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

Title	〔下級審民訴事例研究八二〕一 破産会社からの事業譲渡が、無償行為否認 (破産法一六〇条三項) の対象になるとされた事例 二 本来の弁済期が支払不能よりも前に到来する債務に対する期限前弁済が、非義務行為として、偏頗行為否認 (破産法一六二条一項二号本文) の対象になるとされた事例 (大阪高裁平成三〇年一二月二〇日判決)
Sub Title	
Author	小原, 将照(Ohara, Masateru) 民事訴訟法研究会(Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2020
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.93, No.5 (2020. 5) ,p.129- 144
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=AN00224504-20200528-0129

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.

〔下級審民訴事例研究八二〕

一　破産会社からの事業譲渡が、無償行為否認（破産法一六〇条三項）の対象になるとされた事例

二　本来の弁済期が支払不能よりも前に到来する債務に対する期限前弁済が、非義務行為として、偏頗行為否認（破産法一六二条一項二号本文）の対象になるとされた事例

大阪高裁平成三〇年一二月二〇日判決、控訴棄却（確定）（大阪高裁平三〇年㈜第一四六六号、同第一四六七号）、否認権行使等請求控訴、同附帯控訴事件、判例タイムズ一四五九号六四頁

〔事実の概要〕

＊本件の争点は多岐にわたるため、判示事項と関係する点についてのみ取り上げる。

株式会社A（以下「A社」という。）は、昭和四七年に設立された、パチンコ店向け卸売事業および自動販売機事業を業とする株式会社である。A社の代表取締役は、平成元年頃から平成二五年一一月までは甲が務め、同人の死亡後、同年一二月六日からは乙が務めている。

B株式会社（以下「B社」という。）は、パチンコ店向け卸売事業および自動販売機事業を業とする株式会社であり、B社は、平成六年五月に買収され、A社の関連企業となり、平成二二年頃以降、主としてA社からの委託業務を取り扱っていた。平成二六年四月二二日から乙が代表取締役を務めている（以下ではA社とB社を併せて「本件各破産会社」という。）。

本件各破産会社および乙は、平成二七年八月一二日、大阪地方裁判所に対し破産手続開始をそれぞれ申立て、同年九月二日、同裁判所において破産手続開始決定を受け、Cが本件各破産会社の破産管財人に選任された（以下では、A社の破産管財人X_1およびB社の破産管財人X_2とし、両名を併せて「Xら」という。）。

株式会社Y（以下「Y社」という。）は、経営コンサルタ

ント業務、パチンコ店向け卸売事業および自動販売機事業を業とする株式会社である。丙は、平成二六年頃から平成二八年四月三〇日までの間、Y社の専務取締役を務め、平成二八年五月一日にY社の代表取締役に就任した。

本件では、Xらが、Y社に対して、①Y社が本件各破産会社からその事業の一部（以下、対象となる店舗を「本件各対象店舗」という。）について無償で譲渡を受けたことについて、破産法一六〇条三項に基づき否認権を行使し、価額償還請求権等に基づき、A社に関する事業譲渡について四〇七三万円余の支払を、またB社に関する事業譲渡について七五四万円余の支払を求め、また②A社とY社の間で行われた貸金返還債務の弁済または代物弁済が、破産法一六二条一項二号または同項一号に該当するとして否認権を行使し、四一四六万円余の支払を求めた。

原審は、①について、破産法一六〇条三項にいう「無償行為」の意味と、会社法総則に定める事業譲渡と同法四六七条一項所定の事業譲渡の意味を確認した上で、本件の事実経過に鑑みて、単なる取引先の紹介に過ぎない、とのY社の主張を退け、本件各破産会社からY社への事業譲渡であると認定した上で、本件事業譲渡は破産法一六〇条三項にいう「無償行為」に該当するとして、Xらの請求を認めた。

また、②について、本来の弁済期が支払不能の発生の前の日である場合に、その後に発生した支払不能から遡って三〇日以内に期限前弁済がされたときに、破産法一六二条一項二号にいう「その時期が破産者の義務に属しない行為」に該当するといえるかが問題になるとした上で、A社による弁済または代物弁済が、一部を除き、破産法一六二条一項二号に該当するとして、Xらの請求を一部認めた。これに対して、Y社が控訴、Xらが附帯控訴したのが本件である。

〔判　旨〕

控訴棄却、附帯控訴棄却。

（①について＊一部原審の引用）「……破産法一六〇条三項にいう「無償行為」とは、破産者が経済的な対価を得ることなく財産を減少させ、又は債務を負担する行為をいう。また、会社法総則に定める事業譲渡と同法四六七条一項所定の事業譲渡とは、一定の目的のために組織化され、有機的一体として機能する財産（得意先関係等の経済的価値のある事実関係を含む。）の譲渡であって、譲渡会社がそれまで当該財産によって営んでいた事業活動を譲受人に承継させるものをいうと解される（最高裁昭和四〇年九月二二日大法廷判決・民集一九巻六号一六〇〇頁参照）から、このような意味での事業譲渡が経済的な対価を得ないでされた場合は、破産法一六〇条三項にいう「無償行為」に該当するというべきである。」

「……平成二六年九月以降の本件各破産会社（特にA社）とY社との取引関係の推移をみると、本件各破産会社とY社

は、本件各破産会社のパチンコ店向け卸売事業について、Y社が本件各破産会社から業務の一部の委託を受ける形態を経て、平成二七年四月以降、自社による一次卸売業者との直接取引及びA社を通じての一次卸売業者からの仕入れ等を開始するとともに、A社から取引先（パチンコ店）との取引に係る事業を譲り受けることにより、A社の二次卸売業者としての地位の一部を承継したものと評価できる（以下「本件事業承継」という。）。……

……取引先（パチンコ店）が結果的にY社との取引を望まなかったとしても、本件各破産会社からY社への事業譲渡の認定、判断を動かすものではない。

したがって、……Y社の主張はいずれも採用できない。二次卸売業者は、一次卸売業者及びパチンコ店の双方とも取引を行わなければパチンコ店向け卸売事業を成り立たせることができないという同事業の特殊性に鑑みても、Y社と取引先にお互いを紹介したにすぎないとのY社の主張は失当というほかない。」

「……以上のとおり、本件各破産会社は、Y社に対し、平成二七年四月一日、経済的な対価を得ることなく、本件各対象店舗との取引に係る事業を譲渡したものと認められる。

よって、本件各破産会社とY社との間で本件事業承継がされ、これが破産法一六〇条三項にいう「無償行為」に該当するとのXらの主張は理由がある。」

（②について）「破産法一六二条一項二号の趣旨は、時期に関する非義務行為（期限前弁済）についてみると、それが支払不能よりも前にされた場合であっても、弁済期まで待てば支払不能になることが確実であるときは、破産リスクを他の債権者に転嫁し、債権者間の平等を著しく害する行為であるため（有害性）、期限前弁済を受けた債権者がその点について善意である場合を除き、破産者の義務に属する行為よりも広く否認を認めるところにある。それは、同時に、弁済期が支払不能よりも後に到来する場合、債権者が期限前弁済を受けることによって、支払不能後の偏頗行為否認（同条項一号）を潜脱することを許さないという機能も有する（潜脱防止）。

この点に関し、破産法一六二条一項二号の文言上、弁済期と支払不能との前後関係について規律するものではないから、本件のように、期限前弁済における弁済期が支払不能よりも前に到来する場合にも、同条項二号の適用を考えることができるのか問題となる。

そこで検討するのに、本件のように弁済期が支払不能よりも前に到来する場合、本来の弁済期に弁済しても（本旨弁済）、もとより破産法一六二条一項一号の偏頗行為否認の対象ではないから、その潜脱防止は観念できない。しかし、上記の有害性の観点からみると、支払不能よりも前の段階でも、それまでに債務者の財務状況が徐々に悪化し、支払不能に陥

ることが確実であるという状態を観念することができる。この時期における期限前弁済は、本来の弁済期が支払不能よりも前に到来する場合であっても、やはりこれを受ける債権者のみに優先的な満足を与え、破産リスクを他の債権者に転嫁するものであって、債権者間の平等を害するという有害性の程度には変わりがない。

また、支払不能は、当該債務者について破産手続が開始された後、破産管財人により否認権が行使される段階になって主張立証され、定められる概念であって、債務者が期限前弁済をする時点では、後に支払不能が弁済期の前後のいずれに定まるのか不確定であるといえる。

そうであるならば、債務者が期限前弁済をした時点で、客観的には弁済期まで待てば支払不能に陥ることが確実である状態にあるため他の債権者を害するという状況にあり、かつ、債権者がその点について善意とはいえない場合、後の破産手続において支払不能が弁済期の前後いずれに定まろうとも、期限前弁済により破産リスクは他の債権者にすでに転嫁されたといえるのであるから、その有害性の程度に差違はないはずである。

以上によれば、本件のように弁済期が支払不能よりも前に到来する場合であっても、支払不能から遡って三〇日以内に期限前弁済がされたときは、破産法一六二条一項二号所定の「その時期が破産者の義務に属しない行為」に該当すると解するのが相当である。」

〔評　釈〕

判旨には一部疑問がある。

一　本判決の意義

実務上、破産手続開始申立前に事業の全部若しくは一部を第三者等に譲渡することがある。一方で、事業停止による事業価値の毀損や従業員の離散などを避けるという意味では、破産手続開始申立前に事業譲渡を行うことが有益である場合もあるが、他方で、事業譲渡は、「究極の財産換価」であることから、合理性・相当性を欠く破産手続開始申立前の事業譲渡は許されるべきではないとされる(1)。それゆえ、破産手続開始後に当該事業譲渡が詐害行為否認に該当するか否かのチェックが行われ(2)、後述するように事業譲渡の詐害行為性が争点とされた裁判例がいくつか存在する。本件は、従来の裁判例には見られない、事業譲渡に該当するか否か（事業譲渡性）が争われ、それが無償行為否認の対象になるかどうかの判断が示されており、その点に先例としての意義がある。なお、本判決では重視されていないが、事業譲渡を否認した場合の価額償還額算定の基準時も、

今後の検討課題として注視すべき問題と考える。[3]

また、現行法改正時より、期限前弁済のうち本来の弁済期が支払不能より前に到来する場合にも、非義務行為として偏頗行為否認（破一六二条一項二号本文）の対象になるのか（支払不能の要否）、そして仮に偏頗行為否認の対象になる場合、同号但書にいう「他の破産債権者を害する事実」をどのように解するのか（受益者の主観の態様）、という問題が指摘されていた。本判決は、この問題について判断を示した初めての裁判例であり、その先例としての意義は少なくないものと考える。[4]

二　会社法における「事業譲渡」の意味

1　昭和四〇年大法廷判決

会社法総則（会社二一条以下）および会社法四六七条にいう「事業譲渡」の意味について、最大判昭和四〇年九月二二日民集一九巻六号一六〇〇頁（以下「昭和四〇年大法廷判決」という。[5]）は、「一定の営業目的のため組織化され、有機的一体として機能する財産（得意先関係等の経済的価値のある事実関係を含む。）の全部または重要な一部を譲渡し、これによって、譲渡会社がその財産によって営んでいた営業的活動の全部または重要な一部を譲受人に受け継がせ、譲渡会社がその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法二五条に定める競業避止義務を負う結果を伴うものをいう」と述べ、それまで商法旧二四五条一項一号によって特別決議を経ることを必要とする営業の譲渡の意義について分かれていた見解、いわゆる形式説と実質説[6]について、前者の立場を採用することを明らかにした。[7]以後、現在においても、この昭和四〇年大法廷判決が引用されており、本判決もそのような例の一つである。

2　昭和四〇年大法廷判決の理解

昭和四〇年大法廷判決については、①一定の営業目的のために組織化され有機的一体として機能する財産（得意先関係等の経済的価値のある事実関係を含む）が譲渡され、②これにより、譲渡会社がそれまで当該財産によって営んでいた営業活動を譲受人に受け継がせ、③譲渡会社がそれに応じて法律上当然に競業避止義務を負う結果を伴うもの、という三つの要件が不可欠であると理解すべきか、という点で学説が分かれている。

従来の理解は、①～③の要件が不可欠であるというものであった。[8]しかしながら、このような理解にはかねてより異論があり、昭和四〇年大法廷判決は③を要件とはしていないという理解、[9]あるいは昭和四〇年大法廷判決は、②③

を要件としたものではないという理解[10]も存在する。

3　会社法における「事業譲渡」の意味

このように昭和四〇年大法廷判決の理解が分かれていることと相まって、会社法総則および会社法四六七条にいう「事業譲渡」の意味について、学説はいくつかに分かれている。代表的な見解としては、法解釈の統一性・安定性の観点から会社法四六七条の事業譲渡は商法一五条・会社法二一条以下に定める営業譲渡・事業譲渡と同一意義に解するのが適当であること、特別決議を要する事業譲渡かどうかが事業活動の承継と競業避止義務の負担の有無を基準として比較的容易に判断できるので、法律関係の明確性・取引の安全が確保されることを理由に、昭和四〇年大法廷判決の多数意見を支持する見解（形式説[11]）がある。また、株主総会の特別決議を要する事業譲渡は、事業目的のために組織化されて有機的一体となった財産を譲渡することで足り、事業活動の承継や競業避止義務の負担は要件ではないとし、さらに重要な事業用財産の譲渡も事業譲渡にあたるとする昭和四〇年大法廷判決の反対意見と同じ見解（実質説[12]）がある。その他にも、これらの中間的位置づけの見解も存在している[13]。

4　本件の事案

本件の事案を見ると、①本件各破産会社が、その主要な業務のすべてをY社に移行する旨を書面で告知したことに加え、取引先を訪問して全事業を移管する旨の説明をし、かつ取引の継続を求めていること、②本件各破産会社の取引先企業との契約条件を同一のまま引き継いでいること、③Y社が新たに自ら事業を開始する一方で、本件各破産会社は、その後間もなくして、事実上廃業していることがうかがえる。

これらを合わせ考えれば、学説の理解が分かれていることを前提としても、本件において、本件各破産会社がY社に対して事業譲渡を行ったと認定したことに異論はないものと思われる。

三　事業譲渡と無償行為否認

1　無償行為否認

破産法一六〇条三項は、支払不能等（同条一項二号かっこ書）があった後、またはその前六月以内に破産者がなした無償行為またはこれと同視すべき有償行為を否認することができると定めている。無償行為は、最も典型的な詐害行為であり、債権者を害する程度が特に著しいこと、また受益者の側でも無償で利益を得ているのであるから、緩や

かに否認を認めても公平に反しないことから、一般的な詐害行為否認よりも緩やかな要件で認められている（破一六〇条一項参照）。無償行為否認の対象とされる無償行為の例としては、贈与（民五四九条）、債務免除（民五一九条）、権利放棄など、破産者が対価を得ないで責任財産を減少させる行為、または名目的な対価が存在するときでも、経済的に見て無償行為と同視される場合も対象となるとされる。[14] そして、本判決が述べるように、事業譲渡が経済的な対価を得ないでされた場合は、破産法一六〇条三項にいう「無償行為」に該当するのは、当然のことであろう。

2　事業譲渡を否認した場合の価額償還の算定基準時

本件では、破産管財人は、破産法一六七条一項に基づく価額償還等を求めている。本判決ではその価額の算定基準時を、原審と同じく判例（最一小判昭和四二年六月二二日判時四九五号五一頁）[15] に従い、否認権行使の時と解しており、この点は、当事者間で争われなかった。しかしながら、本件のように事業譲渡を否認した場合における価額の算定基準時として、否認権行使時とするのが妥当であるのかについては、議論の余地があるように思われる。そこで、若干の考察を試みる。

訴えの提起などの形で否認権が行使されると、破産者から受益者などに移転した財産権は当然に破産財団に復帰する（破一六七条一項）。もっとも、この復帰は観念的な権利の移転を意味するので、実際に破産管財人がその財産を管理処分するためには、相手方から任意に目的物の返還を受ける、あるいは引渡しなどを求める強制執行をする、といった具体的行為が必要となる。[16] そして、否認対象行為の目的財産が、譲渡等の処分により否認権行使時には相手方のもとに存しない場合や、滅失している場合には、目的財産の回復を請求することはできないことから、相手方に対して目的財産の価額の賠償を請求することができる。この権利を価額償還請求権（あるいは差額償還請求権）と呼んでいる（破一六八条四項、一六九条、一七〇条の二第五項、一七〇条の三参照）。[17]

さて、この価額償還請求権が認められる場合であっても、償還の対象となる価額の算定基準時に関しては、考え方の対立がある。否認の対象たる行為時を基準とする説、[18] 受益者による処分時を基準時とする説、[19] 破産手続開始時を基準とする説、[20] 破産管財人などが訴えなどの方法によって否認権を行使した時を基準時とする説、[21] 否認訴訟の口頭弁論終結時を基準時とする説、[22] 破産管財人が行為時から否認訴訟の口頭弁論終結時までの中で目的物を最高価で換価できた

時点を選んで償還価額の基準時とすることができるとする説[23]などが存在している[24]。

ここでの問題意識は、これらの見解のいずれかを支持するのではなく、本件のように、事業譲渡をした時点（否認対象行為時）と、否認権を行使した時点（否認権行使時）で事業価値の増減が見られる場合における価額償還の算定基準時を考える点にある[25]。一般的に、否認権を行使した場合に目的物の価額の増減が見られる場面には、①受益者の行為によらない価値の増減、例えば、市況による価値の増減が見られる場面と、②受益者の行為による価値の増減、例えば、事業譲渡後に受益者の努力や怠慢により価値の増減が見られる場面とに分けられる。そして、否認権の行使により「破産財団を現状に復させる」（破一六七条一項）という目的を達するには、その目的にかなった範囲の価額償還であるべきであって、否認対象行為について受益者が悪意であったとしても、受益者が不当な不利益を受ける価額償還は回避すべきではないかと考える[26]。

①の場面については、結局、上記基準時に関する各学説の論点でもあり、どの時点を基準時としても価額の増減により不測の損害が発生する、偶然的要素によって価額が決まってしまうというリスクが存在する。したがって、従来の議論で検討されていた価値の増減の問題でしかない。しかしながら、②の場面については、やや事情が異なる。例えば、事業譲渡後に受益者が努力した結果、否認権行使時に価値が増加している場合である。このような場面で、増加後の価値も含めて破産財団に帰属させたとしても、受益者が悪意であることを前提とすれば、不意打ちにはあたらないとの主張は、一見すると妥当なように思える。しかしながら、破産財団の保護としては、事業譲渡時（否認対象行為時）の価値が確保されれば十分であり、それ以上の部分については、必ずしも確保する必要性はない。むしろ、そのような価値まで破産財団に吸収させることになると、受益者の事業経営に対するインセンティブを失わせ、かえって財団を毀損される可能性もあるとの指摘がある[27]。また、事業譲渡後に受益者の経営の失敗により、否認権行使時に価値が減少している場合を検討すると、「破産財団を原状に復させる」という目的に鑑みると、事業譲渡時（否認対象行為時）の価値まで回復させるのが筋であろう。加えて、事業譲渡時（否認対象行為時）にしないと、受益者が経営リスクを負うことなく事業譲渡後の経営を行うことになりかねず、かえって財団を毀損させる可能性がある。

以上を踏まえると、②の場面に該当する事業譲渡を否認

する場合、事業譲渡後の経営の成功の利益は受益者に帰属させ、失敗時の損失も受益者に帰属させるという結論が妥当であるように思われる。したがって、上記価額償還の算定基準時は、否認対象行為時とするのが妥当であると思われる。[28]

四　期限前弁済と偏頗行為否認

1　期限前弁済の否認と支払不能の要否

(1)　非義務行為の否認

破産法一六二条一項は、支払不能後の弁済や担保権の設定等のいわゆる偏頗行為について、否認することができる旨を定めている。しかし、同じ偏頗行為であっても、弁済期未到来の債務について期限前に弁済する、あるいは特約が存在しないにもかかわらず担保を供与するなどの行為は、一般的な偏頗行為とは事情が異なると考えられている。まず、本来、弁済期が後に到来する債権者ほど、破産リスクを負担すべきであるが、期限前弁済等は、特定の債権者が負担していた破産リスクを他の破産債権者に転嫁するものであるため、破産者の義務に属する行為より広く否認を認めるべき必要性が高いと考えられる（有害性）。

また、支払不能は、弁済期が到来した債務の支払可能性を問題とする概念であり、現時点で弁済期未到来のため支払不能となっていないが、弁済期が到来すれば支払不能になることが確実である場合、つまり支払不能の直前期に、その事情を知る債権者と債務者とが共謀して弁済期前の債務の繰上げ弁済や、既存の債務について新たな担保設定などをすると、仮に偏頗行為に関しては支払不能後の行為しか否認できないとすれば、期限前弁済等をすることにより否認を潜脱することが可能になると考えられる（潜脱防止）。

そこで、非義務行為に関して、一般の偏頗行為否認よりもその対象を「支払不能になる前三〇日以内にされたもの」にまで拡張したのが、破産法一六二条一項二号の規定である。[29]

(2)　支払不能の要否について

このような非義務行為の否認に関して、現行法制定時より議論されていたのが、非義務行為である期限前弁済を否認するに際して、本来の弁済期において支払不能であることが必要か、言い換えると、本来の弁済期が支払不能より前に到来する債務に対する期限前弁済も、非義務行為として破産法一六二条一項二号により否認することができるのか、という問題である。[30]非義務行為を問題とする裁判例は、

いくつか見ることができるが[31]、この問題について検討した裁判例として本判決は初めてのものと思われる。

学説は、二つに分かれている[32]。支払不能を不要とする見解（積極説）は、①期限前弁済の場合に、仮に本来の弁済期に未だ支払不能となっていなかったとしても、弁済した時点で信用リスクの変更は現になされている[33]、②このような期限前弁済が、非義務行為として債権者平等に反する強度の偏頗性を有することは、本旨弁済が否認の対象となる場合と変わりはなく、無償行為否認の要件に関して最判平成二九年一一月一六日民集七一巻九号一七四五頁が民事再生法一二七条三項（破一六〇条三項）について示した解釈とも共通する[34]、③受益者たる債権者がその行為の当時他の破産債権者を害する事実、すなわち支払不能の発生が相当程度以上の蓋然性を持って予測できる状態になかったことを立証すれば、否認を免れることを考え合わせると、このような行為を一律に非義務行為から除外するのは適切とは思われない[35]、と主張する。

これに対して、支払不能を必要とする見解（消極説）は、①本来の弁済期に債務者が支払不能状態になかったことが証明された場合には、繰上弁済が同号を潜脱するものではなかったと解する余地がある[36]、②そもそも弁済期に弁済がなされたとしても支払不能前の弁済であって否認の対象とならないのであれば、このような場合に期限前弁済は有害性がなく否認の対象とならない[37]、と主張する。

この二つの見解の対立のポイントとしては、積極説は、有害性の存在を理由とするのに対して、消極説は、有害性は存在せず、潜脱防止の必要性もない、とする点にある[38]。

2　非義務行為の否認と受益者の主観的態様

さて、期限前弁済を対象とする否認については、破産法一六二条一項二号但書において、「債権者がその行為の当時他の破産債権者を害することを知らなかったときは」否認できない旨を定めている。本判決および原審は、このような非義務行為に関する偏頗行為否認の主観的態様についても言及しており、この点についても明言した裁判例を見ることはできなかった[39]。

学説について見ると、現行法制定当時の議論は、破産法一六〇条一項一号等と同じく債務超過を中心として考え、それを遡らせるという考え方なのか、それとも破産法一六〇条と一六二条は別のものとして分けて、ここでいう「他の破産債権者を害する事実」というのは、債務超過と切り離し支払不能を中心として考え、それを遡らせる考え方なのか、という点が中心であった[40]。その後、支払不能を中心

として考えることを前提に、「支払不能の発生が相当程度以上の蓋然性をもって予測される状態」との理解[41]や、「支払不能に至ることが確実に予見される状況」という理解[42]、あるいは「近い将来に支払不能となることが確実視されること」との理解[43]が示されている。これらの理解を踏まえると、「支払不能が発生する高い蓋然性が存在する状態」との理解も、理論上あり得ると思われる。

3　検　討

(1)　支払不能の要否について

本判決は、非義務行為の偏頗行為否認の意義について、有害性と潜脱防止を挙げ、これを前提とした上で、「弁済期が支払不能よりも前に到来する場合、本来の弁済期に弁済しても（本旨弁済）、もとより破産法一六二条一項一号の偏頗行為否認の対象ではないから、その潜脱防止は観念できない」と述べる。その上で、「破産リスクの転嫁」という有害性については、何ら変わることがないとしている。

思うに、「破産リスクの転嫁」とは、本来の弁済期が到来したとしても、現実の履行を受けられないというリスクを他の債権者に押しつける、ということに他ならない。次の三つのパターンで考えてみる。A（期限前弁済を受けた債権者）とB（Aよりも弁済期が前に到来する債権者）の二人の債権者が存在すると仮定すると、①ABともに履行期が支払不能後に到来する場合、②Bのみ履行期が支払不能後に到来する場合、③ABともに履行期が支払不能より前に到来する場合がある。①と②は、本来の立法が想定していたパターンであり、Bに対する有害性（「破産リスクの転嫁」）と潜脱防止の双方から、Aに対する期限前弁済を否認する根拠としている。では、③のパターンはどうであろうか。この場面は、潜脱防止は否認の根拠とはなり得ない。しかしながら、支払不能直前期において、期限前弁済がAになされたことにより、Bが本来の弁済期に弁済を受けられないリスクというものは確実に高まる。そして、その結果として、Bは破産債権者としての地位を甘受せざるを得なくなる、というリスクを高められたことにもなろう[44]。そうすると、Bに対する有害性（「破産リスクの転嫁」）という点では、①～③を区別する必要性はないと考えられる。よって、本判決が、期限前弁済について、当該債務の弁済期が支払不能より前に到来する場合であっても、破産法一六二条一項二号の対象となるとした結論に賛成する。

(2)　受益者の主観的態様

本判決は、破産法一六二条一項二号但書にいう「他の破

産債権者を害する事実」について、「本来の弁済期まで待てば、支払不能に陥ることが確実であるという状態」と解している。これに対して、原審は「支払不能の発生が相当程度以上の蓋然性を持って予測される状態」と解しており、微妙な差違があり、前述したように、従来の学説も、双方の表現で受益者の主観的態様を理解するものが存在する。この認識の対象について、「蓋然性で足りる」のか、それとも「確実性まで必要」か、という点を議論すべきとの指摘が存在する[45]。確かに、そこまで厳密に検討すべきか、という批判はあると考えるが、主観的要件であることから、今後、支払不能前の非義務行為の否認を考える上で、詰めておくべき議論と思われる。これまでの見解を踏まえると、受益者の立証負担として、「確実ではないこと」、「相当程度の蓋然性ではないこと」そして「高い蓋然性はないこと」の順に、立証の負担は高くなるものと思われる。

そこで検討すると、まず、支払不能前の非義務行為の否認が認められた趣旨（有害性と潜脱防止）、および支払不能後の非義務行為について主観的要件の証明責任が転換されていること（破一六二条二項二号）から考えると、危機時期前後における非義務行為は有害性が高い、との評価があると考える[46]。

また、破産法一六二条一項二号に基づく否認について、支払不能の時点を厳密に特定することが困難である場合もあり得ることから、破産管財人は、否認しようとする行為から三〇日以内のいずれかの時点で支払不能であったことを立証すれば足りるとされている[47]。そうすると、否認しようとする行為の時点では、「支払不能の発生が相当程度以上の蓋然性を持って予測される状態」であれば、否認対象になるという理解があると考える。これに対して、否認を回避しようとする受益者側に、「弁済期の時点で、支払不能に陥ることが確実であるという状態」について悪意でなかったことを立証すればよいとすることは、破産管財人側の立証の対象と、受益者側の立証の対象がアンバランスな印象を受ける。むしろ、受益者側については、「支払不能の発生が相当程度以上の蓋然性を持って予測される状態」について悪意でなかったことを立証させるべきではないかと考える。それゆえ、本判決が述べる「本来の弁済期まで待てば、支払不能に陥ることが確実であるという状態」についてとの理解にはやや疑問が残り、原審が述べる「支払不能の発生が相当程度以上の蓋然性を持って予測される状態」が望ましいのではないか、と考える。

（1）野村剛司（編）『実践フォーラム破産実務』（青林書院、二〇一七）一七八―一七九頁、破産管財実務研究会（編）『破産管財PRACTICE』（民事法研究会、二〇一七）四九頁など。

（2）野村剛司＝石川貴康＝新宅正人『破産管財実践マニュアル』（青林書院、二〇〇九）二〇七頁、野村・前掲註（1）・一八六―一八七頁、破産管財実務研究会・前掲註（1）・五一―五二頁など。

（3）山本和彦「否認権に関するいくつかの解釈問題―大阪高判平三〇・一二・二〇を手掛りとして―」金法二一一五号三八頁（二〇一九）、四〇頁以下参照。

（4）本判決の評釈等として、倉部真由美「判批」リマークス六〇号一二六頁（二〇二〇）、高田賢治「判批」法教四七三号一三〇頁（二〇二〇）、宇野瑛人「判批」新・判解Watch二五号二一三頁（二〇一九）、中西正「判批」金法二一二一号五二頁（二〇一九）、堀口久「判批」銀法八四八号三四頁（二〇一九）、山本・前掲註（3）がある。

（5）昭和四〇年大法廷判決の評釈等として、竹内昭夫「判批」別冊ジュリ四九号五八頁（一九七五）、同「判批」法協八三巻四号六二一頁（一九六六）、森淳二郎「判批」法セミ二七一号一〇〇頁（一九七七）、山部俊文「判批」別冊ジュリ二二九号一七四頁（二〇一六）、豊水道祐「判解」最判解昭和四〇年度三三七頁（一九六六）などがある。

（6）実質説は、形式説のいう営業譲渡のほか、重要な事業用財産の譲渡も事業譲渡にあたるとする。

（7）ただし、形式説を九人、実質説を六人が支持した結果、形式説の意見が採用された点は、留意すべきと考える。

（8）落合誠一「営業の譲渡と特別決議」奥島孝康＝宮島司（編）『商法の判例と理論』（日本評論社、一九九四）一六五頁、一六八頁以下など

（9）藤田友敬「判批」別冊ジュリ一九四号三八頁、三九頁（二〇〇八）、田中亘『会社法〔第二版〕』（東京大学出版会、二〇一八）六七七頁など。

（10）宇田一明『営業譲渡法の研究』（中央経済社、一九九三）七六頁以下、大塚龍児「判批」判評三六八号五三頁、五六頁（一九八九）など。

（11）田中誠二『会社法詳論（上）〔三全訂版〕』（勁草書房、一九九三）四八一頁以下、前田庸『会社法入門〔第一二版〕』（有斐閣、二〇〇九）七六二頁以下など。

（12）鈴木竹雄「株式会社法と取引の安全」同『商法研究Ⅱ』（有斐閣、一九七一）五二頁以下、北沢正啓『会社法〔第六版〕』（青林書院、二〇〇一）七四六頁など。

（13）竹内昭夫『判例商法Ⅰ』（弘文堂、一九七六）一五八頁以下、山下眞弘『営業譲渡・譲受の理論と実際〔新版〕』（信山社、二〇〇一）七六頁、江頭憲治郎『株式会社法〔第七版〕』（有斐閣、二〇一七）九四九頁以下など。

(14) 以上について、伊藤眞『破産法・民事再生法〔第四版〕』（有斐閣、二〇一八）五八〇―五八一頁、竹下守夫＝藤田耕三（編代）『破産法大系（第二巻）破産実体法』（青林書院、二〇一五）四一四―四一五頁［三木浩一］、伊藤眞ほか『条解破産法〔第二版〕』（弘文堂、二〇一四）一〇七八頁、竹下守夫（編代）『大コンメンタール破産法』（青林書院、二〇〇七）六三二頁［山本和彦］など参照。

(15) この判決の評釈等を見ることはできなかった。

(16) 伊藤・前掲註(14)・六二七―六二八頁、伊藤ほか・前掲註(14)・一一二九頁、竹下（編）・前掲註(14)・六七八頁［加藤哲夫］など。

(17) 伊藤・前掲註(14)・六三三頁。なお、伊藤ほか・前掲註(14)・一一四六―一一四七頁、竹下（編）・前掲註(14)・六九一―六九二頁［加藤哲夫］参照。

(18) 東京高判昭和三八年五月九日下民一四巻五号九〇四頁、熊本地判昭和五九年四月二七日判タ五二八号二六八頁、松田安正「代物弁済の否認と賠償額算定の基準時」宮脇幸彦＝竹下守夫（編）『破産・和議法の基礎〔実用編〕（新版）』（青林書院新社、一九八二）二八五頁など。

(19) 東京高判昭和四一年八月五日金法四五〇号七頁、名古屋地判昭和四六年一〇月二八日判時六七三号六八頁、山木戸克己『破産法』（青林書院、一九七四）二二六頁など。

(20) 谷口安平『倒産処理法（第二版）』（筑摩書房、一九八〇）二六八頁。

(21) 最一小判昭和四一年一一月一七日金法四六七号三〇頁、最一小判昭和四二年六月二二日判時四九五号五一頁、中田淳一『破産法・和議法』（有斐閣、一九五九）一七一―一七二頁、霜島甲一『倒産法体系』（勁草書房、一九九〇）三五三―三五四頁、伊藤ほか・前掲註(14)・一一四七頁など。

(22) 大判昭和四年七月一〇日民集八巻七一七頁、兼子一（監）『条解会社更生法（中）』（弘文堂、一九七三）一七六―一七九頁、園尾隆司＝小林秀之『条解民事再生法〔第三版〕』（弘文堂、二〇一三）七〇八―七〇九頁など。

(23) 鈴木正裕「否認権をめぐる諸問題」鈴木忠一＝三ケ月章『新・実務民事訴訟講座（一三）』（日本評論社、一九八一）九五頁、一五〇―一五四頁の註(56)、川嶋四郎「破産法における否認の効果」石川明＝田中康久＝山内八郎（編）『破産・和議の実務と理論』判タ臨増八三〇号一一七頁（一九九四）、一一九頁。

(24) 以上の学説の分類については、伊藤・前掲註(14)・六三四―六三六頁、山本・前掲註(3)・四一頁参照。

(25) 山本・前掲註(3)・四〇―四一頁、倉部・前掲註(4)・一一八頁。

(26) 山本・前掲註(3)・四二頁参照。

(27) 同・四二頁参照。

(28) 本研究会においても、そのような意見が多かった。

(29) 小川秀樹（編）『一問一答新しい破産法』（商事法務、二〇〇四）二三一―二三三頁、竹下（編）・前掲註(14)・六五四―六五五頁［山本和彦］など。なお、立法の経緯については、伊藤眞＝松下淳一＝山本和彦（編）『新破産法の基本構造と実務』（有斐閣、二〇〇七）四一三頁以下［小川発言］参照。

(30) 伊藤＝松下＝山本・前掲註(29)・四一四頁［松下発言、小川発言］。

(31) 例えば、東京地判平成二二年七月八日金判一三五〇号三六頁、高松高判平成二二年九月二八日金法一九四一号一五八頁、東京地判平成三〇年二月二七日金法二〇九八号七八頁などがあるが、これらの事例では、「支払不能」の解釈や認定が争われている。

(32) なお、立案担当者は、「そこまで細かくは整理しなかった」と述べ、「あとは破産債権者を害すると言えるかという解釈上の議論はあり得るでしょうし、……債権者にその認識があると言えるかということかもしれない」と述べる。伊藤＝松下＝山本・前掲註(29)・四一四頁［小川発言］。

(33) 竹下（編）・前掲註(14)・六五五頁［山本和彦］。

(34) 伊藤・前掲註(14)・五七八頁註249。

(35) 伊藤ほか・前掲註(14)・一〇九八頁註15。

(36) 山本克己「否認権（下）」ジュリ一二七四号一二四頁、一二六頁（二〇〇四）。

(37) 田原睦夫＝山本和彦（監）『注釈破産法（下）』（きんざい、二〇一五）一三四頁註52［高井章光］。

(38) ただし、消極説が主張する有害性が存在しないとする点には、やや疑問が残る。

(39) 一般論に言及せず受益者の善意を否定したものとして、東京高判平成二三年一〇月二七日金法一九四二号一〇五頁がある。

(40) 伊藤＝松下＝山本・前掲註(29)・四一三―四一四頁［山本発言、山本（克）発言］、山本・前掲註(36)・一二六頁。

(41) 伊藤・前掲註(14)・五七七頁註247、伊藤ほか・前掲註(14)・一〇九七頁、田原＝山本・前掲註(37)・一三五頁［高井章光］。

(42) 畑瑞穂「偏頗行為否認」山本克己＝山本和彦＝瀬戸英雄（編）『新破産法の理論と実務』（判例タイムズ社、二〇〇八）二五八頁、二六〇頁。

(43) 山本和彦ほか『倒産法概説［第二版補訂版］』（弘文堂、二〇一五）二九九頁［沖野眞巳］。

(44) 山本・前掲註(3)・四四頁は、このような期限前弁済を許すことが、債務者と関係が深い債権者に対する期限前弁済を策動するインセンティブになり、多くの債権者が期

限前弁済を求めることが、事業再生の可能性を害する恐れがある旨を指摘する。

(45) 山本・前掲註(3)・四六頁。

(46) 伊藤ほか・前掲註(14)・一〇九六頁。

(47) 小川（編）・前掲註(29)・二三三頁。

〔付記〕 本稿は、二〇二〇年度南山大学パッヘ研究奨励金Ⅰ－A－二による研究成果の一部である。

小原　将照