The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ドイツにおける信用不足条項の規制と不安の抗弁権の規定
Author(s)	松井, 和彦
Citation	阪大法学. 2013, 63(2), p. 101-139
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/67933
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

ドイツにおける信用不足条項の規制と不安の抗弁権規定

松井和彦

一　はじめに
二　ドイツ法における約款の内容コントロールと信用不足条項
三　三二一条の要件を変更する信用不足条項の有効性
四　三二一条の法律効果を逸脱する条項の有効性
五　信用不足条項の規制にみる「不安の抗弁権」規定の基本思想
六　むすびに代えて

一　はじめに

伝統的通説によれば、不安の抗弁権は、事情変更の原則の一具体例であるといわれてきた。これに対して、筆者はこれまで、この見解に疑問を投げかけ、不安の抗弁権の理論的根拠に関するいくつかの論稿を公表してきた。(1) 本稿は、不安の抗弁権の解釈論的根拠について、約款規制の視点から検討を加え、私見を補強することを試みるものである。

ドイツにおいては、先履行権利者たる顧客の信用不足を理由に先履行義務者たる約款使用者に解除権等の法的救

済手段を付与する約款条項（信用不足条項 Kreditunwürdigkeitsklausel）の有効性をめぐって、判例・学説の展開がみられる。すなわち、このような約款条項は、不安の抗弁権規定（BGB三二一条。以下、単に「三二一条」という。）を逸脱することがあり、このことが約款の内容コントロールの観点から許容されないのではないかという問題である。この問題を判断するため、判例・学説においては、当該約款条項と三二一条との比較が行われ、さらに約款によって同条を変更することが許される部分とそうでない部分との区別が行われている。後者の部分は、三二一条の基本思想に深く関わるため、個別の合意を伴わない約款によって一方的に変更することが禁止されるのである。このように、信用不足条項の規制をめぐる議論を通じて、三二一条の基本思想を窺い知ることができる。

そこで、本稿では、この問題をめぐるドイツの議論を紹介し、この作業を通じて[2]、第一に、三二一条の基本思想を確認すること、第二に、そこから演繹される同条の中核的な要件・効果を確認することを目的とする。

二　ドイツ法における約款の内容コントロールと信用不足条項

1　ドイツ法における約款の内容コントロールの概要

信用不足条項の有効性をめぐる議論を概観する前提として、必要な限度において、ドイツにおける約款規制に関する法規定を確認しておく。

ドイツにおける約款規制は、一九七七年に約款規制法（Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen：AGBG）が施行されて以降、同法によって担われてきた。二〇〇二年の債務法改正によって同法の内容がBGBの中に取り込まれ、現在ではBGBがその役割を引き継いでいる。その際、少なくとも約款の内容コントロールに関する規定については、AGBGの規定がほぼそのままの形でBGBに取り込まれた[3]。

そこで、はじめに、ＡＧＢＧの規定を中心に、約款の内容コントロールの概要を確認しておく。

ＡＧＢＧは、八条ないし一一条で約款の内容コントロールに関する準則を定めていた。このうち、八条は内容コントロールが及ぶ範囲を定めており、九条ないし一一条が内容コントロールに関する準則の本体である。これらの規定は、三層構造をなしていた。第一に、個別に評価する余地がなくそれ自体で直ちに無効とされる約款条項のリストである（評価可能性のない条項：一一条）。第二に、それ自体で直ちに無効とはされないものの、内容いかんによっては無効とされることがある約款条項のリストである（評価可能性のある条項：一〇条）。第三に、一般原則である（九条）。これは、一〇条および一一条の無効条項リストの理論的根拠を提供すると同時に、一〇条各号に該当する約款条項について有効性の判断基準を提供し、さらに、両規定のリストのいずれにも該当しなくても約款の内容コントロールに関する一般原則に照らしてある約款条項が無効とされることがあり得ることおよびその際の判断基準を定めている。(4)

このような枠組において、三二一条を拡張する約款条項が抵触すると考えられる無効リストは、次のとおりである。

第一に、一一条四号は、約款使用者が相手方に付加期間を設定しなければならないことが法規定によって定められている場合に、これらを不要とする条項を挙げている。債務者に履行期の到来を明確に認識させ給付をする最後の機会を認めることが法の要請であり、約款によってこれを奪うべきではないからである。(5) 三二一条との関係では、債務法改正以前の判例・学説によれば、先履行義務者が三二一条一項に基づいて給付拒絶権を適法に行使した後、付加期間を定めて反対給付の実現または担保供与を求めることができ、この期間を徒過した場合には契約を解除することができると解されていた。(6) そこで、これらに反して約款使用者に無催告解除権を付与する約款条項は、一一

条四号に該当する恐れが生じる。

第二に、一〇条三号は、不当な解除権留保条項を挙げる。すなわち、客観的にみて正当な理由および契約上明示された理由なく、約款使用者からその給付義務を解放する権利を約款使用者に付与する条項である（ただし、継続的債務関係には適用しない。）。なぜなら、契約の解除を約款使用者の自由意思に委ねる条項は、「契約は守られるべし」原則の観点からも、相手方の契約利益保護の観点からも、正当と認められないからである。[7] さらに、約款使用者の不履行責任を減免する約款条項規制に関する規定を、任意の解除権留保条項によって潜脱することを防ぐためにも、このような内容コントロールが必要とされる。[8] 三二一条との関係では、同条および判例によって必要とされるよりも緩やかな要件の下で、約款使用者に契約解除権を付与する条項の有効性が問題となる。

第三に、九条一項は、約款条項が、信義誠実に反して約款使用者の相手方に不相当な不利益を被らせるときは無効であるとの一般原則を定める。この一般原則の中核的な判断要素である「不相当な不利益」の判断につき、同条二項は、二つの判断基準を定める。ひとつは、法規定の本質的な基本思想と一致しない形で法規定と異なる内容を定める約款条項である（九条二項一号）。いまひとつは、契約の性質から導かれる本質的な権利または義務を、契約目的の達成が危殆化されるほどに制限する条項である（同二号）。一〇条および一一条の無効条項リストに該当しない形で、約款使用者に有利に三二一条の要件・効果を拡張する約款条項の有効性は、すべて九条の下で判断されることになる。また、信用不足を理由に約款使用者に解除権を付与する条項が一〇条三号に該当するか否かを判断する際にも、九条（とりわけ二項一号）が基準となる。

以上、ＡＧＢＧにおける約款の内容コントロールに関する規定を概観したが、これらの規定は、二〇〇二年の債務法改正により、基本的にそのままＢＧＢに取り込まれた。ＡＧＢＧ九条がＢＧＢ三〇七条に、同一〇条が同三〇

八条に、同一一条が同三〇九条に、それぞれ相当する。このため、AGBGの下で展開されていた判例・学説による解釈論の大部分は、現行BGBの下においても三〇七条ないし三〇九条の解釈としてほぼそのまま妥当すると考えられている。(9)

2　信用不安条項の有効性をめぐる問題状況

二〇〇二年債務法改正前の三二一条（以下、「旧三二一条」という。）によれば、双務契約に基づいて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、反対給付の実現またはその担保の供与まで、みずからの給付を拒絶することができる。さらに、判例・学説によれば、これらの要件を満たし適法に給付を拒絶した先履行義務者は、反対給付の実現またはその担保の供与を求めて相当な長さの付加期間を設定することができ、この期間が奏効せずに経過した場合には、たとえ履行期到来前であっても契約を解除することができる。(10)

同条は任意規定であるから、個別の合意によって同条の適用を排除しまたは同条の内容を変更することは、可能である。(11) 問題となるのは、個別の合意を伴わない約款において、先履行義務者たる約款使用者に有利な形で三二一条を拡張する条項を設けることが許されるのか、である。裁判例においては、要件面において、反対給付請求権の危殆化に至らない信用不足のみで先履行義務者に法的権利を付与する条項や、信用不足が契約締結時すでに存在していた場合にも先履行義務者に一定の法的権利を付与する条項の有効性が問題視され、他方、効果面において、無催告解除権、損害賠償請求権、先履行義務の転換など、同条を越える効果を導く条項の有効性が問題視されている。

三　三二一条の要件を変更する信用不足条項の有効性

1　要件としての信用不足と反対給付請求権の危殆化

（1）初期の裁判例および学説

AGBG施行前の裁判例である【1】デュッセルドルフ上級地方裁判所一九七五年一一月一〇日判決[12]では、銅製の陰極に関する商人間の取引で使用された約款に、次のような条項が含まれており、その有効性が争われた。

「買主が負った代金支払義務の不履行または買主の財産状態悪化に関する情報は、売主に、何時でも契約を解除する権利、または買主が支払義務を先履行した場合にのみ目的物の供給を行う旨を主張する権利を付与する。」

判決は、本件条項を無効とはしなかったものの、右条項を「顧客の財産状態悪化ゆえに具体的な請求権の危殆化が存する場合にのみ解除権が認められると解すべきである」と判示した。さらに、本件条項からは、たとえ買主の財産状態悪化の事実がなくても、その旨の情報が存するだけで解除原因になるかのような解釈が可能であるが、約款作成者不利益の原則により、買主の財産状態悪化の事実が存在していなければならないと述べた。

本判決は、AGBG施行前の判決であるため、その後の裁判例とは法律構成の点で違いがある。しかし、信用不足を理由とする契約解除においては、財産状態悪化が現実に存在しこれによって反対給付請求権の危殆化が存することが不可欠であり、この要件を約款によって排除することを許さないという姿勢を明らかにしたことの先駆的な価値は大きい。

他方、AGBG施行直後の学説は、相手方の財産状態の本質的悪化を解除原因とする条項を、AGBG一〇条三号にいう解除の「正当な理由」に含まれるため原則として有効であると解していた[13]。ただし、客観的事実に基づか

ない財産状態悪化に関する単なる懸念や、財産状態悪化に関する些細な疑念を理由とする解除条項は例外的に無効になると解していた。[14] これに対して、このような条項を原則無効とする見解もみられたが、この見解は、付加期間の設定を不要としている点でＡＧＢＧ一一条四号に違反するため無効であるとしているにとどまり、財産状態の本質的悪化を解除原因とすることそれ自体を問題視していたわけではない。[15]

いずれにせよ、ＡＧＢＧ施行直後の時期においては、信用不足条項について詳細な検討を加えた学説はみられなかった。

（2）信用不足条項の有効性を検討する学説

やがて、学説において、旧三二一条が定める要件からの逸脱という観点から信用不足条項の有効性を論じる見解が現れる。フォン・ヴェストファーレンによれば、まず、顧客の「好ましくない（ungünstig, nachteilig）信用情報」を解除原因とする条項は、二つの観点から、ＡＧＢＧ一〇条三号に違反し無効と評価される。第一に、解除原因が契約中に明示的に列挙されているかどうかという観点である。「好ましくない」という概念は、価値判断の余地が広すぎるため、明確な意味内容を有しているとはいえず、約款中に解除原因が明示されていなければならないという一〇条三号の要件を満たさない。このことは、「代金支払が滞りがち」であることや、顧客の信用不足に関する判断が何らかの「報告」から導かれることを解除原因とする条項についても同様である。[16]

第二に、このような信用不足が解除原因として「正当な理由」にあたるかどうかという観点である。例えば、顧客の単なる「支払遅滞」を解除原因とする条項は、付加期間設定の要件を欠く点において一一条四号の観点からも無効であるが、一〇条三号の観点からも「正当な理由」とは解されない。[17]

これに対して、手形・小切手の支払拒絶証書が作成されたことを解除原因とする条項は、有効である。なぜなら、

この事実は通常、積極的債権侵害を構成するからである。もちろん、積極的債権侵害が常に法定解除権を正当ならしめるわけではないが、重大な違反と認められることの多い事情を解除原因とすることは「正当な理由」になる。[18] 顧客側の破産または和議手続の開始[19]、顧客の支払停止を解除原因とする条項も、有効である。これらの事情は、旧三二一条の下においても、財産状態の本質的悪化という要件を満たす事情と解されるからである。このような場合に、旧三二一条が規定している手続、すなわち反対給付の実現または担保供与の機会を顧客に与えることは、無意味と考えられるため、付加期間の設定は必要なく、無催告解除を定める条項も一一条四号に違反しない。他方、顧客の財産に強制執行が行われたことは、直ちに解除の「正当な理由」とはならず、事案ごとに個別事情を考慮する必要がある。[20]

さらに、相手方の信用不足に対する約款使用者の単なる主観的な懸念を解除原因とする条項も、一〇条三号の「正当な理由」を有するとはいえない。「正当な理由」になり得るためには、客観的事実による裏付けが不可欠である。[21] これに対して、相手方の信用不足に対する約款使用者の「正当な不安」を解除原因とする条項は、「正当な理由」を有する。なぜなら、「正当な」という文言は、当該不安が客観的事実によって裏付けられることを要求していると解され、この要件を満たすことを約款使用者が主張立証しなければならないからである。[22]

このようなフォン・ヴェストファーレンの主張は、先履行義務者たる約款使用者の信用不安が単なる主観的なものでは足りないことを指摘した点で重要な意義を有する。しかし、旧三二一条の基本思想に肉薄するまでには至っていなかった。

（3）判例の展開

AGBG施行後、次第に信用不足条項を無効とする下級審裁判例が現れるようになった。【2】ハム上級地方裁

判所一九八三年二月一八日判決[23]では、家具の小売販売に関する約款中に、「買主の信用の欠如または喪失」を解除原因とする条項が存在し、その有効性が問題とされた。

判決は、先履行権利者の財産状態が本質的に悪化した場合における旧三二一条の法律効果が先履行義務者たる約款使用者の正当な利益をも十分に考慮して定められていると述べたうえで、本件条項が、反対給付請求権の危殆化を要することなく一般的な信用の欠如のみを解除原因として挙げていることを指摘し、この点において、同条の本質的な基本思想（AGBG九条一項、二項一号）を逸脱していると判示した。

また、【3】デュッセルドルフ上級地方裁判所一九八四年四月一二日判決[24]では、システムキッチンの小売販売等に関する約款中に、買主の財産状態が著しく悪化した場合には売主が契約を解除することができる旨の条項が含まれており、その有効性が問題となった。

判決は、本件条項が、財産状態の本質的悪化にもかかわらず相手方が給付意思および給付能力を有する場合にも売主に解除権を付与している点において旧三二一条を著しく逸脱しておりAGBG一〇条三号に反すると判示した。

このような下級審裁判例の流れの中、【4】連邦通常裁判所一九八四年一一月二六日判決[25]は、この問題について一定の判断を示した。本件では、女性用衣料品メーカーXが小売業者Yとの間で行う商品供給契約において使用した約款中に、次のような条項が存在し、その有効性が問題となった。

「①買主が弁済期に達した代金の支払を遅滞した場合、②買主が期限を厳守して手形または小切手を決済しなかった場合、③買主の支払能力または信用に合理的な疑念が契約締結後に生じた場合には、売主は、その選択に従い、手形債権を含むすべての未払債権の現金払または担保供与のいずれかを、売主からの商品供給に先立って請求することができる。買主がこの請求に応じない間は、売主は、いかなる既存の契約に基づいても、以降の供給義務

を負わない。」〔注――傍点・番号筆者〕

この条項が定める法律効果については後述することにして、ここでは要件に焦点を絞ると、本判決は、売主の法的救済手段の成立要件として挙げられている①ないし③の関係について、次のように詳細な分析を行った。すなわち、本件条項には、二通りの解釈可能性がある。第一は、①ないし③が別個独立した選択的な要件であり（①ないし③のいずれかを満たせばよい）、それらが並列的に列挙されているにすぎないとの解釈である。この解釈によれば、①および②は、旧三二一条の内容を逸脱しているため、本件条項はＡＧＢＧ九条二項一号に基づき無効となる可能性がある。[26] 第二に、本質的な要件は③のみであり、①が③の「合理的な疑念」の例示であり、②が①の例示であるという解釈である。この解釈によれば、たしかに本件条項は旧三二一条の内容に近づく。しかし、それでもなお、本件条項は、買主の財産状態の著しい悪化によって反対給付請求権の危殆化が生じたことを要することなく、「合理的な疑念」のみを要件として給付拒絶権を付与する点において、旧三二一条を逸脱している。このような逸脱は、本件条項が不当であるとの結論を導くことがある。

このように、本判決は、給付拒絶権を定めた信用不安条項においても、反対給付請求権の危殆化を要件から外す条項が旧三二一条の基本思想に合致しないことを示唆した。もっとも、本判決は、後述するとおり、本件条項が効果の点において買主にとって不相当に不利益な内容になっており無効であるとして（ＡＧＢＧ九条二項一号）、本件条項の要件面における有効性について最終的な判断をしなかった。

（4）判例の確立

判決【4】が示唆したことを明確にしたのが、【5】連邦通常裁判所一九九〇年一〇月八日判決[27]である。事案は、リース会社Ｘと顧客Ｙとの間で締結された医療機器に関するリース契約の約款中に、①リース借主が支払を停止し

た場合、私的整理の手続または破産手続を申し立てた場合、リース借主に強制執行措置が開始された場合、手形・小切手拒絶証書が作成された場合、②リース借主の財産状態の本質的悪化または著しい危殆化を生ぜしめるその他の諸事情が存する場合に、リース貸主に無催告解除権を付与する旨の条項が含まれており、その有効性が争われたというものである。

判決は、まず、条項の①を有効と判示した。たしかに、条項の①は、旧三二一条の中核的な要件である反対給付請求権の危殆化を要件として明示していないが、列挙された具体的事情はいずれも、本質的な財産状態の悪化または危殆化の場合のみならず、同時に反対給付請求権の危殆化をも示唆するものだからである。[28]

他方、条項の②について、判決は、同条項を次のように解釈した。一般に、リース借主の財産状態悪化による反対給付請求権の危殆化の徴表としては、リース借主の支払停止、和議手続、破産手続、リース借主の財産に対する強制執行措置、手形・小切手の支払拒絶証書の作成が挙げられるが、これらは条項の①によって無催告解除原因として列挙されていることから、条項の②は、これら以外の「その他の諸事情」を理由とする財産状態悪化等を規定しているものと解される。しかし、条項の②にはその具体的な事情が列挙されていないため、条項の②から、反対給付請求権の危殆化が要件とされていることを読み取ることはできない。その結果、条項の②によれば、リース借主の財産状態が本質的に悪化しているけれどもリース料を支払うことができるという場合にも、リース貸主に無催告解除権が付与されることになってしまう。[29]

判決は、右の解釈を導く際、【6】連邦通常裁判所一九八四年六月六日判決の事案における約款条項[30]を紹介し、これとの比較検討を行った。これによれば、同判決で問題となった条項では、たしかに反対給付請求権の危殆化が明示的に要件として挙げられていなかったものの、その中で解除原因として挙げられた「経済状況の本質的な悪

化」の例として「リース借主に対する差押えの継続その他の強制執行措置が行われた場合、裁判上または裁判外で和議手続が開始された場合」が列挙されており、このことから、単なる財産状態の本質的悪化では足りず、これによって反対給付請求権の危殆化が生じることを要件としている旨が認識できる。これに対して、本件条項では、和議、破産、強制執行等の事由は、前述のとおり、条項の①において解除原因として規定されていたため、「財産状態の本質的悪化または著しい危殆化を生ぜしめるその他の諸事情」の例示とみることはできず、したがって一九八四年判決で問題となった条項と同様の解釈をすることはできないと述べた。

このような解釈を踏まえ、判決は、条項の②が、継続的契約の無催告解除に関する法規定の基本思想、および双務契約において契約の一方当事者の財産状態が本質的に悪化した場合における相手方の法的救済手段に関する法規定の基本思想に反すると結論づけた。すなわち、前者に関しては、継続的契約の無催告解除は、債権者において契約の維持が認容し得ないため契約遵守を破ることを正当と認められるほどの重大な特別事情が存することを要件としているが、反対給付請求権の危殆化を伴わない財産状態の本質的悪化は、右の「特別事情」に相当しないため、条項の②は解約告知に関する法規定の基本思想に合致しない。また、後者に関しても、旧三二一条は反対給付請求権の危殆化を要件としているため、条項の②は同条の基本思想にも合致しない、と。

このように、判決【5】は、信用不足を理由として約款使用者に法的救済手段を付与する条項においては、その要件は、一般的な財産状態悪化だけでは不十分であり、これによって約款使用者の反対給付請求権が危殆化したことが必要であることを明確にして、判例として確立させた。[31] 約款実務上、このことの意義は大きい。さらに、本稿との関係では、旧三二一条の基本思想を考えるに際して、この指摘は重要な意味をもつ。

判決【5】は、その後の判決においても踏襲される。

【7】連邦通常裁判所二〇〇〇年九月二七日判決[32]では、自動車メーカーおよびディーラー業界が作成する消費者への新車販売に関する統一約款の中に、買主が財産状態に関する宣誓に代わる保証（eidesstattliche Versicherung：§807 ZPO）[33]を行った場合には売主は買主に対して目的物の返還を請求することができる旨の条項が存在しており、その有効性が問題となった。

判決は、判決【5】【6】に依拠しつつ、買主の財産状態が本質的に悪化したことを解除原因として掲げる条項が有効とされるためには、そこで列挙されている解除原因が売主の反対給付請求権の危殆化を示すものである必要があることを確認した。そのうえで、判決は、本件条項について、債務者が開示保証（Offenbarungsversicherung）を行ったことは給付義務を履行する能力を有さず、少なくとも履行する意思を有しないことを示すと評価し、この場合には、反対給付請求権の危殆化が認められると判示した。そして、このような状況において売主が契約に拘束されることは通常、認容し得ないとして、本件条項はＡＧＢＧ九条二項一号に違反しないと結論づけた。

（5）その後の学説

その後の学説は、判決【5】を踏まえて展開していく。すなわち、信用不足条項が有効とされるためには、旧三二一条と同様、反対給付請求権の危殆化を要件に含んでいる必要があるとの理解が学説の間で広く共有されるようになる。[34]そのうえで、この要件を満たす具体的事実にどのようなものが含まれるのかについても検討が進んだ。これによれば、支払停止、裁判上または裁判外での和議手続の開始、破産の申立て、手形・小切手の支払拒絶証書作成が、反対給付請求権の危殆化を表すと評価される。[35]さらに、単なる支払遅滞が、直ちに反対給付請求権の危殆化を表すものではないという評価も、学説において異論がない。[36]「好ましくない信用情報」や「財産状態に関する好ましくない諸事情」を解除原因とする条項も、直ちに反対給付請求権の危殆化を表すものではないため、内容の不

明確性および解除原因の正当性という観点から無効であるとの評価が支配的となった。[37]

2　要件としての契約締結後の信用不足

信用不足条項の中には、信用不足が契約締結後に発生した場合のみならず、契約締結時すでに存在していた信用不足が締結後に判明した場合にも、約款使用者に解除権等の法的救済手段を付与するものがある。このような条項は、契約締結後の財産状態悪化の場合のみに先履行義務者に法的救済手段を認める旧三二一条を逸脱していたため、その有効性が問題とされた。

(1)　AGBG下の裁判例

【8】コブレンツ上級地方裁判所一九八一年三月一三日判決[38]では、デパートにおける顧客との間の商品の販売・修理に関する約款中に次のような条項が存在しており、その有効性が問題となった。

「契約締結後に、買主の信用不足を明らかにする諸事情が判明した場合には、売主は契約を解除することができる。」〔注――傍点筆者〕

判決は、AGBG一〇条三号にいう「正当な理由」には、約款使用者において契約の維持が認容し得ないような事情、とりわけ顧客の領域に存する事情が含まれるとの一般論を述べたうえで、信用取引、注文取引、売掛取引においては、顧客の信用不足がこれに属すると述べた。すなわち、約款使用者はしばしば、特に高価な商品の場合には、見本だけを見て注文された商品を調達しなければならないため、顧客の信用不足によって契約の履行が著しい困難を必然的に伴うと予測される場合には、約款使用者がこのリスクから解放されるべきである、と。したがって、信用取引においては、「信用不足を明らかにする諸事情が判明したこと」は、解除原因として「正当な理由」を有するとして、本件条項を有効であると結論づけた。

これに対して、【9】カールスルーエ上級地方裁判所一九八一年四月八日判決[39]は、正反対の結論を導いた。この判決では、建物の屋根やひさしの販売および組立を業とするYが使用する約款中に、次のような条項が存在しており、その有効性が問題となった。

「注文者の財産状態または信用に関して、事後的に好ましくない諸事情が判明した場合には（強制執行措置の不奏効、裁判上または裁判外の和議手続の開始、破産手続開始の申立てなど）、請負人は、契約を解除し、または契約に従った給付または供給の提供を約定報酬の前払に係らしめることができる。」〔注――傍点筆者〕

判決は、AGBG九条二項一号の観点から本件条項を無効であると判示した。その際、本件条項が、契約締結時すでに存在し後になって判明した財産状態悪化の場合にも約款使用者に法的救済手段を付与している点や、給付拒絶権ではなく解除権を、担保供与または引換給付によって約款使用者に契約を維持する可能性を相手方に認めることなく付与している点など、旧三二一条を逸脱して相手方に不相当な不利益を課すものであることを指摘した。

ただし、本判決は、本件条項が要件・効果のさまざまな点において旧三二一条を逸脱していることを総合的に考慮して同条の基本思想に合致しないと結論づけたのであって、契約締結時すでに財産状態が悪化していた場合にも約款使用者に法的救済手段を付与したことのみを理由としたものでないことに注意をする必要がある。

また、前掲判決【2】[40]では、「買主の信用の欠如」〔注――傍点筆者〕を解除原因とする条項が、契約締結時すでに存在していた信用の欠如にも解除権等を付与しているため、この点においても有効性が問題となった。

判決は、次のように述べて、AGBG九条二項一号に反すると結論づけた。すなわち、約款使用者は本来、契約締結前に顧客の信用について把握すべきであるにもかかわらず、本件条項によれば、これを怠ったとしても、契約締結後に顧客の支払能力を審査し不十分だと判断すれば契約を解除することができることになってしまうが、これ

は、旧三二一条の本質的な基本思想である事情不変更原則（clausula rebus sic stantibus）と矛盾する、と。

このように、本判決が問題視したのは、本件条項によれば契約締結前に信用について調査を怠り漫然と契約を締結した約款使用者が後になって当初からの信用不足を理由に契約を解除できてしまう点である。このような本判決の立場によれば、約款使用者が事前の調査を適切に行ったにもかかわらず認識し得なかった事情がある場合を解除原因に含めることは旧三二一条の基本思想と必ずしも矛盾するものではないことになる。

このように、下級審裁判例の立場にはばらつきがみられた。

（2）学説

学説においては、このような条項を原則として無効としつつも、一定の限度で有効とする見解が有力に主張された。これによれば、信用取引に入ろうとする者は本来、契約締結前に相手方の信用を調査すべきであって、その判断の誤りや調査不足のリスクをみずからが負担すべきであるにもかかわらず、右のような条項は、事前の信用調査を怠ってよいことを意味することとなるので、このような解除原因は原則として「正当な理由」とは認められない。[41] ただし、契約締結時における相手方の信用不足に関する事情が、約款使用者の責めに帰することのできない事由によって認識できなかった場合に約款使用者に解除権を付与する条項は、このことが当該条項から明らかな場合に限り、AGBG一〇条三号に違反しない。なぜなら、このような条項は、帰責事由の不存在に関する主張立証責任を約款使用者に負わせているため、この証明に成功した約款使用者に解除権を付与することは「正当な理由」にあたると解されるからである。[42]

このような見解は、旧三二一条の下において同様の解釈論が有力に主張されていたことに加えて、[43] EKG七三条やCISG七一条において財産状態悪化等が契約締結後に「判明」したことで足りると規定されていたことにも影

響を受けたものである。[44]

3　虚偽申告条項の有効性

契約締結時すでに信用不足が生じていた場合にも約款使用者に法的救済手段を付与する条項と部分的に重複する約款条項として、いわゆる虚偽申告条項と呼ばれるものがある。これは、契約締結に際して、顧客がみずからの情報について事実に反する内容を申告したことを理由として約款使用者に解除権を付与する条項である。ここでは、財産状態の事後的な悪化が直接に問題となるわけではないが、顧客がその財産状態に関する虚偽または不正確な情報を申告したことが解除原因に含まれるため、旧三二一条との関係が問題となり得る。

【10】連邦通常裁判所一九八四年一〇月三一日判決[45]では、家具の小売販売に関する約款中に、買主がその属性、または信用の基礎となる事情に関して不正確または不完全な申告をした場合に売主に解除権を付与する旨の条項が含まれており、その有効性が問題となった。

判決は、第一に、本件条項が「買主の属性」に関する虚偽申告を解除原因としていることを指摘して、この部分をAGBG一〇条三号に違反するため無効であると判示した。なぜなら、ここには、例えば買主の誕生日のように、契約の成立および履行に関係のない事情に関する不正確な申告も含まれるが（とりわけ、本件条項では、この文言の直後に「または信用の基礎となる事情」との文言があるため、「買主の属性」がこれ以外の事項を含んでいることは明らかである）、このような事由は、約款使用者がいったん引き受けた契約上の義務を免れる正当な理由にはならないからである。[46]

第二に、本件条項が「信用の基礎となる事情」に関する虚偽申告を解除原因としている点に関して、判決は、このような条項を有効と判示した。なぜなら、約款使用者たる売主は、買主の支払能力に関して買主自身から提供さ

れた情報が信頼できることに対して正当な利益を有しているところ、契約締結にとって重要な判断材料について買主が虚偽の申告をしたことは、将来における買主の契約遵守に合理的な疑念を生ぜしめるからである。

その際、判決は、解除原因として正当と認められるのは、虚偽申告の対象が、信用の「基礎となる」事情に限られるべきである（そして、本件条項は、この観点からも解除原因を適切に限定している）とも述べている。言い換えれば、かりに事実が申告されていたとしても同様に信用を招来したと評価されるほど事実との食い違いが些細である場合には、虚偽申告された事情は、信頼の基礎となったとは言えないため、本件条項の解除原因にあたらないことになる。

最後の点について、より具体的に述べたのが、【11】連邦通常裁判所一九八五年六月三日判決[47]である。本件では、システムキッチンの小売販売等に関する約款中に、買主がみずからの財産状態に関して虚偽の申告をした場合に売主に契約解除権を付与する旨の条項が含まれており、その有効性が問題となった。

判決は、本件条項を一〇条三号に違反して無効であると結論づけた[48]。なぜなら、たしかに財産状態に関する虚偽の申告は、買主の将来における契約遵守に対する疑念を生ぜしめることがあり得るが、虚偽の申告が、真実との齟齬の程度が軽微であるため、あるいは当該契約との関連において、取るに足りないと認められる場合には、解除原因として「正当な理由」があるとはいえないからである。判決は、その具体例として、一〇〇〇マルクの目的物を購入するという契約において、顧客の月収が二九〇〇マルクであるのに三〇〇〇マルクであると申告した場合を挙げ、本件条項によれば、このような場合にも、約款使用者は契約を解除し得ることになってしまうが、これは妥当でないと述べた。

本判決は、一見すると、判決【10】（とりわけ第一の判示）と矛盾し、したがって同判決を変更したものである

かのようにみえる。しかし、本判決は、判決【10】とは異なる観点を提示したのであって矛盾するものではないことを明示している。すなわち、判決【10】では、重要度の低い事項はそもそも「信用の基礎となる事実」に該当しないため、当該条項の解除原因からこのような場合が除外されていたことが適切であるから有効であると判断された。これに対して、本件で問題としているのは、信用の基礎となる事実ではあるものの、虚偽の程度が小さいため、あるいは当該契約との関係において虚偽であることが影響しないため、取るに足りないと認められる場合があり得るのであって、このような場合を解除原因から適切に除外すべきである、ということである。例えば、先の例において、買主の月収それ自体は、信用の基礎となる事実である。しかし、二九〇〇マルクと三〇〇〇マルクとの差はごく小さなものであり、かつ、当該契約における代金が一〇〇〇マルクであることから、月収が二九〇〇マルクであっても三〇〇〇マルクであっても買主に対する信用評価に影響しないと考えられるため、このような虚偽の申告を解除原因にすべきではない、というのが本判決の趣旨である。

これまでみてきた虚偽申告条項の有効性に関する判例の立場は、次のように要約される。契約締結の判断に影響する事実に関する虚偽申告は、契約遵守に合理的な疑念を生ぜしめるため、このことを解除原因とする条項には、原則として正当な理由（ＡＢＧＢ一〇条三号）がある。他方、次の二つの場合には、正当な理由が認められない。第一に、当該契約において買主の信用と関連しない事実の虚偽申告を解除原因とする条項である。第二に、それ自体としては買主の信用の基礎となる事実の虚偽申告であっても、虚偽の程度が小さく当該契約の締結に影響しないと考えられる場合を解除原因に含める条項である。このように、虚偽申告条項においても、給付交換の実現または危殆化という観点から有効性が検討される。学説も、このような立場を支持している。(49)

4　債務法改正後の理論状況

前述のとおり、二〇〇二年の債務法改正は、約款の内容コントロールに関する実質的な規範それ自体に変更をもたらさなかった。しかし、信用不足条項の有効性を判断する際の基準となる三二一条には重要な変更をもたらした。[50] そこで、現行三二一条の下での理論状況を確認しておく。

(1)　反対給付請求権の危殆化の必要性

債務法改正により、三二一条一項では、給付拒絶権の要件たる危殆化原因が「財産状態悪化」から「給付能力の欠如」に拡大された。これに伴い、財産状態悪化以外の事由を列挙する条項も、それが給付能力の欠如を招く事由である限りにおいて、三二一条一項を逸脱していないため、有効とされる。

しかし、反対給付請求権の危殆化が必要であるという点において、AGBGの下で確立された判例・通説は、現行法の下でも維持されている。[51] このことを前提として、学説においては、解除原因として具体的事由を列挙する約款条項のうち、先履行権利者の財産に対する強制執行を解除原因とする約款条項の有効性をめぐって争いがある。すなわち、この強制執行をもって反対給付請求権の危殆化を示す事由とみることができるか否かである。一方では、強制執行が行われたことを反対給付請求権の危殆化の徴表であると解する見解がある。[52] 他方で、強制執行の不奏効を反対給付請求権の危殆化の徴表であるとする見解もある。[53] さらに、当該事案の個別事情を考慮して判断されるとの見解もある。[54] これは、強制執行の実施だけでは常に反対給付請求権の危殆化と判断されるとは限らないとの理解を前提としているものと思われる。

(2)　契約締結時すでに危殆化原因が存在していた場合への拡張

さらに、三二一条一項において、給付能力の欠如による反対給付請求権の危殆化が契約締結時すでに存在してい

た場合にも、給付拒絶権が認められることが明文で規定されるに至った。これにより、この限度において同様の内容を定める条項が三〇七条に照らして有効であることは明らかであるため、これに関する従来の議論の大部分は役割を終えたことになる。

しかし、判決【2】および債務法改正前の学説からは、現行法の下でも妥当する重要な示唆を得ることができる。それは、三二一条は、相手方の給付能力に関する調査不足のリスクを負うべきは先履行義務者であるとの原則を廃棄するものではなく、むしろこの原則を踏まえて解釈すべきだということである。その結果、給付拒絶権が認められるのは、事前の調査によって認識し得なかった事情が契約締結後に判明した場合に限られることになる。

四　三二一条の法律効果を逸脱する条項の有効性

1　無催告解除権を付与する条項の有効性

信用不足条項の中には、相手方の財産状態悪化など信用不足が生じた場合に、約款使用者に無催告解除権を付与するものがある。このような条項の有効性について、学説は、次のように述べて疑問を投げかける。すなわち、信用不足条項は、可能な限り旧三二一条および旧三二六条に即して作成されなければならないところ、[55] 旧三二一条は、先履行義務者がまだ先履行をしていない場合に限定して給付拒絶権を認めているにすぎず、同条に関する判例・通説は、適法な給付拒絶後に反対給付または担保供与のために設定された付加期間徒過後の解除権を認めているにとどまる。したがって、旧三二一条が想定している場面で無催告解除権を付与する条項はＡＧＢＧ一〇条三号に反し許されない。他方、先履行義務者が先履行をした場合には、解除権の要件を定めるのは旧三二六条であるから、同条よりも要件を緩和する条項はやはりＡＧＢＧ一〇条三号に反し許されない。要するに、旧三二六条二項に基づき

付加期間の設定が不要な場合および継続的契約における無催告の解約告知に関する法理が適用される場合を除き、原則として付加期間設定の手続が必要とされ、これを不要とする条項は無効とすべきこととなる。[56]

判例も、リース契約に関する判決【5】の事案のように、解除に先立つ催告ないし付加期間設定が法定の要件とされていない場合は別として、これらが法定の要件とされているにもかかわらずこれを不要とする条項は、事案ごとの個別の検討を経ることなく直ちに無効とされると解している（AGBG一一条四号）。信用不足条項においてこのことを明言した最上級審判例はみあたらないものの（判決【4】がこれを示唆するにとどまる。）、下級審裁判例はしばしば、信用不足条項の要件面における有効性の判断と合わせて、無催告解除権を付与する部分が一一条四号にも違反することを指摘している。[57]

2　その他の法律効果を導く条項の有効性

信用不足条項の中には、約款使用者に解除権を付与するもの以外にも、旧三二一条と同じく給付拒絶権を付与する条項、相手方の期限の利益を喪失させる条項、相手方に先履行義務を負わせる条項、さらには相手方に損害賠償義務を課す条項などがある。

これらの条項の有効性が問題となった最上級審判例は、前掲判決【4】である。[58][59] 問題となった条項を、今度は法律効果に着目して、いま一度示そう。

「買主が、弁済期に達した代金の支払を遅滞した場合、期限を厳守して手形または小切手を決済しなかった場合、買主の支払能力または信用に合理的な疑念が契約締結後に生じた場合には、売主は、その選択に従い、①手形債権を含むすべての未払債権の現金払またはこれに対する担保供与のいずれかを、②売主からの商品供給に先立って請求することができる。買主がこの請求に応じない間は、売主は、③いかなる既存の契約に基づいても、以降の供給

義務を負わない。」〔注――傍点・番号筆者〕

さらに、④買主が終局的に売主からの請求に応じない場合には、売主は履行されなかった債務額の二〇パーセントの金額を損害賠償として請求することができる旨の条項も存していた。[60]

判決は、本件条項の効果について、次のような検討を行い、AGBG九条二項一号に違反すると結論づけた。

第一に、給付拒絶権を定めた①および③について、判決は、旧三二一条と本件条項を次のように比較する。すなわち、旧三二一条は、給付拒絶権の消滅原因として、危殆化した債務のみの履行またはその担保の供与を挙げているのに対して、本件条項は、当事者間に存する別の契約に基づく債務についても現金払または担保供与をしなければ約款使用者の給付拒絶権が消滅しないとされており、この点において旧三二一条の法的救済手段を越えている。さらに、①および③によれば、別の契約に基づく弁済期未到来の債務、時効消滅した債務、売主たる約款使用者の瑕疵担保責任を理由に正当に支払を拒絶できる債務についても現金払またはその担保が供与されない限り約款使用者は供給を拒絶し得ると解されるが、これも旧三二一条が定める給付拒絶権の範囲を逸脱している、と。

第二に、②については、相手方の期限の利益を奪うだけでなく先履行義務をも負わせるものであり、当初の契約によって相手方が取得した先履行請求権を、旧三二一条の限度を越えて奪うため不相当であると述べた。

第三に、④については、旧三二一条の解釈論によれば先履行義務者に解除権が認められるにとどまるのに比して、本件条項はこれを越える権利を付与しているため、AGBG九条二項一号に違反する可能性があると述べ、さらに、付加期間の設定を要件としていない点で一一条四号に違反する可能性もあると述べた。[61]

その後、【12】オルデンブルク上級地方裁判所一九九一年一月一〇日判決[62]は、先履行義務を転換させる条項の不当性を具体的に指摘して、判決【4】と同様の判断を行った。この判決では、衣料品業界の統一約款中の次のよう

な条項が問題となった。

「買主が弁済期に達した代金の支払を遅滞し、またはその財産状態に本質的悪化を生ぜしめた場合には、売主は、既存のすべての契約に基づく未履行の供給のため、買主に対して、支払期限を喪失させたうえで、供給前の現金払を請求することができる。」

判決は、本件条項は、本来の契約によれば売主が先履行義務を負うところを、買主の支払遅滞または財産状態の本質的悪化を要件として、先履行義務を逆転させて買主にこれを負わせることを定めたものであると述べたうえで、このような効果を伴う本件条項をＡＧＢＧ九条二項一号に違反し無効であると判示した。なぜなら、買主たる販売業者はしばしば、売主たるメーカーから仕入れた商品を転売して得た収益をメーカーに対する代金支払の原資にすることを計画しているところ、本件条項のように先履行義務を売主から買主に転換することは、買主に不必要な追加的負担を強いることになり不当だからである。

3　債務法改正後の理論状況

債務法改正により三二一条に二項が新設され、同条一項に基づいて適法に給付を拒絶した先履行義務者は、反対給付の実現または担保供与のための付加期間を設定することができ、この期間が奏効せずに経過した場合には、契約を解除することができることとされた。この規定は、判例・通説によって承認されていたことを明文化したものであり、[63] 規範それ自体に実質的な変更はない。したがって、契約解除につき付加期間手続が必要とされる場面においてこれを不要とする条項については、ＡＧＢＧの下での議論がそのまま妥当し、三〇九条四号に違反し無効とされる。[64] ただし、継続的契約に関しては、留保が必要である。三〇八条三号とは異なり、三〇九条四号は継続的契約にも適用されるが、即時解約告知の法理の範囲内である限りにおいて、約款使用者に無催告の解約告知権を付与す

る条項は妨げられない。[65] この点については、判決【5】が踏襲されている。

他方、三二一条一項二項を越えて先履行義務者に有利な法律効果を導く条項は、無効とされる恐れがある。【13】クレフェルト地方裁判所二〇〇八年三月二八日判決[66]は、判決【12】と同様の衣料品業界統一約款条項について、同判決を引用しつつ、これとほぼ同様の理由を述べて、本件条項が三二一条の本質的な基本思想と合致しないため三〇七条二項一号に違反し無効であると判示した。本判決では、債務法改正によって内容的な変更を経た現行三二一条に照らしても、先履行権利者の支払遅滞または財産状態悪化を理由に先履行義務を転換する条項が無効とされることが確認されている。その際、とりわけ重要なことは、本判決が、第一に、債務法改正により三二一条二項において付加期間設定を経た契約解除権が明文で規定されるに至ったこととの関連において、先履行義務者の利益はこれによって十分に保護されていると明言したこと、第二に、三二一条の下では先履行義務者からの引換給付請求を否定すべきである旨の改正作業における議論を引用して、この議論が信用不足条項の有効性判断にも反映されることを確認したことである。

また、本件条項が買主に損害賠償義務を課している点についても、本判決は、三二一条を著しく逸脱しており無効であると判示した。

要するに、債務法改正後も、従来の判例は維持され、三二一条および同条に関する判例法理を越える法律効果を先履行義務者たる約款使用者に付与する条項は無効と判断される可能性が高い。

五　信用不足条項の規制にみる「不安の抗弁権」規定の基本思想

1　ドイツ判例・学説の整理

これまでみてきたように、判例は、債務法改正の前後を通じて、三二一条および同条に関する判例法理によって認められているものよりも要件を緩和したり、広範な内容の法的救済手段を約款使用者たる先履行義務者に付与したりする条項を無効としている。なぜなら、これらの条項は、三二一条および同条に関する判例法理の本質的な基本思想に合致しないため相手方に不相当な不利益を生ぜしめると評価されるからである（ＡＧＢＧ九条二項一号、ＢＧＢ三〇七条二項一号）。その際、判例は、ＡＧＢＧ九条ないし一〇条（ＢＧＢ三〇七条ないし三〇八条）に基づき当該条項の内容を個別に評価したうえで無効という結論を導いている。しかし、結果的には三二一条の規定または判例法理を拡張する条項をすべて法規定の本質的な基本思想に合致しないと評価し無効と結論づけている。つまり、判例は、約款条項によって約款使用者に有利に三二一条を変更する余地をほとんど認めていないのである。

具体的には、要件に関しては、第一に、反対給付請求権の危殆化を要件に含めない条項は、無効とされる。なぜなら、この要件は、三二一条の本質的な基本思想、すなわち、反対給付を受けられないことが明らかなまま給付を強いられることによって生じる不利益から先履行義務者を保護することが、給付の交換を目的とする双務契約の当事者の公平に適うとの考えに根ざしているからである。

第二に、現行法の下では、契約締結時に存在していた危殆化原因が契約締結後に判明したことを要件とする条項も、当然に有効である。ただし、「判明」の解釈として、契約締結に際して、先履行義務者が相手方の信用状態について適切な調査を行ったにもかかわらず認識できなかった事情が契約締結後になってはじめて判明したと評価さ

れる場合に限定される。なぜなら、各契約当事者は相手方の信用状態について十分な調査をせずに契約を締結したことに伴うリスクを負担すべきことが原則であり、三二一条はこの原則を変更することを意図したものではないからである。三二一条は、この原則を維持しつつも、①契約締結前に存在しなかった事情、または②契約締結前に存在していたものの十分な調査によっても合理的にみて認識し得ないと評価される事情を原因とする給付の交換の不達成から先履行義務者を保護することを意図しているにすぎない。

他方、効果に関しては、先履行義務者に付与することが認められる法的救済手段は、三二一条に定められているものおよび判例・通説により承認されているものに限定される。すなわち、第一次的に給付拒絶権、第二次的に、給付拒絶権行使後に付加期間設定を経た解除権のみである。これを越える強力な法的救済手段、例えば、無催告解除権、先履行義務の完全な消滅、先履行義務の転換などは、先履行義務者を過度に保護するものであり、三二一条の本質的な基本思想を逸脱すると評価される。さらに、先履行義務者に損害賠償請求権を付与することも、同条の本質的な基本思想を逸脱するため、認められない。

ただし、先履行権利者の信用不足が、いわゆる履行期前の履行拒絶や履行期前の契約違反の要件（BGB三二三条四項）を満たすと評価される場合、または継続的契約においては即時の解約告知権の要件を満たすと評価される場合には、BGBの規定および解釈によれば先履行義務者に無催告解除権が認められるため、約款条項において同様の権利を約款使用者に付与することが、約款の内容コントロールの観点から許容されることは明らかである。

このような判例の立場は、学説においても概ね支持を得ている。[67] 学説においては、三二一条に規定されていない内容を含むが有効と評価される条項の例として、付加期間の長さを具体的に定めるもの――それが合理的な長さである限りにおいて――が挙げられている程度である。[68] その他、裁判例によれば、反対給付請求権の危殆化を表す具

体的事情を列挙する条項も、当該事情が合理的なものである限りにおいて、有効と解される。

2　三二一条の本質的な基本思想

右のような判例・学説を通じて、三二一条の本質的な基本思想を窺い知ることができる。

第一に、三二一条の給付拒絶権が、両債務の対価的関係という双務契約の基本構造によって基礎づけられることである。信用不足条項の有効性をめぐる判例・学説が、反対給付請求権の危殆化、すなわち給付の交換の危殆化を不可欠の要件としていること、法律効果として無催告の解除を認めていないことは、このことを示している。

第二に、先履行の合意によって先履行義務者が引き受けたリスクの範囲に関する理解である。先履行の合意により、先履行義務者は、みずからが先に給付しても後から反対給付を受けられないリスクを負うことになる。このリスク分配を、個別の合意を伴わない約款条項によって修正することは当事者の意思に反し許されない。約款条項による先履行の合意の修正が許容されるのは、当該合意によってリスク分配を行っていない事由が生じた場合である。このように考えると、本稿でみた判例・学説の根底には、次のような理解が存すると考えられる。すなわち、反対給付請求権の危殆化に至らない軽微な不安を生ぜしめる事由の発生は、先履行後に当該不安が深刻化して反対給付を受けられなくなるリスクを内包するが、先履行の合意によって先履行義務者がこのリスクを引き受けたと解されるため、約款条項によってこれを修正することは認められない。これに対して、反対給付請求権の危殆化をもたらす深刻な不安を生ぜしめる事由が先履行義務の履行期到来の時点ですでに判明している場合において、それでもなお先履行を行い反対給付を受けられなくなるリスクについては、先履行の合意によって先履行義務者が引き受けたと解されない。このため、約款条項によってこれを修正することが許容されるのである。

第三に、先履行義務者が引き受けていないリスクである反対給付請求権の危殆化の判断は、厳格に行われるべき

ことが三二一条の要請だということである。このことは、信用不足条項に列挙された具体的事由が反対給付請求権の危殆化を招来するものであるか否かを厳格に判断する判例・学説の態度から明らかである。これによれば、反対給付請求権が金銭債権の場合には、破産・和議手続の申立て、手形・小切手の不渡りが、相手方の支払不能を示す典型的な徴表となろう。これに対して、強制執行については、場合分けが必要である。相手方の財産に対する強制執行の申立てがあっただけでは、当該相手方の支払不能を示すものとはならないが、強制執行が不奏効に終わったことは、支払不能を示す事情と評価することができよう。さらに、強制執行により反対給付請求権の全額について満足を受けられる見込みがないと認められる場合には、強制執行の不奏効が現実のものになる前の段階であっても、反対給付請求権の危殆化が肯定されよう。要するに、強制執行によって反対給付請求権の全額が満足を受けられると見込まれるか否かが、反対給付請求権の危殆化を判断するための重要なメルクマールになる。

六　むすびに代えて

三二一条で定められている要件および効果は、先履行権利者の利益を不当に害することなく先履行義務者の利益を保護することを目指して、激しく衝突する当事者の利益を公平の見地から緻密に調整した結果である。判例・学説が、先履行義務者たる約款使用者に有利な形で同条を拡張する信用不足条項に対して厳しい態度をとり続けているのは、このことの表れである。

このようなドイツ法の理論状況は、わが国の解釈論および立法論として、相手方の信用不足を理由とする法的救済手段を考えるに際して、一定の示唆を与える。すなわち、不安の抗弁権は、反対給付請求権を受けられないことから先履行義務者を保護するものであるから、反対給付請求権の危殆化が不可欠の要件である。他方で、反対給付

請求権の危殆化が契約締結後に発生したことは、不可欠な要素ではない。さらに、先履行の合意を尊重すべき要請との調和を図るため、右の目的を達成するのに必要最小限の法的救済手段を先履行義務者に付与することで足り、それは、給付拒絶権（給付拒絶の正当化）と、付加期間を設定したうえでの契約解除権である。先履行義務を転換することや、無催告解除権を付与することは、この限度を越えるため、許されない。

現在、わが国では民法（債権関係）の大幅改正に向けた検討が行われており、その中で、いわゆる不安の抗弁権に関する条文を民法典に盛り込むか否かをめぐり、賛否両論がみられる。[69] さらに、条文化するとしてもその内容をめぐってさまざまな議論がある。この小稿の検討結果が、わが国の不安の抗弁権論にいささかでも寄与するならば、望外の幸せである。

なお、かりにわが民法典の中に不安の抗弁権に関する規定が設けられた場合には、これを逸脱する約款条項は、内容コントロールに服することとなる。したがって、反対給付請求権の危殆化を要件としない条項や、先履行義務者たる約款使用者に無催告解除権など過度な法的救済手段を付与する条項は、見直しを迫られる可能性がある。このことも念頭に置いておく必要があると思われる。

（1）不安の抗弁権の解釈論的根拠については、拙稿「『契約危殆』状態における履行確保（一）（二・完）」修道二〇巻一号三七頁、二号五六三頁参照（一九九八年）。

（2）理論的には、逆に三二一条を制限または排除する約款条項の有効性も問題となり得る。しかし、ドイツの裁判例においてこの種の条項が争われた事案はみあたらない。学説においても、適用条文をめぐる争いが若干みられるにとどまる。このため、本稿では、三二一条を制限または排除する約款条項については検討の対象から除外した。

（3）Martinek/Coester, Staudingers Kommentar zum BGB, 2006, Vorbem zu §§ 307-309 Rn. 8. **[im folgenden zit. Staudinger/*Bearbeiter, Aufl. Jahr*]**

（4）　ＡＧＢＧについてStaudinger/Coester, AGBG, 1998, Einl zu §§ 8ff. Rn. 11-13; Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, AGB-Gesetz, 3. Aufl. 1994, § 9 Rn. 6. **[im folgenden zit. Wolf/Horn/Lindacher/*Bearbeiter*, 3. Aufl. 1994]** このような枠組は債務法改正後も同じである。Staudinger/Coester, 2006, Vorbem zu §§ 307-309 Rn. 21-23.

（5）　ＡＧＢＧについてStaudinger/Coester-Waltjen, 1998, § 11 Nr. 4 AGBG Rn. 1; Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, 3. Aufl. 1994, § 11 Rn. 1. 現行法についてStaudinger/Coester-Waltjen, 2006, § 309 Nr. 4 Rn. 1f.

（6）　拙稿・前掲注（1）一〇二頁以下参照。

（7）　ＡＧＢＧについてStaudinger/Coester-Waltjen, 1998, § 10 Nr. 3 AGBG Rn. 1; Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, 3. Aufl. 1994, § 10 Nr. 3 Rn. 1. 現行法についてStaudinger/Coester-Waltjen, 2006, § 308 Nr. 3 Rn. 1, 12.

（8）　ＡＧＢＧ一一条七号では、約款使用者の故意または重過失による不履行責任を減免する条項が無効である旨を規定し、同八号では、約款使用者の遅滞および不能責任を減免する条項が無効である旨を規定していた。債務法改正後のＢＧＢ三〇九条七号および八号も、内容を拡充しつつ同趣旨の規定を置いている。約款使用者の任意解除権を無制限に認めると、不履行をした約款使用者が解除権を行使することによって不履行責任を免れ得ることになりかねないため、任意解除権留保条項を規制する必要性が生まれることになる。ＡＧＢＧについてWolf/Horn/Lindacher/Wolf, 3. Aufl. 1994, § 10 Nr. 3 Rn. 1. 現行法についてWolf/Lindacher/Pfeiffer/Dammann, AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, § 308 Nr. 3 Rn. 1 **[im folgenden zit. Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Bearbeiter*, 5. Aufl. 2009]**; Bamberger/Roth/Becker, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, §308 Nr. 3 Rn. 1. **[im folgenden zit. Bamberger/Roth/*Bearbeiter*]**

（9）　なお、一九七七年に制定された当時のＡＧＢＧと、一九九六年以降のＡＧＢＧおよび現行ＢＧＢとでは、商人間の契約等で使用される約款の取扱いに違いがある。しかし、本稿との関係においては、ＡＧＢＧ一〇条および一一条（二〇〇二年以降はＢＧＢ三〇八条および三〇九条）が直接適用されるのではなく、両規定に照らして無効になる限りにおいてＡＧＢＧ九条（同三〇七条）が適用されるという点において共通している。また、判例・学説は、当該取引が消費者取引であるか否かを重視したり、これに伴う適用条文の違いによって取扱いを区別したりしていない。Staudinger/Schlosser, 12. Aufl. 1998, § 24a Rn. 16; Staudinger/Schlosser, 2006, § 310 Rn. 12.

たしかに、わが国の消費者契約法は商取引に適用されず、この点においてドイツ法とは大きな違いが存するが、本稿は

約款規制に関する理論そのものを検討するものではなく、関心の焦点は、不安の抗弁権規定の基本思想にある。このため、本稿においては、消費者取引と商取引とを区別せずに検討することとする。

(10) 拙稿・前掲注（1）一〇二頁以下参照。

(11) Staudinger/Otto, 2009, § 321, Rn. 5 ; Soergel/Wiedemann, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl. 2005, § 321, Rn. 48 **[im folgenden zit. Soergel/*Bearbeiter, Aufl. Jahr*]** ; Palandt/Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Aufl. 2012, § 321, Rn. 2 **[im folgenden zit. Palandt/*Bearbeiter, Aufl. Jahr*]** ; Junker/Alpmann, Juris Praxis Kommentar, BGB, 3. Aufl. 2006, § 321, Rn. 8 ; Schulze/Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Aufl. 2012, § 321, Rn. 8 ; Erman/Westermann, BGB, 13. Aufl. 2011, § 321 Rn. 14 **[im folgenden zit. Erman/*Bearbeiter*, 13. Aufl. 2011]** ; Dauner-Lieb/Langen/Tettinger, BGB, 2. Aufl. 2012, § 321 Rn. 17 **[im folgenden zit. Dauner-Lieb/Langen/*Bearbeiter*]** ; Bamberger/Roth/Grothe, § 321, Rn. 2.

(12) OLG Düsseldorf, 10. 11. 1975, DB1976, 1712.

(13) Stein, AGB-Gesetz Kommentar, 1977, § 10 Rn. 21 ; Palandt/Heinrichs, 40. Aufl. 1981, AGBG § 10 Anm. 3, a), aa).

(14) Koch/Stübing, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1977, § 10 Nr. 3.

(15) Schlosser/Coester-Waltjen/Graba/Coester-Waltjen, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1977, § 10 Nr. 3 Rn. 41.

(16) Löwe/von Westphalen/Trinkner/von Westphalen, Großkommentar zum AGB-Gesetz, Bd. II, 2. Aufl. 1983, § 10 Nr. 3 Rn. 20. **[im folgenden zit. Löwe/von Westphalen]**

(17) Löwe/von Westphalen, § 10 Nr. 3 Rn. 24.

(18) Löwe/von Westphalen, § 10 Nr. 3 Rn. 25.

(19) 一九九四年の法改正により、和議手続と破産手続が倒産法（Insolvenzordnung）に一本化され、新しい倒産手続が創設されたため、現在は、和議手続は廃止されている。

(20) Löwe/von Westphalen, § 10 Nr. 3 Rn. 26.

(21) Löwe/von Westphalen, § 10 Nr. 3 Rn. 29.

(22) Löwe/von Westphalen, § 10 Nr. 3 Rn. 30.

(23) OLG Hamm, 18. 2. 1983, DB1983, 1304.

(24) OLG Düsseldorf, 12. 4. 1984, ZIP1984, 719.

(25) BGH, 26. 11. 1984, NJW1985, 1220, 1221.

(26) 債務法改正後の裁判例として、BGH 17. 2. 2011, BGHZ188, 351. これは、携帯通信契約の約款中に「顧客が少なくとも一五・五ユーロの通信料支払義務を遅滞した場合には、Y携帯通信会社は、顧客の費用において携帯通信を切断することができる」との条項があり、その有効性が問題となった事案である。判決は、Yが携帯通信を切断する要件である通信料金の延滞額が少額に過ぎるため、この程度のごく僅かな金額の遅滞があったからといって、当該顧客の給付能力が欠如しこれによってYの反対給付請求権が危殆化したものとは認められないとして、三二一条に照らしても本件条項は三〇七条一項一文および二項一号に違反して無効であると判示した。

(27) BGH, 8. 10. 1990, BGHZ112, 279, 283ff.

(28) 強制執行が解除の「正当な理由」にあたるか否かについて、下級審裁判例においては見解が分かれていた。一方では、カールスルーエ上級地方裁判所一九八一年四月八日判決（OLG Karlsruhe, 8. 4. 1981, WRP1981, 477）は、強制執行の不奏効を常に解除の「正当な理由」にあたるとは限らないと述べていた。他方、ハム上級地方裁判所一九八六年三月一四日判決（OLG Hamm, 14. 3. 1986, NJW-RR1986, 927=WM1986, 1362）は、リース借主の財産への強制執行は通常、リース借主がみずから負担した給付義務をもはや履行し得ない前兆であって、リース貸主の正当な権利が強制執行の継続によって侵害され得ることを理由に、リース借主の財産に強制執行が行われた場合にリース貸主に無催告解除権等を付与する条項を有効であると判示した。連邦通常裁判所判決は、後者の立場を支持したことになる。

(29) 本判決以前、ハム上級地方裁判所一九八六年三月一四日判決（前掲注（28）参照）は、リース借主の経済状態の本質的悪化の「恐れ」がある場合を無催告の解除原因とする条項について、本件条項によれば、リース借主がリース料を適切に支払い、契約を遵守している場合にも、財産状態の本質的悪化が間近に迫っていると評価されれば無催告解除権等がリース貸主に付与されることになるが、このような条項は例外規定たる旧三二一条の要件を逸脱し、契約を遵守しているリース借主にとって不相当であると述べ、本判決と類似の考えを示していた。

(30) BGH, 6. 6. 1984, WM1984, 1217. この事案では、リース契約の約款中に、「リース借主の経済状態に本質的悪化が生

じた場合、とりわけリース借主に継続的な差押えその他の強制執行が行われた場合、裁判上または裁判外の倒産手続が開始された場合」に「リース貸主はリース契約を直ちに解除することができる」旨の条項があった。判決は、この条項の有効性を疑問視することなく、有効であることを前提に、解除の効果に関する別の条項の有効性について検討を行った。

(31) もっとも、判決は、条項の文言としては、反対給付請求権の危殆化という表現が不可欠というわけではなく、具体的な事由の列挙されている場合にはそれらを合理的に解釈することにより反対給付請求権の危殆化が必要である旨を読み取ることができることでもよいとの立場を示唆した。

(32) BGH, 27. 9. 2000, NJW2001, 292, 298.

(33) ここでいう「宣誓に代わる保証」とは、裁判所を通じて債務者に財産を開示させる手続である。ＺＰＯ八〇七条によれば、宣誓に代わる保証は、①強制執行によって債権者が債権の全部または一部の満足を得られなかった場合、②債権者が強制執行によって債権の全部または一部の満足を得られないと信ずる場合、③債務者が執行官による住居等の捜索（ＺＰＯ七五八条）を拒絶した場合、④執行官が遅くとも二週間前に予告したにもかかわらず再三にわたり所定の強制執行期日に債務者が正当な理由なく常居所等にいなかった場合、のいずれかの場合に、債権者の請求に基づいて行われる。具体的には、債務者が財産目録を作成して裁判所に提出し、その正確性を宣誓に代えて保証する。他に財産があることを知りながら目録に記載しなかった場合には、刑事罰が課せられる。詳しくは、鈴木尚久「ドイツにおける財産開示制度」判タ一〇五七号四頁参照。

(34) Ulmer/Brandner/Hensen/Hensen, AGB-Gesetz, 7. Aufl. 1993, Anh. §§9-11 Rn. 476 **[im folgenden zit. Ulmer/Brandner/Hensen/*Bearbeiter, Aufl. Jahr*]**; Flesch, Der Irrtum über die Kreditwürdigkeit des Vertragspartners und die Verschlechterungseinrede, BB1994, 873, 878 ; Säcker/Basedow, Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2001, AGBG § 10 Nr. 3 Rn. 12. **[im folgenden zit. MünKom/*Bearbeiter, Aufl. Jahr*]**

他方、ヴォルフは、先履行義務者は旧三二一条に基づく給付拒絶権によって保護されているので、履行期前に解除権を付与する条項が正当化されるのは、約款使用者の給付が長期間に及ぶ準備を必要としており、履行期到来前の時点においても相手方の給付能力に対する信頼が存在しなければならない場合など、遅滞発生まで契約を維持することが認容し得ないと評価される場合に限られるという。Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, 3. Aufl. 1984, § 10 Nr. 3 Rn. 35.

(35) Staudinger/Schlosser, 12. Aufl. 1983, AGBG § 10 Nr. 3 Rn. 13.

(36) Locher, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2. Aufl. 1990, S. 113 ; Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, 3. Aufl. 1994, § 10 Nr. 3 Rn. 37 ; Staudinger/Coester-Waltjen, 1998, AGBG § 10 Nr. 3 Rn. 16.

(37) Schlosser/Coester-Waltjen/Graba/Coester-Waltjen, a. a. O. (Fn. 15), § 10 Nr. 3 Rn. 41 ; Staudinger/Schlosser, 12. Aufl. 1983, AGBG §10 Nr. 3 Rn. 13 ; Locher, a. a. O. (Fn. 36), S. 113 ; Erman/Roloff, 13. Aufl. 2011, § 308 Rn. 21. これらの具体的事実による裏付けすらない単なる主観的な懸念が解除の「正当な理由」にあたらないことは、言うまでもない。Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Dammann, 5. Aufl. 2009, § 308 Nr. 3 Rn. 77 ; Palandt/Grüneberg, 71. Aufl. 2012, § 308 Rn. 19.

(38) OLG Koblenz, 13. 3. 1981, ZIP1981, 509, 512=AGBE I, §10 Nr. 3 Rn. 31.

(39) OLG Karlsruhe, 8. 4. 1981, WRP1981, 477, 478.

(40) OLG Hamm, 18. 2. 1983, DB1983, 1304, 1305.

(41) Locher, a. a. O. (Fn. 36), S. 114 ; MünKom/Basedow, 4. Aufl. 2001, AGBG § 10 Nr. 3 Rn. 12.

(42) Löwe/von Westphalen, § 10 Nr. 3 Rn. 21, 27-28 ; Ulmer/Brandner/Hensen/Hensen, 7. Aufl. 1993, Anh. §§ 9-11 Rn. 476 ; Staudinger/Coester-Waltjen, 1998, AGBG § 10 Nr. 3 Rn. 16 ; auch Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, 3. Aufl. 1984, § 10 Nr. 3 Rn. 35 ; Flesch, a. a. O. (Fn. 34), S. 878.

(43) 拙稿・前掲注（1）八八頁以下、一〇二頁以下参照。

(44) Flesch, a. a. O. (Fn. 34), S. 878 ; Ulmer/Brandner/Hensen/Hensen, 7. Aufl. 1993, Anh. §§ 9-11 Rn. 476.

(45) BGH, 31. 10. 1984, WM1985, 24.

(46) 下級審裁判例では、判決【2】がすでにこのことを指摘していた。OLG Hamm, 18. 2. 1983,BB1983, 1304, 1306.

(47) BGH, 3. 6. 1985, NJW1985, 2271, 2272. なお、本判決の原審は判決【3】であり、原審は、解除権が反対給付請求権の危殆化に係らしめられていない点のみを捉えて信用不足条項を無効としたため、原告（消費者保護団体）は、虚偽申告を解除原因とする部分についても無効であると主張して上告した。これについて判断をしたのが、本判決である。

(48) 原審は、本件条項を無効とはしなかったものの、旧三二一条および旧六一〇条に照らし、約款使用者の反対給付請求権を危殆化せしめるような故意過失による虚偽の申告のみが売主に契約解除権を付与すると解されるべきであると判示し

ていた。OLG Düsseldorf, 12. 4. 1984, ZIP1984, 719, 720.

(49) Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, 5. Aufl. 1987, § 10 Nr. 3 Rn. 15; Locher, a. a. O. (Fn. 36), S. 114; Palandt/Heinrichs, 50. Aufl. 1991, AGBG § 10 Rn. 15; Wolf/Horn/Lindacher, 3. Aufl. 1994, § 10 Nr. 3 Rn. 36; Staudinger/Coester-Waltjen, 1998, AGBG § 10 Nr. 3 Rn. 17. 債務法改正後においても同様である。Staudinger/Coester-Waltjen, 2006, § 308 Nr. 3 Rn. 17; Erman/Roloff, 13. Aufl. 2011, § 308 Rn. 21; Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, 11. Aufl. 2011, § 308 Nr. 3 Rn. 15; Palandt/Grüneberg, 71. Aufl. 2012, § 308 Rn. 19; Schulze/Schulte-Nölke, a. a. O. (Fn. 11), § 308 Rn. 11. 債務法改正後においても旧法下の判例法理が妥当することを明示した裁判例として OLG München, 9. 10. 2003, NJW-RR2004, 212.

(50) 現行三二一条は、次のように規定している。

(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殆化したことが契約締結後に判明したときは、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提供されたときは、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えに反対給付をなすか又は担保を供与するかの選択を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。

(51) Dauner-Lieb/Langen/Kollmann, § 308 Rn. 38; Soergel/Gsell, 13. Aufl. 2005, § 321 Rn. 67-68; Staudinger/Coester-Waltjen, 2006, § 308 Nr. 3 Rn. 16; Bamberger/Roth/Becker, § 308 Nr. 3 Rn. 20; Staudinger/Otto, 2009, § 321 Rn. 5; Erman/Roloff, 13. Aufl. 2011, § 308 Rn. 20-21; MünKom/Wurmnest, 6. Aufl. 2012, § 308 Nr. 3 Rn. 12. 現行法の下での裁判例としては、キール地方裁判所二〇〇九年七月二七日決定（LG Kiel, 27. 7. 2009, NJW-RR2010, 518f.）がある。この決定は、「賃借人の財産状態に本質的な悪化が生じ、またはその恐れがあ」る場合における賃貸人の無催告解除権を定めた条項を三〇七条二項一号に基づき無効と判断した。

(52) Staudinger/Schlosser, 12. Aufl. 1983, AGBG § 10 Nr. 3 Rn. 13; Dauner-Lieb/Langen/Kollmann, § 308 Rn. 38; Erman/Roloff, 13. Aufl. 2011, § 308 Rn. 19; Bamberger/Roth/Becker, § 308 Nr. 3 Rn. 20; Nieblinq/Eckhoff, AnwaltKommentar, AGB-Recht, 2012, Glossar Rn. 1167.

(53) Staudinger/Coester-Waltjen, 2006, § 308 Nr. 3 Rn. 16.

(54) Löwe/von Westphalen, § 10 Nr. 3 Rn. 26. Ähnlich Palandt/Grüneberg, 71. Aufl. 2012, § 308 Rn. 19.

(55) Ulmer/Brandner/Hensen/Brandner, 5. Aufl. 1987, § 10 Nr. 3 Rn. 15. しかし、ブラントナーは、一九八二年の第四版では、旧三二一条を逸脱する約款条項に対してもっと寛容な態度を取っていた。すなわち、旧三二一条は先履行義務者の保護の要請に対して十分に応えていないため、同条と異なる内容を約款条項で定めること自体を理由に直ちに当該条項が無効とはされないとして、AGBG一〇条三項に基づき、解除原因が十分に明確に列挙されており、かつ、当該解除原因が、約款使用者にとって契約の維持が認容し得ないと認められる場合には、相手方の信用不足を理由として約款使用者たる先履行義務者に解除権を付与する約款条項を有効と解していた。そして、有効とされる解除原因の具体例として、相手方に裁判上または裁判外の和議手続が開始されたこと、破産の申立てが拒絶されたことに加えて、相手方の信用不足を明らかにする書面による信用情報が約款使用者にもたらされたことを挙げていた。これに対して、強制執行が行われたこと、財産状態悪化または信用不足の単なる懸念を解除原因とする条項は、直ちには有効とされないと述べていた。このように、特に付加期間の手続の要否に関して、ブラントナーの立場は、第四版と第五版の間で変化している。Ulmer/Brandner/Hensen/Brandner, 4. Aufl. 1982, § 10 Nr. 3 Rn. 12.

(56) Auch Schlosser/Coester-Waltjen/Graba/Coester-Waltjen, a. a. O. (Fn. 15), § 10 Nr. 3 Rn. 41 ; Löwe/von Westphalen, § 10 Nr. 3 Rn. 22f. ; Wolf/Horn/Lindacher/Wolf, 2. Aufl. 1989, § 10 Nr. 3 Rn. 37ff., § 11 Nr. 4 Rn. 8.

(57) LG Stuttgart, 30. 4. 1979, AGBE I, § 10 Nr. 3 Rn. 36 ; OLG Hamm, 18. 2. 1983, BB1983, 1304, 1305 ; OLG Düsseldorf, 12. 4. 1984, ZIP1984, 719, 720.（判決【3】）

(58) BGH, 26. 11. 1984, NJW1985, 1220, 1221.

(59) 判決【1】【9】で問題となった条項でも、相手方の信用不足の効果として、約款使用者の解除権と選択的に、相手方に先履行義務を負わせることが規定されていた。しかし、判決は、当該条項の要件面に着目してこれを無効と判断したのにとどまり、先履行義務を転換して相手方にこの義務を負わせる点については判断をしなかった。

(60) Yが過去のXとの取引にかかる代金約一五〇〇〇マルクの支払を遅滞したため、Xは、付加期間を設定して支払を求め、これが奏効しなかったため信用不足条項に基づきYへの商品供給を停止して損害賠償を請求したという事案である。

(61) ただし、判決は、本件条項がその他の理由によりいずれにせよ無効であるため、損害賠償請求権を付与している点の有効性について検討するまでもないとして、最終的な判断を避けた。

(62) OLG Oldenburg, 10. 1. 1991, NJW-RR1991, 633. 女性用衣料品メーカーXと衣料品取引業者Yとの間で衣料品に関する売買契約を締結したが、Yが支払を遅滞したため、受注したものの供給をしていない衣料品につき代金の前払または引換給付を求めたという事案である。

(63) 拙稿・前掲注（1）一〇二頁以下参照。

(64) Staudinger/Coester-Waltjen, 2006, §309 Nr. 4 Rn. 4, 9; Wolf/Lindacher/Pfieffer/Damann, 2009, §309 Nr. 4 Rn. 20; Ulmer/Brandner/Hensen/H. Schmidt, 11. Aufl. 2011, §308 Nr. 3 Rn. 15; ders/Schäfer, 11. Aufl. 2011, §309 Nr. 4 Rn. 7; MünKom/Wurmnest, 6. Aufl. 2012, §309 Nr. 4 Rn. 2; Schulze/Schulte-Nölke, a. a. O. (Fn. 11), §309 Rn. 18; Dauner-Lieb/Langen/Kollmann, §309 Rn. 52; Prütting/Wegen/Weinreich/Berger, BGB, 6. Aufl. 2011, §309 Rn. 24.

(65) Vgl. Staudinger/Coester-Waltjen, §309 Nr. 4 Nr. 3; Dauner-Lieb/Langen/Kollmann, §309 Rn. 53. これに対して、少なくとも催告が必要だとする見解もある。Ulmer/Brandner/Hensen/H. Schmidt, 11. Aufl. 2011, §309 Nr. 4 Rn. 9.

(66) LG Krefeld, 28. 3. 2008, BeckRS 2008, 09742.

(67) ダマン、ロロフは、三二一条の直接適用または類推適用によって認められる限度を逸脱して約款使用者に解除権を付与する約款条項は原則として無効であるという。Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Damman, 5. Aufl. 2009, §308 Nr. 3 Rn. 80; Erman/Roloff, 13. Aufl. §308 Rn. 20. また、オットーは、三二一条の給付拒絶権を拡張するだけでなく制限する約款条項も三〇七条二項一号により無効であるという。Staudinger/Otto, 2009, §321 Rn. 5.

(68) Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Damman, 5. Aufl. 2009, §308 Nr. 3 Rn. 80.

(69) 不安の抗弁権に関する規定を新設することに積極的な立場は、その主な理由として、先履行義務者を保護する必要性、諸外国の国内法および国際取引規範、わが国の学説および下級審裁判例において概ね承認を得ていることを挙げる。一般財団法人金融財政事情研究会編『「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対して寄せられた意見の概要』（二〇一二年）三〇〇一頁以下。

他方、消極的な立場は、その理由として次のようなことを指摘する。不安の抗弁権が行使される場面として比較的多い

と考えられるのは、商人間における動産取引において、先履行義務を負う売主が商品の出荷を停止するという場面であるが、不安の抗弁権規定を設けることは、売主の出荷停止に一定の範囲でいわば「お墨付き」を与えることを意味するため、これによって出荷停止が増加し、出荷を停止される買主たる中小企業や個人事業者が致命的な損害を被ることが懸念される、と。同書三〇〇七頁以下。

たしかに、不安の抗弁権の要件を緩やかなものにしたり広範な権利を付与したりすれば、この懸念が現実のものになる可能性はある。しかし、これは不安の抗弁権規定を設けるか否かの問題というよりも、むしろ要件・効果をどのように定めるかの問題である。明文の規定を設けること自体が、直ちに安易な出荷停止を容認することにつながるものではない。なぜなら、不安の抗弁権の要件を満たさない不当な出荷停止は、かえって先履行義務者側の債務不履行責任を招来するのであって、出荷を停止する先履行義務者はこのリスクを負うからである。実際、一九〇〇年の民法典施行の時点ですでに不安の抗弁権規定（三二一条）を有するドイツにおいて、右のような懸念が現実のものになり深刻な問題を引き起こしているとの指摘は、みあたらない。また、かりにドイツにおいて、不安の抗弁権規定が深刻な弊害をもたらしているとすれば、民法典施行後の判例・学説が三二一条の要件および効果を緩和する解釈論を展開し、二〇〇二年の債務法改正においてこれらの解釈論が明文化されたという経緯が説明できない。

※　本稿は、平成二五年度科学研究費助成事業（基盤研究（C）課題番号二三五三〇〇九九）による研究成果の一部である。