

日本法における不安の抗弁権の展開と 明文化の挫折の検証

深 谷 格

I はじめに

2020年4月1日現在、日本の民法には、不安の抗弁権に関する明文の規定が存在しないが、裁判例には不安の抗弁権を認めるものがあり、学説上も不安の抗弁権なる概念は認められている。日本の民法学説上、不安の抗弁権は、「双務契約において、債務者Yが（先に）債務を履行すべき場合でも、相手方Xから反対給付を受けられない恐れが生じたことを理由に、自己の債務の履行を拒絶できる権利¹⁾、あるいは、さらに限定的に、「相手方の財産状態が悪化し、先履行義務を負う当事者が履行しても相手方から反対給付を受けられないおそれが生じたとき、先履行義務者に履行を強いることが公平に反すると考えられる場合」「先履行義務者が自らの履行を拒絶できる（履行しなくても遅滞の責任を負わない）とするのが不安の抗弁権である²⁾」と定義されるのが一般的である。

債権法の大改正がなされた平成29年改正民法（平成29年法律44号）の立法過程では、不安の抗弁権の明文化が議論され、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（以下、「中間試案」という。）では、不安の抗弁権の規定新設が提案されていた。しかし、結局、不安の抗弁権の明文化は実現されなかった。他方で、フランス民法原始規定には、不安の抗弁権についても同時

1) 山本2005・113頁。なお、文献の略称については、本稿末尾の【文献一覧】を参照のこと。

2) 中田2017・157頁。

履行の抗弁権についても、一般規定は存在しなかったが、2016年のフランス債権法改正により、不安の抗弁権・同時履行の抗弁権の一般規定が新設された。

本稿では、日本法における不安の抗弁権の立法史及び判例の展開を概観した後、平成29年債権法改正の立法過程を分析し、なぜ、不安の抗弁権は明文化されなかったかを検証する。その際、今回の立法で採用されなかった選択肢であるが、不安の抗弁権規定を新設するとすれば、どのような規定の仕方がありえたのかについても、立法過程で参照されたフランス民法を手掛かりに考えてみたい。但し、フランス民法における不安の抗弁権の詳細については、紙幅の関係で、別稿で考察することとした。

II 日本民法における不安の抗弁権

1 旧民法³⁾

旧民法財産取得編47条4項は「売主ハ代金弁済ノ為メ期間ヲ許シタルトキト雖モ買主カ売買後ニ破産シ若クハ無資カト為リ又ハ売買前ニ係ル無資カヲ隠秘シタルトキハ尚ホ引渡ヲ遅延スルコトヲ得」と規定する。

同規定は、ボワソナード民法草案（プロジェクト）684条4項に由来する。プロジェクト684条4項は「売主は、弁済について期限が定められていた場合でも、買主が売買後に破産に陥り、若しくは、支払不能となったとき、又は、売買前に支払不能であったことを隠蔽したときには、なお、引渡しを遅延することができる。」と規定する⁴⁾。

ボワソナードは、プロジェクト684条4項の参照条文として、以下に掲げるフランス民法1612条、1613条⁵⁾を挙げる。

3) 以下、旧民法・明治民法の立法過程については、清水1984・88-94頁、松井2013・16-19頁も参照した。

4) Boissonade1891, p.263.

5) 2016年改正前フランス民法の条文の訳出に当たっては、神戸1956及び法務1982を参照した。

民法1612条「売主は、買主が（目的）物の代金を支払わず、かつ、売主が買主に支払について期限を付与しなかった場合には、その物を引き渡す義務を負わない。」

民法1613条「売主は、自ら支払について期限を付与したときであっても、売買以後に、買主が破産又は支払不能の状態に陥り、その結果、売主が代金を失う差し迫った危険にある場合には、引渡し義務を負わない。但し、買主が、期限に支払うことについて、売主に保証人を立てる場合には、この限りでない。」

このように、フランス民法1613条は売買契約における売主の不安の抗弁権の規定であり、引渡しの猶予をなしうる場合を買主の破産若しくは支払不能の場合に限っているが、プロジェ684条4項は、それに付け加えて買主が破産や支払不能状態を不正に隠蔽した場合も引渡し猶予をなしうることとしたとボワソナードは注釈する⁶⁾。

また、旧民法財産編405条柱書は「債務者ハ左ノ場合ニ於テ債権者ノ請求ニ因リ権利上ノ期限ノ利益ヲ失フ」と規定し、同条1号は「債務者カ破産シ又ハ顕然無資カト為リタルトキ」と規定する。同規定は、ボワソナード民法草案（プロジェ）425条1号に由来する。プロジェ425条柱書は「債務者は、以下の場合においては、法律上の期限の利益を失う。」とし、同条1号は「債務者が破産し、又は、明らかに支払不能となった場合」と規定する。

ボワソナードは、プロジェ405条1号の参照条文として、フランス民法1188条を挙げる。当時の1188条は次のような期限の利益喪失事由を定めた規定であった。

民法1188条「債務者は、破産したとき、又は、債務者が契約によってその債権者に与えていた担保を自己の行為によって減少させたときは、もはや期限の利益を主張することができない。」

なお、1612条、1613条については2016年改正により改正されていない。

6) Boissonade1891, p.268.

ボワソナードは1188条について、「債務者の破産は、債務者が商人であることを前提とする。破産は必ずしも支払不能をもたらすわけではないが、破産の場合には支払不能が頻繁に起こるし、破産者の財産の清算をもたらす。もし、期限付きの債権の債権者が財産の配当にあずかることができないならば、後に債権者が弁済を受ける機会は全く残されていない。法は、破産と、非商人の支払不能とを同列に置く。そして、支払不能を確認することは破産よりも困難であるから、法は、支払不能が『明らかである』こと、すなわち、一般に知られていることを要求している。この点で、プロジェクトは、フランス民法典よりも用意周到である。フランス民法典（1188条）は、破産のみを予定していたが、判例がそれに支払不能を付け加えて補完している。」⁷⁾と注釈している。

詳細は別稿で検討するが、ボワソナードがこの注釈を書いた当時のフランスの判例や学説は当時のフランス民法1188条⁸⁾の文言に加えて、支払不能も期限の利益喪失事由となることを認めていた⁹⁾。

2 明治民法

法典調査会では、まず、期限の利益喪失事由を規定する旧民法財産編405条1号の修正が検討された。起草委員の穂積陳重は、「既成法典四百五条ノ第一号ニハ『債務者ガ破産シ又ハ顯然無資力ト為リタルトキ』トアリマスガ此度ノ案デハ民事家資分散ノ場合ト云フモノハ破産ノ中ニ這入ルト云フ事ニナリマスルカラ夫故ニ第一号ハ『破産ノ宣告ヲ受ケタルトキ』トシマシタ」と説明した¹⁰⁾。長谷川喬委員が「顯然無資力ト為リタルトキ」を削除する理

7) Boissonade1891, pp.414-415.

8) 本条は、1985年の倒産法改正 (L.n°85-98 du 25 janvier 1985) により、「破産したとき」の文言が削除され、倒産の場合の期限の利益喪失に関しては倒産法によって規定されることとなった。さらに、2016年フランス民法改正により、本条は新1305-4条となった。

9) Req., 10 mars 1845, S., 1845, 1, 601. Toulouse, 20 novembre 1835, S., 1836, 2, 151. Nîmes, 18 mars 1862, S., 1863, 2, 5. Aubry et Rau1871, pp.88-89. Marcadé1873, pp.480-482.

10) 法典調査会1・352頁。

由を問う¹¹⁾と、穂積委員は「顕然無資力トナルト云フコトハ其程度が甚ダ不明テゴザイマスルシ且ツ斯ノ如キ場合ニ於テハ必ズ債権者が多クアルカ又ハ其負担シテ居ル債権ハ残ツテ資力が足ラヌト云フコトニナリマスレバ破産ニ這入ル兎ニ角順序デアラウト思ヒマス顕然無資力ト云フコトハ未ダ家資分散ノ手續モ定マラナイ又破産ノ宣告ハ勿論ナイト云フ見解ハ私モ然ウ思ツタ併シ然ウ云フ場合ハ入レナクテモ宜イト云フ考ヘデアリマス」と答えている¹²⁾。かくして、明治民法137条は「左ノ場合ニ於テハ債務者ハ期限ノ利益ヲ主張スルコトヲ得ス」と規定し、同1号に「債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキ」を挙げた。その後、破産法の改正や民法現代語化改正を経て、平成29年改正前民法137条は「左に掲げる場合には、債務者は、期限の利益を主張することができない。」とし、同1号に「債務者が破産手続開始の決定を受けたとき。」を挙げるが、この規定は平成29年改正後も変更されていない。

法典調査会では、売買契約における売主の不安の抗弁権を規定する旧民法財産取得編47条4項の修正も検討された。民法修正案の理由書は「諸国ノ法典ニ於テハ当事者ノ一方ハ其相手方ニ期限ヲ與ヘタル場合ト雖モ相手方ハ破産ノ宣告ヲ受クルカ若クハ無資力ニ陥リタルトキハ自ラ弁済ヲ拒ムヲ得ルコトヲ規定セリ然レトモ本案ニ於テハ総則ノ規定ヲ以テ債務者カ破産ヲ為シタル場合ニ於テハ期限ノ利益ヲ失フコトヲ定メタルカ為メ債権者ハ破産法ノ規定ニ依リ破産ノ申請ヲ為シテ期限ノ到来ヲ促カスヲ得可キヲ以テ今茲ニ諸国ノ法典ノ例ニ倣フテ特別ノ規定ヲ設クルコトヲ必要トセサルナリ」とし¹³⁾、起草委員の富井政章は、理由書の記述を敷衍して「相手方ニ期限ヲ許シタ場合ニモ相手方ガ破産スルカ又ハ弁済ヲ危ウカラシム迄ニ資力ヲ無クシタ場合ハ之ニ対シテ履行ヲ拒ムコトガ出来ルト云フ規定ハ何処ノ国ノ法律ニモアル即チ今申シタ瑞西債務法独逸民法草案モンテネグロ財産法トカ云フ様ナ所ニ於テハ一般ノ双務契約ニ付テ然ウ云フ規定ガ掲ゲテアル既成法典ヤ仏蘭

11) 法典調査会1・356頁。

12) 法典調査会1・356頁。

13) 理由書1987・512頁。

西民法ハ売主ノ利益ノ為メニ然ウ云フ規定ガ置イテアル併シ是レハ其必要ガナカラウト思フ夫レハ既ニ本案ノ第百三十八条以下ニ於キマシテ破産ノ場合ニ於テハ期限ノ利益ガナクナルト云フ規定ガアル尚ホ破産法ニ於テ此様ナ場合ニハ債権者ハ時機ヲ失セズシテ破産ノ宣告ヲ請求スルコトガ出来ル様ニナラウト思ヒマス夫故ニ是レハ必要ガナカラウ破産ノ宣告ヲ請求スルコトガ輒スク出来テ然ウシテ其場合ニ期限ノ利益ガナクナルト云フコトニナレバ詰リ五百三十一条ノ通則ガ適用サレルコトニナツテ履行ヲ提供シナイ内ハコチラハ履行スルニ及バスト云フコトニナリマスカラ少シモ無資力ノ為メニ履行ノ請求ヲ危フスルト云フ危険ハナカラウト思フ」と説明し¹⁴⁾、民法総則規定である137条に期限の利益の喪失が規定されるから、売買契約における売主の不安の抗弁権の規定は必要がないとして削除されることとなった。

このように、明治民法制定当時は、民法137条（法典調査会の原案では138条）が、債務者が破産宣告を受けたときには期限の利益を喪失する旨を規定していることと、（フランスの破産法が商人破産主義を採り、破産手続の対象とされたのが商人のみであったのに対し）日本の破産法は一般破産主義を採ることになったため、支払不能状態に陥れば、早晩、破産手続に移行すると予想されたことから、支払不能の場合の履行拒絶の抗弁権を規定する必要はないと考えられていた。

しかし、実際には、支払不能状態になっても破産手続に移行しないケースが少なからずあり、そのような場合には債権者保護の見地から履行拒絶の抗弁権を認める必要性があるのではないかと思われる¹⁵⁾。例えば、詳細は別稿で検討する予定だが、フランスの判例は、期限の利益喪失事由を民法1188条原始規定の規定する破産及び債務者の担保減少行為以外の場合に拡張して、期限を到来させることによって、事実上、不安の抗弁権を認めたのと同様の効果をもたらした¹⁶⁾。これを参考にして、日本法においても、仮に不安の抗

14) 法典調査会3・762頁。

15) 松井2013・18-19頁は、この点が問題となることを指摘する。

16) Req.20 décembre, D.H.1940.114; Gaz.Pal.1940.1.149. Req.20 janvier 1942, S.1942.1.38.

弁権に関する明文の規定を設けないとしても、期限の利益喪失事由の拡張により、事実上、不安の抗弁権を認めたのと同様の効果を実現することが考えられてもよいと思われる。

3 判例の展開¹⁷⁾

不安の抗弁権に関する裁判例が登場するのは、第二次世界大戦以後であるように思われる。以下では、時系列に沿って主な裁判例を紹介しよう。事案の概要及び判旨として抽出したのは、不安の抗弁権に関する部分に限られる。また、傍線は筆者による。

〔1〕最判昭和37年12月13日判タ140号127頁

【事案】詳細は不明だが、継続的物品供給契約において、代金の支払方法として約束手形が振り出されたのに対し、売主が振出人の不信行為を理由に、納品を拒否したことが債務不履行に当たらないかが問題となった事案のようである。

【判旨】「原判決が、被上告会社に対する上告会社の所論不信性を認めたのは、……本件のような継続的供給契約は、契約の性質に鑑み、当事者相互の信頼関係に基づいて成立するものであり、かつ実行されるべきものであるから、取引の実行に当っては、互に相手方の信頼を裏切らないことが要請されるところ、上告会社は、たとえ代金の支払方法として自己振出の約束手形を交付する約定であったにもせよ、期日に不渡となる危険が予想されるような、また、手形本来の経済的作用である流通性や換金性に乏しいため支払方法として使用するに不適しいような、取引関係のない銀行を支払場所とする約束手形を振出し、交付し、あまつさえ上告会社の代金支払能力に不安を抱いた被上告会社から、再三、割引容易な手形とそれとの交換または現金払いの交渉を受けながら、これを回避して、誠実を以て右交渉に応じる態度を示さなかった点を重視したのであって、しかも、右の如き不信性は、決して所論の如く些細なことではないのであるから、原判決が、右の如き上告会社の不信行為を理由とし、かかる場合、被

17) 裁判例の紹介と分析については、松井2013・30-55頁も参照のこと。

上告会社は適法に爾後の納品を拒否し得る旨の判断をしたのは、必ずしも妥当を欠くものということとはできない。」

本判決は、不安の抗弁権という概念を用いていない。また、売主の納品拒否は買主の支払能力についての不安も理由となっているが、それ以外の買主の態度の不誠実さも理由となっているようなので、不安の抗弁権を認めた事案とは言い難い面がある。

〔2〕大阪地判昭和47年12月8日判タ298号395頁

【事案】XY間でX社がY社に商品（流し台用シンク）を売却する継続的売買契約が結ばれた。Yは第一回取引の代金総額853万余円のうち280万円の支払いを怠り、その後も未払金30万円が残ったので、XはYの信用に疑問を抱き、Yに対し人的、物的担保を要求したところ、Yは人的担保の提供にのみ応じ、物的担保については拒否したので、Xはそれより前に受注していた商品の出荷を制限し、取引の停止に至った。Xの債務不履行責任が問題となった。

【判旨】「商品の継続取引関係においては、一旦売買は、買主から注文を請けた場合でも、その後に買主の側において右取引関係上要求される信頼関係を破壊する事情が生じた場合には、売主が右注文を請けた商品の出荷をそれ相当の範囲において停止したとしても、その出荷停止には相当の理由があり、それゆえ、右出荷停止という債務不履行に違法性はない、といわなければならない。しかしながら、本件においては右の信頼関係の破壊があったことを認めることができない。」

「Yの使用する流し台用シンク等のように一式揃わなければ各台の製品として完成できない場合には、注文品のうち一部の未納品があり、それによって製品としての完成ができないときは、注文品全体について不完全履行の状態にあるものというべく、これに対しYが代金の全部または一部を支払わなかったという、その代金不払に違法性があるとはいえない。それゆえYの前記各代金不払には違法性がない。そうすると、Xの……出荷制限（一部停止）には結局の

ところ相当の理由がないことになり、その債務不履行は違法であるというほかない。」

[1]と同様に、本件でも継続的売買契約が対象となっている。本判決は、「信頼関係破壊法理」を用いて一般論としては履行拒絶を正当化しようとするが、本件の事案の解決としては、履行拒絶を違法だとする。

[3] 東京地判昭和52年7月22日判時880号51頁

【事案】 X社は医療器具製造業者で、Z社はその系列会社でXの製造する医療器具の販売を業としている。YはZから医療器具を買う継続的販売契約をZとの間で締結した。代金は商品引渡し後毎月20日締切、半額は月末に90日の手形払い、半額は翌月末小切手払いとされ、商品の一部引渡しがなされた。その後、ZはYの信用に不安を抱き、一方的に現金取引を要求し、Yがその要求に応じないことを債務不履行と主張して、商品の引渡しを拒絶した。ZはYに対する未払代金債権をXに譲渡した。XはYに対して右代金債権の弁済を請求して訴えを提起したが、これに対し、YはZによる商品の出荷停止が債務不履行に当たるとして、これによる損害賠償債権をもってする相殺を主張した。

【判旨】 「客観的事実によって、Yの期日における売買代金決済が期待できないことが相当高度の蓋然性をもって認められる場合に限り、Zの供給停止が正当づけられるものと解される。……Xは、甲第四号証の調査報告書を以てその根拠とするようであるけれども、右調査報告書によっても、Yが創立以来まだ日も浅く、十分な収益をあげるにまで至っていないので、信用程度は若干警戒を要する程度であるということとどまり、売買代金決済不能となる相当高度の蓋然性があるということの根拠となるものではない」

[4] 東京高判昭和56年2月26日判タ444号91頁（[3]の控訴審）

【判旨】 「契約書の9条には、『商品代金の支払が支払期日までに履行されないとき』又は『その恐れが認められた場合は、売主は買主に対し後の販売を停止する

ことができる。』と定められており、また、Zが興信所の報告書によりYに対し警戒心ないし不安感を抱いたことは先に認定したとおりである。しかし、本件契約は、相当期間にわたり継続的に商品を生供給する趣旨のものであり、契約締結後買主について生ずる代金債務不履行又はその恐れがある場合に備える必要があるところから右9条の約定をしたものと認められるから、同条をもって単に売主が主観的に代金債務不履行の恐れを抱けば何時でも自由に販売を停止し得る趣旨のもので解することはできず、買主に支払期日における代金決済を期待し難い客観的合理的な蓋然性が認められた場合に限り、じ後の供給を停止し得る趣旨と解すべきである。』

上記の〔3〕〔4〕では、継続的売買契約における契約書中の履行拒絶権を定めた規定の解釈が問題となっている。

〔5〕 東京地判昭和56年1月30日判タ452号129頁

【事案】 Xの注文により、Y（時計の卸売業者）は、昭和52年8月分の納品の他に、同年10月頃にも、8月分と同様の取引条件で時計を納品したことがあった。同年11月中旬頃、Yは、Xに対し、昭和52年9月以降の取引については、現金決済にするか、信用販売の場合は、担保の提供がなければ取引はできない旨通告し、Xの再三にわたる時計購入の注文に対し、Xに対する債権確保の点で不安があるとして全く応ぜず、出荷を停止し、取引を拒絶した。Yの債務不履行責任が問題となった。

【判旨】 「継続的供給契約において、契約締結後、当事者の一方に資力不足等の信用不安が発生する等、著しい事情の変更があった場合には、契約の存続により不利益を受ける相手方は、契約を解除し得るものと解するのが、信義則上相当であるし、また、解除しないまでも、かかる事情の変更ないし相当の事由がある場合は、新たに、担保の提供を求める等有利な取引条件への改定を求め、これに応じないときは、以後の取引を拒絶しても、債務不履行の責任は負わないものと解すべく、これに対し、前記の事情の変更ないし相当の事由がないのに、

右条件の改定に応じないとして、取引を拒絶した場合には、債務不履行の責任を負うものと解するのが、信義則上相当であるというべきである。」

本件も継続的取引を対象としている。判旨は、「事情の変更」という表現を用いているので、事情変更の原則に基づいているようにも思われる。信義則を根拠とし、効果としては、契約の解除、新たな担保提供の請求等の契約内容の改定（改訂）請求、履行拒絶を挙げている。但し、事案への当てはめとしては、本件では、上記の「特段の事情の変更ないし相当の事由がないのに」納品拒絶がなされたとして、債務不履行に当たるとした。

[6] 東京地判昭和58年3月3日判時1087号101頁

【事案】 X社は、Y社との継続的商品売買契約に基づき、Y社に対し、ニット製品を継続して売り渡し、売掛残代金を請求した。これに対し、Yは、Xが履行期が到来しても商品を納品しないため、転売利益を失ったとして、その損害賠償債権と右売掛代金債務とを対当額で相殺するとの抗弁を提出した。

【判旨】 「継続的売買契約の成立後、買主の代金支払能力が著しく低下し、売主においてその契約に従って目的物を供給しては、その代金回収を実現できない事由があり、かつ、後履行の買主の代金支払を確保するため、売主が担保の提供を求めるなど売主側の不安を払拭するための処置をとるべきことを求めたにもかかわらず、それが買主により拒否されている場合には、右代金回収の不安が解消すべき事由のない限り、先履行たる目的物の供給について約定の履行期を徒過したとしても、右売主の履行遅滞には違法性はないものと解するのが公平の原則に照らし相当である。」……債務不履行責任はないと判示。

本件でも継続的売買契約が対象となっている。判旨では、買主の信用不安の効果として、売主が担保の提供を請求しうることと、買主が担保提供に応じない場合には、売主の履行遅滞が違法性を帯びないことが挙げられている。

〔7〕名古屋地判昭和59年2月21日判タ528号222頁

【事案】X社は、入浴剤の製造・販売会社であるが、Y1社との間に締結した継続的商品供給契約に基づきY1に売り渡した商品の売掛残代金をY1及びその連帯保証人Y2、Y3に対し請求した。これに対し、Yらは、Xが一方的に商品の供給を停止したため、Y1は商品転売利益喪失等の損害を被り、Xに対し債務不履行による損害賠償債権を取得したと主張し、右債権を自動債権として相殺する旨の抗弁を提出した。Xは、商品の供給停止は、Y1の売掛残代金の不払い、支払手形の依頼返却の要請等のY1の信用不安、Y1に許容された販売地域割当の無視、Y1代表者によるX商品の商標登録出願等の背信行為があったことによるもので何ら違法性がない旨を主張した。

【判旨】「本件のXY社間の如く継続的な商品供給契約関係が存在する場合、通常販売店は当該商品の供給を全面的にメーカーないし上位販売者に依存しているものであり、従ってメーカー・上位販売者側の商品出荷停止は下位の販売店側に致命的な打撃を与え得るものであるから、買主・販売店側の如何なる債務不履行も直ちに売主・供給者側に同時履行の抗弁権の行使としての出荷停止を正当化するというわけのものではなく、供給者側の出荷停止が正当とされるためには少なくとも買主側に契約の本質的部分に関する債務不履行が存することが必要であろう。しかしながら同様に販売済の代金の回収等を顧慮せねばならぬ売主側の立場も無視されてはならないから、その一事のみをもって継続的契約関係の破綻を招く程の重大な背信行為があるのでなければ売主側は絶対に出荷停止をしてはならないとすることには疑問が存する。」

「およそ既に購入済の商品の代金不払は継続的商品売買契約の債務不履行の最たるものであり、かつ通常は買主の信用不安を推認させるものであるから、この場合には売主は対抗上以後の出荷を停止することができるものと解される。ここで出荷停止は実質上売主にとって引渡済商品の代金請求権の担保たる性質を有するものであるから、売主は単に不可分の価格に相当する商品のみの出荷を停止することができるとすべきものではなく、買主の不払金額が債務の本旨に従った履行であるというを妨げない程の僅少なものである場合を除いて、そ

の金額の如何に拘らず、代金支払債務の不履行のある限り、全面的な出荷停止も是認されると解する。代金の支払がない限りそれ以上の商品の出荷には応じられないとするのは商人としてもっともなことであり、これを不当であるとすることは売主側に右不払分だけの金額については最終的な回収不能の危険を負わせることであって、これに反するYの主張は採用できない。」

本件でも、継続的売買契約が対象となっている。そして、売主の履行拒絶を正当化するための買主の債務不履行は、契約の本質的部分に関する債務不履行でなければならないとされている。

〔8〕神戸地判昭和60年8月8日判タ571号75頁

【事案】造船会社Xは、昭和52年11月10日、船舶用原動機の製造販売会社Yから、船舶用ディーゼルエンジンを代金2億6500万円、昭和53年12月末日までに分割払する約定で買い受けた。Xは納期の昭和52年12月、Yに対し、ディーゼルエンジンの引渡しを求めたが、Yは、Xの信用に不安があるとし、売買代金を即時現金で支払うか、またはそれに見合う確実な担保を提供するの でなければ、右エンジンを引き渡さないとしてその引渡義務の履行を拒絶した。そこで、Xは昭和53年3月、Yとの右売買契約を解除した。しかし、Xは、Yの右エンジンの納入拒否により、西ドイツから発注を受けていたコンテナ船の建造ができなくなって契約が破棄になったほか、船台が一台しかなかったため、後続建造予定の船舶の建造契約を停止せざるを得なくなり、昭和53年2月、倒産するに至った。そこで、XはYに対し総額6億円の損害賠償を請求した。Yは、Xの義務の履行が確保されない限り、Yとしては信義則上その義務の先履行を拒絶することができるものと解すべきであると主張し、Xの倒産は、主要取引先の業績悪化ないし倒産が原因であって、Yのディーゼルエンジンの不納入によるものではないと主張した。

【判旨】「Xの取引先であるA社が昭和52年12月28日倒産したが、Xは同会社から207番船、208番船の建造の注文を受け、その建造代金合計金41億余円の債権を

有していたところ、同月23日右建造契約を合意解除して右2隻の船舶をXの所有に戻したため実損害を受けなかったこと、Xが昭和53年2月8日和解の申立をしたのは、Yが本件エンジンを納入しなかったことがその主たる原因であること、またXの倒産により、その余波を受けてXの取引先であるB社及びC社が倒産するに至ったものであって、右両会社の経営悪化がXの倒産の原因ではないことが認められる。したがって、Xの経営の不安を前提とするYの抗弁も採用することができない。」

本件では、買主の信用不安の存否という事実認定が問題となった。

〔9〕東京高判昭和62年3月30日判時1236号75頁

【事案】Xは荒物、雑貨の卸小売業を目的とする会社である。XはYに対し、家庭用洗剤、シャンプー等を継続的に販売してきたところ、売掛金1282万余円の支払いを求めて訴えを提起した。YはXの商品の出荷停止により損害を被ったとして、この損害賠償請求権を自働債権、売掛金債権を受働債権とする相殺の意思表示をした。

【判旨】「XとYとの取引は昭和57年5月ころから、毎月20日締め翌月10日から20日までに現金払いの約束で開始されたが、Yの代表者あるいは取締役のAが元Xの従業員であったこともあって、X側で便宜を計らい、締め後60日払いを認めたこと、ところが、右支払時期はその後90日、120日と遅れていく一方であり、昭和59年に入ってからは全く支払がなされない月も生じ、同年9月20日には請求額が2300万円近くに上ったこと……、Y側から……単価訂正、値引きを持ち出した……。以上認定の事実によると、XがYとの本件取引を打ち切ったことには正当な事由があるというべきであるから、これによって仮にYが損害を被ったとしても、Xには何ら責任がないというべきである。」

本件も継続的売買契約を対象としている。本判決は、規範命題を立てていないので、不明確だが、判旨に掲げる事情がある場合には債務不履行が違法

性を帯びないと考えているのであろう。

〔10〕東京地判平成2年12月20日判タ757号202頁

【事案】X社は、Y社との間でXを売主、Yを買主とするベビー用品の継続的供給取引を昭和62年4月頃開始した。その後、取引高が拡大したので、XはYに対し物的担保の供与又は個人保証を求めたが、Yはこれに応じず、平成元年5月30日時点で売掛代金の累積債務額も9000万円を超えた。その後、Yは一部決済したが、それでもなお売掛代金の累積債務額が5000万円を超えて残存していた。平成元年5月下旬、上記継続的供給契約に基づいて、XとYは、XがYに代金1ケース7200円、納入期日を同年6月1日及び同月2日の各1000ケースあて、合計2000ケースのベビー用紙おむつ「パンパース」（本件ベビー用品）を売る売買契約を締結した。平成元年6月2日、Xは、Yが担保を提供するか残債務を一掃しない以上、今後の新たな取引はもとより本件ベビー用品の出荷、納入もできないと主張したが、YはXの求めに応じなかったため、話し合いは物別れに終わった。Xは納入期日に至っても本件ベビー用品を納入せず、Yとの取引を中止した。XはYに対し、売掛代金を請求して訴えを提起し、これに対し、YはXの右行為を債務不履行だとして、それに基づく損害賠償債権とXの売掛代金債権との相殺を主張している。

【判旨】「XがYに対して本件ベビー用品を約定どおりの期日に出荷、納入せず、また、Yとの以後の新たな取引も停止することとしたのは、……Yとの継続的な商品供給取引の過程において、取引高が急激に拡大し、累積債務額が与信限度を著しく超過するに至るなど取引事情に著しい変化があって、Xがこれに応じた物的担保の供与又は個人保証を求めたにもかかわらず、Yは、これに応じなかったばかりか、かえって、約定どおりの期日に既往の取引の代金決済ができなくなって、支払いの延期を申し入れるなどし、Xにおいて、既に成約した本件個別契約の約旨に従って更に商品を提供したのではその代金の回収を実現できないことを懸念するに足りる合理的な理由があり、かつ、後履行のYの代金支払いを確保するために担保の供与を求めるなど信用の不安を払拭するための措

置をとるべきことを求めたにもかかわらず、Yにおいてこれに応じなかったことによるものであることが明らかであって、このような場合においては、取引上の信義則と公平の原則に照らして、Xは、その代金の回収の不安が解消すべき事由のない限り、先履行すべき商品の供給を拒絶することができるものと解するのが相当である。したがって、Xが右のとおりYに対して本件個別契約にかかる本件ベビー用品をその納入期日に出荷、納入せず、また、Yとの以後の新たな取引も停止することとして継続的供給を停止したことには、なんら違法性がないものというべきである。いわゆる不安の抗弁権をいうXの本訴請求についての再抗弁及び反訴請求に対する抗弁は、以上のような意味において理由がある。」

本判決は、明示的に「不安の抗弁権」という用語を用いて、それを認めた公判裁判例としては最初のものである。本判決は、信義則と公平の原則を根拠として、履行拒絶権を認めている。

〔11〕名古屋地判平成14年5月10日 LEX/DB28072278

【事案】X社はY社に本件建物を賃貸し、YはXの承諾を得て、本件建物をテナントに賃貸し、その賃料収入をXへの賃料支払に充てていた。ところが、本件建物について競売手続による現況調査が各テナントに対して行われ、本件建物について競売手続が開始されたことが判明した結果、テナントがYに賃料を支払うのを停止し、Yは経営が困難となって、Xに対する賃料支払ができなくなった。Yは本件賃貸借契約にかかる保証金2000万円の保全のため、本件賃貸借契約に基づく賃料の支払いを停止した。Xは本件建物の賃貸借契約を、Yの賃料不払いを理由として解除し、Yに対して未払い賃料及び賃料相当額損害金の支払いを求めた。これに対し、Yは、X社が会社を解散して清算中であり、本件建物が競売にかけられていることから、賃料支払の停止には正当な理由があり、これを債務不履行として本件賃貸借契約を解除することはできないと主張した。

【判旨】「Yらの主張は、要するに、XのYに対する本件保証金の返還義務の履行が、

本件競売手続の開始により、危殆に瀕するに至ったため、その履行確保の目的が立って本件保証金が保全されるまで、今後の本件賃貸借契約に基づく賃料の支払い義務の履行を拒絶することとしたものであるから、本件賃料不払に違法性がない旨の、いわゆる不安の抗弁権の主張であると解される。」「Xが、本件賃貸借契約成立後、本件根抵当権者であるAに対して、本件根抵当権の被担保債務の履行を遅滞したことにより、本件根抵当権の実行として、その所有する本件建物等に対して本件競売手続の開始決定を受けたということは、本件賃貸借契約成立後のXの財産状態の悪化を示すものといえるところ（本件賃貸借契約でも、Yが競売申立てを受けたときを、Yの財産状態又は信用状態の悪化の顕われとして、Xからの契約解除事由としている（甲2））、本件競売手続が売却の見込みのない場合（民事執行法68条の3）等のXの財産状態の改善以外の理由で取り消されることもないわけではないから、Yは、Xが本件競売手続の開始決定を受けた場合には、継続的な法律関係としての本件賃貸借契約上の信義則により、将来本件賃貸借契約が終了した場合のXのYに対する本件保証金返還義務の履行についての不安を理由として、Xに対し、その履行の担保の趣旨で、本件賃貸借契約が終了した場合にXからYに対して返還されるべき本件保証金の額に相当する金額に達するまで、本件賃貸借契約に基づく賃料の支払義務の履行を拒絶することができるものといえるべきである。」

本判決は、不安の抗弁権という用語を用いているが、不安の抗弁権の要件・効果を規範として定立しているわけではない。本判決は、あてはめとして、賃貸人である賃貸目的物たる本件建物の所有者Xが、本件建物に対して競売手続の開始決定を受けたということを、財産状態の悪化の顕われとして、Xの賃借人Yに対する保証金返還債務の履行についての不安を理由とするYの賃料支払義務の履行拒絶を正当化している。

〔12〕 東京地判平成15年1月22日 LLI/DB 判例秘書 L05830163

【事案】 X社（イスラエル国において設立認可された先端技術の開発研究等を目的

とする会社)は、A社との間で、Aを投資者とする本件投資契約を締結した後、Y1(Aの代表取締役)、Y2(Aの統轄本部長)との間で、同人らが、AのXに対する投資金200万米ドルの支払債務を連帯して支払う旨の本件保証契約を締結したとして、Yらに連帯保証債務の履行請求(保証債務の一部及び約定遅延損害金の支払請求)をした。Yらは様々な主張をしているが、そのうち、ここでは不安の抗弁を取り上げる。すなわち、Xは現在営業を停止し、事実上倒産状態にあり、反対給付を期待できない状態にあるから、Aはその支払を拒絶する権利があり、Yらは、Aのこの権利を援用すると主張した。

【判旨】「不安の抗弁は、もっぱら継続的取引における当事者の一方による爾後の商品供給停止という形態において、しかも、相手方の履行の提供を期待し難い客観的、合理的な蓋然性が認められた場合に限り認められるものと解するのが相当である。本件は、このような場合に当たらないから、本件投資契約において、不安の抗弁を主張することはできないものといわなければならない。」

本判決は、不安の抗弁という語を用い、その要件として、継続的取引における当事者の一方による爾後の商品供給停止、相手方の履行の提供を期待し難い客観的、合理的な蓋然性を挙げている。本判決は、結論としては不安の抗弁権の行使を認めていない。

〔13〕 東京地判平成18年3月17日 LLI/DB 判例秘書 L06120290

【事案】米国財団との間のマスターライセンス契約に基づき、故C1関係の著作物及び商標につき著作権及び商標権に基づく商品化権の独占的通常使用権を有するXが、サブライセンス契約の相手方であるY1の債務不履行により当該サブライセンス契約を2回解除したとして、Y2(Y1の吸収分割による承継人)及びY1(商法374条の26第2項)に対し、①独占的通常使用権、②独占的通常使用権を根拠とする米国財団の著作権及び商標権に基づく差止請求権の代位行使として、又は③サブライセンス契約に基づき、当該著作物及び商標の使用差止め並びに商品の保管状況等の報告及び廃棄、並びに損害賠償金等の連帯支払を

請求した。本件においても多岐にわたる争点があるが、Yらは不安の抗弁を主張している。

【判旨】「継続的取引契約により当事者の一方が先履行義務を負担し、他方が後履行義務を負担する関係にある場合に、契約成立後、後履行義務者による後履行義務の履行が危殆化された場合には、後履行義務の履行が確保されるなど危殆化をもたらした事由を解消すべき事由のない限り、先履行義務者が履行期に履行を拒絶したとしても違法性はないものとすることが、取引上の信義則及び契約当事者間の公平に合致するものと解される。後履行義務の履行が危殆化された場合としては、契約締結当時予想されなかった後履行義務者の財産状態の著しい悪化のほか、後履行義務者が履行の意思を全く有しないことが契約締結後に判明したような場合も含まれると解するのが相当である。」 「本件において、Xは、本件サブライセンス契約成立後である平成16年12月ころから、Y1からの宣伝広告及びデザイン等に関する承認申請に承認を与えないことを明示し、その後もその態度を保持し続けたものであるから、Y1は、不安の抗弁権により、先履行義務を負う2006年度のミニマム……の支払を拒むことができるというべきである。」 「Xは、中国問題の解決までXが承認を与えないことは、更新の意思表示前から判明していた事情であるから、不安の抗弁権が成立する前提を欠く旨を主張する。しかしながら、Xがデザイン等に関する承認申請に応じないことが平成17年4月28日の更新の意思表示前に判明していた事情であっても、本件サブライセンス契約の成立後に生じた事情である以上、不安の抗弁権にいう後履行義務の履行が危殆化された場合に当たると解すべきである。Y1は、本件サブライセンス契約21条により、一方的意思表示により1年ごとの更新を行うことができるという有利な地位を有していたところ、X主張のように解することは、Y1の選択肢を、①本件サブライセンスを支払うか、それとも②更新をそもそもしないかに狭め、③権利として更新はするが、Xから反対給付を受けられないおそれがある場合は、不安の抗弁権を行使する方法を、X側の態度だけで失わせることを認める結果となるから、上記Xの主張は、採用することができない。」

本判決も、不安の抗弁権という用語を用いており、不安の抗弁権の定義を行っている点で重要である。また、契約相手方の信用不安の他に、後履行義務者が履行の意思を全く有しないことが契約締結後に判明したような場合も、不安の抗弁権の要件である「後履行義務の履行の危殆化」を充足しているとしている点が新しい。

〔14〕 知財高判平成19年4月5日 LLI 判例秘書 L06220123

【事案】 事件全体は複雑であるので、不安の抗弁権に関する部分だけ抽出する。XはY（ファーストリテイリング）との間で、キース・ヘリング（ストリート・アートの画家。1958-1990）の創作に係るイラスト・図柄・文字・デザイン等（本件プロパティ）につき、Yが本件プロパティを使用すること等を内容とする本件サブライセンス契約を締結した。Yの債務不履行を理由とする解除の有効性を巡って本件訴訟が提起された。第一次解除、第二次解除など、複数の解除がなされているが、Yが先履行義務を負うとされる最低保証料支払義務の不履行を理由とする第二次解除の有効性について、Yが不安の抗弁権を主張している。

【判旨】「継続的取引契約により当事者の一方が先履行義務を負担し、他方が後履行義務を負担する関係にある場合に、契約成立後、後履行義務者による後履行義務の履行が危殆化された場合には、後履行義務の履行が確保されるなど危殆化をもたらした事由を解消すべき事由のない限り、先履行義務者が履行期に履行を拒絶したとしても違法性はないものとすることが、取引上の信義則及び契約当事者間の公平に合致するものと解される。いわゆる不安の抗弁権とは、かかる意味において自己の先履行義務の履行が拒絶できることであると言うことができる。そして、後履行義務の履行が危殆化された場合としては、契約締結当時予想されなかった後履行義務者の財産状態の著しい悪化のほか、後履行義務者が履行の意思を全く有しないことが契約締結後に判明したような場合も含まれると解するのが相当である。」……あてはめとして、「後履行義務者が履行の意思を全く有しないことが契約締結後に判明したような場合」にあたる事実（Xが第一次解除の意思表示を行ったこと等）が認定されている。

本判決も、[13]と同様の要件を規範として定立している。

[15] 東京地判平成24年4月25日 LEX/DB25493848

【事案】 Xは、Yとの間で、Xを注文者、Yを請負人とするホテルの建物の建築請負契約を締結し、Yが工事に着手したが、Yは、本件請負契約に基づく請負代金の支払を受けられないと認められることを理由に上記工事を中止し、上記建物を約定の期限までに完成させなかった。Xは、Yが工事を中止して建物を完成させなかったことが債務不履行に当たるとして本件請負契約を解除し、原状回復請求として、本件土地上の構造物（本件建物の出来形部分）を取去して本件土地を明け渡すこと及び本件土地の明渡しまでの使用損害金等を求めて訴えを提起した。争点は多岐にわたるが、Yは、Xに本件請負契約の請負代金の支払能力がなく、Yが本件建物を完成したとしても、上記請負代金の支払を受けることができないとして、不安の抗弁権に基づき、本件工事を中止したと主張している。

【判旨】 「本件請負約款第32条（5）には、次のとおり、Yの中止権・解除権を定める規定がある（以下、この規定を「本件中止権条項」という。）。……Xが支払を停止する（資金不足による手形・小切手の不渡りを出すなど）などにより、Xが請負代金の支払能力を欠くと認められるときは、Yは、書面をもって工事を中止し又はこの契約を解除することができる。」「本件中止権条項の趣旨は、Yが本件請負契約に基づく債務を履行して本件建物が完成したとしても、Xから反対給付である請負代金の支払を受けることができない場合には、Yのみがその債務の履行を継続することが請負契約の当事者間の均衡を著しく失する結果となることに着目し、Yが本件工事を中止することを容認したものであると解され、双務契約である本件請負契約において、契約における信義則及び当事者の公平の原理に基づき、注文者であるXの財産状態が悪化した場合に、先履行義務を負う請負人であるYがその債務の履行を拒絶することができるといういわゆる不安の抗弁権を明文により定めた面を有するということが出来る。」「本件中止権条項は、不安の抗弁権を明文により規定した面があるのであって、本件覚書の趣旨に照らし、本件中止権条項の要件を前記……のように解すれば、本件中止

権条項の要件が充足されない場合に、なお、不安の抗弁権に基づいて本件工事を中止することができる余地は、これがないとはいえないまでも、Yに本件工事を続行する義務があるとするのが、請負契約における信義則及び当事者の公平の原理に照らして真に是認できない極めて例外的な場合に限られるものと解される。」「上記……の観点から、Yが不安の抗弁権に基づいて本件工事を中止することができるか否かについてみるに、Yは、本件工事を中止した以降に、X……に対し、本件請負契約に基づく請負代金の支払の確実性に関するYの疑念を解消するよう求めたが、XらがYの上記疑念を解消するための方策を何ら講じなかった旨主張し、これを考慮すれば、不安の抗弁権に基づいて本件工事を中止することができた旨を主張するものと解される。しかしながら、上記……の観点からみれば、Yの上記主張に係る事情をもって、Yに本件工事を続行する義務があるとするのが請負契約における信義則及び当事者の公平の原理に照らして真に是認できないというまでの事情であるということとはできない。」「以上のとおり、Yが不安の抗弁権に基づき本件工事を中止することは許されないというべきであるから、この点においても、Yが本件工事を中止し、引渡予定日までに本件建物を完成させて引き渡さなかったことについて、Yに責めに帰すべき事由がないとはいえない。したがって、これは、……本件請負契約に基づく債務についての債務不履行を構成するものというべきである。」

本判決は、請負契約の特定の条項（本件中止権条項）を不安の抗弁権を定めたものだと評価し、本件中止権条項を根拠とする不安の抗弁権の行使を容認する前提に立って、本件中止権条項の要件を充足しない場合にも、不安の抗弁権を「請負契約における信義則及び当事者の公平の原理に照らして真に是認できない極めて例外的な場合に限られる」として、一定の範囲で容認している。但し、本判決は、本事案へのあてはめとしては、不安の抗弁権の成立を認めていない。

〔16〕 東京地判平成28年4月22日 LEX/DB25535664

【事案】 A社は自己所有の本件ビルの9階部分（本件賃貸物件）をY社に賃貸した。

Yは、本件賃貸借契約を締結するにあたり、Aに対し、預かり保証金224万余円を預託した。本件ビルについてはAの債権者Bのために抵当権が設定されていたが、Bから委託を受けたXがAのYに対する賃料債権を差し押さえ、Yに対し賃料の支払いを求めた。Yは、本件ビルについてBから担保不動産競売の申立てがなされ、担保不動産競売開始決定がされたため、Aの本件保証金に関する返済能力に不安が生じたとして、本件保証金の返還請求権が保全されるまで、不安の抗弁に基づき8か月分の本件賃料の支払を留保すると主張した。

【判旨】 「いわゆる不安の抗弁とは、後履行義務者の財産状態が契約締結後に悪化した時に、先履行義務者が、後履行義務者に信用を供与して、反対給付である自己の債務の先履行を強いられることが信義則に反する場合、その先履行を拒絶しようという法理であり、先履行義務者が、後履行義務者の財産状態の悪化によって反対給付を受けることができなくなるおそれが生じることを要する。」
「Yは、本件賃貸借契約に基づき、Aに本件保証金224万1600円を預託している。……しかしながら、Yは、本件賃貸借契約に基づき、本件賃貸物件の使用収益という本件賃料の支払に対する対価的給付を受けていること（争いなし）、本件保証金を預託する目的は、本件賃料不払い等のYの債務不履行の担保のためであって、本件賃貸物件の明渡し後に本件保証金の返還がなされるのは、……賃借人たるYが、賃貸人たるAに信用を供与しているからではないことに鑑みると、本件賃料債務と本件保証金返還債務との間には、対価的牽連性は乏しいといえる。さらに、Yの主張する不安の抗弁が認められるならば、結局、本件賃貸借契約終了前に、賃借人であるYによって、本件保証金を未払の本件賃料に充当することを認めることになり、Yの債務不履行を担保するためという本件保証金の意味を没却する結果となることに照らすと、Yの上記不安の抗弁の主張は採用できない。」

本判決は、不安の抗弁権について、一般的な規範を立てており、対象とな

る契約については継続的取引に限定する趣旨ではないようだが、問題となっている本事案は賃貸借契約という継続的契約に関するものである。本判決は、あてはめとしては、本件賃料債務と本件保証金返還債務との間には対価的牽連性は乏しいということと、「本件賃貸借契約終了前に、賃借人であるYによって、本件保証金を未払の本件賃料に充当することを認めること」と等しいから、賃借人の債務不履行を担保するという保証金の目的に反するという理由で、不安の抗弁権の行使を認めなかった。これは、賃借人が賃料に敷金を充当するよう請求する権利を認めない判例の立場¹⁸⁾に則した判断であり、この判例の立場は平成29年の民法改正で明文化されている（民法622条の2第2項）。

[17] 大阪地判平成28年11月28日 LLI/DB 判例秘書 L07151004

【事案】 X社は、Y社との間で、地図データの使用許諾契約を締結した。Xの地図データ提供債務が先履行であるが、Xは不安の抗弁に基づき、Yが使用料の残金の履行あるいは相当の担保を提供するまでは、本件データを提供しない旨通知した。YはXの債務不履行を理由として本件使用許諾契約を解除する旨の意思表示をした。この解除の有効性等が問題となった。

【判旨】 「対価的な牽連関係にある双務契約上の債務と反対債務の履行期が異なる場合、相手方の財産状態が悪化するなど反対債務の実現の保証がなくなっている状況下において、先履行義務を負う一方当事者のみに履行を強いることが信義則に反するといえるような場合には、一方当事者が、相手方の履行と引換えか、あるいは相手方からの十分な担保提供があるまで履行を拒むことができると解される（不安の抗弁）。もっとも、本来、双務契約を締結した当事者においては、先履行義務を引き受けた以上、自らの履行をした後に反対債務の履行を得られない可能性を了解した上で契約関係に入ったのであるから、単に反対債務の履行が受けることが期待できない事情が生じたというだけでは足りず、契約の前提となる事情やその趣旨、従前の履行状況、当事者の態度、当事者の資力等に

18) 大判昭和5年2月10日民集9巻253頁参照。

照らして著しく当事者間の公平を欠くといえる状況が生じることが必要というべきである。これを本件についてみるに、Yが使用権料の残金の支払を定められた支払期日に行わない意思を明確にしている以上、Yによる支払拒絶の意思は明確にされていたといえる。しかし、……使用権料は使用許諾を受けるためだけの対価ではなく、それに満つるまでの複製使用の対価としての性質も有するものであるから、使用権料は、使用権及び個別複製の双方と対価関係にあるものといえるところ、本件契約締結後にYから使用権料1億5500万円のうち1億円が支払われ、Xが本件データの提供を拒絶する時点での使用権料の充当後残額(税込み)は6988万円余り、提供を拒絶した際に発注されていた3030枚の複製使用料に充当した後でも5974万円余りであったこと……からすれば、拒絶当時、Xにおいては、上記3030枚の発注はもちろん、それを超える相当数の発注についても、その対価たる複製使用料について十分な担保を有していたものといえる。また、X代表者自身、Yが年商約40億円を上げる会社であることから、その資金状況が苦しいとの認識は有しておらず……、実際にもYはそのような状況にはなかったこと……からすれば、履行期におけるYの支払能力自体に特段の不安があったとは認められない。このような事情や、本件契約がYの業務において不可欠な本件データを継続的に供給するものであったことからすれば、平成27年2月にYが使用権料の残金を支払うことを明確に拒絶したとしても、Xにおいて、Yに対する本件データの提供義務を履行させることが、著しく当事者間の平衡を欠く状況にあり信義に反するとまでいえるものではなく、Xにおいて不安の抗弁を主張することはできない。」「以上から、Xが、平成27年2月にYに対する本件データの提供を拒絶したことは、Xの責めに帰すべき債務不履行であるといえる。」

本判決は、「相手方の履行と引換えか、あるいは相手方からの十分な担保提供があるまで履行を拒むことができる」として、相手方からの十分な担保提供があれば不安の抗弁権は行使できなくなることを判示した点で重要である。また、本判決は、「本来、双務契約を締結した当事者においては、先履

行義務を引き受けた以上、自らの履行をした後に反対債務の履行を得られない可能性を了解した上で契約関係に入ったのであるから」として、そのように合意した者は当該契約に拘束されるという、契約の拘束力を重視する考え方を採っている。平成29年の債権法改正の特徴として、「契約の尊重」、すなわち、契約に関する様々なルールは「契約は守られなければならない」（契約の拘束力）という基本原則から導き出されるとする考え方が基礎に置かれている点が指摘されているが¹⁹⁾、この考え方が本判決の基礎にもある。

〔18〕 東京地判平成30年9月10日 LEX/DB25557480

【事案】 XとYは、Xを買主、Yを売主とする本件土地売買契約を締結し、Xを発注者、Yを請負人として本件土地上に建物を建築する本件請負契約を締結した。Yが本件請負契約の工事に着手しないことを理由に、Xは本件売買契約及び本件請負契約を解除し、原状回復及び損害賠償を請求した。これに対し、Yは、本件請負契約の代金支払いに対する不安の抗弁及びXとの信頼関係破壊を理由に、本件請負契約を解除し、損害賠償を請求した。

【判旨】 「本件売買契約締結の経緯や別件売買契約締結の経緯、本件請負契約に基づく本件各建物建築工事の未着手の経緯や別件残代金の未払を巡る紛争処理の経緯等に鑑みれば、別件残代金が支払われないことにより、本件請負契約の代金支払に不安が生じており、Yがそれを理由に本件各建物建築の先履行を拒絶することが認められるというべきである。」 「Yは、本件請負契約について、不安の抗弁を主張できるものの、不安の抗弁の効果は、先履行義務者がその履行を拒絶することができるにとどまり、更に進んで契約を解除することまで認められるわけではない。」

本判決は、不安の抗弁権の要件について規範を定立せず、あてはめをしているだけである。但し、不安の抗弁権の成否を判断する際に、「本件売買契約締結の経緯や別件売買契約締結の経緯、本件請負契約に基づく本件各建物

19) 山本2017・111頁。

建築工事の未着手の経緯や別件残代金の未払を巡る紛争処理の経緯等」を考慮しているのは、前掲〔17〕判決の「契約の前提となる事情やその趣旨、従前の履行状況、当事者の態度、当事者の資力等に照らして著しく当事者間の公平を欠くといえる状況が生じることが必要」という判示と同様の考え方に立つ趣旨であろう。また、不安の抗弁の効果として、履行を拒絶しうるにとどまり、契約解除権の発生は認めないと明言している。

以上のように、〔10〕以降の裁判例では「不安の抗弁権」ないし「不安の抗弁」という用語が用いられてきており、不安の抗弁権の要件・効果に関する規範を定立している裁判例が少なくない。その際、不安の抗弁権の効果として認められるのは履行の拒絶に留まり、契約の解除まで認めた裁判例は見当たらない。

4 平成29年改正民法の立法過程

(1) 法制審議会開催前の立法提案

法制審議会民法（債権関係）部会審議の開催前の立法提案として、民法（債権法）改正検討委員会と民法改正研究会の立法提案を見ておこう。

① 民法（債権法）改正検討委員会の立法提案

2009年3月末に民法（債権法）改正検討委員会は「債権法改正の基本方針」を取りまとめ、不安の抗弁権について以下の提案を行った²⁰⁾。

【3.1.1.55】（履行請求と不安の抗弁権）

<1> 双務契約において、債権者が債務者に対して債務の履行を請求したとき、債務者は、債権者の信用不安に伴う資力不足その他両当事者の予期することができなかった事情が契約締結後に生じたために反対債務の履行を受けることができなくなる具体的な危険が生じたことを理由に、自己の

20) 基本方針2009参照。

債務の履行を拒むことができる。ただし、債権者が弁済の提供をした場合または相当の担保を提供した場合は、この限りでない。

<2><1>に掲げた事情が契約締結後に既に生じていたが、債務者がこのことを合理的な理由により知ることができなかった場合も、<1>と同様とする。

【3.1.1.63】（損害賠償の免責事由）

<1> 契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたときには、債務者は **【3.1.1.62】** の損害賠償責任を負わない。

<2> 債務者が **【3.1.1.54】** または **【3.1.1.55】** に定められた抗弁権を有しているときには、債務者は **【3.1.1.62】** の損害賠償責任を負わない。

【3.1.1.78】（解除権の障害要件）

<1> 債務者が **【3.1.1.54】** または **【3.1.1.55】** に定められた抗弁権を有しているときには、債権者は解除することができない。

<2> 契約の重大な不履行が **【3.1.1.88】** の定める債権者の義務の違反によって生じた場合には、債権者は解除することができない。

【3.1.1.55】 <2> は、旧民法財産取得編47条4項、ポワソナード民法草案（プロジェクト）684条4項から示唆を受けた規定ではないかと思われる。

ところで、民法137条が規定する期限の利益喪失事由を拡張することによって、不安の抗弁権を認めるのと同様の結果をもたらすことが考えられる。改正前民法137条について、「債権法改正の基本方針」は、次のような改正提案を行った。

【1.5.64】（期限の利益）

<3> 次に掲げる場合は、期限が到来したものとみなす。

<ア> 債務者が担保を喪失させ、損傷させ、または、減少させたとき

<イ> 債務者が担保を供する義務を負う場合において、これを供しないとき

<4> 当事者は、一定の事由が生じた場合に期限が到来したものとみなす旨を定めることができる。また、当事者は、一定の事由が生じた場合に期限が到来したものとみなす旨の債権者の意思表示により期限が到来したも

のとみなす旨を定めることができる。

この提案は、改正前民法137条の規律を基本的に踏襲するが、債務者について破産手続開始決定がされた場合の破産債権の期限については破産法103条3項の規定に委ね、財団債権の期限については同法148条3項の解釈に委ねることとして、改正前民法137条とは異なり、債務者について破産手続開始決定がされた場合を期限の利益喪失事由として規定していない。また、期限の利益喪失特約について規定を設けている（<4>²¹⁾。

② 民法改正研究会の立法提案

民法改正研究会（代表：加藤雅信）は数次にわたって改正提案を行った。2009（平成21）年10月に公表された第三次案「民法改正 国民・法曹・学界有志案」²²⁾を修正した「国民有志案修正案原案」における不安の抗弁権に関する提案²³⁾は次の通りである。

（不安の抗弁権）

475条1項 双務契約において、先履行の義務を負う一方の当事者（以下この条において「先履行義務者」という。）は、自己の債務の履行期が到来した場合においても、次に掲げる事由が生じたことにより相手方から反対給付を受けられないおそれが生じたときは、その債務の履行を拒絶することができる。ただし、先履行義務者が契約締結時においてそのおそれを知ることができた場合は、この限りでない。

- 一 相手方につき破産手続開始の申立て、会社更生手続開始の申立て、民事再生手続開始の申立て又は特別清算開始の申立てがあったとき。
- 二 戦争、内乱、天災その他避けることのできない事変のため相手方の

21) 詳解基本方針 I 2009・387-388頁。

22) 民法改正研究会2009。

23) 加藤2015・577-579頁。

給付に困難が生じたとき。

三 相手方の財産に対する強制執行があり、又は相手方に手形の不渡りがあったとき。

四 前三号以外の事由により、相手方がその履行期に反対給付をなすことを客観的に困難とするような事由が生じたとき。

2項 前項による先履行義務者の履行を拒絶する権利は、相手方がその反対給付につき相当の担保を提供したときには消滅する。

3項 第一項の場合において、先履行義務者の債務がその性質上相手方の履行期まで待って履行することに適さないときは、先履行義務者は、相手方に対し、相当の期間を定めて、その期間内に相当の担保を提供し、又は先履行義務者の給付と引き換えに反対給付を提供すべき旨の催告をすることができる。この場合において、相手方がその期間内にいずれもしなかったときは、先履行義務者は、第481条（解除権の発生及び行使）及び第485条（解除の効果）の規定に基づき、契約を解除することができる。

なお、同研究会は改正前民法137条については、修正提案をしていない。

(2) 法制審議会民法（債権関係）部会における審議

2009年10月、法務大臣から法制審議会に対し、民法のうち債権関係の規定について、契約に関する規定を中心に見直しを行うことを内容とする諮問がなされた。これを受けて法制審議会に「民法（債権関係）部会」が設置され、同年11月から2015年2月まで審議がなされた。松井和彦は、この部会審議について、特に不安の抗弁権と倒産手続法との関係に着目した詳細な分析を加えているが²⁴⁾、以下では、それとは別の視角からの分析も交えて、検討を行う。

24) 松井2016。

①不安の抗弁権についての審議

まず、不安の抗弁権についての審議を見ておこう。

法制審議会民法（債権関係）部会第19回会議（以下、部会会議については、「〇〇回会議」という。）では、部会資料19-1、19-2をもとに議論がなされた。

部会資料19-1、19-2は次のような提案を行う。

第3 不安の抗弁権

1 不安の抗弁権の明文化の要否

民法は、不安の抗弁権（双務契約において、債務者が債務を履行すべき場合でも、相手方から反対給付を受けられないおそれが生じたことを理由に、自己の債務の履行を拒絶することなどができる権利）について特段の規定を置いていない。この不安の抗弁権については、既にこれを認める裁判例が集積している上、多くの学説がこの法理を認めており、特に債務者が先履行義務を負う事案や継続的取引関係の事案においてこれを認める実益があるとして、明文規定を設けるべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

2 要件論

不安の抗弁権の適用範囲については、その理論的根拠をどのように考えるかという点にも関連して、次のような議論がある。

- ① 債務者が先履行義務を負う場合に限定するか否か
- ② 反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情を、事情変更の原則の適用が認められる場合等と同様、限定的に考えるべきか、それよりも広めに考えるべきか
- ③ 反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情が契約締結後に発生した場合だけでなく、契約締結前に発生していた場合についても、そのことを合理的な理由により知らなかったときには適用を認めるべきか否か

これらの点については、先履行義務を負う場合に限定せず (①)、反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情を厳格に捉え (②)、契約締結前に発生していた事情についても、それを知らなかったことに合理的な理由がある場合には適用を認めるべきである (③) という考え方がある一方で、先履行義務を負う場合に適用範囲を限定し (①)、反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情を例示列挙により具体化し (②)、契約締結前に発生していた事情については、先履行義務者が契約締結時にその事情を知り得た場合には適用を除外すべきである (③) という考え方が示されているが、これらの考え方について、どのように考えるか。

3 効果論

不安の抗弁権の効果として、債務者が、債務の履行を拒絶することができることや、債務不履行に陥らないことについては、これを認める裁判例があり、学説上も争いはない。もっとも、相手方が反対給付につき弁済の提供をした場合や相当の担保を提供した場合については、反対給付を受けられないおそれが解消されるため、これらの効果は認められないものとすべきであるという考え方がある。

また、不安の抗弁権の効果として、担保の提供を認め、あるいは、先履行義務者の給付と引き換えに反対給付の提供を求めことができ、相手方が相当期間内にこれに応じない場合には、解除することができる旨を規定すべきであるという考え方がある。

これらの考え方について、どのように考えるか。

上記の要件論で示された二つの考え方のうち、前者は前述の民法 (債権法) 改正検討委員会案であり、後者は民法改正研究会案である。

また、効果論で示された考え方のうち、「相手方が反対給付につき弁済の提供をした場合や相当の担保を提供した場合については、反対給付を受けられないおそれが解消されるため、これらの効果は認められないものとすべき

であるという考え方」は民法（債権法）改正検討委員会案と民法改正研究会案の双方が採用する考え方であるが、「担保の提供を認め、あるいは、先履行義務者の給付と引き換えに反対給付の提供を求めることができ、相手方が相当期間内にこれに応じない場合には、解除することができる旨を規定すべきであるという考え方」は民法改正研究会案のみが採る考え方である。

さらに、部会資料19-1、19-2は、比較法として、ドイツ民法（321条、323条）、スイス債務法（83条）、フランス民法（1613条）、アメリカ統一商事法典（2-609条）、ヨーロッパ契約法原則（8：105条、9：201条、9：304条）、ユニドロワ国際商事契約原則（7.3.3条、7.3.4条）を挙げる。これらの規定は、後の第81回会議の部会資料72Bでも再掲され、部会資料72Bではこれら以外の外国法等の規定が補充されているので、この比較法についてはまとめて後で検討することにする。

第19回会議では、不安の抗弁権の明文化については賛否両論があった。明文化を支持する意見として、岡田ヒロミ委員（消費生活専門相談員）は、消費者は、情報収集能力が低く、相手方である事業者の経営状況を知らずに契約してしまうことが多いから、消費者保護の観点から不安の抗弁権を明文化すべきだとした²⁵⁾。また、岡本雅弘委員（株式会社みずほ銀行法務部担当部長）は、不安の抗弁権の適用対象を双務契約に限る必要はないとしつつ、明文化を希望した²⁶⁾。高須順一幹事（東京弁護士会所属弁護士）は、要件を厳格化し、明文の規定を設けると、現在の状況よりは分かりやすくなるとした²⁷⁾。

明文化に対する消極論として、佐成実委員（東京瓦斯株式会社総務部法務室長）は、契約の解釈で対応できるから必要ないとし、効果として履行拒絶を認めるまでなら立法化の余地はあるが、担保請求や解除まで認めることには否定的である²⁸⁾。また、中井康之委員（大阪弁護士会所属弁護士）は、実

25) 第19回会議議事録35頁。

26) 第19回会議議事録35頁。

27) 第19回会議議事録40頁。

28) 第19回会議議事録36頁。

務に与える影響が大きいから慎重に検討すべきだとし、明文化する場合には要件を厳しくすべきだとした。そして、具体的な要件の点では、契約時に事情を知らなかった場合には不安の抗弁権を認めるべきではなく、双務契約の場合で、かつ、先履行義務が課されている場合に限定すべきであるとし、効果の点では、解除まで認めるべきではないとした²⁹⁾。

また、大島博委員（株式会社千正屋総本店代表取締役社長）は、リスク回避のためには有益だとしつつ、他方で、不安の抗弁権を行使された相手方が中小企業の場合には資金繰りを悪化させるおそれがあると指摘し、賛否両論を挙げた³⁰⁾。

第24回会議では、部会資料24を基に議論がなされた。部会資料24は次のような提案を掲げる。

第56 不安の抗弁権

1 不安の抗弁権の明文化の要否

不安の抗弁権の明文化の要否に関しては、この抗弁権を行使された中小企業等の経営が圧迫されるなど取引実務に与える影響が大きいこと、この抗弁権が必要となるのは限定的な場面であり裁判例を一般的に明文化すべきでないことなどを理由に反対する意見があった一方で、反対給付を受けられない具体的なおそれがあるにも関わらず、先履行義務を履行させることは先履行義務者に酷であること、消費者保護に資する可能性があること、明文化により適用範囲を明確にすることで取引の予測可能性が増す可能性があることなどを理由に賛成する意見があった。このような意見を踏まえて、不安の抗弁権の明文化の要否について、取引実務に与える影響に留意しつつ、更に検討してはどうか。

29) 第19回会議議事録36-40頁。

30) 第19回会議議事録33頁。

2 要件論

不安の抗弁権の適用範囲その他の要件に関しては、先履行の合意がある場合に限って適用を認めるという考え方について賛否両論があったほか、取引実務に悪影響を与えるという観点から、契約類型の特徴等をも考慮して適用範囲を限定する必要があるという意見や、事情変更の原則と同様の厳格な要件設定が必要であるという意見、契約締結前に相手方の信用不安事情が生じていた場合への適用を認めるべきではないという意見等があり、これに対して、これらの意見よりも適用範囲や要件を緩やかに捉える傾向の意見もあった。これらの意見を踏まえて、①適用範囲を債務者が先履行義務を負う場合に限定するか、②反対給付を受けられないおそれを生じさせる事情を事情変更の原則と同様に限定的にすべきか、③反対給付を受けられないおそれが契約締結前に生じた場合においても一定の要件の下で適用を認めるべきかという論点を含めて、不安の抗弁権の適用範囲その他の要件について、更に検討してはどうか。

3 効果論

不安の抗弁権の効果として担保提供の請求等を経た上での解除を認める考え方に関しては、濫用のおそれがあることや債務不履行解除等の他の手段により対応可能であるなどの指摘を踏まえて、取引実務における必要性やこれに与える影響に留意しつつ、更に検討してはどうか。

また、相手方が反対給付について弁済の提供をした場合や相当の担保を提供した場合には、履行拒絶等の不安の抗弁権の効果が認められない旨を明文化すべきであるという考え方の当否についても、更に検討してはどうか。

第24回会議では第19回会議以上に踏み込んだ議論はなされていない。

第60回会議では、部会資料48を基に審議がなされた。部会資料48は次のような提案を行う。

第5 不安の抗弁権

1 不安の抗弁権の明文化

- (1) 双務契約の当事者のうち自己の債務を先に履行すべき義務を負うものは、相手方に倒産手続開始の決定があったこと、相手方の財産に対する強制執行があったことその他の事由により、自己の債権につき相手方から履行が得られないおそれが生じた場合には、相手方が弁済の提供をし、又は相当の担保を提供したときを除き、その負担する債務の履行を拒むことができる旨の規定を設けるものとしてはどうか。

上記の事由は、契約締結後に生じたものであって契約締結時に予見することができず、又は契約締結時に既に生じていたものであって合理的な理由により知ることができなかつたものであることを要するものとしてはどうか。

- (2) 双務契約の当事者の一方は、上記(1)の抗弁権を有する場合には、自己の債務の履行を拒んだときであっても、債務不履行による損害を賠償する責任を負わず、また、契約を解除されない旨の規定を設けるものとしてはどうか。

2 担保不提供による契約の解除に関する規定の要否

前記1の要件を満たす場合において、当事者が相手方に相当の期間を定めて担保の提供を求めたにもかかわらず相手方が担保の提供をしないときは、当事者は、契約の解除をすることができる旨の規定を設けるとの考え方があり得るが、どのように考えるか。

中井委員は、弁護士会には不安の抗弁権の明文化に賛成意見が多いが、個人的には要件を厳格化するなど、慎重に検討すべきだとした。要件を緩やかで曖昧にすると、濫用の危険があり、取引実務に大きな影響を与えるからである。中井委員は、例えば、倒産手続開始決定、特に、民事再生手続や会社更生手続の開始決定を不安の抗弁権の要件とすべきではないとした。このよ

うな場合に履行拒絶を認めると、民事再生法や会社更生法の目的、趣旨に反すると考えられるからである。それゆえ、中井委員は、倒産手続開始の申立てがあったときは履行拒絶できるが、倒産手続開始決定があれば、履行拒絶はできないと考えるべきだとし、また、強制執行についても、競売開始決定だけを不安の抗弁権の要件とすべきではないとした³¹⁾。また、山本和彦幹事（一橋大学教授）は、破産を除く再建型倒産手続の開始決定を不安の抗弁権の要件とすべきではないという点で中井委員に賛同した³²⁾。

佐成委員は、経済界には不安の抗弁権について消極意見が強く、特に、保険契約者が不安の抗弁権を行使して保険料を支払っていない間に事故が発生した場合に、保険会社が保険金等の支払債務を負うか否かが不明確になるので、保険業界は反対していると述べた³³⁾。

要件・効果面の問題として、山本敬三幹事（京都大学教授）は、部会資料48の提案は、不安の抗弁権の要件として先履行関係がある場合に限るとし、効果として、相手方に相当の期間を定めて担保の提供を求めたにもかかわらず、相手方が担保の提供をしない場合に解除することができるとする提案のようだが、だとすれば、同時履行関係で、履行期が定まっている場合には、相手方に信用不安が生じていても、履行期が到来するまでは担保の提供を求めることもできず、解除することもできないという違いが生ずるが、それでよいか（バランスを欠くのではないか）と疑問を述べた³⁴⁾。

第69回会議では、部会資料57を基に審議がなされた。部会資料57は次のような提案を行う。

31) 第60回会議議事録19-21頁。

32) 第60回会議議事録21-22頁。

33) 第60回会議議事録18-19頁。

34) 第60回会議議事録24-25頁。

第14 不安の抗弁権

双務契約の当事者のうち自己の債務を先に履行すべき義務を負う者は、相手方につき破産手続開始、再生手続開始又は再生手続開始の申立てがあったことその他の事由により、自己の債権につき履行を得られないおそれがある場合において、その事由が次に掲げる要件のいずれかに該当するときは、その債務の履行を拒むことができるものとする。ただし、相手方が弁済の提供をし、又は相当の担保を提供したときは、この限りでないものとする。

ア 契約締結後に生じたものであるときは、それが契約締結の時に予見することができなかつたものであること

イ 契約締結時に既に生じていたものであるときは、契約締結の時に正当な理由により知ることができなかつたものであること

(注) 再生手続又は再生手続が開始された後は、不安の抗弁権を行使することができないものとするべきであるとの考え方がある。

部会資料57の案は、不安の抗弁権を行使できる者を先履行義務者に限定している点で前述の民法改正研究会の提案を採用し、かつ、解除権を認めない点で債権法改正検討委員会の提案を採用し、両提案を組み合わせている。

第69回会議では、加納克利関係官（消費者庁企画課企画官）が、不安の抗弁権を明文化すると、一般的な射程を持つので、想定外の影響をもたらす可能性を考慮すべきだと述べた。そして、例えば、介護や医療の役務提供契約を締結した多重債務者の場合には、役務提供を行う事業者が役務提供の先履行義務を負うことが多いから、そのような場合に不安の抗弁権を認めると、多重債務者の日常生活に想定外の大いなる影響を及ぼすおそれがあるとの懸念を述べた³⁵⁾。

また、佐成委員は、経済界には不安の抗弁権の明文化につき賛否両論あり、

35) 第69回会議議事録9頁。

濫用の懸念に基づく反対意見があるので、中間試案として出す際には注の形で反対意見があることを書くべきだとした。

これを受けて、「民法（債権関係）改正に関する中間試案」【第33 不安の抗弁権】が提案されたが、この中間試案は、部会資料57と本文が全く同一であり、付された（注）が異なるだけである。中間試案第33に付された注は、次の通りであり、佐成委員の前掲意見を採用したものである。

（注）このような規定を設けないという考え方がある。また、再生手続又は再生手続が開始された後は、このような権利を行使することができないものとするという考え方がある。

第81回会議では、部会資料72Bに基づいて審議がなされた。中間試案公表後のパブリック・コメントでは、中間試案における不安の抗弁権の要件の再検討を要求する意見や、不安の抗弁権の明文化に反対する意見が相当数寄せられた。これらの意見を踏まえた部会資料72Bは、中間試案の提示した不安の抗弁権の要件を次の3つに整理する。①破産手続開始、再生手続開始又は再生手続開始の申立てがあったことその他の事由があること。②①により、その反対給付である債権につき履行を得られないおそれがあること。③①が契約締結後に生じたものであるときはそれが契約締結の時に予見することができなかったものであること、①が契約締結時に既に生じていたものであるときは契約締結の時に正当な理由により知ることができなかったものであること。

部会資料72Bは、①に挙げられた事由は例示であり、信用不安等の客観的な徴表の発生を要件とするとしても、具体的・限定的な要件設定は困難だとする。

また、部会資料72Bは、②の、「履行を得られないおそれ」の要件を具体化することは実質的にも容易ではないとする。

さらに、部会資料72Bは、③における認識又は予見の対象は、「債務の履

行を得られないおそれ」とすべきだが、取引の当事者であれば、この予見可能性が通常認められるので、不安の抗弁権を一律に否定することになりかねないし、「おそれ」を認識していても不安の抗弁権を認めるべき場合があり得るとする。

こうして、部会資料72Bは、中間試案の上記①～③を具体化・限定化することは相当に困難であり、不安の抗弁権の要件論について、実務上及び学説上、十分な蓄積が形成されているとも言い難い状況にあるとの指摘もあるとする。他方で、諸外国の立法例で不安の抗弁権に関する規定を置く例が少なくないことも指摘し、不安の抗弁権の規定の創設（明文化の可否及び当否、要件の定立のあり方）をどう考えるかと問題提起する。

部会資料72Bの比較法資料が掲げる外国法等は、掲載順に挙げると、次の通りである。

フランス民法1613条。ドイツ民法321条。スイス債務法83条。ヨーロッパ契約法原則8：105条、9：201条、9：304条。共通欧州売買法草案113条、133条。アメリカ統一商事法典2-609条。国際物品売買契約に関する国際連合条約71条。ユニドロワ国際商事契約原則2010・7.3.4条。韓国民法536条。中国契約法68条、69条。

第81回会議では、大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志の提出した『事情変更の法理』及び『不安の抗弁権』に関する意見も資料として用いられた。

大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志提出のこの意見書は、不安の抗弁権を明文化すべきだとする。明文化の理由として、民法が取引一般に適用される基本法であるから、不安の抗弁権が下級審裁判例の多くにおいて認められており、学説上も認められている以上、明文化されない取引ルールを認めるべきではなく、要件の具体化が困難であるからといって明文化しないことは、不安の抗弁権の濫用の防止や適切な行使に寄与しないと述べる。そし

て、要件を極力厳格化するとともに、信義則により解釈できる規範的要件を定めて、次のような条項案を提案する。

【条項案】

双務契約の当事者のうち自己の債務を先に履行すべき義務を負う者は、その反対給付である債権につき履行を得られない明らかなおそれがあり、相手方が先履行を求めることが取引上の信義衡平に反する場合において、その事由が次に掲げる要件のいずれかに該当するときは、その債務の履行を拒むことができるものとする。ただし、相手方が弁済の提供をし、又は相当の担保を供したときは、この限りでないものとする。

ア 契約締結後に生じたものであるときは、それが契約締結の時に予見することができなかつたものであること

イ 契約締結時に既に生じていたものであるときは、契約締結の時に正当な理由により知ることができなかつたものであること

大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志の上記不安の抗弁権の条項案は、中間試案を基礎として、それに修正を施したものである。修正点は次のとおりである。まず、「おそれ」を「明らかなおそれ」に修正して要件を厳格化している。次に、「相手方が先履行を求めることが取引上の信義衡平に反する場合において」という要件を付加したのは、裁判上、信義則や衡平の原理を不安の抗弁権の根拠とするものが多いからだとされる。このような規範的要件により具体的な適用をある程度裁判所の裁量に委ねるほうが、公平妥当な解決を期待できるという趣旨であろう。また、中間試案にある「相手方につき破産手続開始、再生手続開始又は再生手続開始の申立てがあったことその他の事由により」という要件については、特に再建型倒産手続で不安の抗弁権を用いることの弊害を考慮して、削除されている。

以上の資料を踏まえて、第81回会議が行われた。

不安の抗弁権を明文化することに対して、明確な反対意見を述べたのは大

鳥委員である。大鳥委員は、反対の理由として、要件を適切に規定することが困難であることと、不安の抗弁権は経営状況の悪化した中小企業に対し、濫用的に用いられる懸念が大きいことを述べた³⁶⁾。

同様に、消極的な意見を述べたのは、村松秀樹関係官（当時、法務省民事局付の裁判官³⁷⁾）である。村松関係官は、要件を具体化することは難しく、そのような抽象的な要件にした場合に合意形成が得られるか疑問だと述べ、また、不安の抗弁権に関する最高裁判決がなく、判例や学説の蓄積が乏しいとした³⁸⁾。佐成委員³⁹⁾、深山雅也幹事（第二東京弁護士会所属弁護士⁴⁰⁾）がこれに賛同した。

これに対し、明文化に積極的な意見を述べたのは、高須幹事⁴¹⁾、松岡久和委員（京都大学教授⁴²⁾）、中井委員⁴³⁾、山本敬三幹事⁴⁴⁾）らである。高須幹事は、不安の抗弁権を明文化しなかったからといって、その濫用の危険がなくなるわけでもないとし、山本敬三幹事は、明文化せず、裁判所の判断にゆだねると法的な不安定さが残るから、抽象的なルールであっても明文化し、それを前提に解釈を詰めていくべきだとした。また、山本敬三幹事は、不安の抗弁権の要件として、先履行義務がある場合に限定しているから、要件が充足されていないのに不安の抗弁権を行使すると、抗弁主張者は債務不履行責任を問われるため、濫用は構造的に起こりにくいと述べた。

第87回会議では、部会資料77Bを基に審議がなされた。部会資料77Bは、抽象的な要件構成の例として、「反対債務につき履行を得られないおそれがあると信ずるに足る相当な理由がある場合において、先履行を求めること

36) 第81回会議議事録24頁。

37) 2020年2月7日現在、法務省民事局民事第二課長。一問一答2018の共編著者である。

38) 第81回会議議事録23-26頁。

39) 第81回会議議事録26-28頁。

40) 第81回会議議事録28頁。

41) 第81回会議議事録24-25頁。

42) 第81回会議議事録25頁。

43) 第81回会議議事録25頁。

44) 第81回会議議事録26-27頁。

が契約の趣旨に照らして衡平に反するとき」(相手方が弁済の提供をし、又は相当の担保を提供したときには、抗弁権を行使することはできないものとする)が前提である)という要件を掲げる。

村松関係官は、「反対債務につき履行を得られないおそれがあると信ずるに足りる相当な理由がある場合」には、倒産手続開始の申立てが含まれるが、それには限られないとし、また、「衡平に反するとき」は信義則違反を意味すると説明した⁴⁵⁾。

これに対し、中井委員は、「反対債務につき履行を得られないおそれがあると信ずるに足りる相当な理由がある場合」の中に再建型倒産手続の開始も含まれるなら、批判がありうると述べ、また、弁護士会では、このように抽象的な規定の提案であっても、その方向で明文化することに賛成する意見が多かったと述べた。

山野目章夫幹事(早稲田大学教授)は、弊害が少なく、かつ、裁判所に対して今よりも具体的な指針を提供することができるような規律であれば、設けることに意味があるが、部会資料77Bのような抽象的な要件しか規律として考えられないならば、分かりやすい民法⁴⁶⁾にならないとして、部会資料77Bの案による改正には消極的だと述べた⁴⁷⁾。

佐成委員は、生保業界から、要件が抽象的だと濫用が懸念されるとする強い反対意見が出ていると述べた⁴⁸⁾。また、大島委員は欠席したうえで、会議に文書⁴⁹⁾を提出し、「不安の抗弁権について、部会資料提案のような抽象的な条文を置くことに強く反対する。従来から不安の抗弁権の明文化に対しては、経営状態や資金繰りに関する風評に基づき取引を停止するなど、濫用を招く危険があることを根拠として反対意見を述べてきた。今回の提案は不安の抗弁権の主張が裁判外で濫用的になされることに対し、何らの手当てもな

45) 第87回会議議事録34-35頁。

46) この改正の趣旨については後述する。

47) 第87回会議議事録36-37頁。

48) 第87回会議議事録36頁。

49) 大島博「法制審議会民法(債権関係)部会第87回会議に対する意見」(平成26年4月22日)。

されておらず、到底賛成できるものではない。民法の規定は裁判規範として用いられるのみならず、各企業の取引に影響を与える行為規範としても機能する以上、適切な要件設定が困難であれば、明文化は見送るべきである。」と強い反対意見を述べた。

あくまで個人的な感想であるが、会議での他のメンバーを面前にした発言よりも、文章化された表現の方が、強い調子になりがちであり、発言とは異なり視覚化されているため、強い印象を残すように思われる。それに加えて、コンセンサスを重視する評議の場では、異論を唱える欠席者を説得する機会もなく、かと言って多数決で決定することもできない⁵⁰⁾。また、部会資料77Bは、山野目幹事の意見が示すように、従来案よりも抽象的になっており、このような案を提示したこと自体に、事務局の改正への消極的な姿勢が感じられる。

第87回会議以降、不安の抗弁権は会議で取り上げられなくなり、改正の対象から除かれたが、それにはこうした背景事情があった⁵¹⁾。

確かに、不安の抗弁権を容易に認めすぎると、契約の均衡を損なうおそれがある⁵²⁾。しかし、日本の債権法改正と重なる時期にフランスでも債権法改正がなされており、不安の抗弁権の一般規定がフランス民法に新設された。そこで、フランス民法は、不安の抗弁権の一般規定をどのような要件・効果にしたのか、概観してみよう。

本稿冒頭で言及したように2016年2月10日にフランス債務法改正オールドナンスが出された⁵³⁾。その後、このオールドナンスを追認する授權法律案が議会

50) 森田2006・46頁は、審議会において少数派委員の採りうる戦術として、「審議に欠席するというストライキ戦術もある。意見の異なる委員が激論の末とはいえ最終的に合意する、という会議の美学に反する状態を作り出し、公正な審議のイメージを壊そうというのである。」と述べる。

51) 部会資料80-3に、「本論点（不安の抗弁権）については、第81回会議及び第87回会議における審議結果を踏まえ、コンセンサス形成が困難であることから、取り上げないこととした。」とあることがそれを裏付ける。

52) Seube2016, n°2, p.249. 潮見2017・319-320頁。

53) 契約法、債務に関する一般的制度及び債務の証拠法の改正に関する2016年2月10日のオールドナンス2016-131号 [Ordonnance n°2016-131 du février 2016 portant réforme du droit des

に提出され、改正民法は2016年10月1日から施行されている。

改正フランス民法は〔広義の〕同時履行の抗弁権について、次の規定を設けている。

1219条 当事者の一方は、自己の債務が請求可能であったとしても、他方当事者が自己の債務を履行せず、かつ、この不履行が十分に重大である場合には、自己の債務の履行を拒絶することができる。

1220条 当事者の一方は、その契約相手方が期限に履行しないであろうことが明白であり、かつ、この不履行の結果が自己にとって十分に重大である場合には、自己の給付の履行を停止することができる。この停止は、できるだけ早く通知されなければならない。

このうち、1219条は〔狭義の〕同時履行の抗弁権に関する規定であり、1220条は不安の抗弁権に関する規定である。2016年改正前フランス民法には、前述のように、売買などいくつかの典型契約に不安の抗弁権が規定されていたが、不安の抗弁権の一般規定はなかった。売買に関する1613条は、「売主は、自ら支払について期限を付与したときであっても、売買以後に、買主が破産又は支払不能の状態に陥り、その結果、売主が代金を失う差し迫った危険にある場合には、引渡しの義務を負わない。但し、買主が、期限に支払うことについて、売主に保証人を立てる場合には、この限りでない。」と規定し、「買主の破産又は支払不能」を要件に組み入れていた。これに対し、2016年改正フランス民法1220条は、1613条における「買主の破産又は支払不能」のような要件を設けなかった。日本の債権法改正における中間試案が「破産手続開始、再生手続開始又は再生手続開始の申立てがあったことその他の事由があること」を要件に組み入れ、この要件の扱いを巡って意見が対立し、明文化が頓挫したことと対比して、興味深い。

contrats, du régime général et de la preuve des obligations]。この改正法の邦訳については、荻野他2017を参照した。

改正フランス民法1220条が規定する、将来の不履行が「明白」という要件は、判例によって、厳格に評価されると予想されている⁵⁴⁾。そして、この明白性の要件については、〔広義の〕同時履行の抗弁を主張する者が主張立証責任を負う⁵⁵⁾。

また、1220条は「不履行の結果が自己（債権者）にとって十分に重大である」ことを要件としている⁵⁶⁾。債権者は、この重大性の要件の主張立証責任を負う⁵⁷⁾。

将来の不履行の明白性と重大性の要件は、規範的要件である。これらの規範的評価を根拠づける具体的事実としてどのようなものがありうるかは、今後の判例の積み重ねによるしかないが、その立証は必ずしも容易とは言えず、不安の抗弁権の濫用には一定の歯止めがかかると思われる。債務の重大でない不履行（1219条）あるいは結果が重大でない不履行（1220条）の場合に、当該債務の債権者が悪意（*mauvais foi*）によって不安の抗弁を主張するときは、少なくとも債権者の契約責任を生じうるフォート（過失）となると解されている⁵⁸⁾。債務者から不安の抗弁の濫用的な行使を主張されて、債権者（抗弁主張者）が不安の抗弁の要件事実の立証に成功しなかった場合には、債務者に対し、損害賠償責任を負うと解されている⁵⁹⁾。

第三の要件として、1220条は、最後に、履行の停止が「できるだけ早く債務者に通知される」ことを要求している。この通知は、實際上、債務者に弁済の担保を提供させる機会を与えると解されている⁶⁰⁾。そして、このような担保の提供がなされれば、明白性の要件、又は、重大性の要件を充足しないことになるので、履行を停止することはできなくなると解すべきだとされ

54) Chantepie 2018, p.579.

55) Bretzner2016, pp.1738-1739. Chantepie2018, p.579.

56) Bretzner2016, p.1740. Chantepie2018, p.579.

57) Bretzner2016, p.1740. Chantepie2018, p.579.

58) Terré2019, p.830.

59) Ibid.

60) Laithier2015, p.51, n°11. Boucard2015, p.159. Chantepie 2018, p.580.

る⁶¹⁾。

そこで、日本民法の改正で不安の抗弁権を規定する場合には、フランス民法1220条のように、「不履行の結果の重大性」等の要件を加え、要件を厳格化することも考えられたし⁶²⁾、債務者に担保を提供する機会を与えて不安の抗弁権の行使を阻止するような工夫も可能であった。

また、フランス債務法改正オルドナンスは2016年に出されたが、日本民法の改正過程で、既に、フランス債務法改正の基礎となったテレ草案や司法省の契約法改正草案は参照可能であった。

テレ教授を中心とするメンバーによって作成された契約法改正草案（テレ草案）⁶³⁾（2008年11月17日に司法大臣に提出）は、〔広義の〕同時履行の抗弁に関して次の規定を設けた。

103条 双務契約において、当事者の一方が自己の債務を履行しない場合には、他方当事者は、自己の債務の全部又は一部の履行を拒絶することができる。但し、この拒絶は、不履行の態様・程度と不均衡なものであってはならない。

104条 当事者の一方は、契約相手方が期限内に履行しないであろうことが明白であり、かつ、当該不履行の結果が債権者にとって十分に重大なものである限り、前条と同じ留保の下で、自己の給付の履行を停止することができる。

また、2009年の司法省の契約法改正草案⁶⁴⁾は、〔広義の〕同時履行の抗弁に関する次の規定を設けた。

135条 双務契約において、各当事者は、自己の債務が請求可能であり、かつ、他方当事者が自己の債務を履行しない場合には、自己の債務の履行を拒

61) Genicon2018, p.333.

62) Seube2016, pp.250-251. 同旨、潮見2017・319-320頁。

63) Propositions de réforme du droit des contrats, dans Terré2009, pp.1-33.

64) Ministère de la Justice2009.

絶することができる。但し、当該不履行が当該拒絶を正当化するのに十分に重大なものでない場合はこの限りでない。

136条 当事者の一方は、契約相手方が期日に履行しないであろうことが明白であり、かつ、当該不履行の結果が自己にとって十分に重大なものである限り、自己の給付の履行を停止することができる。

2009年の司法省改正草案136条は、テレの契約法改正草案104条とほぼ同旨の規定である。

不安の抗弁権に相当する規定は、テレ草案104条と司法省改正草案136条であり、フランス改正債務法1220条とは若干文言が異なるものの、不履行の明白性と重大性の要件を規定して不安の抗弁の濫用に対処している点は共通するし、いずれも、不安の抗弁権の効果として解除までは規定しない控えめな規定になっている。

ところが、日本の法制審議会民法（債権関係）部会の第81回会議に提出された部会資料72Bでは、事情変更の法理について、フランス民法改正草案のカタラ草案、テレ草案、司法省草案（2008年版と2009年版）が比較法資料として挙げられているものの、不安の抗弁権については、フランス民法1613条のみが参照され、フランス債権法の上記の改正提案は一切参照されていない。

他方、部会資料72Bにおける事情変更の法理の比較法資料には、イタリア民法とオランダ民法が挙げられている。イタリア民法は1461条で不安の抗弁権を規定しているが、効果として解除までは規定していない。また、オランダ民法6：263条は不安の抗弁権を規定しているが、効果として解除までは規定していない。

イタリア民法1461条⁶⁵⁾（契約者の資産状態の変化）「各契約者は、他の契約者の資産状態が反対給付の取得につき明らかな危険にさらされそうになった

65) 邦訳は、風間1983・227頁による。

場合には、自己の負担した給付の履行を停止することができる。但し相当の担保が提供された場合はこの限りでない。」

オランダ民法6：263条⁶⁶⁾（他方当事者の不履行のおそれを根拠として履行を停止する権利）1項「自己の債務を先に履行しなければならない当事者は、それにもかかわらず、両当事者が相互の同意（合意）を結んだ後で、他方当事者が先履行債務者自身の債務の反対債務を履行しないであろうということを恐れる十分な理由を先履行債務者に与える状況を知った場合には、自己の債務の履行を停止する権利がある。」

2項「他方当事者が自己の債務を部分的にのみ、あるいは不適切に履行するであろうということを恐れるのに十分な理由がある場合には、相手方当事者は、他方当事者の債務不履行によって正当化される限りにおいて、自己の債務の履行を停止することのみの権利を有する。」

しかし、事情変更の法理については、部会資料72Bの比較法資料では、イタリア民法もオランダ民法も参照されているのに、不安の抗弁権については、謙抑的なイタリア民法1461条もオランダ民法6：263条も部会資料72Bの比較法資料から排除されている。これに対し、部会資料72Bは、その冒頭で、不安の抗弁権の効果として解除権を規定するドイツ民法321条、スイス債務法83条、ヨーロッパ契約法原則8：105条、9：304条を列挙しており、不安の抗弁権が攻撃的・積極的な手段⁶⁷⁾であるかのような印象を与えている。このことも審議会が不安の抗弁権の明文化を断念することに寄与したのではないか。事務局が明文化断念へと誘導するような添付資料の取舍選択を行ったのではないかとの推測さえも可能であろう⁶⁸⁾。そして、その後、第87回会議で

66) 邦訳は、オランダ民法の英訳 (<http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle6655.htm>) を参照。最終参照日は2020年3月25日)からの私訳。

67) 北川善太郎のいう「単なるデフェンスにとどまらないオフェンシヴな救済」(北川1973・242頁)である。

68) 別の規定に関して同様の指摘を行うものとして、加藤2011・18-20頁、123頁、286-288頁参照。

は、事務局は、中間試案からかなり後退した部会資料77Bのような抽象的な要件構成を提案し、それにより審議会メンバーの間の意見の対立が激化し、不安の抗弁権の明文化の議論に終止符が打たれた。

しかし、Ⅱ3で概観したように、不安の抗弁権については、下級審レベルではあるが、相当数の裁判例が存在する。民法（債権関係）改正に関する法務大臣の諮問88号は、「民事基本法典である民法のうち債権関係の規定について、同法制定以来の社会・経済の変化への対応を図り、国民一般に分かりやすいものとする等の観点から、国民の日常生活や経済活動にかかわりの深い契約に関する規定を中心に見直しを行う必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」と述べ、これを受けて開かれた法制審議会第160回会議では、法務省の原優民事局長が、諮問88号の趣旨説明の中で「裁判実務は、民法制定以来110年余りの間に、解釈・適用を通じて膨大な数の判例法理を形成してまいりましたが、その中には、条文からは必ずしも明確に読み取ることでできないものも少なくありません。そこで、民法を国民一般に分かりやすいものとするという観点から、現在の規定では必ずしも明確でないところを判例法理等を踏まえて明確化する必要があります。」⁶⁹⁾と述べていた。

この方針に従って、平成29年改正では、判例法理を明文化した規定が数多く設けられた。判例というものは、具体的な事件の紛争解決のために、当該事件の事実関係を踏まえて形成されたものであり、その射程距離が限定されているものが少なくない。そして、Aという事件にBという判例法理を適用するか否かを判断する際、AにBの射程が及ぶとしてBをAに適用するか、それとも、AはBが前提としていた事案と異なるとしてBのAへの適用を否定するかは、裁判官の裁量に委ねられている。そのため、Bという判例法理を明文化することは、Bが、それまで一般に前提とされていた事案を超えて、より広範なケースに適用されるようになる可能性を伴う。また、判例法理を明文化すると、条文の数が増え、しかも詳細かつ複雑な規定も増え、か

69) 法制審議会第160回会議議事録7頁。

えって分かりにくくなるという批判もされていたところである⁷⁰⁾。したがって、もちろん、このような立法方針自体の是非に関しても、議論されるべきだったと思われる。

また、このように、判例法理を明文化するという立法方針自体に上記のような問題点があることはもちろんだが、仮にそういう立法方針を採用するのであれば、不安の抗弁権の明文化をたやすく断念すべきではなかった。従来⁷¹⁾の裁判例を参考にし、2016年改正フランス民法の規定のように比較的シンプルな規定の形で、かつ、不安の抗弁権の濫用を予防しようとする要件・効果として明文化することは可能だったのではないだろうか。例えば、裁判例〔17〕は、平成29年改正民法の法案が2015（平成27）年に国会に提出されてから、2017（平成29）年に制定されるまでの間の時期に出されたものだから、改正民法に関する議論状況や、既に公表され、国会に提出されている法案を認識することが可能な状況の下で判示されているという意味で、重要である。裁判例〔17〕は、改正民法の基礎にある、契約の尊重ないし契約の拘束力の重視という考え方を踏まえつつ、「契約の前提となる事情やその趣旨、従前の履行状況、当事者の態度、当事者の資力等に照らして著しく当事者間の公平を欠くといえる状況が生じることが必要」だとして、要件を厳格化しているだけでなく、相手方からの十分な担保提供がなされた時点で履行拒絶はできなくなるとして、効果の点でも謙抑的である。〔17〕の規範も、不安の抗弁権の明文化にあたって参考にされるべきであっただろうし、将来、明文化が再び問題になる際には参考にされるべきであろう。

②改正前民法137条の審議

前述のように（Ⅱ 2 参照）、不安の抗弁権の明文の規定を設けなくとも、期限の利益喪失事由を拡張することにより、事実上、不安の抗弁権を認めたと同様の効果を実現することができる。この点については平成29年改正民法の立法過程では議論されなかったのだろうか。そこで、改正前民法137条の

70) 加藤2011・102-106頁。加藤2015・278-282頁。

審議を見ておくことにしよう。

部会資料13-2は、「民法第137条が定める期限の利益の喪失事由のうち、破産手続開始の決定を受けたとき（同条第1号）については、破産法に委ね、民法の当該規定を削除すべきであるとの考え方がある。このような考え方について、どのように考えるか。」とする。これは、前述の「債権法改正の基本方針」の提案（Ⅱ4(1)①参照）を踏まえたものであることが、その（補足説明）からも明らかである。また、この考え方は、前述のように（前掲注8）参照）、フランス民法1188条の改正において採られた態度と同様である。フランス民法1188条の原始規定は、期限の利益喪失事由として債務者の破産を規定していたが、これは削除されて倒産法の規定に委ねられた後、2016年改正民法1305-4条となったからである。

部会資料13-2について審議した第12回会議では、山本和彦幹事がこのように破産法の規定やその解釈に委ねて、民法137条を削除するという提案に賛成意見を述べた⁷¹⁾。

これを受けて、部会資料30は、民法137条につき、「債務者が破産手続開始の決定を受けたときを期限の利益喪失事由と定めている民法第137条第1号は、これを削除することとしてはどうか。」という提案を行った。そして、その（補足説明）では、「破産法では、破産債権については破産手続開始の決定によって期限の利益が失われることとされているものの（同法第103条第3項）、財団債権については同法第148条第3項の解釈として、破産手続の終了までに相当期間を要すると見込まれ、かつ、財団債権の履行期が破産手続中に到来すると見込まれるときに殊更現在化する必要はないとする見解が多数であるとされている。このような破産法の解釈を前提とすると、破産債権と財団債権の区別をすることなく期限の利益を喪失する旨を規定する民法第137条第1号の規定は不適切であり、削除すべきであると考えられる。」としつつ、「例えば、民法第137条第1号について、破産法によれば期限の利益を主張することができるものとされる場合を除く旨の例外規定を同号に付け

71) 第12回会議議事録2頁。

加える案などが考えられる。」と別案も提案した。

部会資料30については、まず、第34回会議で審議された後、さらに詳しい検討が第3分科会第1回会議でなされた。後者の会議で、沖野眞巳幹事は、「債務者の資力が懸念されるような場合を期限の利益の喪失がもたらされる場面としている規律で、その最たる場面、代表的な例をここに記すことで、このような場合には期限の利益の喪失事由になるということでも更に類似の事例の場合の扱いの基礎になる、例えば特約で書いたときにその効力がそのまま維持されるかというような場合にも指標として意味を持つという面があるのではないかと思います。その場合、……債務者が破産手続開始の決定を受けたときという1号を残しつつ、例えば括弧で破産法に別の定めがあるときはこの限りでないといった破産法の規律と整合性を取る形で規定を置くということも考えられる」と意見を述べた⁷²⁾。この意見の前段は、期限の利益の喪失事由として、債務者の資力が懸念されるような場合に当たる典型例を民法に規定すべきであり、それによって、債務者の資力懸念事由（これは必ずしも破産手続開始決定があった場合に限られない）を期限の利益喪失事由として取り扱えるようにすべきだという趣旨の考え方ではないかと思われる。高須順一幹事も、これに同調した⁷³⁾。

しかし、その後、「中間試案のたたき台」を提案する部会資料54は、137条1号の改正提案を取り上げず⁷⁴⁾、部会資料54について審議した第65回会議でも137条1号については全く議論されなかった。したがって、137条1号の改正提案は中間試案に盛り込まれず、中間試案はもっぱら同条2号の改正提案のみを掲げている。

すなわち、中間試案では、137条2号につき、「民法第137条第2号の規定を改め、債務者が、その義務に反して、担保を滅失させ、損傷させ、又は減少させたときは、債務者は、期限の利益を主張することができないものとす

72) 第3分科会第1回会議議事録18-19頁。

73) 第3分科会第1回会議議事録19頁。

74) 部会資料54・11頁。

る。」という提案がなされた。これは、改正前民法137条2号によれば、「例えば、動産売買先取特権の目的物を買主が費消した場合のように、期限の利益を喪失させることが適当ではない場合などにも、形式的には同号の要件を満たしてしまう」ので、「その義務に反して」という文言を付加することにより、債務者が担保を滅失、損傷又は減少させない義務を負っているにもかかわらず、これを滅失、損傷又は減少させた場合に限って期限の利益喪失事由に該当するものとする、という趣旨の提案である⁷⁵⁾。

しかし、部会資料66Aでは、「義務に反して」という文言を付加することへの懸念ないし疑問も吐露されている。すなわち、一般に137条2号については故意・過失は不要とされていることと整合しないとか、同号の期限の利益の喪失事由となる滅失・損傷・減少の対象となる担保から除外される担保を定めることが難しいといった懸念ないし疑問である。部会資料66Aを検討した第76回会議では、山野目章夫幹事は、「義務に反して」という文言を付加しなくてよいとの意見を述べた⁷⁶⁾。

結局、137条2号に関する上記中間試案の改正提案は、「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」には盛り込まれず、平成29年改正では、137条の改正はなされなかった。

かくして、沖野幹事が示唆していたのかもしれない方向性、あるいは、その主張の延長上にあると想定される考え方、すなわち、期限の利益喪失事由の拡張によって、事実上、不安の抗弁権を明文化したのと同様の効果を実現するという途は絶たれた。山本和彦幹事や沖野幹事の意見は、それを明確に強く支持する賛同者が出なかったので、「中間試案のたたき台」に事務局（法務省）も取り上げず、現状維持となった。

Ⅱ2で述べたように、フランスの判例は、期限の利益喪失事由を、フランス民法1188条原始規定の規定する破産及び債務者の担保減少行為以外の場合に拡張して、期限の到来を早めることによって、事実上、不安の抗弁権を認

75) 中間試案2013・65-66頁。

76) 第76回会議議事録57-58頁。

めたのと同様の効果をもたらした。また、売主の不安の抗弁権を規定していた旧民法財産取得編47条4項は、法典調査会の審議において、期限の利益喪失事由の規定（民法137条）が存在することを理由に、必要がないとして削除された。期限の利益喪失事由の規定は不安の抗弁権と密接に関連しており、しかも、不安の抗弁権については、既に見たように法制審議会民法（債権関係）部会の審議で激論が戦わされたにもかかわらず、民法137条に関する民法（債権関係）部会の審議では、不安の抗弁権が引き合いに出されることは（それを示唆するとも推測される沖野幹事の意見を除いて）全くなかった。両制度を関連付けて検討することが必要だったのではないだろうか。

③履行期前の履行拒絶を理由とする解除の導入

「不安の抗弁権」と関連するはずの制度について、それと関連付けられないままに改正の議論がなされたもう一つの例として、「履行期前の履行拒絶を理由とする解除」についての審議が挙げられる。

平成29年改正民法542条1項は、無催告解除の要件を列挙し、同項2号は、無催告解除をなしうる一類型として、「債務者がその債務の全部の履行を拒絶する意思を明確に表示したとき」を規定している⁷⁷⁾。そして、同号にいう「履行を拒絶する意思を明確に表示したとき」については、当該意思の表示の時期が履行期の前か後かを問わないとされている⁷⁸⁾。したがって、542条1項2号の規定する無催告解除類型には「履行期前の履行拒絶を理由とする解除」が含まれる。「履行期前の履行拒絶を理由とする解除」は、松井和彦がドイツ法を参照して論ずるように⁷⁹⁾、契約の危殆化に対する救済方法として、不安の抗弁権と並立しうるものである。

2016年改正フランス民法は、解除に関して1224条から1230までの規定を設けた。その冒頭規定である1224条は「解除は、解除条項の適用によって、ま

77) この規定の立法過程を考察するものとして、松井2019参照。

78) 潮見2017・572-573頁。中田2017・211-212頁。

79) 松井2013。

たは、十分に重大な不履行の場合には、債権者から債務者への通知若しくは裁判によって、生じる。」と規定し、解除には三つの方式、すなわち、解除条項の適用による解除、債権者から債務者への通知による単独行為としての解除、裁判上の解除の三方式があることを明示する。

フランス民法1224条の文言は1220条と似ているが、債務者が履行期に履行しないであろうことが履行期前に明白である場合に、債権者が契約を解除することができるか否かについては沈黙している。この沈黙はこのような解除を認めない趣旨であると解釈されている⁸⁰⁾。解除権を否定したのは、そのような場合に解除を認めると窮境にある債務者を保護する目的を阻害することになるからだとする見解がある⁸¹⁾。このように、フランス民法は、債務者が履行期に履行しないおそれに対して、解除を認めず、不安の抗弁権による履行の停止を救済方法として設けているにとどまる。

これに対し、ドイツ民法323条4項、国際物品売買契約に関する国際連合条約（ウィーン売買条約）72条1項、ヨーロッパ契約法原則9：304条、ユニドロワ国際商事契約原則7.3.3条は履行期前の履行拒絶を理由とする解除を認めており、これらの規定は、平成29年改正民法の解除に関する部会資料でも引用されている⁸²⁾。平成29年改正民法542条1項2号はこれらの外国法等の考え方を採用したものではないかと考えられる。もちろん、前述のように、542条1項2号の適用範囲は履行期前の履行拒絶の場合に限定されないが、本稿では同規定の詳細な検討を行う余裕がない。但し、少なくとも、542条1項2号は、契約の危殆化に対して、フランス民法における不安の抗弁権のような履行拒絶（履行の停止）に留まらず、解除という、より攻撃的・積極的な救済方法を規定した形になったと言うことはできよう。ちなみに、前掲

80) Laithier2015, p.55, n°24.Deshayes2018, p.569.Mekki2015, n°18.Terré2019, p.865.

81) Deshayes2018, p.569.

82) 部会資料5-2・75-76頁。部会資料34・32、68、72、91、94頁。なお、部会資料5-2、部会資料34は、履行期前の履行拒絶を理由とする解除を規定するフランス司法省2008年版草案169条も引用するが、同草案169条に当たる規定は、その後削除され、本文中述べたように2016年改正フランス民法には規定されていない。

裁判例〔13〕と〔14〕は、後履行義務者の履行期前の履行拒絶を、後履行義務者の財産状態の悪化の場合と並べて、先履行義務者が不安の抗弁権の行使として履行拒絶をなしうる場合として規範定立していた。

したがって、契約の危殆化に対して、一方で、解除という攻撃的・積極的な救済手段を設ける542条1項2号を規定しながら、他方で、履行拒絶（履行の停止）という、より防御的・消極的な救済手段のみを効果として設ける立法例も存在する不安の抗弁権を明文化しなかったことは、立法上の矛盾を含んでいると考えられ、違和感を覚える。

Ⅲ おわりに

以上のように、本稿では、日本法において、明治期の法典編纂過程で「不安の抗弁権」がどのように構想され、明文化に至らなかったかを確認し、現在に至るまでの「不安の抗弁権」に関する判例の展開をたどり、平成29年改正民法の立法過程での「不安の抗弁権」に関する審議を検証した。

この「不安の抗弁権」の再検討の中で、平成29年改正民法とほぼ重なる時期に改正が行われたフランス民法における「不安の抗弁権」には、日本法における「不安の抗弁権」の要件・効果を考える上で参考になる素材が少なからず含まれていることが明らかになった。

上記のように、「不安の抗弁権」は司法の形成した判例法として発展してきたが、これを立法化することは容易ではなかった。また、「不安の抗弁権」の明文化の挫折には、法制審議会の部会審議の在り方も影響していることが浮かび上がってきた。

本稿は、憲法学者であった同僚の故・竹中勲教授の追悼のしるしとして献げられるものである。竹中教授は、晩年に書かれた論文の中で、『『国民のための司法』の概念については、今後煮詰めるべき筆者自身の研究課題である』と述べたうえで、『『国民のための司法』であるためには、『国民にとってわかりやすい司法』でなければならない。』とし、『『国民にわかりやすい司法』

の視点は、『国民にわかりやすい立法・国会』の視点を導出する」と述べておられた⁸³⁾。前述のように、民法（債権関係）改正に関する法務大臣の諮問88号は、「……民法のうち債権関係の規定について、……国民一般に分かりやすいものとする等の観点から、……契約に関する規定を中心に見直しを行う必要がある」と述べていたのであるから、不安の抗弁権に関する司法法を手がかりに「国民にわかりやすい立法」が今後行われるために、フランス法における不安の抗弁権についてさらに考察を深めることと、他方で、法制審議会の部会審議の在り方を検証することとが、筆者に残された次の課題である。

【文献一覧】

- 【Aubry et Rau1871】：Aubry (C.) et Rau (C.), Cours de droit civil français, 4^e. éd., t. 4, Paris, 1871.
- 【Boissonade1891】：Boissonade (G.), Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire, nouvelle édition, tome 3, Tokio, 1891.
- 【Boucard2015】：Boucard (H.), Le nouveau régime de l'inexécution contractuelle, dans Droit comparé et européen, volume 20, La réforme du droit des obligations en France, 5^{èmes} journées franco-allemandes, 2015, p.159.
- 【Bretzner2016】：Bretzner (J.-D.), Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation, JCP. Éd. G., n°39, 2016, p.1738.
- 【Chantepie2018】：Chantepie (G.) et Latina (M.), La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2^e éd., Paris, 2018, p.578.
- 【Deshayes2018】：Deshayes (O.), Genicon (T.) et Laithier (Y.-M.), Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 2^e éd., 2018.
- 【Genicon2018】：Genicon (T.), L'Exception d'inexécution, dans Cartwright (J.), Fauvarque-Cosson (B.) et Whittaker (S.) (ss. dir.), La réécriture du Code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016, Société de législation comparée, Paris, 2018, pp.310-335.
- 【Laithier2015】：Laithier (Y.-M.), Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles, JCP. éd. G., supplément au n°21-25 mai 2015, p.51, n°11.
- 【Marcadé1873】：Marcadé (V.), Explication théorique et pratique du Code civil, 7^e. éd., t. 4, Paris, 1873.
- 【Mekki2015】：Mekki (M.), Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, Gaz. Pal., 30 avril 2015, n°120.
- 【Ministère de la Justice2009】：Ministère de la Justice, PROJET DE REFORME DU DROIT DES CONTRATS (Mai 2009).
- 【Seube2016】：Seube (J.-B.), Le risque au cœur de l'exception d'inexécution, dans Revue

83) 竹中2017・3-4頁。

- des contrats, 2 juin 2016, pp.249-251.
- 【Terré2009】：Terré (F.) (sous la direction de), Pour une réforme du droit des contrats, Paris, 2009.
- 【Terré2019】：Terré (F.), Simler (P.), Lequette (Y.) et Chénéde (F.), Droit civil Les obligations, 12^e éd., Paris, 2019.
- 【一問一答2018】：筒井健夫・村松秀樹『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務、2018年）
- 【荻野他2017】：荻野奈緒・馬場圭太・齋藤由起・山城一真訳「フランス債務法改正オールドナンス（2016年2月10日のオールドナンス第131号）による民法典の改正」同志社法学69巻1号（2017年）279-331頁
- 【風間1983】：風間鶴寿訳『全訳イタリヤ民法典〔追補版〕』（法律文化社、1983年）
- 【加藤2011】：加藤雅信『民法（債権法）改正—民法典はどこにいくのか』（日本評論社、2011年）
- 【加藤2015】：加藤雅信『迫りつつある債権法改正』（信山社、2015年）
- 【北川1973】：北川善太郎『現代契約法Ⅰ』（商事法務研究会、1973年）
- 【基本方針2009】：民法（債権法）改正検討委員会編『別冊 NBL126号 債権法改正の基本方針』（商事法務、2009年）
- 【神戸1956】：神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書（17）仏蘭西民法〔Ⅳ〕』（有斐閣、1956年復刊版）
- 【潮見2017】：潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017年）
- 【清水1984】：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 現代契約の法理（2）』（有斐閣、1984年）79-99頁
- 【詳解基本方針Ⅰ2009】：民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅰ』（商事法務、2009年）
- 【第〇〇回会議議事録】：法制審議会民法（債権関係）部会第〇〇回会議議事録
- 【第〇〇分科会第〇〇回会議議事録】：法制審議会民法（債権関係）部会第〇〇分科会第〇〇回会議議事録
- 【竹中2017】：竹中勲「民法750条違憲訴訟の再開の必要性」同志社法学69巻4号（2017年）1-37頁
- 【中間試案2013】：商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務、2013年）
- 【中田2017】：中田裕康『契約法』（有斐閣、2017年）
- 【部会資料】：法制審議会民法（債権関係）部会部会資料
- 【法典調査会1】：法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書1 法典調査会民法議事速記録一』（商事法務研究会、1983年）
- 【法典調査会3】：法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書3 法典調査会民法議事速記録三』（商事法務研究会、1984年）
- 【法務1982】：法務大臣官房司法法制調査部司法法制課『フランス民法—物権・債権関係—』（1982年）
- 【松井2013】：松井和彦『契約の危殆化と債務不履行』（有斐閣、2013年）
- 【松井2016】：松井和彦「不安の抗弁権と倒産手統一民法（債権関係）改正論議を手がかりに一」阪法66巻3・4号565-591頁（2016年）
- 【松井2019】：松井和彦「改正民法における契約の危殆化」阪法69巻3・4号521-541頁（2019年）

- 【民法改正研究会2009】：民法改正研究会（代表・加藤雅信）編『法律時報増刊 民法改正 国民・法曹・学界有志案』（日本評論社、2009年）
- 【森田2006】：森田朗『会議の政治学』（慈学舎出版、2006年）
- 【山本2005】：山本敬三『民法講義Ⅳ—1 契約』（有斐閣、2005年）
- 【山本2017】：山本敬三『民法の基礎から学ぶ民法改正』（岩波書店、2017年）
- 【理由書1987】：廣中俊雄編著『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣、1987年）

〔付記〕

本稿脱稿後、岩川隆嗣『双務契約の牽連性と担保の原理』（有斐閣、2020年）に接した。