

佛蘭西商法第五七五條に依れば、寄託の目的を以て、又は所有者の計算に於て賣却を爲す目的を以て、破産者に交付したる商品が、其の全部又は一部の現存するときは、之を取戻すことを得るのみならず、此の商品に付、未だ支拂を受けず若は未だ價額確定せず、又は破産者と買主との間の繼續計算に依り未だ相殺を爲さざる代金あるときは、其の代金の全部又は一部に付ても取戻を爲すことを得るのである。之に依て看るときは、問屋の委託者は問屋に現存する委託物品の取戻を爲すことを得るは勿論、問屋の引受行爲に因り生じたる未拂代金請求權は委託者に於て其の取戻を請求することを得る。物品自體は、賣買に因り已に買主の所有に移轉せられたのである。而して破産開始後買主より破産者たる問屋に賣買代金の支拂を爲したるときは、受託者は財團債權を有するのである (Holl. Rechtsverf. II 11.)。然り而して伊太利商法第八〇三條、ブルガリア商法第七六二條、白耳義商法第五六七條、第五六九條、ルクセンブルグ商法第五六七條、第五六九條、ルーマニア商法第八一三條、和蘭商法第二四〇條、第二四一條、第二三五條、第二三七條、西班牙商法第九〇九條第四號第七號、メキシコ商法第九九九條第五號第八號、葡萄牙商事訴訟法第二四三條第一號、諾威破産法第三九條、芬蘭破産法第五五條第二項、アルゼンチン商法第一四八七條、第一四八八條、ブラジル破産法第一三八條第二號、第一四三條、智利商法第一五一〇條は、孰れも佛蘭西法系に屬する。斯くの如く、佛蘭西法系の立法例は、明文を以て、問屋破産の特殊の場合に於ての取戻に付、之が規定を設けてゐる。

瑞西債務法第四〇一條第二號第三號に依れば、受託者が委託者の計算を以て自己の名に於て第三者に對し債權を取得したる場合に於て、其の債權は委託者が自ら委託關係より生ずる總ての債務を承認すると同時に委託者に移轉するのであつて、受託者が破産したるときは、委託者は受託者の破産財團に對しても、此の債務を承認すると同時に其の債權を主張することを得る。のみならず、委託者は受託者の破産に於て留置權の效力留保の下に、受託者が自己の名に於て委託者の計算を以て所有權を取得したる動産の交付を請求することを得る。債務法第四二五條第二項に依れば、以上の定は問屋關係に之を適用することを得る。

二 我が現行法の下に於て問屋が破産したる場合に受託者に取戻權ありやと云ふに、物品販賣の委託を受けたる問屋破産の場合と物品買入の委託を受けたる問屋の破産の場合とを分ちて説明するを便宜とする。(一)物品販賣の委託を受けたる問屋が破産したる場合に於て、未だ其の委託物品を其の手中に存するときは、委託者が其の物品に付取戻權を有することは疑はない。而して問屋が其の物品を販賣して第三者に已に引渡したる上其の代金を受取りたる後破産の宣告を受けたる場合を見るに、商法第五二一條第二項・民法第九九條の代理に依り、問屋の受取りたる代金(特定の動産と見る)の所有權は、其の受領と同時に委託者の所有に屬するも、這是委託者と問屋との間に止まり、問屋以外の第三者に對しては、委託者に於て其の所有權を主張することを得ざるを以て(松本博士著「商法」一七二頁、)従て、委託者は問屋

の破産財團に對し其の取戻權を爲すことを得ない(獨逸法の解釋と同じ)。左れば、委託者は問屋の破産財團に對し代金引渡請求權を破産債權として、主張することを得るに過ぎない。尤も問屋が第三者より受取りたる代金(特定の動産)には問屋より直ちに委託者に對して物權移轉の行爲ありたるものと認むべきときは、委託者は問屋の破産財團に對し其の代金に付取戻權を主張することを得る、然し若し其の代金が問屋の他の金銭と混同して識別すること能はざるに至りたるときは、委託者は財團債權者として其の權利を行使するより他に其の途がない(破四七條四)。次に問屋が其の物品を販賣したるも其の代金を受取らざる以前に既に破産宣告を受けたる場合に於て、委託者は問屋の破産財團に對し物品の引渡を受くべき請求權に付取戻權を主張し得るやと云ふに、其の物品引渡請求權は、委託者と問屋との關係に於ては、委託者の債權なりと雖も、問屋以外の第三者に對しては委託者に於て其の債權を主張することを得ざるものなるを以て(松本博士、法)、是れ亦委託者に於て取戻權を主張することを得ない。若し我が國に於ても、獨逸商法第三九二條第二項の如き規定あるときは、委託者は取戻權を有するものと解するを得べしと雖も、斯かる規定なき故に、委託者に取戻權ありとは解することを得ない。烏賀陽博士は、問屋が相手方に對する債權は、商法第五五二條第二項の代理に關する規定の準用に依り、委託者又は其の債權者との關係に於て委託者の債權として看做さるべきものなるを以て、問屋破産の場合には委託者は別除權を有するものなりと主張せらる(烏賀陽博士著商法八八頁。結果は同一である。小野谷氏新法學全集商法一五二頁)。然し前にも述べたるが如く、代理關係

は委託者及問屋間に止まり、委託者が問屋を代理として取得したる債權は、問屋以外の第三者に對抗することを得ざるものと解すべきを以て、之と異なる前提の下に爲されたる烏賀陽博士の所論には、暫く賛同することを得ない。又竹田博士は「問屋の引受行爲に因り生ずる債權は、委託者に於て一般の第三者殊に問屋の債權者に對しても同じく自己の權利なりと主張し得ざるも、然し問屋の引受行爲に因る實際の利益は、委託者に歸屬するので、委託者は問屋並に其の債權者に對して、形式上は問屋の權利も實質上は自己の權利として、其の別除を求め得ると解すべきではないかと思ふ」と疑を以て説明を爲さるのである(現代法學全集同博士)。同博士も説かるる如く、同博士の説は、我が現行法の解釋としては疑問のあるものと思はれる。獨逸の學說(イエーガー、其他の説)に依れば、前に述べたるが如く、破産宣告前問屋が委託物品を販賣し、其の破産宣告後破産管財人に於て其の代金を受取りたるときは、委託者は其の代金(他と混同せざる限り)に付、取戻權(破四六)を有するものなりと解するを得る。我が破産法第九一條第二項に依れば、破産宣告前に破産者が讓渡行爲を爲し破産管財人が破産宣告後に反對給付の履行を受けたる場合には其の讓渡の目的物の所有者は破産管財人が反對給付として受けたる財産の給付を請求することを得る。即ち目的物の所有者は代價權取戻權を有するのである。我が法律の下に於て問屋が其の破産開始前委託物件を他に販賣し其の宣告を受けたる後破産管財人が受取りたる代金に付委託者は前條に依り代價的取戻權を有するやと云ふに、問屋は第三者との關係に於ては自己のものを販賣した

るものにして委託者のものを販賣したるにあらず、從て委託者は第三者に對し問屋が不法に自己の所有物件を販賣したるものとして對抗することを得ざるを以て、從て問屋の破産財團に對し破産管財人の受取りたる代金に付代價的取戻權を有せざるものと解すべきである。左れば此の項も亦獨逸法の下に於ける解釋と異なる。

買入委託の引受を爲したる問屋の場合に於て、問屋が破産宣告當時未だ物品の引渡を受けざる時は、其の物品の引渡請求權及瑕疵責任に因る請求權は、委託者と問屋との間に於ては委託者の權利に屬するものなれども、問屋以外の第三者に對しては之を主張することを得ざるものなること前記説明(松本博士、法律小辭典)の如くなるを以て、委託者は、問屋の破産に對し取戻權を主張することを得ない。烏賀陽博士は之と反對の意見を有せられ、竹田博士は疑問を以て之に反する意見を有せらるるも、私は暫く賛同しない。買入委託を引受けたる問屋が破産宣告當時、已に買入物品の引渡を受けたる場合に於ても所有權移轉の行為なき限り、委託者の所有權は之を以て問屋以外の一般債權者に對抗すること能はざるべきが故に(松本博士、法律小辭典)、委託者は是れ亦其の物品に付取戻權を有せざるものと解する(單に破産債權を有するに止まる)。以上の如く、物品の販賣又は買入の委託を受ける問屋破産の場合に於て、委託者に取戻權なきものと解するを得る以上(松本博士、法律小辭典、一七三頁、一七四頁、一七五頁、一七六頁、一七七頁、一七八頁、一七九頁、一八〇頁、一八一頁、一八二頁、一八三頁、一八四頁、一八五頁、一八六頁、一八七頁、一八八頁、一八九頁、一九〇頁、一九一頁、一九二頁、一九三頁、一九四頁、一九五頁、一九六頁、一九七頁、一九八頁、一九九頁、二〇〇頁)は、委託者の保護甚だ薄きに失するものあるが故に、問屋破産の場合に於ける委託者保護の規定を別に設くるの必要がある。例へば、債權に付ては獨逸商法第三九二

條第二項の如き、又物權に付ても之に倣ひたる規定を設くるの必要あることである。

第三項 返還請求權と取戻

代金の支拂を受けざる賣主の權利特に隔地取引(Distanzkauf)に於ける返還請求權(Rückforderungsrecht)に付、諸國の立法例を左に説明する。

一 少數の立法例は、賣渡物品が、買主の破産宣告當時既に其の占有に屬したる場合と雖も、代金の支拂を受けざる賣主に物品の返還請求權を與ふるものがある。例へば和蘭商法第二三二條に依れば、物品の賣買が現金賣買たると信用賣買たると否とを問はず其の代金の支拂なき限りは、物品の買主たる破産者の手中に歸したる時より三十日間、賣主は其の返還を請求し得る權利を有する(九一民法一)。又西班牙商法第九〇九條第八號、メキシコ商法第九九九條第九號、ベルギー破産法第一四一條第三號等に依れば、現金取引の約にて破産者に賣渡され而も其の代金の支拂なき物品に付ては、其の物品が買主たる破産者の倉庫中に、尙包装の儘又は其他の方法に於て引渡當時の如く他のものと識別し得る状態にて、現存する限り、賣主は其の物品の取戻を爲すことを得るのである。

二 他の一、般の立法例は、右の如く代金の支拂を受けざる賣主に廣汎なる權利を與へずして、其の制限を爲すのである。即ち、隔地取引に於て物品が、破産宣告當時引渡場所にて破産者又は其他の者の占有に歸せざる限り、代金の支拂を受けざる賣主又は買入委託を受けたる問屋に、其の返還請求權あるこ

とを認むると制限したのである。此の定は衡平の觀念に基き且つ商業社會の通念に因り生じたる賣主又は問屋を保護する特別の規定である。此の賣主の返還請求權の制度は、英法に其の淵源を發する。即ち引渡前に所有權の移轉を認めたる英法は、賣主の利益保護の必要上、十六世紀以來認められたる、所謂途中差止權 (right of stoppage in transit) に基因するものであつて、此の權利は、現行法たる一八九三年の動產賣買法第四四條乃至第四六條に規定してある。之に依れば、代金の支拂を受けざる賣主は、買主が支拂不能 (Insolvency) に陥りたる場合には、運送中に在る物品を差止め、之を再び賣主の占有に歸せしめ、且つ代金の支拂まで留保することを得るの權利を有するのであつて、必ずしも買主の破産宣告を前途とせず、其の支拂不能に陥りたる事情あれば十分である。途中差止權は、買主に所有權の移轉あるを以ては其の適用を妨げざるも、然し、運送の終了、特に買主に物品の引渡ありたる時は、賣主が其の前既に運送人に對し差止權を行使せんことを通知せざる限り、其の終了又は引渡に依り其の適用を妨げらるる(詳細は加藤博士研究五卷一四九頁以下、同要論一八九頁)。米國統一賣買法第五七條乃至第五九條も、亦大體英法と同様である。

丁抹、瑞典諾威に於ては、代金の支拂を受けざる賣主の返還請求權は、賣買法第三九條乃至第四一條に之を認むる(尚丁抹破四條、諾威破四〇條參照)。此等の法律は、英法に倣ひたるものであつて、即ち、賣主の返還請求權を認むるが爲めには、買主の支拂不能特に差押を爲して其の効果なかりしことを以て足る。物品が破産宣

告後破産財團に交付されたる場合に於ても、其の返還を請求することを得る。尤も破産財團の側即ち破産管財人が賣買に加入するか又は擔保を供することに依りて其の返還を爲すことを免がらるることを得る。善意の第三者に對しては、返還請求を爲すことを得ない。和蘭商法第二三二條乃至第二三九條に依れば、買主が、手形其他の商業證券を以て賣買せられ且つ引渡を受けたる物品の全部の代金に付其の引受を爲したるときは、賣主の返還請求權は消滅する。蓋し手形其他の商業證券の引受に依り基本と爲りたる破産債權の消滅を來たすべき更改と爲りたるものと見るからである。物品の返還を受けたる賣主は、已に支拂を受けたる代金の一部を買主に返還し且つ運送及保險の爲め支出したる費用に付買主より之が損害を賠償させねばならぬ。破産管財人が賣買契約に加入することに因りて、留置權を消滅せしむることを得る。

佛蘭西商法第五七七條に依れば、賣主は其の賣却したる商品にして未だ破産者に引渡を爲さざるもの又は破産者若は其の計算に於ける第三者に發送を爲したるときは、之を留置 (revendre) することを得る。既に破産者に就て發送したる商品に付ては、其の倉庫に於て又は破産者の計算を以て賣却を爲すべき委託を受けたる問屋の倉庫に於て未だ引渡を完了せざる場合に限り、之を取戻 (revendiquer) することを得る(第五七六條)。然し此の取戻は、商品が其の到着前發送者の署名したる目錄、船荷證券若は運送狀に依り詐欺に因らずして賣却せられたるときは、之を行ふことを得ない(同條)。斯くの如く、取戻を爲すこ

とを得ざる場合に於ては、學說に依れば、商法第五七五條第二項の類推に依り、賣主は代償的取戻を爲すことを得るのである (Dollé, Rechtsvergl. HWB.) (同第二項に於ては、「破産者ニ交付シタル商品ニ付未タ支拂ヲ受ケス未タ價額確定セス又ハ破産者ト買主トノ繼續的計算ニ依リ未タ相殺ヲ爲ササル代金アルトキハ、其ノ全部又ハ一部ニ付取戻ヲ爲スコトヲ得」と明定する)。而して商法第五七八條第一項に依れば破産管財人は右取戻を得ざる場合に於て、破産主任官の許可を受け、賣主と破産者との間に合意したる代金を賣主に支拂ひて商品の引渡を請求する権利を有するのである。佛蘭西法系に屬するものは仲々多數である。即ちブルガリア商法第七六三條乃至第七六五條、瑞西債務取立及破産法第二〇三條、西班牙商法第九〇九條第九號、葡萄牙商法第四〇八條 (尤も買主が破産宣告を受けたるときは、支拂を受けざる賣主は、商品の引渡義務を免かれる。但し代金支拂の爲めに擔保を供したるときは此の限りでない)、伊太利商法第八〇四條乃至第八〇六條、埃及商法第三九三條乃至第四〇三條、民訴第三八三條以下 (此の法律は、商品が破産者の指圖に依り賣主が破産者たる買主に發送したるときに於ても、取戻を行ふことを得ない)、白耳義商法第五六八條乃至第五七一一條、ルクセンブルグ商法第五六八條乃至第五七一一條、ルーマニア商法第八一四條乃至第八一六條、メキシコ商法第九九九條第一〇號、アルゼンチン商法第一四七六條乃至第一四八六條 (著しく前記和蘭法に類する)、ブラジル破産法第一三八條第四號 (大いに佛法に類似する)、智利商法第一五一三條乃至第一五一四條 (善意の買主に依る商品取消の場合には、賣買

代金請求權の代償的取戻を認む)、ベルギー破産法第一四四條以下等の如きである。

獨逸破産法第四四條は、賣主又は問屋の所謂追及權 (Verfolgungsrecht) に付定を爲して居る。即ち賣主又は買入委託を受けたる問屋が、他の場所より取引の目的たる商品を破産者に發送し且つ破産者に於て未だ代金を完全に辨濟せざるときは、賣主又は問屋は、其の商品が破産手續開始前に引渡地に到達せず破産者又は其他の者の現實の占有に歸せざる限り、其の返還を請求することを得る。尙破産管財人は、其の契約に付其の履行を選択することを得るのである。此の規定は、佛商法第五七六條に倣ひて設けられたるものであつて (Hager, KO. § 44, Einleitung)、學者は、前記の如く之を一般取戻權に對する特殊の取戻權 (besondere Aussonderungsrecht、佛法は民第二二〇二條第四號にも商五七六條と同じく取戻 revendication なる文字を使用する) と云はずして、一般に追及權と稱する。尤も獨逸法は、和蘭破産法と異なり、取戻を爲す賣主は、已に支拂を受けたる代金の一部を償還し且つ運送及保險の費用に付破産財産に損害を及ぼすべきものにあらざる旨を規定せぬ。又智利の法律と異なり、第三者の善意取消の場合に於ける取戻權者の地位に關する規定を設けぬのである。而して獨逸法に倣ふものは、匈牙利破産法第四四條、第四五條 (賣主の取戻に限らる)、奥太利破産法第四五條 (奥は法文上 Verfolgungsrecht 追及權なる文字を用ふ)、チェッコ・スロワカイ破産法第四八條 (同追及權なる文字を用ふ)、ユーゴ・スラウキア破産法第四四條 (同敍上の文字を用ふ) 等である。

三 隔地取引に於ける賣主又は問屋の返還請求權（獨逸の所謂追及權、私の所謂特殊の取戻權）の法律上の性質に付ては、大いに議論がある。（一）獨逸及奧太利の學說及判例中の一は、返還請求權は惡意の第三者に對しても追及を爲すことを得る所有權移轉の復歸を發生せしむる物權的效力を有するものなりと説くものにして、即ち返還請求權は、以前の所有權移轉の無効を既往に遡りて發生せしむる物權的效力を有するものなりと説明し（RG, Pal. 8, 106; Petersen-Kiehnkeller, § 44 Anm. 29; Olaf, Frankf. S. A. Pal. 69, Nr. 1）、其の一は、取戻權は、法律の規定に依り生じたる權利であつて、所有權の返還を目的とする債權的效力を有する。換言すれば、返還の義務は、契約關係に基くものなるも、實質は契約關係に基因するものにあらずして全く法律の規定に依りて生ずる。契約解除に因りて雙方の給付を返還するの義務を生せしむると同じく破産法の返還請求權に因りて商品の所有權に付之を返還せしむるの義務を生せしむるものであつて、賣買關係は代金の不拂を理由とし返還の請求に依り解消するものなりと説明する（RG, Pal. 82, 107; Pal. 41, 234; Jaeger, Anm. 1; Meitzel, KO, § 44, Anm. 6; Bismuth, Stuch, 10. (二)他は主として佛、法學者の説く所であつて、即ち賣買關係は返還請求に因り何等の影響を受けない。返還請求は、商品の引渡なかりしと同じく、其の返還のみを目的とするもので、從て賣主は留置權を主張することを得るの状態に在りと説明するのである（Dolle, dem. 10. 敍上の説の孰れが正當なるやは、總ての立法例に適して一般的に之を論ずるを得ない。其の解決は、破産法の規定特に第三者取得者の地位及受領したる代金一部の返還に付ての賣主の義務に關する規定並

に相手方の不履行に因る雙務契約の遲滞に關する民法の規定等を參酌して、之を爲すべきものである。

四 (イ) 我が破産法第八九條及第九〇條は、獨逸法に倣ひて、賣主及問屋の追及權（私の所謂特殊の取戻權）を認むる。此の追及權は、一般取戻權に於けると異なり、物品の所有權が相手方たる賣主又は委託者に屬するものなるにも拘らず、法律は衡平の觀念と取引の安全とに基礎を置きて、賣主又は問屋に追及權を認めたのである。而して賣主又は問屋の追及權は、獨伊と同じく、破産宣告ありたる場合の權利であつて、破産法上特に認めたる權利である。加之追及權成立の條件は、買主又は委託者の破産開始の時を標準とし、此の時期に物品が運送中に在るや（即ち買主又は委託者の占有に入らざるや）否やを決するのであつて、英法の如くに、支拂不能の時期を以て其の條件と爲さぬのである。左れば、我が國に於ては立法上の改正意見を主張することと爲る。這是、加藤博士の既に述べられたる所なるも（同博士要論一八九頁、一九二頁）、私は之に賛同するものなるを以て、茲に之を披瀝する。即ち賣主に此の如き權利を一般的に認め、英法の如く、買主の破産宣告あると否とに論なく、其の利益を保護するを可とする。尤も商法第五八二條は、荷送人が運送人に對する運送の中止其他の權利を認むるも、此の權利は荷受人が到達地に於て引渡を請求せる後は之を行ふことを得ざるのみならず、此の權利は、荷送人對運送人間の權利にして賣主對買主間のものにあらざるを以て、此の規定に依り買主破産の場合に於て賣主を保護することを得ない。依て破産法は隔地取引に於ける賣主の取戻權を認めたのである（加藤博士要論一八九頁、一九二頁）。又民法第三二二

條は、同條所定の特別先取特權を賣主に與ふるを以て、買主破産の場合に於ては賣主は別除權者として其の保護を受くべきものなれども(三條九)、賣主が此の別除權を行ふに付ては、競賣其他の手續に依り其の權利を行使する如き煩雜がある。依て立法論としては、加藤博士の述べられる如く(加藤博士)、廣く一般に動産買賣の賣主に、買主の支拂不能の場合には、破産宣告あると否とに拘らず、右の取戻權を與ふることを爲すを可とする。前記の如く、我が破産法は、追及權若は特殊の取戻權成立の要件として、商品が買主の占有に入りたりや否やを決する時期を、破産宣告に置いたのである。破産宣告の時期を以て取戻權成否の標準と爲すときは、取戻權は大概行はれざることと爲るを通例とする。蓋し物品發送ありたる時より破産宣告の時までは、可なり相當長き時間を要すべく、其の間には物品は買主の占有に歸することと爲るからである。左れば、加藤博士の主張せらるる如く(加藤博士)、買主が破産宣告を受けざるも、尙、支拂不能に陥るに於ては、賣主は取戻權を行使し得ることに改むべきである。

(ロ) 我が追及權若は特殊の取戻權は、物品の所有權が買主に移轉せる場合に、法律が、特に賣主に付與したる權利であつて、買主をして此の場合に物品の所有權又は占有權を返還せしむる請求權である。此の事は、破産法第八九條第一項の規定に依り看取することを得る。即ち特殊取戻權の法律上の性質は、物權的請求權にあらずして債權的請求權と云ふべきである(加藤博士著要論一九三頁以下。拙著日本破産法二二九頁。然るに、に井上教授著破産法編四九頁以下は、此種の請求權を認むる)。

第四項 妻の取戻權

一 諸國の立法例は、破産者の妻の取戻權を認むる。而して獨逸民法第一三六二條は、夫婦の一方又は雙方の占有に在る動産無記名證券及白地裏書附指圖證券は、妻の用具物品を除き、其他は夫の債權者の利益の爲めに夫に屬するものと推定する。然るに獨逸破産法第四五條は、破産者の妻は、其の婚姻繼續中取得したる財産に對しては、破産者の資力に因り取得したるものにあらざることと證明したるときに限り、其の取戻を請求することを得るものと定むる。又奧太利民法第一二三九條に依れば、妻が婚姻中に取得した動産は、妻に於て自ら其の動産を取得したるものにして夫の取得したるものにあらざることと證明するときは、夫の破産財團より其の動産を取戻すことを得る。妻の取戻權に付ての其他の制限は、同民法の條文に規定せぬ。破産法第五五條は、夫に對し爲したる婚資の引渡の證據に付てのみ之を斟酌するに過ぎない。チェッコ・スロワカイ破産法第五五條、ユーゴ・スラウキア破産法第五四條は、奧太利破産法第五五條と同一の規定を定むる。匈牙利破産法第四六條に依れば、破産者の妻は物件を婚姻前に取得し又は婚姻後なるも夫の金錢にて取得したるものにあらざることと證明するに於ては、其の物を夫の破産財團より取戻すことを得る。又妻は、夫が其の營業の爲めに使用せる妻の物件に付ては、其の物件が外形上妻に屬するものなることの明白ならざる限り、其の物件を取戻すことを得ない。和蘭破産法第六一條は、妻に屬する動産及不動産の取戻に付ては、争ひある場合に限りて、其の財産の自己の所有に屬することに付民法の定むる規定に依り、其の證明を爲すを要する旨を定む。尙同法第四項は

夫が妻の財産を他に譲渡したる場合に於ては、妻は其の代金支拂請求權又は財團に於て他の財産と混同せざる代金の代償的取戻權を有する旨を規定する。瑞西民法第二一〇條第三項及第二一一條に依り、妻は取戻權又は代償的取戻權を有することを明認することを得る。佛蘭西商法第五七條乃至第五六一條は、夫の破産の場合に於ける妻の權利 (Droits de femmes) を規定するものなるが、妻が婚姻中有償にて取得したる財産に關し夫の破産の場合に於て、其の所有權を有することに於ての證明の責任を負はしむ。且つ同法第五九條に依れば、破産者の妻の取得したる財産は、法律上其の夫に屬し、夫の金錢を以て支拂を爲したるものと推定して夫の財團中に加算することを要する旨を定むる。ブリガリア、埃及、白耳義、ルクセンブルグ、ルーマニア、西班牙、メキシコ、アルゼンチン、ブラジル、ベルギーの法律は、大體佛法に類似する。而して英國及米國の破産法は、妻の取戻權に關する規定を包含せぬ。

二 我が破産法は、英米法と同じく、特に妻の取戻權に關する規定を定めぬ。我が民法第八〇七條に依れば、妻が婚姻前より有せる財産及婚姻中其の名に於て得たる財産は、其の特有財産とし、夫婦の執れに屬するか分明ならざる財産は、夫の財産と推定するのである。左れば、夫の破産に於ては此の定に依り、妻に取戻權あることを明認することを得る。西洋の如く、特に妻の權利を形式上尊重せんとする國に於ては、特に妻の破産上の取戻權に付破産法に明記するの必要あるべしと雖も、我が國に於ては、我が民法に依り、妻に破産上の一般取戻權^(八七) あることを看視するを得る以上、特別に之に關する規定を設くる必要はないであらう。

第五項 代償的取戻權

一 諸國の立法例は代償的取戻權 (Ersatzaussonderungsrecht) を認むる。而して總ての取戻物件に代ふる代償的取戻に於ては、獨逸破産法第四六條及匈牙利破産法第四三條之を定むる。即ち之に依れば、取戻さるべき物件が破産手續開始前破産者より、其の開始後は破産管財人より他に譲渡せられたる場合に於ては、取戻權者は物件の取戻を爲す代りに、未拂の反對給付請求權に關する權利の移轉を又は反對給付自體(反對給付が破産開始後財團に回收せられ且つ他の財産と識別し得るとき)の權利の移轉を請求することを得る。獨逸法は、敍上の如く、破産宣告前破産者に於て取戻の目的物を他に移轉し破産宣告後に至り破産管財人が第三者より其の反對給付を破産財團に回收したる場合に於ても、取戻權者は其の反對給付に付代償的取戻權を行ふことを得る旨を定むる (Meyer, KO. § 46. Anm. VI f; Dersolle, Lehrb. S. 108 f.; 獨逸法は、斯くの如く廣き範圍に於て代償的取戻權を認むる。瑞西債務取立及破産法第二〇二條は、獨逸法と同じく、廣汎なる代償的取戻權を認む。尤も同條は、權利者が他の法規、例へば債務法第三二條(代理)、第四〇一條(委任)、第四二五條(問屋)等の規定に依り、直接に反對給付の債權を取得したる場合を斟酌せぬことは、注目すべきである。埃太利破産法第四四條第二項、チェッコ・スロワカイ破産法第四七條第二項、ユーゴ・スラウキア破産法第四三條第二項は、代償的取戻權を破産管財人に於て破

産開始後他に移轉したる取戻物件に付存することのみを規定し、破産宣告前破産者の爲した移轉に付ては、権利者に只た破産債権を付與するに過ぎない。此の點に付て、奧太利破産法及之に類する法系よりも、代償的取戻權を認むる範圍が廣ル破産法第一四三條は、破産財團は取戻請求を受けたる物件は、其の儘の現物にて之を返還すべく、若し物件が他の物に依り代へられたるときは、其の代物を返還すべく、又、物そのものも又代物そのものも現存せざる時は、代金を以て代償すべき旨を定める。而して佛蘭西及伊太利では佛商法第五七五條第二項又は伊商法第八〇三條第二項を類推して、一般の代償的取戻權を認むる旨の學說あるも、争ひがある (Holle, *op. cit.*)。

二 (イ) 我が破産法第九一條は、獨逸破産法と同じく廣範圍に於て代償的取戻權を認むる。左れば、此の點に付ては、獨逸法と共に奧太利破産法及之に類する法系よりも、代償的取戻權を認むる範圍が廣きに互るのである。元來取戻權の行使は、其の目的たる財産が破産財團に組入れられ、其の現存することを前提とする。従て純理より云へば其の財産が破産者又は破産管財人に依り、他に讓渡せられたる場合に於ては、最早取戻權を行使することを得ざるべき筈である。然し這は破産財團が不當の利得を得ることと爲りて、衡平に合せず取戻權者の利益を保護する所以に在らざるに依り、破産法は、一般取戻權及特殊の取戻權 (所謂追及權) の外に、尙破産財團に對して民法に依り請求し得べき賠償請求權を代償的取戻權として認め、以て取戻權者の利益を保護したのである (Meyers, *op. cit.*, § 46, Anm. 1.)。我が代償的取戻

權を認むる場合は、次の如くである。即ち

(1) 破産者が破産宣告前に取戻の目的たる財産を他に讓渡し、且つ讓受人が未だ其の反對給付を爲さざる場合に於ては、讓渡なかりせば財産そのものの取戻を爲すことを得べかりし取戻權者は、反對給付請求權の移轉を破産管財人に請求することを得る (破九一條)。破産管財人が破産宣告後破産手続中取戻の目的たる財産を他に讓渡し且つ讓受人が未だ其の反對給付を破産財團に爲さざる場合に於ても、亦右と同じである (同條一)。

(2) 取戻權の目的たる財産が破産宣告前破産者に依りて讓渡せられ又破産宣告後破産手続中破産管財人に依りて讓渡せられたると否とに拘らず、破産管財人に於て讓受人より反對給付を受けたるときは、取戻權者は破産管財人が反對給付として受けたる財産の給付を請求することを得る (同條)。右は、反對給付として受けたる財産が破産財團中の他の財産と識別し得べき場合なるも、若し反對給付として受けたる財産特に金銭が破産財團中の他の財産と混和し若し其他の事由に因り、二者識別すること能はざるに至りたるときは、取戻權者は財團債權 (破四七條四) として其の權利を行使するの外他に途がない (加藤博士要論三本條註三三〇頁、拙著日本文學雜誌、KO, § 46, Anm. 10; Heyer, *op. cit.*, § 46, Anm. 3 c.)。

(3) 破産者が破産宣告後取戻權の目的たる財産を讓渡したるときは、其の讓渡は破産財團に對抗することを得ざるものなるが故に (破五條)、破産管財人は其の財産を破産財團に回収することを得る。従て取戻

権者は、其の回収後に於て、始めて其の財産に對し取戻権を行ふことを得る。若し破産管財人が破産者の行爲を追認し其の財産を回収せざる時は、取戻権者は譲受人に對する反對給付請求權の移轉を破産管財人に請求することを得る(Trust, K.O. & Anon. II, 加註(四)。
Trust, K.O. & Anon. II, 加註(四)。

(4) 破産者が破産宣告前に取戻権の目的たる財産を譲渡し、破産宣告後に至り、破産者自身に於て、譲受人より反對給付を受けたるときは、其の反對給付は破産財團に對抗することを得ざるものなるを以て(破五)、取戻権者は反對給付請求權の移轉を請求することを得る(Trust, K.O. & Anon. II, 加註(四)。

(5) 然れども、破産者が破産宣告前、取戻権の目的たる財産を譲渡し而も破産宣告當時までに、反對給付を受けたるときは、破産者は他人の財産に因り不當に利得したるものなるを以て、被害者は、其の利得返還請求權を破産債權として主張することを得るに過ぎない。蓋し利得返還請求權は破産宣告當時に既に発生したるものなるを以てである(Trust, K.O. & Anon. II, 加註(四)。

(ロ) 破産者又は破産管財人が取戻権の目的たる取戻権者所有の財産を譲渡したる場合に於て、取戻権者は一般の取戻権を行使することを得るは勿論、民法上の損害賠償の請求を爲すことを得るのみならず、第三者(第三者が民法第一九二條以下の所謂即時取得に依り所有權を取得せざる限り)に對し所有權に基く追及權を行使して其の返還を受くることを得る。左れば取戻権者は、損害賠償請求權を破産債權として主張することを得べく、又所有權に基く返還請求權と代償的取戻権との二者をも主張することを得

る。若し取戻権者が返還請求權と取戻権との二者の中其の一を選択して其の満足を得たるときは、他の一を失ふこと勿論である。而して破産管財人が財産の譲渡を爲し、且つ其の行爲に因り取戻権者をして取戻請求を爲すこと能はざらしめたる場合に於ては、其の行爲に因る損害に付ては、取戻権者は、財團債權として其の請求を爲すことを得る。又破産管財人は、善良なる管理者の注意を怠りたることを理由として(破一六)、自身自ら其の責に任ずることあるべきである(Trust, K.O. & Anon. II, 加註(四)。

(ハ) 代償的取戻権に付ては、種々の立法例あるも、我が立法は獨逸法と共に良好のものとして云ひ得る。獨逸太利法制及之に屬する立法は、其の範圍狭くして、取戻権者を保護するに十分ならず、又佛蘭西法系の立法は不完全なるのみならず果して代償的取戻権を認めたるものなりや不明であるを以て、共に採用するの價値が少ない。

第六項 取戻権の行使

一 取戻権行使の方法に付て之を見るに、(一)獨逸破産法第四三條に依れば、取戻権は破産手續以外に於て裁判上又は裁判外に依ると否とを論なく、之を行使することを得るのである。而して若し裁判上の行使に依らんとせば、取戻権者は破産管財人を相手方として、或は給付の訴に依り或は確定の訴に依り其の權利を行使せざるべからざるのみならず、其の訴は普通の訴の如く受訴裁判所に之を提起することを要する。又破産管財人は取戻権を主張する者に對し、之を被告として進んで取戻権不存在の確定訴

を提起することを得る (Jurgen, K.O. § 43, Anm. 10; Mentzel, § 43, Anm. 30 f; Heyer, 10) 奥太利破産法第四四條第一項、ユーゴ・スラウキア破産法第四三條第一項、チェッコ・スロワカイ破産法第四二條第一項、和蘭破産法第二五條及スカンデナビア諸國の法律は、獨逸法と同様である (奥太利に付テハ Erloten, Journ. 2. 27)。瑞西債務取立及破産法第二三二條第二號に依れば、破産者の爲したる破産の公告は、一ヶ月内に取戻の請求を爲すべき旨を總ての取戻権者に催告するを以て、取戻権者は、其の期間内に取戻の請求を爲すことを要する。尤も其の期間は、除斥期間ではない。又同法第二四二條に依れば、取戻の相手方は破産管財人たることは勿論であるが、破産管財人に於て其の請求を理由にして爲すときは、取戻請求者に對し十日内に訴を提起すべきことを命ずる。若し其の期間内に訴を提起せざるときは、請求は無効なるものと看做さる。訴は、破産開始ありたる場所の裁判所に於て破産管財人に對して繫屬する。其の手續は、各個の通常訴訟手續に従ふ (U. K. Art. 322. Nr. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 75. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 87. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100. 101. 102. 103. 104. 105. 106. 107. 108. 109. 110. 111. 112. 113. 114. 115. 116. 117. 118. 119. 120. 121. 122. 123. 124. 125. 126. 127. 128. 129. 130. 131. 132. 133. 134. 135. 136. 137. 138. 139. 140. 141. 142. 143. 144. 145. 146. 147. 148. 149. 150. 151. 152. 153. 154. 155. 156. 157. 158. 159. 160. 161. 162. 163. 164. 165. 166. 167. 168. 169. 170. 171. 172. 173. 174. 175. 176. 177. 178. 179. 180. 181. 182. 183. 184. 185. 186. 187. 188. 189. 190. 191. 192. 193. 194. 195. 196. 197. 198. 199. 200. 201. 202. 203. 204. 205. 206. 207. 208. 209. 210. 211. 212. 213. 214. 215. 216. 217. 218. 219. 220. 221. 222. 223. 224. 225. 226. 227. 228. 229. 230. 231. 232. 233. 234. 235. 236. 237. 238. 239. 240. 241. 242. 243. 244. 245. 246. 247. 248. 249. 250. 251. 252. 253. 254. 255. 256. 257. 258. 259. 260. 261. 262. 263. 264. 265. 266. 267. 268. 269. 270. 271. 272. 273. 274. 275. 276. 277. 278. 279. 280. 281. 282. 283. 284. 285. 286. 287. 288. 289. 290. 291. 292. 293. 294. 295. 296. 297. 298. 299. 300. 301. 302. 303. 304. 305. 306. 307. 308. 309. 310. 311. 312. 313. 314. 315. 316. 317. 318. 319. 320. 321. 322. 323. 324. 325. 326. 327. 328. 329. 330. 331. 332. 333. 334. 335. 336. 337. 338. 339. 340. 341. 342. 343. 344. 345. 346. 347. 348. 349. 350. 351. 352. 353. 354. 355. 356. 357. 358. 359. 360. 361. 362. 363. 364. 365. 366. 367. 368. 369. 370. 371. 372. 373. 374. 375. 376. 377. 378. 379. 380. 381. 382. 383. 384. 385. 386. 387. 388. 389. 390. 391. 392. 393. 394. 395. 396. 397. 398. 399. 400. 401. 402. 403. 404. 405. 406. 407. 408. 409. 410. 411. 412. 413. 414. 415. 416. 417. 418. 419. 420. 421. 422. 423. 424. 425. 426. 427. 428. 429. 430. 431. 432. 433. 434. 435. 436. 437. 438. 439. 440. 441. 442. 443. 444. 445. 446. 447. 448. 449. 450. 451. 452. 453. 454. 455. 456. 457. 458. 459. 460. 461. 462. 463. 464. 465. 466. 467. 468. 469. 470. 471. 472. 473. 474. 475. 476. 477. 478. 479. 480. 481. 482. 483. 484. 485. 486. 487. 488. 489. 490. 491. 492. 493. 494. 495. 496. 497. 498. 499. 500. 501. 502. 503. 504. 505. 506. 507. 508. 509. 510. 511. 512. 513. 514. 515. 516. 517. 518. 519. 520. 521. 522. 523. 524. 525. 526. 527. 528. 529. 530. 531. 532. 533. 534. 535. 536. 537. 538. 539. 540. 541. 542. 543. 544. 545. 546. 547. 548. 549. 550. 551. 552. 553. 554. 555. 556. 557. 558. 559. 560. 561. 562. 563. 564. 565. 566. 567. 568. 569. 570. 571. 572. 573. 574. 575. 576. 577. 578. 579. 580. 581. 582. 583. 584. 585. 586. 587. 588. 589. 590. 591. 592. 593. 594. 595. 596. 597. 598. 599. 600. 601. 602. 603. 604. 605. 606. 607. 608. 609. 610. 611. 612. 613. 614. 615. 616. 617. 618. 619. 620. 621. 622. 623. 624. 625. 626. 627. 628. 629. 630. 631. 632. 633. 634. 635. 636. 637. 638. 639. 640. 641. 642. 643. 644. 645. 646. 647. 648. 649. 650. 651. 652. 653. 654. 655. 656. 657. 658. 659. 660. 661. 662. 663. 664. 665. 666. 667. 668. 669. 670. 671. 672. 673. 674. 675. 676. 677. 678. 679. 680. 681. 682. 683. 684. 685. 686. 687. 688. 689. 690. 691. 692. 693. 694. 695. 696. 697. 698. 699. 700. 701. 702. 703. 704. 705. 706. 707. 708. 709. 710. 711. 712. 713. 714. 715. 716. 717. 718. 719. 720. 721. 722. 723. 724. 725. 726. 727. 728. 729. 730. 731. 732. 733. 734. 735. 736. 737. 738. 739. 740. 741. 742. 743. 744. 745. 746. 747. 748. 749. 750. 751. 752. 753. 754. 755. 756. 757. 758. 759. 760. 761. 762. 763. 764. 765. 766. 767. 768. 769. 770. 771. 772. 773. 774. 775. 776. 777. 778. 779. 780. 781. 782. 783. 784. 785. 786. 787. 788. 789. 790. 791. 792. 793. 794. 795. 796. 797. 798. 799. 800. 801. 802. 803. 804. 805. 806. 807. 808. 809. 810. 811. 812. 813. 814. 815. 816. 817. 818. 819. 820. 821. 822. 823. 824. 825. 826. 827. 828. 829. 830. 831. 832. 833. 834. 835. 836. 837. 838. 839. 840. 841. 842. 843. 844. 845. 846. 847. 848. 849. 850. 851. 852. 853. 854. 855. 856. 857. 858. 859. 860. 861. 862. 863. 864. 865. 866. 867. 868. 869. 870. 871. 872. 873. 874. 875. 876. 877. 878. 879. 880. 881. 882. 883. 884. 885. 886. 887. 888. 889. 890. 891. 892. 893. 894. 895. 896. 897. 898. 899. 900. 901. 902. 903. 904. 905. 906. 907. 908. 909. 910. 911. 912. 913. 914. 915. 916. 917. 918. 919. 920. 921. 922. 923. 924. 925. 926. 927. 928. 929. 930. 931. 932. 933. 934. 935. 936. 937. 938. 939. 940. 941. 942. 943. 944. 945. 946. 947. 948. 949. 950. 951. 952. 953. 954. 955. 956. 957. 958. 959. 960. 961. 962. 963. 964. 965. 966. 967. 968. 969. 970. 971. 972. 973. 974. 975. 976. 977. 978. 979. 980. 981. 982. 983. 984. 985. 986. 987. 988. 989. 990. 991. 992. 993. 994. 995. 996. 997. 998. 999. 1000.

て裁判所の保管に在るときは、簡易手續に依り其の争ひを裁判に決すべきである (三新破産法二)。

伊太利商法第八〇七條、ルーマニア商法第八一七條、ブルガリア商法第七六六條に依れば、取戻権に付ては個々の債権者及破産者之を争ふことを得べくして、其の争ひの裁判に付ては、訴訟の價額に従ひ或は破産主任官に於て、或は破産管財人に於て(ルーマニア)、或は破産裁判所に於て之を管轄する。ブラジル破産法第一三九條は破産裁判所が裁判する旨を定む。尙葡萄牙商法第二三四條第一號及アルゼンチン商法第一四六九條第一號、第一四七〇條に依れば、取戻権の請求は、破産債権の請求に關する届出手續及確定手續に依りてのみ、其の存否の範圍を確定するのである。

二 一) 我が現行法の下に於ては、獨逸法と同じく、取戻権は破産手續に依らずして之を行ふことを得る。是れ取戻権は破産債権にあらざるを以てである (六破一)。從て取戻権者は裁判上又は裁判外に於て破産管財人に對し、其の權利を主張することを得る。若し破産管財人が裁判外に於て取戻権者の主張を認め且つ之に對し財産の取戻又は其他の代償的取戻権を認めたる場合は格別、之を認めざるに於ては、取戻権者は破産管財人を相手方として、或は給付の訴に依り又は確認の訴(取戻権者が利益權又は賃借權の存在を主張する場合の如き)に依りて、財産其他の取戻を爲すことを要する。而して、其の訴は、價額の如何に従ひ、普通の訴訟手續に依り、或は區裁判所に或は地方裁判所に提起せねばならぬ。是れ即ち我が法律は、所謂破産裁判所吸收主義 (ves attractiva) を採用せぬ譯である (瑞西匈牙利は吸收主義

を採ることは前記の如し。次に取戻の訴に於ては、破産管財人は破産者の有する一切の抗辯を提出することを得ること勿論なるのみならず、破産管財人に於て自ら進んで取戻権を主張せんとする者に對し取戻権不存在の確定訴訟を提起し得るは前記の如くである。破産管財人が裁判上又は裁判外に於て、千圓以上の價額あるものの取戻権に付、其の承認を爲すのは、監査委員の同意を得ることを要する(第一九七條)。破産管財人が取戻権の目的たる財産を破産財團に組み入れずして、其の財産が依然破産者の手中に存するときは、取戻権者は破産者を相手方として其の権利を行ふべきであつて、這是全く破産法に關係なき事項に屬する(加藤博士著、第一八五頁)。

(ロ) 破産事件は、我が現行法の如く總て之を區裁判所の管轄に屬せしめずして、其の大小に従ひ、或は區裁判所管轄とし或は地方裁判所の管轄とし、若は地方裁判所長をして其の孰れの裁判所の管轄に屬するやを決せしむべきである(例へば、破産法研究八卷五頁以下、拙著法律學第三卷二頁以下)。而して取戻訴訟は、破産裁判所たる區裁判所又は地方裁判所の管轄に屬せしめ且つ此等破産裁判所をして取戻権の存否及範圍に付之が裁判を爲さしむるを可とする。即ち將來は、取戻訴訟に付ては所謂吸收主義を採用すべきものと信する。是れ取戻訴訟に付適切に且つ迅速に之を發展終了せしむるの利益あるを以てである。瑞西の前記立法例に依れば、取戻権者は十日内に訴を提起すること(十日とは極めて短しと驚く學者もある)(例へば、Public Reorganization Act, 1937, § 11, 12)を要することを知り得るに於ては思半ばに過ぐるものがある。

第四章 破産手續

第一節 破産手續機關

第一款 一 般

破産手續 (Konkurs = od. Gantverfahren) とは、債務者が支拂困難 (Zahlungsunzulänglichkeit) に陥りたる場合に、其の總財産を換價して、之を總ての債權者に、公平に分配することを目的とする裁判上の手續を云ふ。而して破産手續を開始、發展及終了せしむるが爲めには、夫々の機關を必要とする。我が破産法の定むる機關は、四個であつて、即ち破産裁判所、破産管財人、監査委員及債權者集會等である。破産裁判所 (Konkursgericht) は、破産手續の開始及終結、強制及保全處分の裁判、破産管財人の選任及監督、監査委員選任の許可、債權者集會の招集及指揮、未確定債權の議決權行使及破産管財人の配當表に對する異議の裁判、強制和議の認可等普通の破産手續に屬する事項を管掌する職務を有する。破産管財人 (Konkursverwalter; syndic; trustee in bankruptcy) は、破産財團に屬する財産の占有、管理及換價を爲し、其の換價して得たる金銭を破産者の總債權者に分配し、破産財團の爲めに否認權を

行使して其の増加を計り、又破産債権者の不當なる請求に對し異議を主張する等の職務を有する機關である。監査委員 (Gläubigerausschuss; committee of inspection) は、破産管財人の職務執行を監督し且つ之を補助するの内部機關である。次に債権者集會 (Gläubigerversammlung, meeting of creditors; assemblée des créanciers) は、破産裁判所の招集及指揮に依り行動する破産債権者團體の機關であつて、各種の決議を爲し、破産管財人の報告を受け又は意見の發表を爲す等の任務を有するものである。

第二款 破産裁判所

一 世界の立法例を見るに、和議事件を商業會議所の管轄に屬せしむる中華民國破産法の如きものもあるも(一) 破産法第三四條、破産事件は、之を總て裁判所の管轄と爲すのであつて、裁判所以外の他の機關の管轄に屬せしめたるものあるを發見せぬのである。

二 破産事件を裁判所の管轄に屬せしむる立法例は、前記の如く世界各國其の軌を一にし居るも、然し、之を單獨判事を以て構成する區裁判所の管轄に屬せしむべきや、將た又合議裁判所の管轄に屬せしむべきやに付ては立法例分れ、且つ右と異なる立法例を採る國もある。即ち左に説明する。

(イ) 破産事件を迅速に且つ簡單に發展終了せしめんとする意圖に出でた立法例は、破産事件を單獨判事を以て構成する區裁判所 (Amtsgericht) の管轄に屬せしむる。我が法律の採る所である(二) 破産法第一四條。之

に依れば、破産事件は、破産者が主たる營業所を有するときは、此の營業所所在地、營業所なきときは其の普通裁判所の所在地を管轄する區裁判所の管轄に專屬する。二以上の裁判所が、管轄權を有するときは、破産事件は、先きに破産申立ありたる裁判所の管轄に專屬する(三) 破産法第一〇條。區裁判所の破産判事は、數多の個々の職務中普通手續に屬するものに付て(四) 破産法第一〇條、其の責に任ずるも、然し取戻權、別除權及異議ある破産債權に關する裁判を爲さざるのみならず、破産財團の管理及處分を掌ることを爲さぬのである。區裁判所判事が偶々破産事件に付て取戻權、別除權及異議ある債權に關する裁判を爲すこともあるも、這是其の事件の破産判事としての資格に於て爲すものにあらずして却つて受訴裁判所 (Processgericht) としての資格に於て管掌するのである(五) 破産法第一〇條。而して獨逸破産法第七一條以下は、我が破産法と全く同一であつて、破産事件は單獨判事を以て構成する區裁判所の管轄に專屬することを定める。

葡萄牙に於ては一人の判事と陪審員 (判事より質問を受けたる形式的事項に付てのみ判斷を爲すもの) とより成る第一審商事裁判所が商事破産事件を管轄し(Handelsgesetz des Erd., VIII. S. 18. 2f.)、アルゼンチン一八八九年商法第一三三四條(Handelsg. d. Erd., IV. S. 228. Ann. 2.)及智利商法第一三四五條、民事訴訟法第八九八條に於ても又、右と同様に、破産者の住所を管轄する商事裁判所 (一人の判事と陪審員とより成る) が破産事件を管轄する(Rechtstverord., S. 136.)。

一九〇八年のブラジル破産法第七條及一九二九年改正破産法第七條は、破産事件は一人の商事判事之を管掌する者を定む。而して破産の宣告は、債務者の主たる營業所、又はブラジル國外に存する企業の支店の所在地を管轄する判事の權限に屬する。

スカンデナヴィア諸國に於ても、單獨判事が破産裁判所として行動するのであつて、例へば丁抹に於ては首府コーペンヘイゲンに於ては、控訴院、宮廷裁判所及市裁判所の破産委員が破産裁判所と爲るのであつて、其の委員は三人より成り、破産の裁判其他の裁判はこの委員に於て爲し、各委員は其の開始ありたる破産事件の事務を取扱ひ且つ之を終始せしむるものなるも、其他の都市及地方に於ては、債務者の住所又は居所を管轄する單獨の下級判事之を管掌するのである。加之、重大ならざる破産事件に付ては、破産管財人の選任を爲すことなく、却つて判事に於て破産財團の管理を司り、且つ一定の補助者を選びて自己の事務を補助せしむることを得るのである (Handbook of Law, No. 117)。諾威に於ても亦右と同様であつて、破産事件の事務の管轄としては、單獨判事を以て構成する相續裁判所之を管轄し、又土地の管轄としては、債務者が破産開始當時に有する普通裁判籍を管轄する裁判所が之を管轄する (Handbook, No. 118)。

英吉利法に於ては、破産事件は高等法院 (High Court) 及區裁判所 (county court) の管轄に屬せしめる。倫敦破産區域内に於ける債務者又は英國以外に住する債務者、若は一定の住所を有せざる債務

者に對する破産申立は、高等法院に對して之を爲すべく、其他の場合に於ては、債務者が破産申立當時に住所又は營業所を有せる地を管轄する區裁判所に、破産の申立を爲すべきものである。然し大法官が或る區裁判所の破産管轄を除去し、又は區裁判所の破産管轄の全部又は一部を高等法院又は區裁判所に屬せしめ、又は區裁判所に繫屬する破産事件の法律問題に關し、當事者雙方若は其の一方又は判事の希望に依り、高等法院の第一審の裁判を受けんとする場合に在ては、區裁判所判事之を高等法院に移送することを得るものである。要するに、英吉利法に於ては、上訴審を除くの外、破産事件は單獨判事之を取扱ふのである (英法九六條以下、加藤博士著破産法研究六 (卷二一三頁)、岡田博士著破産法研究六 (卷二一九頁以下)、Konkurrenz, S. 120 ff. 特に管財命令を發し且つ破産宣告を爲すのである (加藤博士著研究六 (卷二一九頁以下)) (Konkursrecht, S. 120 ff.)。

北米合衆國に於ては、破産裁判所は各州及區領の地方裁判所 (district court) 並にロンドンビア州の高等裁判所 (supreme court) 等であつて、地方裁判所は單獨判事を以て構成し、高等裁判所は合議制の裁判所である。而して破産裁判所の職能は、破産法第二條に掲ぐる數多の命令を下し又は其の處置を爲すことである。土地の管轄は、債務者の住所又は營業所に依り之を定め、若し合衆國に於て住所又は營業所なきときは、債務者の財産の存する所在地に依りて之を定む (米法一、破産裁判所に附屬し且つ其の地位に於て、數多の重要な裁判上の行動を爲す所謂査定官 (referee) なるものがある。這是破産事件

を成るべく迅速に解決終了させるの目的を以て、破産裁判所之を選任するのである（米破法三三條乃至四三條、下參照）。尚、西班牙に於ても（*Hindels, d. Erb.*）又、メキシコ商法第一四一六條以下に於ても、破産判事は、破産管財人監督の目的を以て、判事ならざる者特に登記済の商人又は辯護士を自己の補助機關として任命することを得る。

(ロ) 中華民國の破産法に依れば、破産事件は破産者の住所を管轄する地方法院の管轄にも專屬する。地方法院の審判は、原則として、單獨判事之に當るも、然し重大なる事件に關しては、三人の判事の合議に依りて之を爲すのである。尤も、如何なる標準又は方法に依りて、重大なる事件なりや否やを制定するやに付ては、私は目下所持の資料に依りては、之を知るを得ざるを遺憾とする。

(ハ) 最も多數の立法例は、破産裁判所を合議制の裁判所を以て之に充つるのであり且つ破産宣告以後は其の破産裁判所より一名の判事を特に選定し、之をして、或る一定の破産事務を行使せしむるのである。例へば、奧太利破産法第六三條以下の如きは、それである。破産事件は、三人の専門判事（素人にあらざる）を以て構成する第一審裁判所に專屬する。土地の管轄は、破産者の營業所に依り、若し、之なければ其の通常の住所に依り、之を定め、又營業所も住所もなきときは、破産者の財産の所在地に依り、之を定むる。多くの裁判所が管轄権を有するときは、先に破産開始の申立を爲したる裁判所之を管轄する。而して、破産債權の存否及順位に關する争ひの解決は、破産裁判所に於て専ら之を取扱ふので

あつて、所謂吸收主義（*Vis attractiva*）を採用したのである。破産裁判所は、三人の判事の一人を以て破産主任官（*Konkurskommissär*）に任命し（九條七）、之をして破産手續を指揮し、破産管財人の行動を監督し且つ破産裁判所の専權に屬せざる其他一切の事項に付判断を爲さしむるのである。ユ、ゴ、ラ、ウ、キ、ア破産法第六五條以下、第八〇條、第一一三條も右と同様であり、又チ、エ、コ、ス、ロ、ワ、カ、イ破産法第六五條以下、第七七條、第一一三條、匈牙利破産法第七三條、第九三條、第九四條も亦右と同様である。波蘭破産法の採る所も、右奧太利法と略々同一である（波破八條、二〇條以下參照）。

佛蘭西に於ては、商法第六三五條及民事訴訟法第五九條七號に依れば、破産者の住所を管轄する商事裁判所（合議體）に於て、破産の管理に關する一切の事項並に破産事件より生ずるものにして且つ其の裁判が破産法の特別法規に關係ある争議を管轄する。即ち佛破産法は、所謂吸收主義を採用して居る。而して商事裁判所は、破産決定に依り其の部員の一名を破産主任官に任命し、之をして破産手續進行の監督及迅速を司らしむ（佛商四五一條）。白耳義商法第四六六條、第四六三條、ルクセンブルグ商法第四六六條、第四六三條、ブルガリア商法第六五二條、第六五八條、埃及商法第二四二條乃至第三四六條、ルーマニア商法第七〇二條、第七〇八條等も、略々佛蘭西法と同一である。而して伊太利商法に於ては、受命判事は、破産事件を監督するのみならず破産手續を指揮することを得るので、従つて破産管財人は、破産機關としては、從たる機關に其の地位を低下せしめられたのである（*Dolle, Z. f. amst. u. intern. J. Pr. R. 1907, S. 14 ff. 35 ff.*）。

三 (イ) 破産事件を迅速 (Raschheit) 及簡單 (Einfachheit) に且つ債權者特に小破産債權者に採り便宜に又廉價に發展終了せしめんとするには、區裁判所が最も適當なりと云ふのである。此の主義の下に判定せられたるものが獨逸破産法であり (Motive, II.) 又我が現行破産法である (破産法及和議法附則三三八頁以下及三五二頁以下)。加之區裁判所を以て、破産事件の管轄を區裁判所と爲す他の理由は、普通の強制執行事件は區裁判所之を取扱ふものであるを以て、従て一般的強制執行の性質を有する破産事件は之を區裁判所の管轄事件と爲すが至當なりと云ふに在る (同書四一)。

(ロ) 私は、破産事件は仲々面倒 (Schwierigkeit) であり且つ其の利害の影響する所甚大なるを以て、従て之を區裁判所のみの管轄に爲さぬのが至當なりと信ずる。此の點に付ては他の機會に於て屢々説明したる所なるも (例へば拙著破産法研究八卷五頁以下、拙著破産法論三六卷二頁以下)、茲に亦開示することを許されたい。破産の宣告は、普通の強制執行と異なり、特に債務者に利害關係の大なるものがある。蓋し破産の宣告は、其の確定を俟たずして破産財團に屬する財産に付破産者の管理處分權を剝奪し且つ身上の制限を課するからである (破七條、同二九〇)。其他債權者にも、又一般經濟上にも及ぼす影響の頗る大なるものがある。故に破産事件は重要なもので且つ面倒なるものなりとの點にも其の觀察點を置きたいのである (Denkschrift zur Einführung des "einer OKO. S. 88. 此の見地よりすれば、破産事件を合議體なる地方裁判所及單獨判事を以て構成する區裁判所の雙方に屬せしめたいものである。而して其の標準は、破産事件中複雑にして且つ面倒なりと認むべきものは、之を地方

裁判所の管轄とし、然らざるものにして、即ち簡易なるものは、之を區裁判所の管轄に屬せしめたいと思ふのである。其の區別の方法は、或は破産財團の大小に依るべく、例へば三萬圓以上破産事件は、大事件として地方裁判所の専屬とし、然らざるものは小事件として、區裁判所の専屬と爲すべく、或は又地方裁判所の所長をして其の事件の複雑如何に依り、之が管轄裁判所を地方裁判所と爲すか區裁判所と爲すかを決定せしむることである。兎に角我が現行法は、此の點に付改正すべきものありと思はれ、英國破産法及中華民國破産法は、此の點に付參考と爲すべきものありと信ずる (詳細は拙著研究前掲)。

(ハ) 破産事件を迅速に且つ廉價に終了せしめんが爲めの一方法として、破産事件に關する訴訟は従て之を破産裁判所に集中 (吸收主義) せしむべきである。此の主義は、六七年前獨逸ケルン商工會議所の主張する所である (拙著破産法及和議法研究八卷三一頁及註三三三頁以下)。之に依れば、破産開始當時已に訴訟が、破産裁判所以外の他の裁判所に繫屬するに於ては、裁判所職權を以て又は申立に因り、其の訴訟を破産裁判所に移送せしむべきである (前掲)。

我が破産法第二四五條に依れば、債權確定の訴は破産裁判所の管轄に専屬するものであつて、若し訴が地方裁判所の權限に屬するときは、破産裁判所の所在地を管轄する地方裁判所の管轄に専屬するのである。是れ所謂吸收主義 (Vis attractiva) を半ば採用したのである。獨逸破産法第一四六條は、全然我と同一である。而して、我が法律よりも、大いに吸收主義を採用したるものは佛法及之に倣ひたる立

法である。例へば、佛商法第四九八條に依れば、異議ある債権は總て、破産裁判所たる商事裁判所に於て之を裁判する(一九三五年八月に從來の法文を個々の點に於て改正した。補編法學論叢三五卷一號六三四參照)。我が舊商法第一〇二七條は、右佛法に倣ひ、異議を受けたる各債権は、破産裁判所公廷に於て、成るべく合併して其の判決を爲すべき旨を定めて居る。奧太利破産法第一一條第一項及第一一四條に依れば、破産債権の存否及其の順位に關する訴訟の辯論及裁判は、破産裁判所の管轄に專屬し、其の訴訟額が金二千シリングを超過せざるときは、破産裁判所の一人の判事が區裁判所の手續に従ひ之を裁判し、其の額が二千シリング以上五千シリング以下なるときは、破産裁判所の一人の判事が、第一審の合議裁判所に關する規定に従ひ、之を裁判し、又其の額が金五千シリングを超過するときは、合議裁判所たる破産裁判所が、合議裁判所の資格に於て合議裁判所の通常手續に關する手續に従ひて、之を裁判する(奧商裁判所構成法第七條。尙奧太利破産法に於ては、破産開始前より繼續せる訴訟(破産者に對する訴訟)にも亦吸收主義を擴張して居る(奧法二一三條)。尤も取戻權別除權の請求に依る訴、又は財團債権に基く訴に付ては、吸收主義を採用せぬのである。チエツコ・スロワカイ破産法第一一三條、第一一六條並にユーゴ・スラウキア破産法第一二三條の主義第一二六條は、奧太利法に倣ふたのである。)

破産事件を大小に分ち、大事件を地方裁判所の管轄に、又小事件を區裁判所の管轄に屬せしむるものとするれば、破産事件に關する訴訟は、破産債権確定に關する訴訟のみならず、其他取戻權別除權其他破

産事件に關するものは一切、之を破産裁判所に屬せしむることを可なりとする。要するにケルン商工會議所提案の如く徹底的に吸收主義を採用すべきものと考へる。尤も破産事件が區裁判所の管轄に屬する場合に於て、其の訴訟價額が地方裁判所の管轄に屬するものなるときは、其の訴訟は破産裁判所の所在地を管轄する地方裁判所の管轄に專屬せしむべきは當然である(日破二四五條、舊法一四六條二項參照)。

第三款 破産管財人

第一項 破産管財人の選擇及任命

一 破産管財人の選擇及任命に付債権者の意見を容るることを許すや否やの見地より、世界の立法例を區別するときは、左の如き類別を爲すのである。

(イ) 破産管財人の選任に付、著しく債権者の自治 (Glaubigerautonomie) を認むる立法例は、英國、北米合衆國及アルゼンチンである。

英國に於ては、商務院 (Board of trade) の任命に係る管財官 (Official receiver) なる裁判所所屬の常設官吏がある。此の管財官は、破産申立あるときは、債務者の行爲及財産管理に關する調査を爲すのみならず、時として債務者の財産の管理を爲すこともあるが、茲に所謂破産管財人と異なる。所謂破産管財人に該るものは、英法の下に於ては trustee である。元來英國の破産法と歐羅巴大陸及我が國の

破産法とは、其の構成を異にするので、英法では破産申立 (petition of bankruptcy) があれば、其の破産宣告を爲す以前に (勿論管財命令 receiving order を發した後である)、一應和議 (compositions or scheme of arrangement) が成立すべきや否やを試み、和議が成立しなければ、茲に始めて破産宣告を爲すことと爲る。我が法制に於ては、白耳義法系並に獨逸及奧太利と同じく、破産法と和議法とが互に相獨立併行して居るに反し、英法は然らずして、和議手續は破産手續と相結合し、其の前置手續であつて、破産前の手續 (Vorkonkurs) である。それで右管財官は、破産申立後管財命令發行前又和議不成立に基く破産宣告後に於ける破産管財人 (trustee) の選任まで、孰れも臨時管理人 (interim receiver) として、破産者の財産の保全を爲し、又は其の財産の占有及管理を爲し、尙特別管理人 (special manager) の選任なき場合には、其の特別管理人として職務に服するのであるが、破産管財人の如き換價及配當處分を爲さぬのであつて、從て管財官は破産管財人と異なるのである。要するに管財官は破産管財人の選任あるまで、一時破産財團の占有及管理を爲す官吏である (英法七〇條以下及破産規則三〇六條以下)。而して英國に於ては、(一)債務者が破産の宣告を受け又は債權者集會が債務者を破産者と爲すべき旨の決議を爲したるときは、債權者集會は、通常決議 (ordinary resolution) に依り破産管財人を選任する。若し其の管財人が缺くることあれば、同様の方法で之を補充する (破二九)。小破産 (small bankruptcy) の場合には、管財官が破産管財人と爲るが、若し債權者が之に代る破産管財人を自ら選任せんとすれば、特別決

議 (special resolution) に依りて之を爲さねばならぬのである (破一九)。(一)債權者集會が、破産管財人の選任を監査委員 (committee of inspection) に委任するときは、此の監査委員が破産管財人を選任する。以上(一)及(二)の場合に於て、以前其の職務執行を正當に爲さず、又は其の義務違背の爲め破産管財人の職を解任せられたる者を、其後更に破産管財人を選任することを許さぬ (破一九)。商務省は、一定の事由特に債權者選任に係る者が擔保を供せず又は不適任なるときは、其の選任に付異議を述べ且つ其の認可を與へざることを得る。争ひある場合には、高等裁判所之を裁判する。選任は認可の時より其の效力を生ずる (破一九後二項)。(三)若し破産管財人が破産宣告の時より四週間に債權者集會にて選任せられざるときは、商務省は之を選任し、又、和議の交渉が四週間の終りまで繫屬し、爲めに破産管財人の選任なきときは、其の交渉不調の時より七日内に商務省は、破産管財人を選任する。尤も此の選任には、商務省は管財官より破産管財人の選任なき等の事實の報告を聽きたる上、之を爲すのである (破一九)。(六)破産管財人に缺員を生じたる後三週間に債權者集會が之を補充せず、且つ管財官に於て之を商務省に報告するときは、商務省は破産管財人を選任する (破三七八)。然し、債權者集會及破産管財人選任の權限を付與せられたる監査委員は、商務省の選任に係る破産管財人に代る管財人を後日何時にても選任することを得る (破一九條)。

米國に於ては、債權者集會は、破産宣告後の第一回債權者集會にて、一人又は三名の破産管財人を選

任する。又破産管財人の缺けたるとき、破産が再施せられたるとき、和議の不成立に終りたるとき又は免責 (discharge) が取消されたるときも、亦其後の債権者集會にて、破産管財人を選任する。然し債権者集會が破産管財人を選任せず、又は選任するも破産管財人に於て之を拒絶したる場合には、裁判所が選任する^(四條四)。債権者集會の選任の場合に於て、其の選任の有効なるが爲めには、裁判所の認可を要する。而して裁判所管轄区域内に住所又は營業所を有する適當の自然人が破産管財人に選任せらる。尙又特許又は法律に依り其の資格を與へられたる會社又は法人は、破産管財人と爲り得る能力がある^(五條四段)。

アルゼンチンに於ては、裁判所は、商法第一四三二條に依り破産決定に於て、債権者の推舉したる人に限り^(三條四)、一人若は數人の假管財人を選任することを要する。而して、破産債権が調査せられたる後、破産債権者は、債権額及債権者數より見ての二分の一以上の決議を以て破産管財人を選任する。若し其の法定多數を得ざるときは、裁判所は債権者の表決したる者の中にて、最も多數多額の表決數を得たる者を破産管財人に選任する^(三條四)。

(ロ) 第二の立法例に屬するものは、債権者が自治權を有するは、第一の立法例と其の類を同するも、又他方に於ては裁判所が選任權を有するか又は他の國家機關に於て管財事務を行ふ點に於て第一立法例と異なるものがある。左の如し。

瑞西には、破産官 (Konkursamt) と云ふものがあるが、是れ破産事務を取扱ふ常設の官吏である。瑞西に於ては全州を若干の破産區 (Konkurskreis) に分ち、其の州の各破産區域に一名若は數名の破産官を置くのであつて、此の破産官は第一回債権者集會が破産官を破産管財人と爲し、又は債権者中の一名若は數名を破産管財人 (Konkursverwaltung) として選任する決議を爲すまで、一時の管財人として破産財團の管理及換價を爲すのであつて、若し、第一回債権者集會にて債権者中より管財人の選任を爲さざるときは、破産官は其の資格に於て清算を爲すのである。而して選任せられたる管財人は、其の法律上の地位及行動は破産官と全く同一である (Vgl. Blumenstein, Handbuch). 要するに瑞西に於ては、破産事務は債権者の選任に依る者が管財人として之を探ることもあり又は常設の官吏たる破産者が管財人として之を探ることもある。

西班牙に於ては裁判所は破産決定を以て、破産管財人の選任あるまで自己の信任する者を、破産者に屬する總差押財産の保管を掌る保管管財人 (Depositarius) に任命する。債権者集會に於て、保管管財人の提出したる保管計算書を調査したる後、三人の破産管財人を選任するのであるが、其の中の二人は債権額の多額を以て、他の一人は債権者の頭數に依る多數を以て其の選任決議を爲すのである。破産管財人選任の要件は、債権者若は其の代理人たること、商人若は商人たりしこと、成年者にして其の住所を破産決定ありたる地に住するが如きである (Handlungs- u. Echb. R. 1.)。尤も其の任命は、債権調査の爲めには

る債権者集會に於て之を認許するものなるが、若し其の認許を與へざるに於ては、更に新管財人が選任せらる(Handlungsbes.)。裁判所は、特許辯護士中より又は商業帳簿登記商人中より、若は名譽ある且つ尊敬すべき者を假管財人として任命することを要する。此の任命者を債権調査期日の集會に於て解任することを得るのみならず、多額及多數の決議を以て之に代ふる終局的管財人を選任することを得る。被選任者が其の職に就くや否やは固より其の自由なるも、一旦管財人と爲りたる以上は、正當なる事由なき限り其の職務を辭することを得ぬのであつて、其の辭任の正當なる事由に基くや否やは、裁判所之を決す(Vgl. Rechtsvergl. HWB. 2. Aufl. v. S. 141.)。

ブラジルに於ては、裁判所の選任に依る破産管財人(syndico)と債権者集會の選任する破産清算人(liquidatario)とがある。即ち、(一)裁判所は、其の直接指揮の下に破産財團の管理、財産目録の作成並に債権調査の諸事務を行はしむる爲め、第一回の債権者集會あるまで破産宣告決定に於て、破産管財人一名を任命する。破産管財人は、破産裁判所区域内に居所又は住所を有する破産債権者にして且つ徳望ある財産家の適任者中より之を選任する。管財人の職務を承諾する債権者なきときは、裁判所は債権者以外の適任者にして且つ人望ある者を管財人として任命する。破産者又は破産會社の取締役並に支配人と民法上の四親等内の父方の血族乃至姻族關係ある者又は右の者等の友人、不和者又は從屬者、破産申立前一年内に於ける債権譲渡の譲受人、他の破産に於て管財人若は清算人の職務又は破産豫防に於ける

る整理委員の職務を施行して解任せられ、又は法定の期間内に報告を爲さず若は其の報告の法定違背なりと判定せられたる者、破産又は豫防和議の場合に於て前一年内に同一の裁判所より任命を受けたることある者並に過去半年内に同一人が破産債権者たりし破産に於て裁判所より同一の任務に任命を受けたるも之を拒絶したる者は、破産管財人たることを得ない。尤も、法人も管財人たることを得る(一九二九年、新破一六條、六四)。(二)破産財團の清算中は、第一回の債権者集會に於て、債権者は破産清算人を選任する。債権者、債務者にあらざる者又は管財人も清算人を選任することを得る。破産清算人は、破産財團の管理、債権債務の解決、訴訟を爲す等其他法定の職務を行ふのである(同六六條以下)。

智利に於ては、商法第一三五〇條(八六條)に依れば、裁判所は破産宣告決定を以て假破産管財人を選任する。第一回債権者集會は一人又はそれ以上の人員の終局的管財人を法定多數(出席債権者の過半数)。其の債権額が出席債権者の總債権額の五分の三を以て決議する(商一四二條一號、二號)。其の管財人の數は三名を超えてはならぬ(二條末項)。前記法定多數なきときは、裁判所は職權を以て破産管財人を任命する。裁判所の選任は、公證人と爲るの資格あるものにして且つ誠實及支拂能力ある者の中より之を爲すことを要する(商一四四條)。而して二十五歳以下の者・女子・破産者にして未だ復權を得ざる者並に破産者の親族は、破産管財人たることを得ぬ(同四三條、四七條)。尤も債権者が其の全員に於て定めたるときは、破産者と雖も、破産管財人たることを得るのであつて(同六六條)。這は實に注目すべき事項である。

丁、抹に於ては、裁判所は成るべく債権者と討議を爲し且つ其の希望を参酌したる上、假管財人を選任する。假管財人は公正にして信用すべく且つ事務に精通したる者を以て之に充つべきものであつて、破産者及その近親者、並に裁判所及其の所員と雇傭關係に立つ者は、之を假管財人に選任することを得ない。第一回債権者集會に於て債権者は法定多數を以て終局的管財人を選任する。尤も破産裁判所は、其の選任に付拒絶を爲して其の認可を與へざることもある。次で裁判所は、再度の選任を爲すべきことを債権者に勧誘するものであつて、債権者が其の勧誘に従ひ、新に管財人を選任したるときは、裁判所は、特別の理由なき限り、其の選任に付認可を拒絶することを得ぬ。債権者集會の選任が終局的に拒絶せられ又は法定多數に依る選任なきときは裁判所は破産管財人を任命する。尙破産管財人は數名選任せらるることもある(丁破五二條、五三條、五六條、六六條、六七條)。

諾威に於ては、破産宣告後、直ちに裁判所が、假管財人を選任するのであつて、破産者及其の近親は破産管財人たることを得ない。破産裁判所區轄内に破産管財人と爲るに相當する人を以て組織し、此の中より管財人を選任することと爲すの委員會を設くるや否やは、行政官廳の自由裁量に屬せしむ(諾破一一條二)。而して一名又は數名の終局的破産管財人の選任は、債権者集會に於て法定多數(届出債権者にして議決権ある者の四分の一債権額が議決権ある債権總額の半額)に依りて決する。若し其の多數決を得ること能はざるときは、裁判所は破産財團の必要に應じ一名の管財人を選任するや否やを決する(諾破二二條)。

芬蘭に於ては、裁判所は訊問期日の開始に至るまで、破産者の財産管理に必要な管財人を選任することを得るも(破五〇條)、訊問期日に於て、債権者は二人又は數人の破産管財人を選任し且つ其の中より専任管財人を指定することを要する(破五一條)。尤も裁判所は、不在債権者の利益の爲めに、破産財團の管理に干與し且つ他の管財人を監督すべき者(經驗あり又信頼するに足る)を選任するの權限を有する。而して債権届出後に於ては、債権者は、裁判外に在て破産の必要に應ずべき一名又は數名の管理人(Kurator, Sysloman)を選任し且つ之を裁判所に通知する。裁判所は管理人が其の職務を行使することの認可を與ふるのである。

(ハ) 破産管財人選任に付ての第三立法例は、債権者が其の選任に付多少干與することを得るものなるも、裁判所が其の選任に付特權を有するものである。この立法例を採るものは獨逸、奧太利、チエッコ・スロワカイ、ユーゴ・スラウキア、佛蘭西、ブルガリア、及波蘭等である。

獨逸に於ては、破産裁判所は、法律上其の選擇に何等の制限を受くることなくして、自由に破産管財人(Konkursverwalter)を選任する。尤も其の選任に引續き開催せる債権者集會に於て、其の管財人に代へ他人を管財人として指定することを得るも、裁判所は其の被指定者の選任を拒絶することを得る。破産管財人と爲り得るものは行爲能力ある自然人である。破産管財人の數は通常一人なるも、破産財團の管理が多岐に互るときは、數名の管財人を選任することを得。此の場合に於ては各管財人の職務執行

を夫々獨立のものとして定めることを得る(獨破七八條、乃至八六條)。

奧太利の破産法は、大體獨逸法に類似する(獨破八〇條、八五條)。而して奧太利法の下に於ては、破産裁判所は破産開始の際職權を以て、破産管財人 (Masseverwalter) を選任し(獨破八〇條)。又其の差支の爲めに備ふるの代理人 (Stellvertreter) を選任する(獨破八〇條)。破産管財人たるには公正にして信賴すべく且つ事務に精通 (unbescholtene, verlässige und geschäftkundige) したる行爲能力ある自然人たることを要するものであつて、破産者の近親は破産管財人たることを得ない(獨破八〇條、二項)。管理職務の必要上、其の一定の範圍の管理の爲め特別代理人を破産管財人に附することを得る(獨破八〇條、六項)。尤も債權者集會は、破産管財人の解任を申請し且つ自己の選定したる者を破産管財人に任命すべき旨を申請することを得る。裁判所は、其の選定に付疑を有し又は破産管財人の更代が、破産債權者一般の利益に反するものと認めたるときは、其の申請を拒絶することを得る(獨破八〇條、七項)。一般には、破産管財人は其の職を引受けざるべからざるの義務なしと雖も、辯護士又は公證人が管財人に選任せられたるときは、裁判所の承認する重大なる事由あるにあらざれば、其の選任を拒むことを得ない(獨破八〇條、八項)。奧破第八〇條第三項は、司法省は裁判所に依る破産管財人の選任に關する個別に付、命令を以て之を定むること得る旨を規定する。然し今日まで斯かる命令が發せられたことはない(Bartsch-Pollak, KO., 1897, § 80, 4. im. S.)。實際に於ては、辯護士が順次に破産管財人に選任せらるるの例である(Bartsch-Pollak.)。而して、チエツコ・スロワカイ破産法第七八條及第八三條乃至第八五條並にユ一

ゴ・スラウキア破産法第八六條及第九二條乃至第九四條は大體は奧太利法に一致する。

佛蘭西法に於ては、商事裁判所は職權を以て假管財人 (syndic provisoire) 及確定管財人 (syndic définitif) を選任し、確定管財人の數を三人と爲すことを得る。然し破産者の四親等内の親族及姻族は破産管財人に選任せらるることを得ない。稍々詳しく云へば、商事裁判所は、破産宣告の裁判に於て一人又は數人の假管財人を選任する。破産主任官 (Juge-commissaire) は、直ちに推定債權者に對し十五日を超えざる期間内に債權者の會合 (réunion) を命じ、且つ推定債權者明細書の作成及新管財人の選任に付右會合に出席したる債權者の評議に付したる上、債權者の發言及意見に付議事録を作成し之を裁判所に提出する。裁判所は、右議事録、推定債權者明細書を閲覽し、破産主任官の意見を聴き、新に管財人を選任し、又は、最初の管財人をして其の職務を繼續せしむ。此の管財人を確定管財人とする、管財人の數は、何時にても之を三人に増加することを得る(獨破四二條、六項)。又強制和議 (協約契約 concordat) の成立せざる場合に、當然に成立する債權者合同 (l'union des créanciers) に於て、管財人の繼續又は變更の利害に付評議する商事裁判所は、前記の如き手續を経て其の變更又は繼續に付決定する(獨破五二條、九項)。前述の如く破産管財人は破産者の近親は之に選任せらるることを得ざるものなるが、實際は巴里、里昂、馬耳利及セイン市の如き大都市に於ては、破産事務を業とする管財人組合ありて、此の組合員中より當該破産事件の管財人が選任せらるるを例とし、組合は其の組合員たる管財人の行爲に付其の責に任

すべく、組合に入るには二萬フランの保證金を出さねばならぬのであつて、此の組合は一八七六年に始めて出来たものである。尙セイイン市の商事裁判所管轄には一九〇二年には、其の組合員が二十名あつたとのことである(「法律研究」三卷一〇頁以下、Dulle, z. A. I. P. R.)。

ブルガリアの立法は、概ね佛蘭西法と同じである。裁判所は、破産宣告の裁判に於て、假管財人を選任し、且つ終局的管財人に付討議する爲めの債権者集會の時日及場所を指定する(「商法」三卷四號)。裁判所は債権者にあらず且つ破産者の近親にあらざる者より管財人を選任する。商工會議所は、破産管財人に適當なりと認むる者の管財人表を二年毎に作成するので、此の表の中より當該破産管財人を選任する。終局的管財人討議の爲めの債権者集會後裁判所は、其の集會の討議調査書を閱覽したる上、假管財人を終局的管財人として選任するか又は之を變更するやを裁判することを要する。假管財人及終局管財人は、選任の通知を受けたる時より三日内に拒絶せねばならぬ(「同」六八五條乃至六八九〇條)。

埃及の立法例は、極めて佛蘭西法に類似する。管財人は、其の數三人以上たることを得ないのであつて、實例は一人のみである。其の選任に付て別に制限なきも、佛蘭西の制度に類似する管財人組合存するを以て、裁判所は、此の組合中より管財人を選任するを例とする。

和蘭に於ては、破産裁判所は、破産宣告の裁判に於て一人又は數人の管財人 (Curator) を選任する(「破」二項)。債権者、監査委員又は破産者は、正當の事由を以て何時にても、管財人を代へ又は之に他の管

財人を附添はしむることを申立つることを得る(「同」七〇條)。

(二) 破産管財人に付て債権者の干渉が全然容れられざるの立法例がある。即ち左の如し。

匈牙利の破産法規は、一般に奧太利法を模倣したのであるが(「同」九五條乃至九九〇條)、其の特色とする所は、同國の法制に於ては、破産管財人は、専ら裁判所の選任するものであつて、債権者の容喙は何等の影響がない。而して破産管財人は、裁判所の管轄區域内に住し且つ辯護士事務を執る辯護士中より選定する。裁判所は、破産管財人監督の爲め、職權を以て又は債権者の申立に因り、三人より成立する監督委員を選任することを要する。

白耳義法に依れば、政府は、控訴院の意見を聴き、破産事件の數及其の重要性を參酌して、必要ありと認むる程度の宣誓清算人を、裁判所内に設置する。此の設置ある裁判所區域内に於て、破産宣告あるときは、破産管財人はこの宣誓清算人中より選任せらる。尤も破産管財人の住所が遠隔にあり又は破産者と親族なるか、又は其他の疑に依り、破産事務を正當に遂行することを得ざるの虞あるときは、破産管財人を宣誓清算人中より選任せざることを得る。國王は、控訴院又は商事裁判所の報告に依り必要に應じ、宣誓清算人の數を指定する。宣誓清算人は、清算人組合より提出したる二通の名簿中より、國王之を選任し、其の任期を五年と爲すのである。而して裁判所は、其の宣誓清算人中より破産管財人を選任すべきものなるが(「白」四四五條乃至四六〇條)、實際上はこの事行はれずして、却て辯護士中より破産管財人を選任す

るを通例とする (Pollo, *z. f. ALPR. 7 Jahrg.*)。而して裁判所は、破産宣告の裁判に於て、一人又は數人の破産管財人を選任することを得るのみならず、其の破産管財人を解任し又は其の員數を増すことを得る (四六六條四)。債權者は、破産管財人の選任に付何等の影響を及ぼすことを得ない。ルクセンブルグの破産法は白耳義の制度に倣ふ (ル破二二)。

伊太利に於ては、其の商法第六九一條第一項三號四號及一九三〇年八月一日の改正法第一條、第三條に依れば破産事件に付ては、一名の管財人に限り、破産裁判所之を選任する。債權者は、其の選任に付何等干渉することを得ない。一九三〇年の商法改正以來、各裁判所に裁判所整理人 (administratori giudiziari) 名簿を作成し置き、其の中より破産管財人の選任せらるることを通例とする。其の裁判所整理人名簿上の員數に付ては、一定の制限なきも、一定の期間其の業務に従事したる辯護士、會社業務擔當人、商人、及計理士等にして道德上非難すべき點なく且つ整理事務に適任の者を司法大臣に於て選定し、其の任期を五年とする (Pollo, *z. f. ALPR. 7 Jahrg.*)。破産宣告裁判に於ける管財人選任は、之を以て終局的のものとする。債權者は、破産管財人の缺員となりたることを注意し、又之に代ふる他人を管財人に選任すべき旨を破産主任官又は裁判所に申立つることを得るに過ぎない (商七二)。裁判所は、自由裁量を以て、其の申立に付裁判する。此の裁判に對しては、不服を申立つることを得ない。

葡萄牙商事訴訟法第二一四條以下に依れば、Lisabon 裁判所區域内に於て、五人の破産管財人、Por-

6 裁判所區域内に於て三人の破産管財人が存するのであつて、孰れも政府より三年を限り任命せられるものである。破産管財人の職務は、總ての關係に於て裁判所職員の仕事であり、從て裁判所職員としての行政事務に服し、且つ判事の直接の監督に服するのである。破産管財人としての任命は、判事の面前に於ける試験に於て、口頭及實務に付合格したる者の中より之を爲すのであつて、管財人が其の職務を熱心に且つ有効に遂行したるときは、又三年を限り再選せられる。選任せられたる破産管財人は、擔保を供することを要する。當該破産事件の管財人には、其の順番に従ひて任せられ、Lisabon に於ては、其の任命の順位は各裁判所區域内の判事に於て之を決する。當該事件の管財人と爲りたるものは、之に選任したる判事の行政上の監督を受く。裁判所の首席判事は、當該管財人の爲りたる職務の成績を政府に報告し、且つ精勵せず又能力なき管財人を解任すべき旨を政府に請求することを得る。Lisabon 及 Porto の商事裁判所には、首席判事の監督に服する管財課なる一課を設け、之をして破産管財人の職分を採らしめ、且つ破産管財人をして一般施行令又は裁判所の命令の定むる日時に管財課に出頭せしむるのである。此の管財課は、補助官吏、破産管財人及雇員より成る。而して Lisabon 及 Porto 以外の裁判區域内に於ける商事裁判所に在ては、當該事件の破産管財人の任命は、前者と異なり、判事が自己の専權に於て、之を爲すのであつて、豫め指定しある管財人中より之を選定せぬのである (商法一九六條)。

尙利害關係人及監査委員は、裁判所書記に對する如く、選任管財人に對し、忌避を爲すことを得る (三六八)

○條三三)。

ルーマニアの法律に依れば、同國の地方裁判所には、其の所屬として、一人若は二人以上の管財人 (Judecator-sindic) がある。尤も其の員數は、其の地方の需用に應じて、國王が司法大臣の申請に基き増加する。此の管財人は、國王の任命する所で、裁判官たるの地位を有し、裁判官と同様の位階及特權を有するのみならず、時には公判判事又は豫審判事としての職務を採ることがある。而して破産財團の管理、換價及配當等は、此の管財吏が裁判所の監督の下に之を爲すのである (同國商法七三〇條以下尙)。

我が國に於ては、破産管財人は、裁判所之を選任する。即ち區裁判所たる破産裁判所は、破産宣告と同時に當該事件の破産管財人を選任するのであつて (日破二五七條)、舊破産法及其他の法律と異なり裁判所は、自由に自己の裁量に依りて適當なりと認むる人を破産管財人に選任することを得るのである。舊破産法の下に於ては、裁判所は、豫め作成してある破産管財人名簿中より當該事件に付ての破産管財人を選定することを要するものであつたが (制限任命選擇主義)、新法には斯かる制限はない (自由選擇任命主義と云ふ)。

二 (イ) 以上、破産管財人の選任に付、破産債權者の干渉の容れらるる程度の有無に依り之を四種に區別したものであるが、私は、立法上最も可なるものを破産債權者の干渉の全然なきものと爲すのである。従て、破産財團の管理・處分及配當なる管財事務を行ふ者を國家の官吏と爲すことであると信ずる。

此の事は、已に他の機會に於て述べたる所なるも、茲に之を重ねて主張することを欲する。其の理由を極く簡單に開示する。即ち、若し管財官と云ふが如き國家官吏をして管理事務を行はしむるときは、事務が迅速に且つ安價に又適正に進行する利益あるのみならず、管財人としての適任者を選定するの困難がなくなる利益があるからである (詳細は拙著研究二卷三四頁以下、拙稿法學論叢三卷三三頁以下)。

露西亞にては、破産管財人は俸給を受くる國家の官吏である (拙著研究五)。

(ロ) 管財官の設置が困難なりとせば (財政上又は業務上より見て)、私は破産管財人選任に付債權者の容喙を全然許さざるの立法を採ることの可なるを信ずる。従て我が現行法の立法を以て可なりとする。

破産管財人選任に付、債權者自治主義又は債權者干渉主義を採用する主張の理由は、「畢竟するに、債權者は財産の清算に付最も利害關係多きものなるを以て、従て財産管理に付ては、必然積極的干渉を採り且つ慎重的態度を採るべきものなり」と云ふにある (Prof. Bentinon 説參照、拙著研究七)。

然れども、エール大學教授 W. O. Douglas は、右の主張に反對して曰く、「即ち自己の三十三年間の經驗は、債權者に對する右の如き重大なる期待は、全く裏切られて、債權者の怠惰は顯著と爲り、債權者は、其の課せられたる義務を慎重に且つ熱心に履行するにあらずして、却て不誠實且つ無關心に麻痺し終り、債權者集會に出席する者其の數頗る少く、従て債權者は、一體として債權者の財産状態を熟知し得ず、假令之を熟知し得とするも、到底財産管理に關し、債權者の人的感化を及ぼし且つ有利なる效果を得るを期待し

難く、特に近來破産に依る配當最も少く、結局、債権者は時間と費用とを浪費するに過ぎざるの状態に立ち至りたるを以て、從て債権者の無關心の傾向が益々顯著と爲り來つた」と(Columbia Law Review, Vol. 42, 1927, p. 26. 拙著研究九頁以下)。次で同教授は「破産管財人の選任に對する債権者の干渉乃至自治は、債権者自身が其の關係を持ち得る範圍に限定するを至當とすべく、而して如何なる程度の換價財産額に於て、債権者の關係を誘起するを得べきやは、俄に之を斷定し得ずと雖も、過去の經驗に依れば、換價財産五千弗以下なる場合に於ては、債権者は其の破産管財人の選任に付、關心を示すことなきの事實を認め得る。從て、破産者の無資産なるか、又は換價財産三千弗以下なる場合には、破産管財人の選任は、之を、裁判官又は査定官 (referee) の手に委せ、其他の場合に付てのみ、債権者に其の選任を行はしむべきである」と述べて居る(Columbia Annual, p. 39, p. 137. 同教授は、破産管財人の選任に付、全然、債権者自治又は債権者干渉主義を排斥するものにあらずと雖も、債権者が關心を持つが如き財産多き破産事件に付ての破産管財人は、債権者に於て、選任すべく、他は裁判所の選任に依らしむべしと主張して居る。之に依れば、債権者自治主義又は債権者干渉主義の、必ずしも可なるものにあらざることを知るを得るのみならず、債権者は獨り自己に都合好き者を破産管財人に選任せんと欲し、他の一般利益を顧みざるの弊あるべく、從て公平なる有能の士を破産管財人に選任することを得ざるに至るのである。塊太利舊破産法(一八六八年十二月二十五日)は、債権者自治主義を採用したる爲め、其の弊害があつて同改正破産法(一九一四年)は、

此の主義を採用することを見合せたのである(K. A. R. s. 17)。又獨逸司法省參事官 W. Vogels 氏は、獨逸破産法第八七條が監査委員の選任を債権者集會に任す(我が破産法二七〇條參照)の不可なるを論じ、其の選任は裁判所の專權に屬せしむべしと主張するを以て(W. Vogels, Auswertung der Neuerungen d. Vergleichsordnung f. eine Weltbild.) 看れば、破産管財人の選任に付、債権者自治主義又は債権者干渉主義の採用すべからざることを認むるを得べきである(拙著破産法和論法研究一〇卷八九頁以下)。

破産管財人には、何人が適任なるやと云ふに、塊太利破産法第八〇條第二項は破産管財人は公正にして信用すべく且つ事務に精通したる者より之を選任すと定めてある。チェッコ・スロワカイ破産法第七九條第二項、ユーゴ・スラウキア破産法第八六條第二項も亦同一の規定を設けて居る。ブラジル破産法第六四條第一項は破産区域内に居住する破産者の債権者にて徳望ある財産家より選任すべしと定むるは前記の如し、破産管財人に適任の者は、一般的又は抽象的に云へば、塊太利破産法及之に倣ふ破産法の定むる右の者であることは疑ひはないが、實論に當り、斯くの如き者を見出すには仲々容易でない。それで獨逸に於ては、或は商業家が破産管財人に適するとか、又は法律家特に辯護士が破産管財人に適するとかの論議があつたのであるが(拙著研究二卷一一頁、二四頁以下、同三卷一一〇頁以下參照)、一九三五年十一月四日の同國司法省一般命令(J. Weitz, 1935, S. 1397)は「破産法管財人には事務に精通し且つ債権者及破産者の掣肘を受けざる人を選ぶべし、辯護士、經濟學士、商學士、計理士又は其他技能に優れたる人士の如きは、破産管財人たるに適す

べし。個々の場合に於て、法律的知識を有する者を破産管財人と爲すか又は經濟的知識を有する者を破産管財人と爲すか又は經濟的知識を有する者を破産管財人と爲すか又は經濟的知識を有する者を破産管財人と爲すかは、當該事件が主として法律問題に係るか、又は帳簿及換價上の技能を要する問題に係るかに依りて決すべきなり」と定めて居る。左れば一般に何れの者が破産管財人に適任なりと云ふことを得ないのであつて、具體的に個々の破産事件に付適當なる破産管財人を見出すの外はない。然し、舊破産法施行時代に於て發せられたる明治二十六年三月司法省民刑局第一四一號訓令に管財人指名の條件として、(一)年齢二十五歳以上なること、(二)家計を整理したること、(三)計算に熟達せること、(四)法律上の知識あること、(五)商業の心得あること、(六)處罰せられたる缺權者にあらざること等を掲げてあつたが、實際上當該破産事件の破産管財人なるの適任者は、右訓令の標準に該當する者なりと信せらる(拙著研究一〇、卷八五頁以下)。而して裁判所は、斯かる標準に該當する者を自由に選任するを可とする。豫め管財人名簿なるものを作り置き、此の中より當該事件の破産管財人を選任するの主義(所謂制限任命選擇主義)は、其の選任に付選擇の範圍が豫め制限せられ居るを以て、從て適當なる破産管財人を見出すに困難なしとせぬ。左れば裁判所自由選任主義を可なりとする。

破産管財人は、自然人のみが選任せらるべしと明定せる立法例なきも、解釋上自然人のみが破産管財人に選任せらるべきものなりと云ふを通例とする(Koller, Lehrbuch, S. 219; Wolff, Kommentar, § 75 Anm. 3; Jäger, Kommentar, 1936, § 75 Anm. 7; Menzel, Kommentar, 1936, § 78; Anm. 2; Bar-

tsch-Pollak, Kommentar, Anm. 4.)。法人を以て破産管財人と爲すことを得る旨を明定せる立法例がある。例へば米國破産法第四五條後段の如きである。奧太利の中央金融機關法第一條第一項は、金融機關の破産管財人には法人も選任せらるることを得る旨を定め、又、同國の一九三三年農業貯蓄法(改正)第九條は、破産裁判所は農業貯蓄組合(Bausparenossenschaft)の破産に於ては、共和國宰相より指名したる者(自然人又は法人)を破産管財人に選任することを要する旨を定めて居る。法人を破産管財人に選任することを得る旨を明定せざる立法の下に於ても、解釋上、法人は管財人に選任せらるることを得と爲す學者も又判例も多少存する。特に自然人たる破産管財人は、人的信任なきを以て、法人が却つて破産管財人に適すと高唱する獨逸の裁判例がある。此のことは、曾て説明したる所である(拙著研究三卷一八頁、同七卷一頁以下、同二〇卷七五頁以下)。而して破産者の親族及破産債權者は、破産管財人たることを得ずとの立法例あることは、前記の如くにして、私は破産管財人の職務は公正なるべきものなるを以て、此の立法例に賛同する。

第二項 破産管財人の責任、報酬、監督

一 一般の立法例に依れば、破産管財人は破産財團に屬する財産の占有・管理及換價を爲し、又別除權及財團債權等の辨濟を爲したる上、殘餘財産を總債權者に配當するを職分とする。尤も、伊太利に於ては、一九三〇年の商法改正以來破産管財の實際の事務は、受命判事に於て之を行ひ、破産管財人は其の從屬員として、受命判事の指揮及監督を受けて行動するに過ぎるのであつて、即ち破産管財人は、

受命判事の一切の命令を履行することを要するのみならず、受命判事の書面上の許可なければ破産財團に關する訴訟に付原告又は被告として行動することを得ないのである。次に破産管財人の一般的の義務及權利に付説明する。

二 (イ) 破産管財人の責任 (Verantwortlichkeit) に付ては、多くの立法例は、明文を以て之を規定する。即ち、獨逸破産法第八二條は「破産管財人ハ其ノ職務ノ執行ニ付一切ノ利害關係人ニ對シテ其ノ責ニ任ス」と定むる。我が破産法第一六四條は「破産管財人ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其ノ職務ヲ行フコトヲ要ス(五)、破産管財人カ前項ノ注意ヲ怠リタルトキハ其ノ破産管財人ハ利害關係人ニ對シテ連帶シテ損害賠償ノ責ニ任ス(五)」とある。獨逸の法文には、我が破産法第一六四條第一項の如き規定なしと雖も、獨逸の前記法規は、破産管財人は、其の職務上特定人に對して課したる義務を、過失又は故意に因り怠りたるときは、利害關係人に對し其の責に任すべきものであつて、破産管財人は其の職務を行ふに付ては通常の家父の注意を用ふることを要するの趣旨を定めたるものなるを以て (Hager, Kommentar, § 82, Anm. 2.) 我が規定と同趣旨のものと云ふことを得る。奥太利破産法第八一條一項、三項、チェッコ・スロワカイ破産法第七九條三項、ユーゴ・スラウキア破産法第八七條一項、二項、匈牙利破産法第一〇〇條二項ベルー破産法第一二四條等は、我が破産法規定と同一である。

ブラジル破産法(一九二九年改正)第六五條は、破産管財人は其の任命と共に其の職務を善良忠實に

努め、受託者並に管理人の性質に依る一切の責任を負ひ且つ直ちに破産財團の管理に着手する旨の誓約を調書に認めて署名することを要するのであつて、從て破産管財人は、其の書面に依り引受けたる財産管理に付ての一切の責に任するのである。即ち同法第七二條は、破産管財人は其の悪しき管理、怠惰、濫用、惡意又は本法規定違反に因り、破産財團に及ぼしたる總ての損害に付其の責に任するものなりと定めてある。破産清算人も亦右と同一責任を負ふのである(七條六)。

丁、抹破産法第七六條は、破産管財人は、其の職務の執行に付ては、通常の注意を以て之を爲し且つ財産の管理に付ては精細なる計算を爲すことを要する。此の計算を爲すことの爲めには、破産裁判所の認許したる計算簿を作成し且つ之に財團の收支を記入せねばならぬ。又破産管財人は、財團に關する訴訟は通常の方法に於て之を爲し、必要な場合には、辯護士に委託して之を進行することを得るのみならず、破産管財人自ら、職務の全體を執行すること能はざる場合には、財産管理及會計事務の爲め補助人を使用することを得る旨を規定し、反之、諾威破産法第二五條は、破産管財人は、受託者として他人の事務を執行するに付ての一切の責任に任すると規定する。而して芬蘭破産法第七〇條は、破産管財人及管理人は、自己の財産の爲めにする注意を以て管財を爲し、然らざれば其の損害に付其の責に任すと定む。

北米合衆國破産法にては、破産管財人は、其の過失に因り生じたる一切の損害に付、其の責に任すべ

く、通常人が自己の事務に付、爲すを例とする注意を缺きたるときにも亦過失ありと爲すのである(A Treatise, 1936, § 796; Rechtsvergleich.)。英國破産法第八七條は、商務省は破産管財人に對し、同人が其の過失に因り破産財團に蒙らしめたる損害の賠償を爲すを命ずることを得る旨を定めて居る。瑞西債務取立及破産法第五條は、取立官及破産官は、自己又は自己の任命したる使用人の過失に因り、生じたる損害に付賠償の責に任じ且つ裁判上訴求せらる。取立署及破産署の使用人にして國權に因り任命せられたるものに付ても同様であると定め、又同法第二四一條は債權者の選任したる破産管財人に付ても亦第五條と同一なりと定む。而して同法第六條に依れば、破産官の爲す破産管理に付生じたる損害に付ては、其の官吏先づ之を賠償し、尙其の不足額に付ては各聯邦(カントン)之を賠償する旨を定めてゐる。

和蘭破産法第六九條及第七二條後段に依れば、各債權者、監査委員及破産者は、破産管財人に對し特定の行爲を爲し又は爲さざることを命ずべき旨を破産主任官に申請し、主任官をして其の命令を發せしむることを得る。又破産管財人は、法定の認可なくして(特に破産主任官の認可なくして)、爲したる行爲に付破産者及債權者に損害賠償の責を負ふのである。

ブラジル破産法第七三條五項、諾威破産法第三三條、並に北米合衆國破産法第四八條に依れば、破産管財人に不正の行爲あるときは、裁判所は、其の報酬請求を拒絶することを得るのである。尙多數の立法例に依れば、裁判所は破産管財人に對し罰を科すべきことを以て威嚇し、之をして、其の職務を正當

に履行せしむることを目的とする一般的規定を定む。例へば獨逸破産法第八四條、奧太利破産法第八四條三項、チェッコ・スロワカイ破産法第八二條三項、ユーゴ・スラウキア破産法第九一條三項、匈牙利破産法第一〇四條、並に葡萄牙破産法第二一四條及一九〇一年十一月二十九日の命令の如きである。然るに又他の立法例は、個々の場合に於て破産管財人を罰すべきことを定む。例へばブラジル破産法第七一條第六項及第八項の如きは、破産管財人が金錢を費消し法定期間内に之を辨償せざる場合には禁錮に處せられ、又破産管財人が法定期間内に計算の報告を爲さざるときは、引致せらるることを定む。又伊太利商法第七五六條は、破産管財人が個々の責務を履行せざる場合に、之に對し罰金を課する旨を定めてゐる。

佛蘭西及羅馬法系の他の諸國、特に白耳義、ルクセンブルグ、ブルガリア、伊太利及埃及の諸國に於ては、破産管財人を以て債權者團體の代表者なりとして取扱ひ、且つ破産管財人は破産財團に關する行爲を有償的に爲すものなるを以て、破産管財人は一切の過失(Omnis culpa)に付其の責に任ずるものと定む。尤も破産管財人は右の原則に依り破産者に對しても、其の責に任ずべきものなりや否やに付ては、争ひがある。破産管財人の行爲が準犯罪規定に該當するときに限り、破産者は、破産管財人に對し其の責を問ふことを得と爲すの説を以て定説とする(Vgl. Rechtsvergleichendes)。

(ロ) 破産管財人の就任に際し擔保(Sicherheitsleistung)を供せしむべきや否やに付ては、立法例分

れて居る。即ち(一)破産管財人の就任に付ては、必ず擔保を供せしむべしと爲すの立法例がある。例へば、英國破産法第一九條第二項、及同細則第三三一條に依れば、破産管財人は、商務省の適當なりと認むる擔保 (Security) を供することを要し、其の提供ありたる場合に於て、始めて選任證書を付與する。然し破産管財人が後に其の擔保を維持せず、又は増額の命に従はざる場合には、商務省之を解任することを得るのである。又北米合衆國破産法第五〇條に依れば、破産管財人は其の職務引受の際擔保を供し且つ之が爲めに少くも二人の保證人を立てねばならぬ。擔保の額は債權者に於て之を決し、債權者之を決せざれば、裁判所之を決する。破産管財人が、法定期間内に擔保を供せざるときは、破産管財人は其の職務を引受けざるものと認めないのである。瑞西に於ては、各州が、責任を負ふ官吏又は就任者に對し擔保の提供を請求することを得る(瑞西債權者立法)。之に依れば、瑞西の破産官及破産管財人は、其の就任に際して擔保を供さねばならぬのである。而して、擔保の額及種類等は、行政官廳に於て、之を決する(Blumenstein, Schuldbek. 3. 60. 瑞西債權者立法)。葡萄牙に於ては、破産管財人は、就職の際裁判所長の定めたる擔保を供さねばならぬ。若し、之を供せざれば、破産管財人の選任は無効となる(同前)。次に(二)破産管財人をして擔保を供せしむるや否やを、裁判所又は其他の職能と爲す立法例がある。例へば、獨逸破産法第七八條第二項は、裁判所が破産管財人に對し擔保を供することを得る旨を定む。伊太利商法第七二條に依れば、破産管財人は擔保を供する義務なきを通例とすれども、破産者の財産の性質又は管理の事情に徴し必要な

りと認むるときは、裁判所職權を以て破産宣告の際若は破産宣告後、又は監査委員の申立に因り、破産管財人をして擔保を供せしむることを得る。ブルガリア商法第六八八條も亦右と同じ。而して丁抹破産法第七〇條に依れば、議決權ある債權者の多數が破産管財人に於て擔保を供すべきや否やを決するのであつて、次で裁判所は擔保の額及種類を定むる。債權者の少數のみが、擔保の供與を請求したる場合に於ては、其の供與の必要ありや否やは、破産裁判所之を決する。尙、破産管財人に於て就職の當時擔保の供與を爲さざる場合に於ても、其後に至り、監査委員の申立あるときは、破産裁判所は破産管財人に對し擔保の供與を命ずることを得るのである。終りに、(三)第三の立法例は、破産管財人に對し擔保の供與を命ぜざるの制度である。例へば、我が破産法を始め、奧太利、匈牙利、ユーゴ・スラウキア、チエッコ・スロワカイの破産法の如きである。

(ハ) 破産管財人は、其の勞力に對し報酬を受くる權利を有する。此の事は總ての立法例の認むる所なるも、其の報酬の額を確定する機關及其の確定を爲すの主義に付、立法例を異にする。即ち次の如くである。(一)破産裁判所が、法律上何等の制限を受くることなく、破産管財人の報酬額を決定する制度がある。我が破産法第一六六條の如きは然り。諾威破産法第三三條も、亦我が立法例と同じく裁判所が單に報酬額を定むる。埃及に於ては、報酬額は、破産主任官の報告に因り、裁判所之を定むる。實例に依れば、同國に於ては、破産管財人の勞力の範圍及其の効果の如何に依り裁判所其の額を定むる。此の裁

判に對しては不服を申立つることを得る (Rohtsvergleichendes H^o). 伊太利に於ては、裁判所は受命判事の報告に依り、裁判所に於て報酬額を定む(修正五)。和蘭破産法第七一條に依れば、破産管財人の報酬額は、裁判所之を定め、強制和議の場合に於ては、其の認可判決に依り裁判所其の額を定む。智利の商法第一四三八條に依れば、破産管財人に對する報酬の供與は、裁判所之を定むるものなるも、其の額に付ては、反之、債權者集會の一致せる決議に依り之を定め、若し、其の決議なかりし場合には裁判所之を定むる(民訴六〇)。而して、報酬額は、裁判所の定むる所なるも、或る一定の標準に従ひて、之を爲さしむるの立法例がある。獨逸に於ては、裁判所は、自己の裁量に依り、自由に報酬額を定むることを得るを原則とするも(獨逸八五)、尙例外として、各聯邦司法省は右と異なりたる一般の規定を設け得る權限を有して居る(同條)。然るに、一九三六年二月二十八日實施されたる「破産管財人及和議管財人並に監査委員及債權者輔佐員の報酬給與に關する標準令」(詳細は拙稿、法學會雜誌一四卷七號六五頁以下参照)に依れば、同標準令は、破産法第八五條第二項を廢止し、之に代はりたるものと云ふを得べきを以て (Menzel, Komm. b. 10), 從て裁判所は、此の標準令に従ひ、其の範圍内に於て報酬額を定むるのである。白耳義商法第四六一條に依れば、破産管財人の報酬は商事裁判所が、破産の特質及價值に依り、勅令の定むる原則に従ひ、其の額を定むるのである。實際は現今まで斯かる勅令は發せられずして、多くの裁判所に於ては、報酬定率表を定め之に依りて報酬額を決定するのである。ルクセンブルグ商法第四六一條も亦右と同様である。西班牙 (Handelsges. 11) 及メキシコ

商法第一四二七條に依れば、破産管財人に給與すべき報酬額は、法律上一定したる率に依りて定められる。北米合衆國破産法第四八條に依れば、破産管財人の報酬額は、破産債權者に對する配當額の一定の割合を以て裁判所之を決する。葡萄牙商事訴訟法第二二六條、第二二三條、及第二二八條に依れば、裁判所は、監査委員の申出に因り、一定の手續料率の範圍内に於て、報酬額を定め、若し、配當なき程度に破産者の財産皆無なるか、又は其の財産僅少なる場合に於ては、報酬額は破産管財人の勞力及熱心の程度に應じ、裁判所之を定めるのである。ブラジル破産法第七三條は、裁判所は、破産財團の範圍、手續、管財人の勞務及責任の程度に準じ、法定の最高限度の範圍内に於て、裁判所、報酬額を定むる旨を規定する。又、ブルガリア商法第六八九條に依れば、報酬額は、全破産期間を通じて一五〇〇レブスを超せざる限度に於て、裁判所、之を決し、其の供與は、破産債權者に對する配當毎に之を爲すのである。(二)次の立法例は、裁判所以外の破産主任官が、報酬額を定むるものである。例へば、佛蘭西商法第四六二條 (一九三五年八月八日改正) に依れば、破産主任官 (Juge-commissaire) が自由に報酬額を定め且つ商事裁判所の認可を要する。奧太利は、舊法 (一八六八年十二月二十五日の法律) に於ては、破産主任官 (Konkurskommissär) 及監査委員の申立に因り、債權者集會が、當該管財事務の範圍、難易、及管財人の勤怠等を參酌したる上、自己の意見に依り、自由に其の額を決定し(同法一六一)、管財人之に不服なるときは、抗告を爲し、破産裁判所が終局的の決定を爲すのであつて(同條)、別に、一定の報酬

率の定がない。然るに、新破産法（一九一四年十二月十四日の法律）に於ては、舊法と其の趣を異にし管財人が報酬を請求するときは、破産主任官は、監査委員と協議の上で、自由に之を定むることを得る（破二二）。然し司法廳は、或る一定の報酬率なるものを一般に定むることを得るのであつて、其の定め方は、財團の價額、破産債權者に配當すべき結果、及財團管理終了の時期に於ける破産手續の状態等を参酌せねばならぬ。然し、若し管財事務が、管財人の特別の努力を要するか、又は事務の範圍が非常に廣汎なるか、若は特別の効果を生じたるときは、其の一般の報酬率に従はなくとも可い。報酬額に付破産管財人と破産者又は債權者との合意は之を無効とする（破二二）。而して奧太利に於ては、今尙報酬定率表を定めたるものがない（Partsch-Polnik, Kom. 5）。チェッコ・スロワカイ破産法第八〇條、第一二七條、ユーゴ・スラウキア破産法第八九條、第一三七條、第一三八條等は、右奧太利法と同一である。（三）破産管財人の報酬は、債權者集會、又は監査委員之を定むと爲すの立法例がある。英國破産法第八二條一項に依れば、破産管財人の報酬は、債權者集會又は其の委任に依り、監査委員に於て之を定め、又細則第一一七條に依れば、報酬額は、手数料の性質に於て定め、其の中の一部は總換算額に比例し、他の一部は配當額に比例して之を定む。尤も、擔保物に付ては、擔保權者に辨濟せる殘額を以て換價額とするのである。商務省が管財人を選任する場合には、其の報酬額も亦、商務省に於て之を定むる（三六條）。又債權者の法定多數額が、債權者集會の決議に反對し、又は破産者に於て、報酬額が過多に失することを

證明したるときは、商務省に於て其の額を定むる（破八三）。芬蘭破産法第七九條は、破産管財人の報酬は債權者之を決し、此の額に付不服あるときは、其の不服に付、裁判所之を裁判する。報酬額決定に付ては、破産手續の期間の長短を絶對に参酌せぬ。丁抹に於ては、報酬額は、債權者之を定め、若し其の定なきときは裁判所之を定めるのである（破六）。智利に於ては、報酬額は債權者集會之を定め、若し其の決議なきときは、裁判所之を定む（〇九條）。瑞西に於ては、一八九一年五月一日の手数料規則第四二條以下に従ひ、債權者集會が報酬額を定め、若し第二回債權者集會成立せざる場合には、監督官廳（Aufsichtsbehörde）之を定むる。然し、債權者集會及監督官廳は、事情に依り、此の手数料の率に拘束せられず管財人の勤勞に對して相當の報酬を定むることを得る（Bismontsch, Schuldb.）。終りに、（四）匈牙利に於ては、報酬額に付ては管財人と監査委員との同意に依り定まり、之に付裁判所の認可を要する。裁判所其の合意に依る額が過大に失すると認むるときは、之を自由裁量に依り減額する。若し、管財人と監査委員との合意成立せざるときは、裁判所は、破産主任官及監査委員の意見を聽き、且つ任務執行の範圍及重要性と管財人の行動とを参酌して其の報酬額を定むる（破一〇）。

三 一 破産管財人が、裁判所の監督に屬する場合に於て（日破一六一條、獨破八三條）、其の監督は破産管財人の行爲が義務違反（Pflichtwidrigkeit）なりや否やに關するに止まり、其の行爲が果して合目的（Zweckmässigkeit）なりや否やに及ばざるは勿論其の行爲を指揮することを得ずと爲すの見解は、獨逸に於ては通説、

である (Jäger, Lehrb. S. 87; Derscher, Komm. § 83, Anm. 1; Menzel, Komm.). 尤も裁判所は破産管財人を指揮することを爲すことを得るの解釋を採る人もある (例へば Wolff, Komm. § 83, Anm. 1, 普魯西司)。伊太利を始め、奥太利及我が舊法は、受命判事又は破産主任官は破産管財人を指揮し且つ之に指圖を與ふことを得る (日破七九條二項三條)。而して破産管財人の職務に對する責任に付ては、諸國の立法例必ずしも、其の内容を同うせざるものがあるが、兎に角我が破産法第一六四條の定むるが如き規定を可とする。瑞西に於ては、管財官の行爲に因り生じたる損害に付ては、各州も亦その責に任ずることを規定する。破産管財人を以て國家の官吏なりと爲すものとせば、或は我が刑事補償の如き或は瑞西法の如き制度が、場合に依りて必要なきにあらずやとも感せらるるも、然し破産管財人の行爲に付ては國家も亦其の責に任ずるの旨の規定は必要なしと信せらるる。

破産管財人に不正の行爲あるときは、報酬供與を拒絶することを得るの立法例あるも (ブラジル、北米合衆國)、私は賛成せぬ。蓋し破産管財人に不正行爲ある場合には、之を解任すべく、之に對する報酬額は、裁判所に於て參酌するを以て事足れりと思ふからである。又、罰金を科することを以て、破産管財人を威嚇し、之を以て、其の職務を忠實に遂行せしむるの手段と爲すの立法例あるも (例へば獨・奥)、破産管財人が忠實に其の職務を行はざるときは、解任すべく、若し、利害關係人に損害を生じたる場合には、其の賠償を爲さしむべく、これにて破産管財人をして、其の職務を忠實に行はしむる威嚇と爲す

に足るものありと信せらるるを以て、罰金に依る威嚇方法は、餘り適正なるものと云ふことを得ぬ。又破産管財人の金錢費消の行爲に付、特に破産法に刑罰を課すの規定を設くるの立法例 (例へばブラジル) があるも、這は餘り良き制度とも考へられぬのである。蓋し一般刑法に依りて破産管財人の不正行爲に對する制裁を爲すを以て十分なりと信せらるるからである。又破産管財人の個々の行爲に對し罰金を科するの法制あるも (伊太利)、前記の説明と同じ理由を以て、此の法制に賛成し難いのである。

(ロ) 我が現行破産法は、破産管財人に擔保を供せしむる旨の規定なきこと前記の如しと雖も、將來の立法としては、破産管財人には總て擔保を供せしむべき義務を認むるを可なりと信ずる。蓋し破産管財人は、法文の明定する如く、善良なる管理者の注意を以て、其の職務を行ふことを要し、若し其の注意を怠りたるときは、利害關係人に對し連帶して損害賠償の責に任ずることを要するのみならず、管財事務に付、金錢の授受を爲し其の取扱を爲すことを通例とするからである。我が公證人法第一九條に依れば、公證人は其の就任に付ては身元保證金を納付することを要する。之を看れば、破産管財人に擔保提供の義務を負はしむるも、あながち奇異と爲すに足らざることを知るを得る。

擔保提供は、破産管財人の義務と爲すべく、獨法の如く裁判所の任意と爲さざるを可とする。蓋し、擔保提供に付其の取扱を區別し、或る破産管財人には擔保を提供せしめ、或る破産管財人には之を提供せしめざることと爲すが如きは、破産管財人としての威信若は信用を毀損し、其の職務遂行に付多大の

支障を來たすの原因又は動機と爲るからである。而して、擔保の額は裁判所之を決すべきである。其の額は、或は債權者に於て(北米合衆國)、或は行政官廳に於て(瑞西)之を定むる立法例あるも、破産管財人の選任は、裁判所の専權に屬するものと爲す以上は、擔保の額も亦裁判所に於て定むるを可とする。裁判所が其の額を定むることが、債權者又は行政官廳の定むるよりも、より多く公平に合し且つ適正なることを得る。

(ハ) 破産管財人の報酬を決定する機關は、我が法制の如く、破産裁判所之を爲すを可とする。債權者集會又は監査委員に於て、報酬額を決定するの立法例あるも、又破産主任官若しは受命判事に於て其の額を決定するの法制あるも、此等の者の定むるよりも、裁判所の定むることが、より多く公平且つ妥當を得るものと信せらる。依て私は、我が立法例に賛成する。尤も其の額を定むるに付ては、我が法制の如く全く裁判所の自由裁量に任すべきものなりやと云ふに研究の餘地がある。私は、其の額を定むるに對しては、獨逸の一九三六年二月以來の如く一定の定率表に依ることを合目的なりと信ずる。蓋し定率表あるときは一方に於ては、裁判所が其の額を定むるに付、左程困難を感ぜざるに至るべく、又他方に於ては定率表あるの故を以て、豫め破産管財人は其の率を知り居る爲め、支給の額が過少なりとの故を以て、不平を唱ふることなきに至るべしである、私は從來より報酬定率表の制定を主張するのである

(拙著研究二卷三八頁以下、同七卷一〇三頁以下一五七頁、同八卷七一頁、一一七頁、一二三頁、一五八頁。尤も露西亞並にルーマニアの如く俸給以下、同二〇卷一三一頁以下、他種法律雜誌一四卷七號八〇頁以下、同研究二卷三〇九頁以下参照)

の支給を受くる管財官吏を設くるに於ては、前記の如く報酬の額を定むるの必要なきは勿論である。

第三項 破産管財人の解任

一 多數の立法例は、破産管財人を、職權を以て解任 (Entlassung, Abberufung) する權能を裁判所に付與して居るも、其の個々に至りては其の間に種々なる差異がある。我が破産法第一六七條に依れば裁判所は債權者集會の決議若しは監査委員の申立に因り、又は職權を以て、破産管財人を解任することを得、此の場合に於ては、破産管財人を審訊することを要するのである。獨逸破産法第八四條に依れば、裁判所は破産管財人選任後開くべき債權者集會前に於ては職權を以て、其後に於ては債權者集會又は監査委員の申立に因りてのみ、破産管財人を解任することを得る、其の裁判前に破産管財人を審訊することを要する。斯くの如く、獨逸に於ては裁判所職權を以てする解任は、破産管財人選任後開くべき債權者集會前に限らる。尤も裁判所は、何時にても、職權を以て、債權者集會を招集することを得るを以て(三條九)、從て其の集會に破産管財人解任の申立を裁判所に爲すべき旨を勧誘することを得る(同條九八)。

英、太利破産法第八四條第四號は、破産裁判所は、重大なる事由あるときは、破産主任官の意見を聽きたる後、破産管財人を解任することを得る、但し其の解任前には、成るべく破産管財人を審訊すべき旨を定む。右の所謂重大なる事由とは、例へば債權者集會に於て破産管財人の解任を申立たること、破産管財人たるの資格を缺きたること(例へば不信用にして又公正ならざるとき)、管財事務取扱の能力なき

こと、正當に職務を履行せざること(例へば破産者の家具を横領するが如き)又は破産管財人が、債権者の多數若は善良なる破産者と著しく圓滿を缺くこと等を指すのである (Bartsch-Pollak, Komm. 70. チェッコ・スロワカイ破産法第八二條第四項、ユーゴ・スラウキア破産法第九一條第四項は奧太利法と同一である。

匈牙利破産法第一〇四條第二項に依れば、破産裁判所は、職權を以て、又は破産主任官若は監査委員の申立に因り、破産管財人を解任することを得る。佛蘭西商法第四六七條第一項に依れば、破産主任官は、破産者若は債権者の申立てたる不服に因り、又は職權を以て、一人又は數人の破産管財人の解任を裁判所に申立つることを得るものであつて、裁判所は、其の申立に基き、破産管財人の解任に付裁判する。

白耳義商法第四六二條に依れば、商事裁判所は職權を以て破産管財人を解任し、他人を以て之に代ふることを得るのであつて、債権者又は破産主任官の申立に因る解任を認めない。ルクセンブルグ商法第四六三條も亦右と同じ。

ブルガリア商法第六八六條、第六八七條に依れば、債権者が債權調査後裁判所の選任に因る破産管財人を解任し且つ之に代ふるに他の信任すべき人を選任すべき旨の申立を爲したる場合に於て、其の推薦を受けたる人が破産事件に付利益なる人にして且つ強制和議の決議に要する債権者多數の申立に係ると

きは、裁判所は、自己の選任したる破産管財人を解任したる上、債権者の推薦に係る人を破産管財人に選任せねばならぬ。尙裁判所は何時にても職權を以て又は債権者の申立に因り、破産管財人を解任することを得る。埃及破産法第二六四條に依れば、商事裁判所は、職權を以て又は破産者、債権者若は破産主任官の申立に因り、何時にても破産管財人を解任することを得る。

ルーマニア商法第七三六條及第七三五條に依れば、管財吏 (Judecator-sindic) は、通常の判事に對する忌避と同一の事由に因り忌避せられ、其の忌避に付ては、忌避を爲したる當事者及忌避せられたる管財吏の意見を聽きたる上、之が裁判を爲すのである。多數の管財吏あるときは、破産手續の進行中如何なる時期に於ても、理由を開示することなくして、其の中の一人を解任し、之に代ふるに他人を選任することを得る。

伊太利に於ては、舊商法の下に在りてはブルガリア法と同一の方法に依り、破産管財人の解任及更代を爲したるものなるも、改正法の下に在りては、破産管財人を以て、官吏の地位にあるものと爲すを以て、從て破産裁判所が、獨り破産管財人を解任し且つ他人をして之に代はらしむることを得るのである (改正法三條)。

瑞西法に於ては、各州監督官廳は、破産者の官吏及使用人を職權を以て解任することを得るのみならず (取立及破一三條、一四條)、債権者の選任したる破産管財人をも職權を以て解任することを得る (Art. 241. §. 200 ff.)。

和蘭破産法の下に於ては、裁判所は職權を以て、又は破産主任官の申立に因り、又は一人若は數人の債權者又は監督委員の理由ある申立に因り、又は破産者の申立に因り、破産管財人を解任する(三條七)。

葡萄牙商事訴訟法第二一九條及第二二〇條に依れば、Lisabon 裁判所管轄内及 Porto 裁判所管轄内に於ては、破産管財人の不熱心又は不適當の理由に依り、其の解任を政府に申請すべき義務は、其の裁判所々々に屬する。破産管財人は、裁判所書記に對する忌避と同一事由に依り、當事者及監督委員より忌避せらる。而して、西班牙に於ては、破産管財人に權利濫用の行爲あり、又は不熱心若は不適當の行爲ある場合に於て、債權者の申立あり又は破産主任官の報告に基き、判事は破産管財人を解任することを得る(Handels- u. Erbk. VII. 2. 21)。

ブラジル破産法第六九條に依れば、裁判所は、職權を以て又は官廳代表者若は債權者の申立に因り、破産管財人を解任することを得る。智利商法第一四三五條(破産第一)に依れば、裁判所は、法定の事由(破産管財人の過失怠慢に因り管財事務に損害を及ぼすとき、破産管財人が詐欺を行ひたるとき又は破産者と不正行爲の通牒を爲したる等の如き)あるときは、職權を以て、又は債權者、若は破産者の申立に因り、破産管財人を解任することを得る。丁抹破産法第七一條に依れば、裁判所は、正當の事由あるときは、職權を以て、又は監査委員の申立に因り、破産管財人を解任することを得る、解任せられたる破産管財人と雖も尙最も債權者の利益と爲るものと信するときは、債權者は其の者を破産管財人に再選することを得る。

とを得る。尤も裁判所は、其の選任を拒絶することを得るも、債權届出期間を経過したるとき又は法定多數の債權者が其の選任を爲したるときは、此の限りでない。諾威破産法の下に於ては、破産管財人が其の義務を怠り又は其の職に長く留まることを得ざる事情等の存するときは、破産裁判所は監査委員の同意を得たる上、職權を以て破産管財人を解任する。尙裁判所は、監査委員・個々の債權者又は破産者の申立に因り破産管財人の解任を爲すのである。而して芬蘭破産法第六一條に依れば、破産管財人が債權者の請求あるも、破産財團の狀況又は其の管理に付報告を爲すことを欲せず、又は之を怠り若は之を拒みたる場合に於て、裁判所が一定期間内に其の義務を履行すべき旨を命じたるに拘らず、破産管財人に従はざるときは、裁判所は破産管財人を解任することを得る。

英國法の下に於ては、債權者集會は、普通決議に因り、破産管財人の解任の決議を爲すことを得る。又總債權額の六分の一に當る債權者の申立に因り、集會費用供託の下に、監査委員又は管財官は破産管財人解任の爲めの集會の招集を爲すことを得(破九五條一項、細)。而して商務省は、破産管財人に不正行爲あり若は義務の履行を怠りたる時、又は債權者に利益なくして管財事務が不必要に遅延したるとき、其他法定の事由あるときは、破産管財人を解任することを得(破九五條二項、細)。裁判所は、職權を以ても亦、解任を爲すことを得る(加藤博士著破産法研究六卷二三四頁)。次に北米合衆國破産法第二條第一七項に依れば、裁判所の申立に因り、破産管財人を解任し得る。尙裁判所は、職權を以て其の解任を爲すことを得るのである(Rechtswörterb. IV)。

Pr.V.)。

二 (イ) 破産管財人は、裁判所之を選任すべきものであつて、債権者集會の爲すべきものにあらずと信するを以て、從て、破産管財人の解任は、裁判所、之を爲すべきであつて、債権者集會(英國の如く)の爲すべきものにあらずと思惟する。左れば、又裁判所以外の官廳例へば、商務省とか、又は其他の監督官廳(例へば英・瑞西の如く)が解任すべきものでもない。而して立法例に依れば解任は、(一)單に裁判所職權を以てするものと、(二)債権者・監督委員又は破産主任官の申立に依りても爲すものと、又(三)破産者の申立に依りても爲すものとある。我が破産法第一六七條は、破産管財人の解任は、裁判所の職權に依るの外、尙債権者集會の決議若は監督委員の申立に因ることある旨を定む。尤も債権者集會若は監督委員の申立あるも、裁判所は必ず破産管財人の解任を爲さざるものにあらずして、解任する否とは、固より裁判所の自由裁量に屬する。然れども申立に因る解任を認めたる以上、和蘭・智利、及諸威等の立法例の如く、破産管財人の解任は、破産者の申立に因りても、之を爲すことを得と定めたのである。要するに、破産管財人の解任は、裁判所は、職權を以て、又は債権者集會若は監督委員の申立に因り、之を爲すことを得るの外、尙破産者の申立に因りても、爲すことを得るものと改めたと思ふ。獨逸の立法例は、裁判所職權を以てする解任と申立に因る解任との區別を債権者集會開催の前後に依りて定むるものなれども(四條八)、斯かる區別は必要がない。蓋し裁判所の破産管財人を監督する義務

は(三條八)、債権者集會開催の前後に依て何等變化なきを以てである。

破産管財人の解任事由を明記する立法例と然らざるものとある。埃太利破産法は、一般的に「重大ナル事由アルトキハ解任スルコトヲ得」と定め、又英國破産法は、解任の事由を個々に列擧し、其の場合を制限的に定めてゐる。然るに獨逸法及我が破産法は、右の二つの立法例に依らずして、即ち、解任の事由を一般的にも又具體的にも掲げてゐない。私は、我が立法例が可なりと信する。何となれば、英國の如く列擧的に解任の事由を定むるときは、其の事由に當らざるものあるときは、解任することを得ざる場合生ずることあるべく、又解任は、重大なる事由なくして濫りに専恣的に裁判所之を爲すべきの謂なきを以てである。

(ロ) 裁判所は破産管財人に對し監督權を有する結果として(一六條)、職務執行に不適任又は不適當なる破産管財人を職權を以て解任する權利を有し又義務を有する。債権者集會の決議又は監査委員の申立ある場合に於ても、執務に不適任又は不適當なる破産管財人を、自由裁量を以て解任するの權利を有し且つ義務を有する。尤も解任の申立あつても、必ずしも裁判所破産管財人を解任せざるべからざるものでなきことは前記の如くである。其の之を解任する否とは、固より裁判所の自由である。我が破産法第一六七條には「裁判所ハ……破産管財人ヲ解任スルコトヲ得」とありて、破産裁判所は、破産管財人を獨り解任するの權利を有するに過ぎざるが如く見ゆるも、左にあらずして、破産管財人を不適任又は不

適當なりと思惟せば、之を解任するの義務を有するものと解すべきである(Jaeger, Komm. § 81, Anm. 4)。然らざれば破産裁判所は職務曠廢の責を免かれざることと爲すのである。(拙著研究六卷一九七頁以下)

解任の事由は、前記の如く、破産事務執行に不適任又は不適當なることと云ふのであつて、例へば破産管財人に義務違反の行爲あり又は其の精神的及肉體的故障の爲め若は破産宣告・榮譽權喪失・禁治産宣告の爲め、其の職務に堪へず又は信用を失墜したるとき、又は破産管財人が破産債權者又は善良なる破産者と常に紛議を起し其の圓滿を缺きたるが如きときを云ふのである(Jaeger, Komm. a. a. O. § 81, Anm. 4)。而して解任は、破産管財人の其の意に反する職務解除(Entlassung wider Willen)であつて、即ち行政的意味に於ける解職である。左れば辭任とは異なる。辭任とは、破産管財人の其の意に基く職務解除である。而して解任の裁判に對しては、利害關係人は抗告を爲すことを得る(日破七三條三項)。

第四項 破産管財人の法律上の地位

一 破産管財人の法律上の地位 (Rechtsstellung) に付て見るに、或は法制上若は法規上之を定むるものと、或は何等の明文なくして、只だ専ら學者及判例の解釋に任ずるものとある。即ち左の如くである。

(イ) 英法案の下に於ては、破産管財人は受任者 (Trustee) の地位を有するものなるを以て、從て破産管財人の法律上の地位は、信託制度の法規に依りて定まる。而して同法案特に北米合衆國の法制の下に於ては、破産管財人は破産財團との關係に於ては破産者の一般承繼人であり、債權者との關係に於ては、

債權者の代理人である、破産管財人は、破産者が禁反言 (estoppel) 又は公共政策若は公の秩序 (Public Policy) の見地の下に爲すことを得ざる行爲を、債權者の利益に於て爲すことを得るものなるを以て、此の點に於ては、破産管財人は債權者の代理人なりと爲すのである。

(ロ) ルーマニア、葡萄牙に於けるが如く、破産管財人を以て裁判上の官吏なりと定むるものがある。此等の立法の下に於ては、破産管財人の法律上の地位に付ては、何等の疑問を生ずる餘地がない。而して、伊太利の一九三〇年の改正破産法に依れば、破産管財人を以て、其の職務の範圍内に於て、國家の官吏なりと爲したるものであつて、立法者は之を以て破産管財人法律上の地位に關する理論上の論争を一掃したのである。(N. F. A. H. F. J. H. H. H.)

(ハ) 佛蘭西法系の一解釋に依れば、破産管財人は第一に債權者團體の代表者であると共に時々破産者の代理人として行動するものであつて、特に破産管財人が破産財團の利益に於て破産者の權利を行使する場合に於ては、破産者の代理人であると爲すのである。此の事は、法文に於て、之を見ることを得る。例へば佛蘭西商法第五三二條第一項は「破産管財人ハ債權者團體ヲ代表シ清算ヲ爲ス責ニ任ス」とある。又白耳義商法第五二八條第一項も亦右と同様である。尙、同國の學說及判例の一致する所に依れば、破産管財人は破産債權者團體の代表者なりと同時に破産者の代理人なりと云ふのである。智利商法第一四一四條、ブラジル破産法第六五條第八號、第六七條第一號に依れば、同法は何れも破産管財人は

債権者の代表者なりと爲すのであり、又丁抹破産法第七二條は破産管財人を以て債権者代表者なりと定め、又諾威破産法第二四條は、破産管財人を以て破産者の代理人たると同時に債権者の代表者なりと定む。破産管財人の選任に付、債権者の影響の及ばず法制の下に於ては、破産管財人にて債権者の代表者なりと定むるのである。

(二) 破産管財人の法律上の地位に付て、明文なき法制の下に於ては、其の地位の何ものたるやに付大に論争がある。例へば獨逸に於ては、所謂公吏説(國家の機關説、*Amtslehre*)が行はる。之に依れば、破産管財人は自己の名に於て又自己の權利に於て、其の職務の保持者として行動し且つ訴訟に於ては其の職務上當然當事者と爲るのであると云ふのであつて、此の説は、破産管財人を以て代理人と爲すの説と相對立するものである。而して所謂公吏説に對する代理説中には破産管財人を以て、債権者の代理人、債権者の代理人たると共に破産者の代理人、時としては債権者の代理人にして又時としては破産者の代理人、破産財團の代理人なりと爲すのである。獨逸に於ては、代理人説は漸次其の勢力を失ひつつある。判例は主として公吏説を採る。奧太利、チェッコ・スロワカイ、ユーゴ・スラウキアの法制の下に於ても、右獨逸の論争状態と同一である。然るに奧太利一九二七年九月六日の最高法院の判例は破産管財人を以て破産者の法定代理人なりと言渡したるは、注目すべきである(*Rechtsw. 117 B.*)。

二 破産管財人の選任を裁判所の専權に任す立法例の下に於て、破産管財人を公吏なり又は破産者若

は債権者の代理人なりと法律上明定するの必要なべく、其の法律上の地位に付ては専ら學説及判例の解釋に任すべきである。而して、我が國に於ては、破産管財人の法律上の地位に付ては、三つの説がある。其の一は所謂公吏説、其の二は私人代表兼國家機關説(公吏説)、第三は債権者團體代表兼破産者代理説である。第一説は加藤博士の主唱せらるる所であつて(破産法要論二)、我が大審院の採る所である(大審院三年十月十九日第二民事部判決、判例第七卷八〇六頁)。第二説は山田博士の採る所であつて「破産管財人は財團の占有管理に付債務者並に第三者に對し強制力を有する點に於て國家機關たり、又其の有する管理處分權は、債権團體の有する管理處分權に基因するのみならず否認權を行使する等債権者團體の爲め訴訟當事者たる點に於ては、債権團體を代表し、債権の存在並に額に付異議權を有する點に於ては、破産債権者を代表するの資格に於て之を有するものとす」と説明せらる(山田博士著、破産法五八頁)。而して、第三説は、故雉本博士の唱へられたるものであつて、私の従ふものである。即ち、破産管財人は破産財團に屬する財産の管理及處分を爲し、又之に關する否認訴訟を爲すに付ては、何れも破産債権者團體の機關として之を代表し、債権調査手續に於て、届出でられたる債権の存在を認め若は之に對し異議を述ぶる場合には、破産者を代理するものなりと爲すのである(拙著日本破産法、一八四頁以下)。今右三説の何れが正當なるやを茲に評論する限りではないが、其の詳細に至りては、加藤博士著研究二卷一四五頁を始め、山田博士の著書破産法及拙著日本破産法に譲ることとする。

第四款 破産債権者集會

第一項 招 集

一 世界の破産法は、破産手續上の機關の一として債権者集會 (Gläubigerversammlung; meeting of creditors; assemblée des créanciers) なるものを認め、之をして破産債権者團體の共同の利益を保護せしむることを通例とする。和議手續上にも亦債権者集會なるものが存する。兩者を區別するが爲めに、前者を破産債権者集會と云ひ、後者を和議債権者集會と云ふのである。左に専ら破産債権者集會に付て説明する。

二 破産裁判所の職能を單獨判事 (Einzelrichter) が有することと爲す立法例の下に於ては、債権者集會の招集及指揮は、單獨判事に屬する。反之、合議體の裁判所が破産裁判所として活動することを認むる立法例の下に於ては、債権者集會の招集及指揮は、一般に、破産主任官若は受命判事 (Richter, Kommissar, delegierter Richter) に於て、之を掌るを通例とする。而して各立法例に於ては、各債権者集會に適用すべき一般的規定を有するものがない。多くの立法例は、單に一定の個々の債権者集會期日に關する規定を定むるに反し、他の立法例は第一回の債権者集會と其後の債権者集會との間に區別を設くるのである。左に個々の立法例に付敘述する。

獨逸に於ては、其の破産法第九三條に依り、債権者集會は、常に破産裁判所に依り招集せらるるのであるが、其の招集は、破産管財人 (Konkursverwalter)、監査委員 (Gläubigerausschuss) の請求に因り爲され、又は裁判所の評價に依り總債権額の五分の一に當る少くも五人の破産債権者の申立あるときにも、爲さねばならぬのである。尤も第一回債権者集會は、破産宣告と同時に、裁判所之を定むる (〇條一) も、破産宣告決定中に定むるものでない。而して、債権者集會は、破産裁判所之を指揮する (四條九)、我が破産法第一四二條に依れば、第一回債権者集會は、破産裁判所が破産宣告あると同時に之を定むることは獨逸と同一である。又我が破産法第一七六條は、獨逸の立法例に倣ひたるものであつて、即ち債権者集會は、破産管財人若は監査委員の申立に因り、又は職權を以て裁判所之を招集するのである。尙届出を爲したる總債権に付裁判所の評價したる額の五分の一以上に當る破産債権者の申立あるときにも、裁判所は債権者集會を招集する。尙、債権者集會は、裁判所之を指揮するのである (四八條一)。而して我が立法と獨逸法と異なる所は、債権者の申立に因る招集の場合に於て、其の法定債権額を有する債権者の員數の點に存する。獨逸法は、申立債権者は必ず五人の債権者 (即ち五人にて總債権額の五分の一に當るもの) あることを要すと定め、我が法律は、申立債権者は法定債権額を有する者一人にてもよく、必ずしも五人の債権者あることを要せぬと定めてゐる。

奧、太利、破産法第九一條に依れば、債権者集會は、破産主任官之を招集し、且つ指揮する。債権者集會

は、破産管財人・監査委員の申立あるとき、又は債權に付破産主任官の評価したる總額の四分の一を有する少くも二人の破産債權者が會議の目的たる事項を表示して申立を爲したるときにも、招集せらるるのである。尙第一回債權者集會は、日獨と同じく、破産宣告決定と同時に之を定むる(條三項)。チェッコ・スロワカイ破産法第九條及第七一條三項、ユーゴ・スラウキア破産法第一〇〇條及第七九條五號も亦右と同一である。而して波蘭破産法第一四一條は、破産主任官は、其の必要なりと認むる場合に、職權を以て、又は承認せられたる債權總額の三分の一より少からざる債權を有する少くも二人の破産債權者の申立に因り、又は破産法の規定に依り債權者集會の決議を必要とする場合に於て、債權者集會を招集する。

匈牙利に於ては、債權者集會に關する一般的规定なくして、却て債權者は破産宣告決定に依り、債權調査期日 (Liquidierungs-Tagesatzung) に招集せらる(破九三條、一〇〇條)。破産主任官は、債權者集會を指揮する及監査委員に依り、獨立して破産財團を管理及換價するの權利を有する(同條)。尙議決權ある債權者の四分の一 (債權額に依り評價したるもの) を有する者が、監査委員又は債權者の權限に屬する事項の爲め債權者集會の招集を申立てたるときは、監査委員は、直ちに債權者集會を招集し且つ事項を其の議決に付するの義務を有する(同條)。

佛蘭西に於ては、債權者は、破産主任官の命に従ひ、裁判所書記に依り招集せられ、其の指揮は破産主任官に屬する(條四五)。佛蘭西法系特に、白耳義、ルクセンブルグ、ブルガリア、埃及、伊太利、ルーマニア等の立法も亦之に従ふ(Rechtsvergleich. II, W.)。

瑞西に於ては、第一回債權者集會と第二回債權者集會、及其後の集會との區別を嚴格に定めて居る。第二回債權者集會は、届出債權の調査及其の承認後始めて開催せらる。第一回債權者集會に在ては、之に参加するものの債權者の債權が未だ確定せざるが故に、此の集會は、假りの一時職務に付決議を爲し且つ破産財團に對し制限的效力を有する決議を爲すことを得るに過ぎない。即ち第一回債權者集會は、猶豫を許さざる解決を要する事項、特に、破産者の營業及商業の繼續に付、破産者の器具・機械又は營業所を閉鎖すべきや否に付、繫屬訴訟の繼續、破産財團に屬する財産の任意賣却等の事項に付、決議を爲し得るに(條二三八)。反し、第二回債權者集會は、配當の結果に直接利害關係を有する破産債權者に限り参加するものなるを以て、其の權能は第一回債權者集會よりも大いに廣汎である。例へば第二回債權者集會は、破産管財人より破産財團の管理及債權・債務に關する一般的報告を受け、破産管財人又は監査委員の選任を決議し且つ破産の進行に關する總ての事項に付一切の指揮を爲すのである。而して第一回債權者集會は、破産官 (管財官・Konkursamt) に於て、破産公告に依りて之を招集し(條三三三)、其の指揮は破産官之を爲す(條三三五)に反し、第二回債權者集會は、破産管財人に於て之を招集し、且つ之を指揮

する(瑞三五二)。

和蘭に於ては、破産管財人は、破産主任官の指定したる日時及場所に債権者集會を招集する(和破八四)。債権者集會は、破産法の定むる場合の外は、破産主任官の必要と認めたる場合又は理由ある申立にして且つ監査委員又は確定したる若は條件附にて許されたる債権額の五分の一を代表する五人の債権者の申立ある場合に招集せらる(和八四)。而して、債権者集會の指揮は、破産主任官之を行ふのである(和八〇)。西班牙に於ては、第一回の債権者集會は破産宣告決定に於て、之を定め、破産主任官其の集會を指揮する。其後の債権者集會は、破産管財人の義務的裁量に依り、之を招集し且つ其の指揮に屬する (Prophet and Knight, 1871)。アルゼンチンに在りては、債権調査の爲めにする債権者集會は、破産宣告決定に依り、招集せられ(高一三)且つ商事判事に依り指揮せらる(九四三)。ブラジルに在りては、第一回債権者集會は、破産宣告決定に於て之を定め(ブ破一六條六)、其他は、承認せられたる破産債権の四分の一を代表する債権者の申立あるとき、判事之を招集し(同條一〇)、且つ判事は集會を指揮する。智利に於ても、第一回債権者集會は、破産宣告決定に於て之を招集し(高一三五〇條六號、民訴五八六條三號)、且つ裁判所之を指揮する(高一四一條、民訴五九二條)。丁抹に於ては、債権者集會の招集は、常に裁判所の専權に屬する(破五二條)。若し破産管財人又は債権者集會が、破産財團の管理に付債権者の意見を聴くの必要ありと認めたる場合に於ては、裁判所は其の申立に因り、債権者集會を招集することを要する(破六條)。右何れの場合に於ても、裁判所常に債権者集會を招集する。諾威に於て

も、亦同様であつて、債権者招集は、裁判所之を爲すを通例とする(破三五)。特に、破産管財人、監査委員が、破産財團の管理及破産手續終結障碍除去の爲め、債権者の意見を聴くの必要ありと認めたる時は、裁判所は債権者集會を招集することを要する。尙債権額の五分の一を少くも有する債権者の申立あるとき、又は職權を以て、又は破産者若は債権者の申立に因り必要と認めたる時は、裁判所は債権者集會を招集することを要する(破八條)。

英國に於ては、第一回債権者集會と其後の債権者集會とを區別する。第一回債権者集會は、管財命令 (receiving order) の發せられたる後、遲滞なく、管財官に於て之を招集する(英一)。其の指揮は、管財官又は其の任命したる者に於て之を爲す(英七附)。爾後の債権者集會は、管財官又は破産管財人に於て之を招集する。破産管財人は、何時にても債権者集會を招集し、其の意見を聴くことを得ると雖も、裁判所の命令あるとき、法律に準據して債権者の請求あるとき、債権額六分の一以上を代表する債権者の請求あるとき、其他法定の事由あるときは、債権者集會を招集することを要する。尙、債権額六分の一以上に當る債権者が管財人の行動に付、討議する爲めの招集を請求したるときは、監査委員又は管財官に於て債権者集會を招集する(加德博士著破産法研究、第六卷二五〇頁以下)。而して爾後の集會に於ては、其の決議に依り選任せられたる議長が集會も指揮する(英一附則)。次に北米合衆國に於ては、第一回債権者集會は破産裁判所(査定官 referee) 之を招集し(破五五、條五)、且つ之を指揮する(破五五、條五)。爾後の債権者集會は、調査を受け且つ承認ありた

る總債權者の一致の請求あるとき(同五五)、又は裁判所の意見に因り必要と認めたるときは、裁判所之を召集する。尙裁判所は、承認せられたる債權者の少くも四分の一の書面上の請求あるときは、債權者集會を召集する義務を有する(The Handelsgesetz des Erb. Bd. 1.)

三 (イ) 立法例を調査するに、債權者集會を召集する者は、之を大別して、裁判所の爲すものと然らざるものとなり、又裁判所の召集するものと雖も、破産裁判所が、之を爲すものと(例へば獨・日)、破産主任官又は受命判事が爲すものと(例へば奥・匈の如き)がある。尤も裁判所以外の官憲の爲すものもある(例へば、英國に於ける第一回債權者集會召集の如きは、管財官之を爲す)。裁判所以外の爲すものにも於ても、破産管財人が爲すものと(例へば、英國、和蘭、瑞西、西班牙其他の第二回債權者集會の爲す召集の如き)、又監査委員が爲すものと(例へば、匈牙利、英國の或る場合に於ける召集に付)がある。私は、裁判所は、破産債權者團體の利益を計るに公平無私の立場に在ること他より優れるものありと云ふべきを以て、債權者集會は、第一回のものたると其後のものたるを問はず、總て破産裁判所に於て之を召集するを合目的とする。尤も私は立法上、破産事件を二類に分ち、大事件と認むべきものは合議體たる地方裁判所の管轄に、然らざるものを區裁判所の管轄に屬せしむべきを可なりと信するを以て(例へば、破産法及和議法研究八卷五頁以下。同三八卷二號參照)、從て破産事件を地方裁判所が取扱ふ場合に於ては、其の一人の判事たる破産主任官に於て、又破産事件を區裁判所が取扱ふ場合に於ては、破産裁判所に於て、専ら債權

者集會を召集すべきは勿論である。要するに、債權者召集に付ては、債權者自治主義に基く立法例(英國、和蘭其他の如き)(參照)に賛成を爲さぬのである。

(ロ) 第一回の債權者集會期日は、破産宣告と同時に裁判所之を定むるものと、破産決定に於て定むるものとがある。前者に屬するものは、我が國を始め、獨逸及奥大利等であり、後者に屬するものは、匈牙利、西班牙、南米諸國等である。而して、第一回債權者集會期日を破産宣告と同時に定むる立法例の下に於ても、其の定が、破産宣告後に於て裁判所之を爲しても、其の定が無効と爲ることはない(Konm. Bd. II. § 100, Anm. 1; Moritz, 1.)。私は、第一回債權者集會期日を破産決定に於て又は破産決定以外に於て、之を定むるも、二者其の孰れにても可なりと思惟する。尤も第一回債權者集會期日は、破産宣告と同時に之を定むるを原則とするも(日破一四三條、)、然し解釋上破産宣告後に之を定むるも、無効にあらざるものと爲すときは、第一回債權者集會期日の定は、破産宣告と同時に之を爲さぬ方を便宜とする。蓋し、破産決定を爲すに付ては、其の宣告の年月日時を定むることを要する以外に尙(日破一四一條、)、債權届出期間、第一回債權者集會、債權調査期日等を定むる必要ありて、其の定に付考慮を要すべきものありて、之には多少の日子を要することあるべくして、破産宣告の年月日時の如く急速を要するものでもないからである。

(ハ) 債權者集會の指揮は、裁判所又は破産主任官の爲すべき立法(日破一七八條、獨破九四條一項、奥破九一條一項)を可なりとする。

英法に於ては、第二回債權者集會及其後の集會に於て、其の決議に依り選任せられたる議長が、集會を指揮するものなることは前説明の如くであるが、私は、此の立法には賛同せぬ。蓋し債權者自治主義に餘りに重きを置くに於ては、集會の決議が正當に且つ迅速に進捗せざるの虞あるからである。

(二) 多數の立法例は、債權者集會の招集は、裁判所職權を以て之を爲すの外、破産管財人若は監査委員の申立、又は債權者の法定多數の請求あるときは、其の招集を爲すものと定めて居る。之に關して只だ其の異なる所は、債權者の法定多數が如何なる多數であるかである。即ち、獨逸法に於ては、裁判所の評價に依り總債權額の五分の一に當る五人以上の債權者なりと定め(一、獨逸九三條)、又、波蘭法に於ては、承認せられたる債權總額の三分の一を下らざる債權を有する少くも二人の破産債權者なりと定め(四三條)、又、奧太利法に於ては、債權に付、破産主任官の評價したる總額の四分の一に達する少くも二人の破産債權者なりと定め(二、奧太利九一條一項)、又は或る立法例は、債權額の六分の一以上に當る破産債權者、若は承認せられたる債權の四分の一以上に當る債權者(英國若は北米)、又は、債權額の五分の一を少くも有する債權者(諾威)なりと定め、又我が破産法第一七六條後段は、届出を爲したる總債權に付、裁判所の評價したる額の五分の一以上に當る破産債權者なりと定めてゐる。要するに、其の法定多數は、右に依りて明白なる如く、債權者の多數と債權額の多額との二者を要件とするものと、且つ單に債權額のみを要件とするものとあり、尙、前者の要件に於ても、其の債權者の員數及債權額の多寡に付差異あるものが

あり、又後者に於ては申立債權者の員數は一人に過ぎざるも可なるも、其の債權額に於て差異のあるものがある。立法上孰れが可なるやと云ふに、我が破産法は、單に債權額に依る點より見て立法しあるも獨逸法及奧太利法の如く、債權者數及債權額よりの雙方より立案する立法例が、可なりと信する。何となれば、斯くすることに於て、多額少數の債權者の横暴を防止することを得るの利益あると共に少額多數の債權者の横暴を防止することを得るの利益あるからである。尤も其の員數及債權額を如何にすべきやは、國情と其の時代の經濟上の理由とに依りて定むべきである。

而して、例へば我が國、獨逸及奧太利法の定むる所に依れば、裁判所職權を以てする招集は、裁判所其の招集を必要なりと認むるときは、必ず其の招集を爲すことを要する。加之破産管財人・監査委員の申立あるとき、又は債權者の法定多數の請求あるときに於ても、裁判所は、其の招集の申立の理由あると否とに論なく、必ず其の招集を爲さねばならぬのである(Anst. 2; Bartsch-Pollak, Komm. § 91 Anst. II. 10. 裁判所が、右申立又は請求に拘束さるる立法は、債權者自治主義に重きを置くの結果に外ならざるが故に、裁判所が斯かる拘束を受くるの立法は不可なりとの非難も起り得ることであらうが、破産管財人及監査委員は、共に破産債權者團體の機關にあつて、而も信用すべき適正の人であり、從て其の招集の申立は債權者團體の利益と爲り又は利益に歸する決議を爲す爲めのものなりと認むべく、又法定多數の債權者(多數多額の雙方より見て)の招集の請求は、一應是れ亦債權者團體の利益と爲るの決議を爲す爲めのもの

のなりと認めらるべきを以て、破産管財人・監査委員の申立又は法定多数多額の請求あるときは、裁判所は必ず債権者集會を招集すべき義務あるものと爲す立法(日・獨・奥)が、同目的なりと思はる。

第二項 集會列席者

一 (イ) 債権者集會は、裁判所之を指揮するものなるを以て、從て、破産裁判所判事(若は破産主任官)が、債権者集會に臨席するは勿論、裁判所書記も亦集會に列席するのである。蓋し裁判所書記は、集會に於ける辯論の調書を作成せざるべからざるを以てである(日破一四〇八條以下)。而して個々の規定より看るときは、債権者集會に列席し得る者は、破産債権者の外、破産管財人、破産者又は其の代理人並に理事取締役及之に準すべき者及監査委員であり(Jaeger, § 94, Anm. 3; Menzel, § 94, Anm. 17; Hartmann, § 94, Anm. 17)。相續財産に對する破産に於ては、相續人・前戸主・相續財産管財人・遺言執行者等である(日破一四〇九條)。

破産債権者は、其の代理人をして債権者集會に列席せしむることを得るは、一般立法の認むる所なるも、此の事を法文上明定する立法は可なり多くある。例へば、伊太利商法第九〇七條第三項、和蘭破産法第八三條、佛商法第五〇五條、諾威破産法第八三條、アルゼンチン商法第一三九四條、英國破産法第一附則第一五條、ブラジル破産法第一一條第二項及我が破産法第一五三條第一項の如きである。尤もブラジルに於ては、檢事も亦債権者集會に列席し且つ公の利益と爲るの申述を爲すことを得る(日破一〇三條)。又智利に於ても、債権者は代理人をして債権調査集會に列席せしむることを得る旨を定むるも(智商一四三九條、民訴六三三條)。

(ハ) 然し何人も一人にして同時に二人の債権者を代理し、又は一人の債権者と他の者とを代理することを得ない(日破一四〇四條)。而して獨逸、奥太利に於ては、明文なきも、學者は、債権者の代理人は債権者集會に出席し得るものと説明する(Menzel, § 94, Anm. 1)。瑞西に於ても(Hilfenstein, *Soum. d'ob.*)、又西班牙に於ても(Herrndick, VII.)、又北米合衆國に於ても(Handelsr. d. Erb. 141, 1)亦右と同じである。

(ロ) 債権者は、代理人の外、裁判所の許可を得て輔佐人(日民訴九八條)と共に債権者集會に列席することを得る(Menzel, § 94, Anm. 3)。問題は、債権者が所謂三百代言人(職業的代理人)をして、自己に代りて債権者集會に列席せしむることを得るや否やに付てである。獨逸に於ては、Menzel 判事は「民事訴訟法第一五七條第一項の定める所謂三百代言人退斥の規定は、口頭辯論にあらざる債権者集會に其の準用を爲すことを得ざるを以て、所謂三百代言人が債権者を代理して、債権者集會に列席するも、裁判所は之を退斥せしむることを得ず」と説く(Menzel, § 94, Anm. 1)。反之、Jaeger は、右と反對の説を支持して「債権者集會期日に於ける陳述若は辯論は、訴訟行為に屬せずして、觀念上非訟事件に屬するものなるも、其の終局の目的は、民事訴訟の一部として取扱はるるものなるを以て、從て、期日に於ける陳述若は辯論に付ても、民事訴訟法を準用すべきである。左れば所謂三百代言人を退斥爲し得るものである」と説明する(Jaeger, Komm. § 72, Anm. 1)。説明の理由は異なるも、Otto Philipowski, Dr. Nölke 兩氏の如きは、結果に於ては Jaeger の説と同一である(拙著破産法及和蘭法研究、同卷五〇頁参照)。

二 破産管財人、破産者並に其の理事及之に準すべき者、破産債権者、監査委員の外、破産裁判所は、尙例へば財團債権者、取戻権者の如き破産財團に利害關係ある者は勿論、新聞記者又は法律家等の列席することを許すことを得る (Jaeger, § 94, Ann. 21)。

第三項 議 決 權 者

一 調査の上承認せられ、若は確定したる破産債権を有する債権者が、議決權 (Stimmrecht) を有することは、各立法側の認むる所であつて、固より論なき所である (三例へば日法一八二條一項、破九條一項、前條九)。然るに調査なき債権又争はれたる債権及擔保に依り確保せられたる債権に付、如何なる範圍に於て議決權を行はしむべきや否やに關して争ひあるときは、多くの場合に於ては、裁判上の機關が之を判斷する。即ち次の如くである。獨逸破産法第九五條に依れば、争ひある債権に付ては、債権調査の際、之に議決權を與ふべきや否や、及如何なる金額に付て之を行はしむべきや否やに付、利害關係人と協議することを要し、若し協議調はざるときは、裁判所之を裁判する、裁判所は、利害關係人の申立に因り、其の裁判を變更することを得る、調査未済の破産債権に付、債権者集會に於て議決權を行はしむべきや否や、及如何なる金額に付て之を定むべきやに付て、破産管財人又は破産債権者が、異議を述べたるときは、裁判所之を裁判するのである。尙、擔保せられたる債権にして、其の擔保權實行の結果不足あるべしと推測せらるべき債権、停止條件附債権に付ても、亦同様である (六例へば日法一八二條一項、破九條一項、前條九)。埃太利破産法第九三條に依れば、調査を終へず

又は異議ある若は條件附の債権に付、如何なる範圍に於て之に議決權を與ふべきや否やに關しては、裁判所は、豫め之を調査し、且つ當事者を審訊したる上、之を裁判する。若し、債権額が五萬シリリンクを超えざるときは、破産主任官之を裁判する。別除權者の債権、無限責任社員の破産に於ける商事會社の債権に付ても、亦右と同じである。議決權は、此等の債権が他の財團より辨濟を受くること能はざるべしと推測せらるる殘額に付てのみ、之を與ふるのである。チェッコ・スロワカイ破産法第九二條は、右埃法と大體同一なるも、總ての場合に於て破産主任官が裁判する旨を定め、又ユーゴ・スラウキア破産法第一〇二條は、是れ又埃法と大體同様なるも、債権が、二萬デナル以上なるときは、破産裁判所に於て、其の以下なるときは、破産判事に於て裁判する旨を定めてゐる。匈牙利破産法第一〇七條に依れば、監査委員選任に付ては、調査期日に於て確定せられたる債権を有する債権者のみが議決權を有する。又第一四四條に依り議決權を有するものと認められたる債権者も、亦議決權を有する (一〇例へば日法一八二條一項、破九條一項、前條九)。而して第一四四條は、債権調査の際正當なりと認められざる債権あるときは、出頭したる當事者に付、債権者が監査委員選任の場合に議決權を有するや否や、及如何なる額に於て之を有するやを、審訊し、若し當事者が一致せざる場合には、破産裁判所は、選任權有無に付裁判することを要する。然し破産裁判所は、當事者の申請に因り、其の裁判を有効に變更することを得る旨を定むる。

佛蘭西商法第四九九條に依れば、争ひある債権と雖も、或る一定の額に於て、強制和議の議決を爲す

に付之を許すのであつて、即ち、商事裁判所は、債権者が正確に定むべき金額を以て、強制和議の議決に干與することを許す旨の假りの裁判を爲すのである(一九三五年八月八日改正)。而して白耳義商法第五〇四條、ルクセンブルグ商法第五〇四條及伊太利商法第七六六條は右佛蘭西法に倣つてゐる。

瑞西法に依れば、第一回債権者集會に於ては、之に呼出されたる債権者は無制限に議決權を有する。特別の呼出を受けざるにも拘らず、集會に干與せんとする者の議決權に付ては、債権者集會事務所(Bureau der Gläubigerversammlung)之を裁判する。其の事務所は、破産官が議長とし、且つ其の破産官より指名せられたる二人の債権者より成る(瑞西立憲法二二二條)。第二回債権者集會に於ては、債権の全部又は一部に付、承認を受けたる破産債権者のみが議決權を有する(同二二三條)。和蘭破産法第八二條に依れば、確定債権を有する債権者、條件附にて承認ありたる債権を有する者、並に無記名債権を有する債権者は、議決權を有する(和蘭破八)。尙争はれたる債権に付ては破産主任官は、其の確定したる金額の範圍内に於て、條件附にて債権者が議決權を行ふべき旨を裁判する(和蘭破二五條)。メキシコ商法第一四四三條に依れば、判事は、債権者一覽表を閲覽したる上、何人に、又如何なる額に於て、債権の調査及確定に付議決權を有するや否やを裁判する。而して、丁抹に於ては、未調査の債権に付疑あるときは、破産裁判所は、議決權に關する假りの裁判を爲し(丁抹六)、條件附債権は、其の條件が成就せざる場合と雖も、議決權を有するのである(丁抹六)。然るに諾威破産法に依れば、條件附債権は、議決權を有せぬ(諾威八六條)。又諾威法に依

れば、質權又は優先權の存する債権は、其の質權又優先權に依り辨濟を受け得たる殘額に付てのみ、議決權を有する(同前條)。未調査の債権に付ては、其の議決權を行使する以前に於て、破産裁判所は、其の存在及行使の範圍に關して豫め之が裁判を爲すのである(七條八)。

英國に於ては、數額未定の債権(unliquidated debt)、條件附債権(contingent debt)、並に價格未確定の債権(any debt, the value of which is not ascertained)は、如何なる集會に於ても、議決權を行ふことを得ない(第一附則)。擔保權者(secured creditor)は、其の擔保物に依り辨濟を受くること能はざるべき殘額に付てのみ、議決權を有する。若し、全額に付議決權を行ふときは、原則として擔保權を拋棄したるものと看做さる(第一附則)。而して北米合衆國に於ては、擔保權ある債権は、擔保を超過したる額に付てのみ議決權を有する(北米破五六條)。議決權の行使に付争ひあるときは、査定官(referee)之を決する(Rechtsergelenendes H.)。

(W. B. D. V. S. 130.)

二(イ) 我が破産法第一八二條に依れば、破産債権者は確定債権額に應じて議決權を行ふことを得。未確定債権、停止條件附債権、將來の請求權又は別除權の行使に依りて辨濟を受くること能はざるべき債権額に付、破産管財人又は破産債権者の異議あるときは、破産裁判所は、議決權を行はしむべきや否や、如何なる金額に付之を行はしむべきや否やを定むるのである。這は、獨法に倣つたものである。若し將來我が破産法が私の從來の主張の如く、破産事件を大小に分ち、大事件は地方裁判所の管轄に、小

事件は區裁判所の管轄に屬すべきものと定むるときは、前述の債權の議決權行使に關しては、大事件に屬するものは、破産主任官に於て、又小事件に屬するものは破産裁判所に於て其の裁判を爲すべきは、當然である。而して債權額の多寡に依りて、裁判すべき機關を異にするものがある。例へば前に述べたる塊法及之に倣ふ立法例である。然し此の如くするとき、却て手續の煩雜を來たし且つ其の遅延を惹起するの虞あるを以て、右塊法に倣はざるを合目的と思はる。議決權行使の許否等に付、債權者集會事務所の管掌する立法例（瑞法、尤も這は全くの債權者自治に依る機關といふ譯ではない）は、餘り感服するを得ぬ。蓋し債權者が、議決權行使の許否に付之が裁判に干與するが如きは、事公平を缺くの虞あるを以てである。

○ 未確定債權、條件附債權に付、全然議決權を與へざる英國の立法例があることは、前記の如くであるが、斯くの如きは、餘り嚴格に過ぎ、實情に合はぬので、此の立法例に従はざるを可とする。何となれば、未確定債權及條件附債權特に停止條件附債權なればとて、全然無價值のものにあらざるのみならず、之に議決權を與ふべきや否やに付ては、裁判所又は其他の機關が決するのであつて、殊更に議決權を濫用せしむることとも爲る虞なければである。

第四項 決議の定足數

一 債權者集會に於ける決議の定足數（quorum）に付ては、個々の法制に於ては、更に相違ある定

を爲し居るのみならず、個々の場合、例へば破産管財人の選任又は強制和議の可決に關する定足數に付て、其の定足數を全然區別するものがある。而して其の定足數の相違なる法制の下に於て、普通の決議を爲すに付或る立法例は、小額債權者の利益の爲めに、其の標準を置くのであつて、即ち、定足數を債權者の頭數（Kopfmajoritäten）のみに置くのであり、又他の立法例は多額債權者の利益の爲めに、其の標準を置くのであつて、即ち定足數を債權額（Summenmehrheiten）に置くのであり、又第三類に屬する立法例は、其の中間の折衷を採り、債權者の頭數と債權額との兩者に定足數を置くものである。左に個々の立法例で検討する。

二 (1) 議決權と絶對多額（Absolute Summenmajorität）に置くものは、左のものである。例へば獨逸破産法第九條第二項・第三項に依れば、債權者集會の決議は、議決權の絶對多數に依り、監査委員の選任は、議決權の比較多數に依るものであつて、其の議決權は、總債權額に依り之を計算し、債權額同一なるときは、債權者の頭數に依りて之を決するのである。塊太利破産法第九二條に依れば、債權調査期日開催後に開くべき債權者集會が議決を爲すには、少くも二名の破産債權者の出席することを要し且つ議決權ある債權者が破産債權總額の四分の一に達することを要する、債權者集會に於て決議を爲し且つ選任を爲すには、議決權の絶對多數なることを要し、其の議決權は、債權額に依り計算するのである。チェッコ・スロワカイ破産法第九一條、ユーゴ・スラウキア破産法第一〇一條も亦右と同一であ

る。ブラジル破産法第一〇一條第四項は、債権者集會の議決は、先取特権者、若は抵當権者に包含する出席債権者の金額の計算に依る過半数に依り之を決する。可否同数の場合には、債権額の過半を代表する債権者の過半数を以て、之を採決する旨を定むる。諸威破産法第八三條第二項・第三項に依れば定足数は債権額に依り之を定む。債権額同一なるときは、債権者の頭數に依り定め、又、尙特別の規定ある場合以外に於て有效なる決議を爲すには、債権額が議決権ある債権額の五分の一あることを必要とすと定めて居る。英法に於ても、普通決議（例へば、破産者宣告、破産管財人の選任・解任等）に付ては、債権多額に依りて之を決する。

(ロ) 絶対債権者多数 (Absolute Kopfmehrheit) を以て定足数とするものがある、例へば明文を以て定むるものは、伊太利商法第九〇七條第二項、瑞西債務取立及破産法第二三五條第四項、同第二五二條第三項である（尤も瑞西法は、一般の場合に債権者の絶対多数を以て定足数とする）。アルゼンチン商法第一三九四條は、債権調査集會に於ける定足数も、亦右と同一である。而して佛蘭西、白耳義、ルクセンブルグ、ブルガリア及埃及は、明文を以て、右と同一のことを規定せざるも、解釋上右と同一の定足数を標準とする。

(ハ) 和蘭破産法第八一條に依れば、債権者集會に於ては、出席債権者の絶対多数を以て、決議を爲すものなるも、百グルデンまでの債権額に付て一議決権を與ふる。斯くの如く一グルデン以上百グルデン

以下の債権額は、議決権に付同一價值を有するを以て、請求権を分割し且つ分割債権を他人に譲渡して惡意にて、議決権を増加せしむる手段を採るものあるを以て、法律は、此の弊を除去せんが爲めに、破産宣告後に於ける議決権の分割を禁止する (Koch's Verordnungen II.)。丁抹破産法第六四條に依れば、債権者集會に於ける定足数は、債権者の頭數及債権額を標準とする。尙北米合衆國破産法に依れば、定足数は通常の場合に於ては、是れ又債権者の頭數と債権額とに依つて之を定む(北米破五、六條A)。我が破産法第一七九條第一項は、債権者集會の普通決議に付ては、右と同一の法制を採る。

三 (イ) 以上は、普通決議を爲すに付ての定足数に關する立法例なるが、特別決議を要する場合、例へば強制和議の承諾 (可決) を爲すが如き場合に於ては、普通決議の場合に債権額又は債権者の頭數の何れかに依る立例法に於ても、債権額及債権者の頭數の雙方の多数及多額に依りて定足数を定め、以て決議を爲すことを通例とする。例へば、獨逸破産法第八二條第一項は、強制和議の成立には、和議期日に出願したる議決権を有する債権者の過半数が和議に明かに同意し、且つ其の同意したる債権者の總債権額が少くも議決権ある總債権額の四分の三に達することを必要とすと定め、又奧太利和議法第一四七條第一項、チェッコ・スロワカイ破産法第一四七條第一項、ユーゴ・スラウキア破産法第一五九條第一項の如き、又ブラジル破産法第一〇六條、英國破産法第一六七條、第一六條第一項、佛商法第五〇七條第二項、白耳義商法第五一二條、伊太利商法第八三三條、ブルガリア商法第七九六條、瑞西債務取立

及破産法第三〇五條、第三一七條、和蘭破産法第一四四條、丁抹破産法第一〇八條、匈牙利破産法第二一二條、波蘭破産法第一八五條第一項の如きである。

(ロ) 我が破産手續上普通決議の場合に於ては、破産法第一七九條第一項に依れば、議決権を行ふことを得べき出席破産債権者の過半数にして、其の債権額が其の者の總債権の半額を超ゆる者の同意あることを要する。次に特別決議の場合に於ては、同法第三〇六條に依れば、議決権を行ふことを得べき出席破産債権者の過半数にして、其の債権額が届出を爲したる破産債権者の四分の三以上に當る者の同意あることを要する。強制和議取消の場合に於ても、亦右と同一である(註三)。略言すれば、我が國に於ては、破産手續上普通決議の場合に於ても、又特別決議の場合に於ても、債権者の頭數及債権額(特別決議と普通決議とに付、額の多寡あるも)の雙方を條件とするの定足數を要するものと定めて居る。前にも述べたるが如く、普通の決議に付ては、債権者の頭數又は債権額の何れかに依る定足數を定むるの立法例多しと雖も、破産手續上の決議は、破産債権者に利害關係あるもののみなるを以て、從て多額債権を有する少數債権者の専横を防止する爲め且つ小額債権を有する多數債権者の専横を防遏する爲めには我が國の如き立法が合目的なりと考へらる。尙我が破産法第一八〇條に依れば、普通決議の場合に於て、第一七九條所定の定足數を得ること能はざるときと雖も、議決すべき事項に付、同意したる者の債権額が議決を行ふことを得べき出席破産債権の半額を超ゆるときは、裁判所は決定を以て決議ありたるものと看做すことを得るのである。斯かる規定は、獨逸にも、又奧太利、チェッコ・スロワカイ、其他の立法にも存せぬのであるが、最も便宜にして且つ合目的のものなりと云はねばならぬ。

特別決議を要する場合、特に強制和議の可決(承諾)を爲すに付ては、前記の如く、特別多數及多額の定足數を要するものなるが、其の多數又は多額の程度は各國必ずしも同一でないのである。例へば獨逸、奧太利、チェッコ・スロワカイ、ユーゴ・スラウキア及英國の破産法は、頭數は出席債権者の過半数にして、債権額は議決権ある債権額の四分の三あることを要すと定め、白耳義、伊太利、ブルガリアの法律は、頭數過半数と債権額四分の三、瑞西の法律は雙方三分の二、和蘭、デンマークは頭數四分の三、額四分の三、波蘭及佛蘭西は、頭數過半数、額三分の二と夫々定めて居るが如きである。以上に依りて、之を看れば、強制和議の提供が如何なるものであつても、例へば、二割即時辨済、五割切捨、二割二年据置五年間崩割辨済、又は五割即時辨済、二割切捨、三割三年据置三年間崩割辨済と云ふが如き相異なりたるものにして、破産債権者に其の利益の相異なるものに付ても皆一様に、同一の定足數に依る承諾あるときは、強制和議は成立するのであるが、然しブラジル破産法第一〇六條の如きは、提供が破産債権者に不利益(破産者に利益)と爲る程度の多少に依り、債権額多額に依る定足數を異にしてゐる。例へば提供の辨済金が五割以上なるときは、債権總額の六割以上を代表する債権者、提供の辨済金が四割五分以上なるときは、債権總額の六割五分以上を代表する債権者の承諾を要するが如きである。

破産手續上の強制和議に於て其の提供の異なるに従ひ、其の承諾に要する定足数の異なることを定むる立法例は、極く少ないのである。然し破産豫防の爲めにする和議の提供の承諾に付ては、其の提供の異なるに従ひ、定足数を異にして居るものは可なり多いのである。例へば、獨逸和議法第七四條を始め、ノルウェー、瑞典、芬蘭、波蘭、ブラジル等の法律である。

私は、破産上の強制和議及破産豫防の強制和議（所謂和議）の雙方に於ける提供に對する承諾は、其の提供の條件の如何に依り、定足数を異にすべき立法例が合目的のものと考えふ（拙稿論議二四頁以下、特に三四頁。）

第五項 決議の執行

一 債権者集會の決議が、如何なる場合に於ても、其の效力を生じ、其の執行を爲し得るか云ふに然らず。裁判所が其の決議の執行に干渉するを常とする。例へば、獨逸第九九條に依れば、債権者集會の決議が破産債権者の一般の利益（*gemeinsame Interesse*）に反するときは、裁判所は、破産管財人又は債権者多數の申告に因り、其の決議の執行を拒絶することを要する。奧太利破産法第九五條第三項は「債権者集會ノ決議カ、破産債権者一般ノ利益ニ反スルトキハ、破産裁判所ハ、其ノ決議ノ執行ヲ拒ムコトヲ得」と定むるのみならず「急迫ナル場合ニ於テハ破産裁判所ハ明白ナル不利益ヲ避クル爲メ、債権者集會ノ決議ニ代ヘテ他ノ處分ト爲スコトヲ得」と定む。ユーゴ・スラウキア破産法第一〇五條及チエッコ・スロワカイ破産法第九五條第二項等は右と同じい（但しチエッコ法は破産裁判所の代りに破産

主任官執行拒絶を爲す）。瑞西債務取立及破産法第二三九條第一項に依れば、債権者集會の決議に對しては、各債権者は監督官廳に對し、五日内に不服を申立つことを得る。尙學者の説明に依れば、破産者も亦不服申立権を有するのである（*Blumenstein, Schuldbetrag*）。ブラジル破産法第一〇二條第四項に依れば、債権者集會の決議は、法律の規定に違反せざる限り、有効であり、若し違反せるときは、裁判官は其の決議を否認することを要するのである。丁抹破産法第六四條第二項第三項に依れば、破産裁判所は、債権者集會の決議が届出を爲さざる債権者の利益にも違背せざるや否やに注意することを要し、此の目的の爲めに、其の決議の執行を爲さしめず、且つ必要な場合には其の問題の判断に付自ら處分を爲すことを得る。又其の決議が破産債権者一般の利益に反するときは、之を否認し且つ之に代はる處分を爲すことを得る。諾威破産法第八四條は、債権者集會決議が、債権者又は其他の人に屬する權利に損害を與へ又は其他違法の廉あるときは、其の決議を否認することを得る旨を定む。芬蘭破産法第八三條も亦右と同様である。

二 我が破産法第一八四條に依れば、債権者集會の決議が破産債権者の一般の利益に反するときは、裁判所は破産管財人・監査委員若は破産債権者の申立に因り、又は職權を以て、其の決議の執行を禁止することを得るのである。我が破産法に於て、裁判所職權を以てする決議執行の禁止を定めたるは、獨逸法に優るものがある。然し奧太利法破産法第九五條第三項及其他の法律に定むるが如き規定（急迫な

る場合には、破産裁判所は明白なる不利益を避くる爲め債権者の決議に代へて他の處分を爲すことを得との規定)の定なきを遺憾とする。斯かる規定を設くるに於ては、破産債権者の一般利益を公平に保護することを得るものと云ふべきである。

第五款 監 査 委 員

第一項 一 般

一 我が破産制度上、破産手續の機關として、破産裁判所・破産債権者集會及破産管財人の外に尙監査委員 (Gläubigerausschuss; committee of inspection; Contrôleurs) なるものがある(1)。我が監査委員は、破産管財人の職務執行を監督し且つ之を補助する破産債権者集會の機關である。而して世界の立法例を見るに、概ね監査委員を設くるものであるが、又之を設けざるものもあり、其の之を設くるに付ても、亦其の設置の方法必ずしも同一ならざるものである。以下各國の立法例を比較研究しつつ、我が監査委員の設置方法及其他の得失に付検討を試みることにする。

(一) 我が監査委員は、三人以上より成るを例とするを以て、其の構成委員と區別する爲め、其の一團を監査委員會と稱し其の構成委員を監査委員と稱するを便宜とする。例へば獨逸破産法第八七條以下は、監査委員會と其の構成委員とを區別し、前者を (Gläubigerausschuss) と稱し、後者を Mitglieder des Gläubigerausschusses と稱して居る。而して埃太利破産法第八八條以下は、大體、監査委員會と監査委員とを文字上區別して居る。匈牙利破産法第八六條以下及ユーゴ・スラ

ウチア破産法第九五條以下も亦然りであるが、此の三立法は、獨逸法用語上其の區別を明確にして居ない。

二 立法例を案するに、監査委員なる破産手續の機關を設けざるものがある。例へば、(イ)白耳義商法第四四條及ルクセンブルグ商法第四四條は、孰れも檢事 (Procureur) が破産管財人を監督するのであつて、即ち檢事は、破産の一切の事務に立會し、破産者の帳簿及書面を閲覽し、其の状態を調査し且つ破産管財人をして必要なりと認むる一切の説明を爲さしむるのである。(ロ)佛蘭西商法第五四一條及第五四二條に依れば、商事裁判所は、其の所員の一人を破産主任官 (Juge-commissaire) に選任し、之をして破産管財人の指揮及監督に當らしむるのであるが、尙、一九三五年八月の改正法に依れば、破産主任官は、候補者と爲りたる債権者の中より一人又は二人の監査委員 (controlleurs) を選任することを得るのであつて(高四六三、改正)、此の監査委員も、破産管財人を監督するのである。我が舊商法に依れば、破産裁判所たる地方裁判所を構成する三人の判事の中の一名を以て、破産主任官と爲し、之をして破産管財人の指揮及監督の任に當らしたのであつて、別に監査委員を設けてない(高九八三、二〇一三條)。(ハ)メキシコに於ては、一種特別の官選機關が存する。即ち破産判事は、破産財團保持の目的を以て、破産管財人の外に尙一時監督人 (Interventor; Aufseher) を任命する(高一四四)。(ニ)此の監督人は、榮譽權を有し且つ品位ある者の中より選任さるべきものであつて、官任の辯護士又は當該商業帳簿に記入しある商人の範圍の内より選任せらるるのである(高七四)。(三)判事の任命に因る監督人は、債權調査後の期日に於て破産債権者集會

の決議を以て之を解任することを得る(三二四)。監督人が死亡し又は解任せられたるときは、判事は直ちに監督人を選任する(三二五)。監督人は、破産管財人に適用せらるべき手数料規則に従ひて、其の報酬を受くる権利を有する(三二八)。監督人の職務は、主として破産管財人の監督に在る(官選監督委員の中に入るを可とする)。

第二項 監査委員會の設置

第一目 設置の任意と必須

多くの立法例に於ては、監査委員會なるものを設くるを通例とするが、然し、之にも亦、任意的(Kultativ)に之を設くるものと、必須的(Obligatorisch)に之を設けざるべからざるものとの區別があるのである。

一 多くの國に於ては、監査委員會の設置は、任意的であつて、之を設置するや否やは自由である。例へば獨逸第八七條の如きである。尤も産業組合の破産に於ては、監査委員會の設置は必須的である。蓋し此の破産に於ては、債權者に對し責任を負ひ且つ追拂の義務ある組合人が、破産管財人に對し嚴重なる監督を爲すを希望するからである(Tegeth, Lehrb.). 奧太利破産法第八八條も然りである。但し小破産に於ては、破産主任官は、監査委員を選任せざることを命ずることを得る(七一)。チエツコ・スロワカイ破産法第八六條及第一七一條第三號、ユーゴ・スラウキア破産法第九五條及第一八二條第四號は、

孰れも奧太利の制度と同一である。佛商法に於ては、一九三五年八月の改正以後にあつては、改正前と異なり監査委員(contrôleurs)を設くることを得るのである(前)。埃及商法第二五八條、瑞西債務取立及破産法第二三七條第三項、和蘭破産法第七四條・第七五條等も任意的である。一九二九年のブラジル破産法第一〇二條第三項は、債權者集會は破産清算の手續に於て、債權者中より清算人の輔佐人として監査委員を選定することを得る旨を定む。債權者は監査委員の權限を指定することを得る。フィンランド破産法第六四條に依れば、債權者は一人又は數人の監査委員(Ombudsman)を選任し、之をして時々破産管財人に計算書の提出を爲さしむることを得る。英國破産法に於ては、破産管財人の監督機關として三人乃至五人より成る監査委員會(committee of inspection)を設くることを得る(破二〇)。但し小破産に於ては、之を設けない(同二九)。

二 前と異なり、監査委員會の設置を必須と爲すの立法例がある。例へば、匈牙利破産法第一〇六條一九三〇年の改正伊太利破産法第六條、葡萄牙商事訴訟法第一九六條、丁抹破産法第六八條及諾威破産法第二三條等の如きである。又アルゼンチン商法第一三八八條第一號は、破産裁判所必ず監督人(Interventor)を選任する。メキシコに於ては、所謂監査委員の職責を有するものは、前記の如く、監督人(Interventor; sogn. Aufseher)である。但し伊太利に於ては、區別することを要する。債權調査記録を調製する債權者集會前に於ては、監査委員の設置は任意的であるが、然し、其後に在ては終局的監査委

員を設置せねばならぬ。又丁抹法に於ては、數人の破産管財人あるときは、債権者は監査委員會を設置せざることを決議することを得る。

第二目 設置の方法

監査委員會の設置に付、債権者の自治に任し又は債権者の干渉する立法例と裁判所の選任に依る立法例とある。前者に屬する立法例が多數である。左に監査委員の選任及解任に付、各國の立法例を説明する。

一 監査委員會の設置に付債権者自治を認め又は債権者の干渉を許す立法例は、次の如くである。即ち、(1)獨逸に於ては、裁判所は、第一回債権者集會前には、債権者又は其の代理人中より監査委員を選任して監査委員を設置することを得るが(破八七)、然し債権者集會は、監査委員會を設置すべきや否やを決議することを要する。債権者集會に於て債権者又は他の者を監査委員に選任することを得る(同條)。監査委員の數を幾人にするや、は之を規定せぬ。監査委員の解任は、其の選任と同様の方法にて行はるるものであつて、即ち裁判所の選任したる監査委員は裁判所に於て、債権者集會の選任したる監査委員は同集會の決議を以て、其の解任を爲すのである(同條)。(2)奧太利に於ては、監査委員は、第一回及其後の債権者集會に於て選定せられ、其の數は三人、多くも五人及之に相當する補缺委員(Ersatzmänner)である。尙債権者は、選定の申出に付頭數に於て少數なるも、其の債權額にして少くも出席債権者の四

分の一に達するときは、已に選定したる委員に附隨せしむる爲め、自己の指名したる一人を監査委員として、又他の一人を其の補缺委員として採用すべき旨を請求することを得る。自然人及法人は、監査委員に選定せらるることを得るのみならず、債権者にあらざる者も、亦監査委員に選定せられるのである。監査委員の選定は、債権者集會に於て、多數決を以て之を取消すことを得る。但し、其の多數決は、債権者の四分の三以上の多數ある場合に限り之を取消すことを得る。裁判所は、重大なる事由あるとき、又は監査委員の各員が其の職務を懈怠したるときは、之を解任することを得る(破八八條一項)。而して監査委員の選定は、破産裁判所の認可を得ることを要する。此の認可は、重大なる事由あるときは、之を拒絶することを得る。破産主任官は、裁判所が監査委員の選定を認可するまで、監査委員を設置することを不得る。此の場合に於ける其の設置の取消は、破産主任官の權限に屬する(同條五項)。監査委員會の設置なきときは、破産主任官は監査委員に屬する職務を行ふべきものであつて、其の職務を行ふに付監査委員の同意を要する旨の定めある場合には、破産主任官は債権者集會の決議を求むることを得る(同條九項)。(3)ユーゴ・スラウキア破産法第九五條、第九六條、及第九九條、チェッコ・スロワカイ破産法第八七條乃至第八九條は、大體前記奧太利の法制と同様である。チェッコ・スロワカイに於ては、奧太利と同じく、監査委員の選任なく又は其の認可なき間は、破産主任官は、監査委員を自ら選任することを得る(破八七條三項)。此のことは、ユーゴ・スラウキアの破産法には其の定がない。(4)匈牙利に於ては、破産裁判所は、職

權を以て、又は債權者の申出に因つて、債權者中より又は其他の者より、假監査委員 (provisorischer Kontrollausschuss) を選任して、破産管財人に附屬せしむることを得るが、其の員數は高々三人である (破九)。終局監査委員 (entgültiger Gläubigerausschuss) の選任は、同委員選任の爲めに召集せられたる債權者集會に於て、債權額多數に依り、破産主任官立會の下に行はれ、且つ其の選定は債權者及其の代理人中より之を爲すのである (破一〇六)。委員會は少くも三人であつて、破産裁判所所在地に住する者たることを要し、且つ必要な場合に於ては、補缺委員をも選任することを得る (六一條)。被選任者は、何等の障礙なき以上は、破産主任官より任命證書を受くる。若し其の選任に付疑あるときは、破産主任官は、裁判所に對し其の選任に付ての裁判を求め、裁判所は終局的に其の選任の可否を裁判する (三〇條)。破産者の近親は、假監査委員及終局監査委員に選定せらるるの資格はない (九七條)。監査委員は、何時にても、債權者の決議を以て、之を解任することを得る (四二條)。 (5) 佛蘭西に於ては、一九三五年八月の改正以前に於ては、破産法には、監査委員の定がなく、只だ裁判上の清算 (liquidation judiciaire) に付監査委員 (controlleurs) の定があつた。即ち債權者集會は、債權者中より一名若は二名の監査委員を選任する (裁判上の清算法、九條三項、四項)。商事裁判所は、破産主任官の申出に依り、債權者多數の意見を聽きたる上、監査委員を解任することを得る (同一〇條二項)。而して一九三五年八月の改正後には、監査委員の選任は、官選と爲つたのである (尚後記)。 (6) 埃及に於ては、佛蘭西の改正前の制度と同じく、監査委員は、債權者の絶

對多數に依り之を選任し、其の員數は、一名又は三名であつて、債權者中より之を選任する (商二五)。商事裁判所は、債權者の多數の同意を得且つ破産主任官の意見を聽きたる上監査委員を解任することを得る (同二五八)。 (7) 瑞西に於ては、第一回の債權者集會は監査委員を選任する (債務成立及破産、法二三七條三項)。第二回の債權者集會は監査委員選任の許可に付決議することを要する (同二五三)。第一回債權者集會に出席したる債權者又は代理人出席したる者の中より、監査委員を選任する (MünchK. Handb. d. Z. 735)。 (8) 和蘭に於ては、裁判所は、其の知りたる債權者の中より破産管財人を補助する爲めの一名乃至三名の假監査委員を選任する (破七)。假監査委員選任ありたる場合に於て、破産主任官は、破産債權者の債權を調査し且つ之を確定したる上、破産債權者とその假監査委員より終局監査委員を選定するや否やを討議する。破産債權者が同意を與ふるときは、破産主任官は終局監査委員を任命する。假監査委員が終局監査委員の任命を拒絶し辭任し又は死亡したるときは、破産主任官は、其の代りの監査委員を選任する。監査委員は、債權者中より之を任命するに限る (同七)。 (9) 葡萄牙商法第一九六條に依れば、裁判所は、先づ破産決定に於て債權者中より一名乃至三名の監査委員を選定する。債權者表が作成せられたる後は、破産裁判所が任意に又は債權確定後は債權者の多數決を以て、其の監査委員に代ふることを得る。 (10) 丁抹に於ては、債權者は頭數に依る多數決に依り、債權者又は其の代理人中より三名の監査委員を選任する。債權者多數の出席なきときに限り、破産裁判所は監査委員を任命する。又被選任者が選任の承諾を爲さず、且つ其後に

於ける債權者集會の選任其の効なかりしときにも、破産裁判所に監査委員を任命する、監査委員は、解任に關し召集ありたる債權者集會に於て、出席債權者の多數決に依り解任せられ、且つ新選任が行はる(破六)。諾威に於ては、債權者集會は出席債權者の債權額に依る多數を以て、債權者又は他の人を監査委員に選任することを決議する。其の委員の員數は、二人又は三人である。出席債權者の債權額同額なるときは、其の頭數に依つて選任を決する。破産債權者が監査委員に選任せられたるときは、其の選任を拒絶することを得ない。債務者の近親は、監査委員と爲ることを得ぬ(破二)。而して監査委員は、其の選任を同一の決議方法に依つて、之を解任することを得る(同)。(11)英國に於ては、第一回の債權者集會又は其後の集會に於て、三人乃至五人の監査委員を選任する。被選任者の資格は債權者又は其の代理人たることを要する。尤も小破産には監査委員を置かない(破三〇條一)。又債權者集會は、七日前に會議の目的を指示して通知したる上、普通決議に依つて、審査委員を解任することを得る(同二〇條)。

我が破産法は、獨逸法及其他の立法例と同じく第一回の債權者集會に於て監査委員を置くか否やを決議する(破一七)。其の員數は三人以上であり、選任の決議は裁判所の認可を受くることを要する(同一七)。被選任者たる資格は、必ずしも債權者又は其の代理人たることを必要としない。而して小破産に於ては監査委員を置かない(同三六)。

二 監査委員を裁判所が選任し、之を裁判上の機關と爲すの立法例がある。例へば伊太利の新法及ア

ルゼンチンの法制並に波蘭の法律の如きである。即ち伊太利の新法に依れば、監査委員は常に必ず破産主任官の選任する所であつて、舊法(三條七二)と異なり債權者集會の選任する所でない。監査委員の員數は三人又は五人であり、必ず債權者又は其の代理人中より選任せらる。尤も其の選任に付ては二段に區別する。即ち、次の如くである。債權調査に關する調査閉鎖の爲めに定められたる債權者集會前に於ては破産主任官は、合目的なりと認むるときは、何等の拘束を受くることなく、自由に假監査委員を選任することを得る。其の選任は自由であり且つ一時的である。債權者集會開催後に於ては、破産主任官は、必ず終局監査委員の選任に着手することを要するのであつて、其の選任を爲すや否やは、假監査委員の場合と異なり、必須的である。即ち破産主任官は、監査委員と爲る員數の二倍の數を有し、又調査済と爲り且つ正當と認めらるる債權を有する債權者の多數決に基き作成せられたる監査委員候補者名簿より成るべく、監査委員を選定すべきである。右の選定方法は成るべくなるを以て、若し破産主任官が名簿中の候補者を適當のものとして認めざるか、又は名簿に選定監査委員の員數の二倍に當る數の人名なき場合に於ては、破産主任官は、必ずしも其の名簿中より監査委員を選定するの義務はない。破産主任官は、新法に従へば監査委員中より委員長を選任し且つ一旦選任したる監査委員を解任して、名簿中より他の者を以て之に代ふることを得る。新法は、監査委員を債權者又は其の代理人若は代表者より選定することを禁止せぬ。左れば、大商店又は大會社は、其の代理人又は代表者を以て監査委員と爲すことを得る。

第四目 報 酬

解するを得る。

監査委員の報酬 (Honorar, Vergütung) に付ては、立法例分れ、監査委員は報酬請求権ありと定むるものと然らざるものとあり、又報酬請求権ありと定むる法制の下に於ても、其の報酬額を法定の定率表に依り定むと規定せるものと、全く裁判官の自由裁量に任すと規定するものがある。左に順次之を説明する。

一 監査委員に報酬を與ふべく、換言すれば監査委員は報酬請求権ありと定むる立法例は左の如くである。即ち獨逸破産法第九一條に依れば、各監査委員は、相當なる現金立替の償還及職務執行に關する報酬を受くる権利を有する。破産裁判所は、債權者集會の意見を聽きたる上、其の立替金及報酬を決定する。尙各州司法省は、監査委員に立法すべき報酬に關し、一般の規定を設けることを得るのである。又瑞西に於ては、監査委員は一八九一年五月一日の定率表 (Gebührentarif) に依る報酬を請求することを得る (Blumenstein, Schuldbetrag)。諾威に於ては、監査委員は、其の選任の際破産債權者に於て特に別段の定を爲さざる限りは、原則として、報酬を請求することを得る (三條二)。而して獨逸に於ては、一九三六年二月二十二日の一般命令を以て「破産管財人及和議管財人、並に監査委員及債權者輔佐員の報酬給與に關する標準令」を制定して公布し、同年二月二十八日より之を施行したのである。左れば、同日以後

は、獨逸全國に於ては、監査委員は、同標準令に基き一定の報酬を請求することを得るのである (其の詳細は、破産法和議法研究第一卷一五二頁以下)。

二 監査委員に報酬請求権なき旨を定むる立法例は、仲々多數である。即ち奧太利破産法第八九條第五項は「監査委員は原則として報酬を受けざるも、然し必要なる實費立替の償還を受くることを得る。尤も破産主任官の處分又は監査委員會の決議に依り、監査委員に對し、特別の事務を委託したる場合には、破産主任官の承認を得て、特別の報酬を與ふることを得る旨」を定む。ユーゴ・スラウキア破産法第九八條は、奧太利法と同一である。チェッコ・スロワカイに於ては、舊法(一九一四年の破産法)第八九條第五項は、奧太利法と全然同一の定を爲したるものであるが、新法なる現行法(一九三一年)は「監査委員は報酬を受くる権利を有せざるも、然し必要なる實費立替の償還を受くることを得る。尤も監査委員が破産主任官の委託又は監査委員會の決議に關し、特別の事務を爲し又は監査委員會に於ける共同職務執行が非常なる時間を消費し且つ非常なる努力を要せしものなるときは、裁判所は、破産主任官の同意を得たる上其の職務に對し相當なる報酬を與ふることを得る」ものと定め、舊法及奧法より報酬給與の場合を擴張して特別報酬を與ふることを得る場合を認めたのである。匈牙利に於ては、監査委員は、報酬請求権を有せざるも、然し只だ立替金の償還を有し、立替金は破産主任官之を決する (破二一)。

監査委員は、其の補助として書記を任することを得る、其の報酬は、監査委員の申立に因り、破産裁判

所之を確定するのである(三項)。佛蘭西の裁判上の清算法に於ては、監査委員は、報酬を受くることを得ない(同法一〇)。埃及商法第二五九條も佛法と同様である。和蘭法も然りである(Rechtspraak, II, 153)。丁抹に於ては、監査委員は報酬請求権を有せず、只だ旅費及立替金の償還を請求する権利を有する(條六八)。諾威に於ては、監査委員は、破産債権者が其の選任に當り特別の定を爲さざる限り、報酬を受くる権利を有せぬ(條二)。英國に於ては、監査委員の報酬に付ては、法律は何等の規定を設けぬ、従つて委員に報酬請求権がない(加藤博士著破産法研究、四四卷二四七頁参照)。伊太利及アルゼンチンも亦同一である(Rechtspraak, II, 153)。波蘭破産法第一三三條も亦然りである。

敘上の如く、監査委員に報酬を與へざる理由は、加藤博士の述べらるる如く、監査委員は、破産債権者又は其の代表者若は代理人より選任せらるるが爲めなるべしと考へらる(加藤博士著研究、四四卷同頁)。

三 我が破産法の下に於ては、監査委員は、破産管財人と同じく、破産裁判所の定めたる費用の前拂及報酬を受くることを得る(破一七五條、一六五條)。尤も我が法律は、獨逸法と異なり、未だ報酬供與の一般標準令(定率表)を定めて居らぬ。

第三項 職務権限

一 監査委員の職務権限は、破産管財人を監督し且つ其の職務執行を補助するに在る。此の目的の爲めに監査委員會又は各監査委員に個々の権限を法律は付與して居る。監査委員が破産管財人を補助する

に付ては、法律は破産管財人が或る特定の行爲を爲すに付て監査委員の同意を得べきことを定め居る場合であつて、法律は、其の定に依り、監査委員の職務権限を確保して居る。破産管財人が監査委員の同意を得て行爲を爲すべき場合なるに拘らず、其の同意なくして、行爲を爲しても、通例は其の行爲を無効と爲すものでない。即ち破産管財人が監査委員會の同意を得べきことは、這是雙方間の内部關係を規律したるに過ぎざるものであつて、従つて破産管財人が之に違背して行爲を爲すも、其の行爲は外部に對しては其の效力を生ぜざるものでない。只だ破産管財人は、其の違背の爲め生ずる損害に付其の責に任すべきのみならず、時には解任される原因と爲ることあるに止まる(加藤博士著破産法研究、三三六頁以下、昭和十二年十二月二十八日東京控院第四民事判決、法律新聞四二六號七頁、拙稿法律學雜誌三九卷三號一四九頁以下)。

而して多くの立法例は、破産管財人が一定の行爲を爲す前に、監査委員の意見を聽き其の同意を求むべきことを定めて居る。

二 (イ) 獨逸破産法は、監査委員の権利及職權を個々に列擧して規定して居る。特に第八八條及第一三三條以下の如きである。即ち同法第八八條は「各監査委員は破産管財人の職務執行に付之を補助監督する。委員は管財人に對して職務の進行に關する報告を求め、帳簿書類を閲覽し且つ金庫の状況を調査することを得る。監査委員會は、管財人に對し事件の状況及職務執行に關する報告を求むる権利を有する。監査委員會は毎月少くも一回委員をして管財人の金庫を調査せしむる義務を負ふ」と定む。又同法第一三三條以下は、破産管財人が監査委員の同意を得て爲すべき一定の行爲を規定し且つ之に牽連する

措置を定めて居る。即ち、埃太利破産法第九七條一項、チェッコ・スロワカイ破産法第八八條一項、ユーゴ・スラウキア破産法第九七條二項、匈牙利破産法第一〇九條一項二項等は、何れも獨逸破産法第八條の規定に相當し、埃太利破産法第一五五條以下、チェッコ・スロワカイ破産法第一七七條以下、ユーゴ・スラウキア破産法第一二七條以下、匈牙利破産法第一五五條は、共に獨逸法第一三三條以下の規定に相當する。

和蘭破産法に依れば、監査委員は、何時にても破産に關する帳簿及書類の閲覽を求むることを得る。破産管財人は、監査委員の請求あるときは、之に對して報告を爲すの義務を有する。監査委員の意見を徵する爲め、破産管財人は、其の必要ある場合に限りて監査委員の集會を招集する。又、破産管財人は訴を提起し、繫屬せる訴訟を續行し、又は、提起せられたる若は繫屬せる訴訟に對して防禦方法を提出するに當り、又は破産者の營業を繼續すべきや否や、破産財團の換價の方法、其の時期及配當すべき額に關しては、監査委員と協議し其の意見を聽くことを要する（同法七六條ノ）。又同破産法に依れば、破産管財人は、監査委員の意見に拘束せられない、破産管財人の意見と監査委員の意見とが相一致せざる時は、破産管財人は、其の旨を即時に監査委員に報告せねばならぬ。次に監査委員は、それに付破産主任官の裁判を請求することを得る。若し監査委員が其の裁判を求めたる場合に於ては、破産管財人は監査委員の意見と衝突する行爲の執行を三日間停止することを要する（同法七）。丁抹破産法に依れば、監査委

員は破産管財人の職務を監督し且つ重要なる管財事務に干與するのであつて（同法六八條、七）、多くの個々の場合に於ては、監査委員は破産管財人の行爲に付同意を與ふることを要する（同法七四條）。諾威破産法第二五條、第二七條は、大體、丁抹法と同様の規定を定めて居る。英破産法の下に於ては、監査委員は破産管財人の財團管理を監督する（破二〇）。又監査委員は破産管財人に對し指圖を與ふることを得る。管財人は之に従ふの義務あるも、然し、債權者集會は監査委員の指圖を改廢することを得る（同七九）。而して破産管財人は、特定の行爲に付ては、監査委員の同意を得ることに依りてのみ、之を爲すことを得る（同六）。

波蘭に於ては、監査委員會は、破産管財人を補助し、及其の事務を監督し、財團の状態を調査し、監査委員の同意あるときに限り執行し得べき業務に付同意を與へ且つ管財人の請求ある場合には其他の業務に付ても意見を述べる。各監査委員は、委員會と同じく破産管財人の行動に關する報告を破産管財人に爲すことを得るの權利を有する、又監査委員會は破産管財人に對し説明を求むることを得るのみならず破産に關する書類及帳簿の閲覽を爲すの權利を有する（破一三）。而して波蘭破産法第一三條第一項は、破産管財人は監査委員會の同意なくして爲し能はざる行爲の範圍を十種に分ちて規定し、其の第二項は行爲の執行を迅速に爲すことを要し、且つ其の價值が一千チロチを超過せざる場合に限り、破産管財人は監査委員の同意なくして之を爲すことを得る旨を定めて居る。

(ロ) 或る立法例に於ては、監査委員は、破産管財人を監督するものなるが、其の外に尙意見を開陳することを得る権利のみを有する旨を定む。例へば佛蘭西の清算法の如きは、監査委員は債務者又は清算人に對し意見を開陳し得るも、然し其の意見は何等の拘束力を有せぬ(裁判上の清算法七條、一八條)。埃及法に於ても(商法二五八條、二六九條、二七〇條、二八七條等)又葡萄牙商事訴訟法に於ても(同法一三五條、尙 Handb. 4. 170 Anm.)亦佛蘭西法の制度と同様である。

(ハ) 我が破産法の下に於ては、監査委員は、獨逸法及其他の立法例と同じく、破産管財人を監督し且つ之を補助するの職務を有する。即ち各監査委員は、何時にても破産管財人に對して破産財團に關する報告を求め又は破産財團の状況を調査することを得る権利を有する(破一七三條、三〇五條)。又監査委員は破産管財人の爲すべき特定の行爲に付同意を與ふる権利を有する(破一九六條、一九七條、二〇六條、二五七條等)。而して此の同意權は、佛蘭西法及之に倣ふ立法例の如き微力のものでなく、却つて破産管財人に對し拘束力を有するものである。尤も破産管財人が監査委員の同意を得て爲すべき行爲なるに拘らず、これなくして爲したる行爲は外部に對しては、決して無効ならざること前記説明の如くである。

第四項 責 任

監査委員の責を負ふべき場合に付ては、二つの立法例がある。即ち其の一は、監査委員は其の職務の執行及不執行には、重大なる過失あると否とを問はず(一切の過失 omnis culpa)に付其の責に任するものと爲す立法例であり、他は、監査委員は重大なる過失ある場合に限り、其の責に任するものと爲す

立法例である。

一 獨逸破産法第八九條は、監査委員は、其の爲すべき義務の履行に付一切の利害關係人に對して、其の責に任するものと定む。左れば、同法に於ける監査委員の責任は、第一の立法例に屬するものである。奥太利破産法第八九條第二項は、右と同一の定を爲し、且つ破産主任官は、監査委員に對し秩序罰を課したる上其の義務を履行せしむることを得る旨を定む。チェッコ・スロワカイ破産法第八八條第二項、ユーゴ・スラウキア第九七條第四項も亦同様である。而して匈牙利破産法第一〇九條第二項後段に依れば、監査委員は、普通の家父 (Ordentlicher Hausvater) の注意 (善良なる管理者の注意) を以て義務を履行し且つ其の違背は破産財團に對して其の責任を負ふのである。

二 佛蘭西の法律に依れば、監査委員は個人的重過失 (faute lourde et personnelle) あるときに限り、其の責に任する(裁判上の清算法一〇條三項後段)。埃及及伊太利法も亦同一である。尤も伊太利法に於ては、監査委員の責任は、破産財團に對して、之を負ふのであつて、一般の總ての利害關係人に對して負ふものでない(Rechtsvergl. H. 10. Bd. 5. S. 155.)

三 我が破産法の下に於ては、監査委員は善良なる管理者の注意を以て其の職務を行ふことを要し、若し其の注意を怠りたるときは、其の監査委員は利害關係人に對し連帶して損害賠償の責に任するのであつて、此の事は破産管財人の責任と同様である(破一七五條、一六四條)。

一 破産事件の處理に付ては、破産管財人の責務が尤も重大なるものである。破産管財人の處理の如何は、破産財團の増減に大影響を及ぼし、従て破産債權者に對する配當の多寡を來たす直接の原因と爲る。而して、破産管財人の職分は、主として破産財團の占有・管理・換價及配當にあるを以て(五條以下、二五六條)金錢取扱を爲すことが最も多いのである。獨逸に於ては、曾て破産管財人に不正事件ありて判事を以てして破産管財人の監督を嚴重にすべしと絶叫せしめたることあり(六卷一八一頁以下參照)、又近年破産管財人が破産財團に屬する金錢を費消し、獨逸大審院に於て之に關する裁判を爲したること尠なからざる状態である(Reichsgericht Gutlov, Zeitschrift)。我が國に於ては、餘り斯かる例あることを聞かせざるを愉快とする。而して私は豫て、破産管財人は、破産事件毎に破産裁判所の選任すべきものとせずして、常置の管財官を設け、之をして破産事務を取扱はしめべき意見を包藏して居る(例へば拙著破産法及和議法研究二卷三四頁參照)。幸にして此の意見が採用せらるるものとせば、私は、監査委員なる監督及補助機關の必要なきものと思考する。不幸にして管財官常置説が容れられざるものとすれば、破産管財人の監督及補助として監査委員なるものを選任の必要ありと考へうる。蓋し云ふまでもなく、破産管財人の職務が、特に破産財團に關し且つ金錢の取扱に涉り又事務を迅速に且つ公平を行ふことに在るからである。

二 (イ) 立法例を見るに、前述の如く、監査委員を必須的に置くべしと爲すものと然らざるものと、

又其の選任を裁判所側の權限に屬すると爲すものと、債權者の自治に任ずるものがある。私は、監査委員は、裁判所の選定すべきものであつて、且つ任意的のものとしたいと信ずる。換言すれば、裁判所は破産事件の種類及大小に鑑み、監査委員を選任することを得るものと爲したのである。我が破産法は監査委員の選任は債權者自治(官選にあらず)であつて且つ任意的である(同破一七〇條、一七一條、尤も小破産。には監査委員の設なし、同破三六三條)。伊太利の現行法は、監査委員の選任に付ては、舊法の債權者自治主義を廢止して官選主義を採りたることは前記説明の如くであるが、其の改正の理由は、債權者自治主義に任ずるときは、不適當なる人が監査委員に選任せらるる虞あるからと云ふに在る(Holle, Rechtsverf.,)。獨逸の舊和議法(一九二七年)第四八條第一項及新和議法(一九三五年)第一項は孰れも、和議裁判所は、和議管財人の監督及補助として債權者輔佐員(Gläubigerbeirat)を選任することを得る旨を規定して、所謂官選主義、及任意主義を採用して居る。獨逸和議法が、債權者輔佐員の選任に付、官選主義を採用したるは、債權者自治主義の弊害あるを認めたからである。獨逸司法官書記官 Vogel's 氏は、破産上の監査委員の選任を裁判所の官選と爲すべきことを高唱し、且つ破産法第八七條第二項の所謂監査委員選任の自治を改正すべしと主張して居る(W. Vogel's, Auswertung der Neuerungen der Verordnungen der Verlebsordnung f. eine Weiterbildung des Konkursrechts, Beiträge zum Recht des neuen Deutschland, 1936, S. 193f.; W. Vogel's, Die Mängel der geltenden KO. und Vorschläge zur ihrer Beseitigung, Jahrb. Der Akademie f. D. R. 1937, S. 213 f.)。而して佛蘭西の如き從來所謂自治主義を尊重する國に於ても、前記説明の如く、一九三五年八月の商法(破産法)改正に於て監査委員の選任を官選とせることを看れば、如何に所謂債權者自治主義の採用すべ

からざることを知るを得て、思半ばに過ぐるものがある。而して我が來るべき破産法の改正に於て所謂大破産事件を地方裁判所の管轄と爲し、所謂小破産事件を區裁判所の管轄と爲すに於ては、大事件に付ては破産主任官、小事件に付ては區裁判所が夫々監査委員を選任すべきである。監査委員の選任を官選と爲すに於ては、其の選任に付裁判所の認可の必要なきは勿論である。

(ロ) 監査委員の選任を、匈牙利、伊太利、葡萄牙、丁抹其他の如く必須と爲すべきの必要がない。然し小破産以外の破産に於ても事情に依り必ずしも監査委員を設けざることを便宜とすることがある。例へば事件が簡單で左程複雑でなきか、然らずとするも破産管財人が數名ある場合の如きは、少しも監査委員を設くる必要がない。左れば奥太利、チェッコ・スロワカイ、英國、和蘭、瑞西及埃及等の制度の如く任意的と爲すを可とする。此の點に付ては、我が立法を可とする(七〇條)。

二 (イ) 監査委員の數を三人以上とする立法例がある。匈牙利、奥太利、英國、丁抹及伊太利の制度の如きであつて、我が國亦然りである。又和蘭の如きは、監査委員を一人乃至三人と限定するものもある。奥太利、伊太利は三人以上五人と限定する。私は、獨逸現行破産法及和議法の定むるが如く、監査委員の員數を法律に依り限定せずして、却て裁判所の自由裁量に任すことを可とする。蓋し如何なる破産事件に付ても必ず三人以上監査委員を必要とするものと限らないからである。

(ロ) 監査委員を必ず債權者又は其の代理人より選定すべしと爲す立法例がある。英國、伊太利、其他

多數の立法例の如きは然り。然し我が改正商法の認むる如く、株式會社の取締役又は監査役は必ずしも株主たることを要せず、それ以外の者より之を選任することを得る(改商二五四條、)の制度あるに依て、之を看れば、監査委員は必ずしも、債權者又は其の代理人中より選任すべきものと限局するの必要なきのみならず、破産者の近親を監査委員に選任することを得ずと限定するの必要もない。何人を選任するやは、破産裁判所又は破産主任官の自由裁量に任すべきである。

(ハ) 法人を以て監査委員と爲すことを得るや、之に付て明文を以て、法人を以て監査委員と爲すことを得るを定むる立法例がある。例へば奥太利、波蘭の如きである。又獨逸和議法は、法人を以て債權者輔佐員に選任することを得る旨を定めて居る(獨和四四條)。我が破産法及獨逸破産法は、之に付て何等の明文がない。然し監査委員は、破産管財人と異なり、法人を以ても之に充てられ得べきものなりとの説が定説である(Thayer, Ko. & Ames, op. cit. Marked, Ko. & Ames, 加能博士著破産法要論)。左れば、來るべき我が破産法改正の際には、監査委員は法人にても選任せらるべき旨を明定するを可とする。法人が、監査委員と爲るときは、其の機關を以て代表せらるべきは勿論である。

三 監査委員が二人以上選任せられたるときは、茲に監査委員會なるものが成立する。其の決議の方法は、必ず集合して口頭を以て爲さざるべからざるものなるか。奥太利法に於ては、監査委員會の表決は、書面を以ても之を爲し得る旨を明定する。我が破産法及獨法の下に於ては、之に付ての何等の規定

なきも、學說としては壞法と同じく解すべきものとする(前記)。監査委員が一人なる場合に於ても、其の意思表示は書面に依りても、之を爲すことを得るは、固より論なき所である。

四 監査委員に報酬請求なきことを定むる立法例は、英國法を始め仲々多數である。其の理由は、前にも述べたるが如く、監査委員が債権者又は其の代理人より選任せらるるからとするに在る。然し、此の立法例は不可なりと云ふべきである。蓋し監査委員が債権者又は其の代理人中より選任せらるべきものとするも、理由なく他人を無償にて行動せしむる理由なければである。況んや監査委員が債権者以外の第三者より選任せられたる場合は勿論である。此の點に付ては、獨逸法及我が法律が英國法及其他よりも、優れるものである。

五 (イ) 監査委員の職務は、破産管財人の監督及補助にあるのであるが、其の補助を與ふるは、實は監督の意味に於て補助を與ふるものと云ひ得るを以て、監査委員の職務は、結局破産管財人の職務執行に對する監督に在りと云ふことを得る。

(ロ) 監査委員は、其の職務執行に付、故意又は過失あるときは、其の過失が輕過失なると否とを論せず、一切の利害關係人に於て其の責に任すべきである。佛蘭西に於ては、監査委員に重大なる過失あるときに限り、其の責に任すべきものと規定するも、斯かる規定は可なりと云ふを得ない。同法に於ては監査委員は無報酬なるが故に、責任負擔に付重過失を條件とせしものなるべしと雖も、監査委員は、無

報酬なると否とを論せず、信實に且つ正義に従ひて其の職務を執行せざるべからざるものなるが故に、監査委員に重過失あるときに限り責任ありと爲す佛蘭西立法は不當である(Verf. Meckl. KO. § 33 Anm. 4. 而して匈牙利及伊太利の法律は、監査委員は破産財團に對して其の責に任すべきことを規定する。然し此の立法は、狭きに失する。監査委員は、破産手続中にも、又破産手続終了後に於ても、其の責に任すべきものである。左れば監査委員の責任は、利害關係人に對して負擔するものと爲す獨法及我が立法を可とする。而して茲に所謂利害關係人とは、破産者・破産債権者・取戻権者・別除権者及財團債権者等を指稱する。破産手続中は、破産者又は個々の破産債権者の全體は、監査委員に對し、其の職務違背に因る損害賠償の訴を提起することを得ぬ。却て、破産管財人が其の訴を提起することを得るに止まる。這は破産管財人は、破産財團に屬する財産に付管理及處分權を有するからである(日破七條)。破産手続終了後は、破産者たりし者又は破産債権者たりし者は、監査委員たりし者に對し、損害賠償の訴を提起することを得る。別除権者、取戻権者、又は破産債権者にして、監査委員の義務違反に因り損害を蒙りたる者は、破産手続中、監査委員に對し損害の賠償を求むることを得る(Montzel, KO. § 89 Anm. 2.)。

六 監査委員が、債権者集會に於て選任せられたるときは、監査委員は債権者團體(Gläubigerschaft)の自治機關であることは因より論なき所なるも(加藤博士破産法要論三〇二頁以下、拙著日本破産法の自治機關であることは因より論なき所なるも(法論一九四頁以下、Lawyer, No. 20, p. 111.))。若し監査委員を裁判所又は破産主任官の爲す官選と爲すときは、其の法律上の地位に於ては、破産管財人のそれと同じく、

議論の存すること疑なかるべきである。私は、監査委員を官選と爲すも、其の法律上の地位は債権者團體の私的內部機關なりと解したのである(此の點に付ては前著破産法和議法研究一〇卷一九五頁以下和議管財人の法律上の地位参照)。

第二節 破産開始手續

一 破産手續 (Konkursverfahren) とは、破産裁判所が破産管財人 (又は管財官) 債権者集會及監査委員 (又は破産主任官) 干與の下に破産債権者に對し破産財團より平等的満足を與ふるの手續であつて、此の手續は、破産開始手續 (Eröffnungsverfahren)、破産財團の管理及換價手續 (Verfahren zur Verwaltung und Verwertung der Masse)、破産債権確定手續 (Feststellungsverfahren) 及配當手續 (Verteilungsverfahren) に區別せらるるを通例とする。尤も配當手續にして、屢々強制和議手續 (Zwangsvergleichs od. Zwangsausgleichsverfahren) の行はるることもある。

二 破産手續は、債権者に對する破産開始の實質的要件具備する場合に於て、債権者又は債務者の申立に因り、又は檢事の申立に因り又は裁判所職務を以て開始せらる(此の點に付ては本論第一節破産開始要件の部参照)。

第三節 破産財團の管理及換價

第一款 一 般

破産者の破産財團に屬する財産 (即ち資産 Aktivmasse od. Aktivbestand) が、總破産債権者に配當せらるるが爲めには、其の財産が占有・管理せられ又保全せられ且つ破産債権 (Passivmasse od. Passivbestand) と共に確定せらるることを要するのみならず、換價せらるることを要する。而して此等の目的を達するの個々の措置として、一般の立法例は、通信禁止、財産目録及貸借對照表の作成、封印及破産者の意見開陳、破産管財人の報告、其他の措置を採ることを規定するを例とする。之に付て佛法系と獨法系とは、立法上根本的の差異がある。即ち次の如し。(一)佛、蘭、西法系の立法に依れば、手續は二段階に區別せられ、第一段階に於ては、單に破産財團に屬する財産の差押及保管を爲すを目的とし、第二段階に於ては終局的の清算即ち配當を爲すを目的とする。強制和議を成るべく成立せしめんが爲めに、手續の各段階に在りては財團の換價行爲は、例外の場合にのみ爲すを目的とする。換價行爲は、第二段階に於ける配當を爲すに付て爲すを要するものなるにも拘らず、成るべく強制和議を成立せしむる爲め、原則として之を行はざるの態度に出づるのである。次に(二)獨逸法系の立法例に依れば、破産管財人は財團の配當に關して時間的制限なきを通例とする。左れば、破産管財人は其の正當と認め且つ合目的なりと思惟する時に於て、財團を換價することを要する。尤も、破産管財人は強制和議の成立することあるに

一は、破産開始決定は、給付命令の確實性を缺くものであつて、即ち返還を受くべき物件を明認せしめざるものなるに依り、民訴第八八三條、第八八五條の範圍内に於ては、債務名義としての效力を有するものでなく、只だ單に無益の白紙たるに過ぎざるを以て、從て破産法第一〇一條第二項(日破一四八條)に依り、破産裁判所は、執達吏の申立に因り、破産管財人に特定の指圖を與へ以て破産者の手中に在る財産を占有せしむべしと云ふのである(Thayer, K.O.S.)。通説が正當と云ふべきであつて、加藤博士も夙に之と同一意見を有せらる(加藤博士著破産法要論三一六頁、同研究七卷二二二頁以下参照)。私も亦通説に従ふのである(拙著日本破産法三一〇頁)。

第三者が、破産者の財産を所持するときは、破産裁判所は、其所持者に對し、破産開始と同時に其所持する旨を一定の期間内に破産管財人に届出づべき旨を書面を以て送達することを要する(日破一四四條)。獨逸破産法第一一〇條及第一一八條に依れば、破産開始あるときは、裁判所は之と同時に公の假差押命令を公告し、之に依りて、破産財團に屬する財産を占有する者は、其の旨を一定の期間内に破産管財人に届出づる義務を負ふのである。奧太利破産法は、破産財團に屬する財産を所持する者が破産開始を知りたるときは、直ちに其の旨を破産管財人に届出で且つ其の目録を作成し又其の評價を爲すことを要する(日破九七條二項、日破一〇七條二項)。而して我が法律の下に於ては、第三者が破産管財人に財産の引渡を爲さざるときは破産管財人は第三者を相手方とし、通常の民事訴訟手續に依りて、其の引渡を請求するの外はない(加藤博士著日本破産法論三一〇頁)。而して第三者が、破産管財人に破産者の財産所持の旨を届出でざる爲め、破産財團

に損害を蒙らしめたるときは、其の損害を賠償する義務を負ふ(日破一四三條末項、日破一一九條)。奧太利破産法第九七條第二項、チエツコ・スロワカイ破産法第九七條第二項、ユーゴー・スラウキア破産法第一〇七條第二項も、亦右と同様の規定を設けて居る。

第三項 封 印

破産財團に屬する財産に對し保全の必要ありと認むるときは、其の財産に付封印(Siegelanlegung)を爲すや否やに付ては、立法例分かる。即ち其の封印を爲すことを必須とするものと任意とするものとの二つがある。即ち次の如くである。

一 財産の封印を必須的(Obligatorisch)と爲す立法例は、(一)例へば匈牙利破産法第一一二條の如きであつて、即ち破産開始の決定ありたるときは、裁判所は、直ちに、破産主任官若は公の公證人又は裁判所の下級官吏に依り財産の封印を爲すことを命ずる。封印には、成るべく破産管財人を立會はすべきである。(二)佛蘭西商法に依れば、裁判所は、破産宣告の裁判に於て破産の爲め破産財團に屬する財産の封印を爲すことを命ずる、然し破産主任官が單に一日間に破産者の財産を目録に記載することを得ざるものと認めたるときは、封印を施行せずして、直ちに目録の調製を爲すことを要する(佛商四五五條、四五七條乃至四六一條)。破産管財人は、其の選任前に封印の施行あらざりしときには、治安判事に其の施行を要求すべきである(同四六六條)。而して法定の物件に付ては、破産主任官は、破産管財人の請求に因り、封印を爲すべからざる

こと又は一旦爲したる封印の除去を許可することを得る(同四六九條、同四七〇條、同四七一條)。(三)白耳義商法は、破産管財人は、選任後直ちに破産財團を管理し且つ必要な場合には其の財産の封印を爲すことを破産主任官に請求することを定め(白商四七〇條)、且つ法定の物件に付ては、封印を爲さず又封印を除去し且つ破産管財人に交付する旨を定め(同四七七條)、又破産管財人は其の職務執行後三日内に封印の除去を請求するを要する旨を定むる(同四七八條)。ルクセンブルグ商法第四七〇條、第四七一條及第四八〇條等は白耳義の規定と同一である。

(四)埃及の法律に依れば、破産財團に屬する財産の封印は、破産主任官に於て之を爲すべく、急迫を要する場合に於ては、破産主任官より委託を受けたる官公吏に於て之を施行する。破産管財人の選任前封印の施行なきときは、封印の施行を破産主任官に請求することを要する。破産主任官は、法定の物件に付ては、破産管財人の申立に因り、封印を除去し必要な場合に於ては、封印除去を破産管財人に委託することを得る(埃商二四九條、二六七條、二六八條、同)。伊太利に於ては、破産主任官が裁判所管轄内に存在する財産自體を封印することを要する(伊商七三三條乃至七三九條、同)。ルーマニア商法第七四三條乃至第七四八條、ブルガリア商法第六九四條乃至第六九九條等は、破産宣告後、直ちに破産主任官又は其の委嘱を受けたる區裁判所判事は、破産者の財産を封印することを要し、又其の除去を爲すべき場合を定む。(五)瑞西債務取立及破産法第二三三條に依れば、破産財團が第一回債權者集會まで十分なる監督の下に管理すること能はざる場合には、破産官(Konkursamt)に於て、其の財産の封印を爲すのである。(六)アルゼンチン

商法第一四三八條第八號は、財産目録が一日にて調製すること能はざるときは、裁判所財産所在の場所の門戸に封印する旨を定む。(七)智利に於ては、商事裁判所は破産宣告の日と同一日に破産者の家屋倉庫其他の財産に付封印を爲すことを要する。商事裁判所は、破産管財人の申立に因り、封印を爲さざることを得る。尙封印の必要なに至りたるときは、其の除去を命ずる(智商一三九六條、乃至一四〇〇條)。(八)丁抹破産法第五一條に依れば、破産開始後直ちに破産裁判所は、封印其他適當なる方法に依り、破産財團特に破産者の帳簿を保管することを要する。諾威破産法第一三條も亦右と同一である。

二 封印を任意的 (fakultativ) と爲すものは、獨逸法である。同法第一二二條に依れば、破産管財人は、破産財團に屬する物件を保全する爲め、法律上保全の權限を有する者をして之に封印を爲さしむることを得るのである。而して封印を爲すの權限を有する者は、聯邦法之を定むる。普魯西及バイエルンに於ては、公證人、執達吏、區裁判所書記である(德商現代外國法典叢書、破産法三五九頁參照)。尙同法に依れば、破産者の義務帳簿は裁判所書記之を閉鎖する(同參照)。和蘭に於ては、破産管財人又は破産主任官に於て、必要なりと認むるときは、直ちに破産財團に屬する財産に付封印する、封印は區裁判所判事之を行ふ(三和破九)。ブラジル破産法第七四條第一項は、破産管財人が其の選任と同一日に破産財團を占有すること能はざるときは、執達吏及其の代理人に於て財團に封印を施すことを得る旨を定むる。

埃太利破産法は、破産財團に屬する財産の封印に關しての明文なきも、同法第七七條第一項に依れば、

破産裁判所は破産財團の保全に必要な處分を定むることを得るものなるを以て、従つて裁判所は破産財團に屬する財産に付封印を爲すことを得るものと解するを得る (Rechtsord. III)。チエツコ・スロワカイ破産法第七三條第一項、ユーゴ・スラウキア破産法第八三條第一項も亦塊法と同一である。而して英破産法は、破産財團に屬する財産の封印に付ての明文を設けざるも、然し管財命令 (receiving order) 前に於ける破産財團に屬する財産の差押を爲し得る旨を定む (英破三三)。北米合衆國破産法第六九條に依れば、破産申立後破産宣告前に於て破産財團の損害ありと認むべき特別の虞あるときは、申立に因り破産財團に屬する財産の差押を爲し得るのである。

三 (イ) 我が破産法第一八六條は、任意主義を採用したるものであつて、即ち破産管財人に於て破産財團保全の爲め、必要なりと認むるときは、裁判所書記、執達吏又は公證人をして破産財團に屬する財産に封印を爲さしむることを得る。尤も破産裁判所は、破産管財人の封印を爲さざることが其の義務違反なりと認むる場合に於ては、其の監督官廳として破産管財人に對し封印を爲すことを勧告することを得る。封印は特に破産者及其の家族の信賴し難き場合 (Unzulässigkeit) に之を爲すべきであるが、然し又財産目録に財産の個々の記載 (日破一八九九條、) を即時に爲し能はざる場合に於ても之を爲すのである。封印は、特定の物 (例へば腐敗し易き物) を除き又は營業繼續に必要な物品を除き、個々の財産に付之を爲さしむるものである (日破一九六條二項、同一九一一條一項、Verf. No. 1)。封印を爲すべきものなりや否やは、破産管財

人に於て破産財團の財産を保全するの目的に合するものなりや否やに付て之が認定を爲したる上、之を執行するのである (加註博士前掲)。第一回の債權者集會ある迄は、貨幣、有價證券其他の高價品の保管方法は、裁判所之を定むるので (日破一九二條三)、從て封印を爲すや否やは裁判所之を決する。第一回債權者集會に於ては、決議に依り高價品の保管方法を定むる (日破一九四條)。獨逸破産法第一二九條に依れば、債權者集會の決議ある迄は、破産管財人は裁判所の命に依り、貨幣、有價證券及高價品を供託することを要する。裁判所が監査委員會を置きたるときは、監査委員會は、前記高價品の供託に付之を決議する。尙獨逸法の下に於ては、債權者集會は、高價品の供託若は保管の場所並に條件に付決議する (獨破一三三條)。要するに高價品の保管方法に付ては、我が法律は獨法と大體同一である。

封印を、匈牙利法其他の立法の如く、必須的若は強制的と爲すの必要はない。破産管財人其の必要ありと認むる場合に、封印を爲すは可いのである。此の點は、任意主義を採る我が立法及獨法系の立法が優れるものである。

(ロ) 封印を爲す者を裁判所又は破産主任官と爲すの立法例と破産管財人以外の裁判所書記・執達吏・公證人と爲す立法例とあることは、前記の如くである。前者に従ふときは、封印が迅速に行はるる利益あるも、後者の立法例に依れば、破産管財人が封印を第三者たる裁判所書記其他に委嘱するので、從つて迅速に進捗せざる虞がある。破産管財人の封印を爲さしめんとすることが、他に遺漏して、財産が隠

匿せらるる原因と爲ることがある。然し破産管財人が破産財團に屬する財産を占有するの職務を有し且つ破産官と云ふが如き國家の機關にあらざる以上は、破産管財人が裁判所書記其他の公の機關に委嘱して封印を爲さしむるより他に途がない。實際問題としては、裁判所書記其他の公の機關は、破産管財人の委嘱を受けたるときは、即時に其の委嘱に應じ且つ封印に着手することに注意せねばならぬ。而して封印を爲したるときは、其の執行官は調書を作することを要する(日破一八六條一項「Antrag」)。封印の必要なに至りたるときは、之を除去する。封印除去に付ては封印に關する規定に従ふのである(日破一八六條二項)。

第四項 帳簿閉鎖

一 (イ) 破産財團に屬する財産保全の爲め破産者の帳簿を閉鎖(Schliessung der Geschäftsbücher)する。而して之に關する立法例に付ても、主義の異なるものがある。即ち、(一)獨逸破産法第一二二條第二項は、破産者の業務帳簿(Geschäftsbücher)は、事務課の記録官(裁判所書記を意味する)に於て、之を閉鎖すると明定する。我が破産法第一八七條も亦同一である。然るに、(二)之を明言せざるも結果に於て同一となる立法例がある。即ち佛蘭西商法第四五五條以下は、破産主任官は破産の爲め封印を施行すべく、其の封印は、破産者の倉庫・店舗・金庫・書庫・帳簿・書類其他に施行する旨を規定する。白耳義商法第四七〇條、第四七一條、ルクセンブルグ商法第四七〇條、第四七一條、埃及商法第二四九條、第二六七條、第二六八條、伊太利商法第七三三條乃至第七三九條、其他佛蘭西法系に屬する立法は、

前記佛蘭西法と同一である。而して、(三)埃太利破産法第七七條第一項は、破産者は、財團の保全に必要な處分を定むることを要する旨を概括的に規定し、特に帳簿の閉鎖に付て明言する所なきも、學者の解釋に依れば、業務帳簿の破毀及變造を爲すことを防止する爲め帳簿を裁判所又は第三者に保管せしむることを得るのである(Mattucci, *Trattato di Diritto Com. 50*)。尙同法の下に於ても、必要ある場合には、帳簿の閉鎖も爲し得るものと解するを得る。チェッコ・スロワカイ破産法第七三條第一項、ユーゴ・スラウチア破産法第八三條第一項も、亦埃法と同一である。

(ロ) 我が破産法及獨法の下に於ける帳簿閉鎖は、裁判所書記は破産宣告後直ちに之を爲すことを要する。帳簿が他の區裁判所の管轄内に在るとき(支店の帳簿の如き)は、破産裁判所の囑託に基き、帳簿所在地の區裁判所書記に依り其の閉鎖が行はるのである(日破一〇九條、兼一五七條以下)。裁判所書記は、閉鎖の目的の爲めに帳簿の提出を破産管財人に請求することを得る。帳簿が數多く且つ形状大なるときは、裁判所書記は帳簿保管の場所に臨み、其の閉鎖を爲すことを便宜とする。帳簿の閉鎖は、何も商人其他の職業を剝奪するの目的に出でたるものにあらずして、却て、帳簿上の記載が破産宣告迄の記入なることを明かにする爲めの附記(Vermerk)たるに過ぎないのである。從て其の帳簿の記入しある最後の個所に「破産宣告に因り閉鎖す」と記入し且つ裁判所書記に於て其の年月日を記載し且つ之と共に署名捺印すべきである(日破一八七條)。右附記に依り附記後の記入は、後日の記入なることを知らしむることを得る。其の帳簿

が各カード式より成立するとき、各カード毎に其の閉鎖を爲すことを要する。而して閉鎖に付ては、其の調書を作り之に帳簿の現状を記載することを要する（八七條）。左れば、裁判所書記は、帳簿に各葉の欠缺ありや否やを確定することを要する。而して債権者は、帳簿の閲覽を爲すことを得るやと云ふに、破産法第一八九條第二項（三四條）には、利害關係人は、財産目録・貸借對照表及封印に關する調書の閲覽を求むることを得る旨を定むるのみであつて、帳簿に付ては、何等の定なきを以て、消極的に解するを妥當とする。蓋し其の閲覽を許すときは、破産者との競争者より破産者の業務關係（秘密）を探索する爲めに、其の權利を濫用さるる虞あるからである（*Trust. Co. v. 1st Am. B.*）。各監査委員は、破産法第一七三條後段に依り、破産財團の状況を調査することを得るものなるを以て、從て破産者の帳簿を閲覽し得る。獨逸破産法第八八條第一項後段には、各監査委員は帳簿を閲覽し得ることを明定する。破産管財人は、債権者に破産者の帳簿を閲覽せしむべき義務なきを以て、從て、裁判所は、破産管財人の閲覽拒絶に對し、其の閲覽を許すべきことを監督の作用として命ずることを得ない（*Trust. Co. v. 1st Am. B.*）。破産管財人は、特別の規定なき限りは、稅務官に對しても、帳簿閲覽を許すことを得ない。

二 破産者の帳簿は、日獨の立法の如く、必ず閉鎖することを要するものなりや、又佛蘭西法系の如く必ず封印を施すことを要するものなりや疑問がある。私は、破産裁判所が自己自ら保管し、又は第三者をして之を保管せしむるに於ては、破産者其他の者に依る後日の記入變更を防止することを得るのである。左れば、總ての一切の帳簿に付一々閉鎖を爲すの必要なく、寧ろ澳法の如く、保全の必要に依り個々の場合に應じ、破産裁判所に於て、任意に其の閉鎖を爲し得るものと定むることが便宜であると思料する。

第五項 通信禁止

破産財團に屬する財産保全の爲め、總ての立法は、通信禁止（*Postsperr*）を規定する。然し其の立法中其の禁止を裁判所の命に因りて爲すものと然らざるものとある。即ち左の如くである。

一 (一)獨逸破産法第一二一條は、郵便官署及通信官署は、破産者に宛てたる送達物・書狀及電報を破産裁判所の命令に因り、破産管財人に交付するの義務を負ひ、破産者は其の閲覽を求め且つ其の内容が破産財團に關係なきときは、其の返還を求むることを得。裁判所は、破産者の申立に因り、破産管財人の意見を聽きたる上、其の命令を取消し又は制限することを得る旨を定む。(二)西班牙に於ては、破産者の通信の禁止は、郵送官署に對する官廳の命令に因り、判事の處分に任すべき旨の通知に依りて生ずる。判事は、之を破産委員に交付する。破産委員は破産者又は其の代理人若は業務の指揮の委託を受けたる者の面前に於て、開封し且つ破産者の財團に關係あるものは之を財産保管人に引渡し、然らざるものは破産者又は其の代理人に交付する（*Handelsz. d. Spanj.*）。(三)メキシコ商法第一四二九條第一號は、破産者に宛てた郵便物を破産管財人に交付するが爲めには、郵便官署に對する判事の命令を必要とする。

アルゼンチン商法第一四二二條第一號も、亦同様であつて、破産者に宛てたる書狀及電報を差止むる爲めには、郵便官署に對する裁判所の命令を必要とする。開封は、破産者の立會を以て、其の所在不明なるときは其の立會なくして、判事之を爲すのである。智利に於ても、書狀は裁判所の命令に因り、破産管財人に交付せらる。破産者の所在明かなるときは、其の呼出なくして開封を爲すを得ない。破産財團に關係なき書狀は、破産者に交付する(英商一三五〇條四)。(四)英國に於ては、管財命令 (receiving order) ありたる以後は、管財官又は破産管財人の申立に因り、相當なる期間内(但し三月を超えざる範圍内)に於て、債務者に宛てたる書狀電報及其他の郵便物を、管財官若しくは破産管財人又は裁判所の選定したる其他の人に交付すべきことを命ずることを得る(英商二)。(五)瑞西に於ては、一九一一年七月十三日の破産官の事務章程第三八條及一九一〇年十一月十五日の瑞西郵便聯邦實行法第四條に依り、破産官は、破産者に宛てられ又は破産者の發送したる郵便物又は郵便爲替の閱覽又は交付、並に破産者に關する郵便交通の報告を、破産官に爲すべきことを管轄郵便官署に請求することを得る。破産者は、郵便物の開封に立會するの權利を有する。

二 他、の立法例に於ては、郵便官署は、破産開始の通信を受けたるときは、裁判所の命令なくも、破産者に宛てたる郵便物を、法律上當然、破産管財人に交付するの義務を生ずる旨を定む。即ち郵便物交付に付ては裁判所の特別の命令を必要としないのである。此の立法例を採るのは、(一)埃太利破産法第

七七條第二項であつて、チェッコ・スロワカイ破産法第七三條第二項、ユーゴ・スラウキア破産法第八三條第二項、匈牙利破産法第九一條も亦埃太利法と同様である。(二)佛蘭西商法第四七一條第三項後段は破産者に宛てたる書簡(Lettre)は、破産管財人に送付し、之を開封せしむる。破産者其の席に在るときは之に立會ふことを得る旨を定む。學說に依れば、電報に付ても亦同様に解する(Lyon, Quest. Reconnu. 7. N. 490. N. 0. Soc. Ann. 3. 490. N. 0.)。白耳義商法第四七八條、ルクセンブルグ商法第四七八條、埃及商法第二七二條、同民事訴訟法第二六四條も、亦佛法と同一である。(三)伊太利商法第七四九條に依れば、破産者に宛てたる書簡の外、電報も亦、破産管財人に交付することを要すと明定して、特に電報に關しても、佛法と異なり、明文を以て其の交付を定むる。破産管財人の開封には、破産者立會ふことを得る。尙同法は、特に破産管財人に默秘の義務ある旨を明定する。ルーマニア商法第七五九條、ブルガリア商法第七〇九條も、亦白耳義法と同一である。(四)和蘭破産法第九九條に依れば、破産管財人は破産者に宛てたる書簡及郵便物を開封することを得る。郵便官署及電信官署は、裁判所書記より受取りたる通知後に於ては、破産管財人又は破産主任官の義務免除ある迄は、破産者に宛てたる書簡及郵便物を破産管財人に交付する義務を有する。(五)葡萄牙破産法第三三二條に依れば、通信禁止は、破産者に宛てたる一切の郵便物に及ぶのであつて、この物は破産管財人に交付せられ且つ破産者又は其の代理人の立會の下に、破産者又は其の代理人の立會なきときは、判事の立會の下に開封せらる。破産財團に關係なきものは、破産者又は其

の代理人に交付せられ且つ其の通信物等にして私的の性質を有するものに付ては、黙秘の義務がある。ブラジル破産法第一七條第二項、第六五條第二項も亦右と同様である。

三 (イ) 破産者に宛てたる通信禁止(Postsperte)は、破産債権者及破産者の債務者に損害を及ぼすべき郵便交通に依る破産者の郵便の利用を防止せんが爲めに設けられたものであつて、所謂信書の秘密の保護(日憲二六條、日刑三三條)に對する例外を爲すのである(Meyer, KO. § 121, Anm. 1.)。而して立法例に依れば、敍上の禁止は、獨法系の如く特に裁判所の命令に生ずるものと、塊法系の如く單に郵便官署其他に對する破産宣告の通知に因りて生ずると二つあるは前記の如くである。後者の立法例が、破産宣告を殊更に郵便官署其他に通知するは、郵便物受領禁止を爲さんが爲めである。左れば、特に命令を發するも又發せざるも、結果に於ては餘り異なる所なきものと思はる。然し形式的の取扱より云ふときは、郵便官署其他が裁判所よりの破産通知に因り、破産管財人に郵便物引渡義務を當然生ずるものと爲すは、穩當を缺く嫌がある。

左れば裁判所の命令あるとき又は囑託あるときに限り、郵便官署其他が郵便物を破産管財人に引渡すことと定めたる方が立法上穩當なりと思はる。蓋し通信禁止は、信書の秘密を害するものであつて、例外的ものなればである。我が破産法第一九〇條第一項は「裁判所ハ通信官署又ハ公衆通知取扱所ニ對シ破産者ニ宛テタル郵便物又ハ電報ヲ破産管財人ニ配達スヘキ旨ヲ囑託スルコトヲ要ス」と規定して、獨逸破産法第一二一條第一項の如き「郵便官署及電信局ハ……破産裁判所ノ命令ニ依リ破産管財人に

交付スルコトヲ要ス」と云ふが如き文字を使用して居らぬ。私は、我が立法は獨逸の法律に比し用語として最も穩當のものと思ふ。

(ロ) 通信禁止の目的物は、破産者に宛てたるもののみに限るか。殆んど總ての立法例は、破産者に宛てたる郵便物に限り、破産者の受領を禁止するのである。然るに、之に限局せずして破産者より他に發したる郵便物をも破産管財人に交付すべしと爲す立法例は、瑞西であつて、他に其の類なき様である。然し、通信物禁止の目的は、前記の如く債権者其他の保護にあるものなるを以て、此の點より看れば、禁止は第三者より破産者に宛てたる郵便物に限局することなく、尙其他に破産者が第三者に對して發送したる郵便物までも及ぶべきものと思はる。此の點は、瑞西の立法は大いに參考に値する。我が刑事訴訟法第一四一條及獨逸刑事訴訟法第九九條は、被告人に宛てたる信書及郵便物の外に尙被告人より發したる信書及郵便物をも差押ふることを得る旨を規定する。破産の場合にも參考となるものである。

通信禁止の目的物は、一定の郵便物に制限せらるるものなれども、然し特定の官廳例へば破産裁判所、其他の官廳又は破産管財人が發送人であつて、此等より破産者に宛てた郵便物は、通信禁止を免かれしむべきものと解する。蓋し破産者と公の通信との間の無制限なる禁止は、却て煩雜を來たし且つ社會の秩序を害することと爲るからである(Meyer, KO. § 121, Anm. 1. Vgl. 2.)

(ハ) 總ての立法例は、禁止の目的物は、郵便物及電報に限ると爲すのである。佛蘭西商法第四七一條

第三項後段、白耳義商法第四七八條及ルクセンブルグ商法第四八七條は、禁止の目的物は、法文上書簡なりと定められてあるが、學者の解釋上、其の禁止は電報にも及ぶことは、前に説明したる所である。

電話 (Fernsprach, telephone) 及無線電話 (Funkverkehr, radio) を禁止の目的物と定むる立法例ありや否やを検討するに、奥太利破産法第七七條には、電話を禁止することを規定せざれども、然し一九三一年十二月十七日の電話規則第六條第七號は、電報の原本の取扱送達に關する電話規則は、破産の場合に、電話にも之を適用し且つ通信及謄本に關する電信規則は電話にも亦之を適用する旨規定するを以て、奥太利に於ては、破産者に向けたる電話は、之を禁止することを得る。然し同國に於ても無線電話に付ては其の禁止を爲すことを得ない。蓋し無線電話は個々の通信媒介に關するものにあらざるを以て右電話規則は、無線電話に之を準用することを得ないからであると云ふに在る (Partsch-Pollak, KO, § 17, Anm. II, 188 ff.)。

獨逸學者は、電話及無線電話は共に破産法第一二一條第一項の通信禁止の中に包含せられずと説明する。蓋し同條は、郵便官署又は電信局より或る特定の人に對する通信の交付 (Aushändigung, Beförderung) なることを條件として、通信禁止を規定するものなるに拘らず、電話及無線電話に依る通信は、此の條件を缺如する。加之通信禁止は、破産者に對する通信に依る交通を全部杜絶することを目的とするものにあらざりて、却て其の通信を破産者の代りに破産管財人の受取ることを目的とするものなるに拘

らず、電話及無線電話に於ては其の目的を達成することが出来ないからであると云ふに在る (Jaeger, KO, § 121, Anm. 2; Meyer, KO, § 121, Anm. 1; Warnow, KO, § 121, Anm. 1)。然し又學說に依れば、債務者が電話及無線電話を債權者の損害に於て濫用するときは、必要な場合に限り、破産者の引致 (引致一四八條、破産一〇一條。破産開始前に於ては引致一五四條、破産一〇六條に依り) に依り、其の濫用を豫防することを得るのである (Jaeger, KO, § 10)。

通信禁止は、使用者に依る通信又は破産者以外の親族に對する通信には及ばない (Jaeger, KO, § 121, Anm. 2; Peterson-Kirchhoff, KO, § 121, Anm. 2; 反對説)。而して獨逸法及我が法律は、通信禁止は鐵道停車場及船舶停留所に及ばない。然し奥太利破産法第七七條第二項及之に倣ふチェッコ・スロワカイ破産法第七三條、匈牙利破産法第九一條、ユーゴ・スラウキア破産法第八三條は、鐵道停車場及船舶停留所に對し、破産者に交付すべき送達物を破産管財人に引渡すべき旨を定む。然し通信禁止は、奥法系の如く、鐵道停車場及船舶停留所に依る送達物に及ぼす必要はない。蓋し我が破産法第一四三條第一項第四號は、斯かる機關に依る送達物に付破産者に交付すべからざる旨を明定するからである。

四 破産者に宛てたる郵便物又は電報にして破産管財人の受取りたるものは、破産管財人に於て、之を開封することを得るは、總ての立法の認むる所なるも、其の開封の際破産者が立會ふべきものなりや否やに付ては、立法例分かる。佛法系の立法例に依れば、現場に在りたる破産者は其の開封に立會ふべく又は現場に在らざる破産者も其の開封に立會ふべき權利を有することは、前に説明した所である。然

し我が法律及獨逸法は、其の開封に付破産者の立會を必要とすると定めて居らぬ（日破一九〇條、參照）。然し私は破産者の請求に因り、其の開封に立會はしむべきものと信ずる。破産法草案（梅博士其他の私案）第一八五條第三項は「破産者は開封に立會ふことを得る旨」を定めて居る。此の立法が良好なりと思惟する。蓋し、破産者は、郵便物又は電報の閲覽を求むることを得るも（日破一九〇條三項、獨破一二二條一項、參照）、開封と同時に之を爲すことを得ざる場合少なしとせざるに依り、閲覽を爲すも、己に自己に對する用件（破産財團に關係なき）は期日の経過した爲め、便宜を失ふることなしとしないからである。此の點は、破産法草案の如く改むるを可とする。而して破産者は、破産管財人に對し、破産財團に關せざる郵便物又は電報の交付を求め得ることは、多數の立法の認むる所であつて（日破一九〇條三項、獨破一二二條一項、參照）、固より正當なる立法である。

五 裁判所は、破産者の申立に因り、破産管財人の意見を聽きたる上、破産管財人に對する通信の囑託を取消し又は制限することを得るは勿論である（日破一九一條一項、參照）。又破産取消若は破産廢止の決定が確定したるとき又は破産終結の決定ありたるときは、裁判所は前記囑託を取消さねばならぬことも固より論なき所である（日破一九一條一項、參照）。

六 破産管財人が郵便物又は電報の内容に付、秘密を守る義務あることを明定せる立法例は、前記の如く伊太利（九條七四）、葡萄牙（商民法三三二條）、ルーマニア（九條七五）及ブルガリア（九條七〇）等である。我が破産法及獨逸破

産法は、此の點を明言しない。然しイェーガーの説明する所に依れば、破産者の人的關係を有する郵便物の内容に付破産管財人に於て秘密を守るべき義務あることは、獨破産法第一二二條第一項第三段に「破産者ハ其ノ閲覽ヲ求メ若シ其ノ内容カ財團ニ關セサルモノナルトキハ其ノ交付ヲ求ムルコトヲ得」とある中に包含せらるるなりと云ふ（Meyer, K.O.S.）。然し私は、同氏の説明に賛同することを得ない。而して我が刑法第三四條は、醫師、藥劑師、藥種商、産婆、辯護士、辯護人、公證人、宗教若は禱祀の職に在る者、又は此等の職に在りし者の秘密漏洩を罰する。此の明文の中に破産管財人なる文字なきも、私は郵便物其他のものの内容の秘密漏洩に付ては、破産管財人にも、同規定を準用したきものと思ふ。尤も破産管財人に同規定を準用すること能はざるものとするも、破産管財人には法律上秘密嚴守の義務ありと解する。蓋し破産管財人は國家の機關にあらざるも、公益の職務を採るものであつて、破産者の秘密を其の公益の職務執行に依り知得したるものなればである。左れば、破産管財人は、秘密漏洩に因り處罰せられざるも、解任せらるることと爲るのである（日破一六七條）。

第六項 財産目録及貸借對照表の作成

一 立法例に依れば、財産目録 (Inventar) 及貸借對照表 (Bilanz) を作成し且つ別個に財産評價 (Aufzeichnung der Masse) を作成することを定むるものと、財産目録及貸借對照表の外に別個に財産評價表を作成せずして財産目録中に財産の評価を爲すべき旨を定むるの立法例とがある。又其の作成者を破

産管財人と限定するものと然らざる立法例がある。而して、(一)日本及獨逸の立法は、破産管財人は、遅滞なく破産財團に屬する財産を評價することを要し、其の評價は、破産財團に屬する積極財産のみに限られ、其の評價は、評價人又は鑑定人に依り之を確定することを妨げない。而して其の評價に付ては積極財産評定表を作成すべきである(日本破産法二二八條)。破産管財人は、財産目録及貸借対照表を作成することを要する(日本破産法二二九條)。財産評價表は、財産目録と異なり消極財産を記載することはない。資産を個々に評價し、列舉的に記載すれば足るのであつて、組織的に記載する必要はない(加藤博士著破産法要論三一八頁)。財産目録には、積極財産と消極財産とに項目を分ちて組織的に記載すべきである(加藤博士著破産法要論三一八頁)。貸借対照表は、財産目録に基き積極財産及消極財産を記載し且つ其の總價格を計算上對比して其の掲記を爲さねばならぬのである(加藤博士著破産法要論三一八頁)。 (二) 埃太利破産法に依れば、破産主任官又は其の委託に基き破産管財人若しは裁判所の命じたる受託者は、成るべく破産者の立會の下に破産財團に付其の財産目録を作成することを要し、此の財産目録には財産の評價を掲ぐるを通例とする(乃至九八條)。貸借対照表は、破産者に於て之を提出せざる時は、破産主任官若しは破産管財人に對し、財産目録作成の手續に従ひ貸借対照表を作成すべき旨を委託することを得る(同條)。チェッコ・スロワカイ破産法第九六條乃至第九八條第一〇〇條、ユーゴ・スラウキア破産法第一〇六條乃至第一〇八條、第一一〇條等は、埃太利破産法と同一である。匈牙利に於ては、破産主任官は、破産管財人及破産者の立會の下に、財産目録を作成し

又は公證人若しは裁判所の他の下級官吏をして財産目録を作成せしむる。評價は鑑定人の立會の下に之を爲さねばならぬ。貸借対照表は、破産申立と同時に破産者之を提出すべきものであつて、破産主任官の作成すべきものでない(乃至二八條)。 (三) 佛蘭西商法は、破産管財人は、治安判事の面前に於て、破産者の財産目録(評價の上)を作成することを定むるも、貸借対照表の作成に付ては何等の明定がない(佛蘭西商法四八三條)。白耳義商法第四六八條第四八八條乃至第四九一條、ルクセンブルグ商法第四六八條第四八八條乃至第四九一條も亦然りである。伊太利商法に依れば、破産管財人は、破産者の立會の下に財産目録を作成し且つ之が評價を記載すべきである(商法七四〇條乃至七四三條)。 (四) ルーマニア商法は、破産管財官(Judicatorul-sindic; Richter=Konkursverwalter)が財産目録を作成することを定む(商法七四九條、七五〇條)。ブルガリア商法は、破産管財人が財産目録を作成すべき旨を定むる。瑞西に於ては、破産官(Konkursamt)が財産目録を作成し且つ其の評價を記入することを定むる(瑞西破産法二二一條、二二二條)。 (五) 和蘭に於ては、破産管財人は、財産目録を作成し、其後貸借対照表をも作成する(破産法九四條乃至九六條)。ブラジル破産法第七四條第二項は、破産管財人は、財産目録を作成することを規定する。 (六) 智利商法第一四〇一條乃至第一四一〇條、丁抹破産法第五四條は、破産裁判所が財産目録を作成すべき旨を規定する。尙丁抹法に於ては、第一回債權者集會後四週間に、破産管財人は財産一覽表を作成すべき義務あることを定む。諾威破産法第一三條、第一六條は破産裁判所が財産目録を作成すべきことを定むる。 (七) 英破産法に依れば、管財命令のありた

る後は、破産者は財産目録を作成し且つ之を裁判所に提出することを要する(英破三)。米國に於ても、破産宣告後は、破産者は財産目録を一定期間内に作成したる上之を裁判所に提出すべき義務あることを定む(米破七)。

二 (イ) 財産目録及貸借対照表の外に、尙別に我が立法の如く、財産評定表を作成せしむるの制度は煩雜に過ぎざるものでなからうかとの疑問を生ずる。財産目録及貸借対照表には、其の作成の時に於ける積極財産及消極財産の價額を記載することを要する(加藤博士著破産法要論三一九頁)。左れば、加藤博士も説明せらるる如く、理論的に云へば、其の記載の價額は、財産目録及貸借対照表作成の時の價額なるも、實際上は財産評定(破一八)の時の價額が財産目録の積極財産の價額として記載せらるべきである(加藤博士前掲)。斯くの如く、財産評定表の價額が財産目録に記載せらるるものなるに於ては、始めより財産目録に其の作成の時の價額を記載すれば足り、何も其の以前に財産評定表を作成すべき理由なきものと思はる。財産評定表を作成するに於ては、日時と費用とを要する。依て、私は奥太利法の如く、財産目録及貸借対照表を作成し且つ財産目録中に個々の財産の價額を記するを以て十分であつて、別に財産評定表を作成する必要はなからうと思考する。

(ロ) 財産目録及貸借対照表の作成者を、破産裁判所・破産主任官・之より委託を受けたる者・破産管財人又は破産者の孰れかと爲すの種々なる立法例がある。私の豫ての提案の如き管財官なる獨立の制度

を設けざる現行法の如き制度の下に於ては、破産管財人に於て、其の作成を爲すべきものと爲すを正當とする。蓋し破産管財人が破産財團の占有及管理する職責を有して居るからである。

第七項 破産者の説明義務

一 (イ) 多くの立法例は、破産者に説明義務 (Auskunftspflicht) を負はせて居る。加之立法例は、破産者をして管財に關し破産管財人を補助し且つ破産管財人に於て破産財團の爲めに行動するに付破産者を使用し得ることをも定むるものがある。(一)獨逸破産法第一〇〇條は、破産者は、破産管財人及監査委員に對し、又は裁判所の命令に依り債權者集會に對し、破産に關する一切の關係に付説明を爲すべき義務を負ふと定む。奥太利破産法第九九條に依れば、破産者は、破産管財人に對し其の職務の執行に必要な一切の説明を爲すの義務を負ふのである。チェッコ・スロワカイ破産法第九九條、ユーゴ・スラウキア破産法第一〇九條、匈牙利破産法第一〇一條、第一一八條は、奥太利法と同一事項を定むる。(二)佛蘭西商法第四七七條は、破産者、其の補助者及使用人並に其他の者(親族等)をして、破産主任官に對し説明を爲すべき義務を負はしめる。尙同法は、破産者が拘留を免かれ又は保護狀を下付せられたるときは、破産管財人は其の管財事務を容易にし且つ之を説明せしむる爲め破産者を使用するを得る。破産主任官は破産者の勞務の條件を定むるものなることを規定する(商四八)。白耳義商法、ルクセンブルグ商法各第四八五條に依れば、破産者其の補助者及使用人等は、破産主任官に對し、貸借対照表の作成

及調査並に破産の原因及狀況に關する一切の事項に付説明を爲すべき義務を負ふのである。埃及商法第二九三條は、佛蘭西商法第四八八條と同一の規定を定む。伊太利商法第七三〇條に依れば、佛法と同じく、破産者・補助者及使用者等は、破産責任者に對し、説明を爲すべき義務を負ふものなるも、然し佛法と異なり破産者の親族・兄弟姉妹は、其の陳述を拒絶することを得るのである。ルーマニア商法第七六一條第三項、ブルガリア破産法第七一條第二項は、破産官（ルーマニア）又は破産管財人は、破産管理を容易ならしむる爲めに破産者を使用するを得べく、此の場合に於ては、裁判所（ルーマニア）又は破産主任官は、破産者をして爲さしむる補助の條件を定むることを要する旨を定む。（三）瑞西法に依れば、破産者は其の一切の財産を破産官に開陳し且つ其の處分に置くことを要し、又破産手續中は破産管財人の指揮に従ふことを要する。若し其の義務に違背するときは處罰せらる（瑞債取立及破二三、三九條）。（四）和蘭破産法第一〇五條は、破産者は、破産主任官、破産管財人及監査委員の求めあるときは、何時にても、其の面前に出頭し且つ説明を爲すべき義務を負ふのであつて、財産共同に在る夫婦の一方の破産に於ては、他の一方は破産に關する限り、其の説明を爲す義務を負担する旨を規定する。（五）葡萄牙商事訴訟法は破産者は、破産管財人に對し、其の請求する一切の説明を爲す義務を負ふことを定む（九八條第二項）。又同法第二三三條は、破産裁判所は、破産管財人の同意を得且つ監査委員の意見を聽きたるに、破産者をして管財事務を補助し且つ事務の執行を爲さしむることを得る旨を定む。（六）ブラジル破産法第三七條第

四項に依れば、破産者は、判事・破産管財人・清算人・官廳代表者及債權者等より破産に關する事情の陳述を爲すべき旨の請求あるときは、口頭又は書面を以て、其の陳述を爲すべき義務を有するのである。（七）丁抹破産法は、破産者は、破産裁判所又は破産管財人の請求に因り、破産財團に關する説明を爲す義務あることを定む（七二條第二項、七三條）。諾威破産法第一六條後段も、亦右と同一である。尙同法は、破産者は破産管財人の補助を爲すべき義務ある旨を定め（四五條）、又破産者は債權者集會に出席し且つ其の間に答ふべき義務あることを定む（五三條）。（八）英國破産法に依れば、債權者は管財命令を發せられたる後は、第一回の債權者集會に出席し且つ其の間に答ふべき義務を負ひ（三二條）、又破産者は、財産の換價及配當に付一般に之を補助する義務を負ひ（三三條）、又破産管財人は、監査委員の許可あるときは、破産者をして破産財團の管理に付自己を補助せしむることを得る（七五條）。北米合衆國破産法に依れば、破産者は債權者集會に出席する義務を負ふも、然し破産者の住所又は營業所を離ること百五十哩以上の場所に於ける債權者集會には出席し且つ陳述するの義務を負はない。又破産者は、其の住所地以外の場所に於て出頭し又は説明を求められたるときは、破産財團より其の費用の支拂を請求することを得る（六破七條特上、六破九條特上）。（ロ）我が破産法に依れば、破産者・其の代理人並に其の理事及之に準すべき者は、破産管財人・監査委員又は債權者集會の請求に因り破産に關し必要なる説明を爲す義務（Auskunftspflicht）を負ふのであつて（破一五三、破一五三）、右所謂破産に關する必要なる説明とは、破産を來たしたる原因・破産者の財産・個々

の債権債務及取引可能の有無・取戻権・別除権・財團債権・否認権に關する事項を云ふのである(加藤博士 八八頁 Jaeger, KO, § 100 Anm. 1j)。此の義務強制の爲めに破産者其他は裁判所に引致せらる(四八條)。此の説明義務は、相續財産の破産の場合に於ては、相續人・前戸主・相續財産管財人・遺言執行者並に相續人、及前戸主の代理人も亦之を負擔する(日破一五三條)。加之、此の義務は、曾て右資格を有したる者も、亦一様に之を負擔するのである(同條)。例へば株式會社の破産に在りては、曾て取締役又は支配人たりし者に於て其の義務を負ふのである。而して説明の義務ある者が、故なく説明を爲さず又は虚偽の説明を爲したるときは、罰せらる(日破三條)。

説明の爲めには、破産者は請求あるときは、説明を求むる権利者の面前に自身自ら出席することを要する。説明は自由財産 (Konkursfreie Vermögen, 例へば差押ふべからざる扶養請求権の如き)に關する場合に於ても之を爲さねばならぬ。特に破産者が扶助料の給與を求むる場合の如きは、然りである(Pöschel-Klein, KO, § 100 Anm. 1)。而して説明義務は、破産者の親族・同居者及使用人は、之を負擔しない。而して裁判所が破産者に對し破産財團に付説明を求むるは、破産法第一五三條に依る説明義務存在の故にあらずして、却て同法第一一〇第二項の定むる規定「裁判所ハ職權ヲ以テ破産事件ニ關シ必要ナル調査ヲ爲スコトヲ得」に依るが爲めである(Jaeger, KO, § 100 Anm. 1)。

(ハ) 破産者は、破産財團に付説明を爲すべき義務あることは、總ての立法の認むる所であつて、固よ

り當然の事である。説明を求め得る者は、破産管財人・監査委員及債権者集會の外に、尙破産裁判所、破産官署及破産主任官なりと爲すの立法例あることは、前記説明の如くである。破産裁判所・破産官署又は破産主任官の如きは、破産管財人・監査委員及債権者集會等と異なり、國家の公の機關なるを以て(私見は破産管財人を私の機關とする。拙著日本破産法一八四頁以下)、日獨法(日破一〇條二項、獨破七五條)の如く、破産管財人其他の者と異なり、職權調査を爲し得るの結果、破産者に對し、破産事件に關する一切の説明を求め得るは當然なるを以て、別に破産管財人其他の者は、破産者に對し、説明を求め得ることと定めたる立法例が合目的と思料する。而して説明義務を破産者以外の他の者に負擔せしむる立例あれども、此の立法例は、餘り正當のものでないと信ずる。蓋し破産管財人は、私の豫ての提案の如く、破産官とし國家の公の機關と爲すものなる以上(例へば拙著及和論法研究七卷五八頁)は、破産者以外の他の者に對し、説明を請求することを得るものと爲すも、強ち不可ならずと雖も、然し破産管財人は國家の機關にあらずして、私の機關たる以上、破産管財人に説明を求むる權利を付與するは、餘りにも權力の濫用に過ぐる憾あるからである。尤も破産事件に關し破産者以外の者に説明を爲さしむる必要があることがある。斯かる場合に於ては、破産裁判所・破産官署及破産主任官(此の二制度ある立法例に於ては)が破産者以外の者に説明を求むる他に途なきものである。破産管財人も破産裁判所を経て破産者以外の者の説明を聴取することと爲るので、從て破産財團を明瞭ならしむるに付餘り不便もなきものと思はる。

二 (イ) 財産目録作成に付、破産者に明告宣誓 (Offenbarungseid) を課する立法例がある。獨逸破産法第一二五條の如きは然りである。同法の下に於ては、財産目録は、破産者が同法第一〇〇條に依り爲すべき義務 (説明義務) に屬する説明の下に主として之を作成するを通例とする。左れば、破産管財人又は破産債権者の申立に因り、破産者は其の財産目録の正當且つ完全なることを明告宣誓の履行を以て強化するのである (獨逸二五條)。奧太利に於ては、財産目録及貸借對照表は原則として破産者に於て之を作成し且つ裁判所に提出するの義務を有するのであつて、破産者は財産目録の正當なることを、破産管財人又は破産債権者の申立に因り若は破産主任官の命令を以て、宣誓を爲すのである (奧太利一〇條)。チエツコ・スロワカイ破産法第一〇〇條第四項、ユーゴ・スラウキア破産法第一一一條、第一一二條、匈牙利破産法第一一八條、第一一九條、芬蘭破産法第一五條 (尤も同第一七條に依れば破産者の妻も宣誓義務がある) も亦右と同一である。而して英法の下に於ては、債務者は宣誓履行の下に裁判所の調査に對し説明を爲す義務あることを定むる (英破一五條)。

(ロ) 我が國に於ては、歐米と國情を異にするので、宣誓は義務者其他に對し餘り效果なき様である。我が訴訟法は、證人及鑑定人に宣誓の義務を認むる (民訴二八五條以下、三〇七條) 以外に、尙民事訴訟法第二六七條に疏明に代ふる宣誓を認めてゐる位に過ぎない。我が法律に於ては、前段説明の如く、破産事件に付説明の義務ある破産者故なく説明を爲さず又は虚偽の説明を爲すときは罰せらるるものなるを以て、別

に説明に關し宣誓義務を認めざるも可なりと信せらる。

第八項 破産管財人の報告

一 (イ) 破産管財人は報告を爲す義務を負ふのである (Berichtstattung des Verwalters) 即ち (一) 獨逸破産法第一三一條に依れば、破産管財人は、破産者の支拂不能の成立・事件の狀況及從來爲したる處分に付第一回債権者集會に報告を爲すことを要する。債権者集會は、破産管財人が破産財團の管理及換價に關し債権者集會又は監査委員會に報告し且つ計算すべき方法及時期に付決議する (獨逸一三條)。(二) 奧太利破産法第八四條第一項に依れば、破産主任官は破産管財人に對し口頭又は書面を以て、其の報告及説明を求め、計算書又は他の書類を檢閲し且つ必要なる場合には之が訊問を爲すことを得るのである。尙同法に於ては、破産管財人の計算報告に付、稍々詳細なる規定を定むる (破二二三條)。(三) チエツコ・スロワカイ破産法第八二條一項、第一二三條乃至第一二五條、ユーゴ・スラウキア破産法第九一條第一項、第一三三條乃至第一三五條、匈牙利破産法第一〇〇條第二項、第一六一條乃至第一六四條等も亦奧法と同様の定を爲してゐる。(三) 佛蘭西商法第四八二條に依れば、破産管財人は其の就任したる時より十五日内に破産に關する報告書を破産主任官に提出することを要し、期間内に右提出なかりしときは、破産主任官は其の旨を檢事に通知し且つ遅延の理由を表示することを要する。白耳義商法第四九四條、ルクセンブルグ商法第四九四條は右と同一である。埃及商法に依れば、破産管財人は破産開始決定ありたる

後十五日内に破産事件に關する報告書を破産主任官に提出すべく、其の報告書の謄本は、監査委員に送付する。破産管財人は、新に破産事件に關し重要な事實を知りたるときは、其の旨を破産主任官に報告すべきである。尙破産主任官は、遅滞なく、報告書を檢事に送付すべく、期間内に右の提出なかりしときは、破産主任官は其の旨を檢事に通知し且つ遅延の理由を表示することを要する(英破二八〇條、二)。伊太利商法第七五六條、第七五七條、ルーマニア商法第七六五條、第七六七條、ブルガリア商法第七一五條乃至第七一七條は、佛法に倣ふ。(三)瑞西の法律に依れば、破産署は、財産目録の作成及財團の状況に關する報告を第一回債權者集會に爲すべく(瑞債及取二)、又破産管財人は第二回債權者集會に對し破産財團管理の進行及債權債務の状況に關する總括的報告を爲し(同二五三)、又破産管財人は配當後に於ては、最後の報告を破産裁判所に爲す義務を負ふ(同二六八)。(四)和蘭破産法に依れば、破産管財人は、監査委員の求めに因り、破産財團に關する報告を爲すことを要する(六破七)。葡萄牙商事訴訟法第二三四條は、毎月の初の三日内に、破産管財人は、其の月に爲せる收支簿に付監査委員の調査を受けたるものを裁判所書記宛に提出することを要する旨を定む。西班牙の法律に依れば、破産管財人は、毎日計算報告書を作成し且つ破産主任官は之に意見を附して判事に提出するのである(Hartford, v. Path)。アルゼンチン商法第一四四三條は、破産管財人は毎月破産の進行並に收支計算書を作成することを要し此の計算書は債權者の閱覽に供する。破産管財人の事務進行が正當ならず又は遅延するときは、債權者は裁判所に對し債權者集會

を十日間に招集すべき旨を申請することを得る旨を定む。ブラジル破産法に依れば、破産清算人は、毎月十日迄に前月清算の計算書を提出することを要し(破六七)、又破産管財人は破産事件に關する報告書を第一回債權者集會前三日以内に公正役場に提出することを要する。智利に於ては、破産管財人は、其の就職後十四日以内に破産状況に關する報告を商事裁判所に爲すことを要する(商一四三)、又破産管財人は十四日以内に又は請求あれば直ちに破産財團に屬する財産の賣上一覽表を裁判所に提出することを要する(八條民新八六)。(五)丁抹破産法に依れば、一月に一度又は監査委員の請求あるときは其の度毎に、破産管財人は、金錢收支帳を監査委員に提出することを要する(七破七)。丁抹に於ては、破産宣告の公告ありたる日より十四日乃至三週間以内に破産債權者集會を召集する(丁破五)、此の債權者集會後四週間内に破産管財人は、破産財團に屬する財産に付ての完全詳細なる財産目録を作成することを要する(八條七)、此の作成後二週間内に破産管財人は、破産の原因・其の状況及破産宣告前最後の一年内に於ける業務の進行状態に關し破産裁判所に報告を爲すことを要する(九條七)。諸威破産法第二九條乃至第三一條は大體右の法制と同様である。(六)英國破産法の下に於ては、破産管財人は、破産債權者に對し、破産財團の状況に關する報告を爲すの義務を有するのみならず(五條八)、一年に少くも一度は商務省 (Board of trade) に對し、破産の進行に關する報告を爲さねばならぬ(同八七)。米國破産法の下に於ても、破産管財人は利害關係人に對し破産進行の報告を爲す義務を有するのみならず(七條五)、計算の報告を爲し(同條)、最後の債權者集會に破

産財團管理に付ての詳細なる報告を爲す義務を有し(七同條)、尙時々破産裁判所に對し、資産の狀況及現金額等に付其の報告を爲す義務を有する(一〇條)。

(ロ) 我が破産法に依れば、破産管財人は、破産者の破産宣告に至りたる事情並に破産者及破産財團に關する経過及現狀に付第一回の債權者集會に報告を爲すことを要する(九三條)。又破産管財人は、各監査委員の請求あるときは、何時にても之に對し破産財團に關する報告を爲さねばならぬ(三一七條)。尙破産管財人は、任務終了の場合に於ては相續に於て計算の報告を爲さねばならぬのである(八四條一項)。而して破産管財人は、破産債權者集會以外に於ては、個々の債權者に對し報告を爲すの義務はない。尤も破産裁判所は勿論のこと破産債權者も、破産管財人の報告の個々の點に付説明を求むる權利を有する(Meyer, Ko. § 131, Anm. 1; Meitzel, Ko. § 131)。其の報告は、口頭にも可なれども、書面を以て之を爲すを合目的とする(Meyer, Oberr. I. 11)。破産者、其の代理人並に其の理事及之に準すべき者は、監査委員・債權者集會又は破産管財人の請求あるときに限り、破産に關し必要な説明を爲すべき義務あることは、前に述べた所である(五三條)。

二 (イ) 我が法制の下に於ては、獨逸法の如く、破産管財人は第一回の債權者集會に於て報告を爲すべき義務を有して居ることは、前記の如くであつて、而して第一回の債權者集會は、破産宣告の日より一月内なることを要するものなるを以て(日破一四二條)、從て破産管財人は破産宣告の日より遅くも一月内に第一回の債權者集會に報告を爲さねばならぬことと爲る。佛蘭西及白耳義の如きは、破産管財人は其の

就職の時より十五日内破産主任官に報告を爲すべきことを定めて居る。是れ共に破産管財人の報告の遅延することを防止することと爲る。而して獨逸法は、債權者集會は破産管財人が財團の管理及換價に關し債權者集會又は監査委員に報告し且つ計算すべき方法及時期に付決議することを定めて居る(三三條)。是れ、破産管財人の職務執行を正當に且つ迅速に爲さしむるの動機と爲るを以て、債權者集會は、斯かる決議を爲し得るものと規定するを可とする。蓋し、破産管財人を以て、私見の如く債權者團體の私の機關なりと爲せば格別(加藤博士の說明せらるるが如く國家の公の機關なりと爲すに於ては同博士著破産法要論二九七頁以下)、加藤博士の說明せらるるが如く國家の公の機關なりと爲すに於ては、我が國にても、明文を以て獨逸法の如く規定を設くるを便宜とする。

(ロ) 破産裁判所は、破産管財人を監督するものなるを以て(六二條)、從て何時にても破産管財人に對し、破産財團に關する報告を求むることを得るものなれども、然し破産管財人をして、誠實且つ迅速に破産事務を遂行せしめんが爲めには、一定の期間内に破産財團に屬する財産の狀況・金錢の收支及其の狀況等に付、一々之が報告を爲さしむる必要がある。破産法自體に、其の報告の時期及方法に付之を規定するは、煩雜にして且つ合目的にもあらざるを以て、破産裁判所は、個々に而も全國一様に、破産管財人の事務章程を作り、其の一として報告の時期及方法に關する詳細なる規定を設くるを可とする。是れ破産管財人をして其の職務に忠實ならしむる所以である。裁判所は、適當に破産管財人を監督するに

注意せねばならぬ(詳細は拙著破産法及和議。法研究一八一頁以下参照)。尙奥太利法系の國に於ては、破産主任官に破産管財人に對する報告及説明を求むる権利あることを定めて居るのは參考の價値がある。

(ハ) 報告は、佛蘭西の如く必ず書面に依りて爲すものと定むるものと、奥太利法系の如く口頭又は書面にて爲すことを得るものと定むるものと、我が法制の如く何等之を明記せざるものがあることは、前記の如くである。何れが可なりやと云ふに、我が法制の如きは、裁判所自由裁量の餘地あるものであつて、破産管財人は時としては口頭を以て、時としては書面を以て、夫々其の報告を爲すことを得るのである。然し疑を避けんが爲め、奥法の如き明文を設くるを可とする。

第九項 扶助料給與

一 總ての破産法は、破産者の生活資料として最少限度の扶助料 (Unterstützung) を給與することを定む。破産開始の差押効力が破産開始後に於ける破産者の新取得財産にも及ぶ立法例(所謂破産財團の膨脹主義を採る立法例、佛商四四三條の如し)を採る國に於ては、扶助料の給與が特に必要である。而して以下扶助料給與に關する諸國の立法例を比較説明する。

二 (イ) (一)獨逸破産法第一二九條第一項に依れば、債權者集會の決議ある迄、破産管財人は裁判所の許可を得て又は裁判所が監査委員會を置きたる時は、其の同意を得て、破産者及其の家族に必要な扶助料を破産財團より給與することを得る。又同法第一三二條第一項に依れば、第一回の債權者集會

後は、集會は破産者及其の家族に給與すべき扶助料に關し之を決議することを得るのである。(二)奥太利破産法第五條は、破産者が自己の勤勞に依り取得し又は破産手續中無償にて贈與せられたる財産は、破産者及破産者に對して法律上の扶養の請求權を有する者の扶養に必要な範圍に限り、之を破産者の自由處分と爲す旨を定め、又破産者は破産財團に對し扶養を請求する權利を有せざるも、然し破産管財人は監査委員の同意を得て破産者及其の家族に對し必要な扶助料を給與することを得、且つ破産者が破産財團に屬する家屋に居住する場合に於て其の居住に必要缺くべからざる居家は、強制執行法第五條に従ひて其の居住に放任し置くことを得る旨を定む。チェッコ・スロワカイ破産法第六條、ユーゴ・スラウキア破産法第五條、匈牙利破産法第五條は、右奥太利法と殆んど同様である。(三)佛蘭西商法第四七四條に依れば、破産者は自身及其の家族の爲め、破産財團より扶助料を請求することを得、其の額は破産管財人の申立に因り、破産主任官之を決するのである。尤も同條には、一九三五年の改正前に於ては、争ひあるときは破産裁判所に控訴することを妨げずとありたるを、同改正に依り之を削除したのである(拙著破産法及和議。法研究一三三頁参照)。前記扶養料請求に關することは、一時的のものであつて、同法第五三〇條に依れば債權者合同 (union) 後に於ける破産者の終局的扶助料供與は、債權者の多數決に依りてのみ之を決し其の額に付ては、破産管財人より申出づることを得るが、破産主任官は其の申出に因る額を決定する。此の決定に對しては、破産管財人に於ては破産裁判所に對し不服を申立つることを得るのである。白耳

義、商法第四七六條は、破産財團の管理手續中の段階に於ては、破産管財人は破産主任官の許可を得て、破産者及其の家族に對し、其の生活に必要な物、例へば衣服・動産及家財等を給與することを得るのみならず、尙破産者及其の家族に對し扶助料として金錢を支給することを得、破産裁判所は破産管財人の申出に因り且つ破産主任官の報告を聽きたる上、其の扶助料の金額を決定する旨を定む。次に同商法の下に於ては、破産の配當手續の段階(債權者合同後)に在りては、扶助料の供與に付ては前記佛法と同の規定が行はる(三商五)。ルクセンブルグ商法は、白耳義法に倣ふ。埃及に於ては破産財團管理手續の段階中は、破産管財人は、判事の許可を得て破産者及其の家族の生活に必要な衣服其他のもの、封印を解除し且つ之を此等の者の自由處分に任ずることを得る(商二六八條一號、民二六〇條一號)のみならず、破産主任官は破産管財人の意見を、又若し監査委員の設あるときは其の意見を聽きたる上、破産財團より金錢を破産者及其の家族に給與することを得るのであつて、利害關係人は判事の裁判に對し破産裁判所に不服の申立を爲すことを得る(商二四四條、二七三條、民二二六條、二六五條)。尙破産配當手續中の段階(債權者合同と)に在りては、佛法と同制度を設けて居る(商三五〇條、民三三〇條)。(四)伊太利、商法第七三五條に依れば、破産者及其の家族に必要な衣服・家具及家財等に付ては、封印を爲すこと能はざるのみならず、却て此等の者の占有に放任せらるるものなりと雖も、破産主任官は、破産管財人又は監視委員の申立に因り、其の物件に付監視を爲すの處置を定むることを得る。尙同法第七五二號に依れば、破産主任官は、破産者及其の家族に必要な扶助

料を破産財團より供與することを得、且つ破産管財人の申出に因り監査委員の意見を聽きたる上、其の額を定むることを得るのであつて其の決定に對しては不服を申立つることを得ない。又債權調査の調査作成後は、債權者集會の決議なき以上、破産者及其の家族に對し、尙其の扶助料を給與することを得ないのである。ルーマニア商法第七四五條、第七六二條、ブルガリア商法第六九二條、第七一二條は、伊太利の制度に類似する。(五)瑞西に於ては、所謂差押不可能物件(債務取立及破産九二條)は、破産者の自由放任するのみならず(四三三)、破産管財人は、破産者に相當なる扶助料を供給し得、特に破産管財人が破産者を自己の監督内に置くときは尙更然りである。又破産管財人は破産者及其の家族をして從來の住家に居住せしむる期間を定むることを得る(九三三)。(六)和蘭破産法第一〇〇條に依れば、破産管財人は破産主任官の定めたる相當金額を破産者及其の家族の生活資料として、換價手續に於て支拂ふことを得る。配當手續始まりたる後は、其の支拂を爲すことを得ない(六三七)。破産の状態に在る破産者の手中に判事の指定したる家具を放置することを得る(破二七三)。葡萄牙商事訴訟法第二〇一條第一項に依れば、所謂差押不可能物件は破産的差押より免がる。次に西班牙法の下に於ては、債務者が法定期間内に任意に破産申立を爲して破産の宣告を受けたるときは、破産者及其の家族は扶助料の請求權を有する。其の額は判事之を決する(Handelsrecht der Span.)。アルゼンチン商法は、破産者及其の家族の生活に必要な衣服及家具は、破産者より受取書を徴して、之を其の自由に放置することを得、其の受取書は

財産目録に添附すべき旨を定む(同法一四八、三條七號)。ブラジル破産法第四二條に依れば、破産者は誠實及熱心を以て破産管財人を輔佐し且つ破産財團が償ひ得る場合に於ては、破産判事より報酬の供與を承認さるるものなるも、然し第一回債権者集會後及清算人選任後は其の供與を爲すことを止める。尙同破産法は破産者が勤勞に依りて取得し且つ自身及其の家族の生計に充つる財産並に破産者及其の家族の衣類、日常生活に必要な家具及什器は、破産的差押を受けざることを定む(五條四)。智利商法に依れば、破産者及其の家族に必要な家具其他の差押不可能物件は、封印を爲すを得ない(商一三九、七條二號)。又同法に依れば、財産目録調製後は、商事裁判所は、破産者が其の支拂停止を任意に届出で且つ過失又は詐欺の存せざる場合に於ては其の申立に因り、破産者及其の家族に必要な扶助料を一時給與することを得る(同法一四〇五條、一五〇三條)。丁抹破産法第五條に依れば、破産者が破産手續中其の勤勞に因りて取得したる財産を破産財團に組入れざるものもあつて、富籤其他偶然の出来事に因りて取得したる財産は、此の限りでない。尙同法の下に於ては破産者は生活に必要な金銭及住居の供與を許され且つ家具の使用を許さる(三條八)。諾威破産法に依れば、右と同じく、破産者が勤勞及私の勞務に因りて得たる財産は、破産裁判所に於て破産者及其の家族の生活に必要な金銭を超過するものに限り、破産財團に組入れらる(七條三)。一八九〇年三月二十九日の法律(一八九六年七月二十七日の改正と共に)第七條に依れば、一定の差押不可能物件は破産財團に屬せざるものとする。尙破産法第三六條は、破産裁判所は、必要已むことを得ざる場合に於ては、破

産裁判所は、第一回の債権者集會まで、破産者に對し相當の扶助料を供與することを得る旨を定め、又其の時以後は、扶助料供與に付ては、債権者集會の意見を求められ、裁判所に於て之を供與するか又は其の金額を確定し得るのみならず、事情の變更に依り、其の決定を變更することを得る旨を定む。芬蘭に於ては、破産者は、他に生活資料を有せざるときは、債権届出期間迄扶助料を破産財團より供與せられるものであつて、若し破産者が、其の俸給・年金其他の収入に依り生活資料を得ることを得るに於ては、破産財團より扶助料を供與せらるべき權利を有しない(四三條二)。(七)英國に於ては、管財官又は破産管財人は、破産者に扶助料を供與することを得る。此の場合に、破産者に於て破産管理の爲めに盡力した補助の存否が斟酌せらる。裁判所は、管財官又は破産管財人の認めたる扶助料を減額することを得る(五條、破三、三七〇條)。米國破産法第六條に依れば、米國各州の法律が破産財團に屬せざる財産の範圍を定むるのである。

(ロ) 我が法制に依れば、第一回の債権者集會前に於ては(破産宣告後集會までの間)、破産管財人は裁判所の許可を得て、破産者及之に扶養せらるる者に扶助料を與ふることを得る(九三條)。又第一回の債権者集會に於ては、破産者及之に扶養せらるる者の生活資料として扶助料供與の決議を爲すことを要する(九四條)。要するに、我が破産法の下に於ては、扶助料の供與を爲し得るの權能を有する者は、破産管財人又は債権者集會である。

破産管財人は、債権者集會の決議ある迄は、破産者及之に扶養せらるる者の生活に必要缺くべからざる扶助料を供給することを得る。法文には「生活に必要缺くべからざる」との文言なきも、斯く解すべきである(獨逸五項三項參照)。債権者集會は、引續き更に其の扶助料を供與することを得る(日破一)。破産者の子女の教育費用 (Erliehungsgelder) は、破産者の變化したる事情を斟酌し、其の必要な限度に於て、所謂生活に必要缺くべからざる扶助料に屬する。破産者及其の家族が破産者所有の從來の住宅に居住するは、所謂生活に必要缺くべからざるものであつて、其の居住を一時假りに許與することを得る。然し從來よりも高き賃料の場所に居住するは、必要缺くべからざるものにあらざるを以て、其の許與は許されぬ。茲に所謂扶養せらるる者とは、破産者の世帯に屬する從屬者を云ふのであつて、法律上の意義に於ける扶養請求權を有する者のみを云ふのではない。從て具體的に其の場合に依り、之を決すべきものであつて、嚴格に解すべきものでない (Hoyer, KO. § 129 Anm. 8; Mitzel, KO. § 129 Anm. 11; Hoyer)。左れば教育を受くる目的をもつて、他人の家に居住する破産者の子女も亦扶養せらるるものの中に包含せらるるのみならず、使用人 (生活に缺くべからざる數) も亦これに包含する。しかして、扶助料は財團債權に屬する(日破四七條九號、獨五八條三號)。

扶助料の供給に付ては、第一回債権者集會前に於ては、裁判所の許可を得て破産管財人これを爲すのであつて(日破一)、此の點に付て獨法と異なるものがある。即ち同法の下に於ては、監査委員會の設置あ

るときは、破産管財人は、其の同意を得て扶助料を供與するのであるが(獨二)、我が法律の下に於ては斯かる定がない。

(ハ) 破産財團より破産者及之に扶養せらるる者の扶助料を供與するものであつて、此の扶助料は、財團債權(日破四七條九號、獨五八條三號)に屬するものなるを以て、從て破産財團の減少を來たし、債権者は其の不利を受くるものなるに依り、扶助料の供與を定むるものは、破産債權團體の代表機關たる破産管財人(法一八三條以下參照)、又は債権者集會なることが至當の如くなるべしと雖も、然し、私は佛法制の如く、其の給與を定むるものは、破産裁判所又は破産主任官 (破産事件を合議裁判所の管轄に屬するものとせば) なりと定めたいのである。蓋し、破産管財人又は債権者集會が扶助料供與の權能を有するものと爲すときは、公平に其の判斷を爲し得ざるの虞あるのみならず、迅速に其の供與の可否を決定することを得ざるの危険あるからである。這は、來る我が破産法の改正に於ては大いに考慮すべき點なりと信ずる。

第十項 破産者の營業繼續

一 (イ) 破産宣告後に於て破産者が營業を繼續することを得るや否やは、破産債権者にも又破産者にも、同一の意義を有する重要な事項であつて、破産財團の増減を來たすべき運命を決するものと爲る。破産法は、何人が此の重なる事項に付て判斷を下すべきやに付てを大抵規定して居る。次の如くである。即ち、(一)獨逸破産法第一二九條第二項及第一三二條に依れば、破産債権者集會に依る決議あるまでは

破産管財人に於て、其の意見に従ひ破産者の營業を閉鎖し又は繼續することを得るのであつて（監査委員會の設置あるときは、其の決議に依りて決する）、其の終局的判断は、債權者集會の爲す所である。奥太利破産法第一一五條第一項は、破産管財人が破産者の業務を繼續し又は閉鎖するに付ては特に監査委員の決議を得ることを要する旨を定む。チェッコ・スロワカイ破産法第一一七條第一項、ユーゴ・スラウキア破産法第一二七條第一項に於ても亦、同一の定を爲す。匈牙利破産法第一五六條に依れば、債權者集會の開催ある迄は、破産管財人は、若し破産者の業務繼續が破産財團の利益と爲り又は業務停止に因り強制和議の成立を危険ならしむるものなるときは、臨時の監査委員の監督の下に破産者の義務を繼續し得る。債權者集會開催後は、破産者の義務繼續の有無は、集會の決議を以て之を決する（同破一）。

(二)佛蘭西商法第四七〇條に依れば、破産財團管理手續の段階に在りては、破産者の營業は、破産管財人の申立に因り破産主任官の許可を得て之を爲すことを得る。又同法第五三二條に依れば、債權者合同以後は、債權者集會は破産主任官の立會の下に債權の員數及債權額の四分の三の多數に依り、破産者の資産利用の權限を破産管財人に與ふべきや否やを決議する（同法五）。此の場合に於て、破産管財人の業務執行が、債權者合同の財産を超過する義務を負擔することを要するときは、其の業務執行の權限を付與したる債權者のみが、其の財産上に於ける其の持分以外に人的責任をも負擔するのであつて、勿論其の責任は付與したる權限の範圍を超過することなきも、其の義務負擔より生ずる債務に付ては、各債權者

其の債權の割合に従ひて之を分擔するのである（同法五三）。白耳義の法律に依れば、破産者に於て其の資産が其の一切の債務を完済するに十分にして且つ支拂猶豫（moratorium）を申立て、又は強制和議を申出て其の成立が債權者の利益と爲るものなるときは、裁判所は、破産主任官又は破産管財人の報告を聽きたる上、破産者の營業を破産者自身又は第三者に依り、破産主任官又は破産管財人の監督の下に、假りに繼續することを許可するを得る。裁判所は、何時にても、右の定を變更し、且つ廢棄することを得る（同法四七）。

債權者集會開催後に於ては、佛蘭西法に定むると同一の規定が適用されるも、只だ之と異なる所は、白耳義に在りては破産管財人に營業執行の權限を與ふる債權者集會の決議は、強制和議成立に必要なる多數決を要する點に存する（同法五）。ルクセンブルグ破産法は、白耳義の法制と同じく、埃及の法律も亦佛法に従ふ（埃及三六九條、三五二條、三五三條）。伊太利商法第七五〇條、第七九四條乃至第七九六條等は、主として佛法に類似する。伊太利改正破産法（一九三〇年）に依れば、破産者の營業の假繼續は、成るべく之を制限するのであつて、同第八條に依れば破産主任官は必要なる授權に付ての權限なく（蓋し破産主任官は、破産管財人の不十分なる報告に依り營業繼續に付ての破産管財人の申出に容易く賛同を與ふることと爲るからである）、却て裁判所のみが其の授權の權限を有する。尤も裁判所は合議裁判所の爲す裁判に依るのである。尙營業繼續の授權は、營業の突然の中断に因り著しき且つ回復すべからざる損害を生ずべかりしときに限り付與せらる。債權者集會の爲す營業繼續の決議は、改正法第八條第二項に於

ても、亦商法第七九四條の定むる債権者の員數及債権額の多數を必要とする。債権者集會が營業繼續を決議したるときは、改正法第八條第二項に依れば、債権者は少くも四ヶ月毎に招集せられたる上破産管財人の計算の當否を調査し且つ營業の爾後繼續の必要あるや否やを討議するのである (Polle, V. f. A. u. T. 773)。ルーマニア商法第七六〇條に依れば、裁判所は債権者多數の定めたる條件の下に營業の繼續を許可することを得ると共に物品の保管及物品賣約金の寄託に付必要な處分を定めねばならぬ。裁判所の決定は之を公告するのである。尤も債権者集會以後に於ける扶助料供給に付ては、佛法の規定と類似する (ル商八〇四條)。ブルガリア商法第七一〇條は、破産者の營業の中断が破産者に損害を及ぼすべき虞あるときは、破産主任官は、破産者の營業の繼續を許可する。裁判所は、其の繼續に付て必要な定を爲すのであつて、裁判所の決定に對しては、不服を申立つることを得ざる旨を定むる。債権者集會以後に於ける扶助料供與に付ては、佛法制と同一である (ル商七五二條)。(二) 瑞西に於ては、第一回債権者集會が破産者の營業の繼續に關して決議する (三) 債取及破三。若し第一回債権者集會に於て、其の決議を爲さざるときは、監査委員は、債務取立及破産法第二三八條第三項第二號に依り、營業繼續の許可を決議する (四) 和蘭破産法第九八條に依れば、破産管財人は破産者の營業を繼續すべきものであつて、若し監査委員の設置なきときは、破産管財人は其の營業の繼續に付破産主任官の許可を得ることを要し、監査委員の設あるときは、其の同意を得ることを要する。葡萄牙商事訴訟法第二六一條第一項に依れば、裁判所は破産管財

人又は債権者の申立に因り、且つ監査委員又は債務者の意見を聽きし上、破産財團の換價を一年内延期することを命ずるを得る。尙同法第二六三條は、裁判所は破産者の意見を聽きたる上、監査委員の同意を得て、破産管財人をして監査委員の監督の下に破産者の氏名を利用し財團の換價を爲すことを得る旨を定む。左れば、同國に於ては、破産管財人が、破産者の營業を繼續し得るのである。ブラジル破産法第七八條に依れば、破産者は破産財團換價手續の段階中は、其の營業の繼續を申請することを得る。裁判所は破産者の申立の可否に付破産管財人及檢事局の代表者の意見を聽きたる後、其の許可を爲すときは、營業を支配させる爲め管財人推舉の適任者を其の支配人に任命すべく、若し破産者が其の破産債権者と強制和議を締結せざるときは、裁判所の許可は消滅する旨を定む。而して債権者集會設置以後に於ては、債権者は債権の三分の二を代表する多數決を以て、財團清算に適當なる手段を決議することを得る。例へば破産の株式會社に於ては、他の株式會社を設立して破産會社の營業を繼續せしむること等の如きである (三) 破三。智利商法に依れば、破産裁判所は、破産の意見を聽きたる上、破産者の營業を依然繼續することを破産管財人に許すのであるが、然し此の許可は、破産管財人をして管理を容易にし且つ爲すべき清算の準備を目的とする範圍内に於て營業を繼續させる權限のみを付與するのである。破産管財人は、如何なる場合に於ても、破産者の爲す營業の繼續なりと認めしむべき企業又は行爲を爲すことを得ない。破産債権者及破産者は、何れも破産管財人の營業繼續に反對することを得る (智商一四)。(〇七條)。

債権者は、破産管財人が付與せられたる権限の下に於て爲したる行爲より生ずる責任に付ては、破産債権の範圍に限り、之を負擔する(同八條)。而して第一回の債権者集會に於て、破産管財人は債権者の爲したる決議に因り、破産者の營業を繼續することを得る。斯かる権限の付與は、債権者集會に出席せる債権者の決議に依る。又此の如き決議は、反對債権者に對して破産的配當と認むべき額の支拂を爲したる上、其の反對債権者を除去したる上にも爲すことを得る(同九條)。營業は破産債権者の計算及危險に於て、之を繼續し且つ破産者は財産目録記入の資産額まで其の債務を免かる(同四條)。丁、破産法第五六條に依れば、裁判所は、假破産管財人及同管轄内に居住し且つ知れたる債権者と協議の上、破産者の營業の全部又は一部に付、破産財團の計算に於て且つ法定の制限内に於て、之を繼續するや否やを決定することを得る。尤も其の繼續は營業の閉鎖が破産財團に著しき損害を及ぼすべきときに限る。尙裁判所は營業繼續に付ての特別の定を爲すことを得る。諾威破産法第一九條も亦右と同様である。芬蘭破産法の下に於ては、營業繼續の許否は、破産債権者の決する所であり、營業繼續の爲め生ぜる利益は破産財團に歸屬するも、其の損失は破産者の責任に屬しない(七條五)。(五)英國法の下に於ては、破産管財人は監査委員の同意を得て、破産者の營業を繼續することを得る。尤も其の繼續が破産者の利益と爲るものと認めらるる場合に限る(三三八條、三三八條、三三八條)。米國破産法第二條第五號に依れば、營業の繼續が破産財團の利益に必要なりと認むるときは、裁判所は、管理人 (receiver) 執行官 (marschal) 又は管財人に破産者の

の營業を繼續せしむることを得る。

(ロ) 我が破産法に依れば、第一回の債権者集會前に於ては、破産管財人は裁判所の許可を得て破産者の營業を繼續することを得る(同九條)。又第一回債権者集會に於ては、營業の廢止又は繼續に付決議を爲すことを要する(同九條)。

(ハ) 私は第一回債権者集會前に於ても、又其後に於ても、破産者の營業の繼續又は其の廢止は、總て破産裁判所に於て、破産者・破産管財人若は債権者の申立に因り、又は職權を以て、之を決することと定めた方が効果的であると考へる。蓋し前にも扶養料供與に付述べたる如く、破産裁判所が決定する方が公平であり、且つ迅速に進行するものと思はるるからである。第一回債権者集會前に於ては、裁判所之を決定するの立法なるを通例とするも、第一回債権者集會後は集會に於て其の決議を爲すの立法を普通とする。然し、私は其の前後を問はず總て裁判所職權的裁量を爲すを立法上可とする。尤も、裁判所が其の決定を爲すに付ては、破産者・破産債権者・破産管財人・監査委員等の意見を聽取し其の許否を決するに付ての参考とすべきことは勿論である。而して、營業繼續を、破産管財人若は破産者又は第三者をして之を爲さしむるか否は、固より破産裁判所の自由裁量に屬するものなりと雖も、普通の場合に於ては破産管財人其の繼續を爲すを無難とする。尤も破産管財人が、其の繼續に付て破産者を使用し又は其の補助を求め得るは、論なき所である。

第三款 破産財團の換價

破産的辨済たる配當を爲すには、破産財團を換價 (Verwertung) することを要する。而して其の換價を爲すに付ては、換價と配當との間に段階を設くる立法例と然らざる立法例とがある。左に説明する。

一 (1) 獨逸に於ては、既に説明せる如く、破産手續を破産財團の蒐集 (占有管理) の段階と配當の目的の爲めに爲す段階との區別を設けぬ。即ち獨逸破産法第一一七條第一項は、破産手續開始後破産管財人は直ちに破産財團に屬する一切の財産を占有し、管理し且つ換價することを要すると定めて居る。左れば、破産管財人は、其の適當と認むる時期に、何時にても破産財團の換價を爲すことを得るのみならず、其の換價は必ずしも強制執行の形式に於て之を爲すことを要せぬのであつて、換價は破産管財人と第三者との特約にて行はるのである (Lange, *Ko. 117*)。奧太利破産法は、右と同一制度であつて、即ち同破産法第一一五條は、破産管財人に於て破産財團に屬する財産の換價を爲すべき旨を定めて居るが、其の換價の時期に付ては、別に詳細に規定してない。然し破産は、強制執行であり且つ債權者の満足に充つる爲め破産者の財産の換價を必要とするもので、之が破産固有の目的たることに鑑み、此の換價は成るべく速に之を爲すことを要する (Rindelen, *Handb.*)。而して裁判上の讓渡に依る換價は、第二次に行はるのであつて、第一次に爲す換價は、破産管財人と第三者との任意賣買の形式に依る (Rindelen, *Handb.*, *5. 402 ff.*)。

Pollak, *Ko. 119*)。チエッコ・スロワカイ破産法第一二一條及ユーゴ・スラウキア破産法第一三一條も、亦奧法と同様である。(2) アルゼンチンの破産手續に於ては、英法の如く破産開始の以前に先づ和議を試むる所謂和議前置主義を採用するのであつて、破産開始後は、其の配當を爲すに付ては段階がない。破産財團の換價は、公賣の方法に依りて行はるるを通例とする (高田四〇條以下)。丁抹及諾威に於ては、孰れも破産財團の蒐集と換價との間に區劃を設けてない。而して破産財團の賣却は、公賣に依るを原則とする。若し公賣以外の方法に依らんとせば、監査委員の同意あることを要し、監査委員の同意なきときは裁判所の許可を得ることを要する (丁抹二七五條四號、諾威二七五條七號)。(3) 英國に於ては、破産宣告後は、配當に付ての制限がない。換價の方法は、破産管財人之を決する (英法五五條一項)。米國に於ても亦英國と同様である。而して米國に於ては破産財團の棄却は公賣の方法に依ることを原則とするも、正當なる事由あるときに限り、破産裁判所は私的賣却を許すことを得るのである (米法二七五條、四七五條二號、七〇條b及一般規則参照)。

二 破産財團の管理と配當を爲す爲めの換價手續との間に段階を設け居る立法例の中にも、大別すると二つの類型に分たる。其の一は佛蘭西法系に屬するものであり、其の二は匈牙利法系に屬するものである。左に説明する。

(イ) 佛蘭西法は、破産財團の管理と配當とを區別し、且つ以前に於ては、一方に破産管財人を假管財人及確定管財人の二種とし (一九三五年八月の改正にて假管財人を廢止した)、他方には合同の管財人 (*syndics de l'uni-*

on) なるものを設けてあつたのである。而して佛蘭西商法第五〇四條(一九三五年八月改正)に依れば、債權調査(affirmation)終了後三日内に又は異議ある場合には同法第四九九條及第五〇〇條に依り商事裁判所の爲したる裁判後三日内に、破産主任官は債權者の認めたる債權又は假りに許されたる債權を有する債權者に對し強制和議(concordat)に關する決議に加はるべき旨を書記を以て呼出さしむ。強制和議成立せざりしときは、債權者は當然合同の状態(état d'union)と爲る(第五二九條一項)。強制和議の決議ある日迄は、破産管財人は主として破産財團の保存(管理)を爲すの職務に制限せらる。即ち破産管財人は其の選任前に封印の施行を爲さざりしときは、治安判事(Juge de paix)に其の施行を請求する(八四六條)。破産主任官は法定の物件に付ては、破産管財人の申立に因り、封印を爲すべからざることを命じ又は封印の除去を許可する。破産管財人は、治安判事の面前に於て法定物件(封印を爲すべからず又は封印を除去すべき)に付順次に目録を作成し且つ其の評価を記載せねばならぬ(九四六條)。破産者が貸借對照表を提出せざりしときは、破産管財人は直ちに破産者の帳簿・書類及其の得たる報告に依り、貸借對照表を作成し、之を商事裁判所の書記係に提出することを要する(六四七條)。特に破産管財人は、其の就任の時より破産者の債務者に對し破産者の權利の保存(conservation)の爲め一切の行爲を爲すことを要する。破産者が其の債務者の不動産に付未だ抵當權の登記を爲さざりしときは、破産管財人は其の登記の申請を爲すことを要する。登記は破産管財人其の選任を證する書面を登記申請書に添附し破産財團

(masse)の名に於て之を爲す。又破産管財人は破産者に屬する不動産の存在を認めたるときは、債權者團體(masse de créanciers)に於て其の登記を爲すことを要する。登記は破産の開始及其の選任せられたる裁判の日附を表示したる簡單なる申請書に依り之を受理せらる(四四九條)。此の破産財團管理(保存)の段階に於ては、不動産の賣却は例外の場合に於てのみ爲さるのであつて、即ち著しき毀損又は減價を爲すべき物件又は其の保存に多額の費用を要する物件の賣却に付ては、破産管財人は破産主任官の許可を得て之を爲すべきである(一九三五年八月改正。正商四七〇條一項)。破産主任官は、賣却の方法に付ても決定する。即ち破産主任官は破産者の意見を聽きたる上若し不在なるときは之を呼出したる上、破産管財人をして有價證券及商品の賣却を爲さしむ。破産主任官は、任意に賣却を爲すべきか、又は仲買人若は右の目的を以て選任せられたる吏員をして之を公賣せしむべきや否やを定む。破産管財人は破産主任官の定めたる吏員中より、公賣を委任せんと欲する者を選択する(四四八條)。商法第五七三條が一九一四年一月十五日の法律に依り改正せられたる以後に於ては、不動産の賣却は債權者合同前に於ても亦之を爲すことを得るのであるが、然し特に一定の條件の下に即ち破産裁判所の許可破産者亦同意あるときに限り、之が爲さるることを要する。其の賣却は、未成年者に屬する不動産の賣却に付定められたる方式に従ひて之を爲さねばならぬ(二五七條)。此の事は、債權者合同後に於ける不動産賣却に付ても同様である。賣却に依り不動産上の負擔は消滅する。債權者合同後は、第五七三條の定むる制限に依らずして、破産主任官の監督の下に動産及

不動産の換價を爲すのであるが、然し破産者の立會を必要とせざるも、其の換價は強制執行の形式に於て之を爲すべきである。

白耳義の法制は、大體佛蘭西の制度に従ふ(商四八七條、五〇)。尤も白耳義に於ては、佛蘭西と異なり、債權者合同なるものなく、却て破産の清算 (liquidation de la faillite) と稱するものがある。不動産の賣却に付ては、其の競賣を爲すの時期を規定し居らぬ。清算の段階中は、不動産の賣却は強制執行の方法に従ひて之を爲すべく、動産の賣却に付ては其の狀況に應じ破産管財人に於て其の方法を定むる(商五六六條、五六五條)。ルクセンブルグの法制は、白耳義の右制度と同一である。埃及は、佛蘭西の制度に倣ふのであつて即ち佛蘭西法と同じく、債權者合同 (union) を認むる。即ち債權者集會に於て強制和議成立せざりしときは、當然合同の状態に爲る(商三四條)。破産財團の保存に付ては、商法第二四九條以下の定むる所であつて、即ち破産財團の封印を爲すとか又は破産者の身柄を監守するとか等の規定を設けてある。特に商法第二八六條は、特別の場合に於ける賣却を定めてあつて、即ち合同前に於ける動産の賣却は裁判所の許可を得て爲さるのであり、裁判所は、破産主任官の申立に因り且つ監査委員の意見を聽きたる上、賣却の條件及時期其他の事項を定むる。合同後は、動産の換價に付ては破産管財人が任意に其の方法を定め、不動産の換價に付ては強制執行の方法に依ることを要する(商三八九條、三五四條)。

和蘭に於ては、破産手續は競賣手續と所謂配當手續 (insolventie) との二段階に區劃せられて居る

(三條一七)。即ち一般調査期日に於て強制和議の提供なく又は成立したる強制和議の認可確定せざりしときには、所謂配當手續に移るのであつて、直ちに一切の財産の清算及換價が爲さるのである。反之所謂競賣の段階に於ては、例外として第一〇一條に依り賣却のみが行はる。第一〇一條は、破産手續費用の辨濟の爲め必要なりと認むるとき又は物品の保管が財團の損害を及ぼすべき虞あるときは、破産管財人に於て物品を賣却し得、其の賣却は公に且つ破産主任官の許可を得て任意に之を爲すべき旨を定む。而してメキシコの制度は、佛蘭西の如き手續の段階に相當するの制度を設けて居る。蓋しメキシコ商法第一四八六條に依れば、破産財團の清算は、強制和議の不成立の確定したる後一ヶ月内に之を爲すことを得るのである。換價は商法第一四八七條に依り、公賣の方法を以て之を爲す。智利に於ても亦右と同様であつて、一般の清算は、商法第一四八六條以下に依り、債權調査後強制和議の成立せざるときに初めて行はる。尤も其の以前に於ても(財産目錄作成後)、商事裁判所は、破産管財人をして動産及商品の賣却を爲さしめ、且つ其の賣却の方法及種類を定むることを得る(商一〇六條)。其他の一定の動産(腐敗し易き又は即時の賣却を要し且つ保管に費用を要する物件)に付ては、破産管財人は豫め商事裁判所の許可を得且つ裁判所の定めたる方法を以て、賣却することを得る(商一〇三條)。清算の段階に於ては、不動産は公賣の方法を以て、動産は破産管財人の定めたる競賣の方法を以て賣却せらる(商一四九條、二項)。

(ロ) 他、法制に於ては、清算は、強制和議の不成立後に於て始めて之を行ふのではない。斯かる法制

を採用する多くの立法例の下に於ては、管財人は手續の状況に従ひ種々なる行動を爲すの権限を與へられざるのみならず、其の手續に於ても區劃がありて、破産財團の換價は、或る一定の時期まで之を爲すことを得ず且つ其の換價ありたる後固有の清算が行はる。左れば、此の手續は破産財團の單なる保存の段階と換價の段階とに分割せらる。此の法制に屬するものは、次の如くである。

匈牙利に於ては、清算期日 (liquidierungssatzung) までは、管理は破産財團の蒐集、保全及中間の換價 (財産の保持が財團の損害に歸すること明白なるとき又は賣却が財團の利益なること明白なるときに爲す換價) に制限せらる。財産の譲渡は、特別の方法に依りて之を爲すべく、即ち動産の賣却は自由に動産の賣却は競賣の方法に於て之を爲すべく且つ其の賣却には破産裁判所の許可を要する (破一六)。次に清算期日後は、債権者は破産財團を破産管財人及監査委員をして獨立して之を管理し且つ換價せしむる権利を有するのみならず、此の期後に於ては成るべく速に財産を換價せねばならぬ (破一五)。而して換價は他に債権者に利益を與ふべき特別の方法なき限りは、強制執行の方法に依りて之を爲すを要する (破一四)。

伊太利商法は、直接清算の原則を採用し且つ破産保存のみの手續と清算手續との區劃に付ては、左程嚴格でない。此の各手續に於て、破産管財人及債権者の地位は、其の手續中變更せざるを原則とするのみならず、特に強制和議の成立せざる場合に於ても、兩者の地位は變更せざるを通例とする。商法第七六五條に依り、争ひある債權又は支拂停止の時期に付爲したる判決の言渡ありたる後十日後に於て始め

て固有の清算行はる。蓋し破産管財人は、右判決言渡後十日後に於て始めて、破産財團に屬する動産及不動産を賣却するの権利を得るのであつて、其の以前は主として破産財團の管理及保存を爲すことを得るに過ぎないからである。管理及保存手續に於ては、破産財團の賣却は例外に行はるるものであつて、即ち破産管財人は、腐敗し易き又は減價し易き物件又は保管に費用を要すべき物件に付ては、破産主任官の許可を得て之を賣却することを得る。賣却の條件及形式は、破産主任官之を定むる (商七五)。清算手續中に於ても、破産主任官は監査委員の意見を聽きたる上、商品及其他の動産の賣却を破産管財人に許可することを得る。尤も破産主任官は、賣却の時期を定め且つ任意の私の賣買に依るか又は公賣に依るか破産管財人に命ずることを要する (商七九)。不動産の賣却は強制執行の方法に依る (商八〇三條及一五條)。ルーマニアの制度は、伊太利の法制に倣ふ (商八〇三條、八〇條)。尤も清算手續以前に例外として爲すべき動産の賣却は、公賣の方法にて行はる (商七八)。又清算手續中に於ける換價の方法は、總て公賣に依らねばならぬ。ブルガリア商法も亦大體右と同様である (商七五二條、七五條)。管理及保存手續中に於ける動産の賣却の方法は、破産主任官之を定むる。

瑞西に於ても、比較的明かに、管理の段階と清算の段階とを區別する。即ち、破産財團の換價を爲すには、破産債權の調査を完了し、且つ其の異議の裁判終了したる後たることを通例とする。此の調査及異議裁判終了したる後、始めて、破産管財人は債務取立及破産法第二五二條に依り、第二回債權者集會

を招集し且つ同法第二四三條第二項に依り急速に賣却することを要する物（價格減少すべきもの、保管に費用を要すべきもの、相場を有する有價證券及其他のもの）の外は、第二回債権者集會の開催ありたる後に始めて破産財團の換價せらるるのである。換價に付ては、同法第二五六條乃至第二五九條に之を定む。即ち清算の段階に於ては、第二回債権者集會が明かに他の方法に依ることを決議せざる限りは、破産管財人の命令に依り、公の競賣に依るを原則とする（同法二六二條）。公の競賣の場所、時日等は之を公告する。不動産を換價する場合には、競賣期日前少くも一ヶ月前に公告を爲すことを要し且つ公賣の條件としては破産者に於て閱覽し得べき日時を其の公告中に表示することを要する（同法二六六條）。動産及不動産の買入申出に付ての形式（三回呼上げ、第二回）は、同法第二六八條に之を定むる。各破産債権者は、破産財團の有する財産上の請求權の讓渡を請求することを得る。此の讓渡に依り之を請求したる債権者の債權を填補する。剩餘あるときは、之を破産財團に交付する（同法二七〇條）。第二回債権者集會開催前に於ける破産財團の換價は、前記の如く例外の場合に行はるのであつて（同法二七三條）、從て前述したる換價の方法（同法二五六條乃至二七二條）に依ることを要せぬ。即ち此の場合に於ては、任意の賣却が許さるのである。學者中には右讓渡に依る換價を合目的なりと稱するものがある（Dolle, Rechtsverf., I. S. 130.）。

葡萄牙に於ても、破産財團の管理の段階と清算の段階とに區別する。蓋し商事訴訟法第二六一條に依れば、破産管財人は、破産債權確定後始めて清算を爲すを通例とするのであつて、其の前に於ては破産

財團の賣却は例外の場合にのみ行はるるからである（同法二六二條）。而して換價は、強制執行の方法にて之を爲す（同法二七〇條）。

ブラジルに於ても、差押手續の段階と清算の段階との區別を認むるが、這是改正前の保存の段階と清算の段階との區別に相當する。差押手續に於ては、破産財團の賣却は、例外のものに付て行はるのであつて、即ち損敗し易き物又は保管に費用を要するものに付て賣却を爲すのである。此の場合に於ては、破産管財人は破産者及官廳代表者の意見を聽き且つ裁判所の許可を得て該物件を競賣人をして賣却せしむる。競賣の賣上代金は財團金子收受の爲め豫て指定されある銀行に預入るべきである（同法二七五條）。差押手續段階に於ては、破産管財人の職務は専ら權利及訴訟の總ての保存行爲にあり且つ債權の取立にある（同法二七五條）。而して破産財團の換價は、公開競賣の方法に依りて之を爲すを通例とする（同法二七六條以下）。芬蘭破産法も、破産手續を區劃して保存と換價とに區別する。同法の下に於ては、破産管財人の外に破産財産管理人（Kurator, Sysloman）がある。債權届出を爲したる債権者は、裁判外に於て破産財産管理人を選任し且つ之を裁判所に通知する（同法二七六條）。同法に依れば、不動産の賣却は、債權届出期間前には之を許さぬ（同法二七五條）。然し動産の賣却は、同期間内は例外の場合（腐敗し易き又は保管に費用を要するもの）に於てのみ之を許すのである。特に破産者が債権者との調停成立の爲め、財産の占有を回復する希望あり且つ之を破産管財人に疏明したるときに於ても、債權調査期日前は、右の例外の場合を除き、其他に於ては、

動産の賣却は之を許さぬのである(同法五)。

三 (イ) 我が破産法の定むる所を見るに、破産財團の管理と其の換價とに付ては、別に段階の區別を設けざるも、然し破産債権者の利益を保護し且つ破産管財人の専斷の弊を豫防する爲め、獨逸法系とも又佛法系とも異なりたりたる一種の制度を認めて居る。即ち左の如くである。

(ロ) 破産財團に屬する財産の換價(Verwertung)は、其の管理及占有と同じく、破産管財人の管理する所であつて、所謂換價とは破産財團に屬する財産より金銭又は金銭的價値を得ることを云ふのであつて、而して破産管財人は善良なる管理者の注意を以て其の職務を行ふべきものなるを以て(破一六)、從て破産債権者團體の利益を顧慮し、其の自由なる裁量に従ひ、適當なる時期及方法に於て適當なる換價を爲すものなるべしと雖も、法律は、前記(イ)に記述したる事由に基き、其の換價に付て、時期及方法等の制限を設け、且つ場合に依りては他の機關の干與を要するものと定めたのである。

一般の債權調査終了前に於ては、破産管財人は破産財團の換價を爲すことを得ない(破一九六條)。是れ一般の債權調査期日(同四二條)の終了するにあらざれば、破産債權は確定せず(同二四)、從て配當を爲すべき債權の範圍が定まらざるを以てである。又一般の債權調査終了前強制和議の提供あつた場合に於ては、其の落着に至る迄は、破産財團の換價を爲すことを得ない(同一九六條)。蓋し強制和議は、一般の債權調査終了前には、之を決議することを得ざるを以て、若し其の終了前に換價することを得るものとせば、強

制和議の成立を見ること能はざるべく、又和議成立するも破産者に於て其の營業を繼續するの利益を受けるを得ざるに至るからである。尤も破産財團に屬する財産にして、遲滞なく之を換價するにあらざれば、破産財團に損害を生ずる虞あるものは(例へば腐敗し易きもの、減價し易きもの、保管に相當以上の費用を要するもの等)、前記の制限に拘らず、監査委員の同意、監査委員なきときは裁判所の許可を得て、破産管財人其の換價を爲すことを得る(同一九六)。

不動産に關する物權、登記すべき日本船舶及外國船舶・鑛業權・漁業權・特許權・意匠權・實用新案權及著作權の換價は、相當機關の同意・決議・許可を得て、任意賣却を爲すことを得るの外、尙民事訴訟法の規定に依りてのみ之を爲すのである(同一九七條一號、二號)。(同一九八條、二〇二條)。民事訴訟法の規定に依る換價の場合に於ては、破産管財人の申立に因り、執行裁判所は不動産等の競賣開始を爲し、競賣は執達吏之を實施するも、執行裁判所に於て競落許可の決定を爲すべきものである(加藤博士破産法要論三二七頁、同破産法研究二五二頁以下。反之、競落許可以下)。(同四三五)。

尙破産法は、別除權の目的たる財産の換價方法に付て其の定を爲して居る(同二〇三條)。

加之我が破産法は、破産財團に屬する財産に付ては、破産管財人は監査委員の同意を得て、監査委員なきときは、債權者集會の決議を経て、又は裁判所の許可を得て其の換價を爲すべきものなることを定めて居る(同一九七條)。

四 以上破産財團の換價に付て諸國の立法例を説明したのであるが、要するに換價の時期には、一定

の手續段階を設けて其の制限を設くるものと然らざるものとあり、又後者の中にも強制和議の提供若は其の成立を以て其の限界と爲すものと然らざるものがある。立法例を案するに、破産手續に付て段階主義を認めたるものの中、其の最も顯著なるものは獨逸の普通法である。即ち破産手續を五つの段階に分ち、其の第一段の手續を準備手續 (Präparatorisches=od. Pälliminarverfahren) とする。此の手續は、申立に因り破産原因存否の調査を爲し、破産開始を爲すべきや否やを決定するものであつて、此の決定と同時に破産手續は終了する。第二段の手續は債權確定手續 (Professions=, Verifikations=od. Liquidationsverfahren) とする。此の手續に於ては、債權者の數及其の届出債權の額を確定すべき手續である。此の時代の法律は、所謂吸引主義 (Attraktivkraft) を採り、破産債權に關する訴訟は、總て破産裁判所に於て之を審理裁判することとし、別除權及取戻權の請求に關する訴訟に付ても亦然りである。而して債權調査期日までに届出でざる一切の請求權は、破産手續より除外せらる。第三段の手續は、債權の順位を定むる順位確定手續 (Prioritäts=od. Kollokationsverfahren) とする。此の手續に於て確定したる届出債權には、順位確定決定を以て其の順位を確定するのである。第四段の手續は、實行手續 (Realisierungsverfahren) とする。此の手續に於て破産財團の確定・換價及否認權に依る破産財團の擴張を圖るのである。次で第五段の手續を配當手續 (Distributionsverfahren) とする。此の手續に於ては換價せられたる破産財團を債權者に配當を爲すのである。此等の手續は餘り區劃判然たるの故を以て、却て不便例を可なりと信ずる。

を生じ且つ配當を遅延ならしむる虞あるを以て、普通法以後の獨逸の破産制度は、敘上の段階手續に依る法制を採用しなかつたのである。従て佛蘭西法系及匈牙利法系の如き段階主義は必ずしも理想とすべきものでない。然し又獨逸現行制度の如き換價に付何等の制限なき無段階主義 (破産管財人は破産財團を占有後直ちに換價する主義) の採用すべからざることも明かである。蓋し、必要なきに破産財團の換價を爲すことはないからである。左れば、私は我が現行破産法の如き換價に付多少の制限を設くる立法例を可なりと信ずる。

換價の方法に付ては、破産管財人の自由裁量に依り任意賣却に依ることと爲すか若は公の競賣に依ることと爲すか、又は専ら公の競賣に依ることとするか、又は公の競賣に依るを第一次とし、任意賣却に依るを第二次と爲すものとの立法例がある。私は破産財團に屬する財産の換價は、原則として、民事訴訟法の定むる公賣に依らしめ、次に又任意賣却に依るものと爲すの我が現行法を良好なるものと思惟する。尤も破産管財人が民事訴訟法の規定に依りて賣却するときは、我が舊商法の認めたる如く、競賣手續のみ民事訴訟法規定に依ることとし、競賣の實施は競賣の公告より競落の許可に至るまで、總て破産管財人に於て決行することと爲すことを(前二〇條)可なりとする。蓋し此の如くせば時間も比較的多く要せず且つ迅速に手續が進行するものなりと思はるるからである (現行法の解釋が之に反することは前記の如くである)。尤も最低競賣價額を定め且つ競落の許可を爲すは、裁判所の任務と爲さねばならぬのであ

る。私は、從來管財官なる國家機關を設け、之をして現時の執達吏・破産管財人・和議管財人の爲す職務を執らしめたる希望を有するものであつて、幸に斯かる立法の採用せらるるに至らば、競賣の實施は、管財官の専權に屬することは、固より論なき所である。

第四節 破産債權の確定

第一款 總 說

破産債權に對する破産的辨濟即ち配當を爲す爲めには、破産債權の届出ありたる後、之を調査し且つ其の確定 (feststellen) あることを要する。破産債權の届出、調査及確定に關する立法は、多くの國に於ては、大體佛蘭西商法に倣ひたるものなるが、茲には其の確定に付ての各立法例に於ける根本的差異を證明し、且つ之に付ての可否を検討することとする。

第二款 債權確定の方法

- 一 債權確定の第一類型に屬するものを擧ぐれば、次の如くである。
- (イ) 獨逸破産法第一三九條乃至第一四八條は、破産債權に關する規定であつて、其の確定に付ての特

徴は、破産債權に對する異議 (Bestreitungsrecht, Widerspruchsrecht) を述べ得る者に付、人的關係に於て、餘り嚴格なる制限を設けざることに存する。即ち、(一)債權の届出に付争はれたるも、其の届出を不適法として棄却せられざる債權者は、他の債權者の届出債權に對し異議を述べ得る。個々の破産債權者は、自己の利益と爲る以外の他の一般の債權者の利益に歸する場合に於ても、其の固有の權利として、異議を述べ得る。異議者に固有の破産債權者たるの權利なきことの確定したるときは、異議は其の效力を失ふのである。異議者の氏名、異議の對象 (債權の存否優先權の存否等) 及範圍等に付調査期日に於て之を明確にし且つ之を債權表に記載することを要する。(二)破産管財人が債權調査期日に出頭することを要するや否やに付ては法文は之を明言せざるも、其の期日に出頭せざるべからざるや勿論である。蓋し破産管財人は、債權調査期日に出頭し且つ其の意見を陳ぶるに付ては、裁判所の監督に依りて強制せらるるからである (破八三條、八四條)。破産管財人は自己の授權したる任意代理人をして調査期日に出頭せしむることを得ざるを原則とする (Jäger, KO. § 141 Anm. 10. (177g Anm. § 10.)) (三)破産者は、破産事件に關する説明を爲す爲めのみ調査期日に出席する (破一四一條二項、一〇〇〇條)。破産者の届出債權に對する異議は、破産債權者たる權利の確定及其の破産参加には何等の影響がないが、然し破産終結の後債權者が確定債權を以て破産者に對し強制執行を爲すことの障礙と爲る (破一六四條二項、一〇四條、二〇六條)。其の強制執行を爲さんとするには、債權者は、破産手續中破産者に對し自ら訴 (確定の訴又は破産後に於ける給付を求むる訴) を提起し又

は破産者の異議當時繫屬せる訴訟を受継する(此のことを破第一四四條二項は明定する)ことを要する。調査期日に於て、破産管財人及破産債権者が異議を述べざりしとき又は異議を述べたるも排斥せられたるときは、破産債権は確定したるものと看做さる(破一四四條)。裁判所は、各債権調査の後其の結果(債権の存否、額、優先権の有無等)を債権表に記載することを要し(破一四五條)、債権表の記載は、確定債権の額及優先権に付、破産債権者の全員に對し、確定判決と同一の效力を有する(破一四六條)。

調査期日に於て異議を受けたる債権に付ては、別に、通常の訴訟に依りて其の裁判を経ることを要する。其の訴訟を爲し且つ之を實行することに付ては、各利害關係人の任意と爲すのであつて、敢て之を強制することはない。而して其の訴訟は、執行力ある債務名義又は終局判決なき債権(所謂無名義債権、*unzugriffsfreie od. untitulierte Forderung*)に對し異議ある場合と執行力ある債務名義又は終局判決ある債権(所謂有名義債権、*zugriffsfreie od. titulierte F.*)に對し異議ある場合とに區別する。前者の場合に於ては、被異議者が原告と爲り、異議者を被告として、自己の主張する破産債権の存在の確定を求むる(破一四六條)。訴訟は、破産手続の繫屬する區裁判所の管轄に屬する。若し訴の目的物が區裁判所の管轄に屬せざるときは、破産裁判所の所在地を管轄する地方裁判所の管轄に專屬する(破一四七條)。是れ半ば所謂吸引主義(*vis attractiva, Anziehungskraft*)を採用したのである。後者の場合に於ては、異議者より訴訟を以て異議の主張を確立せしめねばならぬ(破一四六條)。其の訴訟を爲す方法は、別に明文なきも、學者の説

明する所に依れば、破産者が有名義債権に對して本來爲すことを得べき訴訟の手段に依りて、之を爲すことを要する。即ち確定せざる判決に對しては、民事訴訟法第二五〇條に依り訴訟を受継し且つ破産開始なき場合に破産者の爲すことを得べき故障(闕席判決に對し)、控訴、上告に依り異議を爲し、又確定したる判決に對しては、原狀回復又は取消の訴に依り又は民事訴訟法第六七六條に依る請求異議に依り、又執行命令に對しては、故障に依り又は既に故障に因り繫屬したる訴訟の受継に依り(九條二項、三項、七)、又訴訟費用確定決定に對しては、訴訟費用負擔に付爲したる判決の取消されざる限りは抗告に依り、強制執行を爲し得べき裁判上又は公證人の作成したる證書に對しては、民事訴訟法第七六七條又は第七九七條第四項の請求異議の訴に依り異議を爲すべきである(Mot. I, 4. Abs. 2; Jaeger, KO, § 146, Anm. 31.)。有名義債権に對する異議の訴の管轄には、所謂吸引主義を採用せずして、民事訴訟法の一定の規定に依り之を定むる(Mot. I, 5. Abs. 2; Montzsch, ebenda; Meyer, ebenda。近時於ては Jaeger は第一四六條註二四に於て、繫屬せる訴訟の受継に關せざる限り、其の管轄權の定に付民事訴訟法の一定の規定を適用すべからずと爭ふ)。

届出期間後に届出でたる債権に付ては、破産管財人及破産債権者の異議なきときに限り、一般の調査期日に於て其の調査を爲すことを得る。若し異議あるときは、懈怠者の費用を以て、特別の調査期日を定むることを要する。調査期日後に債権の届出を爲したる債権者は、特別の調査期日に付其の費用を負擔する(破一四四條)。

(ロ) 他の立法は大體に於て獨逸法と同一の原則に基くのであるが、其の特異性あるものに付、左に説

明する。奥、太利破産法は、其の第一〇二條乃至第一一四條に於て、破産債權の確定に關する規定を設くる。同法第一〇五條第五項に依れば、債權の確定せられ又は議決權（第九三條第二項に依り破産裁判所又は破産主任官に於て其の議決權の有無を判断する）が承認せられたる債權者のみが他の届出債權に對する異議權を有する。破産管財人及破産者が調査期日に出頭すべき義務あることは、明文の示す所である（破一〇五）。奥、太利破産法に於ても、獨逸の債權表に比較すべき所謂届出一覽表（Anmeldungsverzeichnis）なるものがある。此の届出一覽表には、調査の結果を記入すべく、一覽表は調査の際作成したる調査の一部と看做さる（破一〇）。債權に付破産管財人が承認し又は異議を述べべき權利を有する破産債權者が其の異議を述べざる時は、其の債權は破産上確定したるものと看做さる。破産者の爲したる異議は、届出一覽表に之を附記することを要するも、其の異議は破産に於ては法律上の効果を有しない（破一〇）。奥、太利破産法には、獨逸破産法第一四五條第二項（債權者への記入は債權の額及優先權に付破産債權者の全員に對し確定判決と同一の效力を有する者の規定）の如き規定なきも、然し學說に依れば、これあると同一に解する（Pruller, Rechtsverw., II 111.）。破産者が破産債權を明かに争はず又は破産法第一〇九條第三項に依り其の異議が失効したる場合に於ては、破産に於ける債權の確定は、破産終結後破産者に對し確定判決と同一の效力を有するを以て、從て破産債權者は、届出一覽表の記入に基き破産者の財産に付強制執行を爲すことを得る（破六）。これ獨逸法と同一である。而して異議ある債權を確定せんには、獨逸法の如

く、別に普通の訴訟に依ることを要する。これに付ては、無名義債權と有名義債權とに對する異議ある場合の確定に付、其の原告と爲るものを異にする。前者に於ては、異議を受けたる債權者が異議者の總員を相手方とし訴を提起すべく（破二〇）、後者に於ては、異議者は訴を以て届出債權者を相手方として其の異議を主張することを要する（破二〇）。破産債權の存否の順位に關する訴訟は、總て破産裁判所の管轄に專屬するものであつて（破二一）、此の點は、獨逸法よりも、一層の吸引主義を採用したのである。届出期間經過後に届出でたる債權にして、且つ一般の調査期日に於て辨濟を爲さざりしものに付ては、特別の調査期日を設くべきことを命ずる。破産主任官は公告を以て又は特に其の方法を以て破産債權者を特別の調査期日に呼出すことを要する。呼出及破産管財人の説明に要する費用は、届出債權額を公平に斟酌したる上届出期間に懈怠したる債權者の負擔に歸する。債權者が特別の調査期日に於て、始めて其の債權の調査を受けたるときは、其の以前に調査ありたる債權に付ては異議を述べることを得ない（破一〇）。チェッコ・スロワカイ破産法第一〇四條乃至第一一六條、ユーゴ・スラウキア破産法第一一四條乃至第一二六條義は、全然奥、太利法と同一である。匈牙利破産法第一二五條乃至第一五一條は、破産債權確定に關する規定を定むる。匈牙利破産法の下に於ては、調査期日に出頭したる債權者にして、正當の債權を有する者と認められたる債權者又は破産者が宣誓の下に作成せられたる債權存在の證明書を有する債權者は、異議を述べざる權利を有する（破一八九條、一九〇條、一九一條、一九二條）。調査期日に於ては、破産管財人又は其の代理人

が出頭することを要する(三三三)。破産管財人は、債権表を作成し、調査期日の調査を作らねばならぬ(三三五)。届出債権者が、破産管財人及他の債権者に於て争はず又破産者も争はざるときは、其の調査書の抄本は、破産者に對しては、裁判上の和解と同じく、強制執行を爲すことを得る(三三六)。丁抹に於ては、破産管財人及破産者は、債権調査期日に出頭することを要する(三三七)。其他特に異議ある債権の解決に付ては、諾威破産法第八九條乃至第九四條、芬蘭破産法も同様であつて、總て獨逸法の原則に依據したものである(三三八)。尙芬蘭法は、其の届出債権の存在を、宣誓を以て確保することを要する(三三九)。若し届出期間經過後に届出でたる債権者は、原則として破産財團より配當を受くることを得ざることを爲り、頗る嚴重なる取扱を受くる(三四〇)。

(ハ) 和蘭破産法第一〇八條乃至第一三七條は、破産債権確定の規定を包含する。同法の下に於ては、届出債権は、先づ第一に破産管財人に於て之を調査するのであつて、破産管財人が正當なりと認めたる債権は、之を假承認名簿に記入し、其の承認せざる債権は、異議の理由を明示すべき名簿に之を記入する(三四一)。名簿に記入せられたる債権者は、調査期日に於て、各々異議を爲すの權利を有する。破産者が、調査期日に出頭すべきことは、法文の明定する所である(三四二)。破産管財人が期日に出頭することを要することは、破産法第一一九條の明文より之を解するを得る。破産管財人は、破産管財人及他の破産債権者の争はれざる債権に付、其の債権者に對し、其の存在を確保するの宣誓を要求することを得る

(三四三) 和蘭法に於ては、所謂債権表なるものを認めざるも、前記の名簿を認め、調査調査を作成せねばならぬ。争はれざる異議なき債権は、調査調査の中一部を爲す債権承認名簿に記入せられ(三四四)此の調査中に附記されたる債権の承認は破産に於ては確定判決と同一の效力を有する。詐欺理由に依りてのみ、破産管財人は、調査の無効に付争ふことを得る(三四五)。破産主任官は、債権に付異議ある場合に於て、其の異議を除去するを得ず且つ未だ訴訟が破産裁判所に繫屬せざるときは、特別の呼出を爲すことなくして、其の訴訟を破産裁判所に移送する。調査及確定を請求せる債権者が、一定期日に出頭せざる時は、其の請求を取下げたるものと看做さる。異議者が期日に出頭せざる時は、異議を抛棄したるものと看做され且つ債権は判事に依り承認せらる(三四六)。訴訟が破産開始の當時繫屬するときは、其の訴訟は、債権に對する異議に關する限り、中斷の後尙繼續せらるるので、此の場合には、異議者は破産者の地位を占む(三四七)。調査期日に於て異議を述べざりし債権者は、訴訟の從參加人として又主參加人として其の訴訟に参加するを得ない(三四八)。調査期日後に届出でたる債権者は、芬蘭法の如く、不利益の取扱を受く。即ち届出期間經過後の届出にして、尙一般調査期日前二日以内に破産管財人に届出られたる債権は、破産管財人及他の債権者の異議なき限り、届出債権者の申告に因り、調査せられ且つ確定せらる。後二日後に届出でられたるものは、一般に調査せらるることはない(三四九)。加之、届出期日後二日の經過後に届出を爲したる債権者は、強制和議の決議に加はることを得ざるのみならず、配當