

Title	〔最高裁判事例研究三九五〕 破産債権者が破産宣告の時ににおいて期限付又は停止条件付であり破産宣告後に期限が到来し又は停止条件が成就した債務に対応する債権を受働債権とし破産債権を自働債権として相殺をすることの可否 (最高裁平成一七年一月一七日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	小原, 将照(Ohara, Masateru) 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	2005
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.78, No.11 (2005. 11) ,p.42- 52
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=AN00224504-20051128-0042

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.

〔最高裁民訴事例研究 三九五〕

平一七二 (民集五九卷一号一頁)

破産債権者が破産宣告の時に於いて期限付又は停止条件付であり破産宣告後に期限が到来し又は停止条件が成就した債務に対応する債権を受働債権とし破産債権を自働債権として相殺をすることの可否

破産債権確定、解約返戻金請求事件 (平成一七年一月一七日
最高裁第二小法廷判決)

〔事実〕

A は、平成一一年二月一九日に破産宣告を受け、X が破産管財人として選任された。Y 保険会社は、平成二年三月三〇日以降、A との間で五〇余りの積立普通傷害保険契約等の保険契約 (以下「本件保険契約」) を締結していた。

ところで、Y 保険会社は、A が代表取締役を務める B 株式会社との間で平成八年三月二八日に B 所有の建物について、火災保険契約 (以下「本件火災保険契約」) を締結した。A は、火災保険金を詐取しようと企て、自らの経営する B 所有

の建物に放火したため、平成九年一月一六日に火災が発生 (以下「本件火災」) し、建物及び建物内の機械等が全焼した。本件火災が A の放火によるものであることを知らなかった Y 保険会社は、同年二月一八日、B 株式会社に対して、本件火災保険契約に基づき、本件火災を原因として二五一四万円余を支払った。その後、本件火災が A の放火によるものであることが発覚したので、Y 保険会社は、A を被告として、保険金詐取の不法行為による損害賠償等を求める訴訟を提起した (以下「別件訴訟」)。A が破産宣告を受けた時点でこの訴訟は係属中であつたため、X が受継した。

X は、平成一一年四月二日に、本件保険契約について契約を解約する旨の意思表示を行い、Y 保険会社に対して満期返戻金及び解約返戻金の支払いを求めた。Y 保険会社は、X の請求に対して、同年五月一五日に、本件保険契約の解約による満期返戻金及び解約返戻金と A の不法行為に基づく損害賠償請求権等を相殺する旨の意思表示をし、同月一九日に相殺後の残額二七六万円余を X に対して支払った。これに対して、X は、破産宣告時に既に満期が到来していた保険契約の満期

返戻金との相殺は認めたと、破産宣告後に満期が到来した本件保険契約の満期返戻金及びXの本件保険契約の解約によって発生した解約返戻金の支払いを求めて訴えを提起した。

一審は、本件訴訟と別件訴訟を併合した上で、別件訴訟については重複訴訟の禁止に当たるとして訴えを却下し、本件訴訟については、「原告(Y)の債務負担は、破産宣告後の債務負担であつて、これら保険契約が金融商品としての色彩を持っていることや保険事故が発生する蓋然性が低いことなどを考慮しても、原告(Y)には、原告(Y)の損害賠償請求権と満期返戻金ないし解約返戻金とを相殺する合理的期待が存するとは認められず、右相殺は、(旧)破産法一〇四条一号の相殺禁止の規定の適用又は類推適用により、許されないと解される。

(旧)破産法九九条後段は、破産債権者の債務が期限付あるいは条件付であつたり、将来の請求権に関するものであつても相殺することを認めているが、被告(X)は、損害保険契約という双務契約上の保険者としての契約上の地位を有するものであり、単に、原告(Y)において、期限の利益等を放棄するのみで解決するものではなく、これを認めれば、債権者の保険契約者としての地位、すなわち、保険事故が発生した場合に保険金の支払いを受けられる利益を奪うことになつてしまうから、(旧)破産法九九条後段の適用はないと解するのが相当である。」(一)は評釈者による。)と述べ、Y保険

会社の相殺の主張を認めず、Xの請求を認容した。これに対して、Y保険会社が控訴。

原審は、「破産債権者のする相殺について、(旧)破産法一〇四条一号では、破産債権者が破産宣告の後破産財団に対して債務を負担したときは相殺をし得ないと規定されている。しかし、その一方で、同法九九条後段では、受働債権が期限付き若しくは条件付きであるとき又は将来の請求権に関するものであるときといえども相殺をなすことができると規定されているところ、その法意は、破産債権者の相殺に対する合理的期待を尊重しようとするところにあると解される。このような同法九九条後段の法意に照らして考えると、破産債権者は、期限付き又は停止条件付き債務を負担している場合、期限の利益を放棄し、又は無条件なものと認めた上で相殺をすることが許されるだけでなく、破産宣告後に期限が到来した場合ももちろん、停止条件が成就した場合であっても、破産債権者が破産宣告時において当該停止条件付き債務を受働債権とする相殺についての合理的期待を有する場合には、同法一〇四条一号という破産宣告後債務を負担したときには該当せず、同法九九条後段によって相殺が許されると解するのが相当である。

…積立保険は、保険本来の補償機能に加えて、保険契約の満期時に満期返戻金を受け取れるという貯蓄機能が付加された点に特徴があるところ、保険金が支払われる確率は極めて

低く、解約返戻金又は満期返戻金の支払債務が発生する確率は極めて高いこと、その解約返戻金は保険経過年数とともに増加すること、積立保険契約を解約できる期間には制限がないこと、積立保険契約における解約返戻金及び満期返戻金の支払債権は、金融機関等により担保としての活用が図られていることを認めることができ、右のような積立保険における解約返戻金及び満期返戻金支払債務は、預金債権返還債務と類似した機能を有しており、契約当事者もそのような認識を有していることが明らかである。しかも、本件積立保険は、保険料が一時払い（全期前納）でなされたものであるから、預金と類似する面が一層強いということができる。このような本件積立保険に基づく満期返戻金ないし解約返戻金の預金類似の特質に鑑みると、保険会社である控訴人は、本件積立保険契約を締結して保険料の支払がなされた時点において、同契約に基づく満期返戻金ないし解約返戻金支払債権を受働債権として、将来 A に対して取得する債権との相殺を期待しており、その期待は合理的なものと考えるのが相当である。」

(一) は評釈者による。)と述べ、Y 保険会社の相殺の主張を認めた。これに対して、原判決には旧破産法九九条後段、一〇四条一号の解釈、および不法行為と相当因果関係のない弁護士費用等が相手方に発生した損害であると認定した点について最高裁判所の判例と相反する判断があることを理由として、X が上告受理の申立てを行い受理されたのが本件である。

〔判旨〕

一部棄却、一部破棄自判

「旧破産法：九九条後段は、破産債権者の債務が破産宣告の時に於て期限付又は停止条件付である場合、破産債権者が相殺をすることは妨げられないと規定している。その趣旨は、破産債権者が上記債務に対応する債権を受働債権とし、破産債権を自働債権とする相殺の担保的機能に対して有する期待を保護しようとする点にあるものと解され、相殺権の行使に何らの限定も加えられていない。そして、破産手続においては、破産債権者による相殺権の行使時期について制限が設けられていない。したがって、破産債権者は、その債務が破産宣告の時に於て期限付である場合には、特段の事情のない限り、期限の利益を放棄したときだけでなく、破産宣告後にその期限が到来したときにも、法九九条後段の規定により、その債務に対応する債権を受働債権とし、破産債権を自働債権として相殺をすることができる。また、その債務が破産宣告の時に於て停止条件付である場合には、停止条件不成就の利益を放棄したときだけでなく、破産宣告後に停止条件が成就したときにも、同様に相殺をすることができる。以上のように解するのが相当である。」

これを本件についてみると：特段の事情の存在がどうかかわれない本件において、被告人は、上記各債務に対応する本

件返戻金債権：を受働債権として相殺をすることができるといふべきである。これと同旨の原審の判断は正当として是認することができる。所論引用の判例（最高裁昭和四五年（オ）第四四九号同四七年七月一三日第一小法廷判決・民集二六卷六号一一五一頁）は、事案を異にし本件に適切ではない。：

不法行為の被害者が負担した弁護士費用は、被害者が当該不法行為に基づくその余の費目の損害の賠償を求めるについて弁護士に訴訟の追行を委任し、かつ、相手方に対して勝訴した場合に限って、事案の難易、請求額、認容額その他諸般の事情を考慮して相当と認められる額の範囲内のものに限り、当該不法行為と相当因果関係のある損害として賠償を請求することができる（最高裁昭和四一年（オ）第二八〇号同四四年二月二七日第一小法廷判決・民集二三卷二四四一頁、最高裁昭和五五年（オ）第一一一三号同五八年九月六日第三小法廷判決・民集三七卷七号九〇一頁）。

これを本件についてみると、第一審判決のうち被告原告の別件訴訟に係る訴えを却下した部分は確定しているのであるから、被告原告が別件訴訟の追行のために要する弁護士費用は、破産者の不法行為と相当因果関係がある損害とは認められない。

そうすると、これと異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。」

〔評 釈〕

結論には賛成するが、判旨に疑問が残る。

一 旧破産法九九条後段（新破産法六七条二項後段。以下、旧破産法を「旧法」、新破産法を「新法」とする。）は、破産債権者の負担する債務が破産宣告の時に於いて期限付又は停止条件付である場合、破産債権者が同債務に対応する債権を受働債権として相殺をすることは妨げられないと規定する。他方、旧法一〇四条一号（新法七一条一項一号）は、破産債権者が破産宣告後に破産財団に対して債務を負担したときは、破産債権者は同債務に対応する債権を受働債権として相殺をすることは許されないと規定している。

それゆえ、旧法九九条後段の解釈として、破産債権者が、破産宣告時に期限の利益を放棄して又は停止条件が成就したものと認めて相殺をすることができるとについては争いがないが、旧法一〇四条一号（新法七一条一項一号）との関係から、破産債権者が、破産宣告後に期限が到来し又は停止条件が成就するのを待つて相殺をすることができるとについては、これを消極的に解する見解と積極的に解する見解が対立していた。

本判決は、破産手続におけるこのような相殺について肯

定することを示した初めての最高裁判例であり、旧法九
 条後段および同一〇四条一号が新法にそのまま引き継が
 れていること(1)から、新法下においても重要な意義を有するも
 のと考える。(2)

二期限付又は停止条件付債務を負担する破産債権者が、
 破産宣告後に期限が到来し又は停止条件が成就するのを待
 って相殺することができるのかについて、これまでの裁判
 例は、当初破産手続に関するものは存在せず、商法四〇三
 条一項(3)によって旧法一〇四条が準用されているが旧法九
 条後段が準用されていない会社整理に関する事例が存在す
 るだけであった。

まず、本判決でも触れられている最小判昭和四七年七
 月三日(以下「昭和四七年判決」とする)(4)の原審である
 大阪高判昭和四五年二月二日(5)が、整理開始決定前に締結
 された処分清算型の譲渡担保契約に基づき、債権者が整理
 開始決定後に譲渡担保物件を処分して負担した剰余金の返
 還債務に対応する債権を受働債権とし、手続開始前の原因
 に基づく整理会社に対する譲渡担保の被担保債権とは別口
 の債権を自働債権とする相殺を、条件付債務を内容とする
 契約が整理開始前に締結された場合であっても、整理開始

後に債務を負担したときは、商法四〇三条一項、旧法一〇
 四条一号により相殺が禁止されると解し、このような相殺
 を否定し、続く昭和四七年判決も同様の趣旨により相殺を
 否定した。その後、東京高判昭和六一年二月二七日(6)が、商
 品取引員が会社整理開始決定後に商品取引所を脱退し商品
 取引責任準備預託金の返還を求めた場合において、この返
 還請求権を受働債権とし、商品取引所の有する値洗差金債
 権を自働債権とする相殺について昭和四七年判決を引用し
 相殺を否定した。以後、会社整理に関する裁判例を見るこ
 とはできず、このような相殺を消極的に解する見解で一致
 しているものと思われる。

これに対して、破産手続に関する事例は、福岡地判平成
 八年五月一七日(7)が、破産宣告前に締結された積立普通傷害
 保険契約に基づく破産宣告後の解約返戻金債務に対応する
 債権を受働債権とし、破産者に対する別口の貨物海上保険
 契約に基づく未収保険料債権と保証委託契約の履行に基づ
 く求償債権を自働債権とする相殺を相殺の合理的担保期待
 があるとして肯定したのが初めての裁判例であった(8)。その
 後、本判決の第一審である岡山地判平成一二年三月六日(9)が
 相殺を否定したが、名古屋高判平成一二年四月二七日は、
 破産宣告前に提供された建設協力金により建設された建物

を賃借していた賃借人が破産し、破産管財人が賃貸借契約を解除した事案において、敷金と建設協力金残金の返還請求権を受働債権とし、賃貸借契約の中途解約に伴う違約金請求権を自働債権とする相殺を相殺期待の合理的範囲を限定した上で肯定した。以後、本判決の原審である広島高判平成一三年二月八日⁽¹⁰⁾が相殺期待を合理的なものと認めて相殺を肯定し、東京地判平成一五年五月二六日⁽¹¹⁾も、信用金庫の会員が破産宣告を受けて信用金庫を脱退したため持分の払戻を請求し得ることとなったという事案において、この持分払戻請求権を受働債権とし、当該会員に対する貸金債権を自働債権とする相殺を相殺期待を合理的なものと認め肯定した。このように破産手続に関する下級審裁判例は、本件第一審を除いて破産宣告後に期限が到来し又は停止条件が成就するのを待つてする相殺について積極的に解していた。

三 学説においては、当初、期限付又は停止条件付債務を負担する破産債権者が、破産宣告後に期限が到来し又は停止条件が成就するのを待つて相殺することができるのかについて意識して議論されていたようではないが、破産者の債権が停止条件付であるときは、破産債権者は条件不成就

の機会を放棄して直ちに相殺をすることも、又はまずその債権を破産手続で行使し、その後条件の成就したときに相殺することも許されるとする見解⁽¹²⁾と、旧法九九条後段で許容される相殺に関して、破産債権者が条件不成就の可能性を放棄して行う相殺に限定して説明する見解⁽¹³⁾とに分かれていた。後者は、黙示的に条件成就を待つて行う相殺は許されないとする見解に立つものと理解されている⁽¹⁴⁾。

その後、昭和四七年判決を契機に議論が活発になった。現在までの議論を整理すると、大別して、期限付又は停止条件付債務を負担する破産債権者が、破産宣告後に期限が到来し又は停止条件が成就するのを待つて相殺することは許されないとする消極説とこれを許されるとする積極説が対立している。

消極説は、次のように説く。破産宣告時において停止条件付債務を負担している破産債権者の相殺期待は、無条件の債務を負担している者に比べてその程度は低い。にもかかわらず、旧法九九条後段が相殺権を与えているのは、破産債権者が停止条件不成就の機会を放棄することを代償として認められると考えられ、条件が成就し相殺が破産債権者にとつて一〇〇%有利になった段階では、条件成就が破産宣告後の債務負担に該当し、旧法一〇四条一号に

より相殺は許されないとする。⁽¹⁵⁾

これに対して、積極説は、次のように説く。旧法九十九条を他の規定と併せて見ると、同条後段は破産債権者の破産宣告時における相殺の担保的機能に対する合理的期待を保護しようとするものであること、停止条件付債務との相殺を一律に否定することは同条後段の趣旨を無にすること、破産においては会社更生等の再建型倒産処理手続とは異なり、相殺権の行使に特に時期的な制限を設けていないことを理由に、このような相殺は許容されるとする。ただし、相殺の合理的期待が認められない場合には、旧法一〇四条一号により相殺は認められないとする。⁽¹⁶⁾ 現在の通説は積極説であり、本判決の先行評釈も積極説を支持している。⁽¹⁷⁾

四 以上のような裁判例、学説の状況を踏まえて検討すると、消極説、積極説とも相殺期待の合理性という視点は異なるところはなく、相殺期待の「合理性」をどう評価するのか、という問題に集約されるものと思われる。⁽¹⁸⁾ 思うに、旧法九十九条後段の解釈として、条件不成就の可能性を放棄してでも相殺権を行使することこそ、相殺期待の「合理性」と評価しうる唯一の点であると解する消極説の見解は、破産という相殺の担保的機能がまさに必要とされる状況に

おいて、その機能を著しく低下させるものではないかと考える。確かに、期限付又は停止条件付債務を負担している破産債権者の相殺期待を無条件の債務を負担している破産債権者の相殺期待と同列に並べることができない。しかし、旧法九十九条後段がそのような破産債権者の相殺期待を保護しようとする趣旨について、無条件の債務を負担している破産債権者との利益考慮に重点を置いて検討すべきではないと考える。なぜなら、破産法における相殺権の拡張は、期限付又は停止条件付債務を負担している場合に限定されているわけではないからである。

したがって、これまでに積極説が主張してきた破産法における相殺権の拡張に関する他の規定との関係、破産手続上相殺権行使時期に制限がない点に加えて、相殺についていわゆる無制限説に立った最大判昭和四五年六月二十四日以後、裁判所が積極的に相殺を認める方向であること、⁽¹⁹⁾ および、支払停止後、破産宣告前に停止条件が成就した場合に破産債権者が危機時期について悪意であっても、旧法一〇四条二号但書（新法七一条二項二号）により破産宣告後であつても相殺をすることが認められることとのバランス⁽²⁰⁾ を考慮するならば、積極説の立場に立ち、破産債権者の持つ相殺期待の「合理性」を、他の破産債権者との関係を考慮

しつつ、個々の債務の性質を具体的に検討した上で評価すべきではないかと考える。それゆえ、積極説の立場に立つた本判決は、結論として妥当なものであると考える。

ただし、本判決により、例外的な場合を除き、期限付又は停止条件付債務を負担する破産債権者が、破産宣告後に期限が到来し又は条件が成就した場合に相殺をすることが認められる、と解することには疑問が残る。確かに、「特段の事情のない限り：相殺をすることができ。」と述べた本判決の判旨を素直に理解するならば、相殺を原則として制限しない趣旨であると考えられる⁽²²⁾。しかしながら、期限付又は停止条件付債務とはいえ、その内容は種々様々であり、すべての債務に常に相殺の合理的期待が認められるとはいえない状況にある。したがって、本判決のように相殺を原則として制限しない考え方ではなく、破産債権者の有する相殺期待の合理性を判断要素とする原審の考え方が妥当ではないかと考える。そして、本判決の理解としては、「積極説の立場に立つことを明らかにしたものと考え、「特段の事情」の考慮については、やはり相殺期待の「合理性」を評価し、他の破産債権者との関係を考慮した上で、保護すべき場合には相殺を認め、保護すべきでない場合には「特段の事情」有りとして相殺を認めない趣旨と理解す

べきであると考え⁽²³⁾。

では、具体的にどのような場合に相殺が認められることになるのか。本件で問題となった積立保険の解約返戻金・満期返戻金のように預金と類似する性質を持つものを基準として考えるのであれば、東京地判平成一五年五月二六日で問題となった信用金庫の持分払戻請求権は、相殺が認められるものと考え⁽²⁴⁾。

五 最後に、本判決の射程について検討する。本判決は、清算型倒産処理手続である破産手続についての判断である。それゆえ、端的に再建型倒産処理手続である会社更生や民事再生には、本判決の射程は及ばないと考えることも可能である。なぜなら、積極説の論拠の一つが、破産手続に相殺権の行使時期に制限を設けていないことを挙げ、本判決もそれを理由の一つとしてあげているが、会社更生法四八条一項、民法九二条一項では相殺権の行使時期に制限が設けられているからである⁽²⁵⁾。しかしながら、破産手続であつても手続終了までには相殺権を行使しなければならず、その意味では行使時期に制限があることも可能であり、また、会社更生や民事再生においても相殺権の行使時期の制限内であれば、何時でも相殺権を行使できることに違い

はない。したがって、相殺権の行使時期の制限内という制約はあるものの、本判決の射程は、再建型倒産処理手続である会社更生や民事再生にも及ぶと考える。

(1) なお、判旨の重要な点である相殺権の行使時期について、新法七三条は破産管財人の催告権と相殺権の行使制限を設けているが、同法一項但書により、受働債権が弁済期にあるときに限定されているため、本判決の結論に影響を及ぼすものではないと考える。

(2) 本判決の評釈として中西正「判批」NB L八〇四号八頁(平一七)、谷本誠司「判批」銀法六四八号五六頁(平一七)、野村秀敏「判批」金判一二二五号七頁(平一七)がある。また、調査官解説として三木素子「判解」ジュリ一二九八号一六二頁(平一七)がある。

(3) 会社法施行後に削除される予定である。

(4) 民集二六卷六号一一五一頁。この判決の評釈として、山本戸克己「判批」民商六八卷二号九七頁(昭四八)、霜島甲一「判批」判タ二八九号九五頁(昭四八)、桜井孝一「判批」判評一七三号二二頁(昭四八)、宗田親彦「判批」法研四六卷九号一二六頁(昭四八)、新堂幸司「判批」法協九〇卷一〇号一三六頁(昭四八)、紺谷浩司「判批」別冊ジュリ五二号(『倒産判例百選』)一一〇頁(昭五二)、青山善充「判批」別冊ジュリ六三三号(『会社判例百選』第

三版)一六二頁(昭五四)、同「判批」別冊ジュリ八〇号(『会社判例百選』(第四版))一六四頁(昭五八)、関沢正彦「判批」金法一一七号四〇頁(昭六二)、高見進「判批」別冊ジュリ一〇六号(『新倒産判例百選』)一三四頁(平二)、同「判批」別冊ジュリ一六三三号(『倒産判例百選』(第三版))一四〇頁(平一四)がある。また、調査官解説として、鈴木弘「判解」曹時二六卷一号一二二頁(昭四九)がある。

(5) 下民集二一巻一・二号三〇七頁。この判決の評釈として、高津環「判批」金法五九二号一四頁(昭四五)、上田徹一郎「判批」別冊ジュリ三八号(『銀行取引判例百選』(新版))一三四頁(昭四七)がある。

(6) 判タ六〇六号八九頁。この判決の評釈を見ることにはできなかった。

(7) 判タ九二〇号二五一頁。この判決の評釈として、宮川知法「判批」リマークス一五号一六〇頁(平九)、藤野健二「判批」損保五九卷二号二三七頁(平九)、三木浩一、工藤敏隆「判批」法研七二卷三号一〇九頁(平一一)がある。

(8) 民集五九卷一号一〇頁。

(9) 判タ一〇七一号二五六頁。この判決の評釈として、野口恵三「判批」NB L七二九号七一頁(平一四)、半田吉信「判批」判評五一六号七頁(平一四)がある。

- (10) 判タ一・二六号一七七頁。この判決の評釈として、中西正「判批」リマークス二四号一四二頁(平一四)、上肥將人「判批」ほうむ(損害保険ジャパン)四九号一〇六頁(平一五)、谷本誠司「判批」銀法六二五号五八頁(平一五)がある。
- (11) 金判一八一号五二頁。この判決の評釈として、藤林律夫「判批」金法一七〇二号一頁(平一六)、平野英則「判批」金法一七〇五号七頁(平一六)、谷本誠司「判批」銀法六三三号八一頁(平一六)がある。
- (12) 加藤正治『破産法講義(訂正増補)』(巖松堂書店、大一一)二二二頁、同『破産法要論』(有斐閣、昭九)二二五、二二六頁、青木徹二『破産法説明(第四版)』(巖松堂書店、大一一)二三九、二四〇頁など。なお、井上直三郎『破産法綱要第一卷(第五版)』(弘文堂書房、昭五)一一一、一一二頁は、旧法一〇四条一号にいう「債務負担」について、破産者の債権の停止条件が破産宣告後に成就した場合、これに当たらないと述べる。相殺を認める趣旨と解して良いと考える。
- (13) 斎藤常三郎『破産法大綱』(弘文堂書房、昭二)二六三頁、菊井維大『破産法概要(増補改訂)』(弘文堂、昭二八)九九頁、兼子一『強制執行法・破産法(新版)』(弘文堂、昭三九)二〇七頁、中田淳一『破産法・和議法』(有斐閣、昭三四)一三二頁。
- (14) 桜井・前掲注(4)二四頁、鈴木・前掲注(4)二二七頁、紺谷・前掲注(4)一一一頁、青山・前掲注(4)別冊ジュリ八〇号一六五頁、宮川・前掲注(7)一六二頁参照
- (15) 山本克己「倒産法上の相殺禁止規定(一)」民商八九巻六号二四頁(昭五九)、三三、三一頁、中野貞一郎「道下徹(編)『基本法コンメンタール破産法(第二版)』(日本評論社、平九)一五八頁[山本克己]」。その他、谷口安平『倒産処理法(第二版)』(筑摩書房、昭五五)二四二頁、宮川・前掲注(7)一六四頁も消極説を支持する。
- (16) 山本戸克己『破産法』(青林書院、昭四九)一六七頁、青山善充ほか『破産法概説(新版)』(有斐閣、平四)一四一頁「福永有利」、伊藤眞『破産法(第四版)』(有斐閣、平一七)三四八、三四九頁、林屋礼二「上田徹一郎」福永有利「破産法」(青林書院、平五)一一五、一二六頁「福永有利」、青山善充「倒産法における相殺とその制限(一)」金法九一〇号四頁、七頁(昭五四)、新堂幸司「保険会社の貸付金と解約返戻金との相殺(上)」金法一四三七号一五頁、一七頁(平七)、山本戸・前掲注(4)一〇四頁、桜井・前掲注(4)二四頁、宗田・前掲注(4)一三三頁、新堂・前掲注(4)一四一頁、青山・前掲注(4)別冊ジュリ六三号一六三頁、同・前掲注(4)別冊ジュリ八〇号一六五頁、関沢・前掲注(4)四一頁、高見・前掲注(4)別冊ジュリ一六三号一四一頁、高津・前掲注(5)一七頁、藤野・前

掲注(7)二四三頁、三木Ⅱ工藤・前掲注(7)一一三頁、中西・前掲注(10)一四五頁、土肥・前掲注(10)一〇九、一一〇頁、藤林・前掲注(11)二頁、平野・前掲注(11)一二二頁など。

(17) 中西・前掲注(2)一〇頁、野村・前掲注(2)九頁。

(18) 中西・前掲注(2)一〇頁、宮川・前掲注(7)一六三頁、三木Ⅱ工藤・前掲注(7)一一三頁参照。

(19) 民集二四卷六号五八七頁。

(20) 伊藤進「差押と相殺」星野英一(編)『民法講座第四卷』(有斐閣、昭六〇)三三三頁、四七〇頁、近江幸治『民法講義Ⅳ(債権総論)』(成文堂、平六)三七六、三七七頁、平井宜雄『債権総論(第二版)』(弘文堂、平六)二九頁、鈴木祿弥『債権法講義(三訂版)』(創文社、平七)四二四頁など参照。藤野・前掲注(7)二四四頁、土肥・前掲注(10)一〇九頁も同様の理由を挙げる。

(21) 中西・前掲注(2)一〇頁。野村・前掲注(2)九頁もこの点を支持する。

(22) 谷本・前掲注(2)五六頁は、本判決を「合理的期待」の有無を問題にする立場を排したと評価する。

(23) 三木・前掲注(2)一六四頁は、相殺権の濫用に当たたる場合など例外的な場合の調整を図ったものと理解している。

(24) 野村・前掲注(2)一〇頁。同評釈は、名古屋高判平成一二年四月二七日で問題となった敷金と建設協力金返還請

求権にも本判決の射程が及ぶと解しているが、疑問が残るところである。

(25) 中西・前掲注(2)一〇、一一頁、野村・前掲注(2)一〇頁。

〔追記〕

本稿脱稿後に、栗田隆「判批」リマークス三二号一七八頁(平一八)を見る機会を得た。重要な示唆を得たが、本文に引用することができなかった。

小原 将照