慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究三四六〕 仮登記仮処分命令に基づく仮登記と破産法七四条一項による否認 (最高裁平成八年一〇月一七日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	三上, 威彦(Mikami, Takehiko) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1999
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.72, No.4 (1999. 4) ,p.99- 105
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19990428-0099

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔最高裁民訴事例研究 三四六〕

平八8（最高民集五〇巻九号二四五四頁）

仮登記仮処分命令に基づく仮登記と破産法七四条一項による否認

根抵当権設定仮登記等否認登記手続請求本訴、根抵当権設定仮登記本登記手続請求反訴事件（平成八年一〇月一七日最高裁第一小法廷判決）

Y信用組合は、A株式会社との間で、平成三年六月一四日、信用組合取引契約を締結した。A社の代表取締役Bは、甲土地およびその地上建物（旧建物）を所有していたが、甲土地上にA社の工場建物乙・丙を建築することを計画し、そのための資金としてA社が全国信用組合連合会などから融資を受けたが、同年一〇月一一日に、Yは信用組合取引契約に基づき右融資につき保証受託した。そして同日、BはYに対して甲地上およびその地上の旧建物にAに対する信用組合取引債権等を被担保債権の範囲とする極度額三億円の共同根抵当権を設定する旨の契約を締結し、登記を経由した。また、同日、工場乙・丙の完成後にこれらの建物を追加担保に供する旨の念書（確定日付は同年一〇月一五日）がYに差し入れられた。

平成四年三月二五日、Yの支店を支払場所とするAが振出人かつ引受人となっている金額三六五六万五〇〇〇円の為替手形が資金不足により不渡りになった。工場乙・丙の完成（完成は平成三年一〇月一五日頃）後、Aが保存登記を経由していたところ、Yは、Aが右為替手形を不渡りにしたことを知った後の平成四年三月二七日に、大阪地裁に不動産登記法三三条による仮登記仮処分命令の申請をし、同日その決定を得て、同年四月二日には、右仮処分決定に基づき、建物乙・丙に、甲地上のそれと同じ内容の根抵当権設定（設定日は平成三年一〇月一一日）の仮登記（以下「本件仮登記」という）を経由した。他方、Aは、平成四年四月二四日に債権者から破産の申立てを受け、同年五月一四日、大阪地裁はAの破産を宣告し、Xを破産管財人に選任した。そしてXがYに対し、破産法七四条に基づいて本件仮登記の否認登記手続を求める訴えを提起したところ、YはXに対して、本件仮登記に基づく本登記手続を求める反訴を提起した。

第一審の大阪地裁は、「仮登記仮処分に基づく仮登記も、破産者がなしたる担保の供与と異なるところはなく……、Yの本件仮登記をなした行為は破産法七二条二項に該当するものとして、否認の対象となる」と判示し、本訴請求を認容し、反訴請求を棄却した。Yが控訴したが、第二審たる大阪高裁は、①Aの右念書の確定日付当時、既に本件建物が完成していたことからすると、右念書は、将来本件建物を追加担保に供する旨の誓約にすぎず、確定的な根抵当権設定契約が成立したとは認めがたい、②YはAの本件不渡りを知って、その後仮登記仮処分を経由した、③本件建物が新築されてから本件仮登記がなされるまでに六か月近く経由していることからすれば、Yの本件仮登記が仮登記仮処分を得てなされたものであっても、債権者平等の理念を害するものとして、破産法七二条二項または七四条の否認の対象となると判示して、控訴を棄却した。これに対してYが上告したが、最高裁判所は次のように述べて上告を棄却した。「仮登記はそれ自体で対抗要件を充足させるものではないが、本登記の際の順位を保全し、破産財団に対してもその効力を有するものであるから、仮登記も対抗要件を充足させる行為に準ずるものとして破産法七四条一項の否認の対象となるものと解すべきである。そして、破産者の支払停止の後に、これを知った根抵当権者が不動産登記法三二条による仮登記仮処分命令を得て根抵当権設定仮登記をした場合には、破産管財人は、破産法七四条一項によって右行為を否認することができるものと解するのが相当である。けだし、権利の変動について対抗要件を充足させる行為は、破産者の行為又はこれと同視すべきものに限り否認しうるものであるところ（最高裁昭和三七年（オ）第三七四号同四〇年三月九日第三小法廷判決・民集一九巻二号三五一二頁参照）、仮登記仮処分命令を得てする仮登記は、仮登記権利者が単独で申請し、仮登記義務者は関与しないのであるが（不動産登記法三二条）、その効力において共同申請による仮登記と何ら異なるところはなく、否認権行使の対象とするにつき両者を区別して扱う合理的な理由はないこと、実際上も、仮登記仮処分命令は、仮登記義務者の処分意思が明確に認められる文書等が存するときに発令されるのが通例であることなどにかんがみると、仮登記仮処分命令に基づく仮登記も、破産者の行為があった場合と同視し、これに準じて否認することができるものと解する」

判旨の結論には賛成するが、理由の一部には疑問がある。

一　債務者の危機状態が表面化した後に、未登記の抵当権を保全するために、仮登記仮処分命令を得て抵当権設定仮登記を経由した後、債務者が破産した場合、このような駆け込み的な仮登記が否認の対象になるかという問題が生じる。従来この問題に関しては、下級審ではあるが、会社更生事件に関し、仮登記仮処分命令に基づく仮登記は、会社

更生法八〇条所定の否認の対象となるとしたものがあった。[1] そして本件では、最高裁判所としておそらくはじめてこの問題につき判示し、本件仮登記は破産法七四条一項によって否認することができるとする立場を明確にしたものである。本判決の射程は、単に抵当権保全のためのものだけでなく仮登記一般に及ぶものと考えられ、破産・会社更生実務上大きな影響を与えるものと思われる。[2]

二　本件のように不動産登記法三三条の仮登記仮処分命令に基づく仮登記の場合には、仮登記権利者は単独で仮登記をすることができる（不登三二条）。そこで、従来から、否認の対象は破産者の行為に限定されるかという問題が提起されてきたが、本件もその議論の一環に位置づけることができよう。[3] この問題につき学説は、①判例と同様、否認することのできる行為は、破産者の行為またはこれと同視すべきものに限られるとするもの、[4] ②破産者の行為は、すべての否認類型において必要不可欠な要件ではないとするもの、[5] ③故意否認では破産者の行為は必要であるが、危機否認では不要であるとするものに分かれている。[6]

以上に対して判例は、執行行為の否認の場合には債務者の行為は要求していないが（大判昭一〇・三・八民集一四巻二七〇頁）、破産債権者による相殺（最判昭四一・四・八民集二〇巻四号五二九頁）や債権譲渡の対抗要件である債務者の承諾（最判昭四〇・三・九民集一九巻二号三五二頁）については、それぞれ破産者の行為を含まないとして否認権の対象とはならないとしている。しかし、これらの判例は「破産者の行為」なるものを制限的に解するものではなく、「破産者の行為またはこれと同視すべきもの」というように緩やかに解しているのであり、むしろこれが判例の主流といえよう。[7] したがって本件判旨は、このような判例の流れに従うものである。

そこで本件では、はたして破産者の行為と同視すべきものがあったか否かが問題となるが、本件判旨によれば破産者の行為と同視しうる根拠として、①効力において、共同申請による仮登記と仮登記仮処分による仮登記とは何ら異なるところがないこと、および②実際上も、仮登記仮処分命令は、仮登記義務者の処分意思が明確に認められる文書等が存するときに発令されるのが通例であること、をあげる。しかし、既に指摘されているように、②の根拠については、否認の対象として原因と対抗要件具備を明確に区別する法制のもとで、原因についての破産者の処分意思の明白性が何故に対抗要件具備の破産者行為性を基礎づけるのか不明であり、必ずしも説得的ではない。[8] また、①の根拠

も、否認権行使の判断の要素とするのは正当であるが、[9] 従来の判例の立場からは乖離するものである。すなわち、平成二年および昭和四〇年の最判[10]にみられるように、破産者の行為と同視すべきものとは、あくまで他の主体がなした行為を前提として、それが破産者本人の行為とみることができるかということを問題としているのであった。よって、本件のように仮登記仮処分命令に基づいて単独で仮登記をしたように、他人の行為が一切ない場合には、同視できるか否かの判断は不可能であろう。むしろ、破産法七四条一項の趣旨が、破産宣告前に対抗要件を具備することによって取得した対抗力を、破産手続との関係で消滅させることにあるとすれば、もはや対抗要件具備行為を否認する必要はなく、端的に、対抗要件具備の結果生じた効果（対抗力）を否認すれば足りる。[11] 結局、「破産者の行為と同視すべきもの」という概念では、否認の対象を画する機能を果たさせるのには窮屈であり、少なくとも破産法七四条の適用にあっては、正面から破産者の行為は不要と解すべきであった。[12] その意味では本件判旨の理由づけには不十分な点があるといえよう。ただ、もし仮に、本判決における①の根拠をこの旨を述べたものと解するとすれば、判旨には賛成できる。そしてこの場合には、本判決は、従来の判例を変更したと解することになる。

三　次に本判旨は、仮登記の否認を破産法七四条一項によって根拠づけているが、この点判例には見解の相違がある。すなわち、本件の第一審では同七二条二号によって基礎づけ、第二審では、同七二条二号と七四条との択一的適用が可能な旨を述べているほか、東京地決昭五三・三・三下民集二九巻一～四号一一五（一一八）頁は、会更法八〇条（破七四条）の適用のほか、会更法八一条（破七五条）の類推適用も認めている。したがって、本件では、否認をいかなる条文によって根拠づけるべきかということが問題となる。まず、破産法七二条二号（判例集二四六九頁では二項となっているが誤植であろう）では「担保ノ供与……ニ関スル行為」となっており、これが原因行為をさすことは明らかである。よって、本件のように、仮登記の否認の根拠条文としては適当ではない。仮に、仮登記の実質的機能を本登記に準ずるものとして解するとしても、それは七四条の問題として考えるべきである。

これに対して、仮登記仮処分命令による仮登記はもっぱら破産法七五条によって否認すべきであるとする見解[13]、および同法七四条および七五条の類推適用に求める見解[14]が唱えられている。たしかに事実上、仮登記仮処分命令に基づ

く仮登記は、登記権利者の意思により、登記義務者（破産者）の意思に反しても強制的に仮登記が実現され、その結果として本登記請求権が保全され、その意味で、否認の対象としては執行行為として位置づけられないわけではない。[15] しかし、手続構造上仮登記命令に基づく仮登記は裁判所の嘱託によってなされる（民保五三条・四七条三項）わけではなく、はたしてこれを執行行為とみなしうるかどうか疑問なしとしない。[16] さらに、破産法七五条によって否認することになると、七四条の「原因行為カラ一五日ヲ経過シタル」という要件は不要になるが、一五日以内に共同申請でした抵当権設定仮登記は否認し得ないのに、仮登記仮処分を通じて破産者または会社の協力を得ないで行った登記は否認しうるとするのは権衡を失するおそれがあろう。[17] その意味で、七五条を適用することは必ずしも妥当な結果を導かないのであり、また類推適用するにしても大きなメリットがあるだけではなく、その必要性もないであろう。よって、本判旨のように、もっぱら七四条の適用によるのを妥当であると解する。もっとも、本件では、七四条と七五条との関係については触れておらず、排他的に七四条のみを適用するという趣旨か否かはここでは判断できない。

四　ところで、破産宣告前になされた仮登記に基づき宣告後に管財人に対して本登記請求権を行使できるかという問題がある。これについては不動産登記法二条のいわゆる一号仮登記の場合には、本登記請求権を肯定するのが判例（大判大一五・六・二九民集五巻六〇二頁）通説である。これに対し、いわゆる二号仮登記については、見解が分かれており、多数説は本登記請求権を有するとするが、[18] 否定説も有力である。[19] 多数説に従えば、一号仮登記であろうと、二号仮登記であろうと、破産宣告前になされた抵当権設定仮登記は、破産管財人に対してその効力を対抗できるから、本件仮登記は否認の対象としての適格を有する。しかし、本判旨は「平成三年一〇月一一日に締結されたとする根抵当権設定契約に基づき、不動産登記法三三条による仮処分命令を得て根抵当権設定仮登記をしたことに」と述べているだけで、本件仮登記が、既に成立した根抵当権設定契約に基づくものか、または、単に請求権保全のためになされたのかを明らかにすることなく、当該仮登記を否認訴訟の対象となりうるとしている。その意味では、本件は、右の多数説を前提にしているといえよう。[20] しかし、原審では根抵当権設定契約の成立を明確に否定しており、それを前提とすれば、本件の仮登記は二号仮登記ということになり、この場合には判例や学説上争いがあるのであるから、本判

決は、少なくとも本件仮登記の性質とその扱いについて明確に判断すべきであったと考える。ちなみに、根抵当権設定契約の成立を否定した原審の判断は、まったく根抵当権設定契約を欠いており、二号仮登記としても登記原因はないという趣旨にも解し得ないわけではない。もしそうであるとするならば、その場合には、Xとしては仮登記の否認を求めるのではなく、端的に、仮登記抹消登記請求権を行使すべきであったことになる。[21]

（1）東京地決昭五三・三・三下民集二九巻一～四号一一五頁。

（2）本件に関しては、大橋弘調査官の解説（ジュリスト一一一五号一四〇頁）があるほか、中西正・法学教室二〇一号・一二〇頁、田頭章一・平成八年度重要判例解説（ジュリスト一一一三号）一三一頁、原竹裕・金融商事判例一〇一八号四四頁、山本克己・金融法務事項一四九二号七〇頁、上原敏夫・NBL六二八号六八頁等の評釈がある。

（3）その前提として、そもそも対抗力がなく順位保全効しかもたない仮登記（不登七条二項）が、七四条一項の否認の対象足りうるかという問題があるが、異論なく肯定されている（山木戸克己・破産法二一三頁、谷口安平・倒産処理法〔第二版〕二六三頁、伊藤眞・破産法〔新版〕三一〇頁、基本法コンメンタール破産法〔第二版〕一二〇頁（池田辰夫）、宗田親彦・否認の対象一四五頁、田頭・前掲一三一頁等）。

（4）朝岡智幸「対抗要件の否認」判例タイムズ二一〇号七六頁。ただ、破産者自身の行為でなければ否認の対象たり得ないとまで主張する見解はないようである。なお、危機否認について破産者の行為をまったく不要とする説を不当としつつ、第三者の行為が債務消滅などの効果の点で破産者の行為と同視されるものであれば否認の成立を認めてもよいとする伊藤眞・破産法〔新版〕二九二頁も、ここに含めてよいであろう。

（5）宗田親彦・前掲書一二〇頁以下、同・全訂破産法概説一九八頁以下、林屋礼二＝上田徹一郎＝福永有利・破産法一六〇頁（福永有利）等。

（6）石川明・破産法二一九頁、山木戸克己・破産法一八九頁、谷口安平・倒産処理法〔第二版〕二五五頁等、現在ではこの見解が多数説である。

（7）近時の最判平二・七・一九民集四四巻五号八三七頁、最判平二・七・一九民集四四巻五号八五三頁も、国家公務員等共済組合法一〇一条二項・地方公務員等共済組合法一一五条二項により、国や地方自治体が給与・退職金手当を支給する際に、共済組合の組合員たる公務員（破産者）に対する貸付金債権（破産債権）に相当する額を控除し、その金額を組合員に代わって右破産債権の弁済として共済組

合に払い込んだ場合について、右払込みは組合員の債務の弁済を代行するものであるとして、否認できるとしているが、これも「破産者の行為またはこれと同視すべきもの」との評価が前提になっていると思われる。

(8) 山本克己・前掲七三頁。これに対し、中西・前掲一二一頁は、債務者以外の第三者の行為を否認の対象とすることにより、取引の安全や債務者及び否認の相手方の利益を不当に損なうことを避けるため、当該行為の効果以外の要素も考慮に入れるという趣旨であるなら、正当なものであるとする。

(9) 中西・前掲一二一頁。

(10) 最判平二・七・一九民集四四巻五号八三七頁、最判昭四〇・三・九民集一九巻二号三五二頁。

(11) 同旨・山本・前掲七三頁。

(12) 同旨・上原・前掲七一頁、原・前掲五〇頁、山本・前掲七三頁。

(13) 谷口・前掲書二六三頁、宗田・否認の対象一四五頁以下等。

(14) 上原・前掲七一頁、桜井「仮処分命令に基づく仮登記の否認」判例タイムズ三九〇号二八五頁等。

(15) 上原・前掲七一頁。

(16) 田頭・前掲一三二頁。

(17) 同旨、霜島甲一「仮登記仮処分の否認」新倒産判例百選（別冊ジュリスト一〇六号）九一頁。この点に関し、山本・前掲七二頁は、いずれを適用するかで、否認の要件・効果で際を生じない以上さほど意味のある議論ではないとするが、効果の点で本文に述べたような差異が生じる。

(18) 谷口・前掲書一九九頁以下、伊藤・前掲書一七八頁、斎藤秀夫ほか・注解破産二一四頁等。

(19) 兼子一監修・条解会社更生法（上）五二七頁以下、林屋ほか・前掲破産法二五九頁（福永有利）。

(20) 同旨・山本・前掲七二頁。なお本研究会では、未だ物権変動を生じていない二号仮登記を、既に権利自体は生じており、単に手続上の条件が具備していないだけの一号仮登記と同一に扱うことは妥当ではないとして、むしろ否定説の方が有力であった。

(21) 幾代通ほか・不動産登記法（第四版）二二八頁、山本・前掲七二頁参照。

（平成一〇年二月八日脱稿）

三上　威彦