

破産管財人の全体損害賠償責任に関する 序論的考察

谷 口 哲 也

目 次

- 1 はじめに
- 2 ドイツ法
 - 2.1 破産法の時代
 - 2.1.1 学説
 - 2.1.2 判例
 - 2.2 現在（倒産法の成立後）
 - 2.2.1 倒産法 60 条の理解
 - 2.2.2 「法の欠缺」の解消（倒産法 92 条の新設）
 - 2.2.3 補足説明（特別倒産管財人）
 - 2.2.4 判例
 - 2.3 小括
- 3 日本法
 - 3.1 学説
 - 3.1.1 戦前
 - 3.1.2 戦後
 - 3.2 裁判例
 - 3.3 小括
- 4 検討
 - 4.1 損害賠償請求権の所在・内容

4.1.1 破産債権者の損害賠償請求権

4.1.2 破産者の損害賠償請求権

4.2 責任追及権者

4.2.1 破産手続の係属中

4.2.2 破産手続の終了後

5 むすびに代えて

1 はじめに

(a) 破産管財人の善管注意義務違反が原因で、①破産財団を構成する財産の価値が低下——積極財産が減少または消極財産が増加——したとき（以下、〔設例1〕という）、誰に損害賠償請求権が発生するか。②ある破産債権者に本来より多くの配当が行われたが、その債権額を越えてはいないとき（以下、〔設例2〕という）はどうか（いずれも、債務超過であるが、財団債権に係る債務を弁済できる事件を想定せよ）。

(b) (aa) 現在のドイツでは、次のとおり考えられている。〔設例1〕では、先ず、倒産者である。また、倒産債権者の側にも生じる。〔設例2〕においては、倒産債権者の側だけに請求権が発生する。かかる違いはあるが、いずれにおいても、倒産手続の係属中は、新任の倒産管財人または特別倒産管財人（Sonderinsolvenzverwalter）だけが請求権を行使する（〔設例1〕においては、倒産者と倒産債権者の権利が選択される）。倒産手続の終了後は、追加配当が命じられていない限り、原則として、倒産債権者（だけ）が主張できる。

(bb) 日本の倒産法学の状況は、次のとおりである。〔設例1〕につき、破産者に損害賠償請求権が生じることに、争いはない。かかる権利は、破産財団に属し⁽¹⁾、破産手続の係属中において、新任の破産管財人によって行使

(1) 破34条2項を待たず、破産財団に含まれる（斎藤秀夫＝麻上正信＝林屋礼二〔編〕

される（破78条1項参照）。それでは、①破産債権者の側に（も）請求権は発生するのか。見解は、分かれる。結論を先取りすれば、肯定すべきであるが、その先には、②当該の権利を破産手続中に誰が行行使すべきか、という問いが控えている。また、〔設例1〕の破産手続の終了後においては、破産者の権利行使との調整が必要になる。

〔設例2〕を意識した文献は、見当たらない。〔設例2〕につき、ドイツの見解を参考にしたとき、破産者に請求権は発生しない。破産債権者の側だけ、である。このケースでも、②について、明らかにしなければならない。

(c) 本稿では、こうした問題意識の下で、ドイツ法を参考に、〔設例1〕・〔設例2〕において、誰にどのような請求権が発生し、その行使を誰が行うのか、を検討する。ドイツ法を参照する理由は、判例・学説の蓄積があり、現在ではド倒92条という条文——これに相当する条文は日本法にない——も存在する点にある。以下では、ドイツ法を紹介した後に、日本の状況を確認する。そして、これらを踏まえて、先の目的を達成するための考察を行う。

2 ドイツ法⁽²⁾

ドイツの倒産法制は、破産法（Konkursordnung/KO）の時代と現在とに分けられる。現在は、倒産法（Insolvenzordnung/InsO）が、破産法に取っ

『注解破産法〔第3版〕(上)』（青林書院、1998年）74頁〔小室直人＝中殿政男〕、竹下守夫〔編集代表〕『大コンメンタール破産法』（青林書院、2007年）137頁〔高山崇彦〕。

(2) ドイツ法の条文を訳出するに際しては、次の文献を参照した。〔民法〕 柚木馨『獨逸民法(2)——債務法(現代外国法典叢書)』（有斐閣、1955年）、ディーター・ライポルト（円谷峻〔訳〕）『ドイツ民法総論』（成文堂、2008年）450頁以下（条文資料）、〔商法典〕 法務大臣官房司法法制部〔編〕『ドイツ商法典（第1編～第4編）』（法曹会、2016年）、〔株式法〕 早川勝「1965年ドイツ株式法の改正と展開」同法63巻6号（2012年）200頁以下（資料1965年ドイツ株式法）、〔破産法〕 齋藤常三郎『獨逸民事訴訟法(4)——破産法 和議法(現代外国法典叢書)』（有斐閣、1956年）、〔倒産法〕 吉野正三郎『ドイツ倒産法入門』（成文堂、2007年）83頁以下（資料 ドイツ倒産法全訳）。

て代わっている。倒産法には、その前身を破産法に持たない倒 92 条が置かれている点に、特徴がある。

2.1 破産法の時代

2.1.1 学説

(a) 以下では、二つの学説を紹介する。その記述の内容からは、〔設例 1〕を想定していると思われる。

(b) フリードリヒ・ヴェーバー [1958] は、破 82 条⁽³⁾の注釈の中で、同条に基づく責任の基礎を、破産管財人と関係人との間に生じる法定の債務関係 (gesetzliches Schuldverhältniss) に置く⁽⁴⁾。すなわち、破産手続の開始と共に、かかる関係が生じるころ、これに違反することで、破 82 条責任を負う、と解している。法定の債務関係は、法律行為から生ずる関係に似たものだから、消滅時効や裁判籍等を導く際に、不法行為に関する諸規定は適用されない⁽⁵⁾。

ドイツ法にいわゆる共同損害 (Gemeinschaden) ——破産債権者が破産財団に属する財産の減少により破産手続の前または後に共同に被った損害である。全体損害 (Gesamtschaden) とも呼ばれる——の賠償請求権者については、こう主張する⁽⁶⁾。破産手続の係属中において、個々の破産債権者は、賠償請求権を持たない。なぜなら、自己の名で全ての損害に係る賠償請求権の行使を許すならば、債権者平等取扱いの要請に逆行するから、である。他方で、共同損害に係る賠償請求権は、破産財団——破産手続開始後に毀損行為

(3) 破産法第 82 条 破産管財人は、その果たすべき義務の履行につき、全ての関係人に対して、責任を負う。

(4) *Jaeger*, *Konkursordnung Kommentar*, 8. Aufl., 1958ff., § 82 RdNr. 3 (*Weber*). 判例 (BGH KTS 1958, 142[143]; BGH KTS 1958, 143[144]; BGHZ 93, 278[279])・通説 (*Kuhn/Uhlenbruck*, *Konkursordnung Kommentar*, 11. Aufl., 1994, § 82 RdNr. 1) でもある。

(5) *Jaeger/Weber*, a.a.O. (Anm. 4), § 82 RdNr. 3.

(6) *Jaeger/Weber*, a.a.O. (Anm. 4), § 82 RdNr. 11.

が起きているけれど⁽⁷⁾——に属する⁽⁸⁾。これが、新任の破産管財人によって行使される。破産手続が終了した後は、破産者の自由な処分に服する。また、破産管財人は、破産者だけでなく、個々の破産債権者にも、財団を減少させない義務を負っているため、個々の破産債権者も、その損失分——配当損害（Quotenschaden）とも呼ばれる——につき、破産管財人の責任を追及できる。

(c) (aa) これに対し、カルステン・シュミット [1976] は、破 82 条の解釈論として、次の見解を主張する。すなわち、特別な法律関係は、破産財団との間でのみ存在する、と⁽⁹⁾。そして、内部責任——破産財団に対する責任＝共同損害に係る責任——と職務責任——同条にいう「関係人」に対する責任＝個別損害に係る責任——とを区別した上で、外部責任に関しては、民 839 条⁽¹⁰⁾に相当するものとして⁽¹¹⁾、消滅時効や裁判籍などを導く際に、不法行為法の適用を肯定する⁽¹²⁾。先の見解が、共同損害と個別損害を、手続法上の視点でのみ、区別していたのに対し、実体法上の視点もが、取り入れられたのである⁽¹³⁾。

そして、内部責任に係る損害賠償請求権は、破産財団に属するため、破産手続中は破産管財人が、破産手続の終了後は破産者が行使する、と結論づける⁽¹⁴⁾。シュミット [1976] からは、破産債権者の請求権を措定する余地はな

(7) 破産法においては、固定主義がとられている（破 1 条 1 項）。

(8) vgl. Jaeger/Lent, a.a.O. (Anm.4), § 1 RdNr.60.

(9) K. Schmidt, Amtshaftung und interne Verantwortlichkeit des Konkursverwalters, KTS 1976, S.191[193].

(10) 民法典第 839 条（〔公務員の〕職務上の義務違反に係る〔不法行為〕責任） 公務員が故意又は過失によってその第三者に対して負担する職務に違反したときは、第三者に対し、これによって生じた損害を賠償しなければならない。公務員に過失の責めがあるに過ぎないときは、被害者が他の方法で賠償を得ることができない場合に限り、賠償を請求することができる。〔2 項略〕

(11) K. Schmidt, a.a.O. (Anm.9), S.197.

(12) K. Schmidt, a.a.O. (Anm.9), S.204ff.

(13) vgl. Brinkmann, Die Bedeutung der §§ 92,93 InsO für den Umfang der Insolvenz- und Sanierungsmasse, 2001, S.22.

(14) K. Schmidt, a.a.O. (Anm.9), S.208.

い⁽¹⁵⁾。

(bb) 補足説明 シュミット [1976] は、破産管財人の法的地位から結論を導き出すことには反対し、自説を明示することを控えた上で、良い説明のために財団法主体説を利用することができるという⁽¹⁶⁾。

その後、シュミット [1984] は、破産管財人の法的地位につき、会社または破産能力を有する団体の破産においては清算人に、自然人の破産においては代理人になる、という説を提唱する⁽¹⁷⁾。そして、別の論文において、会社破産の場合の内部責任の処理につき、こう説明する⁽¹⁸⁾。すなわち、破産者に請求権が属することを前提に、破産手続中は新任の破産管財人が、破産廃止後は清算人が主張することで、清算が実施される⁽¹⁹⁾。但し、手続廃止後については、清算人主導の処理ができないときは、株式法 93 条 5 項⁽²⁰⁾の法思想に従い、債権者の主張も許される、と⁽²¹⁾。

(15) *Brinkmann*, a.a.O. (Anm.13), S. 85.

(16) *K. Schmidt*, a.a.O. (Anm.9), S.193.

(17) *K. Schmidt*, Der Konkursverwalter als Gesellschaftsorgan und als Repräsent des Gemeinschuldners, KTS 1984, S.345[364,368,370]. シュミットの学説に言及する邦語文献として、河野正憲「企業倒産と責任財産の管理・処分」河野正憲 = 中島弘雅 [編]『倒産法大系——倒産法と市民保護の法理』(弘文堂、2001年) 37頁、岡成玄太「いわゆる財産管理人の訴訟上の地位 (2)」法協 135 卷 11 号 (2018年) 2648-1652 頁。

(18) *K. Schmidt*, Konkursverwalterhaftung als unzulässiger Unternehmensfortführung und ihre Grenzen, NJW 1987, S.812[813f.].

(19) *K. Schmidt*, a.a.O. (Anm.18), S.813.

(20) 株式法第 93 条 (取締役の注意義務及び [損害賠償] 責任) [1 項乃至 4 項略]

⑤ [株式] 会社の [取締役に対する] 賠償請求権は、会社債権者が会社から弁済を受けることができない限りにおいて、その会社債権者も行使することができる。ただし、本項の規定は、[取締役が] 第 3 項 [各号に掲げる行為] 以外の [行為をした] 場合には、取締役が通常のかつ誠実な営業指揮者の注意を著しく怠った場合に限り、適用される；この場合においては、第 2 項第 2 文の規定 [通常かつ誠実な営業指揮者の注意を尽くしたかどうかにつき、取締役に証明責任がある旨を定める規定] を準用する。[取締役の] 賠償義務は、債権者に対しては、会社の放棄若しくは和解によっても、又は株主総会の決議に基づく行為であっても、消滅しない。会社の財産に関して破産手続が開始したときは、その係属中は、倒産管財人又は監督人が、取締役に對する債権者の権利を行使する。[6 項略]

(21) *K. Schmidt*, a.a.O. (Anm.18), S.814. なお、株式法 93 条 5 項の理解には、争いがある。すなわち、会社債権者は、会社の権利を行使する (*Jaeger/Weber*, a.a.O. (Anm.4),

2.1.2 判例

本稿の問題意識に関わる判例は、ライヒ司法の時代から存在した。最上級審（ライヒ裁判所〔Reichsgericht/RG〕）は、〔設例1〕に相当する事件で、損害賠償請求権は破産者にあり、破産手続の係属中は新任の破産管財人がこれを行行使する、という見解を示していた²²⁾。以下では、現在の最上級審（連邦通常裁判所〔Bundesgerichtshof/BGH〕）の判例を紹介する。

〔1〕 BGH 1973年2月22日判決²³⁾ 〔事実〕 原告Xは、A合資会社——その財産に関しては、和議・牽連破産手続が開始した——の債権者である。被告Yは、和議・破産管財人である。両手続は合わせて10パーセントをわずかに超えるだけの配当に至った。そして、破産手続は終結した。Xは、Yに対し、その和議・破産管財人としての義務に違反し、有責に財団を減少させたことを理由に、損害賠償を請求した。Yは、理由なき債権を承認していたのである。前審は訴えを却下したため、Xが上告した。

〔理由〕 「義務違反に帰する追加の損失分の範囲における損害賠償請求権は、財団の配当に参加する破産債権者の各人自身に帰属するのであり、破産債権者の全体そのものにはない。破産財団の減少——控訴裁判所は、これを「共同損害」と呼び、義務違反によって一人で不利益を受ける者の「個別損害」と対置させる——は、確かに、全ての破産債権者を害する。なぜなら、

§§207,208 RdNr.60; *Habscheid*, Prozessuale Probleme hinsichtlich der „Geltendmachung von Gläubigerrechten“ durch den Konkursverwalter beim Konkurs einer Aktiengesellschaft (§ 93 Abs.5 AktG) in; Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag am 19. Mai 1975, S.200) のか、それとも自己の請求権を有する (*Zöllner/Noack* (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 3.Aufl., 2010, § 93 RdNr.180 (*Mertens/Cahn*); *Bürgers/Körber*, Aktiengesetz (Heidelberger Kommentar), 2.Aufl., 2011, § 93 RdNr.43 (*Bürgers/Israel*)) のか、である。シュミットがどちらの説を支持しているのか、は先の論文からは明らかでない。同条項の法律構成に言及する邦語文献として、佐藤鉄男『取締役倒産責任論』（信山社、1991年）167-168頁（、174頁（注10））。

²²⁾ RGZ 78,186[188].

²³⁾ NJW 1973,1198.

破産財団は、全ての破産債権者の共同的な満足に資するからである（破産法3条1項²⁴⁾）。しかし、破産財団の減少に帰する、財団配当の際のその損失の額においては「個別」に、破産債権者の各人を害する。

財団減少によって破産債権者に生じた損害は、破産手続の展開及び結果に依存し、しばしば、最後配当の際に初めて確定する。本手続においては、請求権の主張が破産の終了後であるため、破産手続の係属中、どの時点で、破産財団の減少に基づき、破産債権者に損害賠償請求権が生じたのか、を論じる必要はない。」

「それ故に、破産債権者は、破産管財人による破産財団の有責な減少に基づく請求権を、破産手続の終了後は何時でも、自ら主張できる（ebenso: JAEGER-WEBER, aaO § 82 Nr.11; MENZEL-KUHN, aaO § 82 Anm.4; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER, aaO § 82 Anm.2; für die Haftungsansprüche des ausgefallenen Nachlaßgläubigers nach Aufhebung des Nachlaßverwaltung: ERMAN-BARTHOLOMEYCZYK, BGB, 5.Aufl., § 1978 Nr.5; § 1985 Nr.3; offenbar schon PLANCK-FLAD, BGB, 4.Aufl., § 1985 Anm.3; a.A. ohne Begründung RGRK, BGB, 11.Aufl., § 1978 Nr.5; nicht eindeutig STAUDINGER-LEHMANN, BGB, 11.Aufl., § 1978 Nr.26)。」

〔コメント〕 (a) ライヒ裁判所の判例においては、破産者に損害賠償請求権が存在する旨の説示であった。これに対し、本判決は、破産債権者の各人にも請求権が発生することを、次の点に注目して、認めている。すなわち、得られるはずであった配当額と現実を得た配当額の差（損失分）である。そして、多くの文献を引いたうえで、破産債権者の各々が破産手続の終了後においてこれを主張し得る、という立場を表明した。

(b) ところで、同判決は、「配当財団の填補を求める損害賠償請求権の行使〔権能〕が、破産手続の係属中、破産債権者から取り上げられるのか、

24) [筆者注] 破産法第3条 破産財団は、破産者に対し手続の開始時に生じた財産上の請求権を有する人的債権者（破産債権者）の全員の共同弁済に充てる。〔2項略〕

そうだとすればいかなる範囲なのか、そして、——破産外取消法7条²⁵⁾及び破産法37条²⁶⁾に基づく返還請求権と同様に——（新任の）破産管財人——一般的な見解によれば、財団減少の追及のために任命される——に委ねられる（vgl. RGZ 78,186,188; 89,237,240; 142,184,188; WarnR 1930,152,154; RG, Gruchots Beitr. Bd.31,1129,1130; Bd.63,345,348; JAEGER-WEBER, KO, 8.Aufl., § 82 Nr.6,11; MENZEL-KUHN, KO, 7.Aufl., § 82 Anm.4; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER, KO, 10.Aufl., § 82 Anm.2; BLEY-MOHRBUTTER, VglO, 3.Aufl., § 42 Anm.9) のか、そうだとすればいかなる範囲なのか、を結論付ける必要はない」と判示しつつも、「仮に、義務に反する行為をした破産管財人よる財団の減少に基づく破産債権者の損害賠償請求権を、破産手続の係属中、破産者に生じた請求権と同様に（vgl. JAEGER-WEBER, aaO § 82 Nr.11; MENZEL-KUHN, aaO § 82 Anm.4）、破産清算の対象として破産管財人に委ねるべき〔と解する〕とき」を見据え、次の試論を展開する。「かかる請求権は——破産者の損害賠償請求権とは異なり——破産に囚われた財産（konkursbefangenen Vermögen）には組み込まれない。破産に囚われた財産であるならば、破産法82条の目的²⁷⁾に反してしまう。〔略〕破産債権者の損害賠償請求権は、破産手続の係属中、いかなる場合でも、破産財団との関係で、その破産に適合した処理と

(25) [筆者注] 破産外取消法第7条 債権者は、取り消すことができる行為により債務者の財産から譲渡され、委棄され、又は放棄されたものを、受領者に対し、自己の満足に必要な限りで、債務者に属するとして、返還すべきことを主張することができる。

② 無償の給付を善意で受領した者は、その給付により利益を受けた限りにおいてのみ、これを返還しなければならない。

(26) [筆者注] 破産法第37条 否認することができる行為により破産者の財産から譲渡され、委棄され、又は放棄されたものは、これを破産財団に返還しなければならない。

② 無償の給付を善意で受領した者は、その給付により利益を受けた限りにおいてのみ、これを返還しなければならない。

(27) [筆者注] 破82条の趣旨につき、次の二点をあげる。①「債権者委員会による、破産管財人の監視（破産法88条1項1文）、及び破産裁判所の監督（破産法83条）は、関係人に、十分な保護を与えない」。②「破産管財人に対する破産者の請求権から満足を受ける、という被害者の可能性は、破産管財人の職務執行から破産者に損害が生じないとき、又は破産者が破産管財人の債権者加害行為に同意していたときは、閉ざされる」。

いう目的のために、これを組み入れるものと看做すのかもしれないが、その破産債権者の請求権としての法的性質を失うことはないのだろう。〔略〕

以上を前提に、次の二点に言及する。①「原則的に、破産管財人の管理及び処分権、並びに債権者に課された制限は、破産手続の終結（破産法164条1項⁽²⁸⁾）と同時に、終了する。財団に残存し、破産法166条1項⁽²⁹⁾の追加配当のために留保された額——破産差押えは継続する（JAEGER-WEBER, aaO §163 Nr.7; MENZEL-KUHN, aaO §163 Anm.6; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER, aaO §163 Anm.4）——は、破産法168条⁽³⁰⁾、169条⁽³¹⁾において詳述されている。これに対し、破産法166条2項により追加配当が考慮されるその他の財産は、破産裁判所が追加配当を命じることで初めて、破産差押えに服する（JAEGER-WEBER, aaO §166 Nr.7,10 m.w.Nachw., MENZEL-KUHN, aaO §166 Anm.5; BÖHLE-STAMMSCHRÄDER, aaO §166 Anm.2）。この時までは、債務者及び債権者は、かかる財産の処分を妨げられない。それ故に、先に説明したとおり〔であるが、〕破産者の財産の構成部分には一度もならない権利——本

(28) [筆者注] 破産法第164条 破産手続の終結後において、弁済を〔完全には〕受けていない破産債権者は、その債権を、債務者に対して、無限に主張することができる。〔2項以下略〕

(29) [筆者注] 破産法第166条 最後配当の実施後において、財団に留保されている金額又は財団から支払われ財団に復帰した金額が、その配当に加えられていないときは、管財人は、破産裁判所の命令に従い、最後の配当表に基づき、その金額を追加配当のために提出しなければならない。この金額の管理及び配当について行うべき計算は、破産裁判所の調査に属する。

② 最後配当又は手続終結の後において、破産財団に属する財産を発見したときも、前項と同様とする。

(30) [筆者注] 破産法第168条 次の各号に掲げる債権への配当は、これを留保する。

1 [債権] 調査の際に申し立てられた異議により訴訟になった債権

2 停止条件付債権

3 別除の弁済が主張された債権で第153条第2項の規定が適用されるもの

4 解除条件付債権。ただし、債権者が担保を供する義務あるにかかわらず、これを履践しないとき。

(31) [筆者注] 破産法第169条 最後配当を実施する際に留保された配当額又はその時期までに〔債権者からの〕取立てがなかった配当額は、管財人は、裁判所の命令に従い、関係人の計算のために、これを供託しなければならない。

件で検討されている破産債権者の損害賠償請求権の如くである——を、破産法166条2項の意味で破産財団に属するものと看做することができるかどうか、も「破産裁判所の追加配当命令が出るまでは」判明し得ない。そういうわけで、かかる請求権の主張は、破産法166条によっては妨げられないのである。」

②「破産的清算——これが、破産〔手続〕の係属中、請求権の主張の制限を正当化させるのかもしれない——の進行・中止に請求権が左右されることは、最後配当を実施することで、解消される。このときに、義務違反による財団の減少が、〔破産手続に参加した〕破産債権者の誰に、どの範囲で、破産債権の追加的損失を生じさせたのか、が確定する。それ故に、遅くともこの時点からは、損害賠償請求権の行使につき、破産手続外で第三者の財産的利益を保護する時期になされた義務違反行為の責任事例と区別して扱う理由は、存在しない。破産外取消法による破産債権者の取消権——その行使〔権能〕は、破産手続の係属中、破産管財人にある（破産外取消法13条1項³²⁾——もまた、破産手続の終了後は、破産債権者自身が、再び、これを行使することができる（破産外取消法13条4項）。確かに、破産法82条の請求権は、破産外取消法13条の返還請求権とは異なり、破産手続に由来し、その結果に影響を受ける。しかし、かくの如きは、破産法上の制限が〔その達成に〕役立つところの目的がもはや存在しなくなった後に、破産手続の終了後の請求権の行使をかかると制限の下でのみ承認すること、を強いるものではない。」

つまり、「仮に、義務に反する行為をした破産管財人による財団の減少に基づく破産債権者の損害賠償請求権を、破産手続の係属中、破産者に生じた請

³²⁾〔筆者注〕破産外取消法第13条 債務者の財産について破産手続が開始したとき、破産債権者によって行使される取消請求権は、破産管財人に属する。訴訟費用は、あらかじめ債権者に償還しなければならない。〔2項・3項略〕

④ 破産手続の終了後において、その行使〔権限〕が破産管財人に属していた取消権は、管財人に対し請求を妨げる抗弁が得られていない限りは、本法の規定に従い、個々の債権者が、これを訴求することができる。取消しが破産手続の開始時に行われていなかったときは、第3条第2号から第4号まで及び第3b条第2文に定める期間は、取消しが破産手続の終了後一年が経過するまでに行われる限りにおいて、この時点〔破産手続の開始時〕から計算される。

求権と同様に (vgl. JAEGER-WEBER, aaO § 82 Nr.11; MENZEL-KUHN, aaO § 82 Anm.4)、破産清算の対象として破産管財人に委ねるべき [と解する] とき」でも、本判決の結論——破産手続の後において、損害賠償請求権の行使権限は破産債権者にある——は変わらないことが明らかにされている。

【2】 BGH 1989年10月5日判決⁽³³⁾ [事実] Aの財産につき、破産手続が開始し、被告Yが破産管財人に選任された。Yは、破産債権者表に確定されていない社会計画請求権を支払ったため、財団不足が生じた。財団債権者と優先的破産債権者の地位を併有する X_1 と X_2 は、Yを被告に、破産者の財団口座に払い込む方法での損害賠償を訴求した。ラント裁判所は訴えを却下したので、 X_1 と X_2 が控訴した。また、特別破産管財人に選任された X_3 が、訴訟に参加した。 X_3 は、控訴裁判所の口頭弁論において X_1 と X_2 のこれまでの訴訟追行を承認する旨の意思を表示した。控訴裁判所は、Xらの申立てに従い、Yに対し、破産者の破産口座への支払を命じた。これに対し、Yが上告した。破産手続は、係属中である。

【理由】 「共同損害の賠償を目的とする請求権は、財団減少が全面的に作用するその財産につき権利を担う者だけが有し得る。破産者がこれに該当し得るのであり (Jaeger/Weber, § 82 KO Rdn 11,12; Hanisch, aaO, S.141 FuBn.155)、その権利は、破産手続において、破産法6条⁽³⁴⁾に従い、破産管財人が、これを行行使する。しかし、破産管財人による義務に反した財団減少が、破産者の損害賠償請求権を生じさせない事件も形成される。本件のように、破産管財人が、個々の優先的破産債権者に対し、破産配当に基づきその受けるべき [額] よりも多く、しかし優先的破産債権者の債権 [額] より多くを支払うことなしに弁済したことで、財団を減少させたとき、破産手続の

(33) NJW-RR 1990, 45.

(34) [筆者注] 破産法第6条 破産者は、手続の開始により、破産財団に属する財産を管理し、これを処分する権利を失う。

② 管理権及び処分権は、破産管財人が、これを行行使する。

終了後に破産者に対し主張され得る債務の総額は、[それがなかったとしても] 同じである。個々の債権者のもとでズレが生じているに過ぎない。これによっては、破産者は損害を受けない。それにもかかわらず、この場合においても、破産管財人は、破産法 82 条に従い、共同損害の賠償に責任を負い、かかる損害は、特別の破産管財人のみが主張できるとするのが、一般的な見解に相当する（vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 1973 aaO, 1199）。かかる損害賠償請求権は、破産管財人が管理する破産者の権利からは生じ得ないため、他の権利主体が害されているはずである。破産財団は権利主体ではない（BGHZ 88,331[335] = WM 1983,1357; vgl. *Kuhn/Uhlenbruck*, § 6 KO Rdn.17; *Jaeger/Henckel*, 9. Aufl., § 6 KO Rdn.167; *Kilger*, § 6 KO Rdn.2; differenzierend: *K.Schmidt*, KTS 1984,345[372ff]）。反対説（*Bötticher*, ZP 77,55[62ff]; *Erdmann*, KTS 1967,87; *Pagenstecher/Grimm*, Der Konkurs, 4. Aufl., § 12; *Stürner*, ZP 94,263[297]; differenzierend: *Hanisch*, aaO, S.85ff）に説得力はない。反対説は、破産法 6 条——破産者は所有権ではなく破産財団に関する処分権のみを失う——と調和せず、破産手続の開始によって新たな法人が成立することを受け入れるには、法律上の根拠が欠ける。破産管財人は、むしろ、破産者に有利または不利な効果をもって、債権者との関係で責任の客体として位置づけられる破産財団の担任者として、活動するのである。

破産開始と同時に、破産者の財産につき、全ての破産債権者のための換価権——破産法の諸規定に従い、専ら破産管財人が行使する——が発生する。この換価権——破産債権者の請求権の総額と同一視するには及ばない——は、破産に関与する全ての債権者——したがって財団を換価した後に結局は配当を得ない者も——の共同的権利である。かかる権利が有責な義務違反による財団減少によって侵害されるところ、これに基づき生じる損害賠償請求権は、[換価権に] 対応するかたちで、破産債権者の共同に属する [ものである]。その行使 [権限] は、破産法が専ら破産管財人に割り当てるために、

破産手続の係属中は、破産管財人のみが、損害賠償請求権を主張することができる。破産手続の終了と同時に、共同に帰属する損害賠償請求権が、〔破産に〕関与する債権者の個別損害に応じて、多くの個別請求権に分散することなどはない (vgl. *Hess/Kropshofer*, KO, 3.Aufl., § 82 Rdn. 22; *K.Schmidt*, KTS 1976,191[210])。むしろ、その個別損害の賠償を目的とする、債権者の請求権と共同損害の賠償を目的とする請求権は、区別された請求権である。それでも、その法的運命は、ここで詳細に調査することはないが、互いに結びつくのであろう。]

〔コメント〕 (a) 本件は、〔設例 2〕に相当する事件である。仮に過誤配当がなくても、残債務の額は同じであるから、破産者に損害賠償請求権は生じない。債権者の共同体 (だけ) が、共同損害に係る賠償請求権を有する。その理由として、本判決は、破産財団の法主体性を否定した上で、債権者全体の換価権への侵害をあげている。すなわち、破産開始と同時に、破産者の財産につき、全ての破産債権者のための換価権が発生し、かかる権利が侵害されることで、換価権に対応するかたちで、破産債権者の共同体に発生する、と。そして、破産財団を換価するための権限は、専ら破産管財人に割り当てられるために (破 6 条)、破産手続の係属中は、破産管財人のみが、かかる権限に由来する損害賠償請求権を主張することができる、と判示する⁽³⁵⁾。倒産法の適用下でも、多くの文献で、この説明が行われている⁽³⁶⁾。

(b) しかし、全ての (破産) 債権者の不利益になることは、全体損害の要件でないことを理由に、本判決の見解に反対する見解も存在する⁽³⁷⁾。また、

⁽³⁵⁾ なお、本件では、 X_3 の宣言の中に X_1 と X_2 への訴訟追行の授権を見出して、また、 X_1 と X_2 にとっての法的利益を認めることで、任意的訴訟担当が肯定されている。任意的訴訟担当の要件につき、vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwalt*, Zivilprozessrecht, 17.Aufl., 2010, § 46 RdNr.33ff.

⁽³⁶⁾ OLG Hamm, NZI 2001,373[375]; *Laws*, Die Haftung des Insolvenzverwalters nach Insolvenzordnung, 2011, S.62; *Stürner/Eidenmüller/Schoppmeyer* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 4.Aufl., 2019ff., § 60 RdNr.116 (*Schoppmeyer*).

⁽³⁷⁾ *Laukemann*, Gesamtschuldliche Haftung nach Verfahrensaufhebung, ZInsO 2006,

財団債権者が共同損害を受けたとき、「破産債権者」全体の換価権からは、十分な説明ができない⁽³⁸⁾。さらに、破産債権者の共同体は権利主体ではない、という批判も考えられる⁽³⁹⁾。

(c) なお、本判決において、個別損害と共同損害に係る各請求権の関係については、「区別された請求権である」が、「その法的運命は、〔略〕互いに結びつくのであろう」ことが示されている⁽⁴⁰⁾。

2.2 現在（倒産法の成立後）

2.2.1 倒産法 60 条の理解

破 82 条に相当するのが、倒 60 条⁽⁴¹⁾である。現行法の下でも、通説は、倒

S.415[416]. [設例 2] に相当する本件も、これに該当する。

(38) *Balz*, Anmerkung zu BGH NJW-RR 1990, 45, in: EWiR 1990, S.595[596].

(39) *Eckert*, Der Sonderinsolvenzverwalter, 2014, S.102

(40) 但し、消滅時効につき、後掲【3】BGH2004年4月22日判決（BGHZ 159,25）において、配当損害賠償請求権の消滅時効は、共同損害とは別に、その開始時期が決まる旨が明らかにされている。同判決は、配当損害について、個々の破産債権者が、手続の係属中に、破産管財人に対して、その賠償を主張する権能がないこと、に注目する。そのうえで、破産債権者につき、消滅時効期間は、原則的に、破産手続の終結又は廃止の決定に法的確定力が伴う以前には、開始しない、と判示する。全ての債権者が損害及び賠償義務者を認識したが、誰も特別管財人又は損害賠償義務者の解任、及び新たな管財人の設置を申し立てなかったとき、に例外を承認すべきかについては、「賠償義務のある管財人の利益——管財人に対して向けられた損害賠償請求権の消滅時効が、その必要を超えて長くならない——が、重視されるかもしれない」と述べつつ、【3】事件がかかる場面に相当しないことを理由に、意見の表明を控えている。共同損害に関しては、原則的に、特別破産管財人または賠償義務のある破産管財人に代わって新たに選任された破産管財人が、損害及び賠償義務者を認識した時点である、と確認する。「調査権限だけ」を持つ特別管財人が選任されたときも、同じである（BGH2014年7月17日判決〔NJW-RR 2014.1457〕）。なお、BGH2015年7月16日判決（NJW 2015.3299）は、破産者との関係で、共同損害賠償請求権の消滅時効が、原則的に、破産手続の終結または廃止の決定に法的確定力が伴う以前には、開始しないことを、判示した。

(41) 倒産法第 60 条（倒産管財人の責任） 倒産管財人は、本法によりその者に課されている義務に故意又は過失により違反したときは、全ての関係人に対して、損害を賠償する義務を負う。倒産管財人は、通常かつ善良な倒産管財人の注意義務を負わなければならない。

② 倒産管財人は、管財人として行うべきその義務の履行のために他人を用いると

産管財人の責任の基礎を、法定の債務関係に置いている⁽⁴²⁾。シュミットは、内部責任と外部責任とで、実体法的にも違いを見出していた⁽⁴³⁾が、新法においては、消滅時効や履行補助者の責任につき、一元化された（倒62条⁽⁴⁴⁾、60条2項）。シュミットの説はとられていない、と評価することができる⁽⁴⁵⁾。

2.2.2 「法の欠缺」の解消（倒産法92条の新設）

(a) 破産財団が減少した場合において、破産債権者の側に（も）損害賠償請求権が生じることを前提にしたとき、破産法の時代には、その処理に関する条文が存在しなかった（類似規定は、他の法領域の中に存在した〔商171条2項⁽⁴⁶⁾、等〕）。この状況は、後に「法の欠缺」とも表現されている⁽⁴⁷⁾。同条は、確立している判例——破産財団の減少で（債権者に）生じた損害賠償請求権の主張権能は、倒産手続において、債権者から破産管財人に

き、この者の有責につき、民法典第278条に従い、責任を負わなければならない。〔3項略〕

(42) *Jaeger*, Insolvenzordnung Großkommentar, 2007ff., § 60 RdNr.13 (*Gerhardt*); *Jauernig/Berger*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 23.Aufl., 2010, S.173. vgl. such *Kreft* (Hrsg.), Insolvenzordnung (Heidelberger Kommentar), 7.Aufl., 2014, § 60 RdNr.1 (*Lohmann*); *Müko/Schoppmeyer*, a.a.O. (Anm.36), § 60 RdNr.8.

(43) vgl. *Brinkmann*, a.a.O. (Anm.13), S.22.

(44) 倒産法第62条（消滅時効） 倒産管財人の義務違反に基づき生じた損害の賠償に向けられた請求権の消滅時効は、民法典の通常の消滅時効に関する定めに従う。当該請求権は、遅くとも、倒産手続の終結した時又はその廃止が確定した時から三年で、消滅時効にかかる。追加配当（第203条）又は計画実施の監督（第260条）の中で行われた義務違反に対しては、第2文は、倒産手続の終結を、追加配当の実施又は監督の終了と読み替えて、これを適用する。

(45) *MüKo-InsO/Schoppmeyer*, a.a.O. (Anm.36), § 60 RdNr.7. vgl. auch *HK-InsO/Lohmann*, a.a.O. (Anm.42), § 60 RdNr.7.

(46) 商法典第171条（有限責任社員の責任） 有限責任社員は、会社債権者に対して、自らの出資の額まで直接に責任を負う。出資が履行されている限りにおいて、当該責任から免れる。

② 会社財産について倒産手続が開始したとき、当該手続が係属している間、第1項に基づき会社債権者に属する権利は、倒産管財人又は監督人が行使する。

(47) *Brinkmann*, a.a.O. (Anm.13), S.7.

移行する——を確認したものと評され⁴⁸⁾、次のとおり定める。「倒産債権者⁴⁹⁾が倒産財団に属する財産の減少（Verminderung）⁵⁰⁾により倒産手続の前又は後に共同に⁵¹⁾被った損害（全体損害）⁵²⁾の賠償を求めるこの債権者の請求権は、倒産手続の係属中において、倒産管財人のみがこれを主張することができる。請求権が管財人に向けられているときは、新たに任命された倒産管財人のみがこれを主張することができる」、と⁵³⁾。「倒産手続の前又は後」の損害とあるが、本稿の関心（倒産管財人の責任）は、「後」の方にある。その典型として紹介されるのが、倒産管財人の責任である⁵⁴⁾。すなわち、倒産債権者に損害賠償請求権が生じることが、前提にされている。

(b) 倒 92 条の趣旨は、三つに分けて説明される。先ず、債権者平等原則にある⁵⁵⁾。第三者に対する損害賠償請求権を、各債権者が個別に行使する

48) MüKo-InsO/*Gehlein*, a.a.O. (Anm. 36), § 92 RdNr.3.

49) [筆者注] 法文上は「倒産債権者」であるが、支配的な見解によれば、財団不足が届け出られた（倒 208 条 1 項）後は、財団債権者にも類推適用される（*Brinkmann*, a.a.O. (Anm.13), S.73 ff.; MüKo-InsO/*Gehlein*, a.a.O. (Anm.36), § 92 RdNr.8. vgl. auch BGH NZI 2004,435[436f.]）。

50) [筆者注] 積極財産の減少（Verringerung）と消極財産の増加の二つの場合がある（*Jaeger/Müller*, a.a.O. (Anm.42), § 92 RdNr.4; MüKo-InsO/*Gehlein*, a.a.O. (Anm.36), § 92 RdNr.11）。

51) [筆者注] 全ての倒産債権者の不利益になることは、全体損害の要件でない（*Jaeger/Müller*, a.a.O. (Anm.42), § 92 RdNr.5; MüKo-InsO/*Gehlein*, a.a.O. (Anm.36), § 92 RdNr.11）。典型例として、倒産申立義務（倒 15a 条）への違反の場合を参照せよ。vgl. *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 10.Aufl., 2021, RdNr.237.

52) [筆者注] 法文上は「全体損害」であるが、配当損害も含まれる（BGHZ 159, 25; HK-InsO/*Lohmann*, a.a.O. (Anm.42), § 60 RdNr.7; *Bork*, a.a.O. (Anm.51), RdNr.236 Anm.13）。

53) 倒 92 条（および 93 条）に関する邦語文献として、ラインハート・ボーク（森勇 [監]、小田司 [訳]）「倒産手続における共同損害の清算」独法 58 号（2002 年）71 頁。原典は、*Reinhard Bork*, Gesamt (Schadens) liquidation im Insolvenzverfahren, in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e. V., Köln (Hrsg.), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2.Aufl., 2000, S.1333. 倒 92 条（・93 条）の詳細につき、同論文を参照されたい。

54) *Jaeger/Müller*, a.a.O. (Anm.42), § 92 RdNr. 8; MüKo-InsO/*Gehlein*, a.a.O. (Anm.36), § 92 RdNr.5.

55) *Jaeger/Müller*, a.a.O. (Anm.42), § 92 RdNr. 3; MüKo-InsO/*Gehlein*, a.a.O. (Anm.36),

ことになれば、早い者勝ちの結果につながる。これを防ぎ、平等な配当を実現することが要請される。

また、権利行使の実効性を確保することも、その目的の一つである⁵⁶⁾。債権者が、債権回収のための費用と回収額を考慮して、その権利を行使しない、という事態も想定されるから、である。

さらに、債権者の各人がそれぞれに訴訟を提起するよりも、倒産管財人が、一つの訴訟で処理する方が、経済的である。つまり、訴訟経済という観点が現れる⁵⁷⁾。

(c) こうした目的のために、倒 92 条は、倒産手続の係属中において、二つの効果を発生させる（倒産手続が終了したとき、二つの効果は失われる）。その一つが、「遮断効 (Sperrwirkung)」である⁵⁸⁾。すなわち、倒産債権者の各人は、損害の賠償に係る権利につき、取り立て、訴訟を進行することが禁止される⁵⁹⁾。しかし、権利主体としての地位は失われない。通説によれば、処分権も残されるため、譲渡をし、また猶予・免除をすることができる⁶⁰⁾。遮断効は、倒産手続に参加していない倒産債権者にも作用する⁶¹⁾。

全体損害に係る賠償請求権は、後任の倒産管財人または特別倒産管財人によってのみ、主張される。〔設例 1〕では、破産者にも損害賠償請求権が生じ、かかる権利が倒産財団に属しているところ⁶²⁾、破産管財人は、選択的に主張 § 92 RdNr.1.

56) Jaeger/Müller, a.a.O. (Anm.42), § 92 RdNr.3; Müko/Gehlein, a.a.O. (Anm.36), § 92 RdNr.1.

57) Jaeger/Müller, a.a.O. (Anm.42), § 92 RdNr.3.

58) ボーク (森 [監]、小田 [訳])・前掲注 (53) 77 頁は、「Sperrwirkung」に「阻止効」という訳を当てている。

59) Jaeger/Müller, a.a.O. (Anm.42), § 92 RdNr.25; MüKo-InsO/Gehlein, a.a.O. (Anm.36), § 92 RdNr.14.

60) Jaeger/Müller, a.a.O. (Anm.42), § 92 RdNr.27; MüKo-InsO/Gehlein, a.a.O. (Anm.36), § 92 RdNr.14.

61) Jaeger/Müller, a.a.O. (Anm.42), § 92 RdNr.26; MüKo-InsO/Gehlein, a.a.O. (Anm.36), § 92 RdNr.14

62) 新得財産——倒産財団に含まれる (膨張主義) (倒 35 条) ——には位置づけられない (Jaeger/Henckel, a.a.O. (Anm.42), § 35 RdNr.105)。

することができる⁶³⁾。倒産管財人は、倒産財団の管理処分権を有する（倒80条1項⁶⁴⁾）に過ぎない——倒産債権者の第三者に対する権利については、有しない——ため⁶⁵⁾、倒産債権者の請求権を行使するための権限（取立・訴訟追行権⁶⁶⁾）が、倒産手続に参加している倒産債権者から、授けられる（通説）⁶⁷⁾。これがもう一つの効果である⁶⁸⁾。「授權効（Ermächtigungswirkung）」と呼ばれ、倒80条1項が定める原則——倒産財団の管理処分権を有する——が拡張される⁶⁹⁾。なお、倒産管財人が、その権限を倒産債権者に授けることもできる⁷⁰⁾。

(d) 以下では、倒92条の理解につき、モーリツ・ブリンクマン [2001]

⁶³⁾ Uhlenbruck, *Insolvenzordnung Kommentar*, 14.Aufl., 2015, § 92 RdNr.7 (*Hirte*).

⁶⁴⁾ 倒産法第80条（管理権及び処分権の移転）倒産手続の開始により、倒産財団に属する財産を管理し、これを処分する債務者の権利は、倒産管財人に移転する。〔2項略〕

⁶⁵⁾ 政府草案（Regierungsentwurf）の立法理由書の中では、「〔全体損害の賠償に係る〕請求権が倒産財団に属する」、と説明されていた（vgl. BT-Drs.12/2443, S.139（abgedruckt in: *Balz/Landfermann*, *Die neue Insolvenzgesetze*, 2.Aufl., 1999, S.308））。そうであるなら、倒92条を置く必要はないため、批判的になっている（*Brinkmann*, a.a.O.（Anm.13）, S.49; *MüKo-InsO/Gehlein*, a.a.O.（Anm.36）, § 92 RdNr.14）。これに対して、倒92条は必要ないと主張する文献も見られる（*Smid*, *Die Haftung des Insolvenzverwalters in der Insolvenzordnung*, in: *Kölner Schrift*, a.a.O.（Anm.53）, S.477; vgl. auch *ders*, *Geltendmachung des „Gesamtschadens“ durch den Insolvenzverwalter*, *DZWir* 1998, S.342[342]）。

⁶⁶⁾ 訴訟においては、法定訴訟担当者として活動する（*Brinkmann*, a.a.O.（Anm.13）, S.80f.; *Bork*, a.a.O.（Anm.51）, RdNr.235. zu § 93 BGH BeckRS 2006.15193 RdNr.9; BGH NJW-RR 2012.1391[1392]）。なお、倒産債権者は、全体損害につき、倒産管財人から訴訟追行権を得る——任意的訴訟担当者になる——こともできる（*MüKo-InsO/Gehlein*, a.a.O.（Anm.36）, § 92 RdNr.16. vgl. auch *Jaeger/Müller*, a.a.O.（Anm.42）, § 92 RdNr.32）。

⁶⁷⁾ *Jaeger/Müller*, a.a.O.（Anm.36）, § 92 RdNr.30; *MüKo-InsO/Gehlein*, a.a.O.（Anm.42）, § 92 RdNr.15.

⁶⁸⁾ 遮断効は授權効の反射ではない（*Brinkmann*, a.a.O.（Anm.13）, S.46）。取立権限を倒産管財人「だけ」に認めることで初めて、導かれる（S.48）。

⁶⁹⁾ *Bork*, a.a.O.（Anm.52）, RdNr.235.

⁷⁰⁾ *Jaeger/Müller*, a.a.O.（Anm.43）, § 92 RdNr.32. この場合において、個々の債権者は、訴訟において、任意的訴訟担当者になる（*MüKo-InsO/Gehlein*, a.a.O.（Anm.36）, § 92 RdNr.16. vgl. auch *NJW-RR* 1990.45; *Jaeger/Müller*, a.a.O.（Anm.42）, § 92 RdNr.32）。

の説明を紹介したい⁽⁷¹⁾。同氏は、責任法的思考を前提に、次のとおり述べる。通常は、責任法上の主体と財産法上の主体は一致するが⁽⁷²⁾、分かれる場面もあり——例えば、譲渡担保を想起されたい——、その一つが倒 92 条にいう請求権である。すなわち、同請求権は、財産法上は債権者に属するが、責任法的には、債権者のための責任財産であるから、債務者のものである⁽⁷³⁾。ところが、倒産管財人が倒産財団を管理処分する権限に視線を移すと、その範囲は、二重の方法で画されている⁽⁷⁴⁾。第一に、倒産財団の範囲（倒 35 条⁽⁷⁵⁾）は責任法の視点で定まるため、その限りでは管理処分権の範囲も責任法的に決まる。第二に、その権限は、「債務者」の管理処分権に依存する（倒 80 条 1 項参照）。つまり、財産法的な制限がかけられている⁽⁷⁶⁾。こうして、倒産財団に関する管理処分権の範囲が確定されるが、倒 92 条は、倒産管財人の

(71) *Brinkmann*, a.a.O. (Anm.13), S.39ff.

(72) 責任法 (Haftungsrecht) とは、「ある財産が誰の債務の責任となっているのか」を考える際に使われる言葉であり、「財産価値の処分権が誰にあるのか」を扱う財産法 (Vermögensrecht) とは区別される (vgl. *Brinkmann*, a.a.O. (Anm.13), S.41)。

(73) *Brinkmann*, a.a.O. (Anm.13), S.42.

(74) *Brinkmann*, a.a.O. (Anm.13), S.39f.

(75) 倒産法第 35 条 (倒産財団の概念) 倒産手続は、手続開始時に債務者に属し、かつ債務者が手続中に取得する全財産を対象とする (倒産財団)。

(76) その理由につき、ブリックマン [2001] は、不相当でかつ意図しない財産法上の影響 (inadäquate und nicht intendierte vermögensrechtliche Auswirkungen) が生じる、と言う。譲渡担保を例にして、次のとおり説明する (なお、ドイツでは、不動産譲渡担保は存在しない [田高寛貴「非典型担保法の再考」私法 60 号 (1998 年) 209-210 頁参照])。譲渡担保の目的物につき、財産法上は譲渡担保権者に所有権が存在する (債務者に処分権はない)。責任法的には債務者のものである。民 932 条は、善意の第三者に限り、無権利者から所有権を得ることができる旨を定めているが、仮に倒産管財人の管理処分権が担保目的物に及ぶのであれば、悪意の譲受人も倒産管財人から有効に所有権を得ることになる、と (vgl. *Brinkmann*, a.a.O. (Anm.13), S.40)。しかし、倒 166 条が見落とされている。倒産管財人は、別除権の存する動産を占有するときは、当該の動産を自らで換価することができる (同 1 項)。したがって、先の例は不適切と考えられる。それでも、本文の説明は、正当である。なお、ブリックマンは、「ウーレンブルック 倒産法コンメンタール」で倒 166 条の注釈を担当した際に、こう解説する。すなわち、譲渡担保の目的物につき処分権を債務者から得ていない倒産管財人も、倒 166 条に基づき、法定の処分権が付与される、と (*Uhlenbruck/Brinkmann*, a.a.O. (Anm.63), § 166 RdNr.21)。

権限につき、債務者という基準を超えて構成している⁽⁷⁷⁾、と。同氏は、倒産92条を同80条と平行に位置づけた上で⁽⁷⁸⁾、通説に反対する。すなわち、処分権も倒産管財人に移転すると主張する⁽⁷⁹⁾。遮断効は、処分権の喪失から導かれる⁽⁸¹⁾。この主張は、全体損害賠償請求権が責任法的には債務者の財産に属しているにもかかわらず、債権者が処分するのを問題視したことに由来する⁽⁸¹⁾。

2.2.3 補足説明（特別倒産管財人）

倒産法の政府草案77条においては、「特別倒産管財人」という見出しの条文が存在した。その中身は、次のとおりである。「(1) 特別倒産管財人は、倒産管財人が法律上又は事実上の理由からその職務を引き受けることができない限りにおいて、これを選任する。特別倒産管財人は、一定の債権者グループの満足のために特別財産を形成しなければならないとき、これを選任することができる。(2) 特別倒産管財人は、その選任された範囲において、倒産管財人の法的地位を有する。〔政府草案〕65条から76条までの規定は、これを準用する」と⁽⁸²⁾。

しかし、法務委員会は、これを削除した。その報告書の中では、想定されたケースにおいて、明文規定がなくても、特別倒産管財人を選任することができること、破産法下の実務であったこと、が指摘されている⁽⁸³⁾。このように、特別倒産管財人の制度は、倒産法に定められてはいないが、慣習法として存在している⁽⁸⁴⁾。

(77) *Brinkmann*, a.a.O. (Anm.13), S.40.

(78) *Brinkmann*, a.a.O. (Anm.13), S.53ff.

(79) *Brinkmann*, a.a.O. (Anm.13), S.64.

(80) *Brinkmann*, a.a.O. (Anm.13), S.69.

(81) *Brinkmann*, a.a.O. (Anm.13), S.48.

(82) BT-Drs.12/2443, S.20.

(83) BT-Drs.12/7302, S.162 (abgedruckt in: *Balz/Landfermann*, a.a.O. (Anm.65), S.268 Anm.2).

(84) *Bork/Hölzle* (Hrsg.), *Handbuch Insolvenzrecht*, 2.Aufl., 2019, Kap.6 RdNr.70

2.2.4 判例

以下では、倒産法の成立後に公表された判例を紹介する。但し、いずれも破産法が適用された事件である。

【3】 BGH 2004年4月22日判決⁸⁵⁾ [事実] 原告(破産債権者) Xは、次の確認を裁判所に要求した。すなわち、被告(破産管財人) Yは、破産否認を怠ったため、Xに対し、損害賠償の給付をする義務を負う、と。破産手続は未だ終了していない。訴えは、前審において棄却された。これに対し、Xは上告を提起した。

[理由] 「破産管財人の権限——配当損害を統一的に主張する——は、この配当損害の一つを個々の破産債権者が確認の訴えの方法で主張したときも、影響を受ける (a.A. *Oepen*, ZIP 2000,526[532f.])。個々の債権者がその配当損害に基づく賠償義務を訴訟で確定させる権限を有する、と仮定したとき、それにもかかわらず、同じように配当損害が生じた他の破産債権者のために、全体損害を主張すべき管財人を選任しなければならない。そうなれば、相違した裁判のおそれが生じることになる。[すなわち、] 個々の配当損害に基づく賠償義務が確定するかもしれないのに、破産管財人の共同損害賠償請求は棄却される [おそれがある]。また、逆も然り、である。」

[コメント] (a) 倒産手続中の確認訴訟を遮断することは、債権者平等の原則・倒産財団の拡充という目的を超えるものであるが、訴訟経済の要請から正当化される、と主張する学説——クラウス・オエペン [2000] ——が存在した (なお、倒産管財人への支払を要求する給付訴訟も、同じ結論である)⁸⁶⁾。これに対し、本判決は、別の理由に依拠して、破産債権者の確認訴

(*Zimmer*).

⁸⁵⁾ BGHZ 159,25.

⁸⁶⁾ *Oepen*, Verstoßen die Klagesperren der §§ 92,93 InsO gegen die Rechtsweggarantie der Europäischen Menschenrechtskonvention ?, ZIP 2000,

訟を拒絶している点に、特徴がある。すなわち、仮に破産債権者の確認訴訟を是認するならば、一方で同権利に係る請求が認容され、他方で破産管財人が行使すべき共同損害賠償請求は棄却されることがあり得る（当然、逆の事態も起こり得る）、と。

(b) ところで、本判決は、債権者の「確認訴訟」（における主張）を否定したもののだが、公式判例集（Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen/BGHZ）の要旨には、より一般的に、「共同損害の一部である配当減少損害は、破産手続の終結前には、倒産管財人だけが、これを主張できる」と記されている（逆に言えば、破産債権者は主張できない）⁸⁷⁾。確認訴訟でさえ否定されるのだから、それ以外の方法で主張することもダメなのだと思う。もっとも、確認訴訟とそれ以外とでは、否定の根拠に違いが出てくる。とにかく、下破産法の適用下において未解決であった問題——破産手続中に破産債権者は配当損害を主張できるか——は、解消されたと理解してよい⁸⁸⁾。

【4】 BGH 2009年5月14日決定⁸⁹⁾ [事実] 信託株式会社 A の増資が行われ、破産者の主要取引銀行（N 銀行株式会社）は、株式法 37 条⁹⁰⁾との

S.526[532f]. オエベンは、立法理由から、倒産財団の拡充も倒 92 条の目的だと理解する。

⁸⁷⁾ 田中英夫＝野田良之＝村上淳一＝藤田勇＝浅井敦『外国法の調べ方』（東京大学出版会、1974年）207頁〔村上〕は、「判決の表題として付されている判決要旨（Leitsätze）は、往々にして不正確であ〔る〕」と指摘する。

⁸⁸⁾ 本判決は、倒 92 条と破産法下の状況とを調和させたものと理解されている（Huber, Anmerkung zu BGHZ 159,25, in: NZI 2004,497）。

⁸⁹⁾ NZI 2009,771.

⁹⁰⁾ 株式法第 37 条（登記申請書の内容） 登記申請書には、第 36 条第 2 項及び第 36a 条の要件に該当していることを表明しなければならない；この場合には、株式の発行価額及びこれに対して払い込まれた金額を記載しなければならない。払込みがなされた金額については、取締役会が終局的に自由に処分できることを証明しなければならない。その金額が、第 54 条第 3 項の規定によって、口座に貸方振込によって払い込まれた場合には、この証明は、その口座を管理する機関の書面による証明によって行わなければならない。この機関は、その証明が正確であることについて、会社に対して責任を負う。払込みがなされた金額から租税及び手数料が支払われた場合には、その

関係で、払込みを証明した。しかし、実際は払い込まれていなかった。

Aの財産については、破産手続が開始した。破産管財人は、Yである。Yは、株式法37条1項4文による証明の不当に基づきN銀行株式会社に対し破産者が有する損害賠償請求権——そうこうするうちに消滅時効にかかった——を訴求しなかった。

破産手続の終結後において、Aは、Yを相手に、Nに対する賠償債権の取立未了を理由に、支払命令(Mahnbescheid)を得た。支払命令上の債権を、破産者Aは原告Xへと譲渡し、続けて原告Xは、その旨を督促裁判所に報告した。本件訴訟は、原告の申立てに基づき、受訴裁判所に提起された[ものである]。

上級ラント裁判所は、請求を棄却した⁽⁹¹⁾。これに対して、Xが上告した。

[理由] 「3. 連邦通常裁判所によってくり返し強調された(BGHZ 159, 25 [27] = NJW-RR 2004, 1425 = NZI 2004,496; BGH, NJW-RR 1990, 45 = WM 1989,1781 [1784])、両請求権〔共同損害と個別損害に係る各賠償請求権〕を適切に結びつける必要性が、次の結論を導く。すなわち、破産手続の終了後は、破産債権者の個別の請求権が主張され得る(vgl. Brandes, in: MünchKomm-InsO, 2.Aufl., § § 60,61 RdNr.117; Lüke, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 60 RdNr.30)。但し、追加配当の枠内において、特別管財人が、共同損害の実現のために選任されることがなかった場合に限られる(vgl. Brandes, in: MünchKomm-InsO, 2.Aufl., § § 60,61 RdNr.116)。破産債権者がお完全に満足を受けていない限り、破産者は、手続終了後はどのみち、共同損害賠償請求権を主張するための訴訟追行権限を欠いている。

a) [すでに]説明した判例法理からは、共同損害賠償請求権及び個別損害賠償請求権を訴訟上の理由で同時に主張し得ないこと、が導かれる。

破産手続の係属中、共同損害は、特別管財人又は新たに選任された管財人

金額の種類及び額を示してこれを証明しなければならない。[2項以下略]

(91) vgl. ZIP 2008,1880 = BeckRS 2008,11647.

によって、義務に反した行為をした破産管財人を相手に、これを実現することができる。破産手続の終了後に初めて、破産債権者は、その個別損害を、破産管財人に対し、訴えをもって、取り立てる権利を持つ。破産債権者がその個別損害を手続終了後にのみ訴求し得るとき、そのことから、反対解釈で（im Umkehrschluss）⁹²⁾、請求権の担い手たる破産者（NJW-RR 1990,45 = WM 1989,1781[1783] 参照）は共同損害を主張し得ないこと、が明らかとなる。共同損害と個別損害は〔それぞれ〕独立した請求権を形成し（vgl. BGHZ 159,25[26]; NJW-RR 1990,45 = WM 1989,1781[1784]）、それ故に連帯債権者関係（民法典 428 条⁹³⁾）は問題にならないから〔こそ〕、こうした処理から、唯一適切な結論——責任を負う破産管財人が、共同損害に基づく請求権及び個別損害に基づく請求権にさらされるが、同時に両請求権にさらされることはない——が導かれる。相違した裁判を避けるためには前もって、個別損害〔賠償〕請求権と共同損害〔賠償〕請求権が同時に裁判所による裁判にかからないようにせねばならない（BGHZ 159,25 [28] = NJW-RR 2004,1425 = NZI 2004,496）。

b) また、破産者は、手続終了後に、共同損害を清算する権能を持たない。なぜなら、義務に反した行為をした破産管財人に課せられた賠償義務の保護目的は、破産手続において完全には満足を受けていない破産債権者の利益に向けられ、その結果、破産者には、その財産領域に組み入れられた損害の取立権能が欠けるから、である。

aa) 破産管財人の義務違反によって、破産者も、破産債権者も損害を受ける。破産財団が減少する結果、各債権者の配当は縮減する（BGHZ 159,25 [26] = NJW-RR 2004,1425 = NZI 2004,496）。それに関連して、配当減少損害は共

92) [筆者注] 団藤重光『法学の基礎〔第2版〕』（有斐閣、2007年）347頁参照。

93) [筆者注] 民法典第428条（連帯債権者） 数人が一個の給付を請求すべき権利を有する場合において、各人は全部の給付を請求することができるが、債務者はただ一回のみの給付をすべき義務を負うときは（連帯債権者）、債務者は任意に各債権者に対して給付をすることができる。債権者の一人がすでに給付につき訴えを提起したときも、同様とする。

同損害——配当減少損害の総額から構成される——の一部である (BGHZ 159,25[27] = NJW-RR 2004,1425 = NZI 2004,496)。〔略〕破産管財人の義務違反によって破産債権者及び債務者が財産的不利益を受けたとき、責任を負う破産管財人に義務付けられた損害賠償給付は、破産者の財産に残るのではなく、破産債権者の平等な満足のために利用されねばならない (BGHZ 159,25[26] = NJW-RR 2004,1425 = NZI 2004,496)。それと共に、破産法 82 条に基づく賠償請求権が財団の構成部分であること、が判明する (vgl. *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 11.Aufl., § 82 RdNr.5; *Brandes*, in: *MünchKomm-InsO*, 2.Aufl., § § 60,61 RdNr.116)。破産債権者への、請求権の財産法的な割当ては、手続終了後も、その作用が続く。なぜなら、〔破産債権者の〕賠償請求権は、手続の係属中に破産管財人によって行われた義務違反に基づく〔ものだ〕からである (*Laukemann*, *ZInsO* 2006,415[417])。以上のことは、破産者が手続終了後に賠償請求権を訴訟で取り立てると共に、自由に処分し得る財産を手中に得ること、を妨げる (*Laukemann*, *ZInsO* 2006,415; *Häsemeyer*, RdNr.12.07 *FuBn*.20)。

bb) 破産者の財産は、手続終了後も、その破産債権者の利益のための換価に服するから (破産法 164 条 1 項、同様に倒産法 201 条 1 項⁹⁴)、破産債権者の共同が、被害者と看做される (vgl. NJW-RR 1990,45 = WM 1989,1781[1784])。破産者は、複数の権利者に共同で生じた損害たる共同損害を主張しようとするとき、そのために特別な法的権限が必要である (NJW-RR 1990,45 = WM 1989,1781[1783])。〔これに〕相当する法的根拠を欠いたら、手続終了後に提起された、共同損害の賠償を求める破産者の訴えは、不適法と看做される。破産者の取立権限につき厳密に言えば、非常に稀有な例外事例においてのみ、事情が変わってくる。すなわち、手続終了後、債権者が破産者に対するさらなる請求権を持たないことが確定している場合である

94) 〔筆者注〕倒産法第 201 条 (手続終結後の倒産債権者の権利) 倒産債権者は、倒産手続の終結後にその残余債権を債務者に対して無制限に行使することができる。〔2 項略〕

(vgl. RGZ 78,186[189])。

cc) 共同損害は、破産手続の終了後、追加配当（破産法 166 条 2 項、同様に倒産法 203 条 1 項 3 号⁹⁵⁾）の枠内に限って、追及することができる。従前の管財人に対し向けられた賠償請求権を基礎に追加配当を実施するためには、新たな管財人を選任しなければならない。かかる追加配当によって、[共同損害賠償請求権の] 管理が、倒産法上の原則の下に置かれる。これは、破産管財人が共同損害請求権 [に係る賠償金] を取り立て、損害額を破産債権者に配当すること、を意味する (*Karsten Schmidt*, KTS 1976,191[208]; *Brandes*, in: MünchKomm-InsO, 2.Aufl., § § 60,61 RdNr.116; *Lohmann*, in: Heidelberger Komm. z. InsO, 5.Aufl., § 60 RdNr.51; *Jaeger/Gerhardt*, § 60 RdNr.135)。追加配当が命じられた際には、破産債権者は、自らに生じた個別損害を破産管財人に対し主張する権利を失う (*Brandes*, in: MünchKomm-InsO, 2.Aufl., § § 60,61 RdNr.116)。共同損害請求権 [に係る賠償金] の取立てに関心を持つ破産者の利益は、追加配当を提案する可能性 [を与えること] によって、考慮される。控訴裁判所が認めたように、破産管財人に対する破産者の請求権は、破産債権者の残債権に係る請求権からの免除を目指すため [だけ] に承認される (同様に *Laukemann*, ZInsO 2006,415[417])、という考えが浮かぶ。[しかし、] 現在のところは、不確かかもしれない。なぜなら、かかる請求権は、訴えの目的を形成していないからである。]

[コメント] (a) 破産手続の終了後において、破産者は共同損害の賠償を請求することができない (手続の終了後に債権者が破産者に対し残債権を持たない非常に稀有な場合は、この限りではない)、と判示した点に、本判

⁹⁵⁾ [筆者注] 倒産法第 203 条 (追加配当の命令) 倒産裁判所は、最後期日の後に次の各号に掲げる事情が生じたときは、倒産管財人又は倒産債権者の申立てに基づいて、又は職権により、追加配当を命ずる。

- 1 留保された額が配当に充てられるとき。
- 2 倒産財団から支払われた額が元に戻されるとき。
- 3 倒産財団の目的物が明らかにされたとき。

② 手続の終結は、追加配当の命令を妨げない。[3 項略]

決の意義がある。これには、次の前提が存在する。すなわち、①破産手続の終了後は、破産債権者の各自が配当損害賠償請求権を行使することができる（但し、追加配当の枠内において、特別管財人が、共同損害の実現のために選任されることがなかった場合に限られる）。②共同損害と個別損害に係る各請求権のそれぞれが独立し、連帯関係（民法典 428 条）ではない⁹⁶⁾、という理解である。

(b) (aa) 本決定は、債務者の請求権につき、金銭の支払が目的であることを前提にする。これに対して、本件の控訴審は、破産者の請求権につき、次の内容を与えていた。すなわち、破産管財人に対して、「実際に残った債務額－本来残るべき債務額」の部分につき、破産債権者から免除されるべき旨を、請求するものである、と⁹⁷⁾。すでに、ビョエルン・ラウケマン [2006] が提唱していた説に相当する。

(bb) ラウケマン [2006] は、次のとおりである⁹⁸⁾。倒産管財人が倒産財団を違法・有責に減少させた場合において、債務者は、①配当剰余金が出る時、②本来よりも多くの債務にさらされるときに、原状回復として損害の賠償を請求する権利を有する（民 249 条 1 項⁹⁹⁾）⁽¹⁰⁰⁾。②のときに、その内容は、賠償金の支払ではなく、各債権者の債務からの免除の請求である（Schuldbefreiungsanspruch）。金銭の支払を求める権利は、法律上の責任秩

⁹⁶⁾ 仮に連帯債権であるならば、破産債権者が、自らの損失分を超えて、共同損害の賠償を請求できることになる。これは、配当損害のみを主張し得る、という解釈（【3】判決を参照）と矛盾する。vgl. OLG Hamm Urteil vom 15. 4. 2008（【4】決定の原審）、BeckRS 2008,11647 RdNr.67.

⁹⁷⁾ OLG Hamm Urteil, a.a.O. (Anm.97), RdNr.78.

⁹⁸⁾ *Laukemann*, a.a.O. (Anm.37), S.415[417].

⁹⁹⁾ 民法典第 249 条（損害賠償の方法と範囲） 損害賠償の義務を負う者は、賠償を義務づける事情がなかったならば存したであろう状態を回復しなければならない。

人への侵害又は物の毀損に基づいて損害賠償が行われなければならないとき、債権者は、原状回復に代えて、そのために必要な金額を請求することができる。物の毀損の場合において、第 1 文により必要な金額は、販売税が事実上発生するときはその限りで、販売税を含む。

⁽¹⁰⁰⁾ ドイツの原状回復主義とその例外（金銭賠償）につき、奥田昌道 [編]『新版注釈民法 (10) II』(有斐閣、2011 年) 518 頁〔窪田充見〕等参照。

序および債権者平等の原則に基づき、倒産債権者だけに発生する。

倒産手続の終結後において、倒産債権者は、免除請求権の全部ではなく、その一部だけを差し押さえることができる。なぜなら、民訴法 851 条は、「譲渡可能な部分だけを差し押さえることができる」と定めているところ、本来の債権者とは異なる者への給付が、本来の債務に係る内容の変更なしに行うことができないときは、その債務を譲渡することができない（民 399 条前半）からである。すなわち、当該の債権者に関する債務免除請求権だけが、差押えの対象になり得る。そして、移付命令により、金銭債権に転化する。

(cc) しかし、控訴審・ラウケマン [2006]⁽¹⁰⁰⁾に対しては、債務免除請求権と解しても、破産債権者の損害賠償請求権との関係で、矛盾する判決が出るおそれがあること、破産管財人への二重の主張は、民 250 条⁽¹⁰¹⁾の下で起こり得ること、等を理由に、反対する見解も公表されている⁽¹⁰²⁾。

2.3 小括

(a) 〔設例 2〕では、〔設例 1〕とは異なり、破産者に損害賠償請求権は生じない（破産債権者の側にだけ）ことが、【2】判決で明らかにされた。〔設例 1〕も含め、破産債権者の全体には、財産上の不利益が発生する。破産債権者の各人から見れば、その得られる配当額が減少することになる。かつては、おそらく〔設例 1〕を想定した上で、破産債権者に損害賠償請求権は発

(100) これに従う見解として、*Gundlach/Frenzel*, Anmerkung zu BGH NZI 2009,771, in: NZI 2009,772.

(102) 民法典第 250 条（〔原状回復のための〕期間の指定）債権者は賠償義務者に対して原状回復のために相当の期間を指定し、その期間の経過後は原状回復を拒絶する旨を表示することができる。適時に原状回復が行われなときは、債権者は、その期間の経過後において、金銭賠償を請求することができる；この場合においては、原状回復の請求をすることができない。

(103) *Bollwerk*, Freistellungsanspruch eines Schuldners nach Verfahrensaufhebung, ZinsO 2013, S.2088[2089ff.]. その他に、損害が物損であるときは、金銭賠償が可能であるため（民 249 条 2 項）、汎用性に欠ける。これも、否定すべき理由となると考えられる。

生しない、と解する学説——破産手続中に限定するのはヴェーバー [1958]、限定しないのはシュミット [1976] ——も存在したが、かかる解釈は、現在ではとられていない。同請求権を前提にした説明が行われている。

破産法の時代において、破産債権者が倒産手続中に配当損害を主張できるか、につき判例の立場が表明されるには至らなかった。【2】判決は、「破産債権者の全体には共同損害賠償請求権が、各人には配当損害賠償請求権がある」ことを前提に、前者が、破産債権者の共同体に生じた換価権に由来することを理由に、破産管財人のみによって行使されることを述べたにすぎない。しかし、倒産法が成立した後の時期に現れ、破産法が適用された【3】事件において、破産債権者からの配当損害の確認が否定されたことで、先の疑問は解消された。破産手続の終了後においては、配当損害賠償請求権を行使できる。ヴェーバー [1958]、【1】判決および【4】決定の立場である（否定説は、シュミット [1976]。請求権の発生それ自体がないからである。〔設例2〕については、不明）。但し、追加配当の枠内において、特別管財人が、共同損害の実現のために選任されることがなかった場合に限られる。倒産法の適用下では、倒 92 条から明らかである。

ところで、【2】判決の前提に依拠すべきか——破産債権者の共同体に、その換価権が侵害されたことで生じる共同損害（賠償請求権）を肯定するかどうか——は、倒産法下で学説が分かれている。どちらにせよ、倒産手続の係属中において、新任の倒産管財人が共同損害賠償請求権を行使することには変わりはない。しかし、その結論に至る論理は変わってくる。

(b) 破産手続の終了後において、破産者は、非常に稀有な場合——手続の終了後に債権者が倒産者に対し残債権を持たない場合——を除き、その有する共同損害に係る賠償請求権を行使できない（【4】決定）。これまで、「破産者は共同損害を主張できる」と多くの文献で説明されてきたが（ヴェーバー [1958]、シュミット [1976]）、【4】決定は、反対の立場を示した点で、注目される。なお、ラウケマン [2006] は、破産者の損害賠償請求権を、債務免

除請求権と解する点に、特徴がある。

3 日本の状況

3.1 学説

日本の学説は、その詳細さが戦前と戦後とで違うため、二つの時期に分けて、また説明の方法も変えて、紹介する。

3.1.1 戦前

【1】 竹野竹三郎 [1925] 「〔1〕 破産管財人カ故意又ハ過失ニ因リ否認権ヲ行使セサリシ場合ニ於テ破産参加人ハ破産管財人自身ニ対シ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得

〔2〕 破産財団ヨリ管財人ニ対スル損害賠償ノ請求ハ破産手続中ニ而カモ新破産管財人ニ依リテ破産財団ノ計算ニ於テノミ之ヲ行使スルコトヲ得然レトモ破産者又ハ箇々ノ破産債権者ニ依リテハスル請求権ヲ行使スルコトヲ得ス

〔3〕 箇々ノ破産債権者ハ破産管財人ニ対シ破産手続中箇々ノ配当金ノ受クヘカリシ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得然リト雖モ管財人カ其ノ職務執行ヲ為スヘキコトヲ要シ又ハ適当ナリト認ムヘキ管財行為ニ付テハスル請求権ヲ有セサルハ勿論ナリ」⁽¹⁰⁾

〔コメント〕 竹野 [1925] は、「破産管財人カ故意又ハ過失ニ因リ否認権ヲ行使セサリシ場合」を例にして、共同損害に関わる説明を行っている。

〔2〕においては、「破産財団ヨリ管財人ニ対スル損害賠償」は、破産手続中において、新任の破産管財人が請求すべき旨が記されている。破産者または個々の破産債権者が行使することはできない。

他方で、〔1〕において、破産参加人は破産管財人に対し損害賠償を請求す

⁽¹⁰⁾ 竹野竹三郎『破産法原論（下）』（巖松堂書店、1925年）628-629頁（旧漢字は常用漢字に改めた）。

ることができる旨が記されている。破産債権者に限定すれば、〔3〕である。すなわち、破産債権者は、破産手続中も、配当損害の賠償を請求することができる。

以上の記述は、「イェーガー 破産法コンメンタール〔5版〕」が参考にされている点に特徴がある⁽¹⁰⁶⁾。なお、同コンメンタールにおいて、「管財人カ其ノ職務執行ヲ為スヘキコトヲ要シ又ハ適当ナリト認ムヘキ管財行為」として、財産目録の作成、個々の目的物の財団への組入れ、否認訴訟・異議訴訟の提起、配当の実施が例示されている⁽¹⁰⁶⁾。

〔2〕 松岡義正〔1929〕 「破産管財人ノ破産財団ニ属スル金銭ノ費消又ハ否認権行使ノ懈怠等ノ職務違背ノ為ニ破産財団ニ付生シタル損害ノ賠償ハ破産ノ継続中ニ在リテハ斯ル破産管財人ノ解任後新タニ選任セラレタル破産管財人カ破産財団ノ為（破産債権者団体ノ為）之ヲ請求スルコトヲ得ルモ破産者ハ勿論各破産債権者ハ自己ノ為之ヲ請求スルコトヲ得ス（破七、獨破三、六参照）然レトモ破産管財人ノ職務違背ニ因リ各破産債権者ニ付生シタル損害ノ賠償ハ其ノ債権者ハ破産手続ノ継続中ト雖モ自己ノ為之ヲ請求スルコトヲ得又破産管財人ノ職務違背ノ為破産財団ニ付生シタル損害ノ賠償ハ破産ノ終結後殊ニ強制和議完成後ニ在リテハ破産者ハ自己ノ為ニ之ヲ請求スルコトヲ得蓋スル請求権ハ破産者ノ自由処分権ノ下ニ立ツヘキ請求権ト為ルヲ以テナリ」⁽¹⁰⁷⁾。

〔コメント〕 松岡〔1929〕は、「破産管財人ノ破産財団ニ属スル金銭ノ費消又ハ否認権行使ノ懈怠等」の場合において、共同損害につき、破産手続の係属中においては、破産者、各破産債権者からの権利の行使を否定し、新任の破産管財人に委ねている。他方で、各破産債権者から配当損害の請求をす

(106) Jaeger, Konkursordnung Kommentar, 5.Aufl., 1914ff., § 82 RdNr. 3.

(106) Jaeger, a.a.O. (Anm.105), § 78 RdNr. 2.

(107) 松岡義正『破産法論（手続規定）』（巖松堂書店、1929年）93-94頁（旧漢字は常用漢字に改めた）。

ることはできる、と説明する。また、破産手続の終了後に、破産者が共同損害賠償請求権を行使することも、肯定している。

3.1.2 戦後

中田淳一 [1959] は、破産管財人の法的地位をめぐる論争につき、財団法主体説に立った上で⁽¹⁰⁰⁾、「財団自体が損害をこうむった場合には」、「賠償請求権は、財団に属し、破産手続中は、新任の管財人により、また終了後は破産者によって行使される」、と説明する⁽¹⁰¹⁾。同旨を述べるのが、広田富男 [1973] である⁽¹⁰²⁾。

他の論者は、財団法主体説に依拠するかはさておき、竹野 [1925]・松岡 [1929] または中田 [1959]・広田 [1973] を参照しつつ、全体損害に係る責任追及権者は破産管財人である、と述べる（高木実 [1967]、桜井孝一 [1982]、砂山一郎 [1985]）⁽¹⁰³⁾。その中には、「財団財産自体の減損に尽きる」ことを理由に、「直接損害を被らなかつた個々の破産債権者には損害賠償請求権がな [い]」、と明言するものもあり（砂山 [1985]）⁽¹⁰⁴⁾、特徴的である。これらの文献において、その他の記述は見当たらない。

(100) 中田淳一『破産法・和議法（法律学全集）』（有斐閣、1959年）82頁。

(101) 中田・前掲注（109）182頁。

(110) 中川善之助＝兼子一 [監]、井関浩 [編]『企業の整理・再建と清算（実務法律大系第9巻）』（青林書院新社、1973年）355-356頁、388頁〔広田富男〕。

(111) 竹野 [1925]・松岡 [1929] を引用する文献として、高木実「破産管財人に対する任務違反を理由とする損害賠償請求」判タ210号（1967年）95頁。中田 [1959]・広田 [1973] を引くのは、桜井孝一「破産管財人の法的地位とその責任」宮脇幸彦＝竹下守夫 [編]『新版 破産・和議法の基礎（基礎法律学大系）』（青林書院新社、1982年）95頁、砂山一郎「破産管財人の任務違反行為」道下徹＝高橋欣一 [編]『裁判実務大系（6）破産訴訟法』（青林書院、1985年）294頁。砂山 [1985] は、「財団に権利主体性を認める説からは当然であるといえるが、権利主体性を認めない説でも、財団に破産者の一般財産から独立した目的財産性を肯定することにより、同じ結論が得られよう」と言う（294頁）。

(112) 砂山・前掲注（111）294頁。

3.2 裁判例

【1】 東京高判昭和39年1月23日⁽¹¹³⁾ [事実の概要] 原告Xは、訴外A会社に対し、塗料等の売買に係る代金債権を有していたところ、A会社が支払不能の状態に陥ったため、A会社に対する破産の申出をした結果、A会社に対する破産宣告が下され（昭和28年11月25日）、その破産管財人として被告Yが選任された。債権届出期間内に債権を届け出たのはXのみで、その後も債権を届け出たものはいなかった。Xの届け出た債権は、全額破産債権として確定した（昭和29年3月9日）。破産手続は、破産手続廃止決定により終了している（昭和36年7月14日）。

Xは、YがA会社の破産管財人としてなすべき善良な管理者の注意を怠り債権の取立てをしなかった旨を主張し（否認権の不行使も主張されたが、省略する）、損害金の支払を訴求した。これが、本件である。原審（東京地判昭和36年9月19日）⁽¹¹⁴⁾がXの請求を一部認容したため、Yは控訴した（Xから附帯控訴）。

[判旨] 「破産管財人は、破産財団の代表機関であり、かつこれに関する管理処分機能を専有するものとして善良な管理者の注意をもって財団の管理、換価、配当などの職務を行うべきものであるから、右破産会社のようにその破産財団に属する財産が主として債権であるときにはその取立回収に力を尽し、必要に応じ法律上の手段をも講じて破産財団の充実をはかるべきである」「等の職責を有することは言を俟たない。」

Yは、「相当額の取立可能な債権が存在することを認識しうべき事情にあった」の「であるから、」「その破産管財人に就任すると同時にまず破産会社の有する財産、とくに債権の存否、その取立可能額を十分に調査し、取立可能と認め得るものについては可及的速やかに取立を実現する方策を講ずべきであったことは当然である。」「Yは破産管財人に就任中破産会社の代表取締役

(113) 下民集15巻1号39頁。

(114) 判時276号24頁、判タ125号67頁。

から概略の報告を徴し、同会社の債務者に対しあるものは口頭で、あるものは普通郵便でその支払の意思の有無を確かめたのみで、債権回収のための適切な調査や必要な手段を講じなかったことが認められ」る。そ「の結果、結局債権の回収は一銭もできず、すべて消滅時効の完成を許し、その回収は全く不可能となり、唯一の破産債権者である被控訴人に対する配当が皆無のまま」「費用不足による破産廃止決定がなされるにいたった」。「本件破産会社の経理、とくにその帳簿の整理等が不完全であったことが分るけれども、それだからといってこれらのことが財団に属する債権の調査やこの回収のための適切な手段をなすべき破産管財人の善管義務に消長を及ぼすいわれはなく、むしろ、そういう場合にこそ通常考えられるべき破産管財人の適切な活動が期待されるのである。以上の次第で控訴人は破産財団に属する」「債権の取立について善管義務を尽さなかったものといわざるをえず、これによりXに対し損害を与えたとすればその損害を賠償すべき義務があるというべきである。」

〔コメント〕 本判決は、破産手続の終了後における破産債権者からの損害賠償の主張を認めたものである。

なお、原審もおそらく（結果的には）同じ位置づけになるが⁽¹¹⁵⁾、次の点には注意が必要である。すなわち、本件において、訴状が被告に送達されたのは、昭和33年5月1日である（原判決掲載誌、参照）。破産手続の係属中であるが、原審は、約三年の間に、訴訟判決を出していない。訴訟物が破産債権者の請求権であることに加え、確定した破産債権を有するのがXだけ、という事情からかもしれない。

【2】 東京地判平成8年9月30日⁽¹¹⁶⁾ 〔事実の概要〕 無限連鎖講（いわ

(115) 口頭弁論終結時は、旧民訴190条本文——口頭弁論終結時から二週間以内に判決を言い渡さなければならない（原則）——に従えば、破産廃止（昭和36年7月14日）より後の時点になる。

(116) 判タ933号168頁。

ゆる「ねずみ講」を組織していたA（故人）は、112万余名に対し合計約1896億2284万余円の債務を負担し支払不能に陥ったとして、熊本地方裁判所において破産宣言を受け、被告Y₁・Y₂の両名を含む4名の弁護士がその破産管財人に選任された。

本件の原告は、破産債権者およびその譲受人であるXらである。Xらは、次の理由で破産財団が減少したと主張し（合計金39億5000万円）、民法709条に基づき、届出債権総額に占める原告らの届出債権額の割合（約0.7パーセント）の損害（合計金2065万円）の賠償を訴求した。破産手続は、（本件の口頭弁論終結時に、未だ）係属中である。

① Aの破産財団に属する土地建物（以下、「本件物件」という）を、同物件が時価金120億円を下回らない物件でかつ同金額前後での買受申出人が複数存在することを知りながら、時価との差額約金25億円をいわゆる裏金として不当に利得する目的でBらと共謀の上、前記Bに対し金95億円という不当廉価で売却した。

② 管財業務補助者として16名の弁護士を選任すれば十分であったのに、破産宣告後、管財業務補助者として全国各地に32名の復代理人弁護士を選任し、月額金20万円ずつの報酬を12年間にわたって支払った。

③ いわゆるねずみ講の上位加入者のように既に下位の加入者からの上納金受領によって損失を回収している損失回収済債権者や本件破産財団に対する債権者から当該債権を買い集めて届け出をなした債権届出業者のような、破産財団に対する正当な権利を有しない者の債権届出に対して、破産事件の債権調査期日において異議を述べず、漫然、その債権を確定させた。

〔判旨〕 ①廉価売却の背景には、次の事情が存在する。すなわち、Y₁・Y₂の両名は、「増加する一方の滞納税額と破産債権者への早期配当の必要から本件物件の早期売却を企図しながら本件物件の帰属を巡る〔別件〕訴訟の帰趨と本件物件に存在する不法占有者らへの対応に苦慮していた」ところ、Bは、かかる「懸案事項をいずれも消滅させる旨の好条件を提示した」ので、

「破産裁判所の許可を得たうえ代金 95 億円で本件物件を売却した」のである。かかる売却は、「時間的・労力的に限られた条件の下で行動する破産管財人としてやむを得ない判断であったと認めるのが相当であり（Bにしても、転売差額金から」別件訴訟の「上告取送料・借入金利・不法占有者の排除経費・転売実現までの諸経費等を考慮するとさほどの利益を取得したとは考えられない。）、従って被告兩名に破産管財人としての注意義務違反があったということとはできない」。

「〔②〕管財経費の濫費」「及び〔③〕不良債権者の排除過怠」については、本件全証拠によるもこれを認めるに足りない。」

〔コメント〕 本件の特徴は、破産手続の係属中に、配当損害に係る賠償が請求された点である。こうした中で、本判決は、破産管財人に善管注意義務違反があったか、原告主張の事実が存在したか、について審理した上で、結論を出している。仮に、破産債権者に損害賠償請求権が生じない、生じるにしても原告適格がない、と解するなら、こうした審理なしに、請求棄却または訴え却下の判決が下されるはずである。ここから、破産債権者に、権利発生の可能性だけでなく、破産手続中の原告適格をも肯定していること、が分かる。

3.3 小括

(a) 〔設例 2〕に関する文献は見当たらない。いずれも、破産手続中においては破産管財人が、破産手続の終了後は破産者が、損害賠償請求権を行使できる、という結論に反対するものはない。

(b) 破産債権者の側につき、竹野 [1925]、松岡 [1929] および【1】判決が配当損害に係る賠償請求権を肯定している——【2】判決も、これを前提にしている——。【1】判決は、破産手続の終了後において、その行使を認めたものである。竹野 [1925] と松岡 [1929] もこの立場と考えられるが、破産手続中にまで許している——【2】判決も、これを前提にしている——

点に特徴がある。

反対説——破産債権者に損害賠償請求権は発生しない——は、砂山 [1985] である。中田 [1959] と広田 [1973] も、破産手続終了後は破産者が権利を行使できる、ということ述べるにとどまるから、否定の立場と解してよい。

4 検討

4.1 損害賠償請求権の所在・内容

4.1.1 破産債権者の損害賠償請求権

シュミット [1976] ——内部責任と外部責任とを実体法上も区別する見解——を前提にしたとき、〔設例 1〕において、破産債権者の側に損害賠償請求権は発生し得ない（〔設例 2〕については、不明）。内部者と位置づけられた破産財団または破産者にだけ生じる。しかし、破 85 条の解釈として、同説に与することはできない。同条はト破 82 条・ト倒 60 条と同様に、二肢に分かれていないから、である⁽¹¹⁷⁾。

それでは、破 85 条——実体法上も一元的に理解される——・民 709 条に基づき、破産債権者の側に損害賠償請求権は発生するのか。また、肯定されるのであれば、各破産債権者の請求権とは別に、その共同体の請求権も生じるのか、が問われる。

日本の学説の中には、〔設例 1〕を想定した上で、破産債権者の請求権を否定するものも存在する。砂山 [1985] は、財団財産の減損に尽きることを根拠に据える⁽¹¹⁸⁾。しかし、破産管財人が破産財団を維持・増殖すべき義務は、債権者（と破産者の両者）を相手に存在する⁽¹¹⁹⁾。したがって、損害賠償請求権もまた、債権者（と破産者の両方）に生じると解すべきである。

破産財団の違法・有責な減少から、各破産債権者につき、その債権が侵害

(117) vgl. Lüke, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, 1986, S.74.

(118) 砂山・前掲注 (111) 294 頁。

(119) Jaeger/Weber, a.a.O. (Anm.4), § 82 RdNr.11. vgl. auch NJW 2015,3299.

され、配当損害に係る賠償請求権が発生する⁽¹²⁰⁾。ド【2】判決は、破産債権者の共同体との関係で（も）、その換価権が侵害されていることを理由に、共同損害に係る賠償請求権を肯定した⁽¹²¹⁾。しかし、全ての破産債権者の不利益は、全体損害の要件ではない⁽¹²²⁾。したがって、換価権を持ち出す必要はない⁽¹²³⁾。また、財団債権者に共同損害が生じたときは、十分な説明ができない⁽¹²⁴⁾。さらに、破産債権者の全体に権利主体たる地位は認められていない⁽¹²⁵⁾。以上から、同判決の理解には反対である。

なお、ヴェーバー [1958] は、破産手続の係属中と終了後とで、配当損害に係る賠償請求権の有無につき、結論を分けている⁽¹²⁶⁾。しかし、権利の存否は、実体法規が定める法律要件にかかるところ、破産手続がその発生を妨げる旨は、定められていない。したがって、一貫性を欠いている。

4.1.2 破産者の損害賠償請求権

(a) [設例1] においては、破産者に損害賠償請求権が発生する。破産管財人は、破産者（と債権者の両者）に対して、破産財団を維持・増殖すべき義務が存在する⁽¹²⁷⁾ところ、その違反により、本来であれば減少すべき債務が残されるから、である。

他方で、[設例2]につき、ド【2】判決が正当に指摘するとおりである。

(120) vgl. *Braun* (Hrsg.), *Insolvenzordnung Kommentar*, 8.Aufl., 2020, § 60 RdNr.41 (*Baumert*).

(121) 債権者の請求権を破産管財人に行使させること、を理論的に正当化するために、破産管財人に委ねられている換価権を梃子にしたとも考えられる。

(122) *Jaeger/Müller*, a.a.O. (Anm.42), § 92 RdNr.5; *MüKo-InsO/Gehlein*, a.a.O. (Anm.36), § 92 RdNr.11.

(123) *Laukemann*, a.a.O. (Anm.37), S.416.

(124) *Balz*, a.a.O. (Anm.38), S.596.

(125) 中田・前掲注 (108) 205 頁、山木戸克己『破産法（現代法律学全集）』（青林書院新社、1974年）34 頁、等。vgl. auch *Kuhn/Uhlenbruck*, a.a.O. (Anm.4), § 3 RdNr.2; *Eckert*, a.a.O. (Anm.39), S.102 f.

(126) *Jaeger/Weber*, a.a.O. (Anm.4), § 82 RdNr.11.

(127) *Jaeger/Weber*, a.a.O. (Anm.4), § 82 RdNr.11. vgl. auch NJW 2015,3299.

すなわち、配当されるべき額を超えた配当があっても、破産者に残った債務の額は、過誤配当の有無にかかわらず、同じであるため、損害賠償請求権の発生は否定される。

(b) それでは、破産者の損害賠償請求権は、いかなる内容を有するのか。破産債権が残されるとき、破産手続の終了後に破産者に対し賠償金が支払われること、は避けなければならない。なぜなら、破産債権を実現するための責任財産に相当するから、である。ラウケマン [2006] は、債権者の不利になることを理由に、破産者の請求権に、金銭の支払という内容を与えていない（これに対する批判は、すでに述べた）。その点では、魅力的である。しかし、日本では、金銭賠償の原則（民417条、722条1項）がとられている以上、同氏の見解を持ち込むことはできない。ド【4】決定のように、債権者に対し、債権者との関係で劣後する地位を与えることで、当初の目的は達せられるので、実際上の不都合もない。

4.2 責任追及権者

4.2.1 破産手続の係属中

(a) 〔設例1〕・〔設例2〕のいずれにおいても、専ら破産管財人が、破産手続に参加している破産債権者の損害賠償請求権を、行使すべきである（もちろん、〔設例1〕では、破産者の請求権も行使できる）⁽¹²⁰⁾。ドイツのように、特別破産管財人を選任する途もあってよい。それでは、破産管財人が債権者の権利を行使できる理由、破産手続中に債権者が権利を行使できない理由は、どこにあるか。現在のドイツでは、ド倒92条が存在するから、「破産管財人が債権者の権利を行使できる」こと、「破産手続中に債権者は権利を行使できない」ことを所与の前提にすることができる。しかし、同条に相当する条文を持たない日本においてこの立場に立つならば、解釈論として承認されな

(120) 取締役の対第三者責任（会社429条〔旧商266条の3〕）に関する文献であるが、佐藤・前掲注（21）222頁も参照のこと。

なければならない。その際には、過去には日本と同じく明文規定を欠いていた過去のドイツの法状況、ド倒産法下でもド倒 92 条が適用されなかった事件が、参考になる。

(b) ドイツでは、ド倒 92 条がないか、または適用されない状況でも、破産手続の係属中において、①破産管財人だけが共同損害を主張することができ、他方で、②破産債権者の各人は、配当損害を主張できない、という判例法理が形成されている（①につきド【2】判決、②につきド【3】判決）。その判旨の中で明示されていなくても、ド倒 92 条の趣旨——債権者の平等、権利行使の実効性および訴訟経済——が背後にあると評価してよいのかもしれない。

日本でも、ド倒 92 条の目的は妥当する。それ故に、個々の権利行使を認める竹野 [1925]、松岡 [1929] および日【2】判決には、従えない。債権者の平等については、異論が出ることも予想される。なぜなら、わが国では、個別執行につき、優先主義をとるドイツ⁽¹²⁹⁾と違い、平等主義に立っている⁽¹³⁰⁾から、である。しかし、現実には優先主義に近いものと評価されている⁽¹³¹⁾ので、説得力に欠ける。

債権者の確認訴訟（・破産管財人への支払を要求する給付訴訟）も否定してよい。確かに、債権者平等の原則には抵触しない。また、民訴法への配慮——矛盾した判決の出現を防ぐ——については、判決の相対効という原則を考慮すれば、ド【3】判決の結論——確認訴訟の否定——は必至のものではない。しかし、破産手続——破産管財人の活動中——において、破産管財人に訴求権限を集約させた方が、権利行使の実行性・訴訟経済は確保される。

(c) ①・②の結論を理論的に支え、また破産債権者に対する制約を許容

(129) ドイツの優先主義につき、中野貞一郎 = 下村正明『民事執行法』（青林書院、2016年）39頁（注7）参照。

(130) 中野 = 下村・前掲注（128）36頁。

(131) 山木戸克己『民事執行・保全法講義〔補訂2版〕（有斐閣ブックス）』（有斐閣、1999年）124頁、福永有利『民事執行法・民事保全法〔第2版〕』（有斐閣、2011年）113頁。

し得る——債権者の平等、権利行使の実効性および訴訟経済事項は必要性に位置付けられる——根拠として⁽¹³²⁾、責任法の視点が存在する。倒産手続においては、かかる視点が現れる。違法・有責な財団減少に由来する債権者の損害賠償請求権は、責任法的に見れば、破産者のものである。なぜなら、破産債権者に配当されるべき財産の減少に対する補償だからである⁽¹³³⁾。破産配当が破産者の責任財産をもって専ら破産管財人によって行われることを理由に、かかる視点を、一方では破産管財人に破産処理を任せるために、他方では財産法秩序に反しないように、解釈論へ援用してよいと考えられる。財産法上は債権者の権利であるから、その処分権まで破産管財人へ移すことまでは、できない。責任法と財産法の調和を目指すとき、ドイツの通説に従い、取立・訴訟追行権という範囲で、破産管財人に授權するのが望ましい⁽¹³⁴⁾。遮断効も、責任法的視点から、肯定されるべきである（処分権は関係しないので、財産法を考慮する必要はない）。

(d) 条文上の根拠としては、債権者代位・取消訴訟の中断と受継を定める破45条があげられる⁽¹³⁵⁾。その趣旨が援用されてよい。

4.2.2 破産手続の終了後

(a) 〔設例2〕では、破産債権者だけが、配当損害賠償請求権を有する。これに対して、〔設例1〕においては、破産者も、共同損害賠償請求権を有する。破産管財人が二つの方面からの損害賠償請求にさらされる事態を避けるために、破産債権者と破産者の権利行使を調整しなければならない。ド【4】

(132) 必要性と許容性という観点につき、田高寛貴＝原田昌和＝秋山靖浩『リーガル・リサーチ&レポート〔第2版〕』（有斐閣、2019年）51-52頁〔秋山〕を参照のこと。

(133) *Brinkmann*, a.a.O. (Anm.13), S.42. vgl. auch *Foerste*, Insolvenzrecht, 7.Aufl., 2018, RdNr.281; *Uhlenbruck/Sinz*, a.a.O. (Anm.64), § 60 RdNr.119.

(134) 佐藤・前掲注(21) 223頁は、債権者の取締役に対する請求権が「破産財団に属する」と解しているが、これでは処分権まで債権者から奪われる結果になる。本文で述べた理由から、その限りでは、与し得ない。

(135) 佐藤・前掲注(21) 223頁参照。

決定は、破産債権者が損害賠償請求権を主張できることから、反対解釈の方法で、破産者からの権利の行使を拒絶する。かかる解釈の前提として、破産債権者を優先させるべき旨の結論が存在する。責任法の視点から見て、正当である。（破産者が有する）破産財団は、破産手続において、破産債権者に割り当てられる（責任法的割当て〔haftungsrechtliche Zuweisung〕と呼ばれる）⁽¹³⁶⁾。破産財団と自由財産との責任法的区別は、手続終結後にもかかわらず、全ての破産債権者の完全な満足まで続く⁽¹³⁷⁾。これに対し、責任法的割当て（という思考）は、倒産手続の中でのみ妥当する旨を主張する見解も存在する⁽¹³⁸⁾。しかし、（破産手続終結後の）追加配当の制度を設ける前提として⁽¹³⁹⁾、かかる思考が、倒産手続の外においても伏流している、と思われる⁽¹⁴⁰⁾。そして、当該の損害賠償請求権については、破産手続の係属中に減少した財団の代償であるため、破産手続の終了後も、責任法上は破産債権者に割り当てられる⁽¹⁴¹⁾。こうした事情から、破産債権者が優先される。破産手続の終結後に新たに発見された財産に該当しても、破産者に対し損害賠償請求権の処分を許すことはできない（ド【4】決定）⁽¹⁴²⁾。

(136) Jaeger/Henckel, a.a.O. (Anm.4), § 35 RdNr.2,5f. 責任法的割当て説を紹介する邦語文献として、河野憲一郎「倒産法の基礎理論」立命 360・370号（2016年）1457-1458頁。

(137) Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4.Aufl., 2007 RdNr.7.68.

(138) Gundlach/Frenzel, a.a.O. (Anm.100), NZI 2009,772.

(139) 破産手続の終結度に、新たに破産者の財産が発見された場合において、追加配当の命令を出せるのか、肯定説（中田・前掲注（109）232-233頁、伊藤眞『破産法・民事再生法〔第4版〕』（有斐閣、2018年）747-748頁）と否定説（山木戸・前掲注（126）261頁、谷口安平『倒産処理法〔第2版〕（現代法学全集）』（筑摩書房、1980年）323頁）とに分かれる。最判平成5年6月25日民集47巻6号4557頁は、「破産管財人が追加配当を予定していた財産又は予定すべきであった財産については、追加配当が行われるべきものであ〔る〕」と、判示する。ドイツでは、旧破産法下の実務において、肯定説で争いはなかった（vgl. MüKo-InsO/Hintzen, a.a.O. (Anm.36), § 203 RdNr.8）。なお、現在のドイツでは、「最後配当を実施したとき、倒産裁判所は、直ちに倒産手続の終結を決定する」ところ（ド倒200条1項）、「手続の終結は追加配当の命令を妨げない」旨を定めることで（ド倒203条2項）、その立場を明らかにしている。

(140) vgl. Häsemeyer, a.a.O. (Anm.137), RdNr.7.68.

(141) vgl. Laukemann, a.a.O. (Anm.37), S.417.

(142) Häsemeyer, a.a.O. (Anm.137), RdNr.12.07 RdNr.20.

但し、破産債権者が破産配当で全額の弁済を受けているときは、この限りではない。すなわち、破産者は、損害の賠償を主張することができる。

(b) (aa) それでは、各破産債権者にその配当損害賠償請求権を行使させるべきか。ドイツ法は、原則的に、これを許容する。また、松岡 [1929]、日【1】判決も、肯定の立場であった。これに対して、破産管財人が破産財団を減少させなければ、破産配当が行われたはずであったこと、に視線を向ければ、まずは追加配当を検討すべき、という方向に進むのかもしれない。権利行使の実効性・訴訟経済という思考も、これを後押しする。

しかし、債権者の平等は、倒産手続の中で実現される。これは、①追加配当の存在は各債権者の損害賠償請求を妨げない、②各債権者が債権者取消権(民424条以下)を行使できる、という事実(ド【1】判決)から理解することができる。また、権利行使の実効性・訴訟経済については、倒産管財人の存在を前提に唱えられていると考えられる。以上を要するに、ド倒92条の目的は、倒産手続の中でだけ通用するのである。したがって、破産債権者の個別的な権利行使が許される(責任法上は破産者の下に位置付けられる請求権〔破産債権者の請求権と同一性を有する〕が、引き当てになる)。

(bb) もちろん、追加配当が行われてもよい⁽¹⁴³⁾。〔設例1〕では、破産管財人が破産者または破産債権者の請求権を選択的に、〔設例2〕では、破産債権者の請求権を行使することになる。

また、追加配当が命じられなくても、破産債権者の間で、私的整理に準じた処理を行うことはできる。その際は、株主代表訴訟に関する諸規定(会社

(143) 破産手続の終結後に新たに発見された財産の追加配当の可否については、注(136)を参照のこと。最判平成5年6月25日・前掲注(139)の「破産管財人が〔略〕追加配当を予定すべき」具体例として、破産管財人の任務懈怠に基づき財産を発見できなかった場合(同最判)、破産者が重要財産開示義務に違反した場合(東京地判平成24年5月16日判時2169号98頁)がある。破産管財人が、自らが担当する破産手続の係属中に、自発的に、監督権を有する裁判所に対し、損害の発生を報告すること、は期待できない。先の二つの例の要素が合わさっているものと、評価し得る。したがって、追加配当の対象に含めるべきである。

847条以下)を援用し、各破産債権者は、その配当損害賠償請求権と共に、他の破産債権者の権利を一緒に行使すべきである⁽¹⁴⁴⁾。確かに、株主代表訴訟では、株主が会社の権利を行使するのだから、破産債権者に、破産者の共同損害を主張させるのが、平行の理解である。もちろん、〔設例1〕では、この途もある。しかし、各破産債権者の配当損害賠償請求権の束も、責任法的には破産者のものであるので、先の結論を根拠づける素地は整えられている。破産債権者が複数の訴訟は、いずれも類似必要的共同訴訟である⁽¹⁴⁵⁾。訴訟追行に関心を持つ者は、訴訟に参加することができる(民訴52条)。破産管財人が支払う先は、供託所である(民執157条4項参照)⁽¹⁴⁶⁾。

5 むすびに代えて

(a) 本稿では、破産管財人の違法・有責な行為で全体損害が生じた際に、誰にどのような請求権が発生し、その行使は誰が行うのか、を検討した。結論は次のとおりである。

〔設例1〕・〔設例2〕共に、破産債権者は各自で配当損害賠償請求権を有するが、責任法的に見れば、その束は破産者のものである。破産手続——破産管財人の活動中——においては、破産管財人に取立・訴訟追行を任せることで、債権者の平等、権利行使の実効性、訴訟経済が確保される。〔設例1〕では、破産者にも損害賠償請求権が生じるので、選択的に行使される。破産手続の終了後は、各破産債権者からの主張、追加配当という二つの途がある。また、追加配当が命じられなくても、破産債権者の間で、私的整理に準じた処理はできる。

(b) 本稿のテーマは、わが国において、あまり議論的にならなかった

(144) 佐藤・前掲注(21)221-222頁参照。

(145) 新堂幸司『新民事訴訟法〔第6版〕』(弘文堂、2019年)789頁、伊藤眞『民事訴訟法〔第7版〕』(有斐閣、2020年)677頁。

(146) 佐藤・前掲注(21)222頁参照。

ものである。結論を予測するのが容易であったから、かもしれない。しかし、債権者の側の権利にも焦点を当てたときは、倒産処理に適した結論を導くには、納得のいく説明が要求される。その説明を試み、また、破産者の請求権との関係にも踏み込んで検討を加えたが、成功しているかは心許ない。それでも、本稿が少しでも倒産法学の進展（解釈論はもちろんだが、さらには立法論にまで⁽¹⁴⁷⁾）に寄与できたのであれば、嬉しく思う次第である。

(147) 破産債権者の損害賠償請求権については、かつて——ド破産法の時代——のドイツと同じく、法の欠缺が存在している（vgl. *Brinkmann*, a.a.O. (Anm.13), S.7）。解釈で対処はできるが、立法の途も考えられる。