

# 倒産手続における留保所有権の法性決定論についての覚書

東北大学大学院法学研究科准教授 宇野瑛人

- I. はじめに
- II. 実体法と法性決定
  - 1. 竹下説
  - 2. その後の学説
    - (1) 伊藤眞説
    - (2) 実体法と法性決定の分離
    - (3) 竹下説の再検討
- III. 法性決定とその帰結
  - 1. 対象財産の換価方法及び時期と法性決定
    - (1) 各種規定の適用の意味
    - (2) 各種規定の適用の実体法的前提
    - (3) 法性決定と財産帰属
  - 2. 法性決定を媒介しない法的効果
    - (1) 双方未履行双務契約
    - (2) 再建型手続と法性決定
    - (3) 法性決定の必要性
    - (4) 法性決定と「合目的的考慮」
- IV. まとめと展望

## I. はじめに

所有権留保をはじめとしたいわゆる非典型担保の多くは、債務者に既に帰属する物や債務者に原則的な取引形態であれば帰属しているはずの物の所有権の所在を操作する法形式を採りつつ、当該物の交換価値を用いて債権者が債務者に対して有する債権の回収リスクを低減する、つまり担保の目的で用いられている<sup>1</sup>。

---

<sup>1</sup> このような性質が倒産法における非典型担保の取扱いを巡る議論の出発点に据えられることは珍しくない（山本克己ほか編著『破産法・民事再生法概論』（商事法務、2012）162頁

倒産法学においては、この非典型担保の法的性質、より具体的には、債務者が倒産した場合に対象物の所有権を法形式上は有する債権者が当該物について行使する権利の性質が（一般の）取戻権であるのか別除権（破産手続・民事再生手続の場合。会社更生手続においては更生担保権）であるのかが争われてきた。そして現在においては、非典型担保と見られる権利は、仮に形式的には目的物の所有権が債権者に帰属する場合であってもその実質に則して担保権としての性質を認めれば足りる（破産であれば別除権を認めれば足りる）、と考えるのが一般的である<sup>2</sup>。このような、ある権利者に「倒産実定法上想定されるものの内<sup>3</sup>どのような地位を与えるべきか」という問題を、本稿では「法性決定（論）」という。

本稿は、非典型担保の内所有権留保を対象に取って<sup>4</sup>、法性決定の理論的前提を明らかにしつつ、そうした作業自体の持つ意味を検討することを目的とする。非典型担保の倒産法上の法性決定は、実体法上非典型担保が如何なる法的構成（本稿においては、倒産法上の法性決定とは別に、目的物が物権的に誰にどのように帰属し、目的物に対する権限を誰がどのような範囲で有するのかを規定する実体法理論の総体を指す。以下では、単に「実体法上の構成」とも呼ぶことがある）に服するのかという問題と関連付けて考察されてきたが、近時、倒産法上の一定の帰結を演繹的に導く手法として実体法上の法的構成を云々することは有効でなく、むしろ倒産法固有の合目的的考慮から適切な解決を導く法性決定を与えれば足りるとも主張される<sup>5</sup>。一般に、取戻権や別除権を問題とする場合、問題となっている権利が実体法上どのような権利なのかを前提とすることが通常であろうが<sup>6</sup>、こと非典型担保においてそのような思考が有用でないと考えられるとすれば、それは何故なのだろうか。また、仮にそれが有用でないとすれば何らかの代替的理

以下、172頁以下 [佐藤鉄男]、山野目章夫「非典型担保」竹下守夫・藤田耕三編代『破産法大系 第2巻 破産実体法』170頁以下（青林書院、2015）171頁）。

<sup>2</sup> 杉本和士「破産管財人による所有権留保付動産の換価——前提となる法的問題の検討」岡伸浩ほか編著『破産管財人の財産換価 [第2版]』779頁以下（商事法務、2019）787頁、山本克己編著・前掲註1 172頁 [佐藤]。結論において別除権構成を採用する近時の文献として、例えば伊藤眞『破産法・民事再生法 [第4版]』（有斐閣、2018）484頁、伊藤眞「最二小判平 22.6.4の Nachleuchten（残照）——留保所有権を取得した信販会社の倒産手続上の地位——」金法 2063号 36頁以下（2017）、山野目・前掲註1 171頁。もっとも異説も存在する（有力なものとして道垣内弘人『担保物権法 第4版』（有斐閣、2017）373頁）。

<sup>3</sup> 実定法上のメニューを当然に完結的なものと考えない場合、なお選択肢は広がりを持ち得るが（この点については後掲研究会後の高田裕成教授との個人的なやり取りに負う）、さしあたりこれまでの議論との対話可能性を確保する意味でも本文のような前提で議論を進める。

<sup>4</sup> 所有権留保と一口に言っても、対象財産の種類によってはそもそも代金の担保目的のものではないものが含まれるとの指摘がある（山野目・前掲註1 192頁）。基本的には契約当事者の意思解釈の問題であり、対象財産の種類によっては典型的に契約の意義が定まる（ないし推定される）ことを意味すると考えられる。本稿は、売買代金の担保目的の特定の財産についての所有権留保を念頭に置く。

<sup>5</sup> 詳細は、後述II 2(2)。

<sup>6</sup> 別除権となる権利は実体法上のカタログから例示する形で法定され（破産法2条9項）、取戻権は実体法上いくつかの種類の権利が取戻権の基礎となると説明される（例えば、伊藤・前掲註2書 454頁以下）。

論枠組みが必要となりそうであるが、その方向性を探る為にも従来の議論のどこに問題があったのかを検証しておくことがなお有益であるように思われる<sup>7</sup>。

そして、こと所有権留保を巡っては、近時現れたいくつかの最高裁判例<sup>8</sup>をきっかけに特に議論が盛り上がりを見せている。本稿は、非典型担保に相当する権利が倒産手続上障害なく主張可能な場面を前提とし、この意味で近時の倒産法と所有権留保に関する最高裁判例が扱うものとは場面を異にする<sup>9</sup>が、これら最高裁判例やそれを前提とした学説の議論には、所有権留保の実体法上の法的構成の在り方や、別除権という法性決定が意味するところが密接に関わっている<sup>10</sup>。また、所有権留保の処遇をめぐる議論において再建型手続を無視することは適切でないと思われるが、本稿においてはさしあたり伝統的な議論の順序に則って<sup>11</sup>、まずは破産法における取扱いを検討し必要に応じて再建型手続について検討を加える<sup>12</sup>。

## II. 実体法と法性決定

近時の議論においては、所有権留保の法的構成と倒産法上の法性決定との関係について新たな指摘が見られる。そこで、まずは我が国における法性決定論を実体法理論との関係に着目しながら確認していくこととしたい。

なお、所有権留保が手続開始前に実行（ここではさしあり、約定の条件の成就に伴って、売主が目的物を買主の下から引き揚げて換価する等して、売買代金等の被担保債権を回収すると共に、清算金が生ずればそれを買主に返還するプロセスを意味する）されれば、目的物の所有権は確定的に売主や目的物の処分の相手方に移転することになる。この場合、それらの者が買主の倒産手続において主張

<sup>7</sup> 本文でも触れる通り、前述の懐疑論は最終的に倒産法上適切な帰結を導けるかどうかを実質的に考察する方向を示すが、このことは新たな標が存在するというよりはむしろ標が失われることを意味しているように思われる。

<sup>8</sup> 倒産法上の処遇を巡る近時の著名な判例として、最判平成 22 年 6 月 4 日民集 64 卷 4 号 1107 頁、最判平成 29 年 12 月 7 日民集 71 卷 10 号 1925 頁。倒産局面を扱うものではないが最判平成 30 年 12 月 7 日民集 72 卷 6 号 1044 頁も注目される。

<sup>9</sup> 最判平成 22 年 6 月 4 日・前掲註 8、最判平成 29 年 12 月 7 日・前掲註 8 は、いずれも手続開始時に対象財産の登録を備えていなくとも別除権を倒産手続に対して主張可能かが争われたものである。

<sup>10</sup> 前述の懐疑論がこうした脈絡から現れたことはこれを傍証するように思われる。また、特に否認の問題に関して、後述の伊藤説（II 2（1））や白石大「所有権留保と偏頗行為否認」三木浩一ほか編『民事手続法の発展 加藤哲夫先生古希祝賀論文集』413 頁以下（成文堂、2020）425 頁を参照。

<sup>11</sup> おそらくは、我が国における再建型手続に関する議論は、破産手続において蓄積された議論を基礎に、それを再建型手続の特徴に即して変容させながら展開されてきたものと思われる。このような議論方法は比較法的にも自明のものでないが、さしあたり現状では本文で記載した方法で検討を進めたい。この方法がどの程度適切かは、本稿での検討が成功しているかということをも踏まえて改めて考えたい。

<sup>12</sup> なお、伊藤・前掲註 2 論文 42 頁以下は、手続の種類によって議論が異なるべきでないとする。筆者もこの指摘に共感を覚えないではないが、理論的にそれぞれの手続との関係で議論がどのようになるのかを一端別個に明らかにしておくことも（結果的にそれらが同じ結論に達すべしと考える場合であっても）有意義であろう。

する権利は、ごく一般的な意味での取戻権である<sup>13</sup>。この実行がいつなされたかと評価されるか自体難問であるが<sup>14</sup>、本稿では取り上げない。むしろ本稿は、そうした実行が未了の段階で買主（債務者）について倒産手続が開始した場合を対象とする<sup>15</sup>。

## 1. 竹下説

竹下教授は、旧破産法及び旧会社更生法下において、所有権留保等の非典型担保の処遇について詳細な論稿を残している<sup>16</sup>。これが現在通説化している別除権説の嚆矢とされる見解である<sup>17</sup>。竹下説以前においては、取戻権として処遇する見解が通説的であったと言われているが、留保所有権が取戻権か別除権かという問題意識自体が希薄であり<sup>18</sup>、結果として所有権一般と同様に取戻権として扱うと素朴に考えられていた<sup>19</sup>。

竹下教授は、非典型担保の問題を論じるに当たって、実体法上債権者と債務者がどのような権利を有するのかを基礎に据えるべきと述べている<sup>20</sup>。所有権留保に関して言えば、買主は目的物の引渡しを受けることで代金完済を条件とする条件付所有権を取得するところ、この買主の取得する権利が物権的なものであることがここでいう実体法上の基礎を成す<sup>21</sup>。売主とてこの買主の物権を破壊することは許されないから<sup>22</sup>、売主の所有権は所有権に結び付けられるあらゆる効果を

<sup>13</sup> 伊藤・前掲註 2 書 487 頁もこれを前提とした記述と見られる。なお、買主の下から物理的に目的物を回収する必要があるならば積極的に取戻権を行使することになろうし、すでに回収された目的物の引き渡しを求める破産管財人に対して抗弁として取戻権を主張することもあろう。

<sup>14</sup> 道垣内・前掲註 2 323 頁以下、山野目・前掲註 1 194 頁。

<sup>15</sup> なお、「いつ実行が完了したか」という問いは、別除権説を前提とする立場からは「いつ売主が取戻権を行使できるようになるか」と言い換えることが可能である。倒産手続の影響を凡そ受けることのない完全な取戻権を考える限り、別除権説を前提としてこそこうした問いは意味を持つ（山野目・前掲註 1 194 頁も参照）。竹下守夫「非典型担保の倒産手続上の取扱い」同『担保権と民事執行・倒産手続』217 頁以下（有斐閣、1990）220 頁〔初出＝1981〕は、「担保権から所有権への変身の過程」と表現する。

<sup>16</sup> 竹下守夫「所有権留保と破産・会社更生」同・前掲註 15 書 267 頁以下〔初出＝1973〕、同・前掲註 15 論文 253 頁以下。

<sup>17</sup> 杉本和・前掲註 2 787 頁。

<sup>18</sup> 加藤正治『新訂増補 破産法要論 第 20 版』（有斐閣、1957）185 頁以下は特に所有権留保に触れることなく取戻権について論じており、旧破産法 88 条の類推適用の対象にも所有権留保を含めていなかった（菊井雄大『改訂増補 破産法概要』（弘文堂、1953）80 頁以下もその範囲を拡大する趣旨ではなさそうである）。

<sup>19</sup> 例えば、中田淳一『破産法・和議法』（有斐閣、1959）116 頁、我妻栄『債権各論 中巻一（民法講義 V<sub>2</sub>）』（岩波書店、1957）318 頁。なお、我妻説においては、所有権留保の目的が担保であることは指摘されるものの、その性質が法性決定に影響を与えるものとは考えられていなかった。

<sup>20</sup> 竹下・前掲註 15 221 頁は、「非典型担保における債権者・債務者は、そもそも実体法上の法的保護に値するものとしていかなる権利ないし法的地位を認められているのかを基礎とし」（圏点は引用者が付した）て問題を解決せねばならないとする。

<sup>21</sup> 竹下・前掲註 16 277 頁以下。

<sup>22</sup> 竹下・前掲註 16 280 頁。

享受することはできず、売買代金の担保の目的に必要な限度に<sup>23</sup>、すなわち、代金弁済の履行遅滞時に目的物の返還を求め得ることを前提に、任意の方法による換価を行って未払債権の満足に充てることを内容とする<sup>24</sup>担保権的権利に縮小される<sup>25</sup>。このような買主と売主の関係は「価値の分属」とも表現され、割賦代金の支払いによって逐次売主から買主へ所有権が移転していくいわば過渡期的な状態としても把握されている<sup>26</sup>。

このような構成を倒産手続に反映させると、買主＝債務者は代金完済前であっても目的物を占有・使用する権利を有することが契約上売主に対抗できてしかるべきであるし<sup>27</sup>、破産財団に属する条件付所有権を売主による目的物の取戻しによって失わせることも許されない<sup>28</sup>から、売主に完全な取戻権を認めることはできない。先に述べた価値の分属という観点からは、留保所有権の内未払代金相当額に相当する価値部分については取戻権とも言うべきであるとしても、一個の有体物の観念的な一部でしかなく当該部分の分離ができない以上売主に取戻権を認めることはできず、売主は換価金の一部が自己に排他的に支払われるべき旨を主張することができるに過ぎない<sup>29</sup>。このように売主の権利は完全な所有権ではなく担保的権利に縮小されているから、破産手続において売主に付与される権利は他の担保権者と同じく別除権とすべきだと結論される<sup>30</sup>。

このように竹下説は、実体法上の買主・売主双方の権利を基礎として議論を展開している。特に買主に条件付所有権という物権的地位を認めることが重要な意味を持ち、このことと売主の権利が担保的権利に縮小することが連動している。別除権という法性決定上の帰結は、所有権留保が実質的には担保目的であるとか、売主に取戻権が認められないことから直ちに基礎付けられるわけではなく、実体法上の買主・売主への目的物の帰属形態（竹下教授が言うところの「価値の分属」状態、「担保的権利に縮小された売主の権利」）を手続に反映する法性決定としては別除権が適切である、という思考が働いている。このように、竹下説における法性決定論は、実体上の法的構成の受け皿として最も適切なものを選択するとい

<sup>23</sup> 竹下・前掲註 16 284 頁。

<sup>24</sup> 竹下教授は特にこの任意換価権を強く見ている（竹下・前掲註 16 285 頁）。

<sup>25</sup> 竹下・前掲註 16 284 頁以下（簡潔な表現として、同・前掲註 15 253 頁）。具体的な帰結としては、残余金の買主への返還（清算）が導かれる（同・前掲註 16 285 頁）。

<sup>26</sup> 竹下・前掲註 16 280 頁。一連の竹下教授の理解は、鈴木禄弥教授の見解（幾代通ほか「企業担保（経営法学全集 9）」（ダイヤモンド社、1966）300 頁、315 頁 [鈴木禄弥執筆]の見解であると思われる。但し、鈴木説そのものというよりは、鈴木説の背後にある基本理解＝「所有権が完全には設定者にも担保権者にも帰属していない」（同 300 頁）という把握）に特に影響を受けたものであった（竹下・前掲註 16 286 頁以下参照）。

<sup>27</sup> 竹下・前掲註 16 292 頁以下。このことから、取戻しの前提として契約の解除が必要的であることが導かれている。

<sup>28</sup> 竹下・前掲註 16 293 頁。

<sup>29</sup> 竹下・前掲註 16 294 頁。

<sup>30</sup> 竹下・前掲註 16 294 頁。

う観点から定められていると言えよう。

## 2. その後の学説

別除権説は、今日では学説上一般的な理解となったと言って良い。判例上も、非典型担保を別除権と表現するものが複数登場している<sup>31</sup>。もっとも、竹下説の論理が厳密にトレースされているわけではなく、形式的には所有権は売主にあるがその実質は担保であるから（ないし非典型担保であるから）倒産法上は別除権として処遇する、といった説明が加えられることが多い<sup>32</sup>。そこでは、竹下教授が念頭に置いた意味での実体法的な法的構成は表面には現れず、形式と実質のいずれを重視するかといった形で問いが立てられている。

また、民法学説上、所有権留保の法的構成について確立した通説はおそらく成立しておらず、判例もどのような立場に立っているのかを明確にしているわけではない<sup>33</sup>。このことは、竹下説の実体法理解を前提として議論を展開できるとは限らないことを意味している。またこれにより、所有権留保を論じる際に前提とされる実体法理解が論者によって一致しないことがあり得、また、大枠としては所有権的構成と担保的構成という形に実体法学説が分類されるものの、それぞれについてどのような内容を想定するのかが論者によってズレていることもある<sup>34</sup>。

### (1) 伊藤眞説

こうした前提認識のズレが噴出しているのが、所有権留保と目的物の登録に関する議論である。売買代金を保証ないし立替払いした信販会社が売買目的物（自動車）の所有権を留保する形態について<sup>35</sup>、倒産手続上その効力を別除権として主張する為には、当該信販会社が自己名義の登録を備えている必要がある場合があることを示す判例<sup>36</sup>の理解を巡って、そもそも何故に留保所有権者は登録を要し得るのか、より具体的にはそこで登録が要求される根拠は対抗要件としてなの

<sup>31</sup> 最判平成 22 年 6 月 4 日・前掲註 8、最判平成 29 年 12 月 7 日・前掲註 8。

<sup>32</sup> 前掲註 2 文献の他に、山木戸克己『破産法』（青林書院、1974）154 頁、谷口安平『倒産処理法 第 2 版』（筑摩書房、1980）232 頁、霜島甲一『倒産法体系』（勁草書房、1993）257 頁。

<sup>33</sup> 現行法において非典型担保の取扱いを明文化しなかったことにも、実体法平面での議論の収束が見られないことが関わっている（小川秀樹編著『一問一答 新しい破産法』（商事法務、2004）108 頁）。近時、表面的には最判平成 30 年 12 月 7 日・前掲註 8 のような、買主に所有権が移転していないことを前面に出すものもある（白石・前掲註 10 425 頁がこのことを重視している）が、なおその説示の意味の解釈が安定するには時間を要しよう。

<sup>34</sup> 例えば、後註 46 の通り、伊藤・前掲註 2 論文と杉本和・前掲註 2 は、「所有権的構成」の内容を異なって解しているように思われる。

<sup>35</sup> 信販会社を含む三者関係は、売主・買主のみが問題となる場面とは相当に異なるものを含むが、以下の物権変動に関する議論はそうした特殊性とは無関係である。

<sup>36</sup> 最判平成 22 年 6 月 4 日・前掲註 8。

かそれ以外の理由によるものなのかが問われ、その際に「所有権留保は物権変動が観念されない」から対抗関係が生じる余地はないとの理解が前提とされることがある<sup>37</sup>。同じことが、手続開始前に登録を備えない留保所有権者によって目的物が引き揚げられた場合に否認権（破産法 162 条 1 項等）が成立するかという脈絡においても語られる<sup>38</sup>。買主の責任財産に目的物は帰属しないという理解もこれに属する<sup>39</sup>。

このような傾向に警鐘を鳴らすのが近時の伊藤眞教授の論文である。既に伊藤教授は自身の体系書において、所有権留保の実行を取戻権として認めるか別除権として認めるかは「留保所有権の性質をどのように構成するかによって異なる」と前置きし、「すでに買主が条件付所有権という物権的支配権を目的物について取得している以上、留保所有権は本来の意味での所有権ではありえず、代金債権を担保する目的の担保権の一種であるとする」ことを前提とすれば、別除権として構成されるとする<sup>40</sup>。つまり、伊藤説は上で紹介した竹下説の論理を相当程度引き継いでいる<sup>41</sup>。逆に、伊藤教授は物権変動が存在しない、あるいは買主の責任財産に目的物が属さないことを前提とする見解を「取戻権説への回帰を意味する」と批判する<sup>42</sup>。近時一般に考えられている通り所有権留保は別除権であるという結論を共有する限り、そのような実体法理解は伴い得ないと考えられているのである。

伊藤教授の言う「物権変動」というのは、債権者の権利が完全な所有権から担保権に変化し、これに伴って債務者が物権的権利を取得することを意味するようであり<sup>43</sup>、やはり竹下教授に近い発想と見られる<sup>44</sup>。伊藤教授は、所有権留保に別除権という法性決定を与える場合に前提となるはずのこのような法的構成が別除権説の中において共有されていないことを批判していると言える<sup>45</sup>。議論が噛み

<sup>37</sup> 杉本和・前掲註 2 783 頁。

<sup>38</sup> 阿部弘樹ほか「登録名義を有しない自動車所有権留保の破産手続上の取扱いに関する実務の流れと問題点の検討——平成 22 年 6 月 4 日最高裁判決を契機として」債管 155 号 64 頁以下（2017）77 頁以下、白石・前掲註 10 425 頁。

<sup>39</sup> 白石・前掲註 10 425 頁によれば、所有権の移転がないことと順接の関係にある。

<sup>40</sup> 伊藤・前掲註 2 書 484 頁。会社更生法についても、同様の論理で更生担保権であることが導かれる（伊藤眞『会社更生法』（有斐閣、2012）205 頁以下）。

<sup>41</sup> このようなスタンスは、伊藤・前掲註 2 論文 41 頁でも顕著である。

<sup>42</sup> 伊藤・前掲註 2 論文 39 頁。

<sup>43</sup> 伊藤・前掲註 2 論文 41 頁。債務者による物権的権利の取得を認めることが同時にその意味での「物権変動」を認めることを意味すると解されているようである。

<sup>44</sup> 但し、伊藤教授は、「特定の財産権について担保権を有する者が存在する場合に、担保目的物たる財産権は担保権設定者に帰属し、設定者に破産手続が開始したときは、当該財産権は、破産財団を構成する」という「公理」を肯定し（伊藤・前掲註 2 論文 37 頁）、債務者が有する期待権（竹下教授の言う条件付所有権と実質は変わらないものと思われる）が債務者財産を組成し、それに債権者が担保権を設定したものと見る（伊藤・前掲註 2 論文 41 頁）。竹下説においては、おそらく担保目的物は対象物そのものと捉えられていたのに対し、伊藤説においては前述の「公理」から、担保目的物＝財団財産構成財産であるという図式を維持する為、目的物（ないし目的たる財産的権利）をより特定している。

<sup>45</sup> 伊藤・前掲註 2 論文 41 頁以下は、伊藤説が説くいくつかの考え方が担保的構成の基礎に

合っているかは別にして<sup>46</sup>、本稿が着目したいのは伊藤説が法性決定と実体法の関係をどう捉えているのか、である。以上の伊藤教授の問題提起は実体法レベルで、とりわけ債務者の責任財産に所有権留保の目的物が（物権的期待権という形で）含まれているはずであるという形でなされている<sup>47</sup>。実体法の構成から出発してその受け皿として法性決定を導いた竹下説と比較すると、これをいわば逆流させて、別除権という法性決定の採用は一定の実体法理解を伴っていなければならないとの理解が採られていることになる<sup>48</sup>。

## （２）実体法と法性決定の分離

いずれにせよ、竹下説も伊藤説も、一定の実体法理解を前提に法性決定を所有権留保に与える、という発想を前提にしている。

これに対して、近時は実体法と法性決定を不可分とは捉えない見解も唱えられている<sup>49</sup>。

山野目教授は、所有権的構成と担保的構成という二種類の実体法理解（所有権留保が実質的には担保目的を有することを直接実体法上の構成に反映させるかどうか<sup>50</sup>）は、取戻権・別除権という法性決定と対応すると考えるのが素朴であるもののこれを自明とは考えない<sup>51</sup>。すなわち、所有権的構成を採る場合であっても、倒産法上別除権扱いの帰結が妥当だと考えるならば、倒産法においてのみ担保の実質を重視して別除権として扱うことも可能だという<sup>52</sup>。「法的解決を要請する事項ごとに相対的な解決」が可能であり<sup>53</sup>、倒産時においてのみ担保の側面を強調するといった態様の議論を拓いている。平時における一定の構成の採用によっては直ちに法性決定が定まるわけではないという見解として興味深いものがある<sup>54</sup>。

これを近時の杉本和士教授が積極的に採用している。杉本教授は、法性決定をはじめとした倒産手続における非典型担保の問題は、直截に倒産法上の問題と捉

---

あったことを強調する。

<sup>46</sup> 例えば、杉本和・前掲註 2 796 頁は、物権変動は生じないとの理解を所有権説と呼び、これは条件付所有権を肯定する見解であるとしており、むしろ竹下説や伊藤説に立った場合も物権変動はないという理解を示しているようにも見える。責任財産に属していないという主張についても、「属していない」の意味がなお問題であり、杉本論文は条件付所有権の存在と「属していない」との評価が両立するものと考えているように見える。

<sup>47</sup> 伊藤・前掲註 2 論文 45 頁等。

<sup>48</sup> 但し、実定法解釈論の面で、別除権が破産財団に属する財産が対象であることを定義に含んでいること（破産法 2 条 9 項）とも関わる（伊藤・前掲註 2 論文 37 頁）。

<sup>49</sup> 道垣内弘人『買主の倒産における動産売主の保護』（有斐閣、1997）が、一定の立場を採った場合の影響・結果の妥当性を実質的に検討すべきとする点においては（同 66 頁以下、325 頁）親近性を有する。

<sup>50</sup> 山野目・前掲註 1 193 頁。

<sup>51</sup> 山野目・前掲註 1 195 頁。

<sup>52</sup> 山野目・前掲註 1 195 頁以下。

<sup>53</sup> 山野目・前掲註 1 196 頁。

<sup>54</sup> また、山野目教授は、実体法上も、特定の法的構成を採用しても演繹的に法的解決が定まらない場合があることを指摘している（山野目・前掲註 1 193 頁）。



え、「実体法上の法律関係を前提としつつも」「倒産法固有の合目的的な観点において考察を行うべき」とされ<sup>55</sup>、特定の実体法理解と法性決定とを連動させない方向性を志向している。かくして法性決定論は直接に倒産法固有の問題意識を受け取るべきものとなり、別除権という概念は倒産法上の道具概念として用いられることになる。

こうした見解は、伊藤説のような別除権説の採用が実体法上の一定の態度決定を当然に含むとの主張を遮断する<sup>56</sup>。

### (3) 竹下説の再検討

以上のような見解を得た現在の目から竹下説を再度眺めると、以下のようなことが指摘できよう。

#### (i) 竹下説とその具体的帰結

繰り返しになるが、竹下説は、実体法上の特定の法的構成を前提に、これを適切に手続上反映させ得る法性決定として別除権者としての地位を留保所有権者に認めたのであった。その効果として竹下教授は、主として清算義務の肯定、換価期限の設定可能性（現行破産法でいう 185 条）、受戻しの可能性の 3 つを取り上げつつ<sup>57</sup>、管財人による目的物換価権限<sup>58</sup>や不足額責任主義<sup>59</sup>の適用を前提とする箇所も見られる。近時の見解は、特定の法的構成を前提としないまま別除権という法性決定を与えることで、同様の効果を楽しもうとしている。以下、竹下説で認められていた諸帰結を順に取り上げつつ、もう少し仔細にその論理を確認しておこう。

竹下教授は、①清算義務は別除権説の採用がなければ導かれまいと見ていたが<sup>60</sup>、近時は取戻権であっても清算義務が生じることには変わりがないという指摘も増えている<sup>61</sup>。取戻権は実体法上認められる物権の内容を倒産手続上もそのまま主張することを意味しているとすれば、平時において清算義務が肯定される限り<sup>62</sup>、

<sup>55</sup> 杉本和・前掲註 2 781 頁。

<sup>56</sup> 杉本和・前掲註 2 789 頁。まったくの推測ではあるが、竹下説や伊藤説が予定する民法理解が民法の学説レベルで有力とは見得るとしてもそれが支配的になったかどうか定かではなく（小川・前掲註 33 108 頁はそのような認識を示している）、民法上の法的構成の理論が帰一するところを知らない状況下（杉本和・前掲註 2 788 頁を参照）において、倒産法の議論を実体法に依存しないで組み立てられる方法論は魅力的に映るのかもしれない。

<sup>57</sup> 竹下・前掲註 16 295 頁以下。

<sup>58</sup> 換価期限の設定との関係で、竹下・前掲註 16 295 頁以下。

<sup>59</sup> 管財人による無権限の目的物譲渡との関係で、竹下・前掲註 16 302 頁

<sup>60</sup> 竹下・前掲註 16 295 頁。他にも、山野目・前掲註 1 173 頁。

<sup>61</sup> 道垣内・前掲註 49 297 頁、山本克ほか編著・前掲註 2 163 頁 [佐藤]、霜島・前掲註 32 257 頁、杉本和・前掲註 2 785 頁。伊藤・前掲註 2 書 485 頁もおそらく同様である。

<sup>62</sup> 譲渡担保における清算義務の存在につき、最判昭和 46・3・25 民集 25 卷 2 号 208 頁。所有権留保も同様とされる（道垣内・前掲註 2 372 頁、内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権第 4 版』（東京大学出版会、2020）656 頁以下）。

取戻権と法性決定することで突然清算義務が失われることはないように思われる<sup>63</sup>。そうすると、清算義務の有無は実体法レベルで決着がつく問題であり、重ねて別除権という法性決定を為すことに実質的な意味はない。

それ以外には、別除権（更生担保権）という法性決定の帰結として、素朴に別除権に一般に適用される規定の適用を予定するものが多い。こちらは確かに、実定法の適用という意味では「別除権」という法性決定を与えたことから導かれる帰結であるように見える。しかし、②受戻し（被担保債権の全額弁済による担保の付着していない目的物の取得。現行破産法 78 条 2 項 14 号の対象）の可能性<sup>64</sup>については、被担保債権を弁済しても他の債権者の配当に悪影響がない（し任意売却を促進することで有利な影響さえある）ことが受戻しの許容性を支えているのだとすると、ここでも別除権という法性決定そのものに決定的な意味はない<sup>65</sup>。他面で、受戻しを認めることについては、倒産法（とりわけ会社更生法）上の妥当性があることが補充的にはあれ竹下説においても主張されており<sup>66</sup>、実体法上の法的構成がどの程度意味を持つ場面なのかは竹下説内在的には明らかでなかった。

さらに、③換価期間の設定可能性については、別除権と言った以上はそうなるという程度の議論であり、竹下教授が別除権説の基礎に据えた実体法理解とどのような関係にあるのか明らかにされていない。④管財人による目的物の換価や⑤不足額責任主義もこうした議論の域を出るものではない。

また、①と似て、実体法から直接議論が可能な領域が明示にも存在していた。⑥双方未履行双務契約性の否定と⑦倒産解除条項の効力の制限である。これらについて、竹下教授は法性決定論を媒介することなく結論を導出し得ている（特に⑥の詳細につき、後述Ⅲ 2 (1)）。

## (ii) 法的構成・法性決定・具体的帰結

以上を踏まえ抽象的な議論に戻ろう。

<sup>63</sup> なお、売主破産時に清算金支払請求権が単なる破産債権となることを防ぐという趣旨の議論もある（譲渡担保につき、竹下・前掲註 15 231 頁）が、このような議論は、買主破産時の売主の取り扱いよりも、売主が持つ権利が買主・売主のいずれが破産するかを問わず凡そどういう性質のものなのかこそが問題であることを示すものと言えよう。

<sup>64</sup> 竹下・前掲註 16 295 頁以下、300 頁註 13。なお、これを認めるということは、結局のところ双方未履行双務契約の規定を適用し履行を選択したのと同様の効果をもたらすようにも思われるが、後述の双方未履行双務契約性の否定論との関係は明らかでない（杉本和・前掲註 2 790 頁は、買主側破産時における履行選択を「一応は正当化される」とする）。もっとも、解除選択（同 790 頁）や、売主破産時において買主が弁済を継続しているにも拘らず売主側から一方的に解除がなされることに問題があるとすれば、双方未履行双務契約の規定の適用ではなく受戻しの限度でのみ認めるべきとの議論があり得ようか。

<sup>65</sup> 偏頗行為否認の有害性論において、担保権者のみならず優先債権者への弁済も有害性を持たないのと同じである。道垣内・前掲註 49 297 頁以下も結論としては同様。

<sup>66</sup> 倒産解除条項との関係で、竹下・前掲註 16 312 頁以下。

竹下説は、(ア) 実体法上の法的構成→(イ) その受け皿として別除権という倒産法上の法性決定→(ウ) いくつかの帰結の肯定という構造を持つ。そこでは、基本的には(ア)が決まることで(イ)も決まり、(ウ)もおそらくは実定法上の別除権関連規定が自動的にパッケージとして適用される(他の別除権者と同じように扱われる)ことが比較的容易に肯定されていたと考えられる。

しかし、(イ)で見たところからすると、(ア)(イ)(ウ)相互の関係は実際にはより複雑である。

少なくとも、(ア)から直接(ウ)を導き得、(イ)を媒介する意味がはっきりしないもの(①⑥⑦)が含まれる。このことから、(イ)＝法性決定が何のためになされるのかを改めて問う余地が残る。解答の可能性としては、仮に(ア)から直接議論が可能であっても、一度別除権という概念を媒介する(＝(イ))ことで手続上・実定法解釈論上の取扱いを明確にし<sup>67</sup>、あるいは(ア)で設定した法的構成(いわゆる担保的構成)を改めて意識させる象徴的意味があるとは言えそうである。いずれにせよ、少なくとも実体法上の構成ないしそれを支えている問題意識の価値が失われることを(ア)と(イ)を分離する見解((2))は意味せず、竹下説が部分的にはそうであるように、法性決定という道具立てを媒介せずに同様の議論が可能であることは否定できない。したがって、ある問題が一定の解決を備えるべきだと考えられる場合、当該解決を道具概念としての別除権の帰結とすることは自明ではなく、端的に実体法上一定の構成を採用したことの帰結であると説明することもなお可能である。

別のカテゴリとして、(イ)の結果として他の別除権となる権利同様に(ウ)が肯定されるという筋の議論がある(②③④⑤)が、それらは共通して(ア)との関係が明らかでない、ないし検証されていない。ここでの(ウ)は、(イ)の作業の形式的な帰結として記述されているに過ぎない。(ア)と(イ)を一塊で捉える竹下説内在的には、(ウ)がより厳密にどこから導かれてくるのかを問う契機に乏しいが、(ア)と(イ)の必然的連動を疑ってなお(ウ)を肯定する近時の見解((2))から眺めると、狙われている帰結がどのような論理から導かれ得るのか、改めて検討する必要があるように思われる<sup>68</sup>。

<sup>67</sup> 解釈技術上は、別除権関連規定の直接適用がなされるという意味を持つ。

<sup>68</sup> 若干構造が特殊なのが②であり、実体法＝(ア)との関係というよりも、担保権に特有の倒産法理論との関係で論じられるべき問題なのか、より一般的な倒産法理論(前註65参照)との関係で論じられる(その中で、債権者間の利害関係が実質的に検討に付され、場合によっては担保権としての性質＝(ア)が問題とされ得る)のかという問題として把握されようか。

### Ⅲ. 法性決定とその帰結

近時の学説は、実体法から演繹する議論様式から距離を取ると共に、法性決定を与えるかどうかは倒産法固有の合目的的考慮から決されるべきと述べている。この考え方は、別除権との法性決定を与える際の効果ないし帰結に強い関心を寄せる態度を示していると言って良い。また、Ⅱで確認したように、別除権説の嚆矢とされる竹下説にも、実体法理解及びそれを反映したものであるところの法性決定と具体的帰結の関係が不明瞭な部分が残されていた。

そこで、以下、いくつかの素材を取り上げて、従来法性決定との関係でどのような具体的問題が論じられてきたのか、その問題の解決にとって法性決定はどのような意味を有していたのかを検討してみたい。もっとも、筆者の能力の限界から、あらゆる論点を網羅することは叶わないことをおことわりしておきたい<sup>69</sup>。

#### 1. 対象財産の換価方法及び時期と法性決定

竹下説以来、極めて多くの文献において指摘されてきた効果として、所有権留保目的物の破産手続における換価方法に関する破産法上の規定（154条<sup>70</sup>、184条2項<sup>71</sup>、185条<sup>72</sup>、186条<sup>73</sup>）が適用されることがある。これらの一連の規定は、ラフに言えば、別除権は破産手続外での実行が許容される（65条1項）が、それでもなお対象財産の換価に管財人が一定程度介入し、強制執行手続あるいは任意売却の方法によって換価のイニシアティブを奪うことを認める意味を有する。

以下では、184条乃至186条を取り上げつつ、所有権留保にこれら規定を適用する意味と根拠について考察していきたい。

##### （1）各種規定の適用の意味

破産法184条2項が適用されると、所有権留保合意が予定している目的物換価方法が財団の迅速な換価の名の下に変更され、管財人による民事執行法に基づく換価方法が可能となる。このことは同時に、目的物換価時期選択のイニシアティブも管財人に与えられることを意味する<sup>74</sup>。

<sup>69</sup> 扱い損ねた問題としては、例えば不足額責任主義（破産法108条）の適用（竹下・前掲註16302頁がこれを前提としている）があるが、不足額責任主義そのものの基礎や民法394条との関係を含め、後日検討したい。

<sup>70</sup> 伊藤・前掲註2書485頁。

<sup>71</sup> 伊藤・前掲註2書485頁。竹下説はこの点に直接は触れないが、185条2項の期間経過時においてこの規定が適用されることを前提とする記述を含んでいる（竹下・前掲註16295頁以下）。

<sup>72</sup> 竹下・前掲註16295頁以下、伊藤・前掲註2書485頁、山野目・前掲註1173頁。

<sup>73</sup> 伊藤・前掲註2書485頁、山野目・前掲註1195頁。

<sup>74</sup> 小川・前掲註33249頁。

担保権消滅許可（186条）の規定を所有権留保に適用した場合<sup>75</sup>、ここでいう「担保権」つまり留保所有権の「消滅」の意味自体問題であるが、仮にこれが債務者に完全な所有権が与えられることを意味するとすれば、売買代金の完済という完全な所有権が買主に帰属する為の約定された条件を、一定時点での目的物の価値相当額<sup>76</sup>の弁済に変更していることになる。この操作は、一定時点において強制的に所有権留保の清算を売主に強制する意味を持つ<sup>77</sup>。なお論理的には、「担保権」が消滅するとしても、債務者への完全な所有権の移転の条件（代金完済）が成就していない以上、このような結果は導かれないという理解もあり得るが、そうだとすると、当該物の帰属が定まらない事態が生じ、任意売却を可能とする破産法上の担保権消滅の制度趣旨にはそぐわない<sup>78</sup>。

これら双方の議論と関連を持ち得るのが185条である。一般には、同条に基づいて設定された換価期間を経過して同条2項により担保権者が処分権を失った場合、以後は破産管財人による換価が行われる（184条<sup>79</sup>）ことが想定されている<sup>80</sup>。もっとも、非典型担保の場合、処分期間の経過までに実行がなされない場合、処分期間の経過時点での評価額でもって清算金があれば管財人に交付すべき、つまり同項適用の効果として帰属清算の実行擬制を認める見解がある<sup>81</sup>。これも、実行擬制を通じて所有権留保合意の内容を倒産法が変更し、帰属清算を特定時点において強制する意味を持つ。

以上の規定を通じて、(A) 売主が約定された換価・処分方法を選択できなくなること、(B) 売主が約定された清算を行う時期を選択できなくなることの二点がポイントとなり、これらを如何なる理論で基礎付けるかが問題となる。法性決定

<sup>75</sup> 同条と非典型担保の問題については、伊藤眞ほか編『新破産法の基本構造と実務（ジュリスト増刊）』（2007）184頁以下。

<sup>76</sup> 勿論、多くの場合は残代金額とこの価値は一致することが多いであろう。

<sup>77</sup> 184条2項と同様に、当初予定された権利行使方法（売主への帰属または売主による換価）が選択できなくなる意味もあるが、担保権消滅許可の規定を適用する場合に他の別除権同様の手続が妥当するのだとすれば、売主側には一定の対抗手段を講じる余地があり（破産法187条、188条）、これを通じて当該権利行使方法が実現され得る。

<sup>78</sup> 但し、担保権消滅後の任意売却ができる場合に限り適用を肯定する方向の議論もある（伊藤眞ほか『条解破産法 第3版』（弘文堂、2020）1296頁）。なお、同様の問題は登録等を欠く所有権留保が手続に対して主張できなくなった場合にも生じる（杉本和・前掲註2795頁以下）。

<sup>79</sup> なお、谷口・前掲註32220頁や中田淳・前掲註19126頁は、別除権者が法定の方法以外の処分方法を有する場合にはそれを尊重しなければならない、現行法でいう185条を飛ばしていきなり184条2項を適用することはできないとする。仮にそう考える場合、所有権留保において184条2項が独自に意味を持つことはほぼなく、185条の後始末としてのみ意味を持つ。

<sup>80</sup> 伊藤・前掲註2書708頁註147)参照。伊藤説によれば、185条は、本来は法定の換価方法とそれ以外の換価方法が併存する場合を前提に後者を制限したものであると解する余地があるところ（通常は、2項で失権が起これば184条の問題に収斂し、改めて法定の方法での換価が問題となる）、後者しか存在しない非典型担保については2項の失権効を単純に適用することが難しくなる。

<sup>81</sup> 伊藤ほか・前掲註781237頁、伊藤・前掲註2書708頁註147)。谷口・前掲註32228頁も同趣旨に読める。

論の意義を論じるならば、この基礎付けに法性決定がどの程度寄与するかが一つの視座となろう。

## (2) 各種規定の適用の実体法的前提

(A) を直接にもたらず 184 条 2 項は、別除権の目的財産が破産財団に属し、そこに破産管財人の管理処分権が及んで他の財産同様に換価が可能であることを前提としている<sup>82</sup>。この管財人の管理処分権は破産者に由来するとすれば、破産者が対象財産についてどのような権限を有していたのかが前提となる。そして、所有権が売主に留保されていることを文字通りの意味で捉える場合は勿論、仮に破産者に何らかの物権的地位が肯定されるとしてもそれがせいぜい条件付所有権ないし期待権であって目的物全体についての無制限の処分権は含まれていないと考えるならば<sup>83</sup>、184 条 2 項の適用の前提を欠くのではないだろうか。勿論、所有権留保特約の内容やその解釈にも依存し、買主に目的物処分を認める約定が存在する場合もあろうが、それはかような合意があるから可能なのである。

(B) については、別除権者が平時において有する換価時期選択権（例えば、民事執行法 63 条参照）は、破産手続下では（仮に破産法 65 条 1 項が原則自由な担保権実行を認めているとしても）保障の限りではない。一般の別除権の場合にこのような制限が許容されるのは、第一に、あくまで優先弁済権（民法 369 条、民事執行法 87 条 1 項 4 号）が担保権の中核にあり、換価権、とりわけ換価の時期を選択する権利は相対的に保護に値しないと考えられているからであろう（実際に、更生担保権構成を採る会社更生法においてこうした考え方はより前面に出ている）。所有権留保もこのような性質のものに切り揃えるという政策判断があり得るものの、他面で、所有権留保合意があくまで売主に強力な実行時期の選択権を与えようとしている場合に「他の担保権がそうになっている」ことだけを理由に同様の扱いを正当化できるのだろうか<sup>84</sup>。実定法が作り出した典型担保の権利の内

<sup>82</sup> 伊藤・前掲註 2 書 706 頁以下、山本和彦ほか『倒産法概説 第 2 版補訂版』（弘文堂、2015）114 頁 [沖野眞已執筆]。若干異なる説明をするものとして中田淳・前掲註 19 127 頁があるが、強制執行による換価に文句をつける理由がないという説明が実態に適合しているかは問題である。

<sup>83</sup> 道垣内・前掲註 2 370 頁以下、竹下・前掲註 16 302 頁以下。他方、伊藤説は期待権をほとんど完全な所有権と同視する（伊藤・前掲註 2 論文はむしろ竹下説をこのように読む。双方未履行双務契約性を論じる際にも同様の傾向が見られる（伊藤・前掲註 2 書 486 頁））。なお、譲渡担保とパラレルに発想する方向性（一旦債務者に完全な所有権が移転し、担保が設定され直しているという把握方法）もあるが、結局、譲渡担保を前提としても、債務者の持つ権利が「設定者留保権」などと呼称されることを別にすれば、基本的な構造は変わらないように思われる（ここで設定される「担保」が所有権とは全く関係のない（法定外の？）担保権であるというのであればまた別であるが）。

<sup>84</sup> 道垣内・前掲註 49 307 頁も参照。なお、通常所有権留保が設定される場合には、売買契約売主の先取特権（民法 311 条 5 号、321 条）を有することになり、別除権を得る（破産法 2 条 9 項）。所有権留保は、こうした先取特権では不足があることを背景に実務上用いられていることが推測されるが、別除権関連規定を所有権留保にフルに適用することは先取特権の限度を超えて売主を保護する必要はないという価値判断を伴っているといえよう。但し、

容を、同じく実定法でもって（右手で与えたものを左手で奪うことにはならない限度で）再定義することは比較的容易でありそうであるが、合意を基礎とする権利についてそれがどこまで可能なのかは明らかではない。また第二に、別除権の目的物は破産財団に属する財産であることが予定されている（破産法2条9項）ことを付け足すことができる。例えば信託財産が倒産隔離の効力を享受するのは異なり、担保権の目的物はあくまで破産財団に属する以上破産者が破産した場合には他の財産とまとめて清算されることになるから<sup>85</sup>、その限りで当該財産の換価時期についても一定の制約に服する。逆に、この同時清算の要請が働かない財団外財産には取戻権が成立し、行使時期・方法の制限はない<sup>86</sup>（代償的取戻権さえ成立し得る）。別除権対象財産について換価時期の選択権が制約され得ることは、当該財産が財団に属する財産であり破産手続が開始した以上他の財産と包括的に清算処理に服するべき財産であることが基礎になる<sup>87</sup>。つまり、担保権者が平時に有する換価権は、あくまで債務者の財産全体についての清算処理が動いていないことが前提のルールであり、破産下ではこれを貫徹することができない。もっとも、184条2項のような財産の換価をまさに管財人が行う（換価方法そのものを変更する）のとは異なり、時期の選択権は平時においてさえ、ある目的物の価値を一般債権者と担保権者が折半している場合（無剰余でない場合<sup>88</sup>）には保証の限りではないことに注意が必要であろう<sup>89</sup>。

---

破産法185条1項が存在する以上、所有権留保合意によって定められた独自の換価手段が（一旦期間制限という制約の可能性を留保した上で）保障される点では先取特権以上の保護が与えられよう。

<sup>85</sup> 信託財産が受託者の破産手続において破産財団を構成しないこと（信託法25条1項）は、信託法が信託財産と固有財産についての債権引当関係を分別していること（信託法48条、信託法23条1項）を実現する装置であるが、引当関係を反映した倒産処理を実現しただけならば、受託者財産全てを破産財団とした上で、法定財団及び配当財団を二種類観念して配当で調整を行えば十分である。そうではなくて破産手続自体を分ける意味は、一方の財産体が破産した場合に、他方の財産体がこれに巻き込まれず同時に清算されなくとも良い（支払能力を別個に観念する）点にあると考えられる。

<sup>86</sup> 比較法的には、取戻権がこの意味で永続的・無制約なものであることは自明ではない。例えばフランス法の *revendication* は、日本法やドイツ法でいう動産取戻権に相当する権利について、当該動産が債務者資産中に現物で存在することを原則前提に、一定の手続を一定の期限までに履践しなければ失権することを認める（C.com., art. L.624-9, art. L.624-16；PH.PETEL, *Procédures collectives*, 9<sup>e</sup> éd., 2017, n°346 et s.）。

<sup>87</sup> 谷口・前掲註32 220頁参照。中田淳・前掲註19 125頁は、別除権の行使一般に関して、管財人と担保権者のイニシアティブの関係は財団に属する財産が対象であるという別除権の前提を基礎として理解されるべきとする。

<sup>88</sup> なお、財団財産のより迅速・効率的な換価によって債権者全体が利益を受ける倒産手続（特に破産手続）下においては、（当該迅速・効率的換価の結果生じた余剰的利益を担保権者が独占できないこと（ないしルール）を前提とする限りは）その意味で常に無剰余と同等の状態にあると評価し得ると考えることもできようか。

<sup>89</sup> ここではさらに、非典型担保権者は第三者異議の訴えによって強制執行を止めることが可能であることが問題となり得る（最判昭和49・7・18民集28巻5号743頁等）。但し、中野教授が述べるように（中野貞一郎「譲渡担保権者と第三者異議の訴」同『強制執行・破産の研究』（有斐閣、1971）97頁以下〔初出＝1963〕）、その基礎に、執行法上非典型担保権者の権利を実現する方法が他にないことや、当該財産について資産保全を図るメリットが認められることが根拠だとすれば、倒産手続（とりわけ破産）では別論という可能性もあろう。

## (3) 法性決定と財産帰属

以上のような議論が可能であるとすれば、別除権という法性決定がなされたとしても、所有権留保に対して破産法上の別除権規定の適用が当然に可能であるとは言えない。一連の規定の適用の前提は、実体法上当該所有権留保の目的物が買主＝破産者に帰属しており、管財人がその管理処分権をもってその換価の時期・態様をコントロールする資格を有することである。そうすると、仮に実体法の構成と切り離して別除権という法性決定を与えたとしても、実際に狙った効果が得られるかどうかは実体法に依存する。

近時の学説は、実体法上の構成と法性決定を切り離した結果、法性決定をどうすべきか、あるいは具体的な倒産法規定の適用の有無をどう考えるかという問題について、倒産法固有の合目的的な考慮、杉本説によれば「債権者間の平等、公正・衡平」という指導理念に照らして個別に考察をすべき、とする<sup>90</sup>。こうした言辭からは、一見すると実体法と全く無関係に議論がされるようにも見えるが、そこまでを意味する見解とは言えない。実際に、杉本教授も「実体法上の法律関係を前提としつつも」と述べているのであり、ポイントは実体法上の特定の構成と法性決定とが「演繹的に」論じられる傾向から距離を置くことにある。

この限度で両者を分離することは、倒産法固有の合目的的考慮から実体法を変容させ得ることを直ちに意味するものでもなく<sup>91</sup>、当該合目的的考慮が実体法と整合しているかどうか、していない場合にはそれが正当化し得るのかを問うことが依然として可能であり必要である。ここで、別除権という法性決定を与えることは実体法を変更する意味をも有する、という理解も成り立ち得る。別除権は定義上破産財団に属する財産について成立する（破産法2条9項）のだから、別除権が成り立つと言った以上はその対象財産も（平時実体法における構成に囚われずに）破産財団に属すると評価される、という理解である<sup>92</sup>。しかし、別除権と言いさえすれば実体法が変更されると解するのであれば、関係人の実体法的地位を尊重すべしというおそらく一般論としては共有されている筈の理解<sup>93</sup>からは（実体法から法性決定を演繹するかどうかとは関係なく）説明を要する事柄であり、むしろ目的物が破産財団に属するという前提が成り立たないならば別除権という

<sup>90</sup> 杉本和・前掲註2 781頁以下。

<sup>91</sup> 杉本説は、破産手続において別除権として処遇されることは実体法上所有権留保が担保であると考えられることを直ちには意味しない（杉本和・前掲註2 789頁）とする一方で、倒産時の規律を考察することで平時の実体法の議論に影響を及ぼすことをも想定しており（杉本和・前掲註2 782頁）、両者の関係はそれほど単純には捉えられていない。

<sup>92</sup> 倒産時においてのみ実体法の構成そのものを相対化させ、それに従って別除権という法性決定を行う理解とも言えようか。

<sup>93</sup> 一定の合意の倒産法上の効力を論じる脈絡において、関係者の実体法上の地位の尊重という考え方は原則論としては異論がないという評価がある（垣内秀介「倒産解除特約の破産手続上の効力」岡ほか編著・前掲註2書706頁）が、それはさしあたりこの場面においても同様であると考えられる。所有権留保の法的構成は、所有権留保付売買契約を締結した当事者の合意に基づく地位を精緻化するものであるからである。



法性決定が可能であったとしても得られる効果には限界があると考えの方が実体法的地位の尊重という基盤との抵触は少ない。そうすると、所有権留保には、仮に別除権との法性決定を与えたとしても適用されない別除権規定があるという縮小解釈も成り立たないわけではないであろう<sup>94</sup>。

## 2. 法性決定を媒介しない法的効果

### (1) 双方未履行双務契約

竹下教授は所有権留保付き売買契約について、代金完済前に買主が倒産した場合において<sup>95</sup>、双方未履行双務契約の規定の適用を否定するが、その論理は別除権という法性決定に由来するものではない<sup>96</sup>。形式的に売主がなすべき履行行為が存在しない為要件に該当せず<sup>97</sup>、仮にそれは認め得るとしても各契約当事者が互いに相手方の債務を自己の債権の担保と見るという双方未履行双務契約の規定趣旨が妥当しないことがその理由である<sup>98</sup>。そこでは、所有権留保特約付売買の性質を踏まえて、双方未履行双務契約の規定の解釈論が展開されるのみである。

他方、近時は双方未履行双務契約の規定の適用の有無の問題が法性決定論と結びつけて論じられることも少なくはない。例えば、伊藤教授は、取戻権説への回帰と評される一部の見解は、「双方未履行双務契約性を認める考え方の復活につながる」ともされる<sup>99</sup>。杉本教授も、別除権説の採用と双方未履行双務契約の適用は両立しないとす<sup>100</sup>。もっとも、当該議論において「別除権」であることがど

<sup>94</sup> 積極的に倒産実定法が実体法を変更して別除権というラベルを貼る商事留置権の場合（破産法 66 条 1 項）でさえ、最判平成 10・7・14 民集 52 卷 5 号 1261 頁によれば元来の留置権の効力が残存することは、別除権の基になった実体権に応じて様々な内容の（場合によっては抵当権のような典型的な別除権よりも強力な）別除権が成立し得ることを示唆する。

<sup>95</sup> 竹下説は、売主倒産時についても検討を行っているが、本稿では立ち入らない。

<sup>96</sup> 議論の順序としても、別除権か取戻権かという問題（竹下・前掲註 16 292 頁以下）に先立って検討される。なお、同じ傾向が倒産解除条項の議論にも見られる（竹下・前掲註 16 311 頁以下。このことは、合意による差押対象外財産の作出が許されないということによっても補強される（同 313 頁等））。

<sup>97</sup> 竹下・前掲註 16 275 頁以下。

<sup>98</sup> 竹下・前掲註 16 290 頁以下。竹下教授は、後の論稿において、登記や登録等を要する財産については、登記や登録の拒絶を代金債権の担保としていることから、目的物の担保価値のみを担保としているその他の財産と異なり、双方未履行双務契約の適用があると解している（竹下・前掲註 15 255 頁以下）。ここでも双方未履行双務契約の規定の趣旨が問題なのであり、法性決定とは関係がない。もっとも、竹下教授はこれに加え、この場合引渡しを受けるだけでは買主は目的物を処分することができず、所有者としての利益を享受しているとはいえないともされる（同 256 頁。竹下・前掲註 16 278 頁以下の前提が登記・登録の対象となる財産においては異なることを意味する）。こうして買主の物権的な地位が援用されていることは、法性決定と実体法を連動させる竹下説においては法性決定の帰結とも表現し得るが、法性決定を媒介することが必要ではないとも言えよう。

<sup>99</sup> 伊藤・前掲註 2 論文 42 頁。但し、そこでいう「取戻権説」が法性決定の意味で述べられているのか、買主が実体法上何らかの物権的権利を有することを否定するという趣旨で述べられているのかは判然としない（伊藤・前掲註 2 書 486 頁）。「取戻権説」と「所有権説」が互換的に用いられていると思しき場面もある（伊藤・前掲註 2 論文 41 頁以下）。

<sup>100</sup> 杉本和・前掲註 2 792 頁。

のような意味を持っているのかは明らかでない。杉本説は、解除選択時に売主に不利益がもたらされることを問題とするが<sup>101</sup>、そこで指摘される券面額での既払代金と価値の劣化した目的物の相互返還が均衡を欠いているという問題は、目的物の占有の移転が済んでいる＝買主が目的物を使用し使用価値を享受できる状態になり取引目的をほぼ達成しているにも拘らず、形式的に何からの義務が残っているからといって双方未履行性を肯定するという、双方未履行双務契約の規定についての不適切な議論方法に由来するものではなかろうか<sup>102</sup>。

## (2) 再建型手続と法性決定

再建型手続においては、担保権を更生担保権として扱う会社更生法のみならず、別除権として扱う民事再生法においても、破産法に比べて<sup>103</sup>担保権者への制約は重度のものとなる。そして、所有権留保を別除権や更生担保権とすることは、こうした規制を所有権留保に及ぼすことを目的の一つとしている<sup>104</sup>。

会社更生法においてこうした規律が重要性を持つのは、担保権目的財産が手続目的である企業再建の物的基礎となっている場合に、当該財産を債務者の元に残す必要があるからである<sup>105</sup>。こうした手続目的を意識する限り、所有権留保を他の担保権と同様の制約に服せしむることは重要な課題となるが、別除権ないし更生担保権と法性決定することは、こうした制約を及ぼす前提のという意味を与えられている。竹下説において破産との関係では法性決定とは無関係に論じられていた双方未履行双務契約論や倒産解除条項の効力論は、会社更生との関係では以上の手続目的を考慮した上で法性決定と結び付けられている<sup>106</sup>。

もっとも竹下説は、仮に取戻権を肯定すれば債務者が目的物を占有できると矛盾し、条件付所有権を消滅させるとも述べる<sup>107</sup>。つまり、同様の結論は再建型の目的に訴えることなく実体法からも導出可能であり、再建型手続の目的はそうした実体法上の帰結を正当化し補強しているに過ぎないとも言える。

<sup>101</sup> 杉本和・前掲註 2 790 頁。

<sup>102</sup> 杉本教授は、登記・登録を要する財産か否かで双方未履行双務契約該当性について帰結が異なることに異論を唱えている（杉本和・前掲註 2 791 頁）。そこでは、別除権という法性決定は、こうした本質的でない違いから結論を違えることを否定する意味を持つのかもしれない。しかし、本質的な違いが法性決定と結びついていることが前提であろう。

<sup>103</sup> なお、再建型手続においては、目的物の換価を当然の前提とはしない為、1(2)(3)の問題が生じる余地は小さくなるが、財産の一部を換価する場合はなおある。

<sup>104</sup> 実行中止命令の適用については、伊藤・前掲註 40 207 頁。なお、伊藤・前掲註 2 書 973 頁によれば、民事再生手続においては破産と同様とされているが、おそらく実行中止命令（民再 31 条 1 項）も適用されるものと考えていると思われる（伊藤・前掲註 2 論文 42 頁）。会社更生法において更生担保権として扱うべきとするのは、竹下・前掲註 16 320 頁。

<sup>105</sup> 竹下・前掲註 16 321 頁。

<sup>106</sup> 竹下・前掲註 16 273 頁以下、332 頁。

<sup>107</sup> 竹下・前掲註 16 321 頁以下。

### (3) 法性決定の必要性

そうすると、実体法上の構成を基礎として、端的に問題となる倒産法上の条文や法理の適用可能性を考察することも可能でありそうである。既に指摘した通り(II 2(3)(ii))、倒産法固有の合目的的考慮が重要であるとしても、当該考慮を実定法解釈論に反映させる方法が一定の法性決定を与えることに必然的になるわけではない。むしろ、実体法から直接に一定の法的帰結を導ける限り、別除権という概念に頼る必要はない。

竹下教授は「担保権者に対して課された制約を一切免れた権利行使を認めること」が許容されるのかという問題意識の下、取戻権ではなく別除権であるとの法性決定を導いていた。しかし、「制約を一切免れた」(圏点部引用者)通常的所有権同様の意味での取戻権<sup>108</sup>が成り立つわけではないことは、別除権であることを直ちには意味しない。むしろ、対象権利の実体法的な法的構成を反映するはずの取戻権の内実が実体法の議論の精緻化によって定まり、それによって問題が解決可能である可能性も残る。つまり、別除権という法性決定によって目指した帰結は、取戻権説に立ったとしても実現可能であるように思われる。1で触れた規定は(そもそもこれら規定が本当に適用できるのかという問題があることは一旦置いて)別除権等の法性決定がなされるからこそ適用されるかのように見えるが、これら規定の適用は実質的には目的物の処遇に関する所有権留保合意の内容を変更する意味を有しているとすれば、合意の内容を再構成することで取戻権の権利内容としても同様の帰結を導く余地が残りそうである<sup>109</sup>。

やや問題が残るのは、不足額責任主義や会社更生法における更生担保権の計画上の取扱い<sup>110</sup>に関する規定のように、売主の債権者としての手続上の地位を規定する為には、物権的な法的構成の考察やこれに関する合意内容の再構成だけでは不十分であるかもしれない。そうすると、別除権や更生担保権という法性決定を付与することが必要となるのは、(当初の問題意識からは離れ、)所有権留保目

<sup>108</sup> 伊藤・前掲註2論文42頁が問題視する「最近の議論」は「物権変動が生じることを否定する」議論を意味しているところ、ここで言う「物権変動」は条件付きの所有権(期待権)の債務者への移転を(伊藤説内在的には)意味している。仮に伊藤教授の把握する「最近の議論」がこのような意味内容の議論であるとするれば、本文で述べた意味での取戻権説を意味することになる。

<sup>109</sup> 一般に、合意が倒産法的な考慮から再構成され得ること自体は概ね承認をみていると言える(伊藤眞「証券化と倒産法理(下)——破産隔離と倒産法的再構成の意義と限界——」金法1658号82頁以下(2002)、山本和彦「倒産手続における法律行為の効果の変容——『倒産法的再構成』の再構成を目指して」高橋ほか編『民事手続の現代的使命 伊藤眞先生古稀祝賀論文集』1181頁(有斐閣、2015)、垣内・前掲註93論文)。所有権留保はその一局面である。杉本和・前掲註2797頁も別除権が登録を欠いて行使できなくなった場合に、停止条件成就に関して合意の変容を想定する。また、取戻権構成の下でも破産法185条の処分期間の指定を想定する議論もある(伊藤ほか・前掲註781288頁)。

<sup>110</sup> 配当処理が非典型担保に馴染むかという問題がある(担保権消滅許可につき伊藤ほか編・前掲註75185頁以下)ことから、計画への組込み処理そのものについて議論の余地もありそうである。

的物を物的にどう処遇するかという場面よりも、所有権留保と紐付けられた債権の行使方法が問われる場面だと言うこともできよう。所有権留保を合意することで、被担保債権たる代金債権が倒産時においてどのように行使されるのかということも黙示に「合意」されていると評価する可能性は絶無ではないかもしれないが、取戻権という受け皿が存在する物的側面と異なり、債権の行使方法について合意を擬制することが倒産法上の扱いを決定する理屈として適切なものであるのかはなお疑問が残る<sup>111</sup>。

#### (4) 法性決定と「合目的的考慮」

もっとも、(3)で述べたことは、物的処遇を定める方法として別除権という法性決定が使えないことを意味するわけではない。むしろ、空の取戻権から出発するよりもひと揃えの規定が存在する別除権を出発点にする方が議論の筋道が立てやすいし、実体法の議論が必ずしも帰一するところを知らない状況下において、別除権というラベルを貼る方法は扱い易い道具となる可能性もある。重要なのは、その場合でもなおその効果について検討を要する(1(2)(3))ことに尽きる。

さらに進んで、実体法が倒産法固有の合目的的考慮を反映不可能な形で構成されている場合において、いわば切り札として法性決定を持ち出すことが魅力的に映る場面が存在しないとは限らない。但し、この場合、仮に実体法から演繹的には法性決定は導かれえないという近時の議論を肯定するとしてもなお、実体法を素直に取戻権に反映すれば導かれ得ない帰結を、そうではない法性決定を与えることによって実現することが何故に正当化されるのかという問いを避けて通ることはできないように思われる。近時の議論が「倒産法固有の合目的的考慮」を説くことは、この正当化を実質的に図る議論として理解可能である。

もっとも、倒産法における別除権(や更生担保権)関連規定を支える「合目的的考慮」には様々なものが存在しており、ただ倒産法が当該目的の実現を目指しているというだけで正当化を図ることは適切ではない。例えば、(2)で取り上げた再建型手続における事業再建の為の規律(具体的には、留保所有権者がその専断に基づいて再建の基礎となる債務者資産から目的物を引き剥がす行為を掣肘する為の規律)は、手続の根幹を維持する為の規定として極めて強い合理性を持ち得るが<sup>112</sup>、1で取り上げた破産手続における財産換価方法を定める規律(具体的

<sup>111</sup> 一般に、債権の行使方法や優先順位について、約定劣後破産債権に相当するものを別にして、相殺のような制度的な支えを抜きに、生身の債務者と債権者による事前の合意による操作が可能であるとは考えられていないように思われる。

<sup>112</sup> なお、このような観点を強調して実体法上所有権的に構成された留保所有権を制限することは、所有権一般に対する処遇との平仄を欠くようにも思われるが、仮に本文で述べた考慮が極めて高次の価値を持つと考えるのであれば、所有権、つまり取戻権一般でさえそうした目的の下制約に服することがあり得ないわけではない。通常は、倒産法的再構成といったツールを用いて、取戻権自体を否定する場合にこうした考慮がなされてきたように思われる

には、目的物の換価を前提に、そのイニシアティブを管財人と留保所有権者のいずれが、どのような条件において獲得するかを定める規律) が全く同等の価値を持つ規定と見られるかは議論の余地もあろう。確かに、破産財団を可及的に迅速かつ良い条件で換価することは債権者の利益を確保するという意味で重要性を持ち、まさに破産手続は債権者の債権回収を効率化することを目的としていると考えられる<sup>113</sup>が、それは第一次的には債権の個別的行使を封じる規律に向けられている説明であり<sup>114</sup>、別除権のように個別的権利行使を認めた上で権利行使方法を限定することで相対的に合理的な財団換価を実現する規律は次元が異なるように思われる。留保所有権目的物が債務者の他の財産と有機的に結合することでより高い価値を生み出す場合であれば、これを実現する為の規律は事業再建を目的とする規律と連続性を持ち得るが、個別財産として目的物を換価する際に相対的に有利に換価が可能であるとか、組入金で財団にもたらされるといった利益が、実体法の変更理由としてどこまでの正当性を持つのかは慎重な検討が必要であるように思われる。

このような意味においても、別除権という法性決定を活用する場合であっても、倒産実定法ルールの何をどこまで適用できるのかより詳細な検討を要する。

#### IV. まとめと展望

最後に、本稿の議論を整理しておく。

まず、①取戻権という法性決定を与えたならば導かれないような帰結を別除権という法性決定を与えることで導く余地がさしあたりはあるが、このことは正当化を要する問題であると共に、別除権関連規定の全てが当然にその正当化をパスできるとは限らない(Ⅲ 2(4))。なおこのことは特に、実体法上いわゆる所有権的構成を厳格に採る場合に問題として顕在化する。②他方、実体法上そうした厳格な構成を採らない限り、別除権という法性決定に頼るまでもなく取戻権として扱ったまま望まれる帰結を導くことも不可能ではない(Ⅲ 2(3))。もっとも、③この場合、さらには正面から別除権であるという法性決定を与える場合でも、別除権規定の内債務者が目的物を自由に処分可能であり管財人も完全な管理処分権

が、本文で前述の通り、取戻権を肯定しつつその内容を再構成することも同様に可能ではなからうか。

<sup>113</sup> 例えば、山本和彦『倒産処理法入門 第5版』(有斐閣、2018) 1頁以下。

<sup>114</sup> こうした議論の原典である、Thomas.H.Jackson, *Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain*, 91 Yale L.J. 857, 1981 が関心を持つのは基本的には一般債権者の集合行為問題の解決であり、むしろそれ以外に向けられたルールは本来なすべき集合行為問題の解決を歪めるおそれが指摘されている。山本和・前掲註 113 1頁以下、水元宏典『倒産法における一般実体法の規制原理』(有斐閣、2002) 39頁以下も基本的にはそのような脈絡を示す。

を有することを前提とするルールの適用の可能性は当然には導かれない（Ⅲ 1 (2)(3)）。

少なくとも、従来考えられてきたと思われるほど、「留保所有権（ないし非典型担保）は取戻権か別除権か」という問いは単純に論じられない。おそらく従来の取戻権説は「通常の所有権と同じ意味での取戻権」を前提に語られてきたが、「実体法の法的構成の内容を反映した取戻権」さらには「倒産法上の考慮から再構成された合意内容を反映した取戻権」も成立可能である一方、別除権説がさしあたって念頭に置いてきたと思しき「別除権関連規定全体がパッケージとして適用される別除権」を想定することもまた自明ではない。いずれをベースに議論するとしても実体法と倒産法双方に照らした微修正は避けがたいものがあり<sup>115</sup>、取戻権か別除権かという問いは、目的物の物的処遇を問う限りは、議論の出発点と方法論を規定する意味を持つに過ぎないように思われる<sup>116</sup>。つまり、取戻権をベースにすれば、一旦は所有権を出発点にしつつ、当該所有権の性質について実体法に即した議論を展開することになるが、合意の再構成という観点からは倒産法上の合目的的考慮による修正がさらに予定される。別除権をベースにすれば、さしあたり別除権関連規定の適用を念頭に置きつつ、それらの適用の実体法的前提の具備如何と当該規定の目的に照らして検討する必要がある。

かくして、倒産法上の一定の「望ましい」帰結を実現する為に用いられる道具は多様であり得ることを確認できよう。この際、別除権という道具立てを用いることそのものの価値を否定することは必ずしも本稿の意図するところではないが、この道具を用いることが実体法に蓋をする意味を持つべきではない。実践的には、如何なる立場を採用するとしても実体法上の法的構成や当該構成と倒産法的考慮との関係を無視して議論ができるわけではない（そして、実は実体法から出発す

<sup>115</sup> 従来の議論は、実体法的に所有権留保が所有権という形式と担保という実質の狭間にある、ある意味で取戻権とも別除権とも言い得る形態である（仮に「所有権的構成」「担保的構成」という言葉が使われているとしても、そのことは「所有権」「担保権」に純化されたものとして所有権留保を捉えることを直ちには意味していない）ところ、倒産法上はいずれかの性質に寄せて位置づける意味を持つものと思われるが、（結論としてそのような性質を認める余地が残ることは別にして）そのような純化的な発想を当然の前提に据えることは理論的に見ると弊害がある。

<sup>116</sup> 実質的には所有権留保という形態の目的物の取扱いについて、純粋な取戻権とも純粋な別除権とも異なる中間的な性質の権利を構想することを意味し得る。これをいずれの権利をベースにして考察するか、ということが本文で述べた法性決定のさしあたりの意味であるが、そもそも「いずれかの権利をベースにする」こと自体自明な出発点でないことは前註3で指摘した通りである。もっとも、この点については、そうした出発点から離れることの意味がどこにあるのかを含め他日の検討を期したい。とりわけ、取戻権が本文で述べたように多様な実体法的構成の受け皿たり得るのであれば、そのような理解に至る実践的必要性は乏しい。もっとも、取戻権を純粋な、つまり完全に倒産手続の影響を受けない権利として構成しつつ、そのような権利を特別なカテゴリとして他の種類の権利から厳密に峻別しておくことになお重要性を見出すことも可能でありそうである（但しそのような方向性であれば、従来取戻権の具体的基礎とされてきた実体法的な権利群の中に夾雑物が存在しないかどうか検討を要する）。例えば、前註85で確認した支払能力の峻別を考える際には重要性を持つようにも思われる。

る竹下説でさえその観点から再検討することが有意義である)、というある意味で当たり前のことを確認したに過ぎないが、近時展開してきた所有権留保ないし非典型担保に関する倒産法理論に本稿が何かを付け加え得ていれば幸いである。

\*本稿の執筆に先立って、同様のテーマを東京大学民事訴訟法研究会にて報告する機会を得た。同研究会において貴重なコメントを頂戴した参加研究者・実務家の方々に、改めて感謝申し上げたい。

\*本稿の執筆に当たっては、科研費（課題番号 18K12670（若手研究））及び一般財団法人司法協会研究助成（2019 年度「担保取引と倒産処理法制－日仏比較法研究」）による援助を受けた。