

# 「契約危殆」状態における履行確保（一）

——不安の抗弁権から履行停止権への展開——

松井和彦

## 第一章 序論

第一節 問題の所在

第二節 契約危殆に関する諸制度

第三節 検討の対象および順序

## 第二章 不安の抗弁権に関するわが国の理論状況

第一節 民法典起草者の立場

第二節 学説の変遷

第三節 判例

第四節 小括

## 第三章 ドイツ民法における履行停止権

第一節 総説

第二節 ドイツ民法三二一条の起草過程

第三節 理論的根拠

第四節 要件

第五節 効果

第六節 債務法改正作業における不安の抗弁権の理解

第七節 小括 (以上本号)

第四章 ウィーン国連売買条約における履行停止権 (以下次号)

第五章 アメリカ法における履行停止権

第六章 不安の抗弁権の再構成——履行停止権への転換——

第一章 序論

第一節 問題の所在

契約は、当事者間の交渉を経て成立し、履行期を迎えて履行され、終了に至りまたは反復継続されるということが予定されている。このような契約過程のいずれかの場面において何らかのトラブルが生じた場合、契約は予定されていた軌道を外れ、法律問題へと発展していく。これが、いわゆる給付障害 (Leistungsstörungen) である。契約過程においてこのような給付障害が問題になる場面を考えたとき、従来の研究は、主として、契約締結上の過失など契約締結前の問題を扱うもの<sup>(1)</sup>、公序良俗・詐欺・強迫・錯誤・意思表示の到達など契約締結時の問題を扱うもの<sup>(2)</sup>、債務不履行や瑕疵担保責任といった履行期到来後の問題を扱うものに大別することが<sup>(3)</sup>できる。これらの領域においては膨大な議論の集積があり、しばしば華やかな論争をも巻き起こしてきた。これに対して、契約締結時と履行期到来時との間の問題は、危険負担や事情変更の原則などにおいて部分的に論じられてきたにすぎない。確かにこれらの法理論それ自体の研究は古くから行われてお

り優れた業績も多いが、後述するように、これらの法理論がカバーする領域は、契約締結時と履行期到来時との間に生じるさまざまな問題のごく一部にすぎず、しかも、これらの法理論で問題にされていたのは契約関係の解消や契約内容の改訂であり、債務の一次的な履行拒絶についてはほとんど議論されてこなかった<sup>5)</sup>。また、これらによってカバーされない領域については、従来はほとんど議論されることがなかった<sup>6)</sup>。

その理由としては、ひとつには契約締結時と履行期到来時との間に生じる問題を扱う明文の規定が少ないということが挙げられる。後述するように、民法その他の諸法典においてこの領域の問題を扱う規定が散在するが、これらはいずれも極めて限定的な問題を扱う特殊な規定であり、一般的な規定は存在しない。そして、このような法規定の及ばない「空白地帯」についてはほとんど議論の対象になってこなかった。もうひとつは、現実の紛争において本来は契約危殆をめぐる争いであったが、紛争中に履行期が到来してしまうということが考えられる。こうなると通常の債務不履行の問題となり、判決においては、解除や損害賠償が認められるかどうかといった形でしか現われてこないことになる<sup>7)</sup>。

しかし、だからといって現実の問題が存在しないことを意味するのではないことは既に指摘されているところであり、<sup>8)</sup>さらに理論的にも現実に債務不履行が生じたからといって、それが予想されるにすぎない履行期前の段階で一方当事者が行った履行停止が遡って正当化されることには直ちに繋がらない。当該当事者が履行停止を行った段階では現実の債務不履行はまだ生じていなかったのであるから、それを正当化するためには、後になって現実の債務不履行が生じたからといった事後的な評価ではなく、何らかの積極的・理論的な根拠づけが必要である。

そこで本稿では、契約締結時と履行期の間の期間に焦点を当て、この期間に一方の契約当事者の債務の履行が危険に瀕した場合（これを「契約危殆」(Vertragsgefährdung)と呼ぶこととする）に、契約の相手方は自己の債務の履行を一次的

に拒絶することができるのか、できるとして如何なる根拠で、如何なる要件の下で認められるのかといった問題について考察を加える。

## 第二節 契約危殆に関する諸制度

わが国の現行法制度下において契約危殆を扱っている制度にはどのようなものがあるのだろうか。そして、これらの制度によって契約危殆の問題は十分にカバーされ得るのだろうか。これらの点について、危殆が生じた債権に応じて、目的物の引渡債権の危殆化を扱う制度と金銭債権の危殆化を扱う制度とに分けて概観する。なお、同時履行の抗弁権と事情変更の原則は、理論的にはいずれの場合にも適用されるものであるが、金銭債権の危殆化の場合に問題になることが多いため、そちらで扱うことにする。

### 第一款 目的物の引渡債権の危殆化

わが民法上、買主が売買の目的物の引渡しを受けることができない恐れがある場合を扱う制度は非常に少なく、僅かに瑕疵担保法に存在するのみである。民法五七六条によれば、売買の目的物につき第三者が所有権、永小作権、地上権、登記した賃借権等を主張していて、このために客観的にみて買主がその買い受けた権利の全部または一部を失う危険性がある場合には、その間買主は危険の程度に応じて売買代金の支払いを拒絶することができる。確かに、このような場合には買主は売主に対して担保責任を問うことができるが、それはあくまでも事後的な措置にすぎない。そこで、これら第三者の権利が確定して買主が買い受けた権利を失うことが確実にならなくても、その危険が生じた時点で代金の支払いを拒絶

することにより、権利の全部または一部を失った場合の損害を未然に防止することを認めているのである。<sup>(9)</sup> ただし、売主が相当の担保を提供した場合は、買主の危険は解消するのであるから、代金支払拒絶権は消滅する（同条但書）。

また、五七七条によれば、買い受けた不動産に先取特権、質権または抵当権の登記があるときは、買主は滌除の手続きが終わるまで代金の支払いを拒絶することができる。同条は、買主が滌除した場合にその費用を売主から償還してもらえることから、この金額と売買代金とを差し引きさせる方が簡便であるという考慮に基づくものであつて、<sup>(10)</sup> 買主が将来被るかもしれない損害を事前に防止することを目指した規定ではない。しかし、同条が損害防止の機能を有するのは確かである。

これに対して、将来引き渡される予定の目的物に瑕疵が存在することが合理的に予見できるような場合については、代金支払拒絶権は条文上も解釈論上も認められていない。

## 第二款 金銭債権の危殆化——信用不安・財産状態悪化——

売買契約の売主や請負契約の請負人など、自己の債務の履行の対価として金銭を受け取る権利を有する当事者が、人的物的担保を有しないまま自己の債務を先に履行した場合であつても、代金債権は先取特権によりある程度担保されている。また、買主（注文者）の財産状態が悪化した場合にはその財産を仮差押えを行うことができる（民保二〇条一項）。しかし、<sup>(11)</sup> 動産の先取特権には追及効がない、執行方法が整備されていない等の問題があり、債権担保としては十分ではない。また、買主（注文者）の財産状態が悪化した場合はその責任財産のほとんどが既に他の債権の担保に供されているため、仮差押えによつて無担保債権者が債権の回収を確保することは難しい。<sup>(12)</sup> つまり、あらかじめ人的物的担保を設定せずに先履行義

務を負った売主は、商品を引き渡した後に至ってはもはや代金債権の回収を確保することはできないのである。

そこで、このような現状において、契約危殆の状況に直面した契約当事者が自己の損害を最小限にとどめる最も確実な方法は、自己の給付義務の履行を拒絶することである。

まず、民法典に規定されている給付拒絶権としては、同時履行の抗弁権(五三三条)を挙げることができる<sup>(13)</sup>。これは、自己の債務を履行せずに相手方の債務だけを請求することは公平に反するという思想に基づく制度であるが、さらに、両債務の履行を実質的に担保する機能も有している<sup>(15)</sup>。

しかし、同時履行の原則は、現実の取引においては必ずしも原則とはなっていない。とりわけ商人間の商品売買においては、商品の引渡しが先になされその後代金が支払われるという異時履行がむしろ原則となっている<sup>(16)</sup>。このような異時履行の特約が当事者間にある場合は、先履行義務者は同時履行の抗弁権を行使することができない。もともと、先履行権利者が破産宣告を受けた場合には、先履行権利者は期限の利益を喪失(一三七条一号、破一七条)し、両債務は同時履行の関係に戻るため、先履行義務者は同時履行の抗弁権を行使することにより自己の反対給付請求権を保護することができる。しかし、この規定が適用されるのは先履行権利者の「破産宣告」に限られており、事実上の支払不能やそれにも至らない財産状態の悪化では足りない。

さらに、いわゆる製作物供給契約のように、売主が給付する目的物を製造しなければならない場合は、たとえ買主の支払能力が危うくなったとしても当該製造行為を停止することはできない。従って、当該目的物が他に譲渡することができない性質の物である場合には売主は多大の損害を被ることになる。

他方、民法典以外の諸法典の中にも給付拒絶権に関する規定が散在する。

隔地者間の売買において、売主が商品を発送した後、買主がこれを受領する前に倒産手続きが開始された場合は、売主は商品の取戻しをすることができる（破八九条一項、会更六四条一項、和四条）。しかし、運送手段の発達により運送に要する期間は短縮され、また、充実した支店・出張所網の発達等により遠隔地にある買主の信用状態も容易に知り得るようになったため、この取戻権は現実にはほとんど機能していないと言われている<sup>(17)</sup>。

買主に倒産手続きが開始されていない場合でも、売主は運送人に対して運送の中止、運送品の返還その他の処分を請求することができる（商五八二条一項）。しかし、この運送品処分権は荷送人（売主）の運送人に対する運送契約上の権利であり、売主と買主との間の売買契約とは無関係であるから、売主自らが目的物を運送・引き渡す場合には機能しない。

さらに、この権利は運送品が到達地に到着した後に荷受人（買主）が引渡しを請求したときに消滅する（同条二項）ため、取戻権と同様、運送手段が発達した現代においては、この権利を行使できるのはごく限られた期間だけということになる。

その他、契約締結後に極度のインフレなどが生じて貨幣価値が著しく下落して両債務の等価性が破壊された場合や、競争の勃発や法制度の変更などによって目的物の引渡しが著しく困難になった場合には、事情変更の原則が問題になる。この原則は、民法典には規定されていないものの、古くから解釈論により認められている<sup>(18)</sup>。しかし、本来の事情変更の原則は、

「契約締結後に当事者の責めに帰すべからざる事由によって客観的事情が著しく変更して当初の契約内容を維持することが信義則上公平を欠く」といった極めて厳格な要件の下で例外的にのみ働く法理であり、<sup>(19)</sup> 契約危殆の僅かな部分を取り扱ふにすぎない。さらに、事情変更の原則が通常問題になるのは、事情変更によって自己の債務の履行が困難になった債務者が契約の再交渉・改訂や解除を主張する場合であって、その相手方たる債権者が自己の履行停止を主張するという形ではあまり問題にならない。

### 第三款 不安の抗弁権の拡張可能性

このように、既存の法規定ないし法理論は契約危殆のほんの僅かを扱うのみで、契約当事者を十分に保護し得ていない。このような状況において、唯一、契約危殆の諸場合を比較的広範に扱うのが、いわゆる不安の抗弁権である。これは、契約締結後に相手方の財産状態が著しく悪化して反対給付請求権を受けられない恐れが生じた場合に、反対給付またはその担保が提供されるまで先履行義務者が自己の債務の履行を停止することができる権利である。これによれば、契約を維持しつつ自己の損害を最小限にとどめることができ、契約関係の改善の余地を残す点で有効な手段である。<sup>(20)</sup>

もともと、従来からわが国で認められている不安の抗弁権も契約危殆の全ての場合をカバーするわけではなく、「契約締結後に生じた財産状態の悪化」という限定的な場合に認められるにすぎない。これに対して、ウィーン国連売買条約（CISG）やアメリカ統一商事法典（UCC）においては、契約危殆の全ての場合をカバーし得る広範な「履行停止権」が規定されており、また、これらに影響されてドイツにおける近時の学説・判例およびこれらを反映した債務法改正委員会の最終報告書でも、要件の拡張が図られている。

このように、諸外国における不安の抗弁権は大きな展開を見せているにもかかわらず、わが国ではこの領域の研究はあまり進んでいない。従来のわが国の不安の抗弁権論は、ドイツ民法においてこれを規定した三二一条に関する初期の議論をほぼ無批判に継受したのみで、その後のドイツその他の諸外国の議論や立法等に目を向けてこなかった。そのため、わが国においては不安の抗弁権につき明文の規定を欠くにもかかわらず、その解釈論的根拠すら十分に検討されていない。

そこで、本稿では、「不安の抗弁権」から「履行停止権」への拡張を見せる諸外国の法状況を概観し、それを踏まえて、履行停止権につき一般的規定を欠くわが国において、如何なる解釈論的根拠の下に履行停止権を理解すべきか、履行停止



権の目的をよりよく達成するためには如何なる要件・効果が適切であるのかを考察する。これにより、契約危殆の状況における一般的な効果として履行停止を導くことができ、従来からの法の「空白地帯」を埋めることができる。と同時に、これまで理論的に説明しきれいでなかった継続的供給契約における出荷停止に理論的な拠り所を与えることにも繋がる。<sup>(21)</sup>

### 第三節 検討の対象および順序

契約危殆に関する諸問題は、当事者双方が互いに義務を負う双務契約一般に共通する問題であり、その救済手段も原則として双務契約全てに妥当するものである。<sup>(22)</sup>しかし、双務契約の中心をなすのは売買契約であり、契約危殆に関するわが国および比較法の対象とするドイツおよびアメリカの判例に現われた事件の大部分は売買契約——しかも反復継続して行われまたは分割して供給されるタイプの売買——に関するものである。また、確かに売買契約は同時履行が原則であるが、商人間の売買はむしろ異時履行が原則となっており、また同時履行の場合でも履行準備行為を先にしなければならず、しかもこれに多額の費用を要することが多いため、契約危殆が問題になりやすい。これらの理由から、本稿では、売買契約を主として念頭において議論を進めることにする。もともと、紹介する判例の中には売買契約以外のものも若干含まれているが、当該契約類型に特殊な理論展開ではなく双務契約一般に妥当する判示を行っているものを選んでいく。

比較法の対象としては、ドイツ民法、ウィーン国連売買条約（正式には国際動産売買契約に関する国連条約）、アメリカ統一商事法典を中心的に扱い、これらに付随するものとして、ドイツ法学の到達点を示すドイツ債務法改正委員会の最終報告書、国際取引における法規範の最近の傾向を示すユニドロア国際商事契約原則およびヨーロッパ契約法委員会の

ヨーロッパ契約法原則、統一商事法典とともにアメリカ契約法の重要な一部分をなす第二次契約法リステイメントも適宜参照する。

記述の順序としては、まず、わが国の従来の不安の抗弁権に関する学説・判例を整理して問題点を明らかにする(第二章)。そして、わが国の不安の抗弁権論が依拠しているBGB三二一条について、その起草過程からその後の判例・学説の展開および現在進行中の債務法改正作業における議論を紹介することを通じて、わが国の不安の抗弁権に関する通説を批判的に検討する(第三章)。次いで、ドイツ債務法改正作業に大きな影響を与えたウィーン国連売買条約(CISG)における履行停止権に関する規定(七一条)の起草過程および解釈論を概観する(第四章)。さらに、CISGに影響を与えたといわれるアメリカ統一商事法典(UCC)における保証請求権および履行停止権に関する規定(二一六〇九条)の起草過程および判例・学説を概観する(第五章)。こうして、いわば「法の継受」の歴史を遡りながら、それぞれの法規定の起草過程およびその解釈論を概観することにより、いったん約束した履行義務をなぜ拒絶することができるのかといった履行停止権の理論的根拠を探っていくことにする。そして、このような比較法的検討を通じて、わが国における解釈論への示唆を得たいと思う。

- (1) 円谷峻『契約の成立と責任(第二版)』(一九九一年)など多数。
- (2) 大村敦志『公序良俗と契約正義』(一九九五年)など多数。
- (3) 北川善太郎『契約責任の研究』(一九六三年)、柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』(一九六三年)など多数。もつとも、瑕疵担保責任については、法定責任説に立てば契約締結前の問題と捉えられることになる。
- (4) 浅井清信『債権法に於ける危険負担の研究』(一九四二年)、小野秀誠『危険負担の研究』(一九九五年)、同『反対給付論の

展開』(一九九六年)、同『給付障害と危険の法理』(一九九六年)、勝本正晃『民法に於ける事情変更の原則』(一九二六年)、五十嵐清『契約と事情変更』(一九六九年)など多数。

(5) 危険負担について履行拒絶が議論されてこなかったのは、問題の性質上理解できるが、事情変更の原則について履行拒絶が議論されてこなかったのは不思議なことである。

(6) 研究書としてはおそらく存在しないと思われる。従来の研究としては、僅かに北川善太郎「同時履行・異時履行」『現代契約法I』(一九七三年)一三七頁など、最近のものとしては須永知彦「履行期における反対給付請求権の危殆化——いわゆる不安の抗弁権を中心に——」『民商二一一巻三号三九五頁、四号七〇七頁(一九九四—一九九五年)』などがあるにすぎない。

(7) 須永・前掲註(6)三九六頁、北川善太郎『債権総論(民法講要Ⅲ)』(一九九三年)六一頁、一〇〇—一〇一頁。

(8) 須永・前掲註(6)三九六—三九七頁。

(9) 柚木馨Ⅱ高木多喜男編『新版注釈民法(14)』(一九九三年)四二五頁(柚木馨・高木多喜男執筆)、我妻栄『債権各論 中巻一』(一九六一年)三二三頁。

(10) 柚木Ⅱ高木編・前掲註(9)四二六頁(柚木・高木執筆)、我妻・前掲註(9)三二三頁。

(11) 竹下守夫「動産売買先取特権と民事保全」松浦馨Ⅱ三宅弘人編『基本法コンメンタール民事保全法』(一九九三年)一〇八頁。

(12) 神崎克郎「信用売買における不安の抗弁権」神戸法学雑誌一六巻一・二号(一九六六年)四四八頁。

(13) なお、給付拒絶権とは異なるが、民法五八九条は、消費貸借の予約は事後に当事者の一方が破産の宣告を受けたときは効力を失うと規定しており、借主となるべき者の財産状態が悪化した場合にも同様に解すべきことが有力に主張されている。広中俊雄Ⅱ幾代通編『新版注釈民法(15)』(一九八九年)三八頁(浜田稔執筆)。

(14) 我妻栄『債権各論上巻』(一九五四年)八八頁。

(15) 星野英一『民法概論Ⅳ(契約)』(一九八六年)四〇頁。

(16) 北川・前掲註(6)一八六頁以下、江頭憲治郎『商取引法上』(一九九〇年)三二頁。

(17) 中野貞一郎「売主の取戻権」『強制執行・破産の研究』(一九七二年)三三五頁、齊藤秀夫Ⅱ麻上正信編『注解破産法「改訂版」』(一九九二年)五一六頁。

「契約危殆」状態における履行確保(一)(松井)

- (18) 前掲註(4)の文献を参照。
- (19) 五十嵐・前掲註(4)一五二頁以下。
- (20) 契約危殆が生じた場合に、それを理由に契約関係の解消を認める法理論も見られる。これは、履行期前の履行拒絶(anticipatory repudiation)ないし履行期前の契約違反(anticipatory breach of contract)と呼ばれており、履行期到来前であっても、契約危殆の程度が著しく契約関係の継続が極めて困難な場合に、契約解除権を認める法理論である。しかし、これらの法理はいまだ研究が進んでおらず、わが国で(双務)契約一般に認められているとまでは言えない。
- (21) 奥田昌道編『注釈民法(10)』(一九八七年)三五七頁以下(北川善太郎執筆)は出荷停止に関する判例分析を行っているが、そこで挙げられている判例の多くは一時的な出荷停止ではなく解約告知の事案が多く、裁判所も解約告知として理論構成しているものが多い。
- (22) 例えばBGB三二一条は双務契約一般に適用されることを明文で規定している。また、UCC二一六〇九条は本来は売買のみ適用される規定であるが、他の双務契約にも類推適用がなされており、これを受けて第二次契約法リストイメント二五一条は双務契約一般についてUCC二一六〇九条と同旨の内容を規定している。See Dowling, *A Right to Adequate Assurance of Performance in All Transactions: UCC §2-609 Beyond Sales of Goods*, 48 S. Cal. L. R. 1382 (1975); Sargis, *The Uniform Commercial Code Section 2-609: A Return to Certainty*, 14 J. Mar. L. R. 138 (1980); Robertson, Jr., *The Right to Demand Adequate Assurance of Due Performance: Uniform Commercial Code Section 2-609 and Restatement (Second) of Contracts Section 251*, 38 Drake L. R. 348 (1988-89).
- 国際取引法においても、ユニドロア国際商事契約原則七・三・四条やヨーロッパ契約法委員会のヨーロッパ契約法原則三・一〇五条は双務契約一般を規律している。

※本稿は平成九年一月に一橋大学に提出した博士学位論文に若干の補充訂正を加えたものである。

## 第二章 不安の抗弁権に関するわが国の理論状況

### 第一節 民法典起草者の立場

旧民法財産編四〇五条一号は「債務者カ破産シ又ハ顯然無資力ト為リタルトキ」には債務者は期限の利益を喪失する旨規定していた。<sup>(1)</sup>従つて、この場合には同時履行の関係が復活し、先履行義務者は同時履行の抗弁権を主張することができた。

しかし、現行民法典を編纂する段階で「顯然無資力」が削除された。その理由について、起草委員の穂積陳重は「顯然無資力ト為ルト云フコトハ歸スル所ガ（破産の宣告を受けたとき）同ジヤウニナルト思ヒマス」と述べている。<sup>(2)</sup>そして、長谷川喬委員からの、破産宣告も家資分散の宣告も受けていないが「資産上切迫ナル情況」に至つた場合については規定する必要がないのかとの質問<sup>(4)</sup>に対しては、次のように答えている。

「私共ハ其積リデアリマス。顯然無資力トナルト云フコトハ其程度ガ甚ダ不分明デゴザイマスルシ且ツ斯ノ如キ場合ニ於テハ必ず債権者ガ多クアルカ又ハ其負担シテ居ル債権ハ残ツテ資力ガ足ラヌト云フコトニナリマスレバ破産ニ這入ル免二角順序デアラウト思ヒマス。顯然無資力ト云フコトハ未ダ家資分散ノ手續キモ定マラナイ又破産ノ宣告ハ勿論ナイト云フ見解ハ私モ然ウ思ツタ。併シ然ウ云フ場合ハ入レナクテモ宜イト云フ考ヘデアリマス（句点筆者）<sup>(5)</sup>」。

他方、旧民法財産取得編四七条四項は留置権として先履行義務者の給付拒絶権を規定していた。同条によれば、「買主カ売買後ニ破産シ若クハ無資力ト為リ又ハ売買前ニ係ル無資力ヲ隠秘シタルトキ」は、たとえ売主が買主に「代金弁済ノ為メ期間ヲ許シタルトキト雖モ」売主は目的物の「引渡ヲ遅延スルコト」<sup>(6)</sup>ができた。

しかし、この規定も現行民法典を編纂する段階で削除された。その理由について、起草委員の富井政章は次のように説

「契約危殆」状態における履行確保（一）（松井）

明している。

「既ニ本案ノ第百二十八條（現行法一三七条）以下ニ於キマシテ破産ノ場合ニ於テハ期限ノ利益ガナクナルト云フ規定ガアル。尚ホ破産法ニ於テ此様ナ場合ニハ債権者ハ時機ヲ失セズシテ破産ノ宣告ヲ請求スルコトガ出來ル様ニナラウト思ヒマス。夫故ニ是レハ必要ガナカラウ。破産ノ宣告ヲ請求スルコトガ輒スク出來テ然ウシテ其場合ニ期限ノ利益ガナクナルト云フコトニナレバ詰リ五百三十一條（現行法五三三條）ノ通則ガ適用サレルコトニナツテ履行ヲ提供シナイ内ハコチラハ履行スルニ及バヌト云フコトニナリマスカラ少シモ無資力ノ為メニ履行ノ請求ヲ危ウスルト云フ危険ハナカラウト思フ（句点筆者）<sup>7</sup>」。

つまり、破産法の改正によって破産が容易に認められるようになるため、事実上の無資力状態ないし支払不能状態にある先履行権利者は早晩、破産宣告を受けることになる。従って、債務者が期限の利益を喪失する場合として顯然無資力を破産と区別して規定する必要はなく、破産のみを規定すれば足りることになる。そして、先履行権利者が破産宣告を受けると期限の利益を失い、先履行義務者は同時履行の抗弁権を行使することができるため、先履行権利者が「顯然無資力」になった場合の先履行義務者の留置権も不要ということになる。このような理由から、事実上の無資力状態にとどまる先履行権利者に対する権利として先履行義務者に認められていた給付拒絶権は削除されてしまった。

しかし、商人破産主義から一般破産主義に転換が図られたからといって、途端に破産が容易に認められるようになるわけではない。また、現実には、無資力ないし支払不能の状態に陥った者の全てが直ちに破産手続に移行するとは限らず、むしろ莫大な負債を抱え破産以外に残された道がなくなるに至ってようやく破産の申立に踏み切るとするのが通常である。つまり、事実上の無資力ないし支払不能と破産との間には相当の時間的間隔があり、経済的破綻の程度も大きく異なつて

いることが多いのである。このような実態が起草過程では見過ごされていた。つまり、不安の抗弁権を解釈論上認める必要性は、実は起草段階において既に存在していたのである。

(1) この規定は、旧民法の母法であるフランス民法の一六一三条に由来する。同条は次のように規定していた。

「売主は、支払いについて期限を付与したときであっても、売買以後に買主が破産又は支払不能の状態に陥り、その結果売主が代金を失う急迫な危険にある場合は、引渡しの際の義務を負わない。ただし、買主が期限内に支払うことについて売主に保証人を立てる場合には、その限りでない。」

(2) 法務大臣官房Ⅱ司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書1法典調査会民法議事速記録一』(一九八四年)三五二頁。

(3) 家資分散とは、商人・非商人の別なく、債務者が強制執行を受け、弁済資力がなくなった状態をいう。商人破産主義を採用した旧破産法の下で認められていたが一般破産主義を採用した現行破産法の施行とともに存在意義を失い、家資分散法は廃止された。竹内昭夫Ⅱ松尾浩也Ⅱ塩野宏編『新法律学辞典第三版』(一九八九年)一四六頁を参照。

(4) 法務大臣官房Ⅱ司法法制調査部・前掲註(2)三五六頁。

(5) 法務大臣官房Ⅱ司法法制調査部・前掲註(2)三五六頁。

(6) この規定は、フランス民法一一八八条に倣ったものであった。同条は次のように規定していた。

「債務者は、破産したとき、又は契約によって債権者に与えた担保を自己の行為によって減少させたときはもはや期限の利益を主張することができない。」

(7) 法務大臣官房Ⅱ司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書3法典調査会民法議事速記録三』(一九八四年)七六二頁。

## 第二節 学説の変遷

昭和初期までの学説は、立法論としては不安の抗弁権が必要であると説きながらも、解釈論としては否定的な見解が多

「契約危殆」状態における履行確保(一)(松井)

かつた。

例えば、柚木教授は、現行法の下では先履行義務者は十分に保護されていないとの理由から不安の抗弁権の必要性を説き、立法論として不安の抗弁権が導入に値することを主張した。教授はB G B三二一条を中心に諸外国の不安の抗弁権に関する規定を比較検討したうえで、次のように結論づける。すなわち、契約締結後に生じた相手方の財産状態の本質的悪化によつて反対給付請求権が危殆化した場合において、先履行義務者は、相手方が履行または給付に十分な担保を供するまで自己の給付を拒絶することができるが、さらに相当の期間内にその要求した担保の提供がない場合は契約を解除することができる<sup>(8)</sup>と解するのが理想型である。しかしながら、教授は解釈論として不安の抗弁権を認めることに対しては消極的であつた。その理由としては、第一に、わが国においては不安の抗弁権に関する規定が存在しないために要件・効果等の面で不明確な点が多く、このような抗弁権を単純に信義則や公平の原理に基づいて認めることは恣意的解釈であるということ、第二に、先履行義務者は相手方の債務の履行期前においても仮差押えをすることができる場合が多いこと、第三に、先履行権利者が破産した場合において破産宣告の時に先履行義務の弁済期前ときは、破産法一七条によつて先履行義務は相手方に転換されることとなり、この範囲においては先履行義務者の危険が多少緩和されるということ、が挙げられている<sup>(9)(10)</sup>。

しかしその後、昭和三〇年頃から体系書や論文等において不安の抗弁権が紹介され、これをわが国においても解釈により認めることに対して肯定的な見解がみられるようになった<sup>(11)</sup>。現在では積極的な見解が支配的であるが、要件・効果についてまで詳細に論じたものが少ないために、その実体は依然として不明確な点が多い。以下、不安の抗弁権の解釈論的根拠、要件、効果についてわが国のこれまでの議論とその到達点について概観する。



## 第一款 解釈論的根拠

現在の通説によれば「契約の締結後に買主（先履行権利者）の財産状態が悪化して、期限到来後における売主（先履行義務者）の請求が実効を収め得ないようなときには、売主をして無条件に買主の請求に応じさせることは公平に反する」として不安の抗弁権を肯定している<sup>(12)</sup>。しかし、その理論的根拠については必ずしも一致していない。

まず第一に、通説はその根拠を事情変更の原則に求めている（事情変更説<sup>(13)</sup>）。もともと、この見解はBGB三二一条の起草過程および初期の学説を強力な根拠としており、それ以上の実質的な検討はそれほどなされていない。恐らく、BGB三二一条の起草過程において、同条は *clausula rebus sic stantibus*（事情不変更約款。以下、*clausula* 理論と呼ぶ）の制限的適用例である旨の説明がなされており、*clausula* 理論がわが国においては事情変更の原則に相当することから、このような見解が現れたものと推測される。しかし、歴史的な結びつきと、現代における不安の抗弁権の解釈論的根拠とは、一応分けて考える必要がある。この点は第三章において検討する。

第二に、先履行義務者の信用を与えた基礎の喪失に根拠を求める見解がある（信用基礎喪失説<sup>(14)</sup>）。それによれば、双務契約の当事者の一方が先履行義務を負う場合には、その者が相手方に対して後から反対給付が履行されるであろうという一種の信用供与を約束したものと解されるため、先履行権利者の財産状態が著しく悪化してその反対給付が危殆化し、先履行義務者が信用を与えた基礎が失われたときは、「契約の前提ないし基礎の消滅による契約の解除の理論<sup>(15)</sup>」に基づいて契約は同時履行の原則に戻り、先履行義務者に給付拒絶権が認められると解する。

第三に、不安の抗弁権の根拠を契約当事者の黙示的合意の推定に求めようとする見解がある（黙示的合意説<sup>(16)</sup>）。それによれば、先履行の約束は信用供与の約束であるところ、先履行権利者の財産状態が悪化して先履行義務者の信用供与の基

礎が喪失した場合には、同時履行の原則にかえって双務契約の實質上の対価関係を維持しようとするのが一般取引の観点からみて合理的であり、かつ取引社会における通常の意味であると認められるので、信用売買においてはその旨の合意がない場合においても、黙示的に先履行義務者に不安の抗弁権を認める合意があるものと推定される。この見解は、先履行の合意は信用供与であり、財産状態の悪化はその信用の基礎の喪失であると捉える点は信用基礎喪失説と同様であるが、不安の抗弁権の根拠を契約当事者の（黙示的な）意思に求める点に特徴がみられる。

第四に、財産状態の悪化を信義則上の義務違反とみなす見解がある（義務違反説<sup>17</sup>）。それによれば、給付の危殆化とは相手方が履行を受けるであろう正当な信頼が破られることであり、契約当事者はかかる信頼を損なってはならない信義則上の義務を負っている。財産状態の悪化はかかる義務に反するものとして、先履行義務者に給付拒絶権が付与されるという。なお、この見解と関連して、不安の抗弁権のみならず広く契約締結後の相手方の信用不安を契約の危殆として捉え、その契約危殆責任の効果としてオフエンシヴな救済（担保の請求、解除など）<sup>19</sup>を考える必要性を説く見解もある。

第五に、双務契約の構造である契約当事者の両債務の対価関係もしくは履行上の牽連関係に根拠を求める見解がある（対価関係説<sup>20</sup>）。それによれば、契約当事者の一方が先履行義務を負った場合には同時的給付・引換給付という履行上の牽連関係は薄れるが、双務契約の目的構造自体は存続する。そして、反対給付請求権が危殆化した場合にはこの対価関係もしくは履行上の牽連関係が維持され得ない状態が生じたのだと理解し、ここに不安の抗弁権の根拠を求める。

このように、事情変更説は長く通説の地位を保ってきてはいるものの、実質的な検討はほとんど行われておらず、それ以外の学説もこの点を明示的に批判・検討したものは少ない。しかも、第六章において検討するように、いずれの学説もそれぞれ弱点を抱えており解釈論的根拠としては不十分であると言わざるを得ない。

## 第二款 要件

不安の抗弁権を行使するための要件としては、①契約締結後に、②先履行権利者の財産状態が悪化しそれによって先履行義務者の反対給付請求権が危殆化したことが挙げられている。<sup>(21)</sup>

まず、①契約締結後の悪化については、不安の抗弁権の根拠を事情変更の原則に求めるならば、この要件は当然であり、かつ必要不可欠である。<sup>(22)</sup> 契約締結前または締結時既に財産状態が悪化していた場合には錯誤による無効のほか、先履行権利者が自己の悪化した財産状態につき欺罔していた場合には詐欺による取消によって処理される。もともと、財産状態悪化の存在時の相違によって異なった取り扱いをすることには合理的根拠がないとして、①の要件を不要とする見解もある。<sup>(23)</sup>

次に、②先履行権利者の財産状態の悪化は、先履行義務者について反対給付が受けられる期待が存しないという程度に至ること（反対給付請求権の危殆化）が必要である。<sup>(24)</sup> この危殆化は、先履行義務者の単なる主観的な不安によるものでは足りず、客観的事実から認められることが必要である。もともと、先履行権利者の財産状態の著しい悪化が客観的に存在することまでは必要なく、それを推測するに足る客観的事実が存在すれば足りる。<sup>(26)</sup> 危殆化の判断に際しては先履行権利者の積極財産・消極財産の額のみならず、その流動性、信用力等が考慮される。支払不能、支払停止、その財産に対する強制執行の不奏効、手形の不渡りによる銀行取引停止処分等の事情がある場合には、この要件を満たすものといえる。また破産、会社更生、和議、会社整理、特別清算等倒産手続きの開始申立てもまた財産状態悪化のメルクマールとみることができる。<sup>(27)</sup>

これに対して、不安の抗弁権の要件としてはむしろ反対給付請求権の危殆化を重視し、その原因を財産状態の悪化に限定しない見解もある。<sup>(28)</sup> この見解によれば、この「危殆化」が存在するか否かは、その蓋然性の程度と重大性の程度を基準

に判断することになる。<sup>(29)</sup>そして、財産状態悪化に関する右の考慮は、これら二つの程度を判断する際に考慮される要素として吸収される。

以上が一般に挙げられている要件であるが、その他に先履行義務者の側の要件として、(a)資産状態の事前の調査や信用供与に対する準備をしていたこと、(b)担保提供を求めたが相手方からの担保提供がなかったこと、(c)信用報告ないしは資産報告に関する催告を少なくとも一度はしたこと、(d)自らの履行意思の表明、すなわち自己の方で事前の準備ができ、いつでも履行ができるという状況にあること、が主張されている。<sup>(30)</sup>

### 第三款 効 果

不安の抗弁権それ自体の効果は一時的な給付拒絶が正当なものと見なされることであり、これにより履行遅滞の責任を免れることができる。<sup>(31)</sup>さらに、たとえ同時履行の契約であっても、請負契約や製作物供給契約における売主側・請負人側の目的物製造行為のような準備行為が実質的な先履行義務であるとして、この準備行為の停止を認める見解もある。<sup>(32)</sup>

この給付拒絶権は先履行義務者の債権担保のために認められるのであるから、相手方から十分な担保が提供されるなど危殆化の原因が消滅したときには給付拒絶権も消滅する。<sup>(33)</sup>これ以外に、両債務は完全に同時履行の関係に戻るのか、換言すれば、先履行義務者の側から引換給付を求めることができるのかが問題となる。この点に言及しているものは少ないものの、消極的に解する見解が多いようである。<sup>(34)</sup>

さらに、厳密には不安の抗弁権それ自体の効果とは異なるが、このような防衛的な給付拒絶権以外に、先履行義務者が担保供与を請求したり契約を解除したりすることができるかが問題となる。まず、担保供与請求権については、給付拒絶

権だけで債権担保としては十分であるから更に相手方に対して積極的に担保供与請求権を持つ必要がない等の理由から、原則としてこれを否定する見解が多数を占めている<sup>(35)</sup>。もつとも、先履行権利者が自らの財産状態を悪化させるにつき帰責事由がある場合（詐害行為など）には、一三七条二号を類推適用して引換給付請求権または担保請求権を認める見解や、さらには、より一般的に担保供与請求権を認める見解もある<sup>(37)</sup>。

契約解除権についても、先履行権利者を遅滞に付したうえ契約を解除することができるとしてこれを肯定する見解<sup>(38)</sup>もあるものの、否定説が多数である。それによれば、一般的には①相手方の財産状態悪化によって先履行義務者の債務の履行そのものが困難になるわけではないこと、②先履行義務者は、自己の債権の履行期までは、元来反対給付を請求できないのであるから、その契約解除も相手方の債務の履行期の徒過を待つて問題とすればよいこと、③先履行権利者の破産の場合、破産管財人が契約の履行・解除の選択権をもつが、相手方からは契約の解除権を行使することができないこと<sup>(39)</sup>、④相手方の財産状態が悪化したからといって取引を止めてしまいたいのが通常であるということ<sup>(40)</sup>等の理由で、不安の抗弁権それ自体からは契約解除権は生じないと解されている。

もつとも、事情変更の原則が一般的に適用されるような場合には、それに基づいて解除権が生じるのはもちろん<sup>(41)</sup>、さらに同時履行の抗弁権の発生が時間の経過にもかかわらず認められない信用売買<sup>(42)</sup>にあつては、先履行義務者は、先履行権利者の履行の一応の約定時期経過後は、担保供与請求ができ、請求後適時に担保供与がなされない場合には契約を解除できるとの見解<sup>(44)</sup>がある。

なお、不安の抗弁権は先履行前における給付拒絶権であるため、厳密には不安の抗弁権の効果ではないが、先履行義務者の履行後でかつ先履行権利者の債務の弁済期到来前に先履行権利者の資力が悪化した場合につき、先履行義務者に担保

供与請求権や引き渡した目的物の返還請求権を認める見解もある。<sup>(45)</sup>

- (8) 柚木馨「所謂『不安の抗弁権』(Einrede der Unsicherheit)」民商五卷二号(一九三七年)四五二頁。
- (9) 柚木・前掲註(8)四四七頁。
- (10) 同旨のものとして近藤英吉『債権法各論』(一九三三年)四三頁、田島順ら『註釈日本民法債権編〔契約総則〕』(一九三七年)二四七頁、小池隆一『債権法各論新稿上巻』(一九三九年)一二四頁。ただし、小池教授は後に「同時履行の抗弁権と履行遅滞との関係」慶応義塾大学法学研究三八卷一号(一九六五年)四九頁において改説された。
- これに対して、解釈論としてもこれを肯定するものとして、勝本正晃『日本に於ける事情変更の原則』(一九二六年)二五四頁以下、吉野周蔵「無資力の双務契約に及ぼす法律効果」法律新聞二五一号(一九二六年)五頁がある。
- (11) 体系書・注釈書・研究書としては、我妻栄『債権各論上巻』(一九五四年)八四頁、谷川久『商品の売買』(一九六四年)一七五頁、北川善太郎『現代契約法I』(一九七三年)(以下、契約法として引用。)一三七頁、来栖三郎『契約法』(一九七四年)一五八頁、三宅正男『契約法(総論)』(一九七八年)六八頁、鈴木祿弥『債権法講義二訂版』(一九九二年)二六二頁、石田穰『民法V(契約法)』(一九八二年)五〇頁、星野英一『民法概論IV(契約)』(一九七六年)五〇頁、久保宏之『経済変動と契約理論』(一九九二年)二五四頁、北川善太郎『債権総論(民法講要III)』(一九九三年)(以下、総論として引用。)五九頁、松坂佐一『民法提要債権各論〔第五版〕』(一九九三年)三九頁、潮見佳男『債権総論』(一九九四年)一〇二頁、平野裕之『契約法』(一九九六年)六八頁、広中俊雄『債権各論講義第六版』(一九九四年)一五頁、谷口知平『五十嵐清編『新版注釈民法』』(一九九六年)五〇二頁(沢井裕・清水元執筆)、内田貴『民法II債権各論』(一九九七年)五一頁など。
- 論文・判例評釈としては、田中実「同時履行の抗弁・危険負担」谷口知平Ⅱ加藤一郎編『民法演習IV(債権各論)』(一九五九年)二二頁、小池隆一「同時履行の抗弁権と履行遅滞との関係」慶応義塾大学法学研究三八卷一号(一九六五年)四九頁、神崎克郎「信用売買における不安の抗弁権」神戸法学雑誌一六卷一・二号(一九六六年)四三九頁、野口惠三「買主に信用不安が認められたら販売を停止できるといふ継続的供給契約の効力」NBL二四三号(一九八一年)四四頁、橋本恭宏「継続的商品取引と『不安の抗弁』——『不安の抗弁』の現代的課題——」明治大学短期大学紀要三三三号(一九八三年)一頁、野口惠三「継

続的取引における売主は買主の信用不安を理由に商品の供給を拒否できるか」NBL二九三号（一九八三年）六〇頁、清水元「不安の抗弁権」遠藤Ⅱ林Ⅱ水本監修『現代契約法体系第二巻』（一九八四年）七九頁、山崎敏彦「不安の抗弁権」判夕五一四号（一九八四年）一五二頁、内田勝一「継続的取引関係と不安の抗弁権」ジュリ八一二号（一九八四年）一二二頁、石川明「信義則、事情変更の原則と不安の抗弁」『民事法の諸問題』（一九八七年）（以下、諸問題として引用。）三八五頁、同「不安の抗弁について」慶応義塾大学法学研究六一巻一〇号（一九八八年）（以下、法研として引用。）一一五頁、森島昭夫「同時履行の抗弁権」法教九八号（一九八八年）三八頁、岩城謙二「不安の抗弁権と出荷停止」法令ニュース二六巻一〇号（一九九一年）三七頁、中田裕康「判批」判時一四〇三号一五九頁（一九九二年）、吉松悟「不安の抗弁権」民事研修四四一号（一九九四年）七三七頁、須永知彦「履行期前における反対給付請求権の危殆化（一）（二・完）」民商一一一巻三三九頁、四号七〇七頁（一九九四—一九九五年）など。

これに対して、否定説に立つものとして、加藤正男『債権法各論〔契約総論〕』（一九七二年）五九頁がある。

(12) 前掲註(11)の文献を参照。

(13) 勝本・前掲註(10)二五四頁以下、我妻・前掲註(11)八四頁、谷川・前掲註(11)一七五頁、広中・前掲註(11)一六頁、橋本・前掲註(11)二八頁、石川・前掲註(11)法研一二三頁、同・諸問題三八六—三八七頁、松坂・前掲註(11)四〇頁、

田中・前掲註(11)二二頁、潮見・前掲註(11)一〇二頁。

(14) 三宅・前掲註(11)六八頁。

(15) 三宅教授はこの「契約の前提ないし基礎の消滅による契約の解除の理論」を行為基礎論に類するものとして動機錯誤の判例理論に近いと述べるが、他方で事情変更説に対しては、事情変更の原則を用いることは散漫に流れる懸念があるとも述べており、またこの理論の根拠が当事者の意思に基づくものなのか、あるいは公平や信義誠実に基づくもののかも不明である。仮に前者であるとすれば、実質的に黙示的合意説と同じことになる。三宅・前掲註(11)各論上（一九八三年）一四頁以下、各論下（一九八八年）五七六頁以下。

(16) 神崎・前掲註(11)四六〇頁以下。来栖・前掲註(11)一五九頁以下も同旨か。

(17) 清水・前掲註(11)九五頁以下。

「契約危殆」状態における履行確保（一）（松井）

- (18) もつとも清水教授は、異時給付関係においても履行上の牽連性は保障されるべきことも述べておられるが、そのことと財産状態悪化が信義則上の義務違反になることとの関連性については明らかでない。
- (19) 北川・前掲註(11) 契約法二三七頁以下。これを支持するものとして、久保・前掲註(11) 二五八頁。
- (20) 須永・前掲註(11) 四一九頁以下。
- (21) 神崎・前掲註(11) 四六五頁以下、清水・前掲註(11) 九六頁以下、橋本・前掲註(11) 三一頁以下、田中・前掲註(11) 二二三頁以下、柚木・前掲註(11) 四五二頁以下。
- (22) これを要件とするものとして、田中・前掲註(11) 二三三頁、清水・前掲註(11) 九六頁、橋本・前掲註(11) 三一頁、柚木・前掲註(8) 四五二頁。
- (23) 神崎・前掲註(11) 四六五頁以下、川越憲治「継続的契約関係の終了(7)」NBL三六七号(一九八六年) 四二頁、須永・前掲註(11) 七二五頁。
- (24) 神崎・前掲註(11) 四六五頁、清水・前掲註(11) 九六頁、橋本・前掲註(11) 三一頁、柚木・前掲註(11) 四五二頁、谷口 五十嵐・前掲註(11) 五〇六頁(沢井・清水執筆)。
- (25) 飯島紀昭「継続的供給契約における出荷停止理由の正当性」ジュリ八四三号(一九八五年) 一二三頁。
- (26) 石川・前掲註(11) 法研一二三頁、須永・前掲註(11) 七二七頁。
- (27) もつとも、伊藤真「継続的供給契約と倒産処理——不安の抗弁権の再構成」判時一〇七四号(一九八三年) 三頁は、会社更生手続の申立があっただけではそれが直ちに信用不安を示すことにはならないと主張する。
- (28) 須永・前掲註(11) 七一六頁以下。
- (29) このような分析を行う須永説は、不安の抗弁権が認められるための「危殆化」の程度は、契約解除が認められるための要件ほど重大である必要はないとの立場に立っているようである。これに対して、両者を区別すべきではないとの見解も見られる。田中・前掲註(11) 二三三頁、谷口 五十嵐・前掲註(11) 五〇五頁(沢井・清水執筆)。
- (30) 橋本・前掲註(11) 二三二頁以下。小池隆一「同時履行の抗弁権と履行遅滞との関係」慶応義塾大学法学研究三八巻一号五〇頁も(b)を要件として挙げている。これに対して谷口・前掲註(11) 五〇七頁(沢井・清水執筆)は、(b)を要件面で捉えるべき



としながらも、単独の要件としてではなく信用不安の徴憑のひとつとして評価するものようである。須永・前掲註(11) 四〇九頁も同旨か。

(31) 我妻・前掲註(11) 八四頁、橋本・前掲註(11) 三三頁以下、柚木・前掲註(8) 四五四頁以下、石川・前掲註(11) 法研一二三頁以下、清水・前掲註(11) 九七頁、神崎・前掲註(11) 四六六頁以下、谷口Ⅱ五十嵐・前掲註(11) 五〇七頁(沢井・清水執筆) など通説。訴訟において不安の抗弁権が主張された場合の効果については、須永・前掲註(11) 七三二頁以下に詳しい。

(32) 須永・前掲註(11) 七〇九頁。

(33) 神崎・前掲註(11) 四六六頁。

(34) 石川・前掲註(11) 法研一二三頁、須永・前掲註(11) 四二二頁、谷口Ⅱ五十嵐・前掲註(11) 五〇七頁(沢井・清水執筆)。もっとも、三宅・前掲註(11) 六九頁、清水・前掲註(11) 九七頁は同時履行関係の回復を認める。

(35) 神崎・前掲註(11) 四六七頁、清水・前掲註(11) 九七頁、石川・前掲註(11) 諸問題三八七―三八八頁、潮見・前掲註(11) 一〇二頁。

(36) 清水・前掲註(11) 九七頁、谷口Ⅱ五十嵐・前掲註(11) 五〇七頁(沢井・清水執筆)。また、谷口Ⅱ五十嵐・前掲註(11) 五〇七頁(沢井・清水執筆) は、①担保供与請求権を認めると、担保不供与の場合には一三七条三号によって期限の利益が喪失することになり、かえって相手方(先履行権利者)に先履行義務が生じる可能性がある、②新たな担保提供は債務者(先履行権利者)の一般財産を減少させるものであり、詐害行為とされる虞もあるとの理由から、担保供与請求権を認めるとしても取引の性質や当事者の事情等を考慮して個別的に検討されるべきであると説く。

(37) 内田(勝)・前掲註(11) 一二五頁、北川・前掲註(11) 総論六〇頁。星野・前掲註(11) 五〇頁も肯定説か。

(38) 三宅・前掲註(11) 六九頁、北川・前掲註(11) 総論六〇頁、一〇一頁。北川・前掲註(11) 契約法二四四頁は、さらに損害賠償請求権も認める。

(39) 神崎・前掲註(11) 四六七頁以下。

(40) 橋本・前掲註(11) 三四頁。

「契約危殆」状態における履行確保(一)(松井)

(41) 我妻・前掲註(11) 八四頁。

(42) 例えば、売主が七月一日に商品を提供し、買主は商品検査後にこれを受領し、その後七月一〇日に代金を支払うべき旨の契約にあつては、たとえ七月一〇日が経過しても商品が買主において受領されない限りは代金支払い債務の履行期は到来せず、同時履行の抗弁権も発生しない。神崎・前掲註(11) 四七〇頁。

(43) 註(42)の例では七月一〇日がそれにあたる。神崎・前掲註(11) 四七〇頁。

(44) 神崎・前掲註(11) 四六七頁、内田(勝)・前掲註(11) 一二五頁。もっとも、神崎説は、債務不履行に基づく解除ではないことを理由に損害賠償請求権を否定する。

(45) 先履行後の信用不安につき担保供与請求権を認めるものとして、松坂・前掲註(11) 四〇頁、星野・前掲註(11) 五〇頁、潮見・前掲註(11) 一〇二頁。既履行の目的物の返還請求権を認めるものとして、鈴木・前掲註(11) 二六二頁、北川・前掲註(11) 総論六〇頁。

### 第三節 判 例

わが国においては、継続的供給契約における先履行義務者(売主)の出荷停止が債務不履行にあたるか否かという形で給付拒絶権が問題となることが多い。しかし、出荷停止の原因としては、信用不安のみならず不信行為や前期供給分の代金未払の場合も含まれており、不安の抗弁権ではカバーされないものもある。また、前期の供給分の代金不払を理由とする後期の出荷停止を同時履行の抗弁権の行使と構成するものもある。

そこで以下では、これらの諸判例を①不安の抗弁権の問題と捉え得る出荷停止、②それ以外の出荷停止、③同時履行の抗弁権の問題と構成される出荷停止に分けて検討を行う。

## 第一款 不安の抗弁権の問題と捉え得る出荷停止

### 一 判例の紹介

これに関する最高裁判決はいまだ見当たらないものの、下級審においてはしばしば判決がみられるようになり、それらは一般論としては一致して不安の抗弁権を認めている。しかし、要件・効果についてはいまだ一致をみるまでには至っていない。以下では、不安の抗弁権に関係すると思われる判例を分析・検討し、下級審の傾向を探ることにする。<sup>(46)</sup> 検討の対象にしたのは次の判例である。

- (1) 東京地判昭和四九年九月二二日 (判時七七二号七二頁)  
スチール製家具類の継続的供給契約において、買主Xの信用不安を理由に先履行義務者たる売主Yが供給を停止、契約を解除したのに対してXが債務不履行に基づく損害賠償を請求したという事案。(Y勝訴)
- (2) 東京地判昭和五二年七月二二日 (判時八八〇号五一頁)  
医療器具の継続的商品販売契約から生じた売掛代金債権をY<sub>1</sub> (販売契約の売主) から譲り受けたXがその支払いをY<sub>2</sub> (販売契約の買主) に請求したところ、Y<sub>2</sub>は、Y<sub>1</sub>の商品不供給によって生じた損害賠償債権と当該売掛代金債権とを当該債権譲渡以前に相殺しているので当該売掛代金債権は既に消滅していると主張した。これに対してXが、Y<sub>1</sub>の出荷停止はY<sub>2</sub>の信用不安によるものであるから債務不履行を構成しないと争ったという事案。(X勝訴)
- (3) 東京地判昭和五六年一月三〇日 (判時一〇〇七号六七頁)  
時計の継続的商品供給契約において、先履行義務者たる売主Yが買主Xの信用不安を理由に以後の取引を現金決済にするか信用販売の場合は担保の提供がなければ取引はできない旨通知したため、Xが損害賠償を請求したという事案。(X勝訴)
- (4) 東京高判昭和五六年二月二六日 (判時一〇〇〇号八七頁) (判決(2)の控訴審)
- (5) 東京地判昭和五八年三月三日 (判時一〇八七号一〇一頁)

「契約危殆」状態における履行確保 (一) (松井)

ニット製品の継続的商品売買契約において、先履行義務者たる売主Xが買主Yの代金不払その他の信用不安を理由に、経営を建て直さなければ納品しない旨通知して未払代金の支払いを請求したのに対して、YがXの不当な供給停止に基づく損害賠償債権と当該代金債権とを対当額において相殺する旨の抗弁を主張したという事案。(X勝訴)

(6) 東京地判昭和五八年二月一九日(判時一一二八号六四頁)

木材の継続的供給契約において、先履行義務者たる売主Yが買主Xの信用不安を理由に、再建計画を提出しない限り新たな供給をしない旨通知したが、満足な再建案が提示されなかったため供給を停止したところ、Xが債務不履行に基づく損害賠償を請求し、代金債権との相殺を主張したという事案。(Y勝訴)

(7) 浦和地判昭和六〇年二月二八日(判時一一五九号一五四頁)

金塊買付委託契約において、先履行義務者たる委託者Xが金交換取引業者Yに対して金塊引渡し義務の不履行を理由として契約を解除し、預託金の一部の返還を求めたのに対して、YがXの先履行義務を抗弁として提出したところ、さらにXがYは当該金塊を履行期までに準備することは不可能だったと主張したという事案。(X勝訴)

(8) 神戸地判昭和六〇年八月八日(判時一一六八号一二七頁)

船舶用原動機の売買契約において、先履行義務者たる売主Yが買主Xの信用不安を理由に即時の現金払いか担保を提供しなければ引渡しを拒絶する旨通知したが、Xが応じなかったために引渡し義務の履行を拒絶したところ、Xが債務不履行に基づく損害賠償を請求したという事案。(X勝訴)

(9) 東京高判昭和六二年三月三〇日(判時一二三六号七五頁)

家庭用洗剤等の継続的供給契約において、先履行義務者たる売主Xが買主Yの信用不安を理由に出荷を停止して未払代金および遅延損害金の支払いを請求したところ、Yが債務不履行に基づく損害賠償を請求して当該代金債権との相殺を主張したという事案。(X勝訴)

(10) 東京地判平成二年二月二〇日(判時一三八九号七九頁)

ペーパー用品の継続的供給契約において、先履行義務者たる売主Xが買主Yの信用不安を理由に出荷を停止して代金支払を請求したところ、Yが債務不履行に基づく損害賠償を請求して当該代金債権との相殺を主張したという事案。(X勝訴)

これらのうち、一回的な売買契約は判決(7)(8)、それ以外は継続的取引である。紛争形態としては、やや特殊な判決(7)を除けば、①売主(先履行義務者)が出荷を停止して代金支払請求をしたのに対して買主(先履行権利者)が出荷停止を債務不履行であると主張して損害賠償請求をし、これと右代金支払債務との相殺の抗弁を行ったが、さらにこれに対して売主が不安の抗弁権により出荷停止の正当性を主張したという形態(判決(2)(4)(5)(9)(10))と、②売主(先履行義務者)が出荷停止したのに対して買主(先履行権利者)がこれを債務不履行であるとして損害賠償請求をしたが、さらにこれに対して売主が不安の抗弁権により出荷停止の正当性を主張したという形態(判決(1)(3)(6)(8))とに大別される。このうち、出荷停止を正当と認めた判決は、(1)(5)(6)(7)(9)(10)である。

以下では、これらの判決につき要件・効果の傾向を分析・検討し、これを踏まえて解釈論的根拠につき検討を加えることにする。

## 二 要件 件

前記判例を総合すると、判例は不安の抗弁権が認められるための要件として、「契約締結後に相手方(買主)の財産状態の著しい悪化などにより、先履行義務者(売主)が先履行をしても反対給付の履行を得られることが期待し得なくなつたこと」を要求していると考えることができる。

もつとも、より仔細にみると、第一に、判例は財産状態の著しい悪化が個別契約締結後に生じたか否かには関心を寄せておらず、基本契約の締結時ないし取引の開始時を基準としている(特に判決(5))。もつとも、契約締結時に既に悪化していたにもかかわらず不安の抗弁権を認めたものもあり(判決(5)(7))、そもそも判例は「契約締結後」の悪化であることをそれ程厳格に要求していないように思われる。

第二に、出荷停止の正当性を判断するにあたって判例が考慮している事由をみると、買主と親密な関係にある会社の倒産により買主にも連鎖倒産の恐れが生じたことおよび取引銀行による買主の事業内容の調査により買主の取引状況が芳しくないことが判明したこと(判決(1))、売掛代金債務を負った買主が再三にわたる財務内容の開示の要求を拒絶したうえ自己振出の手形による決済を要求したこと(判決(5))、多額の債務超過の状態にあり資金の流動化も困難であること(判決(6))、多額の欠損金を出していたこと(判決(7))、度重なる代金支払の遅滞・未払金の累積および単価訂正・値引きの申入(判決(9))、債務額の与信限度超過および支払延期の申入(判決(10))などが挙げられている。このように、いずれの判決も、現実に先履行権利者(買主)の財産状態が悪化していたか否かよりもむしろ、客観的事実に鑑みて反対給付がなされないであろうと判断したことが合理的であるか否かを基準にしているようである。この意味で、判例が考えている給付拒絶権の発生原因は、「財産状態の悪化」よりも広い「信用不安」であると言うことができる。

先履行義務者が担保の提供その他の保証を求めたが相手方がこれに応じなかったこと(保証不供与)については、これを別個の要件として位置づけているもの(判決(3)(5))と、「先履行をしても反対給付の履行を得られることが期待し得なくなったこと」を判断するための要素として位置づけているもの(判決(1)(4)(10))とがある。また、保証供与を給付拒絶権の消滅事由と位置づけるものもある(判決(7))。

### 三 効 果

判例が一致している法的効果は、先履行義務者の出荷停止が正当なものともみなされるため先履行義務者は債務不履行責任を免れるということである。厳密には、出荷停止は締結済みの個別契約の先履行の拒絶と、新たな個別契約の締結の拒絶(継続的供給契約全体の履行拒絶)とを含むが、両者は重複するため判例においてもほとんど区別されていない(わず

かに判決(6)が新たな個別契約の締結の拒絶を明言しているのみである)。

さらに、判決(7)は、この給付拒絶権により両債務が同時履行の関係に戻ると述べ、先履行義務者が履行の提供をして相手方を履行遅滞に陥らせたうえで契約を解除したのを正当と認めた。

#### 四 解釈論的根拠——事情変更の原則との関係——

判例は、出荷停止が正当とされる根拠を信義則(判決(3)(6)(7)(10))や公平の原則(判決(10))に求めているが、それ以上の説明をしていない。従って、実質的な解釈論的根拠は明らかでないが、これまでの要件・効果論の検討から、少なくとも事情変更の原則に求めているわけではないことが分かる。

一般的には、事情変更の原則が適用されるためには、①契約成立当時その基礎となっていた事情が後に変更すること、②事情の変更は当事者の予見した、または予見し得るものでないこと、③事情変更が当事者の責に帰することのできない事由によって生じたこと、④事情変更の結果、当初の契約内容に当事者を拘束することが信義則上著しく不当と認められること、といった諸要件が満たされていなければならない。<sup>(47)</sup>これに対して、判例が示す出荷停止(給付拒絶権)の要件は次の点で事情変更の原則とは異なっている。

まず、事情変更の原則において要求される予見可能性が全く考慮されていない。例えば、判決(5)(7)は基本契約締結時既に財産状態の悪化が開始していた事案であるから、そもそも「著しい」事情変更があったか否かすら疑わしい——従って④の要件を欠く疑いが生じる——のであるが、この点を措くとしても、本来の判断基準であれば②の予見不可能性の要件を満たさなはずである。<sup>(48)</sup>その他の判決においても、信用不安が先履行義務者にとって予見し得ないものであったか否かについては全く言及されていない。また、事情変更の基準時を個別契約締結時ではなく基本契約締結ないし取引開始時で

あるとする理解も、予見不可能性の要件を緩和すると同時に、①の「契約締結後」の変更の要件をも緩和している。さらに、信用不安は先履行権利者の支配領域に属する事柄であり、事情変更の原則は適用されないはずである。

こうして、確かに判決の中には「事情変更」という言葉を用いているものもあるが、これは本来の事情変更の原則を指すものではなく、右のようにその要件がかなり緩和された広い概念であると解される。<sup>(49)</sup>

むしろ判例は、解約告知の原因たる「契約関係を継続し難い重大なる理由」とパラレルに出荷停止を捉えているように思われる。すなわち、一方当事者において契約関係の維持継続を期待し難い重大な理由が存する場合には、当該当事者に契約関係を解消させる権利（解約告知権）が認められる。これと同様に、先履行義務者において契約に従った先履行を期待し難い合理的根拠が存する場合に、先履行義務者に先履行を拒絶する権利（不安の抗弁権ないし給付拒絶権）を認めているのである（判決③にはこの考え方が比較的明確に現れている）。

## 第二款 信用不安以外の出荷停止

「信用不安」以外にも、さまざまな理由から出荷停止がなされ、その正当性が争われている。次に示す判例は、信用不安以外の理由（信用不安とともに主張されている場合もある）に基づく出荷停止に関するものである。

なお、この類型には解約告知が問題になっているものも数多く含まれるが、本稿の問題関心は主として一時的な履行停止ないし履行拒絶にあるので、解約告知として捉えられている判例は除外した。

(11) 最判昭和三十七年二月二三日（判タ一四〇号二二七頁）



商品の分割供給契約において、売主Xが買主Yの不信行為および支払能力に対する不安を理由に商品の供給を拒絶したという事案。(Y勝訴)

(12) 仙台高判昭和四七年八月三〇日(判時六八九号七九頁)

買主Yが自動車販売業者Aから自動車を購入するに際して割賦購入斡旋業者X発行のクーポン券を使用したためXは代金を立替払いし、自動車の所有権を留保してYから割賦金の支払を受けていたが、Yが割賦金の支払いを拒絶したためXがこの支払いを請求したという事案。(Y勝訴)

(13) 大阪地判昭和四七年二月八日(判時七一三三号一〇四頁)<sup>(50)</sup>

流し台等に取り付けるステンレス部分(シンク)の継続的供給契約において、買主Xの代金不払を理由に売主Yが人的物的担保の提供を求めたが、Xがこれに応じなかったためにYが出荷制限をし、やがて全面的に出荷を停止したところ、Xが債務不履行に基づく損害賠償を請求したという事案。(Y勝訴)

(14) 名古屋地判昭和五九年二月二一日(判時一一三三三号一五二頁)

入浴剤の代理店契約において、代理店Yの慢性的な支払遅延や販売地域に関する合意の違反等を理由にメーカーXが出荷を停止して未払代金を請求したという事案。(X勝訴)

(15) 東京地判昭和五九年三月二九日(判時一一一〇号一三三頁)<sup>(51)</sup>

レコード販売に関する特約店契約において、特約店Xが買い受けたレコードを貸レコード業者に売り渡していたとしてメーカーYが契約を解除したところ、特約店側が地位確認・レコード引渡しを請求したという事案。(Y勝訴)

これらの判例に現れている出荷停止の原因は、①信頼関係の破壊と②事情変更で大別することができる。前者につき判例は、買主が期日に不渡となる危険が予想されるような約束手形や流通性・換金性に乏しい取引関係のない銀行を支払場所とする約束手形を振出したことや、買主の支払能力に不安を抱いた売主から再三にわたり割引簡易な手形との交換または現金払いの交渉を受けながらこれを回避して誠実に交渉に応じる態度を示さなかったこと(判決(11))、販売店契約にお

ける販売店の販売地域に関する合意に対する違反および販売店がメーカーの商品名と同一の名称の商品登録を申請したこと(判決<sup>(13)</sup>)、レコード販売特約店契約において特約店が大量のレコードを貸レコード業者に供給し再三にわたる警告にもかかわらずこれを止めなかったこと(判決<sup>(15)</sup>)を理由に出荷停止を正当なものと認めている。他方、後者にあたる判決<sup>(12)</sup>においては、前記事案においてAが倒産して行方不明になったため自動車の登録名義のYへの移転が期待できなくなつたとしてYが行つた割賦金の支払停止が正当とされた。

右のような判例の態度は、解約告知の正当性の判断とほとんど同じである。確かに、出荷停止は、停止の時点では一時的なものつもりでも結局は契約関係が回復せず解消に至ることが多く、この意味では実質的には解約告知とほとんど変わらない。また、一時的とはいへ出荷停止は、先履行権利者に大きな打撃を与えることがある。このような事情に鑑みると、右のような判例の捉え方も十分に理解できる。

しかし、信用不安に基づく出荷停止ではない点で不安の抗弁権の行使とは言えず、<sup>(52)</sup>他方、違反された義務と停止された債務との対価的牽連性を欠いているため、次に述べる同時履行の抗弁権とも異なる。結局、この類型の出荷停止については理論的な裏付けが十分にないと言わざるを得ない。

### 第三款 同時履行の抗弁権の問題と構成される出荷停止

継続的供給契約または分割供給契約において、前期の供給分にかかる代金不払を理由に売主が後期の供給を拒絶したことが「時間差のある同時履行の抗弁権」であるとして正当と見なされた一連の判例が存在する。

(16) 大判明治四一年四月二三日 (民録一四輯四七七頁)

松材の分割供給契約において、買主Xが供給済みの松材の代金を支払わなかったために売主Yが残余の引渡しを拒絶したところ、Xが債務不履行を理由に損害賠償を請求したという事案。(Y勝訴)

(17) 大判昭和一二年二月九日 (民集一六卷一三三頁)

売主Yが立木を伐採・製炭して請求に応じて買主Xに引き渡し、その代わりにXがYに対して随時この事業の資金を融資するという契約において、Yの代金不払を理由にXが供給を停止して代金支払および違約金を請求したところ、Yから、代金不払はXが資金融通義務を履行しなかったからであるとの抗弁が提出されたという事案。(Y勝訴)

(18) 大判昭和一二年一〇月三〇日 (法律新聞四二〇九号一三三頁)

小学校建設にかかる木材の分割供給契約において、売主Yが木材の納入を遅滞したとして買主Xが約定の遅延損害金を請求したところ、Yから、Xは供給済みの木材の代金支払を遅滞しているとの同時履行の抗弁権が提出されたという事案。(Y勝訴)

(19) 最判昭和四二年六月二九日 (判時四九四号四一頁)

油類の継続的供給契約において、売主Yが約定の最低供給量を供給しなかったとして買主Xが契約を解除、損害賠償を請求したのに対して、Yから、Xは供給済みの油類の代金支払を遅滞しているとの同時履行の抗弁権が提出されたという事案。(Y勝訴)

(20) 東京地判昭和四七年五月三〇日 (判タ二八三号二七四頁)

商品の継続的供給契約において、売主Yが商品供給を拒絶したため買主X<sub>1,2,5,6</sub>が損害賠償を請求したが、買主X<sub>1</sub>およびX<sub>2</sub>は一月分の代金債務を遅滞しており、X<sub>3</sub>およびX<sub>4</sub>は契約上負担すべき運賃負担の申入を拒否しており、さらにX<sub>5</sub>およびX<sub>6</sub>は代金債務を遅滞しつつ前記運賃負担の申入を拒否していたという事案。(X<sub>1,2,5,6</sub>に対する供給の拒絶のみ肯定)

(21) 東京高判昭和五〇年一月一八日 (判時八〇六号三五五頁)

定期刊行物たる雑誌の印刷製本に関する継続的取引契約において、Yが納品済みの雑誌の印刷製本代金を支払わないため印刷業者Xが納品を停止して代金支払を求めたという事案。(X勝訴)

これらの判決は、契約の全過程における両当事者の債務全体に対価的牽連性があると捉え、その一部に不履行がある場

合は不履行部分に相当する反対給付を「時間差のある同時履行の抗弁権」として拒絶することができる。確かにこのような法律構成は、判決(16)(17)(18)のように最初から全体の供給量が決まっている単なる分割供給契約においては一応の合理性を有する。しかし、判決(19)(20)(21)のように、全体の供給量が決まっていない継続的供給契約においては、若干微妙である。というのは、この種の契約においてはそもそも右のような構成自体が観念的であるが、この点を措くとしても、出荷停止によって既に締結した個別契約に基づく履行の拒絶のみならず新たな個別契約の締結の拒絶をも認めるとすれば、それは継続的供給契約全体の履行拒絶を認めることになるからである。

そこで、この点につき右の判例を見ると、まず判決(19)は、売主が毎月の最低供給量の合意を遵守しなかったことを同時履行の抗弁権として正当と認めしたが、これが新たな個別契約の締結拒絶と判断されたのかそれとも代金不払後に締結した個別契約の履行拒絶と判断されたのかは不明である。判決(21)は、締結済みの個別契約に基づく債務の履行を拒絶できるところを明らかにしているが、その後直ちに契約が解除された事実だったため、新たな個別契約の締結については判示されていない。これに対して判決(20)は、相手方の義務違反の程度に相応する限度で将来の履行を拒絶できると判示した。これによれば、相手方の義務違反の程度に相応する限度においてであれば、締結済みの個別契約に基づく履行のみならず新たな個別契約の締結をも拒絶できるということになる。

このような同時履行の抗弁権という構成は、判決(20)が述べているように、相手方の義務違反の程度に相応する限度においては、有効な方法である。しかし、この限度を越えて自己の履行を拒絶することはできない。この理は、既に締結済みの契約に基づく履行の拒絶であるか新たな個別契約の締結拒絶であるかを問わない。従って、継続的供給契約のみならず、全体の供給量が決まっている分割供給契約においても、代金不払の程度を越えた分割供給の停止は認められないであろう。

いかに、この法律構成の限界が存する。

(46) このうち、判決(2)(4)においては「商品代金の支払が支払期日までに履行されなるとき又はその恐れが認められた場合は、売主は買主に対し、じ後の販売を停止することができる」旨の規定が基本契約の契約書に定められていた。しかし、信用不安の程度や判断基準、信用不安の徴憑となる要素などを知るうえでは有益である。

(47) 五十嵐清『契約と事情変更』(一九六九年)一五二頁以下。

(48) 予見不可能性については、例えば昭和一九年当時においては福井の戦災は予見可能であったとした判決(最判昭和二九年一月二八日民集八卷一号二三四頁)や、インフレが進行中の時期(昭和二三―二四年頃)に締結された契約ではインフレが予見可能であったとした判決(大阪地判昭和三八年一月一七日下民一四卷一号九頁、東京地判昭和三八年五月二五日判時三四〇号四一頁)などがあり、非常に厳格に解されている。

(49) 北川善太郎『債権各論(民法講要Ⅳ)』(一九九三年)一八二頁を参照。

(50) 本判決は信用不安を理由としても出荷停止が認められる旨判示しており、狭義の不安の抗弁権に基づいて出荷停止を認められたものと分類することもできる。

(51) 本件は、最終的には契約が解除された事案であるが、解除の意思表示がなされる以前に出荷停止がなされていたため、ここで扱うこととした。

(52) 高木多喜男・柚木馨編『新版注釈民法(14)』(一九九三年)九八頁(岩城謙二執筆)、山崎・前掲註(11)五一四頁も、商品代金債務の不履行と直ちに結びつかない理由、抽象的には継続的な取引関係の基礎となるべき両者間の信頼関係の破壊を理由とする出荷停止を「不安の抗弁」で説明することに疑問を呈している。

#### 第四節 小 括

本章ではわが国における不安の抗弁権論を概観し、いくつかの問題点を指摘してきた。以上をここでまとめてみよう。

「契約危殆」状態における履行確保(一)(松井)

まず、旧民法は先履行権利者が無資力状態になった場合に先履行義務者に同時履行の抗弁権や留置権を認めていたが、これらの規定は法典調査会において削除された。しかし、その後の学説は、先履行義務者の保護の必要性から不安の抗弁権を解釈論として認めるようになり、通説はこれを事情変更の原則の一具体例として捉えた。しかし、このような理解はBGB三二一条の起草過程における議論および初期の解釈論をそのまま継受したにすぎず、実質的な検討はあまりなされていない。その他の見解においても、不安の抗弁権の内容を十分に検討したうえで事情変更説の矛盾を正面から指摘したというものは少ない。要件・効果についてもBGB三二一条に関する初期の解釈論をそのまま導入したにとどまり、その後の判例・学説による適用領域の拡張傾向を踏まえたものは少なく、解釈論的根拠と関連づけて論じることあまりなされていない。

他方、判例においては信用不安ないし財産状態の悪化を理由とする出荷停止を認めるものがあり、これらは不安の抗弁権と捉えることができる。そこでの要件は概ねBGB三二一条の要件と同様であるが、判例が重視しているのは、客観的事実に鑑みて反対給付がなされないであろうと先履行義務者が判断したことが合理的であるか否かであって、客観的な事情の変更それ自体ではない。そして、先履行義務者に先履行を強いることが期待し得ないような場合に、給付拒絶権を認め出荷停止を正当なものとしている。つまり、判例は、解約告知の正当性を判断する場合と非常に似た考慮をしているのである。

また、判例の中には、信用不安以外の事由に基づいて出荷停止を正当と認めるものもみられる。この正当性の判断の仕方では信用不安に基づく出荷停止と同様であるが、これらは信用不安に基づくものでないため不安の抗弁権と捉えることはできない。また、これらは相手方の付随義務違反を理由に自己の主たる給付義務の履行を拒絶したという事案であり、両

債務の対価的牽連性を欠くために同時履行の抗弁権と捉えることもできない。さらに、前期の供給分にかかる代金不払を理由として後期の供給を拒絶することを「時間差のある同時履行の抗弁権」として認める判例もあるが、これは相手方の義務違反の程度に相応する部分の履行拒絶を説明し得るにとどまり、これを越えた契約全体の停止については同時履行の抗弁権では説明できない。

このように、判例は、現実の事件を目の前にしてその都度妥当な解決を導いているように思われるが、それを理論的側面から支える解釈論が追いついていない。とりわけ、わが国においては不安の抗弁権に関する明文の規定を欠くのであるから、まずその解釈論的根拠を十分に検討する必要がある。そこで次章では、わが国の従来の学説が依拠していたBGB三三二条に関する解釈論の変遷と現状を再検討することにより、同条の解釈論的根拠を探っていくことにする。

### 第三章 ドイツ民法における履行停止権

#### 第一節 総 説

ドイツ民法三三二条は次のように規定している。

「双務契約に基づいて先履行義務を負っている者は、契約締結後に相手方の財産状態に本質的な悪化が生じ、これによって反対給付請求権が危殆化した場合には、反対給付が実現されるか又はその反対給付のための担保が提供されるまで、自らを負っている給付を拒絶することができる。」

本条に規定されている給付拒絶権は不安の抗弁権 (Unsicherheitsreede) と呼ばれ、わが国にとって「不安の抗弁権」

「契約危殆」状態における履行確保 (一) (松井)

という名称およびその解釈論の母法になっている。しかし、前述のように、わが国の不安の抗弁権論が依拠してきたのは主としてドイツ民法の起草過程および初期の学説・判例であって、その後の展開はあまり考慮されていない。

そこで、本条の起草過程からその後の学説・判例の展開、さらには現在進行中の債務法改正作業における三二一条の解釈論の変遷を辿り、わが国における不安の抗弁権論を再検討する素材にしたいと思う。

## 第二節 ドイツ民法三二一条の起草過程

### 一 起草過程

現行三二一条に相当する条文は、準備委員会の報告書、キューベル(von Küber)の部分草案、第一草案のいずれにも存在しない。本条に相当する規定を追加すべき提案がなされたのは第二委員会においてである。これは、消費貸借の予約に関する第一草案四五八条(現六一〇条)<sup>(1)</sup>を契約一般にまで拡張したものであるといわれている。<sup>(2)</sup>そこで提案された規定の内容は次のとおりである。<sup>(3)</sup>

「(1) 双務契約に基づいて先履行義務を負っている者は、相手方の財産状態が反対給付請求権を危殆化せしめるような本質的な悪化を生じた場合は、反対給付が実現されるか又はその反対給付のための担保が提供されるまで、自らが負っている給付を拒絶することができる。三六四条第二文と第二項が準用される。」

(2) 契約締結前に既に、それによって反対給付の危殆化が生じるような状況が生じていたが、先履行義務を負う当事者が注意を払った(過失なく)にもかかわらずそのような状況を認識していなかった場合も同様である。」  
そして、もし第二項が受け入れられない場合には、代わりに次の規定を置く旨の補充提案がなされた。



「反対給付請求権を危殆化せしめるような相手方の財産状態が、先履行義務を負った当事者はそれを知らなかったが、契約締結時既に存在しており、かつ前者がそのことを知っていたならば先履行義務を負わなかったであろうことを認めざるをえない場合も同様である。」

委員会は第一項のみを承認し、第二項と補充提案を否決した。第二草案の討議記録 (Protokolle) によれば、第一項を採用した理由について、起草者は次のように考えていた。

「主提案の第一項において提案された規定は、取引において支配的な見解によれば先履行義務を負う者は反対給付が後から履行されるという前提に基づく、という正当な見解に基づいている。契約締結後に反対給付義務者の財産状態の本質的悪化を生ぜしめるような事情によってこの前提が実情と合致しなくなった場合は、先履行義務者はこの義務を免除され、反対給付または担保の設定と引き換えにのみ自己の給付をなせば足りるというのが公平の要請である。この制限された範囲において、*clausula rebus sic stantibus* (事情不変更約款。以下、*clausula* 理論と呼ぶ) が承認される。」

この説明から、起草者は、当事者の一方が先履行義務を負う双務契約においては事情不変更約款が暗黙のうちに含まれていると解し、この先履行義務の合意の基礎となった先履行権利者の財産状態が本質的に悪化した場合には、事情不変更約款の制限的適用によって先履行義務者に給付拒絶権が与えられると考えていた、ということが明らかになる。

他方、第二項を採用しなかった理由 (契約締結時における財産状態悪化の場合の取り扱い) については、次のように説明されている。

「先履行義務を引き受ける者が契約締結時に存在する事情を認識しておらず、しかも、もし彼がその事情を認識していたならばそのような義務の引き受けをしなかったにちがいない、といったような場合には、そもそも契約の効力には影響

を及ぼさない動機の錯誤が存する。そのような動機の錯誤が意思表示の効力に影響を及ぼさない旨の規定に例外を設けることは何ら理由がない。取引において支配的な見解によれば、先履行義務を引き受けた者の相手方が彼の信用状態の評価にとつて重要な全ての事情を公開する義務を負うと見なされるとは言えないであろう。彼にとつて重要な事情について、とりわけ相手方に関する調査によつて知識を得るのは、先履行義務を引き受ける者がなすべきことである。相手方が不実の報告または実際の事情を言わないことによつて詐欺を犯した場合は、このことから義務者には十分な法律上の救済手段が生じるであろう。」

そして、補充提案を採用しなかつた理由については、「たとえ先履行義務者自身の過失によつて彼が重大な事情を認識しなかつたとしても、これに基づいて先履行義務者は義務を免除されることになり、賛成できない」と説明されている。

つまり、①相手方の財産状態についての錯誤は動機の錯誤にあたるが、錯誤の規定の部分で動機の錯誤は含まないとしたこととの関係で、本条でその例外を認める理由がないこと、②先履行権利者の側には自己の信用状態に関する情報を提供する義務はないので、先履行義務者が錯誤に陥つたからといって先履行権利者に責任があるわけではないこと、③先履行権利者が自己の信用状態について詐欺を行い、それによつて先履行義務を負つた場合は詐欺の規定によつて処理されるので、このような場合に本条の適用を認める必要はない、というわけである。

右のような議論の後、第一項は若干の字句の修正がなされて第二章案二七二条として規定され、更に字句の修正がなされた後、帝国議会に提出され、現在の三二一条となった。

## 二 検 討

起草過程からは、三二一条が古法の *clausula* 理論に淵源を有するものであることが明らかである。しかしながら、ここで *clausula* 理論と現在のドイツにおける客観的行為基礎の喪失理論ないしわが国における事情変更の原則との内容的な異同を検討しなければならない。そこで、当時の *clausula* 理論の内容を窺い知るために有益なのは、一七九四年に制定されたプロイセン一般ラント法 (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794*) である。同法は、第一部第五章三七八条以下に事情変更に基づく契約解除を規定しているが、この中には、事情変更を主張する当事者が自ら当該変更を生ぜしめた場合の損害賠償や解除についての規定も存在している<sup>(4)</sup>。つまり、同法においては、契約当事者自らが事情変更を生ぜしめた場合をも「事情変更の原則」に含めているのである。また、後期普通法から BGB 制定当初の判例も、契約締結後に客観的事情に変更があったのかどうかを問題にせず、単に締結時に考慮していなかった事情が締結後に「判明」したのであれば、「事情の変更」であるとして——解除なのか取消なのか撤回なのかはともかく——合意の効力を否定していた<sup>(5)</sup>。さらに、学説においても、錯誤や当事者の責めに帰すべき履行不能や不当利得との区別が明確になされていない状況にあった<sup>(6)</sup>。

結局、当時の *clausula* 理論においては、「契約締結「後」の「当事者の責めに帰すべき事由によらない」事情変更である」といった要件がまだ確立されておらず、現在の客観的行為基礎論や事情変更の原則とは内容的にかなり異なっていたと言うことができる。

このような古法における *clausula* 理論の曖昧さは三二一条自体にはつきりと現れている。すなわち、同条は財産状態の悪化という一方当事者の支配領域内にある事情の変更を対象とし<sup>(7)</sup>、しかもその悪化につき当事者の有責性を問うていない。

さらに、契約締結時に既に先履行権利者の財産状態が悪化していた場合には同条は適用されないが、これは動機の錯誤の場合に錯誤の規定が適用されないこととの均衡を図るためであって、*causula* 理論の論理的帰結によるものではなかった。この意味では、三二一条は *causula* 理論を見事に反映していると言えよう。しかし、当時の *causula* 理論と現在の客観的行為基礎論や事情変更の原則とは内容的に異なるのであるから、*causula* 理論と三二一条との歴史的な結びつきから直ちに、現代において客観的行為基礎論や事情変更の原則に不安の抗弁権の理論的根拠を求めるべきとの結論にはならない。この問題は、現代における不安の抗弁権の内容を検討し、客観的行為基礎論や事情変更の原則と比較したうえで判断すべきものである。そこで次節以下では、三二一条に関する判例・学説の展開を辿ることを通じて、同条の解釈論の状況を概観するとともに、事情変更の原則との相違に注目しつつその理論的根拠を探ることにする。

- (1) 同条には、予約受領者の財産状態に後発的な本質的悪化が生じた場合は予約者はこの予約を撤回することができる旨が規定されていた。
- (2) Soergel/Siebert/Wiedemann, BGB, Kohlhammer-Kommentar. Band 2. Schuldrecht I, 12. Aufl. (1990) [hereinafter cited as Soergel/Wiedemann], § 321 Nr. 1.
- (3) 起草過程については、Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Recht der Schuldverhältnisse. I, S. 466ff. 本正見『日本に於ける事情変更の原則』(一九二六年)二二二頁以下、橋本恭宏「継続的商品取引と『不安の抗弁』——『不安の抗弁』の現代的課題——」明治大学短期大学紀要三三号(一九八三年)九頁以下を参照。
- (4) プロイセン一般ラント法第一編第五章には事情変更につき以下のような規定が存在する。  
 「三八一条 しかし、(事情変更を主張する) 当事者が自ら当該変更を生ぜしめた場合は、相手方が被った損害を賠償しなければならぬ。」

三八二条 変更が相手方自身によって生ぜしめられた場合は、原則として相手方は損害賠償を請求することができない。  
三八三条 ただし、解除者自身が相手方をこの変更した事情に陥らせた場合は解除者はそれによって生じた損害を賠償しなければならぬ。

三八四条 これに対して、相手方が自己の自由な行為によって自己に生じた変更のきっかけを作った場合は、解除者は損害賠償を請求することができる。」

Vgl. Demburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, 2. Bd. (1878), § 100.

- (5) RG, Urt. v. 2. 11. 1877, ROHG23. 137. は、信用売買において買主の財産状態が契約締結時既に悪化していたと思われるような場合につき、次のように述べて、信用ある会社の振出手形か現金払いでなければ商品を引き渡さないとの買主の主張を認めた。「……信用供与の合意においては、信用供与の合意が履行される前に、要約者が信用不安な状態にあり、合意した信用を要約者に供与することが極めて危険である、しかもその程度が、諾約者が契約締結時にこのような相手方の事情を知っていたならば合意しなかつたであろうと確実に認められるほどである、ということを示すような要約者の財産状態に関する事情を、諾約者が知らなかつたということが……諾約者の義務が有効に存続することの当然の前提である。」

本件では、契約締結時既に買主の財産状態がどの程度悪化していたのかについて明らかでないが、このことが既に、この当時ににおいては客観的事情の変更が「いつ発生したのか」ではなく「いつ明らかになったのか」が重視されていたことを如実に表している。

その他、保険契約の当事者たる保険会社の合併による保険契約者の地位の危殆化、継続的供給契約の買主の度重なる買受義務違反についても *clausula rebus sic stantibus* に基づく解除が認められていた。勝本・前掲註(3)一五〇頁以下を参照。

- (6) Regelsberger, Anspruch des Gläubigers auf Leistung von Sicherheit für betagte oder bedingte Forderungen wegen Eintritts einer Verschlechterung in der Vermögenslage des Schuldners, JheringsJ. 40. S. 480; Türk, Der Irrtum über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners beim Vertragsschlusse nach dem BGB, Gruchot. Vol. 43 (1899) S. 553. なお、五十嵐清『契約と事情変更』(一九六九年)七五頁を参照。

- (7) Vgl. Jörg Fischer, Die Unsicherheitsrede (1988) [herinafter cited as Fischer] S. 106.

「契約危殆」状態における履行確保(一)(松井)

第三節 理論的根拠

一 学 説

学説においては、第二草案の討議記録 (Protokolle) にならう、三三一条を普通法時代の *clausula* 理論の適用例と位置づけ、それが今日の客観的行為基礎論に組み込まれることから、客観的行為基礎の喪失に本条の根拠を求める見解が民法施行当初から長い間通説の地位を保っていた。しかし、近時に至り、いくつかの有力説が主張されるようになり、次に述べる判例の動向とも相俟って動揺を見せている。

有力説の第一は、相手方に対する信用供与にその根拠を求める見解<sup>(9)</sup>である。この見解によれば、起草過程における議論から本条が *clausula* 理論と類似の法思想をもつ制度であることは認めつつも、その根拠を客観的行為基礎の喪失にはなくむしろ「高度な信頼保護」に求める<sup>(10)</sup>。すなわち、双務契約における先履行は相手方の財産状態に対する信用供与者（先履行義務者）の信頼に基づく一種の信用供与であるが、先履行義務者の反対給付請求権が危殆化するほどの財産状態の悪化が先履行権利者に生じた場合には、先履行義務者に対して給付拒絶権を与えることによってこの先履行義務者の信頼を保護していると本条を理解する<sup>(11)</sup>。

有力説の第二は、双務契約の目的構造にその根拠を求めるべきとする見解<sup>(12)</sup>である。すなわち、双務契約においては相対立する債務が相互に履行されること（相互交換的履行）が主たる目的であるが、これらの債務が同時に履行されるべき場合は、三三〇条一項（同時履行の抗弁権）によって契約目的は強力に担保されていることになる。他方、いずれか一方の債務が先履行されるべき場合においては、この相互交換的履行性の担保は弱まるが、決して相互交換的履行性そのものが消滅したわけではない。従って、反対給付の履行が危殆化して給付の相互交換的履行が期待し得なくなつたにもかかわら

ず、先履行義務者が先履行を強制されるならば、それは双務契約の目的とは調和しないことになる。つまり、本条を双務契約における給付と反対給付の相互交換的履行性という目的関係の表れと解するのである。

## 二 判 例

初期の判例は、その多くが第二草案の討議記録 (Protokolle) に従って *clausula* 理論に三三一条の根拠を求めていた。例えば、帝国裁判所一九〇七年二月一六日判決<sup>(13)</sup>は「三三一条は『完全に変更された新しい状況の下では引き受けなかったであろう義務に契約の一方当事者を拘束し続けることは公平に反する』という、古法において一般的に承認されていた *clausula* 理論と同様の考慮に基づくものである」と述べている。<sup>(14)</sup>

しかし、右のような考え方は、契約締結「後」の悪化の要件について判示した二つの判決によって根本的に修正された。連邦通常裁判所一九五八年一〇月九日判決<sup>(15)</sup>の事案はこうである。一〇万五千マルクの土地債務が付着した農場を取得したHのために、被告Yは、その土地債務を除去しHに経営資本を調達してやることを目的として、H所有の農場からYが煉瓦製造用の粘土を採掘することを内容とする採掘権設定契約をHとの間で締結し、これを制限的人役権として登記した。Hの債権者である原告Xが取立訴訟によりYが先履行義務を負っているHに対する採掘代金債務を請求したのに対して、Yは、本件農場の強制競売により自己の採掘権が消滅するおそれがあるとして三三一条に基づいて採掘代金の支払いを拒絶した。連邦通常裁判所は、本件採掘権設定契約締結時、既にHの財産状態が悪化していたこと、Yはそれを認識していたのであるから将来の強制競売はYにおいて予期し得たはずであることを認定した。しかし、「契約締結時において、たとえ先履行義務者の反対給付請求権が一定程度危殆化していると思われるほどに先履行権利者の財産状態が苦しいもので

「契約危殆」状態における履行確保 (一) (松井)

あつても、その後さらに財産状態が悪化して請求権が高度に危殆化した場合は、「民法三二一条の要件が具備される」と述べてYの給付拒絶を正当なものとした。

さらに、連邦通常裁判所一九六一年九月二七日判決<sup>(16)</sup>もこの見解を支持した。ミシン系の分割供給契約において先履行義務を負った売主Xが、買主Yの信用不安を理由に出荷停止をして売買残代金を請求したという事案において、連邦通常裁判所は、本件契約締結当時Yは他の取引先に対して多額の債務を負っており支払状況が良くなかったことや、かつて手形拒絶証書を出したことがあったという事情から、契約締結当時Yには支払能力がなかったことを認定し、さらにXが本件契約締結時においてこれらのことを知っていたことも認定した。しかし、「契約締結時において、先履行義務者の請求権を危殆化せしめると思われるほどに先履行権利者の財産状態が苦しいものであったとしても、判例が確立しているように、そのことはその後の信用の消滅によって先履行義務者の請求権がさらに高度に危殆化することを妨げない」と判示してXの供給停止を正当なものとした。

これらの判決は、契約締結時において先履行権利者の財産状態がかなり悪化しており、先履行義務者がそのことを知っていたという事案であるが、この場合にも、契約締結後に更に先履行権利者の財産状態が悪化して反対給付請求権が悪化した場合には、三二一条が適用されると判示している。ここではもはや前掲判決がいうような「完全に変更された新しい状況の下では引き受けなかったであろう義務に契約の一方当事者を拘束し続けることは公平に反する」という考慮は働いていない。

さらに、客観的行為基礎の消滅が認められるためには「諸関係の予見すべからざる変更」<sup>(17)</sup>が必要であるが、両判決では先履行義務者は契約締結時において将来反対給付請求権が危殆化するであろうことを予見していたかあるいは少なくとも



予見することができたと認定されている。このことから、両判決は三二一条を客観的行為基礎の消滅の事例としては理解していないことが分かる。むしろ両判決は、専ら先履行義務の履行期において反対給付請求権が危殆化しているか否かのみを重視しているのである。

- (∞) Staudinger/Löwisch/Otto, Staudingers Kommentar zum BGB. 13. Aufl. (1995) [hereinafter cited as Staudinger/Otto] § 321 Nr. 3; Soergel/Siebert/Schmidt, BGB, Kohhammer-Kommentar. Band 2. Schuldrecht I, 10. Aufl. (1967) [hereinafter cited as Soergel/Schmidt], § 321 Nr. 1; Erman/Battes, Handkommentar zum BGB. 1. Band. 9. Aufl. (1993) [hereinafter cited as Erman/Battes] § 321 Nr. 1; Mitgliedern des Bundesgerichtshofs/Ballhaus, BGB Kommentar. 12. Aufl. (1970) [hereinafter cited as RGRK/Ballhaus] § 321 Nr. 1; Palandt/Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch. 56. Aufl. (1997) [hereinafter cited as Palandt/Heinrichs] § 321 Anm. 1; Schlechtriem, Schuldrecht Allgemeiner Teil. 2. Aufl. (1994) Rn. 376; Medicus, Schuldrecht I. Allgemeiner Teil. 8. Aufl. (1995) Rn. 487; F. Oesterle, Die Leistung Zug um Zug (1980) S. 249.

- (9) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil. 14. Aufl. (1987) [hereinafter cited as Larenz] § 15, S. 207; ders., Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. 3. Aufl. (1963) [hereinafter cited as Larenz, GG] S. 102ff.; Staudinger/Löwisch/Kaduk, Staudingers Kommentar zum BGB. 12. Aufl. (1979) [hereinafter cited as Staudinger/Kaduk] § 321 Nr. 2; Heinrichs, Münchener Kommentar zum BGB, Band 2. Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (1994) [hereinafter cited as MünKom/Emmerich] § 321 Nr. 1. (10) Larenz は客観的行為基礎の喪失を等価関係の破壊と契約目的の達成不能とに分けているが、財産状態の著しい悪化といった程度では、契約目的がもはや決定的に挫折せしめられたとはまだ言えず、従って契約目的の達成不能には含まれないと述べている。Vgl. Larenz, GG. S. 102.
- (11) なお、Larenz は BGB 六二〇条の解釈論的根拠についても同様に解している。Larenz, S. 207; ders., GG. S. 102.
- (12) Soergel/Wiedemann, § 321 Nr. 3; Gernhuber, Handbuch des Schuldrechts. Das Schuldverhältnis (1989) [hereinafter cited as Gernhuber] S. 364.

- (13) RGZ 65. 185.
- (14) RG, Urt. v. 11. 4. 1902, RGZ 50. 255; RG, Urt. v. 11. 2. 1908, JW 1908. 193; OLG Dresden, Urt. v. 10. 7. 1900, SächsArch. Vol. 11. S. 503. 抄録。
- (15) WM 1958. 1545. =BB 1958. 1273.
- (16) WM 1961. 1372. =BB 1962. 3.
- (17) Larenz, GG. S. 185.

#### 第四節 要件

三二一条によれば、同条の要件として、①双務契約において当事者の一方が先履行義務を負っていること、②契約締結後に先履行権利者の財産状態が本質的に悪化したこと、③それによって反対給付請求権が危殆化したことが挙げられている。これらの要件のうち、特に学説において争われているのが、要件②の「契約締結後」の悪化に関して、契約締結時において既に財産状態が悪化していた場合にも本条が類推適用されるかである。この点については、既に見たように起草過程において否定の立場が明らかにされたが、その後の学説において激しく議論され、動揺を見せている。

そこで、この点を中心に、各要件についての解釈論の現状を概観することにする。

#### 第一款 先履行権利者の財産状態の本質的な悪化

財産状態の悪化は、単に先履行義務者が不安を抱いただけでは足りず、取引通念に鑑みて経済的観点から客観的かつ総合的に判断される。<sup>(18)</sup>これは、客観的事実として財産状態の悪化がなければならぬことを意味する。<sup>(19)</sup>この判断の基準時は

先履行義務の履行期である。その際、単なる積極財産の減少や積極財産と消極財産の比率のみならず、積極財産の換価可能性、資産の流動性、債務の履行期なども考慮される。<sup>(20)</sup>

判例においては、営業管理手続きの開始<sup>(21)</sup>、先履行権利者の債権者によって複数の強制執行が開始され土地の強制競売命令が発せられるに至ったこと、<sup>(22)</sup>小切手の不渡りや手形支払拒絶などによる支払不能の確定<sup>(23)</sup>、信用貸しの拒絶<sup>(24)</sup>、既に契約締結時に存在していた債務の強制執行<sup>(25)</sup>、手形の不渡りおよび強制競売による保全抵当の仮登記の消滅<sup>(26)</sup>、和議手続の開始<sup>(27)</sup>、先履行義務者が幾度も売買代金支払いを催告したにもかかわらず先履行権利者が支払いをせず、逆に支払猶予を申し出た場合<sup>(28)</sup>に「財産状態の本質的悪化」が認められた。

他方、破産手続の開始は直ちには財産状態の本質的悪化とはみなされない。ドイツ破産法一七条一項によれば、破産手続の開始時において破産者と第三者との間の双務契約が履行されていない場合は、破産管財人は破産者に代わって当該契約を履行するかまたはこれを拒絶するかの選択権を有する。破産管財人が契約の履行を拒絶した場合（同条一項）またはいずれを選択するかの意思表示をしなかった場合（同条二項）は、先履行義務者は先履行を行う必要がないため、三二一条は問題とならない。これに対して、破産管財人が契約の履行を選択した場合は、先履行権利者が有する先履行請求権は破産財団に属することになる（同法五九条一項二号）が、破産財団の財産が少ないために反対給付請求権が危殆化せしめられた場合にのみ、三二一条の「財産状態の本質的悪化」が認められる。<sup>(29)</sup>従って、たとえ破産手続の開始前に先履行義務者が正当に三二一条の抗弁権を主張していたとしても、その後先履行権利者に破産手続が開始され、破産管財人が契約の履行を選択した時に反対給付請求権が危殆化していなかった場合は、その時点でこの抗弁権は消滅する。

なお、右に掲げた諸事由からも明らかのように、財産状態の悪化につき先履行権利者の故意過失の有無は問わない。

第二款 契約締結後の悪化——相手方の支払能力に関する錯誤の場合への類推適用の可否——

一 総 説

明文の規定によれば、財産状態の悪化は契約締結後に生じたのでなければならぬ。この点について起草者は、既にみたように、第一に、相手方の財産状態についての錯誤は意思表示の効果に影響を及ぼさない動機の錯誤にすぎず一九条の適用を受けないのであるから、それとの均衡上、三二一条によって保護すべきでない、第二に、先履行権利者が自己の信用状態について詐欺を働いた場合は詐欺の規定によって処理されるとの理由から、三二一条の適用範囲を契約締結「後」の財産状態悪化の場合に限定した。<sup>(30)</sup>

しかしながら、民法典制定以前から既に契約相手方の財産状態に関する錯誤は、当該契約関係において契約遂行能力について判断したり契約当事者としての評価をするにつき支払能力や信用状態が本質的であるような場合は、取消が可能であった。<sup>(31)</sup>そして、金銭消費貸借や信用売買などの信用取引においては支払能力は本質的要素であるから、先履行義務者がこれに関して錯誤に陥った場合は一一九条二項<sup>(32)</sup>に基づいて契約を取り消すことができることになる。この立場は民法典制定後も現在に至るまで維持されている。<sup>(33)</sup>このように、相手方の財産状態に関する錯誤が動機の錯誤であつて取消できないという起草者の前提は既に当時の法状況とは合致していなかった。つまり、この点では立法当初から既に、三二一条の権利を契約締結「後」の財産状態悪化に限定することの根拠は合理性を失つていたのである。

さらに、第二の理由に対しても、錯誤や詐欺を理由に契約を取り消すことができる場合でも、先履行義務者は契約関係を維持する正当な利益を有するとの批判があらわれるようになった。

このように立法理由が説得力を失うのに伴い、契約締結時に既に相手方の財産状態が著しく悪化していたがそれを知ら

ずに契約を締結した先履行義務者が、契約締結後になって初めてそのことを知った場合にも、三三二条を類推適用して当該先履行義務者に給付拒絶権を認めるべきとする見解が有力に主張されるようになった。

## 二 学 説

### (1) 類推否定説

通説は、明文の規定および起草過程を理由に三三二条の類推適用を否定している。<sup>(34)</sup> この見解によれば、反対給付請求権を危殆化せしめる相手方の財産状態が契約締結時に存在していた場合は、たとえ先履行義務者が相手方の財産状態が悪化していることを知らなかったことにつき過失がなかったとしても、三三二条は適用されない。ただし、相手方の信用状態が当該取引にとって本質的性質を有しているような場合は、一一九条二項に基づいて契約を取り消すことができる。また、相手方が自己の財産状態について欺罔をしていたような場合は、一二三条に基づいて契約を取り消すことができる。さらに、場合によっては八二三条（一般の不法行為）、八二六条（良俗違反の不法行為）、信用状態に関する説明義務があった場合はその説明義務違反による「契約締結上の過失」理論に基づく損害賠償請求権が先履行義務者に生じることもある。以上の法的救済により先履行義務者は十分に保護されており、三三二条の類推適用を認める必要はないと説く。

### (2) 類推肯定説

しかし、第一に、契約締結時に契約相手方の財産状態に関して錯誤に陥っていた場合も契約締結後に相手方の財産状態が悪化した場合も、反対給付請求権が危殆化しているという点においては同様であり、かつ、いずれの場合も危殆化の程度は同じである。第二に、たとえ相手方の支払能力に関する錯誤につき一一九条二項が適用されるとしても、この取消権

の主張は遅滞なく行使されなければならない（二二二条）うえに、先履行義務者は、そのまま先履行をするか契約を取り消すかといった両極端な選択を迫られることから、先履行義務者は十分に保護されているとは言えない<sup>(35)</sup>。第三に、相手方の財産状態につき錯誤に陥って契約を締結した先履行義務者も、直ちに契約を取り消すだけでなく、さしあたり契約関係を維持して相手方の動静を見守る利益も有しており、その点では後発的に相手方の財産状態が悪化した場合におけると同様である<sup>(36)</sup>。第四に、一一九条二項と三二一条とは、要件・効果のうえでさまざまな違いがある。①「認識ある過失」<sup>(37)</sup>の場合においては一一九条二項に基づいて契約を取り消すことはできない<sup>(38)</sup>、②一一九条の効果は取消であり契約関係の解消であるのに対して三二一条の効果は延期的抗弁権であり契約関係が継続する<sup>(39)</sup>、③一一九条の場合は先履行権利者は担保を提供することによって先履行義務者の取消権を排斥することはできない<sup>(40)</sup>、④一一九条二項に基づく取消は先履行義務者の債務の履行期到来前でもできるが、三二一条においては、相手方の財産状態悪化の基準時は先履行義務の履行期であるため、それ以前の抗弁権の行使や契約解除はできない<sup>(41)</sup>。

右のような理由から、有力説は、相手方の財産状態の悪化につき契約締結の前後で異なった取り扱いをすることは不当であるとして、相手方の支払能力に関する錯誤の場合にも三二一条を類推適用すべきことを主張している<sup>(42)</sup>。

さらに、この見解による場合は、一一九条二項と三二一条類推適用との関係が問題となる。すなわち、相手方の財産状態に関して錯誤に陥って契約を締結した先履行義務者は両規定を選択的に適用ないし類推適用することができるのか、またはいずれか一方が優先するののかといった問題である。

選択的競合説は、一一九条二項を適用する方が先履行義務者にとって好都合な場合もあれば三二一条の権利を主張する方が先履行義務者にとって好都合な場合もあるのであるから、先履行義務者は両規定のいずれかを選択して主張すること

ができるかと解するのが妥当であるし、また三三二一条の立法趣旨にも合致すると主張する<sup>(43)</sup>。ただし、相手方の財産状態に関する錯誤が過失に基づく場合、および契約締結時において信用価値が欠如していることの危険を認識して契約を締結した場合には、三三二一条を類推適用することはできないとの見解もある<sup>(44)</sup>。

これに対して、非競合説は、契約の取消に関する一一九条二項と給付拒絶権に関する三三二一条とは、その理念が全く異なるのであるから、両者を選択的に主張することは認められず、錯誤に陥ったことがやむを得ない事情に基づくものであり、かつ詐欺や欺罔によらない稀な場合にのみ、三三二一条が類推適用されると主張する。その例として、信用不安な当事者が契約締結時に自己の財産状態について認識していなかった場合、および契約締結時に既に悪化が生じていたが、当事者にとってまだ明らかになつていなかった場合、例えば先履行権利者の会計係や取引銀行などがその財産をもって逃亡していったような場合が挙げられている<sup>(45)</sup>。

他方、これとは逆に、契約締結時に悪化していた場合に給付拒絶権に加えて一一九条二項による取消権をも認めるのは取消権を広く認めすぎであるし、契約締結後の悪化の場合と比べて先履行義務者の保護に差が生じるのは妥当でないとして、三三二一条類推適用を優先させるべきとの見解もある<sup>(46)</sup>。

### 三判 例

これに関する判例は多くないが、例えば帝国裁判所一九〇九年二月二一日判決<sup>(47)</sup>は「先履行権利者の財産状態が既に契約締結時に悪化していた場合に三三二一条を準用することは許されない」と述べ、明確に類推適用を否定している<sup>(48)</sup>。その根拠としては、契約締結時に既に悪化していた場合は錯誤または詐欺に関する規定により処理されるべきであるということ

「契約危殆」状態における履行確保(一)(松井)

が挙げられている。<sup>(49)</sup>

もつとも、下級審ながら類推適用を肯定した判決もある。シュトゥットウガルト上級地方裁判所一九二三年二月二二日判決は、<sup>(50)</sup>(a)先履行義務者は先履行をするか又は錯誤を理由として契約を取り消すことによつて全く給付をしないかのいずれかを選択しなければならぬことになるが、これは三二一条の場合に引換給付が認められることと比して当事者の一方又は双方の利益に反することが多いこと、(b)先履行義務者は一三九条により信用供与の部分のみを取り消すことはできず、必ず契約全体を取り消さなければならぬこと、(c)取消をした者は一二二条第一項に基づく損害賠償を請求される危険を負わなければならないことを挙げ、契約締結時既に先履行権利者の財産状態の悪化が生じていた場合、すなわち支払能力に関する錯誤の場合にも三二一条を類推適用する必要があると判示した。これらの指摘は右の類推適用肯定説、とりわけ選択的競合説に影響を与えたと考えられる。

ところで、その後の判例は、契約締結当初から先履行権利者の財産状態が悪化していたとしても契約締結後にさらに悪化し、それによつて反対給付請求権がさらに高度に危殆化したような場合には三二一条の適用を肯定するに至つた。<sup>(51)</sup>もつとも、契約締結時における反対給付請求権の危殆化の程度については「先履行義務者の反対給付請求権を一定の範囲において(傍点筆者)危殆化せしめるように思われるほどの苦しい財産状態」(前掲一九五八年判決)、「先履行義務者の請求権が危殆化せしめられるように思われるほどの苦しい財産状態」(前掲一九六一年判決)であつたと認定されており、契約締結時に既に三二一条の要件を満たす程度に反対給付請求権が危殆化していたのかどうかは微妙である。いずれにせよ、両判決とも契約締結時既に財産状態がかなり悪化していた場合でも三二一条が適用される場合があり得ることを明らかにしており、これにより契約締結「後」の悪化という要件は大幅に緩和されたと言ふことができる。



- (18) RG, Urt. v. 11. 2. 1908, JW 1908. 193; Staudinger/Otto, § 321 Nr. 7ff.; MünKomm/Emmerich § 321 Nr. 4.
- (19) Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 20. 60 1983, NJW 1984. 1307=Jus 1984. 561. 然れに対して、先履行義務の引受にとって欠くことのできない信頼の基礎は客観的な要素によっても主観的な要素によっても損なわれることがあるとの理由から反対給付請求権が主観的に危殆化したにすぎないときでも、それが先履行権利者の行為による場合には、三二一条を類推適用することによって先履行義務者に給付拒絶権を与えるべきとの主張もある。Vgl. Götz, *Obliegenheiten und positive Forderungsverletzung*, Jus 1961. 59.
- (20) RG, Urt. v. 11. 2. 1908, JW 1908. 193; Staudinger/Otto, § 321 Nr. 7ff.; MünKomm/Emmerich, § 321 Nr. 4.
- (21) OLG Jena, Urt. v. 17. 12. 1917, JW 1928. 1157. 商品の売買契約につき先履行義務を負った売主が、買主の履行請求に対して、買主に営業管理命令が発せられたことを理由に三二一条を援用して商品の供給を拒絶し、主位的に代金の前払いを求め、予備的に商品の引渡しと引き換えに代金を支払うよう求めて訴えを提起したという事案。
- (22) BGH, Urt. v. 9. 10. 1958, WM 1958. 1545.
- (23) BGH, Urt. v. 27. 9. 1961, WM 1961. 1372.
- (24) BGH, Urt. v. 23. 10. 1963, NJW 1964. 99. 売買契約締結時に既に財産状態が困難な状態にあった被告が、銀行から一五万マルクの融資が受けられなかったことにより他の債権者に対して債務を弁済することができなくなり、住宅、事務所、工場にある家具などが差し押えられ、土地の強制競売手続きが開始されたという事案。
- (25) BGH, Urt. v. 23. 10. 1963, NJW 1964. 99.
- (26) OLG Celle, Urt. v. 19. 12. 1969, DB 1970. 581. 請負契約において、注文者が手形の不渡りを出したことおよび注文者の土地に強制競売手続きが開始され、これによって先履行義務者たる請負人が有していた保全抵当の仮登記を失ったという事案。
- (27) Staudinger/Otto, § 321 Nr. 11; MünKomm/Emmerich, § 321 Nr. 6; Kormmeier, *Die Rechte des Gläubigers nach § 321 BGB im Vergleichsverfahren des Schuldners*, BB 1983. 1312. [hereinafter cited as Kormmeier].
- (28) RG, Urt. v. 11. 2. 1908, JW 1908. 193. ただし、これは事案とは全く関係なく信用喪失の例として判決理由の中で述べたものである。

- (32) OLG Disseldorf, Urt. v. 28. 4. 1970, MDR 1970. 1009; Staudinger/Otto, § 321 Nr. 10; MünKom/Emmerich, § 321 Nr. 6; Gernhuber, S. 368; Lindacher, Rechte des vorleistungspflichtigen Verkäufers bei anfänglicher Kreditwürdigkeit des Käufers. MDR 1977. 800.
- (33) 本章第一節を参照。
- (34) Türk, a. a. O. (Fußn. 6), S. 555, 560; RG, Urt. v. 5. 3. 1884, RGZ 12. 102; RG, Urt. v. 21. 5. 1885, Gruchot. 29. 1081; RG, Urt. v. 19. 5. 1897, JW 1897. 354. Nr. 40; RG, Urt. v. 10. 4. 1899, JW 1899. 312. Nr. 30.  
 もともと、支払能力に関する錯誤は「一九九条にいう「錯誤」には含まれないと解する見解も存在していた。例えば O. Lenel, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaft. JheringsJ. 44. (1902) S. 1ff.
- (35) 民法一一九条二項 取引上本質的であると認められる人又は物に関する錯誤もまた、表示の内容に関する錯誤とみなす。
- (36) Staudinger/Kaduk, § 321 Rn. 24; RGKK/Ballhaus, § 321 Rn. 3; Palandt/Heinrichs, § 321 Anm. 2b; MünKom/Emmerich, § 321 Rn. 5; Gernhuber, S. 364; Soergel/Wiedemann, § 321 Rn. 34; Staudinger/Dieler, Staudingers Kommentar zum BGB. 12. Aufl. (1980) § 119 Rn. 54; Soergel/Siebert/Hefermehl, BGB, Kohlhammer-Kommentar, Band 1. Allgemeiner Teil. 12. Aufl. (1987) § 119 Rn. 42; Säcker/Kramer, Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (1993) § 119 Rn. 111; RG, Urt. v. 18. 10. 1907, RGZ 66. 385; RG, Urt. v. 20. 10. 1911, JW 1912. 26.  
 Türk, a. a. O. (Fußn. 6), S. 560. 以下に「錯誤者に「認識ある過失」があった場合、すなわち信用状態が悪化しているという事実を認識してしたがそれによつて自己の反対給付請求権が危殆化するところまでは思いついなかたという場合は、錯誤を理由として契約を取り消すことができる。Vgl. Lindacher. a. a. O. (Fußn. 29), S. 798f.
- (37) Staudinger/Kaduk, § 321 Nr. 24; RGKK/Ballhaus, § 321 Nr. 3; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. (1928) § 321 Anm. 3; Erman/Battes, § 321 Nr. 6; Palandt/Heinrichs, § 321 Anm. 2b; MünKom/Emmerich, § 321 Nr. 5; Gernhuber, S. 364f.
- (38) Lindacher, a. a. O. (Fußn. 29), S. 799f.; Adler, Die Verteidigung des Vorleistungspflichtigen und des Nachleistungspflichtigen bei gegenseitigen Verträgen, LZ 1913. 825f.; Soergel/Wiedemann, § 321 Nr. 34; Staudinger/Otto, § 321 Nr. 20.
- (39) 以下 Flesch, Der Irrtum über die Kreditwürdigkeit des Vertragspartners und die Verschlechterungseinrede, BB 1994. 878. 以下

人の性質に関する錯誤を単なる動機の錯誤として常に考慮しないという解釈は取引の要請や公平や今日の一連の法の展開に合致しないという理由から一一九条二項が規定されたという点を捉えて、相手方の財産状態に関する錯誤に三二一条を類推適用することは起草者の意思にも反しないと言つ。

- (37) 「認識ある過失」とは、例えば、先履行権利者Aが一億円の債務を負っていることを先履行義務者Bは知っていたが、AはまだBに対する代金債務の支払能力を有するとBが過失により誤信したような場合を言う。
- (38) Lindacher, a. a. O. (Fußn. 29), S. 799. ただし、過失の程度によっては三二一条の権利を放棄したものと見なされる場合もある。
- (39) Lindacher, a. a. O. (Fußn. 29), S. 799f.
- (40) Adler, a. a. O. (Fußn. 35), S. 825.
- (41) Lindacher, a. a. O. (Fußn. 29), S. 799f.
- (42) Adler, a. a. O. (Fußn. 35), S. 825f.; Lindacher, a. a. O. (Fußn. 29), S. 799f.; Soergel/Wiedemann, § 321 Nr. 34; Staudinger/Otto, § 321 Nr. 20; Flesch, a. a. O. § 321 Nr. 20; Flesch, a. a. O. (Fußn. 36), S. 879.
- (43) Lindacher, a. a. O. (Fußn. 29), S. 799f.; Soergel/Wiedemann, § 321 Nr. 34; Staudinger/Otto, § 321 Nr. 20; Flesch, a. a. O. (Fußn. 36), S. 879.
- (44) Soergel/Wiedemann, § 321 Nr. 34.
- (45) Adler, a. a. O. (Fußn. 35), S. 825f.
- (46) Plume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II. Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. (1993) § 24, 3b.
- (47) Soergel, Rechtsprechung zum gesamten Zivil-, Handels- und Prozeßrecht (1910) § 321 Nr. 6.
- (48) OLG Dresden, Urt. v. 10. 7. 1900, SächsArch. Vol. 11. S. 503. <sup>20</sup> III°
- (49) OLG Dresden, a. a. O. (Fußn. 48), S. 503.
- (50) OLG 45. 129.
- (51) BGH, Urt. v. 9. 10. 1958, WM 1958. 1545=BB 1958. 1273; BGH, Urt. v. 27. 9. 1961, WM 1961. 1372=BB 1962. 3.

第五節 効 果

第一款 抗弁権（給付拒絶権）

前節で述べた要件が満たされると、先履行義務者は、相手方が反対給付を実現するかまたは担保を提供するまで、自己の給付を拒絶することができる<sup>(52)</sup>。そして、この給付拒絶権が認められることによって先履行義務者の給付拒絶は違法性を欠くこととなるため、先履行義務者は履行遅滞の責任を免れることができる<sup>(53)</sup>。もともと、これによって先履行義務が永久に消滅し、同時履行の関係になるわけではない。その意味で、この抗弁権はいわゆる一時的・延期的抗弁権である。従って、担保の提供や財産状態の回復などによって反対給付請求権の危殆化が消滅した場合は、この抗弁権は消滅し先履行義務が復活する。

さらに、給付義務の履行は同時履行であっても、請負契約や製作物供給契約においては請負人ないし売主は目的物を先に製造しなければならぬ。そこで、このような履行準備行為を先履行とみて三二一条に基づいてこれを停止する可能性を指摘する見解もある<sup>(54)</sup>。

第二款 訴訟上の効果——引換給付判決をめぐって——

通常の（同時履行の）売買契約においては、一方当事者が相手方の債務の履行を求めて訴えを提起し、それに対して相手方が同時履行の抗弁権を行使した場合は、引換給付判決が下される。それでは、異時履行の売買契約において先履行権利者が先履行を求めて訴訟を提起し、それに対して相手方（先履行義務者）が三二一条の給付拒絶権を主張した場合は如何なる判決が下されるのであろうか。さらに、先履行義務者の側から三二一条に基づいて先履行の給付を拒絶し、反対給

付との引換給付を求めて訴訟を提起することができるのであろうか。

これについて三二一条は、反対給付の実現または反対給付のための担保の提供がなされるまで先履行義務者は先履行を拒絶することができる旨規定しているのみであるため、この解釈をめぐって学説上争いがある。以下では、これらの点を①先履行権利者が先履行を請求して訴えを提起した場合と、②先履行義務者が引換給付を求めて訴えを提起した場合に分けて、それぞれについての学説および判例の立場をみていくことにする。

#### 一 先履行権利者が先履行を請求して訴えを提起した場合

##### (1) 学 説

通説は、先履行権利者が先履行を求めて提起した給付訴訟において、先履行義務者によって三二一条の抗弁が提出され、それが認められた場合、先履行権利者による反対給付または担保の提供と引き換えに先履行義務者は自らの先履行義務を履行すべき旨の引換給付判決が下されると解している。<sup>(55)</sup>

これに対して Oestate は、担保の提供がなされていないとの抗弁が認められた場合には、担保の提供との引換給付ではなく、常に担保の提供が先に行われるべきであると通説を批判したうえで、先履行義務者が三二一条の抗弁を主張してそれが認められた場合には反対給付の提供と引き換えに自己の給付を履行すべき通常の引換給付判決が下され、「担保の提供」はこの判決が下されるのを回避するための先履行権利者の再抗弁と解すべきであると主張している。<sup>(56)</sup>

さらに、Gernhuber はこの Oestate の批判を受けてか、先履行権利者が訴えを提起した場合は、先履行義務者は引換給付判決または担保の提供後の給付の判決を受けるべきだと述べている。<sup>(57)</sup>

(2) 判 例

この点に関するリーディング・ケースは帝国裁判所一九〇二年四月八日判決<sup>(58)</sup>である。事案は、ブリケット（練炭の一種）の分割供給契約において先履行義務を負った売主Yが供給を停止したため買主Xが引渡しを求めて訴訟を提起したところ、Yが三二一条を援用して既履行分の商品についての代金支払または将来の供給分に対する十分な担保の提供と引き換えにのみ供給を続ける旨主張したというものであった。判決は「先履行を求める訴えに対してこの抗弁権（三二一条・筆者註）が行使され、相手方の財産状態の悪化の証明がなされた場合には、引換給付判決が下される」と述べて、Yの供給義務を認めたと原判決を破棄した。そして、その根拠を三二一条が「反対給付の実現または反対給付のための担保の提供がなされるまで」先履行を拒絶することができる<sup>(59)</sup>と規定している点に求めている。しかし、学説上問題となっている点、すなわち何との引換給付判決が下されるのかについては言及されていない。

その後、帝国裁判所一九一一年六月九日判決<sup>(59)</sup>は、商品の継続的供給契約につき先履行義務を負った売主Xが、買主Yの代金支払の遅滞を理由に三二一条を援用して商品の供給を拒絶し、商品の引渡しと引き換えに代金の支払いまたは担保の提供を求めて訴えを提起したという事案において、「原告は、被告の先履行請求に対して売買代金の支払いまたは担保の提供との引換給付判決以外の判決が下されることから保護されているにすぎない」として、「売買代金の支払いまたは担保の提供」との引換給付判決が下されることを明らかにした。

また、連邦通常裁判所一九五八年一〇月九日判決<sup>(60)</sup>は、同様に引換給付判決の内容を「反対給付の実現または担保の提供と引き換えに履行すべき判決」であると判示したほか、原告たる先履行権利者が単に先履行を請求しているのみで引換給付を求める旨の予備的請求をしていない場合でもこのような引換給付判決が下されることを明らかにした。

## 二 先履行義務者が引換給付を求めて訴えを提起した場合

次に、右の状況とは逆に、先履行義務者の側から三二一条の抗弁権を主張して自己の給付と引き換えに反対給付の実現または担保の提供を求めて訴訟を提起した場合に、如何なる判決が下されるのかについて、学説の状況および判例の立場を概観する。ただし、ここで問題になるのは、主として、異時履行関係が時間の経過によって影響を受けないような場合、例えば「商品の供給の六〇日後に代金を支払う」といったように後履行義務の履行期が先履行義務の履行期によって決まるような場合である。これに対して、先履行義務の履行とは関係なく後履行義務の履行期が到来するような場合は、後履行義務の履行期が到来した後においては同時履行関係に戻るため、問題なく引換給付請求が認められることになる。

### (1) 学 説

通説は、次の三つの理由から、先履行義務者からの引換給付請求を否定している<sup>(61)</sup>。すなわち、第一に、そのような引換給付請求は三二一条の文言から導き得ない<sup>(62)</sup>。第二に、先履行権利者は契約に違反したわけではないにもかかわらず契約内容の本質的な——しかも自己に不利な——変更を強いられるのは不当である<sup>(63)</sup>。第三に、通常の（同時履行の）双務契約の場合も、債務者が引換給付を訴求する権利を有しているわけではない。この場合には債務者は同時に、引き換えに履行を請求できる債権者でもあるから、債権者の地位において自ら訴訟を提起し、相手方が同時履行の抗弁権を行使することによって引換給付判決を受けるのである。これに対して、三二一条を主張した先履行義務者は、いまだ債権者として履行を請求し得る地位にないため、引換給付を訴求することができない<sup>(64)</sup>。

従って、この見解によれば、先履行義務者が三二一条を根拠として引換給付を求めて訴えを提起しても、その訴えは棄却されることになる。

これに対して、先履行義務者からの引換給付請求を肯定する見解も有力に主張されている。<sup>(65)</sup> この見解によれば、三三二一条の要件が充たされている間は両債務は同時履行の関係に戻るため、通常の双務契約の場合と同様に、先履行義務者は引換給付を訴求することができる<sup>(66)</sup>と解すべきだという。さらに、三三二一条に基づく権利が給付拒絶権のみだとすると、先履行権利者が反対給付も担保の提供せずにただ静観するにとどまる場合は、契約が「膠着状態 (Schwebestand)」に陥ることになる。そうになると、先履行義務者は先履行の危険を負ったまま契約に拘束されることになってしまい、三三二一条の趣旨に反するので、先履行義務者にこの膠着状態を終了させる手段を与える必要がある。<sup>(67)</sup> 以上の二つの理由から、先履行義務者に対して引換給付を訴求する権利を認めるべきだという。

さらに、結論的には肯定説と同様であるが、それを受領遅滞の観点から構成し、民法二九八条を類推適用することによって解決を試みる見解がある。<sup>(68)</sup> すなわち、二九八条によれば、債権者 (先履行権利者) はたとえ債務者 (先履行義務者) が提供した (先) 履行を受領する準備をしていたとしても、請求された反対給付の提供をしない場合は受領遅滞に陥る。この二九八条は同時履行の原則のもとでの規定であるために異時履行の場合に直接適用することはできないが、この規定の趣旨を類推して先履行権利者は受領遅滞に陥るものと解する。その結果、三三二条二項<sup>(69)</sup>により、先履行義務者は相手方の受領遅滞を理由に引換給付または担保の提供を訴求することができることになる。このように解すれば、通説・判例のようにそもそも契約の膠着状態は生じないことになる。

(2) 判 例

判例は一貫して先履行義務者の側からの引換給付請求を否定している。リーディング・ケースである帝国裁判所一九〇二年一月二二日判決<sup>(70)</sup>の事案は、銑鉄の分割供給契約において先履行義務を負った売主Xが買主Yの履行遅滞を理由に三



二二条を援用し、未払の売買代金の支払いまたはその限度における担保の提供と引き換えに供給を留保している商品を引き渡す旨を主張して訴訟を提起したというものであった。判決は、先履行の合意を契約の本質的な内容と位置づけたうえで、①引換給付という本質的に異なった契約内容、しかも先履行権利者たる買主に不利な契約内容を先履行義務者たる売主が訴訟上請求できるという三二一条の解釈には無理がある、②そのような契約内容の変更は取引の要請でもない、という二つの理由から先履行義務者の引換給付請求権を否定した。ここには、後から反対給付が履行される見込みのないまま先履行をする危険から先履行義務者を保護するという防御的機能以外は三二一条の効果として認めないという立場が明確に表れている。しかし、このような結論により契約が膠着状態に陥るといふ難点をどのように克服するのか、あるいは顧慮する必要があるのか、といったことについては言及されていない。

また、ハンス上級地方裁判所一九二六年七月八日判決<sup>(71)</sup>は、信用売買における買主は通常、商品を転売することによって初めて仕入代金を支払うことができるのであるから、先履行権利者たる買主に引換給付を請求することは先履行権利者の経済的危機を増大せしめることになるということ<sup>(72)</sup>を指摘し、従って起草者は先履行義務者に引換給付請求を認めることまでは意図していなかったのだと判示した。

さらに、連邦通常裁判所一九八五年六月二七日判決<sup>(72)</sup>は、先履行義務者からの引換給付請求が認められないこと<sup>(72)</sup>によって契約は膠着状態に陥るが、これによる先履行義務者の損害は契約関係から生じる利益に限られるため、それほど不当ではないという点を挙げた。すなわち、契約の膠着状態が先履行義務者に不利に働くことを認めつつも、契約内容の侵害およびそれによって先履行権利者が被る不利益を比較衡量して、契約内容の尊重を優先させたのである。

第三款 契約解除権

三三二一条を文言に忠実に解釈すれば、同条から導かれる効果は延期的抗弁権のみである。しかも上述のように、通説・判例によれば、先履行義務者が引換給付を求めて訴訟を提起することは認められない。しかし、それでは先履行権利者が任意に反対給付の実現または担保の提供をするまでは契約はいわば膠着状態に陥ることになり、この状態の解消を完全に先履行権利者に委ねることとなる。すなわち、先履行義務者は債務の履行を得られる見込みもないまま契約に拘束されることとなり、先履行義務者にとって酷である。そこで、先履行義務者に契約解除権が認められないかが問題になる。

一 学 説

学説の大部分は、先履行義務者の契約解除権を肯定している<sup>(73)</sup>。しかし、その根拠となる規定ないし法理論については争いが見られる。

通説は、二四二条<sup>(74)</sup>に基づいて解除権を認めている(二四二条説<sup>(75)</sup>)が、履行遅滞に関する三三六条を準用ないし類推適用して解除権を認める見解(三三六条説<sup>(76)</sup>)が有力に主張されている。さらに、二四二条説の中にも、担保の不供与が信義則上の一般的行為規範に違反したことになるとする見解<sup>(77)</sup>、行為基礎が喪失したとみる見解<sup>(78)</sup>など理論構成には違いが見られる<sup>(79)</sup>。他方、三三六条説のバリエーションとして、たとえ先履行義務者が催告期間を設定しなかった時でも、三三二一条の権利行使後相当期間が経過したにもかかわらず先履行権利者が反対給付も担保の提供もしなかった場合には、不安の抗弁権を除去するという先履行権利者の権利が失効したものと見て先履行義務者に解除権を認める見解<sup>(80)</sup>もある。

もつとも、解除の手續はどの見解によっても差異は見られない。すなわち、先履行義務者は三三二一条の権利を行使した

うえで相手方に対して相当の期間を定めて反対給付または担保の提供を催告することができ、これに対して先履行権利者がこれらを拒絶し、もしくはは相当期間が経過するまでに何らの返答もしなかった場合は、先履行義務者は契約を解除することができる」と解されている。

## 二 判 例

判例も、民法典施行直後から既に、先履行権利者が反対給付ないし担保を提供しなかった場合における先履行義務者の契約解除権を認めていた。初期の判例はその根拠を商法三四六条および民法一五七条の「商取引において妥当している慣習ないし慣行」および「信義誠実に合致した契約解釈」に求めていた<sup>(82)</sup>。そして、当時、事情変更問題を契約解釈の問題と捉え、*causula* 理論の条文上の根拠を民法一五七条や商法三四六条に求める学説が有力であり、判例もこの立場に立っていた<sup>(83)</sup>。つまり、判例はこの場合の先履行義務者の契約解除権を *causula* 理論から導いていたのである。このことを端的に示すのが、ハンブルク上級地方裁判所一九〇二年一〇月一四日判決<sup>(84)</sup>である。この判決は、「三二一条から一般に全ての契約が事情不変更約款を含んで締結されたものと解して契約解除権を導くことはできないが、個々の事案によってはそのように解することができる場合もある。しかし、そのためには特別な事情（傍点筆者）が存在しなければならず、単に先履行の約束があっただけでは足りない」と述べ、先履行権利者が自己の故意過失により財産状態悪化という契約の履行を妨げる原因を作出したにもかかわらず、反対給付または担保の提供によってこれを除去しようとしないうちに、先履行義務者を契約に拘束するのは信義誠実に反するとして、商法三四六条および民法一五七条に基づいて先履行義務者に契約解除権を認めた。

つまり、初期の判例は、契約締結後に先履行権利者の財産状態が著しく悪化して反対給付請求権が危殆化した場合には、三二一条に基づいて先履行義務者は先履行を拒絶することができるが、さらに先履行権利者が反対給付または担保の提供に応じなかった場合は、「特別な事情」があつたものとして、商法三四六条および民法一五七条から導かれる *causula* 理論に基づいて契約を解除することができると考えていたのである。このような見解は、当時の判例が三二一条を *causula* 理論の制限的適用例であると捉えていたことを考え合わせると十分に納得し得るものである。

戦後に至り、連邦通常裁判所一九五三年一月一三日判決<sup>(85)</sup>は、先履行権利者が自己の財産状態の悪化によって生じた契約目的の危殆化を引換給付または担保の提供によって除去しようとしなない場合には、先履行義務者は民法二四二条に基づいて契約を解除する権利を有すると判示した<sup>(86)</sup>。これは、通説が三二一条の根拠を客観的行為基礎論に求めていたこと、そして客観的行為基礎論の条文上の根拠を二四二条に求める見解が学説上有力になり、判例もこれに従うようになったこと<sup>(87)</sup>に対応した変化であると考えられる。つまり、判例はほぼ一貫して、解除権の理論的根拠を行為基礎論に求めていると言うことができる<sup>(88)</sup>。

#### 第四款 その他の効果

まず、先履行義務者が契約を解除した場合、さらに損害賠償を請求することができるかについては、通説はこれを否定している<sup>(89)</sup>。先履行権利者は引換給付義務も担保提供義務も負っておらず、従つて履行遅滞にも陥ることはないことを理由とする。契約解除権の根拠を三二六条類推適用に求める論者も、損害賠償請求権までは原則として認めていない。ただし、先履行権利者が正当な理由なく終局的な履行拒絶をした場合には積極的契約侵害にあたり、例外的に先履行義務者は損害

賠償を請求することができると解されている。<sup>(90)</sup>

また、隔地者間の売買においては、売主が既に発送した商品を買主（先履行権利者）が取得するかまたはその処分権の範囲に納めていない間は、売主（先履行義務者）は三二一条に基づいて商品の供給を停止することができる<sup>(91)</sup>と解されている。いわゆる運送差止権（Stoppungsrecht）である。買主が商品を受領していない間は、まだ給付の効果は発生しておらず、従っていまだ給付は実現されていないというのがその理由である。

(92) Staudinger/Otto, § 321 Nr. 23ff.; MünKomm/Emmerich, § 321 Nr. 11; Soergel/Wiedemann, § 321 Nr. 36.

(93) Vgl. RGZ 53. 62. 訴訟においては、通説によれば、三二一条の要件の存在が判明するだけで履行遅滞の責任を免れることが可能（Staudinger/Otto, § 321 Nr. 25f.; Soergel/Wiedemann, § 321 Nr. 37）が、これに対して先履行義務者が三二一条の権利を<sup>（94）</sup>実際に主張する必要があるとする説（MünKomm/Emmerich, § 321 Nr. 15; Gernhuber, S. 369）もある。

(94) Staudinger/Otto, § 321 Nr. 13; Kommeier, S. 1313; Fischer, S. 135f. わが国（ドイツ）の点に言及するものとして、須永知彦「履行期前における反対給付請求権の危殆化（二・完）——いわゆる不安の抗弁権を中心に——」民商一一卷四号（一九九五年）七〇九頁以下。

(95) Staudinger/Otto, § 321 Nr. 23ff.; MünKomm/Emmerich, § 321 Nr. 11; Soergel/Schmidt, § 321 Nr. 5.

(96) F. Oesterle, a. a. O. (Fußn. 8) S. 252ff.; Soergel/Wiedemann, § 321 Nr. 36. <sup>（95）</sup>同頁。

(97) Gernhuber, S. 372. Anm. e.

(98) RGZ 51. 170. 同様<sup>（96）</sup>RG, Urt. v. 5. 10. 1923, LZ 1924. 121. も引換給付判決が下されると述べているが、具体的内容については言及していない。

(99) Gruchot. 55. 898. =LZ 1911. 697.

(90) WM 1958. 1545. =BB 1958. 1273.

「契約危殆」状態における履行確保（一）（松井）

- (18) Soergel/Wiedemann, § 321 Nr. 40f.; RGRK/Ballhaus, § 321 Nr. 6; Staudinger/Otto, § 321 Nr. 36; Staudinger/Kaduk, § 321 Nr. 33; Palandt/Heinrichs, § 321 Ann. 3; Gernhuber, S. 369f.; Kim, Leistungspflichten im gegenseitigen Vertrag, JZ 1969. 330; Medicus, Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Das Allgemeine Recht der Leistungsstörungen, NJW 1992. 2387.
- (19) Soergel/Wiedemann, § 321 Nr. 41; Staudinger/Kaduk, § 321 Nr. 33. ただし Staudinger/Kaduk, § 321 Nr. 33. は 三二二条が抗弁権のみを規定していることと、その根拠を民法三二二条一項に求めようとする点に法政策的な問題があることを述べている。
- (20) Soergel/Wiedemann, § 321 Nr. 41; Kim, a. a. O. (Fußn. 61), S. 330.
- (21) Soergel/Wiedemann, § 321 Nr. 41.
- (22) Soergel/Schmidt, § 321 Nr. 5; Götz, a. a. O. (Fußn. 20), S. 58f.; Staub, Der 53. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, DJZ 1903. 389; Dietrich, Die Klage des Vorleistungsverpflichteten, DJZ 1904. 1978; Larenz, § 15. S. 208; Kormmeier, S. 1314; Oertmann, a. a. O. (Fußn. 34), Ann. 5b; Schlechtriem, a. a. O. (Fußn. 8), Ann. 379.
- (23) Erman/Battes, § 321 Nr. 11; Soergel/Schmidt, § 321 Nr. 5; Kormmeier, S. 1314, Schlechtriem, a. a. O. (Fußn. 8), Ann. 379. 49 Kormmeier などの根拠を民法三二二条一項に求めようとする。
- (24) Larenz, § 15. S. 208; Staub, a. a. O. (Fußn. 65), S. 389; Dietrich, a. a. O. (Fußn. 65), S. 1080; Götz, a. a. O. (Fußn. 20), S. 58.
- (25) MünKomm/Emmerich, § 321 Nr. 19; Adler, a. a. O. (Fußn. 35), S. 823ff.
- (26) 民法三二二条二項 訴えを提起した当事者が先履行義務を負っている場合において、相手方が受領遅滞に陥っているときは、その訴えを提起した当事者は反対給付の受領後に給付すべき目的を請求する権利が認められる。
- (27) RGZ 53. 62. 50 他 RG, Urt. v. 8. 5. 1903, RGZ 54. 356; RG, Urt. v. 9. 6. 1911, Gruchot. 55. 898. =LZ 1911. 697; RG, Urt. v. 5. 10. 1923, LZ 1924. 121; BGH, Urt. v. 9. 10. 1958, WM 1958. 1545; OLG Hamburg, Urt. v. 7. 10. 1902, OLG 6. 44. a); OLG Hamburg, Urt. v. 14. 10. 1902, OLG 6. 44. b)=SeuffA. 59. Nr. 54; OLG Dresden, Urt. v. 9. 7. 1914, OLG 6. 44. a); OLG Jena, Urt. v. 17. 12. 1927, JW 1928. 1157. 51 同。
- (28) LZ 1926. 1211. シュート繊維の袋の売買契約につき先履行義務を負った売主Xが買主Yの財産状態の悪化を理由に三二二条

に基づいて供給を途中で停止し、残部の供給と引き換えに代金支払または担保の提供を求めたという事案。

- (72) NJW 1985. 2696. =MDR1986. 45. 家屋の玄関に取り付ける階段の基礎部分および手摺りの工事に関する請負契約において先履行義務を負った請負人Xが注文者Yの財産状態悪化により自己の報酬請求権が危殆化したとして三二一条を援用し、手摺りの供給を拒絶したうえ手摺りに関する報酬請求権に対する担保の提供を請求するとともに、既に供給済みの部分につき報酬を請求したという事案。

- (73) 先履行義務者が引換給付を訴求することを肯定する論者も、解除権を否定しているわけではなく、むしろ両者ともに認めるべきことを主張している。

- (74) 民法二四二条 債務者は、取引慣行を顧慮して信義誠実に適うように給付を行う義務を負う。

- (75) Staudinger/Kaduk, § 321 Nr. 34; Staudinger/Otto, § 321 Nr. 41; RGRK/Ballhaus, § 321 Nr. 6; Palandt/Heinrichs, § 321 Anm. 3.

- (76) Kormmeier, S. 1313f.; Erman/Battes, § 321 Nr. 11; Götz, a. a. O. (Fußn. 20), 58f. ただし、Kormmeierは、請負契約の場合には三二一条ではなく六四二条の類推適用によって解除権を認めるべきと述べる。

- (77) Staudinger/Otto, § 321 Nr. 41.

- (78) Soergel/Wiedemann, § 321 Nr. 42.

- (79) Gernhuber, S. 372. は「双務契約の通常の形態である履行上の牽連関係を拡張すること」によって解除権を導いているが、これも二四二条に根拠を求めるところになると思われる。

- (80) Nissen, Ein Beitrag zu § 321 BGB, JW 1903. 363.

- (81) 商法三四六条 商人は、作為または不作為の意義および効果を考慮し、商取引において妥当する慣行や慣習を顧慮しなければならぬ。

民法一五七条 契約は取引慣行を顧慮して信義誠実に適うように解釈しなければならない。

- (82) RG, Urt. v. 26. 11. 1912, JW 1913. 194; RG, Urt. v. 11. 7. 1916, JW 1916. 1184; OLG Hamburg, Urt. v. 7. 10. 1902, OLGf. 6. 44. a); OLG Dresden, Urt. v. 9. 7. 1914, OLGf. 33. 220.

- (83) Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 2. Band. 1 (1909) S. 301; Otto von Gierke, Deutsches

「契約危殆」状態における履行確保 (一) (松井)

Privatrecht, 3. Band. Schuldrecht (1917) S. 306. Anm. 116.

勝本・前掲註 (c) 二一九頁以下を参照。

(84) OLG 6. 44. b) = SeuffA. 59. Nr. 54.

(85) BGHZ 11. 80. = MDR 1954. 158. = NJW 1954. 229. = JZ 1954. 238.

(86) なお、RG, Urt. v. 5. 10. 1923, LZ 1924. 121. も解除権の根拠として信義誠実の要請を挙げているが、*clausula* 理論の根拠がまだ契約解釈に求められていた頃の判決なので、本判決のいう「信義誠実」が二四二条を指すものかどうかは微妙である。

(87) Larenz, GG. S. 156ff.

(88) これに対し、OLG Hans, Urt. v. 8. 7. 1926, LZ 1926. 1211. は、先履行義務者が反対給付または担保の提供との引換給付という方法での契約の履行を受け入れるか否かを尋ねてきた場合、先履行権利者はそれに遅滞なく返答する信義則上の義務を負っていると述べ、先履行権利者がこれを受け入れなかった場合においては、先履行義務者は先履行権利者の表明を契約履行の断念とみなして契約を解消させることができると判示した。

(89) Staudinger/Kaduk, § 321 Nr. 35; Erman/Battes, § 321 Nr. 11.

(90) Staudinger/Otto, § 321 Nr. 42; Staudinger/Kaduk, § 321 Nr. 35; Soergel/Wiedemann, § 321 Nr. 43; Erman/Battes, § 321 Nr. 11; Palandt/Henrichs, § 321 Anm. 3.

(91) Oertmann, a. a. O. (Fußn. 34), § 321 Anm. 5e; Staudinger/Otto, § 321 Nr. 34f.; Staudinger/Kaduk, § 321 Nr. 36; MünKomm/Emmerich, § 321 Nr. 14; RG, Urt. v. 10. 7. 1931, DJZ 1931. 1515. なお、隔地者間の売買以外にも、目的物が先履行義務者の支配下を離れた後であってもまだ完全に先履行権利者の支配下でない間は三二一条が適用されることを示す判決として、BGH v. 4. 5. 1960, NJW 1960. 1568. = MDR 1960. 750. = BB 1960. 718.

## 第六節 債務法改正作業における不安の抗弁権の理解

右に見たような学説・判例の展開が最も明確な形で現れているのが、現在進行中のドイツ債務法改正作業における不安



の抗弁権の動向である。そもそも、この改正作業は、特別法として規定されている諸規範や判例理論によって展開された諸規範を民法典の中に取り込むことを目的として始まったものであるから、この作業の過程で公表された「鑑定意見」<sup>(92)</sup>および「最終報告書」<sup>(93)</sup>は、ドイツにおける理論状況の到達点を示すものとして極めて重要である。そこで、これらを通じて現在のドイツの理論状況を概観することにする。

#### 一 鑑定意見

まず、一九八一年に公表された「鑑定意見」において、Huberは、主としてハーグ統一売買法の規定に依拠しつつ現行三二二条の大幅な変更を提案した。<sup>(94)</sup>その要点を挙げると、①契約締結時既に存在していた不安な状況が後になって初めて判明した (Merksatzell) 場合も本条の適用範囲に含めたこと (草案三二二条一項一号)、②先履行義務者の契約解除権を明文で規定したこと (同三二七c条二項)<sup>(95)</sup>、③履行不能や先履行権利者の真摯かつ最終的な履行拒絶など財産状態の悪化以外の理由から反対給付が履行されないことが明瞭な (offensichtlich ist) 場合 (同三二二条一項二号) も三二二条の対象としたこと、④財産状態の悪化による反対給付請求権の危殆化とそれ以外の事由による危殆化とは、反対給付が履行されない蓋然性の程度につき後者のほうが高度な蓋然性が要求されていること、⑤運送差止権を明文で規定したこと (同三項) である。

①の点は、従来から学説において指摘され、判例も要件を緩和していたところであり、学説・判例の流れに沿ったものであった。しかし、判例は「契約締結後」の悪化の要件を完全に排除したわけではなく、その意味では実務を一步進めた提案であった。これに対して、②ないし④の点は、従来から学説・判例において認められていたところであり、現行法の

実質的な変更をもたらすものではない。

二 最終報告書

この鑑定意見を基礎としてその後さらに議論が重ねられ、その成果が一九九二年に「債務法改正委員会の最終報告書」として公表された。そこにおいては、草案三二二条は次のように規定している。<sup>(96)</sup>

「(1) 双務契約に基づいて先履行義務を負う者は、契約締結後に相手方の給付能力の欠如によって反対給付請求権が危殆化したことが明らかになった場合は、負担している給付を拒絶することができる。この給付拒絶権は、反対給付がなされるかまたはその保証が給付された場合には、消滅する。

(2) 先履行義務者は、相手方が給付と引き換えに彼の選択に応じて反対給付をするかまたは保証を給付すべき相当な期間を設定することができる。この期間が徒過した後は、先履行義務者は契約を解除することができる。この場合には草案三二三条が準用される。」

本草案が現行法と異なる点は、主に次の三点である。

まず第一に、契約締結時既に危殆化原因が存在していたが先履行義務者においてそれを認識し得なかったような場合にも給付拒絶権を認めることとした。<sup>(97)</sup> 従来<sup>(97)</sup>の判例は、このような場合には錯誤による取消(BGB一九九条)が可能であるから給付拒絶権を認める必要がないと解してきたが、契約を維持しつつ給付を一時的に拒絶する権利も認める必要があるとの立場が採られるに至った。もつとも、先履行義務者が相手方の給付能力を十分に調査しないで契約を締結したような場合は、本条の権利を行使することはできない。

第二に、反対給付請求権の危殆化原因が拡張され、相手方の財産状態の悪化に限らず、その他の給付障害の恐れ（例えば輸出入の禁止、戦争事変、下請業者の倒産、履行に必要な協力者または債務者自身の病気による給付の欠落など）も、危殆化原因に含まれることとされた。<sup>(98)</sup>

第三に、給付拒絶権が主張された場合に生じる膠着状態を解消するために、先履行義務者は、相当の期間を定めて反対給付との引換給付または保証の供与を請求することができ、これがなされないときは契約を解除することができることとされた（二項<sup>(99)</sup>）。これは、従来から判例が二四二条に基づいて認めていた法理を明文化したもので、スイス債務法八三条二項が模範とされた。<sup>(100)</sup>

第一点および第三点は、Huberの鑑定意見を受け継いだものであるが、注目すべきは第二点である。Huberの鑑定意見では「財産状態の悪化」という現行三二一条を草案一項一号で維持しつつそれ以外の事由を二号で列挙するというものであったが、最終報告書の草案ではこれをさらに拡張している。この点はウィーン国連売買条約七一条に影響を受けたものと思われる。

他方、現行三二一条の立場が維持された部分もある。

第一に、最終報告書草案は先履行義務の要件を維持した。<sup>(101)</sup>これは、同時履行の場合には三二〇条の同時履行の抗弁権を主張することができるために保護の必要性がないと考えられたためである。もともと、給付の交換は同時履行であっても給付準備行為が先履行と見なされることがあり、この場合には本条に基づいて準備行為を停止することができる。

第二に、学説においては、先履行義務者が反対給付または保証供与と引き換えに自己の給付をすることを訴訟上請求することを認める見解が有力に主張されていたが、これを否定する判例の立場が維持された。<sup>(102)</sup>というのは、先履行権利者は、

「契約危殆」状態における履行確保（一）（松井）

買い受けた商品を転売することによって売買代金の支払いに充てるなど先履行を利用することによって反対給付の手段を用立てることを予定していることがある。このような先履行権利者の利益保護とのバランスという観点からすれば、先履行義務者の保護は給付拒絶権および解除権で十分であると考えられたのである。

以上が最終報告書における三二一条の概要であり、それは同時に、現在のドイツにおける三二一条に関する議論の到達点であると言えよう。このように三二一条は、従来の「不安の抗弁権」の要件を大幅に緩和することによって適用範囲を拡張した。また、反対給付または担保が提供されなかった場合の解除権を認めることによって、一時的な給付拒絶権を孤立した制度ではなく、正常な契約関係から「契約危殆」の事態、そしてこの事態が開ききれない場合の契約関係の解消へと向かう一連の契約プロセスにおいて、正常な状態における約定どおりの契約の履行と末期的な異常事態における契約の解消の間をつなぐ制度として他の制度と連続的に捉えることができるようになった。

そして、ここから三二一条の基本的な考え方を看取することができる。最終報告書が明確に述べている本条の問題の捉え方は、「契約の一方当事者が先履行義務を引き受けた際に有していた相手方の給付能力に対する信頼が損なわれた場合、当該当事者は如何なる手段を取り得るか」ということ<sup>(103)</sup>であった。ここで重視されているのは、相手方の給付能力に対する信頼の保護である。従って、この信頼ないし期待が損なわれる恐れを生ぜしめる事由を「財産状態の悪化」に限定する必要はないし、このような事由が契約締結後に「発生」したことも必要ではないということになる。こうして、不安の抗弁権は客観的行為基礎論とは原則的に切り離されることになったのである。

(92) Herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I (1981)

und Band II (1983).

(93) Herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (1992). なお、解説書として、下森定二岡孝編『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』(一九九六年)があり、本稿でも参考にした。

(94) Huber が提案した規定は次のとおりである。

- 「(1) 双務契約に基づいて先履行義務を負っている債務者は、次の場合には給付を拒絶することができる。
- ① 契約締結後において、債権者が反対給付をしないのではないかと危惧するにつき正当な根拠が認められるほどに債権者の財産状態が悪化が生じたことが判明した (herausstell) 場合。
- ② 反対給付が不能になった場合、債権者が真摯かつ最終的に反対給付の実現を拒絶した場合、またはその他の理由から債権者が反対給付をしないであろうことが明瞭な (offensichtlich ist) 場合。
- この場合には草案三二〇 a 条二項および三項が準用される。
- (2) 債権者が担保を提供した場合、反対給付をした場合、または双方の給付義務の内容に鑑みそれが不可能な場合に限り債権者が給付と引き換えに反対給付を提供した場合は、給付拒絶権は消滅する。
- (3) 債務者が給付のために彼の側で必要なことを行い、給付の効果の発生がなお債権者の作為または不作為に係らしめられている場合は、一項の要件が満たされるときは、債務者は債権者に対して給付を受領しないよう請求することができる。
- この場合は二項が準用される。」

Ulrich Huber, Leistungsstörungen: in Gutachten, Band I, S. 826ff.

(95) 草案三二七 c 条二項は次のように規定している。

「双務契約において債務者が先履行義務を負っており、草案三二二条一項一号に基づく給付拒絶権を行使した場合は、債務者は債権者に対して催告期間を設定して反対給付または担保の提供を請求することができる。債務者がこの催告期間が経過するまでに反対給付をしなかった場合、または双方の給付義務に内容に応じてそれが不可能な場合に限り債務者の給付と引き換えに反対給付を提供するかまたは担保を提供しなかった場合は、債務者は契約を解除する権利を有する。この場合、草案三二六条二項および三項が準用される。債務者が解除した場合は、契約不履行に基づく損害賠償を請求することができる。」

「契約危殆」状態における履行確保 (一) (松井)

Huber, a. a. O. (FuBn. 94), S. 851.

- (96) Abschlußbericht (FuBn. 93), § 321 BGB-KE. S. 158ff.
- (97) Abschlußbericht (FuBn. 93), § 321 BGB-KE. Anm. VI 1. S. 160.
- (98) Abschlußbericht (FuBn. 93), § 321 BGB-KE. Anm. VI 22. S. 160.
- (99) Abschlußbericht (FuBn. 93), § 321 BGB-KE. Anm. VI 8. S. 161.
- (100) スイス債務法八三条は次のように規定している。

「(1) 双務契約において、例えば当事者の一方が破産した場合や差押が効を奏しなかった場合のように支払不能になり、この財産状態の悪化によって相手方の請求権が危殆化した場合は、相手方は反対給付が担保されるまでは自己の給付を留保することができる。」

(2) 前項の権利を行使した当事者の請求に応じて相当の期間内に反対給付請求権が担保されなかった場合には、当該当事者は契約を解除することができる。」

- (101) Abschlußbericht (FuBn. 93), § 321 BGB-KE. Anm. VI 5. S. 161.
- (102) Abschlußbericht (FuBn. 93), § 321 BGB-KE. Anm. VI 9. S. 161.
- (103) Abschlußbericht (FuBn. 93), § 321 BGB-KE. Anm. I. S. 158.

## 第七節 小 括

### 一 適用範囲の拡張およびそれに伴う理論的根拠の転換

BGB三二一条の発展史を概観した結果、現在の客観的行為基礎論に三二一条の理論的根拠を求めることは妥当でないことが明らかになった。すなわち、民法典の起草者は三二一条を古法における *clausula* 理論にその根拠を求めており、初期の判例・学説もこれに従っていた。そして、*clausula* 理論の現代版ともいえる理論が客観的行為基礎論であることから、

これに三二一条の根拠を求める見解が通説化していった。しかし、立法当時の *causula* 理論は内容的にまだ洗練されておらず、事情変更につき当事者に帰責性のある場合や共通の錯誤に当たる場合など「不純物」も多く含んでいた。つまり、*causula* 理論と客観的行為基礎論とは内容的に一致しないのであり、三二一条が *causula* 理論に基づくものであるからといって、現代において客観的行為基礎論に根拠を求めるべきことにはならないのである。

右の結論は、三二一条の要件と客観的行為基礎論を比較することにより一層明らかになる。まず第一に、三二一条は財産状態の悪化を要件として挙げているが、これは当事者の支配領域に属する主観的事情であり、かつ当事者の帰責性が認められることの多い事由である。第二に、三二一条は「契約締結後」の悪化を要件としているが、これは動機の錯誤に錯誤規定が適用されないこととの均衡を図ったためであり、*causula* 理論の論理的帰結ではなかった。しかも、財産状態が契約にとって本質的な場合には財産状態に関する錯誤にも錯誤規定が適用されるとというのが立法当初からの判例・学説であつたため、この理由は当初から合理性を失っていた。

これを裏付けるように、その後の学説においては、支払能力に関して錯誤または詐欺があり従つて契約を取り消すことができるような場合であっても先履行義務者に給付拒絶権を認める必要があるという見解が有力に主張されるに至つた。判例も、契約締結時既に財産状態が悪化していてもさらに悪化すれば三二一条が適用されると解することにより、「契約締結後」の悪化という要件を緩和していった。このように、事情変更の予見不可能性や著しい事情変更という客観的行為基礎論と三二一条との乖離は大きくなつていく。

右のような学説・判例の展開および次章で述べるウィーン国連売買法の規定の影響を受け、債務法改正委員会の最終報告書においては、給付拒絶を根拠づける事由を財産状態の悪化に限定せず、広く反対給付請求権を危殆化せしめる事由に

拡張し、さらにこの事由が契約締結後に「明らかに」なれば足りるとして、契約締結時既にこの事由が存在していた場合にも給付拒絶権を認めることとしている。ここに至り、このような拡張された「不安の抗弁権」が適用される諸場合を客観的行為基礎論によつて根拠づけることはできなくなった。最終報告書にも現れているように、反対給付が履行されることに対する先履行義務者の信頼ないし期待が重視されており、ここに理論的根拠が求められているのである。

## 二 効果面での整備

従来の三二一条は、単に給付拒絶権が規定されているのみで、先履行権利者が反対給付または担保の提供をしなかった場合には契約関係がどうなるのかが規定されていなかった。そのため、給付拒絶権が他の制度(特に契約解消の制度)から孤立している感があった。しかし、判例・学説は、先履行権利者が反対給付または担保の提供をしなかった場合には先履行義務者に契約解除権を認め、最終報告書においてはこれが明文で規定されるに至った。このように、給付拒絶権と解除権との連続性を持たせることにより、動態的な契約プロセスの個々の場面において適切な法律制度が孤立することなく連続的に機能することができるようになった。また、最終報告書では採用されなかったものの、学説においては先履行義務者の側から反対給付または担保の提供と引き換えに反対給付をすべきことを訴訟上請求し得るとする見解が有力に主張されている。

以上のようなドイツ法における不安の抗弁権の適用範囲の拡張および効果面での整備からは、従来の限定的な「不安の抗弁権」から拡張された「履行停止権」への展開を看取することができる。

ドイツでのこのような「履行停止権」への転換は、学説・判例が三二一条を次第に拡張していった結果であるのもち



ろんであるが、近時の学説や最終報告書に大きな影響を与えたのは、ウィーン国連売買条約である。そこで、次章ではこの条約における履行停止権に関する規定を中心に、国際取引に関する法規範において、契約危殆がどのように捉えられているのかを見ることにする。

〔未完〕