

退職金債権を対象とする破産保全処分について

——破産保全処分の対象に関する一試論——

松 下 祐 記

はじめに

我が国においては、倒産処理手続は、申立てを受けた裁判所が手続開始要件の存否を審理し、手続開始決定を行うことによって初めて開始する。もっとも、社会的現実としての倒産は、倒産手続の申立てがあつた場合には既に生じている場合が多い。特に、債務者自身による申立てがあつた場合には然りである。

仮に債務者が申し立てたのが破産手続であれば、裁判所は、債務者自身の提出した資料に基づき早期に破産宣告をすることによって、社会的現実としての倒産時と法的手続としての倒産処理手続開始時との間の時間的間隙を、できる限り小さくできる¹⁾。しかし、和議・会社更生などの再建型手続においては、支払不能等の開始原因の他、更生の見込み等審理に時間を要する申立案却事由の審理が必要であり、前述の時間的間隙は大きくならざるを得ない。破産であっても、債権者申立時に債務者が破産原因の存否を争う場合であれば、やはりこの間隙が大きくなる。

このような時間的間隙には正当な根拠があるのか、疑問を呈する見解も、近時有力ではある。⁽²⁾しかし、我が国の実定倒産法は、手続利用者の適格性を慎重に審理することこそ、債権者・債権者等の利害関係人のためにも、また制度設営者の見地からも適切であるとの趣旨に立つものである。そのように考えれば、この時間的間隙は、倒産手続に必然的に付随する「先行段階」ともいえよう。

ところで法は、この時間的間隙を放置せず、利害関係人の利益を保護し、ひいては倒産手続の実効性を確保するための制度を設けている。その中には、否認・相殺禁止など、手続開始後にいわば遡及的に効果を及ぼすものもあるが、手続開始前の段階において直接的に効力を生ずるものもある。その代表格が倒産手続開始前の保全処分である。従って、倒産手続開始前の保全処分は、倒産手続に必然的に付随する先行段階において、利害関係人の利益を保護し、倒産手続の実効性を確保するべく機能する制度といえることができる。

かかる観点に立てば、倒産手続開始前の保全処分の制度設計にあつては、本体たる倒産手続の目的ないし機能を看過できない。例えば破産手続は、「債務者が経済的に破綻した場合にその財産関係を清算し、総債権者に公平な弁済をすることを目的とする」手続である。⁽³⁾そうであれば、破産宣告前の保全処分（以下「破産保全処分」と称す）の制度設計に際してのコンセプトは、「経済的に破綻した債務者の財産関係を清算し、総債権者に公平な弁済をする手続」の実効性に資すること、というものでなければならない。⁽⁴⁾

それでは、破産保全処分に関する我が国の従来の議論は、かかるコンセプトに基づいて行われてきたであろうか。我が国、実定法上の破産保全処分である、人的保全処分（破産法「以下」「法」と表記する）「一五四条」と財産保全処分（法「一五五条」のうち、議論の蓄積があるのは専ら後者についてであり、なかならず適法性について問題の多い保全処分（弁済禁止の保全処分、強制執行禁止・停止の保全処分、第三者に対する保全処分など）を中心に活発な議論が行われてきた。先頃公にされた法務省民事局参事官室編『破産法等の見直しに関する中間試案』「以下

「中間試案」と称す」第1部 破産手続 第3 保全処分の項目において掲げられた提案は、従来の議論の一つの到達点を示すものである。そこでは、1 強制執行手続等の中止命令、2 包括的禁止命令、3 弁済禁止の保全処分に違反してされた弁済等の効力、4 否認権のための保全処分、5 保全管理命令、6 保全処分の申立の濫用の防止、といった項目が並んでいる。

このような従来の議論が、前述したコンセプトを通奏低音とした、有益なものであったことは確かである。しかし他方で、例えば、発令の適法性自体に争いのない保全処分―例えば不動産・動産・債権などの仮差押えや、個別民事保全法上の保全処分と同じものであるかのよう扱われてきたようである。しかし、従前より「特殊保全処分」論が華々しく展開する中で、これらの保全処分について議論が割かれることが少なかったのは、むしろ不自然である。解決を要する問題は確実に存在していた。

それを示す一つのケースが、後に見る福岡高判昭和五九年六月二五日判タ五三五号二二三頁⁽⁶⁾である。そこでは、破産保全処分として退職金債権を対象とする債権仮差押えがなされたところ、差押禁止規定との関係で保全処分の効力が問題となった。裁判所は、民事保全法上の保全処分とパラレルの結論を示したのであるが、前記コンセプトに照らし、それが破産保全処分の解釈として妥当であったか、疑問を残したのであった。

このことは、直接的には破産保全処分と民事保全法上の保全処分との関係をどのように理解するかという問題であるが、究極的には、倒産法上の保全処分をどのように制度設計するか、その基本的スタンスのあり方にかかわる。本稿は、前掲判例を素材に破産保全処分と民事保全法上の保全処分との関係を検討することを直接の目的とするが、それにとどまらず、倒産法上の保全処分についての議論枠組み定立に向けた基礎的作業として位置付けたいと考えている。⁽⁷⁾

- (1) 東京地裁においては、自己破産の場合には、裁判所と債務者の代表者との事前打ち合わせ等によって、破産宣告を早期に（破産申立当日であることもある）行う実務が定着している。東西倒産実務研究会編『破産・特別清算』（商事法務研究会、一九八九年）一五頁、二二頁、伊藤眞・遠藤賢治・松山恒昭・大内捷司「東京地裁・大阪地裁・名古屋地裁における倒産事件処理（上）」判タ九四四号（一九九七年）一七頁。
- (2) 田頭章一「企業倒産処理手続『開始』のあり方についての再検討」民訴雑誌四四号（一九九八年）二二六頁。
- (3) 青山善充・伊藤眞・井上治典・福永有利著・破産法概説「新版増補二版」（有斐閣、二〇〇一年）六頁。
- (4) 実際、破産法上の保全処分の制度趣旨に関し、我が国の代表的な破産法の概説書では以下のように説かれている。即ち、破産申立後破産宣告までの間における債務者の財産処分や債権者の債権取立てを放置すると、破産手続を開始しても、たとえ後に否認の可能性があるとはいえ、債権者間の平等が害され、また破産財団が散逸するので、破産法は宣告前の保全処分制度を設け、破産手続の実効性を保障しようとしている（伊藤眞・破産法「全訂第三版補訂版」（有斐閣、二〇〇一年）八五頁）。
- (5) 破産法等の見直しに関する中間試案と解説（別冊ZB「七四号」所収）。
- (6) 筆者は、この判例の評釈を行ったことがある。青山善充・伊藤眞・松下淳一編・倒産判例百選「第三版」（二〇〇二年）一一事件。本稿は、そこでの議論を敷衍・拡充して展開することを意図している。
- (7) 倒産法上の保全処分の中で、第一に破産保全処分を検討対象とする理由は、以下の点にある。即ち、破産保全処分は「包括執行」の保全を目的とするものとされ、「個別執行」の保全を目的とする民事保全法上の保全処分との対置で論ぜられることが、他の倒産法上の保全処分と比較して多い。それはともあれ、民事保全法上の保全処分に関する議論との関係を特に意識すべき領域である。また、我が国の倒産法学は、破産法学を基礎として構築されており、保全処分についてもその例に漏れない。従って、破産保全処分の再検討をすること―特に民事保全法上の保全処分との関係を明瞭にすること―は、倒産法上の保全処分全体の制度構築に当たって不可欠である。今次倒産法改正作業のプロセスにおいても、十分に検討されなかった点であると考ええる。

近時、倒産法上の保全処分と民事保全法上の保全処分との関係を、特に一般的処分禁止命令を素材としつつ再検討されたのが、松浦馨教授の論稿である。松浦馨「倒産手続と保全処分」松浦馨・伊藤眞編・倒産手続と保全処分（有斐閣、一九九九年）三頁以下。本稿は、これと問題意識を共通にし、退職金債権に対する保全処分を素材として、いわば各論的検討を行い、それを基礎に、倒産法上の保全処分の総論的検討への足がかりを築こうとするものである。

第一節 福岡高判昭和五九年六月二五日判タ五三三三二二二頁―本件―

一 判旨

この事件の事案は民事執行法施行以前のものであるが、民事執行法及び民事保全法の施行後に置き換えた上で、事案を多少簡略化する。

Y市の職員であったAは五月八日付で退職し、同日自己破産の申立てをした。Aはそれ以前に、福岡県市町村職員共済組合から住宅資金ないし生活資金の用途で貸付を受けており、その債務残高が三二七万円であった。五月一日午後、Y市はAの退職を承認した上で、条例に基づき退職手当金五五八万円（本件退職手当金の支給決定をし、その上で二二二万円の現実支給額を告知した。この現実支給額は、退職手当金から諸税分及び共済組合への返済分を控除した残額である。Aはこれらの内容に異議を留めなかった。ところが同じく五月一日の夕刻になり、破産裁判所から職権に基づく破産宣告前の保全処分として、Y市に対し、本件退職手当金全額の支払いを禁じる仮差押決定が送達された（本件仮差押え）。しかしY市は、同月三日、地方公務員等共済組合法一一五条二項に基づき、共済組合に対し返済金相当額を払込んだ（本件払込み）。その後同月二九日、Aに対し破産宣告があり破産管財人としてXが選任された。更に同年七月一日、前記Aの現実支給額二二二万円の支払いがY市からXになされている。ちなみに当該現実支給額は、Aの退職手当金総額五五八万

円の四分の一を超えている。Xは、Y市による共済組合への払込みは、本件仮差押命令送達後になされたものであり、破産財団に対する関係では無効であるとして、未払退職金の支払いを求めて本件訴えを提起した。原審はXの請求を認容したので、Yが控訴したところ、福岡高裁は原判決を取り消し、Xの請求を棄却した。判旨においては、本件仮差押命令が退職手当金全額を対象として支払いを禁じたことの法的意義につき、検討が加えられている。その概要は以下の通りである。

本件退職手当金請求権は賃金の後払い的性質を有するので、法六条一項及び三項、民事執行法一五二条二項に基づき、その四分の一だけが差押えを許容される債権として破産財団を構成し、残りの部分は差押禁止債権として破産者の自由財産となる。もともと、民事執行法一五三条によれば差押禁止債権についても裁判所は差押範囲を拡張することができるが、それには利害関係人による差押範囲拡張の申立てを要することになる。ところが、本件仮差押命令は破産裁判所の職権によるものであって利害関係人によるかかる申立てはなかったのであるから、結局差押えの効力が本件退職金請求権全額に及んでいないと解することはできない。従って、Y市による共済組合への弁済は有効であるし、また退職手当金総額の四分の一相当額が破産財団に組み込まれている以上、XはもはやY市に対し請求できる退職手当金請求権を有しない。

二 退職金債権にまつわる破産手続上の問題一般について

本件判決が出た当時は、いわゆるサラ金債務に苦しみ消費者による自己破産の激増期に当たる。他にめぼしい資産を持たない給与所得者にとって、退職金⁸⁾は一般債権者の引当てとして重要な財産であり、破産手続を遂行する破産財人にとっても退職金の財団への組入れが重要な任務となる。しかし、退職金債権に特有の性質が、これまで執行法上・倒産法上さまざまな法的問題を惹起することになったのは周知の事実である。⁹⁾

その一つが、第三債務者（破産者の使用者）による退職金からの控除である。即ち、公務員・民間を問わず、労働者に対する福祉事業の一環として住宅資金等の貸付が行われる場合が多いが、その貸付金の回収についての最終的な引当ては退職金債権である。公務員に関しては、給与支給機関が毎月の給料から組合費を控除して公務員共済組合に払込み、それを原資として共済組合が貸付を行う。そして返済は、公務員共済組合法の規定に基づき（地方公務員等共済組合法（以下「地公共済」）一一五条二項、国家公務員共済組合法（以下「国公共済」）一〇一条二項）、毎月の給与から控除して行う。もともと、当該公務員が退職すれば、給与支給機関は退職金債権から貸付金残額を控除し、共済組合に払い込むことになる。ところが、公務員が破産を申し立てた場合に、給与支給機関がそれを知りつつ前記法条に基づき公務員の給与から共済組合の貸付金残額を控除して共済組合に払い込むことは、他の一般債権者に優先して共済組合が債権を回収することになるのではないかが問題となった。

その問題は、とりわけ当該支払行為の危機否認該当性という形で争われ、本件と同時期に下級審裁判所で肯定・否定の判例が対立することになった（後に紹介する）。本件は危機否認の成否を取り扱ったものではないが、「危機時期における共済組合への払込み」への対処という流れの中で捉えることができる。

三 本件の問題

本件仮差押えの対象は、地方公務員の退職金債権である。公務員の退職金債権の差押禁止範囲については、民事執行法施行以前の旧民事訴訟法の下では明示の規定がないために争いがあつたが、民事執行法施行後は、公務員の退職金の法的性質を非公務員のそれと同様に賃金であるとする考えに基づき、同法一五二条二項が適用されることになった。¹⁰⁾

ところで、破産保全処分の対象に関しては、以下のように説かれている。破産保全処分のうち、財産保全処分

(法一五五条)は、破産財団に属する財産を確保するためのものであるから、保全処分の対象となる財産は少なくとも法定財団に属するものでなければならぬ¹¹⁾。法定財団とは、法の予定する破産財団をいうところ、破産法においては六条及び七条にいう「破産財団」が法定財団を指すものとされる¹²⁾。そうすると、差押禁止財産は原則として法定財団に属しないことから(法六条三項本文)、差押禁止財産は原則として財産保全処分の対象とならない、と解するのが論理的帰結である¹³⁾。

本件でもAの破産宣告前にその退職金債権が現実化した時点では、その給付の四分の三相当部分が差押禁止であったことになる。仮にその直後に破産宣告がなされたとしたら、法定財団としての破産財団を構成するのは四分の一相当部分であるから、財産保全処分の対象は当該部分にとどまり、それを超える部分については財産保全処分の効力は及ばない、ということになる。従って、Y市の共済組合への払込額が退職金債権の四分の一を超えず、かつ四分の三相当額が破産財団に供出されている以上、仮差押命令違反の弁済の効力の問題は生じないことになる。判旨の結論は、まさにそのような理論構成に整合的である。

しかしこのことは、実質的に見れば、共済組合の優先的な債権回収に対して保全処分が何らの歯止めとならなかつたことを意味する。これは、破産宣告前の保全処分のあり方としては、上首尾とはいえない。そのことは、共済組合への払込みが危機否認の対象となるかを検討した一連の判例を参照すれば、明らかになる。次節で見ることにする。

(8) 公務員についていえば、退職金(ここでは債務者が定年をまたずに退職する場合に支給される一時金を指し、いわゆる退職年金は対象外とする)とは、一定の勤続年数経過後の退職による雇用関係の解消に際し、国家公務員であれば国家公務員退職手当法(昭和二十八年法一八二号)の定めにより、地方公務員であれば地方自治法二〇四条二項に基づく各都道府

県のいわゆる退職手当条例(例えば、昭和三十一年東京都条例六五号による「職員の退職に関する条例」など)の定めにより支給される給付である。

(9) 著名な論点の一つとして、破産宣告時まだ在職中の破産者の有する、将来の退職金債権に関する破産財団帰属性の問題がある。この点は、賃金の後払いという退職金債権の法的性質に基づき、破産宣告時までの労務給付に対応する退職金債権の四分の一が破産財団に帰属する、というのが従来の通説であった。しかし、近時においては反対説も有力である。

詳細は、宮川知法・消費者更生の法理論(信山社、一九九七年)一〇六頁以下。ただ本報告で直接取り扱う問題は、破産宣告前に既に退職した者の退職金債権に対する保全処分の適否ということであり、前述の論点と直接の関係はない。勿論、密接な係わり合いを持つことは間違いない。

(10) 退職金債権の差押可能性については、国家公務員退職手当法に差押えを禁止する特別の規定がなく、退職手当条例についても通常同様であることから、旧民事訴訟法(明治三三年法律一九号)六一八条(昭和三三年法律一四九号により改正)の下では議論があった。もっとも、最高裁判例が退職金の法的性質を「労働の対償としての賃金」としたこと(昭和三三年三月二二日民集二二巻三号五六二頁)、賃金と同じ差押禁止範囲を認めるのが下級審裁判例及び学説の主流となり、それを受けて民執法一五二条二項も同旨の規定を置いた。民執法一五二条制定に至る過程については、鈴木忠一「三ヶ月章編・注解民事執行法(4)(第一法規出版、一九八五年)四九〇頁以下」「五十部豊久」に詳しい。また、五十部豊久「退職金債権に対する取立て制限」消費者信用と民事司法(弘文堂、一九八八年)二四二頁参照。

(11) 伊藤・前掲書(注4)八八頁。

(12) 伊藤・前掲書(注4)一四一頁、一四二頁注一。

(13) 「自由財産」が保全処分の対象とならないことを明記するものとして、例えば菊井維大「特殊保全処分と個別執行の停止」民訴雑誌五号(一九五八年)八頁。

(14) 五十部・前掲書(注10)二四七頁。

第二節 共済組合への払込みの危機否認該当性に関する議論

一 判旨

公務員の給与支払機関は、退職金支給にあたり、共済組合の未返済貸付残額があるときは、同額を退職金から控除した上で組合員たる公務員に代わって組合に払い込まなければならない（地公共済一一五条二項、国公共済一〇一条二項）。それでは、その払込みが危機時期に行われた場合、危機否認の対象となるであろうか。

この問題に関しては、本件判決と時を同じくして、一九八〇年代後半に下級審裁判例・学説において盛んに取り上げられることになった。その問題に一応の決着をつけたのが、平成二年（一九九〇年）に出た一連の最高裁判決である。

まず最高裁は、以下のように述べることで、地公共済一一五条二項・国公共済一〇一条二項の存在は、共済組合への払込みの危機否認該当性を否定する根拠とはならないと説く。

地公共済一一五条二項「国公共済一〇一条二項」の規定は、組合員から貸付金等を確実に回収し、もって組合の財源を確保する目的で設けられたものであり、給与の直接払の原則及び全額払の原則（地公共済二五条二項参照）一般職の職員の給与に関する法律九条本文、人事院規則九・七第一条の二参照」との関係を考慮して、右の払込方法を法定したものと解される。そして右払込が他の債権に対して優先する旨の規定を欠くことと、「組合員に代わって」組合に払い込まなければならないとしている（地公共済一一五条一項）「国公共済一〇一条二項」との文言に照らしてみれば、この払込は組合に対する組合員の債務の弁済を代行するものにほかならず、組合において、破産手続上、他の一般破産債権に優先して組合員に対する貸付金債権の弁済を受け得

ることを同項が規定したものと解することはできないからである。¹⁵⁾

即ち最高裁は、地公共済一一五条二項・国公共済一〇一条二項が、組合員の債務弁済の代行を決済方法としたものであって、共済組合の優先弁済権を認めたものではないことを指摘している。つまりこの点では、払込みの危機否認該当性は否定されない。もっとも、本件事案のように、退職金の四分の一相当額が破産財団に供出されている場合、共済組合への払込は自由財産を原資としてなされたものであり、有害性が否定されるように思われなくてもない。その点については、最高裁は以下のように述べる。

退職者に対し退職手当が支払われたことにより、退職手当請求債権は消滅し、既に支払われた金員について、債権に対する差押禁止を規定する民事執行法一五二条二項の適用はないから、その後右退職者が破産宣告を受けたときは、右退職手当相当の金員は破産財団を構成するというべきであり、破産者が右退職手当をもって特定の債権者に対し債務を弁済した後破産宣告を受けた場合に、その金額が退職手当の四分の三の範囲内であっても、その弁済は破産法七二条二号の否認の対象となりうる。¹⁶⁾

即ち、否認の対象となるのは払込みの全額についてであり、そのことは、たとえ払込金額が退職金の四分の三相当額を下回っており、かつ一方で四分の一相当額が破産財団に供出された場合であっても、変わるところはない、というわけである。¹⁷⁾

二 最判判旨の検討

国公共済一〇一条二項・地公共済一一五条二項による払込みの場合、少なくとも共済組合に払い込まれる前の段階では、民事執行法一五二条二項に基づき、退職金債権の四分の三相当額が差押禁止であり、その部分は破産財団に帰属しないことになる。¹⁷⁾一方、差押禁止債権も、支払われ金員に化体すると差押禁止が解除され、原則として全

額が差押可能財産となり、⁽¹⁵⁾破産財団帰属性を肯定されることになる。⁽¹⁶⁾ただ、前記最判判旨は、共済組合への払込みの前後で、破産財団帰属性が否定から肯定に変化することを認めている。破産者本人には支払われていないにもかかわらず、共済組合に払い込まれることで破産財団に帰属した形になっているわけで、一見奇妙ではある。「この点、給与支払機関による退職金からの共済組合への払込みの実体は、給与支払機関による組合員の支払いの代行であり、「金員をいったん組合員に支払い、その金員を組合員自身によって共済組合に払い込ませる」というプロセスを簡略化したのに過ぎない、ともい得る。⁽¹⁷⁾そうであれば、払込み前には破産財団帰属性を否定される財産が、払込み後には帰属性を肯定される、という判旨は、それなりに理解できる。

このような理解の下で、先の最判判旨をどのように評価するか。

この点、「国公共済一〇一条二項・地公共済一一五条二項による払込みを、危機否認の対象となる本旨弁済の範疇に含めた（払込みは破産者自身による弁済と同視される）」という、限定された意義に理解することも可能であろう。確かに、判旨の射程としては、そのように限定的な理解が妥当であろう。判旨は、この問題に一応の決着をつけたに過ぎない。

しかし一方で、射程ということを超えて、判旨の及ぼす影響は広くなりうる。即ち判旨から、「危機否認の対象となる本旨弁済の原資は、破産財団所属財産であることを必ずしも要しない」、というテーゼを抽出することが可能である。これは、故意否認はさておき、債権者平等を害する偏頗行為を主たる対象とする危機否認については、決して無理な議論ではないはずである。

ともあれ以上のように、前記最判の判旨を含みを持ったものとして理解するとき、それが破産保全処分にも波及し、本件判例に何らかの影響を及ぼさないかが問題となる。

三 危機否認該当性に関する最高裁判決の本件判旨に与える影響

「払込金額が退職金の四分の三相当額を下回っており、かつ四分の一相当額が破産財団に供出されていたとしても、当該払込みが危機否認の対象となる」旨の判例法理が確立した以上、本件判旨は再検討を余儀なくされよう。蓋し、冒頭に述べたように偏頗弁済を防止し債権者平等を確保することは財産保全処分の目的の一つであるのに、本件では保全処分として発令された仮差押命令が共済組合への払込みを撃射していないからである。

勿論これに対しては、前記判例法理に照らし、共済組合への払込みを後で危機否認の対象とすれば足りるのであり、あえて保全処分での規律を考える必要はない、との反論もありえよう。しかし、財産保全処分の余地を探ることなく、その結果みすみす払込みが行われるのを傍観した上で破産宣告後の否認権行使を待つというのは、制度のあり方としては効率的とはいいがたい。また同じ意味で、共済組合に払込みが行われた後で、払込金員について否認権行使を前提とした保全処分⁽¹⁸⁾を試みるというのも、最善の策とは思われない。

かかる観点から、退職金債権全額を対象とする一全額について弁済を第三債務者たる給与支払機関に禁止する一破産保全処分の許容性を検討する必要がある。

(15) 最一判平成二年七月一九日民集四四卷五号八三七頁「地公共済一」、最一判平成二年七月一九日民集四四卷五号八五三頁「国公共済」、最三判平成二年一〇月二日判時一二三六号四八頁「地公共済」。従来の下級審裁判例・学説の整理、及び最高裁判決の解説として、青山善充・伊藤眞・松下淳一編・倒産判例百選「第三版」五六頁「山本克己」。

(16) 前記判決。「一内は判決。なお判決は、退職金債権額の四分の一相当額の限度で否認がなされた事案である。なお同旨の下級審裁判例として、福岡高判昭和五九年一月二四日金商八六二号一五頁（の原審）、福岡高判昭六二年一月二五判タ六四一〇号二一〇頁。

- (17) 五十部・前掲書(注10)二四六頁。同書二五一頁注一四では、それを根拠として、本件判旨の結論を支持する。
- (18) 差押禁止債権といえども、その債権が銀行振込みないし手交の形で支払われた場合、それによって生じた預金債権ないし金員については、原則として全額につき差押えを認め、特定が可能な場合のみ差押えの一部解除を認めるのが通説判例である。鈴木忠一「三ヶ月章」宮脇幸彦編・注解強制執行法(2)(第一法規、一九七六年)四三三頁(戸根住夫、五十部・前掲書二四二頁、小島武司「差押禁止財産と債務者保護」民事執行法判例展望(ジュリ八七六号)(一九八七年)一〇三頁、中野貞一郎・民事執行法[新訂四版](青林書院、二〇〇〇年)五七一頁、五七六頁注四。なお、竹下守夫・民事執行法の論点(有斐閣、一九八五年)二二八頁、上原敏夫・債権執行手続の研究(有斐閣、一九九四年)一八三頁。
- (19) なお、ドイツではZPO§850k、フランスではデクレ、アメリカでは判例により、振込資金についても差押禁止の規定の適用が認められていることにつき、山本和彦「消費者信用における資金の責任財産性の検討比較法的視点から見た資金債権の担保化、強制執行・破産における処遇」三ヶ月章博士古稀記念論文集・民事手続法学の革新(下)二七九、二九一、二九二頁「有斐閣、一九九一年」。
- (20) これに対し、伊藤眞・判決(後掲)評釈・私法判例リマックス一九九〇年二六〇頁は、退職金が破産宣告直前まで債権の形で存在し、かつ、支払われた金額が特別口座などの形で区別されて保管されているときは、なお破産者の一般財産と区別された性格を持つものとして、例外的に、払い込まれた退職金も自由財産になる、と説く。更に、当該自由財産からなされた弁済は、危機否認を否定されると述べる。
- (21) 最高裁判決が出るまでは、むしろ下級審裁判例においては、「国において退職手当金を現金化して被告に対し銀行振込の方法により支払われたとしても、これを差押禁止の範囲を異にする現金ないしその他の種別の財産に転化した後の支払であると評価すべきでない」(後掲 判決)、との立場が有力に存在した。同旨のものとして、福岡高判昭五九・七・三〇判時一一四一号九三頁、東京高判昭六三・八・八判時二二八六号五九頁(判決)の原判決、東京地判昭六二・一〇・二九金判七九六号四四頁(判決)の第一審判決。
- (22) 中間試案第一部第3 4において、提案されている。

第三節 考察

第一款 財産保全処分の趣旨

まず、法一五五条の財産保全処分の趣旨を再確認しよう。

破産申立後破産宣告までの間における債務者の財産処分や債権者の債権取立てを放置すると、破産手続を開始しても、たとえ後に否認の可能性があるとはいえ、債権者間の平等が害され、また破産財団が散逸するので、破産法は宣告前の保全処分制度を設け、破産手続の実効性を保障しようとしている²³⁾。

ここから明らかとなるのは、財産保全処分が否認の先取りとしての機能を果たすべきことである。即ち、破産管財人による否認権行使はあくまで破産宣告後のことであり、その間に否認の対象たる行為の相手方の財産状態が変化することで(例えば倒産)、行使時には既に実効性が失われていることも多い。そこで、破産宣告前に財産保全処分をしておくことで、当該行為自体が行われることを可及的に防止できる。要するに、同じ目的達成のために、否認権行使といういわば事後的な規律よりも、保全処分という事前の規律によって、破産手続の実効性がよりよく保障されるということになる。そうであれば、保全処分制度の設計に当たっても、否認制度との密接な関係を意識しつつ行う必要がある²⁴⁾。

もっとも、退職金からの払込みという本稿の問題に即して考えた場合、危機否認の可能性はともかく、少なくとも保全処分段階においては、自由財産である差押禁止債権に対する財産保全処分は許されない、との立場もある²⁵⁾。この点は、財産保全処分の制度趣旨である、「債権者間の平等の確保をどのような意義で捉えるかに係わる。そもそも、「債権者平等」が、どのような場面で機能するものなのか、確認しておく必要がある²⁶⁾。

債権者平等の原則は、多義的に用いられるものの、破産手続においては「比例弁済原則」という発現形態をとっている（法四〇条）。即ち、債務者の財産が複数の債権者—優先的地位を与えられていない債権の主体—の総債権を満足させるに足りない場合、各債権者はその債権額の割合に応じた比例的平等弁済を受けるといふことである。かかる比例弁済原則が機能するためには、分配の対象となる財産の確定、分配を受ける債権者の範囲の確定、分配の基準となる債権の確定とその金銭化という三つの前提条件を満たす必要がある。破産手続においては、管財人による破産財団の管理・処分、債権の届出・調査・確定、債権の金銭化・現在化、そして配当という制度的手当てがあるから、比例弁済原則が機能するための前提条件が備わっている。

ここで注意すべきは、破産法における債権者平等とは、破産財団の配当に関して適用される原則であり、破産財団以外の債務者財産—自由財産—については、直ちに当てはまるものではないことである。そのことは、破産手続中に破産債権者が自由財産からの任意弁済を受けることの適法性に関する、積極説からも示唆される。積極説は、自由財産が自由な処分を許された財産であることを根拠に、適法とするのである。⁽⁵³⁾しかし、自由財産から任意弁済を受けることは、同一破産者の債権者間においては、平等を破る事態であるといえよう。⁽⁵⁴⁾積極説の根底には、破産財団以外の財産からの任意弁済は債権者平等原則に抵触しない、との認識があるように思われる。

翻って、債権者平等原則の原則的な適用場面は、責任財産が同一の場面であろう。⁽⁵⁵⁾このことは、破産者に保証人が付されている場合を念頭に置けば明らかである。⁽⁵⁶⁾かかる論理からすれば、管理処分権が破産管財人に移転した破産財団ではなく、破産者の自由処分に委ねられた自由財産からの任意弁済であれば、破産債権者の間では債権者平等原則は適用されない、との議論も可能ではあろう。

確かに、破産法における債権者平等原則は、破産財団からの弁済を念頭においた原則であろう。破産手続外で自由財産からの任意弁済が行われたとしても、それは破産財団の配当の平等性とは無関係である。しかし、こと破産財団の配当さえ債権者平等原則に従って行われていれば、破産債権者が破産手続外で得る満足について破産法が無関心でよいのか、躊躇を覚えざるを得ない。保証人の任意弁済と、自由財産からの破産者の任意弁済とは、看過できない懸隔がある。即ち、破産者が一方では全破産債権者への比例弁済のために破産財団を供出しながら、他方で自由財産を特定破産債権者への満足に充てることは、信義則（民法一条二項）に抵触するとも思われるからである。⁽⁵⁷⁾すうだとすれば保証人の弁済による満足とは異なり、自由財産からの任意弁済によって得る満足は「棚ぼた」であり、法律上の原因を欠くかとはともかく、本来望ましくないものである。⁽⁵⁸⁾かかる破産者の行為に加担しているからである。

かかる観点から見れば、破産保全処分は、それが自由財産を対象とするとの一事で、直ちに不適法とされる理由はないと解する。少なくとも、自由財産からの任意弁済を防止する手段を破産制度のうちで設けておくことは、信義則に抵触する破産者の行為を可及的に防止することにつながる。ひいては、破産制度に対する信頼を確保することになる。このような観点から、退職金債権全額を対象とする破産保全処分も、許容の余地を見出せる。

第二款 「破産財団」（法一五五条一項）の意義

前述のように、財産保全処分は、破産財団に属する財産を確保するためのものであるから、保全処分の対象となる財産は少なくとも法定財団に属するものでなければならない。法定財団とは、法の予定する破産財団をいうところ、破産法においては六条及び七条にいう「破産財団」が法定財団を指すものとされる。そうすると、差押禁止財産は原則として法定財団に属しないことから（法六条三項本文）、差押禁止財産は原則として財産保全処分の対象とならないことになる。⁽⁵⁹⁾問題は、その「例外」となるべき場合があるのか、そしてその範囲はどの程度に及ぶか、である。

この点については、保全処分発令時に差押禁止である財産についても、保全処分の対象適格性を認める余地がある。どのような場合に対象適格性を認め得るかを一般的に論ずることはさておくとしても、本件の場合には積極的に解することが出来よう。といふのは、退職金債権はそれが支払われることにより直ちに全額が差押可能財産ひいては破産財団所属財産となるのであり、かつその支払いが相当の蓋然性を持って予測されるからである。退職金を担保とする貸付が状態となっている現状においては、破産者に代わつての債権者への払込みがなされることも相当程度予想される。そのような財産について、現時点でそれが差押禁止財産であるからといって、財産保全処分を禁ずる理由はない。法一五五条一項の「破産財団」に関しても、このような含みを持ったものとして、理解する必要があろう。

ちなみに、「破産財団」の意義に関しては、周知の通り、否認権行使を前提とした保全処分を念頭とした議論の蓄積がある。即ち、債務者から詐害譲渡を受けた第三者が目的物を他の者に転々譲渡しないよう、この第三者を名宛人として目的物の処分禁止を命ずる保全処分を命じ得るかが問題となるが、その際に議論となるのは「破産財団」(法一五五条一項)の意義についてである。この保全処分を認める積極説は、ここでいう破産財団とは、否認によって増殖されるべき法定財団を指すと解するのに対し、消極説は、宣告時の現有財団を指すと考える。

しかし、これらの議論は本件の問題を念頭においていないと思われ、一方の立場を採ることで演繹的に結論が得られるわけではない。即ち、本件は、保全処分発令の時点では債務者に帰属しているが差押えを禁止されており、ところが財産形態の変化によって差押えを認められることになる財産である。この点、消極説を採つたとしても差押禁止財産は除外されると解する余地があるし、積極説に拠つたとしても当該財産の処分の否認が蓋然性をもって予想される場合にその財産を「否認によって増殖されるべき法定財団」と見る余地があるからである。

最高裁は、「退職者に対し退職手当が支払われたことにより、退職手当請求債権は消滅し、既に支払われた金員

について、債権に対する差押禁止を規定する民事執行法一五二条二項の適用はないから、その後右退職者が破産宣告を受けたときは、右退職手当相当の金員は破産財団を構成する」とし、右退職手当をもって特定債権者に債務を弁済する行為は、その金額が退職手当の四分の三の範囲内であっても、法七二条二号の否認の対象になり得るとする¹⁵⁵。このことは、退職手当の四分の三の金額部分については、退職者への支払いの前後において破産財団帰属性に差異が生じることを意味する。否認権行使の前提としての保全処分が問題となる場合と異なるのは、財貨の移転(債務者から第三者への財産移転、あるいは第三債務者から債務者への金員移転)の前後で、否認権行使の場合には、破産財団になるはずの物が逸出したために破産財団への帰属可能性が不確定となったという場合であるのに対し、本件の場合には、破産財団への帰属可能性が否定から肯定に変化するという点である。

従って、「破産財団」の意義に関する従来の議論は、本件の問題に直接寄与することはな¹⁵⁶。

第三款 破産宣告前の財産保全処分における差押範囲の変更

それでは、破産宣告前の段階で、差押範囲を変更することによって、退職金債権全体を保全処分の対象とすることが出来るだろうか。方法としては二通り考えられる。第一に、利害関係人の申立てによる方法、第二に、破産裁判所の職権による方法である。

この点、本件判旨は以下のように説く。「本件破産宣告前の保全処分による仮差押決定は破産裁判所の職権によるものであって、利害関係人が差押の範囲の拡張についての許可の申立をし」ていないから、同仮差押決定が右退職手当金の全額をその目的としているのは、専らAの財産の現状を固定し将来の破産手続開始に備えることをねらいつつ、Bの範囲を拡張し、その全額を破産財団に組み入れるものとする趣旨を含むものではない。Cの範囲に判旨は、差押範囲の変更は利害関係人の申立てを要するとし、破産裁判所が職権で変更する

ことを認めないようである。

ここでは、民事保全法に基づく債権仮差押え（民法法五〇条）と、破産宣告前の財産保全処分（法一五五条）として行われる債権仮差押えとの関係に着目すべきである。

一 民事保全法上の債権仮差押えにおける差押範囲の変更

まず、民事保全法に基づく債権仮差押えについては、仮差押命令は申立てに基づき発令され（民法法二二条一項）、差押範囲の変更も申立てによることになる（民法法五〇条五項、民執法一五三条一項）。

この点、民事執行法上の債権執行における差押禁止範囲の変更に関して、議論がある。執行裁判所は債権者及び債務者の生活状況その他の事情（民執法一五三条一項）を総合的・相関的に考慮した上で実質的な裁量に従って決することになるが、差押禁止範囲の変更は請求権の実質に係るから、債権者・債務者の双方に陳述の機会を与えるべきだとされる⁽³⁷⁾。それ故、当事者の変更申立てを待たずに執行裁判所が職権で差押禁止範囲を変更して差押命令を発することの適法性が問題となる。

この点、債権差押えの申立ての時に、既に執行債権の性質や被差押債権の種類に鑑み一五二条の差押禁止範囲を変更すべき事情があるときは、最初から一五三条により差押えの範囲を縮減または拡張した差押命令を発することができるの見解がある⁽³⁸⁾。これに対しては、差押えを申し立てた債権者が差押禁止範囲縮減の申立てを併合していた場合ならさておき、債務者から申立てがなされていないにも関わらず差押禁止範囲を拡張した差押命令を発することはできないとする見解が多数である⁽³⁹⁾。なお、いずれの立場にせよ、差押禁止範囲縮減の場合には債権者の申立てが必要とされる⁽⁴⁰⁾。

以上の議論は、債権執行の保全のために行う債権仮差押えにも当てはまるうし、更に、包括執行である破産手続

における、破産財団帰属の範囲の変更（法六条三項但書中段参照）についても類推されることになる⁽⁴¹⁾。しかし、破産宣告前の保全処分についても同じことが言えるだろうか。

二 破産保全処分における通常保全処分の準則の当てはめ

破産宣告前の財産保全処分は職権でも発令することができるが（法一五五条一項）、差押範囲の変更についても職権でなしうるかは条文上明らかではない。そこで、破産宣告前の財産保全処分につき、民事保全法五〇条五項、民事執行法一五三条一項が準用されるかが問題となる。

この点、（破産保全処分を含む）いわゆる特殊保全処分に関する法規と、通常保全処分に関する民事保全法上の法規とは、いわば特別法ないし個別法と一般法ないし基本法の関係に立つとされ、破産保全処分については民事保全法の準用を認める直接の条文上の根拠はないものの、破産手続の目的・性質・手続構造に反しない限り民事保全法の規定が準用されると解されている⁽⁴²⁾。そして、保全処分の執行方法に関する規定は原則として準用が認められ、民事保全法五〇条五項も準用されると解されている⁽⁴³⁾。

民事保全法五〇条五項の準用を認めると、民事執行法一五三条一項も準用され、差押禁止範囲の変更については利害関係人による申立てを要件とする、というのが論理的であるように見える。

もっとも、破産保全処分は職権でなされる場合は勿論、申立てに基づく場合であっても申立人の子の利益のためになされるのではなく、総債権者の利益のために破産財団たる財産を保全するためになされるのであり、保全処分の職権による取消し・変更が認められていること（法一五五条二項）に鑑みれば、破産保全処分においては差押禁止範囲の変更も職権でなし得るとの解釈も考えられなくはない⁽⁴⁴⁾。そこで今一度、破産保全処分における通常保全処分の準則の当てはめについて検討してみよう。

実務においては、財産保全処分の執行方法は民事保全法に準じるとされ、債権者の有する債権の確保のためには、債権仮差押えが用いられるとされている⁽¹⁹⁾。その場合、債権仮差押えに関する民事保全法・民事執行法の規定が準用されることが、所与の前提とされている。その点は、学説においても変わることはない。しかしそもそも、破産法上の保全処分が、民事保全法上の保全処分と同じ外装をもつ場合、それは命令手続・命令の内容・命令の効果・執行の方法といった全ての局面で、民事保全法が準用されるべきものである⁽²⁰⁾。

法一五五条一項は、破産の申立ありたるときは裁判所は破産宣告前といえども「利害関係人ノ申立ニ因リ又八職權ヲ以テ」「破産財団ニ関シ仮差押、仮処分其ノ他ノ必要ナル保全処分」を命ずることを得、と規定する。この規定に關し、破産法の起草に携わつた加藤正治博士は、以下のように説明する。

保全処分ノ命令ノ一種タル仮差押又八仮処分ノ命令ヲ発スルニ當タリテ八民事訴訟法ノ規定ニ準拠スヘキモノトス蓋シ法文力仮差押又八仮処分ト云フ所以ノモノ八民事訴訟法ニ所謂仮差押又八仮処分ヲ指稱スル趣旨ナルコトハ明瞭ナリ從テ保全処分トシテ仮差押命令又八仮処分命令ヲ発スルニ當タリテ八民事訴訟法ノ規定ヲ準用スヘキハ勿論ナリ。⁽²¹⁾

即ち加藤博士は、破産保全処分として仮差押・仮処分を発令する際には、民事訴訟法「当時。明治三年四月二一日法律二九号」上の仮差押仮処分に関する規定に準拠するとする⁽²²⁾。

一方、我が国破産法一五五条の範となつたドイツ一八七七年破産法 (Konkursordnung vom 10. 2. 1877 (RGBl. S. 351), KO) 一〇六条は、以下のような規定である。裁判所は「財団保全に資する全ての暫定的命令 (. . . alle zur Sicherung der Masse dienenden einstweiligen Anordnungen. . .)」を「行ハシムルコトヲ得」⁽²³⁾。特に債権者に対し一般的讓渡禁止 (allgemeine Veräußerungsverbot) を発令する「コトヲ得」⁽²⁴⁾。我が国破産法と比較し、仮差押・仮処分の文言がないことに気がつく。この点、立法理由書では以下のように説かれている。

全ての許容される保全処分は、仮差押と仮処分の概念の下に組み込まれる。もっとも保全処分は、個々の債権の保全ではなく、存在する全ての破産債権の保全を目的とする点に、特徴がある。それ故、民事訴訟法第八編第五章の規定は若干の点において準用されるものの、多くの關係においては、破産手続・事前手続と二当事者間の訴訟との差異によつて、準用ができない。例えば、債務者は保全処分を担保提供 (CPO 草案七四八条 [ZPO 九二三条 = 筆者注]、七五八条 [ZPO 九三四条 = 同]) によつて取り消すことはできない、命令の取消は破産開始の申立の棄却と同時にのみなし得る (KO 九八条二項参照)、といった点である⁽²⁵⁾。

即ちドイツ法においては、「仮差押、仮処分」の文言はないものの、破産保全処分は民事訴訟法 (ZPO) に規定する仮差押・仮処分の形態をとつて行われるものであるとされ、ただ命令手続において、民事訴訟法のそれとは若干の差異があるものとされていた。

翻つて我が国では、加藤正治博士によれば、法一五五条一項があえて「仮差押、仮処分」と規定したのは、民事訴訟法の準用が可能であることを明示する趣旨であつたと示唆している。即ち、KO 一〇六条に關する当時のドイツの学説は、「破産裁判所が財団の一次的保全処分の命令を与えるに当たり、ZPO 九一六条以下の仮差押命令又は仮処分命令の規定に準拠してこれを発することができるか」という論点に關して、見解が分かれていた。加藤博士は、KO 一〇六条と異なり我が国の破産法には仮差押・仮処分発令を可とする明文規定があるので、そのような疑いを生じることがないと指摘するのである⁽²⁶⁾。

ここで留意すべきは、以下の点である。我が国における起草者は、破産保全処分の命令手続について、通常保全処分に関する規定の準用があるかについて、原則としてこれを肯定しつつ、一定の例外 (例えば職権による発令の余地) を認めている。

しかし、それはあくまで命令手続についてである。命令の内容・命令の効果・執行方法に關しては、立法者の意

思として明確にされていない。⁶⁵⁾つまり、これらの点については解釈論に委ねられているわけである。

(a)まず、命令の内容に関してである。既述のように、KOO一〇六条は、「財団保全に資する全ての暫定的命令」を認め、特に「一般的譲渡禁止」を例示していた。また、ドイツ破産法の下で学説が想定されていた保全処分は、保管、個別財産の処分禁止、あるいは営業の強制管理といったものである。⁶⁶⁾ともあれドイツ法では、一般的譲渡禁止のように、通常保全処分の枠組に捉われない破産保全処分の態様が、既に立法当初から想定されていた。

全財産を対象とする一般的処分禁止は、我が国においても適法なものととして承認されているが、少なくとも我が国の民事保全法上は想定されていない。⁶⁷⁾この点、「特殊保全処分」論の論者が、通常保全処分との差異を指摘する。即ち、通常保全処分は個別執行保全のためになされるのに対し、破産法上の保全処分は、総債権者のための包括執行の保全を目的とする。従って、その対象も破産財団に属すべき債務者の総財産に及ぶ。⁶⁸⁾実定法の根拠もある。即ち法一五五条一項によれば、「仮差押、仮処分その他の必要な保全処分」を発令できることになっており、全財産を対象とする一般的処分禁止といった保全処分も、「その他の必要な保全処分」として許容されるのである。⁶⁹⁾否認権行使を前提とした第三者を名宛人とする保全処分、強制執行停止・禁止の保全処分、更には債務者自身を名宛人とする弁済禁止保全処分についても、やはり「その他の必要な保全処分」として論ぜられるのである。

それでは、債権仮差押えのように、命令の内容について民事保全法に規定のある場合、破産法上の保全処分もそれによらなければならないのか。この点は、特に「仮差押、仮処分」という文言を入れている我が国において問題となる。この点に関して、あまり議論がないが、民事保全法によることが所与の前提とされているようである。

例えば、有体動産の仮差押え、金銭または債権その他の財産権の仮差押え、不動産及び自動車などの処分禁止の仮処分、債務者の商業帳簿閲覧、帳簿の執行官保管などの仮処分、不動産または有体動産についての占有移転または処分禁止の仮処分などが掲げられている。もっとも、何故に民事保全法によるのか、説明するものはほとんど見ら

れない。ある論者は以下のように説く。即ち、破産法上の保全処分が民事保全法上の保全処分の形式によるときには画一性と安定性が得られるし、実務においても、申立人・裁判官共に民事保全法上のそれを念頭に置き、それと同一の効果を期待している。⁷⁰⁾

(b)次に、命令の効果についてであるが、ここでも議論の蓄積はない。この点に関しては、民事保全法上の保全処分と同じ体裁で発令された破産保全処分については、民事保全法を準用するのが一般的と思われる。⁷¹⁾やはり画一性・安定性・予測可能性を根拠とする。やはり画一性・安定性・予測可能性を根拠とする。

(c)最後に、執行の方法についてである。この点も議論の蓄積はないが、やはり民事保全法上の保全処分と同じ体裁で発令された破産保全処分については、民事保全法を準用するのが一般的と思われる。⁷²⁾この点についても、画一性・安定性・予測可能性を根拠とする。従って例えば、有体動産の仮差押えの執行は債権者の委任または裁判所の命を受けた執行官が目的物を占有する方法により行い、不動産の仮差押え、仮処分の執行は登記または強制管理の方法により行われることになる。ただ、登記・登録のされている権利については、法二二〇条ノ二の規定により、裁判所の囑託により保全処分の登記がなされることになる。債権であれば、第三債務者に対し債務者への弁済を禁止する命令を発する方法により行う(民法法五〇条一項参照)。特に退職金債権の場合、差押禁止部分を除外して特定した上で命令を発する(注49を参照のこと)。

三 債権を保全する破産保全処分のあり方

以上の議論を前提として、債権を保全する破産保全処分を考えてみよう。

そもそも、破産保全処分としての債権の保全を、いかなる形態で行うべきか。この点は、画一性・安定性の観点からは、通常保全処分と同じく債権仮差押えの方法が妥当ということになる。しかし、処分禁止の仮処分の方法

が取れないわけではない。⁶⁴⁾ その意味で、民事保全法の規律が全面的にかかるわけではない。たとえ法一五五條に「仮差押え、仮処分」の文言があるからといって、ドイツ法における以上に通常保全処分の規律に拘束されるわけではなからう。同様の意味で、仮差押えの方法が採られるとしても、差押禁止の規律が当然にかかるわけではないことになる。

その場合、命令は、決定本文で差押範囲を明示して行うことになる。その際に、差押禁止に関する民事保全法五〇條五項、民事執行法一五三條一項が準用されるかが問題となる。準用されれば、破産裁判所は、申立てがない限り、差押禁止部分をも対象とする保全処分を発令できないことになる。

この点、画一性・安定性・予測可能性の見地からすれば、前記条項の準用に分があるようにも思われる。しかし、画一性・安定性・予測可能性の要請が働くためは、保全処分によって影響を受ける者の利害状況が同一であることが前提となる。つまり、保全処分の利害関係人が民事保全法上のそれと破産法上のそれと異なる場合には、民事保全法上の保全処分と同一の規律によることの画一性・安定性・予測可能性というメリットは必ずしも妥当しないはずである。

それでは、破産保全処分としての債権仮差押えに差押禁止の規律を及ぼすという場合、誰の利害が問題になっているのか。まず、差押禁止財産を生活保障に充てる、破産者の利益がある。次に、差押禁止財産を一債権者の抜け駆け的な債権回収から確保するという、破産債権者共同の利益がある。この点は、通常の債権執行、または通常の債権仮差押えにおける差押範囲の変更の際、斟酌される諸事情（債務者及び債権者の生活状況その他の事情。民執法一五三條）とは異なる。ここでは、「債権者の生活状況」は後方に退き、総債権者の利益更には破産制度への信頼という観点前面に出るのである（本節第一款を参照）。

そうだとすれば、破産裁判所は、利害関係人の申立てを待たず職権で、諸般の事情を斟酌し、差押禁止範囲を変更する保全処分を発令できると解すべきである。なぜなら、破産宣告前の段階においては、破産裁判所のみがかかる事情を考慮できる立場にあるからである。そのような観点から、破産裁判所は、民事保全法五〇條五項、民事執行法一五二條、一五三條の規定に関わらず、職権で、差押禁止範囲を拡張・縮減した保全処分を発令したり（法一五五條一項及び二項）、更にはいったん発令された保全処分を変更して差押禁止範囲を拡張・縮減したり（法一五五條二項）できると解する。このように解しても、破産裁判所の適正な裁量権行使があれば、利害関係人にとって酷な状況にはならないと思われる。⁶⁵⁾

以上のような解釈は、現在立法課題となっている、破産法独自の観点からの自由財産の設定を視野に入れる場合⁶⁶⁾、一層その意義を増す。というのは、破産法独自の観点から自由財産を設定する場合、破産宣告前はこの財産は差押禁止ではないので、個別執行が妨げられない。この財産を原資とする第三債務者の弁済についても同様である。しかしそれを放置し、後の否認権行使を待つというのでは、破産制度の実効性は十分に保障されない。従って、このような財産についても保全処分の余地を認めるべきであるが、そのためには本稿の立場に立脚すべきと考える。

ただ、以上のような解釈を認めるとしても、破産保全処分は破産宣告があれば取消しを要せず当然消滅し破産宣告自体の有する効力に移行すると解されていることに鑑みると、保全処分の対象となった債権はそのまま破産管財人の支配するところとなり、その結果として、財産保全処分に破産財団の範囲を画定する機能を認めることにもなりかねない。本件判旨が、職権で発令された本件仮差押決定には、「差押の範囲を拡張しその全額を破産財団に組み入れるものとする趣旨を含むものではない」と説くのも、かかる懸念に基づくように思われる。そうだとすれば、職権で差押禁止範囲を変更した保全処分の発令を認めるとしても、破産財団帰属の範囲の最終的画定に関しては破産宣告後に改めて自由財産の範囲を画定する裁判を要求すべきように思われる。⁶⁷⁾

以上の議論を、本件事案に即して当てはめれば、次のようにならう。Aの退職手当金全額の支払いを禁じるには、

以下のようにすべきである。まず、通常の債権仮差押えと同様、退職金債権のうち差押禁止部分を除外して特定した上で仮差押えを命じる。併せて、法一五五条二項に基づく変更決定を、拡張する差押範囲を明示した上で発する。このような仮差押えがなされた後に、Y市から共済組合になされた弁済は、破産財団との関係で効力を主張できない。管財人Xによる、Yに対する未払退職金の支払請求は、認容される。ただし、この仮差押えは、退職金債権全体を破産財団に組み込む趣旨を含むものではない。かえって、破産宣告があれば、自由財産部分についての仮差押えは失効することになる。当該部分については、破産裁判所は改めて諸事情を勘案した上で、破産財団に組み込む旨の裁判を行うことができる（法六条三項但書参照）。

(23) 伊藤・前掲書（注4）八五頁。

(24) 以下の考察は、中田裕康「債権者平等の原則の意義」曹時五四巻五号（二〇〇二年）一頁以下に多くの示唆を受けた。

債権者平等の原則に関する基本文献である鈴木祿弥「債権者平等の原則」論序説、曹時三〇巻八号（一九七八年）一頁以下は、債権者平等の原則が実際に機能するのは例外的事態に過ぎず、むしろいかなる条件があれば優先的満足が正当化されるかを確定していくことが必要であると指摘する。

(25) 中田・前掲論文（注24）二四、二八頁、小林秀之・破産から民法がみえる（日本評論社、一九九七年）九頁。

(26) 加藤正治・破産法要論「新訂増補版」（有斐閣、一九五二年）六九頁、兼子一・強制執行法・破産法「新版」（弘文堂、一九六四年）二二二頁、中田淳一・破産法・和議法（有斐閣、一九五九年）九一頁、青山善充「伊藤眞」井上治典「福永有利・破産法概説」新版増補二版」一一五頁、霜島甲一・倒産法体系（勁草書房、一九九〇年）一八〇頁、消極説として、山木戸克己・破産法（青林書院、一九七四年）三四頁、斎藤秀夫「麻上正信」林屋礼二編・注解破産法「第三版」（上）七六頁「小室直人」中殿政男。

(27) 積極説の論者も、破産債権者が自由財産に対する個別執行を通じて満足を受けることは許容しない。その理由としては、

強制執行をやった者とやらぬ者との間に公平を欠く（加藤・前掲書（注26）六九頁、あるいは、固定主義及び免責主義に立つ現行法の精神と矛盾する（中田・前掲書（注26）九一頁、青山ほか・前掲書（注26）一一五頁）、といったことが説かれる。前者のように公平を理由とすると任意弁済の場合との区別が困難となることから、後者のように固定主義や免責主義を理由とするのが整合的であろう）。

(28) かかる弁済が「債権者の平等を建前とする破産手続においては認められない」とするものとして、斎藤他編・前掲書（注26）七六頁。

(29) かかる理解を前提とすると思われる規定として、外国で受けた弁済の配当参入（いわゆるホッチポット・ルール）に関する法二六五条ノ二（及びその前提となる法二三条ノ二）を指摘できよう。同条によれば、破産手続において、破産宣告後、破産財団に属する財産で外国にあるものに対してした権利の行使によって弁済を受けた債権者は、他の同順位の間が自己の受けた弁済と同一の割合の配当を受けるまでは、配当を受けることができない。この規定は、破産債権者間の公平・実質的平等の確保を趣旨とする（深山卓也編著・新しい国際倒産法制（金融財政事情研究会、二〇〇一年）三九一頁）。このような規律も、破産財団の範囲に対する対外効（旧三条削除後の法六条一項）が裏づけになっているからこそ、演繹的に導けるものである。法改正前の属地主義の下では、在外財産からの任意弁済が配当調整の対象となるとの説明に一定の理論構成を要した。中野眞一郎「道下徹編・基本法コンメンタール破産法「第二版」」（日本評論社、一九九七年）二九頁「福永有利」参照。なお、ホッチポット・ルールに関しては、山本和彦・国際倒産法制（商事法務、二〇〇二年）一四六頁以下の説明が有益である。

(30) 加藤・前掲書（注26）六九頁は、自由財産からの任意弁済は第三者の任意弁済と異ならない旨明言する。

(31) 確かに、当該特定債権者との関係では、債務の本旨に従った弁済であるから非難に値しないかもしれない。しかし、全ての破産債権者との関係では、特定債権者に優先的満足を与えることは「信義誠実な義務の履行」に当たらないように思われる。

(32) 自由財産から弁済を受けられなかった他の破産債権者からの不当利得返還請求を認めるべきかが問題となろう。この点に関しては、比例弁済に伴うコストをも考慮すれば、自由財産からの任意弁済のすべてを不当利得とすることは現実的で

はない、との議論が可能である。中田・前掲論文(注24)二四頁によれば、比例弁済コストとは、(1)比例弁済のための前提条件を整えたうえ、それを実施するのに要する費用を支弁すること、(2)比例弁済の過程における事実上・法律上の判断や評価が結果的に誤っていた場合に、責任を負いまたは不利益を受けるリスクを引き受けること、という二面があるという。一例として、債権者取消権を行使する債権者が優先的に債権を回収できるのは、比例弁済コストを取消債権者に負担させることが妥当ではないからである、という議論が可能となる。自由財産からの任意弁済についても、弁済を受領した債権者に比例弁済コストを負担させることができるか、という視点からの検討が可能であろう。

(33) 先に(注29)指摘したように、法旧三条削除前の段階で、在外財産を原資とする弁済を配当調整の対象とする議論が、理論構成は様々ながらも存在した。それは、自由財産からの任意弁済を破産法の規律の下におこうとする価値判断の表れともいえよう。

(34) この点破産宣告後であれば、法六条三項但書に基づき(民執法一五三条の準用があるとの前提で)、差押禁止財産を財団に組み入れることができるが、破産宣告前の保全処分段階でこのようなことが可能かは検討が必要である(本文後述)。

(35) 前掲判決。

(36) 強いて言えば、消極説では本件判旨と同様の結論となる。蓋し、現有財団は「現に破産管財人の管理下にある財産」(伊藤・前掲書(注4)一四一頁)であるが、差押禁止財産は除外されると思われるからである。一方、積極説では反対の結論を導きやすい。蓋し、本件Aの退職金債権の四分の三相当部分は、そのままでは「法定財団」でないもの、そこから共済組合に払い込まれた金員は「否認によって増殖されるべき法定財団」だからである。

(37) 中野・前掲書(注18)五七二頁。

(38) ジュリスト増刊・民事執行セミナー(有斐閣、一九八一年)二八八頁「竹下発言」。なお、竹下守夫・民事執行における実体法と手続法(有斐閣、一九九〇年)三四頁によれば、差押禁止範囲変更制度について通常の債務者には十分な知識がなく、適切な申立てをすることを期待できないことを理由に、発令段階で執行裁判所が債務者の申立てなしにその扶養家族数等を考慮して差押禁止範囲を拡張した差押命令を発しうるという。

(39) 民事執行セミナー二八八頁「中野、浦野、新堂、吉原発言」、中野・前掲書(注18)五七二頁、五十部・前掲書(注10)

一五三頁。

(40) 給与債権の差押禁止について詳細な規定を有するドイツ法の下であればさておき、わが国現行法の下では、請求権の實質にかかる差押禁止範囲変更に関する債権者・債務者双方の陳述の機会を重視すべきとして、申立てなしでの発令に反対する立場が多数である(民事執行セミナー二八八頁、内山衛次「給料債権の差押えについて」大阪学院大学法学研究二〇卷一＝二号三四頁)。

(41) 五十部・前掲書(注10)一五三頁。

(42) 松浦・前掲論文(注7)三〇頁。

(43) 破産法一〇八条は、民事執行法・民事保全法制定の際に改正されておらず、準用関係が明らかではない。この点、例えば家事審判法一五条の三は、審判前の保全処分の執行・効力について民事保全法の規定に従うとし(六項)、手続について幾つかの規定を準用しており(七項)、準用関係が明らかになっている。

(44) 西山俊彦「破産法・和議法・会社更生法上の特殊仮処分」仮処分の研究(下)・村松俊夫裁判官還暦記念論文集(日本評論社、一九六六年)三二六頁、松浦・前掲論文(注7)三一頁参照。

(45) 東京高決昭和四四年一月二八日下民集二〇卷一＝二二号九〇一頁。

(46) 西山・前掲論文(注44)三二七頁参照。

(47) 伊藤・前掲書(注4)八六頁。

(48) 本件の事案は、職権による差押禁止範囲変更が望ましい場面である。なぜなら、破産申立人である公務員は、いずれ退職金は破産財団に組み入れられることになると思われるであろうから、彼に保全処分を申し立てるインセンティブはない。また情報へのアクセスを考えた場合、公務員の破産申立てに対するリアクションを最も取り易い立場にあるのは給与支払機関と共済組合であり、他の破産債権者は「出遅れる」可能性が高いからである。

(49) 園尾隆司「深沢茂之編・東京地裁破産再生実務研究会著・破産・民事再生の実務」上七二頁「きんざい、二〇〇一年」[園井恒志]、園尾隆司「中島肇編・新・裁判実務大系」(10)破産法(青林書院、二〇〇〇年)三〇頁「中島肇」。主文例として、司法研修所編・破産事件の処理に関する実務上の諸問題(法曹会、一九八五年)七六頁。通常民事保全としての

債権仮差押えでは、給料・退職金等については差押禁止部分を除外して特定する。香川保一監修・吉野衛「三宅弘人執筆代表・注釈民事執行法(6)(きんざい、一九九五年)六〇頁「富越和厚」、東京地裁民事執行実務研究会編著・債権執行の実務(きんざい、一九九二年)一五九頁「渡邊裕之」。破産保全処分でも同様であると思われるが、本件事案ではそうではなかったことになる。

- (50) 加藤正治・破産法研究七巻(有斐閣、一九二七年)一七四頁。加藤・破産法要論「新訂増補版」(有斐閣、一九五二年)二九一頁も同旨。
- (51) 加藤博士は、特に管轄を例に挙げ、民法の規定(当時の七三九条、七五七条一項、七六一條、七六二条)を準用すべきとしつつ、破産申立棄却決定に対する即時抗告により事件が抗告裁判所に係属中の際の保全処分命令の権限は、破産裁判所にあるとする。加藤・研究七巻一七五頁以下。

- (52) Motive zu dem Entwurf einer Konkursordnung, Motive [†] Hahn, Die Gesanten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 4, Materialien der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes (一八八一―一九八三復刻)によった。本文掲記の箇所は、Hahn, S. 300. なお、[†] Hahnの現行倒産法 (Insolvenzordnung vom 5. 10. 1994, InsO) は、二二一条に「保全処分命令 (Anordnung von Sicherungsmaßnahmen)」と同じ表題の規定を置き、「必要と思われるあらゆる処分」の発令を倒産裁判所に認め(一項)、特に仮倒産管財人の選任、一般的処分禁止、強制執行禁止を例示する(二項)。InsOにおいては保全処分の規定の充実が図られているが、立法理由によれば、KO一〇六条の趣旨が変更されたわけではない(vgl. Begründung zu §25 EmsO, BT-Drucksache 12/ 2443, S. 116.)。従って、本稿の検討に関する限りでは、法改正による影響は大きくない。

- (53) 加藤・研究七巻一七五頁註。

- (54) 学説においても例えは、「特殊保全処分」論の嚆矢である兼子一博士は、破産保全処分に関し、以下のように説く。破産法一五五条では、仮差押、仮処分その他の保全処分と例示するが、これは処分の内容が有体動産を執行吏に保管させたり、第三者に対して破産被申立人への債務の弁済を禁止したりする点で仮差押に類し、また不動産の譲渡を禁止したり、臨時の財産管理人を選任したりする点で仮処分に類するからであって、民事訴訟法上の仮差押、仮処分の手続による

ことを意味するものではない。と(兼子一「特殊仮処分の手続」民事法研究三巻(酒井書店、一九六九年)六頁)。すなわち兼子博士の関心は命令手続にあり、命令の内容あるいは執行については多くを語っていない。

- (55) Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 3. Aufl., II. Band [一九三三], §106 Anm.1.

- (56) 岡垣亨「特殊保全処分の研究」司法研究報告書〇輯四号(一九六一年)三三八頁、永沢信義「破産法及び会社更生法における保全処分」吉川大二郎博士還暦記念・保全処分の体系(下)(法律文化社、一九六六年)九三八頁。

- (57) この点に関する議論はあまり見られないが、以下のような有力な見解がある。一般的仮差押えは目的物の特定性を欠き不適法であり、一般的処分禁止の仮処分は全財産の譲渡に伴う請求権を被保全権利とするような例外的場合のみ許される。と、松浦・前掲論文(注7)四二・四五頁。

- (58) 吉川大二郎「破産法上の保全処分」仮処分の諸問題「増補」(有斐閣、一九六八年)二九八頁。

- (59) 松浦・前掲論文(注7)四五・四六頁。

- (60) 前掲兼子論文(注54)も、内容の類似性を指摘するに過ぎない。

- (61) 西山・前掲論文(注44)三二六頁。結論同旨。岡垣・前掲論文(注56)三三七頁、石原辰次郎・破産法和議法実務総攬(酒井書店、一九八一年)四二七頁、東條敬「倒産法における保全処分」新・実務民事訴訟講座二巻(一九八一年)三五頁。

- (62) 西山・前掲論文(注44)三二六頁、三三三頁。石原・前掲書(注61)四三四頁。即ち、仮差押え、保管を命じる仮処分、または処分禁止の仮処分などの執行があれば、債務者はその目的財産の処分を制限され、これに違反する債務者の処分行為は、(破産財団との関係で)相対的無効となる。

- (63) 西山・前掲論文(注44)三二六・三二七頁、三三三頁。石原・前掲書(注61)四三三頁、東條・前掲論文(注61)三三三頁。なお、KO理由書においても、破産保全処分として以下のちうなものが例示されていた。「封印(Siegelung)」、取立禁止の発令(Erlaß von Inhibitoren)」、土地登記簿及び抵当登記簿への遮断登記(Eintragung von Sperrvermerken in den Grund- und Hypothekenebüchern)J (Motive bei Hahn, S. 300.)。従ってKOの立法者も、原則としては、破産保全処分に通常保全処分の執行方法を援用することを予定していたちうではある。しかし、それはあくまで典型例として掲げ

であり、それに限る趣旨ではないと思われる。岡垣・前掲論文(注56)三四四頁も、同旨と思われる。

(64) 石原・前掲書(注61)四三二頁には、「債権に関する取立及び処分禁止の仮処分」の主文例が掲げられている。

(65) 利害関係人の手続保障を考慮すれば、一五五条一項・二項いずれによる場合にも、破産裁判所は変更の範囲を決定主文に明示し、かつ変更の理由を明らかにすべきであろう。なお、五十部・前掲書(注10)一五三頁。

(66) 法務省民事局参事官室編・倒産法制に関する改正検討事項(以下「改正検討事項」と称す)第2部第2 2(4)イでは、「民事執行手続における差押禁止財産の範囲とは関連させないで、破産手続独自の観点から自由財産の範囲を定めるものとするとの考え方」が提示されている。もっとも、中間試案においては、「民事執行法一三二条二号所定の金銭についてのみ、破産法独自の観点からの規律を検討課題としている。中間試案第2部第1 1(1)注1」。

(67) この点を的確に指摘するものとして、山本弘「破産財団の範囲およびその管理・換価」別冊『民六九号・倒産実体法』一三七頁(二〇〇二年)。

(68) 東京高決昭和三十七年三月二十八日下民集一三巻三号五六七頁。

(69) 自由財産範囲画定の手続のあり方は現在の立法課題となっている。改正検討事項第2部第2 2(4)ア。そして、中間試案第2部第1 1(2)においては、民事執行手続における差押禁止財産の範囲の変更(民事執行法一三二条、一五三参参照)と同様の手続を導入することが提案されている。ただし、裁判所の職権による自由財産の範囲拡張の裁判については、なお検討課題とされている。

おわりに

本稿は、倒産保全処分の理論構築の第一歩として、退職金債権を対象とする破産保全処分のあり方を考察した。特に共済組合への払込みを阻止するという契機が中心となったが、問題はそれにとどまらず、自由財産を原資とした偏頗弁済の防止という問題全体及びびうる。本稿での一応の結論は、退職金債権についてみれば、破産裁判所は

その職権で、民事保全法及び民事執行法上の差押禁止の規律に拘束されずに保全処分を発令・変更できる、というものである⁽⁷⁰⁾。本稿の検討対象は民事執行法一五二条二項所定の退職金債権であるが、そこでの議論は、同条一項所定の賃金債権についても当てはまる。ただし本稿は差押禁止債権に焦点を絞ったため、差押禁止動産(民執法一三二条を含む差押禁止財産一般、更には新得財産等を含む自由財産一般)についての破産保全処分の許容性につき、包括的な検討を加えていない。自由財産の個性に感じ、いかなる要件の下に破産保全処分を許容すべきか、詳細な検討が必要となろう。この点は筆者の能力不足及び怠惰によるものであり、今後の検討課題としたい。

本件のように、破産保全処分が民事保全法上の保全処分の形態をとって現れた場合の規律については、従来必ずしも議論が蓄積されているわけではなく、その点では不十分ながらも本稿にも一定の意義があると考え。本稿を元に破産保全処分の規律に関する議論が進展し、ひいては倒産保全処分全体についての議論に及ぶことがあれば、幸甚この上ない。勿論、筆者の研究もこれにとどまらず、更に発展継承する所存である。

昨年の本学着任以来、ご懇篤な指導を頂いている松浦馨先生の退官を記念する号に寄稿させて頂くものとしては、誠に雑駁で汗顔の至りであるが、お祝いの気持ちのみをお受け取り頂ければ幸いです。

(70) なお、本件の直接の問題ではないが、破産宣告時に退職の事実が存在しないために現在化されていない退職金債権の場合には、そもそもその財団帰属性及び換価方法に関し多くの議論がある。財団帰属性に関しては異論はあるものの、退職金債権の四分の一相当部分は差押可能なものであるとして破産財団に帰属すると解するのが通説(伊藤・前掲書(注4)一四六頁、谷口安平・倒産処理法「第二版」(筑摩書房、一九八一年)一三四頁)・下級審裁判例(福岡高決昭和三十七年一月二五下民集一三巻一〇号二一五三頁)であり、少なくともこの部分を対象とする保全処分が認められよう(小橋馨「本件解説」新倒産判例百選(別冊ジュリスト一〇六号、一九九〇年)四三頁)。それを超える退職金債権の部分は自由財

産となるのであるが、近時の下級審裁判例は、その部分から破産宣告後に給与支払機関が共済組合に払込み（地公共済一五五条二項）を行った場合、共済組合の不当利得となるとして破産者からの返還請求を認容した（東京高判平成一三年五月一四日判時一七五五号七四頁）。そのように、この自由財産部分を対象とする破産宣告前の財産保全処分を許容しない本件判言の妥当性がますます問われよう。