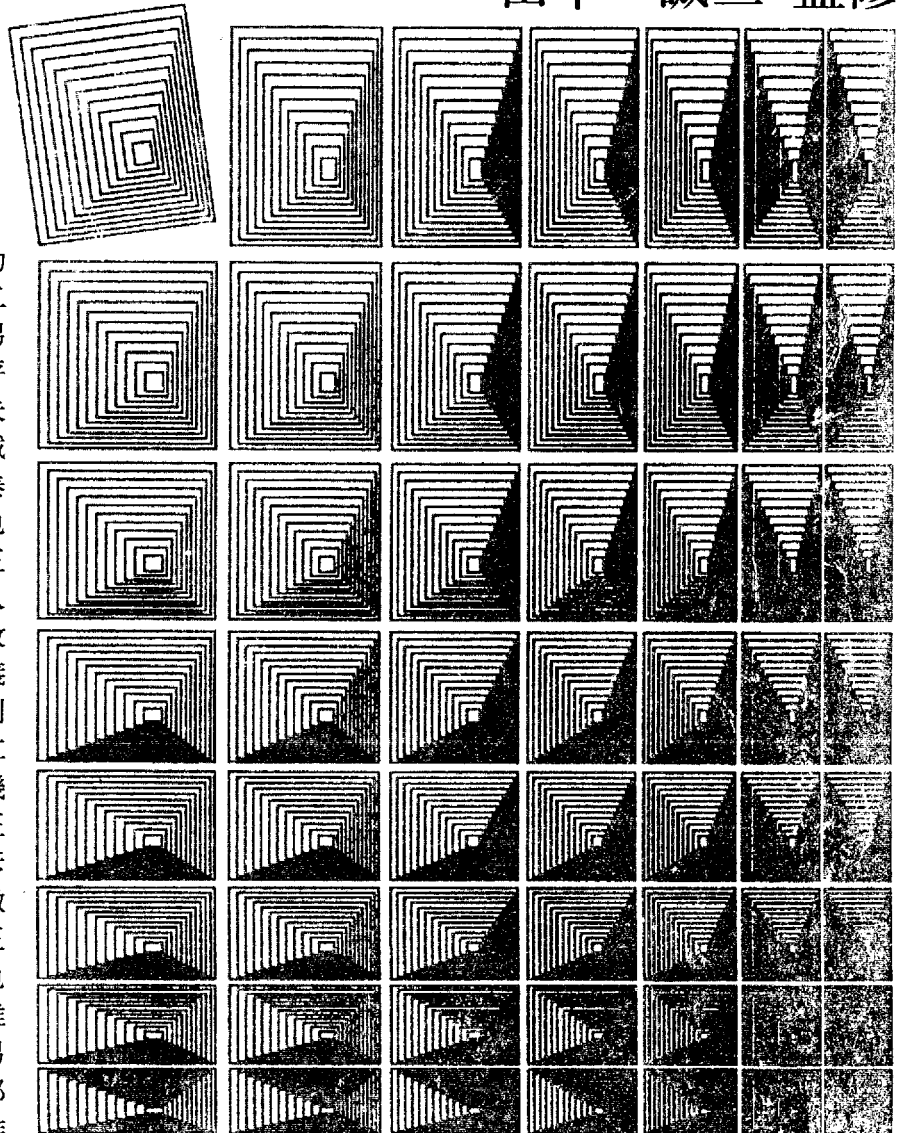


新版

# 和議・会社整理・特別清算 実務と理論の問題点

田中 誠二 監修



助二男 平夫 誠泰也 三人 敏義利 仁機 正彦 徹三 也雄 男 郎 作  
慶康 武安 睦羅 雅益 壽秀 忠有 英安 威省 浩英 治一 順  
橋内 代口 原比 岡田 野村 田永 内嶋 田上 下宅 山井 田森 永  
高竹 田谷 田多 時永 長中 野羽 福堀 松三 道三 村森 山山 吉

(五十音順)

充信男 郎直 靖司 明久 幸昭 一彦 郎 夫晴 勝章 彦  
善正隆 一正 眞司 豊幸 昭一 郎 夫晴 勝章 彦  
山上 藤近 田井 川部 正利 孝善 一夫 晴勝 章彦  
青山 木藤 田井 川部 正利 孝善 一夫 晴勝 章彦  
青麻 荒安 池石 石五 猪今 尾奥 倉古 才鈴 須宗 高

# 和議と取戻権

井 護 士  
ニューヨーク州弁護士 竹内康 二一

## 一 はじめに

和議法四条は、「和議ノ開始アリタル場合ニ」破産法第一編第七章「取戻権」の規定を全面的に(例外、和議法八九条二項)準用すると定め、同時に準用による読替え規定(和議法六条)を置いている。したがって和議にも、破産法の取戻権の意義・要件は基本的に等しく妥当する。民事執行法一条により新たに「民事執行」という概念が創出されているが、この弾性に満ちた意味内容を肯定するときには、最広義で、破産・和議・会社更生等の総括執行をも民事執行の一部として認識することができる(三ヶ月章・民事執行法一一頁)。この場合、取

戻権は、民事執行において(個別執行にせよ総括執行にせよ)当該執行にかかる債権の満足に供されることのない第三者の財産的地位を保護する機能を営む(民事執行法三八条・一七四

条四項・一八〇条一項・一九四条、破産法八七条、九一条、和議法四条、会社更生法六二条、六六条。会社整理・特別清算についてもこれを当然とするものに、谷口安平・倒産処理法(第二版)二二〇頁)。

取戻権のこのような普遍的とも称すべき性格、あるいは破産法の規定の全面的準用という立法技術の採用を反映して、和議法における取戻権は、破産法を超えて別途に論じられることが少なかったようである。(中田淳一・破産法・和議法二七五頁は、和議法に関する部分でわずかに二行を割くの

みである。独立したセクションを設けるのは、石原辰次郎・破産法・和議法実務総攬五七四頁などに限られる)。本稿で破産法に関する文献を多く参照するのも同じ事情による。

## 二 和議における取戻権の意義

1 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)。

企業としての債務者は、その支配占有下にさまざまな資産を取り込んで回転している(その抽象的な存在形態そのものは、株式会社の貸借対照表、損益計算書および附属明細書に関する規則(昭和三八年三月法務省令三一号)、企業会計原則(昭和二十四年七月経済安定本部企業会計制度対策調査会中間報告)、あるいは財務諸表規則(昭和三八年一月大蔵省令五九号)にある種々の区分により認識される)。このような企業は、その資金調達の際易等の事情により必ずしも自ら一〇〇%の支配権(所有)のある資産ばかりをその生産・販売活動に供するとは限らない(右の計算書類は、企業が資産の引渡しを受けた時に多くは、所有権を取得した時がこれに該当する)これを資産勘定に掲げること原則としている(中村忠・新訂現代会计学六四頁。法人税基本通達二一一一、二一一一四など)。したがって、計算書類に計上された資産はおおむね、その企業の一〇〇%の支配権(所有権)があるものといえる。しかし、たとえば所有権留保約定で購入されたものであっても買主は一般に資産計上する(計算規則一八条の二、一八条の三)、前渡金、建設仮勘定など法律的な判断を避けた表体に沿った中間的表記をするにとどまっていることも多い(計算規則一六条)。本稿の取戻権の対象となるものすべてが計算書類には計上され

ているわけではない。いずれであつても、計算書類に計上されているか否かは、善意・悪意に影響を及ぼすことはあつても、それだけで取戻権の成否を決定づけることとはない。

このような企業が破綻し、和議申立(そして開始決定)に至つたときには、その支配占有下に、和議債権者の満足に供されるべき講学上の「和議財団」(加藤・前掲書五巻五〇〇頁)に属する財産以外の財産が存在することがありうる。

2 和議において取戻権は、一般に右のような場合に、債務者の責任財産に属しない財産につきその権利者から債務者に対して、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、債務者からの引渡請求を拒否する機能も、取戻権の行使である)。破産法の取戻権につき、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、破産学説も通常これを「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、その法律的根拠は、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・前掲書一四四頁)。この範囲では極めて正当であるが、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つた関係上、破産宣告によつて誤つ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・前掲書一四四頁、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、破産に限つて述べれば、破産宣告前に、破産者に対する関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、破産宣告によりさ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、旧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+加藤・前掲書一巻二五八頁)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 *plandrechtstheorie*)も、相当に有力であつた(米連邦破産法では、管財人に対して *strong arm clause* という強力なる権原を付与しており、この結果、管財人は、不動産

につき善意有償譲受人と同一地位に立ち、對抗要件不備の権利を断ち切る結果となる。また、不動産、動産を通じて差押債権者と同じ地位にある(米連邦破産法五四四条)。英法でも、個人破産では *assignment* の法理から、管財人は譲受人となる。Insolvency Act 1986, § 306)。

現在、わが国では、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+山木戸克己・破産法二五頁、伊藤眞・破産法(新版)一六五頁。なお、強制執行だとして、差押の時期を破産宣告時とみるのか、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、いろいろな説がある)。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對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。

たときの破産申立の中止(和議法一七条)、和議開始による破産申立の不許(和議法二五条)および個別執行の中止と禁止(和議法四〇条一項・二項)の定めは、それぞれ「共同的包括執行」としての破産に優先する「共同的包括執行」としての和議を承認する論拠とならう。なお、谷口安平・前掲書二二二頁は、倒産者の財産管理処分権が包括的に管財人に掌握される種類の手續(破産、会社更生)では管財人が一般承継人でなく独自の利益をもつ第三者の地位に立つことから、對抗要件の必要性は容易に理解できるが、そうでない種類の手續においても、第三者たる一般債権者の利益が関わつてきた以上基本的には同様に解すべきである」との立論をとつている(麻上正信+谷口安平編・注解和議法四二頁(鈴木重勝)も同旨)。

### 三 和議保全手続と取戻権

1 債務者の倒産手続申立と同時に、直ちにその申立にかかる倒産手続が開始するとの法制であれば格別、申立後において裁判所による調査と

判断を経て手続開始に至るわが法のような制度では、申立後、開始決定に至るまでの保全期間においてなされる取戻権行使をいかに取り扱うかが重要な課題となる。特に、取戻権がわが国倒産法制のすべてを通じて、倒産手続の弁済計画の外で直ちに満足される構造にあることから、権利行使者の取戻権構成をとることへの誘惑は強い。

一方、債務者からすれば、申立の直後から平常どおり生産がなされ販売活動をするのでなければ、得意先を失い、信用を失墜してしまい、結局、再建などとおぼつかないのであるから、取戻権名目による営業阻害のないことに執着することも当然といえよう。

2 ところで、和議法四条は、破産法第一編第七章の規定は「和議ノ開始アリタル場合ニ之ヲ準用ス」としており、他方実務では、和議申立から和議開始までの期間が相当の長期にわたらうる(事実、和議ではこの期間の債務者の経営成績、立直りぶりが再建・解体の分れ際である)ことも避け難い。この段階で、この問題が、継続した、かつ頻発する理由がある。和議法四条の趣旨は、結局、和議開

始によつても、先に述べた共同的包括執行があつたとされる効果の部分を除いて、取戻権には基本的に影響がないことをいつたにすぎないので、和議申立後で開始前にあつても、取戻権が当然に承認される(この点に異論はない)。若十の検討を要するのは、和議開始に破産宣告と同趣旨の共同的包括執行の効果と認めうるとして、このことから直ちに和議開始前の段階でも共同的包括執行の効果があるというわけにはいかない点である。

そこで理論的には、開始前の期間の取戻権に関しては、和議法二〇条の保全処分をもって、和議開始による「共同的包括執行」がなされたと目することとならう。この場合、弁済禁止、処分禁止、占有移転禁止など多くの種類の保全処分がありうるが、いずれも共同的包括執行の進捗することを告知するものであり、そのいづれかであれば、特に取戻権の対象物に向けて発せられたものでなくとも十分ではないかと考えられる(仮に具体的な取戻権の対象に向けた保全処分ではなかったとしても、関係者の悪意をたらずはである)。発想としては、差押に先行する仮差押がある

ときの仮差押に、保全処分をなぞらせるものであろう(和議申立そのものを仮差押に比することも考えられる)。

#### 四 和議における取戻権と第三者異議訴訟との関係

和議を破産と同様に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、破産法の通説は、「取戻権の行使には、当該財産上の実体権の主張をもって十分であつて、もし管財人がその主張を認めて応じれば、それで目的は達成されるから、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、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ふものである(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、訴えの提起を要しないとすする結論にはもとより異議がない。訴えを要しないとすする結論は、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。

右の理は、当然和議においても妥当するところである。

#### 五 和議における一般の取戻権

1 和議法四条、破産法八七条以下による取戻権がある。破産では、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呼び、これ以外を一般の取戻権と呼ぶのが通例である。

和議においても、和議法四条、破産法八七条・八八条による取戻権を一般の取戻権と呼ぶ(竹野竹三郎・和議法原論一五七頁、石原・前掲書五七四

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、後者のときには債務者としては、競合が抽象的・観念的レベルにとどまっている限り、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、競合する者の間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、仮に債務者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、債務者は責を負わないと考える。

ところで、取戻権の基礎が債権的請求権であるときはもちろん、物権を基礎とするときにおいても、その前提として契約関係があるから、双方の債務が未履行とみられる場合がありうる(具体的には、動産の賃貸借などを想定すればわかりやすいと思う)。和議法は破産法五九条を準用してい

ないので問題であるが、和議法四五条か破産法二二条・二三条を準用していることは、未履行契約の解除がなされたかのごとく扱うのとあまり変らない。また、和議債務者が履行を求め、本来の給付をしようとするのを妨げることもないと考ええる。結局、解釈論として破産法五九条の準用を認めるのと同じとなろう(これを立法論に限っているのが、中田・前掲書二八七頁、谷口・前掲書一七七頁)。これによれば、基礎となる法律関係が双方未履行であれば、以下に述べる要件に服するほか、さらに契約の履行選択や終了にも服することになる。

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債務者の所有権を前提とするときには、当該物権変動につき和議債権者は、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「取戻権の意義と種類」斎藤秀夫・伊東乾編・破産法演習三一八頁。差押債権者も同じ(我妻栄・物権法九九頁、伊藤・前掲書三三二頁)から、登記、登録、引渡し、確定日付による通知など對抗要件を備えていなければならぬ(その時期は、和議保全処分がなされるときにはそれまでに備えることを要する。以下同じ)。

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債務者の所有権取得が介在しないときには、債務者の占有が、取戻権者の前者との債権関係に基づくものであれば對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、例外的に對抗要件は不要である。このほか債務者の占有が不法占拠であるような場合においても、当然、對抗要件を必要としない。

以上の場合のほか、債務者に対して物権変動を生ずる意思表示の外観があつたが、その意思表示に意思欠缺または瑕疵のあること(取消し、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、和議開始後(開始前に保全処分があつたときはその後)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。

第一に、民法九三条の心裡留保(明文はないが、我妻・民法総則二八八頁)、九四条の通謀虚偽表示、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し(所有権)を對抗できないとされるが、和議債権者は、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)。もっとも、まれな事例であろうが、所有権者に対抗要件が残されていれば、右無効、取消し、解除の場合にも取戻権が肯定される(我妻・民法総則三一二頁参照)。

第二に、民法九六条の強迫、九五条の錯誤の各関係においては、取消しまたは無効(所有権)を和議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ても、当然に取戻権が肯定される。

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。和議開始前に法定解除権または約定解除権の発生があれば、和議開始後(開始前に保全処分があったときはその後)解除権を行使できるが、この場合、和議債権者は民法五四五条一項但書の第三者に当たるので(竹下・前掲論文同書三二七頁。このほか、差押債権者も第三者である。反対谷口・前掲書一八四頁)、右解除権の行使(直接効果説の場合の復帰した所有権)をもっては対抗でき

ないことになる。もっとも、まれな事例であろうが、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・債権各論(上)一九八頁参照)。このほか法定解除権(上)一九八頁参照)については、和議開始後の催告によつては解除権が発生しないこと、約定解除権では和議申立特約が無効とされること等に注意が必要である。

なお、取消権または解除権の行使が和議開始前になされたときには、九頁、同・民法総則三一二頁)いずれも民法一七七条・一七八条の問題であり、対抗要件の復帰と和議開始の前後により決せられることとなる(和議保全処分のあるときは保全処分との前後)。

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。対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、債務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持つ、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。然らざるときは、和議法四五条、破産法二二条により和議債権となるにとどまる。また、すでに物権的請求権として取戻権の認められないものは、債権的請求権として認められないのは当然である。

6 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問題である。破産法五五条一項但書は、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、一号仮登記という。同条二号仮登記は、右に準じて二号仮登記といふ)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。そして、関心は破産宣告前になされた仮登記の効力に広がっている。さらに、破産法五五条の反対解釈から、また実体上の要件が満たされているからと理由で、一号仮登記はその効力を認められる(谷口・前掲書一九八頁、大判大正一五・六・二九民集五卷九号六〇二頁)。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、鋭く見解が対立する。

そして、和議については右の破産法五五条が準用されていないこと、さらには債務者の管理処分権も維持されることから、仮登記権利者は一号仮登記、二号仮登記の別なく本登記請求できるとされる(谷口・前掲書二〇〇頁。筆者は、破産法五五条が和議に利用可能との前提に立つたうえでこのとき破産法五五条は、管理処分権の規定ではなく取戻権の補充規定となる)、一号、二号の仮登記を区別することなく取戻権を認めたい。一号仮登記、二号仮登記につき詳細に論じたものに、伊藤・前掲書一七七頁がある)。もっとも、双方未履行にある二号仮登記が、和議法四五条、破産法二二条・二三条により和議債権に化することを妨げることはできないであろう。

7 所有権に基礎を置く取戻権の主張の外観を呈しながら、実質的には別除権といふべきものがある。所有権留保、譲渡担保、売渡担保、手形譲渡担保、トラスト・レシート(Trust Receipt)、リースなどである。これらについては、形式的な所有権をベースとした観念的な結論をとらず、実質をみて和議との関係では担保権として取り扱うのが通説であり、別除権としての対抗要件の充足を検討す

べきであろう(霜島甲一・倒産法体系二四〇頁以下)。船積書類のT/Rをもつて、これに表象される財貨やその売却による代り金をもつて、無方式のまま金融機関の所有であるというような議論は、実務および法律上の先輩格である統一商事法典(C.C. § 9-304(4)(5)(6))とも相容れない。

問屋の和議に伴う取戻権については、問屋の破産の場合の委託者の取戻権に関する判例(最判昭和四三・七・一一民集二巻七号一四六二頁)によることが妥当である。

## 六 和議における特別の

### 取戻権

和議法においても、和議法四条、破産法八九条以下三カ条の取戻権を特別の取戻権と呼ぶ(石原・前掲書五七四頁ほか)。特別の取戻権の趣旨、要件、効果も、破産法の特別の取戻権と同一といつてよい。もつとも、和議法四条は破産法八九条二項を準用しないので、この点に差があるが、破産法八九条二項を除外したのは、和議法が債務者をめぐる法律関係につき双務契約の双方未履行にかかる

破産法五九条の立場を明らかに斥けたことの一環とみる余地がある(他方、すでに八九条一項で、五九条と同じ内容が表現できるから不要とみたとする余地もある)。和議法が破産法五九条を準用しなかつたことは、前記のとおり、それ自体で一つの問題をなしている(中田・前掲書二八七頁、谷口・前掲書一七六頁)、その同じことがここでも議論されよう。

わが国破産法は、ドイツ破産法四四条(一九五三年改正まで)が、Der Verkäufer oder Einkaufs-Kommissionärとして、一カ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、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。破産法八九条の売主の取戻権は、沿革的にはローマ法にも遡り、今日ある姿は英国法の途中差止権(right of stoppage in transit, The Sale of Goods Act § 44)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、わが法がさらに継受したという(加藤・前掲書五卷一四九頁以下)。英国法を継受している米法も同様である(U.C.C. § 2-702)。

破産法八九条一項の定める要件は、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、買主がまだ売品を受け取っていないことである。和議においても同じ要件である(この場合、双務契約の双方未履行にも該当しようが、債務者が必要な品であるとして履行選択をしたときに、これを否定することも無用であろう。一項但書はこれを支持しよう。債務者が解除を欲すれば取戻権を認めれば足りる)。

破産法九一条の定めるものを代償的取戻権という。その発想の根本は、破産法八九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、それについての要件(對抗要件、善意・悪意など)が備わつていたことが必要である。

和議においても、債務者が和議開始後に処分をしたときは、この基準によることで全く問題はない。検討を要するのは、和議開始前に債務者が目的物を処分していたケースである。結論として、その場合は、反対給付を受領済で一般財産と混合して

いるときは和議債権者にすぎず、仮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充たしていた限られた場合といふべきで、この結論は、和議開始まで処分がなかつたときの結論とも合致し、妥当なものと考ええる。

## 七 和議における取戻権の行使方法

取戻権者は、債務者に対し裁判上または裁判外で取戻権を行使する。

この場合、和議法三二条・三一条・破産法一九七条一三号の趣旨に照らし、取戻権の承認自体を一般に通常の範囲に属しない行為とみて、和議管財人の同意を必要とすべきである(石原・前掲書五七五頁は、取戻権の承認につき、通常のものとなすでないものを区分するようであるが、その区分は不明瞭であり賛成できない)。