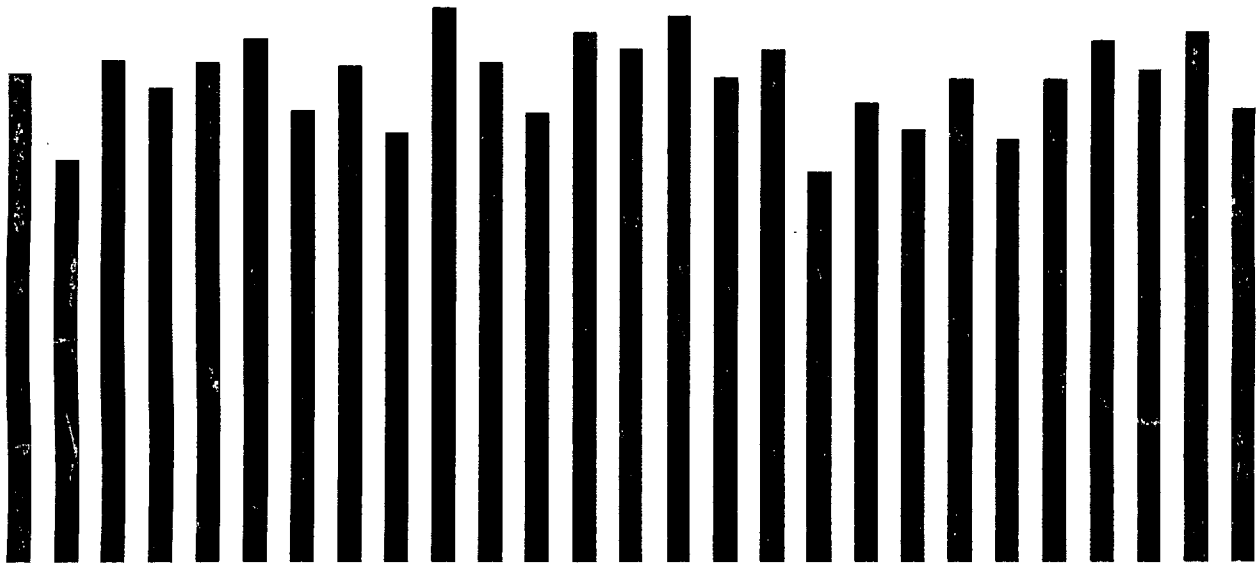


# 新版 破産法

—実務と理論の問題点—

麻上正信 ● 監修



雄郎男 新作光徹  
 英二治 順清  
 井田 紀永美辺  
 森山 山有吉好渡  
 (五十音順)  
 一義二崇 彦龍法彦  
 誠忠礼 威 知保  
 田田 屋内上室川  
 永羽 林堀三御宮森  
 和彦助 二行平輔敬  
 正親 慶康克安之  
 木田 橋内合口村條  
 鈴宗 高竹谷谷出東  
 昭郎 之一夫久久郎  
 利慶 弘孝章孝昭治  
 中下 合井宮野本銀  
 今大 河櫻四菅杉鈴  
 郎充 信郎直司明雄  
 長善 正一正眞 威  
 田山 上藤近井川葉  
 青青 麻安家石石稲

# 破産と仮登記担保

弁  
護  
士  
ニ  
ュー  
ヨ  
ー  
ク  
州  
弁  
護  
士  
竹  
内  
康  
一

## 一 はじめに

本稿は、主として、破産管財人、破産裁判所など、破産手続を主宰する立場から、仮登記担保をどのよう  
に処理すべきかを論じるものである。また、仮登記担保権利者の破産  
は、仮登記担保債務者の破産の場合  
以上に格別付加することがないの  
で、これもふれていない。さらに、  
仮登記担保契約に関する法律（以下  
「仮登記担保法」という）は、従前の  
判例法理を拡張し、土地等の所有権  
以外の権利をも対象としている（同  
法二〇条）が、本稿は、同法二〇条

による準用の対象となる権利にもふ  
れない。

## 二 対抗要件（仮登記） を備えない仮登記担 保契約

仮登記担保法は、その第一条に、  
「金銭債務を担保するため、その不  
履行があるときは債権者に債務者又  
は第三者に属する所有権その他の権  
利の移転等をすることを目的として  
された代物弁済の予約、停止条件付  
代物弁済契約その他の契約で、その  
契約による権利について仮登記又は  
仮登録のできるもの」の効力を定

める旨を明らかにしている。した  
がって、およそ法律上、仮登記ので  
きるものであれば、仮登記合意がな  
くとも、また必ずしも仮登記を経由  
しなくとも、限定された法律関係で  
は、同法の効力が承認されることが  
期待されている（吉野衛・新仮登記担  
保法の解説二四頁）。この意味で、仮

取得権能および価値取得権能のいず  
れをも破産手続において主張できな  
い。所有権取得権能は、破産手続に  
おいては取戻権として認識される  
が、取戻権として認められるため  
は、民法一七七条・一七八条の対抗  
要件の充足（仮登記担保法一五条二項  
では、仮登記が、順位保全効力をこ  
えて対抗要件を認められる）が必要とさ  
れるし、価値取得権能は、破産手続  
では別除権として認識されるが、別  
除権として認められるためには、同  
様、対抗要件の充足が必要とされる  
からである（このほか、仮登記担保法  
一九条一項は、仮登記のあることを前  
提に、「担保仮登記の権利者」と定め  
ている）。なお、清算完了後、例外  
的に破産法五五条一項但書の適用を  
みたときは別である。

## 三 仮登記の性質決定

登記を経由しない（すなわち、仮登  
記担保法四条一項に定義された「担保  
仮登記」のない）仮登記担保契約  
が、その仮登記担保債務者の破産手  
続に登場することがありうる。そし  
て、この場合、結論をいそげば、仮  
登記担保権利者は、仮登記を欠いた  
ままでは、その仮登記担保契約の有  
する二つの権能、すなわち、所有権

破産財団に属する土地等に仮登記  
がされているとして、この仮登記が  
担保仮登記であるのか、それとも本  
来の仮登記であるのか、これを識別  
する基準は、実は登記簿には存在し  
ない。周知のとおり、不動産登記法

では、同法二条一号の仮登記（以下「一号仮登記」という）と同法二条の仮登記（以下「二号仮登記」という）があるが、一号仮登記は、すでに物権変動が生じていて、その申請に必要な手続が具備しない場合に許されるものであるから、仮登記担保契約のように、いまだ物権変動のない段階では、原則として、二号仮登記によるべきであるということとなる。

しかし、当事者が一号仮登記を利用した場合に、これを無効の仮登記とはいえない（法務省民事局参事官室編・仮登記担保法と実務三五二頁。判例では、最判昭和三二・六・七民集一卷六号九三六頁、最判昭和三七・七・六民集一六巻七号一四五二頁ほか）。また、担保仮登記の登記原因は、通常、代物弁済予約あるいは停止条件付代物弁済契約と思われるが、ときとして売買予約のものもあり、これももちろん有効である。とすると、物権変動をまっぴら目的としてなされる本来の仮登記と金銭債務のための担保仮登記の登記簿上の識別は不可能といわなければならない。しかも、法的効果およびその手続において、本来の仮登記と担保仮登記とは、きわめて大きな差（担保仮登記はそのままで、仮登記担保法一五条二項・一三条等の効力を認められ、一八条の特典が与えられるが、一五条一項で順位保全の効力を制限されるなどが一例）があるから、この問題は相当地に深刻といわねばならない。それに、今日では本来の仮登記と破産との関係それ自体が、破産法の一大テーマとして、破産法五五条一項但書をめぐって、あるいは取戻権論、破産法五九条論として論じられるのであるから、なおさらである（谷口安平・倒産処理法一九八頁。本稿では、もちろんこれに立ち入るわけにはいかないが、筆者は、破産法五九条の無制限の適用に疑問をもっているの

かおよび担保仮登記であるときにはその債権を疎明させる途を講じているのが参考にされる。破産手続においても、破産管財人から同旨の催告が許されよう。このほか、破産法には一四三条一項四号の定めがあり、さらに破産法一九五条は、破産管財人から別除権者に対する別除権目的物の呈示請求および管財人の評価実施権を定めているが、仮登記権利者に対する破産管財人の当該仮登記の性質決定のための調査権もこれに含まれるものである。

結局、破産手続に登場する仮登記については、右の手続を経てその性質決定（担保仮登記か本来の仮登記か）が、慎重になされるべきこととなる。

#### 四 根担保仮登記についての特則

破産財団に属する土地等についてはなされた仮登記が担保仮登記であるとして、それが仮登記担保法一四条の根担保仮登記（消滅すべき金銭債務が契約の際に特定されていないもの）であるときは、取扱上留意すべき事項がある。根担保仮登記は、破産手続外においても、強制競売等では、効力を有せず（仮登記担保法一四条）、先順位仮登記担保があるときその清算金につき物上代位をしな（同法四二条二項）という制約を受けるが、破産手続でも、効力を有せず（同法一九条四項）、また別除権とならず（同法一九条一項）、さらに破産法二〇二条または二〇三条の換価手続で消滅するという制約を受ける（なお、破産者の破産財団に属しない土地等の担保仮登記についての仮登記担保法一九条二項は、根担保仮登記にも適用がある）。その理由は、要するに包括根担保に等しい根担保仮登記は、多数の債権者のある関係においては債権者を著しく害することから認容できないというものである。この結果、根担保仮登記は、破産手続では単なる破産債権に転落する。

れる（法務省民事局参事官室編・前掲書五六六頁）。この関係は、おおむねつぎのように発想され理解されれば足りる。すなわち、担保仮登記には前述のとおり、所有権取得権能と価値取得権能が認められ、根担保仮登記も基本的にこれを有するといつてもよいのであるが、根担保仮登記の所有権取得権能は、その実行手続が開始されても、清算金の弁済前に強制競売等の申立（およびその開始）があり（仮登記担保法一五条一項）、あるいは破産宣告があればその効能を失い、その価値取得権能についても、清算金の弁済前の強制競売等の申立（およびその開始）や破産宣告により、その効能を失うこととなる。強制競売等の申立前（仮登記担保法一五条二項）、あるいは破産宣告前に、清算が終了していれば、所有権を認められ、あるいは取戻権となる。そして、この場合、本登記がなくとも仮登記のままでも所有権取得を對抗できる（仮登記担保法一五条二項）。かくて、「仮登記担保法一十九条一項は、仮登記担保権実行手続が」清算を完了した「段階まで進んでいない間に破産手続が開始された場合の規定」（竹下守夫「倒産手続と

非典型担保」昭和五三年日弁連特別研究叢書九〇三頁）と解されることとなるが、根担保仮登記はこれから除外されるのである。

右にみたように、根担保仮登記では、破産宣告前に清算が終了している場合としからざる場合とで、その効果において雲泥の差があるので、実務上は、根担保仮登記と普通の担保仮登記の区別に十分意を用いることが必要とされるほか、破産宣告前の駆け込み的な根担保仮登記の実行に対する破産手続からの一定の制限（たとえば、破産法一五五條の保全処分による根担保仮登記の実行の中止、あるいは民法三九八條ノ三の類推適用）などが検討されるところである（竹下守夫「仮登記担保実行手続上の諸問題」ジュリ六七五号七一頁）。

## 五 担保仮登記（非根担保）

根担保ではない担保仮登記も、破産宣告前にその担保仮登記の実行手続が進行し、清算金の弁済のあったときは、取戻権となる。このことは、根担保仮登記と同一である。そ

して、この取戻権につき對抗要件が仮登記をもって足りることも根担保仮登記で述べたと同じである。清算が完了していた担保仮登記権利者は、ただちに破産管財人に対し本登記請求が可能である。これとは別に、清算が完了していない段階、すなわち金銭債権が存続したままの段階、あるいは当事者の契約上で所有権移転があったとして、その効力が確定的ではない（考え方によっては、「対外的に」所有権の移転がない）段階で破産宣告があると、当該担保仮登記は、仮登記担保法一九條一項に従って処理される。

かくて、清算終了前の仮登記担保権者は、別除権の行使として、およびその実行に着手していなかったときは第一段階から、また、すでに着手があったときはそれ以降の段階から、破産管財人を相手方として仮登記担保権の実行を進めることとなる。破産管財人を相手方とする仮登記担保権の実行手続において注意すべきは、①仮登記担保債務者との間で本登記請求など継続訴訟のあるときは、民事訴訟法二一四條により訴訟手続が中断するので、破産法六九條に従い受継手続がなされること、②仮登記担保法二條の清算期間は短縮されないし、六條の禁止などももちろん適用があること、③清算金は破産管財人に支払われるべきことなどである。

以上のほか、担保仮登記の設定の順位いかんにより、先順位あるいは後順位の担保権の実行による競売への参加（仮登記担保法一三條・一七條）、または先順位担保仮登記の実行に伴う物上代位（同法四條二項）などが別除権としての権利行使に含まれることとなる。

一方、破産管財人の立場からは、清算金に不満のあること、仮登記の

無効あるいは後述のとおり否認原因のあることなどを理由に、抹消等請求訴訟の請求原因として、あるいは本登記請求訴訟の抗弁として、さまざまの訴訟上の主張がありえよう。

また、清算金の弁済の前に、破産管財人が破産法二〇三条により強制競売等の手続をとれば（その手順については後述のように争いがある）、金銭的満足を得るにとどまる（仮登記担保法一五條二項・一七條）。

## 六 仮登記担保権者の 別除権行使に関する 破産手続

ところで、破産法の秩序からみて、仮登記担保権者の別除権行使としての仮登記担保権の実行は、破産法二〇四條一項の「別除権者か法律ニ定メタル方法ニ依ラスシテ別除権ノ目的ヲ処分スル権利ヲ有スルトキ」にあたるのだろうか。仮登記担保法の成立前には、まさにそのとおりであったが、同法成立後においても、右の「法律ニ定メタル方法」を、せまぐ任意競売の趣旨に解して、仮登記担保の実行を、「法律ニ

定メタル方法ニ依ラ」ない処分権の行使としてとらえる見解がある（竹下「倒産手続と非典型担保」前掲書九〇一頁、法務省民事局参事官室編・前掲書六六一頁）。このように解釈する立場では、破産法二〇四條の「法律ニ定メタル方法ニ依ラ」ない処分権を破産法二〇三條に優先して許容する見解と合体させて、破産管財人は破産法二〇四條の手続により仮登記担保権者を失権せしめてのちに、はじめ破産法二〇三條による換価ができるとするようである（竹下「倒産手続と非典型担保」前掲書九〇二頁、法務省民事局参事官室編・前掲書六六一頁。このほか別除権の一般論として、谷口・前掲書二二〇頁）。しかしながら、これには文理解釈上の反論のほか、以下のとおり疑問を呈したい。破産法二〇四條の右の文言と同旨の表現は、民法三四九條中にみられる。同條は、質権の総則にあつて、「質権設定者ハ設定行為又ハ債務ノ弁済期前ノ契約ヲ以テ質権者ニ弁済トシテ質物ノ所有権ヲ取得セシメ其他法律ニ定メタル方法ニ依ラスルコトヲ得ス」と規定する。そして、民法は、これ以下、動産質、不

動産質、権利質と分けて質権者の優先弁済権の行使方法を定める。したがって、質権総則にある民法三四九條にいう「法律ニ定メタル方法」は、質権実行としての競売手続のほか、質権各則に具体的に定める優先弁済権の行使方法（たとえば、民法三五四條・三六七條）を当然に含むものである。破産法二〇四條の文言と民法三四九條の文言の同一性は、破産法立法担当者が民法と同一の意味を込めて（少なくとも民法の用語法を参考にして）起案にあつたことを容易に推測させる。破産法提案理由をみても、「法律ニ定メタル方法」を任意競売とする限定はみられないし、かえって、「別除権者が流質契約等により法律の定めたる方法に依らず」として、民法三四九條の発想との同一性を示しており、破産法の発想も、民法質権の各則の各優先弁済権行使の方法がやはり、破産法二〇四條の「法律ニ定メタル方法」にあたる立場を鮮明にしているのである（司法省編纂・改正破産法理由六六頁）。このほか、兼子一・破産法四八頁も「法律ニ定メタル方法ニ依ラナ」い方法として、任意売却をあげる程度である。現実的にも、民商法

で認められた実行方法は破産手続でも尊重してやってよいはずである（つまり、法律による処分方法として破産法の表記に取り込んでよいはずである）。したがって、破産法二〇四條の「法律ニ定メタル方法」を任意競売に限定するのは正当ではない。この結果、民法のみの適用がある法律関係では、流質契約は破産法二〇四條の「法律ニ定メタル方法」ではないが、商法の適用ある法律関係（商法五一五條）においては、破産法二〇四條の「法律ニ定メタル方法」として扱われる。民法三五四條・三六七條の方法も、破産法二〇四條の「法律ニ定メタル方法」である。そして、仮登記担保法による実行方法も、同様に破産法二〇四條の「法律ニ定メタル方法」と解することとなる（右に述べたところに反論をされたものに、竹下守夫・野村秀敏「取戻権」注解破産法四四七頁）。

以上検討したとおり、仮登記担保権の実行の方法が破産法二〇四條の「法律ニ定メタル方法」に該当し、その結果、破産法二〇四條の失権手続の適用がないとすると（破産法二〇三條と二〇四條の優先関係に立ち入ることなく）、破産管財人があえて実

施すべきと判断したときには、仮登記担保目的物件の破産法二〇三条による民事執行法等に従った換価を肯定することができる。このとき、仮登記担保権は、仮登記担保法一三条・一五条に基づき処理され、同法一六条に準じて消滅する。かりに、仮登記担保権の実行が始まっていても、清算金の弁済の前に破産管財人が換価の手続をとったときにも同様の結果であることはすでに述べた（抵当権者など他の担保権者へ別除権者）による強制競売等の申立があったときも当然に同じ。余談になるが、一般に、破産法二〇四条の「法律一定メタル方法ニ依ラ」ない特別の処分方法は、はたして、破産法二〇三条に優先して保護されるのであろうか（債権者が担保品を自由に評価し、任意処分し、回収することを主眼とする定めをそれほど保護しなければならぬのである）。担保品の価値の決定を債権者に委ねる危険と不公平は、破産法二〇四条によって防衛されるわけではない。従前の考え方はこれを肯定して、特別の処分方法が破産法二〇四条で失権して後に、破産法二〇三条の換価を認めるようである（司法省編纂・前掲書六六頁、菊井

維大・破産法概要九一頁、谷口・前掲書二〇頁）。多くを論じることが許されないが、①別除権者の保護は、つきつめたところ、不当な換価によって不当にその利益を侵害しない点を配慮すれば十分であって、破産法二〇三条に従った民事執行法等による換価は、この意味できわめて正当な手続であること、②現実論として、破産法二〇三条による換価が格的に別除権者に不利益だとしても、それは破産管財人にとっても同様に不利益（不足額の発生）であるので、差し違え的な破産法二〇三条換価はありえないこと（ちなみに、現代金融の中心的担保である抵当権は、なんらの歯止めもなく破産管財人の破産法二〇三条換価に従うのが現在の法律関係である）、③破産法二〇四条が優先するとすれば立法技術的には破産法二〇三条との配列上の前後が逆であること、④破産法一九七条一号および二号に掲げるものについては、すでに破産法二〇二条で、一般に（別除権の目的であるか否かを問わず）民事執行法等による換価を認めていること、⑤さらに、破産法二〇三条の趣旨が動産を対象として、その別除権につき旧民事訴訟法五六

六条・五六七条によらないことを明らかにする点にこそあったこと（井上直三郎・破産・訴訟の基本問題三一八頁）、⑥破産法二〇四条は、ドイツ破産法二二七条に範をとったものであるが、ドイツ法では、失権を動産にかぎっていること、⑦特別の処分方法を有する者の権利の順位と範囲は民事執行法等による換価手続でも決定できる余地のあることなどを理由に、結論として、破産管財人は必要あるときは、破産法二〇四条の特別の処分方法がある場合でも、ただちに破産法二〇三条の換価に入ることができると主張したい。この場合、破産法二〇四条は、任意売却の基礎条件の整備、あるいは異例の特別の処分方法を排除して別除権者間の公平を維持するために機能することとなる。

以上要するに、筆者の結論は、仮登記担保権は、破産法二〇四条の特別の処分方法ではないし、仮にそうとしても、破産管財人の破産法二〇三条による換価は、破産法二〇四条を理由に拒めないというものである。

このほか、手続論として、破産法一九七条・一九八条の処置が、仮登

記担保権者の別除権行使に際して破産管財人によりとられなければならないことは当然である。

ここで一点、仮登記担保権が別除権として実行されるとして、仮登記担保契約が代物弁済予約または売買予約の形式によっているときで、その予約が完結されるときは、その予約自体あるいは完結された代物弁済契約ないし売買契約が、形式的に破産法五九条の双方未履行の双務契約に該当する問題が考えられる。これをさらに拡大すれば、停止条件付代物弁済契約の形式によるものでも、契約において所有権を取得するものとされている日が到来しただけでは、やはり双方の債務（本登記義務、引渡義務、金銭債務支払義務、所有権移転義務と清算金支払義務）は、双方未履行のままである。しかし、これらの場合は、いずれも破産法五九条が適用されないというべきである。破産法五九条の無制限適用は慎むべきであること前述したとおりであるが、考え方としては、本来が担保契約であったのであり、そもそも債務者の返還債務のみがあったはずだということになるか。仮登記のある右のケースについては、破産法

五九条は問題とならないというのが通説である(竹下「倒産手続と非典型担保」前掲書九〇二頁。このほか、仮登記のままの法律関係と双方未履行の一般については、兼子一編「三ヶ月章」竹下守夫「霜島甲一」前田庸「田村諄之輔」青山善充・条解会社更生法(五二八頁・五四七頁、谷口・前掲書一九八頁など)。

## 七 仮登記担保の否認

以上のすべての場合において、仮登記担保契約自体、あるいは仮登記が否認されるべきであるときは(破産法七四条)、仮登記担保権の実行は許されないこと当然である。深く立ち入らないが、①金銭債務の発生と所有権移転を目的とする契約の間に時間的なへだたりがあり、所有権移転を目的とする契約が破産法七二条二号ないし四号にあたる時、②仮登記担保契約により提供された金銭の用途が、営業継続、生活維持、担保付債務の弁済または優先債務の弁済にあてられるときを除いて不当性のあるとき、③仮登記自体が破産法七四条にあたる時などは、請求原

因または抗弁として、否認権が行使されることとなる(破産管財人の提起する訴訟は、仮登記の否認登記の訴訟である。最判昭和四九・六・二七判時七四六号三八頁)。なお、仮登記担保については、清算義務があるもので、廉価性は原則として問題とならないが、破産宣告前に清算が終了しており取戻権となるケースで、仮登記担保債務者が、清算金につき適正な主張をなしていないときは、破産法七二条一号あるいは五号により、これにつき否認権行使を検討すべきであろう。