

第5章 破産法71条・72条と金融取引

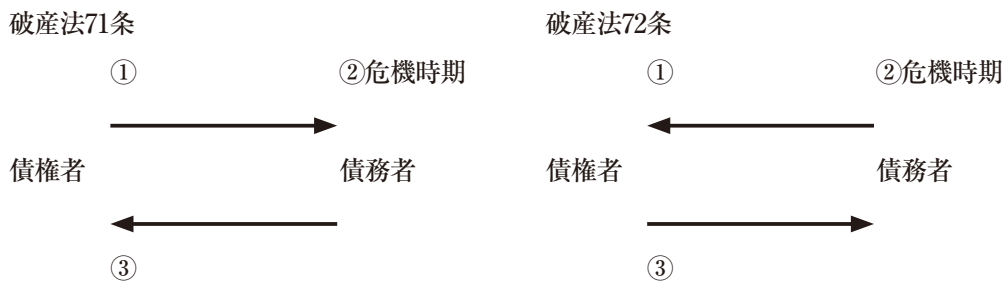
松 下 淳 一

1 破産法71条・72条総論

(1) 趣旨

破産債権者が破産者に対して債務を負担している場合に、相殺権を行使すると、破産債権は対当額の限りで完全な満足を受けることになるから、その結果が破産債権者の間の平等を害する偏頗的なものである場合には、相殺権の行使を禁止する必要がある。破産法71条は破産債権者が破産者に対して債務を負担する場合、破産法72条は破産者に対して債務を負担する者が破産債権を取得する場合を定めているところ、破産法71条・72条の1項各号が定める相殺禁止及び両条の2項各号が定める相殺禁止の解除は、相殺の担保的効力の尊重と破産債権者の間の平等の確保との調整を図るものである。偏頗的な満足の防止を趣旨とする点で偏頗行為否認（破産法162条）と共通する⁽¹⁾。

民事再生法93条・93条の2および会社更生法49条・49条の2も概ね同種の規律を有する。



(2) 「破産債権者」・「破産債権を取得した者」

破産法71条・72条の禁止の対象となるのは「破産債権者」又は「破産債権を取得した」者が

(1) もっとも、破産法71条1項2号には「専ら破産債権をもってする相殺に供する目的」という要件があり（後述2(1)c）、偏頗行為否認と完全にパラレルであるわけではない。

する相殺である。相殺権の行使が破産手続開始の前になされることもあるから、破産手続開始によりこれらの者になるべきものも含まれる。優先的破産債権者も個別の権利行使が禁止されるという意味で破産手続の拘束を受けること、及び特に優先的破産債権者が割合弁済しか受けられない場合には相殺を認めると優先的破産債権者間の平等を害することから、優先的破産債権者も「破産債権者」に含まれ、本条の禁止の対象となる。破産法71条・72条が、債務者の無資力リスクを引き受けるべき債権者が優先的な地位を取得することを防止することを趣旨とすることから、劣後的破産債権者や約定劣後破産債権者が「破産債権者」に含まれるのは当然である。

(3) 相殺禁止の効果

破産法71条・72条の1項各号が定める相殺禁止に抵触する相殺は当然に無効である。相殺権の行使が破産手続開始の決定前になされている場合には、破産手続開始の決定の効果として相殺が遡って無効となる。相殺が遡って無効になると、自働債権あるいは受働債権に付されている保証・担保（物上保証を含む）は当然に復活する。

破産手続の開始前に相殺がされている場合に、破産手続開始決定と同時に破産手続廃止決定がされたとき（破産法216条1項）には、相殺が遡及的に無効とされることはないのは当然である。これに対して、異時廃止（破産法217条1項）の場合には、相殺禁止が破産手続内での債権者平等を確保するためのものであることから、破産手続の終了時点で破産財団所属の債権の取立がされていなければ、相殺の効力は当然に復活する、と考えるべきであろう。

相殺の意思表示が破産手続の前であっても後であっても、相殺が無効になると、破産債権者は権利行使のために破産債権を届け出る必要があり、破産配当により弁済を受けることになる。他方、破産者の有する債権は破産管財人が取り立てることになる。また破産法71条・72条の1項各号が定める相殺禁止は債権者平等を確保し、破産債権の個別弁済禁止を担保するための規律であることから、破産債権者の全員の合意があれば格別、破産管財人と個別の破産債権者との合意で相殺禁止に抵触する相殺を有効とする合意の効力は認められない。最判昭和52年12月6日（民集31巻7号961頁）は、現在の破産法71条1項3号に対応する規定について「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間の合意は、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」と判示している。

2 各論 - 金融取引における論点

(1) 破産法71条1項2号(相殺禁止)

a 要件一概観

破産者が支払不能になった後に破産債権者が破産者に対して債務を負担した場合で、破産債権者が支払不能について悪意であるときには、その債務負担の態様次第で、その債務を受働債権とする相殺が禁止される場合がある。2号の相殺禁止の要件は、3つの要素から構成される。

- ① 破産者が支払不能になった後に破産債権者が破産者に対して債務を負担したこと
- ② 破産債権者が破産者に対して債務を負担した態様が次の2つのいずれかであること
 - ②-1 契約によって負担する債務を専ら破産債権をもってする相殺に供する目的で破産者の財産の処分を内容とする契約を破産者との間で締結することにより破産者に対して債務を負担したこと
 - ②-2 破産者に対して債務を負担する者の債務を引き受けることを内容とする契約を締結することにより破産者に対して債務を負担したこと
- ③ 破産債権者は②-1・2の契約の締結の当時、破産者が支払不能であったことを知っていたこと

b 基準時としての支払不能(①)

支払不能を基準とする相殺禁止は、平成16年の倒産実体法の改正により新たに導入されたものであり、支払停止(破産法71条1項3号)又は破産手続開始申立(破産法71条1項4号)の前であっても、破産者が支払不能に陥っている場合には、その時点で特定債権者のみが相殺権という担保を取得することは債権者平等原則に反するという考慮にもとづく。偏頗行為否認について支払不能が基準時とされた(破産法162条1項1号)のと平行である。

「支払不能」とは、「債務者が、支払能力を欠くために、その債務のうち弁済期にあるものにつき、一般的かつ継続的に弁済することができない状態」をいう(破産法2条11項)。支払不能の意義について、弁済期の到来した債務が存することが必要かどうかについては、近時争いがある。弁済期の到来した債務がなくても、将来弁済期が到来する債務について弁済期が到来した時点において一般的・継続的に弁済できないと認められる状態が現に存するのであれば、支払不能と認定すべきであるとする見解⁽²⁾がある。債務者の財産状態悪化の時期における弁済

(2) 中西正「否認権」全国倒産処理弁護士ネットワーク編『論点解説新破産法・上』(きんざい、2005年)181頁、山本和彦「支払不能の概念について」新堂幸司=山本和彦編『民事手続法と商事法務』(商事法務、2006年)151頁。

について、弁済期の先後によって偏頗行為否認の対象となるかどうか分かれるのは不合理な場合がある、という指摘は確かに説得的である。しかし、(1) 破産法2条11項の条文の文言は弁済期の到来した債務のみに言及していること、(2) 将来弁済できない蓋然性を支払不能の有無の判断に取り込むとすると再生手続開始の原因となる事実である支払不能の生ずる「おそれ」(民事再生法21条1項前段)との区別があいまいになること、さらに(3) 全ての債務について弁済期末到来であるにもかかわらず支払不能ありとして破産手続開始の決定を求められる(破産法15条1項)とすると、個別執行はできない(民事執行法30条1項)にもかかわらず包括執行はできることになり均衡を失することから、支払不能の有無の判断の際には、弁済期の到来した債務のみを考慮に入れるべきであると解する。下級審の裁判例にも、「支払不能であるか否かは、現実弁済期の到来した債務について判断すべきであり、弁済期末到来の債務を将来弁済することができないことが確実に予想されたとしても、弁済期の到来した債務を現在支払っている限り、支払不能ということはできない」と判示して、弁済期の到来した債務が必要であるとするものがある⁽³⁾。もっとも、後述(2(2))のように、支払停止との関係で弁済期の到来した債務を不要とすると読める下級審裁判例⁽⁴⁾もある。

c 債務負担の原因となる契約 (2)

債務者の事業継続に伴い債権者(金融機関)が負担する債務(預金にかかる債務)であって特定性のないものも包括的に受働債権として相殺期待を有して与信取引を継続する場合があります。ところで、支払不能後の債務負担にもとづく相殺を一律に禁止すると、このような取引の障害となるとの指摘、あるいは支払不能が評価概念であるため債務者の財産状態は知っていたがまだ支払不能ではないと判断していたところ後から支払不能について悪意であったと判断される可能性もあるとの懸念がある、との指摘が倒産実体法改正の立案過程でなされたことから、偏頗行為否認の規律とは異なり、破産法は、政策的に、支払不能後の債務負担にもとづく相殺が禁止される場合を次の2つの場合に限定している。

(3) 東京地判平成19年3月29日金法1819号40頁。同じく、弁済期の到来した債務が必要であるとする東京地判平成22年7月8日判時2094号69頁は、「現に弁済期の到来している債務を基準とすることなく、将来における「債務不履行の確実性が現在の弁済能力の一般的欠如と同視できる場合」であるか否かにより「支払不能」の有無を決するとすると、その判断には多分に相対的な評価が入らざるを得なくなり、支払不能の概念が不明確になるおそれが強いといわざるを得ない。破産法における「支払不能」は、破産手続開始の原因になる事情であるとともに、偏頗行為の否認における危機時期を画する基準にもなる重要な概念であって、基準としての明確性が強く要請される」と判示して、弁済期の到来した債務は不要であるとする見解を批判する。

(4) 大阪地判平成21年4月16日判時2062号92頁。

第1は、支払不能後に新たに契約にもとづいて債務を負担する場合の相殺禁止である（②—1）。一方では、上記の政策的考慮から、従前からの通常の継続的な取引にもとづく債務負担の場合は、相殺禁止の対象から除くことが望ましいことになる。他方では、破産債権者が相殺による債権回収目的で殊更に破産者の財産を取得し、その対価として債務を負担した場合には、代物弁済と同じく債権者平等原則に反することから、相殺を禁止すべきことになる。以上のような考慮から、まず契約内容が「破産者の財産の処分を内容とする」ものであり、次に主観的側面では支払不能の概念に幅がありその悪意だけでは相殺禁止を基礎づけえないという理由から、契約締結が「契約によって負担する債務を専ら破産債権をもってする相殺に供する目的」でなされた場合に、支払不能後の債務負担にもとづく相殺を禁止の対象としている。

ここで「専ら」とは、字義通り他の目的がない場合と解すべきではなく、行為の前後の諸事情から偏頗行為否認を潜脱する目的と認められるかどうかという観点から判断すべきである。さもないと、破産債権者には破産者の処分した財産を取得する目的も常にあることから、破産法71条1項2号が空文に帰するおそれがあるからである。「専ら破産債権をもってする相殺に供する目的」の認定のためには、財産処分契約と相殺の意思表示との時間的密着性、破産債権者が相殺権行使を確実にするための措置（預金拘束等）を講じていたか、財産処分契約が通常取引と乖離する程度等が重要な間接事実となろう。例えば、支払不能後に金融機関の融資先が当該金融機関に預金をした場合に、金融機関が相殺目的で預金を拘束してすぐに相殺の意思表示をすれば、上記の目的を認定しやすいのに対して、融資先からの払出し要求に応じられるようにしてあり、しかし払い出されなかったので相殺をしたとすれば、上記の目的は認定しにくい方向に傾く。

「破産者の財産の処分を内容とする契約」には、売買契約や預金等に係る消費寄託契約が含まれる。第三者が破産者の預金口座に振り込む場合が含まれるかどうかについては考え方が分かれる。破産者の行為がないことから「契約を破産者との間で締結」とはいえないという見解が一般的である。他方で、破産者が通例の金融機関ではない別の金融機関への振込を取引先に依頼したような場合には、実質は「処分」と同視できるとの見解⁽⁵⁾もある。振込入金の場合を、破産者がいったん受領して預金するのと相殺の可否との関係で区別する合理的な理由はないことから、破産債権者と破産者との個別の消費寄託契約はないものの、振込依頼は「破産者の財産の処分を内容とする契約」に実質的には含まれるという考え方も成り立ちうる⁽⁶⁾。

(5) 新破産法の基本構造と実務472～473頁〔伊藤眞〕、新破産法の実務Q&A203頁〔益本広史〕。

(6) この考え方は、財産処分契約を破産者との間で締結する、という条文の文言とは離れるという問題がある一方で、偏頗行為否認一般について債務者の行為性を厳密には要求しない一般論とは整合的である。

第2は、既存の債務を引き受ける場合の相殺禁止である（②—2）。この場合に相殺を認めると、引き受けた債務をもって自己の破産債権の満足を受ける結果を容認することになり、債権者平等原則を害するし、特に要件を付加して相殺禁止の範囲を狭めるべき取引の実情もないことから、上述の場合とは異なり、債務引受の原因や目的を問わずに、相殺禁止の対象とされている。

（2）破産法71条1項3号（相殺禁止）

破産債権者が、支払停止があった後に破産者に対して債務を負担した場合であって、その債務負担の当時、支払停止について悪意であったときには、その債務を受働債権として相殺することは認められない。支払停止とは、支払不能の旨を明示的または黙示的に外部に表示する債務者の行為をいい、これにもとづき支払不能が推定できる（破産法162条3項参照）以上、そのような状態で作出された債権債務の対立にもとづく相殺を認めると、債権者平等原則を害するからである。もっとも、支払停止が、例えば債務者の弱気にもとづくものであり、客観的には支払不能を伴うものではなかった場合（本号但書）には、債権者平等原則を強制する必要はないから、相殺は禁止されない。

支払停止とは、支払不能の旨を外部に表示する債務者の行為をいう。支払不能の旨を外部に表示する債務者の明示的な行為として、弁済を継続できない旨の債権者への通知や貼り紙、広告が考えられる。また黙示の行為として、債権者から逃れるために夜半に什器を搬出して店舗を閉鎖すること、廃業等が考えられる。支払不能の旨は、外部に表示される必要がある。債務者が弁護士との間で債務整理のために破産申立ての方針を決めただけでは、支払停止とは言えない（最判昭和60年2月14日判時1149号159頁（否認事件））。これに対して、手形の不渡りが間近になりながら手形債務の決済資金を入金することなく、決済資金を手当てしなかった行為は、支払不能の旨を黙示的に、外部である銀行に表示する行為である、とする下級審裁判例がある（東京地判平成19年3月29日金法1819号40頁（破産法71条1項3号が問題となった事案））。もっとも、後者の場合、特定の債権者に対してだけ表示をしても「外部」と言えるかについて、疑問の余地がないではない。

多数の小口債務の支払は可能であるが資力が欠乏するため他の1つの巨額の債務を支払うことができず、その旨を表示した場合には支払停止がある（大判昭和15年9月28日民集19巻1897頁（否認事件））。また、債務者が支払不能の旨を表示した場合には、その後多少の支払をしても、なお支払停止と認めることができる（大判昭和7年3月25日民集11巻499頁（相殺禁止が問題となった事案））。

支払停止は支払不能概念を前提とするから、支払不能について弁済期の到来した債務が必要

であるとの立場を前提とするのであれば、外部に表示されるべきなのは弁済期の到来した債務の弁済不能状態であって、将来弁済期が到来する債務について弁済不能の見込みを表示したとしてもそれは支払停止には該当しない。もっとも、大阪地判平成21年4月16日判時2062号92頁は、「支払停止には、弁済期の到来した債務に対する支払停止行為だけでなく、弁済期が近日中に到来する予定の債務に対してあらかじめ支払うことができない旨表示する行為も含まれると解すべきである」と判示する。この見解は、明示的ではないものの、支払不能について弁済期の到来した債務の存在は不要であるとの考え方を前提とするものと思われる。この大阪地判平成21年は、上記の一般論に続けて、「黙示的な支払停止行為の存否を判断するに当たっては、本条（会社更生法88条:対抗要件否認の規定―筆者注）の趣旨が取引の相手方の予見可能性を考慮していることも踏まえて、黙示的表示行為に至る経緯、黙示的表示行為が債務者の信用に及ぼす影響、黙示的表示行為から窺える債務者の意図及び取引の相手方の属性等を総合的に考慮する必要があるというべきである」と判示して、具体的な考慮要因を指摘する。

従来、実際に支払停止と扱われることが多かったのは手形の不渡りである。手形の不渡処分自体は特定の手形債務についての1回的な不払いである。しかし、手形交換所規則は、一般に、当座預金の残高不足による不渡りが6ヶ月間に2回あると当該振出人等を銀行取引停止処分に付す旨を定めており、手形振出人等は、通常はそのような処分を回避するために当座預金に残高不足が生じないように資金繰りをするものであるところ、実際に不渡りがあったということは、資金繰りができなかったということである。したがって、特定の手形債務を弁済できないという事実から、一般的かつ継続的に債務を弁済できないことを表示したものと言いうことができる。したがって手形の不渡りは支払停止とされるのである（福岡高決昭和52年10月12日下民集28巻9～12号1072頁）。取引停止処分を避けられなかったという点を重視すれば、2回目の不渡りを以て支払停止を認定すべきことになる。もっとも、1回目の不渡りも、当該債務者の重要な信用情報として取引社会に流れるものであり、債務者がそのような事態を避けたいにもかかわらず避けきれなかった点を重視するのであれば、1回目の不渡りの手形の金額や残高不足の理由・態様によっては、1回目の不渡りを以て支払停止を認めることができる場合もあろう。

（3）破産法71条2項1号（相殺禁止の解除）

破産債権者の債務負担が、相続、事務管理、不当利得等の法定の原因にもとづく場合である。破産債権者、破産者あるいは第三者による相殺適状作出が意図的ではないことにもとづく。もっとも、これらの場合には、破産債権者に事前に合理的な相殺期待があったわけではなく、偶然の事情により相殺権を得ることができる建前に対しては、立法論的な批判がされている。

破産者が共同相続人の一人であり、他の共同相続人の相続放棄により金融機関である破産債権者に対する預金債権を相続放棄なき場合よりも多く取得した場合に、相続放棄自体は当該他の共同相続人の法律行為であり、その意思にもとづく行為であって、破産者や破産債権者等からの働きかけによりなされる可能性が存在し、典型的に相殺権の濫用のおそれのない法定の原因に該当するということはできないことから、相続放棄により、破産者の法定相続分を超えて破産債権者が負担した預金債務については相殺が禁止されるという考え方（大阪地判平成14年9月30日金法1672号40頁）が一方で存する。他方で、相続の放棄は、いかなる動機によるかはともかく、当該他の共同相続人の意思にもとづいてされるものであり、身分行為性が強く、破産者や破産債権者がその意思表示を強制することができるものではないことから相殺権の濫用には当たらず、「法定の原因」に含まれて、相殺禁止が解除されるとする考え方（大阪高判平成15年3月28日金法1692号51頁—上記大阪地判平成14年の控訴審判決）もある。

（4）破産法71条2項2号（相殺禁止の解除）

破産債権者の債務負担が、破産債権者が危機時期を知った時より前に生じた原因にもとづく場合である。破産債権の実質価値が名目額通りにあった時点で債務負担の原因があれば、その時点で両債権の対立及びそれにもとづく担保の設定があったのに準じて考えることができ、相殺の担保的効力に対する破産債権者の合理的な期待を認めることができることを趣旨とする。したがって、「原因」は、債務の負担ひいては相殺期待を直接かつ具体的に基礎づけるものである必要がある。具体的には以下のとおりである。

① 破産債権者となる金融機関と債務者との間で危機時期前に締結された当座勘定取引契約（最判昭和52年12月6日民集31巻7号961頁）や普通預金契約（最判昭和60年2月26日金法1094号38頁）は、危機時期に振込入金があって金融機関が債務を負担したとしても、「原因」には該当せず、相殺は禁止される。債務負担（預金の発生）が確実ではないため、相殺期待があるということできないからである。

② 振込指定とは、金融機関の融資先が第三者から支払を受ける代金をその融資先の預金口座に振り込ませることを約し、相殺によって金融機関の融資金の回収を図ろうとするものである。危機時期前に振込指定の合意がされ、危機時期に振込がされた結果金融機関が預金債務を負担するに至った場合に、金融機関は相殺をすることができるか。有力な見解⁽⁷⁾は、振込指定の強弱によって「原因」に該当するかどうかを区別する。即ち、融資先とその債務者たる第三者との間で代金支払について口座振込の方法によるという弁済方法の指定がされるのみで、金融機

(7) 青山善充「倒産法における相殺とその制限（1）」金法910号9頁。

関と融資先との間に特別の契約がない場合には、弁済方法の指定がされたに過ぎないから、金融機関側に正当な相殺期待があるとはいえず、振込指定は「原因」とはいえない（「弱い振込指定」）。これに対して、金融機関・融資先・融資先の債務者の三者が、融資先の債務者は代金を必ず金融機関の融資先名義の口座に振り込み、それ以外の方法では支払わない旨、及びこの振込指定は金融機関の同意がなければ撤回できない旨を合意している場合には、その振込指定合意は、金融機関の債務負担については相殺期待を直接かつ具体的に基礎づけるものということができるから、「原因」に当たるということができる（「強い振込指定」）（名古屋高判昭和58年3月31日判時1077号79頁）⁽⁸⁾。

③ 代理受領とは、金融機関がその取引先に対して工事請負資金等を融資する際に、金融機関がその代金の受領の委託を受けることを約する金融機関と取引先との約定をいい、融資先（請負人）が発注者に対して有する請負代金債権等を担保に取ることを目的とするものである。代理受領契約が危機時期前に締結され、危機時期に代金の受領がされて代金の返還債務を負担した場合に、金融機関は相殺をすることができるか。振込指定における有力な見解と同様に考えれば、請負代金請求権の主体である融資先が自ら取り立てることはせず、融資金の弁済に充てるように、当該金融機関にのみ受領の代理権を与え、これを一方的に解約しない旨を約し、かつ第三債務者（注文者）もこの契約内容を承認している場合には、相殺の担保的機能の信頼を保護すべきであるから、代理受領の合意を「原因」として相殺を認めるべきことになろう。他方で、受領権限が排他的ではなく、撤回が可能であり、あるいは第三債務者に撤回不能の旨が伝わっていない場合には、合理的な相殺期待を認め難い場合が多いであろう。

④ 破産債権者が、危機時期前に、破産者との間で、破産者が債務の履行をしなかったときには破産債権者が占有する破産者の手形を取り立て又は処分してその取得金を債務の弁済に充当することができる旨の条項を含む取引約定を締結したうえ、破産者から手形の取立を委任されて裏書交付を受け、危機時期を知ったのち破産手続開始前に手形を取り立てて取立金返還債務を負担するに至った場合に、破産債権者は相殺をすることができる。手形の取立委任の基本契約のみでは、取立委任が義務づけられるわけではないから合理的な相殺期待を基礎づけることは困難であるものの、これに加えて個別の取立委任まで危機時期前にされているのであれば、委任を撤回して手形を取り戻さない限り、委任者が自ら取り立てたり第三者に別途取立を委任したりすることはできないから、取得金の充当条項とあいまって、合理的な相殺期待を基礎づ

(8) 上原敏夫「いわゆる「強い振込指定」について」『民事手続法学の新たな地平』青山善充先生古稀記念論集（有斐閣、2009年）655頁は、金融機関が相殺を期待する基礎は、あくまで、金融機関と破産者との合意にあるから、第三債務者の関与はなくても、金融機関と破産者との合意があれば、金融機関の相殺の期待を保護すべきであり、「強い振込指定」に準じて、「前に生じた原因」に当たる、とする。

けることができると解する。最判昭和63年10月18日（民集42巻8号575頁）も、上述のような約定の下での取立委任について、「破産債権者が前記のような取引約定のもとに破産者から個々の手形につき取立を委任されて裏書交付を受けた場合には、破産債権者が右手形の取立により破産者に対して負担する取立金引渡債務を受働債権として相殺に供することができるという破産債権者の期待は、同号但書（現破産法71条2項2号）の前記の趣旨に照らして保護に値するものというべきだからである」と判示している。

⑤ 証券投資信託の受益権の購入者について支払停止があった後に投資信託の解約実行請求がされ、その後破産手続が開始した場合に、投資信託の販売会社である銀行は、解約にもとづいて受託者から委託者経由で入金された解約金の返還債務に係る請求権を受働債権として、受益権購入者に対する債権を自働債権として相殺することができるかが問題となる。

名古屋地判平成22年10月29日（金法1915号114頁）は、以下のように述べて、販売会社である銀行に合理的な相殺期待はないとして民事再生法93条2項2号（破産法71条12項2号に相当）の適用を否定した（Xは投資信託の購入者、Yは販売会社である銀行）。

「本件投資信託においては、受益者であるXが、本件受益権を解約した場合に、委託者は、その解約金を販売会社であるYに支払うという構造になっている。しかし、Xの本件受益権は、Y以外の他の金融機関・証券会社への振替の可能なものがある（争いのない事実、なお、投資信託取引規定集中の投資信託受益権振替決済口座管理規定7条参照）のであって、振替が禁止されるわけではなく、受益者であるXが希望すれば、Yは、振替を行う必要がある。本件投資信託において、本件受益権の解約金の返還義務を本来的に負っているのは受託者たる信託銀行であって、販売会社であるYは本件受益権の解約金の返還義務そのものを負っているわけではなく、解約金がYに支払われる構造であることから、解約金がYに入金されることによって、その返還義務を負うという関係にあるにすぎない。そうすると、仮に、上記のような他の金融機関への振替が行われれば、そもそも解約金がYに入金されることはなく、解約金返還債務がYに発生することはない。その意味で、本件投資信託において、将来的に、解約金につきYが受領できることは確実であるとはいえず、しかも、その振替は、Yの同意の有無にかかわらずXが自由に行うことができるのであるから、Yが解約金の受領を行うことにつきXを拘束するほど強い指定があるというものでもない。まして、受益権の換価方法は解約の他に、買取請求、信託期間終了時の償還などの方法がある（争いない事実）のであるから、確かに、解約による換価が一般的な方法といえとはしても、換価方法として解約の方法が必ず選択されるというものでもなく、その意味でも、Yに解約金返還債務が発生する確実性は乏しいといわざるを得ない」。

もっとも、この事件の控訴審判決である名古屋高判平成24年1月31日（金判1388号42頁）は、

大要以下のように述べて、上記判断を覆した。即ち、YのXに対する解約金返還債務は、Xの支払停止前に締結された投資信託総合取引規定等の規定を内容とする投資信託受益権の管理等を目的とする委託契約にもとづいて、解約により解約金がYに交付されることを条件として発生しているのであって、この委託契約は「前に生じた原因」に該当する、受益権の換金方法として他のものがあるとしても解約の方法が一般的であることからYは合理的な相殺期待を有していた、というのである。

この問題に関連するのが、証券投資信託の受益者について破産手続が開始されて破産管財人が解約実行請求をした場合に、販売会社である銀行は、破産者に対する債権を自働債権、解約金返還債務に係る請求権を受働債権として相殺できるかが問題となった大阪高判平成22年4月9日金法1934号98頁である⁽⁹⁾。この判決は、大要以下のように述べて、破産手続開始後に停止条件が成就した債権を受働債権とする相殺を肯定する（Xは投資信託の購入者（破産者）Aの破産管財人、Yは販売会社である銀行）。

「Xは、投資信託の販売会社は単なる取次にすぎず、自ら投資信託を解約等して換金することもできないから、これに対して相殺の対象として期待すべき相当性はない旨主張する。

しかし、本件契約において、Yは、Aの受益権を管理する口座管理機関であり、Yを通してのみ他の口座管理機関への受益権の振替及び信託契約の解約による換金が可能であって、また、解約があった場合に、その解約金はYの指定預金口座に入金されることが明らかである。したがって、Yの立場は、受益者であるAと委託者であるB社を取り次いで投資信託の販売を行うことで終了するものではなく、その後も、解約若しくは他の口座管理機関への振替がなされるまで、本件契約に基づく受益権をその管理支配下に置いているといえることができる。したがって、このような受益者であるAと口座管理機関であるYとの関係は、信託契約の解約金について、Yの知らない間に処分されることがなく、また、その支払はYの預金口座を通じての支払となることからして、相殺の対象となるとYが期待することの相当性を首肯させるものといえるべきである」。

「AとYとの間の銀行取引約定書には、AがYに対する債務を履行しなかった場合には、Yがその占有しているAの動産、手形その他の有価証券について、必ずしも法定の手続によらず一般に適當と認められる方法、時期、価格等により、当該動産又は有価証券を取立て又は処分の上、その取得金から諸費用を差し引いた残額を法定の順序にかかわらずAの債務の弁済に充当できるとの任意処分に関する規定（4条3項）及びYが、AのYに対する債務とAのYに対する預金

(9) この判決に対しては上告受理申立てがされていたが、最決平成23年9月2日金法1934号105頁は、上告不受理とした。

その他の債権とをいつでも相殺し、又は払戻し、解約、処分のうえ、その取得金をもって債務の弁済に充当することができるとの差引計算に関する規定（7条1項）が存在することが認められる。これらは、直接Yに対する権利でないものであっても、Yが事実上支配管理しているものについては、事実上の担保として取り扱うことを内容とする約定であって、このような約定の存在は、本件契約に基づく投資信託の解約金についてもYの相殺の対象と期待することが自然であることを示しているというべきである」。

上記判断の背景にあるのは、破産債権者が破産手続開始時において破産者に対して停止条件付債務を負担している場合に、破産手続開始後に停止条件が成就したときには、特段の事情のない限り、破産法67条2項後段により破産財団所属の停止条件のついていた債権を受働債権とする相殺をすることができる、と判示する最判平成17年1月17日（民集59巻1号1頁）である。

破産手続開始後の解約により債務を負担した場合でも原則として相殺できるのであれば、破産手続開始前の危機時期における解約により債務を負担した場合であっても、相殺の合理的期待ありとするのが整合的であろう。この意味で、上記の名古屋高判平成24年1月31日は、大阪高判平成22年4月9日の連続線上にあるものと位置づけることができる。もっとも、上記判示に引用されている銀行取引約定書の「その他の有価証券」（4条3項）や「その他の債権」（7条1項）のような不確定な文言にもとづいて、証券投資信託をたまたま（証券会社ではなく）銀行で購入した者への貸付の「事実上の担保」として合理的に期待できるのか、という疑問が残らないではない。また、上記名古屋高判平成24年1月31日は、解約実行請求を受益者ではなく販売会社である銀行が債権者代位権にもとづいてしたという事案であり、条件成就による相殺適状を受益者が望まないであろうやり方で作出しているという事情を捉えて、販売会社に相殺に対する合理的期待があったのかを疑う旨の指摘もされている⁽¹⁰⁾。

（5）破産法72条1項1号

主債務者からの委託を受けないで債権者との間で保証契約を締結した者（保証人）が、主債務者の破産手続開始後に保証債務を履行したことにより取得した事後求償権を自働債権、主債務者の保証人に対する債権を受働債権として相殺できるかが争われたのが、大阪地判平成20年10月31日（判時2060号114頁）及び同事件の控訴審判決である大阪高判平成21年5月27日（金法1878号46頁）である。いずれの判決も、保証債務の履行により代位行使が可能になる原債権と、同履行により取得する事後求償権とは別個の権利であり、事後求償権の主たる発生原因は（保

(10) 伊藤尚「破産後に販売会社に入金になった投資信託解約金と販売会社の有する債権との相殺の可否－大阪高判平成22年4月9日を契機に」金法1936号52頁、62頁注15。

証債務の履行ではなく)保証契約の締結である破産債権であるので、事後求償権は破産手続開始後に取得した他人の破産債権ではなく、破産法72条1項1号の適用を受けない、と判示する。

主債務者からの委託を受けた保証の場合には、事後求償権は破産法72条1項1号の適用を受けないということによいと思われるが、保証が主債務者からの委託を受けないものである場合にも同様によいかについては疑問視する指摘もある。すなわち、相殺を認めるということは、破産者である主債務者が予期しないまま、あるいはその意思に反して保証契約が締結され、主債務者が保証人に対して有する債権が主債務者本人の知らないうちに事後求償権の担保に供されることを是認することになり、主債務者=破産者の関与も予期もないまま一方的に作出される相殺期待を合理的なものと考えられるか、という指摘である⁽¹¹⁾。

(6) 破産法72条2項4号(相殺禁止の解除)

破産者に対して債務を負担する者が破産手続開始前の危機時期に破産債権を取得した場合には、相殺が禁止されるところ(破産法72条1項2号~4号)、その破産債権の取得の原因が、破産者に対して債務を負担する者と破産者との間の契約である場合には、相殺禁止は解除される。例えば、預金を受け入れている金融機関が預金者の支払停止後に貸付をして債権を取得する場合である。そのような場合には、破産債権は、契約による発生当初から破産者に対する債務を担保としていと考えられ、一度も一般債権として破産者の無資力リスクを引き受けていないことから、相殺を認めても債権者平等原則に反しないことがこの解除事由の趣旨である。偏頗行為否認において、新規融資に伴う担保設定が同時交換的行為として否認されない(破産法162条1項柱書括弧書)のと共通の考慮にもとづく。この規律があることで、破産法72条1項2号から4号の相殺禁止の対象は、実質的には、破産者に対して債務を負担する者が他人の破産債権を取得する場合に概ね限られることになる。

3 補論

民法(債権法)改正検討委員会が2009年3月末に公表した「債権法改正の基本方針」の【3.1.3.30】は、弁済を禁止された債権を受働債権とする相殺等の禁止に関する民法511条の

(11) 山本和彦他著『倒産法概説〔第2版〕』(弘文堂、2010年)258頁(沖野眞己)。最判平成24年5月28日(判時2156号46頁)は、「無委託保証人が主たる債務者の破産手続開始前に締結した保証契約に基づき同手続開始後に弁済をした場合において、保証人が取得する求償権を自動債権とし、主たる債務者である破産者が保証人に対して有する債権を受働債権とする相殺は、破産法72条1項1号の類推適用により許されないと解するのが相当である」と判示した。

大幅な改正を提案する。

現行民法の511条に対応するのは、弁済を禁止された第三債務者はその後に取得した債権による相殺をもって差押債権者等に対抗できない旨を定める〈2〉であり、この前提として、〈1〉は、弁済を禁止された第三債務者は、債務者に対し有する債権による相殺をもって差押債権者等に対抗できる旨を定める。〈2〉あるいは民法511条と平行なのが破産法72条1項1号である。

さらに、〈3〉は、〈2〉の禁止を時的に拡張し、「弁済を禁止された第三債務者は、差押えまたは仮差押えの申立てがあった後に債権を取得した場合であっても、それらの申立てがあったことを知っていたときには、その債権による相殺をもって差押債権者または仮差押債権者に対抗することができない」と定める。すなわち、差押え等の申立てがされた後に債権を取得しても相殺できないということであり、破産法72条1項4号の、破産者に対して債務を負担する者が破産手続開始の申立てがあった後に債権を取得した場合は、そのものが申立てについて悪意の場合には相殺できない、という規律と平行の規律である。

債務者の危機時期について悪意の者には合理的な相殺期待は認められないという趣旨であろうと思われ、合理的な規律であると思われる。もっとも、このような破産法72条1項2号から4号に属する相殺禁止に対応する規律を設けるなら、破産法72条2項各号所定の相殺禁止の解除事由も設けるべきではなかろうか。具体的には、特に破産法72条2項2号・4号の解除事由に相当する事由である。例えば、破産法72条2項4号に対応する例として、差押えの申立てがあった後に、第三債務者が債務者に金銭を貸し付け、それによって債権を取得したという場合を挙げることができる。この場合、自分が負担する債務をいわば担保にして貸付けをしたのと同じであり、根抵当権の極度額に余裕がある場合に債権者が追加融資するのと類似の状況にあって、成立時から優先回収が可能な債権であるから、相殺を禁止するのは不適當であると思われる。