

Title	〔民集未登載最高裁判事例研究 二〕 免責手続きにおける破産法第三六六条ノ四第一項および第三六六条ノ八の規定と憲法第三二条(最高裁平成三年二月二一日第三小法廷)
Sub Title	
Author	宗田, 親彦(Soda, Chikahiko) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1992
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.65, No.10 (1992. 10) ,p.157- 162
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19921028-0157

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

島、子会社による親会社株式の取得・ジュリスト昭和六一年度重要判例解説九二(一九八七)。森本、完全子会社の親会社株式取得と親会社取締役の責任・商事法務二二〇・四六(一九

九〇)。

一九九二年四月二七日脱稿

並木 和夫

〔民集未登載最高裁判事例研究 二〕

2 免責手続きにおける破産法第三六六条ノ四第一項および第三六六条ノ八の規定と憲法第三二条

最高裁(三小)平成三年二月二日金融法務事情二二八五号二二頁

〔事 実〕

破産者Xが免責の申立をしたところ、破産債権者Yは破産法第三六六条ノ七第一項による異議の申立をした。破産裁判所は第三六六条ノ四によって破産者を審尋し、第三六六条ノ八によって破産者とYの意見を聴いた上でXに対して免責許可決定をした。Yは第三六六条ノ九(免責不許可事由)詐欺破産、過怠破産等に定める事由があるとして東京高等裁判所に即時抗告(第三六六条ノ二〇、第二一二条、第一〇八条)をした。同高裁は抗告を棄却した。Yは右高裁決定について最高裁に下記の理由で特別抗告をした。

Yの抗告理由の概要は以下のとおりである。

「憲法三二条は、すべての国民に裁判を受ける権利を保障している。ところが破産法は、多数債権者の法的請求権を奪う結果となる免責決定の手續について、単に審訊の規定(三六六条ノ四第一項)と債権者が異議を申し立てた場合についての申立人の意見聴取の規定(三六六条ノ八)を定めているにすぎない。そのため第一、二審は抗告人に証言による立証の機会を与えずに抗告人の申立てを排斥した。しかし、このような重大な決定について審訊手續のみでは不十分である。当事者に主張立証の機会を十分に与えるような手續によるべきである。詐欺破産や

過怠破産に該当する事実は事実上証言によるしか十分な立証ができない。免責の手續につき証言等の立証の機会を十分に与えない前記破産法の各規定は憲法三二条に違反する。」

〔判旨〕

「本件抗告理由中、破産法所定の免責規定、特に免責の不許可決定の要件を規定した同法三六六条ノ九の規定が憲法二九条に違反すると主張する部分があるが、右免責規定が憲法二九条に違反するものでないことは、当裁判所の判例とするところであり（昭和三六年（ク）第一〇一号同年一月一日大法廷決定・民集一五巻一―号二八〇三頁）、右論旨は理由がない。」

また、右抗告理由中、破産裁判所が審訊の手續により破産者に対し免責の決定をすることができ旨を定めた破産法三六六条ノ四の規定及び免責の申立てにつき異議の申立てがあった場合に破産裁判所が異議申立人の意見を聴くことを要する旨を定めた同法三六六条ノ八の規定は、詐欺破産及び過怠破産等の事実について債権者の証言等による立証の機会を奪うもので憲法三二条に違反すると主張する部分がある。

しかしながら、破産法における破産者の免責は、誠実な破産者に対する特典として、破産手續において、破産財団から弁済でき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し、破産者を更生させることを目的とする制度である（前記大法廷決定参照）ところ、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三二条に違反するものでないことは、当裁判所の判例（昭和三六年（ク）第四一九号同四〇年六月三〇日大法廷決定・民集一九巻四号一〇八九頁、昭和三九年（ク）第一一四号同四一年三月二日大法廷決定・民集二〇巻三号三六〇頁、昭和四一年（ク）第四〇二号同四五年六月二四日大法廷決定・民集二四巻六号六一〇頁）の趣旨に照らして明らかである。」

〔評釈〕

本件決定の結論に賛成するが、その理由において検討が不充分である。

一 本決定は、免責手續における破産法第三六六条ノ四および破産法第三六六条ノ八の規定について憲法第三二条に関する初の最高裁決定として意義がある。なお第三六六条ノ九が憲法第三二条に違反するという点についての判断も示されているが本評釈では触れない。

二 本決定の論拠は、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、公開の法廷における対審を経ないでも憲法第三二条に違反することはないということにある。これは

非訟事件であるから公開の対審は不要という切り捨て方であるが、非訟事件であるから公開の対審は不要とする結論だけでなく、具体的かつ実質的な理由を検討して結論を示す必要がある。以下において検討する。

なお免責の制度目的につき、本決定のように誠実な破産者の特典と考えても、または破産者の経済的更生と考えても以下の点について相違をきたさない。

三 憲法第三二条と第八二条の関係について検討すると以下のようになる。

(1) 憲法第八二条第一項に定める裁判と第三二条という裁判とが同一のもの（訴訟事件）を意味するという見解（通説・山木戸はか編・家族問題と）を基礎として、ここから派生する見解は以下家族法Ⅶの二六頁）のように分類される。すなわち訴訟事件の非訟化は許されないとする見解と、訴訟事件の非訟化は問題となる権利関係について別に訴訟手続きの途が開かれていれば許されるとする見解（五(1)と(2)の判例群）および訴訟事件も非訟化されれば非訟事件となり、この歯止めはなく、非訟事件になれば八二条と三二条の保護を受けないとする見解（下記五(3)の判例群）とに分かれる。

(2) これに対して憲法第八二条第一項の裁判と第三二条の裁判は一致しないとする見解は以下のように説く。第八二条は訴訟事件、第三二条は非訟事件で、第三二条はただ裁判を受けられるという権利であるとする見解（平賀「家庭裁判所」中川はか編前掲書二二九頁、同「人事訴訟」民訴講

（五〇一）がある。この見解では立法政策によって訴訟事件の非訟化は無制限に許されることになる。これに対して第八二条は訴訟事件、第三二条は非訟事件をも含むという見解があり、第三二条は審問請求権を示すという。すなわち第三二条では非訟事件にはそれにふさわしい非訟の手續が与えられ、訴訟事件には訴訟手続きが与えられることが第三二条の庶幾するところとする（小島「非訟化の限界について」中大八〇年論文集三〇九）。現実の手續においては、非訟事件といってもどのファクターが強いかにより多様性に富み千差万別であるといえる。この現実を直視して解釈をすることが必要であり、これに対応するためにはそれぞれの個性に応じた手続の手当てを必要とするのでこの最後の見解に賛成する。

四 非訟事件の裁判の効力については、決定でも即時抗告の認められるもの（通常抗告には抗告の利益がある限り形式的確定力がない。）には形式的確定力があり、かつ羈束力がある（非訟事件手続法一四条Ⅱ、Ⅲ。通説はこのほかにこの裁判は形式的確定後は取消、変更できないことを認める）。また決定には判決が有する既判力は生じないが、その裁判がなされた同一事実及証拠のみによつては再度争えないという意味でのいわゆる制限された既判力があるとみられる（前の手続中で主張しなかつたものも後の手続で主張でき、かつ主張や調査がなされなかつたときは標準時の前後を問わず事情の変更があれば裁判を変更できる）。そうして、前の裁判が同一主張・証拠の下でかつ事

情変更のない場合（以下同一条件という。）においては通用性を有することが却下（棄却）の裁判では認められる。認容の裁判でも同一の条件下では、裁判所の裁判により実定法の構成要件が充足されたという通用性はある。この点で単なる事実上の構成要件充足とは異なるといえる。この意味で決定にも不可抗争力があるといつてよい。学説には後者をそれにふさわしい裁判所とした裁判として裁判所の職分管轄性に求める見解がある（鈴木正裕「非訟事件の裁判の既判力」実務民事訴訟（鈴木正裕）九五頁以下、一〇六頁、一一一頁）。これは、後の裁判所が職分管轄を有した前の裁判所の裁判（意見）を尊重した見解であり、これに違反して樹てた訴訟は却下されるとするものである。非訟手続での裁判が確定した後に、同一条件で再度申立てがあった場合には、裁判所の裁判の同一条件下における通用性を認めてよいが、しかしこれを裁判所の職分管轄性に求める必要はなく、それはかつて裁判所の裁判がなされたということの反復にすぎないので、前訴の裁判所の裁判の同一条件下での不可抗争力に基づくと解すれば充分である。

五 同種の裁判の類型化についてみると、最高裁がリードしてきた同種の事例の判例において、最高裁は、訴訟事件を実体的権利義務に争いがあり、裁判所がこれを終局的に確定するものと規定した上で、以下の(1)、(2)、(3)の類型ともに合憲という。

(1) 基本的な法律関係の存在を確定する裁判は訴訟手続による必要があるが、基本的法律関係は変更せずに、その具体的内容を形成する裁判は非訟事件手続によるもの。これにはイ、最

大決昭三五年・七・六（民集一四卷九号一六五七頁 金銭債務臨調法七条の裁判）、ロ、最大決昭四〇・六・三〇（民集一九卷四号一〇八九頁 夫婦同居審判）、ハ、最大決昭四〇・六・三〇（民集一九卷四号一一一四頁 婚姻費用分担審判）、ニ、最大決昭四一・三・二（民集二〇卷三号三六〇頁 遺産分割審判）、ホ、最決昭四五・五・一九（民集二四卷五号三七七頁 借地条件変更の裁判）、ヘ、最決昭四八・三・一（民集二七卷二号一六一頁 株式買取価格決定の裁判）、ト、最決昭五六・三・二六（金商六一九号五〇頁 借地権譲渡の許可の裁判）がある。

(2) 基本的な法律関係の存否を確定する裁判が非訟手続ないしこれに準ずる手続きにおいてなされたが、当事者が別にこれについて訴訟手続において争える途がある場合である。当事者が異議を申し立てると失効し別途訴訟手続が開かれるもので、これには、イ、調停に代わる審判・決定（家審法二四條、二五條、民調法一七條、一八條）、ロ、合意に相当する審判（家審法二三條、二五條）、ハ、損害賠償査定の裁判（商法三八六條一八、三九四條、四五四條、會更法七二條一、七四條）、ニ、最判（大法院）昭和四五・六・二四（民集二四卷六号六一〇頁）破産宣告決定事件は、別途破産債権確定訴訟があるから合憲というが、この判例が(2)、又は(1)に入るかは疑問である。むしろ(3)に入る。なぜなら破産宣告により破産者の財産管理処分権喪失と破産債権者の債権行使方法の制限等の効果の発生は上記では説明できないためである。ホ、最決昭和四二・一二・一五

(民集二二卷一〇号二六〇二頁)任意競売開始決定に対する方法異議(民訴法上の手続だが公開・対審の保障なし、かつ抗告審での問題)もこれに入る。

(3) 基本的な法律関係の存否を確定する裁判が、非訟事件手続によってのみ行われ、当事者には訴訟手続をする途が全然存在しない場合である。これには、イ、最大決昭和四一・二二・二七(民集二〇卷一〇号二二七九頁 過料の裁判―後見の民事監督、一種の行政処分という)、ロ、最大決昭和四五・一二・一六(民集二四卷一三号二〇九九頁 会社更生計画認容―同上)、ハ、最大決昭和四六・七・八(判時六四二二号二二頁 親権者変更の審判―後見の立場、合目的的という)、ニ、最大決昭五九・二・一〇(判時一一〇九号九一頁 強制執行停止についての裁判)、ホ、最大決昭五九・三・二二(判時一一二二号五一頁 相続人廃除審判)、ヘ、最大決昭六一・九・八(訟月三三卷七号一九二〇頁 国選弁護人の報酬額の決定)、ト、本件もこのグループに入る。この(3)の類型が近時第三の手続等として検討されている。

六 本件の問題につき、外国における制度をみると、アメリカではヒアリングの制度により、イギリス新倒産法ではレンシーパ―による調査報告が定められている。またドイツ倒産法草案においては破産者と倒産債権者の審尋が必要とされている。

七 そこで検討すると、免責の裁判には、(1)、破産者の必要的審尋(破三六六条ノ四イ)及び検察官、破産管財人、破産債権者に審尋期日の送達及公告が定められており、(2)、破産者自身

の申立によるので直接の相手方が存在しない。この点で対審性は自己破産の申立の場合と同様に正面からの制度としては組み入れていない。しかし破産管財人等(破三六六条ノ七、三六六条ノ八。東京地裁の実務では検察官、管財人の立会はしないのが通例である。)と現実に不利益を受ける破産債権者の立会および意見聴取という方法で対審類似の実質を備えている。また、(3)、実務では公開の法廷における審尋期日を行っている。かつ審尋調書を作っている(但し次回審尋期日のみを記載することが多い)。さらに(4)、実務では、証人尋問も公開の法廷で行っている。(5)、免責の審理においては管財人の報告書が必要とし(破三六六条ノ五)、実務上これが中心となっている。すなわち免責不許可事由の調査その他を實際上破産管財人が最も良く知り得る立場であるところから、管財人の報告書に重点が置かれる。しかし管財人が選任された事件はこれで賄えるとしても、同時廃止のように管財人の選任がない場合の調査担当者はどうするかが問題となる。一部の裁判所で行っている破産宣告の審理中に免責の事由も合わせて調査することも一つの努力として評価しうるが、そのために自己破産・同時廃止の宣告手続きに長時間を要することになり混乱は避けられない。本件においてはYの主張する証人尋問をしなかった点は、それが管財人の報告書において全く記載のない事実で、かつ唯一の証拠方法である場合は証拠調べをする必要があると考えられる。しかしYはこの点を主張していないようにみえる。また(6)、免責の裁

判では、裁判所の裁量は多いといえる。できるだけ免責を許可する方向であったが、しかし最近の運用でこれも十分に調査をして免責申立の濫用を防止するよう努めている。

免責の裁判にはそれが許可されると、同一条件下では再度争えないという不可抗争力が対世的に生じるが、それ以外に既判力は生じない。しかし、免責許可の裁判がなされると、同一条件の事態が継続する限り後に争えないことになるから、その場合に免責手続が合憲といえるためには、それにふさわしい裁判といえるかという観点から検討されなければならない。そこで免責の裁判には右(1)ないし(6)の実務での運用による処理がある以上、規定だけからは違憲の疑いがあるが、現在行われている免責の裁判は実務の運用によって、一応それにふさわしいものといえ、憲法第三二条に違反するとはいえないことになる。さらに結論の当否は、通常の事態から例外の事態にわたって検討しなければならないから、これについて検討すると、右の同一条件ではなく異なった条件に至った場合でも（たとえば非免責事由の新発見等があった場合である）、破産債権者は、自ら非免責の申立をなしえない。すなわち同一条件が変更して異なった状態となっても免責をえた破産者が申立をして来ることはありえないので、破産債権者の非免責の裁判の申立を認めなければ、免責で不利益を受ける破産債権者にもパラレルな保障であるとはいえない。しかしこの点は免責取消事由の不正の方法（破三六六条の一五後段）を類推して免責取消事由たりうると解する

ことができるのではなからうか。以上によって本決定の結論には賛成であるが、本決定のいうような、免責の裁判は非訟事件ゆえに合憲という理由では説得できないのであり、免責の裁判の実質を検討し、かつ当の事件毎に具体的な検討を施して結論を導くべきであった。

宗田 親彦