

で現れ、「履行請求権と損害軽減義務との衝突」という意味において問われることになる。

具体的検討として、本稿はまず、履行期前の履行拒絶法理及び損害軽減義務法理が最も詳細に論じられている英米法について、これを検討した。英米法において、履行期前の履行拒絶法理は、1853年の先例以来まさに判例法理として展開し、その際その意義は、履行拒絶を受けた当事者を早期に契約の拘束力から離脱させ、損害の軽減に向けた行動をとらしめるという点に求められていたのであった。しかしながら、履行期前の履行拒絶法理と損害軽減義務法理との交錯から生ずる結論は、しばしば英米法として一括りにされがちなイギリス法とアメリカ法において異なる。それは、履行期前の履行拒絶を受けた当事者においてそれを契約違反とみなすか否かの選択権を認めるという「選択理論」に対する対応が、両者において異なったからに他ならない。すなわち、イギリスでは、履行拒絶を受けた当事者における選択を認めるのに対して、アメリカではこのような選択権が認められず、履行期前の履行拒絶という契約違反の発生により直ちに損害軽減義務が課せられるものとされたのである。こうした両者における相違の原因を、履行期前の履行拒絶法理の歴史的展開の内に求めるということが、検討の課題となったのであった。

その際、アメリカ法においては、履行期到来前において契約違反は生じうるのかをめぐり、契約の本質を、履行期において履行をなすという約束に見出すウィリントンによる激しい批判を受けた。しかしながら、この学説における論争を経て、履行期前の履行拒絶はそれ自体として契約違反となることが基礎付けられ、さらに統一商事法典の成立・改正過程において、「選択理論」は損害軽減の観点から明確に否定されるに至ったのであった。これに対して、そのようなものとしての「選択理論」がイギリスにおいて生成された理由は、履行期前の履行拒絶がまさに契約違反となり得ることが認められる1853年の先例以前において、履行期前の履行拒絶が、合意による契約解消に向けた申込として擬制されたことに由来するのであった。

しかしながら、イギリス法においても、損害軽減義務の観点は履行請求権との関係から否定されているわけではない。あくまで歴史的背景から、履行期前の履行拒絶が契約違反となるために相手方当事者の「承諾」が必要とされているのであって、契約違反が生ずると直ちに、損害軽減義務が課せられることは、アメリカ法と異なるものではなかった。

続いて、英米法と大陸法との対話の一つの成果ともいうべき、国際統一売買法について検討した。その際、1964年ハーグ統一売買法から、1980年国際動産売買ウィーン条約へ到る過程において、一定の事実の存在自体によって解除の効果を認める「事実の存在自体による解除 (ipso facto avoidance)」が放棄されたことに着目し、このことによって、英米法上の展開を受けて置かれた、履行期前の契約解除規定そのものに実質的な変化は認められないものの、履行期前の契約違反事例における履行請求権と損害軽減義務との関係が、大きく異なるものとなったことを明らかにした。

すなわち、ハーグ統一売買法においては、重大な契約違反概念と結びついた「事実の存

在自体による解除」を媒介として、代替取引と損害軽減義務の観念は履行請求権よりも体系的に優位となり、履行拒絶を受けた当事者は直ちに損害軽減に向けた合理的な措置をとることを要請されることになる。これに対して、「事実の存在自体による解除」が放棄され、意思表示による解除への転換がなされた国際動産売買ウィーン条約においては、むしろ履行請求権が体系的優性を持つことになる。従って、履行拒絶を受けた債権者は、少なくとも原則としてなお契約の履行に固執することができるものとされたのであった。

さらに、履行請求権の第一義性の原則をあくまで強固に維持するドイツ法について検討した。ドイツ法の下で履行拒絶法理は、まず損害賠償請求のための手続要件としての猶予期間設定、そして履行期到来まで待つことが不要であることを認める判例法として、展開・確立したのであった。しかしながら、BGB法体系において、いわゆる三分体系の下、履行障害事由は不能、遅滞、そして積極的債権侵害に限定されていたため、学説はこれらとの関係から、履行拒絶法理を体系的に位置付けるということにその関心を集中させてきた。しかし、これは結局ドイツ法の歴史的的特殊性に解消される問題設定であり、むしろ解決されるべきは、履行請求権の体系的優性を背景に、履行拒絶を受けた債権者において、当初の履行請求から不履行に基づく損害賠償へと移行する時点を恣意的に左右することができるという、投機可能性の問題なのであった。

これに対しては、契約上の履行請求権に直接に§ 254 BGBに体现されている損害軽減義務を適用させようとする見解も、近時では見られた。しかし、まさにBGB法体系の基礎をなす履行請求権の第一義性の原則の強固性のゆえに、奏功することはなかったのである。さらに、この投機可能性の問題は、債務法改正の中で、債権者による解除権行使についての期間設定権限を債務者に認めることによって、立法的解決をはかるということも試みられたのであったが、それは結局新BGBには実現されなかったのであった。

最後に、日本法についても検討を行なった。日本の裁判例においては、債務者の履行拒絶がある場合には、債権者は口頭の提供も要せず、相手方の不履行責任を問うことができるものとされていた。もっとも、大審院以来の判例法における基準では、このことは、債務者にもはや翻意可能性がみなされない事態に到らないと生じない。そのような事態に到った以上は、もはや本来的契約の実現は望みようがないから、以後債権者としては契約の事後処理に向かうしかないといえる。しかしこれを逆面から見れば、そのような事態に到るまでは、債権者はなお契約実現に固執できるということも意味することになる。

これに対して、近時の下級審裁判例においてはより柔軟な基準が採られていた。そこでは債権者の側ではなお履行期の延期を望んでいるような場合であっても、債務者による契約の拘束力からの離脱が可能なものとされ、その可否は、債務者の態様に対する評価を含めてなされていたのであった。このような基準を前提とすれば、債権者が不合理に契約の履行に固執するという態様についても、これを規範的に評価する可能性が開けのではないかとと思われる。