

英米法における「契約解除」と  
「拒絶権」の比較法的位置づけ  
—民法改正案における解除制度と危険制度の  
比較法的観点からの分析のために—

山 田 到史子

I. はじめに

「解除制度」の現代の世界の潮流を受けて、日本民法改正案の解除制度も帰責事由を要件としない。しかしそのように解すると、履行不能を要件としてやはり同じ帰責事由のない場合に適用される、とりわけ534、536条の「危険制度」と要件が重なっており、目的も反対給付からの解放・消滅で共通しているにも拘わらず、副次的な様々な効果がずれて良いのかという点、すなわち「解除」と「危険」という二つの制度を併存させることについての論理的矛盾が指摘されてきた<sup>1)</sup>。これに対して、現時点での民法（債権関係）改正法案では、従前の「危険制度」の条文上の効果が「滅失又は毀損は債権者」が引き受ける（534条1項）、また「債務者は反対給付を受ける権利を有せず」（536条）とあるのを、「履行拒絶できる<sup>2)</sup>」に変更した上で、二つの制度を併存させる結果となった。これは、「危険」の制度を削除してしまうことの懸念からの弁護士会の強い反対の結果であ

1) 潮見佳男『債権総論I（第2版）』（信山社、2003年）467頁、山本敬三「契約責任法の改正—民法改正法案の概要とその趣旨」法曹時報68巻5号1頁（法制審議会民法（債権関係）部会第78回会議において、危険制度は解除制度に「完全包摂」されると指摘する、議事録50頁。議論の様子は、この他90,91回会議に詳しい）、山野目章夫NBL1041号59頁。なお本稿では、履行不能（困難）のリスク・反対給付の「危険引受」と、売買等における物の滅失毀損のリスク・「危険移転」を含め、「危険制度」という用語を用いる。

2) 民法（債権関係）改正法案536条「当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができる」。

り、両制度を少しでも体系的矛盾を回避する形で併存させる構成をとったためであるとも推測される。もっとも、この「履行拒絶権構成の危険制度」は、歴史的にもまた比較法的にも他に例のないものであると指摘されており<sup>3)</sup>、改正案のこの構成の体系的・構造的分析が必要とされている<sup>4)</sup>。

本稿は、そもそも歴史的に、近代民法典が制定された当時新しい制度で体系的に成熟しないまま不十分な形で規定されたと言われる「解除」制度の本質を見極め、そこから「危険制度」との関係について、民法改正法案のとり「拒絶権構成」の理論的・体系的意味を検討するために、新しい潮流の中で模範とされてきた「英米法の契約解消制度」における「解除」と「拒絶権」との関係を分析することを試みるものである。英米法は、近代民法典が次々と成立してからも、当時未熟な「解除制度」を、帰責事由を要件としないものとして漸次発展させてきており、「拒絶権」は其中で契約解消へのワンステップとして位置づけられている。英米法自体も、帰責事由を要件としない解除制度を持っていることで、「危険制度」との類似の体系上の問題があったはずで、それをどのように扱ってきたのかを検討することは、「解除」について、同じ帰責事由を要件としない構成を取ろうとする場合には、一つの考え方として参考になると思われる<sup>5)</sup>。

- 
- 3) 奥田昌道「インタビュー債権関係規定の見直し」法時 86 卷 12 号 12 頁、聞き手 松岡久和。
  - 4) 従前、「帰責事由のない不能」の場合、危険制度によると、給付義務は法上当然に消滅し、反対給付義務も原則当然に消滅し(=牽連性「債務者主義」)、例外として債権者に帰責事由があるとき・目的物が特定物の時・受領遅滞の時に存続するが(「債権者主義」)、これと、帰責事由のない不能に基づく解除制度の「契約の拘束・離脱を規律する」との制度目的・適用事案が共通することから、2つの関係を①危険は解除に内在している問題として解除に統合する立場、②履行不能の場合は危険制度により給付請求権が当然消滅し、遅滞・不完全履行その他の場合の解除と棲み分けを認める立場、③両制度は単純競合し、履行請求された当事者はいずれに基づいても履行拒絶できるとする立場、があった。理論的には、危険制度の債務者主義は、帰責事由のない不能のとき、債務消滅と共に反対債務も消滅することにより契約から解放する存続上の牽連関係を維持する目的のための制度、債権者主義をその例外として債権者を履行に拘束して、反対債務の履行義務から解放しない制度として、相手方の履行請求に対し、前者は反対債務の履行を拒絶でき、後者は拒絶できない制度と解し、契約の拘束を直接の規律対象とする解除に危険制度を統合するモデルが提唱されていた(危険制度には特別法として付け加わることはないとする)。潮見、前掲注(1) 467 頁。
  - 5) 山田到史子「契約解除との関係における『危険』制度の意義」松浦・松川・千葉恵美子編『市民法への新たな挑戦』(信山社、2012 年) 353 頁、山田「解除における『重大な契約違反』と『付加期間設定』要件の関係—ドイツ、英米、CISG, PICC, DCFR の議論に示唆を得て—」法と政治 62 卷 1 号(2011) 177 頁。

## II. 英米法における契約解消制度<sup>6)</sup>

### (1) 体系的構造

#### —「フラストレーション」・「契約解除」と「条件」概念

英米法では、契約の解消について、相手方の契約違反に基づく「契約解除 (Cancellation)」と、フラストレーションによる「契約解消 (Termination)<sup>7)</sup>」を「条件 (Condition)」構成によって認める。フラストレーションには、いわゆる「履行不能 (Impossibility)」と「契約目的のフラストレーション (Frustration of Purpose)」の二つが含まれているが、アメリカ法では前者に「実行困難 (Impracticability)<sup>8)</sup>」の概念を採用し、イギリス法で認められている契約の自動消滅の効果に代わって、一部相手方に選択の余地を認める解除権の構成を認める。

なお、英米法のこの体系は、ドイツ法では債務不履行に基づく「契約解除権」と同時履行の抗弁権、帰責事由のない「履行不能」による「債務消滅」と「危険制度」及び「行為基礎の原則」、日本法では債務不履行「解除」「同時履行の抗弁権」と、帰責事由がない「履行不能」による「債務消滅」と「危険制度」、及び「事情変更の原則」の制度に相当し、各々、契約内の当事者が予想しうる事態が発生した場合と、契約で想定されていない外在的事情が発生し当事者の予測を超えたりリスクが現実になった場合の、危険の引受・分配のルールを定める<sup>9)</sup>。

---

6) 英米法における履行の拒絶制度の比較法的検討は、用語の問題(同じ言葉を様々な意味で用いる—Condition, Rescission—)、同時履行の抗弁権と解除の区別の不存在、などの理由から、イギリスの民法研究者自身から手におえない程の困難を伴うと言われている (G.H.Treitel, Remedies for Breach of Contract, in von Mehren, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VIII, 2008(1976 Ch.16)no.188, at 245)。本稿では、Treitel や Farnsworth (CISG のアメリカ代表) など、大陸法に精通し自国法を比較法的視野から客観的に記述しているものを主に参照した。

7) アメリカ法では、UCC § 2-106 で、用語の区別がなされる。一般的な用語として拒絶の意味にも広く Rescission が使われる。

8) 「履行不能」の概念より広く、イギリスではアメリカで言うところの「実行困難」な場合には、契約の自動消滅は認められないと分析されている (G. H. Treitel, *The Law of Contract* 9th ed. Chap. 20 § 2(7))。

9) この点を、民法改正案で議論になった「レメディ・アプローチ」の構造に当てはめると、帰責事由を要件としない「解除権」と「同時履行の抗弁権」、債務者の履行義務の限界を定める「履行請求権の障害事由」、及び「損害賠償の免責事由」がそれぞれ上述の制度に該当すると考えられる。

なお、リスク配分の制度（Risk allocation）としてはこれらと共に、英米法では、売買契約について「危険移転（Transfer or Passing of Risk of Loss）」のルールが定められている<sup>10)</sup>。日本の「危険制度」では、両当事者の帰責事由がない、物の滅失毀損（「債権者主義」）と、履行不能の場合の危険分配ルール（「債務者主義」）が条文上定められている一方、前者については解釈により、危険の移転を引渡時に求める見解などが有力に主張される。これに対して、英米法の「危険の移転」制度では、履行危険と給付危険の両方の危険が、同時に共にある時点で売主から買主に移転し（後述参照）、危険が売主にあるときに物が滅失・毀損して履行が出来ない場合には履行危険を引受けているので、買主には損害賠償請求も認められることになる<sup>11)</sup>とされている。このように、英米法では、この「危険移転」に加えて、上述の契約の解消のための制度として、契約違反を理由とする契約解除（帰責事由を要件としない解除）と、一方の不履行に基づく条件構成による相手方当事者の義務の免責である「フラストレーション・実行困難（Impracticability）」と契約の自動消滅（ないし条件構成による契約の消滅）、「目的関連のフラストレーション」が、上述のそれぞれの制度に該当する。

## (2) 英米法における「契約解消」の構造

### i) イギリス法

契約解消に至る道筋には、「不履行（Failure to Perform）」による場合と、「契約違反（Breach of Contract）」による場合があり、前者には、相手方に契約されなかったのと同じ地位におく救済が認められ、後者には、相手方をを契約が履行されたのと同じ地位を認める救済（損害賠償 Damages や特定履行 Specific Performance）が認められるとされる。前者の場合、不履行が（法的免責事由のあるなしに拘わらず）「違反」とならない場合には、

10) 「Risk」の概念は、イギリスはフラストレーション以前から確立していた「危険移転」のルールに関連して一般的に用いられてきた。他方、アメリカではこの法準則によるリスクの分配の場面に加えて、フラストレーションによる免責法理の射程を決めるため「偶発事件の危険（Risk of contingency's occurrence）」を明示・黙示の契約条項で、どちらの当事者が引き受けたのかを問うのにも Treitel, *supra* note 8, 3-008 at 69.

11) 樋口範雄『アメリカ契約法』（1994年）218頁。もっとも、結果債務であると構成すれば、結果は変わらないとは言えそうである。

唯一、次に述べる「契約解消」の救済だけが認められる。

後発的事由（Supervening Events）により契約の履行が根本から妨げられる「フラストレーション」の場合は、「契約の自動消滅（Automatically bring contract to an end）」がもたらされ、フラストレートさせないほどの不履行の場合は、相手方は契約を原状に戻すことを望んで「履行拒絶（Simple refusal to perform his own promise）（多くは受領拒絶 Refusal to accept further performance を伴う）」や「履行の返還（returning the defective performance）・返還請求（claiming back the consideration）」が認められる。なお、この「拒絶権（Right to refusal）」は、「解消権の特殊な形（Particular form of the right to rescind）」と言われ<sup>12)</sup>、解除権との明確な区別、抗弁としての「拒絶」と当事者の解放としての「拒絶」の区別（不履行の相手方自身の履行の拒絶、不履行当事者からの将来の履行の拒絶、不履行の相手方の既履行の原状回復）が、厳密にされている訳ではないと言われる<sup>13)</sup>。なお、イギリス法におけるフラストレーションで言う「履行不能」とは、アメリカ法の「実行困難」に相当する事例では十分でないと言われる。たとえば異常な価格上昇や下落・出費の増大・厳しい個人的困難などでは取引に影響しないとされ、フラストレーションにあたる例外として、①戦争による長期の遅滞、②明示の輸出禁止条項や不可抗力条項、③際限ない期間の契約（例・契約期間1919~1975の場合の7ヶ月の解除通告期間。この間で18倍のコスト増加の水の供給契約）、⑤マルクス経済国との外交・商事関係の完全消滅などが挙げられる<sup>13-1)</sup>。

不履行による解消権（Right to rescind）に至るための装置は、「条件（Condition）」概念である。「Condition」には、履行の順序によるもの（「先行条件 Condition Precedent」「同時条件 Concurrent Condition」）と、履行の不適合を扱うルール（「条件 Condition」「保証 Warranty」「中間条項 Intermediate terms」）、更に約束者に義務を課す目的の合意か否かの区別として、「偶発条件（Contingent Condition）」と「約束的条件（Promissory Condition）」がある。一方当事者の履行が先行条件・同時条件の場合は、

---

12) Treitel, *supra* note 8, Contract at 674, Devlin Jの言葉。

13) Treitel, *supra* note 6, no.239 at 318. 山田、前掲注(5)「重大な契約違反と付加期間」200頁。

13-1) Treitel, *see* note 8, at 778 ~ . 別の原因が加味されているとする。

その不履行は、それが続く限り相手方の「履行拒絶 (refusal to perform)」を正当化するが、それ自体不履行当事者からの履行の受領やその相手方の以後の履行の「完全な拒絶 (outright refusal)」になるものではないとされる。これらは、相手方の何らの事前の選択なしに (without any previous election) 認められる。すなわちこの効果は、一方当事者の履行が、相手方の責任 (liability) の先行条件となっているから、不履行が続く限り、相手方の義務は決して履行期が来ない (performance is not yet due) のだと理由付けられる<sup>14)</sup>。

また、不適合を扱うルールである「条件 (Condition)」概念は、「実質的不履行」要件の例外として、「条件 (とされる条項) 違反 (Breach of Condition)」は、「解消 rescission」(履行の完全拒絶 Outright refusal) を正当化する。このドラスティックな救済には不履行の相手方の選択 (election) が必要とされている。

不適合を含む契約違反は、適法な免責なし (lawful excuse) に当事者が履行をしないとき、例えば債務者の履行拒絶、不完全な履行、履行する能力のない場合に問題となる。契約上の約束の不履行・履行拒絶は、履行期になれば「違反 (breach)」となり、違反の効果が認められる。一方の責任が「約束的条件」に服する場合、その不履行は違反になり、相手方の反対約束履行義務が履行期になる (due) のを妨げる。契約違反は、不履行の相手方に、解消権のほか、損害賠償・特定履行・差し止め・原状回復の権利を与える。契約解消を正当化する違反は、契約の帰趨を自動的に決めず、解消するか契約を肯認して履行を求めるかの選択権を不履行の相手方に与え、相手方は選択権を行使しなければならない。選択権行使まで、追完のために「履行の停止 (halting the performance)」、「一時的拒絶 (temporary refusal)」が認められている。このとき、不履行が十分深刻 (serious, 「実質的不履行 Substantial Failure」) などのみ、契約解消に至りうる。

フラストレーションとリスクの関係について、目的物の滅失等は、必ずしも常にフラストレーションの問題になる訳ではないとされ、これに代わって「危険移転 (passing of Risk of loss)」の一方から他方に危険が移転する時点を決めるルールに支配されると言われる。この危険移転のルール

---

14) Treitel, *supra* note 8, Contract at 674, 681, 704.

は、大陸法で言う危険制度（日本の債権者主義）とは異なり、危険移転の前提として「帰責事由のない履行不能」の存在が必要とされていないことから、対価危険のみならず、履行（給付）危険の移転も問題とする。従って、そこでは「誰が」対価危険を引き受けたかではなしに、「いつどのような」危険が移転したかが問題とされ、その後、危険の移転前について売主の履行危険をフラストレーションで免責する法理が発展した（危険移転後は、買主に双方の危険が移転するので、売主を免責する必要がない）。従って、危険移転では2つの危険を一緒に問題にするので、「債権者主義・債務者主義」は対価危険のみ）、免責法理（doctrine of discharge）のもとでは、その二つの危険が両当事者に分属する「損失分配（loss-allocation）」のメリットがあると分析される（債権者は履行危険、債務者は対価危険を分担する）<sup>15)</sup>。滅失にフラストレーションが適用されると、両当事者の契約上の全ての義務を免責させるのに対して、危険移転のルールでは一方当事者の一部の義務だけを免責する。すなわち売買契約では、リスクは多くは所有権と共に移転するが、リスク移転後に商品が滅失した場合には、契約はフラストレートせず、売主が引渡義務から免責される一方、買主は代金を支払わなければならない。これに対してリスク移転前に商品が滅失した場合は、特定物なら契約はフラストレートし、種類物であればまだ特定されておらず、他の物品の引渡に拘束されているので、フラストレートしないとされる。「危険が移転していない」とは、売主は指定された他の物品の引渡に拘束されるが、引き渡すと買主に受領・代金支払義務が発生することを意味する<sup>16)</sup>。建築契約では、仕事の完成まで仕事のリスクは建築業者にあり、完成前に建築物が滅失しても契約はフラストレートしない。既存の工場に機械を設置する場合は、仕事完成前に工場が滅失すれば契約はフラストレートし、機械だけが滅失した場合は、追加費用なしに義務を履行しなければならない。不動産売買でも、フラストレーションは危険移転のルール（契約締結時にリスク移転）に制限され、契約時から完成まで地上建物が滅失しても契約はフラストレートしない。これらのリスクのルールは、明確性を促進させ、フラストレーションで必要とされる深刻さの決定を不要

15) G. H. Treitel, *Frustration and Force Majeure* 1994, 2-028, 2-039, 3-007~8, 3-011, at 42, 52, 68~72.

16) G.H.Treitel, *The Law of Contract* 15th ed. 2015, 319-013, 014 at 1038.

にする利点があるとされる。

## ii) アメリカ法

双方的契約 (bilateral contract) を締結するとき、当事者は将来の履行の交換を期待して約束を交換する。つまり、各当事者は反対約束が履行されることのみを期待して取引関係に入ることから、双方的契約の履行段階に適用されるルールの目的は、「相手方のありうる不履行からの期待の保護」にあると説明される。期待した履行を受けられない当事者は、損害賠償を請求することもあり得るが、しかし不履行の相手方は訴訟をするよりも履行を期待し、従って裁判所は「履行中断権 (right to suspend its own performance)」や、究極的には「履行拒絶権 (refuse to perform)」を不履行の相手方に与えるルールを発展させてきたとされる。そしてこのために、「条件 (condition)<sup>17)</sup>」概念 (=「契約上の義務が履行期になる前に (become due) 起こるはずの事件」のこと。当事者は、その出来事に義務が条件付けられていれば、事件不発生によって自らの義務は履行期にならない為、履行を必要とされない<sup>18)</sup>。)に依拠した。更に裁判所は、「条件」の類推で「擬制的 (黙示の) 交換条件 (constructive condition of exchange)」の概念を発展させ、「当事者の義務は、反対給付によって条件付けられる」との条項を補充して、自らの義務は、相手方の履行に黙示的に条件付けられることによって、相手方が履行しない限り履行する必要がないという保障が与えられるものとした。そしてここでの不履行は、①「違反」に達するものであるのか、②不履行が実行困難やフラストレーションのような理由で正当化されるか、が問題となるが、買主は、売主が違反して引渡さないのと同様、実行困難によって引渡せなかった場合にも、同じように支払を躊躇するであろうとの理由で、双方の場合に買主には支払拒絶権が同じように与えられると考えられている (これに対して損害賠償は、不履行が「違反」の場合で正当化されないときのみ認められる)<sup>19)</sup>。なお、「擬制的交換条件」の概念は、双務契約の当事者に約束した履行を現実に受けることを保

17) 大陸法では「牽連性」で説明することを、英米法では「条件」の概念で構成するようである。英米法の引受訴訟の考え方では、約束が独立しているため「条件」付けられて始めて牽連性を得る。

18) Restatement 2<sup>nd</sup> § 224 条件の定義「条件は発生が不確実だが、契約上の履行が履行期になる前に、その不発生が免責されない限り、発生するはずの出来事を言う」。

19) Farnsworth, Contract 2<sup>nd</sup> ed., 1990, § 8.1, at 562.



証することに、本質的な役割があると言われる<sup>20)</sup>。

条件不発生の場合の効果は、上述のように「履行中断権」の発生（条件が発生しない限り履行期（not due）にならないことは、条件の定義から導かれると言われる）、更に、条件が発生するに遅すぎる時になれば、中断は普通は無制限に続き得ないので（条件が起こる予定であれば、起こるに違いない一定の合理的期間が通常はあるはずであるから）その期間が経過すると、義務の解放を認めることが導かれ、「義務から解放され、契約終了と扱う権利（be entitled to treat its duty as discharged, contract as terminated）」が発生する<sup>21)</sup>。もっともこの原則には、危険移転・危険引受で別にリスクを引受けているときの例外が存在する。

義務が完全に履行される場合も、義務から解放される。不履行は、①まだ履行期になっていない場合、②履行に必要とされる期間が未経過の場合、③条件不発生の場合、契約違反とはならず、④義務が実行困難やフラストレーションで免責された場合、不履行は正当化される（損害賠償責任も免責される）。一方、履行義務が履行期（due）になると、不履行は免責されないだけでなしに、契約違反の責任もおう。

実行困難（Supervening impracticability）の場合、免責される当事者は残存する履行義務から解放され、それに伴って相手方の履行義務も、その不履行によって免責当事者が契約違反したのと同じように影響されることは、イギリスのフラストレーションとは異なる。従って、不履行が本質的（material）であれば、相手方は「履行中断（suspend performance）」でき、免責当事者の追完のための合理的期間（appropriate time to cure）が経過すれば、相手方は「契約を終了（terminate the contract）」させることができる<sup>22)</sup>。なお、一時的な実行困難の場合、いつ相手方の契約終了が正当化されるか、相手方当事者が契約を終了させないとき、実行困難が止んだ後、免責当事者はいつまで履行拒絶が正当化されるか、が問題となる。この場合、相手方が契約を終了させず履行の中断のみをしていたとき、免責当事者の実行困難が止んだ後に、履行を望む場合が考えられる。このとき時間の経過により事情が変わり、免責当事者にとって一時的不能が、不能が止んだ後で

---

20) Farnsworth, *supra* note 19, 38.9 at 605.

21) Farnsworth, *supra* note 19, § 8.3 at 570.

22) Farnsworth, *supra* note 19, § 9.9 at 729-.

も実質的に大きな負担となる場合には、永久的解放として作用するとされる。一時的に免責された当事者は、後に、合意された履行より負担が実質的に増加したことを明らかにした場合は、永久に免責されると判断されている<sup>23)</sup>。

なお、リステイトメント 2nd によると、条件成就まで履行義務は停止し（履行期にはなりえない *become due*）、合理的期間が経過すれば（または合意で定められた期間経過すれば、条件成就に至らないとして）履行義務自体消滅し、履行義務を免れる。従って条件が発生しない故に、相手方は契約違反の責任を問われない（§ 225）。つまり、「不履行」は解釈上、「条件の不発生」となり相手方の義務の有効化を妨げる（*prevent the activation of the innocent party's duty*）。条件発生までに時間が残っていると、相手の義務は単なる中断（*suspend*）するだけで義務の終了（条件不発生）とは扱えず、違反当事者はそれに間に合って追完できる。相当期間が追完されずに経過すると、条件はもはや発生しないとされ、自動的に履行義務からの免責が認められる<sup>24)</sup>と説明される。

コモンローを総合した「実行困難の法理」は、UCC § 2-615 に規定され、契約法（*Rest. 2nd* § 261）に実質的影響を与えたとされるが、もともとの物滅失による履行不能のとき債務者を免責する「黙示の条件（*implied condition*）」理論（*Taylor v. Caldwell*）の正当化から大きく離れ、例外的事情の中で、約束者が「増大する履行困難のリスクを引受ける」という一般ルールから出発し、「どの程度のリスクを引き受けたのか」が問題とされると言われる。適用要件として、①事件（*event*）が合意された履行を実行困難にした、②その事件の発生が契約締結の基本的前提とされていた、③免責当事者の過失（*fault*）なしに実行困難が生じた、④法が課すより大

23) Farnsworth, *supra* note 19, § 9.9 at 731-2. 俳優がスタジオとの契約を、兵役のため履行できなかった場合に、大戦前の給与での履行を戦後免責した事例（*Autry v. Republic Prods.*, 30 Cal. 2d 144.180 p.2d 888(1947)）。建築契約が戦時中の政府の規制により履行が妨げられていた建築者が、戦前価格での履行を取りやめても免責される（*Village of Minnesota v. Fairbanks, Morse & Co.*, 226 Minn. 1, 31 N.W.2d 920(1948)）。

24) Murray on Contract 5<sup>th</sup> ed 2011 at 662,670,675,705. Restatement 1<sup>st</sup>, § 237. リステイトメント 1st § 261 では、実行困難の効果として「履行義務の消滅」「契約違反の責任を負わない」「不履行免責」とし、UCC § 2 - 615 でも「全部および一部の引渡遅延または不引渡は、履行が偶然の事故（それが発生しないことが基本的前提となっている）の発生により実行困難になったときは、売買契約のもとでの義務違反にはならない」とする。

きなリスクを当事者は引受けていなかった、の4つが必要とされる<sup>25)</sup>。ここでの焦点は「厳密な不能 (strict impossibility)」ではなしに、「増大する負担」だとされる。典型例として、物の滅失・毀損、コストの増加、収穫不足、供給元消滅、ストライキ、政府の規制などが挙げられるが、UCC § 2-615 は、実際には不明確・不確定で適用困難な条文であるとも言われている<sup>26)</sup>。なお、フラストレーションの効果を、「義務の免責」とするものがあることについて、必ずしも全てが契約自体の帰趨を問題にしているわけではないのは、日本など大陸法の危険制度と類似するとも言える。

また、UCC では相手方の履行の「(受領) 拒絶」「受領の撤回」が定められ、契約不適合の場合に追完がなければ（それに反する契約条項がないとき）、代金支払義務から解放される<sup>27)</sup>。

また、免責された不履行による契約解消と、契約違反による契約解除に加えて、イギリス法と同様、「損失危険 (移転) (passing of risk of loss)」のルールが存在する。それと不履行者免責のルールである「フラストレーション・実行困難」の関係も問題となる。前述のように、擬制的交換条件の概念によって、一方が相手方の不履行・契約違反を理由に、自己の履行の拒絶を正当化できるが、その原則の小さな例外 (minor exception) として、リスクを別に引き受けている場合があると説明される<sup>28)</sup>。

危険の移転については、UCC の規定が法の明確化・経済的効率性の点で成功したと言われているが、UCC § 2-509, 510 でリスクが引渡時に移転し、効果は売主・買主全く平等だと言われる。不動産は危険が契約締結時に移転し、それは 1935 年統一不動産売買契約リスク法に定められている。従って特別な合意がない限り、これらの規定に従ったリスクの所在により義務の有無も決まる。英米法では厳格責任をとるので、物の滅失毀損で売主の免責は普通はないのが原則のところ、例外的に危険が買主に移転すれば買主には代金支払義務があり、売主にまだ危険が残っていれば、売主は不履行に対する損害賠償責任をおうことになる。フラストレートすると、免責当事者の履行に条件付けられた約束を履行する義務を相手方は有しな

25) Farnsworth, *supra* note 19, § 9.6 at 707-10.

26) James J. White, Robert S. Summers, *Uniform Commercial Code* 6<sup>th</sup> ed., § 4-10 at 180-196, 2010.

27) UCC § 2-601. 契約の解消、損害賠償が認められる (§ 2-711(1), § 2-712).

28) Farnsworth, *supra* note 19, § 8.9, note 23 at 607.

いが、免責されてもリスクを当事者が引き受けていた場合は（例・不動産の売買契約ではリスクは契約締結時に移転。買主は家が焼失して引渡せない場合も）、代金支払義務履行のリスクを負う。このように危険移転のルールは、言うならばフラストレーションの特則として適用される<sup>29)</sup>。UCC § 2-613によると、特定物に対する危険移転前の過失のない偶発事故（casualty to identified goods）について（a）損失が全体的（loss is total）なら契約は自動解消され（automatic avoidance）、（b）損失が一部または契約に適合しない程に毀損・劣化した場合、買主は検査して契約を解消されたものと扱うか、売買代金を減額して受領することができる旨を定める。売買契約の危険移転時期は、多くは買主の受領時（履行済であることが根拠。UCC § 2-509, 510）、不動産の伝統ルールでは契約時、賃貸借は賃貸借開始時（最近の傾向は、土地賃貸でなしに建物賃貸なのでこの時点から離れつつある）とされている。

### iii) 構造の検討—条件と牽連性

1) 同時履行 英米法では、上述のようにいわゆる大陸法で言う「履行上の牽連関係」と「存続上の牽連関係」つまり双方的契約において「条件関係」にある履行に認められる「履行拒絶」と「解除権」—は、連続して問題となると言われる<sup>30)</sup>。大陸法では「牽連性」自体に争いは見られず、「同時履行の抗弁権」はローマ法からの障害がなかったことから、解除権とは異なり普通法の時代に既に認められていた<sup>31)</sup>（ここでの履行拒絶権には、引換給付の履行の方向とともに、契約を終了させる両面の効果があった）。これに対して英米法では、履行請求権が原則としては認められない

29) Farnsworth, *supra* note 19, § 9.9 at 730.

30) Farnsworth, *supra* note 19, § 8.15, § 8.18 at 632, 642.

31) 過渡的な段階の普通法においては、解除と給付拒絶は密接な関係にあったとされる。牽連性についてはローマ法でも認められ、一方が合意に反するのであれば、相手方も契約尊重には拘束されない。もし今の、同時履行の抗弁権が権利滅却の抗弁であるなら、実際の締結は、解除とほとんど同じであると言われている（Zimmermann, (訳) 山田到史子「耳に響くメロディーは甘い、沈黙のメロディーはそれにも増して甘い……—暗黙の条件（condicio tacita）、黙示の条件（implied condition）とヨーロッパ契約法の継続的形成—」法と政治 62 巻 4 号 264 頁（2012 年））。このように、履行拒絶はいわゆる延期的抗弁であるが、「不能」が明確になり権利関係が確定すれば、「権利滅却の抗弁」（時間の経過で消滅する）との連続を考えることも可能であろう（なお、ドイツでは時効は延期的抗弁と解されている）。

こともあり、同時履行の抗弁権の区別はないが、前述のように履行拒絶権は契約解消への1ステップとして出てくると言われる。

このように、英米法と大陸法とでは、そもそも履行請求権の位置づけが異なり、英米法では、履行請求は原則として認められていないことから、引換給付として履行を命ずる「同時履行の抗弁権」が分化せず、履行請求権があれば履行拒絶しつつ引換給付判決により相互に「履行」を行う効果が考えられるところ、「履行拒絶」は「履行請求権」のないところの「履行拒絶」であるので、「履行拒絶」が「契約違反」となる場合には、「救済手段」として相手方の選択により「契約解消」の方向に至ることになる。他方、「契約違反」に至らない「不履行」の場合、大陸法のような本来型の「履行請求」は原則認められないので、「履行拒絶」の状態が継続すれば、義務から免責され義務自体が消滅すると理解できる。

2) 契約解消に至る2本の道筋 また、免責が認められる実行困難・フラストレーションと契約違反は、アメリカ法によると同じ「条件構成」により同様の道筋で相手方への効果が発生し、不履行の確定性・重大性により「履行の停止・留保」→「追完のための相当期間経過」→「契約の解消」に至る。すなわち、フラストレーションのような免責された不履行においても、履行がないのは同じで、相手方の義務を停止させ、免責させることが認められる。UCC § 2-615 は「義務の免責」の効果だけを認めるが、§ 2-613 は全損で契約終了の効果を規定する。自らの義務が履行期にならないまま期間経過すると、Restatement 1<sup>st</sup> § 237 の定めるように、いわゆる「契約失効」に近い結果になろう。

現在の契約解消制度への道筋は、どの法制度においても二本認められており、一方の履行が不履行となりそれによって相手方が免責されることについて、①その不履行が、フラストレーションや実行困難・帰責事由のない履行不能などを理由に免責される場合には、相手方の義務もまた、「条件」または「牽連性」の考え方によって消滅する。双務的契約（双務契約）においては、不履行によって一方の義務が免責されると、相手方の義務は存在する意味がないことから、消滅すると構成される。他方、②一方の義務が契約違反により履行されない場合、例えば履行拒絶や債務者に帰責事由の認められる履行遅滞や一部不履行など、履行はなされないが義務が未だ履行可能で存続する場合には、（不履行者の義務が消滅している訳ではな

いので)相手方の選択により(解除と損害賠償の選択、全部解除が一部かにつき)、契約自体の消滅を、相手方の意思に掛からせる「契約解除」によって認められる必要がある。

前者の場合、相手方が履行できないと確定する場合には「拒絶権」だけの浮動状態のまま置いておく意味は認められず、契約自体消滅することは必至であると思われる。しかし、相手方の履行が不明確な場合、つまり履行は可能であるため履行するかどうか(あるいは履行できるかどうか)ははっきりしない場合には、「契約存続」の状態のまま「拒絶権」だけが認められる一方、一定期間を経て存続させておく意味がないと判断されれば、契約自体の帰趨を意思に掛からしめ、解除(選択)により契約の解消を認めると構成することが考えられている。

この点、イギリス法では「履行不能」の概念により、非常に限られた範囲ではあるが自動的に契約自体が消滅すると構成し、アメリカ法でも、特定動産への危険の移転前の偶発事故の際、損失が全体的か一部・毀損の場合かで区別し、前者の場合には、契約は自動的に解消され(UCC § 2-613)、また後者は「実行困難」の概念により、契約違反の場合と同じように、相手方の意思による選択の余地を認め「解除権」の行使により契約の帰趨を決する。「実行困難」は、「履行不能」より広い概念であり、後者の立場からは前者の例の中には義務から解放されない場合も含まれると分析されているが、履行不能と言い切れない義務の履行可能性が微妙な場合が、一方の義務の免責される範疇に含まれる場合には、契約の帰趨全体を、意思に掛からせる構成も、アメリカ法のように考えられるところである。

そもそも、現行民法における「危険制度」と「解除」両制度の趣旨目的・機能の違いについては、次のように整理できる。前者の効果は不当利得で、一方の不履行によって、相手方の債務も同時に縮減することが原則であり、それはどの場合にも選択の余地のない、意思に掛からせる意味のない場合として、不能を理由とする契約自動消滅(誰からでもいつでも主張可能)、あるいは一部不履行による一部縮減の主張が可能となる。他方「解除」は、違反による不履行が義務を免責させず残存しているため、選択によって消滅の範囲や時期を明確化することを認める制度で、契約自体の帰趨を意思に掛からせる意味のあるときに問題となる。

これを「条件」構成で説明すると、前者は、不履行により条件が発生し

ない場合に、条件の不発生が確定的、又は未確定状態が継続するため、相手方の義務の効力を発生させず契約自体を失効させる制度で、後者は、不履行によって条件発生自体が不確定な場合に、選択により契約の帰趨を決める制度であると、その対応関係を見出すことはできる。

3) 2つの危険システム 従前の「危険制度」には、二つの内容が含まれていることが、英米法の構造分析からわかる。一つは、いわゆる「危険移転」であり、物の滅失・毀損で問題となる。多くは売買契約であるが、請負契約で物が関係する場合にも問題となる。英米法では厳格責任であるため（日本法でも結果責任の考え方をとると、結果が発生しなければ責任を負うことになるのは同じと思われる）、前述の様に物の滅失で普通売主の免責は認められず、買主に危険が移転するまで売主は損害賠償義務もおう（履行危険・対価危険共に移転する時点の問題とする）。二つ目は、「牽連・条件関係」を内容とする「リスク分担」である。イギリス法では履行不能があれば、条件構成により自動的に契約自体から免責される効果が発生する。一方、アメリカ法では、損失が全体的である時を除いて、履行不能より広い射程をもつ実行困難の場合に（イギリス法ではフラストレーションによる免責にはならないとされるものも含む）、履行不能に至らずとも諸般の事情を考慮して履行困難を判断し、UCCでは意思による解除通知を必要とする手続きを定める。履行拒絶や実行困難は、いわゆる履行（給付）危険を論じ、相手方と対価危険の一つずつを分担することになる。なお、意思による選択をさせる必要があるか否かについては、履行不能で義務が消え意思に掛からされることがナンセンスであれば、自動解除を認める方が合理的である一方、履行は未だ可能ではあるものの履行拒絶や遅滞している場合には、意思で判断させることに意味がある。イギリス法で言う「履行不能」やUCCの「全損 total loss」の場合は、この前者であり、遅滞や履行拒絶など契約違反の場合は、この後者に当てはまる。もっとも、アメリカ法で言うところの「実行困難」のような場合は、この両者の中間的な位置にあり、どのように捉えるかは複数の考え方ができよう。例えば、ひとつには、不確定な要素もあることを考慮すれば、将来一定期間経過後に自動的に効果が発生する方法として、まず履行拒絶権（中断・留保）を認め、不履行が確定的になった段階で、一定期間経過後に契約が自動消滅（失効）するとの構成もありうると考えられる。

### Ⅲ. 契約解除制度と履行拒絶権の体系的位置づけ —契約の解消とリスクの分担

#### (1) 比較法から得られる分析

双務契約において相手方の履行がない場合、義務が免責され損害賠償責任も免責されたとき、相手方の契約の違反を問題にできない。その時に生じたリスクは誰に帰属するのか。

ドイツ法では、現代化法起草過程において最終的に「履行不能」概念が残され、危険制度も復活した<sup>32)</sup>。債務概念がある法制度では、「履行請求権の限界」だけでは債務消滅を言うことができないことから、履行不能による債務消滅が復活し、それに伴い牽連性により反対給付の帰趨も判断される。

またイギリス法では、一方のフラストレーションが契約全体の消滅を生ぜしめる構成をとる。他方、アメリカ法におけるフラストレーションの効果は、損害賠償責任からの免除、すなわち責任免除（履行請求権が原則認められないことから）で、相手方への効果も多少異なる（Restatement 1<sup>st</sup> § 261 では「履行義務の消滅」が実行困難の効果として認められていたのが、UCC § 2-613 は全損 total loss で契約自動解消。§ 2-615 では「義務違反からの免責 (discharge)」となる）。これは、義務の帰趨を問題とせずに、履行のないこと（不履行）が条件となる相手方の履行を履行期にしないとの構成によって、反対給付の帰趨を決定しようとするものと理解できる。不履行によって条件が不発生であることを理由に、相手方が履行を拒絶でき、一定期間の経過を経て、契約自体の解消を相手方の選択により認める。これは、不履行当事者の不履行が免責される場合も契約違反の場合も、同じ構成で判断されると言われる。ただ、実行困難が選択の余地のある場合であれば、同じ構成も意味はある一方で（例えば、免責される不履行であっても、全体損失でないと、状況及び全体への影響が明らかでない場合があり、留保・選択を認める必要はある。更に、履行自体は可能だが契約不適合が違反となる場合、不能が違反となる場合も解除と損害賠償との選択は

---

32) 潮見佳男『契約法理の現代化』（有斐閣、2004年）361頁。



問題となり、また不能かどうか明らかでないときにも、一定期間を設けて確定するまで留保することには意味がある。)、履行不能が決定的で、選択の余地のないことが明らかな場合には、履行拒絶により選択権を認める必要は認められない。このとき UCC § 2-613 のように、自動的に契約が消滅（失効する）との構成がありうるのは前述の通りである。

このように当初の民法（債権関係）改正案はこのアメリカ法と一部パラレルな構成とすることができ、契約の履行がないこと、不履行だけを理由とする相手方の救済手段は、義務の消滅の問題とはならないことから、契約自体の解消を解除によって問題としてきた（義務は履行請求権の限界の問題として、別個に判断する構造をとる）。なお、当初の民法改正案のように「履行不能」概念がない場合には、従前の危険の制度は観念できないとの指摘がある<sup>33)</sup>。しかし義務を消滅に至らしめるのが、狭い意味の履行不能に限られないならば、必ずしもこの概念を要件とする必要はないし、契約解消も複数の道筋があり、不履行を理由に条件不発生により相手方の義務を履行期にしない効果が導かれると構成するならば、その継続により契約の解消を導くこともでき、履行不能と危険制度が直結するとは言い切れないように思われる。

## (2) 日本（債権関係）改正法案<sup>34)</sup>における契約解消 —解除と危険と同時履行（拒絶権）の制度

日本をはじめ大陸法諸国で双務契約に認められる債務の牽連性の制度としては、履行の段階では同時履行の抗弁権、存続の段階では危険制度、債務の牽連性を理由に契約自体の帰趨を問題とする契約解除制度がある。他方英米法では、原則として履行請求権は契約違反の救済手段として認められないこともあり、同時履行の抗弁権と解除権との分化は大陸法ほどはっきりしていないものの、不履行の相手方に「拒絶権」として、条件概念を

33) 中舎寛樹「契約の効力(2)」法セミ 686号 88頁(2012年)。

34) 民法改正法案全体についての検討も次々になされている。森田宏樹『債権法改正を深める—民法の基礎理論の深化のために』(有斐閣、2013年)は、履行拒絶権構成を論ずる。加賀山茂『民法(債権関係)改正法案の(現・新)条文対照表』、同『民法改正案の評価—債権関係案の問題点と解決策』(信山社、2015年)、加藤雅信『迫りつつある債権法改正』(信山社、2015年)。

媒介項として契約解消の方向での履行上の牽連関係が、「フラストレーション」の効果として存続上の牽連関係が認められている。前者の法システムでは、相手方からの履行請求に対しては、同時履行の抗弁権が認められれば、「相手方が履行すればこちらも履行する」といういわゆる引換給付の効果が発生する（判決がなされる）と一般に解され、これは延期的抗弁と言われる。しかし、履行段階の牽連関係の制度としては、本来、二方向が考えられる。すなわち、①一方の履行請求に対して、相手方からの履行と同時にこちらも履行することを前提に、引換給付の判決により契約貫徹を目指す「牽連性」（大陸法で言う同時履行の抗弁権の契約貫徹の方向）、②もう一つは、一方の履行がない限り、相手方も履行を中断・留保することを認め、履行がなされなければ不履行当事者からの請求を認めないという、契約終了の方向での「牽連性」である<sup>35)</sup>。この後者の方向の牽連性が、英米法でいう「条件」概念で結びつけられた契約解消の1ステップとしての「履行拒絶権」である。また①と②の間にある履行途中における効果不確定の段階では、追完のための付加期間を設定し、その間相手方の履行を中断・留保（suspend, hold）する意味での「拒絶権」の行使もある。期間経過後に追完が奏功すれば履行完了し契約は存続の上終了し、追完がなされないと解消の方向に移行する。このように、従前大陸法では、解除権と分化した延期的抗弁としての同時履行の抗弁が説明されてきたところ、英米法においても拒絶権は、条件構成によって、同時履行とは反対の方向の牽連性をも実現する制度として機能すると考えられている。これら二つの制度比較から、履行段階の牽連性・条件関係には、二つの方向が認められることがわかる。

さて、従前の危険制度の要件として、債務者に帰責事由のない「履行不能」が挙げられていたが、民法改正過程では一旦「履行不能」概念が削除され、前述のように危険制度が観念しようがないのではないかと指摘がなされていた。しかしこの「履行不能」の概念で問題にされている、履行ができない（絶対不能）場合の債務の消滅及び免責が危険制度で問題とする「存続上の牽連性」を理由に反対給付の帰趨に影響を及ぼすものであるなら、民法改正案でも採用される「履行請求権の障害事由」によって狭めら

35) 実際にこの方向の判決も見られる。石丸将利、(判例紹介)大阪地判平成24年10月30日判タ1392号160頁。

れた履行、すなわち現実実現された結果について、「引き受けられた債務」は何かから履行（給付）危険の範囲が確定されると考えられる。従って、「履行請求権の限界」によって認められる履行の結果は、債務者が免責される場合、牽連性（条件構成）を媒介に、履行危険の問題として相手方の債務に影響する。なお、免責されず損害賠償が認められる場合は除外されるが、ここでの効果が債務自体に影響を及ぼすものであるなら、損害賠償の可否も同時に判断されることになろう。復活した「履行不能」概念は、「履行請求権の障害事由」との関係で、問題になるはずである。

考え方として、「危険制度」で規定されている、一方の債務の履行不能が免責された場合の反対給付請求に対する相手方の履行拒絶権を、不履行当事者への履行請求権の限界事由の問題とパラレルに－履行請求の限界・障害事由有りとして債務の範囲を決め（給付・履行危険）、それに対応して反対給付への履行請求に対する履行拒絶を定めている（対価危険）との構成も考えられる。履行がその範囲でしか現実になされないなら、相手方の履行もその範囲に応じて拒絶できることが、条件関係・牽連性から導かれる。

英米法でも、アメリカでは「履行不能」の概念が、科学の発展により相対的概念に置き換わってきていることから、免責される「履行不能」に代え免責される「実行困難」の要件を採用し、「リスクの引受」の考え方、つまり何を引き受けたかで義務からの免責を認めていると解されている<sup>36)</sup>。給付・履行危険と対価危険は両当事者に分属し、振り分けられた危険は原則、割合的に連同すると思われる。

以上の関連諸制度における双務契約の「牽連性」・「条件」付けられた双方向的契約の問題は、次のように整理することができる。

（Ⅰ）履行段階の「牽連性」：一方当事者の不履行に対して、相手方には「拒絶権（中断・留保権）」が認められる。これには、将来の不確定な要素があるため、(a) 契約実現の方向（引換給付を念頭においた同時履行の抗弁権など）と、(b) 契約解消の方向（一方の債務の免責の場合、中断した履行・拒絶した履行が期間経過と共に不履行が確定し、契約の自動消滅・失効に帰着する）<sup>37)</sup>、(c) 結果未確定のための期間設定・その

36) 中村嘉孝『国際取引における契約不履行』（同分館出版、2006年）97頁。

37) 解除による選択を要せず即時に効果が発生することは、履行不能となった時点

間の留保の方向（どちらに転ぶか未確定の場合の中断・留保の意味）、の3方向で機能する。

（Ⅱ）存続（結果）段階の「牽連性」：契約の帰趨を決定する。（ $\alpha$ ）不履行が免責される場合と、（ $\beta$ ）契約違反の場合がある。（ $\alpha$ ）の不履行は、履行不能など、一方の不履行の状態が客観的に確定し、他方の債務の存否も、選択の余地のない場合に、他方の債務の消滅・免除が自動的に生じると考えることができる。契約自体の消滅・失効（一部分か全体かについて）も、また一定期間経過後に認められる効果が発生すると考えられる（ここでは選択の契機は認められる<sup>38)</sup>）。（ $\beta$ ）の契約違反の場合は、遅滞や履行拒絶など、不履行自体に将来の不確定な要素を持つため（履行する意思があれば履行自体は物理的に可能）、（一定期間経過後）相手方の選択により、解除するかどうか、不履行の状況の確定（追完されるか、遅れて履行されるか、全体か一部の不履行に止まるか）、及び損害賠償か原状回復かを判断して、契約自体の帰趨を決する。この場合、いずれにおいても相手方に履行不確定を原因とする「拒絶権」が認められ、中断された状況から、①そのまま失効、②履行完了、③選択権による契約解消の方向、に進むことになる。

もっとも、どちらの場合も一方の債務の履行がないことは共通していることから、同じ条件構成で考えると、不履行が継続する限り相手方の履行拒絶された債務は履行期にならないので、当然に行使しうる（永久的抗弁<sup>39)</sup>）。尚、用語の問題として選択の余地を広く認める「解除」（違反を理由とする）に対して、選択の余地のない不履行による消滅に「解消」（または双方を含む概念として）の用語を用いることは、区別が明確になる利点があると思われる。

---

と解除の意思表示の時点のタイムラグが発生する不都合が生じないという点で、重要な違いを生ぜしめるように思われる。特に解除の効果について、遡及効を認める考え方を採用した場合、問題が起こる。この点に付き、松岡久和「履行障害を理由とする解除と危険負担」ジュリ 1318 号 148 頁、森田宏樹、前掲注 (34) 94 頁。

38) 例えば、（ $\alpha$ ）の場合を、広く解するアメリカ法のような立場であれば、イギリス法で履行不能を狭く捉えて不確定な要素がない場合と比べて、まだ不確定性が残る事例も問題になると考えられることから、どちらの場合も、解除させることによって選択の方法をとることもあり得る構成である。

39) Treitel, *supra note 8*, at 704-5.

契約の解除は、契約違反を理由に認められ、不履行当事者の債務は存続したままでその「違反」が問題となる。解除はその契約を消滅させる<sup>40)</sup>。これに対して、免責されたフラストレーションや履行不能は、契約違反のないとき、つまり「債務自体が免責され消滅」してしまっただけで、反対給付の債務が消滅・縮減、契約が解消されるかが問題となり、危険の割当ての問題に関わる。このとき実行困難類似の概念を採用する場合には、「履行不能」にまで至らない場合であっても免責される効果が発生することから、未だ不明確・不確定な不能について、反対債務との双方を消滅させるために契約の解消をする必要がある。実行困難の範囲が、履行不能より広く履行の可能性が不確定なものも含まれているという Treitel の指摘に従えば、履行不能と実行困難を別個に、債務が消滅するか存続するかも違えて考えることもまた、あり得る構成で、相手方の債務の自動消滅以外に履行拒絶権（から選択の余地を認める解消権）の効果を認めることは可能である。

#### IV. むすびにかえて

本稿では、民法改正案の危険制度の規定が採用する「履行拒絶権構成」の比較法的位置づけを明らかにするため、同じ帰責事由を要件としない制度の源流である、英米法の解除・解消と危険制度のメカニズムを、イギリス法とアメリカ法に分けて述べてきた。ここから次のことを明らかにし得たと思われる。まず、履行段階の牽連性には、二つの方向がありうる。従前の同時履行の抗弁権の引換給付の契約貫徹の方向に加えて、（条件関係による）中間段階における「履行拒絶（停止・中断・留保）」を経て、最終的に契約消滅に向かう方向の拒否権が認められる。そして「免責」される不履行によって相手方の債務も免責され（小さな効果）、他方、違反があると、債務自体は存続することから、履行がなされないことを原因に、相手方の

---

40) また、重大な契約違反を要件とする解除では、一方の債務の契約目的に関わるような不履行があれば、相手方の選択により契約全体の解消を認める。他方、危険制度で認められる牽連性を理由とする反対給付への自動的縮減は、厳密に割合的にしか生じないと考えられる。これは自動的な効果発生によって認められる、債務の牽連性を越えた部分—契約全体の帰趨については、当事者の意思を媒介とする「選択」を要すると解すべきだからと考えられる。

選択によって契約自体の解除が認められる。もっとも、契約自体の帰趨は、債務自体の消滅以外に「選択」の契機を孕み、存続か消滅かに関して、全部か一部か、損害賠償か原状回復かを、当事者の意思に委ねることが相当となる。前者において、履行拒絶権を定めるだけでも、厳密に言えば攻撃防御方法としては十分だとしても<sup>41)</sup>、実体法上の効果としては途中段階の規定で止まっていることは否めない。望ましい法改正のためには最終的な契約の帰趨まで明確にされる必要があるように思われる。

日本の民法債権法改正の内容は、ドイツ民法改正過程と同様、実務界等各方面からの批判の結果、当初のものから大きく変更されてきており、その過程でなされた議論を踏まえ、体系的・理論的、更に比較法的な意味・位置づけを確認しておくことは欠くことのできない作業である。

本稿は、パラダイムの転換と言われる現在の改正案における危険制度の履行拒絶権構成の理論的・比較法的な位置づけを検討する中で、よりよい解決方法を模索してきた。この英米法の比較法的分析から示唆を得た上述のメカニズムは、奇しくも森田（宏）説の言う「いわば絶対的な履行拒絶権」構成の到達点と共通点が多々あるのは驚くべきことである。同説では、「不安の抗弁権」を「危殆化の極限状態」としての履行障害事由に一般化し、反対給付債務についての履行拒絶権を認め、これと解除権を「同じ目的を実現する法的手段」と捉えて解除前に生じるリスクの回避を図る。もっとも「不安の抗弁権」から履行障害一般への推論は、特殊なものから一般へという逆方向の問題は抱える<sup>42)</sup>。

更にこのメカニズムは、実は日本における従前の「賃貸借契約」における判例・通説とも共通する<sup>43)</sup>。判例は「具体的賃料債権は…目的物を使用収益しうる状態に置いたことの対価として時々刻々発生するものであるから、使用収益をなさない状態があれば、その期間は具体的賃料債権は発生しない」との準則を確立させ、また通説も「賃貸目的物の全部の使用収益の確定的不能が両当事者の帰責事由がない場合、536条1項により基本権としての抽象的賃料債権を消滅させ、その結果賃貸借契約が終了するのは、その本質的要素に欠けるからだ」と説明してきた。一時的不能では、

---

41) 山野目、前掲注(1)、59頁。

42) 森田宏樹、前掲注(34)102頁。

43) 森田宏樹、法教362号(2010)75頁。

具体的賃料債権は発生しないが契約関係は継続し、抽象的賃料債権は存続しつつ効力が停止（契約の停止）するとする。この点について、賃貸人に帰責事由のある不能の場合も賃料債権は発生しないというこの考え方が、解除一元論と整合しない点を、継続的債権関係の対価構造の特殊性から排除され切り離して規律されると説明される。しかし、このメカニズムは賃貸借契約の賃料債権の上述の二面性による「債権不発生」「債権消滅」のレベルの違いはあるにせよ、基本的な構造は同じと思われる。不能により相手方の債務が「履行期に至らない」ことを理由とする「履行拒絶権」が発生したと捉えれば、帰責事由の有無に拘わらず、牽連性により統一的な説明ができると考えられる（契約停止の段階を経て、一方は「契約失効による解消」、他方は「契約存続及び解除」に至る）。

