慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究 一六六〕破産法一〇四条二号の規定に違反してされた相殺を有効とする破産管財人と破産債権者との合意の効力
Sub Title	
Author	宗田, 親彦(Soda, Chikahiko) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1979
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.52, No.6 (1979. 6) ,p.89- 94
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19790615-0089

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

る取締役会の承認をえないで自己の貸付資金の回収に専念したことに取締役としての義務違反を認めるべきであつて、本件判旨がY_2 Y_3 Y_4に取締役としての監視義務違反の他に「自己の資金の関心を示すのみ」ことを取締役としての任務懈怠だとするならば、この点はいわば蛇足であろう。前述のように取締役就任によつて、従前から会社に対して持つ債権が否定されるものではなく、取締役に対する債権の弁済は経営政策の一環として取締役会の責任において決定するのが妥当であり、取締役会を開催する努力をしないで自己の債権回収に専念し代表取締役への監視を怠つたのであればその点につき責任を問うべきである。

小宮山宏之

〔最高裁民訴事例研究一六六〕

昭和五二・9（最高裁民集三一巻七号九六一頁）

破産法一〇四条二号の規定に違反してされた相殺を有効とする破産管財人と破産債権者との合意の効力

別段預金債権請求事件（最和五二・一二・六第三小法廷判決）

X（原告、控訴人、上告人）は、訴外A会社が昭和四七年二月一日支払を停止し、秋田地裁において同年七月四日破産宣告を受け、同時に破産管財人に選任された。XはY銀行（被告・被控訴人・被上告人）に対し訴外A会社の有する昭和四七年五月二六日現在の金一二六、四六一円および同年六月一七日現在の金四三二、六三六円の別段預金の支払を訴求した。これに対しYは、五月二六日の別段預金債権に対してYの訴外A会社に対する割引手形買戻請求権金四一三、一五五円をもつて、六月一七日の別段預金債権に対しては手形貸付債権金三八〇、七八一円をもつて、各々対当額で相殺し、その残額はその一部を訴外A会社の委託により第三者に支払い、残りを訴外A会社に払戻し、その結果、訴外A会社の預金は皆無であると主張した。これに対しXは次のとおり主張した。右の別段預金はいずれも訴外A会社が支払停止をしたころその事実を知つて設定したもの、およびその後に訴外A会社の取引先から振込まれたものであるから、Yのした相殺は、破産債権者が、支払停止があることを知つた後に負担した債務をもつてする相殺を禁止する破産法一〇四条二号本文の規定に違反し無効である、と。Yはこれに対し、右別段預金はYがAの支払停止を知る以前にあつた当座勘定取引契約に基づく預金であつて、同条二号但書の支払停止前に生じた原因に基づくものであるし、仮りにそうでなくても、YがXの申入れに応じて右自働債権を被担保債権とする根抵当権を抹消したところ、Xは右相殺を有効なものと認め、破産法上の相殺禁止を理由に別段預金の払戻請求をしない旨の合意をし

たから、右の相殺は有効であると主張した。

第一審、控訴審ともに、五月二六日付相殺については、訴外A会社の支払停止をYが知る以前から存在した当座預金を銀行取引停止処分のために別段預金としたものであるから相殺の禁止にはふれないと判示した。これに反し、六月一七日付相殺については、それが破産法一〇四条二号の禁止にふれるが、破産管財人と破産債権者との間にY主張のごとき合意が認められるから、右相殺は有効であるとした。第一審では、X敗訴、Xから控訴したが、控訴は棄却され、Xから上告した。

上告人Xの上告理由はいずれも前記六月一七日付相殺の違法無効を主張するものである。すなわち㈠XY間の前記合意の存在の認定について、破産管財人Xから被担保債権を受働債権として相殺し、後にその担保権の抹消を請求したのならいざしらず、法律上当然に無効である相殺があることを知ってなした抹消請求であるという証拠がない本件で、前記合意の存在を認定することは著しく経験則に違反する。ついで㈡破産管財人の地位ないし権限に関し、管財人の地位は国家の一種の公の機関で、権利放棄、別除権の受戻しには破産法一九七条一二号、一四号により、監査委員の同意が必要であるが、受働債権を請求しない旨の合意は、受働債権の放棄もしくは放棄する旨の合意と同じであり、また同額の任意弁済をもって別除権を受戻したものと認めたのと同一であって、かかる解釈は管財人の地位を破産者の代理人のごとくに解し、破産法一九七条一二号、一四号に違反したものであり、もしかような解決がなければ、受働債権の請求が認容された筈であるから、右の解釈が判決に影響をおよぼすことは明らかであるとし、さらに㈢として破産法一〇四条の相殺禁止の立法趣旨に関し、同条が相殺をそもそも禁止する趣旨は破産債権者間の平等弁済の実現にあり、管財人の意思表示とは無関係であるのに、原判決が結果的に管財人XがYのした相殺を有効なものと認めたと認定したことは、管財人の法律違反を公然と認め、また相殺禁止に反する脱法行為を公認したものであり、相殺禁止に反する違法行為はもともとYがしたものであって、原判決の論理からすると、YがXの担保抹消請求になんらの留保もなしに応じたことは、逆に別除権を放棄するか、または後に受働債権を行使されてもよいとの合意があったと認定してもよい筈である。何故Y側の利益のみを尊重するのか問題であるとする。上告審は、以上のうち㈢について見解を示し、Xの上告を容れる。すなわち上告審は、「破産債権者が支払の停止を知ったのちに破産者に対して負担した債務を受働債権としてする相殺は、破産法上原則として禁止されており（同法一〇四条二号）、かつ、この相殺禁止の定めは債権者間の実質的平等を図ることを目的とする強行規定と解すべきであるから、その効力を排除するような当事者の合意は、たとえそれが破産管財人と破産債権者との間でされたとしても、特段の事情のない限り無効であると解するのが相当である」とし、Yの昭和四七年六月一七日付の相殺の効力を否定し、この部分について原判決を破棄して、Xの請求を認容した。

判旨に賛成する。

一、本判決は、破産管財人と破産債権者間の破産法一〇四条に違反する合意は無効であるとする。従前は、債務者と和議債権者との間においてした和議開始前の一〇四条（和議法五条で準用）違反の合意を無効とした大審院判例（大判昭和一四・六・二〇民集一八巻六八五頁）、破産者と破産債権者間の一〇四条違反の合意を無効とした下級審判例（横浜地判昭三八・一二・二五金融法務事情三六五号一頁）が存在したが、破産管財人と破産債権者間でする一〇四条違反の合意を無効とするものであり、この点に関する最高裁として初の判決として意義

がある。

二、破産法一〇四条が強行法規であり、これに違反してなされた相殺は当然に無効であることは一般に承認されており異論はない。ここから一〇四条違反の相殺を有効とする合意は強行法規に反する相殺を認めることになり、かかる合意は無効であることになる。正確には、右の合意には破産者と破産債権者の間における破産宣告前の合意と、破産宣告後に破産管財人と破産債権者の間でする相殺の両者が含まれる。ドイツにおいては学説により破産者・破産債権者、破産管財人・破産債権者のいずれの合意も無効であると説かれている(Jaeger-Lent, Konkursordnung § 55 Anm. 2, Menzel-Kuhn, § 55 Anm. 4.)

三、本件では第一審、第二審ともXとY間の合意の存在と認定し、上告審も原審の認定を前提とする。すなわち原審は、XからYに対して根抵当権の抹消の申入れをし、Yがこれに対して根抵当権設定契約書等の返還および根抵当権解除証書、委任状をXに交付した事実を認定し、ここから破産法上規定する相殺禁止を理由に受働債権を請求しない旨の合意があつたものとみることができるとする。そうして上告審は原審の確定したところによれば破産法上の相殺禁止を理由に右別段預金の払戻請求をしない旨の合意が成立したというのであるとして原審の認定を前提とする。しかし本件で重要なのは、Yの根抵当権の抹消とX・Y間の相殺禁止規定(一〇四条)に違反する相殺を有効とする合意との関係である。すなわち後者の合意のみをとらえて、一般的に一〇四条に違反する相殺を有効とする合意が一〇四条が強行規定であるところから無効であることは異論なく肯定できるが、かかる合意がYの担保権抹消と引き換えになつていたか否か、実はこれが問題である。通例管財人Xが債権者Yに単純に担保権の抹消を求めても別除権者たるYがそのまま承諾するはずがない。Yが担保権の抹消に応じるためには、Yの被担保債権の満足が図られることが必要である。本件ではこれがX・Y間の相殺を有効とする、すなわちXの破産財団所属債権の請求をYに対してしない合意が必要であるとみるべきである。しかし第一審、第二審とも相殺を有効とし、別段預金を請求しない合意だけを認定し、最高裁もこれを前提とする。しかし根抵当権の抹消と右の合意の関係内容がすなわち全く無関係であるのか、関係があるとすれば、それは一方が他方の前提ないし条件という関係か、もしくは両者は不可分一体の密接な関係があるのかについて上告審は釈明権を行使して明らかにさせるべきであつたであろう。こうした結果、前記管財人と担保権者間での通例の処理のように両者は密接不可分であるとされた場合には、担保権者は、別除権として破産手続外で独自に回収できる地位にあるから、その地位の具体的実現の一態様として、被担保債権を相殺により回収し、担保権を放棄するという解決がなされるが、果して担保権者がする相殺は一〇四条の相殺禁止規定の例外として認められるかという問題が生ずる。たしかに担保権者は独自に回収が図れるし、相殺により被担保債権を回収することと選ぶところはないような印象を与える。しかし担保権者は、当の担保権に定められている方法によつてのみその担保権は別除権として実現

が許容されているものであり、この実現手続は、実際には相殺による一片の意思表示で終了するものと比較したときは、容易とはいえない。根抵当権であれば、債権額の確定の問題、先・後順位者との関係、差し押えた国税との優劣の問題、その他競売手続に異議の提出された場合の処理、最近では仮登記担保権者との問題、配当に関する問題、そうしてなによりも競売価格の問題、さらに競落の時期の問題等々を考えると、相殺は何の労力も必要とせず、直ちに満額回収することになるのである。それゆえ担保権者であるからとの理由で、担保権の実行の代役として相殺をその禁止規定を解除してまで認めるべきではない。また破産手続による配当率の低下が世界的に問題となつており費用不足による破産廃止が多数存すること等を反省するときには、この原因のひとつとして担保権が近時の変型担保の増加により、全て別除権として取り扱うことも問題であり、たとえば変型担保の破産法における地位も、少なくとも破産手続に乗せて解決するという更生担保権と類似した処理方法、また担保権として認定する範囲を限定する方法等々変型担保は従来の別除権とは異る扱いをする方向を検討するべきである。また担保的機能を有する相殺も、安易にこれの禁止（一〇四条）を解除するべきではない。典型担保もその担保に認められた方法以外での回収は許された独目の回収とはいえないのである。

こうして破産手続と破産配当を確保する努力が必要である。個々の債権者の、あるいは担保権者の利益を追及するためには、破産になつたときこそ最も強力に効用の発揮される武装が必要であろうが、逆に破産手続の立場からみれば、担保権も否認権による否定、担保権行使の方法による制約、相殺に関する制約等々を最大限に活用して破産財団を充実させ、配当率の向上を図らなければ一番被害を受けるのは多数の一般債権者である。債務者に対し一旦破産宣告がなされたら変型担保権等は破産法および破産手続の制約の範囲内でのみ具現化されるものと理解するべきである。

ともかく本件上告審は、右の合意は、単に一〇四条違背の相殺を有効とする合意についてのみ判断を示したのであるが、それについては賛成であることは既に述べたとおりである。

四、破産法一〇四条は、破産債権者がする相殺について樹てられた規定であり、同条は、債権者間の平等を守るために設けられている。当然に相殺は、自働・受働債権の消滅を招くから破産財団からみた場合には、相殺により破産財団所属債権が消滅し、それだけ財団が減少する。すなわち破産財団の充実が害されることになる。ここから破産において相殺が許容されるのは、右の破産債権者間の平等を害してもやむをえない場合、および破産財団の充実が害されてもやむをえない場合に限られると解することになる。なお一〇四条の制限が絶対的なものでないことは一〇三条からも明らかであり、右の債権者平等、財団の充実が守れる場合には相殺は許されることになる。

五、そこで本件のX・Y間の相殺を有効とする合意をX管財人からする相殺と評価した場合に、破産管財人からする相殺が許されるか否かの議論とかかわりをもつことになる。肯定説は、管財人からの

相殺については、破産法にとくに規定がないから、管財人の責任においてなせるが、破産債権者の利益が害されたときは管財人の善管注意義務（破一六四条）により管財人に損害賠償責任を認めるといい（兼子・強制執行法破産法二一〇頁、中田・破産法和議法（法律学会集）一二九頁、山木戸・破産法一六五頁、宗田・破産法概説（改訂版）二三二頁）、否定説は、管財人からの相殺を認めると、管財人が破産手続によらずに当の破産債権者に隨時優先弁済をしたのと同じ結果となるため、原則として管財人による相殺は許されず、なされた相殺は無効とする（菊井「破産法における相殺禁止」法学協会五〇周年記念論文集第二部五五八頁以下、石川「相殺権の意義」斉藤＝伊東編演習破産法三五六頁、谷口倒産処理法二四五頁）。なお最近否定説に立つ高裁判例が存在する（大阪高判昭和五二・三・一金融商事判例五二五号二二頁、大阪高判昭和五二・四・一四判例時報八五八号七四頁）。しかし否定説も破産財団所属債権の実価が破産債権の実価を下まわるような特別の事情があるときは管財人のする相殺も許される。また、配当率が確定し、これを通知し後に破産管財人が破産債権者の配当請求権を受働債権として相殺できることは疑いない。

破産管財人からする相殺については、破産法に規定がないため解釈によることになるが、この場合の判断基準は、前記破産債権者間の平等と破産財団の充実である。すなわちこれらが破られてもなお相殺を認めるべき場合、これはとりもなおさず債権者が相殺の期待を有し、これが担保視される場合である。この場合には破産管財人からする相殺は有効であると解する。つまり一〇四条の禁止に触れない相殺は破産管財人から相殺することができる。これは、債権者は相殺の担保機能を享受し、管財人は担保債権への弁済をしたことになり、この方法が破産法における担保的機能を有する相殺できる債権者に対しての実現方法として認められていると解するものである。これに対して一〇四条に規定されている各場合については破産管財人は相殺は禁止とされると解する。この場合は右の二つのメルクマールに抵触し、担保的機能を認めるべきではないからである。すなわち破産債権者も破産管財人も相殺が、正当に債権者に担保的機能を果すべき場合は相殺することができ、そうでない場合、すなわち一〇四条の場合には破産債権者、破産管財人ともに相殺は禁じられると解するものである。このとき一〇四条は、破産債権者について立てた規定であるばかりでなく、破産管財人のする相殺についても規定したことになる。

六、なお本件において相殺は、五月二六日相殺と六月一七日相殺があり、前者は、Yが訴外A会社に対する割引手形買戻請求権を自動債権とし、A会社の支払停止前に存した当座預金をA会社に対する銀行取引停止処分により、別段預金に切替えた債務を受働債権としてされたものであり、受働債権たるA会社に対する別段預金債務はA会社の支払停止を知つた後にA会社に対して新たに負担したものではなく一〇四条二号に該当せず、この相殺は有効であり本件でもこの点は問題とされていない。つぎに六月一七日相殺は、YがA会社の支払停止を知つた後にA会社の取引先から振込まれてA会社の別段預金となつた債務を受働債権とするものであるため一〇四条二

号に該当し（宮脇・「会社更生法の一部改正と銀行取引（中）金融法務四八八号一四頁、住吉・「相殺の禁止」倒産判例百選一〇八頁）、かかる相殺は無効であるがこれを有効とするX・Y間の合意に関して問題とされたのが本件である。

（昭和五三年七月三〇日稿、なお本評釈は、判例時報八七九号八六頁を基礎にして行い、その後最高民集三一巻七号の刊行に伴い若干加筆した。いち早く同民集を見せて下さった最高裁事務当局の方々に記して感謝する）

宗田親彦