

弁護士研修講座

—平成3年度講義録—

平成2年改正商法と弁護士実務			
.....	弁護士	河和	哲雄
少年事件に関する弁護士実務—付添人の立場から—			
.....	弁護士	津田	玄児
営業秘密の保護			
—不正競争防止法の改正について—			
.....	弁護士	吉原	省三
不公正な取引方法			
.....	弁護士	川越	憲治
遺産分割の諸問題			
.....	東京家庭裁判所裁判官	矢部	紀子
刑訴法321条とどう戦うか			
—刑事裁判の活性化のために—			
.....	弁護士	佐藤	博史
弁護士倫理（パネルディスカッション）			
.....	弁護士	斎藤	隆
	弁護士	吉原	省三
	弁護士	藤本	正
	弁護士	桑原	宣義
不動産保有会社の倒産処理			
—バブル経済の破綻—			
.....	弁護士	竹内	康二
サービスマーク登録制度の導入と 商標法の一部改正について			
.....	弁護士	本間	崇
借地非訟の実務			
.....	東京地方裁判所民事第22部裁判官	大澤	巖
国際相続			
.....	弁護士	山口三恵子	
遺言執行実務			
.....	弁護士	埜野	兪

東京弁護士会弁護士研修委員会

不動産保有会社の倒産処理

——バブル経済の破綻——

弁護士 竹内康二

小 目 次

- はじめに
- 一 個別企業にとつての「バブル経済の破綻」の意味するもの
 - 1 財産状態の観点から
 - 2 経営成績の観点から
 - 3 バブル破綻からの切り抜けの条件
 - (一) 財産処分
 - (二) 法人税の負担
 - 二 債務者からする破綻の処理
 - 1 私的整理か、裁判上の手続か
 - 2 再建か、解体か
 - 三 管財業務としての破綻の処理
 - 1 売却処分
 - 2 担保権の処遇
 - 3 法人税
 - (一) 申告義務
 - (二) 予納申告と財団債権
 - 4 海外不動産
 - 5 対抗要件
 - 6 請負契約

講師紹介

たけうちこうじ

竹内 康 二

昭和一九年九月三日生 大阪府出身

昭和三八年六月 ニューヨーク州ロチェスターブライントン高校卒業

昭和三九年三月 愛知県立旭丘高校卒業

昭和三九年四月 東京大学教養学部入学

昭和三九年五月 通訳案内業試験合格

昭和四二年七月 国家公務員上級試験合格

昭和四二年九月 司法試験合格

昭和四三年三月 東京大学法学部卒業

昭和四五年四月 司法修習終了

昭和四五年四月 東京弁護士会登録

(弁護士会登録後の主な経歴、専門分野)

昭和五二年四月 法政大学法学部講師(以後、破産法講座及び民事

訴訟法二部講座を隔年担当)

昭和五七年八月 ニューヨーク市コロンビア大学ロースクール大

院に留学

昭和五八年五月 同大学ロースクールから修士号(J.L.M.)を受け

る

その後、アトランタのハート・リチャードソン・ガーナー・トッ

ド・ケイデンヘッド法律事務所弁護士を経験

昭和五八年一月 帰 国

この間、昭和五八年三月、アメリカン・バー・アソシエーショ

ン(A.B.A.)主催のニューヨーク・ウオールドフ・アストリアで

開かれた国際破産及び国際債務整理セミナーのパネルのメンバー

として講演

昭和六一年二月 ニューヨーク州司法試験合格

昭和六一年六月 ニューヨーク州裁判所法曹登録

アメリカン・バー・アソシエーション(A.B.A.)登録

- 〔著書・論文など〕
- 一、国際破産への試論（法学志林七六巻二号）
 - 二、継続的商品売買取引における売却金残額請求の特定方法（N B L八八・四六）
 - 三、破産と仮登記担保（破産法・実務と理論の問題点）経済法令研究会
 - 四、破産と取戻権（破産法 実務と理論の問題点）経済法令研究会
 - 五、代物弁済の否認（堀内仁編 金融法務解釈事典第五章株式会社ぎょうせい）
 - 六、相殺権行使の否認（堀内仁編 金融法務解釈事典第五章株式会社ぎょうせい）
 - 七、和議の効力（和議・会社整理・特別清算―実務と理論の問題点）経済法令研究会
 - 八、監査委員の職務権限（和議・会社整理・特別清算―実務と理論の問題点）経済法令研究会
 - 九、和議と取戻権（和議・会社整理・特別清算―実務と理論の問題点）経済法令研究会
 - 一〇、信託を利用した債務整理の実務報告（上）（下）（N B L二四六一二六、二四九 三九）
 - 一一、私的整理と法律（私的整理―実務と理論の問題点）経済法研究会
 - 一二、日本における債権者の権利と破産法（英文）（アメリカン・バー・アソシエーション・ナショナルインスティテュート）
 - 一三、アメリカの開示制度と日本への影響（ジュリスト一九八四年一月一日号）
 - 一四、私的整理手続の構造（裁判会社訴訟・会社更生法）青林書院新社
 - 一五、手形の譲渡担保（新版会社更生法）経済法令研究会
 - 一六、仮登記担保（新版会社更生法）経済法令研究会
 - 一七、国際的取引と債権保全（現代契約法大系九）有斐閣
 - 一八、国際倒産処理（現代倒産法入門）法律文化社
 - 一九、倒産処理法の改正問題（転換期の日本法制）ジュリスト一九八

- 七年一月一―一五（日号）
- 三、実例からみた国際倒産の法的諸問題（上）（中）（下）（債権管理一九八八年第七号―九号）
 - 二、国際取引と債権管理回収実務の基礎知識（債権管理一九八八年第七号―一〇号）
 - （一）アメリカからの国際的な在庫の引揚げ
 - （二）アメリカ集合動産担保に対する動産売買代金担保権の優先―我が国最高裁の新判例との対照
 - （三）動産売買代金担保権の行使とアメリカ連邦倒産手続
 - （四）動産売買代金担保権のアメリカ連邦倒産手続との攻防
 - 三、国際倒産法の立法論的検討・第二部国際倒産法をめぐる国際的動向―その新たな始まりと現状（金融法研究資料編四一九八八年九月一〇日号）
 - 三三、国際倒産処理の現状と課題（自由と正義一九八八年二月号）
 - 三二、国際倒産法の立法論的検討（金融法学会シンポジウム報告・金融研究一九八九年第五号）
 - 二五、不動産の処分と詐害行為（現代民事裁判の課題―不動産取引編）新日本法規出版
 - 二六、ジュリスト書評―貝瀬幸雄著「国際倒産法序説」（ジュリスト一九九〇年二月一日号）
 - 〔学会〕
 - 民事訴訟法学会會員
 - ABA, Section of Business Law
 - ABA, Section of Taxation
 - ABA, Section of Patent, Trademark, and Copyright Law
 - 〔集団的債務処理事件に関する経験〕
 - 一、会社更生事件
 - （一）株式会社松田製作所（法律顧問）浦和地方裁判所昭和四九年（三）第一号
 - （二）東和化学工業株式会社（申立代理人）東京地方裁判所昭和五〇年（三）第一二二号
 - （三）光陽精機株式会社（法律顧問）千葉地方裁判所昭和五三年（三）

- 第一号
- (四) ベルテック株式会社(法律顧問) 東京地方裁判所昭和五三年(三)第九号
 - (五) ベルテック商事株式会社(法律顧問) 同裁判所 同年(三)第一〇号
 - (六) 新明興産業株式会社(管財人) 水戸地方裁判所下妻支部昭五三年(三)第一号
 - (七) リッカー株式会社(申立代理人) 東京地方裁判所昭和五九年(三)第七号
 - (八) リッカー不動産株式会社(申立代理人) 東京地方裁判所昭和五九年(三)第八号
 - (九) 総武通商株式会社(被申立代理人) 東京地方裁判所昭和六〇年(三)第二号
 - (十) 株式会社太平洋クラブ(申立代理人) 東京地方裁判所昭和六〇年(三)第四号
 - (十一) オート株式会社(申立代理人) 東京地方裁判所昭和六一年(三)第五号
 - (十二) 株式会社クロス・カルチャー事業団(申立代理人) 東京地方裁判所平成元年(三)第七号
- 二、会社整理事件
- (一) 三王工業株式会社(申立代理人) 東京地方裁判所昭和五一年(七)第一〇二二号
 - (二) 株式会社ハマデン(申立代理人) 静岡地方裁判所浜松支部昭和五一年(七)第二二号
 - (三) 大友食品株式会社(申立代理人) 名古屋地方裁判所昭和五七年(七)八号
 - (四) 足立産業株式会社(被申立代理人) 浦和地方裁判所昭和六〇年(七)第二〇号
- 三、破産管財業務
- (一) 三栄雑貨株式会社管財人 東京地方裁判所昭和五三年(フ)第二〇三号
 - (二) 加藤金物株式会社管財人 同裁判所 昭和五三年(フ)

- 第一七〇号
- (三) 日本興商株式会社管財人 同裁判所 昭和五四年(フ)第一一〇号
 - (四) 株式会社ヤガイ管財人 水戸地方裁判所下妻支部昭和五四年(フ)第四号
 - (五) 後藤建設工業株式会社管財人 同裁判所 昭和五五年(フ)第二号
 - (六) 日本瀝青工業株式会社管財人 東京地方裁判所昭和六一年(フ)第五三八号
- 四、和議事件
- (一) 新井機械製作所(申立代理人) 東京地方裁判所昭和四九年(コ)第一三〇号
 - (二) 虫プロ商事株式会社(強制和議申立代理人) 同裁判所 昭和四八年(フ)第一七九号
 - (三) 株式会社岩崎製作所(申立代理人) 横浜地方裁判所川崎支部昭和五六年(コ)第一号
 - (四) 株式会社ホテルリッチ外七社(申立代理人) 東京地方裁判所昭和五九年(コ)第一八号外七件
 - (五) 岩崎電工株式会社(整理委員) 東京地方裁判所平成二年(コ)第一号
- 五、清算・特別清算 シェクスピア株式会社(清算人代理人)
- 六、私的整理事件 二〇数件 (特記事項)
- 一、ダグラス・グラマン事件において有森国雄証人の随件者として衆議院予算委員会に出頭。証言並びにその拒絶につき指導をする
 - 二、著名刑事事件を含めて無罪判決の確定した依頼者件数八件

竹内康二弁護士

はじめに

只今ご紹介いただきました竹内康二です。会場に経験豊かで優れた先生がいらつしやる前で、どのように有意義な話ができるか疑問でございますが、せっかくのチャンスでございます、私の体験話のようなことになろうかと思えますけれどもお話をさせていただきます。

テーマが「不動産保有会社の倒産処理」、副題「バブル経済の破綻」ということで、やや時流に乗りすぎたのではないかとも思います。バブルといいますが、何がバブルなのか実はよくわからないのですが、概して言えば、非常に金融の緩んだ中で銀行からお金があり余って流れてくる、そういう状況の中で、その調達した資金を不動産やら株やら絵画に投げ込んでいるというような現象を指すのだろうと思います。「不動産保有会社」の方ということになりまして、これは大抵の企業は不動産を持つておりますので、こういう限定の仕方では、メーカーさんから始まってその本社工場、それから遊休の資産を持つている（都市であるとか、あるいは海外）とか、大変範囲が広いものですから、その点もやや焦点がぼけるかもしれません。端的に言えば、資料としては新聞の情報の限りということでお許しをいただかなければいけないのですが、この間、三宅省三弁護士がどこかでお話しになつていことが「NBL」四七九号以下に出ているのですが、その中で大胆に名前を出されたものがございます。私が出したのではなくて三宅先生が出されたのです。それをここで紹介すると、

イトマンであるとか、アーバンであるとか、あるいはナナトミ等、いろいろな名前が出てまいりました。そういう会社のことを思い浮かべていただければいいんと思うます。私は三宅先生のこの話を見て（実は聞かなかつたのですが）、その中に、私どもの事務所なり私どもが関係している会社があらかた入つているものですから、驚きはしません。余り生々しすぎてもいけないのかなというふうには心配しました。

一、個別企業にとつての「バブル経済の破綻」の意味するもの

1 財産状態の観点から

もちろんこのバブル経済の意味するものについては国家経済的に云々ということとは、全く我々にとつては無用ですから、個別の企業にとつて、そのバブルと言つているものを求め易い貸借対照表とか損益の観点から捉え直すと、とりあえずはこんなふうに捉えることができるのではないかと、幾つか設定をしたものがあります。

例えば財産状態の観点から言うと、先ほど言いましたように、長・短期の借入金が大変大きいということが一つでございます。それは借りる力があつたということに加えて、お金もたくさんあります。それからどうしてもそのベースには、持つている不動産の価値に着目した長期借入金、短期借入金ということになつていようですので、銀行の方からすれば、大変余剰価値を見込んでいたところに対して、昨今の不動産の価値の減少ということ、評価額が下がったり、含み損が出ているということが見られるわけでありませう。

それからバブルの特徴として、大変緩んだお金を海外へ持ち込むという大胆な発想が展開されておりました。海外のゴルフ場であるとか、あるいはヨーロッパのお城、しかもプライベートなゴルフ場が周りに付いているようなものをお買いになるとか、別荘地であるとか、あるいはハワイの物件、商業ビルとか、というふうには海外へ大変お金が流れているということが言えるわけでありませう。そういう中で、概して言うと沢山借りてきているけれども、担保余力は足らないということが発生しているのではないかとこのように思うわけです。

バブル現象の中で不動産を持つている会社の中でも、昔からいい物件を持つていて、沢山借りまくつているというところと、ごく最近に借入金をもつて物件を買つて不動産を持つているところと、どうしても分かれてくるわけですが、一番本当に深刻なのは、やはり昔から沢山持つていて借りまくつているところの方が、本業その他を盛んにしている部門もありまして、現実的には一番深刻なのではないかというふうな考えております。

この辺は弁護士の方からすると、バブルとしてそんなふうな財産状態が見られますよということでございますので、先を急ぎます。

2 経営成績の観点から

経営成績の方の観点から言えば、もちろん長期借入金、短期借入金の支払利息が大変膨張している。その分を資産として投下をしております、貸付金なり、あるいは不動産になつていたものを売却をして、利益が上がつていたりすれば資金あるいは利益の関係でも好転するんですが、現

況はともそうはいかないのですから、どうしても支払利息の多額なものを支える収益が欠けてきていると。そのような脆弱な経営成績が、やはり銀行間での格付けその他の評価に下がってきているというわけでありませう。

3 パブル破綻からの切り抜けの条件

(一) 財産処分

このような状況になりますと、当然に財産処分を図ることとなりますが、高額で買ってくれる人がどこを探しても見つからない。それから、売っても税金がかかるから弁済資金が足らなくて売るにも売り抜けられない。こういうことが重なりまして、資金繰りは大変苦しくなって元利金の支払ができなくなったり、経費の支払にも不足を来したり、ときには営業上の債務を払えなくなつて、不渡り・支払停止という最悪の事態に至つていように思うのであります。皆さんが企業のご相談を受けられた際に、計算書類からそういう現象をほぼ共通して理解されるのではないかとこのように思っています。

そこで、ここに具体的に登場してくる会社があります。不動産を沢山お持ちです。本業としての本社ビルも持っているし、不動産収益を上げるための投資用のビルも持っております。それから海外でより高い率の賃料収入と、より低い法人税の負担を狙って海外の商業ビル、例えばロサンゼルスなどにものを買っている、あるいはハワイでゴルフ場開発をしているという会社があるといいたします。実際に——ちよつと名前は申し上げられませんが——そういう会社について幾つか担当をしてまいりました。

そのような会社からすると、銀行の金利が払え

る収益を、とても海外投資も国内投資もあげていない。従前は利回り計算の立った海外の賃料収入も、アメリカなんか大変不動産の不況でございませうので空になっていっているビルがいっぱいある状況でもはや覚束ないところになってきている。そうするとその会社は銀行から借りて海外物件を持つていけるけれども上がりがありません。銀行からの請求は大変急である。こういうことになります。その際に、まずは不動産を売却しようというふうを考えるわけですけれども、国内そして海外ともに大変な不動産の冷え込みとなっていきます。またご承知のとおり昨今、国内の方の不動産の売却は大問題にぶつかります。もちろん不動産の目減りも大問題ですが、借入金と客観的な不動産の交換価値がおよそ見合っているケースもあるわけですが、先ほど言いましたいろいろな投資をしている会社の場合も、現在の交換価値と、それから銀行借入債務とを比べてみれば、例えば六〇〇億に六〇〇億というふうな内容で、一応のバランスはしている。ただ、金利の負担その他を賄うのに不足があつて、売却をしようとする、法人税の負担にぶつかるわけでありませう。

(二) 法人税の負担

既に皆さんはご承知であるかと思いますが、不動産の売却に伴つて譲渡利益がありました場合に、もちろん法人税の本法に基づきまして譲渡利益を含むところのその当期の事業年度の所得に対して法人税が課せられます。従つて長期保有のもので、現時点で借入総額と担保価値が均衡をとれていても、法人税負担が大きくなってきます。合

わけて、租税特別措置法に基づいて、短期の物件であれば二〇%の重課があります。お手元に、これは釈迦に説法で恐縮ですが、本日レジュメの資料②の租税特別措置法の六三条関係の条文を付けておきます。この辺は来年の四月から多少変わるところでありませうが、その六三条で、短期のそういう土地の売却をした場合には、譲渡利益金額の二〇%を加算した金額を払わなければならないというわけでありませう。譲渡利益金額は一般には六三条二項に従ひまして、収益から原価と譲渡費用等を差し引いて計算をするということになります。譲渡利益相互間のマイナスがあれば通算をするというふうになっていまして承知はしてありますが、この一〇〇分の二〇%の加算が、またそもそも三〇〇億、四〇〇億というふうな高額の不動産を売つて何とか切り抜けようというときには、この重課が大変な負担となつて、結局売却をして銀行に払つて、その後で法人税の源泉が全くないという計算になってきまして、各社途方に暮れるというふうな現状になるわけでありませう。

この関係では、来年(平成四年)一月から改正法になりまして、土地の譲渡益があつた場合に、更に一〇%の加算をすることが成立してあります。お手元のレジュメの租税特別措置法六三条の下の方の頁で五〇頁のところ、一番上の段ですが、六二条の三、土地の譲渡等がある場合の特別税率という条文が加わりました。結局、六二条の三の一項を見ていただきますと、土地の譲渡等があつた場合に更に譲渡利益金額の合計額の一〇〇分の一〇の割合を乗じて計算した金額を法人税に加算するということになるわけでありまして、今年既に一〇〇分の二〇%を(例えば短期の場合ですが)耐え切れぬというふうな思つていた企業は、更に来年になりますと、この一〇〇分の一〇%を負担

しなければならぬものですから、ますますもつて逃げ道がないというふうに変感をされているのではないかと思ひます。

先ほどの海外にも展開をしているというふうな、本業もある立派な会社のことを申し上げましたが、その会社も来年に入る前に売ろうではないかというところで売却の計画をし、なるべく長期のものから売り、短期のものはその次にしてというふうな計画を立てるわけでありますが、自分の本業で上げる収益の額はおよそ決まっていますから、その中から更に銀行借入金に土地（資産）を売りますと、それに連動して本来の収益が当然減ることもあります。したがって、売却計画の中には本来の収益がそれによって減少する部分も入れて、この会社が収益で銀行返済に回し得る金額が決まる。他方、それに見合うような額の不動産を売っていったといたしましても、結局のところ、担保権のある銀行に払って、残るは法人税の本体部分（重課部分）ということになってしまつて、これを払えない。銀行には借金を返して適正なサイズの借入金にはなりました。そしてそれを賄ひ得る資産も残っているし、事業も継続できる態勢は付いております。ただ、法人税を払うお金はないということになりまして、結局、法人税は不払いのままいかざるを得ないのではないかとこの意見が大勢を占めたケースもあります。

つまりその場合には、本業はちゃんとやっているのであるから国税の方は、回収をされると思うのであれば本業をつぶしなさいと。それはひどいではないかというふうな捨身の作戦しかない、というふうな結論にもなるわけでありまして、それは国税との間で、そういう捨身の作戦の中でどのように延べ

払いその他のことができるか、それから今回は売らなかつたけれども、将来的には是非共売りたい、その売却代金で待つてもらっている国税を払えることになるかとか、そういうふうな計算を沢山いたしまして、捨身の作戦がとられるかもしれないという状況にきております。もちろん、更生をとるかとはならないかというふうな問題も合わせてあるわけですが、裁判所の手続をとらないで、経営権を手放さないで本来の本業を続けたいということになりますと、専ら国税戦争に入る、しかも国税が倒産をさせはしないだろうというふうな、余り科学的ではない判断をしているというわけがあります。

いろいろな人とも今のような捨身の作戦の意義など、あるいは本当に耐え得るのか、平たく言えば通るのかという問題を議論をいたしましたんですが、幾つかの税理士サイドの方はなかなか積極的で、それでいこうではないかという意見が出て、弁護士の方も直ちにそれにワル乗りをしているというか、そういうことになっております。

その場合に、銀行・ノンバンクとの関係で言えば、これは多分に楽天的でありまして、銀行との個別折衝、あるいは銀行との集団的な折衝を通じて若干の期限猶予、それから売却による弁済金の支払、そういうことを概ね打診をして、あるところまでは了解が行っている感じがあります。銀行の方も積極的賛成であるのか消極的賛成であるのか判然としませんが、そういうアプローチに対して敢然と反対をしてつぶしにかかるといふことでもないという、また不思議と言つていいのかどうかよくわかりませんが、そういうヨミがあまり当て当たつていないという経験もございまして、銀

行・ノンバンクとの協定は、もちろん税務署よりも遙かに容易であるということになるのだろうかと思ひます。

二、債務者からする破綻の処理

1 私的整理か、裁判上の手続か

今のような本業があります、東京都内に立派な本社ビルを持って物品販売等をやっております、日本の各地にも投資用の物件を持っている、あるいはポウリング場をやっているかもしれない、賃貸マンションに使われているかもしれない、海外にも投資をしている。そういう企業を相変わらず想定をしておりますが、法律的な手続の観点から、今言つたような税務署だけが争いになって、あとは話がつけばもちろんよろしいというケースでは、それは債務者の立場からすると、裁判所の手続ではなくて私的整理を選んだということになるわけがあります。

その私的整理はもちろん我が国でも頻繁に行われておりますし、単に解体の私的整理だけではなくて、企業をこの世に生かしながらの私的整理も多いわけですが、これはもちろん我が国だけの現象ではありません、私はアメリカのことしか知りませんが、ワーク・アウトというふうな英語では言いますが、金融機関それから無担保債権者を含めた債権の切り捨て、繰り延べを取り組んだ債務整理がもちろん盛んになされております。

その私的整理か裁判所の手続かという関係で、一般にはその業界がどんな業界であるかということが一つの見極めになることがあります。例えば鉄鋼業界というのは倒産慣れをしておりまして、

盛んに私的整理をやる。しかも各鉄鋼業者(会社)には、債務整理の専門家みたいなものが法務・審査に結構いまして、あちこちにノウハウもあるし別に倒産についてアレギーではないという業種があります。そういう置かれてある業種、それから債務者会社の規模であるとか、債権者の中に入るさい人がいるかいないか、あるいは儲かる会社であるのかそうではないのかということも含めて、裁判所に行くか行かないかということなどが分かれるわけです。この点はもういろいろなところで見られるわけですからありますので特に申しませんが、バブルの特徴だということで三宅省三さんがこの間言っているのは、債権者の数がそんなに多くない、少ないというふうに言っています。それから従業員の数もしたがって、少ない。その代わり債務総額は何百億だというふうに大変大きい。それから連鎖倒産が少ない。つまり本業がそんなに沢山なくて、金融を受けてその金融投資活動が破綻をしているのだというふうにおっしゃっている。端的に言えば不動産を持っている会社でバブル倒産と言われるものがあるとすれば、それは過剰の金融による貸倒れ事件というのが非常に短く端的な表現ではあります。銀行を中心とした貸倒れ事件というふうに見ていいのではないかと思います。そういう意味で、一般的な私的整理か裁判所の整理かという観点から言えば、私的整理に結構向いているところがある。銀行間をうまくとりまとめ、売却その他の手順を整えておけば、弁護士の方からすれば、大変大きな規模(金額)の資産を右から左へ動かしながら交通整理ができるというふうな面白みもある事件ではないかというふうに思っています。ただ、それがその企業の

社会的責任との関係で、どのように社会的に有意義であるかどうか、これは全く別の問題であるというふうに言わざるを得ません。先ほどの例に出しました企業でも、大変な租税負担、法人税の本税と、それから短期所有土地についての重課が問題になったわけですが、その租税債務をどうするかは、例えば私的整理であれば今言ったような捨身の作戦ということになってしまふわけですが、それを賢明に合理的に処理をしようと思えば、租税法について何らかの倒産手続上の制約がある手続を選ぶということが出来るわけです。例えば会社更生のことを言っているわけですが、会社更生で租税債務を更生債権として処理をする。減免その他についても幾つかの特則がありますので、有利な状況にはなるわけですが、ただ、同時に経営権を失うとかいう大事な問題もありますので、そう簡単には行かないわけでありまして、それから銀行・ノンバンクの動向もこれは裁判所に行かなければいけないかどうかということに大きく影響するわけですから、概して言えば、そのような過剰金融貸倒れ事件に近いものだとすれば、銀行の方のやや後ろめたさも手伝って、十分に引き込み得る余地は持っているというふうに思います。それからもちろん個別の権利行使が既になされている、競売がなされているかいないかということも、私的整理かどうか大変な影響を及ぼすわけでありまして。

先ほど言いました例の会社では、破綻はそんなに日に見えて現時点では顕著ではなかったということもありまして、個別権利の行使の問題は抜きで銀行間との協定ということになっております。私的整理の関係で是非触れておきたいと思うのは、概して私的整理は柔軟で合目的であって、コストが安くてよろしいというふうにはめられる裏側で、何か不明のことが進行しておるといふふうに見られている点でありまして、この点は私も弁護士になつた昭和四五年以降、好んでいふか、いや、逆ですね、あえて逃げないで倒産整理をやつてみようというふうに思っています、随分、私的整理も担当しました。その中でやはり我々が弁護士としてやっていた中で欠けていたのではないかなというふうに心配しておるのは、債権者に対してきちんとした情報を開示して適正な手続にすること、なるべく破産に準じた形できれいに処理をするという点のスピリットが、少なくともある時点までは十分ではなかったのではないかと反省されるわけです。特に債権者委員会の構成その他については、債権者集会を開けばそれでおしまいにして、あとはなるべく債務者主導でやってみようというふうにするか、債権者委員会をこしらえて、その間の適正な情報交流と開示といえますか、そういうデュアル・プロセスに近い、デュアル・プロセスをよく表現する手続を積極的に進めても、本当は怖くないのではないかというふうには私は常々思っています。債権者構成がどういふ人達によつてくるかという問題はありますけれども、その公明正大・情報開示ということについては、我々弁護士の実務としても少し足りないのではないかと思われまして、是非この点はこれからは積極的にいたしたいというふうにも私も考えております。

2 再建か、解体か

次に最も大事な、バブルの中で不動産を抱えている会社が困つているときに、解体をするか再建

をするかという問題になるわけですが、端的に言えば不動産の処分をするには必ず要素として含まざるを得ない。一定規模の処分をし、一定規模の借入金や減らした上で残るべき財産とそこから生み出される収益で回転をしていくかいかないかということに言い換えることができる。つまり不動産を売る、売らないについて言えば、これは必ず処分はせざるを得ない。しかも価額が低くてもある程度大胆に売らざるを得ないというのが正解ではないかというふうに、私は思っております。それでも見込みがなければ、あとは単なる全くコケてしまふか、あるいは会社更生のような長期的な一〇年、二〇年という枠の中で将来の様変わりを目指すか、そのいずれれしか本当はないのではなにかというふうに思っております。

三、管財業務としての破綻の処理

1 売却処分

大体、以上のところが余り法律的なことではない事柄でございましたので、次にやや管財人として当事者の生の要求から自由になつたところで、その不動産保有会社の管財業務をどう遂行するかという点に移りたいというふうに思います。

不動産保有会社にとって最も有利な売却方法は、競売以外の売却方法であるということ、やはり動かないところではないでしょうか。それでは強制執行あるいは競売の手続で処分をするとしてどうするかということが、これまでもいろいろ工夫はされているところであり、管財人の方の個人的な人脈の中でいろいろ売却すると、これはまあそれぞれのお客さんを振り起こしてみたりしてお声をかけてみるということ、弁護

士としては営業的にも自分のお客さんとの関係を深めるということもありまして、作業としては十分やる価値があるのではないかと、作業としては十分あります。それからどうしても不動産屋を通して売却をせざるを得ないという不動産屋のネットワークということも考える必要があると思えます。概して管財人はそのような売却の専門家であるというのが、法のテーマであるかどうかはわかりませんが、不動産屋を通して売却することに対しては、裁判官の方は消極的ではないかというふうに言われているとは思いますが、これを切り抜けるとすれば、買主主不動産屋のコミッションを全部払わせるという特約を、不動産屋との間でした上で売りに出すということをとらざるを得ない。あるいは話のわかる裁判官であれば、不動産の市況その他に応じて、不動産屋にコミッションを払うというペースでの取引についても、これは当然許可をしていただいていい筋合ではないかというふうにも思われます。

幾つか練達の弁護士さんのお話で、入札方式によるということが言われているのですが、これはもちろん裁判所の入札ではなくて、弁護士がある程度複数の買い手希望者を見つけたか、あるいはつくりに出して、裁判所の競売手続を真似て申込をさせてということの意味を持つています。私もこれも何回かやって、これは今のようない時期ではない時期では、当初五億のものが一六億ぐらいで入札の最高値で売れたりしたこともありまして、しかもやり方として入札の期間中に入札のあった最高値を直ちに選ぶのではなくて、その中で更に二、三社に絞りをかける。その二、三社の中にも一度入札をしていただく。最後の入札のときに

は公正を期するために管財人の事務所では開封をしないで、裁判所の書記官の方に裁判所の庁舎で立ち会ってもらつてやつたこともあり、おそれる「どうですか、こんなふうになりませんか」と言いたく思いますが、立ち会つてくれますか」と言いたく思いますが、大変快く応じていただいたりしまして、それが今でも通用するかどうかはわかりませんが、そのようなことをいたしましたら、入札を付された人が大変安心をされて、その第二入札のときにうんと高値を放り込んでいただいたという記憶もあります。そういうふうないろいろな工夫がありますが、しかしなせ、この時期はそれでも大変難しいというのがどうも実感ではあります。

私も今担当しているあるバブルの管財事件があります。この間、三宅先生が名前を出された中に入っているのですが、本業は大したことがない、不動産はそれなりに持つていた、沢山借りて株をやる。だんだん不動産の価値も減つてくるとそれから先は目いっぱいになりますので、当該株式担保で更に拡大する。そして破綻になつてきた。そういう会社ですが、その会社では実は前工程がありまして、破産の前に和議の申立をして、和議の保全をいただこうとしたようですが、なかなか申立のときの態度が悪いということで、不動産の処分禁止が outcome として、暫くしたら事例でありました。和議申立をして、暫くしたら本業の方を人的・物的設備ともに譲渡して、もちろんその限りで債務も見合つた範囲で引き継ぎをして、本業で非ざる不動産と株で更に一年ばかりいたずらをして、そしていたずらの前には和議を取り下げまして、そして破産をした。そういうひどい事例であります。そのようなケースでは、

既に競売が建物・土地について進行しておるものですから、いったんそのように始まつてしまうと、抵当権者の方の銀行は自分の保身もあるし、競売で安く売ってしまったものであれば説明がつくけれども、任意売却の際に安い値段で売却することと同意をして判こを押してしまつたのでは説明がつかないだろうという、昨今はまた大変難しい状況がありまして、競売がそのようにある程度進行してしまつた事件を管財人が売却をし直すというのは、大変難しい。やるなら早めに競売になる前にとというのが、やはり本来ではないかというふうには思われます。

2 担保権の処遇

以上が売却の方の観点の話ですが、今ちよつと話しておきました抵当権者、その他別除権の問題をやはり検討しておかなければいけないのではないかと思います。パブル倒産の不動産には、抵当権が沢山付いてはおりますが、合わせて先ほど株の同時担保ということも申し上げましたとおり、不動産上の抵当権者が同時になかなか見えにくい動産担保を持ち込んでいてというのが一般的な状況であります。したがって、その乏しい会社の計算資料等からその不動産の別除権についての金額なり被担保債権を確定する作業の中では、他の動産担保がどういふふうにとちらに回っているか、それを検討する作業は不可欠であります。社長がよく説明しない、社長自体が既にそういう株の取引の中では取引の復元をすることが不可能な状況でありますから、相当な努力をし、抵当権者との間でその抵当権の設定の契約ばかりではなくて、当時の被担保債権の発生の原因からその後の経緯、詳細なものを提出をさせてチェックをするという

ような十分な慎重な態度が求められているというふうに思います。

また不動産以外の別の担保については担保権者の担保品の善管義務といいますが、担保品の毀損をしないというのが民法では一般的にはありますが、そういった担保品をなるべく高額で処分をして貸倒れを逆に少なくする、そのような義務が私には本来的にはあるというふうな思つておりますから、合わせて追加で出されている担保の処分、それらについても十分なチェックをして、その担保権者の権利行使の義務違反という問題は、これから大いに論点として管財人は持ち出すべきことではないかというふうに思います。

3 法人税

(一) 申告義務

そのように売却あるいは抵当権者との関係の処理が進行してまいりますと、管財人としても法人税の申告納税義務の問題にぶつかります。これはかつて管財人には申告義務がないんだというような意見も相当にあつたわけですが、管財人は裁判所に対して責任があると同時に、日本の行政機構の関係で言つても公平に責任を分担した方がいいのではないかと、特に破産者の代表者に処分の結果を知らしめて、彼が申告をするというふうな態勢はどうもこれは本来なじまないというふうな感覚を私は持つております。積極的に法人税の申告義務を肯定して、その中で法人税法に沿つた処理をしていくことが、のぞましいと思つています。司法が倒産事件を処理して行政との関係でも協力を求めることが多々ありますので、そこでの信頼関係の構築ということを私は心掛けたらと思つております。最近はそのような方が多いのではないかと

というふうに思います。

その観点から言いますと、破産により会社は解散・清算という商法上の扱いであり、法人税法はこれに従つた扱いになりますので、そこで残余財産が確定をすれば清算の申告をしなければいけない。また清算の期間が長くなりまして、法人税法に従つて予納申告をしなければいけないという問題になるわけでありまして。

つまりタイムリミットの順番で言いますと破産になりますので、そこで当然事業年度が終了しますからまず申告をいたします。それから本来の事業年度がきますと、その段階で予納申告をいたします。そして更に進んでいつて清算終了、残余財産が確定をした段階で清算確定申告をいたします、というふうになるわけですが、その残余財産の確定とは何を意味するかということを若干考えていただきたいと思つています。片や、財産処分をして配当をした上で全部が終わつた。したがって、そこで申告をする。そうすると何か還付すべきものがあるとか、その間の法人所得税なんかがあつて還付すべきものがあれば、配当は既に終わつておりますからそれをもらつて追加配当をするというふうなことをしていただくことも結構あつたというふうには思つていますけれども、残余財産の確定というのは、結局債権者に払つてしまつて、残るか残らないかというところであるというふうな理解されますので、売却処分が全部終わつてその財団の規模と、それから届け出債権の確定を比較すれば、そこで残余財産があるかないかは、直ちに決まりますので、その段階で直ちに清算終了というようにして申告をして還付金をもらつて、それを財源に加えて配当をするというのが本来は正しいのではないかと

いうふうに思います。私はずっとそのように処置をしてきて税務当局ともめたこともありませんが、最近では東京地裁でもその方式でやるというふうになっていて数年を経ているのではないかと思います。

(二) 予納申告と財団債権

この関係で、予納申告の問題と法人重課の問題が絡んできます。つまり管財人として着手をして不動産を処分をしてきて予納申告の時期がきました。そうすると本来、清算をしなかつたかの如く利益があつたかどうかを計算して、利益があれば法人税本税をお払いしなければなりません。その中に短期譲渡所得のものがあれば重課で二〇%を加算して予納申告でお払いしなければいけない、というのが法人税の方の形式的な読み方ということになります。

この点で予納申告の際、計算された法人税の本体部分が財団債権として、つまり破産法の四七条の二号に言います「国税徴収法又は国税徴収の例により徴収することを得るべき請求権、但し破産宣告後の原因に基づく請求権は破産財団に関して生じるものに限る」というふうにありますところから、予納申告のときの本体の法人税部分と、例えば短期譲渡があつた場合の重課が財団債権であるかどうかということが争われていたわけです。この点は一応念のため最高裁の昭和六二年四月二一ですが、これはものすごい判決だというのが私の印象です。特に税務争訟でこのように大胆に論じたというのには余りないと思われまますので、画期的だというふうには思っておりませんが、その後この最高裁判例そのままを盛り込んだ何かを出すのかと思つていたら国税の方はちつともそういう動

きがありませんで、通達上は無視をされたままでありますので、通達でものを考えるというふうな発想に止まつていたり、そういうふうな発想しかない税理士さんとだけ付き合つてみると、この部分は抜けてしまつていふほどであります。

結局、皆さんもご存じだと思ひますので申し上げませんが、この最高裁の判例は、要するに予納法人税の本体部分は清算所得の前払いなんだから、そしてもともと清算所得は破産会社の場合、債権者に払つて残るわけがありませんので、予納法人税の本体部分は財団債権ではありませんというふうに言つています。財団債権でなければ何になりませんかという、結局破産債権でもないわけですね。宣告前・宣告後で区別すれば、宣告後の、ということになります。結局、劣後債権というふうに言つている人の方が多いのかもしれない。

それからもう一つ、一番大事なものは、先ほど租税特別措置法の六三条で見た特別重課について、これは土地（財団に属する不動産）を売却をしたことによる所得で、他の損金などと損益通算がなされない独立した税であるので、それは破産宣告後に生じた財団に関する税負担ということ、この部分は財団債権ということになつたのでありますが、しかしまた大変例外を置いているわけですが、つまり税務の方からすれば譲渡利益——例えば一億で売れた、その譲渡収益から原価と譲渡費用を払つた残りが譲渡利益というわけでありませぬ——があれば、それに二〇%を掛けたものは必ず頂戴をする。實際の一億が担保権者にいつたか、それから余つて財団に入つたか、それは全く無関係というものが譲渡益課税の本来の姿であるとみているように思つております。それに対して最高裁

の方は、形式的には四七条の二号が財団に関して生じたものということで、財団にとつてその租税重課を負担すべき利益のあることが前提だということに理解をいたしまして、ご承知のとおり譲渡利益の額と財団に残つた額とを比べて、財団に残つた額が少なければ、その少くなった分は優先弁済で債権者（担保権者）にいつたものですから、財団に関しないので残つた分について譲渡利益を計算するというふうにしたわけでありまして、これは国税の当局の方の伝統的な解釈からすれば卒倒しそうな判決であるわけでありませぬ。

いづれにしましても、形式論は別にして私達の方の素直な感触からすると、別除権者にまわつてしまふ清算会社が利得するところがなければ特別重課を払わないことでもいい、という感じもするんですが、そういう意味で、極めて貴重な判例であります。ただ、これは破産の事例ではありますけれども、会社が解散をしていけば、そして前の社長が清算をやつていけば、理論的にはこれと同じ結果となつていいのに関心が向きます。つまり解散をして清算法人になつた清算会社が不動産を売却して別除権者に払つてということになりますので、優先権者に払つた分を控除するという部分は、破産会社だけではなくて他の清算会社にも理論的には適用可能性がありうると思われませぬ。ただ、判例の事件としては破産の事案であり破産法四七条二号に根拠を置くものですから、破産をしないで解散をして、そこで売却をして譲渡利益を少なくしてというやり方は、税務当局の肯定するところであるかどうかは、まだまだ疑問であるというふうには私は思つております。結局こういうのはどこかで仕掛けて事例をつくらざるを得ない

というふうにも思います。この問題は我々としては大いに関心を持つてるところであります。

4 海外不動産

一応、確定申告の話まで出ましたので、多少、不動産の保有会社の海外不動産について話を向けてみたいというふうに思います。

先ほど来紹介をしている会社は、米国に自分の日本法人の名義でゴルフ場その他を持っております。それからその一〇〇%子会社にお金を貸して、あるいはその株式に応じてお金を流して、その子会社がビルを持っていたりホテル経営をしている。ヨーロッパにその会社が直接にお城を持っている。周りにゴルフ場がある、お城の中には絵画がいっぱいある。そういうふうな状況であります。端的に、そのような日本の会社が破産をした、あるいは更生に入ったという前提で考えてみるわけですが、日本の法人からすれば、ハワイにあらうとヨーロッパにあらうと、その自分の不動産であるということになりましたし、海外の子会社は自分の会社であります。その法人が破産をすれば本来はその海外の不動産も、あるいは海外の子会社の株も、そのまま管財人の処分管理の範囲に入って、売却になるというふうにも思われるのですが、この点は既にご承知のとおり破産法に属地主義に関する規定があります。破産法の三条「日本において宣告したる破産は破産者の財産にして、日本にあるものについてのみその効力を有する」というふう

裁判所の管轄に入っているものである。あるいは管財人も自分の管理処分権の範囲のものであるというふうに発想しているようであります。これは明文がこんなふうに書いてあるのに、どうしてみんなそんなふうにするのだろうと、私はいつも素朴に思っている疑問であつたし、大変いい方向だと思つてはいるのですが、まあ、やはり直感的に日本に中枢の経営者がいて、そこでいろいろ判断をして、資産を勝手に右から左に動かしていつて、外国の不動産を買うのも大変容易であります、それが管財人の手の届かないところにあります、元の倒産会社の社長が処分をする、管理もするといふのはどうもおかしいぞというふうな常識論が背景にあるのだらうと思つていますが、いずれにしてもこの三条にも関わらず、日本の管財人は大変意欲的に海外へ雄飛をして海外財産に手を付けて売却しようというふうにしております。日本の裁判所も同じでして、東京地裁の八部にせよ、二〇部にせよ、海外財産があれば何とか金にしてくださいということ、管財人の海外出張も許可になりますし、それを保全するためのいろいろな手続費用を払いたいと言えは素直に払つてくれるというわけで、官民一体となつて三条の形式論を無視して動いているというのが現状ではなからうかと思つてます。

これは私事で恐縮ですが、三宅先生のこの間のお話で名前が度々出てきた名古屋のある絵画を持つている会社ですが、これは海外に約一三〇億円ばかりの絵があるんです。その所有者はもちろん日本の名古屋の法人でありますけれども、その管財人が一人選任されておりました、名古屋の裁判所は海外財産を管理処分する管財人を選ぶとい

うことで、追加で一人を選任されました。裁判官は、三条との関係はあまり気にとめていないといふふうで、大変面白いと思つております。理屈の上でまた解釈論でどういふふうに正当化をするのかしないのか、これは学者の先生にお任せすれば足りるのではないかと思つてますが、どうもそういう状況ですから、三条にも関わらず我が国破産法会社更生法が海外に及んでゐる。しかも海外の方も結構それを受け入れるという現状でございます、日本の会社で破産になつて、裁判所から管財人が選ばれたという、「ああ、よく来た、お前しっかりやってくれ」といふのが平たく言えば海外の方の対応です。前の社長と話をするなんてことはとても考えられないというのが皆さん方の対応ではないかと思つてます。

そういうわけで、三条にも関わらず、どうやら海外不動産に倒産手続の主宰者(つまり管財人)側が手を付けて進むということは、日本のサイドでは全く問題がないのですが、問題は海外でして、先ほど言いましたように「モースト・ウエルカム」というところもありますが、同時に外国にひつかけた債権者がいればそつちとの関係で問題が生じます。外国にいる、外国で発生した債権者からすれば、日本の倒産手続を認めれば個別権利行使が制約をされるという結果になりますから、国境を理由に、あるいはよく知つてゐる人は、日本の破産法の属地主義の規定を理由に海外で権利行使をいたしますということと衝突をするわけでありま

す。この場合にどうするかということですが、それは外国のどこにあるか、どの外国であるかによつて全く違います。例えばアメリカのことなん

かも最近は大変よく紹介をされていますけれども、アメリカからすれば、外国倒産手続の代表者がアメリカにあるその外国会社の財産に対して、債権者の個別権利行使その他を禁止する申立をすれば、連邦の破産裁判所はそれを積極的に受け入れて、個別権利の行使を止めたり、いろいろな便宜を図ってくれるという態勢になっております。似たようなことは徐々にスイスとかフランスなんかでもありまして、今の絵画の件などでは日本の破産宣告をフランスへ持ち込みまして、そこで翻訳としては「執行判決」というふうに言っていますが、エグゼカトールという手続で日本の破産宣告をフランスで及ぼす。そうするといういろいろ向こうの判例の読み方もあるようですが、一般的にはエグビカトールの判決そのものが確定をすれば、日本の破産宣告のときに遡って個別権利の禁止などを伴った破産宣告、倒産手続の効力を承認をするという道が開けているわけです。したがって、名古屋の件では既にフランスでエグゼカトールが出て確定をしているという状況ですから、国際的な共助というのはかなりのところまで進んできているというのが私の印象です。この会社はジュネーブとかニューヨーク、台湾にも絵画や不動産を持っておりませんが、個別権利行使と他のところではまだぶつかっていないものだから、名古屋の会社の倒産手続の主宰者としてはニューヨークで絵画の売却をし、絵画の倉庫の委託契約をし、いろいろな経費を払ったり受け取ったりというのが日常茶飯事で進行しております。

ここまでは大変格好いいんですが、もう一つの会社で言いますと、某銀行が某弁護士を介されて、裁判所のフランス所在不動産に対して仮差押えを

したということがありまして、今のエグゼカトールの遡及効とその仮差押えの関係がどうなるかは、(今度銀行と和解になる雰囲気があるようですが)、大変注目されます。問題は日本の債権者である某銀行がそのように個別回収を仮にしたとして、それはそのままポケットに入れっ放しで、せいぜい届け出債権の額からその分だけ差し引いて、あとの配当をもらうということではないのかどうなのかということが、やはり管財人としては十分考えなければいけないことであります。すでにいろいろな考え方がありますが、非常に管財人寄りの発想をすれば、仮にたまたま外国で止まらないままに権利行使がされて利得をするところがあれば、しかしその某銀行は日本の法人ではないか、日本の銀行であれば日本の破産法に当然服する、権利行使の制約については人的に服しているはずだ。とするとその権利行使の禁止に反して回収したものがあれば、これは不当利得ではないかという理屈が当然ある。我々はそう考えるし、似たような考え方は諸外国でもありまして、イギリスの言葉ですが、「ホッチポット」というルールです。これは外国から回収してくれば、本国の倒産手続に対して全部吐き出しをするというようなルールであります。そういう問題が某銀行には依然としてあるので、管財人としては軽々に諦めてはいけないうことになりまして、その次のレヴェルの管財人の対抗的な考え方としては、債権額からその分を控除するのではなくて、国内の配当率で計算される配当金額に満つるまではお金はあげない、というやり方が次にあるでしょう。その次は当初の債権から単純に回収をされるというやり方です。まあ、いろいろなバリエーションが

ありますが、その個別権利行使に対しては海外で、また保全処分その他の不足に加えて、もう一つ外国での不当利得等による調整の機会が国内に十分あるというような、粘り腰が求められているのではないかと今ふうに思っております。

5 対抗要件

とりあえず海外の不動産についてはそのようなことが問題になると思いますが、内国の不動産についてはやはり伝統的に大変に重大問題があるということを知っておきたいというふうに思っています。不動産所有会社の破産に伴って債権者もしくは外部者から、その不動産を返せという要求であります。倒産手続に対する債権者の側からの我が国制度を前提とした最も強力な権利行使というのは、取戻権であります。会社更生でも取戻権であればフリーパスではありませんが、裁判所のチェックを経て更生手続と無縁で権利行使が許される。破産の場合でもそうだといい構造になっていますから、債権者の側からするといかに取戻権として構成できるかできないかということが、一つの腕の見せどころというふうになります。

その次は別除権として担保権としてどう構成をするかということであろうと思います。日本の制度を前提としたといいたのは、例えば私はせいぜいアメリカのことしかわかりませんが、アメリカでは取戻権のような権利行使についてもあらゆる個別行為が禁止をされるといって、その観点から大変顕著な差があるというふうに言われておるようです。その違反は裁判所侮辱になります。その取戻権については教科書なんかでも簡単にしか書いておりませんが、余り研究なども進んでおらないで、所有権者が出てくれば管財人は破産者の単な

る単純な承継人といいますが、破産者の身代わりに入ってくるのでしょうか、アメリカなんかでは「破産者の靴の中に入る」という言い方をいたしますが、日本人流に言うところ「破産者の代表者説」とか「破産者管理機構の代表者である」とか、そんなふうな説明をするのだらうと思います。そのような破産者と非常に極めて近い立場にあるのが管財人であるから「自分の物を返せ」というのが何で障害になるのだ」というのが、非常に単純な発想であるかというふうに思います。

私はそういう意味で、取戻権や別除権の行使にどのように対応するかが管財手続としては大変大切であると思います。管財人に対しては取戻権が大変有効なところから、逆に取戻権の主張に対しては非常に慎重でなければいけないというふうに思います。どういう観点から慎重でなければならぬかということ、一つは管財人というのはいくつかの立場なんだろうということでございます。管財人の資格説なんというのは学者の先生の議論ですが、債務者の代わりみたいなものから一般に日本の通説は、差押え、共同執行による差押債権者の立場だということだと思います。少し目を海外に転じますと、更に進んだところがありまして、アメリカでは動産については差押債権者と同じ、不動産については善意の譲受人と同じだということまで言っている。善意の譲受人ですからいろいろなことを可とするわけですが、イギリスなんかは私は詳細は知りませんが、少なくとも動産については善意譲受人に近いというふうに考えております。少なくとも日本の通説に従っても管財人は差押債権者だということについては十分な認識をされて、その差押債権者に対抗できないところの

諸権利というのがありますから、それに当たるか当たらないかということ十分に検討しなければいけないというふうに思います。そういう意味で不動産の取戻権を主張する人との関係で言えば、その人に対抗要件が満ちているかいないか、他の実際上の取戻権の背景である例えは所有権だということではなくて、対抗要件の充足については十分に検討をされなければいけない。また、対抗要件の否認についても一応の検討が必要となります。取戻権そのものの否認もできます。この点は例えば、本登記があれば結構ですが、仮登記についてははいわゆる一応仮登記と言っている、実際的には移動があるけれども、手続上の条件が整わない、その仮登記。あるいは二重仮登記ではどうだという議論があります。最近では二重仮登記でもいいんだけれどもというふうには言われておりますが、二重仮登記だとすれば、少なくとも不動産の売り買い双方の義務が未履行であれば双務契約も未履行で解除という規定が適用されるというふうな思われまますので、売買契約の得失(プラス・マイナス)に応じて、そのような双務契約の解除ということも十分に検討しなければならぬと思います。また昨今は、民事保全法の仮処分の対抗力というような問題がありますので、当然に背景となつてくる仮処分の被保全権利についてもよく検討されなければいけない。破産法には仮処分は、破産手続との関係では中止になつて失効だという規定もありますけれども、取戻権をベイスにしたものは失効しないというふうにもなつておりますので、一定の請求権を持つてくる仮処分債権者その取戻権との関係で選別をしなければいけないというふうにもなつております。

別除権についても全く同じで、実体法上の担保権の設定とその対抗要件、そしてその否認ということについても十分慎重に検討していく必要があると思います。

6 講義契約

不動産保有会社では、例えばゴルフ場を土木会社建設請負をさせておりますので、途中で工事が終わったという問題があります。これは民法的に言うところ注文者の破産の請負というテーマになるわけです。この点も皆さんご案内のとおり、大変難しくはつきりしないところもあるのですが、民法レベルではそもそも誰が材料を供給した、それによつて所有権がどっちにある、所有権をもつても利用権がないから駄目じゃないかとかということが言われているとおりです。それでは不動産工事の先取り特権があるじゃないかということに対しては、それは登記をしなければいけないから、そんなことをしては仕事もらえないからそんな特権もないというふうになつてくるわけです。理論的には民法の今の注文者破産のように解除できる規定だけしか駄目なのか、双務契約の双方未履行で解除できるのか、いろいろな人が百家争鳴の議論をしていくわけですが、最高裁の方はどうも判例で見る限り注文者破産の場合には民法に従つて解除というふうに見ているように理解されました。ただ、不思議な話で、ご承知の昭和五年六月二三日の最高裁ですが、これは実際には注文者の方の管財人は、破産法の五九条で解除するというふうに進備書面を言っている事例ですが、それを裁判所は民法六四二条の解除であつたものとみなして、その結果としてどうこうというふうな言っているの、それがよくわからないとい

うのが率直なところであります。ただ、確定的に言えるのはどうも請負について言うと、その出来上がったものは注文者の方が取得することになって、過払いであったり未払いであったものを相互に精算をしないと言っておりますので、民法レベルでどちらが材料を出した云々という例の入口の問題は、破産との関係で言えば出来高で精算をする、できたものは注文者のものだ。そういう慣習があるということでは確定はしているようではありますので、途中で終わってしまった建設工事の管財業務としては、出来上がったものを自分のものとした上で、清算を破産債権とするのか財団債権とするのか、いろいろ考え方があるようではあります。調整をしていかざるを得ないだろうというふうに思います。

そういうわけでどうも不動産をバブル状況下で持っている会社が破産となった場合の問題というのは、幅広いものですから私も狭くて深い話はもちろん、広くて浅い話も余り上手ではないものですから、お聞き苦しい点があったと思いますが、とりあえずきょうはこの辺で終わります。何かご質問等ありましたらお答えをしたいと思います。

(了)