

氏名（生年月日）	劉 ^{リュウ} 穎 ^{エイ} （1985年7月26日）
学位の種類	博士（法学）
学位記番号	法博甲第117号
学位授与の日付	2016年7月29日
学位授与の要件	中央大学学位規則第4条第1項
学位論文題目	破産法上の双方未履行双務契約の取扱いに関する研究
論文審査委員	主査 木川 裕一郎 副査 猪股 孝史・秦 公正

内容の要旨及び審査の結果の要旨

はじめに

劉穎氏から提出された学位請求論文『破産法上の双方未履行双務契約の取扱いに関する研究』（以下「本論文」という。）について、3名の委員（主査：木川裕一郎委員、副査：猪股孝委員、秦公正委員）による審査を実施した。各委員は、同氏により提出され、6月17日開催の法学研究科委員会で正式に受理された学位請求論文を2週間の時間を掛けて審査した後、2016年7月1日に中央大学多摩キャンパス2号館2565号室において公開で1時間40分の時間を費やして口頭試問を実施した。その結果、審査担当委員3名は、同氏に対する博士（法学）の学位授与を可とするとの結論に至ったので、以下のとおり、同論文の内容を中心として、審査報告を行うものである。

以下では、本論文の構成を紹介し（下記一）、内容について、概観したうえで（下記一から七）、主として、問題意識の適切性・独自性、研究方法の適切性、論文構成の適切性・明確性、結論の妥当性・独自性、先行研究に対する検討度、専門用語の理解度とその使用の適切性、註・参考文献の提示方法の適切性、論文の学問的・社会的意義の観点から審査する（下記八）。なお、データの信頼性・図表の正確性・適切性については、本論文の内容に含まれないので評価項目外とした。以上を踏まえて、最後に、本論文に対する審査の結論を述べる。

一 本論文の特徴

本論文は、倒産法上の主要争点でありながらこの15年ほど議論が停滞している双方未履行双務契約に関する破産法53条につき、解釈論を確定する際に分析を要する課題を比較法的観点を参考にし、8課題に整理し（序章）、その個別課題または価値観的・論理的関連性の強い課題ごとに議論の状況を整理・分析する手法により、同条の立法趣旨および要件に関する私見を明らかにし（第2章および第3章）、最後に、同条の規律の妥当範囲を適用対象論という見地から検証することにより、同

条に関する論理一貫した解釈論の構築を目指した意欲的論文である。

二 本論文の構成

本論文の構成は、次のとおりである。

序 章

第1節 問題の所在

第1項 契約時代の到来と破産

第2項 双方未履行双務契約の規律の立法例

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

第2節 本稿の構成

第1章 双方未履行双務契約の規律の目的論

第1節 UNCITRAL 倒産法立法ガイドの列挙の立法趣旨

第2節 アメリカの議論状況

第1項 管財人の選択権の性質

第2項 管財人の選択に対する裁判所の許可の基準

第3項 小括

第3節 ドイツの議論状況

第1項 1874年ドイツ破産法草案理由書

第2項 旧法時代の学説の変遷

第3項 判例立場の変更

第4項 現行法時代の学説の動向

第5項 小括

第4節 中国の議論状況

第1項 学説の素描

第2項 中国法上の目的論に関する私見

第3項 小括

第5節 日本の学説の系譜

第1項 通説

第2項 伊藤説

第3項 福永説

第4項 霜島説

第5項 水元説

第6項 中西説

第7項 宮川説

第8項 赫説

第6節 各説の問題点の整理および分析

第1項 伊藤説について

第2項 通説および宮川説について

第3項 福永説、霜島説および水元説について

第4項 中西説について

第5項 赫説について

第7節 日本法上の目的論に関する私見

第1項 なぜ特別の規律が設けられているのか

第2項 なぜ解除権構成が採られているのか

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

第2章 双方未履行双務契約の規律の効果論

第1節 契約の履行の選択

第1項 効果

第2項 方式

第3項 相手方の不安の抗弁権

第2節 契約の解除の選択

第1項 効果

第2項 方式

第3項 相手方の催告権

第3章 双方未履行双務契約の規律の適用対象論

第1節 アメリカの判例および学説

第1項 学説

第2項 判例

第3項 小括

第2節 ドイツの判例および学説

第1項 判例

第2項 学説

第3項 小括

第3節 中国の判例および学説

第1項 判例

第2項 学説

第3項 小括

第4節 日本の判例および学説

第1項 判例

第2項 学説

第3項 小括

第5節 双方未履行双務契約の要件についての検討

第1項 「双務契約」の意義

第2項 「双方未履行」の意義

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

第2項 契約の解除の選択につき支障となる場合

第3項 各種の契約類型につき特則がある場合

終章

第1節 要約

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

第3節 残された課題

三 序章

序章において、劉氏は、現在における契約の重要性に言及したうえで、国連国際商取引法委員会が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」と指摘していることを踏まえて、契約の倒産局面における処理の重要性を指摘することにより本研究テーマの解決の必要性を論証する。

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従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。

劉氏の比較法的な考察によれば、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という。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を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、従来の議論においても明らかにされていないため、本論文は、それらを目的論上の問題として課題に設定する。

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が不十分であると評価し、本論文は、それらを目的論に関する課題として設定する。

さらに、双方未履行双務契約の定義は、これまで独立した研究の対象とされているものの、本格的な研究が日本法においてなされている訳ではない。そのため、本論文は、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、適用対象論上の課題として設定する。

四 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規律の目的論」と題する第 1 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ている。

アメリカ法では、目的論に関する正面からの議論はないが、管財人の選択権の性質および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の議論を参照して、双方未履行双務契約の処理に関するアメリカ倒産法 365 条が倒産財団の利益を図るための規定であると評価するのが一般的理解であると指摘する。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で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としたうえで、現在のドイツの通説が、ドイツ倒産法 103 条 1 項の目的を倒産財団の価値の最大化にあると解していることを明らかにした。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あることを指摘したうえで、中国における相手方からの無催告解除に関する法規制を参照して、解除権構成の有益性に着眼する。そのうえで、我が国破産法 53 条が解除権構成を採用したのは、破産手続開始後も行使しうる履行拒絶に基づく相手方の無催告解除権の行使を許すことになれば、契約の帰す方が破産管財人ではなく相手方のイニシアチブに従うことになり不都合であると指摘する。

他方において、日本の学説について、次のような評価を与える。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ているが、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とを統一的に説明する試みは、示唆的であるとする。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に決着を付けることが

できないという。すなわち、法が特別の規律を設ける必要性を明らかにするが、特別の規律の内容を合理的に説明できないという。

以上の検討から導かれた本論文の立場は、次のようにまとめることができる。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に対する結論）、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に対する結論）、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に対する結論）。

五 第 2 章「双方未履行双務契約の規律の効果論」

「双方未履行双務契約の規律の効果論」と題する第 2 章では、前章において論述した目的論に基づき、管財人による選択権行使の効果については、履行選択時の相手方履行請求権の財団債権化（破産法 148 条 1 項 7 号）、解除選択時の相手方損害賠償請求権の破産債権性（同法 54 条 1 項）、同じく、解除選択時の、相手方原状回復請求権の財団債権化（同法 54 条 2 項）に関する課題④、⑤および⑥に対する理解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課題①～③の分析を前提に統一的に検証・説明し、また、その他の解明すべき付随的問題点を示して分析している。劉氏による課題③から第⑤の分析は以下のとおりである。

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第四の見解を支持する（課題④に対する結論）。

つぎに、課題⑥の検討を先行させ、前提として、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こともない、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すると指摘する。そのうえで、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主張する。このように、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、同時履行の抗弁が放棄されているか否かという観点から、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り、かつ結論的に妥当であるとする。

そして、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関する学説を分析し、4 つの見解を指摘する。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だからであると説明する。劉氏は、第 1 章の分析を踏まえ、第四の見解を支持する（課題⑥に対する結論）。

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（課題⑤）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。本論文は、後者の見解を採用する（課題⑤に対する結論）。

以上の検討から導かれた劉氏の立場は、次のとおりである。すなわち、積極的選択（履行選択）であれ、消極的選択（解除選択）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というものである。

六 第 3 章「双方未履行双務契約の規律の適用対象論」

第 3 章「双方未履行双務契約の規律の適用対象論」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に対する結論）。「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点を指摘する。主要な争点は、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、という二つの点であるとする。その争点を分析し、かつ理由を示して導いた劉氏の結論は、以下のとおりである。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というものである（課題⑧に対する結論）。

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。劉氏は、否定説を支持するが、立法的な解決が待たれると指摘する。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。劉氏は、権利濫用や信義則等の一般法理による場合は別として、管財人の解除権行使への制限は許されるべきではないと指摘する。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、多岐にわたる個別契約類型の取扱いについては、今後の課題としたいとする。

七 終章

終章では、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を整理する。

劉氏は、改めて次の点を指摘する。すなわち、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とする。

このようなスタンスに立脚し、導いた劉氏の結論と主要な根拠は、次のとおりである。

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というものである。

八 本論文の評価

以下、博士論文審査の審査項目との関係での評価を記す。

まず、問題意識の独自性・適切性については、次の点で高い評価を与えることができる。すなわち、破産管財人の選択権を消極的選択と積極的選択に分けて議論を整理し、「目的論」という形で両者に共通する価値観を提示した点である。破産手続は破産管財人による職務遂行を中心とした手続であるが、法的安定性と迅速性が要請され、統一的価値観の提示は、その要請に応えるものである。しかし、他方で、その具体的な手法は、効果論からの分析であって、いわゆる目的論が法解釈学のなかでどう位置づけられるべきかについてのより深い分析が展開されていないために、劉氏の言う「目的論」の意味が不明確である点は否めない。

研究方法の適切性については、非常に高い評価を与えることができる。特筆すべきは、現時点での検討に際して依拠すべき法状況を、最近のドイツ、アメリカ、中国および日本の文献に自ら接して調べ上げている点である。特に、彼の母国である中国の文献のみならず、ここ 15 年ほど我が国では紹介のないドイツとアメリカの議論状況を明らかにして検討を加えている点である。

論文構成の適切性・明確性の観点から見た場合に、最初に学説上の争点を 8 つに整理し、かつその関連性を踏まえて順序を付した点およびその順序に従って議論の分析を試みた点は、これまでの論文にない優れた特徴である。ただし、第 3 章の適用対象論の一部は今後の課題として詳細な検

討から外されている点は心残りであり、その意味で論文の構成につき疑問の余地もありうるところである。しかし、少なくとも第2章までの考察と密接に関連する要件論（例えば、双方未履行の意義など）は、これまでの学説が詳細な検討を怠っていた領域であり、劉氏がこの点を第三章で明確にした点は高く評価できる。

結論の妥当性・独自性については、従前の議論との対比で評価すると非常に優れている。しかし、双務契約における同時履行の抗弁権が放棄された場合に、契約全体としての公平が崩れたと解する点（ドイツの学説も同様）については、論証が必ずしも十分になされているとはいえず、さらなる分析がなされることを期待する。

先行研究に対する検討度の点について、非常に優れている。特に、複数の見解を紹介し、分析する際には、分析・検討の明確性の観点から紹介の順序に細心の注意が見受けられる。専門用語の理解度および註・参考文献の提示方法など、論文の形式的な作法についても目立った問題はないものと思われる。

最後に、論文の学問的・社会的な意義については、審査対象論文をそのまま公表したとしても高い評価を受けることが予想されることから、疑いがないものと思料する。特に、審査対象論文の中国法を紹介・検討した部分は、「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—」と題して2014年8月に法学新報（第121巻，第3・4号，213-290頁）に発表され、倒産法分野で最も権威のある「トリプルアイ・高木賞」を受賞していることから推測することができる。

以上の審査基準に照らし、審査対象論文の内容が優れていると評価できることに鑑み、審査を担当した審査委員3名は、学位請求者たる劉穎氏に対する博士（法学）の学位授与を可と判断するものである。