

東京専門學校
行政科第三年級講義録

破産法

高根義人

036985-000-3

へ-7

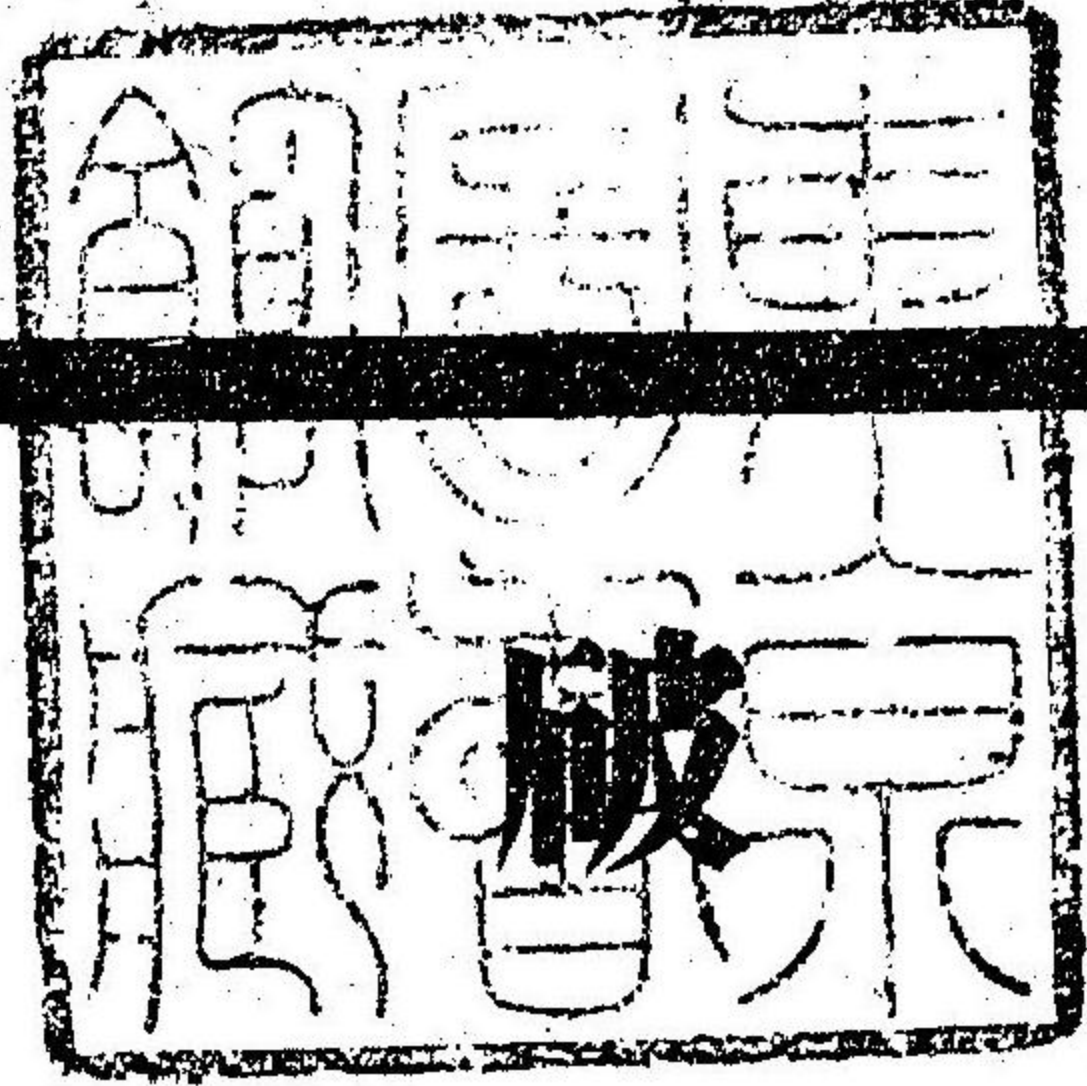
破産法

高根 義人/述

[M29?]

BBS-0549





法學士 高根義人講義

產 法 完

東京專門學校刊行



第二款	破産の申請	三一
第一項	債務者の申請	三一
第二項	債権者の申請	三四
第三款	職権に因る破産決定	三五
第四款	破産決定の性質	三六
第五款	破産決定の事項	三六
第六款	破産決定の公示及執行	四〇
第一項	破産決定の公示	四〇
第二項	破産決定の執行	四三
第七款	破産決定に對する上訴	四五
第三章 破産の効果		
第一節	行爲の無効	四七
第二節	強制執行の停止	四七
第三節	權利登記の停止	六〇
		六二

第四節	利息の停止	六三
第五節	期限の到來	六七
第六節	相殺の變例	七二
第七節	契約の解除	七四
第八節	特種權利の喪失	七七
第四章 破産の種類		
第一節	尋常破産	八〇
第二節	有罪破産	八一
第一款	詐欺破産	八一
第二款	過怠破産	八二
第三款	有罪破産の關係者	八六
第五章 破産機關		
第一節	裁判所	八九
第二節	破産主任官	八九
		九一

第三節	檢事	九二
第四節	破産管財人	九三
第六章	保全處分	九七
第一節	動産の封印	九八
第二節	破産者の監視	一〇一
第七章	破産債権者	一〇五
第一節	特權債権者	一〇六
第二節	特種債権者	一〇八
第一款	保證人を有する債権者	一〇八
第二款	連帶債務者を有する債権者	一一〇
第三款	第一千三十二條に依り保護せられたる債権者	一一四
第八章	債権の届出及確定	一一五
第一節	債権の届出	一一五
第二節	債権の確定	一一九

第一款	承認	一二〇
第二款	判決	一二一
第九章	債権者集會	一二三
第十章	破産の終局	一二六
第一節	破産手續の中止	一二七
第二節	協賛契約	一二八
第一款	協賛契約の性質	一二八
第二款	協賛契約の要件	一三〇
第三款	協賛契約の効果	一三四
第三節	配當	一三九
第一款	換價處分	一四〇
第二款	財團の配當	一四三
第十一章	復権	一四七
第一節	復権を得るの要件	一四八

第二節 復権を得るの手續

六

一五五

第十一章 支拂猶豫

一五七

第一節 支拂猶豫を受くる要件

一五九

第一款 商を爲すに當りて支拂を停止したること

一六〇

第二款 債務者の過失なく支拂を停止したること

一六〇

第三款 資産回復の望あること

一六一

第四款 商事上の債權者の過半数の承諾あること

一六二

第二節 支拂猶豫の期間

一六二

第三節 支拂猶豫を得るの手續

一六四

第四節 支拂猶豫の效果

一六六

第五節 支拂猶豫の消滅

一六九

破産法目次終

破産法

法學士 高根義人 講義

第一章 總論

第一節 破産法の必要

商業取引の日に頻繁を加ふるに従ひ商業者は自己の資産のみを以て取引を爲さず其信用を利用して資産以上の賣買を營み以て射利を勉めざる者なし。故に商人たる者は他人に對し巨額の債權を有すると同時に自己は更に多額なる債務を負ふ者多し。而して其債權は時に至て之を取立て其債務は期を愆たす之を辨濟す。是に於てが取引に信用確立し商業社會に疑懼の念なく恐慌の患なくして各人其堵に安んじて營業を爲すことを得へし。然るに一旦其中の一人或る事情に依り債務を辨濟する能はざるときは之か債權者たる者は豫期せし金錢を得る能はざるを以て自己の債權者に對する債務をも辨濟すること能はざるに至らん。斯くして第一の商人支拂を停止したる爲め第二の破産を惹起し第三第四に波及

し遂に商業社會全體の恐慌を生ずるとあり。其影響の及ぶ所は支拂停止者の資力と正比例を爲す。有力なる商業者特に大資本を有する會社銀行等にして支拂を停止するとあれば商業社會全體に其結果を及ぼし。信用は全く消滅せざる迄も著しく減少し其極何人も現金に非されは賣買取引を爲さざるに至るへし。均しく支拂を停止する者と雖も其原因に至ては大に異なる者あり。或は怠慢放蕩なる爲めに産を失ふものもある可く。或は詐欺投機の如き惡む可き所業に基ひするものもある可く。或は商人の所謂見込違に原因するものもある可く。或は自己に何等の過失なくして全く自己の信用したる取引商店か閉店せし餘波を受けたるものもある可し。然れども其害毒を商業社會に及ぼすに至ては一なり。破産法は此の如き害毒を未然に豫防し或は其害毒を緩和するを目的とす。怠慢放蕩にて破産したる者と詐欺投機等に因て閉店したる者には相當の刑罰を科し。見込違若くは他人の破産せし餘波を蒙りたる者には救済の途を指定し。少數債權者か債務者の資産を私して他の債權者を害するを防ぎ。又破産に瀕する者か財産を隠匿するを防ぐ方法を設くるか如きは破産法の主として勉むる所なり。

信用の社會の取引に必要なるを知らば破産法の要用も亦多辯を要せずして明なる可し。

第二節 破産の意義

破産とは文字の示す如く資産を破壊消失することを意味す。支拂資力を失ひし有様を稱して或は身代限と云ひ或は倒産と云ひ或は家資分産と云へり。然れども現行法の上にては破産なる語は後に説明する如く只商取引を爲すに當て支拂を停止したる状態を稱するとき限り之を用ゐ。家資分産は民事上の取引に因り支拂の資力なき状態を指し倒産又は身代限なる語は法律上稀に之を用ゐるに至れり。我商法に破産と譯せる語は獨逸語のバンクローツト(Banqueroute)にして英語のバンクラプシー(Bankruptcy) 佛語のバンケルー(Bankerut)と其語源を同ふす。共に皆以太利語のバンカロッタ(Banca rotta)より來りたるものにしてバンカとは商店に備ふる机を指しロッタとは破壊の意を指す。蓋し昔時商人か支拂を停止するとき其債權者怒て其店に侵入し其机を破壊したるより遂に之を以て支拂停止の状態を指すに至りしものなり。佛語のバンケルーは有罪破産のみを指し

通常破産を總稱するときは、*Faillite*と云ふ。是れ失敗の意義にして破産者は商業上に失敗せしと云ふより來りたるものならん。

四

第三節 破産法の歴史

本邦にては舊幕時代より既に身代限の制度ありて債務者無資力の状態に陥るときは其身代を盡して債権者の要求に應せしめたるものなりし。維新以來亦此舊慣に依り裁判を下し來りしか事件漸く其數を増すに至り種々の問題を生じたるを以て明文を設けて身代限のことを規定するの必要を生せり。是に於て明治五年六月第八十七號布告華士族平民身代限規則の發布を催せり。然れども此法律たるや僅に身代限者の財産中に於て差押又は公賣し能はざるものを列擧し其公賣處分手續を定めたるものにして別に條項を設けたる法律の躰裁を備へず。其規定する所の法典編纂の躰裁より云へば宜しく民事訴訟法強制執行中に入るべきものなり。爾來此法律を修正追加する爲めに發布せられたる布告少なからず。左に其重なるものを列擧せん。

(一) 明治五年九月布告第二百七十五號 此布告は父兄と同居の子弟或は別居

して財産を異にせるもの、身代限處分方法に關す。

(二) 明治六年三月布告第八十八號 此布告は僧侶身代限規則と名けて僧侶の身代限處分方法に關す。

(三) 明治六年五月布告第八十號 此布告は身代限者に對する債權届出の期限に關す。其期限は身代限揭示の日より三十日なりしか明治七年七月布告第七十一號を以て之を六十日と修正したり。

(四) 明治六年六月布告第九十五號 此布告は金穀貸借請人證人辨濟のことに關す。明治八年七月布告第二號を以て修正せらる。

(五) 明治六年七月布告第二百五十二號 此布告は身代限の宣告を受けたる債務者に對する満期前の債務處分方法に關す。全編八條より成る。

(六) 明治八年四月布告第五十三號 此布告は身代限者の財産中質入書入せられたるもの、處分方法に關す。

(七) 明治二十三年八月法律第六十九號 是れ則ち所謂家資分産法なり。家資分産法は商法に破産の規定を設け之を實施したるより發生したる結果なり。

従前は商人非商人の區別なく身代限規則を適用せしむる現行破産法は商取引を爲すに當て支拂を停止せし者のみに適用すべきものなるを以て民事取引より生ずる債務を辨濟し能はざる時は別に適用すべき法則なかる可からず。家資分産法は實に此目的を以て制定せられたるものにして通編僅に五條より成り。

現行破産法は明治廿六年三月六日法律第九號を以て會社法及び手形法と同時に公布せられ同年七月一日より實施せられたるものなり。全編を十一章に分ち八十六條を有せり。初め我政府は破産に關する法令の備はらずして奸悪なる債務者の爲めに多數の善良なる債權者か害を蒙り隨て經濟社會を動搖せしむるを憂ひ特に破産法を制定し單行法として之を實施せんことを欲せしが如し。政府か一時破産法編纂委員を置きし亦之か爲めなり。蓋し現行破産法は我内閣顧問人ロイスレル氏か佛國破産法に則りて起草し商法の一部と爲りて明治廿三年三月廿七日に公布せられ翌廿四年一月一日より實施せらるべき筈なりしが。第一議會に於て同廿六年迄延期せられ次て同廿五年三月に至り更に廿九年十二月

卅一日迄延期するの議案可決せられたり。乍併破産會社及手形に關する規則は爰に之を實施するの必要ありとし我政府は明治二十五年十一月遽に商法施行委員會を組織して以上の三法に僅少の修正を施し之を第四議會に提出して其可決を経て遂に法律となるに至りしなり。

佛國にても元と特別に破産法なるものなく始めて千六百九年有罪破産者を死刑に處する勅令を發布せしとあり。千六百七十三年の勅令は其第十一卷に於て破産に付きて規定を設けたるも其後屢之を修正追加せり。彼の大革命に際し投機業盛に行はれ奸商は破産を豫期して事業を始め破産したる爲めに却て大利を占めたるものもありたり。此等の弊害を實見したる拿翁は其編纂したる商法に於て極めて嚴峻なる破産法を設け破産者を以て悉く刑餘の人と爲したり。然れども此法たる災害若くは失敗に因りて破産したる者に對しては酷に過くるとの非難ありしを以て政府は千八百八十二年以來修正に着手し終に千八百三十八年五月廿八日の法律を發布せり。此法律は實に拿翁商法第三編即ち破産法を改正せしものと云ふべきものなり。近世に至り再び改正の問題起り參事院は千八百八

十二年以來破産に關する申案を起草し政府は之を代議院に提出し千八百八十四年及千八百八十七年の二回まで特別委員の報告を経たれども尙ほ院議に上らざりし。越て千八百八十八年五月十七日代議院は至急に破産法を修正するの必要ある旨を議決し當時の破産法全條に對する修正案中より必要なる部分を集めて簡單なる修正案とし兩院の議決を経て千八百八十九年三月四日公布せられたり。翌年四月四日の法律は多少細目に修正を加へたり。

英國にては千五百四十三年ヘンリー八世の時既に破産に關する法律を發布したり。又エリザベス及ジェームス一世の時二三の布告を發布し千八百二十五年當時現行の諸布告を整理して更に新條例を發布せり。現行法は千八百八十三年に發布せられたるものにして商人と非商人とを問はず之を適用すべきものにして通編九十一條より成れり。

獨逸破産法は千八百七十七年に發布せられたるものにして單行法なり。

第四節 破産法の地位

破産法は一國法典編制上に如何なる地位を占むべきやに付き議論多し。或は破

産法を商法の一部と爲すを可とし或は單行法として之を行ふべしと云へり。其孰れか適當なるやを知らんと欲せば先づ破産法の性質を知らざる可からず若し破産法にして公法ならば之を商法中に置くも又民法中に置くも共に不可なり。若し破産法にして助法ならば之を民法商法の如く主法の性質を帶ふる法典中に編入するを得ざるは論を俟たず。歐米の實例に徴するに佛國を始めとし之に倣ふて商法を編制したる和蘭、西班牙、葡萄牙、白耳義の如きは商法中に破産法を編入し。英米獨の如きは其始めは商人にのみ適用するの主義を取りしも古より今日まで單行法として行ひ來れり。

破産法は其規定する所を見れば全く公法の規定に屬すへきもの多しと雖も又私法の關係を規定するものなきにあらず。例之破産の手續を裁判所にて監督するの規定は素より公法に屬すれども債權者か破産者に對して有する或る種類の權利を失ひ若くは制限せらるゝ點より見れば此規定は私法に屬せり。勿論公法と云ひ私法と云ふも法典の唯一條を取て之を論するときは正確の區別を爲し得へきも商法は私法なるや公法なるやと問はゞ全く私法に屬する規定を集めたるも

のなりと云ふを得ず。故に或る法典を公法と云ひ私法と云ふも唯其中に規定しある事項は多く公法に屬し若くは私法に屬すと云ふに過ぎず。斯く論じ來れば破産法は公法に屬すと云はざる可からず。何となれば其規定する所は専ら裁判所に依て代表せられたる國家と一私人たる債權者若くは破産者の關係を規定するものなればなり。既に之を公法とせば通常私法的の關係を規定する商法の一部とす可からざるは論を俟たず又之を民法中に編入するの不當なるは多辯を要せず。

破産法は其目的とする所主として既に成立せる權利義務を實行し保護するに在るを以て助法即ち手續法に屬す可きものなり。商法は之に反し主法にして助法に非ず。尤も諸國の現行破産法を取て其規定を審査すれば所謂權利義務を確認する主法の特質を有する規定なきに非されども其大體は手續に關する規定にして其往々權利義務を確認する規定を發見するも是れ唯便宜上之を破産法中に編入せしに過ぎず。故に之か爲めに破産法全體の性質を變す可きに非ず。既に破産法は主として助法の規定より成るものとせば之を主として主法の規定より成

る商法中に編入するの其處を得ざるや知るべきなり。

破産法を商法の一部と爲す可からざるは明白なるも法典の編制上民法に屬すべきものなるやと云ふに前既に論じたる理由に依りて其不可なるを知る。故に單行法として發布するか又は民事訴訟法の附屬法とするか若くは商法附帶の法律とするか孰れか其一を擇はざる可からず。若し破産法は獨り商取引又は商人にのみ適用すべきものとするの主義を採らば商法の附屬法とするも敢て不可なるなし。又若し商人非商人商取引民事取引を問はず凡て之を適用するの主義を採らば或は民事訴訟法の附屬法とするも敢て非議すべきものに非ず。乍併英獨の如く單行法として之を發布するを以て上策と信す。

第五節 破産法の主義

破産法の主義とは諸國破産法の根據となれる所の主義を云ふ。其主義の異なるに依り自然其規定を異にするの結果を生ずるや勿論なり而して諸國破産法の基本となれる主義は分て左の二種とす。

第一 決算主義及び管濟主義

第二 普通法主義及び特別法主義

是なり

第一 決算主義とは破産者の現に有する財産を以て其負ふ所の債務の辨済に充て假令不足ありとも破産後は之を徴收せざるの主義なり。之に反して皆済主義とは破産者の現有財産は勿論將來資産を回復すれば其債務を辨済せしめ皆済に至らされは止まざるの主義なり。而して此皆済主義にも亦寛嚴の差あり。其嚴なるものは從來行はれし身代限規則の如く破産者本人のみならず其子孫に至るまで皆済の義務を負はしむるものにして。其寛なるものは佛國及び其他佛國法系諸國の破産法の如く破産者のみに將來皆済の義務を負はしむるものなり。英國の如きは此二主義を折衷して裁判所をして破産者の破産を招きし事情を審査せしめて或は全く其債務を破産處分と共に免除し或は尙ほ皆済の義務を負はしむ。此兩主義の當否は絶對的に論定するを得ざる者にして其國情に照して其孰れを採るべきかを決定せざる可からず。商業取引の頻繁にして人々信用を重んずる國に在ては決算主義を採り破産者をして將來爲すあるの地位を得せしむる

を可とす。乍併信用確立せず漫に取引を行ひ有罪破産に陥るを省みざる國に在ては皆済主義を採用して豫め債務者を警戒し置かざる可からず。其孰れの主義を採るにせよ我國の如く其債務を子孫にまで及ぼさしむるは策の得たるものにて非ず。

第二 特別法とは諸君の知らるゝ如く或る階級に屬する人又は或る事柄のみに適用すべき法律を云ひ。普通法とは一般に其社會の人々及び凡ての事柄に適用すべき法律を云ふ。而して破産法を以て特別法と爲す主義を採用する國と普通法と爲す主義を採用する國とあり。又特別法主義を採る國にても或る事柄のみに適用すべきものとする國と或る種類の人のみに限るものとする國との別あり。故に左の如き區別を爲すことを得。

(一) 特別法主義

(甲) 商人のみに破産法の適用を限るもの 佛國及び佛國法系諸國の法律は此主義を採り英國も近來迄は此主義なりし。

(乙) 商取引のみに破産法の適用を限るもの 是れ我商法の採る所の主義

なり。商法第九百七十八條に曰く「商を爲すに當り支拂を停止する者は(中略)破産者として宣告せらる」と。即ち我破産法は商人たる階級のみに限らず商を爲すに當り支拂を停止する者に適用するものなり。

(二) 普通法主義

此主義に依れば商人非商人を問はず商取引と民事取引とを論せず破産法を適用す。英米獨の三國は此主義を採用せり。

以上二主義中其孰れを採るべきやは絶對的に論決するを得ず。若し破産法にして其規定精密に過ぎ之を普通人に適用するに當り甚しく煩雜の手續を要するものならば之を普通法と爲し一般人民に必要なならざる手数を與ふるは不可なり。然れども其規定煩雜ならず普通人に不便を與ふるとなしとせば之を普通法とするも可なり。予の見る所を以てせば我國の如き事情の下に在ては破産法を特別法とするを以て其當を得たるものと信す。何となれば我國に於ては商業上の信用未だ十分に確立せざるか故に嚴密なる破産法を設けて取引を監監するに非ずんば之を小にしては其破産者と取引する者を害し之を大にしては一國の經濟を

紊亂するの患あり。又假令信用は確立し居るとするも商人に適當なる規定は非商人に取りても亦適當なりと云ふを得ず。例之商人は其取引重に信用約束より成立し且其取引先も甚だ多く外國若くは内國と雖も極めて遠隔なる地に住するものある可し。若し此場合に其取引先を連合して債權者の一團體と爲し其共同の利益に非されは破産者に對して如何なる處分をも爲すを得すと定め置かされは近傍に住する債權者を利して遠方に住する債權者を害するの結果を生せざるを得ず。乍併通常人に在ては債權者も少なく又甚だしく遠方に住するものも亦少なし。故に破産法の嚴密なる規定を用ひざるも債權者を害すること稀なり。去れば予は破産法を嚴密にして之を商人のみに適用するを以て可とす。我商法の如く商取引に破産法を適要する主義を採るときは實際上不都合を生ず。今左に其一二を揭説せん。

(第一) 商人は我商法に従ひ其商業部類の慣習に基て完全なる商業帳簿を整頓する責あり。若し之を怠りて破産したるときは過怠破産の刑を受く。故に商人か破産するに當ては多くは帳簿整頓し居るを以て財團の調査及び其配當を爲す爲

めに財産目録又は貸借対照表を調製すること容易なり。之に反して商人に非ずして商取引を爲し其際破産したるものあるときは破産手続を開始するも完全なる商業帳簿なきを以て調査に困難を覺ゆ。又假令帳簿ありと雖も法律上調製の義務なきものなれば記入の方法完全ならずして十分の用を爲さしむることあり。故に折角破産法手続を開始するも勞して功なきに至らん。

(第二) 商取引を爲す者にのみ破産法を適用する結果として其身は商人なるも民事取引を爲すに際して支拂を停止したる者は破産法の適用を受けざるものとなり。蓋し破産を爲すに至れる理由は其支拂停止の原因となりたる民事取引に限らず其人の營み居たる商業取引か其當を得ざるよりして民事取引に對する支拂を停止したる場合多し。然るに偶々支拂停止を爲したる取引か民事に屬するか爲めに其人は破産法の適用を受けずとすれば折角破産法を設けたる目的は毫も達すること能はざるに至らん。即ち奸商は其資産を失はんとするや故らに民事取引を以て支拂を停止し以て嚴密なる破産法の適用を免かれんとするに至るべし。

第六節 破産法と家資分産法

破産法を特別法として商取引にのみ適用を限りたる結果として民事取引に適用すへき家資分産法を設くるの必要を生ぜり。家資分産法は明治廿三年八月法律第六十九號を以て發布せられたり。破産法も家資分産法も共に債務を辨濟せざる所の債務者あるに當て其効用を顯はすものなり。故に其大體の性質に於ては相類似せり。只其適用の範圍と其他の點に於て少しく異なるのみ。其詳細に至ては後に説明すへき故に茲には只其區別の要領を一言せん。

二法の差異は破産法的首條商法第九百七十八條と家資分産法第一條とを比較するときは容易に之を知ることを得。商法第九百七十八條に商を爲すに當り支拂を停止する者は自己若くは債權者の申立に因り又は職權に依り裁判所の決定を以て破産者として宣告せらるゝとあり。而して家資分産法第一條には民事訴訟法の強制處分に依り義務を辨濟する資力なき債務者に對しては管轄裁判所は職權に依り又は申立に因り決定を以て家資分産者たる宣告を爲す可しとあり。今此二條を對照して發見する差異の點は三個なり。

第一 破産法は商取引を爲すに當て支拂を停止したる者に適用せらるるも雖も家資分産法は民事取引より生ずる義務を辨済すること能はざる者に非されば適用せられず

破産法は通常多數の債權者を有する商人が其支拂を停止するに當て債權者を保護し又破産者か二三の債權者の爲めに訴へらるゝことを防ぐ爲めに設けたるものなり。現行法は之を商人のみに限らずして商取引に限るの主義を探れり。故に破産法と家資分産法との適用の範圍は商取引と否とを以て區別せざる可からず。家資分産法適用の區域を見るに左の二種の人に限らる。

(イ) 商人に非ずして民事取引に基く債務を辨済し能はざる者
 (ロ) 商人なりと雖も民事取引より生ずる義務を辨済し能はざる者
 是なり。

第二 破産法は支拂停止あれば直ちに適用せらるるも家資分散法は義務を辨済する資力なき場合に非されは適用せられず

無資力とは債務が其資産に超ゆることを云ふ。支拂停止と無資力とは通常相伴

へり。資力なきか故に支拂を爲すを得ざるは常態なれども此二個の事實は必ずしも常に相伴ふものと云ふを得ず。資力ありと雖も支拂を爲すを得ざる場合あり又實際無資力にても支拂に差支なき場合あり。若し自己の資産を固定資本に注入し而して自己の負へる債務の支拂期限か到達したる場合に於て急に其固定資本を變して支拂ふべき金銭と爲すこと能はざる時は巨萬の財産を抱きて僅かの債務の爲めに支拂を停止することあり。是れ頗る怪むべきか如しと雖も商業社會の實際を看察し金融の如何を辨せは忽ち疑を解くを得へし。凡そ商人たるものは成る可く正金を所持することを避け常に之を事業に放下して利得を占むることを勉め或は貸金を爲して其利を取り或は商品を買入れて轉賣の利益を得んとするものなり。故に大家巨商と雖も其財産は正金なること實に稀にして多くは土地家作手形株券公債證書又は商品より成れり。且商人間の取引は重に信用約束より成立するを以て一方に向ては巨額の債權を有し他方に向ては更に巨額の債務を負ふことあり。若し此場合に自己の負へる債務は期限に達したる爲めに嚴に請求せられたるに當り自己の有する債權を取立つるの遑なく又他

に金融の途なきときは多額の債権を抱きながら支拂を停止するの不幸を見るに至らん。是れ破産法は資力の有無に拘はらず支拂の停止を以て適用の條件と爲したる所以なり

實際資力ありと雖も破産することあるか如く實際無資力者にして破産せざる場合多し。是れ商人なるものは資力以上の取引を爲す場合多き故なり。商人の信用か其取引者間に成立するときは何人も破産の申立を爲す者なく隨て破産處分を受くるの患なし。之に反して如何に資力あるも支拂約束を履行せざる時は直ちに破産處分を受くべし。

第三 破産法は支拂の停止あるや直ちに適用せらるべきものなるか家資分産法は強制執行の處分後に非されは適用せられざるものとす

破産法は活潑なる商業取引に適用すべきものなれば成る可く迅速に其作用を始め債務者をして詐欺の所爲を爲すの途なからしむ。之に反して家資分産法は強制執行の後に非されは之れを適用せず。故に民事取引より生ずる債権を有する者は其期限に至り債務を辨濟せざるも直ちに其債務者をして家資分産の宣告を

受けしむることを得ず。多くは屢々督促の後裁判所に訴へ確定判決を経る迄數多の日子を費し判決確定したる後支拂を爲さざるに於て始めて強制執行の處分に着手し得べく。而して其處分を爲すに際し債務者の無資力なること明白なるに至り茲に始めて家資分産の申立を爲すことを得。故に債権者たる者は家資分産の申立を爲すに當り強制執行處分の後辨濟の資力なきことを證明せざる可からず是れ民事取引債権者と商事取引債権者との權利保護に關する差異の點なり。家資分産法と破産法との類似の點を左に説明すべし

(第一) 破産の宣告も家資分産の宣告も共に之を公衆に周知せしめて債務者に對する債権を届出てしむ。家資分産法第三條に曰く「第一條の宣告は裁判所及び市町村の揭示場に揭示して之を公告すべし」と。茲に所謂第一條の宣告とは家資分産者たるの宣告を云ふ。又商法第九百八十一條に曰く「破産宣告は即時に裁判所の揭示場並に破産者の營業所に貼附し及び其地の新聞紙に載せて之を公告することを要す」と規定せり。此兩條を併せ考ふるに公告の方法に少しく差異あるを見るのみ。其届出てたる債権の處分に付ては後に説明せん。

(第二) 破産者家資分産者共に或る種類の権利を失ふ。家資分産法第四條第一項に曰く「家資分産者は其宣告を受けたる日より撰舉權及び被撰舉權を失ふ」と。而して商法第五十四條には破産者の行使するを禁せられたる種類の権利の種類を列記せり。曰く「破産宣告を受けたる債務者又は破産したる會社の無限責任社員は復權を得るに至るまで取引所に立入ること仲立人となり合名會社若くは合資會社の社員と爲り又は株式會社の取締役と爲ること清算人破産管財人若くは商事代人の職を執ること商業會議所の會員と爲ること其他商業上の榮譽職に就くことを得ず」と規定せり。今此兩條を對照するに破産者と家資分産者とは其喪失する權利に多少の差異あり。即ち家資分産者は當然撰舉權及び被撰舉權を失ふも其他の權利は特別法の明文あるに非ずんは之を享有す。之に反して破産者は第五十四條に列記する權利は之を失ふも其他の權利に至りては特別法に明文なき以上は之を失ふことなし。然れども從來發布せられたる特別法に於て身分限の宣告を受けたる者に種々の權利を行ふことを禁ずる明文あり。而して此等は分産者及び破産者に均しく適用すへきものなるか故に將來に於て此二者間に區別を

設けざる限りは従前の法律に所謂身分限者の喪失したる權利は家資分産者及び破産者共に之を失ふへきものとす。家資分産法第五條に曰く「商法及び本法施行以後に於て従前の法律中身分限の處分を受けたる者に對し公權の喪失を定めたる條項は破産又は家資分産の宣告を受けたる者に對し効力を有す」と。此條に所謂従前の法律の一二を擧ぐれば明治廿二年二月十一日法律第三號衆議院議員選舉法第十四條第二號及び明治十九年八月十一日發布法律第二號公證人規則第二十條第三號の如き是なり。

以上述べたる所に依れば家資分産者と破産者とは其失權の種類殆んど相同しきか如しと雖も分産者は破産者より幾分か寛大の處分を受くるものなり。即ち分産者は商法第五十四條に列記する諸種の權利を失はざることと是なり。是に於てか吾人は商取引にのみ破産法を適用するの一大弊害あることを發見す。何となれば破産に瀕する商人が民事取引に付て支拂を停止し家資分産法の適用を受け由て以て商法第五十四條の失權を免かれんとする者なきを保せされはなり」(第三) 家資分産者と破産者とは得權を得るの手續相同し。家資分産法第四條第

二項に曰く家資分産者の復権に付ては商法第千五十五條以下を準用すと。茲に所謂商法第千五十五條以下の規定は破産者の復権に關する手續を規定したるものなり。

第二章 破産宣告

第一節 破産の要件

商法第九百七十八條第一項の本文に曰く

商を爲すに當り支拂を停止したる者は(中略)破産者として宣告せらる

と。此要件を分て二と爲すことを得。(第一)商を爲すこと(第二)支拂を停止すること是なり。以下順次之を説明せん。

第一款 商

我商法の規定に依れば商を爲すに當り支拂を停止する者は破産者として宣告せらるゝか故に商とは何ぞやの問題を研究せざる可からず。我商法の用語に依れば商と商取引とは同一のことを指せり。商取引に一時の商取引と常時の商取引との區別あり。一時の商取引とは商人に非ざる者か時機に投して一時限り或る

商品の賣買を爲すと云ひ。常時の商取引とは商人か常業として營む所の取引を云ふ。而して商取引の何たるやは商法第四條及び第五條に其規定あり。即ち第四條には一般に商取引の定義を掲げ第五條に至り商法か商取引と看做す商取引の種類を列記せり。其細目に至ては此講義の範圍に屬せざるか故に茲に之を論せず。法文に唯商を爲すに當りとあり。然れども其意義は商取引より生ずる所の債權に關してとの意に外ならず。即ち商を爲して其結果たる債務の履行を爲さざるときは破産を宣告せらるゝと云ふに過ぎず。故に民事取引より生ずる債權は如何に巨額なるも之を支拂はざるか爲め破産の宣告を受くることなし。是れ草案の説明に依るも亦明なる所に於て我邦文草案説明下卷第八百二十八頁に此事を記せん。

第二款 支拂の停止

支拂の停止とは唯金銭の支拂を停止することのみを云ふか如きも立法者の意は決して斯く狹隘に其文字を用ゐたるに非ず。蓋し第九百七十八條に用ゐたる支拂なる語は義務の辨濟を意味せる稱逸語のツアールンク(Zahlung)を譯したる者に

して俗には之を金錢の支拂のみに用ゐるも之を法律語として用ゐるときは凡て義務の辨濟を意味せるものなり。尙ほ佛語のペイマン(Payment)なる語が俗には金錢の支拂を意味せるも法律語としては凡て義務の辨濟を意味せるか如し我既成民法は此ペイマンなる語を譯して義務の辨濟とせり。故に民法の語としては支拂なる語は金錢引渡履行の義務のみを意味し一般に義務の履行を指すときは之を辨濟と云ふべきか如しと雖も商法には別に此の如き區別を爲したるの痕跡あるを見ず。故に支拂なる語を以て只金錢義務の履行に限るの必要なし。只恨むらくは我商法編纂委員が獨逸文の原案を譯するに當り漫然之を支拂と譯したる結果として多少の疑を生せしめたるは立法者の爲めに甚だ取らざる所なり。法律か支拂の停止を以て破産の要件と爲し債務者の無資力と否とを問はざるは可成速かに破産法を適用せんと欲するか故なり。若し無資力を以て標準と爲さは破産手續を開始する前に債務者の財産を取調へて果して其借方は貸方に超過し居るやを觀察せざる可からず。乍併債務者の財産を取調ふるは手數と時日とを要するとにして其間債務者をして詐欺隱匿の行爲を爲すの餘地を存せしむ故

に支拂の停止と同時に破産手續を開始するものとせり。

凡そ人が負ふ所の債務には大小輕重の別あり。而して如何に少額の債務と雖も支拂を停止すれば直ちに破産を宣告して可なるや。此問題は裁判官が事情を斟酌して決すべきものにして支拂の停止は事實問題として研究すべきものなり。英國に於ては破産宣告の要件として破産行爲なるものを列擧し其行爲の一あるときは破産者として宣告すべきことを命せり。佛國商法第四百四十條にも亦此列記主義を採用したりしか千八百八十三年之を改正して義務辨濟の斷絶を以て破産の要件と爲し之を認定するは裁判官に一任したり。我商法も亦佛商法に倣ひたるものなり。乍併茲に注意を要するは支拂の停止なるものは必ずしも債權者に向て支拂を爲す能はざる旨を明言するを要せず閉店、失踪、財産隱匿及び詐欺の讓渡等の所爲あるときは支拂の停止ありと云ふを得。又凡ての債務を支拂はざるを必要とせず唯一の債務の支拂を怠りたるときは破産の宣告を爲すことあり。之に反して假令支拂を爲さざる旨を明言するも其事たるや元と一家の不幸疫病等に原因せしときは必ずしも破産を宣告すべきものに非ず。又其義務履行

を停止したるは権利の有無を争ふに出でたるときは素より支拂の停止と看做す
べきものに非ず。

第二節 破産の決定

第一款 破産事件の管轄

裁判所構成法第二十八條に依れば地方裁判所は破産に付て一般の管轄権を有せり。佛國其他特に商事裁判所を設くる國に於ては破産事件を管轄するは商事裁判所なり(佛國商法第四百四十條)。我法律は獨逸の區裁判所を以て破産管轄裁判所とするに倣はすして地方裁判所の管轄と爲したるは破産事件の關係か重大なるか故ならん。

地方裁判所は其數頗ふる多し。故に何れの地方裁判所を以て破産事件を管轄せしむべきか。此點に付ては明文なし。只第九百七十九條に支拂停止の届出は停止を爲したる本人の營業所又は住所の裁判所に届出つべしと規定しあるのみ。是に依て觀れば孰れの地方裁判所か破産事件を管轄すべきやは明なり。只法文には營業所又は住所とあるか故に營業所と住所とを異にしたる時は孰れの地に

て破産手續を開始すべきや疑はし。我商法には往々住所及び營業所と併記して此の如き疑を存せしむることあり。民法に依れば住所は通常其人の本籍地なり。乍併本籍地と生計の主要地と異なるときは生計の主要地を以て本籍地とす(人事編第二百六十二條第二百六十六條)。而して商人は營業所を以て生計の主要地とする場合多し。故に營業所と住所と一致する場合は通常なり。例之大坂に本籍地を有するも東京に營業所を有し生計を営むか如し。乍併實際の營業地と生計の主要地と異なる場合には孰れの地の裁判所へ破産の申立を爲すべきものなるや。商法第九百七十九條に依れば營業所又は住所と書下したるを以て營業所と住所と一致せざる場合には營業所を擇むべきか如く見ゆるも必ずしも斯く解釋するを要せざるなり。尤も立法者の意思は營業所を重んじたるか如し。一個人若くは會社にして多くの營業所を有するときは其主たる營業所を以て住所と看做すべし。佛國は此點に付て明文あり(佛國民法第二百十條)。我民事訴訟法第十四條第二項には公又は私の法人及び其資格に於て訴へらるゝことを得る會社其他の社團又は財團等の普通裁判籍は其所在地に因りて定まる此所在地は

別段の定めなき時は事務所々在地とす若し事務所なき時又は數所に於て事務を取扱ふ時は其首長又は事務擔當者の住所を以て事務所と看做すとあり。此規定に依れば會社の管轄は其事務所々在地の裁判所に屬す。事務所と營業所若くは住所とは同一なりや否やと云ふに或は同じきことあり又は然らざることあり。民事訴訟法にては事務所と云ひ商法にては營業所又は住所と云ふを以て多少の疑を生ず。予は商法にては破産管轄は其會社の普通裁判籍を有する地の地方裁判所に屬すと爲し其裁判所の孰れなるやは民事訴訟法の問題として商法には之を定めざるを以て可なりと信す。

會社に付ては主たる營業所を以て住所と看做すか故に營業所と住所とは通常一致す。只主たる營業所は孰れに在るやに付き疑を生ずる場合多し。民事訴訟法に依れば會社の首長又は事務擔當者の住所の地を以て主たる營業所と看做すか如し。

若し一人の債務者に對して數個所にて破産の申立あり。又數個所にて破産宣告を爲し別々に破産手續を行ふものとせば費用を要するは勿論同一の問題に付て

抵觸する裁判を生ずるか如き不都合あり。故に吾人は破産は一時に一あるべきものにして二あるべきものに非すと思ふ。從て數個の破産宣告か同時に一人に對して下りたるときは管轄を有せざる裁判所の決定を無効とせば可なり。而して裁判所自から其管轄を争はし裁判所構成法第十條に依り直近上級裁判所の決定を請ふべきものなり。佛國にては此點に付て明文あり(佛國民事訴訟法第三百六十三條)。直近上級裁判所とは同一控訴院管轄内に在る二個の地方裁判所か管轄を争ふときは其控訴院を云ひ又相異なる控訴院の区域内に在る地方裁判所なるときは大審院を云ふ。

第二款 破産の申請

破産は或は債務者自身の申請に依り或は債権者の申請に依り或は裁判所職權を以て之を宣告す。先づ茲には申請に因りて破産を宣告する場合を説明し次に職權に因る場合を説明せん。

第一項 債務者の申請

我商法は債務者自身をして支拂の停止を届出てしむ。是れ債務者自身の利益な

るのみならず債権者の利益なりとす。乍併破産者は支拂停止の事實を隠蔽するの恐れあるを以て之を防ぐか爲め支拂停止の届出を怠りたる者は商法第千五十一條に依り過怠破産の刑を科す。此刑は明治廿三年十月發布法律第一號に依りは二月以上四年以下の重禁錮なり(佛國商法第五百九十一條及び第五百十八條)。我商法第九百七十九條は支拂停止の届出に付き規定せり。左に之を略説すへし。

(甲) 支拂停止の届出を爲すべき人

這は債務者か一個人なると會社なるとに因りて差異あり。一個人の場合には停止を爲したる本人より届出つべきものなり。會社の場合は業務擔當人又は取締役役に於て届出つべきものとす。合名會社及び民事會社に在ては特に業務擔當人を定めざるときは各社員か業務擔當人なれば悉く此届出の權利を有し又義務を負へり。乍併業務擔當人を設くる會社に在ては其人より届出つべきものなり。若し數人の業務擔當人又は取締役あるときは連帶の責任を以て届出の義務を負ふ。會社解散の場合に於ては清算人を選任し清算の後會社の債務か其資産に超ゆることを發見したるときは直ちに破産手續を開始せざる可からず(商法第二百

五十三條第一項)。此事は破産法に明文なきも第九百七十九條中に清算人なる語あるを見れば解散後の會社の場合には清算人より支拂停止の届出を爲すべきものなり。

會社は自から刑罰を受くること能はざるか故に會社員にして届出の責任を怠りたる者に其刑を科するの必要あり。是れ第千五十二條に明文を設けたる所以なり。若し此明文なかりせば第千五十一條第五號は會社の場合には實際適用し能はざるの結果となるなり。

(乙) 届出の期限

此期限は支拂停止の日より五日なり。佛國にては元と三日とせしか後十五日と改め我商法草案は十日とせり。

(丙) 届出の場所

債務者の營業所又は住所を管轄する地方裁判所なることは既に前述せる所なり。

(丁) 届出の手續

書面にても又口述にても可なり。其届出に添ふべき書面は左の如し。

(第一) 貸借對照表 之に列擧すべき事物は資産の現況債務の明示を始めとし損益の概要を示し及び毎月一身上及び家事上の支出額なり。

(第二) 商業帳簿 之に付ては十年前までの帳簿を差出すべきや明文なし。然れども我商法第三十四條に依れば各商人は十箇年間商法帳簿保存の義務を負ふ。故に裁判所は十箇年以前の帳簿を提出せしむること能はず。

第二項 債權者の申請

債務者が支拂を停止するも其過失を蔽はんとして停止の届出を怠ることあり。是に於てか債權者に與ふるに破産申請を爲すの權を以てし其利益を保護するの必要あり。實際は債權者の申立に因て破産を宣告する場合最も多しとす。商法第九百七十八條には單に債權者の申立と規定せるが故に如何なる債權者と雖も破産を申立つることを得。且立法上より論すれば申請を爲す所の債權者は自己の利益を保護すると同時に債權者全體の利益に歸すべき處分を爲すものなるを以て債權額の多少を問はずして破産の申請を爲すことを許すべきものなり。而して其債權者は必ずしも商取引の債權者なるを要せず。佛國にては民事取引の

債權者は破産申請を爲すことを得すとの說あれども我現行法には此の如き解釋を正當とせず。

債權者が爲す破産の申請は如何なる事柄を記載すべきやは商法に明文なし。債務者の申請に付ては前述せし如く第九百七十九條に詳細なる規定あり。乍併實際は其申請に附屬して商取引に際して支拂を停止したることを信せしむべき證據を列記し置かざる可からざるものと信す。

第三款 職權に依る破産決定

債務者自から支拂停止を届出てす債權者も亦之を知らざるか若くは之を知るも遠方に居住するか爲め其手續を爲すを得ざるか又は債務者と共謀して故意に破産申請を爲さるる場合には裁判所は職權に依りて自から進んで破産を宣告す。乍併此事たるや所謂不告不理の原則に背くものなるを以て裁判所は職權を以て之を宣告するには至重の注意を要し公益に反するか若くは債權者共同の利益に關して黙止す可からざる場合に非ずんば職權を行はず。佛國にては統計に依るに破産百に付き六七十分は職權に依て宣告せられたるものなり。蓋し佛國破産法

は頗る嚴峻のものなれば債務者は勿論債権者も非常の場合に非されば破産の申請を爲さざるが故なり。

第四款 破産決定の性質

破産決定は支拂停止ありし事實を裁判所にて確認することにして破産決定も亦裁判所の判決の一なるも通常判決と異にして其決定を受けたる人のみに効力を止めず廣く第三者に對して其効力を及ぼすものなり。即ち破産決定ありし後に債務者と取引を爲したるものは破産の事實を知ると否とに拘はらず其取引を無効とせらる。此の如き効力を生ずるものなるを以て破産の決定は廣く之を世間に示して取引せんとするものを警戒す。其公示方法に付ては商法第九百八十一條に明文あり。後に説明すへし。

第五款 破産決定の事項

商法第九百八十條に破産決定に關する事項を列舉せり。其事項左の如し。

第一 支拂停止の日

支拂停止の日を知るは種々の點より其必要を見る。即ち此日の前後毎三十日間は所謂嫌疑期間にして其間に爲したる破産者の或る行爲は之を取引したる人の知ると否とに論なく財團に對しては無効なり(商法第九百九十條)。又此日の後の行爲も同一なり。

破産決定は支拂停止ありしことを確認し其停止の日の何日なりしやを定む。此日を定むるに當ては宜しく種々の事情を斟酌して誤なきことを勉めざる可からず。債務者が法律を遵守して自から破産の申立を爲したる場合は五日以内に其申立を爲すべきものなるを以て支拂停止の日と破産決定の日とは相去ること遠からず。乍併債権者の申立に因る場合は通常支拂停止の後時日を経過すること多し。何となれば實際支拂停止あるも債権者か之を知るは少しく後るか故なり。裁判所か職権を以て破産を宣告する場合の如きは停止の日と宣告の日とは相去ること更に遠かる可し。

破産決定を下す時には未だ支拂停止の日を確認することを得ざる場合あり。即ち破産決定を下し破産者の帳簿、信書等を調査して茲に始めて支拂停止の日を知り得べき場合存す。故に先づ破産を決定し支拂停止の後日其日を決定すべき旨

を言渡し置くものなり。佛國にては破産決定書に支拂停止の日を定めるときは法律上の擬制に因て決定書の日附を以て支拂停止の日とするの明文あり(佛國商法第四百四十二條)。我商法草案者も佛國法の如き意見を有すれども法文に依れば支拂停止の日は破産決定書に記載するが然らずんば後日決定すべき旨を記載することを要す。故に全く支拂停止の日に關して明文なき破産決定書は無効なりと考ふ。

第二 破産主任官の選定

我商法は破産事件を合議庭の地方裁判所に管轄せしめたり。而して其裁判所中の判事一人に命じて之を調査せしむ。其人を稱して破産主任官と云ふ。其權限は後に述ふべし。

第三 破産管財人の選定

破産管財人の性質其任命及び權限は後に説かん。此管財人は毫も裁判權を有せず只破産事件を管理するのみ。此點に於ては會社の清算人と能く類似せり。唯其異なる所は清算人は會社の資力ある場合には其財産を清算分割する任われども破産管財人は支拂を停止したる債務者の財産を管理するに在り。

第四 破産財團の保全に必要な命令

例之債務者の動産を封印し其身軀を監守するか如し。此事は後に保全處分のことを述ぶる際に説明せん。

第五 破産者の債務者又は財團に屬するものを占有する者に對する拂渡差押の命令

此命令は破産者に對して債務を負ふ人又は破産者の財産を占有する人に對し破産者に引渡若くは支拂を禁する場合に發するものなり。此事も亦破産の効力を述ぶるときに講述せん。

第六 債權届出の催告

破産者に對する債權は一定の期間に届出てしむ。其届出の期間は二ヶ月以上六ヶ月以下の範圍に於て裁判所之を決す。債務者が多くの債權者を有するか或は債權者が遠隔の地に在る場合には裁判所は長き届出期間を與ふるを必要とす。

第七 債權調査會の期日及び債權者集會の期日の指定

を言渡し置くものなり。佛國にては破産決定書に支拂停止の日を定めるときは法律上の擬制に因て決定書の日附を以て支拂停止の日とするの明文あり(佛國商法第四百四十二條)。我商法草案者も佛國法の如き意見を有すれども法文に依れば支拂停止の日は破産決定書に記載するか然らずんば後日決定すべき旨を記載することを要す。故に全く支拂停止の日に關して明文なき破産決定書は無効なりと考ふ。

第二 破産主任官の選定

我商法は破産事件を合議庭の地方裁判所に管轄せしめたり。而して其裁判所中の判事一人に命じて之を調査せしむ。其人を稱して破産主任官と云ふ。其権限は後に述ふへし。

第三 破産管財人の選定

破産管財人の性質其任命及び権限は後に説かん。此管財人は毫も裁判権を有せず只破産事件を管理するのみ。此點に於ては會社の清算人と能く類似せり。唯其異なる所は清算人は會社の資力ある場合には其財産を清算分割する任あれど

も破産管財人は支拂を停止したる債務者の財産を管理するに在り。

第四 破産財團の保全に必要な命令

例之債務者の動産を封印し其身軀を監守するか如し。此事は後に保全處分のことを述ふる際に説明せん。

第五 破産者の債務者又は財團に屬するものを占有する者に對する拂渡差押の命令

此命令は破産者に對して債務を負ふ人又は破産者の財産を占有する人に對し破産者に引渡若くは支拂を禁ずる場合に發するものなり。此事も亦破産の効力を述ふるときに講述せん。

第六 債權届出の催告

破産者に對する債權は一定の期間に届出てしむ。其届出の期間は二ヶ月以上六ヶ月以下の範圍に於て裁判所之を決す。債務者か多くの債權者を有するか或は債權者か遠隔の地に在る場合には裁判所は長き届出期間を與ふるを必要とす。

第七 債權調査會の期日及び債權者集會の期日の指定

債権調査會とは債権者の届出てたる債権は實際成立するも若し成立するものとせば財團より支拂ふべきものなるや否やを取調ふるか爲めに破産主任官の召集する會合なり。債権者集會とは債権者共同の意思を表するか爲め開くものにして其詳細なる説明は後に譲る。

第八 破産宣告の時日

破産宣告を申渡す日時を云ふ。此は別に詳述を要せず。

破産決定書は第九百八十條第二項に依れば檢事に送附すべきものなり。蓋し檢事は公益を保護する爲めに破産者に罰せらるべき所爲あるや否やを調査する權限を有するか故に決定書を送附して其調査を容易ならしむるものなり。

第六款 破産決定の公示及び執行

第一項 破産決定の公示

破産決定は前述せる如く第三者に對する効力を生ずべきものなるを以て第三者をして之を周知せしむるの必要あり。故に法律は必ず之を公告すべきことを命ず。商法第九百八十一條に曰く

破産決定は即時に裁判所の揭示場並に破産者の營業場に貼附し及び其地の新聞紙に載せて之を公告することを要す

と。此規定に依れば破産決定公告の方法は其時に付ては即時たるを要す。即時とは嚴格に之を解すれば破産決定の宣告ありしや否や之を公告せざるべからざるか如し。其場所に付ては左の三個の方法に依らざるべからず。

(一) 裁判所の揭示場

此揭示場とは裁判所の門前に設けたる揭示板を指す。

(二) 破産者の營業場

破産者營業場と住所を異にするときは住所に於ては破産決定書を貼附する必要なし。若し破産者數個の營業場を有するときは其各所に於て決定書を貼附すべきものなりや。此問題に對し佛蘭西にては商法第四百二十二條に明文を設け積極の答を爲す。我商法は單に破産者の營業場と謂ふを以て其主たる營業場を指すべきものなりや若くは各營業場を意味するものなるやは當局者の解釋に一任す。

(三) 其地の新聞紙に公告すること

商法第九百八十一條の行文に依れば其地の新聞紙と謂ふ。其なる言葉は破産宣告を代表したるものと解釋せらる。即ち破産宣告ありたる地方裁判所々在地の新聞紙に載せて之を公告すべきものなり。佛蘭西にては破産宣告の地及び破産者營業場の地の新聞紙に公告すべしと定む。公告すべき新聞紙の種類公告の日數等に付ては明文なきを以て當局者の判断に任ずるの外なし。佛蘭西には明かに會社の登記事項を公告する手續に準すと定む。我商法には會社の登記事項を公告する場合に付ては第十九條に詳細の規定あり。破産決定の公告に付ては詳細の明文なきを以て當局者は第十九條の規定に準して取扱を爲すものゝ如し。例之商法第九百八十一條には破産決定書を其地の新聞紙に公告することを要すとありて新聞紙なき場合を豫見せず。然るに商法第十九條には其地に新聞紙なきときは其公告の方法は司法大臣の定むる所に依ると規定したり。破産決定に付ても此規定を準用するを要する場合なしと謂ふべからず。公示方法は前に述べし如きものにして其ことを掌る者は別に第九百八十一條に

明文なし。然れども裁判所役員之に任すべきものなることを推知するを得。若し公示を怠りたる爲め第三者に損害を及ぼしたるときは其官吏は損害の責に任すべきや否やと謂ふに一般官吏の職務懈怠に對する責任論に關す。専ら行政法にて論すべき事柄なり。

第二項 破産決定の執行

破産決定は商法第九百七十八條第一項但書に依り即時抗告を爲すことを得べきものなり。抗告は諸君の知らるゝ如く上訴方法の一種なり。裁判所の裁判に對し上訴あるときは其裁判確定迄執行を停止するを通常とす。然れども上訴の一種たる抗告に對しては執行を停止せざるを通常とす。民事訴訟法第四百六十條第一項に抗告は此法律に於て別段の規定を設けたる場合に限り執行停止の効力を有すと規定せり。故に通常として執行を爲すべきものなり。然るに同條第二項及び第三項に依れば抗告裁判所及び抗告を爲したる裁判を下せる裁判所は抗告に付ての裁判ある迄執行中止を命ずることを得と定む。故に抗告ありとも裁判は執行し得るを通常とす。既に通常として執行を爲すことを得るとせば別に

商法に於て明文を設くるの必要なし。然るに我商法第九百八十一條末段に曰く其宣告は假執行を爲すことを得

と。此法文は民事訴訟法第六百四十條に認めたる原則を適用せしに過ぎず。故に商法に明文を特設する必要なきものなり。草按には假執行を爲すを要すと謂ふ命令的規定なりし。若し草按の如くなれば此條を設くる必要も之あるへし。現行法文と草按の法文とを比較するに草按の規定は實に商法に此條文を掲ぐる必要を説明するのみならず又破産決定の性質上最も適當なる規定なり。現行法の如くなれば裁判所は其意見に依り假執行を爲さしめざることを得。然れども破産決定は特別の必要あるか故に假執行を命令すへきものなり。若し速かに執行せされば破産者は其財産を隠匿し其債權者に有害なる行爲を爲すの餘裕を得へし。若し然るときは破産法の嚴格なる規定は全く其効用を失ふへし。通常は何れの場合にても裁判所は假執行を命すへしと雖も法律の規定として執行を命すると否とを定むる權限を裁判所に與ふるは頗る危險にして我破産法の如き其他の點に付き嚴重なる規定を設けたる精神と背馳するものと謂ふへし。

第七款 破産決定に對する上訴

破産決定は口頭辯論を経すして之を下すことを許せり。口頭辯論を経ざるか故に當事者より破産に關する詳細の事情を聞取るを得ざる憂あり。然れども破産は迅速の處分を要すへきものなるを以て此恐れあるか爲めに必ず口頭辯論を要すと定むるは破産法の精神に背くへし。されども口頭辯論を経すして急速に決定を下すものなるか故に其決定に誤謬なきを保せず。是を以て法律は明文を設けて破産決定に對し抗告することを許せり。商法第九百七十八條第一項但書に曰く

但此決定に對しては即時抗告を爲すことを得

と。抗告とは口頭辯論を経すして下したる裁判所の決定に對し上級裁判所に上訴する方法を云ふ。即時抗告は抗告の一種にして七日の不變期間内に起すへきものなり。商法施行條例第二十四條に依れば抗告の期間は決定の送達を受けたる翌日又は裁判の言渡を受けたる日の翌日より起算すへきものなり。破産決定に對しては抗告の外上訴の方法ありやと云ふに我商法に於ては決して之なし。

佛國にては控訴を許すとの法文あり。我民事訴訟法に依れば控訴は口頭辯論を必要とする権利上の争に付き下したる裁判即ち所謂判決に對して不服を申立つる方法なり而して破産を宣告する裁判は商法に明言する如く判決に非ずして決定なり。決定とは裁判の一種にして判決と同しく合議裁判所の場合には合議時より下すべきものなれども口頭辯論を要せずして下すものなり。既に民事訴訟法に依りて控訴は獨り判決に對して提起すべきものなること明かなる以上は判決に非ざる破産決定に對して控訴なしと云ふを得べし。

何人か抗告を提起し得べきやに付ては我商法は佛國法の如く明文を設けず。佛國にては利害關係人は何人にも破産宣告に對して上訴することを得とせり。我商法の解釋としては破産者として宣告せられたる者と之と取引したる者即ち破産宣告に依り利害を感じるものは抗告を爲すことを得へし。

支拂停止の日を破産決定書に定めずして後日更に決定を下して之を定むる場合あることは既に前述したり。此場合に其日時を定むる決定に對して抗告することを得るや否やと云ふに明文なきも解釋上抗告を爲し得べきものと思考す。何

となれば此日を定むる決定は新決定に非ずして最初の破産決定中の一事項なり。即ち前の決定中に定むべきことを便宜上後日に定めたるものなり。乍併後の決定に對する抗告の期日は前の決定より起算せずして後の決定のときより起算すべきものなり(第九百八十條第一號)。

第三章 破産の効果

破産は破産者の一身上及び財産上重大の効果を生ずるものにして其効果は多く破産宣告以後に及ぶべきものなり。乍併其以前に遡りて効力を生ずる場合あり。今左に我商法に規定せる破産の効果を順次に説明せん。

第一節 行爲の無効

破産宣告に因て破産者の行爲及び破産者と取引したる者の行爲は無効に歸す。又破産宣告前の行爲と雖も無効に歸する場合あり。左に之を分説せん。

第一 支拂停止前の行爲

(甲) 支拂停止前三十日内の行爲

商法第九百九十條に依れば支拂停止前三十日内に破産者の爲したる行爲にして

相手方加情を知ると否とに拘はらず當然無効と爲すべき行爲左の如し。

(一) 破産者の爲したる贈與其他の無償行爲又は之と同視すべき有償行爲
 贈與を無効とする理由は殆んど説明を要せず。即ち一般より云へば破産に瀕するに他人に財産を贈與するか如き餘裕あるべき理由なし。去れば自己の親族子弟朋友等に其動産不動産を贈與し置き其實後日に之を取戻して善後の策を講せんとする者少なからず。其他の無償行爲とは無償にて保證人と爲り又は報酬を得ずして手形を引受くるか如し。又之と同視すべき有償行爲とは自己の負ひたる債務に對し要約者の與ふる物品或は代價の僅少なる場合を云ふ。例之百圓の物品に對して千圓を支拂はんと約するか如し。此場合には九百圓を贈與したりと云ふを得へし。

(二) 期限に至らざる債務の支拂
 支拂停止前に期限に至りたる債務を支拂ふとは債務者の宜しく爲すべき行爲なるを以て假令之を支拂ひたる爲め後日期限の到達すべき債務の支拂に差支を生ずるとを豫知するを得るも之を猶豫するとを得ず。乍併未だ期限に達せ

ざる債務を支拂ふことは故なく優先權を興へて他の債權者を害するか故に我商法は之を無効とせり。

(三) 期限に至りたる債務の代物辨濟
 期限に達したる債務の辨濟は有効なるも其辨濟の單純ならざる場合即ち金錢に非ずして他の物品を以て之を辨濟するときは之を無効とす。例之千圓の債務に對して壹萬圓の家屋を代物として債權者に讓渡すか如き是なり。此場合には債權者は義務の目的物外の物を與ふるか故に他の債權者に損害を生せしむる恐れありて往々代物の價額が義務に超過することあり。而して其價額に超過することを調査するは實に容易の業に非ず。故に債務者は僥倖心を起して代物辨濟を爲し自己の財産を隠匿せんとする場合頗る多し。故に法律は始めより代物辨濟を無効とせり。

(四) 従來負擔したる債務の爲めに新に供したる擔保
 若し新に供したる擔保が有効なるときは其擔保品は破産財團より別除せられて其債權者獨り之が利益を得べきものなるか故に他の債權者を害すること

を俟たず。法律が新に供したる擔保を無効とする所以なり。

以上諸種の行爲を無効とする期間は之を嫌疑期間と稱す。何となれば此間に於て破産者は種々の方法に因て其財産を隠匿せんと計畫するか故なり。我商法は此期間を三十日と爲せども少しく長きに失するか如し。諸國の制度を見るに多くは十日なり。我商法草案も亦十日と定めたり。第九百九十條には右諸種の行爲は財團に對して當然無効とすどあり。故に其意は財團より其権利の履行を求むることを得ずることにして破産者に對しては有効なり。去れば後日相手方は右等の行爲が財團に對して無効たりし爲めに生ずる損害を賠償せしむることを得。

(乙) 凡ての支拂停止前の行爲

甲の場合に説明せる如き場合を除き其他の行爲例之通常の有償行爲即ち賣買の如きは素より有効なり。乍併前述したる四種の行爲に非ざるも債權者の申立に因りて無効とするを得る行爲あり。而して此場合に於ては其行爲の支拂停止前に起りしと否とを問はざるなり。商法第九百九十六條に曰く。

債務者が債權者に損害を加ふる目的を以て爲したる權利行爲は相手方が情を知りたるに限り其日附の如何を問はず之に對して異議を述ぶることを得とあり。此條に依れば異議を申立つるには二個の條件あるを要す。(一)は債權者に損害を加ふる目的を以て爲したる行爲なるを要し(二)は相手方が其情を知りたるを要す。此故障を述ふる權利は獨逸破産法第二十四條第一項にも之を認め居れり。我民法財産編第三百四十條以下にも之と類似せる規定あるを見る。乍併民法は商法に比して少しく寛なるを覺ゆ。民法に依れば債務者が其債權者を害することを知て自己の財産を減し又は自己の債務を増したるときは之を詐害の行爲と云ふ(民法財産編第三百四十條)。詐害行爲は債權者に於て異議を述べ以て廢罷訴權を行ふことを得。乍併其行爲が有償なるときは債務者と取引したる者が通謀せしことを證明せざる可からず。商法にては相手方が情を知り居れば即ち足れり。通謀は證明し難しと雖も情を知れりとのことは之を證明し易し。去れば商法は民法に比すれば債權者には利益にして債務者及び之と取引したる者には不利益なり。是れ予が民法は商法よりも寛なりと云へる所以なり。而し

て此變則を商法に設けたる所以は商取引の債權者を保護するの主意に出てたるものならん。

獨逸破産法第二十四條第一項には支拂停止決定の前年中破産者か其配偶者又は近親に爲したる有償契約は債權者に害を加ふべきときには當然故障を述ぶるを得とあり。此規定は破産者の債權者を害する行爲を豫防する効力あるも爲めに家族の利益に於て爲したる正當の處分にして偶然破産の前年になりたるか爲めに故障を爲し得るの結果を生すべし。我商法の之に倣はさりしは至當なり。故障を申立つるを得る期間は破産法に明文なし。獨逸破産法は破産宣告後一ヶ年を経れば故障を申立つることを得すと定めたり。我民法に依れば廢罷訴權は詐害行爲のありたるときより三十ヶ年にして時効に罹り若し債權者か詐害行爲を覺知したるときは其覺知のときより二ヶ年にして消滅す。我破産法には明文なきを以て通常の商事時効六年を経れば故障を申立つることを得すと解釋するを得。草案の説明も亦然りとす。而して既成民法財産編第三百四十三條に依れば廢罷は詐害行爲に先立ち權利を取得したる債權者に非されは之を請求することを得ず然れども廢罷を行ひたるときは總債權者を利すとあり。其規定の當否は暫く之を措き我商法には絶對的に故障を述ぶるを得と定めあるを以て如何なる債權者と雖も故障を述べ得るものと解釋せざる可からず。

第二 支拂停止後の行爲

(甲) 支拂停止後なるも破産宣告前の行爲

商法第九百九十一條第一項に曰く

前條に掲けたるもの、外債務者か支拂停止後破産宣告前に財團の損害に於て爲したる總ての支拂及び權利行爲は相手方か支拂停止を知りたるときに限り財團の計算の爲め之に對して異議を述ぶることを得

とあり。此條に依れば異議を述ふるには左の二條件を要す

(イ) 支拂及び權利行爲は財團の損害に於て爲したることを要す

如何なる場合に財團に損害ありやの問題は各場合の情況に因て裁判官の判定すべきことなり。例之百圓に價する物を五十圓の物品と交換したる行爲は明かに財團に損害を加へたるものなり。乍併百圓の物品を百圓にて買ひたるは

財團に損害ありしや否やと云ふに遺は少しく疑なき能はずと雖も百圓に償する物品も之を百圓に賣却し能はざる場合多し。去れば百圓に償する物品を百圓にて買ひたる行爲も亦財團を害するものと云ふを得へきか如し。

商法第九百九十一條に所謂行爲は支拂停止前に在ては有効のものなるも支拂停止後なるを以て故障を述へ得るものなり。或は曰く此條と第九百九十六條とは正しく同一の事項を規定せるに非すやと。然れども第九百九十六條は其行爲が債權者を害する目的を以て爲されたるを要し第九百九十一條は此の如き目的の有無を問はず實際財團を害する結果あれば足れりとす。此の如き區別を設けたるは支拂停止の前後より生したる至當の區別なり。或る債權者に債務を支拂ふは支拂停止前に在ては正當の所爲なり。然れども支拂停止後に在ては財團を害するの支拂と云ふことを得へし。何となれば其支拂を爲したるか爲めに他の債權者の支拂を受くべき財團を減少すればなり。乍併支拂を受けたる債權者にして後にも説明する如く別除の權利を有するときは此結論を適用することを得ず。

(ロ) 相手方が支拂停止を知りたることを要す

相手方が支拂停止を知らざる場合には其人を害して他の債權者を利するは酷なるか如し。只停止を知りたるか爲めに他の債權者の故障を受け自己の取引を取消さるゝ結果を負はしむべきのみ。然れども第九百九十一條は民法に所謂詐害行爲の如く其相手方に於て債務者と通謀せる事實あるを要せず。是れ通常債權者と破産債權者との保護を異にする一點なり。

商法第九百九十一條第二項は手形に付て特別の規定を設けたるものなり。手形所持人が支拂停止を爲したる支拂人より情を知て手形の支拂を得たるときは第九百九十一條第一項に依れば破産債權者より異議を申立られ其手形の金額を財團に返還せざる可からず。若し其返還を要すべき事情が支拂を請求する當時に起りたるときは所持人は前の裏書人若くは振出人に償還を求め得べきことは手形法上明白のことなり。然るに支拂期限を過ぎたる後故障を申立らるゝも拒證書の作成及び求償の通知を爲すべき時期を失ふを以て己れは手形金額を財團に拂戻し他に對しては償還を求むることを得ざるか故に所持人一個にて損失を受

け償還義務者は幸に其義務を免かるゝに至るならん。是れ頗ふる不當ならずや。即ち第九百九十一條第二項は此不當の結果を避くる爲めなり。曰く。

然れども手形を支拂ひたる場合に於ては爲替手形を振出し又は振出さしむる際支拂停止を知りたる振出人又は振出委託人より又約束手形に在ては裏出讓渡の際支拂停止を知りたる第一の裏書讓渡人より其支拂金額を償還することを要す

と。商法草案には第九百九十一條第二項に所謂支拂停止を知りたるとの形容詞なかりし。故に爲替手形の振出人振出委託人及び約束手形の第一裏書人は支拂停止を知ると否とに拘らず償還の義務を負へり。草案の此規定は獨逸破産法に倣ひしものにして償還責任を爲替手形の振出人並に約束手形の第一裏書人に負はしめたる所以は此等の人々は到底手形資金を供すべき地位に在るを以て支拂を受けたる所持人をして財團に拂戻さしむるよりも此等の人々をして財團に手形金額を拂はしむるの優れるに若かさることを認めたるものならん。獨逸破産法に依れば手形は非常に方式を重んずるものなるか故に一度手形の支拂を受け

たる所持人は支拂停止を知ると否とに拘はらず其手形金額を財團に拂戻すを要せざるものとす。

我商法第七百六十四條に依れば手形支拂人にして支拂を停止するも未だ破産の宣告を受けざる時は所持人に支拂ふの権利あり。又既に引受を爲したる場合には支拂ふべき義務ありて手形所持人の支拂停止の事實を知ると否とに關係なし。故に破産法に於ても此の如き支拂に付ては他の債権者をして異議を述ぶることを得せしめず。唯支拂停止を知りたる爲替手形の振出人振出委託人及び約束手形の第一裏書人をして償還せしめ所持人は其受取りたる支拂金額を財團に拂戻すに及はざるものなりとせり。蓋し手形の方式的なる性質を貫徹せしむるの主旨を以て獨乙及び我破産法は此の如き規定を設けたるなり。

(乙) 破産宣告後の行爲

商法第九百八十五條第一項に曰く。

破産宣告に依り破産者は破産手續の繼續中自己の財産を占有し管理し及び處分する權利を失ふ

と。破産者をして自から其財産を占有管理及處分するを得せしめざるは破産手續の目的を達するか爲めなり。若し破産者の財産管理を許すに於ては之れ殆んど破産處分を破産者に委すると均しく破産者は債権者の利益を計らすして私利に着眼し或は財産を隠匿し或は少數の債権者に過分の配當を爲して多數の債権者を害するの恐れあり。是を以て法律は破産者に其治産を禁ずること恰も後見を附せられたる未成年者禁治産者の如し。然れども未成年者禁治産者の行爲は或は當然無効なるものあり又取消し得べきものあるに反し破産者の行爲の財産に關するものゝ如きは始めより當然無効とす。

第九百八十五條第一項の結果と看做すべき規定二あり。左に之を説明せん。

(イ) 破産者の爲し又は受けたる支拂及び其他の權利行爲は當然無効なり

商法第九百八十五條第二項に曰く。

破産宣告の日より以後は破産者の爲したる支拂其他總ての權利行爲及び破産者に爲したる支拂は當然無効とす

と。此規定に依れば相手方か破産宣告を知ると否とを問はず。蓋し破産宣告あり

るや即時に之を公告するを以て公衆は之を知れるものと推測す。

(ロ) 破産者は訴訟權を失ふ

商法第九百八十五條第三項に曰く。

破産者の動産不動産に關する訴及び執行は獨り管財人より又は管財人に對して之を起し又は繼續することを得

と。此法文に動産不動産に關する訴とあるは注意すべき一點なり。即ち破産者は財産權に關する訴を爲すを得ざるのみにして一身上に關する訴は尙ほ自から之を行ふことを得。例之離縁の訴の如し。乍併離縁の訴の結果か夫婦の財産上の關係に影響を及ぼすときは尙ほ財産に關する訴と云ふを得べきか如し。

(丙) 破産宣告若くは支拂停止の前後に拘はらざる行爲

支拂停止の後は破産宣告の前後を問はずして當然無効とすべき取引あり。即ち商法第九百九十六條に掲ぐるものなり。同條に依れば債務者か債権者に損害を加ふる目的を以て爲したる權利行爲は相手方か情を知りたるときに限り其日附の如何を問はず之に對して異議を述ぶることを得と。此の如き場合は民法の所

謂詐害行為に相當するものにして商法に明文なきも民法を適用し得る場合なり。

第二節 強制執行の停止

前述したる如く商法第九百八十五條第三項に破産者の動産不動産に關する訴及び執行は管財人に對して之を起し又は繼續することを得とあれども優先權を有する債權者に非されは強制執行を求むるを得ざるは第九百八十七條に依りて明なり曰く。

各個債權者は優先權の存するに非されは破産處分中破産者の財産に對し強制執行を爲すことを得ず

と。若し此規定なくして各債權者か別個に強制執行を爲すとを得は一の破産手續中に同一の債務者に對して許多の強制執行を行ふこととなる。隨て先きに判決を得たる人は先きに支拂を受くべきか故に破産手續を設けて平等に債權者を保護するの目的を達せんとせば一たび支拂ありたるものを拂戻さしめざる可からず。是れ頗る煩雜を増加するものなれば右の規定を設けたるなり。然れども此事は我民法債權擔保編第一條第二項に明文あるを以て民法實施の曉に至ら

は其必要なきものなり。何となれば債權擔保編第一條第二項には債務者の財産か總ての義務を辨濟するに足らざる場合に於ては其價額は債權の目的原因躰様の如何と日附の前後とに拘はらず其債權額の割合に應して之を各債權者に分與す但、其、債、權、者、の、間、に、優、先、の、正、當、な、る、原、因、あ、る、と、き、は、此、限、に、在、ら、ず、と、あ、れ、は、な、り。」又優先債權者と雖も悉く強制執行を爲し得るものに非ず。商法第九百八十六條に曰く。

破産者の營業の用に供する動産に對して不動産賃貸の爲めにする強制執行は三十日間之を猶豫す但賃貸人か其賃貸物を取戻す權利を有するときは此限に在らず

とあり。民法債權擔保編第四百七十七條第一項に依れば住宅倉庫其他の建物の賃貸人は賃借人の使用又は商工業の爲め此建物内に備へたる動産物に付き先取權を有せり。故に不動産の賃貸人にして賃貸の支拂に關して確定判決を得たる以上は商法第九百八十七條に依りて破産處分中と雖も強制執行を爲し得べき筈なるも之を許すときは破産者の營業用の物品を差押へて之を賣却するか爲めに違

に破産者の營業を停止し財團に損失を加へ隨て多數の債權者を害するものとなる。是れ此規定を設けたる所以なり。

次に前記の猶豫を與へざる場合あり。商法第九百八十六條の但書に曰く。

貸貸人か其貸貨物を取戻す權利を有するときは此限に在らず

と。此規定は例之倉庫を貸貸せし場合に期限經過して其倉庫を取戻し得る場合を指示せるものにして期限經過すれば貸貸借の關係消滅するか故に既に倉庫其物の明渡を要するものなれば營業品のみを對し強制執行を猶豫するも何の益なればなり。

第三節 權利登記の停止

商法第九百九十二條に曰く。

有効に取得したる抵當權其他合式の登記に因りて法律上効力を有す可き權利は支拂停止後に在ては其取得の時より十五日を過ぎざるに限り破産宣告の日まで登記を爲すことを得

と。此條に所謂抵當權とは民法債權擔保編第九十五條に依れば一の義務を他

の義務に先たちて辨濟する爲めに設くる不動産上の物權なり。其他合式の登記に因りて法律上効力を有す可き權利とは例之不動産賣買の類にして登記に因り始めて第三者に對して効力を生ずる者とす(明治十九年法律第一號登記法第六條)。而して支拂停止前に取引完結せるときは法律は詐害行爲の證明なき限は之を保護して支拂停止後に至るも尙ほ登記を爲すことを得せしむ。乍併左の場合には之を許さす。

第一 權利取得の日より十五日を經過したるとき

斯く長く登記を怠りたる場合には其取引は詐欺に出たりとの推定を下し得なければなり。

第二 破産宣告ありたるとき

此場合には前の推定をして一層強からしむるか故なり。

第四節 利息の停止

商法第九百八十九條の本文に曰く。

財團に對しては破産宣告の日より利息を生ずることを止む

と。此規定の理由に付き二説あり。第一説に依れば破産宣告の日より利息を停止するは債権者間に公平の配當を爲すか爲めなり。若し破産宣告後も利息を生ずるものなりとせば高利を約したる債権者は低利にて貸附けたる債権者若くは無利息の債権者を越へて配當を受くる結果を生ず。若し破産宣告と同時に利息を停止すれば其當時の債権額に應じて辨濟を受くるものなるか故に破産宣告に因りて一時支拂を止め決算を後日に延したるか爲め特に利を得るものなく又害を受くるものもなく均しく破産宣告の當時に存在せる債権に應じて配當を受くることを得と云ふに在り。又第二説に依れば利息を停止するは全く計算の便宜に基くものなり。若し破産宣告後に尙ほ利息を生ずるものとせば各債権の額は日々變動して配當を爲すに頗ふる困難を感ずるか故に一般に破産宣告の時より利息を停止するものなりと。此第二説を採る者は第一説を攻撃して曰く破産宣告の時より利息を止むれば公平を維持するか如くなるも元と利息の割合は當事者の任意に定めたるものにして高利にて貸すも或は低利若くは無利息にて貸すも之れ債権者の自から選擇せし所なり。合意に因りたる利率の差に因て其受く

る所の利息に多少の差を生ずるは自然の結果にして之に一任するも決して公平を失するものと云ふ可からず。又公平を失するとするも徒に公平を名として當事者の合意に因れる定方を變更するは債権者の権利を害するものなりと。

予は此利息の停止を公平若くは計算の便宜等に因て之を説明せず破産の法理上の結果として之を説明せんとす。抑も破産宣告なるものは破産者をして自から其負へる債務を支拂ふことを得せしめず債権者も亦單獨に其権利を行使することを得ざることもなりて債務者の財産は破産者の管理處分を脱して一の財團となり債権者の権利は其財團より配當を受くるものとなるなり。既に此の如く配當を受くるの権利となりたる以上は此権利に對して利息を生ずると云ふは解し難き所ならずや。是を以て財團の配當を要求するに非ずして財團を形成せざる債務者の財産即ち優先権の目的物より支拂を求むる債権に對しては破産宣告の後と雖も依然利息を生ずるものとせり。商法第九百八十九條但書は此理由を以て規定せられたるものなり。曰く

但抵當權質權其他の優先權を以て擔保せられたる債權は其擔保物の賣拂代金

に満つるまでを限として利息を生ずることを得

と。前述したる第二説の論者は此但書を設けたるは優先権ある場合は利息を生せしむるも計算に不便なきか故なりと云へり。乍併通常債権に付て生ずる計算の不便は優先権ある債権に付ても亦生ずるものなり。優先権ある場合には利息は其擔保物件の賣上額より引去ることを得るを以て計算に不便なく通常債権の利息は財團の賣上額より引去るか故に計算に不便ありとは解す可からざるの説明なり。且通常債権の場合にも利息を生せしむるか爲めに計算に非常の不便を來すとは之を信するを得ず。論者は日々債権の額に變動を生ずと云へども破産管財人が支拂を爲すべき日を定めしときは其日迄の利息を全額の債権に附するものとせば計算に於て頗る容易なるを覺ゆ。

商法第九百八十九條は財團に對しては利息を生ずることを止むとあるを以て破産者は一個人として尙ほ其利息を負擔すと解釋せらる。我破産法の如く破産を以て義務免責の原因とせざる以上は資産を回復し復権を得んとせば財團の配當にて不足せる債務の殘額を支拂はざる可からず。而して破産宣告のときより財

團の配當ありしとき迄の利息は又復権を得るに當り必ず支拂はざる可からざる債務に屬せり。

特權債権者か擔保物の賣拂代金より元利の皆濟を受けざるときは元金利息其孰れを先きにすべきやの問題あり。此點に付ては本法に明文なきも義務辨濟の通則に従て利息を先きにすべきこと明なり。

第五節 期限の到來

商法第九百八十八條第一項に曰く。

辨濟期限の未だ至らざる破産者の債務は破産宣告に依りて辨濟期限に至りたるものとす

と。債務の期限は當事者の合意に因て定めたる者にして専ら債務者の利益の爲めに設けたるものなり。然るに破産宣告ありたるときは此利益を失ふ者となる。是れ民法財産編第四百五條第一號にも規定せらるゝ所にして其の適用は民法中の各處に散見せり。例之無期年金を支拂ふべき者か破産したるときは元本を拂ふの義務を生ずるか如き財産取得編第九十三條是なり。此規定の理由を説明

する者は曰く抑も債務に期限を與ふるは債務者を信用するか故なり。然るに債務者が破産すれば従前債権者の與へたる信用は自から消滅すと云はざる可からず。何となれば期限に至らば辨濟するならんとの見込は破産の事實に因て其根據なきことを證すればなり。故に最初期限を與へたると同一の理由に依り破産の場合には期限を短縮するものなりと。此説は破産若くは顯然の無資力の場合に債務者をして其期限の利益を失はしむるに十分なるものと云ふを得ず。素より期限は債務者を信して與へたるものなれば之を信するの理由消滅したるときは期限は到來すと云ふを得るか如きも破産の場合に於ては更に一の理由ありて期限を短縮せざるを得ざるものとす。其理由とは何そや他なし。計算の便利を計るに在ること是なり。債務者の負擔せる義務は破産の當時に悉皆期限に到着し居るものと云ふを得ず。商人の債務に付ては其多分は期限未着のものなりと云ふも事實を誤まりたるものと云ふ可からず。此場合に其期限の到來を待て破産手續を終らんとせば徒に破産の手續を遷延し若し期限の到來を俟たずして破産手續を終了せんとせば期限未着の債権者は破産財團に加入するを得ずして期

限の到達せしときに至り債務者に請求するも既に全く無資産の状況に陥りたるときなれば其効なきなり。若し又破産手續を経るに當り期限未着の債権に對する配當を取除き置き各債権の期限到來を俟て支拂はんとせば其期限は區々なるを以て數年を経るも破産管財人の事務を終了せしめずして非常なる手數と費用とを要せしむ。故に破産宣告と同時に期限到來するものと定め速かに手續を完了せしむるものとす。

條件附債務は破産宣告に依り辨濟の義務を有するや否やと云ふに或は曰く我商法第九百八十八條に期限に付ては明文あるも條件に付ては何等の規定なし。蓋し期限と條件とは相異にして一は必ず到着す可きものなるも他の一は發生未必のものなり。法律は到着の確定せるものに明文を設くるも發生未必なる條件附の義務に就ては特に明文を設けずして條件附債務は財團に對して効力を及ぼす能はざるものと爲せしなりと。吾人は此説に服する能はず。期限なる語は必ずしも條件に對して用ゐしものと説明するの要なし。民法財産編には期限は條件と相對して用ゐれども其用法は現行破産法の採る所なりと推論するを得ず。

辨濟期限とは辨濟の時を云ふの意味にして其時たるや確定せるものにては或は然らざるものにては可なり。或は何月何日を以て辨濟の時と定め或は條件發生の時を辨濟の時と爲すか如し。只條件附債務に在りては辨濟の期限到着せりと云ふも元來條件の成就せしものに非ざるか故に條件の成就するや否やを決する迄は支拂を差控ふことを得へし。

商法第九百八十八條第二項は手形債務に付き規定せり。全項に曰く

爲替手形の引受人又は引受なき爲替手形の振出人又は約束手形の振出人が破産宣告を受けたるときは其償還義務に付ても前項の規定を適用す

と。爲替手形には引受人若し引受なき場合は振出人が主たる義務者なることは手形法にて明なり。主たる義務者が破産するときは其保證人たる償還義務者は直に償還の義務を盡さざる可らざるやと云ふに手形法に依れば償還義務なるものは手形が期限に至りたるにと支拂人に呈示せしむ拒絶せられたるとと求償の通知を爲したるとと三條件あるに非ずんば履行するに及ばざるを通例とす。商法第七百七十九條には引受人破産の場合を豫想して期限前の求償を許せり。故

に商法第九百八十八條第二項の規定は手形法と同一の規定を掲げたるものなり。唯手形法には十分なる擔保を供せざる時にはと言へる制限を付し破産法には其制限を示さざるの差別あるのみ。是れ破産法は只償還義務の期限到來せしことを規定し其義務は或る手續を盡されば履行するに及ばざるや否やに付ては少しも明言せず。其明言せざる點は手形法に於て定めたるものなり。若し此の如く解せずんば手形法と破産法とは牴觸せりと云ふ非難を免れざるべし。

破産法は償還義務の期限到來の場合を爲替手形の引受人引受なき爲替手形の振出人及び約束手形の振出人の破産の場合に限れり。故に其他の償還義務者が破産の爲めに其前者に償還義務の期限到來せざるや明なり。

爲替手形の引受人約束手形の振出人は主たる義務者なるか故に其破産は直ちに償還義務を到來せしむるは至當なりと雖も爲替手形の振出人破産の場合に直ちに償還義務を履行す可きものとせるは少しく穩當に非ざるやの疑あり。何となれば假令引受なきも支拂人なるものあるか故に支拂を求め拒絶せられたる時に始めて償還義務を履行す可しと定む可きに似たればなり。然れ共振出人にして

破産するときは債務を負ふ支拂人と雖も支拂を拒絶するは豫め期し得べき所なるを以て無用の手續を爲さしめずして所持人に求償權を與へたるものならん。

第六節 相殺の變例

商法第九百九十五條第一項に曰く

相殺の權利ある債權者は期限に至らざる債權又は金額未定の債權と雖も財團に對して其効用を致さしむることを得

と。元來相殺は一種の便宜法にして一には無用の手續を略し二には其相殺債權者を利するの目的に出づる義務消滅の一方法なり。乍去相殺の行はるゝには種の條件具備するを要す。民法財産編第五百二十條(民法修正案第五百四條参照)に依れば相殺の要件は左の如し。

- (一) 二個の債務は主たるものたることを要す
- (二) 相互に代替し得べきものたることを要す
- (三) 明確のものたることを要す
- (四) 要求し得べきものたることを要す

此四要件を具備するときは法律又は當事者明默の意思に因り其相殺を禁せざるときは當事者の不知にても法律上の相殺として當然行はる可きものにして破産法に明文を掲ぐるを要せず。唯第九百九十五條の規定あるか爲めに民法の四要件中其二を缺くも尙ほ法律上の相殺行はるゝの結果を生ず。即ち債務は期限に到らざるも(第一)又其金額は未定なるも(第二)相殺の効力を生ずるものとす。

此の如き變例を設けたる所以は相殺の關係を擔保の關係と同視したるか故なり。即ち金圓を貸與し物品を供給するものは前に其人に對し債務を負擔するか故に之を差引せんとする意思なることは通例なり。既に此事實を通例とせば債權者の豫想をして水泡に歸せしむるは法律の欲せざる所なるを以て債權者を保護するの目的に因り此規定を設けたるものなり。既に保護の目的に出づるか故に保護の理由存在せざる場合には決して相殺を許さず。第九百九十五條第二項に曰く

債權か支拂停止後に生し又は取得したるものなるときは支拂停止を知りたる

場合に限り相殺を許さず

と。支拂停止を知りて債権を取得したるときは相殺を爲さんとするの意思ありと云ふを得ず。何となれば債務者の財産なきことを知りつゝ、債権を取得せしむのなればなり。

第七節 契約の解除

商法第九百九十三條第一項に曰く

破産宣告の時に破産者及び其相手方の未だ履行せず又は履行を終らざる雙務契約は孰れの方よりも無賠償にて其解約を申入るゝことを得

と。破産宣告は前述の如く破産者の法律行為を禁する効力あり。故に未だ履行せざる契約は破産者自から之を履行し能はざるや明かなり。又破産管財人をして之を履行せしめんとするも既に財産の十分ならざる時なるか故に到底完全の履行を望むを得ず。民法財産編の通則に依れば双務契約に於ては一方か義務を履行せざるときは契約の解除を求むることを得(財産編第四百二十一條)。商法第九百九十三條は此通則の適用と見て可なり。左に此條に要する條件を説明せん。

第一 其契約は双務契約たることを要す

第二 其契約は双方共未だ履行に着手せず又は着手するも未だ履行を終らざるものなることを要す

双方共履行に着手せざる場合に契約を解除せしむるは双方に害を與へざるも既に一方に於て履行に着手せし時は幾分か損害を受くるなる可し。然るに孰れの方より解除を申込むも法律は賠償を要せずとせり。民法の通則に依れば一方の不履行に因て他方より契約の解除を申込むときは損害を要求し得へし。乍去商法は例外を設けて賠償を要せずとするを以て債権者より破産者に對し解除を求むる場合には民法の通則に違はずと言ふことを得るも破産者より相手方に對し解除を申込むときは民法の例外と看做すことを得。何となれば履行し能はざる一方か何等の賠償をも爲さずして自己の義務の解除を求め得ざるは民法の通則なればなり。

双務契約に於て一方の義務不履行を原因として他の一方に契約解除の権あるものとすは民法財産編第四百二十一條に明言する所なり。而して既に解除すと言はし契約なかりし以前の狀態に回復せしめざる可からず。乍去破産の場合に

は解除を請求せし一方の利益を減殺するも債権者全躰の便利を計らざる可からず。是れ第九百九十四條の規定ある所以なり。該條に曰く

契約者の一方の義務不履行の爲め他の一方に於て契約を解除する権利又は既に給付したる物を取戻す権利は財團に對して之を行ふことを得ず

と。此規定は民法の契約解除の効果に變例を設けたるものなるか法理上説明し易き法文なり。契約を履行して既に交付す可き物件を破産者に渡したるときは其物件は破産者の所有に歸するを以て之を取戻すの権利は物權に非ずして債權なりと云はざる可からず。既に債權なりとせば獨り財團に對してのみ之を請求し得べく交付せし物件は之を取戻すことを得ざるなり。

商法第九百九十三條第二項は解除の豫告を要する契約に付き規定せり。曰く
貸借契約又は雇傭契約に在ては解約申入の期間に付き協議調はさるときは法律上又は習慣上の豫告期間を遵守す可し

と。貸借契約(民法財産編第四百五條乃至第五百十二條民法修正案第六百條乃至第六百廿一條)及び雇傭契約(民法財産取得編第二百六十條乃至第二百六十一

條民法修正案第六百二十二條乃至第六百三十條)に付ては契約者の便宜を計り法律は豫告期間を設けり。此豫告期間は當事者の合意を以て伸縮するを得るも協議相整はさるときは法定の期間に依るべきものなり。此點に付ては現行法には明文なきを以て第九百九十三條第二項に所謂法律上の期間は今日に於ては裁判所の認めし期間と解釋するの外なきなり。

第八節 特種權利の喪失

商法第五十四條に曰く

破産宣告を受けたる債務者又は破産したる會社の無限責任社員は復權を得るに至るまでは取引所に立入ること仲立人と爲り合名會社若くは合資會社の社員と爲り又は株式會社の取締役と爲ること清算人破産管財人若くは商事代理人の職を執ること商業會議所の會員と爲ること其他商業上の榮譽職に就くことを得ず

と。此條に依り破産者の失ふ權利は左の如し。

第一 取引所に立入ることを得ず

取引所とは或る地域内に於て政府の認許せる有價證券又は其他の商品を取引する公の市場なり。現行取引所法に依れば取引所なるものは會員組織と株式組織とあり。此場合に取引所に立入るとは取引所の會員となり仲買人となるは勿論仲買人の代理人として取引所に立入る場合をも包含すと解釋す可し。然れども取引所の雇人となるか如きは取引所に立入るものと云ふを得ず。故に破産者は其雇人となるを妨げず。

第二 仲立人となることを得ず

仲立人とは他人の取引の媒介を爲す者を云ふ。我商法に依れば政府の免許を受けて營業を爲すものとす。乍併仲立に關する規定は未だ實施せられざるか故に現行法の所謂仲立人とは如何なるものなるやに付ては疑なき能はず。

第三 合名會社若くは合資會社の社員と爲り又は株式會社の取締役となることを得ず

此禁令を設けたる所以は信用を重んずる合名及び合資會社の社員又は株式會社の取締役とならしむることは既に信用を失墜せる破産者に不適當なるのみならず

す之を許すときは故らに破産を爲し債權者を害して不當の利益を得尙ほ商業社會に出入濶歩するの弊を生ずるか故なり。

第四 清算人破産管財人及び商事代人の職を執ることを得ず

會社の清算人及び破産管財人は他人の財産を管理するを以て其重なる職分と爲す。故に信用なく身元なき破産者をして之に關與せしむ可からず。茲に所謂商事代人とは如何なる人を指すや文字漠然たるも職を執ることを得すとあるを以て代人の事業を營業とすることを指すものと解釋す可し。例之會社の代理店を營むか如き或は銀行支店の支配人となるか如し。

第五 商業會議所の會員となることを得ず

英米等に於ては商業會議所は私設なれども我國に於ては佛國に倣ひて之を法律にて認め之に法人の資格を與へ又法律上の職分を命せり(明年廿三年九月發布法律第八十一號商業會議所條例)。例之商業上の事に關して官廳の諮問に應し或は自から進んで意見を建議するか如し。此の如き重要なる團躰なるか故に法律は信用を失墜したる破産者をして其會員たることを得せしめず。

第六 其他商業上の榮譽職に就くことを得ず

商業上の榮譽職とは如何なることを意味するや。法文には其他商業上の榮譽職とありて其前に商業會議所の會員となると云へる句あるを以て商業會議所の會員となるか如き榮譽職に就くことを得ざる主意なりと解釋せらる。若し此の如く解釋し得ば榮譽職とは通常の意義に従ひ報酬を受けざる職務を指したるものと見ゆ。例之商業組合の頭取肝煎若くは幹事等の如き是なり。

以上は我商法に明文を以て特に破産者に禁したる所のものなるか特別法に於ては尙ほ破産者に種々の事項を禁し居れり。商法は唯商事に關しての禁止を明言せしに過ぎずと知る可し。

前記種々の權利は破産者たるものか永久に之を失ふものに非ず。破産者にして復權を得たるときは悉く此等の權利を回復することを得。復權の條件手續は後に至り別に章を設けて説明すへし。

第四章 破産の種類

破産を分て二種とす。尋常破産及び有罪破産是なり。抑も破産者か支拂を停止

するに至るは種々の原因あり。或は不時の災厄に罹り取引の失敗を招きし爲めなるもあるへく或は自己の懈怠に因り商機を失し莫大の損失を招きたるもあるへく或は奢侈に耽り非常に財産を消費したるもあるへく或は故らに債權者を害せんとして財産を隠匿し破産處分を豫期して破産に因り却て利を得んと欲する者もあるへし。破産の事情にして恕すへきものは唯民事制裁を科するに止め其深く咎むへきものは刑事制裁を加へ本人を懲し兼ねて世人を戒むるを要す。此制裁の種類を標準として破産を分て二とす。左に之を説明せん。

第一節 尋常破産

尋常破産とは破産者か只民事制裁即ち前章に列擧したる諸種の制裁を受くるに止まるものとす。此種の破産者は前に説明せる如く寧ろ其情狀の憐むへきものに屬せり。乍併社會の信用を維持せんか爲め民事制裁を科して豫め取引上の注意を喚起し又破産後に債權者を害せざるの方法を設けざる可からず例之破産者の財産を差押へ又は其身躰を監守するか如し。

第二節 有罪破産

有罪破産とは破産者か民事制裁に加へて刑事制裁を蒙るべき破産を云ふ。之を分て二とす。曰く詐欺破産曰く過怠破産是なり。此二者の區別は其名稱より言はし破産の原因か詐欺に歸すべきものは詐欺破産にして過怠に歸す可きものは過怠破産なるか如きも過怠と見ゆるもの必ずしも過怠破産者と云ふを得ず。又詐欺の所爲あるもの悉く詐欺破産者に非ず。只商法の各明文に列記せる所爲ありたる者に限り或は過怠破産者となり若くは詐欺破産者となるなり

第一款 詐欺破産

詐欺破産とは商法第千五十條に掲ぐる所爲を行ひたる破産者の破産を云ふ。同條に曰く

破産宣告を受けたる債務者か支拂停止又は破産宣告の前後を問はず履行する意なき義務又は履行する能はざることを知りたる義務を負擔したるとき又は債權者に損害を被ふらしむるの意思を以て貸方財産の全部若くは一分を藏匿し轉匿し若くは脱漏し又は借方現額を過度に掲げ又は商業帳簿を毀滅し藏匿し若くは偽造變造したるときは詐欺破産の刑に處す

と。此條に依れば詐欺破産と看做すべきものは破産者に左の如き所爲ありたるときに限る。

第一 履行するの意思なき義務又は履行し能はざることを知りたる義務を負擔したるとき

此規定は必ず解釋上の困難を生ずるならん。例之既に世間の信用を失し且自己に財産なきに拘はらず不相應の負債を爲せし場合に此規定を適用すべきや否やは人に因て答を異にするか如し其履行するの意思の有無及び履行の能不能は各場合に付て事實を認定して決するの外なし。只成るべく之を寛に解釋せずんば各破産者は多くは詐欺破産に問はる可し。

第二 債權者に損害を被らしむるの意思を以て貸方財産の全部若くは一分を藏匿し轉匿し若くは脱漏したるとき

貸方財産とは凡て自己の權利に歸すべき財産を云ふ。故に其物權なると人權なるとは之を問はず。此規定は主として貸借對照表調製に關するものなり。

第三 前と同一の意思を以て借方の現額を過度に掲げたるるとき

例之債權者に損害を被ふらしむるの意思を以て千圓の負債を二千圓と記したるときは如し。

八四

第四 前と同一の意思を以て商業帳簿を毀滅し藏匿し若くは偽造變造したるとき

此規定を見るに商業帳簿とは自己の帳簿なるや若くは他人の帳簿を指すものなるや之を明言せず。過怠破産の原因中にも商業帳簿を藏匿し毀滅することを記載し詐欺破産の原因中にも同一の事柄を掲ぐるを見れば詐欺破産に所謂帳簿とは他人のものを指したるか如く解釋せらる。乍併他人の帳簿を毀滅し若くは藏匿することは殆んど爲し能はさることなれば立法者の意思は詐欺破産の場合には商業帳簿を偽造變造したる場合のみを見過怠破産の場合には之を毀滅し藏匿したる場合を見たるものならんと思はる。尤も現行法の法文上より之を見れば商業帳簿を毀滅し藏匿したることは詐欺破産の原因ともなり又同時に過怠破産の原因ともなるか如し。是れ頗る不都合なる規定なりと云はさる可からず。詐欺破産の刑は商法に規定なし。家資分産に關して非行ある場合には刑法第三

百八十八條及び第三百八十九條の規定あるも其名稱の異なるより之を破産の場合に援用するを得ず。蓋し刑法制定の當時には家資分産と破産とに區別なきを以て刑法に於て破産に關する規定を欠きしは當然なり。此の如き次第なるを以て我立法者は特別法を發して此欠點を補ひたり。即ち明治廿三年十月八日公布法律第一號是なり。同法に曰く

商法に従ひ破産の宣告を受けたる者有罪破産に係るときは左の區別に従ひ處斷す

(一) 詐欺破産を爲したる者は輕懲役に處す

(二) 過怠破産を爲したる者は二月以上四年以下の重禁錮に處す

と。右の如く欺詐破産の刑は輕懲役に於て刑法第廿二條に依れば其刑期は六年以上八年以下なり。故に家資分産者に科する刑罰に比すれば頗る重し。刑法は財産を藏匿し脱漏し又は虚偽の負債を増加したる家資分産者を二月以上四年以下の重禁錮に處し帳簿類を藏匿し毀棄し若くは破産決定の後債權者の一人若くは數人に其負債を私償して他債權者を害したる者は一月以上二年以下の重禁錮

に處するに過ぎず。去れば刑罰の輕重は措て問はず其罰する場合も破産に多くして家資分産に少なし。予は此の如き區別を設くるの必要を知るを得ず。何となれば家資分産と云ひ破産と云ひ決して此の如く刑罰を異にする程其咎む可き度に於て差別あるを見されはなり。

第二款 過怠破産

商法第五十一條に依れば過怠破産とは破産者か左の行爲の孰れか一を行ひし破産を云ふ。

(一) 法律に指定する原因に因り貸方財産を甚しく減少し又は過分の債務を負ひたるとき

茲に所謂法定原因とは左の如し。

甲 一身又は一家の過分なる費用

乙 博奕

丙 空取引

丁 不相應の射利

是なり。右の中不相應の射利とは自己の財産に相應せざる射利を指す。射利は商人の目的なるか故に唯之のみにては破産の原因とならず。即ち其射利は身代不相應にして世人の皆其目的を達し難しと看做すものならざる可からず。乍去不相應の程度如何に至ては各場合に於て裁判官の決定すべきものなり。

(二) 支拂停止を延はさんか爲め損失を生ずる取引を爲して支拂資料を調べたる時

例之注文の物品を調ふるか爲めに非常なる損失を爲して材料を買入れたるとき
の如し。

(三) 支拂停止を爲したる後支拂又は擔保を爲して或る債權者に利を與へ財團に損害を加へたる時

(四) 商業帳簿を秩序なく記載し藏匿し毀滅し又は全く記載せざる時

(五) 破産者か商法第三十二條に依り商業帳簿を整理せず或は第九百七十九條に依り支拂停止の届出を爲さず或は第千三條第三項に依り裁判所の命令に背きて住地を離れたるとき

過怠破産者に科する刑は明治廿三年十月法律第一百一號に依れば二月以上四年以下の重禁錮なりとす。

第三款 有罪破産の關係者

商法第五十二條に曰く

前二條の罰則は會社の業務擔當の任ある社員若くは取締役及び清算人にも之を適用し又第五十條の罰則は破産管財人及び有罪行爲を行ふ際犯者を助け又は有罪行爲を破産者の利益の爲めに行ひたる者にも之を適用す。會社は法人なるか故に罰金を除き他の刑に因り制裁を加ふること能はず。故に業務擔當社員若くは取締役之を適用す。破産管財人も亦破産者の有罪行爲を爲すことを見過し若くは之を補助したるときは同一の罰則を適用せらる。』商法第五十三條は債權者集會の議決を動かすか爲めに債權者に賄賂を與へたるとき之を與へたる者及び之を受けたる者を二年以下の重禁錮又は千圓以下の罰金に處することを定めたり。賄賂を爲す者は破産者自身なる可しと雖も時としては債權者たることあり或は第三者たることある可し。

第五章 破産機關

破産機關とは破産の目的を達するに必要なる手段となる者を稱す。之を分ち四とす。

- 第一 裁判所
- 第二 破産主任官
- 第三 檢事
- 第四 破産管財人

是なり。或は破産者及び破産債權者を以て破産機關中に算入すと雖も此等の人々は破産の當事者にして破産の手段と言ふよりも寧ろ破産目的の中の人なり。故に破産機關中に算入せず。

第一節 裁判所

干涉主義を採る國にても又放任主義に依れる國にても破産は多少公益に關するものと認むるを以て其干涉の度は異なりと雖も孰れも皆裁判所の指揮監督を受け居れり。我破産法の如きは干涉の程度最強のものにして英國の如く債權者若

くは破産管財人の請求を俟て始めて干渉するの比に非ず。故に裁判所の職務は破産處分の全牒に亘ると雖も其重要なるものを擧ぐれば左の如し。

- 一、破産宣告を爲すこと(第九百七十八條)
- 二、債務者に對し保全處分を爲すこと(第一千二條第一千三條)
- 三、管財人を選定すること(第八條及第九百八十條第二號)
- 四、債權届出の命令を發すること(第一千二十三條)
- 五、債權者集會の議決を認可すること(第一千三十七條)
- 六、協諧契約を認可すること(第一千四十條)
- 七、破産手續の終了を決定すること(第一千四十八條)
- 八、復權を認可すること(第一千五十六條第二項)
- 九、支拂猶豫を與ふること(第一千五十九條)
- 十、破産主任官の決定に對する異議を決すること(第一千三十九條第二項)

以上は裁判所か爲すべき行爲の重なるものにして其合議牒の決定に依るべきこと言を俟たず

第二節 破産主任官

我現行法は干渉主義を採用せし結果として破産のことは皆裁判所の指揮監督を仰く。然れども合議牒の裁判所は破産處分に關聯する繁雜の事務を一々處分するに堪へず。故に主任官を定めて大牒の事項は其決定に任す。此主任官は破産決定書中に定むべきものなり(商法第九百八十條第二號)。蓋し主任官の職務は裁判所と管財人との間に在りて管財人に托するには重きに過ぎ裁判所の決定を仰くには輕きに過ぐる處分を爲すものなり。其職務の概要は第九百八十三條前段にて盡せり。即ち破産手續を指揮し及び監督することなり。然れども指揮監督の細目に至りては各條文に依るべきものなり。其重なるもの左の如し。

- (一) 破産者の商業帳簿を認證すること(商法第一千五條第二項)
- (二) 破産者及び其家族に扶助料を與ふること(第一千七條)
- (三) 管財人二人以上あるときは事務分擔の割合を定むること(第一千十一條但書)
- (四) 不動産の賣却を認可すること(第一千十八條)
- (五) 債權者集會を召集し之を指揮すること(第一千三十五條)

破産主任官の命令は異議ある場合と雖も假執行を爲すことを得。蓋し破産處分は迅速を要するを以てなり。假執行を許す理由は破産宣告の假執行を許すと同し。

第三節 検事

検事は國家の公益を監視し保護する職分を有するを以て破産が民事の關係に止まる間は之に干渉せずと雖も其有罪破産の情况あるときは検事は告訴の手續を爲さざるべからず。而して有罪破産の有無を調査する爲め破産行爲か有罪と定まらざる前に破産に干渉するを要す。商法第九百八十四條に破産處分に關し検事の職權を定む。曰く

検事は職權を以て破産者の罰せらるべき所爲の有無を捜査し且此か爲め取引帳簿其他の書類の展閱を求むることを得

と。破産法中に規定ある検事の職權に屬すべき行爲は左の如し。

- (一) 第九百八十四條に規定する行爲
- (二) 破産者の財産目録の調製に立會ふこと(第千十四條末項)

- (三) 貸借對照表及び管財人の調製せる報告書を調査すること(第千十六條末項)
- (四) 破産主任官より有罪破産の行爲ありしことの通知を受くること(第千二十一條)

- (五) 復權の申立に付き意見を述べること(第千五十六條)

第四節 破産管財人

破産管財人は或は債權者の代人たり或は破産者の代人たり或は裁判所の代人たりと云ふ三説あり。破産法の規定に依り其孰れの説を可なりとするやを決せざるべからず。英吉利の如く債權者が管財人を選定する國に於ては債權者の代人と云ふ説を正當とすべし。然れども我國の如く破産管財人は裁判所の隨意に選定或は解任すべきものにして破産者若くは債權者に於て其任免に容喙するを得ざる國に於ては破産管財人は債權者若くは債務者の代人に非ずして裁判所に依りて選定せられたる一種の公吏なりと云ふを正當とす。

破産管財人は各裁判所管轄區に備ふる管財人名簿中より破産裁判所が各事件に付て選定すべきものなり。其名簿は司法大臣か其地方裁判所の意見を聽き地方

の需用に應じて命したる破産管財人を記したるものにして其地方裁判所之を調製すべきものなり(商法施行條例第三十五條)。破産管財人に命せられたる者は正當の理由あるに非ずんば之を辭することを得ず。又各事件に付き管財人に選定せられたる者も同じ(商法施行條例第三十六條第三十八條)。若し故なくして司法大臣の任命を辭し若くは裁判所の選定に應せざるときは罰金の制裁を受く(商法施行條例第四十四條)。此等の規定を見るも管財人が破産者若くは債權者の代理人と看做すへからざるを知るに足る。

破産管財人の人数は商法に定めず。破産決定書に於て裁判所隨意に其數を定むることを得(商法第九百八十條第二號)。又一度選定したる管財人を易へ若くは其數を増すは裁判所の權内に在り(商法第一千條)。管財人の任期は三年なり。然れども擔任事件局を結はざる内は期滿るも辭するを得ず(商法施行條例第三十七條第四十條)。破産裁判所は一度任したる管財人を解任することを得れども其解任は商法施行條例第四十二條に依り職務執行の不當又は不正の理由に基くを要す。且解任は理由を附して法廷にて言渡すことを要す。

管財人の用ゆべき注意の程度は通常代理人と同じ(商法第一千一條前段)。代理人の注意は商法第三百四十一條及び民法取得編第二百三十九條に規定する注意なり。即ち代理人は委任事件を行ふ際至重の注意を爲す義務あり。民法には善良なる管理人の注意を爲す責に任すと定む。此第一千一條の規定より推論して管財人は債權者若くは債務者の代人なりと云ふものあり然れども此法文を以て直ちに此の如き論據と爲すを得ず。此法文は只管管財人の注意の程度を定めたるものと解釋し得へし。若し管財人職務を行ふに際し至重の注意を爲さざる爲め債權者若くは債務者に損害を生したるときは賠償に任するは勿論なり。二人以上の管財人あるときは通則として共に非されは行爲するを得ず。是れ二人以上の管財人を置きし所以は一人にて專斷の所置を爲さしめざる爲めなればなり。然れども管財人を監督するの責を負ふ破産主任官か分擔を命せし事柄に付ては各自專斷にて處分することを得(第一千一條後段)。

管財人は公務として管財に従事するものなるを以て報酬を受くべきものなり。其報酬は第一に破産財團より支拂ふべし。蓋し管財人の勤勞に依り破産處分を

終結せしを以て債権者は自己の請求に先て管財人の勤勞に報ゆべき理なり。報酬の金額に至りては裁判所の定むる所に依る。或は一破産手續全体に對し額を定め或は收入せる財團の價額に應じ割合を以て之れを支拂ふ場合あり。其孰れにすべきやは裁判所之を定む。例之此破産事件に付ては管財人の報酬二百圓と定め若くは財團の配當額百分の一と定むるが如し(商法施行條例第四十三條)。管財人は破産處分に最も多く直接の關係を有するものなり。故に破産宣告あつてより其終結に至るまでの處分に付き管財人の關係せざるものなしと云ふも不可なし。今其爲すべき處分の重要なるものを左に掲ぐ。

- (一) 破産者の財産目録を調製し且之を占有すること(第千五條及第千十二條第一項)
- (二) 特權債権者の届出を受くること(第千六條第二項)
- (三) 破産者に宛てたる電信書狀其他送達物の交付を受け之を開封すること(第千六條第二項)
- (四) 破産者の貸借對照表を調製し報告書を調製すること(第千十六條第一項)

- (五) 債権を取立て且保全すること(第千十九條第一項)
 - (六) 破産者に罰すべき所爲あるときは主任官に届出つること(第千二十一條)
 - (七) 債権者集會に於て管財の状況を報告すること(第千三十七條)
 - (八) 財團の配當案を調製すること(第千四十六條)
 - (九) 配當案に異議なきとき若くは異議ありて落着きたるときは財團を分配すること(第千四十七條)
 - (十) 協賛契約成立の場合には直ちに管財事務を停止し計算を立つること(第千四十三條)
- 以上の所爲に付ては常に破産主任官の指揮監督を受くべきものなり。管財人の處分に對し異議あるときは主任官に申立て其決定を仰ぐべし。若し其決定に不服なれば裁判所に即時抗告を爲すことを得(第千九百三十八條)。

第六章 保全處分

保全處分とは破産財團を保全し債権者に配當するを得る爲め或は債務者の逃亡若くは其財産隠匿を豫防する處分を云ふ。破産宣告あるや破産者は其免れざる

を知りて財産を隠匿し甚しきに至りては失踪するに至る。是れ從來身代限の執行に際し屢々見る所の事實なり。此弊を防ぐ爲め必要に應じて或は破産者の監守を命し若くは財産を封印するが如し。

第一節 動産の封印

動産は破産者に於て破産後と雖も善意なる第三者に譲渡するときはその効あるを以て債権者は財團減少の害を受く。故に我商法は破産宣告書中に動産を封印すべきことを命令すへしと定む(第九百八十條第三號及第一千二條)。此封印を爲すへき人に付ては明文なし。故に通常財産差押に於ける如く執達吏をして封印せしむべし。破産者に於て封印を破毀するときは刑法第七十四條に問はるべきと論を俟たす。

封印は素より一時の處分なり。管財人の選定ありと雖も未だ破産者の財産を取調へ之を占有するまでは破産者に於て動産を處分する恐れあるを以て封印を命す。故に管財人相當の處分を終るときは其封印を解くべきものなり(第一千五條第一項)。

封印する必要なく若くは封印するは反て債権者の害となるべき動産は之を封印せずして管財人をして直ちに占有せしむ(第一千五條第二項)。封印せざる物は左の如し。

- (一) 財團に加ふへからざる物 例之勳賞印形等の如きものにして民事訴訟法第五百七條に列擧す(商法第一千五條第二項及第一千一條)
- (二) 即時に換價を要する物 例之腐敗し易き物品の如し
- (三) 封印に因り繼續利用を妨げらるる物 例之破産者の工場に使用する機械の如し

(四) 破産者の商業帳簿(第一千五條第三項)

- (五) 特に高價なる物 此等は封印を爲し置くも尙危険なるを以て即時に管財人に交付するが然らざれば裁判所に引取るなり

破産者の財産にして第三者の占有に屬する物例之質物として質債権者の手に存する物の如きは封印する必要なきを以て只其人に對し破産者に引渡すべからずと命令す、此命令は破産決定書に於てす、破産者に對して債務を負ふ者にも亦拂渡

差押命令を發す(第千六條第一項)。會社破産の場合には其社員中連帶無限責任を負ふ者の動産を封印す(第千二條第二項)。是れ會社財産不足の場合には社員自己の私産を以て責に任すへきか故なり(商法第百二條)。

株式會社破産の場合には只會社の動産のみに封印す。是れ株式會社に在りては其社員は自己の財産を以て會社の責任を負はざるが故に其財産を差押ゆる必要なきなり。

第三者に對し差押命令を發するときは其第三者が破産者の動産を占有する者なるときと破産者の債務者なる時とに因り其効力を異にす。動産を占有する場合には破産者に其動産を交付することを差止む(商法第千六條第一項民事訴訟法第五百六十六條及第五百六十七條)。破産者の債務者なる場合には其債務の辨濟を破産者に爲すことを差止む(商法第千六條第一項民事訴訟法第五百九十八條第一項)。

拂渡差押命令を受けたる者にして破産者に對し優先權を有するときは商法第千六條第二項に依り別除權を行はんと欲する旨を管財人に申出づべし。蓋し優先の債權者は破産處分中と雖も優先權を有する破産者の財産に對し強制執行を爲し得へきものなり(商法第九百八十七條及第九百九十七條)。故に此の如き債權者に對する拂渡差押命令は只其債權者をして別除權の施行を促すに過ぎざるべし。尤も優先權を行ひて擔保物賣却代金に殘餘あるときは財團に拂込むべきものなるを以て(商法第九百九十七條)其剩餘額に付ては拂渡差押命令は通常の債務者に對すると同一の効力あり。

別除權を有する債權者は管財人の請求に應じて擔保物の評價を爲さるへからず(商法第千六條第二項)。

商法第千二條第二項は合名會社若くは合資會社の場合に於ては債務者たる會社の財産を封印せずして只其連帶無限責任社員の財産のみを差押ゆるべき意義なるや。余は社員の財産を差押ゆると同時に會社の動産をも封印すべきものと考え。即ち第千二條第二項は會社の場合に於ては第一項の處分に附加すべきものにして之に代はるべきものに非ず。

第二節 破産者の監視

破産者の財産を差押ゆと雖も若し破産者にして封印破棄の結果を恐れざるるときは其効なきのみならず只財産を封するも破産者は失踪して處分に困難を生ずるとあるべし。故に其身躰を監守し他人との通信等を禁ずるの必要あり。監視の處分を分て三と爲す。(第一)信書の開封(第二)住居移轉の制限(第三)身躰の監守是なり。

第一 信書の開封

信書の秘密は憲法の擁護する所にして法律の明文に依らずんば之を犯すことを得ず(憲法第二十六條)。商法第六百六條第三項は憲法に所謂明文を設けて信書の秘密を犯す著しき一例なり。信書の開封を管財人に許す所以は破産者か他人と書面を往復して破産財團を害するの恐なき能はされはなり。既に財團保全の目的を以てする特別の處分なるが故に其信書にして財團に關係なきときは直ちに破産者に引渡すべし(商法第六百六條第三項後段)。

信書の送達は管財人に爲すべきものなれども發信者に於て其事を知らされは尙ほ破産者に宛て發送する恐れあり。故に法律は信書を送達する郵便電信局に對

し必要の命令を發するとを裁判所に許せり(商法第六百六條第四項)。

商法第六百六條第三項には電信書狀の外に其他の送達物を規定せり。其他の送達物とは書狀に非ざる郵便物其他通運會社の取扱ふ荷物類を指したるものなるべし。此等は假令封印しあると雖も破産者の財産若くは破産者の權利を有する物件なるべきを以て明文なしと雖も管財人は之を開封し占有するを得べし。何となれば破産者は破産手續中自己の財産を占有し管理するを得されはなり(商法第九百八十五條)。

第二 住居移轉の制限

憲法第二十二條に依れば臣民は法律の範圍内に於て住居及び移轉の自由を有す。破産者の如きは破産手續中管財人の請求に應じて財産の實況を述べ其他必要の補助を爲すべきものなるを以て遠隔の地に在るときは大に不都合を感ず。是を以て破産者は裁判所の許可を受くるに非されば其住地を離るゝことを得ずと定む。又裁判所の召喚に應せざる場合には引致せらるゝとあるべし。商法第一千三條第三項に依れば此引致權は裁判所之を有す。引致命令執行の方法は商法施行

條例第四十九條に依る可きものなり。

第三 身軀の監守

以上二個の場合に於て説明せし處分は未だ以て破産者を拘束し財團の安全を保護するに足らず。若し破産者にして有罪の形跡あり逃亡を企て財産を隠匿する恐あれば之に處するの法なかるへからず。従前は破産宣告と全時に破産者を勾留したるものなり。此勾留の制度は歐洲の或る國に於ては現に行はれ居るのみならず我商法は元と此制限を採用せり。然れども現行法は特定の場合に非ずんば監守を命せず(商法第一千三條第一項)。

監守の手續は商法施行條例第四十五條に依れば命令書を檢事に送付し檢事は債務者の住所の警察署に命し處分を爲さしむ。其處分の方法は次の如し。

- 一、警察官吏をして債務者の住所に就き逃亡若くは財産隠匿を豫防せしむ
 - 二、他人との通信面接を許さず
- 監守は其必要の存せざるときは直ちに之を解くべきものなり。其場合は素より裁判所の意見に依り定むべきものなれども法律に明文あるものは管財人か財産

目録を製し且財産を占有したる場合なり。然れども此場合にも尙ほ裁判所の決定を要す(商法第一千四條第一項)。其決定は檢事に送付して執行せしむ(商法施行條例第五十條)。

債務者を釋放すと雖も後日呼出に應じて出頭せざる恐あるときは擔保を供せしむ。此擔保は保證人を立て其保證人をして一定の金額を裁判所に納めしむるものなり。此點に付ては明文なしと雖も破産者自身の供する擔保はあり得へからざるを以て此の如く解釋す。只疑はしきは商法第一千四條第二項に取上げたる擔保は之を財團に歸せしむとあれども破産者に非ざる者の財産を財團に歸せしむる理なし。余は刑事に於ける保釋金の如く之を官沒するを可なりと思考す。

第七章 破産債權者

破産の宣告あるや破産者の債權者は皆共同にて其債權を行ふことを得るのみにして各自別々に破産者に對して其權利を行ふを得ず。然れども特別債權者は其擔保たる物件より辨濟を受くることを得るか故に他の債權者に拘はらず其權利の實行を爲すことを得。故に今茲に特別の債權者に付て説明するの必要あり。

特別債権者を別て二種とす。

第一 特權債権者

第二 特種債権者

是なり。以下節を設けて之を説明せん。

第一節 特權債権者

特權債権者とは別除權を有する債権者を云ひ。別除權とは破産者の財産より擔保物を引去り其物件の賣上高より債權の辨濟を受くる權を云ふ。之を別除權と名けたる所以は財團より別除したる財産を以て其權利の實行に充つることを得るか故なり。別除權の行はるゝは獨り債權の元金のみならず費用及び利息に及ぶ。是れ商法第九百九十七條に明言する所なり。若し擔保物の賣拂代金にして、費用、利息、元金の三者を支拂ふに足らずんば孰れを先きに支拂ふ可きや。商法第九百九十七條には費用、利息及び元金と書下すを以て其順序に従ふ可しと論ずる者あれども吾人は之を以て正當の見解と思惟せず。民法財産編第四百七十二條及び改正民法第四百九十一條に依れば辨濟の金額にして債務の全部を消滅せし

むるに足らざるときは順次に費用、利息及び元本に充當す可きものなりとす。是れ便宜上より生したる正當の規則にして唯第九百九十七條に書下したる順序に従ふ可しとの議論よりも正當の根據なり。蓋し費用は其元本を保存するに必要なるものにして、利息は元本を支拂はざる先きに支拂ふ可きものなるを以て假令同時に之を支拂ふと雖も若し支拂金にして不足なるときは必要なる費用及び先づ支拂ふ可き利息に充當するを正當とす。

遺産債権者及び受遺者の有する別除權に付ては商法第一千條に規定せり。破産者にして遺産を取得したるときは其遺産に對し債權を有する者及び遺産より支拂を受くべき受遺者は破産者の他の債権者と平等に辨濟を受くるの理ある可からず。何となれば破産者の他の債権者は破産者の遺産を取得せるに因り不時の利益を得るものにして遺産債権者及び受遺者は同時に豫想せざる損失を受くるものなれば法律は利益を得んとする者より寧ろ損失を受けんとする者を保護すればなり。然れども此別除權に付ては二個の條件を具備せざる可からず。

第一 破産者か支拂停止後に遺産を取得したること

第二 其遺産か遺産として現存すること又は遺産に属する金銭か未だ破産者に支拂はれざること
是なり。

第二節 特種債權者

特種債權者とは商法第千三十條乃至第千三十二條に規定せらるる債權者にして之を分て三種とす。

- 第一 保證人を有する債權者
 - 第二 連帶債務者を有する債權者
 - 第三 第千三十二條に依り保護せられたる債權者
- 是なり。以下順次に之を説明せん。

第一款 保證人を有する債權者

主たる債務者破産したる場合に債權者は破産財團に對し其權利を届出てたるに拘はらず保證人に對して全額の債權を主張することを得。是れ商法第千三十條に規定する所なり。茲に注意す可きは債權者と債務者との間に協諧契約成立す

と雖も保證人に對しては尙ほ債權の全額を主張し得ること是なり。草案者は此規定の理由を説明して左の如く云へり。

協諧契約は債權者過半數の承諾を以て成立するものなるか故に往々債權者の意思に反して其成立を見る場合あり。故に之あるか爲め債權者より保證人に對する權利を奪ふは不當なり。且保證人なるものは主たる債務者の辨濟し能はざる場合を豫想して立てしめたるものなれば主たる債務者か破産せる場合の如きは最も其必要を見るなり。然るに前述せし如く時として其意に反して成立したる協諧契約の結果保證人に對する權利を行ふ能はずとせば債權者の利益を害すること大なる可し。是れ此規定を設けたる所以なりと。草案者は其一を知て未だ其二を知らざるものなり。第一に草案者は協諧契約の性質を誤解せり。抑も協諧契約は破産者に對する債務を一部分免除したるものなり。即ち債權者は金千圓を受取るべき場合に三百圓を以て満足せんと承諾したるものなり。民法の通則に依れば保證は従たる債務にして主たる債務と始終を共にす可きものなれば主たる債務にして一部の免除を受くるときは従たる保證債務も亦其結果を受く

可きものなり。或は協賛契約か債権者の多数決に因て成立するを以て免除に非すと云ふ者あれども協賛契約成立の多数決に成ると否とは此問題に關係なし。假令自己の意思に非すとすも法律上多数決に服す可き場合には己れも亦明に承諾を與へしと同一の結果を甘受す可きものなり。况んや明に協賛契約に承諾を表したる者に於てをや。草案者の理由は協賛契約に同意せし債権者に適用する能はず且夫れ保證人は協賛契約の場合には破産財團に對して自己の支拂ひし金額を求償するを得ざるを以て他に對しては債務を支拂ふも財團に對しては賠償を求むるを得ざる不幸の地位に陥るへし。是れ民法の保證人に與へたる求償訴權を不當に奪ふものに非すや。或は破産者資産を回復したる後に保證人の請求する權利あるを見て保證人は決して損失するものに非すと云ふと雖も資産を回復したる後の事は此場合に採用することを得ず。破産處分は其時に於ける有様を以て論す可きものなりと思考す。

第二款 連帶債務者を有する債権者

連帶債務者は其性質上孰れの債務者も債権者に對して全額の辨濟を負擔するも

のなり。故に債権者は一人の破産したる場合に他の連帶債務者に對して債権全額を届出つることを得るは保證人の場合に於けるか如し。然れども既に破産財團より一部の辨濟を受けたるときは其殘額に對してのみ請求し得るは論を俟たず。破産せる連帶債務者と債権者との間に協賛契約の成立せる場合に於ても他の連帶債務者に對し債権全額を主張し得るは保證人の場合に於けると全く相同し。隨て前述せる非難は移して以て連帶義務の場合にも適用することを得へし。連帶債務者か債権者に對し辨濟せし場合に他の連帶債務者に向ひ償還を求むることを得るは第三十條の規定する所にして保證人の場合に付ても同一の規定あり。同條に然れども主たる債務者の爲めにする協賛契約の効果に従ふとあるは前に説明せし如く協賛契約の成立せる場合には求償を爲すことを得ず。又假令求償すと雖も既に債権者に於て協賛契約の結果として其債権に對する一部の支拂を得たるか故に連帶債務者及び保證人の請求は財團に對して施す可き餘地なきなり。此規定の理由は債務者をして協賛契約の利益を收めしむるに在ると明なれども爲めに辨濟せし連帶債務者及び保證人の迷惑を被ふる可きこと前

述せる所の如し。

是より共同債務者が同時に破産せし場合に付て説明す可し。

商法第千三十一條第一項に依れば債権者は二人以上の共同債務者が破産したるときは其各財團に對して債権の全額を届出つることを得。是れ蓋し共同債務者は各自全額の辨濟を負擔するものなれば其各財團に對して全額を届出つることを許し成るべく債権者に十分なる支拂を受けしめんとするに在り。斯く同時に各財團より配當を受くるを以て甲財團よりは乙財團が多額の配當を爲す場合ある可し。例之各財團に對し千圓を届出てたるに甲財團より六百圓を支拂ひ乙財團より四百圓を支拂ひしか如し。此場合に甲乙兩債務者の負擔平等なりと假定せば甲財團は乙財團よりも多額の支拂を爲せしを以て其餘分は乙財團に對し未償し得べきか如し。即ち乙財團は甲財團に向て百圓を支拂へば兩財團均一の負擔を爲すこととなる可し。然れども商法は財團の間に在ては未償するを得すと規定したり。是れ通常民法の規定と異なるか如し。此の如き規定を設けたる理由を按するに各財團の支拂額は異なりと雖も債権全額に對し其財團の支拂ひ得

る丈の額を支拂ひたるものなるを以て理論上其財團の負へる債務を盡したるものなり。故に若し其財團か他の財團の未償に應ず可きものとせば一の債務に對して二重の支拂を爲すこととなる可し。是れ財團間に未償するを得すと定めたる所以なり。然れども各債務者間に於て後日未償を爲すは差支なきものとす。債権者は各財團に對し全額を届出つるものなるか故に時としては各財團より得たる配當額を併せて債権全額に超ゆることあり。例之千圓の債権に對し甲財團よりは六百圓を得、乙財團より五百圓を得たるか如き場合に於ては債権者は百圓丈餘分の辨濟を受けたるものなれば之を返還せざる可からず。去れば其孰れの財團に對して返還す可きやは此際に起る問題なり。商法第千三十一條第二項後段に依れば此超過額は共同義務者中他の共同義務者に對して償還請求權を有する者の財團に歸す可きものなり。即ち此例に依れば甲財團に歸す。若し甲乙兩財團共に其負擔部分よりも多く支拂ひたるときは其餘分は各財團に返還す可きものなり。例之千圓の債権に對し甲財團は七百圓乙財團は六百圓を拂ひし場合には甲財團に二百圓乙財團に百圓を返還す可きか如し。

第三款 第一千三十二條に依り保護せられ たる債權者

商法第一千三十二條は三種の債權に對し特別の保護を與ふ。即ち左の如し。

第一 裁判費用、管理費用、其他破産手續上の費用。此等の諸費用は皆財團の保存に必要なものにして改正民法第三百六條第一號に所謂共益の費用に屬し、破産債權者に先ち辨濟を受く可きものなり。

第二 公の手数料及び諸税

第三 管財人が財團の爲めに負擔したる義務より生ずる債權。例之財團の爲めに一時借用せし金錢に對する債權の如し。

以上三種の債權は届出確定の規定に従ふを要せず通常の方法を以て財團の現額より支拂ふ可きものなり。茲に通常の方法と云ふは破産手續に依らすることにして要するに財團より優先に支拂を受くとの意義なり。

右三種の債權先取の順位は第一千三十二條の順序に依る可きものなるや草案者は法文の順序に依る可しと説明すれども平等に配當す可しと論ずるもの無きに非

す。余輩は此條に於て唯一二三と列記せずして順序を言顯はず第一第二第三なる語を以て列記せるに因り法文の順序に依て先取の順位を定むるを以て正當の解釋と信す。

破産手續上の費用と第一千三十三條に所謂破産手續に加はりたるに因りて債權者に生じたる費用とを區別せざる可からず。前者は破産手續に必要な費用にして一般債權者を利するものなれども、後者は各個債權者自から費す所のものなるか故に前者には先取權を與ふれども後者には財團に對して請求するを許さず。

第八章 債權の届出及び確定

第一節 債權の届出

債權の届出は破産決定の公告に因て催告せられたるものとす。蓋し破産の決定あるや債權者は集まつて一團體を爲し各自の運動を許さず。其債權は皆之を取纏めて一時に辨濟す可きものなるか故に一定の期間を定めて債權を届出せしむる必要あり。此届出は破産主任官に向て之を爲し。届出書には債權の證據となる可き書類又は其謄本を添付す可きものなり。其届出に必要な事項は第一千二

十三條第一項に規定せり。

第一 債權の合法の原因 例之賣掛代金、貸金預金と云へるか如し
第二 請求金額

第三 優先權あるときは其權利の明記 例之質權、抵當權等の如し。

此債權届出は書面を以てするも又は調書に筆記せしむるも可なり。但書面を以てする場合には必ず二通差出すことを要す(第千二十三條第三項)。且又債權者は自から破産裁判所々在地に在留する能はさるときは代人を定め置くを要す(同條第二項)。

債權届出の催告は公告に依る可きものなり。是れ破産者の債權者は誰なるや又何處に住するやは詳ならされはなり。然れども這は畢竟債權者の所在詳ならざるか爲め已むを得ず公告の方法に依りたるものなるを以て其所在明白なる場合には一々通知を爲すを以て債權者を保護する最良の方法と云ふ可し。故に此の如き場合には必ず裁判所より書面にて債權届出の催告を爲す可きものとす。乍併此催告の通知か債權者に達せざることあるも損害賠償の請求を爲すことを得

す(第千二十三條第四項)。

破産主任官に於て債權の届出書を受取りたるときは届出の順序に従て番號を附し表を製して之に記載す。之を稱して債權表と云ふ。債權表は通常二通を製し。其一には優先權ある債權のみを掲げ、他の一には通常の債權を掲ぐ。是れ優先權あると否とに因て其處分を異にするを以てなり。此債權表は裁判所に備へ置き公衆の展閱に供す可きものなり。是れ蓋し破産に關係せる者をして如何なる債權者あるやを知らしめ異議を申述へ其他自己の利益を保護する方法を與ふるか爲めなり。

債權届出書及び債權表は謄本を製して管財人に交付す可きものなり。是れ管財人は財團の管理上此等の書類を必要とするを以てなり。債權届出の期間は破産決定に於て之を定む可きものにして其期間は前述せし如く三ヶ月より短かかる可からず六ヶ月より長かる可からざるものとす(第九百八十條第五號)。此期間内に債權を届出てざる者は全く財團に對する權利を失ふ可きものなるやと云ふに決して然らず只幾分の制裁を受く。其第一は調査會の費

用を支拂はさる可からず(第千二十五條末項)。届出期間の満了後に届出てたる場合に二あり。債権調査會終了前に届出てたるものと、其後に届出てたるもの是なり。(一)の場合に於ては調査會に於て後れて届出てたる債権を調査すること付き異議の申立あるときに於てのみ新に調査會を開く可きものなるか故に其費用を負擔せさる可からず。又(二)の場合即ち調査會終了後に届出てたる場合には必要上新に調査會を開く可きを以て其費用を負擔せさる可からず。

債権届出を怠りたる債権者の受く可き第二の制裁は其届出前の配當に加入すること能はさること是なり。故に若し既に財團を配當し終りたる後に届出つるときは何等の配當を受くこと能はさるなり。此の如き規定を設けたる所以は若し再び配當を爲す可きものとせば一たび支拂ひし金銭を取立て更に支拂を爲すを要するか故に破産手續上非常の不便と滯滞とを惹起すを以てなり。

債権を正當時期に届出てさる者のみならず財團配當の時に未だ債権の確定せざるものは以後の確定に因て爲す可き財團の配當にのみ加はることを得。是れ商法第千二十九條の規定する所なれども頗ふる非議す可き所あり。抑も債権の確

定せざるは必ずしも其債権者の責に歸す可きものに非ず。或は他の債権者か濫りに異議を申述べたるか爲なる場合もある可し。然るに之を債権届出を怠りたるものと同視するは不當と云はさる可からず。乍併訴訟中の債権及び特別の期間を與へられたる在外國債権者に付ては特に以前の配當を爲すに當て其債権に相當する部分を留存し置くべきものとせり。茲に只訴訟中に在る債権者のみに此の如き特別の取扱を爲すは不公平なり。何となれば債権の確定せざるは單に異議を受けたるか爲めなるも或は進て訴訟を爲りたるも同一なりと云はさるを得されはなり。債権の届出及び調査の爲めに通常債権者よりも長き期間を與へられたる在外國債権者に以前の配當に加入する利益を與ふるは正當なり。何となれば彼等は別段の期間を與へられたるものにして通常の期間内に届出を爲すを得ざるは其過失に非されはなり。

第二節 債権の確定

債権届出ありたるときは之に對し配當するは通常の順序なり。乍併只届出のみにては債権の眞に成立せしものなるや其届出の詐欺に出でしに非ざるやを知る

こと能はず。殊に破産に際しては財産を隠匿せんと欲し破産者と通謀して虚偽の債権を設定する者少なからず。故に一定の方法を以て債権を確定して然る後配當するに非ずんば後日に至り一旦配當したるものを取消すか如きことなきを保せず。是れ債権の確定を要する所以にして此確定は承認又は判決に因て之を爲す。

第一款 承認

承認とは管財人及び債権者に於て其債権に對し異議を申立てざる時に債権を確定する方法なり。此異議を申立つるは調査會に於て爲す可きものなり。去れは茲に債権調査會の何者たるやを研究するの必要あり。

債権調査會は破産主任官之を招集す。其期日は債権届出の期間満了後十日乃至十五日以内に於て之を定む可きものとす。此會に出席す可き者は(第一)管財人(第二)債権者にして破産者も成るべく之を列席せしむるを要す。又債権者は代人をして參會せしむることを得。此會に於て異議を申立つ可き者は之を提出せざる可からず。破産主任官は成るべく調査の精密なるを要するを以て債権者に對し

ては取引帳簿若しくは其抜書の提出を命ずることを得。蓋し商業帳簿は商法第三十五條に規定する如く商人の一身に屬する所有物にして裁判官と雖も濫りに之を提出せしめ若しくは之を披閱するを得ず。然れども破産に際して債権を確定するには帳簿を調査する必要あるを以て法律は破産主任官に與ふるに此權を以てしたるなり。

破産者は調査會に出席すと雖も債権に對して異議を申立つることを得ず。是れ破産者は凡て其財團に關する事柄を舉げて管財人に委付したるものなるが故なり。管財人自己の債権に對する承認又は之に對する異議は破産主任官管財人に代て之を爲す可きものなり(第一千二十六條第三項)。

第二款 判決

異議を受けたる債権者か其債権を取消すときは事の落着を見ると雖も債権者にして飽くまで其債権を主張せば事實を取調へて判決を爲すの必要あり。此場合には破産裁判所は異議を申立てたる管財人若しくは債権者を原告とし異議を受けたる債権者を被告として取調を爲す可きものにして且必ず破産主任官の意見を

開くを要す。而して其訴訟手續は少しく通常のものとも異なれり。左に之を述べん。

第一 裁判管轄を異にす 裁判所は種々の原因に因て其管轄權を異にすと雖も破産の場合に於ける債權者に對する異議は其債權の種類金額に拘はらず破産裁判所之を管轄す可きものなり。

第二 通常訴訟手續に於ては共同訴訟と爲すに種々の要件あり。然るに破産債權者に對する異議は其債權の互に關係なきに拘はらず合併して判決を爲す。是れ便宜と迅速とを重んじたるものなり。

第三 欠席判決に對して故障を許さす 通常訴訟に於ては欠席判決を爲し及び其判決に對する故障に付きて種々の條件方法を設くれども破産者に對する債權確定の判決に付ては原被告兩造共出頭せざるも直ちに判決を下すことを得。且其判決に對して故障を許さす。是れ亦迅速と便宜とを重んじたるものなり。判決に對して控訴ありたるときは其債權は訴訟落着迄は確定せざるものなるか故に配當を爲すに際しては其割前を殘し置くものとす。

第九章 債權者集會

破産の宣告あるや債權者は各自個々の運動を爲すこと能はず。皆集まつて一團となり其利益を計らざる可からず。故に共同の利益を計畫處理するか爲めに相集まつて事を議するの必要あり。是に於てか法律は債權者集會なるものを設けて共同の利益を議する機關とせり。債權者集會は法律上必ず招集す可きものと破産主任官の職權に依り何時にても招集し得べきものとあり。假りに一を法定集會と云ひ、他を臨時集會と名けん。

第一 法定集會 法定集會は法律上必ず開くを要するものにして商法に規定せる場合に三あり。

(一) 破産決定書中に定めたる日に招集するもの(第九百八十條第六號) 此會を以て第一の債權者集會となす。商法第千三十八條第二項に依れば普通の調査會より四週日後に開く可きものたり。此集會は協賛契約の申出を爲す可き場合なり。

(二) 破産終局計算の報告を爲す爲めに招集するもの 財團の換價及び配當を

終りたるときは管財人は債権者集會を開きて終局の計算を爲す可きものなり。
 (三) 支拂猶豫の認否を決する爲めに招集するもの(第六十一條) 支拂猶豫の申出あるときは其當否に付き辯論を爲さしむ。此辯論は債権者集會に於て爲す可きものなり。支拂猶豫を認むるや否やは特に債権者に重大の關係を有するものなるを以て債権者を招集するに普通の公告方法を以てするも十分ならず。故に債権者各自に對し特に開會の通知を爲すを要す(第六十條第二項末段)。

第二 臨時集會 臨時集會は破産主任官の意見にて何時にても招集し得べき集會を云ふ。其招集の方法は會議の事項を明示する公告を以てす。而して此集會に列席し得べき者は次の三種の人なり。

- (一) 管財人
- (二) 債權の確定したる債權者 債權の未だ確定せざる債權者は其眞に債權者たるや否やを知ること能はざるを以て債權者集會に列するを得ず。
- (三) 第一千二十八條に依りて參加することを得べき債權者 債權者に對し異議

の申出あるときは成るべく債權者集會前に判決を爲す可きものなり。然れども集會前に判決することを得ざる場合若くは判決に對して控訴を爲すときは裁判所は異議を受けたる債權者か集會に加はることを得べきや否やを決定す。若し加はることを得へしとの決定を得たる者は債權の確定せざるに拘はらず集會に出席することを得るなり。

優先權を有する債權者は集會に加はることを得ず。何となれば此の如き債權者は財團より優先に支拂を受くるものなるを以て通常の債權者と其利益を争ふの必要なきを以てなり。然れども債權者にして其優先權を拋棄したる場合若くは債權の擔保たる質物若くは抵當不動産か債權を辨濟するに十分ならずと推測せらるるときは其不足の限度に於て集會に參加することを得るなり。其不足の程度に付き若し争あるときは裁判所之を決す可きものなり。

債權者は自から集會に出席するを要せず代理人を差出すことを得。是れ債權者悉皆破産者の所在地に住居するものに非ざるを以て遠方に住する債權者の利益を計りたるものなり。

債権者集會に於ける決議方法は商法第三十六條に規定せり。其決議は出席員の過半数にて其人々の有する債権額の過半数に依ることを要す。例之出席債権者三十人にして其債権額三万圓なるときは其集會の議決は十六人以上の同意を要し其十六人の債権は集めて一万五千圓以上たることを要す。

通常の決議方法は前述せしか如しと雖も協諧契約を承諾するには更に嚴格なる條件を要す。其條件二あり。

(一) 出席債権者の過半数の承諾あるを要す

(二) 其過半数は議決権ある總債権額の四分三以上に當ることを要す
是なり。

債権者集會に於て破産主任官は破産手續の進行に付て報告を爲し。管財人は管財の情況に付き報告を爲す。債権者集會は此等の報告を受けて或は之を認め或は他に其利益を保護する方法を議決す。其議決は裁判所の認可を経て確定するものとす。

第十章 破産の終局

一たび破産手續を開始したるときは以上に説明したるか如き種々の段階を経て財團を換價し其賣上高を債権者に配當するを以て終了とす。然れども破産手續の半にして之を中止する場合あり。即ち財團が破産の費用を償ふ能はざる場合及び協諧契約の成立したる場合はなり。去れば本章に於ては第一に其中止する場合を説明し。第二に破産が通常の進路を執りて終局する場合を説明す可し。

第一節 破産手續の中止

破産手續は非常の費用を要するものにして其費用は破産財團より支拂はざる可からず。若し破産財團にして費用を支拂ふに不足なること明白なる場合には破産手續を行ふと雖も債権者は一の利する所なく債務者も亦毫も益する所なきのみならず空しく破産者たるの汚名を被ふらざる可からず。是を以て財團が破産の費用を支拂ふに不足なる場合には其手續を中止す(第九百八十二條第一項)。此中止の事實は公告するを要す。蓋し破産宣告は如何なる場合に於ても即時に之を公告するものなるを以て債権者は破産手續の準備に着手するなる可し。故に速かに中止の公告を爲して債権者の準備をして徒勞に歸せしめざるを要す。

財團が破産費用を支拂ふて殘餘極めて僅少なるときは債権者の得る所は隨て少なかる可し。此の如き場合には財團の大部分は破産の費用に充てられ債権者は却て破産の利益を受くるを得ざるなり。此弊を憂ひて英國は千八百八十三年の法律を以て破産に大小の區別を設け。財團の總額三百鎊を超へざる場合を小破産とし、特に簡易の手續に依ることを許せり。

破産手續の中止あるときは破産者は破産なきと同一の地位を占む。即ち自から財團の管理を爲し自から訴訟の當事者と爲ることを得。債権者は各別に債務者に對して其債権を無限に行ふことを得へし(第九百八十二條第三項第千四十九條)。破産手續の中止は財團が破産手續の費用を償ふに足らざるか故に生ずるものなるを以て若し破産者の財産にして費用を償ふに足るとの證明あるときは債権者の申立に因り若くは職權を以て即時に其手續を再施す可きものなり。

第二節 協諧契約

第一款 協諧契約の性質

協諧契約とは債権者に其債権に對して一部分の辨濟を爲して破産手續を終了す

る方法を云ふ。其名は契約なりと雖も其實は然らず。蓋し契約なるものは當事者の意思の合致を要すと雖も協諧契約に在ては必ずしも債権者全員の合意を要せず法定の多數決に因て之を許せば直ちに成立するものなり。故に或は此契約を稱して壓制の示談なりと云へり。我商法には協諧契約と名くれども歐洲諸國の法律に於ては契約の名稱を付せず。佛國にてはコンコルダ(Concordat) 獨逸にてはアッコルド(Accord)と云ひ。英國にてはコムポジション(Composition)と云ふ。

破産處分は常に必ずしも債権者の利益に歸するものに非ず。例之前述せし如く財團の僅少なる場合には其大部分は手續の費用に取去られ債権者の得る所極めて少なく。而して債務者は破産者たるの汚名を受くるを以て將來一身を立つるに困難を感す可し。是れ債権者に利する所なくして債務者の受くる害は通常の破産の場合と毫も異ならず。此の如き場合に債権者と債務者との間に和解成立して債権者は債権一部の辨濟を受けて満足し債務者をして破産者たるの汚名を被ふらしめされは後日財産を回復する機會なきに非ず。然れども債権者の多數

なる場合には悉く和解を承諾せず獨り破産手續を繼續せんと請求する者あれば和解を承諾したるものは損失を受くることとなる可し。故に法律は一定の多數決あるときには強制して示談を爲さしむるものとす。然れども既に多數を以て少數を壓し示談の結果を受けしむ可きものなるを以て法律上十分の保護を與へされは少數の利益を害するに至る可し。故に協諧契約の成立には諸種の條件を必要とせり。次に其條件を説明す可し。

第二款 協諧契約の要件

協諧契約は破産者に取りては一の恩典なり。何となれば此契約に因り破産者は債務の一部を辨済して破産宣告前の地位を回復するを得ればなり。故に法律は破産者に咎む可き事情あらざる場合にのみ此契約を提供することを許せり。故に協諧契約の要件は或は破産者を監督する目的に出づるあり。或は多數の債権者の壓制を豫防するに出づるあり。今一々之を説明せん。

(一) 破産者は法律上の義務を履行したるものなるを要す
法律上の義務とは支拂停止の届出を爲し、管財人の請求に應じ破産手續を補助す

るか如き法律の明文にて破産者に命したる義務を云ふ。

(二) 有罪破産の宣告を受けず又其審問中に在らざるを要す

有罪破産者は多くは自から破産を招きたるものなり。此の如き者に協諧契約を提出することを許せば或は破産を奨励するか如き結果を生ず可し。佛國にては有罪破産の中に付き過怠破産を爲したる者には尙ほ協諧契約を申出づることを許せり。是れ過怠破産者は詐欺破産者に比して恕す可き所あるを以てなり。

(三) 協諧契約の申出を爲すには破産主任官の認可を受くることを要す
認可を要するは破産者か法律上の義務を盡せしや、有罪破産の嫌疑ありや否やを調査する便宜の爲めなり。

(四) 協諧契約の申出は第一の債権者集會に於てす可し
破産者をして破産手續の既に進行したる後に協諧契約を提出することを許せば手續の進行上に煩雜を來すの恐れあり。故に第一の集會に於て申出づ可しと命せり。第一の集會は普通の調査會より四週日後に開く可きものなり。正當の理由あれば第一集會の後にては協諧契約の申出を爲すことを得。例之協諧契約の

申出に對し破産主任官の認可を得ざりしときに抗告を爲し爲めに第一集會に提出するを得ざりし場合の如し。

(五) 協諧契約の提供は一回に限る

若し數回協諧契約を提供し得るとせば破産者は先づ成るべく自己に利益ある條件を以て協諧契約を提供し債權者の意向を窺ひたる後更に提供の修正を爲すか如き弊を生し爲めに破産手續を停滯せしむ。是れ此提供を一回に限りたる所以なり。

(六) 協諧契約の申立審は少なくとも第一債權者集會の二十日前に裁判所に差出さる可からず

(七) 債權者集會に於て法定の多數決を得ざる可からず

法定の多數は總債權額四分の三を有する出席債權者の過半数たるを要す。普通の議決は出席債權者の過半数にして其債權額の過半数は可なり。是れ協諧契約は通常債權者集會にて議決する事項よりも重大なるを以て特別の多數を要せしなり。此議決に對しては異議を申立つることを得るものとす。是れ蓋し賄賂

其他不正の方法に依て議決を得るか如き場合なきに非されは之を許せしものなり。而して異議を申立て得べき者は管財人議決権を有する債權者又は後に至り債權の確定したる債權者なり。

(八) 債權者集會の議決は裁判所の認可を要す

此認可は協諧契約提供に對する認可と同しく債權者集會に於ける議決が正當に爲されたるや否やを監督する方法なり。認可を與ふると否とは裁判所の裁斷に任す可きものなれども法律上認可を與ふ可からざる場合あり。第千四十一條の規定是なり。

(第一) 第千三十八條及び第千三十九條の規定を踐行せざるるとき 此兩條の規定とは以上に説明せし七條件に適せざることを云ふ。

(第二) 協諧契約に依り或る債權者か其承諾なくして偏頗の處置を受け損害を被ふるるとき

(第三) 協諧契約か詐欺其他不正の方法を以て成りたるるとき

(第四) 協諧契約か公益に觸るるとき 例之協諧契約を許すときは經濟上の恐

債を來す恐れある場合の如し。

第三款 協諧契約の効果

協諧契約の効果に付ては第四十三條に規定せり。協諧契約は債權者と破産者との間に信用あることを示すものなるを以て其成立と同時に破産者をして自から財産を管理處分せしむ。去れば管財人は其時より執務を罷め凡て破産者に引繼を爲し且從來の執務に付て正確なる計算を爲さざる可からず。時に或は債權者に於て協諧契約の履行せらるゝまで破産者をして其財産を管理處分せしむることを以て危険なりと思惟する場合なきに非ず。斯る場合には協諧契約に於て別に其方法を設くるを常とす。而して破産者に財産を管理處分せしむる場合と雖も破産主任官は其責任を以て協諧契約の履行を監督す可きものなり。

協諧契約成立する時は破産者は財産の管理處分を回復すと雖も破産の爲めに其身上に生ずる効果は尙ほ之を免るゝを得ず。即ち破産者は復權を得る迄は第五十四條に依り諸種の公權を喪失するものとす。

協諧契約成立するときには多くは破産者に於て債務の一部分の免除を得るものな

り。即ち破産者は協諧契約に定めたる債務の幾割かを支拂ふに因りて將來債權者に對し其殘餘を辨濟する義務を免る。此免除は民法に定むる免除と相類すれども實は其間に大差ありて之が實際上の効果も亦同しからざるものなり。民法の所謂債務の免除は贈與と相同し。故に債權者よりすれば純粹なる任意の行爲より出でざる可からず。然れども協諧契約中に含まるゝ免除は決して債權者全牀の任意の行爲なりと云ふを得ず。時有ては此免除は免除の議決に同意せざりし債權者並に初めより協諧契約其者を承諾せざりし少數債權者の意思に反しても亦有効に成立するものなり。又現に免除に同意せし債權者と雖も初めより債務者に贈與を爲すの意思あるに非ず。唯出費と手數とを避くるか爲め已むを得ずして協諧契約に同意し又隨て免除に賛成せし者もある可し。此の如く根本の差異あるに因り通常債務の免除と協諧契約中に包含せる債務の免除との區別は左の如し。

(甲) 通常の債務免除は全然其債務をして消滅せしむと雖も協諧契約の免除は免除後にも尙ほ債務者に自然義務を負はしむ。抑も自然義務の有無は一問題なれ

とも通常の義務と其實績に於て相異なるものゝ存するは明なり。之を不完全義務若くは自然義務と名くるものとせば破産者か協賛契約に因て免除を得たる後は此の如き義務を負ふと云ふことを得。通常債務免除の場合には義務は全く消滅せるを以て破産者か後に至り協賛契約に従て既に支拂ひし殘餘を支拂ふことあるも決して義務を履行したりと云ふを得ず。破産者は債權者に對して一の贈與を爲せりと云ふを以て其當を得たりとす。之に反して協賛契約に因て免除を得たるものは後日支拂を爲せりと雖も之を贈與なりと云ふを得ず。尙ほ其支拂たるを失はず。

時に或は一部の免除を與ふるに際し一の制限を付することあり。之を破産法の語に身代持直迄の附記と云ふ。此附記は二様に解釋せらる。其一は此附記の意義は破産者に尙ほ自然義務存するか故に身代を持直したるときは之を盡さる可からすと云ふに在り。若し此意義なりとせば此附記は無用なり。或は又此附記は殘額に對して民法上債務を負はしむるものなりと云ふ者あり。若し此の如く之を解せば免除は絶對的の免除に非すと云ふことを得。

(乙) 通常債務の免除は保證人をも免除するものなり。若し然らざれば保證人は債權者に辨償したる後債務者に追償を求む可きは必定なる可きを以て折角の免除も主たる債務者に取りては何の益をも爲さざる可し。之に反して協賛契約の場合に於ては債權者は債務の全額に付き保證人に係ることを得。其理由は毫も説明し難からず。抑も保證人を要する所以のものは専ら債務者の破産無資力と爲りし場合の爲めなり。去れば其豫想せし事柄の發生せるか爲めに其保證は消滅すと云ふは保證の目的に反せり。而して保證人は協賛契約に拘はらず尙ほ辨濟するの義務ありと雖も自から辨濟したる後主たる債務者の破産財團に對して追償を求むることを得ず。其現に支拂ひし額に對し又協賛契約に於て免除せられざりし部分に對しても均しく追償を求むるの權利なきなり。例之茲に千二百圓の債務を保證せりと假定し。破産者は協賛契約に因て七割五分の免除を得て只僅に二割五分を辨濟せりとせん。此場合に債權者は破産財團より三百圓を得て保證人より九百圓を辨償せしめたり。然れども保證人は債務者に對して此九百圓を請求するを得ず。若し之を請求し得るとせば債務者は免除の利益を失ふ

に至る可し。且保證人は其自から支拂ひし九百圓の二割五分即ち二百二十五圓をも請求すること能はざるなり。何となれば若し然かせずんば破産財團は一たひ千二百圓の債務に對して二割五分を支拂ひ後に復た九百圓の債務に對して支拂ふを以て併せて二千一百圓に對して辨濟す可きものとなるか故なり。以上の理由あるを以て保證人は自から債權者に支拂ふと雖も破産者に對して追償の途なしと云はざる可からず。保證人は破産者か復權を得んとするに際し辨濟を爲す場合を除きては其支拂ひし金銭を回復するの機會なきなり。

以上説明せしか如くなるを以て協諧契約の場合に損失を負担する者は保證人なり。果して然らば保證人をして協諧契約を許否する會議に於て發言せしむるを以て正當と爲す可如し。然れども保證人は自から辨濟を爲さざる以上は主たる債務者に對して債權者なりと云ふを得ず。故に協諧契約を許否する會議に債權者として出席するは不都合なり。且保證人にして債權者として財團に加入するものとせば一の債權に付て其額に倍する債權額の加入と爲るへし。去れば債權者集會に於て議決する權は保證人に屬せざるや明なり。若し保證人にして之に

加入せんと欲せば債務の全額を債權者に支拂ふ可し。左すれば債權者に代位するを以て集會に加入することを得へし。

第四款 協諧契約の消滅及び破産手續の再施

協諧契約成立したる後に破産者にして有罪破産の告訴を受くるときは協諧契約の實施を停止す。蓋し有罪破産者ならざることば協諧契約の一要件なるを以て要件を欠くの恐れあるときは暫く其實施を見合すは當然なり。若し有罪破産の宣告を受くるときは契約の消滅するは言を俟たず(第千四十二條)。

協諧契約の認可せられざる場合若くは消滅したる場合若くは契約を履行せざるか爲め解除せらるゝときは更に破産手續を施行す。此場合に於ては手續再施迄の間に債權を取得したる者も亦破産手續に参加することを得。是れ蓋し破産手續は一時協諧契約に因て中止したるものなるか故に之を再施するは第二の破産手續を始むるに均しきを以て再施迄の間に債權を取得したる者を加入せしむるものとす(第千四十四條)。

第三節 配當

破産手續の終局する通常の方法は配當なり。配當とは財團を換價したる代金を債權者に其債權額に應じて支拂ふを云ふ。配當を爲すには先づ財團を換價する必要あり。而して管財人は換價處分を爲す可きものなり。換價とは財團を賣却するものたること説明を要せずして明なり。故に配當を説くに先ち換價處分に付て畧述せん。

第一款 換價處分

管財人は財團の現狀を調査する爲めに財産目録及び貸借對照表を調製したる後は速に財團を現金と爲すに着手せざる可からず。財團を現金と爲すには財團の金錢に非ざるものを賣却するを要す。賣却の手續に付ては不動産と動産とに關して區別あり。不動産は破産主任官の認可を受くることを要するのみならず競賣手續に依らざる可からず。動産は競賣に附するを通常とすれども破産主任官の認可を受くるときは相對を以て賣却することを得。是れ動産を輕んじたる舊時の思想に基く區別と云はざる可からず。今日に於ては不動産よりも動産の價額比較的に大なる場合多し。例之十町の田畑を有する者より千株の株式を有

する者は遙かに富めるものなるか如し。去れば故らに動産不動産の區別を爲すの必要なし。競賣の手續は第千十八條第三項に依れば民事訴訟法の規定に依る可きものなり。故に茲に説明せざるを以て民事訴訟法強制執行の部を参照す可し。

債權は期限に達したるものと否らざるものとに因て其處分を異にす。期限に達したるものは破産管財人に於て即時に之を取立つることを得第千十九條第一項。期限の未だ達せざる債權は直ちに之を取立つるを得ざるを以て動産換價の規定に従ひ之を競賣に付せざる可からず。競買に因て權利を得たるものは破産者の權利を承繼す。

財團を金錢に換價したるときは直ちに之を供託所に供託せざる可からず。而して之を引出すには破産主任官の支拂命令あるを要す。是れ管財人をして金錢の出納を爲さしむるときは費消の恐れあるを以てなり。尤も破産手續中日々要する費用に付ては一々破産主任官の命令を受くるは煩に堪へざるを以て法律は破産主任官をして常用支出額を定めしめ其額に達する迄は正金を破産管財人の手

許に置くを要す(第千二十條)。

管財人は前述せる如く財團に屬する破産者の貸方を取立て破産者の權利を債務者其他の人に對して主張し且保全す可きものなるか故に苟も其權限の範圍に屬するものと看做すべき事項は管財人自から之を決行するを得へし。然れども商法第千十九條第二項に掲ぐる行爲は破産者の意見を聽き且破産主任官の認可を受くるに非されは管財人恣まに之を爲すことを得ず。

- 第一 訴訟を爲すこと
- 第二 和解契約又は仲裁契約を取結ぶこと
- 第三 質物を受戻すこと
- 第四 債權を轉付すること
- 第五 相續又は遺贈を拒絶すること
- 第六 消費借を爲すこと
- 第七 不動産を買入ること
- 第八 權利を拋棄すること

第九 總て財團に新なる義務を負はしむること
是なり。

第二款 財團の配當

財團を換價したる後に先づ優先權ある債權者に支拂ひ然る後通常債權者に配當す。第千三十二條に依れば裁判費用管理費用其他破産手續上の費用公の手数料及び諸税管財人が財團の爲めに負擔したる義務より生ずる債權は凡て優先權ある債權に先ち最も先きに支拂はるゝものなり。優先權債權者に支拂ふて尙ほ剩餘あるとき始めて通常債權者に支拂を爲すものにして通常債權者は債權成立の時期に拘はらず債權額に比例して支拂はる可きものなり。債權擔保の原則として債務者の財産は其上に優先權あるものを除きては債權者の共同の擔保なるを以て其賣上高より比例配當を爲すは正當なり。然れども茲に注意す可きは場合に依り通常債權者中にも或る程度の優先權成立することあり。其場合とは破産者資本を分て數個の營業を爲す時を云ふ。元來一人にして數個の營業を爲すも決して數人の債權債務を生ず可きものに非ず。然れども商業發達せる時代に於

ては一人にて全く異なりたる數個の營業を爲し其間に資本を區別し別に擔當者を定め異なりたる商號を有する場合の如し。斯る場合には事情を知らざる者より見れば全く別異の人に屬する營業と思惟するも不當に非ず。故に一の營業を爲せる店舗と取引する者は其店舗の盛衰を知ることを得るも他の營業の現狀を知ることも難し。若し甲營業店の信用す可き有様を見て取引したる者か乙營業店の失敗せし結果を受く可きものとせば數個の營業を爲せる者と取引するは極めて危険なることとなる可し。然るに實際に於ては商業の發達と共に一人にて數個の營業を營む者益々増加するを以て法律は各營業に對する債權者は其營業に屬する財團より優先權を以て辨償を受くと規定し以て取引上の信用を維持せり(第千四十五條第二項)。此法文に付て最も注意を要するは「資本を分ち」と言へる句是なり。實際如何にして資本を分ち居ることを認定す可きやは頗る難題なりと雖も現に商號を異にし擔當者を異にして別異の營業を爲し居る場合には他の證據なくして資本を分ち居るものと推測するを得へし。

配當を爲すに先ち管財人は配當案を製して破産主任官の認可を受けざる可からす。配當案は屢々之を作ることある可し。即ち配當するに足る可き財團生する毎に之を製し其事を世間に公告す且其案は裁判所に備へ置き公衆の展閱に供す可し。而して公告の日より十四日間は配當案に對して異議を申述ふることを得。若し異議の申出なきとき又は異議の申出あるも之に對する決定ありたるときは管財人は支拂に着手す。其支拂方法は債權者をして債務證書を提出せしめ支拂ひし金額を其證書に附記す。若し債權者か證書を滅失したるか爲め之か提出を爲し能はざるときは管財人は破産主任官の許可を得債權表に依り支拂を爲すことを得。孰れの場合に於ても債權者は配當案に受取書を記することを要す。配當終了るときは茲に全く破産の手續終結したるを以て終局の計算を爲す爲め債權者集會を開き計算終了したるときは破産主任官は破産裁判所に申出て破産手續終結の決定を乞ふ。此決定を公告すれば法律は完全に破産手續終了するものとするなり(第千四十八條)。

破産手續終結後は債權者に於て其支拂はれざりし殘餘に對し債務者に係ることを得るや否やと云ふに商法第千四十九條に依れば債權者は無限に其債權を行ふ

ことを得へし。同條に破産手續に於て確定したるに因り得たる權利名義と云ふは債權者か破産後に於て判決に依る權利を有することを言顯はしたるものなり。即ち債權者は破産手續終結後は舊債權を行ふに非ずして破産決定より生したる新債權を主張するを得るなり。

(高根學士文部省留學生として瀟逸に赴かれたるを以て次章以下は志田學士の講義を掲載す)

法學士 志田 鉀太郎講義

第十一章 復權

債務者か破産宣告を受くるときは其財産に對しては破産法上の法律關係を生し其身上に對しては特定の能力を失ふこと既に聽講せられたる所なる可し。然れども此の如き効果は必ずしも永久に繼續す可きものに非ず。即ち債務者の財産を以て破産手續の費用を償ふに足らざるときは其後の手續を停止し債權者は其債權を無限に行ふことを得るに至り。若し債務者の財産を以て破産手續の費用を償ふに足るときは其手續を進行して或は協諾契約に終り或は直ちに配當に至るものとす。以上は財産上の効果の消滅なり。之に反して其身上の効果に至ては債務者か其全債務を辨濟するに及んで始めて消滅す。此消滅を名けて破産法上の復權と云ふ。佛國其他之に倣へる商法に於ては復權と題する一章を設け普

魯西バイエルン等の破産法に於ては債務者の身上に生ずる破産の効果の章に於て間接に復権を規定せり。我商法は後者を模範として制定せるものなり。

第一節 復権を得るの要件

抑も破産宣告か債務者の身上に或る効果を生し其能力の一部を奪ふ所以は社會に對する信用の欠乏に基くものなり。故に此信用にして回復せらる可き性質を有し且破産者か回復す可き手段を行ふときは復権を得るに至る可きは當然なり。左に此二點を説明すへし。

第一 復権を得べき破産者の資格

犯罪の性質に因りては犯人の信用名譽を永久若くは一時奪ふの必要あり。故に刑法に於ては剝奪公權及び停止公權を以て或る犯罪に對する附加刑と爲す(刑法第三十三條第三十四條)。此種類の犯罪を行ひたる者は破産宣告の結果として奪ひたる特定の能力を後日に至りて回復するに足るの信用なく隨て復権を許さざるものと爲せり(第五十八條)。而して刑法上公權を剝奪若くは停止せられたるものと雖も破産宣告の爲めに奪はれたる能力を享有するに害なき者全く之なき

に非ず。又刑法上公權を剝奪若くは停止せられざるものと雖も破産宣告の爲めに奪はれたる能力を復活せしむ可からざる者なきに非ず。例之外國に對し私に戦端を開きたる者(刑法第三百三十三條)の如きは商業上の信用なきにしもあらざる可く。又虚偽の風説を流布して衆人需用の物品の價値を高低せしめたる者(刑法第二百七十二條)は商業上の信用なきものならん。此の如きは極端の例なれども復権の立法主義としては一方に於ては特種の犯罪に限り之を與へざるものと爲す主義、他方に於ては公權の剝奪若くは停止を受けたる犯人に對して之を與へざる主義の對立すること争ふへからず。現に佛蘭西、白耳義等の商法は第一の主義を採り、普魯西の破産法は第二の主義を採れり。我商法は後者に倣ひたるものなり。

草案第千百十二條第一項に於ては詐欺破産の爲めに判決を受け若くは重罪輕罪の爲めに公權を失ひたる破産者に對しては復権を許さざるものとすと規定し。同條第二項に於ては過怠破産の場合には刑の満期となり又は恩赦を得たる後に非されは之を許さすと規定せり。然るに確定法文に於ては右第一項中に停止公

權を受けて其時間中に在る云々と附加したり(第千五十八條第二項)。此の如く法文を改めたる結果として第二項は全く其必要を失ひたるものと云ふ可し。何となれば明治廿三年法律第百一號有罪破産の罰則を見るに過怠破産者は二月以上四年以下の重禁錮に處せらる可きものにして之を刑法第三十三條に對照すれば當然其刑期間公權を行ふとを停止せらる可きものなり。草案起稿者の意思は剝奪公權及び停止公權を受けたる者は假令恩赦を得ることあるも是れ刑罰上の結果に過ぎずして商業上信用の回復と同視す可からざるものと爲し。其例外として惡意なき場合即ち過怠破産者を掲げたるに過ぎず。故に法文の改正に因りて第二項が無用の長物となりたりとは學者間の定論なり。

復權を許すは債務者の生存中なるを必要とせず(第千五十七條)。凡そ權利の主體たる人は出生を以て權利能力を得死亡を以て之を失ふ。之に由て考ふるに本條の規定は頗ふる怪しむ可きか如し。然れども社會の信用を厚からしめんと欲せは勢此の如き虛文を存するの必要なきに非ず。例之相續者は之に因りて先人の名譽を回復し得るを喜び其覆轍を再ひせざる可く。社會公衆は各自死後と雖も

尙ほ債務の辨濟あらんことを希ふの念慮を抱くに至る可きか如し。又刑法に於ても死屍を毀棄し墳墓を發掘するの罪を罰するは之と同一の理由に基きたるものにして敢て死者に權利を認むる所以に非ざる可し。復權も決して死者に權利若くは能力を與ふるものに非ず。本條の如き規定は各國の商法若くは破産法の認むる所なり(佛國商法第六百十條普魯西破産法第三百十七條)。

第二 復權を得るに必要な破産者の行爲

破産宣告に因りて破産者か商法上諸種の權利を失ふは支拂の停止あればなり。故に若し債務の全額を辨濟し又は辨濟するの能力を有するときは破産法上の失權を繼續せしむるの必要なし。左に場合を分て詳に之を説明す可し。

(一) 全債務の辨濟

全債務とは元金利子及び費用の全額を指すものなり。抑も協諧契約は一種の意思表示なれども所謂民法上の契約に非ずして債權者は自己の意思に出でざるに一部の權利を拋棄するものなり。故に債務者は之に因りて債務を免かれたりも雖も社會に對し失ひたる信用を回復せんと欲せば此の如く不當に免かれたる債

務の部分を債権者に辨済するの必要あり(第千五十五條)。但此種の行爲を爲さるも取引所に立入り又は會社を繼續するの能力に限り之を回復するを得へし(第千五十五條第三項)。此の如く協諧契約の効果を區別したるは業務に従て必要とする信用の程度に基くものならん。草案に於ては此規定を存せず學者も亦之を非難して理由なきものなりと論ずれども一旦協協契約の成立せる以上は破産者の位置は決して賤しむ可きものに非ず。况んや全く公の信用を失はしめ却て將來の勉強心を阻却せしむるは極めて策の得たるものに非ざるに於てをや。故に假令全部の復権を得せしめずとするも一部の能力を復活せしむるは其理由なきに非ざる可し。草案起稿者は復権に關しては嚴正主義を探り。第千五十五條第三項の如き規定を設けざるのみならず辨済なる語を極めて狹義に解し。一般に法律上の辨済を以て本條に所謂辨済にあらずと爲せり。即ち時効に罹りて債務が消滅し、免除に因りて債務の消滅するか如きは皆私益を計るか爲めに一個人の意思に出てたるものなれば公の信用を維持し人の能力を増減する復権の問題に關係す可きものに非すと斷定せり。然れども此議論は法文の解釋上當然來る

可き意味と多少異ならざるを得ず。何となれば本條に於ては元金利息及び費用の全額を辨済し云々と云ひ。協諧契約上の辨済は之に關係なしと明言するに因て考ふるも協諧契約以外の辨済は其事實上たると法律上たるとを問はず凡て包含せらる可きものと解せざるべからざるなり。

次に又此債務の辨済即ち元金利息及び費用の辨済とは單に破産債権者として届出て得べきもののみに限る可きか。將た又第九百八十九條に規定せる財團に對する利息及第千三十三條に規定せる破産手續に加はりたるか爲め債権者に生じたる費用を包含す可きものなるや。抑も第九百八十九條及び第千三十三條の規定は時々増加し來る可き利息及び費用を合算して債權額を定めんと欲せば其配當額を定むること容易ならざるに至るか爲めなり。故に「財團に對して」と明言し債務者に對するの意義に非ざることを示せり。復権の要件を規定する第千五十五條は此等の困難を生ずべき規定にあらず。從て「財團に對して」なる語を用ひざるなり。故に利息及び費用なる語の中に當然此等を包含するものと解せざる可からず。既に協諧契約の調ひたる場合に於ても尙ほ殘餘の部分を辨済するの必

要あるを見ても此解釋の正當なることを知るに足らん。

(二) 所在の知れざるか爲め未だ辨濟を受くるに至らざる債權者に對し全額辨濟の準備及び資力あることを證明すること

債權者の全額に對して債務の辨濟を爲し得る場合は第一に示せるか如く直ちに復權を得へしと雖も。債權者の所在知れざる者あるか爲め辨濟を爲し得ざることをなきに非ず。此場合に當りて辨濟なくして復權を得せしむ可しと規定するは寛に失すれども所在の分明なるに至る迄復權を得せしむ可からずとするは亦酷に失するものなり。故に埃太利破産法第二百四十八條に於ては此場合に當り債權者に辨濟するを得るの準備を證明し裁判所の命令あるとき其準備せるものを供託せざる可からずと規定せり。我商法は我規定に基きたるものなり。而して供託に關しては明文上顯はるゝ所なしと雖も草案理由書に於て埃太利破産法と異なる所ある旨を明言せず。且準備及び資本の證明にして裁判所の満足を得るには供託に因るを多しとするを以て此證明なる語は主として供託を指し。尙ほ他に裁判所の満足す可き證明あれば之を除外せざるの意義なりと知る可し。

第二節 復權を得るの手續

復權は債務者の生存中なると死後なるとを問はず之を許すか故に債務者の生存中に之を申立つるは債務者なる可きも其死後に申立を爲すは債務者の相続人親族若くは知己其他何人にも可なるか如し。抑も死者に對して復權を許すは主として公益上より來るものにして債務者に於て辨濟能力あることを主眼とするものに非ず。故に何人と雖も死者の名譽を回復せんと欲する者は全債務を辨濟し死者をして復權を得せしむることを得へし。第一千五十七條に於ては單に死後と雖も復權を許す旨を規定するに止まり死者に對する復權の申立は何人か之を爲すべきものなるやを規定せず。草案の理由書も亦一言の之に及へるものなし。故に或る者は之を相続人に或る者は之を相続人及び親族に限れり。余輩は之を相続人及び親族に制限せずして可なりと主張するものなり。左に復權の申立より之を得るに至るまでの手續を説明す可し。

第一 證明

復權の申立には全債務の辨濟ありたること若くは全債務を辨濟するの準備及び

資力あることを證明せざる可からず。故に之を證明するに付ては債權者の受取書若くは供託書等其證明に必要な證據物を添へざる可からず(第千五十五條第二項)。

第二 裁判所の調査

復權の申立は必ずしも正當なるものに非ざる可く。又債權者か辨濟を受けたるに尙ほ受取證書を渡さざる等のとより復權の申立に關して異議を生ずることなきに非ず。故に裁判所は復權の申立あれば先づ其旨を裁判所の揭示場及び取引所に揭示し。又其見込に因りては新聞紙を以て之を公告し。此申立に對して異議ある者に二ヶ月を限りて其異議を申立てしむ。取引所に揭示するは商取引中最も信用を重んずるは取引所の取引にして又商人の出入最も頻繁なるは取引所なるに因るものならん。而して協讚契約の成立したる場合に於ては債務者は取引所に立入るを得れども復權の申立あるときは尙ほ取引所に其旨を揭示す可きものとす。又檢事は公益を維持するの點より復權の基礎たる事實を知る可き必要あり。且裁判所か復權を許否するの參考となる可きを以て復權申立あるとき

は裁判所は之を檢事に通知して調査及び捜査を爲さしむ。而して檢事の意見を聞きたる後其申立の許否を決定し。其決定の確定するを俟て之を公告す可し。此決定に對しては檢事債權者破産者及び其相續人其他より即時抗告を爲すことを許すものとす(第五十六條第一項第二項)。

復權の申立は一たび棄却せらるるときは其後一ケ年間再ひ之を爲すことを得ずと定められたり(第千五十六條第三項)。是れ佛國商法第六百十條の規定と同一にして普魯西の破産法と異なるは後者か其期限を三年と定むるの點に在り。我草案は普魯西破産法の期限を是認し正當の證明なくして屢復權の申立を爲す者あるに備へたり。正當の證明なくして復權の申立を屢するは極めて忌む可きことなれども。商人をして永く信用を失はしむるも亦不可なり。一旦支拂を停止せるものと雖も一朝千金の贈與を受けて富者となる場合なきに非ず。故に復權の申立を制限するは極めて寛大ならざる可からず。余輩は我商法及び佛國白耳義等の商法の規定を以て穩當と認む。

第十二章 支拂猶豫

一時なると常業なるを問はず商取引を行ふに當りて支拂を停止するときは破産宣告を受くるを以て通則と爲す。然れども其支拂の停止にして自己の過失に出でず且經過的にして資産回復の望あるときは管轄裁判所は債權者過半数の承諾を得て債務の辨濟を一ヶ年間猶豫せしむることを得。之を名けて支拂猶豫と云ふ。支拂猶豫に關する各國の立法は區々にして之を概論すること能はず。或は初め之を規定せずして後に之を設けたる國あり。例之佛國の如し。或は初め之を設けて後之を廢止せる國あり。例之獨逸の如し。或は終始此規定を存する國あり。例之和蘭白耳義等の如し。之を設くるの旨趣は破産の嚴格なる効果を生せしめずして債權者債務者双方を或る程度に満足せしむるか爲めにして之を廢止せるの旨趣は其寛大に過ぎて却て偶々不正不義なる債務者をして詐術を逞ふせしむるに過ぎずと爲すか爲めなり。此制度は純然たる破産法上の規定にあらざれども破産と密接なる關係を有し債務關係保全の爲めに欠く可からざる制度なること余輩の信して疑はざる所なり。何となれば社會の進歩するに従て富者と雖も手許に千百の金を貯ふるもの少なく。又巨万の債權を有すると同時に

巨万の債務を負擔するは今日實業家の常態なればなり。故に一朝偶然の事實發生したるか爲め富者と雖も一時支拂を停止するの已むを得ざる場合ある可し。此時に當て暫時の猶豫をも與へず直ちに破産手續を開始するに於ては獨り債務者の不利且不名譽なるのみならず。其結果延びて社會の秩序を紊亂す可し。若し此場合に多數の債權者が自己の利害に照らし破産手續の開始を請求するに於ては法律上債務者を保護すること能はざる可く。事實上も亦之を保護するの必要あること無かる可しと雖も。苟も裁判所の公平なる判斷を以て其事情を斟酌し一時支拂の猶豫を與ふるを可なりと認め債權者の過半数も之に同意するに於ては強て破産手續を開始するの必要存せざるなり。草案起稿者か一般に獨逸主義を重んぜるにも拘はらず。佛國にて千八百四十八年八月二十二日に公布せる破産法の追加法律及び普魯西破産法の主義を採用し此制度を設けたるは余輩の賛成する所なり。

第一節 支拂猶豫を受くる要件

支拂猶豫を與ふるは前述の理由に基くを以て協諾契約と同しく特定條件の具備

するを必要とす。第一千五十九條の規定即ち是なり。

第一款 商を爲すに當りて支拂を停止したること

我破産法は商を爲すに當りて支拂を停止せる場合に破産宣告あるものなりとの原則を設けたるものなるを以て、破産法中の一制度として支拂猶豫を規定すれば勢ひ此要件を生ぜざるを得ざるなり。

第二款 債務者は過失なく支拂を停止したること

支拂猶豫か不正なる債務者に利益を與ふるものなりとの駁論は此要件の存するに因りて其勢力の幾分を抹殺せられたり。抑も支拂猶豫は破産法上の一大例外にして債務者の地位を憐むと同時に公安を維持するの目的を以て設けられたるものなるか故に支拂の停止にして若し債務者か自から之を招きたるものなるときは此特典を適用するの必要なきこと明なり。白耳義商法に於ては戦争内亂流行病等非常の出來事に因りて支拂を停止するに至りたる債務者に限りて支拂猶

豫を與ふるものと爲せり。是れ頗ふる見るに足るの規定にして適用上明瞭なる結果を得るものなれども、日を追ふて複雑となる可き商業社會の恐慌は決して其原因を非常の出來事のみに限ること能はず。或は支拂を停止したる者の債務者か破産したるに基くことある可く。或は特定の債務者か死亡せるか爲めに辨濟を受くること能はざるに因ることある可し。故に客觀的に原因たる事實より之を制限せずして主觀的に債務者の心意の状況より之を制限し。支拂停止は債務者の過失に基かざる場合に限り支拂猶豫を與ふるものなりと規定せる我破産法の主義は頗ふる當を得たるものならん。唯自己の過失なくしてのみ云ひたるを以て一方に於ては故意に非ざるを示すと同時に他方に於ては債務者か良家父の注意を用ゐざるを得ざるものなりと解せざる可からず。

第三款 資産回復の望あること

永遠に支拂能力を失ふときは支拂猶豫も其効を奏することなし。故に第一千五十九條に於て一時其支拂を中止せざることを得ざるに至りたるものと云ひて支拂停止か一時の現象に過ぎざる場合のみを掲げたり。而して支拂停止か單に一時

に止まる可きものなるか。將た又資産回復の希望は到底存せざるものなるかは最微の點に亘りて之を識別すること困難なれども。支拂猶豫なる制度を認むるに於ては此困難を侵さざるを得ざるなり。故に裁判所は其決定を慎み主任判事は事情を審かにして債權者の議決の旨趣を斟酌す可きものとす。

第四款 商事上の債權者の過半数の承諾

あること

支拂猶豫は勿論債務の履行に一大例外を爲すものなるか故に債權者の意思は極めて重要な要件なり。然れども債權者の全體の意思を一致せしむると能はざる場合少なからざるを以て或る方法に因りて債權者全體の意向を推測するの便方に出でざる可からず。即ち協議契約の場合と同しく多数の意見を以て全體の意向を推測する方法に出で過半数の債權者の承諾を以て足れりと規定せり。

第二節 支拂猶豫の期間

支拂猶豫の期間は事情に従て或は一ヶ月にて足ることある可く。或は數年を俟つも尙ほ足らざることある可し。然れども公安上より債權者多数の意思に基き

て少数債權者の權利を制限する支拂猶豫の制度に於ては其期間を法律上確定せざる可からざるなり。若し多数の意思に因て無限に之を猶豫し得るものとせば少数債權者は意思に反して其權利を失ひたるも同一の結果を受くるに至る可し。然らば其期間は何年と定むるを適當とするや。是れ立法者の感情に因りて伸縮するものにして我商法加之を一年以内と定めたるは或は適當の規定なる可し。支拂猶豫の期間は法律上其最長期を定めたるものなるか故に若し債權者か其期間を超過する期限を定めたるときは其約定の効果は如何。之に關して通常二個の學説あり。第一説は支拂猶豫なるものは例外の規定にして且公安上より少数債權者の權利を制限するものなれば之を嚴正に解釋す可く。假令總債權者か承諾せる場合と雖も其期間を延長すること能はずと主張するものにして。第二説は支拂猶豫は公安上より定められたる制度なれども其期間の規定に至ては單に少数債權者の利益を保護する爲めに外ならず。故に總債權者にして承諾するときは決して此期間を嚴守するに及ばざるものなりと主張するものなり。余輩は公法の解釋殊に例外規定の解釋としては理論上第一説を以て優れるものと認む

れども立法の主義に適合せるは寧ろ第二説ならん。

支拂猶豫の期間は一ヶ年を以て限りと爲す。然らば一たび一ヶ年以内の期間を與へ更に其期間の盡くるを俟て第二回の支拂猶豫を與ふることを得るや。之を與ふることを得るとせば前後合算して其期間を一年に限る可きものなるや。將た又一年以上に亘ることを妨げざるものなるか。是れ前に述べたる學說の差異に因て結論を異にせざるを得ず。余輩は立法の主義より論すれば數回に支拂猶豫を與ふることを妨げざるものと信す。何となれば其期間を一ヶ年に制限せるは少數債權者の權利を重んずるに因る。故に其手續を再ひするに於ては多數の意思新に成立するものにして以前の意思の繼續せるものに非ず。隨て後の議決に因りて支拂猶豫を與ふるは一ヶ年以内の期間の規定に因りて妨げらるゝことなければなり。只多數債權者に議決權を與ふるの欠點は此場合に於ても見ることを得へし(第一千六十二條第二項)。我商法は一回に限りて一ヶ年以内の延長を許したり。

第三節 支拂猶豫を得るの手續

支拂猶豫の申立書は左の諸件を添へて債務者の營業所又は住所の裁判所に差出すべし。

第一 支拂停止の理由

第二 貸借對照表財産目錄及び債權者名簿

第三 辨済の方法期間及び供し得る擔保の證明

是なり。此三個の要件に基きて裁判所は支拂猶豫を許す可きものなるや否やを決定す。殊に第二の要件中債權者名簿に債權額を明記するの必要は前節に於て余輩の述べたる欠點の幾分を補ふことを得るものにして裁判所は深く此點に注意す可きものとす。

裁判所に右の申立あるときは申立書及び添附書類を其裁判所に備へ置き公衆の展覽に供し。又債權者の集會期日を定めて之を公告し。此等の書類の備へ置ある旨を公告す可し。而して債權者は其承諾如何を決するか爲めに各別に招集を受く。集會期日に至り主任判事は其上席となり債權者債務者間に辯論を爲さしめ支拂猶豫の正當なるや否やを議し。然る後に其承諾を與ふるや否やを議決せ

しむ。裁判所は主任判事の陳述を聞き然る後に諾否の決定を下す可きものとす。但此決定に對して即時抗告を爲すことを得第千六十條第千六十一條第千六十二條。

第四節 支拂猶豫の効果

債務者支拂猶豫を受くるときは其營業を繼續することを得。然れども業務の施行に關して主任判事の監督を受くべし。而して其支拂猶豫以前に取結ひたる商取引より生ずる債務の爲めに強制執行及び破産宣告を受くることなし。之に反して支拂猶豫に關係なき民事行爲より生じたる債務に對しては強制執行を受く可く。支拂猶豫後に取結ひたる商取引より生ずる債務に對しては強制執行若くは破産宣告を受けざる可からず。而して此等の債務の爲めに一たび強制執行を受くるときは支拂猶豫は全く其効力を失ふべし。

支拂猶豫の認可を受けたる債務者は申立書に掲けたる辨濟方法に従て義務を履行せざる可からず。而して其履行の當否は商業上の信用に關すること大なるを以て一般の契約上辨濟の延期と異なりて主任判事の監督を受けざる可からず(第

千六十三條第一項。

支拂猶豫の目的は多数債権者の意思に基き債務者に營業を繼續することを許し以て破産宣告を受けしめざるに外ならざるを以て債権者は此目的以外に制限を受くることなきは當然なり。故に債務者の保證人及び其他の共同義務者に對しては支拂猶豫の爲めに毫も其権利の行使を妨げらるゝことなしとは第千六十三條の規定なり。此規定は學者間に議論を生したるものにして或は支拂猶豫ある以上は保證人並に共同義務者も亦同一の特典を受く可きものなりと論じ。或は全く義務を免かる可きものと論ずる者あり。抑も既成民法に於ては保證人は檢索の利益を有し債権者をして債務者の財産を檢索して之を賣らしめ其不足部分に限りて辨濟す可しと主張することを得。隨て保證人は此權利を拋棄せざる限りは支拂猶豫の影響を受けて其期間内に辨濟を爲すに及はざるものと解す可し。修正民法に於ても亦第四百五十二條の規定に依り保證人は主たる債務者の破産及び行方の知れざる外は主たる債務者に對して催告を爲すべき旨を債権者に請求することを得。隨て此權利を拋棄せざる限りは支拂猶豫の効果たる利益を受

くること疑なし。又共同義務者の一たる連帯義務者は其間に代理の關係あるを以て一方に對する支拂猶豫は他方にも亦其効果を生ずること疑なし。之に反して連合義務者は各自分別して義務を負ひ其間に代理の關係なし従て其一人に對して支拂を猶豫するも其他に對して支拂猶豫の効果を生ぜざるなり。故に第六十三條第二項の規定にして債權者より保證人及び共同義務者に對する權利の行使は支拂猶豫と何等の關係なしとの意義を表示するものとすれば民法の通則に一大例外を設けたるものと謂ふべく(但し連合義務に關しては贅文なり)。若し又保證債務及び共同債務は支拂猶豫ありと雖も依然として存在し更に變更を受けずとの意義に止まらしめは全然無用の贅文なりとす。

之を要するに第六十三條第二項は規定の軀裁及び實質共に非難を免れざるものにして余輩は本條を全然削除するも更に不可なきを信するものなり。主たる債務者に支拂猶豫を與ふれば保證人の義務は免除せられたるものと定むるも亦一理なきにあらざれども支拂猶豫の本質より考ふれば保證人も亦支拂猶豫の利益を受くるに止まらしむるを以て足れりと認む。

第五節 支拂猶豫の消滅

一たび支拂猶豫を受けたる者と雖も其要件に於て欠くる所あり。或は其履行を完ふせざる等の場合に於ては支拂猶豫は其効力を失ふものとす。其場合を擧ぐれば左の如し。

- 第一 債務者の詐欺若くは不正の所爲ありたるとき
- 第二 法律上の要件を欠きたるとき
- 第三 債務者か其猶豫契約を履行せざるるとき
- 第四 支拂猶豫期間中債務者の財産に付き他の債權者より強制執行を受けたるとき

是なり(第六十四條)。

右に述べたる場合に於ては或は債權者の申立に因り或は裁判所の職權を以て支拂猶豫の決定を取消し直ちに債務者に對して破産手續を開始す。而して支拂停止の日は支拂猶豫申立の日附なりと定められたり。故に一たび支拂猶豫を與へられたるか爲めに債務者と取引を爲したる者は後日に至りて其支拂猶豫の取消

あるときは其取引は當然無効となり。相手方は測られざる損害を蒙ふることある可く。隨て支拂猶豫を受けたる債務者に對しては安んじて取引を爲す者なきに至る可し。是れ支拂猶豫を興ふるの精神と矛盾するに非ずや。而して草案理由書に一言の説明なきは恐らくは此の如き結果を注意せざりしものならん。余輩は支拂猶豫を取消したる日を以て支拂停止の日と定むるを以て適當なるものと認む。

破産法終

7
37
27

