諾」という現象は、これまでの判例において、契約を「拒絶された repudiated」、「取り消された rescinded」もしくは「破棄された abrogated」ものとして扱うこと、または問題となっている行動を契約の「不当な拒絶 wrongful repudiation」ないし契約を「不当に終了させる wrongful putting an end」ものとして、もしくは「契約の根幹にかかわる契約違反である a breach going to the root of the contract」として扱うことといった具合に、実に様々に表現されてきた。しかし、これらの言葉が意

官の言葉は、後に、この明らかにより忠実な解釈を離れ、『違反転形論』と単純に同視されるようになった」(ibid.) と。そこで Liu は「[Asquith 控訴院裁判官の] 言葉で用いられている比喩は過剰であり誤導的であるから、『違反転形論』もろとも放棄されなければならない」(ibid.) と主張するのである。

³⁸² 「実際には、履行拒絶を「承諾すること」とは、履行拒絶を根拠にして契約を「解除すること」である (Liu (n 339), at 559)。

図している法的な効果は、実際には一つのものに収斂する。すなわち、履行期前拒絶の「承諾」とは、契約を終了させ、両当事者をさらなる義務履行の負担から解放するものである。その意味で、履行期前拒絶の「承諾」とは履行期前拒絶に基づく契約の「解除」と同視できる、と³⁸³。

履行期前拒絶に対する「承諾」を契約の「解除」と同一視する見解は——明示されることは少ないものの——現在の英国契約法学界においてある程度共有されたものであるように思われる。かつて Nienaber はいった。

履行拒絶が他の全ての種類の契約違反と共有するものは、それが、約束者による被約束者の履行に対する権利への侵害を伴うが故に、即座の契約違反であるということである。他の重大な契約違反と同様に、履行拒絶は取消権 *right of rescission*³⁸⁴を生じさせる。「承諾」は、履行拒絶という行為の性質を決定するものではなく、単に無責当事者が取消権を積極的に行使することを意味するのである³⁸⁵。

最近公刊された契約解除制度に関する研究書の中にも、履行期前の契約違反に関する次のような記述を見出すことができる。

履行期前の契約違反が起きた場合、無責当事者は、契約条項たる条件の違反や重大な契約違反一般の場合に存するのと同じ選択肢を有する。すなわち、契約違反を「承諾」することによって給付を解除するか、契約を承認するかである。無責当事者が解除した場合、その効果は他の解除の場面におけるのと同様であり、両当事者の第一次的な義務は、それらが未履行である場合に限り、もはや履行される必要が一般になくなる。同様に、不履行を犯した当事者は、彼ないし彼女が第一次的な義務を履行しなかったが故に無責当事者が被った損害を補填するために損害賠償をする第二次的義務……を負担するのである³⁸⁶。

すでに我が国でも知られているように³⁸⁷、英国契約法における解除制度は、契約違反を受けた当事者の「選択」を中心に組み立てられている。すなわち、契約の解除を正当化するような契約違反³⁸⁸が生じたとしても、それだけで自動的に契約が解除されることはない。

³⁸³ See Liu (n 239), at 115, 121-123.

³⁸⁴ 取消しという概念が契約の解除を含む曖昧なものとして用いられてきたことにつき、田中英夫編『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）の「*rescission of contract*」の項目を参照。

³⁸⁵ Nienaber (n 332), at 225.

³⁸⁶ J. E. Stannard, D. Capper, *Termination for Breach of Contract* (Oxford University Press, 2014) at 7.37.

³⁸⁷ 森田修『契約責任の法学的構造』（有斐閣、2006年）267-268頁。

³⁸⁸ 解除を正当化する契約違反として一般的に挙げられるのは、履行拒絶、履行不能 *impossibility*、実質的不履行 *substantial failure to perform* の三種類である。See *Treitel: The Law of Contract* (n 127) at 18-032; *Anson's Law of Contract* (n 131), at 540. これに対して、*Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract* (n 370)では、解除を正当化する契約違反が履行拒絶と

そのような契約違反が生じたことに加えて、被害当事者が解除権を行使することを「選択」することが必要である³⁸⁹。その反面として、被害当事者は契約を解除しないことを「選択」することもできる。つまり、契約を解消するか否かの「選択」の問題は履行期前拒絶の場面に独特のものではなく、契約解除一般において問題となりうるものなのである³⁹⁰。そして、履行期前拒絶に対する「承諾」と契約の「解除」とが等しいものであるとすると、履行期前拒絶を「承諾」するか否かの「選択」の問題は、契約違反に対して「解除」をするか否かの選択一般の問題に還元されることになる³⁹¹。

以上を要するに、「違反転形論」の下ではそれ自体としては契約違反ではない履行期前拒絶を契約違反へと転化させる契機としての機能を果たした「承諾」であるが、「違反転形論」が克服された今では、それ自体として契約違反である履行期前拒絶を理由とする契約の解除を意味するものと理解されているのである。そして、履行期前拒絶を「承諾」するか否かの「選択」とは、契約違反を理由に解除をするか否かの「選択」と等しい³⁹²ものと解さ

重大な契約違反 *fundamental breach* の二つに整理されている (*ibid.*, at 669)。

³⁸⁹ *Treitel; The Law of Contract* (n 127), at 18-005; *Anson's Law of Contract* (n 131), at 533-534; *Stannard, Capper* (n 386), at 4.13.

³⁹⁰ 「解除権を行使すること」を言い表す表現として「契約違反の承諾 *an acceptance of a breach*」(*Anson's Law of Contract* (n 131), at 534, 537) が、「解除権を行使しないこと」を言い表す表現として「契約の承認 *affirmation of contract*」(*ibid.*, at 536) が——「承諾」ないし「承認」は履行期前拒絶に対して被拒絶者が有する選択肢を指すものであったのであるが——用いられることも示唆的である。

³⁹¹ このことは、近時の英国契約法に関する代表的な体系書である *Chitty on Contracts* (n 378)の記述からも窺うことができる。すなわち、「履行期前の契約違反か、あるいは未履行契約の違反がある場合で、無責当事者が契約からの解放を望む場合には、彼は「履行拒絶を承諾」しなければならない」(*ibid.*, at 24-013) という記述からは、履行期前拒絶を含む履行期前の契約違反と未履行契約の違反とが同列に論じられていること、および「履行拒絶の承諾」が契約からの解放(=契約の解除)と同義のものとして認識されていることが示唆されるのである。

³⁹² もっとも、履行期前拒絶に対する「承諾」と、その他の契約違反に対する「解除」とでは、やはりニュアンスの違いがある。そして、そのニュアンスの違いは、履行期前拒絶をその他の契約違反類型から区別する特徴でもある。すなわち、通常、契約違反に基づいて損害賠償を請求する場合、その前提として契約を解除すべきことは必要ではないが、履行期前拒絶に基づいて損害賠償を請求するためには、その前提として履行期前拒絶を「承諾(=解除)」していることが求められる。つまり、履行期前拒絶の「承諾」は、履行期前拒絶に基づく責任追及のための前提条件ともいうべき機能を有しているのである。このことを指して Liu は、「条件付き損害賠償ルール *conditional damages rule*」と呼んでいる (*Liu* (n 239), at 155)。

ところで、この「条件付き損害賠償ルール」に対しては、履行期前拒絶に基づく損害賠償請求を無条件で——すなわち、「承諾」を条件としないで——認めるべきであるとする立場からの批判がある。この立場は、主に次の三点を根拠として、履行期前拒絶があれば直ちに——自動的に——被拒絶者に救済が与えられるべきであるとする。第一に、契約違反があれば直ちに損害賠償請求権が生じるのが通常であるべきところ、「条件付き損害賠償ルール」は非論理的であることがいわれる。第二に、「条件付き損害賠償ルール」は被拒絶者にとって不利になることがいわれる。そして第三に、履行期前拒絶によって被拒絶者は直ちに損害を被るところ、その回復のための損害賠償請求権は「承諾」を俟つまでもなく生じるべきであることがいわれる (*ibid.*, at 157-158)。

れるのである。

それにしても、履行期前拒絶に対する「承諾」と契約の「解除」とが同義であるならば、あえて二つの言葉を用いる必要もないように思われるが、そこは履行期前拒絶の「承諾」という表現が伝統的に用いられてきたことを考慮し——先に述べたような「承諾」の意味

しかし Liu は、上記指摘のいずれも「条件付き損害賠償請求ルール」にとって致命的なものではないという。すなわち、第一点については、履行期前の契約違反と現在の契約違反との違いを捉え損なったものであるという。「条件付き損害賠償ルール」と「違反転形論」とは——歴史的には混同されてきたのであるが——理論的には別物である。後者が理論的に正当化できないとしても、そのことから直ちに前者も非論理的であるということにはならない。確かに、履行期前拒絶はそれ自体として契約違反であるが、そのことは、それに対して法が直ちに救済を与えるべきことを意味しないのである。

次に、第二点については、「条件付き損害賠償ルール」によって被拒絶者に不利益が及ぶ具体的な場面を想定することは難しいという。例えば、被拒絶者が履行期前拒絶を承諾しない間に契約が目的の達成不能 *frustration* によって挫折したような場合、被拒絶者は履行期前拒絶に基づいて損害賠償を求めることができなくなるが、そもそもそのような場合には被拒絶者はいずれにしても損害賠償を請求できる立場になかった——被拒絶者は履行期前拒絶がなくとも契約を失うべき立場にあった——といえる。このとき、「条件付き損害賠償ルール」は被拒絶者から名目的な損害賠償請求権を奪うに過ぎない。次に、被拒絶者が履行期前拒絶を承諾する前に契約違反を犯した相手方の方から契約が解除されるような場合が考えられるが、このような場合には被拒絶者は相手方に対して履行期前拒絶によって被った損害との相殺を求めることができる。そのため、被拒絶者に実質的な不利益は生じない。さらに、履行期前拒絶が承諾される前に履行期が徒過した場合、もはや履行期前拒絶に基づく損害賠償の請求はできないこととなるが、そのときには被拒絶者は現実的な契約違反を理由に損害の賠償を求めればよい。最後に、履行期前拒絶が承諾される前に拒絶者が右拒絶を撤回した場合にも、被拒絶者は履行期前拒絶に基づく損害賠償を請求することができなくなるが、履行期前拒絶が撤回されるならば、被拒絶者としては不都合はないはずである。

第三点については、履行期前拒絶が現在の不法であるからといって直ちに損害を生じさせるというわけではない。すべての契約関係が固有の金銭的価値を有していると考えことは擬制が過ぎると指摘する（以上につき、*ibid.*, at 157-158）。

このように Liu は、「条件付き損害賠償ルール」を批判する見解のいずれにも理由がないとした上で、右ルールを積極的に正当化することを試みる。まず Liu は、被拒絶者による機会主義的な損害賠償請求を妨げる機能によっては、「条件付き損害賠償ルール」を正当化することはできないという。というのも、先に述べたことの裏返しになるが、例えば被拒絶者による承諾の前に契約が目的達成不能となった場合には、「条件付き損害賠償ルール」がなくとも、被拒絶者には名目的な損害賠償請求しか認められず、実質的な不都合は生じないと解されるためである。もっとも、「条件付き損害賠償ルール」によって名目的な損害賠償を求める訴えが多数提起されることを抑止するという効果はあるかもしれないが、そのことのみによって右ルールを正当化することはできない（*ibid.*, at 159）。そこで Liu は、「条件付き損害賠償ルール」を次の二点を論拠として正当化する。第一に、被拒絶者が契約を存続させたまま契約全体の喪失を理由とする損害の賠償を請求することは、矛盾するということである。被拒絶者は、熱い息と冷たい息を同時にすることはできない *cannot 'blow both hot and cold'* のである。第二に、承諾されていない履行期前拒絶は拒絶者によって撤回される可能性があり、その意味で不確実性が内在する。そこで、被拒絶者の承諾によって拒絶者の責任を確固としたものにすると同時に、被拒絶者に生じる損害を確定させる必要があるのである（*ibid.*, at 159-160）。

の変化を認識しているのであれば——用語法の修正までは必要ないと考えられているようである³⁹³。

3. 6. 小括と次節への導入

ここで、本節までにみてきた内容を簡単にまとめておこう。これまで我が国において英国法における履行期前拒絶論を特徴づけるものとして理解されてきた「違反転形論」は、当の英国においてもはや支持されていない。しかし、履行期前拒絶を受けた当事者には、その拒絶を「承諾」するか否かの「選択」権が与えられるという意味での「選択理論」は、いまだに存在している。もっとも、そこでいう「承諾」ないし「選択」とは、それ自体として契約違反を構成しない履行期前拒絶を契約違反へと転化させるための契機ではなく、それ自体として契約違反を構成する履行期前拒絶に基づいて契約を「解除」するか否かの「選択」を意味しているに過ぎない。その意味で、履行期前拒絶の「承諾」を巡る問題は、契約違反に基づく「解除」一般の問題に——その大部分が——還元されるのである。

ところで、英国では、この「選択理論」から派生して、次のような問題が提起された。すなわち、被拒絶者に認められる「選択」の契機が上記のようなものであるとしても、そのような「選択」は自由なものなのであろうか、という問題である。もっと言えば、履行期前拒絶を受けた被拒絶者は、直ちに「承諾＝契約の解除」をして拒絶者の契約違反責任を追及するという途を「選択」するべきであって、履行期の到来を待つという「選択」をするべきではないのではないか、という問題が提起されたのである。

次節以下では、この、「履行期前拒絶を受けた当事者は、その拒絶にもかかわらず契約を維持することができるか」という問題について、英国法においていかなる対応がとられてきたのかを概観することを通じて、英国履行期前拒絶法理の姿を素描することとしたい。

4. 英国法における「正当な利益」基準の誕生

4. 1. はじめに

本節以下では、英国法において、「履行期前拒絶を受けた当事者は、その拒絶にもかかわらず契約を維持することができるか」という問いに対していかなる回答が与えられてきたのかをみる。予め概略を示せば、英国においては、上記の問いは被拒絶者が「正当な利益」を有しているか否かという観点から決せられている³⁹⁴。すなわち、被拒絶者が契約を維持することについて「正当な利益」を有する場合には、被拒絶者は履行期前拒絶にもかかわらず

³⁹³ Liu はいう。「同じ行為を言い表すために二つの異なる概念（承諾と解除）が用いられるべきであるといういかなる主張も無益であろう。承諾が解除と異ならないならば、それを用いることは必要でないばかりか問題含みであるといえる。それは、契約が実際に解除される前に、被害者は契約を解除するという意思を表明することの他に何かをすべきことを求められるという誤った印象を生じさせる。しかしながら、用語法の変更が全面的に必要であるとは思われない。「承諾」という言葉は、一度に放棄するには判例法に定着しすぎている。要点は、承諾と解除とに何ら違いはない、という点である」(ibid., at 123) と。

³⁹⁴ 「正当な利益」基準自体は、すでに我が国においても紹介されている。吉川・前掲注(4) (『履行請求権と損害軽減義務』) 109 頁以下、長谷川義仁『損害賠償調整の法的構造 請求者の行為と過失相殺理論の再構成のために』(日本評論社、2011 年) 114 頁以下を参照。もっとも、その内容については十分に検討されているとは言い難い。

らず契約を維持することが認められ、契約に定められた対価を拒絶者に請求することができる。他方で、被拒絶者が契約を維持するだけの「正当な利益」を欠く場合には、被拒絶者は契約を維持することができず、履行期前拒絶を承諾した上で拒絶者の契約違反責任を追及するほかない、という具合である。問題は、この基準が、いつどのように誕生し、どのように展開してきたものであり、どのような内容を持つものであるのか、である。ここでは、まず「正当な利益」基準が最初に打ち出された *White & Carter v. McGregor* 事件判決を紹介する。

4. 2. *White & Carter v. McGregor* 事件³⁹⁵

(1) 事案の概要

White & Carter (Councils) Ltd. v. McGregor 事件の事案は、比較的単純なものである。

原告は、地方自治体の依頼によって街路にゴミ容器を設置することを業とする者であるが、その収入は、地方自治体からの報酬ではなく、ゴミ容器に事業者の広告を掲示し、その広告主から広告収入を得ることによって賄われていた。被告は、かねてより原告と取引きのあった倉庫業者である。

被告は、原告との間で、自身の広告を 1954 年からの 3 年間、ゴミ容器に掲示させる旨の契約を締結していたが、その契約が満期 (1957 年 11 月) を迎える前の 1957 年 6 月 26 日、被告の営業担当者が原告との間で、新たに 3 年間 (156 週) の広告契約を締結した。本契約では、原告が被告の広告をゴミ容器に掲示する代わりに、被告は原告に対して、広告プレート一枚につき週 2 シリングの広告料と年 5 シリングの維持管理費を支払うべきこととされていた。これらの代金は分割で支払われるべきとされていたが、本契約には、被告が代金の支払いを怠る場合には、期限の利益を失い、すべての代金を一括して支払うべきことが定められていた。

ところが、この契約を締結したその日のうちに、被告は、右営業担当者には本契約を締結する権限がなかったとして、原告に契約のキャンセルを通知した。原告は、被告からの通知にもかかわらず、ゴミ容器に被告の広告を掲示しつづけ、被告に代金の支払いを求めた。被告にこの要求を拒否された原告が、前記期限の利益喪失条項に基づいて契約代金の全て (196 ポンド 4 シリング) を求める訴えを提起したのが、本件である。

本件で争われたのは、被告からの履行期前拒絶にも関わらず、原告が契約を維持し、自身の側の義務を履行した上で契約に定められた代金を請求することができるか否か、という点である。

原告の主張のポイントは以下のようなものである。すなわち、履行拒絶を受けた被拒絶者には、その拒絶を承諾し、契約を解消した上で直ちに救済を求めるか、あるいはその拒絶を無視して履行期の到来を待つかの選択権を与えられるのであって、被拒絶者は履行拒絶を承諾することを強いられない。また、拒絶者は、履行を拒絶し、被拒絶者がそれを承諾すべきことを主張して、自身の契約上の義務を免れることはできない。被拒絶者が履行拒絶を承諾しない途を選択した場合、被拒絶者は契約上の対価を定額金銭債務 *debt* として

³⁹⁵ *White & Carter (Councils) Ltd. v. McGregor* [1962] AC 413 (1961).

請求することができる³⁹⁶。

これに対して被告は、概ね次のように論じて、原告の請求を退けるべきことを主張した。すなわち、多くの場合、被拒絶者は、拒絶者による受領等の協力なしには契約を履行することができない。被拒絶者が契約を履行できない場合、被拒絶者は拒絶者に契約上の対価を請求することもできない。仮に被拒絶者が単独で契約を履行できる場合でも、被拒絶者がそれを行い契約上の対価を請求することは、公益に反する。というのも、被拒絶者のそのような行動は、他方当事者に望まぬ給付を押し付けることになり、商事的、経済的に不合理な結果を生じさせるためである³⁹⁷。

原審では原告の請求が退けられたため、原告から貴族院へと上訴がなされた。

(2) 判旨

本件を取り扱った貴族院は、3対2のかろうじて多数で、原告の訴えを支持した。本稿の議論との関係で特に重要なのは、多数派に属する Reid 卿の判示内容である³⁹⁸。

³⁹⁶ See *ibid.*, at 416-417.

³⁹⁷ See *ibid.*, at 421-422. なお、この際に被告が依拠した先例は、*Heyman v. Darwins Ltd.* [1942] AC 356 と *Langford & Co. Ltd. v. Dutch* (1952) SC 15 である。このうち、後者の事案は、本件と事実関係が酷似しており、また本件判決によって変更された先例でもあるため、比較検討の資料とすべく、ここで紹介する。事実の概要は概ね次のようなものであった。広告業を営む原告は、理髪業を営む被告との間で、原告が被告の広告を映画館において1年間上映するという契約を締結した。ところが、契約の締結からわずか5日後に、被告は原告との右契約をキャンセルしたい旨の意思を示した。しかし原告は、被告からのキャンセルの通知にも関わらず、右契約を履践し、原告の広告を上映した上で、被告に対して契約に定められた対価（104ポンド）を請求した。裁判を担当した Cooper 裁判長は、次のように述べて原告の請求を退けた（Russell 裁判官と Carmont 裁判官、Keith 裁判官も同意した）。

全くの例外的な状況（本件弁論記録にその痕跡は見られないが）を除いて、スコットランドの法は、本件における原告のような立場の者に、本件において求められているような救済を与えはしないであろうと思われる。原告は、被告に、1年間の広告を受領するように求めることを強いることはできない。被告はその広告を望んでいないのだ。もっとも、原告はもちろん、被告の契約違反を理由とする損害賠償を求めることはできるのだが。弁論によれば、原告が採用すべきであった合理的で妥当な唯一の途は、被告を契約を拒絶したものととして遇し、その廉で損害賠償の責任を負うものとして処するというものであった。もとより、賠償額の算定について我々は論じる立場にないのだが。（*Langford & Co. Ltd. v. Dutch*, at 18）

ここでは、履行期前拒絶があった場合には、被拒絶者は、拒絶者が望まぬ給付をなして契約上の対価を請求することを原則として許されず、ただ損害賠償を請求すべきであるとされている点に注目したい。

³⁹⁸ なお、Reid 卿以外の裁判官の判示内容は、それぞれ概ね次のようなものであった。まず、Reid 卿と同じく原告の訴えを容れるべきであったとしたのは、Tucker 卿と Hodson 卿である。このうち、Tucker 卿は Hodson 卿と意見を全く同じくしているため、ここでは Hodson 卿の意見のみを紹介する。Hodson 卿は、*Howard v. Pickford Tool Co. Ltd.* [1951] 1 KB 417 における Asquith 首席裁判官の判示内容（「承諾されていない履行拒絶は水に書かれたようなもの a thing writ in water であり、誰にとっても無価値である。それは、いかなる類いの法的な権利をも生じさせない」）を引き、履行期前拒絶を受けた当事者には、その拒絶を承諾

まず Reid 卿は、次のように述べて、履行期前拒絶が生じた際の原則を確認する。

一般準則は疑いようもない。……契約の一方当事者が、自身の側の契約の実現を拒むか、あるいは拒むであろうことを他方当事者に対して明らかにするという意味で契約を拒絶した場合、他方当事者、すなわち無辜の当事者には選択肢が与えられる。彼は、履行期が到来しているか否かにかかわらず、その拒絶を承諾し、契約違反を理由として損害賠償を求める訴えを提起することができる。あるいは、彼が望めば、彼はその拒絶を無視するか承諾を拒否することもできる。その場合には、契約は完全に維持されることになる³⁹⁹。

その上で、Reid 卿は、被告の主張を次のようにまとめる。

……殆どの場合、無辜の当事者は、他方当事者が何事かをなすか、許可するか、受領するかをしない限り単独で契約を履行することはできず、控訴人 *appellants* [原告] が本件において単独で契約を履行できるのは、単に運が良かったからにすぎない、と被控訴人 *respondent* [被告] は指摘する。殆どの場合、契約違反を犯した当事者は、協力を拒むことによって、強制的に、無辜の当事者の請求を損害賠償請求に限定することができる。そこで、無辜の当事者がそのような協力を得ずに契約を履行できる場合であっても、彼がそれをなすことを許されるとしたら、それは公益に反する、と言われる⁴⁰⁰。

しかし、Reid 卿は、このような被告の主張を容れなかった。Reid 卿も、契約が履行されるために拒絶者の側で何事かをなしたり受領したりすることを要する場合、被拒絶者も裁判所も拒絶者にそのような行為を強制することはできず、したがって契約は履行されえな

するか否かの選択権が認められることを確認した上で、次のように述べて原告の控訴を容れた。すなわち、契約当事者の双方が能力者である場合に、エクイティが不合理な契約を書き直すということはない。また、契約の一方当事者に、他方当事者の要求に従って契約上自らに認められた利益を放棄するように契約内容を修正すべきであるという義務が課されることもない。さもなければ、当事者は、裁判所が合理的であると判断した場合にしか契約上の権利を行使できないということになる。その場合、金銭債務の履行を求める訴訟 *debt* は、裁判所の裁量的な救済を求める請求に宥容させられてしまうが、これは契約法の領域に不確実さをもたらすものであり、イングランドおよびスコットランドの先例によって支持されていない、と (See *White & Carter (Councils) Ltd. v. McGregor* (n 395), at 443-446)。

これに対して、原告の請求を退けるべきであるとの見解を示したのは、Morton 卿と Keith 卿である。Morton 卿は、本件において原告が求めているものは、スコットランド法において例外的にしか認められない特定履行 *specific implement* の転化したものである旨を述べつつ、「控訴人の唯一の救済は損害賠償の請求であり、控訴人は十分に確立された法の準則にしたがって自身に生じうる損害を軽減する処置を講じなければならない」(ibid., at 433) として、金銭債務の履行を求める原告の請求を退けた。Keith 卿も、Morton 卿と同様に、被拒絶者の損害軽減義務等に言及して原告の請求を退けた (ibid., at 439)。

³⁹⁹ Ibid., at 427.

⁴⁰⁰ Ibid., at 428.

いため、被拒絶者に認められる救済手段は損害賠償請求に限られることは認める。しかし、Reid 卿曰く、本件の特徴はまさに原告が単独で契約を履行できる点にあるのである。この点を指摘した上で、Reid 卿は次のように言う。

契約上の権利は合理的な方法によってしか行使することができず、不合理な方法でそれらを行おうとする試みを裁判所は援助しないであろうことは、法であるべきかもしれないが、しかし法であったことは一度もない。なぜそれが法でないかということの理由の一つは、疑いもなく、次のように考えられたことによる。すなわち、裁判所に、当事者が契約上の権利を行使することを認めることが合理的か否か、あるいは公平か否かを判断することを求めることは、あまりに多くの不確定性を作り出すことになる、と⁴⁰¹。

続けて Reid 卿は、無辜の当事者が契約上の権利を行使することに対する制限があるとしたら、それは一般的な公平の原理か、あるいは公益の要素であろうとした上で、次のように言う。

それは、次のようなものであろう。すなわち、ある者が、損害賠償を請求することよりも契約を履行することの方に経済上その他の正当な利益を有しないことが証明されるならば、その者が、他方当事者に何ら利益のない更なる負担を負わせることは、許されない。ある当事者が、ある契約条項を行使することに利益を有しない場合、彼は一般にそれを行行使できない。したがって、ある当事者がある特定の救済に固執することに利益を有しない場合、彼はその救済に固執することを許されるべきではない、と言える。そして、当事者が違約罰を行行使することが許されないのと同様に、他の方法でも同様の利益を得ることができる場合に、ある方法を採用して他方当事者を罰することは、許されるべきではない⁴⁰²。

そして、本件では、被告は原告が上に述べたような意味での「正当な利益」を欠いていることの立証に成功していないとして、原告の訴えを認めたのである。

私の判断では、控訴人らの利益が、損害賠償を請求し広告スペースを再貸出しすることに比べて、被控訴人らの損害と比較して小さいであろうということ——これが被控訴人のために言える最大のことであり、のみをもって、控訴人らから契約上の代金を請求する権利が奪われるべきであると言うことはできない⁴⁰³。

4. 3. 小括——「正当な利益」基準の誕生

以上に見てきたところをまとめよう。

まず、White & Carter 事件において Reid 卿は、履行期前拒絶を受けた被拒絶者には、直

⁴⁰¹ Ibid., at 430.

⁴⁰² Ibid., at 431.

⁴⁰³ Ibid., at 431.

ちに契約を解消し拒絶者の契約違反責任を追及するか、あるいは履行期前拒絶を無視して契約関係を維持するかの選択肢が与えられるという、いわゆる「選択理論」を原則として確認している。

その上で、Reid 卿は、被拒絶者が履行期前拒絶にも関わらず契約を維持するという途を選択し、自身の側の義務を履行した上で契約によって定められた代価を拒絶者に請求し得るのは、被拒絶者がそうすることについて「正当な利益」を有している場合に限定されるべきことを示した。すなわち、履行期前拒絶を受けた被拒絶者に認められる選択権も、全く自由に行使されうるわけではなく、「正当な利益」という基準によって制限されうることを示したので、これが後に「正当な利益」基準として判例法において繰り返し言及されることとなるのである。

もっとも、White & Carter 事件において Reid 卿が被拒絶者の選択権に課した制限は、この「正当な利益」基準だけではない。そもそも、被拒絶者が契約を維持し対価を請求するためには、その前提として、被拒絶者が単独で自身の負担する義務を履行しうることが必要であることも、同時に示されている。すなわち、被拒絶者は自身が負担する義務を履行してからでなくては契約上の対価を拒絶者に対して請求することができないところ、その義務の履行に際して拒絶者の協力を要する場合、拒絶者にそのような協力を強制することはできないため、結果として被拒絶者は対価を請求することもできない、というのである。

以上を要するに、White & Carter 事件判決において Reid 卿が示した被拒絶者の選択権に対する制限は、次の二つである。すなわち、第一に、被拒絶者が単独で自身の義務を履行することができること（「相手方の協力」による制限）。第二に、契約を維持し、自身の義務を履行することについて被拒絶者に「正当な利益」があること（「正当な利益」による制限）、の二つである。

これら二つの制限のうち、本稿が取り上げるのは第二のもの、すなわち「正当な利益」による制限である。次節以降では、White & Carter 事件において示された「正当な利益」という基準が、英国判例法および学説の中でいかに受容され、展開されていったのかについてみることにする。

5. 判例による「正当な利益」基準の展開

5. 1. はじめに

White & Carter 事件において「正当な利益」基準を示した Reid 卿であったが、その具体的な内容については殆ど語っていない。「正当な利益」基準は、それ自体としては抽象的なものであり、そのままでは具体的な基準としては運用しえない⁴⁰⁴。そのため、「正当な利益」基準の具体的な内容を解明する作業が、後の判例の任務となったのである。本章では、英国法における「正当な利益」基準の内容を検討するべく、右基準について言及した諸判例を概観し、検討する。まずは次節において、各判例の事実関係と判旨を概観し、その分析については節を改めて行うこととしたい。

⁴⁰⁴ J. W. Carter, 'White & Carter v McGregor -- how unreasonable?' 128 LQR 490 は、Reid 卿の示した「正当な利益」基準について、「特徴がなくぼんやりとした」(ibid., at 491) ものとして形容し、「Reid 卿の正当な利益による制限は常に混乱 puzzle してきた」(ibid., at 491) という。

5. 2. 「正当な利益」基準に関する判例の概観

(1) Attica Sea Carriers Co. v. Ferrostaal Poseidon Bulk Reederei G.M.B.H. (The “Puerto Buitrago”)事件⁴⁰⁵

まず紹介するのは、Attica Sea Carriers Co. v. Ferrostaal Poseidon Bulk Reederei G.M.B.H.事件である。本件は傭船契約に関わるものであり、問題となった船の名称から Puerto Buitrago 事件として知られるものである。

事案は、次のようなものであった。被告は、原告との間で、原告の所有する Puerto Buitrago 号を、1974年1月から1975年5月までの17ヶ月間、傭船する契約を締結した。なお、この傭船契約は裸傭船契約 demise carter party であった。

Puerto Buitrago 号は1959年に建造された船舶であり、本件契約の時点ですでに老朽化が進行していたが、契約当時は良好な状態であるように思われた。ところが、同船が被告のもとで運用されて6ヶ月が過ぎたあたりから、エンジン機関周りに深刻なトラブルが生じ、航行がままならなくなった。

そこで被告は、同船をリオ・デ・ジャネイロからグディニャを経由し、その後キールに曳航した。同地で実施された検査をもとに原告が見積もったところ、同船を修理するのにかかる費用は200万ドルであるのに対し、修理後の同船の価値は100万ドルにしかないこと、同船を廃船にした場合の価値は50万ドルであることが判明した。そこで被告は、同船を現状のまま（すなわち、修理等をすることなく）原告に返船して契約を解除することを決め、その旨を原告に通知した。1975年9月のことであった。

ところで、本件契約には、傭船対象の船を返船する場合には、傭船者が修理を施してから返船すべき旨が定められていた。原告は、この条項に依拠して、被告からの Puerto Buitrago 号の返船を拒んだ上で、同船の修理がなされるまでの傭船料の支払いを求めて訴えを提起した。原告の訴えを認めた原審の判断を不服とした被告から控訴されたのが、本件である。

被告からの控訴を受けた高等法院は、原告の訴えを退けた。本件を担当した Denning 記録長官によれば、まず検討されるべきは、Puerto Buitrago 号を修理せずに返船した被告の行為が、本件契約に照らして有効か否かである。Denning 記録長官はいう。「[本件契約の文言に鑑みれば]傭船者は、返船する前に、船をきちんと修理された状態にすべき義務を負っていることは明らかである。しかし問題は、その条項が傭船者の船を返船する権利にとって停止条件 *condition precedent* である（したがって傭船者は、その義務を履行しないうちは船を返船することができない）のか、それとも、これは単なる条項 *stipulation* であり、もし違反された場合には損害賠償による救済を生じさせるが、傭船者が船主に船を返船することは妨げないのか、である⁴⁰⁶」と。そして、この点について Denning 記録長官は、被告の修理義務は単なる条項にすぎず、したがって被告が修理義務を尽くさぬまま Puerto Buitrago 号を原告に返船したとしても、その返船は有効であると判断したのである⁴⁰⁷。

本件の解決にとっては、Denning 記録長官の上記判断のみで十分である。というのも、

⁴⁰⁵ Attica Sea Carriers Co. v. Ferrostaal Poseidon Bulk Reederei G.M.B.H. (The “Puerto Buitrago”) [1976] 1 Lloyd’s Rep 250 (CA).

⁴⁰⁶ Ibid., 252-253.

⁴⁰⁷ See *ibid.*, 254.

被告による Puerto Buitrago 号の返船が有効である以上、同船に関する傭船契約が継続していることを前提とした原告による傭船料の請求は、その根拠を欠くこととなるためである。したがって、上記の判断に続く判示内容は、厳密には傍論といえるものである⁴⁰⁸。しかし、本稿の主題との関連でより重要なのは、この傍論部分、とりわけ、原告は被告による船の返船を履行拒絶として承諾した上で傭船契約は終了したものとして扱わなければならないのか、それとも被告による返船を拒絶した上で修理がなされるまでの間の傭船料の支払いを求めることができるのか、という点についての Denning 記録長官の判断である。

この点について Denning 記録長官は、White & Carter 事件に言及しつつ次のような判断を示した。

それ〔White & Carter 事件〕はスコットランドのものではあるが、貴族院が我々に……それと精確に合致する *precisely on all fours with* どの事案においても、それに従うべきことを期待しているであろうことは明らかであろう。しかし、それ以外の場合には私はそれに従わないであろう。それは、原告が道理上当然 *in all reason* に履行拒絶を承諾し、損害賠償を求めて訴えるべき場合には——原告に生じた損害のどれに対しても損害賠償が適切な救済を与えることを条件としての話だが——適用されない。それというのも、金銭を請求することによって原告は契約の特定履行を実現することを求めている——そして彼は、損害賠償が適切な救済でありうる場合には、そうすることを認められるべきではないからである。……本件でも、傭船者が本件傭船契約の満了時に——修理についての契約に違反して——返船した場合には、船主は道理上当然それを承諾すべきであった。彼らは——傭船料を支払う約束についても、修理をなす約束についても——特定履行を求める訴えを提起できない。というのも、損害賠償が契約違反に対する適切な救済だからである⁴⁰⁹。

Denning 記録長官の上記判断のうち、着目すべきは次の三点である。第一は、White & Carter 事件判決が適用される範囲を同事件と「精確に合致する」事案に限定している点である。第二は、契約上の対価請求と契約の特定履行とが実質的に同視されている点である。そして第三は、損害賠償によって損害が適切に填補されうるならば——すなわち、損害賠償が適切な救済でありうるならば——被拒絶者は「道理上当然」に履行拒絶を承諾すべきであり、契約上の対価を請求しえないとの論理が採用されている点である。このような Denning 記録長官の判示からは、White & Carter 事件において示された論理——さらにいえば、右事件における Reid 卿の判示——の適用場面を制限しようとの意図が窺える。

Denning 記録長官とともに本件を担当した Orr 裁判官は、Denning 記録長官の判断に賛成の意を表しつつ、White & Carter 事件において示された判断枠組みにより沿った判断を下している。Orr 裁判官曰く、「本件は、船主が傭船者からの何らの協力なくして契約を履行することができるとはいえない点と、本件では船主は損害賠償を請求するよりも傭船料を請求することに正当な利益を有しないと傭船者が立証した点で、〔White & Carter 事件〕と

⁴⁰⁸ Denning 記録長官自身も、「本件傭船契約に関する私の解釈が誤っている場合にのみ生じる」(ibid., at 254) 問題に対する回答を与える趣旨であった。

⁴⁰⁹ Ibid., at 255.

は異なる……⁴¹⁰」と。つまり、Orr 裁判官によれば、本件傭船契約は船主が単独で履行することはできず、傭船者の協力を得なくてはならない。また、本件では被告において原告に「正当な利益」のないことが立証されている点で、White & Carter 事件とは区別されるというのである。

いずれにしても、Puerto Buitrago 事件では結論として、履行拒絶を受けた被拒絶者の、契約を維持するという選択権が制限されたということを確認しておきたい。

(2) Gator Shipping Co. v. Trans-Asiatic Oil Ltd. S.A. and Occidental Shipping Establishment (The “Odenfeld”)事件⁴¹¹

次に紹介するのは、Gator Shipping Co. v. Trans-Asiatic Oil Ltd. S.A. and Occidental Shipping Establishment 事件である。こちらも傭船契約に関わる事件であり、問題となった船の名称から Odenfeld 事件として知られている。事案は次のようにやや複雑な様相を呈しており、争点も多岐に渡るが、ここでは本稿の主題に関わる範囲で紹介することとしたい。

1973 年 5 月、被告は、訴外 A との間で、A の所有する船 (Odenfeld 号) を、期間を 10 年として傭船する契約を締結した。右傭船契約には、被告が支払うべき傭船料について、最低保障額条項とでもいうべきものが定められていた。ところが、本件傭船契約には別添書類 side letter が存在し、そこでは、被告の支払うべき傭船料に関連して、最低保障額が市場価格を上回る場合には、その差額を船主から被告へと払い戻すべき旨の規定が存在していた。つまり、本件別添書類が存在することで、被告が支払うべき傭船料は、実質的には市場価格に依ることになる。なお、A が被告に対して負う差額払戻義務は、A の親会社である訴外 B が保証することとされていた。このような傭船料に関する複雑な取決めがなされたのは、市場価格以上の傭船料を支払いたくない被告の利益を尊重しつつ、B が原告から融資を得やすくするためであった。すなわち、B は原告から融資を受けるにあたって、自身の子会社である A が被告に対して有することになる傭船料についての権利を担保に供することにしたのであるが、その際、原告には本件別添書類を示さなかった。これにより、原告からみれば、本件傭船契約に基づいて生じる傭船料は安定的に回収できるものに映り、担保として十分なように思われたのである。結局原告は、B から提供された本件傭船契約の資料を前提に、B に対して融資することを決定し、A から本件傭船契約から生じる傭船料についての権利を譲り受けた。

このようなスキームも、海運業界が好況であり、B の経営状況が順風満帆であれば、うまく機能したかもしれない。ところが、本件傭船契約の締結から 2 年後の 1975 年 4 月、海運業界は壊滅的な不況に陥り、傭船料の市場価格は大幅に下落した。被告は、本件別添書類に基づき、市場価格と最低保障額との差額を払い戻すよう B に求めた。B は、最初の数ヶ月の間こそこれに応じていたものの、1975 年 9 月には払戻しを停止するに至った。この事態を受けて、被告は、1976 年 1 月、本件傭船契約は A の履行拒絶を理由に解消されたとして、原告に対する傭船料の支払いを拒絶した。

1976 年 9 月、原告は B との新たな合意に基づいて Odenfeld 号の所有権を取得し、本件

⁴¹⁰ Ibid., at 256.

⁴¹¹ Gator Shipping Co. v. Trans-Asiatic Oil Ltd. S.A. and Occidental Shipping Establishment (The “Odenfeld”) [1978] 2 Loyd’s Rep 357.

傭船契約は終了した。その後原告は、被告に対して、1976年1月から同年9月までの傭船料を支払うよう求める訴えを提起した。これに対して被告は、自身の責任を否定するとともに、本件契約は1976年1月に終了した旨の確認を求める反訴を提起した。これが本件の概要である。

すでに述べたように、本件の争点は多岐に渡るが、ここでは本稿の主題と関わりのある争点、すなわち、被拒絶者たるBは被告からの履行拒絶を承諾する義務を負っていたのか否かという点についての裁判所の判断のみを紹介することとする。

本件を担当したKerr裁判官は、この点について検討する過程でPuerto Buitrago事件に言及している。Kerr裁判官は、右事件判決について「傭船者が定期的なし傭船契約を拒絶したときはいつでも、その理由や状況にかかわらず、船主は常に返船された船を受領しなければならない、というのも、そうすることを拒むことは特定履行を命ずる命令を求めることに等しいからである、との一般論を示す先例とは考えていない⁴¹²」とし、Denning記録長官の判決は、当該事案の極端な事実に基づくものであるとして読まれなければならないとした上で、「履行拒絶を承諾するか否かにかかる無辜の当事者の選択権に対する制約は、極端な事案、すなわち損害賠償請求が適切な救済であり、かつ契約を維持するという選択が全く不合理 wholly unreasonable である場合に限って適用される⁴¹³」という。

このように述べた上で、Kerr裁判官は、本件について、①被告はOdenfeld号を自由に利用できる立場にあったこと、②被告はOdenfeld号を転貸することもできたこと、③傭船契約は当事者間の協力なくしても履行できること、④Bは原告との関係で本件傭船契約を維持すべき義務を負っていた——したがって、被告からの履行拒絶を承諾し傭船契約を解除されたものとして扱うことは、原告との関係で契約違反を構成する——ことなどを考慮し、Bは被告からの履行拒絶を承諾すべき義務を追っていたとは言えないと判断した⁴¹⁴。Kerr裁判官の判旨については、被拒絶者の選択権に対して制約が課されるのは、その行使が「全く不合理」であると評価されるような極端な場合に限られるとされている点に注目すべきである。もっとも、ここにいう「全く不合理」という基準が、かつてWhite & Carter事件において示された「正当な利益」基準といかなる関係に立つのか——すなわち、両者は同じ基準を別な表現で表したもののなのか、それとも前者は後者に新たな制限を課したものののか——は、本件のみからでは必ずしも明らかではない。この点については、後の判例において明らかにされることとなる。

(3) Clea Shipping Co. v. Bulk Oil International Ltd. (The “Alaskan Trader”)事件⁴¹⁵

次に紹介するClea Shipping Co. v. Bulk Oil International Ltd. 事件も傭船契約に関わる事件であり、問題となった船の名称からAlaskan Trader事件として知られているものである。事案は概ね次のようなものであった。原告は、Alaskan Trader号を1979年12月から期間を24ヶ月と15日として被告から傭船する契約を締結した。原告が右船の運用を開始してか

⁴¹² Ibid., at 373.

⁴¹³ Ibid., at 374. 下線は引用者。

⁴¹⁴ Ibid., at 374-375.

⁴¹⁵ Clea Shipping Co. v. Bulk Oil International Ltd. (The “Alaskan Trader”) [1983] 2 Lloyd’s Rep. 645.

ら約1年が経過した1980年10月、同船は深刻なエンジントラブルに見舞われ、修理が必要となった。その修理には数ヶ月を要することが見込まれたため、原告はもはや同船を必要としていない旨を被告に通知した。ところが被告は、同船を修理し、1981年4月には原告に対して船が使用できる状態であることを告げた。しかし原告は、本件備船契約はもはや終了したものと考えていたため、船長に指示を与えず、同船を運用しなかった。船主である被告は、この原告の振舞いを履行拒絶として扱うこともできたが、そうはせず、本件備船契約の期限が切れるまで、船長を始めとした船員を待機させたまま同船をピレウスの港に係留し続けた。原告は、1981年4月から同年12月までの備船料を支払い続けていたが、本件備船契約が満期を迎えた後、上記期間に支払った備船料の返還を求めて訴えを提起した。被告は、White & Carter 事件と Odenfeld 事件に依拠して、被告には契約を維持して備船料を受領する権限があると主張した。これに対して原告は、Puerto Buitrago 事件に依拠しつつ、被告は原告の振舞いを履行拒絶として道理上当然承諾すべきであったと主張した。仲裁人が原告の主張を容れたため、被告から上訴されたのが本件である。

本件を担当した女王座部裁判所の Lloyd 裁判官は、結論としては、仲裁人の判断は是認されるとして被告の上訴を退けた⁴¹⁶。ここでは、本稿の主題に即して、Lloyd 裁判官の「正当な利益」基準に対する見解に的を絞って紹介する。Lloyd 裁判官は次のようにいう。

〔被告の弁護士〕は、Reid 卿が正当な利益について語ったことは弁護士が主張したことの引き写しにすぎないとか、いずれにしても傍論である……といった弁論に加えて、Reid 卿は単に誤っていたと主張する。Puerto Buitrago 事件において控訴院の3人の裁判官全員によって言われたような見地からしても、そのような見解を採用することは難しいであろうと思われる。Puerto Buitrago 事件において Orr 裁判官と Browne 裁判官によって採用された Reid 卿の言葉を用いるにしても、同事件における Denning 記録長官の言葉（「道理上当然」）や Odenfeld 事件における Kerr 裁判官の言葉（「全く不合理、非常に非現実的、不合理かつ擁護不能」）を用いるにしても、裁判所が、一般的な公平の原則に基づいて、無辜の当事者に契約をその厳密な法的約定どおりに実現することを許さないポイントがある。そのポイントをどのように定義するかは、明らかに幾分かの困難を伴う事柄である。というのも、それは単に不合理な振舞い……と全く不合理な振舞いとの間に線を引くことだからである……。しかし、そのポイントを定義するのがいかに難しくとも、そのようなポイントがあるということは、Puerto Buitrago 事件における控訴院と Odenfeld 事件における Kerr 裁判官の双方によって受け入れられているように思われる⁴¹⁷。

その上で Lloyd 裁判官は、White & Carter 事件において Hodson 卿が契約における確実性を根拠に無辜の当事者の無制限の選択権を支持したことは承知しているとしつつ、次のよ

⁴¹⁶ Lloyd 裁判官は、仲裁人の判断が誤っていたといえるのは、「仲裁人の達した結論が、適切な基準を適用すれば合理的な仲裁人が達しえないようなものである」(ibid., at 651) ときであり、本件においてはそのようにいうことはできないとして仲裁人の判断を支持したのである。

⁴¹⁷ Ibid., at 651. 斜体は原文ママ。

うにいう。

しかし……当裁判所は、たとえ極端な場合に限られるとしても、いくらかの制限があると判示しなくてはならない。そして、その制限を表現するより良い方法がないならば、**Puerto Buitrago** 事件における控訴院の多数意見で採用された……**Ried** 卿の言葉を用いることが、当裁判所にとって最も安全である⁴¹⁸。

続けて **Lloyd** 裁判官は、そのような「制限」の性質について次のようにいう。

……そのポイントはときおり、無辜の当事者が履行拒絶を承諾する義務を負うという観点から説明される……けれども、裁判所が公平上の根拠に基づいて無辜の当事者に契約上の権利を完全に実現することを許さないというのが、より正確であると思う。**Decro-Wall** 事件⁴¹⁹において **Sachs** 裁判官が述べたように、制限されるのは救済の射程であり、選択権ではないのである。裁判所は **dispensing power** を行使するのでも、不用意な契約を書き直すのでもない。裁判所は単にある種の救済を拒否するに過ぎない。アメリカにおいては、裁判所は次のような簡単な見解を採っている。すなわち、履行拒絶が承諾されるか否かにかかわらず、無辜の当事者は常に自身の損害を軽減する義

⁴¹⁸ *Ibid.*, at 651. 斜体は原文ママ。

⁴¹⁹ **Decro-Wall International SA v. Practitioners in Marketing Ltd.** [1971] 1 WLR 361. 事案は次のようなものであった。被告は、フランスの企業である原告が製造した商品を英国内で独占的に販売する独占的販売店契約を原告と締結していたが、代金の支払いが常に遅れがちであった。右契約は 1967 年 3 月に締結されたが、ついに 1970 年 4 月に至って、原告は被告の履行拒絶を理由に契約を解除する意思を表示し、併せて被告以外の者と独占的販売店契約を締結することを決めた。原告は、未払いの代金の支払いを求めて訴えを提起したが、これに対して被告は、自身の責任を否定するとともに、自身が未だに原告の独占的販売店の地位にあることの確認と、原告が他の者と独占的販売店契約を締結することの差止め、および原告の契約違反を理由とした損害賠償を求めて反訴を提起した。本件に携わった **Sachs** 裁判官は、拒絶者の協力がなければ被拒絶者において契約を履行することができない場合には被拒絶者は履行拒絶を承諾することを義務付けられるという原告の主張に応じて、次のようにいう。

事の真相は次のようなものである。すなわち、長い目で見れば、拒絶者がその考えを変えるように説得されるか強いられるかしてその履行拒絶を撤回しない限り、無辜の当事者が用いることのできる救済は損害賠償請求ということになるという単純な理由から、無辜の当事者にとって契約を維持することにつき何ら利益がないという事案が非常に多くあるのである。そのため、他の途が無価値であるがゆえに、無辜の当事者が、ある意味において、唯一の実際的な途を採るように強いられるといわれうる膨大な数の事案があるのである。そのような事案において制限されているのは救済の射程であり、選択権ではない (*ibid.*, at 375)。

その上で、上記のことは被拒絶者が履行拒絶を承諾するか否かの選択権を有するという命題を变じるものではないとして、原告の主張を退けたのである。

務を負う、と……⁴²⁰。

つまり、Lloyd 裁判官によれば、White & Carter 事件において Reid 卿によって示された「正当な利益」基準は、履行拒絶を受けた当事者が契約によって認められた権利を行使することを妨げられるポイントに関する基準である。そして、そのポイントは「単に不合理」な振舞いと「全く不合理」な振舞いとの間にあるという。すなわち、被拒絶者の振る舞いが単に不合理であるにとどまる場合には、裁判所は被拒絶者の選択権に介入することはしない。しかし、被拒絶者の振る舞いが全く不合理であると評価される場合には、被拒絶者が契約上の権利を行使することを裁判所が認めない、というのである。

(4) Stocznia Gdanska SA v. Latvian Shipping Co. 事件⁴²¹

本件は、造船契約に関わるものである。1992年9月、造船業者である原告は、買主である被告との間で造船契約を締結した。本件契約では、買主の代金支払い義務は、造船の進捗状況に応じて分割して支払われることになっていた。すなわち、建造者の銀行から保証が得られたら代金の5%を、竜骨が据えられたら20%を、進水に成功したら25%を、完成した船が引き渡されたら50%を支払う、といった具合である。同年12月、原告は被告に対して竜骨を据えた旨を通知したが、被告は約定の代金を支払わなかった。そこで原告は、契約の定めに従って本件契約を解除した上で、未払いになっている代金（竜骨を据えた分）の支払いを求める訴えを提起した。これに対して被告は様々な反論を提起しているのであるが、本稿の主題と関わりのあるものについてだけ紹介すると、次のようである。すなわち、被告は、原告が竜骨を据える前に、本件契約を履行できないであろうことを原告に対して明らかにしていた。したがって被告は履行拒絶をしていたわけで、原告は道理上当然この履行拒絶を承諾すべきであったのであり、竜骨を据えるべきではなかった、というのである。

本件を担当した女王座部裁判所の Clarke 裁判官は、被告からの反論に関して、White & Carter 事件、Puerto Buitrago 事件および Odenfeld 事件に言及しつつ、次のように論じた。すなわち、被拒絶者が履行拒絶を承諾すべき義務を負うとしても、「それは、極端な場合、すなわち損害賠償請求が適切な救済であり、かつ契約を維持するという選択が全く不合理であるという場合に限り適用される⁴²²」ものである。その上で Clarke 裁判官は、Alaskan Trader 事件における Lloyd's 裁判官の判示を引きつつ、次のようにいう。

かくして……無辜の当事者には、「契約を履行することにつき経済上その他の正当な利益」を有しない場合 (Reid 卿) や「道理上当然」履行拒絶を承諾すべき場合 (Denning 裁判官)、契約を維持することが「全く不合理」である場合 (Kerr 裁判官) や、あるいは Lloyd 裁判官によれば契約を維持することが「単に不合理だけでなく、全く不合理」である場合を除いて、他方当事者に拒絶された商事契約の履行を継続する権利

⁴²⁰ The “Alaskan Trader” (n 417), at 651. 斜体は原文ママ。

⁴²¹ Stocznia Gdanska SA v. Latvian Shipping Co. [1995] 2 Lloyd's Rep 592 (QB); [1996] 2 Lloyd's Rep 132 (CA).

⁴²² Stocznia Gdanska SA v. Latvian Shipping Co. [1995] 2 Lloyd's Rep 592 (QB) at 601.

がある。／この法理を表す、これらの異なる表現の間に本質的な相違があるとは、私は考えない。したがって問題は、[船の] 竜骨を据えるという建造者〔原告〕の決定が全く不合理であったという買主〔被告〕の主張に理由があるか否かである。無辜の当事者は、契約を終了させるものとして拒絶的違反を承諾するか否かを決するに当たって合理的に振る舞うことを要求されないというのが一般準則であるから、抗弁を立証すべき負担は被告が負う……⁴²³。

このように述べた上で、Clarke 裁判官は、結論として、本件における原告の行為は全く不合理であったと評価できるものではなく、したがって被告の抗弁には理由がないとしてこれを退け、原告の請求を容れた。ここでは、White & Carter 事件において「正当な利益」基準として示され、その後様々な判例において様々な表現で言及されてきた基準は、皆同じものを意味するものとされている点に注目すべきである。

なお、本件はその後、控訴院へと上訴されているのであるが、そこでも「正当な利益」基準に関して興味深い判示がなされている。すなわち、被告からの上告を受けた控訴院の Staughton 裁判官は、上記の点について次のように述べたのである。

造船会社〔原告〕には自分の利益だけを考える権利があるとすれば、彼らがそのような利益を有していることは明らかであろう。これらの契約を維持することは、この仮定に基づけば、造船会社に、竜骨を据えた分の代金を請求することを可能にするからである。しかしこれは正しい基準ではあり得ない。正当な利益であるためには、無辜の当事者は、契約を維持する合理的な根拠を有していなければならない、その際には不正を犯した者の利益のこともまた考慮に入れなければならない⁴²⁴。

その上で、本件原告は上記の意味における正当な利益を有するものの、原告は被告の履行拒絶を承諾した以上、代金の支払いを求めることはできないとして、被告の控訴を容れた。ここでは、被拒絶者が契約を維持することについて「正当な利益」を有しているか否かについては、拒絶者の利益をも考慮に入れた上でその合理性を判定する必要があるとされている点に注目すべきである。

(5) Ocean Marine Navigation Ltd. v. Koch Carbon Inc. (The “Dynamic”) 事件⁴²⁵

本件も傭船契約に関わるものであるが、事案の詳細は詳らかではない。判決文から窺える事実関係は次のようなものである。1999年4月、被告は、原告との間で定期傭船契約を締結し、Dynamic 号を傭船した。同船は、8月3日には目的地で積荷を降ろしたが、被告は、その前日である8月2日から、原告に対する請求の担保として同船を差し押さえて arrested いた。右差押えは同年8月17日には解かれたが、原告は8月3日から同17日までの傭船料の支払いを求めた。これに対して被告は、8月3日には同船を返船したとして争

⁴²³ Ibid., at 602.

⁴²⁴ Stocznia Gdanska SA v. Latvian Shipping Co. [1996] 2 Lloyd’s Rep 132 (CA) at 138-139.

⁴²⁵ Ocean Marine Navigation Ltd. v. Koch Carbon Inc. (The “Dynamic”) [2003] EWHC 1936 (Comm), 2003 WL 21729281.

った。

本件を担当した Simon 裁判官は、被告の船を返船する行為が履行拒絶に該当するとの仲裁人の判断を肯定した上で、原告は被告の履行拒絶を承諾すべき義務を負っていたか否かという点に関連して、White & Carter 事件、Puerto Buitrago 事件、Odenfeld 事件および Alaskan Trader 事件を引きつつ、次のように述べた。

Odenfeld 事件における全く不合理という表現中の全くという制限的文言の使用は、〔被拒絶者には選択権があるという〕準則が一般的なものであり、例外は極端な場合にだけ適用されるということを適切に強調しているけれども、これは〔White & Carter 事件において Reid 卿が採用した〕基準になんらの制限をも加えるものではない……。これらの事案は、無辜の当事者は履行拒絶を承諾するか否かの選択肢を有するという一般準則に対する次のような例外を確立した。すなわち：

- ・ i) 無辜の当事者が損害賠償を請求するよりも契約を維持することについて正当な利益を有していないということを立証する責任は契約違反者にある。
- ・ ii) 他方当事者の利益が契約違反者に対する損害に比べて小さいということを示すのみでは、上記の立証責任を果たしたことにはならない。
- ・ iii) 一般準則に対する例外は、損害賠償請求が適切な救済であり、かつ契約を維持することが不合理であるという極端な場合に限ってのみ適用される⁴²⁶。

このように述べた上で、Simon 裁判官は、仲裁人が正しい基準を適用したといえるか否かが不明確である以上、この点については仲裁人に差し戻されるべきであるとした。Simon 裁判官の判旨においても、被拒絶者の選択権に対する制限が課されるのは極端な場合に限られ、また White & Carter 事件以来、様々な表現で言及されてきた基準は皆同じものであるとされている。また、被拒絶者の利益が被拒絶者に生じる損害に比べて小さいということのみでは、被拒絶者の選択権は制限されないとされている点にも注目すべきである。

(6) Ministry of Sound (Ireland) Ltd. v. World Online Ltd. 事件⁴²⁷

本件は、広告掲示サービスを提供する契約に関わるものであり、White & Carter 事件に似たところのある事案である。原告は、ナイトクラブを経営する企業であり、被告はインターネットサービスのプロバイダーである。2000年2月頃、原告のブランドを利用して顧客を得ようと考えた被告は、原告と次のような契約を締結した。すなわち、原告は被告の生産するアクセス CD に包装を施して顧客に配布するとともに、自身のホームページ上に被告の提供するサービスの広告を掲示することを引き受ける。引き換えに、被告は原告に四半期ごとに分割して代金を支払う、というものである。本契約は2年間継続するものとされたが、被告は、2000年8月頃からアクセス CD を原告に提供しなくなった。もっとも、その後も原告は自身のウェブサイト上に被告の広告を掲示し続け（被告から止めるように求められなかったためであるという）、被告も代金の支払いを続けた。ところが被告は、2001

⁴²⁶ Ibid., at [22]-[23]. 斜体は原文ママ。

⁴²⁷ Ministry of Sound (Ireland) Ltd. v. World Online Ltd. [2003] EWHC 2178 (Ch).

年 8 月ごろから原告の契約違反を主張しはじめ、同年 10 月に期限の到来する最後の分割代金を支払わなかった。そこで、原告がその支払いを求めて訴えを提起した。これに対して被告は、White & Carter 事件を引き合いに出し、次のように反論して争った。すなわち、原告は、被告がアクセス CD の生産を停止した 2000 年 8 月以降は右 CD を包装・配布していなかったのであるから、代金を請求できないはずである。仮にそうでないとしても、原告は本件契約を維持して分割代金の支払いを求める正当な利益を欠いている、と。原審が被告の主張を容れたため、原告が上訴したのが本件である。

原告からの上訴を受けた Strauss 代理裁判官は、原告の代金請求権は期限ごとにその都度支払われるべき性質のものであり、したがって原告が負担する被告のアクセス CD を包装・配布する義務の履行とは無関係に発生するとして、被告の主張を退けた⁴²⁸。

その上で、Strauss 代理裁判官は、原告が代金を請求する正当な利益を有していたかについて次のように論じた。すなわち、「本件契約を継続する原告の利益は、単に経済的なものにとどまらない。というのも、被告の評判には原告の名前が結びつけられていたためである⁴²⁹」。したがって、本件契約が早期に解除されることは、被告にとってと同じくらい原告にとっても損害であり、このような状況では、原告が本件契約を履行し代金を請求することになら不合理な点はない、と⁴³⁰。Strauss 代理裁判官は、このように論じて原告の上訴を容れたのである。

(7) Reichman v. Beveridge 事件⁴³¹

本件は、建物の賃貸借契約 lease に関わる事案である。被告は、原告から、本件建物を、期間を 2000 年 1 月からの 5 年間として賃借した。ところが被告は、2003 年の 2 月には本件建物から退去してしまい、その後の賃料を支払わなかった。そこで原告は、2004 年 1 月に、同月までの賃料につき支払いを求める訴えを提起した。これに対して被告は、次のように反論した。すなわち、原告は、被告がもはや本件建物を必要としていないことを承知していたにもかかわらず、損害を軽減するために本件賃貸借を放棄することを怠った。原告としては、本件賃貸借契約を解除し、本件建物を再び賃貸に出した上で、元の賃貸借契約との賃料の差額を損害賠償として被告に請求すべきである、と。

本件を担当した Lloyd 控訴院裁判官は、被告の抗弁の根拠となっているのは White & Carter 事件における Reid 卿の判示であろうとし、同事件とそれ以降の判例 (Puerto Buitrago 事件、Odenfeld 事件、Alaskan Trade 事件および Dynamic 事件) を検討した上で、次のように述べる。

⁴²⁸ See *ibid.*, at [49]-[61]. なお、Strauss 代理裁判官のこの判示は、White & Carter 事件において Reid 卿が示した「相手方の協力」による制限の適用場面を制限するものであると理解されている。すなわち、「協力による制限は、被害者が履行を継続することが契約対価の支払いに対する前提条件でない場合には適用されない。換言すれば、契約が独立である場合、あるいは、より正確に、当事者の履行が相互に独立である場合には、被害者の履行も、契約違反者の協力も、契約対価を支払うべき義務を生じさせるのに必要ではない」のである。Liu (n 239) at 204.

⁴²⁹ *Ministry of Sound (Ireland) Ltd. v. World Online Ltd.* (n 429), at [47].

⁴³⁰ *Ibid.*, at [47], [66].

⁴³¹ *Reichman v. Beveridge* [2006] EWHC Civ. 1659, [2007] Bus. LR 412.

したがって、契約における無辜の当事者が他方当事者からの履行拒絶を承諾しておらず、かつ、無辜の当事者が、他方当事者からの協力を得ずとも自身の契約上の義務の全ての履行を続けることができるにもかかわらず、裁判所が、無辜の当事者に、契約を維持して契約上の対価を請求するという全ての契約上の権利を実現することを認めないという事案は、ごく限られたものしかない。そのような事案の特徴は、契約を維持するという選択が全く不合理であり、かつ損害賠償請求が適切な救済であるか、あるいは賃貸人がそのような選択をするに際して正当な利益を持たない場合である⁴³²。

その上で Lloyd 控訴院裁判官は、現在の英国法の下では、本件の原告にとって損害賠償が適切な救済であるとはいえない⁴³³と判断し、続けて、代替的な賃借人を探さなかった原告の振る舞いが全く不合理であったと評価されるか否かについて検討を進める。

この点について Lloyd 控訴院裁判官は、次のように論じて、原告の行為は不合理であると評価されるようなものではなかったという。すなわち、第一に、現在の英国法の下では、不動産賃貸人が賃料の差額分を損害賠償として請求することが認められていない以上、当初の賃貸借契約を維持した上で被告に賃料を請求しようと考えた原告の判断は不合理とはいえない。第二に、本件では、賃借人たる被告にも、賃借権の譲受人や転貸人を探すという途が開かれていた。たしかに、賃料の市場相場が当初の賃貸借契約において定められた賃料よりも低い場合には、賃借権の譲受人を探すのは困難であり、また転貸人が支払う転貸料では当初の賃料を賄う事ができないかもしれない。しかしそれでも、被告の契約違反こそが問題を生じさせているのであり、被告の方で解決方法を模索すべきであるということを検討すれば、原告の振舞いを全く不合理であるということとはできない⁴³⁴。Lloyd 控訴院裁判官曰く、「その基準の極めて限定された性質（「全く不合理」）に鑑みれば、賃貸人の振舞いがこのような方法で適切に特徴づけられることを賃借人が立証することができるのは、非常に極端な事案でなければならぬだろう⁴³⁵」、と。上記のような Lloyd 控訴院裁判官の意見に他の二人の裁判官らも同調し、被告の控訴を退ける判断が下されたのである。

（8）Isabella Shipowner SA v. Shagang Shipping Co. Ltd. (The “Aquafaith”) 事件⁴³⁶

本件も、傭船契約における早期返船をめぐるものである。本件船（Aquafaith 号）を所有する原告は、被告との間で定期傭船契約を締結した。本契約は、傭船期間を 59 ヶ月ないし 61 ヶ月とし、さらに、59 ヶ月の最低傭船期間が経過するまでは本件船を返船することができない旨を定めていた。ところが被告は、最低傭船期間が満了する約 3 ヶ月前に、もはや本件船を必要としておらず、早期に返船するつもりであることを原告に告げた。そこで原告は、右早期返船を拒んだ上で被告に傭船料の支払いを求めることができる旨の確認を仲裁人に求めた。これに対して被告は、次のように主張して争った。第一に、定期傭船契約

⁴³² Ibid., at [17].

⁴³³ See *ibid.*, at [18]-[28].

⁴³⁴ See *Reichman v. Beveridge* (n 433), at [30]-[31].

⁴³⁵ *Ibid.*, at [40].

⁴³⁶ *Isabella Shipowner SA v. Shagang Shipping Co. Ltd. (The “Aquafaith”)* [2012] EWHC 1077 (Comm).

は船舶所有者と傭船者の協力無くしては履行することのできない契約であり、したがって本件は **White & Carter** 事件によって示された法理の埒外である。第二に、いずれにしても原告は、本件契約を維持する正当な利益を有していないため、被告の早期返船を拒絶して傭船料を請求することはできない、と。仲裁人は、被告の主張を容れ、原告は返還された船を受領し、現金取引市場 **spot market** にて同船を売却するなどして損害の軽減に務める必要があったなどとして、原告の主張を退けた。そこで原告から上訴されたのが本件である。

本件の争点は、次の二つである。第一に、**White & Carter** 事件において示された法理が定期傭船契約に適用されるか否かである。換言すれば、定期傭船契約は船舶所有者が単独で履行できるのか、それとも傭船者の協力を要するのか、という問題である。争点の第二は、原告には被告からの早期返船を拒絶し契約を維持するだけの正当な利益があるか否かである。

本件を担当した **Cooke** 裁判官は、まず、争点の一について次のように判断して、仲裁人の判断を退けた。

私の考えでは、問題は非常に単純である。船舶所有者は、傭船者が傭船契約に従って何事かをする必要とせず、本件定期傭船契約の下で傭船者に対して傭船料を請求できるのか？答えは是である。傭船者が指示を与えるをしない場合、船は単にその場に留まり、指示を待ちながらも傭船料を生じさせるのである。船長は傭船者の指示下にあるが、船長と乗員は船舶所有者の被用者であり、傭船者は船に自分の望む指示を与えることができる。傭船料は生じ続ける⁴³⁷。

ところで、この点に関連して **Cooke** 裁判官は、定期傭船契約と裸傭船契約とを区別すべきことを指摘している。

裸傭船契約と定期傭船契約との間には本質的な違いがある。裸傭船契約の場合には、傭船者が船の占有を取得し、乗員を用意して船に関わる全ての費用を支出するのが典型である。したがって、**Puerto Buitrago** 事件では、裸傭船者は、早期に返船することによって履行拒絶をした際に、船舶修理業者の監視人だけを残して船を放棄したのである。そのため、実際問題として、船舶所有者は自身の人員を乗船させる必要があったのであり、それによって船の占有を取り戻したのである。裸傭船契約の本質は船の占有が裸傭船者に与えられるという点にあるのであり、したがって、占有が船舶所有者によって取り戻された時点で、船舶所有者はもはや裸傭船契約によって生じる傭船料を得る権利を有しないのである⁴³⁸。

このように、裸傭船契約と定期傭船契約との違いを指摘しつつ、後者については傭船者の協力無くして船舶所有者が単独で契約を履行できるとした点に、**Cooke** 裁判官の判断の特徴がある。

⁴³⁷ *Ibid.*, at [37].

⁴³⁸ *Ibid.*, at [40].

次に、争点の二に関する **Cooke** 裁判官の判断をみてみよう。結論からいえば、**Cooke** 裁判官はここでも仲裁人の判断を退けている。少々長くなるが、以下に引用する。

私の判断では、船舶所有者が、傭船者による拒絶的契約違反を傭船契約を終了させるものとして承諾し、損害軽減のために現金売買市場において取引した上で差額について損害賠償請求をするのではなく、残り 94 日間の傭船契約を維持し、傭船料を請求することについて正当な利益を有するか否かを検討するにあたって、仲裁人が誤った基準を適用したことは明らかである。仲裁人は、船舶所有者は履行拒絶を承諾して現金取引市場において取引することによって損害を軽減した上で差額に相当する損害賠償を請求することができたのであるから、船舶所有者は傭船契約を維持するにつき正当な利益を欠いていた、と結論づけた。仲裁人は、**Puerto Buitrago** 事件や **Odenfeld** 事件、**Alaskan Trader** 事件、**Stoczina** 事件あるいは **Dynamic** 事件において示された法理に意を向けることをしなかった。仲裁人は、船舶所有者が履行拒絶を「道理上当然」承諾すべきであったか（あるいは、この点を別なふうを示せば、船舶所有者が履行拒絶の承諾を拒んだことが「全く理屈に合わない **beyond all reason**」ものであったか）という問題を問うことをしなかった。仲裁人は、契約を維持することが「全く不合理」であったかという問題を問うことをしなかった。仲裁人は、幾多の事案における控訴院の言葉に言及して、そうすることが「不合理」であることを超えて「全く不合理」であるかと問うことをしなかったのである。もし仲裁人が、**Dynamic** 事件において **Simon** 裁判官が示した法理を適用していたならば、彼は、傭船者は、船舶所有者が傭船契約を維持することにつき正当な利益を有しないということを証明する責任を果たしたか、また、損害賠償が適切な救済であり、船舶所有者がそうすることを許されないほどに契約を維持するという選択が不合理であるという極端な事案であることを示すことによって証明責任を果たしたのか、と問うたであろう。仲裁人は、傭船者に生じる損害と比べて小さいかどうかはともかく、船舶所有者に何らかの利益があったか否かを探求すべきであった⁴³⁹。

仲裁人は、**Kerr** 裁判官の意見（および、例外則を発動させるための船舶所有者側の不合理性が極端なものであることの必要性に対する以降の先例における全ての言及）を、**White & Carter** 事件における **Reid** 卿の傍論に加えられた「余計な飾り **gloss**」であるとみなした点で、また、**Lloyd** 裁判官の傍論を、彼をして不合理の程度について言及することなしに「正当な利益を欠くこと」に焦点を当てることを可能にするものとして扱った点で、誤っていた。**Reid** 卿の判示を全体として読めば、無辜の当事者の選択権は合理的に振舞う必要性によっては拘束されないということが明らかである。それを超える何かが、無辜の当事者が契約の履行に拘ることに対して裁判所が介入して妨げる前に求められているのである。**Simon** 裁判官は、「全く不合理」という表現のうちの「全く」という文言は、その基準に対して何も付け加えるものではないと考えていた。というのも、彼は、その制限が働くのは極端な場合に限られると述べていたからであ

⁴³⁹ *Ibid.*, at [42].

る⁴⁴⁰。

先例の趣旨は、次のようなものである。すなわち、損害賠償請求が適切な救済であり、契約を維持することに拘ることが「全く不合理」であるとか、「極端に不合理」であるとか、あるいは、私なりの言葉でいえば、「正道を踏み外した *perverse*」ものであると表現できる要な場合には、無辜の当事者は契約を維持することについて正当な利益を有さない、というものである⁴⁴¹。

仲裁人が、傭船契約を存続させることが正当化されるような極端な事案であったことを船舶所有者が立証する必要があると考え、したがって立証責任を転換させ、原則と例外とを混同させたことは明らかである。彼は、**White & Carter** 事件において「正当な利益を欠くこと」という言葉によって意図されたものを誤解し、それに関する以降の先例の全てを無視したのである⁴⁴²。

仲裁人の認定についていえば、傭船者からの本履行拒絶事案には何ら特異な、極端な、あるいは異常なところはないと結論づけた点で、彼は正しかった。しかし、この要素は、彼が示したように船舶所有者の不利に働くものではなく、むしろその有利に働くものである。仲裁人は、本件が、損害賠償が適切な救済であり、船舶所有者の振舞いが契約を維持することを許されないほどに矩を踰えたといえるような類の極端な事案であったか否かを問うべきであった。これこそ彼がしなかったことである⁴⁴³。

このように論じて仲裁人の判断を退けた上で、**Cooke** 裁判官は、原告の請求を容れたのである。

代替的な定期傭船契約が不可能である困難な市場において5年の定期傭船契約のうち94日だけ残され、現金取引市場において取引することも非常に困難であることに鑑みれば、傭船契約を維持し、傭船料についての権利を保持することを望む船舶所有者の態度を不合理であると性格づけることは不可能であろう。ましてや、全く理屈に合わないであるとか、全く不合理であるとか、あるいは正道を踏み外したものであるなどということはできない。仲裁人がいうように、本件は、極端な、あるいは異常な事案ではなく、そのような状況の下では、**White & Carter** 事件において示された法理に対する例外は適用されえないのである⁴⁴⁴。

本件における **Cooke** 裁判官の判旨は、あたかも **White & Carter** 事件以来の判例の集大成といった趣きである。ここにおいて、被拒絶者は履行拒絶にも関わらず契約を維持しうる

⁴⁴⁰ *Ibid.*, at [43].

⁴⁴¹ *Ibid.*, at [44].

⁴⁴² *Ibid.*, at [45].

⁴⁴³ *Ibid.*, at [49].

⁴⁴⁴ *Ibid.*, at [56].

のが原則であり、この原則に対する例外は、そのような選択が「全く不合理」である——Cooke 裁判官の言葉によれば「正道を踏み外した」ものである——と評価されるほどの極端な場合に限られることが改めて確認されている。

(9) Barclays Bank plc. v. Unicredit Bank AG and another 事件⁴⁴⁵

本件は、金融機関同士の保証契約に関わるものである。被告は、いわゆるバーゼル合意 Basel Accords に基づく規制要件を満たすべく、第三者に対して有する貸出債権を証券化することとした。その際に被告は、いわゆる合成型証券を発行する synthetic securitisation こととし、2008年の秋頃、原告との間で、四半期ごとに支うプレミアムおよび手数料と引き換えに、被告が第三者に対して有する債権を原告が保証する旨の契約を締結した。なお、本契約には、被告の不利に規制が変更された場合には、原告が同意を与えることを条件として、早期に契約を解約できる旨の特約が盛り込まれ、また、右原告の同意は「商事的に合理的な方法 commercially reasonable manner」によってなされるべきこととされていた(以下、早期解約条項という)。2010年ごろ、被告は、この早期解約条項を根拠に原告に解約の同意を求めた。ところが原告は、5年間分の最低手数料の支払いを受けるまでは解約に同意できないとして、被告の申し出を拒絶した。被告は、原告が早期解約に同意しないのは商事的に不合理であり、本契約は有効に解約されたとして、手数料を支払わなかった。さらに被告は、仮に原告の同意拒否が合理的なものであったとしても、原告は White & Carter 事件において示された法理に従って被告の履行拒絶を承諾すべきであったのだから、その救済は損害賠償に限定されるとも主張した。原告が本件保証契約の存続の確認を求めて提起したのが本件である。

本件は、直接的には早期契約解除を定めた契約条項の解釈が問題となった事案である。本件に携わった Popplewell 裁判官は、本件早期解約条項における「商事的に合理的な」という文言の解釈は客観的な基準によるべきであり、その際には次の二点が考慮されるべきであるという。すなわち、第一に、ここで問われているのは、原告の選択が正当化されるか否かではなく、原告と同じ立場にある合理的な者であれば達したであろう選択であったか否かであるという点。そして第二に、原告は、なにが商事的に合理的であるかを判断するにあたって自己の利益を相手方の利益に優先させて考えてよい、という点である。これらの観点に基づき、Popplewell 裁判官は、原告が被告からの早期解約の申し出を拒絶したことは「商事的に合理的」であったと判断し⁴⁴⁶、本件保証契約は有効に解消されたとする被告の主張を退けた⁴⁴⁷。

なお、本稿の主題との関連では、White & Carter 事件を引き合いに出した被告からの主張に対して Popplewell 裁判官がどのように応接したかが問題である。この点につき Popplewell 裁判官は、まず、Aquafaith 事件における Cooke 裁判官の判示を引きつつ、Reid 卿によって

⁴⁴⁵ Barclays Bank plc. v. Unicredit Bank AG and another [2012] EWHC 3655 (Comm); [2014] EWCA Civ 302, [2014] 1 C.L.C. 342.

⁴⁴⁶ Barclays Bank plc. v. Unicredit Bank AG and another [2012] EWHC 3655 (Comm) at [63]-[67].

⁴⁴⁷ この判断は控訴審においても維持された。Barclays Bank plc. v. Unicredit Bank AG and another [2014] EWCA Civ 302, [2014] 1 C.L.C. 342.

示された制限の適用範囲が限定されたものであることを確認する⁴⁴⁸。その上で、Poplewell 裁判官は、原告が損害賠償によって満足な救済を受けるか否かは損害賠償額を算定する基準如何によるのだが、この点については——先決問題であるところの、保証契約が有効に解消されたか否かが中心に争われたこともあり——本件では十分に議論されていないとし、次のように述べるにとどめた。すなわち、「仮に、損害賠償の方法による〔原告〕の立場が本件保証契約を継続することに比べて好ましくない場合には、〔原告〕は本件保証契約の履行にこだわる非常に明確な利益を有する。そのような状況では、〔原告〕は、〔被告〕をその契約上の義務の履行に拘束しようと模索することについて不合理な手段を採用しなかった⁴⁴⁹」と。

(10) MSC Mediterranean Shipping Co. SA v. Cottonex Anstalt 事件⁴⁵⁰

本件は海上物品運送契約に関わるものであるが、やや複雑な事実関係である。原告は、被告から綿花の輸送を請け負った。この綿花は、原告によって中東からバングラデシュのチッタゴンへ輸送され、そこで買主が引き取ることとされていた。ところが、右売買契約の締結後に綿花の市場価格が暴落したため、買主は、信用状によって綿花の代金を被告に支払ったにもかかわらず、チッタゴンに届いた荷を引き取らず、信用状を発行した銀行や、それを確認した銀行を相手取って訴訟を提起した。この間、港についた綿花はコンテナの中に留め置かれることとなった。さらにバングラデシュの税関当局は、バングラデシュの裁判所の命令がなければ荷揚げすることを許可しないとの態度を一貫して取り続けていた。ところで、本件海上運送契約においては、輸送に用いられたコンテナは被告が原告に返還すべきこと、および定められた期間内に返還できない場合には一日ごとに延滞料 *demurrage* を支払うべきことが定められていた。被告は、上述した買主および税関当局の態度の故に、コンテナ内の綿花を荷揚げすることができず、期間内にコンテナを原告に返還できなかった。そこで、原告から延滞料の支払いを求める訴えが提起されたのである。

本件を担当した女王座部裁判所の Leggatt 裁判官は、まず、本件延滞料の法的性質が損害賠償額の予定 *liquidated damages* であることを確認する⁴⁵¹。その上で彼は、被告が原告に対して、買主から代金を支払われた故に自分はすでに綿花の所有権を持たない旨を告げた 2011 年 9 月 27 日の行為が履行拒絶に該当するという⁴⁵²。もっとも、だからといって被告が原告に本件延滞料を支払わなければならないとの結論が直ちに導かれるわけではない。問題は、原告が、このような被告からの履行拒絶にもかかわらず本件契約を維持し、延滞料を請求する正当な利益を有するか否かにかかっている⁴⁵³。

この点を検討するに当たって、Leggatt 裁判官は、まず *White & Carter* 事件において Reid 卿が導入した「正当な利益」基準を「信義則 *good faith*」の観点から捉え直す。すなわち、「契約上の取引に関する信義則の必要性がコモン・ロー圏において次第に認識されつつあ

⁴⁴⁸ *Barclays Bank plc. v. Unicredit Bank AG and another* (n 66) at [107].

⁴⁴⁹ *Ibid.*, at [111].

⁴⁵⁰ *MSC Mediterranean Shipping Co. SA v. Cottonex Anstalt* [2015] EWHC 283 (Comm); [2016] EWCA Civ 789.

⁴⁵¹ *Ibid.*, at [38].

⁴⁵² *Ibid.*, at [85]-[88].

⁴⁵³ *Ibid.*, at [105].

る⁴⁵⁴」ところ、「正当な利益」基準もこのような広い文脈のなかで理解されるべきであるというのである。

その上で、Leggatt 裁判官は、原告がこのような意味での「正当な利益」を有していたか否かについて、次のように論じる。

荷送人が貨物の回収およびコンテナの返還を受けて、契約において定められた当初の義務を履行する現実的な見通しがある限りにおいて、運送人が運送契約を効力あるものとして維持することについて利益を有することについては疑いがない。しかしながら、荷送人がそれらの義務について拒絶的契約違反の状態にあり、そのような見通しの無いことが一度明らかになった場合には、運送人にはもはや、将来の履行を期待して契約を維持する理由がない⁴⁵⁵。

その上で、Leggatt 裁判官は、本件においては、被告がもはや自分には綿花に対する所有権がない旨を原告に告げた 2011 年 9 月 27 日の時点で、被告にコンテナの返還を求めることは実際上困難となっていたとして、その時点以降は原告には契約を維持する正当な利益がなかったと結論づけた⁴⁵⁶。結論として Leggatt 裁判官は、コンテナの返却期限を徒過してから 2011 年 9 月 27 日までの間の延滞料に限って、原告の訴えを認めた。

5. 3. 小括——英国における「正当な利益」基準の意義

5. 2. では、White & Carter 事件において示された「正当な利益」基準に言及する諸判例を概観した。本節では、これらの諸判例において示された「正当な利益」基準の意味するところについて考察することとしたい。

まず、5. 2. において概観した諸判例から、「正当な利益」基準をめぐる英国法の大まかな傾向をについて。5. 2. において紹介した 10 件の判例のうち、被拒絶者が「正当な利益」を欠くとして契約を維持することが認められなかったのは、Alaskan Trader 事件と MSC Mediterranean Shipping Co. SA 事件の 2 件に過ぎない。これに、Puerto Buitrago 事件における Denning 記録長官らの傍論を加えてみても、「正当な利益」基準が被拒絶者の選択権を制限する方向に作用した事例は 3 件であり、数としては必ずしも多くない。サンプルとして取り上げた事案の数も限られていることから、この数字のみによって断定的な判断を下すことには慎重でなければならない。とはいえ、この数字からも、英国法においては「正当な利益」基準によって被拒絶者の選択権が制限されることは滅多にない、というおおよその傾向を読み取ることはできよう⁴⁵⁷。

⁴⁵⁴ Ibid., at [97].

⁴⁵⁵ Ibid., at [104].

⁴⁵⁶ See *ibid.*, at [121]. Leggatt 裁判官は、このような状況下で契約を維持するのは「全く不合理」であるという。というのも、そのときの運送人は、適切な目的のために延滞料条項を行使すべく契約を維持しているのではなく、実質的には、不労所得を永久的に生じさせることを目的としていると考えられるためである。

⁴⁵⁷ N. Andrews et al ed. (n 128) at 7-096 は、Alaskan Trader 事件と MSC Mediterranean Shipping Co. SA 事件の第一審を引きつつ、それらの判決は「正当な利益」基準による被拒絶者の選択権の制限を強力に支持するものではないという。

さらに、上記3件の判例についても、それぞれ「正当な利益」基準の適用例としては必ずしも典型的なものではないとの指摘も聞かれるところである。すなわち、*Alaskan Trader* 事件についていえば、Lloyd 裁判官は、仲裁人の判断をいわば消極的に追認する形で事案を解決したのであるが、その際に、原告が契約を維持して得ることのできる備船料と損害賠償を請求することを選択した場合に得ることのできる損害賠償額とを比較して原告に契約を維持する正当な利益があったのかを検討するというアプローチを採用していない。このことは、Lloyd 裁判官が、原告に「正当な利益」があるか否かといった基準に「リップ・サービス」を払いつつ、それとは異なる観点、すなわち望まぬ契約に拘束される被告にかなる負担が課されるかといった観点から原告の契約を維持するという選択に対する介入を試みたことを示唆しているとされる⁴⁵⁸。また、*Puerto Buitrago* 事件および *MSC Mediterranean Shipping Co. SA* 事件についていえば、これらはいずれも、*White & Carter* 事件とはそもそも問題の場面を異にするとされる。すなわち、*White & Carter* 事件では、被拒絶者は、履行期前拒絶にもかかわらず契約を維持し、自身の負担する義務の履行を継続した上で対価を請求していたのであり、このような被拒絶者の行為が許容されるか否かを判定するための基準が「正当な利益」基準なのであった。ところが、*Puerto Buitrago* 事件および *MSC Mediterranean Shipping Co. SA* 事件は、ともに履行期前拒絶にかかわるものではない⁴⁵⁹。また、被拒絶者も、自身の側の義務を履行して対価を求めようとしていたわけではない⁴⁶⁰。

このようにみえてくると、「正当な利益」基準によって被拒絶者の選択権が制限された事例は殆ど無い、ということになる。以上のことから、英国においては、被拒絶者は履行拒絶にも関わらず契約を維持しうるのが原則であり、「正当な利益」基準はその原則を大きく修正するものではない、というおおまかな傾向を窺うことができるのである。

次に、5. 2. において概観した諸判例を手がかりに、英国における「正当な利益」基

⁴⁵⁸ J. O'sullivan, 'Repudiation: Keeping Contract Alive' in G. Virgo & S. Worthington ed., *Commercial Remedies: Resolving Controversies* (Cambridge University Press, 2017) at 61.

O'sullivan はまた、*Alaskan Trader* 事件は実質的にも妥当な判決ではなかったことを指摘する。すなわち、約定の期間まで8カ月が残されていた *Alaskan Trader* 事件と94日が残されていた *Isabella Shipowner SA* 事件とを比較した場合、両者の間に実質的な相異はない。ただ、前者の事件では、原告は故障した船を修理するために費用を支出し、船員を船に待機させたというだけである。そして、これらに要する費用は船主（原告）が負担している。つまり、*Alaskan Trader* 事件では、原告は、契約を維持するという自身の選択を真剣に捉えて、契約において定められた自身の義務を履行したということ以上に非合理的なことをしたわけではない。このような原告を負かすという裁判所の判決は、契約を遵守したことを罰するというに外ならず、その意味で同判決は実質的にも適当ではないというのである。See *ibid.*.

⁴⁵⁹ *Puerto Buitrago* 事件では、被告が船の修繕を拒否して返船した時点では、備船期間はすでに満了していた。また、*MSC Mediterranean Shipping Co. SA* 事件では、被告は契約において定められた期間経過後にコンテナを返還できなかったことについての延滞料の支払いを求められていた。いずれにしても、いわゆる履行期前拒絶の場面ではない。

⁴⁶⁰ *Puerto Buitrago* 事件では、被告から船が返還された時点では原告の側に未履行の義務はなく、ただ被告からの返船を受け入れず、備船料の支払いを求めていた。また、*MSC Mediterranean Shipping Co. SA* 事件でも、被告がコンテナを返還できなくなった時点では、すでに原告側に未履行の義務はなかった。

準の内容について。前節において確認したように、White & Carter 事件によって示された「正当な利益」基準は、その後の判例において様々な表現でもって言及されてきた。しかし、その意味するところは当初から一貫している。すなわち、被拒絶者は、履行拒絶にもかかわらず契約を維持しうるのが原則であり、ただ、被拒絶者が契約を維持することについて「正当な利益」を有しない場合には、例外的にその選択権の行使が制限される。ただし、被拒絶者の選択権に対する制約は、その行使が単に経済的・商事的にみて不合理であることの故に課されることはない。また、契約を維持することによって被拒絶者が得る利益に比して拒絶者の被る損失が大きいとしても、そのことのみによっては被拒絶者の選択権は制約されない。そのような制約が課されるのは、被拒絶者による選択権行使の態様が「全く不合理」であるとか、被拒絶者は「道理上当然」履行拒絶を承諾すべきであったとか、契約を維持するという選択が「正道を踏み外した」ものであったと評価されるような、極端な事情が存在する場合に限られるのである。

6. 補論——「正当な利益」基準に対する評価

6. 1. はじめに

以上、本章では、「正当な利益」基準に言及する諸判例を取り上げ、検討してきた。最後に、そのような「正当な利益」基準が、英国においていかなる評価を受けているのかを探るべく、学説における議論をごく簡単にみておきたい。

6. 2. 「正当な利益」基準の解明を志向する見解

「正当な利益」基準を英国法に導入した White & Carter 事件の貴族院判決は、その結論の過激さもあってか⁴⁶¹、その後、判例においてのみならず、学界をも巻き込んだ大きな議論を引き起こした。その影響の大きさは、同判決から半世紀以上を経た現在でも「正当な利益」基準をめぐる新たな論稿が発表されることから伺うことができる。

そもそも White & Carter 事件判決は、英国において必ずしも暖かく迎えられたわけではなかった⁴⁶²。また、「正当な利益」の有無という基準も、必ずしも明確なものではなかった。しかし、既にみたように、この基準は英国の判例において繰り返し言及され、定着している。そこで学説においても、このような「正当な利益」基準の方向性を基本的に支持しつつ、その具体的な内容を解明しようとする試みがなされてきた。

このような試みのうち、近時のものとしては、Q. Liu のものを挙げることができる。Liu は、White & Carter 事件の真の争点は、拒絶者がもはや望んでおらず、その意味で「無駄な履行 wasteful performance」となってしまったにもかかわらず、なお被拒絶者が自身の義務の履行を継続して対価を請求することが許容されるか否か、という点にあるという認識を

⁴⁶¹ 多くの版を重ねた体系書である *Cheshire, Fifoot, & Furmston's Law of Contract* (n 370) at 779 は、White & Carter 事件の結論を「グロテスク」と表現してさえている。

⁴⁶² 例えば、A. L. Goodhart, 'Measure of Damages when a Contract is Repudiated' 78 LQR 263 は、米国法を参照しつつ、未承諾の履行期前拒絶であっても、損害軽減義務を含む通常の損害賠償に関する準則が適用されるべきであるとて、White & Carter 事件判決を批判的に検討する。

示す⁴⁶³。そして、Liu によれば、この問題は相対立する二つの価値、すなわち契約上の権利の確実性 *certainty* ないし神聖さ *sanctity* という価値と無駄を避けるという意味での経済的効率性 *economic efficiency* という価値との衡量問題に帰する。すなわち、White & Carter 事件のような事案において適切な基準は、被拒絶者が履行を継続することによって生じる無駄が、履行を継続して対価を得る権利を保護する確実性を上回るか否かである⁴⁶⁴。

Liu によれば、「正当な利益」基準は、未発展の部分を残してはいるけれども確かに正しい方向を指し示している⁴⁶⁵。しかし、同基準の要素として判例上幾度となく言及されてきた「全く不合理」という基準によっては White & Carter 事件の孕む決定的な問題を把握し損ねる恐れがある上に、この基準は曖昧であり、考慮されるべき要素の範囲を不当に拡大する傾向すらある⁴⁶⁶。そこで Liu は、「全く不合理」という基準を次のように再構成すべきことを主張する。すなわち、①「正当な利益」の有無に関する主な基準は、事案の個別の状況下で、被拒絶者が履行を継続することによって生じる無駄がそのような履行によって契約上の対価を得る権利についての確実性を上回るか否かである。②従来の判例は、「全く不合理」という要素の下で、被拒絶者が単に契約上の対価を得る権利を有するという事実に加えて契約を維持するさらに十分な理由 *further good reason* があるかを探求しているところ、そのような理由の重要性をより直截かつ明確に認識すべきである。③被拒絶者の利益のみならず、拒絶者の利益をも考慮すべきである（ただし、拒絶者としては、被拒絶者が履行を継続する利益に比してその費用が大きいことを示すだけでは十分ではない）⁴⁶⁷。④被拒絶者が履行を継続することを選択した当時、履行期前拒絶の存在を認識していない場合には、被拒絶者の行為は「全く不合理」なものとは評価されない⁴⁶⁸。

このように Liu は、「正当な利益」基準の内容を解明するとともに、より具体的かつ詳細な基準を定立することを試みているのである。

6. 3. 「正当な利益」基準の解体を志向する見解

他方で、学説では、「正当な利益」基準の解体ないし放棄を主張する見解もある。そのような見解のうち、ここでは近時のものとして、J. O'sullivan のものを紹介しよう。

O'sullivan はまず、Liu が提唱するような、拒絶者に生じうる無駄との比較から被拒絶者の「正当な利益」の有無を判定してゆく方法を批判する。O'sullivan も、拒絶者に生じうる「経済的な無駄」を避けるべきであるとの議論は確かに直感的には魅力的であると認める⁴⁶⁹。しかし、O'sullivan 曰く、このような思考は、いわゆる損害軽減義務 *mitigation* を援用することによっては正当化できない。というのも、通常の損害軽減義務は、契約違反を受けた被違反者が自らに生じうる損害を軽減すべきことをいうのみであって、違反者に生じうる損害を軽減すべきことまでは求めないからである⁴⁷⁰。

⁴⁶³ See Liu (n 239) at 201-202.

⁴⁶⁴ Ibid., at 202-203.

⁴⁶⁵ Ibid., at 207.

⁴⁶⁶ Ibid., at 212.

⁴⁶⁷ Nienaber (n 333) at 230 も同旨。

⁴⁶⁸ 以上につき、Liu (n 239), at 215-216.

⁴⁶⁹ O'sullivan (n 458), at 69.

⁴⁷⁰ Ibid., at 67.

むしろ O'sullivan は、「正当な利益」基準を放棄すべきことを主張する。そして、被拒絶者は、拒絶者に対する影響の如何にかかわらず、契約を維持して自らの義務を履行した上で対価を請求しようと解すべきであるという⁴⁷¹。

O'sullivan の認識によれば、履行拒絶をめぐる法はずでに、被拒絶者の取引や履行利益を保護する方向に反し、むしろ履行拒絶の承諾と契約の解消を促進する方向へと歪められている⁴⁷²。被拒絶者が契約を維持するという選択をする場合、彼は、自身の義務を履行すべきことを義務付けられるという意味でリスクを負担している。これに加えてさらに、被拒絶者に、拒絶者に生じうる損害を軽減すべき義務——しかもこの義務は、拒絶者による一方的かつ不当な履行拒絶がなければ生じないのである——を負担させることは妥当ではない⁴⁷³。

また、コモン・ローの下では、裁判所は、その意味するところが明らかである限り、本質的に不合理な契約の条項を排除したり書き換えたりする権限を持たない。したがって、履行期前拒絶に際して、裁判所が、拒絶者の有利——すなわち被拒絶者の不利——に契約を修正することも許されるべきではない⁴⁷⁴。いわんや、「正当な利益」基準の下で拒絶者が自らに不利な契約を一方的に書き換えることを許すべきではない。自らにとってもはや有益でないからといって、履行拒絶という一方的で不当な行為によって被拒絶者に契約を終了させるように強いる権限が拒絶者に認められるべきではないのである⁴⁷⁵。

履行期前拒絶とは、それ自体が契約目的に背くものである。他方で、被拒絶者が契約を維持するという選択をすることは、契約の基底的目的、すなわち契約の履行に即して行動していることに他ならないのである⁴⁷⁶。

要するに、契約当事者は、一度した契約を後から一方的に修正することはできない。ところが、「正当な利益」基準は、場合によっては——すなわち、被拒絶者が契約を維持する「正当な利益」を欠く場合には——被拒絶者が履行拒絶を承諾して契約を終了させるべき場合もありうることを認める理論である。そして、「正当な利益」の有無は、被拒絶者の利益ではなく拒絶者に生じるうる損害に着目して判定される傾向にある。このような「正当な利益」基準の下では、拒絶者は、自らに不利であると判明した契約の履行を拒絶することによって、それを書き換え、あるいはその契約から離脱しうることとなる。しかし、これは妥当ではない。そこで、「正当な利益」基準は放棄されるべきである。そして、被拒絶者は、拒絶者に生じうる無駄とはかわりなく契約を維持しようと解すべきである⁴⁷⁷。こ

⁴⁷¹ Ibid., at 69.

⁴⁷² Ibid., at 69.

⁴⁷³ Ibid., at 69.

⁴⁷⁴ Ibid., at 70.

⁴⁷⁵ See *ibid.*, at 72.

⁴⁷⁶ See *ibid.*, at 74.

⁴⁷⁷ もっとも O'sullivan も、全く無条件に、常に被拒絶者は契約を維持しようと主張するわけではない。O'sullivan によれば、被拒絶者が契約を維持することによって拒絶者に永続的な義務 *perpetual obligation* が課されたり、当事者関係が膠着状態 *stalemate* に陥ったりする場合には、裁判所は被拒絶者の選択に介入することができるという。See *ibid.*, at 69, note 54. なお、O'sullivan によれば、Puerto Buitrago 事件と MSC Mediterranean Shipping Co. SA 事件の結論は、この観点から正当化しうるという（前者の場合、被告が傭船料の支払いを免れるためには船の修理義務を履行しなければならないが、これは被告に特定履行を求めるこ

れが、O'sullivan の主張である。

6. 4. 小括

以上、本節では、英国判例法において展開されてきた「正当な利益」基準が、英国において如何に評価されているかを探る手がかりとして、若干の学説を概観した。もとより英国では、ここで紹介した学説の他にも実に多様なニュアンスのある見解が様々に主張されている。本来であれば、これらの見解の中から可能な限り多くのものを取り上げて、詳細な検討を加えるべきでところである。しかし、遺憾ながら筆者の考察が十分に及んでおらず、本稿においてよくなしうところではない。この点についての検討は、今後の課題としたい。

さて、本節において紹介したのは、「正当な利益」基準の解明を志向する見解と解体を志向する見解であって、一見したところ、それぞれ真逆の方向を向いているようにも思われる。しかし、いずれの見解においても、英国における判例の傾向そのものは是認されていることは確認されてよい。すなわち、履行期前拒絶を受けた被拒絶者は、原則として契約を維持することができ、そのような選択が制限されるのは、ごく限られた例外的な場面においてのみであるということは、両見解において共通した前提となっている。

Liu においては、被拒絶者が契約を維持しうるか否かという問題は、契約の拘束力・確実性と経済的合理性との調整問題に他ならない。そして、判例において示されている「正当な利益」基準を基本的には支持した上で、「正当な利益」の有無を「契約の拘束力を制限することが是認されるほどに被拒絶者に生じうる損害が過大か否か」によって判定すべきことを提言するのである。

他方で O'sullivan は、判例において示されている「正当な利益」基準を放棄すべきことを主張する。この主張の背後には、「正当な利益」基準の下で、拒絶者が自らに不利な契約を不当に修正することが実質的に可能になるという O'sullivan の認識がある。

このように、両者の見解には違いも見られるが、いずれも契約の拘束力をどの程度まで貫徹すべきかという問題意識の下で被拒絶者の選択の問題を捉えている点は確認されるべきである。O'sullivan は Liu にも増して契約の拘束力を重視しているといえ、そのことが両者の見解の相違となって表れているといえよう。

とと等しい。かといって、船の修理がなされるまでは原告が返船に応じないことが正当化されるとすると、備船料が無期限に発生することとなる。後者の場合は、被告はもはや、實際上コンテナを原告に返還することが不可能であった。そうであるにもかかわらず、原告が被告からの返還があるまでコンテナの延滞料を請求できるとすると、実質的に無期限の義務の発生を認めることとなる)。 See *ibid.*, at 62-66.

第四章 本稿のまとめと英国法からの示唆

1. はじめに

本稿では、我が国において履行期前拒絶法理の発展がみられなかった原因は何かという問題意識を出発点とし、我が国において履行期前拒絶法理を導入した場合、それはいかなる場面において活用しうるのか、またいかなる問題を生じさせる可能性があるのか、そのような問題に対していかなる対処方法が考えられるのか、といった諸点について検討するべく、英国法における履行期前拒絶法理について分析を加えてきた。

本章では、これまでにみてきたところをまとめるとともに、履行期前拒絶法理に関する英国法からの比較法的知見を抽出することを試みる。

2. 我が国に履行期前拒絶法理を導入する意義について

2. 1. 第二章のまとめ

第二章では、コモン・ロー史上初めて履行期前拒絶の法理を宣言したとされる *Hochster* 事件について、それ以前の法状況がいかなるものであったのか、*Hochster* 事件判決はそれまでの法状況といかなる関係に立つのかという観点から分析を加えてきた。これは、英国法において履行期前拒絶の法理がいかなる法状況の下で誕生したのかを明らかにし、そのような法状況と我が国の現在の法状況とを比較することによって、我が国において履行期前拒絶の法理が顕在化してこなかったのはなぜか、という問いに対する答えを模索するとともに、我が国において履行期前拒絶法理を導入した場合、いかなる場面において活用しうるかについて検討することを目的としたことであった。

第二章における検討の結果、履行期前拒絶の法理が確認される以前の英国法の状況は、概ね次のようにまとめられるものであったことが明らかになった。すなわち、①双方の当事者が義務を負う場合において、一方当事者が自らの負担する義務を自ら履行不能とした場合、他方当事者は履行期前であっても直ちに損害賠償を求めて訴訟を提起することが出来た（自招的履行不能の法理）。また、②双方の当事者が義務を負う場合において、一方当事者が他方当事者の履行行為を妨害——ここでいう妨害には、他方当事者からの履行の受領を拒絶することも含まれる——した場合には、その他方当事者は自らの義務を履行することなく損害賠償を求めて訴訟を提起することが出来た（履行妨害の法理）。また、③双方の当事者が合意に基づいて契約を解消した場合には、それぞれ相手方に提供した物や役務相当分の金銭の支払いを求めることが出来た（準契約の法理）。他方で、④履行期前の履行拒絶はそれ自体としては契約違反を構成しないとの先例もあった。

このような *Hochster* 事件当時の英国法の状況と現在の我が国の法状況とを比較してみると、どのようなことがわかるのか。以下では、英国法と日本法とを対比・検討することとする。

(1) 自招的履行不能の法理について

かつての英国法において自招的履行不能の問題として処理されたような事案の多くは、我が国ではいわゆる社会通念上の履行不能の問題として処理されるであろう。まず、*Short* 事件や *Caines* 事件のような事案は、我が国では婚約ないし婚姻予約の不当破棄の問題とし

て処理されるであろう⁴⁷⁸。

周知のように、婚約ないし婚姻予約を法的にいかなる性質のものとして構成すべきか、その不当破棄による責任は契約に基づくものか不法行為に基づくものかといった点については夥しい議論の積み重ねがあり、本稿において詳細に立ち入ることは叶わない。ここでは、Short 事件や Caines 事件と類似の事案が、我が国においては婚約ないし婚姻予約の不当破棄の問題として扱われうること、その際には婚姻予約の履行不能という法律構成が採用されうること⁴⁷⁹が確認できればよい。

次に、Bowdell 事件と Lovelock 事件は売買目的物が二重に譲渡された事案であったが、このような事案は、我が国では、いわゆる社会通念上の履行不能が問題となりうる典型的な場面であるとされてきた⁴⁸⁰。

Ford 事件は、不動産の二重賃貸借事案であった。賃借権の二重設定について我が国の判例は、最判昭和 28 年 12 月 18 日民集 7 卷 12 号 1515 頁で、不動産の賃借権につき対抗要件を備えた第一賃借人からの第二賃借人に対する妨害排除請求権の行使を認め、また最判昭和 37 年 7 月 20 日 16 卷 8 号 1583 頁で、不動産につき二重に賃借権を設定し第二賃借人に目的物の使用・収益をなさしめた賃貸人が第一賃借人との関係で債務不履行責任を負うこ

⁴⁷⁸ 京都地判昭和 29 年 11 月 6 日下民 5 卷 11 号 1829 頁。事案は次のようであった。すなわち、原告（女性）と被告（被告）は将来の婚姻を約した上で交際を続けていた。被告は、母親の許しが出るまで正式な婚姻は待ってもらいたい旨を述べ、原告もその言葉を信じていた。然るに被告は、原告と交際を始めた当初から事実上の婚姻関係にあった原告以外の女性と婚姻をしてしまった。そこで原告が婚姻予約の不履行に基づく損害賠償を求めて訴訟を提起した。裁判所は、「原被告間の婚姻予約は当初成立の始めより被告の不純なる動機により成立したのみならずその後被告が〔原告以外の女性〕と正式婚姻届出することにより、履行不能となつたものであつて被告に右不履行につき責任あるや明かである」として、原告の訴えを認めた。

⁴⁷⁹ 本文において引用したもののほか、同様の判断を示すものとして、大阪地判昭和 31 年 2 月 29 日不法下民昭和 31 年度 371 頁、函館地判昭和 31 年 3 月 19 日不法下民昭和 31 年度 402 頁等がある。

⁴⁸⁰ 大判大正 2 年 5 月 12 日民録 19 輯 327 頁。事案は次のようであった。すなわち、被告は原告に土地建物を売却したにもかかわらず、重ねてこれを第三者に譲渡した。そこで原告は、被告との契約を解除損害賠償を求めて訴えを提起した。裁判所は、次のように論じて原告の訴えを認めた。すなわち、「民法第四百十五條同第五百四十三條ニ所謂履行不能ハ必スシモ物理的不能ヲ意味スルモノニアラス一般取引上ノ觀念ニ從ヒ其然ルヤ否ヤヲ断別スルコトヲ要スルヲ以テ債務ノ履行カ物理的ニハ尚ホ可能性ヲ失却セサル場合ト雖モ取引上ノ觀念ニ於テ之ヲ不能視スヘキモノナルトキハ其履行ハ我民法ノ意義ニ於テ不能タルヲ妨ケサルヲ以テ債権者ノ為メニ全部賠償ノ請求權ト契約解除權トヲ認メサルヘカラス……売主カ売買ノ目的物ヲ第三者ニ譲渡シタル場合ト雖モ売主ハ更ニ第三者ヨリ其所有權ヲ譲受ケ之ヲ買主ニ移転スルコトハ物理的ニハ不能ナリト謂フコト能ハサルモ第三者カ果シテ再譲渡ノ要求ニ応スルヤ否ヤ売主カ果シテ第三者ヲシテ目的物ノ再譲渡ヲ承諾セシムルノ手段方法ヲ有スルヤ否ヤハ全ク不明ニシテ疑ハシキ場合ニ於テハ之ヲ否定スルヲ以テ取引上ノ通念ト為スニ依リ売主カ買戻其他ノ方法ニ依リテ第三者ヨリ目的物ノ所有權ヲ回復シ之ヲ買主ニ移転スルコトノ可能ナル事實ヲ証明シタル場合ハ格別其他ノ場合ニ於テハ売主カ買主ニ對シテ負担セル所有權移転ノ義務ハ履行不能ノ状態ニ在ルモノト断定セサルヘカラス」と。なお、本件において示された法理を確認するものとして、最判昭和 35 年 4 月 21 日民集 14 卷 6 号 930 頁などがある。

とを認めている。これらの判例によれば、我が国では、少なくとも一方の賃借人が目的物の使用・収益をなし、かつ賃借権につき対抗力を備えている場合には、賃貸人は他方の賃借人との関係では履行不能に陥ったと評価されよう。

このように、英国においてかつて自招的履行不能の問題とされた事案は、我が国においては（社会通念上の）履行不能の問題として扱われていることが窺われるのである。

（２）履行妨害の法理について

英国法における履行妨害の法理とは、要するに、権利者が義務者からの弁済の受領を拒むなど履行行為を妨害をする場合には、義務者は弁済の提供をすることなく権利者に対して契約責任を追及しようとするものであるが、これは我が国では受領拒絶ないし弁済の提供⁴⁸¹の問題となろう。

我が民法上、債務者は、債務の本旨に従った弁済の提供をなさなければ債務不履行責任を負う（492条、493条参照。ただし、一定の場合には口頭の提供で足りる。493条但書）。しかし、判例によれば、債権者が債務者からの弁済の提供を拒む場合には、債務者は弁済を提供せずとも債務不履行責任を免れるという⁴⁸²483。

さらに判例によれば、債権者が自身の負担する債務の履行を拒絶する意思を明らかにしている場合には、債務者は弁済の提供をなさずとも債権者の債務不履行責任を追及しようという⁴⁸⁴。

⁴⁸¹ 弁済の提供および受領遅滞、履行遅滞等の問題に関する近年の総合的な研究として、北居功『契約履行の動態理論Ⅰ』（慶応義塾大学出版会、2013年）を参照。本稿の主題との関連では、特に同書第七章、第九章を参照。

⁴⁸² 最判昭和32年6月5日民集11巻6号915頁。これは、次のような事案であった。すなわち、原告は被告に建物を賃貸していたが、その後契約の解除を主張して被告に建物の明渡しを求めて訴えを提起した。これに対して被告は、原告による解除が不当であったとして争った。そこで原告は、仮に契約の解除が無効であるとしても、被告は本件明渡訴訟が提起された後の賃料を支払っていないため、原告はやはり契約を解除できると主張した。裁判所は次のように論じて、原告の訴えを退けた。すなわち、「債務者が言語上の提供をしても、債権者が契約そのものの存在を否定する等弁済を受領しない意思が明確と認められる場合においては、債務者が形式的に弁済の準備をし且つその旨を通知することを必要とするがごときは全く無意義であつて、法はかかる無意義を要求しているものと解することはできない。それ故、かかる場合には、債務者は言語上の提供をしないからといって、債務不履行の責に任ずるものということとはできない」と。

⁴⁸³ もっとも、不動産賃貸借契約の解除をめぐる示されたかかる判例の態度をどこまで一般化するかについては議論がある。中田・前掲注(5)316頁参照。この点について、北居・前掲注(483)318-319頁は、債務者が履行遅滞に陥るためには債権者側に履行を受領する準備と意思とが必要であるとの理解から、債権者が受領を拒絶する場合には債務者の履行遅滞要件が満たされないという意味で、判例法理の射程は不動産賃貸借事例に限られず、一般化が可能であるとする。

⁴⁸⁴ 最判昭和41年3月22日民集20巻3号468頁。事案は、次のようであった。すなわち、原告は被告から土地建物を購入したが、後に被告が原告の債務不履行を理由として一方的に契約を解除し、本件土地建物を第三者に賃貸してしまった。そこで原告は、被告の債務不履行に基づき契約を解除し、差入っていた手付の倍戻しを求めて訴訟を提起した。これに対して被告は、原告が被告の債務不履行責任を追及するためには、まず原告が弁済の提

このように判例は、第一に、債権者が受領を拒む意思を明確にしている場合には、債務者は弁済の提供をなさずとも債務不履行責任を免れうること、および第二に、債権者が反対給付の履行を拒絶する意思を明確にする場合には、債務者は弁済の提供をなさずとも債権者の債務不履行責任を追及しうる⁴⁸⁵という法理を明確にしている。ここで問題となるのは、両法理の関係性である。第一法理は、債権者が受領を拒絶する場面を念頭に置いているのに対して、第二法理は債権者が反対給付の履行を拒絶する場面を念頭に置いているのであって、それぞれ問題となる場面が異なるとも考えられるためである。

この点については、債権者による受領拒絶と反対給付の履行拒絶とは表裏の関係にあるとみることによって、両法理に連続性を見出すことができるように思われる。かつて我妻榮は、「双務契約の相手方が自分の債務を履行しないことが明確な場合には提供しないで解除しうるという判例法理には、受領拒絶の意思が明確なときは提供不要という思想が含まれている⁴⁸⁶」と指摘したが、これは履行拒絶と受領拒絶とが表裏の関係にあることの指摘に他ならないであろう⁴⁸⁷。また、上記昭和41年最判の解説において、上記昭和32年最判が「問題をやや異にはするけれども、考え方の基礎において本判決の理論と相通ずるものがある⁴⁸⁸」として言及されていることも、両法理の連続性を窺わせる。

このようにいえるとすると、上記判例法理は次のようにまとめることができよう。すなわち、双務契約の一方当事者が受領を拒絶する意思を明確にする場合には、他方当事者は、自らの負担する債務の弁済を提供せずとも債務不履行責任を負うことはなく、かえって相手方の債務不履行責任を追及しうる、と。これは、かつての英国法において履行妨害の法理とされたものと酷似している。この点に関連して興味深いのは、最判昭和34年8月28日民集13巻10号1301頁の事案である。事案は次のようなものであった。すなわち、原告は、高圧バルブの口金10万個を制作し、これを被告に引き渡す旨の契約を締結した。然るに被告は、その後口金の個数を2万個に減らしてほしい旨を原告に要求した。ところが、原告はこの時点ですでに下請会社との間で10万個の口金製造契約を締結しており、かつそのうちの3万個分の製造は完了していたため、被告からの要求に応じることが出来ず、被告に対して製作済みの口金の受領を求めた。ところが被告はこれを拒絶し、契約履行の意

供をなす必要があるところ、原告はこれをなしていないとして争った。裁判所は、「双務契約において、当事者の一方が自己の債務の履行をしない意思が明確な場合には、相手方において自己の債務の弁済の提供をしなくても、右当事者の一方は自己の債務の不履行について履行遅滞の責を免れることをえないものと解するのが相当である」として原告の訴えを認めた。

⁴⁸⁵ 本文に掲げたもののほか、同様の趣旨を示す判例として、大判大正3年12月1日民録20輯999頁、大判大正6年11月8日民録23輯1753頁、大判大正9年11月11日民録26輯1819頁、大判大正10年11月9日民録27輯1907頁等がある。

⁴⁸⁶ 我妻榮「賃料の受領を拒絶した賃貸人の賃料不払いを理由とする解除」『民事法学の諸相』（勁草書房、1970年）34-35頁。

⁴⁸⁷ 我妻はまた、「売主Yが自己の債務の履行を拒絶することは、同時に、買主Xが代金を提供しても受取らないという受領拒絶の意思を含むとみるべきは——信義則などによるまでもなく、常識として——当然」ともいう。我妻・前掲注（488）33頁。

⁴⁸⁸ 川寄義徳「判解」『最高裁判所判例解説民事編（昭和41年度）』（法曹会、1967年）119頁。

思がないことを表明した。そこで原告は、被告に対して、2週間以内に製作済みの口金を受領した上で代金を支払うべきこと、さもなければ契約を解除する旨の意思表示をなしたが、被告はこれにも応じなかった。そこで原告は、契約解除の確認と損害賠償を求めて訴訟を提起した。

裁判所は次のように論じて、原告の訴えを認めた。すなわち、「本件においては、上告会社は、二万個以上の製品を受領するの意思なく、出来上った当初の製品三万個の受領も拒絶して、被上告会社との間の本件契約の履行をあらかじめ拒絶しているのであるから、このような事情のもとにおいては、被上告会社が右のごとく製品につき引渡しの準備をなし受領の催告をした以上、上告会社は、自己の債務につき不履行の責を免れることを得ないものであり、従って、被上告会社の契約解除は、その効力を生じたものと解するのを相当とする」と。

本件では、債権者の受領拒絶意思が明確である場合には、債務者は債務の一部を提供することのみで——つまり、残部については提供することなしに——債権者の債務不履行責任を追及しうることが確認されており⁴⁸⁹、前記判例法理と軌を一にしている。一見して分かるように、本件は本稿第二章3.において紹介したCort事件と酷似している。このことから、英国において履行妨害法理の問題とされていた問題が、我が国では受領拒絶ないし弁済の提供の問題として扱われていることが窺われるのである。

(3) 準契約の法理について

英国法における準契約の法理は、我が国でいえば不当利得返還請求ないし合意解除後の原状回復請求、さらには事務管理に基づく費用償還請求などに相当するだろう⁴⁹⁰。

(4) 小括

以上みてきたところから、Hochster事件当時の英国法の状況と我が国現在の法状況とは、相当程度に類似しているといえよう。それでは、なぜ英国においては履行期前拒絶の法理が生成し、我が国では履行期前拒絶の問題が顕在化しないままであったのか。この点についての筆者の見解は次のようなものである。

第二章においてみたように、英国における履行期前拒絶法理の導入は、当時の英国法の状況下で論理必然的に導かれたというよりも、Hochster事件における被告側弁護人の行き過ぎた主張とそれに対する裁判官の反感によって導かれたという側面がある。そうであるならば、我が国において履行期前拒絶の法理が生成されなかったのは、上記のような事情が我が国において介在しなかったためであるといえるかもしれない。

また、Hochster事件は履行期前拒絶の法理という新たな法理を生成するまでもなく当時の英国法によって解決することが可能であったという指摘もあること、および当時の英国法の状況と我が国の法状況とが類似しているということとを併せて考えると、次のようにいうことも出来るのではないか。すなわち、我が国においては、履行期前拒絶のような事

⁴⁸⁹ もっとも、本判決の評価については見解が相違しうる。本判決について、信義則の観点から一部の口頭の提供が履行の提供と認められたものであると評価するものとして、内田・前掲注(5) 58頁。

⁴⁹⁰ 準契約の法理について、前掲注(225)を参照。

実が生じたとしても、それは、社会通念上の履行不能や受領拒絶ないし弁済の提供、あるいは合意解除後の原状回復や不当利得返還請求といった問題に還元され、処理されてしまうのではないか。そしてこのことが、我が国における履行期前拒絶の法理の生成を妨げてきたのではないかと。事実、我が国において履行期前拒絶が問題となった数少ない事案の一つであるとされる東京地判昭和34年6月5日下民集10巻6号1182頁⁴⁹¹では、履行期前拒絶が履行不能に準えて解決されたのである。

また、先にみた最判昭和34年8月28日の事案は、提供すべき口金のうち未製造であった部分については被告が履行期前に履行を拒絶したともいえるものであった。ただ、実際に訴訟が提起されたのが履行期到来後であったため、結局、被告による受領拒絶と原告による弁済の提供の要否といった問題として処理されてしまったのである⁴⁹²。

さらに、仮に我が国において Hochster 事件と同様の事件が起きたとしても、そこで問題となる旅行従者契約は準委任契約ないしそれに準じる契約と評価されるであろう。この場合、我が民法は委任契約の当事者に任意解除権を認めている（民法651条1項）から、旅行者（委任者）はいつでも——債務不履行責任を負うことなく——旅行従者契約を解除することが出来る。もちろん、従者（受任者）にとって不利な時期に旅行従者契約が解除された場合には、旅行者は、やむを得ない事由のない限り、従者に生じた損害を賠償しなければならない（民法651条2項）が、いずれにしても、（準）委任契約の当事者に任意解除権を認める我が民法の下では、Hochster 事件のような事案は、もっぱら契約の任意解除とそれに伴う損害賠償の問題として扱われるであろう。このことも、我が国において Hochster 事件が起こらない原因の一つである可能性がある。

いずれにしても、我が国においては、履行期前拒絶の問題を既存の法理・法制度によって処理できているとすれば、果たして我が国において履行期前拒絶法理をあえて導入する必要があるのかが問われることになる。この問いについては、款を改めて検討しよう。

2. 2. 検討

上にみたように、我が国において履行期前拒絶法理の受け皿として機能する可能性のある法理・法制度としては、（社会通念上の）履行不能や受領遅滞・拒絶制度、合意解除に基づく原状回復や不当利得制度を挙げることができる。また、英国の履行期前拒絶事案が、定期傭船契約や請負契約、委任契約を含む継続的な契約においてもみられたこと⁴⁹³を踏ま

⁴⁹¹ 本件の事実関係と判旨については、前掲注（16）を参照。

⁴⁹² このように、当事者間に紛争を生じてから訴訟を提起するまでの間に履行期が到来してしまうことが多いといった事情も、履行期前拒絶という問題を認識し難くしてきたといえよう。奥田・前掲注（4）65-66頁〔北川・潮見〕参照。

⁴⁹³ 本稿第三章では、英国において履行期前拒絶法理が問題となった事案をいくつか紹介した。ここで、それらの事案の特徴を簡単にまとめておこう。

第一の特徴は、英国における履行期前拒絶法理の展開過程においてみられる事案の多くは、傭船契約（それも、定期傭船契約）や賃貸借契約、請負契約や委任契約、雇用契約などの、いわゆる継続的な契約であったということである。例えば、「選択理論」の先駆けともなった Avery 事件や Reid 事件は傭船契約であり、傭船者が荷を積み込まなかった行為が履行拒絶に該当するか否かが争われたのであった（もっとも、「選択理論」を明確に打ち出したとされる Frost 事件自体は婚約の期限前破棄に関する事案であり、必ずしも継続的な

えると、我が国の委任契約や請負契約における中途解約制度（民法 641 条、651 条）も、これに加えることができるかもしれない。

問題は、これらの法理・法制度によって履行期前拒絶という現象に十分に対応することができるか否かである。仮に、これら既存の諸法理・法制度が受け皿となって、履行期前拒絶事案にも適切に対応することができるというのであれば、我が国において履行期前拒絶法理を導入することの意義は必ずしも大きくはないということになるであろう。この点について筆者は、我が国に既存の法理・法制度によっても履行期前拒絶事案に部分的には対応出来るかもしれないものの、問題の受け皿としては必ずしも十分ではないのではないかと考えている。

まず、履行不能についていえば、確かに我が国の裁判例は、履行期前拒絶をして履行不能に準えるという姿勢を示してきた。しかし、このような擬制にはやはり理論的な無理が伴う。履行期前拒絶の場合、債務者は単に履行を拒絶しているに過ぎず、事実として未だ履行は不可能になっていない。この点は、Hochster 事件を取り扱った Campbell 首席裁判官も直面した問題であると思われる。Campbell 首席裁判官は、当時の自招的履行不能法理に関する判例法理を、契約関係を維持するという黙示的な約束に対する違反として再構成することによってこの難問を克服しようとしたのであった。いずれにしても、履行期前拒絶を単純に履行不能と同視することは、理論的に困難であるといわなければならない。加えていうならば、債権者としては、履行期前拒絶にもかかわらず、履行期到来後になお履行を強制することが可能なはずであり⁴⁹⁴、そのような状態を履行不能に準えるのには、なお強い違和感を覚える⁴⁹⁵。また、英国で履行期前拒絶が問題とされるのは継続的な契約にお

契約とはいいい難いが)。また、「選択理論」を定式化したとされる Johnstone 事件も、賃貸借契約に関する事案であった。さらに、「選択理論」の延長線上に「正当な利益」基準を設けた White & Carter 事件は広告の請負契約であったし、その「正当な利益」基準を展開させたその後の判例群も傭船契約に関するものが多かった。このように、英国における履行期前拒絶法理は、主に継続的な契約をめぐる事案によって展開されてきたといえよう。

第二の特徴は——すでに我が国においても指摘されていることではある（吉川・前掲注（4）（『履行請求権と損害軽減義務』）373 頁〔内田貴〕参照）が——英国では給付を受領する側の当事者が履行を拒絶するというタイプの事案が比較的多いということである。例えば、前述の Avery 事件や Reid 事件では、船を貸した側の当事者ではなく、傭船した側の当事者が履行を拒絶した事案であった。また、「正当な利益」基準を展開させた諸判例でも傭船者が船を早期に返船するなどした事案がみられたのであった。そもそも、英国において履行期前拒絶法理を導入した Hochster 事件自体も、雇用契約において、雇用した側の当事者が履行期前拒絶をした事案であったし、「正当な利益」基準を導入した White & Carter 事件も、広告を出してもらった側の当事者が履行拒絶した事案であった。このように、英国では、給付を受領する当事者が履行を拒絶するという形で履行期前拒絶がしばしば問題となるのである。

⁴⁹⁴ もっとも、この点についてはなお慎重な検討が必要である。というのも、次節においてみるように、債務者が確定的に履行期前の履行拒絶をした後は、債権者としてはもはや履行の強制に拘るべきではなく、代替取引をするなどした上で損害賠償請求による救済を求めるべきであるとの考え方もありうるからである。

⁴⁹⁵ 北居も、履行期到来後の履行拒絶を念頭に置いてではあるが、「履行拒絶は客観的になお履行が可能であり、単に債務者に履行する意思がないケースにすぎ」ないところ、「履行拒絶を履行不能と理解すると、債権者はもはや履行請求できないことになるが、それでは、

いて給付受領者側が履行／受領を拒む場合が多かったのであるが、履行不能という概念では、このような場面に適切に対処することはできないであろう。というのも、給付受領者が負担する反対債務の多くは代金支払い債務などの金銭債務であると想定されるところ、金銭債務は履行不能にならないという理解を前提とすれば、給付受領者＝金銭債務者の履行期前拒絶を履行不能に準えることには無理があるためである⁴⁹⁶。

弁済の提供や受領拒絶、受領遅滞といった制度は、履行期前拒絶の問題の受け皿として十分であろうか。先にみたように、英国において履行期前拒絶が問題となった事案の多くが給付受領者側によるものであったことに鑑みれば、我が国の受領遅滞制度等は履行期前拒絶事案の受け皿として機能するようにも思われる。また、Hochster 事件判決に対しても、同事件は、履行期前拒絶に基づいて直ちに訴訟を提起させずとも、原告が被告からの履行拒絶によって自身の義務を提供する必要を免れること、および原告が被告の義務の履行期が到来するまで待つてから改めて救済を得るべきことを確認することによって解決することが出来たはずであるとの批判があった。確かに、このような解決は当時の英国法において承認されていた法理によっても導くことが可能であったかもしれないし、我が国においても、履行期前の履行拒絶を受領拒絶および弁済の提供の要否の問題として扱うことによって同様の解決を得られるかもしれない⁴⁹⁷。

しかし、この解決方法には次に挙げるような問題点があるように思われる。第一に、弁済の提供ないし受領遅滞・拒絶制度は、債務者による弁済の提供があったことを前提とした制度である。すなわち、債務者が弁済ないし履行を提供したのにもかかわらず、債権者が受領を拒むか受領できないときに問題となる制度なのである。したがって、債権者が予め（すなわち、債務者が弁済の提供をするよりも前に）受領を拒絶するような場面は、これらの制度によってはカバーされていない。例えば、英国の Hochster 事件や White & Carter 事件のように、契約の締結後すぐに債権者が契約を拒絶するような場面は、弁済の提供ないし受領遅滞・拒絶の制度によっては対応できないのである。

第二に、弁済の提供ないし受領遅滞・拒絶の制度では、被拒絶者に与えられる救済が不十分となる可能性がある。というのは、こうである。特に受領遅滞・拒絶について、伝統的な通説であるとされる法定責任説を採る場合、その効果は（すなわち、被拒絶者に与えられる救済は）、弁済の提供と同じく、債務者の免責や危険の移転等にとどまる。つまり、被拒絶者は、債権者の受領遅滞・拒絶に基づいて契約を解除したり、損害賠償を請求した

客観的に履行が可能であるにもかかわらず、何故に履行請求権を遮断されるのか説明がつかない」と指摘する。北居・前掲注（483）548頁。この指摘は、履行拒絶が履行期前になされる場面においても妥当しうであろう。

⁴⁹⁶ 松井・前傾注（4）234頁参照。

⁴⁹⁷ 奥田・前掲注（4）〔北川・潮見〕65-66頁も、「実際のトラブルは、履行期前の履行拒絶であっても、双務契約の他方当事者の履行の同時履行関係をめぐって発生することが多い。その点で、履行期到来後の問題に移して取り扱うこともできないではない。また、このような状況になれば、履行拒絶の意思が明確となった時点が履行期前であるか、その後であるかをさほど厳格に認定しなくても、双方債務の履行期後の同時履行関係で、『同時履行の抗弁権喪失→債務不履行責任発生』という方式で扱えばよいことになる」とした上で、「かなりの場合、判例理論でそれほど不都合を感ずることなく履行期前の履行拒絶問題を解決できるであろう」という。

りすることができないのである。もっとも、受領遅滞・拒絶責任について、債権者の受領義務を認める、いわゆる債務不履行責任説の立場を採るのであれば、被拒絶者に契約解除権や債務不履行請求権が認められる余地があり、その限りで履行期前拒絶法理と類似の効果が認められるかのようである。しかし、債権者に一般的な受領義務を認めるべきかについては争いがある⁴⁹⁸し、仮に債権者の受領義務を措定するとしても、第一の問題として上に指摘したように、債権者が、債務者による弁済の提供よりも前に受領を拒絶する場合には、いずれにしても受領遅滞・拒絶制度だけでは対応できないであろう。

第三に、この解決方法では、被拒絶者に与えられる救済が履行拒絶者の負担する義務の履行期まで先延ばしにされてしまう恐れがあり、妥当ではない。というのは、こうである。債権者の受領義務を認めるか否かにかかわらず、受領遅滞・拒絶は、たいていの場合には債権者の負担する義務（弁済を提供する側の債務者からみれば、反対給付義務）の履行拒絶を伴っているから、債務者は債権者の反対給付義務の不履行責任を追及することができる（したがって、債権者の受領義務を措定する必要はない）との指摘がある⁴⁹⁹。被拒絶者が、債権者の反対給付義務の不履行責任を追及しうるのであれば、履行期前拒絶法理が認められたのと同様の結論を得ることができるかのようである。しかし、このような救済は、債権者の負担する反対給付義務の履行期到来を前提とするものである。したがって、債権者が、反対給付義務の履行期よりも前に履行を拒絶する場合、すなわちまさに履行期前の履行拒絶の場合には、上記の方法では被拒絶者に直ちに救済を与えることができず、被拒絶者が救済を得るためには、債権者が負担する反対給付義務の履行期まで待たなくてはならないのである。このような解決方法では、被拒絶者は、訴訟に要する時間に加え、債権者の履行期の到来を待つまでの期間も紛争を抱え込むこととなり、取引社会の実際にそぐわないのではないか。また、この場合、拒絶者の財産状況に変動が生じる場合のあることも考慮しなければならないであろう。加えて、損害を回復するための訴訟を提起するには拒絶者の履行期が到来するまで待たなければならないというのは、被拒絶者にその間損害を負担させることを意味する。しかし、履行を拒絶された当事者は、一時的にもせよ損害を負担する必要はないといわなければならないのではないか。

第四に、債権者が受領/履行を拒絶する場合には、債務者は弁済の提供をせずとも債務不履行責任を負わず、かえって債権者の債務不履行責任を追及しうるという判例法理は、債務者が受領拒絶を受けた時点で第三者と代替取引をなし、その結果当初の債務の履行につき不能となったような場合であっても妥当なものなのかどうか、定かではない。右判例法理に対して、学説には「債権者も人間である以上、翻意の可能性が絶対がないということはいえられぬことであり、それなればこそ民法はかかる場合に、債務者の負担を軽減しつつも口頭の提供だけは必要とすることが、信義則の要求するところだとしているのである。しからばかかる〔債権者が明確に受領を拒絶する〕場合にも、若干の準備と通知および催告とだけは何としても必要なものとせざるをえまい。……いかに債権者の受領拒絶の意思が明確であっても、提供も供託もしない債務者は債務不履行の責めを負うべきであ

⁴⁹⁸ 平成29年債権法改正後の民法413条も、債権者の受領義務については「何も語るものではない」（潮見・前掲注（10）63頁）とされる。

⁴⁹⁹ 我妻榮『新訂 債権総論（民法講義IV）』（岩波書店、1964年）241頁参照。

る⁵⁰⁰」との指摘や、「債務者の受領拒絶といっても、そこには、債務者の態度その他の事情から強弱いろいろの程度があるはずである。従って、債権者も、それに応じて、——現実の提供は必要でないとしても、——履行のために多少の準備をする必要があるといわねばならない⁵⁰¹」との指摘もあるところである。これらの指摘によれば、債務者が第三者と代替取引をなした場合には、債務者は債務不履行責任を免れず、また後に債権者の債務不履行責任を追及することも叶わないということになりそうである。しかし、債務者が代替取引をなし、その結果当初の義務につき履行不能となった場合には当初の債権者との関係で債務不履行責任を免れず、また債権者の債務不履行責任を追及しえなくなる可能性があるということは、受領／履行拒絶を受けた債務者の代替取引に対するインセンティブを削ぐことになる。

第五に、債権者があらかじめ受領／履行を拒絶する場合には債務者は第三者と代替取引をなし、その結果当初の債務の履行につき不能となった場合であっても、債務者は債務不履行責任を負わず、かえって債権者の債務不履行責任を追及するというのが判例法理であると解しても、なお次のような問題があるように思われる。すなわち、債権者が、債務者の履行期到来よりも前に受領／履行拒絶の意思を明確にするような場面を念頭に置いたとき、右判例法理のみでは妥当な結論を得られない可能性がある。例えば、債権者から履行期前の受領拒絶を受けた債務者が代替取引に入るなどの措置を講じた後、受領／履行を拒絶した債権者が、債務者の履行期が到来するよりも前にその意思を翻し、債務者に対して履行請求をした場合にはどうなるのか。この場合債務者は、債権者からの反対給付を受領した上で自らの債務の弁済を強いられることになるであろうが、この帰結は妥当とはいえない。しかし、弁済の提供および受領拒絶制度に関する判例法理による解決では——信義則違反や権利の濫用を問題としない限り——このような帰結を避けることが出来ないように思われるのである。

次に、履行期前拒絶を合意解除の申し込みとして構成することは不可能ではないであろう。しかし、この構成による場合、当事者間の原状回復請求権や不当利得返還請求権は根拠づけることが出来ようが、被拒絶者が拒絶者に対して取得するであろう損害賠償請求権を根拠づけることは必ずしも容易ではない。拒絶者が被拒絶者に対して生じた損害をも賠償するという内容の合意が当事者間においてなされたと解することもできないではないであろうが、いささか擬制が過ぎるようにも思われるのである。実際、英国においても、「選択理論」を「違反転形論」として構成する考え方があり、その考えの背後には履行期前拒絶を契約解除の申し込みとして構成する「申込み-承諾」理論があったが、これはすでに克服されつつある議論であった。

最後に、請負契約や（準）委任契約の任意解除とそれに伴う損害賠償制度について。確かに我が民法は、請負契約や（準）委任契約について、中途解約制度とそれに伴う損害賠償に関する規律を設けており（民法 641 条、651 条）、履行期前拒絶の問題もこれらの規律の中に吸収されてしまうがごとくである。しかし、これらはいくまでも請負契約や（準）委任契約といった特定の契約に限定して適用される準則であり、他の契約類型には及ばな

⁵⁰⁰ 柚木馨（高木多喜男補訂）『判例債権法総論』（有斐閣、補訂版、1971年）421頁。

⁵⁰¹ 我妻榮『債権各論 上巻（民法講義V1）』（岩波書店、1954年）165頁。

い。したがって、履行期前拒絶の問題は、これらの制度に還元されつくすものではないといえよう。

以上から、筆者としては、我が国に既存の法理・法制度では、履行期前拒絶という現象に対する受け皿としては必ずしも十分ではないと考える。履行期前拒絶という現象は、(社会通念上の) 履行不能や受領遅滞・拒絶、合意解除や各種契約における中途解約制度に還元されえない問題を含んでいる。それ故に、我が国に履行期前拒絶法理を導入することの意義に関する本稿の結論としては、我が国においても、履行期前拒絶法理を導入する意義はある、というものになる。第一章においてみたように、平成 29 年の債権法改正によって、我が国にも履行期前拒絶法理が導入されることになった(改正民法 415 条 2 項 2 号、同 542 条 1 項 2 号など)。これらの規定は、これまでの我が国の法理・法制度がカバーできていなかった領域、すなわち受け皿に空いた穴を埋めるものであり、また、そのようにして活用されることが期待されるのである。

3. 我が国に履行期前拒絶法理を導入することによって生じうる問題について

3. 1. 第三章のまとめ

第三章では、Hochster 事件判決によって英国に導入された履行期前拒絶法理が、その後どのような発展課程を辿ったのかについて、とくに、いわゆる「選択理論」の生成と展開という観点から概観した。

英国における履行期前拒絶論は、我が国でもこれまでにしばしば紹介されてきたものの、そこから解釈論的示唆を汲み取ろうとする試み⁵⁰²は必ずしも多くない。これは、英国における履行期前拒絶論の歴史の長さ、先例の蓄積、議論の厚みを考えると、やや不思議なことである。筆者は、このこと背景には、英国法における「選択理論」の存在があるのではないかと考えた。

我が国では、英国法における「選択理論」は次の二つの内容を持つものとして理解されてきた。すなわち、第一に、履行期前拒絶は、被拒絶者がそれを「承諾」することを「選択」して初めて契約違反を構成する。第二に、履行期前拒絶それ自体は契約違反ではないから、被拒絶者は履行期前拒絶を無視すること——「承諾」しないこと、すなわち契約の存続を「承認」すること——を「選択」し、履行期の到来を待つこともできる、と。このような、契約当事者のある行動が契約違反を構成するか否かが他方当事者の「選択」に委ねられるという発想は、我が国契約法にとっては馴染みの薄いもののように思われる。そして、この馴染みの薄さこそが、英国履行期前拒絶論の知見を我が国において参照する際の障壁になってきたのではないだろうか。裏を返せば、この障壁を取り除くことができれば、英国履行期前拒絶論の知見を我が国解釈論に活かす道筋が見えてくるのではないか。そのためには、英国法における「選択理論」なるものの実態を把握する必要がある。このような問題意識から、第三章では英国履行期前拒絶論における「選択理論」に焦点を当てて分析を進めてきたのであった。

英国法における「選択理論」の端緒は、Avery 事件判決や Reid 事件判決に付された傍論にその端緒を見い出すことができる。すなわち、これらの事件における真の判決理由は、

⁵⁰² 王・前掲注(6)は、そのような試みの一つである。

履行期前拒絶がまだなかったという点にあったのであるが、後の履行期前拒絶法理の展開に決定的な影響を与えたのは、その判決理由ではなく、むしろ履行期前拒絶に基づく契約違反責任を追及することを直ちに選択しなかった者は、後になって履行期前拒絶を理由とする契約違反責任を追及することはできないという趣旨の傍論の方なのであった。これらの傍論が、Avery 事件判決と Reid 事件判決を掲載した判例集において判決理由かの如く記載され、後に続く判例に影響を与え、その後 Frost 事件判決や Johnstone 事件判決を経て、英国法に「選択理論」として定着してゆくこととなったのである。

ところで、このような経過で英国法において定着していった「選択理論」は、履行期前拒絶は被拒絶者によって「承諾」されない限り、それ自体としては契約違反を構成しないという内容を持つものとして理解された。このような理論は近時「違反転形論」として整理されているところであるが、その背後には履行期前拒絶を契約の解消に向けた申込みとみなす発想があったといえる（「申込み-承諾」理論）。

しかし、近時では、このような「違反転形論」や「申込み-承諾」理論に対する批判が強く、もはや英国における履行期前拒絶法理を支える理論的支柱としての役目を果たしていないといえる。まず、「違反転形論」に対しては、被拒絶者の行動如何によって契約違反の有無が決されるという理論構成に対して学説から疑問が呈された。また、判例においても「違反転形論」とは必ずしも整合しない理論を示すものが現れた。「申込み-承諾」理論に対しても、履行期前拒絶を契約の解消に向けた「申込み」に準えることは擬制が過ぎること、拒絶者の損害賠償責任を根拠づけることが困難であることなどが学説から指摘された。判例においても、履行期前拒絶を契約の解消に向けた「申込み」とみなすことは「非常な誤り」とであると指摘するものが現れた。加えて、「承諾」されていない履行期前拒絶を「水に書かれたもの」に過ぎないとする判例に対しても、過度な単純化であるとの批判がなされた。

このように、英国における「選択理論」は、かつては「違反転形論」とほとんど同義であったが、現在ではそのように考えられてはいない。英国の「選択理論」とは、要するに、履行期前拒絶に際会した被拒絶者に契約を直ちに解除するか否かの選択権が付与されるということを意味するとの理解が最近では学説を中心に強くなってきているのである。

仮に「選択理論」をこのように捉えることが出来るのであれば、これはもはや我が国にとって異質の発想というわけではない。否、むしろ、我が国における契約の拘束力からの離脱の在り方にも似ているということもできよう。少なくとも、「選択理論」が存在することを、英国履行期前拒絶論の知見を我が国において参照することの障壁として強調することは適切ではないと筆者は考える。

もっとも、その後の英国では、「選択理論」から派生して、「履行期前拒絶を受けた当事者は、その拒絶にもかかわらず契約を維持することができるか」という問いが提起されることとなった。第三章では、この問題に英国法がいかにして対応してきたのかについても概観した。

その結果、上記の問いに対する英国法における回答は次のようなものであることが分かった。すなわち、英国においては、上記の問いに対する回答は、被拒絶者に契約を維持する「正当な利益」があるか否かによって決せられる。第三章でみたように、この「正当な利益」基準は、White & Carter 事件における Reid 卿の判旨によって英国法に導入されたも

のであるが、その後、幾つかの判例において言及され、その内容を次第に明らかにするとともに、英国法に着実に定着していったのである。

「正当な利益」基準によれば、履行期前拒絶を受けた被拒絶者は、その履行期前拒絶にもかかわらず、原則として契約を維持することができる。そして、被拒絶者が契約を維持する「正当な利益」を欠くとされるのは、契約を維持することが単に不合理であることを超えて「全く不合理」であると評価されるような、非常に限られた、ごく例外的な場面であるとされる。

このように、「正当な利益」基準は判例法によって展開されてきたのであるが、その学説による受け止め方は様々である。本稿では、上記のような判例の方向性を基本的には支持する見解に絞って紹介した。それらの見解に共通していたのは、契約の拘束力をどの程度にまで貫徹するべきかという問題意識と、基本的には契約の拘束力を——経済的効率性よりも——尊重するべきであるという思考であった。

3. 2. 検討

このような英国法の状況から、日本法に対していかなる示唆を導きうるか。ここでは、第三章における検討を経て得た、筆者の所感を簡単に示したい。

まず、履行期前拒絶法理の導入に伴って英国において生じた問題、すなわち「履行期前拒絶を受けた当事者は、その拒絶にもかかわらず契約を維持することができるか（できるとして、いかなる条件の下においてか）」という問題は、これから履行期前拒絶法理の運用を開始する我が国においても今後生じうるものとする。

実は、このような問題の生じうることは、我が国の先行研究においてもすでに意識されていた⁵⁰³。そして、それらの先行研究によって指摘されてきたように、履行期前拒絶を契約違反として認知し、被拒絶者がそれに基づいて契約を解除することや損害の賠償を請求することが「可能」か否かという問題と、契約違反たる履行期前拒絶に基づいて即時に契約の解除や損害賠償の請求をなすべきことが被拒絶者に「要請」されるか否かは、別次元の問題である⁵⁰⁴。履行期前拒絶に基づいて拒絶者の契約違反責任を追及することができるからといって、「被拒絶者は拒絶者の契約違反責任を直ちに追及しなければならない」という帰結が当然に導かれるわけではない。そこで、履行期前拒絶を受けた被拒絶者は、履行

⁵⁰³ 吉川吉樹は、履行期前拒絶に対する各国法の対応を比較法的に分析することによって履行請求権と損害軽減義務の交錯という問題を検討することができるとして、次のように述べていた。すなわち、「履行期前の履行拒絶に際して、即時の損害賠償請求が「可能」となった債権者は、さらに損害軽減の観点から、即時の損害賠償を行うことを「要請」されるのであろうか。それとも、そこまでを要請されることはないのであろうか。このような選択的契機を否定するにせよ、肯定するにせよ、各法体系は、自らの立場をその点に即して明示する必要に迫られることになる。そこに、各法体系における履行請求権と損害賠償請求権との関係を垣間見ようというのが、本書の狙いである」（吉川・前掲注（4）（『履行請求権と損害軽減義務』14頁）と。

⁵⁰⁴ 吉川は、履行期前拒絶をめぐっては、「それを債務不履行に基づく権利行使を基礎づける事由として認める第1段階と、さらに、そのような権利行使が行われなければならないのかを判断する第2段階」（吉川・前掲注（4）（『履行請求権と損害軽減義務』15頁）という二つの異なる段階があるという。

期前拒絶にもかかわらず拒絶者の契約違反を直ちには追及しないという途、すなわち履行期前拒絶にもかかわらず契約を維持するという途を選択しうるか、という問いが立てられることとなるのである⁵⁰⁵。

我が国においてこのような問題が生じた場合、これにいかに対処してゆくべきか。この点について筆者は、「選択理論」に関連して述べたような我が国と英国法との類似性に鑑みれば、英国における「正当な利益」基準は、我が国においても基本的には援用に耐える基準であると考えられる。すなわち、我が国において「履行期前拒絶を受けた当事者は、その拒絶にもかかわらず契約を維持することができるか（できるとして、いかなる条件の下においてか）」という問題が生じた場合、筆者としては「被拒絶者は、契約を維持することについて正当な利益を有する限り、原則として履行期前拒絶にもかかわらず契約を維持しうる」と解したい。

その際に注意しなくてはならないのは、原則と例外を見誤らないことである。すでに繰り返しみてきたように、英国における「正当な利益」基準は、被拒絶者の選択権行使を例外的に——それも、ごく限られた例外的な場面において——制限するものである。つまり、被拒絶者は、履行期前拒絶にもかかわらず契約を維持しうるのが原則なのであり、そのような選択が制限されることの方が例外的な事象なのである——その意味で、「被拒絶者は正当な利益を有しなければ契約を維持することができない」という形で「正当な利益」基準を定式化するとしたら、それはミスリーディングであろう。被拒絶者は、原則として契約を維持する「正当な利益」を有するのであって、それを欠くとされるのはごく例外的な場合に限られるのである。

問題は、「正当な利益」の有無をいかにして測るかであるが、この点についても筆者は、基本的には英国判例法において示されてきた基準に従うことができると考えている。すなわち、被拒絶者が契約を維持する「正当な利益」を欠くとされるのは、そのような選択が単に不合理であることを超えて「全く不合理」であると評価される場合に限り解すべきである。したがって、単に契約が維持されることによって被拒絶者が得る利益よりも、そのことによって生じる無駄の方が大きいというだけでは、被拒絶者の契約を維持する「正当な利益」が失われることはない⁵⁰⁶。

それでは、被拒絶者の契約を維持するという選択が「全く不合理」と評価されるのは、いかなる場合か。この点については、英国においても「正当な利益」基準によって被拒絶者の選択権を制限した先例が少ないため、明確な基準を示すことが難しい⁵⁰⁷。強いて基準らしきものを示すとすれば、次のようになるだろうか。すなわち、被拒絶者が、履行期前拒絶を奇貨として、当初の契約において予定された以上の利益を得るために契約を維持

⁵⁰⁵ むしろこの問題は、債務不履行に対する救済として履行の強制を承認している我が国においての方が、契約違反に対する原則的な救済としては履行の強制を認めていない英国よりも先鋭な形で現れる可能性がある。

⁵⁰⁶ この点について Nienaber (n 333)は、履行に内在する全体的な無駄が、無辜の当事者の利益に比して「完全に均衡を逸する completely out of proportion」場合に初めて被拒絶者の選択権が制限されるという。Ibid., at 232.

⁵⁰⁷ しかも、すでに述べたように、それら少数の先例の価値についても疑問が呈されているのである。第三章 5. 3. 参照。

するなど、被拒絶者の選択が濫用的であると評価できる場合には、そのような選択は「全く不合理」であるといえよう⁵⁰⁸。つまり、被拒絶者が契約を維持することが権利の濫用に該るような場合に限り、その選択が制限されると解する⁵⁰⁹⁵¹⁰。

さて、このようにいうと、被拒絶者は、自身に生じうる損害を軽減すべく努めるべきではないかとの疑問が直ちに提起されるであろう。「損害の軽減」を志向する立場からは、履行期前拒絶を受けた被拒絶者は、自らに生じうる損害を軽減すべく、直ちに契約関係から離脱し、代替取引等をするべきであるとも考えられるかもしれない⁵¹¹。ここには、「契約

⁵⁰⁸ Puerto Buitrago 事件や MSC Mediterranean Shipping Co. SA 事件に示唆を得ている。もっとも、これらの事案の「正当な利益」基準の適用例としての妥当性について疑義がある点について、第三章 5. 3. を参照。

⁵⁰⁹ なお、吉川・前掲注(4) (『履行請求権と損害軽減義務』) 120 頁も、「正当な利益」基準を権利濫用の観点から説明している。しかし、筆者と吉川とでは、ややニュアンスを異にしている。吉川は、拒絶者と被拒絶者との間の利益衡量は困難を伴うとしつつ、「少なくとも、損害賠償請求ではなく代価請求をなすことが、自らの利益とはならないにもかかわらず、相手方被害当事者に対してさらなる負担を課することは許されないと言うことはできるであろう」(同 120 頁) という。ここでいう「相手方被害当事者」が拒絶者を指すのか、被拒絶者を指すのか、必ずしも明確ではないが、仮に拒絶者を指すとすると、吉川の右言は、「被拒絶者に契約を維持する利益がないにもかかわらず、拒絶者にさらなる負担を課することは許されない」と読み替えることができよう。しかし、被拒絶者には、契約によって定められた対価を請求する利益が常にあると考えることもできよう。また、拒絶者が被拒絶者から代価請求を受けたとしても、それは当初の契約においてすでに定められていたことであり、「さらなる」負担を課されることにはならないであろう。このような観点から、筆者は、吉川の右定式化には賛同することができない。

⁵¹⁰ なお、「正当な利益」基準をこのように定式化すると、問題は事情変更の原則の適用問題へと接近することにもなりうる。すなわち、契約締結後の事情の変動によって当初の契約において設定された契約規範をそのままの形で貫徹することが信義に反するようになった場合に、その契約の拘束力を制限する規範として事情変更の原則を把握する場合、それは本文において述べた「正当な利益」基準と適用場面を同じくするようになるのである。なお、事情変更の原則の隣接領域として「履行請求権の限界」問題に取り組んだ近時の研究として、吉政知広『事情変更法理と契約規範』(有斐閣、2014 年) がある。

⁵¹¹ この点について、比較的早くから英米法における損害軽減義務を我が国においても認めるべきことを唱えてた谷口知平は、次のようにいう。

債務者が履行期前に履行を拒否し或は一定期間継続すべき契約(賃貸借、帰宅、雇傭など)において、途中で契約の解消を欲する場合において、英判例法では、債権者は、拒否を承認し契約を解除せられたものとして損害賠償を求めることもできるが、そのまま拒否を承認せず、履行期における不履行を待つて賠償を求めることもでき、履行期における不履行があるまでは損害軽減義務は未だ生じないし、又解除の申込に応ずる義務もないと解される如くである……。併し私は信義則に従い、債務者が履行期前に、履行しないこと或は継続的契約の履行をなさないことを申出で解除や解約を求めた場合には之に応ずることも、損害避抑義務として考えられてよいのではないかと思う。一度債務者と契約したからといって他に目的を達する方策を講ぜずに債務者の解約申入を聴かず履行期になる迄頑固に待ち、不履行にもかかわらずそのまま解除をせず、値上がりした時を見て解除した場合その時の価格を以て賠償額を認定するか、或は又、約定の期間を固執し、自らの履行を提供すると共に不履行期間全部の損害賠償を求める場合にそれを全面的に認めることは妥当ではないであろう。やはり適当な

の拘束力」を「損害の軽減」という理念によって修正する思考がみえる。

しかしながら、「契約の拘束力」か「損害の軽減」かという問題の立て方は、果たして適切なものであろうか。右問題設定は、「契約の拘束力」の尊重と「損害の軽減」という二つの理念が衝突するということを前提としている。前者を立てれば後者が立たず、後者を立てれば前者が立たず、という具合である。ところで、O'sullivan が指摘するように、通常の意味での損害軽減義務とは、契約違反の被害者が自身に生じうる損害を軽減すべきこと——そのことによって、契約違反者の負担する損害賠償義務を縮減すべきこと——を求めるものである⁵¹²。しかし、契約を維持することは、被拒絶者に損害を生じさせるのであろうか。否、契約を維持することを選択した被拒絶者は、当初の契約によって定められた義務を負担するに過ぎないのであって、さらなる損害を被るわけではない。同様に、拒絶者も、契約が維持されたとしても、それによって追加的な損害を被るわけではなく、あくまでも当初の契約において自身が引き受けた義務の履行——対価の支払い——を求められるというに過ぎない。つまり、契約が維持された場合、被拒絶者も拒絶者も、当初の契約において引き受けた義務を負担するに過ぎず、それ以上でも以下でもない。そうであれば、「契約の拘束力」か「損害の軽減」かという問いの立て方自体を疑う必要がある、といえよう。

もっとも、「損害の軽減」で問題とされる「損害」を、被拒絶者個人の「損害」に限らず、

時に解除すべきものとして生じたであろう損害の額を認定し賠償額となすのが公平ではなかろうか。(谷口・前掲注(294)254頁)

ここでは、履行期前拒絶の場面において、被拒絶者は、損害軽減義務の観点から契約の解除に応じるべきであるとされているのである。

⁵¹² なお、我が国における損害軽減義務をめぐる議論については、これまでに触れてきたものの他に、吉田和夫「債権者の損害防止義務および損害拡大回避義務について」ジュリスト 866号78頁、同「イギリス契約法におけるミティゲイション・ルール」早稲田社会科学 35号99頁、斎藤彰「契約不履行における損害軽減義務 損害賠償額算定の基準時との関連において」石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊行委員会編『石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集・中巻 損害賠償法の課題と展望』(日本評論社、1990年)51頁などがある。ところで、損害軽減義務をめぐる議論は、最判平成21年1月19日民集63巻1号97頁以降、改めて注目されるようになった観があるが、右判決を契機として執筆された論考として、例えば住田英穂「損害軽減義務に関する一考察——最高裁平成二十一年一月十九日判決を素材として——」甲南法学51巻2号1頁などがある。なお、損害軽減義務をめぐる最近時の論考である小林友則「損害軽減義務の法的性質に関する一考察—過失相殺制度を中心として」法政論集270号261頁は、損害軽減義務について、「自身が損害を被らないようにする自分自身に対する義務としてのみとらえるのではなく、当該義務が相手方(債務者)の利益に直結していることを正面から認め、相手方の利益に配慮する義務でもあることを認めるべき」(同278頁)であるとしつつ、「債権者が損害軽減措置をとらないことに一定の利益や期待を有していることのみを理由として損害軽減義務を否定することは許されない」、「債権者が損害軽減措置を講じることが可能であったか、あるいは容易であったかという債権者側の事情だけでなく、債権者が損害軽減措置を講じることにより債務者が得られる利益の程度、およびその利益の取得に対する期待がどれだけ保護に値するかという債務者側の事情も考慮することが要請される」(同279頁)と主張する。

社会経済的な無駄をも含む広い「損害」を意味すると解することもできないではない。すなわち、履行を継続することによって生じる社会経済的な無駄を回避するべく、被拒絶者は契約からの離脱を選択するべきであるとも考えられるのである⁵¹³。なるほど確かに、履行期前拒絶をしている拒絶者は——自身の負担する義務の履行を拒むとともに——もはや被拒絶者による履行の継続を望んでおらず、そのような状況下で被拒絶者が履行を継続したとしても、それはもはや「望まれない履行」である。もちろん、そのような「望まれない履行」であっても、拒絶者にとって全く無価値であるというわけではないかもしれない⁵¹⁴。しかし、有限である資源は、それを最も望む者に配分されるべきであると考えてるのであれ

⁵¹³ 末延・前掲注(4) 111頁には次のような記述がある。

およそ損害の発生は社会的にきわめて不幸なできごとである。賠償の問題をはなれて、社会全体が不利益をこうむるのである。だからこの不幸な事実がいったん発生した以上、すべての人が損害不拡大のために相当の注意を払うべきは当然である。そしてこれは、不法行為や普通の債務不履行の場合よりも、履行期前の移行拒絶について、とくにそうだといわねばならない。がんらい履行拒絶の場合すぐい訴権を認めることがよくないことの一理由として、拒絶は禁ずべきでなくむしろ賞賛すべきである。なぜならこれは、相手方にそれだけ早く、不履行となるべきことを知らせて、いくぶんでも損害を未然に防ぐことを可能にすうからだというのである。むろんこの議論は、履行拒絶の原則を撃破するだけの力はない。しかし履行の意思がないのにそのことを相手方にかくし、履行期になってとつぜん不履行をして相手方を窮地におとし入れるより、はじめからいさぎよくその旨を通知する方が、じつは相手方のためにもなるのである。すなわち予告は、相手方に損害を未然に防止する機会を与えるのである。この意味から、履行拒絶はむしろ奨励すべきことなのである。

ここでは、履行期前拒絶によって生じうる社会経済的な損害を軽減するべく、被拒絶者も「相当な注意」を払うべきことが主張されている。また、吉川・前掲注(4)『履行請求権と損害軽減義務』374頁〔内田貴〕にも、次のような記述がある。

……一般に財やサービスの提供者は、当該給付を行うこと自体に価値を見いだしていることが稀ではなく、履行請求のコストを考慮しても、契約に固執して約定の対価を手に入れた方が有利と考えることがある。このような場合、履行期の前後を問わず、売主には契約を解消して適時に転売するという代替取引へのインセンティブは当然には働かない。しかし、買主にとってもはや目的物の給付を受ける意味がなくなってしまったような場合をも考えると、あえて売主に無駄な履行を認めて対価を取らせるより、履行を停止させようで発生した損害の賠償をするにとどめた方が全体として合理的だという発想が生ずる。とりわけ、給付に新たな資源の投入を要する事案で給付をする側がまだその準備を完了していないような場合は、たとえ履行期前であっても履行を停止した方が合理的だという考慮が強まる。これが損害軽減義務の観念である。そこには、個々の当事者の権利や利益を個別に考えるのではなく、双方の総和をトータルに考えるという発想(コービンのいう「社会的制約」)を指摘できよう。

ここにも、社会経済的な合理性を理由に被拒絶者の選択を制限するという視点が現れている。

⁵¹⁴ 例えば、White & Carter 事件における被告(拒絶者)は、原告(被拒絶者)が履行を継続したことによって——望まないながらも——広告効果は得られていたとも言えるのである。

ば、「望まれない履行」を拒絶者に押し付けるのは、資源の分配方法として効率的ではないという意味で、やはり無駄と言うべきである⁵¹⁵。そして、このような社会経済的な無駄を避けるためにも、やはり被拒絶者は履行拒絶を受けたならば、原則として履行を停止し、契約から離脱するべきであるとも考えられるのである。

確かに、社会経済的な無駄を回避するべきであるとの議論には、説得力がある。しかしながら筆者は、以下の理由から、この議論には安易に与することができない。

第一に、私的自治の原則との関係をどのように考えるべきかという問題がある。なるほど確かに、履行期前拒絶を受けた当事者は原則として履行を継続しえないと考えれば、社会経済的な無駄を避けることもできるかもしれない。しかし、被拒絶者が履行を継続することを選択したとしても、それは当初の契約に忠実に行動しているというだけに過ぎない。つまり、履行を継続することを選択した被拒絶者は、契約によって履行すべきとされた義務を履行し、契約によって約束された対価を請求しているというだけに過ぎない。また、このとき、拒絶者としても、契約によって自ら引き受けた義務の履行を強いられるに過ぎないのである。このような被拒絶者の選択に、社会経済的な観点から介入することが許されるであろうか。仮にこのような観点からの介入が許されるとすれば、それは私的自治の原則との関係でいかなる意味を持つのか。そもそも、私的自治の観点からすれば、当事者間における利益配分・リスク配分は契約の締結時点において一応定まっており、それを後から——それも、社会経済上の無駄を回避するという、契約外在的な根拠によって——修正することには慎重でなければならないともいえるであろう⁵¹⁶。これらの点については、なお慎重に検討されるべきである。

第二に、第一の点ともかかわるが、契約を破る自由⁵¹⁷をどのように評価するべきかとい

⁵¹⁵ See J. W. Carter, A. Phang & S. Y. Phang, 'Performance Following Repudiation: Legal and Economic Interests' 15 JCL 1, at 83-84; Liu (n 239), at 202. 英国契約法に関する由緒ある体系書である *Chitty on Contracts* の最新版でも、社会における資源の無駄を防ぐことがミティゲイション・ルールの目的であると明言されている (*Chitty on Contracts* (n 378) at 26-080)。

⁵¹⁶ なお、潮見佳男は、債権者の履行請求権を経済的効率性の観点から制限しうるかという点について、次のように論じて否定する。すなわち、「第1に、契約で保障された利益そのものを受けると、(金銭による)損害賠償により満足を受けるとが異質のものであって、後者によって前者を確保することはできない。第2に、自己決定により引き受けた結果については、たとえ経済的に不合理であったとしても、その実現につき決定主体が負担すべきである(「自己決定による自己責任」の原理)。第3に、このコロールリーとして、契約で実現を保障された利益の保持へ向けての債権者の期待は、最大限保護されるべきである。契約の拘束力の承認を通じての債務者の自己責任および債権者の期待利益に対する保障は、効率性・経済性の観点をもって否定されるべきではないし、損害軽減義務の一環としての代替取引義務による履行請求権の排除の方向も否定されるべきである」(潮見佳男『新債権総論I』(信山社、2017年)292頁)と。ここで潮見が、「自己決定による自己責任の原理」に言及していることが重要である。この考え方によれば、被拒絶者が契約を維持するという選択をした場合に拒絶者が被るとされる「損害」も、「自己決定による自己責任」であると把握することができるであろう。

⁵¹⁷ 契約を破る自由については、樋口範雄「契約を破る自由について」(1983-2) アメリカ法 217頁、同「不誠実な契約違反という不法行為(Tort of Bad Faith Breach of Contract)——契約を破る自由の例外——」学習院大学法学部研究年報 21号 25頁、同『アメリカ契約法』(弘文堂、第2版、2008年)第3章を参照。

う問題がある。仮に、履行期前拒絶を受けた被拒絶者は、社会経済的な無駄を回避するべく、原則として契約の継続を選択しえず、あとは損害賠償の問題として処理するべきであると考えれば、これは実質的には、拒絶者に契約を破る自由を認めることと同義ではないかと思われる。というのも、右のように考える場合、拒絶者は、締結後に自らにとって不利であることが判明した契約については、その履行を拒絶し、被拒絶者に生じうる損害を賠償する——しかも、その賠償額は被拒絶者の損害軽減義務を前提として定められるのである——ことによって、離脱することができてしまうからである。しかし、我が国において契約を破る自由を認めるべきか否かについては議論のあるところであり⁵¹⁸、この点についてもなお慎重な検討が必要となろう。

要するに、社会経済的な無駄を回避するべきであるという命題は確かに説得的であるが、その要請を貫徹することによって、私的自治の原則や契約の拘束力といった、契約法における根幹的な規範が侵食されてしまう恐れがあるように思われるのである。このような観点から、筆者としては次のように考えたい。すなわち、履行期前拒絶を受けた被拒絶者は原則として契約を維持し、契約において約束された対価を請求することができる。ただし、被拒絶者が契約を維持することについて「正当な利益」を欠く場合、すなわち契約を維持することが「全く不合理」であり、権利の濫用に該ると評価される場合はこの限りではない、と。

4. 残された課題

以上、本稿では、履行期前拒絶事案があまり問題とされてこなかった我が国において履行期前拒絶法理を導入することの意義はどのようなものであるのか。また、履行期前拒絶法理を導入した場合にいかなる問題が生じうるのかについて検討を加えてきた。その結論は上に述べたとおりであるが、なお検討の及ばなかった点が多々残された。そこで最後に、本稿を結ぶにあたって、本稿における検討を通じて残された課題について確認することとしたい。

まず、我が国において履行期前拒絶法理を導入することはいかなる意義があるのかという本稿の主題について十分に検討するためには、我が国に先立って履行期前拒絶法理を導入した英国をはじめとした諸外国においてこの法理がいかなる事案で活用されているのかを探る必要がある。

本稿でも、英国における履行期前拒絶法理の導入・展開過程を追うべく、英国の関連判例を紹介したが、その分析は大雑把なものにとどまってしまった。より精密な分析をするためには、少なくとも、履行期前拒絶が問題とされてきた事案をより網羅的に採集し、それらを類型ごとに整理した上で分析する作業が必要であると考えられる。英国を含む諸外国では、いかなる事案類型において履行期前拒絶が典型的に問題とされてきたのか、それらの事案類型に共通の特徴は何かといった点について検討することを通じて、我が国で履行期前拒絶法理を活用すべき場面について示唆を得ることができるであろう。

⁵¹⁸ 契約を破る自由という概念を我が国に紹介した樋口自身も、川島武宜の『日本人の法意識』（岩波書店、1967年）を引きながら、「[契約を破る自由]はわが国ではなかなか受け入れ難い考え方であろう」と述べている。樋口・前掲注（505）240頁

もっとも、この点に関連していえば、諸外国において履行期前拒絶の問題とされたものが、我が国においても履行期前拒絶の問題として認識されるとは限らないという点に注意する必要がある。例えば、本稿において紹介した英国の履行期前拒絶をめぐる判例の中には、定期傭船契約の早期返船といったような事案も少なからず見受けられた。このような事案が我が国において生じた場合に、それを我が国の民法は履行期前拒絶の事案とみなすであろうか。我が国と諸外国とのこのようなズレを分析することにも、我が国における履行期前拒絶法理の今後を占う上で重要な意義があるものと考えられる。

いずれにしても、履行期前拒絶が問題となりうる事案を類型化することによって、我が国とのより精度の高い比較分析が可能となる。この点は、今後の課題としなければならない。

また、本稿では、これまで我が国において履行期前拒絶法理の受け皿として機能してきた可能性のある法理・法制度についても分析を加えた。履行期前拒絶法理が導入されたことによって、これら既存の法理・法制度にはいかなる影響があるのかについても検討する必要がある。本稿は、結論としては、我が国に既存の法理・法制度では履行期前拒絶という事情の受け皿としては十分ではなく、その意味で我が国に履行期前拒絶法理を導入することには意義があると考えた。しかし、履行期前拒絶法理が導入されたことによって、これら既存の法理・法制度に影響を与えることも、また避けられないであろう。それは果たして良い影響なのか、悪い影響なのか。つまり、履行期前拒絶法理を導入することによって既存の法理・法制度との間で機能の棲み分けが起こり、それぞれの法理・法制度がより純化した形で運用される可能性もある。他方で、既存の法理・法制度と理論面や適用場面で抵触をきたし、それぞれの運用にあたって混乱を生じる可能性もある。我が国に導入された履行期前拒絶法理が、受け皿に空いた穴を埋めるどころか、かえって受け皿を破壊してしまいはしないか。今後は、このような観点からも検討を加えていかなければならないであろう。

さらに、本稿では、我が国に履行期前拒絶法理を導入した場合に生じうる問題として、「履行期前拒絶を受けた当事者は、その拒絶にもかかわらず契約を維持することができるか(できるとして、いかなる条件の下においてか)」という問題を挙げ、検討を加えてきた。しかし、我が国に履行期前拒絶法理を導入した際に問題として生じうるのは、このような問題だけではありえない。右法理を運用してゆくにあたっては、例えば、当事者のいかなる態様をもって「履行拒絶」と評価すべきかや、「履行拒絶」と「履行不能」の関係をいかに考えるべきか、履行期前拒絶に基づいて履行期前に損害賠償請求をする場合、その損害賠償額はいかにして算定すべきかといった諸点が、より実際的な問題として我々の前に立ち現れてくることが予想される。こういった諸点について検討するのでなければ、我が国に履行期前拒絶法理を導入することによって生じうる問題を検討するという課題に対して十分に答えたことにならないであろう。これらの点については、今後さらに研究を進めてゆきたい。

最後に、「履行期前拒絶」という問題の立て方自体を見直す余地もあるかもしれない。第二章においてみたように、英国では、履行期前の「拒絶」というよりも、「履行期前」の拒絶であることに着目した体系化がなされていた。すなわち、「履行期前」の契約違反 *anticipatory breach* という括りの下に、履行期前拒絶と履行期前の不能とが統合され、体系

化がなされているのである。履行期前拒絶法理を導入した我が国においても、今後はこのような観点からの体系化を試みる必要があるかもしれない。

いずれにしても、今般の債権法改正によって履行期前拒絶法理が導入されたことは、我が国における履行期前拒絶論に画期をなすものであった。これまでは、履行期前拒絶法理を解釈論として導入しうるかという点が主に論じられてきたのであるが、今後は、我が国においても履行期前拒絶法理が存在することを前提に、その運用の在り方等について不断の検討を加えてゆく必要がある。

本稿で展開した分析は非常に粗く、不十分であり、積み残された課題は夥しい。自身の浅学を恥じつつ、本稿を結ぶこととしたい。

以上

参考文献

本稿の執筆に際して参考にした文献を以下に挙げる。ただし、以下のリストでは、一般的な教科書／体系書および六法／条約集／辞書類については記載していない。

【邦語文献（論文）】

- 安藤誠二「契約の履行期前違反の諸相 サンタ・クララ号事件貴族院判決外最新二判例と周辺先例を主題に」海事法研究会誌 135 号 1 頁
- 北川善太郎「同時履行・異時履行」同『現代契約法I』（商事法務研究会、1973 年）237 頁
- 長尾治助「履行拒絶による契約の解除——Doctrine of Anticipatory Breach の示唆——」東京外国語大学論集 12 卷 55 頁
- 陳韻希「アメリカ統一商事法典における保証請求制度による契約危殆の救済（一）（二・完）」民商法雑誌 150 卷 3 号 384 頁、同 150 卷 4・5 号 609 頁
- 陳韻希「契約危殆の救済に関する基礎的研究（一）（二）（三）（四・完）法學論叢 179 卷 6 号 48 頁、180 卷 2 号 51 頁、180 卷 3 号 61 頁、180 卷 4 号 72 頁
- 川添清吉「債務の履行拒絶」法曹会雑誌 10 卷 2 号 1 頁、同 10 卷 3 号 27 頁
- 岡松参太郎「所謂『積極的債権侵害』ヲ論ス」法学新報 16 卷 1 号 57 頁、同 2 号 12 頁、同 3 号 15 頁、同 4 号 35 頁
- 谷本陽一「履行期前の履行拒絶と契約危殆の連続化」次世代人文社会研究 4 号 43 頁
- 谷本陽一「民法四一五条に取り込まれた履行拒絶 明治民法典先史における履行拒絶規定の生成と解消」松久三四彦ほか編『民法学の古典と革新』（成文堂、2011 年）187 頁
- 谷本陽一「契約危殆責任の起点としての履行期前の履行拒絶——英米法における履行期前の履行拒絶の歴史的分析を通じて——（一）（二）（三）（四・完）」早稲田大学大学院法研論集 118 号 47 頁、同 119 号 135 頁、同 120 号 121 頁、同 122 号 155 頁
- 谷口知平「損害賠償額算定における損害避抑義務——Avoidable consequences の理論の示唆——」川島武宜編『我妻先生還暦記念 損害賠償責任の研究 上』（有斐閣、1957 年）235 頁
- 磯谷幸次郎「債権者ノ遅滞ト弁済ノ提供」法曹記事 28 卷 10 号 14 頁
- 磯谷幸次郎「債権者ノ遅滞ト弁済ノ提供就キテ再ヒ卑見ヲ述フ」法学新法 30 卷 4 号 1 頁
- 吉川吉樹『『履行期前の履行拒絶』法理の歴史的展開』アメリカ法 2002 年 2 号 379 頁
- 吉川吉樹「損害軽減義務と履行請求権」内田貴・大村敦志編『民法の争点』（有斐閣、2007 年）174 頁
- 吉田和夫「イギリス契約法におけるミティゲイション・ルール」早稲田社会科学 35 号 99 頁
- 吉田和夫「債権者の損害避止義務および損害拡大回避義務について」ジュリスト 866 号 78 頁
- 吉政知広「民法学のあゆみ 吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務——履行期前の履行拒絶に関する考察』法律時報 84 卷 12 号 98 頁

- 吉政知広「民法学のあゆみ 松井和彦『契約の危殆化と債務不履行』」法律時報 86 巻 5 号 149 頁
- 菅原眷二「債務の履行拒絶に就いて」法学論叢 8 巻 1 号 1 頁
- 金田才平「履行期前ニ於ケル履行拒絶ト債権保全」法学協会雑誌 31 巻 6 号 140 頁
- 鳩山秀夫「再び債権者遅滞と弁済の提供に就て」同『債権法における信義誠実の原則』(有斐閣、1955 年) 211 頁
- 鳩山秀夫「債権者遅滞に就て」同『債権法における信義誠実の原則』(有斐閣、1955 年) 203 頁
- 劉善華「アメリカ法における履行期前の契約危殆規定に関する考察」一橋研究 32 巻 2 号 69 頁
- 劉善華「アメリカ契約法における履行期前の履行拒絶制度およびその法的根拠に関する考察」一橋研究 32 巻 1 号 15 頁
- 末延三次「イギリス法における同時履行の抗弁権の成立」同『英米法の研究(上)』(東京大学出版会、1959 年) 48 頁
- 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——」同『英米法の研究(上)』(東京大学出版会、1959 年) 86 頁
- 難波譲治「民法四一六条の立法趣旨」田山輝明ほか編『民法学の新たな展開 高島平蔵教授古稀記念』(成文堂、1993 年) 319 頁
- 能見善久「履行障害」能見善久ほか『債権法改正の課題と方向(別冊 NBL51 号)』(商事法務研究会、1998 年) 107 頁
- 清水元「不安の抗弁権」遠藤浩・林良平・水本浩編『現代契約法大系第 2 巻』(有斐閣、1984 年) 79 頁
- 神崎克郎「信用売買における不安の抗弁権」神戸法学雑誌 16 巻 1・2 号 439 頁
- 勝本正晃「債務者の履行拒絶」同『民法研究 第三巻』(巖松堂書店、1936 年) 111 頁
- 守屋善輝「英法に於ける準契約の素描(一)(二・完)」法協 51 巻 7 号 30 頁、同 51 巻 8 号 42 頁
- 水津太郎「民法(債権法)改正の方針と民法典の体系」民商法雑誌 153 巻 1 号 8 頁
- 松本恒雄「民法学のあゆみ 須永知彦『履行期前における反対給付請求権の危殆化(一)(二)』」法律時報 68 巻 12 号 100 頁
- 田沼証「履行拒絶について」法学新報 97 巻 1・2 号 285 頁
- 田沼証「履行拒絶に関するドイツの初期判決の検討」法学新報 105 巻 2・3 号 55 頁
- 田中庸介「定期傭船契約における返船遅延又は早期返船に基づく傭船者の損害賠償責任の範囲——英国契約法の原則との関連性について」早稲田法学 85 巻 3 号 717 頁
- 田中周友「ローマ法に於ける法原則の研究——学説彙纂第 50 巻第 17 章邦訳」甲南法学 11 巻 4 号 537 頁
- 樋口範雄「不誠実な契約違反という不法行為(Tort of Bad Faith Breach of Contract)——契約を破る自由の例外——」学習院大學法學部研究年報 21 号 25 頁
- 樋口範雄「契約を破る自由について」(1983-2) アメリカ法 217 頁
- 土田哲也「準契約法上の救済について(1)(2)(3・完)」香川大学経済論集 40 巻 3・

4号107頁、40巻5号1頁、40巻6号496頁

- 窪田充見「履行請求権」ジュリスト1318号103頁
- 丸山英二「アメリカ契約法における契約債務の履行の確保——U.C.C.2-609条および第2次契約法リステイトメント251条の履行の保証を要求する権利をめぐって——」アメリカ法17頁
- 王冷然「イギリス法における履行期前の契約違反」法学69巻3号313頁
- 小池隆一「英法に於ける準契約法理序説」慶応義塾大学法学部編『慶應義塾創立百年記念論文集（法学部）第一部法律学関係』（慶應通信、1958年）1頁
- 小町谷操三「商人間の売買——履行期前の履行拒絶の意思表示と解除」法学志林34巻7号64頁
- 小林友則「損害軽減義務の法的性質に関する一考察—過失相殺制度を中心として」法政論集270号261頁
- 須永知彦「履行期前における反対給付請求権の危殆化（一）（二・完）」民商法雑誌111巻2号395頁、同111巻4・5号707頁
- 須永知彦「履行期前における反対給付請求権の危殆化」私法60号189頁
- 柚木馨「所謂『不安の抗弁権』（Einrede der Unsicherheit）」民商法雑誌5巻3号451頁
- 早川眞一郎「債務不履行の類型論」内田貴・大村敦志編『民法の争点』（有斐閣、2007年）180頁
- 斎藤彰「契約不履行における損害軽減義務 損害賠償額算定の基準時との関連において」石田・西原・高木三先生還暦記念論文集刊行委員会編『石田喜久夫・西原道才雄・高木多喜男先生還暦記念論文集・中巻 損害賠償法の課題と展望』（日本評論社、1990年）51頁
- 中田裕康「民法四一五・四一六条（債務不履行による損害賠償）」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅲ』（有斐閣、1998年）1頁
- 住田英穂「損害軽減義務に関する一考察：最高裁平成二一年一月一九日判決を素材として」甲南法学51巻2号16頁

【邦語文献（書籍）】

- 石崎泰雄『契約不履行の基本構造 民法典の制定とその改正への道』（成文堂、2009年）
- 五十嵐清『契約と事情変更』（有斐閣、1969年）
- 内田貴『契約の時代』（岩波書店、2000年）
- 内田貴監訳『共通欧州売買法（草案）（別冊NBL140号）』（商事法務、2012年）
- 大村敦志・道垣内弘人編『解説 民法（債権法）改正のポイント』（有斐閣、2017年）
- 谷口知平・五十嵐清編『新版注釈民法（13）債権（4）〔補訂版〕』（有斐閣、2006年）
- 奥田昌道編『新版注釈民法（10）Ⅱ債権（1）債権の目的・効力（2）』（有斐閣、2011年）
- オーレ・ランドー／ヒュー・ビール編〔潮見佳男・中田邦博・松岡久和監訳〕『ヨーロッパ契約法原則Ⅰ・Ⅱ』（法律文化社、2006年）
- 勝本正晃『民法に於ける事情変更の原則』（有斐閣、1926年）

- 加藤雅信『迫りつつある債権法改正』（信山社、2015年）
- 北居功『契約履行の動態理論Ⅰ』（慶応義塾大学出版会、2013年）
- 北川善太郎『日本民法学の歴史と理論——民法学を中心として』（日本評論社、1968年）
- 久保宏之『経済変動と契約理論』（成文堂、1992年）
- クリスティアン・フォン・パールほか編〔窪田充見ほか監訳〕『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則——共通参照枠草案（DCFR）』（法律文化社、2013年）
- 小林規成『英國準契約法』（千倉書房、1960年）
- 潮見佳男・北居功ほか編『Before/After 民法改正』（弘文堂、2017年）
- 潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（金融財政事情研究会、2017年）
- 私法統一国際協会〔内田貴・曾野裕夫・森下哲朗・大久保紀彦訳〕『UNIDROIT 国際商事契約原則2010』（商事法務、2013年）
- 筒井健夫・村松秀樹編『一問一答 民法（債権関係）改正（商事法務、2018年）』
- 中田裕康・大村敦志・道垣内弘人・沖野眞己『講義 債権法改正』（商事法務、2017年）橋本恭宏『長期間契約の研究』（信山社、2000年）
- 長谷川義仁『損害賠償調整の法的構造 請求者の行為と過失相殺理論の再構成のために』（日本評論社、2011年）
- 幡新大実『イギリス債権法』（東信堂、2010年）
- 平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、1971年）
- 法務省民事局参事官室（参与室）編『民法（債権関係）改正に関する比較法資料（別冊NBL146号）』（商事法務、2014年）
- 松井和彦『契約の危殆化と債務不履行』（有斐閣、2013年）
- 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ』（商事法務、2009年）
- 森田修『契約責任の法学的構造』（有斐閣、2006年）
- 山本敬三『民法の基礎から学ぶ民法改正』（岩波書店、2017年）
- 吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務』（東京大学出版会、2010年）
- 吉政知広『事情変更法理と契約規範』（有斐閣、2014年）
- フィリップ S. ジェームズ（矢頭敏也監訳）『イギリス法（下）私法』（三省堂、1985年）
- J・H・ベイカー（深尾裕造訳）『イギリス法史入門 第4版 第Ⅰ部【総論】』（関西学院大学出版会、2014年）
- J・H・ベイカー（深尾裕造訳）『イギリス法史入門 第4版 第Ⅱ部【各論】』（関西学院大学出版会、2014年）

【邦語文献（債権法改正関連資料）】

法制審議会（民法（債権関係）部会）において配布された資料および同審議会の議事録のうち、ここでは、本稿において引用／言及したものを特に挙げる。

・部会資料等

- 「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（1）」（部会資料5-1）

- 「民法（債権関係）の改正に関する検討事項（1）詳細版」（部会資料 5-2）
- 「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理のたたき台（1）」（部会資料 21）
- 「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理のたたき台（1）（2）【改訂版】」（部会資料 25）
- 「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理案」（部会資料 26）
- 「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」
- 「民法（債権関係）改正に関する論点の検討（5）」（部会資料 32）
- 「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（6）」（部会資料 34）
- 「民法（債権関係）の改正に関する中間試案のたたき台（1）（概要付き）」（部会資料 53）
- 「民法（債権関係）の改正に関する中間試案のたたき台（2）（概要付き）」（部会資料 54）
- 「民法（債権関係）の改正に関する中間試案のたたき台（1）（2）（3）（概要付き）【改訂版】」（部会資料 58）
- 「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」
- 「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（3）」（部会資料 68A）
- 「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案（その1）」（部会資料 79-1）
- 「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案（その1） 補充説明」（部会資料 79-3）
- 「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の第二次案」（部会資料 82-1）
- 「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の第二次案 補充説明」（部会資料 82-2）
- 「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（案）」（部会資料 83-1）
- 「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（案） 補充説明」（部会資料 83-2）
- 「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」
- 「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の原案（その1）」（部会資料 84-1）
- 「民法（債権関係）改正に関する要綱案」

・議事録

- 第3回会議議事録
- 第4回会議議事録
- 第21回会議議事録
- 第37回会議議事録
- 第39回会議議事録
- 第1分科会第2回議事録
- 第65回会議議事録
- 第78回会議議事録
- 第90回会議議事録
- 第91回会議議事録
- 第96回会議議事録

・その他の資料

- 中井康之「中間試案のたたき台（2）に対する修正案」

【欧語文献（論文）】

- F. Dawson, 'Metaphors and Anticipatory Breach of Contract' 40 CLJ 83
- J. C. Smith, 'Anticipatory Breach of Contract' in E. Z. Lomnica and C. G. Morse ed., *Contemporary Issues in Commercial Law* (Sweet & Maxwell, 1997) 175
- J. O'sullivan, 'Repudiation: Keeping Contract Alive' in G. Virgo & S. Worthington ed., *Commercial Remedies: Resolving Controversies* (Cambridge University Press, 2017) at61
- J. W. Carter, A. Phang & S. Y. Phang, 'Performance Following Repudiation: Legal and Economic Interests' 15 JCL 1
- J. W. Carter, 'Adequate Assurance of Due Performance' 10 JCL 1
- J. W. Carter, 'Contract damages following discharge for repudiation - revisiting later events' 132 LQR 1
- J. W. Carter, 'Discharge as the Basis for Termination for Breach of Contract' 128 LQR 283
- J. W. Carter, 'The EMBIRICOS Principle and the Law' 47 MLR 422
- J. W. Carter, 'White & Carter v McGregor--how unreasonable?' 128 LQR 490
- J. W. Carter, 'Acceptance' of a Repudiation' 7 JCL 1
- L. Vold, 'Anticipatory Repudiation of Contracts and Necessity of Election' 26 Mich. L. Rev. 502
- M. Fischer, 'Remesies for Anticipatory Breach of Contract (LLM Thesis University of Cape Town)'
- M. G. Lloyd, 'Ready and Willing to Perform: The Problem of Prospective Inability in the Law of Contract' 37 MLR 121
- M. Lobban, 'Contractual Terms and Their Performance' in W. Cornish et. al., *12 The Oxford History of the Laws of England* at 497
- M. Mustill, 'Anticipatory Breach' in *Butterworth Lectures 1989-90* (Butterworth, 1990) at 1
- M. P. Gergen, 'The Right to Perform after Repudiation and Recover the Contract Price in Anglo-American Law' in L. A. Dimatteo and M. Hogg ed., *Comparative Contract Law British and American perspectives* (Oxford University Press, 2016) 313
- P. A. Moses, 'The Doctrine of Anticipatory Breach of Contracts, Theoretically and Historically Considered' (1900-1901) 1 N. C. L. J. 321
- P. M. Nienaber, 'The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy' 1962 CLJ 213
- P. Mitchell, 'Hochster v. De La Tour (1853)' in C. Mitchell and P. Mitchell ed., *Landmark Cases in the Law of Contract* 135
- Q. Liu, 'Claming Damages upon an Anticipatory Breach' 25 Legal Stud. 559
- S. J. Stoljar, 'Dependent and Independent Promises' 2 Syd. L. Rev. 217

【欧語文献（書籍）】

- E. Peel, *Treitel: The Law of Contract* (Sweet & Maxwell, 14th ed., 2015)

- H. G. Beale ed., *Chitty on Contracts Volume I General Principles* (Sweet & Maxwell, 32nd ed., 2015)
- J. Beatson et al. ed., *Anson's Law of Contract* (30th ed., 2016)
- J. Campbell, 2 *The Lives of the Chief Justices of England* (1849)
- J. E. Stannard, D. Capper, *Termination for Breach of Contract* (Oxford University Press, 2014)
- J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History* (Butterworths, 4th ed., 2007)
- J. W. Carter, *Carter's Breach of Contract* (Hart Publishing, 2012)
- M. Furmston, *Cheshire, Fifoot, & Furmston's Law of Contract* (Oxford University Press, 17th ed., 2017)
- N. Andrews, M. Clarke, A. Tettenborn, G. Virgo ed., *Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Breach* (Sweet & Maxwell, 2nd ed., 2017)
- P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of freedom of Contract* (Oxford University Press, 1979)
- Q. Liu, *Anticipatory Breach* (Hart Publishing, 2011)
- W. Holdsworth, 13 *A History of English Law* (3rd ed. 1982)

【欧語文献（判例）】

- *Amory v. Brodrick* (1822) 5 B. & Ald. 712, 106 ER 1351
- *Archard v. Hornor* (1828) 3 Car. & P. 349, 172 ER 451
- *Attica Sea Carriers Co. v. Ferrostaal Poseidon Bulk Reederei G.M.B.H. (The "Puerto Buitrago")* [1976] 1 Lloyd's Rep 250 (CA)
- *Avery v. Bowden* (1855) 119 ER 647
- *Barclays Bank plc. v. Unicredit Bank AG and another* [2012] EWHC 3655 (Comm)
- *Barclays Bank plc. v. Unicredit Bank AG and another* [2014] EWCA Civ 302, [2014] 1 C.L.C. 342
- *Barker and Fletwel's Case* (1585) Godbolt 69, 78 ER 43
- *Barrick v Buba* (1857) 140 ER 536
- *Blandford v. Andrews* (1598) Cro. Eliz. 694, 78 ER 930
- *Bowdell v. Parsons* (1808) 10 East 358, 103 ER 811
- *Bradley v. Newsom* [1919] AC 16 (HL)
- *British Electrical and Associated Industries (Cardiff) Ld. v. Patley Pressing Ld.* [1951] 1 WLR 280
- *Caines v. Smith* (1847) 15 M. & W. 188, 153 ER 816
- *Cherry v. Thompson* (1971-72) LR 7 QB 573
- *Clea Shipping Co. v. Bulk Oil International Ltd. (The "Alaskan Trader")* [1983] 2 Lloyd's Rep. 645
- *Cort v. The Ambergate, Nottingham and Boston and Eastern Junction Railway Company* (1851) 17 QB 127, 117 ER 1229.
- *Decro-Wall International SA v. Practitioners in Marketing Ltd.* [1971] 1 WLR 361
- *Denmark Productions Ltd. v. Boscobel Productions Ltd.* [1969] 1 QB 699
- *Ehrensperger v. Anderson* (1843) 3 Ex. 148, 154 ER 793

- Elderton v. Emmens (1848) 6 C. B. 160, 136 ER 1213
- Emmens v. Elderton (1853) 13 C. B. 495, 138 ER 1292
- Foran v. Wight [1989] 168 CLP 385
- Ford v. Tiley (1827) 6 B. & C. 325, 108 ER 472
- Fraunces's Case (1609) 8 Co. Rep. 89b, 77 E. R. 609
- Frost v. Knight (1869-70) L.R. 5 Ex. 322
- Frost v. Knight (1871-72) LR 7 Ex 111
- Gandell v. Pontigny (1816) 4 Camp. 375, 171 ER 119
- Gator Shipping Co. v. Trans-Asiatic Oil Ltd. S.A. and Occidental Shipping Establishment (The "Odenfeld") [1978] 2 Loyd's Rep 357
- Giles v Edwards (1797) 7 TR 181, 101 ER 920
- Goodman v. Pocock (1850) 15 QB 576, 117 ER 577
- Harrison v. Cage (1698) 1 Lord Raym 386, 91 ER 1156
- Hasham v Zenab [1960] AC 316
- Heyman v. Darwins Ltd. [1942] AC 356
- Heyman v. Darwins Ltd.[1942] AC 356
- Hochster v. De La Tour (1853) 118 ER 922
- Holland v. Bennett [1902] 1 KB 867
- Howard v. Pickford Tool Co. [1951] 1 KB 417
- Hulle v. Heightman (1801) 4 Esp. 75, 170 ER 647
- Hulle v. Heightman (1802) 2 East 145, 102 ER 324
- Isabella Shipowner SA v. Shagang Shipping Co. Ltd. (The "Aquafaith") [2012] EWHC 1077 (Comm)
- Jones v. Barkley (1781) 2 Dougl. 684, 99 ER434
- Jonstone v. Milling (1885-1886) L.R. 16 Q.B.D. 460
- Kingston v. Preston (1773) cited in Jones v. Barkley (1781) 2 Douglas 68, 99 ER 434 (KB)
- Laird v. Pim (1841) 7 M. & W. 474, 151 ER 852
- Lancashire v. Kellingworth (1701) 1 Ld. Raym. 686, 91 E. R. 1357, 1 Comyns. 117, 92 E. R. 991
- Langford & Co. Ltd. v. Dutch (1952) SC 15
- Leigh v. Paterson (1818) 8 Taunt 540, 129 ER 493
- Lovelock v. Franklyn, (1846) 8 Q. B. 371, 115 ER 916
- MSC Mediterranean Shipping Co. SA v. Cottonex Anstalt [2015] EWHC 283 (Comm); [2016] EWCA Civ 789
- Manx Electricity Authority v. J P Morgan Chase Bank [2003] EWCA Civ 1324
- Martin v. Stout [1925] AC 359
- Ministry of Sound (Ireland) Ltd. v. World Online Ltd. [2003] EWHC 2178 (Ch)
- Morris v. Lutterel (1599) Cro. Eliz. 672, 78 E. R. 910
- Moschi v. Lep Air Services Ltd. [1972] 2 WLR 1175
- Mutzenbecher v. La Aseguradora Espanola [1906] 1 KB 254

- Ocean Marine Navigation Ltd. v. Koch Carbon Inc. (The “Dynamic”) [2003] EWHC 1936 (Comm), 2003 WL 21729281
- Peeters v. Opie (1670) 2 Wms. Saund. 350, 85 ER 1144
- Peter Turnbull & Co. Pty. Ltd. v. Mundus Trading Co. (Australasia) Pty. Ltd. 90 CLP 235 (1954)
- Planché v. Colburn (1831) 5 Car. & P. 58, 172 ER 876
- Phillpotts v. Evans (1939) 5 M.&W. 475, 151 ER 200
- Reichman v. Beveridge [2006] EWHC Civ. 1659, [2007] Bus. LR 412
- Ripley v. McClure (1849) 4 Ex. 345, 154 ER 1245
- Short v. Stone (1846) 8 Q. B. 358, 115 ER 911
- Sir Anthony Main’s case (1595) 5 Co. Rep. 20b, 77 ER 80
- Smith v. Hayward (1837) 7 Ad. & E. 544, 112 ER 575
- Smith v. Wilson (1807) 8 East 437, 103 ER 410
- Startup v. Cortazzi (1853) 2 C. M. & R. 165, 150 ER 71
- Stocznia Gdanska SA v. Latvian Shipping Co. [1995] 2 Lloyd’s Rep 592 (QB)
- Stocznia Gdanska SA v. Latvian Shipping Co. [1996] 2 Lloyd’s Rep 132 (CA)
- The Danube and Black Sea Railway and Kustendjie Harbour Company (limited) v. Xenos (1863) 143 ER 325
- Thomas Reid and George Reid v Edward Hamilton Hoskins (1855) 119 ER 653
- Thomas Reid and George Reid v Edward Hamilton Hoskins (1856) 119 ER 1119
- Tilcon Ltd.v. Land and Real Estate Investments Ltd. [1987] 1 W.L.R. 46
- Vynior’s case (1609) 8 Co. Rep. 81b, 77 ER 597
- Warburton v. Storr (1825) 4 B. & C. 103, 107 ER 997
- White & Carter (Councils) Ltd. v. McGregor [1962] AC 413 (1961)