

# ヴォルフラム・ヘンケル 「破産債権確定手続の対象」

河 野 憲一郎 訳

## 【訳者前注】

本稿は、*Wolfram Henckel, Der Gegenstand des Verfahrens zur Feststellung von Konkursforderungen*, in: Pawlowsky/Wieacker (Hrsg.), FS für Karl Michaelis, 1972, S. 151-172 の全訳である。

破産債権は破産手続で行使しなければならないが、そのためには届出・調査・確定という手続順序を経なくてはならない。破産債権の調査において異議が提出されなかったことによりそのまま確定される場合であれ、異議が提出された結果として裁判所の裁判によって確定される場合であれ、破産債権の確定の目的は〈配当〉に向けられている。この点に通常の訴訟手続とは異なる基本的な特色がある。そこで、確定の対象たる債権とは、破産者に対する債権のことを意味するのか、それとも破産手続の参加権限としての破産債権のことを意味するのかがさらに問題となる。

この問題は、わが国（旧）破産法の母法であったドイツ破産法上、古くから比較的詳細に論じられてきた。そこではエーリッヒ・ブライの提唱した見解が今日まで通説の地位を占めており、これによれば破産債権確定手続の対象は破産者に対する債権とされてきた。しかし、これに対しては手続参加権限としての破産債権こそが確定の対象だとする見解も有力となってきており、ここに紹介するヘンケルの見解はこうした有力説を代表するものである（なお、1998年にドイツ破産法および和議法は、倒産法に置き換わったが、ここでの問題の議論状況については連続性が保たれている。今日のドイツでの議論状況については、例えば Kirchhof/Lwowski/Stürner/*Schuhmacher*, Münchener Kommen-

tar zur Insolvenzordnung Bd. 2., 2007, S.1369 ff. [Rdnr.7] を参照)。

目を転じてわが国の議論状況について見てみると、この問題は必ずしも十分には論じられてはこなかった。すなわち学説は、旧法下でも破産債権確定訴訟の性質論との関連で〈訴訟物〉の問題についてわずかに触れたものがあるにとどまり、しかも、通説は訴訟物が《債権》であるとは述べてはいるものの（さしあたり、拙稿「破産債権確定手続の基本構造」商學討究60巻2・3合併号177頁参照）、それ以上に踏み込んで詳細を論じている論者はほとんどいなかった。こうした中でおそらく最も詳細な検討を加えているのは1938年に出された小野木常「破産債権の確定」同『破産理論の研究』（弘文堂）234頁以下（特に、281頁以下）であるが、同書は上記ブライの見解にしたがっている。そこでは当然のことながら、同書の刊行後に主張されたドイツの有力説は紹介・検討されてはいない。しかし、破産手続が〈配当〉に向けられた手続であることに着目するならば、ドイツの有力説の説くところはきわめて示唆に富むものとも思われる。ドイツの有力説とその解釈学的帰結について、なお仔細に検討する必要があるはしないだろうか。

たしかにわが国破産法は平成16年改正により装いを新たにし、破産債権査定決定手続の導入に見られるように、債権確定手続のあり方にも大きな変更が加えられた。したがって、たしかにドイツ法との間の相違はますます大きくなりつつあるともいえよう。しかし、このような外形上の相違にかかわらず、わが国の破産債権確定手続は旧法の修正であり、その基本において手続構造に根本的な変更があるわけではない。ドイツ法の理解に一石を投じたヘンケル理論は、今日のわが国においてもなお検討に値するものと思われる。

翻訳にあたって御快諾をいただいたヘンケル教授および仲介の労を執っていただいたボン大学ゲルハルト・ヴァーグナー教授に心より感謝申し上げます。

Mein Dank gilt Herrn Professor Dr. *Wolfram Henckel* für die freundliche Genehmigung, seinen Text ins Japanische übersetzen zu dürfen. Für die

Vermittlung an Herrn Professor Dr. *Henckel* möchte ich mich bei Herrn Professor Dr. *Gehard Wagner* bedanken.

\*   \*   \*

## I.

ドイツ破産法（以下「KO」とする。）138条以下（<sup>（訳注1）</sup>）の調査手続およびKO146条（<sup>（訳注2）</sup>）による「通常の手続」，すなわち管轄権を有する各受訴裁判所での通常訴訟手続における破産債権の確定は，破産手続という〔手続〕構造においては，手続参加のための届出人の権限を解明するという目的に奉仕する。参加権限は，二つの観点において意味を持つ。すなわち，一方で債権者への財団の配当にとっての意味であり，他方で債権者自己管理に参加することにとっての意味である。

たしかに届出のなされた債権で争いのあるものは，それが有名義のものである場合又は債権者が確定訴訟を提起しもしくは破産開始前に係属していた手続

---

（訳注1）KO138条以下には，いわゆる破産債権の届出・調査・確定に関する諸規定が置かれている。表題は「債務財団（Schuldenmasse）」となっている。

（訳注2）KO 第146条【確定訴訟】 ① 争いのある債権の債権者は，異議者に対してその確定を求めることができる。裁判所はこのために債権者に認証ある債権表の抄本を交付しなければならない。

② 確定については通常の手続により訴えを提起しなければならない。訴えは破産手続が係属する区裁判所の管轄に属し，訴えの目的物が区裁判所の管轄に属しないときは，破産裁判所の区域を管轄する地方裁判所の専属管轄とする。

③ 破産手続開始の当時，債権につき訴訟が係属するときは，その確定は訴訟の受継によってこれを行なう。

④ 確定は届出又は調査期日に表示した原因及び債権額についてののみすることができる。

⑤ 第1項，第3項及び第4項の規定は，確定すべき債権が特別裁判所，行政官庁又は行政裁判所の管轄に属する場合にこれを準用する。

⑥ 執行文の付された債務名義，終局判決又は執行命令を有する債権に対する異議は，異議者よりこれをしなければならない。

⑦ 勝訴の当事者は，債権表を更正させなければならない。

を受継したということを証明した場合には、配当に際して考慮される（KO152条（<sup>（訳注3）</sup>）。しかしこのことは、第一にはそのような債権が配当表に記載されるということしか意味しない。債権者は自己の債権が確定された場合、又は少なくとも執行名義が存在し、これに対して異議者が訴訟で対抗しない場合にはじめて支払いを受け取る（KO168条1号（<sup>（訳注4）</sup>））。

届出債権の順位は、確定された優先権を基準とする。優先権につき争いがあるならば、債権者が優先権の確定を破産の中で行なったということを証明すれば、たしかに配当表においては承認される（KO152条）。しかし、優先権をめぐる訴訟が債権者の有利に判断されない限りは、優先権ある債権にもとづいて支払いはなされえない（KO168条1号）<sup>1)</sup>。

債権の確定は、さらに議決権にとって意味がある。確定された債権の債権者のみが、疑う余地のない議決権者である（KO95条1項1文（<sup>（訳注5）</sup>）。争いのある債権の債権者の議決権は、異議者による同意又は破産裁判所の裁判によって、暫定的に規律される（KO95条1項2－4文（<sup>（訳注6）</sup>））。

---

（訳注3）KO 第152条【除斥期間】 未確定の債権及び執行文の付された債務名義、終局判決又は執行命令のない債権の債権者は、公告後2週間の除斥期間内に管財人に対して確定訴訟の提起の有無及び額又は従前係属した訴訟手続の受継の有無を証明しなければならない。証明が適時になされないときは、債権は実施されるべき配当に斟酌されない。

（訳注4）KO 第168条【留保部分】 次に掲げる配当部分は、これを留保する。

- 1 調査の際、申し立てられた異議により訴訟となった債権
- 2～4 〔略〕

- 1) 債権者は、優先権のみが確定されない場合に、単純破産債権者として帰属している配当の支払いを受けるかどうかという問題については、下記167頁〔本稿308頁〕以下を見よ。

（訳注5）KO 第95条【議決権】 ① 確定した破産債権は、議決権に参加する権限を有する。争いのある債権については、調査の際にこれに議決権を与えるべきことの可否及びいかなる金額につきこれを与えるかについて当事者と協議する。協議が調わないときは、破産裁判所がこれを裁判する。裁判所は、当事者よりさらに申立てのあるときは、その裁判を変更することができる。

②および③ 〔略〕

（訳注6）（訳注5）参照。



## Ⅱ.

1. 債権確定手続では、最終的に参加権限が争われているということは、これ自体が手続の対象でなければならないということを、もちろん必然的には意味しない。それはむしろ、参加権限の要件に関連した確定の法律上の効果かもしれない。それゆえ、われわれはまず第一にこの要件から出発する。それは3つの範疇に分けられる<sup>2)</sup>。すなわち――

a) 届出債権が存在しなければならない。このことは、届出債権が、届出において特定された債権者に帰属し、債務者に対して向けられているということを含んでいる。

b) 届出債権は、破産手続において追求可能でなければならない。したがって、それはKO 3条1項<sup>(訳注7)</sup>の意味での財産上の請求権に数えられなければならない、既に破産開始の時点で現存していなければならない、破産手続から排除される債権(KO 3条2項, 5条2項, 63条<sup>(訳注8)</sup>)又は財団債権(KO57

---

2) これについては、Jahr ZZP 79, 377 参照。

(訳注7) KO 第3条【破産債権者】 ① 破産財団は、手続開始の当時に発生していた破産者に対する財産上の請求権を有する人的債権者(破産債権者)の集団的満足に奉仕する。

② BGB 第1351条, 同第1360条, 同第1361条, 同第1578条乃至第1583条, 同第1586条, 同第1601条乃至同第1615条, 同第1708条乃至同第1714条の規定により破産者に対して生ずる扶養請求権並びにBGB 第1715条及び同第1716条の規定により生ずる請求権は、破産者が義務者の相続人として責任を負う場合に限り、将来のためにこれを主張することができる。

(訳注8) KO 第3条2項については、(訳注7)を参照。

KO 第5条【外国債権者】 ① [略]

② 連邦参議院の同意に基いて、帝国宰相の命令により外国国家、その国民及びその権利承継人に対して報復権(Vergeltungsrecht)を定めることができる。

同第63条【除外債権】 次に掲げる債権は、破産手続においてこれを主張することができない。

- 1 手続開始後の利息
- 2 手続に参加したため各債権者に生じた費用
- 3 罰金、過料、秩序金及び強制金並びに金銭の支払いを義務付けるような可罰行為又は秩序違反の付加的制裁
- 4 破産者の生前又は死後の処分によって生じた債権

条-59条<sup>(訳注9)</sup>に属してはならず、債権者が破産手続におけるその主張を放棄してはならない。

c) 参加権限は、さらにその範囲によれば、債権について破産上の優先権が存在するか、およびどのような順位でこれが認められるかに依存している。

2. 確定手続の対象の特定にとって決定的なのは、これら3つの範疇がどのような関係を持っているかである。

a) 破産手続では、債権の存在それ自体の独自の確定(Ⅱ 1 a)に余地はない。破産における債権の追求可能性(Ⅱ 1 b)が破産管財人又は債権者によって争われ、確定訴訟において否定されるならば<sup>3)</sup>、債権それ自体は存在するかもしれないとしても、届出債権者の確定訴訟は棄却されなければならない。破産における債権の追求可能性を否定しながら、同時に債権それ自体は存在することの確定をすることは、破産手続にとって無意味であろう。なぜなら、それは破産参加権限を解明するという破産手続の目的に有益たりえないであろうからである。

たしかに債権の存在自体の確定は、破産者に対する債務名義としての意味を持つかもしれない(KO164条2項<sup>(訳注10)</sup>)。なぜなら、破産終結後の破産者

(訳注9) KO第57条【優先的満足】 財団費用及び財団債務は、他の権利に優先して、破産財団よりこれを支払うものとする。

同第58条【財団費用】 次に掲げるものは財団費用とする。

- 1 共同の手続のために要する裁判上の費用
- 2 財団の管理、換価及び配当に関する費用
- 3 破産者及びその家族に給与する扶助料

同第59条【財団債務】 次に掲げるものは財団債務とする。

- 1 破産管財人の法律行為又は法的行為により生じた請求権
- 2 破産財団のために履行すべきことを請求した双務契約より生じた請求権又は手続開始後の時期において履行すべき双務契約より生じた請求権
- 3 〔略〕
- 4 財団の不当利得により生じた請求権

3) この問題が確定訴訟の中で解決されなければならないということおよび例えば破産裁判所の事前審査(Vorprüfung)の対象たりえないということをフリードリヒ・ヴェーバー(Jaeger-Weber § 141 Anm. 3.)は正当にも強調している。

(訳注10) KO第164条【満足を受けなかった破産債権者；執行名義としての債権者の抄本】 ① 破産手続終結後は、弁済を受けない破産債権者はその債権を債

に対する債権の貫徹にとつては、債権が破産において追求可能なものであるかどうかは、もはや問題とはならないからである。しかし、KO164条2項の事後効(Folgewirkung)は、第一次的には破産手続に向けられているKO138条以下の調査・確定手続という形態にとっては決定的たりえない。KO164条2項は、利用できる限りにおいて、破産手続の結果を破産終結後の破産者に対する権利追求のために利用しているにすぎないのである。その結果、破産外での破産者に対する権利追求が容易化されるであろうことを理由に、破産において追求しえない債権の存在を独自に確定することへの届出債権者の利益が、保護に値するとみなされうるわけではない。むしろKO164条2項は、確定が債権表に記載されうるときにはじめて、債権の確定を破産者に対する債務名義として作用させるにすぎないだろう。しかし、債権表は単に破産への参加についての情報を与えるべきものにすぎず、債権の存在についての情報提供ではない。それゆえ、債権の存在も、破産におけるその追求可能性も（なお争いがないときに限り、ある債権はKO145条2項<sup>(訳注11)</sup>および164条2項の意味において確定がなされるにすぎない<sup>4)</sup>。

---

務者に対して無限に主張することができる。

② 債権が確定し、かつ破産者が調査期日に債権を明らかに争わなかったときは、債権者は債務者に対して、債権表の記載に基づきZPO第724条乃至第793条を準用して強制執行をすることができる。

③ 執行文付与の訴え及び債権自体に関する異議を主張する訴え又は債権表の記載により執行をなすに必要にしてかつ執行文付与の時証明したと認められる事実の到来若しくは発生したと認められる権利の承継を争う訴えは、本法第146条2項に掲げた裁判所がこれを管轄する。

\* \* \*

わが旧破産法も、破産者から異議を述べられた債権者が破産手続終了後に破産者に対して迅速に強制執行ができるように配慮した規定を置いていたが(旧法240条2項、同244条2項)、免責手続との関連でこうした諸規定を削除した。なお、ドイツ倒産法も部分的にはあるが、免責制度を採用している(InsO286条以下)が、このこととの関連での破産者の取り扱いについては、なお検討を要する。

(訳注11) KO第145条【債権表への記載】 ① [略]

② 債権表の記載は、確定した債権についてはその額及び優先権について破産債権者の全員に対し、確定判決と同一の効力を有する。

4) Jaeger-Weber § 164 Anm. 3.

異議のある破産者との訴訟については、債権の存在に争いを限定することが望ましい。破産者の異議権は、単に KO164条の事後効を顧慮して認められているにすぎない。破産者の異議は債権表への記載の確定を妨げず、債権者が破産手続へ参加することを阻止することはできない。破産者は、管理から排除されているので、債権者の破産参加の調査と確定に影響を与えることが許されない。それゆえ、当該債権が破産手続においては追求不能であるということだけを理由とした破産者の異議は重要ではない<sup>5)</sup>。

b) 債権の存在と同様に、破産におけるその追求可能性は、独自に、KO138条以下の手続で確定されえない。けだし、債権それ自体が存在しなければ、この確定は無意味になるであろうからである。たしかに、異議者が債権それ自体を攻撃しないのであれば、確定訴訟における争いは、債権の追求可能性に限定される。しかし、他の債権者が異議を述べなかったのであれば、債権それ自体は確定に熟する。その追求可能性が積極的に確定されることによって、債権が存在し、破産の中で追求できるということが、最終的に確定される。

多数の関係人が異議を述べた場合にも、紛糾は生じえない。このうちの一人が債権の存在のみを争い、他の者が破産における追求可能性のみを争い、かつ異議が別個の手続で処理されるのであれば、届出者に有利な裁判は、そのつど債権が存在し、それ自体追求可能であるとの確定を含む。他の確定訴訟が係属している限り、この確定は当事者間でのみ効力を有するにすぎない。けだし、全ての異議が克服されてはじめて、届出人の有利に KO147条<sup>(訳注12)</sup>の既判力が確定的に生ずるからである<sup>(訳注13)</sup>。

---

5) Jaeger-Weber § 144 Anm. 3.

(訳注12) KO 第147条【既判力の範囲】 判決により、債権が確定し又は異議が理由ありと言い渡されたときは、その判決は破産債権者の全員に対してその効力を有する。訴訟が個々の債権者に対してのみなされたときは、その債権者は、破産財団が判決により利益を得る限度で、破産財団より訴訟費用の償還を請求することができる。

(訳注13) KO147条の解釈として、通説は、届出債権者の勝訴判決の効力は拡張されず、敗訴判決の効力のみが拡張されるとしてきた（この点については、五十部



c) KO138条以下の調査・確定手続において、債権の独自の確定も、破産手続における追求可能性の確定も意味を有しないのであれば、この手続は、存在し、かつ破産において追求可能なものとしての債権の確定のみを、その対象とすることができるのである。届出債権者の権利保護の要求を手がかりに手続の対象を定式化するならば、破産において追求可能な債権が一定の名目額で存在するとの権利主張として定義しなければならない<sup>6)</sup>。債権の存在と破産における追求可能性に関しては、一緒に判断がなされなくてはならない。

したがって、届け出られた債権は、——破産者の異議の余地を度外視すれば——債権の存在も、破産手続におけるその追求可能性も争われていない場合にはじめて、裁判外で確定されたものとして記載される。異議が提出されれば、届け出た者の訴えは、債権が存在し、かつ破産手続において追求可能と確定されてはじめて認容されうる。

関係人が債権の存在のみを、又は破産における追求可能性のみを争った場合も、訴訟物は統一的である。一部否認は、債権の追求可能性又は存在にとって重要な事実が争われていないということを意味しているにすぎない。それゆえ受訴裁判所は、債権の存在だけが争われる場合には、当該債権が、争いのない事実陳述のみによれば、当該破産手続の中で追求可能であるかどうかをも審査

---

豊久「破産債権の確定と共同訴訟」兼子博士還暦記念『裁判法の諸問題〔下〕』（有斐閣、1970年）422頁注7）参照）。そこからドイツの通説は、複数異議者のいる場合の債権確定訴訟は、訴訟上の原因による必要的共同訴訟（類似必要的共同訴訟に対応）であるとする。現行倒産法の下でもこの点は変わらない。これに関して、*Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., 2010, S. 246 は、次のように言う。「しかし、請求棄却判決の既判力のみが第三者に及び、認容判決の既判力は及ばない事例もある。複数異議債権者に対する債権者表のための債権の確定を求める倒産債権者の訴えの場合（InsO179条、183条1項）がそのような事例である。なぜなら、請求の棄却は全債権者のために作用するが、異議者に対して認容された訴えはその異議を除去するにすぎないからである」、と。*Schilken*, *Zivilprozessrecht*, 5. Aufl., 2006, S. 370 も同旨。

6) Jahr (ZZP 79, 382) が提案しているように、——立法論上——債権の存在の確定と破産における追求可能性の確定について別々の管轄を承認するのであれば、統一的な訴訟物は分裂するであろう。



しなくてはならない。追求可能性だけが争われているのであれば、債権それ自体が首尾一貫して (schlüssig) 理由づけられるかどうか、審査されなくてはならない。争いのない陳述により法的根拠からは債権が存在しないのだという結論に至る場合には、ある債権が破産において追求可能であるとの確定がなされることはありえない。

これに対して、調査手続の関係人と確定手続の当事者は、ある債権を成立したとみなすか否かについての処分権限をもつはずだという抗弁はなされえない。これらの者はそのような処分にとって適切なパートナーではなかろう。破産管財人と異議権を有する債権者は、破産において追求できないと争っているある債権が確定されるということに保護に値する利益を有してはいない。ただし、財団はそのような債権によって減縮されないからである。したがって、破産管財人および異議権を有する債権者の利益は、これらの者が破産によって追求できないとみなす債権とは無関係であるので、この者たちには債権の成立についての処分権限も欠けている。そのような処分が許容されるならば、もっぱら異議を唱えていない破産者の負担となってしまう。しかし、このことは破産において追求可能と証明された債権のみが、KO164条2項によって破産者に対して作用するということを見落としているに違いない。

請求が棄却される場合は、債権は破産において追求可能なものとしては存在しないということが確定される。訴訟において、債権が存在するかどうかの争いだけでなく、破産において追求可能であるかどうかにも争いがあるならば、不存在と追求不能は、裁判所が選択することのできる選択的な請求棄却事由である。選択的な請求棄却事由の一方が確定されるや否や、事件は裁判に熟する。もう一方の棄却事由がさらに審査されてはならない。具体的な棄却事由は、——選択的棄却事由の場合に常にそうであるように<sup>7)</sup>——既判力を生じない。債権がそもそも成立していないか、破産手続の中で追求不能であるがゆえに、それが破産において追求可能なものとして存在しないということのみが、既判力を

---

7) Henckel, Prozeßrecht und Materielles Recht, S. 150 ff.

もって確定される。

これと異なるのは、最終口頭弁論終結時点の事実状態および紛争状態によればただ一つ棄却事由だけが考えられるにすぎず、したがって、例えば破産における追求可能性にとって重要である事実だけが争われている場合である。提出された証拠にもとづいて、裁判所が、例えば債権が破産開始後に成立したので、それは破産において追求不能であるという結論に達した場合には、この具体的棄却事由は既判力を生じる<sup>8)</sup>。

ある異議権者が、破産における債権の追求可能性だけを争い、かつこの異議に対して向けられた届出債権者の確定訴訟が棄却された場合には、債権の存在のみを争う別な異議に対しての訴えは不適法である。けだし、届出債権は、それが破産債権に属さないので、破産において追求可能なものとしては存在しないということが、既判力をもって確定されているからである。こうした確定は、KO147条によって、全ての異議権者の有利に作用する。これらの者の誰一人として債権の不存在も独自に確定されることへの保護に値する利益をもたないし、届出債権者もまた追求不能と判断された債権が破産手続に関連する訴訟において独自に存在すると確定されるということを期待し得ないので、KO147条の既判力はさらなる異議に対してのあらゆる訴えを排除する。

許容されるのは、破産者に対する訴えのみである。この場合も、破産者の異議を争うことには奉仕しない。けだし、破産債権者の異議は、債権が破産管財人又は破産債権者の異議の奏功を理由として債権表に確定されない場合には、無意義となるからである。しかし、債権者には、破産者に対して給付を訴求する可能性が残るに違いない。けだし、破産における債権の追求可能性のみが否定され、又は債権それ自体が存在しないことの確定が選択的な請求棄却事由として既判力を生じないのであれば、債権者は破産者の自由財産を要求することを妨げられるはずはないからである<sup>9)</sup>。

---

8) Henckel, aaO., S. 158.

9) Jaeger-Weber § 147 Anm. 3 も同様であるが、そこでは具体的な請求棄却事由が

d) 債権の存在の主張と破産におけるその追求可能性が統一的な訴訟物をなしているのであれば、優先権を有するものとして届け出られた債権の場合にも同様のことが妥当するのは当然である。けだし、優先権は破産における追求可能性の特殊な態様を意味しているにすぎないからである。しかし、このような問題がもっぱら回答されうるとしても、さらに付加的な観点が検討されなくてはならない。すなわち、優先権を有する債権者は、責任法上は優先権をもっている。破産上の優先権と関連した問題の解答を準備するために、そこからいかなる手続的な帰結を引き出すかということが、まず第一に他の優先的責任 (Vorzugshaftung) の事例を手がかりに検討されなくてはならないであろう。

### Ⅲ.

1. 届出債権者の確定の訴えが棄却されることによって、破産において追求可能な債権は存在しないということが既判力をもって確定された場合であっても、選択的な棄却事由が問題となっているため、債権それ自体が存在しないことの確定も、もう一つの、債権が破産において追求可能でないことの確定も既判力に包含されないとすれば、このことは付従的な担保権にとつての広範な帰結をもたらす。すなわち、そのような権利から満足を受けるつもり権利者に対して、被担保債権が認められず、それゆえこの者は担保権をも持ち得ないとの異議を唱えることはできない。けだし、債権それ自体が存在するかどうかという問題は、選択的な棄却事由が存在した場合には、KO146条の確定訴訟での判断によっては先決されないからである。担保権はまた被担保債権が破産において追求可能であるということを前提とするものではないから、破産におい

---

強調されている。しかし、最終口頭弁論の終結時点の紛争状態によれば選択的棄却事由が顧慮されなかった場合にはじめて、このことは妥当しうる。異なるのは Böhle-Stamschräder<sup>9</sup> § 147 Anm. 1; BGH WM 1958, 696 f.; Kuhn WM 1959, 105 で、これらは届出債権者の確定訴訟が棄却されることによって常に債権が既判力をもって否定され、これが債権者を破産者に対しても拘束するということを承認している。

て追求可能な債権が存在しないということの確認は、担保権にとっては前提問題ではない。

しかし、被担保債権が破産における追求可能性を欠くというのは、比較的稀有な事例である。たいていそのような債権の場合にはその存在のみが争われており、破産における追求可能性までもが争われているわけではない。そうだとするとといった選択的な請求棄却事由は存在しない。この事例においては、届出債権者の確定訴訟は、届出債権が存在しない場合にのみ棄却されうる。そのように判断がなされるならば、債権それ自体が既判力をもって否定される。しかし、そのことは債権が付従的な担保権の基礎として役立つ限りはこうした確定が拘束力を持つということまでも意味するわけではない。そのような拘束は、むしろ関係人の保護に値する利益を顧慮させないことになってしまうのではないか。

物的に担保された債権を債権表に届け出た債権者は、ここではこのことによって別除的満足に際して不足を生じた金額についての配当をめぐる争う。ある債権者が、保証によって担保された債権を届け出るならば、この者は債権のうちの保証人によって満足を要求できない部分についての配当への利益を追求している。したがって債権の確定に対する債権者の利益は、多かれ少なかれ減縮される。いずれにせよ、それは本質的に十分な付従的担保からの満足に対する利益よりも乏しい。それゆえ、考えうる不足額を獲得しえたかもしれないわずかな配当額の喪失とともに非常に多くの価値ある付従的な担保をも失うとされることが、債権者に課せられてはならない。破産外で一般に承認される債権を否定する判決の既判力を物的担保をめぐる争いに拡張することは、そこでは債権の経済的価値と担保の経済的価値が同一とみなされるというだけの理由で妥当である。このことは、たしかに関係人の観念に必ずしも一致するものではないかもしれない。たいていは担保を債権よりもより価値が高いとみなすであろう。しかしこうした観念は、付従的な権利が破産において保障している優先的な責任に基づいている。債務者が支払能力を有する限りにおいて、この者に対する債権が担保よりも僅少な価値しか持たないわけではない。しかし、既



判力の基準としての経済的価値の評価にとっては、破産状態にない債務者は支払能力を有するということから出発されなくてはならない。けだし、そうでなければこの者の債権者が破産開始の申立てをするはずだからである。

債権の経済的価値が既判力の限界の決定についての決定的な基準であるということは<sup>10)</sup>、まず第一に、債権が争われている限りにおいてはじめて、当事者たちが裁判の既判力に拘束されるということを示している。一部金額のみを訴求する者は、残額については拘束されない。このことは、既判力は当事者にとっては矛盾するあらゆる事実の判断を排除するが、事実の陳述はまた訴訟結果についての当事者の責任領域にあるということにもとづいている。当事者がこの責任に向けられる緊張度は、もとより何が当事者にとって訴訟で争われているかに依拠している。当事者が訴訟において債権を対象としない限りは、それを失うこともあり得ない。

経済的価値という基準が既判力の限界にとって重要であるということがもっと明確に判明するのは、前訴の請求とは質的に異なる内容を持つ請求に対する当事者の拘束が問題となっている場合である。ここでの関心のある状況は、そのような事例が問題である。破産債権者の債権は、破産財団に対して、その数量的金額の支払い以上のものではない<sup>11)</sup>。それはむしろ清算財団であり、原則としてその管財人の運用活動によって成長しない責任を負った特別財産（Haftungssondervermögen）からの持ち分に応じた満足に向けられている。全ての債権者の満足に十分ではなく、かつ運用活動によって十分な金額にされ

---

10) これについて詳細は、Henckel, Prozeßrecht und Materielles Recht, S. 171 ff. を見よ。

11) 破産者の債権が破産者に対して存在し続けているということは、本文において選択された定式に矛盾しない。けだし、このことは債権者が財団から完全な額の支払いを要求しうるであろうということの意味しないからである。責任を負った財産との関係で債権をみるならば、破産の開始によって分裂が生じる。一方で、財団が責任を負っているのだが、それは通例、債権を完全にはカヴァーせず、かつそれとの関連において支払請求権が存在せず、債権者は責任の実現のための特別な手続を指示される。他方で、破産者はそのほかの財産、特に新得財産によって責任を負う。その限りでは責任は無制限である。



ることではないため、責任持ちは法律上限定される。破産開始前に存在する無制限の支払請求権から、財団との関係では、責任を負った特別財産の限定された換価金への参加を求める権利になる。手続法上は、もはや給付訴訟によって債権の支払いが戦いとられうるのではなく、債権が破産において追求可能なものとして存在するということの確認が得られなくてはならないが、このことはその後責任財団から得られるべき配当への参加のための要件である。しかし、債権が付従的な担保権の基礎である限りにおいて、それは破産とは何ら関係しない。担保権は、債権の中に表象された利益の満足のために、破産開始後も無制限に存在する。責任対象は、——物的担保の場合——相変わらず債権者に帰属したままである。担保権の基礎としての債権の経済的価値は、したがって破産によって減縮されることはなく、その結果、破産債権の経済的価値と担保の基礎としての債権の間に少なからざる差が生じる。この差が、KO146条にもとづいた手続において行われた債権がもはや存在しないということの確認の既判力を、担保権をめぐる争いに拡張することを禁じる。

2. 異議が提出されなかったからであれ、提出された異議が訴訟で一掃されたからであれ、破産債権が確定されると、破産において追求可能な債権が確定された額において存在するということが、既判力をもって確定する。しかし、そこから債権者の債権が、別除権の基礎としても、疑う余地なく確定したという帰結は引き出されてはならない。けだし、ここでもまた経済的価値が異なるからである。

ここでは債権と抵当権 (Hypothek) の関係についての承認された基本的な原理についての矛盾が解消されるように見える。もし債務者が債権全額の給付を命じられているのであれば、その者は、一般に認められた理解によれば、責任を負った担保物の所有者として、物権的な訴え (dingliche Klage) に対して債権が存在しないとの異議を出すことはできない。しかし、この原則は破産の外でしか妥当しない。けだし、給付判決における債権の確認は、KO138条以下による調査・確定手続における債権の確定とは異なった意味を持つからである。給付判決は、債務者が支払わなければならない金額を特定する。債権者が

当該債権を理由として担保として責任を負った債務者の対象物から満足を受けようとする場合にも債務者は給付判決において命じられた債権の確定に拘束されるということは、付加的な経済的負担を意味してはいない。けだし、確定された債権額を債務者はいずれにせよ完全に調達しなくてはならないからである。担保責任（Pfandhaftung）は支払能力のある債務者の債権者に債権以上のもの、むしろ特別なもっぱらこの者に割り当てられた責任対象を示している。これに対して、債権確定手続においては、確定された債権額は債権者が財団から受け取るべき額を示しているわけではない。むしろ確定された債権は、債権者が責任財団の分配に際して取得する割合の決定のための計算単位であるにすぎない。それゆえ債権は、単純破産債権として、それが基礎にしている物的担保よりもわずかの経済的価値を有しているにすぎない。

破産参加のために確定された債権が別除権の基礎として主張される場合に、経済的価値の同一性が欠如しているため当該債権が疑問の余地なく確定してはいないということは、この領域において生じる紛争の適切な解決に資するであろう。債権者が別除権を援用することなしに債権を無制限に届け出、このことが破産管財人にもその他の債権者にも表明されていないならば、これらの者はおそらく債権を争う利益をもたないであろう。このことは単純破産債権に関して配当が期待されてはならないか、配当が債権をめぐる争いに値しないほどわずかにしか不足しないであろう場合には、常に当てはまる可能性がある。届出債権者が後になってから別除権を主張し、これによって財団から単純破産債権の価値をはるかに超過する価値を引き出そうと試みる場合に、関係人が十分な経済的利益が欠けているために債権の存在を争っていなかったとすれば、既判力ある確定には拘束されえない。とりわけ優先的債権者のうちで、財団がいまやこの者にとってすら十分ではない場合には、その弁済が別除権の主張によってもしかしたら危険に陥る可能性のある者は、別除権を打破するために、疑わしい債権に対して異議を述べようとするだろうが、これに対して、この者の優先的責任に抵触しないから、債権確定手続において単純破産債権を争うことにはほとんど関心がなかったであろう。

しかしまた、調査・確定手続において得た債権の確定に対する拘束は、届出債権者がはじめから別除権を援用する場合にも問題とはならない。たしかにその場合には関係人は、——債権者が別除権の実現では不足し、又は事後的にこれを放棄している限りは——債権者が配当を要求しているだけではなく、債権にもとづいて別除的満足という方法で債権者に責任法上示された対象の優先的責任を実現しようということを知っている。しかし、債権確定手続においては、別除権が争われているのではない。ここでは、優先的責任の処理により財団から達成されなければならない配当の分配にとっての基礎のみが問題である。確定を別除権の主張のためにも拘束力のあるものとみなすのであれば、既に調査手続において別除権が存在するかどうかについて明瞭性を得ていることが破産管財人とその他の債権者には要求されるのではなかろうか。けだし、債権確定紛争に対するこれらの者の利益は、このことに依存しているからである。別除権が存在したとすれば、これらの者は異議を唱えなくてはならないであろう。別除権が存在しなかったとすれば、これらの者はいずれにせよ単純債権が何ら配当を期待できないときには、異議の主張をとどめるであろう。この種の考慮によって債権確定手続の関係人に負担を課すべきではない。それはこの手続の目的とは何らかかわりはないし、関係人が手続のこの段階で過大な要求をなされたことになる。これに加えて、別除権者の存在を調査することは、異議権を有する債権者の問題ではなく、破産管財人および債権者委員会（KO133条2号（訳注14））の問題である<sup>12)</sup>。

---

（訳注14） KO 第133条【債権者委員会の許可】 管財人は、債権者委員会を置いた場合において、次に掲げる行為をなすにはその許可を受けなくてはならない。

1 〔略〕

2 破産者の法律行為の履行を請求し、訴訟を係属させ、その受継を拒絶し、和解又は仲裁契約を締結し、取戻権、別除権又は財団債権を承認し、質物を受戻し又は債権が譲渡されるべき場合で、かつ300マルクを超える価値物が問題となっている場合

12) 確定が別除権の主張に関しても拘束するかどうかという問題は、訴額の決定に関しても意味を持つ。これを肯定するのであれば、確定訴訟における訴額は ZPO 6 条によって定められ、KO148条によるのではない。このことはいずれにせよ争わ

## IV.

既判力にとって重要な経済的価値の差は、単純破産債権と優先権のある破産債権の関係においても生じる。

判例・通説は今日、ある債権を単純破産債権として確定することによって、債権の存在は疑問の余地のないものとなるということを承認している。後になって優先権が届け出られた場合には、それゆえなお優先権に限っては争うことができるが、債権がそもそも存在するかどうかについてはもはや争うことはできない、という。こうした理解は、〔しかし〕落ち着いた悪い帰結に至る。届出債権が単純破産債権だとして排除され又はわずかな配当しか与えられない場合には届出債権に対してほとんど利害関係をもちえないような関係人が、優先権の事後的届出の場合には、債権が優先権のある債権として他の債権者のために残された財団を著しく侵害する場合であっても、届出債権に対するわずかな利害関係しかないとの動機でなされた処分がなお拘束力を持つべきだということをその後もそのまま維持されなくてはならないのであろうか。単純破産債権のわずかな経済的価値をめぐるこの争いは、本質的な価値のある優先的債権をめぐる争いの前提となるのであろうか。

反対に、自らにとっては取るに足りない配当しか影響を受けないため、単純破産債権としての債権をめぐる争いをほとんど熱心に追行しなかった債権者は、単純破産債権としての債権のいいかげんな行使が、事後になって発見された優先権にもとづいてその債権が示している高い経済的価値をもこの者から奪

---

れている（Jaeger-Weber § 148 Anm. 2 および BGH NJW 1964, 1229 = KTS 1964, 170 参照）。しかし、ZPO 6 条の適用に反対し、KO148条の適用に賛成する議論は、さらに本文で述べておいた。例えば BGH（aaO.）は、届出債権者が破産配当を超える利益をもつかどうかおよびこの利益が具体的事件においてどの程度の高きなのかは確定の争いの中で審査されるべきではないということを強調している。

\* \* \*

KO 第148条【訴額】 債権の当否又は優先権に関する訴訟の目的価額については、受訴裁判所が破産配当財団と総債務との関係を斟酌して、自由な裁量によりこれを定める。



い取ったという帰結に直面しているとはたして考えるだろうか。

このように不利益扱いのなされる債権者に対して、通説はおそらく、この者は優先権を気にかけるべきであり、それゆえ後になってから優先権が発見された場合に生じる不利益に値する、ということを持ち出して反論するかもしれない。しかし、債権者に法の不知の危険が課されてはならない。破産手続においても適用されるべき（KO72条<sup>(訳注15)</sup>）ZPO139条<sup>(訳注16)</sup>によれば、裁判所は、届出をなした者に対して考えられる優先権を指摘し、それを要求するかどうかを釈明しなくてはならない<sup>13)</sup>。裁判所がこの任務を果たすのであれば、たしかに優先権が後になって届け出られる事例は稀有になるであろう。しかし、それが全く排除されるわけではない。むしろ裁判所もまた優先権を見過ごしたというまさに不当な事例は残る。自らの法の不知の責任を負わせられるべきでない債権者が、もっとも保護に値する場合、すなわち優先権がほとんど認識できなかったことから裁判所からも看過された場合に、したがって通説によればこれにあたることになるのだろうか。

ここで挙げられた事後的に優先権の届出がなされた場合の単純破産債権の確定または否定への拘束に反対する観点をドイツ大審院（以下「RG」とする。）は<sup>14)</sup>既に認識しており、判決理由として援用した。もちろんRGがこうした理由付けによって得た結論は、承認されてはならない。すなわちRGは事後的な優先権の届出を直截に排斥しようとした。正当にも変更されているこの判例の詳細な点に、ここでは立ち入る必要はもはやない<sup>15)</sup>。RGが最終的に優先権の事後的な届出を許容したとき、しかしこの實際上重要な放棄された判断の観点が考慮されないままであった。債権者が事後的に優先権を届け出ること

---

（訳注15）KO 第72条【ZPO の適用】 ZPO の諸規定は、本法に別段の定めのない限りにおいて、破産手続に準用される。

（訳注16）裁判所の釈明義務に関する規定である。

13) Jeger-Weber § 139 Anm. 4, § 140 Anm. 2.

14) RGZ 143, 355 (359 f).

15) Ernst Jaeger (KO, 6. und 7. Aufl., § 139 Anm. 11, Konk. TreuH. 1936, 81) は、これについて必要な事柄を述べていた。



よって著しく大きな取り分を財団から獲得しようとする場合に、調査・確定手続の関係人には優先権なしに届け出た債権の確定への拘束が課されえないという観点が同じく残されている。このことを事後的な優先権の届出を直截に排斥しようとすることで阻止するというのは誤った措置である。このことを認識することによっては、やはり問題は解決されない。

エルンスト・イエーガー (Ernst Jaeger) は、この問題は実際上何の役割も果たさないため、無視してかまわないとの見解であった<sup>16)</sup>。事後的な優先権の届出がないか、又は調査・確定手続の関係人が考える事後的優先権の届出を顧慮して単純破産債権を既に積極的に争ったはずであり、そのような優先権がはじめから届け出られている場合にのみ、このことは正しいのではないだろうか。両者はまた優先権が明々白々であり、全ての人によって認識されるであろうことを前提としている。しかし、このことは残念ながら当てはまらない。けだし、ある優先権が存在するかどうかという問題は、常に問題となるからである<sup>17)</sup>。

事後になって債権のために優先権が届け出られた場合に関係人が届け出られた単純破産債権の積極的又は消極的確定に拘束されるかという問題の回答は、別除権の主張を顧慮して債権確定へ拘束されることに反対して主張された同じ観点に還元されなくてはならない。この還元は、破産法上の優先権と別除的満足が一定の範囲で互換可能な、いずれにせよ近しい法形象であるということから既に正当化可能である。破産優先権と別除権は、同じやり方でその所持者に優先的満足を作り出している。両者は責任法の特別な形態である。本質的相違は、優先権を与えられた債権に関しては全体財団又は特別財団が責任を負い、

---

16) この見解は、RG (RGZ 149, 257, 269) によって引用されている。残念ながらもはや入手できないイエーガーの鑑定意見の中にあるにすぎない。裁判の中での再録は非常に乏しいため、いかなる観点がイエーガーをこの見解へと規定したのかは、もはや再構成されえない。

17) 例えば、SG Düsseldorf KTS 1968, 121; OLG Bremen KTS 1969, 102; OLG Celle KTS 1969, 103; BAG Betrieb 1969, 1252; OLG Karlsruhe MDR 1969, 152. 滞納処分に関する租税優先権をめぐる争いをも参照。すなわち、Stier NJW 1969, 783.

それゆえ優先権を有する債権者の平等な満足のために優先的破産債権が破産手続の中で主張されなくてはならないが、これに対して別除権は特別の対象に関係しており、通例、複数債権者の競合は生じえず、又は厳格な優先順位によって規律され、その結果、関連した利益に危険をもたらすことなく別除権の実現が破産外でなされるように見える点にのみある<sup>18)</sup>。

しかし、こうした相違はわれわれの問題にとって重要ではない。優先権を有する債権者は、双方いずれの場合においても、その優先権又は別除権によって単純債権者よりもより高い額を割り当てる責任法上の有利な地位を財団から導き出しえよう。優先権を有する債権が単純破産債権との比較で与えられるより高い経済的価値は、それゆえ、事後になって優先権の届出がなされた場合に、単純債権としての破産債権の届出から帰結される債権の既判力ある確定又は否定に関係人を拘束することを禁止している。

## V.

単純破産債権として届け出られた請求権が既判力をもって確定又は否定されたということは、別除権をめぐる争いに関しても、優先権が後になってから届け出られた場合にも拘束力をもたないというわれわれの帰結は、別除的優先権又は破産優先権が単純破産債権に対してもつ異なった経済的価値によって根拠づけられる。しかし、われわれは経済的価値を既判力の基準として承認してきた。

しかし、さらに一步前進して、経済的価値を手続対象およびこれによって主張されている債権自体の識別メルクマールとみなすことができる。

財産的価値を有する全ての債権は、債権者の経済的利益を保護している。ある金銭債権が保護する経済的価値の価額は、——破産という特別の状況を度外視すれば——債権の名目額によって確定される。破産になっていない債務者が

---

18) Jaeger-Lent § 61 Anm. 2 ff., 特に Anm. 3. 参照。

債権を支払いうるかどうかは、価値の同一性にとって何の役割も演じない。それゆえ、主債務者に対する給付訴訟が棄却されたということは、債権者を保証人との争いにおいても拘束する。この債権は、主債務者からの支払いを要求する権利として、付従的な保証債権又は付従的な質権の基礎と同一の経済的価値を有している。債権者は保証人又は質物の所有者に対して、主債務者がやはり少しも支払い得ないかもしれないとの理由で主債務者との争いを積極的に追行しなかったことを援用することはできない。主債務者が破産になっていない限りにおいて、債権の同一性は、それが債務者の財産状況に鑑みて目下価値僅少と思われることには何ら関係していない。

しかし、責任財産が法律上当然に制限される限り、価値の違いが識別基準になる。抵当権にもとづいて、同時に人的債務者である不動産所有者を訴え、かつ抵当権で不足額の生じる債権者は、後の人的債権をめぐる争いにおいて、債権が存在しないことを理由に抵当権訴訟が棄却されたということを持ち出して対抗させられる必要はない。この結論を理由づけるために、この債権が抵当権をめぐる争いにおいて単なる前提問題の対象にすぎなかったということでは、もちろん十分ではない。また、この債権が抵当権との関係においてではなく、抵当権が債権に付従しているにすぎないという法律構成でも満足できない。けだし、既判力は、単に判断対象だけでなく、請求棄却が選択的な事由ではない限り、経済的価値が等しい場合には請求棄却事由をも包含しているからである。しかし、それが適切な評価の結果でない場合には、債権と抵当権の関係という構成は、何一つ証明してはいない。リンメルスパッハー (Rimmelspacher) は<sup>19)</sup>、ヘック (Heck) の考えを糸口にしているのだが<sup>20)</sup>、債権と抵当権を異なった法的救済として一つの、そして同一の法的地位と理解することができるということを示した。財産権に帰属する一つの法的地位は、一つの特定の経済

---

19) Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozeß (1970), S. 85 ff., 240.

20) Grundriß des Sachenrechts § 78 S. 323 ff.

的価値を示している。しかし、これは個々の法的救済によれば、異なった範囲で保護されるにすぎない。責任財産——ここでは不動産および共同責任を負った対象——が抵当権をカバーするのに十分ではないとすれば、その法的地位は、抵当権によって債権者が不十分な責任財産から満足を得られる限りにおいてのみ保護されるにすぎない。このことは請求棄却の事例においては確定され得ないので、債権者が抵当権をひよっとしたらほとんど緊張感をもたずに争ったということから出発されなくてはならない。それゆえ、抵当権をめぐる争いにおいて債権を否定した判断の拘束力は否定されなくてはならない。

法的地位としての債権の中で債権者に割り当てられた経済的価値は、したがって、様々な規模における個々の実現手段によって保護される。法的救済としての債権によって、債権者は債務者に支払いを要求することができ、その総財産を掴取することができるのだが、それは完全な経済的価値を保護する。なぜなら、債務者財産の当面の不足は、法上当然にはそれが責任法上の帰結（破産）という結果にならない限りにおいて、考慮の外にあるからである。法的救済としての抵当権によって、債権者は不動産と共同責任を負った対象を掴取しうが、それは責任対象が担保された債権に見合っている限度で債権者の法的地位を保護している。

債務者が破産しても、債権者の債権は原則として影響を受けない。それは破産者に対して存続し続け、ただ破産中にも破産者に対して実行され得ないにすぎない（KO14条1項<sup>（訳注17）</sup>）。破産債権については、破産者の自由財産と並んで、破産財団が責任を負った特別財産として責任を負っている。債権者がこの責任を負った特別財産の責任を実現しようとする限りにおいて、破産法は、原則として債権者の法的地位を完全な経済的価値の額ではカバーしない法的救済しか保障していない。債権者は財団を他の債権者と分配しなければならな

---

（訳注17）KO 第14条【個別執行の禁止】 ① 破産手続の継続中は、個々の債権者の利益のために破産財団に属する財産又は破産者に属する財産に対して仮差押え及び強制執行をすることはできない。

② 〔略〕



い。債権者が破産債権として自己の債権を届け出、債権の確定を実施することによってこのことは起こる。そのとき確定された債権は、配当の調査のための計算上の費目として奉仕する。破産債権者の処分権限に服し、手続の対象をなす法的救済は、したがって、財団からの等しい割合的満足のための手段、かつ債権者自己管理に際しての割合的な協力権限の基礎としての債権である。この法的救済は、保護された法的地位に対して、減少された経済的価値をもつ。

優先権を有する債権者は、その優先権の順位にしたがって財団の優先的責任を実現する。この債権者の処分権限に服し、調査・確定手続の対象をなす法的救済は、同順位の他の債権者およびより後順位の優先権を持つ債権者との等しい割合的満足のための手段としての債権である。破産財団が届出債権の属する優先権の組の全債権者の満足のために十分である場合には、優先権を有する債権者の法的救済の経済的価値はこの者の法的地位と一致する。経済的価値はまたそれよりも少ない場合もありうる。しかし、いずれにせよ経済的価値は単純破産債権の債権者よりもより高い。法的救済の経済的価値はまた個別的性格を有するので、単純破産債権として届け出られた債権は、それが優先権をもつものとして届け出られた場合には、後者の債権とは異なる手続対象をなす。

債権者が別除権を主張する場合には、債権者は特別に割り当てられた対象の責任を実現する。債権者の法的救済は、破産債権の届出によって行使された既に主張された態様における届出とは区別される。すなわち、別除的な満足は破産手続に関係なく行われる（KO 4条2項<sup>（訳注18）</sup>）。しかし、それは経済的価値においても区別される。経済的価値は別除権に関しては責任を負った対象の価値によって定められ、これに対して破産債権に関しては、破産配当の価値によって定められる。債権調査手続および確定手続の対象としての債権は、それゆえ別除権によって保護された法的地位をも完全な範囲でカバーする法的救済ではない。それゆえ調査・確定手続における債権の主張の成否は、別除権の

---

（訳注18） KO 第4条【別除的満足】 ① 〔略〕

② 別除的満足は、破産手続によらないでこれを行う。



基礎としての債権の存否については、何一つ述べてはいない。

## Ⅵ.

### 1. かくてわれわれは次の結論に至る。すなわち——

債権調査手続および確定手続並びに KO146条による確定訴訟の対象は、財団の取り分に応じた責任を実現するための法的救済としての債権者の債権である。債権が単純破産債権として届け出られている場合には、他の優先権をもたない債権者たちとの割合的な満足のための法的救済として調査・確定される。したがって、調査・確定の対象は、その名目的な価値をともなった債権それ自体ではなく、単純破産債権としての債権である。この関係人は、より高い経済的価値の実現に導くべき法的救済としての債権の確定をめぐる紛争については先決されてはいない。優先権のある債権は、単純債権から区別された手続対象にとどまっている。

2. しかし、債権がまず第一に単純債権として届出、調査および確定又は否定され、後に優先権ある債権と主張される場合には、少なくとも手続対象の部分的同一性が存在しないかどうかを考慮されなくてはならない。この問題の解答にとっては、優先権ある債権としての債権のより高い価値が、単純破産債権としての主張によって実現されるべき債権を含んでいるかどうかが決定的である。

債権が既に単純債権として確定された後に、それが優先権あるものとして確定される場合には、いまや単に優先権ある債権として存在するにすぎない。このことによって、単純破産債権としての確定は解除される。債権表がこれに対応して更正されなくてはならない。債権が単純破産債権として確定訴訟において既判力をもって否定されたが、後に優先権あるものとして確定された場合には、債権は単純破産債権者への財団の分配に際しては、KO146条7項<sup>(訳注19)</sup>によって記載された訴訟手続の結果にもとづき顧慮されないので、第一の記載

---

(訳注19) (訳注2) 参照。

については何ら更正の必要性はない。

債権が既に単純破産債権であると確定された後に、優先権ある破産債権であることを否定された場合には、この確定は、債権がそもそも存在しないという結論でもって終了すべき場合にも、無関係なままである。けだし、債権に優先権があることをめぐる争いにおいては、ただ優先権ある債権が単純債権に対して有している付加価値だけが問題だからである。債権がその価値において単純破産債権であると既判力をもって、かくして疑う余地なく確定された場合には、単純破産債権者への破産財団の分配への債権者の参加はもはや問題にはなりえない。

債権がただちに優先権あるものとして届け出られ、当該債権が全く存在しないとの理由で確定訴訟で否定された場合には、債権者は単純破産債権としての事後的届出でも先決されている。けだし、優先債権の経済的価値は単純破産債権としての債権の経済的価値を含んでいるからである。しかし、この請求棄却事由が選択的棄却事由としてのみ考慮され得るのであれば、債権の不存在の既判力ある確定に対しては疑念が存在することもありうる。債権の存在だけでなく優先権も争われていたとすれば、債権者は、優先権が存在しないと理解したときに、訴訟に対する利益を失っていたかもしれない。そのとき債権者が債権の存在について立証することを放棄するならば、債権の成立要件が原告によって立証されないので、裁判所は請求を棄却しうるのではないか。原告が、選択的請求棄却事由は既判力に含まれないとの理由づけでもってこの確定に対する拘束から逃れうるかどうかという問題は、ここで実際に選択的棄却事由が存在するかどうかによる。しかし、このことは否定されなければならない。というのは、優先債権としての債権の価値は単純破産債権としての債権の価値を含んでいるので、優先債権の届出の中に単純破産債権としての届出が既に含まれているからである。優先破産債権と単純破産債権とは排斥関係にはない。債権は優先権あるものとしては量的により大きな満足の機会を含んでいるにすぎず、それはより少ない満足の機会をも内包している。それゆえ債権者がその優先権に確信を持っていない場合には、単純破産債権としての予備的な債権の届出を

する必要はないし、優先権が既判力をもって否定された場合には、単純破産債権としての事後的な届出をする必要もない。しかし、優先債権としての届出は単純破産債権としての届出をも含んでいるとすれば、優先権の否定と債権の不存在は選択的な請求棄却事由ではない。ただし、優先権が否定された場合に請求が棄却されてはならず、むしろ債権が単純破産債権として存在するかどうか審査されなければならないからである。それゆえ債権者は、債権を完全な範囲で失いたくはないのであれば、この問題についてさらに争わなければならない。判決で、優先債権として届け出られた債権がそもそも存在しないということが確定されれば、それは優先債権としてだけではなく、単純破産債権としても既判力をもって否定される。

3. 優先権ある債権が届け出られると債権の存在のみに関する争いには単なる優先権をめぐる争いのごとき保護に値する利益は存在しない。単純破産債権に関して（上記Ⅱ）展開された原則は、ここでも同じく妥当している。すなわち、争いの対象は一方で債権、他方で優先権なのではなく、手続の対象は優先権ある破産債権としての債権である。この統一的な手続対象は、関係人の処分によって分割されえない。異議者が優先権のみを争うのであれば、債権の存在にとって重要な事実争いのないままであり、それゆえ証明を必要としない。裁判所はまた、争いのない原告の訴えに有理性がある（schlüssig）かどうかを審査しなければならない。このことは確定されたが、争いのある優先権は否定されたのであれば、当該債権は単純破産債権としては確定されなければならないが、その余の請求は棄却されなくてはならない。債権と優先権を争ったのとは異なる債権者との後訴においては、届出債権者はその場合に優先権に関してのみ前提問題とされ（KO147条）、単純破産債権をめぐる争いを継続する。これに対して、優先権をめぐる争いは既判力によって妨げられ、訴えはその限りで不適法となり、かくして本案は終了する。

4. 届出債権者の債権が有名義のものであれば、確定手続に関して異なった帰結が生じる。

a) 届出債権が破産開始前に既判力をもって確定されていれば、このことに

よって単に権利追求にとつての前提問題が明らかにされているにすぎない。配当表における債権の確定は、破産における追求可能性が争いなく残されているということを前提としている。優先権ある債権としての債権の確定は、優先権に異議が唱えられないことを前提としている。破産管財人又は債権者が異議を提出した場合には、単純債権又は優先権ある債権としての追求可能性をめぐる争いが確定訴訟において解決されなければならない。この争いの対象は、破産において（優先的に）追求可能なものとしての債権である。債権それ自体が存在するという既判力をもって判断された前提問題に関しては、当事者は拘束される。債権の存続をめぐる争いは既判力をもって排除され、それゆえ通例もはや受継されえないので、（優先権のある）追求可能性は新たな訴訟の中で解明されなくてはならない。破産において追求可能又は優先権あるものとしての債権の確定を求める届出債権者の訴えは、破産開始前に債権に関して下された判決の既判力によって排除されない。けだし、届出債権者が異議に対抗している確定訴訟の訴訟物は、既判力ある判決の訴訟物とは同一ではないからである。届出債権者は、いまや単に債権の存続についてのみ争っているのではなく、当該債権が破産において（優先的に）追求可能なものとして存在するかどうかという問題をも争っている。したがって訴訟物は、既判力をもって判断された訴訟の訴訟物をも凌駕している。既判力ある判決は今や判断されなくてはならない訴訟の前提問題に関してしか拘束せず、それゆえ新たな訴えを不適法とはしない。

b) 破産開始前に届出債権者の有利に下された判決が未だ確定していない場合には、その異議者との訴訟は続行されうる。原告はその訴えを変更しなければならない<sup>21)</sup>。原告がこれまで給付を求めて訴えを提起していた場合には、いまや確認を求めて訴訟をしなければならない。しかし、この確認は債権それ自体だけではなく、破産において（優先的に）追求可能なものとしての債権にかかわっている。事件が既に上告審に係属しているためにもはや訴えの変更が

---

21) Jaeger-Weber § 146 Anm. 26, 36.



不適法である場合は、届出債権者は新たに訴えなければならない<sup>22)</sup>。しかし、この訴えの対象は破産における追求可能性又は優先権だけではなく、破産において（優先的に）追求可能なものとしての債権の確定でもある。したがって、この訴訟の対象は、なお係属している破産開始前に開始した訴訟の対象と部分的に同一である。新しい訴えの訴訟物は広く及ぶので、この部分的同一性が新たな訴訟を排斥することはない。異議者が債権の存続をも争うならば、その者には破産開始前に開始された訴訟における受継責任が生じる（KO146条6項（訳注20））。異議者がこの訴訟を受継しないのであれば、異議者は、破産において（優先的に）追求可能なものとしての債権を主張する届出債権者の訴えに対して、債権が存在しないということでもって防御することは許されない。けだし、異議者がKO146条6項による訴訟の受継によって争わない有名義債権は、配当表（KO152条）においても配当それ自体においても顧慮されるため（KO168条1号）、このことによって異議者は破産手続の中で何一つ達成しないだろうからである。異議者は、債権の存在それ自体を争うのであれば、したがって債務名義を手続の受継によって除去しようと求めることによって、届出債権者に対する配当の支払いを阻止することができる。異議者がこれを行ない、同時に届出債権者が破産において（優先的に）追求可能なものとして債権を訴求するならば、異議者によって受継された訴訟が終了するまで、この訴訟は中止されうる（ZPO148条（訳注21）<sup>23)</sup>）。

破産開始前に開始した訴訟が未だ上告審には係属しておらず、それゆえ届出債権者がなお訴えを変更することができる場合には、請求棄却を免れるために、届出債権者は訴えの変更をしなければならない。けだし、元々の給付申立て

---

22) Jaeger-Weber § 146 Anm. 26.

（訳注20）（訳注2）参照。

（訳注21）ZPO 第148条【他の裁判を待つための中止】 裁判所は、訴訟の裁判の全部もしくは一部が係属する他の訴訟の目的物たる法律関係をなし、又は行政庁の確定すべき法律関係の成立もしくは不成立に係るとき、他の訴訟の完結するまで又は行政庁の処分があるまで、弁論を中止すべきことを命じることができる。

23) Jaeger-Weber § 146 Anm. 36.

は破産開始によって不適法になっているからである。したがって、債権者はいまや破産において追求可能なものとしての自己の債権の確認を訴求しなければならない。債権者が優先権を要求する場合に、それが争われているのであれば、債権者はそれも訴訟へ一緒に提出しなければならない。このことにより優先権の審理に関して審級の利益を失うかもしれないということを債権者は甘受しなければならない。けだし、債権の存在のみをめぐる訴訟というものは不適法だからである。それゆえ届出債権者は、対応する訴えの変更がなお適法である場合には、破産における追求可能性の態様を係属中の訴訟手続において主張しなければならない。しかし、この訴えの変更の強制は、破産開始前に開始された訴訟が追行されている場合にはじめて問題となる。このことはまた異議者が債権の存在を争い、かつそれゆえ KO146条 6 項による訴訟を受継する場合にのみ妥当する。

これとは逆に、異議者が、異議が債権の存続にも向けられているにもかかわらず、優先権のみを争い又は訴訟を受継しない場合には、中断されていた訴訟が再び進行することはない。けだし、届出債権者による受継は不適法とも考えられるからである。届出債権者は、有名義債権の場合には、債権の存続が問題となっている限りにおいて権利保護目的を達成している。けだし、この者に対する配当金の支払いは、中断した訴訟が受継されない限り、債権が存在しないという理由で阻止することはできないからである。届出債権者の側で中断訴訟を受継することが要求されるのであれば、届出債権者からこの利益が奪われてしまうことになる。それゆえ届出債権者は、単なる破産における債権の（優先権ある）追求可能性の確定に利益を有するにすぎない。中断した訴訟が相手方によって受継されることなくこれが争われるとすれば、届出債権者は、破産において（優先的に）追求可能なものとしての自己の債権の確定を訴求しなくてはならない<sup>24)</sup>。債権の存続に対する異議は、たしかにこの訴訟の統一的な訴訟物の内部に含まれているが、それらは有名義債権に対しては KO146条 6

24) Jaeger-Weber § 146 Anm. 26.

項によって受継された手続の中でのみ主張することが許されるので、不適法である。

5. 優先権の争いが実施されなくてはならない<sup>25)</sup> 出訴方法の問題に関しては、われわれの考察からは次の帰結がもたらされる。優先権が存在するかどうかという問題は、破産法上の、したがって民事法上の問題であり<sup>26)</sup>、その判断は通常裁判所の職務である。しかし、ここで展開された見解によれば、優先権をめぐる独自の争いは不適法である。届出債権者は破産手続への参加の権限を貫徹しようとしている。届出債権者が異議に遭う場合、この者は優先権ある債権としての債権の確定を訴求しなければならない。この訴訟物でもって投げかけられた問題もまた、破産法上の問題とみなされなければならない。けだし、財産清算への参加のための債権者の権限が最終的には問題となっているからである。それゆえに通常裁判所が判断するものとされる。別の出訴方法が与えられうところの債権の存続をめぐる争いは、破産手続による債権確定手続の統一的な対象にとつての判決理由にしか関係せず、したがって KO146条 5 項<sup>(訳注22)</sup>によれば出訴方法の規則により職分を有する裁判所が判断することができ、かつししなければならない前提問題にしか関係しない。この全く事物に適した出訴方法の指示を確保するために、破産において優先的に追求可能な

---

25) Jaeger-Weber § 146 Anm. 20 参照；そこで嘆かれている BGH (NJW 1954, 31; 1954, 1038; 1959, 987 = KTS 1959, 108) と BFH (NJW 1958, 1063 = KTS 1958, 126) の判例の間の矛盾は、その間に1965年 6 月29日の BFH の判決 (NJW 1965, 2269 = KTS 1965, 248。なお、S. 252ff. にベルゲス (Berges) による判旨賛成の評釈あり。S. 252ff.) によって除去された。しかし、BAG 自体は依然として破産優先権についての裁判管轄権を要求している (BAG 10, 310 = AP Nr. 2 zu § 61 KO = NJW 1961, 847 = KTS 1961, 78; KTS 1968, 176)。もっとも、これまで BGH が BAG とこれを争ったことはなかったであろうが (BGH WM 1955, 943 および Friedrich Weber Anm. zu AP Nr. 3 zu § 61 KO unter 4 b)。

26) 場合によっては公法的な (税法上の、社会保険法上の) 優先権の要件によって整序がなされてはならず、規範が作用する生活領域によらなければならないということを、私は別な箇所 (Prozeßrecht und Materielles Recht, S. 9 ff., 19 ff.) で述べておいた。それによれば、全ての優先権は「破産の」生活領域にとって重要であるということのみが問題となる。

(訳注22) (訳注 2) 参照。

ものとしての債権が争われている通常裁判所での訴訟のために、強制中止が承認されるべきであった。このようにして法政策的に望ましい結果が<sup>27)</sup>、既に現行法上達成されうる。

〔完〕

---

27) Jahr ZZP 79, 382. 単純破産債権としての債権の追求可能性をめぐる争いという類似の問題については、前注6)を見よ。