

平成 22 年 5 月 15 日現在

研究種目：若手研究（スタートアップ）

研究期間：2008～2009

課題番号：20830103

研究課題名（和文） 契約危殆責任の構造とその法的救済のあり方

研究課題名（英文） Structure of Insecurity-based Liability and its Remedies

研究代表者

谷本 陽一（TANIMOTO YOICHI）

早稲田大学・法学大学院・助手

研究者番号：50515252

研究成果の概要（和文）：

契約危殆については、ドイツ法、アメリカ法のいずれもが、その法的救済の異同にもかかわらず、契約危殆に陥った契約の解消の可否の判断プロセスにおいて、正常な契約への復帰に向けられた交渉の有無、態度に重要な役割を与える。これに対し、日本にかつて存在した履行拒絶についての議論には、その視点は意識されてこなかった。日本においてその視点が意識される時、契約危殆時における規範選択のあり方が問題となる。

研究成果の概要（英文）：

Both in German civil law and American law, when reasonable grounds for insecurity arise with respect to the performance of one contracting party, existence or nonexistence of negotiation for resolving or decreasing the insecurity between parties and, if existence, their attitudes in such a negotiation play a key role for judges in deciding whether to dissolve a contract in insecurity. In contrast, Negotiation has not played key role at such a situation in Japanese civil law. If it would be sought to give such a key role to negotiation, then, in Japan, one should address the matter of taking contract preserving norms or end-game norms when reasonable grounds for insecurity arise.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合 計
2008年度	1,000,000	300,000	1,300,000
2009年度	1,000,000	300,000	1,300,000
年度			
年度			
年度			
総 計	2,000,000	600,000	2,600,000

研究分野：民事法、民法、契約法、契約解除法、債務不履行法

科研費の分科・細目：法学・民事法学

キーワード：履行期前の履行拒絶、契約危殆責任、債務不履行、解除、履行請求権、交渉

## 1. 研究開始当初の背景

研究開始当初の背景を、以下、(1) 当時の

状況と (2) 本研究課題へと繋がる状況とに区分して述べる。前者は、学界全体が共有し

ていた背景についてであり、後者は、研究代表者の背景についてである。

#### (1) 当時の状況

当時の状況については、以下、日本を超えた動向（国際的背景）と日本の中での動向（国内的背景）とに区分して述べる。

##### 国際的背景

本研究課題が開始された 2008 年の時点でまた現在でも同様に 契約法をめぐる動きは、世界的な規模で、急である。外国法、とりわけ日本法の解釈に強い影響を与えてきたドイツ法とフランス法に目を向けると、ドイツにおいては 2002 年に債務法改正が実現し、フランスにおいても法改正を意識した動きがみられる。本研究課題が主要な取扱対象とする「契約の成立以後から履行期到来までの期間に起こるトラブル」に関していえば、アメリカでは戦時中、戦後頃から十分な研究が蓄積されており、ドイツでは債務法改正によってその取扱いがより意識的かつ重厚になっていたという背景があった。

また、国際私法に目を向けると、ウィーン国連動産売買条約（以下、CISG）、ユニドロワ国際商事契約原則（以下、PICC）、ヨーロッパ契約法原則（以下、PECL）などにより新たな契約法のスタンダードが提案され、これらが提示した思考様式は広範囲にわたって浸透しようとしていく最中であった。

こうした流れを踏まえて、日本では CISG の批准に向けての準備が整えられていた（本研究課題申請時現在。本研究課題開始後、2008 年 7 月に日本は CISG を批准した）。このとき、CISG 等の国際取引法規範との関連で、契約の成立以後から履行期到来までの期間に起こるトラブルの代表的なケースのひとつである履行期前の履行拒絶 端的には、履行期到来前に債務者が履行しないと断言する場合 も、日本法が態度決定すべき課題の一つとして注目されるようになった。というのも、国際的背景との関係では、CISG、PICC、PECL 等の国際取引法規範においては、それぞれ異同はあるものの、明確にその取扱いが規定されているのに対し、日本法においてはその取扱い自体が不明確であったからである。これが、契約の成立以後から履行期到来までの期間に起こるトラブルに対する注目の契機の一つであった。

##### 国内的背景

日本国内においては、一方で、先に示したように、CISG の批准に向けての準備作業として、日本の契約法と CISG 等の提示する国際取引法規範との比較検討および調整が行われ、他方で、債権法改正に向けての取り組みがなされていた。

こうした動向を受けて、あるいはその一環

として、日本では外国と比較して研究が立ち後れていた「契約の成立以後から履行期到来までの期間に起こるトラブルを対象とする研究」も、ようやく、活発化の兆しをみせていた。その背景はこうである。

日本には、契約の成立以後から履行期到来までの期間に起こるトラブルについては民法典に十分な規定がないため、そうした場合に契約当事者にはどういった行動・対応が期待されるか、どのような法的手段が与えられるかといったことが、はっきりしないという事情があった。こうした事情があるならば、それに由来して、契約当事者がトラブルの解決に向けて交渉をもつことが出来たとしても、一方が自らに有利な条件のみを主張して頑として譲らない場合には、それ以上の進展がないまま履行期を迎えることになり、結局、契約を債務不履行として処理せざるを得ないといった事態がしばしば起こり得る。この種の事態は、時間と機会の空費にほかならず、徒にコストを増やすことに繋がる。しかも、契約当事者の一方が交渉のテーブルに着こうとさえしない場合には、これは尚更である。この種の事態が、円滑な取引を阻害することはいうまでもない。それゆえ、そのような場合に、契約当事者にとっての行動・対応の指針や、トラブルの解決に向けての交渉の機会を保障し、更に、交渉を促進する法的なサポート又は法的救済が不可欠といえる。したがって、そのような場合の指針、法的なサポートまたは法的救済を模索し、明確化することは喫緊の課題であった。これも、契約の成立以後から履行期到来までの期間に起こるトラブルに対する注目の契機の一つであった。

#### (2) 現実的背景

以下では、これまでの研究代表者の研究の経緯（研究の経緯）とそこから本研究課題へと至った経緯（本研究課題の経緯）とを述べる。

##### 研究の経緯

上記(1)の状況の中で、研究代表者は、契約当事者にとっての行動・対応の指針や、トラブルの解決に向けての交渉の機会を保障し、更に、交渉を促進する法的なサポート又は法的救済のモデルを得るために、英米法を中心的な比較の対象に据えて比較法的研究を行ってきた。

そこでは、とりわけ履行期前の履行拒絶の法理をめぐるアメリカ法の展開の歴史分析を行い、それを通じて、履行期前の履行拒絶が発生した場合または履行期前の履行拒絶とまでは言えないが、履行期になっても契約の履行がなされないと信じるにつき合理的な理由がある場合（いわゆる契約危殆の場合）には、それを正常な契約へと治癒し、そ

れが出来ない場合には契約からの離脱を承認する方法を与えるという法的救済が形成されてきたことを明らかにした。また、これと同時に、そのやり方が日本にとっても一つのモデルとなりうることをも示した(この一連の研究は特別研究員奨励費(課題番号 19・7751))により遂行された。この研究成果は、現在のこの分野の活況の先触れとなっており、一定の評価を得ており、今後もこの分野の研究に大きな影響を与えている)。

#### 本研究課題の経緯

の経緯を辿る中で、いくつかの未解決の課題と新たな問題の切り口とが浮き彫りになった。

課題についていえば、英米法内の問題と英米法と日本法との異同に由来する問題がある。前者についていえば、アメリカ法の法的救済の核心部というべき「適切な保証を求める権利」の起源は未解明のままであった。これは、アメリカ統一商事法典 § 2-609 により導入されたものであるが、それ以前に、それに類するものは存在せず、アメリカにおいてもその起源は ニューヨーク州の商慣習に起源を求めようとする見解はあるが

依然として特定されていない。後者についていえば、英米法の提示するモデルと同様のものを受け容れる土壌が日本法にあるか否かという問題がある。それは、英米法と日本法の法体系の違いだけでなく、取引通念の違い、歴史的背景の違いにも由来する問題である。

新しい切り口についていえば、の経緯を通して、アメリカ法における履行期前の履行拒絶および契約危殆の把握の仕方と取扱いが、ドイツ法におけるそれと一定の共通点をもつことが明らかになった。そこに着目して、その共通点が、単に偶然によるものか、それともそこに何らかの関連があるのかを吟味することで、契約の成立以後から履行期到来までの期間に起こるトラブルに対する取扱いについての各国法制度に通底する一定の方向性と中核部分とを抽出するという視座が獲得された。

かくして、契約の成立以後から履行期到来までの期間に起こるトラブルに対する取扱いに関しては、以上の背景があり、この状況を打破するための取組みの一環として、とりわけ 研究の経緯記載の研究を補完し、発展させるために、先の切り口から先の課題をクリアすることが要請される。これに応えるために、本研究課題は開始された。

#### 2. 研究の目的

研究代表者の最終的な目的は契約の動態を把握する技法を確立し、把握された契約の動態と契約法との関わり方を明らかにし、整

序することである。これは、言い換えれば、契約を結ぶ前から契約をやり遂げた後までの当事者の生の行動を把握し、そのうちのどれを法的に評価し、どれを捨象するかを明確化する試みであり、本研究課題も、1. 研究開始当初の背景で述べた文脈と交差・重畳する形で、その一環に位置づけられる。

より具体的なレベルでいえば、本研究課題は、契約の成立以後から履行期到来までの期間に起こるトラブルに対する取扱い明確化し、これをもって、契約当事者にとっての行動・対応の指針のあり方を提示するとともに、トラブルの解決に向けての交渉の機会を保障し、更に、交渉を促進する法的なサポート又は法的救済の構造を明らかにし、それを日本法に確立することを目的とする研究の一環である。その目的に資するために、本研究課題の目的は、一方で、アメリカ法の法的救済とドイツ法のそれとの類似の由来とアメリカ法の「適切な保証を求める権利」の起源およびそれが生成された土壌とを明確化することにあり、他方で、日本にこうした法的救済を受け容れるための土壌があるか否かを吟味することにある。これを通じて、アメリカ法の法的救済が日本法に適するものか、日本の土壌に合わせて整形が可能かを明らかにする。

この本研究課題の目的を達成するために、二つの目標が設定される。一つは、アメリカ統一商事法典の中心的起草者であるカール・ルウェリンが、適切な保証を求める権利をどこから発見したのか、あるいはどのように創造したのかを解明するために、統一商事法典の起草資料を精査することである。これは、アメリカ法の法的救済の原形と中核を解明する作業である。もう一つは、かつて履行拒絶をめぐる議論が展開されたにもかかわらずそれが衰退することになった日本法の土壌を解明するために、その議論が展開される以前の日本法の状況とその議論が生成された経緯とを精査し、現在再び活発化している議論との異同を明らかにすることである。これは、日本が先のアメリカ法の法的救済の原形と中核を受け容れられるかを解明する作業にほかならない。

#### 3. 研究の方法

##### (1) 当初予定していた研究方法

###### 研究方法

本研究課題は、歴史的展開を精確に描き出すものであるから、その研究方法も一貫して歴史的分析の方法を採用する。その上で、上記 2. 研究の目的において設定された二つの目標それぞれにつき、具体的な研究方法を記述する。

まず、アメリカ法の法的救済の原型と中核を解明する作業である。適切な保証を求める

権利は、アメリカ統一商事法典において明文をもって定められた法的救済であるから、それを定める条文の起草資料の記述を収集し、精査する。また、当時のアメリカの商取引に強い影響力をもっていたといわれるニューヨーク州の商慣習に目配りすることによって、そこに類似の仕組みが形成されていたかどうかを吟味する。その一方で、アメリカの外にも視野を広げる。というのも、統一商事法典の中心的起草者カール・ルウェリンはドイツ法に精通しており、彼のライプツィヒ大学での講義ノートやエルンスト・ラーベルとの書簡にアメリカ法とドイツ法の法的救済の関連性を匂わせる記述が見られるからである。それゆえ、カール・ルウェリンとエルンスト・ラーベル等の亡命法学者との交流を日本、アメリカ、ドイツの文献から明らかにするとともに、彼らの間の書簡等、カール・ルウェリンに関する一次資料・原資料にあたる。

次いで、日本における履行拒絶論の展開とその展開を取り巻いていた環境（つまり、日本における履行拒絶論の土壌）である。これを明らかにするために、そもそも明治民法が履行拒絶に対していかなる態度をとっていたか、判例において履行拒絶がどのように取り扱われていたか、履行拒絶論を展開した学説がどのような理由から出発したかを正確に把握し、これらの関連を吟味する。

#### 研究方法の修正

以上の方法で研究を行っていたが、その過程で、当初の予定を変更することになった。というのも、当初は、研究の力点をアメリカ法の法的救済の原型と中核を解明する作業に置いていたが、研究を進めるうちに、債権法改正において履行拒絶規定の創設が予定されているという日本の現状からすると、現在では、日本が履行拒絶に対しいかなる態度を取ってきたかを提示することの方がより重要という考えに至ったからである。そのため、研究の力点を後者に移すこととし、それに伴って、当初、研究計画に記載した研究方法を一定の限度で修正した。

具体的には、シカゴ大学およびライプツィヒ大学で予定されていた資料収集を断念した。これは、研究の力点の変更だけでなく、時間的調整がきわめて困難になったという事情にも起因する。また、この点に関連して、Karl Llewellyn Papers（日本では、そのうちの統一商事法典の起草資料のみ東北大学に所蔵されている）のうちマイクロフィルムで入手可能なもののすべてを早稲田大学図書館に設置要請し、結果的に、それらが同図書館に所蔵されるに至ったことから、シカゴ大学への研究出張の必要性は、本研究課題申請時と比較して、下がったという事情もある。

その代わりに、日本における履行拒絶の史的分析の対象期間が拡大された。詳しくいうと、当初は、明治民法から現在に至るまでの時代を対象にしていたが、これを旧民法制定過程から現在に至るまでに拡大した。というのも、旧民法には履行拒絶に言及すると思われる規定が存在しており（旧民法財産編 383 条）しかもこの規定を明治民法 415 条は受け継いだと一般に言われているため、「旧民法財産編 383 条が規律した履行拒絶」の意味次第では、現在問題となっている履行拒絶がすでに明治民法 415 条での解決を予定していたとも考えうるからである。それゆえ、この点を明らかにするために、当初の研究計画に追加して、旧民法 383 条の履行拒絶の意味を明らかにする作業が必要となった。

#### (2)実施された研究方法

当初予定していた研究方法は、以上の経緯から、修正を受けた。それを受けて、実際に実施された研究方法は以下のとおりである。

まず、アメリカ法の法的救済の原型と中核を解明する作業についてである。先に述べたとおり、シカゴ大学とライプツィヒ大学への研究出張は断念せざるを得なかった。もっとも、カール・ルウェリンとエルンスト・ラーベル等との交流・影響関係についての研究は、可能な範囲で進められた。アメリカ法とドイツ法の影響関係については、日本では、五十嵐清教授がユダヤ系亡命法学者の研究（五十嵐清「亡命ドイツ法学者のアメリカ法への影響」『現代比較法学の諸相』（信山社、2002 年）141 頁〔初出、札大 1・2 合併号（1995 年）〕）を行って以降、本格的な研究はない。そのため、近年のアメリカとドイツの比較法学者の研究に依拠しつつ、資料の収集（補足しておく、これに関する資料は日本にはあまりなく、それゆえ、資料収集だけでも学問的価値はある）とそれに基づく仮説の提示・推論の展開を行った。

また、この作業から分離していくかたちで、契約の拘束力を限界づける法的救済の実相の比較考察が行われた。カール・ルウェリンのライプツィヒ大学での講義ノートの断片やエルンスト・ラーベル等との書簡を精査していく中で、ドイツ民法、ドイツ商法の比較法的な位置づけに関する記述が見出された。そのため、カール・ルウェリンがアメリカ統一商事法典で採用した法的救済とドイツ民法典が採用する法的救済（2002 年債務法改正前と後の両方）との比較を行い、類似の性質と異なる性質との抽出を試みた。そこでは、さらに、アメリカ統一商事法典完成後のアメリカ契約法の動向にも着目し、履行拒絶に関するカール・ルウェリンの構想とその後のアメリカ法における履行拒絶ないし契約危殆の取扱いとの異同にも注意が払われた。

次いで、日本における履行拒絶の史的分析である。これについては、明治の立法期と昭和初期までの期間を中心に、主として二つの作業が実施された。一つは、旧民法の立法過程における履行拒絶の意味・取扱いの解明である。そこでは、旧民法財産編 381 条～384 条の淵源を追跡するかたちで、旧民法の立法資料、司法省でのボアソナードの講義録、旧民法についてボアソナードが行った質疑応答録等の精査が行われた。これに加えて、旧民法財産編 383 条の履行拒絶が明治民法 415 条に受け継がれたか否かが、立法資料等に依拠して精査された。もう一つは、明治後期から昭和初期までの判例と学説との相互影響関係の分析である。具体的には、旧民法公布後施行前の大審院判例から出発し、その後の判例の変遷を追跡するとともに、こうした判例と外国法からどのような影響を受けているかという視点から、当時展開された履行拒絶に関する諸学説を精査した。

#### 4. 研究成果

1. 研究開始当初の背景の中で、2. 記載の研究目的から、3. 記載の研究手法により遂行された本研究課題の研究成果は、次のようなものである。まず、アメリカ法の法的救済の原型と中核を解明する作業との関連でこれを記述し、次いで、日本における履行拒絶の史的分析との関連でこれを記述する。

##### (1) アメリカ法の法的救済の原型と中核を解明する作業に関連する研究成果

まず、アメリカ統一商事法典が規定する適切な保証を求める権利の起源に関して、である。アメリカ統一商事法典の起草資料のほか、カール・ルウェリンの講義ノート、カール・ルウェリンとエルンスト・ラーベル等との書簡などの精査により、カール・ルウェリンが適切な保証を求める権利を創設したこと、しかし、これにソーヤ・メンシコフ（カール・ルウェリンとともにアメリカ統一商事法典の起草に関わった人物）が反対していたことが明らかになった。もっとも、それを示す資料は、カール・ルウェリン提案、ソーヤ・メンシコフ反対といった簡単な記述でしかなく、そこで交わされた議論を示す資料はまだ見つかっていない。しかも、ドイツ法の法的救済とアメリカ法のそれとの間の類似性に対するカール・ルウェリン、エルンスト・ラーベル等の寄与は現時点では確認できていない。さらに、カール・ルウェリンがドイツ民法 321 条旧文言の法的救済を参考にしたか、あるいはニューヨーク州の商慣習を参考にしたか、それともそれ以外か、についても、決定的な資料は発見できていない。

次いで、今述べた研究から派生した、契約の拘束力を限界づける法的救済の実相の比

較考察に関して、である。これについては、ドイツ法 (BGB321)、アメリカ法 (UCC2-609) のいずれもが、その法的救済の異同にもかかわらず、契約危殆に陥った契約の解消の可否の判断プロセスにおいて、正常な契約への復帰に向けられた交渉の有無、態度に重要な役割を与える点に類似性がみられ、かつ、いずれの法的救済も交渉の機会を保障し、交渉を促進する機能を果たす一面があるという知見が得られた。

最後に、アメリカ統一商事法典完成以降の履行拒絶ないし契約危殆の取扱いに関して、である。ここで着目すべきは、契約危殆時における規範選択の方法論である。アメリカ法における関係的契約論の展開過程において登場した契約維持的規範と契約切断的規範に着想を得て、契約危殆時における紛争解決指針として関係維持的指針と関係切断的指針を想定する必要性、可能性及び有用性を考察し、契約危殆時における規範選択手続のモデル構築の試論を行った。これについては、アメリカ法における契約維持的規範と契約切断的規範の位置づけの把握、規範選択手続のモデルの実効性の検証などになお課題が残り、本報告作成時点においては結論を得るに至らなかったため、これについては、今後、更なる研究が必要と考える（平成 22 年度科学研究費補助金〔若手研究（B）〕課題番号 22730096）においてこれを行うことが決定している）。

##### (2) 日本における履行拒絶の史的分析に関連する研究成果

まず、旧民法財産編 383 条の履行拒絶の意味と明治民法 415 条の関係について、である。これについては、旧民法の起草者ボアソナードの講義録、草案、民法理由書、そのほか旧民法の立法資料や解説等を精査と、旧民法財産編のほかの規定との関係から、とりわけ付遅滞制度との関係から旧民法財産編 383 条の規定する履行拒絶が履行期後のそれであることが確定され、それがそのまま明治民法 415 条に鑄直されたことが確認された。また、その際に明らかになった旧民法の思考を敷衍していくと、旧民法は債務の効力の主役に直接履行を据えており、それゆえに、たとえ債務者が履行期前に履行しないと宣言したとしても、履行期到来後に直接履行によって債務内容の実現を受けることができるから、履行期前の履行拒絶についても履行期到来後に直接履行を行えば問題はないという結論に至りうるということが明らかになった。この研究成果は、谷本陽一「民法四一五条に取り込まれた履行拒絶——明治民法典先史における履行拒絶規定の生成と解消——」松久三四彦＝須加憲子＝藤原正則＝池田清治（編）『民法学の古典と革新』藤岡康宏先生古稀記

念論文集（査読なし、成文堂、2009 年予定）55-87 頁（初校段階の頁数）に結実している。

次いで、明治後期から昭和初期までの判例と学説との相互の影響関係について、である。これについては、まだ具体的な成果には結実していない。というのも、3. 研究方法(2) 実施された研究方法記載の研究を行ってきたが、その方法だけでは一面的な、学説の理論的な系譜関係及び勢力関係の論証にしかならず、これに加えて、当時の学者層の研究環境、主要な書籍の発行部数、戦災天災等、人的・物的な事柄が学説の展開にいかに関与を及ぼしたかという視点からも研究を行わなければ、履行拒絶をめぐる判例と学説の展開の実相を捉えることができないとの結論に至ったからである。そのため、研究方法のさらなる修正を行い、今後の研究に繋げる。

#### 5. 主な発表論文等

（研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線）

〔雑誌論文〕（計 1 件）

(1) 谷本陽一「民法四一五条に取り込まれた履行拒絶——明治民法典先史における履行拒絶規定の生成と解消——」松久三四彦＝須加憲子＝藤原正則＝池田清治（編）『民法学の古典と革新』藤岡康宏先生古稀記念論文集（査読なし、成文堂、2009 年予定）55-87 頁（2010 年 5 月 3 日現在初校校了、頁数は初校による。正確には、本稿は雑誌論文ではないが、区分上、ここに記載する）

#### 6. 研究組織

##### (1) 研究代表者

谷本 陽一（TANIMOTO YOICHI）  
早稲田大学・法学大学院・助手  
研究者番号：50515252