The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	履行意思の欠如による履行期前解除法理の展開（二・完）：ドイツにおける履行期前の履行拒絶論を手がかりに
Author(s)	松井, 和彦
Citation	阪大法学. 2009, 58(5), p. 43-111
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55138
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

履行意思の欠如による履行期前解除法理の展開（二・完）

――ドイツにおける履行期前の履行拒絶論を手がかりに――

松井和彦

第一章　問題の所在
第二章　わが国における「履行期前の履行拒絶」論の状況（以上、五八巻二号）
第三章　ドイツにおける「履行期前の履行拒絶」論の展開
第四章　わが民法における「履行期前の履行拒絶」の位置づけ
第五章　結びに代えて（以上、本号）

第三章　ドイツにおける「履行期前の履行拒絶」論の展開

ドイツにおいては、債務の履行を拒絶することは積極的債権侵害となり、債権者に無催告の契約解除権または給付に代わる損害賠償請求権が与えられるという判例・通説が、一九〇〇年の民法典制定直後から形成されている。

（阪大法学）58（5-43）985〔2009.1〕

これを踏まえ、二〇〇二年に改正された新債務法においては、履行期前の無催告解除権が三二三条四項において明文で規定されるに至っている。給付に代わる損害賠償請求権についても、明文の規定は置かれなかったものの、後述するとおり、学説の多くはこれを肯定している。本章では、ドイツにおいて右のような判例・通説が形成され、展開していく過程をたどり、「履行期前の履行拒絶」の給付障害法体系の中における位置づけについて、どのような理解がなされているのかを探っていくことにする。(58)

一　「履行期前の履行拒絶」概念

その歴史をたどる前に、積極的債権侵害を構成する「履行期前の履行拒絶」とはどのようなものを指すのかについて、簡単に確認しておこう。

ドイツにおいては、即時の契約解除権または損害賠償請求権をもたらす「履行期前の履行拒絶」とは、単に履行がなされるか否かにつき疑念を生ぜしめる程度の、履行に対する難色の表明では足りず、明確、真剣かつ終局的な（unmißverständlich, ernstlich und entgültig）履行拒絶であることが必要とされている。この判断は、厳格に行われる。もはや翻意が期待できないと認められるほどに、言い換えれば、履行期到来を待ち付加期間を設定することが「無意味な手続（leere Formula）」と認められるほどに履行拒絶の意思が確定的でなければならない。判例・学説においては、債務者の履行拒絶の表示が、債務者のいわば「最後の言葉（letztes Wort）」と認められる必要がある、ともいわれる。(59) 例えば、契約当事者間における単なる見解の相違、単なる期限の猶予の懇請、履行期を遵守できない旨の表示、再交渉の申入れは、ここでいう履行拒絶にあたらない。他方、債務者が正当な理由なく契約を解除するなど契約そのものを否定した場合、契約の履行に必要な許認可の取得を断固として拒否した場合、当初の契

約内容とは別の取引条件を強硬に主張し、これに同意しない限りいかなる履行もしない旨表明した場合には、履行拒絶が認められる。[60]

では、このような「履行期前の履行拒絶」が肯定された場合、なぜ、どのような法律構成によって、即時の契約解除権または損害賠償請求権が認められるのであろうか。この点についての判例・学説の展開をみてみよう。

二　判例の展開

1　積極的債権侵害論の登場以前の状況（一九世紀末〜二〇世紀初頭）

（1）初期の判例理論の形成

履行拒絶を扱った判例の歴史は古く、一九〇〇年の民法典施行以前にまでさかのぼる。当時は、ドイツ普通商法典三五五条および三五六条の解釈として、[61]履行拒絶の問題が扱われていた。[62]しかし、当時は履行期前の履行拒絶と履行期到来後の履行拒絶とがあまり区別されないまま論じられており、そのためもあって、主な関心事は、履行期到来前に法的救済を行使し得るか否かではなく、付加期間を設定することなく法的救済を行使し得るか否かであった。

【1】帝国裁判所一八八一年五月三日判決[63]

［事案］

一八七一年一二月、買主Xは売主Yとの間でグリセリンの分割履行契約を締結した。第一回目の引渡期日は一八七二年三月末または四月初めであったが、これに先立つ同年一月および二月初めにYは、給付をする意思も能力もない旨Xに明言し、確定的に履行を拒絶した。そこでXは、一八七二年二月二七日、履行期到来を待たずに、Yとの約定価格より高く

第三者からグリセリンを購入し、一八七二年四月、この価格と約定価格との差額を損害賠償としてXに請求した。

［判旨］

帝国裁判所は、履行期前の履行拒絶を、履行遅滞に関する普通商法典三五五条および三五六条の例外として位置づけた。すなわち、Yの履行拒絶の結果、「一方では、Xには、自己のために遅滞なく別の所で塡補購入することをYに警告し、かつ――一八七二年二月二七日にそうしたように――現実に塡補購入を行う権利が認められ、他方では、第一回目の引渡期日の経過後にさらに付加期間を認めることも全く意味を失った」と述べ、Xの損害賠償請求を認めた。

このように、民法典制定前においてすでに、履行期前の履行拒絶は、判例上、即時の損害賠償請求権を正当化する事由として承認されていた。その際の給付障害法上の位置づけとしては、本判決がドイツ普通商法典三五五条および三五六条の解釈を問題としていることから、遅滞それ自体または遅滞に準ずるものとして理解されていたことが分かる。そのうえで、右規定に基づく付加期間設定等の要件が不要になる根拠については、履行拒絶が確定的になされた場合には付加期間を設定しても全く意味がないということが挙げられている。

【2】帝国裁判所一八八二年五月一九日判決(64)

［事案］

事案は不明であるが、概ね次のようなものであると思われる。売買契約締結後、履行期前に売主Yが目的物の引渡しを拒絶した。そこで買主Xは、約定の引渡期日に当該目的物を取得する必要があったため、別の所から目的物を入手し、Yに対して催告をすることなく直ちに損害賠償を請求した。

［判旨］

Yは、Xが損害賠償請求に先立って催告をしなかったため遅滞は生じていないと主張したが、帝国裁判所は、次のように述べてこれを退けた。

「Yが繰り返し確定的に、契約に拘束されるとは考えない旨および目的物を引き渡さない旨を表示している以上、もはやXはYを遅滞に陥らせる必要はない。《中略》商取引において支配的な解釈によれば、このような表示には、遅滞に陥らせることを要しないという意味が付与されるのみである。すなわち、履行を拒絶した当事者は、相手方からのさらなる催告を放棄して、履行義務を負う場合に発生するはずの法律上の効果に服するのである。売主は、履行期前に表明したこのような拒絶によって、諸事情とりわけ引渡期日に目的物を取得する必要性ゆえに別の所から当該目的物を調達することによる塡補を直ちに行わざるを得ない状況に買主を陥らせた。」

本判決は、一方当事者が履行期前に履行を拒絶した場合には相手方は直ちに、すなわち付加期間を設定して催告することなく損害賠償を請求することができるという判決【1】の結論を確認している。さらに本判決は、右の結論を、履行期前の履行拒絶は付加期間設定の放棄を意味する、と解することで正当化している。

【3】帝国裁判所一九〇二年五月二七日判決(65)

［事案］

一九〇〇年七月五日、買主Xは、売主Yから同年八月から一二月まで毎月一定量の菜種油の供給を受ける旨の売買契約を締結した。ところがYは、この契約の存在を争って供給を拒絶したので、Xは不履行に基づく損害賠償を請求した。原審は、Xが旧三二六条一項(66)に基づき付加期間を設定しなかったことを理由に、Xの訴えを棄却した。

［判旨］

帝国裁判所は、次のように述べて、原審を破棄した。

「三二六条は強行法規ではない。契約当事者の別段の合意によってその要件を排除することができる。Yは一貫して、本件売買契約が法的拘束力あるかたちで締結されたことを争っており、それゆえに契約の履行を拒絶しようと決意したのである。これにより、YはXに対して、契約を拒否した。契約が法的に有効に締結されたとすれば、Yの行為は契約違反となろう。履行拒絶によりYは明示的に、履行のための期間を欲することも、設定された期間を利用することもしないこ

とを示したのである。Yには履行する意思がなかった。それゆえ、Yの履行拒絶は、付加期間設定の放棄と解される。付加期間の設定は、このような事情の下では無意味かつ不必要であり、法的な取引においては無意味かつ不必要な行為を要求することは認められない。本件においては、商取引に関するものであるだけにいっそう、付加期間設定の放棄を認めることには疑念が少ない。新商法三四六条[67]を適用して、ならびに旧商法の下で確立していた三五五条および三五六条に関する判例を顧慮して、現行法の下においても商人による履行拒絶は付加期間の放棄を意味すると認めるべきである。」

本件においては、Xが損害賠償請求をなしたことでもってYにおける付加期間の放棄を承認したことが認められるとして、旧三二六条一項の付加期間を不要とする当事者間の合意を認定した。

本判決は、ドイツ普通商法典三五五条および三五六条の下での判例の結論が一九〇〇年の民法典の下でも妥当することを確認した。その結論とは、履行期到来後に履行拒絶がなされた場合に債権者は旧三二六条の付加期間設定の手続を踏むことなく、直ちに損害賠償を請求することができる、というものである。しかし、ここで注目すべきは、この結論を導く法律構成である。本判決は、旧三二六条一項が任意法規である点に着目して、①履行拒絶を付加期間設定の放棄と見なし、②債権者がこれを理由に損害賠償請求したことをもって右放棄の承認と見なすことを通じて、③当事者間に旧三二六条の付加期間設定を排除する合意があったと擬制し、これを根拠に、即時の（履行期前の）損害賠償請求を肯定する。つまり、判決【1】【2】とは異なり、履行期前の履行拒絶に基づく即時の損害賠償請求権の正当化根拠を、付加期間の利益の一方的な放棄ではなく、合意による旧三二六条一項の手続の排除に求めるのである。

もっとも、本判決の事案は、履行期到来後に履行拒絶がなされたというものであり、この意味では、本稿の検討対象である履行期前の履行拒絶とは事案を異にする。しかし、次にみるように、この法律構成は履行期前の履行拒

絶にも採用されるようになる。

（2）履行期前の履行拒絶への拡張

【4】帝国裁判所一九〇二年七月一一日判決(68)

［事案］

一九〇〇年六月六日、売主Xは二〇〇〇トンの石炭屑を同年七月から八月までに買主Yに引き渡す旨の売買契約を締結した。ところがXは同年七月一七日の書面において、契約を破棄すると正当な理由なく主張し、石炭の引渡しを拒絶した。そこでYは、まず同年八月一四日に塡補購入を予告したうえで同月二二日に他から石炭を塡補購入し、同月二七日にその代金とXとの契約に基づく代金との差額を損害賠償として請求した。これに対してXは、旧三二六条一項の付加期間の設定がなされなかった等と反論した。上級地方裁判所はXの主張を退けた。

［判旨］

帝国裁判所は、次のように述べて、Xの上告を棄却した。

「当裁判所は、一九〇二年五月二七日判決（前掲判決【3】――筆者注）において、遅滞に陥った当事者が契約の履行を真剣に拒絶し、契約に誠実な当事者が不履行に基づく損害賠償を請求する場合には、双務契約に関する三二六条一項二文に規定された法的効果を生ぜしめるために、事前の付加期間設定を要しない旨判示した。当裁判所は、この法的問題について再度検討したところ、原審の最初の判決理由と本質的に同様の法的立場を退ける理由を見出し得なかった。本件は、引渡期間中に引渡しがなされなかった場合には給付に代えて不履行に基づく損害賠償を請求する旨のYの表示が、現実には引渡期間の満了前、すなわち履行遅滞が生じる前になされた、という特殊性を有している。しかし『売主があらかじめ真剣な履行拒絶を表示した場合には買主は直ちに、もし売主がこの履行拒絶に固執し履行期が到来しても給付しないのであれば後の履行を受け取らず不履行に基づく損害賠償を請求する旨を表示することができる』ということが、これに関する当裁判所の判決において認められた法的見解の唯一の法的効果――これは他の判決の理由においても引用されている

――である。」

このように本判決は、履行期後の履行拒絶に関する判決【3】の論理が履行期前の履行拒絶にも妥当する旨を明言した。その法律構成については詳細に言及していないものの、判決【3】と同様の立場を採用すると述べていることから、付加期間設定を排除する旨の合意という論理を履行期前の履行拒絶の場合にも及ぼし得ると考えているものと推測される。

(3) 小括

このように、民法典制定直後においてすでに、債務者による履行期前の履行拒絶は、判例上、債権者に即時の法的救済を正当化する根拠になると考えられていた。その際、ドイツ普通商法典三六五条および三六六条の手続、すなわち警告を伴った付加期間の設定は、無意味であるとの理由から不要とされた。これを支える法律構成として、債務者がこの利益を放棄し債権者がこれを承諾した、言い換えれば付加期間の設定に関する法規定を当事者の合意によって排除したのだという説明がなされていた。しかし、この説明は、あくまでも付加期間の設定を不要とすることに対するものであって、なぜ履行期到来を待つことなく即時に法的救済を行使し得るのかという問題に対して適切な解答を与えるものではなかった。

このような判例理論は、シュタウプの積極的契約侵害論の登場によって、大きな転機を迎えることになる。(69)

2　積極的契約侵害論の登場

(1) シュタウプの積極的契約侵害論

シュタウプ（Staub）は一九〇二年に積極的契約侵害論を提唱した。(70) その概略を、本稿と関連する限りにおいて紹介すると、こうである。給付障害は、民法に規定されている不能および遅滞に尽きるものではなく、これら以外

にも第三の類型がある。具体的には、競業避止義務違反など不作為による債権侵害（不作為義務違反）と、売主が虫の食ったリンゴを供給して買主のリンゴにも被害を与えたというような瑕疵ある給付である。このタイプの給付障害は、債務者の積極的行為によって債権者を害するものであることから、「積極的契約侵害（positive Vertragsverletzung）」という。これらの場合、遅滞に関する旧三二六条を類推適用して、債権者に損害賠償請求権または契約解除権が認められる。[71]

このように、一九〇二年の時点では、シュタウプは積極的契約侵害の例として履行期前の履行拒絶を挙げていなかった。しかし、この理論はまたたく間に判例に受け入れられ、履行期前の履行拒絶論にも大きな影響を及ぼす。

（2）判例による積極的契約侵害論の承認

シュタウプの積極的契約侵害論は、直ちに帝国裁判所により受け入れられた。

【5】 帝国裁判所一九〇三年三月六日判決[72]

［事案］

一九〇〇年八月二七日または同年九月一一日、売主Xは買主Yとの間で、地下鉄のトンネル建設に使用する砂利をYに供給する旨の契約を締結した。ところが一九〇一年一〇月三日の手紙で、XはYの代金支払に遅滞があったと主張して契約を解除し、また同月一四日の手紙で、Yに積極的契約侵害があったと主張して契約を解除し、債務不存在確認の訴えを提起した。Xの主張によれば、Yの積極的債権侵害というのは、本件契約の目的物たる砂利は地下鉄のトンネル建設に使用することを前提に、その使用量に応じて売買代金を確定することとされていたにもかかわらず、YがXから供給を受けた砂利を別の目的に使用したためトンネル建設に使用された砂利の量が不明となり売買代金が確定できなくなってしまったことに存するというものであった。第一審はYの履行遅滞を理由とするXの解除を認めたが、原審はYの履行遅滞および積極的契約侵害いずれに基づく解除も適法でないとした。

［判旨］

帝国裁判所は次のように述べて原判決を破棄し、事案を原審に差し戻した。

「三二六条の基礎にある立法上の考えは、次のようなものである。すなわち、双務契約における給付と反対給付との牽連性により、一方当事者が故意過失により契約を履行しないことは、これによって契約目的を危殆化せしめるため、取引の安定性の観点から、将来の給付の受領を拒絶して契約を解除するかまたは契約全体の不履行に基づく損害賠償を請求することを通じて直ちに法状況を確定する権利を相手方に与える、というものである。これと同様の考え方は、一方当事者による故意過失による積極的な権利侵害行為によって契約目的の達成が危殆化した場合にもあてはまる。しかし、法は、故意過失によって契約を履行しないという要件を満たした場合にのみこの法的効果を生ぜしめるのかというと、そうではない。すなわち三二六条は遅滞の場合についてのみの規定ではないのである。逆に、三二六条において双務契約の故意過失による不履行に関する一般的な法原則を特に遅滞に適用した規定を置くことで表明し、この法原則の一般的な規定を置かないことを明らかにしたと解釈するのがより自然である。《中略》これにより、類推という方法で、双務契約において、一方当事者の積極的契約侵害の場合にも、当該契約侵害が契約目的の達成を危殆化せしめるときは、相手方に三二六条に規定された権利を与えることが認められる。」

本判決は、帝国裁判所が初めて積極的契約侵害論を採用した判決として知られている。(73) これによれば、一方当事者の故意過失による行為によって契約目的の達成が危殆化せしめられた場合には契約を解除することができるという一般原則が民法典の起草者の基礎にある考えであり、旧三二六条はこの一般原則を遅滞に適用した場合を定めたものにすぎないと解される。そうだとすれば、旧三二六条が定めるルールは、遅滞以外の故意過失による権利侵害行為であっても、それにより契約目的の達成が危殆化せしめられたのであれば、類推できるはずだという結論が導かれる。このようにして、帝国裁判所は、契約目的達成の危殆化を一般的な要件として、遅滞および不能以外の権

利侵害行為についても契約解除または契約全体の不履行に基づく損害賠償請求を認めた。

（3）履行期前の履行拒絶に関する判例理論の転換

積極的契約侵害論を承認した帝国裁判所は、この理論を履行期前の履行拒絶にも及ぼした。

【6】帝国裁判所一九〇四年二月二三日判決(74)

［事案］

詳細は不明であるが、概ね次のような事案であると思われる。糸の継続的供給契約または分割履行契約において、買主Yは、一九〇〇年晩夏以降に引渡しを受けた糸に瑕疵があったと繰り返し主張し、これを理由に契約の残部を解除する旨を売主Xに対して何度も警告していた。一九〇〇年一二月、Yの求めに応じてXから引き渡された見本の糸にも瑕疵があったと主張し、一九〇一年二月一五日、契約全体を解除する旨を明言し、以降の糸の受領を断固として拒絶した。そこでXは、一九〇一年一二月、Yのために準備した糸を自助売却（商法三七三条）してYに対して旧三二六条に基づいて損害賠償を請求した。

［判旨］

「当裁判所は、一九〇三年三月六日の判決（判決【5】――筆者注）において、双務契約において契約目的の達成を危殆化せしめる一方当事者の積極的契約侵害を理由として、相手方は三二六条を類推して契約を解除するかまたは不履行に基づく損害賠償を請求することができる旨判示した。現行法は、不当かつ契約に反した前述のような契約否定を積極的契約侵害と解し、右判決において認められた法原則をここに適用して、この種の場合には売主は不当かつ契約に反した契約否定を理由に三二六条を類推して契約を解除しもしくは不履行に基づく損害賠償を請求することができ、売主がこの権利を行使した後は買主においてはもはや契約否定を任意に撤回して契約履行の意思を表明することができない、という結論を導くことを妨げない。(75)」

本判決は、判決【4】において採用された判例理論、すなわち付加期間設定を排除する旨の合意という考えに代

わり、履行期前の契約否定ないし履行拒絶が契約目的の達成を危殆化せしめる行為であり積極的契約侵害を構成するとの立場を明らかにして、旧三二六条類推適用により履行期前解除を肯定した。判決の論理を敷衍すると、こうである。旧三二六条の根底には、一方当事者によって契約目的の達成が危殆化せしめられた場合には相手方は契約関係を解消することができるという考えがあり、同条は、契約目的の達成が危殆化せしめられる一例として遅滞（およびその後に設定された付加期間の徒過）を挙げているのである。このように解するならば、遅滞以外の事由であっても、これによって契約目的の達成が危殆化せしめられる場合には、同様の法的効果が付与されるべきである。そして、双務契約における最小限の契約目的は給付と反対給付の交換であるところ、一方当事者が主たる給付義務の履行を履行期前に真剣かつ終局的に拒絶した場合には、給付と反対給付の交換が実現されないことが確実視されるため、契約目的は危殆化せしめられる。その結果、相手方において、もはや契約関係を維持することが認容し得なくなるため、即時の契約解除権が正当化されるのである。

シュタウプは一九〇四年に刊行された『積極的契約侵害』において、[76] この判決に賛意を示し、履行期前の履行拒絶を積極的契約侵害の一類型に加えた。[77] シュタウプによれば、各契約当事者は、義務の履行に対する合理的な不安を相手方に生ぜしめる全てのことをしてはならない義務を負うところ、履行期前の履行拒絶はこの義務に対する違反であり、積極的契約侵害を構成する。[78] というのは、各契約当事者は、相手方の契約の履行に対して信頼を寄せており、契約関係においてはこの信頼が重要な要素になっているところ、履行拒絶によって右信頼が破壊され、契約関係全体に重大な損害を生ぜしめるからである。[79] この場合、履行拒絶の相手方は、旧三二六条の類推適用により、契約解除権と損害賠償請求権とを選択的に行使することができる。その際、付加期間の設定は必要ない。なぜならば、すでに積極的契約侵害は発生しているのであるから、積極的契約侵害を回避するために付加期間を設定するこ

とはもはや不可能だからである。[80]

他方で、シュタウプは、判決【3】【4】に対して、契約当事者は対立しているのであって何かを合意したと擬制することはできないと批判し、また、付加期間の設定が無意味だとの理由づけに対しても、このような理由で裁判官が法規定を逸脱することは許されないと批判する。[81]

こうして、履行期前の履行拒絶を積極的契約侵害の中に位置づける考えが形成されていった。

3　積極的契約侵害論の登場以降の判例の展開

（1）判例理論の確立

その後の判例は、判決【6】において提示された解釈論を基本的に踏襲していく。

【7】帝国裁判所一九〇八年二月一〇日判決[82]

［事案］

売主Xと買主Yとの間で砂糖の継続的供給契約が締結された。これによれば、Xが一九〇二年一〇月から同年一二月までの間に約二五〇〇トンの砂糖を継続的に供給し、供給量に応じてYが一〇〇キロ当たり二五・八〇マルクの代金を支払うという内容であった。

Yは、供給量の解釈につき不当な主張を行い、これに基づきXが契約に違反したと述べ、一〇月および一一月供給分の一部につき受領を拒絶した。Xはこの受領を求め、旧三二六条一項に基づき付加期間を設定したが、Yがこれに応じなかったため契約を解除した。これに対してYは異議を唱え、返答期間を設定して、残量の供給期限を延長することを主張し、これを承諾するか否かについて返答するようXに求めた。一二月分についても、XはYに受領を求めたが、Yはやはり不当な主張を繰り返し、Xがこれに応じなかったため、Yは未供給分につき給付に代わる損害賠償を請求した。

原審では、受領拒絶には旧三二六条一項が適用されないとの理由から、Xの契約解除は不当であると判断された。そこ

で、Xの不当な契約解除が真剣な履行拒絶と見なされ積極的契約侵害にあたるか否かが上告審で検討されることとなった。

［判旨］

一〇月分および一一月分の供給につき、帝国裁判所は、Yの損害賠償請求を棄却した原判決を支持し、Yからの上告を棄却した。その際、まず、履行期前の履行拒絶について、次のように一般論を述べた。

「当民事部の確立した判例によれば、一方の契約当事者によって不当になされた真剣な履行拒絶は――契約の拒否も――通常、積極的契約侵害となる。これは、たしかに、原則として債務者遅滞の実質的要件を変更するものではない。しかし、履行拒絶者の給付につき履行期が到来するために、すなわち履行拒絶者自身の債務者遅滞が生じるために相手方の協力が必要とされる場合において、履行拒絶から、仮に相手方が協力行為を行っても履行拒絶を翻意しないであろうと認められるときは、相手方は協力行為を不要なものとして免除される。さらに、債務者遅滞のその他の実質的要件が備わっている場合には、履行拒絶により、催告の要件――二八四条一項――や付加期間の要件――三二六条一項一文――も必要なくなる。」

そのうえで、一般論として、契約解除の主張が不当だったからといって直ちに真剣な履行拒絶になるわけではなく、その他の諸事情と相俟ってはじめて真剣な履行拒絶になり得るとして、本件では、Xの解除には理由がないものの、これをもって真剣な履行拒絶とすることはできないと判示した。次いで、Yの損害賠償請求につき、たしかにXの解除には理由がないが、まずYが不当な受領拒絶をやめてからでなければ、Xの不当な契約解除を履行拒絶であると主張することができないと判示し、その理由として、Yが受領拒絶をやめたにもかかわらずなおXが不当な契約解除を強硬に主張した場合にはじめて真剣な履行拒絶が認められ得るからであると述べた。

本判決は、真剣な履行拒絶が積極的契約侵害になること、この場合には履行期到来前であっても無催告で契約を解除し、または給付に代わる損害賠償を請求することができることを確認した。ここで判決は、債務者の強固な履行拒絶ゆえに債権者が協力行為を行っても履行が期待できない場合には、協力行為をしなくても、無催告解除をす

ることができると述べている。本件に即していえば、こうである。買主Yが砂糖の受領を不当に拒絶して契約解除を主張したために、代金額が確定せず、Yの代金債務の履行期は到来しない。売主Xは、Yの代金債務の履行期を到来させるために砂糖の供給という協力行為をする必要があるが、Yの履行拒絶（不当な受領拒絶および契約解除）から、かりにXが供給してもYはこれを受領しないし代金も支払わないであろうと認められるときは、Xは供給をしなくても、Yの履行遅滞のその他の要件が備わっていれば、催告せずに解除または損害賠償を請求することができる。すなわち、代金債務の履行期が到来する前に、無催告解除または損害賠償請求をすることができるということである。

【8】帝国裁判所一九一九年一〇月七日判決(83)

［事実］

売主Yと買主Xは、モーターに関する売買契約を締結した。締結の際、Yは、本件モーターを八～一〇日で引き渡すことができると述べていたが、その三日後に、三～四か月後でないと引き渡せない旨述べた。XがYに対して、直ちに本件モーターを必要としており長期間待つことができないと述べたところ、Yは、それならば本件モーターを引き渡すことはできないと返答した。なおもXはYに対して、旧三二六条に基づいて付加期間を設定し、この期間内に事情を説明するよう求めたが、Yは、三～四か月後でないと引き渡せないと返答するのみであった。そこでXは、不履行に基づく損害賠償を求めた。

［判旨］

帝国裁判所は、右のようなYの返答を「XにおいてYの翻意する意思および可能性がないと判断せしめる明確な態度表明」と述べ、このような履行期前の履行拒絶を「契約上の合意に反する表示であり、同時に売主としてYに課せられた義務に対する重大な違反である。これは、Xが明らかに目指していた契約目的の達成を危殆化せしめ――不利益を避けるた

めに――適時に損害賠償請求に移行せざるを得ない状況にXを追い込んだ」と判示した。

本判決は、履行期前の履行拒絶が「売主としてYに課せられた義務に対する重大な違反」になること、これにより、「買主Xが明らかに目指していた契約目的の達成が危殆化」せしめられることを理由に、即時の損害賠償請求を肯定した。しかし、Yが履行拒絶によってどのような義務に違反したのかについては、判然としない。

いずれにせよ、履行期前の履行拒絶が積極的契約侵害を構成し即時の解除原因になり得るという帝国裁判所の判例理論は、連邦通常裁判所にも受け継がれる。(84)

(2) 戦後の判例

【9】連邦通常裁判所一九七四年三月二一日判決(85)

［事実の概要］

注文者Xは請負人Yとの間で、古い工場の撤去および新しい工場の建設工事に関する請負契約を締結した。工事開始後、Yが基礎溝を掘削した際、地下水の水面が予想よりも高いことが判明したため、Yは、地質調査をまず行う必要があると判断し、工事を一時中断した。ところがXは工事を続けるよう求め、Yがこれに応じないとみるやXは、Yが遅滞に陥っていると主張した。その後、Xは別の業者に本件工事を請け負わせ、これによって生じた追加費用の賠償をYに対して求めた。Yは反訴を提起し、建設した部分につき報酬の支払いを求めた。

［判旨］

連邦通常裁判所は、履行期前の履行拒絶について、次のように判示した。

「Xの請求権の履行期が到来しているかどうかは、この関連では問題にならない。請負人の積極的債権侵害により、契約に従った履行に対する注文者の信頼は激しく動揺し、履行期到来を待つことが空虚な形式となり損害を増大せしめるだけとなったからである。」

そして、本件においては、Yが、X側で地質調査をしなければ工事を継続しない旨をXに表明したこと、および建設現場から重機を引き揚げたことが不当な履行拒絶にあたるか否か、すなわちYが地質調査を必要と確信したことが正当と認められるか否かにつき審理を尽くす必要があるとして、原判決を破棄し、事案を原審に差し戻した。

本判決は、帝国裁判所において展開されてきた判例理論を踏襲し、積極的債権侵害を理由に一般論として履行期前解除権を肯定した。ここで注意すべきは、本判決のいう「信頼の激しい動揺」の意味である。判決は、「信頼の激しい動揺」の結果として、「履行期到来を待つことが空虚な形式とな」ると述べ、このことを根拠に履行期前解除を正当化している。つまり、ここで判決が重視しているのは、履行拒絶という行為の背信性ではなく、むしろ債務者からの任意の履行がもはや見込めず不履行が確定的になったという点である。

【10】 連邦通常裁判所一九七五年一二月一〇日判決(86)

［事実の概要］

スチールパイプ用の鉄に関して当事者間で締結した二つの売買契約のうち一つについて、売主Yが期日どおりに目的物を引き渡すことができるかどうか疑問視される状況が生じた。その原因は、Yの経営状態の悪化や、Yの引渡施設において燃料であるコークスの供給が困難になったことにあった。このためYは再三にわたり、期日どおりの引渡ができない旨および引渡期日の延期を買主Xに求めていた。Xとしては、この目的物を自己の取引先に引き渡さなければならないため、期日どおりに引き渡すことの確約を求めた。Yがこれに応じないためにXは、目的物の受取りを拒絶して損害賠償を求めた。

［判旨］

判決は、履行期前の履行拒絶につき、次のように一般論を述べた。

「通説によれば、履行期が到来してもみずからの契約上の義務を履行しない旨を真剣に表示した者は、積極的債権侵害

を行ったことになる。

その際、債務者が契約全体を否定している必要はない。契約上重要な義務を履行できない、もしくは履行する意思がない旨を表示することで足りる。契約目的が危殆化し、そのために信義誠実に照らして契約の維持が相手方において認容し得ないという要件を満たせばよい。《中略》

契約どおりに履行できない、または履行する意思がない旨の債務者の表示が終局的なものである――この判断に際しては厳格な審査が必要である――場合にのみ、債権者は、期間を設定しなくても契約を解除するかまたは損害賠償を請求することができる。債務者がみずからの契約上の義務を履行しない旨を明確に表示している場合にのみ、履行拒絶が認められる。」

本件においては、Yの態度が右の要件を満たさないとして、履行期前の履行拒絶による積極的契約侵害を否定した。さらに、Xは相当期間を定めて、履行期到来時に履行する旨の説明を求めることができ、Yがこれに応じない場合にはじめて損害賠償を請求することができたが、Xはこの手続を履践することなく直ちに損害賠償を請求したとして、Xの請求を退けた。

本判決は、傍論ではあるものの、履行期前の履行拒絶が即時の履行期前解除権を導くための要件につき、重要な指摘をしている。すなわち、①履行拒絶の意思が強固であって翻意が期待できないことと、②契約目的の達成が危殆化せしめられることが、厳密には別個の要件であるとの指摘である。このことを本判決は、契約全体の否定でなくてもよく、契約目的の達成が危殆化せしめられる限りにおいて、契約上重要な義務の履行拒絶で足りるという文脈で述べている。しかし、裏を返せば、履行期前解除権が認められるためには、契約上の何らかの義務に終局的な履行拒絶があっただけでは足りず、これによって契約目的の達成が危殆化せしめられることを要することになる。たとえ契約上の何らかの義務に履行拒絶があったとしても、その義務が当該契約上重要なものでなく、これによっ

て契約目的が危殆化せしめられることがない場合には、即時の履行期前解除権は認められない。

もっとも、積極的債権侵害が生じれば常に契約解除権が導かれるわけではなく契約目的が危殆化せしめられた場合に限られるという準則は、すでに一般的に承認されており、本判決はこの準則が履行期前の履行拒絶にも妥当することを確認したにすぎない。しかし、履行期前の履行拒絶の場面では、このことはこれまで意識的に論じられておらず、むしろ履行期前の履行拒絶が終局的なものであれば常に即時の履行期前解除権が生じるかのような議論がなされてきた。その理由は、おそらく、主たる給付義務の全部の履行が拒絶される事案においては、右①の要件を満たすことにより当然に右②の要件も満たされるため、①と②を別個に論じる必要がなかったからであろうと推測される。しかし、主たる給付義務以外の義務や主たる給付義務の一部のみの履行が拒絶された場合には、①の要件とは別個に②の要件を検討する必要性が出てくる。

次の判決は、まさにそのような事件に関するものである。

【11】 連邦通常裁判所一九七七年一〇月一二日判決(87)

［事案］

賃貸人Xは賃借人Yとの間で、高層ビルのペントハウス（以下、「本件ペントハウス」という）に関する賃貸借契約を締結した。契約締結当時このビルは建設中であり、Yは本件ペントハウスを住居兼写真アトリエとして使用する予定であった。ところが、ビル完成前にXはビルの屋根にライト付きの看板広告を設置することを目的として、訴外A会社に屋根の平面を賃貸した。この看板広告は、幅二五メートル、高さ三・二メートルで、本件ペントハウスの窓を塞ぐかたちで設置されることが予定されており、そのために必要な監督官庁の許可も申請されていた。そこでYは、このような看板広告が設置されると本件ペントハウスの使用に支障が生じると主張し、Xに対して看板広告を設置しないよう何度も申し入れたがXが強固にこれを拒んだため、ビルが完成し入居可能になってもYは本件ペントハウスに入居することを拒絶した。

Xからの賃料支払請求に対してYは、Xの行為が履行期前の履行拒絶による積極的債権侵害にあたると主張し、本件ペントハウスで写真撮影作業ができなかったことによる逸失利益を損害賠償として請求した。

［判旨］

連邦通常裁判所は、次のように述べてYの主張を容れ、Xの主張を認めた原判決を破棄し、事案を原審に差し戻した。

「Xがネオン看板広告の設置を強固に主張したことにより、Xは、契約に従った使用に適した状態で賃借物をYに引き渡すこと（BGB旧五三六条・現五三五条一項二文――筆者注）を拒絶したのである。というのは、本件のように住居兼写真のアトリエとして使用することが予定されている本件ペントハウスは、窓の前に幅二五メートル、高さ三・二メートルの照明付き看板広告が設置されることによって、少なくともその照明が点灯されることによって、著しく支障を来すからである。契約どおりに賃貸借契約を履行することを拒絶することが履行拒絶と同視されるということは、当裁判所がすでに判示しているところである。Xがこのようなネオン看板広告の設置を強固に主張することは、積極的債権侵害となり、Xは不履行による損害賠償義務を負うことになる。この場合、反対給付（賃料支払）に関するYの義務は消滅し、Yは――いずれにせよ原則として――契約侵害による逸失利益の賠償を請求する権利を取得する。一九七〇年一月二七日に公布されたノルトライン・ヴェストファーレン州建築法八二条一項に基づいて許可を要する照明付き看板広告が場合によっては建設監督庁によって許可されないかもしれないという場合にも、積極的債権侵害が認められることがあり得る。この場合にも、契約の履行に対するXの強固な拒絶は、賃借物の支障のない使用を確保すべきXの義務に対する重大な違反になるからである。」

本件では、賃借物を契約に従った使用に適した状態で引き渡す義務の履行拒絶が問題となった。この義務は当時、BGB旧五三六条に規定されており、[88] 賃貸人の主たる給付義務の一部をなすと解されていた。[89] この義務に対する違反は、旧五四二条一項に基づき、原則として無催告解除の原因となる。[90] 同条に基づく解除が認められる場合においても、賃借人になお損害が生じている場合には損害賠償を請求することができる。[91] 本件では、賃借人Yが賃借物で

ある本件ペントハウスへの入居を拒否していることから、契約関係の解消（即時解約告知）を前提として損害賠償を請求したものと思われるが、単にXが旧五三六条の義務の履行を強固に拒絶したというだけではなく、それがYの本件ペントハウスの使用に著しい支障を来すという重大な結果を招くものであり、契約目的の達成を危殆化せしめるとの判断から、Yの主張が容れられたものと解される。このように、本件は、賃貸人Xが目的物の引渡しそれ自体を拒絶したのではなく、債務の本旨に従った状態で引き渡すことを拒絶した事案であることから、履行拒絶意思が終局的なものであることとは別に、当該履行拒絶によって契約目的の達成が危殆化せしめられることが履行期前解除権にとっての独立の要件とされていることが、鮮明に表れている。

また、本判決は、履行期前の履行拒絶が「賃借物の支障のない使用を確保すべき義務」すなわち旧五三六条の義務に対する重大な違反であると述べている。このことは、履行拒絶が、拒絶の対象となった義務それ自体に対する違反であることを示唆する重要な指摘である。

【12】連邦通常裁判所一九七六年一二月一日判決(92)

［事案］

売主Xは買主Yとの間で航空機に関する売買契約を締結した。航空機の引渡し前、両当事者は互いに相手の履行遅滞を主張し、遂に買主Yは付加期間を設定して航空機の引渡しを求め、これが徒過したために契約を解除した。売主Xがこれを不当だと主張し、航空機の引渡しと引換えに売買代金を支払うよう求めた。

第一審はYの解除を適法と認めXの訴えを棄却した。控訴審においてXは、本件航空機を転売したうえで、不履行に基づく損害賠償を請求したが、原審は、Xの右転売が契約違反行為にあたることを理由に、損害賠償請求を否定した。

［判旨］

連邦通常裁判所は、かりにXの右転売がなくてもYが終局的に履行拒絶していた場合には、Xにみずからの給付を維持

するよう強いることはできないと述べて原判決を破棄し、Yの解除が不当だったか否かにつき審理を尽くさせるため事案を原審に差し戻した。その際、判決は、履行期前の履行拒絶について次のように一般論を述べている。

「確立した判例によれば、不当な解除は、Yが恣意的な契約拒否を真剣かつ終局的に行ったことを意味する。これにより解除者は、忠実かつ誠実に契約を履行する義務に違反したことになり――三二五条および三二六条の類推適用により――契約全体の不履行に基づく損害賠償義務を負う。」

本件では、かりにYがXに遅滞があると言いがかりをつけて契約を不当に解除して代金支払義務の履行を拒絶したのだとすれば、これが履行期前の履行拒絶にあたるとされたものである。判決は、履行期前の履行拒絶が「忠実かつ誠実に契約を履行する義務に違反したことにな」ると述べているが、このようなごく短い判示のみから多くを読み取ることは困難である。本判決が、「忠実かつ誠実に契約を履行する義務」を主たる給付義務それ自体のことを指しているのか、これとは別個の誠実義務を付随義務として観念しようとしているのかは、明らかでない。(93)

さて、その後の判例は、単に履行期前の履行拒絶が積極的債権侵害にあたると述べるのみで、理論的根拠について言及しないまま履行期前の契約解除または損害賠償請求を認めている。(94) あたかも判例は、この問題に関する判例の準則がすでに確立しておりこれ以上の理由を述べる必要がないと考えているかのようである。(95)

4　判例のまとめ

ここまで見てきた判例理論をまとめると、次のとおりである。

シュタウプの『積極的契約侵害論』の刊行以降、判例はこの理論を採用し、履行期前の履行拒絶を積極的債権侵害のひとつと位置づけた。判例理論によれば、履行期前の履行拒絶により、債務が任意に履行されないことが確定的となり、これにより債権者において契約目的の達成が危殆化せしめられる。そこで、この場合、債権者は、付加

期間を設定することなく、また履行期到来を待つことなく、直ちに契約を解除するかまたは給付に代わる損害賠償を請求することができる。このため、ここでの履行拒絶は、合理的にみて翻意が期待できないほど終局的なものであることに加え、この履行拒絶によって契約目的の達成が危殆化せしめられ、債権者において当該契約を維持することが信義誠実に照らして認容し得ないと認められるに至ったことが必要とされる。このことは、主たる給付義務の一部や付随的給付義務の履行が拒絶された場合に意味をもってくる。

それでは、判例は、履行期前の履行拒絶をいかなる義務に対する違反と構成しているのであろうか。右にみた判例理論が、シュタウプの積極的債権侵害論を採用するかたちで形成され確立されていったという経緯に照らすと、判例は、シュタウプが主張するように、履行期前の履行拒絶を付随義務違反と捉えていると理解することもできよう。しかし、総じて判例はこの点について詳論せず、ただ契約目的達成の危殆化を解除原因として挙げるにとどまっている。判例は、履行期前の履行拒絶がいかなる義務違反なのかを問うことなく、契約目的達成の危殆化をもたらすことから直接、履行期前解除権を導いているかのごとくである。

三　学説の状況

初期のころは、当時の判例を支持して、履行期前の履行拒絶を旧三一六条一項の付加期間設定の放棄と解する見解がみられた（付加期間設定放棄説）[96]。しかし、シュタウプの見解以降、履行期前の履行拒絶を積極的債権侵害論の中に位置づける見解が通説化していく過程の中で、付加期間設定放棄説は、次のような批判に遭い、衰退していった。すなわち、履行拒絶をしている債務者の多くは、契約の存在それ自体を否定したり、契約の履行に際して別の条件を主張したりしているのであって、履行拒絶の中に付加期間の設定を受ける利益を放棄する意思は存在しな

い。したがって、このような意思の擬制をすることは不可能である、と。(97)

そこで、その後の学説の展開を以下では見ていくことにする。個々の学説に立ち入る前に、全体の見取り図を示しておこう。学説は、次の三つの系譜に大別することができる。

第一は、履行期前の履行拒絶を付随義務違反と捉えて積極的債権侵害を構成すると解する説である。この説は、シュタウプに端を発し、付随義務論の隆盛とともに有力になっていった。

第二は、履行拒絶の表示をした債務者がみずからの表示に拘束される結果、債権者はこの表示を前提として法的措置を講じることができるのだと解する説である。この説は、クリュックマンやラーベルにより提唱されたもので、英米法に示唆を得て展開された。

第三は、契約目的達成の危殆化という一般的・包括的な契約解除原因のひとつとして履行期前の履行拒絶を位置づけようとする説である。この説は、前二説に遅れて展開されたが、多くの論者によりさまざまなアプローチから支持され、また、判例理論とも親和性が高いことから、急速に有力になっている。この説を主張する論者の中には、履行期前の履行拒絶を積極的債権侵害に含めるものもあるが、本来的には既存の給付障害とは別個の新たな類型と位置づける。

それでは、これらの学説が展開されていく様子を、時系列に沿ってみていくことにしよう。

1　初期の学説

(1) フリッツの見解

フリッツ（Fritz）は、履行期前に主たる給付義務違反が生じることはないとして、履行期前の履行拒絶をシュタウプと同様、付随義務たる給付誠実義務違反と解する。フリッツによれば、二四二条に基づき、債務者は、債権

者において履行を受けることができないのではないかとの懸念を生ぜしめる可能性のある全てのことをしてはならない義務を負っている。履行期前の履行拒絶は、この義務の違反であり、これにより債務者に損害賠償義務または契約解除権が生じる。[98] ただし、付加期間の取扱いがシュタウプとは異なっている。フリッツによれば、履行拒絶の程度によって、次のように異なった取扱いがなされる。

まず、履行拒絶が終局的なものでなく、かつ当該拒絶が債務者の責めに帰すべき事由による場合には、遅滞に関する旧三二六条が適用される。すなわち、履行遅滞においては、債権者は、なお履行がなされるのかどうか不確定な状況に置かれる。このような不確定な状態が継続することは債権者にとって認容し得ないため、旧三二六条は、付加期間の設定によって右の不確定な状態を払拭する方策を規定しているのである。つまり、履行されるかどうかが不確実であることが、同条の重要な要素になっている。旧三二六条の趣旨が右のようなものと解するならば、履行期前の履行拒絶においても債権者が置かれている状況は同じであるため、同条を用いることができるのである。[99] そして、この期間が奏効せずに経過したことは、履行されるかどうかが不確実な状態から履行されないことが確実な状態に至らしめる。[100]

これに対して、履行拒絶が終局的なもので、かつ当該拒絶が債務者の責めに帰すべき事由による場合には、不能に関する旧三二五条が準用される。同条は、債務者の給付が客観的に不能なため債権者において給付が全く期待し得ないことが明らかなために、旧三二六条のように付加期間を設定しても奏効しないことが最初から確定していることから、即時の解除・損害賠償を規定したのである。つまり、履行されないことが終局的に確定したことが同条の要件になっている。この点において、履行期前の終局的な履行拒絶は、これと同視することができる。[101][102] また、履行拒絶の原因となった事由につき債務者に故意過失がない場合には、責めに帰すべからざる不能に関する旧三二三

条が準用される。[103]

このようにフリッツは、将来における不履行を確実なものにした行為（履行拒絶）を、給付誠実義務違反にあたるとしつつ、その法的効果については、履行拒絶の程度、すなわち履行拒絶の対象となった義務に不履行が生じる確実性の程度の違いに応じて、不能または遅滞の規定に即して扱おうとする。[104]

（2）エルトマンの見解

エルトマン（Oertmann）は、安易に履行拒絶を認める立場に対して債務者の利益を不当に害すると批判する一方、厳格な要件の下で認定された真剣かつ終局的な履行拒絶については、これを「終局的な契約の破壊」と位置づけ、即時の契約解除を肯定する。[105] エルトマンは、この「契約の破壊（Vertragsbruch）」を、契約にはもはや拘束されない旨の義務者の表示と定義づけ、遅滞、不能のいずれとも異なる類型と位置づけている。この場合、相手方には、旧三二六条二項に基づき付加期間を設定することなく契約解除権が認められる。ただし、その法律構成については、相手方が契約を破壊した当事者の表示に同意することで契約関係を解消する権利を認めると述べ、前掲判決【3】【4】とほぼ同様の考え方をしている。[106]

（3）クリュックマンおよびラーベルの見解

クリュックマン（Krückmann）は、まず、履行期前の履行拒絶においては履行期が到来していないため遅滞はまだ発生していないし、その他の義務違反も発生していないので積極的債権侵害という構成も採り得ないという。そこで、履行拒絶に基づく即時の契約解除権の根拠を、一般的な悪意の抗弁（exceptio doli generalis）に求めるべきと主張する。[107] すなわち、「人は真剣な意思表示と矛盾した行為をしてはならない」というローマ法以来の法原則にその根拠を求めるのである。つまり、債務者が履行期前の履行拒絶を行った場合には、これと矛盾した行為をする

ことができず、この時点で不履行が確定するため、債権者は直ちに契約の拘束から免れる権利を取得するのである。

このようなクリュックマンの発想を受け継ぎ、さらに理論的に精緻化したのがラーベル（Rabel）である。ラーベルは、英米法のエストッペルの原則に影響を受けて、自己矛盾行為禁止の原則（venire contra factum proprium）に履行期前解除の根拠を求める見解を主張した。[108] これによれば、債務者が「履行しない」と明言した場合、これは一種の約束行為であり、債務者自身がこの表示に拘束される。つまり、債権者は債務者の表示を信頼し（beim Wort nehmen）、履行期が到来しても債務者は債務を履行しないものと理解することが正当化される。[109] 債務者は、自己の表示と矛盾する行為をすることで債権者の信頼を裏切ってはならない。結果として、債務者はみずからの表示に拘束され、逆に債権者は、債務者の表示を基礎として行動することができる。すなわち、債権者は、債務者が債務を履行しないことが確定したものと見なし、履行期到来前であっても、即時に契約を解除しもしくは損害賠償を請求することができるのである。ラーベルは、このような、債務者の表示が債権者の表示によって拘束されるという関係は、契約における両当事者の関係に対応するともいう。

この説の第一の特徴は、ラーベルが用いた「beim Wort nehmen」という表現に最も端的に表れている。つまり、この説においては、履行拒絶が履行期前の無催告解除権を生ぜしめるのは、債務者の不履行が確実になったからでも、債務者の履行ないし契約目的の達成が危殆化したからでもない。債務者の明確かつ終局的な表示（履行拒絶）を債権者が信用することが正当と見なされるからである。この点において、この見解は、履行期前の履行拒絶を積極的債権侵害の中に位置づけるその他の学説や判例理論とは明らかに異なる。

さらに第二の特徴は、債務者による履行拒絶の表示と、この受入れを表す債権者による表示を、契約類似の関係と解している点である。このようにラーベルは、履行拒絶による履行期前解除を、合意解除に類似したものと解す

ることで、主たる給付義務における履行期の問題を克服しようとしたのである。この部分は、エルトマンの見解と同様である。

（4）履行期前解除権を否定する見解

初期の学説においては、原則として付加期間を設定すべきことを主張する見解もみられた。レーマン（Lehmann）やハインリッヒ・シュトル（Heinrich Stoll）は、旧三二六条の類推適用を恣意的に行わないようにするため、付加期間を不要とするには債権者の契約履行に対する利益が喪失したことを要するという解釈論を前提に、履行拒絶の場合には常に右利益が喪失するわけではないとして、履行期前の履行拒絶の場合にも原則として付加期間を設定すべきだと主張する。そして、レーマンは、履行拒絶が積極的債権侵害として遅滞を根拠づけ、かつ債務者の履行拒絶の中に付加期間設定の放棄が含まれると認められる場合にのみ、ハインリッヒ・シュトルは、右利益が喪失したと認められる場合にのみ、契約解除権または損害賠償請求権を即時に行使することができると述べる。(110)

また、ジーバー（Siber）は、旧三二六条一項が定めている付加期間の設定はこれを徒過することによって契約解除権という重大な効果をもたらすのであるからこれを不要とすることは履行拒絶をした債務者に不当に大きな不利益を課すことになるとして、履行拒絶がなされた場合でも付加期間が必要とする。(111) これによれば、履行期が到来してはじめて付加期間を設定することができるのであるから、履行期前解除は認められないこととなろう。そして、判例【3】【4】の考え方に対しては、たしかに旧三二六条は任意規定であるから当事者の合意によって付加期間の設定を不要とすることは可能であるとしながらも、履行拒絶をもってそのような合意の申込みと見なすことは債務者の意思に反すると述べて批判する。

しかし、履行期前の履行拒絶を理由として無催告解除権を認めるべきことが判例・学説において確立していくに

したがい、このような学説は姿を消していった。

2　戦後の学説

戦後に至り、フリッツの見解は、二つの方向に分かれて展開されていく。ひとつは、履行期前の履行拒絶が付随義務としての給付誠実義務に対する違反になるという構成を維持しつつ、積極的債権侵害の中の位置づけを明確化しようとする試みである（給付誠実義務違反説）。いまひとつは、既存の給付障害類型との比較を通じて、一方では共通項を析出して履行期前解除権を正当化し、他方では相違点を指摘して給付障害法体系の中で独自の類型と位置づけようとする試みである（不履行確定説）。この立場が、戦後、盛んに主張され、有力になっていく。

他方、クリュックマンおよびラーベルによって主張された見解は、ハンス・シュトルに受け継がれ（自己矛盾行為禁止原則説）、一時的に支持者を集めたが、右に述べた第二の見解が有力になるに伴い、多くの批判に遭い衰退していく。

（1）給付誠実義務違反説の展開と批判

①ラーレンツの見解

ラーレンツ（Larenz）は、各契約当事者は、主たる給付義務以外に、債務関係から生じる行為義務として「契約に適った行為をなす義務」を負うとして、具体的には、保護義務、顧慮義務、忠実協力義務を挙げる。これらの要請に反する行為は全て契約違反になり、その一例が、真剣かつ不当な履行拒絶である。[112] 履行期前の履行拒絶が不当で有責な場合には、それ自体、相応のサンクションを正当ならしめる重大な義務違反であり、積極的債権侵害の特殊類型と位置づけられる。[113] この場合には、債権者において契約関係の継続がもはや認容し得なくなるため、債権者は、履行期前であっても、旧三二六条二項を類推して付加期間を設定することなく契約を解除し、もしくは旧二八

六条二項を類推して給付に代わる損害賠償を請求することができる。[114]

このように、ラーレンツは、履行拒絶を契約に反する背信行為と位置づけ、これを付随義務違反による積極的債権侵害に含めて処理しようとした。

②付随義務違反として積極的債権侵害の中に位置づける見解

その後、ラーレンツの見解を受け継ぐかたちで、履行期前の履行拒絶を付随義務たる誠実義務に対する違反と解し、これを積極的債権侵害の中に位置づける見解が盛んに主張されるようになる。

レービッシュ（Löwisch）は、積極的債権侵害を瑕疵ある給付、契約不誠実、保護義務違反の三つに分け、履行期前の履行拒絶を契約不誠実に位置づける。これによれば、債務者はみずからの行為によって債務関係の目的を疑問視させたり危殆化させたりしない義務（給付誠実義務）を負っており、真剣かつ終局的な履行拒絶はこの義務に対する違反になるという。[115]

ハインリッヒス（Heinrichs）の分類はさらに詳細である。ハインリッヒスは、給付誠実義務を、①給付の提供に至るまで債務の目的物を維持・保管する義務、②債務関係に基づいて相手方に与えられた利益を奪ったり減少させたり危殆化したりしてはならない義務（給付結果確保義務）、③契約に誠実に行動する義務、④支援・顧慮義務の四つに分類し、履行拒絶は③の義務違反にあたるという。[116] この場合、債務者は給付誠実義務に違反したことになり、積極的債権侵害となる。[117]

ケプケ（Köpcke）は、積極的債権侵害を瑕疵ある給付と信頼破壊の二つに大別し、履行期前の履行拒絶を後者の中の協力義務違反と位置づける。[118]

このように、これらの見解においては、主たる給付義務とは別個の付随義務として給付誠実義務が観念され、履

行期前の履行拒絶はこの給付誠実義務違反と構成される。

③給付誠実義務違反説に対する批判

このような給付誠実義務違反説に対する批判としては、給付誠実義務構成は主たる給付義務に加えて、当該給付義務の履行を拒絶しない義務なるものを付随義務として認める屋上屋を架す構成である、[119] または、単に給付義務を裏から、すなわち消極的側面から捉えたにすぎず、あるいは継続的債権関係において信頼関係を破壊しない義務を言い換えたにすぎないため不要である、[120] 等が主張されている。さらに、履行を拒絶しないことを内容とする付随義務に対する違反という構成では、契約全体の解除権または契約全体の不履行に基づく損害賠償請求権が生じるという法的効果が説明できなくなるとの批判や、[121] そもそも一般論として給付誠実義務なる付随義務を観念することに対しても、義務内容を明確にすることが困難であるとの批判がある。[122]

（2）自己矛盾行為禁止原則説の隆盛と衰退

①ハンス・シュトルの見解

ハンス・シュトル（Hans Stoll）は、英米法およびウィーン国連売買条約（CISG）との比較検討を通じて、ラーベルの見解を基本的に支持する。シュトルによれば、履行拒絶は、契約を故意に無視することであり、これにより契約は相手方にとって事実上無価値になったといえるほどまでに価値を低下させる。[123] このように、履行拒絶という給付障害事由の特徴が、履行を拒絶する旨の当事者の表示に存する以上、この点に即した解釈をすべきである。すなわち、履行拒絶者は、履行を拒絶する旨のみずからの表示に拘束され、相手方にとってもはや契約関係の維持が認容し得なくなるため、契約関係から離脱することが認められ、契約を解除しまたは損害賠償を請求し得ることになる。この法的効果が認められるためには、履行拒絶が明確かつ終局的なものでなければならないが、このこと

は、自己矛盾行為の禁止という観点とも親和的である。このように、契約解除権や損害賠償請求権といった法的救済の根拠を当事者の表示に求める点において、履行拒絶は、その他の積極的債権侵害とは異なる特殊な給付障害類型であるという。[124][125]

②自己矛盾行為禁止原則説に対する批判

しかし、自己矛盾行為禁止原則説は、多くの激しい批判に晒されている。第一は、この説が基礎とするアメリカ法の発想はドイツ法の発想と相容れないという批判である。すなわち、アメリカ法においては、契約上の約束は債務者の履行保証と解され、したがって契約違反の予告（履行期前の履行拒絶）から直ちに損害賠償義務を根拠づけることが可能である。しかし、ドイツ法では、債務者は故意過失による義務違反を根拠に損害賠償責任が発生するのであって、みずからの表示を根拠として責任を負うのではない。このように、契約責任の構造がアメリカ法とドイツ法とで異なる以上、履行期前の履行拒絶をアメリカ法的に理解する自己矛盾行為禁止説はドイツ法に馴染まない、というのである。[126]

第二は、自己矛盾行為禁止原則は、みずからの債務の履行を拒絶した者（債務者）が債権者に対してこれと対価関係にある債務の履行を請求することが許されないことの根拠になるにすぎず、損害賠償請求権や契約解除権の根拠にはならないとの批判である。[127] すなわち、自己矛盾行為禁止原則から導かれる効果は、履行拒絶者からの履行請求を遮断することにとどまり、これを越えて、債権者の即時の契約解除権や損害賠償請求権までは帰結されない。[128]

第三に、債務者が履行拒絶をしても債権者は給付訴訟を提起することができるし、債権者が契約解除または損害賠償請求をするまでは、債務者は履行拒絶を撤回することができるので、契約当事者が履行拒絶にそれほど強く拘束されるわけではないとの批判もなされている。[129]

このような批判に遭い、自己矛盾行為禁止原則説は次第に支持を失っていく。

（3）不履行確定説の登場と有力化

判例理論やフリッツの見解を踏まえて、遅滞や不能の場合に契約解除権または不履行に基づく損害賠償請求権が認められるのは債務者による不給付が確定的になったことによるとの認識のもと、これをさらに一歩進めて、履行期前の履行拒絶によっても債務者による不給付が確定的になるのであるから、端的に――給付誠実義務違反という概念を媒介せずに――遅滞や不能と同様の法的効果が認められるべきであるとして履行期前の無催告解除権または損害賠償請求権を根拠づける見解が登場し、支持者を増やしていった。この見解は、給付結果不発生の確定という側面を重視する点に特徴がある。これによれば、履行期前の履行拒絶は、遅滞とも不能とも異なる独自の給付障害類型と位置づけられる。もっとも、アプローチの仕方は論者によってさまざまである。(130)

①レーザーの見解

レーザー（Leser）は、英米法や、国際レベルでの契約法の統一ルールであるハーグ統一売買法などの検討を通じて、履行期前の履行拒絶の特徴が、第一次的な義務、すなわち主たる給付義務それ自体が否定されたという点に存することを強調し、この点において、保護義務ないし付随義務違反を内容とする積極的債権侵害とは異なると述べる。このような決定的かつ真剣な履行拒絶は、たしかに不履行とは同視されないが、契約にしたがった債務の履行を危殆化せしめる。しかも履行期到来前においては契約どおりに債務が履行されるという要素は契約当事者にとってきわめて重要な基礎をなす。したがって、一方当事者が有責な履行拒絶によってこの基礎を破壊した場合には、責任が生じるという。(131)

契約当事者が契約関係を維持する基礎にあるのは履行に対する信頼であり、履行拒絶によってこれが破壊される

という発想は、前述の給付誠実義務違反説に通じる部分がある。しかし、給付誠実義務違反説とは異なり、レーザーはこのような債務者の有責行為によって主たる給付義務違反が生じるという。そして、債権者の責めに帰すべき事由に基づく決定的かつ真剣な履行拒絶は、債権者をして契約からの離脱を認めるためにこれ以上の補強材料や根拠付けを要しない独立の契約違反類型であると述べる。(132)

②ヤコプスの見解（不能アプローチ）

ヤコプス（Jakobs）は、不履行責任の根拠に関する考察から、履行期前の履行拒絶に基づく履行期前解除を正当化する。(133) ヤコプスによれば、不履行責任の根拠は「債務者が履行しないことが確実になったこと」であり、民法上規定されている「不能」（旧二八〇条）は、その代表例にすぎない。そうだとすれば、不能以外にも「債務者が任意に履行しないことが確実になった」場合は存在するのであり、これらの場合にも不能と同様の法的効果を付与すべきであるという。(134) そして、履行期前の真剣かつ終局的な履行拒絶は、まさにこれにあたる。債務者が真剣かつ終局的に債務の履行を拒絶した場合には、義務違反が生じることが確実になったと見なされるため、それにもかかわらず履行期到来を待つことは債権者にとって認容し得ないと解される。このため、債権者に即時の損害賠償請求権または契約解除権が認められるのである。(135)

③フューファーの見解（遅滞アプローチ）

ヤコプスと同様の発想に立ちつつも、遅滞規定に拠り所を求める説もある。フューファー（Hüffer）は、単に「契約目的の認容し得ない危殆化」というだけでは、内容を明確にすることが困難であるとして、より明文の規定に則して履行拒絶を理解しようとする。そして、遅滞に関する旧三二六条の趣旨および構造に関する考察から、履行期前の履行拒絶を遅滞に準じて取り扱い、同条を類推適用すべきことを主張する。すなわち、旧三二六条の基本

的な考えは、双務契約の一方当事者において契約が履行されるかどうかにつき疑念が湧いた場合に、相手方は不給付を確定的なものにし、契約の履行に代えて契約解除を選択することができる、ということである。そして、遅滞は、給付が不確実になるさまざまな場合のうちの特徴的かつ重要な一場合にすぎない。[136] したがって、遅滞以外の場合にも、給付が不確実な場合には、旧三二六条一項の類推適用が認められるべきである。また、債務の履行が、債務者の行為によって、給付の相互交換関係を維持できないほどに困難になった場合には、同条二項の類推適用が認められるべきである。要するに、債務者の履行拒絶によって給付が不確実になった場合には、旧三二六条一項の類推適用により債権者は付加期間を定めて履行意思の表明を催告することができ、この期間が奏効せずに経過した場合には、不給付が確定的なものになったと見なされ、契約解除権が生じる。他方、債務者の履行拒絶が真剣かつ終局的なためにすでに不給付が確実と認められる場合には、旧三二六条二項の類推適用により、付加期間の設定を要することなく、直ちに契約解除権が生じる。[137]

そして、右のように処理される履行期前の履行拒絶の法的性質についてフューファーは、レーザーの見解を支持して、履行拒絶は主たる給付義務の否定、すなわち主たる給付義務違反であって、独立した給付障害類型であるという。[138]

④トイプナーの見解

トイプナー（Teubner）は、遅滞、不能、積極的債権侵害および履行拒絶のいずれも契約目的の侵害という点では共通するとの前提に立ちつつ、履行拒絶の要件・効果とそれ以外の給付障害のそれとを比較しながら、各給付障害における契約目的の侵害の強さを考察する。

まず、遅滞と履行拒絶とは、給付が原則として可能であるという点において共通しているが、遅滞は暫定的なも

のであるのに対して履行拒絶は終局的なものであるという点に大きな違いがある。すなわち、遅滞においては、任意の履行が確実もしくは履行されるか否かが分からない状態であるのに対して、履行拒絶においては、任意に履行されないことが確実である。この意味において、契約目的の侵害の程度は、履行拒絶のほうがはるかに強い。[139]

次に、積極的債権侵害と履行拒絶とでは、前者が付随義務違反に関するものであるのに対して、後者が主たる義務違反を構成するという点において大きく異なっている。このことは法的効果においても現れている。すなわち、前者は常に契約解除権を生ぜしめるわけではなく、契約目的の危殆化や契約関係の維持が認容し得ないなどの事情が必要である。これに対して、履行拒絶においては、それ自体直ちに解除権を生ぜしめる。[140] また、前者においては、任意の履行がなされるかどうかまだ不確実な状態であるが、後者においては、任意の履行がなされないことが確実であり、かつそれが「履行拒絶」の要件である。つまり、前者においては契約目的は危殆化しているのに対して、後者においては、契約目的が達成されないことが確実になっている。[141]

最後に、不能と履行拒絶とでは、履行の強制が可能かどうかという点において異なる。しかし、契約目的の不達成が確実という点においてきわめて類似している。したがって、債権者は、直ちに、すなわち履行期到来を待たずに、債務者がもはや履行しないことを理由に法的権利を行使することができる。ただし、客観的不能とは異なり、履行拒絶に関しては、債務者がもはや履行しないことが確実だというためには、理論的な説明が必要になる。[142]

このように、トイプナーは、履行拒絶と遅滞・積極的債権侵害・不能との相違点および共通点を挙げ、履行拒絶を別個独立の給付障害類型であると述べる。ただし、契約目的の不達成が確実であるという特殊性に留意したうえで、積極的債権侵害の中に位置づけることも可能だという。この場合、契約目的が侵害される程度に応じて、①契約目的と関わらないもの、②契約目的を危殆化せしめるもの、③契約目的を達成不可能にするものの三段階に積極

的債権侵害を分類すべきだとし、履行拒絶は最後の類型に含まれるとする。[143]

⑤フリードリッヒの見解

履行期の前倒しを主張する説もある。フリードリッヒ（Friedrich）によれば、履行期の到来していない債権について債務者は履行する必要がなく、債権者の側でも履行を強制できないので、このような状況下において遅滞や不能や積極的債権侵害を認めることは難しいし、二四二条（信義則）を活用することも難しい。そこで、立法論としては、債権者の側において、履行期到来後も債務者が然るべく契約を遵守しないであろうと合理的かつ一三三条（意思表示の解釈に関する準則）に基づいて解することが正当と認められる場合を、別個の給付障害類型として位置づけるべきことを提案する。すなわち、「契約違反の予見」である。この給付障害類型は、履行期が到来していないために本来は生じないはずの「契約違反」を、それが合理的に予見できることを理由に、いわば「先取り」するものである。[144]

このように、フリードリッヒは、本来ならば履行期前の履行拒絶を独自の給付障害類型として捉えるのが望ましいとの立法論を提示しつつも、より現実的に、現行民法典の規定に則して解決策を探るとすれば、「履行期の前倒し」が最も適切だと述べる。すなわち、履行拒絶は、当該債務の履行期を直ちに到来せしめることを正当ならしめる事情であるとして、二七一条一項（履行期に関する規定）を拡大解釈するのである。[145]これにより、履行期前の履行拒絶は、遅滞または不能の問題として処理されることになる。[146]このような条文の解釈それ自体にはやや強引なきらいがあるものの、履行期前の履行拒絶を給付義務違反と位置づけ遅滞に近いものと捉える点および独立した給付障害類型と位置づけるべきとしている点においてフューファーおよびフーバーの見解に近いといえよう。

（4）遅滞説

メディクス（Medicus）は、履行期到来後の履行拒絶のみならず、履行期前の履行拒絶をも遅滞として取り扱うことができると主張する。この見解によれば、履行期到来後の履行拒絶においては旧三二六条一項に規定されている付加期間の設定が不要とされる。これは、債務者がみずから履行しないことを表示した以上、旧三二六条に基づく不履行の法的効果が直ちに発生せしめられるという考えによる。そうであるならば、履行期前の履行拒絶においても、これと同様の考えが当てはまるはずだとメディクスはいう。(147)

同じくフィケンチャー（Fikentscher）も、履行拒絶を遅滞の一種として扱い、旧三二六条二項を類推して無催告解除権または損害賠償請求権が認められるという。(148)

3　近時の学説

近時においても、基本的には三つの見解が対立している状況に変化はない。ただし、それぞれの見解において一定の展開がみられる。まず、給付誠実義務違反説の中には、履行期前の履行拒絶が主たる給付義務の拒絶であり主たる給付義務の障害に影響を及ぼすことを顧慮して、単に付随義務違反とするだけではなく、主たる給付義務との関連性を指摘する見解が現れる。また、給付誠実義務違反説から派生する見解として、履行期前の履行拒絶を端的に債権関係それ自体の破壊と解する説が登場する。

他方、不履行確定説は、履行期前の履行拒絶がもつ給付障害類型としての独自性について検討が進み、主たる給付義務に対する新たな侵害態様であるとの主張が現れる。

自己矛盾行為禁止原則説については、前述のとおり多くの批判を通じて、自己矛盾行為禁止原則のみから履行期前解除権という法的効果を導くことが困難であることが明らかとなった。そこで、給付誠実義務違反構成との融合が模索されている。

（1）ゲルンフーバーの給付誠実義務違反説

ゲルンフーバー（Gernhuber）は、双務契約において対価関係にある義務（主たる給付義務）ではないが給付の交換に関連する義務として給付誠実義務を挙げ、これに対する違反は積極的債権侵害を構成し、対価関係にある義務に違反があった場合と同様の法的効果が生じると述べる。このような給付誠実義務違反には、契約目的の危殆化と終局的な履行拒絶があるとし、[149] 後者については、債務者は、給付誠実義務に違反して自己の債務の履行を拒絶し、これによって契約上合意した給付の交換を妨げたのであるから、主たる給付義務の障害と同様の法的効果が生じるのだという。[150]

ラーレンツやハインリッヒスの見解とは異なり、ゲルンフーバーの見解においては、給付義務と給付誠実義務との関連性が強く意識されている。すなわち、履行期前の履行拒絶は、それ自体は給付誠実義務違反であるが、これにとどまらず、主たる給付義務の履行障害を引き起こすのであり、このことを根拠に、主たる給付義務違反の場合と同様の法的効果を正当化している。つまり、この見解は、結果的に主たる給付義務の決定的な履行障害が生じたことを履行期前解除権の根拠としている。

（2）信頼破壊説

給付誠実義務違反説と似ているが、近時、信頼関係の破壊という側面をより強調する見解が主張されている。シュア（Schur）は、履行期前の履行拒絶を、当事者間の人的信頼関係に対する侵害と明言する。すなわち、契約上の債権関係においては、契約当事者は信頼関係で結ばれているところ、履行期前の履行拒絶は、単に契約に基づく給付の相互交換を危殆化せしめるだけでなく、給付の相互交換にとって不可欠な基礎をなす人的信頼関係を破壊する行為であると位置づけるのである。[151] この意味において、履行期前の履行拒絶は、不能、遅滞、瑕疵ある給付のい

ずれとも異なる別個独立の給付障害類型である。つまり、履行拒絶は単に給付義務のみに対する違反ではなく、給付義務の基礎である契約による拘束の否定（債務関係それ自体への侵害）であって、債務関係を破壊する行為をしない注意義務に対する違反と位置づけられる。[152]

この見解は、履行期前の履行拒絶を信義則上の付随義務違反と捉える点において、給付誠実義務違反説と共通しており、この説のバリエーションとみることもできる。もっとも、シュア自身は、「給付誠実義務」なる概念には給付義務の要素と注意義務の要素が混在しているため多義的で義務の性質が曖昧になってしまう難点があると述べ、給付誠実義務違反説とは一定の距離を置いている。[153]

（3）自己矛盾行為禁止原則説と給付誠実義務違反説の融合

自己矛盾行為禁止原則説は、前述のような批判を受けて次第に支持を失っていき、現在ではこの説を唱える論者は減少してきている。[154] その中で、一方では履行拒絶を給付誠実義務違反と位置づけつつも、履行期前解除権の根拠として自己矛盾行為禁止原則に依拠する見解がある。エメリッヒ（Emmerich）によれば、債務者は履行期前の終局的な履行拒絶によって自身の履行拒絶の表示に拘束される結果、終局的に給付がなされないことが確定し、ここに給付誠実義務違反が認められるために、旧三二六条の手続によらずに無催告解除権が債権者に付与されるのだという。[155] また、シュレヒトリーム（Schlechtriem）は、債務者の履行拒絶を、債権者の側において約定解除ないし損害賠償金の給付の申込みと理解することができるという。この理解も、履行拒絶の表示に拘束力を認める発想を出発点としている。[156]

（4）不履行確定説の展開

フーバー（Huber）は、履行拒絶に基づく履行期前解除（および履行期前の損害賠償請求）にとって最も重要な

のは、履行期到来を待つことが無意味な手続になったという点であるとして、この点が、履行期前解除（および付加期間設定を要しないこと）の実質的根拠だと述べる。[157] すなわち、真剣かつ終局的な履行拒絶の場合には、旧三二六条一項の付加期間の設定は無意味な手続であって不要と解されるが、履行期到来を待つことも同様である。というのは、履行期到来を待つことは、後に契約解除権または損害賠償請求権を生ぜしめるために債権者に付加期間を設定する権利を与えることを意味するが、そもそも付加期間の設定が無意味であって不要ならば、これが可能になる履行期到来を待つことも不要と解されるからである。

そして、フーバーはその法律構成につき、履行拒絶を主たる給付義務違反であると主張する。フーバーによれば、主たる給付義務の違反は、通常は履行期において契約に従って義務を履行しないことであるが、これにとどまらず、履行期が到来しても義務を履行しない旨を予告すること自体、すでに当該給付義務に違反したことになる。すなわち、契約違反を予告すること（履行拒絶）は、現実に契約違反を行うこと（履行期到来後に付加期間が設定されたにもかかわらずなお履行しないこと）と同視されるのである。[158] なぜならば、みずから義務違反を予告した債務者は、当該予告が現実のものになった場合の法的効果を甘受しなければならないからである。この意味において、履行を拒絶した債務者は、みずからの履行拒絶に拘束される。そして、履行拒絶が真剣かつ終局的に表示された場合には、履行期が到来し、債権者が付加期間を設定して催告しても履行されないことが明らかであるから、履行期到来を待つことや付加期間を設定することに実益がない。そのため、債権者は、履行期到来前であっても、直ちに、すなわち付加期間を設定することなく契約解除または損害賠償請求をすることができるのである。このような義務違反をフーバーは、固有の種類の積極的債権侵害だという。[159]

これとほぼ同様の見解に立つのが、オットー（Otto）である。[160] オットーは、双務契約における積極的債権侵害を

契約目的の危殆化という観点から三つに分類する。すなわち、履行期前の真剣かつ終局的な履行拒絶、背信行為（給付誠実義務違反）、相手方の利益を顧慮すべき付随義務に対する違反の三つである。このように、オットーは、履行期前の履行拒絶を、給付誠実義務違反ではなく、遅滞や不能でもない給付義務違反であるとして、独立の給付障害類型と位置づける。

ヴィーデマン（Wiedemann）も、履行拒絶を有責に給付をしない別個の類型、すなわち履行期とは関係のないいわば「みなし不給付 qualifizierter Nichtleistung」であると主張する。これによれば、履行拒絶は義務の拘束を不当に無視することであって、このような態様は、主たる給付義務違反になる。すなわち、履行期前の履行拒絶は、給付義務とは別個の種類の義務に対する違反ではなく、給付義務に対する別個の違反態様として理解すべきことになる。(161)

4　ドイツ債務法改正前における理論状況のまとめ

ここで、債務法改正前のドイツの理論状況をまとめておこう。

判例は、履行期前の履行拒絶が積極的債権侵害にあたるとして、債権者は付加期間を設定することなく直ちに損害賠償を請求するかまたは契約を解除することができると解している。その際の要件としては、①債務者の履行拒絶意思が終局的なものであることに加えて、②これにより契約目的の達成が危殆化し、債権者において当該契約を維持することが信義誠実に照らして認容し得ないと認められるに至ったこと、を要求している。

このように、判例は、履行期前の履行拒絶を理由とする履行期前解除権の実質的根拠を、契約目的達成の危殆化に求めている。この点を敷衍すると、こうである。民法典に規定されている契約解除原因は遅滞および不能であるが、これらは契約目的の達成が危殆化せしめられる場合の具体例にすぎず、解除原因がこれらに限定されるもので

はない。そして、債務者による履行期前の履行拒絶によって当該義務の履行がなされないことが確定的なものになり、これにより契約目的の達成が危殆化せしめられる場合には、もはやこれ以上契約関係を維持して履行期到来を待つことが債権者にとって意味をもたなくなる。このような状態は、遅滞後に設定された付加期間が徒過した状態や不能の状態と同じである。このため、履行期前であっても即時に契約を解除する権利が認められるのである。

学説においても、履行期前の履行拒絶が積極的債権侵害にあたり履行期前の無催告解除権または損害賠償請求権が生じることについては、承認されている。しかし、履行期前の履行拒絶がどのような義務違反になるのか、どのような理論的根拠によって履行期前の契約解除または損害賠償請求が正当化されるのかをめぐっては、さまざまな見解が主張されている。これらを大まかに分類すると、①給付誠実義務違反説、②自己矛盾行為禁止原則説、③不履行確定説の三つに集約することができる。このうち、自己矛盾行為禁止原則説は、英米法の発想にヒントを得た見解であるが、ドイツの給付障害法体系との調和が障害となっている。また、自己矛盾行為禁止原則からの論理的帰結としては、履行を拒絶した当事者からの履行請求ないし債務不履行の主張が認められないことのみであって、債権者の契約解除権や損害賠償請求権の根拠にはならない等の厳しい批判に遭い、近時この見解を主張する論者は少ない。

残る給付誠実義務違反説と不履行確定説はともに、履行期前解除権の実質的根拠については、右に述べた判例理論とほぼ同様の考えに立っている。争いがあるのは、その法律構成である。

給付誠実義務違反説は、履行拒絶行為の背信性に着目して、その結果として債権者において契約関係の維持が認容し得なくなったため契約目的の達成が危殆化せしめられたと構成し、このことの理論的根拠を、契約当事者間の誠実義務に求める。結果的に、給付すべき義務とは別に「履行を拒絶しない義務」が観念されることになる。

これに対して、不履行確定説は、一般論として給付誠実義務なる付随義務を承認するか否かはともかく、「履行を拒絶しない義務」は給付義務を裏から表現したにすぎないとしてこれを別個の義務とは捉えない。そのうえで、履行期到来前であっても債務者が真剣かつ終局的に義務を履行しない旨を言明している以上、当該義務の不履行が確定し、その結果として契約目的の達成が危殆化せしめられたとして、遅滞後に設定された付加期間内にも給付が行われなかった場合または不能の場合と同様の扱いをする。この見解においては、履行を拒絶することが、拒絶の対象となった義務それ自体に対する違反と捉えることになる。この意味では、履行拒絶は、積極的債権侵害の中の独立した給付障害類型と位置づけられる。最後の部分を除けば、この見解は判例理論と比較的近いといえよう。

四　ドイツ新債務法における「履行期前の履行拒絶」の位置づけ

二〇〇二年に改正されたドイツ新債務法では、三二三条四項において、履行期前解除権に関する規定が新設された。同項は、次のような規定である。

「解除権の要件が備わるであろうことが明らかな場合には、債権者は履行期到来前に契約を解除することができる。」

この規定により、従来の議論の状況がどのように変化したのか、それともしていないのかについて、概観してみよう。

1　起草過程における議論

三二三条四項の起草過程の全体については、すでに別稿において紹介したのでそちらに譲り、[162] ここでは、次の三点を指摘するにとどめる。

第一に、起草者は、履行期前の履行拒絶のみならず、これを含む契約危殆全般をカバーすることを意図して同規定を起草した。

第二に、法的効果として、起草者は、履行期前の履行拒絶に関する従来の判例・通説の立場、すなわち履行期前の履行拒絶が積極的債権侵害を構成しこれに基づき履行期前の無催告解除権が認められる、という解釈論を明文で規定することを意図して同規定を起草した。[163]

第三に、履行期前の履行拒絶がいかなる義務に対する違反になるのかについて、起草者は特段の言及をしておらず、したがって、この問題について何らかの明確な態度決定をしたわけではない。[164]

このように、履行期前の履行拒絶を給付障害法体系のどこに位置づけるべきかは、後の解釈論に委ねられることとなった。

2　新債務法の下における学説の状況

まず、三二三条四項の文言と、従来の判例・学説上の議論との関係について、確認しておこう。三二三条四項は、履行期前解除権の要件を「解除権の要件が備わるであろうことが明らかな場合」としており、これを文言どおりに理解すれば、旧法下においてフリードリッヒが提示した立法論のように、解除権の要件がまだ備わっていないものの将来備わるであろうことが明らかな場合、と読める。すなわち、不履行がいまだ生じていない段階で解除権を認めた規定だという解釈である。しかし、右に述べたとおり、起草過程においては、同規定が従来の判例・通説に変更を加えるものではないことが確認されている。[165] 実際、新債務法の下でも、次に概観するとおり、履行期前の履行拒絶がいかなる義務違反にあたるのかをめぐって学説上争いが続いており、また、履行期前の履行拒絶を理由とする損害賠償請求権を認めるのが、改正前と同様、多数説を形成している。[166] これらのことから、同規定は、その文言

にもかかわらず、何らかの不履行が現実に存することを前提としていると解するのが、ドイツにおける一般的な理解とみることができる。

この理解によれば、三二三条四項の「解除権の要件」という文言は、三二三条一項ないし三項および三二四条に規定されている、従来の意味における不履行を理由とする解除権の要件を意味するのであって、これらの要件が履行期到来後に備わるであろうことが履行期前に明らかな場合を、新たな不履行類型として解除原因のひとつに加えたのが同規定であると解することになる。

それでは、三二三条四項の下では、履行期前の履行拒絶は、いかなる義務違反と位置づけられているのだろうか。新債務法が施行されてからまだ日が浅いため、三二三条四項に関する裁判例はまだ見あたらず、学説においても本格的な検討が行われるには至っていないものの、改正前におけると同様、次の二つの見解に大別することができる。

第一に、ダウナー・リープ（Dauner-Lieb）、ヴェスターマン（Westermann）、エルンスト（Ernst）、ハインリッヒスは、履行期前の履行拒絶を、給付誠実義務違反による積極的債権侵害と捉え、三二三条四項がこれを明文化したのだと解する。[167] つまり、旧法下における給付誠実義務違反説を維持する見解である。

また、ラミング（Ramming）は、履行期前の履行拒絶を給付誠実義務違反としつつも、給付誠実義務の根拠規定を二四一条二項に求め、従って履行期前の履行拒絶を理由とする契約解除権も、三二三条四項ではなく三二四条に求める。[168] さらに、グゼル（Gsell）は、三二三条四項の要件を満たすことも三二四条の要件を同時に満たすこともあるためいずれの規定に依っても解除が可能であるという。[169][170]

第二に、ファウスト（Faust）は、旧法下におけるフーバーの見解を支持して、履行期前の履行拒絶を給付義務違反と捉え、三二三条四項がこのことを明文でもって規定したのだと解する。[171] メディクスも、履行期前の履行拒絶

によって違反される忠実義務ないし誠実義務は給付義務と別個独立のものではなく、給付義務に包摂されるという。[172] さらに、シュミット・ケッセル（Schmidt-Kessel）も、履行拒絶ないし契約否定は、単に拒絶された当該義務の違反であるといい「履行を拒絶しない義務」なるものを別個に観念することは不要であり誤解を招くと批判する。[173] また、オットー（Otto）も、履行拒絶によって債務関係に障害を生ぜしめてはならない付随義務を本来の給付義務と並立させるのは奇妙であるとして、履行期前の履行拒絶を給付に関連する義務違反と捉え、これは保護義務に関する二四一条二項および三二四条よりもむしろ三二三条の問題として扱うべきであると述べる。[174]

(58) 本稿は、履行期前の履行拒絶の法的効果として、履行期到来前に契約関係から離脱して清算関係に移行させる権利について考察することを目的としている。このため、契約解除が主張された事例だけでなく、給付に代わる損害賠償が請求された事例についても、検討の対象とする。

(59) U. Huber, Leistungsstörungen, Band II, 1999, S. 590; Otto/Rieble, Staudingers Kommentar zum BGB, 2001, § 326 Rn. 141 (Otto).

(60) U. Huber, a. a. O. (Fn. 59), S. 589ff; Krüger, Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, 4. Aufl. 2001, Vor § 275 Rn. 249 (Emmerich); Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl. 2002, § 326 Rn. 20a, 20b (Heinrichs).

(61) ドイツ普通商法典（Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861）

三五五条　売主が目的物の引渡しを遅滞した場合には、買主は、履行遅滞に基づく損害賠償とともに履行を請求するか、履行に代えて不履行に基づく損害賠償を請求するか、もしくは契約を解除して当該契約が締結されなかったのと同様の状態にするかのいずれかを選択することができる。

三五六条　契約の一方当事者が前条の規定に基づいて、履行に代えて不履行に基づく損害賠償を請求するかまたは契約を解除しようとする場合、その旨を相手方に通知しなければならない。この場合、取引の性質上許される場合には、遅滞を治癒するため諸事情に応じて相当な期間を相手方に付与しなければならない。

(62) Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und Entwurf eines Einfüllungsgesetzes; nebst Denkshrift zu dem Entwurf eines

Handelsgesetzbuchs und eines Einfüllungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, 1897, S. 238. ドイツ普通商法典の下での判例につき U. Huber, a. a. O.（Fn. 59）, S. 566ff.

(63) RG, Urt. v. 3. 5. 1881. RGZ 4, 69.

(64) RG, Urt. v. 19. 5. 1882. RGZ 7, 44.

(65) RG, Urt. v. 27. 5. 1902. RGZ 51, 347.

(66) 二〇〇二年の債務法改正以前の三二六条一項は、次のように規定していた。

「双務契約において、当事者の一方がその負担する給付につき遅滞にあるときは、相手方は、給付の実現のために相当の期間を設定して、この期間経過後は給付の受領を拒絶する旨の表示をすることができる。適時に給付が行われない場合には、相手方は、この期間経過後に、不履行に基づく損害賠償を請求し、または契約を解除する権利を有する。」

(67) 商法三四六条は、次のように規定している。

「商人においては、作為および不作為の意義および効果を顧慮するに際しては、商取引において妥当する慣行および慣習が考慮される。」

(68) RG, Urt. v. 11. 7. 1902. RGZ 52, 150.

(69) 「積極的契約侵害」という用語は、その後に「積極的債権侵害」に取って代わられ、現在では後者が定着しているが、シュタウプが用いたのは前者であること、初期の判例も前者を用いていることから、本稿では、これらを紹介する際には、敢えて前者を用いることとする。

(70) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, in: Festschrift für den 26. deutschen Juristentag, 1902, S. 31ff.

(71) 早川眞一郎「不完全履行、積極的債権侵害」星野英一編代『民法講座4債権総論』五四頁以下（一九八五年）参照。

(72) RG, Urt. v. 6. 3. 1903. RGZ 54, 98.

(73) Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1969, S. 58.

(74) RG, Urt. v. 23. 2. 1904. RGZ 57, 105=JW 1904, 171.

(75) RG, Urt. v. 1. 3. 1927. JW 1927, 1632. ～同旨。

(76) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, 1904. これは、一九〇二年に発表された論文（前掲注(70)参照）に加筆修正を施した増補版と位置づけられる。岡松参太郎「所謂『積極的債権侵害』ヲ論ス」新報一六巻一号五九頁（一九〇六年）参照。ただし、本稿で参照し得たのは、ミューラー（Müller）によって補訂を施されて一九一三年に刊行された第二版である。以下では、Staub/Müllerとして、第二版の頁で引用する。

(77) Staub/Müller, a. a. O.（Fn. 76）, S. 60ff.

(78) Staub/Müller, a. a. O.（Fn. 76）, S. 61.

(79) Staub/Müller, a. a. O.（Fn. 76）, S. 61.

(80) Staub/Müller, a. a. O.（Fn. 76）, S. 62-63.

(81) Staub/Müller, a. a. O.（Fn. 76）, S. 62.

(82) RG, Urt. v. 10. 2. 1908. RGZ 67, 313.

(83) RG, Urt. v. 7. 10. 1919. RGZ 96, 341.

(84) この時期の判例は、履行期前の履行拒絶が積極的契約侵害にあたり履行期前の契約解除権または給付に代わる損害賠償請求権を正当ならしめる旨を、ごく簡単に判示するだけのものがほとんどである。例えば、次のようなものがある。RG, Urt. v. 8. 12. 1922. Recht 1924, 265, Nr. 1113; RG, Urt. v. 8. 1. 1923. LZ1923, 225, Nr. 5; RG, Urt. v. 21. 5. 1924. Recht 1924, 265, Nr. 1112; RG, Urt. v. 12. 4. 1935. JW 1935, 2624, Nr. 6; RG, Urt. v. 26 .8. 1943. RGZ 171, 297, 301; BGH, Urt. v. 20. 1. 1969. WM 1969, 399.

(85) BGH, Urt. v. 21. 3. 1974. NJW 1974, 1080.

(86) BGH, Urt. v. 10. 12. 1975. WM 1976, 75. 拙稿「履行能力の欠如による履行期前解除法理の展開（一）――ドイツ法を手がかりに――」金沢四八巻一号一二頁以下（二〇〇五年）参照。

(87) BGH, Urt. v. 12. 10. 1977. NJW 1978, 103.

(88) 本判決の当時この義務を規定した旧五三六条は、二〇〇一年六月の法改正により旧五三五条と統合され、内容はそのままに五三五条一項二文に移されて現在に至っている。

(89) Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 36. Aufl. 1977, § 536 Rn. 1（Putzo）.

(90) 旧五四二条一項も、二〇〇一年六月の法改正により五四三条二項一文一号に移された。ただし、同規定は旧規定とは若干異なり、重大な理由がある場合には無催告解除ができる旨を定めた五四三条一項を受けて、「重大な理由」にあたる事由として、契約に従った使用が賃借人に適時に供与されなかったことを定めている。しかし、いずれにせよ契約目的達成の危殆化が無催告解除の要件とされている点は、改正の前後を通じて変わっていない。Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl. 2006, §543 Rn. 19 (Weidenkaff).

(91) Palandt, a. a. O. (Fn. 89), §542 Rn. 1 (Putzo); Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II. Besonderer Teil, 11. Aufl. 1977, S. 185.

(92) BGH, Urt. v. 1. 12. 1976. NJW 1977, 580.

(93) 「契約を履行する義務」を強調すると、主たる給付義務それ自体を指していると読むことができるが、「忠実かつ誠実に」を強調すると、これとは別個の付随義務を観念していると読むこともできる。

(94) z. B. BGH, Urt. v. 11. 12. 1975. BGHZ 65, 372=NJW 1976, 517; BGH, Urt. v. 21. 12. 1984. WM 1985, 392=BB 1985, 1293; BGH, Urt. v. 18. 9. 1985. NJW 1986, 661; BGH, Urt. v. 18. 12. 1985. NJW 1986, 842; BGH, Urt. v. 10. 12. 1986. BGHZ 99, 182=NJW 1987, 831; BGH, Urt. v. 16. 9. 1987. BGHZ 101, 325=NJW 1988, 251; BGH, Urt. v. 18. 1. 1991. NJW 1991, 1822; BGH, Urt. v. 15. 10. 2003. NJW-RR 2004, 50.

(95) なお、停止条件付きで締結された契約の停止条件が成就する前に履行拒絶がなされたという事案について、判例は、履行拒絶によって条件成就前に履行を頓挫させたことが誠実義務違反になり積極的債権侵害を構成すると判示した(BGH, Urt. v. 28. 5. 1969. WM 1969, 835; BGH, Urt. v. 14. 3. 1984. BGHZ 90, 302.)。しかし、この事案は、履行拒絶が停止条件成就前になされたという点において、履行期前の履行拒絶とは決定的に事案を異にする。停止条件が成就する前においては、契約は有効に成立しているものの、その効力はいまだ発生しておらず、したがって厳密には給付義務の拘束すらまだ発生していない。このため、この段階においては給付義務違反を問題にすることはきわめて困難である。考えられるのは、両判決がいうように、付随義務としての誠実義務違反のみであろう。要するに、両判決の事案は、給付義務の効力が発生していない段階での履行拒絶という特殊性ゆえに、付随義務としての誠実義務違反しか問題にすることができなかったと理解すべきであり、本稿で検討の対象としているような、契約の効力が生じた後でかつ履行期到来

前になされた履行拒絶とは、切り離して考えるべきであろう。

(96) Brecht, System der Vertragshaftung (Unmöglichkeit der Leistung, positive Vertragsverletzungen und Verzug), Jherjb 53, 256-257 (1908).

(97) Rabel, Das Recht des Warenkaufs, 1. Band, 1936/1964, S. 386.

(98) Fritz, Die Erfüllungsweigerung des Schuldners, AcP 134, 209 (1931).

(99) Fritz, a. a. O. (Fn. 98), S. 209-210.

(100) Fritz, a. a. O. (Fn. 98), S. 212.

(101) Fritz, a. a. O. (Fn. 98), S. 211.

(102) フリッツは、終局的な履行拒絶を不能に準じて取り扱うことは、請負契約における注文者の瑕疵修補請求権および期間設定後の契約解除権・損害賠償請求権を規定した旧六三四条からも裏付けられるという。Fritz, a. a. O. (Fn. 98), S. 215.

(103) Fritz, a. a. O. (Fn. 98), S. 217.

(104) エメリッヒ、フューファーも結論において同旨。Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 4. Aufl. 1997, S. 242; Hüffer, Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, 1976, S. 244.

(105) Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 1910, §326, 4b (S. 206).

(106) Oertmann, a. a. O. (Fn. 105), Vorbem. §§284/90, 6 (S. 130-131).

(107) Krückmann, Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel, AcP 116, 246 (1918). ローマ法における一般的な悪意の抗弁とは、本来、原告の請求原因に害意がある場合には、被告がこれを主張して請求を免れることができるというものであったが、後には、原告に害意がなくてもその請求が衡平に反する場合にも拡張された。

(108) Rabel, a. a. O. (Fn. 97), S. 386.

(109) Rabel, a. a. O. (Fn. 97), S. 386.

(110) Lehmann, Die positiven Vertragsverletzungen, AcP96, 113 (1905); Heinrich Stoll, Abschied von der Lehre der positiven Vertragsverletzung, AcP 136, 307 (1932).

(111) Strohal, Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd. 1, 4. Aufl. 1914, § 326, 2d (S. 395-396) (Siber).

(112) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1962, S. 260-261.

(113) Larenz, a. a. O. (Fn. 112), S. 261. Fn. 3.

(114) Larenz, a. a. O. (Fn. 112), S. 263. なお、このようなラーレンツの見解は、第一四版まで変わっていない。Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, S. 364-365, 369.

(115) Löwisch, Staudingers Kommentar zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, 1995, Vorbem. §§ 275ff Rn. 34 (Löwisch). さらに、Dörner/Ebert/Eckert/Hoeren/Kemper/Schulze/Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 2001, Vor §§ 275-292 Rn. 12ff, 18, § 326 Rn. 10 (Schulze); Erman/Westermann, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1. 10. Aufl. 2000, § 276 Rn. 89, 91 (Battes) も、ほぼ同様の位置づけをする。

(116) ハインリッヒスは、Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch の執筆者に加わった二八版（一九六九年）の時点ですでに、履行期前の履行拒絶を積極的債権侵害と位置づけていたが、この時点では給付誠実義務という概念を用いていなかった。Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 28. Aufl. 1969, § 242 Anm. 4b), § 326 Anm. 12 (Danckelmann/Heinrichs). 給付誠実義務という概念を用いたのは第二九版（一九七〇年）からであり、さらに給付誠実義務を四つに分類したのは、第四九版（一九九〇年）以降である。Vgl. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 29. Aufl. 1970, § 242 Anm. 4b) aa) (Heinrichs); Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 49. Aufl. 1990, § 242 Anm. 4. B. a) (Heinrichs).

(117) Palandt, a. a. O. (Fn. 116), 49. Aufl. § 242 Anm. 4. B. a). cc), § 276 Anm. 7. C. a) (Heinrichs). ハインリッヒスによれば、契約に誠実に行動する義務に対する違反としては、真剣かつ終局的な履行拒絶のほかに、不当な契約否定、重大な背信行為による契約の信頼基礎の破壊の二つがあり、これらの場合に、信義則上、契約への拘束が認容し得ないほどの契約目的の危殆化が認められ、契約解除権または不履行に基づく損害賠償請求権が生じる。

(118) Köpcke, Typen der positiven Vertragsverletzung, 1965, S. 73ff. ケプケによれば、信頼破壊は、協力義務違反のほかに、保護義務違反、その他の誠実義務違反、誠実給付義務違反に分類される。このように、ケプケは、履行期前の履行拒絶を誠実義務や誠実給付義務の違反とは位置づけていない。

(119) Jakobs, a. a. O. (Fn. 73), S. 52; Schunemann, Die positive Vertragsverletzung—eine kritische Bestandsaufnahme, JuS

1987, 7.

(120) Schmidt, Staudingers Kommentar zum BGB, 1994, §242 Rn. 876 (Schmidt).

(121) U. Huber, a. a. O. (Fn. 59), S.579;ders, Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht, in: Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, 1978, S. 858.

(122) Hüffer, a. a. O. (Fn. 104), S. 241.

(123) Hans Stoll, Zur Haftung bei Erfüllungsverweigerung im Einheitlichen Kaufrecht, RabelsZ 52, 622 (1988). 判例・通説は、契約目的達成の危殆化を重視するのに対して、ハンス・シュトルは、危殆化の結果として契約が実質上無価値になった点を重視する。

(124) Hans Stoll, a. a. O. (Fn. 123), S. 623.

(125) その他、この時期にラーベルの見解を支持するものとして v. Caemmerer, Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung, NJW 1956, 570; Esser, Schuldrecht, 1960, S. 345; Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl. 1969, S. 162-163; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Band II, 1984, S. 211; Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1984, S. 420.

(126) Gernhuber, Die endgültige Erfüllungsverweigerung, in: Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, 1999, S. 150; Schur, Leistung und Sorgfalt, 2001, S. 363.

(127) Gernhuber, a. a. O. (Fn. 126), S. 150; Hüffer, a. a. O. (Fn. 104), S. 243. 一般的な悪意の抗弁に根拠を求めるクリュックマンの見解に対してはフリッツが同様の批判をする。Fritz, a. a. O. (Fn. 98), S. 213.

(128) Gernhuber, a. a. O. (Fn. 126), S. 155.

(129) Gernhuber, a. a. O. (Fn. 126), S. 150. Vgl. Fritz, a. a. O. (Fn. 98), S. 213.

(130) その他、立場が明確でないものの、給付誠実義務違反説、自己矛盾行為禁止原則説のいずれとも異なるものとして、次のものがある。Brox, Allgemeines Schuldrecht, 1969, §20 Rn. 291 (S. 161) は、履行期前の履行拒絶を積極的債権侵害に含めるが、契約上の付随義務違反とは別の類型と位置づけている。また、Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 1979, § 276 2d (S. 256-257) (Vollkommer) は、履行期前の履行拒絶を積極的債権侵害に含めている一方、給付誠実義務に関す

る説明の中に、履行期前の履行拒絶は登場していない。Vgl. Jauernig, a. a. O., § 242 3e (S. 164) (Vollkommer).

(131) Leser, Die Erfüllungsweigerung—Ein Typ der Leistungsstörungen, in: Ius Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969, Band II, S. 653.

(132) Leser, a. a. O. (Fn. 131), S. 654.

(133) Jakobs, a. a. O. (Fn. 73), S. 47ff.

(134) Jakobs, a. a. O. (Fn. 73), S. 50.

(135) Jakobs, a. a. O. (Fn. 73), S. 52, 54. ヴェシュテレ（Westhelle）も結論において同旨。Westhelle, Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung, 1978, S. 68. また、リュッケルト（Rückert）は、履行拒絶を「債務者みずからが招いた主観的不能」と解し、債権者は旧二七五条二項および旧三二五条に基づいて、履行期到来を待たずに損害賠償請求権または契約解除権を取得するという。Rückert, Ausgleich durch Auslegung, Schadensersatz oder Kondition?, AcP 184, 134 (1984).

(136) Hüffer, a. a. O. (Fn. 104), S. 240.

(137) Hüffer, a. a. O. (Fn. 104), S. 241. この見解は、フリッツの見解と結論において同じであるが、フリッツが履行期前の履行拒絶を付随義務としての給付誠実義務違反と構成するのに対して、フューファーの見解は、主たる給付義務違反と構成する点に違いがある。

(138) Hüffer, a. a. O. (Fn. 104), S. 243.

(139) Teubner, Gegenseite Vertragsuntreue, 1975, S. 52.

(140) トイブナーは、もっぱら主たる給付義務の履行拒絶を念頭に置いているが、本稿において何度か言及しているように、付随義務や主たる義務の一部に関する履行拒絶もあり得る。そして、これらの場合には、常に契約目的の危殆化や契約関係の維持が認容し得ないほどの事情が存するとは限らないため、履行期前解除権の成否を判断するにあたっては、この要件を具備しているか否かを独立した要件として検討すべきである。

(141) Teubner, a. a. O. (Fn. 139), S. 52.

(142) Teubner, a. a. O. (Fn. 139), S. 53.

(143) Teubner, a. a. O. (Fn. 139), S. 53-54.

(144) Friedrich, Der Vertragsbruch, AcP 178, 490 (1978).

(145) Friedrich, a. a. O. (Fn. 144), S. 491.

(146) Friedrich, a. a. O. (Fn. 144), S. 492.

(147) Medicus, Bürgerliches Recht, 5. Aufl. 1971, S. 127. この見解は、債務法改正前の最後の版である第一八版まで維持されている。ders, 18. Aufl. 1999, S. 220.

(148) Fikentscher, Das Schuldrecht, 1965, S. 173, 204. この見解は、債務法改正前の最後の版である第九版まで維持されている。ders, 9. Aufl. 1997, S. 216, 251f.

(149) Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, § 2 IV 1 (S. 21).

(150) Gernhuber, a. a. O. (Fn. 126), S. 149, 156. また、Würdinger, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, 4. Bd, 1970, Vor § 373 Rn. 421 (Röhricht) も、即時の無催告解除を認める根拠として、契約目的の危殆化、すなわち債務者の真剣な履行拒絶の予告によって生じた、履行期到来時における相手方の行為に対する不安を挙げる。

(151) Schur, a. a. O. (Fn. 126), S. 359.

(152) Schur, a. a. O. (Fn. 126), S. 360.

(153) Schur, a. a. O. (Fn. 126), S. 361.

(154) 近時においては Jan, Die Erfüllungsverweigerung im deutschen und im UN-Kaufrecht, 1992, S. 91ff. が自己矛盾行為禁止原則説を支持する。

(155) Krüger, a. a. O. (Fn. 60), Vor § 275. Rn. 248 (Emmerich); Emmerich, a. a. O. (Fn. 104), S. 240ff.

(156) Schlechtriem, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2000, Rn. 347 (S. 188).

(157) U. Huber, a. a. O. (Fn. 59), S. 575, 576.

(158) U. Huber, a. a. O. (Fn. 59), S. 579; ders, a. a. O. (Fn. 121), S. 858. また、フローベルク (Frohberg) は、契約当事者は契約締結の際に任意の給付を約束するのであるから、給付意思は主たる給付義務の構成要素のひとつであり、この給付意思を失うことにより契約目的が達成できなくなるとして、履行拒絶を主たる給付義務違反であると主張する。

Frohberg, Die ernstliche und endgültige Erfüllungsverweigerung—Tatbestand und Rechtsfolgen, 1979, S. 141. さらに、Esser/Schmidt, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 2000, S. 127; Holm Anders, Die Pflichtverletzung im System des Leistungsstörungsrechts als Modell de lege ferenda, 2001. S. 261 も、履行拒絶を主たる給付義務違反と捉える点において同旨。

(159) U. Huber, a. a. O. (Fn. 59), S. 579. ただし、フーバーは、履行拒絶が積極的債権侵害に属することに対してはそれほど重点を置いていない。むしろフーバーは固有の給付障害類型であることを強調しており、現在の三類型を前提とすれば、不能にも遅滞にも属さないという広い意味で「積極的債権侵害」であるというにすぎない。Vgl. U. Huber, a. a. O. (Fn. 59), S. 579-580.

(160) Otto/Rieble, Staudingers Kommentar zum BGB, 2001, § 326 Rn. 209 (Otto).

(161) Soergel/Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, 1990, Vor § 275 Rn. 375, 377 (Wiedemann).

(162) 拙稿「履行能力の欠如による履行期前解除法理の展開——ドイツ法を手がかりに——（二・完）」金沢四八巻二号八七頁以下（二〇〇六年）。

(163) このことの結果として、履行期前の履行拒絶以外の契約危殆に関する判例・通説、すなわち相当期間を定めて契約の遵守を確保するための措置を求め、相手方がこれに応じない場合には履行期到来前であっても契約を解除することができる、という解釈論は、規定から忘れ去られてしまった。この点については、拙稿・前掲注(162)九〇—九一頁参照。

(164) なお、ドイツ新債務法三二三条四項に大きな影響を与えたのが、ウィーン国連売買条約七二条である。ここでも、履行期前の履行拒絶のみならず、広く契約危殆全般を適用対象に履行期前解除権が規定されている。同様の規定は、ユニドロワ国際商事契約原則、ヨーロッパ契約法原則にもみられる。

これらの国際取引法規範における履行期前解除規定の、不履行法体系における位置づけについては必ずしも明快に説明されているわけではなく、英米法において確立されているanticipatory breach of contractの法理論に淵源を有する旨が言及されるにとどまる。もっとも、損害賠償請求権もその要件を満たす限りにおいて認められていることから、信義則ないし公平の観点のみからではなく、履行拒絶当事者による契約違反ないし不履行によるものであることは疑いない。このことにつき、ウィーン国連売買条約に関しては、甲斐道太郎＝石田喜久夫＝田中英司＝田中康博編『注釈国際統一

売買法Ⅱ』一三一頁（二〇〇三年）〔松井和彦執筆〕、ヨーロッパ契約法原則に関しては、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』四三七頁（二〇〇六年）〔野々村和喜訳〕参照。ユニドロワ国際商事契約原則に関しても、七・三・三条の注釈によれば、将来の不履行が予想される場合は履行期における不履行と同視されるため、七・四・一条により損害賠償請求権が認められると解される。曽野和明＝廣瀬久和＝内田貴＝曽野裕夫訳『ＵＮＩＤＲＯＩＴ国際商事契約原則』一九〇、一九六頁（二〇〇四年）参照。

※ウィーン国連売買条約

七二条(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日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。

※ユニドロワ国際商事契約原則

七・三・三条　履行期前に、一方当事者によって重大な不履行が生じるであろうことが明白な場合には、相手方は契約を解除することができる。

※ヨーロッパ契約法原則

九：三〇四条　履行期前に、一方当事者による重大な不履行が生じるであろうことが明白な場合には、相手方は契約を解除することができる。

(165)　履行拒絶意思の終局性と、これによる契約目的達成の危殆化の二つを要件とする理解は、新債務法三二三条四項の解釈論においても維持されている。Soergel/Wolf, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 133 (Gsell). Vgl. Krüger, Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5 Aufl. 2007, § 323 Rn. 141 (Ernst); Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, 2. Aufl. 2007, § 323 Rn. 10 (Schmidt-Kessel).

(166)　Krüger, a. a. O. (Fn. 165), § 281 Rn. 62 (Emmerich); Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth, JurisPraxis Kommentar BGB, Bd. 2. 1, Schuldrecht, 3. Aufl. 2006, § 281 Rn. 8 (Alpmann); Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl. 2006, § 281 Rn.

8a (Heinrichs); Ramming, Vorzeitiges Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung, ZGS 2002, 416; Jaensch, Der Gleichlauf von Rücktritt und Schadensersatz, NJW 2003, 3614. 他方、Otto/Rieble, Staudingers Kommentar zum BGB, 2004, §281 Rn. A 31 (Otto) は、履行期前の損害賠償請求権を肯定するものの、この場合でも原則として付加期間の設定を要するという。なぜならば、履行拒絶者がこの期間内に義務を履行し、これにより両当事者の利益を正当に評価した場合に信頼の基礎が修復されたと認められることが期待し得る間は、いまだ実質的な解除原因、すなわち契約の存続が認容し得ない状態には至らないからだという。

(167) Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Anwaltkommentar, Schuldrecht, 2002, §281 Rn. 20, §323 Rn. 22 (Dauner-Lieb); Erman/Westermann, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl. 2004, §323 Rn. 11 (Westermann); Krüger, a. a. O. (Fn. 165), §323 Rn. 132, §281 Rn. 62 (Ernst); Palandt, a. a. O. (Fn. 166), §242 Rn. 30, §280 Rn. 25 (Heinrichs). また、Krüger, a. a. O. (Fn. 165), §241 Rn. 72. (Roth) も、真剣かつ終局的な履行拒絶を給付誠実義務違反と位置づける。Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl. 2005, S. 331, 333 は、債務法改正前におけると同様、履行拒絶を給付誠実義務違反と位置づけつつも、履行期前解除権の根拠を「みずからの言葉に拘束される」こと、すなわち自己矛盾行為禁止原則に求めているようである。

(168) Ramming, a. a. O. (Fn. 166), S. 416. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 361 も同旨。

(169) Soergel/Wolf, a. a. O. (Fn. 165), §323 Rn. 130, §324 Rn. 12 (Gsell). この見解によれば、言うまでもなく、三二三条四項の要件を満たす場合には、三二四条の要件を検討するまでもなく、三二三条四項に基づいて解除が可能になる。また、損害賠償請求権の根拠規定についても、この見解によれば、二八二条となる。Soergel/Wolf, a. a. O., §323 Rn. 131 (Gsell).

(170) この見解に対しては、履行期前の履行拒絶を給付誠実義務違反と位置づける論者からも異論が出されている。クラウゼ (Krause) は、二四一条二項に関する立法理由に依拠しつつ、同項は相手方の現在の法益を保護することを目的とした「給付に関連しない付随義務」を規定したものであり、給付誠実義務のような「給付に関連する付随義務」は同項に含まれないという。Krause, Die Leistungsverzögerung im neuen Schuldrecht (Teil II), JURA 2002, 300.

(171) P. Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Kap. 3. Rn. 152 (Faust).

(172) Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 2002, Kap. 3. Rn. 203 (Medicus).

(173) Prütting/Wegen/Weinreich, a. a. O. (Fn. 165), § 280 Rn. 15 (Schmidt-Kessel).

(174) Otto/Rieble, a. a. O. (Fn. 166), § 281 Rn. A30, § 323 Rn. B85 (Otto). 損害賠償請求権の根拠も、給付に関連しない保護義務違反を扱う二八二条ではなく、二八一条に求めるべきという。Otto/Rieble, a. a. O. (Fn. 166), § 281 Rn. A 29-30, B 103 (Otto). また、アルプマン (Alpmann) も、履行期前の履行拒絶に基づく即時の損害賠償請求権を、二八一条に基づき肯定する。その際、同条の損害賠償請求権が原則として給付の履行期到来を要件としつつも、その例外として履行期前に真剣かつ終局的な履行拒絶を位置づける。このことから、アルプマンは履行期前の履行拒絶に基づく即時の損害賠償請求権・契約解除権の根拠を、履行期を問題としない給付誠実義務違反ではなく、給付義務違反そのものと解していることが窺われる。Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth, a. a. O. (Fn. 166), § 281 Rn. 8 (Alpmann). もっとも、アルプマンは、分割履行契約においては二四一条二項により、履行意思および履行能力に関する相手方の信頼を破壊しない義務が生じ、瑕疵ある給付や遅延した給付を繰り返すことが右義務に対する違反と見なされることがあるという。このことからは、分割履行契約における履行期前の履行拒絶は、二四一条二項に基づく保護義務違反にもなり得ると解することとなろう。Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth, a. a. O. (Fn. 166), § 282 Rn. 10 (Alpmann).

第四章　わが民法における「履行期前の履行拒絶」の位置づけ

一　日本法への示唆

ドイツの判例・学説によれば、真剣かつ終局的な履行期前の履行拒絶は、履行期前の無催告解除権または給付に代わる損害賠償請求権を正当ならしめる。このようなドイツの「履行期前の履行拒絶」理論においては、次の点が重要である。

第一に、右の解釈論を支えるのは、契約目的の達成の危殆化という観点である。すなわち、契約上の義務を履行

しない旨が履行期到来前に真剣かつ終局的に表示された場合には、この時点ですでに当該義務が履行されないことが確実なものとなり、とりわけそれが主たる給付義務の場合には、契約目的の達成が危殆化せしめられる。この状況においては、履行を拒絶された当事者（債権者）にとって、契約関係を維持継続することは認容し得ない。このため、直ちに契約関係から離脱し、または契約の清算関係に移行することが正当化されるのである。

第二に、このような解釈論的根拠により、履行期前の履行拒絶が履行期前解除権または損害賠償請求権を正当化せしめるか否かを判断する際には、①履行拒絶の意思が、合理的に見て翻意が期待し得ないほど終局的なものか否か、②当該履行拒絶によって契約目的の達成が危殆化せしめられるか否か、という二つの要素が検討される。たしかに、両者は重複することが多い。なぜなら、双務契約において、債務者が主たる給付義務全部の履行を真剣かつ終局的に拒絶した場合には、それが契約目的の達成を危殆化せしめることは明らかだからである。しかし、主たる給付義務の一部の履行拒絶、主たる給付義務の履行方法（目的物の運送手段、梱包方法など）や履行場所を遵守しない旨の言明、付随的給付義務や不作為義務の履行拒絶もあり得る。[175] これらについては、履行拒絶意思が終局的なものであったとしても、これによって直ちに契約目的の達成が危殆化せしめられるとは限らないので、この点を別個に検討する必要がある。

従来、わが国において履行拒絶を論じる場合、右の①についてはしばしば指摘されていた。これに対して、②の観点が指摘されることはあまりなかった。これは、ドイツ法におけると同様、主たる給付義務の全部に関する履行拒絶が念頭に置かれる結果、①の要件が満たされれば当然に②の要件も満たされるため別個に論じる必要がなかったからと考えられる。しかし、不履行の存否と解除権の成立要件とが必ずしも一致しないことは、他の不履行類型において一般的に承認されていることであり、履行期前の履行拒絶とて例外ではない。このことは、履行拒絶の対

象に主たる給付義務の一部や付随的給付義務も含まれ得ることを顧慮したとき、具体的な違いとなって現れることがあり得る。

第三に、右の結論に至る法律構成として、履行期前の履行拒絶がどのような義務に対する違反にあたるのかについては、判例上明らかでなく、学説においても論争が続いており、帰一を見ない。考え方としては、主に次の二つがある。

ひとつは、履行拒絶行為の背信性に着目し、契約の付随義務たる給付誠実義務、すなわち「契約に適った行為をする義務」に対する違反とみる見解（給付誠実義務違反説）である。この見解によれば、履行期前解除権の正当化根拠である契約目的達成の危殆化は、履行拒絶という背信行為による信頼関係の破壊によって基礎づけられる。

いまひとつは、履行拒絶を、拒絶の対象とされた当該義務に対する違反そのものとみる見解（不履行確定説）である。この見解によれば、履行期前解除権の正当化根拠である契約目的達成の危殆化は、債務者から債務の本旨に従った履行がなされないことが確定的になることによって基礎づけられる。

二　若干の考察

1　履行期前の履行拒絶はいかなる義務に対する違反か

履行期前の履行拒絶を理由とする履行期前解除権の実質的根拠は、ドイツの判例理論が指摘するとおりである。すなわち、終局的な履行拒絶により債務者から任意の履行がなされないことが確定的なものとなり、このことによって契約目的の達成が危殆化せしめられた場合には、履行期到来を待たずにこの時点ですでに債権者にとって契約関係を維持する実益を失うからである。そうだとすると、次の課題は、これをどのように法律構成するかであるが、

これについては、ドイツにおいて議論され、またわが国においても一九二〇～三〇年ごろに議論されていたとおり、大きく分けて、付随義務としての給付誠実義務違反という構成と、拒絶された義務それ自体の違反という構成の二つの考え方がある。

なお、ドイツにおいては、履行期前の履行拒絶を「主たる給付義務違反」と位置づける見解が有力に主張されているが、前述のとおり、付随的給付義務や不作為義務の履行が拒絶される場合があり得ることを考慮すると、より正確には、右のように、拒絶された義務それ自体の違反と位置づけるべきであろう。

そこで、この問題を考えるにあたっては、ドイツの議論を参考に構築された潮見佳男教授の債務構造論が有益である。(176)

潮見教授によれば、従来、履行過程における債務者の「付随義務」として扱われているものは、①給付結果を実現するために履行過程の具体的状況下において債務者がなすべき（あるいは、してはならない）義務と、②給付結果実現それ自体のために必要なものではないが、債権者が給付結果取得を通して実現しようとした目的の達成のために必要な義務の二種類に分けられる。①は、債務履行過程における具体的行為義務であって、例えば結果実現のために必要な材料、道具を調達したり、目的物を他から取得したりする義務（履行準備義務）がこれにあたる。しかし、この種の義務違反は、それ単独では債務不履行にならず、給付結果が実現されず債務不履行責任が問題になる場面においてはじめて、過失の前提としての注意の客観的尺度として問題視される。また、債務不履行の前段階としての危殆化段階において、一定の予防的措置（不安の抗弁権、履行停止権）を講ずる権利を債権者に与える。つまり、具体的行為義務は、「給付結果を実現する義務」としての給付義務とは別個の存在ではなく、給付義務の構成要素として位置づけられるのである。(177)

他方、②の義務は、単なる給付結果の取得にとどまらず、その背後にある契約目的の達成に必要な措置を債務者に課するものであり、たとえば複雑な機械の売買における売主の操作方法説明義務、土地売買における売主の登記移転協力義務、農地転用のための所有権移転許可申請協力義務、賃貸人の賃借物修繕義務等が挙げられる。[178] この義務も、一定の給付結果の実現に向けられているため、「付随的給付義務」と称される。

この債務構造論によれば、履行期前の履行拒絶を給付誠実義務違反とする構成は、履行期前の履行拒絶を②の義務に対する違反と位置づけることを前提とする。しかし、このような位置づけは、妥当でない。主たる給付義務に関する履行期前の履行拒絶は、給付結果の実現を直接に妨げる行為であるから、①の義務に対する違反に属すると捉えるべきである。そして、右に見たとおり、①の義務は給付義務の構成要素であり、給付義務と別個独立の付随義務ではない。したがって、①の義務違反が直ちに債務不履行を構成するわけではない。①の義務に違反が生じることによって、これを構成要素とする給付義務の履行に障害が発生してはじめて、給付義務違反として評価されるのである。[179] そして、債務者の翻意が合理的にみてもはや期待し得ないほど真剣かつ終局的な履行期前の履行拒絶が行われた場合には、その時点においてすでに当該義務の履行に障害が現実に発生していると解されるため、拒絶された給付義務それ自体の違反があったものと見なして解除原因を構成すると解すべきである。[180][181]

言い換えれば、このように、義務を履行しない旨の表示によって当該義務の不履行が確定すると解するからこそ、債務不履行を構成する「履行拒絶」の存否は、翻意が合理的にみて期待し得ないほど拒絶意思が強固なものであるか否かという観点から、厳格な基準でもって判断されなければならない。例えば、目的物引渡義務の履行が真剣かつ終局的に拒絶されたと認められるか否かを判断するにあたっては、目的物を引き渡さない旨の言明、目的物引渡義務の基礎をなす契約の存在そのものの否定のほか、目的物の調達・梱包・運送手段の手配など引渡しの準備を開

始しないこと、履行期到来までに残された期間等、債務者のすべての行為その他の諸事情が総合的に考慮されるべきである。その際、右に挙げたような、債務の本旨に従った履行を客観的にみて困難な状況を債務者みずからが作出したという事情は、履行拒絶意思が強固であるとの結論へと導く方向に作用する。他方、債務者が約定どおりの履行に難色を示したにとどまる場合や、再交渉の申し入れをしたにすぎない場合に、安易に履行拒絶を認めるべきではない。(182)

このことは、主たる給付義務の履行拒絶のみならず、付随的給付義務（潮見教授の分析によれば②の義務）の履行拒絶にも当てはまる。付随的給付義務についても、履行過程においてなすべき（あるいは、してはならない）具体的行為義務をその構成要素としており、真剣かつ終局的な履行期前の履行拒絶は、当該具体的行為の懈怠と捉えられる。そして、この懈怠により当該付随的給付義務の履行に障害がすでに発生していると解されるため、拒絶された当該付随的給付義務それ自体の違反と解されるべきである。例えば、販売店契約の締結に際して、競業他社の商品を販売しないという義務を合意したにもかかわらず、その不遵守を表明したという場合には、たとえ現実に競業他社の商品を販売する前であっても、右義務に関する履行期前の履行拒絶が認められ、この時点で右義務違反があったと解すべきである。この判断にあたっては、当該義務を遵守しない旨を明言したということのみならず、競業他社の商品を仕入れるなど、合理的にみて翻意が期待し得ないほどに履行拒絶意思が強固であることを示す債務者のあらゆる行為が総合的に考慮されるべきである。

2　履行拒絶による契約目的の危殆化

以上のようにして、債務不履行を構成する「履行拒絶」が存在すると判断された場合には、次に、その履行拒絶によって、債権者にとって契約目的が危殆化せしめられたか否かが検討されなければならない。これが肯定されれ

ば、債務者において契約関係を維持することがもはや期待し得ないので、即時の契約解除権および損害賠償請求権が認められるべきである。他方、これが否定された場合には、契約解除権は認められない。しかし、債務者による履行期前の履行拒絶によって債権者に損害が生じている場合には、たとえ契約解除権が認められなくても、義務違反それ自体は存するのであるから、所定の要件を満たす限りにおいて、損害賠償請求権が認められるべきである。この要件は、主たる給付義務の全部の履行が拒絶されている場合には、常に満たす。したがって、この要件が実質的に機能するのは、主たる給付義務の一部の履行拒絶や付随的給付義務の履行拒絶の場合である。[183]

なお、翻意を促す債権者の言動（履行期到来前なので五四一条の「履行の催告」とは異なる）は、履行拒絶意思の強固さを判断する際に考慮される要素であって、解除権を有効に行使し得るための要件と位置づけるべきではないと考える。[184] もっとも、このことは、履行を拒絶する債務者に対して、常に債権者が翻意を促す言動を何らとることなく直ちに契約を解除し得ることを意味するものではない。債務者が不当に債務の履行に消極的な態度を示している場合、契約当事者間の交渉過程において、翻意を促す債権者の何らかの言動が存するのが通常であり、これが重要な役割を果たすことは言うまでもない。しかし、このような債権者の言動は、理論的には、履行拒絶の存否を判断する際の重要な要素――翻意を促す債権者の言動にもかかわらず債務者が翻意しなかったことは、履行拒絶意思が強固であると結論づける方向に作用する――として位置づけられるべきである。合理的にみて翻意が期待し得ないと判断され履行拒絶が認められたにもかかわらず、解除権の行使に先立って翻意を促すための催告等を要求することは、実益に乏しいからである。

3　履行期前の履行拒絶の位置づけ

それでは次に、履行期前の履行拒絶は、従来の債務不履行類型の中で、どのように位置づけられるべきであろう

か。従来の通説によれば、債務不履行は、履行不能、履行遅滞および不完全履行の三類型に分類することができる。近時は、この三分類説に対してさまざまな問題点が投げかけられているが、これらの見解においても、右の三類型が講学上の分類ないし思考過程の整理としての有用性を承認する論者が多い。[185] そこで、このような三類型と、履行期前の履行拒絶との関係を明らかにしておこう。

第一に、前述のとおり、履行期前の履行拒絶は、履行期到来を待っても履行がもはや期待し得ないという点において、履行不能と類似している。しかし、そうであるからといって履行拒絶を履行不能のひとつと位置づけるのは適切でない。なぜなら、履行拒絶においては、履行の障害となっているのはもっぱら債務者の意思であって、客観的には履行が可能であり、それゆえ履行の強制が可能であるという点において、履行不能とは大きく異なるからである。

第二に、履行拒絶においては、債務者の履行拒絶意思が強固であるため、任意に履行がなされないことが確定的であり、この点では、履行遅滞後に設定された催告期間が経過した状態と類似する。また、客観的には履行が可能であるにもかかわらず履行が拒絶されている状態が続けば、やがて履行遅滞が生じるので、履行期前の履行拒絶は、履行遅滞の前段階ということもできる。しかし、言うまでもなく、履行遅滞においては、履行期を徒過しているという時間的要素が不可欠であり、この点で履行期前の履行拒絶を履行遅滞のひとつと位置づけるには無理がある。

第三に、不完全履行は、形式的には履行行為が行われているものの債務の本旨に従っていないものをいうが、履行期前の履行拒絶をこの中に含めることは難しい。たしかに、付随的給付義務の履行や主たる給付義務の一部の履行が拒絶される場合、または主たる給付義務の履行方法等の不遵守が言明される場合には、履行行為の一部が現実に行われることもあり得る。しかし、この場合でも、拒絶された部分の履行期が到来していない段階では、従来の

意味における不履行が現実に生じたとは言い難い。さらに、主たる給付義務の全部の履行が拒絶される場合には、履行行為が全くないため、これを不完全履行の一種と位置づけることはできない。

このように、履行期前の履行拒絶は、一方では、既存の三類型と部分的に共通点をもちあわせている。このことから、まず、履行期前の履行拒絶を債務不履行と評価すること自体は正当化されよう。しかし他方では、既存の三類型のいずれにも吸収することができない独自の特徴を有していることも明らかである。したがって、履行期前の履行拒絶は、別稿で検討した、履行期前の履行能力欠如とともに、独自の不履行態様と位置づけるのが適切であろう。(186)

(175) Soergel/Wolf, a. a. O. (Fn. 165), §323 Rn. 136 (Gsell).

(176) 潮見佳男『契約規範の構造と展開』五二頁以下、とりわけ七三頁以下（一九九一年）参照。

(177) 潮見教授によれば、結果債務のように、具体的行為義務のほかにも一定の結果実現保証を構成要素とすることがあるので、具体的行為義務の集合体が常に給付義務となるとは限らない。潮見『債権総論Ⅰ〔第2版〕』二九頁以下（二〇〇三年）、同『プラクティス民法債権総論［第3版］』五頁以下（二〇〇七年）。

(178) 潮見教授は、このような「付随的利益に対して配慮すること」も、債権者から請求できる利益という点では給付結果にほかならないので、この種の付随義務も給付義務の一種であり、この意味で従たる給付義務と称すべきだという。潮見・前掲注(176)八一頁。

(179) この具体的行為義務を給付義務とは別個の付随義務と位置づけたうえで、履行期前の履行拒絶をこの付随義務違反と捉える見解もある。中田裕康『債権総論』一一一頁（二〇〇八年）。

(180) Vgl. Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, a. a. O. (Fn. 172), Kap. 3. Rn. 203 (Medicus).

(181) この見解による場合、履行期到来前の段階で義務違反が生じると解することになるため、このような解釈が可能かが問題となる。たしかに、履行遅滞は履行期到来を要件とするが、履行不能が履行期到来前にも生じ得ることは一般的に承認されており、このことを顧慮すれば、履行期到来前にも義務違反が生じ得るということは理論的に十分あり得る。

(182) 翻意が合理的にみて期待し得ないほどに履行拒絶の意思が強固とまでは言えないという場合には、①の義務違反が存するものの、これによって給付義務の不履行が確定するには至っていないため、いまだ債務不履行は発生しない。したがって、いわゆる不安の抗弁権が認められるにとどまるレベルの信用不安等は、それ自体、債務不履行とは区別される。奥田昌道編『注釈民法(10)』三五七頁（一九八七年）〔北川善太郎執筆〕参照。

(183) また、約定の受領義務が認められる場合に、受領拒絶が履行拒絶を構成すると解されるとすれば、この場合にも受領拒絶によって契約目的の達成が危殆化せしめられるか否かが問題となる。

(184) 森田修『契約責任の法学的構造』四一二頁注32（二〇〇六年）は、この場合でも解除に先立って催告を要求する。その際、契約からの離脱は、履行拒絶によって始まった紛争解決交渉における信頼維持義務の問題として論じられるべきであるということを理由として挙げる。また、中田裕康『債権総論』一一一頁（二〇〇八年）も、五四一条との均衡から、債権者は適切な履行準備をするよう催告することを要するという。

(185) 北川善太郎『債権総論〔第3版〕』九一頁（二〇〇四年）、潮見佳男『債権総論Ⅰ〔第2版〕』二八二頁（二〇〇三年）、川井健『民法概論3第2版』六六頁以下（二〇〇五年）、内田貴『民法Ⅲ〔第3版〕』一一一頁（二〇〇五年）、大村敦志『基本民法Ⅲ〔第2版〕』一〇四頁（二〇〇六年）、中田裕康『債権総論』九四頁（二〇〇八年）など。

(186) 履行期前の履行能力の欠如については、拙稿・前掲注(86)および注(162)参照。

第五章　結びに代えて

本稿では、履行期前の履行拒絶に関するドイツ法の議論を参照しつつ、履行期前の履行拒絶に基づく履行期前の契約解除権・損害賠償請求権の解釈論的根拠および債務不履行体系における位置づけについて検討を行った。その結果をいま一度まとめると、次のとおりである。

第一に、履行期前の真剣かつ終局的な履行拒絶は、その時点ですでに当該義務が任意に履行されないことを確定

的なものにし、契約目的の達成を危殆化せしめることから、履行期前の契約解除権または給付に代わる損害賠償請求権を正当ならしめる。

第二に、右のような解釈論的根拠を基礎とするため、履行期前の契約解除権または給付に代わる損害賠償請求権の成否を判断するにあたっては、①翻意が期待し得ないほど履行拒絶意思が強固であると認められるか否か、②拒絶された義務が履行されないことにより契約目的の達成が危殆化せしめられるか否か、言い換えれば拒絶された義務が当該契約において重要な位置を占めるか否かが検討されるべきである。主たる給付義務の履行が拒絶される場合には、中心的な要件は①の点であるが、主たる給付義務の一部や付随的給付義務の履行が拒絶される場合には、これに加えて②の点が重要となる。

第三に、履行期前の履行拒絶がいかなる義務違反にあたるのかをめぐっては、ドイツにおいても論争が続いているが、付随義務としての給付誠実義務違反ではなく、拒絶された義務それ自体の違反と解すべきである。なぜなら、給付結果それ自体の実現に必要な行為をなすべき（または、してはならない）義務は、給付義務とは別個の付随義務ではなく、給付義務の構成要素と位置づけられる一方で、付随義務としての給付誠実義務は、給付結果それ自体の実現に必要な行為をなすべき（または、してはならない）義務を含まないからである。

第四に、履行期前の履行拒絶を以上のように解する場合には、履行期前の履行拒絶は、債務不履行の従来の類型にはいずれも属さない、新たな不履行類型と位置づけられることになる。

今後は、本稿で確認した解釈論的根拠および債務不履行体系における位置づけを基礎としつつ、一方では、履行期前の履行拒絶に関する個々の要件・効果論をさらに検討し、他方では、他の解除原因との関連について検討していきたい。