

専門訴訟講座 ⑧

倒産・再生訴訟

松嶋英機 伊藤 眞 園尾隆司 編

発行 ㊦ 民事法研究会

第2節 偏頗行為否認

I 総論

否認権とは、倒産処理手続開始決定前にされた債務者の行為またはこれと同視される第三者の行為の効力を覆滅する形成権であり、偏頗行為否認についていえば、倒産処理手続開始前に行われた偏頗行為を倒産処理手続開始後に倒産財団のために失効させ、債権者間の公平を図る制度である²。

否認権の制度は、条文の構造・順序のみならず、実体的な要件・効果において基本的に倒産三法で共通³しているので、以下においては、破産手続を中心に説明することとする。

1 現行法における改正点

偏頗行為とは、「債権者間の平等を害する行為⁴」であり、危機時期になされた既存債務についての担保の提供や債務の消滅に関する行為をいう（破162条1項、民再127条の3、会更86条の3）。

現行法における否認制度を理解するうえでは、平成17年1月1日に施行された「破産法」および「破産法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法

1 破産について、伊藤・破産法民事再生法499頁、条解破産法1010頁参照。

2 倒産法概説268頁〔沖野眞己〕。

3 ただし、民事再生手続においては、DIP型手続であることに伴い、再生債務者自身には否認権の行使を認めず、管財人または裁判所により否認権行使の権限が与えられた監督委員が否認権を行使することとされた（民再135条1項）。また、会社更生手続においては、担保権者も手続的拘束に服するため、更生担保権者となる債権者に対する弁済等についても否認の問題となり得る。なお、否認権の行使の実際において、取引先の協力の取り付けが再建の成否を左右する再建型手続においては、清算型手続に比べ、否認権の行使が抑制的であるという指摘もある（以上について、倒産法概説268頁〔沖野眞己〕）。

4 一問一答新破産法219頁。

律」(以下、あわせて「平成16年法」という)の立法趣旨が重要であるので、偏頗行為否認に関する改正点を以下説明する。平成16年法においては、①否認の要件を廉価売却等の財産減少行為の否認と弁済等の偏頗行為の否認とに分けて規定することとし、②偏頗行為の故意否認を認めない旨を規定上明確化するとともに(破160条1項柱書カッコ書等参照)、③偏頗行為否認における危機時期を支払不能によって画することとされた⁵。これは、④偏頗行為の否認は、財産減少分を取り戻すことを目的とする財産減少行為の否認と異なり法的倒産債権者間の平等を図ることを目的とするもので、両者は否認の目的が異なること、⑤旧法下の「支払停止」を基準として危機時期を観念する偏頗行為の否認では、それ以前に実質的な危機状態に陥っている場合について法的倒産債権者の平等を害する結果となる一方で、⑥偏頗行為の故意否認を認めるとすると、否認の要件に関し債務超過の状態にあることを前提とするとしても、それ以外には時期的な限定がなく、詐害意思の有無によって否認の成否が決められることになって、取引の安全および否認権の成否に関する予測可能性を奪うことになること等を踏まえたものである⁶。

また、平成16年法においては、融資と担保権設定が同時になされた場合等のいわゆる同時交換的行為が偏頗行為否認の対象から除外された⁷。「新規に出捐して債権を取得する者については、従来の責任財産の平等配分を期待する既存債権者との平等を確保する必要がない」こと、実質的には、同時交換的行為を否認の対象とすると「破産者が救済融資を受ける途を閉ざす⁸」ことになるからである。

5 一問一答新破産法217頁。

6 以上、一問一答新破産法219～220頁、226～227頁参照。

7 一問一答新破産法217頁。

8 以上、伊藤・破産法民事再生法526～527頁。

2 偏頗行為否認の要件

(1) 一般的要件

否認権の成立要件は、詐害行為否認、無償行為否認、偏頗行為否認等、行為類型ごとに個別に明定されているが、これらの類型を通じた理論上の一般的な要件として、①行為の有害性と②不当性⁹がある。また、③否認対象行為の主体が法的倒産債務者に限定されるかについても学説上争いがある¹⁰（なお、この点は、相殺、第三者による弁済、代物弁済予約完結権の行使、担保権に係る対抗要件具備行為、執行行為等個別類型ごとに言及する）。

①有害性に関しては、弁済期の到来した債務の本旨に従った弁済（いわゆる本旨弁済）や第三者からの借入金を原資とする弁済、財団債権となる債権等優先的な債権に対する弁済、担保目的物による当該担保権者への代物弁済等が問題となる（後記Ⅲ1、3、4およびⅣ2で述べる）。

また、②不当性に関しては、たとえば、法的倒産債務者の生活の維持費用を捻出するための財産の売却や仕掛品を完成させ事業を継続するために下請人に通常の業務に属する債務を支払う等、行為の内容、目的、動機等に照らし、法的倒産債権者の利益を犠牲にしてもより保護すべき利益が認められる場合に、否認を否定するための概念とされるが、不当性の欠缺の認定は慎重¹¹に行うべきであろう¹²。

9 条解破産法1012頁以下、倒産法概説273頁以下〔沖野眞已〕、伊藤・破産法民事再生法503頁以下。

10 旧破産法下の考え方としては、破産者の詐害意思を要件とする故意否認については破産者の行為が要求されるのに対し、危機否認については必ずしも破産者の行為を要しないとする見解が多数説であった（条解破産法1015頁、倒産法概説277頁以下〔沖野眞已〕、伊藤・破産法民事再生法507頁）。現行破産法の制定にあたり、この多数説に従い危機否認については破産者の行為を要しないことを明文化することが検討されたが、否認の対象となり得る第三者の行為にはさまざまな類型のものが含まれており要件を適切に定立することは困難であるとして立法化は断念された（中間試案補足説明149頁）。判例を追認しつつ、なおこの問題を解釈に委ねる趣旨である（倒産法概説277頁〔沖野眞已〕）。

11 倒産法概説274頁〔沖野眞已〕。

12 条解破産法1015頁、倒産法概説275頁〔沖野眞已〕、伊藤・破産法民事再生法507頁参照。

(2) 個別的要件

偏頗行為を対象とする否認の個別的要件は、①支払不能（破2条11項、民再93条1項2号、会更49条1項2号¹³）または法的倒産手続開始の申立て後になされた②既存債務に対する担保の供与または弁済等の債務の消滅に関する行為であり、③受益者である債権者が支払不能もしくは支払停止または法的倒産手続開始の申立てがあったことについて悪意であること（破162条1項、民再127条の3第1項、会更86条の3第1項）である。法的倒産に至った債務者（以下、「法的倒産債務者」という）の詐害意思を要件とせず、倒産債務者の客観的な財産状態に着目する危機否認の類型¹⁴である。

個別的要件のうち、①の支払不能の要件については、第2部第1章を参照されたい。②については、後記II以下で述べる。③の受益者である債権者の悪意（破162条1項、民再127条の3第1項、会更86条の3第1項）については、過失の有無は問わない。受益者の悪意については破産管財人が証明責任を負うが、㉑受益者が内部者である場合と㉒当該行為が非義務行為である場合には、悪意が推定され、証明責任が転換される（破162条2項、民再127条の3第2項、会更86条の3第2項）。実務上、相手方の主観的要件を証明することは困難を伴うので、証明責任の転換ができる法的構成をとれないか検討することは有益である。

(3) 転得者に対する否認

否認権は転得者に対しても行使することができる（破170条、民再134条、会更93条）。否認制度の実効性を確保するためであるが、受益者および中間転得者すべてについて否認の原因が要求されることに加え、転得者が転得の当時その前者に対する否認の原因（客観的要件のみならず主観的要件も）があることを知っていることを要することから、活用場面は限定的であることに留意する必要がある。要するに、活用場面は、主に①転得者がその前主（通常は受益者）の悪意を知っているような潜脱的な場合、②受益者と一体的な

13 一定の非義務行為については、支払不能になる前30日以内にされた行為を含む。

14 倒産法概説287頁〔沖野眞巳〕、大コンメ648頁〔山本和彦〕等。

場合（典型例は内部者）、¹⁵③転得者が無償取得している場合に限定される、例外的なものである。¹⁶

3 否認の効果

(1) 行使手続

否認権は、訴え、否認の請求または抗弁によって管財人（破産・民事再生・会社更生の場合）が行使する（破173条1項、民再135条1項・2項、会更95条1項）。民事再生の場合、裁判所より否認権限を付与された監督委員も行使できるが、訴えおよび否認の請求に限定される（民再135条1項・2項、56条）。否認権を訴訟外で行使することができるか議論があるが、通説は文言解釈からこれを否定する。なお、否認権の行使に係る裁判上の諸問題については、第3部第4章を参照されたい。

(2) 特殊な保全処分

否認権の行使については、法的倒産手続開始前の特殊な保全処分が用意されている（破171条、172条、民再134条の2、134条の3、会更39条の2、94条）。否認権の行使による財産の回復の実効性を期すために、否認権が発生する法的倒産手続開始の前に否認権のための保全処分¹⁷制度を設けたものである。もともと、早期に法的倒産手続開始決定がなされて否認権を行使することが可能になる場合には活用場面は限られる。

(3) 期間制限

否認権は、倒産手続開始の日から2年を経過したときは行使することができず、また、否認対象行為の日から20年を経過したときも行使できない（破176条、民再139条、252条2項、会更98条、254条2項）。相手方の不安定な地位の早期解消と法的倒産処理手続における処理の迅速性を図るものである。ま

15 なお、善意の転得者については、現存利益の償還のみ義務づけられている（破170条2項、167条2項、民再134条2項、132条2項、会更93条2項、91条2項）。

16 倒産法概説304頁〔沖野眞己〕。

17 たとえば、受益者が否認対象財産を処分するおそれがある場合の処分禁止の仮処分や、偏頗弁済を受けた受益者の責任財産の保全のための仮差押え等が考えられる。

た、法的倒産処理手続が終了したときも、否認権は消滅する。法的倒産処理手続の目的を実現するために認められた権利だからである。特に、民事再生で監督委員が選任されている場合においては注意が必要である。かかる場合、再生計画認可決定が確定した後3年を経過すれば、裁判所において再生手続終結の決定をしなければならないとされており（民再188条2項）、権限付与を受けた監督委員による否認権行使がなされている最中であっても、手続を終了せざるを得ないと解されるからである。

(4) 否認権行使の効果

否認権の行使により、否認の対象となった行為は遡及的に無効となり、倒産財団は原状に復する（破167条1項、民再132条1項、会更91条1項）。無効は倒産財団との関係で、かつ行使の相手方（受益者または転得者）との関係で相対的に生じる。倒産財団の回復に必要な範囲に否認の効果をとどめる趣旨である（もっとも、弁済が否認されたことにより債権が復活するが、保証や物上保証も復活（最判昭和48・11・22民集27巻10号1435頁参照）するなど、一定範囲の波及効果がある）。

偏頗行為否認で、弁済等の債務消滅行為が否認された場合、相手方の債権は、相手方がその受けた給付を返還し、またはその価額を償還したときに、原状に復する（破169条、民再133条、会更92条）。倒産財団への財産の回復を¹⁸ 確実ならしめるため、相手方の返還・償還を先履行とする趣旨である。また、復活する相手方の債権は、破産債権等倒産債権となる。

偏頗行為否認で、抵当権設定等の担保供与行為が否認された場合、当該担保供与行為は¹⁹ 遡及的に無効となり、倒産財団は原状に復する（破167条1項、

18 相手方が一部を返還したときは、その割合に応じて債権が復活とするのが判例である（大判昭和14・3・29民集18巻287頁）。なお、詐害行為否認に関する問題であるが、差額賠償請求（破168条4項）を受けた相手方は、差額賠償をしないままで否認対象目的物に関する権利を行使できるか。この点、差額賠償請求と否認対象目的物に関する権利行使とが同時履行関係に立つとの見解もあるが、差額賠償義務が先履行となると考えるべきである（本間健裕「否認権の行使とその効果」（門口正人判事退官記念・新しい時代の民事司法）155頁、植村京子「否認の効果としての差額償還請求権」（岡正晶ほか監修・倒産法の最新論点ソリューション）296頁参照）。

民再132条1項、会更91条1項)。担保設定等の登記・登録の原因行為が否認された場合、否認の登記を行う(破260条、262条、民再13条、15条、会更262条、265条)。この否認の登記の性質については、二重の相対効という特殊性を踏まえ特別に設けられた特殊な終局登記であるとするのが通説・判例(最判昭和49・6・27民集28巻5号641頁)²⁰であり、現行法もこの立場に立脚している²¹。

II 債務消滅に関する行為——概説

債務の消滅に関する行為に含まれるものとしては、①弁済(民474条)、②相殺(同法505条)、③更改(同法513条)、④代物弁済(同法482条)、⑤免除(同法519条)があげられるが、²²⑤免除は他の法的倒産債権者を害する行為とはいえず、否認の対象とならない。²³②相殺については争いがあり、²⁴通説および判例(最判昭和41・4・8民集20巻4号529頁、最判平成2・11・26民集44巻8号1085頁等)は、法的倒産債務者の行為が介在しないこと、相殺については別に相殺禁止の規定があり、例外的な場合については相殺権の濫用法理によって規制できること等を理由として、相殺否認を否定するが、肯定説も有力である。²⁵③更改については、偏頗行為否認の対象とする見解と、²⁶更改による変

19 先順位担保権が否認され、後順位担保権が否認されない場合について、順位上昇の原則に従い後順位担保権者の順位が上昇するという考え方と、先順位担保権は消滅せずに倒産財団がその主体に入れ替わる(後順位担保権者の順位は上昇しない)という考え方がある(条解破産法1077頁)。

20 倒産法概説309頁〔沖野真己〕。

21 否認によって回復された財産が処分され、否認による原因行為または登記の無効が確定した場合、登記官の職権により否認の登記は抹消される(破260条2項等)。また、否認によって回復された財産が換価処分されないまま、法的倒産処理手続が終了して、否認の効果が消滅した場合(破産管財人が否認によって回復した財産を放棄した場合も同様である)、回復登記ではなく、書記官の抹消登記嘱託により否認の登記が抹消される(同条4項前段後段等)。

22 伊藤・破産法民事再生法524頁。

23 条解破産法1036頁、大コンメ648頁〔山本和彦〕。

24 大コンメ648頁〔山本和彦〕等。

25 伊藤・破産法民事再生法495頁。

26 条解破産法1037頁。

更後の債務が変更前のそれと比較して法的倒産債務者に不利であるときに、²⁷ 詐害行為否認の対象とすべきとする見解とが存在する。①弁済、④代物弁済については後述する。

III 弁 済

1 期限弁済と期限前弁済

期限弁済（本旨弁済）については有害性の要件に関し議論もあるが、現行法においては支払不能等危機時期に行われるものである限り、偏頗行為否認の対象となるというべきである。義務ではない時期に行われる期限前弁済も対象となることは当然であるが、「非義務行為」の特則の適用を受ける。すなわち、否認の要件が緩和され、支払不能になる前30日以内の行為も否認対象となる（破162条1項2号本文）。また、悪意の受益者について証明責任が転換される（同号ただし書）。

破産管財人等否認権を行使する側においては、受益者および転得者等相手方の主観的要件の立証が大きな障害であることから、「非義務行為」の特則により証明責任の転換を受けられることは大きなメリットである。

2 第三者による弁済

第三者による弁済について、判例は、地方公務員等共済組合法の規定に基づき給与支払機関が組合員である破産者の給与から地方公務員共済組合に対する破産者の借入金相当額を控除して同組合に払い込む行為は、組合に対する組合員の債務の弁済を代行するものにほかならず、旧破産法72条2号による否認の対象とする（最判平成2・7・19民集44巻5号837頁。同種の国家公務員の事案につき最判平成2・7・19民集44巻5号853頁）。危機否認について、

27 大コンメ648頁〔山本和彦〕。

執行行為は破産者の行為を否認の要件としないが、それ以外については破産者の行為またはこれと同視すべきもの^{28・29}に限り否認することができるものとする判例の考え方を踏襲する判断と思われる

3 借入金による弁済

第三者から新たに借り入れた資金による既存の債務の弁済が否認の対象となるか議論がある。借入れと弁済を一体のものとみうるのであれば、利率等新旧債務の態様に変更がない限り、第三者が受益者³⁰に対価を支払って、その破産債権を譲り受けたのと変わりが³⁰ないので、他の破産債権者に対する有害性が否定されると考えられるが、どのような場合に一体とみうるかが問題である。

判例は、故意否認の事案であるが、破産者（証券会社）が投資者保護のために必要な場合に限り融資を受けることができ、その目的に限り融資金を使用するとの社団法人日本証券業協会等との約定の下に、借り入れた金員により顧客である投資者に対する債務を弁済した場合について、借入債務が弁済された債務より利息などその態様において重くなく、また、当該約定をしなければ借入れができなかったものであるうえ、当該約定に反して借入金³⁰が他に流用されるなどのおそれも全くなかった等の事情を踏まえ、破産債権者の共同担保を減損するものではなく破産債権者を害するものではないと解すべきとして、旧破産法72条1号による否認の対象とならないものと判示した（最判平成5・1・25民集47巻1号344頁）。有害性の要件により第三者の弁済が故意否認の対象とならないことを認めたものであるが、「借入金による弁済が原則的に故意否認の対象となり得ることを前提としながら、本件弁済が故

28 塩月秀平「判解」最判解民〔平成2年度〕253頁、河野信夫「判解」最判解民〔平成2年度〕264頁参照。

29 債権者による代物弁済予約完結権行使に関し、判例は、債務者が期限の利益の放棄を加功して債権者による予約完結権の行使を誘致した場合について、旧破産法72条2号による危機否認の対象とする（最判昭和45・11・15民集22巻12号2629頁）。

30 倒産法概説288頁〔沖野眞巳〕、伊藤・破産法民事再生法525頁。

意否認の対象とならない例外的な場合に当たるといふ事例判断をしたもの³¹と理解すべきであろう。

4 優先的な債権に対する弁済

財団債権となる債権に対する弁済について、否認が認められるか問題となるが、①破産手続が破産債権者のための手続であり、②否認権においても「破産債権者を害する行為」と規定されていること、③財団債権への平等弁済の規定（破152条1項）も財団不足が判明した以降の弁済に限定されていること等からすれば、財団債権者への弁済については、基本的に否認はできないと考えるべきである。³²

これに対し、優先的破産債権への弁済については、当然に否認の対象とならないとはいえないであろう（もつとも、優先的破産債権に対しては100%配当がなされるような事案においては、結果として破産債権者を害する行為とはいえ、有害性の要件により否認を否定すべきと考える）。

5 濫用的会社分割の否認

濫用的会社分割に対しては、詐害行為取消訴訟、破産法に基づく否認権行使、分割会社の破産管財人による会社分割無効の訴え、法人格否認の法理、会社法22条1項（名称続用責任）の類推適用、不法行為に基づく損害賠償請求等、実務上さまざまな対応がなされており、残存債権者を保護する方向で多数の裁判例³³が出されている。典型的濫用事例³⁴について、詐害行為取消権な

31 大竹たかし「判解」最判解民〔平成5年度〕133頁。

32 この点、倒産法概説274頁〔沖野眞己〕は、一般論としては財団債権者への弁済を否認することは想定しにくいとしつつ、労働債権のように性質上は破産債権と変わりがなく政策上財団債権とされているものがあることを考えると、破産債権者への弁済の原資とならないとの一事をもって否認の対象とはならないとは解しがたい旨述べる。財団債権となる債権への弁済であっても期限前弁済のように偏頗性が高いような場合について、悩ましい問題である。

33 これら裁判例については、滝澤孝臣「会社分割をめぐる裁判例と問題点」金法1924号62頁以下、難波孝一「会社分割の濫用を巡る諸問題」判タ1337号20頁、森本滋「会社分割制度と債権者保護——新設分割を利用した事業再生と関連して」金法1923号28頁を参照されたい。

いし否認権の行使により残存債権者を保護すべきとする見解が実務上有力³⁵と思われるが、問題はその理論構成である。

濫用的会社分割の本質（有害性）については、大別して、①絶対的財産減少行為（破160条参照）とする見解、②相当対価行為としつつ破産法161条1項各号の適用を検討する見解、③債権者平等原則を破る行為（同法162条参照）とする見解がある。³⁶³⁷私見としては絶対的財産減少行為とする見解が妥当であると考えているが、今後の実務の動向に留意する必要がある（なお、濫用的

-
- 34 分割会社が、吸収分割承継会社または新設分割設立会社（以下、「承継会社等」という）に債務の履行の請求をすることができる承継債権者と当該請求をすることができない残存債権者とを恣意的に選別したうえで、承継会社等に優良な事業や資産を承継させるなどの残存債権者を害する会社分割。
- 35 なお、会社法改正法（平成26年法律第90号）において、詐害的な会社分割および事業譲渡・営業譲渡における債権者の保護の制度（残存債権者の吸収分割承継会社または新設分割設立会社に対する履行請求権）が創設された（会759条、764条等）が、民法上の詐害行為取消請求権と併存する制度とされており（会社法制の見直しに関する中間試案の補足説明）、法的倒産処理手続の開始前に行われた濫用的会社分割に対する法的倒産処理手続における規律については、何ら変更がされていないと考える。
- 36 岡正晶「濫用的会社分割」ジュリ1437号66頁。①絶対的財産減少行為（破160条）とする見解として、内田博久「倒産状態に行われる会社分割の問題点」金法1902号59頁、伊藤眞「会社分割と倒産法理との交錯——偏頗的詐害行為の否認可能性」NBL968号24頁、パネルディスカッション「事業承継スキームの光と影」事業再生と債権管理132号49頁〔鹿子木康発言〕等。②相当対価行為としつつ破産法161条1項各号の適用を検討する見解として、難波・前掲（注33）33頁、座談会「会社分割をめぐる諸問題——判例を材料に派生論点を考える」金法1923号49頁〔井上聡発言〕、59頁〔村田渉発言〕等。裁判例として、福岡地判平成22・9・30判タ1341号200頁参照。③債権者平等原則を破る行為（破162条）とする見解として、山本和彦「濫用的会社分割と詐害行為取消権・否認権」（土岐敦司＝辺見紀男編・濫用的会社分割）、前掲座談会・47頁等〔山本和彦発言、山田誠一発言〕、49頁〔井上聡発言〕等。
- 37 三森仁「会社分割に関する規定の整備」（倒産実務研究会編・倒産法改正への30講）186頁以下。債権者平等原則を破る行為として破産法162条に基づき否認できるのは、「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」に限定される。このうち、①弁済は、分割会社とは別の法主体である承継会社等が行う行為であって、すでに会社分割の効力が発生している段階において承継会社等が承継債権者に対して弁済したとしても、これを分割会社の残存債権者との関係で偏頗行為と認めることは困難である（伊藤・前掲（注36）16頁）。また、②仮に担保提供行為類似と構成するとしても、否認権行使の相手方を承継債権者としなければならず、承継債権者の主観的要件の点で、実効性に欠ける（岡・前掲（注36）68頁）。また、否認した場合の効果としても、当事者に無用な負担を生じることを避けつつ、否認権行使の実質を確保する差額償還請求権（破168条4項）の行使が有益である（伊藤・前掲（注36）16頁）。

会社分割については、本章第1節参照)。

IV 代物弁済

1 財産減少行為との関係

代物弁済は債務の消滅に関する行為であり、偏頗行為否認の対象となるが、他方で、消滅する債務に比して給付の価額が過大な場合には、財産減少行為(狭義の詐害行為)でもある。現行法は、否認の種類として財産減少行為と偏頗行為とを区別しているが、過大な代物弁済については、相当な対価の部分と過大な対価の部分とに区分し、過大な部分のみを狭義の詐害行為否認の対象とする旨の特別な規定を設けている(破160条2項)。

否認対象となるのは、代物弁済として債権者の受けた給付のうち、それによって消滅した債務の額を超過する部分であるが、「債権者の受けた給付の価額」と「当該行為によって消滅した債務の額」との間にどの程度の開きがあれば「過大」と評価されて否認対象となるのかについては、狭義の詐害行為としての廉価売買における廉価性の評価と同様、規範的な評価の問題であるといえる。

なお、支払不能後に代物弁済がなされ、偏頗行為否認の要件を充足する場合には、破産管財人としては、2つの否認類型を選択できることとなるが、公平の観点からも破産財団の増殖の観点からも、過大な給付部分に対する狭義の詐害行為否認ではなく、給付全部についての偏頗行為否認を選択すべきである。³⁸

2 担保目的物による代物弁済

破産者が目的物を担保権者に代物弁済した場合、被担保債権の弁済期が到

38 条解破産法1023頁、大コンメ631頁〔山本和彦〕。

³⁹ 来し、かつ被担保債権額と目的物の価額との均衡が保たれている限り、破産者の行為は破産債権者にとって有害とはいえない。目的物の価値は被担保債権の限度で担保権者によって物権的に把握されており、また、特定財産の上の担保権は破産手続によらないでその権利を実行し、満足を受けることが保障されているので（破2条4項、65条1項）、破産債権者の引当てとして期待できないからである。⁴⁰ 判例も、担保目的物による代物弁済について有害性を欠き、否認対象とならないとする（先取特権の目的物件をもってした代物弁済⁴¹について最判昭和41・4・14民集20巻4号611頁、譲渡担保の目的物件をもってな⁴²された代物弁済について最判昭和39・6・26民集18巻5号887頁等参照）。

V 担保提供

1 非義務行為の特則

義務ではない担保の供与のような非義務行為について、特則（破162条1項2号本文・ただし書）が適用されることは前記III 1で述べたとおりである。

39 被担保債権の弁済期が到来していることについては、破産手続にかかわらず担保権を実行しその満足を受ける地位が確保されている限りにおいて、必ずしも有害性を否定する要件と取り扱う必要はないように思われる。

40 条解破産法1012頁、伊藤・破産法民事再生法504頁。

41 これに対し、最判平成9・12・18民集51巻10号4210頁は、動産売買先取特権が転売に伴う目的物の引渡しにより追及効（民333条参照）を失った場合には、買主が転売契約を合意解除して目的物を第三取得者から取り戻し、売主に対する売買代金債務の代物弁済に供した行為は、支払停止後に義務なくして設定された担保権の目的物を被担保債権の代物弁済に供する行為に等しいとして、旧破産法72条4号の否認の対象となると判示する。また、最判昭和46・7・16民集25巻5号779頁は、未登記抵当権者に対する担保不動産の売却について、旧破産法72条1号の否認権行使の対象となるとする。

42 もっとも、最判昭和39・6・26は、被担保債権額と目的物の価額との均衡を欠いているとして、その差額について否認を認めている。

2 同時交換的行為

新規融資がそのための担保提供と同時に行われる「同時交換的行為」は、偏頗行為否認の対象とならない（破162条1項柱書カッコ書）。新規に出損して債権を取得する者については、従来の責任財産の平等分配を期待する既存債権者との間の平等を確保する⁴³の必要がないし、このような行為を否認の対象とすると、経済的危機に瀕した債務者の再建の途を閉ざすおそれがあるからである。⁴⁴

要点は、担保提供と同時といえるかであるが、取引通念に照らし判断される。⁴⁵この点に関し、融資の際に担保権を設定する旨の合意をただけでは足りず、その際に当該担保権の設定を第三者に対抗できる状態になっていることが必要とされているので留意すべきである（もっとも、担保権設定契約と対抗要件の具備が時間的に接着しており、当該担保権の設定が既存債務について⁴⁶されたとの評価を受けない場合には、同時交換的行為というべきであろう）。

また、ある担保提供が、新規融資と並んで既存の債務をも担保する場合、既存の債務についての部分是否認の対象となる（仙台高判昭和53・8・8金商⁴⁷566号36頁参照）。

3 第三者による行為

担保提供に関しても第三者の行為を否認できるか問題となる。たとえば、第三債務者が破産者のした債権譲渡担保について承諾をして対抗要件が具備された場合であるが、この点については後記VI2を参照されたい。

第三者名義の定期預金債権への質権設定について、東京高判平成21・1・29金法1878号51頁は、諸事情を踏まえ定期預金債権の金銭の出損者は破産者

43 伊藤・破産法民事再生法526頁。

44 一問一答新破産法230頁。

45 倒産法概説294頁〔沖野眞巳〕。

46 一問一答新破産法230頁。

47 倒産法概説294頁〔沖野眞巳〕。

であるとして、破産者において、本件質権設定により第三者が担保を提供した体裁を整えたものと認められるとした、東京地判平成20・6・30金法1856号39頁の判断を是認して、本件定期預金債権に対する質権設定行為を否認権行使の対象となると判示している。

4 集合債権譲渡担保の否認

この点については、後記VI3を参照されたい。

VI 対抗要件具備行為

1 対抗要件具備行為の否認の趣旨

権利変動の対抗要件具備行為は、権利変動の原因となる法律行為自体の否認とは別に、一定の要件の下に否認の対象とされる。すなわち、支払停止等があった後に、権利の設定、移転または変更を第三者に対抗するために必要な行為（仮登記または仮登録を含む）がなされた場合において、その対抗要件具備行為が権利変動の原因行為から15日を経過した後に支払停止等を知ってなされたときは、否認の対象とされる（破164条本文）。これは、破産者に属する財産について権利変動をもたらす法律行為がなされたにもかかわらず、対抗要件具備による公示がなされないと、破産者の一般債権者は、かかる法律行為がなされておらず、当該財産が破産者の責任財産を構成しているものと誤認して破産者との取引行為に及ぶこととなり、破産手続開始前の危機時期に至って初めて対抗要件が具備され、権利変動が破産債権者に対抗できるものとされると、破産者の財産状態に対する一般債権者の信頼を裏切り、予期に反した不公平な結果を招くことから、権利変動の原因行為について否認が成立するか否かにかかわらず、対抗要件具備行為自体の否認（以下、「対抗要件否認」という）を認めたものである。⁴⁸

2 否認の対象となる対抗要件具備行為

否認の対象となる対抗要件具備行為としては、不動産物権変動や動産ないし債権の譲渡に関する登記（民177条、借地借家10条、動産債権譲渡2条など）や商号登記（商9条、15条2項）や船舶登記（同法687条）、自動車抵当の登録（自抵5条）のほか、不動産ないし動産の物権変動における引渡し（借地借家11条、民178条）や債権譲渡についての確定日付ある通知（民467条2項）なども含まれる。なお、集合債権譲渡担保における通知に関しては、後記3のとおりである。

破産者が保有する債権を譲渡ないし質入れした場合に当該債権に係る債務者がする承諾（民467条）が否認の対象となるかについては、破産者の行為ではないことから見解が分かれうるところであり、旧法下の判例（最判昭和40・3・9民集19巻2号352頁）は否認可能性を否定するが、対抗要件たる通知の否認と区別する合理性はなく、否認可能性を肯定する見解が有力である。⁴⁹

破産者から未登記不動産を譲渡された第三者がする保存登記が否認の対象となるかについては、破産者の行為の要否や破産者の関与の程度をめぐる解釈に関連して下級審裁判例が分かれているが、物権変動の対抗要件としての実質を備えていることに着目し、否認を肯定する見解が有力とみられる。⁵⁰

仮登記や仮登録は、順位保全効が認められる点において対抗要件具備行為に準ずることから、対抗要件否認の要件を満たす限り否認の対象となるが、否認の対象となる仮登記・仮登録に基づく本登記・本登録も、否認の対象となると解される。⁵¹ 他方、否認の対象とならない仮登記・仮登録に基づく本登記・本登録は、たとえ対抗要件否認の要件を満たしても否認の対象とはならない（破164条ただし書）。

48 条解破産法1051頁、大コンメ662頁〔三木浩一〕、伊藤・破産法民事再生法538頁。

49 大コンメ666頁〔三木浩一〕、伊藤・破産法民事再生法542頁。

50 大コンメ666頁〔三木浩一〕。

51 条解破産法1053頁、大コンメ668頁〔三木浩一〕。

仮登記仮処分命令に基づく仮登記については、判例は、仮登記仮処分命令を得てする仮登記はその効力において共同申請による仮登記と異なること、仮登記仮処分命令は仮登記義務者の処分意思が明確に認められる文書等が存するときに発令されるのが通常であることを論拠として破産者の行為があった場合と同視し、これに準じて否認可能性を肯定した（最判平成8・10・17民集50巻9号2454頁⁵²）。

3 集合債権譲渡担保における対抗要件具備行為

集合債権譲渡担保契約においては、契約時に第三者対抗要件たる通知を行うと譲渡人の信用不安を惹起させる懸念があることから、譲渡人につき危機時期が到来するまで通知を留保することが実務上要請される一方で、通知を留保すると、危機時期到来後になされる対抗要件具備行為たる通知は、多くの場合、債権譲渡日から15日以上経過した後に悪意でなされることとなり、対抗要件否認を免れないこととなる。そこで、否認を回避する方策として、実務上、支払停止等の危機時期到来時に予約完結権を行使することを前提とする譲渡担保設定予約や、支払停止等の事由の発生を停止条件とする停止条件付譲渡担保設定契約が締結されることがある。

しかし、譲渡担保権が設定されていながら公示がなされず、危機時期に至って突如として対抗要件を具備することを容認することは、一般債権者の予期に反した不公平な結果を招くことから、従前より、こうした集合債権譲渡担保を否認の対象とすべきであるとの指摘がなされてきた。否認権行使を認める法律構成については、①集合債権譲渡担保を特殊担保として構成し、当該担保権設定の原因行為は譲渡担保設定予約時ないし停止条件付譲渡担保設定契約時になされたものと解し、その効力が生じた時点から15日経過後にな

52 この判例は、対抗要件否認の対象は破産者の行為またはこれと同視しうるものでなければならぬとした前掲最判昭和40・3・9を前提として判断したものであるが、かかる前提に立たなくとも、仮登記仮処分命令に基づく仮登記の効力の実質に照らし、否認可能性を肯定しうるといえる。

された対抗要件具備行為を否認する見解⁵³（大阪地判平成10・3・18判時1653号135頁ほか）、②支払停止等を債権譲渡の効力発生の条件とする停止条件特約は否認制度の潜脱を図る脱法行為として無効であると解し、対抗要件具備行為を否認する見解⁵⁴（大阪地判平成14・9・5判タ1121号255頁ほか）、③故意否認または危機否認の制度を潜脱するものであるとして、旧破産法72条1号または2号の適用ないし類推適用を認める見解（東京地判平成10・7・31判時1655号143頁ほか）がみられた。

以上のような議論状況の下において、近時の判例は、支払停止等の事実を停止条件とする債権譲渡契約に係る債権譲渡は、支払停止等の危機時期が到来した後に行われた債権譲渡と同視すべきものであり、旧破産法72条2号に基づく否認権行使の対象となると解すべき旨を判示し、危機否認の成立を認めた（最判平成16・7・16民集58巻5号1744頁、最判平成16・9・14判時1891号200頁）。これらの判例の考え方に従えば、現行法下においては、集合債権譲渡担保の設定自体を偏頗行為として否認（破162条1項）の対象とすることとなり、対抗要件否認を問題とする必要はなくなるといえる⁵⁵。

4 対抗要件具備行為に対する対抗要件否認によらない否認の可否

対抗要件具備行為に対して破産法160条1項1号ないし2号所定の否認（詐害行為否認）や、同法162条1項1号ないし2号所定の否認（偏頗行為否認）の成立する余地があるか否かについては、旧法制定下より、対抗要件否認と一般の否認との関係に関する創設説と制限説の対立と関連して見解が分かれていたところであり、現行法下においても議論状況は同様である。

対抗要件否認について、創設説は、原因行為が有効になされた場合には、これに伴う対抗要件具備行為は破産者の当然の義務に属し、またその義務の

53 長井秀典「停止条件付集合債権譲渡の対抗要件否認」判タ960号37頁。

54 田頭章一「判批」リマークス19号148頁。

55 条解破産法1055頁、大コンメ669頁〔三木浩一〕、伊藤・破産法民事再生法543頁。

履行によって財産減少がもたらされるものでもないので、本来、対抗要件具備行為について否認（旧破72条）は成立しないが、原因行為から遅れてなされた対抗要件具備行為は破産者の責任財産に対する一般債権者の信頼を損なうことから、一般債権者の保護のために特別に創設された否認類型であると理解する。よって、現行法における解釈としても、対抗要件否認によらない否認の成立可能性を一切否定することとなる。

これに対し、制限説は、対抗要件具備行為も第三者との関係では実質的に財産処分行為であるから、本来、否認（旧破72条）が成立しうるが、すでに生じた権利変動を完成させる行為にすぎないことから、原因行為について否認が成立しない限り、できるだけ対抗要件を具備させるために否認の要件を制限したものと理解するが、制限説はさらに二分される。第1の制限説は、故意否認と危機否認の双方を含む否認の要件を一般的に加重したものと理解し、第2の制限説は、危機否認の要件のみを加重したものと理解する。よって、現行法における解釈としても、第1の制限説によれば、対抗要件否認によらない否認の成立可能性を一切否定することとなるが、第2の制限説によれば、旧法下の故意否認に該当する破産法160条1項1号の詐害行為否認については、成立の余地を認めることとなる。

旧法の立法者の意思に忠実であるのは創設説であるといわれているが、原因行為から相当期間が経過した後になされる対抗要件具備行為は、支払停止前であっても一般債権者の利益を害することから、支払停止前の支払不能の状態になされた対抗要件具備行為の否認の成立可能性を認める第2の制限説が有力である。⁵⁶ なお、近時の裁判例（東京地判平成23・8・15判タ1382号349頁）は、第2の制限説の見解に立つことを明らかにしたうえで、否認の対象となる対抗要件具備行為であるか否かはその原因行為との関係で考えざるを得ないとし、更生会社自身の所有不動産につきなされた根抵当権設定登記については、担保の供与（会更86条1項柱書）に該当するとして詐害行為否認は許

56 条解破産法1064頁、大コンメ664頁〔三木浩一〕、伊藤・破産法民事再生法549頁。

されないとし、更生会社の子会社の所有不動産につきなされた根抵当権設定仮登記については、物上保証行為であって財産処分行為にあたり詐害行為否認の対象となると判断した。

VII 執行行為

1 執行行為の否認の趣旨

否認の対象となる詐害行為や偏頗行為が、執行力ある債務名義を有する債権者を受益者としてなされた場合や、執行機関による執行行為を通じてなされた場合でも、破産債権者に対する有害性の点においては差異がないことから、詐害行為否認や偏頗行為否認の要件を充足する限り、債務名義や執行行為が介在している場合であっても否認の成立は妨げられない（破165条）。なお、執行行為の否認とは、債務名義や執行行為の介在している詐害行為や偏頗行為についての否認の成立可能性を表しているにすぎず、新たな否認類型を設けたものではない。

もっとも、担保権実行（民執181条以下）は、破産手続および再生手続においては別除権として扱われ、原則として手続上の制約を受けないことから、執行行為の否認（破165条、民再130条）の対象とはならない。これに対し、更生手続においては、担保権も更生担保権として扱われ、更生手続に服することから、執行行為の否認（会更89条）⁵⁷の対象となる。

2 否認しようとする行為について執行力ある債務名義があるときに該当する場合

「執行力ある債務名義があるとき」に該当する行為の否認は、以下の3つに分類することができる。

57 条解破産法1067頁、大コンメ671頁〔三木浩一〕、伊藤・破産法民事再生法557頁。

(1) 債務名義上の義務を発生させる行為

たとえば、破産者が不当に高価な商品を買受け、売主が売買代金の支払を命ずる確定判決を得ているときに、その売買を否認する場合や、破産者が不当に廉価で不動産を売却し、買主が不動産の引渡しを命ずる確定判決を得ているときに、その売買を否認する場合は、これに該当する。これらの場合に、受益者は、否認権行使に対して自己の権利につき債務名義を取得していることをもって抗弁とすることはできない。

これらの場合に否認権が行使されると、債務名義上の義務が消滅することとなり、受益者が債務名義上の義務に係る権利を実現する前であれば、その権利行使が制限され、実現後であれば、破産管財人は履行された給付の返還を求めることができる。もっとも、否認権の行使によって債務名義の執行力が当然に消滅するわけではないので、破産管財人は、取戻権の行使としての強制執行を免れるためには、請求異議の訴え（民執35条）を提起する必要がある。

(2) 債務名義を成立させる行為の否認

たとえば、債権者の提起した訴えにおける破産者による請求の認諾（民訴266条）、破産者の提起した訴えにおける破産者による請求の放棄（同条）、訴訟上の自白（同法179条）、訴訟上の和解（同法267条、275条）、執行認諾の意思表示（同法22条5号）などが、これに該当する。

これらの場合に破産管財人が請求異議の訴え（民執35条）を提起し、詐害行為であるとして否認権を行使して認容されると、債務名義自体の効力が消滅する。ただし、この場合の否認権行使は、債務名義の内容たる実体法上の義務自体の存否に影響を及ぼすものではないので、実体法上の権利義務につき争いの余地は残ることとなる。

(3) 債務名義の内容を実現する行為の否認

たとえば、金銭の支払を命じる確定判決に従って破産者が任意に履行した弁済や、登記を命ずる判決に基づいて申請された登記などが、これに該当する。

これらの場合に否認権が行使されると、弁済や登記などの効力が消滅し、破産管財人は、弁済金の返還や登記の抹消などを求めることができる。なお、この場合の否認権行使は、債務名義の内容たる実体法上の義務の存否や債務名義自体の効力に影響を及ぼすものではない。

3 否認しようとする行為が執行行為に基づくものである ときに該当する場合

「執行行為に基づくものであるとき」に該当する行為の否認は、以下の2つに分類することができる。

(1) 執行機関による執行手続上の行為

たとえば、不動産競売における配当ないし弁済金交付（民執84条）、動産競売における弁済金交付ないし配当（同法139条、142条）などが、これに該当する。

これらの場合に否認権が行使されると、弁済金交付や配当などの効力が消滅する。

(2) 執行による法律効果をもたらす執行手続上の決定等

たとえば、差押債権者の申立てによる転付命令に基づく被転付債権の差押債権者への移転がこれに該当する。破産管財人は、転付命令の発令（民執159条）を否認することによって転付命令による債権移転の効果を消滅させ、被転付債権について第三債務者から差押債権者への弁済がなされる前であれば、第三債務者に対して被転付債権に対する弁済を求めることができる。第三債務者から差押債権者への弁済がなされた後であれば、破産管財人は、差押債権者に対して取り立てた弁済金の返還を求めることができる。

また、差押債権者の申立てによる不動産強制競売に基づく被差押不動産の競落人への移転がこれに該当し、破産管財人は、売却許可決定（民執69条）を否認することによって不動産強制競売による競落人への所有権移転の効果を消滅させることができる。ただし、買受人の権利保護の見地から、否認が認められるのは、無償行為とみなされる場合や債権者自身が買い受けた場合

[第1部・第4章] 第2節 偏頗行為否認

58
に限られると解されている。

(深山雅也/三森 仁)