

### 不安の抗弁について

仮に、「不安の抗弁」を明文化するとしても、次の理由により、その要件については、慎重に検討して頂きたい。また、ネーミングも慎重に検討していただきたいと考えます。

先履行義務者は、先履行する合意をしているのですから、本来、後履行のリスクは読み済みのはずで、「履行されないおそれ」のみで履行拒絶を認めるのは相当ではありません（多くは、契約前から相手方の信用リスクをある程度予測できるはずです）。履行の拒絶は極めて簡単に行使できます。これに対して、相手方に与える効果は極めて強力です。資金繰りが苦しくなった会社は、予定していた材料や商品の供給が停止されると、事業の継続が著しく困難になることは容易に想像できます。そのとき、履行拒絶する者に対してすみやかに履行させるための有効な手段は少なく、事後的に損害賠償請求ができる程度です。継続的取引をしている当事者間では、一定の事由が生じたときには履行拒絶できることを特約で合意をしている例が多いと思われませんが、そのことが、特約なくして履行拒絶を容認する積極的根拠になるとは思えません。そこで、下記の修正提案をいたします。

#### 【提案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、相手方の倒産手続開始の申立て（ただし、開始後は除く）、相手方の財産に対する強制執行の不奏功、相手方の支払能力の欠如その他の事由により自己の債権につき相手方から履行を受けられないことが明らかな場合には、その債務の履行を拒むことができる。但し、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、この限りではない。」

#### 【提案②】

「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、相手方の倒産手続開始の申立て（ただし、開始後は除く）、相手方の財産に対する強制執行の不奏功、相手方の支払能力の欠如その他の事由により自己の債権につき相手方から履行を受けられない具体的なおそれが生じた場合において、相手方の行動その他取引の経緯に照らして先履行義務者にその負担する債務の先履行を求めることが取引上の信義則及び契約当事者間の公平に反するときは、その債務の履行を拒むことができる。但し、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、この限りではない。」

#### 【部会資料48第5の1(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を受け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。」

### 1 「倒産手続開始の決定」について

再建型倒産手続の開始決定を不安の抗弁事由とすると、民事再生法や会社更生法が、再生債務者や管財人らに、双方未履行の双務契約について、履行と解除の選択権を認めた趣旨が没却される。再生手続または更生手続の開始を理由とする、①期限の利益の喪失、②契約の履行拒絶、③契約の解除などを定める特約も、民事再生法や会社更生法の趣旨・目的に反するから、無効と解されるべきものと思われる。したがって、再生手続または更生手続の開始は、不安の抗弁事由とすべきではない。

破産手続の開始は、債務者の支払能力の喪失を示す顕著な事実であるから、これを不安の抗弁事由として例示する考え方もありうる（フランス民法 1613 条、スイス債務法 83 条 1 項参照）。しかし、破産管財人が履行を選択した場合に、破産手続開始を理由として履行を拒絶できるとすれば、破産法が裁判所の許可を条件として破産管財人に履行の選択を認めた法の趣旨を没却することになりかねない。

むしろ、破産手続開始を申立てた場合には、申立て後、開始までの間に履行をしても破産債権となる蓋然性が極めて高いから、履行を拒絶できるというべきであろう。また、再建型倒産手続開始の申立てがあった場合も、申立て後、開始までの間に履行しても再生債権又は更生債権となる蓋然性が極めて高いから、履行を拒絶できると解してよい。

結局、倒産手続開始の申立てがある場合には、支払能力(給付能力)の欠如により、先履行義務者の請求権が履行期に弁済されない高度の蓋然性があるから、履行拒絶ができる。

このように、先履行義務者が先履行した場合の請求権が、支払能力(給付能力)の欠如ないし喪失により、履行期に弁済されないことが「明らかである場合」、または、「高度の蓋然性がある場合」に限って、履行拒絶が認められるというべきではないか。

### 2 「相手方の財産に対する強制執行があったこと」について

「強制執行があったこと」だけでは、債務者の支払能力の欠如を示す理由としては不十分ではないか（不動産に対する競売開始決定だけで、商品の供給を止めることができるとよいのか）。強制執行を契機とするとしても、「強制執行が奏功しないこと」を要件とすべきではないか(スイス債務法 83 条 1 項参照)。

なお、債務者財産に対する仮差押えや仮処分などの保全処分があっても、それだけでは不安の抗弁を主張できないことを確認しておくべきであると思われる。

### 3 「相手方から履行を受けられないおそれが生じた場合」について

「おそれ」を要件とすることは反対である。「おそれ」は、主観的であり、その範囲は曖

味で、風評も含まれかねない。抽象的な信用不安があるだけで、簡単に履行拒絶ができかねず、相手方の契約に対する信頼が容易に害され、取引の保護に欠ける。

債務者の支払能力(給付能力)の欠如(喪失)により、相手方からの履行を受けられないことが「明らかである場合」ないし「高度の蓋然性がある場合」を要するとすべきである。各国における、「給付能力の喪失」「支払不能(状態)に陥り」「不履行になるであろうことが明白」などの要件が参考となる。

(参考)

「給付能力の喪失による危殆化」(ドイツ 321 条 1 項)

「支払不能に陥り、請求権を危殆化」(スイス債務法 83 条 1 項)

「支払不能状態に陥り、代金を失う急迫な危険」(フランス 1613 条)

「相手方がその履行期の到来時に不履行になるであろうことが明白である限りに」(ヨーロッパ契約法原則 9 : 201 条 2 項)

そこで、次のとおり、提案する【提案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、相手方の倒産手続開始の申立て(ただし、開始後は除く)、相手方の財産に対する強制執行の不奏功、相手方の支払能力の欠如その他の事由により自己の債権につき相手方から履行を受けられないことが明らかなる場合には、その債務の履行を拒むことができる。但し、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、この限りではない。」

#### 4 部会資料の裁判例について

➤ 平成 2 年判決：

すでに売掛代金の未払いがある、取引高が急激に拡大している、累積債務額が与信限度を著しく超過している、担保の供与や個人保証を求めたが応じなかった、既往の代金について支払の延期を申し入れている事案である。

「取引上の信義則と公平の原則に照らして」先履行すべき商品の供給を拒絶することができるとした。

➤ 昭和 62 年判決：

すでに代金の未払いがある、その累積額は 2300 万円、支払い遅延が続く、そのなかで値引き要請があり、そこで出荷停止をした事案である。

これは、成立した契約に基づく先履行義務の拒絶を認めた事案ではない。新たな契約の締結拒否事案である。基本契約で受注義務がある場合、受注拒否も不安の抗弁の範疇に入るともいえるが、その外縁は不明確となり、不安の抗弁を明文化するとしても、契約成立後の履行拒絶を想定して定めるべきである。

➤ 昭和 58 年判決：

常時売掛金が 1200 万円から 1300 万円ほど滞納、財務内容の開示を再三要求したが

拒否、代金の支払方法に争い、債務を免れるために別会社の活用その他の不審な行動がある事案において、先履行義務の履行遅滞に違法性はないとした。

➤ 平成 19 年判決

ライセンス契約を巡る錯綜した紛争の中で不安の抗弁の成否が争点となった事案。

不安の抗弁を認めることができる、「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」と一般論を述べた上で、当該事案で、後履行義務者が履行の意思を全く有しないから、先履行義務を否定したもの（先履行義務違反を理由とする解除を認めなかった）。

「信用不安」を理由に先履行義務者に履行の拒絶を認めた事案ではない。

## 5 取引上の信義則または契約当事者間の公平

4 記載の裁判例においては、単に、相手方に信用不安があるというだけでなく、先履行義務者が後履行義務の履行を確保・確認するために相手方と交渉したものの相手方が誠実な対応をしなかった事実や、それまでの支払遅滞の事実を認定したうえで、信義則ないし公平を理由に、履行拒絶を正当化しているように思われる。

そこで、仮に、提案①の「相手方から履行を受けられないことが明らかな場合」が、要件としては厳格に過ぎ、実務的には適用場面が限られ過ぎるとの批判があるとすれば、「明らかである場合」を「履行を受けられない具体的なおそれ」に緩和したうえで、「先履行を求めることが取引上の信義則及び契約当事者間の公平に反すること」を要件としてはどうか。

不安の抗弁が、契約関係における信義則の表れの一つであることを明らかにする意義もある。

### そこで、第2案として、次のとおり、提案する【提案②】

「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、相手方の倒産手続開始の申立て（ただし、開始後は除く）、相手方の財産に対する強制執行の不奏功、相手方の支払能力の欠如その他の事由により自己の債権につき相手方から履行を受けられない具体的なおそれが生じた場合において、相手方の行動その他の取引の経緯に照らして先履行義務者にその負担する債務の先履行を求めることが取引上の信義則及び契約当事者間の公平に反するときは、その債務の履行を拒むことができる。但し、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、この限りではない。」