

博 士 論 文

破産法上の双方未履行双務
契約の取扱いに関する研究

平成28年7月

中央大学大学院法学研究科民事法専攻博士課程後期課程

劉 穎

目 次

序 章	- 1 -
第 1 節 問題の所在	- 1 -
第 1 項 契約時代の到来と破産	- 1 -
第 2 項 双方未履行双務契約の規律の立法例	- 4 -
1. UNCITRAL 倒産法立法ガイド	- 4 -
2. アメリカ法	- 5 -
3. ドイツ法	- 8 -
4. 中国法	- 10 -
5. 日本法	- 13 -
第 3 項 日本法における双方未履行双務契約の規律の課題	- 19 -
1. 目的論の課題	- 19 -
2. 効果論の課題	- 20 -
3. 適用対象論の課題	- 21 -
第 2 節 本稿の構成	- 22 -
第 1 章 双方未履行双務契約の規律の目的論	- 24 -
第 1 節 UNCITRAL 倒産法立法ガイドの列挙の立法趣旨	- 24 -
第 2 節 アメリカの議論状況	- 24 -
第 1 項 管財人の選択権の性質	- 25 -
第 2 項 管財人の選択に対する裁判所の許可の基準	- 26 -
第 3 項 小括	- 28 -
第 3 節 ドイツの議論状況	- 28 -
第 1 項 1874 年ドイツ破産法草案理由書	- 29 -
第 2 項 旧法時代の学説の変遷	- 29 -
1. 相手方の利益の保護を制度趣旨とする考え方	- 30 -
2. 破産財団の利益の保護を制度趣旨とする考え方	- 30 -
第 3 項 判例立場の変更	- 32 -
1. 存続説 (Fortbestehenstheorie) [～1988 年]	- 32 -
2. 消滅説 (Erlöschenstheorie) [1988 年～2002 年]	- 32 -
3. 質的跳躍説 (Qualitätssprungtheorie) [2002 年～]	- 33 -

第4項	現行法時代の学説の動向	- 33 -
第5項	小括	- 34 -
第4節	中国の議論状況	- 35 -
第1項	学説の素描	- 35 -
第2項	中国法上の目的論に関する私見	- 37 -
第3項	小括	- 40 -
第5節	日本の学説の系譜	- 41 -
第1項	通説	- 41 -
第2項	伊藤説	- 42 -
第3項	福永説	- 44 -
第4項	霜島説	- 46 -
第5項	水元説	- 47 -
第6項	中西説	- 48 -
第7項	宮川説	- 48 -
第8項	赫説	- 49 -
第6節	各説の問題点の整理および分析	- 50 -
第1項	伊藤説について	- 50 -
第2項	通説および宮川説について	- 52 -
第3項	福永説、霜島説および水元説について	- 58 -
第4項	中西説について	- 61 -
第5項	赫説について	- 61 -
第7節	日本法上の目的論に関する私見	- 62 -
第1項	なぜ特別の規律が設けられているのか	- 63 -
第2項	なぜ解除権構成が採られているのか	- 64 -
第3項	なぜ管財人にのみ契約の選択権が認められているのか	- 66 -
第2章	双方未履行双務契約の規律の効果論	- 67 -
第1節	契約の履行の選択	- 67 -
第1項	効果	- 67 -
1.	相手方の履行請求権の取り扱い	- 67 -
2.	給付が可分の場合の取扱い	- 69 -

第2項 方式	- 74 -
第3項 相手方の不安の抗弁権	- 75 -
第2節 契約の解除の選択	- 77 -
第1項 効果	- 77 -
1. 相手方の原状回復請求権の取り扱い	- 77 -
2. 給付が可分の場合の取扱い	- 81 -
3. 相手方の損害賠償請求権の取り扱い	- 82 -
4. 賠償される損害の範囲	- 84 -
5. 違約金支払請求権の取り扱い	- 85 -
第2項 方式	- 86 -
1. 選択時期の徒過に基づく解除の擬制	- 86 -
2. 一部解除	- 86 -
第3項 相手方の催告権	- 87 -
第3章 双方未履行双務契約の規律の適用対象論	- 88 -
第1節 アメリカの判例および学説	- 88 -
第1項 学説	- 88 -
第2項 判例	- 89 -
第3項 小括	- 90 -
第2節 ドイツの判例および学説	- 90 -
第1項 判例	- 90 -
第2項 学説	- 91 -
第3項 小括	- 91 -
第3節 中国の判例および学説	- 91 -
第1項 判例	- 91 -
1. 河南省鄭州市中級人民法院 2011年8月1日判決	- 92 -
2. 河南省安陽市中級人民法院 2009年12月16日判決	- 92 -
3. 上海市浦東新区人民法院 2010年5月26日判決	- 93 -
4. 検討	- 94 -
第2項 学説	- 95 -
第3項 小括	- 96 -

第4節	日本の判例および学説	- 96 -
第1項	判例	- 96 -
1.	最判平 12・2・29 判タ 1126 号 110 頁	- 96 -
2.	最判平 12・3・9 判タ 1128 号 159 頁	- 99 -
3.	検討	- 100 -
第2項	学説	- 101 -
第3項	小括	- 101 -
第5節	双方未履行双務契約の要件についての検討	- 102 -
第1項	「双務契約」の意義	- 102 -
1.	民法上の双務契約	- 102 -
2.	破産財団に関する契約	- 102 -
3.	破産手続開始後でも存続しうる契約	- 102 -
第2項	「双方未履行」の意義	- 103 -
1.	「未履行」の意義	- 103 -
2.	「双方」の意義	- 106 -
第6節	原則規定の不適用・例外	- 107 -
第1項	契約の履行の選択につき支障となる場合	- 107 -
第2項	契約の解除の選択につき支障となる場合	- 108 -
第3項	各種の契約類型につき特則がある場合	- 111 -
終章		- 113 -
第1節	要約	- 113 -
第2節	結論：上記解釈論を踏まえた双方未履行双務契約の規律の体系	- 118 -
第3節	残された課題	- 119 -

序 章

第 1 節 問題の所在

第 1 項 契約時代の到来と破産

人類社会が進化する歴史の流れでは、様々な文明は生成、発展、さらに消滅しつつある。これらの文明は、法制度を含む諸側面において、それぞれの時代あるいは地域に相応する特徴をみせてくる。ところが、比較法学から獲られる徴表の結果、あらゆる地域において原始時代の社会が今日そうであると認めている「個人」(individuals)の集積ではなく、「諸家族の集合」(an aggregation of families)であったという見解は樹立される¹。すなわち、人類社会の歴史の暁には、「個人」のすべては「家族」に包含され、しかも、家父長の支配のもとに置かれており、逆にいえば、家族内では最年長の父親は絶対的に最高の者であり、彼が妻や子孫の人および物に対し後代のローマ法にいう「家父権」(Patria Potestas)を有する。その意味において、国家は一の家族の拡大ないし家族群の連合とみることができ、いわば「溥天の下、王土に非ざる莫く、率土の浜、王臣に非ざる莫し」²である。

しかし、その後の歴史から明らかとなり、社会の進化の行程においてその単位が悄然と変わり、近代に入ってから「個人」は社会の単位として着々と古代以来の「家族」に代わっている。このことは、市民法の分野には最も顕著にみえる。すなわち、原始社会では「個人」のあらゆる関係が「家族」に集約されていたのに対して、近代社会では「個人」に係る権利義務関係が「個人」間の自由な合意によるようになっていく。ここでの「個人」間の自由な合意は「契約」である。古代社会の「家族」による権力に由来したものを「身分」と称するならば、進歩的諸社会の進展は今までのところ「身分から契約へ」(from Status to Contract)の進展であったともいえる³。

近代以来、分業が深化するにつれて、人間は、より多様で豊富な財を消費できるよう

¹ ヘンリー・サムナー・メイン著、安西文夫訳『古代法（復刻版）』（信山社、1990年）100頁。

² 「詩経」小雅・北山。

³ メイン・前掲注（1）127-129頁。

にするために、自ら生産・取得した財をもって他者の財と交換することが必要になった。その結果、商品経済は、かつての自給自足経済に代わり、その後市場経済に発達するに至っている。いうまでもなく、商品経済にとっては商品の交換が不可欠であり、その商品の交換活動の基幹をなすのが契約である。「自由な交換を前提とする経済に必要な法制度を提供しているのが契約であり、伝統、慣習あるいは命令ではない」⁴。

現在では、契約は、人間の行動を規制するルールとしてのみならず、資源の配置や財の配分のための基本的なツールとして、広く役割を果たしている。こうして、社会の様々な活動が契約という制度を通じて運営される意味において、まさに契約の時代の到来である⁵。そこで、国連国際商取引法委員会（United Nations Commission on International Trade Law、以下「UNCITRAL」という）は、倒産法立法ガイド（Legislative Guide on Insolvency Law、「UNCITRAL 倒産法立法ガイド」という）において、「経済が発展するにつれ、ますます多くの財が契約の定めまたは支配のもとに置かれる可能性がある結果、契約の処理は倒産手続にとって何より重要である」と指摘している⁶。

破産手続は⁷、経済的破綻に陥った債務者をめぐる法律関係を集団的に処理するための手続である。これらの法律関係（権利・義務）は、不法行為による場合を除いて、ほとんどすべて契約により発生したものである⁸。しかも、破産の場面では、個別の契約

⁴ Friedrich Kessler & Grant Gilmore & Anthony T. Kronman, *Contracts: cases and materials*, 3rd ed., Boston: Little, Brown, 1986, p.4.

⁵ 内田貴『契約の時代：日本社会と契約法』（岩波書店、2000年）2頁。

⁶ United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law: Parts One and TWO (2004)*, United Nations New York, 2005, p.119.

⁷ アメリカ、ドイツ、中国などの立法例は、清算型手続と再生型手続を一つの法典、すなわち倒産法に規定するのに対して、形式的な意味での倒産法は日本には存在しない。日本では、倒産法とは講学上の概念であり、一般的には、破産手続を規律する破産法、再生手続を規律する民事再生法、更生手続を規律する会社更生法、および、特別清算手続を規律する会社法の関係諸規定などをあわせて倒産法あるいは倒産処理法と呼んでいる。そのうち、破産法（平成16年法75号）は、他の倒産法の背後に控えて、倒産法制全体を秩序付ける基本法としても位置付けられると理解される（山本和彦ほか『倒産法概説（第2版補訂版）』（弘文堂、2015年）25頁）。本稿は、論述の便宜上、特に断らないかぎり、破産法を対象として問題を提起して検討を進め、また、題名においても「破産」という語を用いるとする。

⁸ 竹内康二「破産管財人の選択権」竹下守夫=藤田耕三編集代表『破産実体法』（青林書院、2015年）274頁。

の処理は、破産者を含む当該契約当事者の利益だけではなく、他の破産債権者等の利害関係人の利害にも関係しており、すなわち、契約当事者間の衡平に加えて破産債権者間の公平も問題となる。そのために、契約の取扱いは、倒産実体法の重要な課題の一つとして、古くから関心を集めてきた。

破産手続の中で処理すべき契約、すなわち、破産手続開始当時破産者が結んでいた契約は、履行の完了等によって消滅したものを別にして⁹、破産者ないし相手方の義務のいずれか、またはその双方が残されているかにより、三つの場合に分かれる。第一は、破産者の義務のみが残存の場合であり、破産者が義務を負いかつ履行を完了していない片務契約と、相手方が義務の履行を完了しているが破産者が義務の履行を完了していない双務契約がこれにあたる。この場合には、相手方の有する契約上の債権は、破産債権となる。逆に、第二は、相手方の義務のみが残存の場合であり、相手方が義務を負いかつ履行を完了していない片務契約と、破産者が義務の履行を完了しているが相手方が義務の履行を完了していない双務契約がこれにあたる。この場合には、破産者の有する契約上の債権は、破産財団に所属する財産であり、管財人がこれを行行使することになる。第三に、契約が双務契約であって、破産者と相手方がともにその義務の履行を完了していない場合がある（以下「双方未履行双務契約」という）¹⁰。この場合の取扱いに関しては、UNCITRAL 倒産法立法ガイドの関係部分は次のとおりである。すなわち、「契約当事者の双方がともに義務の履行を完了していない場合については、多くの倒産法が共

⁹ なお、履行済みで消滅した契約関係でも、後に否認の対象となりうることがある。

¹⁰ このような契約は、英米法、特にアメリカ倒産法では「Executory Contract」という語をもって表現されている。その訳語の影響により、日本の関連文献の中で、破産法 53 条にいう契約を「未履行契約」、または「未履行双務契約」と呼んでいるものが散見される（水元宏典「破産および会社更生における未履行双務契約法理の目的（一）」法学志林 93 巻 2 号（1995 年）63 頁、原秀六「未履行契約の処理に関する破産管財人の権利および義務」彦根論叢 324 号（2000 年）99 頁などを参照）。しかし、「Executory Contract」とは、英米法では倒産法だけでなく、むしろ契約法においてより広く用いられている概念であり、また、「未履行契約」や「未履行双務契約」として表現すると、契約当事者の一方のみが未履行である場合が含まれると理解する余地があるため、近時は、「双方未履行双務契約」という表現が多くみられる（山本ほか・前掲注（7）25 頁、伊藤眞ほか『条解破産法（第 2 版）』（弘文堂、2014 年）404 頁、加々美博久「双方未履行双務契約」東京弁護士会倒産法部編『倒産法改正展望』（商事法務、2012 年）273 頁などを参照）。本稿は、「双方未履行双務契約」という表現にしたがう。

通する特徴は、倒産手続の開始に伴い当該契約の履行を中止させることで相手方が解除権を行使することを防ぐことを前提に、契約の履行を継続（continue）し、または拒絶（rejected）する選択権を管財人に与えるという点にある¹¹。後述するとおり、日本破産法 53 条 1 項、民事再生法 49 条 1 項、会社更生法 61 条 1 項がその例である。以下では、本稿の課題との関係でいくつかの立法例を比較対照してみよう。

第2項 双方未履行双務契約の規律の立法例

1. UNCITRAL 倒産法立法ガイド

先にも触れたとおり、UNCITRAL の第5部会（倒産法）は、近年、各国の倒産関連立法を促進するために、討議会を経て、2004年6月25日に倒産法立法ガイド第1部「効果的かつ効率的な倒産法の主要な目標と構造の設計」（Designing the key objectives and Structure of an effective and efficient Insolvency Law）および第2部「効果的かつ効率的な倒産法の主要規定」（Core provisions for an effective and efficient Insolvency Law）¹²、2010年7月1日に第3部「グループ企業の倒産処理」（Treatment of enterprise groups in insolvency）¹³、2013年7月18日に第4部「倒産に近づいている時期における取締役の義務」（Directors' obligations in the period approaching insolvency）¹⁴を採択した。そのうち、第2部の第2章「倒産手続開始時の資産の処理」（Treatment of assets on commencement of insolvency proceedings）のE節「契約の処理」（Treatment of contracts）において、双方未履行双務契約の取扱いにつき立法提案がいくつかの立法提案がなされている。その内容を概略すると、次のとおりである。

まず、倒産法は双方未履行双務契約につき明確な規定を置くべきものとされる（Recommendations 69）¹⁵。また、当該規定において、管財人が契約の履行（continue performance）を選択した後の契約違反（breach）に基づく損害賠償請求権を管財費用

¹¹ UNCITRAL, *supra* note 6, at 121.

¹² UNCITRAL, *supra* note 6, at 1.

¹³ United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law: Part Three (2010)*, United Nations New York, 2012, p.1.

¹⁴ United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law: Part Four (2013)*, United Nations New York, 2013, p.1.

¹⁵ UNCITRAL, *supra* note 6, at 132.

(administrative expense、日本破産法上の財団債権に相当する)として支払い、反対に、管財人による契約の拒絶(rejection)に基づく損害賠償請求権を一般無担保債権(ordinary unsecured claim、日本破産法上の破産債権に相当する)とし処遇すると定めるべきものとされる(Recommendations 81-82)¹⁶。

以上のとおり、UNCITRAL 倒産法立法ガイドでは、原則規定として、管財人が双方未履行双務契約を履行し、またはその履行を拒絶することができるというような提言が明示されていないが、契約の選択の効果に関する提言から、管財人に契約の選択権を与えるべき趣旨がみられる。また、選択権行使の効果については、契約の拒絶の場合につき明らかにされているのに対して、契約の履行の場合につき明言されていないという点では、UNCITRAL 倒産法立法ガイドの当該部分が立案および討議において後述するアメリカ法から多くの影響を受けたものと推測される。

2. アメリカ法

アメリカは建国後、長年にわたって連邦の倒産法が存在しておらず、債務者の不履行の問題の処理が州の債権者の権利に関する法に委ねられていた¹⁷。その後、1893年の大恐慌を背景に、1898年連邦倒産法(Bankruptcy Act of 1898、以下「アメリカ旧倒産法」という)が論争の中で誕生した。この倒産法は、当初、双方未履行双務契約を取り扱う規定を設けていなかったが、1938年のチャンドラー法(Chandler Act of 1938)という1組の実質的な改正により、双方未履行双務契約(executory contract)と期間満了前の賃貸借契約(unexpired leases)の取扱いに関する70条(b)項および63条(c)項を増設するに至った。これを踏襲して、1978年連邦倒産法(Bankruptcy Code 1978、以下「アメリカ倒産法」という)すなわち現行法は、365条に双方未履行双務契約と期間満了前の賃貸借契約の取扱いに関する原則規定を置いている。アメリカでは連邦の倒産法をもって双方未履行双務契約を処理して以来、約80年も経ち、関係条文が数回の改正により二つの段落から数頁まで増えたにもかかわらず、当初チャンドラー法により導入された規

¹⁶ UNCITRAL, *supra* note 6, at 134.

¹⁷ Jeff Ferriell & Edward J. Janger, *Understanding bankruptcy*, 3rd ed., New Providence, N.J.: LexisNexis, 2013, p.112.

定の中核的な内容がまだ保持されている¹⁸。

アメリカ倒産法 365 条の内容を概観すると、次のとおりである。まず、同条 a 項はこう規定する。

「本法第 765 条及び 766 条並びに本条 (b) 項、(c) 項及び (d) 項に規定するところを除き、管財人は、裁判所の許可を得て、債務者の双方未履行双務契約若しくは期間満了前の賃貸借契約を引き受け (assume)、または拒絶 (reject) することができる¹⁹。」

つまるところ、管財人は、双方未履行双務契約につき選択権を行使することができるが、その前提として、裁判所からの許可 (approval) が要される。裁判所が許可をするかどうかを決するにあたって、「経営判断」(business judgement) の基準を適用するのはほとんどである²⁰。このような基準のもとでは、裁判所の検討の範囲は狭く、管財人に害意や裁量の濫用がないかぎり、その選択が通常覆されることがない²¹。また、ここでいう引受けには、契約の定めにしたがって義務を履行することのみならず、それを履行する第三者に譲渡することも含まれる。

同条 (b) 項は、債務者が既に不履行となっている場合の引受けの要件を定めるものである。すなわち、仮に双方未履行双務契約につき債務者に不履行があったとしても、管財人がなおこれを引き受けることが可能であり、その要件として、①すべての不履行を治癒すること²²、②相手方が債務者の不履行により被った損害につき相手方に対して補償したこと²³、③将来の履行について適切な保証をしたこと²⁴である。

同条 (c) 項は、管財人が契約を引き受けることができない場合を列挙する。すなわち、①債務者が一身専属的義務を負う場合²⁵、②与信延長または証券発行のための契約の場

¹⁸ David G. Epstein, *Bankruptcy and related law in a nutshell*, 6th ed., St. Paul, Minn.: West, 2002, p.322.

¹⁹ 条文の翻訳は、竹下守夫監修『破産法比較条文の研究』(信山社、2014年) 201頁を参考にしたものである。

²⁰ なお、その他の基準が少数説的に唱えられている (David G. Epstein & Steve H. Nickles & James J. White, *Bankruptcy*, St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1993, p.244)。詳細に関して、第1章第2節第2項「管財人の選択に対する裁判所の許可の基準」を参照。

²¹ Ferriell & Janger, *supra* note 17, at 377.

²² Bankruptcy Code § 365(b)(1).

²³ Bankruptcy Code § 365(b)(2).

²⁴ Bankruptcy Code § 365(b)(3).

²⁵ Bankruptcy Code § 365(c)(1).

合²⁶、③非居住用不動産に関する賃貸借契約が倒産手続開始前に終了していた場合²⁷などである。なお、一身専属的義務（Non-Delegable Duties）は、委任することができない場合を指すものであり、委任されうる役務提供義務（personal service）はこのかぎりではない²⁸。

同条（d）項は、管財人の引受けまたは拒絶の選択期間を定める。原則として、管財人は、倒産手続開始決定（order of relief）からの 60 日以内に、双方未履行双務契約を引き受けることができるが、裁判所はその 60 日の期間を延長することもできる。選択期間経過後は、管財人が当該契約を拒絶したものとみなされる²⁹。

同条（e）項は、いわゆる倒産解除条項（ipso facto clause）の無効を明示するものである³⁰。

同条（f）項は、双方未履行双務契約の譲渡の要件を挙げる。すなわち、①管財人が既に同条の規定にしたがって当該契約を引き受けたこと³¹、②譲受人が将来の履行に対する適切な保証をしたこと³²が要求される。

同条（g）項は、管財人の拒絶の効果を規定する。すなわち、管財人が当該契約を拒絶したときは、倒産手続開始申立直前に債務者の不履行（breach）があったものとみなされる³³。それによれば、管財人の拒絶によって生じた相手方の損害賠償請求権は、一般無担保債権（general claims、日本破産法上の破産債権に相当する）として取り扱われる³⁴。これに対して、引受けの効果について、明文の規定がないが、それが判例により確立されている。すなわち、管財人の引受けに伴い、当該契約についての債務者の義務が財団の義務とされ、引受け後の契約についての不履行により生じた損害賠償請求権が管財費用（administrative expense、日本破産法上の財団債権に相当する）として取り扱われる³⁵。

²⁶ Bankruptcy Code § 365(c)(2).

²⁷ Bankruptcy Code § 365(c)(3).

²⁸ Ferriell & Janger, *supra* note 17, at 389.

²⁹ Bankruptcy Code § 365(d)(1).

³⁰ Bankruptcy Code § 365(e).

³¹ Bankruptcy Code § 365(f)(2)(A).

³² Bankruptcy Code § 365(f)(2)(B).

³³ Bankruptcy Code § 365(g)(1).

³⁴ Bankruptcy Code § 502(g).

³⁵ Ferriell & Janger, *supra* note 17, at 385; Epstein & Nickles & White, *supra* note 20, at 237; Brian

3. ドイツ法

ドイツでは、立法上、双方未履行双務契約に対する取扱いがドイツ民法典 (*Bürgerliches Gesetzbuch*) の制定前にまで遡りうる。ドイツは、1871年に統一国家が成立した後、1877年に破産法 (*Konkursordnung für das Deutsche Reich 1877*、以下「ドイツ破産法」) を公布し、同法が17条において双方未履行双務契約につき原則規定を置く。同条は、こう規定していた。

「双務契約が、破産手続開始の当時、破産者およびその相手方により履行されていないか、または完全に履行されていないときは、破産管財人は、破産者に替わって契約を履行し、かつ相手方に対してその履行を請求することができる。

2 破産管財人は、履行の期限が到来していないときでも、相手方の請求により、これに対し自己が履行を請求するか否かを遅滞なく意思表示しなければならない。破産管財人がこれを怠ったときは、履行を主張することができない³⁶。」

すなわち、ドイツ破産法のもとでは、管財人は、双方未履行双務契約につき履行か不履行の選択権を行使することが認められる。

また、同法59条1項2号は、「以下に掲げるものは財団債務とする：二 破産財団のために履行すべきことを請求した双務契約により生じた請求権または手続開始以降の時期において履行すべき双務契約により生じた請求権」と規定していた³⁷。それによれば、管財人が契約の履行を選択したときは、相手方の請求権が財団債権として処遇される。これに対して、管財人が契約の不履行を選択したとき、または契約の不履行を選択したとみなされるときの効果に関しては、同法は直接的には何ら規定していない³⁸。通

A. Blum, *Bankruptcy and Debtor/Creditor*, 6th ed., New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013, p.426.

³⁶ 条文の翻訳は、加藤正治『独逸破産法 I』(有斐閣、1920年)102頁、齋藤常三郎『獨逸民事訴訟法IV破産法・和議法』(有斐閣、1956年)87頁を参考にしたものである。

³⁷ 条文の翻訳は、齋藤・前掲注(36)174頁を参考にしたものである。

³⁸ ドイツ破産法17条がなぜ管財人による不履行の選択(履行の拒絶)について言及しなかったという点については、それは立法者の誤った見解に基づく結果であるともいわれる。すなわち、同法の立法者は、破産者側が破産手続の開始によって当然に双方未履行双務契約につき不履行となり、それに伴い相手方の債権がその不履行による損害賠償請求権となるものと考えていた(福永有利「破産法第59条の目的と破産管財人の選択権」北大法学論集39巻5-6号(上)(1989年)139頁)。

説的見解によると、その場合には破産者側と相手方の履行請求権の双方が将来に向かって消滅し、また、同法 26 条³⁹⁾により、相手方は、破産者に対してなした給付の返還を請求することができず、相手方が管財人の不履行により損害を被ったときにその損害の賠償請求を破産債権として主張することができるのみであると解される⁴⁰⁾。

このドイツ破産法は、当時の立法技術の粋を集めたものであり、「ライヒ司法の真珠」と称されるが、その施行後まもなくして改正議論の対象となった。しかし、様々な改正論議、さらに西ドイツと東ドイツとの分裂および再統一など紆余曲折を経て、20 世紀 90 年代までその基本的な枠組みが変わっていなかった。その後、抜本的な改正として、ドイツ倒産法 (Insolvenzordnung 1994) すなわち現行法が成立したのは、1994 年であった⁴¹⁾。同法は、1999 年 1 月 1 日から施行され、双方未履行双務契約に関する条文が次のとおりである。

【ドイツ倒産法第 103 条 (倒産管財人の選択権)】⁴²⁾

「倒産手続開始時において、債務者および相手方の双方ともに双務契約を完全に履行せず、またはその履行を完了していないときは、倒産管財人は、債務者に替わって契約を履行し、かつ相手方による履行を請求することができる。

2 倒産管財人が履行を拒絶したときは、相手方は、不履行に基づく債権につき倒産管財人として権利を行使することができる。相手方が倒産管財人に対してその選択権の行使を求めたときは、倒産管財人は、履行を請求する意思を有するか否かを遅滞なく意思表示しなければならない。倒産管財人がこれを怠ったときは、履行を主張することができない。」

³⁹⁾ ドイツ破産法 26 条は、「破産手続開始の結果、破産者の義務の不履行または権利関係の消滅が生じたときは、相手方は、破産者の所有に移転した給付の返還を破産財団に対して請求することができない。相手方は、その不履行または消滅により生じた債権について、別除権を有しないかぎり、単に破産債権者としてその権利を主張することができる」と規定する (条文の翻訳は、齋藤・前掲注 (36) 108 頁を参考にしたものである)。

⁴⁰⁾ 齋藤・前掲注 (36) 90 頁、福永・前掲注 (38) 139 頁。

⁴¹⁾ ドイツ倒産法成立の経緯に関して、三上威彦『ドイツ倒産法改正の軌跡』(成文堂、1995 年) 114 頁以下、木川裕一郎『ドイツ倒産法研究序説』(成文堂、1999 年) 1 頁以下を参照。

⁴²⁾ 条文の翻訳は、吉野正三郎『ドイツ倒産法入門』(成文堂、2007 年) 114-115 頁、竹下・前掲注 (19) 208 頁を参考にしたものである。

【ドイツ倒産法第55条（その他の財団債務）】⁴³

「その他、以下に掲げるものは財団債務とする。

二 双務契約に基づく債務で、倒産財団に対する履行が請求されるかまたは倒産手続開始以降の時期において履行されなければならないもの」

つまるところ、双方未履行双務契約の取扱いに関しては、ドイツ倒産法は、基本的に、ドイツ破産法の規定を踏襲しているが、管財人による履行の拒絶の効果を条文上明示するという点で、ドイツ破産法とは異なる。

また、ドイツ倒産法は、債務が可分である場合について特則を置いているところに特色がある。すなわち、同法105条（可分給付）は、「負担された給付が可分であり、かつ相手方が倒産手続開始時においてその負担する給付を一部履行している場合には、管財人がまだ履行されていない給付につき履行を請求したときであっても、相手方は、その反対給付の請求権のうち、既に履行した一部給付に対応する額について倒産債権者となる。相手方は、その反対給付の請求権の不履行を理由として、手続開始前に債務者の財産の中に混入した部分給付につき倒産財団からの返還を請求することができない」と規定する⁴⁴。それによれば、給付が可分の場合には、相手方の受領していない給付の請求権のうち、相手方が履行していない給付にかかる反対給付の請求権が財団債権とされるのに対して、相手方が既に履行している給付にかかる反対給付の請求権が単に倒産債権として取り扱われる。このように、相手方の反対給付がその未履行給付に対応するものかにより、その請求権の処遇を区別するというところには、立法政策の変更がみえる。

4. 中国法

中華人民共和国（以下「中国」という）は1949年に建国後、長年にわたって計画経済体制が採用され、「債」という概念が希薄化されていたため、債権債務関係を集団的に処理する倒産法制が存在する余地がなかった⁴⁵。しかし、すべての企業は国家の定めた計

⁴³ 条文の翻訳は、竹下・前掲注（19）438頁、吉野・前掲注（42）115頁を参考にしたものである。

⁴⁴ 条文の翻訳は、竹下・前掲注（19）215頁吉野・前掲注（42）100頁を参考にしたものである。

⁴⁵ なぜならば、計画経済のもとでは、すべての企業は、国家の出資によって設立し、国家が所有し、企業間に債権債務が生じるとしても、その債権者と債務者との両方が最終的に

画に基づいて経営し、その企業自体が経営失敗の責任をとることはなかったにもかかわらず、その経営失敗による経済破綻という社会現象が起きた。そのような場合に、行政機関の指導にしたがって閉鎖、停止営業、合併、生産転換等の措置が講じられていた。その結果、所有者としての国家が損失を被るようになった。1978年にいわゆる「改革開放」政策が施行以来、中国は計画経済から市場経済への経済体制の改革と対外開放が行われ始め、これに伴い、国有企業以外の市場参加者が現れ、社会経済の活力を図る要請が強くなった。このことを背景に、中国初代の倒産法（《中华人民共和国企业破产法（试行）》、以下「中国旧倒産法」という）は1986年12月2日に公布、1988年11月1日から施行された⁴⁶。

この中国旧倒産法には、双方未履行双務契約の取扱いに関して、わずか1カ条の条文を数えるのみである。すなわち、同法26条は、「倒産企業⁴⁷が履行していない契約については、清算組⁴⁸は、解除か履行を決することができる。清算組が契約の解除を決した場合、相手方が契約の解除により損害を被ったときは、その損害賠償請求権が倒産債権となる」と規定していた。ここでいう「倒産企業が履行していない契約」は、双方未履行双務契約と解されるため、同条は双方未履行双務契約の取扱いに関する原則規定であるといえる。それによれば、清算組（管財人）は契約の履行か解除の選択権が与えられ、また、契約の解除の場合における相手方の損害賠償請求権が倒産債権とされることが明瞭であるが、契約の履行の場合の効果、また契約の解除の場合に原状回復がされるのか、仮に原状回復がされる場合、それに基づく相手方の権利がどのように処遇されるべきなのかといった点は不明である。

その後、1993年の憲法修正による市場経済体制の確立に伴い、中国では、移行期の旧

国家に集約されるためである。

⁴⁶ 中国倒産法の小史に関して、拙稿「中国倒産管財人制度に関する一考察」中央大学大学院研究年報（法学研究科篇）42号（2012年）68-69頁を参照。

⁴⁷ 中国旧倒産法の適用対象が国有企業に限定されていたから、ここでは「倒産企業」と表現されるが、それは倒産債務者を意味する。

⁴⁸ 清算組は、倒産手続において管財職務の遂行機関であり、日本法における管財人に相当する。中国旧倒産法24条2項によれば、清算組のメンバーは、裁判所（人民法院）が当該倒産企業の所管になる官庁、財政所管官庁及び関係専門家の中から複数人を指定するとされる。

倒産制度と完全行政主導の倒産処理実務⁴⁹が新たな経済情勢になじみにくい問題が次第に顕在化し、1994年に新倒産法の制定作業が始まった結果、新しい倒産法（《中华人民共和国企业破产法》、以下「中国倒産法」という）は2006年8月27日に成立し、翌2007年6月1日から施行された。同法は、双方未履行双務契約に関する条文が次のとおりである。

【中国倒産法第18条】⁵⁰

「倒産手続開始の申立てが裁判所に受理された後は⁵¹、管財人は、倒産手続開始の申立てが受理される前に成立し、債務者およびその相手方ともにまだ履行を完了していない双務契約について、解除または履行の選択をすると同時に、相手方にその旨を通知することができる。管財人が倒産手続開始の申立てが受理された日から2ヶ月以内に相手方に通知しないか、または相手方から催告を受けた日から30日以内に確答をしないときは、契約の解除をしたものとみなす。

2 管財人が契約の履行の選択をなしたときは、相手方は、その契約を履行しなければならない。ただし、相手方は、管財人に担保の供与を求めることができる。管財人が担保の供与をしないときは、契約の解除をしたものとみなす。」

【中国倒産法第42条】⁵²

「倒産手続開始の申立てが裁判所に受理された後に生じた債務で、以下に掲げるもの

⁴⁹ 中国旧倒産法の施行以後、中国政府は国有企業の倒産処理を円滑に実施させるために、1994年10月25日に「若干の都市の試験的な国有企業の倒産に関する問題の通達」、さらに1997年3月2日に「若干の都市の試験的な国有企業の合併・倒産並びに従業員再就職に関する問題の補充通達」を公布した。この二つの通達が一部の都市の国有工業企業に適用されることにより、中国では法的倒産処理手続と並行する完全行政主導の倒産処理実務が発足した。それは、倒産処理開始の要件として行政機関の指令が要されること、労働債権が担保債権よりも優先されることなど、完全に行政によるものであり、政策性倒産とも呼ばれる。

⁵⁰ 条文の翻訳は、福岡真之介=金春『中国倒産法の概要と実務』（商事法務、2011年）157頁を参考にしたものである。

⁵¹ 中国倒産法下では、倒産手続は、裁判所が倒産手続開始の申立てを受理することにより、開始される。すなわち、その受理の決定は日本法における手続開始決定に類似し、それだけで倒産秩序が確立する。裁判所は、倒産手続開始の申立てを受理する決定をするときは、当該決定と同時に、管財人を選任しなければならないとされる（中国倒産法13条）。

⁵² 条文の翻訳は、福岡=金・前掲注（50）161頁を参考にしたものである。

は、共益債務とする⁵³。

一 管財人または債務者が相手方に双方未履行双務契約の履行を請求することによって生じた債務」

【中国倒産法第 53 条】⁵⁴

「管財人または債務者がこの法律の規定により契約の解除を選択したときは⁵⁵、相手方は、契約の解除によって生じた損害賠償請求権について、倒産債権として届け出ることができる。」

以上のとおり、双方未履行双務契約の取扱いに関しては、中国倒産法すなわち現行法は、旧法の構成（契約の履行か解除）をそのまま維持しており、そして、旧法の規定に比べると、現行法は、契約の履行の場合の効果が明瞭になっているというべきである。しかし、契約の解除の場合に原状回復がされるのか、仮に原状回復がされる場合、それに基づく相手方の権利がどのように処遇されるべきなのかという点につき相変わらず明らかではない、ということに注意を要する。

5. 日本法

周知のとおり、日本では昔から広義の倒産処理手続は存在したが、近代的な法制が整備されたのは明治期になってからである。その嚆矢は、明治 23 年 3 月 27 日に制定された旧商法（明治 23 年法律 32 号）の第 3 編「破産」である。同法 993 条 1 項は、双方未履行双務契約の取扱いにつき、「破産宣告ノ時ニ破産者及ヒ其相手方ノ未タ履行セス又

⁵³ 中国倒産法上の共益債権は、日本破産法上の財団債権に当たる。

⁵⁴ 条文の翻訳は、福岡=金・前掲注（50）161 頁を参考にしたものである。

⁵⁵ 中国倒産法 18 条は、文言どおりに読めば、管財人にしか契約の選択権を与えないということになるが、同法 73 条 1 項は、更生手続にかぎって債務者の申立ておよびそれに対する裁判所の許可があったときは、債務者に財産の管理処分権および事業の経営権を認める旨を定める。すなわち、更生の場合は、DIP 型手続を採用することが可能である。これと平仄を合わせるために、同法 42 条 1 項 1 号および 53 条は、「管財人または債務者」という表現を用いる。同法 18 条にいう「管財人」には DIP 型手続において管理処分権を行使する債務者が含まれるのはいうまでもなく、同条に「管財人」しか現れないのは立法技術的なミスによるものと思われる。なお、DIP 型手続における債務者は、双方未履行双務契約についての選択権などの管理処分権を行使する点で、その法的地位が管財人型手続における管財人に準ずると考えられるため、本稿は特に区別しないかぎり、管財人を中心として論述となっている。

ハ履行ヲ終ラサル双務契約ハ敦レノ方ヨリモ無賠償ニテ其解約ヲ申入ルルコトヲ得」と規定していた⁵⁶。

この旧商法 993 条 1 項に定める構成のもとでは、三つの問題点が生じうる。第一は、なぜ双方未履行双務契約に決着を付ける権利を、管財人と相手方の双方に与えるかである。この点に関しては、多数説と少数説とでは見解が分かれるようにみられる。まず、少数説の論者は、破産者が破産により当然に債務不履行となるという理解に立ったうえ、旧民法 421 条の規定にしたがえば、相手方はその不履行に基づいて解除権を有するのであり、他方において、財団の利益（債権者一般の利益）の保護のために管財人にも解除権を与えたとする⁵⁷。すなわち、少数説によれば、相手方が解除権を持つというのは自明であり、むしろ説明を要するのは、なぜ管財人にも解除権を与えるかという点である。これに対して、多数説は、管財人が契約に決着を付ける権利を有するということは自明であり⁵⁸、他方において、「是レ管理人ニ与フルニ択取ノ権ヲ以テシ相手ニハ之ヲ与サルモノニシテ是レ亦権宜ヲ失ヒ」⁵⁹、したがって、相手方にもその権利が与え

⁵⁶ 同項は、ヘルマン・ロエスレル（ドイツ人）が起草者である旧商法の草案（明治 17 年脱稿）1047 条本文に由来するものである。同条本文は、「倒産申渡ノ時二倒産者及ヒ其相手ノ未タ履行セス或ハ履行ヲ終ラサル双務契約ハ一方ヨリモ無賠償ニテ解約スルヲ得」と定める。

⁵⁷ 水野鍊太郎『破産法（復刻版）』（信山社、2012 年）90-92 頁は、「破産なることは債務者の契約履行の不能を証明するものなり。～（中略）～民法の語を以て之を云えば双務契約に於ては義務履行を為す当事者の一方の利益の為に他方の義務不履行の場合に於いて常に解除条件を包含するものなり（財産編第四百二十一条）。～（中略）～双務契約の解除は独り破産者に対して之を為し得るのみならず破産者の方よりも亦之を解除することを得。蓋し其契約にして財団に不利益なるものなるときは之を解除するは債権者一般の利益たるべきものなり。然るに若し破産者の方よりは之を解除するを得ずとせば破産者は豫め不利益なる契約を締結し以て財団を害するの恐れあり。此弊害を除去するには破産管財人を斯る契約を解除するの能力を有せしめざる可からず」と説く。なお、同じ論者の著作ではあるが、水野鍊太郎『破産法綱要（復刻版）』（信山社、2009 年）98 頁も同旨のように読むことができる。

⁵⁸ なぜ管財人が解除権という契約の帰趨を決する権利を有するかという点に関しては、関連文献には直接的な説明がみられないが、双方未履行双務契約には財団所属財産という側面があるから、それが管財人の管理処分権に服するという認識に基づくものと考えられる。

⁵⁹ ロエスレル氏起稿、司法省訳『商法草案・下巻（復刻版）』（新青出版、1995 年）884 頁。

られるとする⁶⁰。

第二は、なぜ契約の解除という構成が採用されたかである。この点に関しては、仮に上記の少数説のような見解を採れば、解除権構成が採用されたのは、民法に規定する債務不履行に基づく解除権の有効を破産の場面において確認するにすぎないと理解することができる⁶¹。ここで問題となるのは、むしろ上記の多数説のような見解に立つ場合である。しかし、多数説の論者のうち、筆者の調べ得た範囲では、解除権構成が採用された理由に直接的に触れたものはみあたらない⁶²。

なお、なぜ無賠償で契約を解約できるとされていたかについては、旧破産法草案の起草者であるロエスレル氏は、「双方何レモ契約ヲ解ルニ止マリ相手ノ不履行ト視ル能ハサルヨリシテ然リ即チ未タ嘗テ契約ヲ取結ハサルモノトシテ論スルナリ」という⁶³。すなわち、そもそも契約が締結されていなかったとみなされるので、債務不履行の問題が生じない。また、契約が解除されたときは、「双方共契約ニ従テ或ハ既ニ得タル所ノモノヲ返却セサルヘカラサルハ論ヲ俟タス」ということには⁶⁴、異論がないようにみられる。

⁶⁰ 井上操『改正商法（明治26年）述義：會社法・手形法・破産法（復刻版）』（信山社、2009年）43頁は、「破産宣告ノ後二至ルマテ依然存続セシムルニ於テハ一方ハ充分ノ義務ヲ履行シタルニ他ノ一方ハ僅ニ破産財団中ヨリ分配ヲ受ケ不充分ナル弁済ヲ受クルニ過キサルヘシ是レ実ニ双務契約ノ性質ニ反スルモノナリ独破産者ニ利益ヲ与えて相手方ニ損失ヲ受ケシムルハ不権衡の甚シキモノナルヲ以テ双方同シク無賠償ニテ契約ノ解除ヲ申入ル、コトヲ得セシムルナリ」と説く。また、磯部四郎『大日本商法：破産法（明治26年）釈義（復刻版）』（信山社、1996年）93頁は、「独り破産管財人ニ属シ管財人ニ於テ其履行ヲ為サントスルトキハ相手方ハ之ニ従ハサルヲ得サルモノトセハ亦是レ双務契約ノ性質ニ悖戻スルモノト云ハサルヘカラス」と説き、松岡義正『破産法（明治32年）講義：完（復刻版）』（信山社、2002年）286頁は、「破産宣告ヲ受ケサル当事者ノ一方ハ自己ニ對シ破産者カ有スル債権ヲ完全ニ履行シ自己カ破産者ニ對シテ有スル債権ニ付テハ破産債権者トシテ配当額ヲ以テ満足セサルヲ得サルノ不公平」と説く。

⁶¹ もちろん、双方未履行双務契約が破産者の破産により当然に不履行となると解されるかという点について、なお検討を要する。

⁶² 福永・前掲注（38）154頁は、「現行の破産法はドイツの破産法を範とし、その基本的な構造を同じくするといわれているにもかかわらず、双方未履行の双務契約の取り扱いについては、ドイツ法では『履行の拒絶』にとどまるのに対し、日本法では『契約の解除』が選択肢とされているという違いがあること前述のとおりであり、このような差異がどうして生じたかを調べるためである。しかし、検討の結果を先取りするというならば、結局のところあまりよく判らないということになる」とする。

⁶³ ロエスレル・前掲注（59）887頁。

⁶⁴ ロエスレル・前掲注（59）887頁。

第三は、管財人および相手方が共に解除権を行使しなかった場合に契約の履行が可能なのか、また、可能とされる場合、相手方の権利がどのように取り扱われるかである。管財人と相手方が共に契約を解除しなかった場合に、当該契約が継続されるという解釈が一般的であったように思われるが⁶⁵、その場合に相手方の権利の処遇について、完全な満足を与えうるとする見解⁶⁶とそれが認められないとする見解⁶⁷との対立がみられる。

大正期に入り、旧商法破産編の施行が20年を超えたことから、破産法典の整備の機運が生じ、大正11年4月25日、旧破産法（大正11年法律第71号）が公布された。この旧破産法は、ドイツ破産法を模範とし、ドイツ法の規定をそのまま取り入れている部分が多いが⁶⁸、双方未履行双務契約の取扱いについてドイツ法と大きな相違を残しているといわれる。旧破産法の関係条文は、次のとおりである。

【旧破産法第59条】

「双務契約ニ付破産者及其ノ相手方カ破産宣告ノ当時未タ共ニ其ノ履行ヲ完了セサルトキハ破産管財人ハ其ノ選択ニ従ヒ契約ノ解除ヲ為シ又ハ破産者ノ債務ヲ履行シテ相手方ノ債務ノ履行ヲ請求スルコトを得

2 前項ノ場合ニ於テ相手方ハ破産管財人ニ対シ相当ノ期間ヲ定メ其ノ期間内ニ契約ノ解除ヲ為スカ又ハ債務ノ履行ヲ請求スルカヲ確答スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ得破産管財人カ其ノ期間内ニ確答ヲ為ササルトキハ契約ノ解除ヲ為シタルモノト看做ス」

【旧破産法第47条1項7号】

「左ニ掲グル請求権ハ之ヲ財団債権トス

七 第59条第1項ノ規定ニ依リ破産管財人カ債務ノ履行ヲ為ス場合ニ於テ相手方カ有スル請求権」

⁶⁵ 福永・前掲注（38）156頁。

⁶⁶ 磯部・前掲注（60）92頁は、「契約者カ破産宣告ヲ受クルモ其契約上ノ義務履行ハ必シモ不可成的ト為ルニアラス即チ破産管財人代ツテ之ヲ履行シ得ヘシト雖モ斯ノ如ク代ツテ義務ノ履行ヲ為ストキハ双務契約ニ係ル破産者ノ債権者タル者ノミ割合外ナル満足ノ弁済ヲ受クルノ理ニ當ル」と説く。

⁶⁷ 松岡・前掲注（60）286頁は、「又タ假令破産債権者ノ一人ニ他ナラサル双務契約ノ相手方ニ対シ其履行ヲ完了スルコトヲ得ヘシトスルモ他ノ破産債権者ニ対シテハ破産財団ヲ以て完済ヲ為スヲ得サルノ結果破産ノ目的即チ破産債権者ニ損害ヲ分担セシムルノ原則ニ反スルコト」と説く。

⁶⁸ 園尾隆司『民事訴訟・執行・破産の近現代史』（弘文堂、2009年）279頁。

旧商法破産編の規定と対照してみれば、上記の第三の問題点が立法解決され、すなわち、管財人が契約の履行を選択することができ、契約の履行が選択されたときに相手方の請求権が財団債権であるということは条文上明確にされており、また、第一の問題点に関して、管財人にも契約の選択権を与えると明定されているところには、かなり大きな変更がみえるが、第二の問題点に関して、母法であるドイツ法のような履行拒絶権構成ではなく解除権構成が維持されているところにも、注意を要する。なぜこのような法案になったかについては、旧破産法の改正理由書にはまったく説明がない⁶⁹。

旧破産法の施行後 70 年以上の年月が経った後、平成 16 年 6 月 2 日、破産法（平成 16

⁶⁹ 双方未履行双務契約の取扱いに関しては、旧破産法の規定は、法典調査会による旧破産法草案（明治 35 年公表）の基本原則をそのまま引き継いだものである。同草案の関係条文は次のとおりである。

【旧破産法草案第 59 条】

「双務契約ノ当事者ノ一方カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ珍テ其宣告ノ当時当事者双方カ未タ其契約ノ履行ヲ完了セサルトキハ破産管財人ハ其選択ニ従ヒ契約ノ解除ヲ為シ又ハ破産者ノ債務ヲ履行シテ相手方ノ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得」

【旧破産法草案第 60 条】

「前条ノ場合ニ於テ相手方ハ破産管財人ニ対シ契約ノ履行ヲ請求スルヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ得若シ破産管財人カ遅滞ナク確答ヲ為ササルトキハ契約ノ解除ヲ為シタルモノト看做ス」

2 前項ノ規定ハ民法第六百二十一条、第六百三十一条、第六百四十二条第一項又ハ商法第四百五条ノ規定ニ依リ相手方又ハ破産管財人カ有スル解除権ノ行使ニ付キ之ヲ準用ス但民法第六百二十一条及ヒ第六百三十一条ノ場合ニ診テハ催告ノ日ニ於テ解約ノ申入アリタルモノト看做ス」

【旧破産法草案第 61 条】

「破産管財人カ第五十九条ノ規定ニ依リテ契約ノ解除ヲ為シタルトキハ相手方ハ損害ノ賠償ニ付キ破産債権者トシテ其権利ヲ行フコトヲ得」

【旧破産法草案第 62 条】

「破産管財人カ第五十九条ノ規定ニ依リテ契約ノ解除ヲ為シタル場合ニ於テ相手方ノ給付シタルモノカ破産財団中ニ現存スルトキハ相手方ハ其返還ヲ請求スルコトヲ得若シ給付シタルモノカ現存セサルトキハ其価額ニ付キ財団債権者トシテ其権利ヲ行フコトヲ得」

【旧破産法草案第 35 条 1 項 6 号】

「左ニ掲ケタル債権ヲ有スル者ハ之ヲ財団債権者トス」

六 破産管財人カ双務契約ノ解除ヲ為ササルニ因リ破産宣告後其履行ヲ為スヘキ場合ニ診テ相手方カ有スル債権及ヒ破産管財人カ解約ノ申入ヲ為シタル場合ニ珍テ解除ニ至ルマテノ債権」

しかし、これらの規定がなぜこうであるかについての説明は、どこにもみあたらない（福永・前掲注（38）158 頁）。

年法律第75号)すなわち現行法は成立し、翌平成17年1月1日から施行されている。同法は、旧破産法の形式および実質を全面的に見直したものであるにもかかわらず、双方未履行双務契約の取扱いに関して、「破産宣告」から「破産手続開始」への用語等の書換えおよび現代語化を別にすれば、旧破産法の規定への実質的な変更はないといつてよい。その関係条文は、次のとおりである。

【破産法第53条（双務契約）】

「双務契約について破産者及びその相手方が破産手続開始の時ににおいて共にまだその履行を完了していないときは、破産管財人は、契約の解除をし、又は破産者の債務を履行して相手方の債務の履行を請求することができる。

2 前項の場合には、相手方は、破産管財人に対し、相当の期間を定め、その期間内に契約の解除をするか、又は債務の履行を請求するかを確答すべき旨を催告することができる。この場合において、破産管財人がその期間内に確答をしないときは、契約の解除をしたものとみなす。

3 前項の規定は、相手方又は破産管財人が民法第631条前段の規定により解約の申入れをすることができる場合又は同法第642条第1項前段の規定により契約の解除をすることができる場合について準用する。」

【破産法第54条】

「前条第1項又は第2項の規定により契約の解除があった場合には、相手方は、損害の賠償について破産債権者としてその権利を行使することができる。

2 前項に規定する場合において、相手方は、破産者の受けた反対給付が破産財団中に現存するときは、その返還を請求することができ、現存しないときは、その価額について財団債権者としてその権利を行使することができる。」

【破産法第148条1項7号（財団債権となる請求権）】

「次に掲げる請求権は、財団債権とする。

七 第53条第1項の規定により破産管財人が債務の履行をする場合において相手方が有する請求権」

なぜ履行拒絶権構成ではなく解除権構成が採用されているかという点など、前述した旧商法破産編および旧破産法の時代から残されてきた問題点については、現行法の立法資

料にも何ら説明はない。それらは解釈論に委ねられる以外にない。

第3項 日本法における双方未履行双務契約の規律の課題

1. 目的論の課題

UNCITRAL 倒産法立法ガイドが指摘したとおり、双方未履行双務契約の取扱いについて特別の規律を設ける点では、各国の倒産処理法制に共通性がみられる。とはいえ、なぜ双方未履行双務契約の取扱いを倒産処理法の一般の規律に委ねるのではなく、専ら特別の規律を導入する必要があるかという点（以下「課題①」という）については、それは自明のことではなく、説明を要する。

また、比較法的にみると、アメリカ、ドイツ、中国および日本の4ヶ国の法制は管財人に契約の選択権を与えているという点では共通するが、その選択権の内容に関しては、日本法は、中国法と同様に、契約の履行か解除かの構成を採用しており、反面からいえば、ドイツ法やアメリカ法のような契約の履行か拒絶かの構成に倣っていないところには特色がある。換言すれば、日本法は、旧破産法時代以来、ドイツ法を模範としているにもかかわらず、管財人の消極的選択の態様において母法であるドイツ法のような履行拒絶権構成ではなく、独創的に解除権構成を設けている。沿革的にみれば、解除権構成のところでは旧商法破産編の影響が残っているということは否定できない。しかし、旧商法破産編が成立、さらに遡って旧商法の草案が脱稿する前にドイツ破産法がすでに成立しており、しかも、その草案の起草者がドイツ人であったが、ドイツ法の構成にしたがわなかった。前述のとおり、旧商法破産編では解除権構成が採用された理由は明らかではなく、また、旧破産法以来の法制（民事再生法や会社更生法などを含む）では解除権構成が維持されている理由は相変わらず不明のままであるといえる。もちろん、その理由を探る必要がある（以下「課題②」という）。

さらに、日本法を歴史的にみると、双方未履行双務契約の取扱いに関して、旧商法破産編 993 条 1 項が契約の帰趨を決する権利を管財人および相手方の双方に認めていたのに対して、旧破産法 59 条 1 項また現行破産法 53 条 1 項がその権利を管財人にも認められているというところには、かなり大きな変更がみられる。条文上の変更が立法目的の変遷に基づくものであると思われるが、それを明らかにすることが要される（以下「課題③」という）。

課題①、②および③のいずれも目的論において解明すべきものであるが、目的論に関する先行研究には、三つの課題のすべてにふれるものがまだみあたらない。また、一つの課題についてのみいえば、目的論に関して従来の通説と近時の諸有力説とでは、議論が白熱していたが、現在、議論がほぼ停滞している。そこで、本稿は、課題①ないし③に対し順次に回答を与えることとする。

2. 効果論の課題

目的論に次いで、効果論の課題がいくつか想定される。

前述のとおり、旧商法破産編のもとでは、契約解除の効果として損害賠償が生じないとされていたが、それは、平時実体法（原典では「普通法」）の例外ともいわれる⁷⁰。そうすると、破産の場面においてその例外を認めるべき理由を明らかにする必要性が生じる。また、ドイツ法やアメリカ法のもとでは、契約の解除により損害賠償が生じるとされているから、当該場合における相手方の権利の処遇およびその根拠は興味を惹かれるところである。日本法、すなわち現行破産法のもとでは、効果論の課題がより複雑である。すなわち、履行拒絶権構成が採用されるならば、履行の継続の効果として相手方が破産者側の履行を求める権利が財団債権と処遇され、また、履行の拒絶の効果として相手方の損害賠償請求権が破産債権と処遇される理由を明らかにすれば足りると思われる。これに対し、解除権構成が採用されるならば、管財人による契約の履行の選択に基づく相手方の請求権が財団債権と処遇される理由を明らかにすることが必要であるという点では、履行拒絶権構成が採用される場合と共通であるが、契約解除の効果については、まず、原状回復が生じるか、また、生じるとされる場合、相手方の原状回復請求権がどのように取り扱われるべきなのか、さらに、相手方の損害賠償請求権がどのように取り扱われるべきなのかといった課題を解明する必要があると思われる。

日本法についていえば、第一に、破産法 148 条 1 項 7 号が契約の履行が選択されたときの相手方の請求権を財団債権として処遇する根拠（以下「課題④」という）、第二に、同法 54 条 1 項が契約の解除が選択されたときの相手方の損害賠償請求権を破産債権として処遇する根拠（以下「課題⑤」という）、第三に、同条 2 項がそのときの相手方の原状回復請求権を財団債権として処遇する根拠（以下「課題⑥」という）を分析すること

⁷⁰ 水野・前掲注（57）93頁。

を要する。なお、相手方の損害賠償請求権および原状回復請求権が契約の解除の効果に属することから、課題⑤に対する回答と課題⑥に対する回答との平仄のみならず、契約の履行か解除は一つの選択権の異なる側面にすぎないから、それらの回答と課題④に対する回答との一貫性にも配慮すべきものとする。

また、契約の履行が選択されたときの相手方の請求権の取扱いに関しては、従来、それを一律に破産債権とするのが当然のことと解されてきたが、ドイツ倒産法 105 条の規定から明らかとなり、近時、立法政策の変更が注目される。そうすると、日本法は、ドイツ倒産法 105 条のような規定を導入すべきなのか、また、導入しない場合、解釈論として認められるべきなのかを検討する余地がある。すなわち、契約の履行が選択された場合であっても、相手方の請求権を破産債権と財団債権とに分けて取り扱うべきなのか、また、その根拠がどこに求められるかを明確にする必要がある。同様に、相手方の権利を区別して処遇するという考え方を、契約の解除が選択されたときの相手方の原状回復請求権に当てはめられるかという点についても、検討を要する。

また、中国倒産法 18 条 2 項の規定から明らかとなり、契約の履行が選択されたときには相手方は管財人に対し担保を求める権利を有すると明定されており、アメリカ倒産法 365 条 (f) 項の規定によれば、契約の譲渡の要件として、譲受人が将来の履行に対する適切な保証をなしたことが必要であるとされる。日本法のもとでも、相手方にそのような権利を認められるべきなのかという点について、分析を要しよう。そのほか、相手方の損害賠償請求権の範囲などについても、問題となる。

本稿は、課題④ないし⑥に対する統一的な回答を探り、また、その他の問題点について検討を加えることとする。

3. 適用対象論の課題

目的論および効果論のほか、適用対象論の問題もある。むしろ、適用対象が原点たる課題であるともいえる。すなわち、上述の各国の立法例のいずれも双方未履行双務契約に関するものであるが、それらの規律を適用するに伴う諸課題の検討に入る前に、双方未履行双務契約が何なのかを明らかにすることが急務である。文言のとおり、双方未履行双務契約は、「双方未履行」と「双務契約」から成るものである。別のいい方をすれば、双方未履行双務契約の取扱いに関する原則規定を適用するために、双方未履行と双務契

約との二つの要件をみたすことが必要とされる。双方未履行双務契約の定義に関しては、アメリカでは従前から盛んに議論されており、また、中国においても近時見解の対立がみられる。これに対し、日本では双方未履行双務契約が古典的なテーマとされてきたが、その定義に関する先行研究は、多くはない。そのために、日本法のもとでは、「双務契約」（以下「課題⑦」）と「双方未履行」（以下「課題⑧」）との意義を明確にすることが必要である。

また、たとえ双方未履行双務契約に該当する場合であっても、常にその原則規定が適用されるわけではない。例えば、破産法 55 条以下の規定のとおり、性質上原則規定の適用が認められるべきではない契約類型については、条文上、特則が明定されている。これらの特則およびそのあり方に関する考察を別稿に譲り、本稿のかぎりでは、これらの特則がある場合のほか、例外的に原則規定の適用がないと考えられる場面について検討を加えることとする。

なお、日本では、双方未履行双務契約の規律の目的論、効果論および適用対象論のいずれに関しても先行研究が散見されるが、それらの全般にアプローチする試みはまだないため、先行研究において目的論、効果論および適用対象論の相互で矛盾さえも生み出していたと指摘された⁷¹。本稿は、上記①ないし⑧の課題を含め、双方未履行双務契約の取扱いに関する諸問題点への体系的な研究を志向する。

第2節 本稿の構成

前節第3項において述べてきた問題意識のもと、本稿は次のような構成をとる。

まず、第1章において、双方未履行双務契約の規律の目的論について、アメリカ、ドイツおよび中国の議論状況を考察して日本法への示唆的な視点を抽出し、日本の学説を系譜的に鳥瞰して各説の問題点を整理・分析したうえ、上記課題①、②、③の順に、日本法に妥当する目的論の構築を試みる。

次に、第2章において、前章において論述した目的論に基づき、上記課題④、⑤および⑥に対する答えの一貫性に配慮しつつ、契約の履行の場合および契約の解除の場合の効果を一元的に説明し、加えて、その他の問題点を分析する。

また、第3章において、アメリカ、ドイツ、中国および日本の4ヶ国の判例および学

⁷¹ 水元・前掲注(10) 65頁。

説を考察し、双方未履行双務契約の取扱いに関する原則規定の適用対象、特に、その要件としての「双務契約」と「双方未履行」の意義を明らかにしたうえ（課題⑦および⑧）、原則規定の適用が排除される例外的な場合を取り上げる。

最後に、終章において、双方未履行双務契約の取扱いに関する目的論、効果論および適用対象論を関連づけてまとめ、本稿の内容を要約して結論を導いたうえ、今後の課題を提示する。

第1章 双方未履行双務契約の規律の目的論

双方未履行双務契約の取扱いに関する特別の規律を正確に理解するには、その立法趣旨を解明することが第一歩となる。序章において触れたとおり、目的論の課題として、①なぜ特別の規律が設けられているのか、②なぜ解除権構成が採られているのか、③なぜ管財人にのみ契約の選択権が認められているのかなどが挙げられる。以下では、各国の議論を考察したうえ、日本法に妥当する解釈論を試みる。

第1節 UNCITRAL 倒産法立法ガイドの列举の立法趣旨

UNCITRAL 倒産法立法ガイドは、双方未履行双務契約の取扱いに関する規律の趣旨 (Purpose of legislative provisions) を列举している。すなわち、「契約の取扱いに関する規律の趣旨は、以下のとおりである。

(a) 倒産法と適用のあるその他の法律との関係も含めて、倒産法がどのような方式によって債務者および相手方ともに義務の履行を完了していない契約を処理するかを確立し、倒産財団の価値の最大化とその負債の減少を目標とする。

(b) これらの契約を取り扱う権限の範囲、また、どのような場面に誰がその権限を行使できるかを明らかにする。

(c) その権限の及ぶ範囲から除外される契約の類型を特定する。

(d) 引受けの契約関係における諸相手方に与えられる保護の種類を確定する⁷²。」

そのうち、(a) 項は、双方未履行双務契約の取扱いに関する規律の目的が倒産財団の利益の保護にあると明言しているものであり、その意味が大きい。

第2節 アメリカの議論状況

双方未履行双務契約の取扱いに関する目的論については、アメリカでは、それを直接的に取り上げる先行研究がみあたらないが、アメリカ倒産法 365 条の適用に関する議論において付随的に述べられ、または黙示的に示されたところから、同条の趣旨、特に管財人の選択権の目的を推知しうる。

⁷² UNCITRAL, *supra* note 6, at 132.

第1項 管財人の選択権の性質

アメリカ倒産法は1978年に成立したものであるが、それ以前に、管財人の選択権の性質について三つの考え方が存在していた。第一は、倒産手続の開始により債務者側には自動的な契約違反（automatic breach）が生じるのであり、管財人が契約の引受けをなしてはじめて当該契約違反の状態が解消され（cure）、他方、管財人が契約の拒絶をなしたときは当該契約違反の状態がそのまま持続していくとする考え方である⁷³。現在では、倒産手続開始後に債務者が当然に契約違反となるわけではないという点には異論はないと思われる。第二は、倒産の場面においては双方未履行双務契約が倒産財団所属財産（property of the estate）に該当するのであり、管財人はそれを引き受け、または、解除することができるとする考え方である⁷⁴。これに対し、管財人が契約の拒絶をなしたときの相手方の損害賠償請求権を無視すべきものではなく、すなわち、倒産財団にとって双方未履行双務契約が財産（assets）のみならず債務（liabilities）の側面をも持つとの批判がなされる⁷⁵。第三は、倒産財産は新たな実体（new entity）であって、本来の契約関係に存していた当事者ではないからこそ、管財人は新たに契約の引受けか解除を選択できることになるとする考え方である⁷⁶。これに対し、倒産財団を法主体として擬制すること、また、債務者と倒産財団との関連性を完全に無視することが誤りであると批判される。

現在の通説では、倒産手続の開始が双方未履行双務契約の存続に影響を及ぼすわけではなく、管財人が契約の履行を継続するか拒絶するかというのは、倒産法以外の平時実体法にしたがって債務者が有していた権限を、行使するにほかならないと解されている⁷⁷。すなわち、平常時では、債務者が有利な契約の履行を継続し、または、損害賠償などすることで不利な契約の履行を拒絶するというのは、平時実体法により認められる。

⁷³ Central Trust co. v. Chicago Auditorium Ass'n, 240 U.S., 581, 592(1916).

⁷⁴ Lawrence P. King et al. (eds.), *Collier on Bankruptcy*, 15th ed., New York: M. Bender, 1988, § 365-8.

⁷⁵ Jay Lawrence Westbrook, *A Functional Analysis of Executory Contracts*, 74 Minn. L. Rev. 227, 235(1989).

⁷⁶ Shopmen's Local Union No. 455 v. Kevin Steel Prods., Inc., 519 F.2d 698 (2d Cir. 1975).

⁷⁷ Douglas G. Baird, *The elements of bankruptcy*, 3rd ed., New York, N.Y.: Foundation Press, 2001, P.244.

アメリカ倒産法 365 条 (a) 項は、倒産の場面においても債務者側がそのような契約の選択権を行使できることを確認するものである。同項によれば、管財人は、財団に有利な契約を引き受け、他方、財団に不利な契約を拒絶することが可能である⁷⁸。その意味では、アメリカ倒産法 365 条は、同法の多くの規定と同様に、倒産財団の価値を維持するために規定されたものである、といわれる⁷⁹。また、債務者が 365 条の適用によって本来履行すべき契約上の義務を免れようとすることは、アメリカにおいて債務者により申し立てられた倒産事件が夥しい数に上がった重要な要因の一つであるとの指摘があり⁸⁰、このことは、365 条は倒産財団（債務者側）の利益を図るための規定であるとの理解と整合する。

第2項 管財人の選択に対する裁判所の許可の基準

前述のとおり、アメリカ法では、管財人が契約の選択権を行使する前に、裁判所の許可を得なければならないと明定されているが、裁判所が許可するか否かを判断するにあたっての基準について、明文の規定がない。

現行法が施行される以前、アメリカ旧倒産法にしたがって審理された事件では、いわゆる「経営判断の基準」(business judgement test) によるものが大半であったが⁸¹、「重負担の基準」(burdensome test) によることがある⁸²。次のような事例では、経営判断の基

⁷⁸ Kenneth Ayotte, *Leases and Executory Contracts in Chapter 11*, 12 *Journal of Empirical Legal Studies* 637, 641(2015)は、チャプター11の手続（再生手続）について、「債務者にとっては、かかる契約は、単なる財産 (net assets) である場合もあれば、単なる債務 (net liabilities) である場合もある。倒産法は、債務者の再生を支援するために、債務者側にかんがりの柔軟性を与えている。すなわち、債務者側が単なる財産の場合にそれを維持し、単なる債務の場合にそれを削減し、または、第三者にとって単なる財産の場合に当該契約の価値を実現することを認容している」と説く。

⁷⁹ ジェフ・フェリエル=エドワード・J・ジャンガー著、米国倒産法研究会訳『アメリカ倒産法（下巻）』（レクシスネクシス・ジャパン、2012年）1頁。

⁸⁰ Westbrook, *supra* note 75, at 229.

⁸¹ See e.g., *In re Jackson Brewing Company*, 567 F.2d 618 (5th Cir.1978); *In re Tilco*, 558 F.2d 1369 (10th Cir.1977).

⁸² John J. Creedon & Robert M. Zinman, *Landlord's Bankruptcy: Laissez Les Lessees*, 26 *Bus. Law.* 1391, 1395(1971)は、「拒絶権が権利の一部を放棄することを意味するということは、次の明らかな結論を導きうる。すなわち、契約が倒産財団にとって負担でないかぎり、管財人は、当該契約を拒絶し (reject)、または、取り消す (disaffirm) ことができないということになる」と説く。

準と重負担の基準との違いが示される。

Dは、毎月1万ドルでその物件を賃貸する旨の契約をOと結んだ後、倒産手続が開始され、また、Oの支払うべき家賃がDのコストを上回り、すなわちDが儲けているとする。当該契約がD側の倒産財団にとって負担ではないことは明らかであるが、第三者Tが毎月1.5万ドルで当該物件を賃借しようとする場合には、経営判断の基準によれば、管財人は、当該契約が倒産財団にとって負担でないにもかかわらず、当該契約を拒絶しうるとされる⁸³。

アメリカ倒産法の立法過程においては、同法の起草委員会は、「一般的には、管財人の職務が出来るかぎり総債権者への配当（弁済）の最大化を図るところにあることを考えれば、重負担の基準が欠けられない要件ではないというべきである」と指摘した⁸⁴。また、学説において重負担の基準によるべきものと提唱する見解がみられるが⁸⁵、同法施行以来の実務からみれば、経営判断の基準によるべきものとする見解が依然として通説的地位を維持されているといえる⁸⁶。しかし、経営判断の基準が何を意味するかという点について必ずしも明確ではない。アメリカ連邦地方裁判所は、*Johnson v. Fairco Corp.*において、経営判断の基準が「緩やかな基準」(lex standard)であり、「債務者側は、その行動が害意に基づくもの、あるいは、裁量の濫用と認められないかぎり、その選択が裁判所からの干渉を受けない」と示している⁸⁷。その意味で、効果からみると、

⁸³ Epstein & Nickles & White, *supra* note 20, at 244.

⁸⁴ Report of the Commission on the Bankruptcy Laws of the United States H.R. Doc. No.137, 93d Cong., 1st Sess. (pt. 1) 200(1973).

⁸⁵ 重負担の基準によるべき理由として、①よりよい条件が第三者から出された場合に本来の契約関係における相手方に対し損害を賠償すれば足りるとも考えられるが、実際には、その損害の算定が極めて困難であること、②通常、損害の算定が過大な司法資源を要すること、③契約の履行を管財人に対して求める権利を相手方に与えたうえ（管財人の解除権を制限する）、その地位を第三者に譲る権利を相手方に認めるとしても、法と経済学の見地から強調される社会福祉の最大化という目標に何ら影響を及ぼさないことなどが挙げられている（Anthony T. Kronman, *Specific Performance*, 45 U. Chi. L. Rev. 351 (1978); Alan Schwartz, *Case for Specific Performance*, 89 Yale L.J. 271 (1979)）。そのうち、③は双方未履行双務契約における相手方の利益を保護する趣旨であるようにみうける。

⁸⁶ 例えば、アメリカ連邦最高裁判所が、*National Labor Relations Board v. Bildisco and Bildisco*において経営判断の基準を参考にした（465 U.S. 513, 523, 104 S.Ct. 1188, 1194, 79 L.Ed2d 482, 493(1984) (emphasis added)）。

⁸⁷ 61 B.R. 317(N.D.III 1986).

経営判断の基準を適用することは、裁判所がまったく管財人による選択権の行使を審査しないことも同然であるとも指摘される⁸⁸。そこで、裁判所が経営判断の基準を適用するとともに、契約の拒絶に基づく相手方への影響を慮るべきものとも提唱された⁸⁹。これは、「衡平の基準」(balancing test)の基準と呼ばれ、すなわち、契約の拒絶の結果、相手方の損害が倒産者側の利益を遥かに上回るときは、裁判所としては管財人による拒絶権の行使を許可すべきではないとされる。しかし、このような考え方に対して、双方未履行双務契約が管財人により拒絶されたときに、相手方の損害賠償請求権が一般無担保の倒産債権として処遇されることから、衡平の基準が適用されるとすれば、本来当該相手方の甘受すべき損失をその他の倒産債権者に負わせ、すなわち、債権者平等の原則に反するため、相手方に「衡平」その他の特別の配慮を与えるべきでない⁹⁰と批判される。

つまるところ、実際には、裁判所は、経営判断の基準にしたがって、倒産財団の利益を第一に考える管財人の選択を尊重する傾向にある。管財人がより有利な条件で第三者と新契約を結び直すために原契約の拒絶をなした場合でも、管財人には害意がないかぎり、裁判所としては、相手方の利益の保護を理由に、それを否定することができないと思われる。

第3項 小括

以上のように、管財人の契約選択権の性質およびその選択権の行使に対する裁判所の許可の基準に関して議論されたところから、アメリカ倒産法365条は、相手方の利益を保護するのではなく、倒産財団の利益を図る趣旨であるものと推論される。このことは、本稿の課題③、すなわち、なぜ管財人にのみ契約の選択権が認められているのかについても、示唆的である。

第3節 ドイツの議論状況

前述のとおり、双方未履行双務契約の取扱いに関しては、ドイツ破産法は、契約を履行するか否かの選択権を管財人に認めており、ドイツ倒産法は、そのような構成を踏襲

⁸⁸ Epstein & Nickles & White, *supra* note 20, at 244.

⁸⁹ Morris G. Shanker, Treatment of Executory Contracts and Leases in the 1978 Bankruptcy Code, 25 Practical Lawyer 11, 21(1979).

⁹⁰ Epstein & Nickles & White, *supra* note 20, at 245; Jesse M. Fried, *Executory Contracts and Performance Decisions in Bankruptcy*, 46 Duke L.J. 517, 543(1996).

し、さらに、旧法が明定していなかった、管財人による履行の拒絶の効果という点を条文上明らかにしている。

第1項 1874年ドイツ破産法草案理由書

双方未履行双務契約の取扱いに関する目的論は、ドイツにおいて古典的な課題として古くから盛んに議論されてきた。その端緒となったのは、1874年ドイツ破産法草案理由書である。同理由書は、双方未履行双務契約に関する特別の規律を設けなければならない理由について、次のように説明する。

「この困難の解決をもっぱら民法および破産法の一般原則の適用に任せることは危険があるように思われる。というのは、民法のどの規定が適用されるべきなのかが問題となるであろうからである。契約の不履行のあるいは履行不能の、履行の態様の効果に関する規定か、しかも、それが、契約の一方当事者の『過失 (Verschuldung)』に基づくあるいは契約当事者本人が生じさせた『事故 (Zufall)』に基づくあるいは『純然たる事故』に基づく規定か。あるいは、遅滞を理由とするまたは事情の変さらによる契約の解除の権利に関する規定か。この方法は、これらの事項につき個々の法制度の規定が著しく相互に相違しているだけに一層危険であるように思われる。それゆえ、これらの破産法への適用を実務に任せることは、予測しえない混乱を生じる機会を与えるのみならず、いくつかの法制度について、破産法のどうしても保持されるべき原則との不可避の矛盾を生じさせるであろう」という⁹¹。

すなわち、双方未履行双務契約の取扱いを民法などの平時実体法および破産法の一般の規律に委ねるとすれば、そのうちどの規定を適用すべきなのかという点について見解が分かれる余地があるので、このような混乱を避けるために、特別の規律を設ける必要がある。

第2項 旧法時代の学説の変遷

ドイツ破産法が公布されて以来、同法 17 条の制度趣旨をどう理解するかをめぐって様々な学説が登場しており、時系列的にまとめると、次のとおりである。

⁹¹ 荒木隆男「一八七四年ドイツ破産法草案理由書 (1)」*亜細亜法學* 21 卷 1 号 (1986 年) 186 頁。

1. 相手方の利益の保護を制度趣旨とする考え方

この考え方の内部には、ニュアンスの差がある。具体的に、第一は、破産手続開始後、個別的権利行使の禁止という効果により、双方未履行の契約関係における相手方は、破産財団に対して自らの債務を完全に履行する一方、配当のような比例的な満足を感じなければならないという不公平な結果に置かれることになるため、ドイツ破産法 17 条は、そのような結果を解消し、破産手続外で民法に基づくような保護を、手続内においても相手方に与える趣旨であるとする見解である⁹²。この見解は、相手方の同時履行の抗弁権は破産手続において行使できないことを前提とするものである。

第二は、完全履行対比例満足という不公平な結果を解消することが、ドイツ破産法 17 条の目的というよりも、むしろ双方未履行双務契約を特徴付ける履行上の牽連関係による保護の結果とみることができるとし、すなわち、履行上の牽連関係による保護を破産手続においても維持することを同条の制度趣旨とする見解である⁹³。

2. 破産財団の利益の保護を制度趣旨とする考え方

この考え方は、さらに管財人の履行権に重きを置く説と、破産財団の新たな利益（相手方の未履行債務）を重視する説とに細分化される。

前者の説は、1874 年ドイツ破産法草案理由書にいう「不履行」を善解し⁹⁴、すなわち、

⁹² イェガー・レント (Jaeger Lent) 教授は、「破産手続開始当時双方未履行の給付交換契約において、破産者の契約相手方が自己の給付については完全に履行しなければならないのに、反対給付については破産的配当で満足しなければならないのは不当である。破産外では、相手方は、BGB320 条以下の同時履行の抗弁権によって保護され、また、強制執行においても、双方未履行の給付交換契約から生じた債務者の債権を差し押さえた債権者は、当該契約の他方当事者である第三債務者の反対債権を害することはできない。17 条は、破産内においても右に双方する保護を相手方に与えるものである。すなわち、管財人が履行を求めるときは、破産財団が反対給付を完全に履行しなければならない。また、不履行を選択すると、相手方も同様に履行を免れ、その補償を 26 条の範囲内で受けることができ」と説く (水元・前掲注 (10) 83 頁)。

⁹³ この見解を唱える代表者は、ヘーゼマイヤー (Ludwig Häsemeyer) 教授である (水元・前掲注 (10) 87 頁)。

⁹⁴ 1874 年ドイツ破産法草案理由書の関係部分を次のようにまとめる。すなわち、破産手続開始の後、一方において、相手方は、破産債権者として、個別的権利行使の禁止という破産手続開始の効果に拘束されることから、管財人は相手方に対し契約を履行することはなく、他方において、破産者が当該契約に基づいて有する債権は、破産財団所属財産であ

それが民法上の債務不履行ではなく、破産手続開始の直接の効果を指すものと解したう
え、ドイツ破産法 17 条の目的は、管財人がそのような効果から解放し、双方未履行双務
契約を履行できるようにすることであると見る見解である⁹⁵。

後者の説は、前者の説を再構成したものである。具体的には、破産手続開始の効果に
もかかわらず管財人が契約を履行できるようにすることを、ドイツ破産法 17 条の制度
趣旨と解する点で、前者の説を踏まえたと言われるが、相手方の未履行債務を破産財団
に取り込むことを強調するところには、新たな特徴がみられる⁹⁶。それによれば、相手

ることから、そこには管財人の管理処分権が及ぶ。そうすると、管財人は、契約を履行す
る義務を負わないが、契約上の破産者側の債権を破産財団に取り込むために、履行を相手
方に求める権利を持つ。したがって、破産法は、契約を履行しかつ相手方に対してその履
行を請求する権限、また、契約をそのまま放置する権限を管財人に与えるべきものとされ
る。なお、「法律は後者の場合に言及する必要はない。不履行は破産開始の直接の効果であ
る。法律は、管財人が双務契約の履行を要求する権限を有することのみを規定する必要が
あるにすぎない」（荒木・前掲注（91）188-190 頁）。

序章にも触れたとおり、以上のような理解を受けて、ドイツ破産法は、17 条において管
財人の履行の権限についてのみ明定し、また、26 条において破産手続開始の効果としての
破産者側の債務不履行に基づく相手方の損害賠償請求権の処遇を明らかにすることとどま
る。これに対して、「不履行」を破産開始の直接の効果とみる立法者の理解は間違いである
との指摘がなされる（前掲注（38）を参照）。

⁹⁵ その典型的なものは、ムジラーク（Musielak）教授の論述である。すなわち、「破産手続
開始前に締結された不利益な契約から、管財人の履行拒絶を通じて、財団を保護すること
は、17 条の目的ではない。また、破産的配当対完全履行という図式から契約相手方を保護
することも、17 条の目的ではない。17 条の目的は、むしろ、管財人をして財団に有利な双
方未履行の双務契約の決済を可能ならしめることに尽きる。17 条の機能は、破産手続開始
によって双方未履行の双務契約に生じる法律状態を正しく認識することで明らかになる。
すなわち、破産手続開始によって、破産者の既存の権利義務は、原則として影響を受けな
い。ただ管財人は、6 条の財団管理処分権に基づき、破産者の債権の履行を求めることがで
きるようになる。また、破産者の契約相手方も、破産債権者として、破産的配当を受ける
べきことになる。しかし、他方で、契約相手方は約定の反対給付と引換えにしか自己の給
付を履行する義務はなく、しかも、その約定の反対給付は破産的配当ではない。そこで、
17 条 1 項が機能し、管財人の履行選択を通じて、3 条に該当する契約相手方の破産債権が
59 条 1 項 2 号の財団債権に変更され、このようにしてはじめて、破産手続開始後もなお契
約の決済が可能となるのである。17 条がないとすれば、契約の決済は、相手方が有する
BGB320 条の同時履行の抗弁権によって遮られてしまう。17 条 1 項は、財団の利益のため
に管財人の行動範囲を拡張する規定である。この点に当該規定の特別の意味が存在するの
である」という（水元・前掲注（10）91 頁）。

⁹⁶ その典型的なものは、ヘンケル（Jaeger Henckel）教授の論述である（水元・前掲注
（10）92 頁）。

方の先履行たる給付にかかる反対給付の請求権は、財団債権ではなく、破産債権としてしか処遇されないと考えることになる。以降のドイツ倒産法 105 条は、そのような考え方に立ったものであるように思われる。

第3項 判例立場の変更

1. 存続説 (Fortbestehenstheorie) [～1988 年]

1988 年以前のドイツの判例では、破産手続開始後でも双方未履行双務契約における当事者双方の履行請求権がそのまま存続していることを前提に、ドイツ破産法 17 条は、管財人が浮動状態に陥った契約関係を積極的または消極的、そして形成的に確定することを可能にする趣旨の規定であるとされていた。それによれば、同条には、それ自体存続している履行請求権を永久に損害賠償請求権に変更しうる管財人の形成権が含まれていたということになる⁹⁷。

そのような判例立場に対しては、履行拒絶がむしろ破産手続開始の効果に服するものであるため、そこには形成的効力は含まれないのであり、管財人は、単に、履行選択によってそれ自体すでに生じている相手方の破産債権を財団債権へと変更する可能性を有するにすぎないと反対説がなされていた。

2. 消滅説 (Erlöschenstheorie) [1988 年～2002 年]

1988 年、ドイツ連邦最高裁判所（以下「BGH」という）の二つの判決は、以上の判例立場を根本的に変更するような立場を示していた。それらによれば、破産手続の開始に伴い、双方未履行双務契約からそれまで生じていた当事者双方の履行請求権が消滅するとされる。そうすると、履行の選択がなされた場合は、管財人は、履行選択の時点で新しく発生する、以前の双務契約に基づいて生じていた履行請求権と内容がまったく同等なものを相手方に対して行使することになり、他方において、履行の拒絶は、履行できないというすでに法律によって生じている状態を確認し、すなわち、宣言的効力を有するにすぎないと解される⁹⁸。このような判例立場は、消滅説とも呼ばれ、前述の、管財

⁹⁷ ハンス・プリュッティング著、三上威彦訳「ドイツにおける近時の判例にみられる倒産管財人の選択権：倒産法一〇三条をめぐって」慶應法学 6 号（2006 年）310 頁。

⁹⁸ プリュッティング・前掲注（97）311 頁。

人の履行権に重きを置く説と同旨のようにみることができる。

3. 質的跳躍説 (Qualitätssprungtheorie) [2002年～]

以上のような消滅説の立場が多くの批判を受け⁹⁹、現行法が施行された後の2002年には、BGHは、いわゆる質的跳躍説への立場の変更をみせている。それによれば、倒産手続の開始により、双方未履行双務契約における当事者双方の履行請求権が消滅するわけではないが、倒産手続内でも効力を有するドイツ民法320条に規定する同時履行の抗弁権によって貫徹力が失われることになる。具体的には、管財人が契約の履行を選択したときは、その選択によって、双方未履行双務契約には当初の履行請求権と内容的に同等であって、法定性質を異にする新しい財団債務および財団債権が発生するとともに、当初の履行請求権が消滅する¹⁰⁰。結果からみれば、それは、消滅説からの「ラベルの変更」(Etikettenwechsel)にほかならない¹⁰¹。他方では、管財人が契約の履行を選択したときは、当該契約の存続や内容に何ら影響が及ぼされるものではない¹⁰²。このことは、後述する、学説の対立をもたらししている。

第4項 現行法時代の学説の動向

現行法、すなわちドイツ倒産法103条1項は、ドイツ破産法17条1項を踏襲したものである。その趣旨は、倒産財団の利益を第一に考えるところにあるが、これとともに、相手方の利益への保護にも配慮し、完全履行対比例満足という不公平な結果を避けるべきであるとするのが、一般的な見解である¹⁰³。

解釈論においては、契約の履行が選択された場合の効果について大きな争いはないが、契約の履行が拒絶された場合の効果について見解の対立がみられる。管財人による拒絶により相手方の履行請求権が消滅するかどうかは、問題となる。かつての通説では、相手方の履行請求権は、破産手続の開始により消滅するわけではないが、管財人の不履行の選択により消滅するとされていた。現在では、一般に、契約が管財人によって拒絶さ

⁹⁹ 批判に関して、Reinhard Bork, *Einführung in das Insolvenzrecht*, Mohr Siebeck, 5. Aufl., 2009, S. 90.

¹⁰⁰ プリュッティング・前掲注(97) 312-313頁。

¹⁰¹ Reinhard Bork, a. a. O. (oben Fn. 99), S. 90.

¹⁰² プリュッティング・前掲注(97) 313頁。

¹⁰³ Reinhard Bork, a. a. O. (oben Fn. 99), S. 89.

れた後でも、相手方の履行請求権は消滅しておらず、相手方には次のような選択肢があると解される。すなわち、相手方は、①ドイツ倒産法 103 条 2 項にしたがって、管財人による履行の拒絶に基づく損害につき倒産債権を届け出るほか、②倒産財団に未履行の給付を提供したうえ、未受領の給付につき倒産債権を届け出るか、または、③倒産手続に参加せず、手続終了後に平時実体法にしたがって履行請求権を倒産債務者であった者に対し行使することができる¹⁰⁴。なお、③の場合には、免責制度との関係で問題が生じうると考えられる。

第5項 小括

以上のとおり、ドイツ法の目的論を考察したところから、いくつかの点で日本法への示唆を得られる。

第一は、なぜ倒産法が双方未履行双務契約の取扱いに関する特別の規律を設ける必要があるか、すなわち、本稿の課題①についてである。1874 年ドイツ破産法草案理由書は、その理由は、特別の規律を設けないと、平時実体法および破産法の一般の規律のどの規定を適用するかという点について必ずしも明確ではなく、法適用の混乱を避けるためであると指摘していた。なお、ドイツ破産法起草の当初、ドイツ民法典がまだ成立しておらず、すなわち、「個々の法制度の規定が著しく相互に相違している」という状況を考えれば、ここにいう混乱は平時実体法の規律の相違に基づくものを指すともみることができるため、その混乱の意味、また、それが日本法のもとにおいても生じうるかについて、慎重な検討を要する。

第二は、なぜ法が解除権構成を採用しているのか、すなわち、本稿の課題②についてである。ドイツ法が日本法の母法としてこれまで履行拒絶権構成を採用していることは、周知のところである。しかし、当初ドイツ法が解除権構成ではなく履行拒絶権構成を採った理由について、立法理由書および先行研究には何ら明らかながなく、あまりよく判らないというべきである。なお、立法者は、双務契約の一方当事者としての破産者側には破産手続の開始により当然に民法上の債務不履行が生じると解したことに鑑みれば¹⁰⁵、一歩進んで、すでに債務不履行が生じている破産者側に対しさらに特別の解除権

¹⁰⁴ Reinhard Bork, a. a. O. (oben Fn. 99), S. 91.

¹⁰⁵ 前掲注 (94) を参照。

を与えることが許容されないのは、立法者の思惑であるといいうるであろう。もっとも、前述のように、現行法たるドイツ倒産法のもとでは契約の履行が拒絶された場合の効果について見解が分かれうることを考えれば、むしろ解除権構成の方が簡明なように思われる。

第三は、なぜ管財人にのみ契約の選択権が与えられているか、すなわち、本稿の課題③についてである。概略的にいえば、双方未履行双務契約の取扱いに関する原則規定（ドイツ破産法 17 条 1 項、ドイツ倒産法 103 条 1 項）の趣旨に関しては、ドイツでは、相手方の利益の保護を強調する学説から財団の価値の最大化を重視する学説へと変遷している。現在では、後者の学説が通説として定着しており、また、給付が可分の場合について学説がより緻密になっているように窺われる。すなわち、ドイツ法が管財人にのみ契約の選択権を与えているというのは、管財人が相手方の意思にかかわらず財団に有利に契約を処理できるようにするためである。このことは、日本法にとっても示唆的である。

第4節 中国の議論状況

前述のとおり、中国の近代的な倒産法制は、およそ 30 年の歴史しか持たないから、倒産法学の研究蓄積それ自体が豊富とはいえない。そのうち、双方未履行双務契約の取扱いに関する目的論に触れたものは、もちろん稀であり、しかも、いずれも論述が極めて簡略である。

第1項 学説の素描

限られた先行研究のうち、中国倒産法 18 条 1 項の制度趣旨について基本的なスタンスを示しているものは、次のとおりである。

「倒産法が管財人にこの権限（契約の選択権～引用者注）を与えるのは、管財人に、債務者財産（以下「倒産財団」という～引用者注）¹⁰⁶の負担となる契約から解放し、債

¹⁰⁶ 中国倒産法は、「倒産財団」という概念を採用せず、これに対応するものとして、「債務者財産」と「倒産財産」との二つの用語を併用している。債務者財産とは、倒産手続開始の申立ての受理時に債務者に属するすべての財産及び倒産手続開始の申立ての受理時から倒産手続終了までの間に債務者が新たに取得した財産をいう（中国倒産法 30 条）。倒産財産は、破産宣告後の債務者財産のみを指すと解される。すなわち、基本的なものとして、債務者財産という概念は各倒産手続にも妥当するが、倒産財産という概念は、破産清算手

務者財産の増殖に有利な契約を履行しうるようにさせることを通じて、債務者財産を最大限に増殖させ、債権者全体の利益を守る趣旨である¹⁰⁷。」

「双方未履行双務契約についての管財人の選択権は、一種の法的権限であり、その目的が公共政策および倒産目標の実現、ならびに総債権者の利益の保護にある¹⁰⁸。」

「管財人に選択権を与えるのは、倒産財産（以下「倒産財団」という～引用者注）¹⁰⁹の価値の最大化および債務者の弁済能力の回復を図る趣旨である¹¹⁰。」

「法律が管財人に契約の解除権を与えている趣旨は、債権者の一般の利益を公平に守るのであり¹¹¹、個別の債権者（双務契約における相手方～引用者注）の利益を守るのではない。～（中略）～法律が管財人に契約の解除権を与えている役割は、管財人によるこのような解除権の行使を通じて、債権者への配当にあたるべき財産の絶対的な増加を図り、もって総債権者の利益を可及的に保護することである¹¹²。」

また、比較的詳細な論証として、次のようなものがある。すなわち、「双方未履行双務契約の規律は、管財人に契約の解除を選択しうる権限を与えており、もって管財人は、契約を解除しようとするときに、相手方の重大な契約違反を待つまでもなく、当該契約を解除できることになる。このことは、アイスブレイクの一つである。～（中略）～非倒産者側には同時履行の抗弁権を有することもあるので、非倒産者側が同時履行の抗弁権さえ行使すれば、契約が膠着状態に陥る。～（中略）～双方未履行双務契約の規律は、管財人に選択権を与えており、もって管財人は、契約を維持しようとするときに、倒産者側の債務を履行しあるいは相手方に対して履行を求めることにより、膠着状態を解消することができ、また、契約を消滅させようとするときに、解約を解除することにより、

続にかぎって用いられる。本稿は、論述の便宜上、中国法についても倒産財団という言葉に統一して用いるものとする。

¹⁰⁷ 李曙光，宋晓明主编：《〈中华人民共和国企业破产法〉制度设计与操作指引》，人民法院出版社2006年版，第515页。

¹⁰⁸ 王卫国：《破产法精义》，法律出版社，2007年版，第50—51页。

¹⁰⁹ 前掲注（106）を参照。

¹¹⁰ 许德风：《论破产中尚未履行完毕的合同》，《法学家》，2009年第6期，第96页。

¹¹¹ 许德风：《破产法论：解释与功能比较的视角》，北京大学出版社2015年版，第135页は、「中国破産法18条が規定している解除権は、特別の法定解除権である。その正当性は、債権平等原則に基づく実質的な公平への配慮に求められる」と説いており、ここと同旨のように思われる。

¹¹² 李永军：《破产法：理论与规范研究》，中国政法大学出版社2013年版，第116页。

膠着状態を解消することができる。このことは、アイスブレイクのもう一つである¹¹³。」この説は、前段が管財人に認められている解除権が（平時実体法にはない）特別の権能であるということ強調することからみれば、後述する伊藤説と同旨の考え方であり、後段が膠着状態の解消に着目することからみれば、後述する福永説と同旨の考え方であるようにみることができる。

以上のとおり、中国の学説では、中国倒産法 18 条 1 項は管財人に履行か解除かの選択権を与えることによって倒産財団の利益を図る趣旨であるという点について、見解の一致がみられる。しかし、なぜこういう結論が導き出されるに至っているかに関して、論述が展開されているものがほとんどみあたらない。そこで、筆者は、本稿の予備的研究として、中国法下の目的論の構築を試みておいた。その内容は、次項のとおりである¹¹⁴。

第2項 中国法上の目的論に関する私見

管財人の職務は、債権者の利益のためにするものと債務者の利益のためにするものとに分けられるが、前者が中心となる¹¹⁵。総債権者の利益実現のためには、管財人は、倒産財団の管理・換価を行ったり、倒産財団をめぐる実体的法律関係を整理したりすることにより、倒産財団の価値の維持および増加を促進するように努める。中国法では、双方未履行双務契約の取扱いに関する原則規定、すなわち中国倒産法 18 条 1 項が契約の選択権を管財人にのみ与えていることから、原則規定は倒産財団の利益を第一に考えるものと思われる。具体的には、管財人に履行の積極的選択を認めるのは、管財人が倒産手続開始の効果に拘束されず、相手方に対する完全な給付の提供と引き替えに、倒産財団に有利な内容の契約上の相手方の給付を財団に取り込むことを可能にする趣旨である。反対に、契約の履行が財団にとって有利とは考えられないときは、管財人に対し履行を強いる理由はなかろう。そうだとすると、管財人に如何なる内容の消極的選択を認めるべきなのかという問題が生ずる。その内容は立法政策に基づくものであるが、周知のとおり、履行拒絶権構成と解除権構成との二つの立法例がある。中国法が履行拒絶権構成ではなく解除権構成を採用しているのは、次のような理由に基づくものとする。

¹¹³ 兰晓为：《破产法上的待履行合同研究》，人民法院出版社 2012 年版，第 44 页。

¹¹⁴ 拙稿「中国倒産法上の双方未履行双務契約法理：日本法との比較を中心に」法学新報 121 卷 3・4 号（2014 年）236—239 頁。

¹¹⁵ 伊藤眞『破産法・民事再生法（第 3 版）』（有斐閣、2014 年）190 頁。

すなわち、中華人民共和国契約法（以下「中国契約法」という）は、起草の当初、1980年国際動産売買契約に関する国連条約（以下「CISG」という）を参考にし、とりわけ、契約の解除について、CISG25条のいわゆる「重大な契約違反（fundamental breach）の理論を受け入れた。具体的には、中国契約法94条は次のように規定する。

「以下に掲げるいずれかの事由に該当するときは、当事者は、契約を解除することができる。

- 一 不可抗力により契約をした目的を達することができないこと
- 二 当事者の一方が履行の期限が満了する前にその主要な債務を履行しない旨を明確に意思表示し、または自己の行為によりこれを表示したこと
- 三 当事者の一方が主要な債務の履行を遅滞し、催告を受けた後も合理的な期限内に履行しないこと
- 四 当事者の一方による債務の履行遅滞、またはその他の契約違反により契約をした目的を達することができないこと
- 五 法律が規定するその他のこと」

そのうち、同条2号について、解釈上、次の三つの点が議論されている。第一は、債務者の履行拒絶があった後、債権者が契約を解除しようとするときは、なお債務者に対して催告をすることを要するかである。この点につきほぼ異論はなく、すなわち、履行拒絶の場合は、履行遅滞の場合とは異なり、債務者への催告による追完の機会を保障する必要がないため、催告を要しないとされる¹¹⁶。第二は、履行拒絶の場合、債権者の解除権の行使が帰責事由を消極的要件として要されるかである。この点につき見解が対立するが¹¹⁷、同号が「不履行当事者の責めに帰することができない事由による場合は、このかぎりではない」というふうな但し書きを規定していないこと、また、重大な契約違反の理論を参考にした立法である以上、同号を解釈するにあたっては、契約の解除の制度は、不履行当事者への制裁を目的とするものではなく、不履行当事者の相手方を契約

¹¹⁶ 崔建远主编：《合同法（第5版）》，法律出版社2010年版，第251页；韩世远：《合同法总论（第3版）》，法律出版社2012年版，第515页。

¹¹⁷ 債務者の帰責事由が必要とされないとするのが多数説であるが（前注（116），韩世远书，第515页；李永军：《合同法》，法律出版社2004年版，第629页）、債務者の帰責事由が必要とされると唱える少数説もある（前注（116），崔建远书，第251页）。

の拘束から解放することを意図したものであるとの理解を採るべきであることなどから、契約の解除は、債務者に帰責事由の有無を問わないと考えられる。第三は、履行期が到来した後に債務者が履行拒絶をした場合、債権者が契約を解除できるかである。一般論では、履行期到来の前後を問わず、債務者がその債務の履行を完了する間に履行拒絶をしたときは、債権者は、契約を解除することができる¹¹⁸。例えば、債務者がその債務の履行を開始した後、完了する前に、履行を停止して残りの債務を履行しない旨を不当に明言したのは、これに当たる。このとおり、中国契約法のもとでは、債務者がその債務の履行を完了する前に履行拒絶をしたときは、債権者は、催告なしに契約を解除することができ、しかも、その解除権の行使は、債務者の帰責事由を消極的要件としないと解される。

管財人の消極的選択が立法政策として議論される際には、この無催告解除の制度が、次のように作用する。すなわち、履行拒絶権構成を採用すると仮定すれば、管財人による履行拒絶に対し、相手方は、中国契約法 94 条 2 号にしたがって、管財人に対して契約の解除を主張する余地がありうる。この場合、催告が要されないから、個別的権利行使禁止の原則と衝突しないことはいうまでもなく¹¹⁹、問題となるのは、管財人がした履行拒絶は倒産手続の開始によって正当化されるかである。管財人が契約を履行しようとするが、倒産手続開始の効果によって履行できないときであってはじめて、倒産手続の

¹¹⁸ 前注(116)、韓世遠書、第515頁は、「この規定(中国契約法94条2号～引用者注)は、英米法上の履行期前の契約違反(anticipatory breach of contract)理論を参考にしたものであるが、それよりも進んで、履行期前の履行拒絶のみならず、履行期後の履行拒絶も含まれる」と説く。なお、この94条2号にいう「履行の期限が満了する前」を履行期が到来する前と理解し、すなわち、同号の規定を英米法上の履行期前の契約違反に相当するものと解しながら、履行期後の履行拒絶については、それが94条4号にいう「その他の契約違反により契約をした目的を達することができないこと」に該当するとしたうえ、この場合には、依然として債権者に無催告解除が認められるとする見解もある(王利明編:《中国民法典学者建议稿及立法理由(債法总则编、合同编)》,法律出版社2005年版,第278頁)。

¹¹⁹ これと関連すると思われるものは、破産手続開始前に既に債務者に債務不履行が生じ、しかも催告など解除権発生の要件が備えている場合、相手方に解除権の行使が認められるかという問題である。日本では、相手方の解除権の行使の可否につき、肯定の立場を採るのは通説である(伊藤ほか・前掲注(10)412頁、伊藤・前掲注(115)357頁、谷口安平『倒産処理法(第2版)』(筑摩書房、1980年)182頁、竹下守夫編集代表『大コンメンタール破産法』(青林書院、2007年)215頁[松下淳一]、加藤哲夫『破産法(第6版)』(弘文堂、2012年)242頁)。

開始を考慮に入れる必要が生じ、これに対し、管財人が、契約を履行することが財団に有利ではないと判断したうえで、履行しないと決めたときは、倒産手続の開始を本来考慮に入れるべきではなかろう。加えて、中国契約法 94 条 2 号が規定する契約解除権は履行義務者の帰責事由を消極的要件として要されないことを考えれば、管財人が契約を履行しないことが明らかなきときは、相手方に無催告解除を認めるべきものと解する。そうすると、履行拒絶権構成が採用されるならば、管財人が履行拒絶の選択をなした結果、相手方は最終的に契約の帰趨を決することになる。このことは、契約に決着を付けるための有利なイニシアチブを管財人にもみ与える趣旨に反する。この不都合を回避するために、法が解除権構成を採用することとなっている。

この解除権構成の機能としては、管財人は、解除権の行使により、財団に不利な内容の契約の拘束力から離脱するのみならず、財団により有利な契約を結び直す機会を得られる。

要するに、本稿は、中国倒産法 18 条 1 項が倒産財団の利益を図るための規定であるとする点で、前述のコンセンサスに賛同するが、倒産手続開始後でも行使しうる履行拒絶に基づく相手方の無催告解除権によって生じうる、契約の帰結が相手方のイニシアチブによることになるという不都合を避けるために、中国法が解除権構成を採用するに至っていると解する。

第3項 小括

以上のとおり、中国倒産法 18 条 1 項の制度趣旨をめぐる議論を考察したうえで、中国法に妥当する解釈論を試みた。そこからいくつかの点で、日本法へ示唆的な視点を提供しうる。

第一は、中国法下の学説には、双方未履行双務契約の規律の趣旨は相手方の利益を保護するのではなく倒産財団の利益を図ることである、というコンセンサスがみえる。そのコンセンサスは、アメリカ法下の一般論、ドイツ法下の現在の通説、および UNCITRAL 倒産法立法ガイドの列挙の立法趣旨と共通する。このことは、後述する通説側と有力説側とでは基本的な見解の一致さえみられない日本法下の議論状況と対照してみれば、興味深いであるが、なぜ法が管財人にもみ契約の選択権を与えているか、すなわち本稿の課題③への答えになりうると考える。

第二は、なぜ中国法がアメリカ法やドイツ法のような履行拒絶権構成ではなく、日本法と同様に解除権構成を採用しているか、すなわち本稿の課題②についてであるが、本稿は、こう考える。すなわち、中国の平時実体法（契約法）には債務者の履行拒絶に基づく無催告解除の制度がある。そのような債務不履行解除権は、倒産債権者である相手方が倒産手続開始後でも行使しうる。仮に倒産法制が履行拒絶権構成を採るとすれば、管財人が契約の履行を拒絶し、または拒絶するとみなされたときは、相手方が当該契約を解除することがありうる。そうすると、相手方が自らのイニシアチブで解除・原状回復の法律関係に持ち込む機会が与えられることになるから、原状回復の効果が発生しないという解除権構成に対しての履行拒絶権構成の最も大きなメリットが失われ、さらに管財人にのみ契約の選択権を与える趣旨が没却されるといえる。後述するように、今回の民法（債権法）改正において無催告解除の制度を導入する可能性が高いという背景には、倒産の場面において平時実体法上の無催告解除によって生じうる不都合を回避するために中国倒産法では解除権構成が採られるに至っているとする考え方は、日本法に対して大きな示唆的な視点を提供している評価できる。

第5節 日本の学説の系譜

日本では、双方未履行双務契約の規律の目的に関して、かつて通説が形成されていたが、1980年代以来、通説に対する新しい見解として有力説が続々と示され、続いて、それらの有力説に対応して通説の再構成が提唱され、21世紀に入り、さらに有力説側の新しい見解が提示されており、現在では、議論は百家争鳴の様相を呈している。以下では、各説が登場する順番に、それぞれの内容を鳥瞰する¹²⁰。

第1項 通説

通説は多くの倒産法の教科書において紹介されているが、その典型的なものは以下のとおりである。

「何らの特別規定がないとすれば、相手方は自己の負担する給付は財団のために完全に履行しなければならないのに反し、その受くべき反対給付については、破産債権者として、財団を構成する総財産からの比例的満足（通常はごく低率の配当額）に甘んじな

¹²⁰ なお、通説までの学説史に関して、水元・前掲注（10）68—69頁を参照。

ければならない理である。けれども、このことは双務契約の性質に反し、相手方に対し甚だ酷なる結果を強いることになるのは、明らかである。蓋し、双務契約における当事者双方の債務は、互いに対価的意味をもって対立し、いわば担保視しあっているものだからである。そこで民法が同時履行の抗弁権を与えたのと同じ趣旨から、破産法も、未履行の双務契約について特別規定を設け、まず管財人においてこれを解除するか履行を請求するかを選択権を認めることによって、財団の利益を守ると同時に、履行が選択された場合には、反対給付についての相手方の権利を財団債権として優遇し、また解除のあった場合には、相手方のために損害賠償請求のほか、そのなした給付についての返還請求をさえ認め、もって相手方の保護を図っているのである¹²¹。

このとおり、通説は、双方未履行双務契約の規律の目的が、「破産的配当対完全履行」¹²²という相手方にとって不公平な結果の回避し、同時履行の抗弁権を認めたのと同様の保護を相手方に与えること、すなわち相手方の保護を図ることにあるとする。なお、通説は、その前提として、破産手続の開始によって相手方の同時履行の抗弁権が消滅・停止するとする、とみることができる。このことは、「同時履行の抗弁権を与えたの」という文言からも、推知される¹²³。

第2項 伊藤説

伊藤眞教授の教科書の当該部分は次のとおりである。

「これらの規定の意義は、次のように理解すべきである。すなわち、その理解は、契約の履行が選択された場合において相手方の債権が財団債権とされる範囲などに影響

¹²¹ 中田淳一『破産法・和議法』（有斐閣、1959年）101頁。通説的見解として、例えば、谷口・前掲注（119）174頁、山木戸克己『破産法』（青林書院、1974年）119頁、青山善充ほか『破産法概説（新版増補版）』（有斐閣、2000年）63頁、宗田親彦『破産法概説（新訂第4版）』（慶應義塾大学出版会、2008年）167頁などがある。

¹²² 水元・前掲注（10）70頁は、こう表現する。

¹²³ 水元・前掲注（10）68頁は、破産的配当対完全履行という結果の発生から、通説側の論者は、破産手続開始後に同時履行の抗弁権を認めない立場であると評価する。これに対し、中田裕康「契約法から見た双方未履行双務契約：損害賠償を伴う解除権」能見善久ほか編『民法の未来：野村豊弘先生古稀記念論文集』（商事法務、2014年）148頁は、「一方が破産的配当となり、他方が完全な履行となることと、同時履行の抗弁権の存否とは、別の問題であろう」と指摘する。もっとも、通説が相手方の同時履行の抗弁権を否定する、と解するとの評価は一般的であるようにみられる。

する。立法者がこれらの規定によって意図したのは、破産管財人に契約の解除権を認めるところにある。この解除権は、契約当事者間の合意にもとづくものでないことはもちろん、履行遅滞など実体法上の解除原因にもとづくものでもなく、法によって破産管財人に与えられた特別の権能である。契約の一方当事者である破産者の破産財団所属財産についての管理処分権が専属する破産管財人は、解除権を付与されることによって、従来の契約上の地位より有利な法的地位を与えられる。次の問題は、解除または履行が選択されたときに、相手方との公平をどのように維持するかである。

まず、解除が選択されたときには、契約関係が消滅し、原状を回復するのが一般原則である。したがって、破産者がすでにその義務の一部を履行しているときには、相手方からその返還を求め、逆に、相手方が一部の義務履行をなしているときには、破産財団から相手方への原状回復を行わなければならない。相手方のもつ原状回復請求権は、破産管財人が特別の権能である解除権を行使した結果であるので、公平を考慮して取戻権または財団債権の地位を与えられる。これに対して、破産管財人の解除によって相手方に発生する損害賠償請求権は、破産債権として扱われる。本来であれば、損害賠償請求権も破産管財人の解除権行使によって生じるものであるから、これを財団債権とすることが考えられないわけではない。それにもかかわらず、これが破産債権とされるのは、損害賠償請求権を財産債権とすると、その負担が重大なものとなり、破産管財人に特別の権能として解除権を付与した趣旨が没却されるからである。

次に、破産管財人によって履行が選択されたとき、すなわち破産管財人が法53条1項による解除権を放棄して確定的にその履行を求める意思表示をしたときには、従来の契約関係における相手方の地位、すなわち同時履行の抗弁権を認めなければならない。担保的機能を果たすことを予定される同時履行の抗弁権は、契約関係が存続する以上、差押債権者や破産管財人に対してもその主張が認められるものである。したがって、相手方は、破産財団の側が自らの債務を契約の内容にしたがって履行するのと引換えにのみ、破産財団に対してその債務を履行すれば足りる。相手方の債権が財団債権とされるのは、このような趣旨によるものである。いいかえれば、相手方の権利は、本来破産債権とされるべきものが立法によって財団債権に格上げされたのではなく、相手方による債務履行によって破産債権者全体が利益を受け、したがってその対価たる相手方への債務履行

を破産債権者が共同で負担すべきものとして、相手方の権利は本来的な財団債権であり、破産管財人が履行の選択をなすことによって財団債権としての行使が可能になるものと理解すべきである」¹²⁴。

このとおり、伊藤説は、相手方の請求権が本来財団債権であるとするのが、特徴的である。そうすると、仮に双方未履行双務契約の規律がなかったとしても、破産手続開始後、管財人は、依然として相手方に対して債務を履行できることになる。これを前提に、伊藤説は、同規律の主眼が管財人に解除権を与えることにあるとする。

なお、伊藤説は、破産手続開始後も「相手方の地位、すなわち同時履行の抗弁権を認めなければならない」とする点で、それを認めない通説とは異なる。

第3項 福永説

福永有利教授は、相手方の権利が本来的な破産債権であり、そして、相手方の同時履行の抗弁権が破産手続の開始によって消滅・停止しないとしたうえで¹²⁵、次のような不都合を指摘する。

「すなわち、破産管財人が破産者の債権（財団に所属する債権）を取り立てようとしても、相手方が同時履行の抗弁権によって取り立てることができないことになる。～（中略）～他方、相手方も、自分の方の債権を破産債権として行使しようとしても、破産者の方の同時履行の抗弁権を破産管財人が行使すれば、相手方の方で自分の方の債務をまず履行したうえでないと、破産配当を受けることすらできないということになる。～（後略）～

なお、以上の議論においては、同時履行の抗弁権が両契約当事者に認められる場合を前提にしてきたが、同時履行の抗弁権がない場合でも、類似の問題が生じるように思われる。すなわち、相手方に先履行義務があるときでも、契約の他方当事者が破産したときには、もし破産法第五九条（現行破産法五三条）等の規定が存在しないとすれば、民法の解釈上、原則として相手方に不安の抗弁権が認められることになろう。そうすると、破産管財人が相手方に対して債務の履行を求めても、同時に財団の方から反対給付または相当の担保を提供しないかぎり、不安の抗弁権によって履行を拒絶されることになろう

¹²⁴ 伊藤・前掲注（115）351－353頁。

¹²⁵ 福永・前掲注（38）166頁。

う。そして、不安の抗弁権付とはいえ破産債権にすぎない相手方の債権に対し破産管財人が破産手続によらずに履行をしたり、担保を提供したりすることが当然に認められるかは問題である。他方、相手方が破産債権者として権利を行使しようとする場合には、破産管財人の方から相手方がなすべき給付との同時履行を要求され、相手方の方でその引き換えを不利と考えるときは、事実上、破産配当を受けることはできなくなる。(後略)～

そこで、もし何らかの措置が講じられなければ、これらの抗弁権のある双務契約関係を破産手続の中で処理することができないことになる。(後略)～

いずれにしても、双方未履行の双務契約を破産手続の中で処理しうるようにする何らかの特別な措置が必要であることは否定できないところであり、破産法第五九条(現行破産法五三条)等はまさにこの必要性を充たすための規定であると解せられる。そして、その特別措置の内容をどのようなものとするかは、立法政策の問題であるが、わが破産法は、破産管財人に契約の履行請求と契約の解除のいずれかを選択する権限を与えるという方法を選んだ¹²⁶。

このとおり、福永説は、双方未履行双務契約の規律の目的は、管財人が相手方の有する破産債権を完済できないことと、相手方が同時履行の抗弁権ないし不安の抗弁権¹²⁷によって管財人からの履行の請求を拒否できることによる「両すくみ」¹²⁸の状態を解消し、双方未履行の双務契約を破産手続内で迅速に処理できるようにすることにあるとし、さらに、その目的達成のための措置を立法政策とする。

なぜ日本法が管財人に契約の履行か解除の選択権を与えるという立法政策を採用したかについては、福永説は、こう説く。

「履行請求については、それを認めることによって破産財団を実質的に増大させる途

¹²⁶ 福永・前掲注(38)167-169頁。

¹²⁷ 相手方に先履行義務がある場合でも、その不安の抗弁権が破産手続開始後も存続するとする福永説の論述に対しては、中田・前掲注(123)154-155頁は、「これは同時履行の抗弁権の成立する場合と双方未履行双務契約とされる場合との『ずれ』を明確にしめしたうえ、その部分を埋めようとする試みである」と評価したうえ、さらに、「不安の抗弁権がいわば『不安』が現実となった破産手続開始の後もお存続することをどのように説明するのかは、必ずしも明確ではない」と指摘する。

¹²⁸ 福永有利「破産法第59条による契約解除と相手方の保護」法曹時報41巻6号(1989年)18頁は、こう表現する。

を開くことを第一の目的としたものとみられる。破産管財人にのみその選択権が認められるのも、そのように解する根拠となろう¹²⁹。」

「破産財団の利益を図るために破産管財人に解除権が与えられたとする解除利益説のような考え方を、立法者が採っていたとは考えられない。むしろ、解除によって元に戻せば、一応当事者間に公平であるが、損害賠償請求権を認めることが、より公平を図ることになると考えたものと思われる¹³⁰。」

しかし、法は、管財人に対して、契約の履行の権利を認めるのが破産財団の利益のためである一方、契約の解除権を認めるのが当事者間の公平すなわち相手方の利益のためであると解すると、破産財団の利益と相手方の利益とが対立するような場合には、管財人は、どちらの利益を第一に考えて選択を決すべきなのかという難問が生じる。これについては、福永説は、「当事者間が不公平とならず、したがって相手方の地位を不当に害することにならないということが、まず第一に重要であり、不公平や不当な侵害にならないという範囲内でのみ、破産財団の利益や手続の迅速の要請を考慮することができる应考虑すべきであろう」と説く¹³¹。

以上のとおり、福永説は、相手方の権利が本来的な破産債権であること、また破産手続開始後も相手方が同時履行の抗弁権を行使しうることにより、両すくみ状態が生ずるとするところに、特色がある¹³²。

第4項 霜島説

霜島甲一教授は、相手方の権利が本来的な破産債権であり、そして、相手方の同時履行の抗弁権が破産手続の開始によって消滅・停止しないとする点で、福永説と共通するが、管財人が特別規定なくして破産債権である相手方の債権を弁済できるとする点で、福永説と異なる¹³³。すなわち、相手方は、破産手続開始後において、個別的権利行使を禁止されるから、自分の方から債務を履行して管財人に対して履行の請求をし、または

¹²⁹ 福永・前掲注(38) 169頁。

¹³⁰ 福永・前掲注(128) 19頁。

¹³¹ 福永・前掲注(128) 19頁。

¹³² 栗田隆「破産法と双務契約・片務契約の終了：破産手続開始前に解除された双務契約および使用貸借契約を中心にして」関西大学法学論集 65巻1号(2015年) 11頁は、「その指摘が貴重であることは、率直に認めるべきである」と説く。

¹³³ 霜島甲一『倒産法体系』(勁草書房、1990年) 380頁。

契約を解除することができないにもかかわらず、自分の方の利益にしたがって管財人の履行請求または合意解除に応じることができることになる。「このように、一般原則によれば、双務契約関係の処理について倒産処理側が有利なイニシアチブをとれないことになる」¹³⁴。すると、霜島説によれば、双方未履行双務契約の規律の目的は、同時履行の抗弁による「膠着状態」を解消する可能性を管財人に与えることにある¹³⁵。

第5項 水元説

水元宏典教授は、福永説および霜島説と同様に、相手方の権利が本来的な破産債権であることと、相手方の同時履行の抗弁権が破産手続の開始によって消滅・停止しないこととの二つを、自説の前提とするが、相手方は、破産手続開始後でも引き続き自らの未履行給付を完全に提供してその未受領給付の全額につき、または自らの未履行給付を提供せずその既履行給付と既受領給付の差額につき、破産債権を届け出ることができるとする点は、福永説および霜島説とは異なる。すなわち、水元説によれば、「片すくみ」は生じるが、「両すくみ」または「膠着状態」は生じない¹³⁶。

次に、水元説は、問題の焦点を管財人の履行請求に絞り、相手方の破産債権を財団債権に格上げする形成権を管財人に与えることによって、管財人のイニシアチブで反対給付を財団に取り込むことを可能にし、よって破産者の債権の価値を配当原資として利用できるようにすることこそが、双方未履行双務契約の規律の目的であるとする¹³⁷。

また、水元説は、伊藤説に対し、以下の理由から、管財人に契約の解除権を与えることが、双方未履行双務契約の規律の目的ではないと説く¹³⁸。すなわち、第一に、管財人が履行を望まないときは、相手方に対してその損害賠償請求権を破産債権として配当するのみならず、その原状回復請求権を取戻権または財団債権として完全に履行しなければならないことを考えれば、管財人に解除権を認めることは必ずしも財団の利益に結び付くとはかぎらない。第二に、日本破産法の母法であるドイツ破産法の立法理由書の当

¹³⁴ 霜島・前掲注(133) 381頁。

¹³⁵ 霜島・前掲注(133) 382頁。

¹³⁶ 水元宏典「破産および会社更生における未履行双務契約法理の目的(二・完)」法学志林93巻三号(1996年)95頁。

¹³⁷ 水元・前掲注(136) 100頁。

¹³⁸ 水元・前掲注(136) 100-101頁。

該部分は、破産法による契約法への改変が可及的に避けられるべきことを示唆する。

第6項 中西説

中西正教授は、双方未履行双務契約の規律の特色が、第一に管財人による履行または解除の選択を通じて双務契約の対価関係が維持される点にあるとし、その根拠として、双方未履行双務契約と同時交換的取引の法理の類似性を挙げ、すなわち、危機に陥る債務者が最低限必要な取引をできるようにすること、また相手方が信用を供与せずリスクを引き受けないことを指摘する¹³⁹。

要するに、中西説は、双方未履行双務契約の規律の趣旨が、双務契約の対価関係を保護することであるとしたうえ、対価関係を保護する根拠を明らかにしている。

第7項 宮川説

宮川知法教授は、まず、従前の通説および近時の有力説である伊藤説や福永説の見解に対し、これらの見解は当事者間の個別的公平を図ろうとするものであり、総債権者の全体的公平を本旨とする破産手続で当事者間の個別的公平を貫徹することは不可能であると批判し、次に、破産手続において当事者間の個別的公平を追求し、特にそれによって一部債権者の優遇を図ろうとすることは、そのようにしても他の一般債権者との間の公平を害さないといえるだけの合理的根拠、あるいはその公平を害しないとみなす特別の政策判断に基づく必要があり、かつ「破産の破産」を引き起こす危険のない場合にかぎって初めて、許されるべきと指摘する¹⁴⁰。それを前提に、宮川説は、以下のよう
に、全体的公平の視点から、通説の再構成を唱える。

「まず、59条（現行破産法53条～引用者注）等不存在を仮定すれば、双方未履行契約の相手方は、通説的理解のいうように、自己の請求権は破産債権となるにすぎないのに、16条（現行破産法100条～引用者注）により同時履行の抗弁権も停止されるので、財団に負う債務は完全な履行を強いられるという立場におかれる。そこで、59条（現行破産法53条～引用者注）等の最も基本的な目的は、相手方をこの立場から救い、その利益保護を図ることにある。そうした利益保護（個別的公平の追求）が許される根拠は、

¹³⁹ 中西正「双方未履行双務契約の破産法上の取り扱い」徳田和幸ほか編『現代民事司法の諸相・谷口安平先生古稀祝賀』（成文堂、2005年）500頁以下。

¹⁴⁰ 宮川知法「破産法59条等の基本的理解」法学雑誌37巻1号（1990年）40-42頁。

相手方と財団の間には双方未履行の対価関係があり、その対価関係を契約にしたがって積極的に処理するにせよ（履行）、特別に消滅的に処理する途を認めるにせよ（解除）、いずれにしても、相手方は財団に新たな利益（契約上の請求権の実現、または未履行債務の消滅・原状回復請求権の実現）をもたらす地位にある点に求められる。相手方の権利は、そうした財団の新たな利益の対価であるからこそ（「破産の破産」を引き起こす危険のない範囲で）、47条7号（現行破産法148条1項7号～引用者注）・60条（現行破産法54条～引用者注）（特に2項）による特別の保護が許され、特別に保護されても他の一般債権者との間の公平を害さないとみなされる¹⁴¹。

宮川説は、双方未履行双務契約の規律の不存在を仮定すれば、相手方は、破産手続開始後にその同時履行の抗弁権の消滅・停止により、「破産的配当対完全履行」の立場に強いられるとする点で、通説と共通するが、相手方の利益保護が許容される根拠を、通説の強調する同時履行の抗弁権という外観ではなく、財団への新たな利益の対価という本質に求めると評価される意味において、「通説の再構成」ともいわれる¹⁴²。

第8項 赫説

赫高規弁護士は、双方未履行双務契約の規律がないと仮定した場合の法律関係について、次のような理解を示している。

「破産管財人は、次の三つの選択肢を有している。

- ① 破産者の未履行債務の履行を提供して相手方の未履行債務の履行請求をして、契約履行を実現させる選択肢
- ② 相手方の履行請求権ないし原状回復請求権につき破産債権の処遇にとどめ、相手方から受けた給付も返還せずに開始時の各当事者の給付の進捗状態で固定する選択肢
- ③ 相手方が債務不履行解除した場合に、相手方の原状回復義務を履行させて原状回復を実現する選択肢」という¹⁴³。

すなわち、仮に破産法53条が存在しなくても、破産手続開始後では、一方、管財人は、相手方の同時履行の抗弁権を消滅させるために、破産債権たる相手方の債権を本旨

¹⁴¹ 宮川・前掲注（140）70－71頁。

¹⁴² 水元・前掲注（10）76頁。

¹⁴³ 赫高規「双方未履行双務契約」田邊光政編集代表『会社法・倒産法の現代的展開：今中利昭先生傘寿記念』（民事法研究会、2015年）563－564頁。

弁済することができ、他方、そうでないと、相手方は、管財人の不履行に基づいて債務不履行解除をすることができ、また、相手方が債務不履行解除をしたときは、管財人は、相手方の同時履行の抗弁権を消滅させるために、破産債権たる相手方の原状回復請求権につき全部の履行の提供をすることができる¹⁴⁴。

そうすると、赫説は、双方未履行双務契約の規律の趣旨が、①管財人が「相手方の同時履行の抗弁権ないし不安の抗弁権を消滅させるために破産債権たる相手方の債権を本旨弁済する法律関係を政策的に制度化する」ことと、②管財人が相手方による債務不履行解除を待つまでもなく、「自らのイニシアチブにより解除・原状回復の法律関係に持ち込める」ことができるようにすることにあるとする¹⁴⁵。

以上のとおり、赫説は、管財人が特別規定なくして破産債権たる相手方の債権を本旨弁済でき、また、相手方が催告など解除権発生の要件の充足にかかわらず管財人に対して債務不履行解除権を行使できるところに、特色がある。

第6節 各説の問題点の整理および分析

各説のほとんどすべては、まず、破産法に双方未履行双務契約の規律が存在しないと仮定し、次に、その場合の破産手続開始後の双務契約における法律関係を考察し、最後に、その中の不都合の解決から双方未履行双務契約の規律の目的を導くというアプローチを採用する。各説の内容を比較してみると、以下の二つの点で、見解が分かれるように窺える。その一つは、相手方の権利が本来的に破産債権か財団債権かであり、もう一つは、相手方の同時履行の抗弁権または不安の抗弁権が破産手続の開始によって消滅・停止されるか否かである。この二つの点を明らかにしておかなければ、破産手続開始後の双務契約における権利義務関係に関する考察が正確かについてはもとより、それを前提とした目的論の妥当性についても疑義を生ずる。そこで、本節では、この二つの点を中心として、各説の妥当性を分析する。

第1項 伊藤説について

伊藤説に対しては、次のような指摘がなされうる。

第一に、相手方の請求権が本来財団債権とされる点に対して、批判が可能である。

¹⁴⁴ 赫・前掲注（143）561－563頁。

¹⁴⁵ 赫・前掲注（143）565頁。

その点に関しては、前述のとおり、伊藤説は、二つの理由を挙げている。すなわち、①相手方の請求権は、それが破産手続開始後でも行使しうる同時履行の抗弁権によって担保されているからである。②総債権者は、相手方の債務履行によって利益を受けることから、その対価として相手方への債務を共同で負担すべきだからである。

そのうち、①の理由に対しては、まず、後述のとおり、相手方は平常時でも同時履行の抗弁権や不安の抗弁権を持たないという例外的な場合があるとの反論が可能である。次いで、仮に破産手続開始後には相手方は同時履行の抗弁権を持つとしても、その請求権自体は破産債権にすぎないはずであるとの批判がなされている¹⁴⁶。これに対し、伊藤説は、相手方の請求権が本来破産債権であるとする、「どのような理論的根拠にもとづいて相手方の債権が破産債権から財団債権に変更されるのかが明らかでない」との再反論を示している¹⁴⁷。しかし、相手方の債権が破産債権から財団債権に変更される理由を説明できないわけではない¹⁴⁸。

また、②の理由に対しては、次のような批判がありうる。すなわち、相手方が破産手続開始後に債務を履行することが破産財団ないし破産債権者全体に利益をもたらすとの判断は、必ず常に成立するのであってこそ、はじめて相手方の権利を当然に財団債権とすべきものと思われる。破産法が管財人に消極的選択をも与えることを考えれば、そういう判断が常に成立するわけではないというのは、むしろ立法者の趣旨であろう。すなわち、その判断の成否は個別事案における管財人による履行か解除の選択にかかわるものであり、管財人が契約の解除を選択したことはその判断が成立しないことも同然であるから、破産手続開始時すなわち管財人が選択をなす前に、その判断が既に成立することを前提に、相手方の権利を当然に財団債権とするのは、論理が逆になってしまう。

なお、別除権の目的財産の受戻しがなされたときに、被担保債権は破産債権の要件に該当するかぎり、破産債権とされることを論拠として、たとえ担保されている債権であって、かつ総債権者の利益のための対価として捉えられるものであっても、必ずしも財

¹⁴⁶ 例えば、水本説では、「破産法の諸原則に反対する理由がないからである」とされる（水元・前掲注（10）86頁）。

¹⁴⁷ 伊藤・前掲注（115）354頁。

¹⁴⁸ 本稿69頁を参照。

団債権とは処遇されないとの反論もみられる¹⁴⁹。しかし、ここでいう破産債権の要件に該当するものとは、別除権の行使によって満足を受けられない部分であると理解される意味において、それは、担保されているか、また、総債権者の利益のための対価として捉えられるかについて、見解が分かれる余地がある。

また、伊藤説によれば、「相手方の権利は本来的な財団債権であり、破産管財人が履行の選択をなすことによって財団債権としての行使が可能になる」という理解になるが、その理解は、財団債権は破産手続によらないで破産財団から「随時」弁済を受けることができることと規定している破産法2条7号と抵触するように思われる。換言すれば、相手方の権利が本来的な財団債権である以上、相手方は、管財人の選択を待つまでもなく、手続開始後に直ちにその権利を管財人に対して主張しうるはずである。

したがって、相手方の権利は、本来的な財団債権ではなく、むしろ破産法の一般原則にしたがい、破産債権であり、管財人による履行の選択によって財団債権に昇格されるとみることが妥当であろう。そうすると、双方未履行双務契約の規律の不存在であると仮定した場合には、破産債権者たる相手方に対する任意弁済が禁止されるのであって、なぜ法が管財人に履行の積極的選択を認めるかを説明することが必要となる。

第二に、伊藤説は、なぜ法が管財人に特別の権能としての解除権を与えるかという点について、説明が不十分である。すなわち、伊藤説は、履行拒絶権構成のデメリットを提示することによって、消極的には解除権構成を根拠付けるが¹⁵⁰、それは「すれ違い気味になる」と指摘される¹⁵¹。

第2項 通説および宮川説について

通説側の見解と有力説側の見解との相違は、相手方の同時履行の抗弁権が破産手続の開始によって消滅・停止するか否かである。通説およびその再構成である宮川説は、相手方の同時履行の抗弁権が破産手続の開始によって消滅・停止することを前提とする。しかし、先にも触れたように、相手方が先履行すべき義務を負う場合には、破産手続開

¹⁴⁹ 赫・前掲注(143)560頁。

¹⁵⁰ 「履行拒絶権という特別の権能を破産法上創設した場合には、相手方の損害賠償請求権を認めるかどうか、あるいはすでになされた一部給付をどのように取り扱うなどの問題が残る」という(伊藤・前掲注(115)351頁注56)。

¹⁵¹ 中田・前掲注(123)151頁。

始時に相手方が同時履行の抗弁権を有しないにもかかわらず、不安の抗弁権を有するのであって、それは同時履行の抗弁権と類似の問題が生じるように思われるため、破産手続の開始が相手方の同時履行の抗弁権に及ぼす影響を検討する際には、不安の抗弁権についてもパラレルに検討する必要がある。ただ、倒産手続開始後の相手方の不安の抗弁権については、中国倒産法一八条二項但し書きは、既にそれを認めているのに対し、同時履行の抗弁権については、解釈論に委ねられる。不安の抗弁権について次章で扱うが、ここでは、同時履行の抗弁権についてのみ検討したい。

相手方の同時履行の抗弁権が破産手続の開始によって消滅・停止するとする消滅停止説は、その理由として、次のようなものを挙げている。

① 破産手続開始後には、破産債権たる相手方の権利は、法律上弁済が禁止される以上、弁済期が到来していないのと同様であり、同時履行の抗弁権の成立要件が欠ける¹⁵²。

② 仮に破産手続開始後でも相手方に同時履行の抗弁権を認めるとすれば、相手方が同時履行の抗弁権の行使によって自己の権利の履行を迫るという破産債権の間接的取立を許す結果となり、それは、個別的権利行使禁止の原則に反する¹⁵³。

③ 破産手続開始後には、相手方が履行請求をできないので、履行遅滞に基づく法定解除権が新たに成立する余地はない。これとまったく同様に、相手方の同時履行の抗弁権も行使することができないはずである¹⁵⁴。

④ 破産手続開始当時の相手方の同時履行の抗弁権の存否は、その時点で当該契約がいかなる履行段階にあるかによって異なる多分に偶然的な性格を帯び、その程度の抗弁権に重い意味を持たせ、債務の履行を僅かでも残している相手方と債務の履行を終えている他の破産債権者との間で、その待遇に天地の差を設けることは、全体的公平を害する¹⁵⁵。

¹⁵² 宮川・前掲注(140)46頁。なお、谷口・前掲注(119)174頁は、「相手方の債権はいわゆる棚上げとなるから、同時履行の抗弁権がある場合でもこれは喪失せしめられ」と説いており、ここと同旨であると解しうる(栗田隆「破産法と双務契約・片務契約の終了：破産手続開始前に解除された双務契約および使用貸借契約を中心にして」関西大学法学論集65巻1号(2015年)10頁注21)。

¹⁵³ 宮川・前掲注(140)46-47頁。

¹⁵⁴ 宮川・前掲注(140)47頁。

¹⁵⁵ 宮川・前掲注(140)49頁。

⑤ 破産法は、民事留置権が破産手続において失効するとしているため（破産法 66 条 3 項）、それと平仄を合わせて、同時履行の抗弁権も失効すると解すべきである¹⁵⁶。

⑥ 同時履行の抗弁権は、対価関係のある債務の間で認められるものであり、破産手続開始後には、相手方の債権が破産債権となるだけであり、破産者側の債権との対価関係を失っているため、相手方の同時履行の抗弁権は失われる¹⁵⁷。

しかし、上記の消滅停止説の理由のいずれに対しても、反論が可能であろう。詳しくは以下のとおりである（以下の①ないし⑥は、上記の消滅停止説の①ないし⑥の理由にそれぞれ応じる反論である）。

① 破産債権者が個別的権利行使を禁止されることは、必ずしもその破産債権の弁済期未到来を意味せず、また、弁済期未到来を意味するとしても、それは集団的な清算のための取り扱いにすぎず、そのために同時履行の抗弁権が当然に消滅・停止するとはいえない¹⁵⁸。

② 第一に、同時履行の抗弁権は、その機能が単純請求を拒絶できることにあり、受動的で延期的なものであり、これを破産債権者（相手方）に認めても、管財人による履行の請求がなされないかぎり、これを相手方が行使できないから、間接的取立を相手方に認めたとはいえず、第二に、時効消滅した債権の債権者にも同時履行の抗弁権の永続が認められることを考えれば、単に破産手続外での権利行使を禁じられる破産債権者（相手方）に同時履行の抗弁権の永続を認めても不当とはいえない¹⁵⁹。

③ 履行遅滞に基づく法定解除権の成立には、債務者の債務不履行、債権者による催告および催告期間内の不履行の三つの要件が必要とされる（日本民法 541 条）。確かに、破産手続開始時に破産者の履行遅滞があつたが、相手方による催告がなかった場合には、相手方は破産手続開始後に履行請求をできず、すなわち催告という要件を備えないことから、履行遅滞に基づく法定解除権は成立しえないことになる。しかし、履行遅滞に基

¹⁵⁶ 霜島甲一「判批」判例時報 425 号（1965 年）61-62 頁。

¹⁵⁷ 宗田・前掲注（121）169 頁。

¹⁵⁸ 水元・前掲注（136）87 頁。また、伊藤・前掲注（115）354 頁注 63 は、次のような批判を提示する。すなわち、「破産手続開始前の原因に基づくとの理由から相手方の債権を破産債権とするとしても、そのことから契約法上の権能である同時履行の抗弁権まで否定することには、論理の飛躍がある（傍点引用者）」という。

¹⁵⁹ 水元・前掲注（136）87-88 頁。

づく法定解除権の場合と異なり、同時履行の抗弁権は、受動的であり、その行使に履行請求が必要とされないため、破産手続開始後に相手方が履行請求をできないことが同時履行の抗弁権の行使を妨げるものではない¹⁶⁰。

④ いくら同時履行の抗弁権が偶然的であるとしても、同時履行の抗弁権を有する相手方とそれを有しない他の破産債権者との間では、実体法上の法的地位を異にするから、破産法上両者を同一に扱うことは、逆に、債権者相互の実質的公平を害することになる¹⁶¹。

⑤ 同時履行の抗弁権は民事留置権と、若干の共通点があるにもかかわらず、競売権が認められないから、それを破産手続内で認めるとしても、平等配当原則の例外をもたらさないという決定的な相違点がある。また、民事留置権を商事留置権と区別して破産手続上失効させることに対しては、立法論として批判がみられる¹⁶²。さらに、民事留置権を失効させる破産法の規定を反対解釈し、むしろ同時履行の抗弁権が失効しないことは立法者の趣旨であろう¹⁶³。

⑥ 双務契約の当事者双方の債務が対価関係にあるかは、一方当事者の債務およびその変動によるのみならず、他方当事者の債務、また双方の債務の消長にも関係すると思

¹⁶⁰ なお、上記消滅停止説の③の理由に関して、次のような反論もなされている。すなわち、履行遅滞に基づく法定解除権が破産手続開始後新たに成立しえないことは、破産者の債務不履行に帰責性を欠くことに基づくのであって、相手方の同時履行の抗弁権の帰趨は、破産者の帰責性の有無とは関係ないから、履行遅滞に基づく法定解除権に関する結論がこれに妥当しない（水元・前掲注（136）87頁）。しかし、この反論は、③の理由に対する反論にはならない。というのは、この反論が、破産者の債務不履行に帰責性を欠くことを強調する点からみると、その主眼が、債務者の債務不履行という要件を絞る点にあり、すなわち破産手続開始時に破産者が履行遅滞を生じていなかったが、破産手続開始後に生じた場面を念頭に置いたものだからである。これは、相手方による催告という要件に着目する消滅停止説の③の理由と、焦点を異にする。

¹⁶¹ 水元・前掲注（136）89頁。

¹⁶² 水元・前掲注（136）88頁。

¹⁶³ 同時履行の抗弁権を否定する明文の規定が存在しない点を肯定すべき理由とする見解もみられる（中島弘雅『体系倒産法Ⅰ破産・特別清算』（中央経済社、2007年）236頁）。さらに、「担保権にせよ、相殺権にせよ、平時実体法において債権の履行確保の機能を有する制度は、むしろ破産法において尊重され、破産債権の履行確保に向けられた効力が与えられているところであり、破産法上の別除権や相殺権の規定が創設的規定であるとはとうてい思われないうところである」として、同時履行の抗弁権の有効を根拠付ける見解がある（赫・前掲注（143）560頁）。

われる。そのため、破産手続開始後の双務契約上の債務が対価関係にあるかについては、相手方側の権利のみならず、破産者側の権利をも検討すべきである。確かに、相手方側の権利が破産債権にすぎず、しかし、もし破産者側の権利も例えば相手方の抗弁権により制限されるのであれば、必ずしも対価関係が破壊したとはいえない。すなわち、上記消滅停止説の⑥の理由は、対価関係と相手方の同時履行の抗弁権との関係について、鶏と卵とを転換したのであろう。また、仮に破産手続開始後に対価関係が失われたと仮定しても、現在では、対価関係にない債務間についても公平の見地から広く同時履行関係が認められるなか¹⁶⁴、同時履行の抗弁権が認められるための対価的双務性という要件の厳格性が薄れているとの指摘もみられる¹⁶⁵。その意味では、対価関係が破壊したことから、直ちに相手方の同時履行の抗弁権がこれにより失効するとみることはできない。

上記の消極的理由付けのほか、管財人の実体法上の地位、統一的交換請求権説による同時履行の抗弁権の性質、双方未履行双務契約から生じる破産者の債権の実際の価値などの点から、相手方の同時履行の抗弁権を肯定するのに積極的理由付けをする論者もみられる¹⁶⁶。また、契約の履行が選択された場合に管財人からの履行、あるいは契約の解除が選択された場合に管財人からの相手方既履行給付の返還を確保する必要性、すなわち実践的な見地から、破産手続開始後でも相手方に同時履行の抗弁権を許すべきものと唱える見解がある¹⁶⁷。

本稿は、結論を先に示せば、相手方の同時履行の抗弁権が破産手続開始後であっても存続し行使しうるとする立場をとる。それは、上記のような消滅停止説の各理由に対する反論のほか、同時履行の抗弁権の機能および行使方法に基づく。すなわち、同時履行

¹⁶⁴ 例えば、条文上、契約が解除された場合における当事者双方の原状回復義務（日本民法 546 条）、負担贈与の場合における当事者双方の義務（同法 553 条）、売買の目的物に瑕疵があった場合における売主の損害賠償義務と買主の代金支払義務（同法 571 条）などについて、同時履行関係が認められている。その他、明文の規定がなくても、解釈上、同時履行関係が認められる場合があり、双務契約が無効であったり取消された場合における当事者双方の不当利得返還義務などは、その例である（我妻榮ほか『コンメンタール民法：総則・物権・債権（第3版）』（日本評論社、2013年）996頁、潮見佳男『債権各論Ⅰ契約法・事務管理・不当利得（第2版）』（新生社、2012年）27頁を参照）。

¹⁶⁵ 道垣内弘人「双務契約の各債務の牽連関係について」法学教室 285 号（2004年）19頁以下、近江幸治『民法講義Ⅴ 契約法（第3版）』（成文堂、2006年）41頁などを参照。

¹⁶⁶ 水元・前掲注（136）89-90頁。

¹⁶⁷ 栗田・前掲注（152）10頁。

の抗弁権は、主に債権者からの請求に対して、自己の債務の不履行を正当化するための手段として、防御的機能を果たすためのものであり、それはそもそも債務者が債権者に対して有する債権を回収できるようにすることを目的とせず、したがって、それを破産手続における相手方に認めるとしても、個別的権利行使禁止という破産手続開始の効果と正面から抵触を生じないといえよう¹⁶⁸。また、同時履行の抗弁権がその効果を生ずるために権利者による実際の行使が必要かについては、民法学説では、見解が対立する。存在効果説は、同時履行の抗弁権は、債務者の権利行使を待つまでもなく、その存在だけで一定の効果を生ずるとするのに対して、行使効果説は、同時履行の抗弁権は、債務者の権利行使によってはじめて効果が認められるとする¹⁶⁹。もし存在効果説に立てば、債権者が債務者に対して債務の履行を請求する場合に、双務契約が締結されたとの債権者による請求原因の主張・立証により、債務者に同時履行の抗弁権が存在することが基礎づけられるため、裁判所は、債務者側の主張を要せずに、同時履行の抗弁権およびその効果を認める裁判をすべきである。そうすると、仮に破産手続における相手方に同時履行の抗弁権を認めるとすれば、管財人からの履行請求があったときに、相手方が何もしなくても対抗できるから、この不作為が破産手続開始の効果と抵触を生じることはない。他方、もし行使効果説に立てば、債権者からの履行請求を対抗するために、債務者は、同時履行の抗弁権の行使を抗弁として主張しなければならなくなるが、前述のとおり、この抗弁は、ただ防御的手段にすぎず、これを債務者による反対給付の履行請求と同視することはできないから、たとえ破産手続における相手方に同時履行の抗弁権を認めるとしても、相手方による同時履行の抗弁権の行使を直ちに個別的権利行使禁止原則に反するとはみるべきではない。いずれにしても、相手方の同時履行の抗弁権が破産手続開始の効果と矛盾するといいがたく、そのために破産手続開始後もこれを相手方に認めるべきと考える。

そうすると、相手方は、管財人からの履行請求を受けたとき、同時履行の抗弁権によって拒否することができるから、そもそも「破産的配当対完全履行」という不公平な結

¹⁶⁸ 赫・前掲注(143) 560頁は、同時履行の抗弁権の「行使は、相手方の債権の行使に、直接には該当しない」と説いており、本稿と同旨のように考える。

¹⁶⁹ 存在効果説および行使効果説の詳細に関して、山本敬三『民法講義IV－1契約』(有斐閣、2011年) 89頁以下を参照。

果が生ずるわけがなく、通説および宮川説はその前提を失う。そのため、本稿はこれらの見解にしたがわない。

なお、通説は、その前提として相手方の同時履行の抗弁権を否定しながら、特別規定によって破産手続において同時履行の抗弁権に相当する保護を相手方に与えることを、双方未履行双務契約の規律の趣旨とし、そのようなアプローチに矛盾を含んでいた¹⁷⁰といえなくとも、相当迂遠な論理といってよい¹⁷¹。これに対して、宮川説は、その前提で通説と同様であるが、破産財団への新たな利益の対価から、管財人の積極的選択と消極的選択とを統一的に説明する試み自体は、示唆的であろう。

第3項 福永説、霜島説および水元説について

もし相手方の権利が本来的な破産債権であり、そして相手方が破産手続開始後も同時履行の抗弁権を行使しうるとすると、破産手続が集団的な清算手続であることを考えれば、破産手続開始の効果と相手方による同時履行の抗弁権の行使の効果との重なりに基づくいわゆる「両すくみ」、「膠着状態」、「片すくみ」などの解消を双方未履行双務契約の規律の目的とする福永説、霜島説および水元説は一見無理がなさそうな見解であるが、これらの見解に対しては、「両すくみ」のような状態にならない例外的な場合には「別の説明を要する」とも指摘されている¹⁷²。例えば、仕事の目的物の引渡しを要しない請負契約の法律関係においては、請負人は、その仕事完成債務が注文者の報酬支払債務に対して先履行の関係に立つから、同時履行の抗弁権を有しないことはいうまでもない。加えて、注文者が請負人の報酬債権に担保を供していると仮定した場合には、請負

¹⁷⁰ 水元・前掲注(10)75頁は、こう指摘する。

¹⁷¹ 赫高規「破産法上の双務契約の規律についての改正提案および解釈論の提案：規律根拠の再検討を踏まえて」倒産法改正研究会編『続々提言倒産法』（金融財政事情研究会、2014年）247頁は、「従来の通説は、同時履行の抗弁権の行使は許されないといったん説明しながら、その状態が当事者間の衡平に反するとし、結局、破産管財人が履行を選択した場合に、相手方の履行請求権の財団債権への格上げが導かれ、さらにはこのときの破産管財人と相手方の各履行請求権について、同時履行関係を認めるものと思われる。しかし、そのように解するのであれば、当事者間の衡平に照らして、同時履行の抗弁権は破産手続においても存続するものと解すれば足りるのであり、いったん、一般的に、同時履行の抗弁権の行使を否定すべき根拠はないというべきである」と説いており、本稿と同旨であるものと思われる。

¹⁷² 宮川知法『破産法論集』（信山社、1999年）49頁。

人は不安の抗弁権さえ有するはずがない。この場合には、請負人が仕事を完成する前に注文者が破産しても、請負人はその仕事完成債務の履行を拒否することはできず、したがって、「両すくみ」などが生じないわけである。

これに対しては、福永説は、次のように説明する。「相手方が同時履行の抗弁権や不安の抗弁権を有しないという例外的な場合には、両すくみ状態は生じないが、それにもかかわらず、その場合にも破産法 59 条（現行法 53 条～引用者注）等の適用がある。そこで、そのことを如何に説明するかが問題となるが、当事者の公平の要請や、破産手続を簡易・迅速に終了させるという要請などを考慮して、この場合を特に除外する必要はないと考えられたものと解すべきであろう。ただ、このように解したからといって、相手方が抗弁権を有する原則的な場合についても、当事者間の公平や手続の簡易・迅速の要請が第一次的な根拠であるということにはならないであろう」という¹⁷³。

しかし、上記のような設例では、仮に破産法 53 条がなかったとしても、破産手続開始後に注文者の管財人が平時実体法にしたがって相手方（請負人）に仕事完成債務の履行を求めることが可能である。それは、当事者間の公平に反しないどころか、管財人が相手方の意思や各当事者の給付の進捗状態にかかわらず当該契約を解除することよりも、当事者間の公平の要請に合致したと思われる。また、破産手続を簡易・迅速に終了させるという要請に応えるためには、管財人は、当該契約を第三者に譲渡することが考えられるという意味において、その要請は管財人に契約の選択権、特に解除権を認めるべき決定的な理由とはいえない。

結局、上記の諸見解は、なぜ法がそのような例外的な場合でも管財人に選択権を認めているかという点を説明できないから、やや一般的適用性を欠くものと思われる。

さらに、福永説、霜島説および水元説に対しては、それぞれ次のような批判が可能であろう。まず、福永説について検討する。前述のとおり、福永説は、「両すくみ」の解消を双方未履行双務契約の規律の目的とし、さらに、その目的達成のための措置を立法政策とする。そうすると、立法政策が何なのかという問題は残され、具体的には、なぜ日本法がドイツ法のような履行拒絶権構成ではなく、解除権構成を採用したかを解明する必要が生ずる。これに関しては、福永説は、管財人に履行の積極的選択を認めるのが破

¹⁷³ 福永・前掲注（128）21頁。

産財団の利益保護の趣旨であるとしながら、管財人に解除の消極的選択を認めるのが公平の見地から相手方の利益の保護の趣旨であるとしたうえで、この二つの利益が対立する場合、相手方の利益を優先させるべきとする。しかし、積極的選択と消極的選択のいずれも同一の権限たる選択権の二つの側面にすぎず、互いに独立する二つの権限ではない。別のいい方をすれば、管財人は実際に選択権を行使するにあたって、統一的な目的をもとに履行請求か契約の解除を選ぶわけであり、対立しそうな二つの目的に基づいてその判断をすることはありえない。したがって、管財人の積極的選択と消極的選択について統一的に説明できる一貫したアプローチが必要であろう。

次に、霜島説に関しては、福永説と同様に、管財人の積極的選択と消極的選択について統一的に説明できないとの批判が可能であり、また、管財人が特別規定なくして破産債権である相手方の債権を弁済できるとすることも、個別的権利行使禁止の原則に反する。

さらに、水元説に対しても、批判が可能であろう。すなわち、前述のとおり、水元説は、①管財人が解除の選択をなしたときに、相手方がその損害賠償請求権を破産債権とされるのみならず、原状回復請求権も取戻権または財団債権とされるから、管財人に契約解除権を与えることが必ずしも財団に増殖をもたらさないことと、②日本法の母法であるドイツ法が解除権構成を採っていないことを理由に、管財人に契約の解除権を与えることが、双方未履行双務契約の規律の目的ではないと示す一方、管財人の積極的選択にのみ焦点を当てている。しかし、①の理由には、次のような疑問が生じかねない。すなわち、管財人による解除権の行使が破産財団に利益をもたらすかは、破産財団のプラスとマイナスとを総合してはじめて明らかになるわけである。水元説は、破産財団のマイナスたる相手方の権利の処遇のみを強調する一方、破産財団のプラスを完全に無視するため、その判断の是非に疑問の余地がある。また、②の理由は、直ちに日本法も契約解除権構成を採るべきではないとの理由にならず、かえって、これを契機に、なぜ日本法がドイツ法と異なる契約解除権構成を採用し、すなわち破産法による平時実体法への改変を許容しているかを、明らかにする必要が生ずるはずである。然るに、水元説は、管財人の積極的選択しか説明しなかったが、管財人の消極的選択に関する説明がないのである。

第4項 中西説について

中西説は対価関係の保護を双方未履行双務契約の規律の目的とする。しかし、先にも触れたように、双方未履行双務契約の規律が不存在であると仮定した場合には、破産手続が開始された後、双務契約関係の多くは「両すくみ」のような状態になるから、そのまま契約を放置するとしても、相手方および管財人がともに履行請求も解除もできないから、対価関係そのものが破壊せず、不公平は生じないといってよい¹⁷⁴。したがって、法が対価関係の保護のために特別規定を設ける積極的な理由がみあたらないから、対価関係の保護は、双方未履行双務契約の規律の第一の目的ではなく、それにつき、別の説明を要する。また、同時交換的取引との類似性から、破産手続開始後の双務契約上の対価関係の維持の必要性が認められるとしても、対価関係の維持のための措置との関係では、同時交換的取引との類似性は、管財人に解除権を与える根拠とはならないため、中西説は、管財人の解除権という消極的選択について説明できない。

第5項 赫説について

まず、赫説は、双方未履行双務契約の規律が管財人に契約の履行という積極的選択を与える点において、仮に同規律がなかったとする場合の本来の法律関係を明文によって確認する意味しか持たないとする。なぜならば、本来の法律関係では、相手方の同時履行の抗弁権を消滅するために破産債権たる相手方の債権を本旨弁済することが破産財団に有利な場合、管財人は、かかる弁済をなしうるからである。管財人の本旨弁済を肯定すべき根拠については、それを抗弁権の受戻しとみることで、別除権の目的財産の受戻しが可能であることから当然に導かれるという¹⁷⁵。しかし、その点には疑問を感じる。すなわち、破産法は、権利者相互間のプライオリティー秩序に関して、原則として平時実体法を尊重する¹⁷⁶。平常時において、担保権は、その中核として優先弁済効を有するので、破産手続においても、担保権者は、別除権者として、担保目的財産の価額の範囲では担保権の本来的効力である優先的に弁済を受ける地位が基本的に保障される。この

¹⁷⁴ 相手方も管財人も双方未履行の双務契約を未処理のまま破産手続終了まで残したい場合には、あえてそれを問題としなくてもよい、との指摘もなされている（福永・前掲注（38）167頁）。

¹⁷⁵ 赫・前掲注（143）561頁。

¹⁷⁶ 山本ほか・前掲注（7）12頁、伊藤・前掲注（115）20頁以下。

ことは、他の破産債権者との間の公平に反しないものと思われる。その故にこそ、別除権の目的財産の受戻しが許容される。これに対して、同時履行の抗弁権が付く債権の場合でも、前述のとおり、その債権には平常時において防御的機能を有するにとどまり、優先弁済効を有するとまで考えられない。それにもかかわらず、破産手続において単に同時履行の抗弁権が存続することを理由に、破産債権とされる当該債権に対し本旨弁済を認めると、他の破産債権者との間の公平が問題となる。その意味で、たとえ同時履行の抗弁権を行使しうる双方未履行双務契約における相手方であっても、明文の規律なくして、破産手続開始後に管財人がその者に対して履行を提供しうると結論付けるのが困難であろう。

また、赫説は、双方未履行双務契約の規律が管財人に契約の解除という消極的選択を与える趣旨が、契約の解除を相手方でなく管財人のイニシアチブに委ねることであるとす。その理論の前提として、仮に同規律がなかったとしても、破産手続開始後では、相手方は、破産者の破産手続開始前の債務不履行のみならず、破産手続開始後の管財人による不履行を理由とする場合にまで、契約を債務不履行解除でき、とりわけ、後者の場合には、「解除要件に欠けるところはない」という¹⁷⁷。しかし、なぜ解除要件が充足されているかという点について、赫説ではまったく説明がみあたらず¹⁷⁸、なお検討を要すると考える。

第7節 日本法上の目的論に関する私見

以上、双方未履行双務契約の規律の目的論について、諸外国法のもとの議論を考察して日本法への示唆を抽出し、また、日本法のもとの学説を整理してそれぞれの問題点を明らかにした。これらを念頭において、本節では、日本法に妥当する解釈論を試みる。

¹⁷⁷ 赫・前掲注(143)562頁注6。

¹⁷⁸ なお、赫・前掲注(171)211頁注4は、破産手続開始後の不履行による損害賠償または違約金の請求権を破産債権とする旨の破産法97条2号に関する解釈を示しているが、一般論に反対し、ここにいう「不履行」とは破産手続「開始後にはじめて不履行に至った場合」を指すと説く。しかし、そのような解釈がありうるかを別として、仮にその解釈から、破産債権者である相手方が破産手続開始後の管財人の不履行に基づいて民法上の債務不履行を主張できるといいうるとしても、直ちに相手方が契約の解除を主張できるということはできない。これは、通常、契約を解除するためには債務不履行の要件に加えて催告が要される(民法541条)ためである。

本稿は、思想上、三つのステップに沿って目的論を解明していきたいと考える。すなわち、まず、なぜ特別の規律が必要なのか、次に、必要な場合、なぜ規律の内容が現行法のとおりであるのかという課題が残り、後者には、さらに、なぜ日本法では解除権構成が採用されているのか、なぜ管財人にのみ契約の選択権が与えられているのかという二つの課題が含まれる。

第1項 なぜ特別の規律が設けられているのか

前述の1874年ドイツ破産法草案理由書から明らかなおりと、従前から、双方未履行双務契約の規律がないと、法適用上の混乱が生じる恐れがあると懸念されてきた。その後ドイツ法や日本法もとの議論において、同規律がなかったと仮定する架空状況の法律関係について見解が激しく対立することからすれば¹⁷⁹、そのような懸念が決して余計なものではないと思われる。またこの点は、英米法のもとにおいて架空状況の法律関係に関する理解には争いがあることから、明らかである¹⁸⁰。法適用が不確定、不鮮明につきることは¹⁸¹、当然に、特別の規律の必要性を基礎付ける¹⁸²。

架空状況の法律関係については、本稿の立場は、相手方の債権が本来破産債権であり、また、相手方の同時履行の抗弁権ないし不安の抗弁権が破産手続開始後も存続することから、福永説にいうような両すくみ状態が生じうるが、生じない例外的な場合もありうる。そうすると、両すくみ状態の解消を同規律の趣旨そのものとするのが、前述のとおり、理論上、一般的適用性を欠くが、それが同規律を導入すべきことを理由付ける根拠になりえないわけではない。別のいい方をすれば、たとえ平時実体法のみによって処理できる例外的な場合があるとしても、そのことは、大半の場合には平時実体法のみによって処理できないから、特別の規律を設ける必要があるということを否定する理由になりえないと考えることになる。そこで、日本法は、諸外国の倒産法制と同様に、

¹⁷⁹ 中田・前掲注(123)161頁は、「論争においてしばしば現れる『本来はこうなるはずである』という表現についても、想定する『本来』が論者によって異なり、そのために議論がかみ合わないように見える」と説く。

¹⁸⁰ 本章第2節第1項を参照。なお、竹内・前掲注(8)281頁以下も参照。

¹⁸¹ 竹内・前掲注(8)287頁は、こう表現する。

¹⁸² 竹内康二『倒産実体法の契約処理』(商事法務、2011年)5頁は、「双方未履行の規定は、そのような相手方、管財人の当該規定によらない契約行為を、事実の複雑化および民法理論の介入による論理混乱を避けるためにいわば禁止している」と説く。

双方未履行双務契約の取扱いについて、特別の規律を設けている。

第2項 なぜ解除権構成が採られているのか

次の課題は、どのような特別の規律を導入すべきなのかという点である。各国の倒産法制を考察したところ、管財人に契約の選択権を与える点で共通することが窺われる。なぜ管財人にのみ契約の選択権を与えるかというのを次項に譲るとすれば、ここでは、その選択権の内容が検討すべきところである。契約の積極的選択について各国の倒産法制が共通するが、契約の消極的選択については、日本法は、母法であるドイツ法のような履行拒絶権構成ではなく解除権構成を採用しており、むしろ例外的なものに属するといわれる¹⁸³。前述のとおり、日本法では旧商法破産編以来、解除権構成が採られているが、その理由が不明のままであり、立法論として、履行拒絶権を採用すべきものと提唱する見解があり¹⁸⁴、また、解釈論として、解除により破産者側と相手方のそれぞれの未履行債務が全部消滅するが、既履行債務には解除が及ばないとする見解がある¹⁸⁵。もっとも、中国法は、日本法と同様に解除権構成を採用しており、その理由が、倒産手続開始後も存続する相手方の無催告解除権によって生じうる不都合を回避することであるということは、すでに分析されたところである。そうすると、同様の理由が日本法についても妥当するかを検討してみよう。

日本の平時実体法では、債務不履行解除に関する規律は、次のとおりである。

【民法第541条（履行遅滞等による解除権）】

「当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる。」

この規定によって解除が認められるための要件については、伝統的な見解は、債務不履行、債務者の帰責事由、催告などが要されるとしてきたが¹⁸⁶、最近では、国際的な動

¹⁸³ 伊藤ほか・前掲注(10) 404頁。

¹⁸⁴ 田頭章一「倒産法における契約の処理：双方未履行双務契約の基本原則、賃貸借・請負・雇用」ジュリスト1111号(1997年)107頁、水元宏典『倒産法における一般実体法の規制原理』(有斐閣、2002年)199頁。

¹⁸⁵ 竹内・前掲注(8) 305頁注56。なお、中国法のもとでも、同様の見解がみられる(前注(113)、兰晓为书、第184頁)。

¹⁸⁶ 我妻榮『債権各論 上巻(民法講義V1)』(岩波書店、1954年)152頁以下。

向を背景として、債務者の帰責事由を不要とする見解が有力である¹⁸⁷。また、平成22年に公表された『民法（債権関係）の改正に関する中間試案』（以下『民法改正中間試案』という）は、国際的な立法の動向を背景として、解除要件の再編成を図っており（第11）、具体的には、履行期到来前に債務者が明示または黙示の履行拒絶をした場合（第11・1・（3））、また、履行期到来後に債務者が催告を受けても契約をした目的を達するのに足りる履行をする見込みがないことが明白である場合（第11・1・（2）・ウ）には、債権者に無催告解除の権限を認めると提案する¹⁸⁸。前者はともかく、後者には履行期到来後の債務者の履行拒絶が含まれるかは、見解が分かれる余地がある¹⁸⁹。なお、無催告解除を含め、契約の解除が債務者の帰責事由を問わないとするのは今回の債権法改正において多数説のようにみられる（第11（注））¹⁹⁰。したがって、日本でも、今後、立法上あるいは解釈上、中国契約法上の履行拒絶による無催告解除のような制度は成立する可能性が高いといえよう。

仮に日本法が解除権構成ではなく履行拒絶権構成を採用したと仮定する場合、平時実体法によれば契約の解除が債務者側の帰責事由や催告を要しないとされるため、破産手続開始後、相手方は、管財人の不履行に基づいて債務不履行解除権を主張することが考えられる。結局、履行拒絶権構成と解除権構成とでは、契約の解除が生じうるという点には変わりはないが、履行拒絶権構成が採用される場合は、かえって最終的に契約に決着を付ける機会を相手方に与えることになり、管財人にのみ契約の選択権を認める趣旨が没却される。このような相手方の無催告解除による不都合を回避することからすれば、日本法が履行拒絶権構成ではなく解除権構成を採用するのが妥当であると考え¹⁹¹。

¹⁸⁷ 山本・前掲注（169）172頁以下。

¹⁸⁸ 商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）』（商事法務、2013年）46-47頁。

¹⁸⁹ 『民法改正中間試案』の概要（第11）は、ここには民法543条の履行不能と、同法566条1項および635条による無催告解除の場合が含まれると指摘するが、履行拒絶には言及していない（商事法務・前掲注（188）48頁）。しかし、少なくとも、債務者の履行期後の明示の履行拒絶が含まれるものと思われる。

¹⁹⁰ 商事法務・前掲注（188）47頁

¹⁹¹ 結論についてのみいえば、赫説が本稿と同旨のように理解することができる。また、中田・前掲注（123）169頁は、「債務者の財産等の適正かつ公平な清算」および「債務者について経済生活の再生の機会の確保」という破産法の目的から、管財人に解除権を与える理由を説明しているが、最終的に契約に決着を付ける機会を管財人にのみ確保する趣旨のよ

第3項 なぜ管財人にのみ契約の選択権が認められているのか

前述のとおり、双方未履行双務契約の規律の趣旨が相手方の利益を保護するのではなく財団の利益を図ることであるとする点では、UNCITRAL 倒産法立法ガイドの列挙の立法趣旨、アメリカ法下の一般論、ドイツ法下の現在の通説、および中国法下のコンセンサスには共通の立場がみられる。日本法についていえば、本稿は、破産法 53 条 1 項も破産財団の利益を図るための規定であると解する。その故にこそ、契約の選択権が管財人にものみ与えられている。

具体的には、同項が管財人に履行の積極的選択を与えるのは、双務契約が財団に有利なときに、管財人が、破産手続開始の効果に拘束されずに、相手方に対する完全な給付の提供と引き替えに当該契約上の相手方の給付を財団に取り込むことができるようにする趣旨であり、他方において、同項が管財人に解除の消極的選択を与えるのは、双務契約が財団に不利なときに、管財人が、残債務の履行を免れるのみならず、従来の契約を締結・履行するのが得策であるかを判断し直す機会を得られるようにする趣旨である。そのために、管財人がより有利な条件で第三者と新しい契約を結び直すために従来の契約を解除することが、許容されるべきものと思われる。このことは、相手方が同時履行の抗弁権ないし不安の抗弁権を有しない例外的な場合にも双方未履行双務契約の規律を必要とすべき理由となる。

積極的選択であれ、消極的選択であれ、管財人が選択権を行使する結果、破産財団すなわち破産債権者全体が利益を受けるから、その対価として、相手方への債務履行を破産債権者が共同で負担すべきである。したがって、契約の履行が選択されたときに相手方の履行請求権、契約の解除が選択されたときに相手方の原状回復請求権および損害賠償請求権が財団債権として処遇されるべきであるが、現行法では、相手方の損害賠償請求権が政策的に破産債権に格下げされる。

うである。

第2章 双方未履行双務契約の規律の効果論

序章において提示したとおり、双方未履行双務契約の効果論に関しては、第一に、契約の履行が選択されたときに相手方の履行請求権が財団債権とされる根拠（破産法 148 条 1 項 7 号の目的）、第二に、契約の解除が選択されたときに相手方の原状回復請求権が財団債権ないし取戻権とされる根拠（同法 54 条 2 項の目的）および損害賠償請求権が破産債権とされる根拠（同条 1 項の目的）を統一的に説明することが必要である。本章では、これらの課題を中心として、諸外国法をも視野に入れながら、日本法上の効果論を解明していく。

第1節 契約の履行の選択

第1項 効果

1. 相手方の履行請求権の取り扱い

比較法的にみると、契約の履行が選択されたときに相手方の履行請求権が財団債権とされる点では、各国の法制に共通性がみられる。

アメリカ法では、いったん契約の引受けがなされた後、当該契約が倒産財団と相手方との間の契約とみなされることから、相手方の破産手続開始前の債権および開始後の債権のすべては、当然に財団債権とされる¹⁹²。

ドイツ法および中国法のもとでは、学説のほとんどすべてが日本の議論と重なり合うので、以下では、日本の議論を中心として検討を進めることとする。

契約の履行が選択されたときに相手方の履行請求権を、破産法 148 条 1 項 7 号¹⁹³が財団債権とする根拠について、次のような見解がある。

第一に、伊藤説によれば、相手方の債権は、本来破産債権とされるべきものが立法によって財団債権と格上げされたのではなく、本来的な財団債権であるとされるので、同号の規定は、そのことを確認するにすぎないということになる¹⁹⁴。これに対して、相手

¹⁹² Epstein & Nickles & White, *supra* note 20, at 237.

¹⁹³ 旧法下の見解に関して、法律の条数等を適宜に現行法の規定に書き換えることにする。

¹⁹⁴ 本稿 43-44 頁を参照。

方の請求権が本来財団債権であるという点について、前章においてすでに批判を提示している¹⁹⁵。また、赫説においても、相手方の債権は本来財団債権とされ、その根拠が、管財人が相手方の同時履行の抗弁権の受戻しのために相手方に対して本旨弁済できることに求められている。しかし、同時履行の抗弁権の受戻しが本旨弁済できることを理由付けられるかという点について、疑問を感じる¹⁹⁶。

第二に、通説では、「破産的配当対完全履行」という相手方にとって不公平な結果を回避し、同時履行の抗弁権を認めたのと同様の保護を相手方に加え、すなわち、相手方の保護のために、同号が相手方の債権を財団債権として優遇するとされる¹⁹⁷。これに対して、そのような不公平な結果がそもそも存在せず、すなわち相手方に特別の保護を与える必要がないことは、すでに分析されたところである¹⁹⁸。そうすると、相手方の債権を財団債権として優遇すべき理由が失われる。

第三に、福永説、霜島説および水元説によれば、双方未履行双務契約の規律は、相手方の同時履行の抗弁権ないし不安の抗弁権による両すくみ状態を解消するためのものであるので、相手方の債権を財団債権とする理由は、相手方による同時履行の抗弁権等の行使を封じるためであるとされる¹⁹⁹。しかし、相手方が同時履行の抗弁権等を有しない場合について別の説明を要するとの指摘がなされうる²⁰⁰。

第四に、宮川説では、契約の履行の場合か解除の場合かを問わず、相手方の権利は、破産財団の新たな利益の対価であるからこそ、財団債権と昇格される特別の保護が許されるとされる²⁰¹。本稿は、このように管財人の積極的選択と消極的選択とを統一的に説明する試みを支持する。

本稿は、破産法 53 条 1 項が管財人に契約の履行の権能を与えるのは、管財人が破産

¹⁹⁵ 本稿 51-52 頁を参照。

¹⁹⁶ 本稿 61-62 頁を参照。

¹⁹⁷ 本稿 41-42 頁を参照。

¹⁹⁸ 本稿 52-58 頁を参照。

¹⁹⁹ 水元・前掲注(136) 101 頁。

²⁰⁰ 中国法のもとにおいても、相手方の履行請求権が共益債権として取り扱われる理由は、相手方が同時履行の抗弁権ないし不安の抗弁権によって管財人からの履行請求を拒否するような場面を回避するためである、という類似の見解がみられる(韩长印:《破产宣告对未履行合同效力初探》,《法商研究》,1997年第3期,第55页)。

²⁰¹ 本稿 48 頁を参照。

手続開始の効果によらないで、相手方に対する完全な給付の提供と引き替えに、財団に有利な内容の契約上の相手方の給付を財団に取り込むことを可能にする趣旨であるとす。管財人が契約の履行の選択をなした場合には、相手方の給付は、財団の新たな利益であって総債権者の利益となるため、その対価として、相手方への満足を破産債権者に共同で負担させるのは当然のことであり、したがって、相手方の権利が財団債権としてされていると解する。

なお、中国法のもとでは、次のような見解がある。すなわち、「管財人が契約の履行の選択をなした場合には、もし相手方の債権が一般の倒産債権とされるのであれば、相手方は、管財人からの履行請求を拒否することに基づく損害賠償責任とそのまま契約を履行することによる損失とを考慮すれば、普通は履行請求を拒否するはずである」²⁰²。この見解がどのように「損害賠償責任」と「損失」を計算するかは、窺い知ることができないが、「損害賠償責任」という言葉からみると、相手方が同時履行の抗弁権により管財人からの履行請求を拒否することを指すのではなく、相手方が理由なく契約の履行を拒む場面を念頭に置いたのではないかと考える。しかし、このような場合には、管財人が相手方の債務不履行を理由に契約を解除する効果として、相手方は、損害賠償責任の他、既に受領した給付を返還する義務をも負わなければならなくなる。そうだとすると、管財人からの履行請求に対して、相手方がそれを拒否する場合の「損害賠償責任」とそれに基づいて契約を履行する場合の「損失」のみをもって比較することは、必ずしもこの二つの場合における相手方の損得を客観的に反映されとはかぎらない。

2. 給付が可分の場合の取扱い

前述のとおり、アメリカ法では、管財人が契約を引き受けるためには、すべての不履行を治癒することが要求される。引受けは100%ではないと0%になる（all or nothing）というのが原則である²⁰³。そのために、契約の引受けの場合には、給付が可分かどうかを問わず、相手方の債権のすべては、財団債権として取り扱われる。

これに対して、ドイツ法や日本法のもとでは、新たな考え方がみられる。すなわち、双務契約上の債務者の債務全体と相手方の債務全体との対価関係を重視する伝統的な

²⁰² 前注（110），许德风文，第95页。

²⁰³ Ferriell & Janger, *supra* note 17, at 385.

考え方によれば、管財人が契約の履行の選択さえすれば、相手方の未受領給付全体の請求権は、それにより財団債権と昇格されることになるが²⁰⁴、近時の有力な考え方では、破産手続開始後に財団に取り込める相手方の給付に重きを置き、しかも、その対価にかぎって財団債権として処遇すべきものとされる²⁰⁵。ドイツ倒産法105条（可分給付）はその有力な考え方を立法化したものである。すなわち、給付が可分の場合に、相手方の未受領給付のうち、相手方の既履行給付にかかる反対給付請求権が破産債権とされるのに対し、財団の新たな利益とみられる相手方の未履行給付にかかる反対給付請求権のみが財団債権とされる。

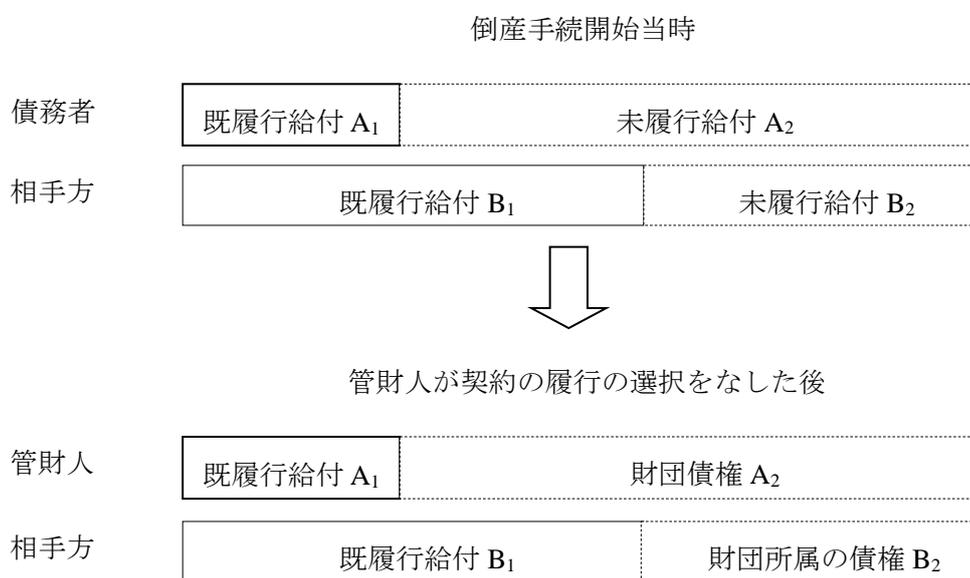


図1 伝統的な考え方による効果図

具体的にいえば、図1のとおり、倒産手続開始当時、債務者は既履行給付が A₁ であ

²⁰⁴ 伊藤・前掲注（115）353頁は、「このことは、契約関係として一体であるかぎり、それにもとづく給付が可分の場合も同様である」と説く。

²⁰⁵ 竹内・前掲注（182）5頁は、「双方ともに義務の一部を履行しているときは、なるべく可分の債務であった（不可分でも出来高精算とすることに合理性がある場合を含む。以下同じ）として、その義務の一部が先履行をなされたものと解釈したうえで、完全に双方が未履行の部分を明らかにして、その部分につき双方未履行法理を適用し、一方、先履行で未回収部分に終わっている部分は、倒産債権と扱う」と説く。また、竹内・前掲注（8）302頁、宮川・前掲注（140）59頁、河野正憲「双務契約一般」櫻井孝一ほか編『倒産処理法理の理論と実務』（経済法令研究会、2006年）281頁は、同旨。

り、未履行給付が A_2 であり、相手方は既履行給付が B_1 であり、未履行給付が B_2 であり、かつ、債務者がまだ給付を行っていないが、相手方が既に一部の給付を行った場合（すなわち、 $B_1 > A_1 = 0$ ）、または、債務者および相手方がともに一部の給付を行ったが、債務者より相手方が既履行の割合が多い（すなわち、 $B_1 > A_1 > 0$ ）場合、倒産手続開始後に管財人が契約の履行の選択をなしたと仮定する。伝統的な考え方によれば、 $A_1 + A_2$ と $B_1 + B_2$ との対価関係が維持されるべきであることから、相手方の未受領給付 A_2 の請求権は財団債権 A_2 へと、債務者の未受領給付 B_2 の請求権は財団所属の債権 B_2 へと、それぞれ変換される。

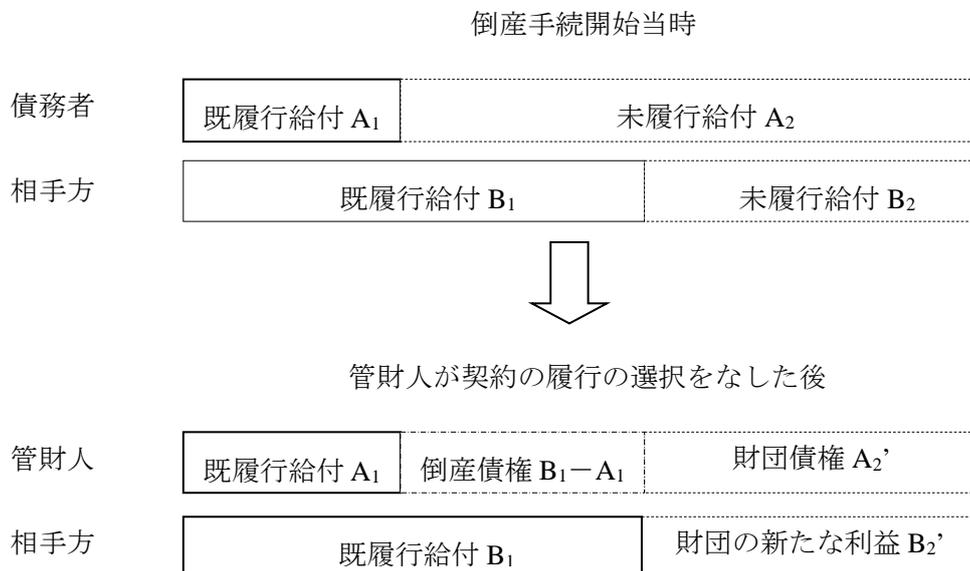


図2 近時の有力な考え方による効果図

これに対し、図2のとおり、近時の有力な考え方によれば、財団の新たな利益のみを重視するからこそ、相手方の未受領給付のうち、その未履行給付 B_2 にかかる反対給付請求権が財団債権 A_2' とされるが、相手方が倒産手続開始前に債務者より多く履行していた給付にかかる反対給付請求権が一般の倒産債権 $B_1 - A_1$ として処遇されることになる。なぜならば、この部分は相手方の倒産手続開始前の先履行となった給付の対価であるため、性質上、他の一般の倒産債権と異ならないからである。

先にも触れたとおり、債務者の未履行給付 A_2 が倒産手続開始後に財団債権 A_2' と倒産債権 $B_1 - A_1$ とに分かれることをよりうまく説明するために、BGH は、2002 年 4 月 25 日の原則判決において、いわゆる質的跳躍説を示した。この説は、倒産手続開始後には、双務契約に基づく履行請求権は、なお存続するにもかかわらず、倒産手続でも効力を有するドイツ民法 320 条の抗弁権（同時履行の抗弁権）のゆえにその貫徹力を失うが、管財人が契約の履行の選択をなした後には、当初の履行請求権は、これと同一の内容の新しい請求権に変わり、よって貫徹できるようになるとする²⁰⁶。図 2 についていえば、管財人による契約の履行の選択により、従前の双務契約上の未履行給付 A_2 および B_2 の履行請求権が消滅し、これと内容的に同一な財団債権 A_2' と財団所属の債権 B_2' が発生するが、相手方の先履行となった給付にかかる反対給付請求権は、倒産手続の一般原則にしたがって、倒産債権 $B_1 - A_1$ となる。

図 1 と図 2 のいずれの効果を採るべきなのは、双方未履行双務契約の規律の目的論によるところが大きい。前述のとおり、本稿の立場は、日本法上の双方未履行双務契約の規律は、対価関係の維持ないし相手方への保護を第一に考えるものではなく、破産財団の利益を最大化させるためのものであるとする。この趣旨のもと、法が管財人に契約の履行の権限を与える目的は、破産財団に有利な内容の契約上の相手方の給付を破産財団に取り込むことができるようにすることにある。これは破産債権者全体の利益となるため、その対価として、これにかかる反対給付請求権が財団債権として処遇される。したがって、日本法のもとにおいて図 2 の効果を採るべきものと思われる。また、一步を譲って、双方未履行双務契約の規律が対価関係の維持を第一に考えるものとしても、図 1 のように債務者側および相手方についてそれぞれ既履行給付および未履行給付を全体として捉えれば足りるか、それとも、図 2 のように相手方の既履行給付およびその反対給付と相手方の未履行給付およびその反対給付とを区別して考える必要があるかという問題がある。この点に関連しては、民法学説は、債務が可分の場合、原則として、債務者が一部給付を行った限度で、債権者の同時履行の抗弁権は消滅し、債務者の反対給付請求権が認められるとする²⁰⁷。すなわち、平常時においては、債務者の先履行によ

²⁰⁶ 本稿 33 頁を参照。

²⁰⁷ 山本・前掲注（169）87—88 頁。

り、行われた一部給付とその反対給付についてのみ対価関係が破壊し、これにともない、この対価関係に基づく債権者の同時履行の抗弁権が失われることになる。同様の考え方は破産の場面にも妥当するであろう。すなわち、相手方の破産手続開始前の先履行により、相手方の既履行給付とその反対給付との対価関係が破壊されるので、破産手続開始後には、相手方は、もはやこの対価関係に基づく保護が失われ、ためにその既履行給付にかかる反対給付請求権を破産債権者としてしか行使することができなくなる。これに対し、相手方の未履行給付とその反対給付との対価関係が破産手続開始後も維持されているため、この対価関係に基づく保護により、相手方はその未履行給付にかかる反対給付請求権を財団債権者として行使することができる。つまるところ、解釈論として、破産法 53 条 1 項にいう「双務契約」には相手方の既履行給付およびその反対給付が含まれないものと考えられることになろう。

なお、以上のような解釈は債務が可分の場合にかぎる。債務が不可分の場合は、相手方の未履行給付を財団に取り込むために、相手方の未履行給付にかかる反対給付請求権にかぎらず、相手方の未受領給付の履行請求権をすべて共益債権として処遇しなければならなくなる。また、破産手続開始当時、相手方より債務者の方が既履行の割合が多いような場合は、相手方の未受領給付の履行請求権がすべて財団債権とされるのはいうまでもない。

前述のとおり、中国倒産法 42 条 1 号は、「管財人または債務者が相手方に双方未履行双務契約の履行を請求することによって生じた債務」を「倒産手続開始の申立てが裁判所に受理された後に生じた債務」のもとに置いている。これに対して、不適切であるとの指摘がなされる。その理由は、「双方未履行双務契約は手続開始前に締結されたものであり、その契約上の債権債務も締結時に既に生じたものであり、もって管財人による選択自体は債権債務の発生原因とはいえない」からである²⁰⁸。しかし、同号の規定から、立法者が近時の有力な考え方に立ったものと解されうる。すなわち、倒産者の未履行債務のうち、相手方の未履行債務と完全に重なり合う部分のみが管財人の履行選択に基づいて生じたものとみることから、その部分にかかる相手方の請求権が共益債権として取り扱われるべきであるのに対して、はみ出た相手方の先履行に対応する部分が倒産手続

²⁰⁸ 前注(110), 许德风文, 第95页。

開始前に従前の契約に基づいて生じたものとみることから、その部分にかかる相手方の請求権が倒産債権として取り扱われるべきものと考えられる²⁰⁹。

第2項 方式

契約の履行の選択の方式に関しては、日本では、一般論は、契約の履行を選択したとそれ自体を明示する必要はなく、破産者の債務の履行の提供をしつつ相手方の履行の請求を通常の方法で行えば足りるとする²¹⁰。また、黙示的な履行の選択を認めた下級審裁判例もみられる²¹¹。

これに対し、中国では、次のような裁判例がみられる。事実の概要と判旨は概ねこうである。

2000年6月15日、20年の不動産賃貸借契約がなされたが、そのうち、第1期は2000年7月1日から2010年7月1日までであり、毎年の賃料25万元を12ヶ月に分け、賃借人が毎月の末に当月分を支払うとされた。賃借人は2004年5月31日から、賃料の支払を怠っているが、使用物をそのまま賃貸物に置いて、賃貸物の占有を継続している。2007年12月5日には、賃貸人について倒産手続が開始され、管財人が選任された。その後、管財人は2008年に、賃借人に対して訴訟提起時まで遅滞になった賃料合計100万元の支払を求めて、倒産裁判所に訴えを提起した。裁判所は、「本件においては、管財人は、倒産手続が開始された後に、契約の解除と履行のいずれを選択したかを相手方に通知していなかったため、倒産法の規定により、管財人は倒産手続開始の申立てが受理された日から2ヶ月を経過したときに契約を解除したものとみなす。原告が求めた賃料は、2008年2月5日まで計算すべきであり」、したがって、「被告は原告たる管財人に賃料92万元を支払うべきである」とし、原告の主張を一部認容した²¹²。

²⁰⁹ 前注(111)、許徳風書、第139頁は、「管財人が契約の履行の選択をなしたとき、倒産手続開始前にすでに履行している部分にかかる相手方の反対給付の請求権が、如何なる性質を持つかについて、議論する余地がある。反対解釈によれば、42条1号は、倒産手続開始前にすでに契約の一部を履行していることにより生じた相手方の反対給付の請求権を、倒産債権としてしか処遇されないものと規定するようである」と説いており、本稿と同旨であるものと思われる。

²¹⁰ 竹下・前掲注(119)212頁〔松下淳一〕、山本克己=小久保孝雄=中井康之編『新基本法コンメンタール 破産法』(日本評論社、2014年)130頁〔高田裕成〕。

²¹¹ 東京地判平12・2・24金商1092号22頁。

²¹² “面粉厂管理人诉湖北金华麦面租赁合同纠纷案”。河南省武陟县人民法院(2008)武民

この事案には、一方、管財人は、倒産手続が開始された後に、契約の履行の選択をなした事それ自体を相手方に表示しなかったにもかかわらず、目的物を賃借人に使用収益させる義務を履行しつつ、相手方に賃料支払義務の履行を求めた。他方、相手方は、管財人に対して催告をせず、目的物の占有と使用を継続し、すなわち、管財人の履行を受けた。そのため、管財人は既に相手方に対して契約の履行の選択をなした旨を通知し、相手方もこれを知っていたとみるべきである。しかし、裁判所は、管財人の当該行動が中国倒産法 18 条 1 項にいう「通知」に該当しないから、管財人が契約を解除したとみなすと判示した²¹³。このとおり、中国の裁判所は、「通知」について厳格解釈を採る傾向にあり、換言すれば、管財人が倒産手続開始後 2 ヶ月以内に相手方に対して契約の解除と履行のいずれを選択したかの意思表示をはっきりしないかぎり、裁判所は、同一八条一項の推定規定を適用し、管財人が契約を解除したとする。学説では、通知は原則として書面で行わなければならない見解さえみられる²¹⁴。

本稿は、管財人は明確な意思表示の他、黙示の方式によって履行を選択した旨を相手方に知ってもらえれば足り、例えば、管財人は債務者側の債務の履行を提供しつつ相手方の履行を請求するなどの通常の方式でもかまわないと解する。このような場合に、相手方は、管財人に対して催告もせず、かつ、自己の双務契約上の権利を行使し続けるのであれば、それは相手方が管財人の履行の選択を知っていたとみるべきであり、逆に、相手方は、管財人に対して催告をし、または管財人からの履行を受領しないのであれば、相手方が管財人の履行の選択を知っていたとみることはできなくなる。原則規定を過度に厳格解釈するならば、当事者の意思自治への干渉になる恐れもあるし、相手方の不当利得などの新たに不都合が生じうる。

第3項 相手方の不安の抗弁権

中国契約法 68 条は、後履行義務者が弁済能力を失い、または弁済能力を失う恐れが

初字第 657 号。引自北大法宝。

²¹³ 前述のとおり、中国倒産法 18 条 1 項は、管財人は、契約の履行の選択をなしたとき、これを相手方に通知しなければならないが、他方、管財人が手続開始後 2 ヶ月以内にその通知をしないか、または相手方から催告を受けた日から 30 日以内に確答をしないときは、解除の選択がなされたとみなす旨を定めている。

²¹⁴ 前注(108)、王卫国书, 53 頁。

ある場合に、先履行義務者は自己の債務の履行を中止することができるとし、さらに、同法 69 条は、先履行義務者は前条の規定により履行を中止したとき、遅滞なく後履行義務者に通知しなければならないと、また、先履行義務者が履行を中止した後に後履行義務者が合理的な期間内に弁済能力を回復せず、かつ、適切な担保も供与しないとき、先履行義務者は契約を解除することができるとする²¹⁵。倒産手続の開始は当然に弁済能力の欠乏に該当するから、中国倒産法 18 条 2 項は、倒産手続内でも相手方の不安の抗弁権を許容することを明らかにするものにすぎないと理解してよい。なお、中国倒産法は、管財人が担保の供与をしない場合について、相手方に契約の解除権を与える中国契約法のような法律構成を採っておらず、当然に契約の解除とみなすとする。それは、倒産手続の迅速性の要請に応じ、また契約関係の法的安定性を確保する趣旨であると解される²¹⁶。

また、同 18 条 2 項に関しては、相手方を過度に保護する恐れがあるとの懸念も指摘されている²¹⁷。しかし、管財人が契約の履行の選択をなしたとき、相手方の権利が共益債権とされても、必ずしも完全な満足が常に保障されるとはかぎらないから、相手方に不安の抗弁権を認めても、それは行き過ぎとはいえない。また、管財人が履行を選択することは、有利な反対給付を財団に取り込むためであり、総債権者はその受益者であることを考えれば、相手方に不安の抗弁権を認めても、総債権者の利益を害しないといえよう。

これに対し、日本法のもとにおいても、破産手続開始後でも相手方に不安の抗弁権を認めた裁判例があるが²¹⁸、一般論は、管財人が履行の選択をなした後の契約関係について、契約法一般の法理が適用されるから、不安の抗弁権を排除する理由はないにもかかわらず、破産財団を相手方とする契約であることを理由として、相手方が当然に不安の抗弁権に基づいて契約を解除することができるとするのは、法が管財人に契約の選択権を認めた趣旨に反するから、受け入れることはできないが、財団の状況などを考慮して、

²¹⁵ 中国契約法上の不安の抗弁権の法理およびそれと日本法との異同に関して、稲田和也「不安の抗弁権の条文化に関する若干の検討：中国契約法における不安の抗弁権規定を参考として」法律時報 81 巻 8 号（2009 年）123 頁以下を参照。

²¹⁶ 前注（108），王卫国书，第 54 頁。

²¹⁷ 前注（110），许德风文，第 95 頁。

²¹⁸ 東京地判平 2・12・20 判タ 757 号 205 頁。

場合によっては、相手方に担保の供与を求めるなどの権限を認めるべきであるとする²¹⁹。この見解は、相手方の不安の抗弁権それ自体を否定するのではなく、相手方が担保の供与なども要求せず直接に契約を解除できるかにつき、反対の立場を示したものにすぎないと解すべきであろう²²⁰。また、『民法改正中間試案』（第33）は、不安の抗弁権の規律の明文化を提案しており、そのところに相手方当事者について破産手続開始、再生手続開始または更生手続開始の申立てがあったことが不安の抗弁権の発生事由とされ、さらに、その（注）の第二文において、「再生手続また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る」と記されている²²¹。これは、破産手続開始後に相手方が不安の抗弁権を行使できる点で見解が一致するのに対して、再建型倒産手続開始後に相手方による不安の抗弁権の行使を否定する意見があるが、肯定するのが多数説のようにみられる²²²。その意味では、中国倒産法18条2項の規定とは方向が異ならない。

第2節 契約の解除の選択

第1項 効果

1. 相手方の原状回復請求権の取り扱い

日本法は、管財人の消極的選択の態様について、母法であるドイツ法のような履行拒絶権構成ではなく、解除権構成を採ることが特徴的である。管財人による解除権行使の効果について、民法における解除の一般法理（民法545条1項）にしたがい、双方に原

²¹⁹ 伊藤・前掲注（115）356頁、伊藤ほか・前掲注（10）412頁。

²²⁰ それは、不安の抗弁権の法理は日本法において条文化されていないから、その成立要件および効果について必ずしも明瞭ではないことに起因するかもしれない。

²²¹ 商事法務・前掲注（188）134頁。

²²² 『民法改正中間試案』の概要によれば、再建型倒産手続開始後に不安の抗弁権の行使を許容すべきなのかに関して、否定説は、不安の抗弁権の行使を許容するのであれば、「再生手続や更生手続といった再建型倒産手続による事業再建の支障になる恐れがある」とするという（商事法務・前掲注（187）135頁）。これに対し、肯定説は、「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うるから、そのような場合であっても事業再建の必要性のみを根拠に不安の抗弁権を否定することの合理性には疑問の余地がある」と反論する（『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補充説明』第33）。

状回復義務が生じると解するのが、一般的である²²³。破産者側の原状回復請求権は、破産財団所属の債権であり、管財人が相手方に行使することになる。反対に、相手方の原状回復請求は、破産法54条2項により、財団債権ないし取戻権とされる。なぜ相手方の原状回復請求権が財団債権として処遇されるかについて、見解が分かれており、根拠として、次のようなものが挙げられている。

第一は、財団の不当利得を防止することであり²²⁴、第二は、相手方の同時履行の抗弁権を消滅させることであり²²⁵、第三は、契約当事者間の公平を維持・確保することであり²²⁶、第四は、財団への新たな利益の対価である²²⁷。結論を先に示せば、本稿は、第四の見解を支持したい。

前述のとおり、本稿は、破産法53条1項が、管財人に契約の選択権を与えることにより、破産財団の利益の最大化を意図すると解する²²⁸。この目的は、管財人による積極的選択の場合と消極的選択の場合とは変わりはない。換言すれば、管財人の消極的選択も、破産財団が利益を得られることを前提としたものであるからこそ、積極的選択の場合と同様に、その利益の対価として、相手方の原状回復請求権を財団債権として処遇すべきものと思われる。破産財団の原状回復請求権はもとより、破産財団に原状回復請求権が発生しない場合でも、財団にとって、従前の契約上の未履行債務の消滅という現実的利益の他²²⁹、より有利な契約を結び直しようという期待的利益も生じうると考える。

中国法では、日本法と同様に、解除権構成が採用されているが、日本破産法54条2項に相当する規定がないので、管財人が契約の解除の選択をなしたときは、原状回復の効果が生じるのか、また、生じる場合に相手方の原状回復請求権がどのように取り扱われ

²²³ 伊藤ほか・前掲注(10)430頁、伊藤・前掲注(115)352頁、山本ほか・前掲注(210)133頁〔高田裕成〕。

²²⁴ 谷口・前掲注(119)176頁、竹下・前掲注(119)222頁〔松下淳一〕。

²²⁵ 霜島・前掲注(133)384頁。

²²⁶ 伊藤ほか・前掲注(10)430頁、伊藤・前掲注(115)352頁、山本ほか・前掲注(210)133頁〔高田裕成〕。

²²⁷ 宮川・前掲注(140)71頁。

²²⁸ 本稿66-67頁を参照。

²²⁹ 宮川・前掲注(140)68頁も、未履行債務の消滅を財団の新たな実体的利益とみている。

るべきなのかについては、議論が輻輳している。

原状回復の要否については、一般論では、原則として、管財人による契約の解除も契約法の一般法理に準じ、すなわち、原状回復の効果が生ずると解される²³⁰。すると、次の問題は、相手方の原状回復請求権が破産債権か財団債権かであるが、現在のところ、見解の一致がみられない。

中国の民法学における通説的見解は契約解除後の当事者相互の返還は不当利得の返還であるとするを前提に、相手方の請求権は、中国倒産法 42 条 3 号の「債務者の不当利得により生じた債権」との規定の適用になるから²³¹、共益債権として処遇すべきであるとの見解がある²³²。しかし、相手方の原状回復請求権を不当利得返還請求権と解する立場を採るとしても、債務者が相手方からの給付を受領したのは倒産手続開始前であり、すなわち、相手方の不当利得返還請求権が同条本文にいう「倒産手続開始の申立てが裁判所に受理された後に生じた債権」に該当しないから、同条 3 号の適用を肯定するのは困難である。

管財人が契約の解除の選択をなして相手方に返還を求めるときに、相手方が同時履行の抗弁権をもってその返還請求を拒否するような場面を回避するために、相手方の原状回復請求権を共益債権と格上げしなければならないとの見解もある²³³。しかし、倒産手続開始前に、相手方が既に一部給付を行ったが、債務者がまだ給付を行っていないような場合、すなわち、管財人による契約の解除の選択によって、相手方の一方のみに原状回復請求権が発生する場合について、別の説明を要する。

これらに対して、相手方の原状回復請求権を破産債権とする見解があるが、その理由はこうである。すなわち、契約解除に関する民法学的解釈によって、相手方の原状回復請求権の倒産手続における処遇が異なる。具体的にいえば、もし直接効果説に立てば、

²³⁰ 前注（111），许德风书，第 143 页；前注（112），李永军书，第 118 页；孙应征主编：《破产法法律原理与实证解析》，人民法院出版社 2004 年版，第 105 页；王欣新、余艳萍：《论破产程序中待履行合同的处理方式及法律效果》，《法学杂志》，2010 年第 6 期，第 51 页。

²³¹ 中国倒産法 42 条 3 号は、「倒産手続開始の申立てが裁判所に受理された後に生じた債務で、以下に挙げるものは、共益債権とする。③債務者の不当利得により生じた債権」と規定している。

²³² 前注（110），许德风文，第 97 页。

²³³ 前注（112），李永军书，第 118 页；前注（230），孙应征书，第 105 页。

原状回復請求権が物権的請求権ないし不当利得返還請求権であるから、これに応じて、倒産手続において、相手方の原状回復請求権が取戻権ないし共益債権として処遇すべきであるが、折衷説は、原状回復請求権を債権的請求権とし、よって倒産手続において、相手方の原状回復請求権も破産債権となる²³⁴。かなり技巧的な理由付けであるが、次のような批判は可能であろう。まず、直接効果説にしる折衷説にしる、アプローチが異なるが、いずれも契約解除の効果に関する解釈論として、民法の関係条文をうまく説明する試みにすぎず、いずれかを採っても、民法上の「法的効果に関して、道は違うが行き着く所は同じとあってよい」²³⁵。倒産法規定の効果が民法学的解釈によって違うという考え方は、受け入れることができないであろう。倒産手続における相手方の原状回復請求権をどのように取り扱うべきなのかを考えるにあたっては、倒産法秩序それ自体に理由を求めざるをえない。また、たとえ折衷説を採って相手方の原状回復請求権を債権的請求権としても、必ずしもそれは当然に破産債権とされるとはかぎらない。

本稿は、相手方の原状回復請求権が共益債権であると解する。すなわち、相手方の原状回復請求が倒産財団の利益の対価であり、倒産債権者が共同で負担すべきであるためである。

なお、倒産手続開始前に債務者の受けた反対給付が財団に現存するときの相手方の原状回復請求権の取扱いについては、中国法と日本法とが物権変動に関する法律構成を異にすることを考えれば²³⁶、中国法では日本法のような取戻権構成が採用されうるかが難問である。すなわち、「中華人民共和国物権法」（以下「中国物権法」という）は、物権変動について、日本民法のような意思主義ではなく、形式主義を採っている²³⁷。このような中国物権法のもとでは、契約に基づいて一方当事者が他方当事者に引き渡した目的物の所有権が契約の解除により当然に一方当事者に復帰するかどうかという点につい

²³⁴ 前注（230）、王欣新、余艳萍文、第53頁。

²³⁵ 崔建远：《解除效果折衷说之评论》，《法学研究》，2012年第2期，第63頁。

²³⁶ 中国物権変動制度およびそれと日本法との相違に関して、渠涛「中国物権変動制度に関する一考察」名古屋大学法政論集227号（2008年）795頁以下を参照。

²³⁷ 中国物権法9条は、「不動産物権の設定、変更、譲渡および消滅は、法に基づく登記を経て、効力が生ずる。登記を経なければ、効力は生じない。但し、法律に別段の規定がある場合は、このかぎりではない。」と規定し、同法23条は、「動産物権の設定と譲渡は、引渡し時により効力を生ずる。但し、法律に別段の規定がある場合は、このかぎりではない。」と規定する。

て、中国民法学説には、契約解除後の当事者の原状回復請求権を所有物返還請求権とする見解²³⁸と債権的請求権とする見解²³⁹との対立がある。いずれの見解も多数説のようにみられないから、たとえ管財人が契約の解除の選択をなしたときに債務者の受けた反対給付が財団に現存すると仮定しても、必ずしも相手方は所有権に基づいて取戻権を行使できるとはかぎらない。本稿は、既に引き渡された目的物の所有権が契約解除後に当事者のいずれに帰属するかについて議論が白熱しているという状況のもとでは、倒産手続において相手方の原状回復請求権を取戻権として処遇しうるかについて、むしろ中国物権法上の公信原則に基づいて場合分けをして検討した方がよいと考える²⁴⁰。具体的には、目的物が動産である場合は、それが財団に現存し、すなわち債務者側がそれを占有している以上、その所有権が財団に帰属するとみるべきであり、したがって相手方に取戻権が許容されない。目的物が不動産であり、かつ、債務者が既にその所有権登記を取得している場合も、その所有権が財団に帰属するとみるべきであり、したがって相手方に取戻権が許容されない。これらの場合に対して、目的物が不動産であり、かつ、債務者がまだその所有権登記を取得していない場合にかぎり、その所有権がなお相手方に帰属するとみるべきであり、したがって相手方に取戻権が許容される。

2. 給付が可分の場合の取扱い

契約の解除が選択されたときに財団債権とされるべき相手方の原状回復請求権の範囲については、多数説は、相手方の原状回復請求権のすべてが財団債権として処遇されるべきものと解するのに対して、少数説は、相手方の原状回復請求権のうち、破産者側の原状回復請求権と同時履行の関係にある部分のみが財団債権として処遇されるべきであるが、それ以外の部分が破産債権として取り扱われるべきものと唱える²⁴¹。

本稿の立場からは、少数説に賛同できない。これは、本稿が、原状回復において生じうる同時履行の関係ではなく、破産財団が契約の解除に基づいて受けるべき利益と、相

²³⁸ その代表的なものとして、崔建远：《解除权问题的疑问与释答》，《政治与法律》，2005年第4期，第42页以下。

²³⁹ その代表的なものとして、前注（116），韩世远书，第531页。

²⁴⁰ 中国物権法16条は、「不動産登記簿は、物権の帰属と内容の根拠とする。不動産登記簿は、登記機関が管理する。」と規定する。

²⁴¹ 霜島・前掲注（133）384頁、竹内・前掲注（182）117頁。

手方の原状回復請求権および損害賠償請求権との間の対価関係に重きを置くためである。すでに述べたとおり、契約の解除の結果、破産財団には、たとえ原状回復請求権がないとしても、従前の契約上の債務を免れるという利益や、より有利な契約を結び直さうという利益がある。

なお、判例は、工事途中で開始された請負人の破産手続では管財人が契約を解除したとみなされる事案において、前払報酬が出来高を超過する部分について相手方である注文者が有する返還請求権は、財団債権となると判示する²⁴²。これに対して、判例は上記の議論を意識したものではないと評価される²⁴³。

3. 相手方の損害賠償請求権の取り扱い

アメリカ倒産法 365 条 (g) 項によれば、管財人が契約の拒絶をなしたときは、倒産手続開始申立直前に債務者には債務不履行があったものとみなされるので、相手方の損害賠償請求権が倒産債権として取り扱われる²⁴⁴。この立法上の擬制は、倒産法上の公平原則に基づくものであるともいわれる。すなわち、「双方未履行双務契約における相手方は、他の無担保債権者とは異ならない。債務者の倒産により、相手方の名義上の債権が予期どおりに満足を受けることができなくなる。他の無担保債権者が数セントしか受けられない場合には、双方未履行双務契約における相手方に対して完全の満足を与える理由はない。債務者側にとって双方未履行双務契約上の債務が財産を上回るとき、契約の拒絶は、事態を公平にする可能性をみせてくる」²⁴⁵。

アメリカ法と同様に履行拒絶権構成を採用しているドイツ法では、契約の拒絶がなされたときに相手方の損害賠償請求権が倒産債権として取り扱われる²⁴⁶。旧法時代の通説は、破産手続の開始に伴い債務者が債務不履行になることから、相手方の損害賠償請求権が、それに基づいて生じたものとして、ドイツ破産法 26 条 2 項にしたがって破産債権とされるとする。現行法 103 条 2 項は、相手方の損害賠償請求権が財団債権であると

²⁴² 最判昭 62・11・26 民集 41 卷 8 号 1585 頁。

²⁴³ 竹下・前掲注 (119) 223 頁 [松下淳一]。

²⁴⁴ 本稿 7 頁を参照。

²⁴⁵ Thomas H. Jackson, *The logic and limits of bankruptcy law*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1986, pp.108-109.

²⁴⁶ 本稿 9 頁を参照。

明定しているが、その根拠について議論されているところである²⁴⁷。

日本破産法 54 条 1 項は、契約の解除が選択されたときに相手方の損害賠償請求権を破産債権としているが、その根拠について、見解が分かれる。伝統的な理解は、相手方の損害賠償請求権が、破産手続開始後の原因に基づいて生じたものであることから、本来は劣後的破産債権たるべきものであるが、相手方の利益を保護するために、破産債権と格上げされたとする²⁴⁸。近時の一般的な理解は、相手方の損害賠償請求権が、管財人の解除という行為から生じたものであることから、本来は財団債権たるべきものであるが、管財人に解除権を与える趣旨が没却されないようにするために、破産債権と格下げされたとする²⁴⁹。

確かに、同法 99 条 1 項 1 号および 97 条 2 号は、破産手続開始後の不履行による損害賠償請求権を劣後的破産債権としているが、それは、債務者の破産手続開始前の債務不履行に基づく遅延損害金が破産手続開始後も不履行状態が継続することによって発生し続けている場合を指す、と解するのが一般的である²⁵⁰。損害賠償請求権の発生原因および時期、さらに解除権の行使権者などの点では、それは、同法 54 条 1 項にいう管財人による解除の選択に基づいて生じる相手方の損害賠償請求権とは異なる。したがって、同法 54 条 1 項にいう相手方の損害賠償請求権を本来劣後的破産債権と解し難いであろう。

本稿は、法が本来的な財団債権である相手方の損害賠償請求権を政策的に破産債権に格下げしたとする考え方に賛同するが、契約の履行の選択がなされた場合と契約の解除の選択がなされた場合との効果を統一的に説明することを志向して、その損害賠償請求権が本来は財団債権となる理由は、それも破産財団が利益を受ける対価として、破産債権者全体が共同で負担すべきものと解する²⁵¹。

²⁴⁷ Reinhard Bork, a. a. O. (oben Fn. 99), S. 96.

²⁴⁸ 谷口・前掲注 (119) 176 頁。

²⁴⁹ 伊藤ほか・前掲注 (10) 429-430 頁、伊藤・前掲注 (115) 352 頁、竹下・前掲注 (119) 221 頁 [松下淳一]、山本ほか・前掲注 (210) 133 頁 [高田裕成]。

²⁵⁰ 伊藤・前掲注 (115) 280 頁。

²⁵¹ なお、赫・前掲注 (143) 565 頁注 11 は、相手方の原状回復請求のみならず、その利息請求や損害賠償請求も、破産者側の原状回復請求との間の同時履行の関係にあるが、相手方には財団債権を認められるのは、給付物そのものないしその価額の返還・償還に限定されるとする。しかし、なぜ損害賠償と給付物とは、ともに破産者側の原状回復請求との間

中国倒産法 53 条は、契約の解除が選択されたときの相手方の損害賠償請求権を一般の倒産債権と規定する。その根拠について、概ね二つの見解に分かれ、一つは、相手方の損害は本質上、債務者の履行不能に起因し、管財人による財産管理処分権の行使によるものとみることはできないから、倒産債権として処遇するのに他ならないとする見解であり²⁵²、もう一つは、相手方の損害賠償請求権は、そもそも共益債権であるにもかかわらず、財団の契約解除の負担を軽減するために、それが一般の倒産債権に格下げされたとする見解である²⁵³。管財人による財産管理処分権の行使によることは共益債権の唯一の根拠ではないので、前者の見解にしたがえない。本稿は、後者の見解を支持したい。なお、中国倒産法は劣後的倒産債権というカテゴリーを設けていないため²⁵⁴、日本の伝統的な理解のような解釈を受け入れることはできない。

4. 賠償される損害の範囲

また、賠償される損害の範囲については、日本法のもとでは、信託利益説と履行利益説との見解の対立があるが²⁵⁵、現在、履行利益説は多数説のようにみられる。これに対し、中国法のもとでは、相手方が賠償を求めうる範囲を信託利益に限定するのが多数説である²⁵⁶。その理由として、次の二つのものが挙げられている。一つは、中国契約法 97 条が規定する債務不履行解除の場合の損害賠償とは信託利益を指すことから²⁵⁷、それにしたがうべきである²⁵⁸。もう一つは、法が特別規定によって管財人に契約の解除権を与

の同時履行の関係にあるにもかかわらず、財団債権か破産債権かを決するにあたって区別されるのか、不明である。

²⁵² 前注(200), 韩长印文, 第 57 页。

²⁵³ 前注(110), 许德风文, 第 97 页。

²⁵⁴ 中国倒産法における各債権の内容および順位に関して、福岡=金・前掲注(50) 57 頁以下を参照。

²⁵⁵ それぞれの理由に関して、伊藤ほか・前掲注(10) 431 頁、竹下・前掲注(119) 222 頁〔松下淳一〕などを参照。

²⁵⁶ なお、中国学説には、「信託利益」ではなく、これと同様の意義で「実際の損害」という言葉が用いられることが多い。

²⁵⁷ 中国契約法 97 条は、「契約を解除した後にまだ履行されていないものは、履行を終了する。既に履行している契約については、履行の状況と契約の性質に応じて、当事者は原状回復、その他の救済措置を採る要求することができ、かつ損害賠償を請求する権利を有する。」と規定する。

²⁵⁸ 李永军:《论破产管理人合同解除权的限制》,《中国政法大学学报》,2012 年第 6 期,第

えるのは、財団の負担を軽減する趣旨であり、もし相手方に履行利益の損害賠償請求権を許容するのであれば、財団にとっては、解除の選択と履行の選択とは違いはなく、結局、管財人の契約解除を阻害する恐れがある²⁵⁹。まず、債務不履行に基づく損害賠償請求権の対象範囲については、中国民法学界において、見解の一致がまだみられない。少数説は、それは信託利益にかぎるとするのに対して²⁶⁰、多数説は、それには履行利益も含まれるとする²⁶¹。そのため、契約法上の債務不履行に基づく損害賠償請求権に関する民法学界における少数説的見解を前提に、倒産法上の相手方の損害賠償請求権の対象範囲を信託利益に限定するというアプローチは、座りが悪いといえよう。また、契約法上の債務不履行に基づく損害賠償請求権の行使権利者は解除権者であるのに対して、倒産法上の相手方の損害賠償請求権の行使権利者は解除権者の相手方当事者であり、すなわち、倒産法上の相手方は、何らの帰責性もないにもかかわらず、ただ債務者の倒産だけによって、従前の契約上の主導権を失い、管財人の選択に服従しなければならないという地位を強いられたが、さらにその履行利益の損害賠償請求権を倒産債権者として主張することも許されないならば、倒産法上の相手方に不当な不利益を与えると思われる。さらに、仮に相手方に履行利益の損害賠償請求権を許容するとしても、それはあくまで倒産債権にとどめられるし、管財人が契約の履行の選択をなした場合の相手方の請求権が共益債権と格上げされるという効果と異なるから、管財人の解除権行使を妨げる恐れがあると解し難い。したがって、相手方に履行利益まで損害賠償請求権を認めるべきであると考ええる。

5. 違約金支払請求権の取り扱い

また、よく論及されている問題は、相手方の損害賠償請求権に関する規律が違約金支払請求権について適用されるかである。日本法のもとでは、肯定説と否定説とが対立

73 頁。

²⁵⁹ 李国光主编：《新企业破产法条文释义》，人民法院出版社，2006年版，第307页；吴庆宝、王建平主编：《破产案件裁判标准规范》，人民法院出版社2009年版，第146页。

²⁶⁰ 前注（117），李永军书，第635页。

²⁶¹ 前注（116），崔建远书，第236页；前注（116），韩世远书，第538-539页；王利明、房绍坤、王轶：《合同法（第3版）》，中国人民大学出版社2010年版，第245-247页。

し²⁶²、また、否定説の立場を示した裁判例がある²⁶³。

これに対し、中国法のもとでは、通説によれば、管財人による契約の解除の選択が違約行為ではなく法的権限の行使であることを根拠に、相手方が管財人による契約の解除を理由として違約金支払請求権を主張できないとされる²⁶⁴。

本稿は、否定説に賛同する。既に相手方に履行利益まで損害賠償請求権を認めた以上、さらに違約金について損害賠償請求権を認めるとすると、かえって相手方が不当利得になる恐れがあるためである。

第2項 方式

1. 選択時期の徒過に基づく解除の擬制

中国倒産法 18 条 1 項によれば、管財人が契約の履行を選択するために、倒産手続開始後 2 ヶ月以内にその旨を相手方に通知することが要求され、その期間が経過すると、契約の解除が擬制される²⁶⁵。アメリカ法では、同様である²⁶⁶。これに対して、日本法では、管財人による選択権の行使について時間的制限が設けられておらず、一般論は、その行使が破産手続開始当時から破産手続終了まで可能であるとする²⁶⁷。日本法は、相手方の法的安定性に配慮して、催告の制度を設けているが、なお別の問題が残る。すなわち、管財人が選択権を行使せず、かつ相手方が催告をしない場合に、法律関係がどうなるかである。この問題は、さらに管財人の解除権の制限の可否にかかわるものであり、検討を次章に譲る²⁶⁸。

2. 一部解除

給付が可分の場合に、相手方の原状回復請求権であって、破産者側の原状回復請求権と同時履行の関係にないものを破産債権として取扱いうるかという問題を、契約の縦切り（時期別に）が可能なのかとみるならば、契約の横切り（給付別に）が可能なのかと

²⁶² 伊藤ほか・前掲注（10）414頁。

²⁶³ 札幌地判平 25・3・27 金法 1972 号 104 頁。

²⁶⁴ 前注（258），李永军文，第 73 頁；前注（259），吴庆宝、王建平书，第 146 頁。

²⁶⁵ 本稿 12 頁を参照。

²⁶⁶ 本稿 7 頁を参照。

²⁶⁷ 竹下・前掲注（119）211 頁〔松下淳一〕。

²⁶⁸ 本稿 108 頁を参照。

いう問題も生じうる²⁶⁹。前述のとおり、本稿は、契約の解除に基づいて生じうる破産者側の利益全体と、相手方の権利全体との間の対価的な公平を重視する立場から、縦切りが認められないとする²⁷⁰。同様の理由で、横切りもできないと解する。

また、新たな条件の付加や契約の修正という形の履行選択は、もちろん管財人には許容されない²⁷¹。なお、管財人がいったん従前の契約を解除した後、同じ相手方と新しい契約を締結することは、たとえ同様の目的の契約を結び直す場合でも、可能であると理解する。契約自由の原則を尊重し、介入すべきではないためである。

第3項 相手方の催告権

管財人による選択権の行使は、破産財団の利益にかかるのみならず、相手方の利益にも影響を及ぼすので、相手方が長期に不安定な地位に強いられるという事態を回避するために²⁷²、日本法は催告権を相手方に認める（破産法53条2項前段）。それによれば、相手方は、管財人に対して、相当の期間を定め、契約の履行または解除の選択をなすかを確答すべき旨を催告することができ、また、管財人がその期間内に確答しないときは、契約を解除したとみなされる。

中国倒産法は、18条1項後段において日本法と同様に催告の制度を置いているが、破産手続と更生手続といった手続を同一法典内に規定するので、同項は破産手続についてのみならず、更生手続についても適用される。しかし、破産の場合には、債務者をめぐる既存の法律関係は、手続開始後に原則として清算されるのに対し、更生の場合には、債務者の経済的再生のために、手続開始後も従前の契約を継続させることがむしろ一般的である。そうだとすると、破産手続と更生手続との未履行契約の帰趨を区別せず、管財人の確答がないときに一律に契約解除の擬制をするのは、必ずしも手続の特質に適合するとはかぎらない。したがって、管財人の確答がないときには、破産か更生かを区別して取り扱い、すなわち、更生の場合は、日本法に倣って（民事再生法四九条二項、会社更生法六一条二項）、解除権の放棄を擬制する方が望ましいであろう。

²⁶⁹ 「縦切り」および「横切り」の表現は、竹内・前掲注（8）303頁を参考にした。

²⁷⁰ 本稿81頁を参照。

²⁷¹ 竹内・前掲注（8）303頁は、同旨。

²⁷² 伊藤ほか・前掲注（10）415頁、竹下・前掲注（119）215頁〔松下淳一〕、山本ほか・前掲注（210）131頁〔高田裕成〕。

第3章 双方未履行双務契約の規律の適用対象論

先にも触れたとおり、破産法上の双方未履行双務契約は、古典的なテーマとして、特に目的論をめぐり盛んに議論されてきたが、その定義については、日本では必ずしも明らかにされているとはいえない。そこで、本章では、アメリカ、ドイツ、中国および日本の4ヶ国の判例および学説を考察し、双方未履行双務契約の取扱いに関する原則規定の適用対象、特に、その要件としての「双方未履行」と「双務契約」の定義、さらに、原則規定の適用が除外される例外的な場合を解明していく。

第1節 アメリカの判例および学説

第1項 学説

前述のとおり、アメリカ連邦倒産法 365 条 (a) 項には、双方未履行双務契約 (Executory Contract) という言葉が用いられているが、双方未履行双務契約が何なのかという点について明定されていない。これに対して、立法の過程に議会に提出された説明書は次のように述べる。すなわち、「未履行契約について定義を設けることはない。なぜならば、一般的にいえば、その定義はわかりやすいし、いくら簡潔な法律用語をもってそれを定義しても、漏れや誤りが起こしかねないからである」²⁷³。他方、学説において、様々な定義が提示されるが、そのうち、カントリーマン教授の定義は最も多く引用されている。その内容はこうである。「債務者と契約の相手方の双方の契約義務が履行されておらず、一方当事者が義務の履行を完了しないことが重大な契約違反であり、その契約違反が他方当事者にその義務の履行を免れさせることになる」ときは、当該契約がアメリカ倒産法にいう「双方未履行双務契約」に該当する²⁷⁴。このカントリーマン教授が提唱した重大な契約違反の基準 (material breach test) によると、仮に契約に主たる義務が残されないならば、双方未履行双務契約ではないとされる。

これに対しては、学説および実務において、重大な契約違反の基準よりも、かかる契約を双方未履行双務契約として扱うことによって生じうる効果を基礎とした機能的な

²⁷³ Report of the Commission on the Bankruptcy Laws of the United States, (Part III) H. R. Doc. No.137, 93d Cong., 1sst Sess., 198—199(1973).

²⁷⁴ Countryman, *Executory Contracts in Bankruptcy*, 57 Minn. L. Rev. 439, 460(1973).

基準 (functional test) を適用する方がよほど合理的であると唱える見解もみられる。具体的にいえば、仮に引受けまたは拒絶を選択することによって倒産財団に潜在的な利益をもたらさない場合は、アメリカ倒産法 365 条が当該契約関係において何ら役割も果たさないから、同条を適用することはなく、反対に、仮に引受けによって財団に潜在的な利益をもたらす、あるいは、拒絶によって財団にとって不利益を避けうる場合は、当該契約について同条を適用すべきものと唱えられる。この機能的な基準により、重大な契約違反の基準のもとでかかる契約を双方未履行双務契約と扱うために契約に残されている主たる義務を見付けるように努めるような必要はない²⁷⁵。

第2項 判例

機能的な基準を適用した裁判例として、ブース事件が広く知られる。この事件では、割賦払いによる土地売買契約がなされ、買主が一定の期間にわたって定期的に売買代金を支払う代わりに、その支払いが完了されたときに売主が土地の所有権を移転するとされる。買主はまだ売買代金を完済しない間に、連邦倒産法チャプター11の再建型倒産手続が開始された。その後、売主は当該契約が双方未履行双務契約であることを主張し、債務者 (DIP) が契約を引き受けるか拒絶するかを決定する期限を定めるよう裁判所に申し立てたが、裁判所は、債務者が土地売買契約における買主である場合、当該契約を双方未履行双務契約と扱うよりも、これを譲渡抵当権 (mortgage) とみなす方が、財団価値の増加に資するし、アメリカ倒産法 365 条の趣旨に合致すると判示し、売主の申立てを却下した²⁷⁶。すなわち、当該土地が債務者の再建に不可欠である場合には、売買契約を双方未履行双務契約と扱うことにより、たとえ当該土地の価値が契約締結時の時価より下落したとしても、債務者は契約を引き受けて、契約に基づいて代金全額を支払わなければならない。これに対し、仮に割賦販売契約を譲渡抵当権とみなし、すなわち、当該土地の所有権が契約締結後即時に買主に移転すると同時に、当該土地の上に売主の代金債権を担保するための譲渡抵当権が設定されると理解するとき、債務者が譲渡抵当権の被担保債務全額 (売買代金) を完済することはなく、担保が付いていると認められた債権の金額 (下落した後の土地の価値に相当する金額) さえ支払えば、土地の所

²⁷⁵ Ferriell & Janger, *supra* note 17, at 374.

²⁷⁶ *In re Booth*, 19 B. R. 53 (Bankr. D. Utah 1982).

有権を取得することができることになる。

また、一部の論者はさらに進んで、手続開始前に契約義務の履行を完了した相手方との取引を、手続開始後においても継続することが債務者の再生に不可欠であるような場合には、相手方が完全既履行の双務契約を未履行契約とみなし、裁判所の許可および利害関係人の同意を得たうえで、相手方の債権を管理費用（財団債権）と扱うことができるとする²⁷⁷。

第3項 小括

アメリカの学説および判例における重大な契約違反の基準から機能的な基準への変遷は、双方未履行双務契約の規律の目的により、双方未履行双務契約性を捉えるべきことを示唆するのであろう。

第2節 ドイツの判例および学説

第1項 判例

ドイツでは、双方未履行双務契約の該当性に関して、BGHの1972年3月17日の判決は著名である²⁷⁸。その事実は概ね次のとおりである。

XY間で土地売買契約がなされ、この契約に基づき、Xが売買代金全額をYに支払い、YがXに対して土地を引き渡した後、その所有権を移転しない間に、Yに和議手続が開始された。その後、XはYに対して当該土地の所有権移転を求め、訴訟を提起した。当時のドイツ和議法によれば、もし当該契約が双方未履行双務契約であるならば、Xは双方未履行双務契約における相手方として、手続によらないで、Yに対して所有権の移転を求めることができることとなり、反対に、もし当該契約が双方未履行双務契約でないならば、Xは一般の和議債権者となり、そのために、Yに対して所有権の移転を求めることができなくなる。この契約関係においては、和議手続開始当時、Yがその義務履行を完了していないことは明らかであるが、問題はXがその義務履行を完了したのかである。第一審においては、所有権移転の際の買主側の引取義務が未履行であることから、当該契約が双方未履行双務契約に該当するとのXの主張に対して、地方裁判所は、買主側の義務履行の完了には、代金支払いと目的物の占有取得のみで足りるとし、当該契約

²⁷⁷ 高木新二郎『アメリカ連邦倒産法』（商事法務研究会、1996年）115頁。

²⁷⁸ BGHZ 58, 246.

の双方未履行双務契約性を否定した。これに対し、高等裁判所は、買主側の目的物引取義務の履行には、その占有取得のみならず、所有権移転の際の協力も要すると判示し、当該契約の双方未履行双務契約性を肯定した。最後に、BGHは、高等裁判所の判断は、「第一に、そして可及的最大限に和議債務者または破産者の契約相手方を保護する」という双方未履行双務契約の規律の目的に合致すると判示し、原審を維持した。

このBHGの判決に対して、次のような批判がなされる。すなわち、反対給付の受領を常に固有の義務とするならば、双方未履行双務契約の規律のもとで一方当事者完全既履行の双務契約というものをおよそ観念しえなくなってしまうと指摘される²⁷⁹。

第2項 学説

ドイツ法のもとでは、一般論によれば、双方未履行双務契約とは、倒産者と相手方がともにその重要な義務の履行を完了していないことを指すとされる。倒産者と相手方がともにまだその債務者から完全な給付(Leistung)を提供されていない場合は、これにあたると解される²⁸⁰。要するに、未履行について念頭に置いているのは、主として、給付義務であると理解することができる。

第3項 小括

ドイツの判例および学説は、次のような問題を提示してくる。すなわち、双方未履行双務契約性、特に双方未履行の有無を判断する際に、如何なる義務を対象とすべきかである。

第3節 中国の判例および学説

第1項 判例

中国倒産法が施行されて以来、実務では、同法18条の適用対象について、基本的な見解の一致がみられない。以下では、双方未履行双務契約性が問題とされる三つの下級審裁判例を取り上げる。

²⁷⁹ 水元・前掲注(10) 86頁。

²⁸⁰ Reinhard Bork, a. a. O. (oben Fn. 99), S. 94.

1. 河南省鄭州市中級人民法院 2011 年 8 月 1 日判決²⁸¹

河南省鄭州市中級人民法院は²⁸²、倒産企業である鄭州中原顯示技術有限公司が被控訴人となる損害賠償請求事件において（なお、事実は未公表）、次のように判示した。「控訴人である河南惠浦科技有限公司は、鄭州中原顯示技術有限公司に対して賃料全額を支払い、土地の賃貸借契約上の主要な契約義務の履行を完了した。しかし、当該賃貸借契約の他の条項によれば、契約期間において、控訴人である河南惠浦科技有限公司が履行しなければならない契約義務は、賃料の支払いにかぎらない。したがって、控訴人である河南惠浦科技有限公司と鄭州中原顯示技術有限公司の間で締結された賃貸借契約は、法院が倒産手続開始の申立てを受理した後に、それが中華人民共和國企業倒産法 18 条に規定する『債務者および相手方がともにまだその履行を完了していない双務契約』に該当する」。

2. 河南省安陽市中級人民法院 2009 年 12 月 16 日判決²⁸³

安陽信益電子玻璃有限公司（以下「信益会社」という）と北京綠柱石電鍍設備有限公司（以下「綠柱石会社」という）は請負契約を締結し、綠柱石会社が信益会社の注文に応じて電線設備を加工製造し、信益会社が 4 回に分けて代金を支払うことを定めた。信益会社が代金を 1 回しか支払わなかった段階で、倒産手続が開始され、同時に管財人が選任された。その際、綠柱石会社は既に電線設備の加工製造を終えたが、まだその製造物を信益会社に引き渡していない。そこで、管財人は、倒産手続開始時において、信益会社が残りの 3 回の代金を支払っていないことと、綠柱石会社が信益会社にその製造物を引き渡していないこと、すなわち、双方がともに契約の履行を完了していないこと、また、自らが倒産手続開始の申立てが受理された日から 2 ヶ月以内に綠柱石会社に契約の履行を通知せず、かつ綠柱石会社から催告を受けていないことを理由に、当該請負契約

²⁸¹ “河南惠浦科技有限公司、郑州恒昊玻璃技术有限公司因与河南裕华置业有限公司财产损害赔偿纠纷案”。河南省郑州市中级人民法院(2011)郑民一终字第 975 号。引自北大法宝。

²⁸² 中国の人民法院は、通常、法院と略称されるが、日本の裁判所に相当する。中国の最高人民法院、高級人民法院、中級人民法院および基層人民法院は、それぞれ日本の最高裁判所、高等裁判所、地方裁判所および簡易裁判所に該当する

²⁸³ “安阳信益电子玻璃有限公司破产案件管理人诉北京绿柱石电镀设备有限公司承揽合同纠纷案”。河南省安阳市中级人民法院(2009)安破民字第 2 号。引自北大法宝。

が中国倒産法 18 条の規定により解除されたとみなすと主張し、緑柱石会社に対して、信益会社の支払った 1 回目の代金の返還を求め、河南省安陽市中級人民法院に訴訟を提起した。法院は、「信益会社は一回目の代金のほか、残りの 3 回の代金を支払っておらず、すなわち、契約義務の一部しか履行しなかったのに対し、緑柱石会社は電線設備の加工製造を終え、すなわち、契約義務の履行を完了したため、当該契約は双方がともにまだその履行を完了していない契約に該当しない」とし、同条の適用を否定し、管財人の請求を棄却した。

3. 上海市浦東新区人民法院 2010 年 5 月 26 日判決²⁸⁴

2007 年 11 月 19 日に、A 会社は、C および D が連帯保証人であるという条件で、50 万元を借り入れることを内容とする金銭消費貸借契約を B 銀行と締結し、A 会社が 24 ヶ月に分けて毎月同額で元本および利息を弁済することを定めた²⁸⁵。その後、B 銀行は当該契約にしたがって A 会社に貸し付け、A 会社も元本および利息を数ヶ月弁済し続けていたが、2008 年 4 月から A 会社はその弁済を怠り、B 銀行は A 会社との交渉がうまく行かない結果、C および D の連帯保証人責任を追求するために、上海市浦東新区人民法院に訴訟を提起した。また、上海市松江区人民法院は 2008 年 12 月 1 日に A 会社に関する倒産手続開始の申立てを受理した。上海市浦東新区人民法院は、「原告 (B 銀行) は当該契約にしたがって貸付義務の履行を完了したにもかかわらず、A 会社は弁済を怠ったのであり、したがって、A 会社は契約違反となる」とし、C および D が連帯保証人責任を履行しなければならない旨を判示した。なお、C および D が当該契約の定めた利率に基づいて実際の弁済日までの利息および遅延利息を弁済すべきであるとの B 銀行の請求に対しては、上海市浦東新区人民法院は、当該金銭消費貸借契約は中国倒産法 18 条

²⁸⁴ “XX 公司上海分行诉司 XX 等金融借款合同纠纷案”。上海市浦东新区人民法院 (2008) 浦民二 (商) 初字第 4385 号。引自北大法宝。

²⁸⁵ 日本でいう金銭消費貸借契約は、中国契約法 12 章に規定する「借款契約」にあたる。中国法では、借款契約は、さらに金融機関による借款契約と自然人間の借款契約とに分かれる。中国契約法 210 条は、「自然人間の借款契約は、貸主が借款を提供した時点よりその効力を生ずる。」と規定する。この規定に関しては、自然人間の借款契約が要物契約であり片務契約であるのに対して、金融機関による借款契約が諾成契約であり双務契約であると解するのは一般的である (前注 (116), 崔建远书, 第 419 页; 前注 (261), 王利明、房绍坤、王轶书, 第 324 页)。

の適用となり、よって A 会社の管財人が B 銀行に対して契約の履行か解除を通知しないため、2009年1月31日に解除されたとみなすことを理由に、「本件係争の金銭消費貸借契約は2009年1月31日をもってその利息の計算が停止し、契約解除の損害賠償として、(遅延)利息が中国人民銀行による基準利率に基づいて計算されるべきである」と判示した。

4. 検討

貸貸人倒産の事件においては、河南省鄭州市中級人民法院 2011年8月1日判決は、相手方が賃料の支払いという貸貸借契約の賃借人の「主要な契約義務」の履行が完了されたと認定にもかかわらず、その他の義務の残存を理由に、当該貸貸借契約が双方未履行双務契約に該当するとした。その他の義務が何か、また、それがいかに性格付けられるかについては、判決文からは必ずしも明らかではないが、仮に「主要な契約義務」を主たる給付義務と解しておけば、その他の義務は従たる給付義務および付随義務に他ならない。そうだとすると、裁判所は従たる給付義務ないし付随義務のみの残存を、契約の履行が完了されていないとすると考えることになる。

注文者倒産の事件においては、河南省安陽市中級人民法院 2009年12月16日判決は、相手方たる請負人が仕事完成義務の履行を終えたが目的物引渡義務を履行していない段階にある請負契約について、それを「契約義務の履行を完了した」とし、双方未履行双務契約性を否定する立場を示した。しかし、目的物引渡義務も仕事完成義務と同様に、請負人の主たる給付義務とするのは中国の通説的見解であることを考えると²⁸⁶、なぜ請負人が目的物引渡義務を履行していない請負契約を、裁判所が「契約義務の履行を完了した」とするのかは疑問となる。裁判所は請負人の目的物引渡義務を見落としたと解するよりも、むしろ裁判所はそれを従たる給付義務と誤解したうえで、従たる給付義務のみの残存を、契約の履行が完了されていないとしないとの理解がありえよう。

借主倒産の事件においては、上海市浦東新区人民法院 2010年5月26日判決は、貸主が給付義務の履行を完全に終えた金銭消費貸借契約について、その双方未履行双務契約性を肯定する立場をみせている。裁判所は判決文においてその理由を明示しなかったが、

²⁸⁶ 前注(116)、崔建远书、第447页；前注(116)、韩世远书、第244页；前注(261)、王利明、房绍坤、王轶书、第364页。

貸主が給付義務の他、守秘義務等の付随義務しか負わないことを考えれば、恐らく裁判所は付随義務のみの残存に基づいて当該契約の履行が完了されていないとし、中国倒産法 18 条の適用を肯定するのであろう。

以上のとおり、中国倒産法 18 条の適用対象に関して付随義務を考慮すべきなのかという点では、裁判所によって立場が異なる。裁判所はかかる契約が同条にいう「契約」に該当するかどうか、ひいては同条が適用されるかどうかを判断するにあたっては、如何なる義務の残存から「まだその履行を完了していない」という定めを捉えるべきなのかは、鍵となる。

第2項 学説

中国法のもとでは、一般論は、双方未履行双務契約とは、倒産手続開始当時、倒産者および相手方がともに主要な義務の履行を完了していない双務契約であるとする²⁸⁷。しかし、何が主要な義務であるかについては、中国契約法は定義していない。なお、同法は「主要な義務」と「主要な債務」の二つの概念を同じ意味で用いているので²⁸⁸、本稿も、主要な義務はまた主要な債務であるとする。他方、学説には、大別すると、主要な義務の定義について、二つの見解がある。一つの見解は、「いわゆる契約の主要な義務とは、契約の性質に基づき、当事者の双方が為すべき本来的義務である」とする²⁸⁹。これに対し、もう一つの見解は、「主要な債務とは、双務契約における対価関係に立つ債務であり、すなわち、給付義務を指す」とする²⁹⁰。仮に契約の性質に基づいて主要な義務を定義するとすれば、契約の種類によって主要な義務の定義が異なりうる。このような不都合を避けるために、本稿は、後者の見解にしたがう。すなわち、主要な義務とは給付義務のみを指し、付随義務が含まれないと解する。

²⁸⁷ 王欣新：《破产法学》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 171 页；齐树洁主编：《破产法研究》，厦门大学出版社 2004 年版，第 270 页。

²⁸⁸ 例えば、中国契約法 36 条は、「書面形式で契約を締結すべき旨を法律、行政法規が規定し、または当事者が約定した場合、当事者が書面を採らなかったが、一方が既に主要な義務を履行し、かつ、相手方もこれを受け入れたときは、当該契約が成立する。」と規定し、「主要な義務」という言葉を用いるのに対し、前述のとおり、同法 94 条は、「主要な債務」という言葉を用いる。

²⁸⁹ 前注（261），王利明、房绍坤、王轶书，第 82 页。

²⁹⁰ 前注（116），韩世远书，第 516 页。

第3項 小括

中国の判例および学説は、双方未履行双務契約性の有無を判断する際に如何なる義務の残存から双方未履행을捉えるべきなのかという問題を、改めて提示してくる。

第4節 日本の判例および学説

第1項 判例

日本では、双方未履行双務契約の該当性に関する判例として、最高裁判所の平成12年の二つの判決が注目を集めた。いずれも預託金制ゴルフクラブの会員が破産した場合の会員契約に関する争いである。

1. 最判平12・2・29判タ1126号110頁

本件は、年会費の定めのある預託金会員制ゴルフクラブの会員が破産した場合に、①会員とゴルフ場経営会社との間の会員契約が双方未履行双務契約に該当するかどうか、また、②該当すると仮定した場合、管財人が双方未履行双務契約の取扱いに関する原則規定により当該契約を解除して預託金の返還を請求することができるかどうかの問題になった訴訟である。

平成2年2月9日、訴外A社は、入会保証金2300万円を預託して、Y社が経営するゴルフクラブの会員になった（以下「ゴルフ会員契約I」という）。同契約によれば、A社は、会員としてゴルフ場の利用等の権利を有し、会則等の規則を遵守し、年会費及びゴルフ場の利用に関する費用を支払う義務を負い、他方において、Y社は、会員が会員資格を喪失したときには、入会保証金を返還するが、入会后10年以内の会員資格喪失の場合には、入会保証金を払い込んだ日の翌日から起算して10年を経過した後に返還することとされた。

平成3年10月30日、A社は、破産宣告を受け、Xが破産管財人に選任された。平成7年3月18日、Xは、Y社に対し、旧破産法59条1項（現行破産法53条1項）によりゴルフクラブ会員契約Iを解除する旨の意思表示をなし、預託金全額の返還を求める訴えを提起した。

一、二審とも解除を有効と認め²⁹¹、Y社に預託金全額の返還を命じたため、Y社が上

²⁹¹ 第一審判決は大阪地判平7・9・8判時1552号96頁であり、原判決は大阪高判平8・7・4判時1577号94頁である。

告した。本判決は、破産管財人は旧破産法 59 条 1 項（現行破産法 53 条 1 項）に基づいて会員契約を解除することができないとして、原判決を破棄し、X の請求を棄却する旨の自判をした。

本判決は、まず、ゴルフ会員契約 I が双方未履行双務契約に該当するかという点について、次のように説示し、年会費の定めのある場合は当該会員契約に双方未履行双務契約性が認められるという立場を示した。

「預託金会員制ゴルフクラブの会員契約は、主として預託金の支払とゴルフ場施設利用権の取得が対価性を有する双務契約であり（会員に年会費の支払義務がある場合には、年会費の支払も対価関係の一部となりうる。）、その会員が破産した場合、会員に年会費の支払義務があるゴルフクラブにおいては、ゴルフ場施設を利用可能な状態に保持し、これを会員に利用させるゴルフ場経営会社の義務と、年会費を支払う会員の義務とが破産法 59 条 1 項（現行破産法 53 条 1 項～引用者注）にいう双方の未履行債務になるということができる。」

次に、管財人が双方未履行双務契約の取扱いに関する原則規定によりゴルフ会員契約 I を解除して預託金の返還を請求することができるかどうかという点に関しては、本判決は、次のように説示し、否定する立場を示した。

「破産法 59 条 1 項（現行破産法 53 条 1 項～引用者注）が破産宣告当時双務契約の当事者双方に未履行の債務がある場合に破産管財人が契約を解除することができるとしているのは、契約当事者双方の公平を図りつつ、破産手続の迅速な終結を図るためであると解される。そうすると、破産宣告当時双務契約の当事者双方に未履行の債務が存在していても、契約を解除することによって相手方に著しく不公平な状況が生じるような場合には、破産管財人は同項に基づく解除権を行使することができないというべきである。この場合において、相手方に著しく不公平な状況が生じるかどうかは、解除によって契約当事者双方が原状回復等としてすべきことになる給付内容が均衡しているかどうか（以下「判断要素①」という～引用者注）、破産法 60 条（現行破産法 54 条～引用者注）等の規定により相手方の不利益がどの程度回復されるか（以下「判断要素②」という～引用者注）、破産者の側の未履行債務が双務契約において本質的・中核的なものかそれとも付随的なものにすぎないか（以下「判断要素③」という～引用者注）などの諸般

の事情を総合的に考慮して決すべきである。

～（中略）～

預託金会員制ゴルフクラブの会員が破産した場合、これを理由にその破産管財人が破産者の会員契約を解除できるとすると、ゴルフ場経営会社は、他の会員との関係からゴルフ場施設を常に利用し得る状態にしておかなければならない状況には何ら変化がないにもかかわらず、本来一定期間を経過した後に返還することで足りたはずであり、しかも、当初からゴルフ場施設の整備に充てられることが予定されていた預託金全額の即時返還を強いられる結果となる。殊に本件のようにゴルフ会員権の市場での売却が困難なゴルフクラブにおいては、多数の会員のうちの一人が会員資格を失うことによりゴルフ場経営会社に発生する負担は一層大きい。その一方で、破産財団の側ではゴルフ場施設利用権を失うだけであり、殊更解除に伴う財産的な出捐を要しないのであって、甚だ両者の均衡を失しているといわざるを得ない（以上は判断要素①についての分析～引用者注）。ゴルフ場経営会社が、会員契約の解除によって生じる右のような著しい不利益を損害賠償請求権として構成し、これを破産法 60 条（現行破産法 54 条～引用者注）により破産債権として行使することで回復することは、通常は困難であるというべきである（以上は判断要素②についての分析～引用者注）。

また、会員契約の成立により、会員は所定の年会費の支払義務を負うこともあるが、その場合でも一般に年会費の額は預託金の額に比べると極めて少額であり、ゴルフクラブによっては会員に年会費の支払義務がない例があることも公知の事実である。そうすると、本件会員契約のように会員に年会費の支払義務がある場合においても、その義務は、会員契約の本質的・中核的なものではなく、付随的なものにすぎない（以上は判断要素③についての分析～引用者注）。

そして、破産管財人としては破産手続を迅速に処理する必要があるから、破産財団が有するゴルフ会員権は、通常破産管財人がこれを市場で（市場性のない場合は個別に）換価することになるのであるが（以下「付加要素①」という～引用者注）、市場における当該ゴルフ会員権の価値が預託金の額より低額である場合に、破産法 59 条 1 項（現行破産法 53 条 1 項～引用者注）による解除権を行使することによって、価値の低いゴルフ会員権を失う対価として預託金全額の即時返還を請求し得るとするならば、著しく不

当な事態を肯定することになるといわざるを得ない。

なお、破産管財人としては破産財団の減少を防ぐために年会費の支払を免れる必要があるが、そのためには本件会員契約を解除しなくても、会則の定めに従って退会の手続を執れば足りるのである（以下「付加要素②」という～引用者注）。

これらにかんがみると、被上告人が本件会員契約を解除するときは、これにより上告人に著しく不公平な状況が生じるということが出来るから、被上告人は、破産法五九条一項により本件会員契約を解除することができないというべきである。」

2. 最判平 12・3・9 判タ 1128 号 159 頁

上記の判決にやや後れて、最高裁は本判決に追随した。本件では、年会費の定めのない預託金会員制ゴルフクラブの会員が破産した場合に、会員とゴルフ場経営会社との間の会員契約が双方未履行双務契約に該当するかどうかの問題とされた。

昭和 63 年 8 月 10 日、訴外 A は、年会費の定めのない預託金会員制ゴルフクラブを営する Y 会社に預託金および入会金を払い込み、右ゴルフクラブの会員となった（以下「ゴルフ会員契約Ⅱ」という）。平成 8 年 6 月 28 日、A は、破産宣告を受け、X が破産管財人に選任された。平成 9 年 3 月 19 日、X は、Y に対し、破産法五九条一項により本件会員契約を解除する旨の意思表示をし、預託金の返還を求める訴えを提起した。

一審判決は²⁹²、A にいかなる未履行債務があるのかを判示しないまま、解除を肯定した。原判決は²⁹³、A にはゴルフ場施設を利用した場合に利用料金を支払う義務があり、これが A の未履行債務に当たるとして、解除を肯定し、X の預託金返還請求を認容した。

これに対し、本判決は、「〔ゴルフ場施設の〕利用料金支払義務は、会員が実際に施設を利用しないかぎり発生しないものであって、これを破産宣告時における会員の未履行債務ということはできないことは明らかであり、他に〔A〕に未履行の債務があることは記録上うかがわれない。そうすると、本件会員契約は、預託金の支払とゴルフ場施設を利用させる義務とが対価性を有する双務契約ではあるものの、〔Y 社〕の債務は破産宣告時において未履行であるといえるが、破産した〔A〕の側には未履行の債務がない

²⁹² 大阪地判平 9・9・17 金商 1094 号 22 頁。

²⁹³ 大阪高判平 10・2・24 金商 1094 号 21 頁。

というべきである」と判示し、ゴルフ会員契約Ⅱが双方未履行双務契約に該当せず、Xは破産法59条1項により同契約を解除することはできないとして、原判決を取り消し、Xの請求を棄却した。

3. 検討

以上のとおり、最高裁は、預託金および年会費を支払う会員の義務と、ゴルフ場施設を利用可能な状態に保持してこれを会員に利用させるゴルフ場経営会社の義務とが、対価関係に立つようにみるからこそ、類似する二つの事案において、会員に年会費の支払義務の有無によって、ゴルフ会員契約ⅠおよびⅡの双方未履行双務契約性につき、まったく逆の立場を示している。しかし、当該契約について、他の見方もありえよう。例えば、預託金を支払う会員の義務と、ゴルフ場施設を利用可能な状態に保持してこれを会員に利用させるゴルフ場経営会社の義務とが対価関係に立つが、会員の年会費支払義務がそこに含まれないようにみることもできるし²⁹⁴、逆に、年会費を支払う会員側の義務と、ゴルフ場施設を利用可能な状態に保持してこれを会員に利用させるゴルフ場経営会社の義務が対価関係に立つが、会員の預託金支払義務は金銭消費貸借類似の片務契約と構成するか²⁹⁵、または別途に優先的施設利用権と見合いとなる双務契約と構成するようにみることもできる²⁹⁶。したがって、当事者間にいくつかの権利義務が発生する場合には、当事者の双方の義務をそれぞれ全体として対価関係に立つようにみなすのと、これらの権利義務のうち、どれとどれが対価関係にあるかを具体的に分けるのと、いずれが妥当かという問題が生じうる。最判平12・2・29は、前者の考え方を採っている。同判決は、年会費支払義務が「本質的・中核的な」債務ではなく、「付随的な」債務にすぎないとし、すなわち、「本質的・中核的な」債務が履行済みで「付随的な」債務のみが未履

²⁹⁴ 宮崎乾朗=林泰民=北浦一郎「預託金制ゴルフ会員契約と破産法五九条一項」債権管理90号(2000)97頁は、最判平12・2・29に対し、当該契約が「仮に双務契約であったとしても、会員の義務は履行済みであった」と評価した。これは恐らく会員の年会費支払義務が対価関係に含まれない趣旨であろう。

²⁹⁵ 松下淳一「契約関係の処理」別冊NBL69号(2002年)51頁。

²⁹⁶ 山本弘「年会費の定めのある預託金会員制ゴルフ場の会員が破産した場合の破産管財人による破産法59条1項による会員契約の解除の可否」ジュリスト1202号(2001年)127頁、東島敏明「倒産手続と双方未履行の双務契約」田辺光政編『最新倒産法・会社法をめぐる実務上の諸問題：今中利昭先生古稀記念』(民事法研究会、2005年)32頁。

行である場合であっても、かかる契約の双方未履行双務契約性を肯定しうるところに注意すべきである。

第2項 学説

どのような場合に双方未履行双務契約性が認められるかという点については、日本法のもとの学説では、従来、全然履行のない場合はもちろん、一部が未履行の場合または従たる給付のみが未履行の場合も、その未履行の割合にかかわらず、すべて含まれると説明されてきた²⁹⁷。近時、未履行とは重要な義務でなければならないとする見解が有力となる²⁹⁸。とはいえ、如何なる義務が重要な義務といえるかは、必ずしも一義的明確ではない。そこで、その論者は、典型契約ごとに重要な義務を例示している。すなわち、売買契約の場合に財産権移転および対抗要件の付与義務と代金支払義務、賃貸借契約の場合に趣旨に合致し満足できる使用をさせる義務、賃料支払義務および敷金、保証金、協力金の支払義務、請負契約の場合に作業義務、完成義務、報酬支払義務、雇用契約の場合に労務提供義務、賃金支配義務、主要な労働条件・労働環境提供義務、委任契約の場合に事務処理義務、結果物引渡義務、報告義務、委任報酬支払義務、費用償還・前払義務、寄託契約の場合に保管・返還義務、寄託報酬支払義務、組合契約の場合に資本・労務の提供義務、執行義務は、これにあたる²⁹⁹。しかし、典型契約の場合は、例示によって、重要な義務が何かを明らかにすることが可能であるが、非典型契約の場合は、ケースバイケースになるという以外にない。そうすると、重要な義務について、典型契約かどうかにかかわらず、通用できる判断基準を探る必要があると思われる。

第3項 小括

日本の判例および学説は、双方未履行双務契約性の有無を判断するための基準として、本質的・中核的な債務、付随的な債務、従たる義務、重要な義務などを提示しているが、それらの概念の意義自体が明確ではないので、直ちに問題解決に導きうるということはいできない。

²⁹⁷ 谷口・前掲注(119) 175頁、中田・前掲注(121) 101頁、山木戸・前掲注(121) 120頁、宮川・前掲注(140) 52頁、藤田広美『破産・再生』(弘文堂、2012年) 179頁。

²⁹⁸ 竹内・前掲注(8) 291頁、霜島・前掲注(133) 380頁、山本ほか・前掲注(210) 133頁〔高田裕成〕。

²⁹⁹ 竹内・前掲注(8) 295—296頁。

第5節 双方未履行双務契約の要件についての検討

本章第1節ないし第4節の考察を踏まえて、本節は、「双務契約」および「双方未履行」という二つの要件から、双方未履行双務契約の定義を明らかにする。

第1項 「双務契約」の意義

破産法53条1項の規定からすれば、双方未履行双務契約とは、破産者およびその相手方が破産手続開始の時ににおいてともにまだその履行を完了していない双務契約のことをいう。その意味では、それは、まず、双務契約でなければならない。

1. 民法上の双務契約

双務契約とは、双方の当事者が対価的な意味をもつ債務を負担しあう契約であり³⁰⁰、売買、賃貸借、雇用、請負等の典型契約の他に、リース契約のような非典型契約も含まれうる。

2. 破産財団に関する契約

破産法53条1項は契約の選択権を管財人に与えることから、同項の適用になりうるのは、管財人の管理処分権に服する契約でなければならない。債務者が法人である場合には、原則として自由財産が存在しえないことから、債務者の契約のすべては管財人の管理処分権に服する。破産者が自然人である場合には、破産者側の債権が破産手続開始後に破産財団に帰属すべき契約、すなわち破産財団に関するものは管財人の管理処分権に服するのに対して、破産者側の債権が破産手続開始後に自由財産に帰属すべき契約、すなわち自由財産に関するものは管財人の管理処分権に服しない。また、財産ではなく破産者の労務を目的とする労務契約等は、管財人の管理処分権が及ばない契約である³⁰¹。

3. 破産手続開始後も存続しうる契約

双務契約は、当事者の破産により、その存続の基礎が揺らぐのであれば、破産手続開始後に継続することはない。したがって、法は、委任（民法653条2号）などの場合に、当該契約を当然に終了させるか、またはその帰趨を当事者双方の判断に委ねる。破産手続開始後に存続しえない契約が破産法53条1項の適用対象とならないのはいうまでも

³⁰⁰ 山本・前掲注（169）75頁。

³⁰¹ 竹下・前掲注（119）208頁〔松下淳一〕。

ない。

第2項 「双方未履行」の意義

1. 「未履行」の意義

「双方未履行」は、さらに「双方」と「未履行」とに細分化される。

各国の学説および判例から明らかなどおり、未履行の捉え方について、未履行の割合（給付の進捗状態）の他、如何なる契約義務の残存を基準とすべきなのかという点では、見解が分かれる。

先に結論を示せば、本稿は、給付義務の残存を基準として未履行を捉えるべきものとする。すなわち、双方未履行双務契約の規律が適用される契約には、給付義務が未履行の場合が含まれるが、付随義務のみが未履行の場合が含まれない。以下では、検討を加える。

主要な債務、本質的・中核的な債務、付随的な債務などの概念は、本来であれば、未履行の意義を明らかにするために、倒産法学において用いられるが、それぞれの概念自体に盛られる意味が多様であり、論じ方次第で無用な混乱を招来する恐れがある。そこで、本稿は、そのような混乱を避けるために、民法学説において通用する、その定義に関する見解がほぼ一致している概念として、主たる給付義務、従たる給付義務および付随義務という三つの概念を用いて³⁰²、未履行の意義を明らかにする。

給付義務は、さらに主たる給付義務と従たる給付義務の二つの形態に細分化される。主たる給付義務（Hauptleistungspflichten）とは、契約関係において本来的で不可欠な、契

³⁰² 中国の民法学説にはないが、日本の民法学説には、給付義務、付随義務の他、保護義務の概念がある。保護義務（Schutzpflicht）とは、債権者・債務者間で相互に相手方の生命・身体・財産を侵害しないよう配慮すべき注意義務と定義される。例えば、家具の売主は搬入する際に玄関等を壊さないように注意すべきだし、食品の売主は買主が健康を害さないように食品を管理・販売すべきである。保護義務は、相互の義務であり、また、給付利益を保護法益とする給付義務および付随義務に対して、その保護法益が完全性利益（相手方の生命・身体・健康の完全性および所有権その他の財産利益）であり、すなわち、不法行為規範で保護されるべきものと同様であることから、その義務違反の場合に不法行為責任との競合が生じうる（中田裕康『債権総論（第3版）』（岩波書店、2013年）113頁、近江幸治『民法講義IV 債権総論（第3版補訂）』（成文堂、2014年）9=91頁）。これらの特質のため、本稿は、論述の便宜上、保護義務を念頭に置かないこととする。

約類型を決める義務のことをいう³⁰³。これに対し、従たる給付義務（Nebenleistungspflichten）とは、独自に存在する意味がなく、主たる給付義務を補強する役割のみを担う給付義務を指し、それは契約類型を決めるものではなく、債権者の満足を最大限に実現させることを目的とする³⁰⁴。付随義務（Nebenflichten）とは、給付義務を債務の本旨にしたがって実現できるよう配慮する、給付結果・給付利益の保護へ向けられた注意義務である³⁰⁵。例えば、引渡しのための適切な準備をしたり、目的物の使用についての説明や一定の情報を提供し、あるいは特殊な契約のために細心の注意を払って履行すべきことなどである³⁰⁶。給付義務は、契約から発生するのに対して、付随義務は、信義則から発生する³⁰⁷。

上記の上海市浦東新区人民法院2010年5月26日判決およびBGH1972年3月17日判決は、それぞれ貸主の守秘義務、買主の協力義務などの付随義務のみの残存に基づいて、かかる契約が未履行に該当するとしたが、本稿は賛同できない。その理由は、次のとおりである。まず、民法学説によれば、付随義務の不履行は原則として契約解除の問題を生ずるものではなく³⁰⁸、しかも、付随義務自体の履行責任（強制履行・義務履行の訴求）はありえないとされる³⁰⁹。すなわち、平常時では、付随義務違反によって給付義務の履行遅滞となり、または履行不能を惹き起こしたのではないかぎり、付随義務の不履行の場合には、債権者は、契約を解除し、またはその義務の履行を独立に請求することは

³⁰³ 前注（116），崔建远书，第85页；前注（116），韩世远书，第243页；前注（261），王利明、房绍坤、王轶书，第83页；王泽鉴：《债法原理1：基本原理・债之发生》，中国政法大学出版社2001年版，第36页。

³⁰⁴ 前注（116），崔建远书，第86页；前注（116），韩世远书，第244页；前注（303），王泽鉴书，第37页。

³⁰⁵ 中田・前掲注（302）113頁。

³⁰⁶ 近江・前掲注（302）8頁。

³⁰⁷ なお、中国では、付随義務は、法律の規定によって生ずる義務でもある。例えば、中国契約法60条2項は、「当事者は、信義則に則り、契約の性質、目的および取引慣行にしたがって、通知、協力、秘密保持等の義務を履行しなければならない。」と規定する。同法92条は、「契約の権利義務が終了した後は、当事者は、信義則に則り、取引慣行にしたがって、通知、協力、秘密保持等の義務を履行しなければならない。」と規定する。

³⁰⁸ 我妻ほか・前掲注（164）99頁、近江・前掲注（302）91頁。

³⁰⁹ 近江・前掲注（302）8頁。なお、中国の民法学説においても、同様である（前注（116），崔建远书，第88页；前注（116），韩世远书，第247页；前注（261），王利明、房绍坤、王轶书，第84页；前注（303），王泽鉴书，第40—41页）。

きない。破産手続外の平時実体法秩序においては、債権者は、付随義務のみの不履行を理由に契約を解除し、または履行を請求することはできない以上、破産手続開始後には、管財人は、付随義務のみの残存に基づいて契約を解除し、または履行を請求することもできなくなる。なぜならば、管財人が平常時の債権者であった破産者の一般承継人的地位を有すると考えられるからである。次に、法が管財人に付随義務のみの残存に基づいて契約の選択権の行使を許容したと仮定すると、管財人は、破産者または相手方の受領義務の不履行を理由に、任意に一方当事者完全既履行の双務契約を双方未履行双務契約として取り扱うことにより、契約を解除することができることになる。その結果、双方未履行双務契約の規律それ自体の意味が失われるのみならず、相手方に不当な不利益を与え、ひいては取引の安全を害する恐れがある。このことは、上記のBGH1972年3月17日判決に対して批判されたところである。したがって、本稿は、付随義務のみの残存は未履行に当てはまらないと考える。

他方では、上記の河南省鄭州市中級人民法院 2011年8月1日判決、河南省安陽市中級人民法院 2009年12月16日判決および最判平12・2・29から明らかなどおり³¹⁰、従たる給付義務のみの残存が未履行に当てはまるかについて、実際には、見解の対立がある。本稿は、従たる給付義務のみの残存が未履行に当てはまると考える。その理由は次のとおりである。まず、民法学説では、付随義務の場合と反対に、従たる給付義務の不履行があったときは、債権者は、債務不履行の法理にしたがって契約を解除し、または独立に従たる給付義務の履行を請求することができることとされる。破産手続外の平時実体法秩序においては、債権者は、従たる給付義務のみの不履行を理由に、契約を解除し、または履行を請求することができる以上、平常時の債権者であった破産者の一般承継人に位置付けられる管財人は、破産手続において、従たる給付義務のみが残されている契約を双方未履行双務契約として取り扱い、すなわち、それを解除し、または履行を請求することができるものと思われる。次に、伝統的な見解は、従たる給付義務のみの不履行があったときは、債権者は、同時履行の抗弁権の行使によって主たる給付義務の履行

³¹⁰ 最判平12・2・29は、年会費支払義務を「付随的な」債務としているが、「付随的な」債務の定義を明示していない。本稿は、民法上の概念にしたがって、年会費支払義務を付随義務ではなく、従たる給付義務とする。

を拒否することができないとする³¹¹。しかし、例えば、賃貸借契約における賃貸人の修繕義務と貸借人の賃料支払義務が同時履行関係に立つとした判例のように³¹²、近時、双務契約上の中心的な債務の他にも、公平の見地から同時履行関係が広く認められることがある。その意味で、従たる給付義務の重要性も高まりつつあるとあってよい。したがって、かかる契約について双方未履行双務契約性の有無を判断するにあたっては、従たる給付義務の残存を無視する理由はなかるう。さらに、上記の最判平12・2・29、最判平12・3・9 およびその評釈から窺われるとおり、双務契約の当事者間にいくつかの債権債務が発生する場合、そのうちどれとどれが対価関係に立つかという点では、見解が分かれる。前述のとおり、現在では、同時履行の抗弁権が認められるための対価的双務性という要件の厳格性が薄れているとあってよい。したがって、双方未履行双務契約の規律を適用する際に当事者双方の債務のうちのどれとどれが対価関係に立つかを具体的に分けることは、行き過ぎと考える。言い換えれば、破産手続開始当時、破産者および相手方ともに履行すべき債務を残しているかぎり、それらが対価関係にあるかを問わず、当該契約を双方未履行双務契約として扱うべきである。そうすると、従たる給付義務のみの残存を未履行として捉えることは、いくつかの債権債務が複雑に交錯するような契約の場合に、かかる契約の効率的な処理に資するといえる。

また、次の問題は、未履行の割合を考慮する必要があるかどうかである。前述のとおり、双方未履行双務契約の規律は、管財人に契約の選択権を与えることにより財団の利益の最大化を意図したものであるからこそ、たとえ残存の義務が極僅かであっても、管財人の選択権行使の機会を奪う理由はない。換言すれば、未履行は、給付の進捗を問わない。

2. 「双方」の意義

「双方」とは破産者とその相手方のことを指す。破産手続開始当時、破産者および相手方のいずれか一方のみが未履行の場合は、双方未履行双務契約の規律が適用されない。

近時、日本法のもとでは、経済的な観点から、事実の基礎と約束の均衡がある限り、制定法が必要としていない約束、必ずしも見えない約束があるものと仮定するようなア

³¹¹ 前注(116)、崔建远书、第86頁。

³¹² 大判大10・9・26民録27輯1627頁。

メリカ法的な方法に倣って、一方既履行の双務契約ないし片務契約を双方未履行双務契約として取り扱うことが許されるべきものとする考え方がみられる。その理由として、①そもそも、双務契約と片務契約が整然と分かれているわけではないし、現在は片務契約として整理されているものも、約束した者からすれば対価として理解されている相手方の何らかの行動があるはずであること、②制定法が双務契約の構成要素であると構成した約束の捉え方が現実の交換される契約の中で唯一の正しい捉え方であるとはかぎらないこと、③現実の契約はそれこそ制定法の典型契約だけでは切り取ることが正当ではないほどに複雑高度であることが挙げられている³¹³。

それらの理由に対して、次のような反論が考えられる。理由①に対しては、制定法である日本法のもとでは、かかる契約が双務契約か片務契約かというのを当事者の意思に委ねることが一般的に許容されるかどうかについて、疑問を感じる。理由②および③に対しては、契約上の義務が何か、そのうちどれとどれが対価関係に立つかを捉えるのが困難であり、場合によっては見解が分かれることから、直ちに管財人および相手方の意思のみによって本来存在しなかった双方未履行双務契約を仮定することを肯定すべきであるということとはできない。前述のとおり、そのような場合には、方策として、従たる義務を重視することが考えられる。

第6節 原則規定の不適用・例外

第1項 契約の履行の選択につき支障となる場合

実務では、契約の当事者の間に、相手方当事者の倒産による損失を防ぐために、一方当事者には倒産手続が開始され、または倒産手続の開始に至る過程で生じる事実が発生したときに、他方当事者に当該契約を解除することができる旨の特約がなされることがある。このような特約は、倒産解除条項とも呼ばれる。倒産解除条項を有効と認めると、管財人の積極的選択の支障になる。そこで、アメリカ法は、明文により、倒産解除条項の効力を否定している³¹⁴。その根拠として、財団所属財産の逸出防止の要請と、双方未履行双務契約に関する管財人の選択権の保障の要請が挙げられている³¹⁵。ドイツ倒産法

³¹³ 竹内・前掲注(8) 289-290頁。

³¹⁴ Bankruptcy Code § 365(e).

³¹⁵ 工藤敏隆「倒産解除条項の倒産手続における効力」法学政治学論究 81号(2009年) 15-17頁。

のもとでは、倒産解除条項の効力について、多くの議論が展開されており、無効説、有効説、いずれが有力かは決しがたい状況にある³¹⁶。中国法のもとでは、倒産解除条項を有効と認めた下級審裁判例があるが³¹⁷、通説は、倒産解除条項の効力を否定する³¹⁸。

これらに対し、日本法には、倒産解除条項の効力に関する明文規定がない。平成8年10月以来の倒産法制の全面的見直しに際し、倒産解除条項の効力についても検討課題とされたが³¹⁹、リーディングケースに関する理解が分かれるなどの理由で、明文化が見送られるに至っている³²⁰。現在では、否定説が多数のようにみられる³²¹。また、判例は、再生手続³²²や更生手続³²³において、倒産解除条項の効力を否定する立場を示している。しかし、破産手続における倒産解除条項の効力について、議論する余地がある。この問題に関して、立法的解決が待たれる。

第2項 契約の解除の選択につき支障となる場合

双方未履行双務契約の規律は、管財人にもみ契約の履行か解除かの選択権を与える。管財人が契約の解除の選択をなしたときに、相手方は、自らの意思や給付の進捗状態にかかわらず、契約の目的を実現できなくなり、場合によってはかなりの不利益を受けることがあると思われる。そこで、従来、管財人の解除権を制限すべきものと提唱する見解がある³²⁴。

³¹⁶ 水元宏典「倒産解除特約の効力論序説：ドイツ法の素描」伊藤真ほか編『民事手続法学の新たな地平：青山善充先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2009年）893頁以下。

³¹⁷ “李瑞麟与开封市第二招待所破产清算组租赁合同纠纷案”。河南省开封市中级人民法院（2009）汴民终字第586号。引自北大法宝。

³¹⁸ 前注（110），许德风文，第101頁；前注（113），兰晓为书，第53-56頁；前注（259），吴庆宝、王建平书，第145頁。

³¹⁹ 法務省民事局参事官室編『倒産法制に関する改正検討課題：倒産法制に関する改正検討事項とその補足説明』（商事法務研究会、1999年）95-96頁。

³²⁰ 法務省民事局参事官室編『破産法等の見直しに関する中間試案と解説』（商事法務研究会、2002年）125-126頁。

³²¹ 竹内・前掲注（8）298頁、伊藤・前掲注（115）358頁、谷口・前掲注（119）182頁、深山雅也「破産申立解除特約の効力」山本克己ほか編『新破産法の理論と実務』（判例タイムズ社、2008年）241頁。

³²² 最判平20・12・16判タ1295号183頁。

³²³ 最判昭57・3・30判タ469号181頁。

³²⁴ 福永・前掲注（128）1頁以下、金子宏直「破産法五九条一項による解除権の制限と基準」伊藤真ほか編『権利実現過程の基本構造：竹下守夫先生古稀祝賀』（有斐閣、2002年）

このような見解を踏まえて、最判平 12・2・29 は、「契約を解除することによって相手方に著しく不公平な状況が生じるような場合に」、管財人の解除権行使の制限を認めるべき立場を示し、さらに、相手方に著しく不公平な状況が生じるかについての判断要素として、①解除によって契約当事者双方が原状回復等としてすべきことになる給付内容が均衡しているか、②破産法 60 条（現行破産法 54 条）等の規定により相手方の不利益がどの程度回復されるか、③破産者の側の未履行債務が双務契約において本質的・中核的なものか、それとも付随的なものにすぎないかという三つのものを挙げている³²⁵。

まず、この判決の理解について、微妙な見解の相違がみられる。最高裁調査官は、「本判決は、破産管財人の解除権を制約する法理を、権利濫用や信義則等の一般法理ではなく、破産法 59 条 1 項（現行破産法 53 条 1 項～引用者注）の立法趣旨（契約当事者双方の公平を図りつつ、破産手続の迅速な終結を図ること）から導き、規定に内在するものと考えている」と説明する³²⁶。これに対して、「本条（現行破産法 53 条 1 項～引用者注）の趣旨について述べたように、本来の契約関係では認められない解除権を破産管財人に認める以上、解除権の行使によって相手方に不利益が生じること自体は、本法が予定するところであり、ただその不利益が、解除によって破産債権者に生じる利益との関係で、著しい不公平という程度に達する場合にのみ、信義則に照らして、解除権が否定されるとするのが、判例の正しい理解である」との指摘がなされる³²⁷。換言すれば、最高裁調査官は、管財人の解除権行使への制限を肯定すべき見解に立つが、その指摘の論者は、権利濫用や信義則等の一般法理によらないかぎり、管財人の解除権行使への制限を否定すべき見解に立つ。本稿は、後者の見解に支持したい。本稿の立場から、破産法 53 条 1 項が相手方の利益を保護するのではなく、破産財団の利益を図るための規定だからである。

なお、仮に本判決を、権利濫用や信義則等の一般法理により管財人の解除権行使を否定したものと理解するとしても、相手方に著しく不公平な状況の有無に関する判断基準という点には、問題が残るといふべきである。すなわち、本判決は、上記の三つの判断

547 頁以下など。

³²⁵ 本稿 97 頁を参照。

³²⁶ 『最高裁判所判例解説民事篇平成 12 年度（上）』（法曹会、2013 年）109 頁〔尾島明〕。

³²⁷ 伊藤ほか・前掲注（10）410 頁。

要素の他、①管財人が契約の地位を譲渡することが可能なのか、②管財人が契約を解除しなくても破産財団の出捐を減らすことが可能なのかといった付加要素を挙げている³²⁸。そうすると、三つの判断要素と二つの付加要素とがそれぞれどのように機能しているかが問われ、「判断基準の可視化」が求められている³²⁹。

また、本判決の理論構成についても疑問を感じる。すなわち、本判決は、本質的・中核的な債務が履行済みで付随的な債務のみが残されている場合であっても、双方未履行双務契約性を認めるべき立場を示す一方、破産者側の未履行債務が付随的なものにすぎないということによって、管財人の解除権行使への制限を理由付けている。本稿は、むしろ、ここでいう「付随的な債務」を民法上の付随義務とすることで³³⁰、付随義務しか残されていないことを理由に当該契約の双方未履行双務契約性を否定する方が望ましいと考える³³¹。

また、解釈論として、相手方が残債務の履行によって管財人の解除権行使を阻止できるとする見解がある。それによれば、破産手続開始後、相手方が破産者側に対して残債務を履行するときは、管財人は、解除権を行使できず、このとき相手方は、破産債権者として破産者側の債務に対する履行請求権および損害賠償請求権を行使できるとされる³³²。前述のとおり、理論的には、破産手続開始後に管財人が選択権を行使せず、かつ相手方が催告をしない場合がありうる³³³。このような場合には、相手方が残債務の提供と引換えに破産債権を主張することが当然に認められるべきであり、相手方が残債務の履行を完了した時点から、当該契約がもはや双方未履行双務契約性を失っているため、管財人は選択権、すなわち解除権を行使できなくなると解する。管財人が解除権行使を

³²⁸ 本稿 98 頁を参照。

³²⁹ 竹下・前掲注 (119) 214 頁 [松下淳一]、中田・前掲注 (123) 177 頁。

³³⁰ なお、本稿は、年会費支払義務を付随義務ではなく、従たる給付義務とする。

³³¹ 本判決に関与した奥田裁判官は、本件では破産者側の主要な債務は履行済みであり、「双方未履行」の要件にあてはまらないといたかったという（奥田昌道『紛争解決と規範創造：最高裁判所で学んだこと、感じたこと』（有斐閣、2009年）63頁）。また、伊藤ほか・前掲注 (10) 410 頁は、「ここでの直接の問題は、破産管財人の解除権の有無であるが、解除権は双方未履行双務契約性の中核をなすものであるから、実質的には、双方未履行双務契約性そのものに関する判例として扱うことも許されよう」と説いており、本稿と同旨のようである。

³³² 赫・前掲注 (143) 557-558 頁。

³³³ 本稿 87 頁を参照。

怠った結果、例えば、本来であれば、解除権行使によって破産財団に回復すべき破産者の既履行給付を破産財団に組み入れることができなくなるなど、破産財団に損害を与えた場合は、善管注意義務の問題が生じうる。ただし、管財人は、相手方の残債務の履行に拘束されず、相手方がその履行を完了するまでに、当該契約を解除することが可能である。なお、相手方が残債務の履行の完了により管財人の解除権行使を阻止できるということには、破産法 53 条 1 項の文理上の難点（「破産手続開始の時ににおいて」双方未履行であったこと）があるとの指摘がなされる³³⁴。これに対しては、相手方が破産手続開始の時にすでにその債務の履行を完了していたとみなせば足りると考える。また、管財人が解除の意思表示をした後でも、相当の期間内であれば、相手方はその解除を否定し、進んで自分の方の履行をなすことができるとする見解もある³³⁵。相手方が解除の効果を覆すことができるとすると、法が管財人にのみ契約の選択権を与えたことは、完全にその意味を失うことになる。したがって、本稿は賛同できない³³⁶。

第3項 各種の契約類型につき特則がある場合

いくつかの契約類型については、法は、個別契約の性質に応じて、特別規定を置いている。継続的供給契約に関する破産法 55 条、対抗力ある賃貸借契約における賃貸人の破産に関する破産法 56 条、雇用契約における使用者の破産に関する民法 631 条、請負契約における注文者の破産に関する民法 642 条などの規定が、その例である。特則がある場合は、かかる契約が双方未履行双務契約であっても、原則規定（破産法 53 条 1 項）の適用が排除される。また、それ以外の契約、とりわけ、ライセンス契約、フランチャイズ契約などの新種契約については、関連する特則の類推適用の可能性が議論されている。

また、外観には双方未履行双務契約であるにもかかわらず、実質において契約目的物を担保物とする担保権であると評価されるものとして、ファイナンス・リース契約の双方未履行双務契約性を否定する判例と³³⁷、所有権留保売買契約の双方未履行双務契約性

³³⁴ 中田・前掲注（123）155 頁。

³³⁵ 福永・前掲注（38）25 頁。

³³⁶ 中田裕康「契約当事者の倒産」野村豊弘『倒産手続と民事実体法』別冊 NBL60 号（2000 年）15 頁は、同旨である。

³³⁷ 最判平 7・4・14 民集 49 卷 4 号 1063 頁。

を否定する下級審裁判例がある³³⁸。これらについては、なお議論されているところである。

³³⁸ 東京地判平18・3・28判タ1230号342頁。

終 章

本章では、序章から前章までの内容を要約して、本稿の結論をまとめるとともに、残された課題を提示する。

第1節 要約

本稿は、破産法上の双方未履行双務契約の取扱いを研究対象とし、各国の立法、判例および学説を比較対照して検討しながら、破産法 53 条、54 条および 148 条 1 項 7 号に関する解釈論を試みるものである。以下では、章をおって、本稿の内容を要約し、得られた知見を確認する。

[序章]

現代では、社会の様々な活動やわれわれの生活が契約を通じて運営される意味において、契約の時代が到来しているといっていよい。そこで、国連国際商取引法委員会は、倒産法立法ガイドにおいて、「契約の処理は倒産手続にとって何より重要である」と指摘する。

破産手続の中で処理すべき契約は、大別して、①破産者において未履行がある契約、②相手方において未履行がある契約、③破産者および相手方ともに未履行がある契約の三つの場合に分かれる。①および②の場合は、破産法の一般規律にしたがって処理すれば足りる。本稿の課題は、③の場合、すなわち、双方未履行双務契約の取扱いである。

いくつかの立法例を比較対照したところ、興味深い事実を窺い知れる。すなわち、双方未履行双務契約の取扱いについて、管財人に契約の選択権を与えるという特別の規律を設ける点では、各国の倒産処理法制が共通するが、特別の規律の内容が国によって異なる。具体的には、アメリカ倒産法（365 条（a）項）およびドイツ倒産法（103 条 1 項）は、管財人に契約の履行か拒絶かの選択権を認めるのに対して、日本破産法（53 条 1 項）および中国倒産法（18 条 1 項）は、管財人に契約の履行か解除かの選択権を認める。また、日本法を沿革的に考察したところ、旧商法破産編は管財人および相手方の双方に契約の解除権を認めていたが、旧破産法以来は管財人にのみ契約の選択権を認めている、というかなり大きな立法政策の変更がみえる。なぜ双方未履行双務契約を処理するため

に特別の規律を設ける必要があるのか(課題①)、なぜ日本法が母法であるドイツ法のような履行拒絶権構成ではなく解除権構成を採用するのか(課題②)、なぜ立法政策の変更がなされた結果、管財人にのみ契約の選択権に与えるに至っているのか(課題③)といった点については、立法資料には何ら説明はなく、また、従来議論においても明らかにされていないため、本稿は、それらを目的論の課題として設定することとした。

また、管財人による選択権行使の効果については、破産法148条1項7号によれば、契約の履行が選択されたときに、相手方の履行請求権が財団債権、また、同法54条1項および2項、契約の解除が選択されたときに、相手方の損害賠償請求権が破産債権、原状回復請求権が財団債権とされるが、こうした効果の根拠(課題④、⑤および⑥)を統一的に説明する先行研究はまだないため、本稿は、それらを目的論の課題として設定することとした。

さらに、双方未履行双務契約の定義は、独立した研究対象とされているが、そうした問題意識を持つ研究が日本法において多くない。そのために、本稿は、双方未履行双務契約の定義、特に、その要件である「双務契約」および「双方未履行」の意義の明示(課題⑦および⑧)を、適用対象論の課題として設定することとした。

[第1章 双方未履行双務契約の規律の目的論]

本章では、双方未履行双務契約の規律の目的論について、アメリカ、ドイツおよび中国の議論状況を考察して日本法への示唆的な視点を抽出し、日本の学説を系譜的に鳥瞰して各説の問題点を整理・分析したうえで、課題①、②、③の順に、日本法に妥当する目的論の構築を試みた。

アメリカ法では、目的論に関して直接的な議論はないが、管財人の選択権の性質、また管財人の選択に対する裁判所の許可の基準について議論されたところから、アメリカ倒産法365条を倒産財団の利益を図るための規定とみるのが一般的であるように思われる。ドイツ法では、まず、目的論に関する議論の端緒となった1874年ドイツ破産法草案理由書は、特別の規律を導入すべき理由について、それが法適用上の混乱を避けることにあると指摘しており、また、なぜ法が履行拒絶権構成を採用するかという点について、立法理由書および先行研究からみれば不明のままであるが、現在、ドイツ倒産法103条1項の目的が倒産財団の価値を最大化させることにあるとするのは、通説である。中国

法では、まず、中国倒産法 18 条 1 項が倒産財団の利益を図る趣旨であるとするコンセンサスがみえ、また、私見は、立法政策として解除権構成を採用したのは、倒産手続開始後でも行使しうる履行拒絶に基づく相手方の無催告解除権によって生じうる、契約の帰結が相手方のイニシアチブによることになるという不都合を避けるためであると解する。

他方において、日本の各説について、次のように評価される。まず、通説は、破産手続開始後に相手方の同時履行の抗弁権を否定するという点で、近時の有力説側から強く批判されるが、その前提を踏襲した宮川説が、財団の新たな利益から、管財人の積極的選択の効果と消極的選択の効果を統一的に説明する試みは、示唆的である。また、伊藤説および水元説は、それぞれ消極的選択または積極的選択という管財人の選択権の一つの側面のみを強調したものであり、もう一つの側面を説明できない。同様に、赫説は、管財人の消極的選択しか説明できないものといえる。さらに、福永説、霜島説および中西説は、一見管財人の選択権を矛盾なく説明したようにみられるが、なぜ法が履行拒絶権構成ではなく、解除権構成を採用したかという問題を答えられず、換言すれば、なぜ法が特別の規律を設ける必要があるかを明らかにしたにとどまり、特別の規律の内容をうまく説明できない。

以上の検討から導かれた本稿の立場は、次のとおりである。第一に、双方未履行双務契約のうち、大半の場合は平時実体法のみによって処理できないから、特別の規律を設ける必要があり（課題①に対する答え）、第二に、日本においても立法上あるいは解釈上、無催告解除が認められうるから、それにより生じうる不都合を回避するために、破産法 53 条 1 項は解除権構成を採用したのであり（課題②に対する答え）、第三に、同項は、相手方の利益を保護するのではなく、破産財団の利益を図るための規定である（課題③に対する答え）。

〔第 2 章 双方未履行双務契約の規律の効果論〕

本章では、前章において論述した目的論に基づき、課題④、⑤および⑥に対する答えの一貫性に配慮しつつ、契約の履行の場合および契約の解除の場合の効果を統一的に説明し、また、その他の問題点を分析した。

破産法 148 条 1 項 7 号が契約の履行が選択されたときの相手方の履行請求権を財団債

権とする根拠については、第一に、伊藤説および赫説は、相手方の債権が本来的な財団債権であると説明し、第二に、通説は、「破産的配当対完全履行」という相手方にとって不公平な結果を回避するために、法が本来破産債権である相手方の債権を財団債権として優遇すると説明し、第三に、福永説、霜島説および水元説は、相手方による同時履行の抗弁権等の行使を封じるために、法が本来破産債権である相手方の債権を財団債権として優遇すると説明し、第四に、宮川説は、相手方の権利が、契約の履行か解除かを問わず、破産財団の新たな利益の対価であるため、法がその権利を財団債権と格上げすると説明する。本稿は、第一ないし第三の見解を批判したうえ、管財人の積極的選択と消極的選択とを統一的に説明するような第四の見解を支持する（課題④に対する答え）。

給付が可分の場合には、双務契約の一方当事者の先履行によりはみ出た給付とその反対給付についてのみ対価関係が破壊するにともない、他方当事者は対価関係に基づく保護を失う、とする民法学説の有力な考え方は、破産の場面にも妥当である。そうすると、相手方の破産手続開始前の先履行により、相手方の既履行給付とその反対給付との対価関係が破壊し、破産手続開始後では、相手方は、もはやこの対価関係に基づく保護が失われたため、その既履行給付にかかる反対給付請求権が財団債権とはされず、破産債権とされるべきものとする。このとおり、日本法では、給付が可分の場合について特則がないにもかかわらず、解釈により、相手方の権利を財団債権か破産債権かに区別して取り扱うことが可能である。

同法 54 条 2 項が契約の解除が選択されたときの相手方の原状回復請求権を財団債権とする根拠については、次のようなものが挙げられている。第一は、財団の不当利得を防止することであり、第二は、相手方の同時履行の抗弁権を消滅させることであり、第三は、契約当事者間の公平を維持・確保することであり、第四は、財団への新たな利益の対価である。本稿は、第四の見解を支持する（課題⑥に対する答え）。

同条 1 項が相手方の損害賠償請求権を破産債権とする根拠について、伝統的な理解は、相手方の損害賠償請求権が、破産手続開始後の原因に基づいて生じたものであることから、本来は劣後的破産債権たるべきものであるが、相手方の利益を保護するために、破産債権と格上げされたとする。近時の一般的な理解は、相手方の損害賠償請求権が、管財人の解除という行為から生じたものであることから、本来は財団債権たるべきもので

あるが、管財人に解除権を与える趣旨が没却されないようにするために、破産債権と格下げされたとする。本稿は、後者の見解を採る（課題⑤に対する答え）。

以上の検討から導かれた本稿の立場は、こうである。積極的選択であれ、消極的選択であれ、管財人が選択権を行使する結果、破産財団が利益を受けるから、その対価として、相手方への債務履行を破産債権者が共同で負担すべきである。したがって、契約の履行が選択されたときの相手方の履行請求権、契約の解除が選択されたときの相手方の原状回復請求権および損害賠償請求権を財団債権として処遇すべきであるが、法は、管財人に解除権行使の便宜を与えるために、相手方の損害賠償請求権を政策的に破産債権に格下げした。

〔第3章 双方未履行双務契約の規律の適用対象論〕

また、第3章において、アメリカ、ドイツ、中国および日本の4ヶ国の判例および学説を考察し、双方未履行双務契約の取扱いに関する原則規定の適用対象、特に、その要件としての「双務契約」と「双方未履行」の意義を明らかにしたうえ（課題⑦および⑧）、原則規定の適用が排除される例外的な場合を取り上げた。

双方未履行双務契約は、「双務契約」および「双方未履行」という二つの要件を備えていなければならない。「双務契約」とは、破産手続開始後でも存続しうる、破産財団に関する、民法上の双務契約を意味する（課題⑦に対する答え）。「双方」とは、債務者およびその相手方のことをいう。

「未履行」については、各国の学説および判例を考察したところ、その捉え方について見解が分かれることを窺い知れる。争点として、如何なる契約義務の残存を基準とすべきなのか、未履行の割合（給付の進捗状態）が問われるべきなのか、という二つの点が挙げられる。本稿は、検討したうえ、次のような立場を導いた。すなわち、「未履行」の有無を判断するにあたって対象とされるべきものは、主たる給付義務および従たる給付義務であり、付随義務が含まれない。また、双方未履行双務契約の規律は、管財人に契約の選択権を与えることにより財団の利益の最大化を意図したものであるからこそ、たとえ残存の義務が極僅かであっても、管財人の選択権行使の機会を奪う理由はない。換言すれば、未履行は、給付の進捗を問わない（課題⑧に対する答え）。

また、原則規定の適用が排除される例外的な場合に関しては、本稿は、主として、次

の二つの問題点を取り上げた。第一は、契約の履行の選択につき支障となる倒産解除条項の効力という問題である。本稿は、否定説に立つが、立法的な解決が待たれると考える。第二は、契約の解除の選択につき支障となる管財人の解除権行使の制限という問題である。本稿は、権利濫用や信義則等の一般法理によらないかぎり、管財人の解除権行使への制限が許されるべきではないと解する。その他、個別の契約類型に関する特則も、原則規定の適用がない場合の取扱いの問題として、取り上げるべきであるが、破産法上の個別契約類型の取扱いについて、今後の課題としたい。

第2節 結論：上記解釈論を踏まえた双方未履行双務契約の規律の体系

破産法上の双方未履行双務契約の規律に関する解釈論は、まず、目的論として、破産法53条が契約の履行という積極的選択および契約の解除という消極的選択を管財人に与える目的、次に、効果論として、それぞれの選択に基づいて生じうる効果の根拠、すなわち、同法148条1項7号が契約の履行が選択されたときの相手方の履行請求権を財団債権とする根拠と、同法54条1項が契約の解除が選択されたときの相手方の損害賠償請求権を破産債権とする根拠、および同条2項がこのときの相手方の原状回復請求権を財団債権とする根拠を統一的に説明し、さらに、適用対象論として、双方未履行双務契約の定義を、目的論と矛盾なく説明することが必要である。

以上の検討したところをまとめれば、次のようになる。

同法53条1項は、双方未履行双務契約の取扱いに関する原則規定として、契約の選択権を管財人にのみ付与することにより、破産財団の利益の最大化を意図する。具体的には、契約の履行が破産財団にとって有利なときは、管財人に履行の積極的選択が許容されることはもとより、そうでないときは、管財人に消極的選択が許容されるが、消極的選択の内容は立法政策に基づくものである。立法上あるいは解釈上、無催告解除が認められうることを考えれば、仮に法が管財人の消極的選択につき履行拒絶権構成を採用したとすると、相手方は、管財人の履行拒絶により契約を解除するかどうかを決めることができることになる。これは、契約に決着を付けるための有利なイニシアチブを管財人にのみ与える趣旨に反する。この不都合を回避するために、同項が解除権構成を採用したものと解する。

同項が管財人に契約の履行の権能を認める目的は、管財人が破産手続開始の效果に拘

束されず、相手方に対する完全な給付の提供と引き替えに、財団に有利な内容の契約上の相手方の給付を財団に取り込むことを可能にするためである。その相手方の給付は、破産財団の新たな利益であって破産債権者全体の利益となるため、対価として、相手方への満足を破産債権者に共同で負担させるべきである。したがって、同法 148 条 1 項 7 号は、管財人が契約の履行の選択をなしたとき、相手方の請求権が財団債権である旨を規定する。なお、債務として負担する給付が可分の場合は、相手方の未受領給付のうち、破産財団に新たな利益とみられる未履行給付にかかる反対給付請求権のみが財団債権と格上げされるべきであり、これに対し、それ以外の未受領給付の請求権は、相手方が破産手続開始前に先履行した給付の対価として、破産法の一般規律にしたがい、破産債権とされる以外にない。

同項が管財人に消極的選択たる契約の解除権を認める目的も、破産財団の利益を図るためであることから、積極的選択の場合と同様に、破産財団の利益の対価として、相手方の原状回復請求権を破産債権者に共同で負担させるべきである。したがって、同法 54 条 2 項は、管財人が契約の解除の選択をなしたとき、相手方の原状回復請求権が財団債権である旨を規定する。また、このときの相手方の損害賠償請求権は、性質上、その原状回復請求権と同様に、財団の新たな利益の対価であるから、本来であれば、財団債権として取り扱われるわけであるが、管財人に特別の権能である解除権を付与した本旨が没却されないように、同条 2 項は、相手方の損害賠償請求権を破産債権に格下げした。

また、同法 53 条 1 項に規定している双方未履行双務契約、すなわち、原則規定の適用対象は、「双務契約」および「双方未履行」という二つの要件を備えていなければならない。「双務契約」とは、破産手続開始後でも存続しうる、破産財団に関する、民法上の双務契約を意味する。いうまでもなく、「双方」とは債務者およびその相手方のことをいう。「未履行」とは、主たる給付義務の未履行および従たる給付義務の未履行を指すが、付随義務の未履行が含まれない。

第 3 節 残された課題

以上のとおり、本稿は、「破産法上の双方未履行双務契約の取扱いに関する研究」を題名とするものであるが、原則規定を中心として、日本法の解釈論を試みてきた。個別契約の性質に応じて原則規定の適用が排除されるべきものと考えられることがありうる。

そこで、法は、いくつかの契約類型について、特則を設けている。もっとも、明文の特則がある契約類型について議論が定着しているというわけではなく、また、法が網羅的に特質のある契約類型のすべてを取り上げることが考えられず、明文の特則がない契約類型、とりわけ、すでに出現し、あるいは出現することが予想される新種契約について、より解釈論の深化が待たれる。破産法上の個別契約類型の取扱いを今後の課題として、研究を続けていきたい。

参考文献

1. 日本語文献

- 『最高裁判所判例解説民事篇平成12年度(上)』(法曹会、2013年)
- 青山善充ほか『破産法概説(新版増補版)』(有斐閣、2000年)
- 荒木隆男「一八七四年ドイツ破産法草案理由書(1)」*亜細亜法學* 21巻1号(1986年)
- 今中利昭「最近のゴルフ会員権契約関係をめぐる重要判例」*金融・商事判例* 1094号(2000年)
- 磯部四郎『大日本商法：破産法(明治26年) 釈義(復刻版)』(信山社、1996年)
- 伊藤眞「継続的供給契約と倒産処理：不安の抗弁権の再構成」*判例時報* 1074号(1983年)
- 伊藤眞「船舶共有制度と会社更生法上の双方未履行」田辺光政編『最新倒産法・会社法をめぐると実務上の諸問題：今中利昭先生古稀記念』(民事法研究会、2005年)
- 伊藤眞『破産法・民事再生法(第3版)』(有斐閣、2014年)
- 伊藤眞ほか『条解破産法(第2版)』(弘文堂、2014年)
- 稲田和也「不安の抗弁権の条文化に関する若干の検討：中国契約法における不安の抗弁権規定を参考として」*法律時報* 81巻8号(2009年)
- 井上操『改正商法(明治26年) 述義：會社法・手形法・破産法(復刻版)』(信山社、2009年)
- 宇田一明「ゴルフ会員の破産と会社の預託金返還の法理：破産法上の「双方未履行債務」の意義」平出慶道先生・高窪利一先生古稀記念論文集編集委員会編『現代企業・金融法の課題：平出慶道先生・高窪利一先生古稀記念論文集(上巻)』(信山社、2001年)
- 内田貴『契約の時代：日本社会と契約法』(岩波書店、2000年)
- 内田貴『債権各論(第3版)』(東京大学出版会、2011年)
- 近江幸治『民法講義IV 債権総論(第3版補訂)』(成文堂、2014年)
- 近江幸治『民法講義V 契約法(第3版)』(成文堂、2006年)
- 岡正晶「倒産手続開始後の相手方契約当事者の契約解除権と相殺権」高橋宏志ほか

- 編『民事手続の現代的使命：伊藤眞先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2015年）
- 奥田昌道『紛争解決と規範創造：最高裁判所で学んだこと、感じたこと』（有斐閣、2009年）
- 加々美博久「双方未履行双務契約」東京弁護士会倒産法部編『倒産法改正展望』（商事法務、2012年）
- 加藤哲夫『破産法（第6版）』（弘文堂、2012年）
- 加藤正治『独逸破産法Ⅰ』（有斐閣、1920年）
- 金子宏直「破産法五九条一項による解除権の制限と基準」伊藤眞ほか編『権利実現過程の基本構造：竹下守夫先生古稀祝賀』（有斐閣、2002年）
- 河野正憲「双務契約一般」櫻井孝一ほか編『倒産処理法制の理論と実務』（経済法令研究会、2006年）
- 木川裕一郎『ドイツ倒産法研究序説』（成文堂、1999年）
- 木村真也「各種契約類型と当事者の倒産に関する規律」倒産法改正研究会編『続々提言倒産法』（金融財政事情研究会、2014年）
- 渠涛「中国物権変動制度に関する一考察」名古屋大学法政論集 227号（2008年）
- 工藤敏隆「倒産解除条項の倒産手続における効力」法学政治学論究 81号（2009年）
- 栗田隆「破産法と双務契約・片務契約の終了：破産手続開始前に解除された双務契約および使用貸借契約を中心に」関西大学法学論集 65巻1号（2015年）
- 齋藤常三郎『獨逸民事訴訟法Ⅳ破産法・和議法』（有斐閣、1956年）
- 坂田宏「継続的供給契約」山本克己=瀬戸英雄=山本和彦編『新破産法の理論と実務』（判例タイムズ社、2008年）
- 佐藤鉄男「双方未履行の双務契約」山本克己=瀬戸英雄=山本和彦編『新破産法の理論と実務』（判例タイムズ社、2008年）
- 潮見佳男『債権各論Ⅰ契約法・事務管理・不当利得（第2版）』（新生社、2012年）
- 潮見佳男『債権総論（第4版）』（信山社、2012年）
- 霜島甲一『倒産法体系』（勁草書房、1990年）
- ジェフ・フェリエル=エドワード・J・ジャンガー著、米国倒産法研究会訳『アメリカ倒産法（上巻）』（レクシスネクシス・ジャパン、2011年）

- ジェフ・フェリエル=エドワード・J・ジャンガー著、米国倒産法研究会訳『アメリカ倒産法（下巻）』（レクシスネクシス・ジャパン、2012年）
- 商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）』（商事法務、2013年）
- 宗田親彦『破産法概説（新訂第4版）』（慶應義塾大学出版会、2008年）
- 園尾隆司『民事訴訟・執行・破産の近現代史』（弘文堂、2009年）
- 高井章光「双方未履行双務契約に関する提言」倒産法改正研究会編『倒産法改正への30講：倒産実務の諸問題と改正提言』（倒産実務研究会、2013年）
- 高木新二郎『アメリカ連邦倒産法』（商事法務研究会、1996年）
- 田頭章一「倒産法における契約の処理：双方未履行双務契約の基本原則、賃貸借・請負・雇用」ジュリスト1111号（1997年）
- 田頭章一「和議手続における双方未履行双務契約の処理：継続的供給契約を中心に」岡山大学法学会雑誌40巻3・4号（1991年）
- 竹内康二「双務契約再考：売主の本旨履行請求の要件事実と双方未履行解除をめぐって」伊藤眞ほか編『民事司法の法理と政策：小島武司先生古稀祝賀（上巻）』
- 竹内康二『倒産実体法の契約処理』（商事法務、2011年）
- 竹内康二「破産管財人の選択権」竹下守夫=藤田耕三編集代表『破産実体法』（青林書院、2015年）
- 竹下守夫監修『破産法比較条文の研究』（信山社、2014年）
- 竹下守夫編集代表『大コンメンタール破産法』（青林書院、2007年）
- 谷口安平『倒産処理法（第2版）』（筑摩書房、1980年）
- 赫高規「双方未履行双務契約」田邊光政編集代表『会社法・倒産法の現代的展開：今中利昭先生傘寿記念』（民事法研究会、2015年）
- 赫高規「破産法上の双務契約の規律についての改正提案および解釈論の提案：規律根拠の再検討を踏まえて」倒産法改正研究会編『続々提言倒産法』（金融財政事情研究会、2014年）
- 道垣内弘人「双務契約の各債務の牽連関係について」法学教室285号（2004年）
- 中井康之「民法改正と倒産法：双務契約の一方当事者に倒産手続が開始した場合の

- 規律について」倒産法改正研究会編『続提言倒産法』（金融財政事情研究会、2013年）
- 中島弘雅「各種契約の取扱い」ジュリスト 1236号（2002年）
- 中島弘雅『体系倒産法 I 破産・特別清算』（中央経済社、2007年）
- 中田淳一『破産法・和議法』（有斐閣、1959年）
- 中田裕康「契約当事者の倒産」野村豊弘『倒産手続と民事実体法』別冊 NBL60号（2000年）
- 中田裕康「契約法から見た双方未履行双務契約：損害賠償を伴う解除権」能見善久ほか編『民法の未来：野村豊弘先生古稀記念論文集』（商事法務、2014年）
- 中田裕康『債権総論（第3版）』（岩波書店、2014年）
- 中西正「双方未履行双務契約の破産法上の取り扱い」徳田和幸ほか編『現代民事司法の諸相・谷口安平先生古稀祝賀』（成文堂、2005年）
- 八木良一「いわゆるフルペイアウト方式によるファイナンス・リース契約によりリース物件の引渡しを受けたユーザーにつき会社更生手続の開始決定があった場合における未払のリース料債権の性質（平成7.4.14最高二小判）」最高裁判所判例解説（民事篇）平成7年度上巻（1998年）
- 服部宏志「ゴルフ会員権の法理と民事再生法による処理実務」債権管理 90号（2000年）
- 原秀六「未履行契約の処理に関する破産管財人の権利および義務」彦根論叢 324号（2000年）
- ハンス・プリュッティング著、三上威彦訳「ドイツにおける近時の判例にみられる倒産管財人の選択権：倒産法一〇三条をめぐって」慶應法学 6号（2006年）
- 東島敏明「倒産手続と双方未履行の双務契約」田辺光政編『最新倒産法・会社法をめぐる実務上の諸問題：今中利昭先生古稀記念』（民事法研究会、2005年）
- 深山雅也「破産申立解除特約の効力」山本克己ほか編『新破産法の理論と実務』（判例タイムズ社、2008年）
- 福岡真之介=金春『中国倒産法の概要と実務』（商事法務、2011年）
- 福永有利「破産法第59条による契約解除と相手方の保護」法曹時報 41巻6号（1989年）

- 福永有利「破産法第 59 条の目的と破産管財人の選択権」北大法学論集 39 巻 5-6 号
(上) (1989 年)
- 福永有利「ファイナンス・リース契約と倒産法」判例タイムズ 507 号 (1983 年)
- 藤田広美『破産・再生』(弘文堂、2012 年)
- ヘンリー・サムナー・メイン著、安西文夫訳『古代法 (復刻版)』(信山社、1990 年)
- 法務省民事局参事官室編『倒産法制に関する改正検討課題：倒産法制に関する改正
検討事項とその補足説明』(商事法務研究会、1999 年)
- 法務省民事局参事官室編『破産法等の見直しに関する中間試案と解説』(商事法務研
究会、2002 年)
- 升田純「現代型取引をめぐる裁判例 (33)」判例時報 1704 号 (2000 年)
- 松岡義正『破産法 (明治 32 年) 講義：完 (復刻版)』(信山社、2002 年)
- 松下淳一「契約関係の処理」別冊 NBL69 号 (2002 年)
- 松下淳一「契約関係の処理」NBL734 号 (2002 年)
- 松下淳一『民事再生法入門 (第 2 版)』(有斐閣、2014 年)
- 松田安正『リースの理論と実務』(商事法務研究会、1984 年版)
- 三上威彦『ドイツ倒産法改正の軌跡』(成文堂、1995 年)
- 水野錬太郎『破産法 (復刻版)』(信山社、2012 年)
- 水野錬太郎『破産法綱要 (復刻版)』(信山社、2009 年)
- 水元宏典「倒産解除特約の効力論序説：ドイツ法の素描」伊藤眞ほか編『民事手続
法学の新たな地平：青山善充先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、2009 年)
- 水元宏典『倒産法における一般実体法の規制原理』(有斐閣、2002 年)
- 水元宏典「破産および会社更生における未履行双務契約法理の目的 (一)」法学志林
93 巻 2 号 (1995 年)
- 水元宏典「破産および会社更生における未履行双務契約法理の目的 (二・完)」法学
志林 93 巻 3 号 (1996 年)
- 宮川知法「破産管財人の否認権と解除権の比較検討」民事訴訟雑誌 41 号 (1995 年)
- 宮川知法『破産法論集』(信山社、1999 年)
- 宮川知法「破産法五九条等の基本的理解—全体的公平の考慮による覚え書き—」法

学雑誌 37 卷 1 号 (1990 年)

宮崎乾朗=林泰民=北浦一郎「預託金制ゴルフ会員契約と破産法 59 条 1 項」債権管理 90 号 (2000 年)

山本戸克己『破産法』(青林書院、1974 年)

山本和彦ほか『倒産法概説 (第 2 版補訂版)』(弘文堂、2015 年)

山本克己編著『破産法・民事再生法概論』(商事法務、2012 年)

山本克己=小久保孝雄=中井康之編『新基本法コンメンタール 破産法』(日本評論社、2014 年)

山本敬三『民法講義Ⅳ－1 契約』(有斐閣、2011 年)

山本弘「年会費の定めのある預託金会員制ゴルフ場の会員が破産した場合の破産管財人による破産法 59 条 1 項による会員契約の解除の可否」ジュリスト 1202 号 (2001 年)

吉野正三郎『ドイツ倒産法入門』(成文堂、2007 年)

劉穎「中国倒産法上の双方未履行双務契約法理：日本法との比較を中心に」法学新報 121 卷 3・4 号 (2014 年)

劉穎「中国倒産管財人制度に関する一考察」中央大学大学院研究年報 (法学研究科篇) 42 号 (2012 年)

ロエスレル氏起稿、司法省訳『商法草案・下巻 (復刻版)』(新青出版、1995 年)

我妻榮『債権各論 上巻 (民法講義 V₁)』(岩波書店、1954 年)

我妻榮ほか『コンメンタール民法：総則・物権・債権 (第 3 版)』(日本評論社、2013 年)

2. 日本の裁判例

[大審院]

大判大 10・9・26 民録 27 輯 1627 頁。

[最高裁判所]

最判昭 57・3・30 判タ 469 号 181 頁。

最判昭 62・11・26 民集 41 卷 8 号 1585 頁。

最判平 7・4・14 民集 49 卷 4 号 1063 頁。

最判平 12・2・29 判夕 1126 号 110 頁。

最判平 12・3・9 判夕 1128 号 159 頁。

最判平 20・12・16 判夕 1295 号 183 頁。

[高等裁判所]

大阪高判平 8・7・4 判時 1577 号 94 頁。

大阪高判平 10・2・24 金商 1094 号 21 頁。

[地方裁判所]

東京地判平 2・12・20 判夕 757 号 205 頁。

大阪地判平 7・9・8 判時 1552 号 96 頁。

大阪地判平 9・9・17 金商 1094 号 22 頁。

東京地判平 12・2・24 金商 1092 号 22 頁。

東京地判平 18・3・28 判夕 1230 号 342 頁。

札幌地判平 25・3・27 金法 1972 号 104 頁。

3. 中国語文献

陈军、涂崇义：《〈破产法〉第 18 条解析——从一个案例论〈破产法〉第 18 条规定》，载中华全国律师协会编：《全国律协经济专业委员会 2010 论坛（成都）论文集》。

陈卫佐译注：《德国民法典（第 2 版）》，法律出版社 2006 年版。

崔建远主编：《合同法（第 5 版）》，法律出版社 2010 年版。

崔建远：《解除效果折衷说之评论》，《法学研究》，2012 年第 2 期。

崔建远：《解除权问题的疑问与释答》，《政治与法律》，2005 年第 4 期。

大卫·G·爱泼斯坦、史蒂夫·H·尼克勒斯、詹姆斯·J·怀特：《美国破产法》，韩长印等译，中国政法大学出版社 2003 年版。

董涛：《破产程序中知识产权许可协议“法律待遇”问题研究——美国的经验及对中国的启示》，《政治与法律》，2008 年第 10 期。

杜景林、卢谌：《德国支付不能法》，法律出版社 2002 年版。

段庆华：《试论破产企业未履行合同的处理——兼与林晓同志商榷》，《当代法学》，1989 年第 1 期。

范健、王建文：《破产法》，法律出版社 2009 年。

- 冯果、洪治纲：《论美国破产法之金融合约安全港规则》，《当代法学》，2009年第3期。
- 韩长印：《破产理念的立法演变与破产程序的驱动机制》，《法律科学》，2002年第4期。
- 韩长印：《破产宣告对未履行合同的效力初探》，《法商研究》，1997年第3期。
- 韩长印：《企业破产立法目标的争论及其评价》，《中国法学》，2004年第5期。
- 韩世远：《合同法总论（第3版）》，法律出版社2012年版。
- 蒋逊明、朱雪忠：《被许可人破产时专利实施许可合同的处理探析》，《知识产权》，2006年第5期。
- 莱因哈德·波克：《德国破产法导论》，王艳柯译，北京大学出版社2014年版。
- 兰晓为：《破产法上的待履行合同研究》，人民法院出版社2012年版。
- 李国光主编：《新企业破产法条文释义》，人民法院出版社，2006年版。
- 李曙光，宋晓明主编：《〈中华人民共和国企业破产法〉制度设计与操作指引》，人民法院出版社2006年版。
- 李永军：《合同法》，法律出版社2004年版。
- 李永军：《论破产管理人合同解除权的限制》，《中国政法大学学报》，2012年第6期。
- 李永军：《破产法：理论与规范研究》，中国政法大学出版社2013年版。
- 李永军编：《破产法》，中国政法大学出版社2009年版。
- 联合国国际贸易法委员会：《破产法立法指南》，纽约2006年中文版。
- 廖凡：《美国破产法金融合约例外条款评析》，《证券市场导报》，2007年第5期。
- 林晓：《试论破产企业合同的履行》，《当代法学》，1988年第2期。
- 刘廷华：《破产程序中待履行合同的履行》，《南京航空航天大学学报（社会科学版）》，2010年第4期。
- 刘颖：《反思〈破产法〉对合同的处理》，《现代法学》2016年第3期。
- 刘颖：《论破产法第18条中“合同”的界定——以美、德、日的判例与学说为借鉴》，《判解研究》2014年第4辑。
- 罗培新：《破产法》，上海人民出版社2009年版。
- 齐树洁主编：《破产法研究》，厦门大学出版社2004年版。
- 屈茂辉、张红：《继续性合同：基于合同法理与立法技术的多重考量》，《中国法学》，2010年第4期。

- 渠涛：《最新日本民法》，法律出版社 2006 年版。
- 孙宏涛、何睿：《浅论破产宣告对未履行合同的影响》，《淮阴工学院学报》，2006 年第 4 期。
- 孙应征主编：《破产法法律原理与实证解析》，人民法院出版社 2004 年版。
- 汤维建：《修订我国破产法律制度的若干问题思考》，《政法论坛》，2002 年第 3 期。
- 王利明编：《中国民法典学者建议稿及立法理由（债法总则编、合同编）》，法律出版社 2005 年版。
- 王利明、房绍坤、王轶：《合同法（第 3 版）》，中国人民大学出版社 2010 年版。
- 王卫国：《略论新破产法起草的几个目标》，《政法论坛》，2002 年第 3 期。
- 王卫国：《破产法精义》，法律出版社 2007 年版。
- 王欣、齐明：《论待履行合同在破产程序中的处分》，《东北大学学报（社会科学版）》，2012 年第 5 期。
- 王欣新：《破产法学》，中国人民大学出版社 2004 年版。
- 王欣新：《破产法（第 2 版）》，中国人民大学出版社 2007 年版。
- 王欣新、乔博娟：《论破产程序中未到期不动产租赁合同的处理方式》，《法学杂志》，2015 年第 3 期。
- 王欣新、余艳萍：《论破产程序中待履行合同的处理方式及法律效果》，《法学杂志》，2010 年第 6 期。
- 王泽鉴：《民法学说与判例研究（第六册）》，中国政法大学出版社 1998 年版。
- 王泽鉴：《债法原理 1：基本原理·债之发生》，中国政法大学出版社 2001 年版。
- 王治江：《美国破产法中的待履行合同》，《黑龙江省政法管理干部学院学报》，2003 年第 2 期。
- 吴庆宝、王建平主编：《破产案件裁判标准规范》，人民法院出版社 2009 年版。
- 许德风：《论破产中尚未履行完毕的合同》，《法学家》，2009 年第 6 期。
- 许德风：《破产法论：解释与功能比较的视角》，北京大学出版社 2015 年版。
- 徐辉、冀宗儒编著：《破产法案例评析》，对外经济贸易大学出版社 2011 年版。
- 郑金玉、王嘎利：《破产宣告对租赁合同的效力》，《政法论丛》，2003 年第 4 期。
- 张钦昱：《论融资租赁中的破产》，《政法论坛》，2013 年第 5 期。

张钦昱:《论许可人破产时对知识产权许可协议的处理》,《经济纵横》,2014年第2期。

张新宝:《侵权责任法学:从立法论向解释论的转变》,《中国人民大学学报》,2010年第4期。

邹海林、常敏:《债权担保的方式和应用》,法律出版社1998年版。

4. 中国の裁判例

“面粉厂管理人诉湖北金华麦面租赁合同纠纷案”。河南省武陟县人民法院(2008)武民初字第657号。引自北大法宝。

“XX公司上海分行诉司XX等金融借款合同纠纷案”。上海市浦东新区人民法院(2008)浦民二(商)初字第4385号。引自北大法宝。

“安阳信益电子玻璃有限公司破产案件管理人诉北京绿柱石电镀设备有限公司承揽合同纠纷案”。河南省安阳市中级人民法院(2009)安破民字第2号。引自北大法宝。

“河南惠浦科技有限公司、郑州恒昊玻璃技术有限公司因与河南裕华置业有限公司财产损害赔偿纠纷案”。河南省郑州市中级人民法院(2011)郑民一终字第975号。引自北大法宝。

“李瑞麟与开封市第二招待所破产清算组租赁合同纠纷案”。河南省开封市中级人民法院(2009)汴民终字第586号。

5. 欧文文献

Alan Schwartz, *Case for Specific Performance*, 89 Yale L.J. 271(1979)

Anthony T. Kronman, *Specific Performance*, 45 U. Chi. L. Rev. 351(1978)

Brian A. Blum, *Bankruptcy and Debtor/Creditor*, 6th ed., New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013

Countryman, *Executory Contracts in Bankruptcy*, 57 Minn. L. Rev. (1973)

David G. Epstein, *Bankruptcy and related law in a nutshell*, 6th ed., St. Paul, Minn.: West, 2002

David G. Epstein & Steve H. Nickles & James J. White, *Bankruptcy*, St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1993

Douglas G. Baird, *The elements of bankruptcy*, 3rd ed., New York, N.Y.: Foundation Press,

2001

Friedrich Kessler & Grant Gilmore & Anthony T. Kronman, *Contracts: cases and materials*, 3rd ed., Boston: Little, Brown, 1986

Jay Lawrence Westbrook, *A Functional Analysis of Executory Contracts*, 74 Minn. L. Rev. 227 (1989)

Jeff Ferriell & Edward J. Janger, *Understanding bankruptcy*, 3rd ed., New Providence, N.J.: LexisNexis, 2013

Jesse M. Fried, *Executory Contracts and Performance Decisions in Bankruptcy*, 46 Duke L.J. 517 (1996)

John J. Creedon & Robert M. Zinman, *Landlord's Bankruptcy: Laissez Les Lessees*, 26 Bus. Law. 1391 (1971)

Kenneth Ayotte, *Leases and Executory Contracts in Chapter 11*, 12 Journal of Empirical Legal Studies 637(2015)

Lawrence P. King et al. (eds.), *Collier on Bankruptcy*, 15th ed., New York: M. Bender, 1988

Morris G. Shanker, *Treatment of Executory Contracts and Leases in the 1978 Bankruptcy Code*, 25 Practical Lawyer 11(1979)

Reinhard Bork, *Einführung in das Insolvenzrecht*, Mohr Siebeck, 5. Aufl., 2009

Report of the Commission on the Bankruptcy Laws of the United States H.R. Doc. No.137, 93d Cong., 1st Sess. (pt. 1) (1973)

Thomas H. Jackson, *The logic and limits of bankruptcy law*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1986

United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law: Parts One and TWO (2004)*, United Nations New York, 2005

United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law: Part Three (2010)*, United Nations New York, 2012

United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law: Part Four (2013)*, United Nations New York, 2013

6. 欧米の裁判例

61 B.R. 317(N.D.III 1986)

BGHZ 58, 246

Central Trust co. v. Chicago Auditorium Ass'n, 240 U.S., 581, 592(1916)

In re Booth, 19 B. R. 53 (Bankr. D. Utah 1982)

In re Jackson Brewing Company, 567 F.2d 618 (5th Cir.1978)

In re Tilco, 558 F.2d 1369 (10th Cir.1977)

Shopmen's Local Union No. 455 v. Kevin Steel Prods., Inc., 519 F.2d 698 (2d Cir. 1975)