

中国契約法における契約履行中の抗弁権（一）

中国契約法研究会（代表 小口彦太 研究会参加者
瀬川信久・但見亮・文元春・韓世遠・王成）

目次

はじめに

- 一 関連規定
- 二 規定の異同
- 三 先履行の抗弁権
- 四 同時履行の抗弁権（以上 本号）
- 五 不安抗弁権

はじめに

本稿は中国契約法（総則）について、その理論状況と裁判実務の動向を日本の研究者・実務家に紹介し、あわせて日本契約法との比較研究に資することを目的とする。中国契約法は1999年に国連国際動産売買契約条約（CISG）、国際商事契約通則（PICC）、ヨーロッパ契約法原則（PECL）等の国際的な立法動向を踏まえつつ制定されたが、制定以来10余年が経過した今日の時点で、一度、この“先進的”な中国契約法の適用の状況を概観しておくことが必要ではないかと考え、小口彦太、瀬川信久、但見亮、文元春、韓世遠、王成の六者でもって研究会を設定し、検討を進めることにした（第二回目の研究会からは松岡久和が参加）。研究会の進め方は、まず、小口、但見、文が中国契約法の各領域に即して論点を摘出し、これに対して韓と王がそれぞれ見解を示し、最後に瀬川が日本法の立場から比較法的視点を交えてコメントするという形式で進めることにした。

中国契約法は第一章、一般規定、第二章、契約の締結、第三章、契約の効力、第四章、契約の履行、第五章、契約の変更と譲渡、第六章、契約の権利義務の消滅、第七章、違約責任、第八章、その他の規定からなる。本来は、この契約法の規定の順序に従って、第一章から順に論ずべきであろうが、研究会では、まず、

契約履行上の諸問題から検討を開始することにした。予定では、その後、契約の権利義務の消滅、違約責任へと進み、最後に契約の成立、効果について検討を加えて作業を終えるつもりである。本号は、北京（清華大学）での第一回目の研究会（2012年9月14日）での検討項目のうち契約履行中の抗弁権の部分の後日文章化（但見、文の中訳・和訳の基礎作業をふまえて小口、韓、王、瀬川が分担執筆）したものである。

一 関連規定

履行の抗弁に関する中国契約法の規定は以下のとおりである（条文の括弧書きは法律出版社版「公民常用法律手冊」の見出し語である）。

66条（同時履行の抗弁権）「当事者が相互に債務を負担し、履行順序に先後のないときは、同時に履行しなければならない。当事者の一方は、相手方の債務の履行が約定に符合しないときは、それに相応する履行請求権を拒絶する権利を有する。」

67条（先履行の義務）「当事者が相互に債務を負担し、履行の順序に先後のあるときは、先に履行すべき当事者が履行するまでは、後に履行する当事者は、その履行の請求を拒絶する権利を有する。先に履行すべき当事者の債務の履行が約定に符合しないときは、後に履行する当事者は、それに相応する履行請求を拒絶する権利を有する。」

68条（不安抗弁権）「先に履行すべき当事者は、相手方に以下に掲げる事由が存することを証明する確実な証拠を有する場合、履行を中止できる。（一）経営状況が著しく悪化する。（二）財産を移転し、資金を引き出し、隠匿し、もって債務を逃れる。（三）商業上の信用を著しく喪失する。（四）その他、債務を履行する能力を喪失し、又は喪失するおそれのある事由が存する。②当事者が確実な証拠もなく履行を中止したときは、違約責任を負わなければならない。」

69条（不安抗弁権の行使）「当事者は、本法68条の規定に従って履行を中止したときは、速やかに相手方に通知しなければならない。履行を中止した後、相手方が合理的期間内に履行能力を回復せず、且つ適当な担保を提供しないときは、履行を中止した側は、契約を解除することができる。」

日本法

民法533条「双務契約の当事者の一方は、相手方がその債務の履行を提供するまでは、自己の債務の履行を拒むことができる。但し、相手方の債務が弁済期でないときは、この限りでない。」

二 規定の異同

同時履行の抗弁権について、日本法には、中国法66条の前段の下線部分は存在しない。先履行抗弁権及び不安抗弁権に関する明文の規定は日本法には存在しない。66条の同時履行の抗弁権の後段の下線部分文言は、ヨーロッパ契約法原則(PECL)と共通する考え方に立ったものとして説明される⁽¹⁾。先履行の抗弁権に関する規定は国際商事契約通則(国際商事契約原則)を参照して作られたものと言われる。また、不安抗弁権に関する規定はドイツ法、フランス法等の大陸法系の法律と、アメリカ法の履行期前の契約違反(中国法では予期違約と称す)概念を総合して作られたものと言われる。

三 先履行の抗弁権

1. 問題の所在

日本民法は、同時履行の抗弁権のみを規定するのに対して、中国契約法は、その他に先履行の抗弁権及び不安抗弁権を規定する。そこで、先ず、立法論的に問題となるのは、67条の先履行の抗弁権についてである。本条については、国際商事契約通則(国際商事契約原則)7・1・3条を参照して作られた規定であるが、同通則では同時履行と先履行の抗弁権が未分離のままであったのを、中国法では、先履行の抗弁権を独自に取りだして条文化したのであり、この点において中国の学者は「これはわが国の独創にかかる」ものであると言う。

しかし、この67条の評価をめぐることは、中国民法学者の間で意見が分かれている。韓世遠は、67条の条文不完全説を主張する。すなわち「67条によれば、そこで出される答えは、“先履行の側が履行しない場合、後履行の側はその履行請求を拒む権利を有する”ということである。ここからは、後履行の側が先履行の側の履行を請求したとき、先履行の側が、後履行の側がその期日到来の債務を履行しないことを理由に履行を拒絶できるかどうかは、分からない」⁽³⁾と説き、この下線部分については、66条の同時履行の抗弁権の適用範囲内にあると考える(287~288頁)。つまり、履行の順序の先後関係にそれほど重要な重きを置かないと考えてよいだろう。事実、韓の教科書(「合同法総論」第三版)では、先履行の抗弁権を特に項目として掲げていない(同時履行抗弁権の箇所で説明)。

こうした韓の議論は、日本民法学者の、履行順序の先後にあまり重きを置かない議論と共通する面がある。例えば、片山直也は「わが国の従前の理解によると…両債務期が到来してもなお先履行の抗弁を認めるというためには、両当事者に履行の先後関係に関する特別の意思(いわば「担保的意思」)が必要である。その担保的意思は、単に個別に定められた履行期に先後関係があったというだけでは

推認されない」⁽⁴⁾、「わが国においては、異なる履行期が定められた場合に、原則として常に先履行を確保する担保合意があったとする法意識や法慣行が存するとは、考えにくい。…中国契約法の起草者が、67条を起草するに際して、国際的な法統一の動向とは別に、国内の取引実務の実態、そこにおける法意識をどのように把握されていたのか、確認しておきたい」⁽⁵⁾と述べられている。

他方で、67条については、韓とは異なり、これを積極的に評価する議論も存在する。その積極説の理由としては、(i) 先履行抗弁権は違約に対する抗弁である、つまり違約者に抗弁の権利を付与すべきでないという、契約の倫理的側面を重視する議論⁽⁶⁾とか、(ii) 先履行抗弁権がないと、中国契約法107条の違約責任を形骸化してしまう、すなわち、先履行者の側は、自らが債務不履行に陥っても、同時履行の抗弁権を行使するという名目のもとで、後履行の側からの本来の履行の請求⁽⁷⁾を拒むことができ、中国契約法107条が規定する違約責任の効果を形骸化する、といったことがあげられている。

以上、先履行の抗弁権に関する67条の規定をどのように評価するのか、また、裁判実務での67条の適用状況はどのようなものであるか、問題となる。

2. 韓世遠・王成の見解

《韓世遠の見解》

契約法制定の前、中国の民法あるいは契約法学説では通常、二種類の双務契約履行中の抗弁権、すなわち同時履行の抗弁権と不安抗弁権を認めるだけであった。契約法67条が存在するようになって以来、それに応じて学理解釈として“先履行抗弁権”という概念が出現した。

論点提示者が引用した私の文言は、私が契約法66条を論ずるときに出てくるものである。私の考えでは、契約法66条は、もっぱら、履行期の開始が同じ（履行の先後の順序がない）ケースを規定したもので、債務の履行期日の開始が異なるケースが存在する可能性のあることを無視している。異時履行の場合に、同時履行の抗弁権の問題が絶対に存在しないというわけではなく、したがって、契約法の上記の設問（一種の異時履行）のケースについて法律の欠缺が存在すると思われることができる。

私の上記の見解について、中国の学者の中には異なる意見がある。そうした批判者は、私が挙げる“法律の欠缺”の例に対して、履行期がまだ満了していないという抗弁（権）を用いて完全に解決できるではないか、どうして法律の欠缺を論ずるのか、と述べる⁽⁸⁾。

この批判に対して以下のように回答したい。第一、履行期がまだ満了していないことが抗弁（権）をなすには、その基礎がなければならない。現在の中国の契

約法あるいはその他の法律にこの基礎は存在するのか。私はいまだそれを見たことがない。第二、人々が法律の“欠缺”（Gesetzeslücken）を論ずるとき、そこで言っているのは“法律”（Gesetz）の欠缺であって、“法”（Recht）の欠缺ではない。⁽⁹⁾たとえ中国で“履行期満了前の抗弁（権）”を受け入れるとしても、それは契約法あるいはその他の法律によって規定されているのではなく、法律の外にあるその他の法秩序の構成部分であって、これを根拠として、契約法66条に欠缺が存在することを否定することはできない。

契約法67条の規定について、私は個人的には否定する意見を持っていない。一つの実定的規則として、本条の規定は実践で積極的役割を果たしている。中国契約法の解釈論を展開するとき、学者は自由にその学説体系を構築することができ、一定の能動性を有している。学説の体系というものは、法律家はその法律体系の構成を把握し、その規範の意味を理解するのを助けようとするものにはほかならない。ただ一つの正しい法学理論だけが存在すると言うことはできない。まさにこうした認識に基づいて、私は自己の論文と著書の中で契約法67条を「同時履行の抗弁権の分立」として解説したのである。⁽¹⁰⁾いわゆる“分立”とは、分離し独立することであり、それ自身は決して“先履行の抗弁権”が“同時履行の抗弁権”から独立していることを否定するものでない。少なくとも、66条と67条は二つの異なる条文である。ただ、解釈論を展開するとき、同時履行の抗弁権から独立した理論を立てるかどうかについて、控えめな立場を持するのみである。こうした立場をとるについては、比較法的に考察した場合、先履行抗弁権を独立して規定する立法例を見出すことができないという重要な考慮に基づいている。機能の比較の視角から考察すると、外国の立法例に「先履行の抗弁権」につき法律の欠缺があると言うことはできない。何故なら、こうした問題を人々は同時履行の抗弁権に対する反対解釈を通じて解決してきたからである。したがって、契約法67条は独立した規定で、外国の立法例と比べて、形式的には進歩しているように見えるが、実質的には優れた差別化などと言えるものではない。

《王成の見解》

私は、契約法67条に定める先履行抗弁権が同66条に定める同時履行の抗弁権とは独立した制度的価値を有すると考える。その理由には主に以下の点がある。

まず、当事者が契約において履行義務の先後順序を約定することには必ずその目的がある。この種の目的には以下のものが考えられる。第一、一方の義務履行が他方の義務履行の前提である場合。このような場合には、一方が履行しなければ他方は履行できないことになる。第二、一方の義務履行が他方の義務履行の担保となる場合。法律は、当事者のこのような意思表示を尊重しなければならない

い。

次に、一方の義務履行が他方の義務履行の担保となる場合、契約の当事者には往々にして契約の履行に必要な信頼が欠けていると同時に、その他の担保方法もなく、この場合、契約義務の履行順序は後履行の側にとって非常に重要となってくる。当事者が履行の先後順序を約定することは、相互に牽制するという役割を果たす。先履行の抗弁権、不安の抗弁権はそれぞれ、双方に保証を与えることになる。従って、履行の順序には一定の担保機能がある。また、履行の抗弁権は違約責任と関係する。取引の当事者間に信頼関係がなく、社会的信用の度合いが高くないか、または社会経済に比較的大きい変化が生じた場合において、この種の担保機能は非常に重要である。先履行の側が履行しなかったならば、後履行の側は前者との継続取引を躊躇するだろう。そうすると、不要な損失を免れるためにすぐさま契約の解除を考えるようになる。

例えば、売買契約において、先に代金を支払い、代金を受領してから目的物を引き渡すことを双方が約定したとしよう。この場合、一方が先に代金を支払わなければ、他方は当然に目的物を引き渡さなくてよい。そうでなければ、売主側は不要な損失を蒙ることとなる。約定により先に代金を支払うべき側が支払わなかった場合、約定により後に目的物を引き渡す側は契約法107条の規定に基づき、相手方の違約責任を追及することができる。更に、契約法94条の規定に基づき契約を解除すると同時に、97条の規定に基づき損害賠償を含むその他の救済措置を主張できる。

更に、最高人民法院の元副院長であった李国光裁判官は、1999年11月26日に行われた「全国法院の技術契約裁判業務座談会における談話」において、次のように指摘した。契約法66条、67条と68条はそれぞれ、同時履行の抗弁権、先履行抗弁権と不安の抗弁権制度についての規定である。これらもまた、契約法が創設した新しい契約制度である。かつて、われわれは技術契約紛争案件を審理する際に、往々にして契約双方が各自の義務を履行したか否かによって違約責任を確定してきた。たとえ、契約において履行の先後順序が約定されるも先履行の側が債務を履行せず、または、後に債務を履行する側が確実な証拠によって先に債務を履行すべき側が債務の履行を行っていないことを証明したとしても、契約の他方もまた自己の債務を履行しなければならず、そうでないと、契約による違約責任を負うことになった。現在、契約法が同時履行の抗弁権、先履行の抗弁権と不安の抗弁権制度を規定しており、その結果、上記のような状況に遭遇した場合には、契約法66条、67条または68条の規定に基づき処理しなければならず、法により抗弁権を行使した当事者を違約と認定してはならない。

上記の談話は、最高人民法院の立場を代表したものといえよう。

また、最高人民法院による判決もまた、このような立場を採っている。例えば、陝西西岳山荘有限会社と中建三局（中国建築第三プロジェクト局……訳者補）建発プロジェクト有限会社、中建三局第三建設プロジェクト有限責任会社間における建設プロジェクト施工契約紛争案件（最高人民法院（2007）民一終字第10号民事判決書）において、最高人民法院は次のように判示した。「西岳山荘と三会社には、『施工契約』の履行過程においていずれも違約行為があり、プロジェクトの延期についていずれも責任がある。しかし、西岳山荘の違約が先であり、且つ、長期にわたり工事代金を滞納しており、予想外の支出も存在しないため、西岳山荘の反訴請求に対して、一審法院が支持しなかったことは正しい。『施工契約』が確かに履行できなくなったことに鑑み、三会社は約定により契約を解除する権利を有する。契約解除後、未履行の部分は再び履行しないものとする」。

3. 瀬川信久のコメント

1) 履行中の抗弁権の規定の仕方の違い

小口教授が指摘されたように、先履行の抗弁権の規定が中国契約法にはあるが、日本民法にはない。これは、債務者の履行拒絶権の規定の仕方が両法の間で異なることと関連しているように思われる。

中国契約法は契約上の相対する債務の履行期の先後を重視した規定の仕方をしている。すなわち、まず、66条は、履行の順序につき契約で先後を決めていない場合に、同時履行を約していると解し、請求された場合に各当事者は同時履行の抗弁権をもつとする。次に、67条は、履行の順序につき契約で先後を決めている場合には、後履行の債務者は、先履行の債務が履行されるまで自らの債務の履行を拒絶できるとする（「先履行の抗弁権」）。これに対し、日本民法の規定の仕方は、履行期の先後が契約上決められているか否かではなく、債務の履行期が到来したか否かを重視している。まず、135条1項は、債務に履行期が付いている場合には、その期限が到来するまで債権者は請求できない、裏から言うと債務者は履行を拒むことができる、と規定する（これを「期限未到来の抗弁」と呼んでおく）。中国契約法には同様の条文がみあたらないが、一般に認められていると考える。次に、533条は、双務契約の各当事者は、自分の債権の履行期が到来しているときには、自分の債務につき同時履行の抗弁権を行使できるとする。

以上の違いに着目した観点から、履行を請求された債務者が抗弁権をもつか、どのような抗弁権をもつかを中国契約法と日本民法について整理すると、次の表のようになる。

契約上の履行期		相手の履行期が先		同じ日時【中】		相手の履行期が後		
履行期の現実の到来	相手の債務	自己の債務	中	日	中	日	中	日
	未到来	未到来	Ⓐまたはⓐ	ⓑ	Ⓒ	Ⓒ	Ⓒ	Ⓒ
	未到来	既到来	/		/		ⓐ	ⓐ [判例]
	既到来	未到来	Ⓐまたはⓐ	ⓑ	/		/	
	既到来【日】	既到来	Ⓐ	ⓐ	ⓐ	ⓐ	ⓐ	ⓐ

表の注1 この表で、「相手」とは債権を行使する当事者を指し、「自己」とはそれに対し抗弁権を行使する債務者を指す。また、同時履行の抗弁権、先履行の抗弁権が問題になる場合なので、相手の債務も自己の債務も未だ履行されていない場合を考えている。

注2 斜線は、このような場合はないことを意味する。

注3 中国契約法は、契約上の履行期に先後がない場合に同時履行の抗弁権を認め（表の【中】の縦欄）、相手方の履行期が先の場合に先履行の抗弁権を認める。日本民法は、相手の債務の履行期が既到来の場合（表の【日】の横欄）に同時履行の抗弁権を認める。

注3 中＝中国契約法の考え、日＝日本民法の考え。

注4 Ⓐ＝先履行の抗弁権、ⓐ＝期限未到来の抗弁、ⓐ＝同時履行の抗弁権、ⓐ＝不安の抗弁権。なお、日本法では、不安の抗弁権は、期限未到来の抗弁・同時履行の抗弁権という本来の抗弁権が認められない場合に一定の要件の下に限定的に認められるものと考えられている。

この整理によると、両国の違いは両債務の履行期がともに到来した場合にある（表の最下欄⁽¹¹⁾）。日本民法は同時履行の抗弁権を契約上の履行期が同日時である場合に限定していないので、この場合にすべて同時履行の抗弁権を認める見解に傾く⁽¹²⁾。これに対し、中国契約法は同時履行の抗弁権を契約上の履行期が同日時である場合に限定するので、契約上の履行期について相手が先の場合には先履行の抗弁権を認め、相手が後の場合には抗弁権を否定する見解に傾くのでないか。韓・王の議論はこの場合を対象としているのでないかと考える。

2) 価値判断の違い

以上のような履行拒絶の抗弁権の規定の仕方の違いは、あるいは、日本民法は大陸法の同時履行の抗弁権のみを基礎にしているのに対し、中国契約法はそのほかに英米法の履行期前の履行拒絶の考え方も参照していることに由来するのかも知れない。しかし、この違いの背景にある価値観の違いも重要である。わが国

では、契約上は後履行であった者も履行期になれば同時履行の抗弁権を行使できるとどまるのが公平であると考えのに対し、中国では、両債務が履行期に到来した場合でも、契約で決めた履行期の先後を維持すべきだとの考えが強いようである。もっとも、日本の通説の中にも、王があげるような、先履行の債務の履行が後履行の債務の履行の前提になっている場合や、後履行の債務者に担保が必要な場合、その他一定の場合に、両債務の履行期到来後にも契約による履行の先後を維持すべきだと見解が有力である⁽¹³⁾。問題は、契約上の履行期の先後がそのような特定の趣旨をもっていない場合である。私見としては、後履行の債務の履行期到来によって契約上の履行期の先後の意味がなくなるときには、後履行の債務者は依然として先履行の抗弁権をもつが、そうでなければ同時履行の抗弁権をもつにとどまると考えたい。

なお、日本の通説による場合でも、後履行の債務の履行期到来までの間に先履行の債務者が履行遅滞であった事実はなくなる。その間に受けた遅延賠償は請求できる。また、その間に催告（解除の意思表示を併せてすることも認められる）をしていれば契約の解除は有効である。したがって、先履行義務者の債務不履行責任の効果がなくなるわけではない。

四 同時履行の抗弁権

（一）存在効果説と行使効果説

1. 問題の所在

日本法と異なるのは、中国法では「履行順序に先後のない」ことを明文化していることであるが、同時履行の抗弁権行使の要件として、双務契約で、契約履行上の牽連性があること、双方の債務の履行期が到来していること、相手方が履行していないこと等は日本法と同様である。中国法は明文でもって、相手方の債務履行が約定に符合しないことをあげる。履行遅滞、受領遅滞、瑕疵ある履行、一部履行等がそれに該当する。こうした規定の仕方はヨーロッパ契約法原則と共通すると言われる。そして、王利明によれば、受領遅滞は「当事者の抗弁権を失わせない」、履行遅滞については、「もし履行期限が直接当事者の契約締結目的に影響を与えるとき」、瑕疵ある履行については、その瑕疵により契約目的が実現できないとき、一部履行についても、それが契約目的の実現を困難にするとか、契約目的物の価値に明らかな損失を与えるような場合は⁽¹⁷⁾抗弁権を行使できると説く。

同時履行の抗弁権の効力の問題として、日本法でも、いわゆる存在効果説と行使効果説の対立が説かれる。訴訟当事者のいずれかの主張立証中に、その成立要件たる事実を認定できれば足りるとするのが存在効果説で、同時履行の抗弁権の⁽¹⁸⁾効果を受けたい訴訟当事者の主張を必要とするというのが行使効果説である。こ

の点に関して、中国では行使効果説が通説であると説かれる。例えば「履行抗弁権の効力が発生するためには、権利者の抗弁権の主張を必要とする。これがいわゆる行使効力説である。わが国の通説をなす⁽¹⁹⁾」として、そこで通説として引き合いにだされているのは王利明の議論である。因みに、王利明の『合同法研究』第二巻では、「抗弁権は権利者が主張してはじめて効力が発生する。法院は主導的に抗弁権を援用することはできない。何故なら、抗弁権は本質的に私権だからである⁽²⁰⁾」と説く。確かに、この限りでは、行使効果説が妥当するということになるだろうが、この王利明の議論の中では、例えば同時履行の抗弁権の付着する債権を自動債権として相殺することができないといった効力の問題についての言及はない。こうしたことからすると、単純に中国では行使効果説が通説であるとはいえないのではないかという疑問がある。

2. 韓世遠・王成の見解

《韓世遠の見解》

一般的、抽象的ではなく、具体的に分析しなければならない。私は以下のよう⁽²¹⁾に考える。同時履行の抗弁権の実体法上の効力には、本体的効力とその他の効力が含まれる。本体的効力は履行拒絶権として体现され、その他の効力は相殺に対する影響、履行遅滞の構成及び契約解除に対する影響等の面に体现される。同時履行の抗弁権の実体的効力についていえば、その中のある効力の発生には抗弁権者がその抗弁権を主張する必要があり、あるものは、そうではない。この問題について一概に論ずることはできない。そうでなければ、一面的との謗りを免れないだろう。前者は抗弁権の“行使効果”と称し、後者は“存在効果”と称する。

《王成の見解》

行使効果説が中国における通説であるか否かという問題について。

まず、王利明の見解は、行使効果説を堅持する立場であると見做すべきである。「この王教授の議論の中では、例えば同時履行の抗弁権の付着する債権を自動債権として相殺することができないといった効力の問題についての言及はない」ことをもって、上記と相反する解釈を下すことはできないように思う。

次に、債権の相殺にも当事者の主張が必要である。契約法99条は、次のように定める。「当事者が相互に期限到来の債務を負っており、当該債務の目的物の種類、品質が同じである場合、どちらの一方も自己の債務を相手方の債務と相殺することができる。但し、法律の規定によりまたは契約の性質に照らして相殺してはならないものは除く。」「当事者が相殺を主張するときは、相手方に通知しなけ

ればならない。通知が相手方に到達したときに効力が発生する。相殺には条件または期限を付してはならない。」

更に、私は、行使効果説を採るべきだと考える。その理由は以下の通りである。

第一、同時履行の抗弁権は、抗弁ではなく抗弁権として位置づけられており、そのため、抗弁権は請求権から来るものであって、当事者の主張を必要とする。もちろん、当事者はその行使を放棄することもできる。何故なら、あるときには、同時履行の抗弁権を放棄することが当事者にとってより有利である可能性があるからである。例えば、家屋の価格が上昇した場合、買主側は当然代金支払い義務を履行しようとする。これに対し、売主側は家屋の明渡しおよび所有権移転登記義務を履行しようとしなないかも知れない。このとき、もし双方が同時履行を約定し、売主側が家屋を明け渡そうとしなかったならば、買主側は同時履行の抗弁権を主張しない可能性が高い。買主側は積極的に代金を支払うと同時に、相手方に速やかに履行するよう求める可能性がある。

第二、中国法院の立場は日増しに消極的になっており、糾問型から当事者主義への転向の趨勢が明らかになっている。例えば、訴訟時効に関し、2008年9月1日より施行された「最高人民法院の民事事件の審理に訴訟時効制度を適用するうえでの若干の問題に関する規定」（法釈 [2008] 11号）3条は、当事者が訴訟時効による抗弁を主張しなかった場合、人民法院は、訴訟時効の問題について釈明を行いつ自ら訴訟時効の規定を適用して裁判を行ってはならない、と規定した。

第三、中国法院の裁判実践の状況から見ると、同時履行の抗弁という効果の発生を望む場合、当事者は通常ともに主張を行っている。もちろん、すべての場合、主張しているのが同時履行の抗弁権であると明言しているとは限らない。このことは、当事者の法律に対する習熟の度合いにかかっている。

3. 瀬川信久のコメント

これについては日本でも議論がある。そして、小口教授が紹介されるように、一般に通説・判例は存在効果説だといわれる。しかし、詳細な議論は問題を分けて考えている。問題の分け方は、韓世遠が訴訟法上の効力と実体法上の効力に分け、実体法上の効力を「本体的効力」と「その他の効力」に分けると同じである。

まず、王成は中国の裁判所が糾問主義から当事者主義に移行していることを指摘する（「第二」）が、これは訴訟法上の効力の問題である。日本では弁論主義が確立しているので、同時履行の抗弁権の要件事実を当事者のいずれかが主張していなければならない。日本での問題は、同時履行の抗弁権の利益を受ける債務者

が主張していなければならないかである。これについては「本体的効力」(次の (a)) と「その他の効力」(次の (b) (c)) に分けて考えている。そして、戦前からの判例と学説の積み重ねでおおよそ次のような基準が作られている。⁽²²⁾

(a) 債権者の履行請求に対し、同時履行の抗弁権を認めなければ単純給付判決になり、認めれば引換給付判決になるが、引換給付判決を得るためには債務者自身が同時履行の抗弁権を主張しなければならない。このことには異論がない。問題は、(b) 債権者からの履行遅滞責任の追及(遅延賠償請求、解除)を拒け、(c) 債務者の反対債権を消滅させる債権者からの相殺を否定するためには、債務者自身が同時履行の抗弁権を行使しなければならない(行使効果説)かである。判例は、債務者自身が同時履行の抗弁権を主張していなくてもこれら (b) (c) の効果を認めている(存在効果説)。ただ、実際には訴訟で債務者自身が主張しているのだとの理解もあり、そうだとすれば、王成が「第三」で指摘する訴訟当事者の法律に対する習熟の度合いの問題にすぎないことになる。

学説では、通説は、(b) 債務者の履行遅滞責任、(c) 相殺による債務者の反対債権の消滅については存在効果説を採用が、行使効果説も有力である。判断の別れ目は、同時履行の抗弁権を債務者の意思に基づき行使すべき権利と考えるか否か(王成の「第一」の指摘)にもあるが、より重要なのは、債務者が同時履行の抗弁権を行使しないときに、債権者は債務者の遅滞責任を追及したり、債務者の反対債権を相殺によって消滅させるために自らの債務の弁済の提供をしなければならぬことが、債権者にとって不当だと考えるか否か⁽²³⁾にあるように思われる(行使効果説は不当と考え、存在効果説は不当でないと考え)。

(二) 同時履行の抗弁権をめぐる判決の方式

1. 問題の所在

被告が同時履行の抗弁権を行使したとき、中国の裁判所はどのような判決を下すのか。この点も問題になる。日本では、抗弁権を行使した場合は、本来の履行については引換給付判決(原告の給付と引換に給付すべき旨を被告に命ずる判決)が、そして履行遅滞の責任については、原告棄却の判決が下される。韓世遠によれば、中国法には、同時履行の判決について明確な規定に乏しく、その結果、裁判実務では以下の二つの方法がとられているとのことである。すなわちその一は、一旦被告の主張する同時履行抗弁権が成立すると、裁判所は原告の訴訟請求を棄却し、敗訴した原告に訴訟費用を負担させる。その二は、原告に対して判決において自己の義務を指定期間内に履行するように命じ、その後において被告にその義務を履行させる⁽²⁴⁾。また、梁慧星は、同時履行の判決を下すべきとする。すなわち、原告が、自己がすでに履行したこと、あるいはその債務の履行を提起し

たことを証明できなければ、あるいは被告に先履行義務のあることを証明できなければ、法廷又は仲裁廷は被告の同時履行抗弁の成立を宣告し、あわせて原告、被告をして各自負っている債務を同時履行せしめる判決を下すべきである⁽²⁵⁾と指摘する。以上あげられている裁判判決諸方式のうち、裁判実務上、いずれのタイプの方式が支配的であるか、また、それは日本の引換給付判決と比較してどのような違いがあるか、関心のあるところである。

2. 韓世遠・王成の見解

《韓世遠の見解》

中国は2012年に民事訴訟法の比較的大幅な改正をしたが、現在までのところ、中国の民事訴訟法上、依然として“同時履行の判決”は存在しない。そのため、実践において、法院によってそのやり方はばらばらである。全体的に言えば、私の個人的観察によれば、上記の第一種のやり方が一般的であるように思われる。

中国がどんなに契約法で実体法として同時履行の抗弁権を規定しようとも、中国の民事訴訟法に“同時履行の判決”が存在しないため、たとえ裁判で条件付きの判決（同時履行の判決は一種の条件付の判決をなす）を下そうとも、判決又は仲裁裁判の執行の責任を負う裁判官は通常こうした判決を積極的に受け入れようとしない。何故なら、こうした判決はその条件が具備するかどうかについては、関連事実を判断しなければならず、執行官はこうした判断を下したからには、同時履行の抗弁権と組み合わせられた“同時履行の判決”が存在しないということは、実体法と手続法が協調性を欠いていることの典型的事例をなす。

日本の引換給付判決との比較でいえば、中国の法院のやり方には違いが存すると同時に、その欠点も存する。具体的にいえば、その一、一般的形態についていえば、被告が同時履行の抗弁権を主張し、それが審理により成立すると、法院は原告の訴訟請求を棄却し、原告が相手方の同時履行の抗弁権を消滅させる（例えば履行の提供等を通じて）のを待ってはじめて再度訴えを提起することができる。一つの争いについて二度の訴えの提起をなすことにより、二度の訴訟費を納めなければならず（最終的にどちらが訴訟費を負担しようとも）、これは経済的でなく、“訴訟経済”の理念に符合しない。その二、上記の第二のやり方についていえば、その問題は以下の点にある。すなわち被告が反訴を提起せず、単なる抗弁の形式で同時履行の抗弁権を主張する場合、法院が直接原告に対する義務履行の判決を下すとなると、それは処分原則に反する。

《王成の見解》

中国における司法裁判の現実、中国の法院が多いだけでなく、裁判官も多い

ということである。従って、同時履行の抗弁権に関する事件についての判決方式を含む多くの問題において、いずれも異なる状況が存在し得る。この点は、後述の一部の問題についての議論においても、同じく存在する。しかし、管見の及ぶところ、法院は双方による同時履行という判決方式を採用と考える。この点につき、一例のみを挙げて説明することにしよう。

李玲と楊斐間の家屋売買契約紛争上訴案（新疆ウイグル自治区ウルムチ市中級人民法院（2011）烏中民四終字第485号民事判決書）において、新疆ウイグル自治区ウルムチ市中級人民法院は、次のように判示した。一、李玲と楊斐が締結した家屋譲渡契約は合法かつ有効であり、双方は約定に基づいて義務を履行しなければならない。双方による契約において、李玲は楊斐の家屋状況について既に充分把握していると約定されており、李玲は、当該家屋の土地使用権証書の状況について把握すべきである。現在、係争家屋は既に李玲へ所有権移転登記されており、家屋の属する建物の土地使用権証書はなお申請中であり、今のところ、楊斐は未だ土地使用権証書を取得できていない。しかし、楊斐は第二審において自身が土地使用権証書を取得した後、李玲に協力して土地使用権証書の移転登記手続を行うことに同意すると表明しており、本法院はそれを認める。従って、家屋が土地使用権証書の移転登記の要件を備えたときに、楊斐が李玲に協力して移転登記手続を行うものとする。二、李玲は現在、既に家屋代金133,000元を支払っており、2010年10月28日に、楊斐に未だ100,000元を弁済していない旨の借用証書を交付した。また、李玲と楊斐が締結した家屋譲渡契約において、2010年11月30日の家屋の明渡しの際に、李玲が楊斐に家屋代金の残額を支払うとの約定が行われた。その約定に基づき、双方はそれぞれ、家屋の明渡しと家屋代金の支払いという契約義務を同時に履行しなければならない。双方の契約義務の履行時期が異なると判示した原審の判断は妥当でなく、本法院はその部分を取り消す。李玲が楊斐に家屋代金の残額を支払うときに、楊斐はそれと同時に李玲に係争家屋を引き渡さなければならない。三、双方の契約の約定によると、李玲と楊斐間における家屋の引き渡しと家屋代金残額の支払いについての約定は、同時履行の義務でなければならない。契約法66条は、「当事者が相互に債務を負担し、履行順序に先後のないときは、同時に履行しなければならない。当事者の一方は、相手方が履行するまではその履行の請求を拒絶する権利を有する。当事者の一方は、相手方の債務の履行が約定に符合しないときは、それに相応する履行請求を拒絶する権利を有する。」と定める。従って、本件において、李玲と楊斐は、契約の約定日に同時に義務を履行しなければならない、双方が引き継ぎ手続を完了できていないため、李玲と楊斐はともに同時履行の抗弁権を有する。また、楊斐は、契約に約定された引渡し日の前後にわたって李玲に複数回電話による連絡をするともに、

2010年11月30日前に家屋を明けており、家屋は未だ放置されているのに対し、李玲は未だ家屋の残代金を支払っていない。以上の事実から、楊斐には契約履行の意欲があると認めることができ、双方が未だ家屋の引き継ぎを行っていないとはいえ、楊斐が同時履行の抗弁権を有しているため、李玲が違約金、公証送達費、交通費、家賃等の損失を主張する反訴請求は成立せず、原審のそれについての処理は正しい。

3. 瀬川信久のコメント

日本では、債権者の履行請求に対し債務者の同時履行の抗弁権が認められた場合には引換給付判決を出す。この引換給付判決を得た債権者は、反対給付の弁済の提供をした事実を執行官あるいは執行裁判所に対して証明することにより、執行を開始させることができる（民事執行法31条）。執行官が動産の引渡し債権を執行する場合には債権者が同行して執行官の面前で反対給付を提供し、執行官が確認して執行を開始し、執行が完了する段階で債務者にその反対給付を受領させる。

しかし、この規定は、現行民事執行法が1978年に制定される前の旧民事訴訟法にはなかった。旧民事訴訟法の強制執行の部分は1890年に制定されているが、1890年代には引換給付判決もそのための執行手続もなかった。旧民事訴訟法は当時のドイツ民事訴訟法664条にならいう条件付判決の強制執行につき条件成就執行文について規定を置いていた（518条2項）が、これは保証を執行の条件とする判決等を考えたものであり、同時履行の抗弁権の場合にこれによると、反対給付の履行の証明書の提出を執行文付与の要件とするので執行開始の際に反対給付を先履行させることになる。そのため、双務契約の当事者は自己の債権を行使するときに条件付判決を求めず、単純な給付判決を求めたようである。その場合の解決の仕方は様々だったようである。

現行民法典施行前の事件であるが、大判1896（明29）年2月5日民録2輯2巻8頁は、器械と代金を引換授受する約旨の売買契約で、買主が前訴確定判決に基づき器械に強制執行したが破損・虫蝕・約束外の物品のゆえに執行の目的を達成しなかったところ、売主が、適切な物品を引き渡さないで前訴確定判決に基づき代金のみを取ろうとして買主の財産を差押えたのに対し買主が強制執行の取消しを求めた事件で、売主の強制執行を不当として取り消している。この事件では、同時履行の抗弁権が付いている債権に基づいて給付を請求したときに両方に給付認容判決を出し、執行の段階で反対給付を受けられない債務者が強制執行の取消を請求するという解決を採っている。これは、韓教授・王教授が紹介される中国の解決のどれとも異なるように思われる。他方、現行民法典施行後の事件である

が、大阪控判年月日不明（おそらく1905年前半の判決）法律新聞283号（1905年6月5日発行）5頁は、売主が物件の引渡しを提供しないで買主に代金の支払いを請求するのは失当だとし代金請求を却下している。これによると、給付判決を得る段階で自らの債務の弁済を提供しなければならない。ちなみに、1895年の民法起草委員会は現行民法533条（同時履行の抗弁権⁽²⁶⁾）の起草案を議論しているが、引換給付判決についての議論はみられない。

ところで、同じ時期にドイツでは、民法典制定（1900年）と民事訴訟法典改正（1898年）に向けての作業の中で、それまで一部で行われていた引換給付判決（Zug um Zug Verurteilung）とその執行実務を制度化した^(26a)。引換給付判決の場合は条件付判決と違って、債権者は自らの債務を履行することなく直ちに執行文を得ることができ、執行機関（執行官あるいは執行裁判所）が反対給付の履行あるいは履行の提供と相手方の受領拒絶を確認するか、それが公の認証のある文書で証明されれば、強制執行できる（ZPO756（執行官）、765（執行裁判所））。このドイツの動きをみてだと思われるが、日本の判例実務も1909年頃には引換給付判決を認めるようになった。すなわち、大判1909（明治41）年6月17日民録14輯733頁は、酒精の売買で買主が「代金ト引換ニ目的物ノ引渡ヲ為スヘキコトヲ請求シタル」のを認め、大判1909（明治41）年11月21日民録14輯1214頁は、玄米売買の事件で、「執行ノ際同時履行ノ目的ヲ達シ得ヘキヲ以テ予メ代金ノ提供ナキヲ理由トシテ其請求ヲ却下スルコトヲ得サルモノトス」と言って、執行の段階で引換給付がなされることを理由に「代金引換ニ買受物件ノ引渡ヲ求ムル」請求を認めている。ただ、当該事案では、売主が求めたのが引換給付判決でなく単純給付判決であることを理由に請求を却下した。しかし、その後、大判1912（明治44）年12月11日民録17輯772頁は、単純に債務の履行を求めた同様の場合に請求を棄却せずに引換給付判決をすべきだとして引換給付判決を認める場合を拡大し、今日に至る実務を確立した。この判例実務の動きを背景に、引換給付判決の反対給付の履行ないし提供を条件（執行文付与の要件）ではなく、執行開始要件と考えるようになったといわれる。冒頭に述べた民事執行法31条は、このようにして形成された実務を60数年後の民事執行法立法の際に明文化したものである。

以上の展開は、引換給付判決の執行を可能にする執達吏制度^(26b)の整備を伴っていたと思われるが、その詳細を明らかにすることはできなかった。

最後に、現在の中国での実務について日本法でどうなるかを述べると、韓教授があげる「㉔原告にその義務の指定期間内の履行を命じ、㉕被告にその後の義務履行を命じる判決」は、日本法では、㉔の単純認容判決は被告が反訴を提起している場合に限られる。そして、本訴（㉔）についても反訴（㉕）についても、被告が同時履行の抗弁権を主張していれば引換給付判決を出し、主張していなけれ

ば単純認容判決を出す（先に述べたように、ここでは行使効果説による）。梁慧星があげる「同時履行の判決」の場合も、各請求の被告が同時履行の抗弁権を主張している場合に両当事者の各請求に対しそれぞれ引換給付判決を出し、先に執行を開始した判決の執行手続の中で、他方の債務を履行させそれを確認することになると思われる。中国法においても、執行開始要件の判断や他方の債務を履行させる措置に裁判官を関与させることができれば同様の解決方法が可能であるように思われる。

（三）履行の「提出」

1. 問題の所在

やや細かな問題であるが、王家福主編『民法債権』は、「もし原告がすでに債務を履行するか、あるいはすでに債務の履行を「提出」したときは、被告には同時履行抗弁権の問題は生じない」と説く（執筆者はおそらく梁慧星⁽²⁷⁾か）。この「提出」とは日本民法でいう「提供」⁽²⁸⁾のことかと思われる。しかし、この点について、王利明は「単に履行を「提出」しただけでは、原告がすでに実際履行をしたことを意味しない。…被告には同時履行の抗弁権を援用する権利があると考えるべきである」と説く⁽²⁹⁾。この点についてどのように考えるか、問題となる。

2. 韓世遠・王成の見解

《韓世遠の見解》

この問題について、表面上は梁慧星氏と王利明氏とで見解に差異があるように見えるが、手続問題と結び付けて分析すれば、彼らの重点の置きどころの違いであることが分かる。被告が同時履行の抗弁権を主張する場合、もし原告が証拠を提示して、その債務を履行するか、又は履行の提供をなしたことを表明すれば、被告の抗弁に対する再抗弁権を構成することとなる。これに対して、当然、被告はさらに再再抗弁をなすことができる。例えば証拠を挙げて、原告は履行を提供したとはいえ、不完全履行の問題が存在するとの証明ができるなら、履行の不完全な部分について契約法66条後段により同時履行の抗弁権を主張することも可能である。こうした思考方法は、おおむね日本の法学界の“要件事実論”の思考方法に相当する。

《王成の見解》

私は、次のように考える。第一、上記箇所において引用された梁慧星、王利明のいう「提出」と、日本法上の「提供」とは完全に同じものではないようである。日本法における提供は、一方が単独で完結できない給付に限られている。他

方、中国法における「提出」という用語は、厳密な法律概念ではない。従って、梁慧星、王利明のいう「提出」については、一般的な用語法に照らして理解するしかない。私としては、ここにいう「提出」には、一方が単独で完結できない給付に限らず、各種の給付が含まれるべきだと考える。また、ここにいう「提出」は、相手方に向けてなされた履行しようとする意思表示でなければならない。その中には既に履行の準備が整ったという意味が含まれるべきである。従って、「提出」とは、このような状態を指すものでなければならない。すなわち、一方が履行の準備を整え、相手方に対して義務の履行を申し出た状態である。例えば、同時履行が約定された売買契約において、買受人が代金を用意しておくと同時に、売主に対して契約の履行を求める場合がそうである。

第二、上記のような場合、相手方は同時履行の抗弁権を主張し得るだろうか。私は、このとき、相手方は同時履行の抗弁権を主張できると考える。売買契約を例にとると、売買契約において約定された同時履行とはすなわち、いわゆる代金の交付と目的物の引渡しが同時である場合である。買受人が代金を用意しておき、相手方に給付を求めたとしても、畢竟、代金は依然として買受人の手中に掌握されていることになる。売主側が同時履行の抗弁権を主張できないならば、買受人に目的物を引き渡さなければならない。これでは、事実上、売主側が先に履行するという局面が形成されることになる。売主側が先に目的物を交付するも、買受人は未だ代金を売主側に交付しない。このことは、代金の交付と目的物の引渡しが同時であるという約定とは抵触する。そうすると、当事者が望んでいた同時履行を通じて相互に牽制しようとする目的は達成できなくなる。

第三、もちろん、現実にあっては次のような場合もあるだろう。引続き、同時履行を約定した売買契約を例にしよう。買受人が既に履行の準備を整え、代金給付義務履行を申し出たのに対し、売主側は様々な口実でもって契約を履行せず、且つ、同時履行の抗弁権を口実にする場合があり得る。この場合、契約は無期限に引き伸ばしにされる可能性がある。この場合、買受人は提訴して売主側に契約を履行するよう求めることができる。これに対し、法院は同時履行の判決を下すことができる。この場合、根拠となる法院の判決があるので、買受人は代金をまず法院に供託〔交付〕し、法院は売主側に目的物を法院へ引渡すよう求めることができる。最後に、法院が代金と目的物をそれぞれ双方に交付することになる。

3. 瀬川信久のコメント

日本でも、債権者自身の債務の弁済の提供の程度・態様によって、債務者の同時履行の抗弁権は影響を受けると考えられている。ア) 債権者が自身の債務を弁済したうえで自己の債権の給付を請求してきた場合は、債務者は同時履行の抗弁

権を持たない。イ）債権者がその債務につき弁済の提供を継続している場合には、債権者の請求に対し債務者は同時履行の抗弁権を行使できない。他方で、エ）債権者がその債務につき弁済の提供をしないうちに自己の債権の請求をしてきた場合には、債務者は同時履行の抗弁権を行使できる。問題になるのは、ウ）債権者がその債務につき弁済の提供をしたが、それを中止し、その後再び自己の債権の請求をしてきた場合である⁽³⁰⁾。

判例と多数説は、このウ）の場合に、(a) 債権者からの履行請求に対し債務者は同時履行の抗弁権を行使できるとする（したがって、引換給付判決となる）。その理由は、①債権者の弁済の提供に応じないで自らの債務を履行しなかった債務者は受領遅滞の責任と自らの債務の債務不履行責任を負うが、同時履行の抗弁権は影響を受けない、②この場合に同時履行の抗弁権を失うと、債権者が弁済の提供をした後に無資力になった場合に債務者は不利益を受けるので公平でない、というものである。しかし、若干の学説は、債権者の弁済の提供を受領しないで弁済の提供の継続を要求するのは公平に反するという理由から、債権者の弁済の提供により債務者の同時履行の抗弁権は消滅すると解している（単純給付判決とする）。

以上のように、多数説は、ウ）の場合に債務者は (a) 同時履行の抗弁権を失わないと考えるが、(b) 債務不履行責任・受領遅滞の責任を負うとする。多数説はこの問題でも、上記の存在効果説と行使効果説の問題と同じく、同時履行の抗弁権の効果によって分けて考えているのである。

(四) 同時履行の抗弁権と双方違約

1. 問題の所在

中国契約法は、双方違約を規定する（120条「当事者双方が契約に違反したときは、それぞれ相応の責任を負わなければならない」）。これは日本法にはない規定であるが、中国はすでに民法通則（1986年）に規定していた。梁慧星は、この双方違約について「裁判実践では、裁判官はしばしばこの規定を利用して勝手に双方違約と称して、被害者に無理やり譲歩させ、調停又は判決を受け入れさせ、被害者側の利益を十分に保護しない⁽³¹⁾」と指摘し、また王利明も「実践では、ある裁判官は一面的に双方に調停を受け入れるよう要求し、本来双方違約に属しないケース、例えば同時履行抗弁権、不安抗弁権の正当な行使を違約行為とみなし、人為的に〔人為地〕双方違約現象を造り出し、不当に双方違約の適用範囲を拡大している⁽³²⁾」と指摘する。この双方違約現象の背景として、民法通則時代、すなわち統一契約法制定以前の時代であれば、同時履行の抗弁権等の規定が存在しなかったために、双方違約判決を下すことになったであろうことは推測できるが、現在で

も、裁判官が人為的に調停にもちこむために双方違約規定を乱用しているという現象が存在するのか、あるいは、裁判官が上記の存在効果説や行使効果説といった履行抗弁の効果をめぐる議論に習熟していないことが双方違約判決を生み出しているのか、検討を要する。

2. 韓世遠・王成の見解

《韓世遠の見解》

夙に1991年、梁慧星氏はある論文の中で“双方違約”を分析して以下のように指摘した。「いわゆる双方違約は理論上誤りであり、実践上有害である。何故なら、契約法には同時履行の原則及び同時履行の抗弁権と不安抗弁権があり、当事者は相手方が義務を履行しないときは、同時履行の抗弁権を有し、彼が履行義務を拒絶するのは正当な権利の行使であって、違約を構成しない。契約は通常一方が先に履行することを約定し、先履行の側が履行しないときは、相手方には義務履行は生じない。このような場合、ただ先に履行すべき側が違約をなし、相手方は違約にならない。もし先に履行すべき側に、相手方が履行できないことの確実な証拠（例えば支払不能に陥る等）があれば、不安抗弁権を行使し、義務の履行を中止しても、違約を構成しない。先に履行すべき側が相手方が履行できないことの確実な証拠がなく履行を中止し、あるいは相手方が十分な担保を提供したのになお履行を中止するときにはじめて違約を構成する。しかしいかなるケースであれ、一方だけが違約を構成するのである。実践では、裁判官はしばしばこの規定を利用して勝手に“双方違約”と称して、被害者側に譲歩を迫り、調停あるいは判決を受け入れさせていて、被害者の利益を十分保護することをできなくしている。したがって、“双方違約”の規定を削除することを建議する。」

私は、双方違約乱用のケースが実践においてどんなに多くても、双方違約が対象とする事案のタイプというのは、同時履行の抗弁権、不安抗弁権等の行使によってカバーされ得ないタイプのものであると考える。つまり、それらから独立した双方違約のタイプの事例が⁽³³⁾存在する。蓋し、同時履行の抗弁権、不安抗弁権の成立には、それぞれ要件がある。例えば同時履行の抗弁権は双方の義務が給付と反対給付の関係に立ち、もし一方が附随義務に違反し、相手方がこれを理由に自己の主たる給付義務の履行を拒絶するといったケースにおいては、後者はこのとき同時履行の抗弁権を享有せず、前者が不完全履行、後者が履行遅滞として、双方違約を構成する。もちろん、実践において双方違約の乱用に警鐘をならすことは必要で、双方違約を正確に認識するという基礎の上にこの制度は構築されなければならない。もし完全に双方違約を否定するとなると、それを角を矯めて牛を殺すの類いとなる。

《王成の見解》

確かに一方において、契約法が公布される前には、中国の裁判において、非常に多くの双方違約という状況が存在しており、経済活動に対して悪い影響をもたらした。多くの者がこれに対して批判を提起し、このような状況もまた、立法、司法機関による高度の注意を喚起させた。契約法において各種の抗弁権を規定したことは、このような状況と非常に大きく関わっている。

他方において、抗弁権とりわけ同時履行の抗弁権を規定したことにより、決して双方違約の状況がなくなったことを意味しているわけではない。何故なら、同時履行の抗弁権は、単に双務契約において双方の履行期限が同時であることが確定された場合であるに過ぎないからである。双務契約において、双方が義務を履行せずまたは瑕疵ある履行を行うというケースは、決して期限という要素に限られるわけではなく、その他の要素もあり得る。例えば、期限も履行内容も異なるが、双方の履行にはいずれも瑕疵がある場合がそうである。この場合もまた、双方違約を構成し得る。契約法120条はこのような状況を指すといえよう。

例えば、魯曉威らと雲南民族映画製作会社間の著作権契約紛争上訴案（北京市高級人民法院（2008）高民終字第1321号民事判決書）において、北京市高級人民法院は、次のように判示している。1号、6号、7号契約の約定は、次のようになっている。魯曉威は「朱」ドラマの総監督、製作執行者、脚本総企画者の中の1人及び脚本家であり、脚本創作参加人員の決定権を有し、同ドラマの脚本について創作および編纂を行うことに責任を負っており、且つ、「朱」ドラマの製作会社が優先的に自身を同ドラマの監督として招聘する手付金を受領した。魯は、2007年6月30日までに同ドラマの脚本創作を完成するとともに、関係部門に提出してその審査承認を得ること、および、脚本創作参加人員の費用を独自で負担する義務を負っていた。これに対し、「朱」ドラマの製作会社は、魯曉威に脚本執筆資金40万元および監督手付金32,000元を給付する義務を負い、また、魯曉威のために人身傷害保険を購入する義務を負っていた。本件において調査により明らかになった事実によると、魯曉威は「朱」ドラマの製作会社に同ドラマの脚本計10回分を交付しており、「朱」ドラマの製作会社は魯曉威に全20回分の脚本執筆資金40万元および優先的に監督として招聘する手付金32,000元を支払っていたことが分かった。

本件の二審において、中瑞昊天センターが、「朱」ドラマの製作会社が魯曉威ら5名のために2006年9月26日から2007年9月26日までの「多保通人身傷害保険」を購入したことを証明する目的で、本法院に新華人寿保険株式有限会社が2008年9月24日に発行した証明を提出した。しかし、上記保険の購入時期は7号契約の締結時期より早く、且つ、「朱」ドラマの製作会社が複数人のために購入

したものであり、決して7号契約を履行するために専ら魯曉威のために購入したのではなく、中瑞昊天センターが7号契約に約定された、魯曉威のために人身傷害保険を購入するという契約義務を履行したことを証明できていない。そのため、一審判決が雲南民族映画製作会社、中瑞昊天センターは違約を構成すると認定したことは、決して不当なものではない。

魯曉威は、2007年7月1日までに「朱」ドラマの製作会社に、創作が完了しかつ関係部門に提出して審査承認された同ドラマの脚本を交付すべきであったが、「朱」ドラマの製作会社が自ら認めた、契約の履行期満了前に魯曉威の交付した10本分の脚本を除いて、魯曉威は証拠によって、7号契約に約定された期限までに「朱」ドラマの製作グループに「朱」ドラマ全20回分の脚本を交付したことを証明できていない。従って、一審判決が、魯曉威のすべての脚本を交付していない行為は違約を構成すると認定したことは、正しい。

契約法120条は、当事者の双方がともに契約に違反している場合、各自相応の責任を負わなければならないと規定する。本件において、契約の双方当事者にはともに違約行為が存在しているため、双方はともに約定に基づき相手方に30万元の違約金を支払わなければならない。一審判決が違約金の給付種類およびその額が全く同じであることに基づいて、双方の違約金の相殺を認定したことは、正しい⁽³⁴⁾

3. 瀬川信久のコメント

この問題については、まず、中国契約法120条と「双方違約」の意義を明確にする必要があるように思われる。

120条（「当事者双方が契約に違反したときは、それぞれ相応の責任を負わなければならない。」）が規定するのは、——「相応の」を強く読まなければ——「各当事者は、相手が債務不履行責任を負うか否かにかかわらず、自己の契約上の債務を履行しなければ不履行責任を負う」という、日本法を含めて普遍的で当然の準則である。ただ、日本法では、自己の債務不履行が相手の債務不履行のゆえであるときには、自己の債務不履行について「責めに帰すべき事由」や「違法性」が否定されることがある。また、自己の債務について同時履行の抗弁権や不安の抗弁権が認められる場合には、その債務の不履行について「違法性」が阻却されると解されている。このように一方の不履行が他方の不履行責任の内容に影響する場合には通常、個別に準則を設定している。もっとも、債務不履行責任の既存の法規や、一方の不履行を他方の不履行責任に影響させる既存の法規がない新しい紛争が現れたときには、その新しい紛争に応じた準則を形成することが必要になる。韓教授があげられる相手方の附随義務違反の場合の同時履行の抗弁権の問題

はそのような問題であるが、日本では判例と学説が、対価関係にない債務の間にも一定の範囲で同時履行の抗弁権を拡大適用している。また、一方の不履行の態様を他方の損害賠償責任の有無・額に反映させる過失相殺をこの120条に読み込む見解があるが、これも、中国契約法に過失相殺の規定がないために、120条の中で新たな準則を形成しているものと理解することができる。

したがって、両当事者不履行の紛争の新しいタイプに対応する準則を個別に形成する必要があること、それらの新たに形成されるべき諸準則を「双方違約」と総称すること、120条をそのような両当事者不履行の場合に対する新しい準則を包括的に承認する条文と読むことは理解できる。しかし、それらの「双方違約」の諸準則が120条を根拠に特定の実質的内容を共有すると考えることは難しいと考える。韓教授が「双方違約を正確に認識するという基礎の上にこの制度は構築されなければならない。」といい、王教授が「抗弁権とりわけ同時履行の抗弁権を規定したことにより、決して双方違約の状況がなくなったことを意味しているわけではない。」というのは、このような趣旨でないかと考える。

以上は今日の日本法からみたコメントである。かつての日本で、両当事者不履行の場合に大岡裁きないし三法一両損的な裁判がどのような形であったか、それがいつ頃なくなったのかについては、明らかにすることができなかった。

注

- (1) 韓世遠『合同法総論』第三版、法律出版社（2011年）、289頁。
- (2) 王利明『合同法研究』修訂版、第二卷（2011年）、82頁。
- (3) 前掲注（1）書、287頁。なお下線は小口による。
- (4) 早稲田大学孔子学院編『日中民法論壇』（2010年）、158～159頁。
- (5) 同、159頁。
- (6) 例えば、隋彭生「先履行抗弁権芻議」政法論壇1997年3期80頁及び唐清利＝潘冬軍『新型合同纠纷的预防、解决与审判实务』法律出版社（2008年）、231～232頁等。
- (7) 崔建遠「履行の抗弁小論」『日中民法論壇』、99～100頁。
- (8) 崔建遠「同時履行抗弁権：重構抑或自毀」（上）、奚晓明主編『民事審判指導与参考』人民法院出版社（2012年）所収、75頁。
- (9) 法と法律の区別については星野英一（段匡ほか訳）『現代民法基本問題』（2012年）、1～21頁参照。
- (10) 「構造与出路：中国法上的同時履行抗弁権」中国社会科学2005年3期、109頁及び韓世遠・前掲注（1）書、307～308頁。
- (11) このほかに、相手の履行期が先の場合で請求された債務者の債務の履行期が未到来の場合（表の最左欄の1段目と3段目）に、日本民法では期限未到来の抗弁であるのに対し、中国契約法では期限未到来の抗弁が先履行の抗弁権かという問題がある。しかし、期限未到来の抗弁でも先履行の抗弁権でも効果は同じなので、この違いを論ずる意味はないであろう。
- (12) 日本の通説である（谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法（13）〔補訂版〕』有斐閣（2006

年)、593頁〔澤井裕＝清水元〕。最下段最左欄の場合について、大審院・最高裁の判例はないが、下級審に同時履行の抗弁権を認める判決例がある(清水元『同時履行の抗弁権の判例総合解説』(2004年)88頁以下)。

- (13) 我妻栄など(谷口＝五十嵐編・同上書、593～4頁)。
- (14) 王利明・前掲注(2)書、74頁。
- (15) 同、73～74頁。
- (16) 同、75頁。
- (17) 同、76頁。
- (18) 平井宜雄『債権各論I上』弘文堂(2008年)、198～199頁。
- (19) 崔建遠・前掲注(7)書、116頁。
- (20) 王利明・前掲注(2)書、57頁。
- (21) 同時履行の抗弁権を二種類に区分する思想は、我妻栄氏の著述の中で明瞭に展開されている。そのほか、鄭玉波氏の著述でも、同時履行の抗弁権は当事者がこれを援用しなければその本来の効力を発生させることができないが、ただし、その存在だけで以下の効力を発生させることができると説く。『民法債編総論』第15版(1996年)、380頁。
- (22) 谷口＝五十嵐・前掲注(12)書、615頁、618～624頁〔澤井裕＝清水元〕、清水元・前掲注(12)書109頁以下、山本敬三『民法講義IV-1契約』有斐閣(2005年)、89～92頁など。
- (23) 平井宜雄・前掲注(18)書、199頁参照。債務者の遅滞責任の追及や、相殺による債務者の反対債権の消滅のために債権者にその債務の弁済提供を要求することが不当かという判断に関わるが、日本では、両債権が双務契約の対価関係にない場合にも公平・信義則に基づく履行拒絶権を広く「同時履行の抗弁権」として認めていることがある(例えば、平井・同書[243])。このことが、行使効果説に対する存在効果説からの反論としてあげられる所以である(平井・同書199～200頁)。
- (24) 韓世遠・前掲注(1)書、297～298頁。
- (25) 王家福主編「中国民法学・民法債権」法律出版社(1991年)、404頁。
- (26) 『法典調査会民法議事速記録 三』商事法務研究会、761～764頁
- (26a) 以下の記述は高見進北海道大学名誉教授のご教示による。記して感謝申し上げる。
- (26b) 1890年(明23)の裁判所構成法と執達吏規則が戦後まで続く執行吏の制度の基本を作ったといわれる(『民事法辞典 上巻』有斐閣(1964年)、782頁の「執行吏」の項目による)。
- (27) 王家福主編・前掲注(25)書、403頁。
- (28) 「債務者が単独で完了することのできない給付について、その給付の実現に必要な準備をして債権者の協力を求めることを弁済の提供という」(我妻栄『債権総論』岩波書店(1964年)、218頁)。
- (29) 王利明・前掲注(2)書、72～73頁。
- (30) 以下は、谷口＝五十嵐・前掲注(12)書、600頁以下〔澤井裕＝清水元〕による。
- (31) 梁慧星『民法学説と立法研究』法律出版社(2003年)、82～83頁。
- (32) 王利明・前掲注(2)書、78頁。
- (33) 韓世遠・前掲注(1)書、642頁。
- (34) 以上の回答のほか、王教授からは以下のような回答があった。この回答のもとになった質問は2012年9月の清華大学での研究会で筆者(小口)が口頭でなした以下のような質問である。

【質問】もしも第二番目の判決(本文中の韓教授があげる、「原告に対して判決で自己の義務

を指定期間内に履行するように命じ、その後において被告にその義務を履行させる」という判決、または同時履行判決（本文中の梁慧星教授があげる「同時履行の判決」）が出された場合、訴訟費用はどちらが負担するのか。

王教授の回答：同時履行の抗弁権案件では、原告はおおむね契約の履行を主張・希望する側で、相手方は契約の履行を望まない側である。こうした時、法院は一般に契約履行を望まない被告に訴訟費用の全額又は一部を負担させる判決を下す（案件が他の問題にも係わる可能性があるので、訴訟費用は同時履行の抗弁権と関係する部分に限られる）。

前述した李玲と楊有斐との家屋売買契約紛糾上訴案（新疆ウィグル自治区ウルムチ市中級法院（2011）烏中民四終字第485号民事判決書）の中では、当中級法院は以下のように判断した。「楊斐は契約で約定した交付の日の前後しばしば電話で李玲と連絡をとっており、また2010年11月30日の前から家屋を現在に至るまで空けたままにしているのに、李玲は家屋代金の残額を払っておらず、以上の事実から、楊には契約を履行する意思を有していたと認定できる。」故に、本案の一番の本訴案件の受理费2325、50元（楊斐がすでに預託している）は、楊斐が18、08元を、李玲が2307、42元を負担する。反訴案件の受理费2594、44元は半額に減じて1297、22元を楊斐が35元を、李玲が1262、22元を負担する。本案の二審案件の受理费4919、94元（李玲がすでに預託済み）は、李玲が負担する。

(35) 谷口=五十嵐・前掲注(12)書、581~591頁 [澤井裕・清水元]。

(36) 塚本宏明監修『逐条解説 中国契約法の実務』中央経済社（2004年）、168頁。「それぞれ相応の」という文言には適合的な解釈である。

（本稿は文部科学省科学研究費（基盤C「中国契約法の理論と裁判例の総合的研究」）による研究成果の一部である。）