

# 破産法と双務契約・片務契約の終了

——破産手続開始前に解除された  
双務契約及び使用貸借契約を中心にして——

栗 田 隆

## 目 次

- 1 はじめに
- 2 破産手続開始前に解除された双務契約
- 3 破産財団の整理と使用貸借契約・賃料前払済み賃貸借契約
- 4 ま と め

## 1 はじめに

双務契約は、一般に、契約当事者の双方が対価的な意義を持つ債務を負う契約であると定義される。両債務の間には対価的な関係があるため、特別な関係が肯定され、それは両債務の牽連性と表現される。牽連性は、伝統的には、成立上の牽連性、履行上の牽連性、存続上の牽連性の3つに分けて説明され、履行上の牽連性は、同時履行の抗弁（民法<sup>1)</sup> 533条）を原則的に肯定することにより実現されている。もっとも、全ての双務契約について同時履行関係が肯定されているわけではない。それは、契約自由の原則の下で合意により変更することができる。また、賃貸借のような利用型双務契約、あるいは雇用・請負のような役務型双務契約にあっては、対価関係にある債務を同時履行関係に立たせることが實際上困難であるので、一方が先履行義務を負う（民法614条・624条・633条ただし書）。交換型双務契約であっても、継続的供給契約の多くは同様である。同時履行関係に立たせることが困難又は適当でない給付が継続的に

---

1) 民法（債権法）の改正作業が着々と進んでいるが、本稿執筆時点（2015年1月）ではまだ改正法案が公表されていない。本稿では、現行民法を前提にする。

なされるべき場合には、通常、一方が先に一定期間履行をしたら、他方がそれに応じた履行をする義務を負い、他方がその履行をしない場合には、一方（先履行義務者）は次の一定期間における履行を拒絶することができる<sup>2)</sup>。

破産法の世界では、双務契約から生ずる対価関係にある債務が互いを担保する関係にあることが強く意識される<sup>3)</sup>。そして、破産法は、双務契約の当事者の一方について破産手続が開始された場合に、破産手続開始時に双方の義務が履行未完了であるときは、双方の債務が対価関係にあることを重視し、破産者の相手方が未履行義務を全部履行しなければならないのに、自己の権利は破産債権としてしか行使できないのは不公平である<sup>4)</sup>との価値判断の下に、破産管財人に履行か解除の選択権を与え、履行が選択された場合には相手方の債権は財団債権になり（破産法148条1項7号<sup>5)</sup>）、解除が選択された場合には、相手方の給付利益返還請求権を取戻権または財団債権とした（54条2項）。この解決の妥当性は、双方の義務が同時履行の関係にあるときに最も明瞭に現れる。しかし、破産法は、同時履行の抗弁権が肯定される双務契約のみならず、一方

---

2) 明治41年4月23日民録14輯477頁（松材の売買契約）、大判昭和12年2月9日民集16巻33頁（一方が資金融通義務を負い、他方がその資金を用いて木炭を製産して供給する義務を負う双務契約に関するものである。判例研究：川島武宜『判例民事法昭和12年度』5事件（賛成）、柚木馨・民商5巻6号（昭和12年）1456頁（賛成）、内田貴『民法2 債権各論 [第3版]』（東京大学出版会、2011年）51頁、山本敬三『民法講義Ⅳ-1 契約』（有斐閣、2012年）81頁参照。破産法55条は、この拒絶権の存在を前提にした規定である。

3) 例えば、加藤正治『破産法講義』（巖松堂・有斐閣、大正13年）181頁は、次のように述べる。「元来双務契約に於ける当事者双方の債務は法律上並に経済上に於て互に牽連的性質を有し且つ担保視するものなり。故に民法に於ても既に同時履行の原則を認め（民533）又相手方の不履行に因る解除権を認めたり（民541）。これらの権利たるや理論上に於ては当事者の一方か破産したるために之を妨げらるべきものに非ず」（原文はカタカナであるが、平仮名に改め、漢字も現在通常に用いられている字で代用し、句点も挿入した。以下同様である）。加藤・後掲（注6）129頁にも同様な記述がある。同時履行の抗弁権の担保的機能を強調する見解として、次の文献も参照：中西・後掲（注7）508頁以下・510頁。

4) 加藤・前掲（注3）182頁は、これを「互に担保視したる双務契約の精神に反す」と表現する。

5) 以下では、現行破産法については、特に必要がない限り法令名を省略する。

が先履行義務を負う類型の双務契約についても上記の解決を肯定している。したがって、双方未履行の双務契約に関して破産法が採用した解決の根拠ないし目的は、(α) 対価関係にある債務を負っている両当事者（破産者とその相手方）を公平に扱うべきであるとの考え（公平の原則）にあるということができ、また、多くの文献でそのように説明されている。この外に、次のことが挙げられることもある。(β) 破産財団の整理を容易にし、破産手続の終結を迅速にすること、(γ) 破産財団の利益を図ること（破産管財人が履行を選択できることに重点を置く見解と、解除できることに重点を置く見解とがある）<sup>6)</sup>。

破産法が採用した上記の規律については、すでに多くの研究があり<sup>7)</sup>、また、

6) 福永・後掲（注7）100頁の整理に従った。見解の分布につき、同頁の記述とそれに対する注を参照。水元宏典「破産及び会社更生における未履行双務契約法理の目的（1）」法政大学法学志林93巻2号（1995年）67頁以下に学説の丹念な系譜的紹介があり、中西・後掲（注7）497頁以下に各説の丁寧な紹介と批判がある。井上直三郎『破産法綱要・第1巻』（弘文堂、1925年）181頁以下はα、中田淳一『破産法・和議法』（有斐閣、昭和45年）101頁はα・γ、加藤・前掲（注3）182頁、加藤正治『破産法要論』（有斐閣、昭和27年）129頁以下、加藤哲夫『破産法（第6版）』（弘文堂、平成24年）241頁はα・βを挙げる。山木戸克己『破産法』（青林書院、1974年）119頁は「公平に反する」と短いが、αの趣旨と理解できる。「双務契約における信頼関係」を挙げる谷口安平『倒産法（第2版）』（筑摩書房、昭和61年）174頁も同趣旨と見てよいであろう。霜島甲一『倒産法体系』（勁草書房、1990年）380頁以下は、双務契約当事者の同時履行の期待を尊重しつつ（α）、「法律関係のにらみ合い」について倒産処理者側にイニシャチブを与えるための規定であるとする（β）。水元後掲（注7）157頁もβである。伊藤眞『破産法・民事再生法（第3版）』（有斐閣、2014年）351頁は、γのうちの解除権の付与に重点を置く。宮川・後掲（注7）36頁は、相手方の利益保護、従ってαを基本的な目的としつつ、それが許されるのは、破産管財人が履行を選択するにせよ解除を選択するにせよ、相手方が破産財団に新たな利益をもたらす点、従ってγに求め、後者が前者の限界を劃すると述べる。

7) 福永有利「破産法59条の目的と破産管財人の選択権」『倒産法研究』（信山社、2004年）32頁以下、同「破産法59条による契約解除と相手方の保護」同82頁以下、同「倒産手続と契約解除権」同146頁以下；宮川知法「破産法59条等の基本的理解」『破産法論集』（信山社、1999年）1頁（初出は、大阪市大・法学雑誌37巻1号（1990年））、水元宏典『倒産法における一般実体法の規制原理』（有斐閣、2002年）155頁以下（「第7章 倒産管財人の解除権」）、中西正「双方未履行双務契約の破産法上の取り扱い」『谷口安平先生古稀祝賀・現代民事司法の諸相』（成文堂、↗

さまざまな問題点が指摘され、立法政策としての妥当性にも疑問が投げかけられている<sup>8)</sup>。本稿では、そうした問題には立ち入らずに、あまり議論されていない次の問題を取り上げることにしよう。

第1は、破産手続開始前に双務契約が解除されたが、破産手続開始時に原状回復が完了していない場合の処理である。契約解除による原状回復について同時履行関係が認められているが（民法546条<sup>9)</sup>、破産の場面でそれを承認することができるのか、承認するとして、どのように実現するのが中心の問題になる。

第2は、賃借人が賃料を全額前払済みである場合に、賃貸人について破産手続が開始された場合の処理である。事例として想定するのは、対抗要件が備わっておらず（したがって56条が適用されることがなく）、かつ、長い期間の定めのある賃貸借契約である。動産の賃貸借契約や土地の賃貸借契約が中心になる<sup>10)</sup>。賃借人の中核的債務である賃料債務が履行済みであるので、53条の類

---

↘2005年）497頁，竹内康二「双務契約再考——売主の本旨未履行請求の要件事実と双方未履行契約解除をめぐって——」『小島武司先生古稀祝賀・民事司法の法理と政策（上巻）』（商事法務，2008年）979頁，中井康之「民法改正と倒産法——双務契約の一方当事者に倒産手続が開始した場合の規律について——」倒産法研究会編『続・提言倒産法改正』（金融財政事情研究会，平成25年）150頁，赫高規「破産法上の双務契約の規律についての改正提案および解釈論の提案」倒産法研究会編『続々・提言倒産法改正』（金融財政事情研究会，平成26年）201頁など

- 8) 古くは、井上・前掲（注6）182頁が次のように批判している：「破産開始の時点が履行完了の前後何れであるかは極めて偶然なことである；その如何に由り取扱いを異にすべしとしても，その唯履行未了の部分にのみ限るべく，既に為されたる給付の部分にまでその差別を及ぼすことは，この偶然なる事実に過大の意味を与へたものであつて，却つて為めに債権者間に不公平を生ずるを看過したとの批難を免れない」。
- 9) 民法では，同時履行の抗弁権は，さらに次の場合にも認められている。売主の担保責任（571条），請負人の担保責任（634条），終身定期金契約の解除（692条）。また，民法533条は，売買契約が詐欺を理由に取り消された場合にも類推適用される（最判昭和47年9月7日民集26巻7号1327頁）。
- 10) 動産の賃貸借については，対象動産の引渡しをもって賃借権の対抗要件と認めるべきかが問題になる。譲渡人から賃借人に対して指図による占有移転（民法184条）がなされることを理由に，賃借人は動産賃借権を譲受人に対抗することができる。

推適用があるのかが問題になる<sup>11)</sup>。もし類推適用がないとすれば、破産管財人がその不動産を賃借権の負担のない不動産として売却しようとするときに、どうすべきかが問題になる。

同様な問題は、使用貸借契約についても生ずるが、ここではさらに、そもそも使用借権は貸主の破産手続開始により当然に消滅するのも問題になる<sup>12)</sup>。これも検討の対象にすることにしよう<sup>13)</sup>。

---

ゝかが問題となるが、少なくとも破産法56条1項の要件（権利保護要件）が充足されるかの問題との関係では、賃貸動産が賃借人に引き渡されていることだけでは不十分であることを前提にする。土地の賃貸借については、賃借権の登記のあるものはもちろん、借地借家法10条1項所定の対抗要件、農地法16条の対抗要件を具備した賃貸借契約は除かれる。主として念頭に置くのは、工作物の所有を目的とする土地の賃借権であり、賃貸土地を賃借人が占有使用していることだけでは破産法56条1項の要件充足に足りないことを前提にする。

- 11) 53条の直接適用を問題にすることもできる。それを認めるためには、同条1項にいう「履行」の中に「賃貸借契約終了後に生ずる返還義務の履行」を含める必要がある。それ自体は文言解釈として不可能というわけではなかろうが、ただ、同項の直接適用を肯定すると、解除が選択された場合に、54条2項により前払賃料の返還請求権が財団債権になるので、解釈論として成功する見込みは低い（後述3.3参照）。そこで、本稿では、同項の類推適用のみを問題にする。
- 12) この問題に関する民法の立場からの研究として、中田裕康「使用貸借の当事者の破産（1・2完）」法費時報66巻2号（平成26年）247頁以下・3号577頁以下がある。使用貸人の破産管財人に契約終了の権限を与えようとする卓見に賛成したい。
- 13) 知的財産については、「利用」、「実施」及び「使用」の語うちどれを用いるかが知的財産の種類ごとに定まっているが（著作物は「利用」であり、特許発明は「実施」であり、登録商標は「使用」である）、本稿では、記述を簡潔にするために、これら全部を含めた意味で「利用」の語を用いることにする。知的財産を第三者が利用することを許諾する契約について、各種知的財産法は知的財産権者がその対価を得るか否かによる区別をしておらず、利用権者に対抗力を与える制度が用意されている知的財産については、無償の利用許諾契約であっても、利用権者は対抗力を得ることができると考えられる。利用権者が対抗力を得ている場合に、利用権は、知的財産権者について破産手続が開始されたことにより影響されることなく存続する（対抗力がある以上、破産管財人が知的財産権を譲渡しても、利用権は影響をうけない。有償の利用許諾契約に基づく利用権については、破産管財人がその利用許諾契約を53条1項により解除することができるかが問題になるが、破産法56条が解除権を否定している）。問題は、利用権者が対抗力を得ていない場合である。特許発明及び実用新案の通常利用権（通常実施権）については、平成23年改正により

## 2 破産手続開始前に解除された双務契約

### 2.1 議論の準備

#### (ア) 履行が選択されない場合の相手方保護の2つの方式

**履行が選択される場合** 破産管財人が履行を選択する場合には、破産者の債務と相手方の債務とが対価関係にあることを尊重すべきであり、破産者の債務を履行することを前提にして相手方の債務の履行を求めなければならない。このことは、相手方から見れば当然のことである。なぜなら、破産者の相手方は自己の義務は全部履行しなければならないのに自己の債権については割合的満足しか得られないという結果は、双務契約上の双方の債務が対価関係にあることを考慮すると、不公平だからである。他方、相手方の債権も本来破産債権であることを前提にすると、他の破産債権者から見れば、それは特定の破産債権に完全な満足を与えることになり、不公平である。しかし、その点は、当該双務契約が履行されないままに終る場合との比較で、双務契約が履行されることによって破産財団に利益（より多くの配当原資）がもたらされることにより正当化され、また、破産管財人は、その見込みのある場合にのみ履行を選択すべきことになる（78条2項9号により裁判所の許可が原則的に必要である）。

**履行が選択されない場合** 問題は、破産管財人が履行を選択しない場合の契

---

↘登録対抗制度が廃され当然対抗制度が採用されたので、この問題は生じない（特許法99条、実用新案法19条3項）。他方で、登録対抗制度が残されている知的財産法もあり（商標法31条4項。当然対抗制度も部分的に採用されている）、また、著作権法は、著作権者に利用許諾の権限を認めているが（63条）、その利用権に当然対抗制度はもちろん、登録対抗制度さえも用意していない（出版権について登録対抗制度を設けているにとどまる。同法88条1項）。利用権について対抗力を得ていない利用権者が対価支払義務を負っている場合には、その利用契約は双方未履行の双務契約になり、破産管財人は53条1項により解除することができる。他方、利用権者が対価支払義務を負っていない場合に、その利用許諾契約を知的財産権者の破産手続においてどのように処理するかは明らかでない。本稿ではこの問題に立ち入ることができないが、基本的には有体物の使用貸借契約の処理と同じになろう。本文ではなく注においてこの問題にも適宜言及したい。

約処理の方法であり、特に相手方が一部履行している場合の処理が問題になる。次のような方式が考えられる。一つは、(α) 未履行部分のみを保護する方式である。すなわち、破産管財人は履行を拒絶することができ、これにより相手方も自己の未履行部分の履行を拒絶することができ、その意味で相手方の未履行部分は保護されるが、既履行部分については、相手方は破産者に信用を与えたと評価され、一般の破産債権者に与えられる保護と同等の保護（「不履行を原因とする債権につき破産債権者として権利を行使することができる」）のみを与えるという、ドイツ法が採用する方式である<sup>14)</sup>。もう一つは、(β) 既履行部分も含めて相手方の義務全体の履行と破産者の義務全体の履行との対価関係を維持しつつ、契約関係を解消する方式である。日本法は基本的にこの方式を採用しているが、いくつかの例外がある<sup>15)</sup>。

(イ) 「全面的保護方式」——日本法の原則的方式

日本の破産法は、「破産者の相手方の地位を全面的に保護する方式」を原則的に採用している。例えば、コンピュータのソフトウェア（80万円）とハードウェア（40万円）のセット販売の売主について破産手続が開始され、手続開始前に買主が70万円を支払っていた場合に、(α) 破産管財人が履行を選択すると、買主は残金50万円を支払って商品を手に入れることができ、前払をしていた70万円について、破産債権者として損失を分担させられることはない。(β) 破産管財人が解除を選択すると、買主の前払金返還請求権は、54条2項により財団債権になる。

上記の例で、代金をまったく払っていない買主について破産手続が開始され、

14) 倒産法103条2項。竹下守夫監修『破産法比較条文の研究』（信山社、平成26年）208頁（上原敏夫）に同条の訳文がある。本文の括弧内の引用は同書からのものである。ドイツの処理方式について、次の文献を参照：福永・前掲（注7）36頁以下、87頁以下、水元・前掲（注6）79頁以下、水元・前掲（注7）168頁以下。水元論文においては、他の諸国の処理方法も詳しく紹介されている。

15) なお、日本法についても、解除の効力の及ぶ範囲を原則として未履行部分に限定し、未履行部分と既履行部分とが不可分の関係にある場合にのみ解除の効果は既履行部分にも及ぶとする見解も主張されている。中西・前掲（注7）526頁・529頁・531頁・535頁。

手続開始前に売主がソフトウェアのみを引き渡していた場合には、(α) 破産管財人が履行を選択すると、売主はハードウェアの引渡しと引換えに代金120万円を受領することができ、(β) 破産管財人が解除を選択すると、売主は、ソフトウェアが破産財団中に存在すれば、それを取り戻すことができ、存在しなければその価額(80万円)の賠償を財団債権者として求めることができる(54条2項)。

日本法は、このように、未履行契約の相手方の地位を全面的に保護するとの原則を採用している(ただし例外が多い)。これを「全面的保護方式」と呼ぶことにしよう。

#### (ウ) 破産法53条と同時履行の抗弁権との関係

この全面的保護方式の立法上の根拠の説明に関連して、破産手続開始後も相手方は未履行部分について同時履行の抗弁権を有するか、あるいは有するのが本来なのかについて、これを肯定する見解と否定する見解との対立がある<sup>16)</sup>。紹介すべき見解は多々あるが、本稿のテーマとの関係で、次の2つの論文の見解に絞ることにしよう(いずれも旧法下の論文である)。まずは、破産手続外において相手方が同時履行の抗弁権を有する場合について「両すくみ状態」を指摘する福永有利「破産法59条による契約解除と相手方の保護」<sup>17)</sup>を肯定説の代表として紹介し、次に、この見解を批判する宮川知法「破産法59条等の基本的理解」<sup>18)</sup>を否定説の代表として紹介することにしよう。

肯定説(福永論文)は、破産者と相手方の双方が同時履行の抗弁権を有する場合をターゲットにして、次のように説く<sup>19)</sup>。(a1) 相手方が破産者に対して

16) 論争全体の詳細は、中田裕康「契約当事者の倒産」別冊 NBL 60号(平成12年)9頁以下参照。

17) 福永・前掲(注7)82頁。肯定説に立つ文献として、この外に、水元宏典「破産及び会社更生における未履行双務契約法理の目的(2)」法政大学法学志林93巻3号(1996年)89頁、中西・前掲(注7)508頁以下・533頁、赫・前掲(注7)203頁がある。

18) 宮川・前掲(注7)3頁。これに対する詳細な批判として、水元・前掲(注17)86頁以下がある。

19) 福永・前掲(注7)101頁以下。(a4)は、105頁注7。福永論文以前におい

## 破産法と双務契約・片務契約の終了

有する債権は、本来は破産債権と考えるべきである。(a2)「ただし、相手方が同時履行の抗弁権ないし不安の抗弁権を有していたときは、契約の相手が破産しても、そのことだけでこれらの抗弁権が当然になくなるわけではない」。(a3) この結果、双方がこうした抗弁権を有している場合には、相手方は破産配当が破産者の債務の履行として不完全であることを理由に履行を拒絶でき、破産管財人は相手方が債務を履行しないことを理由に配当の交付を拒絶することができ、結局、破産手続においては決済することができない両すくみ状態になるが、それを解決する必要があるので、旧59条（現53条）の規定が設けられた。(a4) 相手方が同時履行の抗弁権等を有しない場合には、両すくみ状態は生じないが、それでも旧59条（現53条）の適用はあり、この点は、当事者間の公平の要請や、破産手続の簡易迅速な終了の要請などを考慮して、適用対象から除外されなかったと見るべきであるが、だからといって、相手方が抗弁権を有する場合についてもこれらの要請が第一次的な根拠であるということにはならない。

否定説（宮川論文）は、次のように説く<sup>20</sup>。(b1) 破産管財人が履行を選択した場合に相手方に抗弁権の行使を認めると、「相手方の請求権の履行を迫る間接的取立の効果をもつ」。(b2) 同時履行の抗弁権は、自己の請求権の履行

ゝて、(a3)の問題を指摘する文献として、霜島・前掲（注6）380頁がある（不動産の売主について倒産手続が開始された場合を例にして、契約当事者の同時履行の期待を保護するとなると、法律関係の「にらみあい」が生ずるので、「相手方の担保的期待を保護しつつ倒産処理の利益の角度から管財人のイニシャチブにおいて法律関係に決着をつけることを可能」にするために大正11年破産法59条（現53条）の規定が設けられたと説く）。福永論文後において、水元・前掲（注17）69頁・99頁、同・前掲（注7）157頁がある。ただし、霜島・前掲には、(a4)の指摘がないことに注意する必要がある。水元論文にあっても同様であるが、相手方が先履行義務を負う場合でも、破産手続が開始されたときには相手方は破産管財人に対抗することのできる不安の抗弁権を有し、相手方は破産管財人から履行の提供又は担保の提供がない限り履行を拒絶できるとの立場であるので（水元・前掲（注17）90頁）、(a4)は実質的に不要になる。赫・前掲（注7）203頁も(a3)を指摘した上で、破産手続開始前に双務契約が解除され、両当事者が原状回復請求権について同時履行の抗弁権を有する場合の両すくみ問題を詳細に論ずる。

20) 宮川・前掲（注7）9頁以下。

請求が可能であることを前提とする抗弁権であり（民法533条）、双務契約の相手方の請求権も破産債権に該当する以上は、その履行請求はできず、同時履行の抗弁権の前提が欠けることになる<sup>21) 22)</sup>。(b3)「ちなみに、民法541条の履行遅滞による相手方の解除権は、[中略] 宣告後は破産法16条〔現100条1項〕により相手方が履行請求することができなくなるので、それ以後新たに成立する余地はないとの解釈で一致している。これと全く同様の解釈が、民法533条の右抗弁権にも当てはまるはずである」。

しかし、否定説（宮川説）の主張（b1）には、賛成できない。(c1) 破産管財人が履行を選択した場合には、相手方の請求権は財団債権になるが、破産管財人からの履行の確保のために、相手方が有する同時履行の抗弁権の行使を許す必要がある<sup>23) 24)</sup>。このことは、破産管財人が解除を選択した場合に、相手方の原状回復請求権が財団債権あるいは取戻権になる場合（54条2項）にも

21) 宮川・前掲（注7）10頁は、さらに次のように述べる。「相手方の請求権は本来は破産債権であるとの理解に立ちながら、その同時履行の抗弁権は失われたいとする考え方は、特別の規定のない限り、解釈論として無理があるように思われる」。谷口・前掲（注6）174頁は、「相手方の債権はいわゆる棚上げとなるから、同時履行の抗弁権がある場合でもこれは喪失せしめられ」と述べる。

22) 伊藤・前掲（注6）354頁注63は、(b2)を次のように批判する。「破産手続開始前の原因に基づくとの理由から相手方の債権を破産債権とするとしても、そのことから契約上の権能である同時履行の抗弁権まで否定することには、論理の飛躍がある」。

23) 中田・前掲（注6）102頁。伊藤・前掲（注6）356頁は、破産管財人が履行を選択した場合に、双務契約から生ずる同時履行の抗弁権を有する相手方がそれを行使することができることを明示しているわけではないが、財団債権者である相手方の保護のために次のような主張をしている点に鑑みれば、これを肯定する立場にあると考えられる：「財団債権について常に完全な満足が保障されるわけではない」（破産法152条1項参照）ことを前提に、一般法理により相手方に不安の抗弁権が認められる場合にそれを排除する理由はないとし、さらに、「破産財団の状況などを考慮して、場合によっては、相手方が契約条件の変更、例えば支払方法の変更や担保の提供などを求める可能性を認めるべきであろう」。栗田隆「破産法148条3項について」関西大学法学論集58巻5号（2009年）9頁も参照。

24) 特に現行破産法では、財団債権に基づく強制執行が明示的に禁止されている（42条1項）ことに注意する必要がある。

妥当する。(c2)立法の段階(及び立法がどのような前提でなされたかを説明する解釈論の段階)で、相手方の請求権をどのように位置付け、破産手続開始前に相手方が有していた同時履行の抗弁権をどのように考慮するかについては、さまざまな出発点が考えられる。(α)相手方の請求権は破産債権であり、同時履行の抗弁権は認められないとの考えを出発点にすることもできれば<sup>25)</sup>、(β)破産債権であるとしつつ同抗弁権を尊重すべきことを出発点にすることも、また(γ)相手方の請求権をどのように位置付けるかに立ち入ることなく同抗弁権を尊重すべきであることを出発点にすることもできる。その意味で、(b1)が誤りであると言うつもりはないが、それを唯一の出発点にし、他の出発点を否定する形で議論を進めることには疑問を感ずる。相手方が同時履行の抗弁権を有する場合については、いずれの出発点をとっても現行法の説明は可能である<sup>26)</sup>。(c3)相手方が同時履行の抗弁権を有する場合に、相手方の債権を破産債権としたままでは解決が難しい状態(両すくみ状態)が生ずるのは確かであり、その指摘が貴重であることは、率直に認めるべきである。

#### (エ) 破産手続開始前の解除による原状回復と同時履行の抗弁権

以上のことを前提にすると、破産手続開始前に契約が解除された場合に、相手方は、自己の債権は破産債権であるが、原状回復義務について同時履行の抗弁権を行使できることを議論の出発点にしてよいと思われる。したがって、常にといいわけではないが、福永論文の指摘する両すくみ状態が生ずることがあり、それをどのように処理するかが問題となる。対価関係性を維持するために、若干の無理をしてでも同時履行の抗弁権の行使ができるように解釈論的努力をするか、それとも解釈論の限界を超えるものとして諦めるか、いずれかになるろう。

25) 宮川説と同様に、これを出発点にしている文献として、次のものがある。中田・前掲(注6)101頁、山木戸・前掲(注6)119頁、谷口・前掲(注6)174頁。

26) 双務契約の履行が選択された場合に、相手方が同時履行の抗弁権を有するのであれば、相手方は財団債権者としてそれを行使することができるとする結論は、出発点(β)や(γ)と整合的ではあるが、しかし、相手方は財団債権者になっているのであるから、出発的(α)と矛盾するわけではない。事実また、出発点(α)をとる中田・前掲(注6)101頁・102頁は、履行が選択された場合については、相手方に同時履行の抗弁権を肯定している。

## 2.2 契約類型により異なる処理（一貫性の欠如）

53条・54条は、双方未履行の双務契約の相手方の利益を全面的に保護する方式を採用しているが、全ての契約類型についてその方式を貫徹しているかと言えば、そうではない。首尾一貫性の欠如がもっとも目立つのが継続的契約の取扱いである。

### 2.2.1 交換型契約とその他の契約

契約関係が一方の債務不履行やその他の理由により解消される場合に、既履行部分をどのように処理するかは、契約ないし既履行部分の特質と、契約解消の原因に依存する。そのことは、当事者の一方の破産を理由とする契約の解消（破産法53条による解除及びその他の法律による破産手続開始を原因とする解除又は解約）にも同様に当てはまる。

（a）売買契約のような交換型契約あつては、一般に双方の履行（物の給付と代金の支払）について原状回復が可能である。53条1項による解除の結果生ずる相手方の原状回復請求権については、54条2項が適用される。もっとも、売買契約でも継続的に供給がなされる場合には、継続的契約の一種として後述のように特別の取扱いがなされる。

（b）賃貸借のような利用型契約や雇用のような役務型の契約にあつては、賃借人や労働者の既履行部分の原状回復は困難である。そして、これらの契約では、一方が（連続的であるか否かは別にして）継続的に非金銭的給付をなし、他方が一定期間ごとに金銭的対価を支払い、それが複数期間にわたって行われることが合意されていることが多い。そこで、この種の継続的契約の終了の効果は、一般に、将来について生ずるとされている。その点を強調する趣旨で、解約の語がよく用いられる<sup>27)</sup>。

---

27) ただし、53条の規定により継続的契約関係を解消する場合には「解除」の語を用いるが（148条1項8号参照）、この場合でも、契約関係は将来に向けて解消されるのであり、解約と同じである。

賃貸借契約が継続的契約という特質を有することは、53条との関係では、次の点に現れる。(α) 賃借人の破産管財人が解除を選択した場合に、破産手続開始から契約の終了までに生じた相手方の請求権は、財団債権になる(148条1項8号)。他方、破産手続開始前の時期に破産者(賃借人)が受けた給付には解除の効果は及ばず、また、相手方が有する対価請求権(未払賃料債権)は、破産債権になる。もちろんこの場合でも、論理的には、54条2項後段を適用し、相手方(賃貸人)の既履行部分(使用収益を許容したこと)のうち対価の支払われていない部分の原状回復請求権を財団債権とすることは可能であるが、継続的契約の特質を考慮して、破産手続開始前の給付に対する相手方の対価請求権は、破産債権になるとされているのである。したがって、日本法でも、継続的契約については全面的保護方式が妥当しているわけではない。また、(β) 賃借人の破産管財人が履行を選択した場合に、148条1項7号を素直に適用すれば、破産手続開始前の未払賃料債権も財団債権になるはずであり、また、その趣旨を主張する有力説<sup>28)</sup>も存在するが、多数説は、破産手続開始後の賃料債権のみが財団債権になるとし、破産手続開始前の未払賃料債権は破産債権になるとしている<sup>29)</sup>。そして、55条が電気・ガス・水道等の継続的供給契約について、受給者の破産手続開始前の給付に係る相手方の対価請求権が破産債権になることを前提にした規定であること、継続的供給者は相手方の対価不払の場

---

28) 伊藤・前掲(注6)362頁以下、坂田宏「賃貸借契約——賃借人の破産」山本克己ほか編『新破産法の理論と実務』(判例タイムズ社、2008年)203頁。

29) 竹下守夫ほか編『大コンメンタール破産法』(青林書院、2007年)234頁(三木浩一)、中島弘雅『体系倒産法 I』(中央経済社、2007年)241頁、矢吹徹雄「賃貸借契約と破産」『福永有利先生古稀記念』(商事法務、2005年)781頁(現行破産法において55条が新設されたことを重視し、かつ、「55条の適用または準用により破産手続開始中立日を含む期間の賃料は財団債権となる」と述べる)。解除されることなく賃貸借契約が継続する場合に、破産手続開始前の賃料債権に言及することなく、《破産手続開始後の賃料債権は財団債権になる》と述べる次の文献もこれに含めてよいであろう：山木戸・前掲(注6)122頁、谷口・前掲(注6)186頁、加藤(哲)・前掲(注6)248頁。伊藤真ほか『条解破産法(第2版)』(弘文堂、2014年)444頁は、財団債権説を通説とする。ただし、この点について見解を明示しない概説書が少なくないことに注意する必要がある。

合にその後の期の供給拒絶権を有するのに対し賃貸人は解除権を有するにとどまることを考慮するならば、破産手続開始前の賃料債権は破産債権になると解すべきであろう（そうでないと、不均衡になる）。

もっとも、「継続的契約の特質」を何と考えるのかについては、見解が分かれよう。（ $\alpha$ ）期間を区切って双方の給付がなされることなのか、（ $\beta$ ）相手方の給付が原状回復に適さない性質を有することなのか、（ $\gamma$ ）その双方なのか。さらに進んで、実体法上の継続的契約であるか否かにかかわらず、（ $\delta$ ）「未履行部分のみを保護する方式」の適用範囲をできるだけ広める趣旨で、双方の給付が可分給付であれば、一部給付では相手方にとって契約の目的が達せられないという場合を除き、54条2項の適用を否定することも考えられ、その旨を主張する見解もある<sup>30)</sup>。

継続的契約の解除の場面で、破産手続開始後に履行される部分の対価請求権のみを財団債権として保護するのであれば、履行が選択される場合についても<sup>31)</sup>、同様に、その部分のみを財団債権とするのが整合的である。このことは、継続的契約の性質を有する請負契約（例えば、一定期間にわたって定期的になされる清掃の請負契約）にも当てはまる。

### 2.2.2 原状回復が困難な給付を目的とする契約（請負契約）

（a）しかし、非継続的契約の中にも、原状回復が困難又は不適當なものもある。建築等の請負契約における請負人の履行部分がそうである。そのような原状回復が困難な非継続的契約と原状回復が可能な非継続的契約（売買契約）

30) 注15に引用の中西論文。例えば、次のような場合が問題になろう：100人全員に同じユニホームを着用させる予定で、100着分の注文をしたところ、30着分が納入された段階で納入業者について破産手続が開始され、特殊なユニホームであるために他から同一のユニホームを70着分調達することができない場合；特定の用途に用いるコンピュータのハードウェアとソフトウェアがセットになって目的を達することができる場合（したがって、一方のみを使用ないし転売することが困難なもの）。

31) 選択がなされないまま契約が終了する場合（例えば、期間の定めのある契約について、履行又は解除の選択がなされないまま、期間の満了により契約が終了する場合）についても、同様にすべきである。

との間には、代金支払義務者（注文者・買主）が破産手続開始決定を受け、破産管財人が解除を選択した場合の処理について、アンバランスが生じている。すなわち、売買契約であれば、相手方は給付物の取戻権者又はそれに相当する金額の財団債権者になる（54条2項）のに対し、請負契約の場合には「既にした仕事の報酬及びその中に含まれていない費用について、破産財団の配当に加入することができる」（民法642条1項）にとどまる。

（b）上記のアンバランスは、破産者が請負人である場合と注文者である場合との間でも生ずる。すなわち、（α）請負人が破産者で、注文者が請負代金の一部前払いをしている場合に、破産管財人が契約を解除すると、注文者の前払金返還請求権は54条2項後段により財団債権になる<sup>32)</sup>。ところが、（β）注文者が破産者で、請負人が工事を途中まで進めている場合には、その出来形（仕事の完了部分）には破産法54条2項後段ではなく民法642条1項が適用され、「既にした仕事の報酬及びその中に含まれていない費用」の支払請求権は破産債権にしかない<sup>33)</sup>。換言すれば、非継続的契約である請負契約については、

32) 最判昭和62年11月26日民集41巻8号1585頁、伊藤・前掲（注6）379頁以下。最判平成23年11月24日民集65巻8号3213頁もこれを前提にしている。ただし、相手方の原状回復請求権の54条2項後段による財団債権化を制限しようとする見解（制限解釈論）も有力である（水元・前掲（注7）158頁以下参照）。その論拠として、次のことが挙げられている。(1) 出来高を超える前払金については注文者は破産者に信用を与えたと見ることができるとの理由（中井・前掲（注7）158頁。明示的とは言えないが、加藤（哲）・前掲（注6）257頁以下はこの趣旨であろう）、あるいは、(2) 旧60条2項（現54条2項）の解釈として、相手方の原状回復請求権は、破産者の原状回復請求権と同時履行の関係に立つ場合には公平の原則から財団債権にする必要があるが、そうでない場合には破産債権とすべきであるとの理由（平岡建樹「宣告と請負」道下徹・高橋欽一・編『破産訴訟法』（青林書院、昭和60年）152頁、松下淳一「判例研究」ジュリスト901号106頁（実質的な理由として(1)も挙げる））。両説は、破産者が破産手続開始前にまったく給付をしていなかった場合については結果に差異をもたらさないが、破産者が一部給付をしていて、解除による原状回復請求権が破産財団に属する場合には結果の差異が生じうるのであろう（(1)の理由の場合には、破産者がした給付価値の範囲内でのみ相手方の原状回復債権は財団債権になるが、(2)の理由の場合には、その理由付けを文言通りに受け取れば、全部が財団債権になろう）。

33) 倒産実務研究会編『倒産法改正への30講』（民事法研究会、平成25年）153頁ノ

注文者破産の場合には全面的保護方式は否定されているのである。したがって、代金額を1億円とする請負工事契約について、9割の工事が完了した段階で注文者が破産手続開始決定を受けた場合に、工事を完成させると完成物を1億1000万円で売却できることが見込まれるときは、破産管財人は、(1) 請負契約の履行を選択して1億円の請負代金債権を財団債権にするよりも、(2) 契約を解除して請負人の9000万円の請負代金債権及び若干額の損害賠償債権を破産債権とした上で、残りの工事について他の業者と請負契約を締結し、財団債権となる残工事代金1000万円を支払って工事を完成させて1億1000万円で売却する方が破産財団にとって有利になるので、後者を選択することになろう<sup>34)</sup>。

### 2.2.3 小 括

以上のように、破産法は、原状回復が容易な給付を目的とする非継続的契約についてはおおむね全面的保護方式を採用し、継続的契約については、多数説に従えば、破産手続開始時における未履行部分のみを保護する方式を採用して、いずれの契約であるかにより処理方式が異なる。もし両者について一貫した処理を採用しようとするれば、(α) 完全保護方式を継続的契約にも採用するか、(β) 未履行部分のみを保護する方式を非継続的契約にも採用するかのいずれかになろう。破産者の相手方が履行済みである場合とのバランス及び破産財団に属する財産の確保の点からすれば、立法論としては、後者が選択されるべきことになる。こうした政策的要求が、いくつかの問題の解釈論上の議論

ㄨ (高井章光)は再生事件についてであるが、次の趣旨を述べる：請負人(下請負人)が工事の出来高に応じて例えば月単位で分割払を受けているような場合には、開始前の出来高に対する請負代金債権は、開始前に原因のある倒産債権として扱うことができる。たしかに、下請契約の中にはそのような分割払契約のものも多かろうが、その場合に、請負人が個人であれば、彼の立場は労働者に近くなり、賃金債権とのバランスも考慮する必要が出てこよう。また、そうした多頻度での代金支払が全類型の請負契約の一般的形態であるとまでは言えないであろう。

34) この場合には、「破産財団は、9割の工事を完成させた請負人の犠牲(彼の債権が破産債権にしかならないという犠牲)の上に、約1億円の利得を得ている」と言いたいところであるが、請負人が工事を完成させている場合と比較すると、それとの権衡はとれているので、そのように言うことには慎重でなければならない。

の中で顔をのぞかせることになる。

## 2.3 破産手続開始前に解除された双務契約の原状回復

### 2.3.1 問題の設定

破産手続開始前に破産者又は相手方が解除権を行使して、双方又は一方（相手方）が原状回復請求権を有する場合を考えてみよう。解除権を行使したのが破産者であるか相手方であるかは、結論に影響を及ぼさないと思われるが、ひとまず相手方が解除権を行使した場合を想定することにしよう。次のことが肯定される： $(\alpha)$  破産管財人は、この解除の効果を覆すことはできない（53条1項の履行の選択をしても、解除の効果は覆らない）； $(\beta)$  相手方の原状回復請求権は、解除された契約の内容及び履行の程度に従い、取戻権又は破産債権になる。

ここまでは、契約類型にかかわらずに承認されよう。しかし、ここから先、すなわち、破産者とその相手方の双方が原状回復義務を負っている場合に、相手方は民法548条・533条により認められた同時履行の抗弁権を破産管財人に対して主張することができるかについては、見解が分かれよう。 $(\alpha)$  破産債権者は、破産債権を破産手続によらなければ行使できないから、同時履行の抗弁権を行使することはできないとの見解に従えば、相手方の原状回復請求権が破産債権である場合には、同時履行の抗弁権を行使することはできないとの結論が引き出されよう<sup>35)</sup>。この見解を「履行拒絶否定説」と呼ぶことにしよう。他方で、 $(\beta)$  相手方の権利が財団債権であるか破産債権であるかを問題にすることなく、相手方は同時履行の抗弁権（民法546条・533条）により保護されるとする見解があり、さらに進んで、 $(\beta1)$  相手方の原状回復請求権は、彼の原状回復義務と等価の部分に限って財団債権になるとする見解<sup>36)</sup> と、 $(\beta2)$  解

35) 宮川・前掲（注7）9頁に従えば、この結論になろう（ただし、結論が明示されているわけではない）。相手方の原状回復請求権が取戻権である場合にどのようなものかは明瞭ではない。

36) 谷口・前掲（注6）81頁，福永・前掲（注7）152頁。

釈論としては破産債権にとどまるとする見解<sup>37)</sup>がある。(β)の見解を「履行拒絶肯定説」と呼び、そのうちの(β1)を「財団債権説」、(β2)を「破産債権説」と呼ぶことにしよう。

ここから先は、一般論を展開するよりも、契約類型を特定して検討する方がよい。前述のように破産法の定める全面的保護方式がすべての契約類型について妥当するわけではないことを考慮すると、検討対象は、それが妥当する契約類型すなわち原状回復が容易な給付を目的とする非継続的売買契約にとどめてよいであろう。

---

37) 赫・前掲(注7)202頁以下に要旨が述べられている。本節で取り上げる問題を詳細に論じた論文であり、本稿が取り上げていない幾つかの問題(原状回復義務が履行不能になった場合の解決や特別清算の手続が開始された場合の処理の問題等)も論じている。やや詳しく紹介しておこう。相手方が同時履行の抗弁権を有することによりその原状回復請求権が当然に財団債権になることには反対し(209頁)、相手方の原状回復請求権が破産債権であるからといって、同時履行の抗弁権が消滅することはないとする(210頁)。破産管財人が相手方の同時履行の抗弁権を消滅させるために全部の履行をなす行為を「同時履行の抗弁権の受戻し」と呼び(211頁以下)、この場合には、相手方の債権は財団債権に位置づけるべきであるとして、その旨の立法提案をする(216頁)。破産管財人が受戻しをしない場合に、相手方が破産配当を得るためには、自己の原状回復義務を履行することが必要であり、この場合に「原状回復の両すくみの関係」が生じ、そのまま破産手続が終了すれば、法律関係はその状態で固定される(212頁以下、215頁)。しかし、この解決は硬直的すぎるので、処分価格ベースで相手方の原状回復請求権が破産者の原状回復請求権を上回る場合には、その差額について相手方の原状回復請求権は破産債権になるとの規定を設けるべきであるとする(216頁以下)。最後の点は立法論であり、本稿では取り上げない。買主について破産手続が開始された場合に、破産管財人が目的物の返還を拒めば、破産管財人は「価額償還義務」を負うことになり、相手方は代金返還債務と相殺することができるとする(221頁以下。結果は同じであるが、私見では、非金銭債権が金銭債権化され、67条2項により相殺が可能になると説明する)。また、相手方(売主)が解除後の所有権復帰について破産手続開始前に対抗要件を得ていた場合には取戻権を有するが、それにもかかわらず破産管財人が目的物を第三者に転売するときがあり得ることを想定して、そのときには相手方は転売債権について代償的取戻権を行使することができ、破産管財人は転売代金債権の移転と代金返還との同時履行を求めることができるとする。しかし、そのような転売事例は本稿の想定するところではなく、したがってこの論点も本稿の対象外である。

### 2.3.2 売買契約の場合について

当事者双方が全部又は一部の給付をした後で売買契約が解除され、相互に原状回復のための請求権を取得する場合に、その返還請求権の法的性質は、第一次的に債権的な請求権であり（直接効果説では不当利得返還請求権、間接効果説では民法545条1項本文独自の原状回復請求権）、双方の返還請求権及び損害賠償請求権が同時履行の関係に立つ（以下では、記述を簡単にするために、いずれの説を前提にするかにかかわらず、この債権的な返還請求権を「原状回復請求権」と呼ぶことにする）。しかし、有体物とりわけ不動産の売買を考えると、給付物の占有の回復について、所有権に基づく返還請求権を意識せざるをえない（所有権の復帰についても、間接効果説と直接効果説とでは説明が異なるが、本稿との関係では重要ではなく、解除による所有権の変動も民法177条の適用範囲に含まれるとの判例の立場を前提にする）。解除後に売主が所有権に基づく返還請求権を主張することができるときに、これと競合して債権的な権利としての返還請求権が存在するのかが問題となりうるが、肯定してよいであろう。破産手続においては、これらの権利の位置付け（破産債権か取戻権か）が重要になる。所有権に基づく返還請求権は取戻権になり、債権的な権利はおおむね破産債権になる。そして原状回復請求権は債権的な権利である。(1) 売主の破産の場合には、相手方である買主の給付物返還請求権は金銭債権であり、これは破産債権でしかありえない。他方、(2) 買主の破産の場合には、相手方（売主）の給付物返還請求権の位置付けは、目的物が破産財団に属するか否かに依存する。

(α) 不動産の所有者である売主が買主から代金の全部又は一部の支払を受けて目的物を買主に引き渡したが、所有権移転登記を経由する前に売買契約が解除され、その状態で買主について破産手続が開始された場合に、売買契約により所有権が買主に移転していたとしても、破産手続開始時には、所有権はすでに売主に復帰している<sup>38)</sup>。売主は、所有者として登記されているので、所有

38) なお、売買契約において代金を全額支払った時点で所有権が買主に移転するとの合意がなされていた場合には、代金の一部が支払われた時点で売買契約が解除さ

権を破産財団に主張できる。したがって、彼は、給付物返還請求権として、解除による原状回復請求権の外に、所有権に基づく引渡請求権も主張することができる（請求権競合）。前者は債権的権利であるが、破産債権ではなく取戻権である。なぜなら、売主が自己の所有権を主張することができる以上、目的物は破産財団には属さず、破産財団に属さない財産の返還を求める権利は、債権的な権利であっても、取戻権だからである（62条）。

他方、買主が所有権移転登記を得た段階で売買契約が解除され、解除による物権変動を公示する登記（所有権移転登記の抹消又再度の所有権移転登記）がなされる前に買主について破産手続が開始された場合には、破産債権者の利益代表としての破産管財人は民法177条にいう第三者に該当すると考えられており、売主はその不動産の所有権を破産管財人に主張することができない。したがって売主は、給付物の返還のために、解除による原状回復請求権のみを主張することができ、これは破産債権である。

（β）権利の移転について登記あるいは登録を必要としない通常の動産の売主が買主から代金の全部又は一部の支払を受けて目的物を引き渡した後で売買契約が解除され、その状態で買主について破産手続が開始された場合に、解除の結果所有権が売主にあることを売主が第三者に対抗するための要件は、買主から売主への引渡しであり、それがまだなされていないことを前提にすると、売主は、買主の破産管財人に対して所有権を主張することができない。したがって、売主は、給付物の返還のために、解除による原状回復請求権のみを主張することができ、これは破産債権である。

（γ）売買の目的物が代替物であり、それが買主に引き渡された後で、買主（破産者）がそれ以前から有する同種の代替物と混同を来たし、売主の返還請求権が特定物についての請求権であるとは言えない場合には、対抗要件の問題に立ち入るまでもなく取戻権は否定され、売主は同種物返還請求権を有するにとどまり、それは破産債権である。

---

ゝれたのであれば、所有権は買主に移転していないので、解除による所有権復帰は問題にならない。

以上のことを前提にして、以下では、買主が破産者である場合の売主の給付物返還請求権について、抽象的に、それが取戻権である場合と破産債権である場合とに分けて議論を進めることにする。

### 2.3.3 問題の検討

売主が目的物を引渡し、買主が代金の全部を支払った後で、民法545条・546条が適用される解除権の行使により売買契約が解除され、その後に買主又は売主の一方について破産手続が開始されたとしよう。解除権を行使するのは、さしあたり、破産者の相手方であるとする<sup>39)</sup>。代金額を1000万円とし、賠償請求(民法545条3項)できる損害額を200万円とする。相手方のこの損害賠償請求権及び給付物返還請求権と破産者の給付物返還請求権とが破産手続開始の時点で同時履行関係にあるものとする<sup>40)</sup>。

#### (ア) 相手方の権利が取戻権の場合

買主について破産手続が開始され、相手方(売主)の権利が取戻権であるときに、相手方が同時履行の抗弁権により保護されることに問題はなかろう。なぜなら、相手方の権利は破産債権ではないので、「破産債権は破産手続によらなければ行使できない」との命題(100条1項)は妥当せず、実体法で肯定さ

39) 相手方が解除する場合を想定したのは、損害賠償請求権も同時履行の関係に含めるのに都合がよいからであるにすぎない。破産者の側から解除された場合を除外する趣旨ではない。なお、常にというわけではないが、売主が解除する場合には、売買の目的物は価値のあるものであることが、買主が解除する場合には、価値の少ないものであることが一応想定される。そのことが、結論の評価に微妙に影響を及ぼすであろう。例えば、売買の目的物が欠陥品であるために買主が解除権を行使し、その後に売主について破産手続が開始されたような場合には、相手方である買主は、代金の返還のみならず、欠陥品の引取りを破産管財人に強く求めることも考えられる。特に、その物が有害物質を含んでいて、処分に困るようなものである場合には、引取請求権を観念する必要もあろう。その請求権を破産手続上どのように位置づけるのか、同時履行の抗弁権との関係でどのように扱うべきかも検討課題になろうが、本稿では立ち入ることができない。

40) 同時履行の関係に立つ債務の中に損害賠償債務も含まれるとされている。我妻栄『債権各論上巻』(岩波書店、昭和43年)204頁、『新版注釈民法13・補訂版』(有斐閣、平成18年)902頁(山下末人)参照。

れた同時履行の抗弁権の行使を否定する理由が見あたらないからである。したがって、買主の破産管財人からの1000万円の代金返還請求に対して、売主は、まず、200万円の損害賠償請求権と相殺し（民法505条・破産法67条）、残額800万円の履行請求に対して、同時履行の抗弁権を行使し、目的物の引渡しの提供があるまで代金の返還を拒むことができる。また、売主は、取戻権の行使として、破産管財人に対して目的物の引渡請求の訴えを提起することができ、裁判所は、相殺後の残代金800万円の返還との引換給付判決をすることになる。この場合には、福永論文が指摘する「両すくみ」は生じない。

**(イ) 相手方の権利が破産債権の場合**

他方、相手方の権利が破産債権であるときに、相手方が同時履行の抗弁権を行使することができるかについては、見解の分かれるところであるが（前述2.1参照）<sup>41)</sup>、肯定する方向での検討は試みられるべきであると思われる。

**(a) 買主破産の場合** 買主について破産手続が開始された場合には、破産者の原状回復請求権は、金銭返還請求権である。相手方（売主）の原状回復請求権は物の給付請求権<sup>42)</sup>（103条2項1号イの非金銭債権）であるが、破産債権であるので金銭化される<sup>43)</sup>。その価額は、目的物の破産手続開始時における評価額である。そして、双方の原状回復請求権は、破産手続開始前の解除の時から履行期にあり、破産手続開始の時から同種債権になったことにより、相

41) 中田・前掲（注16）5頁は次のように指摘する：「破産宣告があると同時履行の抗弁権が消滅するのか、といった基本的な問題についてさえ、民法学からの発言が乏しい」。

42) 「物の引渡請求権」という表現を用いると、単なる「占有移転請求権」の意味に理解されやすいので、「物の給付請求権」の表現をできるだけ用いるようにした。給付されるべき物の所有権が破産者にある場合には、所有権移転請求権を含む。所有権は相手方に復帰しているが復帰的物権変動について対抗要件を具備していないために、相手方が破産管財人に所有権を対抗できない場合にも、結局のところ同様である。

43) この破産債権は、破産財団に属する債権と履行上の牽連関係があるので、単純に金銭債権に転化させてよいかという問題は生ずるが、それを妨げる理由も見出しがたい。むしろ、後述のように、物の給付請求権のままにしておくと、問題が生ずる。

手方からの相殺は原則的に許される（67条1項・2項<sup>44)</sup>。もっとも、もし破産法71条1項2号から4号あるいは72条1項2号から4号の相殺制限の適用を受けるのであれば、相殺は許されないことになるが<sup>45)</sup>、それは事案に依存する。

71条・72条の相殺制限が適用されないことを前提にすると、例えば、(α) 目的物の破産手続開始時における評価額が700万円であれば、相手方は、これと200万円の損害賠償債権との合計900万円の破産債権を自働債権にして破産者(買主)の代金返還請求権1000万円と対当額で相殺することができるので、破産管財人は、相手方に対して残額100万円の支払を請求することができる。(β) その物の価額が破産手続開始時に1200万円に上昇していたのであれば、相手方は、対当額1000万円で相殺し、残額200万円及び損害賠償債権200万円を破産債権として行使することができる。

**現物履行の許容** こうした相殺による解決では、売買の目的物が破産財団の中に残り、破産管財人がその処分をする必要が出てくる。破産管財人がそれを適切な価格で売却することができればよいが、そうでない場合には、相手方の返還請求権を破産債権に転化させることなく、現物で返還する方が破産財団にとっては好都合なことがある<sup>46)</sup>。そして、これによって解除後の法律関係が本来の方法で解決されるのであるから、相手方に不当な損失が生ずるわけでは

44) 破産手続開始前において相手方は相殺を期待することができないのであるから、立法論としては批判(水元・前掲(注7)247頁以下)のあるところである。

45) この問題を考えるにあたっては、次の論点を詰める必要がある。(α) 原状回復請求権の発生原因を当初の売買契約にあると見るか、解除にあると見るか。解除された契約とは関係のない債権との相殺の場合も考慮すると、解除の時に発生原因があると考えの方がよいであろう。(β) 法定解除権は、71条2項1号・72条2項1号にいう「法定の原因」にあたるか。肯定してよいと思われる。(γ) 一つの双務契約から生ずる双方の原状回復請求権について、両当事者に同時履行の抗弁権が認められていることをどのように評価するか。破産者の相手方だけが全部の義務の履行を強いられる関係にないことを考慮すると、破産手続開始により同種債権になった場合に、相殺による債権回収について正当な期待を有していると評価でき、他の法律関係から生ずる債権との相殺とは区別すべきである。

46) 破産管財人よりも売主である相手方が適切な価格で売却ないし処分するルートを有していることは、十分にありえよう。目的物が有害物質を含んでいる場合には、特にそうであろう。

ない。したがって、破産管財人は現物による原状回復を選択することも許されると考えたい<sup>47)</sup> 以下では、これを「現物履行の方法」と呼ぶことにする。

例えば、前記（ $\alpha$ ）の場合に、相手方に資力の不安がないことを前提にすれば、破産管財人は、目的物を相手方に引き渡すことにより、目的物の売却の手間をかけることなく相手方が損害賠償債権と相殺した後の残額800万円を得ることができる。前記（ $\beta$ ）の場合も同様である。

この現物履行の方法については、3つの問題点を指摘することができる。第1は、この現物での履行は、特定の破産債権者に破産配当以外の方法で満足を与えるものであるという点である<sup>48)</sup>。第2は、相手方が他にも破産債権を有している場合には、その回収（相殺による回収）のために、残額800万円の代金返還請求権が用いられる可能性があり、それを避ける必要があるという点である。第3は、破産管財人がいずれを選択するかで相手方の立場が変わるので、破産管財人に早期に選択をさせる必要があるという点である。

第1の問題は、この現物履行が破産管財人からの相殺（102条）に類似するので、それと同様な要件の下で許すことで解決できよう。これを許すことの実質的なメリットは、破産手続開始時に於ける目的物の価値を評価しなくても済むという点にある。第2の問題は、そのような場合には破産管財人が現物履行を選択しないという方法によって回避することができる<sup>49)</sup>。第3の問題につい

47) この解決は、53条との比較で言えば、双方未履行の売買契約の売主について破産手続が開始された場合に、破産管財人が履行を選択することに相当する。そのことを破産手続開始前に解除された売買契約に投射して説明すれば、「解除により生じた原状回復義務の履行の選択」ということもできる。そうした位置付け自体は正当であるとしても、説明としては技巧的すぎる。この解決の正当化の理由付けは、本文で述べたことで足りると思われる。

48) 財団債権説に従えば、相手方の給付義務が破産者の給付義務を上回る場合については、相手方の目的物返還請求権は財団債権となる。財団不足の場合等には財団債権も金銭化する必要があるが、そうでなければ現物返還が原則となり、この問題点は生じない。

49) 次の法命題を定立することによっても回避できる：「破産財団に属する金銭債権と相手方が有する物の給付請求権（破産債権）との間に履行上牽連性があり、かつ、相手方の請求権が金銭化により相殺が可能である場合には、破産管財人は現物で」

ては、53条2項前段の類推適用を肯定すべきである。破産管財人が相手方に確答しない場合の処理については、どちらが原則的に破産財団にとって有利になるかの視点からルールを設定するとなると、おそらく現物による原状回復であろう。しかし、別段のルールが設定されなければ相手方の破産債権は金銭債権になること、売買の目的物が破産財団中に存在するとは限らないことを考慮すると、相殺による簡易決済を可能にする金銭化の方が好ましいことになる。例えば相手方に返還されるべき物の価額が1000万円で、破産財団に返還されるべき金銭が800万円である場合に、破産管財人が最終的に目的物を返還することができなければ、相手方は、差額（相殺後の残額）の200万円を破産債権として届け出る必要に迫られる。こうしたことを考慮すると、破産管財人からの確答がない場合の処理は、金銭化による解決とすべきであると考えたい。

**(b) 売主破産の場合** 売主について破産手続が開始された場合はどうか。  
**(b1)** 返還されるべき物が破産手続開始前に相手方（買主）の許に存在しなくなっていて、その代償として売主が相手方に対して金銭を請求することができる場合には、相手方は相殺により自己の債務を免れ、相殺後に自己の債権に残額があればそれを破産債権として行使することになる（ただし、破産者の支払停止や破産手続開始申立ての後に相手方が目的物を売却することにより破産者の債権を金銭債権に転化させて相殺適状を発生させたような場合には、71条1項の相殺制限の問題が生ずる余地はある。また、相手方が破産者に返還すべき物の代償として代金債権を取得し、破産者の権利がその金銭債権の移転請求権に転化していると考えられる場合については、双方の債権の同種性が欠けるので、相殺が可能とは言えないであろう）。他方、**(b2)** 売主に返還されるべき物が相手方の許に存在する場合には、破産者の権利は物の返還請求権であり、相手方（買主）の権利は代金返還請求権であり、同種性を欠くので相殺するこ

---

ゝの履行を選択することもでき、破産管財人がその選択をした場合には、現物履行を選択しなかったならば相殺可能であった範囲で、相手方は、他の破産債権と破産財団所属の当該債権とを相殺することができない」。この方が現物履行を用いることのできる範囲の拡大という点で好ましい。ただ、解釈論として受け容れられやすいのは、本文に記した方法であろう。

とができない。相手方は、代金返還請求権を破産債権として行使することができる。もっとも、配当額が僅少と予想される場合に、破産債権の届出をしたうえで、僅少配当金<sup>50)</sup>でも受領する意思がある旨の届出（111条1項4号）をせずにおくこともあろうし、破産債権の届出をせずに放置することもありえよう。

問題は、相手方に同時履行の抗弁権の行使を認めることができるかである。実体法により認められた権利を破産手続においてもできるだけ尊重するのがよいという視点からは、破産管財人からの物の引渡請求に対して、相手方は、同時履行の抗弁により、代金の返還を受けるまで目的物の返還を拒絶することができるとするのがよい。しかし、その選択肢の先には、福永論文が指摘する両すくみ状態が待ち受けている。まずこの点を確認しておこう。前述（2.3.3の見出し直下）の設例とやや異なることになるが、ここでは、売主が目的物を買主に引き渡し、買主が契約で定められた代金額1000万円のうち500万円を支払った段階で解除権を行使し、その後に売主について破産手続が開始されたでしょう（損害賠償請求権は発生しなかったものとする）。

破産管財人が500万円を返還して、相手方から目的物の引渡しを得、例えばそれを800万円で換価すれば300万円の配当原資を得ることができ、これは破産財団にとって有利であると判断する場合に、それを許容することができるかが問題になる。相手方は破産手続外で破産債権の満足を得ることになるが、同時履行の抗弁権が担保的権利であることを考慮すれば、その満足は是認してよいようにも思える。しかし、相手方の代金返還請求権に割合的満足を与えるにとどめれば、破産財団にとってさらに有利になるので、破産管財人が500万円を返すことなく目的物の返還を求めるとどうなるかが問題になる。

破産管財人が500万円を返すことなく目的物の返還を求める場合には、相手方は同時履行の抗弁権を行使して、目的物の引渡を拒絶することになる。相手方の代金返還請求権が破産債権であることを前提にすると、相手方は、500万円の代金返還請求権について破産配当を受けるよりしかたがなく、例えば1割

50) 現時点では、その金額は1000円である（破産規則32条1項）。

配当であれば50万円の配当金請求権を取得するが、相手方が、それを行使しようとする、破産管財人が同時履行の抗弁権を行使して、その支払を拒絶することになる。こうして、「両すくみ」ないし「にらみ合い」の状態が生ずる<sup>51)</sup>。それを放置したのでは、実現されるべき法律関係（解除による原状回復）が実現されないことになる。どのように解決すべきか。

**問題の原因** 問題の根本にあるのは、同時履行の抗弁権が双務契約から生ずる債権を実質的に担保する機能を有するとしても、相手方からの履行請求を拒絶することができるにすぎない消極的な権利だということである。そのことは、抵当権と比較すればよくわかる。抵当権には、優先弁済受領権とともに換価権があり、抵当権者は自ら競売申立てをすることにより被担保債権の満足を得ることができる。相殺権者も、自ら相殺の意思表示をして、自己の債務を免れることにより自己の債権を回収することができる。他方、留置権は換価権と優先弁済受領権を含まない担保権として構成されており、消極的な担保権とすることができる。そして、破産手続において留置権をそのまま存続させても、最終的には福永論文が指摘する意味での両すくみが生じてしまう。それを避けるためには、留置権を積極的な担保権に転換するか、又は被担保債権を目的物の価額の範囲内で優先的破産債権又は財団債権にするしかないであろう。商事留置権については、前者の道が選択された（66条1項）。民事留置権については、いずれの選択肢も適当ではないという政策的判断の下に、留置権は消滅するとされた（同条3項）。被担保債権は、優先的破産債権にもならないという厳しい選択である（ただし、被担保債権が財団債権である場合について、152条1項に注意）。

**取り得る解決方法** では、同時履行の抗弁権についてはどうすべきか。立法的な判断は明示されていない。取り得る解決は、一つは、相手方の債権が破産債権にとどまる限り、相手方は同時履行の抗弁権を行使することができないとすることである（履行拒絶否定説）。他の一つは、相手方の原状回復義務の価

51) 相手方は、目的物を破産管財人に引き渡せば配当金を受領できるのであるが、それでは同時履行の抗弁権の行使を認めた趣旨が生かされない。

値（ここでは目的物の価額）の範囲内で相手方の債権を財団債権とすることである（財団債権説<sup>52)</sup>。後者について具体例を挙げておこう。売買契約の解除の結果、相手方（買主）が1000万円の代金返還請求権を有し、破産者（売主）が目的物の返還請求権を有し、破産手続開始時におけるその価額が600万円であると評価できる場合には、相手方の代金返還請求権のうち600万円は財団債権になり、400万円は破産債権になる。相手方は、破産管財人に対して、破産手続外で600万円の支払請求をすることができ、これに対して破産管財人は同時履行の抗弁権を行使することができるが、相手方が目的物の給付の提供をする限り、600万円を支払わざるを得ず、これにより法律関係は解決される。破産債権となる400万円の支払請求権は、目的物の返還請求権との同時履行関係は否定され、一般の破産債権と同様に扱えば足りる。

もう一つの解決方法は、次のようにすることである：相手方の債権は破産債権であるが、破産管財人が目的物の返還を求める場合には、相手方は同時履行の抗弁権を行使することができる；しかし、相手方が自己の原状回復請求権を破産債権として行使する場合には、相手方は同時履行の抗弁権を放棄しなければならない（破産債権説）。これによればどうなるであろうか。例えば、破産者（売主）が契約価格1000万円の商品を引き渡し、相手方（買主）が代金の半額500万円を支払った段階で契約が解除され、その後に破産手続が開始されたとしよう。（ $\alpha$ ）破産手続開始時における目的物の評価額が1000万円であり、かつ、その価額で換価できるのであれば、破産管財人は500万円を支払って当

52) 前者の解決のモデルは留置権である。後者の解決のモデルと呼ぶことができるものはない。比較的近いものとして、148条1項7号を挙げることができるが、同号により財団債権となる相手方の債権は相手方が負う債務の価値の範囲に限定されないという点で、重要な相違点がある。むしろ、自己の負っている債務の範囲内で自己の債権の優先回収ができるという点で、相殺による優先的債権回収と比較的類似性が高いといえることができる。すなわち、破産者の有する債権が物の給付請求権で、相手方の有する請求権が金銭債権である場合には、同種の給付を目的とする債権ではないので相殺は許されないが、相手方の負っている債務の経済的価値の範囲内で相手方の債権の優先的回収を認めるのが公平に合すると政策的判断の下に、破産債権を財団債権に高めることにしたと説明することができよう。

該商品の返還を受けることを選択するであろう（以下「原状回復義務の同時履行の選択」という）。（β）目的物の評価額が300万円にすぎない場合に破産管財人が500万円を支払って商品の返還を請求することは破産財団にとって不利な選択であるので、通常はしないであろう<sup>53)</sup>。この場合に相手方がとることのできる選択肢の一つは、（β1）同時履行の抗弁権を放棄して自己の代金返還請求権を破産債権として行使することである。配当金を受領する段階で初めて同時履行の抗弁権が放棄されても、破産管財人の換価に支障をきたすことになるので、抗弁権の放棄は、原則として破産債権の届け出の際にすべきであろう。相手方の地位は、破産管財人が原状回復義務の同時履行を選択するか否かに依存するので、相手方には、その点についての確答催告権が与えられるべきである。破産管財人が同時履行を選択しないため、相手方が同時履行の抗弁権を放棄して不完全な満足で我慢せざるを得なくなったという事態は、同時履行の抗弁権が担保的機能を有するという視点から見れば好ましいことでないが、同時履行の抗弁権がもともと強力な担保機能を有するわけではないことに鑑みれば、

53) ただ、何らかの事情で（例えば、当該商品が破産財団中の他の商品と組み合わせで換価する必要があるといった理由で）そのようにすることが最終的に破産財団にとって有利になる場合もあり得よう。その場合に、相手方が300万円の商品を返還して500万円を得ることができるとすることの当否が問題になる。平時において、多くの担保的権利（直接には抵当権等の担保物権）については不可分性（民法296条）が肯定されており、こうした結果は是認される。しかし、破産法は、担保物権の不可分性を排除する規定を設けている（186条以下）。また、担保的権利の一種である相殺には、そうした不可分性は見られない（相殺により消滅する債権が、通常、可分給付を目的としているからである）。これらのことを考慮すると、同時履行の抗弁権が担保的権利であることを根拠の一つにして、それを破産手続においても維持するのであれば、不可分性を排除し、相手方は給付義務を負っている目的物の価値の範囲内でのみ破産手続外で金銭給付を得ることができるとする余地もある。相手方の債権は彼の原状回復義務と等価な範囲で財団債権になるとする財団債権説は、まさにそうした結果を意図していると見ることができる。なお、相手方が破産者に対して金銭給付義務を負うとともに物の給付請求権を有している場合には、後者が金銭化されることにより相殺の問題となり、不可分性の議論は後退する。こうしたことを考慮すると、破産債権説に立っても、売主の破産管財人が商品価額に相当する300万円の弁済又はその提供をすれば、相手方（買主）の同時履行の抗弁権は消滅し、残額200万円の代金返還請求権は破産債権になるとしてよいであろう。

弱い担保的権利を放棄して少ない満足を得ることは相手方の自由な選択の結果であるとして、是認してよいであろう。もう一つの選択肢は、(β2) 相手方(買主)が同時履行の抗弁権を保持して、破産債権の届け出をしないことである。この場合に、最後配当は破産財団に属する財産の換価の終了後になされるべきものである(195条1項)、売主の破産管財人は、最後配当の前に、相手方から目的物の返還を受けて換価するか、返還請求権を換価する必要がある。しかし、相手方が同時履行の抗弁権を有するために換価が困難ないし換価価値がないというのであれば、権利放棄(78条2項12号)をすべきであるとしてよいであろう。この権利放棄は、破産者が個人の場合には、破産財団からの放棄(したがって破産者の自由財産に帰属させる意味での放棄)とし、その後における法律関係の解決(解除された契約関係の解決)は、この放棄により管理処分権を回復した破産者と相手方との間で解決されることになる(破産者が自由財産の中から相手方に返還すべき金銭を支払うのと引換えに、相手方から目的物の返還を受ける)<sup>54)</sup>。破産者が法人である場合には、破産手続の中で解決す

54) 破産者が免責許可決定を得ることができない場合には、相手方の破産債権も残るので、これで問題はなかろう。もちろん、この場合のベストの解決は、破産者(売主)が自由財産から代金相当額を返還するのと引換えに目的物の返還を得ることであるが、通常予想される結果は、相手方が破産者から原状回復を得ることができないため、結果的に破産者が相手方に売り渡した物が相手方に帰属することであり、期待される解決は、両者の間でその旨の合意がなされることである。それを破産手続の中でしようとする、破産管財人と相手方との間でその旨の合意をするか、または、破産管財人が相手方のために原状回復請求権を放棄し、相手方も破産債権を放棄することになる。

破産者が免責を得る場合については、同時履行の抗弁権が担保的権利であることを考慮して、この抗弁権は免責許可決定に影響されず、この抗弁権が存続する範囲でこれにより実質的に担保されるべき相手方の破産債権は、同時履行の抗弁権の行使により満足を受けることができる債権として存続すると構成することでよいであろう。もちろん、免責許可決定により相手方の破産債権について破産者の責任が消滅すれば、同時履行の抗弁権も消滅するとの見解も可能であるが、この問題は、超過負担の担保不動産が破産財団から放棄された場合に、破産者が免責許可決定を受けると、その効力が破産者の設定した担保権に及ぶかという問題とパラレルに考えてよいであろう。253条2項は、後者の事態を予定していないため、その場合を同項の規定の中に含めていないが、同項を類推適用すべきであろう。同様に、同項ノ

る必要があるが、破産手続の終結により法人が消滅することを前提にすると、債務者の消滅により、相手方の破産債権は消滅することになる<sup>55)</sup>。したがって、破産管財人が原状回復請求権とその請求権の行使により破産財団に属すべき財産を相手方のために放棄すればよいだけであろう<sup>56)</sup>。その放棄について時期的な制限は明規されておらず、最後配当の除斥期間の満了の時でも許されると考えられる<sup>57) 58)</sup>。この放棄は明示的になされることが望ましいが、最後配当の除斥期間が満了した時点で黙示的になされたと見てよいと思われる。さらに、以上の規律が一般に承認されるようになれば、「権利放棄」という説明ではなく、「最後配当の除斥期間の満了の効果」として、破産管財人が有していた原状回復請求権が相手方のために消滅すると説明されることになる。

問題は、破産者が法人である場合について、(β2)の解決結果を是認することができるかである。換言すれば、「両すくみ状態を解決できないときには、各自はその返還義務から解放され、各自が返還すべきであった財産は各自に帰属する」との解決は、民法546条から引き出すことのできない解決であるが、契約当事者の一方(法人)について破産手続が開始されたという特別な状況においては、肯定してよいかである。次の理由により、肯定すべきであろう。(1)破産管財人は目的物について代金を返還してまで取り戻す価値のあるものとは

---

↳の類推適用により、担保的権利である同時履行の抗弁権は免責許可決定の効力を受けないとすることは可能であると思われる。

55) 相手方の債権のために受託保証人が存在する場合には、彼は主債務者に対して破産手続が開始された後でも保証人に対して履行を求めることができ、保証人が保証債務を履行した後では、保証人が相手方に代位するのであるから(民法500条・501条)、問題状況に大きな変化はないと考えてよいであろう。

56) 破産管財人が相手方のために放棄するといっても、相手方は原状回復請求権について何の配当も受けられないのであるから、相手方も原状回復請求権を放棄したのと同じである。したがって、双方が同時履行の抗弁権が付着した権利を放棄しているのであるから、破産管財人による権利放棄を不当視する必要はない。

57) 放棄予定の財産が破産財団中に存在しても、そのことは、「破産財団に属する財産の換価の終了」を妨げないと考えたい。

58) それ以前であると、相手方が同時履行の抗弁権を放棄して破産債権を行使して行く可能性がないとは言えないからである。

考えていないのであり、相手方は、破産配当を得るよりは同時履行の抗弁権を行使する方が良いと考えているのであるから、その物に価値を見出していると考えてよく、また、破産財団は返還されるべき財産を失うことになるが、その代償として相手方の債権について割合的弁済の責任を免れるのであるから、この解決は、破産財団（から割合的満足を受けるべき他の破産債権者）を害せず、相手方を害するものでもない。次に、(2) 実質的にみれば、特定の破産債権者（相手方）に破産財団に属する財産を与えて部分的な満足を与えているという点、特に相手方の破産債権について債権調査を経ることなく部分的な満足を与えている点が問題になる。しかし、その問題は破産管財人からの相殺と共通する問題であり、破産管財人からの相殺の要件と同じ要件の下で許すべきであると言うよりしかたないであろう。最後に、(3) 破産手続開始前になされた解除から生じた法律関係が実現されない点が問題である。これは、解除後に売主（法人）について破産手続が開始されたという新たな状況に対する両当事者の選択の結果であると説明してよいであろう。

以上のようにして、破産債権説の下で生ずる両すくみを解消すること、あるいは両すくみ状態の固定化を正当化することは、一応できる。しかし、以上の複雑な議論から明らかなように、「両すくみ」の問題を解決しようとして、新たな問題を発生させたというのが本当のところというべきかもしれない。

破産債権説に従うと、相手方が通常得る利益の上限は、破産管財人が同時履行を選択した場合に、自己の給付義務の価値の範囲内で（注20参照）自己の原状回復請求権の完全な満足を得、残余につき破産配当を得ることであり、その下限は、破産管財人が同時履行を拒絶しかつ相手方が同時履行の抗弁権を放棄した場合に、原状回復請求権について破産配当を得ることである。解決結果の点から見れば、破産債権説は、否定説と財団債権説との中間に位置する。

#### 2.3.4 解決方法の選択

ではいずれの解決がよいのであろうか。(a) 履行拒絶否定説については次の問題点を指摘することができる。(1) 双務契約の解除により生じた債務につ

いて、相手方は義務を全部履行しなければならないのに、自己の権利については比例的満足しか受けることができない結果をもたらすのであるから、その点で双務契約の当事者の公平取扱いに反する。(2) 売買契約解除後の買主について破産手続が開始された場合と売主について破産手続が開始された場合とで、結果に大きな違いが生ずる。買主について破産手続が開始された場合には、売主の目的物返還請求権が金銭化されることにより相殺の問題となり、相殺可能な範囲で全面的に保護される。これに対し、売主について破産手続が開始された場合には、破産者の権利について金銭化がなされないため相殺の問題にならないからである<sup>59)</sup>。他方で、否定説の解決は単純明快であり、それゆえに解釈論としては受け容れられやすいという利点を有する。

(b) 履行拒絶肯定説のうちの財団債権説については、次の問題を指摘することができる。(1) 解除後に売主が破産者となる場合に、相手方(買主)の債権を財団債権とすることについて実定規定が欠けている。(2) 相手方(買主)の「原状回復義務と等価の部分」について財団債権化を認めるため、その金額の確定に手間取る。また、相手方の「原状回復義務と等価の部分」が何を意味するのかは、必ずしも明確ではない。不動産の売買で、双方が履行を完了した後で契約が解除された場合には、相手方(買主)の「原状回復義務と等価」は、当該不動産の価格を意味しようが、不動産の引渡しはなされたが所有権移転登記はまだ経由されていない段階で解除された場合に、買主の原状回復義務の内容は、不動産の引渡(占有移転)になるが、それと等価というのは、不動産の価格自体を意味するのか、それよりも小さい価格を意味するのか、明瞭とは言い難い。(3) これに関連して、一つの債権が財団債権と破産債権とに分裂することがあり得、その場合に後者の金額は前者の金額に依存するので、その確定手続に注意を払う必要が生ずる。例えば、解除後・破産手続開始前に相手方が

---

59) ただし、これは、非金銭債権が金銭化された後の破産債権を自働債権とする相殺を67条2項が許しているからであり、その立法論的当否を問題にする立場もあることを考慮すると(前掲(注44)参照)、否定説以外の見解を採用することにより解決すべき問題とは言い切れない。

代金500万円の返還請求の訴えを提起している場合に、破産手続開始によりこの訴訟手続は中断し（44条1項）、財団債権になる部分については破産管財人が受継するが（同条2項本文）、破産債権になる部分については債権調査で異議等が出されれば、異議者等と相手方との間で受継されることになる（127条1項・129条1項）。相手方に償還されるべき代金額について争いがない場合には、破産債権部分の金額は財団債権部分の金額の確定後に自動的に確定されるが、代金額自体についても争いがある場合には自動的に確定しない。財団債権部分の金額を確定させてから破産債権額の確定のための訴訟手続を進行させるのでは時間がかかりすぎるので、両者を併合して審理する等の工夫が必要となろう。他方、財団債権説は、履行拒絶否定説と比較すると、同時履行の抗弁権を有する当事者間の公平に配慮している点で優れており、破産債権説と比較すると解決方法が比較的単純で解りやすいという利点を有する。

（c）肯定説のうちの破産債権説については、次の問題点を指摘することができる。（1）破産管財人は原状回復義務の同時履行をするか否かを選択することができる。彼が同時履行を選択しない場合には、相手方は、同時履行の抗弁権を放棄して破産債権を行使するか、同抗弁権を維持して破産債権の行使を諦めるかを選択することになるが、この解決方法が他の解決方法よりも複雑である。（2）破産管財人が同時履行を選択せず、相手方が同時履行の抗弁権を放棄しなかった場合（破産債権の行使を放棄した場合）には、結局、契約解除により実現されるべき結果が実現されなくなる。（3）また、破産管財人が同時履行を選択せず、相手方も同時履行の抗弁権を維持する場合に、相手方は目的物を取得することになるという帰結、及び破産管財人が履行を選択した場合に相手方が破産債権の全額の満足を得るという帰結は、破産債権者は債権額に応じて比例的満足を受けべきであるとの原則の例外になり、その例外は相手方が同時履行の抗弁権を有することに由来するものであるが、適切な根拠付け<sup>60)</sup> がなさ

60) 前者は、破産手続開始という新たな状況の中での破産管財人の履行拒絶と相手方の同時履行の抗弁権の維持の選択の積み重ねの結果として説明され、後者は、同時履行の抗弁権を有する相手方に破産管財人が履行を求めたことの帰結として説明される。

れているかについては評価は分かれよう。他方で、次の利点を指摘することができる。財団債権説ほどではないが、解除後の義務履行について相手方の利益保護について一定の配慮をしている。また、破産手続の開始という新しい状況の下で、第一次的に破産管財人に、第2次的に相手方に選択権を与え、柔軟な解決ができるようにしている。

いずれの解決法にも一長一短があり、いずれかが決定的に優れているというわけではない。いずれかを選ぶとなると、迷いつつも、履行拒絶肯定説のうちの破産債権説を選ぶのがよいと考えたい。

### 3 破産財団の整理と使用貸借契約・賃料前払済み賃貸借契約

#### 3.1 問題の所在

以下で議論の対象とする賃貸借契約は、「第三者に対抗することができる要件」(56条1項)を具備していない賃貸借契約であり、双方未履行の状態にあるのであれば、破産管財人が53条1項により解除することのできる賃貸借契約である。

賃貸借契約により、賃貸人は、( $\alpha$ ) 目的物の使用及び収益を賃借人に許容する義務を負い(民法601条)、それ故に彼は、賃貸借契約が有効に存続する間は賃借人に対して、所有権に基づく返還請求権を行使することができず、また、彼は賃貸物の修繕義務を負う(民法606条)。他方、賃借人は、( $\beta 1$ ) 賃料支払債務と( $\beta 2$ ) 賃貸借終了後に目的物を返還する債務を負う(返還時期の定めがある場合について、民法616条・597条1項)。また、彼は、( $\beta 3$ ) 目的物をその用法に従って使用収益する義務(民法616条・594条1項)や、賃借物について権利主張者が現れたとき等に賃貸人に通知する義務(民法615条)等の付随的義務を負う。

賃貸人の使用収益許容義務と賃借人の賃料支払義務とが賃貸借契約の双務契約性を根拠付ける義務(対価関係にある義務)であると考え<sup>61)</sup>、賃借人が

61) 賃貸借契約終了時の目的物返還義務も賃料支払義務とは別個に賃貸借契約の双

賃料全額の前払をした後では、賃借人の義務は履行済みであると言ってよく、その後賃貸人について破産手続が開始された場合に、破産法53条の適用の余地はなく、破産管財人が同条1項により賃貸借契約を解除することはできないことになる。そして、賃借人の賃貸人に対する使用収益請求権は破産債権にしかないのは確かであるが、賃貸借契約が存続している以上賃借人は占有権原を有していると考えれば、その使用収益請求権が破産債権になったことのみを理由に破産管財人が賃借人に対して目的物の返還請求をすることはできないであろう。賃借権が対抗要件を具備していない場合に、この結論のままでよいのかが問題になる。

賃料の全額前払がなされている賃貸借契約の履行を破産管財人が望むことは通常はない<sup>62)</sup>。その通常の場合を前提にすると、破産財団の整理のために賃貸借契約を終了させる必要があり、そのための解釈論としては、次の2つが考えられる。(α) 賃借人の使用収益請求権が破産債権になった時点で、すなわち、

---

、務契約性を根拠付ける義務であると考え、その義務は使用借人も負っているので、使用貸借契約まで双務契約になる。そのように考える余地もないわけではないが、ここでは、通説的な見解に従い、使用貸借契約は片務契約であることを前提にする。これに並行して、賃貸借契約についても、賃借人の目的物返還債務は双務契約性を根拠付ける義務ではないと考えて議論を進めることにする。なお、使用貸借契約が無償契約であることに鑑み、使用貸主が借主に対して負う義務は賃貸人の義務よりも弱いものであってしかるべきであり、その点を強調して、後者の義務を「使用収益許容義務」と呼び、前者の義務を「使用収益受忍義務」ということもある(山本・前掲(注2)544頁)。ただ、本稿では、その点を区別する必要は少なく、いずれについても「使用収益許容義務」ということにする。

62) 限界事例として、崖地の上部の広い土地が破産財団に属し、崖に近接する狭い土地が賃貸され、賃借人が崖崩れ防止義務を負担している場合には、賃貸人の破産管財人は、崖地の上部の広い土地を一括して売却する前提として、賃料が全額前払されている当該賃貸借契約を存続させることを望むことはあり得よう。ただ、この場合には、崖崩れ防止義務は当該賃貸借契約における賃借人の付随的義務ではなく主たる義務の一部と見ることもでき、それ故双方未履行の状態にあるということもできよう(賃借人について破産手続が開始された場合には、その破産管財人としては、崖崩れ防止義務から速やかに解放される方がよく、賃料全額前払にもかかわらず、双方未履行の状態にあると評価する必要があろう)。以下では、このような限界事例ではなく、通常の場合を議論の対象にする。

破産手続開始の時点で、賃借人の占有権原は破産手続との関係では主張することができなくなり、彼は無権原占有者になる。(β) 使用収益請求権が破産債権になるといっても、それは賃借人が無権原占有者になることまでは意味せず、彼の占有権原を消滅させるためには、賃貸借契約の解除が必要であり、それは、破産財団の整理を迅速に行うとの要請に基づくものであるから、同じ要請に基づく53条1項（解除の部分）の類推適用を認めるべきである。

上記と似たような問題が、使用貸借についても生ずる。すなわち、目的物が貸主から借主に引き渡された後では、貸主は目的物の使用収益許容義務を負い、借主は、目的物の返還義務を負っているが、賃料支払義務を負っておらず（民法593条）、この状況は賃料の全額前払がなされている場合の賃貸借契約と類似する。そして、使用貸借契約は、実体法の領域において片務契約に位置付けられており、したがって破産法53条の直接の適用があるとは考えられていない。それでいて、貸主の破産管財人が破産財団の整理の一環として目的物を売却するためには、借主から目的物の返還を受けておくことが實際上必要である。

## 3.2 使用貸借

### 3.2.1 破産管財人の契約終了権

#### (ア) 中田論文

初めに使用貸借契約について検討することにしよう。平成26年に発表された中田裕康「使用貸借の当事者の破産」<sup>63)</sup>（以下「中田論文」と呼ぶ）によって議論が深まっているからである。同論文は、破産者が借主である場合も検討しているが、本稿との関係では破産者が貸主である場合が重要である。後者の場合に関係する範囲で、同論文の骨子を紹介することにしよう。

明治29年民法は、使用貸借の貸主に、借主が目的物を使用収益することを許容する義務を負わせ、借主に、目的物をその用法に従って使用収益し、契約終了後に目的物を貸主に返還する義務を負わせている（593条・594条）。現在の通説は、両者が負う債務の間には対価関係がないから使用貸借契約は双務契約

63) 中田・前掲（注12）。

ではなく片務契約であると解している<sup>64)</sup>。使用貸借契約が貸主の破産手続開始によりどのような影響を受けるかについてはあまり議論がなされていないが、(α) 対抗不能説（借主は破産管財人に対して使用借権を対抗することができないとする説）、(β) 失効説（使用貸借契約は当然に効力を失うとする説）、(γ) 継続説（使用貸借契約は継続するとする説）が考えられる<sup>65)</sup>。中田論文は、各説について緻密な検討<sup>66)</sup>を加えた上で、結論として次のように述べる。「失効説は、使用借主の債権が「現在化」「金銭化」することにより契約が失効するという論理の難点が大き。対抗不能説は、使用借権の破産管財人に対する対抗の問題と使用貸借契約の帰趨の問題の関係が不明瞭であり、継続説は、破産手続開始後も継続する使用貸借契約を破産管財人が終了させる権限が不明瞭である」。このように各説とも難点はあるが、「継続説が簡明であり、破産管財人の終了権限を認める方向での解決を目指すのがよいと考えられる。」<sup>67) 68)</sup>。

#### (イ) 対抗不能説と失効説について

対抗不能説と失効説は、次の点に問題がある<sup>69)</sup>。(α) 破産手続開始時において双方未履行の状態にある貸借契約については、貸借人の破産管財人は、53条1項により解除又は履行を選択することができるのが原則である。しかし、破産手続開始時点において賃借人が賃借権の対抗要件を具備している場合には、その賃借権は、「売買は貸借を破る」の原則に服さない権利として強化されているのであるから、破産法もその強化された地位を尊重して、破産管財人の解除権を排除し（56条1項）、その結果、破産管財人はこの貸借契約の履行を選択したことになるので、賃借人の権利に誤解が生じないように、これを財団債権とした（同条2項。148条1項7号も参照）。そこでは、破産管財人は民

64) 中田論文（1）252頁・255頁。起草者の1人は、双務契約性を肯定する意見を述べたが、この双務契約説は支持を集めずに終わったとのことである。

65) 中田論文（2）577頁以下。

66) 中田論文（2）578頁から587頁。

67) 中田論文（2）587頁。

68) 中田論文では、「破産法53条1項の類推適用」という表現が用いられていないことに注意。慎重を期して、その表現を用いることを避けたと見てよいであろう。

69) 多くは、既に中田論文で指摘されていることである。

法605条等にいう第三者ではなく<sup>70)</sup>、賃借人と破産管財人との関係は対抗関係ではないことが前提にされ、賃貸借契約は双方未履行契約として53条により解決されるべき法律関係であることが前提にされている<sup>71)</sup>。対抗要件が具備されていない賃借権については、貸借人について破産手続が開始されたことにより当然に消滅するのではなく、破産管財人からの解除の意思表示により初めて消滅することが前提にされている。対抗不能説と失効説は、56条が採用しているこの前提と調和しない。以上のことは、使用貸借についても妥当する。

(β) 破産債権者に公平な満足を与えるために、破産債権はすべて金銭化され、破産手続によらなければ行使することができないのが原則である。この原則を厳格に適用すると、使用借権はすでに金銭化されているので、貸借物の占有権原になりえないことになる。しかし、金銭債権でない破産債権が金銭化されるといっても、それは公平な配当を実現するために金銭化されるのであり、配当以外の場面では、非金銭債権のままであることも許されてよいはずである。代表例は、破産者とその相手方が互いに金銭以外の同種物について相互に給付義務を負い、相殺適状にある場合の相殺である。この場合について、「破産手続開始により相手方の給付請求権は金銭債権に転化するのに対し、破産者の債権は非金銭債権のままであるから、相殺は許されない」とは考えられていない。むしろ、「破産者の債権は金銭化されないので、相手方の債権が同種物を目的とする債権である場合に限り相殺することができる」と説明されているのである。このように、破産債権の金銭化は破産債権者に公平な満足を与えるために金銭化されるが、それ以外の場面では、金銭化前の債権として行使することは許容されるべきである。使用貸人について破産手続が開始された後でも使用借権の行使を認めることは、債権者間の公平を害しないかと問われれば、彼のみ

70) 換言すれば、破産手続の開始それ自体は、「売買は賃貸借を破る」の原則にいう「売買」に相当するものではなく、また、破産管財人はこの原則にいう「買主」に相当するものではない。

71) それ故、56条1項の対抗要件は、「いわゆる権利保護資格要件としての性質を有する」と説明されるのである。小川秀樹編著『一問一答新しい破産法』（商事法務、2004年）85頁参照。

が破産財団所属財産を引き続き無償で使用できるという点で、それは公平性を害すると答えるべきである。しかし、そのことは、相場よりも低い賃料の賃貸借契約に基づき賃借人が賃貸人の破産手続開始後も低い賃料で賃借し続ける場合にも妥当することである。これらの場合に、賃借契約は破産手続の開始により当然に終了し、それ以後は、適正賃料額に相当する金銭を破産管財人に支払うべきであるとする考えられないわけではない。しかし、借主が貸主の破産について責任のないことを前提にすると、破産手続開始と同時に当然に借主にそうした適正賃料相当額の金銭の支払義務を負わせるのが適切であるとは思われず、破産管財人からの意思表示により賃借契約が終了し、それ以降は無権原占有者として適正賃料相当額の金銭の支払義務を負うとする方が妥当である（このような形で特定の種類の破産債権が結果的に優遇されることは、当該債権の特質に由来することであり、許容されたい）。賃料全額前払でない賃貸借契約にあっては、53条1項による解除がその意思表示にあたる。そうであるならば、使用貸借契約についても、破産手続の開始により当然に借主の占有権原が消滅するのではなく、破産管財人からの意思表示により終了し、それまでは存続すると構成するのが正当であると思われる。

#### (ウ) 不動産の強制競売の場合の処理との比較

破産手続開始により破産財団所属財産の管理処分権は破産者から破産管財人に移転する（78条1項）。この関係は、強制執行において債務者の財産が差し押さえられた場合に類似するので、破産管財人の位置付けについて、彼は差押債権者と同等な立場に立つとされ、例えば、民法177条にいう第三者に該当するかの問題については、差押債権者が第三者に該当するのと同様に、破産管財人も第三者に該当するとの説明がなされることがある。そこで、使用貸借契約が強制競売の手続においてどのように処理されるかを確認しておこう。

その前に、不動産の差押え前に債務者から不動産を買い受けた者が所有権移転登記を得ていない場合の処理を見ておこう。差押債権者は民法177条の第三者に該当し、買主は所有権の取得を差押債権者に対抗できない。しかし、だからといって、差押債権者が直ちに買主に対して不動産の明渡しを求めることが

できるかと言え、そうではない。買主は売主である差押債務者に対しては所有権を主張することができ、それゆえ売主との関係では占有権原を有していると見ることができるからである（彼は、執行債務者である売主から所有権移転登記を得ることさえできるのである。民執法82条1項2号は、このことを前提にしている）。民執法46条2項は、「差押えは、債務者が通常の用法に従つて不動産を使用し、又は収益することを妨げない」と規定しており、債務者との関係で占有権原を有する者は、たとえその権原を差押債権者に対抗できなくても、債務者と同様に差押不動産を使用することができるのである。もちろん、未登記買主は差押債権者に対抗することのできる占有権原を有しないので、その占有は民執法55条2項2号に該当し、彼が不動産の価格減少行為をする場合には、彼に対し、「不動産に対する占有を解いて執行官に引き渡すことを命ずる」保全処分を差押債権者は申し立てることができる。しかし、それができるのは、未登記買主が価格減少行為をする場合のことであり、彼が価格減少行為をしない場合に、差押債権者が不動産の執行売却前に彼の占有を排除することができるわけではない。差押え当時において未登記の買主が差押債権者に対抗することができないということは、彼が差押え後に所有権移転登記を得ていたとしても、その差押えに基づく競売による買受人が代金を納付して所有権を取得すれば（民執法79条）、差押え後になされた所有権移転登記は抹消され（同82条1項2号）、買主は買受人に対して所有権を主張できないとの結論を導く前提命題にとどまる。

同様な意味において、差押え前に締結された使用貸借契約に基づく使用借人は、その占有権原を差押債権者に対抗することができない。

ただ、そこにいう差押債権者を破産管財人に置き換えた場合に、破産管財人が使用借人に対して不動産の明渡しを求めることができるということまで直ちに帰結されるわけではない。破産管財人によって目的不動産が売却された場合に、使用借人は、「売買は使用貸借を破る」の原則に従って買受人との関係で無権原占有者になるので、買受人は使用借人に対して所有権に基づいて明渡しを求め得ることが帰結されるにすぎない。この論理に従った場合には、使用借

人が不動産を明け渡すのは破産管財人による売却後である。しかし、それでは遅すぎる。

### (エ) 使用貸借契約の破産管財人による解除

使用貸人について破産手続が開始された場合に、破産財団に属する財産は原則として全て換価され、多くのものは売却の方法により換価されるのであるから、使用貸借契約の処理は上記の「売買は使用貸借を破る」の法理に委ねることもできないわけではない。しかし、次のことを考慮すると、破産管財人に使用貸借契約を終了させる権限（解除権）を与えることが望ましい。

(α) 日本の不動産取引においては、買受人が占有者を排除しなければならぬとなると、売却価格はかなり低下する（占有者の排除に要する費用以上に低下する）と予想される。売主が予め占有者を排除した上で売却する方が高く売却することができる。したがって、破産財団所属不動産を売却する破産管財人に使用貸借契約を終了させる権限を与える必要がある。

(β) 強制執行としての差押えがなされた場合に、執行機関は差押物の換価権限を取得し、その換価の妨げとなる処分行為は競売手続との関係で相対的に無効にされるが、執行債務者の管理処分権が全面的に排除されるわけではなく、差押え後でも、目的物を売却し、所有権移転登記をすることもできる。他方、破産手続が開始されると、破産財団所属財産の管理処分権は破産管財人に専属し（78条1項）、破産者がその財産を処分することはできない。破産手続開始前の買主が破産者に対して、所有権移転登記を求めることもできない。このように、換価されるべき財産（破産財団所属財産）に関する破産管財人の権限は差押債権者や執行機関の権限よりも強力なものとされている。

(γ) 通常は、使用貸人の破産について使用借人に責任はなく、使用貸人の破産手続開始を理由に使用借権が消滅させられることは、彼にとって甘受しがたい不利益であることは確かである。しかし、使用借権よりも強く保護されてしかるべき賃貸借契約も、双務契約であるが故に53条1項により解除され、これにより賃借人に生ずる不利益は、損害賠償請求権を破産債権とすることにより一応償われるとされているのであるから、それとのバランス上、より一般的

に言えば、他の破産債権者との公平上、使用借権の基礎となる使用貸借契約の解除権を破産管財人に認め、使用借権を実質的に損害賠償債権に転化させ、これを破産債権として行使できるにとどめることが、使用借人に過大な不利益を課すことになるとは思われない。

(8) 一般に、使用貸借契約が終了する前に貸主が目的物を売却する場合には、彼は買主が使用貸借契約を引き受けることを条件にして売却すべきであり、その条件を付すことなく売却した結果、使用借人が買主からの明渡請求に応じなければならなくなったときには、使用借人は使用貸人（売主）に対して債務不履行を理由とする損害賠償請求をなすことができるかといえるかは、使用貸主が対価を得ていないことを考慮すると、問題である。ただ、使用貸借契約も、さまざまな事情で締結されるのであり、使用貸主が対価を得ていないことの一事でもって、使用貸人は使用貸借契約の存続を図る義務を常に負わないといえるかも問題である。そのことは、土地の使用貸借が建物所有の目的でなされた場合には、使用貸借契約が予定外の時期に終了することにより、使用借人が予定外の損害を受けるだけに、重要である。使用貸人が目的物を第三者に売却する際に、買主に使用貸借契約を引き受けさせる義務を負うかどうかは、使用貸借契約の締結の経緯や売却に至るまでの事情に左右されるものと考えておきたい。そして、本稿では、使用貸人がそうした義務を負う場合を想定することにしよう（賃貸借契約の場合と並行した議論をしやすいするためである）。使用貸人が目的物を第三者に売却する際に、買主に使用貸借契約を引き受けさせる義務を負う場合に、使用貸人について破産手続が開始され、破産管財人が目的物を売却するときにもそうした義務が存続するかも、問題である。ここでは、破産債権者と使用借人との間の公平という別の要素が加わるからである。ただ、使用貸人自身が買主に使用貸借契約を引き受けさせることなく売却すれば使用借人に対して損害賠償義務を負う場合には、破産管財人が同様な形で売却をすれば、やはり損害賠償義務が生ずるのが原則であると考えてよいであろう。意見の分かれる点であることを承知しつつ、本稿では、それを前提にして議論を進めることにしよう。そして、この損害賠償請求権は、その基礎となる権利

(使用借権)が破産債権にすぎないことを考慮すると、破産管財人の売却行為により生じたものであるとはいえ、148条1項4号の財団債権とするのは妥当ではなく、また、破産債権そのものが失われることにより生ずる損害賠償請求権であることを考慮すると、破産手続開始後の不履行による損害賠償請求権として劣後的破産債権(97条2号・99条1項1号)とするのは妥当ではない。むしろ、使用借人が破産者に対して有する債権(使用借権)が履行されなくなったことにより生ずるものであるから、54条1項の損害賠償請求権と同様に、破産債権にあたと解すべきである。そして、破産債権の一般調査終了後(精確には、一般調査期間経過後又は一般調査期日終了後)に破産管財人が目的物を売却する場合に、使用借人はこの損害賠償請求権の発生後1月以内であれば、これを届け出ることができるが(112条3項)、この場合の債権調査は特別調査期間又は特別調査期日を設けて調査を行うことになり(119条2項・122条2項)、その費用を使用借人は負担しなければならない(119条3項・122条2項)という不利益を受ける<sup>72)</sup>。その点からすれば、破産管財人が予め使用貸借契約を解除し、使用借人から明渡しを求めることができるとする方が、使用借人にとっては彼の使用借権の帰趨が早く確定し、損害賠償請求権を速やかに破産債権として届け出ることが可能になるという点で有利である。

(δ') 使用借人が解除による損害賠償請求権を破産債権届出期間内に届けることを可能にするために、彼にも53条2項の確答催告権に相当する権利を認めるべきであろう。もちろん、破産管財人が使用貸借契約の履行を選択することは實際上少なく、この催告は、実質的には解除の意思表示をすることの催告である。その点で一種の迂遠さがあるのは確かである。その点からすれば、使用借主に解除権を付与し、かつ、彼は解除によって生じた損害の賠償請求権を破産債権として行使することができるとする方が簡明かも知れない。しかし、

72) ただし、債権調査を期日方式で行い、期日の続行を重ねることにより調査期日の終了を先に延ばす(極端な場合には、最後配当の時期まで引き延ばす)という便法をとることにより、こうした負担が生ずることを回避することが実務では行われることもあるようである。

注文者について破産手続が開始された場合に、民法642条が請負人にも解除権を認めつつ、請負人が解除権を行使した場合には損害賠償を請求することができないとしている点に鑑みると、使用借人は使用貸借の継続を望んでいるにも拘わらず、破産管財人が破産財団の整理のために使用貸借契約を解除するので、その解除により生じた損害について使用借人は破産債権者として賠償請求をすることができる構成の方が受け容れられやすい。

以上の理由により、破産財団の整理を円滑に行うために破産管財人に契約終了権限が認められるべきであり、また、その権限は53条1項の類推適用により破産管財人に認められる解除権であると説明することは、解釈論の範囲内であろう<sup>73)</sup>。類推適用されるのは、53条1項・2項及び54条1項である（相手方は破産者に給付をしていないのであるから、54条2項の適用はない）。

### 3.2.2 使用借人の損害賠償請求権

#### (ア) 破産管財人からの解除により使用借人に生ずる損害

破産債権となる損害賠償請求権の額は、平常時において、使用貸人が目的物を第三者に売却し、第三者が借主に明渡しを求めた場合に、使用貸人が使用借人に賠償すべき損害額と同じと考えてよいであろう。(α) 目的物を今後使用することができた期間について無償で使用することができなくなったことによる損害がこれに含まれることは問題なからう。それは、実質的に見れば、使用借権自体の金銭債権化ということができる。すなわち、使用貸借契約と同様に無償契約である贈与契約が書面によりなされ、その履行前に贈与者について破産手続が開始された場合に、受贈者の贈与請求権は金銭債権化されて破産債権になるとの単純な処理で足りる（破産管財人による解除など必要ない）。使用貸借契約についても、使用借人の使用収益請求権が破産手続開始により当然に金銭債権化され、これにより彼の占有権原が消滅するとの構成を採用することができればよいが、前述のように、占有権原を喪失させるために使用貸借契約

73) もちろん、同項の類推適用にこだわる必要はなく、破産財団の整理のために認められるべき独立の類型の解除権あるいは解約権とすることでもよい。

の解除が必要であることを前提すると、解除権行使後には使用借権は消滅するので、使用借権の金銭債権化という説明をすることはできず、それに代えて、解除による損害賠償請求権と構成することになるのである。(α')次に、その損害額を具体的にどのように算定するのかが問題になる。それは、使用収益請求権の金銭化という実質に鑑みれば、同等物を他から借りるのに必要な費用と考えてよく、他から無償で借りることができないのが通常である状況においては、同等物を他から賃借するのに要する費用、すなわち各期の賃料相当額から中間利息相当額を控除した金額の合計額<sup>74)</sup>(その合計額が各期の賃料額を法定利率により生み出すことができる元本額を上回るときは、その元本額)としてよいであろう(99条1項4号参照)。(β)建物その他の工作物の所有を目的に土地の使用貸借がなされた場合には、その工作物を早期に(使用貸借期間の満了前に)収去することにより、工作物を利用できなくなることによる損害も賠償されるべきかは、前述のように事案に依存するが、それが肯定されるべき場合も存在するであろう。ここでは、その場合であることを前提にする。具体的な算定方法はいろいろあり得る。例えば、残存期間10年の使用貸借契約の借主が借地上に2000万円の工作物を有している場合には、その工作物の現在価額から10年後の予想残存価額を控除した金額である<sup>75)</sup>。他方、(γ)工作物収去費用は、使用貸借契約終了時に使用借人は工作物を収去して土地を明け渡さなければならないことを考慮すると、損害額に含めるべきではなかろう。

**(イ) 破産債権として行使することができる損害賠償債権の金額が大きくなる場合**

工作物の所有を目的とする土地の使用貸借の場合に、工作物を早期に収去し

74) 法定利率を  $r$  とし、賃料  $p$  円が1年毎に前払で  $n$  回支払われるとすると、合計額  $S$  は、次の式で表される。

$$S = p + p/(1+r) + p/(1+2r) + \dots + p/(1+(n-1)r)$$

75) 当該工作物の今後10年間にわたる減価償却額とすることもできよう。また、工作物の収去後に他の土地に再築することに代えて、同等の工作物の設置されている土地を賃借することを想定すれば、各賃料支払期に支払われるべき賃料相当額から中間利息相当額を控除した額の合計額が(α)と(β)の合計額になる。

なければならないことによる損害も賠償すべきであることを前提にすると、明け渡される土地の価額に比して賠償額が非常に大きくなる時の処理も検討しておく必要がある<sup>76)</sup>。極端な設例になるが、例えば、土地の価格の安い地域において、更地価格50万円の土地について、建物以外の工作物の所有のために10年の使用貸借契約が締結され、その土地上に5000万円の工作物が建築され、破産管財人の解除により破産者が賠償すべき金額（前記（ $\alpha$ ）と（ $\beta$ ）の合計額）が3000万円であるとしよう。この場合に、この土地を除外した破産財団所属財産から得られる配当原資が1000万円で、使用借人以外の破産債権者の破産債権額が5000万円であれば、その配当率は、20%である。破産管財人が前記使用貸借契約を解除して土地を売却しても、配当原資は1050万円に増加するだけであるのに対し、破産債権額は3000万円増加して8000万円になり、配当率は13.1%になる。この場合には、破産管財人が使用貸借契約を解除して土地を売却することは、不合理なことである（しかし、使用借人との関係では違法ではなく、他の破産債権者との関係でも、違法とまでは言えないであろう）。

ではどうすればよいか。いくつかの解決方法が考えられる。

第1は、破産者が個人である場合に、目的不動産を破産財団から放棄して、破産者の自由財産に入れることである。これには原則として裁判所の許可が必要であるが、許可が得られれば、破産管財人が破産者に対する意思表示により単独でなしうる<sup>77)</sup>。破産者や使用借人の利益を害するわけではないから、これ

76) 知的財産の無償の利用許諾契約の利用権者が利用権について対抗力を得ていない場合に、利用権者がその知的財産の利用を前提とする事業を行っているとき、許諾者の破産管財人が無償許諾契約を解除すると、利用権者に大きな損害が生じ、破産債権を著しく増大させることがあり得よう。そのようなときには、単純な解除権行使は合理的な選択ではない。無償許諾契約を有償許諾契約に更改する道を開いておく必要がある。また、破産者が法人である場合には、使用貸借契約の対象となっている土地の所有権の対世的な放棄（無主物にして国庫に帰属させること）を認めることは困難であるが、知的財産権については対世的な放棄は可能であり、最終的にはこの放棄により破産財団の整理をすることもできるのであるから（ただし、78条2項12号により、裁判所の許可が必要である）、利用許諾契約の解除が破産財団の整理のために必要不可欠というわけではない。

77) 不動産の放棄も78条2項12号の放棄の中に含まれるとされている（『条解破産ノ

らの者の同意は必要ない<sup>78)</sup>。

第2は、使用借人に目的物の所有権を移転することである。有償で移転する場合には売買となり、無償で移転する場合には贈与となり、いずれであっても破産管財人は使用借人とその旨の契約を締結することが必要である<sup>79)</sup>。もっとも、この解決方法は、一面において、破産債権者である使用借人に破産配当以外の方法で満足を与えるという側面をもつので、その正当性については疑問符が付くことに注意する必要があるが、それでも適正価格での売却は問題なからう。他方、贈与契約は、破産財団の整理のために他の方法を用いることができない場合の最後の手段とすべきであろう。

第3に、工作物を収去させることなく第三者に売却することを容易にするために、破産管財人と使用借人との合意により、使用貸借契約を賃貸借契約に改めることである。例えば、前述の例で、使用貸借契約が解除されることにより、使用借人は、毎年3万円の賃料前払で同等の土地を賃借せざるを得なくなるとしよう。破産管財人と使用借人との合意により、使用貸借契約を賃料前払年3万円の賃貸借契約に切り替えれば、工作物の収去の必要はなくなり、収去により生ずる多額の損害の賠償請求権が破産債権になることもない。使用借人に生

---

法』前掲（注6）596頁）。ただし、設例の場合には放棄財産価額が100万円以下であるので、78条3項1号・破産規則25条により、裁判所の許可は不要であると解する余地がある。しかし、放棄される財産が不動産の場合にまで破産法78条3項1号を適用することには、同項の適用対象から不動産の任意売却（同条2項1号）が除外されていることとのバランスを失し、疑問がある。

78) 破産者が法人である場合に、破産財団所属財産を破産財団から放棄することができるかについては、議論のあるところであり、最判平成12年4月28日金融法務事情1587号57頁、最判平成16年10月1日金融法務事情1731号56頁は、超過負担不動産について放棄が可能であることを前提にしているが、私は、当該財産について現実に管理処分をなしうる者が現に存在する場合以外はなしえないと考えたい（財産放棄により財産権が消滅する場合は別として、そうでない限り放棄の意思表示は、放棄により管理者となる者（法人のために意思表示を受ける者）に対してすべきである）。

79) 贈与であれば、私法上は使用借人に不利な行為とは言えないが、贈与税が課されることを考慮すると有利な行為とも言えず、使用借人との合意が必要と考えるべきである。

ずる損害は、土地を無償で使用する権利が賃料支払義務付の権利に変更されることによる損害であり、それは、土地の使用貸借契約の残存期間が8年であるとするれば、20万6230円である<sup>80)</sup>。これが破産債権として追加される一方で、その土地が仮に40万円で売却できるとすれば、配当原資は、1040万円で破産債権は上記の金額だけ増加し、計5020万6230円になり、配当率は20.7%になり、わずかながら上昇する。この解決方法も、破産債権者である使用借人を特別扱いするという点で問題があるが、彼の破産債権（目的物を無償で使用する権利）自体の評価額は、前記20万6230円であり、使用貸借契約を賃貸借契約に更改することによる損害額も同額であり、これを破産債権として行使させているのであるから、第2の解決よりは問題が少ないであろう。もちろん、使用貸借契約を賃貸借契約に更改するためには、破産管財人と使用借人との間の契約が必要であり、それ故に一般的に用いることができる方法というわけではない。そして、使用貸借契約の目的土地上に存在する物が建物である場合には、更改後の賃貸借契約は借地借家法の適用を受け、同法3条により賃貸期間は30年になるのが原則である。破産管財人と使用借人との合意により使用貸借契約を賃貸借契約に更改する場合には、その特殊事情により借地権は同法25条の一時使用目的の借地権であるとされるのであればよいが、そうでない限りは、約定されていた使用貸借契約の期間と借地借家法3条所定の30年の期間との間にギャップがあると、更改契約の締結は難しくなる。

使用借人が、「更改契約の締結を拒めば破産管財人が目的土地の処分に窮し、最後は土地を安値でもよいから買い取ることを求めて来るであろう」との予測を立てると、更改契約の締結は困難になるであろう。ただ、破産管財人は、最後の手段として、使用貸借契約を解除して土地の明渡しを求めることもできるのであるから、おそらく適当なところで妥協が成立することを期待してよいであろう（立法論としては、破産管財人の申立てにより、裁判所は契約を改訂するあるいは更改することができるということが望まれる）。そして、使用借人としては、目的土地の買取りであれば相当な金額を一時に支払わなければなら

80)  $3 \text{万円} + (3 \text{万円}/1.05) + (3 \text{万円}/1.10) + \dots + (3 \text{万円}/1.35) = 20 \text{万}6230 \text{円}$

ない点で負担が大きいですが、賃貸借契約への更改であればそうした大きな負担はない。多様な解決方法を認め、個々の事案に応じて適切な解決方法を選択できるように、使用貸借契約から賃貸借契約への更改も許容すべきである。この契約更改は、78条2項11号の和解に該当すると見てよく、3項各号所定の場合に該当しない限り、裁判所の許可が必要である。

### 3.3 賃料が全額前払されている賃貸借契約

以下では、特に断らない限り、賃借権の対抗要件が具備されておらず、56条の適用がないことを前提にする。ところで、賃借人は、賃料支払債務の外に、賃貸借契約終了時に目的物を返還する債務を負っているため、賃料が全額前払いされている場合でも、賃借人の義務が履行済みであるとは言えない。そのことを理由に、53条の適用を肯定する余地もある。しかし、53条1項にいう「相手方の債務」は、「双務契約の対価性を根拠付ける債務」と解すべきであろう<sup>81)</sup>。それを前提にすると、賃料の全額前払により賃借人は義務を履行済みであることになり、53条の直接の適用はないことになる。

破産者が賃貸人である場合に、賃料の全額前払をした賃借人は、代金の全額前払をした買主と同様に、契約相手に信用を与えた者と評価するのがよいかどうかについては異論の余地はあろうが、一つの見解として十分に成立しうる。これを前提にすると、賃貸借契約が破産管財人によって解除された場合に、前払賃料返還請求権は、破産債権になると考えるべきである。この考えと、賃料前払済賃貸借契約に53条を直接適用する考えとは整合的とはいえない。なぜなら、同条の直接適用があるとすれば、前払賃料の返還請求権は54条2項の規定

---

81) 53条1項は、破産管財人は解除を選択しない場合に「破産者の債務を履行して相手方の債務の履行を請求することができる」と規定しており、破産者が履行するのと（広い意味で）引換えに相手方が履行すべき債務の存在が予定されていると読むことができる。これを例外なき原則と断定することには慎重でなければならないが、それでも原則であることに変わりはない。賃借人の目的物返還義務は、契約の終了後に生ずるものであり、前記引用部分にいう「相手方の債務」に該当するとは言えない。

により財団債権になるとの結論が素直だからである。

他方で、53条の直接適用がないとただけでは、継続説に従えば、賃借人は賃借物を引き続き使用収益することができ、結果的に彼は、前払賃料の少なくとも一部を償却する（使用収益により回収する）ことができることになり、前払賃料の返還請求権は破産債権とすべきであるとの政策的判断が達成されなくなる。したがって、継続説を前提にすると、破産財団の整理のために賃貸人の破産管財人に解除権を付与すべきことになり、それは、解釈論としては、同じく破産財団の整理の促進のために認められている53条1項・2項及び54条1項の規定のみの類推適用となる。

その余の点については、使用貸借について述べたことが概ね妥当でしょう。

#### 4 ま と め

(a) 破産法は双方未履行状態にある双務契約の当事者の一方について破産手続が開始された場合に、相手方の権利を全面的に保護する方式を原則的に採用している（ただし、この原則が妥当しない契約類型も多い）。原則が妥当する契約類型については、契約当事者の双方が一部又は全部の履行をした後で契約が解除された場合に民法が契約当事者に認めている同時履行の抗弁権は、その後一方当事者について破産手続が開始されたときでも尊重されるべきである。売買契約について言えば、次のようになる。

買主について破産手続が開始された場合に、相手方（売主）の原状回復請求権（目的物の返還請求権）が取戻権であるときには、相手方が同時履行の抗弁権を行使できることに問題はなく、いずれの側から原状回復請求がなされても、他方はその全部を履行しなければならないが、同時履行の抗弁権を行使することができる。相手方の原状回復請求権が破産債権であるときには、金銭化により破産者が有する代金返還請求権と相殺可能であり、この場合には、相手方の同時履行の抗弁権の行使が問題になることはないであろう。むしろ、それとは違った問題、すなわち、破産管財人は、売買の目的物を適切な価格で換価することに困難を感ずる場合に、目的物を相手方（売主）に返還することにより相

手方の原状回復請求権を満足させることができるかが問題となる。これは、破産管財人からの相殺（102条）による破産債権の満足に比較的近似しているの  
で、同様な要件の下で肯定してよい。

売主について破産手続が開始された場合には、相手方の代金返還請求権と破産者の目的物返還請求権とを相殺することができないので、相手方は同時履行の抗弁権を行使して自己の原状回復請求権の満足を確実にすることができるかが切実な問題となる。この問題につき、否定説と肯定説があり、肯定説の立場に立つ者は、相手方が負う給付義務の範囲内で相手方の権利は財団債権となるとの見解（財団債権説）を主張している。その外に、財団債権化を否定し、相手方の権利は破産債権のままであることを前提にして、破産管財人は破産者の義務と相手方の義務との同時履行を求めてもよいが、同時履行を行わずにおくこともでき（同時履行不成立の許容）、その場合には、相手方は、同時履行の抗弁権を放棄して代金返還請求権を破産債権として行使することも、破産債権を行使せずに同時履行の抗弁権を保持することもできるとする解決も考えられる（破産債権説。なお、破産においては担保権の不可分性が後退していることに鑑み、破産管財人が返還を求める目的物の価値相当額を提供すれば、相手方の同時履行の抗弁権は消滅すると解する）。破産債権説にあっては、破産管財人が同時履行を求めず、かつ相手方が破産債権を行使することなく同時履行の抗弁権を保持する場合の処理が問題となる。破産者が個人の場合には、破産管財人は、破産財団所属の原状回復請求権及び同請求権の目的である財産を破産財団から放棄し、法律関係の解決を破産者と相手方に委ねてよい。破産者が法人である場合には、破産管財人は、破産財団所属の原状回復請求権及び同請求権の目的である財産を最後配当の時点で、相手方のために明示的又は黙示的に放棄することにより、破産財団を整理することができるべきである。

否定説、財団債権説、破産債権説のうちのどの見解を採用すべきかについては迷うが、破産債権説でよいと思われる。

（b）使用貸借契約は片務契約であり、53条・54条の直接の適用はない。使用貸人について破産手続が開始された場合に、使用借人の使用収益請求権がど

うなるかについては見解が分かれうるところであるが、破産手続開始と同時に当然に使用借人は不法占拠者になり、損害賠償義務を負うとするのは妥当ではない。使用借人の占有権原は、破産手続の開始によって当然に消滅するのではなく、破産管財人からの意思表示により消滅するとすべきである（継続説）。破産管財人は、民法597条3項（場合によれば2項）により目的物の返還を請求することもできる場合もあるが、そうでない場合には、破産財団の整理のために使用貸借契約を終了させる必要があるのであるから、53条1項を類推適用して使用貸借契約を解除することができるようにすべきである。使用貸借契約が解除されることにより使用貸借契約は終了し（継続的契約であるので非遡及的終了である）、その時から使用借人は目的物の不法占拠者になり、賃料相当額の損害について賠償義務を負う。

使用貸借契約が解除されることにより使用借人に生ずる損害の賠償請求権は、54条1項の類推適用により、破産債権として行使することができる。どの範囲で損害賠償請求権が発生し、破産債権として行使することができるかは、個々の使用貸借契約が締結された事情に依存する。まず、使用借人が同等の物を他から賃借せざるを得ない場合には、予定されていた使用貸借期間にわたる各期の賃料相当額の現在価値の合計額に相当する損害が彼に生ずる。この損害額は、使用借人の使用収益請求権を破産債権として評価した場合の破産債権額に相当するものであり、特段の事情のない限り、その損害賠償請求権は、破産債権になるとすべきである。

それ以外の損害として、例えば、工作物の所有を目的に締結された期間の定めのある土地使用貸借契約において、予定外の時期に工作物を収去することによる損害が考えられる。その損害について賠償請求権が成立するかは、個々の使用貸借契約の締結の経緯等に依存することであるが、対価の支払がないの一事でもってその成立を否定することが妥当であるとは思われず、その損害賠償請求権が生ずる場合もあることを認めるべきである。その賠償金額が使用貸借の目的物の交換価値に比して大きくなる場合には、使用貸借契約を賃貸借契約に更改する等の方法により、使用借人に生ずる損害の発生を抑制しつつ、目的

物の換価をしやすくすることも許されるべきである（その契約更改は和解の一種として裁判所の許可が原則として必要である）。

同様な処理は、賃貸借契約等を破産管財人が解除すれば、相手方が多額の損害賠償請求権を54条1項の規定により破産債権として行使することができる場合にも、用いることができるとすべきである<sup>82)</sup>。

**【謝辞】** 本稿は、平成26年度春学期における関西大学研修員制度による研修成果の一部である。貴重な研修の機会を与えてくれた学校法人関西大学理事会に、深甚の謝意を表したい。

---

82) 実際に重要になるのは、使用貸借や賃貸借よりも知的財産の利用許諾契約が53条により解除される場合であろうと予想している。知的財産権者の破産管財人が利用許諾契約を解除すれば、相手方に多額の損害が生ずる場合がある。その損害の賠償請求権は、有償の利用許諾契約の場合には54条1項の適用により、無償の利用許諾契約の場合には同項の類推適用により、破産債権になるとしなければ、対抗力のない利用許諾契約のリスクが高くなりすぎよう。利用許諾契約において適正価格の対価の支払が約されている場合には、譲受人が利用許諾契約を承継することを条件に知的財産権を譲渡することで妥当な解決が得られると思われるが、無償の利用許諾契約又は有償であっても低廉な価格での利用許諾契約契約については、契約の更改又は改訂をした上で、利用許諾契約の引受けを条件に知的財産権を譲渡するのが現実的な解決と思われる。