



Title	破産法第五九条の目的と破産管財人の選択権
Author(s)	福永, 有利
Citation	北大法学論集, 39(5-6上), 133-173
Issue Date	1989-08-31
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/16654">http://hdl.handle.net/2115/16654</a>
Type	bulletin (article)
File Information	39(5-6)1_p133-173.pdf



[Instructions for use](#)

# 破産法第五九条の目的と破産管財人の選択権

福 永 有 利

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 西ドイツにおける議論
- 三 破産法第五九条小史
- 四 わが国の学説・判例と私見

## 一 はじめに

## 一 破産法第五九条に関する諸問題

いわゆる双方未履行の双務契約についての原則規定である破産法第五九条・六〇条に関しては、いろいろな問題がある。思いつくままに並べるだけでも、つぎのようなものがある。①どのような双務契約に適用があるか。②同条にいう「履行の完了」とは、履行行為の終了を指すのか、それとも履行の法的効果の発生を要するのか。③これらの規定の適用があるためには、どのような義務の未履行があることを要するのか。同時履行の抗弁権がある場合に限るのか。より具体的に言うと、先履行義務の不履行、従たる義務のみの不履行、ごく僅かだけの不履行などの場合にも適用されるか。また、法律によって同時履行の抗弁権が認められているときや、解釈によって同時履行の抗弁権が認められているときにも適用があるか。④同条にもとづき破産管財人が契約の履行を請求したり、契約を解除したりするとき、どこまで契約を一括して履行の請求や解除をしなければならないか。破産宣告の前後で分けたり、可分な給付の場合に量的に制限してすることができるか。⑤破産管財人は破産者が負担している給付を履行することができるか。⑥破産者の相手方である契約当事者（以下では、相手方という）は、破産管財人が履行の請求をなすことができるか。⑦破産管財人が履行の請求をなし、あるいはなそうとしているのに対して、その契約を解除することができるか。⑧破産管財人が契約の解除を選択した場合でも、相手方は自分の負担している債務を進んで履行して、その解除の効果を否定することができるか。⑨双方未履行の双務契約があるときは、破産管財人は、相手方から確答請求がないときでも、履行請求または契約解除のいずれかを選択する義務を負うか。⑩破産管財人が履行の請求または契約の解除をなしたが、それにもとづく給付や既受領給付の返還や配当が完了する前に破産が解止された場合、以後この契約関係はどのように

取り扱われるか、等々である。

以上に列挙した問題のうち、①の適用範囲の問題については、質貸人破産の場合の質貸借契約、請負契約、リース契約などをめぐつてすでにある程度議論がなされており、また②についても、所有権留保付売買契約との関係で、問題のあることは認識されている。<sup>(6)</sup>③についても、包括的かつ説得的とまではいえないが、個々的には議論がないわけではない。<sup>(7)</sup>また④については、会社更生法第一〇四条の二とも関連して、継続的な契約関係につき破産宣告の後でその取り扱いを異にすべきかどうか論じられている。さらに、必ずしも十分とはいえないが、⑨についても学説の展開がみられる。他方、理論的には十分問題になりうるように思われるのに、あまり研究されていない問題も多いように思われる。ところで、これらの問題はそれぞれ独立した固有の論点をもっていることは勿論であるが、同時に、いずれも破産法第五九条・六〇条に関する問題として、これらの規定の目的、破産管財人の選択権の根拠や選択権行使の効果等についての理解を共通の前提とすべきものであり、これらの個別的な問題を検討するに先立ち、あるいは少なくとも同時に、この共通の前提問題についての検討が必須不可欠であろう。<sup>(8)</sup>

## 二 本稿の目的

さて、破産法第五九条の意義・目的については、わが国の破産法の教科書類においてもながしかの説明がなされるのが通常であり、判決の理由中でそれに触れた判決もないわけではない。しかし、後に詳しく見るように、その説明はいずれもきわめて簡単である上に、それぞれニュアンスを異にしており、また同条と密接な関係にあると思われる同時履行の抗弁権や不安の抗弁権と同条とがいかなる関係にあるかについての検討も十分とはいえないように思われる。また、個々の問題の解釈に際して同条の目的が問題とされ、それとの関連で議論が展開されるといふこともほとんどな

かった。このことは目的論の検討が不十分であったことの結果であると同時にその原因でもあるように思われる。もちろんこのような傾向に対する例外がないわけではない。後述する伊藤眞教授の所説などがその例外に属するが、その当否についての徹底した研究も未だ存在しないようである。

そこで、破産法第五九条の個別的な問題を検討するための準備作業として、同条の意義・目的ならびにそれと密接に関連する破産管財人の選択権の根拠等についての検討を行うことにする。その手順としては、まず、対応する西ドイツの破産法の規定（一七条、二六条等）についての議論をみよ。ついで、わが破産法第五九条等がどのような沿革を経て現に見られるような規定になったかを調べ、その上で、わが国の学説・判例を一瞥し、現行法の解釈としてどのように理解すべきかを考える。

なお、このように目的論を検討する最大の理由は、これらの規定に関する種々の問題の解決に資するためである。したがって、その検討に際しては解決されるべき諸問題を十分に念頭においてなされるべきであり、その規定の目的をかくかくしかじかと考えるべきだということになれば、そのような理解が個別的問題の解決にどのように反映されるかを検討して、その目的論の妥当性を検証することが望ましい。そして当初の計画では、一、二の個別の問題をも本稿で取り上げる予定であったが、いざ書きかけてみると、どうしても第一部総論、第二部各論というように分かれてしまえばかりでなく、各論部分について十分に検討するだけの時間的余裕がないことが判明したので、各論による検証は別稿に譲ることにした。

本稿は、この度めでたく御定年で御退官になられる五十嵐清先生、藪重夫先生に捧げるために書かれたものである。両先生にはこれまでいろいろお世話になってきた。本稿を献じさせていただく機会に、改めてお礼を申し上げますとともに、両先生の今後ますますの御健勝と御発展を念じる次第である。

- (1) 相手方の未履行部分がきわめて僅かである場合には、信義則上既履行として破産法五九条の適用を否定するものとして、竹野竹三郎『破産法原論』（敵松堂・大十二年）二七〇頁以下がある。
- (2) 竹野・前掲書二七一頁は、双方の債務が可分的給付であるときは、破産宣告時にすでに一部の給付があり、かつ、それに相応する反対給付があつた部分の債務関係には破産法五九条の適用はなく、残余の部分に限って適用があるとする。同旨、斎藤秀夫ほか編『注解破産法』（青林書院・昭五八年）二〇九頁。
- (3) 高知地判昭和五九・二・七判時一一三三三号一四頁は、破産法五九条は、双方の債務が共に未履行であれば足り、それが履行可能であるか履行不可能であるかを問わないとするが、東京地判昭和八・六・八新聞二四七六号一〇頁は、破産者の義務の履行が許されないときは、同条の適用なしとする。ドイツでは、破産管財人が履行できる場合に限り履行の選択をなしうるとするのが通説である。
- (4) この問題については、拙稿「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（平元年）一頁以下参照。
- (5) 福岡高判昭和五五・五・八判夕四二六号一三一頁は、破産法五九条一項は、破産管財人に選択権限を付与したにすぎず、破産管財人に選択をすべき義務を課したのではないとして、破産管財人が選択権を行使しないことが不法行為にあたることを主張を排斥した。
- (6) 竹下守夫「所有権留保と破産・会社更生（上）」法曹時報二五巻二号（昭四八年）八頁参照。
- (7) たとえば、売主に瑕疵担保責任があるだけの場合でも、五九条にいう未履行に当たると解されている。
- (8) 会社更生法第一〇三条、一〇四条の意義・目的、更生管財人の選択権についても、破産法五九条・六〇条のそれがほぼそのまま妥当するものと予想されるが、その断定は後日の検討に待ちたい。

## 二 西ドイツにおける議論

### 一 関係規定と立法者の考え方

まず最初に、西ドイツの破産法の関係規定を見ておくと、第一七条は、「①双務契約が、破産手続開始ノ当時、破産者及び其ノ相手方ヨリ未ダ履行サレズ又ハ完全ニハ履行セラレザルトキハ、破産管財人ハ、破産者ニ代リテ契約ヲ履行シ且ツ相手方ニ対シ其ノ履行ヲ請求スルコトヲ得。②破産管財人ハ、履行ノ期限ガ未ダ到来セザルトキト雖モ、相手方ノ請求ニ因リ、其ノ者ニ対シテ自分ガ履行ヲ請求スルカ否カラ遅滞ナク表示スルコトヲ要ス。モシ其ノ表示ヲ怠リタルトキハ、履行ヲ主張スルコトヲ得ズ。」と規定し、破産管財人がこの規定にもとづき履行の請求をしたときは、その双務契約から生じた相手方の請求権は財団債権とされる（五九条一項二コ）。破産管財人が履行の請求をしない場合、および相手方から確答請求があつたにもかかわらず、破産管財人が意思表示をしないために履行の請求ができなくなつた場合は、第二六条によつて処理される。第二六条は、「破産手続開始ノ結果、破産者ノ義務ノ不履行又ハ権利関係ノ消滅ガ生ジタトキハ、相手方ハ、破産者ノ所有ニ移転シタル給付ノ返還ヲ破産財団ニ対シテ請求スルコトヲ得ズ。相手方ハ、其ノ不履行又ハ消滅ニ因ツテ生ジタ債権ニツイテハ、別除弁済ノ請求権ヲ有セザル限り、単ニ破産債権者トシテ其ノ権利ヲ主張スルコトヲ得。」と規定している。

わが破産法と比較してみると、破産管財人が履行の請求を選択しうること、また履行の請求を選択したときの効果については、差異がない。問題はもう一つの選択肢にあり、わが破産法では、破産管財人は「契約の解除」を選択することができ、解除が選ばれたときは、相手方は破産者に対してなした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を財団債権者として請求できることは、法文上、明らかである。これに對

し、ドイツ破産法第一七条は、破産管財人が履行の請求をしない場合については直接的には何ら規定していない。通説的な見解によると、破産管財人が契約の履行請求をしない場合ないし履行請求ができなくなった場合には、契約の履行を拒絶することができ、破産管財人が履行を拒絶したときは、第二六条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はできず、不履行によって生じた損害の賠償請求を破産債権者として行使できるのみであると解されている。第一七条によつてはじめて履行拒絶権が与えられたとみるべきか否かについては学説上争いがあるが、その紹介は後に譲ることにして、ここでは第一七条が何故履行の拒絶について言及しなかったかという点に触れておこう。ムジラーク<sup>(1)</sup>によれば、それは立法者の後述するような誤った見解にもとづく結果ということになる。すなわち、旧破産法(一八七七年)の立法者は、牽連関係のある(synallagmatisch)契約から生じる相手方の債権は、破産の開始によつて当然に不履行による損害賠償請求権になるものと考えていた<sup>(2)</sup>。非金銭債権が金銭債権に転換されるのも不履行の場合と捉え、これと同じように考えたのである。旧破産法第二一条(現行破産法第二六条)が、「破産手続開始ノ結果、破産者ノ義務ノ不履行・・ガ生ジタトキ」と規定しているのは、まさにこの考え方の現れである。そして、このような不履行を破産開始の直接の効果と見る見解は、一八五五年のプロセン破産法の影響を受けたものである。同法第一五条三項は、破産の開始によつて法的な不履行が生じるという前提にもとづき、「モシ破産者ノ未履行ノ反対給付ガ金銭ノ給付デナイトキハ、契約ノ相手方ハソノ履行ヲ要求デキズ、タダ損害賠償請求ヲナシウル。」と規定しており、また同法第二一条は、第一五条を破産の開始によつて法律行為が解除される場合の一つと規定していた。いずれにしても立法者は、このような考え方から、破産管財人が契約の履行を請求するについては特別に規定を必要とするが、不履行のままにしておくことについては特に言及する必要はないと考えたものと解される。しかし、不履行を破産開始の直接の効果とみることが間違ひである。このことは、第一六四条が、弁済を受けなかつた破産債権者は破産解止後、債務者に対してそ



の債権を無限に主張することができ、しかもその債権が未確定のときは、その当初の内容で主張できると規定していることからみても明らかである。非金銭債権の金銭債権への転換は、全破産債権への平等弁済をなすための技術的な要請にもとづくものであり、破産開始により非金銭債権が民法上の意味での不履行になるためではない。その証拠に、金銭債権の場合には不履行による損害賠償請求権への転換というようなことがなされるわけではない。もし破産の開始によつて相手方が有していた履行請求権が当然に消滅するのであれば、その後、破産管財人が履行の請求をしたときは、一旦消滅した履行請求権がそれによつて再び復活するというような構成が必要になる。

いずれにしても、わが破産法の「契約の解除」とドイツ破産法の「履行の拒絶」とでは、その効果の点でかなりの違いがあることは否定できない<sup>(3)</sup>。ところで、後にも触れるところであるが、ドイツ旧破産法の施行されるまで妥当していたプロイセン破産法第一六条では、履行請求がなされない場合には、相手方は破産者に対してなした給付が財団中に現存するときはその給付の返還を請求できるものとされていた<sup>(4)</sup>。それにもかかわらず、ドイツ旧破産法の立法者は、プロイセン法の立場を採用せず、現行破産法においても旧破産法の立場が踏襲された。どのような基本的考え方にもとづいて、このような立法的选择がなされたのであろうか。以下では、なぜ「契約の解除」ではなく、「履行の拒絶」が選ばれたのか、また履行の拒絶によつてどのような効果が生じるのかという点にも留意しながら、第一七条の意義・目的が何かについで議論を見ていくことにする。

## 二 第一七条の意義・目的

第一七条の意義・目的については、いろいろな見解があり、それらをどのように分類するかについても見解は一致していない<sup>(5)</sup>、少なくとも次の四つの見解がある。まず、①特に規定がなければ、破産者の相手方は、自分の方の債務は

財団に対して完全に履行しなければならぬのに対し、自分の債権の方は破産配当を受けるのみとなる。破産法第一七条は、このような不公平を避け、相手方をできるだけ十分に保護するために置かれた規定であると解する見解である。<sup>(6)</sup>

この説がかつての通説・判例であった。これに対し、②この規定を、双務契約を特徴づける「機能に関する牽連性」(funktionelles Synallagma) (以下では、機能的牽連性という)<sup>(7)</sup>の結果とみる見解がある。<sup>(8)</sup> また、③履行を拒絶する権利は当然に認められるので、これについては第一七条は何ら言及しておらず、同条第一項は、破産管財人に履行を請求する権利をはつきりと与えること乃至そうすることによって双方未履行の契約関係の清算を可能にすることを目的としたものであると解する見解もある。<sup>(9)</sup> さらに、④最近、有力な見解は、同条の目的を、相手方を保護すると共に、破産管財人に履行請求権を与えることによつて破産財団の利益を図ろうとする規定であると解している。<sup>(10)</sup>

それでは、これらの目的論はどのような考え方に基づいて導き出されてきたものであろうか。各説の基礎にある考え方を知るために、まず、もし第一七条等の規定がなかったとすれば、どのような結論になるかをみてみることにする。破産法の理由は、相手方の有する債権は破産法第三条の要件に該当するので、彼は破産債権を有しているにすぎないというところから出発している。<sup>(11)</sup> この考え方にしたがえば、相手方は当然には破産管財人に対して履行を請求することはできず、破産手続に参加して配当を受けるにすぎないことになる。問題は、破産管財人が相手方にその債務の履行を求めてきた場合、相手方は自分が義務づけられている給付の提供を無条件でしなければならないかどうかという点にある。契約当事者の一方が破産することによつて、破産者の相手方がドイツ民法三三〇条・三三二条の契約不履行の抗弁権 (die Einrede des nichterfüllten Vertrags) (以下では、同時履行の抗弁権という) を失うかどうか、ここで問題となる。もし相手方が同時履行の抗弁権を維持するとすれば、破産者が義務を負っている給付を履行しないままで、破産管財人が相手方に対して履行の請求をしても、相手方はこれを拒絶することができることになるからである。①説は、破

産の開始によって同時履行の抗弁権は消滅するという前提に立つもののようにである<sup>(12)</sup>。しかし、そのような理解には反対が多い。すなわち、同時履行の抗弁権を請求自体に内在する制限とみる統一交換請求権説<sup>(13)</sup>に立つときは、破産管財人が行使する請求権自体の内容の問題であるから、その請求権の帰属者が破産しても、それによってその請求権が無制限な内容のものに変わる理由はないから、相手方が同時履行の抗弁権の主張をなしうるのは当然ということになる。同時履行の抗弁権を文字どおり抗弁権と解する説に立つても、契約の相手方の破産によって同時履行の抗弁権が効力を失うということはできない<sup>(14)</sup>。確かに、同じく引換の抗弁権である民事留置権(下民二七三条)は破産によって失効するものとされている(下破四九条一項四号参照)が、だからといって同時履行の抗弁権をも同じように取り扱わねばならぬわけではない。留置権の場合には、請求権と反対請求権との牽連性は請求権の発生当初からあるのではなく、留置権の要件が生じ、それが行使されることによって初めて生じるのであるが、同時履行の抗弁権の場合は、その契約上の合意の本質から当然に生じるものであるからである<sup>(15)</sup>。このように破産が開始しても同時履行の抗弁権は失われまいとすれば、破産法第一七条は、②説のいうように、契約当事者の一方が破産した場合における同時履行の抗弁権ないし機能的牽連性の現象形態を確認したにすぎず、相手方を特に保護するものではないとみることに一理がある。

ところで、このように同時履行の抗弁権を強調すると、相手方が先履行義務を負っているため、同時履行の抗弁権が認められないときが問題となるが、その場合でも、双方が未履行である限り、第一七条の適用がある<sup>(17)</sup>。先履行義務を負っている相手方に対して破産管財人が反対給付を提供しないで履行を請求してきた場合には、いわゆる不安の抗弁権(下民三二一条)が相手方に認められて然るべきであるし、当該契約が対価的な給付の交換に向けられたものであり、相手方が未だ履行を完了していない以上、機能的牽連性の保護を失ったとはいえないから<sup>(18)</sup>、機能的牽連性による保護以上のものが第一七条によって与えられるわけではない。ただ、相手方が従来から有していた機能的牽連性にもとづく地位を

破産においてもこれを奪うことなく、それを保障しようとした点で破産法第一七条を相手方の保護をも目的とする規定とみることができないわけではない。なお、以上に述べてきたことは、破産法第一七条等によっても、相手方は同時履行の抗弁権ないし機能的牽連性によつて保護されていた以上に保護されることはないという解釈を前提とするものである。この点との関係で思い出されるのは、つぎのようなBGHの判決<sup>19)</sup>である。その判決においてBGHは、買主が土地を買つて、その代金を全額支払つたが、いまだ登記を取得する前に、売主が破産宣告を受けた場合、買主にはその土地を引き取り、登記の際に協力する義務が残つているという理由で、第一七条の適用を肯定した。その結果、この買主は機能的牽連性によつては与えられない保護を与えられたことになつたが、第一七条のこのような解釈は不当であり、同条による相手方の保護は、機能的牽連性の存在するときに限つて認められると解されている。<sup>(20)(21)</sup>

以上のように、同時履行の抗弁権によつて、より正確には、機能的牽連性から生じる効果として、破産管財人が破産者の債務を完全に履行することなしに、相手方に対して履行の請求をしてきても、相手方はそれを拒絶できるとすれば、①説が心配しているような不公平が生じることではない。しかし、それだけでは双方が履行を拒絶し合うことになり、双方未履行の契約関係を破産手続において処理・清算することができなくなる。また、相手方の同時履行の抗弁権を侵害しない限り、破産財団の利益を図るために履行の請求を認めても、特に相手方を害することはない。そこで破産法は、その契約で合意された通りに履行がなされるのが財団にとつて有利である場合、破産管財人が履行を選択できるといふこととし、また、破産管財人に履行請求と履行拒絶の選択権を与えることによつて、破産手続を迅速に処理できるといふこととして、破産財団の利益を図つたと考えれば、③説となる。このように考えれば、②説と③説とは、基本的にはそれほど違いはない見解とみることができよう。また、④説も、相手方の実体法の地位を尊重することによつて相手方を保護することも第一七条の目的の一つとみるのであるから、③説とは力点の置き方に違いがあるだけだとみるこ

### 三 破産管財人の履行拒絶権

さて、以上に見たような見解の違いは、破産管財人の履行拒絶権の根拠、法的性質、選択権の有無、選択権行使の効果、選択権行使以前の当該契約関係の法的性質等々についての理解にも現れている。かつての通説的な見解によれば、破産管財人は契約の履行の請求をするか、履行を拒絶するかを選択権をもち、この選択権は、破産法第一七条によって破産管財人に与えられたものであり、破産管財人がこの選択権を行使すると、それによって当該契約の法律関係が最終的に確定されることになる。したがってこの選択権は一種の形成権である。<sup>(22)</sup>破産管財人が選択権を行使する以前は、法律関係は浮動的であり、相手方の請求権は破産債権とも財団債権とも決まっていない状態であると説くものもあつた。<sup>(23)</sup>しかし、この見解は今日ではいろいろと批判を受けている。まず、選択権が行使されるまでは権利関係は未確定の状態にあると解す点については、破産債権の要件を定めた破産法第三条に反すること、また、そのような浮動的状态を認める根拠として、破産管財人が選択権を行使するまでは、当該契約関係には破産の効果及んでいないとみるのであれば、その間は破産者においてその契約関係を管理・処分できるということを認めなければならないという不都合な結果となるなどと批判されている。<sup>(24)</sup>また、破産管財人が当該契約の法律関係を最終的に決定しうる根拠を破産法第六条の管理処分権に求める見解もあるが、この管理処分権は破産財団に属する財産について認められるにすぎず、破産債権を処分しうるものではない。<sup>(25)</sup>そこで最近では、第一七条によつて初めて履行拒絶権が認められたと見るべきではないと説く見解が有力である。<sup>(26)</sup>すなわち、相手方の債権は当然に破産債権であるから、破産手続によらない履行請求に対しては破産管財人はそれを拒絶できるのは当然であり、したがって、破産管財人の履行拒絶権は破産の開始と共にすでに発

生している。これに対して、破産管財人の履行請求権の方は当然に認められるものではない。なぜなら履行請求権は、破産管財人が破産者の負担した給付を完全に履行しうることをその前提としており、そしてそのことは共同的満足の原則に照らして可能かどうか疑問であるからである。この疑念を取り除くのが第一七条の課題であった。同条一項は財団のために相手方の給付を手に入れることについての破産管財人の利益を承認したものである。破産管財人による履行の請求は、相手方の破産債権を財団債権に変えるという形成的な効果を生じさせるものであり、その意味で形成権であるといつてもよいが、履行の拒絶は形成的なものではないと考えられている。

これらの二つの見解のうちいずれを採用しても、履行の請求に関する限り、あまり差異はない。破産管財人による履行の請求によって相手方の請求権は財団債権となり、この債権と財団所属の相手方に対する債権との間で同時履行の抗弁権も維持されることになる。これに対し、履行の拒絶については、いろいろ問題がある。まず、当該の契約によって発生した双方の履行請求権がどうなるかであるが、破産管財人の履行拒絶権を形成権と見る説では、その拒絶権の行使（意思表示）によって双方の履行請求権は消滅し、契約の不履行によって相手方に損害が生じるときは、相手方にその損害につき賠償請求権が発生すると解している。そして、この形成的効果は終局的なものであり、相手方がその損害賠償請求権をもって破産手続に参加したか否かによって左右されることはないということになる。これに対し、今日の通説的見解では、破産管財人が履行の拒絶をした場合、なぜ相手方は損害賠償請求権を取得し、破産債権者としてその行使が認められるのが問題となる。主流と見られる見解は、そのような損害賠償請求権は双務契約に関する民法の規定から引き出されるものと解している。<sup>(27)</sup> 具体的にいえば、ドイツ民法第三二五条・三二六条ないし積極的債権侵害についての法原則が挙げられている。他方、この損害賠償請求権は民法の規定ないし原則から導きだすことはできないとする見解もある。この説によれば、破産が開始したからといって当然に履行不能となるわけではないし、損害賠償請求権の発生

につき遅滞の有無や猶予期間の徒過といったことを全く問題としていないし(下民三二六条参照)、また破産管財人の履行拒絶を積極的債権侵害ということもできないから、破産法が特に認めた破産開始の特別な法的効果とみるほかないということになる。<sup>28)</sup>しかし、いずれの説からも、この損害賠償請求権の根拠をどのようにみるかは、実際上の意義をもたないといわれている。<sup>29)</sup>ただし、両説とも、この損害賠償請求権の内容は、民法における不履行による損害賠償に妥当する原則によって決定されると解しているからである。

なお、この損害賠償請求権の根拠が何かということも関連して、破産管財人から履行拒絶があつたときでも、相手方は自分の方の債務を履行して、自分の方の履行請求権を破産債権として行使できるかが問題とされている。この点については、否定的に解する見解が有力であり、その根拠としては、相手方が財団に対してなす給付が財団にとって無価値であつたり、換価が困難であつたりするときは、損害賠償請求権を主張される場合より財団の負担がより大きくなることがあるということや、もし相手方に給付義務を履行して自分の履行請求権を行使するか、第二六条による損害賠償請求権を行使するかを選択を認めるといふことになると、第一七条二項のような行使時期を制限する規定がないから、破産管財人の選択権よりより有利な地位を与えられることになって不当であるということなどが挙げられている。<sup>31)</sup>しかし、破産者は元来そのような給付を受領すべき地位にあつたのであり、破産後にその受領を強制されることになつても仕方がないとも考えられ、財団の利益のために当然にその受領を拒絶できるといえるかは問題である。<sup>32)</sup>また、債権者平等の原則から当然に出てくる効果とみるわけにもいかない。したがって、破産管財人の履行拒絶権を財団の利益を図るために特に認められた形成権とは捉えず、相手方の債権が破産債権であることから当然に認められるものと見る見解においては、なぜ相手方の犠牲において財団の利益を図ることができるのかにつき何らかの説明をしなければならぬと思われるが、ここではこれ以上この問題にかかわることはしないでおく。

#### 四 履行拒絶の効果

破産管財人が履行の拒絶をなした場合ないし相手方から確答請求を受けたにもかかわらず適時に意思表示をしなかった場合、相手方は、破産前に破産者に対してなした一部の給付を取り戻すことはできない。この場合、相手方は、契約の不履行による損害賠償請求権を破産債権として行使することはできない（下破二六条）<sup>(32)</sup>が、それを行使しなければならぬわけではない。相手方は破産債権の届出をしないで、破産手続の終了後に破産者であった債務者に対して契約で定められた給付を請求することができる。

もし破産者が破産前に相手方に対して一部の給付をなしていた場合、破産管財人がその給付物自体もしくはその価値を相手方から取り戻すことができるかは、明文がないこともあつて、必ずしも明らかであるとはいえない<sup>(33)</sup>。もつともこの一部給付は、相手方の損害賠償請求権の算定の際に計算に入れられ、その価値分だけ賠償請求権の額が少なくなるといふ点については争いはないようである。相手方が賠償請求できる損害額は差額説(Differenztheorie)によつて算定される。問題は、相手方に損害がない場合に、あるいは破産者のなした給付が相手方の損害額を上回る場合に、破産管財人がその返還ないしはその差額の支払いを相手方に請求できるかという点である。この問題は、破産管財人が、給付の未履行部分に限つて履行を拒絶できるか、それとも契約全体について拒絶しなければならぬかという問題とも関連するが、支配的な見解は、契約全体について選択がなされるべきものと解している<sup>(34)</sup>。そこで、契約全体につき履行が拒絶されたという前提にたつて、上記の問題についての学説を見てみると、かつては消極説が有力であつたが<sup>(35)</sup>、その後、ドイツ民法第八一二条（不当利得）にもとづきその返還を請求できるとする見解が有力となつた<sup>(36)</sup>。さらに最近では、相手方が当該の給付を受領する法的根拠を失つたといえるかどうかの問題とされ、不当利得以外の根拠にもとづいて差額の支払請求を認めようとする見解も現れている<sup>(37)</sup>。かつての消極説は、破産管財人が契約の履行を拒絶しても、その契約が解



消されるわけではないことと、破産管財人は選択に際して破産者がすでに一部給付をなしていることをも考慮に入れて選択をなしうることを根拠とした。<sup>(38)</sup> 不当利得説を採る者の中には、破産管財人の履行の拒絶によって相手方の履行請求権が形成的に消滅するということをその根拠としているものがあるが、そのような理解には疑問があること前述のとおりである。そこで、不当利得説は、相手方の給付請求権がなぜ消滅するかを明らかにしなければならぬ。相手方が損害賠償請求権をもって破産手続に参加すれば、それによって少なくとも破産財団との関係では、彼の履行請求権はなくなったと解することができる。そのときには破産管財人は相手方に対して不当利得の返還を請求できることになる。

問題は、相手方が履行請求権に固執している場合にどうなるかであるが、ムジラークは、破産管財人が破産者の当該契約上の債権を第三者に譲渡する方法で財団にその価値を取り込むという対策を主張している。<sup>(39)</sup> ヘーゼマイヤーは、破産管財人の拒絶権から特殊の破産法上の請求権が生じると考え、それをもって返還請求権を基礎づけ、<sup>(40)</sup> また、ウーレンブルクは、破産管財人の履行拒絶によって、双方の履行請求権は消滅し、それに変わってドイツ民法第三二六条による決済関係 (Abrechnungsverhältnis) が生じると説いている。<sup>(41)</sup>

## 五 小括

以上を要するに、西ドイツの現在の支配的な見解によると、破産者の相手方の債権は破産債権であるという前提に立ち、相手方の債権が破産債権である以上、破産管財人がその履行を拒絶することができるのは当然のことであり、履行の拒絶を認めるために特に規定が必要となるわけではない。したがって、破産法第一七条によってはじめて履行拒絶権が認められたのではなく、同条の意義は、破産管財人が、相手方に破産者のなすべき給付を財団から提供して、相手方の債務の履行を請求しようとした点にある。破産管財人が履行を拒絶した場合、あるいは、確答請求に応じなかったた

めに、履行の拒絶と見做される場合でも、それによつて相手方の同時履行の抗弁権が当然に失効するわけではない。この場合、相手方は、破産債権者として破産手続に参加して配当を受けるか、それとも破産手続への参加は見合わせて、破産手続終了後に破産者であつた者との間で当該の契約関係の決済を図るかのいずれかを選択することができる。不参加を選んだ場合には、同時履行の抗弁権もそのまま残ることになることはもちろんである。相手方が破産手続に参加する場合には、不履行を理由とする損害賠償請求権を破産債権として届出ることになり、相手方が破産開始前に一部給付をなしていても、それを破産財団から取り戻すことはできない。また、破産者の方が相手方に一部給付をしていても、その給付の額が、不履行によつて相手方の被る損害の額を上廻るといふ場合を除き、破産管財人は破産者のなした給付を取り戻すことはできない。結局、西ドイツ法にあつては、破産管財人による履行の拒絶があつた場合には、それは文字どおり相手方の債権に対する履行が拒絶されたにとどまり、相手方の債務の履行が求められたわけではないから、相手方の同時履行の抗弁権が「履行の拒絶」に対してその効力を發揮する余地はない。しかし、相手方の方が、自己の債権を破産債権としてであれ行使しようとするときは、破産者（破産管財人）側に同時履行の抗弁権があることがあるので、その点を考慮して破産法は不履行による損害賠償請求権を破産債権として行使できることとしたものと考えられる。ところで、後述するように、プロイセン破産法やオーストリア破産法では破産管財人による契約の解除という選択肢が認められていたのに、ドイツ破産法はどうしてそれに従わなかつたのであろうか。その理由はよく判らないが、前述したように、立法者は破産宣告によつて当然に相手方の債権は不履行による損害賠償請求権に転化すると考えたようであり、この考え方からすれば、わざわざ契約を解除させる必要はないということになるのかも知れない。ことにドイツ民法では、契約を解除すると、原状回復義務が生じるだけで、履行利益の賠償請求はできないということになる（<sup>44</sup>下民三七条）ので、不履行による損害賠償請求を認められる方が、相手方に有利な取り扱いであるとも考えられる。また契

約当事者の一方または双方が、自分がなすべき給付の一部をすでに履行していた場合、解除によって受領した給付物ないしその価額を返還させるといふ取り扱いに比べて、ドイツ破産法のように、すでに受領した給付はそのままにして、損害賠償の問題として片付ける取り扱いの方が、一方が完全に既履行の場合の取り扱いと権衡がとれていて、より妥当であるとも不可能ではない。

さて、破産法第一七条の意義は、支配的な見解によれば、破産管財人に履行請求権を与えた点にある。相手方からの履行請求を拒絶する権利のほかに、いわゆる履行請求権を認めるのは、それによって破産財団を増加させるためであるが、破産管財人が履行の請求をしたときは、相手方との公平を図る必要上、相手方の債権は財団債権とされるので、履行請求がなされなかった場合に比して、相手方も有利となるのが通常である。そこで、破産管財人への履行請求権の付与は、相手方を保護するものでもあることにも一理がないわけではないが、ただ履行請求権が破産管財人にのみ与えられ、相手方は破産管財人の選択にしたがわねばならないという点から見ると、破産財団の利益を図るのが第一の目的であるということにならう。

- (一) Musielak, Die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters — Zur Auslegung des §17. Abs. 1 der Konkursordnung. ACP 179, 189, 193ff. 544 Pletzsch, Die Erfüllungsweigerung des Konkursverwalters, Diss. Frankfurt/M. 1973, S. 42ff. 参照。
- (二) Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. 4 Bd. S. 86. 544 Pletzsch, a. a. O. S. 47 ff. Motive の正しき解釈によれば、Motive は「不履行」をではなく、破産に適した一般制限を、破産開始の直接の効果と見ていたと説く。
- (三) このことを明確に述べているものとして、井上直三郎『破産法綱要』（弘文堂・大一年）一八二頁。
- (四) ちなみに、現行オーストリア破産法第二一条は、財団管財人 (Masseverwalter) に契約の履行と解除 (Rücktritt) の選択

- を与え、解除が選ばれたときは、相手方はすでになした給付を財団から取り戻すことができるとしている。
- (5) Jaeger—Henckel, KO. 9 Aufl. §17. Anm. 5 は四つの説のうち、①と②のみを挙げ、Lichtenberger, Die Auflassungsvormerkung — auch künftig unverzichtbares Sicherungsmittel beim Kauf vom Bauträger. NJW 1977, 520. は、①②と③を挙げており、Kuhn—Uhlenbruck, KO. 10 Aufl. §17. Anm. 1 は、①と④のみを挙げ、Marotzke, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 1985, S. 9. は、③と④とを合わせて、①と対立する見解としている。
- (6) BGHZ 58, 246, 250 ; BGHZ 68, 379, 383 ; RG 142, 296, 300 ; Mentel—Kuhn—Uhlenbruck, KO. 9 Aufl. §17. Anm. 1 ; Böhle—Stamschräder, KO. 12 Aufl. §17. Anm. 3 a ; Lichtenberger, a. a. O. S. 520.
- (7) 「funktionelles Synallagma」を、柚木馨『債権各論（契約総論）（現代法学全書）』（青林書院・昭三一年）五二頁は、「機能に関する牽連性」と訳し、椿素夫・右近健男編『ドイツ債権総論』（日本評論社・昭六三年）二〇九頁は、「請求権行使における牽連関係」と訳している。
- (8) Häsemeyer, Das funktionelle Synallagma im Konkurs— und Vergleichsverfahren, K T S 1973, 2ff. .
- (9) Huber, Die Stellung des Abnehmers im Konkurs des Lieferanten beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt, BB 1964, 733f. ; Pletzsch, a. a. O. S. 47ff. ; Musielak, a. a. O. S. 211ff.
- (10) Jaeger—Henckel, a. a. O. §17. Anm. 5~9 ; Kuhn—Uhlenbruck, a. a. O. §17. Anm. 1 ; Hess—Kropshofer, KO. 2 Aufl. §17. Anm. 1 ; Marotzke, a. a. O. S. 37ff.
- なお、Böhle—Stamschräder—Kilger, KO. 14 Aufl. §17. Anm. 1. も、同旨のものである。
- (11) Hahn, a. a. O. S. 87ff.
- (12) このことを明確に述べるものとして、Pletzsch, a. a. O. S. 36 u. 47f.
- (13) Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd. 1, 13 Aufl. §15 I ; Esser—Schmidt, Schuldrecht, Bd. 2, 6 Aufl. §16 II 1. ; Huber, a. a. O. S. 733. なお、坂田宏「同時履行の抗弁権と引換給付判決(一)」民商法雑誌九八巻四号（昭六三年）四三〇頁以下参照。
- (14) Musielak, a. a. O. S. 197ff.
- (15) Marotzke, a. a. O. S. 23ff. は、破産が開始しても当然に留置権が消滅するわけではないが、留置権の目的物が財団

に属するときは、破産管財人に対して主張しえないとするから、通説と結果的には差異がないことになる。

- (16) Musielak, a. a. O. S. 199. ; Huber, a. a. O. S. 733.
- (17) Marotzke, a. a. O. S. 96ff.
- (18) Jaeger—Henckel, a. a. O. §17. Anm. 6.
- (19) BGHZ 58, 246.
- (20) Jaeger—Henckel, a. a. O. §17. Anm. 6 ; Musielak, a. a. O. S. 199 ; Kuhn—Uhlenbruck, a. a. O. §17. Anm. 1.
- (21) Häsemeyer a. a. O. S. 5 は、もし給付の受領についての協力義務をも、第一七条にいう履行・不履行が問題となる義務に含めるということになると、一方のみ既履行というような場合があるかが問題とならうと批判している。
- (22) 破産管財人の履行拒絶権を形成権と見るものとして、RGZ 135, 166 ; BGH NJW 1962, 153 ; NJW 1962, 2296 ; NJW 1963, 1869 ; BGHZ 48, 203, 205 ; BGHZ 68, 379, 388 ; Baur, “Steckengebliebene” Insolvenzverfahren. Festschrift für Weber, 1975 S. 43f. ; Kalter, Über die substantiellen Veränderungen konkursbefangener Forderungen und Rechte von Konkursgläubiger und Gemeinschaftschuldner, KTS 1973, 16, 20.
- (23) Mentzel—Kuhn—Uhlenbruck, KO. 9 Aufl. §17. Anm. 21 ; Jaeger—Lent, KO. 8 Aufl. §17. Rdn. 55.
- (24) Musielak, a. a. O. S. 196f.
- (25) Pletzsch, a. a. O. S. 64ff.
- (26) Jaeger—Henckel, a. a. O. §17. Anm. 114f. u. 149ff. ; Kuhn—Uhlenbruck, a. a. O. §17. Anm. 19, u. 36 ; Huber, a. a. O. S. 735 ; Marotzke, a. a. O. S. 55ff. ; Pletzsch, a. a. O. S. 63ff.
- (27) Kuhn—Uhlenbruck, a. a. O. §17. Anm. 37 ; Musielak, a. a. O. S. 203ff. ; Böhle—Stamschräder—Kilger, a. a. O. §17. Anm. 4 c ; RGZ 26, 85ff.
- (28) Jaeger—Henckel, a. a. O. §17. Anm. 171. ; Pletzsch, a. a. O. S. 89f.
- (29) Kuhn—Uhlenbruck, a. a. O. §17. Anm. 37 ; Jaeger—Henckel, a. a. O. §17. Anm. 171.
- (30) Kuhn—Uhlenbruck, a. a. O. §17. Anm. 37 ; Jaeger—Henckel, a. a. O. §17. Anm. 173.

- (31) Pletzsch, a. a. O. S. 97. ただし、この理由付けはそれほど有力とは思えない。けだし、破産債権の届出にも時間的な制限がないとはいえないし、より根本的には、破産管財人が履行を拒絶する限り、相手方はいずれにしても破産配当しか受けられないのであるから、破産管財人の選択権と相手方のこの選択権との優劣を論じることはナンセンスである。なお、ケンケルは、いずれにしても相手方は破産配当しか受けられないことを、消極説の根拠としている。Jaeger-Henckel, a. a. O. §17. Anm. 173.
- (32) Musielak, a. a. O. S. 200ff.
- (33) この問題については、Marotzke, a. a. O. S. 332ff. 参照。
- (34) Jaeger-Henckel, a. a. O. §17. Anm. 71.
- (35) RGZ 56, 238ff. ; Oetker, Über den Einfluss der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge, ZJP 14, 34 ; Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. 1907 S. 265. Fn. 2
- (36) RGZ 135, 167, 172 ; BGHZ 15, 333 ; Pletzsch, a. a. O. S. 99ff. ; Feldhaus, "Hat der Konkursverwalter, wenn er Erfüllung einer gegenseitigen Vertrages ablehnt, einen Rückforderungsanspruch auf die vom Gemeinschuldner geleisteten Vorauszahlungen?" JZ 1956, 313ff.
- (37) Kuhn-Uhlenbruck, a. a. O. §26. Anm. 18 ; Häsemeyer, a. a. O. S. 7 ; Böhle-Stamschräder-Kiliger, a. a. O. §17. Anm. 4 c ; Jaeger-Henckel, a. a. O. §17. Anm. 71.
- (38) Pletzsch, a. a. O. S. 104ff.
- (39) Musielak, a. a. O. S. 208f.
- (40) Häsemeyer, a. a. O. S. 7.
- (41) Kuhn-Uhlenbruck, a. a. O. §26. Anm. 18.
- (42) 山中康雄「履行遅滞による解除」、『総合判例研究叢書 民法(10)』(有斐閣、昭三三年)五頁、三宅正男『契約法(総論)』(青林書院・昭五三年)一四一頁以下など参照。

## 三 破産法第五九条小史

## 一 旧商法第九九三条

さて、ここで日本の破産法五九条についてどのような議論がなされているかをみるべき順番であるが、その前に同条がどのような沿革を経て今日見られるような規定となったかをみておくことにする。このような道草をするのは、つぎのような理由による。すなわち、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」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していうならば、結局のところあまりよく判らないということになる。以下、そのような結論に至る検討経過を述べることにする。

現行破産法の施行によって廃止された旧商法第三編破産(明治二三年法三三二)の九九三条は、「①破産宣告ノ時ニ破産者及ヒ其相手方ノ未タ履行セス又ハ履行ヲ終ラサル双務契約ハ孰レノ方ヨリモ無賠償ニテ其解約ヲ申入ルルコトヲ得②質貸借契約又ハ雇傭契約ニ在テハ解約申入ノ期間ニ付キ協議調ハサルトキハ法律上又ハ習慣上ノ予告期間ヲ遵守ス可シ」と規定していた<sup>(1)(2)</sup>。この旧商法が成立する一三年前(一八七七年)にドイツでは旧破産法が成立しており、同法一五一条、二一条は、それぞれ現行の破産法の一七条、二六条と全く同文であったが、わが旧商法九九三条はこれに従っていない。

旧商法の草案(明治一七年脱稿)の起草者であるヘルマン・ロエスレル(ドイツ人)は、「近世ノ商法殊ニ南ヨーロッパ諸國ノ商法ニ在テハ仏國商法最モ其模範トナレリ」という認識に立ち<sup>(3)</sup>、本草案の立案に際しても、仏國商法を模範と

するが、「其他ノ諸国殊ニ独英ノ法律ヲ参酌シテ以テ其最新最良ナル原則ヲ採シ之ヲ調和スルコトヲ以テ主トセリ」という一般の方針を採つた。<sup>(4)</sup> フランスの当時の破産法（商法第三編破産及び破産犯罪、一八三八年）には、双務契約についての一般的規定はなく、一八七二年二月一二日法によつて改正された四五〇条、五五〇条一項乃至五項が、賃貸借契約について規定していたにすぎない。<sup>(5)</sup> しかし、ロエスレルは、「倒産申渡ノ時ニ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無賠償ニテ解約スルヲ得但シ賃貸借契約若クハ労役ノ契約ニ在テ若シ協議調ハサルトキハ法律上或ハ土地慣習上ノ解約予告期限ヲ守ルヘシ」（草案第一〇四七条）という双務契約の一般的規定を置くこととし、その理由をつぎのように述べている。すなわち、双務契約では当事者の一方がその義務を履行しない限り、他方は自分の方の義務を履行する必要がない。当事者の一方が倒産しても、倒産者の義務の履行を管財人が変わつてなすことができないわけではないが、もしそうすれば相手方が単に比例的配分を受けるにとどまらないという点で特遇を受けたことになる。また管財人に必ず充分にその義務を履行せよと強いることはできないし、資料が充分でないために実際上履行ができないことも多いであろう。そこで、「双務契約ヲシテ倒産ノ後ニ至ルマテ依然存セシメルニ於テハ相手充分ノ義務ヲ尽シ其報告トシテ僅カニ倒産品ヨリ割前ヲ受ケ以テ不充分ノ弁償ヲ受ルニ止マルノ結果ニ至ヲ例トス是レ権宜ヲ失ヒ双務契約ノ性質ニ悖ル」からであると説いている。<sup>(6)(7)</sup>

つぎに、相手方にも解約権を与えた点について、「若又管理人倒産品ヲ以テ充分其契約ヲ履行セント欲スルトキハ之ヲ存続スルヲ得セシムヘシトスルニ於テハ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且契約ノ義務的ナル性質ニ戻ル何トナレハ之レカ為メ管理人ノ其契約ヲ履行セサルハ其然ルヘキカ為メニ非スシテ其欲セサルカ故ニ然ルモノニシテ所謂倒産者ノ一方ニ対シテ其契約解ケタルニ同シケレハナリ。」と説き、<sup>(8)</sup> ドイツ破産法一五五条は相手方に解約権を与えていないが、プロイセンの旧破産法（一八五五年）の一五五条・一六条では債権者



は管財人の解約に同意する権利はあるが、義務はないとされていた点に留意すべきであり、双方に解約権を与えるべきであることは、フランス民法典第一一八四条からしても明らかである。仏民法典の同条と本草案とが異なるところは、相手方の履行遅滞を待つを要せず、破産の開始をもって直ちに遅滞とみる点にある。このようにみるのは、破産宣告を受けた債務者には既に完全な履行を望むべきでないのを常とするからであると説いている<sup>(11)</sup>。

無賠償で契約を解約できるとした点については、「双方何レモ契約ヲ解除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」というのが、その理由であつた。もちろん、契約が解約されたときは、「双方共契約ニ從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」<sup>(12)</sup>である。

草案第一〇四七条でも旧商法第九九三条でも、双方共に解約しなかつた場合については触れていないが、「若シ其契約ヲ解止セス之を存続シタルトキハ双方互ニ契約上ノ義務ヲ尽シ終ルヘキハ勿論ニシテ」、相手方は破産配当のみで我慢しなければならぬわけではないと解されていたものと思われる。そして、双務契約が継続されるときは、相手方が有する債権は、旧商法一〇三二条一項三号（草案第一〇八六条一項三号）の「管財人カ財団ノ為ニ負担シタル義務ヨリ生スル債権」に当たり、特殊の債権として、債権の届出および確定に関する規定にしたがうことを要せず、「通常ノ方法ヲ以テ財団ノ現額ヨリ之ヲ支払フ」<sup>(13)</sup>ものとされていた<sup>(15)</sup>。旧商法では財団債権という概念はないが、今日という財団債権と同様の効力が与えられたといえるであろう。なお、さらに一歩進んで、破産管財人が履行の請求をする場合、相手方は契約の解約をなしえないと解する学説もあるが、そのような解釈が一般的であつたかどうかは不明である<sup>(16)</sup>。

旧商法第三編破産の解説書では、第九九三条については、相手方が解約権をもつのは当然のことと考えられており、破産管財人にも解約権が与えられるのは何故かということが主として論じられている。すなわち、破産者には本来解約権はないはずであるが、破産者の義務を履行させることが、「物価ノ高低若クハ相手方ノ無資力等ニ因リ却テ財団ノ為メ

ニ不利益ナルコトアルヘク財団ノ不利益ハ一般債権者ニ影響スレハナリ殊ニ破産者ハ予メ自己ニ不利益ナル双務契約ヲ締結シ以テ一般債権者ヲ害セント凶ル場合ナシトセス此場合ニ於テ破産者ニ解除権ヲ与ヘサレハ破産管財人ハ財団ノ不利益ヲ看過セサルヘカラサルニ至ルヘシ固ヨリ財団ニ損害ヲ加フヘキ契約ハ未タ履行セラレサルモノト否トヲ問ハス之ニ対シ異議（否認権の行使・・筆者）ヲ述ヘ得ヘキモノナレトモ相手方ノ悪意ヲ証明スルカ如キ手数アリ故ニ本条ノ規定ニ依リ異議ノ規定ヲ益々鞏固ナラシムルモノト云フヲ得ヘシ是レ破産者ニ対シテモ解除権ヲ与ヘ以テ管財人ヲシテ行使セシムル所以ナリ」などと述べられている<sup>(17)</sup>。後述する伊藤眞教授の所論にも通じるところがあるようにもみえ、興味が感じられる。

## 二 破産法案（旧案）

ところで、旧商法第三編破産は、条約改正という政治目的のため、あえて拙速を恐れないで作られたようであり、梅謙次郎は、この法律はすぐ改正するつもりで、「私共ノ考デアハ半年カ山々一年ト云フ位ノ考デア、其間ドーカ耐ヘ得ラルルダケニシテ置ケバ宜イト云フ考デアツタ。」と述べている<sup>(18)</sup>。そこで早速、法典調査会において改正の準備作業に入り、明治三五年一〇月に破産法案（旧案）が発表されたが<sup>(19)</sup>、同法案は一度も帝国議會に提出されることなく終わった。この法案はドイツの破産法を模範としたものであるといわれており<sup>(20)</sup>、双方未履行の双務契約の取り扱いについても、①相手方には解除権を認めない点（五九条）や、②管財人が契約を解除したときに相手方に損害賠償請求権を認める点（六一一条）や、③財団債権というものはつきりと認め、履行が請求されたときの相手方の債権を財団債権と明定した点（三五条、六二条）で、ドイツ法に近づいたといえることができるが、ドイツ法では管財人は契約の履行を拒絶できるとどまるのに対して、この法案では契約の解除をその選択肢としているという大きな相違を残している<sup>(21)</sup>。上記の①および②は、か

説  
なり大きな変更であるし、履行の拒絶か、契約の解除かという点も、實際上大きな違いを生じさせる選択であるから、なぜこのような案になったのかについての説明が、なされて然るべきように思われるが、私の調べた範囲では、そのような説明はどこにも見当たらない。<sup>(22)</sup>

### 三 現行破産法の成立

破産法の改正作業は、その後、司法省内に置かれた法律取調委員会に引継がれ、この委員会において、大正一〇年に新たに破産法草案（新案）が作成され、翌大正一一年に現行の破産法が成立した。現行破産法は、固定主義の採用、小破産制度の導入という点を除けば、法典調査会の破産法案の基本原則をそのまま引き継いでおり、双方未履行の双務契約の取り扱いについてはいえば、実質的には全く変更はないといつてよい。<sup>(23)</sup>しかし、このことは新案や旧案に対して全く批判がなかったということの意味するものではない。法務図書館所蔵の「破産法意見書類集」を見ると、相手方にも解除権を与えるべしという意見や破産管財人が契約の履行を請求しない場合については、ドイツ法と同様に拒絶に留めるべしという意見も各方面から出されていたようである。<sup>(24)</sup>それなのに破産法の改正理由書にはそれらの意見を採用しなかつた理由の説明は全くない。改正理由書は破産法第五九条・六〇条に関しては、契約の解除に依る損害の賠償請求権を破産債権として認める理由として、つぎのような説明を与えているにすぎない。すなわち、「破産管財人が双務契約を解除したる場合に於て相手方に損害を生したるときは其損害の賠償を求むる権利は本来破産債権たらず何者其の損害は破産宣告後の不履行により生したるものなればなり然れども此の如きは故なく相手方の利益を害するものなるを以て本条第一項は相手方をして破産債権者として賠償請求権を行ふことを得しむ」こととしたという説明があるのみで、なぜ相手方に解除権を与えないことにしたのか、また、管財人には、単なる履行の拒絶ではなく、契約を解除する権限まで

与えることにしたのかについての説明はない。

この改正作業に関与した加藤正治の説明するところによれば、相手方が解除権を有するとしなかつたのは、「破産者ノ破産ニ因リ相手方カ却テ利益ヲ受クヘキ理由ナク若シ管財人ニ於テ破産者ノ債務ヲ履行セントセハ相手方ニ於テ其履行ヲ受クルヲ拒ムノ理由毫無モ存セサ」るからである。また、契約の解除か、履行の拒絶かという点については、「純理上ニ於ケル立法論トシテハ何レニ依ルヘキカ考慮ノ余地アリ何トナレハ相手方カ自ラ履行ヲ提供シ管財人ノ履行ヲ請求スルニ当リ管財人カ理由ナク根底ヨリ契約ヲ解除セントスルハ不当ニシテ若シ管財人カ履行ヲ不利トセハ拒絶スレハ足レリ而シテ相手方モ亦履行ヲ請求スルカ又ハ履行ヲ拒絶スルカノ二者ニ付キ選択権ヲ有スルニ止マレハナリ唯實際論トシテハ独法モ我草案モ略ホ同一ノ結果ニ帰着スヘシ」と解している。はたして「ほほ同一の結果に帰着」するかどうかは検討を要するところであるが、このような考え方にもとづいて現行法が作られたものと思われる。

- (1) 旧商法破産編の施行以前の法状態については、桜井孝一「破産制度の近代化と外国法の影響」比較法学二卷二号(昭四一年)九三頁以下参照。
- (2) 旧商法破産編の成立の経過については、志田鉦太郎「日本商法の編纂と其改正」(明治大学出版部・昭八年)五頁以下、とくに二七頁以下、加藤正治「破産法ノ沿革」、『破産法研究法第一卷』(厳松堂・大元年)七九頁以下など参照。
- (3) ロエスレル氏起稿『商法草案』(司法省・明一七年)上巻一四頁。
- (4) ロエスレル氏起稿『商法草案』下巻末尾の「商法草案脱稿報告書」一〇頁。
- (5) 四五〇条では、破産者の工業または商業に利用する不動産の賃貸借並びにこの不動産に属する建物で破産者およびその家族の居住に供するものについては、破産管財人は破産主任官の認可をえた上で所有者に対して契約を継続したい旨を通告することができるが、貸主は、この通告があつてもその通告後一五日内であれば賃貸借解除の訴えを提起して解除することができるものとされており、五五〇条では、解除されたときの効果と解除がない場合の効果と規定されている。両条の条文に

ついては、現代外国法典叢書『仏蘭西商法(II)』(小野木常)(有斐閣・昭三〇年)参照。但し、四五〇条一項は、一九三五年八月八日の命令で修正がなされ、同書では修正後の条文が載せられているが、その修正は通告期間の始期に関するだけである。なお、一八七二年法で改正される前の四五〇条(一八〇七年法)では、破産者の商業をなすに必要な動産に対する強制執行を原則として破産宣告の言渡後三〇日間猶予すべきことを規定していたにとどまる。

(6) ロエスレル氏起稿『商法草案』下巻八八三頁以下。

(7) 大判大正八・三・七民録二五輯四四九頁、評論八巻商法二三〇頁は、旧商法九九三条の規定は、もっぱら契約当事者間における負担の公平を保持し、かつ破産手続の終了を迅速ならしめる趣旨であると判示している。

(8) ロエスレル氏起稿『商法草案』下巻八八四頁以下。

(9) プロイセンの破産法(一八五五年)の第一五条は、双務契約の当事者の一方が履行を終わっている場合の規定であり、第一六条が双方未履行の場合の規定である。第一六条はつぎのように規定していた。「①双方的給付に向けられた法律行為が、破産開始の当時未だ双方共全く履行をなさず、もしくは完全には履行をなしていないときは、債権者団体は破産者の代わり、その契約を引き継ぐ権利を有するが、義務はない。②債権者団体がその契約を引き継ぐとするときは、破産者の相手方が破産の開始によって生じた事情の変更のために、一般的な法律規定によってその契約を解消する権限を有しない限り、双方共その契約を完全に履行しなければならぬ。③債権者団体がその契約に参加しないときは、破産者の相手方が給付したものが破産財団中に存在する限り、相手方にそのものを返還しなければならない。それ以外には、損害賠償請求権のみが相手方に帰属する。④破産裁判所は、財団の管理人がその契約への参加についての意思表示をその期間内になすべき期間を相手方の申立てにもとづき決定しなければならぬ。決定された期間内に意思表示がなされないときは、債権者団体はその契約の参加を欲しないものと見做される。」

(10) 旧商法の起草の時には、プロイセンの破産法はドイツ旧破産法に取って代わられていたが、その当時のオーストリアの破産法(一八六八年成立)第二二条も、プロイセン破産法と類似の取り扱いであった。すなわち、破産財団はその取引に入るか否かの選択権を持ち、破産財団がその取引に入るときは、その取引は双方から完全に履行されるべきである。財団がその取引に入らないときは、相手方は自分が給付したものが財団中で特定性をもって存在する限りそのものの返還を請求できる。そうでないときは、損害賠償請求権をもつものと規定されていた。Rintelen, Das Oesterreichische Konkursrecht(1910)

S. 137ff., Alexander, Konkursgesetze aller Länder der Erde (1892) S. 203.

- (11) ロessler氏起稿『商法草案』下巻八八五頁。
- (12) ロessler氏起稿『商法草案』下巻八八七頁。
- (13) ロessler氏起稿『商法草案』下巻八八七頁。
- (14) ロessler氏起稿『商法草案』下巻九六六頁。
- (15) 旧商法破産編についての解説書では、解約をしないで、管財人が履行の請求をなすことができるか、また、そのときの相手方の請求権はどのように保障されるかについて、論述するところのないものが多い。長谷川喬『商法正義(第七巻)』(新法注釈会・明二四年)七〇頁以下および一七六頁以下、水野練太郎『破産法』(東京専門学校刊・出版年不明)九〇頁以下および一七二頁以下、小沢政許『破産法』(東京法学院大学刊・明治三三年度講義録)五六頁以下および二四四頁など参照。このような傾向のなかにあつて、破産管財人が履行の請求をなしうることを明言するものとして、松岡義正『破産法』(和仏法律学校刊・明治三三年度講義録)一三四頁が注目される。なお、加藤正治『新旧破産法対比』『破産法研究(第六巻)』(厳松堂・有斐閣・昭二年)四七〇頁は、旧法は「唯だ手を切つて了ふと云ふ規定で、・・・極めて大雑把に速く片付けて了ふといふのが旧法の主義である。此点に就て新法は改めまして、破産管財人に於て其選択に従ひ、或は契約を解除するか、或は履行するか何れかを選ぶと云ふ事にした。」と述べている。しかし、これは、旧法では管財人がいくら履行を選択したいといつても、相手方が契約を解約すれば、管財人の希望は容れられないといふことになるから、選択権があるといえないことを考慮したものであり、管財人も相手方も解除しないで契約の履行を希望する場合にも、それが許されないという趣旨ではないと考える。
- (16) 松岡・前掲書二三四頁参照。ただし、旧商法第九九三条の解釈としては、この松岡説には疑問がある。もしこの説にしたがうとすれば、相手方に解約権を認めた意味はほとんどなくなるし、また、そのように解釈するのであれば、相手方を保護するために、現行破産法第五九条第二項のような規定を置くべきであつたと考えられるからである。
- (17) 小沢・前掲書九〇頁。同旨、水野・前掲書九一頁以下。
- (18) 梅謙次郎『破産法案概説』(法学協会・明三六年)九頁。
- (19) この草案は破産法旧案と称せられている。梅謙次郎、岡野敬次郎、田部芳の三博士が起草委員であり、加藤正治博士が起

草補助委員であつた。

(20) 志田・前掲書一〇四頁、加藤正治「新旧破産法案對比」、『破産法研究(第五卷)』(有斐閣・敵松堂・大二年)四〇二頁など参照。

(21) 同法案の關係条文は、つぎの通りである。

第五十九条「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於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從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」

第六十条「前条ノ場合ニ於テ相手方ハ破産管財人ニ對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遲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

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權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於テハ催告ノ日ニ於テ解約ノ申入アリタルモノト看做ス」

第六十一条「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權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得」

第六十二条「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權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得」

第三十五条「左ニ掲ケタル債權ヲ有スル者ハ之ヲ財団債權者トス  
一号乃至五号、七号、八号は省略。

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於テ相手方カ有スル債權及ヒ破産管財人カ解約ノ申入ヲ為シタル場合ニ於テ解除ニ至ルマテノ債權」。

(22) 梅謙次郎・前掲『破産法案概説』にも全く説明がない。

(23) 新旧法案で差異がないから、加藤正治・前掲『新旧破産法案對比』、『破産法研究(第五卷)』にも、何ら説明はない(四三

二頁以下参照)。

(24) 破産法意見書類集(大正二年一二月)によると、旧法案第五九条乃至六二条についてはつぎのような意見がだされている。  
なお、このような調査が行われたことについては、加藤正治・前掲「新旧破産法案対比」『破産法研究(五卷)』四〇二頁参照。

第五九条

- 一 双務契約ノ当事者ノ一方カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ双方ニ解除権ヲ与フルヲ可トス(神戸弁護士会)(高崎弁護士会)
- 二 本条中「契約ノ解除ヲ為シ」ヲ「破産者ノ債務ノ履行ヲ為ササルコトヲ得ヘク」ニ改ムルコト(京都地域)
- 三 解除又ハ履行ノ選択権ヲ双務契約ノ当事者双方ニ認メ此ニ関連スル条文ヲ修正スルコト(仙台地裁・同検事局)(大阪弁護士会)

四 本条ヲ当事者ノ一方ノミノ契約履行未完了ノ場合ヲモ包含セシムル様修正スルコト(神戸弁護士会)

五 本条ヲドイツ破産法第一七条ノ如ク改ムルコト(東京地裁)

六 本条中「破産者ノ債務ヲ履行シテ」ヲ「破産者ノ債務ノ履行ヲ提供シテ」ニ改ムルコト(仙台地裁・同検事局)

第六〇条

一 第一項中「契約ノ解除ヲ為シタルモノ」ヲ「履行ノ請求ヲ為ササルモノ」ニ改メ第二項ヲ削除スルコト(破九九三条・独破一七条・澳破二二条)(京都地裁)

二 第一項中「遅滞ナク」ヲ一定ノ期間ニ改メ其期間經過後ニ契約ノ解除ヲ為シタルモノト看做スコト(名古屋地裁)

第六一条

一 本条中「契約ノ解除ヲ為シタルトキハ」ヲ「債務ノ履行ヲ為ササルトキハ」ニ改ムルコト(京都地域)

第六二条

一 本条中「契約ノ解除ヲ為シタル場合ニ於テ」ヲ「債務ノ履行ヲ為サザル場合ニ於テ」ニ改ムルコト(京都地域)

二 本条末段ノ「財団債権者」ヲ「破産債権者」ニ改ムルコト(大阪地裁)

(25) 司法省編纂『改正破産法理由』(中央社・大一年)三五頁以下参照。

(26) 加藤正治『破産法講義』(巖松堂・有斐閣・大正三年)一八三頁以下参照。



## 四 わが国の学説・判例と私見

## 一 わが国の学説・判例

I わが破産法第五九条・六〇条がいかなる趣旨・目的で置かれたのかについての説明は大別すると、つぎの二種類ないし三種類に分けることができる。その一つは、破産者の相手方をしてその者の負担する債務の完全な履行を強制し、他方で、その相手方の反対給付の請求権に対しては破産上の配当を与えるに留まることは、双務契約の性質に悖るし、当事者間の公平にも反するので、相手方を保護するためにこれらの規定が置かれたとみる見解である。<sup>(1)</sup> もう一つの見解は、上述した当事者間の公平を図ると共に、破産手続の終結を迅速にするためにそのような特別規定が置かれたと解している。<sup>(2)</sup> さらに、破産財団の利益を図ることをも目的としたものとみる見解もある。<sup>(3)</sup> そして、どちらかといえば今日では、二元説ないし三元説を通説と見てよいであろう。判例の主流も同様である。<sup>(4)</sup> 問題は、二元説ないし三元説においてそれぞれの要素が全く同じ比重をもつものか、それともいずれか一つに重点があるのかという点である。たとえば、「双務契約に在りては当事者双方の債務は法律上及び経済上共に互に牽連的性質を有し互に担保視し合つて居る。故に民法に於ても既に同時履行の原則（民五三三条）を認め又相手方の不履行に因る解除権を認めて居る。是等の権利は理論上に於ては当事者の一方破産したるがために妨げられるべきではない。」<sup>(5)</sup> というような認識を前提にする二元論にあつては、相手方の保護という点に比重が置かれているようにみえるが、「本条は、管財人が双務契約上の破産者の債務を履行することにより、その対価である反対給付を受けることが有利な場合には、履行できる余地において、破産財団の増加を計ろうとするものである。」<sup>(6)</sup> ということを強調することになると、破産財団の利益を図るといふ目的に力点が置かれているといわざるをえない。また、破産手続の迅速な終結のためというときにも、当事者双方に同時履行の抗弁権がある

ために、特別規定を置き、何らかの措置を講じないと、その契約関係を処理することができなくなり、そのために破産手続の終結が遅れるというだけであれば、どのような内容の規定を置くかは、もう一つの根拠である「当事者間の公平」<sup>1)</sup> ないしは「双務契約の性質」によつて決定されることになり、実質的には相手方の保護のみを目的とみる一元説とあまり差がないと考えられる。これに対し、特に置かれるべき規定の内容は、相手方の権利を著しく害しない範囲で、破産財団の利益をも考慮して適当に決定すればよく、「当事者間の公平」という要請を相対的なものと捉えるならば、右の説とはかなり違つた見解であるということにならう。

II ところで最近、破産法第五九条・六〇条は破産財団のために特に認められた規定であるということを強調する見解が現れた。伊藤眞教授の所説がそれである。この見解によると、「立法者がこれらの規定によつて真に意図したものは、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、通常の契約関係の中では認められないものであり、破産実体法が管財人に与えた特別の権能である。それによつて契約関係は、管財人の有利に、いいかえれば相手方の不利に変更されたといえる。・・・管財人の解除によつて相手方に発生する損害賠償請求権は、・・・管財人の行為によつ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、立法者がこれを破産債権としたのは、破産法が管財人に特別の権能として与えた解除権を行使し易くするためである。かりに、損害賠償請求権を財団債権とするのであれば、管財人としては、その負担をおそれるあまり、解除権を行使しにくくなるからである。次に、履行が選択されたときには、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そのまま認めなければならぬ。一種の担保権である同時履行の抗弁権は、破産手続においても尊重されなければならぬからである。四七条七号が相手方の権利を財団債権とするのは、このためである。いいかえれば、相手方の権利は、本来破産債権であるべきものが立法的に格上げされたのではなく、本来財団債権であるべきものを立法によつて確認し

たものと理解すべきである。」<sup>(8)</sup>ということになる。はたして、伊藤教授の説かれるように、破産管財人が履行の請求をなしていることや、その場合に相手方の債権が財団債権とされることは、それほど当然のことであろうか。また、破産管財人に解除権が認められるのは、もっぱら破産財団の利益を図ることのみを目的としたものであろうか。

## 二 私見

I すでに見たように、西ドイツの学説は、たとえ同時履行の抗弁権が付着している債権であっても、破産宣告前の原因にもとづくものである限り、その債権は破産債権であるということを前提としていた。わが国でも、ほぼ同様に解されているものと思われるが、このことを詳論したものはないようである。それは、わが破産法第五九条では、単に破産者の債務の履行を拒絶するにとどめるといふ選択肢を認めず、履行の請求が契約の解除かを破産管財人が選択することになっており、相手方が当初の契約から生じる債権をそのまま破産債権として行使するというような場合を全く念頭に置いていなかったためと思われる。たしかに、わが国では相手方の債権が本来的に破産債権であるか否かといったことは実際には全く問題とならないが、だからといって、理論的に検討をしておく価値がないわけではないように思われる。そして、わが法の下でも、相手方が有する同時履行の抗弁権付債権は、その発生原因が破産開始前にある限り、本質的には破産債権であるとみるべきであろう。そして、破産債権に同時履行の抗弁権が付いている場合、その同時履行の抗弁権は、破産の開始によって当然に消滅すると解するべきでないことも、ドイツ法の場合と同様<sup>(9)</sup>であろう。

このように、破産によって同時履行の抗弁権が当然に消滅するわけではないとすれば、同時履行の抗弁権が付着している破産債権を、そのような抗弁権の付いていない一般の破産債権と全く同じように取り扱ってよいかということが問題となろう。すぐ後に述べるように、特別な取り扱いをする必要性は否定できないが、同時履行の抗弁権があるからと

いて、当然に、あたかも別除権があるのと同じようになり、同時履行の抗弁権付破産債権が財団債権となったりするわけではない。同時履行の抗弁権は反対債権の履行の提供がない限り履行を拒みうるだけの効力であり、その機能は破産管財人が相手方の債務の履行を求めてきた場合に生じるのみである。それ以上の効力は、同時履行の抗弁権には元来存在しないから、特別な手当てがなされない限り、破産においても防御的な機能をもつにすぎないことになる。しかし、それでは次のような不都合が生じる。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、相手方の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。もちろん破産管財人は、その債権を第三者に譲渡して、その対価を財団に組み入れることは法律上は可能であるが、相手方の同時履行の抗弁権によつて反対給付との引き換えを要求されるような債権を買う者があるか、また買い手があつても適当な値段で売れるかは問題であり、實際上このような換価を当てることはできないであろう。その結果、当該債権に財産的価値がある場合でも、配当財団を増加させることができなまま手続を終了せざるをえないことになる。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ことになる。そこで、当該の契約関係は多くの場合、未処理のまま残されて、破産手続終了後に破産者であつた者と相手方との間で決済せざるをえないことになる。そのようになることを、相手方も破産管財人も（したがつて他の破産債権者も）が望んでいる場合には、あえてそれを問題としなくてもよいが、そうでないときでも、破産債権でありながら、破産手続において配当を受けることができず、また、財団に属する財産でありながら、実際上は財団に取り込めないということは、いかにも不当である。さらに、もしこの同時履行の抗弁権付の破産債権にも免責の効果が及ぶとすれば、ますます問題は深刻となるであろう。<sup>(10)</sup>

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その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限り、不安の抗弁権によつ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。そして、そのような状態のままて免責があたりすると、破産終了後どのように処理するかという難問が生じることになる。

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。そのような事態にならないようにするのが妥当であると考えられるが、それは、そうしないと相手方のみが一方的に不利益になるからでもないし、また破産財団の方が一方的に不利益になるからでもない。何らかの措置を講じなければならぬのは、破産手続というものが破産者の一切の財産関係の清算手続であり、同時履行の抗弁権等の付いた契約関係をこの清算手続から除外する理由が全く存在しないからである。また、一部で説かれているように、破産手続を迅速に終了させるためというような単なる手続的な理由によると理解することも正当でないと思われる。また、同時履行の抗弁権等は、何らかの措置を必要とならしめる事態を生じさせる原因であるということではできないが、破産手続中で処理しようるようにしなければならないというこの究極的な根拠とみることはできないように思われ

る。

いずれにしても、双方未履行の双務契約関係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と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。このような立場が採られた趣旨については、いろいろな解釈が考えられるが、つぎのように理解するのが最も妥当なのではないだろうか。まず、履行請求については、それを認めることによつて破産財団を実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たのも、そのように解する根拠となろう。もちろん、財団を増殖させるといつても、そのために相手方を不当に害することは許されない。そこで、同時履行の抗弁権付の破産債権を財団債権に変え、かつ、その財団債権との間に同時履行の抗弁権を維持するという効果が認められている。相手方が同時履行の抗弁権を有していなかった場合でも、その債権は財団債権となる。その結果、履行の請求が選択されれば、相手方にとつては通常とくに不満はないはずであり、何ら特別の措置が採られなかった場合（前述）や、契約の解除が選ばれた場合と比較すれば、ずっと有利な取り扱いがなされたことになる。そこで、この点を重視すれば、履行の請求という選択肢を認めたことは、可能な限り相手方を保護しようとするものであるとみることもできる。しかし、相手方に対してかなり手厚い保護が与えられているといつても、それはあくまで履行の請求がなされた場合のことであり、履行の請求が選ばれるかどうかは、破産管財人の意思に委ねられ、相手方自身がそれを選択できるわけではないから、第五九条・六〇条を全体としてみた場合、相手方の保護を主たる目的と見ることに賛成しがたい。

伊藤教授は、破産法第五九条等の眼目は、破産管財人に契約の解除権を認めるというところであり、履行の請求がで

きるのは当然であり、その場合、相手方の債権が財団債権とされるのも、同時履行の抗弁権があるため、本来財団債権であるべきものを立法によって確認したにすぎないと説かれるが、すでに検討したように、同時履行の抗弁権は、防衛的な延期的抗弁権にすぎないから、破産によって消滅するというようなことはないとしても、この抗弁権付の債権が当然に財団債権となるわけではない。また、もし本来財団債権であるべきものであれば、破産管財人だけではなく、相手方の方からも履行の請求ができなければならないであろう。教授は、同時履行の抗弁権を「一種の担保権」であるといわれるが、もしその理解を貫いていくと、契約が破産管財人によって解除されたことによる損害賠償請求権についても、その「一種の担保権」の効果として別除権が与えられ、あるいは少くともその損害賠償請求権は財団債権と取り扱われるべきであり、そのように取り扱うのが、他の担保権の取り扱いとの権衡を保つことになろう。私見によれば、履行の請求とその効果も、当該の契約関係から当然にでてくるものではなく、立法によって特別に認められた解決方法である。もちろん、その解決方法の選択に当たっては、当事者間の実体的な関係が慎重に考慮されるべきであり、この場合にもそのような考慮がかなりなされていることは間違いないところであるから、相手方の利益をも図るものであると解することには、それほど異論はないが、相手方の利益のためだけに認められたとする理解や、双務契約の性質から当然にでてくるものとする理解には賛成しがたい。

つぎに、契約の解除については、破産管財人によって履行の請求がなされない場合の措置として、それが一番簡明であり、関係者の利害の調整方法としてもそれほど問題はないであろうというのが、立法者の考え方であったようである。これに対して伊藤教授は、この解除権こそ破産財団の利益のために破産法によって特に認められたものであると説かれること前述の通りであるが、その趣旨が、解除することによって、かかる契約関係を迅速に処理して、破産手続の迅速な終了を図るというような、いわば手続的な利益を念頭に置かれているのであれば別であるが、財団の実体的な利益を

問題とされているのであれば、その理解には疑問がある。というのは、もし特別な規定が全くなければ、前述したように、多くの場合には、当該の契約関係は双方の抗弁権と相手方の債権の破産債権性との結果として、破産手続内では処理されず、未処理のまま手続が終了することになると解せられるが、このような見解が正当であるとすれば、この結果と解除の結果とを比較して結論を出すべきであり、その比較の結果は、後者の方が破産財団にとって常により有利であるとは必ずしもいえないからである。もっとも、教授の所論は、上述のような対比からではなく、契約の履行請求が原則であるという前提に立ち、常に履行請求という方法で処理しなければならぬとすると、破産財団にとって非常に不利益となる場合があるから、解除権を認め、その契約の拘束から逃れる途を財団のために認めたものであるとするものである。特別な規定がなければ、履行請求が原則であるという前提に立てば、財団を保護するための特別措置が必要となり、解除権がそれだという見解も十分になりたちうるが、右の前提に疑問のあること前述のとおりである。ちなみに、私見のように、破産手続においては未処理で、そのまま手続終了後に破産者との関係として残されるよりも、第五九条による契約の解除の方が、相手方にとってより有利であるというような場合があるとすれば、第五九条二項による相手方の確答請求権の意義の理解にも若干の違いがでてくる可能性がある。すなわち、同項は、履行の請求をされるのか、契約を解除されるのか、長い間、未確定であることによる相手方の不利益を避させるためだけでなく、破産管財人がいずれをも選択しないまま放置して、その結果、当該契約関係が破産手続終了後の処理に委ねられることになるのを回避する手段を相手方に保障するものであると解さねばならないことになる。

II ところで、立法者は、第五九条にもとづく契約の解除によって、関係者全員の利害をうまく調整できるものと解したようであるが、第三章において見たように、立法過程においてその点が慎重に検討されたという形跡はなく、解除してしまえば、契約締結前の状態に戻るのであるから、それが両当事者にとって公平であると単純に考えたようである。<sup>12)</sup>



しかし、たとえば両当事者が共に一部の給付をなしていた場合には、相互に受領した給付を返還させるのが公平であるかどうかは問題である。お互いに給付を受領する権利があったのであるから、一旦受領した給付を返還する義務は本来はないはずである。一方の破産によって対立する債権債務を消滅させるにしても、残債権債務についてのみの消滅を、したがって将来に向けてのみの解除にとどめるという方法も、立法論としては考えうるところである。ドイツ法は結果的にはこれに類似しており、また、わが旧商法第九九三条は、どこまで意識していたかは問題であるが「解約」という言葉を用いていた。もちろん現行法の解釈としては、立法者が選んだ「契約の解除」という処理方法を一般的に無視することは許されないのであるが、この契約の解除という処理方法を形式的に適用すると、関係者間に著しい不公平が生じるような場合には、解除という処理方法を排除したり、解除にともなう効果を限定するなど、解釈上の操作によって具体的妥当性を図る努力をなすべきであろう。<sup>13)</sup> 同様なことは、「履行の請求」についても程度の差はあれ同じように妥当するものと思われる。そこで、どのような場合に履行の請求が認められるか、また履行請求の効果としてどのような効果が認められるかといったことも解釈論として改めて検討すべきであろう。本稿の冒頭に列挙した諸問題はいずれも上記の意味での解釈問題に該当するであろう。残念ながら本稿自体は、これらの各論的な問題を論じるまでに至っていないが、また機会をみて私自身も、個別問題の解明にあたりたいと考えている。

(1) 竹野・前掲書二六五頁、斎藤常三郎『日本破産法』(弘文堂・昭八年)一一〇頁、井上直三郎・前掲書一八二頁。

(2) 加藤正治『破産法要論』(有斐閣・昭九年)一一九頁以下、菊井維大『増補改訂破産法概要』(弘文堂・昭二八年)三四頁、中田淳一『破産法・和議法』(有斐閣・昭三四年)一〇〇頁以下、小野木常『破産法概論』(酒井書店・昭三二年)一〇〇頁、山木戸克己『破産法』(青林書院・昭四九年)一一九頁、斎藤秀夫ほか編・前掲書二〇八頁など。

(3) 三ヶ月章ほか『条解会社更生法(中)』(弘文堂・四八年)二九二頁、谷口安平『倒産処理法(第二版)』(筑摩書房・昭五

- 五年) 一七三頁以下、宮脇幸彦ほか編『注解会社更生法』(青林書院・昭六一年)三五一頁など。
- (4) 大判大正八・三・七民録二五輯四四九頁、札幌地判昭和三三・五・二九下民集九卷五号九六一頁。
- (5) 加藤・前掲『破産法要論』一二九頁以下。
- (6) 東京地判昭和八・六・八新聞三五八二号七頁、評論二二卷諸法六二八頁。
- (7) たとえば、そのような見解によれば、破産管財人が契約を解除しようとするのに対して、相手方が自分の方の債務を無条件で完全に履行する代わりに、契約の解除を否定するというようなことも、財団の利益のために認められないと解される可能性があるであろう。
- (8) 伊藤眞『破産法』(有斐閣・昭六三年)一七三頁以下。なお、同『債務者更生手続の研究』(西神田編集室・昭五九年)四三七頁以下参照。
- (9) 会社更生手続が開始すると、更生債権は法律上弁済を禁止されるから、弁済期未到来のものと同視でき、したがって、同時履行の抗弁権も行使できなくなるという見解がある(宮脇幸彦『時岡泰』『改正会社更生法の解説』(法曹会・昭四七年)一九三頁)。しかし、破産手続や更生手続によつてのみ行使ができるということとは、弁済期未到来ということではない。現に破産法第一七条は、期限付債権でも破産宣告の時に弁済期が来たものと見做している。かりに弁済期未到来としても、それは集团的な清算のためにそのように取り扱わざるをえないからであつて、そのために同時履行の抗弁権が当然になくなると解することはできないであらう。
- (10) 逆に、免責が得られないという場合を考えると、破産者の意向を無視して、当該の契約関係を未処理のまま破産後に残してよいかが問題とならう。
- (11) 相手方の債権が財団債権とされるだけでは、相手方の保護として不十分な場合がある。破産財団が貧困で財団債権のすべてを満足させるに不足である場合、財団債権とされるだけでなく、その上に同時履行の抗弁権や不安の抗弁権が認められる必要がある。Matzke, a. a. O. S. 16は、財団債権とされることは、担保請求権を弱めたものであると説いている。
- (12) 旧商法九九三条以来の考え方である。加藤正治・前掲『破産法研究(第六卷)』四六九頁以下参照。
- (13) このような観点から解釈論を展開したものととして、拙稿『破産法第五九条による契約解除と相手の保護』法曹時報四一卷六号一頁がある。

## Zweck des §59 des Konkursgesetzes und Wahlrecht des Konkursverwalters

Aritoshi FUKUNAGA\*

- I Einleitung
- II Inhalt der Diskussion in West – Deutschland
- III Kurz Geschichte des §59 des Konkursgesetzes
- IV Theorie und Rechtsspruch in Japan und meine Meinung

---

\*Professor für Zivilprozessrecht an der juristischen Fakultät der Hokkaido-Universität