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

Title	〔下級審民訴事例研究四九〕 破産手続において、別除権である根抵当権に担保された破産債権が存在する場合に、破産管財人が、根抵当権の目的不動産を根抵当権を付けたまま第三者に譲渡しても、当該破産債権は、その行使について別除権付破産債権として不足額責任主義による制約を受けることに変わりはないとされた事例 (大阪地裁平成一三年三月二一日決定)
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	2003
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.76, No.2 (2003. 2) ,p.133- 141
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=AN00224504-20030228-0133

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.

〔下級審民訴事例研究四九〕

破産手続において、別除権である根抵当権に担保された破産債権が存在する場合に、破産管財人が、根抵当権の目的不動産を根抵当権を付けたまま第三者に譲渡しても、当該破産債権は、その行使について別除権付破産債権として不足額責任主義による制約を受けることに変わりはないとされた事例

平成一三年三月二一日第六民事部決定、却下・確定（大阪地裁平一〇（フ）第一一一九号）破産申立事件、判例タイムズ一〇六六号二八一頁

〔事　実〕

A株式会社は破産会社であり、Kがその破産管財人である。異議申立人甲は、四九四七万七〇五〇円の確定した破産債権を有する破産債権者であるが、右債権を被担保債権として、破産会社Aの所有に係る本件不動産に根抵当権を有していた。Kは、本件不動産を換価するに当たり、Bから、Kにおいて本件不動産上の別除権の受け戻しを行った上、本件不動産を売ってほしい旨の申込みがあったことから、本件不動産に別除権を有する三名の者と受戻しにつき話し合ったが不調に終わった。そこで、KはBと協議し、本件不動産を、別除権付のまま、別除権の負担があることを考慮し、本件不動産の価値から相当額を差し引いた金額、すなわち六二八万二〇二四円でBに売却した。Bは、この売買契約に基づき本件不動産につき所有権移転登記を経由し、本件不動産につき売却を原因とする破産登記の抹消登記がなされた。

Kはその後配当表を作成し、平成一三年一月一七日に最後の配当の公告がなされ、裁判所は、同月二四日、最後の配当の除斥期間を同年二月一六日までとする決定を行った。甲は、「従前の債権届出において、別除権付債権として届け出ていたが、本件不動産は、Bへの売却および所有権移転登記がなされたことにより、破産財団から除外されたので、甲の債権は別除権付債権ではなくなった」旨の破産債権変更届出書を

裁判所に提出した。そして、甲は、前記除斥期間内に、本件根抵当権を放棄することをせず、また、破産管財人に対し本件根抵当権の行使によって弁済を受けることができなかった債権額を証明することもしなかったので、Kが作成した配当表には、甲は配当に加える債権者として記載されていなかった。

そこで、甲は、この最後の配当表に対し異議を申し立て、①Kが甲の担保権を付けたままで本件不動産を売却したことにより、Bが物上保証人たる地位に立つことになり、甲の債権は別除権付債権ではなくなったのであるから、甲は不足額責任主義によって制限されることはなく、全債権額により破産手続に参加できるものであるから、確定した四九四七万七〇五〇円の債権を有する破産債権者として甲を配当表に記載すべきこと、②本件不動産の売買代金は破産財団に組み込まれ、破産債権者の配当原資になっており、甲は担保権者として担保不動産の交換価値を受け取っていないばかりか、配当に加える債権者としても認められておらず、不公平であると主張した。

〔判　旨〕

これに対し、大阪地方裁判所は以下のように述べて、決定で甲の異議申立を却下した。すなわち、「別除権の被担保債権が破産債権である場合、当該破産債権を有する者は、別除権の行使によって満足を受けられない債権額についてのみ破産債権を行使することができ（不足額責任主義。破産法九六条）、別除権者が、最後配当に関する除斥期間内に、別除権を放棄するか、又は、別除権の行使によって弁済を受けることができなかった債権額を証明するかしないかぎり、配当から除斥される（破産法二七七条）。これは、破産債権者が、当該破産債権を被担保債権とする別除権を有しており、破産財団に属する特定の財産から破産手続によらないで優先的に弁済を受けることができる権利を確保しながら、更に、破産財団から他の破産債権者と同様に債権全額について配当を受けられるというのは、他の破産債権者を害し公平を欠くことになるからである。

そして……破産管財人か、当該不動産を抵当権等を付けたまま第三者に対して譲渡したことがあっても、それによって、当該破産債権がその行使について別除権付破産債権としての前記制約を受けることに変わりはない……その理由は次の通りである。

（1）当該不動産が第三者に対して譲渡されても、抵当権等を有する破産債権者は、当該不動産について抵当権等を行使して優先弁済を受けることができる権利を有する点において変わりはないところ……このような権利を確保しながら、更に、破産財団から他の破産債権者と同様に債権全額について配当を受けることは、不足額責任主義の前示の趣旨に照らせば許されない……。

（2）一般に、破産債権者が……別除権付破産債権を有するとされる場合、破産管財人が当該不動産を破産財団から放棄したときにおいても、当該破産債権は別除権付破産債権であることに変わりはなく……この場合と当該不動産を第三者に抵当権等を付けたまま譲渡する場合とは、いずれも当該不動産が破産財団から離脱すること、そして、抵当権等を有する者は破産財団から離脱した当該不動産について抵当権等を行使することができることができる点において異ならない……。

（3）仮に、破産管財人が、当該不動産を抵当権等を付けたまま第三者に対して譲渡した場合、抵当権等を有する破産債権者は、別除権付破産債権としての不足額責任主義による前記制約を受けなくなるという見解を採ると、当該破産債権者は、抵当権等の目的不動産が第三者に譲渡されたことにより、当該不動産について抵当権等を行使しうる権利を確保している点で従前と異ならない上、更に、破産手続において、債権全額について権利行使することができるという利益を受けることになる。一方……代金額は、目的不動産自体の価格から抵当権等の負担額を控除した金額を基礎として決められるのが通例であるから……目的不動産自体の価格のうち抵当権等の負担額に相当する部分については財団組込はなされないことになるところ、前記見解ては……抵当権等を有する破産債権者によって、抵当権等の実行により得られる弁済と無関係に破産債権の全額で配当に加入されるということになる。このように前記見解によれば、目的不動産を抵当権等を付けたまま第三者に譲渡することにより、抵当権等を有する者に、不足額責任主義の適用により本来受けられなかった利益を与える一方て、他の破産債権者にこれによる不利益を与えることになる……。

（4）……破産債権を被担保債権として第三者の不動産について抵当権等が設定され物上保証がなされている場合、その抵当権等は破産財団に属する特定の財産についての権利ではないから別除権ではなく、その破産債権につて不足額責任主義にかかる前記規定による制約がないことは当然である。しかしながら、もともと破産財団に属しない財産の上に担保権を有するに過ぎず、初めから不足額責任主義による制約を受ける余地がなかったこの場合における破産債権と、もともと破産財団に属する財産の上に担保権を有しているために、破産手続において、別除権付破産債権として不足額責任主義による制約を受けていた破産債権を、不足額責任主義にかかる前記規定の適用において、区別して扱うことは何ら不合理なものではない」と。

〔評　釈〕

本決定に賛成する。

一　本件では、破産債権者が、破産財団に属する不動産について、その破産債権を被担保債権とする抵当権等を有し

ており、破産債権の行使について別除権付破産債権として不足額責任主義による制約を受ける場合において、破産管財人が、当該不動産を抵当権をつけたまま第三者に対して譲渡すると、それによって、当該破産債権は、その行使につき別除権付破産債権としての不足額責任主義の制約を受けなくなるのか否かが問題となった。これにつき、従来、破産管財人が、不動産を担保権付のまま譲渡することにより、譲受人がいわば物上保証人たる地位に立つこととなるので、破産債権者はもはや不足額責任主義の制約を受けず、全債権額について破産手続に参加することができるとする見解もあった。(1) しかし、この論者もその後改説されており、(2) 現在では、このような場合に不足額責任主義の制約に服することにつき学説上異論をみない。(3) よって本件決定は、従来裁判例が乏しく、また文献においても詳細な理由が付せられた上で結論が導かれていたわけではないこの問題につき、詳細な理由を付した上で学説の結論を肯定したものであり、その点に存在意義を認めることができる。(4) なお、本件で問題となったのは根抵当権であったが、本決定はその理由中で、根抵当権のみならず、通常の抵当権についても併せて説示しており、別除権者が有する担保権が抵当権であったとしても、その結論に変わりのないことが示されているといえよう。(5)

二　破産法上、別除権者は破産手続によることなくその権利を行使することが認められている（破九五条）。しかし、別除権の目的物は担保権が付着しているとはいえ、破産財団に属する財産であるから、これについては破産管財人も当然に換価権を有しており、別除権者に破産手続外の権利行使が認められるからといって、管財人の換価権が排斥されることはない。ただ、担保目的物の価額が被担保債権額よりも小さく、剰余金が生まれる可能性が全くないときには、管財人はその換価に関与する必要はなく、別除権者の自由に任せておけばよい。また、目的物が被担保債権額を超える価値をもつときでも、別除権者が適切な時期に管財人に先んじて目的物の換価に着手しているならば、その手続が適切に行われ、客観的に公正な換価代金が得られる限り、管財人が介入する必要はない。よって、管財人が自ら積極的に換価権を行使する場合としては、通常、目的物の換価によって剰余金を得られる見込みがあり、しかも、別除権者が不当に廉価で処分するおそれがあるか、あるいは、その換価が著しく遅れている場合などがあげられるであろう。(6) そして、管財人が別除権の目的物を換価する場合、その方法は、民事執行法その他の強制執行手続に関する法

令の規定によってなすものとされている（破二〇三条一項）。しかし、破産管財人は、これ以外にも、別除権者の同意を得て、担保権設定登記を抹消して目的物を売却することもできるし、同意が得られない場合でも、動産売買先取特権のように担保権を消滅させて（民三三三条）、または、抵当権などのような場合、担保権付で目的物を第三者に売却することもできる。[7] そして、実務では、抵当権者・買受人・管財人の合意により抵当権がつかない場合の価額で任意売却したうえ、得られた代金から別除権者に弁済し抵当権登記を抹消する一種の和解が行われることが多いようである。[8] もし、本件で、この最後のような換価方法がとられていたならば、別除権の行使によって満足を得られない額を証明することは比較的容易であったはずであり、破産法二七七条で別除権者の債権が除斥されることはなかったであろう。

しかし、本件では、管財人が別除権の目的不動産を受け戻し、任意売却する方法が試みられたが、[9] 別除権者との協議が不調に終ったため、結局、担保権付のまま任意売却がなされた。[10] そして、このような換価形態がとられた結果、当該不動産の譲受人が現象的にはあたかも物上保証人の地位に立つことになり、別除権付破産債権者につき、不足額責任主義に服するかということが問題となったのである。

三　この問題については、すでに述べたように（一）、破産管財人か、不動産を担保権付のまま譲渡することにより、譲受人がいわば物上保証人たる地位に立つこととなるとし、担保付債権者は不足額責任主義には服さないとする少数説があった。本件異議申立人たる甲の主張も、この見解に依拠するものである。しかし、この見解は理論的にも、実際的にも妥当な結論は導くことはできないと思われる。

まず第一に、別除権者は、もともと破産財団に属する財産につき担保権を有していたのであり、この時点では不足額責任主義に服することは当然の前提であった（破九六条）。そうであれば、その後の担保目的物の譲渡によってその所有権が第三者に帰したからといって、それまでの別除権者に対し、不足額責任主義の制約をはすし、目的物に対する担保権の実行ができると同時に債権全額で破産手続に参加できるという従前よりも有利な法的地位を認めることは、破産債権者の犠牲において当該担保権者を不当に優遇するものといわざるを得ない。また、破産管財人が担保目的物を第三者に譲渡することにより、当該目的物は破産財団から離脱するが、この点、破産管財人が当該不動産を破産財団から放棄した場合にも同じことがいえる。しかも

後者の場合には、担保権者は、準別除権として不足額責任主義に服することになる（破九七条一項）[11]。そして、準別除権について不足額責任主義が採用されたのは、主として、一方で別除権の目的物であった物について担保権の行使を認めながら、なおかつ破産債権全額をもって破産手続に参加させるのは、いわば二重の権利行使を是認することを意味し、他の債権者との公平を害するという価値判断がなされたからだと考えられる。もしそうであるとするならば、両者にあっては、以前は担保目的物は財団所属財産であったという点、および、それが後に破産財団から離脱したという点では共通であることより、準別除権につき不足額責任主義が導入された際の価値判断は、そのまま別除権の目的物が担保権付で第三者に譲渡された場合にも妥当するのである。この場合には、担保目的物が現在誰の所有に帰しているかということは、それほど大きな意味を有しない。このように考えるならば、別除権の目的物が担保権付で第三者に譲渡された場合、従来の別権者は当該目的物に対して担保権の実行を図ることができるのであり、破産債権者としての権利行使を認めるとしても、せいぜい担保権の実行によっても満足を得られなかった不足額を限度とすればよく、それ以上に、破産債権全額での破産手続参加を認める必要はないことになる。

第二に、仮に不足額責任主義に服さないという見解を採るとしても、論者自身が指摘するように[12]、この場合には、他の一般債権者への配当率が低下するおそれがあるので、管財人としてはその点につき配慮する必要がある。たとえば、担保権の目的物の時価が一〇〇〇万円であり、それ以外に八〇〇万円の財産があり、一方、被担保債権額が八〇〇万円、他の破産債権者の債権総額が二〇〇〇万円であると仮定した場合に、別除権者が自ら換価し、清算金を財団に返還するときには、配当財団は一〇〇〇万円になるから、一般債権者への配当率は五〇％になる。ところが、管財人によって別除権の目的物が担保権付で第三者に売却される場合には、被担保債権の八〇〇万円が加わり一般債権の総額は二八〇〇万円になるので、別除権者が自ら換価した場合の配当率を維持するためには六〇〇万円以上で売却しなければならないことになる。しかし、八〇〇万円の被担保債権を有する時価一〇〇〇万円の担保目的物を六〇〇万円以上で売却するということはかなり困難である[13]。これに対し、目的物が担保権付で売却されても、一種の準別除権者として不足額責任主義の拘束を受けるとするならば、このような問題は生じないであろう。

また第三に、これに関連して、本決定も述べているように、第三者に売却する場合、代金額は目的不動産自体の価格から抵当権等の負担額を控除した金額を基礎として決められるのが通例であるから、目的不動産自体の価格のうち抵当権等の負担額に相当する部分については財団組入はなされないことになるところ、不足額責任主義の制約に服さないとする見解によれば、このような場合においてもなお、抵当権等を有する破産債権者によって、抵当権等の実行により得られる弁済と無関係に破産債権の全額で配当に加入されるということになる。その結果、抵当権等を有する者に、不足額責任主義の適用により本来受けられなかった利益を与える一方で、他の破産債権者には、これによる不利益を与えることになるであろう。

第四に、甲も主張するように、たしかに、担保権付譲渡によって担保目的物の譲受人はあたかも物上保証人と同様の地位に立つ。そして、物上保証がなされている場合、担保権者は、当該目的物に対する権利行使とは無関係に、その被担保債権の全額をもって破産手続に参加することが認められる。しかし、この場合には、担保権はそもそも破産財団所属財産の上に設定されたものではないから、はじめから別除権ではなく、したがって、不足額責任主義に服すべきいわれはもともとなかったのである。それに対して、別除権者は、最初から破産財団に所属する財産の上に担保権を有しているのであり、他の一般債権者との公平の観点から設けられている不足額責任主義に当然服しているのであり、その旨の認識をもつべきである。換言すれば、別除権か否か、すなわち、不足額責任主義に服するか否かは、破産宣告の時にすでに定まっているのであり、[14]その後、またまた、目的物の所有者がそれを第三者に移転したような場合でも、この認識は変えるべきものではないのである。よって、両者を別々に扱うことに問題は生じない。

最後に、不足責任額主義の制約に服すると解すると、最後の配当の除斥期間内に担保権の実行に着手し、不足額を証明しなければ配当から除斥される（破二七七条）。たしかに、最近では破産手続がスピードアップされたために、最後の配当の除斥期間内に、上記不足額の証明が間に合わないこともあり得る。[15]したがってこのような不利益を担保権者に課さないためには、不足額の確定については、現行の破産手続の中で処理できるような、実務運用上または立法上の何らかの方策を講じることが望ましいとはいえるであろう。[16]しかし、やはり第一義的には、担保権者が不足責任額主義の趣旨を受け止め、その期間内での不足額の証明

をするために必要な時間を見計らって担保権の実行に着する必要があろう。ただ、もし不足額の証明が間に合わない場合であっても、本件では、少なくとも担保目的物の任意売却に当たっては、被担保債権額も考慮した上で売却価格が決定されているのであり、目的物の換価に当たっても被担保債権の弁済はある程度見込まれているようにも思える。したがって、たとえ破産手続上配当に与れなくても、担保権者に対しそれほど大きなダメージを与えることはないのではないか、との想像も可能である。したがって、この点からも、不足額責任主義の制約を認める見解が不当であるということはできないと考える。

四　以上の諸点から、本決定に賛成する。

（1）　谷口安平『倒産処理法〔初版〕』二二一頁。同『演習破産法』一一六頁。なお、後者は、単に不足額責任主義の制約を否定するだけでなく、他の破産債権者の利益に配慮するためであると思われるが、このような担保権付譲渡は、「目的物の時価に別除権者の債権額を加えた額以上でする売却に限り許される」としている。後者の書物の出版は一九八四年であり、注(2)の文献と同じ年であるが、本評釈で引用する論稿は法学教室一九八一年一二月号にはじめて掲載されたものであり、同教授が改説される前に公表されたものである。

（2）　谷口安平『倒産処理法〔第二版〕』二二一頁。

（3）　注(2)の文献のほか、東京地裁破産・和議実務研究会編『破産・和議の実務（上）』二一八頁、高木新二郎編『破産・和議の基礎知識』二七八頁〔上野隆司〕、中野貞一郎＝道下徹編『基本法コンメンタール・破産法〔第二版〕』二六〇頁以下〔宮川聡〕等がある。

（4）　なお本件についての解説として、上野隆司＝高山満「金融判例講座【一一九】」信用保険月報二〇〇二年二号四〇頁、植田智彦「平成一三年度主要民事判例解説・民事訴訟法二四」判例タイムズ一〇九六号二一〇頁がある。

（5）　植田・前掲・判タ一〇九六号二一一頁。

（6）　中野＝道下・前掲破産法二六〇頁〔宮川〕参照。もっとも、別除権者が法律に定められていない方法で目的物を処分する権利をもっているときは、その権利を尊重すべく、管財人は、裁判所に対し、別除権者が処分権を行使すべき期間の指定を申し立て、指定された期間内に別権者が処分しないときに、はじめて換価できるものとされている（破二〇四条）。

（7）　伊藤眞『破産法〔全訂第三版補訂版〕』二九〇頁参照。なお、実務上は、むしろ裁判所の許可を得て任意売却をするのがほとんどであるといわれている。これにつき、前掲『破産・和議の実務（上）』一二七頁、永石一郎「破産財団

の換価」『破産・和議の実務と理論』判例タイムズ八三〇号一三六頁等参照。

(8) 谷口『演習破産法』一一四頁以下。

(9) 前掲『破産・和議の実務（上）』一二七頁および植田・前掲・判タ一〇九六号二一一頁によれば、これが実務上もっともよく利用されている方法である。

(10) 上野隆司＝高山満・信用保険月報二〇〇二年二号四六頁は、このような換価方法によると、買受人は、その後の抵当権の実行により当該不動産を失うことになるのに、なぜ敢えて買い受けるのか疑問であり、滌除により抵当権を消滅させることができると踏んでいるからかも知れないが、それにしても、このようなリスクのある物件をことさら買い受けるというのは、何らかの目的が窺えるのであって、本来のあり方とは思われないと指摘したうえで、公平公正を旨とする破産管財人としては、執行妨害をする恐れのあるような買い受け人には、多少売却代金が入るからといって、抵当権付きのまま不動産を売却するべきではないと思われるとする。

(11) この点本決定が「当該破産債権は別除権付破産債権であることに変わりはなく」と述べている（判タ一〇六六号二八四頁）のは、表現として妥当ではない。

(12) 谷口『演習破産法』一一六頁。

(13) 中野＝道下・前掲破産法二六〇頁〔宮川〕。

(14) 東京地裁破産・和議実務研究会編『破産・和議の実務（上）』二一八頁、高木新二郎編『破産・和議の基礎知識』二七八頁〔上野隆司〕。

(15) 上野隆司＝高山満・信用保険月報二〇〇二年二号四一頁。

(16) 上野隆司＝高山満・信用保険月報二〇〇二年二号四七頁。

三上　威彦