

論 説

支払不能の概念とその認定における支払停止の活用

木 川 裕 一 郎

- 一 はじめに
- 二 支払不能の意義
- 三 支払停止の要件
- 四 支払停止の認定
- 五 おわりに

一 はじめに

支払不能を推定する支払停止（破産法一五条二項）の認定にあたり、最高裁平成二四年一〇月一九日判決⁽¹⁾は、破産的清算を予定しているか否かが結論に影響することを明らかにした。この考え方は、支払能力回復予測に関する合理性

支払不能の概念とその認定における支払停止の活用（木川）

の不存在を支払停止の前提とする伊藤眞教授の見解と方向性を一にする⁽³⁾。この方向性に対しては、一方で、再生ADの促進という政策判断から評価する向きもあるが、債権者平等や裁判所の裁量の拡大の見地から疑問も提起されている⁽⁵⁾。そこで、この回復可能性を中心とした考慮が支払不能概念と支払停止の概念にとり、いかなる意味を持つかにつき検討すべきと指摘されている⁽⁶⁾。確かに、支払不能の概念が支払停止に反映されるとすれば、支払不能概念の明確化を図ったうえで支払停止概念を検討する必要がある。その際には、支払不能につき、いわゆる無理算段説と称される近時の有力説に依拠し、これを肯定する初めての下級審判例（高松高判平二六・五・二三判時二二七五号四九頁）も現れているところから、併せて考察が必要となる。

そこで、本稿では、まず、支払不能の意義を解釈上明確化したうえで、支払停止の意義について言及し、最後に、支払停止の利用を中心とした、支払不能の認定上の留意点に触れたい。

二 支払不能の意義

1 定義と解釈の視点

破産法二条一項によれば、支払不能は、支払能力をその債務の弁済期にあるものにつき、一般的かつ継続的に、欠くと認められる場合を指す。

支払不能を機能的観点から分析すると、実に多様な視点が浮上する。経済哲学からは、あるいは資本主義経済における企業の安定的継続性を実現すべきとの価値観を前提に、支払不能には永続的存続に相応しくない企業を淘汰する

ための基準としての役割が期待される。他方で、法的視点からは、現行破産法下において、破産原因（破産法一五一条一項）と否認・相殺要件（破産法一六二条一項・七一条一項二号・七二条一項二号）として支払不能に共通する債務者倒産リスクの公平（平等）な負担という観点⁷⁾が、全債権者にとって、その利益のためにする法の後見的介入を正当化する要素を意味する。その結果、債務者の視点からは、後見的介入が管理処分権の制限または剝奪をもたらすため、支払不能は私的自治の制約根拠となる。また、個別債権者の立場から見れば、支払不能の存否は、その債権の実現に際して強制執行または破産のいずれの手続によるべきかの基準となる。さらに、裁判所または裁判官にとり、支払不能の解釈が、個別事案の処理における自由心証主義の制約をもたらし、かつその職責である後見的介入の要否を決定づける。広く司法権にとつては、解釈のあり方がその判断の明確性や安定性に影響する。確かに、法解釈的観点に立ち、破産法における支払不能の位置づけを中核に据えれば、同概念は債権者全体の利益保護を目的とする債務者の私的自治制限の正当化要素に他ならない。しかし、支払不能が債務者の支払能力の欠如に着目するものであり、それを回避するか否かは債務者に認められる私的自治に依存する点を重視すると、その解釈は債務者の立場を起点として構築されるべきであり、全債権者を含め他の関係人の利害および法適用の明確性はもっぱら債務者の私的自治との関係で考慮すべき要素と位置づけるべき⁸⁾だろう。

本稿では、右視点を前提に、特に後述する支払停止概念と密接な関連性を有すると考える「一般性」および「継続性」につき、若干立ち入った考察をし、他の要件については関連する範囲で言及する。

2 「一般性」および「継続性」の相関関係

支払能力の欠缺は一般的でなければならぬ。一般性の要求は、些細な支払能力の欠缺を理由とする即時の破産手続開始が債権者全体の利益に反するとの観点から説明できる。他面、債権者にとって、一般性は、完全な私的自治を維持するために回避することを要する第一次的な基準を意味する。すなわち、仮に一般性要件の充足があっても継続性要件の充足を回避すれば債務者は支払不能を免れるから、一般性要件は、同人に支払能力の継続性を回避するために管理処分権を行使するよう義務づけることを正当化する要素であるとともに、その範囲で支払能力回復のチャンスが付与する機能を有する。他方で、継続性は、一般性を前提として債務者による資力回復の成果を問い、その充足をもって管理処分権の最終的な剝奪を正当化する要素である。この相関関係から、裁判所は、前提となる一般性充足の有無の判断を先行し、その充足があつて初めて継続性の審理を実施し、一般性なしとの判断の場合には、支払能力欠缺の事実が継続しても、その事実のみをもって支払不能を認定できない。

3 「一般性」および「継続性」の数値的な基準設定

一般性要件を低く設定すれば、法による過度な私的自治への介入につながる一方で、高く設定すれば、債権者全体が負担する倒産リスクが過大となり破産手続の存在意義が没却される。また、支払能力の回復に成功する可能性も低くなり、法が継続性要件を要求する趣旨が生かされない。さらに、そもそも継続性のもとで判断される支払能力回復の可能性自体、債務者の属性（自然人、法人の区別、企業の規模、業種）など個別事案に左右される余地がある。そこで、

「一般性」および「継続性」に関する解釈は、すべての債務者に適用可能な柔軟性を備える必要もある。

ここで参考となるのが、解釈論において同じく二つの要素を支払不能に要求するドイツの学説および判例のアプローチである。⁽⁹⁾ すなわち、「一般性」については、すべての履行期にある債務に現に存在する支払資金を充てた場合にこの債務の額に対する未履行となる債務額の比率により、「継続性」を一般性要件具備の時点（以下、これを「基準時」という）から一定の期間を設定し、その期間終了時をもって判断する手法である。⁽¹⁰⁾ 私は、以下の理由からこのアプローチに賛成し、かつ一般性については、その比率が一〇パーセント（以下、「一割」と表記する）以上になること、「継続性」については支払能力の欠缺が四週間以上継続することを基準とすべきと考える。

まず、一般性要件の基準値について検討する。一般性要件が資力回復に向けた私的自治の行使を強要し、反面として債務者に支払能力の回復の機会を付与する基準だとしても、そこから一定の数値（比率）を論理的に導くことが難しい点、⁽¹¹⁾ および当該支払能力の欠缺が債務者にとって回復措置を必要とするほど深刻かどうかは個別事案による点は否定できない。それでも、なお一割を妥当とする理由は、次の点にある。第一に、破産配当率が非常に低い現状を鑑みると、確かに早期の破産手続開始および否認・相殺の実効化が要請されるが、他方で、債務者の私的自治の不当な制限を避ける必要があり、裁判官の判断基礎となる客観的な数値的基準が必要である。第二に、その点で一割基準は実務上適用可能な基準である。特に、些細な欠缺や誤った判断による私的自治の制約を防止するために、数パーセントという微妙な欠缺を基準にすることは避けなければならない。⁽¹²⁾ 第三に、あまりに高い数値に設定すると、継続性要件を要求する意義が閑却されること前述のとおりである。⁽¹³⁾ 第四に、一般性要件を低く設定しても継続性要件を避けるためのハードルを高く設定すれば過度な私的自治の制限となる恐れがあるが、後述するように、継続性要件の判断に

際して対象となる債務は限定されるのでその危惧はない。⁽¹⁴⁾

つぎに、我が国の通説的見解を前提にした場合に、継続性を四週間の期間を上限として判定するのが適切と考える。すなわち、継続性要件は、一時的手元不如意を除外するとの標語のもとで説明され、⁽¹⁵⁾その趣旨は、現時点で、支払いに充てるべき財産を現金に流動化させる能力がないが、流動化させることにより支払資金を用意できる場合には支払不能としない点にある。従つて、継続期間の上限は、財産・信用・労働力につき、一般性要件充足の時点後に、その価値を流動化するのに必要な期間となる。財産との関係では、換価または供担保には四週間の付与で必要として十分である。また、債務者の労働力の流動化という観点からは、労働基準法二四条二項により一カ月に一度の給与支払いが強制される点に鑑み、四週間が妥当性をもつ。最も慎重な検討を要するのが、純粋な信用の流動化、すなわち無担保の借入れについてである。近時、信用提供の促進に向けた立法政策の経験もあつて金融機関の貸出業務のみならず借入側の申込準備も比較的迅速に行われるようになっており、四週間の期間があればこれに十分であると推測される。⁽¹⁶⁾なお、信用の流動化は、例えば、債務免除や期限猶予など新たな借入れを内容としない場合もありうるが、同じく四週以内に可能であろう。

以上によると、一定時点において、履行期にある債務をすでに存在する支払資金で支払えない欠缺⁽¹⁷⁾の割合が一割以上であることにより、一般性要件を充足し、かつこれを基準時としてその時点に存する支払資金に基準時後四週間に資産の流動化により得る金銭を加えて支払能力の回復を判断し、継続性の有無を認定することになる。⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾

4 「一般性」および「継続性」において斟酌される債務の範囲

実務上、債務者の再建を実現するために、主要な債権者を対象に期限猶予の合意や返済のリスケジュールがなされることがある。しかし、再建措置が支払不能の要件を回避しうるだけの内容を持たなければ、破産手続の開始を妨げることができない⁽²⁰⁾。そこで、債務者救済措置に取り込むべき債権者の範囲、猶予の内容や返済スケジュールの内容を、改めて支払不能概念との関係で検討する必要がある。

(1) 一般性判断の基礎とされる債務の範囲

抗弁が付着した債務は直ちに支払う必要がないから、一般性の判断から除外される。例えば、履行期未到来ないし停止条件未成就の事実や相殺・時効の抗弁援用の事実⁽²²⁾および債務の成立を否定する事実⁽²³⁾である。この場合に、平時の証明責任に準じて支払不能の不存在に依拠する者が証明責任ないし証明の事実上の負担を負うと解すべきである。さらに、事実上の猶予を同様に扱べきかは、これが私的整理その他による再建措置の策定準備に伴うことが多いので、実務上重要である。確かに、他の方法により全債権者の倒産リスクが回避される可能性がある限り、手続開始早期化の要請を根拠に破産手続開始にこだわる必要はない。また、破産申立てまたは破産手続開始決定が債務者信用を失墜させ、再建が不可能となる。しかし、他方で、事実上の猶予が財産状況悪化時に権利行使を断念した債権者や単に債権者に温情を持つ債権者により行われることも稀ではなく、かつこの種の猶予が債務者への資力回復措置を動機づけることもないため、利息債務の増大を含めさらなる財産状況悪化の危険がある。両者を考慮すると、事実上の猶予が全債権者により良い利益をもたらす制度的な保障がない限り、これに抗弁性を肯定できないであろう⁽²⁴⁾。

支払不能の概念とその認定における支払停止の活用(木川)

以上から、一般性具備を避けるための措置は、基準時に履行期にありかつ抗弁を対抗されていない未履行金銭債務（以下、「債務a」という）を対象とすれば足りる。

（2） 継続性における資力回復の内実と斟酌される債務の範囲

支払能力の回復の程度については、例えば、支払能力の欠缺が低下すればよい、または一割を下回ればよいなど、基準時の支払能力との関係で相対的に判断すればよいとの考えもありうる。しかし、これらの事実をもって債務者の私的自治の完全な回復を導くのは、現に生じた全債権者の利益の侵害を軽視することになり妥当ではない。本来は、この基準時をもって直ちに支払不能を認定すべきところ、債務者に支払能力の回復の努力を条件に私的自治の行使を許したのであるから、反面として、債務aの債権者も私的自治の枠内にとどまり全額の満足を要求できる立場が確保されなければならない。⁽²⁵⁾

つぎに、債務aの支払能力の回復可能性の判断をするに際して、基準時にすでに発生し継続期間中に履行期が到来する債務（以下、「債務b」という）および同期間内に新たに発生しかつ履行期が到来する将来の債務（以下、「債務c」という）への弁済をも要求すべきか問題となる。財産の投げ売りによる延命では支払不能を回避できないとの考え⁽²⁶⁾が有力に主張される。この「無理算段説」と称される見解は、一般性と継続性の区別が明確に意識されているとは言えないが、継続性との関係で理解すれば、債務aの完済に加えて債務bおよび債務cへの弁済（または弁済可能性）を要求する立場⁽²⁷⁾と理解できる。この立場の根拠として、①実質的に再建を可能にする程度の資力回復の必要性、②手続開始の早期化または否認・相殺の実効化の必要性、③継続期間中に獲得される資金を債務bおよび債務cの責任財産

から除外する不当性などが考えられる。しかし、債務aのみを考慮すべきと考える⁽²⁸⁾。第一に、前述のごとく継続性要求の趣旨が全債権者の利益のためにする私的自治の許容にあるとしたときに、この全債権者は継続性判断の前提である一般性を基礎づけた債務aの債権者と考えるのが自然である。債務bおよび債務cの債権者は、基準時に欠缺していた支払能力に関して事実上の利害しか有しておらず、基準時における支払不能の認定を契機として財産保全的な利益や完全な満足を与える必要がない。また、肯定説根拠①および②は、手続の適時開始の要請と対置される抽象的な理念に過ぎず、根拠として不十分である⁽²⁹⁾。第二に、債務者の側から見れば、責任財産性とは無関係に、平時において先履行期債務を弁済することにより支払不能の基準時を後にずらすことが許され⁽³⁰⁾、この利益は、いまだ私的自治権能自体には制限がない継続期間中にも奪われることはない。

以上により、継続性要件充足の回避のためには、弁済その他期限の猶予などの措置により継続期間内に債務aの全額の支払いを免れることで足りる。

5 支払不能認定の原則的方法

支払不能は、債務者の客観的な財産状況を示す各種資料により認定するのが原則である。破産原因としての支払不能は、その存否の判断が裁判所の職権調査主義に服する一方で、手続の進行に関して当事者主義（破産法一九条一文参照）が妥当することから、主張・立証の負担は、その存在を有利に援用する者に課せられる。他方で、否認・相殺禁止との関係では、破産管財人が否認・相殺禁止対象行為時点の支払不能につき証明責任を負う。これらの者は、支払能力の欠缺が一般性および継続性を充たすかを判断する基準となる支払不能の基準時を確定する必要がある。否認・

相殺との関係では、不能の開始時点を明らかにするために、最も古い未履行債務の存在時期を、破産原因との関係では、裁判予定時を支払不能の基準時と想定する。債務者申立ての事案では、申立て段階に提出された債権者一覧表により、管財人の否認・相殺禁止の主張に際しては、申立て段階の債権に関する資料に加え、手続開始後に得られた資料および情報を合わせて利用することができる。未履行の事実から想定される基準時の資金と未履行債務の一覧表を対照して一般性要件の充足を確認し、これに基準時以後の継続期間内（四週間）の資金計画を勘案して、同期間中の日付ごとの時系列に従った、債務と資金の対照表を作成する。そして、最終的に、この動的対照表を用いて、継続期間内に債務の支払いが完結するかを判断する。もちろん、時系列に従った対照の結果、四週間以内に完済が確認できれば、継続性なしの判断のもと、その後の対照は不要である。

否認・相殺禁止の場合には、過去（特に、対象行為時）の支払不能が重要であるのに対して、破産原因との関係では、裁判時の支払不能が認定されるべきであるから、いずれの場合も過去の事実に基づいて一般性を認定できるが、継続性判断は、前者では客観的に存在する事実に基づくことが可能であり回顧的判断となるのに対して、後者では基準時に存在する事実を基礎にした予測的判断とならざるを得ない。支払不能の基準時の違いは、一般性および継続性の判断に実際に組み込まれる未履行債務の範囲にも影響を与える。否認・相殺では、対象行為ごとに行為時点またはそれ以前の時点を基準時として一般性を検討し、継続性のもとで債務aとの関係での支払能力回復の有無が判断される。⁽³²⁾これに対して、破産原因としての支払不能は、開始に関する裁判時を基準とするから、例えば申立時に債務bを構成した債務も刻々と履行期が到来し、債務aに組み込まれることになる。

ところで、基準時に四週間以内に資力が回復すると予想されたにも拘わらず、事情の変更（例えば、債権取立て・事

業改善措置・財産換価・借入れなどの意思の喪失または断念など）により回復が不可能となるときにどう考えるか。すなわち、いわゆる回顧的判断の基礎となる事情は、基準時の事実なのか、それとも継続期間中（または継続期間経過時）の事実なのかという問題である。結局は、基準時に存する支払能力の欠缺という事実に関する回復可能性の評価問題であるとする、その後の不可抗力またはそれに類する事実から生じる法的不利益（危険）を債務者に帰せしめるのが妥当かに関する法的判断の問題に帰着しよう。私見としては、基準時における資力回復予測の合理性判断が困難であるばかりか、継続期間経過まで債務者はあらゆる回復措置を活用できること、および継続性の趣旨から資力回復のチャンスを与えられる債務者は継続期間中のリスクを負うのが公平であることから、結果的に継続期間経過時に債務aの弁済（清算）が完結していない限りは支払不能を肯定すべきと考える。⁽³⁴⁾従って、否認・相殺の局面では予測的要素は重要でないとの観点は、継続性の法的評価についても妥当する。⁽³⁵⁾

三 支払停止の要件

支払能力が債務者のコントロールに服するとすれば、支払停止概念もそのコントロールの枠内で構成される必要がある。同時に、支払停止が推定の前提事実または支払不能に代替する事実として概念化されていることを考慮すると、支払不能との密接関連性を維持しつつも、当事者がその存否をめぐり明確な視点から攻防を尽くし、かつ裁判所が事実の認定により確定しうる性質のものでなければならぬ。以下では、支払停止の認定方法に先立ち、支払停止の概念（要件）を明らかにしたい。

支払不能の概念とその認定における支払停止の活用（木川）

1 債務者に帰せしめられる事実

まず、支払停止に債務者の行為またはこれと同視される行為を要素とすべきかが問題となる。⁽³⁶⁾ 例えば、最高裁昭和六〇年二月一四日判決⁽³⁷⁾も、債務者の表示行為が中心に置かれるべき要素のような表現をとる。しかし、支払不能が債務者の私的自治を制約・剝奪する効果をもたらす点に着目すると、支払停止に該当する個別の事実は、私的自治の観点から債務者に帰せしめることが合理的であれば足ると解すべきである。ところで、債務者から倒産処理を依頼された弁護士による支払不能の表明が支払停止に該当するとされるのが一般であるが、厳密に代表権または代理権の付与を要するかが問題となる。⁽³⁸⁾ 支払停止に債務者の行為性を不要とする私見によると、債務者の行為のみならず意思を問う必要はなく、さらに法律効果の帰属性に着目することも要しないから、支払能力の欠缺を示す客観的事実に対して債務者のコントロールが及ぶ可能性がある限り本要件を充足すると解してよい。従って、支払えない旨を表示する履行補助者の行為や会社の会計課が独自の判断でその旨を債権者に通知する行為も支払停止に該当する。⁽³⁹⁾

次のような事実は、それらを避けるために弁済を選択できるという意味で、債務者に帰せしめられるべき事実と評価できる。⁽⁴⁰⁾ 例えば、債務の未払いの事実が典型例であるが、それ以外に、法的手続によらない事業の停止や会計事務の停止、債務者の夜逃げ、債権者による破産手続開始申立て、⁽⁴¹⁾ 請求書の返送、請求・催告の無視、⁽⁴²⁾ 製造業者による原材料の返還、手形の不渡りによる銀行取引停止処分、⁽⁴³⁾ 企業の継続に必要な経費（光熱費・原材料費・人件費など）の未払い、強制執行手続の不効奏、⁽⁴⁴⁾ 強硬な催促または強制執行を受けてはじめてなされる弁済、⁽⁴⁵⁾ 継続的な支払いの遅れ、⁽⁴⁶⁾ 利息のみの支払い⁽⁴⁷⁾およびその合意、借入れが拒絶された事実、⁽⁴⁸⁾ 未払い債務額の増大、⁽⁴⁹⁾ 一定時期の帳簿がマイナスであ

る旨の提示⁽⁵¹⁾、支払猶予の申込み⁽⁵²⁾および私的整理開始の通知などである。

2 認識可能な事実（外部性）

つぎに、前掲最判でも指摘される「外部性」という要素である。この外部性も評価を伴う概念であり、外部性が要求される趣旨から考察する必要がある。この点につき、松下教授は、否認・相殺における支払停止時期の統一性の実現に趣旨があると説明される⁽⁵³⁾。確かに、否認・相殺の局面と破産原因認定の局面で支払停止の基準性ないし機能は異なるとの説明がありうる⁽⁵⁴⁾。しかし、外部性は、法律上の推定という法技術を採用するうえで前提となる、典型的事象経過性を肯定するのに必要な要素として理解すべきである。すなわち、債務者の現在の支払能力に応じて直ちに権利行使方法につき法的対応を迫られる債権者の認識可能な事実⁽⁵⁵⁾であることにより、支払能力の欠缺を推断するに足りる事実としての信憑性・説得性が保たれる。

外部性は、履行期にある債務の債権者の認識可能性の観点から個別事案ごとに判断される。例えば、債務者が債務整理のために弁護士に対して支払能力の欠缺を表明する行為や会計事務を閉鎖することを取締役会で決めた事実、債権者が即時に対応を要する事実ではない。同様に、債務者が履行期未到来の債権者や将来の債権者に対して、現状を示して将来の弁済が不可能となる旨を明示しても、現在の支払能力に関する事実ではない。これに対して、債権者と無関係に生起する事実であっても、資産の流動化措置に直接に関係する事実（例えば、債権者による金融機関に対する借入申出や不動産業者に対する不動産の売却依頼）は、一般には債務者自身が表明しない限り債権者が認識することないとはいえず、適法な方法により認識する可能性も否定できず、外部性は否定され⁽⁵⁶⁾ない。

3 狭義の徴表性

債務者に帰せしめることができ、かつ外部性を充足する事実であっても、支払停止に該当するためには、支払不能を経験則上推定するのに相応しい「徴表性（以下では、「狭義の徴表性」という）」を有していなければならない。この狭義の徴表性は、債権者が即時の対応を要する性質の事実であるかどうかを改めて一般性および継続性の徴表性の観点から考察するものである。裁判所の経験則的評価にかなう限り、前提事実の一つの事実に限定されず、自由心証主義のもとでの全体的評価を介して複数の事実を基礎にすることができ⁽⁵⁷⁾る。他方で、支払停止を導くに相当な一定の事実があっても、これと両立する他の事実の存在が狭義の徴表性を低下させ、支払停止の認定を妨げる場合も想定できる。

四 支払停止の認定

一つの事実または他の事実と相俟って支払停止を基礎づけることは前述のとおりであり、そのいずれかは狭義の徴表性の強さによる。しかし、狭義の徴表性の強弱を数値化することはできず、裁判所の認定にばらつきが生じる危険性がある。そこで、支払停止の具体的な認定方法という見地から、改めて狭義の徴表性肯定の一応の規準とその規準を満たす典型的事実を明らかにし、かつ併せて支払停止の認定を妨げる事実を明らかにしておく必要がある⁽⁵⁸⁾。

1 一般性と継続性の徴表

支払停止を構成する事実は、支払不能要件の中核を構成する一般性と継続性の存在を推測させるものでなければならぬ。従つて、支払不能の解釈を前提とし、私見によれば、典型的には、一般性との関係で一割を超える債務の未払い、継続性との関係で四週間を超える未払いを想定させる事実があるときに、支払停止を肯定できる⁽⁵⁹⁾。そこで、支払停止の狭義の徴表性は、一般性を推断させる事実とその継続性を推断させる事実を分けて考察するのが得策である。

まず、一般性を基礎づける事実につき見てゆく。例えば、他の債務も未履行である事実、利息のみの支払いの事実、および事業経費の未払いの事実などがこれにあたる。仮に、未履行債務につき、それだけでは一般性基準の充足を正確に導けない場合であっても、債権者や債権の種類(例えば、月々の経費かメインバンクの信用供与によるか)、債務者の属性(自然人か法人か)や規模(家族構成、支店数・資本金額・従業員の数、売上金額など)を示す事実、事業の種類や性質(業種やその経済環境)から、一般性の推測が可能である⁽⁶⁰⁾。例えば、メインバンクからの借入債務が期限の利益を喪失した事実や事業者が生じた手形不渡りの事実、未払額が相当に多額になることを示唆する事実として一般性の強い徴表性を有する。

つぎに、継続性の存在を基礎づける事実として狭義の徴表性が強いのは、継続期間内の資力の回復がないことを示唆する、履行期から手続開始時まで未履行の事実および四週間を超える支払猶予の申込み⁽⁶¹⁾である。前者は、否認訴訟においては、管財人が債権一覧表を用いて明らかにすることが可能であるが、この事実を手続開始原因としての支払不能のためには利用できない⁽⁶²⁾。認定されるべきは裁判時を基準時とする支払不能であるから、継続性の概念自体に違

いがないものの、その判断は、現在の事実を基礎とした予測を内容とするからである。後者の事実、開始原因との関係でも利用可能である。

徴表性は弱い、他の徴表事実と包括的に評価して継続性を推断させる事実として、一般性の徴表事実前に借入れを試みたが拒絶された事実を挙げられる。また、恒常的な支払遅滞の事実および債務が増大した事実、具体的には、債務 a をすべて支払い、債務 b を未履行とし、さらに債務 c も発生するといった状況が続く場合を指摘できる。確かに、支払不能の継続性審査対象を債務 a とすると、継続性の徴表も債務 a を基準にすべきとも考えられるが、支払停止が推定の前提事実であつて、むしろ支払不能の基準時との関係での厳密な対応を要しないから、未履行債務である限り徴表性を基礎づけ、かつ継続性の徴表の存在時期を想定した限定を要しない。⁽⁶³⁾

もちろん、いずれの事実もその単一の事実だけで支払停止とされるには、一般性要件（二割）の徴表性を充足する必要がある。⁽⁶⁴⁾ なお、一般性との関連で抽出された支払能力の欠缺が非常に大きい事実は、継続性をも示唆する徴表となる。このような評価を経て、一つまたは複数の外部性を伴う客観的事実が一般性および継続性の狭義の徴表性を具備するときに、その（それらの）事実は支払停止と認定される。

2 支払停止の存在時点

ある徴表事実が支払停止と評価される場合に、その事実が存在した時点の支払不能が推定される。しかし、複数の支払能力の欠缺を示す徴表事実が散発的に発現した場合に、どの時点の支払停止を認定すべきかが問題となる。まず、継続性要件が一般性要件の充足を前提としていることから、一般性を示す狭義の徴表を基準に支払停止時期を決すべ

きである。⁽⁶⁵⁾ そのうえで、背後にある支払不能が先行している事実を鑑みて最初の一般性の徴表を基準とする見解と、一般性充足を基礎づけるに至った最後の徴表の時点を基準とする見解とが考えられる。この点も、後の事実が前の事実の支払停止ありとの蓋然性判断に法的評価のうえで影響を与えるかに関係する。⁽⁶⁶⁾ しかし、一般性要件が、未履行債務の割合が法的に無視できない程度に至っていることを要求する趣旨であることから、後者を妥当とする。

3 支払停止の認定を妨げる事実

未履行の事実の徴表性を肯定するためには、その理由を要せず、その客観的事実があればよい。例えば、債務の未履行が債務の存在を否定する意思の結果でも、支払停止の徴表性自体に影響がない。⁽⁶⁷⁾ しかし、前述した履行期未到来の事実その他の法的に未払いを許容する事実（二四（一）参照）については、否認の相手方や債務者が立証に成功すれば、債務者に帰すことができるとの要件を欠き、支払停止は否定される。⁽⁶⁸⁾

これに対して、一旦認定された支払停止の「解消」を導く効果を導く事実として、ドイツ連邦最高裁が一貫して認めるのが、いわゆる「弁済再開の事実」である。⁽⁶⁹⁾ 支払停止後に債務者が一般的に弁済を再開した場合、この一般性不存の徴表事実を理由に、認定された支払停止を解消させる。しかし、解消が一時点の一般性欠如の事実のみを根拠に生じる点は、徴表性に関する支払停止とのバランスや濫用の危険性の観点から、疑問がある。⁽⁷⁰⁾ ただし、支払停止後の支払不能不存の事実が、支払停止を解消させる事実には該当することは否定できない。⁽⁷¹⁾ 例えば、後の私的整理により全債務の処理が完結し、支払不能が解消したといえる場合に、支払停止は基準性を欠くのでその効力を失う。また、その基準性に着目するとき、支払停止から推定される支払不能が反証により覆された場合も、同様に考えるべきであ

4 支払不能の徴表事実との関係

支払停止の徴表に該当するとの評価は、同事実が支払不能の徴表たる性格を有することを否定するわけではない。しかも、支払不能の徴表には、外部性を伴わない債務者の言動や資料を含む点で、支払停止の徴表より広範である。他方で、支払停止や支払不能を否定する徴表または債務者の言動や資料により、支払停止または支払不能を示す徴表性を真偽不明にすることも可能である。例えば、多額の未履行債務が現在まで残存する事実から支払停止を認定できる場合に、元本の支払猶予と利息支払いの合意の事実により継続性の徴表性は失われる。⁽⁷³⁾さらに、この利息の支払いが履践されなかった事実は、今度はその認定を許容する徴表事実を構成する。⁽⁷⁴⁾この場合に、未履行債務額との関係で継続性の外部的徴表が不十分のために支払停止を認定できない場合も、支払不能との関係で、期限猶予の合意の事実はその不存在を示す徴表事実、利息未履行はその存在を示す徴表事実となる。現実の債務清算を必要とする私見によれば、例えば、合意の事実がないが、担保余剰や無担保財産がある場合に、その事実をもって支払不能の不存在を導くことは、許されない。しかし、利息未履行という徴表事実がないときでも、履行に足る資金の不存在が当時の帳簿から明らかなきは、弁済の有無を確認することなく、支払不能の認定が可能である。

裁判所による徴表の調査・認定に際しては、支払停止の徴表性には不十分であっても支払不能の徴表にまで視野を広げる必要がある。⁽⁷⁵⁾特に、当事者が審理中に支払停止の認定に十分な徴表ありとの確信を持たないときは、その徴表を補充する外部性のない事実をも併せて支払不能の徴表事実として提示することになる。また、支払停止の徴表事実

に頼りすぎると支払不能の開始時期が遅くなるので、事案に応じて、管財人には、否認・相殺禁止の対象行為時期を見据えて当初から支払不能の徴表に着目することが求められる。

五 おわりに

本稿では、主として、支払停止の活用を促進するために、その内容と認定の方法を検討した。まず、支払不能の解釈につき基本的視点を示したうえでその要件を構成する一般性および継続性につき基準化を試みた。そこでは、近時有力になりつつある無理算段説には、一般性および継続性の各要件との関係でさらに検討すべき点が多々あることを指摘した。続いて、支払停止が支払不能の外部化であるとの前提に立ち、支払停止の要件を明らかにするとともに、支払不能の解釈を前提に、特に一般性と継続性に関する「狭義の徴表性」の分析が必要であることを説いた。最後に、その分析を前提に、具体例を示しつつ、支払停止の認定をする際に考慮されるべき事実と判断の手法に関するポイントを整理することを試みた。

実務家ではない筆者が、債務者の財産状況の悪化時に生起する事実を網羅的に検討の対象とすることはもとより不可能であったと反省しているが、私なりに支払停止の活用の方角性を示したつもりである。

(1) 判時二二六九号九頁、金商一四〇六号二六頁、金法一九六二号六〇頁。

(2) 伊藤眞「債務免除等要請行為と支払停止概念」NBL六七〇号(一九九九年)一六頁以下。これと同旨の下級審判例として、東京地決平二三・八・一五判タ一三八二号三四九頁。

- (3) 河崎祐子「破産手続開始原因概念の再検討」慶應法学二八号(二〇一四年)九八頁以下参照。
- (4) 笠井正俊「判批」事業再生と債権管理一三八号(二〇一二年)一五頁。
- (5) 前者の観点は、高橋洋行・木村寛則・岩田準平「林原グループ案件における否認請求等」金法一九五二号(二〇一二年)三一頁。後者の観点につき、粟田口太郎「判批」伊藤眞・松下淳一編「倒産判例百選(第五版)」(二〇一三年)五三頁。
- (6) 河崎・前掲注(3)一〇一頁。特に、これまで支払停止の「持続性」のもとで議論されてきた支払停止の継続性の問題と支払不能の解消の問題を明確に区別して支払停止の内実を明らかにする必要がある。
- (7) 松下淳一「偏頗行為否認の諸問題」『田原古稀(下)』(二〇一三)二四五頁参照。
- (8) 併せて、裁判所が事実認定により適用可能であり、かつ事案の個別性を包摂可能な柔軟性を有し、さらに破産法内における統一的な概念(破産法二条一項参照)でなければならぬ(最後の点につき、山本克己「否認権(下)」ジュリスト二二七四号二二四頁以下)。
- (9) 現行ドイツ倒産法は、従前の実務が「一般性」および「継続性」の要件につき解釈上の充足基準を高くする傾向があったため、新法では倒産手続開始の早期化を根拠に、二要件を法文上から削除した(Die Begründung zu § 16 InsO, abgedruckt bei Kübler/Pritting, Das neue Insolvenzrecht, RWS-Dokumentation 18, 2. Aufl.[2000], S. 171.)。しかし、学説は一般的に、些細な支払欠缺および一時的支払いの欠缺を支払不能としないために、両要件を不可欠なものとしている(Uhlenbruck (Hrsg.), InsO, 14. Aufl.[2015], § 17 Rn. 19a f.)。
- (10) ドイツ連邦最高裁二〇〇五年五月一六日判例はこの手法から、一般性につき一割、継続性につき三週間の基準を明示した。Vgl. BGH, Urt. v. 24. 5. 2005 IX ZR 123/04 = ZIP 2005, 1246. この判決は、いわゆる「基本判決」として学説および実務により高く評価されている。Vgl. Kirchhof(Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Aufl.[2015], § 17 Rn. 18a; IDW StL, ZInsO 2015, 1136, 1138f. 本稿では、前掲基本判決の多大な影響に鑑みて、主として、それ以降の裁判例に着目する。ドイツの立法状況、現行法における支払不能概念および同基本判決については、河崎・前掲注(3)八八頁以下参照。他方で、我が国では未履行債務に現にある現金と容易に換価可能な資産を対置して支払不能を認定判断すべき(中山孝雄「新・裁判実務体系第二八巻」(二〇〇七)一一一頁)とされ、これら割合基準および期間基準が提示されてこなかった。
- (11) 前掲注(10)基本判決は、一般性要件につき一割の基準値を示すに際してその積極的な根拠を示さず、単にそれ以上に低い

数値や高い数値の不当性に言及するのみである。

- (12) 前掲注(10) 基本判決は、一割未満は誤差の範囲内で、実務の基礎にはできなるとする。
- (13) ドイツの学説 (Papke, DB 1969, 735) には、裁判官の実務経験に基づいて一般性につき一五～二〇パーセントを基準値とする見解があった。同見解は、一〇～三〇パーセントの事案では、継続性の有無が個別事案によりけりとの評価を前提にする。
- (14) これに関連する継続性の有無の審査内容については、後述4(2)で説明する。
- (15) 加藤正治・破産法要綱〔新訂増補〕二五九頁、山木戸・破産法〔初版〕四六頁、伊藤眞『破産・民事再生法〔第三版〕』一〇七頁。
- (16) 支払能力欠缺の克服のための最長期間であるから、すでに資産の流動化措置が尽きた場合や流動化措置をとる意思の不在が判明した場合には、直ちに継続性を肯定できる。
- (17) 一般性判断に未履行債務の存在を要すると解するのが通説であるが(小川秀樹編著『一問一答新しい破産法』(二〇〇四)三二頁、松下・前掲注(7)二五一頁以下参照)、これを原則としつつ、履行されていてもその履行が無理算段(返済見込みのない借入れ)による場合には、将来に履行期が到来する債務の不履行が予測された時点で支払不能を肯定できるとする見解(中西正「否認権」『論点解説(上)』(二〇〇五)一八八頁以下、山本和彦「支払不能概念について」『民事手続法と商事法務』(二〇〇六)一七二頁以下)が有力に主張される。有力説の検討すべき点については、4(2)参照。また、一般性判断の対象を金銭債務に限定しないのが通説である(河崎・前掲注(3)八六頁注一七参照)。
- (18) 特に、破産原因との関係で、各種物品(生産設備とそれ以外の場合)につき金銭化の可能性を具体的な買主の提示をもって立証すべきか、および債権(対銀行とそれ以外の場合)をその額面により評価すべきかについては、紙幅の関係上本稿では取扱わない。
- (19) 否認との関係で基準時後二カ月以上経過して債務の弁済があった場合にも支払不能を否定するのは、高松高判平二二年九月二八日金法一九四一号一五八頁。確かに、事案の多様性を考慮すると、一割基準の未充足が直ちに支払不能の否定へ、四週間基準内における資力回復不能の事実が直ちに支払不能の肯定につながり、その例外はないか検討を要する。例えば、前掲注(10) 基本判決は、①現時点で一割基準に達せずとも、間もなくこれを超える優越的蓋然性(将来の事実に対する高度な心証度の要求は合理的でないから、疎明に相当する心証度で足るとする趣旨)がある場合には、支払不能を援用する者がそ

支払不能の概念とその認定における支払停止の活用(木川)

の事実を特別事情として立証すれば支払不能を認定できる、②三週間内に支払能力の回復がない場合にも見通しが効く期間内に回復が予測されることを支払不能の不存在を有利に主張する者が立証すれば支払不能の認定を回避できるとする。しかし、①が立証成功時に一割未満の債務未履行が生じた時点を支払不能の基準時とする趣旨とすれば、そもそも一割未満の未払いの確定が支払不能判断において合理性を持たないと解する私見からは賛成できない。他方で、②については、判旨から見通しの効く期間の意味が明確でないが、同判決は、企業の業績には上下が伴うこと、および企業（例えば、旅行業）によっては季節要因の不況があることを指摘しているため、ある程度長期間が念頭にある。学説上は、三カ月から六カ月を基準にする見解（Schmidt (Hrsg.), *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht* 5. Aufl. [2015], § 17 Rn. 20; Ullendruck, aaO, Fn. 9817 Rn. 28）が有力に主張される一方、三週間を基準とする見解（Bork/Hölze, *Handbuch Insolvenzrecht* [2014], Kapitel 2, Rn. 82）も主張されているところである。この長短は、遠い将来の事実を基礎に支払能力回復の優越的蓋然性を認めうるかの点の評価の違いに基づく。思うに、解釈の硬直性を避けるために例外を認めざるを得ないが、四週間の継続性判定期間を超えた時期に資力回復の優越的蓋然性を肯定しうる例外的な事案においても、債務者は債権者からさらなる期限猶予を引き出すべきであり、②の例外は明らかに資力回復の蓋然性があるのに債権者から信用の供与を得られなかった場合に限定されよう。

(20) 支払不能を回避できない場合に、倒産処理を受任した弁護士またはADR機関は、直ちに破産の申立てをおこなうべきであり、これを怠りかつ支払不能後に財産逸出行為を許せば、破産管財人から損害賠償請求を受ける（破産申立ての受任弁護士につき、東京地判平二五・二・六判時二一七七号七二頁参照）。これらの者または機関が賠償した場合には、破産管財人の否認権を代位行使できると解すべきであるが、必ずしも全額の回収を期待できない。

(21) 担保が付されている事実も、担保による債務処理方法の選択が債務者に残されているから、これに準じて扱われるべきである。これに対して、弁済禁止の保全処分は、債務者に抗弁を付与する性質を有しないと解する。

(22) 不行使時の管財人による行使の可能性や否認の可能性を考慮すると、抗弁の付着で十分との立場（高松地判平二四・一・二一判時二二七五号六一頁）もありうるが、債務者の自治に委ね、継続期間内の行使を要求すべきである（行使を要求するのは、東京地判平一九・三・二九金法一八一九号四〇頁参照）。なお、債権者からの相殺は、担保と同様（前掲注(21)参照）に行使を要しない（同様の結論は、山本克己・判批・金融法務事情一八四四号五九頁）。

(23) この場合に、裁判所は支払不能の判断に際し争いある債務の存否および金額を確定することを要すると解する(肯定例は、東京地決平八・三・二八判時一五五八号三頁および高松高判平二六・五・二三金法二〇二七号五二頁。否定例は、高松地判平二四・一一・二二判時二二七五号六一頁)。確定なしに一般性を肯定できる場合でも、継続性との関係で確定を避けられない。例えば、期限の猶予が詐欺に基づくことが確定され、かつ取消されると、未履行債務として扱われる(取消しを不要とする趣旨と解されるのは、伊藤・前掲注(15)一〇八頁。この理解は、例外的場合に債務aの未履行を不要とする無理算段説と整合する)。なお、約定劣後債務(破産法九九条二項)は判断対象となるが、他のすべての債権との関係でも劣後する趣旨であるときは、全債権者の平等につき利害関係がないので判断対象とならない。

(24) ドイツ連邦最高裁は、履行期性に「真剣な請求があること」を付加的要件とし、事実上の猶予がある債務を真剣な請求のないとの理由で一律的に支払不能判断に組み入れない(BGH, Beschl. v. 19. 07. 2007-KZB 36/07=ZIP 2007, 1666)。谷口安平「倒産処理法(第二版)」(筑摩書房・一九八〇)七四頁および高松地判平二四・一一・二二判時二二七五号六一頁も、債権者が請求しない限り支払不能としない。これらの立場は、全債権者の利益を適切に判断できる債権者を念頭に置くものと評価できるが、本文で述べたとおり疑問がある。以上は、支払停止との関係でも再論(後掲注(7))参照)するように準則型私的整理手続開始の通知により債権者に取立禁止を要請した場合を除き、一般性および継続性のいずれにもあてはまると解すべきである。

(25) 前掲注(10)基本判決も同様の立場と解される。ただし、根拠は示されていない。なお、ほぼ全額であればよいとするのは、高松高判平二二・九・二八金法一九四一号一五八頁。

(26) 川田悦男「新破産法において否認権および相殺禁止規定に導入された『支払不能』基準の検証事項について」金法一七二八号三六頁、伊藤眞「破産法・民事再生法(第3版)」(二〇一四)一〇八頁参照。現行破産法下における無理算段説(前掲注(17)参照)の分析およびこれを支持する根拠については、山本和彦「支払不能概念について」『民事手続法と商事法務』(二〇〇六)一六二頁以下を参照されたい。無理算段説については、検討すべき点が多い。山本和彦教授は、債務bの不履行を債務aの不履行と等価とする趣旨とされるので、一般性・継続性は債務aと債務bの両者を勘案して決するものと解され、さらに遅れて履行期が到来する債務bや債務cも(おそらく見通しが効く範囲で)考慮の対象となる余地があると思われるが、一般性・継続性判断の対象となる債権の範囲が必ずしも明確ではない。また、無理算段後に債務a履行の事実がある場合に

支払不能の概念とその認定における支払停止の活用(木川)

のみ債務bの不履行の予測時を基準とする例外を認め、債務aへの弁済の有無は支払能力の欠缺の程度に計数上影響がないものの、弁済がない場合には、支払不能を認めないものと解される。ここでは、偏頗行為だけが例外を基礎づける事情とされているが、財産減少行為をも念頭に置けば、適正売却や廉価売却の場合にも予測時点の支払不能を肯定することになるのか。いずれにしても、否認を可能にするための立論であり、現行法が偏頗行為の故意否認を否定した趣旨を考慮して再検討する必要がある。なお、私見でも、粉飾経理（詐欺）により得た返済のめど立たない融資金を原資に一般性充足を避けている場合に、融資の取消しにより適法的に生じた返還請求権が一般性判断の対象となる（前掲注(23)参照）。

(27) ドイツの通説の立場である（Kirchhof, aa.O. Fn. 10, §17 Rn. 84; Schmidt, Insolvenzordnung, 18. Aufl. [2013], §17 Rn. 28）。

(28) 前掲注(10)基本判決の立場である。これを前提とする判例は、BGH, Urt. v. 6. 12. 2012 - IX ZR 3/12 = ZIP 2013, 228。ただし、

この立場を論理的な根拠を示して支持する判例・学説はみあたらない。

(29) 再建の実現による利益を享受するか否かは、手続開始前において、債務者による私的自治の結果に過ぎない。債権者の平等を害する危険性の強調は、法が偏頗行為の故意否認を否定する点、および危険性を根拠とする否認を厳格な要件のもとで限定（破産法一六一条一項参照）する点等を考慮すると、私的自治の過度な制約となる。

(30) 平時における弁済すべき債権の選択可能性につき指摘されるのは、伊藤・前掲注(2)一八頁。私見では、債務bによる強制執行により債務aの弁済に支障が生じるときは、執行行為の否認の余地が存在することにより、選択の自由は担保される。

(31) このような考察は、債務者が支払不能を予測するのには不可欠であるが、通常一カ月ごとに作成される事業収支記録に修正を加える方法により行うことが可能である（継続性考慮期間を一カ月とするメリットと云える）。しかし、管財人が支払不能を主張する際に動的対照表が有用か否かは、本文で続いて検討するように、どのような事実が継続性の判断の基礎となるかに左右される。なお、最も古い未履行時点を基準時とする支払不能が認定できない場合は、改めて後れて履行期が到来する債務の未履行に照準を合わせる必要がある。破産原因との関係では、将来の事実の認定となるので、疎明で足りる（前掲注(19)参照。これに対して、高度な蓋然性を要求されるのは、中西・前掲注(17)文献一八九頁「否認権」『論点解説（上）』（二〇〇五）一八九頁）。とはいえ、債務返済方法に関する和解に対する債務者の消極的態度の継続が明らかの場合に、和解の余地（可能性）を理由に支払不能を否定する（福岡高決平一四・七・一八訟務月報四九卷四号一一四三頁参照）のは、適切でない。

(32) 四週間に債務aが残るときに、基準時の支払不能が肯定される。逆に、継続期間内に完済されているときは、支払不能の認定はできない。

(33) 債権者による債務者の将来の資産（支払能力）に対する信頼も、平時におけるのと同様に保護されるべきでなく、支払不能概念の枠内で取引の安全を強調する理由はない。

(34) ドイツ連邦最高裁も、支払不能の肯定を前提にしていると解される（BGH, Urt. v. 12. 10. 2006-IX ZR228/03=ZIP 2006, 292）。ただし、基準時後の再建措置に伴う弁済の故意否認については、一定要件（再建措置の合理性ほか）のもと詐害の意思を欠く（他の意思に向けられている）との論法により否定する（BGH, Urt. v. 21. 2. 2013-IX ZR 52/10=ZIP 2013, 894）。否認の主観的要素との関係で考察するのは明確性から疑問があり、否認類型を問わず、再建型の法的手続または準則型私的整理に基づく限りで相当性要件の欠如を根拠とすべきである。ドイツ倒産法が「継続性」要件を明文から削除したことが契機となり、概念の客観化の観点から一時点の能力欠缺を問題とする時点説と実務に対する配慮から支払不能の継続性を予測判断によりおこなう期間説の対立が激しくなった（山本・前掲注〔17〕文献一六〇頁参照）。この議論から示唆されるのは、継続性を認定する際には予測的要素を可能な限り排除して認定の客観化を実現すべき点であり、私見はこれに配慮するものである（山本・前掲注〔17〕文献一七一頁も、無理算段説の枠内で、同様の視点を提供する）。

(35) 他方で、現に支払能力の解消が認められた場合には、私的自治に配慮し、支払不能を肯定すべきではない。これらの結果として、私見によれば、継続期間内の資金・債務の対照表を用いた証明を要しない。すなわち、銀行による信用供与の約束その他資金確保の目途等を認定する必要はなく、継続性判断期間内に債務者に現実弁済その他の手段により債務aが清算された事実のみを認定するに足る（清算された事実に着目するのは、高松高判平二二・九・二八金法一九四一号一五八頁。これに対して、予測的な判断を持ち込むのは、高松高判平二六・五・二三判時二二七五号四九頁は多数。そして、これら判断の基礎となる事実については、回顧的判断ゆえに証明が要求されよう。なお、否認の相手方による支払不能の認識の対象は、継続期間内に債務aの未履行がある点に厳密に関係づける必要はなく、未履行となることを推測させる客観的事実で足りる（中西正教授は、かかる拡張を認めつつ、偏頗行為否認において支払不能の認識を要求する必然性がない点をも指摘される。中西・前掲注〔17〕文献一九五頁）。

(36) 行為必要説は、加藤正治『破産法研究第一巻』一六〇頁、山本戸・前掲注〔15〕文献四七頁。ドイツの裁判例を瞥見すると、

支払不能の概念とその認定における支払停止の活用（木川）

支払停止の定義に際して債務者の行為性に言及がないのは、BGH Urt. v. 22. 11. 1990-IX-ZR 103/9=ZIP 1991, 39。同判決は、債務者の意思的要素が不要であると明言する。これに対して、支払停止の定義に際して、債務者の行為性に言及するのは、BGH Urt. v. 21. 6. 2007-IX-ZR 231/04=ZIP 2007, 1469。いずれも、根拠の説示はないうえ、帰結の違いが当該事案の処理に影響しない。

- (37) 同判例は、破産法に定義規定がない支払停止を「債務者が資力欠乏のため債務の支払をすることができないと考えてその旨を明示的又は黙示的に外部に表示する行為」とする（前掲注(1)文献参照）。
- (38) 権限付与を要するとするのは、ドイツの通説である（Jeager/Henkkel, KO, 9. Aufl. [1997], § 30 Rn. 17）。
- (39) 前者につき否定するのは、Schmidt, aaO, Fn. 27, § 17 Rn. 42。私見によっても、破産手続の申立てまたは個別の債権の減額交渉を依頼されたに過ぎない弁護士による（いわば受任の範囲を超える）支払不能表明行為は、債務者のコントロールが困難であるとの理由で支払停止に該当しない。
- (40) 支払停止の徴表に関する具体例を例示するドイツ文献として詳しいのは、vgl. Kirchhof, in: Kretz (Hrsg.) Heidelberger Kommentar zur InsO, 4. Aufl. [2006], § 17 Rz. 32, 34, 37。
- (41) 債務者が弁済に替えて債権者に債権の取立委任をしたが第三債務者が未払いである場合には、未払いが債務者に対する同時履行の抗弁を根拠とするときにその未履行を債務者に帰することができる。
- (42) BGH, Beschl. v. 21. 8. 2013-Str 665/12=ZIP 2013, 2469。自己破産の申立てについては、後掲注(56)参照。
- (43) BGH, aaO., Fn. 42。
- (44) BGH, aaO., Fn. 42。なお、手形不渡りにについては、後掲注(67)で徴表性の強弱という観点から詳しく扱う。
- (45) BGH, aaO., Fn. 42。執行の不効奏が当初執行の対象とされた財産以外への執行可能性の模索の結果によるか否かは、後述する徴表性の強弱に関連する。例えば、銀行口座差押えの不効奏は、債務者の他の銀行口座を把握するのが困難なことから、そもそも狭義の徴表性を否定すべきではない（vgl. AG Leipzig, Beschl. v. 2. 9. 2011-401 IN 2241/11=ZInsO 2011, 2097）。
- (46) BGH, Urt. v. 7. 5. 2015-IX-ZR 95/14=ZIP 2015, 1234。
- (47) BGH, Urt. v. 18. 7. 2013-IX-ZR 143/12=ZIP 2013, 2015。
- (48) ドイツ連邦最高裁（BGH, aaO., Fn. 28）は、支払能力の欠缺を隠す意図のある利息支払いは支払停止を基礎づける余地

があるとする。そもそも、意図を問題にせず一部のみ弁済の事実だけで十分であろう (vgl. OLG Rostock, Urt. v. 10. 7. 2006-3U 158/05=ZInsO 2006, 1109.)。

(49) BGH, aaO., Fn. 47; BGH, aaO., Fn. 28. 不利な条件での代物弁済も、これに類するであろう。

(50) BGH, aaO., Fn. 47.

(51) BGH, Urt. v. 30. 6. 2011-IX ZR 134/10=ZIP 2011, 1416; 債務超過の表示または公表は、支払停止の徴表となる。

(52) OLG Hamburg, Urt. v. 10. 12. 2010-IU 19/07=ZInsO 2011, 815. 期限前の弁済が多発している事実も、これに類するであろう。

(53) 松下淳一教授は、この前提に立ち、支払停止に複数人の認識可能性を要求する (松下・前掲注(7)(二五二頁))。ドイツにも、支払停止の徴表性の債権者に対する警告的な意義に言及する連邦最高裁判決 (BGH, aaO., Fn. 28.) がないではない。

(54) 支払停止の基準機能に着目する「二義性説」(青山善充「支払停止の意義および機能」新・実務民訴講座(13)(一九八一年)五八頁)も、同様の視点に基づくと評価できる (河崎・前掲注(3)八八頁・一〇二頁参照)。

(55) 認識可能性で足りる点に言及するのは、BGH, Urt. v. 20. 12. 2007-IX ZR 93/06=ZIP 2008, 420. 認識可能性を問題にせず経験則のみを根拠にするのでは説得力を欠く (松下・前掲注(7)文献二五二頁)。

(56) 大阪高決昭五七・七・二七判タ四八七号一六六頁は、支払資金ねん出のために会社に会社に退職願を提出した行為を支払停止と判示したが、適法な方法による認識可能性を前提に理解すべきである。同様に、資産の換価不能の通知、信用供与の依頼に対する拒絶通知、自己破産の申立て、債権者による破産申立て、強制執行の申立ておよび強制執行不後奏の事実なども、他の債権者に認識可能な事実とすべきである。このように、外部性の趣旨に鑑みると、債務者の行為やその相手方という観点を支払停止概念に持ち込む必要はない (前掲注(36)参照)。ドイツには、追加融資の希望を持っていたが融資がなされていない事実を支払停止の基礎とする裁判例 (BGH, Urt. v. 8. 10. 1998-IX ZR 337/97=NZl 1998, 118.) がある。

(57) ドイツ連邦最高裁も、近時は一貫して、自由心証主義の適用のも一つの事実で支払停止と言える場合と、複数の事実を全体的に評価して支払停止と言える場合があると判示する (BGH, aaO., Fn. 46.)。

(58) 徴表の存在を要求することが支払不能および支払停止の証明責任 (または証明の負担) の所在に影響を及ぼすことはない と解する。これに対して、支払停止を一般性から認定し、継続性を抗弁事実と位置づけるのは、谷口・前掲注(24)七六頁。

支払不能の概念とその認定における支払停止の活用 (木川)

- (59) 同様に、事業・会計事務の閉鎖や債務者の夜逃げも、一般性を充足する未履行の存在を前提とし、かつそれが四週間継続した事実から継続性を看取できるときに支払停止と評価される。前掲注(1) 最高裁判決の補足意見(須藤雅彦)は、有用な経営資源がある場合に支払停止の肯定には慎重であるべきと指摘するが、継続性を基礎づける事実を必要とする趣旨であると解され、妥当である(ただし、同意見がこれを予測的判断に服させる点には反対する)。ドイツ連邦最高裁は、一割および三週間基準が支払停止の狭義の徴表性に影響すると判示する。これを指摘する連邦最高裁判例は多いが、比較的近時のものとして、vgl. BGH, aa.O., Fn. 47. ただし、徴表には支払不能要件への厳格な対応を要求しないのが現在のドイツの通説の立場(Kreft(Hrsg.), Heidelberg Kommentar zur Insolvenzordnung, 7. Aufl. [2014], §17 Rn. 27.)であり、このことは、ドイツの学説が従来通説とは異なり支払不能なき支払停止を認めるに至ったことを意味する(従来通説に対する評価については、青山・前掲注(54)(六二頁参照)。管財人の証明責任の軽減および推定規定の活用を考慮すると極めて妥当な解釈である。なお、我が国通説のもとでの支払不能概念と支払停止概念の相関については、河崎・前掲注(3)(八七頁をも参照されたい。支払不能から予測的要素を排除すべき要請(前掲注(34)参照)については前述のとおりであり、その要請が支払停止(すなわち、一般性および継続性)の認定にどのように反映されるべきかが重要なポイントとなる。
- (60) BGH, Urt. v. 29. 3. 2012-K ZR 40/10=ZlmsO 2012, 976; BGH, aa.O., Fn. 51. 特に、前者の判例は、債権一覧表をも支払不能の一般性の徴表となるとするが、外部性を肯定できない事実により徴表性を補充し、支払停止を認定できないとも判示している。そのとおりと考えるが、本文に掲げた考慮事由は、徴表性の評価の基礎を構成する事実であり、狭義の徴表性を構成する事実ではない。一般性との関係で、債権者一覧表もそのような事実であると理解できよう。
- (61) BGH, aa.O., Fn. 55. 支払猶予の申出は継続性の徴表であると指摘する。債権者に対する私的整理開始の通知や倒産を示唆する発言(高松高判平二二・九・二八金法一九四一号一五八頁は、支払停止にあたらなとする。)も同様である。これらの場合に、猶予または整理案の合理性の有無のみならず、支払能力の欠缺に基づく旨の表示の有無も、ここでの狭義の徴表性自体に影響を与えない(前者につき反対は、前掲注(2)文獻)。ただし、猶予の事実が支払停止の認定に与える影響については、後述4参照。
- (62) 論理的には、否認・相殺の場合も、否認決定時または口頭弁論終結時点で基準時から四週間を経過していないときは利用できない。

- (63) 連邦最高裁判決には、債務bおよび債務cの存在の事実を継続性の認定に用いるものがある(BGH, Urt. v. 25. 10. 2012, KZR 117/1=ZIP 2012, 2355)。一見すると前掲注(10)基本判決と整合しないが、本文で述べた考慮に基づくと評価できる。これに対して、履行期前におこなわれる猶予の申出や廉価売却の事実など、支払不能のおそれを示唆する事実は、一般性を充足する支払能力の欠缺との関係で継続性の徴表となりうるが、一般性の徴表自体にはなり得ない(反対は、大阪地判平二一・四・一六判時二〇六二号九二頁。これは、支払不能に関する無理算段説を前提として理解が可能な立場といえよう)。
- (64) 例えば、支払猶予の申出が一割を構成する債権者に対して行われた場合には、併せて一般性を基礎づけるに足る徴表といえる。しかし、一割未満の金額の債権者のみになされたに過ぎなくとも、支払不能の解消のために他の獲得資金と相俟って支払いに必要な措置である可能性があるから、継続性の徴表性は否定されない。なお、支払猶予の申出が強硬性を伴っている事実は、その徴表性を高める要素となる。
- (65) すなわち、継続性の観点からの法的評価の対象はあくまでも一般性を基礎づけた支払能力の欠缺である。支払停止時期は、支払能力の欠缺時であり、継続性の有無のみを基礎づける徴表の時期に影響を受けない。例えば、私的整理のための債務免除等の要請行為につき、その行為時点の一般性および継続性が判断され、四週間以内に再建案が成立しなかった場合でも、この不成立時点を基準に支払停止が認定されるわけではない(伊藤・前掲注(15)一一〇頁注七八参照)。
- (66) 継続性との関係では、前述二五参照。
- (67) 従って、単に嫌がらせのためなど支払いたくないとの意思に基づく場合、支払能力の誤解に基づく場合または無能力を偽装する場合に、これが徴表性に影響することはない。この場合に、推定された支払不能に対する反証がおこなわれるべきであり、かつそれは容易である。同様の論理は、未履行の理由は問わないという意味で第一回目の手形不渡りにもあてはまる(最判平六・二・一〇民集一七一号四四五頁、東京地判平一九・三・二九金法一八一九号四〇頁参照)。事業者にとって第二回目の不渡りは、一般性の強い徴表となる。
- (68) これらは支払停止の抗弁事実となる(青山・前掲注(54)六八頁。正確には、一般性との関係での抗弁であり、継続性が肯定される場合に初めて意味を発揮する)。基準時後の抗弁の援用で足りる。なお、基準時後の弁済は、一般性の認定に影響を与えず、継続性に係る事実である。
- (69) 支払停止が問題となる事件では必ず引用される理論であり、判示する裁判例は多いが、取り急ぎ最近の判例として、Vgl. 支払不能の概念とその認定における支払停止の活用(木川)

BGH, aa.O., Fn. 63

(70) 理論的には、弁済の一般的再開まで要求されず、支払不能の一般性要件欠如を導く資力存在の事実であればよいとの立場も考えられる。ドイツの判例上も、実際に弁済が再開した事実を要するかにつき、肯定するもの (BGH, aa.O., Fn. 63) と否定するもの (BGH, Urt. v. 20. 11. 2008-IX ZR 188/07-ZIP 2009, 189) に分かれる。しかし、肯定説でも、継続性が考慮されないために、一部の債務を三日間猶予し、残債権を弁済する事例を適用外にできない。

(71) 松下・前掲注(7)二五六頁参照。従って、支払停止の継続性をめぐる問題と視点をまったく異にする。この場合に、支払停止後の支払不能の不存在は、推定された支払不能の抗弁事実のみならず、支払停止の抗弁事実としての性質を有する。

(72) 同様に、支払停止の役割は尽きているからである。破産法七一条一項三号但書および七二条一項三号但書は、その旨の注意規定であり、支払停止一般にあてはまる。

(73) 私的整理との関係では、すべて外部性を有する客観的事実に依拠し、その開始通知が原則として一般性および継続性を基礎づけるが、例外として、債務者が私的整理ガイドラインなど制度化された私的整理(準則型私的整理手続)開始の通知があると、一定期間の継続性が真偽不明となると解すべきである(例外を認めないのは、中島弘雅・判批・法学研究八八巻二号一八七頁。本稿二四(一)参照。成立すべき整理案との関係でその合理性を前提に支払停止を否定されるのは、伊藤・前掲注(15)一一〇頁注七八。これに反対は、松下・前掲注(7)文献二五六頁、金春「私的整理における一時停止制度についての一考察」今中昭先生傘寿記念『会社法・倒産法の現代的展開』(二〇一五)五五一頁。しかし、これら我が国の学説は、明確な継続性考慮期間を想定せずに議論を展開する)。一定期間は、一般性具備時から資力の回復のために付与される最長期間である四週間を参考とすべきであろう。ただし、期間経過時点までに整理案成立の事実がなければ、継続性の徴表性は肯定されるので、実務上、準則型の期限猶予的な効力は、一般性との関係で意味を持つことが多いであろう。準則型私的整理手続の開始通知や一定期間内の整理案成立に関する事実上の証明責任は債務者にあるから、前掲最高判平二四・一〇・一九が準則型でない私的整理に関する通知をもって支払停止とする結論は妥当である。ただし、通知の内容の一般性および継続性の徴表性に関する認定が必ずしも十分とは言えない。なお、債務整理のための支払猶予の申出の相手方は、前掲注(64)のとおり、必ずしも一般性を基礎づけた債権者(例えば、主要な債権者)と一致する必要性はないが、一致すれば継続性を真偽不明とする強い徴表性が肯定され、他方で、猶予の申出の相手方(特に、一般性の徴表たる未履行債務の債権者)の一部の

みからしか同意を得られない事實は、継続性の強い徴表性を示す。また、支払停止後に全債権者を対象とする整理案が成立した場合など、支払不能の解消の支払停止への影響については、本稿四三参照。さらに、支払不能および支払停止の概念から予測的要素を排斥すべき点については、前掲注(59)も参照されたい。

- (74) これを指摘するのは、BGH, a.a.O., Fn. 28。同様に、合意の内容に反する行為も(特に、一般性の徴表たる未履行債務に關するときには)継続性の不存在を真偽不明とする事實または継続性の徴表事實と解することができる。伊藤眞教授は、合意に反する行為の時点での支払停止を肯定する(伊藤・前掲注(15)五四頁注九二)。確かに、一般性の徴表たる債務未履行の事實から四週間経過以後に合意違反がある場合には、新たに一般性・継続性の判断を経て、そう解する余地がある。従つて、その違反が合意全体の意味を失わせ、かつ計画のリメイクが不可能な程度である必要がある。なお、破産原因との関係では、利息未払いは動的対照表に基づいた予測判断となる。さらに、債権の取立ての懈怠など合意にないが事実上支払能力の回復を妨げる事實、および合意に違反したが資力の回復があつた事實は、もはや支払不能に關する実質的な判断に近接するから、支払停止の推定機能を阻害しないよう、債務 a への弁済の事實との関係で精緻に検討すべき支払不能の本証または反証事實と理解すべきであろう。

- (75) 支払不能の認定が可能な場合に支払停止の有無にこだわる必要がない(同旨は、東京地決昭三三・七・五金法一八三号三頁)。

(本学法学部教授)