

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——

劉

穎

- I はじめに
 - II 中国倒産法上の双方未履行双務契約法理の目的論
 - 1 中国の学説の状況
 - 2 日本の学説の系譜
 - 3 各説の問題点の整理及び検討
 - 4 私見
 - III 中国倒産法上の双方未履行双務契約法理の効果論
 - 1 契約の履行の選択
 - 2 契約の解除の選択
 - IV 中国倒産法上の双方未履行双務契約法理の適用対象論
 - 1 一般規定の適用対象
 - 2 継続的給付契約に関する特則
 - V むすびにかえて
 - 1 中国法についてのまとめ
 - 2 日本法への示唆
- 中国倒産法上の双方未履行双務契約法理(劉)

I はじめに

倒産手続開始当時、債務者及びその相手方が共にまだ履行を完了していない双務契約は、講学上、「双方未履行双務契約」と称される。このような契約の取り扱いについては、日本破産法は、破産債権もしくは破産財団に関する一般の規律ではなく、特別の規律を設けている。すなわち、管財人は、契約の履行又は解除の選択権を与えられている。これにより、双方未履行双務契約の法理は形成される。二〇〇七年六月一日から施行された「中華人民共和国企業倒産法」(以下、「中国倒産法」という。)も、日本法に倣い、双方未履行双務契約について、以下のように規定を設けている。まず、同法一八条は、双方未履行双務契約に関する一般規定を置いている。

「1 倒産手続開始の申立てが裁判所に受理された後は、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、債務者及びその相手方が共にまだ履行を完了していない双務契約について、解除又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二ヶ月以内に相手方に通知しないか、又は相手方から催告を受けた日から三〇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。」次に、同法四二条一号は、管財人が契約の履行の選択をなした場合における相手方の請求権の処遇について、規定

している。すなわち、

「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で、以下に掲げるものは、共益債権とする。⁽²⁾

一 管財人又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権」

更に、同法五三条は、管財人が契約の解除を選択した場合における相手方の損害賠償請求権の処遇について、以下のように規定している。

「管財人又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、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。」

これらの規定からみると、中国法上の双方未履行双務契約法理は、主として以下の二つの比較法的特徴が挙げられるよう。

第一に、中国法は、管財人の消極的選択の態様について、アメリカ法やドイツ法のような履行拒絶構成を採つておらず、⁽⁴⁾日本法と同様の解除構成を採っている（日本破産法五三条一項）。

第二に、管財人が契約の解除を選択した場合の効果については、明文の規定を置いている日本法と異なり（日本破産法五四条）、中国法は、この場合における相手方の損害賠償請求権が倒産債権である旨を定めているが、契約の解除に伴い、原状回復がされるか否かについては、条文中極めて不明確である。

このような立法状況の下では、双方未履行双務契約法理の効果論、特に管財人が契約の解除を選択した場合には原状回復がされるか否か、更に原状回復がされると仮定した場合は相手方の原状回復の請求権が倒産債権か共益債権かについて、見解の対立が生ずる。もしこれを解釈論に委ねるとすれば、その前提として、双方未履行双務契約法理の

目的論を解明し、特に中国法が履行拒絶構成ではなく、解除構成を採用した趣旨を明らかにすることが必要となる。しかし、中国では、双方未履行双務契約法理の目的論は、一つの研究分野として確立しておらず、従来の研究においては、目的論に触れた極僅かな論考も、双方未履行双務契約に関する規律が倒産財団もしくは倒産債権者の利益保護のためのものであるという結論しか示さず⁽⁵⁾、その根拠を明らかにしていない。これに対し、双方未履行双務契約についてほぼ中国と同様の法律構成を採用する日本では、古くから、目的論に関する議論が盛んに行われてきた。そのため、本稿は、日本の学説を考察した上で、中国法下の目的論の構成を試み、更に、その目的論に基づいて効果論を導くこととしたい。また、中国では、司法において双方未履行双務契約の一般則である倒産法一八条が適用される契約についてさえ基本的な見解の一致がみられないという現状の下、双方未履行双務契約の定義への理解を深めることが急務となる。他方、日本では、双方未履行双務契約法理の目的論、効果論及び適用対象論のいずれについ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、効果論及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⁽⁶⁾。本稿は、中国法をテーマとするにもかかわらず、体系的な研究であること、また、場合によってドイツ法やアメリカ法をも考察の対象に入れることから、日本法にとつても有益な視座を提供できると思われる。

本稿は、上記の目的に達するために、次のような構成をとる。まず、第二章において、双方未履行双務契約法理の目的論に関する中国の学説の状況を紹介しつつ、日本の各説を系譜的に考察し、その問題点を整理した上で、私見を展開する。次に、第三章において、その目的論に基づいて契約の履行の場合及び契約の解除の場合の効果を体系的に説明する。また、第四章において、ドイツ、日本及びアメリカの立法、判例及び学説を参考に、双方未履行双務契約

に関する一般規定の適用対象を明らかにする。最後に、第V章において、中国法上の双方未履行双務契約法理の目的論、効果論及び適用対象論を関連付けてまとめ、また、日本法への示唆を抽出する。

II 中国倒産法上の双方未履行双務契約法理の目的論

1 中国の学説の状況

双方未履行双務契約の法理を正確に理解するには、その立法目的を解明することが第一歩となる。中国の学説において、主に以下のような見解がある。

「管財人を選択権を与えるのは、倒産財団の価値の最大化及び債務者の弁済能力の回復を図る趣旨である。」⁽⁷⁾

「倒産法が管財人にこの権限を与えるのは、管財人に、倒産財団の負担となる契約から解放し、倒産財団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、倒産財団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。」⁽⁸⁾

要するに、中国の学説は、双方未履行双務契約法理の立法目的が倒産財団又は倒産債権者の利益の保護にあるとするが、なぜこういう結論を導くに至ったかに関して、その論証がほとんどみられない。これに対し、双方未履行双務契約について中国とほぼ同様の法律構成を採っている日本では、目的論に関する問題意識が高く、また、学説の蓄積も豊富である。

日本では、双方未履行双務契約法理の目的に関して、かつて通説が形成されていたが、一九八〇年代から、伊藤眞教授、福永有利教授、霜島甲一教授、水元宏典教授により、通説に対して新たな見解が続々と示され、続いて、宮川知法教授により、これらの有力説に対応して通説の再構成が提唱され、二十一世紀以降、中西正教授により、有力説側の新たな見解が示されている。現在では、議論は百家争鳴の様相を呈している。

(1) 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ぬのに反し、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）に甘んじなければならぬ理である。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、互いに対価の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の選択権を認めることによって、（中略）相手方の保護をはかっているのである。」⁽¹⁰⁾

通説は、双方未履行双務契約法理の目的は、「破産的配当対完全履行⁽¹¹⁾」という相手方にとって不公平な結果の回避

にあるとする。相手方が自己の債務を完全に履行しなければならぬのは、その同時履行の抗弁権によって履行の請求を拒否できないためであると解すると、通説は、その前提として、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・停止することを示唆するのであろう。

(2) 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。

「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側に立つ破産管財人は、解除権を付与されることによって、従前の契約上の地位より有利な法的地位を与えられる。」⁽¹²⁾

双方未履行双務契約法理の目的につき伊藤説が管財人の解除権のみを強調するのは次のような理解に基づく。

「相手方の権利は、本来破産債権とされるべきものが立法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、従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。」⁽¹³⁾

このとおり、相手方の権利が本来財団債権であるため、管財人は、手続開始後において、手続によらないで相手方に対して債務を履行することができる。すなわち、たとえ日本破産法五三条一項がないと仮定しても、管財人は依然

として積極的選択をなすことができる以上、同項の目的は、管財人に解除権という特別な権限を与える点のみにあると考えることになる。

なお、伊藤説は、相手方の同時履行の抗弁権と破産手続の開始との関係について、「破産管財人によって履行が選択されたときには、従前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。」¹⁴と説いており、通説と反対に、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・停止しないことを明らかにした。

(3) 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・停止しないとした上で、次のような不都合を指摘する。¹⁵

「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上でないと、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（現行破産法五三條）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る。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、同時に財団の方から反対給付又は相当の担保を提供しない限り、不安の抗弁権によって履行を拒絶されることになる。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得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（現行破産法五三條）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、という方法を選んだ。⁽¹⁶⁾

このとおり、福永説は、双方未履行双務契約法理の目的は、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又は不安の抗弁権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」⁽¹⁷⁾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、更に、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實質的に増大させる途を開くことを第一の目的としたものとみられる。破産管財人へ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らう。」¹⁸⁾

「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。」¹⁹⁾

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、従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⁽²⁰⁾と考えるべきであろう。」と説く。

(4) 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⁽²¹⁾。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、又は契約を解除することができるができないにもかかわらず、自分の方の利益に従って管財人の履行請求又は合意解除に応じることができないことになる。「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ャチブをとれないことになる⁽²²⁾」そこで、霜鳥説は、双方未履行双務契約法理の目的は、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とする⁽²³⁾。

(5) 水元説

水元宏典教授は、福永説及び霜鳥説と同様に、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、又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で、福永説及び霜鳥説とは異なる。すなわち、水元説によれば、「片すくみ」は生じることができるとする点で、福永説及び霜鳥説とは異なる⁽²⁴⁾。

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、管財人のイニシャ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法理の目的であるとする⁽²⁵⁾。

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法

理の目的ではないと説く。⁽²⁶⁾ 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又は財団債権として完全に履行しなければならぬことを考えれば、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限らない。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。⁽²⁷⁾

(6) 中西説

中西正教授は、双方未履行双務契約法理の特色が、第一に管財人による履行又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。⁽²⁸⁾

要するに、中西説は、双方未履行双務契約の法理を、双務契約の対価関係を保護するための規律とした上で、対価関係を保護する根拠を明らかにした。

(7) 宮川説

宮川知法教授はまず、従前の通説及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ものは、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さないとみなす特別の政策判断に基づく必要がある、且つ「破産の破産」を引き起こす危険のない場合に限って初めて、許されるべきと指摘する⁽²⁹⁾。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、五九条（現行破産法五三条）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、十六条（現行破産法一〇〇条）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、五九条（現行破産法五三条）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、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従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、又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）、四七条七号（現行破産法一四八条一項七号）・六〇条（現行破産法五四条）（特に二項）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」⁽³⁰⁾。

宮川説は、双方未履行双務契約法理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」ともいえる。⁽³¹⁾

3 各説の問題点の整理及び検討

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法理が不存在であると仮定し、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法理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又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いと、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が妥当かについても疑わしくなる。そこで、本節では、この二つの点を明らかにしながら、各説の妥当性を分析する。

(1) 伊藤説について

伊藤説は、相手方の権利を本来財団債権であるとする点で、他の諸説と異なり、特徴的であり、その理由として、「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、従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負担すべき」と説いている。しかし、これに対しては、次のような疑問を提示することは可能であろう。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もしくは破産債権者全体に利益をもたらし得るとの判断は、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、論理が逆となってしまう。

また、「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」との伊藤説の理解も、財団債権が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旨を定める日本破産法二条七号と抵触するように思われる。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得るものと考えられることになろう。

従って、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従い、破産債権であり、管財人による履行の選択によってはじめて財団債権に昇格されるとみる方が妥当であろう。⁽³²⁾ そうすると、双方未履行双務契約法理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。

(2) 通説及び宮川説について

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。通説及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⁽³³⁾。

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ふ破産債権の間接的取立を許す結果となり、それは、個別的权利行使禁止の原則に反する⁽³⁴⁾。

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。これと全く同様に、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。⁽³⁵⁾

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如何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。⁽³⁶⁾

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（日本破産法六六条三項）、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。⁽³⁷⁾

⑥ 同時履行の抗弁権は、対価関係にある債務の相互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。⁽³⁸⁾

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。⁽³⁹⁾

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限り、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。⁽⁴⁰⁾

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、債権者による催告及び催告期間内の不履行の三つの要件が必要とされる（日本民法五四一条）。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つた場合には、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得ないことになる。しかし、履行遅滞に基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は、その同時履行の抗弁権の行使を妨げるものではない。⁽⁴¹⁾

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。⁽⁴²⁾

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對しては、立法論として批判がみられる。⁽⁴³⁾更に、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らう。⁽⁴⁴⁾

⑥ 双務契約の当事者双方の債務が対価関係にあるかは、一方当事者の債務及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る。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、⁽⁴⁵⁾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。⁽⁴⁶⁾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とはできない。

上記の消極的理由付けの他、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。⁽⁴⁷⁾

私見は、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得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に加え、同時履行の抗弁権の機能及び行使方法に基づく。すなわち、同時履行の抗弁権は、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、従つて、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牴触を生じないといえよう。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つてはじめて効果が認められるとする⁽⁴⁸⁾。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付けられるため、裁判所は、債務者側の主張を要せずに、同時履行の抗弁権及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、破産管財人からの履行請求があつたときに、相手方が何もしなくても対抗できるから、何もしないはずであり、これは、全く破産手続開始の効果と牴触を生じないとはいえる。他方、もし行使効果説に立てば、債権者からの履行請求を對抗するために、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ものではない。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でもこれを相手方に認めるものと考ええる。

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つ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」という不公平な結果が生ずるわけがなく、通説及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従い得ない。

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法理の趣旨とし、そのようなアプローチに矛盾を含んでいたといえなくとも、相当迂遠な論理といつてよい。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。

(3) 福永説、霜島説及び水元説について

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でも同時履行の抗弁権を行使し得るとすると、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法理の目的とする福永説、霜島説、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場合について別の説明を要するとも指摘されている。⁽⁵⁰⁾ 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のはいうまでもない。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、請負人は不安の抗弁権さえ有するわけではない。このような場合には、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、従って、「両すくみ」などが生じないわけである。なぜ法がこのような場合でも管財人に選択権、特に解除権を認めるかについて、福永説などの三説により説明できないから、この三説は一般的適用性を欠くものといえよう。

その他、この三説に対しては、それぞれ別の批判が可能であろう。それでは、まず、福永説について検討しよう。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法理の目的とし、更に、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構成ではなく、解除構成を採用したかを説明する必要がある。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上で、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立場をみせている。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、一つの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得ない。従って、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。

更に、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又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法理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符の付く余地がある。また、②の理由は、直ちに日本法も契約解除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構成を採用し、すなわち破産法による一般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ある。従って、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も要する。

(4) 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法理の目的とする。しかし、先にも触れたように、双方未履行双務契約法理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、相手方と管財人が共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つてよい。⁽⁵¹⁾従つて、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法理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。

4 私 見

前述のとおり、中国法と日本法は、双方未履行双務契約について、ほぼ同様の法律構成を採っているが、その目的論については、中国では、あまり議論されていないのに対し、日本では、古くから盛んに議論されてきたにもかかわらず、現在でも見解の一致がみられない。以下は、中国法下の目的論を検討した上、日本法への妥当性を分析してみよう。

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。⁽⁵²⁾債権者の利益実現のためには、管財人は、財団の管理・換価を行つたり、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及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法理は契約の選択権を管財人にも与えることから、それは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換えに、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。

逆に、契約を履行することが財団にとって有利とは考えられないときは、管財人にその履行を強いる理由はなからう。そうしたら、管財人に如何なる内容の消極的選択を認めるべき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、履行拒絶構成と解除構成との二つの立法例がある。中国法では、履行拒絶構成ではなく、解除構成を採用したのは、次のような理由に基づくものである。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、制定の当初、一九八〇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、CISG二五条のいわゆる「重大な契約違反（fundamental breach）の理論を受け入れた。具体的には、中国契約法九四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、又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、又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

この九四条の二項については、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

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。⁽⁵³⁾ 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されるかである。この点につき見解が対立するが、法が「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、この限りではない」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、その解釈にあたっては、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の拘束から解放することを意図したものであるとの考え方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理解することができる。第三は、履行期が到来した後には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⁽⁵⁵⁾。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、中国契約法下では、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は、次のように作用する。すなわち、履行拒絶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、中国契約法九四条二項に基づき、管財人に対して契約の解除を主張する余地があり得る。この場合、催告を要しないから、個別的權利行使禁止の原則と衝突しないこと⁽⁵⁶⁾はいうまでもなく、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つてはじめて、倒産手続の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上で、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らう。加えて、中国契約法九四条二項の契約の解除が履行義務者の帰責事由を消極的要件と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。そうしたら、履行拒絶構成の下では、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。これは、契約に決着を付けるための有利なイニシアティブを管財人にも与える趣旨に反する。この不都合を回避するために、法が解除構成を採用することとなった。この解除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を免れるのみならず、財団により有利な契約を結び直す機会を得られる。

日本では、平成二二年に公表された『民法（債権関係）の改正に関する中間試案』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又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。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。⁽⁵⁷⁾しかも、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））。従つて、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。そうすると、倒産の場面において、契約法の無催告解除による

不都合を回避するために、双方未履行双務契約についての管財人の消極的選択につき、履行拒絶構成ではなく、解除構成を採用するのが妥当であろう。

Ⅲ 中国倒産法上の双方未履行双務契約法理の效果論

1 契約の履行の選択

(1) 効果

(a) 相手方の請求権の取り扱い

中国法下では、管財人が契約の履行の選択をなしたときは、相手方の請求権が共益債権とされる。それは、相手方が同時履行の抗弁権もしくは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、という日本の学説と同様の見解もある。⁽⁵⁸⁾しかし、先にも触れたように、相手方が同時履行の抗弁権も不安の抗弁権も有しない例外な場合がある以上、この理由はすべての場合に妥当するとはいえない。

その他、次のような理由付けがみられる。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。」⁽⁵⁹⁾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い。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るとは限らない。

前述のとおり、中国倒産法が管財人に契約の履行の権限を与えるのは、管財人が倒産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換えに、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。この相手方の給付は、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、相手方への満足を倒産債権者に共同で負担させるのは当然のことであり、従って、相手方の権利を共益債権として処遇する。

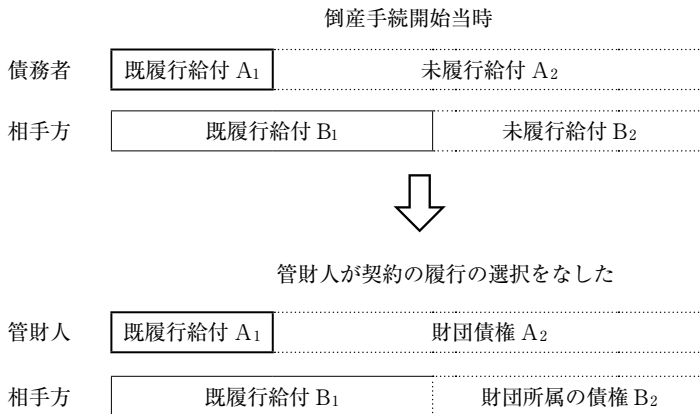
(b) 債務が可分である場合の特則

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従前の考え方に立てば、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。これに対して、近時の考え方は、倒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、これの対価に限って財団債権とする⁽⁶⁰⁾。ドイツ倒産法一〇五条はこのような考え方を立法化したものである⁽⁶¹⁾。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倒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。

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 A_1 であり、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、且つ、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、 $B_1 > A_1 = 0$ ）、又は、債務者及び相手方が共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。従前の見解によれば、 $A_1 + A_2 \sim B_1 + B_2$ 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。

これに対し、図2のとおり、近時の考え方によれば、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となる。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

図1 従前の考え方による効果図

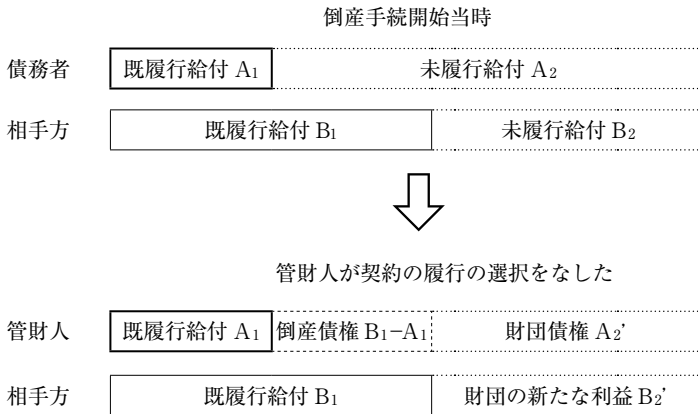


た給付の対価であるため、性質上、他の一般の倒産債権と異ならな
いからである。

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、ドイツ連邦最高裁判所 (BGH) は、二〇〇二年四月二五日の原則判決において、いわゆる貫徹力喪失説を示した。⁽⁶²⁾ 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三二〇条の抗弁権 (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。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 及び 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従って、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用すべきかは、双方未履行双務契

図2 近時の考え方による効果図



約法理の目的論によるところが大きい。前述のとおり、中国法上の双方未履行双務契約法理は対価関係の維持あるいは相手方への保護を第一に考えるものではなく、倒産財団の利益を最大化させるためのものである。この趣旨の下、法が管財人に契約の履行の権限を与える目的は、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ができるようにすることにある。これは総債権者の利益となるため、その対価として、これにかかる反対給付請求権が共益債権として処遇される。従って、中国法は図2の考え方を採用したといえる。また、一步を譲って、双方未履行双務契約法理が対価関係の維持を第一に考えるものとしても、図1のように債務者側及び相手方についてそれぞれ既履行給付及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及びその反対給付と相手方の未履行給付及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。⁶³すなわち、平常時においては、債務者の先履行により、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、これに伴い、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。同様の考え方は倒産の場面にも妥当するであろう。すなわち、相手方の倒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、倒産手続開始後には、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倒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倒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。結局、中国法は図2の考え方を採用したといえる。

なお、以上のような解釈は債務が可分の場合に限る。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限らず、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、倒産手続開始当時、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共益債権とされるのはいうまでもない。

(c) 相手方の請求権の処遇を中国倒産法四二条に置く是非について

中国倒産法四二条一号は、「管財人又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権」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権」の下に置いているが、これは不適切であるとの指摘もある。なぜならば、「倒産手続における未履行の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（管財人等の）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。⁽⁹⁴⁾しかし、貫徹力喪失説を採用すれば、従前の双務契約に基づく履行請求権は、倒産手続開始後にその貫徹力を失い、管財人による契約の履行の選択によってはじめて、これと同一内容の新しい請求権に置き換えられ、実行可能になる。すなわち、管財人による契約の履行の選択は形成的効力を有するものとみることができると。そうだとすると、相手方の請求権は「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権」であり、その発生は「倒産手続開始の申立てが裁判所に受理された後」である。この意味で、当該四二条一号の規定は不適切ではないといえるよう。

また、貫徹力喪失説の考え方を採用すると、相手方の倒産手続開始前の給付にかかる反対給付請求権は「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」新しいものに該当しないため、倒産債権に他ならない。従って、

中国倒産法は、ドイツ倒産法一〇五条のような特則を設けていないが、給付が可分の場合について、[図2](#)の効果論を採用することも可能である。

(2) 方式

中国倒産法一八条一項の規定により、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ず、管財人が手続開始後二ヶ月以内にその通知をしないか、又は相手方から催告を受けた日から三〇日以内に確答をしない場合は、解除の選択をなしたとみなされる。この一八条一項の適用、特に契約の履行の選択の方式に関して、以下の裁判例のような見解がみられる。事実の概要と判旨は概ねこうである。

二〇〇〇年六月一五日、二〇年の不動産賃貸借契約がなされたが、そのうち、第一期は二〇〇〇年七月一日から二〇〇一年七月一日までであり、毎年の賃料二五万円を一二ヶ月に分け、賃借人が毎月の末に当月分を支払うとされた。賃借人は二〇〇四年五月三一日から、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。二〇〇七年二月五日に、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、管財人は二〇〇八年に、賃借人に対して訴訟提起時まで遅滞になった賃料合計一〇〇万円の支払を求めて、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二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、二〇〇八年二月五日まで計算すべきであり」、従って、「被告は原告たる管財人に賃料九二万円を支払うべきである」とし、原告の主張を一部

認容した。⁽⁶⁵⁾

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こと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一八条一項の「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。このとおり、中国の裁判所は、同一八条一項の「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二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限り、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。学説においても、通知は原則として書面で行わなければならないと指摘される。⁽⁶⁶⁾

それらの見解に対して、私見は、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。⁽⁶⁷⁾ このような場合に、相手方は、管財人に対して催告もせず、且つ、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、又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。同一八条一項を機械的に適用するならば、当事者の意思自治への過度の干渉になる恐れもあり、また、相手方の不当利得などの新たな不都合が生ずる。

(3) 相手方の不安の抗弁権

中国契約法六八条は、後履行義務者が弁済能力を失い、又は弁済能力を失う恐れがある場合に、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、更に、同法六九条は、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ず、また、先履行義務者が履行を中止した後後履行義務者が合理的な期間内に弁済能力を回復せず、且つ、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⁽⁶⁸⁾。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、中国倒産法一八条二項は、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⁽⁶⁹⁾。

また、同一八条二項に関しては、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⁽⁷⁰⁾。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限らないから、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。

日本法下においても、破産手続開始後でも相手方に不安の抗弁権を認めた判例がみられるが、通説的見解は、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、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⁽⁷²⁾。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⁽⁷³⁾。また、『民法（債権関係）の改正に関する中間試案』は、不安の抗弁権の規律の明文化を提案しており（第33）、そのところに相手当事者について破産手続開始、再生手続開始又は更生手続開始の申立てがあったことが不安の抗弁権の発生事由とされ、更に、その（注）の第二文において、「再生手続又は更生手続が開始された後は、このような権利を行使することができないものとする」と考え方があり」と記されている。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もあるが、逆に肯定するのが多数説のようにみられる⁽⁷⁴⁾。その意味では、中国倒産法一八条二項の規定とは方向が異なる。

2 契約の解除の選択

(1) 効 果

(a) 原状回復の要否及び原状回復による相手方の請求権の取り扱ひ

「はじめに」にも触れたように、中国倒産法は、管財人の消極的選択の態様について、日本法と同様の解除構成を採つ

ているが、日本破産法五四条二項のような規定を置いていないから、管財人が契約の解除の選択をなしたときは、原状回復がされるか否か、また原状回復がされる場合に相手方のこれによる請求権がどのように取り扱われるべきかに関しては、議論が輻輳している。⁽⁷⁵⁾

原状回復の要否については、通説の見解は、原則として、管財人による契約解除も契約法一般の法理に準じ、すなわち、原状回復の効果が生ずるとする。⁽⁷⁶⁾そこで、次の問題、すなわち相手方の原状回復請求権が破産債権か共益債権かについては、学説において、激しく争われている。

中国の民法学における通説の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⁽⁷⁷⁾ことを前提に、相手方の請求権は、中国倒産法四二条三号の「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、⁽⁷⁷⁾共益債権として処遇すべきであるとの見解がある。⁽⁷⁸⁾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四二条本文でいう「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、同条三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。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り、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は、別の説明を要する。

これらの見解に対して、相手方の原状回復請求権を破産債権とする見解は、その理由を次のように説く。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、原状回復請求権が物権的請求権もしくは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もしくは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。⁽⁷⁹⁾ 随分奇妙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行ってよい」⁽⁸⁰⁾。倒産法規定の効果が民法学的解釈によって異なるというふうな考え方は、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得ないからである。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限らない。

相手方の原状回復請求権が共益債権であるとの立場を支持する。その理由は次のとおりである。すなわち、前述のとおり、中国法では、双方未履行双務契約法理は、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図るためのものであり、この目的は、管財人の積極的選択についても消極的選択についても変わりはない。換言すれば、管財人の消極的選択も、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共益債権として処遇すべきである。財団の原状回復請求権

はもとより、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⁽⁸¹⁾、より有利な契約を結び直し得るといふ期待的利益も生じ得ると思われる。

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り扱いについては、中国法下において、日本法のような取戻権構成を採れるかどうかは、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から、難問となる。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⁽⁸³⁾。このような中国物権法下では、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について、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⁽⁸⁴⁾と債権的請求権とする見解⁽⁸⁵⁾が対立しており、どちら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限らない。私見は、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下では、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得るかについて、むしろ中国物権法上の公信原則に基いて場合分けをして検討した方がよいと考える⁽⁸⁶⁾。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、従って、相手方に取戻権が許容されない。目的物が不動産であり、且つ、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、従って、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、且つ、債務者がまだその所有権登記を取得していない

場合に限り、その所有権がなお相手方に帰属するとみるべきであり、従って、相手方に取戻権が許容される。

(b) 相手方の損害賠償請求権の取り扱い

中国倒産法五三条は、管財人が契約の解除の選択をなしたときの相手方のこれによる損害賠償請求権を一般の倒産債権とする。この条文の根拠に関しては、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はみられないから、倒産債権として処遇するの他にならないとする見解であり、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⁽⁸⁷⁾。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、前者の見解に従い得ない。後者のような見解は日本でもみられ、すなわち、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であり、財団の新たな利益の対価とみることができるから、そもそも共益債権とされるわけであるが、立法者は、管財人に特別の権限である解除権を付与した本旨を考慮したところ、管財人に解除権行使の便宜を図るために、それを一般の倒産債権に格下げした。私見はこれに従う。

なお、日本の学説においては、相手方の損害賠償請求権は本来劣後的破産債権であるが、相手方の利益を保護するために、それが一般の破産債権に格上げされたとする見解もある⁽⁹⁰⁾。しかし、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から、中国法下ではこのような解釈を受け入れることはできない。また、日本破産法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にもかかわらず（日本破産法九九条一項一号、九七条二号）、通説的見解に立てば、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のであり、損害賠償請求権の発生原因及び時期、更に解除権の行使権者などの点で、管財人の解除の選択による相手方の損害賠償請求権と異なり、従って、日本法下でも管財人による契約の解除による相手方の損害賠償請求権を本来的劣後的破産債権と解し難いであろう。

また、賠償されるべき損害の範囲については、日本において、信託利益説と履行利益説との見解の対立があるが、中国の多数説の見解は信託利益に限るとする。⁽⁹⁴⁾ その理由として、次の二つが挙げられる。一つは、中国契約法九七条が規定する債務不履行に基づく契約解除の場合の損害賠償とは信託利益を指すことから、⁽⁹⁵⁾ それを参考にすべきである。⁽⁹⁶⁾ 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。⁽⁹⁷⁾ 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、中国民法学説において、見解の一致がまだみられない。⁽⁹⁸⁾ 少数説は、それは信託利益に限るとするのに対して、多数説は、それには履行利益も含まれるとする。⁽⁹⁹⁾ 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説における少数説の見解を前提に、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ふアプローチは、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、更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られると思われる。更

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。従って、私見は、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。

また、よく論及された問題として、相手方の損害賠償請求権に関する規律は違約金について適用されるかがある。管財人による契約の解除の選択は、違約行為ではなく、法的権限の行使であることを根拠に、通説的見解は適用を否定する。⁽¹⁰⁾ 私見も否定的な立場を採る。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、更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と考ええる。

(2) 方 式

契約の履行の選択の場合と同様に、中国倒産法一八条一項の規定により、管財人は契約の解除の選択をなしたときも、相手方に通知しなければならないから、解除の意思を相手方に表示するはずである。しかし、同一八条一項によると、日本法と異なり、管財人の選択権の除斥期間を二ヶ月に限定し、管財人がこの期間内に相手方に通知しないならば、契約解除が擬制されるから、管財人が相手方に解除の意思表示をしなくても、その選択権の除斥期間の徒過により、解除の効果が発生する。

(3) 相手方の催告権

管財人による選択権の行使は、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、中国倒産法一八条一項は管財人に選択権の除斥期間を設けた他、相手方に催告権を与える。相手方は、管財人に対して、契約の履行又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る。管財人が催告を受けた日から三〇日以内に確答しないならば、契約の解除の選択をなしたとみなされる。なお、中国倒産法は、複数手続型を採用するにもかかわらず、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、手続開始後で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、破産手続か更生手続においての未履行契約の帰趨を区別せず、管財人の確答の遅滞について一律に契約解除が擬制されるのは、必ずしも常に手続の特質に適合するとは限らない。従って、管財人の確答の遅滞について、破産か更生を区別し、更生の場合は、日本法のように（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と考えられよう。

IV 中国倒産法上の双方未履行双務契約法理の適用対象論

1 一般規定の適用対象

(1) 中国倒産法一八条の適用対象をめぐる判例

先にも触れたとおり、中国倒産法が施行されて以来、同法一八条の適用対象については、裁判所によって立場が違うといっても過言ではない。以下では、これに関する三つの下級審裁判例を取り上げる。

(a) 河南省鄭州市中級人民法院二〇一一年八月一日判決⁽¹⁰⁾

河南省鄭州市中級人民法院は、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（事実は未公開である）、次のように判示した。「控訴人である河南惠浦科技有限会社は、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終えた。しかし、当該賃貸借契約の他の条項により、契約期間において、控訴人である河南惠浦科技有限会社が履行しなければならぬ契約義務は、賃料の支払いに限らない。従って、控訴人である河南惠浦科技有限会社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国企業倒産法一八条に規定する『債務者及び相手方が共にまだその履行を完了していない双務契約』に該当する」。

(b) 河南省安陽市中級人民法院二〇〇九年一月二十六日判決⁽¹¹⁾

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、信益会社が四回に分けて代金を支払うことを定めた。信益会社が代金を一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、信益会社が残りの三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、双方が共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二ヶ月以内に緑柱石会社に契約の履行を通知せず、且つ、緑柱石会社から催告を受けていないことを理由に、当該請負契約が中国倒産法一八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一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、残りの三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、当該契約は双方が共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。

(c) 上海市浦東新区人民法院二〇一〇年五月二十六日判決⁽¹⁰⁸⁾

二〇〇七年一月一九日に、A会社は、C及びDを連帯保証人にするという条件の下、五〇万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会社が二四ヶ月に分けて毎月同額で本金及び利息を弁済することを定めた⁽¹⁰⁹⁾。その後、B銀行は当該契約に従ってA会社に貸し付け、A会社も本金及び利息を数ヶ月弁済し続けていたが、二〇〇八年四月から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及びDの連帯保証人責任を追及するために、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二〇〇八年二月一日に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)は当該契約に従って貸付義務の履行を終えたにもかかわらず、A会社は弁済を怠ったのであり、従って、A会社は契約違反となる」とし、C及びDが連帯保証人責任を履行すべきであることを判示した。なお、C及び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及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一八条の適用となり、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、二〇〇九年一月三十一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二〇〇九年一月三十一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。

(d) 分 析

貸與人倒産の事案においては、河南省鄭州市中級人民法院二〇一一年八月一日判決は、相手方が賃料の支払いという賃貸借契約の賃借人の「主要な契約義務」の履行を終えたと認定するにもかかわらず、その他の義務の残存を理由に、当該賃貸借契約が双方未履行双務契約に該当するとした。その他の義務は何か、また、それは如何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及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又は付随義務のみの残存を、契約の履行が完了していないと考えることになろう。

注文者倒産の事案においては、河南省安陽市中級人民法院二〇〇九年二月一六日判決は、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みせている。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民法学説の通説的見解であることを考えると、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上で、従たる

給付義務のみの残存を、契約の履行が完了していないとしないとの理解があり得よう。

借主倒産の事案においては、上海市浦東新区人民法院二〇一〇年五月二六日判決は、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、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していないとし、中国倒産法一八条の適用を肯定するのであろう。

以上のとおり、個別事案において、裁判所が中国倒産法一八条を適用するために、かかる契約が同条にいう「契約」に当てはまるかを決定することは、必要となる。その際、主たる給付義務はもとより、従たる給付義務や付随義務など、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」という同条の定めを捉えるべきかは重要である。

(2) ドイツ連邦最高裁一九七二年三月一七日判決⁽¹⁰⁶⁾

ドイツでは、双方未履行双務契約の成否に関して、連邦最高裁判所一九七二年三月一七日の判決は著名である。かかる事実概ね次のとおりである。

X Y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、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、当該契約についてその双方未履行双務契約性を肯定した。最後に、連邦最高裁判所は、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又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法理の目的に合致すると判示し、原審を維持した。

この連邦最高裁判所の判決に対し、次のような批判もなされている。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法理の下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得なくなってしまうと指摘される。⁽¹⁰⁷⁾

(3) 日本最高裁判平成二二年二月二九日判決⁽¹⁰⁸⁾及び最高裁判平成二二年三月九日判決⁽¹⁰⁹⁾

日本では、双方未履行双務契約の成否に関して、最高裁判所の平成二二年の二つの判決も注目を集めた。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。

まず、最高裁判平成二二年二月二九日判決は、年会費の定めのある会員契約について、当該会員契約は、「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得る）、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五九条一項（現行破産法五三条一項）にいう双方の未履行債務になるといことができる」と判示し、双方未履行双務契約性を肯定した。これに対し、最高裁判平成一二年三月九日判決は、年会費の定めのない会員契約について、「〔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限り発生しないものであつて、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〔会員〕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、〔ゴルフ場経営会社〕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〔会員〕の側には未履行の債務がないといふべきである」とし、双方未履行双務契約性を否定した。

このように、日本最高裁判所は、預託金及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、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ようみるからこそ、類似する事案における双方未履行双務契約の成否について、会員に年会費の支払義務の有無によって、まったく逆の立場を示した。しかし、かかる会員契約について、他の見方もあり得よう。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、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、会員の年会費支払義務がそこに含まれていないようにみることもできるし、⁽¹⁰⁾ 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、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⁽¹¹⁾か、又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が出来る⁽¹²⁾。従って、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ずる。最高裁判平成一二年二月二九日判決が前者の考え方を採ったことは間違いないが、同判決は、年会費支払義務は「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」債務のみが未履行である場合であつても、かかる契約の双方未履行双務契約性を肯定するところに注意すべきである。

(4) アメリカ連邦倒産法上の未履行契約の定義に関する学説及び判例

アメリカ連邦倒産法三六五条a項は未履行契約(Executory Contract)という言葉⁽¹³⁾を直接に用いるが、何が未履行契約であるかについて、条文上、定義をしっかりと設けていない。これについては、立法の際に議会に提出された説明書は次のように述べている。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く、しかも、いくらか簡潔な法律用語をもってそれを定義しても、漏れや誤りを起こしかねないからである」⁽¹⁴⁾。他方、学説において、様々な定義がみられるが、そのうち、カントリーマン教授の定義は最も引用されている。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」とときは、当該契約が連邦倒産法にいう「未履行契約」に該当する⁽¹⁵⁾。このカントリーマン教授の重大な契約違反基準により、もし契約に主たる義務が残されないならば、未履行契約とはならない。

これに対しては、学説更に実務において、重大な契約違反基準よりも、契約を未履行契約として扱うことによる効果を基礎とした機能的な基準を適用する方がよほど合理的であると唱える見解もある。具体的にいえば、仮に引き受け又は拒絶を選択することによって財団に潜在的な利益をもたらし得ない場合には、連邦倒産法三六五条は、当該契約の関係では何の役割も果たさないから、適用されることはない。逆に、仮に引き受けによって財団に潜在的な利益をもたらし、あるいは、拒絶によって財団にとって不利益を避け得るのであれば、当該契約について三六五条を適用すべきである。この機能的な基準により、重大な契約違反基準の下でかかる契約を未履行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がない⁽¹⁶⁾。

機能的な基準を適用した例として、ブース事件がよく知られている。この事案においては、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、買主の支払が完了されたときに売主が土地の所有権を移転することを定めた。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、売主は当該契約が未履行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、当該契約を未履行契約と扱うよりも、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ため、連邦倒産法三六五条の趣旨に合致すると判示し、売主の申立てを却下した⁽¹⁷⁾。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、仮に売買契約を未履行契約と扱うとすれば、たとえ当該土地の価値が契約

締結時より下落した場合でも、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すれば、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、一部の論者は更に進んで、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、相手方の完全既履行の双務契約を未履行契約とみなし、裁判所の許可及び利害関係人の同意を得た上で、相手方の債権を管財費用債権⁽¹⁸⁾と扱うことができる⁽¹⁹⁾とする。

アメリカの学説及び判例における重大な契約違反基準から機能的な基準への変遷は、双方未履行双務契約法理の目的により、その一般規定の適用対象を把握すべきであることを示唆するのであろう。

(5) 双方未履行双務契約の要件についての検討

中国倒産法一八条にいう「契約」は「双方未履行双務契約」と呼ばれているから、それは「双務契約」と「双方未履行」の二つの要件を備えていなければならない。

(a) 「双務契約」の意義

ア 民法上の双務契約

中国倒産法一八条の適用対象は民法上の契約であり、行政法上の契約がこの限りではない。民法上の契約のうち、

未履行の片務契約は一方当事者のみ未履行の双務契約と同様に考えられるから、同条の適用にならない。

イ 倒産財団に関する契約

中国倒産法一八条は契約の選択権を管財人に与えることから、同条の適用になり得るのは、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得ないことから、債務者の契約のすべては管財人の管理処分権に服する。債務者が自然人である場合には、債務者側の債権が倒産手続開始後に倒産財団に帰属すべき契約、すなわち倒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、債務者側の債権が倒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。

ウ 倒産手続開始後でも存続し得る契約

双務契約は、当事者の倒産により、その存続の基礎が揺らぐのであれば、倒産手続開始後に継続することはない。従って、法はこのような場合に、当該契約が当然に終了するか、又はその帰趨が当事者の判断に委ねられるとする。倒産手続開始後に存続し得ない契約が中国倒産法一八条の適用対象とならないのはいうまでもない。

(b) 「双方未履行」の意義

「双方未履行」を更に「双方」と「未履行」とに細分化し得る。「双方」とは債務者とその相手方を指す。「未履行」は「まだその履行を完了していない」との中国倒産法一八条の定め省略であり、そこには完全未履行の場合のみならず、一部未履行、不完全履行の場合等も含まれると考えられる。しかし、上述のとおり、どのような契約義務の残存から「未履行」を捉えるべきかについて、学説及び実務において争われている。

中国の通説は、「未履行」とは主要な義務の未履行をいうとする⁽¹²⁴⁾。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、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⁽¹²⁵⁾。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⁽¹²⁶⁾。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、契約の類型によって主要な義務の定義が異なる恐れがある。このような不都合を避けるために、本稿は、後者の見解に従い、すなわち、主要な義務は給付義務に限り、給付義務と対応するものとして、付随義務がそこに含まれないと解する。

給付義務は更に主たる給付義務と従たる給付義務の二つの形態に分かれる。中国では、主たる給付義務(Hauptleistungspflichten)は、契約関係において本来的で不可欠な、契約類型を決める義務と定義される⁽¹²⁷⁾。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⁽¹²⁸⁾。給付義務と区別する観念として、付随義務(Nebenpflichten)とは、信義則によって生ずる、契約の性質、目的及び取引の慣行に従って為すべき通知、協力、秘密保持等の義務を意味する⁽¹²⁹⁾。なお、中国では、給付義務は法律の規定によって生ずる義務でもある⁽¹³⁰⁾。

上記の上海市浦东新区人民法院二〇一〇年五月二十六日判決及びドイツ連邦最高裁判所一九七二年三月一七日判決

は、それぞれ貸主の守秘義務、買主の協力義務等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、本稿はこれらに賛成しない。換言すれば、まず、ドイツ民法学説の影響の下、中国民法の通説は、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、また、付随義務も独立に訴求可能なものではないとする⁽¹²⁸⁾。すなわち、付随義務違反によって給付義務の履行遅滞となり、又は履行不能を惹き起こしたのではない限り、付随義務の不履行の場合には、当事者は、契約を解除し、又はその義務の履行を独立に請求することはできない。倒産手続外の一般実体法秩序においては、当事者は、付随義務のみの不履行を理由に契約を解除し、又は履行を請求することはできない以上、倒産手続開始後には、管財人は、付随義務のみの残存に基づいて契約を解除し、又は履行を請求することもできなくなる。なぜならば、管財人が債務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、仮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するとすれば、管財人は、債務者又は相手方の受領義務の不履行を理由に、容易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法理それ自体が没却されるのみならず、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。これは上記のドイツ連邦最高裁判所一九七二年三月一七日判決に対する批判からも窺い知ることができる。従って、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ことになる。

他方では、上記の河南省鄭州市中級人民法院二〇一一年八月一日判決、河南省安陽市中級人民法院二〇〇九年二月一六日判決及び日本最高裁判成二二年二月二九日判決からみると、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、裁判所によって立場が異なることから、問題になり得る。先に結論を示せば、私見は、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、中国民法の通説は、付随義務の場合と反対に、双務契約の一方当事者が従たる給付義務の不履行となるときは、相手方当事者は、債務不履行の法理に従って契約を解除し、又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⁽¹³⁰⁾とする。倒産手続外の一般実体法秩序においては、契約当事者は、従たる給付義務のみの不履行を理由に、契約を解除し、又は履行を請求することができる以上、債務者の一般承継人に位置付けられる管財人は、倒産手続において、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、それを解除し、又は履行を請求することは許容されるべきである。次に、伝統的学説は、双務契約の一方当事者が従たる給付義務のみの不履行となるときは、相手方当事者は、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を拒否することができないとする⁽¹³¹⁾。しかし、例えば、賃貸借契約における賃貸人の修繕義務と賃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⁽¹³²⁾、現在のところ、双務契約上の中心的債務の他にも、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いつてよい。従って、かかる契約が双方未履行双務契約であるか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らう。更に、上記の預託金制ゴルフクラブ会員契約に関する日本最高裁の判決及びその評釈のとおり、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、これらの債務のうち、どれとどれが対価関係に立つかについて、見解が分かれる余地がある。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債務性という要件の厳格性が薄れているといつてよい。従って、双方未履行双務契約法理の応用には、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ると思われる。換言すれば、倒産手続開始当時、債務者及び相手方が共に行うべき債務を残している限り、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は、かかる契約の効率的な処理に資するといえる。

また、次の問題は残存の義務の割合を考慮する必要があるかである。前述のとおり、中国法上の双方未履行双務契約法理は、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図るための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」が残存の義務の割合いかんにかかわらない。

2 継続的給付契約に関する特則

中国倒産法は一八条に双方未履行双務契約の一般則を規定するが、各種契約類型に応じる特則を一切設けなかったため、かかる契約類型について一般則がうまく対応できないと考えられる場合は、ケースバイケースの形で解釈に委ねるしかない。ここでは、継続的給付契約について検討したい。

継続的給付契約とは、契約当事者の一方が反復継続的に給付をする義務を負い（期限の定めの有無を問わない）、他方がその給付の対価を給付を受けるたびに又は一定期間ごとに支払う義務を負う契約をいう⁽¹³⁾。その典型例として、中国契約法第一〇章に規定する電気・水・ガス・熱力供給契約がある。

継続的給付契約において、倒産手続開始当時、相手方の継続的給付義務及び債務者の対価支払義務の履行が共に完了していない場合は、当該契約の処理が双方未履行双務契約法理に従うはずである。しかし、継続的給付契約の特質

により、それについて一般則が適用されると、次のような問題が生ずる。例えば、日本の破産手続ついていえば、管財人が契約の履行の選択をなした場合、相手方の手続開始前の給付にかかる対価支払請求権が破産債権か財団債権かが争われていた。仮に破産債権説を採れば、相手方は手続開始前の対価支払義務の不履行を理由に、同時履行の抗弁権により、破産手続開始後に給付の提供を拒絶することができることとなる。他方、財団債権説を採ると、継続的給付契約は各期の給付と対価がそれぞれ対応するものであり、各期を切り離して観念することが可能であることを考えれば、手続開始前の給付にかかる対価支払請求権を財団債権とするのは破産法の一般原則に反するとみることができ。そこで、現行日本破産法は、五五条を新設し、継続的給付契約における相手方に対して、その履行拒絶権を否定するにもかかわらず、その代わりに、破産手続開始の申立て時を基準時として、その以前の給付分にかかる対価支払請求権を破産債権、その以後の給付分にかかる対価支払請求権を財団債権とし、一般の相手方よりも手厚い保護を与える。破産手続開始の申立て時を基準時としたのは、それとほぼ同時に保全処分が発令されることから、それが實際上破産手続開始と同視されるためである。⁽⁸⁾

継続的給付契約における相手方の履行拒絶権は、管財人の履行の選択と正面から抵触し、すなわち、双方未履行双務契約法理の趣旨を没却するため、倒産手続、なかならず再建型手続において、それを制限するのは当然である。ただ、手続開始申立て前後の給付分にかかる対価を区別して処遇する日本法のような折衷的な解決策を採ると、次のような疑問が生じ得る。すなわち、仮に、手続開始の申立てが手続開始と同視されるとの理由に基づき、継続的給付契約における相手方の手続開始の申立て後手続開始前にした給付にかかる対価支払請求権を財団債権とすれば、同様の理由に基づき、手続開始の申立て後手続開始前の間に債務の履行を完了した一般の破産債権者を双方未履行双務契約

における相手方とみることができ、双方未履行双務契約法理の準用により、それだけの破産債権を財団債権に格上げすべきではなからうか。

私見は、中国法下では、継続的給付契約における相手方の履行拒絶権を否定し、且つ、相手方の倒産手続開始前の給付にかかる対価支払請求権をすべて倒産債権として処遇すべきであると考えられる。これは、中国法上の双方未履行双務契約法理の目的は、相手方の保護ではなく、倒産財団の利益の最大化にあるからである。また、継続的給付契約が相当期間にわたるものと想定され、すなわち、倒産手続開始直前の一期のみの給付分の対価について比例的満足しか得られないことは、全契約期間からみれば、必ずしも相手方の大きな損失とは限らないこと、対価を支払う側（債務者）より、給付を提供する側（相手方）の方が、よほど経済力が強いのが一般的であること、他の倒産債権者との公平なことを考慮すれば、相手方に対し、それが手続開始前にした給付にかかる対価支払請求権を倒産債権としながら、手続開始後に給付の提供を強いることも、不当ではないといえよう。⁽¹³⁵⁾

また、日本破産法五五条は、主として管財人が継続的給付契約について履行を選択する場合を想定したものであるが、同条二項の文言には限定がないため、管財人が契約の解除を選択した場合にも、相手方の手続開始の申立て後手続開始前にした給付にかかる対価支払請求権が財団債権となると解するのは通説であるが、これに対し、破産債権者の利益保護の見地から破産債権説を唱える見解もある。⁽¹³⁷⁾しかし、中国法下では、相手方の倒産手続開始前の給付にかかる対価支払請求権がすべて倒産債権となるとの解釈論を採ると、そのような契約が解除された場合の不都合は本来生じるわけではないといえる。

V むすびにかえて

1 中国法についてのまとめ

以上の検討したところをまとめれば、以下のようなだろう。

中国倒産法一八条は、双方未履行双務契約の一般則として、契約の選択権を管財人へのみ付与することにより、財団の利益の最大化を意図する。具体的には、契約を履行することが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されるのとはより、そうでないときは、管財人に消極的選択が許されるが、その内容は立法政策に基づくものである。中国契約法では履行拒絶による無催告解除の制度が存在し、しかも、仮に法が管財人の消極的選択につき解除構成を採用すれば、相手方が履行拒絶の選択をなした管財人に対して無催告解除を主張する余地があり得るから、履行拒絶構成下では、相手方は、管財人の履行拒絶により契約を解除する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ティブを管財人へのみ与える趣旨に反する。この不都合を回避するために、法が解除構成を採用することとなった。

同法が管財人に契約の履行の権限を認めるのは、管財人が倒産手続開始の効果を拘束されず、相手方に対する完全な給付の提供と引き換えに、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。この相手方の給付は、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、相手方への満足を倒産債権者に共同負担させるべきである。従って、同法四二条一号は、管財人が契約の履行の選択をなした場合、

相手方の権利を共益債権として処遇する。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、その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共益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、相手方が倒産手続開始前に先履行した給付の対価として、倒産法の一般原則に従い、倒産債権に他ならない。

同法が管財人に消極的選択を認めるのも、財団の利益を図る趣旨であることから、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共益債権として処遇すべきである。また、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とみられるから、そもそも共益債権とされるわけであるが、管財人に特別の権限である解除権を付与した本旨が減殺されないように、同法五三条は、それを倒産債権に格下げした。

また、同法一八条にいう「契約」、すなわち、双方未履行双務契約の一般則の適用対象は、「双務契約」と「双方未履行」の二つの要件を備えていなければならない。「双務契約」とは、倒産手続開始後でも存続し得る、倒産財団に関する、民法上の双務契約を意味する。いうまでもなく、「双方」は債務者及びその相手方である。「未履行」とは、主たる給付義務の未履行と従たる給付義務の未履行を指すが、付随義務の未履行がそこに含まれない。

2 日本法への示唆

(1) 目的論について

日本法は、双方未履行双務契約の取り扱いについて、管財人による契約の履行か解除の選択に委ねる以上、目的論

としては、第一に、法が履行という積極的選択と解除という消極的選択を管財人に与える目的、第二に、それぞれの選択が生ずる効果の根拠、すなわち、契約の履行の場合、相手方の権利が財団債権とされる根拠と、契約の解除の場合、相手方の原状回復請求権が財団債権、損害賠償請求権が破産債権とされる根拠を統一的に説明する必要があると考える。

これにつき日本の議論は、まず、通説は、手続開始後に相手方の同時履行の抗弁権等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、伊藤説と水元説は、それぞれ消極的選択又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。更に、福永説、霜島説及び中西説は、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、なぜ法が履行拒絶構成ではなく、解除構成を採用したかという問題を答えられず、換言すれば、なぜ法が双方未履行双務契約について特別規定を設ける必要があるかを明らかにしたにとどまり、その特別規定の内容をうまく説明できないと評される。

私見は、日本法の双方未履行双務契約法理の目的は、相手方の利益ではなく、財団の利益の保護にあると解する。管財人へのみ契約の選択権が認められるのは、このように解する根拠となる。また、解除構成に関しては、今回の債権法改正は、国際的な立法の潮流を視野に入れ、履行拒絶による無催告解除の制度を成立させる可能性があることを考えれば、それによる倒産の場面の不都合を回避するために、履行拒絶構成よりも、解除構成が妥当であろう。

(2) 効果論について

効果論に関しては、日本法は、給付が可分の場合について特則を設けないから、見解が分かれる余地がある。

相手方への財団債権の処遇を、相手方の未履行給付にかかる反対給付請求権に限定すべきかどうかは、双方未履行双務契約法理の目的論によるところが大きい。まず、双方未履行双務契約法理が財団の利益を最大化させるためのものとする場合について考えてみよう。相手方の未履行給付にかかる反対給付以外の未受領給付は、財団の新たな利益として考えられないため、その請求権が財団債権とされないのは当然のことである。次に、双方未履行双務契約法理が相手方への保護を第一に考えるものとする場合は、どうであろうか。相手方への保護が双務契約における対価関係に基づくものである。しかし、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、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するに伴い、他方当事者はその対価関係に基づく保護を失うとする民法的考え方は、有力となり、そのような考え方は倒産の場面にも妥当であろう。そうすると、相手方の倒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、倒産手続開始後は、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されるべきではないと考えることになる。このとおり、いずれにしても、日本法の下では、給付が可分の場合について特則がないにもかかわらず、管財人が給付の可分の契約についてその履行の選択をなした場合は、相手方の権利を、相手方の未履行給付にかかる反対給付であるかないかにより、それぞれ財団債権が破産債権に区別して取り扱うべきであると解する。

(3) 適用対象論について

適用対象論に関しては、日本の議論は「未履行」の意義に輻轉する。「未履行」については、学説において、全然履行のない場合はもちろん、一部が未履行の場合又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、すべて含まれるとする見解もあれば⁽¹³⁸⁾、主要な債務の履行が完了していないとする見解もある⁽¹³⁹⁾。上記の最高裁判成二二年二月二九日判決は、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、ここでいう「未履行」に該当する立場を示す一方、破産者によって残されている債務が付随的なものにすぎないことを、管財人の解除権を制限するための基準の一つとする。この判例の立場に対し、付随的な債務のみが残されている場合には、双方未履行双務契約に関する規律が適用されないとする見解もある⁽¹⁴⁰⁾。従たる給付、主要な債務、本質的・中核的な債務、付随的な債務といった概念は、本来であれば、「未履行」の意義を明らかにするために、倒産法学説に用いられているが、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ないとはいえない。そこで、本稿は、このような混乱を避けるために、民法上に通用する、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、従たる給付義務及び付随義務の三つを用いて、倒産法上の双方未履行双務契約に関する規定にいう「未履行」の意義を明らかにすることとした。なお、日本の民法学説には、債務の構造について、契約から発生する給付義務の他に、信義則から発生するものとして、更に付随義務と保護義務とに細分化される⁽¹⁴¹⁾。それ故、中国法下の結論を日本法に当てはめると、「未履行」とは、主たる給付義務の未履行と従たる給付義務の未履行を指すが、付随義務又は保護義務のみの未履行がそこに含まれないということになる。

また、本稿は、管財人の解除権の制限という問題に踏み込まないこととするが、「付随的な債務」のみが未履行である場合であっても、原則として、双方未履行双務契約に関する規律の適用が許され、すなわち管財人に解除権を認

める一方、場合によっては、破産者側の未履行債務が「付随的な債務」にすぎないことを考慮して、管財人に対してその解除権行使を制限するという最高裁判成二二年二月二十九日判決のアプローチよりも、むしろ、ここでいう「付随的な債務」を民法上の付随義務と解した上で、直接に双方未履行双務契約に関する規律の適用を否定する方が望ましいと考える。

(1) 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(中国倒産法一三条)。

(2) 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。

(3) 中国倒産法一八条は、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、同法七三条一項は、更生手続に限り債務者の申立て及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及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、同法四二条一項一号及び五三条は、「管財人又は債務者」という表現を用いる。同法一八条にいう「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解される。なお、DIP型手続における債務者は、双方未履行双務契約に関する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限り、管財人を中心とした論述となっている。

(4) アメリカ連邦倒産法三六五条²⁰項は、「管財人は、裁判所の許可を得て、未履行契約及び期間満了前の賃貸借について、引受又は拒絶することができる。」と規定する。なお、アメリカ倒産法における未履行契約の法理に関して、高木新二郎『アメリカ連邦倒産法』(商事法務研究会、一九九六年)一三三頁以下、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、二〇二二年)一頁以下などを参照。

ドイツ倒産法一〇三条は、「1 債務者及び相手方が共に倒産手続開始時に双務契約を履行していないか又は完全に履行していないときは、倒産管財人は、債務者に代わりその契約を履行し、又は相手方に履行を請求することができる。2 管財人は履行を拒否するときは、相手方は、不履行に基づく債権を倒産債権者としてのみ主張することができる。相手方が管財人にその選択権の行使を催告したときは、管財人は、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ぬ。管財人がこの意思表示を怠るときは、管財人は、履行を主張することができない。」と規定する。なお、ドイツ倒産法における双方未履行双務契約の法理に関して、吉野正三郎『ドイツ倒産法入門』（成文堂、二〇〇七年）三六頁を参照。

(5) 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「破産財産」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（中国倒産法三〇条）。破産財産は、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、破産財産という概念は、破産手続に限って用いられる。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。

(6) 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）」法学志林九三巻二号（一九九五年）六五頁。

(7) 許徳風「論破産中尚未履行完畢の合同」法学家二〇〇九年第六期九六頁。

(8) 李曙光Ⅱ宋曉明編『中華人民共和國企業破産法』制度設計与操作指引（人民法院出版社、二〇〇六年）五一頁。

(9) 日本では、双方未履行双務契約法理の目的論に関する学説のほとんどが破産法に関するものであったり、双方未履行双務契約について、民事再生法及び会社更生法が破産法とほぼ同様に規定しているため、本稿は、考察の便宜上、破産法を中心として、論述を進めていくものとする。

(10) 中田淳一『破産法・和議法』（有斐閣、一九五九年）一〇一頁。通説的見解として、例えば、山木戸克巳『破産法』（青林書院、一九七四年）一一九頁、谷口安平『倒産処理法（第二版）』（筑摩書房、一九八〇年）一七四頁、青山善充ほか『破産法概説（新版増補版）』（有斐閣、二〇〇〇年）六三頁、宗田親彦『破産法概説（新訂第四版）』（慶應義塾大学出版会、二〇〇八年）一六七頁などがある。なお、通説までの学説史について、水元・前掲注（6）六八頁以下を参照。

(11) 水元・前掲注（6）七〇頁は、こう表現する。

- (12) 伊藤眞『破産法・民事再生法(第二版)』(有斐閣、二〇〇九年)二六八頁以下。
- (13) 伊藤・前掲注(12)二七〇頁。
- (14) 伊藤・前掲注(12)二七〇頁。
- (15) 福永有利「破産法第五九条の目的と破産管財人の選択権」北大法学論集三九卷五・六号(上)(一九八九年)一四〇六頁。
- (16) 福永・前掲注(15)一四〇七—一四〇九頁。
- (17) 福永有利「破産法第五九条による契約解除と相手方の保護」法曹時報四一卷六号(一九八九年)一五三八頁は、こう表現する。
- (18) 福永・前掲注(15)一四〇九頁。
- (19) 福永・前掲注(17)一五三九頁。
- (20) 福永・前掲注(17)一五三九頁。
- (21) 霜島甲一『倒産法体系』(勁草書房、一九九〇年)三八〇頁。
- (22) 霜島・前掲注(21)三八一頁。
- (23) 霜島・前掲注(21)三八二頁。
- (24) 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)」法学志林九三卷三号(一九九六年)九五頁。
- (25) 水元・前掲注(24)一〇〇頁。
- (26) 水元・前掲注(24)一〇〇—一〇一頁。
- (27) ドイツ破産法の立法理由書は、破産手続における双方未履行双務契約に関する特別な規定を設ける趣旨について、こう説明する。すなわち、「この困難の解決をもつばら民法及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(Untat)』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、遅滞を理由とする又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。」(荒木隆男「一八七四年ドイツ破産法草案理由書(一)」) 亜細亜法學二二卷一
号(一九八六年)一八六頁。

(28) 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、二〇〇五年)五〇〇頁以下。

(29) 宮川知法「破産法五九条等の基本的理解」法学雑誌三七卷一号(一九九〇年)四〇―四二頁。

(30) 宮川・前掲注(29)七〇―七一頁。

(31) 水元・前掲注(6)七六頁。

(32) これについては、水元教授は、「破産法の諸原則に反対する理由がないからである」と説く(水元・前掲注(24)八六頁)。

(33) 宮川・前掲注(29)四六頁。

(34) 宮川・前掲注(29)四六―四七頁。

(35) 宮川・前掲注(29)四七頁。

(36) 宮川・前掲注(29)四九頁。

(37) 霜島甲一「批判」判例時報四二五号(一九六五年)六一―六二頁。

(38) 宗田・前掲注(10)一六九頁。

(39) 水元・前掲注(24)八七頁。

(40) 水元・前掲注(24)八七―八八頁。

(41) 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得ないことは、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(24)八七頁)。しかし、この反論がその対象と合致しないであろう。というのは、この反論は、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、それは、債務者の債務不履行という要件を絞ったのであり、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のである。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。

(42) 水元・前掲注(24)八九頁。

(43) 水元・前掲注(24)八八頁。

(44) 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から、それを肯定することに積極的な理由を付ける見解もみられる(中島弘雅『体系倒産法Ⅰ破産・特別清算』(中央経済社、二〇〇七年)二二六頁)。

(45) 例えば、条文中、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(日本民法五四六条)、負担贈与の場合における当事者双方の義務(同法五五三条)、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(同法五七一条)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り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(第二版追補版)』(日本評論社、二〇一〇年)九五七頁、潮見佳男『債権各論Ⅰ契約法・事務管理・不当利得(第二版)』(新生社、二〇一二年)二七頁を参照)。

(46) 道垣内弘人「双務契約の各債務の牽連関係について」法学教室二八五号(二〇〇四年)一九頁以下、近江幸治『民法講義Ⅴ契約法(第三版)』(成文堂、二〇〇六年)四一頁などを参照。

(47) 水元・前掲注(24)八九―九〇頁。

(48) 存在効果説及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、二〇一一年)八九頁以下を参照。

(49) 水元・前掲注(6)七五頁は、こう指摘する。

(50) 宮川知法『破産法論集』(信山社、一九九九年)四九頁。

(51) 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ともよい、との指摘もなされている(福永・前掲注(15)一四〇七頁)。

(52) 伊藤・前掲注(12)一三八頁。

(53) 崔建遠編『合同法(第五版)』(法律出版社、二〇一〇年)二五一頁、韓世遠『合同法総論(第三版)』(法律出版社、二〇一二年)五一五頁。

(54) 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(韓・前掲注(53)五一五頁、李永軍『合同法』(法律出版社、二〇〇四年)六二九頁)、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(崔・前掲注(53)二五一頁)。

(55) 韓・前掲注(53)五一五頁は、「この規定(九四条二項)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、この九四条二項にいう「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、同項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、それが九四条四項にいう「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」に該当するとした上、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『中国民法典学者建議稿及立法理由(債法総則編、合同編)』(法律出版社、二〇〇五年)二七八頁)。

(56) 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(谷口・前掲注(10)一八二頁、伊藤・前掲注(12)二七四頁、竹下守夫ほか編『大コンメンタール破産法』(青林書院、二〇〇七年)二二五頁(松本淳一執筆部分)、伊藤眞ほか著『条解破産法』(弘文堂、二〇一〇年)二八九―二九〇頁、加藤哲夫『破産法(第六版)』(弘文堂、二〇一二年)二四二頁)。

(57) 『民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補充説明』は、ここには日本民法五四三条の履行不能と、同法五六六条一項及び六三五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(第11)。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これに当たるものと思われる。

(58) 韓長印「破産宣告対未履行合同的効力初探」法商研究一九九七年第三期五五頁。

(59) 許・前掲注(7)九五頁。

(60) 宮川・前掲注(29)五九頁、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、二〇〇六年)二八一頁などを参照。

(61) ドイツ倒産法一〇五条は、「債務として負担する給付が可分であり、且つ、相手方が倒産手続開始時においてその負担する債務を一部履行している場合には、倒産管財人が給付が未履行であることに基づいて履行を求めるときであっても、相手方

は、反対給付を求めるその請求権の一部給付に対応する額について倒産債権者とする。相手方は、その反対給付を求める請求権の不履行に基づいて、手続開始前に債務者の財産となった一部給付を倒産財団から返還請求する権利を有しない。」と規定する(吉野・前掲注(4)一一五頁)。

- (62) ハンス・ブリュッティング著、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——」慶應法学六号(二〇〇六年)三二二頁。なお、ドイツにおける判例立場の変遷に関しても、同論文を参照。

- (63) 山本・前掲注(48)八七一—八八頁。

- (64) 許・前掲注(7)九五頁。

- (65) 河南省武陟县人民法院二〇〇八年一〇月二八日判決。(二〇〇八)武民初字第六五七号。北大法宝司法案例データベース

<http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=pfnl&Gid=118130377&keyword=%e9%9d%a2%e7%b2%89%e5%8e%82%e7%ae%a1%e7%90%86%e4%ba%ba&EncodingName=&Search_Mode=accurate>(二〇一四年六月一五日アクセス)を参照。

- (66) 王衛國『破産法精義』(法律出版社、二〇〇七年)五三頁。

- (67) 日本では、これは通説的見解のようにみられ(竹下ほか・前掲注(56)二二二頁(松本淳一執筆部分)を参照)、また、黙示の履行の選択を認めた下級審裁判例もみられる(東京地裁平成二二年二月二四日判決(金融・商事判例一〇九二号二二頁))。

- (68) 中国契約法上の不安の抗弁権の法理及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」法律時報八一巻八号(二〇〇九年)一二三頁以下を参照。

- (69) 王・前掲注(66)五四頁。

- (70) 許・前掲注(7)九五頁。

- (71) 東京地裁平成二二年二月二〇日判決(判タ七五七号二〇五頁)。

- (72) 伊藤・前掲注(12)二七三頁、伊藤ほか・前掲注(56)三八九頁。

- (73) 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、その成立要件及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。

- (74) 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」と指摘する（『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）』第33。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得るから、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）。

(75) 日本では、一般論は、管財人による契約の解除の効果は、民本上の契約の解除のそれ（日本民法五四五条一項本文）に準じ、すなわち、契約関係が消滅し、原状を回復するとするが、なぜ相手方の原状回復請求権が財団債権又は取戻権と処遇されているかについては、見解が相当に分かれており、大別すると、その根拠として次の四つが挙げられる。第一は、財団の不当利得の防止であり（竹下ほか・前掲注56）二二二頁（松本淳一執筆部分）、第二は、民法上の原状回復法理への尊重であり（伊藤ほか・前掲注56）四〇四頁）、第三は、対価関係の維持であり（伊藤・前掲注12）二六九頁注四二）、第四は、財団への新たな利益の対価である（宮川・前掲注29）七一頁）。

(76) 王欣新・余艷萍「論破産程序中待履行合同的処理方式及法律効果」法学雑誌二〇一〇年第六期五一頁。

(77) 中国倒産法四二条三号は、「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。

(78) 許・前掲注（7）九七頁。

(79) 王・余・前掲注（76）五三頁。

(80) 崔建遠「解除効果折衷説之評論」法学研究二〇一二年第二期六三頁。

(81) 宮川・前掲注（29）六八頁も、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。

(82) 中国物権変動制度及びそれと日本法との相違に関して、渠濤「中国物権変動制度に関する一考察」名古屋大学法政論集二二七号七九五頁以下を参照。

(83) 中国物権法九条は、「不動産物権の設定、変更、譲渡及び消滅は、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、この限りではない。」と規定し、同法二二三条は、「動産物権の設定と譲渡は、引き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、この限りではない。」と規定する。

- (84) その代表的なものとしては、崔建遠「解除権問題的疑問与积答」政治与法律二〇〇五年第四期四二頁以下である。
- (85) その代表的なものとしては、韓・前掲注(53)五三一頁である。
- (86) 中国物権法一六条は、「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。
- (87) 韓・前掲注(58)五七頁。
- (88) 許・前掲注(7)九七頁。
- (89) 伊藤・前掲注(12)二六九頁。
- (90) 谷口・前掲注(10)一七六頁。
- (91) 中国倒産法における各債権の内容及び順位に関して、金春Ⅱ福岡真之介「中国倒産法の概要と実務」(商事法務、二〇〇一年)五七頁以下を参照。
- (92) 伊藤・前掲注(12)二一一頁。
- (93) それぞれの理由に関して、竹下ほか・前掲注(56)二二二頁(松本淳一執筆部分)、伊藤ほか・前掲注(56)四〇五―四〇六頁などを参照。なお、現在では、履行利益説はやや多数説のようにみられる。
- (94) なお、中国学説には、「信頼利益」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。
- (95) 中国契約法九七条は、「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要求することができ、且つ損害賠償を請求する権利を有する。」と規定する。
- (96) 李永軍「論破産管理人合同解除権的限制」中国政法大学学報二〇一二年第六期七三頁。
- (97) 李国光編『新企業破産法条文釈義』(人民法院出版社、二〇〇六年)三〇七頁、吳慶宝Ⅱ王建平編『破産案件裁判標準規範』(人民法院出版社、二〇〇九年)一四六頁。
- (98) 李・前掲注(54)六三五頁。
- (99) 崔・前掲注(53)二六三頁、韓・前掲注(53)五三八―五三九頁、王利明Ⅱ房紹坤Ⅱ王軼『合同法(第三版)』(中国人民大学出版社、二〇〇九年)二四五―二四七頁。

- (100) 李・前掲注(96)七三頁、呉Ⅱ王・前掲注(97)一四六頁。
- (101) (二〇一) 鄭民一終字第九七五号。北大法宝司法案例データベース
- (103) (二〇〇八) 浦民二(商) 初字第四三八五号。北大法宝司法案例データベース [中国倒産法上の双方未履行双務契約法理\(劉\)](http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=plnl&Gid=118030366&keyword=%e7%a0%b1%e4%ba%a7%20%e6%9c%aa%e5%b1%a5%e8%a1%8c%e5%ae%8c%e6%a2P%95%e7%9a%84%e5%90%88%e5%90%8e&EncodingName=&Search_Mode=accurate>(二〇一四年六月一日アクセス)を参照。</p>
<p>(104) 日本でいう金銭消費貸借契約は、中国契約法二二章に規定する「借款契約」に当たる。中国法下では、借款契約は、更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。中国契約法二二〇条は、「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論である(崔・前掲注(53)四一九頁、王Ⅱ房Ⅱ王・前掲注(99)三二四頁などを参照)。</p>
<p>(105) 崔・前掲注(53)四四七頁、韓・前掲注(53)二四四頁、王Ⅱ房Ⅱ王・前掲注(99)三六四頁などを参照。</p>
<p>(106) BGHZ 58, 246。</p>
<p>(107) 水元・前掲注(6)八六頁。</p>
<p>(108) 最高裁判平成二二年二月二九日判決(判タ一二六号一一〇頁)。</p>
<p>(109) 最高裁判平成二二年三月九日判決(判タ一一二八号一五九頁)。</p>
<p>(110) 宮崎乾朗Ⅱ林泰民Ⅱ北浦一郎「預託金制ゴルフ会員契約と破産法五九条一項」債権管理九〇号(二〇〇〇年)九七頁は、最高裁判平成二二年二月二九日判決に対し、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。</p>
<p>(111) 松下淳一「契約関係の処理」別冊NB L六九号(二〇〇二年)五一頁。</p>
</div>
<div data-bbox=)

- (112) 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五九条一項による会
員契約の解除の可否」ジュリスト一二〇二号(二〇〇一年)一二七頁。
- (113) アメリカ連邦倒産法三六五条a項は、「管財人は、裁判所の許可を得て、未履行契約及び期間満了前の賃貸借について、引
受又は拒絶することができる。」と規定する。
- (114) Report of the Commission on the Bankruptcy Laws of the United States. (Part III) H. R. Doc. No.137, 93d Cong. 1sst
Sess., 198-9 (1973).
- (115) Countryman, *Executory Contracts in Bankruptcy*, 57 Minn. L. Rev. 439, 460 (1973).
- (116) フェリエル・ジャンガー・前掲注(4)五頁。
- (117) In re Booth, 19 B. R. 53 (Bankr. D. Utah 1982).
- (118) 日本破産法上の財団債権に概ね相当する。
- (119) 高木・前掲注(4)一一五頁。
- (120) 王欣新『破産法学』(中国人民大学出版社、二〇〇四年)一七一頁、齊樹潔編『破産法研究』(厦門大学出版社、二〇〇四
年)二七〇頁。
- (121) 例えば、中国契約法三六条は、「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、又は当事者が約定した場合、
当事者が書面を採らなかつたが、一方が既に主要な義務を履行し、且つ、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、同法九四条は、「主要な債務」という言葉
を用いる。
- (122) 王〓房〓王・前掲注(99)八二頁。
- (123) 韓・前掲注(53)五一六頁。
- (124) 崔・前掲注(53)八五頁、韓・前掲注(53)二四三頁、王〓房〓王・前掲注(99)八三頁、王沢鑑『債法原理Ⅰ基本原理・債
之発生』(中国政法大学出版社、二〇〇一年)三六頁。
- (125) 崔・前掲注(53)八六頁、韓・前掲注(53)二四四頁、王・前掲注(124)三七頁。
- (126) 崔・前掲注(53)八八頁、韓・前掲注(53)二四六頁、王〓房〓王・前掲注(99)八三頁。

(127) 中国契約法六〇条二項は、「当事者は、信義則に則り、契約の性質、目的及び取引慣行に従って、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。同法九二条は、「契約の権利義務が終了した後は、当事者は、信義則に則り、取引慣行に従って、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。

(128) 崔・前掲注(53)八八頁、韓・前掲注(53)二四七頁、王Ⅱ房Ⅱ王・前掲注(99)八四頁、王・前掲注(124)四〇—四二頁。

(129) 日本最高裁平成二二年二月二九日判決は、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、民法上の概念に従って、年会費支払義務を付随義務ではなく、従たる給付義務と解する。

(130) 崔・前掲注(53)八八頁、韓・前掲注(53)二四七頁、王・前掲注(124)四〇—四二頁。

(131) 崔・前掲注(53)八六頁。

(132) 大審院大正一〇年九月二六日判決(民録二七輯一六二七頁)。

(133) 竹下ほか・前掲注(56)二二六頁(松本淳一執筆部分)。

(134) 伊藤ほか・前掲注(56)四〇九—四一〇頁。

(135) なお、伊藤ほか・前掲注(56)四〇九頁は、相手方の破産手続開始の申立て後破産手続開始前にした給付にかかる対価支払請求権を財団債権とする日本破産法五五条二項は、「実質的には、相手方の履行拒絶権を否定し、且つ、破産手続開始前の給付に係る対価支払請求権をすべて破産債権として、他の破産債権者との平等的満足を強いることが、合理的範囲を超えて相手方の利益を侵害するとの判断にもとづくものである」と述べている。

(136) 竹下ほか・前掲注(56)二二七頁(松本淳一執筆部分)、伊藤ほか・前掲注(56)四一〇頁、山本克己ほか編『新破産法の理論と実務』(判例タイムズ社、二〇〇八年)一九八頁(坂田宏執筆部分)。

(137) 竹下ほか・前掲注(56)二二八頁(松本淳一執筆部分)、伊藤ほか・前掲注(56)四一〇—四二一頁。ただし、竹下ほか・前掲注(56)二二八頁(松本淳一執筆部分)は、破産債権説を唱えながらも、その副作用として、手続開始前にした給付にかかる対価支払請求権が手続開始後の契約の解除の結果財団債権とはならなくなることを恐れる相手方が、給付の提供を拒絶する恐れを生じさせると指摘する。

(138) 例えば、中田・前掲注(10)二〇一頁、山木戸・前掲注(10)二二〇頁、谷口・前掲注(10)一七五頁、宮川・前掲注(50)五二頁、藤田広美『破産・再生』(弘文堂、二〇二二年)一七九頁。

- (139) 霜島・前掲注(21)三八〇頁。
(140) 竹下ほか・前掲注(56)二〇八頁(松本淳一執筆部分)。
(141) 近江・前掲注(46)六頁以下、中田裕康『債権総論(第三版)』(岩波書店、二〇一三年)一一三頁、潮見佳男『債権総論(第四版)』(信山社、二〇一二年)五頁以下。

(付記) 本稿執筆に際し、二〇一四年三月一五日に開催された中央大学民事法研究会にて報告する機会を頂き、席上、諸先生方より貴重な御教示、御指摘を頂戴いたしました。この場をお借りして衷心より厚く御礼申し上げます。

(本学大学院法学研究科博士課程後期課程在籍)