

破産者の行為を含まない行為の否認

朝 山 善 成

第 一

破産法第七二条により規定される否認権の対象は法文上は破産者の行為に限られる。他方同法第七五条によれば、執行々為の否認を認めており、執行々為は債務者である破産者の行為でなく、債権者の一方的行為である。それゆえ執行々為の否認を認めるということは破産者の行為を含まない行為の否認も認めることになる。しかし右七五条の規定の記載によれば、否認できる行為は執行々為といえども否認することを妨げないとするのであって、否認できるかどうかの要件は第七二条等によって決まり、同法第七五条は確認の規定と考えられる。そうとすれば、同法第七二条等によって一般に破産者の行為を含まない行為の否認を予定していると解すべきであるか、それとも原則は破産者の行為に限るけれども、執行々為に關してのみは同法第七五条の規定がある關係上例外的に破産者の行為でなくとも否認を認める趣旨と解すべきであるか問題である。

第 一

一、通説は否認権の対象は破産者の行為であり、その行為は私法上の行為たると、公法上の行為たると、作為たると、不作為たると問わない（兼子破産法九二頁、中田破産法和議法一五四、一五九頁、小野木論叢三四卷三五八頁）。これは破産法第七二条の条文に副うものである。

不作為に關し大審院判例昭和一〇年八月八日付判決民集一四卷一六九五頁は「破産法第七二条以下ノ規定ニ依リ否認セラルヘキ行為ハ破産債権者ニ損害ヲ与フルモノタルヲ要スト雖其ノ行為ノ範圍ニ付テハ何等ノ制限ナキヲ以テ必スシモ積極的行為タルヲ要セス不作為モ亦債権者ヲ害

破産者の行為を含まない行為の否認

破産者の行為を含まない行為の否認

スル限り否認ノ目的トナルコトヲ得ルヤ勿論ナリ故ニ破産者カ其ノ債務者ニ対スル債権ニ付消滅時効ノ進行スルヲ知り乍ラ破産債権者ヲ害スルコトヲ知りテ債務者ニ対スル時効中断ノ行為ヲ為サズ遂ニ債権ヲ消滅セシメタルトキハ破産管財人ハ破産法ノ規定ニヨリ之ヲ否認スルコトヲ得ヘキコト明ラカナリ」としている。

二、破産法第七二条一号の否認に関して本旨弁済を詐害行為に該当するとするのが判例の伝統的解釈である。即ち

大審院昭和八年二月二八日付判決民集一二卷三〇四三頁は「支払停止ノ前後ヲ問ワス他ノ債権者ヲ犠牲ニ供シ特ニ一債権者ノミニ利益ヲ与フルノ意思ヲ以テ弁済ヲナシ受益者モ亦此事実ヲ知りタル場合ニハ第一号ニテ否認スルコトヲ得ル」とする（同旨大審院昭和七年二月二日付判決民集一一卷二二六六頁、最高裁昭和四二年五月二日付判決民集二二卷四号八五九頁等）。

そして学説はこれに賛成する説（加藤要論一五六頁、井上一五五頁等）とこれに反対する説（兼子前掲九五頁、中田前掲一五八頁）のあることは衆知のとおりであるが、現在では賛成説が通説であるといえよう。

三、而して執行々為に對する一号否認について前記大審院昭和八年二月二八日付判決は、「第七五条ニ所謂強制執行ニ基キ第七二条第一号ニ當ル弁済ヲ為シタルモノト認メラルヘキ場合ハ或ハ破産者カ第七二条第一号所定ノ悪意ヲ以テ故意ニ第七五条ノ強制執行ヲ招致シタルカ或ハ若シ破産者カ自ラ其ノ弁済ヲ為シタルモノトセハ前記ノ如キ悪意ヲ以テ之ヲ為シタルモノト認メラル可キ状況ニ在ルコトヲ要スルモノト解スヘキモノトス……破産銀行ハ其ノ（裁判上の）和解契約ノ当初ヨリ他ノ債権者ヲ害シ上告人ノミニ利益ヲ与フル意思ヲ以テ故意ニ本件強制執行ヲ招致シ上告人モ此ノ事情ヲ知悉セルモノト認メ……」破産法第七二条第一号第七五条を適用したる原判決に違法はないとする。また最高裁昭和三七一年二月六日付判決民集一六卷一二号二三一三頁は、破産者が強制執行を受けるについて害意ある加功をなした場合、執行々為に基づく破産者の弁済は第七二条一号によって否認できる旨判示している。

四、破産法第七二条二号による否認に関して債権者の執行々為を債務消滅行為に該当すると解するのが通説である（中田前掲一六二、一六六頁）。しかし執行々為は債務者（破産者）の行為ではないから、否認権の対象を破産者の行為に限るとする前記通説と右解釈が矛盾することは否定できない。

そこで梅毒夫演習破産法三九六頁は、執行々為まで「破産者の行為なければ否認なし」との立場を貫くのは妥当でないとし、第七二条第一号

による故意否認であれば破産者の通謀加功を要するのは当然であるが、第二号の危機否認の場合には、破産者の現実の行為に限るべきではなく、結果的に破産者の行為と同一視しうる場合も含むと解すべきである、とする。

この点に関し、大審院昭和一七年二月二一日付判決例評論三一巻諸法三四六頁は「否認権ノ対象タリ得ヘキ行為ハ単ニ破産者ノ行為ノミニ限局セラルヘキモノニ非スシテ汎ソ破産債権者ニ於テ破産ノ申立又ハ支払停止アリタルコトヲ知り乍ラ敢行セル執行々々為ト雖之カ為一般破産債権者ヲ害スル限リ仍ホ右執行々々為ヲ否認シ得ヘキハ破産法第七二条第二号ニ依リ明白ナリ」として、支払停止後その事実を知り乍らなされた差押転付命令の否認を認めた。

また大阪高裁昭和四四年九月一六日付判決例時報五九六号五二頁は、「破産法第七二条にいわゆる破産者のなした行為とあるは、これを同法第七五条と関連して考察するときは破産者の現実的行為に限定すべきものではなく、これと同一視すべき場合を含むと解せざるを得ない。何となれば右七五条にいわゆる執行々々為に基づく場合にはむしろ破産者の意思に關せざるのを通例とするに拘らず、同条がなおこれを否認権行使の対象となし得るものとしながら、これに控訴人所論の如き破産者の意思の關与を要件としていないからである。しかして如何なる場合を右破産者の行為と同一視し得べき場合とみるかは破産法第七二条各号によりそれぞれ異なるものというべく、同条第二号は破産者の行為が客觀的に總債権者の平等弁済を害する場合に破産者の意思に關せず一律に否認することを得せしめることを目的とするから、強制執行によって私法上の弁済なる効果を生じた場合はここに同号にいわゆる債権消滅に關する行為ありたるものとして、これについて何ら破産者の通謀加功その他の事由を必要とせず否認しうるものというべきである」とした。

さらに最高裁昭和四八年一二月二一日付判決例時報七三三三号五二頁は、「破産法第七二条二号の債務消滅に關する行為とは、破産者の意思に基づく行為のみに限らず、債権者が同法七五条の強制執行としてした行為であつて破産者の財産をもって債務を消滅させる効果を生ぜしめる場合も含む（同旨最昭和三八年(第)九一六号同三九年七月二九日第二小法廷判決裁判書民事七四号七七頁参照）。この場合破産者が強制執行を受けるについて害意ある加功をしたことを必要としないと解するを相当とする」と判示した。（同旨大阪高裁昭和四八年一〇月一三日判決例時報七三三六号五二頁、名古屋高裁昭和三七年五月二八日付判決民集一三卷五号一〇七頁等）

五、中田正雄民商法雜誌三卷三一〇頁以下は、「破産法第七五条は独立の否認原因を定めたものではない。同法第七二条一号は否認の根拠を破

破産者の行為を含まない行為の否認

破産者の行為を含まない行為の否認

産者の詐害意思即主観主義に之を置くものであるから、破産者の毫も通謀加功なき債権者の一方的執行々為は破産者の悪意を認む余地なきを以て破産法第七五条の規定に拘らず之を否認することはできない。これに対し、第七二条二号乃至四号の場合においては、否認根拠を危殆行為の客観的行為即客観主義に之を置くものであるから、執行々為に限らず、第三者の行為であっても否認権の目的となりうる。その意味で第七五条は単に注意的規定であると解する。破産法第七二条二号の「其ノ他破産債権者ヲ害スル行為」を冒頭の「破産者カ」という主格と切り離して解釈する。斯く解するときには純然たる第三者の行為であっても否認の目的となりうる。」と説く。

六、右五項の説によれば執行々為に限らず、破産債権者を害する行為は破産者の行為であると、それ以外の者の行為であるとを問わず、否認の対象とするものであるが、執行々為以外で、破産者の行為でないものの否認について判例は、

(1) 相殺

大審院昭和九年一月二六日付判決民集一三卷一号七四頁は、「破産法第七二条ハ其ノ首尾ヲ通シ破産者カ云々ノ文字ヲ置ケルモ這ハ普通ノ場合ニ付立言シタルニ止マリ其ノ文字ニ必スシモ拘ワラサルヲ要ス故ニ例エハ強制執行ニ因ル弁済受領ハ同条第二号ニ依リ否認スルヲ得ヘシ然ラハ此理ハ之ヲ相殺ノ場合ニ推及ホシ其ノ意思表示カ相手方ニ出テタルト雖其ノ破産者ニ出テタルト同視シ……」破産法七二条四号の債務消滅の方法が債務者の義務に属せざる異形償却として否認できる旨判示し、同じく大審院昭和一〇年三月八日付判決民集一四卷三号二七〇頁も「破産法七二条ニ所謂債務消滅ニ関スル行為トハ破産者ノ意思ニ基ク行為ノミニ限ルモノニ非ス破産者ノ債権者カ強制執行ソノ他ノ権利行使トシテ為シタル行為ノミニ因リ何等破産者ノ行為ナクシテ其ノ財産ヲモツテ其ノ債務ヲ消滅セシムル效果ヲ生ジタ場合ト雖右各規定ニ所謂債務消滅ニ関スル行為存スルモノト為スヲ妨ケス」とし、銀行が手形債権につき定期預金等の元利金をもって弁済充当した行為（実質は相殺）を「原判決カ破産者ノ意思ニ基ク行為ノ不存在ヲ理由トシテ本訴請求ヲ棄却シタルハ破産法ノ規定ノ解釈ヲ誤リタル違法アリ」とした。

これに対し最高裁昭和四〇年四月二二日付判決判例時報四一〇号二三頁は「しかしながら破産法が否認権と別個に相殺権を規定し、破産手続によらないでこれを行使用することを許容したのは破産開始前既に相殺が許されている場合は、破産宣告があっても破産債権者は何等これによって妨げられることなく当然の権利として相殺をなし得るものと認めたによる。けだし破産債権者は自己の関与せざる相手方の破産という事実によって、本来有する相殺権が影響を受くべき理由はないからである。ただこの権利が破産に際して乱用される弊害を慮って、破産法第一〇四号

は例外的に制限を規定したに止るのである。従って破産債権者の相殺権の行使は右法条の制限に服するのみであって、同法第七二条各号の否認権の対象となることはないものと解すべきである。」とした（同旨最高裁昭和四二年四月八日付判決民集二〇卷四号五二九頁）。

(2) 代物弁済予約完結

最高裁昭和四三年一月一五日付判決民集二二卷一二号二六二九頁は「債務の弁済期が未到来のため債権者が代物弁済一方の予約に基づく予約完結権を行使できない間に債務者に破産の申立がなされたことを知って、債務者と債権者が相通じ、債務者は期限の利益を放棄し、債権者が右予約完結権を行使できるようにしてその行使を誘致し、債権者は債務者に対し一方的予約完結の意思表示をなし、代物弁済の効力を生ぜしめた場合、破産管財人は債権者の右予約完結の行為を破産法第七二条二号により否認することができる」とした。

(3) 対抗要件としての第三債務者の債権譲渡承諾

最高裁昭和四〇年三月九日付判決民集一九卷二二三三頁は「対抗要件充足行為も元来破産法第七二条の規定による否認の対象となりうべき行為といえるであろうが、その特殊の性質にかんがみ破産法は同法第七二条の特則として対抗要件の否認に関し、特に同法第七四条の規定を設けたものと解するのが相当である。したがって同条により否認しうる対抗要件充足行為も破産者の行為、またはこれと同視すべきものに限り、破産者がその債権を譲渡した場合における当該債務者の承諾は同条による否認の対象とはならないものというべきである」とした。

第三 三

一、否認権の対象を破産者の行為に限るという原則は否認権の要件を明確にするものであるから、法的安定性に益するものであること明らかである。この原則を貫くなら、執行行為が破産法第七二条二号の債務消滅行為に該当するのは、破産者の通謀加功によって執行行為がなされた場合に限られることになる。

しかし他方破産債権者に対する公平な弁済という破産制度の最も重要な目的からすれば、所謂危殆状態において一部債権者の抜け駆け的行為による利得を防止する必要がある。そこで破産法第七五条を創設的と解することによって執行行為についてののみは破産者の行為と関係のない

破産者の行為を含まない行為の否認

破産者の行為を含まない行為の否認

(通謀加功等のない) 執行々為の否認も可能と解することができる。前掲大阪高裁昭和四四年の判例はかかる趣旨を含むものとも理解できる。

しかし抜け駆け的の行為を防止する必要性は執行々為に限らない。それゆえ執行々為のみを破産者の行為に限るという原則から外すのみでは狭きに失するのみならず、執行々為のみを外さなければならないという実質的理由もない。それゆえ執行々為を含めて債務消滅行為は全て破産者の行為に限らないと解する必要がある。即ち破産財団を構成すべき財産をもってなされ、実質的に弁済と同一の効果を生ずる行為は破産者の行為に限らず否認できると解すべきである。かく解することは破産法第七二条二号の条文の表現とは一致しないけれども、同法第七五条が破産者の行為によらない行為の否認を予定していること、第七二条二号において同行為の否認の必要性のあることからして、合理性のあるものと解せられる。

二、右述のとおり破産法七二条二号の債務消滅行為について、前記最高裁昭和四八年の判例等は執行々為がこれに該当することを認め、右行為が必しも破産者の行為に限らない旨を判示した。これらの判例は破産法七五条の規定を確認的と解するのか、創設的と解するのか、ははっきりしないが、右規定の存在を根拠的に執行々為の否認を認めるのである。否認権の対象を破産者の行為に限るという原則を前提とするならば、二号否認の場合も破産者の通謀加功を要件とする中間的解釈もあってよいと理論的に考えられること前述のとおりであるが、右判例は右の要件を不要とする結論に一気に到達している。

三、しかし執行々為以外の行為である相殺については、前記昭和四〇年の最高裁判例は破産法第一〇四条の制限に服するのみで、否認権の対象たりえないとする。昭和四二年に破産法第一〇四条二号が追加され、相殺の規定が整備された現在では、相殺関係は同一〇四条で規律すれば充分とも考えられる。確かに相殺制限規定によって否認の対象とすべき必要性のある相殺は少なくなったといえるであろうが、理論上破産法第一〇四条の規定に拘らず、否認権の対象として問題となりうる相殺も存在する。例えば破産宣告の一年前の原因により負担した債務につき、破産債権者が破産宣告の一年前までに相殺した場合等である。即ち破産法第一〇四条二号によれば、支払停止を知って破産債権者が破産者に対して債務を負担した場合でも、その債務負担が破産宣告より一年前の原因による場合には相殺は許される。他方同法第八四条は破産宣告の一年前に為したる行為は支払停止を知っていたことを理由に否認することができないとする。それゆえ破産宣告より一年前の原因により負担した債務につき破産債権者が破産宣告の一年前までの間に為した相殺は有効であるが、否認の対象として考える余地があるのである。否認権と相殺制限と

はいずれも破産財団の保全を目的とするが、二うまでもなく両者は夫々別の要件によって規律されるのであって、相殺の規定が否認権行使を制限するものではないと解すべきである（同旨条解会社厚生法中巻二八頁）。

四、次に代物弁済予約完結について、前記昭和四三年最高裁判例は二号否認を認める。これは債権者と債務者とが相通じ、債務者が期限の利益を放棄し、債権者の予約完結権行使を誘致した事実が背景にあるのであるが、かかる事実が存在しなくても、例えば支払停止前に不動産を目的とする代物弁済予約をなし、仮登記のなされない間に債務者が支払停止となり、債権者が支払停止の事実を知って予約完結権を行使し、その後一五日以内に債務者が協力して所有権移転本登記をなした場合を想定すると、右本登記は破産法第七四条の要件を欠くので右本登記の否認は認められないのであり、右予約完結行為の否認を認める必要がある。これは破産法第七四条一項但書で仮登記権利者を優位に扱う趣旨の反対解釈からも認められるべき結論である。

五、右のように破産法第七二条二号の債務消滅に関する行為に破産者の行為を含まない場合も含むとする解釈は同二号のその他破産債権者を害する行為にも共通するものと解すべきである。けだし破産債権者に対する公平な弁済、危殆状態における破産財団の保全という破産制度の理念からすれば、両者を区別する実質的理由がないからである（前掲中田正雄はこの結論を認める）。例えば仮登記仮処分執行によって仮登記がなされた場合、或いは確定判決による執行々為により本登記がなされた場合でも、破産法第七四条の要件を満たす限り対抗要件の否認は認められるべきである。そうとすれば対抗要件としての第三債務者の債権譲渡承諾について、前記昭和四〇年の最高裁判例は破産者の行為でないことを理由に否認を認めないけれども、破産財団の保全という理念からすれば、破産者（債権者）の譲渡通知と同様に否認の対象となると解すべきである。そうでなければ脱法の危険性があるからである。

六、然らば破産財団に帰属すべき債権の消滅時効、或いは同じく破産財団に帰属すべき財産に対する取得時効の完成のような客観的事実で、受益者の行為すら含まない法律要件による法律効果に対する否認は可能であろうか。

前述のとおり通説判例は時効中断をしなかった不作為を破産者の行為と構成するが、右述のように破産法第七二条二号の破産債権者を害する行為を破産者の行為に限らないとする解釈をさらにすすめて、破産債権者を害する効果を生じるものと解するならば、支払停止後においては時効完成という事実に基づく法律効果それ自体を否認することができるかと解せられる。けだし否認権を単なる取消権ではなく法律効果の否定である

破産者の行為を含まない行為の否認

破産者の行為を含まない行為の否認

と解するのが通説であり（中田前掲一五九頁）、これによれば、客観的事実に基づく法律効果の否認も可能と解せられる。

しかしながら他方破産法第七二条二号但書において、受益者が支払停止等の事実を知っていたという悪意を否認の要件とするが、これは受益者が抜け駆けに利得するのを防止するためである。そうとすれば、同二号の債務消滅に関する行為、或いは破産債権者を害する行為は受益者の主観と牽連性のあるものでなければならぬと思われる。受益者の悪意と法律効果の原因事実との間に厳密な意味の因果関係は必要でないが、右事実について受益者の加功があることが必要と解すべきである。そこで右時効完成という客観的事実に基づく法律効果は受益者の内心の意思とは関係がないのは勿論であるから、通常は時効完成による法律効果についての二号否認は認められないと解せられるが、受益が主観的に時効完成を目ざして画策加功した場合には否認対象となると解すべきである。