

---

---

論 説

---

---

## 破産手続の開始と執行処分取消し

小 原 将 照

はじめに

- 1, 破産手続の開始と続行中の手続の中断
  - 2, 執行手続の終了時期
  - 3, 破産法 42 条 2 項にいう「破産財団に対してはその効力を失う」の意味
  - 4, 民執法 40 条による執行処分取消し
  - 5, 職権による執行処分取消し
- まとめ—若干の考察—

### はじめに

破産債権者に対する公平な配当の実施という破産手続の目的の実現のために、破産手続開始決定後は破産法に特別の定めがある場合(破 65 条, 67 条, 100 条 2 項, 101 条等)を除き、破産債権は破産手続によらなければこれを行使することはできない(破 100 条 1 項)と定められ、破産債権者の個別的権利行使を禁止している。したがって、破産手続開始決定があった場合、破産財団に属する財産に対して破産債権に基づく強制執行、仮差押えまたは仮処分をし、破産債権を被担保債権とする一般の先取特権の実行または企業担保権の実行(以下、これらをまとめて「強制執行等」という)をすることは許されていない(破 42 条 1 項)。これと同様の趣旨から、破産手続開始時に既にされていた強制執行等の続行も許されるものではなく、破産手続開始決定により「破産財団に対してはその効力を失う」と定められている(同条 2 項)<sup>1)</sup>。ただし、破

産手続開始決定前に終了した強制執行等の効力は失われず、否認の対象となる（破165条）だけと解されている<sup>2)</sup>。このような規律は、開始された破産手続において、強制執行等を開始できるか、あるいは既に開始され未だ終了していない（以下「続行中」という）強制執行等の破産手続上の効力について定めたもの、すなわち「破産手続上の取扱い」を定めたものである。では、それら続行中の強制執行等の執行手続上、破産手続開始決定がどのような影響をもたらすのか、すなわち「執行手続上の取扱い」を、どのように規律すべきか、という問題が当然に存在するはずである。

この問題を直接判断した事案ではないが、近時、この問題を考える契機となる判例（最二小決平成30年4月18日民集72巻2号768頁。以下では「平成30年決定」という<sup>3)</sup>）が登場している。この事案は、株券が発行されていない株式に対する強制執行の手続において配当表記載の債権者の配当額に相当する金銭が供託され、その供託金の支払委託がされるまでに債務者が破産手続開始の決定を受けた後、選任された破産管財人が、執行裁判所に対して差押命令を取消しよう上申書を提出し、これを受けて執行裁判所が差押命令を取消す決定をしたため、執行債権者が執行処分取消決定の取消しを求めたものである。最高裁の判断の中心は、本件の差押命令に基づく執行手続が、破産法42条2項本文の適用を受けるか否かであった<sup>4)</sup>。

ところで、現在の執行実務においては、後述するように、東京地裁が平成12年頃より、債権執行（あるいはその例による執行）についてのみ取扱いを改め、破産管財人の上申があれば職権の発動として執行処分を取消すこととしている<sup>5)</sup>。平成30年決定の事案は、このような取扱いをそのまま適用した例であり、平成30年決定は破産手続における続行中の強制執行等に該当するか否かを判断したものであった。ここで事案の出発点に着目すると、破産管財人による上申を受けて、執行裁判所が職権で差押命令（執行処分）を取消したことに対する執行抗告事件、すなわち執行手続において、破産手続の開始がどのような影響を与えるのか、という点に帰着する。この出発点を重視して視点を変えると、次のような疑問が生じる。すなわち、執行裁判所が執

行処分を取消することができる理論的根拠は何か、である。

そこで本稿では、破産手続が開始された場合、債権執行の執行処分について、破産管財人の上申により執行裁判所が執行処分（差押命令）の取消決定を行うことについて、その理論的根拠を探求することを目的とする。以下では、破産手続開始決定による続行中の強制執行等の取扱い、すなわち「破産手続上の取扱い」について論じた上で、執行手続における執行処分の取消しの可能性、すなわち「執行手続上の取扱い」について現行法上の規律を検討し、それらを踏まえて若干の考察を行うこととする。

## 1、破産手続の開始と続行中の手続の中断

前述したように、破産手続開始決定後は破産法に特別の定めがある場合（破65条，67条，100条2項，101条等）を除き、破産債権は破産手続によらなければこれを行使することはできない（破100条1項）と定められている。そもそも破産制度は、手続開始を基準時として債務者の総資産と総負債とを破産管財人の手によって清算することを目的としており（破1条参照）、その目的を実現するためには、破産債権者による個別的権利行使を抑止し、破産財団を基礎とした破産配当にその権利の実現を委ねることが求められる。破産債権者の個別的権利行使を禁止する破産法100条1項の規定の趣旨は、そのような破産制度の目的を明らかにしたものであるとされる<sup>6)</sup>。そして、このような個別的権利行使の禁止を強制執行等の場面で具体的に表現した規定が、破産法42条1項および2項の破産債権に関する部分とされる<sup>7)</sup>。

本稿で検討対象とする続行中の強制執行等については、破産法42条2項の対象となるが、次の二つの問題について検討する必要がある。第一に、前述したように、破産手続開始決定前に既に強制執行等が終了していれば、本条の対象とはならず、否認の対象となる（破165条）だけと解されている。したがって、当該強制執行等が終了したか否か、言い換えれば、「執行手続の

終了時期」について検討しなければならない。

第二に、やはり前述したように、破産法42条2項は、続行中の強制執行等について、破産手続開始決定により「破産財団に対してはその効力を失う」と定めている。本条にいう「破産財団に対してはその効力を失う」の意味は、どのように解すべきか。この点も検討しなければならないと考える。

以下では、まずこの二つの問題について検討を進めることとする。

## 2. 執行手続の終了時期

### (1) 強制執行の終了

そもそも強制執行の終了とは、① 特定の債務名義に基づく全体としての強制執行の終了と、② 強制執行の申立てにより開始された各個の執行手続の終了の二つを分けて考える必要があるとされる。前者は、債権者が強制執行によって執行債権および執行費用の完全な満足を得たときに終了すると解されている。このような終了は、単一の執行手続によって果たされる場合もあれば、複数の執行手続ないし異なる種類の複数の執行手続によって達せられる場合もある。また、執行債権の満足が絶対的に不能となった場合、例えば、物の引渡しの強制執行において目的物が滅失したような場合にも、全体として強制執行は終了する<sup>8)</sup>。

これに対して後者は、i) 各個の執行手続が、開始された手続の最終段階にあたる所定の行為が完結した時、ii) 債権者が強制執行の申立てを取下げた場合、iii) 執行取消文書の提出による強制執行の終局的停止および既にした執行処分<sup>9)</sup>の取消しがあった場合(民執39条1項1-6号、40条1項)、iv) その他の事由による執行手続の取消し(民執53条、63条2項、104条2項、106条2項、129条2項、130条)があった場合などに、各個の執行手続は終了するとされる<sup>9)</sup>。

したがって、破産法42条2項本文にいう強制執行等に該当するか否か

は、後者の場合を取上げて検討すべきことになるが、本稿で検討対象とする  
続行中の強制執行等とは、申立ての取下げ、執行処分の取消し、あるいはそ  
の他執行手続の取消しがなされた場合ではないので、i)の場合について検討  
し、強制執行手続が終了していたか否かを検討することになる。

## (2) 各個の執行手続における手続の最終段階

それでは、各個の執行手続における手続の最終段階にあたる所定の行為が  
完結した時とは、何時の時点のことを指しているのか。

従来の学説によれば、不動産の強制競売や動産執行では、債権者への弁済  
金交付または配当を了した時、不動産の強制管理では、強制管理手続取消決  
定が確定した時、債権執行では、差押債権者が取立てを了し、または差押命  
令と転付命令とが確定した時とされている<sup>10)</sup>。

ただし、不動産に対する強制執行において、配当表について異議のある債  
権者、債務者が、配当異議の申出をした上で、配当異議の訴えを提起した場  
合には、配当期日において配当異議の申出がない部分については、配当表に  
従った配当が実施され(民執89条2項)、配当異議の訴えが提起されたことが  
証明されれば、配当額に相当する金銭が供託されることになる(民執91条1項  
7号)。執行裁判所は、供託の事由が消滅したときに、供託金について配当を  
実施することになる(民執92条1項)<sup>11)</sup>。

また、債権執行では、配当等の手続は、いずれの換価手段が選択されたか  
により手続が異なる。i) 換価手段として取立てが選択された場合には、配  
当等は、第三債務者から取立てた金銭を原資として行われる。債権者の競合  
が生じない場合、第三債務者は、差押債権者に対する弁済と供託のいずれか  
を選択することができる(権利供託。民執156条1項)。供託がなされた場合、差  
押債権者は、供託金から満足を受ける。これに対して、債権者の競合が生じ  
た場合には、弁済は許されず、第三債務者は供託をしなければならない(義  
務供託。民執156条2項)。競合債権者は、この供託金から満足を得ることにな

る。権利供託・義務供託のいずれであっても、供託がなされると、これにより被差押債権についての弁済効が生じて、執行関係は供託金払渡請求権の上に移行する。供託金からの債権者の満足手続は、執行裁判所が主宰し（民執166条1項）、その内容は不動産の強制競売における配当と同じである（民執166条2項による84条・85条・88条～92条の準用）。

ii) 換価手段として転付命令、譲渡命令が選択された場合、転付命令、譲渡命令が効力を生じた場合には、それによって被差押債権額もしくは裁判所の定めた額だけ執行債権が満足されたことになる。すなわち、換価と満足が同時に行われることになる。

iii) 換価方法として売却命令が選ばれた場合には、債権者への満足は、被差押債権の売却代金を原資として行われる。その執行手続は執行裁判所が主宰し（民執166条1項2号）、不動産執行における配当と同じ内容である（民執166条2項による84条・85条・88条～92条の準用）。換価方法として管理命令が選ばれた場合には、管理人のあげる収益が債権者への満足の原資となる。この場合の配当手続も、執行裁判所が主宰し（民執166条1項柱書）、不動産執行における配当と同じ内容である（民執166条2項による84条・85条・88条～92条の準用<sup>12)</sup>）。

以上のことを踏まえると、少なくとも執行手続の終了時期としての「各個の執行手続における手続の最終段階にあたる所定の行為が完結した時」について、従来の学説が述べているのは、あくまでも例示的なものにすぎず、したがって、具体的な事案における当該執行手続の終了時期は、個々の事案に則して判断することになると考える。

### (3) 判例・裁判例

執行手続の終了時期について、一般的な基準を判断した判例・裁判例は見ることができなかったが、個々の事例の問題を判断するに際して、当該事案における執行手続が終了したか否かを判断したものは、いくつか見ることが

できる。

まず、大審院の二つの判例が存在する。大判大正14年11月12日<sup>13)</sup>は、破産者に対してなされた強制執行による動産の売得金を、執達吏が支払停止後破産手続開始(旧破産宣告)前に領取したときに、破産手続開始後に破産管財人が当該執達吏の売得金領取について否認権を行使できるか否かが争われた事例で、執行手続は配当手続の完了によって終了するものであって、売得金を債権者に交付するまでは強制執行は終了したものとはいえない、との判断を示している。また、大判昭和12年2月20日<sup>14)</sup>は、債権者が債権差押命令および取立命令を申請し他の債権者より配当要求がなされ、当該債権者が取立命令を得た後、取立をする前に債務者が死亡し相続が開始された後に取立を完了し、その後相続財産に対して破産手続が開始された場合に当該取立金が破産財団を構成するか否かが争われた事例で、取立命令を得た債権者が任意弁済を得るにせよ、確定判決をもって第三債務者より債務金を取立てるにせよ、債権者間の配当手続は別として、債務者に対する関係では支払いがなされたとみなすべきである、との判断を示している。

その後、平成30年決定の原決定<sup>15)</sup>の他にいくつかの下級審裁判例において、執行手続が終了したか否かの判断を示したものがある。鳥取地判昭和36年9月26日<sup>16)</sup>は、動産競売において執行吏が競落人に競落動産を引き渡して代金を受領した後、執行債務者が第三者異議の訴えを提起するとともに執行停止決定を得て当該決定正本により執行吏に執行停止を求めたが、執行吏が既に執行は終了したもとして、配当要求債権者の一部および執行債権者に代金の一部を交付し、残余について他の配当要求債権者のために保管している場合の、当該第三者異議の訴えにおいて、執行吏が残余を保管している以上、配当手続は完了しておらず、強制執行は未だ存続中である、との判断を示している。また、東京高決平成29年4月20日<sup>17)</sup>は、本件と同じ破産者に関して、当該破産者の第三債務者に対して有する株式についての差押命令が、破産手続開始決定により取消されたことに対する執行抗告事件において、配当実施額に相当する部分は配当留保供託されており、配当が終了し

ておらず、債権者が換価財産から未だ満足を得ていないのであるから、差押命令に基づく執行手続は終了していない、と判断している。

これらすべての判例・裁判例を検討すると、いずれも執行手続の終了時期について、何らかの明確な基準を示しているわけではない。むしろ個々の事案に則して、執行手続が終了したか否かを判断している。その意味では、前述した執行手続の終了時期についての理解と同じであると考えられる。

### 3、破産法 42 条 2 項にいう「破産財団に対してはその効力を失う」の意味

#### (1) 学 説

破産法 42 条 2 項は、破産手続開始時に続行中の強制執行等について、「破産財団に対してはその効力を失う」と定めている。その意味については学説の理解が分かれている<sup>18)</sup>。破産法 42 条 2 項の前身である旧破産法 70 条立法当初の学説は、主として破産手続開始決定が即時抗告によって取消された場合に、強制執行等の効力が復活するという帰結を説明するもの（「時間的相対無効」とも呼ばれる）、という理解が示されていた<sup>19)</sup>。

しかし、近時の学説は、むしろ強制執行等が破産財団に不利益な処分となる限度で効力を失う趣旨であり、破産管財人としては、強制執行等の効力を破産財団にとって有利とみれば、それを援用することができ、破産法 42 条 2 項但書が破産管財人による手続の続行を定めていることもこのことを前提としたもの（「内容的相対無効」とも呼ばれる）、との理解が多数になっている<sup>20)21)</sup>。そして、このような多数の理解を前提として、破産法 42 条 2 項にいう相対的無効とは破産管財人の管理処分との関係において、破産管財人がその障害となる執行処分を無視して管理または換価をなすことができるという意味での無効である、と一般的に説明されている<sup>22)</sup>。

## (2) 裁判例

このように学説の理解が分かれている点について言及する裁判例は、見ることができなかったが、破産法 42 条 2 項にいう「効力を失う」の理解を相対的無効であることを前提として、いくつかの具体的判断を示している。

まず、破産手続開始前に破産財団に対して開始された強制執行について、旧破産宣告（破産手続開始決定）後に破産管財人が執行裁判所に強制執行の取消しを求めた事案において、東京高決昭和 30 年 12 月 26 日<sup>23)</sup>は、i) 法律上当然無効となるものについて裁判所が取消決定をする必要もなく、むしろこれをなし得ない、ii) 旧破産宣告（破産手続開始決定）があったことは旧民訴法 690 条にいう「競売申立カ競落ヲ許スコトナクシテ完結シタトキ」に該当しないので、旧民訴法 651 条による競売申立登記がなされていても、これの抹消登記の嘱託をすべきではない、iii) 破産管財人が強制執行の取消申請をしても、裁判所は競売開始決定を取消すべきではない、とする。

また、破産管財人の管理処分に関して、大阪地判昭和 38 年 12 月 11 日<sup>24)</sup>は、不動産に対する強制競売開始後、債務者に旧破産宣告（破産手続開始決定）がされたときは、強制競売は破産財団との関係では当然に効力を失い、破産管財人は当該不動産を自由に処分することができるとする。

さらに、旧破産宣告（破産手続開始決定）前に債権者が債務者の国に対する供託金取戻請求権について債権差押、転付命令を得た後に旧破産宣告（破産手続開始決定）がなされた場合に、破産管財人が債権差押、転付命令の取消しを求めた執行抗告事件で、東京高決昭和 56 年 5 月 6 日<sup>25)</sup>は、前述した東京高決昭和 30 年 12 月 26 日を引用した上で、旧破産法 70 条により、本件債権差押、転付命令は当然に効力を失ったものであるから、破産管財人は本件命令の有無に関係なく供託金取戻請求権を破産財団に属するものとして扱うことができ、破産管財人の職務執行が格別阻害されることはないから、破産管財人には抗告の利益がないとした。

その他に、名古屋高決昭和56年11月30日<sup>26)</sup>は、旧破産法70条1項本文にいう「効力を失う」の意味を相対的無効であるとした上で、旧破産宣告(破産手続開始決定)後、執行裁判所は宣告(開始決定)前の仮差押登記の抹消登記を嘱託することはできず、したがって、旧破産法70条2項による失効は、民執法87条2項にいう「仮差押がその効力を失ったとき」にはあたらないとした。

### (3) 小 括

以上の学説・裁判例を踏まえ、今日では、破産管財人は特別の手続を要しないで続行中の強制執行等の効力がないものとして、当該財産について管理および換価をすることができる<sup>27)</sup>と説明される。それゆえ、その反対解釈として、形式上残存する続行中の強制執行等について破産管財人には取消しを求める利益はないと解されており<sup>28)</sup>、外形上存在する続行中の強制執行等を取消す申立権は破産管財人にはないと解することになる。

以上、破産手続における続行中の強制執行等の取扱い、すなわち「破産手続上の取扱い」についてこれまでの学説・裁判例について検討した。次に、破産手続が開始された場合に、執行手続における執行処分<sup>29)</sup>の取消しの可能性、すなわち「執行手続上の取扱い」について検討することとする。

## 4、民執法40条による執行処分の取消し

強制執行は、申立債権者が提出する執行力のある債務名義の正本に基づいて開始され、執行機関は、債務名義に表示された権利の存在を前提に迅速な権利実現に専念するという手続構造をとっている。それゆえ、執行力のある債務名義の正本を執行機関に提出して強制執行を申立てないと強制執行が開

始されないのと同様、「反対名義」となる執行停止文書が提出された場合に限  
り、強制執行を停止することを定めている（民執 39 条 1 項<sup>29)</sup>。その上で、強  
制執行が民執法 39 条 1 項 1 号から 6 号に掲げる文書が提出されて停止した  
時には、既にした執行処分の取消しも必要である旨が定められている（民執  
40 条 1 項）。

では、破産手続開始決定（の正本）は、これら執行取消文書に該当するの  
か。少なくとも、民執法 39 条 1 項 1 号から 6 号の掲げる文書に破産手続開  
始決定の正本を挙げる文献は見当たらない<sup>30)</sup>。ただし、執行障害事由として  
の破産手続開始決定の存在について、民執法 39 条に定める執行停止文書の  
提出以外の職権によって職権を停止すべき執行停止事由として扱う見解<sup>31)</sup>  
が存在し、さらに旧破産宣告（破産手続開始決定）の確定を待つて執行機関に  
よる取消処分をすべきとの見解もある<sup>32)</sup>。しかしながら、これらの見解に対  
しては、破産法 42 条 2 項に定める続行中の強制執行等の無効は、通説の理  
解に従う限り、相対的なものであるとはいえ、既存の執行処分の当然無効を  
定めたものであるから、民執法 39 条の停止や民執法 40 条の取消しとは異な  
るものであるとの指摘もなされている<sup>33)</sup>。破産法 42 条 2 項による続行中の  
強制執行等の無効は相対的なものであるとはいえ、破産裁判所または執行裁  
判所の何らかの決定等を待たずにその効力が発生する。それゆえ、民執法  
39 条および 40 条に基づく執行処分の取消しとは異なるものであると解する  
のが妥当であろう。

それでは、破産手続開始決定がなされたときに、執行裁判所は職権で続行  
中の強制執行等の執行処分を取消することができるのか。

## 5. 職権による執行処分の取消し

### (1) 学 説

破産手続の開始は執行障害とされており、これがある場合は強制執行を開  
始することができないとされる<sup>34)</sup>。執行障害は、執行機関が職権で調査でき

るが、執行行為の実施にあたって予め調査しなければならないわけではなく、提出された文書や公告等により執行障害の存在を了知したときに対応すれば足りるとされる<sup>35)</sup>。破産手続開始決定後に執行の申立てがされた場合は、その申立ては却下され（破100条1項参照）、仮に差押え後に破産手続開始決定の事実が判明したときは、職権で差押えを取消すべきとされている<sup>36)</sup>。

これに対して、強制執行等が既に開始され、その続行中に破産手続が開始された場合、すなわち執行手続開始後その終了までの間に破産手続が開始された場合に、執行裁判所はどのような対応をとるべきか、という点について、これまであまり議論されてこなかったが、次の二つの見解が取り上げられることが多い<sup>37)</sup>。

一つは、執行裁判所は執行手続を停止しなければならず、また停止すれば足りるとする。そして、旧破産宣告（破産手続開始決定）が既にした執行処分<sup>38)</sup>の効力を失わせるものであっても、それは破産財団の関係で相対的に効力を失わせるものであるから、既にした執行処分を取消す必要はないとする（「停止説」と呼ばれる）。この見解は、執行手続開始前に旧破産宣告（破産手続開始決定）が存在する場合と同列に、執行手続開始後の旧破産宣告（破産手続開始決定）を執行障害としてとらえ、既存の執行手続の帰趨を論じている。

もう一つは、前述した民執法40条による執行取消に関連して、旧破産宣告（破産手続開始決定）により破産財団に対する強制執行はその効力を失うとされているが、これは絶対的に無効とされたのではなく、破産財団に対する関係で無効とされる相対的なものであるとした上で、旧破産宣告（破産手続開始決定）により手続が当然に失効するものではないから、宣告（開始決定）がされた段階では手続を停止するにとどめておくべきであると述べる。その上で、旧破産宣告（破産手続開始決定）が確定したときに手続の取消しをすべきであるが、手続の停止は旧破産宣告（破産手続開始決定）による法律上当然の効果であり、執行機関において特別の手続を要するものではないが、手続の取消しは当然には生ぜず、執行機関による取消処分を要すると述べる<sup>39)</sup>（「取消説」と呼ばれる）。この見解は、執行取消文書の提出による執行処分の取消

しと同列に、執行手続開始後に執行障害が発生した場合の既存の執行処分の取扱いとして議論されており、民執法 40 条に取消しの根拠を置いているようにも見える。

これらを踏まえて、実務においては停止説に沿った運用がなされていたようであるが、前述したように、東京地裁は平成 12 年頃より、債権執行についてのみ取扱いを改め、破産管財人の上申があれば職権の発動として執行処分を取消すこととしている<sup>40)</sup>。

## (2) 裁判例

この問題について、参考となる裁判例が存在する。東京高決平成 21 年 1 月 8 日<sup>41)</sup>は、差押命令の発令後に債務者について破産手続開始決定がなされ、破産管財人より債権差押命令につき取消しを求める上申がなされ、これを受けて執行裁判所が、破産手続開始決定がなされたことを理由として債権差押命令を取消す決定をしたため、これを不服とする債権者からの執行抗告事件である。東京高裁は以下の要旨①～⑥を理由に抗告を棄却した。

① 破産法 42 条 2 項により本件差押命令は破産財団に対して効力を失ったが、これは破産財団に対してのみその効力を失うに止まり、絶対的に無効となるものではない。

② 民事執行法上、破産手続開始決定がされた場合に、強制執行等の手続を取消し得る旨の明文の規定は存在していないことから、破産手続開始決定がされたことにより、既に発令されている債権差押命令を当然に取消すべきであるとはいえず、民事執行法 40 条の適用はないと解される。

③ 他方、破産手続開始決定がされた場合に、形式的には強制執行手続と破産手続とが併存していることから、特に、債権差押命令では第三債務者において権利関係が必ずしも簡明であるとは言い難く、破産管財人が差押債権を自由に処分することができるとはいえ、その権利行使に事実上の障害があることは容易に推測され、その執行手続の取消しに対する事実上の必要性が

あることは否定できない。

④ また、破産管財人が、執行裁判所に対し債権差押命令について執行手続の取消しを上申するのは、当該破産手続が廃止あるいは取消しなどにより終了する可能性はなく、かつ、強制執行手続の続行も必要ではないと判断した上、差押債権につき換価あるいは取立などの具体的な処分をすることを予定している場合である。

⑤ 破産手続開始決定がされたことにより、債権差押命令を取消すとすれば、差押債権者は破産手続が廃止されるなどして破産財団が消滅した場合に効力を回復しえなはずの強制執行手続がなくなるため、再度の強制執行の申立てをしなければならない不利益を被ることになるが、破産管財人が執行手続の取消しを上申するのは、(上述の通り)破産財団が消滅して強制執行の手続の効力が回復することがほとんど想定しえない場合に限られるから、差押債権者が不利益を被る可能性も限りなく小さい。

⑥ したがって、破産手続開始決定がされた場合に、当然に債権差押命令を取消すべきであるとはいえないものの、破産管財人が執行手続の取消しを上申した場合に限っては、債権差押命令の取消しによる差押債権者の不利益が限りなく小さいのになら、その取消しの必要性が事実上のものであるとはいえ存在することから、債権差押命令を取消することができる。

この決定は、前述した東京地裁の実務について明文上の根拠等が明らかでなかった取扱いについて、民執法40条に基づくものではない、とした点に意義がある<sup>42)</sup>とされている。基本的には停止説に立ちながらも第三債務者にとって権利関係が明確になり、かつ差押債権者への影響もわずかである点を考慮して、破産管財人による上申がある場合に限って職権による執行処分の取消しを認めるものと理解できる。

## ま と め — 若干の考察 —

以上検討したことから、今後検討すべき点を整理することができる。第一

に、破産法 42 条 1 項、2 項が、個々の債権者の個別的権利行使を禁止している破産法の趣旨を貫徹させるため、新たな強制執行等の開始を制限し、続行中の強制執行等について相対的無効を定めているが、そもそも続行中の強制執行等の取扱いについて相対的無効を定めるだけでよいのか、という立法的問題は、あらためて検討する必要があると考える。民事再生や会社更生の場合には、直ちに失効するのではなく、いったん手続を中止した上で（民再 39 条 1 項、会更 50 条 1 項）、取消しの裁判（民再 39 条 2 項、会更 50 条 6 項）または計画認可決定の確定（民再 184 条、会更 208 条）によって失効するものと定められている。それゆえ、現在の実務および再建型手続での続行中の強制執行等の取扱いの規律から、立法論として中止と取消しの裁判を組み合わせた制度の導入を指摘する見解も存在している<sup>43)</sup>。立法による制度変更も視野に入れて、続行中の強制執行等の取扱いを規律するあり方を模索すべきである。

第二に、これまでの学説の理解に従うと、続行中の強制執行等における執行処分を取消す方法として、破産管財人には執行抗告等の利益がなく、破産手続開始決定の正本が民執法 39 条、40 条に定める執行取消文書にも該当しないため、破産管財人の申立て等により既存の執行処分を取消すことはできないことは明らかである。また、破産法にも強制執行等の取消しを認める明文の規定が存在しないため、破産手続開始決定の効果により当然に続行中の強制執行等に関する執行処分の取消しを認めることはできない。そうすると、執行裁判所が職権により、続行中の強制執行等の執行処分を取消すことができるのか、という点を理論的に説明する必要がある。しかしながら、現在のところ、従来の議論からも、また裁判例からも、この点は明確にされていない。

本来であれば、これら二つの点について何らかの私見を展開すべきであるが、提示できる意見をまとめられていないのが現状である。それゆえ、本稿では、従来の議論の整理と今後の検討課題を明確にするにとどめ、破産手続の開始による続行中の強制執行等の取扱い、特に執行手続上の取扱いについて私見を述べることは、他日を期したい。

## 注

- 1) 伊藤眞ほか『条解破産法〔第2版〕』（弘文堂，2014）339頁，竹下守夫（編）『大コメンタール破産法』（青林書院，2007）168頁〔菅家忠行〕，山本克己＝小久保孝雄＝中井康之（編）『新基本法コメンタール破産法』（日本評論社，2014）102-104頁〔垣内秀介〕など。
- 2) 斎藤秀夫＝麻上正信＝林屋礼二『注解破産法〔第三版〕（上巻）』（青林書院，1998）379頁〔永田誠一〕，伊藤ほか・前掲注1）343頁，竹下・前掲注1）171頁〔菅家忠行〕，山本＝小久保＝中井・前掲注1）104頁〔垣内秀介〕など。
- 3) 本判決の評釈等として，木村真也「判批」新・判例解説 Watch 倒産法 No.49（2018），水野信次「判批」銀法 834 号 66 頁（2018），杉本和士「判批」法教 455 号 143 頁（2018）がある。また，本決定は，既に，相澤眞木＝塚原聡（編）『民事執行の実務〔第4版〕債権執行編（上）』（きんざい，2018）332頁の「イ 債権に対する強制執行開始後の破産手続の開始」で紹介されている。
- 4) この最高裁判決に対する評釈については，別稿に譲る。
- 5) 後掲注 40) 参照。
- 6) 伊藤ほか・前掲注 1) 742 頁，竹下・前掲注 1) 418 頁〔堂園幹一郎〕，山本＝小久保＝中井・前掲注 1) 228 頁〔田頭章一〕など。
- 7) 伊藤ほか・前掲注 1) 339 頁，竹下・前掲注 1) 168 頁〔菅家忠行〕，山本＝小久保＝中井・前掲注 1) 102-103 頁〔垣内秀介〕など。
- 8) 以上について，中野貞一郎『民事執行法〔増補新訂 6 版〕』（青林書院，2010）349 頁，中西正＝中島弘雅＝八田卓也『民事執行・民事保全法』（有斐閣，2010）110 頁など。
- 9) 中野貞一郎＝下村正明『民事執行法』（青林書院，2016）327 頁，中野・前掲注 8) 349-350 頁，中西＝中島＝八田・前掲注 8) 110 頁など。
- 10) 斎藤＝麻上＝林屋・前掲注 2) 380-381 頁〔永田誠一〕，中野・前掲注 8) 350 頁注 (2)，中西＝中島＝八田・前掲注 8) 110 頁，中野＝下村・前掲注 9) 327 頁など。なお，旧法下における終了時期については，吉川大二郎「強制執行の終了時期」民商 12 卷 2 号 230 頁（1940），238 頁参照。
- 11) 中野・前掲注 8) 539-541 頁，中西＝中島＝八田・前掲注 8) 181-182 頁，中野＝下村・前掲注 9) 553 頁など。
- 12) 以上について，中野・前掲注 8) 733 頁，中西＝中島＝八田・前掲注 8) 226-227 頁，中野＝下村・前掲注 9) 750 頁など。
- 13) 大審院民集 4 卷 555 頁。評釈として，加藤正治「判批」法協 44 卷 10 号 1973 頁（1926），同「判批」法協 45 卷 7 号 1272 頁（1926）がある。
- 14) 大審院民集 16 卷 230 頁。評釈として，加藤正治「判批」法協 55 卷 7 号 1375 頁（1937），菊井維大「判批」法協 55 卷 7 号 1409 頁（1937）がある。

- 15) 金法 2078 号 91 頁, 民集 72 卷 2 号 81 頁。本決定の評釈等は, 見る事ができなかった。
- 16) 下民集 12 卷 9 号 2383 頁。本判決の評釈等は, 見る事ができなかった。
- 17) 金法 2078 号 94 頁。本決定の評釈等は, 見る事ができなかった。
- 18) 学説の分析については, 宗田親彦『破産法概説 (新訂第 4 版)』(慶應義塾大学出版会, 2008) 199-200 頁参照。
- 19) 前野順一『破産法』(三省堂, 1928) 141 頁, 加藤正治『破産法研究 第七卷』(有斐閣, 1927) 49 頁など。
- 20) 谷口安平『倒産処理法 [第二版]』(筑摩書房, 1980) 205 頁, 山木戸克己『破産法』(青林書院, 1974) 132 頁, 竹下・前掲注 1) 171 頁 [菅家忠行] 斎藤秀夫(編)『破産法講義』(青林書院新社, 1970) 152 頁 [高島義郎] など。
- 21) なお, 宗田・前掲注 18) 200 頁は, 執行債権者の破産財団に対する関係においてのみ無効として扱う「関係的相対無効」という理解も存在する旨指摘する。
- 22) 伊藤真『破産法・民事再生法 [第四版]』(有斐閣, 2018) 448 頁, 伊藤ほか・前掲注 1) 345 頁, 山本=小久保=中井・前掲注 1) 105 頁 [垣内秀介] など。
- 23) 高民集 8 卷 10 号 758 頁。本決定の評釈等は, 見る事ができなかった。
- 24) 下民集 14 卷 12 号 2516 頁。本判決の評釈等は, 見る事ができなかった。
- 25) 判時 1009 号 70 頁。評釈として, 吉原省三「判批」金法 984 号 4 頁 (1982), 長野益三「判批」判タ 472 号 268 頁 (1982) がある。
- 26) 下民集 32 卷 9-12 号 1055 頁。評釈として, 林屋礼二「判批」別冊ジュリ 106 号 122 頁 (1990), 吉原省三「判批」金法 1016 号 4 頁 (1983), 山田二郎「判批」金法 1022 号 24 頁 (1983), 東孝行「判批」判タ 505 号 265 頁 (1983) がある。
- 27) 伊藤ほか・前掲注 1) 346-347 頁, 竹下・前掲注 1) 170-171 頁 [菅家忠行], 山本=小久保=中井・前掲注 1) 105 頁 [垣内秀介]。
- 28) なお, 取消しの利益があるとして破産管財人の執行異議, 施行抗告を認めるべきであるとする見解として, 斎藤=麻上=林屋・前掲注 2) 385 頁 [永田誠一] がある。伊藤・前掲注 22) 448 頁も「破産管財人はその取り消しを求められる」と述べるが, 申立権まで認める趣旨であるかについては判然としない。
- 29) 山本和彦=小林明彦=浜秀樹=白石哲(編)『新基本法コンメンタール民事執行法』(日本評論社, 2014) 117-118 頁 [池田弥生], 中野・前掲注 8) 339 頁, 中野=下村・前掲注 9) 317-318 頁など。
- 30) 香川保一(監)『注釈民事執行法 (2)』(金融財政事情研究会, 1985) 568-578 頁 [田中康久], 鈴木忠一=三ヶ月章(編)『注解民事執行法 (1)』(第一法規, 1984) 691-694 頁 [町田顕], 中野・前掲注 8) 340-341 頁, 中野=下村・前掲注 9) 318-320 頁, 山本=小林=浜=白石・前掲注 29) 118-119 頁 [池田弥生] など。
- 31) 鈴木=三ヶ月・前掲注 30) 703 頁 [町田顕]。

- 32) 香川・前掲注 30) 597 頁 [田中康久]。
- 33) 山本 = 小久保 = 中井・前掲注 1) 105 頁 [垣内秀介]，中野 = 下村・前掲注 9) 326-327 頁注(2)。
- 34) 中野・前掲注 8) 161 頁，中西 = 中島 = 八田・前掲注 8) 29 頁，香川・前掲注 30) 595 頁以下 [田中康久]，鈴木 = 三ヶ月・前掲注 30) 517 頁 [近藤崇晴]。
- 35) 中野・前掲注 8) 161 頁，香川・前掲注 30) 596 頁 [田中康久]。
- 36) 中野・前掲注 8) 161 頁。旧法下の議論として。中田淳一「執行行為の瑕疵」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座（第四巻）』（有斐閣，1955）1017 頁，1033 頁は、「……当然無効であり，破産管財人は執行機関に対し……実施された執行処分の廃棄を要求しうる」と述べる。
- 37) 山本 = 小久保 = 中井・前掲注 1) 105 頁 [垣内秀介]，相澤 = 塚原・前掲注 3) 331 頁。なお，奈良次郎「民事執行の停止・取消し」竹下守夫 = 鈴木正裕(編)『民事執行法の基本構造』（西神田編集室，1981）175 頁，177-178 頁は「執行機関が職権で停止・取消をすることも理論的には可能である」が「現実には執行行為の取消しまではするのは少なく，一般には職権による執行停止にとどまることが多く……当事者の申出を待ち関係者双方の意見をきいて慎重に判断するというのが多い。」と述べ、「職権により執行停止等をすべきかどうかは，結局，その事由が執行障害かどうかの解釈の問題と密接に関連する」とする。また，旧法下の議論として，園部秀信「競売手続の停止・取消」小室直人 = 中野貞一郎(編)『抵当権の実行（下）（小野木常先生 = 斎藤秀夫先生還暦記念）』（有斐閣，1972）205 頁，210 頁は「強制執行において執行機関が執行を当然無効にする執行障害（たとえば，債務者の破産……など）を発見した場合には職権をもって執行を停止すべきである（たとえば，破産法 70 条 1 項本文……など）ことに異論はない」とする。
- 38) 鈴木 = 三ヶ月・前掲注 30) 518 頁 [近藤崇晴]。
- 39) 香川・前掲注 30) 567 頁 [田中康久]。
- 40) 相澤 = 塚原・前掲注 3) 331 頁。なお大阪地裁においては事件を終了させる運用がなされている。森純子ほか(編)『はい 6 民ですお答えします～倒産実務 Q&A～』（大阪弁護士協同組合，2015）96 頁以下。
- 41) 判タ 1302 号 290 頁。本決定の評釈として，新谷貴昭「判批」別冊判タ 29 号 228 頁（2010）がある。
- 42) 新谷・前掲注 41) 229 頁。
- 43) 山本 = 小久保 = 中井・前掲注 1) 105-106 頁 [垣内秀介]。

[付記] 本研究は，2019 年度南山大学パツへ研究奨励金 I-A-2 による研究成果の一部である。