

# 契約の危殆化とドイツ新債務法に おける「不安の抗弁権」規定

松 井 和 彦

## 第一章 序 説

二〇〇二年にドイツ債務法現代化法が成立し、給付障害法にさまざまな改正がなされた。<sup>(1)</sup> 主なものだけでも、①「義務違反」概念を導入して損害賠償請求権の要件を一元化することによって瑕疵担保責任の領域に属する問題を部分的に給付障害法に統合し、積極的債権侵害（瑕疵ある給付）に規定上の根拠を与えたこと（二八〇条）、<sup>(2)</sup> ②保護義務を明文で規定することで積極的債権侵害（完全性利益の侵害）に規定上の根拠を与えたこと（二四一条二項、三三四条）、③いわゆる契約締結上の過失理論を明文化したこと（原始的不能につき二七五条および三二一a条、契約交渉中における保護義務につき二四一条二項および三二一条）、④契約解除権の要件から債務者の帰責事由を除外したこと（三三三条一項）、⑤行為基礎喪失の理論を明文化したこと（三二三条）、⑥継続的債権関係における解約告知権を明文化したこと（三一四条）、⑦約款規制やクーリング・オフなど消費者保護法関連の規定を民法に包摂したこと（三〇八―三一〇条、三二一―三二二f

条、三四六―三五九条）など、多岐にわたる。<sup>(3)</sup>

わが国の債権法理論がこれまでドイツ債務法の影響を受けつつ展開されてきたことを考えると、ドイツにおけるこのような大幅な債務法改正がわが国の債権法理論に少なからぬ影響を及ぼすであろうことは、想像に難くない。また、新債務法の起草にあたってウィーン国連売買条約やユニドロア国際商事契約原則など契約法に関する統一規範がしばしば参照されていることや、いくつかのEC指令の国内法化を盛り込んでいることから、今回のドイツ債務法改正は、契約法規範の国際的統一化ないし平準化という大きな流れのひとつと位置づけることができ、この観点からも、わが国の債権法理論にとって大きな意味をもつと思われる。本稿も、ドイツ新債務法からわが国の債権法理論への示唆を得ようとするささやかな試みのひとつである。

さて、本稿では、ドイツ新債務法において大きく変貌を遂げた、いわゆる「不安の抗弁権」に関する規定を概観し、これを通じて、同規定の内容およびその基礎にある考え方がどのように変更されたのかについて考察を加えることを目的とする。筆者は以前、『契約危殆』状態における履行確保――不安の抗弁権から履行停止権への展開――（一）<sup>1</sup> 修道二〇巻一号七五頁以下において、改正前の不安の抗弁権規定につき考察を加え、右規定の適用領域が拡張される傾向にあること等から、これを事情変更の原則と関連づけて理解することには無理があることを論じた。後述するように、今回の改正によって前稿の分析結果が一層鮮明になったと解することができるが、前稿執筆当時、ドイツ債務法改正作業は最終報告書（Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992）が公表された段階にとどまっていたため、検討の対象も最終報告書までであった。本稿は、その後のドイツにおける動向をフォローするものであり、この意味において、前稿を補完するものである。

## 第二章 旧三三一条の問題点

新しい三三一条（以下、「新規定」または「新三三一条」と呼ぶ）をみる前に、従来の三三一条（以下、「旧規定」または「旧三三一条」と呼ぶ）がどのようなものであったのかをごく簡単に確認しておこう。<sup>(4)</sup>

旧規定は、次のような規定であった。

「双務契約に基づき先履行義務を負う者は、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、自らが負っている給付を拒絶することができる。」

右の規定には、要件論、効果論のそれぞれから、次のような問題点が指摘されていた。<sup>(5)</sup>

### 1 要件面の問題点

右規定によれば、契約締結後に相手方（以下、先履行を受ける権利を有する当事者という意味で「先履行権利者（Vorleistungsberechtigte）」と呼ぶ）の財産状態に悪化が生じた場合にのみ不安の抗弁権を主張することができる<sup>(6)</sup>とされている。しかし、契約締結時すでに財産状態の悪化が存在していたが先履行義務者がこれを知らなかったという場合にも、反対給付請求権が危殆化しているという点においては変わりがないのであるから、同様に先履行義務者を保護する必要があるとの見解が学説では有力に主張されていた。そこで、学説においては、右のような場合にも旧規定を適用しないし類推適用すべきとの見解や、旧規定を類推適用することは文言上難しいものの先履行権利者の財産状態について錯誤があったとして一九九条二項に基づき契約の取消が認められるとの見解が主張されていた。他方、判例においても、契約締結時す

でに財産状態がある程度悪化していた場合であっても、締結後にさらに悪化し反対給付請求権が危殆化した場合には旧三二一条が適用されるとの判例理論が登場するなど、「契約締結後の悪化」要件を緩和する動きがみられた。

## 2 効果面の問題点

旧規定に基づいて不安の抗弁権が行使された後も先履行権利者が反対給付を提供せず、担保も供与しなかった場合には、契約は、いずれの当事者の給付もなされないまま「両すくみ」の状態に陥る。もつとも、例えば売買契約において目的物引渡を三月一日に、代金支払を五月三〇日になすべき約定だったような場合には、不安の抗弁権が行使された場合であっても、五月三〇日以降は同時履行の關係に戻るので、契約が履行されないままの状態が永続するわけではない。これに対して、例えば、売買契約締結から六〇日以内に目的物を引き渡し、その三〇日以内に代金を支払うべき約定だったような場合には、目的物が引き渡されない限りは代金支払期日が到来しないため、不安の抗弁権が行使された後も先履行権利者たる買主が代金の提供または代金支払に關する担保を供与しない場合には、いずれの当事者の給付もなされないまま契約關係は宙に浮いてしまう。そこで、判例・学説は、このような状況を打破するため、先履行義務者に契約解除権を与えるべきとの解釈を展開していた。すなわち、先履行義務者は、相当期間を設定して先履行の給付と引換に反対給付または担保供与を求めることができ、右期間を徒過した場合には、後履行義務の履行期到来前であっても契約を解除することができるという解釈である。このような解釈は、信義則に關する二四二条に基づいて、または履行遲滞に關する旧三二六条の類推適用により、導かれていた。<sup>(7)</sup>

### 第三章 新しい「不安の抗弁権」規定

判例・学説によって補われている解釈論を条文に盛り込むかたちで改正された新三二一条は、次のとおりである。

〔1〕 双務契約に基づき先履行義務を負う者は、相手方の給付能力の欠如により自己の反対給付請求権が危ぶまれることを契約締結後に認識し得るに至ったときは、自己の給付義務の履行を拒絶することができる。反対給付がなされたとき又は反対給付のために担保が供与されたときは、給付拒絶権は消滅する。

(2) 先履行義務者は、相手方が給付と引換に反対給付をなすか担保を供与するかを選択するために相当の期間を定めることができる。この期間が徒過した後においては、先履行義務者は、契約を解除することができる。第三二三条は、この場合に準用する。」

右規定により、旧規定による「不安の抗弁権」がどのように変更されたのかについて、以下、検討を加える。

#### 1 要件の拡張にみる「不安の抗弁権」の変容

新三二一条一項によれば、不安の抗弁権の要件として挙げられているのは、①双務契約に基づいて当事者の一方が先履行義務を負っていること、②先履行権利者の給付能力の欠如、③給付能力欠如が先履行義務者において契約締結後に認識し得るに至ったこと、④給付能力欠如によって反対給付請求権が危ぶまれるに至ったこと、である。これらのうち、①および④については、旧規定と同様である。これに対して、②および③は、従来から大きく変更された。

(1) 財産状態の悪化から給付能力の欠如への拡張

旧規定は、先履行義務者の反対給付請求権が危殆化するに至った原因（以下、「危殆化原因」と呼ぶ）として、先履行権利者の財産状態の悪化のみを挙げていたことから、危殆化が問題となる反対給付請求権は、ほぼ金銭債権のみに限られていた。<sup>(8)</sup>これに対して、新規定は、先履行権利者の「給付能力の欠如」と改め、財産状態の悪化に限らず、広く反対給付請求権の危殆化を生ぜしめる事由全てを給付拒絶権の適用対象に含めた。このような危殆化原因を限定しない規定のしかたは、ウィーン国連売買条約（United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980. 以下、「CISG」と呼ぶ）七一条に倣ったものと説明されている。<sup>(9)</sup>これにより、例えば、輸出入禁止、戦争、仕入先の倒産なども危殆化原因に含まれることになる。<sup>(10)</sup>もちろん、従来と同様、財産状態の悪化がここに含まれること、しかも危殆化原因の典型例であることは言うまでもない。<sup>(11)</sup>

また、従来は売買契約の売主は瑕疵のない目的物を引き渡す義務を負っていなかったが、新四三三条一項二文により、右の義務が課せられるようになった。すなわち、買主は売主に対して瑕疵のない目的物の引渡を請求する権利を有することとなり、これにより、新三二一条にいう「反対給付請求権の危殆化」には、瑕疵のない目的物が引き渡されずこれにより契約目的が達成できない恐れ、言い換えれば重大な契約違反を招くような瑕疵ある目的物が引き渡されると見込まれるような場合も含まれることとなった。<sup>(12)</sup>つまり、例えば、売買契約における先履行権利者たる売主が、瑕疵ある目的物を引き渡す恐れがある場合にも、買主は先履行義務である代金支払を拒絶することができることになる。

さらに、給付に必要な協力者または債務者本人が病気で倒れたことも危殆化原因に含まれるため、<sup>(13)</sup>物の引渡のみならず、労務の給付に関する請求権の危殆化も、新三二一条の適用対象に含まれることになった。<sup>(14)</sup>

## (2) 契約締結時における危殆化への拡張

旧規定は、給付拒絶権を行使し得る場面を、契約締結後に危殆化が生じた場合に限定していた。これに対しては、前述のような問題点が指摘されていた。これを踏まえて、新規定は、契約締結後に危殆化が生じた場合に限らず、契約締結時すでに危殆化が生じていたが先履行義務者がこれを認識できず、契約締結後になってこれを認識したという場合にも、給付拒絶権の行使を認めた。このような見解は、学説においては主張されていたものの、判例は、ここまでは認めていなかった。たしかに判例は、「契約締結後の財産状態悪化」という要件を緩和する態度を示していたが、契約締結時にある程度の財産状態悪化が生じていたが締結後さらに悪化が進んだため危殆化が生じたという場合に給付拒絶権を認めるにとどまり、反対給付請求権の危殆化はあくまでも契約締結後に生じたのでなければならぬとの立場をとっていた。しかし、新規定は、ここでもCISG七一条に倣い、反対給付請求権の危殆化が契約締結後に「認識し得るに至った」ことで足りるということで、従来の判例の立場を一步踏み出した。

もともと、先履行義務の引受に対するリスクは、これを引き受けた先履行義務者が負うのが原則である。このため、先履行義務者は、先履行義務を引き受けるにあたって相手方の給付能力につき適切な調査をする等の注意をなすべきであり、この調査を尽くしてもなお先履行権利者の給付能力欠如を認識し得なかった場合にのみ、新規定に基づく給付拒絶権を行使することができる。<sup>(15)</sup>ここでの注意の基準は、先履行義務者と同じ地位にある客観的な観察者である。<sup>(16)</sup>したがって、一般に、商人と非商人とでは、前者により重い注意が要求される。<sup>(17)</sup>

ところで、このように、先履行権利者の給付能力につき錯誤に陥って先履行義務を引き受けた場合にも、一定の要件の下で給付拒絶権が認められるようになったことに伴い、錯誤に関する一一九条二項に基づく契約の取消がなお認められる

かという問題が生じる。現時点での学説は、肯定説・否定説が拮抗している状況にある。否定説によれば、第一に、今回の改正によって右のような要件の下に先履行権利者の給付能力に関する錯誤の場合にも給付拒絶権を認めたにもかかわらず、一一九条二項に基づく取消を認めると、改正が意味を失ってしまう。第二に、後述するとおり、新三二一条では二項において、相当期間を定めたいえでの契約解除権が新設されたが、一一九条二項に基づく取消を認めると、結果的に新三二一条二項の手續を潜脱し直ちに契約關係を解消する途を認めることになり、この点でも改正が意味を失ってしまう。<sup>(18)</sup>

これに対して、従来どおり、一一九条二項との重疊適用を認める見解も有力である。<sup>(19)</sup>これによれば、第一に、起草者は一一九条二項が適用されることを前提としていたという。すなわち、政府草案によれば、新三二一条一項において危殆化が契約締結後に認識し得るに至ったことを要件とした理由として「よく調査せずに引き受けた先履行義務を後になって一、九条で認められた方法以外の方で、排除する途を、三二一条が先履行義務者に認めることは、避けなければならない」<sup>(20)</sup>（傍点筆者）ことが挙げているからである。第二に、三二一条と一一九条とは法的効果が異なることを挙げる。すなわち、前者においては一時的、延期的な給付拒絶権、後者においては契約の取消という異なった法的効果が生じるのであるから、先履行義務者は両者を選択できるのだという。この点は、旧規定の下で多数説であつた重疊適用説が挙げていた理由と同じである。

### (3) その他の要件について

前述のとおり、要件の①および④については、旧規定と同様である。ただし、要件の①に関連して、同時履行の契約において、当事者の一方がその義務を履行するために準備行為をしなければならない場合、例えば売買契約において売主が目的物を製造したり他から仕入れたりしなければならない場合において、買主の代金支払が危ぶまれるような状況が判



明した場合に、売主は右準備行為を停止することができると否かが問題となる。今回の改正では、この点は明文で規定されなかったため、旧規定におけると同様、解釈に委ねられることとなる。<sup>(21)</sup>もともと、起草者は履行準備行為にも新三二一条が適用されることがあり得るとの立場に立っているようであり、これを受けて学説においても、履行準備行為がその性質や規模に照らして大きな財政的支出や労働力の投入を要する場合には、これが先履行と認められ、新三二一条の準用により、準備行為を停止することができるとの見解が示されている。<sup>(23)</sup>

#### (4) 要件論にみる「不安の抗弁権」の根拠の変容

従来、不安の抗弁権は、事情変更の原則 (*clausula rebus sic stantibus*) なし行為基礎論の具体例と位置づけられてきた。<sup>(24)</sup> 今回の改正で要件が拡張され、適用対象が広がったことにより、一方では、輸出入禁止や戦争など、当事者の責めに帰することのできない事由による給付能力の欠如が適用対象に含まれるようになり、事情変更の原則に近づいた部分もみられる。しかし他方で、従来からの要件であった財産状態の悪化に加えて、仕入先の倒産による目的物引渡の困難、瑕疵ある目的物が引き渡される恐れを生ぜしめるような契約に適合しない原材料の使用など、当事者の責めに帰すべき事由（および当事者がリスクを負うべき事由）による給付能力の欠如が新たに適用対象に加わった。これらの事由は、仮に履行期到来時に給付されず、もしくは契約に適合した給付がなされなかった場合には、債務不履行責任を生ぜしめる。このような事由を根拠に導かれる給付拒絶権を、事情変更の原則でもって基礎づけるには無理があると言わざるを得ない。また、契約締結時すでに生じていた危殆化が契約締結後に認識し得るに至った場合を新三二一条の適用対象に加えたことも、同条の根拠を事情変更の原則に求めることを一層困難にしている。<sup>(25)</sup> このような帰結は、新規定が、事情変更の原則を背景にもたないCISG七一条を範として起草されたことを考えると、当然であろう。

そこで、事情変更の原則や行為基礎論に代わり、新規定の下では、両当事者の給付の履行上の牽連関係を強調する立場がみられる。これによれば、双務契約は、給付の交換を最終的な目的としており、このことは、当事者の一方が先履行義務を負う場合においても変わりはない。したがって、後履行たる反対給付が危殆化した場合、それにもかかわらず先履行のみを給付すべきとするのは妥当でない。このような、同時履行の抗弁権(三二〇条)と同様の考えが、不安の抗弁権の基礎にも存するというのである。<sup>(26)</sup> たしかに、このこと自体は正当な指摘であるが、当事者間における先履行の合意を法が修正することを、履行上の牽連関係のみで正当化することは難しい。そこで、この点を説明するために依拠されたのが、事情変更の原則ないし行為基礎論だったのである。したがって、履行上の牽連関係を強調することは、事情変更の原則ないし行為基礎論を排除することにはならない。

では、新三二一条の下で、先履行の合意を法が修正することを正当化する根拠として、何が考えられるであろうか。この点、起草者は、「契約の一方当事者が先履行義務を負った場合には、この当事者は、相手方の給付能力の存続を信頼して自らの給付を提供することになる。この信頼が崩壊した場合、いかなる要件の下で、いかなる法的効果をもって、先履行義務者は反対給付が実現されないことのリスクから逃れる手段を取得することが妥当か」というアプローチから三二一条の問題を捉えている。<sup>(27)</sup> このことは、起草者が、相手方の適切な給付に対する先履行義務者の信頼喪失を根拠に据えていることを示唆している。<sup>(28)</sup>

## 2 法的効果にみる「不安の抗弁権」の変容

新三二一条の法的効果は、言うまでもなく、一時的、延期的な給付拒絶権である（二項一文）。すなわち、先履行義務の履行期が到来したときに先履行義務者が給付をしなくても、履行遅滞責任を負わない。この点は従来どおりである。法的効果に關する今回の改正の焦点は、給付拒絶権行使後の契約解除権を二項において新設したことである。

### (1) 履行期前解除権の新設

前述のとおり、先履行義務者が一項に基づいて給付拒絶権を行使したが、その後も先履行権利者が反対給付を提供することもなく、反対給付のための担保を供与することもないという場合、契約は、いずれの当事者の給付もなされないまま、いわば「両すくみ」の状態になってしまう。そこで、これを解消するため、旧規定の下での判例・学説は、先履行権利者に対して相当期間を設定して、先履行義務者による給付と引換に反対給付または担保供与をなすよう求め、右期間が経過した場合に、先履行義務者に契約解除権を与えるという解釈論を展開してきた。今回の改正で、これを明文化したのが、新三二一条二項である。その際、スイス債務法八三条二項も同時に範とされた。<sup>(29)</sup>これにより、従来、解釈により対処してきた問題が、立法的に解決された。

ところで、新三二一条と類似の状況を扱う規定として、新三二三条四項がある。同項は、新三二一条二項と同様、今回の債務法改正によって新設された。これによれば、解除の要件を満たすであろうことが明らかな場合には、債権者は、履行期到来前においても契約を解除することができる。この規定が適用される典型例は、履行期前の履行拒絶の場合である。<sup>(30)</sup>しかし、これ以外にも、履行遅滞や瑕疵ある給付が重大な義務違反になると見込まれるすべての場合が適用対象となる。したがって、新三二一条と新三二三条四項とは、ともに契約危殆状態における法的救済を扱うという点で共通し、かつ履

行期の異なる双務契約において後履行請求権が危殆化した場合には、両規定が重疊的に適用されることになる。新三二一条二項三文は、このことを明らかにしている。すなわち、先履行権利者の給付能力欠如により、後履行義務の履行期日から相当期間内に先履行権利者において給付し得ないことが明らかで、かつ新三二一条二項一文に基づいて相当期間を定めても先履行権利者において反対給付もその担保も提供し得ないことが明らかな場合には、先履行義務者は、先履行義務の履行期日における相手方からの履行請求に対して、新三二一条一項に基づいて自らの先履行の給付を拒絶し、新三二三条四項に基づいて直ちに契約を解除することができる<sup>(31)</sup>。もちろん先履行義務の履行期到来前においては、新三二一条の給付拒絶権を行使するまでもなく、新三二三条四項に基づいて直ちに契約を解除することができる。

また、新三二三条二項各号に該当する場合も、同様である。すなわち、債務者が給付をすることを断固としてかつ終局的に拒絶するとき<sup>(32)</sup>、債務者が契約において定めた期日または期間内に給付をせず、かつ債権者がその契約において給付が適時になされなければ給付利益が存続しないとしていたとき<sup>(33)</sup>、当事者相互の利益を衡量して特別な事情から即時の解除が正当とされるとき<sup>(34)</sup>のいずれかに該当する場合には、先履行義務者は、給付拒絶権行使後、相当期間を設定することなく直ちに契約を解除することができる。

## (2) 引換給付請求権の否定

給付拒絶権を行使した先履行義務者は、自らの給付と引換に反対給付を求め、または自らの給付と引換に担保供与を求めて訴えを提起することができるだろうか。旧規定の下においては、判例・学説はこれを否定していた<sup>(35)</sup>。

新規定の下においても、この立場は維持されている<sup>(36)</sup>。その理由としては、第一に、先履行権利者が先履行された物を用いて後履行の給付目的物を製造・調達しようと意図している場合がしばしばあり、この場合に先履行義務者からの引換給

付請求権を認めてしまうと先履行権利者の利益が害される。第二に、一般に債権者が給付訴訟を提起する権利を取得するのは、当該債権の履行期が到来した場合に限られるところ、先履行義務者の反対給付請求権が履行期を迎えていない以上、引換給付請求は認められない。

逆に、先履行権利者は、反対給付を提供し、もしくは反対給付のための担保を供与し、これと引換に先履行義務者の給付を求めることができる<sup>(37)</sup>。

このような起草者の立場および多数説に対して、先履行義務者の引換給付請求権を示唆する見解もみられる。この点は、法的効果の根拠と関連するので、次項においてまとめて述べる。

### (3) 解除権発生の理論的根拠——先履行義務者は義務に違反したのか？

新三二二条二項に基づく解除権は、何故に認められるのであろうか。実質的根拠は、前述のとおり、「両すくみ状態」の解消である。しかし、問題は、理論的根拠である。具体的には、先履行義務者の何らかの義務違反を理由とする解除権なのか否かである。この問題は、解除以外の法的効果として、先履行義務者の損害賠償請求権を認めるか否かというかたちで、実際上の結論に影響を及ぼす。

この点、旧規定の下においては、多数説は、担保不供与後の先履行義務者による解除権を先履行権利者の義務違反に基づくものとは捉えていなかった<sup>(38)</sup>。この立場は、新三二二条の下においても基本的に維持されている。これによれば、新三二二条の給付拒絶権は異時履行関係それ自体を消滅させるものではないため、給付拒絶権が行使されたり、新三二二条二項一文に基づいて設定された相当期間が経過したりしても、後履行義務の履行期到来が擬制されるわけではない。そのため、引換給付を求めることができないのはもちろん、「履行期の到来した給付を履行しなかった」という新二八一条の要

件を充たさないため、同条に基づく損害賠償請求権も生じない<sup>(39)</sup>。また、債務関係に基づくその他の義務に違反したわけでもない<sup>(40)</sup>ので、新二八〇条に基づく損害賠償請求権も生じない。そうすると、この立場によれば、新三二一条二項に基づく解除の理論的根拠は何処に求められるのかという問題が残されたままになるが、これを明示する見解は、現時点では見あたらない。

これに対して、ここでの解除権を、先履行権利者の義務違反に基づくものと捉える見解もある。この見解は、新三二一条二項一文の相当期間が経過した場合、先履行義務とは無関係に、後履行義務の履行期到来が擬制されるとの解釈を前提<sup>(41)</sup>としている。これによれば、相当期間経過後は先履行権利者は履行遅滞に陥り、新三二一条二項に基づく解除権はこれを理由とするものと解することになる<sup>(42)(43)</sup>。

多数説の理解は、新三二一条二項を起草するにあたって参照されたスイス債務法八三条二項の解釈とも関連するよう<sup>(44)</sup>に思われる。同項には、新三二一条二項とほぼ同様の内容が規定されているが、スイスにおいても、八三条二項に基づく解除は、権利の危殆化を理由とするものであつて当事者の義務違反を理由とするものではないとの解釈が通説である。すなわち、当事者は支払能力を保持する義務を負うわけでも、支払不能になった場合に担保を供与する義務を負うわけでもない<sup>(45)</sup>ので、担保を供与しなかったことによつて何らの義務違反も生じない<sup>(46)</sup>。したがつて解除権者からの損害賠償請求も原則として認められない<sup>(47)</sup>。右のような結論を、八三条の給付拒絶権および解除権が事情変更の原則を基礎にもつことと結びつける見解もある。

しかし、ドイツ旧債務法およびスイス債務法における解釈は、①事後的な財産状態悪化ないし支払不能という制限的な要件の下でのみ認められる解除権に関するものであること、および②契約危殆を契約違反とみる法規定が存しない状況下

において展開されてきたものであることに注意を要する。①については、すでに見たとおり、新三二一条は広範な要件の下で給付拒絶権および解除権を認めるものであるから、旧三二一条やスイス債務法八三条とはその前提を異にする。

さらに、②についても、ドイツ新債務法において履行期前の契約違反に関する規定（三二三条四項）が新設されたため、これとの理論的整合性および實際上の法的効果の均衡を図る必要がある。まず、「理論的整合性」というのは、新三二一条二項も三二三条四項も、ともに契約危殆を要件として履行期前解除権という同一の法的効果を生ぜしめる規定である。にもかかわらず、同一の契約危殆を、一方では義務違反と捉え、他方では義務違反に当たらないと評価するという態度は、首尾一貫しない。そこで、三二三条四項についてみると、同項は、解除権の要件が備わるであろう状況を招来すること自体がすでに義務違反になるとの認識を前提としている。<sup>(48)</sup>そして、三二三条四項について右のような解釈をとるのであれば、新三二一条二項においても同様の解釈を前提とすべきである。

次に、「實際上の法的効果の均衡」というのは、損害賠償請求権の成否の問題である。前述のとおり、三二三条四項に基づく履行期前解除は、義務違反を理由とするものであるから、同項に基づいて履行期前解除権が行使された場合には、二八〇条ないし二八一条の要件（とりわけ債務者の帰責事由）を満たす限り、損害賠償請求権も生じるとの解釈が有力である。<sup>(49)</sup>つまり、仮にドイツおよびスイスの多数説に立つと、新三二一条二項に基づく解除の場合には先履行義務者は損害賠償を請求することができないのに、三二三条四項に基づく解除の場合にはこれが可能であるという差が生じるのである。<sup>(50)</sup>

しかし、実際問題として、いずれの規定が適用される事案かを明確に区別することは容易ではない。というのは、第一に、たしかに一般論としては、反対給付請求権の危殆化の程度が著しい場合には三二三条四項の問題、そこまで至らない危殆化の場合には三二一条の問題と解されているが、現実の事案においては両者の境界は曖昧であって、明快に一線を画する



ことは時として非常に難しい。<sup>(52)</sup> 第二に、三三三条四項が適用される場合には即時の解除が認められるが、ここでも、相当期間を設定して履行に対する担保等を求めたが奏効しなかったという事情が、履行期前の契約違反を肯定する方向に作用するため、右手続をとることが解除をしようとする当事者にとって有益であることが説かれている。<sup>(53)</sup> そうだとすれば、新三三二条二項の場面と三三三条四項の場面との間には、少なくとも義務違反の成否を分けるほど大きな違いはないと言わざるを得ない。したがって、新三三二条二項の場合には先履行権利者に義務違反がないので損害賠償の問題は生じない、三三三条四項の場合には義務違反が認められるので損害賠償が問題となる、という区別は、再検討を要するといふべきである。

この点について、類似の規定を有する他の立法例を一瞥すると、状況は異なる。例えば、アメリカ統一商事法典（UCC）二一六〇九条一項は、売買契約の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と規定し、契約危殆が右義務違反を構成することを明らかにしている。そして、同条四項によれば、契約危殆の状況下において合理的期間内に担保が供与されないことは、履行拒絶とみなされ、二一六〇条b号に基づいて、契約解除権および損害賠償請求権が生じる（二一七〇三条、二一七一条一項）。<sup>(54)</sup> 第二次契約法リスティメント二五一条および二五三条も同様の規定を置いている。<sup>(55)</sup>

また、ヨーロッパ契約法原則（PECL）八・一〇五条二項およびユニドロア国際商事契約原則（PICC）七・三・四条は、規定の上ではドイツ新債務法三三二条とはほぼ同様であり、ここからは解除権の理論的根拠が明らかでない。しかし、右規定は、ドイツ新債務法とは異なった発想のもとに設けられている。すなわち、履行期前の履行拒絶が認められる場合には債権者は直ちに契約を解除することができる（PECL九・三〇四条、PECL七・三・三条）が、これが認め



られるためには履行拒絶が終局的なものでなければならず、その判断は時として難しい。債権者がこの判断を誤って解除の意思表示をし、自らの履行を拒絶した場合には、債権者の側が履行拒絶をしたことになり債務不履行の責任を負わなければならない。そこで、このような危険を防ぐため、PECL八・一〇五条およびPICC七・三・四条の各一項において担保供与請求権が設けられ、各二項において、右請求に応じなかったことに基づく解除権が設けられた。つまり、右規定は、履行期前の履行拒絶を理由とする解除権を安全に行使し得るようにするための、いわば補助装置として設けられたのである。<sup>(56)</sup>このような発想は、契約危殆状況下での担保不供与をもって履行期前の履行拒絶を擬制するUCC二一六〇九条の発想と共通する。このような立法趣旨に鑑みると、PECLやPICCの下においても、UCCと同様、契約危殆状況下での担保不供与に基づく解除権は義務違反に基づくものと解される。

さらに、新三二条一項を起草するに際して参照されたCISGには、たしかに担保不供与に基づく解除に関する規定がない（七一条参照）。しかし、学説においては、契約危殆状況下での担保不供与が履行期前の契約違反（CISG七二条）にあたると見なし、同条に基づく解除を認めるべきとの見解が主張されている。たしかにこの見解は少数説にとどまっているが、担保不供与という事情が、少なくとも履行期前の契約違反を肯定する方向に作用する有力な要素であることに異論はない。<sup>(57)</sup>そして、七二条が規定する履行期前の契約違反は義務違反そのものであり、損害賠償請求権も生じると解されている。<sup>(58)</sup>そうだとすると、CISGの下においても、契約危殆状況下での担保不供与が時として義務違反を構成し解除権を生ぜしめるという結論に関しては、UCC等と類似していると言える。

このように、アメリカ法およびこれに影響を受けたと考えられる統一法規範は、ドイツおよびスイスとは異なり、契約危殆状況下での担保不供与を履行期前の契約違反と見なすという法律構成を用い、この義務違反に基づいて解除権および

損害賠償請求権が生じると解している。このような違いは、右にみたような立法趣旨の違いに由来している。しかし、「両すみ状態」の解消という目的と、契約危殆状況下において担保を供与しないことの法的評価として義務違反性を検討することとは、理論的には必ずしも相容れないものではない。むしろ、アメリカ法等のように構成することによって「両すみ状態」を解消するという考え方もあり得るのではなからうか。

なお、今回の改正により、解除要件から債務者の帰責事由が除外された。このことは、新三二二条二項に基づく解除の理解にも影響を与える。従来は、債務者の帰責事由が解除権の要件とされていたため、給付拒絶権行使後の担保不供与を理由とする解除を認める場合に先履行権利者の帰責事由を説明することが容易ではなく、学説においては、担保不供与を信義則上の義務違反と構成して帰責事由を肯定したり、解除に帰責事由を要しない行為基礎論を持ち出したりする等、さまざまな見解が主張されていた。<sup>(59)</sup>これに対して、今回の改正により、債務者の帰責事由が解除一般の要件から外れたことで、先履行権利者の帰責事由をどこに求めるか（または帰責事由がなくても解除権が生じることの理論的根拠をどう説明するか）という障害はなくなった。このことは、契約危殆状況下における担保不供与が、仮に履行期が到来したとしても給付がなされない（すなわち義務違反が生じる）ということを確実にする事実であると見なし、これを義務違反それ自体と同視して、義務違反が生じたのと同様の法的効果を付与したのだという理解を助けるものといえよう。

#### 第四章 結びに代えて

これまでの検討をまとめることで、結びに代えたい。

第一に、新三二二条の主な改正点は、従来の判例・学説の到達点を条文に盛り込んだものであり、その限りにおいては

従来の理論状況に変更を来すものではない。しかし、危殆化原因を「財産状態の悪化」に限定しないこととした点は、従来の判例・学説を越えた改正であり、CISG等の統一法規範に依拠したものといえる。そして、このような要件の拡張により、同条に基づく給付拒絶権が事情変更の原則とは別の考えにその根拠を求めざるを得ないことが明らかになった。とりわけ、契約締結時すでに危殆化原因が存在していた場合にも給付拒絶権を認めたことが、このことを決定的なものにしている。学説においては、いまだ事情変更の原則との結びつきに言及するものが散見されるものの、旧規定とは異なり、少なくとも新規定の起草過程においては事情変更の原則ないし行為基礎論は全く顧慮されていない。

第二に、法的効果につき、契約危殆状況における法的救済に、履行期前の契約解除権という新たなオプションが加えられた。この解除権は、旧規定の下においても判例・通説によって認められていたものではあるが、条文上の根拠を得るに至ったことの意味は小さくない。しかも、今回加えられたオプションは、給付拒絶権という消極的な防御権の範囲を越え、契約関係の解消をもたらす積極的な権利である。このことは、履行期前の契約違反に関する三二三条四項の新設と相俟って、「契約危殆」なる問題領域の存在を法典上、いわば「認知」したことを意味する。

第三に、新三二二条二項に基づく解除権の理論的根拠については、ドイツにおいても結論はまだ固まっておらず本格的な議論はこれからであるものの、理論面・実際面における三二三条四項との均衡上、義務違反に基づく解除と捉え、三二三条四項を補充する役割を担うと理解すべきである。

もっとも、今回の改正によって契約危殆をめぐる問題のすべてが条文上解決されたわけではないし、新三二二条ないし新三二三条四項の解釈をめぐつても今後さらに学説上争いが生じることが予想される。前述した義務違反性および損害賠償の問題のほかにも、例えば、新三二一条は反対給付請求権が危殆化した場合のみを扱っているため、付随義務違反の恐

れがある場合には同条は適用されない。また、新三二一条では履行期に先後関係があることが前提となっているため、同時履行関係において準備行為を停止できるかも明らかでない。これと関連して、新三二一条一項は、先履行権利者からの履行請求に対して先履行義務者がこれを拒絶できるという「給付拒絶権」ないし「抗弁権」のかたちをとっているため、そこで規定されている先履行義務者の権利は、先履行義務の履行期が到来していることを前提としている。そのため、先履行義務の履行期到来前においてすでに反対給付請求権が危殆化していることが判明した場合、先履行義務の準備行為を停止することができるのか否か、さらに先履行義務の履行期前であっても新三二一条二項に基づいて契約を解除できるのか否かは、条文からは明らかでない。CISG等の統一法規範においては、これらの問題点がある程度解決する規定となっており、この意味において、新三二一条は、これらの国際ルールと完全に歩調を合わせたものには至っていない。

わが国の解釈論としては、今回の改正で採用された新三二一条から右のような示唆を得つつ、ドイツにおける今後の判例・学説の展開や国際的潮流を踏まえて、さらなる展開を遂げていく必要がある。その第一歩として、わが国における従来の不安の抗弁権論は、ドイツにおける旧三二一条の起草過程に示唆を得て、事情変更の原則にその根拠を求めているが、<sup>(60)</sup>この発想を転換することが必要である。新三二一条のような拡張された「不安の抗弁権」をわが国においても解釈論上認めるとするならば、それを正当化するための根拠として、事情変更の原則を持ち出すことはできない。客観的事情の事後的な変更という事情変更の原則の要件と、新三二一条で採用された給付拒絶権の要件とは、大きく異なっているからである。<sup>(61)</sup>

(1) 立法過程については、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』一五頁以下(二〇〇三年)、潮見佳男『契約法理の現代化』三

四二頁以下（二〇〇三年）〔初出、「ドイツ債務法の現代化と日本債権法学の課題」（二）民商二二四卷三号三二三頁（二〇〇一年）〕参照。

（2） ただし、保護義務違反および不能については別個に規定が置かれたため（二八二条、二八三条）、「義務違反」に完全に一元化されたわけではない。

（3） 詳細については、半田・前掲注（1）九九頁以下参照。

（4） 詳しくは、拙稿『契約危殆』状態における履行確保——不安の抗弁権から履行停止権への展開——（二）修道二〇卷一号七五頁以下（一九九八年）参照。

（5） Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts. BT-Drucks. 14/6040 S. 178f. [im folgenden zit. *Begr. RegE*] =Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002. (2002) S. 750. [im folgenden zit. *Canaris*]

（6） この点についての判例・学説の展開については、拙稿・前掲注（4）八八頁以下参照。

（7） この点についての判例・学説の展開については、拙稿・前掲注（4）一〇二頁以下参照。

（8） その他に考えられるとすれば、後履行義務が、目的物を製造または他から調達して引き渡す義務であって、製造または調達のために資金を要するような場合がある程度である。Vgl. Krüger, Münchener Kommentar zum BGB, Band 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil. 4. Aufl. (2003) § 321 Rn. 16. (Emmerich) [im folgenden zit. *M. nKomm/Bearbeiter*]

（9） *Begr. RegE*. BT-Drucks. 14/6040 S. 179. =Canaris, S. 750.

（10） *Begr. RegE*. BT-Drucks. 14/6040 S. 179=Canaris, S. 751. 財産状態の悪化は存しないが反対給付請求権が危殆化する例として、シュレヒトリームは、次のような事例を挙げている。

Kは機械の製造会社Vとの間で、特注の機械を購入する旨の売買契約を締結した。この契約によれば、Vはこの機械を製造して九月一日に引き渡すこととされており、他方、Kは八月一日に売買代金の三分の一を前払いすることとされていた。七月二五日、Vの工場が火災により焼失した。再築および製造の再開には約六か月かかる。Vは火災保険に入っているうえ、経営状態の良いコンツェルンの子会社であるため、火災による財政的な危殆化は生じていない。しかしVは契約どおりの期日に目的物を引き渡すことができない。このような場合、Kは三三二条一項二文に基づいて前払いを留保することができると主張する。Schlechtriem, Schutz

契約の危殆化とドイツ新債務法における「不安の抗弁権」規定（松井）

drecht, Allgemeiner Teil. 5. Aufl. (2003) Rn. 406.

- (11) Kohle/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann, Das Neue Schuldrecht. (2003) § 321 Rn. 2. (Hirse). **[im folgenden zit. Kohle/Hirse]**, MünKomm/Emmerich, § 321 Rn. 10.

- (12) Begr. RegE BT-Drucks. 14/6040 S. 179. =Canaris, S. 751; MünKomm/Emmerich, § 321 Rn. 16; P. Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung. (2002) 5. Kap. Rn. 4. (P. Huber); Erman/Westermann, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl. (2004) § 321 Rn. 7 **[im folgenden zit. Erman/Westermann]**; Jaernig/Stadler, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl. (2004) § 321 Rn. 5 **[im folgenden zit. Jaernig/Stadler]**; Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1. (2003) § 321 Rn. 6 (Grothe) **[im folgenden zit. Bamberger/Grothe]**.

- (13) Begr. RegE BT-Drucks. 14/6040 S. 179. =Canaris, S. 751.

- (14) MünKomm/Emmerich, § 321 Rn. 16.

- (15) Begr. RegE BT-Drucks. 14/6040 S. 179. =Canaris, S. 751.

- (16) Dörner/Ebert/Eckert/Hoeren/Kemper/Saenger/Schulte-Nölke/Schulze/Staudinger, BGB-Handkommentar 3. Aufl. (2003) § 321 Rn. 4. (Schulze) **[im folgenden zit. Dörner/Schulze]**; Otto/Rieble, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. (2004) § 321 Rn. 28 (Otto) **[im folgenden zit. Staudinger/Otto]**.

- (17) MünKomm/Emmerich, § 321 Rn. 11; Bamberger/Grothe, § 321 Rn. 5.

- (18) P. Huber/Faust, a. a. O. (Fn. 12), 5. Kap. Rn. 5; Bamberger/Grothe, § 321 Rn. 2; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/King, Anwaltkommentar, Schuldrecht. (2002) § 321 Rn. 7 (Dauner-Lieb) **[im folgenden zit. Dauner-Lieb]**.

- (19) MünKomm/Emmerich, § 321 Rn. 35; Medicus, Bürgerliches Recht, 20. Aufl. (2004) Rn. 143; Staudinger/Otto, § 321 Rn. 29. **『ハース/メディウス』** Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendland, Das neue Schuldrecht. (2002) 3. Kap. Rn. 224. (Medicus) **[im folgenden zit. Haas/Medicus]** は、同規定の重畳適用の可能性を否定しようものゝ、今回の改正によつて一九条二項を持ち出す必要性は減少するどころか増える。Schimmel/Buhmann, Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht. (2002) Kap. IV, Rn. 78

- (Röglert) [im folgenden ziti. Schimmel/Röglert] 参同[1]。
- (20) Begr. RegE BT-Drucks. 14/6040 S. 179. =Canaris, S. 751.
- (21) CISG 七一条も準備行為の停止について明文で規定していないが、これを認めるのが多数説である。Schlecht-riem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 4. Aufl. (2004) Art. 71. Rn. 6 (Hornung); Honsell, Kommentar zum UN-Kaufrecht. (1997) Art. 71. Rn. 61 (Schnyder/Straub); Honold, Uniform Law for International Sales, 3. ed. (1999) Rn. 386. 甲斐道太郎・石田喜久夫・田中英司・田中康博編『注釈国際統一売買法Ⅱ』一一七頁〔松井執筆〕(二〇〇三年)も参照。
- (22) Begr. RegE BT-Drucks. 14/6040 S. 179-180. =Canaris, S. 752.
- (23) Dörner/Schulze, § 321 Rn. 2; Schimmel/Röglert, Kap. IV, Rn. 72. もともと、MünKomm/Emmerich, § 321 Rn. 4. はこれを消極的に解している。
- (24) 拙稿・前掲注(4) 八二頁以下参照。
- (25) ドイツでは主観的行為基礎論があり、今回の改正でも新三二三条二項において明文化されたので、あるいはこれを含めた行為基礎論が新三二一条の基礎に存すると解することができるかもしれない。しかし、わが国の事情変更の原則においては主観的行為基礎論に相当する解釈論は含まれていない。そうだとすれば、少なくともわが国において、新三二一条のような給付拒絶権を導入する場合、事情変更の原則と結びつけて理解することは困難であろう。
- (26) MünKomm/Emmerich, § 321 Rn. 3; Erman/Westermann, § 321 Rn. 1. もともと、依然として本条を事情変更の原則ないし行為基礎論の具体化と説明する見解もみられる。Jaernig/Stadler, § 321 Rn. 1; Dauner-Lieb, § 321 Rn. 7. また、Staudinger/Otto, § 321 Rn. 4. も、事情変更の原則と本条との関連を肯定するが、同時に、先履行の引受が一種の信用供与であること、この信用供与は法的保護に値し、契約目的の危殆化によって先履行の引受という当初の合意を修正することが正当化されることも認める。したがって、この点においては見解の違いは大きくない。
- (27) Begr. RegE BT-Drucks. 14/6040 S. 178. =Canaris, S. 750.
- (28) なお、このような捉え方は、旧規定の起草過程でもみられる。したがって、右のような考えは旧規定の下でも基礎とされている。

契約の危殆化とドイツ新債務法における「不安の抗弁権」規定(松井)



たと解すべきである。もともと、旧規定の第二起草にかかる討議記録 (Protokolle) には、「この規定は事情変更の原則の一つの具体化である」旨の記述がみられる。しかし、ドイツ民法典起草当時、すなわち一九世紀末における事情変更の原則が当事者の責めに帰すべき事由による事情変更も含む未成熟な概念だったことを考えると、右の記述のみをもって現在において不安の抗弁権を現代の事情変更の原則ないし行為基礎論の一具体化と捉えることは適切でない。この点につき、拙稿・前掲注 (4) 七六頁以下参照。

- (29) Begr. RegE BT-Drucks. 14/6040 S. 180. =Canaris, S. 753.
- (30) ドイツにおける履行期前の契約違反法理の展開および新債務法三二三条四項については、拙稿「履行能力の欠如による履行期前解除法理の展開——ドイツ法を手がかりに——」(一・完) 金沢四八卷一号一頁、二号参照 (本稿校了時点である二〇〇五年一二月現在においては四八卷二号は未刊)。
- (31) MünKomm/Emmerich, § 321 Rn. 30; Dauner-Lieb, § 321 Rn. 6; Dörner/Schulze, § 321 Rn. 7.
- (32) 新三二三条二項一号は履行期後の履行拒絶のみを扱い、履行期前の履行拒絶については同条四項により処理されると解する<sup>が</sup>通説である<sup>を</sup>。Staudinger/Otto, § 323 Rn. B85; MünKomm/Ernst, § 323 Rn. 94-96; Bamberger/Grothe, § 323 Rn. 21.
- (33) 定期行為<sup>が</sup>多くの典型例である<sup>を</sup>。Staudinger/Otto, § 323 Rn. B81, B97ff; MünKomm/Ernst, § 323 Rn. 109ff; Bamberger/Grothe, § 323 Rn. 29.
- (34) 例えば、給付に対する債権者の利益が失われた場合、契約どおりの履行に対する債権者の信頼が破壊された場合等がこれにあ<sup>る</sup>と解されている<sup>を</sup>。Staudinger/Otto, § 323 Rn. B102ff.
- (35) 拙稿・前掲注 (4) 九九頁以下参照。
- (36) Begr. RegE BT-Drucks. 14/6040 S. 180. =Canaris, S. 753; MünKomm/Emmerich, § 321 Rn. 27, 29, 31; Haas/Medicus, 3. Kap. Rn. 226; Bamberger/Grothe, § 321 Rn. 10; Dauner-Lieb, § 321 Rn. 7; Kohle/Hirse, § 321 Rn. 7; Dörner/Schulze, § 321 Rn. 6; Staudinger/Otto, § 321 Rn. 46.
- (37) Haas/Medicus, 3. Kap. Rn. 227.



- (38) 拙稿・前掲注(4)一〇四—一〇五頁参照。
- (39) Bamberger/Grothe, § 321 Rn. 10; Dauner-Lieb, § 321 Rn. 7; Kohte/Hirse, § 321 Rn. 6.
- (40) Jauernig/Stadler, § 321 Rn. 10, 11; Kohte/Hirse, § 321 Rn. 6; Staudinger/Otto, § 321 Rn. 47. ただし、先履行権利者が真剣かつ終局的に履行を拒絶した場合は、言うまでもなく、二八〇条ないし二八一条に基づいて先履行義務者に損害賠償請求権が認められる。Staudinger/Otto, § 321 Rn. 55. この点についても旧法下における解釈と同様である。拙稿・前掲注(4)一〇四—一〇五頁参照。
- これに対して、Erman/Westermann, § 321 Rn. 12は、三二五条により解除権が損害賠償請求権を排除するものではないとの理由から、損害賠償請求権も法的効果のひとつとして考慮されると述べる。もともと、三二一条一項の給付拒絶権を生ぜしめるに足る事情があったというだけでは義務違反が存するとはいえないとして、損害賠償請求権が問題になる場面が現実には少ないことを示唆する。
- (41) Schlechtriem, a. a. O. (Fn.10), Rn. 410. 「先履行義務とは無関係に」というのは、第二章2で挙げたように、先履行後三〇日以内に後履行を給付する、<sup>67</sup> というような契約であったとしても、<sup>68</sup> という意味である。本来、この場合には、先履行が給付されない限り後履行義務の履行期は到来しないはずであるが、このような場合でも新三二一条一文の期間が経過したときは後履行義務の履行期が到来することになる。
- (42) この見解によれば、損害賠償請求権や引換給付請求権も認められることにもなりそうであるが、シュレヒトリームはこの点を明らかにしていない。他方、ランニングは損害賠償請求権を否定する。<sup>69</sup> Ramming, Die Anforderung zur Bestätigung der Leistungsbereitschaft und -fähigkeit als weiterer vorzeitiger “Rechtsbehelf” des Gläubigers, ZGS2003, 212.
- (43) 債務者は自らが契約を履行することができかつ履行する意思を有しているということにつき債権者に疑念を生ぜしめない義務を信義則上負っている(二四一条二項)として、この義務に対する違反と新三二一条との関連性を指摘する見解もある。ただし、新三二一条二項に基づく解除権が右義務違反に基づくものであるか否かについては、明らかにされていない。<sup>70</sup> Ramming, a. a. O. (Fn. 42), S. 209.

(44) 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えが奏効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には、相手方は、反対給付が担保されるまで自己の給付を留保することがである。

(2) 前項の権利を行使した当事者の請求に応じて相当期間内に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ある。」

ただし、ドイツ新債務法三二三条四項のような、履行期前の契約違反を理由とする解除権に関する明文の規定は存在しない。

(45) Oser/Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V Bd. Das Obligationenrecht, 1. Halbband, 2. Aufl. (1929) Art. 83. Nr. 12; Gauch/Schmid/Schraner, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 1c, 3. Aufl. (2000) Art. 83. N. 49; Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl. (1988) S. 340 Anm. 46.

(46) von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil. (1964) S. 470; von Tuhf/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Bd., 3. Aufl. (1974) S. 67; Bucher, a. a. O. (Fn. 45), S. 311; Weber, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, VI 1. Abt. 4. Teilband, 2. Aufl. (2005) Art. 83. N. 77.

ただし、Honsell/Vogt/Wiegand, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2. Aufl. (1996) Art. 83. N. 4 (Uls Leu). は、原則論として多数説を支持しつつも、支払不能が義務違反になる場合には損害賠償請求権が生じると述べる。また、Weber, a. a. O., Art. 83. N. 78. は、①支払不能に陥った当事者の行為が積極的債権侵害と評価される場合には、債務不履行を理由として、②支払不能に陥った当事者が相手方を害する意図に出たものであった場合には、不法行為を理由として、例外的に損害賠償請求権が問題になることを指摘する。不法行為が成立する場合につき Oser/Schönenberger, a. a. O. (Fn.45), Art. 83. Nr. 12. も同様。

(47) Gohl/Koller/Schwyder/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. (2000) § 4 N. 23 (Koller). ㊦㊧㊨㊩ Weber,

a. a. O. (Fn.46), Art. 83. N. 6; Gauch/Schmid/Schraner, a. a. O. (Fn.45), Art. 83. N.4 は、八三条と事情変更の原則との類似性を認めつつも、同条が外的事情の変更ではなく当事者の人的状況の変更を要件としている点において大きな違いがあり、それゆえ事情変更の原則とは別個のものであると正当に指摘する。

- (48) ただし、いかなる義務違反であるのかについては、三三三条四項の文言からは明らかではなく、学説においても本格的な議論がまだ行われていない。僅かに P. Huber/Faust, a. a. O. (Fn. 12), Kap. 3, Rn. 138, 152, が主たる給付義務違反であるとの見解を、Erman/Westernmann, § 323 Rn. 11, が付随義務としての給付誠実義務違反であるとの見解を、ごく短い記述で主張しているにとどまる。拙稿・前掲注 (30) 参照。

- (49) P. Huber/Faust, a. a. O. (Fn. 12), 3. Kap. Rn. 138, 152; Dauner-Lieb, § 281. Rn.20; Jaensch, Der Gleichlauf von Rücktritt und Schadensersatz, NJW2003, 3613ff. ただし、Jaenig/Stadler, § 323.Rn.15, は、損害賠償請求に関しては履行期到来が必要であると述べる。これに対して、MünKomm/Ernst, § 281. Rn. 66, は、債務者の帰責事由が予見されるだけで損害賠償請求を認めることは、債務者の利益を害するとして、三三三条四項に基づく解除のうち履行期前の履行拒絶以外の場合については、損害賠償請求権を否定する。しかし、給付能力の欠如は、仮に履行期が到来したとすれば問題なく帰責事由が肯定され、損害賠償請求権を生ぜしめる。例えば、売主が目的物を引き渡す能力を失ったまま履行期が到来すれば履行遅滞となり損害賠償請求権が認められる。にもかかわらず、履行期到来前の解除の場合に帰責事由が肯定されないとすれば、均衡を失する。この解釈によれば、先履行義務者は、履行期前解除をすれば被害を減少させることはできるが被った損害の賠償を求めることはできないのに対して、履行期到来を待つて解除すれば被害は大きくなるがその賠償を求めることができることになり、後者のほうが先履行義務者にとって法的には有利な結果になる。これでは新三三一条二項を新設した意味は薄れてしまう。

- (50) Ranning, a. a. O. (Fn.42), S. 212.

- (51) MünKomm/Ernst, § 323 Rn. 134.

- (52) この点については、Neumayer/Ming, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises commentaire, (1993) Art. 71. note 3; Strub, The Convention on the International Sale of Goods; Anticipatory Repudiation Provi-

契約の危殆化とドイツ新債務法における「不安の抗弁権」規定 (松井)

sions and Developing Countries, 38 Int'l & Comp. L. Q. 494. (1989); Audit, La vente internationale de marchandises. (1990), note 161.

(53) MünKomm/Ernst, § 323 Rn. 135; Haas/Medicus, Kap. 3 Rn. 106.

(54) アメリカ法については、拙稿「契約危殆」状態における履行確保——不安の抗弁権から履行停止権への展開——（二・完）修道二〇巻二号五九八頁以下（一九九八年）参照。

(55) Restatement of the Law (Second) Contracts, § 8 251, 253. 邦語訳として、松本恒雄「第二次契約法リステイトメント試訳（四）」民商九五巻一号一四二頁（一九八六年）。

(56) 拙稿「契約危殆状態における法的救済に関する一考察——ウィーン国連売買条約・ユニドロフ国際商事契約原則・ヨーロッパ契約法原則を手がかりに」川角由和Ⅱ中田邦博Ⅱ潮見佳男Ⅱ松岡久和編『ヨーロッパ私法の動向と課題』一八九頁以下（二〇〇三年）参照。

(57) Staudinger/Magnus, Wiener UN-Kaufrecht. (1999) Art. 71. Rn. 52. 甲斐ら編・前掲注（21）一一八頁〔松井執筆〕参照。

(58) Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, a. a. O. (Fn.21), Art. 72. Rn. 35; Staudinger/Magnus, a. a. O. (Fn.57), Art. 72. Rn. 17. 甲斐ら編・前掲注（21）一三二頁〔松井執筆〕参照。

(59) 拙稿・前掲注（4）一〇二頁。

(60) 拙稿・前掲注（4）五三頁以下。

(61) 拙稿・前掲注（54）六四三頁以下参照。

※ 本稿は、平成一七年度文部科学省科学研究費補助金（若手研究B）による研究成果の一部である。