



Title	不安の抗弁権と倒産手続：民法（債権関係）改正論議を手がかりに
Author(s)	松井, 和彦
Citation	阪大法学. 2016, 66(3-4), p. 109-136
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/79179
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

不安の抗弁権と倒産手続

——民法（債権関係）改正論議を手がかりに——

松 井 和 彦

一 はじめに

二〇一三年三月に、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（以下、「中間試案」と略記する。）が公表され、その中で、不安の抗弁権に関する明文の規定を置くことが提案された。しかし、その後の議論の結果、規定を置くことが見送られ、二〇一五年三月に国会に提出された「民法の一部を改正する法律案」に不安の抗弁権に関する規定は含まれていない。しかし、不安の抗弁権そのものが否定されたわけではない。立法化が見送られたのは、法制審議会民法（債権関係）部会（以下、「法制審」と略記する。）において、条文案に関する意見が一致しなかったためである。とりわけ、不安の抗弁権の中心的要件である「反対給付を受けられないおそれ」（反対給付請求権の危殆化）をどのように捉え条文に反映させるかをめぐって、最終局面まで検討が続けられたが、遂に合意形成に至らなかった。

こうして、不安の抗弁権の要件・効果は、引き続き解釈に委ねられることとなったが、法制審における議論をき

っかけに浮上した解釈論上の問題のひとつが、不安の抗弁権と倒産手続との関係である。後述するとおり、中間試案は、反対給付請求権の危殆化要件を具体的にするため、危殆化を招き得る事由として「破産手続開始、再生手続開始又は更正手続開始の申立て」（以下では、まとめて「倒産手続開始の申立て」と呼ぶことがある。）を例示列挙することを提案した。しかし、倒産手続開始の申立てがされた場合に不安の抗弁権の要件を常に満たすことになるのか、さらに倒産手続が開始された後も不安の抗弁権が存続するのかといった問題については、これまであまり検討されてこなかった。反対給付請求権の危殆化を招き得る事由として倒産手続開始の申立てを例示することが適切であるか否かは、この点の検討を踏まえなければならなかったはずである。

本稿では、このような問題関心から、不安の抗弁権の要件である反対給付請求権の危殆化をめぐる法制審の議論を振り返り、不安の抗弁権と倒産手続との関係について検討を行う。ただし、今回の法改正において、不安の抗弁権に関する規定は設けられないことが決まったため、立法提案としての妥当性、とりわけ細かな表現を論評するのではなく、あくまでも両者の関係を理論的に検討することにした。

二 法制審における審議の過程

不安の抗弁権に関する規定を設けるに際して、法制審ではどのような課題が提起され検討されたのか、中間試案において立法提案が行われながらなぜ立法化が見送られることとなったのか、その際、倒産手続との関係についてどのような議論が行われたのか。以上の点に着目しながら、法制審における不安の抗弁権に関する審議の過程を追っていくことにする。

1 立法化の是非をめぐる議論

不安の抗弁権は、下級審裁判例および学説上その存在を承認されていると言つてよいが、現行民法典には明文の規定がない。そこで、債権法改正に際して、不安の抗弁権に関する明文の規定を設けるべきか否かがまず問題となる。この問題は、法制審における審議の当初から提起され、⁽¹⁾中間試案では、立法化が提案されつつも、立法化に消極的な立場がある旨の注記がされた。そこで、はじめにこれに関する議論を見ておこう。

不安の抗弁権の立法化に消極的ないし慎重な見解の理由は、端的に言えば、「濫用」に対する懸念である。すなわち、現在、不安の抗弁権は、信義則により例外的に認められる判例法理として位置づけられているため限定的に用いられるにとどまっているが、立法化されるともとと緩やかに不安の抗弁権行使としての履行拒絶（売主による出荷停止）が認められることにならないか、または要件を満たさない不当な権利主張が増えるのではないか、という懸念である。⁽²⁾不安の抗弁権が問題になる場面として典型的に想定されるのは、商人間の動産売買契約に基づいて売主が先履行義務を負っていたところ、買主の財産状態が悪化したため売主が商品の出荷を停止するという場面である。多くの場合、買主は、売主から供給される目的物を転売したり、それを原材料として製品を作り販売したりして、その売上げを売主への代金支払に充てるという形で事業を行っている。そこで売主からの出荷が停止されると、買主の事業は致命的な影響を受けるおそれがある。このようなことが容易に認められると、特に中小事業者にとって大きな脅威となる。

このような理由から、あえて立法化せずこれまでと同様に法解釈または契約解釈の問題として位置づけることで足りるとの意見も見られた。⁽³⁾しかし、第一ステージにおける議論では、右のことを理由に直ちに立法化に反対する意見は強くなく、この懸念を払拭するために要件の厳格化・明確化が重要な課題になることが確認された。これを

踏まえ、第二ステージでは、この課題を克服するべく条文案の検討が行われた。こうしてできたのが、中間試案である。

2 中間試案における不安の抗弁権規定

(1) 中間試案の特徴

中間試案で提案された不安の抗弁権規定は、次のとおりである。

第33 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、再生手続開始又は更生手続開始の申立てがあったことその他の事由により、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ったものであること

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ったものであること

(注) このような規定を設けないという考え方があつた。また、再生手続又は更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つた。

従来わが国の学説が承認してきた不安の抗弁権は、「双務契約にお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が著しく悪化したことにより、反対給付を受けられないおそれが生じた場合には、相手方が反対給付の提供またはその担保を供与するまで、先履行義務の履行を拒絶することができる」というものである。⁽⁴⁾これと

中間試案との間には、いくつかの違いがある⁽⁵⁾。しかし、本稿の問題関心との関係では、反対給付請求権の危殆化を招き得る事由として、「破産手続開始、再生手続開始又は更生手続開始の申立て」が例示列举されたことが重要である。この例示列举は、どのような意図で置かれたのであろうか。法制審の議論を紐解いてみよう。

(2) 例示列举の趣旨

① 第一ステージにおける議論

まず、法制審民法（債権関係）部会資料一九―一（以下、「部会資料」と略記する。）において、不安の抗弁権の要件に関する検討事項として、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举により具体化する可能性が示されている⁽⁶⁾。さらに、部会資料一九―二の補足説明では、「破産手続の開始の申立て、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」を例示列举する考え方が示されている⁽⁷⁾。

これらの部会資料を用いた法制審民法（債権関係）部会第一九回会議では、事務当局から、反対給付を受ける可能性が減少することが第三者にも明らかで、かつ約款や契約書によるまでもなく不安の抗弁権を行使することが相当な場合を要件として定める方法があり得るという文脈で、その例として「破産手続等の法律上の手続開始時」が提示される⁽⁸⁾。しかし、これについて踏み込んだ議論は見あたらない。この会議では、前述のとおり、「濫用」に対する懸念をめぐって議論が行われたにとどまる⁽⁹⁾。

② 第二ステージにおける議論

中間試案の作成に向けて行われた第二ステージの議論では、事務当局から、相手方から反対給付の「履行が得られないおそれ」を招き得る事由の例として、相手方に「倒産手続開始の決定があったこと」と相手方の財産に「強

制執行があつたこと」を例示列挙する案が提示された。⁽¹⁰⁾ その趣旨について、部会資料四八は、「自己の債権の実現可能性について、単に主観的な危惧感を抱くのみでは足りず、危険が生じていると疑うにつき客観的かつ合理的な理由を要することを示す趣旨である」と述べ、右の二つ以外にも「支払停止、手形の不渡り等、履行能力の毀損の徴憑と言えるような一定の客観的事象の発生が含まれ得る」とする。⁽¹¹⁾

このような事務局の案に対して、法制審では、倒産手続開始の決定を例示列挙することに反対の意見が出された。その理由は、①破産の場合については、管財人が裁判所の許可を得て履行を選択したにもかかわらず、相手方から不安の抗弁権を行使され履行を拒絶されるのを許容することは、管財人に履行の選択を認めた破産法五三条の趣旨を没却することになりかねないし、②民事再生および会社更生の場合については、相手方から不安の抗弁権の行使として履行を拒絶されると事業再生が妨げられる、というものである。他方で、倒産手続開始の申立て後に先履行義務の履行を強いると、反対給付請求権は破産債権になつてしまい先履行義務者には到底耐え難いとして、倒産手続開始の「申立て」があれば不安の抗弁権を認め、その後に倒産手続が開始されれば履行拒絶はできないと解すべきであるという。⁽¹²⁾ また、倒産手続開始後に先履行義務の弁済期が到来した場合は、それを履行しても反対給付請求権は財団債権もしくは共益債権になるから履行拒絶を認める必要はないともいう。⁽¹³⁾

このような議論を踏まえて提案されたのが、前述の中間試案である。例示列挙に注目すると、倒産手続開始の「決定」ではなく「申立て」となっている点、(注)において、再生手続または更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という考え方が紹介されている点は、第二ステージの議論が反映された結果とみられる。

③中間試案の補足説明

「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」（以下、「補足説明」と略記する。）も、例示列挙の趣旨について、履行を得られないおそれが客観的かつ合理的な根拠に基づくものでなければならぬことをより明確に示すためであると述べる。さらに、「財産状態が悪化して債権者への支払いが広範に滞った挙げ句に倒産手続開始の申立てに至ったような場合を典型的なものとして念頭に置いている」として、「その他の事由」は、倒産手続開始の申立てに「比肩するような事由」が必要であると述べている。⁽¹⁴⁾つまり、倒産手続開始の申立てという例示列挙に、「その他の事由」の解釈指針としての役割を与えようとしたのである。

この例示列挙に反対する意見があったことも記されており、その理由として「これらの申立てがあつたことのみで不安の抗弁権を一律に認めると、事業再建にとって支障となるおそれがある」ことが挙げられている。しかし、この意見に対しては、これらの申立てを理由に一律に不安の抗弁権を許容するものではないという反論も記されており、誤解を避けるためになお検討を要するとなつている。⁽¹⁵⁾

他方、中間試案では、（注）において、そもそも不安の抗弁権の立法化をしないという考え方と、立法化するとしても、再生手続または更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という考え方が紹介されている。このうち、前者は、「濫用」が懸念されるという法制審の議論を踏まえたものである。⁽¹⁶⁾

後者は、前述のとおり、法制審の第二ステージの議論を踏まえたものと思われるが、補足説明では、この考え方の意味について次のように説明されている。すなわち、「先履行義務者が手続開始の申立て後（傍点筆者）にその義務を履行すると、その反対給付である債権が再生債権又は更生債権として処遇されるが、これは先履行義務者にとって酷であるとして、再建型を含めた倒産手続開始の申立てがあつた時以後においては不安の抗弁権の行使を許容

すべきであるが、手続開始後（傍点筆者）は反対給付である債権が共益債権として処遇されるから……不安の抗弁権を認める必要はない」と。これに対し、補足説明は、再建型倒産手続の開始決定があった場合でも債務者の財産状態が共益債権をも満足できないほど悪化している事態もあり得るとして、この考え方に消極的な立場をとっている⁽¹⁷⁾。

3 第三ステージの審議と立法化の見送り

中間試案に係るパブリック・コメントを踏まえたその後の審議においても、議論の大部分は要件の厳格化・明確化に費やされた。その中で、倒産手続開始の申立ての例示列挙に反対の意見が示されたが、事務局から、反対給付請求権の危殆化を非常に厳格かつ限定的に判断することを示すための例であるという、補足説明と同様の説明がなされたにとどまり、それ以上の踏み込んだ議論は行われなかった⁽¹⁹⁾。

法制審では、立法化に積極的な意見と消極的な意見とが拮抗し、最後まで妥協点を見いだすことができず、また要件を厳格かつ明確に表現した妙案も出されなかった。結局、不安の抗弁権の立法化は見送られることとなり、中間試案に見られた立法提案は、「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」を作成する過程で削除されてしまった⁽²¹⁾。その理由は、法制審における議論の当初から指摘されていた点であった。すなわち、要件を適切に規定することが困難であること、中間試案のような形で立法化することにより「濫用」がされるのではないかという懸念が払拭されなかったこと、である⁽²²⁾。また、抽象的な要件を掲げて立法化しただけでは裁判所に今より具体的な指針を示すことにならず、今回の債権法改正の目的である「分かりやすい民法」に近づくことにならないという理由も付加された⁽²³⁾。

4 法制審における審議から見える検討課題

法制審での審議を通じて、不安の抗弁権の立法化に際しての課題は、要件の厳格化・明確化をいかにして実現するかに収斂されることが分かる。

この課題に対して中間試案が示した中間的な解答が、倒産手続開始の申立てを例示列挙することであった。たしかに、倒産手続開始の申立ては、財産状態悪化の究極的な事態を示す客観的事実の典型例には違いない。しかし、中間試案で示された不安の抗弁権の中心的要件は反対給付請求権の危殆化であり、倒産手続開始の申立てがその典型例と言えるかどうかは別問題である。倒産手続開始の申立てが行われると、契約上の債権債務は倒産法のルールの適用を受け、これにより反対給付請求権の置かれる地位が変更されることがあるからである。

したがって、中間試案の例示列挙は、倒産手続開始の申立てが反対給付請求権の危殆化を擬制する事由であるとの誤解を招くおそれがあるという点で適切さに疑問を残すが、立法化が断念された現在においては、立法提案としての是非よりも、倒産手続のどのような局面で反対給付請求権の危殆化が認められ不安の抗弁権が成立するのかを理論的な検討課題として捉え、これを明らかにすることが重要である。

三 倒産手続と不安の抗弁権との関係

1 わが国における学説の状況

倒産手続の開始と不安の抗弁権との関係については、これまであまり研究されておらず、倒産手続における双方未履行双務契約の取扱いをめぐる議論の中に散見されるにとどまる²⁴。これによれば、学説は次のように述べている。まず、破産に関しては、請負における注文者が破産した場合において、破産財団が十分でなく破産手続開始後の

請負人の仕事に対する報酬および費用について破産財団から完全な弁済を受けることが困難な場合に、請負人が不安の抗弁権を基礎として履行拒絶をすることができるとするなど、破産手続開始後にも不安の抗弁権を行使し得るとの見解が見られる。⁽²⁵⁾

他方、会社更生に関しては、会社更生手続の開始決定後は、反対給付請求権は共益債権として随時支払われることを理由に（会社更生六一条四項）、更生手続の成功が確実でありさえすれば反対給付請求権の危殆化は生じず不安の抗弁権を認める必要がないとの見解が示されている。⁽²⁶⁾

また、このような清算型倒産と再建型倒産をまとめて、法的倒産手続の申立てといった倒産の事実のみではなく、供給の対価がいかなる債権として処遇されるのか（共益債権や財団債権なのか、それとも更生債権や破産債権のかなど）、債務者の支払能力の程度、当該手続の成功の見込みといった諸事情を鑑みて、なおその弁済に不安があると判断される場合にのみ、不安の抗弁権が認められるという見解も主張されている。⁽²⁷⁾

これらの学説からは、倒産手続が開始されたことを理由として一律に不安の抗弁権の要件の存在が明らかになるというのではなく、不安の抗弁権の要件、とりわけ反対給付請求権の危殆化が存するか否かが局面ごとに判断されるという理解を読み取ることができる。

次に、わが国の不安の抗弁権論のいわば母法とも言い得るドイツ法および中間試案を作成する際に参考にされたと思われるスイス法における議論の状況を見てみよう。

2 ドイツ法の状況

ドイツ民法三二一条一項は、次のように不安の抗弁権を定めている。

「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。(第二文省略)」

同項は、相手方に倒産手続が開始した場合に不安の抗弁権がどのように扱われるのか明示しておらず、このため、この問題は解釈に委ねられることとなる。この点について、ドイツの古い判例は、破産手続が開始すると破産債務者は自己の財産を自由に処分できなくなり自力で反対給付の原資を調達することができなくなることを理由に、不安の抗弁権の要件を満たすと解していた。⁽²⁸⁾

しかし、現在の通説は、倒産手続の開始によって当然には反対給付請求権の危殆化が生じないと解している。⁽²⁹⁾むしろ、それまで反対給付請求権の危殆化が生じており不安の抗弁権が認められていたとしても、倒産手続が開始されると不安の抗弁権が消滅することが多いという。⁽³⁰⁾それは、次のような理由からである。

ドイツ旧破産法一七条一項およびこれを引き継ぐ倒産法一〇三条一項によれば、倒産手続開始の時点において、双方未履行双務契約がある場合、倒産管財人は、この契約を履行するか、それとも履行を拒絶するかの選択権を有する。ここでいう履行拒絶とは、同時履行の抗弁権や不安の抗弁権のような一時的・延期的な履行拒絶ではなく、終局的な履行拒絶である。このため、倒産管財人が履行拒絶を選択した場合、当該契約は不履行となり、相手方(先履行義務者)は損害賠償債権を取得することになる。⁽³¹⁾この債権は倒産債権となるが、⁽³²⁾いずれにせよ、ここでは不安の抗弁権が登場する余地はない。それまで不安の抗弁権が認められていたとしても、履行拒絶の選択によって消滅する。

他方、倒産管財人が契約の履行を選択した場合、相手方(先履行義務者)が有する反対給付請求権は、ドイツ旧破産法五九条二号ないし倒産法五五条一項二号前段に基づき、財団債権となる。⁽³³⁾すなわち、破産債権よりも優先的

に満足を受けることができる。その結果、倒産手続の開始によって、相手方が倒産債務者に対して有していた実体法上の権利が当然に消滅するものではないが、不安の抗弁権に関しては、反対給付請求権の危殆化という実体法上の要件を欠くことが多く、この場合、不安の抗弁権は消滅する。ただし、反対給付をするのに倒産財団の財産が不足している場合には、依然として反対給付請求権の危殆化が存在するため、不安の抗弁権は認められる。⁽³⁴⁾

もっとも、倒産管財人の法律的行为により生じた財団債務を倒産財団によって完全に履行することができないときは、管財人は、財団債務の履行のために財団が不十分であることを知ることができなかった場合を除き、財団債権者に対して損害賠償義務を負う（ドイツ倒産法六一条）。財団の財産が僅少であるにもかかわらず倒産管財人が履行を選択した場合、この履行選択がドイツ倒産法六一条にいう「法律的行为」に該当し、倒産管財人は損害賠償責任を負うことがあり得る。⁽³⁵⁾このため、倒産開始の場合にも理論的には不安の抗弁権が適用され得るものの、実際にその要件を満たす場面は稀であると思われる。

わが国の倒産法制における双方未履行双務契約の取扱いは、ドイツにおけるそれと共通点を多く有することから、このようなドイツの議論は、わが国においても大いに参考になると考えられる。

3 スイス法の状況

中間試案と同様、倒産手続の開始を例示する外国の立法例として、スイス債務法八三条がある。同条は、次のように規定する。

「①双務契約において、当事者の一方が、特に破産に陥った場合または差押えを受けたが不奏効に終わった場合のように支払不能となり、この財産状態悪化により相手方の請求権が危殆化したときは、反対給付に担保が供与さ

れるまで、自己の給付を留保することができる。

②前項に基づき自己の給付を留保した当事者は、担保供与を求めたにもかかわらず相当期間内にその供与がされないときは、契約を解除することができる。」

このように、スイス債務法八三条は、不安の抗弁権の要件のひとつとして「支払不能」を挙げ、これを示す代表例として破産を挙げる。当事者の一方が破産に陥った場合、このことは直ちに支払不能の要件を満たすと解されるが、これにより反対給付請求権の危殆化が生じるかどうかは別問題である。これについては、破産手続の中で反対給付請求権がどのように扱われるのかの検討を通じてはじめて明らかにする。その際に顧慮すべきは、スイス債務取立・破産法 (Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs) (以下、「スイス破産法」と略記する。) 二一条である。同条は、債権者が破産債務者に有する権利に対する破産の効力について、次のように規定する。

「①金銭以外のものを給付の目的とする債権は、当該給付に相当する価値の金銭債権に転化する。

②しかし、破産管財人は、破産開始の時点において全部または一部未履行の双務契約を、債務者に代わって履行することができる。この場合、契約の相手方は、その履行の担保を供与するよう求めることができる。(三項省略)」

この規定は、わが国の破産法五三条に似ているが、①破産管財人が契約解除との選択権を有しているのではない点、②破産管財人が履行を選択した場合に債権者に担保供与請求権が認められている点に大きな違いがある。また、③スイス法では、双方未履行双務契約に基づく債権者の債権が原則として財団債権とならず破産債権にとどまる点でも、わが国の破産法と大きく異なる。

さて、これら二つの規定が、破産手続の各場面でのどのような形で問題になるのかについて、スイスの学説は次の

ように整理している。

第一に、破産手続が開始してから破産管財人が態度決定をするまでの間は、先履行義務者の反対給付請求権は破産債権にとどまり、破産債権の中で最も低い第三順位で配当を受け得るにすぎないので（スイス破産法二一九条四項）、反対給付請求権の危殆化は原則として存在する。⁽³⁷⁾

第二に、破産債務者の債務が非金銭債務の場合において、破産管財人が、スイス破産法二二一条二項一文に基づき履行を選択した場合は、相手方たる債権者（先履行義務者）は、この履行に対する担保の供与を請求することができる（同項二文）。この場合の履行請求権およびその担保供与を求める権利は、破産財団にとつて財団債務となる。すなわち、破産債権者への配当に先立って履行される。⁽³⁸⁾ この担保が供与されれば、反対給付請求権の危殆化が消滅するので、不安の抗弁権はその要件を欠き消滅する。相当期間内にこの担保が供与されない場合については、明文の規定が存しないが、通説は、債権者（先履行義務者）はスイス債務法八三条二項に基づいて契約を解除することができる⁽³⁹⁾と解している。

他方、破産管財人が履行を選択しなかった場合、この非金銭債務は、当初の給付の価値相当額の金銭債務に転化する（スイス破産法二二一条一項）。この場合、反対給付請求権は変わらず第三順位の破産債権のままであるから、原則としてスイス債務法八三条一項の要件を満たす。⁽⁴⁰⁾

第三に、破産債務者の債務が金銭債務の場合にも、判例・通説は、スイス破産法二二一条二項が適用される、すなわち破産管財人は履行をするかどうかを選択することができる⁽⁴¹⁾と解している。したがって、非金銭債務の場合と同様である。不安の抗弁権の適用が問題となる典型例、すなわち売主が先履行義務を負う売買契約が双方未履行のまま、買主が破産したという事例は、この類型に当たる。

スイス債務法八三条は、ドイツ民法三二一条やこれを範として展開されたわが国の不安の抗弁権と異なる点が多い。とりわけ、破産手続との関係において同条が担う役割に大きな違いがある。ドイツおよびわが国の不安の抗弁権は、主に破産手続の外で機能することを念頭に置いて構想されているのに対して、スイスの不安の抗弁権は、破産手続の中で機能することも念頭に置いて構想されている。スイス債務法八三条二項は、スイス倒産法二二一条と連動して、倒産手続の中で債権者（先履行義務者）に解除権を付与する機能を担っているのである。⁽⁴⁾

このように、スイス債務法八三条は、想定される主な適用場面やその役割という点でわが国の不安の抗弁権と大きく異なる。このため、スイス債務法八三条一項に定められている例示を、わが国の不安の抗弁権の成立要件と直ちに結びつけることは難しい。また、破産法の規定もスイスとわが国とはさまざまに異なるため、スイス法の解釈論をそのままわが国の不安の抗弁権論に持ち込むことは難しい。しかし、破産手続を一律に考えるのではなく、手続の場面ごとに反対給付請求権の置かれる状況が変化し得ることを顧慮するという考え方は、わが国の解釈論に重要な示唆を与える。

四 若干の考察

これまで見てきたドイツ法とスイス法を参考にしつつ、以下では、清算型倒産手続である破産手続と、再建型倒産手続である民事再生手続および会社更生手続とに分け、各手続について、契約締結の時期、先履行義務の履行期到来の時期、倒産手続開始の申立ておよび開始決定の時期の先後関係に応じ、場面ごとに不安の抗弁権の成否について検討を行う。このような場合分けをする理由は、反対給付請求権が他の債権に先立って弁済を受けられる地位を与えられるのか、それとも他の債権と同列に配当を受けられるにすぎない地位にとどまるのかによって反対給付

請求権の危殆化が存するか否かが異なるところ、これを分けるのが右の諸要素だからである。

1 破産手続

(1) 契約が破産手続開始の申立て前に締結された場合

この場合は、先履行義務の履行期が、①破産手続開始の申立て前に到来する場合、②破産手続開始の申立てと開始決定との間に到来する場合、③破産手続開始決定後に到来する場合に分けられる。

①先履行義務の履行期が破産手続開始の申立て前に到来する場合

ここでは、不安の抗弁権の成否が問題となる時点では、破産手続開始の申立てが行われていないので、破産手続との関係は問題とならない。この時点で不安の抗弁権の要件を満たし先履行義務の履行拒絶がされた場合に、その後破産手続開始決定が発せられた後にも不安の抗弁権が存続するののみが問題となる。その結論は、破産管財人が契約の帰趨についてどのような選択するか、破産財団にどれだけの財産が存するかによって左右される。

破産法五三条一項によれば、破産手続開始前に締結され手続開始時において双方未履行の双務契約について、破産管財人は、これを履行するか、それとも解除するかを選択権を有する⁽⁴³⁾。破産管財人が解除を選択した場合は、契約関係は消滅するため、不安の抗弁権は問題にならない。

他方、破産管財人が履行を選択した場合、相手方たる債権者（先履行義務者）の反対給付請求権は財団債権となり（破一四八条一項七号）、破産債権に先立って破産財団から弁済を受けられる。その際、実体法上の権利は破産手続開始によって影響を受けず、不安の抗弁権もその要件を満たす限り認められる。もともと、破産財団に十分な財産があるため反対給付請求権が危殆化しない場合は、その要件を欠くため、不安の抗弁権は成立しない。破産手

続開始前に存在していた不安の抗弁権は、要件を満たさなくなるため消滅する。

しかし、清算を目的とする破産手続においては、履行の選択それ自体が例外的であることに加え、⁽⁴⁴⁾破産管財人は、選択権行使の時点において反対給付を履行できない状況ならば履行を選択しないであろうと考えられる。結局、履行選択後もなお不安の抗弁権が認められるのは、ごく例外的な場合に限られることとなる。

このことは、破産手続開始決定から履行選択までの間に先履行義務の履行期が到来する場合にも妥当する。この場合、先履行義務者が履行をしても、その後に破産管財人がこの双務契約の履行を選択すれば反対給付請求権は財団債権になるから、通常、反対給付請求権の危殆化は生じない。⁽⁴⁵⁾

②先履行義務の履行期が破産手続開始の申立てと開始決定との間に到来する場合

かりにこの時点で先履行義務者が自らの債務を履行した場合、反対給付請求権は破産債権となるため、満足を得られないことが多い。すなわち、原則として反対給付請求権の危殆化が認められる。⁽⁴⁶⁾しかし、こうして双方未履行の状態が維持された双務契約には破産法五三条および一四七条一項七号が適用されるため、破産手続開始後もこの危殆化が存続するかは、前述のとおり、破産財団の状況次第となる。破産財団が十分にある場合は危殆化がなくなるため不安の抗弁権は消滅する。⁽⁴⁷⁾

さらに、継続的給付を目的とする契約——破産手続において履行が選択されることが多いのはこの種の契約であると思われる——については、破産手続開始の申立て後かつ手続開始前に先履行義務者がした給付に係る反対給付請求権は財団債権となるため（破五五条二項）、反対給付請求権の危殆化は原則として生じず、したがって不安の抗弁権の要件を満たさないことが多い。

③先履行義務の履行期が破産手続開始決定後に到来する場合

この場合は、前記①と同様、破産管財人が履行を選択し、かつ、財団財産が乏しいために反対給付請求権が満足を得られない場合にのみ、反対給付請求権の危殆化が認められる。

(2) 契約が破産手続開始の申立てと開始決定の間に締結された場合

この場合は、先履行義務の履行期が、④開始決定前に到来する場合と、⑤開始決定後に到来する場合とに分けられるが、基本的には、④は前記(1)②と、⑤は前記(1)③と同様である。すなわち、反対給付請求権の危殆化が存するか否かによって不安の抗弁権の成否が判断され、この判断は、反対給付請求権が財団債権になるか否かによって左右されることになる。もともと、清算型倒産手続である破産において、手続開始の申立て後に新たな信用取引が行われることは考えにくい。え、前述のとおり、手続開始の申立てから開始決定までの期間が短い。この期間の不安の抗弁権を論じる実益はあまりない。

2 民事再生手続および会社更生手続

再建型倒産手続を定めた民事再生法および会社更生法においても、破産法と類似の規定が設けられている。このため、右に述べたことは概ね民事再生手続および会社更生手続にも当てはまる。しかし、民事再生および会社更生においては、事業が継続されるため、契約関係が原則として存続する。このため、再生(更生)手続開始の申立て後も新たに契約が締結されたり、先履行義務の履行期が到来したりすることが、破産手続の場合に比べて多い。したがって、不安の抗弁権が問題となり得る場面は、破産手続の場合よりも多くなる。

(1) 契約が再生(更生)手続開始の申立て前に締結された場合

①先履行義務の履行期が再生(更生)手続開始の申立て前に到来する場合

破産法五三条と同様の規定は、民事再生法および会社更生法にも見られる(民再四九条一項四項、会更六一条一項四項)。このため、前記1(1)①で述べたことは、民事再生手続および会社更生手続にも概ねあてはまる。すなわち、再生(更生)手続開始の申立て前に不安の抗弁権が存していたとしても、手続開始後もそれが存続するか否かは、再生(更生)債務者が契約の帰趨についてどのような選択をするのか、再生(更生)債務者にどれだけの財産があるのかによって左右される。

再生(更正)手続開始時の双方未履行双務契約について、再生債務者ないし管財人が履行を選択した場合、相手方の債権は共益債権となり(民再一九条二号五号、会更一二七条二号五号)、再生(更正)手続によらずに再生(更正)債権に優先して弁済される(民再一二一条一項二項、会更一二二条一項二項)⁽⁴⁸⁾。このため、再生(更生)債務者の財産が僅かしかいないため共益債権の満足が得られない場合は、反対給付請求権の危殆化が生じるため不安の抗弁権が認められることが理論上はあり得る。しかし、再生(更生)手続中に共益債権の満足を図ることができない事態は多くないと言われる⁽⁴⁹⁾。なぜなら、もしこのような事態に至った場合は、再生(更正)計画作成の見込みがないことが明らかであり、また再生(更正)計画認可決定確定後であれば再生(更正)計画遂行の見込みがないことが明らかであるため、通常、再生(更正)手続は廃止されるからである(民再一九一条一号、一九四条、会更二二六条一号、二四一条一項)⁽⁵⁰⁾。

②先履行義務の履行期が再生(更生)手続開始の申立てと開始決定との間に到来する場合

再生手続開始の申立てから開始決定までに要する期間は、通常、約一週間から数週間程度と短い⁽⁵¹⁾。しかし、再生

(更正) 手続開始の申立て前に締結された双務契約に基づき、この短い期間に先履行義務の履行期が到来する場合は、もし先履行義務者がこれを履行してしまうとその反対給付請求権は再生(更生)債権になり満足を受けられないため、原則としてその危殆化が認められる。更生手続の場合、手続開始の申立てから開始決定までに要する期間は約一か月と言われており、再生手続の場合よりも長い。したがって、この期間に先履行義務の履行期が到来する可能性は、再生手続の場合よりも高くなる。

さらに、再生(更正)手続開始の申立てがされる場合は、これと同時に弁済禁止の保全処分⁽⁵²⁾の申立て(民再三〇条一項、会更二八条一項)がされ、この保全処分が認められることが多い⁽⁵³⁾。したがって、再生(更生)手続の申立てと開始決定の間に先履行義務のみならず反対給付請求権の履行期も到来するときは、反対給付請求権の危殆化が認められる⁽⁵³⁾。

他方、破産手続の場合と同様、継続的給付を目的とする双務契約については、再生(更正)手続開始の申立て後かつ手続開始前に先履行義務者がした給付に係る反対給付請求権は共益債権となるため(民再五〇条二項、会更六条二項)、反対給付請求権の危殆化は原則として生じない。

③先履行義務の履行期が再生(更生)手続開始決定後に到来する場合

この場合は、前記①と同様である。反対給付請求権は共益債権となるため、原則として反対給付請求権の危殆化は生じない。

(2) 契約が再生(更生)手続開始の申立てと開始決定の間に締結された場合

この場合は、先履行義務の履行期が、④開始決定前に到来する場合と、⑤開始決定後に到来する場合とに分けら

れる。④は前記(1)②と、⑤は前記(1)③と基本的に同様である。

ただし、再建型倒産である民事再生および会社更生においては、手続開始の申立て後も事業が継続されるため、これを妨げないための規定が置かれている。すなわち、再生債務者の事業の継続に不可欠な行為については、裁判所の許可を得て、その行為によって生ずべき相手方の請求権(反対給付請求権)を共益債権とすることができるとされている(民再一二〇条一項三項、会更一二八条二項四項)。共益債権は再生(更正)手続によらずに随時弁済されるので、反対給付請求権の危殆化が生じることとは通常ないと考えられる。他方、これに該当しない契約については、反対給付請求権の危殆化が認められ得る。しかし、再生債務者の事情の継続に不可欠でない契約について、相手方から不安の抗弁権を行使されることが予想される状況の下で、再生債務者があえて履行を選択することは多くないと思われる。

五 結びに代えて

本稿では、債権法改正作業における不安の抗弁権の立法化をめぐる議論を手がかりに、不安の抗弁権と倒産手続との関係について検討を行った。そこから得られた結論を示すことで結びに代えたい。

倒産手続の開始やその申立ては、たしかに財産状態悪化の究極的な事態とはいえるが、これによって一律に不安の抗弁権の要件の充足または欠如を導くものではない。また、倒産法規範が不安の抗弁権の一般的要件そのものに変更を来すわけでもない。しかし、反対給付請求権が優先的地位を得られるかどうかは倒産法規範によって決せられ、清算型倒産か再建型倒産か、先履行義務の履行期がいつ到来するかによって結論は異なり得る。このことが、反対給付請求権の危殆化という不安の抗弁権の要件を充足するか否かに影響を及ぼす。

倒産手続開始決定の時点で双方未履行の双務契約については、管財人ないし再生債務者は、その契約の履行または解除を選択することができる。解除が選択された場合は不安の抗弁権は問題にならない。

また、履行が選択された場合も、反対給付請求権は財団債権ないし共益債権となり、破産債権ないし再生（更生）債権よりも優先的に弁済を得られるため、倒産手続開始前に存在していた反対給付請求権の危殆化は消滅することが多い。例外的に、倒産手続の中でこの要件を満たすのは、反対給付請求権がこのような優先的地位を取得できない場合、または優先的地位を取得するものでもなお満足を受けられないほど財産が少ないという場面に限られる。

不安の抗弁権の立法化断念の理由となった要件の厳格化・明確化という課題には、なお多くの個別問題が存する。これらを少しずつ明らかにしていくことが今後の課題である。

- (1) 第一九回会議事録商事法務編『民法（債権関係）部会資料集第1集（第5巻）』（二〇一二年）一一〇頁以下〔奈須野発言〕。（以下、『資料集第1集（第5巻）』と略記する。）
- (2) 第一九回会議事録『資料集第1集（第5巻）』一二三頁、一一七頁〔中井発言〕、一一八頁〔高須発言〕。
- (3) 第一九回会議事録『資料集第1集（第5巻）』一二二頁〔道垣内発言〕、一一三頁〔佐成発言〕。
- (4) このようなわが国の従来の学説は、一九〇〇年の（すなわち二〇〇二年の債務法改正前の）ドイツ民法三二一条を範として生成・発展したものである。松井和彦『契約危殆と債務不履行』（二〇一三年）一九頁以下参照。
- (5) 主な違いとしては、①反対給付請求権の危殆化を招き得る事由を財産状態の悪化に限定していないこと、②①の事由が契約締結時に生じていた場合にも不安の抗弁権を認めていること、③①の事由が契約締結後に生じた場合については、予見不可能の要件を課していることを挙げることができる。それぞれについて検討すべきことはあるが、本稿では割愛する。
- (6) 民法（債権関係）部会資料一九―『資料集第1集（第5巻）』三九四頁。

- (7) 民法（債権関係）部会資料一九―二『資料集第1集（第5巻）』四三七頁。この考え方は、民法改正研究会（代表・加藤雅信）が提示した「民法改正国民・法曹・学界有志案」に依拠したものであることが示されている。
- (8) 第一九回会議事録『資料集第1集（第5巻）』一一一頁〔奈須野発言〕。
- (9) 第一ステージのまとめである「中間的な論点整理の補足説明」でも、倒産手続との関係は出てこない。商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』（二〇一一年）四七九頁。
- (10) 民法（債権関係）部会資料四八・商事法務編『民法（債権関係）部会資料集第2集（第9巻）』（二〇一四年）二六三頁。以下、『資料集第2集（第9巻）』と略記する。
- (11) 民法（債権関係）部会資料四八『資料集第2集（第9巻）』二六六頁。
- (12) 第六〇回会議事録『資料集第2集（第9巻）』一三三頁以下〔中井発言〕。山本和彦幹事も基本的に賛成するが、倒産手続開始決定後に不安の抗弁権を否定する考えについては留保をする。同二五頁以下〔山本和彦発言〕。
- (13) 第六〇回会議事録『資料集第2集（第9巻）』二五頁〔中井発言〕。
- (14) 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』（二〇一三年）三九〇頁。この説明は、第二ステージの審議において出された、例示列举と「その他の事由」との関係が不明確であるという意見に答えたものである。商事法務編『民法（債権関係）部会資料集第2集（第11巻）』（二〇一五年）七〇頁〔深山発言〕。
- (15) 『補足説明』三九一頁。
- (16) 『補足説明』三八九頁。中間的な論点整理に関するパブリック・コメントでも、明文化を支持する意見のほうが多かったものの、無視できない数の反対ないし消極的な意見もあった。商事法務編『民法（債権関係）部会資料集第2集（第3巻（下））』（二〇一三年）四八七頁以下。
- (17) 『補足説明』三九一頁。
- (18) 第八一回会議事録二五頁〔中井発言〕、第八七回会議事録三五頁〔中井発言〕。
- (19) 第八一回会議事録二六頁〔村松発言〕。
- (20) 第八一回会議事録によれば、高須幹事（二四頁）、松岡委員（二五頁）、中井委員（二五頁）、山本敬三委員（二六頁以下）、潮見幹事（二八頁）が立法化に積極的であり、佐成委員（二六頁）、深山委員（二八頁）が立法化に消極的であった。

また、村松関係官は、中立的立場をとりつつも、明文化への障害を取り払うことが困難であると述べており（二二六頁）、立法化にやや消極的であった。山野目幹事もやや消極的な態度を示していた（第八七回会議議事録三六頁以下）。弁護士会の中でも意見が分かれていたことが紹介された（第八七回会議議事録三五頁以下〔中井発言〕）。パブリック・コメントも、立法化に対する賛否は分かれている。民法（債権関係）部会資料七七―五「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」に対して寄せられた意見の概要（各論4）七一頁以下。

（21）民法（債権関係）部会資料八〇―三「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案（その2）補充説明」三二二頁。

（22）第八一回会議議事録二四頁（大島発言）、二六頁（佐成発言）、第八七回会議議事録三六頁（佐成発言）。しかし、かりに「濫用」というのが、不安の抗弁権の不当な主張が横行するという意味であるとすれば、そのような「濫用」の懸念には説得力がないと言わざるを得ない。法制審において一部の委員から指摘されていたことであるが、不安の抗弁権に関する規定を有する多くの外国において「濫用」が問題視されているといったことは聞かえてこないし、不安の抗弁権を不当に主張して債務の履行を拒絶した先履行義務者は債務不履行責任を課せられるので、「濫用」は構造的に起こりにくいと考えられる。例えば、ドイツでは、一九〇〇年の民法制定時から不安の抗弁権に関する規定があり、判例・学説によりその適用範囲が拡大されてきたところ、二〇〇二年にはこの判例・学説を反映する形で法改正が行われた。もしドイツにおいて不安の抗弁権の「濫用」が問題視されているとすれば、このような展開は説明できない。第八一回会議議事録二五頁（松岡発言）、二七頁（山本敬三発言）、民法（債権関係）部会資料七七B「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討（13）」一八頁。松井・前掲注（4）七一頁以下、一二二頁以下参照。

また、不安の抗弁権の「濫用」に対する懸念の背景には、不安の抗弁権の要件を満たしているにもかかわらずこれを行ってしなかった先履行義務者は、相手方の損害発生ないし拡大について過失があると認定されるおそれがあるから、要件を満たす可能性があれば行使せざるを得ないといった誤解があるのかもしれない。『資料集第1集（第5巻）』一一〇頁参照（奈須野発言）。しかし、このような解釈は不安の抗弁権を承認することに伴い必然的に導かれる結論ではない。先履行義務者にはこのような意味での損害軽減義務はないとする解釈は十分に可能である。

（23）第八七回会議議事録三七頁（山野目発言）。

（24）この問題を正面から扱った論稿は、おそらく伊藤眞『債務者更生手続の研究』（一九八四年）四九八頁〔初出、「継続的

供給契約と倒産処理——不安の抗弁権の再構成」判時一〇七四号三頁〕のみであろうと思われる。

- (25) 中島弘雅『体系倒産法Ⅰ』（二〇〇七年）二五三頁。中西正「双方未履行双務契約の破産法上の取り扱い」徳田和幸ら編著『谷口安平先生古稀祝賀・現代民事司法の諸相』（二〇〇五年）五一三頁以下、伊藤眞『破産法・民事再生法』（第三版）（二〇一四年）三五六頁も。

- (26) 伊藤・前掲注（24）五一五頁以下。もともと、更正手続の前途に不安が持たれ、かつ、従来の支払条件が長期の手形決済であるような場合には、単なる共益債権化のみでは不十分であるとされる。これに対し、旧和議法に基づく和議手続については、破産原因が存する場合に和議が開始されることや会社更生上の共益債権よりも弁済の確実性が低いことなどを考慮し、原則として不安の抗弁権を認めるべきとの見解がある。伊藤・前掲注（24）五一七頁、田頭章一「和議手続における双方未履行双務契約の処理」岡法四〇巻三・四号五一四頁以下。

- (27) 釜田佳孝「倒産処理と継続的供給契約」今中利昭先生還暦記念論文集『現代倒産法・会社法をめぐる諸問題』（一九九五）三〇頁。

- (28) RG. 12. 11. 1904, Recht1905, Nr. 269.

- (29) Lindacher, Rechte des vorleistungspflichtigen Verkäufers bei anfänglicher Kreditunwürdigkeit des Käufers, MDR1977, 797, 800; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, Konkursordnung, 10. Aufl. 1986, §17 Anm. 23c) dd; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, §15IV5 (S. 368); Jaeger/Henckel, Konkursordnung Großkommentar, 9. Aufl. 1997, §17 Rn. 137; Soergel/Gsell, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl. 2005, §321 Rn. 33; Krüger/Emmerich, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, §321 Rn. 11; Helemeh, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2013, §55 Rn. 116; Jaeger/Jacoby, Insolvenzordnung Großkommentar, 3. Bd. 2014, §103 Rn. 312; Staudinger/Schwarze, Staudingers Kommentar zum BGB, 2015, §321 Rn. 36ff.

ハの立場を支持する下級審裁判例として OLG Düsseldorf, 28. 4. 1970, MDR1970, 1009.

- (30) Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, a. a. O. (Fn. 29), §17 Anm. 23c) dd; Jaeger/Henckel, a. a. O. (Fn. 29), §17 Rn. 137; Kühler/Prütting/Bork/Tintelnot, Kommentar zur Insolvenzordnung, 2014, §103 Rn. 14; Krefz/Marotzke, Insolvenzordnung, 7. Aufl. 2014, §103 Rn. 106; Staudinger/Schwarze, a. a. O. (Fn. 29), §321 Rn. 38.

- (31) Staudinger/Schwarze, a. a. O. (Fn. 29), §321 Rn. 36.
- (32) Staudinger/Schwarze, a. a. O. (Fn. 29), §321 Rn. 36.
- (33) Marotzke, Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2001, §2 Rn. 2. 1ff; K. Schmidt/Ringsmeier, Insolvenzordnung, 18. Aufl. 2013, §103 Rn. 1, 40.
- (34) 他方、ドイツ旧和議法の下での和議手続の開始については、破産と異なり、原則として反対給付請求権の危殆化を示す事情になると解されていた。これは、ドイツ旧破産法や現行倒産法とドイツ旧和議法とで双方未履行双務契約に関する取扱いが異なることに由来する。ドイツ旧和議法三六条一項によれば、双方未履行双務契約に基づく債権者は、和議債権者から除外されていた。すなわち、このような債権者は、和議手続とは無関係に契約の履行を求めることができた。当然、この債権者が相手方（和議債務者）に対して有する実体法上の権利には、何らの影響もない。同時履行の抗弁権や不安の抗弁権は、その要件を満たす限りにおいて、手続開始後も存続する。和議管財人は、和議裁判所による許可など厳格な要件の下で、その履行を拒絶することができたとどまる（ドイツ旧和議法五〇条）。この結果、たしかに双方未履行双務契約に基づく債権者は、和議債権者よりも優遇されていたものの、和議手続開始前に存在していた反対給付請求権の危殆化が、手続開始によって消滅することにはならない。ドイツ旧破産法および現行倒産法の下で、手続内部において財団債権者という優先的地位を与えられることは法的取扱いが大きく異なる。Vgl. Staudinger/Kaduk, Staudingers Kommentar zum BGB, 10/11. Aufl. 1967, §321 Rn. 12.
- (35) Marotzke, a. a. O. (Fn. 33), §2 Rn. 2. 5, §4 Rn. 4. 85; Kübler/Prütting/Bork/Tintelnor, a. a. O. (Fn. 30), §103 Rn. 14.
- (36) Gauch/Schmid/Schraner, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 3. Aufl. 2000, Art. 83 N. 9ff.
- (37) Sogo, Zahlungsunfähigkeit im Vertragsverhältnis, 2015, S. 149f.
- (38) Adrian Staehelin/Bauer/Daniel Staehelin/Schwob, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Aufl. 2010, Art. 211 N. 11; Hunkeler/Bürgi, Kurzkommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2009, Art. 211 N. 4.
- (39) Sogo, a. a. O. (Fn. 37), S. 150; Schwob, Basler Kommentar, a. a. O. (Fn. 38), Art. 211 N. 12.

- (40) Sogo, a. a. O. (Fn. 37), S. 150.
- (41) BG26. 10. 1978, BGFI041184. 89; Kren, Konkursöffnung und schuldrechtliche Verträge, 1989, S. 94; Schwob, Basler Kommentar, a. a. O. (Fn. 38), Art. 211 N. 11.
- (42) スイス法には、破産を契約の解除事由とする規定が債務法にいくつか規定されているが、これを除けば、破産は当然に契約関係を終了させないし、破産管財人に解除権を付与する規定も存在しない。Vgl. Kren, a. a. O. (Fn. 41), S. 5ff.
- (43) ドイツ倒産法一〇三条一項は、解除ではなく履行拒絶と履行との選択権を破産管財人に認めており、この点はわが国の破産法五三条と大きく異なる。しかし、不安の抗弁権が問題となるのは履行が選択された場合だけでなく、解除ないし履行拒絶が選択された場合は問題とならないので、この違いは本稿で扱う問題に影響しない。
- (44) 田原睦夫・山本和彦監修『注釈破産法（上）』（二〇一五年）三五二頁（加々美博久）。
- (45) 破産管財人が解除を選択した場合は、先履行義務者は給付の返還を請求することができる（破五四条二項）。
- (46) 破産法二八条一項に基づき弁済禁止の仮処分が発せられた場合も、先履行義務者は反対給付を受けられなくなるので、危殆化が認められる。
- (47) もっとも、破産手続開始の申立てから手続開始決定までの期間は総じて短いため、この期間の不安の抗弁権を論じる実益はあまりない。東京地裁破産再生部では、破産手続開始の申立日当日に開始決定をする例も少なくないと言われる。東京地裁破産再生実務研究会編『破産・民事再生の実務（第3版）破産編』（二〇一四年）八〇頁。
- (48) 双方未履行の判断基準時は、破産と同様、再生（更生）手続開始決定時であるから、その後に先履行義務の履行期が到来し、先履行義務者がこれを履行した場合、その後に再生（更生）債務者が履行を選択すれば反対給付請求権は共益債権となるので、通常、反対給付請求権の危殆化は生じない。管財人ないし再生債務者が解除を選択した場合については、民事再生法四九条五項、会社更生法六一条五項により、破産法五四条が準用され、破産の場合と同様の取扱いとなる。
- (49) 山本和彦ら『倒産法概説（第2版補訂版）』（二〇一五年）九六頁、多比羅誠「倒産実務家から見た債権法改正の中間試案の問題点」法の支配一七〇号五八頁以下。
- (50) 山本ら・前掲注（49）九七頁、佐村浩之・内田博久編著『民事再生』（二〇一四年）二四五頁。

(51) 山本和彦『山本研編『民事再生法の実証的研究』(二〇一四年)二〇頁以下参照。

(52) 民事再生手続につき、山本和彦『山本研編・前掲注(51)七九頁以下参照(近藤隆司・金春)。破産手続についても、民事再生法、会社更生法とはほぼ同様の開始決定前の保全処分に関する制度があり(破二八条一項)、同様の問題が理論的には生じ得るが、東京地裁破産再生部の場合、破産手続開始決定それ自体を早期に発令しているため、保全処分を発令する必要性のある事案は少ないと言われる。東京地裁破産再生実務研究会編・前掲注(47)八〇頁参照。

(53) 民事再生手続開始の申立てをした場合、取引先は現金取引かごく短い期間(一五日程度)での信用取引を求めることが多いと言われる。松田耕治『澤野正明』佐々木伸悟監修『再建型倒産手続実務ハンドブック』(二〇一五年)二〇頁参照。ただし、事業の継続に必要な商品供給が停止されるおそれがあるときは、弁済禁止の例外許可(民再八五条五項、会社更生法五項参照)が得られることもあると言われる(山本和彦『山本研編・前掲注(51)三二二頁(中井発言)』。この場合は、反対給付請求権の危殆化が生じないことがあり得る。

※ 本稿は、科学研究費助成事業(基盤研究C・課題番号二六三八〇一一三)による研究成果の一部である。