

家族法と倒産手続き

—離婚と財産分与に焦点をあてて—

"Family Law and Bankruptcy Proceedings" - Focusing Divorce and Property Division -

(神奈川県弁護士会倒産法研究会)

毛塚 衛

はじめに

令和5年、倒産法研究会では様々な研修会を企画・実施してきた。

その中でも、筆者が研修を担当した離婚・財産分与と倒産手続きとの関係性について、本稿を執筆した次第である。

離婚が純然たる身分行為である一方で、離婚に伴う財産分与は財産処分行為という性質をも有するため、当該財産処分行為をいかに位置付けるかについては倒産手続き上、特別の考慮が必要ではないかという議論が存在する。

本稿の前提となっているのは、2021年11月20日に京都で開催された、全国倒産処理弁護士ネットワークの第19回全国大会での議論である。

同大会での議論は、事業再生と債権管理第176号、同177号（一般社団法人金融財政事情研究所発行）においてまとめられている。

本論稿においても、同書を多々引用しているものであるが、紙幅の関係上、深い議論には立ち入っていないため、本論稿の読者が更なる問題意識を持つに至った場合には、ぜひ同書を手にとって参照して頂きたい。

前書きが長くなったものの、本稿は民法と倒産法の条文・判例から出発し、離婚・財産分与と倒産手続きが交錯する分野について、全国倒産処理弁護士ネットワークの第19回全国大会での議論をベースに、問題点や懸念

点について、筆者の個人的な見解も織り交ぜつつ、紹介していくこととしたい。

第1章 財産分与請求権の基本的事項

第1 財産分与請求権の法的根拠

財産分与請求権については、民法768条が次のとおり規定している。

第768条

1項 協議上の離婚をした者の一方は、相手方に対して財産の分与を請求することができる。

2項 前項の規定による財産の分与について、当事者間に協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、当事者は、家庭裁判所に対して協議に代わる処分を請求することができる。ただし、離婚の時から二年を経過したときは、この限りでない。

3項 前項の場合には、家庭裁判所は、当事者双方がその協力によって得た財産の額その他一切の事情を考慮して、分与をさせるべきかどうか並びに分与の額及び方法を定める。

本条は、財産分与請求権について、離婚以外の要件を明示せず（1項）、財産分与の具体的決定は当事者の協議あるいは家庭裁判所の審判（家事別表第二4項）に委ね（2項）、家庭裁判所が財産分与を決定する際の考慮事項として、「当事者双方がその協力によって得た

財産の額その他一切の事情」を挙げるのみ(3項)であり、財産分与の法的性質・内容および決定基準(要件)等について、条文上明確に定められているとはいえない¹。

もっとも、財産分与請求権が複合的性質を有し、立法経緯に照らして、夫婦財産の清算および離婚後の扶養が含まれている点は学説・判例上ほぼ一致している²。

第2 財産分与請求権についての判例の立場

判例は財産分与請求権について、「離婚によって生ずることあるべき財産分与請求権は、一個の私権たる性格を有するものではあるが、協議あるいは審判等によって具体的内容が形成されるまでは、その範囲及び内容が不確定・不明確であるから、かかる財産分与請求権を保全するために債権者代位権を行使することはできないものと解するのが相当である。」³と判示している。

この判例の解釈として、裁判所は財産分与請求権について、いわゆる段階的形成権説に立っているとの見解が学説上多数である。

段階的形成権説とは、離婚の成立により基本的抽象的な財産分与請求権が生じるものの、現実的具体的な財産分与請求権は、協議又は審判によって、あるいは、財産分与の意思が離婚者の一方から他方に対して表示されたときに発生するという考え方である。

当事者の行使前の財産分与請求権(以下、「抽象的財産分与請求権」という。)については、一身専属権であると解する立場が多数説であり、財産分与請求権の内容が具体的に形成されるまで(以下、「具体的財産分与請求権」という。)、離婚当事者はこれを他の者に譲渡することはできないと考えられている。

第3 財産分与請求権を構成する3つの要素

1 清算的要素

清算的財産分与は、財産分与の中核的要素であり、婚姻中の夫婦が、経済的にも協力し

て婚姻共同生活を維持発展させてきたにもかかわらず、その共通の成果を、法定夫婦財産制である別産制のルールに従い、一方が独占することは、夫婦の平等・夫婦間の衡平に反することになるから、離婚の際にその分配を認めるものである⁴。

2 扶養(補償)的要素

離婚後経済的自立困難な配偶者に対する離婚後扶養として、あるいは、婚姻生活に起因し、離婚後に生じる経済的不利益・不均衡を是正するための離婚後補償として、財産的給付を行うものである⁵。

3 慰謝料的要素

相手方の有責行為により、「離婚をやむなくされた精神的苦痛」に対する損害賠償を、離婚慰謝料と呼び、判例・通説がこれを認めている⁶。

第4 財産分与請求権の決定方式

財産分与請求権が上記3要素を含む、複合的性質を有することについて学説上争いはない。

もっとも財産分与請求権が性質上3要素を含むことが、家庭裁判所実務が財産分与請求権を3つに分けた処理を行っていることを意味するものではない。

財産分与請求権についての決定方式としては次の2類型が考えられる。

① 一括型

清算的要素、扶養的要素、さらには、慰謝料的要素に関する諸事情を一括して認定し、総合的に判断して財産分与(額)を決定する方法であり、各要素を含むとしながらも、要素毎の個別的判断を行わない⁷。

② 個別型

各要素を挙げて個別の考慮事情を検討し、要素毎に分与額を算定し、合算したものを財産分与額とする⁸。

このうち実務上の扱いは一括型として、財産分与請求権について3つの要素を総合的に認定し、判断しているものと考えられる。

第5 財産分与請求権の非免責債権性

財産分与請求権について、上記3要素が含まれると考える場合、財産分与義務者が破産した場合に、破産法との関係で、財産分与請求権が非免責債権となることはないのであろうか。非免責債権についての、破産法の定めは次のとおりである。

第253条

1項 免責許可の決定が確定したときは、破産者は、破産手続による配当を除き、破産債権について、その責任を免れる。ただし、次に掲げる請求権については、この限りでない。

4号 次に掲げる義務に係る請求権

イ 民法第752条の規定による夫婦間の協力及び扶助の義務

ロ 民法第760条の規定による婚姻から生ずる費用の分担の義務

ハ 民法第766条（同法第749条、第771条及び第788条において準用する場合を含む。）の規定によるこの監護に関する義務

ニ 民法第877条から第880条までの規定による扶養の義務

ホ イからニまでに掲げる義務に類する義務であつて、契約に基づくもの

破産法は、親族関係に基づく請求権は、要保護性が高く、生存権、幸福追求権の具体化と解し得るものであり、かつ、それを免責することは、モラルハザードにつながるため、破産者について免責許可がなされた場合であっても免責を認めない非免責債権として規定している⁹。

上述のとおり、離婚に伴う財産分与請求権の法的性質について多数説は、夫婦財産の清算的要素と離婚後の扶養的要素、場合によっては慰謝料的要素の3要素を含むと考えている。

そのように考えた場合、財産分与請求権のうち、扶養的要素にあたる部分については、親族関係に基づく請求権として、破産法第

253条1項4号に該当し、非免責債権と解釈することも十分可能であるとも考えられる。

しかしながら、結論としては、1個の財産分与請求権として表示されている場合に、後にそれを夫婦の清算的部分と扶養的部分に分けることは困難であり、全体として免責の対象になると解さざるをえないとされている。

このような実務上の扱いは、家庭裁判所実務が財産分与請求権について、前述の一括型により処理をしているものと整合する。

また、この帰結からすれば、財産分与請求権の法的性質として、清算的な側面が扶養的側面よりも本質的なものと位置づけられていると考えることもできる。

第2章 破産手続に関する基本事項

財産分与請求権と破産手続についての議論の前提として、財産分与請求権同様、破産手続についても必要な範囲で整理を行う。

破産手続開始決定がなされ、同時に廃止決定がなされない事案においては、破産者の財産のうち、破産財団を構成するものについては、破産管財人にその管理及び処分権が専属することになる（破産法2条14項）。

前述した財産分与請求権が破産財団を構成すると考えた場合、配偶者に対して財産分与請求権を有する者が破産した事案では、破産者が配偶者に対して請求することができる財産分与請求権は、そもそも破産財団に取り込むことができるのか否かが論点となる。

他方、財産分与の義務を負担する者が破産した場合には、破産手続開始決定以前に配偶者に対して破産者自身が財産分与をすでに行っている事案について、破産管財人が事後的に否認権を行使し、配偶者に渡った財産を破産財団に取り戻せるのか否かという点が大きな論点となる。

破産財団については、破産法34条が規定をしている。同条についてまとめると、①破産手続開始時に、②破産者が有している一切の財産であつて、③差押えが禁止されておらず、

④自由財産拡張の対象となっていない、⑤日本の国内外にある財産で構成されるもの¹⁰が破産財団ということになる。

第3章 財産分与請求権と破産手続き

本論稿では、破産手続上の財産分与請求権の取扱いについて時系列により整理を行った上で、法律・判例上必ずしも明らかではない点について筆者の見解を述べることにしたい。

破産と財産分与の交錯の整理については、事業再生と債権管理第176号における安永准教授の整理¹¹が優れているため、本論稿も同整理に準拠している。

まず、①財産分与の義務を負う者が破産した場合を「義務者破産」、②財産分与請求権を有する者が破産した場合を「権利者破産」と呼び大きく2つに分類する。

その上で、義務者・権利者に対する破産開始決定が、それぞれ(i)離婚成立前、(ii)離婚成立後・財産分与前、(iii)離婚成立後・財産分与後になされた場合の3つに分類する。

したがって、大きく6つのパターンに場合分けをして検討していくことになる。

第1 義務者破産

破産者が具体的な財産分与義務を有しつつ破産手続開始決定がなされた場合、開始決定時に未履行の財産分与について、後述の判例のとおり、法は配偶者に特別の保護を与えていない。

そのため、義務者からすれば、配偶者の有する財産分与請求権は、破産法上は破産債権として扱われるに留まり、一般債権者と同様の扱いになる。

したがって、後日、免責決定がなされた場合、義務者から配偶者に対する財産分与の履行は不要となることになるであろう。

他方で、既履行の財産分与については、当該財産分与が、破産管財人による否認権行使の対象となるかについての検討が必要となる。

1 離婚成立前

すでに述べたとおり、民法第768条1項は、「協議上の離婚をした者の一方は、相手方に対して財産の分与を請求することができる。」と規定し、財産分与請求権の発生の要件を離婚の成立としている。

そのため、そもそも離婚が成立する前の段階では、夫婦間に財産分与請求権は発生しないと考える他なく、この時点での財産分与請求権の権利性については否定されるものと考え¹²。

離婚成立前の財産分与請求権の権利性が否定されることについては、義務者破産と権利者破産で異なることはない。

この点について、家族法上、夫婦別産制が原則(民法762条1項参照)とされているとはいえ、離婚協議に付随する財産分与協議においては、特に配偶者の一方が専業主婦等の場合、実務上、いわゆる2分の1ルールが支配しているため、他方配偶者の財産の2分の1の部分については、配偶者の財産として分与の対象となることも少なくない。

それにもかかわらず、離婚協議中に義務者が破産した場合に、配偶者に特別の保護を与えず、その時点で義務者の保有する財産全てを破産財団に組み入れることを認めるべきかという問題意識がある。

価値判断として、この問題点については理解できる部分があるものの、後述の最高裁判平成2年9月27日の判例(家月43巻3号64頁、以下「平成2年判決」という。)が、離婚後すでに発生している財産分与請求権についても特別の保護を与えないという態度をとっている以上、離婚協議の段階で、未だ発生しているとも認められない将来の財産分与請求権とも言うべき権利について何らかの法律上の保護を与えるという立場はとり得ないであろう。

なお、離婚が成立してはじめて財産分与請求権が生じる以上、離婚成立前に破産者が財産的価値を有する物について、離婚を予定している配偶者に財産的価値の移転をしている

場合には、当該財産の移転行為は法的には財産分与とは呼ばない。

したがって、破産管財人としては、配偶者に対する贈与として、否認権行使を検討することになる。

ここで、否認権とは、破産手続開始前に行われた絶対的な財産減少行為（詐害行為）又は債権者平等の潜脱行為（偏頗行為）について、破産手続との関係で、その行為の効力を否定して逸出した財産を回復させ、又は偏頗弁済を受けた債権者から偏頗弁済分を取り戻し、債権を改めて手続きに取り込む制度のことをさす¹³。

後述する著名な判例である最高裁昭和 58 年 12 月 19 日判決（民集 37 卷 10 号 1532 頁）（以下、「昭和 58 年判決」という。）は、「離婚における財産分与は、夫婦が婚姻中に有していた実質上の共同財産を清算分配するとともに、離婚後における相手方の生活の維持に資することにあるが、分与者の有責行為によって離婚をやむなくされたことに対する精神的損害を賠償するための給付の要素をも含めて分与することを妨げられないものというべきであるところ、財産分与の額及び方法を定めるについては、当事者双方がその協力によって得た財産の額その他一切の事情を考慮すべきものであることは民法七六八条三項の規定上明らかであり、このことは、裁判上の財産分与であると協議上のそれであることによって、なんら異なる趣旨のものではないと解される。したがって、分与者が、離婚の際既に債務超過の状態にあることあるいはある財産を分与すれば無資力になるということも考慮すべき右事情のひとつにほかならず、分与者が負担する債務額及びそれが共同財産の形成にどの程度寄与しているのかも含めて財産分与の額及び方法を定めることができるものと解すべきであるから、分与者が債務超過であるという一事によって、相手方に対する財産分与をすべて否定するのは相当でなく、相手方は、右のような場合であってもなお、相当な財産分与を受けることを妨げられない

ものと解すべきである。そうであるとするならば、分与者が既に債務超過の状態にあって当該財産分与によって一般債権者に対する共同担保を減少させる結果になるとしても、それが民法七六八条三項の規定の趣旨に反して不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りるような特段の事情のない限り、詐害行為として、債権者による取消の対象となりえないものと解するのが相当である。」と判示している。

しかしながら、離婚成立前の他方配偶者への財産移転行為は、そもそも財産分与としての性質を有することはないため、上記判例の射程外となる。

したがって、離婚成立前の段階において、破産管財人は、財産分与の特殊性ということを加味することなく、破産者が破産手続開始決定前に配偶者に対して行った財産的価値の移転について、詐害行為否認・偏頗行為否認の要件を満たすか否かにより、否認権行使の有無を検討すれば足りるということになろう。

2 離婚成立後・財産分与前

(1) 財産分与に関する調停・審判手続の終了前

民法第 768 条 1 項は、「協議上の離婚をした者の一方は、相手方に対して財産の分与を請求することができる。」と規定している。

したがって、離婚成立前とは異なり、離婚が成立している以上、この時期になされた元配偶者への財産移転行為は民法上の財産分与としての性質を有すると考えることになる。

もっとも、前述のとおり、判例は、「離婚が成立していても財産分与について、協議あるいは審判等によって内容が形成される前の財産分与請求権は、抽象的権利に過ぎない」と判示しており、段階的・形成権説に立っていると考えられる。

そのため、離婚は成立しているものの、財産分与の内容について内容が形成されていない段階での元配偶者への財産移転については、本来的には財産分与としては扱えず、単なる

贈与として否認権行使の要件に照らして検討すれば良いとも思える。

しかしながら夫婦当事者間において、明確に財産分与であるという認識はなかったとしても、とりあえず当面の生活費等として、まとまった金銭を交付するという事案は往々にして存在し、厳密にこれらを財産分与ではなく単なる贈与として処理する実益もない。

配偶者に対する財産処分行為は、贈与として捉えられるよりも財産分与として捉えられた方が、詐害行為否認の対象から外れやすくなる等、配偶者にとってはメリットが大きい。

義務者の元配偶者に対する財産的価値の移転行為が、財産分与として扱われる場合、破産管財人は、後述の財産分与確定後における判例の考え方により、否認権行使の有無を検討することになる。

(2) 調停・審判手続終了後（財産分与の内容確定後・財産分与の履行前）

離婚における財産分与として金銭の支払を命ずる裁判が確定し、その後に財産分与義務者が破産した場合につき、平成2年判決は、「離婚における財産分与として金銭の支払を命ずる裁判が確定し、その後に分与者が破産した場合において、右財産分与金の支払を目的とする債権は破産債権であって、分与の相手方は、右債権の履行を取戻権の行使として破産管財人に請求することはできないと解するのが相当である。けだし、離婚における財産分与は、分与者に属する財産を相手方へ给付するものであるから、金銭の支払を内容とする財産分与を命ずる裁判が確定したとしても、分与の相手方は当該金銭の支払を求める債権を取得するにすぎず、右債権の額に相当する金員が分与の相手方に当然帰属するものではないからである。」と判断し、元配偶者から破産者（破産管財人）に対する取戻権行使の主張を否定した。

この判例は元配偶者が有していた財産分与請求権は金銭債権であったものである。

夫婦間での財産分与の内容確定後、義務者

から元配偶者に対して財産分与がなされる以前に義務者が破産した場合には、元配偶者は破産手続の中では特別な保護を受けることができず、一般破産債権者として配当手続きに参加することで財産分与請求権を行使し債権回収を図るという結論となる。

この判例は、財産分与と破産を検討する上で、非常に重要である。

筆者としては、清算的財産分与におけるいわゆる2分の1ルールに従い、義務者が破産手続開始決定時に有する財産について、元配偶者に一般債権者と異なる特別の保護を認める価値判断があっても良いように思える。

しかしながら、この判例により実務が動いている以上、仮に元配偶者の代理人として離婚裁判に関与しており、義務者の財産状況に不安がある場合（例えば住宅ローン過多等）には、長期の分割で金銭を100%回収するよりも、2分の1ルールに拘らず、少額でも一括で受領した方が元配偶者の権利確保に繋がる可能性がある。

財産分与後には後述の否認権行使というハードルにより、元配偶者はある種の保護を受けられるのに対し、分与の内容確定後、分与実施前の段階での義務者破産では、元配偶者は配当手続きを除き権利行使ができないという結論はいかにもバランスを欠くように思える。

破産法は、第1条において、「この法律は、支払不能又は債務超過にある債務者の財産等の清算に関する手続を定めること等により、債権者その他の利害関係人の利害及び債務者と債権者との間の権利関係を適切に調整し、もって債務者の財産等の適正かつ公平な清算を図るとともに、債務者について経済生活の再生の機会の確保を図ることを目的とする。」と規定をしている。

ここで規定する「債務者の財産等の適正かつ公平な清算」について、共同生活を営み、義務者の財産形成に寄与していた者（元配偶者）を他の債権者と平等に扱うことはむしろ不平等であるとすら考える。

この筆者の見解については、借入等により購入した高級品についても担保権が付されていない場合には、債務者は破産手続きにおいて優先的な扱いを受けることができないのと同様ではないかとの反論があり得る。

しかしながら、夫婦別産制の中で配偶者に対して担保を取るということは現実的ではないし、特に婚姻中は専業主婦であった者のように、自身で固有の資産を持つことが現実的に期待できない者について、一般債権者と同様の財産保全を強いるのは無理がある。

そうであるとすれば、配偶者の保有する財産分与請求権が抽象的権利にとどまらず、具体的財産分与請求権となっている場合には、当該財産分与請求権を財団債権として扱うべきであると考えられる。

もっとも判例及び財団債権について規定する破産法 148 条以下の規定を前提とすると、解釈論で財産分与請求権について財団債権であることを読み込むことは現実的には困難であると考えられるため、ここでは問題提起のみとしておく。

3 離婚後・財産分与後

離婚の際の財産分与が、危機時期以降になされている場合、破産管財人は否認権行使を検討することになる。

(1) 詐害行為否認該当性

ア 昭和 58 年判決

前に引用した、昭和 58 年判決において判旨されたとおり、実務では義務者から元配偶者になされた財産分与行為については、財産分与の趣旨に照らし相当であれば、詐害性を否定する立場を採用している。

現に離婚後に財産分与がなされ、当該財産分与行為について否認権行使がなされた裁判例は、昭和 58 年判決の判断枠組みに照らして、当該財産分与について不相当に過大か否かという基準により判断がなされている。

昭和 58 年判決は、義務者が債務超過であるような場合でも、配偶者が「相当な財産分与を受けることは妨げられない」とし、財産分

与によって一般債権者に対する共同担保を減少させる結果になるとしても、財産分与が「民法 768 条 3 項の規定の趣旨に反して不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りるような特段の事情のない限り」詐害行為取消権の対象とならないと判示している。

当事者が合意により財産分与を行うことは、民法第 768 条 1 項に基づいて生じる法律上の義務の履行であり、分与額がこの義務の履行として認められる相当な限度を超えない限り、詐害行為とはならないというのが判例の立場である。

当該判例・通説の考え方によれば、すでに行われた財産分与の合意内容を「相当性」という基準により再点検することによって、詐害行為性の成否を判断することになる。

そして、その相当性判断について、昭和 58 年判決によれば、財産分与の相当性は財産分与制度の趣旨、すなわち前記 3 要素である清算的要素・扶養（補償）的要素・慰謝料的要素としての財産分与の相当性が判断基準とされるのである。

(ア) 清算的財産分与における相当性

清算的財産分与の場合、残額の 2 分の 1 に対応する財産分与は相当とする裁判例が多い。

(イ) 扶養的財産分与における相当性

扶養的財産分与について、判例の考え方によれば、すでに扶養的財産分与として、一定の財産分与がなされている場合に、その相当額について、かつての配偶者の生活維持を一般債権者の保護に優先させることはやむを得ないと考えられている。

当該判断からは、一般債権者よりも財産分与を受けた元配偶者を優先して扱うという価値判断が背景にあることが伺える。

そうだとすれば、やはり財産分与の内容確定後、分与前の元配偶者についても一般債権者に比して優先的地位を与えることが、昭和 58 年判決の価値判断と整合するのではないだろうか。

なお、昭和 58 年判決の事案では、財産分与

がなされた時点において、すでに義務者が無資力であった（かつ元配偶者はそのことについて少なくとも悪意であった）という事実関係を前提に出された判決であるため、この判例をもって、偏頗行為取消しの可能性をも否定したとの見解も存在するがこの点は後述する。

イ 平成12年判決

最高裁平成12年3月9日判決（民集54巻3号1013頁）（以下、「平成12年判決」という。）は、「離婚に伴う財産分与として金銭の給付をする旨の合意がされた場合において、右特段の事情があるときは、不相当に過大な部分について、その限度において詐害行為として取り消されるべきものと解するのが相当である。」と判断している。

この詐害行為取消しの判断枠組みは、詐害行為否認（破産法160条2項）でも同様と考えられ、財産分与のうち、不相当に過大な部分については、詐害行為否認の対象となると考えられている¹⁴。

財産分与のうち、不相当に過大でない部分については、「法律上の義務の履行」であるため、昭和58年判決などにより詐害行為取消しの対象とならず、同様に詐害行為否認の対象にもならないという点については学説上も異論がないところであると考えられている。

（2） 偏頗行為否認該当性

これまで引用してきた昭和58年判決、平成12年判決は、いずれも財産分与が詐害行為否認の対象となるか否かについての判断基準となる判例である。

もっとも、否認権には、詐害行為否認の他にも偏頗行為否認という類型が存在し、不相当に過大でない部分について、偏頗行為否認の要件を充たす場合に、当該財産分与行為が、別途偏頗行為否認の対象になり得るのかという点について考え方が分かれている。

1つの考え方として、離婚後の相手方の生活の維持に資するという財産分与の役割から、財産分与は財産行為であっても離婚という身分行為に伴う特殊性があり、不相当に過大で

ない財産分与は「不当性」という否認の一般要件を充足せず、偏頗行為否認の対象にはならないと考える考え方（消極説）¹⁵がある。

実務上、破産管財人は、有害性のある否認対象行為であっても、不当性を欠く場合には否認権行使を行わないことがあるだろう。

確かに、債権者平等分配の原則からすれば、元配偶者への財産分与のみを行っている状態は、偏頗行為というべきであるものの、清算・扶養という財産分与の趣旨が、一般債権者の利益より優先されるべきであると考えれば、財産分与については不当性がないと考えることもできる。

つまり不相当に過大でない財産分与は不当ではない以上、偏頗行為否認の対象にもならないという考え方である。

相対する考え方として、財産分与請求権は、一般破産債権に過ぎないのであるから（平成2年判決）、不相当に過大でない部分であっても、危機時期において履行がなされれば偏頗行為否認の対象となり得るという考え方（積極説）が存在する。

積極説に立つ場合には、そもそも法定の偏頗行為否認の要件の枠組みで検討する以上、相当かつ過大でない財産分与、すなわち昭和58年判決のような事案であっても、危機時期において財産分与がなされていれば、偏頗行為否認の対象となるという帰結になろう。

このように考えた場合には、危機時期以降の財産分与については詐害行為に該当するかの判断をするまでもなく、破産管財人による否認権行使が認められることになる。

もっとも前述のとおり、昭和58年判決が、財産分与がなされた時点において、すでに義務者が無資力であった（かつ元配偶者はそのことについて少なくとも悪意であった）という事実関係を前提に出された判決である。

このことを踏まえれば、相当であり、過大でない財産分与について、裁判所は否認権行使を認めない立場を明らかにしたのであるから、判例との整合性を考えれば、危機時期以降になされた財産分与について、偏頗行為否

認の対象にもならないという考え方が妥当ではないかと考える。

この点について、偏頗行為否認の条文の要件を充たすにもかかわらず、これを認めない理由付けについては議論があるところではあるが、これについては今後の研究課題としたい。

第2 権利者破産

1 離婚成立前

義務者破産の項目で述べたとおり、離婚が成立する前の段階では、夫婦間に財産分与請求権は発生しないと考えられるため、権利性については否定される。

そのため、破産者について離婚が見込まれ、かつ離婚後に財産分与を受けられる期待があったとしても、離婚が成立していない以上、当該期待権とも言うべき権利については当然に破産財団を構成しないものと考ええる。

この立場によれば、権利者（破産予定者）は財産分与請求権を破産財団に帰属させないために、意図的に破産手続中は離婚の引き延ばしを行うのではないかという問題意識が存在する。

しかしながら、そもそも離婚するか否か、いつ離婚するかという点については純然たる身分行為であり、破産者が仮に意図的に離婚の時期を遅らせたとしても、破産管財人がそれについて手出しをできる領域ではないと考える。

2 離婚成立後・財産分与前

離婚成立後、権利者（破産者）が財産分与請求権について権利行使を行わないまま破産手続が開始した場合には、財産分与請求権の財団帰属性が問題となる。

財産分与請求権の財団帰属性を考える場合、破産法34条の解釈として、同条1項の「破産手続開始の時において有する」といえるか、同条2項の「破産手続開始前に生じた原因に基づいて行うことがある将来の請求権」に当たるか、そして同条3項の「差し押さえるこ

とができない財産」、すなわち一身専属権かということが問題となる¹⁶。

まず、破産法34条1項についてであるが、判例は、前述のとおり、段階的形成権説を採用していると考えられており、この考え方からすれば、離婚後である以上、抽象的財産分与請求権は発生しているものの、金額が具体的に確定していなければ、破産手続開始決定時に有する債権とはいえないと考えるのが素直である。

次に、仮に金額が確定していない場合には、破産法34条2項の枠組みでの検討が考えられる。

すなわち、破産手続開始前の離婚という原因に基づいて財産分与請求権は発生している以上、財産分与請求権は破産手続開始前に生じた原因に基づいて行うことがある将来の請求権に該当するのではないかという問題である。

段階的形成権説を採用した場合、財産分与の合意以前であっても、離婚により抽象的ながらも財産分与請求権は発生していると考えられることになるということは前述のとおりである。

この抽象的財産分与請求権は、将来の請求権という文言における請求権に含まれると考えることができるのであろうか。

判例は、財産分与請求権について、「離婚によって生ずることあるべき財産分与請求権は、一個の私権たる性格を有するものではあるが、協議あるいは審判等によって具体的内容が形成されるまでは、その範囲及び内容が不確定・不明確であるから、かかる財産分与請求権を保全するために債権者代位権を行使することはできないものと解するのが相当である。」と判示しているのは前述のとおりである¹⁷。

この判示に沿えば、破産手続開始決定時に、いまだ不確定・不明確な権利（抽象的財産分与請求権）は、破産者の財産に対する包括的執行の範囲外、すなわち、将来の請求権にはなお含まれないと考えることが素直な解釈の

ように思えるがこの点はなお議論の余地があるろう。

もっとも仮に、離婚後の破産者が保有する財産分与請求権が、財団帰属の財産であるとしても、財産分与請求権は行使上の一身専属性を有しているため、権利者が行使をしていない以上、破産財団を構成しないのではないかという問題がある。

もっとも行使上の一身専属性は行使により一身専属性を失うものもある。ある権利について、行使上の一身専属性に該当するか否かを判断するにあたっては、①その権利が当該権利者に対して債権を有する者の共同担保として評価されるべきか否かという点と、②その権利を行使するかどうかを当該権利者の自由意思に任せるべきかという観点を考慮すべきとされている¹⁸。

判例は慰謝料請求権についてであるが、一身専属性がなくなる時期について、具体的な金額が客観的に確定したときとしている¹⁹。

この判例に従うと、財産分与請求権が抽象的権利のうちは一身上属性を有するが、内容を確定し、具体的権利性を有するようになった時点で一身専属性が喪失するということになる。

これに対して、権利行使の意思表示をした時点を一身上属性の喪失時期とする見解も存在する。その根拠は、遺留分減殺請求権の一身上属性について判断した判例である²⁰。

筆者としては、財産分与請求権の一身上属性の喪失時期については後者の立場を採るべきではないかと考える。その大きな理由は財産分与請求権の権利の性質が慰謝料請求権よりも、遺留分減殺請求権に近いものであるとの筆者の理解にある。

財産分与請求権は、清算的要素、扶養的要素、慰謝料的要素の大きく3つにより構成されている。慰謝料請求権はこのうちの、慰謝料的要素と同様のものと考えられる。

一方で、遺留分減殺請求権（現在の遺留分侵害額請求権）は、法定相続人の最低限の生活保障をその趣旨の1つとしている。

すなわち、被相続人と家族生活を営んできた法定相続人に対し、被相続人が残した遺産について最低限の清算を行うことをその目的としている。

財産分与請求権の本質が清算的要素であると考えれば、財産分与請求権の権利の本質は慰謝料請求権よりも遺留分減殺請求権に近いと考えることができる。

3 離婚後・財産分与後

判例の考え方によれば、権利者が、配偶者から財産分与を受けた後に破産手続開始となった場合には、受け取った財産は当然に破産財団を構成することになる。

もっとも前述のとおり、財産分与には夫婦の清算的要素を超えて、扶養的要素が認められるところであり、その意味で一般の財団帰属債権と同様な扱いをすることが妥当なのかという問題意識はあろう。

破産法1条がその目的の一つとして、「債務者の経済生活の再生の機会を図ること」としていることに鑑みれば、破産者から自由財産拡張の申立てがなされた場合には、扶養的要素の考慮から、金銭債権と異なる特別の考慮を入れた上で、自由財産拡張の適否を判断すべきであると考えられる。

第4章 今後の検討課題

これまでの議論は、主に破産者と破産管財人、義務者破産の部分で一部配偶者の目線で行ってきた。

しかしながら、弁護士は破産管財人だけでなく、破産の申立代理人として破産手続に関与する場合がある。

例えば、相談者が離婚の依頼と破産申立ての依頼を同時にしてきたとしよう。相談を受けた弁護士はいかに対処することになるのか。

まず、権利者破産の場合、離婚後に財産分与請求権が発生すると考える以上、離婚後に破産申立てを行うと、財産分与によって得られた財産が財団に組み入れられることになる。

したがって、相談者の利益を最大化するためには、破産申立てを先行し、免責決定を受けた後に、離婚について受任をし、財産分与を具体的請求権に昇華させるのが適切ということになるであろう。

義務者破産の場合にはどうなるであろうか。破産をした後に財産分与をしようと考えても、破産後に手元に財産はほとんど残っていないであろう。

したがって、配偶者に財産を残したいと考えている場合には、逆に離婚と財産分与を先行させることになる。

他方で関係が悪化している夫婦であれば、財産を渡したくないということで破産を先行させるかもしれない。

破産債権者との関係で、上記のように破産予定者に裁量を認める状態についてはいかなものかという視点もあろうが、受任弁護士は債権者のためではなく依頼者のための活動を求められる以上、上記のような処理になることはやむを得ない。

権利者破産の場合、破産管財人としても、単に「配偶者有」と申告されている申立書を見て、今後の離婚の予定について聞くことはないし、離婚協議中であることを申告しないことが管財人の業務を妨害することにもならず免責判断にも影響を及ぼすこともない。

このように、離婚と倒産手続きについては、破産者、配偶者、債権者、破産管財人、申立代理人等、様々な関係者が登場し、利害関係を前提とした利益調整が必要になってくるものと考えられる。

そもそも、家族法と破産法をはじめとする倒産法は共通の価値観をもって定められているものではない。

今後も、裁判例等の蓄積がなされていく分野であると考えられるが、離婚と倒産手続きが交錯する状況においては、破産管財人をはじめとする関係者のバランス感覚が求められる分野であるといえるであろう。

以上

¹ 二宮周平編・新注釈民法（17）親族（1）・393頁（有斐閣・平成29年）

² 前掲・新注釈民法（17）親族（1）・397頁

³ 最高裁昭和55年7月11日判決（民集34巻4号628頁）

⁴ 前掲・新注釈民法（17）親族（1）・398頁

⁵ 前掲・新注釈民法（17）親族（1）・399頁

⁶ 前掲・新注釈民法（17）親族（1）・400頁

⁷ 前掲・新注釈民法（17）親族（1）・408頁

⁸ 前掲・新注釈民法（17）親族（1）・408頁

⁹ 伊藤真他・条解破産法・1745頁（弘文堂・〔第3版〕・2020年）

¹⁰ 石川貴康他・「全国大会シンポジウムを理解するための破産法の基礎知識」・事業再生と債権管理No.176・5頁（金融財政事情研究会・2022年）

¹¹ 安永祐司・「破産事件と離婚事件との交錯」に関する検討課題・事業再生と債権管理第176号・54頁（きんざい・令和4年）

¹² 離婚成立前の財産分与請求権の権利性について（否定、権利として成立していない）離婚成立後金額未確定段階の財産分与請求権について破産債権性が認められるか、債権届出が可能か（否定が通説的見解、ただし森教授は肯定。）

¹³ 野村剛司他・倒産法講義・169頁（日本加除出版・2022年）

¹⁴ 前掲・事業再生と債権管理No.176・7頁

¹⁵ 木内道祥監修＝全国倒産処理弁護士ネットワーク編「破産実務Q&A220問」136頁（金融財政事情研究会・2019年）

¹⁶ 前掲・事業再生と債権管理No.176・20頁

¹⁷ 最高裁昭和55年7月11日判決（民集34巻4号628頁）

¹⁸ 中田裕康「債権総論」251頁（岩波書店・〔第4版〕・2020年）

¹⁹ 最高裁昭和58年10月6日判決（民集37巻8号1041頁）

²⁰ 最高裁平成13年11月22日判決（民集55巻6号1033頁）