

破産債権確定手続の基本構造

河野 憲一郎

目 次

- I. 序
- II. 手続構造に関する基礎的考察
- III. 配当手続としての破産債権確定手続
- IV. 異議者等が複数の場合の訴訟の規律に見る特殊性
- V. 結 語

I. 序

破産債権は特別な手続によって確定されなければならない。それは、通常の権利行使手続とは著しい対照をなしている。なぜか。

本来、自由経済体制の下では広範囲に《私的自治の原則》が妥当し、各人の経済活動は、《自己決定》と《自己責任》にもとづく権利義務関係の発生・変更・消滅の連鎖として法的には規律されている。国家は、権利義務関係をめぐる紛争の最終的な解決制度として民事訴訟制度や民事執行制度を用意し、私人の利用に供している。しかし、このように個別的な権利行使手続を提供しただけではなお十分ではない。債務者が経済的に決定的に破綻した場合に、個々の債権者による個別的な権利行使を禁止し、債権者平等の原則を実現することにより、債務者の倒産に起因する混乱を回避する制度が、必要不可欠である。このような必要性に応じて用意されているのが、法的な倒産処理手続であり、中でも重要な意味を持つのが破産手続である。かくて破産法は、破産債権は破産手続によらなければこれを行使することができないものとしているが(破産法100条)、

そこでは債権者平等を実現する集団的権利行使手続としての破産手続固有の規律原理が支配することとなるはずである。そして、もしこのように破産債権の行使手続において集団的権利行使手続としての破産手続独自の論理が働くのだとするならば、破産債権査定異議訴訟、破産債権確定訴訟といったいわゆる破産債権の確定に関する訴訟においても、個別的な権利行使に向けられた通常の民事訴訟とは異なった規律原理が妥当することにはならないであろうか。届出・調査を経て、最終的には異議等のある破産債権の確定に関する訴訟に至る一連の手続過程について働く特有の原理に着目し、破産債権確定手続の手続構造を明らかにすることが、本稿の目的である。

以下では、まず、手続構造に関する基礎的な考察を行なう（Ⅱ）。次いで、破産債権行使手続の基本的な特徴を明らかにする（Ⅲ）。ここでは届出・調査を経て異議等がない場合の確定と異議等があった場合の裁判所による確定手続を貫く基本原理を明らかにする。こうした基本原理を踏まえた上で、複数の債権者から異議の提出されたケースで取り扱いに着目して、通常の民事訴訟と比較した破産債権確定に関する訴訟の特殊性について検討を加えて行く（Ⅳ）。最後に、以上を踏まえてまとめとしたい（Ⅴ）。

Ⅱ. 手続構造に関する基礎的考察

1. 2つの最高裁判断

破産債権確定手続について働く当該手続に特有の原理に着目してその手続構造を明らかにするという本稿の目的にとって、2つの最高裁判断が手がかりを提供している。最決昭和45年6月24日民集24巻6号610頁と最判昭和61年4月11日民集40巻3号558頁である。

(1) 最決昭和45年6月24日民集24巻6号610頁

本件は、破産申立てについてなされた〈破産宣告決定（現・破産手続開始決定）〉とこれに対してなされた即時抗告への〈抗告棄却決定〉に対してなされ

た特別抗告に係る事案である。抗告人は特別抗告理由において、破産宣告決定および抗告棄却決定はいずれも口頭弁論、すなわち公開法廷における対審を経ないでなされたものであるから憲法82条に違反し、ひいては憲法32条および同76条にも違反すると主張した。これに対して最高裁は抗告を棄却し、「憲法82条……にいう裁判とは、……固有の司法権の作用に属するもの、すなわち、裁判所が当事者の意思いかんにかかわらず終局的に事実を確定し当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定することを目的とする純然たる訴訟事件についての裁判のみを指すものと解すべきことは、すでに当裁判所の判例……において明らかにされているところである。……破産裁判所がする破産宣告決定およびその抗告裁判所がする抗告棄却決定……は、いずれもそのような裁判には該当しない」とした上で、さらに次のように述べた。

「もとより、破産裁判所およびその抗告裁判所は、右のような決定をする前提として、破産の申立をした債権者およびその他の債権者と債務者の間の債権債務関係の存否について判断するものであるけれども、その裁判によっては右当事者間の債権債務の存否は終局的に確定するものではない。むしろ、破産裁判所およびその抗告裁判所が右債権債務の存否についてする判断は、破産手続外においてはもちろん、その後の破産手続内においてすら、何らの特別の効力を有するものではなく、債権者が破産手続において破産債権者としての地位を取得し、その地位にもとづく権利を行使するためには、その者が自ら破産の申立をした債権者であるとを問わず、破産宣告後の所定の期間内にその債権の届出をしたうえ、債権調査期日において破産債権確定手続を経ることを要し、その際所定の異議のあった債権については、破産手続外で行なわれる純然たる訴訟事件としての債権確定訴訟をも経由しなければならない……。」

本件は破産宣告手続において〈(公開法廷における)口頭弁論〉が開かれなことが問題とされた事案であり、これについて最高裁は、憲法による裁判の公開原則(憲法82条)と裁判を受ける権利の保障(同32条)は及ばないとした。しかし、〈破産宣告手続〉は裁判所の面前においてなされる手続であり、〈狭義の破産手続〉の開始とこれにともなう重大な諸効果を債務者に対してもたらす

ものであるから、本決定事件において最高裁は、このような形式論的な判断ではなくて、破産宣告手続のあり方、具体的には口頭弁論に代わる審尋のあり方について明らかにすることを求められていたのではないか¹⁾。逆に、最高裁は〈狭義の破産手続〉にも議論を進めているが、これは破産管財人を中心に進められる手続であり、債権者への平等な配当に向けられた手続であるから、本件事案の解決とは直接的には関係しないものと言うべきであろう。本件での最高裁の論理からのアプローチでは、〈狭義の破産手続〉に属するところの破産債権確定手続の具体的な規律、さらには破産債権の確定に関する訴訟との連関は明らかになってはこない。

(2) 最判昭和61年4月11日民集40巻3号558頁

本判決は、破産債権確定訴訟と〈破産手続〉による破産債権の行使との連関について、きわめて興味深い手がかりを提供するものである。同判決は、次のように言う。

「債務者に対する金銭債権に基づく給付訴訟が上告審に係属中に、当該債務者が破産宣告を受け、破産管財人が、届け出られた当該債権につき異議を申し立てて、前記訴訟手続の受継をした場合には、当該訴訟の原告は、右債権に基づく給付の訴えを破産債権確定の訴えに変更することができるものと解すべきである」。

通常、訴えの変更の際には、〈事実審の口頭弁論終結前であること〉が要件とされているのに対して、本判決は、事件が既に上告審に係属しているにもかかわらず、給付訴訟から破産債権確定訴訟への訴えの変更を許した。判決の説示は非常に簡単なものであって、何らの説明を加えてはいない。これに対し

1) 青山善充＝伊藤眞＝松下淳一『倒産判例百選』（有斐閣，第4版，2006年）5頁（青山執筆）。本件は、債務者側に審尋を受ける機会が保障されていたかどうかについて、疑問が残る事案であった。なお、ドイツ倒産法14条2項は、「申立てが許されるときは、倒産裁判所は債務者を審尋しなければならない。」と規定する。

条文の訳文につき、木川裕一郎『ドイツ倒産法研究序説』（成文堂，1999年）を参照した。

て、本判決の調査官解説は、次のように説明している²⁾。「上告審において、当事者の一方が破産した結果、訴訟における請求の対象である債権が当然の変容を受けたため、訴えを給付訴訟から確定訴訟に形式的に変更する場合は、新たな証拠調べの必要もないのであるから、法律審たる上告審で訴えの変更を認めても、上告審の構造に矛盾することはないはずである。もし、かかる形式的な訴えの変更だけのために、原判決を破棄して事件を事実審に差し戻さなければならぬとすれば、甚だ訴訟経済に反し、不合理である」と。

このように調査官解説は「証拠調べの必要がない」ということを理由としているのであるが、このことに十分な説得力はあるだろうか。破産債権確定訴訟において破産管財人が否認権を行使することは一般に認められており³⁾、そうだとすると破産管財人としては否認権を行使する前提として、届出債権を争うケースも決して少なくはないと思われる。そうだとすると、この場合には否認権の行使要件についての事実審理が必要となるはずで、本判決の調査官解説のごとく「証拠調べの必要がない」ということはできない。調査官解説は、もっぱら通常の民事訴訟の思考枠組みの中で本件訴訟の取り扱いを論じているが、破産債権確定訴訟が通常民事訴訟に対してもつ《特殊性》に注目する必要性はないのだろうか⁴⁾。

(3) 2つの最高裁判断が示すもの

昭和45年最高裁決定が前提とした〈訴訟・非訟区別論〉は、破産債権確定手続の具体的規律について何も示すものではなかった。そして、昭和61年最高裁判決は、狭義の破産手続の実質的規律原理との関連において破産債権確定訴訟の《特殊性》を明らかにする必要性があるのではないかということを示唆して

2) 加藤和夫「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和61年度222頁。

3) 例えば、伊藤眞『破産法・民事再生法』(有斐閣、第2版、2009年)473頁など。

4) 河野正憲『民事訴訟法』(有斐閣、2009年)673頁以下は、「事件が上告審係属中に被告が破産した場合には、制度上金銭支払請求訴訟を破産債権確定訴訟に変更することが必要であり、変更ができる」と述べている(なお、傍点筆者)。

いる。このように〈狭義の破産手続〉の実質的規律原理に着目することによって、破産手続と破産手続外で行なわれる純然たる訴訟手続としての破産債権の確定に関する訴訟との間の規律の連続性が明らかになるのではなかろうか。その際に、行為の規律を規定するのは、破産手続の〈構造〉である。かくて、破産手続全体の構造との関係において、債権確定手続の構造と具体的規律が明らかにされなくてはならない。

2. 破産法の目的と破産手続の構造

破産法全体の構造を理解する上で、破産法1条の目的規定がきわめて有益な手がかりを提供している。同条は、「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」と述べている。したがって破産法は、第一に、〈清算〉型の倒産処理手続を規律している。しかし、第二に、破産法は〈個人の債務者についての経済生活の再生の機会の確保を図ること〉をも目的としている⁵⁾。もっとも、両者の関係は歴史的に見ると決して並列的なものではない。

破産手続は、本来的には清算型の倒産処理手続である。わが国初の近代破産法典である旧々破産法（明治23年4月26日法律第32号）⁶⁾は、フランス法に倣ったものであり、商人の財産清算手続を規律した（商人破産主義）。非商人についてはその適用はなく、強制執行手続において平等主義が採られており、これによる手続が非商人についての財産清算手続として機能していた。これに対して、旧破産法（大正11年4月25日法律第71号）はドイツ旧破産法（Konkursordnung

5) 破産法1条の規定の構造につき、詳しくは小川秀樹編著『一問一答 新しい破産法』（商事法務、2004年）29頁以下。

6) 同法は、旧商法第三編としてドイツ人ヘルマン・ロエスレル（Hermann Roesler）によって起草され、いわゆる法典論争を経て、明治26年7月1日より施行された。

；以下「KO」とする)⁷⁾に倣った立法であり、これによる財産清算手続は、旧々法のごとく商人だけではなく、非商人についても適用された⁸⁾。しかし、その後、1947年（昭和27年）にアメリカ合衆国法の影響のもとに〈免責制度〉が導入されることとなる。免責制度は導入当初はほとんど利用されてこなかったが、その後、昭和50年代以降、サラ金の普及による個人債務者の経済破綻の深刻化を背景に積極的に活用されるようになった。これを契機に〈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〉が、破産法の果たすべき重大な役割として一般に認識されるに至った。

現行破産法（平成16年6月2日法律第75号）の立法過程においては、免責手続との関連で破産債権確定手続に若干の改正が施されている⁹⁾。すなわち、旧破産法240条2項は、中断した訴訟について破産債権者が破産者を相手方として訴訟を受継させることができるとしていたが、この規定は削除された。また、旧法では異議を述べた破産債権者ととも異議を述べた破産者を被告として訴訟を提起すること（旧法244条2項）等も認められていたが、破産債権確定手続から破産者が排除された。こうした旧法の取り扱いは、破産者から異議を述べられた破産債権者が、破産手続終了後に破産者に対して迅速に強制執行をすることができるようにするためのものであったが、破産債権者にとっても訴訟を続行する意味は少なく、逆に破産者の側にとっては訴訟続行によって無用な負担を生じることが多いというのが、改正の理由である。このように免責制度の導入は、破産債権確定手続についても一定の影響を及ぼしている¹⁰⁾。しかし、

7) ドイツ破産法の歴史的展開については、*Uhlenbruck, Zur Entstehungsgeschichte und Entwicklung der Konkursordnung*, in: *Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler, Einhundert Jahre Konkursordnung, 1877-1977*, 1977, S. 9 f. 参照。

8) 加藤正治『新訂増補破産法要論』（有斐閣，第17版，1953年）23頁。「現行破産法（旧破産法のこと——筆者）は、商人，非商人に通じて破産を宣告する一般破産の主義を採り，法律の大体の構成は独逸法を模範に取り，独逸法系に属する法律と称することが出来る」という。加藤博士は旧破産法の立法に深く関与した。

9) 小川・前掲注5) 171頁。

10) ドイツにおいても，1994年に公布，1999年より施行されたドイツ倒産法典は，部分的にはあるが免責制度を導入した（ドイツ倒産法286条以下）。このこととの関

破産手続の基本が個々の債権者の個別的権利行使を禁止し、平等な配当を実現することにあることには変更はない。現行法は、旧破産法と同様に、ドイツ法系に属する立法であり、当然のことながら、免責制度の導入によってただちにアメリカ合衆国型に切り替えられたわけではないことを、ここでは確認しておく¹¹⁾。

3. 破産手続の構造と破産債権確定手続

わが破産法が、KO及びドイツ倒産法（以下「InsO」とする。）の系譜に属するドイツ法系の破産手続を規律しているという場合に、この破産手続はどのような構造をもつのであろうか。ここではKO立法理由書¹²⁾に立ち返ることにより、破産手続の構造と破産債権確定手続のあり方についての手がかりを模索してゆきたい。

理由書の〈破産請求権〉に関する言及は、破産手続全体の構造との関連でも、きわめて重要な意味をもっている。

「ある債務者が全債権者に完全な満足を与える状態にないことが明らかになったとき、法律は、誰もが請求しうるはずの満足が財産の廉売、新たな債務負担あるいは個々の債権者の先取り、優遇によって侵害されることから債権者を保護しな

連において、ドイツ倒産法における破産者の取り扱いがどうなったかについては、なお検討を要する。

ドイツ倒産法184条は、次のように規定している：「債務者が調査期日又は書面手続において（第177条）債権を争うときは、債権者は、債務者に対して債権の確定を求める訴えを提起することができる。倒産手続開始時に債権に関する訴訟が係属していたときは、債権者は、債務者に対するこの訴訟を受継することができる。」

条文の訳文につき、木川・前掲書注1）を参照した。

11) 免責手続は、破産手続本体とは別の手続として導入された。なお、本稿で取り扱う破産債権確定手続との関連で言えば、アメリカ合衆国型の手続の特色は、倒産債権をめぐる紛争が当事者対立型の訴訟の形で現れる点に見出すことができる。アメリカ法に関する近時の研究としては、例えば、杉本純子「事業再生とプライオリティ修正の試み——Critical Vendor Ordersに見る商取引債権優先化プロセスの透明性——」同志社法学60巻4号（2008年）151頁以下参照。

12) *Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung, 1881 (Neudruck 1983).*

なければならない。債務者による支払いの不可能と債権者の競合は、以後債務者の全財産が法律の定める配当のために全債権者間で彼らのためにのみ使用されることを求める法的請求権を各債権者に生ぜしめる。この請求権は、すべての債権者が取得し、破産手続を基礎づけ、手続の開始と遂行を通じて実現される。」¹³⁾

KOの立法者は、この請求権を客観的な破産法上の権利と区別して、破産請求権と名付ける¹⁴⁾。破産手続は、この私法的破産請求権の実現過程として観念され、そこでは一方で、債務者の全財産が競合債権者の満足の対象として切り分けられるとともに、他方で手続自体は配当に向けられることとなる。換言すれば、破産手続は排他的・集団的な満足のための手続として、ミクロコスモスを形成することとなる。こうしたミクロコスモスとしての破産手続の規律原理について、理由書はさらに次のように述べている。

「財団のすべての増減は、等しく全債権者に帰せしめられる。誰も一方的にこの増減を自己の利益のために要求することはできず、届出債権の抗争による消極財産の減少は、……全債権者の共同の利益となる」¹⁵⁾。

KOの立法者は、〈届出債権の抗争による消極財産の減少は、全債権者の共同の利益となる〉というが、これがまさに破産債権確定手続の基礎をなす思考である。破産手続は破産債権者の排他的かつ集団的な満足に向けられた手続であり、したがって、そこでは債権者の債務者に対する権利行使よりも、むしろ債権者相互での権利の調整という面が前面に出てくる。こうした認識が、今日のわが国での解釈論にとっての礎石である。

13) *Hahn/Mugdan*, a.a.O. (Anm. 12), S. 45. なお、破産請求権をめぐる議論については、水元宏典『倒産法における一般実体法の規制原理』（有斐閣、2002年）5頁以下（第1章 私法的破産請求権論）に詳しい。本稿のこの部分に関する記述も、これに負っている。

14) *Hahn/Mugdan*, a.a.O. (Anm. 12), S. 45. 「破産手続に参加するのは破産者の人的債権者だけであり、かつ、かかる債権者は債務者の財産から満足を要求する以外にないのであるから、立法に際しては破産請求権の内容を次のように規定することで足りる。すなわち、『破産財団は破産債権者の排他的かつ集団的な満足のために用いられる』。」(*Hahn/Mugdan*, S. 45.)

15) *Hahn/Mugdan*, a.a.O. (Anm. 12), S. 47.

4. 小 括

破産債権確定手続の構造と具体的規律を明らかにするに際しては、破産手続全体の手続構造との関係でこれを行なう必要があった。これに照らしてみた場合に、破産債権確定手続の基礎にある思考は、〈届出債権の抗争による消極財産の減少は、全債権者の共同の利益となる〉というものであることが明らかになった。こうした基本的理解を下敷きに、届出・調査を経て、破産債権の確定に至る破産債権確定手続の基本的な構造を見て行くこととしよう。

Ⅲ. 配当手続としての破産債権確定手続

1. 届 出

破産債権を行使するには、常に届出が必要である。破産債権の届出は、無名義債権者のみならず、有名義債権者および現に訴訟係属中の債権者についても必要とされている。このようにあらゆる種類の債権者が手続に強制的に組み込まれる点は、強制執行手続と比較した包括執行としての破産手続の独自の存在目的を示すものである。わが国においては強制執行手続においても《平等主義》が採られているものの、そこでは総債権者の権利届出を促す手続は用意されておらず、逆に、配当要求資格が限定されている¹⁶⁾。しかも不動産執行の場合と動産執行の場合とでは配当要求権者の範囲は異なっている。したがって、強制執行手続においてはあくまでも対象財産ごとの執行が念頭に置かれているのであって、これによって包括的な執行をすることはできない。総債権者の権利を平等に満足させるためには、強制執行手続だけでは不十分である。ここに破産手続の存在目的がある。

もっとも、訴訟係属ある債権および執行力のある債務名義又は終局判決のある債権については、一般の債権と確定手続は同じではない（破産法127条1項、

16) 伊藤・前掲注3) 89頁以下。個別執行における優先主義と平等主義の関係、また配当要求権者については、三ヶ月章『民事執行法』(弘文堂、1981年) 205-214頁が詳しくかつ鋭利な分析を行っている。

同129条)。したがって、破産債権について破産手続開始決定当時に訴訟が係属する場合であれば、その裁判所名、当事者の氏名、事件の表示等をもあわせて届出なければならないし（破産規則32条2項2号）、既に執行力ある債務名義又は終局判決があれば、その旨も届出なければならないものとされている（同3号）。

2. 調査手続における認否とその対象

届出のなされた破産債権については、債権者間での平等な配当を実施することとの関係で、集団的な確定がなされなくてはならない。そこで、法は、届出があった破産債権について、破産管財人が、その額（不存在を含む）、優先・劣後の有無、別除権の予定不足額についての認否をしなければならないものとするとともに（破産法117条、同121条1項）、届出をした破産債権者は、裁判所に対して、破産管財人による認否の対象となる破産債権の届出事項について異議を述べることができるものとした（破産法118条1項、同121条2項）。こうした調査手続における認否は破産債権確定手続の基本的特色をなすものであり、〈届出債権の抗争による消極財産の減少は、全債権者の共同の利益となる〉という基本的思考に基づいている。ここでは債権者の債務者に対する権利行使よりもむしろ、債権者相互での権利の調整という面が前面に出て来ている。

このため破産者も裁判所に対して異議を述べることができるものの、異議の対象は、破産債権の額に限られる（破産法118条2項、同121条4項）。優先・劣後の有無や別除権の予定不足額というものは、もっぱら破産手続との関係で意味を持つにすぎないからである。破産者の異議は、破産債権の確定を妨げる効果をもたず（破産法124条1項）、破産手続終了後の破産債権者表の執行力発生を妨げるにすぎない（破産法221条2項参照）。

3. 異議のない破産債権の確定

届出のなされた債権のうち破産債権の調査で破産管財人が否認せず、かつ、他の届出破産債権者が異議を述べなかったものについては、その存在・額、優

先劣後の有無などはそのまま確定する（破産法124条1項）。裁判所書記官が破産債権の調査の結果を破産債権者表に記載すると（破産法124条2項）、確定した事項についての破産債権者表の記載は、破産債権者の全員に対して確定判決と同一の効力を有する（破産法124条3項）。こうした規律の手續構造を考えるにあたっては、制度の沿革に立ち返ることが有益であろう。

この制度の沿革について、コーラーはその著書『破産法教科書』¹⁷⁾の中で、次のように述べている。すなわち、この同意は《法廷手續におけるコンフェッシオ（Confessio in iure）》である。それは一方的な訴訟行為であり、訴訟上の契約ではない、と¹⁸⁾。

ところでコーラーの言うところの《法廷手續におけるコンフェッシオ》とは、ローマ法に淵源をもち、今日の〈認諾〉に相当するものである。しかして、それは中世イタリアにおける執行証書の普及にともない、執行証書にも拡大して理解されていった¹⁹⁾。このような沿革に照らしてみるならば、通説²⁰⁾は、破産債権者表における「確定判決と同一の効力」を〈既判力〉と理解しているが²¹⁾、このような理解がはたして妥当であるかどうか、改めて問題となってこよ

17) Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, 1891.

18) Kohler, aa.O. (Anm. 17), S. 555 f.

なお、《法廷手續におけるコンフェッシオ（Confessio in iure）》につき、ごく簡単にではあるが、拙稿「民事自白法理の再検討(2)」一橋法学4巻2号（2005年）483頁注103）参照。

19) Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde: Handbuch mit Praxishinweisen und Musterformulierungen, 2. Aufl., 2006, S. 5 f. また、河野（正）・前掲注4）621頁注61）。

20) 伊藤・前掲注3）466頁、同『民事訴訟法』（有斐閣、第3版3訂版、2008年）479頁以下、上田徹一郎（稲葉一人補訂）『民事訴訟法』（法学書院、第6版、2009年）466頁。また、旧破産法242条につき、中田淳一『破産法・和議法』（有斐閣、1959年）215頁、兼子一『新修 民事訴訟法体系』（酒井書店、増補版、1965年）338頁、三ヶ月章『民事訴訟法』（有斐閣、1959年）33頁。

21) なお、既判力を認めるとすれば、当該破産債権が既判力ある債務名義によって既に確認されている場合には、既に取得されている既判力と破産による第二の債務名義との関係が問題となってくる。これについては、Gaul, Negative Rechtskraftwirkung und konkursmäßige Zweittitulierung, in: Festschrift für Friedrich Weber, S. 155 ff. がある（本論文の翻訳として、ハンス・フリードヘルム・ガウル

う²²⁾。けだし、請求の認諾については意思の瑕疵の主張が認められるとし、既判力を否定する立場も有力に唱えられているし²³⁾、そもそも執行証書については既判力の余地はないからである。破産債権者表の記載は旧法では裁判所の権限とされていたが（旧法241条）、特別な判断作用を伴うものではなく、一定の事実関係を確認する公証行為であるため、書記官権限化されたという経緯も²⁴⁾既判力を認めない理解を後押しする。

かくて当事者の明示又は黙示の同意を一種の〈認諾〉と見たとして、その拘束力が誰に対して及ぶかが問題となる。この問題は、破産債権者表への記載を確認的なものとみるか、それとも形成的なものともみるかに関わってくる²⁵⁾。前者だとすれば、同意はただちに全債権者に対する拘束力を持つと見うる。後者だとすれば、同意はあくまでも裁判所書記官を拘束するにすぎず、裁判所書記官がかかる〈認諾〉を「破産債権者表に記載」（破産法124条2項）することによってはじめて、配当手続との関係で最も重要な〈確定判決と同一の効力〉が生じるということになろう。破産債権者表の記載は、管財人と他の債権者全てを拘束するものであるから、法廷における公証機関たる書記官の公証権限にもと

（松本博之訳）「消極的既判力効と破産による第二の債務名義の取得」同『ドイツ既判力理論』（信山社、2004年）173頁以下がある。この問題は、母国ドイツでは特に問題となっている。わが国においては、免責がなされるのが通常であり、その場合にはこの問題は生じない。

22) 既判力否定説を採る立場も近時有力である。例えば、中島弘雅『体系倒産法1：破産・特別清算』（中央経済社、2007年）169頁、宗田親彦『破産法概説』（慶應義塾大学出版会、新訂第4版、2008年）287頁。谷口安平『倒産処理法』（筑摩書房、第2版、1980年）298頁、霜島甲一『倒産法体系』（勁草書房、1990年）457頁、中野貞一郎＝道下徹編『基本法コンメンタール・破産法』（日本評論社、第2版、1997年）276頁（栗田隆執筆）。

23) 議論の状況と既判力否定説の妥当性については、例えば、河野（正）・前掲注4）332頁以下。

24) 伊藤眞＝松下淳一＝山本和彦編『新破産法の基本構造と実務』ジュリスト増刊（有斐閣、2007年）161頁（小川秀樹発言）。なお、旧法下での実務につき、司法研修所編『破産事件の処理に関する実務上の諸問題』（法曹会、1985年）208頁以下。

25) この問題については、Schuhmacher, in: Kirchhof /Lwowski /Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung Bd. 2., 2007, S. 1357 f. [Rdnr. 57 f.] に詳しい（ただし、ここでは〈既判力〉の問題として取り扱われている）。

づいて公証力を持つものとして確定されなくてはなるまい²⁶⁾。また、破産債権者表を債務名義として（民事執行法22条7号）、強制執行を行なうことができるのも（破産法221条1項後段）、裁判所書記官の公証行為にその基礎を置くとみるべきである。この意味でも執行証書との問題の類似性を認めることができる。

以上のように、異議等のない破産債権の確定の拘束力については、それが裁判所の判断であることによってではなく、関係人の意思ないし黙示の意思が認められることによって基礎づけられていた。換言すれば、ここでは関係人自治による解決がなされている。

4. 破産債権確定手続における裁判所の役割

(1) 破産債権査定決定手続による簡易な確定

債権調査の段階で異議等が提出されなかった破産債権については、それがそのまま確定されたが（破産法124条）、破産管財人が否認し、又は他の届出破産債権者が異議を述べた破産債権の場合には、関係人間に一致がない以上、最終的には裁判所による確定が必要となってくる。

旧法下では、異議のある破産債権につき、(i)無名義債権については常に異議を述べられた債権者が異議者を相手方として訴えを提起しなければならないのに対して（旧法244条）、(ii)有名義債権については異議を述べた者が訴えを提起すべきものとされていた（同248条）。なお、(iii)破産手続開始前から債権者と破産者との間で訴訟が係属し、手続開始によって中断がなされていた訴訟については、これを受継する形で異議者と債権者との間の訴訟に切り替えて利用することとされていた（同246条）。要するに、従来は、常に訴訟の形で破産債権の内容を確定することが求められていた。

これに対して現行法は、破産債権査定決定手続を導入し、異議等のある破産

26) こうした調書の記載に対する不服申立てとして、再審訴訟を認めるのが通説であるが（例えば、伊藤・前掲注3）479頁）、なお検討を要するのではないか。

債権を有する破産債権者は、異議者等の全員を相手方として、裁判所に破産債権査定申立てをすることができるものとした（125条1項本文）。常に破産手続とは別個の通常訴訟手続によって破産債権を確定する方式に対しては、手続的な負担が重く、手続の円滑な進行を妨げているとの指摘がなされていたからである²⁷⁾。そして、破産債権査定決定に不服がある者は、破産債権査定異議の訴えを提起することができるとする（破産法126条）。こうした仕組みは、破産手続の合理化・迅速化を図る観点から、再生手続や更生手続に倣って設けられたものである（民事再生法105条以下、会社更生法151条以下）²⁸⁾。なお、異議等のある破産債権について訴訟が係属中の場合および異議等のある破産債権が有名義債権である場合には、査定決定手続を経ないものとされている（破産法125条1項但書）²⁹⁾。

(2) 破産債権査定異議の訴え

破産債権の確定は実体的権利義務の確定であり、したがって訴訟による審判の余地が最終的には確保されていなくてはならない。そのための手続が、破産債権査定異議訴訟である。この破産債権査定異議訴訟とはどのような訴訟なのか、その訴えの性質論に着目してみよう。

この点につき、破産債権査定異議訴訟の訴訟物を《破産債権査定申立てについての決定に対する異議権》であるとし、法的性質を決定の効果を認可し、又は変更するための《形成訴訟》とする立場が比較的有力に主張されている³⁰⁾（以

27) 小川・前掲注5) 167頁以下。

28) なお、こうした決定手続による紛争の迅速な処理と訴訟によるその是正というメカニズムは、平成16年の法改正によって破産法にも採り込まれたものである。役員責任査定決定（破産法178条-181条）、否認の請求（破産法174条-175条）などもこれと類似したものである。

29) 破産債権査定異議の訴えについては、北澤純一「破産債権査定異議の訴えに関する覚書（上）（中）（下）：訴訟物、手続法的性質、手続構造と審理上の問題点について」判例タイムズ1289号39頁以下、1292号57頁以下、1293号57頁以下（いずれも2009年）の非常に優れた論文がある。

30) 伊藤・前掲注3) 470頁、中島・前掲注22) 173頁。ただし、これが通説とまで言えるかは、問題である。これにつき、次注参照。

下「形成訴訟説」とする)。もっともこれに対しては、この訴訟の性質を《確認訴訟》と考えている論者も決して少なくはないようであり³¹⁾、特に北澤純一判事は近時の論文においてより詳細に《届出ないし査定の対象となった債権》を訴訟物とする《確認訴訟》としている³²⁾ (以下「確認訴訟説」とする)。同論文によれば、裁判例の多数も確認訴訟説の立場という³³⁾。

一方で、破産法126条7項は、破産債権査定異議の訴えについての判決においては「破産債権査定申立てについての決定を認可し、又は変更する」旨の判断のなされるべきことを規定しているが、他方で、ここでは配当との関係で争いが生じているのであるから、額等の確定こそがもっとも本質的かつ必要不可欠の問題であることが見落とされてはならない³⁴⁾。形成訴訟説によると異議権についての判断は拘束力を持ちうるものの、破産債権の額等については理由中の判断であるため、拘束力が生じないのではないかという問題が出てくる。

31) 判決手続の体系書ではあるが、新堂幸司『新民事訴訟法』(弘文堂、第4版、2008年)260頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)』(有斐閣、2005年)327頁は、〈確認の利益〉との関連でこの訴えに言及している。破産法の体系書では、宗田・前掲注22)300頁。

32) 北澤・前掲注29)(上)44頁。なお、北澤判事によれば、〈形成訴訟説〉は異議の訴えの判決の効果を基本として異議権という訴訟物概念を立てていると思われ、査定の裁判をできるだけ尊重するという考え方に結びつきやすくなるという(北澤・前掲注29)(上)44頁)。これに対して、〈確認訴訟説〉では、異議の訴えを置いた趣旨は、適正さを確保するため、審理構造が異なる手続で主張立証の機会を与えることにあるとされる(北澤・前掲注29)(上)44頁)。後者の見方によれば、破産債権査定異議訴訟は破産債権査定決定手続とは全く別個に手続をやり直すものであるということになる、という(北澤・前掲注29)(上)48頁)。

33) 北澤・前掲注29)(上)42頁。なお、同論文によれば、訴訟物についての規範的判断を示した最高裁判例はないとのことである。

34) なお、訴状の請求の趣旨欄の記載は、次のようになされるとのことである。

《1 ○○地方裁判所が、原告の申立てに基づき同裁判所平成○年(モ)第○○号事件において平成○年○月○日にした決定を取り消す

2 原告の被告に対する破産債権の額を別紙届出債権目録(略)記載のとおりとするとの判決を求め。》

四宮章夫=相澤光江=綾克己編『破産法の理論・実務と書式〈事業者破産編〉〔第2版〕』(民事法研究会、2008年)270頁の「【書式116】異議の訴えの訴状」によった(ただし、費用の裁判の申立てについては省略した)。

そうだとすると、破産債権査定異議訴訟の訴えの性質については、確認訴訟とみるべきではないだろうか。破産法126条7項については、確認訴訟説でも、査定の決定が外形として存在する以上、その外形を利用し、又は変更（除去）する必要があるのでこのように規定されたと考えることは可能である³⁵⁾。

以上述べた点と関連して、次のような指摘をすることができよう。すなわち、旧法下の通説は³⁶⁾、破産債権確定訴訟の訴訟物を《債権》とするとともに、訴えの性質論を(i)無名義債権の場合には債権者の側が起訴責任を負うので《積極的確認訴訟》となり、(ii)有名義債権の場合には異議者の側が起訴責任を負担するので《消極的確認訴訟》となるとしてきた。このような旧法下での破産債権確定訴訟の訴えの性質論は、単に分類として自己完結的に意味をもっただけではなく、破産債権確定訴訟が、通常の債権者から債務者に対してなされる給付訴訟とは質的に全く異なり、配当に向けられたものであるという構造論を反映したものであった。そうだとすると、旧法下での破産債権確定訴訟の構造論は、現行法の破産債権の確定に関する訴訟の全体的なあり方を考える上で重要な指針を示すものでもある。第一に、旧法下あるいは現行法下のいずれを問わず、訴訟による破産債権の確定は異議等のない債権の確定と相まって配当分を決めるものであること、第二に、そのためには全債権者との関係で破産債権の額等の確定をする必要のあることが重要である。

(3) 査定によらない場合

無名義債権については査定手続による簡易な処理がなされるのに対して、有名義債権の場合および破産者との間で既に訴訟が係属している債権について

35) 北澤・前掲注29) (上) 44頁。なお、〈確認訴訟説〉によった場合の判決主文の記載につき、同・49頁。

36) 兼子一『強制執行法・破産法』(弘文堂、新版、1962年) 239頁、中田・前掲注18) 220頁、山木戸克己『破産法』(青林書院新社、1974年) 249頁など。ドイツの議論については、Schuhmacher, a. a. O. (Anm. 21), S. 1368 f. [Rdnr.5] (Zur Rechtsnatur der Klage), S. 1369 f. [Rdnr.7] (Zum Feststellungsgegenstand) 参照。また、小野木常「破産債権の確定」同『破産理論の研究』(弘文堂、1938年) 234頁以下(特に、281頁以下)。

は、訴訟による処理がなされる。これらの場合の特徴は、いかなる点に認められるであろうか。

第一に、有名義債権については、異議者等は、破産者がすることのできる訴訟手続によってのみ、異議を主張することができる（破産法129条1項）。無名義債権に対する異議の場合には債権者の側が起訴責任を負ったのに対して、ここでは異議者の側が起訴責任を負担するので、起訴責任の転換がなされている。こうした規律の背景には、債権者が既に債務名義を取得しており、債務者の破産がなければただちに強制執行をかけられる状態にあったとの考慮がある³⁷⁾。したがって、債務名義取得後に承継のなされた場合の承継執行文の付与の問題に類似した状況にあると言えよう。起訴責任の転換がこうした点にあるのだとするならば、異議の主張手続として請求異議訴訟までもが認められるべきかどうか、問題となってくる。ここに債務自体の不存在確認を求める方が合理的であるとする見解も出てくる³⁸⁾。しかし、この見解では規定の文言との関係が問題となる。

第二に、異議等のある破産債権に関し破産手続開始当時訴訟が係属する場合の取り扱いである。破産手続開始の決定があったときは、破産者を当事者とする破産財団に関する訴訟手続は中断する（破産法44条1項³⁹⁾。ここにいう破産財団に関する訴訟のうち、〈破産債権に関する訴訟〉については、中断後は、届出・調査・確定という破産手続による行使に委ねられることになる⁴⁰⁾。調

37) *Hahn/Mugdan*, a.a.O. (Anm. 12), S. 327.

38) 加藤正治「請求ニ関スル執行異議ノ訴ト破産関係」同『破産法研究〔第7巻〕』（有斐閣、1929年）56頁、小野木常『破産法概論』（酒井書店、1957年）135頁、中野＝道下・前掲注22）296頁（栗田執筆）、伊藤・前掲注3）476頁注54）、中島・前掲注22）180頁。

39) 平成16年改正前には、この点に関する規定は民事訴訟法中におかれていた（民事訴訟法旧215条）。

40) 中断に関して、債権の引当てとなる責任財産の管理処分権者が破産者から破産管財人になり、当事者適格が変動するからとの説明がなされることがあるが（伊藤・前掲注3）302頁）、これでは民事再生手続の場合に説明がつかないことになってしまう。そこで、再生債権については、「中断するのは、再生債権の確定のために特

査の結果、当該破産債権につき異議がなければ、そのまま確定し(破産法124条)、逆に、異議等が提出されれば、異議者等の全員を当該訴訟の相手方として、訴訟手続の受継の申立てをしなければならない。(破産法127条)。このような取り扱いの背景には、債務者(破産者)と債権者とが訴訟追行を行なってきたにもかかわらず、これを無視して別訴を提起させ、そのことによってこれまで行ってきた訴訟追行を無駄にすべきではないとの政策判断がある⁴¹⁾。

ところで、この場合には、破産債権者が債務者に対して給付訴訟を提起していたとすると、〈受継〉の手続とともに破産債権確定訴訟への〈訴えの変更〉が必要となってくる。先に述べたように、破産債権確定訴訟の性質は確認訴訟とされていたからである。その際に判例は、通常の訴えの変更にあっては、事実審に訴訟が係属中であることが要件とされていたのに対して、上告審において破産手続開始決定がなされた事案に関して、訴えの変更を許容していた。このような取り扱いの相違は、通常の訴えの変更が原告の便宜のために認められたものであるのに対して、破産債権確定訴訟の場合には、上記のごとく、旧手続の利用が制度上強制されていることに起因するものと考えられる。つまり、この問題については、一般民事訴訟法理論の枠内において説明をするべきではなく、集団的な手続である破産手続の特色を踏まえて考えてゆく必要があるのではないか。

5. 破産債権の確定とその特殊性

破産手続は配当に向けられた手続であり、破産債権の額(存否を含む)、優劣等の確定が確定手続のもっとも重要な関心事である。破産債権の確定には、異議等のない債権についての関係人自治による確定と異議等のある債権についての裁判所による確定とがあるが、いずれも全体としての配当との関係を問題とするものである。先に述べたように、異議等のない債権の確定の拘束力は〈既

別の手続が設けられているためである」とされている(同・676頁)。むしろ、個別的な権利行使が禁止されていることによるものとみるべきではないか。

41) *Hahn/Mugdan*, a.a.O. (Anm. 12), S. 328 f.

判力〉ではなく、関係人の明示的又は黙示的な意思と破産債権者表への記載に基づくものであった。これに対して、裁判所による確定についてはどうか。破産法は、「破産債権の確定に関する訴訟についてした判決は、破産債権者の全員に対して、その効力を有する」と規定している（同法131条1項）。ここでは、異議等のない破産債権の確定の場合とは異なって、裁判所の〈判決〉による事件処理がなされている。

かくてここでは〈既判力〉の存在が、より当然のこととして理解されている⁴²⁾。しかし、本来、判決の既判力は当事者間においてのみ及ぶものであり（民訴法115条）、ここでの対世的な効力は、本来の意味での既判力とは合致しない⁴³⁾。もしこのような対世効をもつ既判力が認められるべきだとするならば、その根拠が示されなくてはならない。問題を考えるに際しては、ここで今一度、《既判力》とは何かということ振り返っておくことが有益であろう⁴⁴⁾。なお、わが国で論じられるところのいわゆる《既判力理論》が、必ずしも世界的に普遍的な性格を持つものではなく、むしろドイツ民事訴訟法学において特殊な発展を遂げてきたものであることにも注意が必要であり、この点に着目しつつ、以下見てゆきたい⁴⁵⁾。

今日のドイツの既判力論にとって重要な一石を投じたのは、サヴィニーであった。彼は、19世紀の半ばにその主著『現代ローマ法体系』の第6巻において既判力の問題を取り扱い、そこで既判力をもっぱらその新たな姿（積極的作用）において通用させ、これを「真実の擬制」と表現した⁴⁶⁾。こうしたサヴィ

42) 例えば、伊藤・前掲注3) 479頁。

43) 河野（正）・前掲注4) 564頁注27) が、この点を指摘している。

44) 既判力理論の史的展開については、渡部美由紀「判決の遮断効と争点の整理（一）～（三・完）」法学63巻1号31頁，63巻2号（以上，1999年）251頁，64巻3号（2000年）306頁に詳しい。

45) 例えば、フランス民法1350条以下は、既判力を「法律上の推定」として規定しているし、フランス民法の影響を受けたわが旧民法でも同様に、その証拠編75条以下に「法律上の推定」として規定されていた。

46) Savigny, System des heutigen Römischen Rechts Bd. 6, 1847, S. 261 f. を参照。なお、本書の訳書として、サヴィニー（小橋一郎訳）『現代ローマ法体系〔第6巻〕』（成文堂，2005年）がある。

ニーの既判力理論は、その後、ヴィントシャイトによる「推定理論」を経て、今日言うところの〈実体法説〉へと展開した⁴⁷⁾。これによると、既判力は実体関係の変動をもたらすものとして観念される。ZPO や KO の制定された時期においてはこの実体法説が支配的であった。これに対して、その後、既判力を後の裁判所に対する拘束力としてこれを理解する〈訴訟法説〉が主張され、実体法説は克服されるに至った⁴⁸⁾。訴訟法説は、今日のわが国においてもなお通説とみてよい⁴⁹⁾。このように今日支配的な観念によれば、〈前訴裁判所の判断の後訴裁判所への内容的拘束力〉が既判力の本質をなしているのである。それとともに、今日ではこうした既判力の〈正当化根拠〉として手続保障とこれにともなう自己責任が重視されていることを見落としてはならない。

そうだとすると、まず、破産債権確定に関する訴訟において〈既判力〉を語る時、〈届出債権者と異議者等という訴訟当事者間の関係での訴訟の蒸し返し禁止〉がいずれの勝訴・敗訴を問わず及ぶことには問題はない。そしてこの効力は共同訴訟人間では生じない。この意味での既判力は、たしかに破産債権の確定に関する訴訟でも認められる。しかし、破産法131条1項のいう判決効は、訴訟当事者とはならなかった破産債権者をも含む拘束力である。この拘束力をも既判力として認めることを十分に正当化する根拠はないように思われる。そこで次に、それではここで問題となっている判決効は何かが問題となる。これ

47) *Gaul*, Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand, in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Band I, 1978, S. 443 ff. (本論文の翻訳として、ハンス・フリードヘルム・ガウル(松本博之訳)「サヴィニー以後の既判力理論の展開と現状」同『ドイツ既判力理論』(信山社, 2004年) 3頁以下がある) ; サヴィニーより後の〈実体法説〉の「皮相性」についてはガウルの指摘するところであり、この指摘は正しい。

48) 旧訴訟法説を提唱したのは、シュタインおよびヘルヴィヒであった。 *Stein*, Ueber die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen nach der neuen österreichischen Civilprozeßordnung: auf Grund eines in der juristen Gesellschaft in Wien gehalten Vortrags, 1897, S. 1 ff.; *Hellwig*, System des deutschen Zivilprozessrecht, 1 Abt., 1912, S. 777.

49) 伊藤・前掲注18) 475頁以下, 高橋・前掲注31) 522頁注4), 河野(正)・前掲注4) 563頁。

は〈破産財団財産を債権者間でどのように分配するのかという分け前をめぐっての破産手続内での拘束力〉とみるべきである⁵⁰⁾。この局面においては、異議等のない破産債権についての確定と訴訟による確定とは、それぞれが別個独立に意味を持つのではなく、いずれも配当手続に向けられているという面で連続性を有している。このような効力をも訴訟追行当事者間での既判力として同じ名称で呼ぶことは概念の拡散化を招くので、〈確定効〉とでも呼ぶべきであろう。

IV. 異議者等が複数の場合の訴訟の規律に見る特殊性

1. 検討すべき問題

破産債権について異議等が提出された場合には、最終的には〈訴訟〉によってその存否等が確定されることとなる。その際、複数の債権者から異議が提出された場合には、その訴訟の取り扱いはどうなるか。これがここで検討する問題である。

この点につき、現行法は、まず破産債権査定異議訴訟との関係で、(a)異議対象となっている債権を有する破産債権者が原告となる場合には異議者等全員を、また、(b)異議者等が原告となる場合には異議の対象となっている破産債権者を被告としなければならない(破産法126条4項)との規定を置いている点が注目される。通説と目すべき見解は、(a)の場合には、被告となるべき異議者等の全員について〈固有必要的共同訴訟〉が成立するが、(b)の場合には、異議者等が複数いても原告適格は異議者ごとに認められ、〈類似必要的共同訴訟〉が成立するという⁵¹⁾。もっとも、これに対しては、(a)(b)ともに類似必要的共同訴訟とする見解も有力である⁵²⁾。この有力説は、判決の効力が破産債権者

50) なお、北澤・前掲注29) (下) 63頁以下に有益な検討がある。

51) 例えば、伊藤・前掲注3) 460頁、中島・前掲注22) 174頁、青山=伊藤=松下・前掲注1) 145頁(安西明子執筆)。

52) 新堂・前掲注31) 740頁、高橋『重点講義民事訴訟法(下)』(有斐閣、補訂版、2006年) 238頁、梅本吉彦『民事訴訟法』(信山社、第4版、2009年) 639頁。

全員に及ぶこと（破産法131条1項）をその理由としている。同様のことは、破産債権査定決定手続を経ずにただちに訴訟による場合（破産法127条1項、129条1項、同2項）にも問題となる。

ところで、これと同種の問題は旧法の下においても論じられていた。旧法の下では、他の債権者から異議が出されると(i)無名義債権の場合には破産債権者が破産債権確定訴訟を、(ii)有名義債権の場合には異議者が破産債権確定訴訟を提起すべきものとされていたが、その際、数人の異議者との間の破産債権確定訴訟（旧破産法244条）について、固有必要的共同訴訟か、類似必要的共同訴訟かが論じられたのである。五十部豊久教授は、破産債権確定手続において、債権調査期日に届出債権につき管財人又は債権者数人から数個の異議が提出された場合に生ずる問題が必要的共同訴訟の考察にとっての範形的一事例を提供するとの認識の下、この問題を詳論された⁵³⁾。しかし、はたして範形的一事例を構成するとみるべきであろうか。ここではむしろ破産手続に固有の論理が強く働くのではないだろうか。

破産債権の確定に関する訴訟では、訴え変更の強制、判決効の問題に見られるように、通常の訴訟とは異なる理屈が働いたが、これは裁判所の判断が何よりもまず破産手続における配当に向けられているという特殊性によるものであった。破産債権の確定に関する訴訟が一連の破産手続の一局面をなすことに基づくこのような特殊性は、異議者等が複数の場合の破産債権の確定に関する訴訟に通常の必要的共同訴訟とは異なるをもたらしことになりはしないのだろうか。固有必要的共同訴訟とは、合一確定が要求される共同訴訟のうち、全員が揃わないと当事者適格が認められず、したがって訴えが却下されるものであり、これに対して類似必要的共同訴訟とは、判決効が広く第三者に及ぶ結果、これら第三者が当該訴訟の当事者として手続に参与する場合に必要的共同訴訟となるものであった。これら二種の必要的共同訴訟の間には、一般に、固有必

53) 五十部豊久「破産債権の確定と共同訴訟」兼子一博士還暦記念『裁判法の諸問題〔下〕』（有斐閣、1970年）413頁以下。

要的共同訴訟においては判決効の拡張は見られないが、類似必要的共同訴訟の場合には見られるという違い、固有必要的共同訴訟の場合には一人に対する訴えの取下げは許されないが、類似必要的共同訴訟では許されるという違いがある。以下、検討してゆく。

2. 判決効の拡張と必要的共同訴訟

破産法131条1項は、「破産債権の確定に関する訴訟についてした判決は、破産債権者の全員に対して、その効力を有する」と規定し、異議を出さなかった債権者に対しても判決効が及ぶものとしていた⁵⁴⁾。こうした確認判決のもつ対世効というものはきわめて特殊なものであり、それは〈既判力〉とは異なる〈確定効〉として整理された。このような規律がなされているのは、破産手続が破産財団財産を破産債権者間でどのように分配するかをめぐる争いの解決に向けられており、そのためには異議等のない破産債権の確定と相俟って全届出債権者との関係で額等を確定する必要があることによるものであった。この点に判決効の拡張の根拠が認められることに鑑みれば、基本的には有力説の言うように、固有必要的共同訴訟ではないということになってきそうである。

3. 訴え取下げの可否

固有必要的共同訴訟であれ、類似必要的共同訴訟であれ、民事訴訟法40条の規律に服する。したがって、有利な行為の効力は及ぶ反面、不利な行為の効力は及ばない。このこととの関係で共同被告の一部に対する訴え取下げの可否が問題となるが、判例（最判平成6年1月25日民集48巻1号41頁）は、固有必要的共同訴訟における共同被告の一部に対する訴えの取下げは、効力を生じない

54) 異議を述べなかった破産債権者は当事者適格を欠くので、共同訴訟参加によることはできない。これに対して、破産債権査定異議訴訟の被告側に補助参加できるかという問題がある。旧法下の破産債権確定訴訟につきこれを肯定に解する裁判例として、名古屋高決昭和45年2月13日高裁民集23巻1号14頁があり、多数説もそれを支持する。反対説として、伊藤・前掲注3) 471頁注39)。

とする⁵⁵⁾。これに対して、類似必要的共同訴訟では訴えの取下げは認められる。ここでの問題との関係においても、異議者の一人を相手方とした訴えの取下げが認められるべきか否かが検討されなくてはなるまい。

そもそも先にみた通説によれば、(a)異議対象となっている債権を有する破産債権者が原告となる場合には固有必要的共同訴訟、(b)異議者等が原告となる場合には異議の対象となっている破類似必要的共同訴訟とするのであるから、前者では訴えの取下げはできないが、後者ではできるという区別が生じてしまうことにもなりそうである。しかし、それははたして合理的であろうか。異議者等のうちの一部に対する訴えの取下げが具体的に問題となりうるのは、異議者の一人が異議を取り下げた場合に、この者に対する訴えを取り下げてはならないかどうかという形においてであろう。一般に当事者間で話し合いがついた以上は、異議の取下げを認めることは必ずしも不合理ではないのではないかと⁵⁶⁾。そもそもはじめから異議を述べていない債権者は訴訟の当事者になっていないのであり、そうだとすれば仮にある債権者が異議を述べていたとしても、その後異議者の一人が異議を取り下げた場合には、この者に対する訴えを取り下げることは認められるべきであろう。異議を取り下げた者をなお被告に加えて訴訟を続行させる意味合いは、もはやないというべきである⁵⁷⁾。

4. 破産債権査定異議訴訟における訴訟共同の趣旨

このように見ると、有力説が説くように破産債権査定異議の訴えは、(a)(b)い

55) いったん共同原告として訴えを提起した原告のうちの一部が訴えを取り下げることはできないとするのは、最判昭和46年10月7日民集25巻7号885頁。これに対して、三ヶ月・前掲注18) 217頁は、「一人による訴の取下も可能であるが、その結果、他の者の訴訟についても当事者適格が欠けるから不適法却下されるだけのことであり」とする。

56) 北澤・前掲注29) (下) 64頁は、破産債権確定実務は、破産債管財人と届出破産債権者が相対して個別に交渉することが基本であるにもかかわらず、異議訴訟になった途端に個別交渉が制約され、全員一致でないと取下げも和解もできないということでは破産債権の早期確定を著しく阻害する、という。

57) なお、この異議の取下げと訴えの取下げは、実践的には異議の取下げに際して訴え取下げの合意がなされるという形をとることになる。

ずれの場合も類似必要的共同訴訟と見ることが妥当ということになってこよう。ただし、例えば破産法126条4項が、異議者等の全員を訴えるべきことを要求している点に着目すると、類似必要的共同訴訟というだけでは、なお十分に説明を尽くしたことにはならない。異議者等が複数の場合の破産債権の確定に関する訴訟が常に類似必要的共同訴訟だとしても、それではなぜ、法律が訴訟共同を要求しているかが、改めて問われなくてはなるまい。

破産法126条4項が法律が訴訟共同を要求しているのは、次のような理由によるものであろう。すなわち、破産債権者が異議者のうちの一人のみを相手として訴訟をした場合に、その判決の結果が他の異議者にも及ぶこととなるが、それでは当該異議者が敗訴した場合に、訴訟から外された他の異議者であれば提出しえた攻撃防御方法が訴訟に顕出されないまま判決効が拡張されてしまうということである。異議者等の側が訴訟を提起する場合には自らが起訴の時期を選択できるわけだから、たとえ訴訟がかなりの程度進んでから名乗りを上げようが、訴訟提起をはじめからせず判決効を甘受するという選択をしようが問題はない。しかし、破産債権者が訴訟提起をする場合には、起訴のイニシアティブは当然のことながら異議者等の側にはない。まさにそれゆえに、とりあえず原告にいったん異議者全員を引き込む形で訴えを提起させておいて、その後にもし訴訟から離脱したいのであれば、異議の取下げとこれに対応する訴えの取下げという形で訴訟を望まない債権者を離脱(opt-out)するようにせざるを得ないのである⁵⁸⁾。

以上が破産債権査定異議訴訟における訴訟共同の趣旨とみるならば、破産債権査定異議訴訟は(a)(b)のいずれを問わず常に類似必要的共同訴訟ないしその一亜種ということになろう。

5. 破産債権査定決定手続を経ない場合の規律

これまで破産債権査定異議訴訟について見てきたが、同様のことは、その他

58) 同旨、北澤・前掲注29) (下) 65頁

の破産債権確定訴訟でも妥当する。すなわち、異議者等が複数存在する形で係属中の訴訟が破産債権確定訴訟として受継された場合には、受継後の訴訟は〈固有必要的共同訴訟〉となるため異議者等の全員を相手方として受継の申立てをしなければならず、一部の者のみを相手方とする受継申立ては不適法であると説かれる⁵⁹⁾。しかし、ここでも破産債権確定訴訟は、〈類似必要的共同訴訟〉の一亜種とみるべきであり、異議者等の手続保障の見地から全員を相手方とする受継申立てが要求されていると考えるべきである。

V. 結 語

破産手続は、支払不能又は債務超過が生じた場合に、個々の債権者による個別的な権利行使を禁止し、破産者の総財産によって構成される破産財団から債権者間での平等な配当を実施することを第一次的な目的とした清算型の手続であった。破産手続では総債権者の権利を平等に満足させるため、破産債権は破産手続によらなければこれを行行使することはないとした上で、あらゆる種類の債権者に届出が要求されている。その上で、全ての届出債権者との関係で、破産債権の額等を明らかにすることが必要不可欠であった。そうでなければ、破産債権者への配当の基礎が定まらないからである。破産債権の額等については、調査において異議等が出されなければそのまま確定する。これは関係人間の自治に基づいた確定であり、確定の基礎には関係人の明示または黙示の意思があった。逆に、調査段階で異議等が出された場合には、裁判所による判断に委ねられ、最終的には破産債権の確定に関する訴訟によって解決されることとなる。

破産債権の確定に関する訴訟は、一方で、破産手続外で行なわれる純然たる訴訟事件であったが、他方で、破産手続が全ての届出破産債権者への配当に向けられた手続であることから、通常の訴訟とは異なる規律に服した。破産債権者と他の破産債権者との間での届出債権の額等をめぐる争いに対する裁判所の

59) 例えば、伊藤・前掲注3) 472頁。

判決については、訴訟当事者間に限ってのみ〈既判力〉が認められ、訴訟の蒸し返しが禁止される。ただし、この問題は、破産手続が配当に向けられた手続であることにかんがみると、副次的な問題であり、むしろ破産手続内での破産債権の額等の確定こそがより重要な意味を持つ。こうした意味での額等についての裁判所の判断がもつ破産手続内での拘束力は、〈確定効〉とでも呼ばれるものであった。〈確定効〉は、訴訟当事者になっていない破産債権者をも拘束する。このように〈確定効〉は対世効をもつものであり、それゆえ、複数の異議者等が出てきた場合には、類似必要的共同訴訟となるとともに、訴訟の開始・続行が異議等の対象となっている破産債権者のイニシアティブにかかる場合には、異議者等の手続保障の観点から異議者等の全員を相手方とすることが要求されていた。

本稿では、破産手続が〈非訟〉と〈訴訟〉の重層構造によって構成されており、全体として債務者財産の清算という目的を実現するメカニズムになっている点に着目することにより、破産債権の届出・調査・確定について、異議等の出された破産債権の訴訟による確定をも含めて論じてきた。ここで十分に論じることのできなかつた点、例えば、外国法との詳細な比較検討や構造論を踏まえた上でのより具体的な解釈論については、今後の課題としたい。

〔完〕