

# 破産債務者の法的地位と破産債権確定手続

河 野 憲一郎

## 目 次

- I. 序
- II. 破産債権確定手続と破産者の異議
- III. 破産債権の行使と免責手続
- IV. 破産者の異議をめぐる手続の構造
- V. 結語

## I. 序

破産法（平成16年6月2日法律第75号）第1条は、「支払不能又は債務超過にある債務者の財産等の清算に関する手続を定めること等により、債権者その他の利害関係人の利害及び債務者と債権者との間の権利関係を適切に調整し、もって債務者の財産等の適正かつ公平な清算を図ること」と「債務者について経済生活の再生の機会の確保を図ること」とをこの法律の目的として掲げている。前者は、伝統的な破産手続の目的であり、破産手続での債権者の権利行使に向けられている。後者は、主として比較的最近になってとり入れられた目的であり、破産手続終結後の免責手続による債権者・債務者間の新たな関係の規律に関係する。

こうした破産法の目的との関連で注目すべきは、破産手続終了後の破産債権の処理についての規律である。すなわち、破産法は、「確定した破産債権については、破産債権者表の記載は、破産者に対し、確定判決と同一の効力を有し、「破産債権者は、確定した破産債権について、当該破産者に対し、破産債

権者表の記載により強制執行をすることができる」と規定している(破221条)。このことは破産債権者は破産手続終了後に、債権者表の記載を債務名義として、債務者に対するさらなる権利行使をすることが認められていることを意味する。もっとも、このような破産債権者表の記載の効力は、調査手続において破産者が異議を述べた場合には妥当しない。これに関連して、旧法(大正11年4月25日法律第71号)は、破産者の異議を除去するための制度として、破産者を相手方とする破産債権確定訴訟を置いていたが、免責制度との関係を顧慮して、平成16年の法改正で廃止された。これらの法的規律をどのように理解すべきであろうか。

破産債権確定手続における債務者の地位に焦点を当てて、破産者の異議をめぐる手続の構造を解明することが、本稿の目的である。以下では、まず、破産債権確定手続全体との関係における破産者の異議の位置づけ、わが国の立法の特色、従来の議論の問題点を母法国であるドイツの法的規律と比較しつつ明らかにする(Ⅱ.)。次に、破産者を相手方とする破産債権確定訴訟の廃止が「債権者の経済的再生の機会の確保」という破産法の二つ目の目的を実現するための免責制度と連関していること、および今次の改正で非免責債権の範囲が拡大されている点に鑑みて、破産債権の行使と免責制度の関係につき検討を加える(Ⅲ.)。これらを踏まえた上で、わが国における問題解決のあり方を手続構造に即して考えて行く(Ⅳ.)。そして、最後に結びとしたい(Ⅴ.)。

## Ⅱ. 破産債権確定手続と破産者の異議

### 1. 破産債権確定手続の概観

#### (1) 配当に向けられた手続としての破産債権確定手続

破産債権は、破産手続によらなければ、行使することができない(破100条)。破産債権を行使するには、常に届出が必要である(破111条)。届出のなされた破産債権については調査がなされ(破116条)、破産管財人が、その額(不存在を含む)、優先・劣後の有無、別除権の予定不足額について認否をしなければ

ならない（破117条，119条4項，121条1項，122条）。また，届出をした破産債権者は，裁判所に対して，破産管財人の認否の対象となる破産債権の届出事項について異議を述べることができる（破118条1項，119条5項，121条2項，122条）。債権調査において破産管財人から否認されず，かつ他の債権者からも異議が述べられなかった債権については，その存在・額，優先劣後の有無などはそのまま確定する（破124条1項）。これに対して，管財人から否認され，又は他の債権者から異議を述べられた届出債権については，裁判所の判断を経て，確定がなされることとなる（破125条以下）。

旧法は，債権調査において異議が述べられた場合には，常に訴訟手続により確定をしなければならないものとしていた（旧法244条以下）。しかし，それでは確定に必要な以上に時間を要することもあり，手続の迅速な進行を阻害するおそれがある。そこで現行法は，第一次的には狭義の破産裁判所が決定手続で破産債権の額等を判断することとした<sup>1)</sup>。すなわち，異議等のある破産債権を有する破産債権者は，その額等を確定するために，異議者等の全員を相手方として，裁判所に査定の申立てをすることができ（破125条1項本文），この申立てについてなされた決定に不服がある者は，その送達を受けた日から1月の不変期間内に破産債権査定異議の訴えを提起することができる（破126条1項）。もっとも異議等のある破産債権に関して破産手続開始当時訴訟が係属する場合および執行力ある債務名義が異議等の対象となっている場合には，査定の申立てはできないものとされている（破125条1項但書）。破産手続開始当時訴訟が係属する場合には，破産債権者は異議者等の全員を相手方として訴訟手続の受継を申し立てなければならず（破127条1項），また執行力ある債務名義が存在する場合には，異議者等は破産者のすることができる訴訟手続によってのみ異議を主張することができる（破129条1項。さらに同2項）ものとされている。以上のような破産債権の届出とこれに対する破産管財人の認否ないし他の債権者の異議，さらには裁判所における破産債権の額等の判断を経て破産債権は確定

---

1) 小川秀樹『一問一答 新しい破産法』（商事法務，2004年）167頁。

されるが、これら一連の手続は破産債権者間での配当の基礎を確定することに向けられている<sup>2)</sup>。

## (2) 破産者の異議

破産法は、破産者にも調査手続において裁判所に対して異議を述べることを認めている(破118条2項, 同119条5項, 同121条4項, 同122条2項)。ただし、破産者の異議は、他の債権者の異議とは異なり、配当とは無関係のものである。そのため異議の対象は破産債権の額に限られ、優先・劣後の有無や別除権の予定不足額には及ばないものとされている(破118条2項)。また、破産者の異議には、破産債権の確定を妨げる効果も与えられてはいない。

破産者の異議が意味を持つのは、破産手続内においてではなく、むしろ破産手続終結後の関係においてである。破産債権者表の記載が破産者に対して確定判決と同一の効力を有し(破221条1項前段, 2項), 破産債権者は、債権者表の記載にもとづき、破産者に対して強制執行をすることができる(破221条1項後段), 破産者が異議を述べた場合にはこのことは妥当しないものとされている。換言すれば、破産者の異議には破産手続終了後の破産債権者表の執行力を妨げる効果が与えられている(破221条2項参照)。

旧法の規律によれば、破産者が異議を述べた場合については、さらに(a)既にその債権について破産宣告前から係属している訴訟で、破産宣告によって中断しているものがあれば、破産者を相手方としてこれを受継して続行できること(旧法240条2項), (b)破産者が異議者の一人である場合に、これを共同被告とすることが規定されていた(同244条2項後段, 248条2項)。しかし、平成16

---

2) ここから拙稿「破産債権確定手続の基本構造」商学討究60巻2・3合併号(2009年)161頁以下は、破産法124条3項にいう「確定判決と同一の効力」とは、そもそも他の債権者らの争わない意思によるのであるから〈既判力〉ではなく、配当に向けられた〈確定効〉であるとし、また破産債権の確定に関する訴訟における判断の結果は、たしかに訴訟当事者間では〈既判力〉をも有するものの、破産手続との関係でより重要な破産法131条1項による判決効の拡張については、むしろ〈確定効〉の問題とみるべきであると論じた。

年の改正により、このような破産者を相手方とする債権確定訴訟の制度は廃止された。これは、わが国の現在の免責制度の下では、破産者が個人である場合には、一般に免責許可の決定がなされることを考慮すると、破産債権者にとっても債務名義を取得するために訴訟を進行する意味は少なく、また破産者にとっても破産者を相手方とする破産債権確定訴訟の続行等によって無用な負担を生じさせるとの立法論的な批判があったのをふまえたものである<sup>3)</sup>。

## 2. 破産者を相手方とする破産債権確定訴訟の廃止論

### (1) 廃止論の背景

平成16年改正により、旧法240条2項などが定めていた破産者を相手方とする破産債権確定訴訟の制度が廃止されることとなったが、旧法下において、有力な論者らは、この制度について、免責制度との関連で立法論な疑問を提起していた<sup>4)</sup>。学説におけるこうした傾向の背景要因として見落としてはならないのは、係属中の訴訟がない場合に、債権者が新訴を提起することができるかどうかという問題についてのわが国の学説の態度決定である。

この問題について、ドイツの通説は肯定説の立場であったに対して、わが国においては否定説が通説として定着することとなったが、このことに大きく寄与したのは、中田淳一博士の主張であった。それによれば、破産手続の継続中は、破産債権にもとづいて破産者（自由財産）に対して個別執行をすることが禁止されるのはもちろん、破産終了後の執行を準備するために個別訴訟を提起することも、原則として許されない、という<sup>5)</sup>。許されない理由は、第一に、

3) 小川編・前掲注1) 171頁。

4) 現行法の立法担当者が立法論的な批判として意識していたのは、その表現の類似性からして、伊藤眞『破産法』（有斐閣、全訂第3版補訂版、2001年）400頁を指しているのではないかと思われる。なお、比較的早い段階で免責手続との関係で疑問を提起していたのは、後に詳しく見てゆくように、中田淳一『破産法・和議法』（有斐閣、1959年）219頁であり、その後の青山善充＝伊藤眞＝井上治典＝福永有利『破産法概説——倒産処理法の基礎——』（有斐閣、新版増補2訂版、2001年）128頁（福永執筆）もこれに従っているようである。

5) 以下の叙述につき、中田・前掲注4) 218頁以下（注三）（特に、219頁）。なお、

破産者をして一日も早く更生への途を歩ませるためには、破産者を破産中の個別訴訟への応訴の負担から解放するのが望ましいということ、第二に、強制執行で平等主義をとる日本法の下では、債権者としても優先主義のドイツ法におけるほど、破産終了後の執行名義を早や手廻しにとっておく必要があるかどうかは頗る疑問であることである。かくて中田博士は、解釈論として破産手続の継続中の個別訴訟の提起の可否につき否定説をとり、破産債権者が、破産継続中にかかわらず、破産者との関係で訴訟ができるのは、旧法240条2項や同244条の明文規定に直接該当する場合に限られるべきとした。さらにこれらの明文規定についても、わが国が免責主義の採用に踏み切った際にその整理を考えてしかるべきではなかったかと立法論的な疑問をも提起した。

以上のような中田博士の議論の影響は大きく、破産手続継続中の個別訴訟の提起の可否につき、わが国では否定説が通説の座を占めることとなった<sup>6)</sup>。母国ドイツでは新訴の提起を許す立場が通説であったが<sup>7)</sup>、これとは異なる立場が意識的にとられることとなったのである。

---

対応する216頁の本文もあわせて参照。

6) 例えば、山本戸克己『破産法』(青林書院新社, 1974年) 248頁は、これを通説としている。青山=伊藤=井上=福永・前掲注4) 128頁(福永執筆)。さらに、伊藤・前掲注4) 400頁も否定説であるが、旧法16条〔現100条〕から当然のことと考えているようである。ちなみに、この通説とは異なる立場をとるものとしては、井上直三郎「破産者を相手方とする破産債権に付ての訴訟」同『破産・訴訟の基本問題』(有斐閣, 1971年) 321頁以下〔初出は、法学論叢第21巻6号(1929年)〕がある。

7) ドイツの通説が説いてきたところについて、中田博士の叙述を引用しておこう(中田・前掲注4) 219頁)。「ドイツの通説は、その破産法144条2項(日〔旧〕破240条2項に当る)を根拠とし、これによって破産手続中の受継が認められる以上、新訴の提起も許されなければならない、その請求の趣旨としても、単に破産者の異議を排除するものに限らず、通常の給付訴訟でもよく、ただ後の場合には、これを認容する判決においては、これに基づく強制執行は破産終了後においてのみ許すと制限を附せば足るとしている(Vgl. Jaeger, [Kommentar zur Konkursordnung und der Einführungsgesetzen, 6./7. Aufl., 1932] Anm. 4 zu § 144)。」

ドイツ法については後述するが(Ⅱ. 3.), 結論から言えば、1994年のドイツ倒産法は、その184条で異議を述べた破産者に対する訴えを明文で認めた。

## (2) 廃止反対論の根拠としての非免責債権

破産者を相手方とする債権確定訴訟の廃止論に対しては、反対論もあったことを見落としてはならない。すなわち、法制審議会において、破産者の異議を残すのであれば、普通は免責不許可が予想される場合や非免責債権が行使されるような場合に異議が出されるのであって、そうだとすると債権者のために、破産者を相手方とする債権確定訴訟を維持する理由はあるのではないかとの指摘もなされていた<sup>8)</sup>。

たしかにこのような廃止反対論の指摘は見過ごすことのできない重要な指摘を含んでいる。殊に、現行法は、旧法が非免責債権として掲げていた請求権のほかに、故意または重過失によって人の生命または身体を害する不法行為にもとづく損害賠償請求権および扶養義務に係る請求権をも新たな非免責債権として加えている（破253条1項3号、4号）。そうだとすると、免責制度を援用することのみによって破産者に対する訴訟を廃止するという結論を引き出すわけにはいかず、なお子細に検討をしてみる必要があるのではないか。

いずれにせよ現行法もまた、旧法と同様に破産者からの異議がない場合については債権者表にもとづく強制執行を認めている（破221条）。そうだとすると単に免責制度との関連のみで破産者を相手方とする訴訟の廃止を論ずるのは事柄の本質を見誤らせるものであり、わが国破産法の手続構造との関連で議論がなされなくてはなるまい。こうした問題意識の下に、母法国であるドイツの状況を見てみよう。

## 3. ドイツ法における状況

### (1) ドイツ旧破産法

わが国の旧破産法の母法は、1877年のドイツ旧破産法（以下「KO」とする。1898年にドイツ民法典の成立にあわせて大改正された。）である。同法は、138条以下に破産債権の届出・調査・確定に関する諸規定を置いていた。

---

8) 伊藤眞＝松下淳一＝山本和彦編『新破産法の基本構造と実務』（有斐閣、2007年）167頁（小川発言、田原発言）。

それらのうちの破産者の異議に関係する規律を見てみよう。まず(i)破産者が調査期日に債権を明らかに争わなかったときは、債権者は債務者に対して、債権表の記載に基づき強制執行をすることができる(KO164条2項)<sup>9)</sup>。次に、(ii)破産者が異議を述べた場合には、破産手続終結後、債権表にもとづき、破産者に対し強制執行をすることができないため、(iii)破産者の異議を除去するために、(a)破産者が、調査期日において異議を述べた債権につき、破産手続開始の当時訴訟が係属するときは、債権者は破産者を相手方としてその訴訟を受継ぐことができるものとしていた(KO144条2項)<sup>10)</sup>。これに加えて、(b)KOの中では明示的に規律がなされていなかったが、訴訟係属がない場合でも新たな訴えにより債務者の異議を除去する可能性を認めるのが、通説であった<sup>11)</sup>。

以上のような破産者の異議をめぐるKOの規律は、わが国旧法のそれとほぼ同内容のものと言いうるが、ドイツの通説が、訴訟係属がない場合でも新たな訴えにより債務者の異議を除去する可能性を認めていたのは、前述のごとく、わが国とは異なる点であった<sup>12)</sup>。ちなみにKOは、強制和議によるほかは免責の制度は知らず、破産手続終結後は、弁済を受けない破産債権者はその債権

9) KO 第164条【満足を受けなかった破産債権者；執行名義としての債権表の抄本】 ① 破産手続終結後は、弁済を受けない破産債権者はその債権を債務者に対して無限に主張することができる。

② 債権が確定し、かつ破産者が調査期日に債権を明らかに争わなかったときは、債権者は債務者に対して、債権表の記載に基づき ZPO724条乃至第793条を準用して強制執行をすることができる。

③ 執行文付与の訴え及び債権自体に関する異議を主張する訴え、又は債権表の記載により執行をなすに必要なしてかつ執行文付与の時証明したと認められる事実の到来若しくは発生したと認められる権利の承継を争う訴えは、本法第146条2項に掲げた裁判所がこれを管轄する。

10) KO 第144条【債権の確定】 ① 調査期日において、管財人及び破産債権者が異議を述べなかった範囲内において、又は異議を述べたもその排斥された範囲内において、債権は確定したものとみなされる。

② 破産者が、調査期日において異議を述べた債権につき、破産手続開始の当時訴訟が係属するときは、債権者は破産者を相手方としてその訴訟を受継ぐことができる。

11) Kirchhof/Lwowski/Stürner-Schumacher, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., 2008, S. 1407. また、前注7)も参照。

12) II. 1. (2)。

を債務者に対して無限に主張することができるものとされていた（KO164条1項）<sup>13)</sup>。このため KO の下では、債務者は、通常は消滅時効が完成しない限り、債務を弁済し続ける責任を負っていた。

## (2) ドイツ倒産法

その後、1994年のドイツ倒産法（以下「InsO」とする。）が制定され、これは1999年1月1日付けで施行された。この法律は、倒産処理手続の目的につき、「倒産手続は、債務者の財産を換価して売得金を配当し、又は倒産処理計画において特に企業の存続のためにそれと異なる規制を定めることにより、債務者の債権者に対して共同の満足を与えることを目的とする。誠実な債務者は、その残債務を免除される機会が与えられる」と述べ（InsO 1条）<sup>14)</sup>、286条以下に免責（Restschuldbefreiung）に関する諸規定を置いている<sup>15)</sup>。

破産者の異議に関する InsO の規律を見てみよう。まず、(i)債権が債務者によって争われなかった場合には、当該倒産債権者は、債権者表への記載により執行力のある判決によるのと同様に債務に対する強制執行を申し立てることができる（InsO201条2項）<sup>16)</sup>。逆に、(ii)破産者が異議を述べた場合には、破産手続終結後、債権表にもとづき、破産者に対し強制執行をすることはできない。そこで(iii)債権者は債務者の異議を除去するために、(a)債務者に対して債権の確

---

13) 前注9) 参照。

14) 本稿においては、InsO の条文の訳文につき、木川裕一郎『ドイツ倒産法研究』（成文堂、1999年）を参照した。

15) InsO 第286条【原則】 債務者が自然人であるときは、債務者は、第287条乃至第303条の規定により、倒産手続において履行されなかった倒産債権者に対する債務から免責される。

16) InsO 第201条【手続終結後の倒産債権者の権利】 ① 倒産債権者は、倒産手続終結後にその残余債権を債務者に対して無制限に行使することができる。

② 債権が確定されかつ債権が調査期日において債務者によって争われなかった倒産債権者は、債権者表への記載により執行力のある判決によるのと同様に債務に対する強制執行を申し立てることができる。申し述べられた異議が排斥された債権は、争われなかった債権と同様とする。

③ 免責に関する規定は、その適用を妨げられない。

定を求める訴えを提起することができ、また、(b)倒産手続開始時に債権に関する訴訟が係属していたときは、債権者は、債務者に対するこの訴訟を受継ることができるものとする (InsO184条)<sup>17)</sup>。ここではKOの中では明示的に規律がなされていなかった新たな訴えによる債務者の異議の除去について、明示的に規定がなされている<sup>18)</sup>。

ところで、ドイツにおいても、InsO201条2項による執行ならびに債務者の異議とこれの除去の実際の意義は、新得財産の組込みと自然人についての免責の導入によって減少していることが指摘されている<sup>19)</sup>。しかし、ここではあわせて免責のなされない故意の不法行為との関係での重要性も指摘されている<sup>20)</sup>。

なお、債務者の異議に対する訴えについてのInsO184条に関しては、2007年に「倒産手続の簡素化法に関する法律 (Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens; InsVerfVereinfG)」による改正がなされ、従来の文言が第1項とされるとともに、第2項が挿入されることとなった。それによれば、有名義債権の場合には、債務者は、調査期日又は債権の否認をともなった書面手続において開始する1月の期間内に異議を追求しなければならないものとされる (InsO184条2項1文)<sup>21)</sup>。改正の趣旨は、これまでの法状況によれば、有力説によると債権者は新たに訴訟を迫行し、それと結びついた費用を執行しなけ

---

17) InsO 第184条【債務者の異議に対する訴え】 ① 債務者が調査期日又は書面手続において (第177条) 債権を争うときは、債権者は、債務者に対して債権の確定を求める訴えを提起することができる。倒産手続開始時に債権に関する訴訟が係属していたときは、債権者は、債務者に対するこの訴訟を受継することができる。

② そのような債権について執行力のある債務名義又は終局判決が存在する場合には、債務者は、調査期日又は債権の否認をともなった書面手続において開始する1月の期間内に異議を追求しなければならない。この期間を徒過した後は、異議は述べられなかったものとみなす。破産裁判所は、債務者及びその債権が争われている債権者に対して、債権者表にもとづく公認の抄本を与え、期間の懈怠の効果を指摘する。債務者は裁判所に請求権を追求していることを証明しなければならない。

18) Kirchhof/Lwowski/Stürner-Schumacher, a. a. O. (Anm. 11), S. 1407.

19) Kirchhof/Lwowski/Stürner-Schumacher, a. a. O. (Anm. 11), S. 1408.

20) Kirchhof/Lwowski/Stürner-Schumacher, a. a. O. (Anm. 11), S. 1408.

21) 前掲注17) 参照。

ればならないところ、この場合には、債権者が勝訴した場合にもこの出費が債務者から償還されない恐れがあるため、このような不公平な帰結を回避するために、InsO179条2項に対応する規律をInsO184条の中に置くこととしたという点にあるが、このような改正は不要であったとの批判もある<sup>22)</sup>。

### (3) ドイツ法にみる手続の基本構造

ドイツ法を概観した結果、以下の点を確認できよう。まず、ドイツ法にあってはKOの下でもっとも典型的にみられるように、破産手続は倒産という混乱状況を整序するための〈一過性〉の権利行使とされており、それゆえ破産債権者が破産手続において割合的弁済に甘んじるとしても、このことは一時のことにすぎないということである。むしろ、破産債権者には破産手続終了後に債務者に対してなされる強制執行によって、〈終局的〉な権利行使をする可能性が当然のこととして開かれている。異議を述べない破産者に対して向けられた〈強制執行の準備機能〉は、まさにこうした終局的な権利行使の局面にかかわるものであった。しかもKOの下での通説は、破産者を相手方とする債権確定訴訟を訴訟係属のある場合だけでなく、これのない場合についても認める立場をとっていた。InsOの成立にともなって免責制度が導入され、異議を述べない破産者に対する強制執行と破産者の異議およびこれの除去手続の意味は小さくはなったものの、先に見たような構造は、このことによって全く変更されてはいない。破産者を相手方とした債権確定訴訟については、非免責債権との関連での重要性が指摘されており、わが国とは異なり、これになお積極的な意

---

22) 改正の趣旨については、BT-Drucks 16/3227, S. 21. これに対して批判的なのは、Frege/Keller/Riedel, Insolvenzrecht, 7. Aufl., 2008, S. 634 [Rdnr. 1649d] であり、InsO 184条2項の新たな規律は、体系的に疑問であり、実際上は無意味であるという。同書は、その理由として、債務者が債権者の債権を争い、その限りでInsO201条2項が妥当しないとしても、これまでの債務名義がやはり依然として債権者の手元にあり、これが倒産手続終結後の時点について再び通用性を有するという。つまり、改正法が、倒産債権者が既に取得していた債務名義の効力は、債務者が異議を述べることによって失われてしまうという前提に立つのに対して、同書はそうした前提そのものがおかしいとするのである。

味が認められていた。

このようにドイツ法にあっては、破産債権確定手続は、配当の基礎として破産債権を確定する手続という側面と並んで、破産者に対する権利行使手続としての側面をも強く有しており、いわば両者が渾然一体となった手続構造をなしているのである。

#### 4. 比較法からの示唆

ドイツにおける破産債権確定手続が、配当の基礎として破産債権を確定する手続という側面と破産者に対する権利行使手続としての側面とを渾然一体として有するものとして特徴づけられるとするならば、これに対して、わが国破産法は、平成16年の法改正に際して、それとは異なる立場に踏み出したとは言えないだろうか。このこととの関連で指摘されるべきは、一つは、破産者を相手方とする破産債権確定訴訟を廃止したことであるが、もう一つは、管財人又は他の債権者からの異議等のある場合について、破産債権査定決定申立て決定手続を新設したことである。後者は破産手続における〈競合する債権者間の調整〉という側面での実効化を狙うものであり、破産債権確定手続の機能を配当の基礎の確定に一元化してきているのではないか。もっとも、このことは母法であるドイツ法にはわが国の議論にとっての意義がもはや何等認められないということの意味するものではない。むしろ逆であり、そこから次のような示唆を得ることができる。

第一は、破産債権の行使と免責手続の関係について、あらためて考え直してみるものの必要性である。わが国では、免責制度を根拠に破産者を相手方とする訴訟が廃止されたが、ドイツ法においてはそういう態度は採られなかった。翻って考えてみるに、免責がなされるのが通常であることを根拠に破産者を相手方とする破産債権確定訴訟を廃止するという行き方は、議論としては逆転していなかったかが問われなくてはならない。たしかにわが国において免責がなされるのが通常ではあるとしても、一部の債権は非免責債権とされており、これについてはそもそも免責の対象からは除外されている。しかも、わが国の平

成16年法改正において、非免責債権の範囲は拡張されていた。そうだとすると、むしろ、なぜ破産債権確定手続の段階では破産者に対する権利行使は破産者に異議のない場合にのみとどめ、異議のある場合には、破産手続終了後の債権者・債務者間の訴訟を通じた解決に委ねるのかを、手続の構造に即して明らかにする必要があるのではないか。

第二は、有名義債権の取り扱いについてである。すなわち、破産者に対する債権確定訴訟が廃止された結果、(破産者から)異議を述べられた破産債権を有する債権者が破産者に対して強制執行を行うためには、破産手続終了後に、新たに訴訟を提起する必要があるものとされている<sup>23)</sup>。この理屈が、はたして無名義債権のみならず、有名義債権に対する異議についても妥当するのかは必ずしも論じられていない。しかし、もし仮にこれを肯定するならば、次のような問題が生じる。すなわち、わが破産法は、破産財団をもって破産手続の費用を支弁するのに不足すると認めるときは、裁判所は、破産手続開始の決定と同時に、破産手続廃止の決定をしなければならないものとする(破216条)が、このいわゆる同時廃止事件の場合には、債権確定手続は実施されないため、破産者には異議を述べることによって債務名義の執行力を消滅させる機会が与えられることはありえない。このこととの不均衡という問題である。そもそも有名義債権者は本来破産手続が開始されていなければ当該債権について強制執行ができる地位にあったはずであり、そうだとすると、破産者の異議によって、債権者が既に取得していた債権名義まで失効してしまうと考えるのは問題ではないか。従来、わが国の議論で念頭に置かれていたのはもっぱら無名義債権の場合であり、有名義債権の場合については、明確ではない。有名義債権についての破産者からの異議訴訟の規律をめぐるドイツの議論は、問題を考えるにあたって検討に値しよう。

そこで次に、第一点目に関連して、破産債権の行使と免責手続の関係につい

---

23) 伊藤眞＝岡正品＝田原陸夫＝林道晴＝松下淳一＝森宏司『条解破産法』(弘文堂、2010年) 1405頁。

ての検討を行う<sup>24)</sup>。

### Ⅲ. 破産債権の行使と免責手続

#### 1. 免責制度の導入とそれが提起した理論的問題点

わが国の破産手続は、破産手続それ自体として残債務の免除を予定するものではない。したがって、破産債権者は、破産債権のうちで破産手続において弁済がなされなかった部分については、あらためて破産手続終了後にその履行を求めることができるのが通常である。もっとも法人破産の場合には、破産手続の終了とともに法人格が消滅するのが通常であることから（破35条，一般法人148条6号，同202条1項5号，会社法471条5号，同641条6号，中間法人81条1項5号，同108条1項5号），破産手続の終了により，残債務についての責任を免除される結果となる。これに対して，個人破産の場合には，このような形での残債務についての責任免除はなされえないため，免責制度の導入前にあっては強制和議又は和議法上の和議が成立した場合に，それにより権利変動などの実体権の変更が生じ，債務の一部につき責任免除の効果が生じるにとどまった。そのため，通常は消滅時効が完成するまで債務者は債権者に対する自己の責任を免れることはできなかった。

個人破産をめぐるこうした法状況を大きく変えたのは，破産免責制度のわが国への導入である。すなわち，第2次大戦後，アメリカ合衆国の強い影響の下，1952年（昭和27年）に株式会社の経済的再生ための制度の導入も目的として旧会社更生法が昭和27年法律第172号として制定されたが，このときにあわせて個人の破産者の更生を目的として昭和27年法律第173号により，旧法366ノ2以下に付加する形で，免責制度がとり入れられた。これにより破産者は破産手続解止までの間いつでも免責の申立てをすることができ，申立てがあると裁判所は破産者を審尋の上，免責不許可事由がない限り，免責の決定をしなければな

---

24) 第二点目については，Ⅳ. で取り扱う。

らず、免責決定が確定すると、破産者は一定の非免責債権を除いて、破産手続による配当のほかは弁済の責任を免除されることとなった。

破産免責は、破産債権者の権利を免責許可決定という裁判によって変更するものであり、ここにそもそもこのような制度がなぜ正当化されるのか、問題となる。

## 2. 免責制度の根拠をめぐる従来の議論とその問題点

### (1) 兼子一博士の見解

きわめて早い段階でこの問題を論じたのは、兼子博士であった。博士は、昭和27年に出された「破産免責の法理——財産責任と人格責任の区別——」と題する論文において、議論を展開している<sup>25)</sup>。そこでは、法人破産の場合との対比により免責の根拠が検討され<sup>26)</sup>、人の経済活動は通常財産を基礎とする事業の経営管理として行われるから、その通常の結果と認められる損失による債務に対しては清算当時の財産の範囲で責任を負えば足り、それ以上の負担を残さないのが当然だとの考慮がそこにはあるのだという。ここから債務は、原則として財産責任であると認めるべきであるが、単に財産責任に止まらず、破産者に人格責的道義的責任を認めるべきで、したがって、その財産主体性の外衣を脱ぎ捨てても、一身の汚染として拭い去ることのできないものと観念される場合があり<sup>27)</sup>、実定法上破産免責の障害事実や免責から除外される債権が存在するのは、このことを示すものだという<sup>28)</sup>。

以上のような兼子博士の議論は、法人については一般に破産が解散事由とさ

25) 兼子一「破産免責の法理——財産責任と人格責任の区別——」同『民事法研究〔第二巻〕』（酒井書店、1954年）133頁以下〔初出は、法協70巻1号（1952年）1頁以下〕。

26) 兼子・前掲注25) 139頁以下。「われわれは、少なくとも財産法上の法主体性の点で、法人と個人とをしかく差別して考えることが可笑しいということに気付かなければならない。このことは、法人の主体性を個人のそれに近づけるのではなく、むしろ個人の法主体性も、財産法における限り、法人特に徹底すれば財団のそれに準じて考えるべきであるとの傾向を示すのである」という。

27) 兼子・前掲注25) 145頁。

28) 兼子・前掲注25) 145頁。

れており、その結果、破産手続終了後は残債務につき責任が免除される結果となることのアナロジーによって、個人についての免責制度の正当化を試みるものである。しかし、このような説明は、あくまでも免責制度の存在を所与の前提とした上で、比喩を用いることによって正当化を図っているにすぎず、免責制度の存在根拠を破産手続の構造との関係で基礎づけることに成功しているとは言い難い。本来、破産債権者としては、破産債権のうち破産手続において弁済がなされなかった部分について、あらためて破産手続終了後にその履行を求めることができたはずであり、しかも破産法は、破産者の異議のない債権については、債権表の記載にもとづいて強制執行をすることを認めていた。そうだとすると、なぜ免責許可決定がなされることによって破産債権者の同意なしにその権利が一律に変更されてしまうのか、憲法上の財産権の保障（憲29条）との関連において深刻な問題となる。この点が判例上問題となったのが、次に見る最判昭和36年12月13日民集15巻11号2803頁である。

## （2）最判昭和36年12月13日民集15巻11号2803頁

### 【事実】

破産者Aを免責する破産裁判所の決定に対して、Xらが抗告して、Aには破産法366条の9の1項5号、3号、1号の免責不許可事由があると主張したが棄却された。そこでXらが特別抗告をした。Xらは、何等の代償なしに不正狡猾な破産者に対し免責を許可したことは憲法29条1項に反し、また同条2項で「財産権の内容は公共の福祉に適合するように法律でこれを定める」とされているが、破産者の免責がどのように公共の福祉に適合するのか明らかでなく、さらに3項により私有財産が公共のために用いられる場合ですら正当な補償が必要であることに鑑みれば、悪徳不信義な破産者を一方的に擁護する免責制度は憲法に反する、と主張した。

### 【判旨】

特別抗告棄却。「破産法における破産者の免責は、誠実なる破産者に対する特典

として、破産手続において、破産財団から弁済出来なかった債務につき特定のものを除いて、破産者の責任を免除するものであって、その制度の目的とするところは、破産終結後において破産債権を以って無限に責任の追求を認めるときは、破産者の経済的再起は甚だしく困難となり、引いては生活の破綻を招くおそれさえないとはいえないので、誠実な破産者を更生させるために、その障害となる債権者の追求を遮断する必要が存するからである。

同法366条ノ9では、債務者に詐欺破産、過怠破産の罪に該る行為があったと認められるとき、その他同条列記の不信行為があったときは、裁判所は免責不許可の決定を為すことができると定められ、……また、366条ノ12では、租税、雇人の給料、その他同条列記の特殊の債権……を除外して、他の一般破産債権についてのみ責任を免れることに定められている。これらの規定はいづれも免責の効力範囲を合理的に規制したものといえる。

ところで、一般破産債権につき破産者の責任を免除することは、債権者に対して不利益な処遇であることは明らかであるが、他面上述のように破産者を更生させ、人間に値する生活を営む権利を保障することも必要であり、さらに、もし免責を認めないとすれば、債務者は概して資産状態の悪化を隠し、最悪の事態にまで持ちこむ結果となって、却って債権者を害する場合が少くないから、免責は債権者にとっても最悪の事態をさけるゆえンである。これらの点から見て、免責の規定は、公共の福祉のため憲法上許された必要かつ合理的な財産権の制限であると解するを相当とする」。

以上の多数意見に対しては、池田克裁判官ほか3名の裁判官の補足意見が述べられている。

「免責によって侵害される債権は債務者が無資力であるから、少くともその当時ににおいては、実質的に価値の乏しいものであるということができ……、債権者の犠牲は左程大きいものではない。右の如く破産者に更生の機会を与えることと、債権者に及ぼす犠牲の比較的僅少であることとの双方の事情が衡平に勘案されて、始めてよく破産者免責制度の合理性が肯定できる」。

今日では、免責制度の合憲性は、一般に支持されている。免責制度が合憲と

いう結論それ自体は妥当であるとしても、本判決のような理由づけが妥当かどうかは、別問題である。そもそも届出債権について破産者から異議が述べられなければ、債権者表の記載によりそのまま強制執行ができるものとされていたはずである（破221条）。こうした点に鑑みれば、多数意見では債務者を更生させることのみが一方的に強調されており、債権者の権利が消滅すべきことを正当化する根拠としては決して十分ではない。補足意見の指摘する券面額の低下というのも非免責債権については破産手続終結後に券面額での実現が保障されていることとの比較からも理解されうるように、十分な説得力はもたない。むしろ結論先にありきの議論と言えよう。ここでも破産手続の構造との関連で、免責手続が十分に説明されているとは言えない。

### (3) その後の議論

その後、学説は、消費者の自己破産の申立て件数が増大する中で、免責制度の理念的根拠に関する2つの考え方の対立を背景に、その運用のあり方について議論を展開してきた。すなわち、免責を破産手続に協力した破産者に対する特典と考える〈特典説〉と免責を破産者更生の手段と考える〈更生手段説〉の対立であり<sup>29)</sup>、いずれの考え方によるかによって、免責制度の解釈や運用に影響を生じるとされてきた。ここでは主として消費者破産をめぐるポリシーが問題とされてきたといえよう。その意味で兼子博士とは議論の対象と関心を異にしていた。いずれにせよ、この議論も免責制度の正当化根拠を——なぜ債権者が債権を追求できなくなるかを——手続構造との関連で明らかにするものではなかった。

### (4) 従来の議論の問題点

まず確認しておくべきは、わが国の破産法はドイツ法系に属するものであり、

---

29) 学説の分布については、例えば、宮川知法『債務者更生法構想・総論』（信山社、1994年）259頁以下参照。

そこでの手続の伝統的な形態によれば、破産手続それ自体の結果として残債務が免除されることはないということである。そのため、破産債権者は、破産債権のうち破産手続において弁済がなされなかった部分について、あらためて破産手続終了後にその履行を求めることができ、手続構造もこれを前提としたものになっていたはずである。これに対して、戦後導入された免責制度により免責許可決定がなされると債務者は残債務についての責任を免れることとなったが、このことが破産手続の構造それ自体を変化させたのかが問われなくてはなるまい。従来の議論は、この点を十分に取り上げることなしに、免責については、「債務者の更生」というポリシーを前面に打ち出す傾向が強かったように思われる。たしかに「債務者の更生」は経済社会にとっての一つの重要な価値ではあるが、これとの関係で失われてしまう債権者の利益も決して無視しえない価値のはずである。そうだとすると裸の利益考量によって結論を導き出すのは、きわめて恣意的な判断との印象を免れえないのではないか。手続構造に即した正当化が求められる。

わが国の免責制度は弁済率を問題とすることなく免責を認めるものであり、アメリカ合衆国法に由来する<sup>30)</sup>。そこでアメリカ合衆国法について、簡単にはあるが、いま一度立ち返ってみることが有益であろう<sup>31)</sup>。

### 3. アメリカ合衆国における破産手続の構造と免責制度

今日のアメリカ合衆国においては、個人債務者のほとんどが免責の利益を得る目的で破産申立てをしているといわれる<sup>32)</sup>。殊に債務者の自発的申立て事件 (Voullantary Case) においては、申立ての提起により事件が開始されるとともに、さらに申立ての提起は自動的に救済命令 (order for relief) を構成す

30) 兼子・前掲注25) 135頁。

31) 以下の叙述は、主として *Tabb, The Law of Bankruptcy*, 2nd. Edition, Foundation Press に依拠している。アメリカ合衆国の破産立法の歴史については、さらに *Friedman, A History of American Law*, 2nd. Edition, S.S. 269-275. また倉部真由美・後掲注33) 論文も大変に有益であり、これにも多くを負っている。

32) *Tabb*, a. a. O. (Anm. 31), S.950.

るものとされている<sup>33)</sup>。このような自発的申立てと免責とによって特徴づけられるアメリカ合衆国の破産手続は、〈債務者〉にとってきわめて使い勝手の良い手続であり、今日の社会的状況——具体的に言えば、消費者倒産——に非常に適したものであって、アメリカ合衆国の法文化を決定的に特色づけている<sup>34)</sup>。ここでは「債務者の経済的再出発」に非常に大きな場所が与えられている。

ところで、アメリカ合衆国憲法は、第1編第8節第1項は、連邦議会に「破産事項の」統一的な立法権限を与えており、数度にわたり連邦法が制定されてきた。その際に忘れてはならないのは、アメリカ合衆国法がその出発点から「債務者の経済的再出発」に大きな場所を与えていたわけではないということである。アメリカ合衆国の最初の破産法は、1800年に議会を通過したが、それは対象を商人に限定するものであり、債務者の自発的破産申立てを許してはおらず、債務者は免責の利益を享受してはいなかった。ここでは、債権者のみが、商人たる債務者を相手方として破産申し立てをすることができた（商人破産主義）。債務者に対して自発的破産と免責を提供し、免責へのアクセスを可能にしたのは第2番目の連邦法である1841年法である<sup>35)</sup>。それは、一方で非自発的申立ての場合には債権者は商人階級に属する者のみに破産を強要することができる

---

33) *Tabb*, a. a. O. (Anm. 31), S. 144. 日本法におけるように〈破産手続開始原因〉の審理をすることはない。申立ての提起により、破産財団の形成などの諸効果が発生する。アメリカ合衆国法において特徴的なのは、自動的停止（Automatic Stay）である。これについての非常に優れた論文として、倉部真由美「アメリカ倒産法における自動的停止の生成と展開（一）（二・完）」法学会雑誌（都立大）42巻1号423頁、同2号289頁（いずれも2001年）がある。

34) 破産申立件数全体に占める消費者申立ての割合は、2001年で1,492,129/1,452,030（97.31%）、2002年で1,577,651/1,539,111（97.56%）、2003年が1,660,245/1,625,208（97.89%）、2004年が1,597,462/1,563,145（97.85%）、2005年が2,078,415/2,039,214（98.11%）である。*Tabb/Brubaker*, Bankruptcy Law: Principles, Policies, and Practice, second edition, 2006, S.58. もっとも、ここで述べた数字には Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005 “BAPCPA” による「裁判所への駆け込み（rush to the courthouse）」も含まれている（*dies.*, S. 57）。

35) *Tabb*, a. a. O. (Anm. 31), S. 959, Fn. 4; *McCoid II*, The Origins of Voluntary Bankruptcy, 1988, 5 Bank. Dev. J. 361 も参照。

としつつも (“all persons, being merchandise, and all bankers”), 他方で, 自発的申立ての場合についてはこのような限定を付すことなく, 全ての者に (“all persons whatsoever”) 申立て資格を認めたのである。かくして, 1841年法により債務者が免責を求めて自己破産申立てをする可能性が開かれたのである。

アメリカ合衆国法にあっては, 1841年法を転換点として商人破産主義から一般破産主義への移行がなされたが, これを契機に一つの「理念の転換」があったとみることができよう。殊に, 1938年の破産法改正の段階においては, 「債務者の経済的再出発」という観点が強く前面に押し出された。わが国の免責制度の母法であるアメリカ合衆国法は, 以上のような法的伝統の下に手続構造を形成し, 今日に至っているのである。

#### 4. 破産手続の構造と免責制度

##### (1) 社会実体的基礎からの免責制度の根拠づけ

今日のわが国の免責制度の議論の前提にあるのは, アメリカ合衆国法における展開と同様に, 消費者破産である。周知の如く, 日本法は, 免責制度を昭和27年に導入したものの, 昭和50年代までほとんど利用されない状態であった<sup>36)</sup>。こうした状況が大きく変わったのは, 昭和50年代以降のことであり, 個人が免責を得る目的で自己破産申立てをするケースが爆発的に増大することとなる。このような消費者破産の増大の背景要因としては, わが国における消費者信用の急速な発達が挙げられる。いわゆる「サラ金二法」が施行されることにより, 「サラ金破産」の申立て件数は減少したが, その後, これに引き続いて「カード破産事件」が増加した。1990年代の不況に伴って, 申立て件数はさらに増加の傾向をたどることとなった<sup>37)</sup>。

36) 伊藤眞「破産免責の再構成」同『債務者更生手続の研究』(西神田編集室, 1984年) 3頁以下の表現が, このことを象徴的に示している。

37) 司法統計年報によれば, 1989年以降の個人の自己破産の申立て件数は, 以下のとおりである。1989年度(平成元年度) 9,190件: 1990年度(平成2年度) 11,273件: 1991年度(平成3年度) 23,288件: 1992年度(平成4年度) 43,144件: 1993年

それでは免責制度の根拠はどこに求められるか。この点につき、今日の大量消費社会においては、個人の自己破産・免責制度というものは、社会の基本的なインフラストラクチャーであることを指摘しておかなくてはならない<sup>38)</sup>。大量消費社会においては、一定数の経済的敗者が生じるのは必然であり、かくて債務者の更生のための手続が必要となってくる。私人間の信用の供与は、契約（法律行為）を通じてなされるが、消費者信用の発達した現代社会においては、このような契約は相互互換性のある対等な私人の間でなされるのではなく、消費者と事業者の間でなされるのが、通常である。こうした観点から、いわゆる〈貸手責任論〉が注目される<sup>39)</sup>。契約にもとづく責任は、〈自己決定〉にもとづく〈自己責任〉として観念されるが、ここではこのことを前提としつつも、さらに一定の条件のもとで、事業者に対しては、債権の貸付け等に際してリスク計算ができたことを理由に、〈貸手責任〉を問う余地が出てこよう。

## (2) 破産免責制度の正当化の基礎としての手続構造

免責制度の根拠が、貸手責任にあるとしても、そのことのみによってただち

---

度（平成5年度）43,545件：1994年度（平成6年度）40,385件：1995年度（平成7年度）43,414件：1996年度（平成8年度）56,494件：1997年度（平成9年度）71,299件：1998年度（平成10年度）103,803件：1999年度（平成11年度）122,741件：2000年度（平成12年度）139,280件：2001年度（平成13年度）160,475件：2002年度（平成14年度）214,638件：2003年度（平成15年度）242,357件：2004年度（平成16年度）211,402件：2005年度（平成17年度）184,422件：2006年度（平成18年度）165,932件：2007年度（平成19年度）148,248件：2008年度（平成20年度）129,508件：2009年度（平成21年度）126,265件。

38) 伝統的に商人破産主義を採ってきたフランスにあっても今日では消費者破産における免責が認められている。西沢宗英「フランスの消費者倒産立法について」杏林社会科学研究第9巻1号（1992年）1頁、同「フランス消費者倒産法における『誠意のある(debonne foi)』債務者の概念」中野貞一郎＝石川明編『民事手続法の改革』（1995年、信山社）319頁以下、山本和彦「フランスにおける消費者倒産の処理と予防——いわゆるネエルトツ法の紹介を中心としていち——」法学57巻6号（1994年）111頁、町村泰貴「試訳・フランス消費者倒産処理法」商學討究47巻1号（1996年）269頁以下など。

39) これについては、例えば、長尾治助『レンダー・ライアビリティ——金融業者の法的責任』（悠々社、1996年）小林秀之『貸手責任と金融倒産』（清文社、1997年）。

に免責という形で国家の介入が正当化されるわけではない。本来、債権者は破産手続終結後も破産手続において弁済を受けえなかった範囲において自己の権利を行使することができるのが、法の予定するところだからである。したがって、免責という形で貸手責任の発動条件が明らかにされなくてはならない。ここでは免責の手続構造に即した正当化が問題となっている。以下の点が重要である。

第一に、免責申立てがなければ、免責手続は開始されることはない（申立て主義）。すなわち、免責手続の発動は、債務者の〈申立て〉という条件によって制約をされており、申立てによってはじめて国家の介入が正当化されている。この点に関連して、平成16年改正に際しては、従来の運用を踏まえた上で、免責規定の整備がなされた。旧法では、免責の申立ては、破産宣告後破産手続が終了するまでの間（同時破産廃止事件についてはその決定の確定後1か月内）することができる（旧法366条の2第2項）とされていたところ、現行法は、債務者が破産手続開始決定の申立てをした場合には、原則として免責許可の申立てがあったものとみなし、それ以外の場合には、破産手続開始申立てがあった日から破産手続開始決定が確定した日以後1か月を経過する日までの間に免責許可の申立てをすることができるものとした（破248条）。このようなやり方で両手続の一本化がなされたものの、免責手続を破産手続とは別個の手続とする立場はなお維持されている点は見落とされてはならない。免責手続が開始されていない限り、債権者は破産者に対して権利行使ができるのであり、手続の構造からみた場合には、これがあくまでも原則である。したがって、例えば破産手続の開始が解散事由とはされていない労働組合（労組法10条）については、なお破産手続終了後の権利行使は可能と見る余地も残されている。

第二に、免責不許可事由がある債務者に対しては、裁量免責の余地はあるものの、原則として免責はなされない（破252条）<sup>40)</sup>。

---

40) 免責の審理に際しては、その手続の具体的な在り方も問題となってこよう。免責不許可事由の主張との関連で、最判平成3年2月21日金判866号26頁は、「右免責の裁判は、当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定することを目的とする純然

第三に、免責制度の根拠が〈貸手責任〉にあるのだとすれば、このような論理が及ばない債権者の債権に対してまで免責を認めることは不当ということにもなってくる。例えば、故意・重過失による生命・身体への侵害にもとづく損害賠償請求権者や扶養料請求権者については、事業者とは異なり、債権が回収できなくなるリスクを織り込むことはできない。のみならず、これらの者については、自己の債務者が破産し、免責を受けることになると、自身の生活が立ち行かなくなるおそれもある。かくして非免責債権の債権者については、強制執行の余地をどのように確保するのが、いぜんとして問題となる。逆に、破産者がクレジットカードを利用して商品を購入した場合に、これを「破産者が悪意で加えた不法行為にもとづく損害賠償請求権」（破253条1項2号）として非免責債権にするには慎重でなければならない<sup>41)</sup>。

第四に、免責許可決定が出されればこれにより一律に責任の免除がなされることはたしかだとしても、詐欺破産罪（破265条）について有罪判決が確定した場合や破産者の不正の方法によって免責許可の決定がされた場合には、免責の取消しが問題となる（破254条）。免責取消決定が確定した場合には、全ての債権について強制執行の余地があらためて問題になる。

したがって、破産手続が終結しても債権者はそこから満足を得られないぶんについてはなお権利行使が許されるのが原則であり、上に述べたような手続構造が免責による責任免除の基礎にはある<sup>42)</sup>。免責制度の根拠については、破

---

たる訴訟事件についての裁判ではなく、その性質は本質的に非訟事件についての裁判であるから、右免責の裁判が公開の法廷における対審を経ないでされるからといって、破産法の右規定が憲法32条に違反するものではないことは、当裁判所の判例……の趣旨に照らして明らかである」と述べている。〈訴訟＝非訟二分論〉からではなく、具体的な手続の在り方を論ずるべきであった。

41) この点で最判平成12年1月28日金判1093号13頁は、疑問が残る。この問題につき、青山善充＝伊藤眞＝松下淳一編『倒産判例百選』（有斐閣、第4版、2006年）77事件の長谷部由起子教授による解説とそこに掲げられた文献を参照。

42) 免責という形で貸手責任を問うとしても、破産者に不当な利益を与えるものではない。破産手続においては、別除権の行使が認められていること、また債務者が破産手続開始決定時に有した総ての財産を破産財団として提供していることが重要である。逆に言うと、この点からむしろ再生手続へのインセンティブが働くとも言

産手続の構造を無視して論じることはできない<sup>43)</sup>。

## 5. 小 括

このように見てくると、従来はともすると「債務者の更生」がひとり歩きをする嫌いはなかったかが、反省されなくてはならない。免責がなされるのが通常であるから、破産者を相手方とする破産債権確定訴訟を廃止するのは、論理が逆転している。むしろ問題は、〈配当についての手続〉の中で、それとは異質な〈強制執行の準備〉をすることをどのように評価するかということではないだろうか。

## Ⅳ. 破産者の異議をめぐる手続の構造

### 1. 破産債権確定手続の2つの機能とその評価

破産債権確定手続は、本来的には債権者間での配当の基礎を確定することに向けられたものであった。破産法は、競合する債権者間での権利行使の調整を第一の目的としており、破産債権確定手続にあっては、債権者間での〈配当〉の割合を明らかにするために、破産債権を確定していた。これが破産債権確定手続の本来的な機能であった。

しかし、破産債権確定手続には、破産手続終了後に債権者から債務者に対してなされる権利行使を準備するという機能も持たされていた。すなわち、破産者が異議を述べないと、破産債権者表の記載が確定判決と同一の効力をもつ(破221条1項前段、同2項)。ここでは破産手続終了後の債権者の終局的な満足が

---

いう。旧法下の和議、民事再生手続を含めた責任免除については、さらに、河野正憲「再生計画の保証・担保に与える影響」銀行法務21 578号(2000年)4頁以下参照。

43) 一方で、〈債務名義〉なる制度はそもそもドイツ法系に特有の制度であることを忘れてはならない。他方で、アメリカ合衆国法においては、破産事件の管轄は、破産裁判所の管轄であること、破産事件の管轄は連邦である反面、個別執行については各州に委ねられていることなど、システム全体を通じての比較が究極的には必要となつてこよう。

目指されている。債権は全額の満足を与えられるべきであり、ただ配当がなされた場合にのみ、当該債権者の債権が配当を受けた額において縮減するにとどまる。これがわが国および母国ドイツの破産手続が予定している伝統的な姿である。以上のことを前提として破産者の異議をめぐる手続の構造の解明を試みる。

## 2. 債権者表にもとづく強制執行の基礎

破産者に異議のない場合であれば、破産法221条が問題となる。同条は、破産手続終結の決定があったときは、確定した破産債権については、破産債権者表の記載は、破産者に対し、「確定判決と同一の効力」を有し<sup>44)</sup>、この場合において、破産債権者は、確定した破産債権について、当該破産者に対し、破産債権者表の記載により強制執行をすることができるものとする。

ここで問題となるのは、破産法124条との関係である。同条は、破産債権の調査において、破産管財人が認め、かつ、届出をした破産債権者が異議を述べなかったときは破産債権の額等は確定し、裁判所書記官が破産債権者表に記載すれば、この破産債権者表の記載は、破産債権者の全員に対して「確定判決と同一の効力を有する」と定める。この点につき、従来の議論は、一般に、破産法124条に関する議論を221条に転用するアプローチをしてきた。殊に、124条にいう「確定判決と同一の効力」を既判力とみる説は、これと同様に、221条の効力を既判力とする<sup>45)</sup>。しかしそれでは、債権確定手続が第一次的には配当に向けられており、第二次的に債権者破産者間の権利行使手続でもあるという二重性を有していることが見失われてしまい〈既判力〉概念の拡散を招くこ

44) 確定は、民法174条の2の時効期間との関係でも意味を持つ。最判昭和44年9月2日民集23巻9号1641頁は、「確定債権についての債権表の記載は確定判決と同一の効力を有するから、右債権表に記載された債権の消滅時効については、民法174条ノ2第1項により、その時効期間は10年である」という。

45) 伊藤眞『破産法・民事再生法』（有斐閣、第2版、2009年）467頁。このほか、中田・前掲注4）215・216頁。中野貞一郎「請求認諾と訴訟要件・既判力」同『民事訴訟法の論点 I』（判例タイムズ社、1994年）204頁は、認諾調書に既判力を認める前提として同条を引用している。

ともなろう<sup>46)</sup>。すなわち、破産法124条の効力はあくまでの債権者間の配当の基礎を確定するための当事者の意思にもとづく拘束力であり、それは〈既判力〉とは異なる〈確定効〉であった<sup>47)</sup>。これに対して、破産法221条において問題となる破産債権者表の記載による強制執行の基礎としての確定は、債権者からの破産者に対する権利行使の側面に関係している。両者は議論の次元を異にしている。

さて、このような破産債権確定手続の構造に即してみたときに、債権者間での確定を〈法廷における認諾〉であるとして、〈確定効〉の基礎を当事者の意思に求めたコーラーが、債務者との確定についても、これを〈債務者の認諾〉として理解しているのは、きわめて注目に値する。彼は、破産は強制執行手続であり、それゆえそのような認諾は、法廷における認諾として妥当するのだというのである<sup>48)</sup>。破産を強制執行手続とみる理解は、今日においては一定の修正を必要としようが、伝統的にドイツ法系の破産手続が〈債権者の権利行使手続〉であったこと、今日においても債権者による権利行使手続の要素が、特にドイツ法において強く残っていることは、先にみたとおりである。債務者に対する拘束力の基礎を一種の認諾としてとらえるコーラーの見解は、こうした手続の構造の本質をとらえたものということができよう。けだし、ここで問題となっているのが、債権者の債務者に対する権利行使であることを正しくとらえ、破産債権表の記載による強制執行が、認諾調書や執行証書によるそれと構造的に同じであることを明らかにし、こうした効力の基礎を破産者の同意と公証機関の公証行為に求めているからである<sup>49)</sup>。

46) これに対して既判力否定説は、中島弘雅『体系倒産法Ⅰ（破産・特別清算）』（中央経済社、2007年）169頁。谷口安平『倒産処理法』（筑摩書房、第2版、1980年）298頁、霜島甲一『倒産法体系』（勁草書房、1991年）、中野貞一郎＝道下徹『基本法コンメンタール破産法』（日本評論社、第2版、1997年）276頁（栗田隆執筆）。

47) 前掲注2)の拙稿参照。

48) *Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts*, 1891, S. 301., S. 568 ff. なお、コーラーは、既判力を認めるが、彼が既判力本質論につき、訴訟法説ではなく、実体法説の論者であったことを忘れてはならない。

49) なお、三ヶ月章他編『条解会社更生法（下）』（弘文堂、第3次補訂、1998年）768頁以下、谷口・前掲注50）305頁。

このようにして、異議のない場合は、そのような当事者の意思が強制執行の基礎を提供するが、それとともに認諾や執行証書と同様、公証機関の公証行為によって〈执行力〉を付与される。もっとも、既に確定判決や執行証書などの債務名義が存在している場合には、これと並んで新たな債務名義を作出するならば、旧名義と新名義との関係が問題となってくる。旧名義が破産者の認諾によって駆逐されてしまうとする合理的な根拠は見出しがたいので、この場合には、新旧の名義が併存するとみるべきである<sup>50)</sup>。

### 3. 破産者の異議が出された場合の取り扱い

それでは、逆に、破産者が異議を述べた場合はどうか。現行破産法に関するわが国の学説は、(破産者から)異議を述べられた破産債権を有する債権者は、破産者に対して強制執行を行うためには、破産手続終了後に新たに訴訟を提起する必要がある、と述べていた<sup>51)</sup>。こうした取り扱いは、旧法下の通説のいうところの破産者に対する新訴の提起を認めないという取扱い<sup>52)</sup>とも一致す

50) これが特に問題となってくるのは、管財人又は他の破産債権者が異議を述べて、その結果なされた訴訟にこれらの者が勝訴した場合の取り扱いである。債権者に旧名義での執行を許す以上、破産者にとってより有利な新名義の内容に即した請求異議が認められるかが問題となる。

なお、債務名義の競合は生じないが、無名義の場合であっても、債権者が異議を述べた結果、届出債権額が、査定決定手続や査定異議訴訟を通じて、届出債権額よりも減縮されて債権者間で確定されることはある。この場合に、債権者は、債務者に対して、債権者表では満足されなかった残部——届出債権額からの減縮ぶんにつき、債務者に対して訴求することができるかも問題となる。

有名義債権者の破産参加による新旧債務名義の競合に関してのドイツの議論としては、Gaul, Negative Rechtskraftwirkung und konkursmäßige Zweittiturierung, in: Festschrift für Friedrich Weber, S. 155 ff. がある(本論文の翻訳として、ハンス・フリードヘルム・ガウル(松本博之訳)「消極的既判力効と破産による第二の債務名義の取得」同『ドイツ既判力理論』(信山社、2004年)173頁以下がある)。ドイツでは、債権者表の記載に既判力を認めることでほぼ争いがないこと、通説は、債権者表の記載が旧名義を駆逐するとの立場であることを指摘しておく。その意味で、ドイツの議論は、本稿とは異なる出発点に立っている。

51) 伊藤＝岡＝田原＝林＝松下＝森・前掲注23) 1405頁。

52) II. 2. (1)。

る。しかし、より子細に検討する必要があるはしないだろうか。

第一に、債権者・破産者間に訴訟が係属していた場合である。旧法の下では、破産者を相手方とする債権確定訴訟としての続行ができるものとされていた。これに対して、平成15年改正により、債権者破産者間に訴訟が係属していた場合には、破産者が異議を出さなければ債務名義を作出する反面、異議が出された場合にはこれを認めず、手続の終結後に受継するという立場にシフトした。破産者から異議が出された場合に、破産手続の中であえて債務名義の作出を認める必要があるかどうかが問題となるが、破産債権手続の中で処理する必要性は、必ずしもないのではないか。なお、当該債権について免責がなされてしまえば、結果的に受継の問題は生じない。

第二に、無名義債権の場合である。無名義債権の場合には、異議があれば、確定は妨げられるが、これに対しては破産手続終了後に改めて訴訟によることで対処してよいのではないか。たしかに非免責債権に当たるかどうか、問題となる余地はあり、債権者にとってこれを確定する利益ないし必要性が考えられないわけではない。しかし、それは必ずしも破産債権確定手続の中で判断されるべき事柄というわけではあるまい。

第三は、既に当該債権につき債務名義が存在する場合で、この場合がもっとも複雑である。たしかに債権者が異議を出すことにより、債権が確定されず、それに基づく強制執行ができなくなることは、特に問題とはならないかもしれない。しかし、問題は既に取得されていた債務名義の取扱いである。破産者が異議を述べることにより、それだけで当該名義の効力を失わせ、強制執行を阻止することができるとするのは、不当ではないか。破産者の異議は、既に取得されていたの債務名義に影響を及ぼすことはできないとみるべきである。したがって、破産債権者としては、たとえ異議が出されていたとしても、当初の債務名義に基づいて、債務者に対して強制執行をかける余地は、なお残されている。

## V. 結 語

破産債権の行使は、届出、調査、確定手続を経てなされる。調査段階における破産者の異議には、債権の確定を妨げる効力はないものの、破産手続終了後の破産債権者の権利行使との関係で、重要な意味が与えられていた。すなわち、異議がなければ、破産手続終結後、債権表にもとづき破産者に対して強制執行をすることを可能ならしめるという効果を生ずる。旧法は、破産者が異議を述べた場合に、破産宣告の当時訴訟が係属するときは債権者が破産者を相手方としてこれを受継すべき旨の規定および破産者が異議者の一人である時は共同被告となすべき旨の規定を置いていたが、現行法はこれらの規定を削除した。削除に際しては免責制度との関係が顧慮されたが、破産者を相手方とする確定訴訟は、少なくとも手続構造上は免責制度と矛盾するものではなかった。むしろ廃止の根拠は、破産債権確定訴訟が本来配当を目的としていることに鑑みれば、このような破産者を相手方とする訴訟は確定手続とは本来異質なものであった点に求めるべきであろう。異議のない場合は、それが強制執行の基礎を提供するが、こうした効力の背景には、当事者の（認諾）意思と裁判所書記官の公証行為がある。異議のある場合は、争いの解決は破産手続終結後に持ち込まれることとなるが、有名義債権の場合には、格別の考慮を必要とした。

〔完〕