宗田 親彦 著
『破産法研究』

一 はじめに

1 今から約二五年前、それは私が研究者として駆け出しの時代であったが、初めて本格的な紹介を執筆したことがあった。[1] その時、「紹介」という言葉にかなりこだわった。ドイツの民事訴訟法に関する（当時の）最新の論文（本）の紹介であったが、結局、その時は冒頭で紹介に求められているものは何かという問題提起をした上で、紹介を読む者が知りたいと思う事項を七つの問いとして設定し、それに答えるという形態をとった。このような形態の紹介はかなり特異なものであったが、自己の能力からすれば、紹介それ自体が一つの論文をなすようなものは書けないし、著者のように本格的な研究をしていない者が、著者の努力の結晶である著書を評価するというようなことは僭越であると思ったからである。[2] また紹介を読む側にしても、私の見解よりも、最近のドイツの議論の状況が知りたいであろうから、資料のように本の内容を忠実に紹介するものの方が便利であろうし、その方が書きやすいとも思った。このような考慮を経て前記のように問いを設定し、それに答えるという形式の紹介であった。

紹介する本の執筆者以上の学識のある立場からの紹介ではないという点では、今回も同じであるが、前回と異なるのは紹介する本が日本語の本であるという点である。前回はドイツ語で書かれた、いわゆる教授資格論文という、本それ自体が一つの大きな論文であったので、その内容を日本語で詳しく紹介するという意味があったが、本書は日本語の論文集であるので、前回のように七つも問いを設定する必要もない。しかし、問いは設定しないまでも、私が本紹介をどのような視点で執筆したのか、冒頭で明らかにしておくことは必要ではないかと思う。本紹介で述べることは、以下の三つである。すなわち、①本書を取り上げた理由について、②本書の内容、③著者の見解の特色や本書の意味、である。

2 （本書を取り上げた理由） 破産法について研究論文や体系書を従来発表していない私が、破産法に関する研究書を取り上げて紹介しようと思ったのは、本書所収の論考のいくつかは、私が倒産法についての判例解説や論点解説を執筆した際に利用し、[3] 既に詳しく読んだことがあるので、この際に著者の他の論考を読んでみようと思ったからである。また本書所収の代表的な論文は発表された時に読んだこともあるので、改めて体系的に読んでみようと思ったからである。しかし、それ以上に興味を持ったのは、著者が常日頃敬愛する恩師の伊東乾本塾名誉教授の学問方法論や学問に対する姿勢を、どのように受け継がれ

たのか興味を持ったからである。[4] 私自身、伊東教授の下で民事訴訟法を勉強し、伊東教授の学説や学問に対する姿勢に強い影響を受けた一人であるが、著者もまた伊東・民事訴訟法学に強い影響を受けた研究者であり、破産法という分野でその成果をどのように開花させたかを見ることは、はなはだ興味あることと思ったからである。

もっともこのような観点から本書を取り上げられることは、著者にとっては不本意なことではないかと思う。しかし、著者は倒産法の分野で輝かしい成果を挙げ、その一つの区切りとして本書を公刊された訳であるから、倒産法の専門家には内容はかなり知られていることであるし、いずれどなたかが本書を取り上げ論じることは容易に想像できる。とするならば、ことさら私が特に破産法の観点から本書を紹介する意味も必要もないように思う。もっともそうは言っても、本書は単に過去の論文を纏めたものではなく、本書のために書き下ろした論文も少なくないのであるから、全く本書の内容の紹介を省略するのもナンセンスである。そこで、二では著者の業績を知らない破産法以外の研究者のために、本書の内容を纏めてみた。三では著者の理論の基盤を私なりに探究してみた。

なお著者について今更紹介する必要はないと思うが、弁護士、研究者、大学・大学院講師と、多方面で活躍されている。この点について著者は法律実務と研究・教育は二足のわらじでなく、一足の靴のように感じられると述べている(本書のあとがき)。著者の略歴と主要論文・著書については、本書の奥付に一覧として纏められているので、ここでは省略するが、私には、著者が昭和四四年(一九六九年)一〇月一一日に大阪弁護士会館大ホールで行われた民事訴訟法学会大会において学会報告をし、鮮やかに学会に登場した時の姿が強く印象に残っている。[5]

二　本書の内容

1　(本書の構成)　本書は二五編の論文から成っており、それらは編や章に区分されることなく、1から25までの通し番号で示されている。しかし、それらは五つのテーマによって纏められている。第一テーマは**否認**であり、そこには、①「否認と破産者の行為」、②「故意否認」、③「対抗要件の否認」、④「無償否認」、⑤「転得者の否認」、⑥「会社更生法の否認権」、⑦「和議法の否認権」、⑧「詐害行為取消権と否認権」の八論文が収められている。第二テーマは**担保**であって、ここには、⑨「破産宣告と商事留置権」、⑩「破産宣告と動産売買先取特権」、⑪「動産売買先取特権と民事執行」、⑫「代理受領及び手形の取立委任」、⑬「債権譲渡通知と倒産手続」、⑭「倒産法と特殊抵当」が纏められている。第三テーマとして**契約**が続き、そこには、⑮「請負人の破産」、⑯「借地・借家と倒産法上の取扱い」、⑰「双務契約と会社更生手続」が登載されている。続く第四テーマは**免責**であり、⑱「免責手続規定と憲法第三二条」、⑲「破産免責と強制執行」及び⑳「一部免責」の三編が綴られている。

そうして最後の第五テーマが**倒産法の諸問題**であって、そこには、㉑「破産債権の要件」、㉒「破産団体理論」、㉓「更生管財人の法的地位と職務」、㉔「配当」、㉕「私的倒産処理の適正化と倒産法の立法」が集められている。これら五つのテーマは、著者も「はしがき」で断るように、重要さの順序によるものではなく、第五テーマに倒産法の基本的問題が収集されているところから明らかなように、個々の論文は倒産法上の今日的な重要課題別に分類されている。

本書の二五の論文は、著者が昭和五五年から平成六年までに公にしたものであるが、その中には本書のために書き下ろされた九論文が含まれている。この区別は各論文の末尾に掲記してある。新論文は前掲のもののうち、①「否認と破産者の行為」、②「故意否認」、③「対抗要件の否認」、⑨「破産宣告と商事留置権」、⑬「債権譲渡通知と倒産手続」、⑮「請負人の破産」、⑱「免責手続規定と憲法第三二条」、⑳「一部免責」、㉑「破産債権の要件」である。また既出の論文には、それに若干の加筆が施されているものもある。

2　（本書の内容）　個々の論文の内容を簡単に纏めてみよう。第一テーマの**否認**のうち、①「否認と破産者の行為」は、否認の要件としての破産者の行為の要否に関するものである。これについては、最近では破産者の行為必要説、折衷説及び不要説が破産法の概説書でも指摘されているが、この分野の開拓は著者の博士論文である『否認権の対象』（一九七五年、酒井書店）にかかるところであり、そこで著者は破産者の行為不要説を否認の要件として定立したのであった。本論文は著者の破産者の行為不要説に基づいて書かれたものである。なお最一小判平成二年七月一九日民集四四巻五号八五三頁が示す、破産者（公務員）の給与支給機関が行う債権者たる公務員共済組合への支払いは、破産管財人の否認の対象となるとする理論は、著者によれば、著者の破産者の行為不要説から根拠づけられるとする。

②「故意否認」は、否認の要件における破産者の行為不要説は、故意否意においても貫かれるべきであるとし、破産者の悪意は破産者の行為を対象とするだけではなくて、相手方（受益者）の行為や第三者の行為をも対象として存在しうると説くものである。

③「対抗要件の否認」は、破産法第七四条の趣旨について制限説と創造説があるところ、著者はこのうち制限説が妥当であるとし、その上で対抗要件の否認は七四条でのみ否認しうるとする。その理由として七四条は特則ではあるが、七二条の一般規定を否認しやすくする特則ではなく、否認しにくくする特則という性格によるとする。かくして七四条の否認の要件に該当しない場合は、一般規定たる七二条でも否認できないと説く。

④「無償否認」では、義務なく他人の債務の保証をする場合については、求償権には対価性はなく、無償性は破産財団について考察するべきであるとして、右の場合は無償否認に該当すると説く。そして破産者の保証があったからこそ融資したとい

う問題については、無償性は相手方（受益者）と第三者との間の行為に着目して考察すべきでなく、破産財団について判断すべきであるとして、無償否認を肯定する。なお最二小判昭和六二年七月三日民集四一巻五号一〇六八頁は、「同族会社の代表者の破産で、破産者がその会社の株価下落を防止し、また取締役としての注意義務の履行として会社の債権者に保証する場合は、株価の下落や注意義務違反による損害賠償請求権が発生したものを保証行為で回復するというものでないので、無償否認は肯定されるべきである。」旨を判示するが、著者はこの場合でも相当性の理論によって否認を免れる余地があるという。

⑤「転得者の否認」は、伊東乾教授の退職記念論文集に収められたものであり、否認の要件について破産者の行為不要説を転得者の否認に適用するものである。さらに著者は、従来の転得者の否認では、破産者と受益者の行為を否認の対象としながら否認の意思表示を転得者に対してする点が矛盾するとし、さらに否認の対象が行為ではなく法的効果であることを充分認識していなかったとして、転得者の否認こそ破産者の行為不要説とその基礎にある法的効果説によって解決できるとする。

⑥「会社更生法の否認権」においては、更生否認と破産否認を比較した上で、これらと和議否認の基礎を検討し、究極は債権者の財産減少に吸収されるものとして共通であるとする。

⑦「和議法の否認権」は、和議法の否認権の根拠を検討し、破産否認、会社更生否認及び和議否認を比較した上で、和議法の否認と詐害行為取消権の併存を認める。その他和議法の否認権の行使、効果及び消滅等について検討している。

⑧「詐害行為取消権と否認権」は、詐害行為取消権と否認権の基礎を検討した上で、債務者の財産をもってしては総債権者への弁済に不足をきたしている状態において認められ、この時点における債務者の財産をもってその当時の債権者に分配するという理念が存在するとし、破産宣告によってそれ以上債務者の財産が減少しないことをよりどころとして、破産の場合には否認権が、そうでない場合は詐害行為取消権が認められるとする。そして否認権における財産的危機状態と詐害行為取消権における無資力の概念は一致するとする。また支払不能概念の拡大を図るべき点や支払停止概念の多義的な解釈についても言及している。

第二テーマの**担保**のうち、⑨「破産宣告と商事留置権」では、破産宣告による商事留置権の留置的効力の消長について、破産法第九三条が商事留置権を特別の先取特権と看做していることと、特別の先取特権は占有すべき権利をもたないことから、これを消極的に解している。この問題は会社更生法第一六一条の二（昭和四二年新設）により更生手続には商事留置権の消滅請求制度が設けられたことから議論されなくなったが、最近、本論文で引用する大阪地判平成六年二月二四日手形研究四九二号五六頁が留置的効力を肯定した。もっとも本論文後に示されたその控訴審判決（大阪高判平成六年九月一六日判例時報一五二

一号一四八頁）は地裁判決を批判し、著者と同じ消極説を展開した。

⑩「破産宣告と動産売買先取特権」は、昭和五五年にN・B・L誌上（二一一号、二一二号）で論じられたものであり、それまでの判例と学説を検討した上で、破産宣告後は動産売買先取特権を行使することはできないとする。動産売買先取特権は公示のない担保権であるとして、ここから破産宣告前に差押えをしていない債権者は、破産管財人にこれを対抗しえないとするものである。

⑪「動産売買先取特権と民事執行」は平成二年のものであり、慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集に収められている。これは動産売買先取特権の行使の破産宣告前の民事執行手続における要件を検討するもので、その行使には民事執行法第一九〇条の要件を必要とするというものである。右の⑩論文で破産宣告後は差押えは許されず、動産売買先取特権は行使できないとする論旨とパラレルに、民事執行手続においてもその行使は制限的であるべきとする。

⑫「代理受領及び手形の取立委任」は、担保的機能を有するこれらの措置について、債務者が破産宣告を受けたときにどのように扱われるかを検討するものであり、代理受領の法的機能には委任契約を含むものであり、民法第六五三条により委任者の破産で委任契約は終了するとする。これに対する異論にも根拠を挙げて反論している。また手形の取立委任は三者間の合意のない点で代理受領よりも弱いものとした上で、委任者の破産では右と同様に終了するとする。これらと類似の場合としてあげる前掲（①）最一小判平成二年七月一九日判決の給与支払機関の支払の否認の問題について、債務者・債権者・給与支払機関の三者の合意の有無を検討すべきであったとし、払込指定の場合は三者間の合意があり代理受領に近いとするが、破産宣告で委任は終了するとする。

⑬「債権譲渡通知と倒産手続」は、会社更生手続開始決定（保全処分を含む）前の、更生会社の債権者のする債務者名での債権譲渡通知の発送の問題について、まず民法第九七条第二項は、発信主義の利点を認めたものではあるが、なお受信主義を捨てていないとした上で、受信者が保全処分につき善意であれば債権譲渡を主張できるとする。つぎに対抗要件の問題については、会社更生法第八〇条・破産法第七四条の受益者の悪意は行為規制であるとし、譲渡行為の時を識別基準として（通知の効果発生時ではない）、受益者の当時の知・不知で分けるべきであるとする。

⑭「倒産法と特殊抵当」は、倒産法において特殊な担保はどのように扱われるかを論じたものであり、筆者は特殊担保（特殊抵当）を三つの類型に分類する。すなわち、第一類型として特殊目的物型、第二類型として財団抵当制度によるもの、第三類型として企業担保権制度によるものである。そしてこれらの各類型について、倒産処理手続上の取扱いを論じる。具体的に

は倒産手続を破産型（担保権を手続に組み込まない型）と会社更生型（担保権を手続に組み込む型）とに分けて、各々のパターンに従って詳細に検討している。

第三のテーマの**契約**のうち、⑮「請負人の破産」は、請負人が破産した場合に破産法第五九条の適用があるか否かを論じたものである。この問題については適用説と不適用説があるが、最近では二分説が示され、そこでは請負人の個人的な労務を内容とする請負と、そうではない場合とに分け、前者は五九条不適用説で、後者は五九条適用説で解決するとしていた。著者は、新二分説というべきものを提唱し、財産的清算義務の有無で分け、請負契約に財産関係の処理を伴うものは五九条の適用があり、財産関係の処理を伴わないものは五九条は不適用であるとする。すなわち、代替的作為義務を内容とする請負と不代替的な作為義務を内容とする請負とに分ける方法によると、不代替的作為義務には五九条の適用はないが、この義務を財産的処理ができない破産者に継続して処理させた場合、そのうち財産的清算を伴うものは仕事を実際にすることができないのであるから、五九条の適用を否定することは不合理である。しかし、雇用関係と同様の不代替的作為義務を内容とする財産的清算を伴わない請負は、五九条の適用を要しないという。著者は右の見解を財産的清算説と称して、これを提唱している。また請負人たる破産者の収入確保もこの財産的清算の有無で区分すべきであるとする。

⑯「借地・借家と倒産法上の取扱い」は、借地人や借家人の破産・会社更生・和議・会社整理・特別清算の場合と、地主や家主の破産・会社更生・和議・会社整理・特別清算の場合とに分けて論じている。そして賃借人破産の場合の民法第六二一条排除説を批判し、同説は破産法第五九条の制定によって、民法第六二一条が排除されたとするが、これは五九条と同時に第六二条も制定され、六二条では民法第六二一条の場合も規定しているのであるから無理があるとする。賃貸人破産については、民法が規定していないところから、破産法第五九条の適用があり、かつ解除には正当事由が必要であるとする。

⑰「双務契約と会社更生手続」は、会社更生法第一〇三条について要件、効果等を論じたものであり、そのうち賃貸借契約については、賃借人の会社更生には第一〇三条の適用を肯定し、賃貸人の会社更生にも第一〇三条の適用を肯定する。請負契約については、注文者の更生及び請負人の更生ともに第一〇三条の適用を肯定する。その他雇傭契約、リース契約、保険契約等についても検討している。

第四テーマの**免責**のうち、⑱「免責手続規定と憲法第三二条」は、免責手続規定のうち破産法第三六六条ノ四第一項と第三六六条ノ八と憲法第三二条との関係を論じたものである。最三小決平成三年二月二一日金融法務事情一二八五号二一頁が、これらの規定が憲法第三二条に違反しない理由として、免責の裁判が非訟事件であるから公開を要しないと説いているが、それで

は不充分であり、よりその根拠を検討しなければならないと主張する。もっとも著者は、実務の処理をみた上で運用上の措置が妥当であるとして、かかる点から免責手続は合憲であるとする。

⑲「破産免責と強制執行」は、破産終結決定から免責許可決定の確定までの間に、破産債権者が債務者の財産に対して強制執行をすることができるか、またかかる強制執行による債権者の回収は不当利得になるか否かについて検討したものである。すなわち、積極説、消極説、制限的積極説、遡及説を紹介・検討し、結論として強制執行は許されるし、不当利益にもならないとする。この見解は最三小判平成二年三月二〇日民集四四巻二号四一六頁と結論を同じくするが、著者の見解は、免責許可決定の主文中に免責の効力が破産終結決定時まで遡及する旨が示されていれば、免責許可決定が確定したときに遡及効が生じるというものである。著者はこれを「主文宣言遡及説」と名付けている。破産法第三六六条の一一の規定を免責許可決定自体の効果発生の要件（免責決定は確定により効果を発生する）とみて、実体法的な効果発生の時期を定めたものではないと解した上で、決定手続で行う遡及効の付与は慎重でなければならないから、主文で遡及効を宣言することを要し、そこで示された時にまで遡及することになると説く。

⑳「一部免責」は、免責許可決定において一部分の債権者に対する免責のみを許可し、他の債権者に対しては許可しないという免責許可決定は可能かという問題と、全債権のうちの一定割合に相当する部分は免責を許可するが、他は免責しないとすることが可能か否かという問題の両者について論じている。著者は、免責制度は誠実な破産者に与えられる特典というように狭く解するのではなく、免責の要件と破産者による申立ては必要であるものの、免責制度を妥当な破産者に与えられる救済制度として把握し、この立場から具体的妥当性を図るべきであると説く。そしてその帰結として二つの類型の一部免責をいずれも認めるべきであるとする。なお、その場合の破産法第三六六ノ一二の「破産債権ノ全部ニ付」との文言であるが、これは、一部認容判決と同様に全破産債権者もしくは全破産債権に至るまで免責できると解すべきであるとする。

第五テーマの**倒産法の諸問題**のうち、㉑「破産債権の要件」は、名古屋地判平成四年四月二三日判例タイムズ七九九号二四三頁を契機として記されたものである。破産債権の要件の全部完備説と一部具備説を検討し、一部具備説が妥当であるとして具体的な場合を考察した上で右判決を批評している。

㉒「破産団体理論」は、慶應義塾創立一二五年記念論文集（昭和五八年）に登載されたものであり、破産理論に関する著者の基本的姿勢を示すものである。そこでは、破産宣告により破産者と破産債権者とからなる権利能力なき社団としての破産団体が成立するとする。すなわち、宣告により破産者から浮動的な所有権が破産団体に移転し、これが破産者と破産債権者に分

属し、この両者が破産的清算目的によって一つの団体を構成する。そして破産管財人は破産団体の代表機関であり、団体に属する財産の換価・配当を行ったり、対外的・対内的問題を処理する。また、相殺の意思表示の相手方も破産団体の代表としての破産管財人であり、管財人には従前の取引等との関係で第三者性が認められる（民法第九四条二項、第九六条三項、第五四五条第一項但書）。これらとの関係で、従来の破産財団法主体説と破産管財人管理機構人格説については、法人格の規定のないところに暗星的法人の手法で法人格があると説明することには無理があり、また実体法的な検討をしないで法人格を認める姿勢には問題があると批判する。この理論を徹底することによって生じる個別的問題については、個別に例外的処理の可否を検討すべきであると説く。たとえば手形法第一七条の人的抗弁の切断の問題については、破産宣告による手形の管財人への移転は相続や合併による取得と類似するので、手形法固有の裏書という流通を保護する人物抗弁の切断は認められないとし、破産者の行為が不法行為を構成する場合も相手方は登記などの対抗要件なしに破産団体に対抗できるとする。また破産団体以外にも、更生団体、和議団体、整理団体、特別清算団体が認められるとし、一定の場合には私的整理団体も成立するという。

㉓「更生管財人の法的地位と職務」は、会社更生手続における更生管財人について、その職務と法的地位に関して検討している。とくに更生管財人の法的地位について検討し、企業財団代表説、公的受託者説、利害関係人団体代表説、管理機構代表説を紹介して、各々を批判した上で、更生団体代表説を提唱し、それを右の破産団体理論と同様の方法で根拠づけている。更生管財人の第三者性については、破産管財人と同様に第三者と言えるとする。しかし、更生管財人は会社の承継人たる側面もあるとして、更生開始決定前に解除権を取得していた契約の相手方は、開始決定後に更生管財人に対して解除できるとする。

㉔「配当」は、破産手続の配当について論じたもので、中間配当、最後配当および追加配当について検討している。その中で全部義務者の一人が破産した場合の処理に関する破産法第二四条について、破産宣告後一部支払いがなされた時は、破産債権者の債権額は支払額だけ減少すべきであるという。なお最三小判昭和六二年六月二日民集四一巻四号七六九頁は、右の場合に、通説に従って破産債権者の債権は減額されないと判示しているから、判例・通説に対して本論文は反対の結論を示していることになる。

㉕「私的倒産処理の適正化と倒産法の立法」は、私的倒産処理の問題点と改善策を検討した上で、倒産法の改正問題について論じている。私的処理の問題点として、債権者委員会の委員長などの私的処理の担当者の問題をあげ、改善策として私的処理団体が認められる場合には、この理論によって解決できるとする。その理論的根拠は、㉒論文や㉓論文と同様に破産団体理論によるべきであると説く。そして立法論としては、各倒産手

続を統一した倒産法を作ることが望ましいとし、申立て後にどの手続で進めるかについて選択できるようにすべきであると主張する。また簡易な倒産手続の新設や、債権確定手続の廃止、租税債権の処理、否認権、別除権、相殺権等の規定への整備や免責規定の拡充及び外国倒産手続との調整規定を設けること等を呈示している。

三　本書の評価

1　既に二でみたように、本書は倒産法上の重要な問題を個別具体的に取り上げ、それぞれを詳細に研究したものであるが、学説・判例がよく整理されており、通説・判例の問題点が明確に示されている。正に今日の問題状況を概観する上で大変便利であり、この点がまず評価されるべきである。さらに当然なことであるが、そのような分析の上での著者の自説の展開も非常に説得力がある。なかでも注目すべき論文は、①「否認と破産者の行為」、⑤「転得者の否認」、⑨「破産宣告と商事留置権」、⑩「破産宣告と動産売買先取特権」、⑮「請負人の破産」、⑲「破産免責と強制執行」、⑳「一部免責」、㉒「破産団体理論」ではないかと思う。著者の鋭い分析と独自の視点が提示されているし、その採る結論も優れたバランス感覚が如何なく発揮されている。⑲「破産免責と強制執行」について高田昌宏助教授は、「他の見解に対する批判検討が非常に明快であり、学問的興味を刺激する」と評したが[6]、まさにこのことは本書の他の論文にもそのまま通用する言葉である。また著者の博士論文『否認権の対象』（一九七九年、酒井書店）に対しては、「よく実務に密着し、それでいて巨視的・基本的な省察をも忘れないその内容には、大きな魅力が感じられる。」とか[7]、「本論文の意義は、破産法の分野を越えて重大であるものと考えるものである」とか[8]、あるいは「破産実務に精通した弁護士であるとともに、これまで地味なかつ周到な破産理論の構築を試みてきた新進気鋭の研究者」との評[9]が寄せられたが、著者がもはや新進でなくなった点を除けば、本書にもそのまま通用する評である。著者の学問に対する情熱は昔と全く変わることはないし、著者の学説が実務と理論の融合を大局的な視点で追求した魅力あるものである点も、全く変わらないのである。

2　本書に対する私の評を簡潔に纏めると、以上に尽きるのであるが、やや抽象的過ぎるので、以下では本書の二五の論考の中から特に⑲「破産免責と強制執行」を取り上げ、著書の学説が他の学説の中においてどのように位置付けられるかを考えてみたい。それによって宗田学説の意味を解明し、併せて著者の学問方法論を考えてみようと思うからである。本来ならその他の論文についても同様に論じるべきであるが、この論文に限定した理由は専ら紙幅の関係と、この論文は著者の考えを知る上で絶好の論文と思うからである。すなわち、⑲の扱った問題は、解釈論と立法論の違いや、法解釈学の使命と限界を考えるのに格好な問題であり、いわば著者に限らず、論者の破産法解釈の

姿勢が明確に表れる試金石とも言える問題である。なお⑲での考察から、直ちに著者の考えを一般化することは確かに問題があると思うが、しかし、他の論文においても以下に述べることが通用するのではないかと思えるので、⑲から著者の考えを考察することは決して誤りではないと思っている。

⑲論文が論じた問題は、既に二の2の⑲で述べたように、同時破産廃止に伴う破産解止後の免責手続中に強制執行が許されるのかということと、免責手続中の強制執行による弁済と不当利得の成否を論じたものである。最三小判平成二年三月二〇日民集四四巻二号四一六頁が、前者については積極説、後者については消極説を判示したが、学説は多岐に分かれている。学説が多岐に分かれるのは、この問題は立法者が予想もしていなかった事態であり、かかる立法の空白を免責制度の目的から埋めるのか、現行法の条文の構造から埋めるのかに腐心しているからである。さらに言うならば、学説・判例とも現実の社会の実態や今後の破産法の在り方という、かなりその立場により見解が分かれる基準をも視野に入れて立論を展開していることも、学説が多岐に分かれる一因である。

著者は前者、免責手続中の強制執行の問題については積極説を支持し、後者、強制執行と不当利得の問題については消極説を採用し、この限りでは一見最高裁判例と同じ結論を採るのであるが、後者については一定の条件の下に、いわば独自な視点から積極説を展開させる。前者については消極説、後者については積極説という発想によって問題を解決していこうとする考え方は、既に最高裁判例以前の一群の下級審判例に見られたが、宗田説は免責決定に無条件に遡及効を認めるべきではないとする点で、それらとは異なる。裁判所が免責決定の主文で遡及効を宣言したものには遡及効を認めるという主文宣言遡及効説、あるいは個別遡及効説と称される理論の提唱である。この見解は、確かに直接の根拠条文がないにしても、主文の重視という点で実務を睨んで卓見である。著者は自説について、「法政策的には消極説が妥当であるが、現行法の解釈論としては積極説に立脚せざるをえないのであり、そこで債務者の経済的更正という政策の実現を図りつつ、これを現行法とマッチさせるための手法」(三三九頁)と述べている。(10)

ここに法の条文と現実の社会の要請との間に乖離が生じた場合の法解釈者のあるべき姿勢が示されているように思う。すなわち、実務で受け入れ可能な方策を提示することによって判例を基盤とし、その深化あるいは理論化を目指しながら、従前の学説の発展を志向するということである。しかし、このような著者の見解に対しては、「他の見解に対する批判検討が非常に明快であり、学問的興味を刺激する」との評(11)もあるが、「執行による満足を認めたうえで、免責決定確定後に不当利得返還請求を認めるという……債務者にとって困難を伴い、かつ矛盾を含んだ解決」との批判がある。(12)あるいは「実定法上の根拠なくして遡及効を認めるのは疑問であり、そのような解釈は解釈論の

限界を超えると言わざるを得ない」、「後に強制執行の結果が覆されることによって生じる法的安定は否定できない」、「強制執行を認める以上、その結果を否定できないとする取り扱いが一貫している」等の批判[13]も見られる。なお序で言うならば、⑲に対する批評ではないが、例えば、⑪「動産売買先取特権の民事執行」について、「判例を自説に有利に読みすぎる傾向もあるが、近年議論の多い領域での一つの立場であろう。」との評[14]や、⑤「転得者の否認」について「有益な着想であろうが、通説の理解に対し（受益者、転得者間の行為の位置付け、否認の相対性、等）、通説からは反論もありえようか」という評[15]があるが、そのような批評はこの⑲にも通じるように思える。

3　このような批判に対してどのように反論するのかは、今後の著者の仕事ではないかと思うが、著者は実はこのような批判は折込み済みのようにも思える。このような批判が生じるのは、第一に著者が理論と実務との融合を考えることに起因するように思うからである。理論と実務の融合を狙う宗田理論は、そのこと自体、法解釈学者の一つの課題であり批判されることはないが、かような手法は理論の側からは実務の影を引きずっており理論的純粋性が欠けるとして批判され、実務からはその進歩的な姿勢ゆえに直ちに採用されないという危険性を孕んでいる。ここに宗田理論の特色と限界がある。主文宣言遡及効説あるいは個別遡及効説と称される宗田説は、既述の批判から明らかなように、その立法論的性格からして、現在のところ、必ずしも多数の支持を得ていないように思う。しかし、従来、当初立法論として無視されてきたことが、時代の進展によって解釈論として受け入れられることは多くの学説史が物語っているところでもある[16]。またこの説が仮に現在、支持されないとしても、しかし、それは消極的な評価を意味するものではない。今後の議論の展開の道筋を明らかにした点は高く評価されるべきである。また学説の展開や通説の形成は新たな学説による問題提起という不断の努力の積み重ねの上にできるものであり、通説・判例が光輝くのは、このような新たな理論の挑戦によるものであることを我々は想起すべきである。

著者が批判される第二の原因は、著者は、単に実務と理論の融合を志向しているだけでなく、⑲についての著者の学説から明らかなように、学説が大きく対立している場面では、著者はその対立を止揚して、第三の道を拓こうとするからである。そのような点に学問の在り方を問う著者の強い意欲が感じられる。通説・判例に依拠してそれを盾として論文を書くのでなければ、かような試みや挑戦は、正に大変に勇気のいることである[17]。それではそのような原動力はどこから来るのかというと、著者が師・伊東教授の孤高の姿勢に共鳴し、それを継受して、それを貫こうとするからではないかと思う。本書を読んでいて、私は師・伊東教授の研究書に対する書評の一節を思いだした。すなわち、『民事訴訟法研究』（一九六八年、酒井書店）に対する書評は次のようなものであったが、文中の「新説にも旧説にもあ

きたらない」を、本書が論じた学説の対立状況に置き換えれば、正にそのまま本書にも通用するように思う。[18]

「新説にも旧説にもあきたらない著者〔伊東〕はいわば第三の道を歩くことにした。そして一応自分の辿る道を定めたが、その道が多くの人が追える道かどうかはまだ明らかではない。だがもう著者は後戻りはしないであろう。著者よ、Quo Vadis!」

かくして本紹介冒頭で提起した問題（一の2）に立ち返るならば、その解答は、したがって、著者は伊東学説を倒産法において開花させたということになる。しからば、著者は右の「Quo Vadis!」との問いに何と答えるであろうか。師はその研究書のはしがきで、指標として「個人の自由、真実の不可知」と書いたが、著者は師に従い、そのようなことを基盤として研究をしてこられた。[19] 今後もそのような姿勢で研究を続けられることを期待する。なぜならば、そのような考えによって法理論は構成されなければならないと思うからである。個人の自由、個人の尊厳こそが学問の土台であり、法律学の礎石である。そのような観点からも本書は読まれるべきであって、単に法技術的観点からのみ宗田説を支持するか否かを考えるべきではないと思う。破産法研究という題名ではあるにしても、本書に示された著者の上記の視点と勇気を、後進は本書を通じて学ぶべきではないかと思う。本書に対する破産法研究者の本格的詳細な議論によって、倒産法学、破産法学の一層の発展を期待して筆を置く。

(1) 坂原正夫「紹介・Schlosser, Peter: Einverstandliches Parteihandeln im Zivilprozeß, 1968」民事訴訟雑誌一六号三六七頁以下（一九七〇年）。

(2) このような私の考慮は決して譲遜ではなく、正にその通りであることが指摘された。すなわち、シュロッサーの論文と私の書評を詳細に厳しく批判したものとして、柏木邦良「最近の西ドイツにおける訴訟契約論について（I）」法学研究（北海学園大学）六巻二号一五一頁以下（一九七一年）がある。この論考は弁護士・法学博士・柏木邦良著作類纂第六巻『ドイツ民事法』二五六頁以下（一九九四年）に収められているが、この論考によって、拙稿が如何に安易な書評であるかを思い知らされたと同時に、学問の厳しさと書評の難しさを学んだ。氏の「きびしい学問的批判……にもめげず成長されることを期待したい。坂原論文〔筆者注、権利自白論・法研（慶應）四四巻六五頁を指す〕は内外の文献を丹念に検討した労作であり、その真摯な態度を多としたい。」（前掲・法研（北海学園大学）一八一頁）との言葉で多少救われたが、大きな衝撃を受けた。以来紹介や書評を執筆することが恐くなってしまった。もっとも、私の紹介が全て問題があったわけではないということを知ったのは、一〇年以上経ってからである（青山善充「訴訟法における契約」『基本法学4契約』二七一頁注25、二七四頁注37（一九八三年）参照）。

(3) 例えば、坂原正夫「否認権の行使」石川明＝田中康久＝山内八郎『破産・和議の理論と実務』判例タイムズ八三〇号一一五頁（一九九四年）は破産法七六条を中心に執筆したものであるが、これは著者が斎藤秀夫＝鈴木潔＝麻上正信編『注解破産法』（一九八三年、改訂版一九九二年）において担当していた七六条についての考察を利用した。また坂原正夫「更生手続開始と双務契約」青山善充＝金

築誠志＝山内八郎編『会社更正・会社整理・特別清算の実務と理論』判例タイムズ八六六号一一〇頁以下（一九九五年）は会社更正法一〇三条が問題になるが、本書⑰論文を利用した。

（4） 著者は敬愛する恩師の伊東名誉教授について、本書の中で次のように語っている。⑤論文の冒頭であるが、師の業績について、「我々は、かつてこのように大きな高い嶺を知らない。越えられるであろうかとの想いが胸を占める。しかし時は過ぎ、時代は移るのであり、新しい時代の、新しい理論が登場することによって、我々の社会は進歩するのであるから、必ず越えられる、引き継いで越えなければ新しい時代を拓けない、と思い定めて、先生に恥ずかしくないように切り開いて進みたい。かような勇気を与えて下さった先生に感謝の念を捧げる。」と述べている。あるいはまた師が説かれた新・独立自尊について、「昨今のように尋常ならざる情報・知識の量、そうして林立する多数の枝葉的見解の存在を考えますときに、このような基本的な姿勢というものの啓示こそ貴重なものということができるでありましょう。」とも説いている（「新・独立自尊について」三田評論八三〇号（一九八二年））。正に著者が理論を重視し、個人の尊厳を重視した価値判断に立脚して勇気をもって学問に邁進する姿勢を端的に表している。また多少気負いが感じられないわけではないが、⑪論文において「本稿は、慶應義塾大学法学部法律学科開設一〇〇年を祝賀してこれに捧げるものであり、塾法学部及び塾実務家等塾員が今後とも学界と実務を含む社会の旗手として活躍することを願って記すものである。」（一六一頁）というのも、慶應のことを常に考えていた師譲りと言えるのではないかと思う。

（5） この時の報告を基にして、著者は民事訴訟雑誌一七号（一九七一年）、一八号（一九七二年）に、「最近一〇年の破産判例の動向（Ⅰ）」「同（Ⅱ）」を発表した。前者の肩書きは司法修習生・慶應義塾大学大学院博士課程であり、後者の場合は単に司法修習生であった。

（6） 高田昌宏・ジュリスト九九九号一三九頁（一九九二年）。これは伊東乾教授古稀記念論文集『民事訴訟の理論と実践』の書評の一節である。

（7） 博士論文の審査報告書の一節である（宗田親彦『否認権の対象』一六一頁（一九七五年、酒井書店））。なお審査員の主査は伊東乾教授、副査は石川明教授、内池慶四郎教授であった。

（8） 内池慶四郎「宗田論文の意義」宗田親彦『否認権の対象』一六四頁。

（9） 加藤哲夫「書評・否認権の対象」ＬＳ（ロースクール）一九七九年九月号一二二頁。

（10） なお著者は免責手続中の強制執行が許されるかの問題と、免責手続中の強制執行による弁済と不当利得の成否の問題を区別しないで、両者の組合せから従前の学説を積極説、消極説、制限的積極説、遡及説の四説に分類し、自らの学説を第五説と位置付けるのである。

（11） 前注6参照。

（12） 本間靖規「破産解止後免責申立期間中または免責手続中の個別執行の可否」石川明＝田中康久＝山内八郎『破産・和議の理論と実務』判例タイムズ八三〇号三五頁（一九九四年）。なお本間教授は「積極説は、破産法自身が破産者の更正を目的の一つとし、免責制度がそれを十全ならしめているという現行法の趣旨と整合性を保っているであろうか疑問である。」とし、「真理は中間にありとする制限積極説が妥当ではないだろうか。」と述べている。その上で「制限積極説は、同時廃止による解止に個別執行禁止による解除を認め、執行着手を肯定したうえで、更正目的をはかる。解釈論としてはその

方向が無理が少ない。問題はこれも解釈論の域を超えたものとして排斥すべきかである。」と述べている（引用は三五五頁）。

(13) 石川明＝君嶋祥子「同時破産廃止決定の確定から免責決定の確定までの間になされた強制執行の適否と不当利得の成否」判例タイムズ八六〇号一八頁（一九九五年）。もっともこの論文は本書⑲論文ではなくて、その基になった判例研究（法学研究六三巻九号一二七頁）を引用しての批判である。判例研究を引用して⑲論文を引用しない理由が分からないが、この論文はこの問題について一番新しい論文であり、文献判例が詳細に引用されているにもかかわらず、宗田論文以外にもいくつかの最近の論考が挙げられていないように思う。

なおこの問題に関する文献について付言するならば、石川＝君嶋論文とそこで挙げられた論文の他に、例えば、本間（前注11）、山内（後注16）、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（一九九二年）、弥永真生「免責手続中の強制執行による弁済と不当利得の成否」ジュリスト一〇二五号一二〇頁（一九九三年）等を付加すべきではないかと思う。

ところでこの論文は、強制執行の実施の許否の問題について消極説の正当性を導いている（二二頁）。利益衡量の問題と位置付けながら、鋭い学説の対立を、単に免責の目的を強調することによって解消させてしまう手法には疑問を感じる。

(14) 匿名「ジュリスト書評・紹介と批評」ジュリスト九八六号一〇七頁（一九九一年）。

(15) 匿名「ジュリスト書評・紹介と批評」ジュリスト八八六号一三三頁（一九八七年）。

(16) 解釈論と立法論の境界は微妙なものであり、その境が異なることとは、本間教授の「制限的積極説も解釈論の域を超えたものとして排斥すべきか」という言葉からも明らかである。

また山内八郎「破産免責の実務的研究（下）――消費者破産を中心として――」判例タイムズ五〇一号三九頁注5（一九八三年）は、「破産手続解止後は、……強制執行をすることも可能である。……（消極説は）傾聴に値する見解であるが、現行法の解釈として現時点で積極的に賛成する勇気がない。」と述べていたが、一〇年後の山内八郎「破産免責に関する判例理論（下）」判例タイムズ八〇四号二四頁（一九九三年）では、「結局、解釈論の枠をはみ出しているとか、説得力に欠けるとの批判はあっても、それは法の欠缺がもたらした結果であって止むを得ない。」として、前記見解を改めた（二四頁注39）。一〇年の歳月が、判例に反してまで消極説を主張する勇気を山内教授に与えたように思うが、それは社会の変化、学説の変化によるものであろう。なおこの問題に関連して山内教授は同所で、条件付き免責制度の導入が立法論としては望ましいように思うと述べている。

(17) 著者は本書の「はしがき」で、二五年間の二五本の論文を本書に収めるに当たり、その総括として次のように述べているが、自らの信念と経験に基づくだけに説得力があり、広く共感を持って受け入れられる言葉である。また学問に携わる者に必要な心構えとも言えよう。「学問の役割は、社会が将来進むべき方向を示すことにあるから、学問的論述は現状から一歩でも半歩でも抜き出ていなければならないと考えている。現状を分析するだけであったり、海外の文献や制度を紹介するだけではならないのである。短くても新たに創造したものを含んでいなければいけないと信じている。それゆえここに集められた論文は、あるいは少数説であり、あるいは新説であ

るものが多い。こうするには勇気のいることで恐ろしい気もする。しかし学問に携わる証明はここにあると得心している。」

期せずして、山内教授の論考（前掲注16）や故桜田教授の書評（後掲注18）にも「勇気」という言葉がでてくるが、その意味は右のような著者の言葉の意味で理解すべきものであろう。

(18) 小山昇「書評――伊東乾著・民事訴訟法研究」法学研究四二巻四号一三四頁（一九六九年）。

なお桜田勝義「書評――伊東乾著・民事訴訟法研究」民商法雑誌六一巻三号一七一頁（一九六九年）は次のように述べているが、文中の「新旧訴訟物論の激しく渦まく中にあって」を本書が論じた学説の対立状況に置き換えれば、これも本書の書評に通用する。

「おもうに、新旧訴訟物理論の激しく渦まく中にあって、特殊訴訟法観の下にすぐれて異説をたて、新旧何れの派にも阿諛追従せず、ひとりわが道を行く教授の学問的態度こそ、真に真理のための勇気ある人というべきである。そしてそのような勇気ある異端的先覚者によってのみ、それぞれの道が発展せしめられていること、歴史の教えるところであり、民事訴訟法学もまた然り。」

また霜島甲一教授は、伊東教授の証明責任論（「挙証責任の基本的視点」判例タイムズ三二五号二頁以下（一九七六年））について、「全体をアウフヘーベンしようとする意識が強く最後のところで対立しているものが一緒になっちゃうのです。」と延べ、さらに「非常に自分の考えを自分で徹して考え通そうとされる方です。と同時にあるところでは妥協というか、総合したという意識があるのですね。」と批評するが（研究会「証明責任とその周辺」判例タイムズ三五〇号六一頁（一九七七年））、この言葉も本書に相通じるところがある。

(19) 前注4参照。なお個人の尊厳について伊東教授は、研究書から一六年後の論稿においても、「個人の尊厳こそは正義の第一原理であるから、その主体性の確保は、万難を排して追求せらるべき目標である。それ以外に正義というものはありえないという純理的考察からもそれは明らかであるが、豊かな外面的繁栄に反比例して人類が愈々その幸福を失いつつあるという現時の歴史的現実もこのことを教えている。個人の主体性の確保こそ、真実に立ち優る尊敬が払われなければならない。」と力説している（「真実義務の底にあるもの」杏林社会科学研究一巻一号四頁（一九八四年））。

坂原正夫