

# 破産法57条・60条の破産債権と相殺制限

栗 田 隆

## 目 次

- 1 はじめに
- 2 従前の議論の状況
  - 2.1 破産法60条
  - 2.2 57条・60条の破産債権による相殺の可否
- 3 破産手続開始後に発生する破産債権
  - 3.1 破産法57条の債権（委任契約に基づく債権）
  - 3.2 破産法60条の債権（為替手形の引受け等による債権）
  - 3.3 57条と60条との比較
- 4 破産手続開始後に生ずる破産債権を自働債権とする相殺の可否

## 1 はじめに

### 問題の背景

破産法は、破産手続開始の時点を基準にして破産者の財産関係を整理するものとしている。すなわち、破産手続開始の時に破産者が有する一切の財産の集合を破産財団とし（34条1項）、この破産財団から比例的満足を受けるべき破産債権を原則として破産手続開始前の原因に基づく債権に限定した（2条5項。以下において、法令名が明示されていない法条は、現破産法のそれである）。

破産手続開始前の原因に基づく債権に該当するためには、発生原因の全部が開始前に具備されている必要はなく、基本的な部分あるいは主要な部分が備わっていれば足りると解されている。そのため、発生時点が破産手続開始後であっても、破産債権になりうる債権が存在する。典型例は、破産手続開始後に停止条件が成就する破産債権である（70条・103条4項・198条2項参照）。破

産手続開始後に発生する債権については、その発生原因の基本的部分が破産手続開始前に生じているか否かが重要な問題となるが、その問題の結論いかんにかかわらず破産債権とすべき債権もあるので、破産法は、破産手続開始後に生ずる債権のうち一定範囲のものを破産債権として明規した（97条）。本稿では、その種の債権のうち、57条と60条の破産債権（97条9号・11号）を取り上げる。

破産法は、破産債権者が破産手続開始時に負担している債務と破産債権との相殺を許容するとともに（67条）、債権者間の公平を図るために、相殺されるべき債権について時期的制限を設けている。72条は、自働債権に関する制限規定である。その1項1号は、破産者の債務者が「破産手続開始後に他人の破産債権を取得したとき」には、相殺は許されないとした。同号が対象としているのは、（ $\alpha$ ）「破産手続開始後に他人から取得した破産債権」である。（ $\beta$ ）「破産手続開始後に破産者と彼の債務者との間で直接発生する破産債権」、例えば57条や60条の破産債権は、文言上は、対象外である。しかし、後者の破産債権にも72条1項1号が類推適用されるとする見解、さらには、67条は、破産手続開始時に自働債権と受働債権とが対立していることを前提にしているとの立場から、後者の債権による相殺は許されないとする見解も存在する。

### 取り上げる問題

そこで、本稿では、破産手続開始後に発生する破産債権である57条の債権及び60条の債権の特質を検討しつつ、これを自働債権とする相殺の許否を検討する。60条の債権と共に57条の債権を取り上げた理由は、両者の類似性にある。すなわち、委任契約は、委任者の破産手続開始により当然に終了するが（民法653条2号）、そのことを知らずに委任事務を処理する受任者の保護のために、受任者への通知又は彼の了知がなければ委任契約の終了を受任者に対抗できず（民法655条）、委任事務の終了後に受任者がそのことを知らずに事務処理をしたことにより生じた債権は、破産債権になるとされている（破産法57条）。委任契約は多種多様であるが、ともあれ、支払委託契約や保証委託契約も委任契約の一種である。60条1項は、典型的には、為替手形の振出人について破産手

続が開始された場合に、そのことを知らずに支払又は支払のための引受けをした支払人の求償権を破産債権として保護する規定である。振出人と支払人との間に、破産手続開始前から支払委託契約が存在する場合に、受任者である支払人が破産手続開始後に委任事務を処理し、このことから生ずる費用償還請求権・報酬請求権が60条により破産債権として保護されるのであるから、60条と57条とは類似の規定であり、前者の適用対象は后者の適用対象の特別な場合であるといえることができる。

本稿では、57条の適用される委任契約として、支払委託契約を主として取り上げるとともに、これとはいくぶん対極的な位置にある一回的な販売委託契約を取り上げる。57条の規定により生ずる債権の特質は、「終了を対抗し得ない委任契約の履行行為（委任事務の処理）が破産手続開始後になされたことにより生じた債権」という点にある。（ $\alpha$ ）破産手続開始後の履行行為によって根拠付けられる相手方の債権としては、この外に、次のものが考慮されるべきであろう：注文者の破産の場合に請負人の履行行為によって根拠付けられる債権（民法642条1項2文）。さらに、（ $\beta$ ）債権者の破産手続開始後における債務者の履行行為の一種である弁済行為については、善意の弁済者の保護規定として50条の規定がある。これらの規定に見られる破産手続開始後の相手方の履行行為の保護あるいは善意の履行行為の保護とのバランスも考慮しながら問題を検討することにした。

### 本稿の結論

本稿の結論は次の点にある。（a）委任契約は、委任者について破産手続が開始されることにより当然終了することが予定されている（民法653条2号）。しかし、その終了は、受任者に通知がなされ又は彼が了知するまでは彼に対抗することができず（民法655条）、その間は、受任者との関係では委任契約が存続しているとするべきであるから、その間に受任者が委任事務を処理したことにより生ずる債権（費用及び報酬請求権）は、破産手続開始前に締結された委任契約に基づく債権と見るべきである。したがって、破産法57条の債権は、破

産手続開始後に生じた債権ではあるが、その原因は、少なくとも部分的には、破産手続開始前にあると見ることができる。問題は、その原因が2条5項にいう「破産手続開始前の原因」に該当するほどに重要であるかである。これは肯定してよいと思われる。従って、57条の債権は、2条5項にいう破産債権である。この立場からすれば、57条は、2条5項の例外規定というよりも、疑義を防ぐための注意的規定である。

(b) 60条1項は、破産者と支払人又は予備支払人との間で破産手続開始前から支払委託契約が存続している場合に、破産手続の開始を知らずに支払委託契約に基づいて引受け又は支払をした支払人又は予備支払人を保護しようとする規定である。このことは、同条2項についても妥当する<sup>1)</sup>。60条は、破産者と破産者に対して償還請求する者との間に手形金の支払に関する委託契約が破産手続開始前からあることを当然の前提としていると解すべきである。この前提が満たされる場合には、保証人にも、予備支払人でない参加引受人・参加支払人にも、拡張的に適用されうるが、その前提が満たされない場合には類推適

1) 小切手への準用については、加藤正治『破産法要論』(有斐閣, 昭和27年) 127頁が次のように述べている:「支拂銀行が支拂保證を為したる後に預金者たる小切手振出人が破産したりとすれば、銀行は支拂保證に因り振出人に對して将来行ふことあるべき求償権を取得し居るものとす。仍て將來の請求権たる求償権と振出人の預金とを相殺し得べきが故に相殺権の作用によりて銀行は救済を仰ぐことを得、損失を被らずに済むのである(98条, 100条)」;「若し右の支拂保證が預金者たる小切手振出人の破産宣告後に於て、銀行により善意にて為されたりとすれば、茲に始めて第57条第1項を準用すべきや否やの問題を生ずるのである。……単に資金關係に基づく求償権の問題としては、支払保證も亦之を引受けに準じ第57条第1項の準用あり」。

約束手形についても、支払担当者が存在する場合には、彼による支払に60条1項が準用される(栗田 隆「手形と破産——破産法53条, 57条, 73条について——」関西大学法学論集41巻3号(平成3年)439頁以下参照)。なお、この点について、加藤・前掲128頁は、「約束手形に付ても支拂担当者ある場合には(……手形法4条, 77条2項)類推適用により第57条の準用ありと見るべきである」と述べている。しかし、現60条2項(旧57条2項)の有価証券(「金銭……の給付を目的とする有価証券」)の中には、約束手形も含まれるのであるから、類推適用というよりも、「現60条(旧57条)2項の適用により同条1項の準用あり」と述べる方がよいように思える。

用はないと解すべきである。それゆえ、60条は、57条の適用範囲のうちの特別な場合を対象とする規定と位置づけるべきである（法律効果はほとんど同じであるが、証明責任の分配の点に若干の差違を認めることができる）。

(c) 上記の前提に立てば、57条の債権も60条の債権も、破産手続開始前の原因に基づき破産手続開始後に破産者と彼の債務者との間で直接に生ずる破産債権であるから、72条1項1号の適用を受けることなく、相殺に供することができる。

## 2 従前の議論の状況

### 「破産手続開始前の原因」

2条5項は、破産債権の要件の一つとして、破産手続開始前の原因に基づく債権であることを挙げている。この要件を充足するためには、発生原因の全部が開始前に具備されている必要はなく、基本的な部分あるいは主要な部分が備わっていれば足りると解されている。丁寧に言えば、2条5項の適用を根拠付けるのに足る程度に基本的ないし主要な部分が具備されていることが必要である。

これをさらに精密化することが求められるが、古典的論文である井上直三郎「破産債権の要件に関する二三の問題」は、次のように説いている<sup>2)</sup>：破産制度は、債務者の財産関係の清算を目的とするものであるから、債権が「清算的仕組に於て決済せらるる」べきであるか否かの視点から決せられるべきである；そのためには、「既に清算の標準時点に於て、債務者の財産に付き無視す可らざる利益を有したるを要する」；破産法にいう『破産宣告前ノ原因ニ基キテ生シタル請求権』とは、「破産宣告前に成立せる法律関係に基きて生じたる請求権」を意味し、そこにいう『原因』とは、「請求権を生ずべき法律関係」を意味する；換言すれば、「請求権の原因とは、債務負担の法律的根拠を形く

2) 井上直三郎「破産債権の要件に関する二三の問題」(同『破産・訴訟の基本問題』(有斐閣, 昭和46年)所収) 232頁以下。

る事実の称呼にして、請求権発生に於ける負債要件に外ならぬ<sup>3)</sup>。

### 破産法57条・60条の位置付け

57条と60条の破産債権は、破産手続開始後に生ずるものである。そして、両条は、破産債権の範囲を定める2条5項の特則であると一般に位置付けられている。この位置付けは、「57条・60条の債権は、2条5項の要件を満たさず、2条5項の特則としての57条・60条によって始めて破産債権になる」ことを意味する<sup>4)</sup>。

## 2.1 破産法60条

57条に関しては、それほど目立った議論はないので、60条の議論の状況のみを紹介することにしよう<sup>5)</sup>。

---

3) 井上・前掲(注2)234頁。引用文中の「形くる」は「かたちづくる」と読むのであろう。

4) 例えば、山本和彦 = 中西 正 = 笠井正俊 = 沖野眞已 = 水元宏典『倒産法概説(第2版)』(弘文堂, 平成22年)224頁・229頁, 伊藤 眞『破産法・民事再生法[第2版]』(有斐閣, 2009年)197頁など。

5) 悪意の支払人はどのように権利を行使すべきか、善意の支払人は破産者の自由財産に擱取力を行使することができるかについては、本稿では立ち入ることができないが、次のような見解がある。

- 悪意の支払人は、振出人の自由財産に対してのみ、その求償権を行いうるにすぎない。中田淳一『破産法』(有斐閣, 昭和45年)99頁。
- 「本条の手形の引受・支払・保証その他は、破産宣告後になされるものであるから、善意の支払人等のみならず、悪意の支払人等も、破産者があらたに取得した自由財産に対して求償権等を行行使できる場合が生ずるであろう」。斎藤秀夫 = 麻上正信 = 林屋礼二・編『注解破産法(3版)上巻』(青林書院, 平成10年)280頁以下。

この問題は、破産手続開始後に原因があるか否かのみで決せられるべきものではないであろう。固定主義の下で自由財産の制度が設けられた趣旨、すなわち、破産手続開始前の財産関係から解放されて経済生活を再建しやすくするという破産法の目的の一つの視点から検討されるべきである。これらの債権が破産免責の効力を受けるか否かの問題についても、同様である。

## 60条の根拠

60条の根拠としては、伝統的に次のことが言われている：(α)「手形取引の円滑をはかる趣旨から、支払人が引受けまたは支払の際に振出人または裏書人の破産宣告の事実の存否を慎重に調査することを要しないものとしたものである」<sup>6)</sup>。

これに対しては、(β)「与えられる権利が破産債権にすぎないので、支払・引受人の地位が完全に保護されるわけではない。その意味では、この規定によって手形の流通が保障されるとはいいがたい」との指摘<sup>7)</sup>、あるいは(γ)「破産債権では割合的弁済しか期待できず、免責の対象となり、十分な善意者保護規定であるとはいいがたい」との指摘<sup>8)</sup>もなされている。

しかし、破産手続開始前に支払人が引受けまたは支払をした場合でも、これによる求償権は破産債権にしかないのである。破産手続開始後に引受け等をした支払人を開始前に引受け等をした支払人よりも手厚く保護する必要はない。60条は、開始後の善意の支払人を開始前の支払人と同程度に保護すれば足りるとの判断の下に、彼の求償権を破産債権としたのである。これにより、支払人が引受け等の際に振出人等の破産手続開始の事実の存否を慎重に調査する負担を免れ、手形取引の円滑がはかられると評価することは、正当であろう。支払人の求償権が割合的満足しか得られないことを避けるためには、振出人の財産状況が危うくなってきた段階で、予め提供された資金の範囲でのみ引受け等をするしかないであろう。支払人がそのようにすることは、彼の才覚の問題である。支払人が当座貸越を中止し、提供された資金の範囲内でのみ引受け等をするにより、手形取引が減少することになっても、それは正常な経済現象である。そのことをもって、手形の流通が促進されないと評価することは適切ではない。本稿では、60条の規定の趣旨について、伝統的な見解(α)に従うことにする。

6) 山木戸克己『破産法』(青林書院, 1974年) 117頁。

7) 伊藤・前掲(注4)264頁。

8) 山本ほか・前掲(注4)229頁。

### 資金関係に関する契約が存在することの要否

以上に紹介した説明では、資金関係を基礎付ける支払委託契約又はこれに類する契約が振出人と支払人との間で破産手続開始前に締結されていることを前提にした。60条は、それを要件として明示しているわけではないが、これまでの多くの文献は、それを当然の前提としているように読める。

ところが、2010年になって、支払人等と振出人等との間の資金関係がない場合にも60条が適用されることを明言する見解が登場した。次のように説いている：60条1項の適用があるのは、「為替手形の振出人または予備支払人の被参加人たる振出人・裏書人・保証人と支払人・引受人との間に資金関係がない場合、または、資金関係はあるが、その内容が支払いの実施に対し振出人が補償をする旨の契約にすぎない場合である」<sup>9)</sup>。

ここにいう振出人等と支払人等との間の「資金関係」は、文脈からして、「資金関係に関する契約」を意味し、それは支払委託契約又はこれに類似する契約であろう<sup>10)</sup>。そのような契約関係がない場合にも60条の適用があることを明示する見解は、現在のところ少ない。しかし、支払や保証に関する委託契約の存在が60条1項の要件として明示されているわけではないので、この見解が成立する余地はある。

### 資金関係

振出人と支払人との間の「資金関係の實質的法律関係の性質如何によりては、右支拂人等の引受又は支拂が求償權たる債權を發生せずして、却つて之が破産

9) 中島弘雅『体系倒産法Ⅰ(破産・特別清算)』(中央経済社, 2007年) 274頁以下。

10) 資金の償還を約束しない支払委託契約や保証委託契約は想定外である(仮に資金を償還しない旨の約束を含む委任契約に基づいて支払人が支払をしたのであれば、委任者の破産財団に対して償還請求権を有さず、60条の適用も必要ない)。以下では、支払委託契約等は、資金関係に関する条項(支払資金が未提供の場合には補償をする旨の条項)を必ず含むものとする。また、支払人や保証人と振出人等との間に資金関係がないことは、支払委託契約や保証委託契約がないことを意味するものとする。この場合の支払人・保証人と振出人等との間の法律関係は、事務管理となり、それは60条の対象外であろう。



者に對する債務の支拂となることがある。例へば振出人に對し豫ねて債務を負担するに當り振出人の振出したる手形に對する引受又は支拂に依りて其の債務を辨済するときは、資金は既に存在し求償權の問題は生じない<sup>11)</sup>。

これは、異論なく認められている結論であるが、その法技術的な説明としては、つぎのような構成が示されている。

(α) 60条(旧57条)の適用はなく、むしろ破産者に対する弁済として50条(旧56条)の適用に入る<sup>12)</sup>、

(β) 60条の類推とともに、50条の規定が適用される<sup>13)</sup>。

(γ) 銀行が顧客から決済資金を寄託されている場合には、現60条(旧57条)の趣旨から、「銀行は手続開始を知らないでした支払いなどの結果を資金関係に帰属させ、資金から支払金額を引き落とすことができるとみるべきであり、その限りで破産法57条[現60条]……は、破産法104条3号[現72条1項1号]の相殺制限の例外を定めたものといえよう」<sup>14)</sup>。

最後の見解が、決済資金からの引落し処理を相殺と見ていると言つてよいかは微妙であるが、現60条を相殺制限規定の例外規定とする限りでは、そのように見ていると理解する余地は肯定できよう。この見解が実際にそのように考えているか否かは別として、破産手続開始後に決済資金から善意で支払をした場合の返還義務の消滅を返還債務と60条の規定による償還請求權との相殺で説明する立場もあるものとして、それも検討対象に含めることにしよう。

#### 振出人の破産管財人と支払受領者との関係

為替手形の支払人が振出人から寄託されていた決済資金を用いて手形所持人に支払をした場合に、振出人の破産管財人と支払受領者との関係については、場合分けが必要である。

11) 加藤・前掲(注1)126頁。

12) 加藤・前掲(注1)126頁、伊藤・前掲(注4)264頁注35。

13) 山木戸・前掲(注6)117頁。

14) 霜島甲一『倒産法体系』(勁草書房、1990年)377頁。引用文中の〔 〕内は、筆者(栗田)による付加である。以下においても同様である。

(a) 支払人が破産手続の開始を知らずに支払をした場合には、破産者の資金から弁済がなされたことになるので、破産管財人は、手形所持人に弁済金の返還を請求することができてよい。この結論を「提示者は知っていた場合」に限定して肯定する見解がある<sup>15)</sup>。

(b) 支払人が悪意であった場合には、提示者が善意であるときについて、次のように述べる見解がある：破産管財人は、支払人に対して資金の返還を請求することができ、他方、「破産財団は、提示者からの債権届出によるこれに対する配当を免れるので、銀行は、決済に要した資金を、不当利得を原因とする倒産債権として破産財団に対して権利行使できる。ただし、相殺は禁止される」(72条1項1号)<sup>16)</sup>。

## 2.2 57条・60条の破産債権による相殺の可否

72条1項1号は、直接には破産手続開始後に他人から取得した債権にのみ適用がある。そして、57条や60条の債権の取得は、これに該当しない。そのことを前提にした上で、これらの債権を自働債権とする相殺は許されるか否かについて、肯定説と否定説の対立がある<sup>17)</sup>。もっとも、体系書や注釈書の多くは、

15) 霜島・前掲(注14)377頁。この限定の意味については、次の2通りの理解が可能であるが、いずれと理解すべきかは明瞭でない：第1は、単に慎重を期したにすぎないとの理解である；第2は、提示者も善意である場合には、別途の考慮が必要であり、反対の結論になることもありうるとの理解である。

16) 霜島・前掲(注14)377頁。

17) 場面は異なるが比較的類似性の高い最近の問題として、無委託保証人(銀行)が主債務者の破産手続開始後に保証債務を履行して取得する求償権を自働債権として主債務者の預金債権と相殺することができるかという問題がある。この問題を最初に扱った先例として、大阪地判平成20年10月31日・判例時報2060号114頁及びその控訴審である大阪高判平成21年5月27日・金融法務事情1878号46頁がある。この問題に関し、次の文献がある：増市 徹＝坂川雄一「保証人の求償権と相殺」銀行法務21第689号(2008年)24頁、中西 正「委託を受けない保証人の求償権と破産財団に対する債務との相殺の可否」銀行法務21第689号(2008年)35頁、佐々木修「委託なき保証による事後求償権と破産手続開始後の相殺の可否」銀行法務21第723号(2010年)26頁、栗田 隆「主債務者の破産と保証人の求償権——受託保証人の事」

記述スペースの制約もあって、この相殺の許否について明言しておらず<sup>18)</sup>、いずれが多数説かを述べ得る状況にはまだなっていない。

(a) 相殺肯定説は、「破産法57条 [現60条] ……は、破産法104条3号 [現72条1項1号] の相殺制限の例外を定めるもの」と見る霜島甲一『倒産法体系』である<sup>19)</sup>。本稿は、法律構成は異なるものの、その相殺肯定の結論を支持する。

(b) 明示的な非許容説は、その根拠の点から分類すると、次の2つがある。第1は、67条の規定により、破産手続開始時に破産者に対する債権と破産者の債権とが対立していることが必要であり、破産手続開始時には存在していない57条・60条の破産債権による相殺は許されないとする見解である<sup>20)</sup>。第2は、60条の破産債権にも72条1項1号を類推適用する見解である<sup>21)</sup>。

↘前求償権と無委託保証人の事後求償権を中心にして——」関西大学法学論集60巻3号(平成22年)45頁。

18) 見落としがあることを恐れつつも、この論点に言及のない体系書として、次のものを挙げるができる：中田・前掲(注5)132頁、谷口安平『倒産処理法(第2版)』(筑摩書房、昭和56年)240頁、宗田親彦『破産法概説(新訂第2版)』(慶應大学出版会、2005年)428頁、伊藤・前掲(注4)376頁以下。

19) 霜島・前掲(注14)377頁。

20) 斎藤ほか編・前掲(注5)721頁。旧破産法に関して、次のように述べている：「破産宣告後に発生した破産債権(たとえば38条・57条・60条1項・61条2項・63条2項・3項・65条・78条2項等)の場合には、破産法上の破産宣告時に相殺適状にある場合にかぎり行使できるから(98条)、この点ですでに本号の適用外にある」。なお、加藤哲夫『破産法(第5版)』(弘文堂、平成21年)221頁以下では、破産手続開始後に直接取得された債権を自働債権とする相殺の可否について直接論じていないが、72条1項1号の説明の中に、「許容される相殺は破産手続開始の段階で債権債務が対立していなければならないことを前提として」(222頁)との記述がある。

21) 伊藤 眞 = 岡 正明 = 田原睦夫 = 林 道晴 = 松下淳一 = 森 宏司『条解破産法』(弘文堂、平成22年)531頁・532頁注1(破産手続開始後に新たに発生しうる債権の中に、60条1項の債権は挙げられているが57条の債権は挙げられていない。後者を排除する趣旨であるかは、明確でない)。なお、山本ほか・前掲(注4)257頁は、次のように述べている：「もっとも、破産手続開始前の原因に基づき破産手続開始後に取得する場面のなかには相殺が禁止される場合もあり、このような場合には、1号の規定が類推適用される。立法論としては、「他人の」破産債権の取得に限定せず、「破産債権の取得」一般を対象とすべきであるという見解も有力である」。

(c) 明示的に相殺を否定しているわけではないが、72条1項1号の規定の根拠を民法511条から説明する次の見解にも注意する必要がある：「民法上、支払の差止を受けた第三債務者は、その後取得した債権による相殺をもって差押債権者に対抗できないが（民法511条）、破産宣告により破産者の債務者は支払の差止を受けるから（[旧破産法] 143条1項4号 [現32条1項4号]）、この規定は当然の注意規定である」<sup>22)</sup>。この根拠付けから、57条・60条の債権による相殺は許されないと結論を得ることができるかは、民法511条をどのように理解・評価するかに依存しよう。

### 3 破産手続開始後に発生する破産債権

#### 3.1 破産法57条の債権（委任契約に基づく債権）

委任契約にはさまざまなものがある。一回限りの事務処理を委任するものもあれば、反復的な事務処理を委任するものもある。十把一絡げの議論は危険である。本稿では、(1) 前者の例として、1つの特定の物品の販売委託契約<sup>23)</sup>を、(2) 後者の例として、金融機関が顧客からの委託を受けて定期的に又は予め個別に指示された期日に顧客の口座から他者の口座に預金を振り替える方法あるいは送金する方法で支払をすることを内容とする支払委託契約を取り上げることしよう<sup>24)</sup>。以下では、これらの委任契約が破産手続開始前に有効に締結され、委任契約自体には否認原因はないことを前提にして、57条の適用を確認したい。

22) 山木戸・前掲(注6)169頁。

23) 物品の買付あるいは売却の事務が営業としてなされる場合には、それは問屋営業であり、商法551条以下の適用を受けるとともに、委任に関する規定の適用も受ける（商法552条2項）。これらの委任契約のうち、買入委託契約を実行する問屋のために、発送品取戻権が破産法63条3項で規定されている。

24) もちろん、販売委託契約の中にも反復的な事務処理の委任契約もあり、支払委託契約の中にも一回的な事務処理委任契約もあることを否定するものではない。

### 3.1.1 販売委託契約

販売委託契約の内容はさまざまでありうるが、ここでは、委任者がその所有する物品を予め受任者に引き渡して、その販売を委託する契約を想定することにしよう。受託者がこのような事務を業としてする場合には、彼は問屋と呼ばれるが（商法551条）、ここでは、受託者が問屋であることを前提にせずに一般的に考察する。

**設例** 例えば、次のような事例を想定することにする。芸術家であるAは、経済的に行き詰まり、離れた地で2日間にわたって開かれる芸術品展示即売会に作品を出品して販売してもらうことを考え、その事務を友人のBに委託した。AとBは、売却できた場合の報酬額を販売代金の30%とし、費用を10万円と見積り、Aは、その内の3万円だけをBに前払いした。翌日（あるいは、1週間後に）Bは、預かった作品を午前11時に車に積んで即売会場に向けて出発し、作品を展示した。しかし、Aの願いも空しく、1点も売れなかった。BがAのアトリエに戻ったところ、Bは、Bが即売会場に出かけたその日の午前10時にAが破産手続開始決定を受けていたことを初めて知った。Bが委任事務に実際に要した費用は見積額通りであったとして、Bは、残額7万円を破産債権として行使することができるか。

#### 費用償還請求権の原因

破産手続開始前に締結された販売委託契約に基づいて委託された動産（例えば絵画）を受任者が占有している場合に、委任者について破産手続が開始されたことを知った受任者は、販売委託契約の内容と預かっている動産の種類・数量を破産管財人に報告すべきである（破産管財人は、少なからぬ場合に、委託契約の継続を望むであろうが、その場合でも、民法653条2号により契約は終了しているので、契約の再締結が必要となる）。しかし、破産手続の開始を知る前にあっては、彼は委任契約上の義務を果たさざるを得ず、これにより生じた費用の償還請求権は、委任契約の定められた義務の履行により生じた債権で

あり、その原因は、破産手続開始前に締結された委任契約にある。したがって、破産手続開始前に原因のある債権として、破産債権になると考えるべきである。

もし、委任契約は、破産手続の開始により当然に終了しているのであるから、費用償還請求権の原因にならないというのであれば、民法655条を無視していると言わざるを得ない。同条は、受任者が破産手続の開始を通知され又は了知するまでは、委任契約の終了を受任者に対抗することができないとしており、それまでは、受任者が終了の効果を争う限り、委任契約は受任者との関係では存続しているのである。

**請負契約との比較** 委任契約は存続しているとしても、費用償還請求権の発生の主たる原因は委任事務の処理であり、それは破産手続開始後になされたのであるから、開始前に原因のある債権とはいえず、本来は破産債権にならないと言うのであれば、請負契約との比較が問題になろう<sup>25)</sup>。注文者について破産手続が開始された場合に、請負契約が双方未履行の状態にあるときには、仕事の完成を望む請負人は、破産管財人から解除の意思表示を受けるまで、仕事を継続することができる。その後に契約が解除されても破産手続開始後の作業継続による出来高部分も、民法641条1項の規定により、破産債権になる。もちろん、破産手続開始を知った請負人は、信義則上、直ちに工事を中断して、破産管財人に解除するか否かの確答を催告すべきであると言うことはできる。しかし、破産手続の開始を知らないまま工事を続行した場合に、そのことを信義則違反と言うわけにはいかない。しかも、請負については、民法655条・破産法57条のような規定はないのであるから、破産手続開始後にした工事の出来高部分に対する費用と報酬の債権を破産債権とするためには、これらは破産手続開始前に締結された請負契約に原因のある債権であると言わなければならない。

25) さらに比較の対象を広げれば、使用者の破産の場合の労働者の賃金債権や、賃借人の破産の場合における賃料債権も挙げることができるが、これらは、解除されるまで契約が存続し、契約の存続状態の進行により請求権が根拠付けられる面が強く、かつ財団債権になるので、比較の対象からはずした。

一般的に言えば、破産手続開始前に締結された契約が破産手続開始後も存続している場合に、その契約の履行としてなされた行為により生ずる債権（費用・報酬請求権）は、その契約に原因のある債権と言うべきである。

### 費用前払金の取扱い

一般に、受任者は、前払金を指定された目的のために消費した場合に、それを返還する義務を負わない。委任者が委任契約を解除することができる場合に、受任者が委任事務に着手する前であれば、委任者は契約を解除して前払金の返還を請求することができる。この返還請求権は、解除前にあっては、将来の返還請求権である。委任者の債権者は、この将来の返還請求権を差し押さえて、取立権限に基づいて委任契約を解除して、受任者から前払金の返還を受けることができる<sup>26)</sup>。委任契約が双方の利益のために締結されていて、一定期間解除できない旨の合意がなされている場合には、その期間内は、差押債権者も委任契約を解除できない。そして、その間に受任者が委任事務を処理する場合に、前払金を費用のために支出することは認められるべきである。

**販売委託契約の場合** 前記の販売委託契約の設例において、委任者の破産手続開始前にあっては委任契約が一定期間解除できない性質のものであったとすると、指定された目的のために消費した前払金について、受任者が委任者や差押債権者に返還債務を負わないことをどのような法律構成で説明するかが問題となる。費用償還請求権と前払金返還請求権との相殺を持ち出すことは適切ではないであろう。受任者が前払金をその目的に従って支出したことをもって、委任者に弁済したということもできない。前払金はその目的にしたがって支出されることのうち、差押債権者にも対抗できるような支出を「充当」と呼ぶことにしよう。

**充当と相殺と弁済** 他方、委任契約が支払委託契約であり、かつ費用に充てられるべき資金が預金の形で提供されている場合には、預金債権の差押え後

26) 保険契約の解約後に発生する解約返戻金請求権の差押えに関してであるが、最判平成11年9月9日・民集53巻7号1173頁、中野貞一郎『民事執行法 [増補新訂6版]』（青林書院、2010年）652頁以下参照。

は、受任者は預金を支払のために用いることはできないとすべきであろう。資金返還請求権が差し押さえられた後でも、受任者が資金を費用のために支出することができるかは、委任契約の特質と、資金提供の形態に依存すると考えられる。「充当」の語を前記のような意味で用いることを前提にすれば、差押え後の支出が許されないような場合については、差押え前に支出された資金を返還する義務がないことを「充当」として説明することは適切でない。この場合には、(α) 資金返還請求権と費用償還請求権との相殺として説明することが、適用範囲の広い法律構成である。しかし、(β) 支払委託契約などにあっては、委任者によって指図された者への支払をもって委任者への弁済と構成することも可能である。

### 3.1.2 支払委託契約

委任者からの指示に従い委任者の計算において受任者が第三者に支払をすることを内容とする契約を支払委託契約と呼ぶことにしよう。この第三者（以下「支払受領者」という）は、さまざまであり得るが、ここでは委任者の債権者であるとする。ここで、「委任者の計算において」は、委任者から預った金銭があればその預り金から支払い、これにより預り金の残高が減少し、預り金が不足する場合には受任者が立て替えて支払い、委任者に対して求償権を取得することを意味する。これは、委任契約の一種である。ここで問題にしているのは、破産手続開始前の支払委託契約に基づいて開始後に支払がなされる場合であるので、想定しているのは次のような契約である。

- 定期的に支払われるべき債務を受任者が委任者の計算において債権者からの請求に従い定期的に支払うことを委託する契約。公共料金等について金融機関が行ういわゆる口座引落しがこれに該当しよう。
- 委任者によって指定された金額を指定された債権者に指定された期日に支払うことを委任者又は第三者が受任者に予め指示又は通知し、受任者が指定された期日に委任者の計算において支払をする契約。例えば、電子記録債権法62条2項にいう「口座間送金決済」に関する契約がこれに該当しよう



(この契約にあっては、支払に関する通知(情報提供)は、電子債権記録機関が債務者の口座のある銀行にする)<sup>27)</sup>。

こうした支払委託契約に基づく法律関係の考察にあたっては、(a)受任者が破産手続開始の通知を受けた後あるいは破産手続の開始を知った後に支払をした場合と(民法655条の通知については、到達主義(民法97条1項)が妥当する)<sup>28)</sup>、(b)そうでない場合とに分ける必要がある。以下では、記述の簡略化のために、破産手続開始の通知が到達すれば受任者は直ちに了知するものと仮定して、(a)を「了知後の支払の場合」と呼び、(b)を「了知前の支払の場合」と呼ぶことにしよう。

#### (1) 了知後の支払の場合

**支払受領者との関係** 受任者の支払受領者に対する支払は、有効な委託に基づかない支払であり、支払受領者との関係では法律上の原因を欠くことになるが、破産手続開始(による委任契約の終了)を知って支払をした場合には、民法705条が類推適用され、受任者は支払金の返還を請求できないことになる。この場合の支払は、委任者との関係では事務管理としての支払とみてよく、受任者は代位弁済により、支払受領者の有する破産債権を代位取得し、それを破産手続において行使することができるかと解すべきであろう。

**破産者との関係** 受任者の支払は事務管理としての支払になるが、その費用償還請求権は、破産債権にならない(委任契約は、受任者との関係でもすでに終了しており、この償還請求権には破産手続開始前の原因がないからである)。その費用償還請求権は、破産手続開始後の事務管理により生ずる債権であるが、その全額が148条1項5号により財団債権になるわけではない。この事務管理による求償権が財団債権となりうる範囲は、破産財団が現に利益を受

27) 口座間送金決済に関し、始関正光=高橋康文・編著『一問一答 電子記録債権法』(商事法務, 2008年)198頁以下, 池田真朗=太田 穰・編著『解説・電子記録債権法』(弘文堂, 平成22年)279頁以下参照。

28) 民法655条の通知が「破産手続開始」の通知なのか「(破産手続開始による)委任契約の終了」の通知なのか迷うが、破産法57条は前者としている。

ける限度に限られるとしてよく（民法702条3項），それは，支払を受けた債権者が有していた破産債権に配当されるべき金額である。求償権をこの範囲で148条1項5号の財団債権とすることと，受任者が破産債権を代位取得してこれを行行使することとは，金額的に等価である。

そうであるならば，代位弁済による有益費償還請求権は財団債権にならず，受任者は代位取得した破産債権を行行使することができるにとどまるとする方が簡明である。求償権自体は破産債権にならず，また，受任者が代位弁済により取得した債権は破産手続開始後に取得した他人の破産債権であるので，いずれを自働債権とする相殺も許されない（67条1項・72条1項1号）。

## （2）了知前の支払の場合

**支払資金が提供されている場合** 委任者が受任者に支払のための資金を預け，受任者がその資金を用いて支払う場合には，次のようになる。

（a）委任者について破産手続が開始されたことにより委任契約は当然に終了すべきものであるが（民法653条2号），受任者が破産手続開始を了知する前にあっては委任者の破産管財人は委任契約の終了を受任者に対抗することができず（民法655条），受任者がそれを了知する前にした支払は，終了していない委任契約に基づく支払として，委任者の破産管財人との関係でも有効である。したがって，受任者は，その支払に係る弁済資金の返還義務を負わない。

上記の結論は，支払委託が一回限りで，資金が受任者に現金で提供されていたような場合には，預り金の充当として説明してよいと思われる。他方，金融機関が受任者で，支払資金が普通預金や当座預金の形で提供されている場合には，別の説明をすべきであろう。この場合には，その預金口座の預金債権が差し押さえられた後は，もはや受任者は委託に従って支払をすることができないとすべきであるから，第三者への支払は，預金債務の弁済とみるか，第三者への支払により生ずる費用償還請求権と預金債務との相殺と見る方がよいであろう。何れがよいかと言えば，おそらく前者であろう。そのように解しておけば，破産手続開始後に善意の支払がなされた場合に，50条の問題として処理すること

ができ、相殺制限の問題を生じさせないからである。

(b) 支払を受けた者(破産者の債権者)は、破産管財人に対して、受領した金銭の返還義務を負う(48条)。

支払資金が提供されていない場合(1) 支払委託契約において合意された形では支払資金が提供されていないが、この契約とは別個の法律関係に基づき受任者が委任者に対して債務を負っていた場合には、次のようになる。

(a) 委任者が受任者に対して、委任者への弁済に代えて支払受領者に支払をなすことを明示的に依頼している場合には、50条の問題としてよいであろう<sup>29)</sup>。

そのような依頼がない場合については、それでも受任者による支払受領者(委任者の債権者)に対する支払は、委任者に対する債務の弁済の一つの形態とみてよいか問題となりうる。しかし、ここではその点には立ち入らずに、受任者は委任者に対して求償権を取得し、その求償権と委任者の受任者に対する債権との相殺の可否の問題としてとらえておこう。この問題は、後で検討するが、結論を先に言えば、受任者が委任者の破産手続開始について善意である限り、相殺は許容されるべきである。

(b) この相殺により破産財団所属財産が減少するのであるから、支払受領者は、破産財団所属財産から弁済を受けたと評価することができ、48条の規定により、破産管財人に受領金を返還しなければならない。

支払資金が提供されていない場合(2) 支払資金が提供されておらず、あるいは提供されていたが資金が不足する場合で、かつ、委任者が受任者に対して債権も有していない場合については、次のようになる。

(a) 受任者は支払委託契約に基づいて支払をしたことになり、これにより生ずる費用償還請求権は破産債権になりうる(57条)。しかし、支払受領者が破産者の債権者であること、受任者が単なる支払担当者であることを前提にすると、彼が受任者からの弁済金を保持する根拠はなく、一種の善意の非債弁済として、それを受任者に返還して、自らは破産債権者として破産手続に参加す

29) 前述「2.1 破産法60条」の中の「資金関係」の項目を参照。

べきである。

(b) 受任者は、支払受領者から返還を得ることができなかつた限りで、支払委託契約の履行により生ずる費用償還請求権を破産債権として行使することができる(57条)。

### 3.2 破産法60条の債権(為替手形の引受け等による債権)

#### 為替手形(60条1項)

手形取引は、迅速に行う必要がある。振出人と支払人とが異なる為替手形にあっては、支払人が振出人との間の資金関係を包含する委任契約に基づいて手形を引き受けるときに、迅速性を確保する必要がある。支払人が引受けに際して振出人について破産手続が開始されていないかを調査しなければならないのでは、手形取引の迅速性が害される。支払人は、振出人について破産手続が開始されている場合には、支払の引受けをすべきではないが、それを知らずに引き受けてしまった場合には、その引受けから生ずる償還請求権は、破産債権として保護するのが適当である(敷衍すれば、その保護は、57条によっても可能であろうが、疑義が生じないように独立に明規しておくべきである)との政策的判断のもとに、60条1項の規定が置かれた。支払人が引受けをすることなく支払をする場合には、支払の時点で振出人の破産手続開始を知らなければ、同様に保護される。

振出人、裏書人又は保証人は、予備支払人を記載することができる(手形法55条1項。以下では、予備支払人を記載した者を「記載者」と呼ぶ)。記載者と予備支払人との間にも支払委託に関する契約関係があるのが通常であり、予備支払人がその記載者の財産状況を調査することなく参加引受けをし又は引受けなしに参加支払をした場合でも、その時点で記載者(委託者)の破産手続開始について善意である限り、記載者に対する償還請求権は破産債権として保護される。

### 60条の要件としての資金関係に関する契約

前述のように、資金関係に関する契約がない場合でも、60条の適用があるとする見解がある。しかし、60条は、条文の文言上は明瞭ではないが、規定の趣旨に鑑み、資金に関する合意を含む支払委託等の契約が破産手続開始前から存在する場合に限り適用があるものと解すべきである。なぜなら、(α) 60条は、手形取引を迅速に行う必要があることに鑑みて設けられた規定である；支払人等に手形取引を迅速に行う必要がない場合にまで、適用する必要はない；その必要があるのは、支払人等が振出人等との間の事前の委託契約に基づき、手形取引を迅速に行う必要がある場合である。(β) 振出人等と支払人等との間に支払委託関係を根拠付ける委任契約が存在していないにもかかわらず引受け等のために手形の呈示を受けた場合には、支払人等は、引受け又は支払の際に、振出人等の財産状況を慎重に調査して、資金が確実に償還されうることを確認すべきである；調査に時間がかかり、引受け又は支払が遅れたからといって、支払人等が義務違反を問われることはない。

### 予備支払人の償還請求権

予備支払人の資金償還を受ける権利を設例で確認しておこう。

[例1] AがXを支払人にして為替手形をBに振り出し、BがCに裏書譲渡したとしよう。Bについて破産手続が開始され、Xが引き受けないために、YがBを被参加人にして参加引受けをしてCに支払をした場合に、Yが予備支払人でなく、Bとの間に支払委託関係もないとすると、Yが破産法60条の規定によりBに対して破産債権を取得することはない。しかし、Yは、BやAに対して手形上の権利を取得する（手形法63条1項本文）。その権利取得を、CがBやAに対して有する遡求権（手形法43条）の承継取得と見るか、法律の規定による原始取得と見るかの問題があるが、以下では、少なくともCの権利を承継取得するとの立場に立って、この権利を問題にすることにしよう。これは破産手続開始前に原因のある債権であるので、破産法60条によることなく破産債権になり、したがってYが引受けの当時Bの破産手続開始を知っていた場合でも

破産債権である。しかし、他人から取得した債権であるので、破産法72条1項1号の相殺制限の規定の適用を受ける。

〔例2〕 AX間に支払委託契約があり、BY間に支払委託契約がある場合に、AがXを支払人にして為替手形をBに振り出し、BがYを予備支払人にしてCに裏書譲渡し、Cが所持人であるとしよう。

Aについて破産手続が開始され、そのことを知ったXが引き受けず、そのことを知らないYが引き受けて支払をした場合に、(α) YはBに対して支払委託契約に基づく償還請求権を取得するとともに、(β) BやAに対して手形上の権利を取得する(手形法63条1項本文)。Bは破産者でないから、Bに対する権利の取得に60条の適用はありえない。(β)で述べた権利取得のうちAに対する手形上の権利の取得をCのAに対する遡求権の承継取得と見れば、それは、破産手続開始前に原因のある他人の債権の破産手続開始後における取得であり、60条の適用はなく、かつ、72条1項1号の相殺制限に服する。

他方、Bについても破産手続が開始され、Xが引き受けないために、予備支払人Yが引き受けて支払をした場合はどうか。(α) Yは、Bからの支払委託契約に基づいて参加引受けをしてCに支払をしたことにより、Bに対して償還請求権を取得する。これは、60条1項の適用を受け、Yが引受けの当時破産手続開始を知らなかった場合にのみ破産債権となる。そして、この債権は、破産者BとYとの間で破産手続開始後に直接発生する債権であり、他人から取得した破産債権ではないから、後述4の結論を前提にすると、72条1項1号の相殺制限を受けない。他方、(β) Yが手形法63条1項本文により取得するCのBやAに対する遡求権は、破産手続開始前に原因のある債権であり、破産法60条によることなく破産債権になり、したがってYが引受けの当時Bの破産手続開始を知っていた場合でも破産債権である。しかし、他人から取得した債権であるので、破産法72条1項1号の相殺制限に服す。

#### 振出人と支払人との間の資金関係及び支払受領者との関係

振出人の破産手続開始後に支払人が支払引受けをした場合の資金関係および

支払受領者（手形所持人）との関係は、3.1.2の支払委託契約の場合と同じである<sup>30)</sup>。

### 3.3 57条と60条との比較

60条の規定は、破産者と手形金を支払った者（支払人等）との間に破産手続開始前に支払委託契約等の契約が締結され、その契約が民法653条2号により終了すべきであるが、その終了を民法655条により受任者に対抗し得ない間に支払がなされた場合に適用がある規定であるとする、60条と57条との間の差違が問題になる。

効果の点では違いがないであろう。要件もほとんど違いがなく、60条の規定がなくても、57条により同じ結果が得られるように見える。

30) なお、手形が転々と流通した場合には、振出人の破産管財人によって手形金を奪われた手形所持人は、自己の前者（裏書人）に対して遡求権を行使することができるべきであるが、遡求権行使の制限規定のためにそれができない状況にあるときについて、163条1項・2項に類似した適当な調整規定が置かれるべきであろう。

例えば、場面は若干異なるが、破産者が振り出した約束手形あるいは破産者を支払人とする為替手形について、破産手続開始後に支払がなされた場合に、その支払は47条により無効であり、手形金は破産管財人に返還されるべきことになるが、この場合にも、手形所持人は遡求権を失うおそれがあり、遡求権を喪失する場合にまで返還義務を彼に負わせてよいか問題になる。日本法では、別段の規定がないので、条文に文言に従う限りは、肯定すべきことになる。しかし、スイス・債務取立・破産法は、遡求権を失うことになる手形所持人を保護する規定を設けている。同法204条は、1項において日本破産法47条に相当する規定を設け、2項において次のように規定している：「前項にかかわらず、債務者の振り出した約束手形または債務者宛に振り出された為替手形について債務者が破産の公告前の満期に支払をした場合に、手形所持人が破産の開始を知らず、かつ支払がなければ第三者に対する遡求権を行使し得たであろうときは、この支払は有効である」（訳文については、上谷 清＝石川 明『スイス債務取立・破産法——スイス債務取立・破産法に関する連邦裁判所規則——』（法務資料第420号（法務大臣官房司法法制調査部，昭和49年2月））53頁を参照した。その後の改正のため、同書における「破産債務者」は「債務者」に置き換えた）。

今問題にしているのは、為替手形の支払人ではなく振出人について破産手続が開始された場合であるので、スイス債務取立・破産法204条2項が直接対象としている場合ではないが、利益状況は共通しよう。

しかし、証明責任まで考慮すると、微妙な違いが浮かび出る。条文の文言を素直に解釈する限り、(a) 受任者や支払人等が破産者から決済資金を受け取っていて、その資金を契約の履行のために支出していた場合には、専ら民法655条の問題となる。すなわち、決済資金の充当又は弁済の問題となり、57条も60条も適用する必要はない。委任契約の終了を主張する破産管財人は、受任者が決済資金から支払う前に受任者に破産手続開始の通知がなされていたこと又は受任者の了知を証明する責任を負うことになる。もっとも、証明責任を一方的に破産管財人に押しつけるのがよいかは問題であり、破産法51条を類推適用するのがよいであろう。

他方、(b) 決済資金を欠いていた場合には、57条と60条の適用問題となる。

- 60条が適用されるべき場合には、同条3項により51条が準用される。破産手続開始の公告前にあっては支払人等の善意が推定され、公告後にあっては悪意が推定され、これにしたがい証明責任が分配される。
- 57条が適用される場合については、51条の準用は規定されていない。しかも、57条の文言にすなおに従えば、支払の時点で破産手続開始の通知を受けておらずかつそれを了知していなかったことが証明される場合に初めて償還請求権が破産債権になるのであるから、公告前に事務処理がなされた場合を含めて、57条の適用を求める受任者がこの点についての証明責任を負うことになる。

この証明責任の分配の違いは、57条の場合よりも60条1項の場合の方が受任者に有利である。60条1項の場合には受任者が支払委託契約に基づいて迅速に手形取引（引受け又は支払）をする必要のあることを考慮すると、この違いは是認することができる。その点で、57条を一般規定であるとするれば、60条1項・3項は為替手形の引受け・支払の場合の特則であると言うことができる。

#### 4 破産手続開始後に発生する破産債権による相殺

委任者の破産手続開始前から受任者が委任者に対して債務を負っていた場合



に、受任者が破産手続開始後に善意で事務処理を行ったことにより取得する破産債権（57条）をもって相殺することができるであろうか。先に見たように、否定説がある。まずは、否定説の当否を検討しておこう。

### 否定説の検討

（1）67条を根拠とする見解　67条の規定を根拠にして、破産手続開始時には存在していない57条・60条の破産債権による相殺は許されないとする見解は、破産手続開始前に原因のある将来の請求権を自働債権とする相殺が許容されていることを考慮すると、採用できない。すなわち、受託保証人が事前求償権を放棄している場合に、彼が破産手続開始後に保証債務を履行することにより取得する求償権は、保証委託契約に原因のある債権であるから破産債権であるが、発生するのは、法定の停止条件である保証債務の履行時であるから、破産手続開始時には存在していない。そのような破産債権による相殺も、停止条件成就後は許容される。それは、70条が当然の前提とするところである。

もっとも、この見解が、破産手続開始前に原因のある破産債権とその他の破産債権とを区別して、後者の破産債権による相殺が67条によって禁止されるという趣旨であるならば、前記の批判は当たらない。しかし、67条1項は、自働債権について、単に「破産債権者」と述べているにすぎず、破産手続開始前に原因のある破産債権とその他の破産債権とを区別しているわけではない。この見解を維持するためには、両者を区別する実質論——57条・60条の破産債権の発生の基礎に立ち入った実質論——が必要であろう。

（2）民法511条を破産法72条1項1号の根拠とする見解　この見解は、57条・60条の債権を自働債権とする相殺が許されないことを明示しているわけではないが、前述のように、この見解から否定説を導く余地はある。そこで、民法511条（の規定の趣旨）から否定説を導くことの当否を検討しよう。

（a）民法511条が適用される代表例である差押えにあっては、差押えの効力は差押命令が第三債務者に送達された時に生ずる（民執法145条4項）。第三債務者は、送達のあった時に支払の差止めのあったことを知るべきである。民

法511条は、このことを前提にしていると見るべきであり、その時以降に取得した債権をもって相殺することはできないとの趣旨であると民法511条を理解すべきであろう。それを前提にすると、破産手続開始による支払の差止めについても、破産者の債務者が32条1項5号の規定により弁済禁止の通知を受けた時又はその他の方法で破産手続の開始を知った時に初めて民法511条の相殺禁止の効力が生ずるのであり、それ以前に取得した債権による相殺はなお許されると解する余地が生ずる。また、そのように解することは、破産手続の開始を知る前の弁済は、破産手続の関係でも有効であるとされていること（50条）と平仄が合う。

(b) 民法511条は、(α) 他人から取得した自働債権と(β) 相殺当事者間で直接発生する自働債権とを区別していない。しかし、破産の場面では、破産法72条1項1号の文言に照らすと、両者は分けて考えるほうがよい。前者のコントロールは72条1項1号によってなされ、同号は、破産者の債務者が破産手続開始後に他人の破産債権を取得した場合に、彼が破産手続の開始を知らされなくても相殺を禁止するという意味で、民法511条の特則となる。後者のコントロールは、基本的に、破産債権の範囲を定める2条5項や57条・60条によってなされる。そして、57条・60条の破産債権は、破産者の債務者が破産手続の開始を知らない段階で取得するものであるから、それらによる相殺を許しても、民法511条の相殺禁止の趣旨（前述(a)参照）にもとめることはない。57条・60条は、その政策的判断も含んでいると見るべきである。

(c) 受託保証人に対する主債務者の債権（受働債権）が差し押さえられると、その後に保証人が保証債務を履行して事後求償権を取得し、これを自働債権にして相殺しようとしても、民法511条により許されないと解されている。このような事例では、多くの場合に差押え前に主債務の履行期が到来していて、事前求償権が行使可能な状態になっているので（民法460条2号）、受託保証人はその事前求償権をもって相殺する（事前求償権に付着する抗弁権を保証債務の履行により除去してから相殺する）ことになる。実際上の不都合は、この事前求償権制度によって解消されているが、求償は本来は事後的になされるべき

であるとの考えにたつて、事前求償権を脇において考えると<sup>31)</sup>、民法511条から否定説を導くことは、破産手続開始後に保証債務を履行した保証人に極めて不利な結果になる。彼は、破産者に対して負っていた債務を事後求償権によって相殺することができないからである。

(d) 民法511条から否定説を導くことは、結局の所、破産法67条から否定説を導くのと同様な問題がある。すなわち、保証人の事後求償権を典型例とする将来の請求権や停止条件付債権が破産手続開始後に現在の債権となった(条件成就により発生した)場合に、これを自働債権とする相殺が否定されることになるが、それは、70条の規定と調和しない。

不当な結論の是正方法としては、次の2つが考えられる：(α) 民法511条は、受働債権の差押え前に原因のある債権を自働債権とする相殺を禁止するものではない。(β) 民法511条は、自働債権の債権者が債務者の他の財産から回収するチャンスが残されている場合の規定であり、そのチャンスが非常に低い破産手続が開始された場合に適用される規定ではない；破産法72条1項1号は、その文言通りに、破産手続開始後の他人の破産債権の取得の場合に相殺を禁止するものであり、破産手続開始後に相殺当事者間で直接発生する破産債権による相殺の余地を認めている点で、民法511条よりも緩和的であると理解すべきである。

この中で、(α)は、個別執行の領域における解決まで変更するものであり、これを採用することには強い抵抗が生じよう。(β)は、個別執行と包括執行(破産手続)との違いを考慮して、破産の領域の中で妥当な解決を得ようとするものである。受託保証人の事後求償権については、現在、この解釈(β)が採られているように思われる。これを一般化すれば、「破産手続開始後に破産

31) 民法改正作業において、現在、事前求償権に関する任意規定を削除しようとする案が有力になっている(民法(債権法)改正検討委員会・編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅲ』(商事法務, 2009年)452頁以下)。ただし、実務で活用されていることを理由に削除に反対する意見も有力である(大阪弁護士会・編『民法(債権法)改正の論点と実務〈上〉』(商事法務, 2011年)348頁以下)。本文で述べた問題は、削除案が実現した場合に重要となろう。

者と相手方との間で直接発生する破産債権を自働債権とする相殺は、民法511条の規定により又はその趣旨により禁止されることはない」との命題が得られる。この命題は、57条・60条の破産債権による相殺にも妥当する。

(3) 72条1項1号を類推適用する見解　この見解に対しては、私見を述べることにより、その当否を明らかにしたい。

#### 私見——肯定説の支持

規定の文言　67条1項の文言は、破産手続開始前に破産債権を取得した者についてのみ相殺の権利を認めているわけではなく、また、72条1項1号の文言を忠実に解釈すれば、破産法は、57条等の規定により破産手続開始後に破産債権を得た者にも相殺の利益を与えてよいとの判断に基本的に立っていると理解すべきである。

他の種類の債権との比較　破産者の契約相手が破産手続開始後に契約を履行することにより対価請求権が生ずる場合として、受任者による事務処理のほか、請負人による請負工事や労働者による労務の提供がある。後者については、破産手続開始後の契約履行による賃金債権は財団債権として保護され(148条1項7号・8号)、前者については、それが一定期間の継続的な清掃作業である場合には、148条1項7号・8号の適用を肯定すべきである。財団債権を自働債権とする相殺は、一般的に肯定されている。建物の建築請負契約は継続的契約の性質を有しないが、そのような請負契約も民法642条1項により解除されるまでは存続し、破産手続開始後・契約解除までの間に進捗した工事の代金債権は、破産債権になる。そして、建築工事の特性を考慮すると、いったん開始された工事は完成に向けて進行させるのがよい。注文者について破産手続が開始された後に進捗する工事部分の代金債権は相殺に供し得ないとするのは、相殺を予定している請負人に工事の即時中断を求めるに等しいが、それが適当とは思われない。むしろ、破産手続開始後に続行された工事による代金債権を自働債権にして請負人が注文者に負っている債務との相殺が可能であることを前提にして工事を続行することを許容してよいであろう。一般化して

言えば、契約の履行により破産者が利益を受けていることを考慮すると、契約の履行として生ずる債権を自働債権とする相殺を許容することの正当性は高い。特段の事情がない限り、破産手続開始後の履行による債権であっても、破産者と相手方との間で直接生ずる破産債権である限りは、72条1項1号の類推適用を受けることなく、相殺に供することができるべきである。上記の政策的判断は、57条の債権にも妥当する。

**72条1項2号以下の規定の適用の余地** もっとも、72条1項2号以下の規定の適用対象は、他人の債権の取得に限定されていないので、57条の債権取得にも適用されうる。しかし、72条2項4号の基礎にある政策的配慮は、次に述べるように、57条の破産債権にも妥当するので、ほとんどの場合に、72条1項2号以下の規定の適用は、同条2項4号により排除されよう。例えば、AがBに対して多額の債権を有しているが、その弁済期が未到来であるために支払不能の一步手前の状態に陥っている状況において、Bがその債権を実質的な担保として委任契約（支払委託契約など）の締結に応じたときに、破産手続開始前の事務処理によって生じたBの求償権を自働債権とする相殺を72条1項2号以下の規定により禁止することは、実質的に見ても妥当ではなく、同条2項4号により許される。破産手続開始後・その了知前の事務処理によって生じた求償権による相殺についても、同様である。

**詐害的委任契約への対処** なお、委任契約自体が詐害的なものである場合（例えば、委任者の支払不能後に、受任者が委任者の破産回避を祈祷し、これに対して委任者が高額な祈祷料を支払う旨の準委任契約が締結された場合）に、そのような委任契約から生ずる費用及び報酬の請求権についてまで57条を適用し、その請求権を自働債権とする相殺を認めてよいのかという問題は生じよう。しかし、そのような委任契約の大部分は、160条1項により否認することができよう。詐害的な委任契約から生ずる問題は、基本的には、これにより解決すべきであり、57条の問題からは切り離して対応すべきであろう。

もっとも、「57条は、正常な委任契約ないし経済合理性のある委任契約に適用される規定であり、詐害的な委任契約には適用されない」との解釈を立てる

余地はある。しかし、「詐害的な委任契約」という要件をどのように設定するかの問題が生ずることを考慮すると、この解釈は、最後の手段として採用の可否が検討されるべきものであろう。

**根担保権との比較** 相殺権については、しばしば、その担保的機能が語られる。根担保権との比較は、否定説に一つの論拠を提供しうる。すなわち、受任者が委任契約から生ずる費用及び報酬債権のための委任者の不動産上に根抵当権を有している場合には、民法398条の20第1項4号が「債務者又は根抵当権者が破産手続開始の決定を受けた」ことを確定事由としているので、57条や60条の適用を受ける債権は根抵当権によって担保されないことになろう（民法398条の20は、他の財産上の根担保権にも準用されており、根担保権の一般原則になっている<sup>32)</sup>）。これとの比較において、57条や60条の規定による破産債権に相殺の担保的効力の恩恵を与えることは、不整合であるとの評価も可能である。しかし、(α) 不動産が登記簿を通して多様な権利関係が公示される財産であり、多数の利害関係人が生じうるのに対し、相殺により担保財産と同等の役割を持つことになる債権は、そのままでは、対外的な公示は十分ではなく、直接的な利害関係を持つ者は少ない；(β) 担保の役割を果たす財産の換価の容易さは、担保権の実行よりは相殺の方が格段に上である。これらのことを考慮すると、債権者は、相殺権に優先的債権回収の手段としての期待を一段と強く持つであろうとの判断のもとに、相殺により優先的回収を図ることのできる債権の範囲を根担保権のそれよりも若干広くすることは、一つの政策的判断として是認することができる。現行法は、この立場に立っており、その判断は、57条・60条の規定による破産債権に妥当すると考えたい。

**結論** 破産手続開始後に生ずる他の破産債権については、別途検討する必要があるとしても、57条の規定は、委任契約が受任者との関係で終了していないこと（正確には、終了を対抗し得ないこと）を前提にしている規定であり、その委任契約に基づいて事務処理がなされた場合に、これにより生じた債権を

32) 例えば、電子記録債権法36条3項、建設機械抵当法24条の2第2項、航空機抵当法22条の2第2項、自動車抵当法19条の2第2項、鉄道抵当法25条の2。

破産債権とするのであるから、破産手続開始前に原因のある債権と言ってよく、一般原則に従い、これを自働債権とする相殺を許容すべきである。57条と基本的に同趣旨の規定である60条1項・2項についても、同様である。

最後に、井上直三郎「破産債権の要件に関する二三の問題」に示された破産債権の定式化を次のように補充しておきたい：破産法2条5項にいう「破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権」とは、「破産手続開始前に成立した法律関係に基づいて生じた財産上の請求権」を意味し、そこにいう「原因」とは、「請求権を生ずべき法律関係」を意味する；その法律関係が契約関係であり、契約関係が破産手続開始後も存続する場合には、破産者の相手方による破産手続開始後の履行行為から生ずる請求権も、別段の規定がなければ、破産債権となる。そのような契約の例として、注文者について破産手続が開始された場合の非継続的請負契約がある。委任者について破産手続が開始された場合の委任契約も、終了を受任者に対抗することができるようになるまでは、破産手続開始後も存続する契約であり、破産手続開始後に受任者がなす履行行為により生ずる請求権は、破産手続開始前に締結された契約に基づく請求権として、破産債権になる。破産法は、別段の規定の一つとして、破産法148条1項8号を置いており、この規定の適用を受けるものは財団債権になり、破産債権ではない（2条5項末尾）。