



Title	対抗要件否認規定における有害性について（一）
Author(s)	稲垣, 美穂子; Inagaki, Mihoko
Citation	北大法学論集, 63(2), 57-97
Issue Date	2012-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/49784
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR63-2_002.pdf



対抗要件否認規定における有害性について（一）

稲垣美穂子

目次

序章

- 一 問題の所在
- 二 旧法以前における対抗要件否認規定形成史

- 1 旧商法典破産編九九二条における議論
 - 2 旧破産法七四条における議論
 - (一) 立法時
 - (二) その後の展開―制限説及び創設説の萌芽
 - (三) 制限説の分化
- 三 問題設定
- 1 創設説、制限説から得られる有害性に対する疑問
 - 2 法発展過程から得られる疑問
 - 3 比較法上の検討の必要性
 - (一) 検討の意図
 - (二) 検討対象

以上本号

序章

一 問題の所在

なぜ破産手続（あるいは民事再生手続、会社更生手続）開始直前に取得された対抗要件は否認されなければならないのか？この単純な、しかし従来あまり検討されてこなかった問題に関する疑問の回答を見出すことが本稿の目的である。対抗要件否認規定（破産法一六四条、民事再生法一二九条、会社更生法八八条）に関して、平成一六年改正前旧破産

法下で対抗要件否認の法意あるいは趣旨として議論の主軸とされてきたのは、対抗要件否認規定が他の否認規定といかなる関係に置かれているか、という点であった。すなわち、対抗要件具備行為に対する否認は本来認められないのに対して、対抗要件欠缺がもたらす権利外観が第三者に及ぼす影響を考慮して、旧破産法（以下旧法）七四条は特別に対抗要件の否認を認めたのか（創設説）、あるいは対抗要件具備は財団との関係においてはその増減に影響するから、対抗要件具備行為も旧法七二条の否認の対象となるが、新たな取引行為とは異なるという対抗要件具備行為の特殊性を考慮して、旧法七四条で否認要件の加重が図られたのか（制限説）の対立である。

しかしながら、これらの対立の中には二つの問題が存在するにもかかわらず、区別されないままであったように思われる。すなわち、①なぜ破産申立直前の対抗要件が否認されなければならないのか（対抗要件具備行為の有害性）の問題②対抗要件具備行為が有害であるとするなら、他の否認権とはいかなる関係に立つのか、の問題である。論理的には①の有害性の問題が②の他の否認権との関係の問題に先行するはずである。なぜなら、仮に対抗要件具備行為にいかなる有害性も認められないのであれば、②の問題は生じるはずがないからである。この場合には、単に対抗要件否認規定は不要であると結論づけられることになろう。現にこのような提案が過去にされたこともあるようである。しかし、従来の創設説、制限説の対立はもっぱら②の問題を議論の焦点としてきた。では、なぜ①の問題が議論の焦点に置かれなかったのか。その原因は、創設説、制限説の対立が生じた理由を説明する次のような文言に集約されているように思われる。すなわち、「筆者注・旧破産法）七四条がフランス商法典四四八条を土台とし、旧商法典破産編九九二条、旧破産法草案八八条を経て成立し、その経緯において、フランス法の登記の否認の制度がドイツ法の現行破産法に不完全につき合わされたことに起因する²⁾」。つまり、法継受史の過程を強く意識するあまり、フランス法を継受する対抗要件否認規定と、ドイツ法を継受する故意否認、危機否認規定との関係にもっぱら焦点が当てられ、対抗要件具備行為自

体の有害性を積極的に検討する視点が欠落する結果となったのではないか。同時に、旧法下での否認の分類も②の問題についてもつばら焦点が当てられてきた原因となろう。旧法下では破産者が詐害意思をもってする行為を問題とする故意否認（旧法七二条一号）と、破産直前という破産者の行為時期を問題とする危機否認（旧法七二条二号）に類型化されていたが、一方で、故意否認規定による偏頗行為否認の可能性も容認されていた。そのために、行為の有害性を検討する視点が欠けていたとも説明し得る。³⁾

倒産手続開始直前の對抗要件具備行為がいかなる有害性を有しているのか、について検討することの意義は決して理論的整理の意味に留まらない。旧法下において論じられた對抗要件否認の法意としての創設説と制限説の対立によれば、支払不能後支払停止前の對抗要件具備行為を故意否認規定で否認できるか、についての結論に差異が生じていた。創設説によれば、支払停止前の對抗要件具備行為は對抗要件否認規定の要件に当てはまらない以上、否認することは当然に不可能である。これに対して、後に詳述するが、制限説内でも、對抗要件否認規定は危機否認の特則なのか、あるいは危機否認、故意否認の両者の特則なのか、について争いがあり、前者の立場からは、支払停止後の行為であることを要件としない故意否認規定で支払停止前支払不能後の對抗要件具備行為は否認できると解されていた。同じ問題は現行法においても生じうる。というのは、平成一六年破産法改正により否認権規定の大幅な改正が行われ、故意否認と危機否認の否認類型が詐害行為否認と偏頗行為否認という行為に着目した類型に変更されるとともに、詐害行為否認については従来通り支払停止又は破産手続開始申立前にも否認可能であり、偏頗行為否認については支払不能後の行為であることを新に要件とすることとなったのに対して、對抗要件否認規定は改正されることなく依然支払停止後の行為であることが否認の要件とされているからである。従って、倒産直前の對抗要件具備行為が倒産手続きとの関係で何等かの有害性を有することを前提に、對抗要件否認規定と他の否認規定との関係を如何に解するかにより、支払不能後支払停止前

の對抗要件具備行為の否認可能性は、従前と同様、結論が変わり得る、ということになる。

また、平成一六年改正は別の問題を引き起こした。旧法下では、否認の結果相手方が財団に対して有する反対給付価格償還請求権の破産手続における扱いは故意否認、危機否認の別なく破産債権であったので、故意否認、危機否認で同じであったし(旧法七七条一七九条)、また、對抗要件の否認についても、否認後相手方が破産者に対して有する債権は破産債権になると理解されてきた。しかし、平成一六年改正により、詐害行為否認の相手方は反対給付価格償還請求権を財団債権者として請求できることになった(破産法一六八条一項二号)。これに対して、偏頗行為否認の相手方の破産者に対する債権は破産債権であり、更に相手方は受けた給付を返還しない限り債権は原状に復しないと定められ(破産法一六九条)、對抗要件の否認に関しては、否認の結果否認の相手方が破産者に対して有する債権が破産手続においてどのような処遇を受けることになるかの点について明文は存在しない。従って、従来通り對抗要件を否認された相手方が破産者に対して有する債権を破産債権であると理解するならば、原因行為が詐害行為で否認された場合には、相手方の反対給付価格償還請求権は財団債権となるのに対し、對抗要件が否認されれば相手方が破産者に対して有する債権は破産債権になるが、原因行為が否認されるか對抗要件が否認されるかにより、このような差が生じることの合理性をうまく説明できるかどうか⁽⁴⁾が問題となり得る。しかし、そもそも對抗要件を否認することについていかなる有害性を有するかについての判断、また他の否認類型といかなる関係に立つのかの判断如何によって、對抗要件否認の相手方が破産者に対して有する債権の破産手続における処遇の解釈に影響が生じる可能性もある⁽⁵⁾。

本稿における筆者の問題意識は倒産手続開始前の時期に對抗要件を具備することが倒産手続きとの関係においていかなる有害性を持つのか、ということにあるが、新法下で問題意識を同じくする学説が形成されつつある⁽⁶⁾。倒産手続開始前の時期における對抗要件具備行為を偏頗行為と捉える立場⁽⁷⁾、詐害行為と捉える立場⁽⁸⁾、あるいは詐害行為と偏頗行為と

しての有害性を併せ持つととらえる立場が存在する。これらの学説に対する検討は筆者が一応の私見を得た後に検討することとして、まず私見を得るための検討の手がかりとして、旧法前にこの規定がいかなる時代背景に基づき、いかなる議論を経て形成され、更に旧法下での創設説対制限説の議論に収斂されていったのか、について論ずることから始める。破産宣告直前の対抗要件具備行為を問題視する規定は、我が国における破産に関する初の近代法である旧商法典破産編から挿入されているにもかかわらず、その初期における議論を旧法以降の議論と併せて紹介、検討する研究がない。旧商法典破産編から旧法に至るまでの立法過程における議論及び学説についてその詳細を明らかにする文献が少なく、これらについて正確に把握することは困難なことがその理由の一つである。従って、本稿においても、旧商法典破産編以降旧法成立に至るまでの議論の全容を明らかにするには全く及ばず、また、議論の断片からその内容を推測する以外の方法がなかったために、必ずしも筆者が議論を正確に把握していない可能性もある。しかし、このような不完全な形であっても、旧商法典破産編下での議論と旧法以降の議論との連続性を検討すれば、その過程において存在するであろう僅かな議論の差から、現在の議論が当然の前提としている点の相当性に関連した新たな議論の手がかりを得られる可能性がある。併せて、旧法制定以降の発展過程において現れた創設説及び制限説に内在する破産直前に登記を具備することとの有害性を確認することで、議論の手がかりを得ることとする。

二 旧法以前における対抗要件否認規定形成史

1 旧商法典破産編九九二条における議論

現行破産法一六四条に類似の規定が最初に表れたのは、明治一七年に発表されたロエスレル (Carl Friedrich Hermann Roessler) 商法草案一〇四六条である。⁽¹⁰⁾ ロエスレル商法草案一〇四六条は次のような規定であった。

ロエスレル商法草案一〇四六条

「有効に取得した抵当権及びその他類似の権利は、権利取得の日とその登記の日との間が一五日を超えないときは、破産宣告の日まで登記できる。⁽¹¹⁾」

ロエスレル商法草案一〇四六条は破産法編纂委員、商法編纂委員、法律取調委員による審議を経て旧商法典九九二条に挿入された。⁽¹²⁾ 旧商法典九九二条は次のような規定である。

旧商法典九九二条

「有効に取得シタル抵当権其他合式ノ登記ニ因リテ法律上効力ヲ有ス可キ権利ハ支拂停止後ニ在テハ其取得ノ時ヨリ十五日ヲ過キサルトキニ限り破産宣告ノ日マテ登記ヲ爲スコトヲ得」

ロエスレル商法草案内では、一〇四六条の立法趣旨は次のように説明されている。

「一〇四六条は新たに権利を取得することではなく、既に取得している権利を有効に主張するために必要な権利行使に関することである。抵当権登記簿上に正式に登記されるまで抵当権は主張され得ないが、契約により、あるいは他の方法により債務者から取得はされていた。そのような場合において登記を認めたとしても当該抵当権者を優遇することにはならないことは明らかであり、それ故、登記は有効に取得されうる。しかし登記が債権者により不当に遅延させられた場合には当該登記は有効でないとしなければならない、というのはその場合の抵当権は、単にみせかけだけ (zum

(Schein) あるいはひょっとすると生じるかもしれない破産という事態を単に顧慮して他の債権者に損害を与えるために債権者に付与されると推定すべき (vernuthen muss) だからである。それ故債権者はこのような遅延のため、その過失あるいは債務者との密謀の罰として、その優先権 (sein Vorzugsrecht) を喪失する。⁽¹³⁾」

ロエスレル商法草案一〇四六条は上述旧商法典九九二条の起草過程の明治二年六月一三日に、司法省所管の法律取調委員⁽¹⁴⁾の議論の対象となっており、委員から、法律取調委員会案一〇四八条(ロエスレル商法草案一〇四六条)の趣旨をどのように考えるべきかについての見解が示されている。但し、この時の法律取調委員の権限は限定的であったため、委員がロエスレル商法草案内の条項に関して議論できる範囲は限られており、時間及び権限につき制限的な状況下での議論である。⁽¹⁷⁾

議事録内では、最初に、法律取調委員会案一〇四八条の適用が予定される典型的場面とはどのような場合なのかを問われており、これについては、支払停止前に権利を取得していたが、その登記が支払停止後になった場合を典型例として挙げている。続けて、支払停止後に権利を取得し、更にその登記が遅れた場合が法律取調委員会案一〇四八条の適用対象となるかどうかについての問題が提起されたが、この点に関する議論の前提として、そもそも支払停止後に債務者が一方で債権者への支払を停止しながら、他方で支払停止の後に自己の財産を抵当に入れることにより新たに資金を取得することが可能なかどうかが問題とされている。この点については、法律取調委員より、債務者が支払停止後に自己の財産をなお自由に処分できるように法制度を良しとすべきにつき異論が出されたが、債務者は破産宣告後でなければ自己の財産に対する処分権限を失わないとされているのであるから、債務者は支払停止後であっても、自分の財産を担保として新たに借入をすることは可能であること、しかしこのような債務者の行為が債権者を害するものとなる場

合には、債務者は懈怠破産の罪に問われ、二年程度の禁固刑に服することになるため、一定の抑止力にはなること、また、法律取調委員会案一〇四七条前段の適用によりこのような担保設定行為を無効とし得ることについて説明されている。

ここで、法律取調委員会案一〇四七条について言及する必要があるだろう。法律取調委員会案一〇四七条前段とは、実質的無償行為⁽¹⁸⁾以外の財団に不利益となる全ての行為は、相手方が支払停止を知ったときは異議を述べることができ、とする規定である⁽¹⁹⁾。法律取調委員会案一〇四七条の適用対象となる財団に不利益となる行為には、本旨弁済、金銭の借入と同時の担保設定、売買等が含まれる。

債務者が支払停止後に金銭給付を引換に担保権設定する行為については、金銭給付に見合った担保の提供であった場合には、そもそもこのような行為が財団に不利益となる行為と認定できるかどうかが問題となり得るが、仮に財団に不利益となる行為と認定できるとしても、法律取調委員会法案一〇四七条に基づいて異議を述べるとともに、担保権取得者が債務者の支払停止を知って担保を取得しなければならない。担保権取得者が債務者の支払停止を知らなければ、債務者が抵当権を設定して金銭を得る行為も財団に対して有効である⁽²⁰⁾⁽²¹⁾。そこで、支払停止後の債務者による担保権設定行為(あるいは、その他の処分行為)を制限する方策として、法律取調委員会案一〇四八条が法律取調委員会案一〇四七条を補い、支払停止後の債務者による担保設定行為等を無効とすることを促進する趣旨と思われる解釈が委員より提示された。

榎村正直は「十五日ヲ超過セザル時ニ限ルト云フノハ十五日間位ナレバ全部ガ停止セラレテ居ルト云フコトヲ考ヘ當ル暇ガアルマイト云フコトカラ起ツタノダ十五日ヲ過ギレバ氣ノ付ク話ダ」と述べて、法律取調委員会案一〇四八条が登記可能な期間を権利取得の日から一五日内と設定したことの意義を、権利取得日から登記の日の間が一五日を超えた場合には、債権者に債務者の支払停止についての認識可能性があるとして、法律取調委員会案一〇四七条における取引

の相手方が債務者の支払停止を知っていたこと、の要件欠缺を補い、取引行為自体を無効とし得るとするような発言をしている。

これに対して、報告委員であった本尾敬三郎は次のように述べてこの解釈を否定する。「然ウデハ御座イマセン取得シテ居ルカラ登記ヲ十五日迄延シテ置クト云フノハ大體ノ所作デアル相當ノ場合ナレバ得タラ直クニ登記ヲシナケレバナラヌそれヲセズニ居テ二十日モ立ツテ登記ヲ願ニ出レバ法律ガ正當ノモノデナイト見ル破産ニ成ツタカラ拵ヘ事デ登記ヲ願ニ出タモノト想像スルコトハ出来ナイト云フ意味デ御座イマス」⁽²³⁾

つまり、法律取調委員会案一〇四八条は権利取得が有効にされていることが前提となっており、権利取得時期が支払停止の前後のいずれかであるかを問題としない。権利取得の日から一五日の登記期間設定の意味については、この期間を過ぎてされた登記は法により正当にされた登記ではないと推定することにあるとする。もともと、権利取得後登記までの時間の経過がなぜ登記を「正当のものでない」と推定させるのかについては説明されていない。

学説において、本尾敬三郎が言うところの遅れた登記を「正当のものでない」とする理由に関して説明がされている。例えば大審院判事で、法律取調報告委員でもあった磯部四郎は、債務者の支払停止後権利取得から長期間を経過して登記を求めるような権利者は「或ハ債務者ト謀リ外觀ヲ粧フテ他ノ債権者ヲ害スルノ惡意ニ出テタリトノ推測ヲ下シ得ヘキヲ以テナリ」⁽²⁴⁾。そのために遅れてされた登記は「怠慢ノ結果トシテ其優先権ヲ失ハシムル」⁽²⁵⁾と述べ、原因行為から相当期間経過後に遅れてされた登記は、債務者と共謀して「外觀を粧う」ことで他の債権者に損害を与えるとの悪意によってされたと推測されるため、そのような主観的悪性故に、登記をできなくしてその優先権を否定する趣旨である、と述べている。他方、後の大審院判事で同じく法律取調報告委員でもあった長谷川喬はその著作において、有効に取得した

権利であっても権利取得以来登記をせず、債務者の支払停止という事態となつて突然登記を請求するような場合においては、「債権其モノ、上二付キ或ハ假裝ニ出タルカ又ハ新ニ擔保ヲ約シタルカニ因リテ他ノ債権者ニ損害ヲ加フ可キ意思ナリトノ推測ヲ下タサ、ルヲ得ス是爰二十五日以前ニ係ル場合ヲ取除キタル所以ナリ」と述べ、支払停止後破産宣告までの間の登記を権利取得から一五日内のものに限つたのは、一五日を過ぎた登記は虚偽の負債のための担保取得か、あるいは既存の債務に対する担保設定⁽²⁷⁾といった、通常であれば無効とされるべき権利の登記であるとして、いずれにしても債権者を害する意思を伴っていると推測せざるを得ず、やはり、行為の主観的悪性を問題にするが故に、登記をできなくする、と述べている。

磯部判事や長谷川判事の説明によれば、共に、遅れて登記を求める者は他の債権者を害する意思を有していると推測されると述べている点において共通する。しかし、どのような状況を想定し、遅れた登記がどのように他の債権者に有害に作用するとして債権者の主観的悪性を問うのか、そのメカニズムについて磯部判事と長谷川判事は異なつた前提に立っているように思われる。

登記を求める者に権利の登記を遅延させる理由があり、かつ、遅延して備えられた登記が他の債権者を害すると想定し得る場合として、次の二種の状況を想定することができる。一つは磯部判事が説明していると思われるが、権利者が権利は完全に有効に取得しているがその登記を或いは債務者と共謀して破産直前までしないことにより、破産者の経済的健全性につき虚偽の外観を作出することに手を貸し、この外観を信じた一般債権者の与信を誘導するという害を与える場合である。また、もう一つの場合として考えられるのは、長谷川判事が説明していると思われるが、被担保債権がないのにあるように偽装して債務者の破産直前に担保設定し、または一般債権に対して破産直前に担保設定したが、担

保設定契約証書の前日付により支払停止より前に取得した担保であるように見せかけ、これらの権利を登記することにより責任財産の流出を図る場合である。虚偽の債権に対する担保設定は無効であるし、一般債権に対して破産宣告直前に担保を提供することも、法（ロエスレル商法草案一〇四四条、法律取調委員会案一〇四六条、旧商法典九九〇条）により無効となる。²⁸しかし、これらの無効行為を有効な行為であるように偽装し、破産目前の時期に第三者、あるいは一部の債権者に対して財産を流出させる方策として登記することが考えられ、遅れた登記をもって、登記取得者の権利は無効な権利であり、登記によりこれを取得することで他の債権者を害する意思を有していたと推定するのである。ロエスレル商法草案一〇四六条、旧商法典九九二条は「有効ニ取得シタル」権利の登記であることを要件としているが、第三者あるいは債権者が権利を有効に取得していないにもかかわらず有効であるように偽装しているため、これを主張すべき管財人がこの権利欠缺の証明をすることができない場合に、遅れた登記をもって権利の正当性について否定的な方向に推定を働かせる趣旨であると理解するのである。

ロエスレル商法草案一〇四六条、旧商法典九九二条の趣旨として長谷川判事のような理解をすることの可能性を支える背景が存在する。旧商法典制定前に破産法を欠くために、債務者あるいは債権者と共謀した債権者による詐欺的行為が横行する弊害が生じていたとの事実である。例えば、明治九年一月二十六日に東京裁判所から司法省に対して身代限と詐欺行為との問題に付いて伺がされ、この伺に対して司法省は自ら裁決して、太政官へ上申している。そこで問題とされた債務者の行為は、債務者が身代限の際に債権者を害する意思を以て、自己が現に有する財産を蔵匿遺漏し、又は詐って債務を仮飾する行為であり、伺の内容はこのような行為に対して刑法上の詐欺罪の罪責を問うことができるかどうか、ということであった。²⁹また、明治一〇年五月七日民法課長建議「回顧シテ我國實際ノ景狀ヲ觀察スルニ分散ノ

弊害タルヤ固ヨリ枚擧ニ違アラス而シテ其弊中ノ弊ヲ論スル時ハ詐偽是ナリ抑明治五年身代限法ノ設ケアリシ以來人民分散ノ夥多ナル指屈スルニ勝ヘス而シテ其原因ノ如何ヲ推究スルニ眞ニ商業上ノ不幸ニ出ツル者蓋鮮シ大抵黠商ノ輩孤注一擲以テ萬一ヲ僥倖シ事敗ル、ニ及シテ分散ヲ爲ス者ニアラサレハ必ス詐偽不良ノ分散ヲナス者ノミ俗間ノ諺ニ謂フ分散ヲ以テ職業トス又分散三回以テ富ヲ成スニ足レリト是ニ依テ之ヲ觀シハ詐偽分散ノ夥多ナルヤ知ルヘシ³⁰は、身代限法の不備を突いた詐欺的行為がきわめて多く見られたことを表している。身代限法が不備であったことに起因する詐欺的行為の具体例としては、債務者による虚偽の債務負担や、債務者が第三者と共に謀して虚偽の証書を作成し、破産とは無関係の第三者が配当加入するような詐欺的行為を行うことが可能であることが挙げられており、このような当時の状況を梅謙次郎³²は次のように記している。若干長くなるが、以下引用する。

「自分ノ債權者ノ中デ親類トカ友人トカ云フモノニ自分ノ入ラス道具ヲ集メテ皆抵當トカ質トカ云フモノニシテ仕舞ツテ他ノ債權者ハ何モ取レナイヤウニシテ仕舞フ甚ダシキニ至ツテハ名義丈ハサウ云フコトニシテ置イテ他ノ債權者ノ取ル物ヲナクシテ後デ債權者ト財産ノ價ヲ分取ル、俗ニ言フやま分ケデアル：サウ云フコトヲシテ債權者ヲ損害スルト云フコトガ往々アルノデアル、日本ニ於テハ此他ニまダ詐偽ガ行ハレル、ソレハ實際ニナイ借金ヲ紙ノ上で拵ヘルノデス、ドウモ是ハ甚ダ不都合ナコトデアツテ是非サウ云フコトハ行ハレヌヤウニシナケレバナラヌノデアリマスケレドモ日本ノ今日ノ有様デハ如何トモスルコトガ出來ヌ、法律ノ力デハ何トモスルコトガ出來ヌ、詐欺ト云フ證據ノ出ルマデハ仕方ガナイなゼカナラバ日附ノ繰上ト云フモノハ勝手次第第二出來ル、西洋デハ大抵確カナ日附ト云フモノガアルニ依テ、若シ確カナ日附ト云フモノガナケレバ他人ニ向ツテ證據トナラナイ、確カナル日附ト云フノハドウ云フコトカト言ヘバ其爲メニ備ヘテアル帳簿ガアル其登記簿ノ様ナモノニ持テ參テ登記ヲスル、ソレデ其登記ヲスルトキニ作ツタモノニ相違ナイト云フコトガ分カル其登記ヲスルマデハ法律上ナカツタモノト看ルト斯ウ云フコトデアアルカラ後カラ前ノ日

附テ以テ證書ヲ作ツテ居ツテモソレハ第三者ニ對シテ効力ガナイト云フコトガ出來ルカラ愈々破産ト云フコトニナツテカラサウ云フ日附ヲ以テ證書ヲ作ツテモ一前ノ日附テ作ツタ證書ハ効力ガナイシ彌々破産シヤウトスル日ニナツテ證書ヲ作ツテ其日附ヲ以テ登記ヲシタ所ガサウ云フモノハ虚ノモノデアルト云フコトガ直キ分カルカラ取消サレルノデア、所ガ日本ニハサウ云フコトガナイカラソレデまるデ無イコトヲ作ツテ證書ヲ作ルト云フコトハ今ノ法律デハ避ケルコトガ出來ヌケレドモ少クモ破産ノ宣告ガアレバ前ニ申上ゲタ破産前ニナツテカラ物ヲ賣ツタトカ人ニ呉レテ仕舞ツタトカ云フガ如キ取引ト云フモノハソレハ容易ニ取消シテ仕舞フコトガ出來ル」⁽³³⁾

以上のような問題意識からすれば、優先権取得自体、あるいはその取得時期の偽装が行われ、その分他の債権者の配当が減少することを憂慮して、このような行為を防止するために、破産直前の登記に偽りの優先権取得の意図を伴うものと推定させたとしても、あながち不当とはいえないだろう。⁽³⁴⁾

もつとも、当の梅博士は、旧商法典九九二条（ロエスレル商法草案一〇四六条、法律取調委員会案一〇四八条）については、恐らく磯部四郎と同様に、その文言の額面通り第三者あるいは債権者が優先権を確かに取得している、ということを前提に、にもかかわらず、登記をあえてしないことにより、優先権取得の事実を隠蔽する状況を想定する。

「私ガ商賣ヲシテ居ルト假定スル、ソコデ甲ト云フモノニ自分ノ所有ノ不動産ヲ抵當ニ入レル、サウシテ此不動産ハ大變値ノアルモノト假定スルノデス、無論此甲ガ直グニ抵當ヲ登記シテ仕舞ヘバイ、ケレドモ、登記ヲシナイト云フト、世間ニ於テ凡ソ私ト取引シヤウト思フモノハアレハ大變値ノアル不動産ヲ持ツテ居ルガ最早抵當トナツテ居リハセヌカト言フテ登記簿ヲ見ニ行ク、登記簿ニハナイ、ソシナラバマダ抵當ニナツテ居ラヌモノト見エル、ソレナラバマダ大丈

夫デアラウト思ウテ私ト取引ヲシテ例ヘバ金ヲ貸スノデス、サウシテ後愈、私ガ破産ヲスルト云フコトニナルト、其甲ハ破産後ト云フモノハ登記ハ出来ヌケレドモ、其前ニ登記ヲスルト、其間ニだまサレテ取引シタモノハ大變損ヲスル、成程サウ云フ譯ナラバ登記ノナイ内ニ自分モ抵當ヲ得テソレヲ直グ登記スレバ宜カツタデハナイカト云フ議論ガ出マセウケレドモ、商賣上ニ於テハ中々抵當ヲ取ツテソレヲ登記スルト云フコトハ随分おツかうナコトデアル唯ソレヲ信用シテ取引スルコトガ多イ、其場合ニ既ニ抵當トシタル者ヲ登記シナイデ第三者ヲ欺イタナラバ、其抵當ヲ無効トスルト云フ立法者ノ精神デアル⁽³⁵⁾。

梅博士は債権者があくまで優先権を正当に有していたことを前提に、登記をしないことにより優先権の存在を隠匿するという行為が他の債権者へ債務者の財務状態に関する誤った情報を発信することにより、優先権の登記がされていれば与えなかつた与信を引き出すことを問題とする⁽³⁶⁾。従つて、磯部判事と梅博士とは、旧商法典九九二条（ロエスレル商法草案一〇四六条、法律取調委員会案一〇四八条）が予定する、遅れた登記が他の債権者に対して与える得る影響のメカニズムは同様に解しているように思われる。しかし、磯部判事と梅博士のとらえ方との間には決定的な差がある。それは、梅博士は、登記を遅らせる行為が他の債権者に対して債務者の財務状態に関する誤った情報を発信し与信を引き出し得ることを問題とするのに対し、磯部判事は、登記権利者の登記を遅らせる行為から、他の債権者に対して債務者の財務状態に関する誤った情報を発信することで与信を引き出すとの登記権利者の悪意を推定し、この主観的悪性により優先権を失わせるとする点である⁽³⁷⁾。

2 旧破産法七四条における議論

(一) 立法時

旧商法典施行後法典調査会による修正過程において、明治三五年に法典調査会草案が公表された⁽³⁸⁾。法典調査会草案は最終的には議会に提出されずに終わつたが、この草案内においても旧商法九九二条を引き継いだ法文が存在していた。法典調査会草案八八条である。

法典調査会草案八八条

「權利ノ設定、移轉又ハ變更ヲ以テ第三者ニ對抗スルニ必要ナル行爲カ支拂ノ停止又ハ破産ノ申立アリタル後ニ爲シタルモノニシテ權利ノ設定、移轉又ハ變更ノ時ヨリ十五日ヲ經過シタル後惡意ニテ爲シタルモノナルトキハ破産管財人ニ於テ之ヲ否認スルコトヲ得

前項ノ規定ハ不動産又ハ船舶ニ付キ假登記アリタル後ニ爲シタル本登記ニハ之ヲ適用セス」

法典調査会草案八八条法文がいかなる議論を経て設けられたのかの点については、詳しく知ることはできない。しかし法文を見れば、明治三五年の時点で既にほぼ旧破産法七四条と同一の法文が起草されていたことがわかる。旧商法典九九二条との比較においては、登記制度の整備に伴い、支払停止前に仮登記がされた後の本登記については適用がない旨の定めが設けられている点、また否認される登記は登記権利者が悪意であった場合に限定されるよう定められた点に差異が認められる⁽³⁹⁾。また、旧商法典九九二条においては、登記された抵当権その他の権利が「有効ニ取得」されたことが要件である旨明文上挙げられていたが、これが削除されたことに気づくだろう。

旧法は法典調査会草案公表約二〇年後に、法律取調委員会での検討を経て、大正一一年四月二五日法律第七一号とし

て公布され、大正一二年一月一日より施行された⁽⁴⁰⁾。旧法、法文を念のため記しておく。

旧破産法七四条

「支払ノ停止又ハ破産ノ申立アリタル後權利ノ設定、移転又ハ変更ヲ以テ第三者ニ対抗スルニ必要ナル行為ヲ為シタル場合ニ於テ其ノ行為カ權利ノ設定、移転又ハ変更アリタル日ヨリ十五日ヲ經過シタル後悪意ニテ為シタルモノナルトキハ之ヲ否認スルコトヲ得但シ登記及登録ニ付テハ仮登記又ハ仮登録アリタル後本登記又ハ本登録ヲ為シタルトキハ此ノ限ニ在ラス

前項ノ規定ハ權利取得ノ効力ヲ生スル登録ニ付之ヲ準用ス」

法典調査会草案八八条とは、否認の適用対象を更に権利取得の効力を生ずる登録に広げている点に差異が認められる⁽⁴¹⁾。

政府委員であった池田寅二郎は旧破産法七四条規定の趣旨について次のように説明している。

「少シ變ツタ規定デアリマシテ、一體此財産權ヲ取得致シマシタ時ニ、其登記ヲセナケレバナラスト云フモノガアリマス、或ハ登録シナケレバナラスト云フモノモアリマスガ、サウ云フ者ニ付テハ權利ヲ得タナラバ相當ノ時期ニ登記ナリ、登録ナリスルノガ普通デアリマス、所ガ破産ノ申立テ、或ハ支払ノ停止ガアリマシタ後ニ、其登記ヲ致シマシタ場合ニハ、權利ノ：取得ノ權利ト云フモノハ、餘程前ニ既ニアツタモノデアル、ダカラ普通ナラバ相當ノ時期ニ其登記ヲ濟シテ置クト云フノガ當然デアルノニ、長ク之ヲ怠ツテ置キマシテ、サシテモウ既ニ破産ノ申立ガアツタ、或ハ支拂ヲ停止シテ居ルト云フ時ニナツテカラ：後ニナツテカラ登記、登録等ヲ致シマスルト云フ時ニ、殊ニ其事情ヲ知ツテ登記、登録ヲスルト云フコトニナリマス、是ハ如何ニモ他ノ債權者ヲ詐害スルト云フ結果ニナルノデアリマス、ソコデ登記

ダケヲ否認スルト云フコトニナル譯デアリマス」⁽⁴²⁾「最初ニ假登記ダケハ直グ之ヲ濟マシテ置イテ、其後ニ本登記ヲスルト云フコトニナリマスル時ニハ、最早此ノ本登記ヲ後ニ致シマシテモ、此登記ノ順位ト云フモノハ、假登記ノ時ニ溯ツテ效力ヲ生ズルト云フコトガ登記法ニ規定ニナツテ居リマス、サウ云フモノニハ登記ハサウ云フコトニナルデアリマス、假登記、假ニ登記ヲヤツテ置イタダケデモ宜シイト云フノガ、此但書ノ規定ニナルノデアリマス」⁽⁴³⁾。

旧法七四条に關する政府委員の趣旨説明は、権利登記を遅らせることにより他の債権者に生じる詐害の内容が示されておらず、あいまいさを残した説明であるように思われる。しかし、その立法趣旨について議院で特に議論された形跡はなく、⁽⁴⁴⁾實質的には法典調査会草案起草者であつた梅博士が旧商法典九九二条の立法趣旨としてすでに述べていたもの一つまり、取引の相手方が有効に権利取得していることを条文適用の前提とし、登記の欠缺が他の債権者に債務者の財務状態につき誤つた信用を引き出すことを問題視する一をそのまま承継している。というのは、旧破産法起草委員であつた加藤正治が次のように述べて、旧法七四条の立法趣旨を旧商法典九九二条に關して梅博士が述べた趣旨と同じようにとらえているからである。

「登記、登録、引渡等第三者ニ對抗スルニ必要ナル行爲ハ對抗要件タルト同時ニ公示方法タリ故ニ權利ノ設定、移轉又は變更アリタルニ拘ラス第三者ニ對抗スルニ必要ナル行爲ヲ爲ササルトキハ其權利ニ付キ更ニ直接ニ取引ヲ爲シタル當事者ハ或ハ害ヲ被ルコトナカルヘシ：登記ナキ間ハ：社會又ハ第三者ハ之ヲ知ラス破産者ノ財産上ノ状態ニ付キ過分ノ信用ヲ與ヘ以テ他の權利ニ關スル取引ヲ爲スモノナキニアラス例ハ破産者カ或不動産ヲ既ニ賣却シタルモ登記簿ニハ依然トシテ破産者名義ノ財産トシテ存スル場合ノ如シ此場合ニ第三者ハ該不動産ヲ以テ破産者所屬ノ財産ナリトシテ過分ノ信用ヲ與ヘテ取引ヲ爲スコトナキニアラサルヘシ然ルニ其取引ヲ爲シタル後ニ至リテ從前爲シタル行爲ノ權利者カ

支拂停止又ハ破産ノ申立アリタル後ニ於テ第三者ニ對抗スルニ必要ナル行爲ヲ爲シ從來破産者所屬ノ權利ナリト看做サレタル財産カ破産ニ瀕シタル際急ニ他人所屬ノ權利ナリトシテ表示サレ且ツ對抗サルルニ至ルトキハ過分ノ信用ヲ與ヘテ取引シタル社會公衆即チ第三者ノ迷惑ハ察スルニ餘リアリ是レ其取引ノ安全ヲ害スルモノナリ故ニ權利ノ設定移轉又は變更アリタルトキハ成ルヘク速ニ第三者ニ對抗スルニ必要ナル行爲ヲ爲シテ以テ之ヲ公示シ第三者ヲシテ過分ノ信用ヲ債務者ニ與フルカ如キ事實ノ發生ヲ防遏セシメサルヘカラス仍テ管財人ヲシテ時期ニ後レテ爲シタル第三者ニ對抗スルニ必要ナル行爲ヲ否認セシムルモノト爲シタルナリ」⁽⁴⁵⁾

旧法七四条の立法趣旨に関する加藤博士の上述のような説明は、債務者の破産直前まで登記を遅らせることが他の債権者に与える詐害のメカニズムについて、旧法七四条は旧商法典九九二条とは異なつて、条文上有効に取得された権利登記であることを要求していないにもかかわらず、あくまで権利の取得自体は有効に行われていることを前提とする点において旧商法典九九二条について長谷川判事が述べていたと思われる有害性とは異なつており、磯部判事及び梅博士と同様に解するものである。更に、磯部判事とは登記を債務者の破産直前まで遅らせることが他の債権者に与える詐害のメカニズム自体は同様に解しつつも、磯部判事のように、登記権利者の登記を遅らせる行為から他の債権者への詐害意思を推定し、この主観的悪性への懲罰的意味合いを持たせてはいない点において実質的に梅博士の立場を承継している。

なお、加藤博士が主張したこの立法趣旨は、遠藤武治⁽⁴⁶⁾、青木徹二⁽⁴⁷⁾によつても承認されている。

(二) その後の展開―制限説及び創設説の萌芽

以上の通り、旧破産法七四条制定時には、旧破産法七四条が予定する登記遅延行為が他の債権者に対して与える詐害のメカニズムは、登記申請者たる第三者あるいは債権者が有効に権利を取得している、ということ为前提とし、かつその権利登記を怠ること、債務者の経済状況に関する誤ったシグナルを発信させる点を問題とする、と捉えることに争いはなかった。ところが、やはり同じく第三者あるいは債権者による有効な権利取得を前提しながら、このもはや鉄壁で動かぬとも思われた論理に対して新たな説を唱え、かつ、それまで全く意識されてこなかった旧破産法七四条の否認規定と他の否認規定との関係について意識喚起を図ったのが井上直三郎である。井上博士は大正一二年発表の論文⁽⁴⁸⁾において次のように述べている。

「元來、權利の得喪變更を第三者に對抗するに或る行為を必要とする場合に於て、其の必要なる行為の爲されざるときは、第三者は權利の得喪變更を無視するを得る、故に例へば所有權移轉の登記なき儘に不動産の讓渡人が破産したる場合に於ては、讓受人は其の不動産の取得を以て破産債権者に対抗するを得ず、其の不動産は財團所屬の財産とならねばならぬ。されば、右の事例に於て所有權移轉の登記は、所有權の移轉それ自身ではないけれども、其の不動産が財團に屬するや否やの關係に於ては、所有權の移轉自體と其の價值を同じうし、従つて所有權移轉の登記も亦、破産債権者を害する行為たり得ると言わねばならぬ。既に然り、然らば對抗要件の具備も亦第七二條に依り否認し得る筈であつて、第七四條は後に述ぶるが如き理由から特に之を制限し、其の否認を困難ならしめたるものと解するのが、當然の事理ではあるまいか。⁽⁴⁹⁾」右の如く、權利變動の對抗要件を具備する行為は、既に本來第七二條に依り否認し得べきものとせば、何故に特に第七四條の規定を設けたるやを論明せねばならぬ。そこで先づ此の兩條を比照するに：第七四條は第七二條に比し否認の條件を重くし、第七二條に依る否認を制限したるものなるを見るのである。故に第七四條の立法理由如何の問題は、何故に權利變動の對抗要件具備の否認を困難ならしめたりやの問題であ⁽⁵⁰⁾らる。

「先きに起された財産上の變動…が債権者を害するのは對抗要件の具備に由るのであつて、結果から見れば、對抗要件の具備は新なる権利の變動と毫も選ぶ所なきこと、既に述べた通りであるが、…債権者を害するの結果を生ずる效力を有つことに於ては同一であつても、對抗要件を具備する行爲は、詐害意思の推認に於て他の行爲と區別するの必要を見るのであり、又従つて其の保護を厚からしむる必要を見るのである。⁽⁵¹⁾」

「法律は對抗要件具備の結果が債権者を害するや否やに根據を置いたのではなく、悪意を推認し得る事情の有無に着目し…『悪意』とは、権利の變動を公示せざる儘に放置し、いざと云ふ間際になつて債権者の満足を遮断せんとするの意思を意味し、單に支拂停止又は破産申立ありたるを知りたるを謂ふのではない。⁽⁵²⁾」

つまり、對抗要件具備行爲も、對抗要件を具備しなければ権利移転を第三者に対して主張できなくなるため、債権者の満足という結果の観点から見れば、對抗要件具備行爲は旧法七二条における債権者を害する行爲と同じ結果をもたらす行爲であり、對抗要件具備行爲に対して本来的には旧法七二条の適用がある。しかし、同条一号の故意否認規定が予定する詐害意思及び危機時期の行爲であることから詐害意思が推定される同条二号の危機否認における行爲と対比すれば、對抗要件具備行爲自体は権利變動行爲ではなく、権利變動を完成させる行爲であることから、行爲を見れば詐害意思推認の程度において、弱い。そこで、旧法七四条は七二条との比較において要件を加重した、つまり、権利取得行爲から一五日を経過し、かつ悪意（ここでの悪意とは、権利の變動があつたのに放置し、無變動を装つたことをいう⁽⁵³⁾）の場合に限り對抗要件の否認を許すことにしたのであつて、旧法七四条は對抗要件具備行爲については七二条の適用を「制限」する点にその要点がある、と説く。

これがいわゆる制限説の起源である。井上博士の主張は、登記権利者が對抗要件を具備しても登記権利者を特に優遇

するわけではない、従って遅らせて登記をしても他の債権者の満足を害する結果はもたらされない（だからこそ、登記権利者が権利登記を遅らせる、ということに対する他の債権者への影響を債権者の満足以外のところに依拠するしかなかった）、という従来当然と思われていたテーゼを打ち破り、かつ旧法七四条を否認権の原則規定である旧法七二条と関係づけ、否認原因を詐害意思（その推認）の軽重の観点から一貫させて論じた点に功績がある。

もつとも、この井上博士の論文の登場により、旧法七四条の対抗要件否認規定の趣旨、つまりなぜ倒産直前の遅れた対抗要件具備行為は否認されなければならないのか、について、対抗要件具備行為が他の債権者に対してもたらす有害な結果に着目した説明から、他の否認類型といかなる関係に立つかの視点に重心の転換が図られることになった。井上博士の立場によれば、対抗要件の否認を他の通常の否認規定と他の債権者の満足への影響という点で同じととらえるために、それでは対抗要件否認規定は他の否認規定と何が違うのか、という点を畢竟意識せざるをえなくなった訳であるが、ともかくも、この重心の転換は続いて出された加藤博士の昭和六年九月一六日大審院判決判例批評⁽⁵⁴⁾によって促進されたといえる。

大判昭和六年九月一六日⁽⁵⁵⁾は、債務者の支払停止前に設定された抵当権の登記を抵当権設定から十五日を超え、かつ債務者の支払停止後に、支払停止の事実を知りつつ行った登記権利者に対して債務者の破産管財人が抵当権設定登記抹消請求をした事案である。原審は登記権利者の抵当権設定登記具備行為に対して旧法七四条の適用可能性にふれつつ、しかし当該抵当権設定登記具備行為は破産宣告より一年以上前に行われていることから、旧法八四条に基づいて、旧法七四条の適用を否定し、原告の訴えを退けた。そこで、原告は上告し、上告審において旧法七二条一号の故意否認規定に旧法八四条の適用はなく、更に対抗要件具備行為に故意否認規定が適用されうるところ、この点についての判断がさ

れていないと主張した。これに対して大審院は、對抗要件具備行為が旧法七二条一号の要件を満たし得ることを肯定しつつ、しかし對抗要件については旧法七四条一項の適用しかないと判示した。

加藤博士はその判例批評の中で、對抗要件具備行為に旧法七二条一号の適用はないとの結論には賛成しつつ、旧法七二条一号の適用可能性を大審院が肯定した点については疑問を提する。その理由を、第一に旧法七四条の母法であるフランス一八三八年商法典四四八条の構造に依拠して説明する。フランス一八三八年商法典四四八条によれば、一項は有効に取得された抵当権及び先取特権登記は破産宣告判決の日まで原則的に登記できると定め二項は支払停止又はその一〇日前以降破産宣言判決前にされ、かつ権利取得から一五日を経過してされた登記は無効とし得ると定める。従って、登記はあくまでも破産宣告前までは、有効にできる、有効に取得された権利の登記が無効とされるのは、あくまで例外的な場合である、というのが母法フランス法における規律である。これに対して、旧法七四条一項は一八三八年フランス商法典四四八条一項は当然であつて明文を必要としないと解されていたからである。そうであるなら、フランス法と同様、破産宣告前までは権利を有効に取得した以上は、その登記は破産宣告前までは有効にできる、というのが原則のはずである。また、第二に、抵当権が有効に設定された以上、登記は債務者の義務であり對抗要件具備行為は財産減少をもたらさない。以上の理由により、對抗要件具備行為に旧法七二条一号の適用可能性はない。あくまで登記の否認は例外であつて、旧法七四条をもつて初めて登記を否認できるとする。この立場は創設説⁽⁵⁶⁾と言われる。

昭和七年に発表された加藤博士によるこの判例批評以降、旧法七四条が全体として何を意味するかについての議論は、他の否認権規定との関係性如何、すなわち制限説⁽⁵⁷⁾創設説に収斂していくこととなる。

(三) 制限説の分化

ところで、制限説を唱えた井上博士の当初の説明によれば、對抗要件具備行為も他の債権者に対する満足という点においては権利取得行為と変わらないという点で、否認権が適用されるべき行為であるが、支払停止後の對抗要件具備行為であっても、對抗要件具備行為は既に行われた権利変動を完成させる行為であるが故に、支払停止後に新に権利変動行為自体を行った場合に比べて詐害意思の推認の程度が弱いので要件が加重される、つまり旧法七二条二号の適用が制限されている、と説く。逆に言えば、詐害意思が認められる場合には、對抗要件具備行為の否認も正当化される。そこで、井上博士は旧法七四条一項の「悪意」を「支払停止又は破産申立ての事実を知っていること」とする立法者の説明とは異なつて、「権利の變動を公示せざる儘に放置し、いざと云ふ間際になつて債権者の満足を遮断せんとするの意思」と解する。いわば登記権利者の主観的悪性が對抗要件の否認の根拠と理解する。

にもかかわらず、井上博士の制限説によれば、對抗要件具備行為が破産債権者の満足を減らすという点、かつ、對抗要件具備行為が義務行為であることから及ぶ推定を破るほどの詐害意思が認定できたとしても、否認要件の軽重のバランスを問題として支払停止前の對抗要件具備行為への旧法七二条一号適用を否定する。従つて、旧法七四条は旧法七二条全体を制限するものと考えられており、⁽⁵⁷⁾ある時点までは制限説⁽⁵⁷⁾創設説の議論も、派生する問題（支払不能後支払停止前の對抗要件具備行為に対して旧法七二条一号による否認をみとめるかどうか）解決についての結論に差が生じない観念的な議論に止まるものであった。

これに対して、山木戸克己は旧法七四条により制限されるのは旧法七二条二号にとどまり、旧法七四条は旧法七二条一号の特則ではないから、對抗要件具備行為について旧法七二条一号の要件を満たせば同条同号により否認できると主張した。⁽⁵⁸⁾この立場によれば、支払停止前の對抗要件具備行為の否認が可能になることから、山木戸博士により制限説に

重大な変化がもたらされたことになる。⁽⁵⁹⁾ 山木戸博士はこのように解釈することの理論的根拠を明示されていないが、ともかくもこの後、山木戸博士が主張された山木戸説後の制限説が支持されることとなった。⁽⁶⁰⁾ 尚、判例は山木戸説前の制限説を採用する。⁽⁶¹⁾

三 問題設定

1 創設説、制限説から得られる有害性に対する疑問

まず、創設説、制限説の両説の背後にある説明から有害性の抽出を試みれば、創設説からは、破産直前の対抗要件具備行為は債権者の信頼を害する、との有害性が提示され、制限説からは、対抗要件が遅れて具備されることにより、対抗要件を備えなければ管財人に対抗できなかつたのに管財人に対して対抗することが可能となることから、債権者に対する許害となる、との有害性が主張されている。

創設説が述べるところの有害性は、当初立法者が意図していたものでもある。しかし、果たしてここで言うところの債権者とは具体的にどのような属性を有する債権者か。一般的には、創設説における債権者とは、一般債権者のことを指すと主張される。しかし、中西教授が「今日無担保信用は債務者の特定の財産を信頼して供与されるものではない」と適切に指摘される通り、⁽⁶²⁾ 一般債権者は財産が存在することを信頼して与信を行うのではない。むしろ、そのような与信行動をとるのは、担保権者である。この食い違いをいかに説明するか。

他方で、疑問は制限説に対しても生ずる。債権者に対する許害性の内実が不明確であるとの疑問である。制限説が旧

法下の故意否認と危機否認の否認類型時にもつばら議論されてきたために、登記を遅らせて具備することから生じた他の債権者への詐害性の内実について曖昧にとらえられてきた面がある。しかし、異なった有害性を予定する行為を基に否認を類型化した新法においては、この議論を避けて通ることはできないだろう。⁽⁶³⁾

2 法発展過程から得られる疑問

更に、法の発展過程の検討から、遅れた登記の有害性の理解にかかわる問題を抽出することができる。ロエスレル商法案一〇四六条以降における破産宣告直前の對抗要件具備行為を問題視する規定の発展過程を概観してきたが、その中で、法典調査会草案起草者である梅博士以降、学説及び立法過程において繰り返し強調され、恐らく現在では当然の前提とされてきていると思われるものは、問題とされるべき破産宣告（現在は破産手続開始決定）直前の登記は、あくまで有効に取得された権利の登記でなければならない、ということである。旧法以降に発展した創設説、制限説も基本的にこの枠組みに沿った議論であると理解できる。

しかしこれに対して、旧商法典破産編九九二条に関する長谷川判事の著作によれば、長谷川判事はこのような理解をしていなかったと思われる。すなわち、登記が遅れて具備された事実から、登記原因たる権利の無効・不存在による他の債権者に対する害意を推定しており、権利自体はあくまで有効に成立していることを前提に遅れた権利登記の他の債権者への影響を考えるロエスレル商法案以降の論者とは前提を異にしている。しかし、破産に備えて証書の偽造により権利不存在の形だけの登記あるいは本来有効とされない破産直前の権利取得を証書の前日付により有効なものと同様に偽装する方法による詐欺が横行していたという、破産法成立が望まれたその歴史的背景を見れば、長谷川判事の理解の可能

性を支える一定の事実も存在するし、同様の弊害は現行法においても生じ得るものである。もつとも、長谷川判事のよう理解するためには、当時の立法の文言が障害になった可能性もあるが、現在では文言が異なっているために、長谷川判事のような理解の障壁となる法律上の文言の問題も生じない。そこで、現行法の解釈としても、登記原因となる権利が必ず有効に成立していることが前提とされるべきか、言い換えれば、登記権利者が真の権利者であるような外観はあるものの、権利が実際に有効に成立しているかどうかかわからず、否認を主張する管財人が登記原因となっている権利欠缺の証明をすることができない場合に、遅れた登記をもって権利の正当性について否定的に推定を働かせることができるかと解すべきかどうかについて検討される必要がある。

3 比較法上の検討の必要性

（一） 検討の意図

以上の疑問を踏まえて、對抗要件否認規定の背後に存在する、遅れてされた對抗要件具備行為の有害性についての検討に本稿の主眼を置く。以下では、日本法において抽出された有害性に関連する上述の疑問への解答を得る助けとするため、比較法の観点から検討を行うこととする。この検討過程において、對抗要件制度、主に登記登録制度の発展の歴史的過程、その必要性の背景についても必要な限りで触れる。對抗要件制度、登記登録制度の発展の歴史的過程に触れることの意義は、對抗要件制度が有する機能、効果の推移を確認することにある。遅れてされた對抗要件具備行為の有害性は、まさに對抗要件具備行為の効果を持つ負の側面の表れともいえるからである。更に、どのような行為が有害と評価されるかについては、国、時代における商取引慣習によって異なるであろうと推測されるので、この点に関しても

必要な限りにおいて言及する。

(二) 検討対象

破産法一六四条は旧法七四条、旧商法典破産編九九二条、ロエスレル商法草案一〇四六条を経ており、ロエスレル商法草案一〇四六条によれば、フランス一八三八年商法典四四八条二項に由来する規定である旨の記載がされている。そこで、まず破産宣言判決直前にされた対抗要件具備行為の有害性について、母法であるフランス法ではいかに理解されていたかについて詳細に調査する。中でも、フランス一八三八年商法典四四八条の成立過程、立法趣旨の調査を始めに行う。なぜなら、母法で理解されていた有害性を調査し、更に我が国で対抗要件否認規定継受時に立法趣旨として現れていた有害性―債権者の信頼保護⁶⁴―が母法四四八条二項でいかなる位置づけがされていたかについて確認する必要があるからである。加えて、一八三八年商法典四四八条二項がいかに適用され、いかなる射程を有していたかについて調査しなければならぬと考える。一八三八年商法典四四八条二項の成立過程、立法趣旨から確認された破産の直前の対抗要件具備行為有害性の発生防止作用が、どの程度必要とされ機能していたかを確認することが、その立法趣旨の合理性を確認することにもつながる。この点については、従来の対抗要件否認規定に関する研究では行われていなかった点である。

更に比較法の観点から、遅れてされた対抗要件具備行為が有害であると評価されるとすれば、いかなる場合、いかなる状況においていかなる有害性が認められるかについて検討をする。この検討はアメリカ法を対象とする。アメリカでは国家設立当初から、権利の公示がされないことに対して許害行為と評価する問題意識をイギリス法から承継しており、権利の公示がされないこと、あるいは権利の公示が遅れた者に対して倒産法内外で様々な方法をもってサンクションを

加えている。そこで、これらの規定に内在するサンクシヨンの趣旨を探ることで、日本法における破産直前の對抗要件具備行為の有害性についての、上述の疑問に対する解答を見いだすことが可能となると考える。

（1）山本克己「否認要件に関する考察」『福永有利ほか「倒産実体法」改正のあり方を探る』別冊NBL六九号一六頁以下（商事法務、平成一四年）。山本教授は對抗要件否認規定がフランス法を継受しているが、フランス不動産登記法は単独申請主義を伝統的に採用しているのに対し、日本では共同申請主義を採用しており、フランス法と同様に登記を直ちに具備しない抵当権者等権利者に対して不利益を課すことについて、フランス法と同じ合理性を認めることはできないと主張される。もともと、実務家からの「管財人にとって、原因行為の時期を特定することがむずかしいのに対して、對抗要件具備行為は日時の特定が容易なので、對抗要件具備行為を足がかりにして否認権行使ができる余地を残すべき」との指摘に基づいて、現在では對抗要件否認規定不要説を唱えてはおられないようである。伊藤眞ほか編「新破産法の基本構造と実務」ジュリ増刊号四二五―四二六頁「山本（克）発言」（二〇〇七年）。

（2）櫻井孝一「破産法七四条の法意」『民商六五巻一五四頁（一九七一年）』。

（3）伊藤眞ほか「条解破産法」一〇五二頁（弘文堂、平成二二年）。

（4）伊藤ほか・前掲注（3）一〇六〇頁、伊藤ほか編・前掲注（1）四二七頁「山本（克）発言」、畑瑞穂「對抗要件否認に関する覚書」『河野ほか編「民事紛争と手続理論の現在」井上治典先生追悼論文集』五五一頁（法律文化社、二〇〇八年）。
加えて、對抗要件を否認された相手方が破産者に対して有する債権の破産手続上の処遇に関しては、双方未履行双務契約（破産法五三条以下）における規律と整合しないのではないかとの指摘もされている。伊藤ほか編・前掲注（1）四二五頁「山本（克）発言」。例えば、不動産売買契約の売主が破産した場合において、買主による代金が一部であっても未払いで登記もされないまま売主が破産した場合には双方未履行双務契約の規律に服することとなり、管財人が解除選択をすれば弁済済みの代金は財団債権となる（破産法五四条二項）。しかし、買主が倒産手続開始直前に登記を取得すればこの登記取得行為は對抗要件否認の対象となり得るが、現在の解釈によれば、對抗要件否認の相手方が否認後破産者に対して有する債権

は破産債権になるとされているから、この場合における買主の地位の差に理由があるとされべきかが問われることになる。

- (5) 伊藤ほか編・前掲注(1) 四二七―四二八頁。
- (6) 水元宏典「新しい否認権制度の理論的検討」『ジュリ一三四九号六四頁(二〇〇八年)。
- (7) 中西正「對抗要件否認の再構成―米國連邦倒産法における Strong-arm Clause と Perfection Rule―」新堂幸司先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築(下)』六六七頁以下(有斐閣、二〇〇一年)。
- (8) 加藤哲夫『破産法【第五版】』三〇七頁(弘文堂、平成二年)。
- (9) 伊藤ほか・前掲注(3) 一〇五二―一〇五三、一〇六三―一〇六五頁、山本和彦ほか『倒産法概説(第二版)』二九六頁〔沖野眞己〕(弘文堂、平成二二)。
- (10) 原文はドイツ語である。Hermann Roesler, Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar, bd.3, Tokio, 1884; Neudruck: Shinsetsuyuppan, 1996. 原文の翻訳として、ヘルマンロエスレル『商法草案下巻』八八二頁(司法省、一八八四年)がある。明治維新後最初に伝来した西洋の法律がフランス法であったこと、そのためにフランス法は早い時期から翻訳の上研究されていたこと、また、司法省が所管の法学校を設けて明治五年七月からフランス語を用いてフランス法を教授していたという事情もあり、当時の日本の法律編纂の傾向としてフランス法に倣う傾向があった。そのため、ロエスレル自身はドイツ人であったが、破産法編纂の際にもフランス商法典に倣って立案した。従って、ロエスレルによる商法草案破産編はフランス商法典破産法規を継受したものと評価されている。現にロエスレル商法草案破産編においては、フランス商法学者ブラワール(Bravard)の文献が多く引用されている。竹野竹三郎『破産法原論(上巻)』五七―五八頁(巖松堂書店、大正二二年)、志田鉦太郎『日本商法典の編纂と其改正』五一―六頁(明治大学出版部、昭和八年)。
- (11) Roesler, aa.O., S. 40
- (12) 我国の破産制度近代化の基礎となった成文法は、身代限における差押禁止物、入札払の方法及び申出に基づく債権者への配当を認める明治五年六月第八号布告華士族身代限規則である。旧商法典破産編が施行されるまではこの布告の改正及び新たに発布された法令(主なものとして、明治五年九月第二七五号布告、明治六年三月第八号布告、明治六年六月第九号布告「明治八年六月第一〇二号布告により改正」、明治六年七月第二四二号布告、明治八年四月第五三号布告、明

治二三年八月法律第六九号）により規律されていた。これらの法規は必要に迫られて倉卒に制定したものであつて法律の体裁を備えておらず、単に債務支払いに関する方法手続きを規定したものにすぎなかつたとも言われるが（水野鍊太郎『破産法綱要』三―四頁（六法講究会、明治二六年））、少なくとも後世においては、フランス訴訟法を参照し、またそれまで身代限法の適用がなかつた華土族をも破産制度の枠内に取り込んでおり、破産法近代化へ一歩前進させる規律であつたと評価されている。桜井孝二「破産制度の近代化と外国法の影響―第二次大戦前における―」比較法字第二巻二号一〇一頁（昭和四一年）。

当時ロエスレル商法草案に基づき会社條例の制定を急いでいた会社條例編纂委員会は会社法と共に破産法の制定が必要であると考え、明治一八年二月二七日、会社條例編纂委員委員長であつた寺島宗則が太政官に対してその旨上申した。以下にその上申の内容を挙げる。

「破産法御制定ノ儀ハ舊ニ一般ノ司法上ニ於テ急施ヲ要スルノミナラス内外ノ貿易上一日モ缺クヘカラサルコトタルハ勿論ノ儀ニ有之候處當今從事候處ノ會社條例編纂ニ着手候テヨリ會社解散ノ場合ニ至リ一層其必要ナルコトヲ是認致候尤モ隨意解散ノ場合ニ關スル條件ハ右條例中ニ規定ヲ設ケ之ニ據ラシムルモ素ヨリ差支無之併ナカラ會社辨償無力ノ爲メ解散ヲ要スル場合ニ至リテハ其處分上最嚴密ヲ要スルカ故ニ別段ノ破産法ヲ制定シテ之ニ準據セシムルコトアラサレハ内會社ノ擅横ヲ豫防シ外債主ノ權利ヲ保護スルコト能ハス又現今ノ諸會社等ニ於テハ其弊害多クシテ人民ノ之ニ信憑ヲ置ク者甚タ少ナシ其原因素ヨリ一ノミニ無之候得共會社ノ設立及ヒ其内外ノ關係即チ權利義務ヲ確實ニスヘキ會社條例ナキト會社ノ解散殊ニ破産ノ場合ニ於ケル一定ノ成規ナキトニ因ルコト亦疑フ可カラサルカ如シ右ノ如クナルヲ以テ單ニ會社條例ノミ御發布相成候共破産法御制定ノ上御發布不相成候テハ實施上ニ於テ困難ヲ生シ候ノミナラス會社從來ノ惡弊ヲ矯メ確實ノ會社ヲ創設シ之ヲ保維セシムルコト難相成被存候依テ至急編纂委員御撰定ノ上破産法御制定相成度此段上申仕候也」。志田前掲注（10）『日本商法典の編纂と其改正』二八、三五―三六頁、同『日本商法論（総論）』七一―七二頁（有斐閣書房、明治三二年）。

背景には、明治一五年末頃までには銀行あるいは鉄道運輸といった大会社に加え、すでに多数の小会社が設立されていたが、明治一〇年代半ば以降明治一八年頃まで続いた不景気等によりこれらの会社の多数が倒産し、会社の総数が半減するまでに至つたこと、にもかかわらずこれらの倒産会社を整理する法制度が整備されていなかったために、法の不備から

生ずる弊害が意識されるようになったとの事情がある。三枝一雄『明治商法の成立と変遷』四〇―四一頁（三省堂、一九九二年）、福島正夫「財産法（法体制準備期）」鶴飼信成ほか『講座日本近代法発達史』七八頁以下（勁草書房、一九五八年）。この弊害の詳細に関しては、後述。

この上申に基づき太政官は破産法編纂委員長及び破産法編纂委員を置くことを決め、同年三月四日に會社法編纂委員長及び委員に破産法編纂委員長及び委員を兼任させるとともに、農商務省から一人委員を加えて破産法編纂委員を組織し、ロエスレル商法草案の破産部分を基礎として、破産法の作成を指示した（同年一月二二日に太政官が廃止されて内閣に改組され、更に内閣内に行政部、法制部、司法部により構成される法制局が設置されるとともに、商法典に関する命令起草審査は法制部の所管とされたため、破産法編纂委員も内閣の所管とされた）。ところが、明治一九年三月一七日に会社條例の審議を終えてこれから破産法の審議を開始するという時点に至ったところで、委員から内閣に対し、破産法の編纂を辞めて商法典全部を制定した方が良いとの次のような上申がされた。

「曩ニ命ヲ受ケテ編纂スル所ノ會社條例今ヤ漸ク其全案ヲ議シテ不日其編成ヲ告ケントスルニ至レリ抑モ該條例ナルモノハ破産法ト密接ノ關係ヲ有スルヲ以テ單ニ該條例ノ發布アルモ破産法ナキニ於テハ會社ノ信用ヲ保維スル能ハサルノミナラス會社破産ノ時機ニ至リ會社ト債主トノ間ニ於テ甚シキ不都合アルヲ免レス故ヲ以テ破産法制定ノ必要ナルヲ信シ旨ヲ具セシニ尋テ編纂ノ命ヲ蒙レリ然レハ會社條例ニシテ編成ヲ告クルトキハ破産法ニ着手スヘキ至當ノ順序ナレトモ退テ一考スレハ從令破産法ヲ制定スルモ尚未タ商事ノ區域ヲシテ判然明確ナラシメサル限りハ會社條例ノ施行アルモ其實施上ニ困難ナキ能ハス是ヲ以テ破産法ヲ編纂センヨリ寧口直ニ商法全部ヲ制定スルノ必要ナルヲ信憑セリ果シテ該法ヲ制定スルニ至ラハ商事ノ區域ヲ明ニスルハ固ヨリ論ヲ俟タス其他各種ノ商業ニ關スル規約ヲ定ムルニ至ルヲ以テ二者相俟テ其實績ヲ呈スルニ至ラン且「ロエスレル」氏モ亦今日ノ時運ニ際シテハ業已ニ商法全部ノ制定尤モ必要缺ク可カラサル旨懇話ノ次第モ有之旁此際更ニ商法編纂委員ヲ設ケラレ該法ヲ制定セラルル方可然ト信認致候此段上申候也」。志田・前掲注(10)『日本商法典の編纂と其改正』二九頁、三七―三八頁、同・前掲『日本商法論（総論）』七三頁。

このため、内閣は方針を変更して、明治一九年三月二三日付で會社條例編纂委員及び破産法編纂委員を罷免し、新たに商法編纂委員を任命した。しかし、商法編纂委員も任命からわずか一年後の明治二〇年四月一九日に罷免され、商法典編纂は外務省所管の法律取調委員に引き継がれた。外務省所管の法律取調委員が商法典編纂を引き継ぐことになったのは、

当時行われていた不平等条約改訂交渉が影響している。政府は列強諸国との不平等条約の改訂を悲願としていたが、その外交交渉を行う過程で、条約改訂のためには商法典、身代限法を含む重要法典、しかも西洋方式の法を編纂、公布することが急務であることを理解していた。そこで、これを一刻も早く実現させるために、それまで行われてきた各種重要法典の編纂事業を外務省に集中させたのである。しかし、この外交交渉の頓挫と共に明治二〇年一〇月二二日に法律取調委員は外務省所管から司法省所管に移されるという経過をたどった。三枝・前掲五九一八二頁、福島正夫「明治二六年の旧商法中会社法の施行」『福島正夫著作集第一巻日本近代法史』三二二—三二四頁（勁草書房、一九九三年）、金子堅太郎「明治初期の法典編纂事業に就いて」法曹會雜誌第一一巻一—二七頁以下（昭和八年）。明治二二年一月二四日ようやく旧商法典全体の成案が作成され、元老院に付議されるに至った。志田・前掲注（10）『日本商法典の編纂と其改正』二九—三〇頁、三八—四六頁、同・前掲『日本商法論（総論）』七三—七七頁。

旧商法典は明治二二年六月七日に元老院にて可決され、政府は明治二三年四月二七日法律第三三三号として公布し、明治二四年一月一日より施行することとした。ところが、明治二三年一月二五日に召集された第一回帝国会議にて、施行延期法案が議員より衆議院へ提出、その後衆議院・貴族院両院にて可決され、施行は明治二六年一月一日まで延期された。延期提案の理由書には、民法と併せて施行することで初めて商法の効用があるのに、民法がまだ実施されていないこと、法律公布と施行との間が短く、施行するための社会の準備体制が整っていないこと、新法の内容が外国法の模倣であり、当時の日本社会の慣習にそぐわないこと等を理由として挙げていた。三枝・前掲九二—九三頁、志田・前掲注（10）『日本商法典の編纂と其改正』四六—四七頁、五五—五六頁、同・前掲『日本商法論（総論）』七七一—八〇頁。

この後、商法典の修正、一部施行の動きはあったものの法案として具体化せず、施行期限の近づいた明治二五年五月二日召集の第三回帝国会議において更に明治二九年一月三日まで施行を延期する法案が提出され、明治二五年六月一日に成立した。しかし、特に会社制度の悪用が横行し、このことが商取引ひいては国家経済に対し悪影響を及ぼしていたとの事情を背景に、これを一刻も早く是正するためのツールとしての商法典、特に会社法及び破産法の必要性を痛感し、これがないことに危機感すら抱いていた政府は明治二五年一〇月七日に法典施行取調委員会を設置し、商法典及び商法施行法の修正を要する箇所を調査させると共に、明治二五年一二月二五日召集の第四回帝国会議開会日その日に「商法及ヒ商法施行条例中改正並ニ施行法律案」を提出した。この法案は衆議院、貴族院の両院において多少の修正を加えられたも

の明治二六年二月二一日に可決し、ようやく明治二六年七月一日から商法典中会社、手形及び破産部分が施行されることになった。志田・前掲注(10)『日本商法典の編纂と其改正』四七―五一頁、五八―七二頁、同・前掲『日本商法論(総論)』八〇―九二頁、三枝・前掲九九―一七頁、福島・前掲『明治二六年の旧商法中会社法の施行』三一―九頁。

尚、旧商法典成立過程における事情及びその背景の詳細については、本脚注内各文献参照。

(13) Reesler. aa.O., S. 286-287

(14) 法律取調委員については、前掲注(12)参照。法律取調に際しては、法律取調委員の他に法律取調報告委員が任命された。法律取調報告委員の任務は委員会に提出すべき法律草案の下調べをし、また委員会に出席して法案の報告及び説明をすることであった。商法草案の法取調報告委員は法制局参事官本尾敬三郎、大審院評定官岡村爲藏、法制局参事官岸本辰雄、外務省取調局次長加藤高明、控訴院評定官長谷川喬、法制局参事官長森敬斐(役職はそれぞれ当時)が担当した。志田・前掲注(10)『日本商法典の編纂と其改正』四〇―四四頁、同・前掲注(12)『日本商法論(総論)』七五―七六頁

(15) もつとも、ロエスレル草案起草後すでいくつかの修正を経ており、この時点で厳密に法文がどのようなものであったのかについては不明である。条項はロエスレル商法草案では一〇四六条であったのが、一〇四八条に代わっている。そこで、これ以降この時点での条項を法律取調委員会案一条と示すことにする。議論の内容から判断するに、法文の実質的内容に変更はない。但し、この時点で既に、法律取調委員会案一〇四八条にはロエスレル商法草案一〇四六条法文の要件に加えて、支払停止後の登記であることが新たに要件として付け加えられていたようである。法務大臣官房司法法制調査部監修「法律取調委員会商法草案議事速記」『日本近代立法資料叢書一八』一〇四八頁以下(商事法務研究会、昭和六〇年)

(16) それは次のような事情による。すなわち、明治二三年冬に第一回帝国議会が開会されることとされていたが、仮に帝国議会開会後の起草という事になれば上下両院の議員により構成される委員会を設けて法案を起草することになるが、そうなる議論ばかりで議論倒れに終わり、立法ができなくなる可能性が大いにある。法律取調委員長司法大臣山田顯義は、このような事態を避けるためには、明治二三年の第一回帝国議会開催に間に合うように法典草案を起草することが必要と考えていた。そこで、法典起草の迅速を図るために、法理論や議論は一切行わないことにして、唯当該規定が日本の国情に適しているかの観点からについてのみ議論することとし、次のような内容を含む法律取調委員会略則を定めた。それによると、法律取調の目的は民法商法及び訴訟法の草案条項中実行できないものがあるかどうか、また、他の法律規則に抵

触するかどうかを審査することであり、したがって、法理の得失、実施の緩急、文字の当否は議論することを許されないとされてきた。金子・前掲注（12）三三頁、志田・前掲注（10）『日本商法典の編纂と其改正』四〇頁。

（17）また、議事録のみから、各委員の発言の真に意味するところを正確に把握することは困難であることも付け加えておく。

（18）実質的無償行為は法律取調委員会案一〇四六条により無効とされる。この時点で法律取調委員会案一〇四六条が厳密にどのような法文であったかについては定かではない。しかし、議論の内容から察するに、ロエスレル商法草案一〇四四条と実質的に同じ内容を有する条文のようである。ロエスレル商法草案一〇四四条は次の通り。

「至て支払停止若しくは支払停止前一〇日以内以降に、破産者の法律的行为であつて他人に対し破産者の財産より無償の利益を付与するもの、特に贈与、対価を伴わないかあるいは対価が不相当の契約、期限の到来しない債務の弁済、弁済期の到来した債務の代物弁済、及び既存の債務に対する担保の提供は、当然無効とする」

尚、この時点での法律取調委員会案一〇四六条は最終的には旧商法典九九〇条となった。旧商法典九九〇条は次の通り。

「支払停止後又ハ支払停止前三十日以内ニ破産者力爲シタル贈與其他ノ無償行爲又ハ之ト同視ス可キ有償行爲期限ニ至ラサル債務ノ支拂期限ニ至リタル債務ノ代物辨済及ヒ従來負擔シタル債務ノ爲メ新ニ供スル擔保ハ財團ニ對シテハ當然無効トス」

（19）法律取調委員会案一〇四八条と同じく、この時点で法律取調委員会案一〇四七条が厳密にどのような法文であったかについては、定かではない。しかし、議論の内容から察するに、ロエスレル商法草案一〇四五条と実質的に同じ内容を有する条文のようである。法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注（15）一〇四七―一〇四八頁。

ロエスレル商法草案一〇四五条前段は次のような法文であった。

「前条の他、破産者が支払停止後及び破産宣告前に行つた財團に不利益となる全ての支払及び法律的行为は、相手方当事者が債務者の支払停止を知つていた時は、破産財團のために取消す（angefochten werden）ことが出来る」

もつとも、司法省の訳では“angefochten werden”は「異議スルコトヲ得」と訳されてゐる。

尚、この時点での法律取調委員会案一〇四七条は最終的には旧商法典九九一条となった。旧商法典九九一条は次の通り。

「前條ニ掲ケタルモノノ外債務者カ支払停止後破産宣告前ニ財團ノ損害ニ於テ爲シタル總テノ支拂及ヒ權利行爲ハ相手方カ支拂停止ヲ知りタルトキニ限り財團ノ計算ノ爲メ之ニ對シテ異議ヲ述フルコトヲ得」

然レトモ手形ヲ支拂ヒタル場合ニ於テハ爲替手形ヲ振出シ又ハ振出サシムル際支拂停止ヲ知りタル振出人又ハ振出委託人ヨリ又約束手形ニ在テハ裏書讓渡ノ際支拂停止ヲ知りタル第一ノ裏書讓渡人ヨリ其支拂金額ヲ償還スルコトヲ要ス

(20) 但し、支払停止をした債務者が自己の財産の処分権限を有し得る支払停止後破産宣告の間の期間は、非常に短いものが予定されていたようである。ロエスレル商法草案一〇三五条(旧商法典九七九条)は、債務者は支払停止後一〇日以内に自ら支払停止の事実を裁判所へ申告しなければならず、この時貸借対照表、商業帳簿を併せて提出しなければならぬと定めていた。これは、裁判所が支払停止に陥った債務者の財産状況をいち早く把握することにより、債務者による財産隠匿等を防止し、債権者の権利保全を容易にする趣旨であるとされており(磯部四郎『大日本商法破産法積義』二〇、二二―二三頁(長島書房、明治二六年)、債務者が支払停止届出義務に違反すれば、ロエスレル商法草案一〇五五条五号(旧商法典一〇五一条)により過怠破産の罪に該当し、二年以下の禁固の罰を受けた。この届出義務期間は明治二一年六月七日法律取調委員での討議によつて五日に短縮されている。法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(15)一〇四〇―一〇四一頁。その背景には、支払停止後に債務者が自分の財産に対して処分権限を有する期間、すなわち支払停止から破産宣告までの期間を一日でも短くしたいとの思惑があつたようである。支払停止後破産宣告まで六月も一年もかかることがあるか、との問いに対し、報告委員本尾敬三郎は次のように述べている。「ソナ事ハアリマセン其故コノ間十日ヲ五日にお換ヘニ成リマシタ一日停止スレバ職權ヲ以テ(破産宣告を…筆者注)ヤツテモ宜シイト云フ趣意デ御座イマス」。法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(15)一〇四九頁。また、次のようにも述べる「破産宣告ニ據ラナケレバ財産上の處分權ヲ停止スルコトハ出來ナイ實ハ支拂停止カラ取上ゲタイガそれハ出來ナイカラ支払停止カラ破産宣告迄一日モ短クシタイト云フ論ガ多ク御座イマス」。法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(15)一〇五〇頁。

(21) 尚、既存の債務に対する支払停止後あるいはその三〇日前の担保権設定行為は、實質的無償行為として(ロエスレル商法草案一〇四四条、法律取調委員会案一〇四六条)、当然に無効とされていた。磯部・前掲注(20)七九頁。尚、後述注(28)参照。

(22) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(15)一〇五二頁。

(23) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注(15)一〇五二頁。

(24) 磯部・前掲注(20)八九頁。

- (25) 磯部・前掲注（20）八九頁。
- (26) 長谷川喬『改正破産法正義』七一―七二頁（新法註釋會出版、明治二六年）。
- (27) 法律取調委員会案一〇四六条参照。
- (28) 既存の債務に対する担保設定行為は、現在では無償行為と評価されないが、旧商法典下の解釈においては、九九〇条の無償行為に含まれ、当然無効と解されていた。磯部・前掲注（20）七九頁、長谷川・前掲注（26）六〇頁。
- (29) 細川龜市「明治前期の破産法（二）」法学志林三八卷一―二号八五―八八頁（一九三六年）。
- (30) 神戸裁判所編纂『民事要録丁編』六八五―六八六頁（明治一年）。
- (31) 破産法を欠くことにより生じる弊害として次のような詐欺的行為を行うことが可能であることを挙げる。商事取引による破産と民事取引による破産の区別がないことから適宜に身代限処分ができず、そのために身代限処分言渡し後に虚偽の債務負担を作り出すことが少なからずあること。口実を設けて身代限の審問を延期し、その延期中あるいは身代限の言渡し後に、債務者が第三者と共謀して虚偽の証書を作成し、これに基づいて第三者が配当に加入すること。無資力者が資力ある外観を装い取引の相手方を信用させて取引を行い、商品を転売した後身代限の申立を行うこと。一人あるいは二人以上が共同して代金支払いの意思も能力もないのに高額商品を買入れ、代金支払を停止すること。伊藤博文編「商法ノ規定ナキヨリ生ズル弊害（破産）」『秘書類纂法制関係資料上巻』三五七―三五九頁（秘書類纂刊行会、昭和二二年）。この文書は明治二三年頃に作成された文書のようなのである。
- (32) 梅謙次郎は海外留学中であつたため（明治二三年帰国）、法律取調委員会には関与していない。しかし、後述の通り、後に法典調査会委員となり、明治三五年の法典調査会草案の起草者となつた。
- (33) 梅謙次郎『改正商法講義』六六二―六六三頁（明法堂・有斐閣、明治二六年）。
- (34) もっとも、その場合には、なぜ磯部、長谷川両判事が九九二条の解釈として、債務者破産直前の登記から優先権の取得、あるいは優先権取得時期の偽装という行為そのものを推定するのではなく、偽装の意図という登記取得者の主観を推定すると解したのかについて疑問が残る。また、第三者による虚偽の債権を被担保債権とする優先権取得の場合には、本尾敬三郎の「破産ニ成ツタカラ拵ヘ事デ登記ヲ願ニ出タモノト想像スルコトハ出來ナイト云フ意味デ御座イマス」の文言にはそぐわないであらう。

(35) 梅・前掲注(33)七二九—七三〇頁。

(36) 松岡義正も旧商法典九九二条の適用場面を同様にとらえている。松岡義正『破産法』三五二—三五三頁(和佛法律學校、明治三十三年)。

(37) 尚、松岡博士は、「破産ノ運命ヲ免ルルコトヲ得サル旨ヲ豫知シタル債務者ハ其財産上ニ設定シタル質權、抵當權等ノ登記ニ依リ財産的地位ノ不意ナル事實ヲ公衆ニ表白シ爲メニ社會ノ信用ヲ失フコトヲ恐レ債權者ニ乞フテ故ラニ登記ヲ遅延シ信用ヲ維持シ取引ヲ繼續シ以テ一時ノ彌縫策ヲ試ミシムルモ其目的ヲ達セサルヨリ前ニ登記遅延ノ求メヲ認容シタル債權者ニ破産手續開始ノ旨ヲ豫知セシメ以テ登記ヲ爲サシムルト同時ニ爾後取引ヲ爲シタル債權者ヲ許害シ大ニ取引ノ安全ヲ妨害スル害毒ヲ防止スルノ目的ニ出テタルノミナラス求メニ應ジタル債權者ニ對スル怠慢若クハ共謀ノ責罰として登記ニ必要ナル時間即チ取得後十五日内ニ爲ササリシ登記ヲ無効トシ破産債權者團體ニ對シテ效力ナキコト宛モ無登記ノ抵當質權等カ第三者ニ對シ無効ナルト同一ノ實ヲ得セシメタル法意ナリ」と述べて、登記を破産直前まで遅らせることが他の債權者へ及ぼし得る悪影響については梅博士、磯部博士と同様に解しつつ、旧商法典九九二条(ロエスレル商法案一〇四六条、法律取調委員会案一〇四八条)は登記を遅らせた登記債權者に対する懲罰的意味合いを含んでいると解する。松岡・前掲注(36)三五二—三五三頁。

(38) 「破産法案」法曹記事第一二九、一三〇号(明治三五年)。

旧商法典施行直後より商法典の不備は認識されており、法典調査会が立ち上げられて商法典の修正作業が行われたが、旧商法典破産編については「商事ノミナラス民事ニ通シテ一般ニ之ヲ設クルノ必要アリ」との理由に基づいて、商法典から切り離して独立した法として制定する方針が採用された。清浦奎吾『明治法政史』五九五—五九六頁(明法堂、明治三二年)。法典調査会草案の起草委員は、梅謙次郎、岡野敬次郎、田部芳であり、加藤正治が起草委員補助であった。志田・前掲注(10)『日本商法典の編纂と其改正』一一四頁。

(39) 更に、この時点で初めて破産宣告後の登記の有効性について言及する法文が挿入された(法典調査会草案五六条)。法典調査会草案五四条は破産宣告後の破産者の法律行為は財団に對抗できないことを定め、法典調査会草案五五条は破産者の法律行為によらずして取得した権利については法典調査会草案五四条を準用すると定めており、これらの二か条を前提に、法典調査会草案五六条は破産宣告の公告前に登記債權者が善意でした不動産、船舶登記又は不動産登記法二条一号の仮登

記については、前二条の規定の適用がない旨定める。この条文構成からみるに、法典調査会草案五六条は、登記具備行為が法律行為に含まれると解し得る規律となっており、ドイツ法の影響を受けていることは明らかである。また、現行破産法四九条、旧法五五条との比較においては、破産宣告後の登記が登記権利者の善意を理由に有効とされるのは破産宣告公告前の登記に限定されているという点に違いがある。

(40) 旧法の起草委員は岡野敬次郎、山内権三郎、松本丞治、加藤正治である。志田・前掲注(10)『日本商法典の編纂と其改正』一一五頁。

(41) この点に関して、政府委員の池田寅二郎は、鉱業権を例に挙げてその立法趣旨を説明している。それによると、鉱業権等は登記登録によって初めて権利移転の効果が生ずるのであって、権利移転の約束では権利処分効力を生ずることにはならないが、その取引を見れば、最初に鉱山の売上の約束をしその後に登録手続きを済ませるといふ、不動産売買に類似した取引慣行があるために、権利取得の効力を生ずる登記登録についても同様に扱うことにした、と述べている。貴族院事務局『帝國議會貴族院委員會議事速記録一七（第四五回議會）』二二大正十・十一年』一九七頁（臨川書店、復刻版、一九八一年）。尚、法律新聞社編纂『改正破産法及和議法精義』三〇四頁（法律新聞社、大正一二年）では、この発言は政府委員の三宅正太郎の発言とされている。

(42) 貴族院事務局・前掲注(41)一九七頁、法律新聞社編纂・前掲注(40)三〇三―三〇四頁。

(43) 貴族院事務局・前掲注(41)一九七頁、法律新聞社編纂・前掲注(40)三〇四頁。

(44) この時に若干問題とされたのは、権利取得から一五日の登記期間が短すぎるのではないか、ということである。なぜ一五日と規定するに至ったかとの問いに対し、政府委員の三宅正太郎は当時商業登記等の登記期間が時効により二週間とされていたことから、一般の法制として或る行為後二週間あれば登記するのに相当であろうとみているものと考え、それ一日を加えて一五日ということにした、と述べている。貴族院事務局・前掲注(41)二〇三頁、法律新聞社編纂・前掲注(41)三〇三頁。

(45) 加藤正治『破産法講義』二四七―二四八頁（巖松堂書店、有斐閣、訂正増補一〇版、大正一二年）。

(46) 遠藤武治『破産法』一一四頁（巖松堂書店、大正一〇年）。

(47) 加えて、青木博士は、怠慢な権利者を排除しなるべく権利の上に眠らせないために登記の期間を権利取得から一五日間

- に限定するとする。青木徹二『破産法説明』一八四頁（巖松堂書店、大正一二年）。
- (48) 井上直三郎「破産法第七四條に就いて」法学論叢第九卷第二号四五頁（大正一二年）「破産・訴訟の基本問題（有斐閣、昭和四六年）所収、二九〇頁以下」。
- (49) 井上・前掲注（48）四八頁。
- (50) 井上・前掲注（48）四九頁。
- (51) 井上・前掲注（48）五十頁。
- (52) 井上・前掲注（48）五一―五二頁。
- (53) 尚、井上直三郎『破産法綱要第一卷實體破産法』一五一―一五五頁（弘文堂書房、大正一四年）。
- (54) 加藤正治「判批」法学協會雜誌五〇卷七号二〇八頁（昭和七年）、「破産法研究第九卷（有斐閣、昭和一一年）所収、一六四頁以下」。
- (55) 大判昭和六年九月一六日民集一〇卷八一八頁。
- (56) 齊藤常三郎『日本破産法』二五三―二五五頁（弘文堂書房、一九三三年）、菊井維大『増補改訂破産法概要』一一七頁（弘文堂、一九六〇年）、兼子一（監）『条解会社更生法（中）』八八頁（弘文堂、第四次補訂、二〇〇一年）。齊藤博士については、對抗要件の否認を認める理由として、権利登記の欠缺により生ずる偽りの外観が第三者に影響を与える点及び對抗要件具備により破産財団の財産が減少する点の両方を挙げてゐる。しかし注において、旧法七四條は對抗要件につき旧七二條一号の適用ないため特に設けられた規定である旨述べており、創設的立場を採用してゐると思われる。
- (57) 例えば、板木郁郎『否認権に関する実証的研究』六六頁以下（立命館出版部、昭和一八年）、中田淳一『破産法、和議法』一六五頁（有斐閣、昭和三四年）、櫻井・前掲注（2）一五六頁、朝岡智幸「對抗要件の否認」判タ二一〇号（一九六七年）、齊藤秀夫ほか編『注解破産法第三版上巻』四九四頁「宗田親彦」（青林書院、平成一〇年）、宗田親彦『破産法研究』三四頁（慶應通信、一九九五年）、同『破産法概説新訂第四版』三九七頁（慶応大学出版会、二〇〇八年）、加藤（哲）・前掲注（8）三〇七頁。尚、制限説をとりつつ、悪意の内容に関しては、井上博士のように理解せずに、支払停止または破産宣告について知っていたこと、と解する立場が多数である。新法では旧法七四條の「悪意ニテ」の文言が「支払の停止等のあったことを知つてしたものであるときは」に改められたため、この問題は立法的に解決された。

(58) 山本戸克己『破産法』二二四―二二五頁(青林書院、一九七四年)。

(59) 伊藤眞「破産管財人に対抗できる登記の範囲」法教五三三七四頁以下(一九八五年)。伊藤教授はこれを制限説の変質現象と評価している。

(60) 谷口安平『倒産処理法』二六二―二六三頁(筑摩書房、昭和五一年)、伊藤・前掲注(59)法教七五頁、伊藤眞『破産法・民事再生法』第二版』四一六頁(有斐閣、二〇〇九年)、高地茂世「對抗要件の否認」判タ八三〇号一〇八頁(一九九四年)、霜島甲一『倒産法体系』三三二―三三三頁(勁草書房、一九九〇年)、中野貞一郎ほか編『基本法コンメンタール』第二版』一一九―一二〇頁「池田辰夫」(日本評論社、一九九七年)、中島弘雅『体系倒産法』三五五―三五六頁(中央経済社、二〇〇七年)、竹下守夫ほか編『大コンメンタール破産法』六六四頁「三木浩一」(青林書院、二〇〇七年)。

なお、伊藤教授は旧法七四条の趣旨を一般債権者の登記の外観に対する信頼保護と述べておられ遅れた對抗要件具備行為について創設説的な有害性の主張を含んでいる。伊藤眞『破産―破滅か更生か―』一九九頁以下(有斐閣、一九八九年)。

(61) 債権譲渡の承諾について、債務者の行為でないことを理由に旧法七四条の適用を否定した事例(最判昭和四〇年三月九日民集一九卷二号三五二頁)。旧法七二条の否認の対象とならない場合には、裁判所は旧法七四条の否認についての釈明権を行使すべきとした事例(最判昭和四五年八月二〇日民集二四卷九号一三三九頁)。もつとも、二判決とも傍論にとどまる。

(62) 中西・前掲注(7)六七〇頁以下。

(63) 水元・前掲注(6)六四頁。

(64) 遠藤・前掲注(46)一一四頁、青木・前掲注(47)一八四頁。

※本稿は、北海道大学博士(法学)学位論文「對抗要件否認規定の有害性について」(二〇一一年三月二四日授与)を加筆・修正したものである。加筆・修正にあたっては、平成二二―二四年度科学研究費補助金(研究活動スタート支援・課題番号二三八三〇〇三)の支援を得た。