Title	〔最高裁判事例研究三〇八〕 特定の債務の弁済に充てる約定で借り入れた金員による当該債務の弁済が破産法七二条一号による否認の対象とならないとされた事例 (最高裁平成五年一月二五日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	河村, 好彦(Kawamura, Yoshihiko) 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	1994
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.67, No.2 (1994. 2) ,p.131- 143
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=AN00224504-19940228-0131

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.

れるように、何か形式論にこだわったようにさえも見えてしまうのである。これも結局は変更行為が基本的に利益相反取引に該当するとの態度からでてきたものであろう。受取人変更行為が右に述べてきたような性質を有するものである以上、元来、利益相反取引に該当するものではない。保険法上は、新旧受取人の間に利害の対立はありえない。後は、会社代表者の代表行

〔最高裁民訴事例研究 三〇八〕

平五一（最高民集四七巻一
号三四四頁）

特定の債務の弁済に充てる約定で借り入れた金員による当該債務の弁済が破産法七二条一号による否認の対象とならないとされた事例

否認権行使請求事件（平成五年一月二五日第二小法廷判決）

A会社は京都の地場証券会社であるが、昭和五〇年頃から経営が悪化した。Aは増資を行ったり、歩合外務員を採用して信用取りきを増大させることで経営の立て直しをはかろうとしたが、これが裏目に出て多額の不良立替金が発生していた。

一方Y会社は、旧国鉄などが出資して、国鉄京都駅ステーションビル地下商店街の建設、運営を目的として設立された会社である。

為として、かかる保険金受取人変更行為が、適法な会社の意思の形成とその対外的表示といえるかの問題が残るのみである。そして、その意味で言うと、前述した仙台地判昭和五七年における当事者の主張のように、代表権の濫用があるか否かという方向で問題を解決することが望ましいといえよう。

宮島 司

テナントから受け入れた入店保証金を一時的に運用するため、昭和五五年四月一日、A会社と国債の現先取引契約を締結した。本件現先取引契約の内容は、昭和五五年四月一日にYがAから国債を五億二六二〇万円で買い受けて、昭和五五年六月三〇日にAに五億三九八四万四八〇〇円で売り戻すというものである。ただし、売戻期日前でもAに資金ができ次第、売戻しをすることになっていた。Aはこの契約によりYに対して受戻代金支払債務を負担した。

AはYに対して国債の買付報告書、買付計算書および預かり証を交付したが、現実にはAは代金を会社の運転資金に使ってしまい、国債の買付けはまったく行なわなかった。

昭和五五年一月二一日からの大蔵省近畿財務局による一般検査および同年三月五日からの特別検査の結果、Aには昭和五五年三月三一日の時点で、少なくとも九億六九〇〇万円の債務超過があることが判明した。そこで大蔵省は社団法人日本証券業協会に対して、A

と取引のある善良な投資者を保護するため、および証券業界の信用の維持向上をはかるため、適切な措置をなすよう要請した。協会は京都証券取引所と協力してAに対して特別の融資を実施することを決定した。

協会は同年四月一〇日、取引所はAと四月一日に、限度額各五億円(計一〇億円)、利息年五%、弁済期を同年一〇月九日とする、特別融資に関する契約を締結した。Aは投資家の保護のため必要な場合に限り融資を受けることができ、融資金をその目的に限り使用すること、Aに対する個別融資の出納管理事務は大阪証券金融が行なう旨を約定した。

Aは四月一二日、本件各貸主から借入金金をYに対する債務の弁済にあてることを約してそれぞれから二億五〇〇〇万円計五億円を借り入れ、これに自己資金一〇四〇万円を加えた五億一〇四〇万円をYに対する債務を弁済した。弁済にあたってはAとYの各代表取締役および本件各貸主から委任を受けた大阪証券金融の社員が大和銀行京都支店に集合したうえ、Aの代表取締役が大阪証券金融の社員から交付を受けた額面五億円の小切手を、その場でだだちに同支店のYの普通預金口座に振り込むという形でなされた。したがってAがその小切手を他の使途に流用したり、他の債権者が差押えその他の方法によりこの小切手から弁済を受けることは全く不可能な状況であったといえる。本件各貸主はAにYに対する債務の弁済をさせるために貸付けを行なったのであり、AがYに対する債務の弁済をすることを約さなければ、貸付けをしなかったことは明らかである。なおAが本件各貸主に対して負担した債務の利息などの態様は、Yに対する債務より重くなかった。

Aは昭和五五年四月二四日から同年五月三一日まで京都証券取引所から取引停止処分を受けた。その後Aは昭和五七年六月三〇日自

ら破産の申立てをし、昭和五七年七月一二日に破産を宣告され、Xが破産管財人に選任された。

Xは、本件債務の弁済が破産債権者を害するものであり、破産法七二条一号の故意否認の対象となると主張してこれを否認し、弁済金の返還を求めた。

Yはこれに対し、本件弁済はAの支払停止、破産申立前になされた本旨弁済であるから、故意否認の対象とならないこと、Aが日本証券業協会と京都証券取引所に対して負う五億円の特別融資金の返還債務は、Aにとってその態様、利率、弁済期その他すべての点でYに対する債務よりも有利であるから、破産債権者を害する行為にはあたらないなどとして、これを争った。

第一審の京都地裁は、本旨弁済でも、その弁済が他の債権者を害することを知らずなされたものであり、これを受領した債権者が他の債権者を害する事実を知っていたときは、破産法七二条一号により否認することができることは認めたりうえで、借入金による弁済も原則として故意否認の対象となるが、協会および取引所は、特別融資がYに対する弁済に使用されるのでなければ貸付けをしなかったこと、現にそのとおり即時に弁済は実行されたので、破産者が借入金を他の用途に使用したり、他の債権者が差押えその他の方法によりその融資金から弁済を受けることは不可能であったことから、本件弁済には破産債権者を害する行為にあたりないと解すべき特段の事由があるとし、本件弁済は故意否認の対象とならないとしてXの請求を棄却した。

X控訴。

原審である大阪高裁は、⁽²⁾本件特別融資はAがYに対する弁済の用に供するものでなければ貸し付けられなかったものであるから、債権者の一般担保となり得る余地はないこと、Yが返済を迫るなど積極

的な行動をしたことをうかがわせる証拠はないこと、および特別融資の条件はYに対する債務よりも緩やかであることを根拠として第一審と同様にXの主張を退けた。

これに対してXが、他より借り入れた資金でも、いったん債務者の責任財産に入れば、それにより弁済することは自己資金による弁済と何等差異はない以上、これに特段の事由を認める必要はないこと、これを否認の対象外としてしまうと、強行な特定の債権者が破産会社に第三者からの借り入れを強要し、それを即、自己の弁済に充てさせることが可能となってしまうことなどを理由として上告したのが本件である。

最高裁は、「以上の事実関係によれば、本件においては、本件各貸主からの借入前と本件弁済後とは、破産者の積極財産の減少も消極財産の増加も生じていないことになる。そして、破産者が、借入れの際、本件各貸主との間で借入金を被告入人（筆者注、Y）に対する特定の債務の弁済に充てることを約定し、この約定をしなければ借入れができなかったものである上、本件各貸主と被告入人Yの立会いの下に借入後その場で直ちに借入金による弁済をしており、右約定に違反して借入金を他の使途に流用したり、借入金が他の債権者に差し押さえられるなどして右約定を履行できなくなる可能性も全くなかったというのであるから、このような借入金は、借入当時から特定の債務の弁済に充てることが確実に予定され、それ以外の使途に用いるのであれば借り入れることができなかったものであったはずの財産であるというべきである。そうすると、破産者がこのような借入金により弁済の予定された特定の債務を弁済しても、破産債権者の共同担保を減損するものではなく、破産債権者を害するものではないと解すべきであり、右弁済は、破産法七二条一号に

よる否認の対象とならないというべきである。したがって、本件弁済が同号による否認の対象とならないとした原審の判断は、正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない。論旨は採用することができない」とし、Xの上告を棄却した（裁判官全員一致）。

判旨の結論には賛成であるが、その理由付けには問題がある
と考える。

一 本判決の問題点

本判決の主たる問題点は、借入資金による弁済が故意否認の対象となるかどうかということである。否認の対象とされる破産債権者を害する行為とは、破産債権者の共同担保を減少させ、債権者が満足を得られなくなるようにする行為であるが、これには全債権者のための共同担保となる破産者の財産の総額を減少させる詐害行為と、特定の債権者のみに利益を与え、他の債権者のための共同担保を減少させる偏頗行為があるとされるのが一般である。借入資金によって弁済を行なった場合、借入れと弁済とを別々のものとして考えれば、借入れは偏頗行為となる。これに対して借入行為と弁済行為を全体としてみると、破産者の積極財産および消極財産は全体として変動しないため、単に債権者が交代した場合と同視できる余地がある。そこでこれが破産者を害する行為となるかどうか問題となる。

第二に、本件は故意否認の問題であるため、借入れと弁済を別々のものとした場合にも、偏頗行為が故意否認の対象となるかどうか、すなわち本旨弁済と故意否認の関係が問題となると

考えられる。ただし、これについては最高裁判決はなんら言及していない。そこで、本評釈においては第一の問題点に重点をおいて検討することとする。

二 借入資金による弁済は（故意）否認の対象となるか。
1 判例の流れ

本件は、借入資金と故意否認の関係について初めて判断した判決であるが、他の否認形態である危機否認についてはリーディングケースとして三つの大審院判例があり、その他にも下級審の判決がある。まず判例の流れについて検討を加える。判例は最初借入資金による否認を否定したものの、その後はずっとこれを肯定している。

まず、大判昭和八年四月二六日⁽⁵⁾は、債務者Aが破産を申し立てられた後、破産申立てを知っていたYに債務を弁済したが、その金員はYに対する債務の支払いに充てることの了解の上にB他二名から借りたもので、借入金の態様はYに対する債務より重くはなかったという事案において、「此債務ハ破産宣告当時ヲ標準トシテ之ヲ觀ルトキハ被上告人ニ対スル前記債務ト其ノ態様ニ於テ輕重ノ差別アリヤ否ヤ。此彼ヨリ重カラサル以上破産法第七二条第二号ニ該当セス。」として危機時期の後に新しく借り入れた債務とそれによって弁済された旧債務とを比較し、新債務が旧債務より態様において重くないときには有害性を欠くから否認の対象とならないとした。

これに対して大判昭和一〇年九月三日⁽⁶⁾は、債務者Aが支払停

止後、実弟Yに債務を弁済したが、その金員はYの保証のもとにBから借り入れたものであり、旧債務は無利息だが新債務は利息付きであったという事例において先の判決を変更し「破産者ノ為シタル弁済カ固有ノ資金ヲ以テ為サレタルト他ヨリ融通サレタル資金ヲ以テ為サレタルトヲ問ハ」ず、借入資金による弁済は否認の対象となるとし、危機否認を認めた。この判決は、その根拠について「蓋シ破産債権者ハ破産手続ニ於テノミ其ノ權利ヲ行使シテ平等公平ナル弁済ヲ受クヘキモノナルヲ以テ、破産者カ破産手続外ニ於テ任意ニ特定ノ債権者ニ弁済ヲ為ストキハ其ノ弁済資金カ他ヨリ融通セラレタルモノ（即破産債権トシテ返還セラルヘキモノ）ナルト否トヲ問ハス破産債権者間ノ平等公平ナル弁済ハ阻害セラレ破産債権者ヲ害スル結果トナルヘキヲ以テ、何レノモ場合ニ於テモ破産管財人ヲシテ弁済ヲ否認スルコトヲ得セシメ弁済資金ヲ破産財団ニ復帰セシメテ平等公平ナル弁済ヲ期スルノ必要アレハナリ。」とする。

また、大判昭和一五年五月一日⁽⁷⁾は昭和一〇年判決を踏襲し、債務者Aが支払停止後Bから借り入れた資金によりYに対する債務を弁済したが、特定の債務の弁済にあてる旨の約定は認定されていないという事案において、「破産者カ支払停止以後破産宣告前ニ破産債権者ニ対シテ為シタル弁済ハ他ヨリ融通セラレタル資金ヲ以テ為シタルト否トヲ問ハス総テ之ヲ否認スルコトヲ得ヘキモノタルコトハ当院判例ノ示ス處ニシテ之カ変更ノ要アルヲ見ス。」として否認権の行使を肯定した。

戦後も、大阪高判昭和三七年五月二八日は「破産者が危機に際し一部債権者に満足を与えようとする主観的な動機で弁済資金を借り入れたものであるにしても、客観的にみて、その資金は破産者の財産に組み入れられたものというべく、もはやその資金は、将来破産財団を構成するものとして、破産債権者間に平等・公平に分配されなければならない。もしもそうでないとすると、破産の暁において、破産債権者殊に新たな借入先である破産債権者は、完済を受けた一部債権者に比べて、不当に不利な犠牲を強いられる結果を生ずる。」として借入資金による弁済が危機否認の対象となることを肯定した。

また、横浜地判昭和三八年二月二五日は、「破産法七二条第二号所定のいわゆる危機否認の目的は、破産寸前の危険状態において一部の債権者だけに独占的満足を与えるような破産者の偏頗行為を否定することによって破産手続における平等的弁済の目的を実現することにあるものというべきであり、又、たとえ破産者その用途を弁済資金に限定して借入れた金員であっても、それが、一旦破産者の財産に帰属した以上、将来破産財団を構成し、破産債権者間に平等に分配されるべきものといわなければならない。」として危機否認を肯定した。

さらに、大阪高判昭和六一年二月二〇日は、「債務者が新規に金員を借り受け、これを債権者に弁済した場合、全体としてみると債務者の積極及び消極財産は従前と数量的に変動がなく、また、本件においては前記のように借入先はいずれも債務者と

近い身分関係にある者であって、借入に際し特に担保設定など従前の控訴人に対する以上の条件が付されたことを認めるに足る証拠はないから、右借入による弁済は他の一般債権者を害しないものと解しえないではない。しかしながら、破産手続が破産債権者間の平等公平な弁済を目的とする点から考えると、本件におけるように支払停止がなされた以後の時点において特定債権者のみが満足を得ることは債権者の平等を害することは明らかであって、このような方法による弁済が否認の対象とならないとすると、危機的状況に債務者が陥り込んだ場合、特定債権者が債務者に借り入れを強要するなどの弊害を生ずる危険性もあることなどを考慮すると、借入金を特定の債務の弁済にあてることにつき当該債権者、破産者、貸主間に合意があり、しかも新規の借入債務が従前の債務よりその態様において重くないという事情がある場合においても、その弁済は不当性を有するものとして否認すべきものと解するのが相当である。」として危機否認を肯定している。

2 本判決の意義

このような判例の流れのなかで、本判決は最近の多数説の立場に立ち、借入資金による弁済は原則的には故意否認の対象となるが、特別の事情がある場合には故意否認の対象とならないことを認めた。そして、その特別の事情については、①融資者が特定の債権者への返済を条件として融資し、そうでなければ融資をしなかったこと、②債務者が融資金を他の用途に使用し

たり、他の債権者が差押えその他の方法により融資金から弁済を受けたりすることが実質的にみて全く不可能な状況にあったこと、の二つの要件がある場合には、特別事情があるものと判断した。ただしこれは特別事情がある場合についての一般的な要件を必要十分なものとして判示したのではなく、事例的な判断を行なったと解すべきものと思われる。

また、本事例は故意否認に関するものではあるが、危機否認についての判例の射程距離も実質的に限定したものといえることができる。ただし、前述した昭和一〇年判決は新債務の態様が旧債務の態様よりも重かった事例であるし、また昭和一五年判決は借入れに際し特定の債務の弁済にあてる旨の約定がなされた旨が確定されていないため、これらの判例も、本件事例のよるな場合にまで否認を肯定する趣旨であったかどうかは不明である。したがって本判決をもって判例変更があったとまではいえないのではないかと考える。第一審、原審が、昭和一〇年、一五年判決が本件と事案を異にし、直接の参考とすべきでないとしている点もこのことを裏付けるものといえる。

3 学説の動向

まず、借入資金による弁済の否認を全面的に肯定する見解（積極説）は、借入れによりいったん債務者の財産にその資金が組み入れられた以上、それは将来債権者の共同担保となるべき財産を構成するから、それによる一部債権者への弁済は共同担保を減損する偏頗行為にあたること、借入前と弁済後では破

産者の総財産は変動しないが、従前の債権者のうち特定の者だけが満足を受ける以上、弁済は債権者間の公平、平等を害する偏頗行為であることなどを根拠として否認を肯定する。たとえばある見解は「破産法七二条二号三号が支払停止後の破産者の債務消滅に関する行為を否認せしめる所以は、破産財団に依る平等弁済を妨げ為に他の破産債権者を害することにある。……苟も破産財団たるべき財産に依って優先的に弁済を為す限り、其の財産が如何なる原因で之に帰属したかを問はず平等弁済を妨げ他の債権者を害することとなるのである。」とする。また「否認を免れるとすると、債務者の危機を知った債権者が、他からの借入れを強要し、元利あわせて借り替えさせるなど、弊害も多い」ことを根拠とする見解も主張される。ただし、これに対しては「危機状態に陥った債務者に対して、債権者がどんな方法によっても弁済をするように債務者に強硬に申し入れをすることは当然のことで、それを以て否認の要件とするようなことは余りにも無茶である」との批判もある。

これに対して否認を全面的に否定する見解は見あたらないが、否認を制限的に肯定する見解（制限的消極説）は多数主張されている。この見解は、借入金による弁済は原則として否認の対象とならしたうえで、しかし本件のように特定の債務の弁済にあてる約定で第三者から借り入れた金員により当該債務が弁済された場合、借入債務が弁済された旧債務よりその態様において重くないという事情、借入金を特定の債務の弁済にあてる

ことが予定されており、それ以外の使途に用いるのであれば借りられなかったなどの特別な事情がある場合には、弁済は例外的に否認の対象からはずれるとするものである。その根拠としては、①このような弁済は、弁済行為だけでなく借入行為も一体として評価の対象とすべきであり、このような観点から考えれば、借入前と弁済後とは実質的に破産者の財産の総額に変動はなく、破産債権者の受ける配当額を低下させていないこと、②特定の債務の弁済にあてることが貸付の際に協定された借入金は、これがもし一般債権者への配当の財源となるのであればそもそも破産者に貸し付けられなかったものであるから、他の債権者が破産財団に組み込まれることを期待すべき筋合いの財産ではないこと、③従前の債権者から第三者に債権譲渡がなされ、第三者が対価を支払った場合や、第三者による弁済の場合には、特定の債権者だけが債権の満足を受けたとしても原則として否認することはできないところ、第三者からの借入金による弁済も実質的にみると債権者が弁済受領者から貸主に交替しただけであり、実質は債権譲渡である以上、これに否認を認めることは、第三者による弁済などの場合と比べ、均衡を失すること、⁽¹⁷⁾などの点が主張される。ただし、制限的消極説のなかでもその法的構成については、有害性がない（破産債権者を害さない）とする見解⁽¹⁸⁾、不当性がないとする見解⁽¹⁹⁾、相当性がないとする見解⁽²⁰⁾に分かれている。また、どのような要件があれば特別な事情と認められるかについても必ずしも見解

が一致していない。⁽²¹⁾多数の見解は、①借入債務が弁済された旧債務よりその態様において重くないこと、②特定債務の弁済にあてることが予定されており、それ以外の使途に用いるとすれば借りられなかったことをその要件として挙げるが、そのほかにも①、②に加え、③借入れと弁済とが密着してなされたことも要するとする見解や、①のほかに④借入金を特定の債務の弁済にあてることが貸主、債務者及び債権者間で協定されていることも要するとする見解⁽²¹⁾、②に加え⑤借入れの経緯に照らして、破産者が融資金を他の用途に使用する余地がないこと、⑥他の債権者が差押えその他によりこの融資金から弁済を受けることが実際に不可能だったこと、⑦新規融資者の側に、他の債権者をさしおいても特に特定の債権者への弁済をはかる必要性なし必然性が認定されることを要するとする見解⁽²⁵⁾、①、②に加え、⑧特定債権者が自己の債権の回収をはかるために、強引に第三者の融資を要求した場合でないことを要するとする見解⁽²⁶⁾などが主張されている。ただし、なぜこのような要件があれば否認できなくなるのかについては、必ずしも明確な根拠が挙げられていないようである。

4 検討

借入れと弁済を別個独立のふたつの行為であるとみると、弁済が偏頗行為として否認の対象となる可能性が生じる。これに對し、両者を不可分一体のものとしてひとつの行為としてみると、この一体の行為は債権譲渡と実質上類似するという論がな

りたつため、否認の対象とならない可能性が生じる。そこでこれらを別個独立のものとして解すべきか、一体として解すべきかが問題となる。

思うに、借入金を特定の債務の弁済にあてることが貸主、債権者および債権者間で協定されており、それ以外の使途に用いるとすれば借りられなかったというような場合には、確かに経済的にみた場合、貸付けと弁済とは密接不可分の一体ということができるであろう。しかしこれを法律的にみると、借入行為は金銭消費貸借契約であり、弁済は、争いはあるが一般には準法律行為と解されており、これらはいくまで別個の法律的行为である。両者は別々のものとして単独で行なわれることもある以上、これを法律的に不可分としてとらえることはできず、あくまで二つの行為として取り扱われるべきである⁽²⁷⁾。もっとも借入れと弁済を不可分一体として取り扱い、否認を否定する場合を認める見解も、たとえば借入金債務の態様が、弁済によって消滅した旧債務より重い場合には否認を認めるが、その場合の否認の対象は弁済のみと解している。すなわちこの場合には借入れと弁済とは切り離されたものと解しているものであり、このことは借入れと弁済が実は一体ではないことを認めるものと解される。

次に、どの時点とどの時点と比較して、共同担保が減少したと解するのが問題となるが、これはあくまで債務者が否認の対象となる行為を行なった時の前後を比較すべきである⁽²⁸⁾。すな

わち本件においては弁済時を基準としてその前後で共同担保の減少があったかどうかを検討すべきである。ところが本件判旨は、「各貸主からの借入前と本件弁済後とは、破産者の積極財産の減少も消極財産の増加も生じていない」として、借入前と弁済後の比較をしている。したがってこの点については、本件判旨に反対である。

さらに、本件において否認権の行使が認められるためには、その前提として借入金が共同担保、つまり破産財団の中に属していなければならない。借入金が共同担保に属しているかどうかを検討するためには共同担保の範囲を確定しなければならないが、ある財産が共同担保の範囲に入っているといえるためには、それが①積極財産であること、②破産者に属する財産であること、③財産が破産宣告時において破産者に属していること、④差押可能な財産であること、⑤財産が日本国内にあることが必要である（破産法三条、六条）。

問題は要件②である。ある財産が破産者に属しているかどうかは、その財産が破産者の支配領域に客観的にみて属しているかどうかという事実によって定まる。したがって借入金が破産者の共同担保の範囲に属したといえるためには、それが破産者の支配領域に客観的にみて属したといえなければならない。

ところが本件における貸付けの態様は、大和銀行京都支店においてAの代表取締役が大阪証券金融の社員から交付を受けた額面五億円の小切手をその場でただちに同支店のYの普通預金口

座に振り込んだというものである。このことからみると、本件の五億円の小切手は客観的にみてAの支配領域に属したとはいえない。すなわち借入金には破産者に属する財産ではないことになり、その結果破産債権者の否認の対象とならないことになるのである。²⁹⁾

否認の対象とならない特別の事情があるための要件として前述の学説が挙げる②③⑤⑥の要件は、むしろこの債務者の支配領域に財産が入っているかどうかを定めるための具体的な事情と解すべきである。なお、本件は事実関係の捉え方によっては、むしろ実体法上の構成として第三者弁済とする余地もあったのではないかと考えられる。

これに対し、いったん債務者の支配領域に入った借入金で弁済がなされた場合には、たとえ特定の債権者に弁済するという約定で債務者が金員を借り入れたとしても、これを債権譲渡あるいは第三者弁済と同視することはできない。債権譲渡は債務者の財産に属さない金員で弁済がなされ、そのために債権者を害する結果が生じない場合であるのに対し、借入金による弁済はあくまでいったん自己の支配下に入った金員で行なう弁済だからである。また、このような場合に当該借入金を否認の対象からははずすということは、債務者の財産であるが、共同担保には入っていない財産を認めることになるが、法はそのようなものを法定の差押禁止財産以外に認めてはいないと解されるからである。³⁰⁾ 共同担保の範囲は破産債権者を始めとする破産をめぐ

る利害関係人すべてに関わるものであるから、その範囲は客観的事実によって定まるものであり、一部の者の意思によりこれを変更することはできないはずである。この点で、本件判旨および一部の学説が、破産者が借入れの際各貸主との間で借入金を被告上告人に対する特定の債務の弁済に充てることを約定し、この約定をしなければ借入れができなかったこと、すなわち約定を根拠として当該借入金が破産者の共同担保の範囲からはずれると解することには賛成できない。

では、制限的消極説の多くが主張する、借入債務が弁済された旧債務よりその態様において重くないことという要件はどのように位置づけられるべきものであろうか。

思うに、同じく債務者を害する行為であっても、破産法は債務者の共同担保を絶対的に減少させる詐害行為と、債務者の共同担保は減少させないが破産債権者間に不平等を生じさせる偏頗行為とを別個独立のものとしている。とすれば、偏頗行為となるかどうかについての判断の中に債務者の共同担保の絶対的減少という要素が入ってきてはならないはずである。新債務の態様が旧債務の態様よりも重いということからは共同担保の絶対的減少は生じるが、債権者間の不平等は生じない以上、これは詐害行為とはなっても、偏頗行為となるかどうかの判断にこの要素を組み込むことは不当である。したがって、借入債務が弁済された旧債務よりその態様において重くないことという要件は、債務の弁済が否認の対象となるかどうかの判断にあつ

て考慮すべきではない。⁽³¹⁾むしろこの要件は、借入行為が否認の対象となるかどうかを判断するについて検討されるべきものと考えられる。

すなわち、借入金が債務者の支配領域に入らない態様において弁済がなされた場合には、その利害状況は実質的にみて第三者による弁済と同視してよい。そこで新債務の態様が旧債務より重い場合には、その分だけ債務者の共同担保が絶対的に減少するから、詐害行為として否認の対象となると解されるのである。

これについて故意否認を認めるためには、債務者の行為があったかどうかが問題となると考えられる。否認権の行使、特に故意否認について債務者の行為を要するかどうかについては争いがあるが、仮にこれを肯定し、債務者の行為を要するものとしても、債務者は借入れの際にはなんらかの意味において一定の役割を果たしているといえるから、そこに債務者の行為があるとしてよいものと解する。

三 本旨弁済の故意否認について

1 問題点

本事例は支払停止前における本旨弁済についての故意否認に関するものである。そこで、債務の弁済が故意否認の対象となるかどうかについて問題が生じる。ただし、借入金による弁済を一体としてとらえた場合、これはひとつの特殊な法律行為であるとも考えられる。このような立場にたつと、本旨弁済の故

意否認の問題は必ずしも生じてこないとも考えられる。また、本判決もこのことについてはまったく言及していない。

2 判例の傾向

大審院および最高裁は一貫して本旨弁済の故意否認を肯定する。⁽³²⁾

たとえば最判昭和四二年五月二日⁽³³⁾は、破産者が支払停止前にした本旨弁済でも、その弁済が他の債権者を害することを知らずなされたものであるときは、七二条一号により否認することができることを認め、その根拠として「けだし、同条（七二条一号、筆者注）にいう『行為』が本旨弁済を除外する趣旨とは解されないのみならず、右のような場合に本旨弁済を否認することができないとする実質的理由はなく、右のように解しても（本旨弁済の故意否認を認めても、筆者注）、当該弁済を受領した特定の債権者の利益を不当に害するとはいえないから」とする。

3 学説の動向

学説においては、従来は本旨弁済の故意否認を否定する見解が有力であった。⁽³⁴⁾その根拠としては、①本旨弁済はそれにより債務も消滅するため破産者の総財産に増減をきたさず、有害性がないこと、②条文の文言として七二条一号は「債権者ヲ害スルコト」と規定するのに対して、二号は「担保ノ供与債務ノ消滅ニ関シタル行為其他破産債権者ヲ害スル行為」と規定し、否認の対象を異なるものとしていること、③一号はローマ法のバ

ウルス訴権に起源を有するのに対して二号はイタリア都市法に起源を有し、その沿革が異なることなどが挙げられていた。

しかし現在では、本旨弁済の故意否認を肯定する見解が圧倒的多数である。³⁵⁾ その根拠としては、①支払停止以前または宣告の一年以前でも債務者が倒産状態にあり債権の実価は低落していることは多く、このような、もはや平常時であるとはいえない実質的危機時期において実価の下がった債権に対し実価で弁済を行なうことは、実質上債務者を害する行為であること、②七二条一号の文言は本旨弁済を別段排除していないこと、③破産法七二条が二号において支払停止以後の危機時期における弁済行為の否認を規定したのは、この時期における否認には債務者の許害の意思の立証を免除したものと理解することもできることなどが挙げられる。

思うに、否認権はたしかに破産債権者全体の利益のために、破産財団の維持および回復を目的として行使されるものであるが、それは財産を財団に返還しなければならない受益者または転得者の不利益のもとになされるものであるから、その行使の可否は破産債権者と受益者の利益の調和のもとに決せられなければならない。そして否認権の行使を受ける債権者は本来破産者が破産しない限り各自任意に弁済を受ける利益を有している以上、他の債権者を顧慮する必要は原則としてないはずである。破産法は、このような破産前におけるいわば早い者勝ちの原則を前提としながら、ただ債務者が破産にひんした状態に陥ると

債権者間の公平が害され、破産の目的も十分に達せられない場合があることを考えて、例外的に支払停止後でも宣告より一年前という時期（八四条）における本旨弁済の否認を認めたと考えられる。³⁶⁾ そして七二条二号三号がこのような債権者の当然の弁済受領権能に対する例外規定である以上、この限界をこえて債権者の権利行使である本旨弁済を一号で否認することは許されない。すなわち破産法は破産の場合の平等弁済を法的に強制するために危機時期に限り本旨弁済の否認を認めるにすぎないと解されるから、これをそれ以前まで及ぼすことはできないと解されるのであり、これに故意否認を認めることは、偏頗行為により不利益を受ける破産債権者の利益を不当に保護しすぎることになるのである。

また、七二条一号は受益者に善意の立証責任を負わせている。このため二号よりも受益者の負担が大きく、受益者は、否認を免れるためには善意の立証に腐心しなければならぬ³⁷⁾ わけで、二号否認とのバランスからみて公平を失するとの指摘も重要と考える。

以上の点から本旨弁済の故意否認は否定されるべきであると考える。ただしこのように解したとしても本判決の意義は失われるものではなく、前述したように借入資金による弁済についての危機否認の可否を実質的に限定するものとして重要な意味をもつものである。

(一) 現先取引契約とは、一般に条件付債券売買ともいわれる債券売

- 買の特殊な形態であり、一定期間後に一定金額で買い戻すことをあらかじめ約定して債券を売る売買の形態をとる。実際には一ないし三カ月の短期取引が中心であり、売却価格は市場価格を基準として定められるが、買戻価格は相対の商議により決定される。その機能は債券担保金融と同じであるといわれる。大竹たかし「本件判批」最高裁判所判例解説四五巻五号一三四頁参照。なお、「本件判批」ジュリスト一〇二六号九三頁参照。
- (2) 京都地判昭和六三年三月二十九日判例時報二一九〇号一〇七頁、判例タイムズ六七八号二一一頁。この判決については、落合誠一「判批」ジュリスト九一九一三〇頁の評釈がある。
- (3) 大阪高判平成元年四月二七日判例時報一三三三六号一二三頁、判例タイムズ七〇四号二六八頁。この判決については、上野泰男「判批」別冊ジュリスト一〇六号（新倒産判例百選）七七頁、佐野正幸「判批」判例タイムズ七三五号三一八頁、松下淳一「判批」ジュリスト九九八号一二三頁の評釈がある。
- (4) その他、特別融資が行なわれた際に、返済先は特定していないなどの主張があるが、これについては省略する。
- (5) 民集一二巻八号七五三頁。
- (6) 民集一四巻一五号一四一二頁。
- (7) 法律新聞四五八〇号一二頁。
- (8) 判例時報三一〇号一七頁。
- (9) 金融法務事情三六五号七頁。
- (10) 判例時報二二〇二号五五頁。
- (11) 兼子一「判例民事法 昭和一〇年度」三六〇頁。ただし、この見解は、他人から特に特定の債務の弁済資金として用途指定のうえ贈与を受けた財産で個々の債務を任意に弁済した場合には「かかる弁済は当該債権者の恩恵的な特典で、他の債権者が之と同様の取扱
- いを受ける権利を主張し得る訳ではないから、不平等と非難し得ない。」としてこれを否認できないとする。同旨、中田淳一「破産法・和議法」一六二頁（有斐閣、昭三四）、岡松行雄「第三者からの借入金で弁済した場合、右弁済を否認できるか」判例タイムズ二〇号七四頁、谷口安平「倒産処理法」二五一頁（筑摩書房、第二版、昭五五）、宗田親彦「最近10年間の破産判例の動向II」民事訴訟雑誌一八号一九九頁など。ただし岡松氏は「使途について破産者が融資者に対し特定債権者に弁済する義務を負っている場合には格別に解すべきかも知れないが」と疑問を留保され、宗田氏は後に見解を改められた。
- (12) 霜島甲一「倒産法体系」三四四頁（勁草書房、平二）。
- (13) 鈴木正和「肩代わりによる債権回収と否認」判例タイムズ七〇二号八二頁。
- (14) なお、加藤正治「破産法研究、第一〇巻」五三頁（有斐閣、昭一八）参照。
- (15) 加藤・前掲注（14）五一頁、斎藤秀夫ほか編「注解破産法」三五〇頁（宗田親彦）（青林書院、改訂版、平四）など。
- (16) 上野・前掲注（3）七七頁、山下朝一「判批」金融法務事情三七二号二二頁など。
- (17) 中野貞一郎ほか編「基本法コンメンタール破産法」一〇五頁（池田辰夫）（日本評論社、平二）など。
- (18) 斎藤秀夫ほか編「演習破産法」四五四頁（井上治典）（青林書院新社、昭四八）、鈴木正和「否認権をめぐる諸問題」鈴木忠一ほか監修「新・実務民事訴訟講座、第一三巻」一二三頁（日本評論社、昭五七）、石川明「破産法」二二二頁（日本評論社、昭六二）、伊藤真「破産法」二九六頁、三〇一頁（有斐閣、新版、平二）、若林安雄ほか「破産法講義」一三八頁（中央経済社、平三）、青山善充は

- か「破産法概説」一八八頁〔伊藤真〕（有斐閣、新版、平四）、林屋
 礼二ほか「破産法」一七〇頁〔福永有利〕（青林書院、平五）など。
 (19) 山木戸克己「破産法」二〇二頁（青林書院新社、昭四九）、大
 村雅彦「本件判批」判例評論四一六号四九頁など。
 (20) 宗田・前掲注(15)三五〇頁。
 (21) 大竹・前掲注(1)一三七六頁参照。
 (22) 岡松・前掲注(11)七四頁、片山通夫「判批」民商法雑誌三卷
 二号一六頁、齋藤ほか・前掲注(18)四五四頁〔井上〕、鈴木・
 前掲注(18)一二三頁、石川・前掲注(18)二二二頁、青山ほか・
 前掲注(18)一八八頁〔伊藤〕、林屋ほか・前掲注(18)一七〇頁
 〔福永〕など。
 (23) 伊藤・前掲注(18)二九六頁。
 (24) 山木戸・前掲注(19)二〇二頁。
 (25) 伊藤尚「本旨弁済と故意否認」NBL四五四号三六頁。
 (26) 落合・前掲注(2)一三〇頁。
 (27) 井上薫「借入金による弁済の否認」判例タイムズ八一四号三八
 頁。本稿はこの論文および中西正「判批」法と政治三八卷二号三九
 一頁によるところが大きい。
 (28) 井上・前掲注(27)四七頁。
 (29) 井上・前掲注(27)四八頁。
 (30) 中西・前掲注(27)三九七頁。
 (31) 中西・前掲注(27)三九九頁、松下・前掲注(3)一二五頁も
 同旨か。
 (32) たとえば大判昭和七年二月二日民集一二卷二六六頁、大
 判昭和八年二月二日民集一二卷三〇四三頁、大判昭和十五年九
 月二日民集一九卷一八九七頁など。
 (33) 民集二二卷四号八五九頁、判例時報四八六号四一頁、判例タイ

- ムズ二〇八号一〇四頁。
 (34) 菊井維大「判例民事法 昭和八年度」二二二事件、板木郁郎
 『否認権に関する実証的研究』二六八頁（立命館出版部、昭一八）、
 兼子一「判例民事法、昭和一五年度」一〇六事件、中田・前掲注
 (11)一五八頁など。
 (35) 中田淳一「判批」民商法雑誌五七卷六号九〇八頁、新堂幸司
 「判批」法学協会雑誌八五卷五号七六一頁、齋藤秀夫ほか編「演習
 破産法」四一五頁〔小山昇〕（青林書院新社、昭四八）、山木戸・前
 掲注(19)一八一頁、鈴木・前掲注(18)一二二頁、谷口・前掲注
 (11)二五〇頁、伊藤・前掲注(18)二九五頁、齋藤ほか・前掲注
 (15)三四八頁〔宗田〕、青山ほか・前掲注(18)一八三頁〔伊藤〕、
 林屋ほか・前掲注(18)一六五頁〔福永〕など。
 (36) 石川・前掲注(18)二二〇頁、二二三頁。
 (37) 加藤哲夫「破産法」二二八頁（弘文堂、平三）。

河村 好彦