

# 「契約危殆」状態における履行確保（二・完）

——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

第二章 不安の抗弁権に関するわが国の理論状況

第三章 ドイツ民法における履行停止権（以上前号）

第四章 ウイーン国連売買条約における履行停止権

第一節 総 説

第二節 ウイーン国連売買条約七一条の起草過程

第三節 理論的根拠

第四節 要 件

第五節 効 果

第六節 国際取引に関する法の統一の動き——ユニドロア国際商事契約原則およびヨーロッパ契約法原則——

第七節 小 括

第五章 アメリカ法における履行停止権

第一節 総 説

第二節 アメリカ統一商事法典二一六〇九条の起草過程

第三節 理論的根拠

第四節 要件

第五節 効果

第六節 小括

第六章 不安の抗弁権の現代的展開——履行停止権への轉換——

第一節 考察

第二節 まとめと今後の課題(以上本号)

## 第四章 ウイーン国連売買条約における履行停止権

### 第一節 総説

一九八〇年にウィーンで採択され、一九八八年に発効した国際動産売買契約に関する国連条約(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: ウイーン国連売買条約またはCISGと略す)は、国際取引を規律する法の統一作業のひとつの結実であった。<sup>(1)</sup> わが国はまだこれに加盟していないものの、一九九七年までの加盟国は五〇か国に上り、<sup>(2)</sup> アメリカ、ドイツ、フランスなどいわゆる先進国のみならず、エクアドル、ギニアなどのいわゆる発展途上国も多数加盟しており、地域的に見ても欧米諸国のみならずアジア、アフリカ、東欧、南米諸国といった世界各国からの加盟をみている。この意味では、大陸法的・ドグマ中心だったため多くの国の加盟を得ることができなかったハーグ統一売買法の教訓が十分に生かされており、まずは成功を収めたということが言える。<sup>(3)</sup>

もつとも、右のような事情から本条約の起草に当たっては広く世界各国からの代表が審議に参加したため、審議においては先進国と発展途上国の利害がしばしば対立し、結局、両国の妥協点が条約になったという側面は否定できない。その意味では、本条約は妥協の産物であるとも言える。しかし、見方を変えれば、これは契約当事者の相対立する利益の調整を図ろうとしたものであり、条約の規定はその結果の一例として重要な意義を有する。

とりわけ、履行停止権を規定している七一条は、まさに先進国と発展途上国の利害が正面から衝突し、激しく議論された部分である。というのは、発展途上国においては政治的・経済的に不安定な状況が生じやすいため、履行を停止される側に立たされることが多いのに対して、先進国においてはむしろ履行を停止する側に立つことが多い。そのため、とりわけ発展途上国にとっては要件を客観化・明確化することによって濫用の恐れを少なくするとともに要件をできるだけ厳格にすることが強く要請されたのである。こうして立法作業は、要件の客観化・明確化をめぐる激しい議論が行われ、ウィーン外交会議において一旦は採択された草案を臨時作業部会で審議し直すという紆余曲折を辿った。

従って、本条約の起草過程における議論およびその結果としての条約の規定を概観することは、七一条の解釈論にとって有益であるとともに、わが国の解釈論として履行停止権を考えるうえでも大いに参考になると思われる。そこで、本章においては、CISG七一条の起草過程および成立した七一条の解釈論の現状について概観することにする。

- (1) 国際取引に関する法の統一化の経緯については「特集・国際統一売買法」判タ七三九号四頁以下、山田鎌一||佐野寛『国際取引法』(一九九二年)八四頁以下、曾野和明||山手正史『国際売買法』(一九九三年)三頁以下などを参照。なお、本条約の原文およびその邦訳は山田||佐野『国際取引法』(一九九二年)二六〇頁以下、曾野||山手『国際売買法〔資料編〕』(一九九三年)二頁以下に所収されている。

(2) Schlechtriem, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) (1998) pp 707-708.

(3) 一九六四年にハーグで採択、一九七二年に発効した「国際的物産売買についての統一法に関する条約」および「国際的物産売買契約の成立についての統一法に関する条約」を総称して、このように呼ばれることが多い。

## 第二節 ウィーン国連売買条約七一条の起草過程

### 第一款 前史——一九六四年ハーグ統一売買法まで——

履行停止権に関する規定は、ラーベルが作成した一九三五年の第一草案<sup>(4)</sup>に既に見られた。同草案八八条は、「契約締結後に買主の財産状態が、約定の期日に代金支払がなされないのではないかと危惧する正当な根拠を売主が有するほどに困難になった時はいつでも、たとえ買主が代金支払につき期限の利益を有していたとしても、買主が代金支払のための適切な保証を供与しない限り、売主は物品の供給を延期することができる」と規定し、八九条は運送差止権、九〇条は買主の履行停止権について八八条とほぼ同様の規定を置いていた。これらの規定は、表現に若干の変更が施されて第二草案<sup>(5)</sup>、第三草案<sup>(6)</sup>に受け継がれ、ハーグ外交会議において一箇条に統合されてハーグ統一売買法 (EKG) 七三条になった。こうして成立したハーグ統一売買法七三条一項は次のように規定していた。

「契約締結後において、相手方の経済状態が、その義務の本質的な部分を履行しないであろうと危惧させるのに正当な根拠があるといえるほどに困難になってきていると認められるときは何時でも、各当事者は自己の義務の履行を停止することができる<sup>(7)</sup>。」

## 第二款 ウィーン国連売買条約七一条成立まで

はじめにウィーン国連売買条約の起草過程の概略<sup>(8)</sup>を述べておくと、まずUNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law: 国連国際商取引法委員会) の作業部会においてハーグ統一売買法をもとに審議を行い草案を作成し(一九七〇年～七七年)、これをUNCITRAL全体会議でさらに審議して(一九七七年～七八年)「UNCITRAL一九七八年草案」を採択、事務局注釈 (Secretariat Commentary) とともに発表した(一九七八年)。これを受けて一九八〇年にウィーンで開催された外交会議において、七一条が属する私法部分はまず第一委員会で三八回にわたって審議され、ここで採択された最終草案はさらに総会で一回にわたる最終的な審議を経た後に、同年四月一〇日に「国際動産売買契約に関する国連条約」として採択された。

それでは、七一条に関する議論の様子を順に見ていくことにしよう。

### 一 UNCITRAL作業部会での審議

UNCITRAL作業部会では、主として次の二点が議論された。第一に、EKG七三条は履行停止権の要件として、「相手方の経済状態が……困難になってきてしていると認められる」と規定していたが、これは非常に主観的かつ曖昧であるため濫用の恐れがあるとの批判が出された<sup>(9)</sup>。そこで、危殆化事由を「相手方の履行能力または信用状態の重大な低下もしくは履行準備行為または現実の契約履行行為」と具体的に規定するとともに拡張を図る一方で、履行能力または信用状態については「重大な低下」を要件とすることにより、単なる「悪化」よりも厳格にした<sup>(10)</sup>。

第二に、履行停止権の行使の手續やその後の法律関係の処理について検討された。そこでは、①売主は現実の危険な状態から保護される必要があるが、②他方で買主は売主の危惧を知る必要がある、③売主の履行は、買主が供給後の代金支

「契約危殆」状態における履行確保(二・完) (松井)

私の保証を提供するまでだけ停止されるべきであるといった意見が出され、結局、履行停止の通知義務、履行の適切な保証が提供された場合の履行義務、および通知から合理的期間内に適切な保証が提供されなかった場合の解除権が新たに追加された。<sup>(12)(13)</sup>

## 二 UNCITRAL 全体委員会での審議

全体委員会では、まず先の草案四七条一項は当事者の主観的判断に基づくものであり、しかも当事者に過大な権利を与えすぎであるとして、この規定を削除すべきとの提案<sup>(14)</sup>が出された。しかし、「通常の取引における契約当事者の関心事は、履行期が到来すれば相手方は現実に債務を履行するであろうということであり、本条はこれを反映している。相手方がその義務の本質的部分を履行しないであろうと推断する重大な根拠がある場合は、相手方が履行するという適切な保証を与えるまで自己の義務の履行を停止するのを認めることが適切である。相手方が義務を履行することができるのであれば、必要な保証を提供するのは彼にとって困難ではないであろう」との意見が多数を占め、<sup>(15)</sup>この規定を維持することが決定した。

続いて、相手方がその義務の本質的部分を履行しないであろうことが「明瞭 (clear)」な場合にのみ本条の履行停止権が認められるべきという提案<sup>(16)</sup>が出された。しかし、相手方が契約の基本的違反を犯すであろうことが「明瞭 (clear)」であれば、草案四九条 (履行期前の契約違反)<sup>(17)</sup>に基づいて契約を解除することができることになるため、それよりも緩やかな基準にすべきであるとして草案が維持された。<sup>(18)</sup>

さらに、二項第二文の解除権に関する部分を削除すべき提案<sup>(19)</sup>が出された。これは、個々の場合において何が「適切な保証」になるのかにつき当事者間で見解の相違が生じることがあるため、解除権は「適切な保証」を与えないことから自動的に

導かれるべきではなく、四九条の要件が満たされた場合、すなわち「当事者の一方が基本的違反を犯すであろうことが明瞭」な場合にのみ導かれるべきという理由に基づくものであった。結局、この提案が採用され、履行期前の一方当事者の解除権については四九条によって規律することになった。<sup>(20)</sup>

このような議論を経て成立した一九七八年UNITRAL草案六二条は、次のように規定していた。

「(1) 契約締結後における、相手方の履行能力もしくは信用状態の重大な低下 (deterioration)、または履行準備行為もしくは現実の契約履行行為が、相手方がその義務の本質的部分を履行しないであろうと推断させるにつき十分な根拠を与える (gives good grounds to conclude) が故に、当事者が履行を停止することが合理的な場合は、当事者は履行を停止することができる。」

(2) 本条一項に掲げた根拠が明らかになる前に売主が既に物品を発送した場合は、たとえ買主が当該物品を取得する権利を付与した文書を保持しているとしても、売主は買主に対する物品の引渡しを阻止することができる。本項は、売主と買主の間の物品の権利のみに関連する。

(3) 履行を停止した当事者は、物品の発送の前後を問わず、直ちにそのことを相手方に通知しなければならず、相手方が履行の適切な保証 (assurance) を提供した場合は履行を継続しなければならない。<sup>(21)</sup>

### 三 ウィーン外交会議での議論

一九八〇年三月二七日の第一委員会第二六回会議において、西ドイツが草案六二条一項の「低下 (deterioration)」を「欠如 (deficiency)」に替える等の修正案を提出した。<sup>(22)</sup> これは、履行能力等の低下が契約締結前に存在していたがそれが締結後に明らかになった場合をも含ましめることを意図したものであった。この修正案が採択され、二項三項は一九七八年草

案のまま採択されたため、草案六二条は一旦は採択された。ところが、同年四月三日の第三四回会議においてエジプトが審議再開の動議および次のような修正案を提出した。<sup>(23)</sup>

「契約の履行期前に、当事者の一方が重大な契約違反を犯すであろうことが判明した場合は、相手方は、合理的期間内にその義務の定められた履行の適切な保証を供与しないときは自己の義務の履行を停止する意図を通知することができる。通知を受けた当事者が前項に定める保証を供与しない場合は、相手方は契約を解除することができる。<sup>(24)</sup>」

その要旨の第一は、履行停止権に関する規定(草案六二条)と履行期前の履行拒絶に基づく解除に関する規定(同六二条)をひとつにまとめ、債務者が履行停止をされる前に保証を供与できるよう通知義務を課し、保証が供与されなかった場合に解除権を認めることであつた。第二は、履行停止の要件である「推断させるのに十分な根拠を与える」という基準は主観的すぎるとして、「判明した(become apparent)」という文言にすべきであるというものであつた。

この修正案は、第一の点について、履行停止は予防的・一時的なものであるから基本的違反という極端な場合にしか停止を認めないのは妥当でない等の意見<sup>(25)</sup>が出され、結局一九対一九で否決された。しかし、第二の点については賛成する国もあつたため、臨時作業部会が設置され、そこでこの規定について再検討することが決議された。

こうして、四日後の第三七回会議において臨時作業部会は草案を提出したが、これはUNCITRAL草案六二条とほとんど同じものであつた。<sup>(26)</sup> そのため、「明らかに<sup>(27)</sup>なつた(it appears)」という表現を「明瞭になつた(it is clear)」にすべきであるとの提案<sup>(27)</sup>が出されるなど、ここでも基準の客観化を巡つてさまざまな意見が出された。しかし、解除よりも履行停止のほうが容易に認められるようにすべきであるのに六三条と同じ「明瞭である(it is clear)」という表現にすると六二条と六三条の間に相違がなくなってしまうとの意見<sup>(28)</sup>が出され、結局この部分は「判明した(become apparent)」とする<sup>(28)</sup>



とで落ち着いた。その他、六二条の「履行を停止することが合理的な場合には」という文言が削除され、草案六二条が採択された。

その後、ウィーン外交会議総会においても個々の文言について若干の議論があったが、結局、第一委員会が採択された草案六二条が条約七一条として採択された。

こうして成立したC I S G七一条は、次のとおりである。

「(1) 契約締結後に、次に掲げるいずれかの事由により、相手方がその義務の本質的な部分を履行しないであろうことが判明した場合には、当事者は自己の義務の履行を停止することができる。

(a) 相手方の履行能力または信用状態の重大な欠如。

(b) 契約履行の準備またはその履行それ自体における相手方の行為。

(2) 前項に規定する事由が明らかになる前に、売主が既に物品を発送していた場合には、たとえ買主が物品を取得する権利を付与する証券を有するときであっても、売主は買主への物品の引渡しを阻止することができる。本項の規定は、売主と買主の間における物品の権利のみに関係する。

(3) 物品の発送の前後を問わず、履行を停止した当事者は、相手方に対して直ちに履行停止の通知をしなければならず、かつ相手方がその履行につき適切な保証を供与したときは、履行を継続しなければならぬ。<sup>(29)</sup>」

### 第三款 小 括

以上、ウィーン国連売買条約七一条の起草過程を概観してきたが、そこでの議論の要点を拾い出すと次のようになる。

「契約危殆」状態における履行確保 (二・完) (松井)

第一に、ハーグ統一売買法七三条においては、要件が相手方の経済状態の悪化に限定されており、しかも当事者の主観的な判断で履行停止ができるかのような表現が用いられていた。この点が、国際取引において履行停止される立場に立たされる可能性の高い発展途上国側から厳しく批判され、要件の明確化、客観化をめぐる激しい議論が行われた。もつとも、解釈論としてはハーグ統一売買法七三条においても既に客観的基準に従って停止事由の存否を判断すべきことが説かれていたため、内容的に変更があったというわけではなく、濫用の恐れのない客観的な表現に改められたにすぎない<sup>(30)</sup>。

第二に、履行停止権に関する七一条を履行期前の履行拒絶に基づく解除権に関する七二条を別々に規定し、あえて連動させることをしなかった。そのため、七一条の「義務の重要な部分を履行しない」と七二条の「重大な契約違反」とは同義なのか否かなど、両規定の關係に曖昧さが残った。とりわけ、履行を停止された当事者が履行の適切な保証を供与しなかった場合には履行停止権者は七二条に基づいて契約を解除することができるのかどうかという重要な問題が解決されなのまま残されることになった。

第三に、停止事由の発生時期について、一九七八年草案六二条においては、契約締結後に発生したことを要件としていたが、国際取引においては契約締結時には相手方に関する正確な情報を入力することができない場合もあるとの理由から、契約締結後に停止事由が「判明」したことで足りることになった。この点では、結果的にはハーグ統一売買法七三条が維持されたことになる。

第四に、履行停止権を行使した場合には、権利行使の旨を相手方に直ちに通知すべき義務を七一条三項に新たに規定した。これは、相手方に対応策を講じる機会を与えるためであると説明されている。

それでは、このような起草過程での議論を踏まえて、条約成立後の七一条に関する解釈論の現状を次に概観することに

する。

- (4) *Projet d'une Loi Internationale sur la Vente* S.D.N. (1935) -U.D.P.-*Projet I. E. Rabel, Das Recht Des Warenkaufs, 2 Band* (1958) S. 374ff.
- (5) *Projet d'une Loi Uniforme sur la Vente Internationale des Objets Mobiliers Corporels* U.D.P. 1939 - I (2), Rome (1951). E. Rabel, a.a.O. (Fußn. 4), S. 395ff. 履行停止権については七三条ないし七五条に規定されている。
- (9) *Projet d'une Loi Uniforme sur la Vente Internationale des Objets Mobiliers Corporels. Nouveau Texte élaboré par la Commission Spéciale nommée par la Conférence de la Haye sur la Vente. La Haye 1956. E. Rabel, a.a.O. (Fußn. 4), S. 416ff. 履行停止権については八二条ないし八四条に規定されている。*
- (7) 条文の翻訳に当たっては、北川善太郎「有体動産の国際売買についての統一法」比較法研究三〇号（一九六九年）一〇一頁以下、曾野山手・前掲註（一）二二七頁註一、二二二頁註二を参考にした。
- (8) 曾野山手・前掲註（一）一六頁以下、事項索引一〇頁以下を参照。
- (9) Honold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales* 166. para. 50. and 184. para. 93 (1989) [hereinafter cited as DH].
- (10) DH, 231. para. 174.
- (11) *Id.* at 167. para. 57.
- (12) *Id.* at 231. para. 174.
- (13) 作業部会において採択された草案四七条は、次のとおりである。
  - (1) 契約締結後に、相手方の履行能力または信用状態の重大な低下もしくは履行準備行為または現実の契約履行行為が、相手方がその義務の本質的部分を履行しないであろうと推断するにつき合理的根拠を与える場合には、一方当事者はその義務の履行を停止することができる。
  - (2) 一項に規定された根拠が明らかになる前に売主が既に物品を発送している場合は、たとえ買主が当該物品を取得する権

「契約危殆」状態における履行確保（二・完）（松井）

利を付与した文書を保持していたとしても、売主は買主への物品を引渡しを阻止することができる。

(3) 履行を停止した当事者は、物品の発送の前後を問わず、直ちに相手方にそれを通知しなければならず、相手方が履行の適切な保証を提供した場合は履行を継続しなければならない。通知から合理的期間内に相手方が保証を提供しない場合は、履行を停止した当事者は契約を解除することができる。」

DH, 203 and 250. para. 99.

(14) DH, 346. para. 400.

(15) *Id.* at 347. para. 402.

(16) *Id.* at 347. para. 404.

(17) UNCITRAL 作業部会が採択した草案四九条は次のとおりである。

「契約の履行期前に、当事者の一方が基本的違反を犯すであろうことが明瞭である場合は、相手方は契約の解除を宣言する」とが認められる。」

DH, 348. para. 428-431.

(18) DH, 347. para. 406.

(19) *Id.* at 347. para. 416.

(20) *Id.* at 347. para. 420.

(21) *Id.* at 348.

(22) United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Official Records 374. para. 42 (1981) [hereinafter cited as OR].

(23) OR, 419. para. 53.

(24) *Id.* at 129. para. 10.

(25) *Id.* at 420. para. 3. (Italy)

(26) 臨時作業部会が提出した案は次のようなものであった。

「契約締結後に、次に掲げるいずれかの事由により、相手方がその義務の本質的部分を履行しないであろうことが明らかになった (it appears) ときは、履行を停止することが合理的な場合は、当事者は自己の義務の履行を停止することができる。

(a) 相手方の履行能力またはその信用状態の重大な欠如

(b) 契約履行の準備または履行自体における相手方の行為」

OR, 130. para. 14.

(27) OR, 431. para. 97. (Ghana)

(28) *Id.* at 431. para. 104-105. (U.S.A., Norway)

(29) 条文の翻訳に当たっては、曾野山手・前掲註(1)資料編四一頁を参考にした。

(30) Dölle/Huber, Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht (1976), Nr. 7 zu Art. 73EKG; Staub/Koller, HGB Großkommentar. 4. Aufl. (1984), Nr. 532 zu Art. 73EKG. ハーグ統一売買法の起草過程でも同様に解されていた。Otto Riese, Der Entwurf zur Internationalen Vereinheitlichung des Kaufrechts, § 82, RabelsZ22 (1957) S. 89.

(31) もともと「判明した (become apparent) (七一条) と「推断させるにつき十分な理由を与える (gives good grounds to conclude)」(七八年草案六二条) との間の相違はあまり重要ではないとの見解もある。Strub, *The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries*, 38 Int'l & Comp. L.Q. 492 (1989) [hereinafter cited as Strub]; Ziegel, *The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives*, in: Galston/Smit, *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 9-34* (1984) [hereinafter cited as Ziegel].

### 第三節 理論的根拠

学説においては、CISG七一条の履行停止権は、約束した反対給付がなされないであろうことが十分に認識できる限りにおいては自己の給付する必要がないという、契約の両当事者の義務の対価関係に基づくものであると考えられている。<sup>(32)</sup>

「契約危殆」状態における履行確保(二・完)(松井)

さらに、予期される損害の回避という視点から履行停止権を説明する説もある。<sup>(33)</sup> それによれば、自己の給付を履行した後に現実に相手方の不履行が生じた場合には、確かに損害賠償として既履行分が填補されることになるが、それには不確実性や煩雑さや費用を伴う。そこで、将来において相手方の不履行が生じることが予見できる場合には、このような浪費を回避するためにも履行停止権が認められるというのである。

しかし、先履行の合意がある場合や、履行自体は同時であっても履行のための準備を先に行うことを約した場合には、その合意の拘束力との関係が問題となる。すなわち、このような合意があるにもかかわらず、両債務の対価関係といった双務契約の性質や債権者の損害の回避が優先されるのかが問われなければならない。

この点についての解答の手がかりを与えているのは、先に見た七一条の起草過程における議論である。UNCITRAL 全体委員会での審議過程において、七一条の前身である草案四七条を削除する提案が出されたが、これに対して「通常取引における契約当事者の関心事は、履行期が到来すれば相手方は現実に債務を履行するであろうということであり、本条はこれを反映している。」<sup>(34)</sup> という見解が多数を占め、結局、同条を維持することが決定した。つまり、起草者は、相手方が契約を履行することに対する一方当事者の期待を保護することを意図していたのである。そして、一方当事者のこのような期待が裏切られた場合には、当該当事者の損害を防止するために、双務契約の対価関係の発現たる履行停止権を認めるのが「適切である」<sup>(35)</sup> と考えていたのだと思われる。<sup>(36)</sup>

(33) Caemmerer/Schlechtriem/Leser, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 2. Aufl. (1995) [hereinafter cited as Caemmerer/Schlechtriem/Leser] Nr. 4 zu Art. 71; Staudinger/Magnus, Staudingers Kommentar zum BGB, Wiener UN-Kaufrecht

- (CISG) (1994) [hereinafter cited as Staudinger/Magnus] Nr. 5 zu Art. 71; Honssell/Schnyder/Straub, Kommentar zum UN-Kaufrecht (1997) [hereinafter cited as Honssell/Schnyder/Straub] Nr. 2 zu Art. 71.
- (33) Staudinger/Magnus, Nr. 5 zu Art. 71.
- (34) DH, 347. para. 402.
- (35) *Ibid.*
- (36) Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht (1996) [hereinafter cited as Schlechtriem, 1996] Nr. 256. は本条を *clausula rebus sic stantibus* の思想の具体化であり行為基礎の脱落または変更の帰結を含んでいるという。

#### 第四節 要件

これまで見てきたように、CISG七一条の起草過程においては、法的効果が及ぼす影響の重大さを考慮して、要件の明確化、客観化が強く意識されてきた。しかしながら、「義務の本質的な部分を履行しないであろうこと」といった表現にはなお曖昧さが残り、とりわけ履行期前の履行拒絶に基づく解除を規定した七二条との関係が不明確なままになっていく。さらに、効果についても、七一条により履行を停止された当事者が請求に応じて保証を供与しなかった場合、履行停止権者は契約を解除することができるのか否かにつき、条約は何ら規定していない。すなわち、七一条三項の「適切な保証」の不供与が七二条の「基本的な契約違反を犯すであろうことが明瞭である場合」に当たるといえるのかどうかという問題である。これら諸点はいずれも履行停止権にとって非常に重要な問題であり、CISG七一条の要件論を概観することは、わが国において履行停止権を考えるに当たっても大いに参考に値すると思われる。

第一款 相手方の本質的な義務違反の恐れ

CISG七一条が掲げる要件の中核をなすのは、「相手方がその義務の本質的部分を履行しないであろうことが判明した」ことである。他方、履行期前の履行拒絶に基づく解除に関する七二条は、「相手方が本質的な契約違反を犯すであろうことが契約の履行期前において明瞭である場合」には当事者は契約を解除することができる旨規定している。ここで、二つの問題が生じる。第一は、七一条の「義務の本質的部分を履行しない (not perform a substantial part of his obligations)」と七二条の「本質的な契約違反 (commit a fundamental breach of contract)」との差異、すなわち義務違反の程度に関する問題、第二は、不履行の恐れが「判明した (become apparent)」(七一条)と「明瞭である (clear)」(七二条)との差異、すなわち義務違反の蓋然性の程度に関する問題である。

一 義務違反の程度

CISG七二条においては、履行期前の契約解除の要件として、相手方が「本質的な契約違反」を犯す恐れが挙げられている。ここで「本質的な契約違反」とは、債権者にとって契約の履行に対する利益がもはや存せず、かつ債務者がこれを認識し得るほどに重大なものでなければならぬ<sup>(37)</sup>。すなわち、当該違反が現実に生じた場合には四九条(買主の解除権)または六四条(売主の解除権)に基づいて解除権が生じるような契約違反の恐れがなければならぬ<sup>(38)</sup>。七一条の「義務の本質的部分を履行しない」ことがこれとどのような関係にあるのが問題となる。

これにつき学説の多数は、七二条よりも七一条のほうが義務違反の程度は低いと解している。すなわち、相手方の義務違反が本質的ではあるが解除権を生ぜしめるほど本質的でない場合に履行停止権が認められるという<sup>(39)</sup>。その理由の第一は、起草過程においてエジプトの修正案が否決されたことである<sup>(40)</sup>。すなわち、エジプト案は、履行停止の意思表示と解



除の双方を「基本的な契約違反」の恐れが判明したことに係らしめていた。しかし、前述のように、この修正案は、履行停止は予防的・一時的なものであるから基本的違反という極端な場合にしか停止を認めないのは妥当でない等の理由で否決された。従って、起草者の意思としては、七二条の「基本的な契約違反」よりも七一条の「義務の本質的部分を履行しないこと」を義務違反の程度の低いものと理解していたのではないかと考えられるという。理由の第二は、両者の法的効果の違いである。<sup>(41)</sup>すなわち、七二条の効果は契約関係の終局的な解消である解除権であるのに対して、七一条の場合は単なる一時的な履行停止権である。このように、法的効果の重大性に違いがあるのであるから、それに合わせて要件にも程度の差を設けるのが妥当であるという。

## 二 義務違反が生じる蓋然性の程度

CISG七二条においては、基本的な契約違反が生じるであろうことが履行期前において「明瞭である (clear)」ことが要件とされている。ここでの義務違反が生じる蓋然性の程度は、<sup>(42)</sup> 確実という程度に限りなく近い蓋然性までは要しないが一般に理解される非常に高度な必然的蓋然性を要すると解されている。

そして、学説の多くは、七一条で要求されている不履行の恐れが「判明した (become apparent)」こと<sup>(43)</sup>の程度はそれよりも低い蓋然性で足りると解している。その理由としてまず挙げられるのは、ここでも起草過程の経緯である。<sup>(44)</sup>すなわち、エジプト案は基本的な契約違反の恐れが「判明した (become apparent)」ことを履行停止の意思表示と解除の共通の要件としていたが、最終的にこれが否決されたという点である。第二に、起草過程におけるフランス語版の「il apparait」の英訳をめぐる議論の中で「it is clear」よりも「it becomes apparent」のほうがよいとされたことが挙げられている。<sup>(45)</sup>これは、履行停止のほう<sup>(45)</sup>が穏便な救済手段であることから、解除の要件よりも履行停止の要件を緩やかにしよう<sup>(45)</sup>と意図したものと

考えられている。第三に、当初は履行能力が欠如していたりまたはそのような外観を呈していたりしても、後になって状況が明らかになつたり当初の履行障害事由が変化するなど履行が可能になることもあり得るし、七一条三項は保証の供与があつた場合には履行を継続しなければならぬ旨規定していることから、将来の不履行が確定的になる必要はないといふ。<sup>(46)</sup> 第四に、違反の程度におけると同様に、法的効果の深刻さの程度が七一条と七一条とでは異なるのであるから要件もそれに合わせるべきとの理由も挙げられている。<sup>(47)</sup> 第五に、違反の蓋然性の程度に差異を設けないと、三四条二文および三七条に基づく売主の治癒権が空洞化してしまうとの指摘も見られる。<sup>(48)</sup> この見解は七一条の「基本的な契約違反」の要件を緩和すべきではないという観点からのものであるが、これを緩和しすぎると履行期前の不完全な文書の交付または物品の引渡しによつて将来の基本的な契約違反の恐れを満たすことになり、七一条に基づいて解除権が発生してしまい、治癒権に関する規定が意味を失つてしまうといふ。

これに対して、七一条と七一条とで不履行の蓋然性の程度に差異を設けるのは実際的ではないとする見解も見られる。<sup>(49)</sup> それによれば、七一条三項では履行拒絶の意思が明確な場合には履行期前の契約違反になる旨が規定されているが、債務者は履行期までは常に翻意する可能性があるため、七一条のほうは七一条よりも高度な蓋然性を要求しているとは言えない。<sup>(50)</sup> さらに、七一条二項は、いずれかの分割供給部分についての一方当事者の何らかの義務の不履行が将来の分割供給につき基本的な契約違反の発生を「推断させる十分な根拠」を相手方に与える場合には、相手方は契約を解除できる旨規定しているが、この「推断させる十分な根拠」という表現は七一条の基になつた一九七八年草案六一条と同様である。従つて、分割供給契約の解除に関する七一条二項とも差異を設けるのは妥当でないといふ。<sup>(51)</sup> 結局、この見解によれば、七一条一項、七一条一項および七一条二項における不履行の恐れを蓋然性には程度の差は存在しないことになる。

## 第二款 義務違反の恐れの原因

C I S G 七一条一項は、将来の本質的な義務違反の恐れを生ぜしめる事由として、(a)相手方の履行能力または信用状態の著しい欠如、および(b)契約履行の準備または履行それ自体における相手方の行為を挙げている。

まず、(a)号の履行能力または信用状態の欠如のうち、前者には、典型的には物品の製造や調達の見込みがなくなったことなど債務者の側の技術的・経済的な障害原因が含まれる。さらに、戦争、ストライキ、ボイコット、自然災害、輸出入の禁止など当事者の支配領域を超える事由を挙げることができる。<sup>(52)</sup> 後者に含まれるものとしては、和議、破産その他の清算手続の開始、債務者の支払いまたは供給の停止などを挙げることができる。<sup>(53)</sup> 分割供給契約において各回の分割供給を遅滞したことは、それ自体では信用状態の欠如を示すものではないが、それが度重なると信用状態の欠如と評価される。買主が別の契約につき代金支払を遅滞しているということは、当該契約の履行とは直接関連しない事柄ではあるが、信用状態の重大な欠如を示すことがあり得る。<sup>(54)</sup> また、あるひとつの事情だけでは不十分であるがそれらが複数重なって全体として信用状態の欠如と評価されることもある。<sup>(55)</sup>

他方、(b)号の履行準備行為または履行行為自体の瑕疵には、必要な準備手続(必要な材料の調達、資格や許認可の取得)を適時に行わなかったことや、不適切な原料の使用、不適切な輸送手段の使用、不完全な梱包、指示の不備などが挙げられる。<sup>(56)</sup> 例えば、売主が別の買主に対して欠陥品を供給したというだけでは買主は履行停止権を取得し得ない。しかし、当該欠陥品を供給した原因が特定の鉙脈から産出された鉙物を用いたことにあつたという場合において、売主が同じ原料を用いて当該買主に供給するための目的物を製造した時は、売主が当該買主にも同様の欠陥品を供給するのではないかと推断することに対する正当な根拠を買主に与え、従って買主に履行停止権が認められる。<sup>(57)</sup>

このように、規定の形式としては(a)号か(b)号のいずれかに該当する事由のみが履行停止権を生ぜしめるということになっているものの、全ての事由が(a)号か(b)号のいずれかに該当するため、結局、相手方の本質的な義務違反の恐れが生じた場合にはその原因を問わず履行停止権が認められることになる。<sup>(58)</sup>

これら諸事由が生じたことにつき当事者の故意過失の有無は問題にならない。<sup>(59)</sup> これは、故意過失を契約違反の要件にしていないCISGの立場に対応したものである。<sup>(60)</sup> もっとも、故意過失によらない事由によって本質的な義務違反の恐れが生じた場合であっても、七九条により履行停止されることを免れることはできない。<sup>(61)</sup>

これら諸事由が存することから将来の本質的な義務違反が生じるであろうと結論づけたことが妥当であるか否かは、同じ部類に属する合理人が同じ状況の下でしたであろう理解(八条二項)を基準に客観的に判断される。<sup>(62)</sup> 単なる主観的な不安では足りない。

最後に、これら諸事由が契約締結後に判明したことが要件となっている。つまり、契約締結時既に本質的な義務違反の恐れを生ぜしめるような事由が存在していたとしても、それが締結後に判明したのであれば履行停止が認められる。起草過程においては、契約締結時における履行能力欠如は錯誤の問題であり、本条約の射程外であるとの反論もあった。<sup>(63)</sup> しかし、隔地者間の取引になることが多い国際取引においては相手方の履行能力等に関する情報を十分に入手できないことがある<sup>(64)</sup> といった意見が受け入れられた形でこの規定が成立した。従って、当該事由が契約締結時に客観的に認識可能だった場合には、たとえ当該当事者がそのことを知らなくても、履行停止権は成立しない。<sup>(65)</sup>

### 第三款 停止の通知

履行を停止した当事者は権利行使の旨を直ちに通知しなければならない（七一条三項）。この通知義務は情報提供義務および配慮義務の一種であり、当事者による契約の自己責任的な形成および遂行の基礎をなす<sup>(66)</sup>。すなわち、相手方に履行停止の旨を通知することによって、相手方に保証を供与するなどの対応策を講じる機会を保障し、相手方の損害を防止・軽減することを目的としている<sup>(67)</sup>。と同時に、危機に瀕した契約関係を正常に戻す契機を与えるものとしても機能する<sup>(68)</sup>。こゝでの通知の内容は、三項によれば履行停止の旨のみで足り、履行停止の根拠たる危殆化原因や、適切な保証を供与すれば履行を継続するなどといったことを示す必要はない<sup>(69)</sup>。しかし、右のような通知義務の趣旨に鑑みると、履行停止の根拠たる危殆化原因を示すことも重要であり、国際取引における誠実の要請（七条）に基づいてこれが要求される可能性を指摘する見解もある<sup>(70)</sup>。

ところで、通知義務に関して解釈論上問題になるのは、通知義務は履行停止権が有効になるための要件なのかどうかである。学説においては、これを要件と捉えない見解（非要件説）<sup>(71)</sup>が有力である。それによれば、通知は単に、適切な保証供与によって契約違反の恐れに対する疑念を払拭する機会を債務者に与えるのみである。通知がなされなかった場合には、もし直ちに通知されていたならば適切な保証を供与していただであろうことを債務者が証明することができたときは損害賠償請求権（三三条、四五条一項b号、七四条）<sup>(72)</sup>を取得し、さらに通知が遅滞したことが基本的な契約違反になる場合には契約解除権（三三条、四五条一項a号、四九条）を取得することもあるが、履行停止権それ自体の効力には影響を与えない。これに対して、通知をしなければ履行停止は無効であり、履行を停止した当事者は契約違反を犯したことになるとの見解もある<sup>(73)</sup>。それによれば、通知義務違反と履行停止とを分離して、前者の違反から生じた損害のみを独立して清算するこ

とはできない。通知義務違反は契約障害体系と密接に結びついており、履行停止が不当であることと併せて全体として契約違反になり損害賠償請求権を生ぜしめると理解すべきである。このように解することによって確かに履行停止権の運用の容易さが制限されるかもしれないが、これは契約の自己責任的形成の基礎をなす相互の情報提供義務の最も重要な役割にも合致する。通知が事後的に行われた場合には、履行停止権は将来に向かつてのみ効力を生じると解すべきであるという。

- (37) Vgl. CISG Art. 25.
- (38) Staudinger/Magnus, Nr. 7. zu Art. 72.
- (39) Bianca/Bonell/Bennett, Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention, § 2.4 and § 3.1 to Art. 71 (1987) [hereinafter cited as Bianca/Bonell/Bennett]; Piltz, Nr. 250; Schlechtriem, 1996, Nr. 262.
- (40) Schlechtriem, Uniform Sales Law 93-94 (1986) [hereinafter cited as Schlechtriem, 1986]; ders, Einheitsches UN-Kaufrecht (1981), S. 86 [hereinafter cited as Schlechtriem, 1981]; Strub, 494.
- (41) Schlechtriem, 1981, S. 86; ders, 1986, at 93-94; Strub, 494; Staudinger/Magnus, Nr. 15 zu Art. 71.
- (42) Caemmerer/Slechtriem/Leser, Nr. 12 zu Art. 71.
- (43) Schlechtriem, 1996, Nr. 262. 契約制度の規範性は差異を設けるべきとの意見があった。OR, 432. para. 104-105. (U.S.A., Norway)
- (44) Strub, 493-494; Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention 388 (2d. ed 1991) [hereinafter cited as Honnold].
- (45) Strub, 493-494; Honnold, 388; Bianca/Bonell/Bennett, § 3.2 to Art. 71, § 2.2 to Art. 72.
- (46) Strub, 493-494; Honnold, 388.

- (47) Staudinger/Magnus, Nr. 9 zu Art. 72; Caemmerer/Schlechtriem/Leser, Nr. 17 zu Art. 71; Reinhart, UN-Kaufrecht (1991) [hereinafter cited as Reinhart] Nr. 1 zu Art. 72.
- (48) Staudinger/Magnus, Nr. 9 zu Art. 72.
- (49) Schlechtriem, 1981, S. 89; ders, 1986, at 96.
- (50) Schlechtriem, 1981, S. 89; ders, 1986, at 96.
- (51) Schlechtriem, 1981, S. 89; ders, 1986, at 96.
- (52) Secretariat Commentary on the 1978 Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1978) [hereinafter cited as Secretariat Commentary], para. 4 to Art. 62, OR, 52; Staudinger/Magnus, Nr. 24 zu Art. 71; Caemmerer/Schlechtriem/Leser, Nr. 10 zu Art. 71; Reinhart, Nr. 4 zu Art. 71; Strub, p 495; Bianca/Bonell/Bennett, § 2.6 to Art. 71; Piltz, Internationales Kaufrecht (1993) [hereinafter cited as Piltz] Nr. 252; Schlechtriem, 1996, Nr. 258.
- (53) Caemmerer/Schlechtriem/Leser, Nr. 11 zu Art. 71; Staudinger/Magnus, Nr. 25 zu Art. 71; Bianca/Bonell/Bennett, § 2.6 to Art. 71.
- (54) Secretariat Commentary, para. 6. Ex. 62A, OR, 52.
- (55) Staudinger/Magnus, Nr. 25 zu Art. 71.
- (56) Staudinger/Magnus, Nr. 27 zu Art. 71; Caemmerer/Schlechtriem/Leser, Nr. 12 zu Art. 71.
- (57) Secretariat Commentary, para. 6. Ex. 62B, OR, 52.
- (58) Piltz, Nr. 251.
- (59) Reinhart, Nr. 4 zu Art. 71; Reinhart, Zurückbehaltungsrecht und Unsicherheitsrede nach UN-Kaufrecht im Vergleich zu EKG und BGB: in Schlechtriem, Einheitsliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht (1987) [hereinafter cited as Reinhart: in Schlechtriem] S. 377; Caemmerer/Schlechtriem/Leser, Nr. 9 zu Art. 71; Schlechtriem, 1996, Nr. 257; Piltz, Nr. 25; Honsell/Schnyder/Straub, Nr. 29 zu Art. 71.
- (60) Vgl. CISG Art. 25.

「契約危殆」状態における履行確保 (二・完) (松井)

- (61) Staudinger/Magnus, Nr. 13 zu Art. 71; Honsell/Schnyder/Straub, Nr. 29 zu Art. 71.
- (62) Staudinger/Magnus, Nr. 19 zu Art. 71; Caemmerer/Schlechtriem/Leser, Nr. 15 zu Art. 71; Reinhart:in Schlechtriem, S. 381; Reinhart, Nr. 8 zu Art. 71; Strub, 494; Schlechtriem, 1981, S. 89; ders, 1986, at 94; ders, 1996, Nr. 262; Piltz, Nr. 250.
- (63) OR, 376. para. 66. (Mexico)
- (64) OR, 376. para. 64. (Denmark)
- (65) Staudinger/Magnus, Nr. 28 zu Art. 71; Caemmerer/Schlechtriem/Leser, Nr. 14 zu Art. 71; Bianca/Bonell/Bennett, § 3.8 to Art. 71.
- (66) Caemmerer/Schlechtriem/Leser, Nr. 20 zu Art. 71.
- (67) Schlechtriem, 1996, Nr. 267. への趣旨は起算過期から明らかである。See DH, 167. para. 57.
- (68) Vgl. Staudinger/Magnus, Nr. 47 zu Art. 71.
- (69) Honsell/Schnyder/Straub, Nr. 57 zu Art. 71.
- (70) Bianca/Bonell/Bennett, § 2.10 to Art. 71.
- (71) Staudinger/Magnus, Nr. 47 zu Art. 71; Schlechtriem, 1981, S. 87; ders, 1986, at 94; ders, 1996, Nr. 266; Fischer, S. 214f.; Piltz, Nr. 262; Honsell/Schnyder/Straub, Nr. 38 zu Art. 71.
- (72) Honsell/Schnyder/Straub, Nr. 76 zu Art. 71 は、この通知義務は契約上の義務ではないので、四五条一項b号や六一条一項b号の直接適用ではなく類推適用によって損害賠償請求権が認められると説く。
- (73) Reinhart, Nr. 12 zu Art. 71; Caemmerer/Schlechtriem/Leser, Nr. 21, 30 zu Art. 71.

## 第五節 効 果

### 第一款 履行停止

以上の要件を満たした場合は、債権者は全ての義務の履行を停止することができる<sup>(74)</sup> (七一条一項)。ここには、目的物の製造や調達、信用状の開設など履行準備行為の停止も含まれる<sup>(75)</sup>。そして、履行停止の間に当該債務の履行期が徒過したり、



あるいは間近に迫ったりして約定の期日に履行することができなかつたとしても、履行遅滞の責任を免れる。もつとも、履行停止権が消滅した後いつまでに当該債務を履行しなければならぬのか、すなわち停止されていた債務の履行期日はどれだけ延長されるのかについては若干争いがある。一般的には、債権者の履行期日は自動的に停止の期間だけ延長されると解しているが、<sup>(76)</sup>停止の間に行われなかつた給付の準備が必要な限りにおいて履行期日が相当の期間延長されるとの見解も有力に主張されている。<sup>(77)</sup>後者の見解によれば、延長される期間は停止期間よりも長くなるのみならず短くなることもあり得る。<sup>(78)</sup>

なお、この履行停止権は一時的・延期的な権利であるから、先履行義務それ自体を免除するものではない。<sup>(79)</sup>従つて、この権利行使によつて当然に同時履行の關係に戻るといふわけではない。

さらに、一項に規定する義務違反の恐れが物品発送後に判明した場合にも、買主が当該物品を受け取る前であれば、売主は履行停止権を行使することができる(二項)。<sup>(80)</sup>これは、一般に運送差止権(stoppage in transitu)と呼ばれており、イギリス動産売買法四四条ないし四六条やアメリカ統一商事法典二一七〇五条、スカンジナビア売買法三九条など多くの国の法典において明文で規定され、<sup>(81)</sup>またドイツにおいても判例・学説によつて民法三二一条の解釈として認められているものである。<sup>(82)</sup>この権利は、たとえ買主が当該物品の所有権を有していたり、または物品を取得し得る証券を有していたとしても行使することができる。<sup>(83)</sup>

問題になるのは、この権利の第三者に対する効力である。同条二項二文によれば、この権利は売主と買主との間でのみ認められる(二項二文)。<sup>(84)</sup>そうすると、運送人等は、契約上の指示権行使として運送差止が指示された場合には売主との間では買主に物品を引き渡してはならない義務を負うが、<sup>(85)</sup>他方で買主との間では物品の引渡請求に応じる義務を負うこと

になる。従つて、運送人や倉庫業者が買主への物品の引渡しを拒絶すれば買主から損害賠償を請求される恐れが生じ、他方で買主に引き渡せば売主から損害賠償を請求される恐れが生じる。この問題に対して学説は、売主が運送差止権を行使しているにもかかわらず買主が物品を受け取った場合は買主は売主に対して損害賠償義務を負うと解することによつて、<sup>(86)</sup>事実上は買主への物品の引渡しは防止することができるのである。しかし、運送業者等が損害賠償義務を負う危険性は依然として残されており、三者間の関係を理論的に説明することには成功していない。

また、目的物の転得者については、本条約は売買の対象になった物品の権原について契約が及ぼす効果に關与しない(四条b号)ため、これを規律する内国法に拠つて決まると解されている。<sup>(87)</sup>

## 第二款 適切な保証の供与

履行停止権者は、相手方が履行につき適切な保証を供与した場合には履行を継続しなければならない(三項後段)。供与された保証が適切なものか否かは、当該保証が約束した給付または不履行の場合の損害賠償をカバーするか否かを基に判断する。<sup>(88)</sup> 保証の例としては、典型的には人的・物的担保(保証人、担保権など)、撤回不能信用状の開設、供託、物品の権限を表象する証券と引き換えに代金を支払うといった支払条件に変更することなどが挙げられる。しかし、このような法制度上の保証の手段に限らず、広く将来の本質的な義務違反の恐れを払拭し得るものであればよい。例えば、売主が契約に適合した目的物を供給することの保証としては、売主の従来の原料の仕入先が倒産して将来の商品供給が危ぶまれるような場合や従来の目的物に含まれていた瑕疵の原因が目的物の調達先にあるような場合には、新たな仕入先・調達先を確保したこと、製作物供給契約において売主の製造工場が火災等によつて焼失したり、従業員のストライキのために契

約の履行が危ぶまれていたような場合には新たな製造施設を確保したことやストライキが解消したことを売主に示すことでも足りる。<sup>(89)</sup> また、義務違反の恐れを払拭するような保証のみならず、義務違反の結果として損害が生じた場合にそれを賠償する旨の保証、ないしは賠償額の保証でもよい。<sup>(90)</sup> しかし、例えば当該物品を期日通りに買主に供給されなければ買主は莫大な損害を被るといった場合には、売主が義務に違反した場合には売買代金全額を賠償する旨の銀行保証を供与しただけでは保証として適切性を欠く。<sup>(91)</sup>

法的効果について最も大きな問題は、保証の供与を求められた債務者がこれを拒絶した場合、債権者は契約を解除することができるか否かである。すなわち、保証の不供与が七二条一項にいう「基本的な契約違反を犯すであろうことが……明瞭である場合」に当たるか否かである。起草過程でもこの点が意識され、実際に履行停止と解除を連続的に規定する提案がエジプトから出されたが、これは否決されてしまった。もつとも、前述のように、否決された理由は同一の要件の下に履行停止と解除を規定したことや手続の不明確さによるものであって、保証の不供与と解除権との関係が問題になったわけではなかった。結局、起草過程ではこの問題は曖昧なままに終わっていた。

現在の学説の多くはこれを消極的に解している。<sup>(92)</sup> それによれば、保証の不供与それ自体は、履行期前の契約違反が切迫しているという徴憑にすぎず、将来の基本的な契約違反が明瞭であるかどうかの判断に際して考慮されるにとどまる。これに対して、保証の不供与は履行期前の契約違反になり七二条に基づいて解除権が生じると解する見解も見られる。<sup>(93)</sup> また、この点についてはUCC二一六〇九条のように保証供与のための合理的期間を規定し、この期間内に供与しないことを履行拒絶とみなすという形で法改正すべきとの立法論も主張されている。<sup>(94)</sup>

- (74) 曾野＝山手・前掲註(1)二一九頁。
- (75) Staudinger/Magnus, Nr. 30 zu Art. 71; Bianca/Bonell/Benenti, § 2.6 to Art. 71.
- (76) Secretariat Commentary, Art. 62, para. 9, OR, 52; Staudinger/Magnus, Nr. 51 zu Art. 71; Schlechtriem, 1996, Nr. 264.
- (77) Staudinger/Magnus, Nr. 51 zu Art. 71; Homnold, 393; Honsell/Schnyder/Straub, Nr. 63 zu Art. 71.
- (78) Honsell/Schnyder/Straub, Nr. 63 zu Art. 71.
- (79) Staudinger/Magnus, Nr. 30 zu Art. 71.
- (80) 運送差止権については、加藤正治「英法ニ於ケル売主ノ運送品取戻権」破産法研究第五卷(一九三三年)一四九頁、鴻常夫「アメリカ法における売主の取戻権」『菊井先生献呈論集・裁判と法・上』(一九六七年)一八五頁を参照。
- (81) Caemmerer/Schlechtriem/Leser, Nr. 26 zu Art. 71.
- (82) 第三章第五節第四款を参照。
- (83) ハーグ統一売買法七三条三項では、所持人に物品の取得権限を付与する証券の適法な所持人である第三者から物品の引渡しを請求された場合には、原則として売主はこれに従わなければならなかった。
- (84) Caemmerer/Schlechtriem/Leser, Nr. 34 zu Art. 71; Schlechtriem, 1981, S. 87; ders, 1986, at 94.
- (85) Bianca/Bonell/Benenti, § 2.8 to Art. 71.
- (86) Staudinger/Magnus, Nr. 54 zu Art. 71; Bianca/Bonell/Benenti, § 2.9 to Art. 71; Honsell/Schnyder/Straub, Nr. 73 zu Art. 71.
- (87) Staudinger/Magnus, Nr. 54 zu Art. 71.
- (88) Staudinger/Magnus, Nr. 48 zu Art. 71; Schlechtriem, 1981, S. 87; ders, 1986, at 94.
- (89) Homnold, 392.
- (90) Secretariat Commentary, Art. 62, para. 13, Ex. 62F, OR, 53.
- (91) Secretariat Commentary, Art. 62, para. 13, Ex. 62F, OR, 53.
- (92) Caemmerer/Schlechtriem/Leser, Nr. 40 zu Art. 71; Schlechtriem, 1986, at 96; ders, 1996, Nr. 268; Ziegel, 9-35; Strub, 498; Staudinger/Magnus, Nr. 52 zu Art. 71, Nr. 12. zu Art. 72; Honsell/Schnyder/Straub, Nr. 51 zu Art. 71.

(93) Reinhart, Nr. 14 zu Art. 71; ders: in Schlechtriem, S. 382; Homnold, 394. See also Binaca/Bonell/Bennett, § 3.7 to Art. 71.

(94) Strub, 498.

## 第六節 国際取引に関する法の統一の動き——ユニドロア国際商事契約原則およびヨーロッパ契約法原則——

### 一 総 説

本節においては、非立法的な国際商取引に関する法の統一ないし調和の試みとして作成された「国際商事契約原則」(Principles of International Commercial Contracts, 1994: 以下、PICCと略す<sup>(95)</sup>)および「ヨーロッパ契約法原則」(The Principles of European Contract Law, 1995: 以下、PECLと略す)における履行停止権および保証請求権の規定を概観することにする。

これらが対象とする地域的範囲は、前者は世界規模、後者はEUと異なるが、目指しているところやその手法には共通点が多い<sup>(96)</sup>。まず、両原則が対象としている地域には大陸法やコモン・ローなど異なる法制度を有する国が混在しているが、両原則はこのような法制度の違いを超えて妥当する契約原則を目指して作成されている。そのため、作成に当たってはウィーン国連売買条約のほかさまざまな内国法を比較検討し、そこから国際商事契約を規律する最も適切な法規範を抽出するという方法がとられている。また、両原則を作成したのは、前者はユニドロア(UNIDROIT: 私法統一協会)、後者はヨーロッパ契約法委員会<sup>(97)</sup>と、ウィーン国連売買条約のように立法機関によって制定されたものではないので、それ自体直ちに拘束力を有するものではない。しかし、契約当事者の合意により契約を規律する法としてこれらの原則を選択することにより実質的にこれらの原則が適用されることが期待されている。さまざまな内国法が比較検討され、実際にそ

「契約危殆」状態における履行確保(二・完)(松井)

の多くの法制度において見られる法理や法準則を反映しているのはこのためでもある。

従って、国際商事契約のいわば「標準取引約款」になり得るものとして、また世界(ないしEU)の主要な国の法制度の趨勢を反映するものとして、両原則を検討することは有益である。そこで、以下、両原則の履行停止権の規定を概観することにする。

## 二 PICCおよびPECLにおける履行停止権

PICC七・三・四条によれば、相手方による基本的不履行が生じると合理的に確信した当事者は、定められた履行の適切な保証を請求することができ、その間は自己の履行を停止することができる。この保証が合理的期間内に提供されなかった場合は、それを請求した当事者は契約を解除することができる。

PECL三・一〇五条もほぼ同様の規定である。同条一項によれば、相手方による基本的不履行が生じると合理的に確信した当事者は、定められた履行の適切な保証を請求<sup>(98)</sup>ことができ、このような合理的な確信が継続する限り、その間は自己の履行を停止することができる。さらに同条二項によれば、この保証が合理的期間内に提供されなかった場合において、これを請求した当事者が相手方による基本的不履行が生じであろうということをなお合理的に確信しており、かつ遅滞なく解除の通知をなす場合には、契約を解除<sup>(99)</sup>することができる。保証を供与しなかったことは、それ自体現実の基本的不履行と見なされるからである<sup>(100)</sup>。

両規定の目的は、相手方の将来の基本的不履行につき合理的に確信した当事者が負担するリスクないしディレンマを解消<sup>(101)</sup>することにある。すなわち、この当事者が履行期到来を待ち、現実に基本的不履行が生じた場合には重大な損害を被る

ことになる。しかし他方、履行期前の履行拒絶（PICC七・三・三条、PECL四・三〇四条）に基づき契約を解除した後に、将来の不履行の見込みが明らかでなかったと認定された場合には解除した当事者自身が不履行を犯したことになる、損害賠償責任を負うことになってしまう。そこで、このような当事者に保証請求権を認めることによって状況の明確化を図っているのである。このような目的は、次章で検討するアメリカ統一商事法典（UCC）二一六〇九条と同様である。

要件については、①履行停止の原因たる事由には、広く将来の不履行の恐れを生ぜしめる事由全てが含まれること、②この事由が契約締結後に発生したことを要件としていないことについては、CISGとはほぼ同様である。ただ、注目すべきは、不履行の蓋然性の程度および不履行の程度に関して、履行期前の履行拒絶に関する規定との異同が明確になっている点である。まず、不履行が生じる蓋然性の程度については、「合理的な確信（reasonably believe）」で足りるのに対して、履行期前の履行拒絶に基づく解除権に関するPICC七・三・三条においては、「明瞭（clear）」であることが必要である。コメントにおいても、前者においては後者ほど不履行の高度な確実性が要求されないことが明らかにされている<sup>(10)</sup>。他方、不履行の程度については、「両規定とも「基本的不履行」になることが要求されている。こうして、CISG七一条につき争われてきた点に明確な判断が示されている。

効果については、①保証請求権を認めていること、②保証不供与を履行期前の履行拒絶と見なして契約解除権を認めているといった点にCISGとは異なる特徴が見られる。これは次章でみるUCC二一六〇九条と同様であり、CISG七一条における問題点を考慮してUCCの立場を採用したものと思われる。

ところで、PECLにおいては四・二〇一条にも履行停止権の規定がある。同条一項は、いわゆる同時履行の抗弁権を規定しており、二項は、一方当事者は、相手方の履行期日が到来した時に相手方による不履行が生じるであろうことが明

瞭な限りにおいて履行を停止することができる旨を規定している。<sup>(103)</sup> この二項と三・一〇五条を比較すると、まず第一に、不履行の程度について、四・二〇一条のコメントによれば、同条二項の「不履行」とは基本的な不履行を意味することから、<sup>(104)</sup> 三・一〇五条と同じということになる。第二に、不履行の蓋然性の程度については、三・一〇五条においては、起草目的に鑑みれば解除権の要件よりも緩和されるべきものと考えられるが、四・二〇一条二項においては、将来の不履行が「明瞭 (clear)」であることが明文でもって規定されている。効果については、三・一〇五条は履行停止権のほかには保証請求権と保証不供与の場合の解除権が規定されているが、四・二〇一条二項は履行停止権のみである。

このような比較によれば、四・二〇一条二項の要件および効果は三・一〇五条に包摂されてしまうように思われる。しかし、両規定にはその趣旨ないし目的に相違が見られる。すなわち三・一〇五条は、将来の不履行を確信した当事者が負担するリスクないしディレンマを解消することを主たる目的としており、その手段としての保証請求権に重点が置かれている。従って、保証が供与されて契約関係が維持される方向に向かうのか、あるいは保証が供与されずに契約関係が解消の方向に向かうのかは同条の主たる関心ではなく、単に方向づけを明確にすることに関心が向けられている。これに対して、四・二〇一条二項は、専ら契約関係の維持を前提として、公平の見地から一方当事者の履行確保に対する利益保護が<sup>(105)(106)</sup> 目指されている。

(95) PICCの邦訳としては、広瀬久和「ユニドロア (UNIDROIT) 国際商事契約原則 (仮訳)」『星野英一古稀祝賀・日本民法学の形成と課題下』(一九九六年) 一三七―一頁以下がある。

(96) See UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts* (1994) [hereinafter cited as PICC], Introduction and Preamble;



Bonell, An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (1994), Introduction.

- (97) EC (現EU) に妥当する統一契約法を作成することを目的として、Ole Lando を中心とするEC (同) 各国の研究者および実務家によって組織された私的な委員会である。
- (98) 何が適切な保証になるのかについては、債務者の社会的地位や誠実さ、契約関係における以前の行為、履行能力および履行意思に関する不確実性を生ぜしめる出来事の性質などの諸事情によって決まる。従って、場合によっては債務者の履行意思の宣言で足りることもあるし、債務者の履行能力の証拠を要求することが合理的と見なされる場合もある。
- (99) Ole Lando and Hugh Beale, The Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-Performance and Remedies 131 (1995) [hereinafter cited as PECL].
- (100) PECL, § 3.105, Comment. C, at 132.
- (101) PICC, § 7.3.4, Comment. 1, at 188; PECL, § 3.105, Comment. A, at 131-132.
- (102) PICC, § 7.3.3, Comment, at 187, § 7.3.4, Comment. 1, at 188; PECL, § 4.304, Comment. C, at 179.
- (103) PECL, § 4.201, at 165.
- (104) PECL, § 4.201, Comment. C, at 167.
- (105) PECL, § 4.201, Comment. A, at 165.
- (106) しかし、三・一〇五条によっても両当事者の交換的履行は十分に確保されるのであるから、四・二〇一条二項を別個に規定する実益は乏しいように思われる。

## 第七節 小 括

まず、CISG七一条においては、履行停止権と事情変更の原則(ないしそれに類する法理論)との直接的な結びつき「契約危殆」状態における履行確保(二・完)(松井)

は存在しない。むしろ起草過程における議論では、履行期が到来すれば相手方が債務を履行するであろうという一方当事者の期待が考慮されている。そして、起草過程および条約成立後の学説を通じて、履行期前の履行拒絶との関係が論じられているが、ここから本条が契約の不履行の前段階と捉えられていることが窺われる。

このような基本的な思想は、七一条一項が挙げる要件に如実に現れている。その要件の特徴としては、第一に、履行停止の原因たる事由には、実質的には将来の不履行の恐れを生ぜしめる事由の全てが含まれること、第二に、この事由が契約締結後に発生したことを要件としないこと、第三に、危殆化した債務と履行停止をする債務との対価関係を必要としないことである。つまり、相手方の不履行の恐れを生ぜしめる事由があれば、それが相手方の責めに帰すべき事由に基づくものであるか否かを問わず、また当該事由が契約締結時に存在していたものであっても締結後に判明したものであれば履行停止権が認められるし、例えば将来における排他的取引条項の違反の恐れなど付随義務違反の恐れを理由に商品の出荷といった主たる給付義務の履行を停止することもできる。

こうして危殆化原因の態様や発生時期などを問わないこととし、「将来の不履行の恐れ」の程度を唯一の基準とした。これは①義務違反の程度と②義務違反が生じる蓋然性の程度の両面から問題になるが、多数説は、①②の両面において履行期前の履行拒絶の場合よりも程度は低いと解しているが、実際問題として区別が困難であるとの指摘もある。

さらに、履行停止をした当事者に通知義務を課している点に大きな特徴が見られる。この義務は相手方に対する配慮義務ないし情報提供義務の一種と解されており、正常な契約関係への復帰の機会を与えるとともに、履行を停止された当事者が被る損害を軽減するという役割を有している。もともと、この通知義務が履行停止権の要件か否かについては争いがある。

次に、効果の特徴としては、第一に、履行停止権者からの保証請求権を認めておらず、保証の供与を履行停止権の消滅事由として位置づけていること、第二に、履行期前の履行拒絶に関する七二条との連結を避けていること、第三に、停止し得る行為には履行行為のみならず準備行為も含まれることを挙げることができる。

このように、CISG七一条はBGB三二一条のように不安の抗弁権を狭く捉えるのではなく、将来の不履行の恐れという観点から広く履行停止を認めており注目し値するが、問題点も存する。すなわち、要件・効果の両面において、履行期前の履行拒絶に基づく解除権に関する七二条との関係が曖昧になったという点である。

まず、要件については、義務違反の程度やその義務違反が生じる蓋然性の程度が七二条との比較で如何なる関係に立つのかという問題がある。学説においては、両者とも七二条よりも低い程度で足りるとの見解が有力であるが、実際に七一条の要件と七二条の要件とを明確に区別することは困難であるとの指摘もなされている。他方、効果については、保証不供与を履行期前の履行拒絶と見なして契約解除権が生じるか否かが大きな問題として残されている。学説においては、基本的不履行が生じる恐れ（七二条）の徴憑のひとつと捉える見解が有力であり、これによれば他の事情も斟酌したうえで総合的に判断することになるようである。しかし、そうすると契約を解除する当事者は、自らが契約違反を犯すことにならざるかもしれないというリスクを負うことになってしまう。

これらの問題点は、近時の非立法的な国際取引法の統一の動きの中で解決が図られている。PICCおよびPECLにおいては、一方当事者が「相手方による基本的不履行が生じるであろうと合理的に確信した」ことが要件として挙げられており、不履行の蓋然性の程度については履行期前の履行拒絶ほど高度な確実性が要求されていないが、不履行の程度については履行期前の履行拒絶の場合と同様に「基本的不履行」が要求されている。また、効果については、当事者に保証

請求権が認められ、保証の不供与を履行期前の履行拒絶と見なして契約解除権が認められている。

このような解決はアメリカ統一商事法典 (UCC) の規定と同様であり、この影響を受けているものと思われる。また、CISGやドイツ債務法改正委員会の最終報告書もUCCの影響を大きく受けていると言われている。そこで、次章においては、履行停止権 (および保証請求権) の母法ともいえるアメリカ法の状況を概観する。

## 第五章 アメリカ法における履行停止権

### 第一節 総 説

アメリカ統一商事法典二一六〇九条は次のように規定している。

「履行の適切な保証 (assurance) を請求する権利

(1) 売買契約においては、各当事者は、定められた履行を受けることについての相手方の期待を侵害してはならない義務を負う。一方の当事者の履行を不安視する合理的根拠があるときは、相手方は、定められた履行の適切な保証を書面で請求することができ、商業上合理的であれば、この保証を受け取るまで、約定した反対給付をまだ受けていない自己の履行を停止することができる。

(2) 商人間においては、履行を不安視する根拠が合理的であるか否か、および供与された保証が適切であるか否かは、商業上の基準によって決するものとする。

(3) 不適切な給付または支払いの受領をした場合においても、被害当事者は、相手方の将来の履行を受けるための適切

な保証を請求することを妨げられない。

(4) 保証の正当な請求を受けた後三〇日を超えない合理的期間内に、定められた履行について当該事情のもとで適切と認められるような保証を供与しないことは、契約の履行拒絶となる。<sup>(1)(2)</sup>

本条の特徴は、その表題にも現れているように、保証請求権を第一次的な効果として規定し、商業上合理的な場合に、いわば付随的に保証の供与を待つまでの履行停止を認める旨を規定していることである。そして、保証が供与されなかった場合には履行拒絶になる旨を明文で規定することにより、契約違反に基づく救済手段との連結を図っている。さらに、理論的に重要なものは、一項第一文において、定められた履行を受けることに対する契約当事者の期待利益を保護することを明文で規定し、本条の保証請求権および履行停止権の基本的な考え方を示しているという点である。このように、本条はBGB三二一条やCISG七一条と異なる点が多いが、他方で本条がこれらに大きな影響を与えているということも言える。この意味で、履行停止権の母法ともいえるUCC二一六〇九条に関する解釈論を概観することには意義がある。さらに、他の法制度において認められていない保証請求権の適用状況を知るといふ意味においても、重要であると思われる。

(1) 本条の翻訳に当たっては、アメリカ統一商事法典研究会「アメリカ統一商事法典の翻訳(3)」法協八二巻六号(一九六六年)七六三頁以下、澤田壽夫編代『解説国際取引法令集』(一九九四年)一七一頁以下、樋口範雄『アメリカ契約法』(一九九四年)二六五頁以下を参考にした。

(2) 第二次契約法リストイットメントにも同様の規定がある。二二一条は次のように規定している。

「(1) それ自体で二四三条に基づく全部違反に対する損害賠償請求権を債権者に取得させるような不履行による違反を債務者が犯すであろうと信じさせるに足る合理的根拠が生じている場合、債権者は、定められた履行の適切な保証を求めることができ、

「契約危殆」状態における履行確保(二・完)(松井)

かつ合理的な場合には、この保証を受け取るまで自己の履行との交換を合意された物を受け取っていない部分の履行を停止することができる。

- (2) 当該事件の事情から見て定められた履行のそのような保証を債務者が合理的期間内に供与しない場合、債権者はそれを履行拒絶と見なすことができる。」

Restatement of the Law (Second) Contracts, 1981 § 251. なお、条文の翻訳に当たっては松本恒雄「第二次契約法リステイメント試訳(四)」民商九五巻一号(一九八六年)一四二頁を参考にした。

## 第二節 アメリカ統一商事法典二一六〇九条の起草過程<sup>(3)</sup>

UCC二一六〇九条の履行停止権の起源は、コモン・ローにおける留置権 (lien)<sup>(4)</sup> にまで遡る<sup>(5)</sup>。コモン・ロー上、売買契約締結後に買主が支払不能に陥った場合は、売主は、代金が提供されるまで物品を留保することができた<sup>(6)</sup>。この売主の権利は、一九〇六年の統一売買法 (Uniform Sales Act: USA) において五四条一項(b)号<sup>(7)</sup>で明文化された。他方、買主の側にも、同法六三条二項第二文<sup>(8)</sup>により、売主の行為によって売主の履行能力または履行意思がないことが明らかになった場合には、買主は代金の前払いを免除されることが規定された。

その後、USAの改正の形をとりつつ開始されたUCCの起草過程においても、一九三七年の連邦売買法案 (Federal Sales Bill) 四五条一項(c)号<sup>(9)</sup>、一九四〇年の第一草案七二条一項(c)号<sup>(10)</sup>にこの権利は受け継がれた<sup>(11)</sup>。しかし、この時点ではまだ支払不能以外の事由による不履行の恐れについては規定がなく、保証請求権についても規定されていなかった<sup>(12)</sup>。これらは、分割供給契約の本質的な違反に関する規定の整備およびその準用という形で履行停止権と融合し、現在のUCC二一六〇九条になっていったのである。

分割供給契約の本質的な違反に関して、統一売買法四五条二項は「分割して代金を支払うことになっている分割供給の  
売買契約があり、売主が一回またはそれ以上の供給につき瑕疵ある供給を行い、または買主が一回またはそれ以上の供給  
につき供給の受領や代金支払を怠りもしくは拒絶した場合、被害当事者が将来の契約の履行を拒絶して契約全体の違反と  
して損害賠償請求訴訟を提起するのが正当と見なされるほど契約違反が本質的であるか、それとも賠償請求権を生ぜしめ  
た違反を分離することができ、契約全体の違反として取り扱う権利を取得するほどではないかは、個々の場合における契  
約条項および事件の周囲の諸事情によって決定される」と規定していた。<sup>(13)</sup>

しかし、ここでは、当該違反が「本質的」な違反かどうかという困難な問題が生じ、被害当事者がこれを判断しなけれ  
ばならなかったため、被害当事者はデイレンマに陥ることになる。すなわち、当該違反が本質的な違反であるにもかかわ  
らずその判断を誤って契約を継続した場合は、被害当事者自らの損害が増すばかりでなく、損害軽減義務に違反したとし  
て、被った損害の全額の賠償を受けることができなくなる恐れがある。他方、当該違反が本質的な違反でないにもかかわ  
らずその判断を誤って契約全体を解除した場合は、被害当事者自身が契約違反の責任を負うことになる。こうして、分割  
供給契約に違反があった場合には、被害当事者はいずれの判断をするにも危険を犯さなければならなかった。

そこで、このようなデイレンマを解消するために、法改正に際して、保証の供与を媒介とした契約解除権が設けられる  
ことになった。一九四〇年の第一章案五七条二項<sup>(14)</sup>は、まず(a)号において、分割供給契約の一方当事者が本質的な不履行を  
犯した場合には相手方は契約の継続を拒絶することができる旨を規定し、続けて(b)号において、被害当事者が契約の継続  
を拒絶する旨を適切に通知したにもかかわらず、不履行当事者が将来の本質的な違反に対して当該状況の下で合理人を満  
足させるために商業上適切な保証を供与しなかった場合には、被害当事者は契約を将来に向かって解除して契約全体の違

反に対する救済手段を取得することができる旨を規定した。この保証請求の制度は、「安心して契約を継続でき信用できるといふことを契約遵守者に納得させるのが契約違反者の責務である」と<sup>(15)</sup>という考え方に基づくものである。

このように履行停止と解除との間に保証請求を媒介させることによつて解除権の成否が明確になった。これは二つのことを意味する。第一に、不履行当事者の保証不供与という明確な基準によつて解除権が発生するため、被害当事者は安心して契約を解除することができるようになる。この意味で前述のようなディレンマは解消される。第二に、適切な保証が供与された場合には将来の違反の恐れが消滅するため契約関係が維持継続されることになるため、保証請求は紛争を鎮静化し取引関係を再建する契機を提供するものとして機能する。<sup>(16)</sup>

この規定はそのままの形で一九四一年の第二草案四五条一項二項<sup>(17)</sup>に受け継がれ、同草案一六―C条一項<sup>(18)</sup>、四二条四項<sup>(19)</sup>、六一条一項(b)号(c)号および二項(a)号(b)号<sup>(20)</sup>によつて異時履行の契約一般に準用され、履行停止権と連続的に捉えられるに至つた。

このような保証請求制度の拡張の背景には、前述のようなディレンマが履行期前の履行拒絶にもあり、そのために履行期前の履行拒絶法理が有効に機能していないという事情があつた。<sup>(21)</sup> すなわち、コモン・ロー上、履行期前の履行拒絶法理が適用されるためには、履行拒絶の意思が明白かつ確定的でなければならず、債務者の行為から履行期前の履行拒絶が認められるためには、明白かつ確定的な意思を示す積極的な行為が存することが厳格に要求された。従つて、例えば買主の支払不能はそれ自体では履行期前の履行拒絶にはならないと解されて<sup>(22)</sup>いた。このように、将来の履行を不安視させるような状態や意思表示や行為のうち如何なる意思表示や行為が「明白かつ確定的」な履行拒絶なのかを判断するのは非常に困難であつた。しかも、この判断のリスクは履行期前の履行拒絶を主張する当事者(債権者)が負担しなければならなかつた。



すなわち、相手方（債務者）のある行為を履行期前の履行拒絶であると誤って判断して自らの履行をしなかった場合は、債権者自らが契約違反の責任を負うことになる。他方、債務者が履行期前に明白かつ確定的に履行拒絶をしているにもかかわらず債権者がこれを「明白かつ確定的」なものではないと誤って判断し、履行期到来を待つて契約違反を主張した場合には、損害軽減義務に違反したものととして損害賠償額が減額されることになる。このように、債務者が履行拒絶を示すような行為ないし意思表示を行った場合には、債権者はディレンマに陥ることになる。こうして、履行期前の履行拒絶法理は、債権者にとって必要であるにもかかわらず利用しにくいものとなっていた。

そこで、このような草案四五条との類似性に鑑み、履行期前の履行拒絶の成否を確定するための方策として、草案四五条の債権者の保証請求の制度を将来の不履行の恐れがある場合にも導入されることになった。同時に、履行停止権を売主のみならず買主にも認め、発生原因も支払不能のみならず広く将来の不履行の恐れに対する合理的根拠がある場合にまで拡張した。

まず、信用売買につき草案一六〇条一項後段<sup>(23)</sup>は、買主が「履行能力および履行意思の継続に関する不安に対する合理的根拠を売主に与えた場合は、売主は四五条に従い代金支払の本質的な不履行の場合と同様の措置を講じることができる」と規定し、異時履行の契約につき四二条四項<sup>(24)</sup>は「相手方が自己の債務の履行ができないであろうことまたは履行しない意思を明らかにした場合は、先に履行期が到来する履行を留保することができる。その後の手続および救済手段は、四五条に従い分割供給契約の不履行の場合と同様に扱われる」と規定した。

さらに、草案六一一条一項(b)号(c)号および二項(a)号(b)号<sup>(25)</sup>は、買主がまだ受け取っていない契約のあらゆる部分に関して、買主が履行能力および履行意思の継続に関する不安に対する合理的根拠を売主に与えた場合、または一六〇条、四二条、

四五条に規定されているところの履行停止をすることが正当と認められる場合には、売主は、当該物品の所有権を有するか否かに関わらず、買主に通知をしたうえで、代金支払その他の不履行の治癒がなされるまで目的物の特定および引渡しを拒絶することができる旨を規定した。そして、「その他の不履行の治癒」とは、とりわけ四五条に規定されている商業上適切な保証の供与や四二—A条に規定されている適切な履行の追完であると解された。<sup>(26)</sup>

これらの諸規定はその後、整理されて一九四四年最終草案一号九九条<sup>(27)</sup>にまとめられ、この時点では現在の二一六〇九条の形が出来上がった。これに一九五〇年の最終草案において「書面」での保証請求が要件に加えられ、保証を供与するための合理的期間の上限が一〇日から二〇日に伸張されて現在の二一六〇九条になった。<sup>(28)</sup>

(3) UCCの成立過程で現れた草案等については Elizabeth Sussner Kelly, UNIFORM COMMERCIAL CODE Drafts, Vols. I-XXIII, 1984 および Elizabeth Sussner Kelly and Ann Puckett, UNIFORM COMMERCIAL CODE Confidential Drafts, Vols. I-X, 1995 に収められている。See also R.J. 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.Rev. 305, 314-319 (1988-89) [hereinafter cited as Robertson].

(4) lien については、田中英夫「Lien—リーエン—留置権または先取特権」法教六一号（一九八五年）一五二頁以下を参照。

(5) UCC Official Comment [hereinafter cited as O.C.] には、運送差止権 (stoppage in transitu) とも同様の思想を有するとされており、確かに運送差止権の規定が間接的に二一六〇九条に影響を及ぼしたことは十分考えられるが、少なくとも起草過程における草案等には運送差止権の規定の直接的な影響は現れていない。

(6) Wardrop, Jr., *Prospective Inability in the Law of Contracts*, 1936 Min. L. Rev. 380, 387-388.

(7) USA 五四条一項(b)号 買主が支払不能に陥った場合には、物品を占有している代金支払を受けていない売主は、代金の支払いまたは提供があるまで物品の占有を保持する権利を有する。

新堀聰『アメリカ商取引法』（一九六三年）三四一頁以下を参照。

- (8) USA六三条二項 売買契約または売買に基づき、代金が物品の引渡しまたは権利の移転とは無関係に一定の日に支払われることになっており、かつ買主が不当にかかる代金支払を怠りまたは拒絶した場合には、物品の所有権が移転していなくても、また物品が特定されていなくても、売主は代金を請求する訴訟を提起することができる。しかしながら、売主がかかる訴訟において何時を問わず判決前に売主側も売買契約または売買を履行する能力または意思がないことを明示した場合は、このことは当該訴訟に対する抗弁となる。

新堀・前掲註(7)三四八頁を参照。

- (9) I Kelly, *supra* note 3, at 34.

- (10) *Id.* at 245.

- (11) また、この間の一九三二年にアメリカ法律協会(ALI)によって作成された第一次契約法リステイメントにも、二八七条に同旨の規定が見られる。

「二八七条 将来の履行不能が支払不能によって生じた場合

(1) 合意された交換の約束において、相手方が支払不能であるか、破産宣告を受けたか、またはその財産が収益管理人の管理を受けるに至ったか、あるいは破産の申請手続または収益管理人任命申請手続がその者に対して繫属中であることの故をもって、交換物の履行が不確実となったときは、交換物の履行が実行され、または提供され、あるいは担保の供与によって相当に確実になった場合を除いて、約束者は自己の約束の履行につき定められた時期に履行することを要しない。交換物の履行が行われ、または提供され、あるいはこれに対して担保が供与される以前に、約束者が自己の地位に重大な変更を加えしかも当該変更を加えることを相当と見るべきとき、または契約の下において許されるところよりも長い期間が経過するときは、約束者の義務は解消される。

(2) 金銭債務者が、その債務を期日到来時に支払えないときは、契約法リステイメントにいわゆる支払不能があるものとする。」

- (12) コモン・ロー上は、このような保証請求権は認められていなかった。Farnsworth, *Contracts* 671 (2d ed.1990); Wallach,

「契約危殆」状態における履行確保(二・完)(松井)

*Anticipatory Repudiation and the UCC*, 13 UCC. L. J. 48,55 (1980) [hereinafter cited as Wallach]; Campbell, *The Right to Assurance of Performance under UCC § 2-609 and Restatement (Second) of Contracts § 251: Toward a Uniform Rule of Contract Law*, 50 Fordham L. R. 1292, 1296 (1982); White, *Eight Cases and Section 251*, 67 Conn. L. Rev. 841 (1982).

- (13) 新堀・権博註 (一) 三三三頁。
- (14) I Kelly, *supra* note 3, at 220.
- (15) *Id.* at 221.
- (16) *Id.* at 221.
- (17) *Id.* at 470.
- (18) *Id.* at 407.
- (19) *Id.* at 462.
- (20) *Id.* at 544.
- (21) Robertson, 305, 310; Dowling, *A Right to Adequate Assurance of Performance in All Transactions: U.C.C. § 2-609 Beyond Sales of Goods*, 48 S. Cal. L. R. 1358 (1975) [hereinafter cited as Dowling]; Sargis, *The Uniform Commercial Code Section 2-609: A Return to Certainty*, 14 John Marshall L.R. 113 (1980) [hereinafter cited as Sargis]; Hawkland, *Uniform Commercial Code Series Vol. 3. § 2-609: 01*, at 202 (1994) [hereinafter cited as Hawkland].
- (22) Wallach, 48, 52.
- (23) I Kelly, *supra* note 3, at 408.
- (24) *Id.* at 462.
- (25) *Id.* at 544.
- (26) *Id.* at 546.
- (27) II Kelly, *supra* note 3, at 64.
- (28) X *id.* at 210.

### 第三節 理論的根拠

#### 一 理論的根拠

これまでUCC二一六〇九条の起草過程を概観してきたが、その中で既に同条の理論的根拠や目的・機能がほぼ明らかになった。ここで今一度この点を確認しておこう。

UCC二一六〇九条の履行停止権はコモン・ロー上の留置権 (Lien) を拡張したものであり、現実履行という契約の目的を確保するとともに、相手方の現実履行に対する契約当事者の期待を保護することを目的としたものであった。<sup>(29)</sup> 他方、保証請求権は、履行期前の履行拒絶の成否を確定する便法として分割供給契約の不履行に関する規定を拡張したものであるが、これも「安心して契約を継続でき信用できるということを契約遵守者に納得させるのが契約違反者の責務である」<sup>(30)</sup> という考え方に基づくものであった。このように、二つの権利は異なる起源を有するものの、契約の現実履行に対する相手方の期待保護という基本的な思想は共通していた。

この点を最終草案一号九九条一項は、「売買契約は、定められた履行を受け取ることに對する相手方の期待を侵害してはならない義務を各当事者に課す」と明文で規定した。<sup>(31)</sup> 同条のコメントも、同条が基礎としている認識として、①商人間の契約の本質的な目的は現実の履行であり、商人は単に約束のため、あるいは約束と訴訟に勝つ権利のために取引をするのではないということ、②取引の重要な特徴は約束された履行が履行期になされることに對する信頼と安心の継続である<sup>(32)</sup> ということを挙げ、「いったん売主が、買主の履行が不確実になったことを信じる根拠を付与されたならば、売主に履行を続けるよう強いることは不当に過酷である。同様に、買主が当座の製造のために原料を確保するため、あるいは商品の在庫を補充するために当該物品を売主から購入していた場合は、売主の給付が不確実になったと信じる買主は安心して履

行期を待つことはできない。<sup>(33)</sup>」として、この場合の救済手段のひとつとして保証請求権を位置づけている。UCC二一六〇九条一項およびその公式コメントもこれを維持している。<sup>(34)</sup>このことから、二一六〇九条が契約の現実履行に対する相手方の期待の保護に立脚するものであることは明らかである。<sup>(35)</sup>

## 二 目的・機能

二一六〇九条の第一の目的は、右に述べたように、契約の現実履行に対する期待利益の保護である。しかし、それと同時に同条に期待されている機能は、保証請求によって当事者の自主的な交渉が促進されることである。<sup>(36)</sup>すなわち、契約締結後に周囲の諸事情が変化したり契約締結前には想定していなかった事実が明らかになったりして当初の契約の履行が困難になった場合には、これによる不履行を契約違反として訴訟で解決するよりも、当事者自身で諸事情に合わせて契約内容を修正しつつ契約関係を維持するのが望ましい。そして、これを実現するためには、まず両当事者がコミュニケーションを取り合って、相互に情報提供をしたり誤解を解消したりすることが必要になる。これを促進するのが二一六〇九条の保証請求である。保証請求の制度は、一見すると煩雑なように見えるが、潜在的に継続することが可能な契約を保護するための有効かつ適切な手段として機能することが期待されているのである。

また、本条の保証請求の制度は、履行期前の履行拒絶法理との連結器の役割を果たす。<sup>(37)</sup>履行期前の履行拒絶法理の目的は、履行拒絶後も自己の履行を継続することによる損害の増大を防止するとともに、過去の費用の損害を直ちに賠償させることであると言われる。従って履行拒絶を受けた契約当事者にとっては重要な法理であるが、その要件である明白かつ確定的な履行拒絶の意思の存否を判断するのは非常に困難であり、この判断を誤った当事者は自らが契約違反や損害軽減義務

違反の責任を負うことになる。他方で、履行期前の履行拒絶の要件を満たさないまでも一方当事者に合理的な不安を抱か  
しめるような相手方の行為や状況が存する場合にも、何らかの救済手段が必要となる。保証請求の制度は、保証が供与さ  
れないことによつて履行期前の履行拒絶を確定し、不安を抱いた当事者に確実に解除権を取得せしめる。

つまり、保証請求の制度はこのように契約関係の存続と解消の分岐点として、存続を促進する役割を果たすと同時に、  
それが挫折した場合の契約解消の権利を確実なものにする役割を果たすのである。

(29) O. C. 1.

(30) I Kelly, *supra* note 3, at 221.

(31) II Kelly, *supra* note 3, at 64. この草案は、現行のUCC二一六〇九条一項に維持されている。

(32) *Id.* at 243.

(33) *Ibid.*

(34) O. C. 1.

(35) See also Sargis, 113, 121; State of New York Law Revision Commission Report, Study of the Uniform Commercial Code, Vol. 1, at  
535 (1955). 第二次契約法リステイメントも同様の立場に立っている。Restatement of the Law (Second) Contracts, 1981, §  
251 Comment a.

なお、一項一文の義務と保証請求の制度との関係については、不安を抱かした当事者が保証を供与するの  
は一項一文の義務の一内容であると解する見解 (Sargis, 113, 121; State of New York Law Revision Commission Report, at 535.)  
と、一方当事者が一項一文の義務に違反した場合の制裁として相手方に保証請求権が認められると解する見解 (Quinn, Uniform  
Commercial Code Commentary and Law Digest 375 (1978).) とがある。

(36) Dowling, 1358, 1380-1381; Robertson, 305, 316. この機能は、起草過程において既に目指されていたものである。I Kelly,  
「契約危殆」状態における履行確保 (二・完) (松井)

*supra* note 3, at 221.

(37) *Dowling*, 1358, 1376.

#### 第四節 要件

保証請求権および履行停止権の要件として二一六〇九条は、「一方当事者の履行が不安視される合理的根拠」が存在することを挙げている。この「不安に対する合理的根拠」という要件は非常に一般的・包括的であるため、どの程度の「不安」が必要なのか、「合理的根拠」には具体的にどのような事由が含まれるのかなど、重要な問題は学説・判例に委ねられている。そこで、これらに関するアメリカの理論状況を見ることにしよう。

##### 第一款 将来における不履行の恐れ

一方当事者の履行が不安視されるということは、言い換えれば一方当事者が将来において契約の不履行を犯す恐れがあるということである。それでは、ここでの「不履行」とはどの程度のものを言うのであろうか。また、この不履行に対するどの程度の「不安」ないし「恐れ」がなければならぬのであろうか。この点について、判例では明らかではないものの、学説においては履行期前の履行拒絶に基づく解除権に関する二一六一〇条の要件との関係において議論されている。

##### 一 不履行の程度——*due performance* の意味——

二一六〇九条一項第一文によれば、各当事者は、定められた履行 (*due performance*) を受けることについての相手方の期待を侵害してはならない義務を負っている。言い換えれば、各当事者は「定められた履行」を受け取る権利を有している。



そして、この「定められた履行」がなされないのではないかと不安視される合理的根拠がある場合には「定められた履行」の適切な保証を請求し自らの債務の履行を停止することができる。このように、本条においては、保証請求権および履行停止権の要件である不履行の程度を判断するためのメルクマールとして、また供与すべき保証の程度を判断するためのメルクマールとして、「定められた履行」が重要な役割を果たしている。では、ここで「定められた履行」とは何を意味するのであろうか。

学説においては、①これを契約の価値を本質的に侵害しない程度の履行と解する見解（本質的侵害（substantial impairment）説）と、②完全な履行であると解する見解（完全履行（100% performance or total performance）説）とがある。<sup>(38)</sup>

本質的侵害説によれば、履行停止が認められるためには、当該不履行が契約の価値を本質的に侵害するほどに重大なものでなければならず、単なる軽微な不履行では足りない。なぜなら、相手方の不履行の恐れから当事者を保護する必要がある一方で、契約上の債務を免れようとする非良心的な当事者が二一六〇九条の権利を濫用するのを防止する必要があることから、両者のバランスを取るために、不履行の重大性を要求する必要があるという。<sup>(39)</sup> また、履行期前の履行拒絶が主張された場合（二一六一〇条）、契約に適合しない分割供給が将来の分割供給の価値を損ねる場合（二一六一一条）、契約締結の基礎たる事実の発生または不発生による遅滞を買主が知らされた場合（二一六一六条）にも、契約の本質的な価値の基準が用いられているので、ここでも同様の基準を用いるのが適切である。仮に二一六〇九条の権利行使の要件が「完全な履行」がなされない恐れと解すると、二一六一〇条が契約の価値が本質的に損なわれる場合にのみ救済手段を行使し得ると規定していることと矛盾が生じるという。<sup>(40)</sup> そして、このように二一六〇九条の権利行使の要件を厳格に解することにより、両当事者の履行の促進という方針を確認し、軽率な要求を禁止することによって適切な保証を求める権利の濫用

を防止することになると説く。<sup>(41)</sup>

これに対して、完全履行説は、当事者間で締結された売買の最も重要な要素は「約束された履行」であるところ、この「約束された履行」は完全な一〇〇パーセントの履行であるし、「due performance」という文言に照らしても「due（定められた）」の内容は、一〇〇パーセントの履行であると主張する。<sup>(43)</sup>そして、本質的侵害説に対しては、二一六〇九条と二一六一〇条の法的効果の違いを看過していると批判する。<sup>(44)</sup>すなわち、二一六一〇条の法的効果は契約解除や損害賠償など契約違反に対する救済手段であるのに対して、二一六〇九条のそれは保証請求とその間の履行停止にとどまるのであるから、二一六〇九条は違反の恐れがより小さい場面においてより緩やかな効果を有しているのである。従って、二一六〇九条においては二一六一〇条の場合のように契約の価値が本質的に損なわれる必要はない。債務者（保証を請求された当事者）には保証を供与するための期間（三〇日を越えない合理的期間）が認められているので、些細な不履行の恐れが二一六一〇条の権利行使の契機になる危険性はない。契約の拘束から免れたいがために保証請求を口実として用いることは、誠実さを欠き公正な取引に反すると見なされ正当な保証請求とは認められない。従って、濫用の危険性はないという。<sup>(45)</sup>また、当該不履行の恐れが契約の価値を本質的に侵害するであろうことを証明することは大きな負担であり、この証明責任を債権者（保証を請求する当事者）に課すことは、履行拒絶を迅速に確定する手段としての二一六〇九条の立法趣旨に反することになるとの批判もなされている。<sup>(46)</sup>そして、二一六〇九条の要件を「何らかの不履行が生じる恐れ」と緩やかに解することにより、危惧される不履行が軽微なものか重大なものかという困難な判断が不要になるので、債権者（保証を請求する当事者）のリスクが減り保証請求の手續の利用が促進されると説く。<sup>(47)</sup>

## 二 不履行が生じる蓋然性の程度

これに対して、不履行が生じる蓋然性の程度については、あまり意識的に議論されていない。しかし、保証請求権はそもそも、履行期前の履行拒絶になるかどうか明らかではないような当事者の曖昧な言動がある場合に、履行期前の履行拒絶（二一六一〇条）を確定するための手段として創設されたものである。このような保証請求権の沿革を考慮すれば、二一六〇九条で要求される将来の不履行の蓋然性の程度は、二一六一〇条よりも低くてよいと考えられているようである。<sup>(48)</sup>

## 第二款 不安に対する合理的根拠

それでは、具体的にどのような事実があれば「不安に対する合理的根拠」が認められるのだろうか。学説ではこれに関する判例を履行意思の欠如と履行能力の欠如という二つの類型に整理して説明している。<sup>(49)</sup>そこで、この分類に従い、判例および公式コメントの設例を紹介しながら「合理的根拠」の具体的内容を概観する。

### 一 履行意思の欠如

公式コメントによれば、メーカーが取引先に自己の製品を販売する一手販売権を与えたが、二、三度その排他的取引条項に違反して第三者に製品を販売したという場合には、権利を侵害された取引先は二一六〇九条に基づいて売買契約の履行を停止し、排他的取引条項に従うという保証を請求することができる。<sup>(50)</sup>このように、当事者の履行能力とは直接関係のない義務に関する違反について再三にわたって注意を受けていたにもかかわらずそれを正そうとしなかった場合には、当該義務を遵守する意思がないと見なされ、二一六〇九条が適用される。

次に、判例において債務者の履行意思の欠如を理由に二一六〇九条の適用が問題になった事例をいくつか紹介する。

肯定例

- (1) *Kunian v. Development Corp. of America* <sup>(51)</sup>  
 配管・暖房・温水工事のための材料の分割供給契約において、①買主Yの未払金が多額に上ったこと、②Yが当該材料を他の業者から購入し始めたこと、③その業者には代金を支払っていたことから、裁判所は、売主A (Xはその破産管財人) は「不安に対する合理的根拠」を有しており、AがYに代金を第三者預託によって保証すれば供給を行う旨述べたことが二一六〇九条の保証請求権の行使であると判示した。
- (2) *Copylease Corp. of America v. Memorex Corp.* <sup>(52)</sup>  
 コピー機の付属用品の販売に関する代理店契約において、履行状況を巡る紛争に関する協議の場においてメーカーYの代理人が「取引をするための相互に承認できる基礎」のない「実行できない商事契約」が存すると述べ、契約の有効性に関する「本質的問題」が存すると付け加えたことから、裁判所は、代理店Xは「不安に対する合理的根拠」を有しており、Xが当初の契約どおりの履行を求めたことは二一六〇九条の保証請求権の行使であると判示した。
- (3) *Topper v. Bunge Corp.* <sup>(53)</sup>  
 トウモロコシに関する三つの売買契約において、①買主Yが第一の供給分につき支払いを遅滞し、第二の供給分の代金支払を拒絶したこと、②この支払拒絶の理由は、Yが売主Xの父および兄に別の契約を締結するよう圧力をかけるためであったことから、裁判所は、Xは「不安に対する合理的根拠」を有しており、Xが第二の供給分の代金支払を請求したことを二一六〇九条の保証請求権の行使であったと判示した。
- (4) *Kaiser-Francis Oil Co. v. Producer's Gas Co.* <sup>(54)</sup>  
 ガスの継続的供給契約において、①ガスの供給状況や品質を巡る紛争に関する協議において、買主Yがガスの購入価格を自己の評価に委ねるよう主張し、この条件の下でのみ契約を継続すると述べたこと、②代金支払を停止したことから、裁判所は、売主Xは「不安に対する合理的根拠」を有すると判示した。

(5) Green Construction Company v. First Indemnity of America Insurance Company. <sup>(55)</sup>

道路の建設工事に用いる資材の売買契約において、①買主からの再三にわたる請求にもかかわらず売主が資材を供給しなかったこと、②売主は買主との間の以前の契約においても履行につき問題を起こしたことがあったことから、裁判所は、買主は不安に対する合理的根拠を有しており、買主が売主に対して不履行をしないよう通知した文書を二一六〇九条の保証請求であると判示した。

(6) Ward Transformer Company, Inc. v. Distigas of Massachusetts Corporation. <sup>(56)</sup>

機械の売買契約において、①売主Xの側では本件機械を供給する準備が整っていたにもかかわらず、買主Yが契約解除の可能性について議論を始めたこと、②XはYに対して当初の供給計画に従うよう何度も催促していたにもかかわらず、Yは供給期日を指定せず、解約料の支払いについても何ら返答しなかったことから、裁判所は、Xは不安に対する合理的根拠を有しており、Xが三〇日以内に代金全額を支払うよう請求したことを二一六〇九条の保証請求と解し、これに対してYが一五パーセントの支払いを申し出たことは十分な保証供与に当たらないと判示した。<sup>(57)</sup>

否定例

(7) National Farmers Organization v. Bartlett & Co., Grain. <sup>(58)</sup>

穀物の売買に関する複数の契約において、売主Xが八つの契約につき約定量の約六割しか供給せず、さらに買主Yに対して「供給済の代金の大部分を支払わない限り残りの供給を行わない」と通知して六つの契約の履行を停止したという事実。裁判所は、①Xがなした前記履行停止の通知は書面でなされていない、②当該通知は未履行の契約の履行の保証を求めたものではなく、支払期日が到来している契約につき一部履行を求めたものであると認めて点を挙げて、右通知は二一六〇九条の適切な権利行使に当たらないと判示した。

(8) Larry R. Scott and Vera C. Scott v. Dennis Crown. <sup>(59)</sup>

小麦の継続的供給契約において、①買主Yが最近、別の取引業者に対しても売買代金を支払っていないとの情報を得たこと、②信用調査機関によるYの信用状態に関する調査の結果が芳しくなく、別の業者から激しい苦情を受けていることが判明したこと、③裁判所は、売主Xが「不安に対する合理的根拠」を有していたことを認めつつも、保証請求が書面でなされていないことおよび請求内容が過度であることから、Xの出荷停止を契約違反であると判示した。

「契約危殆」状態における履行確保 (二・完) (松井)

(9) Hope's Architectural Products, Inc. v. Lundy's Construction, Inc. <sup>(89)</sup>

学校の改築工事に用いる窓の売買契約において、売主 X が約定の期日を遵守しないのではなにかと疑念を抱いた買主 Y が、振込済の代金の一部につき入金取消の措置を行うことおよび未払の残代金から損害賠償金を控除することを検討中であると述べたのに対して、X が入金取消の措置を行わないことの保証、供給期日に関する問題から生じたあらゆる追加的な費用について Y が責任を負う旨の保証、および代金全額の前払いを求めたという事案。裁判所は、① X が右保証を求めた時点において履行遅滞に陥っていること、② X が求めた保証の内容はいずれも過度なものであり適切でないこと、③ Y は入金取消を検討中であると述べているが、これは単に UCC 二一七一条の権利を行使しようとしただけであるし、残代金と損害賠償金との相殺に関する発言は、かえって代金を支払う意思のあることを示しており、X には「不安に対する合理的根拠」が認められないと判示した。

二 履行能力の欠如

公式コメントは、旧法下での判例である <sup>(62)</sup> Corn Products Refining Co. v. Pasola <sup>(61)</sup> を引用しつつ、次のような例を挙げている。石油の分割供給契約において、代金支払は供給から三〇日後で、送り状の日付から一〇日以内に支払った場合は二パーセントの割引が得られるという条項が定められており、買主はいつもこの割引を利用してしたが、同時にいつも一〇日支払いを遅滞していた。このような折、売主は買主の財産状態が不安定であるという噂を聞いた——実際はこのような事実は存在せず単なる噂にすぎなかった——ため、供給前の現金払いその他売主を満足させる保証を買主に要求した。これに対して、買主は供給後三〇日に履行期到来という条件の下であれば支払う旨の意思表示をし、契約に従って引き続き供給するよう主張した。このような事案において、買主の財産状態に関する噂は、たとえそれが事実を反するものであつたとしても、売主が疑念を抱く合理的根拠になり得る。さらに、買主が早期に代金を支払う代わりに割引を受けるということを当該売主との間の取引慣行として行っていた場合は、それが突然停止されたことは商取引の基礎に疑念を抱くに十

分であり、保証請求権の要件である「不安に対する合理的根拠」を正当化する。

また、直ちに転売するために必要な部品を注文した買主は、売主が同じ部品の注文に対して他の買主に欠陥品を給付した場合、不安に対する合理的根拠を有することになることがあり得る。<sup>(63)(64)</sup>

次に、判例において債務者の履行能力の欠如を理由に二一六〇九条の適用が問題になった事例をいくつか紹介する。

#### 肯定例

##### (11) Turntables, Inc. v. Gestetner.<sup>(65)</sup>

売買契約の買主Xが売主Yの出荷停止を契約違反であると主張したのに対して、裁判所は、①Xは既に供給された物品に対する代金支払を遅滞していること、②Xの「五番街シヨールーム」が電話応答サービスであることが判明したこと、③Xがいう工場はX所有のものでもそこを賃借しているわけでもなく、従業員や機械設備もそこに有していなかったこと、④別の供給者がYに対して、Xが不渡手形を出したので困っていると述べたこと等から、Xの支払能力に関してYが不安を抱いたことには合理的根拠があり、たとえその不安が事実と反するものであったとしても、Yは二一六〇九条に基づいて履行を停止することができると判示した。<sup>(66)</sup>

##### (12) AMF, Inc. v. McDonald's Corp.<sup>(67)</sup>

コンピューター制御のキャッシュ・レジスターの製造および供給契約において、裁判所は、①売主Xが製造した試作品に欠陥があったこと、②当事者間で当該レジスターの性能および信頼性の基準について三度にわたり協議がもたれたが合意に達することができなかったことから、買主YはXの履行能力を不安視するにつき合理的根拠を有していたと述べ、協議においてYがレジスターの性能および信頼性の基準につき合意に達すれば契約を維持すると述べたことを二一六〇九条の権利行使であると判示した。<sup>(68)</sup>

##### (13) Erwin Weller Co. v. Talon, Inc.<sup>(69)</sup>

除雪機の売買契約において、裁判所は、①買主Yの債務額が与信限度を越えたこと、②売主Xがこの問題について協議しようとは度も電話をしたにもかかわらずYがこれに応じなかったことから、Xは「不安に対する合理的根拠」を有すると判示した。<sup>(68)</sup>

##### (14) Creusot-Loire International, Inc. v. Coprus Engineering Corp.<sup>(68)</sup>

「契約危殆」状態における履行確保(二・完)(松井)

買主Xのユーゴスラビア工場に設置するための燃焼器の売買契約において、裁判所は、①売主Yがシリアおよびスリランカにおいて第三者に対して売り渡した燃焼器に問題が生じたことが判明したこと、②Xからの問い合わせに対してYが七カ月間もこれに返答しなかったことから、Xが目的物の性能に不安を抱いたことには合理的根拠があると述べ、Yに対して撤回不能信用状の請求等を行ったことは二一六〇九条の正当な権利行使であると判示した。

- (15) T & S Brass & Bronze Works, Inc. v. Pic-Air, Inc.<sup>(88)</sup>

蛇口のハンドルを製造するための機械を売主Yに設計・製造させ、これを使用して製造された蛇口のハンドルを買い受ける旨の分割供給契約において、三回目に供給されたハンドルの約半分が欠陥品だったことから、裁判所は、買主Xは残りの供給分の品質に関する保証を請求する権利を有していたと述べ、Xが製造機械の返還を求めたことを二一六〇九条の保証請求であると判示した。

- (16) Smith-Scharff Paper Co. v. P. N. Hirsch & Co. Stores, Inc.<sup>(70)</sup>

買主Yのロゴが入った紙袋の継続的供給契約において、①Yが私的清算を行い小売販売店を他社に売却したこと、②売主Xの最初の保証請求に対してYが「我々の会社の状態を尋ねるなど図々しい。約束は全て守るし、これまでもそうするよう最善の努力をしてきた」と電話で怒鳴ったことから、裁判所は、Xは「不安に対する合理的根拠」を有していたと述べ、Xが在庫分の代金を請求したことには妥当性があると判示した。

- (17) Clem Perrin Marine Towing, Inc. v. Panama Canal Co.<sup>(71)</sup>

タグ・ボートのリース契約において、リース期間終了時に借主Yが本件ボートを買い取るかどうかの選択権を有するという条項があったところ、本件ボートに三つの抵当権が設定されており債務者たる貸主Xが一番抵当権者に債務を弁済していないとの情報を得たYは、抵当権が実行されるとボートの買取ができなくなると考えてリース料の支払いを停止し、Xに対して本件ボートの抵当権が除去されることの保証を求めた。裁判所は、Yが不安を抱いたのは、本件契約当事者間の取引を仲介している人物からの電話による情報に基づくものであり、このような重要人物の情報をYが信用したことには合理性があるとしてYの履行停止を正当と判示した。

- (18) S & S, Inc. v. Meyer.<sup>(72)</sup>

トウモロコシおよび豆の売買契約において、裁判所は、①穀物取引業者である買主Xは一時的に支払不能に陥っており、小切手



のいくつかが資金不足のために返却されたこと、② Xの経営者が詐欺の有罪判決を受けたためにXの営業資格が停止されたことを挙げ、売主Yが本件契約の実行可能性やXの履行能力に不安を抱いたのは合理的根拠があるとしてYの履行停止を二一六〇九条の正当な権利行使であると判示した。<sup>(73)</sup>

否定例

(19) Universal Resources Corp. v. Panhandle Eastern Pipe Line Co.<sup>(74)</sup>

ガスの継続的供給契約において、契約締結の二年後に買主Yが地質調査したところ、契約期間である五年分のガスを供給できるだけのガスを産出することができないということが判明したため、Yは代金支払を停止して保証を求めたという事案。裁判所は、①契約締結後には客観的事実の変更が生じていない、②天然ガスにつき専門知識を有するYは、当該土地のガスの含有量が少ないかもしれないというリスクを認識していたと考えられる、③売主Xは約定の供給量を遵守しており、Yが抱いた不安は主観的な評価にすぎない等の理由を挙げ、Yは不安に対する合理的根拠を有していないと判示した。

(20) Cherwell-Ralli, Inc. v. Rytman Gran Co.<sup>(75)</sup>

トウモロコシの粉の分割供給契約において、売主Xの履行能力に不安を抱いた買主Yは、Xの従業員ではないトラック運転手から、この積荷が最後であると知らされたため、代金支払を停止したという事案。裁判所は、右トラック運転手の言明は信用に値しないためYが抱いた不安には合理的根拠を欠くとして、代金支払の停止は契約違反になると判示した。<sup>(76)</sup>

### 第三款 判例の検討

これまでUCC二一六〇九条の公式コメントの設例および判例を紹介してきたが、これらに現われた「不安に対する合理的根拠」を整理し、これを判断するに際して如何なる事実が考慮されるのかについてまとめておく。

#### 一 考慮された要素

まず、不履行の恐れを生ぜしめている原因としては、債務者の履行意思が欠如している場合と履行能力が欠如している

「契約危殆」状態における履行確保(二・完)(松井)

場合に大別することができる。そして、これらを判断するに際しては、前者に関しては、排他的取引条項の違反(OC)、買主が他の業者には代金を支払っているにもかかわらず売主には未払金が累積していったこと(1)、契約を改訂しなければ現状のままでは履行しないとの言明(2)(4)、売主の父および兄に別の契約を締結させるために買主が代金を支払わなかったこと(3)、分割供給契約における過去の不履行(5)<sup>77</sup>、売主が以前に買主との間で締結した契約においても、履行につき問題を起こしたことがあったこと(5)、売主が供給の準備をした後になって買主が契約解除の可能性を議論し始めたこと(6)などが考慮されている。

他方、後者に関しては、取引慣行として利用していた早期支払による割引を利用しなくなったこと(OC)、代金支払の遅滞(11)、売主の工場の設備や従業員の不備(11)、売主が不渡手形を出したとの噂(11)、試作品の欠陥(12)、協議を申し入れるため何度も電話したが相手方が返事をしなかったこと(13)、自己の取引の相手方たる売主が他の買主に対して欠陥品を供給したこと(OC)(14)、最初の保証請求に約七カ月間応じず、また正確な情報を提供しなかった等の売主の不誠実な態度(14)、分割供給に欠陥品があったこと(15)<sup>78</sup>、リース契約の貸主が目的物に対して設定している抵当権の被担保債権を弁済していないこと(17)、買主が私的清算を行ったこと(16)、買主の一時的な支払不能(18)、買主の営業資格が停止されたこと(18)などが考慮されている。

このように、債務者に帰責性のある契約違反が債権者の不安の合理性を判断するに際して極めて重要な要素になっている。しかし、売主が他の買主に欠陥品を給付したこと(OC)(14)、以前の別の契約における履行状況(5)、売主が不渡手形を出したとの噂(11)など、当該契約当事者や契約それ自体と直接関連しない事情も考慮される。また、判決(3)(6)(13)(14)のように、当事者に誠実な交渉態度が欠けていたことも債権者の不安を増大させる要素になったとして考慮されている。

ただし、学説において議論されているような、履行期前の履行拒絶（二一六一〇条）との相違については、判例の立場は明らかではない。

## 二 契約締結後の客観的事実の変更

不安の根拠になり得るのは、契約締結後に生じた事由に限らない。重要なのは、ある事由が契約締結時に存在していたかどうかではなく、債権者がそれを知っていたかどうかである。<sup>(79)</sup> 例えば、判決(14)においては、売買の目的物たる燃焼器の欠陥それ自体は契約締結前から存在していたが、それが判明したのが締結後であったという事案であったが、二一六〇九条の適用が認められている。このように、目的物が契約に適合しないことが不安に対する合理的根拠になっている事案においては、契約締結後に当該目的物の製造を開始したのでない限り、客観的には契約締結時において既に契約不適合が存在していることになるが、このような場合にも判例は問題なく二一六〇九条を適用している。もつとも、判決(19)においては、保証請求権を否定する理由のひとつとして契約締結後に客観的事実の変更がなかった点が挙げられており、この点についての判例の立場は必ずしも一致していない。

## 三 対価関係の有無

わが国における同時履行の抗弁権とは異なり、違反の恐れのある相手方の義務と履行を停止する自己の義務との間に厳密な意味での対価関係が存在する必要はない。公式コメントによれば、メーカーが取引先に自己の製品を販売する一手販売権を与えたが、二、三度その排他的取引条項に違反して第三者に製品を販売したというような状況において、たとえ両当事者間の個々の売買契約における注文、供給または代金支払に不履行がなかったとしても、権利を侵害された取引先は二一六〇九条に基づいて売買契約の履行を留保し、排他的取引条項に従うという保証を請求することができる。<sup>(81)</sup> 判例では、

「契約危殆」状態における履行確保（二・完）（松井）

判決(17)において、リースの目的物に抵当権が設定されており、貸主がその被担保債権を弁済していないためにリース期間が終了した時に当該目的物を買受ることができないのではないかと借主の不安が合理性を有すると判示された。ここでは、リース期間が終了した時に借主に当該目的物を買取るか否かの選択権が契約で認められていたが、当該目的物を売り渡すという売主の義務と借主が履行停止したリース料の支払いとは対価関係にない。しかし、判決はこの点は問題にならないとして二一六〇九条の適用を認めた。

#### 第四款 判断基準——商業上の基準——

「一方当事者の履行が不安視される合理的根拠」が存在するか否か、および供与された保証が適切であるか否かを判断するに当たっては、商業上の基準によって決せられる(二一六〇九条二項<sup>(82)</sup>)。ここで「商業上の基準」とは、債権者と同様の地位にある合理的な商人であれば、債務者の作為または不作為もしくは債務者から履行義務を免除しない外部の事情によって完全な履行を受け取ることに対する期待が危険に曝されたと感じていたか否か、という基準と解されている<sup>(83)</sup>。例えば、判決(19)では、買主が天然ガス等の天然資源を扱う業種の会社であり、このような会社であれば天然ガスにつき専門知識を有しているのが通常であるし、実際に買主は天然ガスの取引の経験が豊富であったということから、ガスの含有量が少なく供給不足が生じることのリスクを負担していたものと見なされ、「不安に対する合理的根拠」は認められなかった。次に、当事者が抱いた「不安」は、単なる主観的なものでは足りず、客観的な事実の裏付けがなければならぬ<sup>(84)</sup>。しかし、重要なものは定められた履行を「不安視する合理的根拠」であって、現実に履行能力や履行意思がないなどといった客観的事実は必ずしも必要ない。たとえ現実には履行能力や履行意思を有していたとしても、商業上の基準に照らしてそれらの

欠如を合理的に示すような客観的事実があればよい。<sup>(85)</sup>

ここでは、「不安」を抱くに抱くに至った事実に関する情報を誰から入手したかも重要になる。判決(20)と(17)はこのことを端的に示している。判決(20)においては、売主の従業員ではないトラック運転手の発言は信用に値しないため買主が抱いた不安には合理的根拠を欠くと判示された。これに対して、判決(17)においては、本件リース契約を仲介した人物から得た情報を借主が信用したことには合理性があると判示された。<sup>(86)</sup>このように、当事者が不安を抱くに至った事実が信頼できる情報源からのものであった場合は、当該情報の真偽にかかわらず、不安に対する合理的根拠になり得るのである。<sup>(87)</sup>

## 第五款 手続的要件

以上の要件を満たした場合には、債権者は債務者に対して定められた履行の適切な保証を請求することができる。しかし、保証請求が有効になるためには、次の二つの手続的要件を満たさなければならない。

### 一 保証の請求

まず、有効な「保証の請求」になるためには、債務者の将来の履行について危惧を抱いている旨および債務者が将来において債務を履行するということを示す何らかのものを請求する旨を示す必要がある。<sup>(88)</sup>判例においては、例えば、買主が売主の側の状況を尋ねて情報提供を求めたこと、<sup>(89)</sup>買主が契約全般につき協議するために会合をもちたいとの文書を送付したこと、<sup>(90)</sup>買主がなした契約解除の通知などは、二一六〇九条の保証請求に当たらないと判示された。また、判決(7)では、「買主が四つの契約に基づいて供給された分の代金の本質的部分を支払わない限り残りの供給を行わない」との売主の通知は、未履行の契約の履行の保証を求めたものではなく、支払期日が到来している契約につき現実の一部履行を求めたものにする

「契約危殆」状態における履行確保(二・完)(松井)

ぎないと判示された。

しかし、判例の多くは「保証の請求」をかなり緩やかに解している。例えば判決(3)では、判決(7)とは逆に売主が供給済みの目的物に対する代金支払を請求したことが保証請求と認定されている。また、在庫分の代金支払を請求したこと(16)、不履行をしないよう要求したこと(5)など、不履行を犯した当事者に対して履行を要求したにすぎない行為を二一六〇九条の保証請求と認めた判決もある。

それ以外にも、買主が当初の契約の履行を求めたこと(2)、目的物の性能および信頼性の基準につき合意に達すれば契約を維持するとの買主の発言(12)、目的物が正常に作動しないのではないかとの懸念を書面で表明したこと(14)、欠陥品を製造した鑄造機械の返還を求めたこと(15)など、明確な保証請求ではないさまざまな行為を二一六〇九条の保証請求権の行使として認めている。

他方、二一六〇九条の保証請求権は当初の契約の履行を確保する限りにおいて認められるものであるから、契約内容の重大な改訂を強いるような過度な要求は認められない。<sup>(92)</sup>判例においては、履行期未到来の代金支払(8)<sup>(93)</sup>、入金取消の措置を行わないことの保証、供給期日に関する問題から生じたあらゆる追加的な費用について買主が責任を負う旨の保証および代金全額の前払いを求めたこと(9)は二一六〇九条の保証請求として不当であるとされた。<sup>(94)</sup>このような場合には、過度な要求をした当事者が契約の履行拒絶をしたことになり、契約違反の責任を負うことになる。

## 二 書面による請求

さらに、二一六〇九条一項によれば、保証請求は「書面」で行わなければならない。この要件は、一九五〇年の最終草案において追加されたものであるが、その趣旨は、恐らく、債権者は相手方が確実に認識できる形で保証を請求しなければ

ばならないとの考慮<sup>(95)</sup>、後になって保証請求の有無につき紛争が生じた場合の明確な証拠を提示することである<sup>(96)</sup>と解されている。確かに書面は保証請求がなされたことを最も明確に示す証拠であるが、唯一の証拠ではない。前記のような趣旨に照らせば、他の方法で保証請求の存在が証明可能であるならば、「書面」という要件を厳格に解する必要はないことになる。このような見地から、判例・学説は「書面」によらない保証請求も有効になり得ると解している<sup>(97)</sup>。

学説においては、UCC二―二〇一条<sup>(98)</sup>を参考にしつつ、債務者が裁判所において保証請求を受けたことを認めた場合、債権者の書面から保証請求がなされたことが判明する場合、債務者が保証を供与した場合には書面が必要な場合の例外として扱うべきことが主張されている<sup>(99)</sup>。また、債務者が口頭での保証の請求を受けたにもかかわらず何ら異議を唱えなかった場合には、書面での保証請求を受ける権利を放棄したものと見なされ、または債権者の手続を黙示的に適正なものとして認めたものと見なされるため、UCC一―一〇三条<sup>(100)</sup>または禁反言の原則に基づいて後になって「書面」の要件を欠くことを主張できないとも言われている<sup>(101)</sup>。さらに、このように「書面」の要件を緩やかに解することが、自由な解釈や商業上の合理性などといった本法典の基礎的な指針や目的（UCC一―一〇二条一項二項<sup>(102)</sup>）に合致しているとの主張もある<sup>(103)</sup>。

他方、判例は、原則として書面による保証請求が必要であるとしながらも、保証請求権の行使である旨が当事者間で明確に理解されていたことを示す当事者間の一定の行為がある場合には、書面によらない保証請求も有効であると解する傾向にある<sup>(104)</sup>。例えば、判決<sup>(8)</sup>は、売主が買主の契約の履行に不安を抱いたことには合理的根拠があるとしながらも、保証請求が書面でなされていないことを理由に売主の履行拒絶が契約違反になるとした<sup>(105)</sup>。しかも、本判決は単に二―六〇九条を文言解釈しただけではなく、右のように書面が要求されない例外的場合があることを認めただけで、本件はそれに該当しないという形で売主の主張を退けている。

なお、書面の要件を緩和すると、交渉においてなされた曖昧な言明が後になって保証請求だったと主張されるおそれがあるが、これは「書面」の要件ではなく前述の「保証請求の必要性」という要件を課すことにより避けることができる<sup>(106)</sup>と言われている。しかし、既に見たように、「保証請求の必要性」の要件もかなり緩和されており、右の懸念は現実のものになりつつあると言える。

ところで、このような手続的要件の緩和傾向の原因は、ほとんどの商人が二一六〇九条の存在を知らないことにあるとの指摘がなされている<sup>(107)</sup>。商人が二一六〇九条の存在を知らずに対応するため手続的要件を踏まえていないことが多く、紛争が訴訟に至るなど先鋭化して初めて当事者は専門家に相談するなどして本条の存在を知り、いわば「後知恵」として過去における言動のいずれかを本条の保証請求権の行使であると主張することが多いようである。このような実情が、手続的要件の緩和傾向の背景にある。

しかし、実務における実情はそのようなものであるとしても、明文の規定を知らないということだけで要件を緩和するのは、規定の存在意義が失われてしまう。しかも本条の保証請求権は、元来は履行期前の履行拒絶の有無を確定する手段として、および保証請求を契機として契約関係の正常化を促進するものとして導入された制度である。ところが、このような「後知恵」による保証請求を認めると、相手方たる債務者としてはもはや保証を供与する機会を失っているのであるから契約関係の回復は期待できず、債権者の契約解除の口実としてしか機能しないことになってしまう。むしろ裁判所としては「保証請求」である旨が明示されていない曖昧な言動を本条の保証請求権の行使と認めないことが重要である。このように、判決において手続的要件の重要性を明らかにすることこそが、行為規範としての手続的要件が実務に浸透することにつながるのではないだろうか。



(38) 第二次契約法リステイメント二五一条一項は保証請求および履行停止の要件として、「それ自体で二四三条に基づく全部違反に対する損害賠償請求権を債権者に取得させるような不履行による違反」を債務者が犯すであろうと信じさせるに足る合理的根拠が生じている場合と規定しており、本質的侵害説の立場をとっている。Restatement of the Law (Second) Contracts, 1981 § 251 Comment c.

(39) Sargis, 113, 123.

(40) Sargis, 113, 122-123; Dowling, 1358, 1369.

(41) Sargis, 113, 123.

(42) O. C. 1.

(43) Anderson, Reputation of a Contract under the Uniform Commercial Code, 14 DePaul L.R.1, 7 (1964) [hereinafter cited as Anderson, DePaul]. なお Farnsworth, *supra* note 12 at 674. は、別個の契約の履行拒絶は、たとえその履行拒絶が契約全体の終了を正当化しないものであっても、保証請求を正当化することがあると述べており、完全履行説に立っているように思われる。

(44) Hawkland, 208; Robertson, 305, 332.

(45) Robertson, 305, 332.

(46) *Ibid.*

(47) Hawkland, 209.

(48) Anderson, Uniform Commercial Code, Vol. 4, at 232 (3d ed. 1983) [hereinafter cited as Anderson, UCC]; Hawkland, 230. は、履行期前の履行拒絶が曖昧な領域は二一六〇九条によってカバーされているため二一六一〇条における履行拒絶の積極性の要件を緩和する必要はないと説く。

(49) Sargis, 113, 125. なお White, *supra* note 12 at 853. は履行意思の欠如と履行能力の欠如のほかに、誠実な交渉態度の欠如を挙げている。しかし、これは履行意思ないし履行能力の欠如を判断するために考慮される要素のひとつとして捉えるべきである。

(50) O. C. 3.

(51) Kunian v. Development Corp. of America, 334 A. 2d 427 (Conn. 1973).

「契約危殆」状態における履行確保 (二・完) (松井)

- (52) Coplease Corp. of America v. Memorex Corp., 403 F. Supp. 625 (S.D.N.Y. 1975).
- (53) Toppert v. Bunge Corp., 377 NE. 2d 324 (Ill. App. 1978).
- (54) Kaiser-Francis Oil Co. v. Producer's Gas Co., 870 F. 2d 563 (CA10. 1989).
- (55) Green Construction Company v. First Indemnity of America Insurance Company, 735 F. Supp. 1254 (D.N.J. 1990).
- (56) Ward Transformer Company, Inc. v. Distigas of Massachusetts Corporation, 779 F. Supp. 823 (E.N.N.C. 1991).
- (57) その他「」の類型に属するものとして「」 Universal Builders Corporation v. United Methodist Convalescent Homes of Connecticut, Inc., 508 A. 2d 819 (Conn. App. 1986); USX Corporation and Aristech Chemical Corporation v. Union Pacific Resources Company., 753 SW. 2d 845 (Tex. App. 1988); CT Chemicals, Inc. v. Vinnmar Impex, Inc., 613 NE. 2d 159 (N.Y. 1993). 及び。
- (58) National Farmers Organization v. Bartlett & Co., Grain, 560 F. 2d 1350 (8th. Cir. 1977).
- (59) Larry R. Scott and Vera C. Scott v. Dennis Crown, 765 Pa. 2d 1043 (Colo. App. 1988).
- (60) Hope's Architectural Products, Inc. v. Lundy's Construction, Inc., 781 F. Supp. 711 (D. Kan. 1991).
- (61) Corn Products Refining Co. v. Fasola, 109 A. 505 (1920).
- (62) O. C. 4.
- (63) O. C. 3.
- (64) 第二次契約法リステイトメント二五一条のコメントでは、他人物売買の売主が履行期に当該目的物の所有権を取得する合理的な見込みがないことを買主が発見した場合、選択債権において選択権を有する債務者が瑕疵ある履行の提供をした場合、信用売買の買主が支払不能に陥った場合が「不安に対する合理的根拠」の徴憑として挙げられている。Restatement of the Law (Second) Contracts, 1981 §251 Comment c.
- (65) Turntables, Inc. v. Gestetner, 382 NYS. 2d 798 (1976).
- (66) AMF, Inc. v. McDonald's Corp., 536 F. 2d 1167 (7th Cir. 1976).
- (67) Erwin Weller Co. v. Talon, Inc., 295 NW.2d 172 (S.D. 1980).
- (68) Creusot-Loire International, Inc. v. Coppus Engineering Corp., 585 F. Supp. 45 (SD. NY. 1983).

- (69) T & S Brass & Bronze Works, Inc. v. Pic-Air, Inc., 790 F. 2d 1098 (4th Cir. 1986).
- (70) Smith-Scharff Paper Co. v. P. N. Hirsch & Co. Stores, Inc., 754 SW. 2d 928 (Mo. App. 1988).
- (71) Clem Perrin Marine Towing, Inc. v. Panama Canal Co., 730 F. 2d 186 (5th Cir. 1984).
- (72) S & S, Inc. v. Meyer, 478 NW. 2d 857 (Iowa App. 1991).
- (73) その他「」の類型に属するものとして「 Diskmakers, Inc. v. DeWitt Equipment Corp., 555 F. 2d 1177 (3d Cir. 1977); ARB (American Reserch Bureau), Inc. v. E-Systems, Inc., 663 F. 2d 189 (D.C.Cir. 1980); Consolidated Edison Company of New York v. Charles F. Guyon, Inc., 471 NYS. 2d 269 (A.D.1 Dept. 1984); LNS Investment Company, Inc. v. Phillips 66 Company., 731 F. Supp. 1484 (D. Kann. 1990). 参考。」
- (74) Universal Resources Corp. v. Panhandle Eastern Pipe Line Co., 813 F. 2d 77 (5th Cir. 1987).
- (75) Cherwell-Ralli, Inc. v. Rytman Gran Co., 433 A. 2d 984 (Conn. 1980).
- (76) その他「」の類型に属するものとして「 Northwest Lumber Sales, Inc. v. Continental Forest Products, Inc., 495 P. 2d 744 (Ore. 1972); Pittsburgh-Des Moines Steel Co. v. Brookhaven Manor Water Co., 18 UCC. Rep. Serv. 931 (7th Cir. 1976); John J. Kirlin, Inc. v. Gaco Systems, Inc., 565 A. 2d 114 (Md. App. 1989); Ball Banking Corporation v. UPG Incorporated, Internorth, Incorporated., 985 F. 2d 685 (2nd Cir. 1993). 参考。」
- (77) Universal Builders Corporation v. United Methodist Convalescent Homes of Connecticut, Inc., 508 A. 2d 819, 822 (Conn. App. 1986); USX Corporation and Aristech Chemical Corporation v. Union Pacific Resources Company., 753 SW. 2d 845, 852 (Tex. App. 1988). 参考。」
- (78) LNS Investment Company, Inc. v. Phillips 66 Company., 731 F. Supp. 1484 (D. Kann. 1990). 参考。」
- (79) Robertson, 305, 320.
- (80) Robertson, 305, 321. は「これに批判的である。」
- (81) O. C. 3.
- (82) 債権者が非商人の場合には、判断基準は債権者と同様の地位にある「合理人」の基準によると解されている。Hawkland,

「契約危殆」状態における履行確保 (二・定) (松井)

- 207; Robertson, 305, 320; Dowling, 1358, 1367; Sargis, 113, 135.
- (83) Hawkland, 207. もともと、債権者が債務者の履行能力につき特別な知識を有している場合には、たとえそのような特別な知識を有しない標準的な債権者ならば不安に対する合理的根拠を有していたであろう場合も、保証請求権は認められないことにならぬ。Robertson, 305, 319.
- (84) Sargis, 113, 124; Robertson, 305, 322.; Pitsburg-Des Moines Steel Co. v. Brookhaven Manor Water Co., 18 UCC. Rep. Serv. 931 (7th Cir. 1976).
- (85) O. C. 4. また、判決(1)も参照。
- (86) Clem Perrin Marine Towing, Inc. v. Panama Canal Co., 730 F. 2d 186, 191 (5th Cir. 1984).
- (87) Robertson, 305, 323-324. もともと、判決(1)においては、リース貸主は実際に債務を弁済していなかったようであり、仲介者からの情報は真実だったと思われる。
- (88) Robertson, 305, 336-337.
- (89) SPS Industries, Inc. v. Atlantic Steel Company., 366 SE. 2d 410 (Ga. App. 1988).
- (90) Penberthy Electromet International Inc. v. United States Gypsum Co., 686 P. 2d 1138 (Wash. App. 1984).
- (91) Quaker Alloy Casting Co. v. Gulf Industries, Inc., 686 F. Supp. 1319 (N.D. Ill. 1988).
- (92) See also Restatement of the Law (Second) Contracts, 1981 § 251 Comment d.
- (93) John J. Kirilin, Inc. v. Gaco Systems, Inc., 565 A. 2d 114, 117 (Md. App. 1989). 同前。
- (94) もともと、判決(6)では、売主の前払い要求が適切な保証請求とされてくる。
- (95) Hawkland, 218.
- (96) Robertson, 305, 334.
- (97) 第二次契約法リステイメントは、「書面」での保証請求を不要としている。Restatement of the Law (Second) Contracts, 1981 § 251 Comment d.
- (98) UCC二—二〇一条一項は、価格五〇〇ドル以上の物品の売買契約は、原則として書面によらない限り、訴えや相手方の訴

えに対する防禦方法の中で、法律上の効力あるものとして主張することができないと規定しつつ、二項以下に四つの例外を規定している。すなわち、①商人間において契約を確認する書面が交付された場合（二項）、②買主のために特別に製造される物品の製造が開始された場合（三項a号）、③契約の有効性を否定しようとする当事者が裁判での訴答や証言などで契約の締結を認めた場合（三項b号）、④売買代金が支払われ、または物品の引渡しがなされた場合（三項c号）である。

(99) Robertson, 305, 334-335. ここでは、前掲註(98)の①③④と平行に書面が不要場合が提示されている。

(100) UCC—1—103条 本法の特定の条項で排除されていない限り、コモン・ローおよびエキイティの諸法理は本法の規定を補充する。このコモン・ローおよびエキイティの諸法理には、契約能力、代理、禁反言、詐欺、不実表示、強迫、強制、錯誤、破産その他行為の有効・無効に影響する事由に関する法および商慣習法が含まれる。

(101) Robertson, 305, 335.

(102) UCC—1—102条 (1) 本法は、その目的および方針を実現するよう柔軟に解釈しなければならない。

(2) 本法の目的および方針は次のとおりである。

(a) 商取引を規律する法の単純化・明確化・近代化。

(b) 商慣習、商慣行および当事者間の合意に基づく商取引の一層の発展を促進すること。

(c) 各法領域の間の法の統一。

(103) Sargis, 113, 134-135.

(104) 判決①②③ Diskmakers, Inc. v. DeWitt Equipment Corp., 555 F. 2d 1177 (3d Cir. 1977); ARB (American Research Bureau), Inc. v. E-Systems, Inc., 663 F. 2d 189 (D.C. Cir. 1980)。これに対し、判決④⑤⑥ Teeman v. Jurek, 251 NW. 2d 698, 701 (Minn. 1977); USX Corporation and Aristech Chemical Corporation v. Union Pacific Resources Company, 753 SW. 2d 845 (Tex. App. 1988); SPS Industries, Inc. v. Atlantic Steel Company, 366 SE. 2d 410 (Ga. App. 1988)。は書面の要求を厳格に解す。

(105) 判決⑦も同様の理由から履行停止が契約違反になるとされた。

(106) Robertson, 305, 335-336.

(107) Wallach, 48, 56.

「契約危殆」状態における履行確保(二・完)(松井)

第五節 効 果

第一款 総 説

二一六〇九条一項によれば、「不安に対する合理的根拠」を有する債権者は、定められた履行の適切な保証を書面で請求することができる。これによれば、債権者の側が「定められた履行の適切な保証」の具体的内容を示して請求しなければならぬようにも読めるが、この点はほとんど問題になっていない。むしろ、たとえ債権者が請求した保証内容と異なっていたとしても、それが適切なものであればよいと解されている。<sup>(108)</sup>そこで、どのような保証が「適切」なのかが問題になる。

保証を請求した債権者は、商業上合理的であれば、保証の供与を待つ間自己の履行を停止することができる(二一六〇九条一項)。このようにUCCでは、履行停止権は保証請求権に付随する効果として位置づけられている。なお、「商業上合理的」な場合とは具体的にどのような場合なのかという問題は、厳密には履行停止権の要件であるが、論述の便宜上、ここで論じることとする。

保証請求がなされてから三〇日を超えない合理的期間内に保証が供与されない場合には、履行拒絶と見なされ(二一六〇九条四項)、契約違反の場合の救済手段が適用される(二一六一〇条参照)<sup>(109)</sup>。しかし、履行期前の履行拒絶の効果はそれ自体別個の問題として論じるべきであり、本稿の主たるテーマとは若干外れるので、本稿ではこれら救済手段の概略を述べるにとどめる。

## 第二款 供与されるべき保証の内容——適切な保証——

どのような保証が「適切」なのかは、商業上の基準によって決せられる（二一六〇九条二項）。すなわち、債権者と同様の地位にある合理的な商人に、適切な履行を受け取ることに對する期待が満たされるであろうことを確保するような債務者の側の最小限の約束ないし行為は何かという基準によって判断される<sup>(10)</sup>。

具体的には、例えば公式コメントによれば<sup>(11)</sup>、買主が瑕疵ある供給物を受け取った場合、信用のある売主であれば「今後にはよく注意をしてこのようなミスを繰り返さない」と約束しただけで通常は十分である。しかし、同様の状況において、いい加減なことで有名な人物（corner-cutter）が同様の約束をしたとしてもそれだけでは足りず、保証を提示するか、または買主が要求した場合は直ちに供給し直すことを提示するものでなければ、不十分と考えられても仕方がない。また、給付に瑕疵があった場合、たとえそれが簡単に治癒されるものであっても、それによって買主の使用し易さが害される場合は、単なる口頭の保証では足りず、取り替え、修理、値引きその他の商取引上の合理的な治癒を行わなければ不適切な保証と考えられることがある<sup>(12)</sup>。

判例においては、判決(16)では、売主の問い合わせに対して買主が「我々の会社の状態を尋ねるなど図々しい。約束は全て守るし、これまでもそうするよう最善の努力をしてきた」と電話で怒鳴ったことが不適切と見なされた。その他、買主が「契約改訂に応じることを条件に将来の契約上の義務を履行する」と述べたこと(4)、売主が代金全額の支払い——後に五〇パーセント払い——を要求したのに対して買主が一五パーセント払いを申し出ただけだったこと(6)も、保証として不適切と見なされた。

### 第三款 履行停止権

保証を請求した債権者は、商業上合理的であれば、保証の供与を待つ間自己の履行を停止することができる（二一六〇九条一項）。このように、保証請求権とは異なり、履行停止権は「不安に対する合理的根拠」があるのみでは足りず、履行を停止することが商業上合理的であると見なされる場合にのみ認められる。履行停止が商業上合理的と見なされなかった場合は、履行を停止した当事者が履行期前の履行拒絶に基づく責任を負うことになる。もつとも、判例においては、保証請求権のみを認め履行停止については商業上合理的ではないとして認めなかったものは見当たらず、「不安に対する合理的根拠」が存在すると認定された場合には履行停止をすることも商業上合理的であると解されているようである<sup>(118)</sup>。

履行停止が個々の取引状況において商業上の観念に合致しているか否かは、履行を停止しなかった場合に債権者に生じたであろう損害の大きさと履行停止によって債務者に生じるであろう損害の大きさととの比較衡量、迅速な行動の必要性、履行停止を選択することの有用性、不安に対する根拠の性質および重大性、債務者が適切な保証を提供することができる可能性などを考慮して決する<sup>(119)</sup>。例えば、公式コメントによれば<sup>(120)</sup>、売主が瑕疵ある商品を発送した、あるいは発送しようとしているという明らかに信頼に値する情報提供者からの報告は、通常は買主に対して不安を抱く合理的根拠を与えると考えられる。しかし、CIF条項を含んだ売買契約や同様に証書と現金との引き換えという条項による場合のように、買主が商品の検査の前に代金支払をするというリスクを認めていた場合は、そのリスクは保証の請求によって回避され得ない。それ故、その報告が買主による代金支払を免れさせるような根拠にならない限り、二一六〇九条にいう不安に対する根拠は存在しないことになる。

なお、履行停止権を行使するうえで若干問題になるのは、保証請求権の行使との前後関係である。すなわち、二一六〇



九条一項は、「当事者は……保証を請求することができ、この保証を受け取るまでは……履行を停止することができ」と規定しており、保証を請求せずに履行を停止してはならないように見える。確かに、履行停止権は保証が供与されるまでの一時的な自己防衛手段であり、保証が供与されるためには、そもそも債権者が債務者の将来の履行について不安を抱いているということを債務者が認識しなければならぬ。そして、保証請求はこれを知らせる役割も担っているのであるから、保証請求をせずに履行停止のみを行うことは原則として許されない。もつとも、たとえ債務者がまだ保証請求を正式に受け取っていないとしても、履行停止の理由を容易に推測できることもある。この場合には、必ずしも履行停止に先立って保証を請求すべき理由はなく、履行停止後合理的期間内にかつ債務者が誤解する前に保証請求がなされれば足りると解されている。<sup>(116)</sup>

#### 第四款 保証が供与されなかった場合

「正当な保証請求を受けた後三〇日を超えない合理的期間内に保証を提供しない」場合には、契約の履行拒絶と見なされる<sup>(117)</sup>（二一六〇九条四項）。合理的期間の長さは、個々の事件の諸事情を斟酌して個別に決定されるが、三〇日を超えることはできない。「三〇日」という期間制限は、後で訴訟になった場合に「合理的期間」の長さをめぐって争いになるのを避けるために設けられたと言われている。<sup>(118)</sup>

契約の履行拒絶と見なされた場合の効果については、UCC二一六一〇条が概要を規定しており、個々の救済手段の具体的内容についてはそれぞれの規定が準用されることになっている。それによれば、債権者（被害当事者）は自らの選択によって、(a)商業上合理的な期間、履行拒絶をした当事者による履行を待ったうえで、契約違反に対する救済手段（二一

七〇三条または二一七一条)を援用することもできるし、(b)直ちに救済手段を援用することもできる。逆に言えば、債権者は商業上合理的期間内であれば救済手段を援用することができるが、これを超えると救済手段を援用することができなくなる。<sup>(109)</sup>ここで「契約違反に対する救済手段」とは、具体的には損害賠償請求、買主の填補購入、契約の解除である。さらに、いずれの場合にも(c)自己の履行を停止するか、または履行を停止せず二一七〇四条に規定されている権利を使用することもできる。すなわち、売主は相手方の契約違反にもかかわらず物品を契約の目的物として特定することができ。また、売主が目的物を製造したうえで買主に引き渡すという場合には、目的物が未完成の場合があるが、この場合にはその未完成の物品の財産的価値を維持するために、①製造を継続して完成させ、その物品全体を契約の目的物として特定するか、または②製造を中止してスクラップとしての財産的価値を回収するために再売却する等の措置をとることができ(二一七〇四条二項)。

(108) Sargis, 113, 136. *voir* Hawkland, 216. は、債権者は保証の形態を指定する権利を有しないと云う。

(109) もともと、二一六一一条により、被害当事者(債権者)が履行拒絶後に契約を解除するか、または本質的な地位の変更その他を行い、当該履行拒絶を確定的なものとする趣旨の表示がなされない限りは、債務者は履行拒絶を撤回することができる。この意味で、保証を供与しないことが直ちに確定的に「違反(breach)」になるわけではない。Hawkland, 220.

(110) Hawkland, 215; Sargis, 113, 135. *voir* ても、債権者が非商人の場合には、合理人の基準が用いられる。Hawkland, 207-208; Robertson, 305, 320.

(111) O. C. 4.

(112) 第二次契約法リステイトメントのコメントは、保証の「適切さ」を判断するに当たっては、当事者がこれまで行ってきた取引など当事者間の関係、履行に疑念を抱かれた契約当事者の履行拒絶、不安に対する根拠の性質、保証が供与されるべき時間

などが考慮されると述べている。Restatement of the Law (Second) Contracts, 1981 § 251 Comment e.

- (113) Robertson, 305, 339.
- (114) Hawkland, 219.
- (115) O. C. 3.
- (116) Hawkland, 218.
- (117) Sargis, 113, 137.
- (118) O. C. 5.
- (119) Anderson, DePaul, 1, 10-11.

## 第六節 小 括

前節まで、アメリカ法における保証請求権および履行停止権をUCC二一六〇九条を中心に概観してきた。それを通じて明らかになったアメリカ法の特徴やわが国の解釈論にとって重要と思われる点をここでまとめておく。

まず、保証請求権が第一次的効果として規定され、商業上合理的な場合に履行停止権が認められるという形態をとっている。両者はそれぞれ異なる起源を有するが、いずれも相手方が契約を現実に履行するであろうという一方当事者の期待ないし信頼を基礎としている。二一六〇九条一項第一文にはこのことが明確に規定されている。

このような理論的根拠を受けて、本条は「商業上の基準」に照らして「定められた履行」がなされないのではないかと  
いう「不安に対する合理的根拠」がある場合という一般的・包括的な要件を挙げているのみである。そして「定められた履行」の解釈という形で、履行停止権および保証請求権が認められるために必要な「将来における不履行の恐れ」の程度が議論されている。ここでもCISG七一条と同様に、①不履行の程度と②不履行が生じる蓋然性の程度の両面から議論

「契約危殆」状態における履行確保(二・完)(松井)

され、とりわけ二一六一〇条（履行期前の履行拒絶）との相違が学説上問題となっている。①については、何らかの不履行が生じる恐れがあればよいとする見解と、契約の価値を本質的に侵害する程度の不履行が生じる恐れがなければならぬとする見解が対立している。②については、本条の保証請求権が元来は当事者の曖昧な言動が履行期前の履行拒絶になるか否かを確定する手段として導入されたという経緯を考慮して、二一六一〇条よりも低い程度で足りると解されている。

何が「不安に対する合理的根拠」になるのかについては、CISG七一条と同様に、危殆化原因の如何を問わず、危殆化した債務と履行停止をする債務との厳密な意味での対価関係を必要としない。従って、付随義務違反の恐れを理由として履行停止をすることもできる。危殆化原因の発生時期については、二一六〇九条は明文で規定していないものの、学説は契約締結時に存在していたものであっても締結後に判明した場合には本条が適用されると解しており、同旨の判決も見られる。

さらに、二一六〇九条は手続的要件として、保証請求を書面でなすことを明文で規定しており、また学説は明示的に保証請求をなすべきことを要件として挙げている。前者は、紛争になった場合に保証請求があったことの立証を容易にするために設けられた要件と解されており、後者は、紛争になってから過去の交渉におけるある言動を捉えて保証請求を行ったという主張を認めない趣旨である。しかし、判例はこれらを非常に緩く解している。すなわち、書面による保証請求がなくても相手方において保証請求である旨が認識可能だった場合には有効な保証請求であると解し、過去の交渉過程における債権者の何らかの言動を保証請求権の行使であったと事後的に認定する傾向にある。これは二一六〇九条の存在があまり知られていないという実務を考慮したものであるという指摘もあるが、いずれにせよ、このような適用の仕方は債権者の履行停止を正当化するための理由づけにすぎず、当事者の交渉の契機を作るといふ保証請求権の目的に沿うものでは

ない。こうして、アメリカにおいては手続的要件を緩和しすぎたために保証請求の制度がうまく機能していない。もともと、書面での保証請求を要件とすべきかどうかは、アメリカにおいては立法論として、わが国においては解釈論として別個に考慮すべき問題である。

他方、効果において特徴的なのは、保証請求を受けた債務者が三〇日を超えない合理的期間内に適切な保証を供与しなかった場合には履行拒絶と見なされることが明文で規定されていることである（二一六〇九条四項）。この場合には契約違反に対する救済手段——損害賠償、契約解除、填補購入など——が適用されることになる。履行停止権については、「不安に対する合理的根拠」に加えて履行停止することが「商業上合理的」であるという要件が必要であるが、現実には保証請求権のみを認めて履行停止権を認めなかったという例は見られない。

## 第六章 不安の抗弁権の現代的展開——履行停止権への転換——

前章までの比較法的検討で、履行停止権の捉え方や理論的根拠がおおよそ明らかになったと思う。そこで、本章においては、これまでの検討を踏まえてわが国における解釈論として不安の抗弁権ないしその拡張である履行停止権をどのように捉えるのが適切か、その要件・効果は如何なるものが適切かについて筆者の考えるところを述べる。

第一節 考 察

第一款 不安の抗弁権から履行停止権への転換

BGB三二一条は、異時履行の契約において契約締結後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危殆化した場合に限り、先履行義務者に給付拒絶権を認めていた。わが国はこのような狭い不安の抗弁権をほぼそのままの形で導入し、解釈論としてこれを認めてきた。しかし、これまでの比較法的検討から明らかのように、このような不安の抗弁権はその適用範囲を大幅に拡張される傾向にある。

まず、ドイツにおいては、学説・判例は契約締結後に悪化が「発生」したという要件を緩和しており、これを受けて債務法改正委員会の最終報告書は、契約締結後に危殆化原因が「判明」すれば足りると規定している。危殆化原因についても、同報告書は、財産状態の悪化のみならず相手方の給付能力が欠如した場合全てに拡張している。さらに、同時履行の契約においても準備行為を先履行を解して準備行為の停止を認めている。

他方、UCC二一六〇九条は「一方当事者の履行が不安視される合理的根拠がある場合」といった一般的・包括的な要件を挙げるのみであり、PICC七・三・四条およびPECL三・一〇五条も内容は若干異なるものの包括的的要件という点では同様である。CISG七一条は、一項(a)号(b)号において危殆化原因を挙げているものの、実質的には右の諸規定と同様、危殆化原因に制限を付していない。さらに、いずれの規定においても、危殆化原因は契約締結後に「判明」すれば足りること、準備行為の停止も可能なこと、履行されない恐れがある債務と履行停止する債務との間の厳密な対価関係が必要とされておらず、従って付随義務違反の恐れを理由として主たる給付義務の履行を停止することもできることが認められている。

右のことから、従来のドイツ法型の狭い「不安の抗弁権」から広範な「履行停止権」への転換という大きな流れを見て取ることができる。

また、理論的にも、将来における相手方の債務の履行が危ぶまれるような状況は、「財産状態の悪化」のみならずさまざまな事由から生じ得る。そして、これらの場合に求められる債権者を保護する必要性の程度は等しいはずである。財産状態の悪化のみに保護の範囲を限定する論理必然性は存しない。実際、このような限定を設けていないアメリカ法においては、売買の目的物が欠陥品であることが予想される場合に買主が履行停止権を行使した判例が多数存在している。わが国においても、売主の出荷停止を正当と認めた判例の中には従来の不安の抗弁権では説明しきれないものがいくつも見られる。

従って、わが国の解釈論においても「不安の抗弁権」から「履行停止権」への転換を図ることが、世界的趨勢に合致し、さらに理論的にも実際上も必要であるように思われる。その際、確かに「不安の抗弁権」という従来の名称を維持しつつその内容を拡充するという方法もあり得る。しかし、第一に「不安の抗弁権」が「契約締結後の財産状態の悪化」という限定的な要件の下でのみ適用されるものであるという認識がある程度定着している現状においては、同一の名称をもって拡張された不安の抗弁権を論じることは、概念の混乱を招く恐れがある。第二に、後述するように、本稿で論じている「履行停止権」においては、履行停止の旨を事前に相手方に通知することが求められる。すなわち、債務者から履行請求や損害賠償請求を受けて初めて債権者が過去の履行停止の正当性を主張するというのは認められず、履行停止をするに当たっては事前にその旨を通知することによって、履行停止権者が自ら積極的に権利を行使しなければならぬ。この意味で、履行停止権は、相手方の請求を待って初めて行使し得る「抗弁権」とは異なる。以上の二つの理由から、従来の「不安の

抗弁権」とは別個の「履行停止権」という名称を用いるのが適切である<sup>(1)</sup>と考える。

このような前提に立ち、以下においてはわが国における従来の不安の抗弁権論を批判的に検討しつつ、履行停止権の目的、解釈論的根拠、要件および効果について、筆者の考えるところを述べる。ただし、要件および効果については、なお検討すべき点が多く残されており、広範な履行停止権という概念および解釈論的根拠に関する本稿の検討に基づいた一定の展望を示すにとどまらざるを得ない。

## 第二款 履行停止権の目的

一方当事者（債権者）が先履行をしたにもかかわらず相手方（債務者）が履行期日に債務を履行しなかった場合には、債務者に帰責事由があれば債務不履行になり債権者は損害賠償を請求することができる。しかし、現実問題としてこの損害賠償債権を確保することが難しいことは第一章において検討したとおりであり、また債務者に帰責事由がない場合には債権者は必ずしも先履行した物の返還または賠償を受けられるとは限らない。他方、製作物供給契約のように、給付の交換は同時履行であつてもその準備行為である目的物の製造に多額の費用を要し、しかも目的物の性質上、第三者に売却することができない場合——例えば目的物に買主の社名が印刷されている場合——には、契約が現実に履行されなければ売主は多大な損害を被ることになる。そして、この損害賠償債権を確保することが難しいという点は、右の場合と同様である。そこで、債務者が将来において契約上の債務を履行しないことが予想される場合には、将来において現実に不履行が生じたときに債権者が大きな損害を被ることが予想される。このような予測可能な損害を防止し、または最小限にとどめることが履行停止権の第一の目的である。



また、債務者の側も、債権者から契約が履行されることを見込んでさまざまな法律関係を形成している。例えば、売主から買い受けた商品を転売する、原材料を加工して製品として転売する、買主から支払われた代金を第三者に対する債務の弁済に充てるなどである。従って、履行が停止されることは債務者にとって大きな打撃になる可能性がある。これは、見方を変えれば、履行停止は当事者間の交渉を促進する強烈なインセンティブになるということである。履行停止あるいはその旨の事前の通知を契機に当事者間で交渉が行われ、そこで双方の情報提供がなされて危殆化原因が特定され、これを解消するために適切な手段が模索されることが期待されるのである。さらに、その結果として担保の供与等の措置が取られることによって契約の現実履行が確保され、契約の当初の目的が達成されることや、継続的な契約関係が維持されることも期待される。このように、履行停止権は、契約関係の維持・継続のための積極的な契機を作り出すという重要な役割も担っているのである。<sup>(2)</sup>

### 第三款 解釈論的根拠

まず、従来のわが国における不安の抗弁権の解釈論的根拠に関する諸学説に対しては、以下の点を指摘することができ

る。  
確かに、契約当事者の一方が自己の給付義務を拒絶することができるというのは、公平の原則に基づくものであって、双務契約における対価関係ないし履行上の牽連関係の現われと考えられる。これは、第一次的には履行を停止することによって自己が被る損害を防止または最小限にとどめると同時に相手方の履行を促すという趣旨から出たもので、この意味では従来の不安の抗弁権は同時履行の抗弁権（五三三条）と共通の考え方を有している。この限りにおいて対価関係説の

指摘は正当である。<sup>(3)</sup>

しかし、それだけでは不安の抗弁権は説明しきれない。とりわけ、先履行の合意があるにもかかわらず、なぜその合意に反してまで一時的にせよ給付拒絶が認められるのかという点が全く不問に付されてしまっている。履行準備行為の停止の場合においても、そもそも先に相当の資本を投下して準備行為をしなければならぬような債務——たとえ履行それ自体は反対給付と引き換えであったとしても——を引き受けたのであるから、同様の問題が生じる。不安の抗弁権の解釈論的根拠として重要なのはこの点であり、これまでの諸学説が不十分ながら論じていたのもまさにこの点なのである。ここでは、不安の抗弁権が同時履行の抗弁権と同様に履行上の牽連関係の現れであることについてはある程度共通の理解ができていたように思われ、これを前提としつつこの先履行の合意(ないし準備行為を伴う履行の引き受け)との抵触の問題を克服しようとさまざまな説明が試みられてきたのではなからうか。<sup>(4)</sup>従って、この問題を問うことなく単に履行上の牽連関係ないし対価関係を挙げるだけでは、不安の抗弁権の解釈論的根拠を示したことになるかと思われる。

それでは、従来の学説はこの点を説明しきれているだろうか。そして、従来の不安の抗弁権のみならず適用範囲の拡張された履行停止権の解釈論的根拠になり得るであろうか。

まず、事情変更説は、<sup>(5)</sup>これまでの比較法的検討から、従来の不安の抗弁権の解釈論的根拠にすらならないことが明らかである。この見解は、不安の抗弁権と事情変更の原則との歴史的結びつきのみに着目したものである。すなわち、わが国の不安の抗弁権はBGB三二一条をそのまま解釈論として持ち込んだものであるところ、三二一条の起草過程において本条は古法の *clausula* 理論の制限的適用例であると説明されている。そして、この *clausula* 理論が発展してドイツでは客観的行為基礎論になり、わが国では事情変更の原則になっていった<sup>(6)</sup>という歴史的結びつきから、不安の抗弁権の解釈論的根

拠を事情変更の原則に求めているのである。しかし、第三章で見たように、それぞれの内容を検討すると、とりわけ要件にかなりの相違が見られる。当時の *clausula* 理論は、事情変更につき当事者に帰責性のある場合や錯誤に当たるとなるような場合も含むなど、要件が洗練されておらず、現在の事情変更の原則とは内容的にかなり異なるものであった。また、三二一条の文言上の要件と事情変更の原則を比較しても①当事者の帰責性の有無、②客観的事情の変更という点で両者は大きく異なり、「契約締結後に悪化が発生した」ということ以外に共通点を見いだすことは困難である。しかも、この要件ですら事情変更の原則と理論的な結びつきを有しているわけではなく、ドイツにおいては現在では解釈により緩和されており、債務法改正委員会の最終報告書では要件から外されている。結局、たとえBGB三二一条と客観的行為基礎論ないし事情変更の原則が歴史的に繋がりを有しているとしても、両者の内容を比較すると、従来の不安の抗弁権はもとより、適用範囲の拡張された広範な履行停止権の解釈論的根拠を事情変更の原則に求めることはもはや不可能と言わざるを得ない。

黙示的合意説<sup>(7)</sup>に対しては、先履行の引き受けが信用供与であるということから、不安の抗弁権を認める旨の黙示的合意が契約当事者間に存すると構成するのは擬制的すぎるといふ批判が可能である。

信用基礎喪失説<sup>(8)</sup>に対しては、先履行の合意から契約当事者を解放する理論の不明確性を指摘することができる。この見解を主張する論者は、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、当事者双方に明らかな重要な動機である「契約の前提」が消滅した場合には解除によりまたは当然に契約は効力を失うという理論であるといひ、ドイツの行為基礎論に相当するものと考えているようである。<sup>(9)</sup>しかし他方で、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」として事情変更の原則とは一線を画しており、<sup>(10)</sup>「契約の前提ないし基礎の消滅による契約の解除の理論」と事情変更の原則との相違が明らかでない。しかも、行為基礎論——とりわけ主観的行為基礎論——をわが国に導入すること

に對しては消極的な見解が圧倒的に多い<sup>(11)</sup>という現状においては、このような理論に基づく信用基礎喪失説は説得力を欠くように思われる<sup>(12)</sup>。さらに、この理論は契約の解除ないし失効を導くものであるため、契約が同時履行に戻るという法的効果と密接に結びついている。しかし、後述するように、債権の危殆化のみから直ちにこのような効果を生ぜしめることは妥当でない<sup>(13)</sup>と考えるため、この点からも信用基礎喪失説には賛同し難い。

義務違反説<sup>(13)</sup>は、「相手方が履行を受けるであろう正当な信頼」に着目している点では正当であるが、このような「信頼」が侵害されたことが債務者の信義則上の義務違反であるとは言い切れないように思われる。確かに従来の不安の抗弁権においては「財産状態の悪化」が要件とされていたため、不履行の恐れが生じるのは金銭債務がほとんどであった。そして、金銭債務の不履行には債務者の帰責性が問われない(四一九条二項参照)——正確には具体的な故意過失があったか否かを問うことなく履行期に履行しない場合には帰責性があつたものと見なされる——ため、財産状態の悪化はすなわち債務不履行(四一五条)の前段階であり、従つてこれを信義則上の義務違反と構成することも可能であつた。しかし、私見による拡張された履行停止権は、例えば自然災害によつて工場施設が被害を受け、そのために期日通りに目的物を製造・引渡しができない可能性が高くなつた場合など、当事者の責めに帰すべからざる事由によつて債権の危殆化が生じた場合も含む。このような危殆化を債務者の信義則違反と構成することはできない。確かにUCC二—六〇九条一項第一文は、相手方の債務の履行に對する契約当事者の期待を侵害してはならない義務を規定し、履行停止権をこの義務違反の効果として位置づけていると解することもできる。しかし、アメリカ法においては不履行につき当事者の帰責性が要件とされていないために、このような捉え方が可能になるのであつて、不履行につき当事者の帰責性を要するわが国においては、債権者の期待ないし信頼を侵害したことを一律に「信義則上の義務違反」や「付随義務違反」といつた債務不履行と捉えるこ

とはできない。結局、債権者の期待ないし信頼の侵害には、信義則上の義務違反と解することができるもの——実際の事案ではこちらが大部分であろう——と事情変更または履行不能に近いものが混在していると見るべきである。

右のように、従来の見解がいずれも不十分であるとすれば、履行停止権の解釈論的根拠をどのように考えるべきであるか。私見によれば、契約履行に対する一方当事者の信頼保護という点に履行停止権の解釈論的根拠を求めるのが妥当であると考ええる。すなわち、当事者が双務契約を締結する場合、それが同時履行のものであれ異時履行のものであれ、そこには、相手方が契約上の債務をその本旨に従って履行するであろうという期待ないし信頼が存する。実際、相手方は現実にもそのように履行する義務を負っているのであるから、当事者の一方が抱いたこの期待ないし信頼は法的保護に値するものである。債権者はこの期待ないし信頼に基づいて自己の債務を先履行し、あるいは相当の費用を投じて履行の準備を行うのである。ところが、何らかの事由により相手方（債務者）が将来において債務を履行しない恐れが生じた場合には、債権者のこのような期待ないし信頼が侵害されることになり、将来における相手方の債務の履行が確保されないまま債権者が先履行ないし履行準備行為をしなければならぬという形でこれが現れる。そこで、債権者のこのような期待ないし信頼を保護し、将来において生じることが予想される損害から債権者を防御するために、先履行の合意（または準備行為を伴う債務の引き受け）があるにもかかわらず債権者に履行停止権が認められると解すべきである。CISG七一条やUNCITRAL二六〇九条はこの考えに立脚している。もともと、この期待ないし信頼の侵害が全て信義則上の義務違反になるわけではないということは、前述のとおりである。

ただし、ここでの履行停止権は、確かに双務契約における履行上の牽連関係の現われではあるが、同時履行の抗弁権の本来的な適用領域において通常考えられているものよりも広く、両債務の厳格な対価的給付の均衡や相互交換的な対応関

係は必要ない。これは、以下の理由に基づく。双務契約によって各当事者が負担した義務は契約上の全ての債務をその本旨に従って履行することであり、その中には主たる給付義務のみならず付随義務も含まれる。つまり、契約によって各当事者が負担したさまざまな債務を一体として捉えた場合、これら二つの「契約上の債務群」が相互交換関係に立っているのである。それ故、たとえ付随義務違反の恐れであっても、それが当該契約にとって重要なものであり、現実に違反が生じることによって重大な損害を被る恐れがある場合には、債務の本旨に従った契約の履行に対する債権者の期待ないし信頼が裏切られ契約の現実履行が危険に曝されているという点においては、主たる給付義務の不履行の恐れと何ら変わるところはない。従って、契約における個々の給付義務相互の厳格な対価関係や対応関係にかかわらず、債務者が重大な付随義務違反を犯す恐れがある場合にも、債権者は自己の主たる給付義務の履行を停止することができる<sup>(14)</sup>と解する。

なお、このような相手方への期待ないし信頼は双務契約の目的構造たる履行上の牽連関係ないし対価関係を言い換えたにすぎないと指摘がある<sup>(14)</sup>。しかし、双務契約とは、契約の両当事者が相互に債務を負担し、それを相互に交換し合う旨の契約であるから、両債務の相互交換という履行上の牽連関係は双務契約という法律制度が性質上有する「構造」である。従って、前述のように、このような双務契約の性質ないし構造のみでは、先履行の合意(ないし準備行為を伴う債務の引き受け)との関係を説明することはできない。これに対して、契約の履行に対する相手方への期待ないし信頼は契約当事者の心理作用であり、この正当な期待ないし信頼を保護するために、双務契約の目的構造たる(広義の)履行上の牽連関係の現れである履行停止権が認められるのである。このような意味において両者は異なるものであると考える。

#### 第四款 要件

履行停止権が認められるための要件としては、本稿において検討したドイツ債務法改正委員会の最終報告書草案、国際取引に関する諸規定およびアメリカ法の規定にならない、「相手方（債務者）が将来においてその債務の重大な部分を履行しないのではないか」という債権者の不安に対する合理的根拠が契約締結後に判明したことが必要と考える。

すなわち、危殆化原因の態様を財産状態の悪化に限定せず、広く相手方の債務の履行を危険に曝すような全ての事由を含む。その際、当該事由を生ぜしめたことにつき債務者の帰責性の有無は問題にならない<sup>(15)</sup>。もつとも、履行を停止しようとする当事者（債権者）の故意過失によって相手方の債務の履行が危殆化した場合には、履行停止権を行使することはできないと考える。そして、この危殆化原因が契約締結後に発生した場合に限らず、たとえ契約締結時に存在していた場合でもその後に判明した場合にも履行停止権が認められる。もつとも、契約締結時に相手方の履行能力等につき通常要求される調査を怠っていた場合には、履行停止権を行使することはできないと解する。また、この履行停止権は、履行期に先後関係のある契約のみならず、同時履行の契約においても適用される。確かに、このような契約においては民法五三三条の同時履行の抗弁権が適用されるものの、履行準備行為の停止までは五三三条の枠内では認められない。この点で、同時履行の契約にも履行停止権を認める意義があると考えられる。

このように、従来の不安の抗弁権の諸要件は大幅に緩和されるが、言うまでもなく無制限に履行停止が認められるわけではない。当然、一定の限界づけが必要である。そこで、何を基準に限界づけを行うかについては、やはり前述の諸外国の立法例にならない、右の要件のうち「不安に対する合理的根拠」の評価において、①債務者が履行期において履行しなかった場合に契約目的が害される程度、および②債務者が債務を履行しない蓋然性の程度を考慮すべきである<sup>(16)</sup>。

このうち、①契約目的が害される程度は、債務者が「債務の重大な部分を履行しない」という程度、すなわち現実に不履行が生じたならば契約解除権が生じる程度の重大なものでなければならぬと解する。履行停止が債務者に及ぼす影響の大きさに鑑み、軽微な不履行では足りない。もつとも、前述のように、同時履行の抗弁権のような厳密な意味での対価関係を必要としないため、例えば販売店契約における販売領域に関する合意や排他的取引条項など当該契約にとって重要な付随義務に重大な違反が生じる恐れがある場合にも、主たる給付義務の履行を停止することができる。

他方、②債務者が債務を履行しない蓋然性の程度については、高度な蓋然性が必要ではあるが、確定的ないし確定である必要はないと解する。換言すれば、履行期前の履行拒絶や継続的供給契約における「重大なる理由」が認められて直ちに契約解除権が生じる程度にまで至っている必要はない。債権者が担保供与を求めたが債務者がこれに応じなかったという事実は、後述するように、履行停止後の場合には危殆化原因の存在と相俟って解除権の発生原因にもなり得るが、履行停止前になされた担保不供与は、債務者が債務を履行しない蓋然性を高める方向に作用する要素の一つとして考慮されるものと解する。もつとも、CISG七一条をめぐる学説において指摘されているように、個々の事案においてこのような蓋然性の程度を厳然と区別することは容易ではない。<sup>(17)</sup>

ところで、本稿で検討したわが国およびアメリカの判例においては、債権者が履行停止権ないし不安の抗弁権の行使である旨を明示的に債務者に通知しないまま履行を停止し、後に債務者の側からこの履行停止を債務不履行であると主張されて初めて、「過去に行った履行停止は正当な行為だったのだ」という形で履行停止権を主張するといった事態が見られた。しかし、このような主張のしかたでは、履行停止の時点では債権者がどのような意図を有しておりどのような措置を講じようとしているのかを債務者にとって認識することが非常に困難であり、しかも不意打ちのような形で履行停止されるこ



とにより大きな影響を受けることが予想される。

他方、履行停止権の目的という側面からは、右のような履行停止権の主張のしかたでは、当事者間の自主的な交渉を促進しそれを通じて契約の現実履行ないし契約関係の維持継続を図るといふ目的は期待し得ない。この目的が達成されるためには、紛争が先鋭化する前の段階において、まず債権者が将来の履行に対して重大な不安を抱いていることを債務者の側で認識しなければならぬし、その不安が如何なる事柄に基づくものかを認識しなければならぬ。このような認識があつて初めて、債務者は債権者の不安を除去するための対応策を講じることができるのであるし、それに向けた当事者間の交渉および訴訟の前段階における紛争解決が可能になるのである。

右の二つの理由から、履行を停止しようとする当事者は、相手方に対して履行停止の旨を事前に通知すべき義務を負い、この通知なくして行われた履行停止は、次に述べる法的効果を生ぜしめず、債務不履行を構成すると解すべきである。この点、CISG七一条三項においては事後の通知義務が規定されているが、履行停止が債務者に及ぼす影響の大きさに鑑みると、事後の通知では債務者を十分に保護することができないと思われ、より一歩進んで事前の通知が必要であると考へる。

## 第五款 効 果

右の要件を満たした場合には、債権者（先履行義務者）は自己の債務の履行を停止することができる。また、同時履行の契約においても、例えば製作物供給契約や請負契約における目的物の製造行為や給付の目的物の調達など、履行準備行為を停止することができる。そして、履行停止中に当初の履行期を徒過しても履行遅滞の責任を負うことはない。

「契約危殆」状態における履行確保（二・完）（松井）

以上のように、履行停止権それ自体の法的効果は、文字通り債務の履行停止が正当化されることのみである。しかし、他方で、履行停止は債権者にとって将来の損害を予防できるという意味で最小限の防御方法にとどまり、相手方の債務の履行の確保は当事者間の交渉促進を通じて間接的に図られるのみである。にもかかわらず、債務が履行されないまま契約関係が存続する——しかも将来において債務が履行される見込みがほとんどないままの状態——という異常な事態を脱する手段が用意されていないというのは、債権者にとって酷である。

そこで、債権者が履行停止後に担保の供与など契約危殆を消滅させる何らかの措置を債務者に対して求めたにもかかわらず、合理的な期間内に債務者がこれに応じなかった場合には、債権者は契約を解除することができる。これが相当であろう。ただし、ここで担保の供与等を求めることが、UCC二一六〇九条におけるような債権者の権利として構成し得るのか、逆に言えば、債務者が担保供与の「義務」を負うのかについては、なお検討を要する。現時点では、担保供与が債務者の法的な「義務」とまでは言えないものの、債権者からの(先)履行を受け取るために債務者がなすべき事柄——この意味でいわゆるオプリーゲンハイト (Obiegenheit) に近い——であると考えているが、詳細な検討は今後の課題にしたい。

右のような立場を前提とすると、契約解除権も、担保不供与という「義務違反」から生じるのではなく、別個の法理から導かれることになる。すなわち、危殆化原因の存在および履行停止後の担保不供与という事実により、継続的供給契約においては、契約関係を継続し難い重大なる理由が認められ、単発的な契約においては、履行期前の契約違反 (anticipatory breach of contract) や履行不能や事情変更の原則に基づいて契約解除(解約告知)が可能になると考えられる。<sup>(18)</sup> もっとも、履行期前の契約違反という概念自体、わが国において一般的に認められているとは言い難いということもあり、

解除権の根拠についても今後の検討課題にしたい。

- (1) ただし、これは両者の適用範囲が全く異なるという意味ではない。むしろ、履行停止権は従来の不安の抗弁権が適用される状況の全てを含んだうえで、さらにそれ以外の部分も含むものである。本章第四款を参照。
- (2) 内田貴「契約プロセスと法」山之内靖ら編『岩波講座社会科学の方法Ⅵ社会変動のなかの法』(一九九三年)一四二―一四三頁も、この点を指摘する。
- (3) 須永知彦「履行期前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——」(一)「民商一一一巻三号」(一九九四年)四二〇頁。
- (4) 体系書において、不安の抗弁権が同時履行の抗弁権の項で説明されている点から、このことが窺われる。第二章註(11)の各文献を参照。
- (5) 第二章註(13)の文献を参照。
- (6) 五十嵐清『契約と事情変更』(一九六九年)七四頁、福地俊雄「事情変更の原則」谷口知平∥加藤一郎編『民法演習Ⅲ(債権総論)』(一九五八年)六六頁、久保宏之『経済変動と契約理論』(一九九二年)二二七頁。
- (7) 神埼克郎「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)四六〇頁以下。
- (8) 三宅正男『契約法(総論)』(一九七八年)六八頁。
- (9) 三宅正男『契約法(各論)上』(一九八三年)一五頁。
- (10) 三宅正男『契約法(各論)下』(一九八八年)五七七頁。三宅教授は、むしろ「動機錯誤の判例理論に近い」と述べる。この部分の記述は消費貸借予約の失効に関するものであるが、不安の抗弁権を消費貸借予約の失効に準じて取り扱うとしていることから、この部分の記述は不安の抗弁権についても当てはまるものと思われる。三宅・前掲註(8)六八頁。
- (11) 磯村哲編『注釈民法(12)』(一九七〇年)二四頁(磯村哲執筆)、中山充「事情変更の原則」遠藤浩∥林良平∥水本浩監修『現代契約法大系第1巻』(一九八三年)八二頁、五十嵐・前掲註(6)一四〇頁、同「事情変更の原則と行為基礎論」『民法の争点Ⅱ』(一九八五年)九六頁など。

「契約危殆」状態における履行確保(二・完)(松井)

(12) 私見のように拡張された履行停止権においては、債権の危殆化原因が契約締結時既に存在していたが締結後に判明したという場合も適用範囲に含まれることになるが、このような場合を信用基礎の喪失という理論で説明するならば、なお一層、主観的行為基礎論と類似の理論を認めなければならぬことになってしまふ。

(13) 清水元「不安の抗弁権」遠藤浩||林良平||水本浩監修『現代契約法大系第2巻』(一九八四年)九五頁。

(14) 須永・前掲註(3)四二〇頁。

(15) 須永知彦「履行期前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——(一・完)」一一一巻四・五号(一九九五年)七一八頁も同旨。

(16) 須永・前掲註(15)七一六―七一七頁も同旨。

(17) Schlechtriem, Uniform Sales Law 93-94 (1986); ders, Einheitsches UN-Kaufrecht (1981), S. 86; Strub, *The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries*, 38 Int'l & Comp. L. Q. 494 (1989).

(18) 不安の抗弁権に関する従来の学説の中には、担保不供与によって債務権者の期限の利益が喪失(一三七条三号)し同時履行の関係が復活するため、債権者は自己の債務の履行を提供して債務者を遅滞に陥らせ契約を解除することができる」と説くものもある(神崎・前掲註(7)四六七頁、三宅・前掲註(8)六九頁)。しかし、拡張された履行停止権においては、排他的取引条項や販売領域に関する条項などの付随義務違反の恐れを理由とした給付義務の履行停止が認められるところ、このような場合には期限の利益喪失や同時履行関係といったことを観念し得ない。さらに、売主の履行準備行為の停止においては、給付の交換それ自体は同時履行なので期限の利益を有していると言えるのか疑問であるばかりか、売主が契約を解除するためには準備行為を行って履行を提供しなければならぬことになるので準備行為の停止が意味を持たなくなる。また、自然災害によって履行期日に目的物の製造が完了しない恐れが生じたというように、当事者の責めに帰すべからざる事由によって契約危殆が生じた場合も、履行遅滞に基づく契約解除という構成は採り得ない。このように、履行停止権においては、一三七条を媒介とした履行遅滞に基づく契約解除という理論構成は、常には妥当しない。

## 第二節 まとめと今後の課題

本稿では、「契約危殆」状態の場合の第一次的な法的救済としての履行停止権を、とりわけその解釈論的根拠に力点を置きながら検討してきた。ここで私見を簡単にまとめてみよう。

まず、BGB三二一条は、契約締結後の財産状態の悪化という限定的な要件の下で不安の抗弁権を規定しており、これがわが国における不安の抗弁権論の模範となっているが、CISG七一条やUCC二一六〇九条においては、より広範な履行停止権を規定しており、近時のドイツの議論もこれに影響を受けて適用範囲を拡張してきている。また、理論的にも財産状態の悪化によって生じた契約危殆とそれ以外の事由によって生じた契約危殆とを区別する根拠はない。実際、わが国において継続的供給契約の売主が行った出荷停止を正当と認めた判例の中には、同時履行の抗弁権でも従来の「不安の抗弁権」でも説明しきれないものがあり、このことは、従来の「不安の抗弁権」の要件を満たさなくても履行停止を認める必要がある場合が存在すること、にもかかわらず履行停止の理論的な拠り所が欠如していることを示している。

そこで、従来のドイツ法型の「不安の抗弁権」から広範な「履行停止権」へと転換を図ったうえで、その解釈論的根拠、要件、効果を検討することが必要となってくる。

第一に、履行停止権の解釈論的根拠については、同時履行の抗弁権と同様、公平の原則に基礎づけられ、(広義の)履行上の牽連関係の表れであると解される。ただし、これだけでは先履行の合意(同時履行であっても準備行為を先に行わなければならないような債務の引き受け)に反してまで先履行義務者が履行を停止できることの十分な理由にはならない。そこで、この点を、契約の一方当事者が相手方に対して有していた契約履行に対する信頼ないし期待に求めるべきである。この信頼ないし期待が裏切られたことによって、先履行の合意よりも履行上の牽連関係をより強く前面に出す、つまり履

行を停止することが正当化されるものと解する。

第二に、要件については、危殆化原因の態様およびその発生時期を問わず、危殆化原因が契約締結後に「判明」したことで足りる。また、同時履行の契約においても、履行準備行為の停止を可能にすべく履行停止権を認める。このように要件を緩和・拡張する反面、①債務者が履行期に債務を履行しなかった場合に契約目的が害される程度、②債務者が債務を履行しない蓋然性の程度を考慮することによって、履行停止権が認められる境界を画する。さらに、履行停止権に対して事前の通知義務を課すことによって、契約の現実履行ないし維持継続を目指す。

第三に、効果については、履行停止権それ自体の法的効果は、文字通り履行の停止のみである。ただし、別個の法理に基づいて、担保不供与を媒介とした契約関係の解消が認められるべきであろう。

履行停止権を右のように解することにより、債権者が将来において被ることが予測される損害の防止および軽減、当事者間の自主的な交渉の促進および契約の現実履行の確保が図られ、「契約危殆」状態における契約当事者の公平が維持されるものと考ええる。

他方、積み残した問題もまだ非常に多い。最後にこれらの点を述べて本稿を結びたいと思う。

まず、本稿ではフランス法について全く検討することができなかったが、フランス民法一六一三条は不安の抗弁権を規定しており<sup>(19)</sup>、また不可抗力によって契約の履行が一時的に困難になった場合における契約停止 (Suspension du contrat) の理論が、労働法の分野を中心に展開されている<sup>(20)</sup>。これらを検討することにより、履行停止権の基礎づけや内容をさらに明らかにしていきたいと考えている。

また、本稿においては履行停止権を「広義の」履行上の牽連関係の現れであると述べたが、このような個々の給付義務

の厳密な相互交換的な対応関係を必要としない履行拒絶権としては、ドイツ法における債権的留置権 (Zurückbehaltungsrecht: § 273BGB) やフランス法における契約不履行の抗弁 (exceptio non adimpleti contractus: § 1612CC) が参考になる。これらを今後研究し、同時履行の抗弁権の周辺に存在する履行拒絶権をどのように解すべきかを考えていきたいと思う。<sup>(21)</sup> 例えば、同時履行の抗弁権における厳格な対価関係の要件を見直す方向での展開や、信義則上の広範な履行拒絶権を認め同時履行の抗弁権をその一類型と捉える方向での展開が可能として考えられるが、今後の研究課題としたい。これにより、本稿で論じた履行停止権の位置づけも一層明らかになるであろう。

さらに、本稿では履行停止後の契約関係の展開、すなわち担保供与や契約解除権、損害賠償請求権について十分な検討ができず、私見も一応のアウトラインを示すにとどまった。これらを研究し、いわゆる「契約危殆責任」なる新たな債務不履行類型を模索することが今後の課題である。その際に参考になるのが、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) の法理である。アメリカ法やCISGなど国際取引法においては、履行停止権が問題になる (軽度の) 契約危殆は履行期前の履行拒絶ないし履行期前の契約違反の前段階として理解されており、<sup>(22)</sup> 契約危殆の法的効果を考える際にはこれらの法理を検討することが不可欠である。また、ドイツ法は積極的債権侵害の一類型としてこれを認めており、<sup>(23)</sup> 履行期前の契約違反に関する明文の規定を欠くわが国にとって参考になると思われる。

右の諸点について更に研究を進めていくことによって、「契約危殆」状態における法的問題を整序することが今後の課題として考えるところである。

- (19) フランス民法における不安の抗弁権については、清水・前掲註(13) 八八頁以下に紹介がある。
- (20) 契約停止の理論については、山口俊夫「フランス法における契約停止 Suspension du contrat の概念について——契約関係安定のための法技術——」私法二八号(一九六六年)一一五頁、中田裕康『継続的売買の解消』(一九九四年)一三〇、一三二、一六九頁以下に紹介がある。
- (21) 谷口知平『五十嵐清編『新版注釈民法(13)』(一九九六年)四六三頁以下(沢井裕・清水元執筆)。
- (22) UCC § 2-610, CISG § 72.
- (23) Schlechtriem, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1994) Rn. 347; Heinrichs/Emmerich, Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (1994) Vor § 275 Rn. 274ff.