慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究四四八〕免責許可の決定の効力が及ばない破産債権であることを理由として当該破産債権が記載された破産債権者表につき執行文付与の訴えを提起することの許否(平成二六年四月二四日最高裁第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	小原, 将照(Ohara, Masateru) 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	2015
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.88, No.9 (2015. 9) ,p.82- 96
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=AN00224504-20150928-0082

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.

〔最高裁民訴事例研究 四四八〕

平二六5（民集六八巻四号三八〇頁）

免責許可の決定の効力が及ばない破産債権であることを理由として当該破産債権が記載された破産債権者表につき執行文付与の訴えを提起することの許否

執行文付与請求事件（平成二六年四月二四日最高裁第一小法廷判決）

〔事　実〕

Y（被告・被控訴人・被上告人）は、平成二三年、名古屋地方裁判所で破産手続開始決定を受け、Yの破産事件（以下「本件破産事件」という。）について、破産管財人が選任された。X（原告・控訴人・上告人）は、本件破産事件において、求償債権兼不法行為による損害賠償請求権等[1]として合計二九二万〇七五一円の破産債権の届出をし、破産管財人は、平成二三年五月一八日の債権調査期日において、Xの届出債権のうち二八九万八〇五一円を認め、二万二七〇〇円は認めなかった。その後、名古屋地方裁判所書記官は、上記内容を破産債権者表（以下「本件破産債権者表」という。）に記載した。本件破産事件において、Xは六一万七五四〇円を配当として受領した。その後、本件破産事件においてYについて免責許可決定がされ、平成二四年五月二九日、同決定が確定し、本件破産債権者表にその旨が記載された。

Xは、(1)本件破産債権者表に記載されたXのYに対する不法行為に基づく損害賠償請求権は、破産法二五三条一項二号の「破産者が悪意で加えた不法行為に基づく損害賠償請求権」に当たること、(2)破産債権者表の記載が確定判決と同一の効力を有するとされているにもかかわらず、民執法二六条一項および二七条一項による執行文の付与が困難であり、同法三三条一項による執行文付与の訴えも不適法とされることになれば、破産債権者表を債務名義とする執行文付与の途がなく法律の不備があること、および、(3)非免責債権に該当するか否かという債権の実質的内容にかかる判断は、民執法

二六条一項に基づく裁判所書記官の形式的審査でするよりは、実質的審理が行われる同法三三条一項による執行文付与の訴えにおいて審理する方が、より実質的で慎重な判断が行われることが期待できるので、同法三三条一項の「第二十七条第一項又は第二項に規定する文書の提出をすることができないとき」については、条件付債権における事実の到来を証する文書が提出できない場合のみならず、裁判所書記官による形式的審査での執行文付与の手続になじまない場合を含むと解するか、同法二七条一項の「事実」を債務名義成立後の将来の事実に限定せず、債務名義に表示される債権の実質的内容にかかる事実を含むと解する必要があること、(4)免責許可決定確定後の破産債権者表に執行文を付与することが不可能であり、かつ給付訴訟を提起して新たに債務名義を得る以外に強制執行を行う方法がないというのは、破産法二二一条の規定の趣旨から疑問であり、非免責債権に該当するか否かを慎重に判断するためには、民執法三三条の準用ないし類推適用が認められるべきである旨を主張して、執行文付与の訴えを提起した。[2]

一審（名古屋地判平成二四年九月六日民集六八巻四号三九五頁）および原審（名古屋高判平成二四年一一月二七日同四〇〇頁）は、(1)破産法二五三条一項二号に掲げる非免責債権であるか否かは、不法行為時あるいは債権発生時の事情（債務名義である本件破産債権者表が成立する前の事情）であるから、将来の一定の事実でないことは明らかであり、「請求が債権者の証明すべき事実の到来に係る場合」（民執二七条一項）に当たらないから、これを前提とする執行文付与の訴えも許されないこと、(2)執行文付与の訴えは法律が特に認めた手続であって、それ以外に方法がないからという理由で、要件に該当しないにもかかわらずこれを認めるわけにはいかないし、実質論だけで、要件に該当しないにもかかわらず、執行文付与の訴えが許されることになるものではないこと、(3)破産者に対する免責許可決定が確定しているという事情があるから、給付訴訟を提起せざるを得ないとしても、そのことが必ずしも破産法二二一条の規定の趣旨に反するとはいえないこと等を理由に、Xの本件訴えは、執行文付与の訴えとして不適法であるとして却下した。これに対して、Xが上告受理の申立てを行い、受理されたのが本件である。

なお、Xは原判決言い渡し後、破産裁判所の裁判所書記官に対し、単純執行文の付与の申立てをしたが、免責許可決定の確定を理由に付与を拒絶され、これに対して、Xは、執行文付与拒絶に対する異議の申立て（民執三二条一項）をしたが、破産債権者表が有する執行力は免責許可決定が確定することにより失われ、このことは破産債権者表に記載された破産債権が非免責債権であっても異ならないとの理由で、異議申立てが却下されている。[3]

〔判　旨〕上告棄却

「四　民事執行法三三条一項は、その規定の文言に照らすと、執行文付与の訴えにおける審理の対象を、請求が債権者の証明すべき事実の到来に係る場合におけるその事実の到来の有無又は債務名義に表示された当事者以外の者に対し、若しくはその者のために強制執行をすることの可否に限っており、破産債権者表に記載された確定した破産債権が非免責債権に該当するか否かを審理することを予定していないものと解される（最高裁昭和五一年㈲第一二〇二号同五二年一一月二四日第一小法廷判決・民集三一巻六号九四三頁参照）。このように解しても、破産事件の記録の存する裁判所の裁判所書記官は、破産債権者表に免責許可の決定が確定した旨の記載がされている場合であっても、破産債権者表に記載された確定した破産債権がその記載内容等から非免責債権に該当すると認められるときには、民事執行法二六条の規定により執行文を付与することができるのであるから、上記破産債権を有する債権者には殊更支障が生ずることはないといえる。

そうすると、免責許可の決定が確定した債務者に対し確定した破産債権を有する債権者が、当該破産債権が非免責債権に該当することを理由として、当該破産債権が記載された破産債権者表について執行文付与の訴えを提起することは許されないと解するのが相当である。」

〔評　釈〕

本判決に賛成するが、疑問も残る。

一　本判決の意義

強制執行は、執行正本、すなわち執行力のある債務名義の正本に基づいて実施される。この執行正本は、原則として、執行文の付与された債務名義の正本であり（民執二五条本文）、執行文の付与は、執行証書以外の債務名義については事件の記録の存する裁判所の裁判所書記官が担当する（民執二六条一項）。本件は、免責許可決定の確定後に、同決定の効力が及ばない破産債権（非免責債権）であることを理由に、当該破産債権が記載された破産債権者表を債務名義として執行文の付与を求める際、執行文付与の訴え（民執三三条一項）によることができるのかが争われたものであり、従来、このような問題について議論されたことはほとんどなかった[4]。また、本件には、免責許可決定確定後、非免責債権を有する債権者の権利行使についても、議論の対象として含まれているものと考える。それゆえ、本判決は、これまでほとんど議論されたことのない免責許可決定確定後の非免責債権に基づく強制執行という問題について、最高裁が初めての判断を示したものであり、今後の

実務に与える影響は大きいものと考える。[5]

二　執行文の付与

1　執行文の意義・機能

執行文は、債務名義の執行力の存在および範囲を公証する文書であり、強制執行の要件の調査を執行機関と他の機関とが分担するための技術とされる。すなわち、強制執行の実体的要件の主要事実たる有効な債務名義の存在、執行当事者適格、債務名義上の条件付請求権についての条件成就など（民執二七条一項参照）を執行機関の判定に委ねず、より適当な機関たる裁判所書記官等（民執二六条一項）に審査させ、その結果を執行文に表示して執行機関に伝達することにしたものとされる。[6] もっとも、現行法は、執行文付与機関が有効な債務名義の存否を判断するだけでなく（単純執行文）、条件成就や執行当事者適格の調査・判断を行うことも認めており（民執二七条、条件成就執行文、承継執行文）、執行文は、債務名義成立後の実体状態の変化に即して債務名義の記載を内容的に追加・訂正・補充し、債務名義の実行範囲を執行当時の具体的状況に合わせてシフトする役割を担っているとされる。[7]

2　執行文の付与手続

債務名義上の債権者等は、執行文の付与を申立てることができる（民執二三条一項、二六条）。申立てを受けた執行文付与機関は、執行文付与の必要性と執行文付与の諸要件を調査する。これらは職権調査事項ではあるが、その債務名義にかかる事件の記録、申立人たる債権者等の提出した資料から明らかになる事実、および付与機関に顕著な事実を斟酌して判断すれば足り、それ以上の職権探知は、事件の性質上必要でないとされる。[8] それゆえ、執行文付与機関は、その調査結果に基づき執行文を付与し、または付与の申立てを却下するが、債権者等から提出された資料等から執行文付与の要件等を充足しているのかが不明な場合は、申立てを却下し、あとは異議の申立て（民執三二条）等に委ねればよいとされている。[9]

請求が債権者の証明すべき事実の到来にかかる場合、債権者がその事実の到来したことを証する文書を提出したときに付与される（民執二七条一項）執行文が、条件成就執行文である。[10] ここでいう「債権者の証明すべき事実」は、旧民訴法五一八条二項にいう「条件」に対応するとされるが、民法における「条件」より広い概念としての解釈が確立しており、現行法においても、この理解は、そのまま当てはまるものと考えられる。すなわち、民法の「条件」に

限られないのは当然であり、その事実の存在について債権者が証明責任を負い[11]、債務名義上において具体的に表示される必要がある[12]。このような理解から、条件成就執行文よりも補充執行文という呼称を適当とする見解もある[13]。

3　執行文付与の申立て却下に対する救済

債権者による執行文付与の申立てが却下された場合、執行文付与等に関する異議の申立て（民執三二条一項）または執行文付与の訴え（民執三三条一項）による救済が認められている。前者は、申立人たる債権者が執行文付与の拒絶に対し異議を申立てる場合と、相手方たる債務者の側から執行文付与に対して異議を申立てる場合とがあるが、いずれであっても異議の事由は執行文付与の一般要件ないし特別要件の存否に限られる（民執二六～二八条）[14]。したがって、執行文付与等に関する異議の申立ての異議事由は、請求異議の訴えの異議事由にはならない[15]が、執行文付与の特別要件の存否は、執行文付与の訴えの事由にもなる（民執三三条）。それゆえ、特別要件の存否を異議事由とする場合、どちらの不服申立て方法によるかは、債権者の申立てに任せられており、執行文付与の訴えの確定判決の既判力に抵触しない限り、執行文付与等に関する異議の申立ては許されると解されている[16]。

執行文付与等に関する異議の申立てについては、口頭弁論を経ることを要せず（民執三二条三項）、決定で裁判される。この裁判には、その内容いかんにかかわらず、一審限りで不服申立てが許されていない（同条四項）。ただし、執行文付与の要件の存否が、既判力で確定されるわけではないので、特別要件の存否について執行文付与の訴えにより争うことは可能である[17]。

後者は、債権者が民執法二七条一項のいわゆる条件成就、同条二項のいわゆる承継の事実について、証明文書を提出することができず、裁判所書記官等の執行文付与機関から条件成就執行文・承継執行文を受けることができない場合に、訴訟において、条件成就・承継などの事実を主張・立証させて、条件成就執行文または承継執行文を取得させることにした制度である[18]。本条の訴えの法的性質をめぐっては、形成訴訟説、給付訴訟説、確認訴訟説、救済訴訟説、命令訴訟説が主張され、学説上争いがある[19]。多数説は、債務名義に執行文の付与要件が具備されていること、換言すれば、債務名義に執行力が存することの確認を目的とする訴訟法上の確認訴訟と見る確認訴訟説である[20]。この見解を貫徹すると、本条の訴えにおいて他の訴えにかかる事由を主張することは許されないと解することになる[21]。また、執

行文付与の対象とされた債務名義それ自体の適否も審理対象にならない[22]ので、これを異議事由として主張することも許されない[23]。同様に、執行文付与の訴えにおいて、請求異議の訴え（民執三五条）の異議事由である実体法上の請求権の存在および内容上の事由を、防御方法として主張することができるのか、という問題について、学説はいくつかの見解に分かれている[24]が、判例は、これらの救済方法が別個であることから消極に解している[25]。

三　債務名義としての破産債権者表

1　債務名義としての破産債権者表

債務者について開始された破産手続において、破産債権の届出を受けた裁判所の裁判所書記官は、破産債権者表を作成しなければならない（破一一五条一項）。破産債権者表は、債権調査の対象を明らかにし、債権調査の結果を記載し、異議の有無を明らかにし（破一二四条二項）、議決権の行使や配当実施の資料とするだけでなく、確定債権について破産債権者に対する確定力（同条三項）や破産者に対する執行力を付与することを目的として（破二二一条一項）作成される[26]。すなわち、破産者が異議を述べない場合、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持つ（同条一項前段、二項）。それゆえ、破産債権者表には、債務名義としての効力が与えられ（民執二二条七号）、破産債権者は、破産手続終了後、その破産債権者表に基づいて強制執行をすることができる（破二二一条一項後段）。

2　免責許可決定の確定とその効力

破産者につき免責許可決定が確定すると、破産手続による配当を除き、非免責債権に該当しない破産債権について、破産者はその責任を免れる（破二五三条一項）。そして、手続上は、破産債権者表がある場合、裁判所書記官は、それに免責許可決定が確定した旨の記載をしなければならない（同条三項）。

免責の効力について定める「その責任を免れる」の文言の意味については、学説上、自然債務説と債務消滅説の対立が存在するが[27]、免責の効力を受ける破産債権に基づき強制執行をすることができない点（執行力の排除）は、結論として一致している[28]。

3　学説の見解

免責許可決定が確定した旨が記載された破産債権者表について執行文の付与を求める場合、どのような手続によるべきかが問題となった裁判例は、前述したように本件の一

審および原審を除き見ることができなかった。学説も詳細に検討したものは存在せず、わずかに次の二つの見解を見ることができる。[29] 一つは、旧破産法下の見解であるが、非免責債権でないことが明らかな場合、破産裁判所は執行文を付与すべきではなく、その他のもの、とりわけ不法行為債権については、執行文を付与して免責の効力が及ぶか否かの問題の解決は、破産者が提起する請求異議の訴えに委ねるのが適当であるとする。[30]

もう一つは、非免責債権は、破産債権者表の記載に関係なく、その債務名義としての効力は失われないが、非免責債権に該当するか否かは裁判所書記官の形式審査には適さないから、破産債権者が非免責債権について破産債権者表により強制執行をするには、執行文付与の訴えにより執行文を取得する必要があるとする。[31]

四　係属中の強制執行等の中止と失効

本判決を検討するにあたって、直接問題となるものではないが、その規定の立法趣旨から考えると、本判決との関係を検討しなければならない規定が存在する。破産法二四九条一項および二項が、それである。この規定は、免責手続中の強制執行等の禁止・中止と免責許可決定の確定による中止した手続の失効を定めたものである。同条一項の中止については、免責の対象となる債権（以下「免責債権」という）か非免責債権かの区別をせず、一律に手続を中止の対象とし、同条二項は、これら中止している手続について、免責債権か非免責債権かの区別なく、一律に失効するものとする。

このように免責債権と非免責債権を区別することなく、一律に中止・失効の対象としたのは、これらの区別が一義的に明確であるとはいえず、執行裁判所において、強制執行等について異なる取り扱いをすることが困難であること。また、一律に失効ではなく、非免責債権についてのみ禁止および中止の効力の解除という構成をとると、免責債権について強制執行が開始あるいは続行された場合に、結局、破産者が請求異議訴訟を提起する必要が生ずることになり、その負担が著しく重くなるため、と説明される。[32]

この規定と本件の問題は、強制執行等の禁止・中止と免責許可決定の確定による手続の失効と、免責許可決定が確定した旨の記載のある破産債権者表に対する執行文の付与という手続的には異なる問題である。ただ、免責債権と非免責債権の区別が困難であるのか否か、という点では、同じ問題と認識できるのではないかと考える。

五　検　討

1　免責許可決定の確定の効力と問題の整理

本判決について具体的に検討する前に、免責許可決定の確定により、破産債権者表の債務名義としての効力がどのような影響を受けるのか、という点をまず確認する。そもそも、免責許可決定が確定する前であれば、すべての破産債権者が破産債権者表を債務名義として強制執行をすることができることは、条文上明らかである（破二二一条一項）。では、免責許可決定が確定した後は、どのようになるのか。この問題を考える上では、次の二つを区別しておく必要がある。すなわち、免責の効力を受ける破産債権であるかどうかという問題と、破産債権者表を債務名義としてそのまま利用できるのかどうかという問題である。なぜなら、破産債権者表を債務名義とする強制執行を認めないことと、実体法上、非免責債権を有する債権者が、免責許可決定の確定後に破産者に対する強制執行をすることを認めることは、両立し得るからである。これは、実体法上の効力として破産債権の追及が可能であることと、手続法上、破産債権者表を債務名義として利用できるのかは、異なる問題であるからである。この問題を分けて考えることが、最初の出発点となる。

実体法上の効力については、免責許可決定の確定によりどのような効力が生じるのかについて、前述したように自然債務説と債務消滅説の対立がある。ただ、ここでは両説の見解の違いは問題とならない。なぜなら、どちらの見解であっても、免責債権に基づく強制執行は認められないし、非免責債権に基づく強制執行を認めることは一致しているからである。

したがって、検討すべきポイントは、実体法上の問題ではなく、免責許可決定の確定後に、すでに存在する破産債権者表を債務名義として強制執行を認めるべきか否か、という手続法上の問題点に集約されるのである。

2　免責許可決定の確定と債務名義としての破産債権者表の効力

さて、手続上、免責許可決定が確定した場合に、すでに存在している確定した破産債権者表の効力については、次の三つの考え方があり得る。第一に、免責債権と非免責債権を区別せず、一律に債務名義としての効力を認める考え方、第二に、第一とは逆に、一律に債務名義としての効力を認めない考え方、第三に、免責債権については債務名義としての効力を認めず、非免責債権については債務名義としての効力を認める考え方である。

ただ、第一および第二の考え方は、以下の理由からいずれも妥当ではない。そもそも免責制度の趣旨は、債務者（破産者）を債務の負担から解放し、それにより経済的再起を実現する点にある。[33] そして、その目的を実現するために、破産債権者表に免責許可決定の確定が記載され、誤った強制執行がなされないようにしているのである。したがって、第一の考え方に従い一律に債務名義としての効力を認めるとすると、債務者（破産者）は請求異議の訴え（民執三五条）によりこれを排除しなければならず、債務者（破産者）にとって過大な負担となり、免責制度の趣旨に大きく反することになると考える。第二の考え方に従い、一律に効力を認めないとするとどうか。非免責債権について免責の効力を及ぼすのではなく、あくまでもすでに存在する破産債権者表を債務名義として利用できない、とするのであれば、そのような政策判断はあり得ると考えられる。しかしながら、手続の時間的順序から考えると、破産債権者表の債務名義としての効力は、免責許可決定の有無に関係なく生じるものであり、免責許可決定確定の効力は、非免責債権を除いて破産債権者表の執行力を排除するものである（破二五三条一項参照）。そうすると、一律排除するとする第二の考え方は、このような立法上の文言から大きく外れることになる。[34]

そうすると、免責許可決定確定後の破産債権者表の債務名義としての効力は、非免責債権についてのみこれを認めるとする第三の考え方だけが残ることになり、非免責債権に関しては、破産債権者表を債務名義とする強制執行を認めることになる。これらを前提にして、以下では、非免責債権について、確定した破産債権者表を債務名義として強制執行を行う場合、執行文付与はどのような手続で求めるのか、という点を検討することとする。

3　執行文付与に関する問題

免責許可決定が確定した旨の記載のある破産債権者表に基づいて強制執行を行う場合、まず執行文の付与を受ける必要がある（民執二五条）。この場面において、第一に、破産債権者表に記載された債権のうちどれに対して執行文を付与するのか、という対象に関する問題と、第二に、どのような手続を経て執行文を付与するのか、という付与手続に関する問題との二つを検討する必要がある。

第一の問題については、破産債権者表に記載されている破産債権について、①すべてに執行文を付与する、②すべてに執行文を付与しない、③非免責債権についてのみ付与する、の三つの考え方が存在しうる。ただ、①と②の考え

方は、前述した免責許可決定確定後、破産債権者表の債務名義としての効力を一律に認める考え方と一律に認めない考え方の双方を排していることから採用することができない。したがって、非免責債権についてのみ執行文を付与するという③の考え方しか採用し得ないことになる。

第二の問題については、一見すると、単純執行文を付与することになると思われる。それゆえ、執行文付与の手続は、免責許可決定が確定した旨の記載のある破産債権者表に基づいて執行文付与機関に付与を求める、ということになる。しかしながら、このような理解には、次のような問題が指摘されている。すなわち、非免責債権に含まれるものは、一見明らかなもの（破二五三条一項一号、七号）から、事実認定や法的評価が必要になるもの（同条一項二号、三号、六号）も存在し、かつ執行文付与の際の資料は、破産債権者表の記載と事件記録のみに基づいている。このようなことを踏まえて、執行文付与機関に非免責債権であるのか否かの判断を任せるのは適当ではない、との指摘である。[35] この指摘を踏まえると、執行文付与段階で実体審理を行うのであれば、付与する執行文を条件成就執行文ととらえて、執行文付与の訴えによるべき、との見解も十分に説得的である。

4　私　見

私見は、次のように考える。非免責債権について、破産債権者表の債務名義としての効力が存続し、効力のある債務名義に対して執行文を付与するということを前提とする。そして、非免責債権は、破産債権者表の確定（債務名義の成立）時に何らかの条件等が付けられているわけではなく、また免責許可決定の確定により、何らかの地位変更があったわけではない。このように考えると、非免責債権であることを条件とみることは、債務名義成立後、免責許可決定の確定により免責債権の執行力が排除される、というプロセスに反しているように思える。したがって、免責許可決定の有無に関係なく、非免責債権について破産債権者表に基づき執行文付与機関に単純執行文を求めるのが、一般的な帰結ではないかと考える。

無論、一部の見解が主張するように、事実認定や法的評価を必要とする非免責債権について執行文の付与を求めた場合、どのように扱われることになるのか、という点を明らかにしておく必要がある。この点を、本判決は明確にしていない。[36]

付与機関が判断不能として付与しなかった場合には、債権者は執行文付与等に関する異議の申立て（民執三二条）

で争うことになり、それでも認められなければ、新たに債務名義を取得しなければならないことになる。[37] 異議事由が条件等に関わる場合には、別途執行文付与の訴えを提起する途が認められている。[38]

これに対して、付与機関が付与した場合には、債務者（破産者）が、同様に執行文付与等に関する異議の申立てで争うことになり、実体内容に不服がある場合には、別途請求異議の訴えで争うことも可能である。これは、執行文付与等に関する異議と請求異議の訴えの異議事由が区別されることから導かれる。[39]

以上のことから、本判決の判旨に基本的には賛成する。しかしながら、本判決にまったく疑問がないわけではない。その点について、以下で簡単に指摘しておく。

5　破産法二四九条一項および二項との整合性

前述したように、免責手続中の強制執行等の禁止・中止と免責許可決定の確定による中止した手続の失効を定めた破産法二四九条一項および二項は、その立法過程において、免責債権と非免責債権の区別の困難さを根拠に置いている。そうすると、免責債権と非免責債権の区別について、本判決の理解と破産法二四九条一項および二項の立法趣旨における理解とが、整合しているのかどうか、という疑問が生じる。

そもそも、本件で問題となった執行文付与に関する問題は、免責債権と非免責債権との区別が形式的にできない可能性がある、という点に根幹がある。無論、中断された強制執行等の免責手続終了後の再開と、免責許可決定が確定した旨の記載のある破産債権者表に基づく執行文の付与とは、異なる手続である。しかしながら、免責債権と非免責債権の形式的な区別という判断要素では、破産法内での共通理解も必要と考えられる。それゆえ、執行文付与という民事執行法上の問題としては、本判決の結論を支持するが、免責許可決定の確定後に免責債権と非免責債権を形式的に区別できるのか、という破産法上の問題については、本判決と破産法二四九条一項および二項の立法趣旨における理解との整合性に疑問が生じることを指摘しておく。[40]

［付記］本評釈を執筆するにあたって、上告人の訴訟代理人の一人である中村勝己弁護士に話を聞くことができた。本判決後にあらためて単純執行文の付与を求めたところ、問題なく付与されたとの話も伺うことができた。この場をお借りして御礼を申し上げる。

(1) Xが主張する求償債権兼不法行為に基づく損害賠償請求権の具体的内容は、Yと訴外A信用組合との間の金銭消費貸借について、Xが連帯保証し、平成二二年一二月九日、XがAに元金等を支払ったことによる求償債権と、この連帯保証契約が、Yが借用金使途や資産状況等についてXに対して虚偽の説明を行ったことによる欺罔行為によって、XはA信用組合と連帯保証契約を締結することになり、連帯保証債務を履行せざるを得なくなったものであり、求償債権と同額の損害賠償請求権も有する、というものである。民集六八巻四号三九九頁参照。

(2) 上告受理申立て理由（民集六八巻四号三八四頁）によれば、当初Xは、免責許可決定の確定後、債務名義である本件破産債権者表に執行文付与を求めようとしたところ、担当書記官より民執法二六条による執行文は付与できないとして、申立書の受付を拒絶された。あわせて、伊藤ほか・後掲註（26）の初版一六〇七頁の記述を示し、民執法三三条による執行文付与の訴えを提起すべきであることを指導されたと述べる。

(3) 上告受理申立て理由（民集六八巻四号三八六頁以下）参照。

(4) 同様の問題を扱った裁判例は、本件の一審および原審を除いて見ることはできなかった。

(5) 本判決の評釈として、平野哲郎「判批」ジュリ一四七九号一四一頁（平二七）、山本浩美「判批」判評六七三号一六二頁（平二七）、岡田好弘「判批」TKCローライブラリー新・判例解説Watch一六号一三七頁（平二七）、山木戸勇一郎「判批」判例セレクト二〇一四［Ⅱ］三二頁（平二七）、永石一郎「判批」金判一四五三号八頁（平二六）がある。また、調査官解説として、成田普司「判解」ジュリ一四八二号七五頁（平二七）がある。

(6) 山本和彦ほか（編）『新基本法コンメンタール民事執行法』（日本評論社、平二六）六三頁［鶴田滋］、中野貞一郎『民事執行法［増補新訂六版］』（青林書院、平二二）二六九、二七〇頁、浦野雄幸（編）『基本法コンメンタール民事執行法［第六版］』（日本評論社、平二一）八六、八七頁［鈴木正裕］、竹下守夫「強制執行の正当性の保障と執行文の役割」小室直人＝小山昇先生還暦記念『裁判と上訴（下）』（有斐閣、昭五五）三三三頁、三七〇頁以下。

(7) 山本ほか・前掲註（6）六三頁［鶴田滋］、中野・前掲註（6）二七〇頁。

(8) 鈴木忠一＝三ケ月章（編）『注解民事執行法(1)』（第一法規、昭五九）四五九頁［丹野達］、山本ほか・前掲註（6）六七頁［名津井吉裕］、中野・前掲註（6）二七九頁、浦野・前掲註（6）八九頁［鈴木正裕］。

(9) 香川保一（監）＝吉野衛・三宅弘人『注釈民事執行法(2)』（金融財政事情研究会、昭六〇）一五〇、一五一頁

［近藤崇晴］。

（10） 山本ほか・前掲註（6）六九頁［名津井吉裕］、中野・前掲註（6）二七三頁、浦野・前掲註（6）九〇頁［鈴木正裕］。

（11） その反対として、債務者が証明責任を負う事実は含まれないことになる。山本ほか・前掲註（6）六九頁［名津井吉裕］。

（12） 山本ほか・前掲註（6）六九頁［名津井吉裕］、中野・前掲註（6）二七三、二七四頁、浦野・前掲註（6）九〇頁［鈴木正裕］、鈴木＝三ケ月・前掲註（8）四六一頁［丹野達］。

（13） 中野・前掲註（6）二七三頁、浦野・前掲註（6）九〇頁［鈴木正裕］。

（14） 山本ほか・前掲註（6）八二頁［名津井吉裕］、中野・前掲註（6）二八二頁、浦野・前掲註（6）一〇〇頁［奈良次郎］、香川・前掲註（9）二七五頁［富越和厚］。

（15） 山本ほか・前掲註（6）八五頁［名津井吉裕］、中野・前掲註（6）二八二頁、浦野・前掲註（6）一〇二頁［奈良次郎］、鈴木＝三ケ月・前掲註（8）五三九頁［丹野達］。

（16） 中野・前掲註（6）二八二頁、浦野・前掲註（6）一〇二頁［奈良次郎］、香川・前掲註（9）二九五、二九六頁［富越和厚］。

（17） 山本ほか・前掲註（6）八五頁［名津井吉裕］、香川・前掲註（9）二九五頁［富越和厚］。

（18） 山本ほか・前掲註（6）八七頁［名津井吉裕］、中野・前掲註（6）二八三頁、浦野・前掲註（6）一〇四頁［奈良次郎］。

（19） 山本ほか・前掲註（6）八七頁［名津井吉裕］、浦野・前掲註（6）一〇四頁［奈良次郎］、鈴木＝三ケ月・前掲註（8）五五一―五五三頁［丹野達］、香川・前掲註（9）三〇九、三一〇頁［宇佐見隆男］。

（20） 山本ほか・前掲註（6）八七頁［名津井吉裕］参照。

（21） 山本ほか・前掲註（6）八八頁［名津井吉裕］、浦野・前掲註（6）一〇四、一〇五頁［奈良次郎］。

（22） 東京地判平成六年一月二八日判タ八五一号二八六頁。

（23） 山本ほか・前掲註（6）八八頁［名津井吉裕］、浦野・前掲註（6）一〇四、一〇五頁［奈良次郎］。

（24） 詳細については、山本ほか・前掲註（6）九〇、九一頁［名津井吉裕］、中野・前掲註（6）二八五頁、浦野・前掲註（6）一〇七頁［奈良次郎］参照。

（25） 本判決が引用する最一小判昭和五二年一一月二四日民集三一巻六号九四三頁。評釈・解説として、川島四郎「判批」別冊ジュリ二〇八号三二頁（平二四）、別冊ジュリ一七七号三二頁（平一七）、吉村徳重「判批」別冊ジュリ一二七号三六頁（平六）、吉井直昭「判解」曹時三二巻一二

号一四一頁（昭五五）、竹下守夫「判批」民商七九巻三号一一六頁（昭五三）、村田裕「判批」法研五二巻三号八六頁（昭五二）、栂善夫「判批」判タ三六二号一一〇頁（昭五二）、岡垣学「判批」ジュリ臨増六六六号一三〇頁（昭五二）等がある。

(26) 伊藤眞ほか『条解破産法［第二版］』（弘文堂、平二六）八二二頁、伊藤眞『破産法・民事再生法［第三版］』（有斐閣、平二六）六〇七頁。

(27) 詳細については、竹下守夫（編代）『大コンメンタール破産法』（青林書院、平一九）一〇八六頁［花村良一］、伊藤ほか・前掲註（26）一六七五頁参照。

(28) 山本克己（編）『破産法・民事再生法概論』（商事法務、平二四）四〇一頁［佐藤鉄男］、加藤哲夫『破産法［第五版］』（弘文堂、平二一）三七八頁、中野貞一郎＝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、平九）三六四頁［山垣清正］、伊藤・前掲註（26）七二四頁。

(29) 成田・前掲註（5）によれば、様々な学説が存在するような記述があるが、学説として確認できたのは、二つのみであった。

(30) 中野＝道下・前掲註（28）三〇五頁［栗田隆］。

(31) 伊藤ほか・前掲註（26）一六七八頁。ただし、本判決後に改説されている。

(32) 小川秀樹（編）『一問一答新しい破産法』（商事法務、平一六）三三六頁、伊藤眞＝松下淳一＝山本和彦（編）『新破産法の基本構造と実務（ジュリスト増刊）』（有斐閣、平一九）五二三頁以下参照。旧法下の裁判例である大阪高決平成六年七月一八日判時一五四五号五八頁は、区別が困難である旨を明言する。

(33) 伊藤ほか・前掲註（26）一六〇一頁、伊藤・前掲註（26）七〇二頁など。

(34) 仮に一律排除するのであれば、破産法二四九条二項のように明文の規定を置くべきである。

(35) 岡田・前掲註（5）一三九頁、山木戸・前掲註（5）三二頁。

(36) 同様の指摘として、平野・前掲註（5）一四二頁、岡田・前掲註（5）一四〇頁、永石・前掲註（5）一三頁参照。

(37) 永石・前掲註（5）一二頁以下は、既判力に抵触し新たに債務名義を取得することはできないと主張する。

(38) 平野・前掲註（5）一四二頁、本判決匿名コメント（判時二二二五号六八頁、七〇頁）参照。

(39) 香川・前掲註（9）二九七頁以下［富越和厚］。

(40) 仮に、免責許可決定の確定後に免責債権と非免責債権の形式的区別が困難であるとするならば、当然破産債権者表の記載の効力を根底から見直す必要があり、解釈論の範

囲を超えているため、立法的解決が必要になると考える。

［追記］本稿脱稿後に、山本研「判批」リマークス五一号一三二頁（平二七）を見ることができたが、本文中に引用することができなかった。

小原　将照