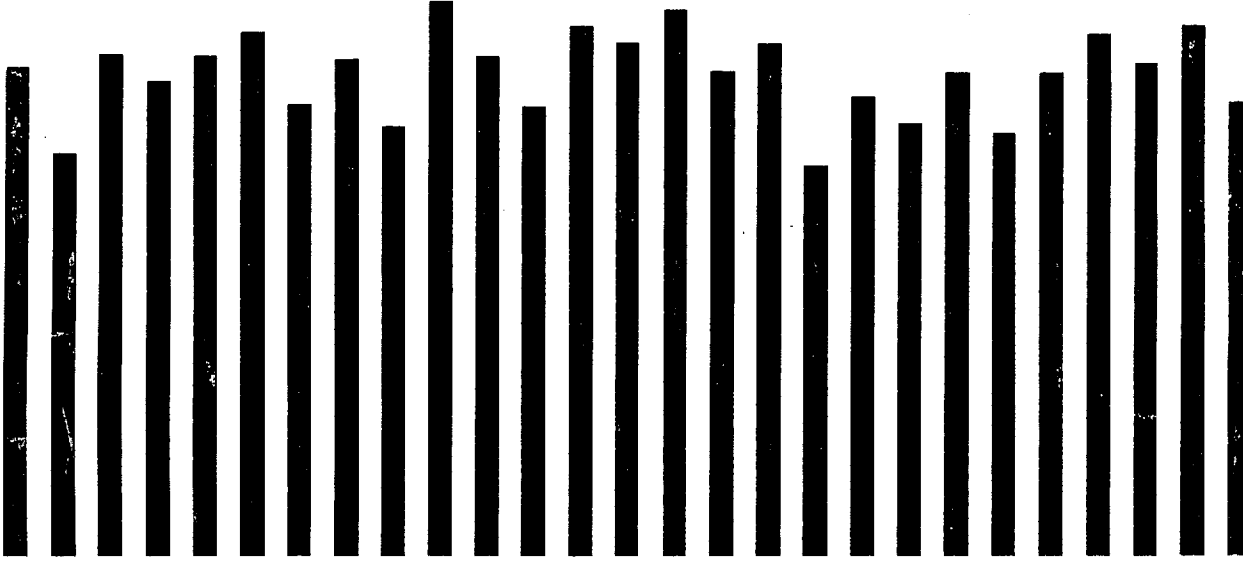


新版 破産法

—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
水羽 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 諄

鈴宗 高竹谷谷田東

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

太善 正一正眞 威

長山 上藤近井川葉

田山 上藤近井川葉

青青 麻安家石石福

破産と取戻権

一 取戻権の意義

取戻権は「凡ソ一人ノ財産ハ他人ノ債務ノ弁済ニ供セラルヘキモノニアラス」(“The goods of one man should not be applied in payment of another's debts.”)の觀念に基づく(加藤正治・破産法研究五卷一六三頁)。

破産管財人は、就職の後、ただちに破産財団に属する財産の占有・管理に着手しなければならない(破産法一八五條)。破産管財人は、通常、破産宣告の当日のうちに、本店、支店、営業所、工場などにおもむき、

弁護士
ニューヨーク州弁護士

竹内康二

これを行う。そして、その対象は、有体動産である現金、有価証券、棚卸資産、機械等のほか、不動産に関する証書や契約書類など広範にわたる。そして、封印をなすのが一般である(破産法一八六條)。不動産については、破産法二二〇條の登記の囑託がなされるが、破産裁判所に対して裁判所に知れなかった破産者の不動産につき右囑託を願ひ出るのも破産法一八五條に含まれる。不動産の現実の占有取得・管理の実行およびその公示も当然に行われる。

および管理は、破産者につき、民法一八八條・一七七條・一七八條、民事執行法二二三條・一二四條を一応の基準として、迅速にかつ広範に実施される。

これらの占有および管理は、迅速を要とする。遅れたときの侵害に対する事後処理は、手続と時間が耐えがたい。かくて、破産管財人の占有

ここにおいて、破産債権者の満足に供さるべき破産法六條の財産以外の財産が、破産管財人の占有・管理下に移ることがありうる。取戻権は、一般に右のような場合に、破産者の責任財産に属しない財産につき、その権利者から破産管財人に対して、その支配の排斥を求める権利として觀念される(厳密には、管財人からの引渡請求を拒否する権能も、取戻権の行使である)。そして、これを、破産法立案者は、「本条(八七

条)は、取戻権の本義を示すものにして事理明白説明を要するものなし」(司法省編纂・改正破産法理由三三頁)といい、学説も通常これを「取戻権は、後述の特別の取戻権を度外視すれば、破産法の創設した権利ではなくて、その法律的根柢は、すでに他の実体法規によって与えられるものなのである」と理解する(中田淳一・破産法・和議法一一四頁)。この範囲ではきわめて正当であるが、学説はさらに「ただ、その財産が従前破産者の占有支配にあった關係上、破産宣告によって誤って破産財団に取り込まれたとしても、従来の権利者の権利はなんらの影響を受けず、破産財団に対してもこれを主張できることを示すために、とくに取戻権の名称が与えられているのにすぎない」と続ける(中田・前掲書一一四頁、同旨、兼子一・破産法四三頁)。しかし、この部分は、やや誤解を招きやすい。その理由は、破産宣告前に、破産者に対する關係で他の実体法規により認められた破産者の占有を排斥する権利は、破産宣告により、すこぶる重大な影響を受けるからである。詳細には立ち入らないが、古くは破産宣告に伴い、

破産者の資産がすべて債権者団体に移転するとの理解（包括承継説あるいは資産承継説へ加藤・破産法研究一卷二五八頁）。英米法の維持している assignment の考え方も同じ。管財人に不動産の登記簿で善意買主の地位を与えるものに U.S.C. §544 (d)(3)。他

方、わが国の最一判昭和五九・二・二民集三八巻三号四三一頁は、破産者の財産の所有権が財団もしくは管財人に譲渡されないとしている）があつたし、破産債権者が、質権を取得するとの理解（いわゆる Pfandrechts-theorie）も、相当に有力であつた。現在では、破産債権者のために右のような物権の取得を認めることはないが、破産財団に対し、共同した強制執行があつたとして理解するのが一般である（共同的包括執行。山本戸克己・破産法二五頁、伊藤眞・破産法一五二頁。なお、強制執行だとして、差押の時期を破産宣告とみるのか、それとも破産宣告は仮差押としてとらえ、届出債権確定時に差押とみるのか色いろな説がある。最一判昭和三七・一二・一三判タ一四〇号一二四頁）。したがつて、厳密には、破産法の取戻権とは、破産宣告前、破産者に対して主張しえたその占有の排斥を求める他

の実体法規に根ざした権利のうち、右の各発想にみられるような破産宣告による重大な変動にも対抗しうる要件を備えたものとして理解されるべきであろう。

二 取戻権と第三者異議訴訟との関係

破産手続を包括執行あるいは一般執行としてとらえた場合、取戻権の行使につき第三者異議訴訟の提起を要するかの問題が生ずる。これについて、通説は、「取戻権の行使には、当該財産上の実体権の主張をもつて十分であつて、もし管財人がその主張を認めて応じれば、それでは達成されるから、必ずしも常に訴によらなければならぬものではない」とする（中田・前掲書一一五頁。同旨、兼子・前掲書四三頁）。その理由は、破産管財人は、国家の執行権力を行使する機関でなく、その占有・管理は執行処分ではないというものである（中田・前掲書一一五頁、兼子・前掲書四三頁）。破産手続を包括執行として把握しながら、同時に、執行処分でないとする論理に

は、多分に一方的なものがあるが、訴の提起を要しないと結論にはもとより異議がない。訴を要しないと結論は、破産手続や管財人に関する抽象的な性質論から導かれるものではなく、むしろ破産者を中心として、一挙に噴出する多数の法律関係を処理するにあたり、緊要とされる法定財団の確定を簡易・迅速に実現する手段の合目的選択の結果として結論づけられるべきものと思われる。判例も、破産宣告後は、取戻権行使によるべきであり、第三者異議の訴は不合法であるとする（最一判昭和四五・一・二九民集二四巻一七四頁）。

このほか、第三者異議との関係では、第三者異議訴訟の基礎となる権利は、おおむね取戻権の基礎となるが、例外的に一致しないものがあることを述べておくべきであろう。この点も多くを論じる余裕がないが、譲渡担保権者に、その設定者に対する強制執行あるときに優先弁済請求の訴のみを認め、その破産の場合に別除権を認める立場であれば右の指摘はあたらぬが、ライヒ大審院の判例にならうと、強制執行の場合に第三者異議を認め、破産の場合に別

除権しか認めない立場をとると、右の不一致をみることとなる（中野貞一郎・強制執行・破産の研究九八頁）。

三 一般の取戻権

(1) 取戻権のうち、破産法八九条以下のものを、破産法が創設した権利としてとらえて特別の取戻権とよび、これ以外を一般の取戻権とよぶのが通例である。ただ、特別の取戻権のうち破産法九一条の代償的取戻権は、一般の取戻権を前提にしている。破産法八九条の売主の取戻権では、売主に所有権が残っている場合としからざる場合がある。所有権の帰属を問わないところに、破産法八九条の存在意義がある。破産法九〇条の問屋の取戻権において、はじめて物品の所有権は自動的に委託者に移転しており、問屋には所有権がない（西原寛一・商行為法二六六頁）。

(2) 一般の取戻権の基礎となる権利は、所有権（債権、無体財産権の帰属者を含む。以下同じ）、他物権、債権的請求権である。この結果、取戻権が単一の取戻権者につき客観的に競合するとき（いわゆる Herausgabe

の場合)と複数の取戻権者の間で主観的に競合することがありうる。前者では問題を生ずることはないが、後者(動産の転借人が破産したときの、転貸人の請求と賃貸人の請求)のときには、破産管財人としては、競合が抽象的観念的レベルにとどまっているかぎり、具体的に取戻権を行使した者に応ずれば免責される。取戻権の具体的な行使者が競合したときには、競合する者の実体関係を判断し、優先する者の請求に応ずれば足りるし、かりに破産管財人の判断が誤っていたとしても、競合者間で再調整されるべき筋合で、破産管財人は責を負わないと考える。

(3) 所有権を基礎とする取戻権では、取戻権者に所有権が帰属したその物権変動が、破産者の所有権を前提とするときには、当該物権変動につき、破産債権者は民法一七七条・一七八条・四六七条の第三者に該当する(竹下守夫・破産法演習三一八頁。差押債権者も同じ)へ我妻栄・物権法九九頁)。最三判昭和五八・三・二二判時一一三四号七五頁もこれを肯定)から、登記、登録、引渡し、確定日付による通知など対抗要件を備えて

いなければならない。一方、所有権を同様に基礎としながら、その物権変動の過程に破産者の所有権取得が介在しないときには、破産者の占有が、取戻権者の前者との債権関係に基づくときには対抗要件が必要であり(我妻・前掲書九八頁参照)、一方、占有が取戻権者との直接の債権関係に基づくときは、例外的に対抗要件は不要である。このほか破産者の占有が不法占拠であるような場合においても、当然対抗要件を必要としない。また、以上を通じて、当然のことであるが、破産財団に目的物の占有権原の存続するかぎり、取戻権は認められない(竹下守夫・野村秀敏「取戻権」注解破産法四二八頁)。

以上の場合のほか、破産者に対して物権変動を生ずる意思表示の外観があったが、その意思表示に意思の欠缺または瑕疵のあること(取消・無効)を理由として、あるいは解除原因の発生を理由として、当然に所有権が肯定される場合、または破産宣告後に形成権の行使があり、その結果所有権が肯定される場合が問題である。

八八頁)、同法九四条の通謀虚偽表示、同法九六条の詐欺の各関係においては、善意の第三者に無効または取消(所有権)を対抗できないときに、破産債権者は、右の第三者に該当し、このうち一名でも善意のものがあれば取戻権が認められないというのが多数説である(中田・前掲書一一七頁。このほか、周知のとおり、善意・悪意を管財人につき判定する判例もある。参考までに、アメリカ法では、管財人の個人的な善意・悪意を問題にすることなく、差押債権者、善意譲受人の地位を認める。H. D. S. C. (S. 546)。もっとも、まれな事例であらうが、所有権者に対抗要件が残されておれば、右無効、取消、解除の場合にも取戻権が肯定される(我妻・民法総則三二二頁参照)。

第二に、民法九六条の強迫、同法九五条の錯誤の各関係においては、取消または無効(所有権)を破産債権者に対抗できることになる。この場合は、所有権者に対抗要件がなくとも、当然に取戻権が肯定される。なお、破産者に対する破産宣告直前の納品をもって、破産者の資力に関する錯誤として構成し、錯誤無効を理由に取戻権を主張する事例があっ

たが、錯誤無効の場合の財団の受ける影響は大きいので、動機の錯誤として表示の有無をめぐって慎重に検討を要するものである。

第三に、民法五四五条の解除権の行使も困難な問題である。破産宣告前に法定解除権または約定解除権の発生があれば、破産宣告後に解除権を行使できるが、この場合、破産債権者は民法五四五条一項但書の第三者にあたる(竹下・前掲書三一七頁。このほか、差押債権者も第三者である)ので、右解除権の行使(直接効果の場合の復帰した所有権)をもつては、対抗できないことになる。もっとも、まれな事例であらうが、解除権者に対抗要件が残されていれば、この場合にも取戻権が肯定される(我妻栄・債権各論(一)一九八頁参照)。このほか法定解除権では、破産宣告後の催告によっては解除権が発生しないこと、約定解除権では破産申立特約が無効とされることなどに注意が必要である(会社更生の場合につき、最三判昭和五七・三・三〇民集三六卷三三四四頁。同じ趣旨はアメリカ法も肯定している。H. D. S. C. (S. 546)(1))。なお、取消権または解除権の行使

が、破産宣告前になされていたときには、通説では（我妻・債権各論）一九九頁、同・民法総則三二二頁、いずれも民法一七七条・一七八条の問題であり、對抗要件の復帰と破産宣告の前後により決せられることとなる（これらの諸点につき、櫻井孝一「破産管財人の第三者的地位」裁判実務大系6破産訴訟法一七一頁）。

(4) 所有権以外の他物権、すなわち地上権、永小作権、質権、留置権ならびに占有権は、取戻権の基礎となる。對抗要件に関する事項、善意・悪意に関する事項も、すべて所有権について同一である。

(5) 債権的請求権は、破産者に属しない物の給付を求める範囲（すなわち、物権的請求権を背後にもついわゆる *Herausgabe* と、破産者以外の者に所有権のあるとき）において、取戻権を認められる。

四 仮登記と取戻権

取戻権の基礎となる所有権につき仮登記（担保仮登記を除く）があるにすぎない場合も、一大問題である。破産法五五一条一項但書は、破産宣告

後に善意でなされた不動産登記法二条一号の仮登記（以下「二号仮登記」という。同法二条二号の仮登記は右に準じ「二号仮登記」という）が、破産債権者に対抗できることを認める。右の破産債権者に対抗できるとは、本登記請求ができること、すなわち取戻権の行使が認められることを意味する。それでは、破産宣告前になされた仮登記の効力はどうか。破産法五五一条の反対解釈から、また実体上の要件がみだされているからとの理由で、一号仮登記はその効力を認められる（谷口安平・倒産処理法一九八頁、大判大正一五・六・二九民集五

巻九号六〇二頁）。二号仮登記（不動産登記法二条二号前段および後段のものほか、物権変動自体が始期付き、条件付きの場合を含む）は、鋭く見解の対立するところで、その簡単な素描を試みれば、つぎのとおりとなっている。

第一説……破産宣告前の二号仮登記は、一号仮登記と同じく、破産宣告後に実体変動を完成せしめて、本登記請求が可能である（吉野衛・別冊ジュリ五二号一三三頁）。

第二説……宣告前の二号仮登記は、実体変動がないので原則として

効力を生じないが、宣告前に実体上の要件が備われば、一号仮登記に転化しているので、本登記請求を認める（兼子一監修「三ヶ月章」竹下守夫「霜島甲一」前田庸「田村諱之輔」青山善充・条解会社更生法（出）五二八頁以下）。

第三説……二号仮登記に基づき予約完結権の行使があっても破産法五九条の適用がある。あるいは予約と契約と一体として、破産法五九条を適用する（青山善充・民訴雑誌一六号二二四頁、霜島甲一・ジュリ五〇六号一四九頁）。

ところで、この問題を検討するにあたって注意したいのは、一号仮登記と二号仮登記は、本来的にその登記原因および登記法上の要件が異なるのに、現実には相互に交換流用されている点である。たとえば、すでに実体変動があるのに二号仮登記を使用し、実体変動がないのに一号仮登記を用いるということがたびたびである。そして、これをもって仮登記を無効ということもできない（最判昭和三一・六・七民集一巻六号九三六頁、最判昭和三七・七・六民集一六巻七号一四五二頁）。となると、登

記簿上の記載のみをよりどころとして、一号仮登記と二号仮登記を峻別し、取扱いに差をもたらすことは危険で、仮登記の実体関係にも踏み込んだ識別が必要となる。注意したい第二は、実体関係に立ち入って峻別をするとしても、その識別基準は、

物権変動が実体法上すでに発生しているか否かであり（幾代通・不動産登記法九六頁）、その物権変動とは民法物権法の概念にはかならないから、通説・判例に従うかぎり、一個の意思表示（たとえば売買）により発生する物権変動は、その契約から同時に発生した代金債務の履行の有無とは無関係に肯定されるという点である。この結果、物権変動が生じたと認めざるをえないものの、仮登記の本登記義務と売買代金債務が双方とも未履行であることが多分にありうるのである。とすれば、実体上、一号仮登記であるものも、なお破産法五九条の適用問題を避けることができない。このほか、不動産の物権変動は代金完済まで発生しないとする（川島武宜・所有権法の理論二四八頁）とすると、売買契約でなされる現実の仮登記（たとえば、手付金、内金と交換になされる仮登記）は

すべて二号仮登記となり、かつ双方未履行である（なお、三ヶ月ほか・前掲書(五)二七頁以下は、一号仮登記に関する部分で、「なぜなら、この場合には、更生手続開始前に、本登記請求の実体関係上の要件はすべて満たされている」と述べるにすぎないのに、二号仮登記に関しては、「更生手続開始前に相手方たる買主が予約完結の意思表示をし、売買代金も完済したが、まだ本登記をしていない場合に更生手続が開始されたときは、更生手続開始当時は本登記請求のための実体関係上の要件はととのっているから」と述べて、売買代金債務の弁済を条件としているので、結局、一号仮登記についても代金債務の完済を求める趣旨かもしれない。ただ、このような解釈は、一号仮登記と二号仮登記との識別基準を実体法上の物権変動の有無におくのではなく、これをこえて、同時履行の主張をも想定したときの原告買主の要件事実の有無におくことになるか、あるいはそもそも不動産物権変動につき川島説をとることとなるか、いずれしかない。その真意は不明である。もっとも、このように理解をすれば、その論者により有効性を認められる仮登記については、双務契約の双方未履行の間

題はその前提を欠いて消滅する。結局のところ、筆者が指摘したいのは、一号仮登記と二号仮登記の相互流用の実情からして、また法務局においてわが国物権法の基本的理解を基礎にしてなされている運用からして、一号仮登記、二号仮登記は、それぞれ双務契約の双方未履行の問題に遭遇せざるをえず、このかぎりでは二者を区別する意味を失うこと、二号仮登記が物権変動の観点からは未成熟な取引段階にとどまるにもかかわらず保護されるといふ不公平感は倒産手続外の関係でも同じであること、二号仮登記により認められる物権変動が、破産手続にとって不利であれば、破産管財人から十分の対抗措置のあること、ドイツ破産法二四条（一九五三年改正まで）も一つの根拠となることを理由に、破産宣告前の二号仮登記も、これに基づいて予約完結するなどして、本登記請求（取戻権行使）ができるかと解しておきたい（破産につきこれを論じたものに、伊藤・前掲書一六四頁）。

五 特別の取戻権

破産法は、八九条以下三か条を設け、これを特別の取戻権という。破産法がとくに創設した権利であることによる（もっとも、これら三か条を欠いても、破産法八七条をもとに同旨の回復は一定程度可能である）。

わが国破産法は、ドイツ破産法四四條（一九五三年改正まで）が、*Der Verkäufer oder Einkaufs kommissionär* として、一か条のなか

で売主および買入委託を受けた問屋の取戻権を規定するのを破産法八九条と九〇条に分けて定めた。その立法趣旨は、「蓋し各国立法の普く認むる所たり」（司法省編纂・前掲書三三頁）とされる。破産法八九条の取戻権は、沿革的にはローマ法にもさかのぼり、今日ある姿は、イギリス法の途中差止権（*right of stoppage in transit*）によるもので、これが広く大陸法諸国において発展せしめられ、わが法がさきに継受したという

の一部として存在する点に違いがあるといわれる（加藤・破産法研究五巻二一五頁、鴻常夫「アメリカ法における売主の取戻権」裁判と法(一)一八五頁、J.C.C. & Co.）。右から明らかなどおり、破産法八九条は、それ自体で深い研究の対象となる事項であり、ここでは多くを論ずることは許されまい。

破産法八九条の定める要件は、①隔地者間の売買であること、②買主が代金の全額を支払っていないこと、③破産宣告の当時売品が運送の途中（*in course of transit*）にあり、買主がいまだ売品を受けとっていないことである。

要件は比較的簡明のようにみえるが、①「運送の途中」とは、物品運送契約のなかで、いつを始期とし終期とするか（原則としては、運送人の占有中と考えられる。Jesse Raphael, *Uniform Commercial Code Simplified*, 73 "in the possession of a carrier or other bailee")、②「受取ラサル間」に関しては、運送人と買主の間に特別の関係があるとき（たとえば、買主が運送機関の所有者の場合）にはどうか、買主が到達地以外で運送途中のものを受け取ったときはど

うか、買主が占有改定により引渡しを受けているときにはどうか、運送人が買主に到着の通知を發したときかどうか、買主が受領を拒否している場合はどうかなど種々の問題がある。このほか、物品運送契約に関して、有価証券（船荷証券）が發行されているときの取戻権者は誰か、売主に対する当該売品の担保権者は取戻権を行使できるかなど、関連した問題も少なくない（Bradford Stone, Uniform Commercial Code, §115）。

なお、流通機構の發達により、運送中に破産宣告があるのは稀有であることされる（竹下・前掲書三三四頁）が、自己破産申立も相当数を占めるから、發生する基盤は十分である。

破産法九一条の定めるものを代償的取戻権という。その發想の根本は、破産法八七条の取戻権と物上代位または不当利得である。したがって、破産法八七条の取戻権の基礎となる権利とそれについての前述の要件（對抗要件、善意・悪意など）が備わっていたことが必要である。破産管財人が処分したときは、この基準によることであつた問題はない。

この關係で検討を要するのは、破産宣告前、破産者が目的物を処分し宣告時にいまだ反対給付の受領がないケースである。はたして、對抗要件あるいは善意・悪意など破産宣告後に、取戻権について問題とされる事項は、代償的取戻権において別扱いを受けるであらうか。まず、對抗要件については、前述した範囲内ではり宣告後の処分とのバランスからして、代償的取戻権者にあることを必要と解するべきで、これのないかぎり代償的取戻権（破産法九一条のものおよび管財人が給付を受け特定性を失つて財団と混入したときの破産法四七条五号の財団債権としての請求を含む。以下同じ）を否定すべきである。善意・悪意については、その反対給付請求権が代償的取戻権者に属することにつき破産債権者のうち一人でも善意の者があれば（このはか、管財人につき善意・悪意を判定するといふ考えもありうるなど一般の取戻権と同じ問題である）、代償的取戻権は否定すべきである。これとは別に、宣告前の処分により反対給付がすでに破産者に対して履行されたときは、かりに破産財団に不当利得という結果があつても、破産債権者として認めるほかはない（竹下・前掲書三三五頁）。

結局、破産宣告前に破産者が処分をしていた場合は、反対給付を受領済のときは破産債権者にすぎず、かりに反対給付請求権が残つていても、代償的取戻権が認められるのは前述の各要件をみたしていたかぎりされたときといふべきで、この結論は、破産宣告まで処分がなかったときの結論とも合致し、妥当なものと考える。