

## 退職しない給与所得破産者の退職金債権の破産財団帰属性

中  
村  
壽  
宏

## 目次

- はじめに
- I 問題の所在
- II 通説的見解の概要
- III 判例の動向
- IV 反対説の概要
- V 破産手続実務における退職金債権の取り扱い
- VI 現行実務の問題点
- VII 検討
- VIII まとめ

## I 問題の所在

自然人について破産手続が開始された場合、破産者の当面の生活の保護および経済生活の再生が、手続上の重要課題のひとつとなる。特に、給与所得者に対して破産手続開始決定がなされた場合、破産者が勤務先に対して有する退職金債権が破産財団に組み込まれるべきか否かという点が、破産者の社会生活の保護および経済的主体としての再生の実現にとって大きな鍵となろう。なぜなら、退職金債権が破産財団を構成する財産となるとすれば、その確保のために破産者は勤務先を退職しなければならぬかもしれないからである<sup>(1)</sup>。

この問題に対して、通説的見解は、退職金債権の一部が破産財団に組み込まれると考えている。裁判所実務も、基本的にはこの通説的見解と同様の見解に立つ。

しかし、この通説的見解は、給与所得者たる破産者（以下、「給与所得破産者」とする。）が実際に退職を予定している場合となお勤務を継続することを望んでいる場合とを峻別していない点に問題がある。そのため、給与所得破産者がなお勤務を継続することを望む場合においては、一体どうやって退職金を回収するのか、その方法が明確に示されないままになっている。しかし、給与所得破産者が実際に退職しない場合は、破産者は退職金を取得することが「現実にはない」にもかかわらず、配当という「現実的な支払の実施のため」に、破産財団に退職金の一部を「現実

に組み込まなければならない」とするならば、それは矛盾と言うべきではないだろうか。

実際にこの矛盾に直面せざるを得ない裁判所実務においては、この奇妙な問題に対処するため、給与所得破産者の退職金の取り扱いについては個別事情を考慮して柔軟に決するとう曖昧な立場をとらざるを得ない<sup>(2)</sup>。通説的見解が導き出すような給与所得破産者に不利な結論をかならずしも画一的に適用するわけではないという姿勢には、一見、

給与所得破産者に対する配慮が見られるようにも思える。しかし、柔軟に決するという姿勢には、何らかの事情によつては、退職しない給与所得破産者に対して退職金の一部をどうにかして差し出させるといふオプションもお温存されていると気がつかねばならない。

退職を望まない給与所得破産者にとつて、退職金の一部が破産財団を構成するという結論は、重大な決断を迫るものであるといえる。すなわち、現実には受領できない退職金の一部を現実に破産財団に組み入れるためには、破産状態であるにもかかわらず親族等から新たな借入れをしなければならぬか、または生活の基盤の確保のために特に認められたはずの自由財産から相当額を取り崩さなければならないからである。あるいは、この選択の問題ゆえに、破産状態にある給与所得者が法的倒産処理手続の早期着手に躊躇し、事態が泥沼化して破滅的状态に陥る原因となることも大いに予想される。さらには、破産財団を構成する退職金の支払に窮して、結局は実際に退職を選択せざるを得なくなる<sup>(3)</sup>としたら、破産者およびその家族の生計維持のための職業確保という観点から大いに問題があるといわざるを得ない。

むしろ、先にも述べたように、裁判所においては状況に応じて柔軟な対応を期待できるとされているが、退職金を破産財団に組み込まない措置が確約されているわけではなく、いったん破産手続が開始されれば、退職金の一部を破産財団に組み入れるよう強く迫る破産債権者の登場を防ぐ手立てはない。

これに対して、同様の問題意識に基づいて通説的見解に反対する意見が従来なかったわけではなく、むしろ綿密な分析と検討に基づく優れた反対意見が存在する。にもかかわらず、現在主流となつている破産法関係の基本書においても、そういった反対意見は、通説的見解と本質的に対立しうるほど有力なものとは認識されていないように見受けられる。しかし、先にも述べたように、これは給与所得者にとつては極めて重大な問題であり、もつと議論がなされ

るべきではないか。

本稿は、以上のような問題意識を基盤として、給与所得破産者がなお勤務を継続する場合における退職金債権の取り扱いについて、通説的見解および破産手続実務の問題点を指摘することを目的としている。具体的には、まず通説的見解が拠って立つ法律解釈および実務の状況を確認し、ついでそれに対する反対意見の展開を俯瞰する。最後に、いささか大胆と判断されるかもしれないが、勤務を継続する給与所得破産者の退職金債権は、まったく破産財団の構成要素とならないことを主張したい<sup>(4)</sup>。

## II 通説的見解の概要

### 1 通説的見解の内容

現在の通説的見解は、すくなくとも退職金債権の一部は破産財団を構成するとしている。より具体的には、破産手続開始決定の日に退職した場合に受領できる退職金相当額のうち、その四分の一が破産財団に組み込まれると考えられている<sup>(5)</sup>。

### 2 通説的見解の根拠

通説的見解は、破産法の条文を論理的に解釈することによってこの結論を導き出そうとしている。

破産法は、いわゆる固定主義を採用し、破産者が破産手続開始の時に有する一切の財産は破産財団を構成するものとし（破産法第三四条第一項）、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もこれ



に含めることを明文で規定している（同条第二項）。ただし、この場合においても、差押禁止財産は破産財団を構成しない（同条第三項）。

これらの規定に基づいて退職金債権の取り扱いを考える場合、まず、退職金債権が破産手続開始前の原因に基づく将来の請求権であるかどうかが問題となり、次に、それが肯定されたとしても、退職金債権が差押禁止財産に当たらないかどうかを検討されなければならないことになる。

（一）退職金債権が将来の請求権に該当すること

退職金債権が破産手続開始前の原因に基づく将来の請求権であるかどうかの判断は、退職金債権の法的性質をどのように考えるかという問題とリンクする。

この点につき、学説上は、退職金は企業等が従業員に対して在職期間中の労働や功績に対する感謝、慰労あるいは恩賞として支給するものであるという「功労報償説」、従業員が企業等に労働力を提供して企業等の活動・発展に寄与した以上、退職後の生活を保障することは企業等の責務であると考え、「生活保障説」、在職期間中に支払われる賃金は労働力の対価を満たさず、未払賃金部分が退職時に一括して精算支給されると考える「賃金後払説」がそれぞれ主張されている<sup>6)</sup>。

現在の労働法上の議論においては、通常は退職金が算定基礎賃金に勤続年数に応じて設定された支給率を乗じて算定されることから、賃金後払説が通説となっている。賃金後払説の考え方は、労働者が企業等に対して退職金を請求する場合、既に発生しているが支払いが留保されている未払賃金を求める形式にすることが労働者保護の観点から有用であることから、広く支持されているという側面もある。

判例は、就業規則においてその支給条件があらかじめ明確に規定され、会社が当然に支払義務を負う退職金は、労働基準法第一一条にいう「労働の対償」としての賃金に該当するとしている<sup>(7)</sup>。また、行政解釈も、退職金は原則として賃金と見なさないとしつつ「労働協約、就業規則、労働契約等によって予め支給条件の明確なものはこの限りではない」(昭和二十二年九月二三日労働省発基一七号)とする。

いずれにせよ、賃金後払説の立場にしたがう限り、退職金債権の本質は在職中に定期的に発生し支払いが留保された賃金の一部分の集積であるので、給与所得者が在職中に破産手続開始決定を受けたときは、破産手続開始決定までの労働に対する給与について発生している支払留保部分に対する請求権は将来の請求権と言えることになる。

(2) 退職金債権が差押禁止財産に当たらないこと

通説の見解が拠って立つ上記の解釈により、退職金債権が破産法第三四条第二項にいう将来の請求権であるとしても、それが差押禁止財産に該当する場合には破産財団の構成要素とならないのであるから、退職金債権を部分的にも破産財団に組み入れるためには、退職金債権が差押禁止財産にあたらなければならないことを明瞭にしなければならない。

この点について、通説の見解は民事執行法第一五二条第二項を根拠として指摘する。すなわち、同規定は「退職手当及びその性質を有する給与に係る債権については、その給付の四分の三に相当する部分は、差し押さえてはならない」としているので、残る四分の一に相当する部分は差押えが可能と考えるのである。

### Ⅲ 判例の動向

退職金債権が破産財団を構成するかどうかという問題に関する判例は多くないが、リーディング・ケースとして挙げられるものとして、破産者が退職金債権を有していることを破産手続中で明らかにしなかったことが免責不許可事由に該当するとした福岡高裁の裁判例が重要である。<sup>(8)</sup>

この事件は、破産者が在職中に破産宣告（破産手続開始決定）を受けた後、その六週間後に労使間協定等に基づく退職金債権を妻に譲渡し、さらにその十二日後に実際に自主的に退職したが、この間、破産手続においてこの退職金の存在およびその処理に関して特に陳述をしなかった。そして、さらにその三か月後に手続費用不足を理由とする破産廃止決定がなされたので、免責許可決定の申し立てをしたが不許可となり、即時抗告をしたという事案である。

本件抗告審は、退職金請求権の一部は破産財団を構成し、退職金請求権の存在を陳述しなかったことは「財産について裁判所に虚偽の陳述をしたことになる」ので、これは免責不許可事由（旧破産法第三二六条の九第一項第三号<sup>(9)</sup>。文言は異なるが、現行破産法第二五二条第一項第八号に相当する。）にあたるとして抗告を棄却し、原審の免責不許可決定を支持した。<sup>(10)</sup>

そして、その理由において、退職金請求権の法的性質については、退職金を労働者の過去における労働の対価の一部と理解して、将来の退職を条件としその退職時を履行期とする請求権であるとし、その四分の一、事情によっては二分の一までは差押えることができ、<sup>(11)</sup>破産宣告（破産手続開始決定）時までの勤務年限に相応する金額に対して差し押さえ可能な部分にかかる退職金は破産財団に属すべきものであるとした。

この判例に対する評価は分かれており、通説的見解の立場からこれを当然とするものもあるが、<sup>(12)</sup>現実に退職の意思

がない者に免責不許可の可能性を示して退職金に関する陳述を強いることに対しては批判もある。<sup>(13)</sup>

#### IV 反対説の概要

これらの通説的見解および判例の趣旨に対して、異なる見解を主張する学説が見られる。ただし、反対説は方向性が異なる二つの流れに分かれている。すなわち、一つは、通説的見解および判例が原則として退職金債権の四分の一を破産財団に組み込もうと考えていることに反対して「そのすべてが破産財団に組み込まれるべきと考える」ものであり、もう一つは、給与所得破産者が現実には退職していないときは「退職金債権は破産財団に組み込まれない」とするものである。

いずれの見解も、旧破産法下における議論であり、現行破産法下においてもなお維持しうる議論であるかどうか疑問が残る部分もあるが、この問題に関するこれまでの議論の状況を理解するためにここで紹介する。

##### 1 退職金の全部が破産財団に組み込まれるとする見解

通説的見解および判例に対して、退職金債権はその全額が破産財団に組み込まれるとする見解が、当時実際に裁判所において破産手続実務を担当していた裁判官から主張された。<sup>(14)</sup>

この見解は、民事執行法の規定は個々の債権者が個別執行を試みた場合の規律であり、包括執行である破産手続においては民事執行法における原則と異なり全債権者のために全額について差押えが可能であるという。<sup>(15)</sup>そして、破産者が困窮している場合には、破産裁判所の権限において差押えの範囲を縮小して退職金の一部を財団から解放するか、

旧破産法における扶助料の支給を検討できると考える。

また、破産者が現実に退職しない場合については、破産宣告（破産手続開始決定）時の退職金相当額を債権者に提供しなければならぬとする<sup>(16)</sup>。論者自身は、退職金債権が存在する案件においてはすべて破産管財人を選任し（つまり同時廃止を考慮しない）、破産者が退職しない場合は「破産者は、他から借りて、破産管財人に交付している」と報告している<sup>(17)</sup>。

この見解は、給与所得破産者に対して厳しい内容を持つものであるが、その根底には、昭和五〇年代半ばにおけるいわゆる「サラ金破産」が激増する状況において、安易に同時廃止を前提とした破産の申立を行い、当然のように免責を得ようとする債務者や申立代理人に対する裁判官の苛立ちがあるように思える<sup>(18)</sup>。事実、論者は破産債権者の権利実現は、給与所得破産者の保護に優先すると考えている<sup>(19)</sup>。

もっとも、破産債権者の公平な権利実現にのみ至上の意義を見いだすかのような見解は、旧破産法の下においても厳しすぎるとの批判にさらされているし、破産者の経済生活の再生機会の確保を明確に目的としている現行破産法の下においてはこれを強く主張することは難しいであろう<sup>(20)</sup>。

## 2 具体化されていない退職金債権は差し押さえることができないとする見解

通説的見解や上述の退職金債権全額が破産財団に組み込まれるとする見解に対して、給与所得破産者が未だ現実に退職していないときは、退職金債権はそもそも被差押適格が認められないため、全額が破産財団に組み込まれないとする見解がある<sup>(21)</sup>。

この見解は、退職金債権が破産財団に組み入れられるかどうかの判断は、破産宣告（破産手続開始決定）時に破産

者がすでに退職しているか否かという事実だけが重要であると考え<sup>(22)</sup>。そして、退職金債権の法的性質がどうあれ、現在すでにその原因が確定し権利を特定することが可能でかつその発生の確実性が強度でなければ将来の権利を差し押さえることができないという前提で、退職の事実が確定しなければ金額も算定できないため、破産宣告（破産手続開始決定）時に給与所得破産者が現実に退職していないときは、現実化されていない退職金債権はそもそも差し押さえることができないとする<sup>(24)</sup>。

このように、現実に退職しない限り退職金債権はまったく破産財団に組み入れられないと考えることは、給与所得破産者の生活保護ないし経済生活の再生という観点からは好ましい結論といえる。しかし、この見解の論者は必ずしもこの点を重視しているわけではなく、給与所得破産者が現実に退職した場合にはその事実によって具体化した退職金の四分の一が差押え可能となるのは当然として、民事執行法第一五三条に基づく差押え禁止範囲の変更により、破産者の生活保護のためにこれを縮小するだけでなく、債権者の利益のために破産財団に組み込む部分を拡張することも可能と主張する<sup>(25)</sup>。

#### V 破産手続実務における退職金債権の取り扱い

以上のように、通説の見解に対して両極に位置する二つの反対説が存在しているが、裁判所における破産手続実務は基本的には通説の見解の考え方を基盤としている。ただし、通説の見解が導き出す結論をもってそのまま実務の取り扱いとしているわけではない。

## 1 破産財団の範囲の決定手順

まず、現行破産法における破産財団の範囲の確定方法を確認する。

先に述べたように、まず破産者が破産手続開始時に国内外に有する一切の財産が破産財団の基礎となり、さらに破産手続開始決定前に原因を持つ将来の請求権すなわち停止条件付き債権（民法第一二七条第一項）および期限付き債権（民法第一三五条第一項）がこれに加わる（破産法第三四條第二項）。次に、そこからいわゆる自由財産として、民事執行法第一三一条第三号が規定する必要生計費として民事執行法が規定する金額の二分の三（つまり一五〇パーセント）にあたる現金、<sup>(26)</sup>および民事執行法が規定するその他の差押禁止財産が除外される（破産法第三四條第三項）。さらに、民事執行法第一三二條第一項によって差押えが許されることとなった差押禁止動産および破産手続開始決定後に差押え可能となった財産が、再び破産財団に組み入れられる（破産法第三四條第三項第二号但書）。

加えて、現行破産法は、自由財産の範囲の拡張という制度を新設し、破産手続開始決定から一ヶ月を経過するまでのあいだ、<sup>(27)</sup>破産者の申立てまたは職権により、破産者の生活状況、破産手続開始決定時に破産者が有していた自由財産の種類および額、破産者が収入を得る見込みその他の事情を考慮して、自由財産の範囲を拡張する決定をすることができることとしている（破産法第三四條第四項）。これは、個々の破産事件ごとに破産者の置かれた状況に応じて自由財産の範囲を拡張的に調整できるようにすることで、破産者の生活維持と経済的再生の途が支障なく確保されるように、事案ごとに柔軟な対応を可能ならしめることを目的としている。<sup>(28)</sup>

このように、現行破産法第三四條は、まず破産財団の基本を定めただうで、これに将来の債権を当然加え、差押禁止財産を当然減じ、裁判所の決定等により差押えが許されることとなった差押禁止動産の場合によっては加え、裁判所の決定によって自由財産とすべきとされた財産の場合によっては減じる、という複雑な調整方法を定めている。

この方法に従えば、退職金は将来の債権としてまず破産財団に組み込まれ、そのうち四分の三を差押禁止債権として除外し（民事執行法第一五二条第二項<sup>(29)</sup>）、残りの四分の一については自由財産の範囲の拡張の決定によつて除外の可能性を残すという扱いになる。

## 2 退職金債権の換価基準

しかし、破産手続開始決定がなされたとしても給与所得破産者は退職をしないことが通例であるので、現実には退職金は発生しない。そのため、退職金債権の四分の一を破産財団に組み込むことには何らかの工夫が必要になる。

そこで、まず退職金債権がごく僅かである場合には、これを自由財産として破産財団への組み込みを行わないこととする運用が考えられている。そもそも、破産財団の一部である財産を自由財産とするためには先述した自由財産拡張の決定を行わなければならないが、多数存在しうる些末な財産についていちいちそれを要求すると裁判所に無意味な負荷がかかることが懸念される。そこで、裁判所は破産者の財産に関する換価基準案を設けて、評価額が低い財産については原則として換価しないこととし、これに該当する財産については自由財産拡張の決定がなされたものとして取り扱うことにしている<sup>(30)</sup>。

たとえば、横浜地方裁判所第三民事部における運用<sup>(31)</sup>では、個人事件について「換価等をしない財産」が列挙されており、退職金については「支払見込額の八分の一相当額が二〇万円以下である退職金債権（破産者が開始決定後最終結前に現実に退職した場合は、開始決定時点での退職金相当額の四分の一相当額が二〇万円以下である退職金債権）」。支払見込額の八分の一相当額が二〇万円を超える退職金債権の八分の七（破産者が開始決定後最終結前に現実に退職した場合は、開始決定時点での退職金相当額の四分の一相当額が二〇万円を超える退職金債権の四分の三）<sup>(32)</sup>」となつて



いる。つまり、破産者が開始決定後終結前に現実に退職しない限り、破産手続開始決定時における退職金見込額がおむね一六〇万円以下である場合にはその全額を自由財産とし、それを超えるときは八分の一だけを破産財団に組み入れて残額を自由財産とすることになる。

ここで目を引くのは、退職金相当額の「八分の一」という基準である。これは、本来ならば民事執行法第一五二条第二項にしたがつて差押許容範囲は退職金相当額の四分の一にあたる額を基準として判断すべきところ、そもそも破産者が現実にはいまだ退職しておらず、将来実際に退職する際に自己都合退職による減額や懲戒免職を原因とする全額不支給の可能性があることを考慮したものと考えられる<sup>(32)</sup>。このことは、先述の横浜地方裁判所の運用基準において、破産者が開始決定後終結前に現実に退職した場合には四分の一という割合が使われることが括弧書きで明記されていることと符合する<sup>(33)</sup>。

しかしながら、冷静に考えるならばこの運用は奇異である。破産手続実施中になされる想定と将来実際に退職する際の現実に齟齬が生じる可能性を認識して基準を緩めようとする方向性自体は間違いではないが、ならばなぜ現実には破産者が手中に収めない退職金は回収の対象としないという発想にならないのか。「八分の一」という、法律の規定に根拠を持たないまさしく運用上定められた基準をもって非現実を無理に現実化するよりも、現実化していない退職金は現実化できないという対応の方がよほど常識的と思われる。これはおそらく、破産者と破産債権者との衡平を念頭に置いて採られている運用であろうが、次に述べるように、この運用に基づく退職金の回収が給与所得破産者に重大な不利益を生じさせ得る現実を考慮すると、ここに破産者と破産債権者との衡平という理念は成立しないのではないかという疑念が生じる。

### 3 退職金のうち破産財団に組み込まれる部分の回収方法

そもそも、何より疑問に思えるのは、給与所得破産者がいまだ受領していない退職金を、破産管財人はいったいどのようにして回収するのかがという点である。

この点に関して、実務においては看過し得ない不当な処理がなされているか、少なくともその危険の可能性があることを指摘しなければならない。すなわち、現在の実務においては、退職金の一部を破産財団に組み入れてこれを回収しようとする場合、給与所得破産者の自由財産から支払わせているのである<sup>(34)</sup>。これは、破産者の生活の保護および経済的再生の確保を制度目的の一つに据え、自由財産の範囲の拡張の制度を新設することによって、破産者の自由財産を十分に確保しようとする現行破産法の理念に逆行する運用である。もし破産者の手元に十分な自由財産がなかったら、退職金債権についても破産管財人による放棄（破産法第七八条第二項第一二号）か破産裁判所による自由財産拡張の決定が期待できると言えるかもしれないが、実際には親族等からの借入等を念頭に置いた強硬な回収が懸念されるのではないだろうか<sup>(35)</sup>。

## VI 現行実務の問題点

このように、現在の破産手続実務は、通説的見解をベースとして、法律上の根拠を持たない八分の一という基準を用いつつ、現実に給与所得者から金銭を回収している。これらの処理は、最適な破産手続の実施方法と実施基準を模索しつつ旧破産法時代から長きにわたって破産手続実務の現場で編み出されたものであり、その努力自体を非難するつもりはない。しかし、やはり現行実務には、以下に述べるような問題があるように思われる。

## 1 自由財産から弁済させることの是非

そもそも、破産法は自由財産の縮減の可能性を破産法第三四条第三項第二号但書の場合、すなわち民事執行法第一五三条第一項の準用による差押禁止動産の差押え許可決定がある場合および破産手続開始決定後に差押え可能となった財産がある場合に限定している。にもかかわらず、破産者の自由財産から破産財団に金銭の提供を求めることは著しく不当と言うべきである。

これに対して、もともと破産財団に組み入れられるべき退職金の一部について、現実の退職を求めない代わりにその部分について自由財産から交換的に金銭の提供を受けているだけであり、実質的には自由財産を侵害したことになるのではないとの反論も考えられよう。<sup>(36)</sup>しかし、「もし破産手続開始決定時に退職したならば」受け取ることができるだろう退職金の一部という、そもそも仮想的な金額と現実の金銭を交換しようという一点においてもこれは手続的正義を欠いていると言うべきであろう。<sup>(37)</sup>しかも、実務の取り扱いは、この仮想に基づく前借りの発想をさらに「将来実際に退職した際には予定通りの退職金を受領するであろう」という不確実な予測をもつて補強しようとするのであって、このような仮定に仮定を重ねて正当化しようという手法は執行手続になじまないのではないかと思われる。これは、その不確実性を考慮して換価基準に「八分の一」という法律上根拠のない軽減措置を認めているのだとしても、まったく是正されるものではない。

## 2 仮想的な退職金の現実的回収がもたらす事実上の退職強制

さらに、重大な懸念は、給与所得破産者が実際には受領しない仮想的な退職金を現実に自由財産から支払うことが困難となる場合、その支払を破産管財人に強く促された結果として、その意に反して実際に退職せざるを得なくなる

という危険性が存在することである。<sup>(38)</sup>これは、破産者の生活保護や経済的再生の機会を確保するという現行破産法の制度趣旨を正面から踏みこじめるものと言うべきである。<sup>(39)</sup>なぜならば、破産者の生活保護や経済的再生の機会の確保は、給与所得者破産者の場合にはいわゆる職業保障が前提となるからである。<sup>(40)</sup>もちろん、このような場合においても破産管財人に給与所得破産者を強制的に辞職させる権限は与えられていないが、かつては近日中に退職する意思がない給与所得破産者に対して裁判所や破産管財人から強い退職勧奨がなされることは珍しくなかったようである。<sup>(41)</sup>近時はこのようなことは行われるべきではないと考えられているものの、法によって禁止していない以上、裁判所からはともかく、破産管財人あるいは申立代理人による自主退職の勧奨の根絶は保証されていないとみるべきである。<sup>(42)</sup>

### 3 現実に退職した場合に生じる様々な問題

ところで、給与所得破産者は、実際に退職することにより、その一部を破産財団に組み込んだとしても、一時的にまとまった金銭を手にすることができると、かえって破産手続開始直後の生活保護が実現できるようにも思える。しかし、ここには、次のような危険性が潜んでいる。

一つは、退職後速やかに従前の所得レベルと同等の就職口を見つけることは、きわめて困難と考えられることである。<sup>(43)</sup>とくに、給与所得破産者は一定期間勤続することによって一定の所得レベルに達することが通常であり、同一の企業等に長期間勤務していた給与所得者が、退職時と同等の所得レベルを再就職初年度に得ることはほぼ不可能と言わなければならない。

二つめは、実際に退職して退職金を受領した場合、場合によっては一時的に自由財産が豊かになることにより、破産債権者から「自由財産からの任意弁済」を強く求められる危険が増すことである。<sup>(44)</sup>破産者が自由財産から任意弁済

することの可否については議論があったが<sup>(45)</sup>、判例は自発的任意性を条件として最近これを認めた<sup>(46)</sup>。判例はこの自発的な任意性を相当嚴格に捉えているので、破産債権者が自由財産からの任意弁済を強く求めた場合は、止むを得ず支払ってしまったとしても、破産者はこれを不当利得返還請求によって取り戻すことは一応可能である。しかし、だからといってこの判例の存在が自由財産からの任意弁済の強要を破産債権者に思い止まらせる抑止効果を発するかどうかは、疑問なしとしない。同様の懸念は、自由財産から破産財団への委付を破産管財人が破産者に強く求める可能性にも生じる<sup>(47)</sup>。

三つめは、実際に退職金が口座振込みまたは現金の手交の方法で破産者に支払われた場合、本来は差押禁止財産として自由財産となるはずの退職金の四分の三の部分が、別種の債権に転じたことを理由として破産財団に組み込まれてしまう危険性があることである。破産法第三四条第三項第二号但書は、破産手続開始後に差し押さえることができようになるようになった差押禁止財産は破産財団に属することを規定する<sup>(48)</sup>。このことから、退職金債権が口座振込みによって預金債権に転じ、あるいは手交によって単純に破産者が所持する現金に転じた場合、破産管財人がそのすべてを破産財団に組み込むべきことを要求する可能性がある<sup>(49)</sup>。

#### 4 自由財産拡張制度の限界

給与所得破産者が意に反した退職を避けるためには、先述した自由財産拡張の申立によって退職金全額を自由財産とすることが考えられる。しかし、自由財産拡張の決定は破産者の生活状況、自由財産の種類と額、破産者の就労可能性などを総合的に勘案して判断することになっており<sup>(50)</sup>、これは破産手続開始決定時あるいは破産手続実行中の時点での破産者およびその家族の状況を基準とする。つまり、給与所得破産者およびその家族の社会生活の将来設計など

は考慮に入れられない<sup>(51)</sup>。

人の将来設計というものは単なる希望に過ぎない部分も多く含まれるため、それが裁判所の決定手続において考慮されないことは一応是認できる。しかし、だからといって意に反した退職を避けたいとする事情が給与所得破産者の家族の将来設計のためであつてはならないことにはならないはずであり、たとえば給与所得破産者の子供が大学に進学したいと考えていた場合、そのための学費を確保するために給与所得破産者が現在の職業や所得レベルを維持しようとするには、みじんも非難すべき事情はない。破産法は、給与所得破産者やその家族の現下の生活保護や経済再生の機会を確保することについては十分な考慮を払って制度設計をしたものと評価できるが、彼らの将来設計を十分に考慮する仕組みが整っているとまではいえない<sup>(52)</sup>。

そのような状況下においては、給与所得破産者が家族の希望を守るためには、なんとしても現在の職業や所得レベルを守るしかないわけであり、そのためにも外部からの退職勧奨の圧力などは生じるべきではなく、それが生じうる素地を極力排除しておくことが重要だと考える。給与所得者の破産はその家族に対して何らのペナルティをも与えるものではなく、給与所得者の所得レベルを基盤として構想される家族の将来設計は、それが常識的かつ現実的である限り保護されるべきであることを強調しておきたい<sup>(53)</sup>。

## Ⅶ 検討

それでは、仮想的な退職金を現実に回収しようとすることによって生じる様々な問題や危険を回避するためには、退職金債権と破産財団の関係をどのように理解すればよいのだろうか。

これまで確認してきた破産手続実務における退職金債権の取扱い上の問題は、給与所得破産者が実際に退職しないにもかかわらず仮想的にその四分の一ないし八分の一を財団に組み入れて現実の支払を求めること、給与所得破産者がその意に反して実際に退職して退職金を受領しても債権の種類の変更によってその全額が破産財団に吸収される危険があること、自由財産拡張の申立によっても給与所得破産者の家族の将来設計の保護が万全ではないこと、にあった。これらの問題を抜本的に解決するためには、そもそも在職中の給与所得破産者の退職金は破産財団帰属性がないと考えることが必要なのではないだろうか。

### 1 通常の民事執行手続と破産手続の決定的差異

破産手続は包括執行であり、それゆえ個別執行を規律する民事執行法の規定の準用や解釈の借用は原則として許されるが、状況の差異を考慮に入れずに民事執行法上の解釈基準を破産手続に反映させることができないことは言うまでもない。通説的見解、判例および現在の実務が、民事執行法において退職金債権の四分の一が差押可能とされていることを拠り所として、破産手続においても在職中の給与所得破産者の退職金債権は差押えが可能であり破産財団に部分的にでも帰属しようと単純に考えていることは、まさに状況の差異を捨象して民事執行理論を破産手続に投影させている一つの例であろうと思う。まして、通常の民事執行手続においては債務者に対して退職金相当額の提供ないしは退職それ自体を迫りうる機関がないのに対して、破産手続においては破産管財人および破産裁判所という破産者に対して強力な圧力を発しうる機関が存在しているという事実にも照らしても、破産手続における退職金債権の取り扱いには通常の民事執行におけるそれとは異なつた配慮が要求されていることに留意しなければならない。

(1) 民事執行手続における退職金債権の差押え

民事執行法第一五二条が退職金債権についてその四分の一（正確には、租税を控除した残額の四分の一）の差押えを許容する理由は、退職金は場合によっては相当な金額に達する可能性があるため差し押える経済的意義が大きいことと、またその法的性質を賃金の後払いと考える限り賃金と同様の取り扱いをすることは当然と考え得るからである。<sup>(54)</sup>

ところで、通常の民事執行手続においては、在職中の給与所得者の退職金債権を直ちに取立てるようなことはしない。すなわち、退職金債権は、債権者の申立により形式的には差押えを受けるが、差押債権者は債務者と第三債務者（使用者）との間の労働契約を解除することはできないので、実際に債権者がその取り立てを行うのは債務者がその自発的意思でまたは定年によって現実に退職した場合においてのみである。<sup>(55)</sup> しかも、将来の債権の差押えは、それが近い将来において確実に発生することがそもそも財産的価値の根拠となるので、そうでない場合はその価値は著しく低くならざるを得ないと考えられている。<sup>(56)</sup> それにもかかわらず発生時期があまり明確ではない退職金債権について一般に差押えが許されているのは、その発生時期を決めることができるのは債務者のみであって、あらかじめ差押えをしておかないと債権者は債務者に出し抜かれる形で機会を逸する可能性があるからである。<sup>(57)</sup>

また、退職金債権の差押えは、通常、継続的給付たる給与債権の差押えと同時に進行されるが、これは給与を差し押さえられた債務者が転職によって執行を逃れることを牽制するためであるといわれる。<sup>(58)</sup> つまり、実際には、定年が近い等の理由で近日中に退職予定があることが明らかである場合を除き、退職金債権の差押えは警告・予防的機能を企図してなされるのであって、実際に取り立てを行うことはあまり期待していないとも考えられるのである。



## (2) 破産手続における退職金債権の差押え

それに対して、先述の通り、破産手続においては在職中の給与所得破産者の退職金債権を直ちに回収しようとする。しかし、通常の民事執行手続では許されない即時取立が、なぜ破産手続すなわち包括執行になった途端に許されることになるのか、その根拠はあまり明確に説明されたことはない。むしろ、法人が破産手続開始決定を受けた場合に従業員の退職金債権が優先的な地位にあることとパラレルに論じることができない。実務的な感覚では、破産手続開始決定前に退職した場合の破産者の退職金は実際に支払済みであるか少なくとも弁済期にあるのだから、それが破産財団に否応なく組み込まれることと均衡を保とうという趣旨であるのかもしれないことも指摘されている<sup>(58)</sup>。

しかしながら、そもそも弁済期日未到来の退職金債権は、その四分の一が破産財団に属するとしても、期日未到来の債権のまま破産財団に組み込まれるのが筋であろう。もっとも、そのような期日未到来の、賃金の直接払いの原則(労働基準法第二一四条第一項)から直接受領が不可能な<sup>(60)</sup>、しかも退職時の事情によっては支払われないかもしれない債権を好んで譲り受ける者はおそらくいないだろうから、換価はほとんど不可能と言えよう<sup>(61)</sup>。もちろん、単にこの換価困難性が破産手続における即時取立の許容の根拠となるはずがない。

結局、破産手続実務において行われている、給与所得破産者が退職金債権の四分の一ないし八分の一相当額を破産財団に払い込むという慣行は、通常の民事執行法では行うことが許されない即時取り立てを根拠も曖昧なまま行っていることになり、許容されるべきではないと考えられる。

## 2 退職の予定がない破産者の退職金債権の価値

そしてここから、新たな別の問題点も浮上する。

民事執行手続においても、退職金債権の差押えは制約なしに行えるわけではない。退職金債権をあらかじめ差し押さえておくことは、債権者にとっては執行を逃れようとする債務者に対抗する有効な手段であることは確かであるが、他方、第三債務者にとっては過大な負担となる可能性を含んでいる。退職金を差し押さえられた債務者の退職予定が差押えの時点で不明あるいは当分先と分かっている場合、第三債務者たる使用者は、その債務者の退職金債権が差し押さえられているという情報を長期間にわたって確実に管理しておかなければならなくなるからである。

すなわち、企業等において退職金支払事務を掌管する部署は、差押命令を中心とする諸情報を適切に管理する体制を整えなければならず、その担当者が変わるたびに必要な申し送りをしなければならない。従業員の給与情報をコンピュータシステムによって管理している場合は、そのための設計変更・帳票追加をしなければならないとすると、開発経費負担が生じることになる。そして、差し押さえられた退職金を誤って債務者に支払ってしまうと、差押債権者からさらに取り立てを受けて、結果として退職金の二重払いをしなければならなくなる<sup>(62)</sup>。そのため、将来の債権が被差押適格を有するかどうかは、債権者のチャンスと第三債務者の迷惑とのあいだの利益衡量にかかるとも言われることになる<sup>(63)</sup>。

以上のことから、債務者の退職が第三債務者に負担をかけるほどに遠い将来と考えられるときは、第三債務者保護の観点からも差押えを認めるべきではなく、またその換価困難性から財産的価値はきわめて低く見積もらざるを得ないため、在職中の債務者の退職金債権の被差押適格は原則として否定されるべきことになろう<sup>(64)</sup>。

また、通常執行において債権者が退職金債権を差押える理由は、先述したように、債権者が債務者に出し抜かれる

形で逸機する可能性を排除すること、さらに継続的給付たる給与債権の差押えに対して債務者が転退職によって逃れることを牽制することにあるが、破産手続においては破産管財人が破産者の動向および財産状況のある程度監視でき(65)るうえ、破産者が破産債権者を出し抜く形で密かに退職する場合は破産債権者を害する認識があると考え得るから、詐欺破産罪(破産法第二六五条第一項第一号)の適用可能性(66)によつてそのような行為は制度的に牽制されているといえる。そうであるならば、通常の民事執行手続による場合と比較して、破産手続においてはなおさら退職金債権の差押えをする現実的必要性が減じられているというべきである。

結局、破産手続の場合においても、少なくとも近日中に退職する予定のない給与所得破産者の退職金債権はそもそも全部について差し押さえることすらできないのではないかと考えられる。したがつて、破産財団帰属性は否定すべきことにならう。

### 3 退職金債権の法的性質論と破産法第三四条第二項にいう将来の債権

さらに、そもそも実際には退職していない給与所得破産者の退職金の一部が破産財団に組み込まれると考える通説的見解、判例および実務上の根拠は、それが破産法第三四条第二項にいう「破産者が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」であるという点にある。この点の再検証も必要である。

通説的見解や判例が退職金債権を将来の請求権とする根拠は、退職金の法的性質を「賃金の後払い」と考えているからであるが、ここにいくつかの点で疑問が生じる。

その一つは、退職金を賃金後払清算とみて、その前提として未払金が月々累積されていると理解することは、在職期間中に将来退職金となる部分が使用者側に控除され積み立てられているという事実を肯定的に評価することにな

る。この考え方は、労働基準法第一八条第一項が規定する強制貯金の禁止の原則に抵触するはずである。仮に、暗黙のうち使用者が労働者からの委託を受けて任意貯蓄金の管理をしているのだと理解するとしても、退職金は現実に退職するまでは支払われない、つまり在職中に支払請求をしても支払われないのであるから、これは労働者の返還請求に遅滞なく応じる義務を定めた労働基準法第一八条第五項に違反することになる。

実際、大多数の企業あるいは経済社会は退職金を就業規則や協定に基づいて退職時に発生する給付金と見ていると考えられ、その確保のために退職金制度の見直しや中小企業退職金共済制度<sup>(67)</sup>の利用が検討<sup>(68)</sup>されている。

これらの理由から、退職金は単純に賃金の後払いとは言い難いのではないかと思われる<sup>(69)</sup>。むしろ、退職金請求権は、就業規則や協定によつて発生が約束されている、退職時に初めて発生し具体化する功労報償的な権利としての性格が強いと言うべきであろう。つまり、使用者は退職金算定に際して勤続年数（支給率は勤続年数に応じて逡増する）、退職原因（自己都合退職の場合は減額され、懲戒免職の場合には支給されないこともある。反対に、会社都合に応じて早期退職した場合は割増支給されることが多い）、勤務成績および職階を総合的に評価するが、これらは退職金算定の際に使用される計算基準であつて、退職前に具体的に積み重ねた利益とは考えにくい<sup>(70)</sup>。

仮に、通説的見解や判例が主張するように退職金の性質を取って賃金の後払いと把握したとしても、上記の事情から退職金に功労報償的部分が含まれることは否めない<sup>(71)</sup>。そうすると、通常の民事執行では実際の退職を待つて取り立てを行うので問題とならないが、給与所得破産者の在職中に破産手続開始決定がなされ退職金請求権を直ちに財団に組み入れようとする場合には、どのようにして仮想的な退職金額から賃金後払部分と功労報償部分を分離して特定するのかという解決困難な問題も生じるだろう<sup>(72)</sup>。

VIII  
まとめ

以上見てきたように、在職中の給与所得破産者の退職金債権を直ちに取立てようとする実務上の取り扱い、その根拠に多くの疑義があるものと言わざるを得ないことがわかった。つまり、在職中の給与所得破産者の退職金債権に対しては、破産手続は包括執行と言っておきながらほとんど根拠なく民事執行理論上は行い得ない処理を強行しているものであり、しかもそもそも差押えの必然性および適法性にも疑問符がついている。

そうであるならば、退職しない給与所得破産者の退職金債権については、これを破産手続実施中に期限の到来が期待できない債権とみなして原則として被差押適格を否定し、破産法第三四条条第三項第二号により破産財団から除外することになるだろう。

そして、破産手続終了までに給与所得破産者が退職予定となり、または実際に退職したときは、先述の疑義は発生しないのであるから、換価基準に従って換価すべき財産に該当する場合に限り、破産法第三四条条第三項第二号但書により給与所得破産者の退職金債権の四分の一を破産財団に組み入れさせればよい。<sup>(73)</sup>

こう考えることにより、在職中の給与所得破産者に対する退職強制の心理的圧力あるいは財団帰属相当額の提供という現実的な負担はなくなり、給与所得破産者の職業保障が達成され、ひいては破産者本人およびその家族の生活や将来設計などが十分に保護されることになると思われる。

(一) もちろん、労働契約は一身上の契約であるから、給与所得破産者が退職するかどうかの判断については本人の自己決定権を尊重しなくてはならず、破産手続においても退職金の確保のために破産管財人が破産者自身の意思に反して破産者を退職させることはで

きない。石川明『西澤宗英「破産財団の範囲」(2)「道下徹」高橋欣一編「破産訴訟法(裁判実務体系六)」(青林書院・一九八五)三三四頁、宮川知法「消費者更生の法理論—債務者更生法構想・各論I」(信山社・一九九七)一〇九頁、同「破産法論集」(信山社・一九九九)七三頁、伊藤眞「破産法第四版」(有斐閣・二〇〇五)一七〇頁、も同旨。しかし、本文で後述するように、実務においてはその危険が生じうる。

(2) 東京地方裁判所の運用については、鈴木義和「東京地裁における自由財産の範囲拡張の運用」全国倒産処理弁護士ネットワーク『論点解説新破産法(下)』(きんざい・二〇〇五)七〇頁以下、に報告がある。それによれば、現在の破産手続実務における破産者の自由財産の範囲決定についてはいわゆる「換価基準」に基づく運用(後注(30)参照)が行われているが、換価基準に従えば換価対象となる財産についても、申立代理人と破産管財人が協議し、破産管財人が相当と認めれば自由財産の拡張決定があったものとして扱うものとされる。

(3) 伊藤・前掲注(1)七頁も同旨。

なお、この点を中心に論じるものとして、宮川知法「債務者更生法構想・総論」(信山社・一九九四)二二三頁以下、宮川・前掲注(1)『各論』六三頁以下、が重要である。

(4) なお、日本における退職金と外国における退職時に給付される諸手当とは必ずしも内容が一致しないこともあり、本稿は日本における議論にのみ焦点を定める。

外国における状況については、ドイツ・オーストリアの状況については、松村和徳「差押禁止・差押除外の比較法的検討II—大陸法系諸国」河野正憲『中島弘雅編「倒産法体系—倒産法と市民保護の法理」』(弘文堂・二〇〇一)四一〇頁以下、退職金に関するものではないが本稿がテーマに含める破産者の職業保障に関するアメリカ合衆国の状況については、宮川・前掲注(1)『各論』七三頁以下、が詳しい。

(5) 鈴木正裕「破産財団の範囲—将来の退職金債権」倒産判例百選(一九七六)六五頁、遠藤直哉「破産者の有する将来の退職金請求権」判例タイムズ八三〇号(一九九四)一二二頁、井上治典『中島弘雅「新民事救済手続法」』(法律文化社・二〇〇六)三四七頁(田頭章一)、山本和彦ほか『倒産法概説』(弘文堂・二〇〇六)五二頁(沖野眞巳)、石川『西澤・前掲注(1)』三三三頁、宮川・前掲注(1)『各論』六九頁、伊藤・前掲注(1)一七〇頁。

(6) 退職金債権の性質については、日本労働法学会編『賃金と労働時間(講座二世紀の労働法第五巻)』(有斐閣・二〇〇〇)一四

五頁（高木紘一）以下に詳しい。

(7) 最判昭和四三年五月二八日判例時報五一九号八九頁「重判解四三号労働」「八」、いわゆる「住友化学事件」、最判昭和四八年一月一九日民集二七卷一七号二七頁、いわゆる「シンガー・ソーイング・メシーン事件」など。

(8) 福岡高裁決定昭和三七年一〇月二五日下民集一三卷一〇号二一五三頁「倒産判例百選」「一九」。

なお、この案件は数名の連帯保証人がほぼ同時に破産の申立をした事例であり、他の連帯保証人についても同様の理由で免責申立不許可決定に対する即時抗告が棄却されている（福岡高裁決定昭和三七年一〇月三一日金融法務事情三二四号六頁）。

(9) 旧破産法第三六六条の九第一項第三号は、「破産者が虚偽ノ債権者名簿ヲ提出シ又ハ裁判所ニ対シ其ノ財産状態ニ付虚偽ノ陳述ヲ為シタルトキ」は免責不許可事由にあたるとしていた。

(10) 確かに、裁判所に報告すべき財産の一覧が示されているのにこれに不誠実に対応した（記載すべきところを記載しない）という行為は、虚偽を述べたと評価されても仕方がないと思われる。しかしながら、旧破産法における申立債務者の財産状況開示の方法としての書面提出（旧破産法第一三八条）は訓示規定と解されていたのであり、そうであればその罰則が免責不許可という重大な不利益であることには抵抗も感じる。

もっとも、現行破産法第四一条も破産者の重要財産開示義務を定めているが、重要財産開示拒絶という違反行為を明確に免責不許可事由としている（第二五二条第一項第一号）だけでなく、破産犯罪として罰則の対象としている（第二六九条）。

また、現在の裁判所実務においては、破産同時廃止申立に際しての財産目録の記載方法について、チェックリストを示すなどして詳細に指示しており、このチェックリストに明記されている要調査財産については、無意識に財産目録に記述するのを忘れるという事態は回避されることが期待されている。そして、本項で問題としている「退職金」については、平成一九年六月現在の横浜地方裁判所の「破産同時廃止申立てチェックリスト」においては、以下のように指示されている。

「退職金

□ 五年以上の勤務歴はないか

□ 退職金見込額の証明書の提出を勤務先に求めたか

□ 上記証明書の収集が困難である場合、就業規則・退職金規程を収集し、その内容を確認したか

□ 上記いずれの証明書も収集できなかった場合、退職金支給にかかる、勤務先の従来からの実情を、勤務先や債権者等に確認したか

(11) 旧民事訴訟法第六一八条第二項は、債務者が急迫な状況に陥るおそれなければ、執行裁判所の許可を得て差押えの範囲を二分の一まで拡張できるとしていた。

(12) 鈴木・前掲注(5) 六四頁以下、山内八郎「破産免責の実務的研究」判例タイムズ四九八号(一九八三)二九頁。

(13) 伊藤眞「債務者更生手続の研究」(西神田編集室・一九八四)一〇頁、吉田孝夫「財団債権をめぐる問題点」自由と正義三六巻(一九八五)六号一四頁、五十部豊久「退職金債権に対する取立て制限」『消費者信用と民事司法』(弘文堂・一九八八)二四八頁以下、石川Ⅱ西澤・前掲注(1) 三三六頁。

(14) 道下徹「サラ金債務者の自己破産の現状と問題点」自由と正義三四巻(一九八三)一〇号二八頁以下。

(15) 道下・前掲注(14) 三五頁。

(16) そして、この退職金相当額の提供がなければ「財産を隠しているか、少なくとも債権者の不利益に処分している」と断じる(道下・前掲注(14) 三五頁)。この考え方は、破産者が退職金債権の存在を陳述しなかったことをもって「裁判所に虚偽の陳述をした」とした福岡高裁の裁判例(前掲注(8) 参照)の考え方に通じるものがあるが、実はこの論者はこの福岡高裁で審理の対象となつた原決定をした裁判官である。

(17) 道下・前掲注(14) 三五頁。

(18) 道下・前掲注(14) 三一頁以下は、申立代理人がついていない自己破産申立の状況(当時)を説明しながら、自己破産の本人申立に対して否定的な感想を述べている。

もっとも、東京地方裁判所民事二〇部(破産再生部)のデータを見る限り、自己破産における本人申立は平成一〇年以降年々低下しつつある(松井洋「東京地方裁判所における破産事件の運用状況」民事法情報二四二号(二〇〇六)一二頁第七表)。このデータによれば、自己破産における本人申立率は、平成一〇年頃まではほぼ一四〜一五パーセント程度で推移していたが、現在では全体の〇・四パーセント弱にまで減っている。実数においても、平成一年の一、四三〇件をピークに下がりはじめ、平成一七年は九七件のみである。割合計算の母数となる破産事件新件受理件数自体は、平成一年には一〇、〇八一件であったが、その後平成一五年には二五、六八四件まで増加し、その後低下して平成一七年は二五、一五三件となっている。

つまり、破産事件数が増加し始めたある時点で、新件受理件数の増加に反して本人申立件数が激減を始めたことになり、このことから、裁判所は事件数増加に伴う事務的負荷を軽減する目的で、自己破産を申し立てようとする債務者に対して弁護士支援を



受けるよう強く指導していたことがうかがわれる(松井・同一五頁)。さらに、東京地方裁判所民事二〇部は予納金が通常より少なく即日面接の制度もあるいわゆる少額管財手続を用意しているが、これは申立代理人がいる場合に限って利用できることとされていることも、この現象の一つの理由であろう。

(19) たとえば、道下・前掲注(14)は、「債権者の不満が強ければ、家財道具まで換価することで・・・納得させなければならない」としたり(二九頁)、債権者の権利実現の保障が破産裁判所の第一の任務であるとして、債権者を差し置いて「債務者を保護することに手間をかけるわけにはゆかない」とまでいう(三四頁)。

(20) 五十部・前掲注(13)一五四頁以下、遠藤・前掲注(5)一二二頁、石川Ⅱ西澤・前掲注(1)三三三頁・三三五頁以下。

(21) 五十部・前掲注(13)一四四頁以下。

(22) 五十部・前掲注(13)一四六頁。したがって、そもそも退職金債権の法的性質は問題にならないとする。

(23) 五十部・前掲注(13)一四五頁以下。

(24) 五十部・前掲注(13)一四七頁以下。

ただし、破産宣告(破産手続開始決定)後であっても、破産手続中に現実に給与所得破産者が退職したときは退職金債権が具体化し、破産宣告(破産手続開始決定)後に差し押さえることができるようになったものとして、退職金の一部が破産財団に組み込まれることになる(破産法第三四条第三項但書、旧破産法第六条第三項但書)。

(25) 五十部・前掲注(13)一五三頁以下。

しかしながら、本文で後述するように、現行破産法は、差押禁止財産の範囲の調整に関して破産者の生活保護および経済的再生の途の確保という観点から自由財産の範囲の「拡張」という制度(破産法第三四条第四項)を新設したのであり、このことに鑑みれば、現行破産法は総合的判断による自由財産の範囲の縮減的調整には抑制的な態度を示していると言える。

したがって、破産法第三四条第三項第二号但書において明文で認められている民事執行法第一三二条第一項およびそれを準用する同法第一九二条による「差押禁止動産の範囲の変更」だけが破産手続における自由財産の範囲縮減の方法であると考えられる。そもそも、破産法が準用を明記していない民事執行法第一五三条第一項による「差押禁止債権の範囲の変更」は、破産法第三四条第三項第二号但書の反対解釈からも許されないと理解するべきである。この点については、宮川・前掲注(1)「各論」六九頁、も同旨。

(26) 民事執行法第一三二条第三号は、標準的な世帯の二月間の必要生計費を勘案して政令で定める額を差押禁止動産の一つと規定しているが、平成一九年六月現在、この額は六六万円となっている(民事執行法施行令第一条)。したがって、破産法第三四条第三項第一号の金額は九九万円となる。

このように破産手続開始決定時に破産者に確保される必要生計費としての現金が特別に増額されている理由は、通常の民事執行において個別の財産について強制執行を受ける場合との対比において、破産手続開始決定によって自由財産以外の全財産について財産管理処分権を失う破産者は、生活の維持のために必要な財産の確保がより困難となるであろうという点にある。この点については、小川秀樹ほか「新破産法の解説(3)」NBL七九〇号(二〇〇四)一九頁、小川秀樹編「一問一答新しい破産法」(商事法務・二〇〇四)六四頁以下、に詳細に説明されている。

(27) この期間が一ヶ月に限定されているのは、そもそもこの制度は「破産手続開始に伴う一時的な生活困窮を救う」趣旨であるためとされる(小川・前掲注(26)「一問一答」六七頁)。ただし、これは不変期間ではないため、実際の破産手続実務においては、必要ならば裁判所による黙示の期限伸張の裁判があったと考え、この期間の定めをあまり重視していない(鈴木・前掲注(2)七二頁)。

(28) 小川・前掲注(26)「一問一答」六六頁以下。

(29) 実際には、自己都合退職の場合における退職金支給額から所得税および住民税を控除した残額が基準となる。

(30) 小松陽一郎「自由財産の範囲とその拡張」全国倒産処理弁護士ネットワーク『論点解説新破産法(下)』(きんざい・二〇〇五)六〇頁以下。なお、これは全国統一基準があるわけではなく、裁判所ごとに運用基準をたてることになる。

また、これはあくまでも管財事件において当該財産を換価するかどうかの基準であり、手続を同時廃止としようかの基準とは論理的には別物である(同右六二頁以下・七二頁以下)。多くの地方裁判所において、管財手続と同時廃止手続との振り分けのために「個人の自己破産申立事件においては申立人が二〇万円を超える資産を有している場合」という基準を定めているが、債務者が九九万円の現金を有している場合は、現行破産法においてそれは当然自由財産となるにもかかわらず、上記基準に該当するケースとして管財事件となる。

ただし、同時廃止手続を認めるための基準として債務者が保有する個々の財産の価額が検討されるところ、たとえば横浜地方裁判所第三民事部の平成一七年一月付「横浜地裁本庁における同時廃止手続の運用について」と称する文書においては、「債務者が

- 保有している個々の資産（現金、預金、保険解約返戻金、退職金債権の八分の一、自動車などのいずれか）が二〇万円を超える場合」には管財事件となることが明記されており、数値的基準は揃えられている。
- (31) 平成一七年一月一日付「申立代理人の方へ（管財手続について）」と称する文書として存在しており、平成一九年六月現在、横浜弁護士会のサイト（<http://www.yokoben.or.jp/formal/index.html>）から入手できる。
- (32) 宇都宮健児編『多重債務被害救済の実務』（勤草書房・二〇〇五）四四七頁以下（金井英法）、伊藤・前掲注（一）一七一頁脚注7。
- (33) 小松・前掲注（30）六六頁は、大阪地裁第六民事部における運用基準案を紹介しているが、退職金債権に関しては原則として支給見込額の八分の一を基準とする前提で、「ただし、例えば、退職金支給が近々行われるような場合には、四分の一とするなど、事案に応じた評価をする」となっており、八分の一という割合基準は給与所得破産者に退職予定がないことを考慮して定められたことが窺われる。
- (34) 旧破産法下の運用に関するものではあるが、吉田・前掲注（13）一六頁は、裁判所・破産管財人によってはあるかどうか「全額を破産財団に提供しよう説得している」こと、当時の大阪では少なくとも退職金の半分を破産財団に提供しよう「強い説得が行われていた」ことを報告している。
- また、東京地方裁判所においても、退職すれば一〇〇万円以上の退職金を得られるが勤務を継続する場合には、債務者に対して一部弁済の指示が行われ、自由財産等からの拠出が行われていたことが報告されている（田中康久「東京地裁における最近のカード破産・免責事件の取り扱い」ジュリスト一〇一四号（一九九二）三五頁以下）。同様の実務上の運用の報告は、遠藤・前掲注（5）二七二頁、にも見られる。
- (35) 道下・前掲注（14）三五頁は、退職しなければ破産者は他から借りて破産管財人に交付しているという。
- (36) 伊藤・前掲注（一）二八六頁は、退職金相当額を自由財産から提供することを「条件」として退職金債権を破産財団から放棄する取り扱いが妥当という。
- (37) 宮川・前掲注（一）『各論』六九頁以下、一一二頁および同・前掲注（一）『論集』七三頁以下は、退職金債権のうち破産財団に組み込まれる部分の現金を破産者から即時回収することに異を唱え、破産宣告（破産手続開始決定）後の給料・賞与から分割して立替払いを求めることを提案している。ただし、同・前掲注（一）『各論』一一三頁は、この手法を採る場合においても破産者に負

拒感を与えないように慎重にやるべきとし、通常一年ないし二年で完了することを想定している。もつとも、この分割立替払いについては、その間破産手続をそのために続行するののかという疑問も生じる。

さらに、宮川・前掲注(1)『各論』七〇頁は、この分割立替払いをさせることは債権者に対する教育的効果を伴うメリットがあるという。一方で、宮川・前掲注(3)は、破産は必ずしも財産管理能力の不備によって起きるとは限らないとしており、教育の目的が奈辺にあるのかは今ひとつすっきり分らない。遠藤・前掲注(5)二七八頁も、破産者に対する教育の必要性を説く。

しかし、破産手続において破産者に特別の負担を与えてその教化を図るという発想は、経済感覚が破綻している破産者は矯正の対象であるといういささか前時代的な発想に基づくものと言えないだろうか。

(38) 宮川・前掲注(1)『各論』六七頁は、別の原因として、会社が破産者に社内融資をしている場合において、退職金との相殺によってその回収を図るため会社が破産者に退職圧力をかける可能性も指摘する。

(39) 石川Ⅱ西澤・前掲注(1)三三四頁、伊藤・前掲注(1)一七〇頁、五十部・前掲注(13)二四六頁、もそれぞれ同様の懸念を示す。

(40) 宮川・前掲注(1)『各論』六三頁以下。

(41) しばしば破産者自身も、破産に至った以上退職することは当然と思いきも傾向があり(宮川・前掲注(3)二五一頁以下)、そこに付け込む形での退職勧奨が懸念される。

吉田・前掲注(13)一六頁は、近日中に退職する予定がない給与所得破産者に対しても、裁判所や破産管財人からの退職勧奨が行われていたことを報告している。同様の指摘は、石川Ⅱ西澤・前掲注(1)三三二頁、宮川・前掲注(3)二二三頁以下、井上Ⅱ中島(田頭)・前掲注(5)三四七頁、にも見られる。

さらに、免責不許可の可能性を示唆されれば、破産者はいよいよ退職勧奨の圧力に抗しきれなくなるであろう。宮川・前掲注(1)『各論』一一一頁、同・前掲注(3)一二二頁、も同様の指摘をする。

(42) 鈴木・前掲注(2)七七頁は、現行破産法実務下においても破産管財人と破産者との間で退職に関して当然のように協議がなされていることを示唆しており、退職圧力の危険は今なお無くなっていないことが分かる。

(43) 破産者の職業不安の実情の分析については、宮川・前掲注(1)『各論』六四頁以下が詳しい。

(44) 宮川・前掲注(1)『各論』七〇頁、も同様の懸念を示す。

(45) この学説の対立については、齊藤秀夫ほか編『注解破産法第三版上巻』（青林書院・二〇〇二）七六頁（小室直人Ⅱ中殿政男）に詳しい。

(46) 最判平成一八年一月三日民集六〇巻一号二八頁Ⅱ判例時報一九三三三三頁Ⅱ判例タイムズ二〇三三三三頁Ⅱ金融・商事判例一二四七号二四頁Ⅱ金融法務事情一七七九号八七頁。

判例は、破産者がその自由な判断により自由財産の中から破産債権に対する任意弁済をすることは妨げられないとしたが、破産者の弁済が任意弁済に当たるか否かは嚴格に解すべきであり、少しでも強制的な要素を伴う場合には任意弁済に当たらないとする。

(47) 民事執行法制定以前の執行手続においては、債務者による差押禁止財産に対する差押えの承諾が規定されており（旧民事訴訟法第五七〇条第四項）、当時の旧破産法第六条第三項但書はこれを準用する形で差押禁止財産が破産財団に委付されることを認めていた。

現在ではこれに対応する規定がないので、差押禁止財産に対する差押えの承諾、破産財団への委付は認められないと考えられる。この点について、山本和彦ほか（山本和彦）・前掲注（5）五〇六頁、伊藤・前掲注（1）一七五頁、吉田・前掲注（13）一七頁、齊藤ほか（小室Ⅱ中殿）前掲注（45）七五頁、も同様に考えている。

なお、自由財産からの破産債権者への任意弁済および破産財団への委付は一切許されないとする見解として、高田賢治「破産宣告後に地方公務員等共済組合法一一五条一項に基づき給与支給機関が自由財産となった退職金から控除して共済組合へ払い込むことの許否」北海学園大学法学研究三七巻（二〇〇二）三三三号七六四頁、が重要である。

(48) この規定は我が国の破産法が採用する固定主義と矛盾する側面を持ち、その妥当性については旧法時代から疑問が呈されていた。たとえば、旧法下のものとして、菊井維大「改訂増補破産法概要」（弘文堂・一九五五）七〇頁以下。現行法についても、伊藤・前掲注（1）一七二頁脚注（11）は、同様の懸念を示す。

(49) これに関連する判例として、以下のようなものがある。

まず、差押禁止債権であっても別種の債権に変わることによって差押可能となると考える判例として、差押禁止債権が預金債権に転じた場合には差押禁止債権たる属性が承継されないとするもの（最判平成一〇年二月一〇日金融法務事情一五三五号六四頁Ⅱ金融・商事判例一〇五六号六頁）、差押禁止債権であってもそれが銀行預金口座に振り込まれたときは全額の差押えを可能とするもの（東京地判平成二二年一〇月二五日判例タイムズ一〇八三三二八六頁、東高判平成四年二月五日東高民時報四三巻一―一二号

一五頁II判例タイムズ七八八号二七〇頁II金融法務事情一三三四号三三三頁)、退職者に対し退職手当が支払われたことにより退職手当請求債権は消滅し、既に支払われた金員について債権に対する差押禁止を規定する民事執行法一五二条二項の適用はないから、その後退職者が破産宣告を受けたときは退職手当相当の金員は破産財団を構成するとするもの(最判平成二年七月一九日最高裁判所民事判例集四四卷五号八五三頁II訟務月報三七卷五号九三四頁)、がある。

反対に、差押禁止債権が別種の債権に変わっても差押えはなお禁止されると考える判例として、年金受給権について、預貯金の原資が年金であることの識別・特定が可能であるときは、別の財産が隠匿されるなどしているため強制執行可能な財産としては当該預貯金しかないという特別な事情が認められる場合を除き、差押えは許されないとするもの(東京地判平成十五年五月二八日金融法務事情一六八七号四四頁II金融・商事判例一一九〇号五四頁)、差押禁止債権である退職年金等が銀行預金口座に振込まれて預金債権になった場合にも差押禁止債権である性格を失わないとするもの(東高判平成二年一月二二日金融法務事情一二五七号四〇頁)、がある。

(50) 小川・前掲注(26)『一問一答』六七頁以下。

(51) 福岡高決平成一八年五月一八日判例タイムズ一二三三三号二九八頁は、破産者がすでに退職したケースで退職金についての自由財産拡張の申立を却下した決定に対する即時抗告事件であるが、この決定は、本件の破産者(抗告人)は少なくとも破産手続開始申立の時点では破産法第三四条第三項第一号が規定する現金を満額所持しており、破産者には相応の生計費が既に確保されており、家族構成からして標準的な世帯に比して過大な生計費の負担を迫られるものとはいえず、また就労の可能性もないとはいえないとして、原決定を支持した。

(52) 破産手続開始決定が破産者の家族の進歩に影響を及ぼすかどうかの問題に関して、いわゆる「学資保険」をどのように扱うべきかを検討する必要がある。学資保険は貯蓄の性質を有する保険であるから、その保険解約返戻金の資産性は高い。

最判平成一年九月九日民集五三卷七号一一七三頁は、生命保険契約の解約返戻金請求権を差し押さえた債権者は、これを取り立てるため債務者の有する解約権を行使することができるとしており、これを受けて、破産管財人はその解約返戻金を破産財団に組み込むために生命保険契約を解約することが許されると考えられている(伊藤・前掲注(1)一七一頁)。

学資保険については、自由財産拡張の決定がなされた事例があるが、裁判所は子供の教育費の必要性・進歩状況を考慮して判断するだろうとしつつ、しかしその前提の部分では「当面の生活の保障という自由財産の拡張の本来的趣旨」に合わないことも指摘

- されている(松井・前掲注(18)一七頁および二二頁)。
- (53) 宮川・前掲注(3)二五三頁も、これからはより直接的に家庭を保護の対象にすえていくべきと主張する。
- (54) 鈴木忠一「三ヶ月章編『注解民事執行法(4)』(第一法規出版・一九八五)五三三頁以下(五十部豊久)。ただし、退職手当についての差押禁止の範囲の確定に関しては標準世帯の必要生計費の勘案を行わないので、正確に言えば全く同等の取り扱いはない。
- (55) 退職金は実際に退職しない限り確定額としての券面額を持たないので、被転付適格もない。中野貞一郎『民事執行法増補新訂五版』(青林書院・二〇〇六)六八一頁。井上中島(安西明子)・前掲注(5)一六七頁、鈴木三ヶ月(五十部)・前掲注(54)六〇七頁。
- (56) 山崎恒「山田俊雄編『民事執行法(新裁判実務体系二)』(青林書院・二〇〇一)三三四頁(倉地康弘)、中野・前掲注(55)六二八頁、など同旨。また、宮川・前掲注(1)『各論』一〇八頁も同旨だが、そのようなことは例外的という認識のようである。
- (57) 宮川・前掲注(1)『各論』一〇七頁以下、中野・前掲注(55)六二八頁以下。
- (58) 山崎山田(倉地)・前掲注(56)三三八頁、三四三頁。  
 実際、給与債権と退職金債権を同時に差押える場合、差押債権目録においては退職金債権について「上記(給与債権等)により弁済が完了しないうちに債務者が退職したときには、退職金から所得税、住民税を控除した残額の四分の一にして、上記(給与債権等)と合計して頭書金額に満つるまで」と記載し、退職金債権からの弁済は予備的な扱いにする。
- (59) 栗田隆「破産者の免責制度について」民訴雑誌三二巻(一九八六)九〇頁。  
 遠藤・前掲注(5)一七二頁も、破産管財人が破産者を強制的に退職させることや裁判所が退職を免責の条件にすることは許されない「その代わりに」退職金の四分の一相当額を弁済させる、としている。
- (60) 最判昭和四三年三月二二日民集三二巻三三五五頁判時五一号三三三頁判タ二二一号一三五五頁。
- (61) 宮川・前掲注(1)『各論』一一一頁、一一五頁。
- (62) 賃金とみなされる退職金債権については、労働法上の直接払いの原則(労働基準法第二四条第一項)が適用されるが、民事執行法上の差押えに基づく差押債権者への支払はこの原則に違反しないと考えられている(菅野和夫『労働法第七判補正版』(弘文堂・二〇〇六)二二二頁)。
- (63) 中野・前掲注(55)六二八頁。

(64) 同様の見解に立つものとして、五十部・前掲注(13)三七三頁脚注23。第三債務者の過大負担を理由とはしていないが、同様の見解に立つものとして、内山衛次「将来債権の被差押適格」阪大法学三九卷九二七頁、中野・前掲注(55)六二九頁、がある。これに対して、反対の見解に立つものとして、山崎山田(倉地)・前掲注(56)三四三頁、がある。

また、この点に関係する判例として、高松高裁昭和三九年九月一日判例時報四一八号四四頁は、債務者の退職の時期が不確かでありしかも執行債権額からみて退職金債権差押の必要性が乏しい場合には、将来発生する退職金債権を差押えることは許されない、とする。

(65) 破産管財人が、破産者が破産管財人に告げずに退職することを懸念するならば、信書や郵便物の配達嘱託をすれば探知可能となるであろう(破産法第八一条)。

(66) 破産手続開始決定後の行為についても財産隠匿行為を理由とする詐欺破産罪が成立しうる(伊藤・前掲注(一)五四六頁)。

(67) しかも、中小企業退職金共済制度に基づく退職金は、国税滞納処分の場合を除くほか、その全額が差押禁止であり(中小企業退職金共済法第二〇条)、この制度を利用している場合は本稿で論じる問題は生じない。

ただし、五十部・前掲注(13)二四三頁および鈴木三ヶ月(五十部)・前掲注(54)五二四頁は、民事執行法の制定により中小企業退職金共済制度に基づく退職金についても四分の一は差押可能と考えている。しかし、中小企業退職金共済法の差押禁止規定は民事執行法に対する特別規定であり、新しい一般法より古い特別法が優先するべきである。

(68) たとえば、オーソドックスな賃金運動型(退職時の賃金を基準額として勤続年数に応じた係数を掛ける方式)に換えて、企業への貢献度を退職金に反映できるようにポイント制退職金制度(勤続年数や職階・職能をポイント化して企業内の地位を退職金に反映させる方式)や中小企業退職金共済制度の活用(企業が労働者の貢献度に応じて掛け金を増減しうる)を検討したり、退職金の一部または全部を企業年金に移行させることなどを検討する企業が増えている。さらに、退職金制度そのものを廃止したり選択制とする動きも見られる。退職金制度の見直しの詳細については、日本労働法学会(高木)・前掲注(6)一四四頁以下に詳しい。

(69) ただし、税務会計上、労働者が一定の期間にわたり労働を提供したこと等の事由に基づいて、「退職以後に従業員に支給される給付のうち認識時点までに発生していると認められるもの」は退職給付債務と定義されており(退職給付に係る会計基準一)、「その意味では労働者は在職中に企業に対する債権を取得するようにも考えられる。しかし、これはあくまでも税務会計上の準則に過ぎず、これをもって退職金の原因が法的に在職中毎年度生じていると即断することはできない。



(70) たとえば勤続年数や職階は給与の計算においても何らかの形で加算要因となるのが通常だが、破産手続において、破産手続開始決定後に破産者が取得した新得財産たる給与からその部分のみ「破産手続開始決定前の原因に基づく」として破産財団に組み入れることはしないだろう。

(71) 本文で示したように、判例は退職金の性質を賃金の後払いとしているが、退職金の支給基準に照らして功勞報償的な性格を併せもつと見る判例もある（最判昭和五二年八月九日労働経済判例速報九五八号二五頁Ⅱ労働判例百選第七版「四八」）。

菅野・前掲注（62）二〇〇頁以下も、退職金は賃金の後払いとしての性格を有することは認めるが、功勞報償的性質を併せ持つと考える。そのうえで、退職手当の額は退職事由や勤続年数等の諸条件に基づいて退職時に初めて確定するので退職時までは債権として成立しているとはいえないとする。一方で、勤続年数と退職事由で支給率が決められている退職金について、支給の態様を経営状況に応じて取締役が個別決定できるよう変更することは、退職金の賃金後払としての性質上合理性がないともいう。ただ、この場合は、就業規則の不利益変更の可否の問題、あるいは単純に企業の債務不履行の問題として処理すればよいように思える。

石川Ⅱ西澤・前掲注（一）三三〇頁も、現実に支払われている退職金は各種の性質を併せ持つことを指摘する。

(72) あるいは、自己都合退職の場合の退職金には功勞報償的性質を持つ部分は含まれないとする解釈もあり得るだろうが、実際には勤続年数が長いほど自己都合退職時と会社都合退職時の退職金総額の水準が近づくことが統計調査からわかっている（「第八表」産業、自己都合退職における勤続年数別退職一時金支給率（定年退職の支給率に対する割合）及び集計社数」厚生労働省中央労働委員会賃金事情等総合調査「平成一七年退職金、年金及び定年制事情調査」[http://www.dtk.mhlw.go.jp/toukei/kouhyo/indexr\\_22\\_7\\_2.html](http://www.dtk.mhlw.go.jp/toukei/kouhyo/indexr_22_7_2.html)）。これは、勤続年数が長ければ自己都合退職による退職金の減額率が低くなることを意味しており、自己都合退職の場合においても勤続に対する功勞が行われていることがうかがわれる。

(73) 破産手続終結の直後に退職する姑息な破産者が現れる懸念もあるが、退職時期の決定は労働者の自己決定に委ねられているのであるから、心情的にはともかく、それを法的に問題視することは正しくない。