Kobe University Repository : Kernel

PDF issue: 2025-04-29

# 破産・和議手續上の債權表と債務名義 : 併せて我が大審院判例に就て

齋藤, 常三郎

(Citation)
国民経済雑誌,55(3):313-331

(Issue Date)
1933-09

(Resource Type)
departmental bulletin paper

(Version)
Version of Record

(JaLCDOI)
https://doi.org/10.24546/00054599

(URL)
https://hdl.handle.net/20.500.14094/00054599

論　説

# 破産・和議手續上の債權表と債務名義

## ―併せて我が大審院判例に就て―

齋藤常三郎

## 一

債務者に對する破産申立が適法にして且理由のあるときは、破産裁判所は其債務者に對し破産の宣告を爲すのである(註)。而して破産宣告を爲す場合に於ては、破産裁判所は、(一)債權屆出期間(二)第一回の債權者集會及び(三)債權調査期日を定め且(四)破産管財人を選任することを要する(破一四二條)。債權屆出期間は、破産宣告の日より二週間以上四月以下なること並に第一回の債權者集會の期日は破産宣告の日より一月内なることを要し、又債權調査期日は債權屆出期間の末日より一週間乃至一月の期間後なることを要する(同條)。

(註) 破産申立書に相當印紙の貼用あること申立人が申立權を有すること又は申立人の當事者訴訟能力等に欠缺なきこと等が適法要

件である（拙著破産法大綱二八八頁以下、同日本破産法八〇頁以下）。而して私の解する所に依れば、被申立人たる債務者に破産原因（支拂不能、支拂停止又は債務超過）あることの外に、尙多數債權者の存在することを要する（拙著前揭）。

二、（イ）破産債權者が破産手續上平等の辯濟（配當）を得んと欲せば、裁判所の定めたる債權届出期間（Anmeldfrist）內に其債權の額及び原因、若し一般の先取特權其他一般の優先權あるときは、其權利を裁判所に届出て且つ其證據書類又は其謄本若くは抄本を提出することを要する（破二二八條第一項）。破産者に對して抵當權又は質權等を有する別除權者は、右に定めたる事項の外に尙別除權の目的及び其行使に依りて辯濟を受くること能はざるべき殘存債權（未濟豫定殘額）を届出づることを要する（同條第二項）。尙破産債權に付き破産宣告當時訴訟が裁判所に繫屬するときは、破産債權者は債權額及び其原因（一般の先取特權其他一般の優先權あるときは其權利）の外に繫屬裁判所件名及び番號を届出づることを要する（同條第三項）。而して届出期間は他の事項と共に之れを公告することを要するのみならず、知れたる債權者には郵便を以て之れを送達するを必要とする（破一四三條一項三號二項、一一八條）。

届出期間の開始前の届出は、許すべきものであつて、裁判所は之れを斟酌すべきである、特に破産債權に對する時效中斷に付ては、其届出の時を以て其效力を生ずる。破産宣告前に於ける届出は右に反し無效である、蓋し債權者は其債權に付ての破産上の請求は破産手續の開始（破産宣告）を前提と

するからである。されば破産宣告の申立に於ける債權の主張は、債權の屆出とはならないのである(Wolf Komm, 2te Aufl. § 138. Anm 3; Petersen=Kleinfeller § 138 Anm. 4)。

屆出の形式に付ては、獨逸破産法第百三十九條には「屆出ハ書面ヲ以テ裁判所ニ提出シ又ハ裁判所書記ノ調書ニ記入セシメテ之ヲ爲スコトヲ得」との明文がある。されば獨逸法の下に於ては、債權者は書面又は口頭を以て債權の屆出を爲すことを得るは勿論言を俟たざる所なるも、我國に於ては獨逸法の如き直接の明文なきも、亦同樣に解すべきである。蓋し我が破産法第百十四條には「破産手續ニ關スル申立・陳述及抗告ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得」と明記しあるを以て、從て債權者は債權の屆出を書面又は口頭を以て爲すことを得るものと解するを得るからである。而して口頭を以て債權の屆出を爲す場合に於ては、裁判所書記は、調書を作るべきものである(破一〇八條、民訴一五〇條)。

確定の終局判決・假執行の宣言を付したる終局判決に基く破産債權並に公證人の作成したる公正證書・訴訟上の和解調書請求の認諾に依る破産債權等の如き所謂債務名義(Vollstreckung=od. Exekutionstitel) ある破産債權と雖も、之れを屆出づることを要する。蓋し破産法第二百四十八條に依れば、執行力ある債務名義又は終局判決ある破産債權に付ては異議を述べ、從て異議者は異議の訴訟を提起すべきものなることが明かであるからである(前野氏破産法三八二頁以下參照)。

（ロ）債權屆出期間は、民事訴訟の所謂不變期間（Notfrist）でない、されば屆出づべき債權者が其責に歸すべからざる事由に由り其期間を遵守すること能はざる場合に於ても、其追完を認むべきものでない（民訴一五九條參照）。又此期間は除斥期間（Präklusiofrist）にもあらざるを以て、期間經過後に於ても、債權者は尙債權の屆出を爲すことを得るも、然し其調査の爲めに特別期日を定むる必要あるべく、此場合に要する費用を屆出債權者が負擔するの不利益がある（破二二四條、二二六條）。

債權屆出期間は、前記の如く破產宣告の日より二週間以上四月以下の範圍內に於て、裁判所は事件の大小輕重及び債權者の多少等に從ひ、自由裁量に依り、其長短を定むることを得るのである。尤も二週間以上四月以下の法定期間を裁判所は伸張し又は短縮することを得る。何と成れば、前に述べたる如く、屆出期間は不變期間にあらざるを以て、從て民事訴訟法第百五十八條第一項の所謂「裁判所ハ法定期間ヲ伸張シ又ハ之ヲ短縮スルコトヲ得但シ不變期間ハ此ノ限ニ在ラス」なる規定を準用し得るからである（破一〇八條）。されば屆出期間の最短期間を一週間內に又其最長期間を五月とも爲すことを得るのである（Seuffert Konkursprocessrecht S. 252）。

裁判所の屆出期間の長短に付ての裁判が其當を得ずして、或は短さに過ぎ或は長さに失する場合に於ても、これが爲めに破產手續の爾後の手續を無效と爲すものではない（Jaeger Komm. Bd. II. § 138. IV. S. 183）。然れども破產者・破產管財人又は各破產債權者は卽時抗告を以て其期間の短縮又は伸張

の變更を求むることを得る（破一一二條）（註）。

（註）Jaeger a. a. O; Seuffert a. a. O; Petersen-kleinfeller S. 476 Anm, 2. 反對說は Endmann Das deutsche KV. S. 517°

三、（イ）、破産債權者が債權の屆出を爲したるときは、裁判所書記は、豫め作成し置きたる債權表（Tabelle）に債權者の氏名及び住所、債權の額及び原因、優先權あるときは其權利並に別除權者の辨濟未了殘額等を記載することを要する（破二二九條第一項）。裁判所書記は、債權屆出の適否及び其內容を調査するの權限を有せざるを以て、不適法又は不當なる屆出と雖も、之れを債權表に記入することを要する。而して裁判所書記は、債權表の謄本を作成し且之れを破産管財人に交付することを必要とする（同條二項）。屆出に關する書類及び債權表は、利害關係人の閲覽に供する爲め、之れを裁判所に備へ置くことを要する（破二三〇條）。

（ロ）、債權の屆出あり且其債權に付き債權表が作成せられたるときは、各其屆出債權に付き債權者の氏名及び住所・債權の額及び原因並に債權表に記載すべき其他の事項を調査することを要する（破二三一條）。而して此調査は、破産裁判所が破産宣告と同時に定めたる債權調査期日（之れを債權調査の一般期日と稱す）に於て調査するを原則とする。尤も破産債權者か債權調査の一般期日後に債權を屆出てたるとき又は破産債權者の屆出債權にして屆出期間經過後の屆出に係り而も破産管財人及び他の破産債權者の異議ありたるときは、特に債權調査の特別期日を定め、此期日に其債權の調査を爲すの

である（破産二三四條乃至二三六條）。

一般の債權調査期日は、冒頭に記載したる如く、債權屆出期間の末日より起算して一週間以上一月以下の期間經過後に於て之れを定むることを要する。即ち債權屆出期間と一般の債權調査期間との中間期間（Zeitraum）は少くも一週間又多くとも一月の時間を存することを要する。尤も場合に依りては裁判所は、債權の一般調査期日と第一回の債權者集會期日（此期日は破産宣告の日より一月內なることを要する）とを併合することを得るを以て（破一四二條二項）、其併合の場合に於ては、一般の債權調査期日が債權屆出期日の末日より一月を經過せざる以前に指定せられることがあり得る。而して一般の債權調査期日と債權屆出期間の末日との中間期間に關する規定は、强行規定にあらずして訓示的規定（Sollvorschrift）なるを以て、之れに違反したればとて（卽ち早き期日又は遲き期日に於て調査せること）、之れが爲めに、其債權に付ての確定を無效たらしむるのではない、然し利害關係人は、中間期間を不當に存置せる一般債權調査期日の指定に對し、卽時抗告を以て不服を申立つることを得るのである（註）。

（註）Jaeger § 138. IV; Mentzel Komm, 4te Aufl. S. 477. Anm. 3; Petersen=Kleinfeller a.a.O.; Senffert S. 258.

## 二

一、（イ）、債權調査の一般期日又は特別期日に於て、前に述べたる如く、屆出債權に付き債權者の氏

名及び住所・債權の額及び原因・優先權の存否並に別除權の目的及び其辨濟豫定額等を調査するものであつて、而して破產管財人及び出頭せる他の破產債權者は、其屆出事項に對し、異議を主張することを得る(破二九〇條)。若し其期日於て此等の者が異議を主張せざるときは、債權の額及び優先權は確定する(同條)。尤も別除權者の債權にありては、其債權の全額に於て確定し、其支拂不足豫定額は確定するものにあらずして、配當實施の時に至りて始めて確定する。

(ロ)、破產者も其屆出債權に對し異議を主張することを得るは勿論なるも、其異議は債權の額及び優先權の確定に付ては、何等の影響がないのである。而して確定債權に付き之れを債權表に記載するときは、其記載は、破產債權者の全員に對し確定判決と同一の效力を有する(破二四一條、二四二條)。

破產者の異議を右の如く破產手續に於て其效力を認めざる理由は、若し其異議の效力を認めなば、破產者は徒に其異議を主張することを爲り從て破產手續の進行を阻害するに至るべく、又破產者の異議を述ぶるが如き場合には、概ね破產管財人は破產債權者に於ても亦異議と述ぶることあるべきを以て、從て破產者の異議に付き其效力を破產手續上に於て認めざればとて、破產者に過酷でもないからである。然し破產者の異議は、破產手續外に於て、其效力を認むるのである。卽ち破產者が異議を述ぶるときは、債權表の記載は破產者に對し、確定判決と同一の效力を有せないのであつて、從つて其債權表の記載に基き破產手續以外に於て、債權者は破產者に對し强制執行を爲すことを得ないのであ

る（破二八七條、三二八條反對解釋）。

二、調査期日に於て破産管財人も又屆出債權者も共に異議を述べざりし確定債權に付き破産者も亦其期日に異議を述べざりしときは、之れに關する債權表の記載は、破産者に對し確定判決と同一の判決を有するに至りて、一の債務名義と爲るので、債權者は破産終結の後其債權表の記載（債務名義）に基き、債務者に對し强制執行を爲すことを得るのである（破二八七條、三二八條）。

債權者が、未濟殘額に付き破産終結の後、債務者又は破産者に對し强制執行を爲し得ることと爲したるは、是れ卽ち、不免責主義（Non Discharge）を採用したのである。英國法に於ては、原則として免責主義を採用して居る。我が國に於ても或る制限の下に免責主義を採用すべきものなることは、私は已に他の機會に於て屢々述べた所である（拙著破産法及和議法研究一卷二〇〇頁、法學志林三一卷二號七五頁以下）。

## 三

一、前に述べたるが如く、債權者が破産者に對する債務名義ある債權を有す（確定判決又は公正證書に依る債權）と雖も、破産手續上配當を受けんと欲せば、債權屆出の上債權調査を受け之れを債權表に記載（確定判決と同一の效力を有する新債務名義）されねばならぬのである。問題は新たに債務名義と爲りたる債權表と舊債務名義との效力に付ての關係である。其關係に付ては、破産法に何等の

規定がないので、從て舊債務名義の效力は其後新に債務名義と爲りたる債權表に依り消滅に歸したるものなりや、双方併立して互に其效力を有するものなりや、將た又債權者の選擇に從ひ其一方が强制執行を爲すことの效力を有するものと爲し得るや否やが疑問と爲るのである。

二、(イ)、獨逸萊府大學教授 Jaeger 氏一派は「前の舊債務名義は其效力を失ひ債權表が新なる債名義としてのみ其效力を有するのである、蓋し獨逸破產法第百四十五條（日破二四二條に該る）に依れば破產債權の債權表への記載は破產債權者の全員に對し確定判決と同一の效力（確定力）を有するものなるを以て、從て債權表は新債務名義として舊債務名義に優先し且其效力を排除するのである」と云ふのであつて(註一)、獨逸多數の學說及び判例之れに從ふのである(註二)。

(註一) Jaeger Komm. § 164. Anm. 7)。

(註二) Mentzel Komm, 4te Aufl, § 164. Anm. 1; Wolff komm, 2te Aufl, § 164. Anm. 3; Stein-Jonas Komm, Vor § 704 II 1. Falkmann Zwangsvolls. S. 11; Bleyer 3te Aufl. § 164 Anm. 3a; Sydow=Busch=Krieg K.O. 1932 § 164 Anm 5; RG. Bd 112 S. 297; Hamburg U, 8. Jan, 1926 (in J.W. 1926. S. 1818 Nr. 8 mit Anm. von Jaeger)'

(ロ)、次に Petersen=Kleinfeller 一派は、破產法に何等特別の規定なきを以て、債權者は以前の舊債務名義又は新債務名義（債權表）の中に二者孰れかを選擇し、其任意選擇したる債務名義を以て債務者に對し强制執行を爲すことを得るのであると說明するのであつて、之れに贊同する者も尠くない(註)。

(註) Petersen-Kleinfeller. Komm. § 164 Anm. 4; Oetker K. Gaundbegriffe S. 442; Wilmouski-Kuhlbaum Komm. § 164

Anm. 6; B. des OLG zu Jena, 26 Nov. 1888, Seuffert Archiv Bd. 45 Nr. 149, S. 242 f.

（ハ）故Seuffert教授の說に依れば「債權者は先づ舊債務名義を利用せざるべからざるものであつて、此事は獨逸破產法第一六四條第二項（日破二八七條）が民事訴訟法第七二四條乃至第七九三條（舊民訴五一六條乃至五五八條）を準用することから生ずる。獨逸民訴第七三三條（日民訴五二三條）は同一の當事者に對する再度以上の執行力ある正本の付與は曩に付與したる正本を返還せざるときは裁判長の命令あるときに於てのみ之れを許すのであつて、而して此場合の再度の執行力ある正本は債權表であるから裁判長の命令なき限り舊債務名義が其執行力を有するのである」と云ふのである、卽ち同教授の意見に依れば、第一の執行力正本は舊債務名義であり、債權表は第二次的（一定の條件の下に付與せらるる正本で）のものであると云ふのである(Seuffert, Deutsches K.P.R. S. 392 Note 24)。

四

一、イエカー一派の唱ふる舊債務名義效力の消滅は、新債務名義（債權表）の確定力より生ずるものなりと云ふも、此論據は適當でない樣に思はる。蓋し民事訴訟法の規定に依れば、舊債務名義の效力は消滅せざることと爲るので、卽ち新債務名義が舊債務名義と抵觸することあるに於ては、同法第四百二十條第一項第十號の所謂再審事由に依り新債務名義に對し不服が申立てられ且其效力が消滅せしめらるることと爲り、其結果舊債務名義のみが獨り其效力を有するに至るからである。要するにイ

エカー教授の結論は正當なるべしと雖も、其理由付けが不當である（vlg. Dr Hubernagel, LZ. 26 Jahrg. Nr 11. S. 732）。

二、故 Kohler 教授は、イエカー教授一派其他の學說とも異なり、別個の意見を唱へて居る。即ち（一）債權者が債務者に對し已に執行し得べき債務名義（Vollstreckbarer Titel）を有するときは、破產手續に於ける債權表（Konkurstabelle）は、只單に前債務名義が確定し且不服申立を受けざるることを表明したるに過ぎない、是れ恰も執行力ある債務名義に對する不服申立を許さざる旨を確定する判決と同一である、債務名義の不服申立を許さずとの判決を以ては執行を爲すを得ずして、却て債務名義自體に依つてのみ執行を爲すことを得るのである。從て破產法第百六十四條（日破二八七條）は已に存在せる執行力ある債務名義（即ち執行力ある證書執行力ある命令及び執行力ある判決）に關する場合に適用ある。然し（二）執行力あらざる判決に關する場合に於ては其判決は債權表への記載に依り、始めて執行力ある債務名義と爲るのであると云ふのである（Archir f. die Civilistische Praxis Bd. 81, S. 390）。要するに、コーラー教授は已に債務名義が存在する場合には其債務名義が執行力あるものと爲り、否らざる場合には債權表が執行力あるものと爲るのであると區別して說明し、舊債務名義の效力が消滅するや否やに付ては何も顧慮しないのである。然し破產法第二百八十七條（獨破一六四條）の規定よりして同教授主張の如き二場合を區別し且舊債務名義の存する場合には其債務名義が債權表と關係な

く執行力を有し、從て債權表が執行力なしとの結論を生ずるであらう乎大に疑問なきを得ないのであつて、寧ろ斯る解釋は同條よりは出でざるものなりと信ぜらる。

## 五

一、私は、破產法に於ては、一切の債務名義は破產債權表に吸收せられ、從て他の債務名義は債權表を併存することを得ざるに至るものなりと考へる。這は破產手續が普通の訴訟手續を吸引し（Attraktiokraft）、從て舊債務名義が除去せらるるの結果より生ずるものと思惟する。以下尙詳細に之れを說明する。

二、（イ）、破產法第十六條に依れば、破產債權は破產手續に依るに非れば之れを行ふことを得ないのである、左れば破產に干與せる破產債權者は、其債權を破產法の手續規定に依りてのみ行使し得るに過ぎない。從て債權者は其債權を普通の訴訟手續に依つて訴求するを得ないのである（所謂訴開始の禁止）。之れに由て觀れば、破產債權者が破產者に對する訴訟は、相手方が破產者たるの故を以て、普通訴訟に依る權利保護の要求を爲すことを得ない。普通訴訟に於て當事者の一方が破產者なりや否やは、裁判所職權を以て之れを調査すべき事項に屬する（註一）。債務者破產の場合には、債權者は破產債權表への記入の爲めの屆出にのみに制限せられ、屆出債權の異議ある場合に於てのみ、債權者は破產法上特に定めある債權確定手續に依り其保護を求め得るに過ぎないのである（破二四六條以下）。要す

るに普通の訴訟手續は破産手續に吸引せられたる爲め、舊債務名義と新債務名義との併立を許すべきでなく、從て普通訴訟に依る債務名義は、破産法の債權表（新債務名義）以外に其效力を有することなきに至り、却て債權表のみか其效力を有するに至るのである(註二)。

(註一) Jaeger Komm. § 12. Anm. 6; Wach Handbuch I. § 2 Note 18.

(註二) Dr. Hubernagel L.Z. 26 Jahrg. Nr. 11 S. 733.

(ロ)、訴訟が破産手續開始前已に繼續せる場合に於ては、其訴訟手續は其後の破産開始に依り中斷せらる(民訴二一四條)。訴訟の中斷は、裁判所の裁判なく又裁判所及び當事者の認識如何に拘らず法律上當然生ずるのである (Jaeger Komm. § 10. Anm. 1; Stein=Jonas ZPO. § 240 I. 3)。破産者が訴訟代理人に依り代理せらるる場合に於ても亦訴訟の中斷は生ずる(民訴二一三條は反對なり)。卽ち訴訟は破産開始に依りて中斷せられ、從て訴訟の繼續が禁止 (Verbot der Prozessfortsetzung) せらるることとなる。而して債權が債權表の記入に依りて確定したるときは、訴訟手續は最早之れを續行することの必要を見ない。蓋し中斷に依る受繼は其中斷せられたる訴訟に付き其目的たる請求が爭あるときに限るものなるに拘らず(破二四〇條二項、二四六條參照)、其請求は債權表の記入に依り爭ひなきものとして確定せられたからである。次に債權者が債務名義を有せしも、債務者が之れに對し上訴を提起し其訴訟が裁判所に繼續中其債務者に於て破産の宣告を受けたるときは、訴訟は中斷せられ、從て其判

決の確定力は遮斷せられ又訴訟手續は債權調査に移轉し且其訴訟と爲りたる請求は、債權表の記入如何の手續に轉化するのである。

（ハ）、債權の存否に付き爭生じ其訴訟が裁判所に提起せられんとする場合に於ては、其訴訟は給付訴訟（Leistungsklage）としてにあらずして、却て確定訴訟（卽ち原告が破產手續に於て屆出でたる債權が一定の額に於て確定せらるべき旨の訴訟）として提起又は受繼せられねばならぬのである（Jaeger Komm, § 146 Anm. 12）、其結果債務名義（確定せざる）は、訴訟手續に於て其獨立性を失ひ、從て債權表の更正と爲り且其更正を以て執行力ある確定的の債務名義となるのである。

（ニ）、債權者が執行力ある債務名義又は終局判決ある債權と雖も、破產手續に依り其配當を受けんとせば、債權者は其債權を屆出期間內に屆出て且調査を經て之れを債權表に記入し貰はねばならぬことは前記の如くであつて、之れを看れば、卽ち債務名義は破產手續に吸收せられたるものなることが明白である。

執行力ある債務名義又は終局判決ある債權に付て異議を述べんとする者は、破產手續が爲すことを得べき訴訟手續に依りてのみ、其異議を主張することを得るのであつて（破二四六條一項）、卽ち確定せる終局判決に對しては、再審の訴に依り、又執行力ある債務名義の表示する債權に對しては、請求

に關する異議(民訴五四六條、五六〇條乃至五六二條)に依り、確定せざる終局判決に對しては、上訴に依り、其異議を主張せねばならぬのである。而して異議者は、債權表に記載したる事項に付てのみ、債權確定の訴を起すべく、又破產宣告當時訴訟(再審、異議の訴又は上訴)が繫屬せるときは、其訴訟は原告側の破產に因り中斷せられ(民訴二一四條)、異議者に於て債權者を相手方として其訴訟を受繼がねばならぬのである。而して其訴訟に於て異議者が勝訴の裁判を得たるときは、債權表の更正を求め(民訴二四九條)、此の更正せられたる債權表に依りて、債權者は配當を求むるか又は全く其債權表より除去せらるか孰れかである。

三、要するに、確定せざる債務名義及び確定せる債務名義も、共に破產手續に於ては、債權表なる新債務名義に轉化したるものと云ふべきである(Dr. Hugernagel, L.Z. Bd. 26, Nr. 11. S. 773 ff.)。從て破產手續終結後に於ては、債權者が未濟殘額債權に付き、破產者たりし債務者に對し强制執行を爲さんとせば、債權表なる新債務名義に依りてのみ之れを爲すことを要するものと云ふべきである。換言すれば、舊債務名義は轉化に依り消滅に歸したるものなるが故に、該名義に依りては、債權者は債務者に對し强制執行を爲すことを得ないのである。舊債務名義が其效力を失ふ旨の私の結論は、イエカー教授一派の說明と同一なるも、然し其理由付けが同教授一派のそれを異なるのである。

## 六

次に進んで、和議手續に於ける債權表と和議開始前に已に存する債務名義との關係に付き說明を試むることとする。

一、和議手續に於ても、破產手續に於けると同じく、和議債權の屆出と債權表の作成との二者あるも、其屆出及び債權表の效力及び目的が、破產手續に於けるそれと大に異なるのである。裁判所は、和議開始決定と同時に債權屆出期間を定むるのであつて、其期間は決定の日より二週間以上二月以下なることを要する（和二七條一項一號）。此屆出は、破產手續の場合と異なり、畢に債權者集會に於て債權者が和議決議の爲めに議決を行ふの權利を取得するを得るが爲めに過ぎないのである。加之、和議手續に於ては、破產手續の場合の如くに、債權調査及び債權確定の必要なきのみならず、配當の手續もないのであるので、從て屆出は、債權確定の爲めの債權調査及び其確定並に配當實施の前提と爲るものでないのである。而して其屆出は、屆出期間後のものでありても、和議管財人及び整理委員が債權者集會に於ける議決權行使の能否及び其範圍の調査を爲し得る時まで、之れを爲すことを得るものと解すべきである（加藤博士和議法六三頁法學全集）。

債權屆出あるときは、裁判所書記は、債權表を作り之れに債權者の氏名及住所・債權の額及原因・優先權あるときは其權利並に別除權者が別除權の行使に因りて辯濟を受くることを能はざるべき債權を記載することを要するのみならず、其債權表の謄本を和議管財人及び整理委員に交付することを要

する（和四五條破二二九條）。而して債權表への債權額其他の記載は債權者の議決權に關する調査及び債務者の財產調査の爲めに必要であるからである（同博士同六五頁）。和議手續に於ては、前記の如く債權確定の爲めの債權調査なきを以て、從て債權表の債權の記載は、破產法第二百四十二條及び第三百二十八條の規定する所と異なり、破產債權者の全員及び破產者に對し確定判決と同一の效力を有せざるのみならず、債權者は和議效力發生後債權表に基きて債務者の財產に對し强制執行を爲すことを得ないのである。

二、（イ）、要するに、和議手續に於ては、破產手續に於て始めて創設せらるる「確定判決と同一の效力を有する債權表」の如きものは存在しないのである。從て和議效力發生後に於て債務者の財產に對し强制執行を爲す場合に、和議開始前より存せる確定判決（及び其他の債務名義）のみか、和議條件に牴觸せざる範圍內に於て、其執行力を有するものであつて、和議開始後に於ける債務名義なるものを問題にする必要が固より起らぬのである。是に依つて看れば、和議手續上の債權表に付ては、破產手續上の問題と同一の問題は、全然生ぜぬ譯であつて、解決は極く容易である。

我が大審院第五民事部は昭和八年三月三日附を以て同七年（オ）第二四二六號事件に付き「和議債權ニ付和議開始前ヨリ存セシ債務名義ハ和議條件ニ牴觸セサル範圍內ニ於テ和議效力發生後ト雖モ其ノ執行力ヲ有スルモノトス」と判示し（判例集十二卷四號一五頁）且其說明をして「和議債權ニ基ク强制

執行ハ其和議條件ニ拘束セラレサル範圍內ニ於テハ和議ノ效力發生後ト雖固ヨリ之ヲ爲スヲ妨ケス、蓋和議法第五十八條後段ハ債務者ヲシテ其經濟的更生ノ首途ニ於テ忽チ强制執行ノ厄運ニ際會セシムルコトノ夫ノ予ヘテ之ヲ奪フノ擧ニ整ヒ和議ヲシテ空文ニ了ラシムルコトヲ防クノ法意タルニ止マリ、和議開始前ヨリ存セシ執行名義ノ執行力ヲ當然ニ除却スルノ趣旨ニ非ラス、此事ハ和議ノ成立ハ和議債權ヲ變シテ新ナル別個ノ債權ト爲スカ如キ效力ノ有セサルコト及和議法第五十七條ニハ夫ノ强制執行ノ場合ニ於ケル破產法第三百二十八條ヲ準用ノ外ニ置ケルコトニ徵スルモ亦之ヲ窺フニ足ルモノアリ」と判示したるは（同十九頁以下）、因より正當であつて私の贊同する所である。

（ロ）、獨逸に於ける實際及び學說は如何にやと云ふに、獨逸和議法に於ては我が和議法に定めなき規定を設けてある。卽ち和議手續上の債權表に付て執行力を附與した點であつて、此等は、獨逸破產法第七十五條は「更正セル債權者表ニ認諾セルモノトシテ附記セル債權ハ債務者ト共ニ其債務ヲ履行スヘキコトノ義務ヲ先訴の抗辯ノ箇條ナクシテ和議ニ於テ引受ケタル者ニ對シ債權者表ノ抄本ヲ附加シタル認可和議ニ基キ民事訴訟法第七百二十四條乃至第七百九十三條ノ規定ヲ準用シテ强制執行ヲ爲スコトヲ許サル」と規定しあるに由つて明かである。左れば獨逸の學界及び判例に於ては、和議開始前より存せし債務名義と債權者表とは、和議効力發生後二者孰れが債務名義と爲るか又は二者共に債務名義と爲るかが問題と爲るのである。而して通說は「和議手續に於ては、破產手續に於ける異な

り、和議開始前に生ぜる一切の効力を和議に吸引するものにあらざるを以て、從て二者共に債務名義と爲り債權者が其一を選擇して債務者に對し强制執行を爲し得るのである」と解するのである(註)。

(註) 通說を採る學者は、Kiesow Vgl. O. 1932 § 75 VIII; Mayer Komm. 1928 § 75 Anm 1; Eisold VO § 75 Anm. 4; Lucas § 75. V; Levy 3te Aufl. S. 107; Hubernagel LZ. 26 Jahrg, Nr. 11 S. 735 f; RG. Bd 152. S. 113; 然るに反之 Bley 一派は、債權者表のみが債務名義と爲ると解し(Bley Kon-T. 1930 S. 69 ff; Dr Münzel Kon-T. 1931. S. 146 ff; Diester J.W. 1931, 2088a. 而して「ハンビルヒ」控訴院は和議開始前より生ぜる債權名義が執行力を有し債權者表は裁判上の確定力を有せずと判示して居る(OLG. Hamburg 15. No. 1929, K.T. 1930 S. 28 Nr. 4)。

(昭和八年七月三十一日脫稿)