

〔民集未登載最高裁判事例研究 四一〕

1. 民事訴訟法二六〇条二項の裁判を求める申立ての相手方が破産手続開始の決定を受けた場合における同申立てに係る請求権の破産債権該当性
 2. 本案請求と民事訴訟法二六〇条二項の申立てに係る請求とが併合されている場合における本案請求に係る部分についてのみの受継又は続行命令の許否
- 最高裁判成二五年七月一八日第一小法廷判決・平成二三年(受)第一九四八号過払金等返還請求、民訴法二六〇条二項の申立て事件
- 一部破棄差戻し、一部却下

【掲載誌】裁判所時報一五八四号一頁、判時二二〇一号四八頁、金法一九八九号一三〇頁、集民二四四号五五頁

〔事 実〕

X（原告、被控訴人、被上告人）は、貸金業者であるAおよび同社を吸収合併したY（被告、控訴人、上告人）との間で、基本契約に基づいて継続的に金銭の借入れと弁済を繰り返したところ、各弁済金のうち利息制限法（平成一八年法律第一一五号による改正前のもの）一条一項所定の制限を超

えて利息として支払われた部分を元本に充当すると過払金が発生するとして、Yに対して、不当利得返還請求権に基づき、過払金合計一八二万七五〇五円および法定利息の支払いを求めた。

第一審（横浜地小田原支判平成二三年三月一七日金判一四三〇号二二頁）は、平成二三年三月一七日、Xの請求を

全部認容する旨の仮執行宣言付の判決を言い渡した。これに對して、Yは、控訴を提起するとともに、前記仮執行宣言に基づく強制執行により損害を受けたなどとして、民事訴訟法二六〇条二項の裁判を求める申立て（以下、「本件申立て」という。）をした。

Xは、平成二三年六月七日、破産手続開始の決定を受け、Bが破産管財人に選任された。

原審（東京高判平成二三年六月二七日金判一四三〇号二一頁）は、平成二三年五月三〇日、口頭弁論を終結し、同年六月二七日、Yの控訴を棄却する旨の判決を言い渡すとともに、同年一〇月七日に、Bに對して、Xの訴訟手続の続行を命じて（以下、「本件続行命令」という。）、同判決をBに送達した。Xの破産手続は、Yから本件申立てに係る債権についての届出がされないまま平成二四年四月一日に終結した。

〔判 旨〕 一部破棄差戻し、一部却下

I 「民訴法二六〇条二項の裁判を求める申立ての相手方が破産手続開始の決定を受けた場合、上記申立てに係る請求権は、破産者に対し破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権であつて、財団債権に該当しない。したがつて、上記申立てに係る請求権は、破産債権であるというべきである。

そうすると、Xが破産手続開始の決定を受けたというのであるから、Yは、Xの破産手続において、本件申立てに係る請求権につき破産債権として届出をすべきものであつて、その調査において、上記請求権について破産管財人が認めず、又は届出をした破産債権者が異議を述べた場合に、異議者等の全員を相手方として、本件申立てに係る訴訟手続の受継の申立てをすべきことになる。しかるに、原審は、Yが上記の届出をしていないにもかかわらず、直ちに破産管財人であるBに對して本件続行命令をしたものであつて、本件続行命令のうち本件申立てに係る部分は、違法であるというべきである。

II そして、本案請求と民訴法二六〇条二項の裁判を求める申立てに係る請求とが併合審理されている場合、上記申立ては、本案判決が変更されないことを解除条件とするものであり、その性質上、本案請求に係る弁論は分離することができない。したがつて、上記申立てについての適法な受継がされないまま、本案請求に係る部分についてのみ、当事者が受継の申立てをし、又は受訴裁判所が続行命令をすることは許されない。」

III そうすると、本件続行命令は、結局、その全部が違法といわざるを得ないが、「Xの破産手続は既に終結しているのであつて、Yが経るべき破産法所定の手続はもはや存在しない。そして、記録によれば、本件続行命令がされてから上

記破産手続の終結までにBが当事者として関与した訴訟手続は、Yの控訴を棄却する旨の原判決の送達を受けたことなどにとどまる。したがって、上記破産手続の終結により、原審の上記違法の瑕疵は治癒されたものと解するのが相当である。」

〔評釈〕 判旨の結論には賛成するが疑問が残る。

1. 問題の所在

本判決は、基本契約に基づく継続的な金銭消費貸借取引において過払金が発生している時点で新たな借り入れをし、たときの利息制限法（平成一八年法律第一一五号による改正前のもの）一条一項にいう「元本」の額に関する重要な解釈を示すとともに、職権による検討として、民事訴訟法二六〇条二項の申立てに係る請求権の破産債権該当性および本案請求と民事訴訟法二六〇条二項の申立てに係る請求とが併合されている場合における本案請求に係る部分についてのみの受継または続行命令の許否という破産法および民事訴訟法に関する重要な問題について判示したものである。本評釈は、後者の判示事項を対象とする。⁽¹⁾

仮執行宣言付判決（民事訴訟法二五九条一項）は、判決確定前であるにもかかわらず債務名義となり（民事訴訟法二二条二

号）、債権者は、執行文の付与を受ければ、それに基づいて強制執行の申立てをすることができる。他方、訴訟は、上訴により引き続き係属していることから、仮執行宣言を付された判決の本案が後の訴訟段階で取消変更される場合もあり、その際には、右執行の結果は現在の訴訟状態に適合しないものとなる。その結果をそのまま保持させることは適當ではなく、また執行によって相手方において蒙った損害があればこれを仮執行宣言により利益を受けた者に負担させるのが公平に合致する。⁽²⁾そこで、民事訴訟法二六〇条二項は、本案判決を変更する場合には、裁判所は被告（執行債務者）の申立てにより、その判決において、仮執行の宣言に基づき被告が給付したものの返還および仮執行によりまたはこれを免れるために被告が受けた損害の賠償を原告に命じなければならないものとした。⁽³⁾同条二項は実体規定であるとともに、その義務の履行に関する簡易な手続を定めた手続規定であつて、被告は、原状回復および損害賠償請求において独立の訴えを提起できるほか（最三小判昭和二九年三月九日民集八巻三三六三七頁）、⁽⁵⁾⁽⁶⁾その訴訟手続内において給付の申立てをすることができる。このように、本案の審理手続内で原状回復を求めることができるとしているのは、費用、労力および時間を節約させ、被告

に簡易な原状回復を図る制度を準備したものとされている。⁽⁷⁾
 民事訴訟法二六〇条二項の申立てについての審理は本案の審理と同時に進行し、その判決は本案判決を変更する判決中に主文および理由を示してこれを行わなければならない⁽⁸⁾、原則として同条二項の申立てと本案の審判とは分離することはできないと解されている。⁽⁹⁾

本件では、①民事訴訟法二六〇条二項の裁判を求める申立ての相手方が破産手続開始決定を受けた場合に、上記申立てに係る請求権は破産債権となるか、②同請求権が破産債権に該当するとして、当該破産債権者が同請求権を破産債権として届け出ているにもかかわらず、裁判所が破産管財人に対して続行命令を発令することが認められるか、③本件申立てについての適法な受継がなくとも、本案請求に係る部分についてのみ当事者が受継の申立てをするか、あるいは裁判所が続行命令をすることは許されるのかが問題となった。特に、②は、破産手続における破産債権の届出・調査・確定手続と裁判所の続行命令との関係、③は、民事訴訟法二六〇条二項の申立てと本案請求との関係というこれまであまり意識して論じられてこなかった問題についての最高裁の判示であり注目される。

2. 破産債権該当性

破産債権とは、破産者に対して破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の請求権で、財団債権に該当しないものをいう(破産法二条五項)。この「破産手続開始前の原因に基づく」の意義については、必ずしも破産手続開始前に破産債権発生原因の全てが備わっている必要はなく、主たる発生原因が手続開始前に備わっていれば足りると解するのが通説である⁽¹⁰⁾。したがって、条件付債権や履行期未到来の債権も、債権の発生原因が破産手続開始前に備わっている場合にはこの要件を満たして、破産債権として破産手続内で権利を行使することが認められる。

民事訴訟法二六〇条二項による原状回復義務および損害賠償責任は、債権者が仮執行宣言を利用して強制執行を行ったことよって生じると解されている⁽¹¹⁾。Xは、破産手続開始前に第一審の仮執行宣言付の判決に基づいて強制執行を行っていることから、Yの民事訴訟法二六〇条二項に基づく請求権は、破産手続開始前に請求権発生の原因を具備していると考えられる。同項の請求権は本案判決が変更されることを要件事実とする条件付の請求権であるが、このような請求権であっても破産手続開始前に請求権発生原因が存在する以上、破産債権として扱われることになる。

したがって、民事訴訟法二六〇条二項による請求権は破産者に対する財産上の請求権であり、財団債権の規定のいずれにも該当しないから、破産債権に該当すると考えられる。

3. 破産債権の届出・調査・確定手続と続行命令

破産手続開始決定によって、破産財団に属する財産の管理および処分権は破産管財人に専属し（破産法七八条一項）、破産者は財産上の権利義務関係については当事者適格を失うため、破産者を当事者とする訴訟手続は中断する（破産法四四条一項）。そして、破産財団に関する訴えの当事者適格は破産管財人に専属することになる（破産法八〇条）。破産手続開始決定によって中断する手続には、破産財団に属する財産に関する訴訟手続と、破産財団を引当とする破産債権・財団債権に関する訴訟手続とが含まれるが、両者はその後の帰趨が異なる。すなわち、中断した訴訟手続のうち、破産債権に関しないもの（破産財団に属する財産に関する訴訟手続および財団債権に関する訴訟手続）は破産管財人が受継する（破産法四四条二項前段）。これに對して、破産債権に関する訴訟手続は破産管財人が当然に受継するわけではない。破産債権は個別的権利行使を禁止され、破産手続によらなければその権利を行使することは

できないため（破産法一〇〇条一項）、中断した訴訟手続において行使されていた破産債権は、以後、破産手続上の調査・確定手続を経ることになる。すなわち、債権者によって届け出られた破産債権は、破産手続における債権の調査確定手続に服し、破産管財人が認めず、または他の届出債権者が異議を述べた場合に、破産債権者が当該破産管財人および異議を述べた届出債権者全てを相手方として、中断した訴訟手続を受継することになる（破産法一二七条一項）。破産債権については、破産法固有の債権の届出・調査・確定手続が用意されていることから（破産法一一一条以下）、破産手続開始決定時に訴訟手続が係属していた破産債権者であっても、係属していなかった破産債権者同様、まず破産法が定める破産債権の確定手続によることになる。以上のことからすると民事訴訟法二六〇条二項に基づく申立てが破産債権に関する訴訟である以上、破産法の規定によれば、これについて裁判所が続行命令を出したことは手続的な誤りであると考えられる。もっとも、民事訴訟法一二九条が定める続行命令と破産債権の届出・調査・確定手続との関係を今一度考えておくこととしたい。

民事訴訟法一二九条は、職権進行主義を貫徹するため、当事者が受継申立てをしない場合でも職権で中断を解消さ

せる手段として、続行命令を認めている。本条は、誰が受継するかということは、本来当事者が一番よく知っているはずであるから、当事者からの受継申立てを待つのが筋であるが、当事者双方からの申立てがないときも、裁判所は職権調査により正当な新追行権者を発見できれば、続行命令を出すことができる⁽¹⁴⁾としたものである。前述のように、

破産債権は破産手続によらなければ行使することができず、破産手続に参加する破産債権者が経るべき手続も詳細に定められている(破産法二二一条以下)。破産的清算による弁済を受けるためには、破産手続への参加(届出)という自らの行為が必要とされ、破産法は破産手続開始時に債務者に訴訟を提起していた債権者に対しても、同様の手続を踏むことを求めている。この破産法における債権の届出・調査・確定手続は、破産のための債権の確定を図る手続であって、債権者その他の利害関係人の利害および債務者と債権者との権利関係の適切な調整という破産法の目的(破産法一条)に沿って認められた、関係者による集団的な債権確定方法であると考えられる。債権確定訴訟は、異議を述べられた債権者と異議等を述べた者全員との間で行われ(破産法二二五条一項)、単に従前の訴訟手続を破産管財人が受継して続行するだけでは破産法が定める集団的な債権

確定方法としては十分とはいえない⁽¹⁵⁾。したがって、裁判所が、従前の訴訟手続における債権者(破産債権者)と破産管財人との間での訴訟手続の続行を命じることは妥当ではないと考えられる。よって、本件申立てに係る部分の続行命令は違法であるとする本件判旨は妥当である。

4. 本案請求に係る部分のみの受継申立てあるいは続行命令の是非

次に本案請求に係る部分についてのみ当事者が受継の申立てをすることあるいは裁判所が続行命令をすることが許されるのが問題となる。本案請求に係る不当利得返還請求権は破産財団に属する財産であるから(破産法三四条一項)、その債権を訴求債権とする訴訟手続は原告の破産手続開始決定により中断する(破産法四四一条一項)。そして、この訴訟手続は破産債権に関するものではないから、本来は直ちに破産管財人が受継することができる、相手方も受継の申立てをすることができる(破産法四四一条二項)。

ところで、民事訴訟法二六〇条二項は、申立てにより、上訴審が本案判決を変更する場合に、債権者に対して原状回復および損害賠償をすべきことをその判決で同時に命じることとして、簡易な債務者保護の手続を用意したもので

ある⁽¹⁷⁾。同条二項の原状回復請求権および損害賠償請求権は、仮執行の基礎となる本案判決の取消・変更をその発生要件としていることから、本案判決の取消・変更前になされるこの申立ては、本案判決が取消・変更されないことを解除条件とする一種の条件付の申立てであると解されてきた⁽¹⁸⁾。本決定も、これと同じ立場に立ち、民事訴訟法二六〇条二項の申立ては、「本案判決が変更されないことを解除条件とするものである」とした上で「その性質上、本案請求に係る弁論は分離することができない」として、本案請求に係る部分についてのみ、当事者が受継の申立てをし、または受訴裁判所が続行命令をすることは許されないとした⁽¹⁹⁾。民事訴訟法二六〇条二項の請求権の主張が本案請求の附帯的申立てであるとすれば、これらは運命をもとにすべきであると考えられることから⁽²⁰⁾、最高裁の結論を支持する方向に傾く。

ただ、このような結論を採った場合は次のような問題が生じよう⁽²¹⁾。すなわち、民事訴訟法二六〇条二項に係る請求権は破産債権に該当するとして、破産債権者が届出から始まる一連の手続をとらない場合には、本件申立てに係る訴訟手続を受継する余地はない（続行命令は認められない）と解すると、本件のように民事訴訟法二六〇条二項に係る

請求権を有する者が債権の届出をしない場合には、本案請求に係る部分についての訴訟手続を続行する余地がなくなる。しかしながら、本案で求めている請求権は、本来破産債権者への配当原資となるはずの破産財団に属する財産であって、破産管財人はこれを回収して財団に組み入れる必要がある。にもかかわらず、民事訴訟法二六〇条二項に係る請求権を有する者の対応如何によって、中断した訴訟手続を続行することができなくなり、場合によっては本案で求めていた請求権を回収できなくなる事態が生じることは問題が残ろう。

ところで、被告（仮執行債務者）の原状回復および損害賠償請求権は別訴でこれを主張することができるとするのが判例・通説である⁽²²⁾。民事訴訟法二六〇条二項に基づく損害賠償責任は、仮執行によってあるいはこれを免れるために被告に生じた損害を迅速に回復させるために法が特に原告（仮執行債権者）に課した責任であると解されており、通常の不当利得あるいは不法行為に基づく損害賠償の場合とは、その責任の発生要件や効果という面で異なっている⁽²³⁾。したがって、別訴を認めるといった場合、それが民事訴訟法二六〇条二項に基づく原状回復もしくは損害賠償を別訴で求めることができるのが一応問題となる。これについ

て、大判昭和十二年二月三日大民集一六卷二三三頁は、民事訴訟法二六〇条二項の無過失責任は別訴においてこれを追及することを妨げないことを暗に前提にしており、また前掲の最判昭和二十九年三月九日民集八卷三三三頁は、民事訴訟法二六〇条二項の損害賠償は別訴をもって請求しても差し支えない旨を明示する。⁽²⁴⁾ その後の下級審裁判例にも、他の訴訟をもって民事訴訟法二六〇条二項による請求をすることを妨げないと明示するものがある。⁽²⁵⁾ そして、学説の中にも同旨の見解を示すものが多数みられる。⁽²⁶⁾ 民事訴訟法二六〇条二項は、簡易な債務者の回復手続を定めたものであるが、必ずしもこれによることを必要とするものではなく、いずれの手続を利用するかは債務者の任意であり、⁽²⁷⁾ また、上訴審において原告が訴えを取り下げた場合は、原判決の可否を判断できなくなるので、被告が既に給付したものの返還または損害賠償を請求するには別訴を提起する以外にない。⁽²⁸⁾ このように、民事訴訟法二六〇条二項に係る請求を別訴で行使用することが認められるとすれば、⁽²⁹⁾ 本案請求に係る弁論と同条二項に係る弁論とを分離する余地も考へ得るのではないだろうか。その場合には、本案請求に係る部分についてのみ、当事者が受継の申立てを行うか、あるいはこの部分についてのみ受訴裁判所が続行命令をする

ことが許されることになろう。この点については、後日、改めて検討することとしたい。

5. 破産手続の終結により原審の違法の瑕疵は治癒されたとする点について

最後に、判旨が破産手続の終結により原審の違法の瑕疵は治癒されたものと解する点について触れておきたい。破産手続が終了すると、破産財団に関する訴えの当事者適格は再び破産者が有することになるため、破産管財人を当事者とする破産財団に関する訴訟手続は中断し、破産者は中断した訴訟手続を受け継がなければならない（破産法四四條三項・四項）。本件では、上告審係属中にXの破産手続が終結したため、その時点で訴訟手続の当事者は再びXとYとなった。問題は控訴審における続行命令、すなわち、適切な受継の手続を経ることなく訴訟手続を続行したことが許されるかどうかである。なお、本件ではYの控訴が棄却されたことから、原審でYの民事訴訟法二六〇条二項に係る申立てについての判断はなされなかったが、⁽³⁰⁾ Yは控訴棄却の本案判決を不服として上告をしたことから、本件申立ても維持されていると解される。⁽³¹⁾

たしかに、本件では、Bが当事者として関与した訴訟手

続は原判決の送達を受けたことなどにとどまり、Bが何か実質的な行為をしたわけではない。また、Yは本件申立てに係る請求権について破産債権としての届出を行っていないことから、Xの破産手続において権利を行使することはできなかった。そして、Xの破産手続は既に終結していたため、Yがその債権を届け出る機会は最早なく、また、Xが免責許可決定を受けてそれが確定していれば、Xはその責任を免れYは履行を請求することはできない。上告審の判断が出される時点で、続行命令が違法であるとして事件を差し戻したとしても、YがXの破産手続で権利を行使する術はもはやないことになる。最高裁は、以上のような点を考慮して、違法の瑕疵は治癒されたと判断したものと思われ、本件の処理としては認められると考えられる。

6. おわりに

原審は、係属中の訴訟手続の当事者に破産手続開始決定がなされた場合の訴訟手続の中断・受継について十分な配慮をせずに続行命令を発令しているようであり、違法な措置であったとの評価を免れないであろう。前記のように本判決の判断は妥当であったと考えられる。もっとも、本判決の判断を前提としても、民事訴訟法二六〇条二項の申立

てが本訴に付随して係属している場合に一方当事者に破産手続開始決定がなされたことよって中断した訴訟手続が、その後どのように進められていくのかについては明らかではない部分も多い。特に、民事訴訟法二六〇条二項に係る請求権を主張する者が当該請求権を破産債権として届け出ない限り、破産財団に帰属する請求権を行使できない状況が生じることに疑問が残る。本判決によって、本案請求と民事訴訟法二六〇条二項の申立てに係る請求との併合関係について、あるいは本案の申立てに付随してなされて本案と分離できないとされる訴訟手続において、当事者の一方に破産手続開始決定がなされたことで中断した訴訟がその後どのような帰趨をたどるのかについて、検討する必要性が明らかになったといえよう。⁽²⁾

(1) 本件の評釈として、河津博史・銀法21第七六八号五七頁、宗宮英俊ほか・NBL一〇二二七〇頁、村田典子・平成二五年度重判解(ジュリ増刊一四六六号)一四二頁、越山和広・法七増(新・判例解説Watch)一四号一三七頁、平野裕之・リマークス四九号三四頁、小原将照・判評六六八号二八頁(判時二二二九号一四二頁)がある。

(2) 岩松三郎(兼子)編『法律実務講座民事訴訟編第五卷』(有斐閣、一九六二年)一九二頁。

- (3) 本条の沿革については、鈴木正裕「判決の法律要件的効力」山木戸克己教授還暦記念『実体法と手続法の交錯「下」』（有斐閣、一九七八年）一六三頁以下参照。
- (4) 斎藤秀夫ほか編著『第二版』注解民事訴訟法(五)（第一法規出版、一九九一年）四一、四四頁「小室直人」渡部吉隆「斎藤秀夫」、兼子一ほか「条解民事訴訟法（第二版）」（弘文堂、二〇一一年）一四三三頁「竹下守夫」上原敏夫。
- (5) 本判決の評釈として、川添利起・判解民事篇昭和二九年度四二頁、平田浩・民商三一巻二号一九五頁、佐藤鉄男・法協一〇〇巻四号八四三頁、木村正清・法研六五巻一 号九八頁がある。
- (6) 独立の訴え（別訴）を提起できるとするのが通説である。宮川種一郎「仮執行の宣言」宮川種一郎「小山昇」磯村義利『総合判例研究叢書民事訴訟法(三)』（有斐閣、一九六一年）三七頁、岩松「兼子編・前掲注（2）」一九六頁、林淳「仮執行宣言の理論」新堂幸司編代「講座民事訴訟法(六)」（弘文堂、一九八四年）二七八頁、斎藤ほか編著・前掲注（4）四一、四四頁「小室直人」渡部吉隆「斎藤秀夫」、鈴木正裕「青山善充編『注釈民事訴訟法(四)』（有斐閣、一九九七年）二八九頁「森勇」、伊藤眞「民事訴訟法（第四版補訂版）」（有斐閣、二〇一四年）五八〇頁、松本博之「上野泰男『民事訴訟法（第七版）』（弘文堂、二〇一二
- 年）五七一頁。
- (7) 秋山幹男ほか「コンメンタール民事訴訟法V」（日本評論社、二〇一二年）二四八頁。
- (8) 斎藤ほか編著・前掲注（4）四六頁「小室直人」渡部吉隆「斎藤秀夫」、鈴木「青山編・前掲注（6）」二八八頁「森勇」、兼子ほか・前掲注（4）一四三四頁「竹下守夫」上原敏夫、秋山ほか・前掲注（7）二四九―二五〇頁。
- (9) 鈴木「青山編・前掲注（6）」二八八頁「森勇」、秋山ほか・前掲注（7）二四九―二五〇頁。なお、斎藤ほか編著・前掲注（4）四六頁「小室直人」渡部吉隆「斎藤秀夫」は、「裁判所が本訴の弁論と（本条二項の申立ての弁論とを）分離しない場合は」としており、弁論を分離する余地は残されているものとも読める。
- (10) 伊藤眞「破産法・民事再生法（第三版）」（有斐閣、二〇一四年）二六一頁、竹下守夫編代「大コンメンタール破産法」（青林書院、二〇〇七年）二〇頁「小川秀樹」など。
- (11) 斎藤ほか編著・前掲注（4）四一頁「小室直人」渡部吉隆「斎藤秀夫」、菊井維大「村松俊夫『全訂民事訴訟法（I）補訂版』（日本評論社、一九九三年）一二六九頁。
- (12) 平田浩「判解民事篇昭和五一年度四二九頁参照。
- (13) 秋山幹男ほか「コンメンタール民事訴訟法II（第二版）」（日本評論社、二〇〇六年）五五八頁、伊藤眞ほか「条解破産法（第二版）」（弘文堂、二〇一四年）三六〇頁

- 等。
- (14) 秋山ほか・前掲注(13) 五七三—五七四頁。
- (15) 宗田親彦「更生計画の認可にともなう未届手形債権の失権」昭和五六年度重判解(ジュリ増刊七六八号) 一四四頁参照。
- (16) 過払金返還請求権が破産財団に属する財産であることは明らかであるが、かつては、取引履歴の開示要求・金額の計算・請求・回収等に一定の時間・コストがかかること、債務者自身に財産的価値がある旨の認識が薄い場合があることなどから、債務者の財産との扱いがなされないまま、同時破産手続廃止決定・免責決定に至った事案があるのではないかとの問題が示されていた。伊藤ほか・前掲注(13) 三〇四頁。しかし、現在では、過払金返還請求権が破産財団に属するとの認識が一般化し、どのような処理を行うべきかについての方策も検討されている。日景聡「島田正人」大阪地方裁判所の破産事件における過払金処理に関する新たな運用について」判タ一二四六号二四頁参照。
- (17) 斎藤ほか編著・前掲注(4) 四一、四四頁「小室直人」渡部吉隆「斎藤秀夫」、秋山ほか・前掲注(7) 二四八頁。
- (18) 最一小判昭和五十一年一月二五日民集三〇卷一〇号九九九頁。林・前掲注(6) 二七七頁、兼子ほか・前掲注(4) 一四三四頁。
- (19) 民事訴訟法二六〇条二項の申立てが本案請求に対して解除条件付の申立てとして併合されているとの説明に疑問を呈するものとして、越山・前掲注(1) 一四〇頁。
- (20) 青山善充「仮執行の効果に関する一考察——仮執行後の債務者の倒産を中心として——」『法協百年論集三卷』(有斐閣、一九八三年) 四三三頁注(三二)。
- (21) 同様の問題と指摘するものとして、小原・前掲注(1) 一四四頁。
- (22) 前掲注(6) 参照。
- (23) その具体的な相違については、秋山ほか・前掲注(7) 二五二—二五三頁等参照。
- (24) 川添・前掲注(5) 八五〇頁注(3)。
- (25) 大阪地判昭和四十二年二月一四日判時四八四号六二頁。
- (26) 岩松「兼子編・前掲注(2) 一九六頁、斎藤ほか編著・前掲注(4) 四一、四四頁」小室直人「渡部吉隆」斎藤秀夫、鈴木「青山編・前掲注(6) 二八九頁」[森勇]。
- (27) 岩松「兼子編・前掲注(2) 一九六頁参照。
- (28) 斎藤ほか編著・前掲注(4) 四五頁「小室直人」渡部吉隆「斎藤秀夫」。
- (29) もっとも、民事訴訟法二六〇条二項に係る請求権を別訴で請求できるとはいっても、それは仮執行宣言付本案判決が取り消された後でなければならぬのかどうかについて議論がある。本案判決についての訴訟が係属していても

別訴によりこれらを求めることができるとする見解もある一方(鈴木Ⅱ青山編・前掲注(6)二八九頁「森勇」、上訴審において仮執行宣言付の本案判決が取り消された後でなければ請求することはできないとする見解もある(秋山ほか・前掲注(7)二四八頁)。

(30) 最一小判昭和五一年一月二五日民集三〇卷一〇号九九九頁。現民事訴訟法二六〇条二項に基づく申立ては本案判決の変更されないことを解除条件とするものであるから、上告を棄却する場合には同項の申立てについての判断は示されないとする。

(31) 秋山ほか・前掲注(7)二五〇頁。

(32) 小原・前掲注(1)は、本件のような事案で生じる様々な問題点を指摘するとともに、破産手続開始決定によって中断した民事訴訟法二六〇条二項の申立てに係る訴訟は、受継対象として存続させる必要がないのではないかの解決策を提示する。

村田 典子