The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	改正民法における契約の危殆化
Author(s)	松井, 和彦
Citation	阪大法学. 2019, 69(3-4), p. 135-155
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87232
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

改正民法における契約の危殆化

松井和彦

一　はじめに

債務者は、履行期が到来するまで債務を履行することを要しない。このため、履行期前に債務不履行が生じこれに基づく権利が債権者に認められることはないかにみえる。しかし、履行不能の場合には、その発生が履行期前であっても、その時点で債務が終局的に履行されないことが確定し、これにより債権者にはそれぞれの要件のもとで解除権や損害賠償請求権が付与される。なぜなら、債務の履行がされないことが確実になった以上、履行期の到来を待つ意味がないからである。

このような状況が生じるのは、民法四一二条の二第一項の意味における履行不能の場合だけであろうか。履行不能に当たらなくても、合理的にみて債務の履行がされないことが確実であると評価される場合があるのではないだろうか。その典型例が、債務者による履行拒絶(1)である。債務者が債務の履行を拒絶し、しかも拒絶の意思が確定的なもの、すなわちもはや翻意が期待できないと評価される場合、債務が履行されないことは明白である。このことにより、契約の存在意義はすでに失われているといえる。

このような場合、履行期が到来していないことのみを理由に、存在意義を失った契約に当事者を拘束し続けることは妥当でない。たしかに、履行拒絶が履行期到来後も続けば履行遅滞となるため、そこに至れば債権者は契約を解除し、損害賠償を請求することができる。このため、履行期の到来を待てばよいとも言えそうである。しかし、このことは、債権者が近い将来に債務不履行に遭い損害を被るであろうことが確実視されるにもかかわらず、契約の拘束を受けたままそれを座して待てと言うに等しい。債権者において被る損害を最小限にとどめるため、早期に契約関係を解消する措置を講じること、塡補賠償の形で契約関係を清算することが認められるべきである。(2)

このような考えは、平成二九年の改正民法のなかで明文化された。これにより、一定の要件のもとで、履行期前でも契約を解除すること、履行に代わる損害賠償を請求することが認められるようになった。他方で、履行拒絶以外の事由によって契約上の債務の履行が危ぶまれる状況（契約の危殆化または契約危殆）が生じたことを理由に履行期前に契約を解除し、または塡補賠償を請求することを認めることについては、明文化されなかった。本稿では、このことの理論的意義を確認すること、およびこれに伴って生じる今後の課題について若干の考察を加えることを目的とする。

二　契約の危殆化に関する規定の概要

まず、平成二九年改正民法の関連規定を確認しよう。民法五四二条一項は、無催告で契約全部を解除することのできる事由として、債務の全部の履行不能（一号）、債務の一部の履行不能による契約目的の達成不能（三号）、定期行為における履行遅滞（四号）などを列挙している。このなかで、同項二号は、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ことを、三号は、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ことを挙げる。ここでは、履行拒絶が履行期前であるか後であるかの限定が付されていない。つまり、双方がここに含まれるということである。さらに、見逃されがちであるが、同条一項柱書には、「直ちに」契約の解除をすることができると定められている。このことは、履行拒絶が履行期前に行われた場合は、履行期前であっても契約を解除することができることを意味する。

他方、民法四一五条二項は、履行に代わる損害賠償の請求をすることのできる場合として、債務の全部の履行不能（一号）、解除権の発生または行使（三号）などを列挙している。このなかで、同項二号は、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を挙げる。ここでも、履行拒絶が履行期前になされたもの、履行期後になされたものの双方が含まれている。

このような条文に至るまでに、法制審議会民法（債権関係）部会（以下、「法制審」という。）ではどのような議論が行われたのであろうか。そこから、これらの規定を解釈する際の手がかりが得られると同時に、課題も見えてくると思われる。法制審で議論の焦点となったのは、大きく分けて次の三点である。

①履行拒絶を理由とする履行期前の解除権、塡補賠償請求権を認める規定を設けるべきか。

②規定を設けるとして、どのような要件設定をするべきか。

③履行拒絶以外の事由による契約危殆の場合に解除権・塡補賠償請求権を認めるべきか。

これらの点について、法制審ではどのような審議が行われたのであろうか。部会資料と議事録を紐解いてみよう。

三　履行拒絶の明文化

1　明文化の是非

履行期前の履行拒絶を解除原因とすることについては、履行期到来前であっても履行拒絶がはっきりしているときに必ずしも履行期まで当事者を拘束しておく必要はない、早期に取引関係を清算することに一定のニーズがあるといった理由で、法制審における審議の初期の段階から異論が示されなかった。(3)

他方、これを塡補賠償請求権の発生原因とすることについては、意見が対立した。取引界において早期に取引関係を処理することに実益があるとの理由から、これに賛成する意見が多数であった一方で、(4)慎重な意見もみられた。その理由は、①もし履行期前の塡補賠償請求を肯定するならば、債権者は当初予定された弁済期よりも前に履行を受けることができるが、このように当初の契約よりも利益を得ることは妥当でない、(5)②履行不能と評価することで対応することができるというものである。(6)しかし、①に対しては、履行期前に履行が不能になった場合にも同様のことが生じるが、履行不能の場合にその時点から塡補賠償請求を認めるのであれば履行拒絶の場合にも認めるのが整合的である、賠償額の減額調整をすることで債権者が不当な利益を得ないようにすることができる、といった反論があり、②に対しては、履行不能に取り込むことのできない場合があるとの反論があった。(7)

また、履行期前の解除のみを認めて塡補賠償請求を認めないことにも批判が相次いだ。すなわち、①塡補賠償の否定は、履行拒絶を債務不履行ではないと捉えることへとつながるが、それならば解除を肯定することの正当化根拠をどこに求めるのかが問題となる、(8)②塡補賠償請求権の発生原因のひとつとして、解除権が発生したことを加える構想をしており、これは履行遅滞が生じた場合に債権者に履行請求と塡補賠償請求を選択させることに実益を見

出しているからであるが、履行拒絶の場合にも同様のことが言えるのではないか[9]といった批判である。

こうして、明文化に消極的な意見は克服され、議論は要件論へと進んでいく。

2　履行拒絶に関する法制審の議論

(1) 履行拒絶の位置づけ

解除に関する規律の改正は、従来の規定を基礎に判例法理の明文化等により規範を明確化し整序するという方針で進められた。これに従い、履行期前の履行拒絶については、履行不能を柔軟に認定することにより履行期前解除を認める従来の裁判例[10]を明文化するという形で立法提案が行われた[11]。他方、塡補賠償請求権については、解除に関して履行不能を認める裁判例を参照し、かつこのような場合に履行期前に塡補賠償請求を認める実益があることを理由に立法化すべきことが述べられた[12]。

このように、当初は、履行拒絶は、履行期前のものだけが念頭に置かれ、かつ、履行不能のアナロジーとして解除原因、塡補賠償請求権の発生原因とすることが意図されていた。

(2) 解除原因となる履行拒絶の確定性

履行拒絶が契約の解除原因や損害賠償請求権の発生原因とされたのは、合理的にみて債務の履行がもはや期待し得ず、これにより契約を存続させる意義が失われるからである。このため、このような法的効果をもたらす履行拒絶となり得るためには、債務者が単に当初の合意どおりの履行に難色を示しただけでは足りず、合理的にみて翻意を期待できないほどの明確性、確定性が要求される[13]。そこで、拒絶意思が確定性を担保すると同時に翻意の最後の機会を与えるための「催告」を要件とするか否かをめぐって議論が行われた。もっとも、履行期前の履行拒絶の場

合、履行拒絶の時点では履行期は到来していないのであるから、ここでの「催告」は、民法五四一条が定める履行を求めるという意味での催告とは異なる。翻意を期待できない確定的な拒絶意思を確認するという趣旨のものである[14]。仮にこのような要件を課すとすれば、解除と塡補賠償請求との間で平仄を揃えたほうがよいことから、審議は双方を念頭に置きながら進められた[15]。

審議の過程では、基準の明確性という観点から「催告」を要件とすべきとの意見と[16]、履行拒絶の成否を判断する際の要素として考慮すればよいとの意見とが出されたが[17]、結局、後者の意見が採用された。その理由は明確でないが、実務では「催告」がされるのが通常であるとの指摘があり、履行拒絶意思の確定性を判断する際に「催告」の結果が考慮される点で両意見の間に大きな違いがないこと[18]、解除の場面で「催告」を求めるならば塡補賠償請求の場面でも同様に「催告」を求めるべきことになるが、そのような規律が他にあまりみられないことが考慮されたのではないかと推測される[19]。

他方で、履行期後の履行拒絶について、履行拒絶意思が確定的とは言えない場合でも、その他の事情によっては「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」と評価されれば無催告解除をなし得ることが示唆された[20]。たしかに、履行拒絶意思が確定的でなく翻意の可能性を残していても、その他の事情と相まって右のような「履行を受ける見込みがないことが明らか」となることも考えられよう。

また、履行拒絶の態様について、「民法（債権関係）改正に関する要綱案のたたき台（3）」（以下、「要綱案のたたき台」という。）では、履行拒絶の「確定的な意思を表示」したことが要件とされていたのに対し[21]、その後の「民法（債権関係）改正に関する要綱仮案の原案（その1）」（以下、「要綱仮案の原案」という。）では「履行をする意思がない旨を明らかにした」という表現に変更された[22]。これは、履行拒絶が意思表示を要件とするものでない

ことを明らかにするためであり、規律の内容を変更することを意図していないとの説明がされたが、[23] 審議では、履行拒絶の要件を緩和するかのような変更に対して再検討を求める意見が複数出された。[24] この意見が結果として受け入れられ、「要綱案のたたき台」の表現に近い「意思を明確に表示」したという表現が最終的な条文となった。

(3) 履行拒絶の時期

履行拒絶が行われる時期に関して、当初は主に履行期前の履行拒絶を解除原因に加えるかどうかが検討されており、[25] 履行期後の履行拒絶については、意識的に議論されていなかった。しかし、その後の審議において履行期後の履行拒絶も視野に入れられるようになり、「民法（債権関係）改正に関する中間試案」（以下、「中間試案」という。）では履行期前・履行期後の履行拒絶を別個に規定する提案がされた。[26] さらに、「要綱案のたたき台」に至り、二つの履行拒絶を区別せず、ともに履行不能に準じた取扱いをすることが提案され、[27] これが成案となった。

四　履行拒絶以外の事由による契約危殆の取扱い

1　中間試案まで

債務者は債務の履行を拒絶していないものの、客観的、合理的にみて履行期に債務の本旨に従った履行をすることができないことが履行期前にすでに明らかなことがある。たとえば、請負契約において、仕事の目的物の引渡期限が迫っているにもかかわらず、仕事の完成までほど遠く期限までに完成する見込みがない場合がこれに当たる。従来の裁判例には、このような場合を履行不能と評価して履行期前の解除や損害賠償請求を認めたものが散見される。[28] しかし、これらの事案は、仕事の完成それ自体が不可能でない以上、履行遅滞の発生がもはや避けられない状態とみるべきであり、履行不能とするのは妥当でない。それにもかかわらず、裁判例がこのような理論的に無理の

ある構成をとったのは、履行期前の解除や損害賠償を認めるための苦肉の策と考えられる。そこで、これらのいわゆる契約危殆を正面から解除権および損害賠償請求権の発生原因として明文化すべきかが立法上の課題となる。

法制審における審議の初期の段階では、契約危殆の類型としては履行期前の履行拒絶のみが想定されており、それ以外の事由による契約危殆はあまり意識されていなかったようにみえる。[29] しかし、第二ステージの第一分科会会議において、解除原因の包括的概念（重大な契約違反ないし重大な不履行）に契約危殆全般を含めるべきかという問題提起がされ、これを含める形で規定を置く方向で検討することに積極的な意見がみられた。[30]

さらに、履行拒絶以外の事由による契約危殆の取扱いに影響を与え得る重要な指摘がされた。それは、これまでの審議において塡補賠償請求権および解除権の発生原因に加えることが概ね承認された履行拒絶を、債務不履行体系のなかにどのように位置づけるかに関するものである。これには、大きく分けて二つの考え方がある。ひとつは、履行拒絶それ自体を債務不履行と位置づけるものである。いまひとつは、履行期到来時に債務が履行されないことが明らかであること（いわゆる契約危殆）を債務不履行と位置づけ、履行拒絶をその――代表的な――一態様とみるというものである。[31] 前者によれば、履行拒絶以外の事由による契約危殆は、それ自体としては塡補賠償請求権および解除権の発生原因とはなりにくく、なり得るとしても、履行不能、履行遅滞、履行拒絶などに取り込むことのできる一部のものに限られる。これに対し、後者によれば、履行拒絶以外の事由による契約危殆であっても、塡補賠償請求権および解除権の発生原因となり得る。

この第一分科会の議論を受ける形で、「中間試案」では、履行拒絶以外の事由による契約危殆を解除権および塡補賠償請求権の発生原因に含めることのできる案が提示された。解除に関する立法提案から見ていこう。

第11　契約の解除

1　債務不履行による契約の解除の要件（民法第五四一条ほか関係）

(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　略（定期行為における遅滞）

イ　略（全部不能）

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。（傍線筆者。以下同じ。）

第11―1(3)は、解除権の成立要件として、①(a)履行拒絶、または(b)その他の事由により、②債務者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ことを挙げており、①(b)＋②の事案が履行拒絶以外の事由による契約危殆に相当する。第一分科会において指摘された二つの考え方のうち、「中間試案」は、後者に近い考え方を採ったと評価することができる。それでは、損害賠償に関する立法提案はどうであろうか。

第10　債務不履行による損害賠償

3　債務の履行に代わる損害賠償の要件（民法第四一五条後段関係）

(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～ウ　略

(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)と同様とするものとする。

第10―3(2)の「その他の事由」が履行拒絶以外の事由による契約危殆に相当する。解除に関する提案と表現がやや異なっているものの基本的な構造は同じであり、履行拒絶以外の事由による契約危殆の場合にも履行期前解除が認められ得る提案となっている。

要するに、「中間試案」では、履行拒絶の場合、それ以外の事由による契約危殆の場合の双方について、履行期到来を問わず、塡補賠償請求権および解除権を認める提案がされていた。

2　第三ステージでの議論

ところが、その後に提示された「要綱案のたたき台(3)」では、解除原因から前記①(b)その他の事由が削除される。[32]

第3　契約の解除

1　履行遅滞等による解除の要件（民法第五四一条・第五四二条関係）

(1)　略（遅滞に基づく催告解除）

(2)　略（定期行為の遅滞に基づく無催告解除）

(3)　当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が上記(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を受ける見込みがないことが明らかであるときは、相手方は、上記(1)の催告をすることなく、直

ちにその契約の解除をすることができるものとする。

(4) 略

第3―1(3)は、「債務を履行しない場合」という表現から、何らかの債務不履行が現実に発生していることを想定したものと考えられる。そのような状況において、契約目的達成との関係で催告が無意味な場合――このことが（履行期後の）履行拒絶以外の事由によって明らかであるときも含む――は無催告解除をなし得るというのが(3)の内容である。したがって、債務不履行が目前に迫っており避け難い状況、いわゆる契約危殆は、これに当たらないと読める。

2 履行不能による解除の要件（民法第五四三条関係）

(1) 略（全部不能に基づく無催告解除）

(2) 略（一部不能に基づく契約全部の無催告解除）

(3) 略（履行不能が債権者の責めに帰すべき事由による場合）

(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。

他方、履行拒絶は、履行不能に準じるものという位置づけを与えられ、第3―2(4)で解除原因と定められている。この履行拒絶には、履行期前になされたものと履行期後になされたものの双方が含まれる。[33] しかし、履行拒絶以外の契約危殆を包摂し得る表現にはなっていないし、他にそのような規定は見当たらない。要するに、履行拒絶については、履行期の前後を問わず解除原因とされ、それ以外の事由による契約危殆については解除原因にならないというのが、「要綱案のたたき台(3)」の立場である。

それでは、塡補賠償請求権についてはどうであろうか。[34]

第2　債務不履行による損害賠償

2　債務の履行に代わる損害賠償の要件（民法第四一五条関係）

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。

このように、第2―2(2)が履行拒絶を規定するにとどまる。また、先にみた解除に関する提案と合わせると、履行拒絶以外の事由による契約危殆は解除原因ではないため第2―2(4)に該当しないことが分かる。つまり、塡補賠償請求権についても、解除権と同様、履行拒絶以外の事由による契約危殆は、発生原因から除外されたことになる。

その後、「要綱仮案の原案」に関する審議でも、[35]履行拒絶以外の事由による契約危殆を理由とする無催告解除が解除原因に含まれないことの妥当性について、問題提起および確認がされたが、[36]法務省事務当局からの回答は、履行期が到来していないのに解除を正当化するには、履行拒絶という厳格な要件が必要であるというものであった。[37]つまり、今回の立法提案は、履行拒絶以外の事由による契約危殆を理由とする解除権の発生を認めない趣旨ということになる。その結果、解除権の発生を塡補賠償請求権の成立要件とする第8―2(3)に該当しないため、塡補賠償

請求権も否定される。こうして、履行拒絶以外の事由による契約危殆については、解除原因、塡補賠償請求権の発生原因のいずれにもしないという意図が明確にされた。

五　新しい規定の理論的意義と今後の課題

1　理論的意義

今回の民法改正により、履行の強制が可能である履行拒絶を履行不能と評価するという無理のある解釈は、不要なものとなった。もっとも、履行期前の履行拒絶が塡補賠償請求権および解除権の発生原因になり得ることが明文化されたこと自体は、従来の裁判例を踏まえたものである。このため、今回の民法改正は、従来の裁判例の傾向を大きく変えることにはならないかもしれない。しかし、明文化のもつ理論的意義は小さくない。

第一に、特に履行拒絶が塡補賠償請求権の発生原因とされたことは、それが債務不履行を構成し得ることが条文上明らかにされたことを意味する。契約危殆をもたらす代表的な事由である履行拒絶に債務不履行の位置づけが与えられたこと[38]、しかも履行不能とは別の不履行態様として明文化されたことは、理論的に大きな意義を有する。

第二に、右のことは、履行拒絶以外の事由による契約危殆について検討の契機を提供したとみることができる。すなわち、債務の本旨に従った履行がされないことが確実視されるものの履行不能とは言えず、債務者の履行拒絶の意思が明確とも言えない場合である。たしかに、法制審では、履行拒絶以外の事由による契約危殆を塡補賠償請求権や解除権の発生原因とする旨の明文化は見送られた。しかし、その理由は明確にされなかったし、これに関する実質的な審議もほとんど行われなかった。このような経緯からすると、明文化の見送りは、理論上あるいは改正法の解釈上、履行拒絶以外の事由による契約危殆を債務不履行と捉える余地を否定したものではない。むしろ、履

行拒絶が明文化されたことで、それ以外の事由による契約危殆についても解釈により同様の法的評価をする手がかりが提供されたとみることもできる。

2　今後の課題

（1）判断基準の明確化

今回の民法改正で、履行拒絶が塡補賠償請求権や解除権の発生原因とされたが、履行拒絶がどのようなものであるかについては何ら規定が置かれていない。そこで、今後の重要な課題は、この履行拒絶がどのようなものであるかを明確化することである。法制審の審議を参考にすれば、債務者が単に債務の履行その他契約の遵守に難色を示したにとどまったり、履行期の延期や代金の支払方法の変更を申し入れたりしただけでは足りない。債務者の履行拒絶意思が固く翻意がもはや期待し得ないと評価されることが必要とされる。しかし、履行拒絶意思の確定性を判断するための明確な基準はなく、事案ごとに諸事情を考慮して判断するほかないため、その予測は不透明なものとならざるを得ない。そこで、その手がかりを、数少ない従来の裁判例に求めてみよう[39]。

①大判大正一五年一一月二五日民集五巻七六三頁では、橋の建設請負契約において、請負人が約五か月間、工事に従事しただけでその後は工事を「漫然放擲」して遂行せず、すでに行った工事も設計通りではなく検査に合格しない不完全なものであったため、注文者が請負人に対し石垣の積み直しを求めたが、請負人がこれに応じなかったことが、請負人による仕事完成義務の履行拒絶とされた。

このように、債務者が正当な理由なく債務をあえて履行せず、履行遅滞の発生が確実視される状況を招いたことは、履行拒絶を示す事情となる。逆に、仕事の遂行が予定より遅れていても、なお約定の期日どおりまたは遅くと

もそれから相当期間内に仕事が完成する見込みが一定程度ある場合は、履行拒絶がまだ確定的なものではないと評価される可能性がある。もっとも、仕事の進捗状況からしてまだ履行期に間に合うとしても、他に翻意の見込みがないことを示す事情があれば、その事情と相まって履行拒絶が確定的なものと評価されることはあり得よう。

これと似た事例として、売主が売買の目的物たる不動産をあえて第三者に二重譲渡したことが考えられる。さらに進んで売主が当該第三者に所有権移転登記を備えさせたときは、第一譲受人に対する所有権移転義務の履行不能と評価されるが[40]、そこまで至らなくても、第一譲渡の存在を知りつつあえて第二譲渡を行い、これによって第一譲渡に基づく債務の履行を困難にすることは、第一譲受人に対する所有権移転義務の履行拒絶を示す事情となり得る[41]。特に、第二譲受人に当該不動産の引渡しをしたこと、第二譲受人から代金を受け取ったことは、第一譲受人に対する履行拒絶意思の確定性を示す行為といえよう。ただし、第二譲渡の譲渡人が第一譲渡の譲渡人の相続人であって第一譲渡の事実を知らなかった場合など、第二譲渡が常に第一譲渡の履行拒絶と評価されるものではない。

②東京地判昭和三四年六月五日下民集一〇巻六号一一八二頁では、真鍮屑の売買契約において、売主が買主に対して引渡しの準備が完了した旨を通知したにもかかわらず、買主が、目的物の価格が下落していることから代金減額に応じない限り代金の支払をしない旨を強硬に述べてあらかじめ目的物の受領を拒絶し、翌日にも売主が口頭の提供をしたが買主が前日の主張を変えなかったことが、買主による代金支払義務の履行拒絶とされた。

このように、債務者が、単に自らにとって不利な取引であるということだけを理由に当初の契約内容の変更を主張して態度を硬化させ、そのうえ具体的行動として適法に弁済提供された目的物の受領を拒絶したことは、履行拒絶意思の確定性を示す事情である。

③大判昭和六年一一月一四日新聞三三四四号一三頁では、木炭の分割履行契約において、売主が三回の分割履行

のうち第一回および第二回の分割履行をせず、買主からの複数回にわたる催告にも応じなかったばかりか、第一回の分割履行を提供したが買主が代金を支払わなかったと（不当に）主張して自らの履行拒絶を正当なものと述べ、契約解除の予告をして損害賠償請求をしたことが、売主による第三回の分割履行に関する履行拒絶とされた。

たしかに、債務者の主張が、通常の取引のなかで行われる再交渉の申入れではなく、荒唐無稽な主張であってもっぱら債務を履行しない口実にすぎない場合、このような債務者の行為は履行拒絶と評価され得る。しかし、事実の認識や解釈の単なる食い違いとの線引きが難しいこともあろう。③では、詳細な事実関係が不明であるため、売主がなぜ分割履行をしなかったのか、どのような言動をもって第一回の分割履行の提供をしたと主張したのかが分からず、売主の主張がいかに荒唐無稽であったのかは明らかでない。

履行拒絶という概念は、債務を履行しないという債務者の意思を中核とするものであるが、そのような内的な要素を直接示すものが存することは多くない。そこで、債務者の言明以外の行為や客観的状況などの外的な要素から履行拒絶意思の確定性を基礎づけていかざるを得ない。①のように、債務者の態度等により合理的にみて履行遅滞が生じることが確実視される状況が存在することは、履行拒絶意思の確定性を基礎づける有力な事情であると考えられる。

他方、②のように、債務者が給付の受領を拒絶することが、みずからの債務の履行拒絶と評価できるかについては、なお検討を要する。②では、債務者たる買主は、みずからに不利となる取引をしたくないといった身勝手な理由で受領を拒絶したことが明らかであるが、提供された目的物が契約内容に適合していないなど一見するともっともらしい理由が主張されていた場合には判断が難しくなる。③の妥当性が掲載誌から判然としないことが、このことを表している。改正民法のもとでの裁判例を待たざるを得ない面もあるが、すでに同種の法規範を有する外国の

状況等を参考にしながら、履行拒絶を基礎づける事情をできるだけ明らかにし予測可能性を高めることが重要な課題となる。[42]

(2) 履行拒絶以外の事由による契約危殆に基づく履行期前解除の可能性

前述のとおり、履行拒絶以外の事由による契約危殆は、少なくとも規定の上では塡補賠償請求権または解除権の対象から外された。たしかに、契約危殆の一部のものについては、履行不能に包摂することで履行期前解除を導く途が残されている。[43] また、法制審の審議過程に照らせば、履行拒絶は明確に表示されなければならないものの、その表示方法には多様性が認められており、履行拒絶の旨を明示的に言明することだけでなく、そのことを示すその他の行動や態度でもよいと解される。このため、前述した故意の二重譲渡のように、契約危殆の一部のものについては、履行拒絶に包摂することも不可能ではない。しかし、履行の強制が可能な場合にまで不能を過度に拡張することは、不能を履行請求権の限界事由とした民法四一二条の二第一項と矛盾するため妥当でないし、履行拒絶概念に関する法制審の議論を踏まえると、履行拒絶を安易に拡張することには慎重でなければならない。

改正民法の解釈論として、履行拒絶以外の事由による契約危殆の場合に履行期前の塡補賠償請求権や解除権が認められないのかについて、改めて検討する必要があろう。

(1) 履行拒絶には、その対象となる債務の種類や拒絶の範囲（全部か一部か）によりいくつかに分類することができるが、本稿では、単に履行拒絶という場合には、特に断りのない限り、契約上の主たる債務全部の履行拒絶を指すものとする。

(2) 平成二九年民法改正前において、このことを指摘したものとして、拙著『契約の危殆化と債務不履行』（有斐閣、二〇一三年）参照。

(3) 第三回会議議事録『民法（債権関係）部会資料集第1集第1巻』（商事法務）一二五頁（深山）、一二八頁（奈良野）。

〔以下、『部会資料集』と略する。〕

(4) 第三回会議議事録『部会資料集第1集第1巻』一二六頁（木村）、一二八頁（奈良野）。

(5) 第三回会議議事録『部会資料集第1集第1巻』一二五頁、一二七頁（深山）。

(6) 第三七回会議議事録『部会資料集第2集第4巻』一〇七頁（深山）。

(7) 第三七回会議議事録『部会資料集第2集第4巻』一〇七頁（潮見）、一一一頁（内田）。

(8) 第三七回会議議事録『部会資料集第2集第4巻』一〇八頁（潮見）。

(9) 第三七回会議議事録『部会資料集第2集第4巻』一〇八頁（松本）。

(10) 大判大正一五年一一月二五日民集五巻七六三頁、東京地判昭和三四年六月五日下民集一〇巻六号一一八二頁。もっとも、後者は、代金支払債務の履行が拒絶された事案であり、これを履行不能と捉えることには相当の無理がある。このため、判決は、「履行不能と同一の法的評価を受けてもよいと考えられる」と述べ、履行不能に関する「民法五四三条の精神に則って」履行期前の無催告解除を認めた。ここに、履行拒絶を履行不能と捉えることの限界をみることができる。

(11) 部会資料54『部会資料集第2集第10巻』二九三頁。

(12) 部会資料53『部会資料集第2集第10巻』二八三頁。履行拒絶を理由に履行期前に塡補賠償請求を認める裁判例としては、前掲東京地判昭和三四年六月五日がある。

(13) 部会資料34『部会資料集第2集第4巻』四四六頁。

(14) 第四回会議議事録『部会資料集第1集第1巻』一八六頁（山本敬三）。

(15) 第三九回会議議事録『部会資料集第2集第4巻』二三〇頁（潮見）。

(16) 第三九回会議議事録『部会資料集第2集第4巻』二二九頁（高須、岡）、第一分科会第二回会議議事録『部会資料集第2集第12巻』一一三頁（高須）。明確性という点で一定の意味があるという意見もあった（同一一四頁（鹿野））。

(17) 第一分科会第二回会議議事録『部会資料集第2集第12巻』一一二―一一三頁（中井）。

(18) 第一分科会第二回会議議事録『部会資料集第2集第12巻』一一三頁（高須）。

(19) 第一分科会第二回会議議事録『部会資料集第2集第12巻』一一四頁（潮見）。

(20) 第七八回会議議事録『部会資料集第3集第2巻』七七頁（潮見、金）。

(21) 部会資料68A『部会資料集第3集第2巻』五二四頁、五四四頁。
(22) 部会資料79―1『部会資料集第3集第5巻』五一一頁、五一二頁。
(23) 債務者が長期間行方不明であった場合はその他の事情も考慮して要件を満たすことがあり得るという。部会資料79―3『部会資料集第3集第5巻』五五六頁以下、第九〇回会議議事録・同二七三頁以下（筒井）。
(24) 塡補賠償請求権につき、第九〇回会議議事録『部会資料集第3集第5巻』二七三頁（佐成、村上、深山）、解除権につき第九一回会議議事録・同二九九頁（深山）。
(25) 部会資料5―2『部会資料集第1集第1巻』四三四頁以下など。
(26) 履行期前の履行拒絶については第11(3)で規定し、履行期後の履行拒絶については、同(2)ウに含めることが意図された。商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務、二〇一三年）一三四頁以下。
(27) 部会資料68A『部会資料集第3集第2巻』五四一頁の表参照。
(28) 東京地判平成八年七月一六日判タ九五八号二二七頁、東京高判平成一五年三月一三日LEX/DB28081647など。一般論のみを認めたものとして、東京地判昭和五一年一二月二三日判時八六三号七六頁がある。拙著・前掲注（2）二九〇頁以下参照。
(29) 部会資料集5―2『部会資料集第1集第1巻』四三四頁以下参照。
(30) 第一分科会第二回会議議事録『部会資料集第2集第12巻』一一五頁（山本敬三、中井）、一一七頁（鹿野）。
(31) 第一分科会第二回会議議事録『部会資料集第2集第12巻』一一六頁（潮見）。
(32) 部会資料68A『部会資料集第3集第2巻』五三八頁以下。
(33) 部会資料68A『部会資料集第3集第2巻』五四一頁の表参照。
(34) 部会資料68A『部会資料集第3集第2巻』五二四頁。
(35) 「要綱仮案の原案」で示された規定は、次のようなものであった。（部会資料79―1）

第8　債務不履行による損害賠償

2　債務の履行に代わる損害賠償の要件

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。

第9　契約の解除

2　無催告解除の要件（民法第五四二条・第五四三条関係）

民法第五四二条及び第五四三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。

(36) 第九一回会議議事録『部会資料集第3集第5巻』二九九頁（中田）、三〇二頁（潮見）。

(37) 第九一回会議議事録『部会資料集第3集第5巻』三〇二頁以下（金）。

(38) 商事法務編・前掲注（26）一三五頁参照。

(39) 拙著・前掲注（2）二二八頁以下参照。王冷然「イギリス法における履行期前の契約違反」法学六九巻三号六〇頁以下（二〇〇五年）、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（一）～（四・完）」早稲田法研論集一一八号一二二頁、一一九号一三五頁、一二〇号一二一頁、一二二号一五五頁（二〇〇六～〇七年）では、イギリスおよびアメリカ

における履行期前の履行拒絶に関する事例が豊富に紹介されており、わが国の解釈論にとっても参考になる。

(40) 最判昭和三五年四月二一日民集一四巻六号九三〇頁。

(41) 英米法について、末延三次「履行期前の履行拒絶に対する損害賠償の請求」同『英米法の研究上』(東京大学出版会、一九五九年)九七頁参照。

(42) この判断を誤った債権者は、履行期前の塡補賠償請求または契約解除の意思表示をすることにより、自らが履行拒絶をしたとされ債務不履行責任を負うおそれがある。このようなリスクがあると、履行期前の塡補賠償請求または契約の解除が敬遠され結局は機能しないという事態を招きかねない。この意味でも、履行拒絶の外延を明確にすることは重要な課題である。

(43) 第九一回会議議事録『部会資料集第3集第5巻』二九九頁(中田)。