

|                  |   |
|------------------|---|
| Title            | 〔民集未登載最高裁民訴事例研究 一五〕   |
| Sub Title        |   |
| Author           | 中島 弘雅(Nakajima, Hiromasa)<br>民事訴訟法研究会(Minjisoshohokenkyukai)  |
| Publisher        | 慶應義塾大学法学研究会   |
| Publication year | 2006  |
| Jtitle           | 法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.79, No.5 (2006. 5) ,p.46- 60   |
| JaLC DOI         |   |
| Abstract         |   |
| Notes            | 判例研究  |
| Genre            | Journal Article   |
| URL              | <a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20060528-0046">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20060528-0046</a> |

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.

## 〔民 集 未 登 載 最 高 裁 民 訴 事 例 研 究 一 五〕

破産財団から放棄された財産を目的とする別除権放棄の意思表示の相手方

配当表に対する異議申立て却下決定に対する抗告審の取消決定に対する許可抗告事件

平成一六年一〇月一日最高裁第二小法廷決定（平成一六年（許）第五号）（判時一八七七号七〇頁、判タ一一六八号一三〇頁、金法一七三二号五六頁、金判一二〇九号三八頁）

### 〔事 実〕

一 Xは、申立外A株式会社に対する債権を担保するため、同社所有の本件不動産に第二順位の根抵当権の設定を受けていた。他方、A社は、平成一四年一月一二日、大阪地方裁判所において破産宣告を受け、破産管財人としてY弁護士が選任された。そこで、Xは、同年一月一〇日、破産裁判所に対して、本件不動産を別除権の目的とし、債権の種類を将来の求償権、債権額を六四三五万二〇七五円とする破産債権届出書を提出した。その後、Xは、届出にかかる債権の種類

を求償権に、債権額を五八六五万五九三八円に変更する旨の破産債権変更上申書を提出した。平成一五年五月一日、本件不動産につき、第一順位の根抵当権者（銀行）の申立てにより、不動産競売の開始決定がなされた。破産管財人Yは、本件不動産を破産財団から放棄することとしたが、放棄に先立ち、同年六月二六日付けの書面により、Xを含む別除権者に対し、本件不動産については、任意売却に別除権者の協力が得られず、被担保債権の額がその時価を大幅に超過しているため、破産財団から放棄することにしたこと、本件破産手続において別除権者が破産配当に加入するためには、別除権の放棄が必要となることを通知した。そして、同年七月八日、破産裁判所の許可を得て、本件不動産を破産財団から放棄した。なお、その際、Yは、本件不動産をA社の破産宣告当時の代表取締役である申立外Bに引き渡すようなことはなかった。

Yは、平成一五年八月二七日、破産裁判所に最後配当の配当表を提出したが、この配当表には、Xの前記債権は記載されていなかった。Yは、同年九月二日に、最後配当について破産裁判所の許可を得た上で、同月二五日に、配当の公告をした。また、破産裁判所は、それに先立つ同月四日に、最後配当に関する除斥期間を同年一〇月一日までと定めた。しかるに、Xは、同年一〇月五日到達の書面により、A社の破産宣告当時の代表取締役であるBに対し、本件不動産を目的とする別除権を放棄する旨の意思表示をした。また、その頃、Yに対し、上記の意思表示をした旨の通知をした。そして、Xの前記根抵当権につき、同月九日受付による根抵当権抹消登記がなされた。これを受けて、Xが、上記の通り別除権を放棄したから、Xの前記債権を本件の破産手続における配当に加えるべきであると主張して、Y作成の前記配当表に対する異議申立てをしたのが、本件である。

二 これに対し、原々審（破産裁判所。大阪地決平成一五年一〇月三〇日金商一二〇九号五三頁）は、次のように判示して、Xの異議申立てを却下した。すなわち、「株式会社取締役は、会社が破産宣告を受けると、その地位を失うものと解され（商法（旧）二五四条三項、民法六五三条。最高裁判所第二小法廷昭和四三年三月一五日判決民集二二卷三号六二五頁）、そのため、破産宣告後に会社が管理及び処分権限を有する財産について、会社又は第三者が行為をしようとする

場合には、利害関係人の請求に基づき裁判所が清算人を選任すべきものと解するのが相当である（商法（旧）四一七条二項。上記第二小判昭和四三年三月一五日参照）。この点、一定の事実関係の下においては、旧代表取締役の応急処分義務（商法（旧）二五四条三項、民法六五四条）を根拠に、旧代表取締役に対する別除権放棄の意思表示が有効と解される場合もあるものと考えられるが、少なくとも、本件における事実関係（①破産管財人Yは、本件不動産を破産財団から放棄するに当たり、これを旧代表取締役に引き渡したようなこととはないこと、②別除権者であるXは、本件不動産の破産財団からの放棄についてYから事前の通知を受けており、Yに対して別除権放棄の意思表示をする機会が与えられていること、③本件不動産が破産財団から放棄されたのは七月八日であり、最後配当の除斥期間との関係においても、Xにおいて、清算人選任の手続を行うための時間的余裕があったと考えられること）においては、旧代表取締役Bに対する別除権放棄の意思表示をもってA社に対するものとして有効と解するのは困難である」と。そこで、X抗告。

三 これを受けて、原審（抗告審。大阪高決平成一六年二月六日金商一二〇九号五二頁）は、大略、次のように判示して、Xの異議申立てを却下した原々決定を取り消し、事件を原々審に差し戻す旨の決定をした。すなわち、「株式会社の取締役は、会社が破産宣告を受けると、その地位を失うから、破産

財団から放棄された財産の管理処分に関する行為を会社または第三者がしようとする場合には、商法(旧)四一七条二項の規定により、利害関係人の請求に基づき、裁判所が清算人を選任すべきである。ところが、本件では、最後配当の除斥期間が配当公告の日から一五日間と定められており、別除権者が、公告後直ちに別除権の放棄を決定し、清算人の選任を申し立てたとしても、除斥期間内に別除権放棄の意思表示をし、登記抹消手続をすることが極めて困難であったという特別の事情が存在する。確かに、Xは、Yから本件不動産を破産財団から放棄する旨の通知を事前に受けているが、その段階で別除権を放棄するかどうかの最終決断をしなければならぬものではなく、除斥期間の終期までにこれを行えば足りるというXの利益を軽視することはできない。さらに、Yから別除権放棄の意思表示を受ける行為それ自体は、実質はともかく、形式的にはA社の利益となる行為であるから、A社の破産宣告当時の代表取締役Bが前記受領行為をすることは、委任契約終了の場合において急迫の事情があるときに受任者に必要な処分をする義務を課する民法六五四条の趣旨に沿うものであるところ、Yが、破産会社に清算人のいなまま本件不動産を破産財団から放棄し、Bにも引渡しをしなかったことにより、これを管理すべき者が存在しないという異常な事態が生じており、そのため、別除権の放棄を受けるという利益を直ちに享受しえないという状態は、A社にとって「急

迫の事情」またはこれに類するものであると解することができる、と。これに対して、破産管財人Yが、原決定に対して許可抗告を申し立てたところ、最高裁への抗告が許可された。これを受けて最高裁は、原決定を破棄し、原々決定に対する抗告を棄却した。

〔決定要旨〕

一 「破産財団から放棄された財産を目的とする別除権につき別除権者がその放棄の意思表示をすべき相手方は、破産者が株式会社である場合を含め、破産者である(最高裁判平成一年(許)第四〇号同二年四月二八日第二小法廷決定・裁判集民事一九八号一九三頁)。また、株式会社が破産宣告を受けて解散した場合(商法(旧)四〇四条一号、九四条五号)、破産宣告当時の代表取締役(以下「旧取締役」という)は、商法(旧)四一七条一項本文の規定によって当然に清算人となるものではなく、会社財産についての管理処分権を失うと解すべきものであって、その後別除権の目的とされた財産が破産財団から放棄されたとしても、当該財産につき旧取締役が管理処分権限を有すると解すべき理由はない(最高裁昭和四二年(オ)第一二四号同四三年三月一五日第二小法廷判決・民集二二巻三三三六二五頁参照)。したがって、別除権放棄の意思表示を受領し、その抹消登記手続をすることなどの管理処分行為は、商法(旧)四一七条一項ただし書の規

定による清算人又は同条二項の規定によって選任される清算人により行われるべきものである。

そうすると、破産者が株式会社である場合において、破産財団から放棄された財産を目的とする別除権につき、別除権者が旧取締役に対してした別除権放棄の意思表示は、これを有効とみるべき特段の事情の存しない限り、無効と解するのが相当である。」

二 「これを本件についてみると、最後配当の公告から除斥期間の末日までの期間は一日日間であるが、この期間は〔旧〕破産法二七三条の定める範囲内のものであるから、これをもって上記特段の事情が存するとはできず、また、前記事実関係に照らすと、他に特段の事情が存することもうかがわれない。したがって、破産会社の財産についての管理処分権限を有しないB（A社の破産宣告当時の代表取締役）に対するXの別除権放棄の意思表示は無効と解されるから、Xの前記債権を本件の破産手続における配当に加えることはできないというべきである。そして、このように解しても、Xは、本件不動産を破産財団から放棄する旨の通知をあらかじめYから受けており、Yが本件不動産を放棄する前にYに対して別除権放棄の意思表示をしたり、放棄がされた後に商法〔旧〕四一七条二項の規定により清算人の選任を請求し、その清算人に対して上記の意思表示をしたりする機会を与えられているのであるから、Xの利益が不当に害されると

いうことはできない。」

### 〔評釈〕

本決定が前提とする考え方に疑問がある。

#### 一 問題の所在と本決定の意義

別除権者が、破産手続において配当に加入するためには、別除権の行使によって弁済を受けられない不足額を証明した場合を除き、別除権を放棄しなければならない（旧破九六条、現破一〇八条一項）。別除権者が別除権放棄の意思表示をする相手方は、破産管財人であるのが原則である（旧破二七七条、現破一九八条三項）。

しかし、破産管財人も、いわゆるオーバーローンの物件など、破産財団への入金が見込めず、固定資産税等を負担するだけでしかない財団所属財産については、これを放棄することができる（旧破一九七条一二号、現破七八条二項一二号<sup>1</sup>）。しかし、他方で、破産管財人が別除権の目的物を破産財団から放棄した場合に、別除権者（厳密には準別除権者）が破産手続において一般の破産債権者として配当加入するためには、同様に別除権（準別除権）の放棄が必要となる（準別除権に関する旧破九七条、現破一〇八条二項）。しかし、この場合には、当該財産について破産管財

人の管理処分権は及んでいないので、別除権者（準別除権者）としては、破産者本人に対して（準）別除権放棄の意思表示をしなければならぬ。このことを明らかにしたのが、「1」最（二小）決平成一二二年四月二八日判時一七一〇号一〇〇頁である。

しかし、破産者が個人債務者である場合には、当該破産者に対して別除権放棄の意思表示をすべきであることについて異論はないものの、破産者が株式会社のような法人の場合には、いったい誰に対して意思表示をすべきであるのか、すなわち、破産会社の破産手続開始当時の代表取締役に対してすればよいのか、それとも別除権者が裁判所に清算人の選任を申し立て（商旧四一七条二項、会四七八条二項）、その清算人に対して放棄の意思表示をすべきなのか  
が問題となる。前掲「1」決定は、この点については、何ら触れておらず、今後に残された問題であるといわれていた。<sup>(3)</sup> 本件は、かかる状況下において、まさに、別除権者が破産会社の破産手続開始当時の旧代表取締役に対してし別除権放棄の意思表示の効力が問題となった事案である。<sup>(4)</sup>

## 二 関連先行判例との関係

ところで、株式会社は、破産手続開始決定（旧破産法で

は破産宣告）を受けると当然に解散し（商旧四〇四条一号、会四七一条五号）、清算会社となるが、「2」最（二小）判昭和四三年三月一五日民集二二卷三三六二五頁によると、株式会社が破産手続開始決定（破産宣告）とともに同時破産（手続）廃止決定を受けた場合において、なお会社に残余財産があるときは、従前の取締役が商法旧四一七条一項本文（会四七八条一項一号）の規定により当然に清算人になるのではなく、商法旧四一七条二項（会四七八条二項）の規定に基づき、利害関係人の請求によって裁判所が清算人を選任すべきものと解されている。したがって、かかる見解によると、別除権者は、商法旧四一七条一項但書（会四七八条一項二号・三号）の場合（定款に別段の定めがあるときまたは株主総会で取締役以外の者を選任したとき）を除き、同条二項（会四七八条二項）の規定に従い、裁判所に清算人の選任を請求し、裁判所が選任した清算人に対して別除権放棄の意思表示をしなければならぬことになる。<sup>(5)</sup> 本決定も、このように考えて、旧取締役に対する別除権放棄の意思表示を無効と判示したものである。問題は、その理論的根拠である。それは、まさに「2」判決が述べているように、会社と取締役との関係は委任の規定に従うとされているところ（商旧二五四条三項、会三三〇条）、

会社が破産手続開始決定を受けると取締役は当然にその地位（会社財産の管理処分権）を失い（民六五三条二号参照）、その後に別除権の目的物が破産財団から放棄されたとしても、当然に当該財産についての管理処分権が復活することはないという点に求めることができる。

しかし、本決定は、同時に、破産会社の破産手続開始当時の取締役に対する別除権放棄の意思表示が例外的に有効となる「特段の事情」のある場合が存在しうることも、示唆している。これは、本決定と同じ論点につき、しかも、本決定とは逆に、旧取締役に対する別除権放棄の意思表示を結論において有効と認めた「3」最（二小）決平成一四年一月一〇日（判時一八三八号二三頁参照）との整合性を図るためである。

「3」決定の事案は、おおよそ次のようなものであった。A株式会社は、平成八年四月一五日に破産宣告を受け、破産管財人にYが選任された。A社に対して別除権（目的物は不動産）付債権（本件債権）を有するXが、別除権者として当該別除権付債権を届け出たところ、平成八年七月三日に、破産管財人Yから異議が出された。Yは、本件不動産を任意売却して代金の一部を破産財団に組み入れようとしたが、不調に終わったため、平成九年一月二四日に、

本件不動産を破産財団から放棄して破産登記を抹消し、A社の破産宣告当時の代表取締役であるBに引き渡した。しかし、Xには、事前に別除権放棄の事実を連絡しなかった。その後、平成一〇年二月一三日に、本件不動産につき、先順位抵当権者の申立てに基づき、競売開始決定がなされた。その後、破産管財人Yは、平成一二年八月二日頃になって、Xを含む破産債権者に対して未処分不動産を破産財団から放棄して早急に最後配当を実施したい旨を通知した。Xは、この通知を受けて、本件別除権を放棄して一般債権者として配当に参加することにし、同年八月下旬頃、本件別除権の抹消登記手続への協力を破産管財人Yに依頼した。しかし、Yは、本件不動産は破産財団から放棄されているので、登記手続の相手方はYではないと回答した。Xは、この回答を受け、清算人を選任して本件別除権の抹消登記をするには時間がかかり最後配当から除外されるおそれがあるとして、破産会社の旧代表取締役Bに対して別除権放棄の意思表示をした上で、Bと共同で本件別除権の抹消登記手続を申請し、同年一〇月一日に同登記を経由した。一方、破産管財人Yは、同年一〇月一二日に配当表を作成して破産裁判所に提出したが、Xの債権については本件配当表に記載しなかった。そこで、Xは、同月一八日頃に、本件別

除権放棄の意思表示をしたことを理由に、本件債権を一般債権に変更する旨の破産債権変更届を提出した上、破産管財人 Y に対してこれを一般債権として配当に加えるよう求めた。しかし、Y は、本件別除権放棄の意思表示は清算人に対してなされるべきであり、前記抹消登記は登記官の過誤による無効なものであるとして、X の求めに応じなかった。これに対し、X が、本件債権を一般破産債権として配当に加えるべきであるとして、配当表に対して異議を申し立てたという事件である。<sup>(7)</sup>

〔3〕決定の原々審（福岡地大牟田支決平成一二年一月一日）は、別除権放棄の意思表示は商法旧四一七条二項（会四七八条二項）により選任された清算人に対してする必要があり、かつ、その選任の時間的余裕もあったとして、X の異議申立てを却下した。これに対し、〔3〕決定の原審（福岡高決平成一四年四月一九日金法一六七六号五八頁）は、次のように述べて、原々決定を取り消し、X の旧代表取締役に対してした別除権放棄の意思表示を有効とした。すなわち、「会社と取締役との関係は委任に関する規定に従う……から、会社の破産により取締役は当然にその地位を失う。しかし、……清算人にその業務を引き継がない間は、なお旧代表取締役が応急処分を執る義務を負

う（商法「旧」二五四条三項、民法六五四条）。本件において、破産管財人である Y は、新たに清算人を選任することなく本件不動産を放棄しているが、それは、旧代表取締役の右義務を前提に、これに本件不動産の管理権を委ねたものと解される。」「それと同じ理由により、旧代表取締役は、本件不動産を目的とする本件別除権の放棄の意思表示を受領する相手方ともなり得ると解される。すなわち、当該意思表示の受領行為は、その別除権の抹消登記手続も含めて本件不動産の管理行為の中に含まれるものであり、本件不動産を売却するなどの清算的要素を含むものではないから、そのために特に清算人まで選任する必要はないと解されるからである」と。これに対して、Y が許可抗告を申し立てたが、前掲〔3〕決定は、「X が本件不動産を破産財団から放棄するに当たりこれを破産会社の破産宣告当時の代表取締役に引き渡したことなど本件の事実関係の下においては、原審の判断は、結論において是認することができる」と判示し、破産管財人 Y の抗告を却けた。

三 最高裁平成一四年二月一〇日決定との比較および本決定の妥当性

ここでの問題は、何故、前掲〔3〕決定では、旧代表取

締役に対してした別除権放棄の意思表示が例外的に有効とされたのか、という点である。「3」決定の事案では、本件の事案と異なり、①破産管財人が別除権の目的物を破産財団から放棄する前に、別除権者に破産管財人に対し別除権放棄の意思表示をする機会が与えられていない点、②破産管財人が、別除権の目的物を破産財団から放棄するに当たり、旧代表取締役に当該財産を管理する権限があるかのような行動をとっていた点、さらには、③破産管財人による別除権の目的物の破産財団からの放棄から最後配当までに約三年の期間が経過していることからみて、その間の不動産価格の低下により目的不動産が競落されても後順位別除権者Xへの配当が見込めなくなった事案であると推測されるが、仮にここで旧代表取締役Bに対するXの別除権放棄の意思表示を無効にすると、Xは競売事件でも破産事件でも配当を受けられなくなり、別除権者が抵当権を有していたために、かえって一般債権者よりも不利な立場に置かれることになる点など、破産会社の旧代表取締役に対する別除権放棄の意思表示を無効とし、別除権者を配当から排除するという結論を導きにくい事情があったということができる。そのため、「3」決定は、当該案件では、破産会社の旧取締役に対する別除権放棄の意思表示を有効とすべ

き特段の事情があるとして、原審の判断は結論において是認できると判断したのではないかと思われる。<sup>(8)</sup>

本決定が、破産会社の旧代表取締役に対する別除権放棄の意思表示が例外的に「有効とみるべき特段の事情」のある場合が存在しうることを示唆しているのは、まさに「3」決定のような事案を考慮してのことである。本決定は、その上で、本件では、特段の事情の存在はうかがわれないと判断している。したがって、この特段の事情の解釈につき、本件の原審と最高裁の間には、基本的な考え方の対立があることができる。

まず第一に、本件原審は、最後配当の公告日から除斥期間の末日までの期間が一五日しかないと特段の事情とみたのに対し、本決定は、この期間は旧破産法二七三条の定める最後配当の除斥期間（すなわち配当公告の日から起算して二週間以上一月以内）の範囲内のものであるから、これを特段の事情と解することはできないとしている。この点は、裁判所による清算人の選任手続きなどの程度の時間を要するかという点とも関わるが、これに関しては、①清算人候補者を用意して申し立てをしてくる場合でない限り、清算人候補者を探したり、弁護士会から推薦を受ける関係で、一五日以内に、別除権放棄のためのすべての準備を整



その時期に別除権放棄の意思表示をすることはできず、仮にその時期に別除権放棄の決断をせず、清算人選任の申立てを留保するのであれば、別除権者としては、破産手続で最後配当がいつ行われるかを常に注意し、清算人の選任が最後配当に間に合わないことにならないようにしておくべきであるという考え方を前提としている。その上で、本決定は、破産管財人による別除権の目的物の放棄時から最後配当の除斥期間の満了日までの間に、清算人選任の時間的余裕があったのであるから、特別の事情は認められないとしている<sup>(13)</sup>。もっとも、本決定の依拠する考え方に対しては、①もともと別除権者は無担保債権者よりも不利に扱われるべき理由はないにもかかわらず、別除権の目的物の破産財団からの放棄があると、その時点から別除権放棄のために、清算人選任の準備をしなければならず、それをしなければ別除権者を無担保債権者よりも不利に扱うのは、信義則の観点からみて問題があるといった批判や、②別除権者としては、破産管財人から別除権の目的物の放棄の事前通知を受けても、抵当物件の処分を待つのが妥当か、それとも破産配当の方が得か、その見極めに苦慮することがあり、本件で別除権放棄の通知・抹消登記が遅れたのはそのためではないかとの指摘もある<sup>(15)</sup>。

確かに、実体法上優先的地位を有する別除権者が無担保債権者よりも不利に扱われるべき理由はないというのはその通りであろう。しかし、別除権者が無担保債権者よりも有利に取り扱われるのは、別除権の行使によって弁済を受けられる範囲内においてのことであり、いわゆる不足額については無担保債権者と同一の立場で破産配当を受けるのであるから、別除権者に対して、最後配当の除斥期間の末日までに、別除権放棄の意思表示や清算人の選任手続をしておくよう求めることは、何らその地位と矛盾するものではない。かえって、本件の場合に、最後配当の除斥期間満了後の旧代表取締役に対する別除権放棄の意思表示を有効と解すべき「特段の事情」の存在を認めると、一後順位別除権者の判断の遅れのために破産配当の手続が遅延し、配当を待つ破産債権者に不利益を及ぼすことが予想される。その意味で、本決定が、本件では、旧代表取締役に対する別除権放棄の意思表示を有効と解すべき「特段の事情」は存在しないと判断したのは妥当な判断であったといえる<sup>(16)</sup>。

#### 四 株式会社破産と取締役の地位

本決定は、先にも指摘したように、株式会社の取締役は、

会社の破産手続開始決定によって当然にその地位を失うとする前記「2」の最高裁判決の立場を前提とするものである。そして、「2」判決を是認する限りでは、おそらく本決定の結論に反対する論者は少ないものと思われる。<sup>(17)</sup>

しかし、周知のように、「2」判決の見解に対しては、株式会社が破産手続開始決定（破産宣告）を受けても、従来の取締役はそのことにより直ちにその地位を失うものではないとする学説<sup>(18)</sup>がかねてより有力に主張されている。この見解によると、従来の代表取締役は会社の破産手続開始によって当然に会社の代表権を失うわけではないから、別除権者としては、破産会社の破産手続開始当時の代表取締役に対して別除権放棄の意思表示をすれば足りることになる。

そこで、問題は、破産法の解釈として、果たしていずれの見解が妥当か、という点である。確かに、株式会社が生産した場合、破産財団に属する財産は、すべて破産管財人の管理処分権に属し（旧破七条、現破七八条一項）、取締役会の権限（商旧二六〇条、会三六二条二項）は失われると解されている。しかし、そもそも民法六五三条二号が委任者が破産手続開始決定を受けた場合に委任契約が終了するとしたのは、委任者が破産手続に入った結果として自ら

なしえなくなった行為は、受任者もまたこれをなしえないため、委任はその目的を達し得なくなつて終了するという趣旨にすぎず、かえって、破産財団の管理処分と関わりのない会社の組織上の活動、たとえば、会社設立無効の訴え（商旧四二八条、会八二八条一項一号）<sup>(19)</sup>に対して応訴するのは、破産会社の代表取締役である。また、会社が破産手続開始決定を受けても、これに対しては即時抗告ができ（旧破一二二条、現破三三三条一項）、また、破産会社についてまだ再生ないし更生の見込みがある場合には、民事再生手続や会社更生手続の申立てを行うこともできるが（民事再生二六条一項一号、会更二四四条一項一号参照）、それらの申立てを行う者としては、破産会社の取締役以外には考えにくい。さらに、前記「1」決定が残した問題として、本決定が判示した論点のほかに、別除権者が別除権を放棄し破産手続において配当加入するためには、別除権（抵当権等）の登記を抹消する必要があるか、という論点があることは、以前から指摘されているところである。本件では、根抵当権Xの根抵当権の抹消登記がすでになされていたためにこの問題は表面化しなかったが、前述のように、従来の破産実務では、別除権が破産配当を受けるために別除権を放棄する場合には、別除権放棄の意思表示のほかに、別

除権が消滅した旨の登記が必要であると解されている。しかし、破産管財人が破産財団から放棄し、破産法人の帰属となった財産について、破産会社の元の代表取締役が会社のために抵当権等の抹消登記手続をするためには、登記手続者の資格ないし権限を証明する書面（資格証明書）の提出が求められるが、その場合に、本決定や「2」判決がいうように、取締役が会社の破産手続開始によって当然にその地位を失うものであるとすると、破産会社の元の代表取締役としては、抵当権等の抹消登記手続に必要な資格証明書を得られないために、抵当権等の抹消登記ができないおそれがある。<sup>(21)</sup>

おそらく、本決定や「2」判決の考え方の背後には、会社を破綻に至らしめた代表取締役等はそのままその地位にとどまるべきでないとする価値判断があるものと推測される。しかし、破産手続開始当時の代表取締役等が常に任務に違背して会社を破綻に陥らせたとはいえないことや、もし会社を破綻に至らしめたことについて旧代表取締役等に責任があるのであれば、役員責任査定決定など別途責任追及の途がある（現破一七七条以下）ことなどを考慮すると、会社が破産手続開始決定を受けたからといって従来の代表取締役等は直ちにその地位を失うものではないと解するの

が妥当である。<sup>(22)</sup> そして、かかる見解によれば、別除権者としては、破産会社の破産手続開始当時の代表取締役が未だ在任中であれば、その者に対して別除権放棄の意思表示をすれば足りることになる。<sup>(23)</sup>

##### 五 近時の破産実務と現行破産法との関係

最後に、本決定と近時の破産実務および現行破産法との関係について、若干付言しておきたい。本決定のように、会社が破産手続開始決定を受けた場合には、別除権放棄のために、必ず清算人の選任を申立てなければならないとすると、別除権者にとって大きな負担となることは、否定できない。<sup>(24)</sup> そこで、最近の破産実務では、基本的に、清算人の選任が必要であることを前提としつつも、別除権者に過大な不利益が生じないように、①破産管財人が別除権の目的物を破産財団から放棄しようとするときは、本件の事例のように、別除権者にその旨を事前に通知して、別除権者に破産管財人に対して別除権放棄の意思表示をする機会を与えたり、②別除権放棄の意思表示のために必要であるとして清算人選任の申立てがなされたときは、できるだけ短期間かつ低額な費用で、清算人を選任するなどの工夫がなされてきた。<sup>(25)</sup> このうち、①の事前通知については、現行破

産法の制定に伴い新たに施行された破産規則五六条において、破産管財人が別除権の目的物を破産財団から放棄するときは、二週間前までに、その旨を別除権者に通知しなければならぬものと定められた。したがって、現行破産法の下で、この事前通知かなされたときは、旧取締役に対する別除権放棄の意思表示を有効とみるべき特段の事情があるとされる場合は、極めて例外的な場合に限り得ることなる<sup>(26)</sup>。

(1) なお、旧破産法の下では、破産法人に自由財産を認めるべきか否かという論点とも絡み、破産管財人が破産財団から財産を放棄することができるか否かも問題となり得た(旧破産法下における議論につき、伊藤眞『破産法(全訂第三版補訂版)』(二〇〇一年、有斐閣)一五一頁、加藤哲夫・後掲注(2)評釈一三八頁など参照)。しかし、少なくとも現行破産法の下では、破産規則五六条後段が、破産法人の破産管財人が、担保権の目的物たる不動産につき権利を放棄できることを承認している限りにおいて、破産法人についても一定の範囲で自由財産を認めざるをえないと思われる。山本和彦・後掲注(4)解説六五頁参照。

(2) 「1」決定の解説ないし評釈として、吉岡伸一・判タ一〇三八号(二〇〇〇年)八三頁、上野隆司Ⅱ高山満・信

用保険月報二〇〇〇年二月号四八頁、村田利喜弥Ⅱ竹本康史・金法一六〇四号(二〇〇一年)二二頁、加藤哲夫・私法判例リマークス二三号(二〇〇一年)一三六頁、田原睦夫・金法一六二〇号(二〇〇一年)六四頁、草野真人・判タ一〇六五号(平成二二年度主要民事判例解説)(二〇〇一年)三〇〇頁、徳田和幸・倒産判例百選(第三版)(二〇〇二年)一三六頁、関沢正彦・金法一六八〇号(二〇〇三年)四頁などがある。

(3) 金商一〇九五号一〇頁の「コメント」参照。

(4) 本決定の解説ないし評釈として、佐藤鉄男・NBL七九六号(二〇〇四年)六頁、進士肇・金商一二〇七号(二〇〇五年)一三頁、永石一郎・法律のひろは五八巻八号(二〇〇五年)七三頁、M・I・金法一七四七号(二〇〇五年)一〇三頁、山本和彦・金法一七四八号(二〇〇五年)六四頁、浅生重機・金法一七五三号(二〇〇五年)三三頁、下村眞美・民商一三二巻六号(二〇〇五年)九四〇頁などがある。

(5) 「2」判決の解説ないし評釈として、千種秀夫・最高裁判例解説民事編昭和四三年度(上)二一〇頁、中西正明・民商五九巻五号(一九六九年)八二四頁、前田重行・法協八六巻六号(一九六九年)七二五頁、浦野雄幸・倒産判例百選(初版)(一九七六年)一七二頁、弥永真生・倒産判例百選(第三版)(二〇〇二年)一一八頁がある。

- (6) もっとも、村田<sup>11</sup>竹本・前掲注(2)解説二五頁は、  
 (2)判決は、破産宣告当時の取締役が同時破産手続廃止後の清算人になるかどうかが争われた事案であり、破産手続終了後に財産が発見された場合に関するものであって、  
 「1」決定や本件の事案のように、破産手続中から財産の存在が認識されている場合と事案を異にしており、「2」判決をもって、裁判所が選任する清算人に対して別除権放棄の意思表示をしなければならないことを述べたものと解することは疑問であるとされる。
- (7) 以上につき、高橋利文<sup>12</sup>角谷昌毅「許可抗告事件の実情」判時一八三八号(二〇〇四年)二三頁、および金法一六七六号五八・五九頁の「コメント」参照。
- (8) このことにつき、金商一二〇九号四〇頁の「コメント」参照。
- (9) 高木新二郎ほか編集代表『倒産法実務事典』(一九九九年、きんさい)三四八頁「澤野芳夫」、三宅省三編『現代裁判法大系(19)破産・和議』(一九九九年、新日本法規出版)一九二頁「佐々木宗啓」、東京地裁破産・和議実務研究会編『破産・和議の実務(上)』(一九九八年、きんさい)二二三頁、吉岡・前掲注(2)解説八五頁など参照。
- (10) このことにつき、関沢・前掲注(2)解説五頁参照。
- (11) 浅生・前掲注(4)評釈三七頁。
- (12) 金商一二〇九号四一頁の「コメント」参照。
- (13) 以上につき、浅生・前掲注(4)評釈三七頁参照。
- (14) 浅生・前掲注(4)評釈三七頁。
- (15) 進士・前掲注(4)解説一五頁。おそらく同旨、浅生・前掲注(4)評釈三七頁。
- (16) 村田<sup>11</sup>竹本・前掲注(4)解説二七頁も、前掲「1」決定に関してあるか、破産管財人より別除権の目的物の放棄の事前通知がなされていたにもかかわらず、なお担保権の抹消をしない別除権にまで保護を与える必要はないとされる。
- (17) 前掲注(4)に掲げた文献のうち、永石解説を除く各解説・評釈を参照されたい。また、伊藤眞『破産法(第四版補訂版)』(二〇〇六年、有斐閣)三二一頁も、本決定の立場を支持する。
- (18) 大隅健一郎「破産会社の取締役」『会社法の諸問題(新版)』(一九八三年、有信堂)三五四頁以下、大隅健一郎<sup>13</sup>今井宏『会社法論中巻(第三版)』(一九九二年、有斐閣)一七四頁、谷口安平『倒産処理法(第二版)』(一九八〇年、筑摩書房)一三一頁、大森忠夫<sup>14</sup>矢沢惇編『注釈会社法(8)のII』(一九六九年、有斐閣)一九一〔中西正明〕、伊藤『破産法(第四版補訂版)』二八三頁、斎藤秀夫ほか編『注解破産法(第三版)上巻』(一九九八年、青林書院)八二頁「小室直人」中殿政男、宮脇幸彦<sup>15</sup>竹下守夫編『新版破産・和議法の基礎』(一九八二年、青林書院)

三五頁「坂口裕英」など。

(19) 大判大正九年五月二九日民録二六輯七九六頁、大判昭和十四年四月二〇日民集一八卷四九五頁、中田淳一「破産法・和議法」(一九五九年、有斐閣)一〇九頁、山本戸克己「破産法」(一九七四年、青林書院)一三二―一三三頁、谷口・前掲注(18)書二〇一頁、伊藤「破産法」(第四版補訂版)一八三頁など。

(20) さらに、旧破産法下では、会社が破産した後に、債権者に対して強制和議の提供を行い(旧破二九〇条)、それが債権者集会の法定多数によって可決され(可決要件につき、旧破三〇六条)、かつ破産裁判所によって認可されると(旧破三〇八条)、なお存続できる可能性が認められていたが、かかる強制和議を立案・提供する者としては、破産会社の取締役会以外には考えられない。

(21) この点につき、金商二二〇九号三九頁の「コメント」参照。

(22) 以上につき、中野貞二郎「道下徹編『基本法コメンタール破産法』(第二版)」(一九九七年、日本評論社)三二頁「中島弘雅」参照。

(23) 永石一郎弁護士(一橋大学法科大学院特任教授)も、破産会社の旧取締役が行方不明のような場合ならばともかく、そうでないのであれば、旧取締役に別除権者による別除権放棄の手続を行わせても何ら不都合はなく、かえって、

別除権放棄の手続のためのみに、わざわざ別除権者に清算

人の選任を行わせる必要があるかは疑問であるとされる(永石・前掲注(4)評釈七六頁)。なお、浅生重機判事は、結論的には本決定の立場を是認されるが、実務感覚としては、別除権行使の意思表示をするために費用と時間をかけて清算人を選任する必要がないという点で、旧取締役に對して別除権放棄の意思表示をすれば足りるとする説に魅力があるとされる(浅生・前掲注(4)評釈三六頁)。

(24) 佐藤・前掲注(4)解説七頁参照。

(25) 園尾隆司「深沢茂之編『破産・民事再生の実務(上)』」(二〇〇一年、きんさい)一七七頁「中島肇」、桜井忠明「最近における東京地裁商事部の事件の概況」民事法情報一八〇号(二〇〇一年)六七頁、池田光宏「清算人選任事件」金商二二四一号(二〇〇二年)二頁、針塚遼「最近における東京地裁商事部の事件の概況」民事法情報一九二号(二〇〇二年)三五頁など参照。

(26) 判時一八七七号七二頁および金商二二〇九号四一頁の「コメント」、山本・前掲注(4)解説六七頁参照。

追記 本稿脱稿後、木川裕一郎教授の評釈・私法判例リマックス三三二号(二〇〇六年)一二四頁に接した。

中島 弘雅