HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	民事判例研究
Author(s)	稲垣, 美穂子
Description	判例研究
Citation	北大法学論集, 60(2), 271-292
Issue Date	2009-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/38922
Type	departmental bulletin paper
File Information	60-2_0008.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

民事判例研究

稲垣美穂子

東京地判平成一八年一二月二二日（判タ一二三八号二三一頁）

【事実】

平成一七年七月一日、Xは破産者J（平成一七年七月二〇日破産手続開始決定）との間で、同日までにJがXに対して負担していた投資金返済債権元金二〇億三〇〇〇万円を平成一七年七月五日限り弁済することを内容とする準消費貸借契約（本件準消費貸借契約）を締結し、これを担保するため、同日、有限会社L名義の不動産上に極度額一億四〇〇〇万円の根抵当権（本件根抵当権）の設定を受け、登記を経由した。同年九月九

日、Lは破産開始決定を受け、Lの破産管財人に選任されたYが同年一〇月一七日に本件根抵当権設定契約は破産法一六〇条三項の無償行為に当たるとして否認請求の申立をし、同年一一月九日にこれを認容する決定が出されたために、XがYに対し決定の取消を求めたのが本件である。

ところで、本件では次のような事情が認められた。LはJか、あるいはKのどちらかから合計約九億円の不動産購入資金の融資を受けている（判決はJとKのどちらが真の債権者なのか明確に認定していない）。Jの代表取締役はAであり、他に取締役としてB、Cがいるが、いずれも取締役としての業務を行っておらず、Jの資金運用その他重要事項の決定は全てAが行っていた。同時にAはL及びKの（唯一の）取締役でもあり、J及びKの唯一の株主である。KはLの全持分を有している。

破産法に関わるXの主な主張は次の通りである。①本件根抵当権設定契約は、これが実行されればLはJに対し求償権を取得し、JがLに対して債権を有しているとすれば、これとJがLに対して有する反対債権とを相殺できる。結果的にはJに対する債務の消滅を意味するものでありLにとっては債務減少という利益を得る行為だから、無償ではない、②一六二条が一六〇条三項と別に存在していることからすれば既存の債務に対する弁済の場合には一六〇条三項は適用されないと解されるところ、JがLに対して債権を有する場合、本件根抵当権設定はJがLに対して有する債権に抵当権の設定を受けた上で当該抵当権上に転抵当権が設定されたことと同視しうるから実質的にはJに対する偏頗行為（一六二条）であり、従って一六〇条三項は適用されない、③J・K・Lは共にその取締役はAだから、KがLに対して債権を有する場合にはKがXへの優先弁済を認めていたと言えるのに、否認を認めると破産を契機に自ら認めたことを覆すことになり信義則に反する、また、Jが債権者の場合には、否認によりXは根抵当権を失ってしまうのに対して主債務者Jは根抵当目的財産から配当を得ることができてやはり信義則に反する、④本件否認権行使は根抵当目的財産の早期の換価を目指して破産債権確定を待たずしてなされているが、破産者の債務超過を理由に破産手続開始された場合に債権確定を待たずして財産換価を認めることは、債務超過ではないことが事後的に明らかになった場合にXに決定的な不利益を与えるものであるから、破産債権が確定しない段階で破産財団の換価を先行するためだけに否認権を行使することは許されない。

【判旨】

請求棄却、原決定認可。

無償否認の成否について（争点一）

「破産者が義務なくして他人のためにした保証若しくは抵当権設定等の担保の供与は、それが債権者の主たる債務者に対する出捐の直接的な原因をなす場合であっても、破産者がその対価として経済的利益を受けない限り、破産法一六〇条三項にいう無償行為にあたるというべきであり、破産者が取得することのあるべき求償権は、当然には担保供与の対価としての経済的利益にはあたらないと解されるから、本件においてLがJに対する求償権を取得するとしても、Lがこれにより直ちに経済的利益を取得したということはできない。

この点、原告はLがJの本件融資金債権と、Lが将来取得する求償権とを対等額で相殺できることをもって、Lに経済的利益があると主張する。しかし、求償権を取得することと相殺権の行使により債務が消滅することは、別個独立した法律効果であり、本件融資金債務の消滅を本件根抵当権設定の対価とはいえない。そもそも、根抵当権を設定しただけでは、求償権は未だ将来発生する可能性があるのみで現に発生しているわけではなく、その上、Lは相殺権の行使により上記求償権を失うことになるから、そもそも本件根抵当権設定により経済的利益を受けていたとはいえない。したがって、原告の主張は採用できない。」

偏頗行為の成否と一六二条、一六〇条三項の関係について（争点二）

「原告が既存の抵当権に転抵当権を設定する場合においては既存の抵当権が有効に存在することを前提として設定されるものであることからすると、そのような前提のない根抵当権設定行為とは基本的にその性質を異にしており、単に同様の担保価値を取得できることからこれを実質的に同一視することはできない（現に原告は本件融資金債権を争っている）。また、破産法一六二条は、破産者が支払い不能になった後、又は、破産手続開始の申立てがあった後の既存の債務についてされた担保の供与又は債務の消滅に関する行為を対象としているのに対し、同法一六〇条三項は、破産者の支払停止等の事由があったその前六ヶ月以内にされた無償行為全てを対象にしているのであり、その対象となる行為の時的要件を異にしている。そして、債権者を詐害する行為及び偏頗行為を否定し、公平な債権者へ

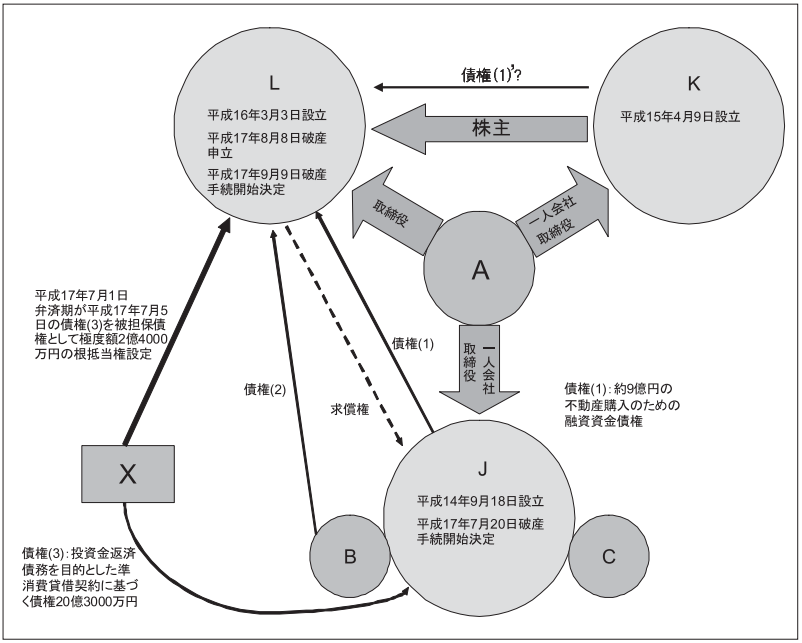
の配当を目的とする否認権の趣旨に照らせば、同法一六二条は、破産者の支払不能ないし破産手続開始の申立てがある前にされた既存の債務についてされた担保の供与又は債務の消滅に関する行為についても、同法一六〇条三項の要件を充たす限り、同条同項による否認権の行使を妨げるものではないと解される。」

信義則違反の有無について（争点三）

「破産法一六〇条三項に定められた否認権は、無償行為が破産債権者を害するおそれが強いことから、破産財団に属する財産を公平に配当するため逸失財産の回復を目的とした権利であって、個別具体的事情を考慮した上で無償行為の相手方とされた者と他の債権者及び担保権者間の利益調整を行うことが予定された制度ではない。…さらに、本件で否認権を行使しているのはLの破産管財人である被告であり、JないしKではない。したがって、原告とJないしKとの間の信義則を前提とする原告の主張は、そもそもその前提を誤っており採用できない。」

破産財団の換価時期について（争点四）

「破産法は、破産財団の換価時期について特段の制限を設け



ていない。かかる趣旨に照らせば、現行法は破産財団の換価と破産債権の確定を並行して進めることを許容していると解される。したがって、本件においても、本件不動産の換価手続を、破産債権の確定より先行させたからといって直ちに違法と評価することはできない。」

【評釈】

本判決の論点は多岐に及ぶが、本稿では破産法に関連する四つの論点、すなわち、一．無償否認の成否について（争点一）、二．偏頗行為の成否と一六二条、一六〇条三項の関係について（争点二）、三．信義則違反の有無について（争点三）、四．破産財団の換価時期について（争点四）について取り上げる。一．はいわゆる（物上）保証の無償否認の成否として議論されてきた論点である。（物上）保証の無償否認に関する判例として、大判昭和一一年八月一〇日民集一五巻一六八〇頁及び最判昭和六二年七月三日民集四一巻五号一九六八頁がある。本件は、特に、会社に対する救済融資の際にその与信不足の填補として、実質的経営者によってされた保証行為の無償否認該当性について、その対価性が問題とされた最判昭和六二年七月三日との関係において、(i)主債務者と（物上）保証人との間に密接な関係が認められる点、及び(ii)主債務と（物上）保証行為が同時交換となっている点において事案に形式的類似性が認められる。他方で、本件特有の問題として主債務者が物上保証人に対して債権を有していたことから、この債権の無償否認の成否に与える影響が問題となり得る。

本稿では、まず無償否認の一般論（一）、を述べた上で、無償否認の成否が問題となった大判昭和一一年八月一〇日及び最判昭和六二年七月三日を概観し（二）、最判昭和六二年七月三日と本件との事案の近似性及びそれに対する評価について検討した上で（三）、本件特有の問題点、すなわち主債務者の（物上）保証人に対する債権の存在が無償否認の成否に与える影響について検討し（四）、この影響について参考となる判例を概観して（五）、本件で無償否認が否定される可能性について検討する（六）。

更に、二．偏頗行為の成否と一六二条、一六〇条三項の関係について（争点二）、三．信義則違反の有無について（争点三）、四．破産財団の換価時期について（争点四）については、従来学説判例共に明確に論じられてこなかった点であるが、これらについても若干の検討を行う。

一・無償否認の成否について（争点一）

一・破産者が支払の停止等があった後又はその前六月以内にした無償行為及びこれと同視すべき有償行為は、破産手続開始後、破産財団のために否認することができる（無償否認、一六〇条三項）。無償否認は他の一般の否認権と比較して、支払停止その前六ヶ月になされた無償行為であれば否認でき、破産者及び受益者の主観を問わずに否認できる点で、成立要件を大幅に緩和している点に特色がある。その根拠は、危機時期及びそれに隣接する時期に対価なくして無償で経済的利益を付与し、債務者財産を減少させる行為は債権者を害する程度が大きいこと、他方で受益者側から見ても、無償で利益を得ているのであるから、保護の必要性は低いことを理由とする。

ところで、無償否認の成立要件を見ると、その要件は上の条文の通り（一）破産者の支払停止等のあった後又はその前六月以内の行為（二）無償行為及びこれと同視すべき有償行為である。支払停止とは弁済能力の欠乏のために弁済期の到来した債務を一般的、かつ継続的に弁済することができない旨を外部に表示する債務者の行為のことをいい[1]、その前六月の行為であれば（一）の要件を満たすことになるので、（一）について裁判で争われることは少ない。無償否認でもっぱら争点となるのは（二）であり、本件でも、物上保証の無償性が主たる争点となっている。

従来（物上）保証[2]の無償性判断で結論を左右する分岐点とされていたのは、(a)無償とは誰を基準に判断するか、(b)保証債務を履行した後に保証人が取得する求償権は破産者による保証行為の対価といえるか、(c)主債務者と破産者たる保証人間の特別な関係から推測される利益の存在を保証行為の対価と認めることができるか、である。

無償行為とは、破産者が対価を得ないで財産を減少させ、または債務を負担する行為のことをいう[3]。民法上の詐害行為取消権（民法四二四条）では債務者の無資力が要求されるから、これと連動して、詐害行為該当性判断でも当該保証行為が現実にどのくらい債務者の責任財産を減少させるかについての具体的判断が必要となるところ、保証は補充性を有し、保証債務の負担が財産減少に直結する訳ではないので（民法四五二条）、保証債務負担行為が直ちに詐害行為と評価されるかについて争いがある[4]。しかし、破産法上は、他人の債務の保証あるいは担保供与はリスク負担行為としてそれ自体詐害行為と評価されることに争いはない。さらに、保証契約は、保証人が保証を引受け

るについてその対価報酬たる意味を有する経済的利益（典型は保証料）を取得しない限り、原則的に片務かつ無償契約だから、[5]他人の負担する債務に対する保証は、保証料を得ていない限り、一六〇条三項の「無償行為」に当たる。

従って、保証の無償性について保証人たる破産者を基準に判断すれば、保証に対する報酬を受けていない限り、保証は無償行為である。しかし、他方で無償性を受益者側の観点を加えて判断するならば、受益者は主債務者に対して出捐しているのだから、破産者による保証行為は無償でないことになる。

また、仮に保証の無償性について保証人たる破産者を基準に判断するとしても、保証人は保証債務を履行すれば、主債務者に対して求償権を取得する（民法四五九条一項、四六二条、三七二条、三五一条）。そこで、この求償権の存在をもって保証の対価と評価出来るかどうかが争われる。具体的には実体法上求償権は保証人が主債務の弁済をした後に初めて発生する費用償還請求権としての性格を有することから（民法六五〇条一項、七〇二条一項、三項）、このような将来発生する請求権を保証の対価報酬とみることができるかどうかが争点である。

さらに、主債務者と破産者たる保証人間の特別な関係から推測される利益の存在を保証行為の対価と認めることができるか、が争われる。具体的に判例で問題とされたのは、同族会社Pの債務について実質的経営者Qが保証していた事例である。

仮に(a)について破産者たる保証人の経済的利益の存否を基準として無償性を判断し、他に保証行為の対価とみられる利益がなく、かつ(b)求償権の対価性を否定すれば、当該保証行為は保証人の破産により常に無償否認の対象となる。そして、否認されれば結果として会社への債権は無担保債権となる。しかし、小規模閉鎖会社に対して与信を行う場合に経営者の与信力でもって会社の与信不足を補完してきた金融実務からすれば、このような結論は受け入れ難い。そこで、次に述べる最判昭和六二年七月三日民集四一巻五号一〇六八頁をきっかけに、保証の対価といえる利益の授受がない場合であっても、主債務者たる会社Pと保証人、破産者たる実質的経営者Q間の密接な関係の存在から、同族会社への出資によってQの出資の維持、あるいは増殖という形でPの利益が直接、間接的にQの利益に結びついているのだから無償ではないとの主張がされるようになる。[6]この見解は与信時に与信者はPとQを一体として見ることによって与信判断をしている、という現象をとらえて、それを無償否認の無償性判断に反映させる立場である。

二、無償否認に関する以上の争点に関する判例として、大判昭和一一年八月一〇日民集一五巻一六号一六八〇頁及び最判昭和六二年七月三日民集四一巻五号一〇六八頁がある。

主債務者の荷為替手形支払債務に連帯保証をした銀行が破産し、当該連帯保証行為が無償否認の対象となるかどうかが争われた事例である大判昭和一一年八月一〇日民集一五巻一六八〇頁では①（旧）破産法七二条五号の無償行為とは破産者及び受益者の意思によれば破産者の財産に帰する対価が何ら無い場合を言い、②求償権は保証の対価とはならず、求償権の存在をもって有償ということはできない、と判示した。

同族会社が負った主債務に対して個人保証をした当該会社代表取締役が破産し、当該保証行為が無償否認の対象となり得るかが問題となった事例である最判昭和六二年七月三日民集四一巻五号一〇六八頁も、基本的にこの昭和一一年判決を踏襲している。さらに昭和六二年判決では、これに加えて③保証人が同族会社の実質的経営者であって会社のために保証をした場合であっても、破産手続は会社とは別個の破産者個人に対する総債権者の満足のためその総財産の管理換価を目的として行われるものであることに鑑みると、その事をもって別に解する合理的根拠はないとする。

これに対しては、島谷裁判官の反対意見において、受益者の立場からすれば主たる債務者に対しては出捐をしているのであって保証人たる破産者もこの出捐を目的に保証等の行為をしているのだから、両者は密接に関連している。これらは一体として観察されるべきであって、別々に切り離して評価することは許されない。また、破産者は保証行為の時点では単に債務を負担するだけで自ら何の出捐をすることもないが、将来保証債務を履行し、担保権が実行されればその出捐に対して実質的対価としての求償権を取得することになるのであって、贈与のような全く対価のない無償行為とはいえない、として、上記①②について多数意見に反対する。

他方で林裁判官は反対意見において(i)主たる債務者が破産者及びその一族の所有かつ経営にかかるいわゆる同族会社であり、破産者がその代表者で名実ともにこれを支配しうる経営者であるような関係にあって、(ii)債権者が破産者の保証若しくは担保の供与があればこそ会社に対して出捐をしたものであり、(iii)会社が右出捐を得られないことになれば、その営業の維持遂行に重大な支障を来たすため、破産者自らこれに代わる措置を講ずることを余儀なくされたなどの事情があって、実質的に、破産者が会社に対する善管注意義務ないし忠実義務を履行する

とともに自己の出資の維持ないし増殖を図るため保証等をしたものといえる、との要件を満たす場合には、破産者自ら直接ないし間接に経済的利益を受け、破産財団の保全に資したものとして、右行為は無償行為には当たらないものとすべき、と述べ、上記③について多数意見に反対する。

学説は上記①無償とは誰を基準に判断するか②保証債務を履行した後に保証人が取得する求償権は破産者による保証行為の対価といえるかの点について、それぞれ判例の判断を肯定する見解が有力である。(7)

他方、③主債務者と破産者たる保証人との間の特別な関係をとらえて無償性を否定できるか、の問題に関しては、実務上の要請により、昭和六二年判決林裁判官反対意見に与する見解が多い。(8)

三、ところで、上記昭和六二年判決の事案との近似性という点において、本件事案では、次のような事情が認められる。第一に、被担保債権の債務者Jと物上保証人Lとの間に密接な関係が認められる。JはA出資の会社であり、Lは同じくAが出資して設立した会社Kが全額出資して設立した会社であって、これら三者は同族会社である。さらに、三社の取締役はAである。第二に、形式的には、被担保債権であるXのJに対する準消費貸借債権の契約当日に根抵当権設定がされているから、一応主債務の負担と引換に物上保証がされているという関係にある。しかし、他方でこのような近似性がありつつも、本件では債務負担行為と物上保証行為との関連性は希薄である。被担保債権であるXのJに対する準消費貸借債権の契約当日に根抵当権設定がされているから、形式上は主債務の負担と引換に物上保証がされている。しかし、ここでの被担保債権であるXのJに対する債権の実質はJがXに対して負っていた投資金返済債務であって、ここには物上保証があったから与信をした、との関係はない。

物上保証の無償否認該当性について、無償性は債務者の観点から判断し、更に求償権の対価性を否定する点については、既に概観したとおり、従来の判例及び学説の大半が認めるところである。私見もこれに与する。一般債権者の共同担保となるべき財産の確保という否認権の趣旨からすれば、債権者の出捐にかかわらず無償性を破産者を基準に判断することには合理性が認められる。また、求償権は保証人が満足を得て初めて取得する権利であるし、保証料が保証の対価となるのに、これが無い場合に求償権を保証の対価と考えるのは一貫性を欠くと考えら

れるからである。(9) 民法上の詐害行為取消権とは異なり、保証人が経済的に破綻した場合には、保証行為の詐害性判断に際して保証に起因する現実の財産減少の有無を問わずに、他人の債務を保証する行為そのものをリスク負担行為として否認の対象とする以上、負担したリスクの現実化としての求償権は保証行為の対価にはなり得ない。本件判旨は「破産者が取得することのあるべき求償権は、当然には担保供与の対価としての経済的利益にはあたらないと解される」として、求償権が保証行為の対価に該当すると判断しうる場合があるかのような含みを持たせているが、保証行為の対価性について上述のように解するならば、どのような事情を以てしても求償権が保証行為の対価と評価されることはない。

昭和六二年判決をきっかけとする従来の議論によると、そこから更に主債務者と破産者たる保証人との間に密接な関係がある場合に、両者を一体として扱い、債権者が主債務者に対して与信することで破産者たる保証人も直接、あるいは間接的な利益を得ているとして、無償性を否定できるかが問題になり得た。それは、中小企業融資において融資者は与信の際に会社の与信不足をその実質的経営者の信用で補填することによって両者を一体として与信対象とし、これに基づいて与信判断を行っている、という実務を、無償否認の無償性判断に持ち込んだものである。同じ理は会社と実質的経営者間のみならず、親会社と子会社、あるいは同族会社間にも妥当する。

しかし、既に挙げた通り、本件では、主債務者と破産者たる物上保証人との間に、主債務者が間接的に破産者たる物上保証人の株式を持ち、かつ、取締役が同一人物であるという、非常に密接な関係が認められるものの、主債務者に対する与信と破産者たる物上保証人の財産上に根抵当権を設定する行為との間に何ら関連性は認められない。主債務者と破産者たる保証人間の特別な関係をとらえて無償性を否定できるかという問題(c)が、中小企業融資の現状をふまえて、与信時に与信者が担保権を取得したと信頼したことに対する保護の観点から、取引の安全を否認権要件該当性判断に折り込んだ無償否認回避構成であるとすれば、本件で形式的には準消費貸借を挟むことによって旧債務が新債務に転換し、主債務たる新債務と物上保証とが引換給付の形になったとしても、両者間に何らそのような、つまり、保証人による保証があったから融資した、との関連性を認めることはできないのであるから、従って本件は従来保証行為の無償否認該当性が専ら問題としてきた争点とは、問題状況を異にする、といえる。

四．他方、本件事案の特徴としてーこの点は判旨で明確に認定されている訳ではないがーXの主張によると、主債務者が物上保証人に対して債権を有している点を挙げることができる［これを債権(1)とする：図参照］。

この特徴から、従来保証行為の無償否認につき論じられてきたものとは別の問題点が浮上する。Xの根抵当権取得時に主債務者Jが破産者である物上保証人Lに対して債権(1)を有しているとすると、これとLがJに対して取得する求償権と相殺できる。そうすれば、判例、学説が認める通り求償権の対価性が認められないとしても、債権(1)の名目債権額の限度で求償額を回収できるから、その限度で有害性が認められないのではないか。

例え行為が形式的には詐害性を有していたとしても、当該行為の前後で破産財団財産の増減に影響を及ぼさないとみることができる個別の事情が存する場合には、そのような行為を否認の対象とする必要はない。ここに、有害性を否認権行使の一般的要件として認める基礎がある。[10] また、有害性判断は客観的かつ、その基準時は否認の対象となる行為の時と解するのが一般である。[11] そこでかかる基準に従って検討するに、本件で有害性が否定されるためには、Lが自己の不動産上に根抵当権を設定した時点を基準に、客観的状況から見てXに対する根抵当権設定によっても財産の増減が生じなかった、と言えなければならない。そのためには、Xによる根抵当権実行後にLがJに対して取得する求償権が債権(1)との相殺に供されることで価値を有するから、財産減少には至らない、ということが必要である。しかし、本件では破産手続開始時に結果として債権(1)がそのままの形で債権者を変えずに残っていたが、仮にLが根抵当権設定後にJが債権(1)を第三者に対して譲渡していれば、求償権と相殺することはできなくなる。また、仮にJが債権(1)の債権者のままであったとしても、求償権以外にLがJに対して別の債権を有していれば、その別の債権での相殺を望むかもしれない。また、物上保証設定後にそもそもLの弁済によって債権(1)は消滅するかもしれない。とにかく、Xが根抵当権を取得した時点においては債権(1)がJとLとの間にあるとも、また仮に帰属を変えずにそのまま存在するとしても、求償権との相殺に供されるかどうか、全くわからないのである。従って、有害性判断基準時を否認の対象となる行為時とする限りにおいて、本件では、求償権と債権(1)との間に牽連性がなく、根抵当権設定によっても財産の増減に影響を及ぼさないとの客観性に欠けるといわざるを得ない。

五、無償否認の成否を問題としつつ有害性を否定した判決として、最判平成八年三月二二日（金法一四八〇号五五頁、原審東京高判平成四年六月二九日、判時一四二九号五九頁、金法一三四八号三四頁）がある。最判平成八年三月二二日は、会社の経営者である夫婦Aが会社の借り入れについて包括連帯保証するとともに（この連帯保証は会社財産が健全である時に為されたので、否認の対象にはならない）、主債務に対してAと共に保証したXの会社に対する求償権についても連帯保証（当該連帯保証）し、Xが債権者の求めに応じて弁済して求償権を取得後にAが破産したため、Aの管財人YがXに対する当該連帯保証の無償否認を主張したのに対し、Xが破産債権確定請求訴訟を提起して無償否認の成否を争った事案である。ここでは、Xは債権者に対して弁済すれば、債権者に代位して連帯保証人への求償権の範囲内でこれを当然に行使できる地位に就く（民法五〇〇条）。これと、Aが、Xに対して別に負担した、Xの会社に対する求償権についての連帯保証債務とは実質的に同じであって、[13] Xとしては、Aに対してどちらかを行使すれば良く、一方を行使すれば他方は消滅する関係に立つ。従って、Aが、Xの会社に対する求償権について連帯保証した段階で、当該連帯保証の有無によっても財産変動の危険性に差がないことはほぼ明らかであって、有害性がないことは否認の対象となる行為時に客観的に認められる事案であった。

六、もっとも、本件でも無償否認を回避できる要素が全く無い訳ではない。というのは、廉価で売却した財産価格がその後に下落した場合、あるいは高価で買い取った財産の価格がその後に高騰した場合に有害性があると言えるか、の問題に関して、有害性判断の基準時を行為時としつつも、否認権行使の時に債権者を害する事実がなくなれば、否認の要件が欠けることになる、と解されているからである。[14] これに問題を引きつけて考えると、たとえ保証契約時に主債務者の保証人に対する債権と将来発生する求償権との牽連性に欠け、従って客観性が認められないものであるとしても、破産手続開始後に、結論において、負担したリスクの現実化として求償権が発生し、これと相殺できる反対債権があって、他に相殺に供される可能性のある保証人の主債務者に対する債権が無い場合であれば、少なくとも計数上は求償権に実質的価値が有ると認められ、主債務者の保証人に対する債権の名目額の限度で保証契約は保証人の財産に影響を与えなかったとして、有害性を否定出来る可能性がある、ということになろう。

但し、通常詐害行為否認では有害性の立証責任は破産管財人が負担するが[15]、無償否認における保証の対価性の問題について、他人のためにする保証が利益交換的な取引合理性に乏しい行為であるために有償とみうるだけの対価の授受があったことは、否認を免れたい相手方において主張、立証すべきとされている[16]こととの均衡からすれば、有害性判断の基準時後の事情により当該保証行為に有害性がないことの立証を、保証債権者（本件では根抵当権者X）が負うと考えるべきであろう。

また、以上の議論は保証人に求償権が発生することを前提とするが、主債務者が破産している場合にはー本件でもそうであるがーそもそも保証人の主債務者に対する求償権の行使が制限される場合があることに気をつける必要がある。保証人は債権者が破産手続開始時の現存額全額について破産手続に参加した時には求償権をもって破産手続に参加できないし（一〇四条三項但書）、また破産手続開始後に保証人が弁済したとしても、債権全額が消滅しない限り求償権を行使できない[17]（一〇四条四項）。物上保証人も同様である（一〇四条五項）。

さらに、求償権に実質的価値が認められることによって有害性を否定すれば通常の詐害行為否認規定（一六〇条一項）の適用も認められなくなることから、これもまた有害性が無いことを理由に無償否認の適用を回避することを難しくする一要素となりうる。

判旨は相殺の可能性による求償権の実質的価値の問題を求償権の対価性の問題として捕らえているが、上述の通りそもそも求償権を物上保証の対価と評価する余地はない。むしろ、求償権の実質的価値の問題は行為の有害性の問題として把握すべきである[18]。そして、本件で結果的に破産手続開始時に債権(1)が存在し、かつその帰属を変えていないことを考えれば、債権(1)の限度で有害性が否定される可能性がある。

二．偏頗行為否認の成否について（争点二）

一．他人の債務を担保するための物上保証は、財産減少の恐れを生じさせるリスク負担行為として、対価を全く得ていない場合には無償否認規定（一六〇条三項）、対価を受領していても保証行為とその対価との均衡がとれていなければ詐害行為否認規定（一六〇条一項）による否認の対象となり得る。もっとも、本件のように主債務者が物上保証人に対して債権を有していた場合には、当該物上保証行為は単純な財産減少行為ではない実質を有し得る。というのは、この場合の債権者は、主債務者が

物上保証人から物上保証人の他の債権者に先立って受ける弁済を主債務者の代わりに受領したにすぎず、従って、当該弁済に代わる物上保証は単純な財産減少行為ではなく債権者間の公平を害する偏頗行為である、と見ることも不可能ではないからである。これを法律構成すると、本件でXが主張する通り、主債務者が物上保証人に対して有している債権を被担保債権として抵当権を設定し、これが主債務者による物上保証人の他の債権者に対する偏頗行為と評価され、更にこれを債権者が主債務者に対して有している債権を担保するため転抵当に供することで債権者は偏頗行為目的物の転得者の地位に立つ、ということになる。

しかし、当該行為が単純な財産減少行為なのか、あるいは偏頗行為に該当するのか、の否認類型判断について、管財人に、現実にされた法律行為以外に取引全体の経過からその経済的帰属の所在を見て判断させる事は煩雑であるし、実際において困難であろう。また、いかに他の法律構成が可能であったとしても、否認権の対象は現実に当事者が行った行為（あるいはその効果）である。

従って、本件において、実際に債権(1)に抵当権が設定された訳ではなく、転抵当もなされなかった以上、転抵当との実質的同一性を理由にLの物上保証を偏頗行為と見ることを否定した判旨は正当である。

二、本件で偏頗行為否認規定の適用を否定する以上、一六二条、一六〇条三項の関係については事案の解決に直接結びついていないが、この点についても一応検討する。

一般的には、支払不能後あるいはその三〇日前に既存の債務を被担保債権として担保の設定がされたが、しかしそれが利息の軽減や弁済期の猶予といった対価なくして義務なくされた場合には、論理的には一六二条一項二号と共に、一六〇条三項の適用が考えられないこともない。しかし、一六〇条三項の無償行為の典型は贈与であって、取引行為ではない場面での適用を予定している。そのような場面における財産減少行為だからこそ一六〇条三項の適用要件として当事者の主観的要件が全く課されていないのであって、純客観的見地から否認が認められる所以である。そうであるとすれば、通常の商取引の中で弁済がされたが、それが本来的な義務の沿ったものでなかったような場面において一六〇条三項の適用はないと解すべきである。

従ってこのような場合についてはもっぱら一六二条一項二号が適用される。抽象的に一六二条と一六〇条三項の成立要件の違い

及び一六二条の趣旨から一六二条の適用場面においても一六〇条三項の適用が排除されない旨述べる判旨には賛成できない。[19]

三　信義則違反の有無について（争点三）

原告は第一次的に、KがLに対する債権者である場合には、Kの唯一の株主及び取締役は共にAでありLの取締役もAだから、Lが本件抵当権を設定したことで、KはXがKに優先して本件不動産から優先して本件不動産から債権回収を図ることを黙認していたといえるのであり、Lが破産したことを理由に自ら認めたことを覆すことは信義則に反して許されないと主張する。この主張は、LとK間で成立していた黙示の約定を覆すような効果をもたらす否認権行使を管財人が行った事を問題視しているのか（つまり、当事者と管財人を同視して、そのような管財人が黙示の約定を覆す行為をしたことについて禁反言に違反するという意味で）信義則に反すると主張しているのか、あるいは、KのLに対する債権［債権(1)：図参照］をXとの関係において劣後させるとの黙示の約定が成立しているのに、破産管財人の否認によりそれが覆される結果となることを問題視してそのような結論をもたらすことが信義則違反であると主張しているのか、原告Xがどちらの意味で信義則違反を主張しているのかについては不明であるが、判旨は前者のようにとらえた上で「本件で否認権を行使しているのはLの破産管財人である被告であり、JないしKではない。したがって、原告とJないしKの間の信義則を前提とする原告の主張は、そもそもその前提を誤っており採用できない。」とする。

破産管財人の法律上の地位をいかに解するかについては諸説あるが、現在の通説である管理機構人格説を前提とすれば、破産管財人は破産法律関係において破産者とは独立の法主体とみなされる。[20] 従って、ここでの判旨は通説の立場からも支持されよう。

他方、Xの主張を後者のように捕らえたとしても、このような特定の債権のみに劣後する旨の約定（相対的劣後特約）は、それ自体破産手続上もかかる合意に従った処理をするとなると管財事務の円滑な遂行を阻害する恐れがあることから、そもそも当該合意に従った処理がされることは破産手続上保証されていない。[21] 従って、管財人による破産手続遂行の過程でかかる約定に反する取り扱いがされたとしても、それだけで信義則違反とはならない。

さらに、Xは二次的に、JがLに対する債権者である場合に

は、否認によりXは本件根抵当権を失う不利益を有するのに対し、債権(3)の債務者たるJは本件根抵当権目的不動産より配当を得る利益を受けられることになり、均衡を失し、信義則に反すると主張する。これは破産債権者の共同担保となるべき破産財団財産の充実という否認権行使の本来的な機能を貫徹させるべきかどうか、否認権行使に際して、取引の安全あるいは債権者間の利害調整といった判断要素を付加すべきかどうかについて、否認権の機能論にも関わる価値判断の問題であると思われるが、否認権は、基本的には債務者の財産処分行為自体に着目してその結果帰属するに至った権利の有無を決するものである以上、やはり否認権に他者との利害調整を図る機能を持たせることは難しいと言わざるを得ない。従って、否認権行使の結果他者との関係において仮に均衡を失すると思われるような事態が生じたからといって、直ちに信義則違反が問題となることはない。もっとも、破産法では、特に有害性が高い無償否認を除いて否認権行使に際して受益者の主観的要件を要求し、さらに、従来判例学説は否認の一般的要件としての前述の有害性及び不当性の概念を用いることで個別具体的な事情に基づく結論の不具合を調整しており、取引の安全あるいは債権者間の利害調整といった要素はこの範囲内で加味される。とはいえ、ここでの不当性とは、破産秩序より高次の法秩序や社会経済秩序に照らしたときに、破産債権者の利益を犠牲にしても受益者の利益を保持させるとの要請に基づく否認成立可能性阻却事由であるとされており(22)、有害性概念に関しても、現行法では否認権規定の整備により当該概念に依拠しなければならない場面が大幅に減少したと評価されていることを併せて考慮すると（注(10)参照）、否認の一般的要件による利益調整は排除されないまでも、ごく限定的であるように思われる。本件では前で述べた通り有害性の存在自体に疑問があるが、仮に有害性が肯定されるとすれば否認権行使の結果当事者が主張するような結論が生じたとしても、そのような不均衡な結論が直ちに破産法秩序に上位の法秩序に反するとは言い難い。もっとも、一般論としては無償否認の場合であっても、限定的ながら有害性、不当性の観点から個別具体的事情を加味した結論の妥当性を問う余地はある。その意味においては、判旨が述べるように無償否認の場合に債権者間の利益調整を行うことが必ずしも予定されない訳ではない。

四．破産財団の換価時期について（争点四）

破産財団の換価時期について、旧法下では原則として管財人

は一般の債権調査の終了前に破産財団の換価をなしえず（旧破産法一九六条一項）、例外的に破産財団に属する財産を遅滞なく換価しなければ破産財団に損害を与える虞ある場合には監査委員の同意か、あるいは監査委員ない場合には裁判所の許可を得て換価出来る旨の定められていた（旧破産法一九六条二項）。この趣旨については、配当にあずかるべき債権額が不明では、換価方針をきめることも困難だし、また、早計な換価によって強制和議の実効を失わせてはならないからであると説明されていた[23]。しかし現実には、破産財団帰属の財産が破産債権の総額を上回るために換価すべき財産の範囲を限定する必要がある事件は稀で、むしろ時間の経過と共に破産財団帰属財産の価格が下落し、他方で保管料及び固定資産税など財団債権の増加をも来す場合が多いことから、旧法下においても、法文上は例外的とされる扱いが実務では一般的な運用であったといわれる[24]。そこで新法では管財人の換価時期を制限する規定は削除されることとなった。もっとも、現行法でも実際に管財人が行った破産者の財産換価が後からみれば適切な時期に行われなかったと評価しうることはあるだろう。しかし、旧法下では、破産財団の管理ならびに換価の実施は原則として管財人の自由裁量に任せられ、旧法一九六条一項の破産財団の換価時期制限規定に違反した換価がなされた場合であっても、原則的には破産管財人の善管注意義務を問いうるに止まっていた。このことからすれば、現行法の下で仮に管財人によって適切でない時期に財産換価がなされたとしても、その行為の違法性は問題とならず、専ら破産管財人の善管注意義務違反が問題になるにすぎないと解される。従って、「破産法は、破産財団の換価時期ついて特段の制限を設けていない。かかる趣旨に照らせば、現行法は破産財団の換価と破産債権の確定を平行して進めることを許容していると解される。したがって、本件不動産の換価手続を、破産債権の確定より先行させたからといって直ちに違法と評価することはできない…」として、管財人による財団財産換価行為を違法と評価しうる余地を残す判旨には疑問がある[25]。

五．おわりに

Lに対する債権(1)がJに帰属するのか、あるいはKに帰属するのか、いずれに帰属するのかについて裁判所は明確な認定をしていない。本件事案は、AはJ、L及びKの取締役、かつ、J及びKの唯一の株主であって、KはLの全持分を有している、という関係にあり、このことからすれば、L・J・K間の結合

の度合いが大きく、それぞれ単体としての破産処理ではLの債権者が受ける配当とJの債権者が受ける配当との間にばらつきが生じて公平な配当が実現されない為に、併合処理が必要なケースであると認められるようにも思われる[26]（現に本件では、LとJの管財人は同一人物が担当しており、手続的な併合処理がされているようにも見受けられる。但し、Kについては倒産処理手続を開始していない。）本件が仮にそのようなケースに当てはまるとするなら、債権の所在につき明確に認定をしていない裁判所の態度も理解できない訳ではない。しかし、本件では否認権の成否が問題となっており、Lに対する債権の所在如何によってはその成否に影響が生じ得る以上、裁判所は当該債権の所在について明確にすべきだったのではないか。

（1）伊藤眞『破産法・民事再生法（第二版）』八一頁（有斐閣、二〇〇九）

（2）物上保証も主債務者が弁済すれば担保権が実行されずに済むという点で広義の保証に含まれ、無償否認の場面では、物上保証と保証は同様に扱われている。従って、以後、本稿でも保証に物上保証を含むものとして扱う。もっとも、保証のように補充性はないので、物上保証人の債権者に対する共同担保となるべき財産の減少リスクは保証よりも高いものと評価できよう。

（3）伊藤・前掲注（1）、四〇七頁

（4）保証債務や連帯債務に関してはその負担が実質的にどれだけ消極財産を増加させることになり、どれだけ共同担保を減少させることになるか、の観点から、詐害性の有無、詐害の限度が判定されることになるので、保証債務の負担についての詐害性の有無、その限度の問題は、無資力判断の際にどの限度で債務者の消極財産の中に算入されるかの問題と重なるとされる、奥田昌道『債権総論（増補版）』三〇二頁（悠々社、二〇〇二）、奥田昌道編『注釈民法（一〇）』八三四頁［下森定］（有斐閣、昭和六二年）。この点につき、保証人は、保証債務の負担によって直ちに財産的犠牲を実質的に蒙るものでないから、保証人が負担した債務が保証債務であることを保証人が立証すれば、当該債務は債務者の消極財産から除外されなければならないが、保証債務の負担が実質的にも保証人たる債務者財産に犠牲を及ぼすが如き特別の事由ある場合には、それについて債権者が立証する責任を負うとの立場として、杉之原舜一・判例民事法昭四年度一六事件評釈八二頁（民事法判例研究会）、松坂佐一『民法提要債権総論（新版）』一〇七頁（有斐閣、昭和四一年）。保証した債務者が、主たる債務者に十分な資力があって

その債権者は保証人に請求することを要しないことを主張したときは取消せないとの立場として、於保不二雄『債権総論（新版）』一八八頁（有斐閣、昭和四七年）、柚木馨［高木多喜男補訂］『判例債権法総論（補訂版）』二〇二頁（有斐閣、昭和四六年）、保証債務は消極財産を増加させる行為だから、人的担保の負担も詐害行為となりうるとする立場として、川井健『民法概論』一八五頁（有斐閣、二〇〇二）。保証債務は補充性を有することを理由に、主債務者に十分な資力があって債権者が保証人に対して請求することを要しないことを被告が主張すれば債権者は詐害行為取消権を有しないとの判例がある（大判昭和四年三月一四日民集八巻三号一六六頁）。

(5) 西村信雄編『注釈民法（一一）』一五一頁［西村信雄］（有斐閣、一九六五）、保証料は実務上保証した債務額の一―三％とされる、古曳正夫「緊急時、上手に保証を取り、戦う」NBL三九八号四四頁

(6) 後述注（8）参照。

比較法の観点から付け加えると、会社経営者によってされる会社債務の保証行為の無償性について、フランスでは我が国の学説と類似の破棄院判決がある。

前提として、フランスでも支払停止後の全ての無償譲渡行為は当然無効とされ（C. Com. art. L. 632-1-Ⅰ, 1°）、裁判所は支払停止日前六ヶ月以内の無償譲渡行為を無効にできる（C. Com. art. L. 632-1-Ⅱ）。対価なくしてなされた保証行為も上記規定によって無効とされるが（Cass. com., 12 juin 1963, Bull. civ., Ⅲ, n°298）、会社の債務についての保証が会社経営者によってされた場合には経営者は会社の順調な経営につき個人的利益を有することを理由に無償行為ではないとする（Cass. com., 14 févr. 1989）。もっとも、親会社が子会社の債務を保証する場合については、企業グループを結びつける利益連帯を理由に当然無効を免れるとの有力説もあるが（Ripert et Roblot par Delebecque Ph. et Germain M., Traité de droit commercial, t. Ⅱ, 17°éd., LGDJ, 2004, n°3116）、これを否定する破棄院判決がある（Cass. com., 25 févr. 1986）。

(7) ①につき、破産者を基準とする立場として、住吉博「判批」民商九八巻六号七九五頁（一九八八）、石川明「判批」ジュリ三三五号三三七頁、田原睦夫「判批」金法一一八二号一〇頁、佐藤鉄男「判批」ジュリ九〇五号八四頁、佐藤秀夫他編『注解破産法・第三版（上）』四七九頁［宗田親彦］、伊藤眞「判批」判時一二七三号二〇九頁、竹下守夫他編『大コンメンタール破産法』六三三頁［山本和彦］（青林書院、二〇〇七）。債権者の出捐の有無も併せて考慮すべきとする立場として加藤正治『破産法研究（第十巻）』七一頁（有斐閣、一九四三）、菊井維大・判

例民事法昭一一年度一一五事件評釈四三四頁（民事法判例研究会）、中西正「無償否認の根拠と限界」法と政治四一巻二＝三号五〇頁（一九九〇）。②につき否定説にたつ見解として住吉・前掲注（7）、七九五頁、家近正直「判批」別冊ジュリ一〇六号八三頁、宗田・前掲注（7）、四八一頁、山本・前掲注（7）、六三三頁、伊藤・前掲注（7）、二〇九頁、松下淳一「判批」ジュリ一八四号六五頁、肯定説として加藤・前掲注（7）、七二頁、菊井・前掲注（7）、四三四頁。但し、加藤・菊井両博士は、保証の当時主債務者が無資力であって求償権が無価値になるときには無償といいうる、とする。

（8）もっとも、具体的に主債務者と保証人がどのような関係にある場合に主債務者の利益が保証人の利益になったと認めることができるか、の要件をどのように定めるか、については様々である。主債務者と保証人との間に法人格否認の法理が適用される場合、子会社が親会社の一事業部門といえるような親子会社間、保証人が主債務者の既存の債務のほとんどを保証しており、主債務者の倒産が即保証人の倒産に連なる場合（田原・前掲注（7）、一一頁）、保証人の財産の中で主債務者の株式が大きな比重を占め、主債務者の倒産によって保証人の資産状態に顕著な悪影響が生じる場合（伊藤・前掲注（7）、二〇九頁）、これに加えて保証人の財産の中で主債務者の株式が大きな比重を占めていない場合であっても、保証があったからこそ債権者は与信したという引換融資であった場合（石川明「判批」判時一四四二号二〇七頁）等。

（9）松下・前掲注（7）、六五頁

（10）旧法下では、担保目的物による代物弁済の有害性を否定し、あるいは、適正価格売買、本旨弁済の有害性を認める、という形で用いられていた。これらの問題は現行法では否認権規定の整備により原則として有害性の解釈論に依拠する必要はなくなった［代物弁済（一六二条一項二号）、適性価格売買（一六一条）、本旨弁済（一六二条一項一号）］。それでも伊藤・前掲注（1）、三九〇頁は、別除権の目的物について担保権の消滅を前提とする破産管財人の任意売却権と売却代金の一部の財団組み入れが認められていることを前提とすると、現行法下においても相当額の担保目的物による代物弁済について有害性を理由とする否認の可能性があるとする。

（11）宗田・前掲注（7）、四三二頁

（12）山本・前掲注（7）、六二五頁、山木戸克己『破産法』一八九頁（青林書院新社、一九七四）

（13）但し、債権者がAに対して有していた被代位債権よりも保証利息を含む分において、Aが、Xに対して負担する連帯保証債務の方が高額になりうる。

(14) 山木戸・前掲注(12)、一八九頁、山本・前掲注(7)、六二五頁は否認権が事実上行使されないと考えておけば足りるとする。詐害行為取消権でも、詐害性判断のための債務者の資力は行為当時を基準としつつ、債権者がその後資力を回復した時は詐害性は消滅すると考えられている、奥田・前掲注(4)、二九五頁、

(15) 伊藤・前掲注(1)、三九〇頁、宗田親彦『破産法概説(新訂第四版)』三五一頁(慶応大学出版会、二〇〇八)

(16) 佐藤・前掲注(7)、八四頁

(17) 物上保証であっても、担保目的物の担保権を実行して自己の責任を果たしても尚債権者に債務が残る場合に、保証人のような全部義務者と同様に、責任財産相当額を超えた債務全額について弁済されなければ求償権を行使できないと解するかについては議論がある。仮に後者の立場をとるとすれば、被担保債務の額が担保目的財産価値を上回る場合には、求償権取得のために当初負っている責任を超えた弁済を強いられる点で、たとえ主債務者の物上保証人に対する債権額が被担保債務の額を上回っていたとしても、有害性が無いということは更に困難となろう。

(18) 伊藤・前掲注(7)、二一〇頁注(一三)は、主債務者に対する求償権が実質的価値をもち、保証人が債権者に対して支払った金額を主債務者に対する求償によって容易に回復できる場合に、否認の一般的要件である有害性が否定されることもあり得る、とする。

(19) 同様に一六〇条三項(旧七二条五項)の適用を否定する立場として加藤正治『破産法研究第七巻』八〇頁(有斐閣書房、一九二七)、同八巻一三二頁、兼子一監修『条解会社更生法(中)』六九頁(弘文堂、昭和四八年)、山本・前掲注(7)、六三三頁、一六〇条三項の適用を肯定する立場として宗田・前掲注(15)、三七九頁。

(20) 伊藤・前掲注(1)、一四八頁

(21) 竹下守夫他編『大コンメンタール破産法』[堂園幹一郎]四一五頁(青林書院、二〇〇七)。九九条二項は絶対的劣後の約定のみを対象とする、伊藤眞他編『新破産法の基本構造と実務』ジュリ二〇〇七年一二月増刊号三五二頁[小川、松下発言]

(22) 伊藤・前掲注(1)三九一頁。従来不当性が無いとして否認が否定される例として念頭に置かれてきたのが、破産者の生活費や事業資金捻出のための財産売却行為や担保権設定行為であったために、かかる適正価格売買や同時交換的取引が新法において要件が明確に定められる形で明文化された以上は不当性概念はもはや必要ではなく、後は一般法理の問題として捕らえるべき、と主張する立場もある、山本・前掲注(7)、六二六頁。しかし、それを不当性と呼ぶか、権利濫用、公序良俗と呼ぶかは

別として、ここで予定されている否認阻却事由の内容につき両者の間に差はないものと思われる。

(23) 中田淳一『破産法・和議法』一八七頁（有斐閣、昭和三四年）、谷口安平『倒産処理法（第二版）』三一五頁（筑摩書房、昭和五一年）

(24) 小川秀樹『一問一答新しい破産法』二四七頁（商事法務、二〇〇四）、前掲注(21)、『新破産法の基本構造と実務』二二七頁［花村発言］

(25) もっとも、判旨が述べる財団財産換価行為の違法性が換価行為の効果の問題に直結するかどうかは別問題であろう。

(26) 破産の場合の併合処理の手段として、破産裁判所は複数の破産手続を併合し、共通の破産管財人を選任する方法が可能である。破産管財人は破産財団の管理処分権を有しているので、一方の事件の資産及び負債を他方の事件のそれと併合することができるとする、伊藤眞「結合企業の倒産処理」『債務者更正手続の研究』三二四頁（西神田編集室、一九八四）