

田中誠二監修

# 金融・商事判例

増刊号

# No.719

## 新版 会社更生法 — 実務と理論の問題点 —

編集委員 上野久徳・宗田親彦・高木新二郎

- |      |       |       |       |
|------|-------|-------|-------|
| 安藤一郎 | 川瀬善政  | 高木新二郎 | 藤井俊雄  |
| 家近正直 | 倉沢康一郎 | 高倉幸雄  | 藤井正雄  |
| 石井眞司 | 古曳正夫  | 高柳輝雄  | 堀内 崇  |
| 井関 浩 | 坂原正夫  | 竹内康二  | 堀口 亘  |
| 伊藤 眞 | 坂本重俊  | 竹内俊雄  | 松田安正  |
| 井上治典 | 桜井孝一  | 竹下守夫  | 松本 司  |
| 今中利昭 | 清水 直  | 谷口安平  | 三宅省三  |
| 上野久徳 | 霜島甲一  | 玉城征麴郎 | 森井英雄  |
| 大西良孝 | 末永 進  | 田村諱之輔 | 山内八郎  |
| 岡田暢雄 | 鈴木正和  | 長野益三  | 山口和男  |
| 加藤保夫 | 須藤英章  | 西澤宗英  | 吉永順作  |
| 川口富男 | 宗田親彦  | 羽田忠義  | 米津稜威雄 |

(五十音順)

経済法令研究会

VIII 更生担保権

# 37 仮登記担保

弁護士 竹内康二

## はじめに

債権者が債務者に対して流動性の最も高い資金を提供し、本来的にその逆流を期待するものの、その不履行に備えて資金と比して流動性の劣る財産につき換価のための一定の権益を付与され、これをもって債権の回収を図ろうとするとき、その目的物は担保物であり、そのための一定の権益は担保権として認識される。そして、このような担保権の実現の方法(権能)は、一般には、(1)裁判所・執行官など公的機関の実施する

売却の申立あるいは先行する同種手続への参加(アメリカ統一商事法典に例を9.501(1); また不動産では"foreclosure" by sale in judicial proceedings)、(2)債権者の実施する私的もしくは公開の売却("a private sale" or "a public sale"; U.C.C. §8-9.502(1), 9.503, 9.504(1)(3); "foreclosure by" exercise of power of sale)、(3)債権者が債務の弁済として目的物を自己に帰せしめること("in satisfaction of the obligation"; U.C.C. §9.505(2); "strict foreclosure")にあるからである。そして、これらのなかからどの権利実現方法を許容するかは、担保目的の種類あるいは採用された担保理論に依り、一定の政策的配慮のもとで、司法あるいは立法が個別に決すべきことである。

したがって、ある法律関係が担保関係であるからといって、担保物の性質を無視して常に公的機関の関与を求めるといふ硬直な態度は不要であるし、逆に、その採用された法形式を前提とした論理にのみよった実現方法に拘泥することもない。ところで、従前、判例によって認められていた、もっぱら、不動産の所有権を対象として、将来のその移転を目的とする形式によっていた仮登記技法を利用する担保関係(仮登記)は、その対象を広げ、かつ一定の立法政策をも盛り込んで、仮登記担保契約に関する法律(以下「仮登記担保法」という)として整理された。そこで

は、仮登記担保の実行としての競売こそは認められなかったが、強制競売等に参加し優先弁済を受ける権能(一条一五)や、目的物を自己に帰せしめる権能(一条二)が利害関係人の権利との調整を施しながら定められるに至った(なお、これまで、仮登記担保の理論的な問題として、所有権的構成か担保権的構成かと二分して論じられることが多かった(加藤一郎はか座談会「仮登記担保法の諸問題」ジュリスト六七号四八頁へ加藤発言)が、正確には担保権的構成か否かとして、抵当権に代表される担保権と同種の實現方法と所有権を取得せしめる實現方法に分かれてい)。

そこで以下、一般的(集团的)強制競売等として観念することもできる会社更生手続との関係において、仮登記担保がどのように処遇されることとなったのかに絞って検討をしたい(仮登記担保法成立前にこれを論じたものに、竹下守夫「仮登記担保権の實行と会社更生手続」(下)NBL一一号六頁、一一二号一一頁、三ヶ月章はか・条解会社更生法上四七頁があり、これ)。(なお、以下においては、特に断りのない限り、債務者(会社)について更生手続があったときの債務者所有の不動産の所有権を対象として、なされた仮登記担保を問題としている。したがって、会社が債権者として担保のためある債務者から不動産所有権の移転登記を経て、その債務者の買戻しのため再売買の予約の仮登記





連合会・特別研究叢書(昭和五三年度)九〇六頁以下参照。

#### 四 担保仮登記の

##### 更生手続参加

更生開始決定時までに清算の完了していない担保仮登記権利者(前項止命令を受け)は、結局、更生手続に参加し優先弁済権能を行使するしかない。このうち、根担保仮登記(登記担保法二四條。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。包括根担保をも)であるものは、更生手続においてはその効力を有しない(一九九項)とされたため、これによる被担保債権はすべてたかだか更生債権にとどまる。従前の判例(最二判昭和五

金法八二二)から後退した理由は、根担保仮登記はほとんど根抵当権と併用されているという実態(効力が否定しても支障がない。加藤ほか座談会・前掲四三頁(吉野発言))と包括根担保登記担保を認めることの危険

(法務省民事局参事官室(編・前掲書一六八頁)による。一方、普通の担保仮登記であるものは、九條三項で抵当権とみなされるため(登記については、はっきりしない)、結局(が三條一項によることにならう)、更生手続においてはたかだか更生担

保権(元本と開始決定後一年までの利息(損害金で民法三七四條の範囲。したがって最一判昭和四七・一〇・二六民集二六卷八号一四六八頁。本誌三四四号九頁は、立法によ)となる。り変更された)となる。

##### 五 担保仮登記権利者の更生手続

債権者である担保仮登記権利者につき更生手続が開始された場合において、譲渡担保に関する更生法六三條の形式文理解(そして立法当初)を準用して、債務者は担保であることを第三者(管財人)に主張しえないから債務を弁済して仮登記抹消を請求しえないとする余地もないではないが、この解釈はすでに担保としての仮登記担保に相容れず、また仮登記担保法一條が明確に否定したといふべきである。一條に従って受戻が可能である。

#### 六 仮登記担保の

##### 否認

すべての担保仮登記につき、その

仮登記担保契約自体が更生法七八條により、また仮登記が八〇條により否認されることがあるのは当然である。会社が客観的価額を下廻る清算金を受領した行為又は清算金があるにも拘らず、ない旨の通知をそのままに放置した行為、さらにはそれにも拘らず進んで本登記を許した行為のあったときにおいても、管財人は端的に清算未了を理由に担保仮登記権利者に対して登記抹消を請求することができるといふべきである。これらの各行為あるいはこれによる移転(transfer)に対する否認権の行使は、特に必要がないが、そのような構成(たとえば清算不足部分を理由とする全体としての無償行為。あるいは義務に属)を間違えというまでのことではない。