

破産免責と強制執行

高地茂世

- 一 はじめに
- 二 免責手続中の強制執行の可否と不当利得の成否
 - 1 学説の状況
 - 2 判例の状況
- 三 免責許可決定確定後の強制執行
- 四 むすび

一 はじめに

破産手続は、経済的に破綻した債務者に対する清算手続であり、競合する全破産債権者に法律に従った公平かつ平等な満足を得させることを目的とする。そのため破産法は、破産財団に属する財産に対する強制執行などの個別

的執行を認めず（一六条）、すでに着手した執行その他の権利行使についても、破産宣告とともに破産財団に対して効力を失う旨を規定している（七〇条）。しかし、これらの制限は、破産手続の解止すなわち破産取消、配当終了、破産廃止あるいは同時破産廃止による手続の終了によって解かれ、弁済を受け得なかつた破産債権者の残余の債務につき個別的執行が可能な状況ができあがる。他方、破産免責は、自然人たる破産者の申立てにより、右の残余の債務につき、破産裁判所の裁判により破産終結後の責任を免除するものであり、破産者は破産手続の解止に至るまで、あるいは同時破産廃止の場合には、廃止決定確定後一ヶ月内に免責の申立てをすることができるものとされている。破産裁判所は免責申立てを受けて、免責不許可事由の存否について審理を行うことになるが、この審理には一定の時間を必要とすることから、破産手続が終了してから免責許可決定が確定するまでかなりの期間がかかることもありうるわけで、とりわけ破産解止後の免責申立てとなる同時破産廃止事件の場合には、この期間の発生は必然的といえる。そこで第一に破産債権者は免責申立期間中および免責申立てから免責許可決定確定に至るまでの期間中に強制執行をすることが許されるのかどうか（免責手続中の強制執行の可否）、第二に執行が終了して破産債権者が満足を得た後に免責決定が確定した場合には執行による満足と免責許可決定の効果とがどのような関係にあるのか（不当利得の成否）、第三に破産債権者による執行が終了する前に免責許可決定が確定した場合には、継続中の執行にどのような影響を及ぼすのか、つまり執行排除の方法が問題となりうる。

右の第一および第二の問題について、後述のごとく最高裁判所は、同時破産廃止決定から免責決定の確定までの間には、破産債権者に対する個別的権利行使の禁止（破産法一六条・七〇条）が解除され、個別的強制執行ができ、その後に破産者に対する免責決定が確定しても、不当利得にならないとの立場をとっており（最一小判平2・3・

20民集四四卷一四一六頁、最小平二・三・20判時一三四五号六八頁)、これに対する学説の評価は賛否両論に割れている。この最高裁の立場は、いずれも免責決定の確定までに強制執行手続における配当等により破産債権への弁済がすでになされていた事案についてものである。そうすると、免責決定が確定した場合に継続中の強制執行を阻止する方法が問題となる。本稿では主として第三の問題に焦点を合わせるものであるが、その前提として第一および第二の問題についても現実的処理の妥当性の観点から免責手続中の強制執行の問題として検討することとする。⁽¹⁾

(1) 筆者はこれらの問題について既に判例評釈(判例時報一五七〇号二二頁以下)の形で素案を述べているが、本稿はこれを敷衍し、議論を發展させることを目的とするものである。

二 免責手続中の強制執行の可否と不当利得の成否

1 学説の状況

そもそも免責申立て期間中および免責申立てから免責許可決定確定に至るまでの期間中に破産債権に基づいて強制執行することが許されるのかについて、従来の学説は、肯定説、否定説、制限的肯定説、実体的制限説(実体的折衷説)に大別される。

(1) 肯定説 破産手続が解止すると破産的制限を受けずに債権者は強制執行をすることができるとする見解である。⁽²⁾ その論拠とするところは、おおむね以下の六点である。①配当終結や異時廃止の場合、免責申立ては破産手

続中に限られているが、その審理及び決定は破産解止後にもなされうることをみれば、破産手続と免責手続は法律上別個の手続として処遇されていることは明らかであり、しかも破産解止の場合、破産法一六条の禁止が解除される理由はない。⁽³⁾ ②破産宣告時における破産者の財産は破産財団となり本来総債権者の引当となるべきものであって、⁽³⁾ たまたま右財産が破産手続費用を償うに足りないため同時廃止になった場合（一四五条）、免責手続中の故をもって、破産者に留保させておく理由とはなりえないし、これに対する破産債権者による執行を禁ずるのは合理的ではない。⁽⁴⁾ ③破産者に対する新得財産に対する強制執行を認めても、破産者の利益は差押禁止財産などの制度によって保護される。⁽⁵⁾ ④同時破産廃止の場合には、責任財産の範囲を明確にする機能を持つ固定主義が作動しなかつた以上、免責決定確定の段階で固定主義類似の効果が生じると解することが債権者と破産者の利害調整を図るうえでのぎりぎりの選択といえる。⁽⁶⁾ ⑤免責手続を破産手続から切り離して考えるのが、破産手続の中に強制和議を組み込んだ趣旨を活かすことになる。⁽⁷⁾ ⑥破産者の経済的更生は重要であるが、「債務は履行すべし」ということが原則であり、免責は例外であるから、債権者保護の立場を無視することはできなし、免責の母法となったアメリカで免責制度およびその運用について批判があることに鑑みれば、破産者の経済的更生に解釈論が傾きすぎているといえる。⁽⁸⁾

不当利得の成否に関しては、三六六条の一二の文言から当然遡及を肯定して不当利得の成立を認める見解⁽⁹⁾や、免責決定主文で遡及効を宣言した場合にのみ不当利得となるとする見解⁽¹⁰⁾もあるが、大部分は破産法三六六条の一一が免責の効果の遡及を規定していないとして不当利得の成立を否定する立場をとっている。

(2) 否定説 破産手続と免責手続とは一体であり、免責決定確定前の破産債権者による強制執行を許さないとする見解である。その論拠は以下のとおりである。①破産解止によって個別執行の禁止が解かれ、取立可能になるとする肯定説が援用する規定はすべて昭和二十七年の免責手続導入以前の規定であり、免責手続の導入後はその趣旨と調和させて解釈する必要があるが、同時破産廃止の場合には、その確定によって破産手続が終結すると解する必然性はなく、むしろ免責申立期間一ヶ月が経過するまでは破産手続が終結せず、免責申立があったときは免責許否の決定が確定するまで破産手続が継続すると解することができる。⁽¹¹⁾②固定主義、免責主義は破産者の経済的更生という目的のために相互に結合されているものであり、更生のための基礎をなす新得財産の保持は破産者の更生にとって必須のものであり、新得財産を破産債権の引当とすべきではない。破産法が新得財産に対して権利行使をする余地を認めている(二八七条一項、三五七条、九七条一項後段)としても、それは免責決定が下される余地がなくなることを条件としてのことである。破産債権は宣告時の破産者の財産のみを責任対象としており、実価が名目額を下回る状態は免責決定が確定するまで継続する。⁽¹²⁾③個別執行を許すと破産債権者の公平を害する可能性がある。⁽¹³⁾④差押禁止財産の制度目的は、債務者およびその家族の最低生活の保障であつて、積極的に債務者の経済的再出発を助けるものではない。⁽¹⁴⁾⑤免責決定確定後に破産者に不当利得返還請求をとらせる手続きの負担を課すべきではなく、権利救済の実効性にも疑問がある。⁽¹⁵⁾この否定説によれば、免責申立期間中においては破産法一六条の類推適用により免責手続の継続の事実が執行障害となるから、破産債権者による強制執行に対して破産者は執行異議、執行抗告を提起してこれを排除することになる。⁽¹⁶⁾

不当利得の成否に関しては、免責決定を遡及的形成裁判と解し、これに遡及効を認め、不当利得の成立を認めて

いる。⁽¹⁷⁾

(3) 制限的肯定説 破産手続の解止がある以上、同時破産廃止の場合であっても、破産債権者は破産者の残存財産または新得財産を差し押さえることはできるが、免責手続中は免責の基礎をなす破産宣告が、免責の目的を害する個別的満足およびその前提としての執行換価に対する執行障害となるとする見解であり、その論拠は以下のとおりである。⁽¹⁸⁾ ①免責手続は本来の破産手続とは別個の手続であるが、破産宣告を基礎としこれと連続する手続であり、広義の破産手続の一部を構成し、免責手続を破産宣告から全く分離独立して論じることができない。②本来の破産手続解止後になお破産の手続が行われることは、破産取消決定の確定後における破産管財人による財団債権の弁済等の事後処理など、例がないわけではなく、異とするには足りない。③非免責債権は別として、免責決定が確定すれば破産者が責任を免れるはずの破産債権を執行債権として個別執行が免責手続中になされ、破産者が残存資産あるいは新得財産を失い経済的更生の手段を奪われるのでは、免責制度の意義は大きく減殺されてしまう。④免責手続中の差押えが許されないと、破産者であった債務者が、免責申立ての取り下げ・却下あるいは免責不許可決定という事態が生じた場合、あるいはその前でも、残存資産・新得財産を自由に処分する余地があり、破産債権者としては破産廃止によって破産手続の実施は得られず、個別執行による満足からも事実上排除されてしまう。⑤同時廃止決定確定後、免責手続中の破産債権者の地位は、債権者が自己に対する債権者（第三債権者）からその債権を差し押さえられた場合における債権者の地位に類似すると理解される。この場合において、債権者は給付の訴えを提起できるし、仮差押えの執行もでき、さらに債務名義を得れば強制執行もできるが、その執行債権を差し押さえた第三債権者の満足を妨げる執行段階まで進むことは許されないのと同様に、破産解止後の破産債権者も免責の

目的を害しない限度で破産債権についての訴訟追行や執行追行を妨げられない。この見解によれば、執行債権が非
免責債権に当たたる場合は別として、それ以外の債権に基づく個別執行上の換価・満足のための執行処分に対して
は、破産者は免責手続中であることを理由として、執行異議または執行抗告を申し立てることができるものとされ
る。

不当利得に関しては、破産債権者は、免責手続中は、免責手続の基礎をなす破産宣告の効果として個別執行によ
る満足を禁ぜられ、そのまま免責決定の確定によりその執行債権は責任なき債務となったのであるから、その責任
の実現としての強制執行は、法律上の原因を欠くとして、不当利得の成立を認め⁽¹⁹⁾る。

(4) 実体的制限説（実体的折衷説） 債務者は、破産債権の引当てを破産財団に属すべき財産に限定するという破
産手続の実体的な効果を（破産法六条）更生に必要な限りで免責手続中も援用することができ、それによって非免
責債権を除く破産債権との関係では、債務者の責任が更生に必要なでない財産に限定されるとする見解である⁽²⁰⁾。この
見解によれば、免責申立てをした債務者は、債務名義ある破産債権者に対して請求異議の訴えを提起して更生に必
要な財産に対する強制執行の一般的不許を求めることができ、裁判所は債務者が免責手続中であることと、債務名
義に表示されている債権が破産債権であり、かつ非免責債権でないことを確かめたうえで、債務者の責任を限定
し、限定外の財産に対する強制執行を不許とする判決をすべきこととされる。そして、一般の消費者に更生に必要
でない財産が生ずるのは例外的であるから、原則として執行停止・取消の仮処分も認めるべきであり、債務者がそ
の裁判または執行不許判決を提出することにより、免責手続中の強制執行を阻止することができるものとする。偶然
性・高額性を備える例外的財産に対する強制執行の開始・続行は違法ではないが、債務者はその場合でも、有限責

任（請求異議）に基づく第三者異議の訴えを提起して、当該財産が例外的財産でないこと、または例外的財産であっても、家庭生活の安定の観点から特に更生に必要な財産であることを主張して、執行不許および執行停止・取消の仮処分を求めることができるとされる。

不当利得の成否に関しては、破産者の更生に不必要な新得財産に対して行われた強制執行は手続的にも実体的にも適法であり、不当利得の成立はないが、破産者の更生に必要な新得財産に対する強制執行は手続的には違法でないものの、有限責任（執行対象が更生に不必要な財産に限定されること）に反する実体的に不当な執行となるので、不当利得が成立すると解する。⁽²¹⁾

2 判例の状況

判例では、免責審理期間中の強制執行が許されないとしたものはなく、すべて肯定説の立場をとっている。

〔1〕 大阪地決昭和五八年九月一六日判例タイムズ五一号一五七頁

〔事案〕 自己破産・同時破産廃止の申立前に債権者（クレジット会社）から給料債権の差押えを受けていた債務者が破産宣告前の保全処分として右差押命令の執行停止の仮処分を申請した。申請却下。

〔決定要旨〕 「破産の同時廃止の場合、破産財団たるべき財産がきわめて僅少で破産手続の費用を償うに足りないため破産宣告と同時に廃止の決定がなされ、破産管財人の選任等の手続は行われないから、破産管財人による債権者に対する平等弁済を旨とする一般的強制執行手続はなく、破産債権の回収は各債権者の個別執行に委ねられたものと解されるので、各債権者が個別に権利を行使することは何ら差し支えないものといわなければならない。

また破産手続と免責手続は別個の手続であり、両手続を一体のものとして免責手続の終了まで債権者の個別執行が許されないと解すべき根拠はない。」

〔2〕 高松高決昭和六〇年一月二日金融・商事判例七三五号一八頁

〔事案〕 債務者につき破産宣告、同時廃止の決定が確定して、免責審理期間中に債権者（物産会社）が債務者の給料債権を差し押さえたのに対して、債務者が執行抗告を提起した。抗告棄却。

〔決定要旨〕 破産債権は破産手続によるのでなければ行使できないから（破産法二六条、破産手続中は破産債権に基づいて個別執行することは許されないが、破産廃止決定が確定し、破産手続が解止することによって右制限は解除され、破産債権者は個々に権利行使できる。免責手続は破産手続と別個独立のものであり、同時廃止の場合免責の申立がなされているからといって、本来債権の引当となっていた財産が破産手続費用にも満たないゆえをもって、破産者のため留保させておくべき理由はないから、同時破産廃止の場合も破産債権者は、廃止決定確定後は個別に権利行使をすることができるものというべきである。〕

〔3〕 鳥取地判昭和六二年六月二六日判例時報一二五八号一一二頁、金融法務事情一一九二号三八頁（後掲〔5〕の第一審判決）

〔事案〕 YはXに対して、青果物の継続的販売契約についての連帯保証残債権四六七万四円余及びこれに対する遅延損害金の支払請求権を有しており、その給付を命ずる判決は昭和六〇年八月一日に確定した。Xは同月二日に破産宣告・同時廃止決定を受け、いずれも確定した。Xは同月二八日に免責の申立てをし、昭和六一年七月四日、免責許可決定を受け、同年八月八日に確定した。Xは昭和六〇年二月二〇日妻の交通事故死によるAに対する損害賠償請求権及びB保険会社に対

する損害賠償保険請求権を取得した。Yは昭和六一年四月五日、右確定給付判決に基づきXを債務者、A・Bを第三債務者として右損害賠償請求権及び損害賠償保険請求権を差し押さえた。Xは右差押命令に対して執行抗告をしたが棄却され、これに対して特別抗告をしたがこれも棄却された。Aは差押えにかかる金銭債権全額を執行供託し、同年七月一六日を弁済金交付期日とする通知がXになされたので、Xは請求異議訴訟（本訴）を提起し、執行停止決定の申立てをしたが却下された。Xはさらに弁済金交付手続に対する執行異議を申し立てたが、却下された。右弁済金五〇八万円余は、弁済金交付期日に交付されたので、Xは本訴を変更し、免責手続中の個別執行は禁止されているので右弁済金は不当利得となると主張してその返還を求めた。

〔判旨〕（免責）「の制度目的ことに誠実な破産者を経済的に更生させる点に鑑みれば、債権者が、破産宣告、同時破産廃止の確定から免責決定確定までの間に、破産宣告前の債権について個別的強制執行によりその権利を行使した場合、免責手続中であることを理由にその強制執行が直ちに許されないとはいえないものの、後に免責決定がなされこれが確定すれば、右の強制執行による権利の実行は無効となりその強制執行により受領したものは不当利得になると解するのが妥当である。」

〔4〕 広島高松江支判昭和六三年三月二五日判例時報二二八七号八九頁、判例タイムズ六七四号二一九頁（5）の原審判決

〔判旨〕「債務者を破産者とし、かつ、同時に破産を廃止する旨の決定（破産法一四五条一項）が確定したときは破産手続は終了し、右破産手続とは別個独立した免責手続においては、破産法一六条、七〇条の適用がなく、ほかに破産債権者の破産者に対する強制執行を禁止する旨の規定もないから、破産債権者は、破産者の免責申立中といえども、破産者に対し破産債権に基づく強制執行ができるものと解するのが相当である。」

しかしながら、右説示のとおり、免責の審理中に破産債権者が破産債権に基づく強制執行をすることが許されるにしても、それは単にその強制執行を適法になし得るといふ権利の所在を示したにとどまり、右強制執行による利得の保持まで常に必ずしも正当化されるものではない。

すなわち、右破産者が後日免責決定を受け、同決定が確定したときは、たとえその免責の効力が破産廃止決定まで遡及するという規定がなくても、破産法三六六条の二二の本文中『免責を得たる破産者は、破産手続による配当を除き、破産債権者に対する債務の全部につきその責任を免れる』という旨の規定概念および免責制度は、誠実な破産者を経済的に更生させ、人間に値する生活を営む権利を保障することなどを目的としているといふ法の趣旨に鑑みて、前記破産債権者に対し、免責手続中破産債権に基づき強制執行をして免責破産者から得た弁済金を保持させておくことは相当でなく、結局、破産債権者の右利得保持は正当性を欠くものといふべく、そして、このような場合、右利得は民法七〇三条にいう法律上の原因を欠くものに該当するものといわなければならない。」

(5) 最三小判平成二年三月二〇日民集四四卷二号四一六頁、判例時報一三四五号六八頁、判例タイムズ七二五号五九頁〔判旨〕「破産宣告と同時に破産廃止決定がされ、右決定が確定した場合には、破産債権に基づいて適法に強制執行をすることができ、右強制執行における配当等の実施により破産債権に対する弁済がされた後に破産者を免責する旨の決定が確定したとしても、右強制執行による弁済が法律上の原因を欠くに至るものではないと解するのが相当である。

けだし、破産廃止決定が確定したときは破産手続は解止され、この場合に免責の申立がされていたとしても、破産宣告による破産債権に対する制約が存続することの根拠となりうべき規定は存しないから、破産宣告に基づく破産債権に対する制約は将来に向かって消滅し、債権者は破産債権に基づいて適法に強制執行を実施することができることとなるところ、右強

制執行における配当等の実施により破産債権への弁済がされた後に破産者に対する免責の決定が確定したときは、破産者は破産手続による配当を除き破産債権の全部についてその責任を免れることとなる（破産法三六六条の一二本文）が、右決定の効力が遡及することを認める趣旨の規定はなく、右弁済が法律上の原因を失うに至るとする理由はないからである。

なお、破産手続における配当の後に破産終結決定があり、速やかに免責の拒否が決められる場合等、破産手続解止から免責の決定が確定するまでに破産債権に基づく強制執行がされるいとまがないときは、破産債権は破産手続によってのみ行使することが許され（同法一六条）、破産宣告後に破産者が取得した財産（以下『新得財産』という。）は破産債権に基づく強制執行の対象となり得ないから、免責を得た破産者は新得財産を保持することができる結果となる。しかし、これは破産手続の明確化を図るため、破産債権の引当となるべき破産財団の範囲を破産宣告の時の破産者の財産に限定した（同法六条一項）ことによるものであって、破産宣告がされる時点がいつになるか、すなわち、ある財産が破産財団または新得財産のいずれに属することになるかは破産者の意思のみによって左右されるところではないから、免責制度がこのようにして新得財産に属することとなった財産を破産者に保持させることをもその目的としてしていると解する理由は見出し難い。したがって、免責決定が確定した場合において、免責の審理中にされた強制執行による弁済を有効であるとすることが免責手続の趣旨に反するものと解することもできない。」

〔6〕 最三小判平成二年三月二〇日判例時報一三四五号六八頁、判例タイムズ七二五号五九頁、金融法務事情一二五五号二六頁

〔事案〕 債権者が五〇三万円余の債権を保全するため原告の給料債権等に仮差押えをしたところ、原告が破産申立てをし、破産宣告・同時廃止決定を得て、免責を申し立てたが、免責審理期間中に債権者が判決を取得し、これに基づいて給料

債権等に本執行をし、破産宣告前からの給料債権および右宣告後の給料債権（新得財産）から弁済を受けたので、その後には免責許可決定が確定したことにより右配当は法律上の原因を失ったと主張して、原告が債権者に対して不当利得の返還を求めた。

〔判旨〕「原審の適法に確定した事実関係のもとにおいて、破産宣告及びこれと同時にされた破産廃止決定の確定後に、破産債権に基づき、その支払期が破産宣告の前から右宣告の後に及ぶ破産者の給料及び賞与の各債権に対してされた強制執行は適法であり、右強制執行により破産債権についてされた弁済は、その後には確定した破産者を免責する旨の決定により、遡って法律上の原因を欠くこととなるものでないから、被告原告が得た弁済金を返還すべきものでないとした原審の判断は、正当として是認することができる。」

以上のごとく、判例はいずれも免責手続中の強制執行については肯定説の立場をとっているが、〔3〕及び〔4〕の判例は免責決定に遡及効を認めて免責手続中の強制執行による満足につき、不当利得の成立を認めている。⁽²²⁾〔5〕及び〔6〕の二つの最高裁判所判決は同日に同じ第三小法廷によってなされたものであり、〔5〕の事件は新得財産に対する強制執行による満足が不当利得に当たらないことを直接問題としたものであるのに対し、〔6〕の事件においては、同時廃止がなければ破産財団に帰属した財産と新得財産の双方を強制執行の対象としたものであり、その一・二審とも不当利得の成立を否定しており、事案の相違にもかゝらず同一の判断を示したことから、判例統一を企図したものと受け止めることができ、⁽²³⁾その後の実務もこれにしたがっているものと思われる。

3 検討

右の〔5〕及び〔6〕の最高裁判例は免責審理期間中の強制執行を可能とし、強制執行終了後に免責決定が確定した場合には、強制執行による弁済は不当利得にならないとして従来の肯定説の立場を追認したものである。それによれば、破産債権に基づく個別的な強制執行は、破産手続中と免責決定確定後は許されず、免責審理手続のみ許されるという奇妙な結果を認めることとなり、債権の調査や債権者の激昂した感情の沈静化のため免責審理手続が長くなることの不利を専ら債務者に負担させてしまうことになる点で問題である。つまり免責決定の確定が早ければ免責債権による強制執行を阻止しうるが、強制執行終了後に免責決定が確定した場合には、強制執行による弁済も不当利得とならず免責の実をあげえないこととなり、破産者の直接支配することのできない事情により結果が左右されてしまうという不都合が生じる。⁽²⁴⁾ その結果、免責債権たることを確知しうる立場にある債権者が早期の判決を求め、債務名義を得て時を移さずして強制執行を行うという現象をもたらししている。⁽²⁵⁾ しかも強制執行により債権者が得た弁済は、その後に免責決定が確定しても不当利得にならないとするから、債務名義取得の難易から債権者間に不平等が生じる可能性もある。免責制度の意義は破産債権の無限の責任を遮断することであり、債権者の平等を持ち出すのはおかしいとの批判もありうるが、三六六条ノ一二によれば、非免責債権に該当しない限り、有義債権であると否とにか、わらず破産債権は平等に免責されるのであり、破産禁止後は債権者平等の原則が一切機能しないとはいえないであろう。⁽²⁷⁾ また、費用不足による異時廃止の場合に、破産手続と平行して免責の審理が行われていれば、強制執行の余地が全くないか、きわめて少ないのに対して、同じく費用不足を原因とする同時破

産廃止の場合には、強制執行の余地が大きくなるという不合理も生じる。⁽²⁸⁾ 肯定説は、破産手続と免責手続は別個独立の手續であり、免責審理期間中の強制執行につき、これを禁止ないし制限する法律上の根拠がなく、むしろこれを許容する規定（二八七条二項、三五七条）があると主張するが、これらの規定は、免責制度が導入される以前から存したものであり、免責制度が導入された後には、その趣旨に沿った修正を受けることを前提として、免責申立がなされない場合、申立が取り下された場合、免責不許可決定が確定した場合など、破産免責が確定的にありえない場合にのみ適用されると解することも可能である。⁽²⁹⁾ 免責制度の意義ないし目的については、周知のごとく、誠実な破産者に対する特典であるか、人間的な生活が可能となるよう更生するための破産者の権利であるかという見解の対立があるが、破産法は個人破産者に一般的に免責申立権を認め（三六六条の二）、免責不許可事由が認められる場合に限り例外的に免責が認められないとし（三六六条の九）、免責不許可の決定に対して破産者からの不服申立が認められている（三六六条の二〇、一一二条）ことからすれば、破産免責は例外的に与えられる特典としてではなく、不誠実でない破産者に認められた更生のための手段ないし権利と考えるべきであろう。確かに免責手續は形式的には破産者の申立を必要とし、破産手續とは別個に規定されているが、責任感の強さや社会的しがらみ等から免責を望まない破産者もありうるものであり、申立主義の採用は私的自治の保障にはかならないというべく、それ以上の意味合いを与えるべきではない。また免責手續は強制和議や同意廃止と並んで破産法が用意した「破産者」の烙印を取り除く手續であり、他の二者と排他的関係にある同次元の手續とみることも可能であって、これをことさら破産手續とは別個独立の手續と解する必要はなからう。⁽³⁰⁾

免責審理期間中の強制執行による満足を認めただうで、免責決定の確定後に不当利得の返還を認める前掲〔3〕

や（4）の判例の立場や免責決定の主文で遡及効を宣言した場合にのみ不当利得の返還を認める見解⁽³¹⁾にも賛成することはできない。差押禁止財産しか残されない債務者に起訴責任を負わせるものであり、その権利救済の実効性がとばしいばかりか、理論的にいっても免責の裁判の時点では強制執行による満足によって消滅しているはずの債務を存在するものとして扱い、これを遡及的に消滅または責任免除するという構成を取らざるをえないという矛盾を内包しているからであり、免責決定で遡及効を宣言しうるとする制度的根拠もないし、遡及効を宣言しうる場合とそうでない場合との明確な判断の基準もないからである。⁽³²⁾

これに対して否定説は、破産手続と免責手続とを一体のものとして捉え、法一六条の個別的強制執行禁止が免責審理期間中にも及び、個別的強制執行を一律に許されないとするが、破産者の更生という理念から直ちにこのような結論が解釈論として導出されるか疑問視されており、何よりも同時破産廃止の場合には、破産管財人による破産財団の管理ということがありえず、財産の管理処分は破産者に委ねられたままであり、免責申立の取下げ・却下あるいは免責不許可決定があった場合には、その間に破産者が残存財産・新得財産を自由に処分することにより、債権者がそれらの財産を適時に把握して強制執行を開始することを不可能にしてしまうという不都合な結果が生じうる⁽³³⁾。また、この説によれば、破産債権による強制執行に対して破産者は破産宣告および免責手続継続という事実を執行障害として執行異議・執行抗告で執行停止・取消しを求めることができ、執行異議・執行抗告がなされたときは、非免責債権たることが明らかでない場合でも、非免責債権に属することの立証責任が破産債権者にあることにかんがみ、執行の取消しを認めてもさしつかえないとされる⁽³⁴⁾。しかし、一般的に非免責債権に属することの証明責任が債権者側にあるとしても、三六六条の一二但書五号の「債権者名簿への記載」については、免責の効果を受

ける債務者側に証明責任があると解されるし、債務者側または債権者側からの執行異議・執行抗告がなされれば、執行裁判所としては非免責債権か否かの実質的判断をせざるをえないと思われるが、執行事件を大量的・画一的に処理すべき執行裁判所がそのような判断をなすことを民事執行法において予定していたかは疑問である。また執行裁判所または抗告裁判所の手続は決定手続であり、非免責債権か否かが不明な場合に債権者の手続保障（裁判を受ける権利）を侵害することになりはしないかと危惧されよう。⁽³⁵⁾

制限的肯定説によれば、右の肯定説や否定説の不都合な結果が回避される。すなわち、破産手続の解止がある以上、破産債権者は破産者の残存財産または新得財産を差し押さえることはできるが、免責手続中は免責の基礎をなす破産宣告が免責の目的を害する個別的満足およびその前提としての執行換価に対する執行障害となり、執行債権が非免責債権に当たる場合を別として、それ以外の破産債権に基づく執行処分に対しては、免責手続中であることが理由に執行異議または執行抗告により執行の停止を求めることができることになる。三六六条ノ一一の規定の表現との関係では執行を全面的に排除しない制限的肯定説が現時点での解釈論として優れていると思われ、⁽³⁶⁾筆者もこれに賛成したい。この説でも破産債権を満足させる執行処分に対する執行異議・抗告に関する審理に際して執行裁判所における免責債権該当性の判断を必要とするが、後述のごとく、「債権者名簿」に関する事項証明書の提出がなされるなどして、免責対象債権であることが明白な場合に限って執行の停止・取消しを認める必要があろう。免責債権かどうか疑問がある場合には、執行裁判所または抗告裁判所としては免責債権たることの証明がないとして、執行を続行しても差し支えないと考える。その場合、破産者としては請求異議の訴えを提起して、仮の処分まで執行を停止するほかならう。⁽³⁷⁾ 差押えを認めることは破産者の更生にとって妨げとなるとする否定説からの批判も

あるが、免責決定が確定するまでの一時的なものであり、差押禁止財産の調整で処理することも可能であり、免責決定が確定すれば、差押対象財産を取り戻すことができるから、債務者にとってそれほど不都合とはいえないであろう。⁽³⁸⁾

いわゆる実体的折衷説については、請求異議訴訟、または第三者異議訴訟で更生に必要な財産か否かという一種の裁量的判断をすることが適切かどうか疑問があるだけでなく、請求債権が免責債権であることが明白な場合にも常にこれらの訴えを提起して執行停止・取消しの仮の処分をえなければ執行を阻止できないとすることは、債務者に過度の負担を課すことにならないであろうか。また現行破産法上、免責とは、債権の側に着目して、非免責債権を除いて破産債権一般についてその責任を免除することであり、責任財産の側に着目して、執行免除財産を作り出すことではないし、⁽³⁹⁾財産の種類に依じて更生に必要なかどうかの区別をすることは立法論としても容易ではないとの指摘もあり、⁽⁴¹⁾これに賛成できない。

いずれにせよ、この問題は立法の不備に由来するものであり、早期に立法的に解決されることが望ましい。

(2) 昭和五〇年代に消費者破産が問題化するまで通説であった。中田淳一・破産法和議法二五九頁、山木戸克己・破産法一九七頁、谷口安平・倒産処理法三三三頁、中野貞一郎Ⅱ道下徹編・基本法コンメンタル破産法三三〇頁（藤田敏）、司法研修所編・破産事件の処理に関する実務上の諸問題二五四頁、道下徹「サラ金債務者の自己破産の現状と問題点」自由と正義三四巻一〇号二八頁以下三五頁、山内八郎「破産免責の実務的研究（下）」判例タイムズ五〇一号三四頁以下三九九頁注（５）ただし後に改説、山垣清正「破産免責の効力」金融法務事情二二四号六頁以下九頁、大前和俊Ⅱ足立哲「判例解説」判例タイムズ七〇三号三〇二頁、加藤哲夫「判例評釈」判例タイムズ七三三三号四二頁以下、同「破産免責審理中の強制執行の可否と不当利得」ジュリスト九七四号八三頁以下、井上馨「現代破産免責４」法律のひろば四三巻一〇号五二頁以下、同・破産免責概説三九七頁以下、渡辺晃「破

- 産免責と不当利得返還請求権(上)「NBI」四五二号六頁以下、富越和厚「判例解説」ジュリスト九五九頁以下、同「判例解説」最高裁判所判例解説民事編(平成二年度)九二頁以下。西島幸夫「免責」裁判実務体系13金銭消費貸借法五三八頁以下など。
- (3) 渡辺・前掲一〇頁、井上・破産免責概説三九七頁。
- (4) 渡辺・前掲一〇頁。
- (5) 富越・前掲ジュリスト九四頁以下九六頁。
- (6) 加藤・前掲ジュリスト八三頁以下八六頁、同・前掲判例タイムズ四二頁以下四五頁、渡辺・前掲一〇頁。
- (7) 加藤・前掲判例タイムズ四四頁。
- (8) 富越・前掲最高裁判例解説九六頁、加藤・前掲判例タイムズ四七頁以下。
- (9) 後掲本文(3)(4)の判例。
- (10) 笠原毅彦「判例評釈」法学研究六三卷二二号一五〇頁以下、宗田親彦「破産免責と強制執行」伊東乾教授古希記念論文集民事訴訟の理論と実践一九頁以下。
- (11) 伊藤眞・債務者更生手続の研究二八頁以下、同「破産免責と付随的諸問題」法学教室六四号五七頁、青山善充「判例解説」私法判例リマックス二一四六頁、小松陽一郎「免責手続中の強制執行」債権管理六号四〇頁、植田勝博「免責をめぐる問題点」自由と正義三六卷六号二一頁など参照。
- (12) 松下淳一「判例評釈」法律のひろば四三卷八号五六頁以下五九頁。
- (13) 伊藤眞「判例評釈」判例時報一三〇三号二一〇頁以下二二二頁、同「免責審理期間における執行と不当利得の成否」金融法務事情二二六一号六頁以下一一頁。
- (14) 伊藤・前掲金融法務事情二三頁。
- (15) 伊藤・前掲判例時報二二二頁、中野貞一郎「判例評釈」判例タイムズ六八四号三二頁以下三三三頁。
- (16) 斉藤秀夫ほか編・注釈破産法(改訂第二版)一一〇九頁(池田辰夫)、谷口安平・倒産処理法一八三頁、佐上善和「消費者破産」ジュリスト九七一号二九二頁、同「免責手続中の強制執行」新倒産判例百選九〇事件、伊藤眞・破産法(新版)三九九頁以下、同・前掲判例時報二二二頁、同・前掲金融法務事情一一頁。
- (17) 免責決定の効果に関して、これに遡及効を認めるならば、債務消滅説をとれば直ちに不当利得の成立を認めることができる

が、自然債務説によっても財貨受領権能が欠缺する場合だけでなく財貨受領方法が違法である場合にも不当利得の成立が肯定されうるとする点につき、伊藤・前掲判例時報二二三頁、同・前掲金融法務事情一一頁参照。

(18) 中野貞一郎「同時破産廃止後の免責手続と強制執行」金融・商事判例八二八号二頁、同・前掲判例タイムズ三三三頁の提唱にかかるものであり、栗田隆「破産債権者による免責手続中の権利実行」之「四四九号六頁以下、酒井一「判例評釈」阪大法学四一巻一三三六頁以下、梅善夫「判例解説」法学セミナー四一九号一二六頁、山内八郎「破産免責に関する判例法理(下)」判例タイムズ八〇四号二四頁以下、本間靖規「破産解止後免責申立期間中または責手続中の個別執行の可否」破産・和議の実務と理論(判例タイムズ八三〇号)三三五頁以下、遠藤功「破産解止後免責手続中の個別執行による破産債権の満足と免責確定による不当利得の成否」破産・和議の実務と理論二六七頁以下などが、これに賛成している。

(19) 中野・前掲判例タイムズ三四頁。なお、酒井・前掲三三八頁は、免責審理中の強制執行に対し、執行異議・執行抗告により、それが満足段階へ進むことを阻止しえるのに、これを怠った債権者には不当利得として、債権者がそれにより得た弁済金の取戻しを認めるべきでないとする。

(20) 宮川知法「判例批評」民商法雑誌一〇四巻一五頁以下、同「判例分析」民商法雑誌一〇四巻一三三頁以下によって提唱され、中島弘雅「免責手続中の強制執行の可否ならびに不当利得」ジュリスト一〇一四号五三頁以下がこれに賛成する。

(21) 宮川・前掲民商法雑誌一一九頁、中島・前掲五七頁。

(22) このほか、簡易裁判所の判決で不当利得を肯定した例が、小松・前掲四〇頁以下に紹介されている。なお、栗田・前掲NBL七頁、宗田・前掲二五頁、富越・前掲最高裁判例解説一〇八頁(注一五)、遠藤・前掲三五八頁参照。

(23) 青山・前掲一四九頁。ただし、(5)事件について、酒井・前掲三三九頁は、強制執行の可否については、本件判決が判例としての価値を有するものとすべきでない、と解したいとする。また、吉野正三郎・集中講義破産法一五〇頁は、最高裁の決定の背後には、不当利得返還請求を許し難い理由があったのではないかとする。

(24) 伊藤・前掲金融法務事情九頁、青山・前掲一四九頁、遠藤・前掲三五六頁、吉野・前掲一五〇頁は一般論として問題があるとする。宗田・前掲四〇頁は、このような結果は社会常識に合致しないとす。また加藤前掲判例タイムズ四六頁は、肯定説をとりつつ、破産債権者と破産者の公平を考えれば、破産手続と免責手続との連携は、立法論として検討に値するという。

(25) 山内・前掲二四頁、笠原・前掲一五六頁、本間・前掲三五五頁および後掲本文(7)の事案を参照。このような現象は、バブ

ル経済の崩壊、大手金融業者による自動契約機の設置などによる過剰信用の供与や、いわゆる紹介屋などの横行によってますます多発することが予想される。

- (26) 井上・前掲概説四〇〇頁、富越・前掲最高裁判例解説一〇四頁参照。
- (27) 伊藤・前掲金融法務事情一頁、松下・前掲法律のひろば五五頁、青山・前掲一五一頁参照。
- (28) 加藤・前掲判例タイムズ四六頁、笠原・前掲一五七頁。
- (29) 本間・前掲三五五頁。
- (30) 宮川・前掲「判例評釈」一一二頁参照。
- (31) 笠原・前掲一五八頁掲及び宗田・前掲四七頁。
- (32) 酒井・前掲三三八頁、富越・前掲最高裁判例解説一〇五頁、本間・前掲三五五頁参照。
- (33) 中野・前掲判例タイムズ三三頁。
- (34) 伊藤・前掲金融法務事情一頁、青山・前掲一五一頁参照。
- (35) 酒井・前掲三五五頁参照。
- (36) 栗田・前掲一一頁参照。
- (37) 酒井・前掲三三七頁は執行異議の手続で債権者を審尋することで手続的保障が充足されるとお考えのようであるが、非免責債権者は免責許否の手続に参加する必要性がないと考えるのが通常であり、その参加を期待できないのに対して、その参加が予定されている免責債権者のごとく免責手続と執行異議・執行抗告との二重の手続保障を経ているとは言えないのではなからうか。
- (38) 酒井・前掲三三五頁参照。ただし、遠藤・前掲三五八頁は制限的肯定説に立ちつつ、差押えも許されないと解すべきときも否定できないのではなからうかとする。
- (39) 本間・前掲三五五頁。
- (40) 青山・前掲一五〇頁。
- (41) 富越・前掲最高裁判例解説一一六頁。

三 免責許可決定確定後の強制執行

ところで免責決定が確定した場合、免責手続中の強制執行の可否に関してどのような立場をとるにかかわらず、非免責債権を除いて破産債権に基づく強制執行が不合法となる点では問題がない。問題は、破産債権に基づく強制執行が現に行われており、破産者が免責許可決定を得てこれが確定したことを理由として、その強制執行を阻止する手続をどうするかである。この点についての明文の規定は存しない。ここで三つの立場がありうる。

第一説は、確定した免責決定の正本の提出を執行障害事由の一態様として、執行裁判所が一律に執行手続を取り消すというものであり、この場合には不服のある債権者の側で請求債権が非免責債権であることを理由に執行抗告を提起し、執行の続行を求めることになる。第二説は、執行裁判所は、確定した免責決定の正本を執行障害事由とは取り扱わず、執行を一律に続行し、不服のある債務者の側で請求債権が免責債権であることを理由に請求異議の訴えを提起し、執行停止決定を得て執行を阻止するものである。⁴²さらに、第三説はこれらの中間的な解決として債務者の側で免責決定が確定した事実および執行債権が免責債権であることの証明をした場合に、特別の執行停止・取消事由として執行の阻止を求めることができるが、そうでない場合には、請求異議の訴えによるという立場である。この問題に関して、①執行裁判所では、免責決定の正本の提出があっても、その主文や一件記録からは債務者が請求債権について免責されたか否か不明であること、②債権差押命令の執行の続行による不当利得は当事者間の返還請求訴訟で解決されれば足り、必ずしも債権差押命令を取り消す必要があるとはいいい切れないこと、

③債務者は請求異議の訴えを提起し債権差押命令の執行停止決定を得てその決定正本を執行裁判所に提出することができ、異議の事由が免責決定の確定にある以上、異議事由の存在の証明は容易であるから、執行停止が得られる蓋然性が高く、差押命令を取り消す必要性がないこと、④免責決定正本の提出が強制執行障害事由にあたるとする明文の規定がないことなどを理由として、第二説をとることを明らかにした判例〔7〕（大阪高決平成六年七月一日判例時報一五四五号五八頁）⁽⁴³⁾が一件ある。結論から先にいえば、私見は右の第三説をとるが、以下において第一説及び第二説を検討し、第三説をとるに至った理由を明らかにしたい。

(1) まず第一説については、これを明言した学説はないが、免責手続中の強制執行に関する否定説の立場では、この間の執行は違法で、執行異議・執行抗告の対象となり、執行債権が非免責債権たることが明らかでない場合には、非免責債権に属することの立証責任が破産債権者にあることにかんがみ、執行の取消しを認めてもさしつかえないとする⁽⁴⁴⁾ことからすれば、免責決定が確定した場合には、継続中の執行は違法性がよりいっそう明確であることから、第一説に最も親近性を有するといえよう。もともと免責決定の効果につき債務消滅説をとり、遡及効を認める立場では、債務名義成立後の債務消滅であるからとして請求異議の訴えによるべしとの結論も考えられるが、そうすると免責審理期間中の救済方法と免責決定確定後の救済方法とのバランスがとれなくなってしまうであろう。右の否定説が第一説をとると仮定した場合、非免責債権に属することの立証責任につき、法律要件分類説に従って三六六条ノ一二の構造上、一般的に破産債権者側に立証責任があるということができるが、同条但書五号の「債権者名簿への記載」については、消極的事実について主張立証責任を負わせるべきでないとの考慮から、条文とは反対に債務者側が証明責任を負うと解されて⁽⁴⁵⁾おり、そもそもその前提が成り立たないというべきである。また非免責

債権に該当するか否かは解釈論に争いがあり、要件事実の認定も容易ではない。とりわけ債権者名簿に記載されていない請求債権や不法行為にもづく損害賠償債権については、執行裁判所ないしは抗告裁判所において同条但書五号の「債務者が知りテ」とか、同二号の「破産者が悪意ヲ以テ」という点について実質審理を必要とし、裁判所の判断能力の点を云々するまでもなく、執行事件の大量的・画一的処理の要請の点で問題があり、また決定手続で処理されることから当事者権の保障（裁判を受ける権利の保障）という観点からも問題があり、採用することはできない。⁽⁴⁶⁾

(2) 次に第二説について、強制執行の停止・取消しを求めるためには民事執行法三九条所定の文書が提出されなければならず、この文書から執行の基本たる請求権（請求債権）に基づく執行が許されないものであることが明確であることが必要とされる。破産者を免責する旨の免責決定正本のみによつては、破産法三六六条ノ一二但書各号に掲げる非免責債権の例外が存することから、請求債権が免責の対象となつたか否かは必ずしも明らかとはいえない。免責の法律的性質については、免責決定により債権者・債務者間の債務そのものが消滅するとする見解と債務そのものは消滅せず、強制執行を許さない一種の自然債務に転化するとの説に分かれているが、いずれにしても、免責決定の確定時になお破産債権に基づく強制執行が継続している場合、債務名義成立後に免責決定確定により破産者の債務の消滅ないしは責任免除により強制執行が許されなくなつたものであるから、債務者は執行を阻止するために少なくとも請求異議の訴えを提起することができる点で異論はなからう。⁽⁴⁷⁾ 問題は、第二説のごとく、常に請求異議の訴えによらなければ、継続中の執行を阻止できないとすべきかである。異時破産廃止の場合には、債権表が作成され、債権表には免責決定確定の旨の記載がなされ（破産法三六六条ノ一四）、債権表を債務名義とす

る強制執行は執行文付与の段階で阻止されることを考えれば、免責は包括的に執行力を排除する裁判所の決定が確定したことの効果ととらえることも可能であり、免責債権による強制執行は不適法といえよう。そうすると請求債権が免責債権であることが明らかなる場合には、執行裁判所としては免責決定正本の提出をもって執行を取消すことができ、常に請求異議の訴えによらなければ執行を阻止できないとする必要はないと思われる。第一説の否定の根拠が執行機関または抗告裁判所による非免責債権該当性の判断の困難性と非免責債権者の裁判を受ける権利の保障にあるとすれば、免責債権であることが明確であり、裁判を受ける権利を侵害しない場合には常に請求異議の訴えによらなければならぬということとはできないはずだからである。この点で第二説は債権者と債務者の利益を適切に調整できない硬直さがあり、賛成できない。

(3) 第三説（私見） それでは、免責債権であることが明確であり、裁判を受ける権利を侵害することにはならない場合とはどのような場合か。三六六条ノ一二但書各号に掲げられた非免責債権で債務名義の表示自体から非免責債権該当性を形式的に判断しえないのは、二号の悪意の不法行為に基づく損害賠償債権と五号の破産者が知りて債権者名簿に記載せざりし債権である。そこで、たとえば請求債権が免責の前提として債務者に提出を義務づけられた債権者名簿に記載された債権で、かつ債務名義の表示自体から同条但書五号以外に該当しないことが明らかなるものは、免責債権ということになる。債権者名簿に記載された債権であることの証明は、債務者が提出した債権者名簿につき破産部の裁判所書記官からいわゆる事項証明書（破産法一〇八条、民訴法一五一条三項）を得ることにより容易に可能である。この事項証明書を免責決定の正本と共に執行裁判所に提出することにより、請求債権が免責債権であることを明らかにすれば、執行の取消しを認めてもよいのではなからうか。執行裁判所としても請求債権

が債権者名簿記載の債権か否かを形式的に審査するだけであるから、このような処理が執行事件の大量的・画一的処理の要請に反するとまではいえないであろう。債権者名簿に記載された債権者は、免責につき異議を述べる機会を保障されており（破産法三六六条ノ七）、免責決定の正本の送達を受けるか、これに代わる公告がなされ、即時抗告権も認められており（同法三六六条ノ二〇、一一一条、一二二条、一一七条）、免責決定の確定後は、その主文の公告も行われる（同法三六六条ノ一四）。このように自ら免責債権の債権者であることを認識しうる立場にある債権者に再度の手続保障を考慮する必要もないと思われる。逆に、このような債権者による強制執行に対して、さらに債務者の側で請求異議の訴えを提起して判決による具体的な執行力を排除しなければならないことは屋上屋を重ねるものであるとの批判を免れないであろう。破産廃止後に免責決定を得た債務者には、通常、僅かばかりの自由財産と差押禁止財産の範囲内ではか資力がなく、請求異議の訴えを提起することも、まず訴訟救助の申立てから始めざるをえないであろう。判例（一七）の指摘することく、請求異議事由の存することの証明は容易であり、強制執行停止の申立てがなされれば、低額の担保を立てさせ、または担保をたてさせないで強制執行停止を命ずる蓋然性が高いといえるかもしれないが、それはあくまでも可能性の問題に過ぎない。そのうえ強制執行の進行や請求異議訴訟の進行は必ずしも債務者の全面的支配に属するものではなく、場合によっては強制執行停止決定が出るまでに執行が終了してしまうということもありうる。その場合に債務者の事後的救済としてさらに不当利得返還請求を提起しなければならぬとすると、債務者の負担がさらに加重され、債権者・債権者間の権衡を失する結果を招くことになる。また執行手続内で処理しうる事項を事後の手続に先送りすることは、司法の健全な運営の観点からも問題があるといえるのではなからうか。

私見のような処理の仕方が妥当であるとして、次に問題となるのが、その理論構成をどうするかである。先に述べたごとく、通常の破産廃止（異時廃止）の場合には、債権表が作成され、債権表には免責決定確定の旨の記載がなされ（同法三六六条ノ一四）、債権表を債務名義とする強制執行は執行文付与の段階で阻止されることがからずれば、免責決定は包括的に執行力を排除する裁判所の裁判と解することができ、債権表のない同時破産廃止の場合には、確定した免責決定の正本と債権者名簿に関する事項証明書とが合体することにより個別的執行力排除の効果が生ずると解することはできないであろうか（民執法三九号一項一号の類推⁴⁸）。免責決定の記載事項は実務慣行に委ねられており、免責決定において破産者の提出した債権者名簿にかかわる記載は行われていない（三六六条ノ一二により免責の効力が包括的に生じることからやむをえない側面はある）が、これにかかわる記載がなされていれば、確定した免責決定の正本が民執法三九条一項一号該当文書と解される余地は大きいといえるからである。同条一項一号から六号までに掲げる執行停止文書は、債務名義そのもの若しくはその執行力が消滅したことを証明し（一号から三号までの文書、またはその債務名義による強制執行を許さないことを明らかにするもの（四号から六号までの文書）との性格付けが行われていることからも補強されよう。

これに対して債権者名簿に記載されていない債権や不法行為に基づく損害賠償債権については非免責債権かどうかにつき実質的審理が必要であり、事前の手続保障も与えられていない（債権者名簿に記載されていても免責手続への参加は期待できない）から、確定した免責決定の正本の提出があっても、執行機関としては執行を続行すべきであり、債務者の側で請求異議の訴えを提起して、仮の処分を得て執行を停止するほかない。

- (4) なお、免責決定確定後に債務者が執行の停止・取消しを求めず、債権者の満足を得た場合、債務者は債権者

に對して不当利得返還請求ができるかという問題がある。この点については免責の効果に関する債務消滅説と自然債務説によつて結論を異にしうる。債務消滅説によれば、免責決定確定後の執行の結果として得た満足は、法律上の原因を欠くことになり不当利得の成立が肯定される。自然債務説によつた場合には、債務そのものは残存しているのであるから、執行の停止・取消しを求めないで、執行の続行を放置ないし黙認した以上、債務が任意履行されたみることができ、その場合、債権者の利得の保持は是認され、不当利得の返還請求はできないという考え方もあり⁽⁵⁰⁾。しかし、免責決定を受けたばかりの債務者に意思決定の自由や執行阻止のための知識並びにそれを補うための弁護士を雇う資力・信用があるとは思われない。また財貨受領権限の欠缺の場合だけでなく財貨受領方法が違法である場合にも不当利得の成立を認める最近の考え方によれば、結果的に自然債務について弁済を強制されたことになるから、不当利得返還請求を認めるべきである⁽⁵¹⁾。このことは、弁済を受けた債権者の債権が免責対象債権である限り、免責債権による執行に對して他の免責債権者が配当要求をして配当を受けた場合や、非免責債権による執行に配当要求して配当を受けた場合にも同じことがいえよう。

(42) 井上・前掲概説四二八頁、富越・前掲最高裁判例解説一一五頁参照。

(43) 前注(1)の拙稿・判例時報二二二頁以下参照。なお、事案は消費者金融業者が破産者の免責審理期間中に債務名義を取得し、債権を差押えをしたが、執行継続中に免責決定が確定し、その正本の提出により執行裁判所が執行を取り消したのに對して債権者側より執行抗告がなされたものである。

(44) 伊藤・前掲金融法務事情一一頁。

(45) 西島・前掲五五一頁参照。

(46) 前注(42)参照。

(47) 大阪地判平七・六・三〇判例タイムズ八九四号二六七頁は、「免責決定確定時になお破産債権に基づく強制執行が継続している場合、免責決定確定による破産者の責任免除という執行債権の実体的理由により右強制執行の継続は許されなくなったのであるから、免責決定確定は請求異議事由となるといふべきである」とする。

(48) 中野・前掲判例タイムズ三四頁は免責決定の正本の提出につき民法三九条一項六号・四〇条一項が類推されるとするが、その理由は確かでない。

(49) 鈴木忠一「三ヶ月章編注解民事執行法(1)七〇四頁、田中康久・新民事執行法の解説〔増補改訂版〕一〇二頁以下参照。

(50) 酒井・前掲三三八頁。

(51) 伊藤・前掲金融法務事情一二頁、井上・前掲破産免責概説四二八。

四　むすび

以上、免責手続中の強制執行の可否および免責決定確定後に継続中の強制執行を排除する方法如何の問題について、現実的処理の妥当性の観点から検討してきた。その結論は、前者についてはいわゆる制限的肯定説をとり、後者については債務者の側で免責決定が確定した事実および執行債権が免責債権であることを証明することにより、特別の執行停止・取消事由として執行の阻止を求めることができるが、そうでない場合には、請求異議の訴えによるというものである。とりわけ後者に関する議論はまだ試論の域を出るものではなく、大方のご批判・ご教示を賜るほかない。免責制度の運用に関する解釈論には、本稿でみてきたように判例・学説に多くの見解の対立があり、民事執行法の制定に際して破産法との整合性がどの程度検討されたのかも疑わしいところである。折しも法

制審議会に破産法部会が設置され、破産法の改正が予定されており、民事執行法との整合性をも考慮に入れて本稿で取り扱った問題の再検討がなされることを期待したい。

最後に、多くの学恩と執筆の機会を賜った内田武吉先生に感謝し、先生が今後ともご健勝でご活躍なされますよう祈念して、筆を擱くこととする。