



## 信用売買における不安の抗弁権

神崎, 克郎

---

**(Citation)**

神戸法學雑誌, 16(1/2):439-470

**(Issue Date)**

1966-09

**(Resource Type)**

departmental bulletin paper

**(Version)**

Version of Record

**(JaLCD0I)**

<https://doi.org/10.24546/81004464>

**(URL)**

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81004464>



神戸法学雑誌第一六卷第一・二号一九六六年九月

# 信用売買における不安の抗弁権

神 崎 克 郎

## 目 次

### 一 序 説

### 二 相手方の財産悪化からの利益確保

### 三 比較法的考察

### 四 解釈論的根拠・要件・効果

## 一 序 説

双務契約は、各当事者が相互に対価的な意味を有する債務を負担することを約する契約であつて、各当事者の負担する債務は、互に条件をなしている結果、その成立、履行及び存続上の牽連關係が認められる。民法は、この履行上の牽連關係について、同時履行の抗弁権を認めている。同時履行の抗弁権は、公平を維持するための制度であり、積極的には同時交換の確保を、消極的には先履行の避止をその目的とする、といわれている(1)。

ところで、債務者が同時履行の抗弁権を根拠に自己の履行を拒絶して引渡目的物を占有している場合においても、それによつて得た利得は、これを不当利得として返還しなければならない(2)のであるから、同時履行の抗弁権は、履行の延期そのものに意味があるのではなく、同時交換の確保、自己の債権の担保に意味がある(3)。相手方当事者の財産状態が健全であり、当分のあいだそのような状態が続くかぎり、同時履行の抗弁権はそう大きな意味をもつものではない。同時交換の確保が特に重要視されねばならないのは、相手方当事者の財産状態が悪化して、自己の債務を先履行しても、相手方から反対給付の満足を受けられない虞れが存する場合である。

同時履行の抗弁権を有する当事者は、反対給付の履行をうけるまでは、誰に対しても、それと対価關係にたつ自己の債務の履行を拒絶することによつて、その債権を担保することができる。すなわち、契約の相手方当事者、その債権譲受人、民法四二三条による代位権行使債権者に対してのみならず、相手方の債権差押債権者、転付命令取得債権者に対しても、当事者は、同時履行の抗弁権によつて、反対給付取得まで、自己の債務の履行を拒絶することができる。また相手方当事者が破産した場合には、当事者は破産法五九条により履行を選択した破産管財人に対して財団債権からの満足(破産法四十七條七号参照)と引換えて自己の債務の履行をすればよいのであり、このことは、相手方の

財産について会社更生手続が開始された場合にも、会社更生法一〇三条、二〇八条七号によつて同様に認められる。

この双務契約における同時交換の確保は、当事者の特別の合意を必要とすることなく当然に認められる。しかし双務契約においては、特別の信用供与がない限り、その履行について同時交換の合意が存在することが多いであろう。またその旨の明示の合意がない場合においても、当事者双方が交互に債権者であると同時に債務者であるという地位にたち、かつ一方が債務を負担するから他方が債務を負担するという双務契約においては、一方の債務の履行は、他方の債務の履行と引換えになされるべきである、という黙示の合意があると認められる。ただし、それが契約者の通常的意思に合致するからである。

双務契約の履行上の牽連關係のあらわれである同時履行の抗弁権は、すくなくとも、当事者の一方が先履行義務を負担し、かつ先履行義務者の債権がいまだ弁済期の到来しないあいだは認められない。双務契約の牽連關係のうち、成立上及び存続上の牽連關係は、双方の債務の履行期の相違に關係がないのかかわらず、履行上の牽連關係は、履行期の相違によつて影響をうける。

ところで、信用供与の約束のある双務契約においても、相手方の財産状態の悪化によつて、先履行義務者が、自己の債務の履行期にその債務の履行をしたが、後日の反対給付をうけることが極めて危殆となつた場合にもなお自己の先履行を拒絶することができないか、ということが、双務契約における双方債務の牽連ということから問題となってくる。このような場合に、先履行義務者が自己の先履行を拒絶することができるとするなら、そのことは、契約内容の変更を認めることとなり、「契約は守られるべし」(pacta sunt servanda)の原則に反しないかが問題となってくる。

信用供与の約束のある双務契約において、相手方の財産状態が悪化してその給付が危殆視される場合、先履行義務者は、反対給付の実行ないしは十分な担保供与まで、自己の先履行を拒絶する権利（不安の抗弁権）を有するか、について、わが国では解釈論上、肯定、否定の両説が対立している。

肯定説が、事情変更の原則の一適用として、相手方の財産状態の悪化がとくに甚だしく、先履行を強いることが信義の原則に反する場合には、相手方が担保を供するか、その他履行が確実に行なわれることについてなんらかの保証を与えない限り、先履行義務者は、履行を拒むことができる、とするのに対して、発生要件も効果も多種多様でありうるような抗弁権を、單純に信義誠実則や公平の原理に基づいて、法律の明文の規定なく認めることは、恣意的解釈として避けるべきである、とする見解（も）も有力にとえられている。

以上のことは、双務契約の典型的な契約類型としての売買にそのままあてはまるものと考えられる。ところで、売買代金の支払と商品の引渡が同時に行なわれる現金売買（Barauf）においては、不安の抗弁権は問題とならなければ、商取引の發展にともない信用取引（Kreditauf）がその重要性を大きく増し、商人間の売買においてはその常態となるに至つては、商事売買の履行に関連して当然に不安の抗弁権が検討されなくてはならなくなる。

本稿は、特に信用売買の履行における不安の抗弁権を検討しようとするものであるが、以下のような視点及び順序に従つて論を進めていきたい。まず、不安の抗弁権の必要性の検討に当り、信用売買における先履行義務者は、相手方の財産状態の悪化に際して、既に認められている制度を利用することによつてどの程度にまでその利益確保をはかることができるのか、不安の抗弁権が認められるとすれば、それは先給付義務者の利益確保のためにどれ程の機能を發揮することができるのか、を考察し、比較法的考察に當つては、そこでの不安の抗弁権の要件、効果と

して何が認められているか、それはどのような機能をはたしているかを検討し、ついでわが国での解釈論的考察に当つては、できるだけ既成の理論や範疇によつて不安の抗弁権と「契約は守られるべし」の原則との関連、不安の抗弁権の根拠を検討し<sup>(8)</sup>、また不安の抗弁権の要件及び効果をできるだけ具体的に検討してみたい。

なお、信用売買契約締結の際に既に後履行義務者の財産状態が極めて悪く、その給付が危殆視されるべき事情にありながら、先履行義務者がそのことにつき善意であつた場合には、後履行義務者の財産状態についての先履行義務者の錯誤を理由とする無効の主張が一応問題となる。というのは、信用売買においても後履行義務者の財産状態についての錯誤は、動機の錯誤であるが、動機の錯誤といえども、そこに錯誤が存することによつて法律行為を無効とするのを妥当とされるほど重要視される場合には法律行為を無効とする、と解するならば<sup>(9)</sup>、後履行義務者の財産状態についての錯誤はそれに当るであらうし、動機の錯誤は、その動機が表示された場合のみ法律行為の内容の錯誤となるとする錯誤についての通説<sup>(10)</sup>によつても、信用売買における後履行義務者の財産状態の良好なことは、特段の事情なき限り、黙示的に表示されたものとして<sup>(11)</sup>、その錯誤は、法律行為の内容に関する錯誤となり、かつ意思表示の内容の重要な部分についての錯誤と解されるからである。そこでこのような場合には、先履行義務者は、錯誤による無効を主張しうるのであつて、不安の抗弁権は成立しない、ともあるいはいいうる<sup>(12)</sup>かもしれないが、はたしてそういいきつてしまつてよいものか疑問なしとはしない<sup>(13)</sup>ので、この点については、不安の抗弁権の要件を検討する際に詳しく考察する。

(1) 権「同時履行の抗弁権」契約法大系工二四五頁。

(2) 大判昭和十一年五月二六日民集一五卷九九八頁。

(3) Vol. Law of Sales, 2nd ed., 1959, pp. 249, 419 條。

- (4) Vold, *Ibid.*, p. 419, Restatement of the Law of Contracts, 1932, p. 387 條照。
- (5) 我妻・債權各論(上)四四頁、田中「同時履行の抗弁權・危險負擔」民法講習會 IV 二二・二三頁、谷川・商品の売買一七五頁。
- (6) 柚木・債權各論(契約總論)七四・七五頁、加藤・契約總論五七・五八頁、近藤・債權法各論四三頁、山中・契約總論一〇頁。
- (7) 信用売買における信用供与とらうとも、担保、例えは、質權、譲渡担保、保証、第三者提出の約束手形の受領、等を伴う信用 (verdecktes Kredit) の供与に、担保を伴わない信用 (offenes Kredit) の供与があるが、不安の抗弁權は開通した、非として担保を伴わない信用売買の問題である。
- (8) 不安の抗弁權を再擔保の原則の中で説明するものがあるが、今の法では、一般論の整理は直接間接未だらへとの必要なく、Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 2 Aufl., 1957, S. 102 f. 條照。
- (9) 舟橋「撤回表示の諸論」九州帝國大学法文学部十周年記念法學論文集五九五頁以下、川崎「撤回の欠缺と効力の諸論」民法雑誌の諸問題一八八頁以下、谷田頁「錯誤と動機」民法演習一一三六頁以下條照。
- (10) 我妻・民法総則二四六頁、柚木・民法総論一九〇頁。
- (11) 松坂「錯誤と詐欺」民法問題集 I 四六頁、Emmeccerus-Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15. Aufl., 1960, S. 1046, 1047 條照。
- (12) 田中・田中「三頁」Würginger, in RGR Kommentar zum H.G.B., 2. Aufl., 1961, Anm. 38a, 39a, 42 zu Vorbem. vor §373, Becker, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht*, 2. Aufl., 1941, Bem. Art. 83 Nr. 4 條照。
- (13) Planiol-Ripert-Hamel, *Traité pratique de droit civil français*, tome X, 2. éd., 1956, p. 180, note 4, Adler, *Die Verteidigung des Vorleistungspflichtigen und des Nachleistungspflichtigen bei gegenseitigen Verträgen*, L. Z., 1913, Sp. 824 條照。

## 二 相手方の財産悪化からの利益確保

## (一) 先給付義務者たる売主の利益確保

## (1) 売主の商品引渡前

売主の商品引渡前の段階での、買主の財産状態悪化に対する売主の利益確保としてまず考えられることは、財産悪化の最たるものとしての買主の破産の場合に、売主は、破産管財人の契約の履行、解除の選択権行使制度(破産法五九条)によつて保護されることである。すなわち、買主破産の場合において、破産宣告当時売主及び買主の双方の債務の履行がまだ完了していないならば、売主は、自己の負担する債務を財団のために完全に履行しなければならぬのに反し、その受くべき売買代金債権については、破産債権者として破産財団を構成する総財産からの比例的満足にあまなじねばならないというのではなく、破産法五九条によつて契約の履行、解除の選択権を有する破産管財人が契約の履行を選択した場合には、売主の売買代金債権は、財団債権となり(破産法四七条七号)、かつ管財人と売主との間に同時履行の抗弁権が成立し、また破産管財人が契約の解除を選択し、あるいは催告後相当期間内の破産管財人の選択確答懈怠によつて契約が解除されたものとみなされる場合には、売主は、もはや自己の債務を履行する必要がなく、これによつて損害を被むつたときは、その賠償請求権を破産債権者として主張しうる(破産法六〇条一項)のみならず、一部履行をしているならば、その給付の目的物が破産財団中に現存する限り、その返還を請求できるし、現存しないならば、その価額返還を財団債権者として主張することができる。そこで、後履行義務者である買主の財産状態の悪化が破産宣告にまでいたれば、先履行義務者である売主は、不安の抗弁権を特に必要とする、といった事情は大きくない。このことは、買主の財産について会社更生手続が開始された場合にも同様に妥当する。

すなわち、買主の財産につき会社更生手続が開始された当時、売主及び買主ともにその債務の履行を完了していないときは、管財人は、契約の履行、解除の選択権を有し、契約の履行を選択する場合には、みずから買主の売買代金債務を履行して売主の債務の履行を請求すべく（会社更生法一〇三條一項）、この場合の売主の売買代金債権は、共益債権となる（会社更生法二〇八條七号）。また契約の解除を選択した場合には、売主は、被むつた損害の賠償請求を更生債権者として主張しうる（会社更生法二〇四條一項）のみならず、一部履行をしているならば、その給付の目的物が会社財産中に現存する限りその返還を請求することができ、会社財産中に目的物が現存しないならば、その価額返還を共益債権者として請求することができる（会社更生法二〇四條二項）のであつて、この場合とて不安の抗弁権の必要性は大きいものではない。もつとも、和議法は、破産法五九條以下、会社更生法一〇三條以下に該当する規定をもつていないので、買主の財産につき和議手続が開始された場合、売主は、右のような利益を確保できず、この点立法論上再考の余地があるとされている（69）。

また、売主が売買の目的物たる物品を買主に発送した場合において、買主が物品の到達地においてそれを受取る前に、その財産について破産、和議、会社更生手続等が開始されれば、売主は、英法の途中差止権（right of stoppage in transitu）から発送した売主の取戻権（破産法八九條、和議法四〇條、会社更生法六四條）によつて保護される（70）。

さらにまた、売主は、買主の財産について破産、和議、会社更生手続等が開始されずとも、商品を買主に対して発送した後、その商品が目的地に到達して買主がその引渡を請求するまでは、買主の財産状態の悪化に対して、運送人に運送の中止、運送品の返還の指図をして（商法五八二條）商品が買主の手中に入るのを妨げることにより、自己の利益をまもることができ、もつとも、かかる売主の運送品処分権は、運送契約上の権利であつて、その行使によつて売主は、買主に対して売買契約不履行の責任を負担しないといけなこともあり、また買主の商品引渡請求に

は、かかる権利をもつて抗弁することができないし、指図にもかかわらず商品が買主の手にわたつてしまえばその効力は及ばず、運送人に対して損害賠償請求権を取得するのみである。が、商品発送後も運送品処分権の行使によつて商品を買主に引渡すまでに後履行義務者である買主の代金支払債務の履行期が到来すれば、売主は、同時履行の抗弁権を援用することができるのである。から、売主の商品発送後においては、この荷送人の運送品処分権は、買主の財産状態の悪化に対する売主の利益確保の手段として大きな意味をもつものといふことができる。

もちろん、この運送品処分権として運送の過程における商品の流れを停止させることができるという効力しか持たず、買主の商品引渡に対してなら抗弁しえないという意味でやはり不安の抗弁権を不要とするものではない。このようにみてくると、買主の財産につき破産、会社更生手続等が開始されるに至らない場合には、売主は、買主の財産状態の悪化に際して、自己の先履行を強制されるとともにその反対給付取得につき極めて不安な状態に置かれることとなり、不安の抗弁権は、売主のかかる不利益を救済する十分の機能をはたすことができる。

もつとも、買主の財産状態が悪化した場合には、売主は、売買債権の履行期が到来せずとも、「之ヲ為ササレハ判決ノ執行ヲ為スコト能ハス又ハ判決ノ執行ヲ為スニ著シキ困難ヲ生スル恐アルトキ」(民訴法七三八条)に該当するものとして、買主の財産に対し、売買代金債権を執行債権とする仮差押をすることによつて自己の利益を確保することができる場合が多いことが一応考えられる。すなわち、仮差押制度は、債権者に現在以上に完全な満足を受けさせることを目的とするものではなく、従つて債務者の資産状態の悪化、債務超過、債権者の競合するに至る事情、債務者の履行拒絶の意思の明示の如きは、単にそれだけでは仮差押の理由にならないと解されている。が、今日の裁判例では、債務者の財産状態が悪化した場合には、その財産が他の債権者の債権の優先的担保に供される虞がある、等の理由で容易にその仮差押が認められるからである。しかし、かかる仮差押制度はよく不安の抗弁権を不

必要とするものではない。その理由の一つとしては、今日の商取引の多くにおいて保全される限り売主の先履行の拒絶は不必要なことなので、売主に不安の抗弁権が認められねばならぬ理由は大きく減殺されることになる(8)。しかし、買主の財産状態の悪化に際して、売主が仮差押制度の利用によつてその利益を確保できるかは、極めて疑問である。仮差押制度は、債権者に現在以上に完全な満足を受けさせることを目的とするものではなく、従つて債務者の資産状態の悪化、債務超過、債権者の競合するに至る事情、債務者の履行は、債務者の財産状態が悪化した場合、その責任財産のほとんどが既に債権の担保に供されており、無担保債権者が仮差押によつて債権満足の地位を確保できないことが屢々であること、その理由の二つとして、仮に仮差押ができたとしても、競合債権者の配当要求によつて仮差押債権者の地位は決して強力なものでないこと、等があげられるからである(9)。

## (2) 売主の商品引渡後

買主への商品引渡後においては、売主は、もはや自己の債務の履行を完了しているのであつて、破産法五九条の双務契約の特則ないしは、同法八九条の売主の取戻権によつては保護されないが、商品が買主の占有下にあるかぎり、売主の動産先取特権(民法三二二条六号)によつて、買主が当該商品の売却、質貸、滅失、毀損によつて第三者に対し債権を有する場合には、その債権に対する先取特権の物上代位(民法三〇四条)によつて売買代金の優先的満足を受けることができ、その限りでは、買主の財産状態の悪化に際して売主に不安の抗弁権を認める必要がないかのようである。すなわち、売主は、動産先取特権及びその物上代位制度によつて、商品ないしそれに代る債権から、売買代金債権及びその遅延利息債権について他の一般競合債権者に対して優先的満足を受けられるのであつて、これらに對して買主の一般債権者が強制執行に及んだ場合には、民事訴訟法五六五条の優先弁済請求の訴を提起することができる、また買主の財産につき破産等の手続が開始されれば、破産法九二条等の別除権を主張することができる。も

もちろん、一般債権者の強制執行や買主の破産等を待たずとも、売主は、売買代金債権の弁済期後は、競売法の認められた手続によつて売買商品から満足を受けることができる（競売法三）。

しかし、売主は、動産先取特権によつて、買主の財産状態の悪化に際しても不安の抗弁権を必要としないかといえ、その点は極めて疑問である。その疑問は、売主の動産先取特権が売主の売買代金債権の優先満足のために十分に機能しうるかということにある。その理由を以下列挙してみよう。

(a) 売買商品がひとたび買主の占有使用にまかされると、それは買主の手中で交換価値を減じていくのが通例であつて、後日売主が売買商品に対して動産先取特権を行使しようとしても、かかる交換価値の減じた商品からは、十分な売買代金債権の満足を期待することは到底不可能である(10)。

(b) 増買商品が買主の一般債権者に対する代物弁済に供されるときのように、買主が商品所有権を失なうにもかかわらず、新たにそれに代わる債権を取得しない場合には、売主は売買商品上に先取特権を行使できない(11)と同時に物上代位による債権の優先満足ということも期することができない。もつとも、買主がその債権者と通謀して、売主を害する意思をもつて代物弁済をした場合や、商品が不相当な価額に評価して代物弁済に供せられた場合には、売主は、債権者取消権に基づいてその代物弁済を取消して(12)、商品上に先取特権を主張することができるが、そのような債権者取消権の要件の存在が立証されることは多くないであらう。

(c) 物上代位によつて売買商品に代わるものの上に先取特権が存続するためには、その代物が買主に引渡または払渡される前に買主の引渡（払渡）請求権が差押えられねばならないので、物上代位の制度は、実際にはあまり利用されない(13)。

このようにみてみると、売主の動産先取特権及びその物上代位の制度は、買主の財産状態悪化に際して売主の売

買代金債権をよく担保し、不安の抗弁権を不必要とするものではない、ということが明らかとなる(註)。もちろん、売主が売買代金債権担保のために十分な物上担保をとつていたり、第三者との間に保証契約を締結したり、第三者振出の約束手形を取得し、かつ第三者が資力、信用を有する場合には、売主は、買主の財産状態の悪化にもかかわらず不安の抗弁権の濫用を必要としない。

(二)先給付義務者たる買主の利益確保

買主の売主に対する給付の目的物は金銭である。金銭は、ひとたび売主の占有にまかされてしまえば、買主は、もはやその上に所有権はおろか、いかなる担保物権も主張することができない。そこで、売主の動産先取特権のような制度は、買主の債権担保のためには利用されえず、また売主の取戻権、所有権を根拠とする一般の取戻権に該当するような権利は、売主の財産状態悪化に対する買主の利益確保のためには認められない。売主の財産状態の悪化に際して買主の利益確保のために認められる制度は、結局売主の財産につき破産、会社更生手続が開始された際、買主及び売主双方の債務の履行が完了していない場合に双務契約の特則として認められる管財人の契約の履行、解除の選択権制度のみである。かくして、後履行義務者の財産状態悪化に際して不安の抗弁権を認めるべき必要性は、売主が先履行義務を負担する場合よりも、買主が先履行義務を負担する場合の方がはるかに大きい、ということができる。このことは、売買代金債務の履行のために利用される手形について後述のように、支払人(約束手形の振出人)の破産、支払停止、強制執行不奏効等の財産状態悪化に際して手形所持人に満期前の請求による手形金(売買代金満足の制度が認められているにもかかわらず、物の引渡債務の履行に関連しては、そのような制度が認められていないところからも一層うかがわれる。

- (1) 但し、柚木・債権各論(契約総論)七五頁参照。
- (2) 中田・破産法・和議法一〇一・一〇二頁。
- (3) 中田・前掲二八七頁注(一)。
- (4) 売主の取戻権の詳細、特にその性質及び効力については、中田・前掲二二一・二二二頁、中野「売主の取戻権」契約法大系五三八四頁以下参照。
- (5) 竹田・商行為法一六九頁、西原・商行為法三〇六頁注(一)参照。
- (6) 我妻・債権各論上九一頁、末川・契約法上六八頁、加藤・契約総論五七頁。但し、柚木・前掲七三頁、山主・債権各論五六頁は反対。
- (7) 柚木・前掲七四頁、近藤・債権法各論四三頁。
- (8) 兼子・増補強制執行法三〇三頁、吉川・強制執行法一七一頁、小野木・強制執行法概論一三九頁。
- (9) 柚木・前掲七五頁参照。
- (10) 所有権留保売買においては、売主は、買主の売買代金債務遅滞後商品の直接占有を取戻することができるのであって、その理由として、商品が履行遅滞の買主の手中で商品価値を減じ、従つてまた担保価値を減じていくのを拱手傍観しておくのは、売主の利益に反する、といふことがわかれてゐる。Georgiades, Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltkauf, 1963, S. 115, 116 参照。
- (11) 民法三三三三条の引渡が占有改定をも含むものと解すれば(我妻・担保物権法六三頁、柚木・担保物権法六七頁)、売主は、買主の代物弁済と同時に商品上の先取特権を失なうが、先取特権者と商品の第三取得者との利益衝突の観点から、ここでの引渡は、占有改定を含まないものと解すれば(鈴木・物権法講義一三四頁)、売主の債権担保の利益は、より強く保護される。
- (12) 我妻・新訂債権総論一八六頁、於保・債権総論一六八・一六九頁、柚木・判例債権法総論二二七頁以下参照。
- (13) 鈴木・前掲四二頁。

(14) 後述のように、フランス民法は、売主の動産先取特権を認めつつ、なお買主の財産状態の悪化に際して、売主は、商品引渡の先履行を拒絶できるとして、売主の留置権 (droit de rétention) を認めているのは、この間の事情をものがたるものである、といふことができるであらう。

### 三 比較法的考察

#### (一) アメリカ法

売買契約においては、別段の合意のない限り、商品の引渡と代金の支払とは同時条件 (concurrent conditions) をなしており、売主は、代金の支払と引換えに商品を引渡せばよく、買主は、物の引渡と引換えに代金を支払えばよい(統一売買法四二条)。このことから、売主は、売買代金債権の担保として売買代金の支払まで商品を保持する権利を有する。これを売主の留置権 (unpaid seller's lien) という。ところで、信用売買においては、信用期間中は、買主は、売買代金債権の履行をせよとも商品の引渡を請求できるのであつて、信用供与の合意は、売主の留置権を放棄させる。しかしこの場合にも、信用期間の経過によつて売主の留置権は、当然に復活し、その後売主は、売買代金の支払と引換えでなければ商品を引渡す必要はない。同様のことは、信用が買主の後日の支払不能 (insolvency) によつて消滅させられた場合にも妥当する(統一売買法五四条三項)。この場合における支払不能は、履行期において買主が売買代金を支払えない、という商取引上の意味のそれで十分であつて、買主の債務が激極財産を凌駕するという、破産法においていわれるそれではない(統一売買法七六条三項)。

信用供与の合意は、特段の事情のない限り、買主は、信用供与期間中その信用を良好に維持すべきである、との黙示条件 (implied conditions) の合意を伴うものであつて、買主が信用供与期間中に支払不能に陥つた場合

には、なお商品を占有している売主は、売買代金の支払、担保の提供までは商品を引渡す必要がない。支払不能は、買主の約定代金支払の可能性を大きく失なわせるからである。

同様のことは、買主が売買代金支払の先履行義務を負担している場合において、売主が信用期間中に支払不能に陥いつた場合にもいえるのであつて、買主は、売主の売買代金支払請求に対して履行拒絶権を主張できる(統一売買法(六三条二項) (a.))

以上のことは、双務契約において、相手方が支払不能になり、破産宣告を受け、その財産が収益管理され (under receivership)、又は破産の申立を受け、収益管理人のための申立を受けて、反対給付が危殆に陥いつた場合、当事者は、履行期に至るも債務の履行をする必要がない、但し、反対給付が履行され、その弁済提供がなされ、又は担保により十分確保されている場合はこの限りではない、とする双務契約の一般原則の一適用である。

統一商法典第二篇売買は、不安の抗弁権に関して、次の二ヶ条の規定を置いている。まず履行につき適当な保障を受ける権利として二一六〇九条一項は、売買契約において各当事者は、相手方の正当な履行を受けることの期待を損じてはならない債務を負担する。当事者一方の履行につき不安 (insecurity) を感じる正当な理由が生じたときは、相手方は、書面をもつて正当な履行につき適当な保障 (adequate assurance) を請求することができる、かかる保障を受けるまでは、商取引上正当な限り、相手方債務と対価関係にたつ自己の債務の履行を拒絶することができる、と規定し、その official code comment では、当事者の契約履行の意思ないし能力が契約締結後履行期までに著しく減退した場合、相手方は、契約によつて意図したものの重要部分を失なう虞れがある、売主は、買主の履行が不確実となつたと信ずべき理由を有した場合には、なお自己の履行を強制されるのは不当な困難である、といわれている。また二一七〇二条一項は、買主が支払不能に陥いつた場合、売主は、代金支払のある場合の

はか商品の引渡を拒絶することができるとする(6)。

## □ フランス法

フランス民法一六一二条は、買主が代金の支払を為さざる場合においては、売主が買主に対し代金の支払に付期限を許与せざりし限り、売主は、目的物を引渡すことを要せず、として、同時履行の抗弁権の一発現として売主の留置権(Droit de rétention)を認めている(7)。売主は、買主に対して期限を許与した場合には原則として、黙示にこの商品留置権を放棄したものと見て、代金の支払に先だつて商品を引渡さねばならない。しかしこの場合においても、売買契約締結後(8)、買主が破産又は支払不能(déconfiture)の状態に陥り、売主が代金を失なう急迫な危険に遭遇したときは、売主は、目的物引渡の義務を免がれ、留置権を取得する(同法一六)。(一三条)。もつとも、買主が期限内に代金を支払うべき保証(caution)を与えたときは、この商品留置権は消滅する。

フランス法は、売主の売買代金取得の危険に対する売主の留置権を認めるのみならず、売主の売買代金債権担保のための動産先取特権を認めている。すなわち、フランス民法二一〇二条四号は、売主は、動産の未払代金につき、その動産がいまだ買主の占有にある場合に限り、期限付売買たると現実売買たるをとわず(a terme ou sans terme)、売買動産の上に先取特権を有するとする(9)。売主の動産先取特権制度をもつわが国の不安の抗弁権の検討にあつては、このことは特に留意されるべきである。

上述のフランス法の信用売買における不安の抗弁権は、売主の商品留置権取得という形で規定されており、従つて売主が先給付義務を負担する場合にのみ妥当するものであるが、学説は、買主が先給付義務を負担する場合においても、売主の財産状態悪化に対して買主に不安の抗弁権を認めようとする。すなわち、フランス民法一一八八条は、わが民法一三七条と同じく、債務者が破産したとき、又は契約により与えたる担保を自己の行為によつて減少

したときは、債務者は、期限の利益を失なう、と規定しているが、本条の拡大解釈によつて、破産と並んで債務者の支払不能をも期限の利益喪失原因として、売主が支払不能の状態に陥いつた場合には、買主は、売主の商品引渡の提供あるまでは、売買代金支払債務の履行を拒絶できる、とする<sup>9)</sup>。その理由とするところは、債務者の支払不能によつて債権者の信用供与の基礎となつた債務者の支払可能性が消滅するといわれている<sup>10)</sup>。

### (三) ドイツ法

ドイツ民法三二〇条一項本文は、双務契約の履行につき同時履行の抗弁権を認め、但し書きで、相手方に先だちて給付をなすべきときはこの限りにあらず、とするが、同三二一条は、双務契約に基づく先履行義務者は、相手方の財産状態が契約締結後本質的に悪化し、これにより反対給付を受くこと能わざる虞れあるときは、反対給付の実行又はこれに対する担保 (Sicherheit) の供与あるまでは自己の負担する債務の履行を拒絶することができる、とする。

この先履行義務者の履行拒絶権の発生要件は、相手方の財産状態の契約締結後における本質的悪化、及びそれによる反対給付請求権の危殆化である。従つて、契約締結時にすでに後履行義務者の財産状態が極めて劣悪である場合には、後履行義務者の財産状態についての詐欺ないし錯誤を理由とする取消が問題となるが、不安の抗弁権は、問題とならない<sup>11)</sup>。もちろん、契約締結時に既に後履行義務者の財産状態が劣悪であつたが、その後一層財産状態が悪化し、それにより反対給付の取得が危殆化した場合には、先履行義務者は、不安の抗弁権を援用できる。後履行義務者の財産状態悪化の判断に際しては、積極、消極財産の額のみならず、財産の流動性 (Liquidität) (a) 及び後履行義務者の信用能力が問題とされる。そこで、支払停止は、信用毀損の理由でもつて、財産状態の本質的悪化の要件を充足する。反対給付取得の危殆化もまたその要件とされるから、後履行義務者の財産状態の悪化にも

かかわらず、質権等の物的担保、保証等の人的担保によつて反対給付の実行、満足が確実である場合には、この不安の抗弁権は発生しない<sup>(18)</sup>。

右の二つの要件が存する場合<sup>(14)</sup>、先履行義務者は、反対給付の実行又は十分な担保供与があるまでは自己の債務の履行を拒絶することができるが、当然に契約を解除することはできない<sup>(15)</sup>。問題なのは、この場合に先履行義務者は、反対給付の履行期の到来をまたずに、自己の給付と引換えに反対給付を請求できるか、ということである。ラレントは、この問題を肯定する。理由とするところは、信用約束 (Kreditzusage)、先給付義務の引受は、特別の信頼に基づくものであり、ドイツ民法三二一条は、かかる特別の信頼又は好意 (Entgegenkommen) を保護し、その要件が充足された場合には、信用供与者に信用約束の撤回権を認めて双務契約の本来的履行形態である同時履行 (Zug-un-Zug-Leistung) にその履行形態を復帰させることを認めたのである、もしそうでないなら、先履行義務者は、自己の先履行を危険にさらすことなしには相手方を契約に拘束しておけないからである、という<sup>(16)</sup>。これに対して多数説は<sup>(17)</sup>、ドイツ民法三二一条の要件が充足したからといつて後履行義務の履行期が変動するものではないことを理由に反対する。

後履行義務者が破産すれば、もはや先履行義務者は、不安の抗弁権を援用することができず、わが破産法五九条に相当するドイツ破産法一七条の適用のみが問題となる<sup>(18)</sup>。

なお、わが法と異なつて、ドイツ法では売主の助産先取特権は存在せず、したがつて売主が先履行義務を負担する場合においては、買主の財産状態悪化に際し、売主に不安の抗弁権を認めるべき必要性は、わが国より大きい、といえる。

#### 四 スイス法

スイス債務法は、八二条において、双務契約の当事者が相手方に対して履行を請求するにはまず自己の債務を履行するか履行の提供をすべし、但し契約の内容または性質から後履行義務を負担する者はこの限りにあらず、として双務契約の履行における強い牽連関係を認め、八三条において、双方の債務の履行期に關係なく双務契約の当事者は、相手方が破産、強制執行不奏効等の支払不能の状態に陥り、その結果反対給付請求権が危殆となつた場合は、反対給付が担保されるまでは自己の給付を拒絶することを得、催告後相当期間内に担保が供与されない場合は契約を解除することを得、として反対給付請求権危殆に対する履行拒絶権及び契約解除権を認めている。

先履行義務者は、債務法八二条による保護をうけられないのであるが、八二条はまさにそのような先履行義務者の保護を目的とするものである。なお先履行義務を負担しない場合には八三条の認める保護は、殆んどまたは全然必要としない<sup>(19)</sup>。

スイス債務法八三条の認める不安の抗弁権の要件は、大まかにいうと、相手方が契約締結後<sup>(20)</sup>支払不能 (Zahlungsunfähigkeit) に陥いつたこと及びこの財産状態悪化の結果反対給付請求権が危殆化したことである。支払不能は、債務者が十分な資力の不足のために一般取引上債務の履行ができないことをいうのであり、債務が積極財産を凌駕していること (債務超過) は必要でもなければ十分でもない。またそのためには債務者の支払停止を必要とするものでもない<sup>(21)</sup>。これらの相手方の支払不能のみでは不安の抗弁権は発生せず、さらにそのためには反対給付請求権の危殆化を必要とするので、相手方の人的責任のほかに第三者の保証、質権等の反対給付についての十分な担保が存在する場合には不安の抗弁権は発生しない<sup>(22)</sup>。もちろん、このような人的、物的担保が存在する場合においても、それらの担保が反対給付を十分におおいえなくなつた場合には不安の抗弁権は認められる<sup>(23)</sup>。

右の要件が存在する場合、当事者は、反対給付の十分な担保供与まで (bis zum Sicherstellung) 自己の債務の





- (9) Lorenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 4. Aufl., 1960, S. 176, derselbe, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 2. Aufl., 1967, S. 102 ff.
- (11) Plank-Siber, a. a. O., S. 364, Windinger, a. a. O., Anm. 44 zu Vorbem. vor §373.
- (12) Adler, a. a. O., Sp. 825, Windinger, Anm. 46 zu Vorbem. vor §373.
- (13) Oser-Schönenberger, Das Obligationenrecht, 2. Aufl., 1929, Bem. zu Art. 83, Nr. 2, Becker, Obligationenrecht, Abt. 1, 2. Aufl., 1941, Bem. zu Art. 83, Nr. 6 689°.
- (14) Oser-Schönenberger, a. a. O., Bem. zu Art. 83, Nr. 10, Becker, a. a. O., Bem. zu Art. 83, Nr. 4.
- (15) Oser-Schönenberger, a. a. O., Bem. zu Art. 83, Nr. 5.
- (16) Oser-Schönenberger, a. a. O., Bem. zu Art. 83, Nr. 9, Becker, a. a. O., Bem. zu Art. 83, Nr. 5.
- (17) Becker, a. a. O., Bem. zu Art. 83, Nr. 5.
- (18) Oser-Schönenberger, a. a. O., Bem. zu Art. 83, Nr. 12, Becker, a. a. O., Bem. zu Art. 83, Nr. 10, Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 4. Aufl., 1948, S. 36.

#### 四 解釈論的根拠・要件・効果

##### 1. 解釈論的根拠

信用売買において、先履行義務者は、相手方の財産状態が悪化し、その結果反対給付請求権が危殆化した場合には、反対給付の実行または十分な担保供与があるまで自己の債務の履行を拒絶する必要があることは、わが法制に於いても認められること、及び諸外国の法制がこのような履行拒絶権を認めていることは、前述のとおりであるが、はたして、直接規定をもたないわが法の解釈としてこのような履行拒絶権を認めることができるであらうか。不

安の抗弁権は、ある意味では、当初の契約内容の変更を相手方の財産状態の悪化という嗣後の事情発生によつて容認するものであつて、契約は守られるべしとの原則に反しないかが問題となる。

わが法制制においてもすでににつきのような当事者（債務者）の財産状態の悪化による法律関係（契約内容）の変更の例をみることが出来る。

(1) 民法五八九条は、消費貸借の予約は、爾後当事者の一方が破産の宣告を受けたときはその効力を失なう、として消費貸借の予約の当事者の破産による当然失効を規定する。借主となるべき者が破産したときは、信用契約たる消費貸借の基礎が失なわれるからであり、そうだとするならば、当然失効の要件を借主となるべきものの破産に限定するのは狭すぎるのであつて財産状態の著しい悪化の場合にも当然失効の要件を拡げるべきである。また貸主となるべき者の破産の場合には、なお消費貸借の予約の効力を維持するのは、その趣旨に反することがその理由としてあげられている。そしてこの規定は、諾成的消費貸借の当事者破産の場合にも類推適用されるべきであると解されている。事情変更の原則の一適用として、契約締結後の当事者の財産状態悪化に際し、相手方の利益確保のために契約関係の消滅を認めたいものである。

(2) 手形法は、手形支払人の財産状態悪化に際し、手形所持人に満期前の遡求を認めている。すなわち、手形法四三条一・三号によると、引受の有無をとわず為替手形の支払人の破産、支払停止、その財産に対する強制執行不奏効の場合、引受のための呈示を禁じた手形の振出人の破産の場合、手形所持人は、満期前といえども自己の前者に遡求して手形金の満足を受けることができる。このような場合には、満期前においても、手形金支払人の財産状態の悪化により、満期における手形金支払の可能性があやしくなつて、手形が信用証券としての機能をはたしえないからである。同様のことは、約束手形の振出人の破産、支払停止、その財産に対する強制執行不奏効の場合にもあ

てはまる(手形法七七)<sup>(三)</sup>。これもまた信用に基礎を置く法律関係の、義務者の信用喪失、財産状態悪化を理由とする変更である。

これらのことは、法律の規定にその根拠をもつ。不安の抗弁権は、そのような直接の法律の根拠を持たない。人は、ひとたび契約関係に入った以上、その後の事情によつて容易に契約による拘束から免れるべきではない。契約相手方の契約条項への信頼は、法的保護に値するからである。「契約は守られねばならない」。それでは、不安の抗弁権は、直接に法律の根拠をもたない限り、解釈上認められないであらうか。

当事者間の売買契約中に、後履行義務者の財産状態が悪化し、その給付が危殆化した場合には、先履行義務者は、反対給付の実行又は十分な担保供与までは自己の債務の履行を拒絶することができる、との明示の合意がある場合には、その要件を充足した場合の先履行義務者の履行拒絶は、当然の権利行使であつて、それを認めたらからといつて何ら契約は守られるべしの法諺に反するものではない。この場合の不安の抗弁権は、当事者間の契約から当然に生じる権利だからである。右の、反対給付危殆化に際し先履行義務者に履行拒絶権を認める合意は、明示的である必要がなく黙示でもまたなしうることは、法律行為の解釈上当然である。そこで、信用売買契約の黙示条項として先履行義務者に不安の抗弁権が認められるならば、先履行義務者のそのような抗弁権の主張もまた、法律に直接の根拠をもたずとも有効になされう。問題は、そのような黙示的な合意が信用売買において認められるか否かということである。信用売買において先履行義務者が先履行を引受け、相手方に対して信用供与の約束をするのは、当然に相手方の後履行義務履行の財産的可能性を信頼した上でのことであり、かかる信用約束の前提として後履行義務者の債務履行の財産的可能性が予定されている。そこで、後履行義務者の財産状態が悪化して、先履行義務者の信用供与の基礎が喪失した場合には、給付と反対給付を相互に条件視しあつてゐる双務契約の本来の履行形態で

ある同時交換の原則にかえつて、双務契約の実質上の対価関係を維持しようとするのが一般取引の観点からみて合理的であり、かつそうしようとするのが取引社会における通常の意味であると認められるので、信用売買においては、その旨の明示の合意がない場合においても、黙示的に先履行義務者に不安の抗弁を認める合意があるものと推定される(6)。もつとも、この場合に後履行義務者の財産状態の悪化に際して履行形態を同時交換の原則に復帰させる、といつても、それによつて双務契約の実質的対価関係を維持すればよいのであるから、推定的意思としては、先履行義務者の担保供与なしの先履行拒絶権を認めればよく、後履行義務者の期限の利益の喪失までも意図するものではない。けだし、自己の債務の履行期に重大な利害を持つている後履行義務者の利益と自己の債権担保のために不安の抗弁権を必要とする先履行義務者の利益は、ここにその調整点をみつかるからである。この黙示の合意は、反対給付取得の危殆化に際して双務契約の実質的対価関係を維持するために、先履行義務者に担保的意味のみを持つた(6)履行拒絶権を認めようとするものであるから、後履行義務者の財産状態が悪化しても、その債務の履行が後履行義務者の人的責任以外のもので十分担保されていれば、先履行義務者に履行拒絶権を認めるものではなく、また後日後履行義務者の財産状態悪化に際して、先履行義務者に当然の契約解除権を認めるのも、取引者の通常的意思に合致しないであろう。

信用売買において、不安の抗弁権の黙示的合意が解釈論上認められることができるとするならば、かかる黙示的合意の内容をなす不安の抗弁権の要件及び効果を、以下でできるだけ具体的に検討してみよう。勿論そこでは、実際は、売買契約の履行における信義誠実原則の具体的適用が問題となつているのであるが。

信用売買においては、後履行義務者は、相手方の先履行が当初約定の履行期になされるものとの信頼の下に経済取引を行なっているので、先履行義務者の履行拒絶権は、厳格な要件の下に認められるべきである。

(1) 後履行義務者の財産状態の劣悪

後給付義務者が、その財産状態の劣悪の故に、自己の債務の履行期において一般取引觀念上その債務の履行のなさないことをもつてこの要件を充足させる。財産状態劣悪の判断に際しては、後履行義務者の積極、消極財産の額のみならず、その流動性、信用力等が考慮される。支払不能、支払停止、その財産に対する強制執行の不奏効、手形の不渡による銀行取引停止処分等の事情がある場合には、この要件を充たすものといえる。なお、後履行義務者の財産状態がいつたん悪化したかその後好転して履行期におけるその債務の履行が可能となつた場合には、先履行義務者は、もはや不安の抗弁権を援用することができない。

(2) 売買契約締結後の財産状態悪化

事情変更の原則の一適用として、先履行義務者の不安の抗弁権を認めようとする見解は、当然のこととして、不安の抗弁権の発生要件として、売買契約の締結後、後履行義務者の財産状態が悪化したことをかかげる。契約締結の際、既に後給付義務者の財産状態が劣悪な場合には、先履行義務者の救済を錯誤による無効、詐欺による取消の制度に求めることがこの考えに対応している。かかる見解によるときは、後履行義務者の財産状態劣悪が契約締結時既に存在したか、契約締結後発生したかによつて實際上次のような相違をもたらす。

(a) 錯誤による無効、詐欺による取消の主張が許される場合には、先履行義務者の側から直接、積極的にその主張をして契約関係を解除することができるのに対して、不安の抗弁権の主張が認められる場合には、後履行義務者は、担保提供、自己の債務の履行と引換えに先履行義務者から債権の履行を請求できる。その意味で、不安の抗弁権が

成立する方が後履行義務者に有利である。

(b) 錯誤による無効、詐欺による取消の場合、先履行義務者は、契約の存続を主張しえないが、不安の抗弁権の成立が認められる場合には、先履行の危険なく契約の存続を主張できるので、その意味では、先履行義務者に有利である。もつともこの点は、後履行義務者の支払不能状態によつてあまり大きな意味をもたない。

ところで、このような、財産状態劣悪の存在時の相違に起因する異なつた取扱いは十分の根拠をもつものである。すなわち、後履行義務者は、契約締結後財産状態が悪化するれば、自己の債務の履行又は担保供与と引換えに相手方に対して履行の請求ができるが、契約締結時既に財産状態が悪化していればかかる請求が認められないとする合理的理由があるか。後履行義務者に自己の財産状態についての詐欺が認められるならば、その者の履行請求を拒否してもよいが、そうでないなら右の区別は、理由がない。もちろん、後履行義務者の財産状態についての先履行義務者の錯誤が重過失に基づく場合には、不安の抗弁権は認められるべきでない。このことは、不安の抗弁権を双務契約における実質的対価関係維持のために認められた制度と解する以上、重過失なき錯誤の場合には、そのような対価関係の維持は、考慮されねばならないことより、肯認される。結局、不安の抗弁権の要件としては、契約締結後の財産状態悪化をその要件とすべきではない。

### (3) 先履行義務者の債権の危殆化

不安の抗弁権は、先履行義務者の債権の担保のために認められるものであるから、後履行義務者の財産状態がいかに悪化しても、その債権の履行が十分に確実視される場合には、その必要性をみない。したがつて、先履行義務者が自己の債権につき十分な物的担保をもち、あるいは、財産状態の健全な第三者との間に保証契約を締結し、かかる第三者を振出人とする約束手形、引受人とする為替手形をその債権の履行につき取得している場合には、不安

の抗弁権は発生しない。もつとも、この関係で動産先取特権や所有権留保売買の約定の存在は、他の物的担保と同視すべきではない。財産状態悪化に際して債務者が担保物を占有する場合には、それは十分な担保的機能をはたさないからである。これらの要件の立証責任の分配については、抗弁権援用者の側で(1)の要件を、先履行請求権者の側で(3)の要件を立証すべきである(16)。

### (三) 効果

#### (1) 先履行の拒絶

右の要件を充足する場合、先履行義務者は、反対履行の実行あるまで自己の債務の履行を拒絶することができる。すなわち、先履行義務者は、双務契約の本来的履行形態である同時履行の抗弁権を有する。もちろん、この先履行拒絶権は、先履行義務者の債権担保のために認められるのであるから、相手方から十分な担保が提供されるならば消滅する(17)。後履行義務者の財産状態が悪化しても、その債務の履行が十分の担保により確保される場合、不安の抗弁権は成立しないが、そうである以上、一旦成立した抗弁権も後日の担保提供により消滅するのは当然である。

#### (2) 後履行義務者の期限の利益喪失

民法一三七条一号は、債務者が破産の宣告を受けたときは期限の利益を喪失する、と規定するが、後履行義務者の財産状態悪化が破産にまで至らない場合には、いまだ後履行義務者は期限の利益を失わず、その約定履行期の到来までは、先履行義務者は、その債権の履行を請求しえないものと解すべきである。ただし、そう解するのが、後履行義務者の有する期限の利益を保護するゆえんであり、先履行義務者は、自己の先履行の拒絶によつてよくその債権担保の目的を達することができるからである。

## (3) 担保供与請求権

先履行義務者は、相手方から十分な担保供与があるまで自己の先履行を拒絶することができれば、その債権担保としては十分であつて、さらに相手方に対して積極的に担保供与請求権を持つ必要がない。もし、このような担保供与請求権を先履行義務者に認めるとすれば、担保供与請求後、適時に担保が供与されない場合には、後履行義務者は、民法一三七条三号の、担保を供する義務を負う場合において之を供せざる債務者に該当するものとして期限の利益を喪失し、それ以後は、先履行義務者は自己の債務の提供をして相手方の債務の履行を請求し、相手方に履行なきときは契約を解除することができる。

もつとも、後履行義務者の財産状態悪化にも拘わらず、相手方は、つねに担保供与を請求することができない、というのにも問題がないわけではない。商品検査後代金支払の約束がある場合のように、先履行のなされない限り後履行債務の履行期が到来しない信用売買においては、同時履行の抗弁権は永久に認められず、この見解によると、先履行義務者は、自己が一旦先履行をするのでなければ契約関係を解除することができないが、それは不当である。従つてこのような同時履行の抗弁権の発生が時間の経過にもかかわらず認められない信用売買にあつては、先履行義務者は、後履行義務の履行の一応の約定時期<sup>(14)</sup>経過後は、担保供与請求ができ、請求後適時に担保供与がなされない場合には契約を解除でき、と解すべきである。もつとも、この場合の契約解除は、後履行義務者の本来の債務不履行(相手方の先履行のない限り、債務不履行は生じない)に基づくものではないから、損害賠償請求(民法五四五、五四五)を伴なわないものと解すべきである<sup>(14)</sup>。

## (4) 契約の解除

かかる場合に先履行義務者に契約解除権を認めるべきかについては、(a)相手方の財産状態悪化によつて先履行義



§373, Planck-Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome X 2. éd. 1956, p. 180, note 4 参照。

(c) Wirthinger, a. a. O., *Ann.* 47 zu Vorbern. vor §373, Planck-Siber, *Recht der Schuldverhältnisse*, 4. Aufl., 1914, S. 363, Planck-Ripert, *op. cit.*, tome X, p. 180, note 4, Oser-Schämenberger, *Das Obligationenrecht*, 2. Aufl., 1929, Bern, zu Art. 83, Nr. 10 参照。

(c) Adler, *Die Vermeidung des Vorleistungspflichtigen und des Nachleistungspflichtigen bei gegenseitigen Verträgen*, I. 2, Sp. 825 f. は「ドイツ民法の解釈と適用」次のように述べて、契約締結時既に後履行義務者の財産状態が悪化している場合には、相手方が錯誤による取消の主張（ドイツ民法一九条二項）が許されるが、不安の抗弁権が成立するためには、財産状態の悪化が契約締結後生じたことを要する、との見解によると、財産状態の悪化が契約締結時に存する場合には事後悪化の場合に對して實際上、次の違いがみられるという。(a)錯誤による取消の場合、先履行義務者が直接イニシヤティブをとれるが民法三二一条の場合はそうでない。(b)錯誤による取消は担保の供与によつて排斥されないが、履行拒絶権はそうではない。その意味で、先履行義務者は、錯誤による取消を主張する場合は相手方の利益を害する。(c)錯誤による取消の場合、先履行義務者は、契約の存続の主張ができないので不利である。(d)錯誤による取消の主張は之を遅滞なくしなくてはならないが、不安の抗弁権については、その主張に時間的制限がない。しかし以上の区別は理由のないものであるので、後履行義務者に詐欺がある場合には、相手方は取消しうるが、そうでない場合には財産状態の悪化が既に契約時に存在していても、先履行義務者は不安の抗弁権を援用できると解するべきである。もちろん、先履行義務者の錯誤が許しがたい場合（*unentschuldigbar*）には、そのような保護は必要ではないが。

(9) Adler, a. a. O., Sp. 823 参照。

(11) *Restatement of the Law of Contracts*, 1932, §287 (1), Planck-Siber, a. a. O., S. 364 参照。代担保提供による留置権の消滅（民法三〇一条）に対応するものである。

(12) 我妻・債権各論上九二頁、加藤・契約総論五七頁、区中「同時履行の抗弁権」民事法學辭典下一四九九頁参照。

(13) 例えは、売主が七月一日に商品を買主に引渡し、買主は商品検査後七月一日に代金の支払をするとの約定のある場合は、七月二〇日は、売主が七月一日に商品を引渡さない限り、当然に売買代金支払の履行期ではないが、この七月二〇日。

(14) Gubl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 4. Aufl., 1948, S. 36, Oser-Schönenberger, a. a. O., Bem. zu Art. 83, Nr. 12 参照。

(15) 中田・破産法・和議法一〇二頁。

(16) 我妻・債権各論上八四頁参照。

(17) もつとも、そういいきつてしまつてよいかは今日の信用売買の事情から必ずしも問題がないわけではない。すなわち代金後払の信用売買においては、買主は、まず売主から引渡された商品を利用してその利用によつて得た財貨でもつて売主に対する売買代金債務を履行することが多く、かかる場合においては通例売主が商品を引渡さざる限り、買主は、売買代金を支払うことができないことが多く、また当事者間においては、買主は、売主から引渡された商品を利用して取得した財貨をもつて売主に対する売買代金債務を履行する、との黙示の合意が存在することもありうるが、そうであるなら、買主の財産状態が悪化して買主が売主から商品の引渡をうけても、その商品を利用して取得した財貨でもつて売主に対する売買代金債務を満足させることができない、といったような場合には、売主には履行拒絶権ではなく、契約解除権が認められるとするのが当事者の意思ないし利益状態により合致するのではないだろうか、という気がする。しかし、一般的には、本文のような解決でよいのではないかと思つており、買主の商品利用による財産によつて売主に対する売買代金債務の履行をするとの黙示の合意がある場合のことについては、さらに熟考し「信用売買の解除」のテーマの下に検討してみたい。