

327.36

Sa 327h

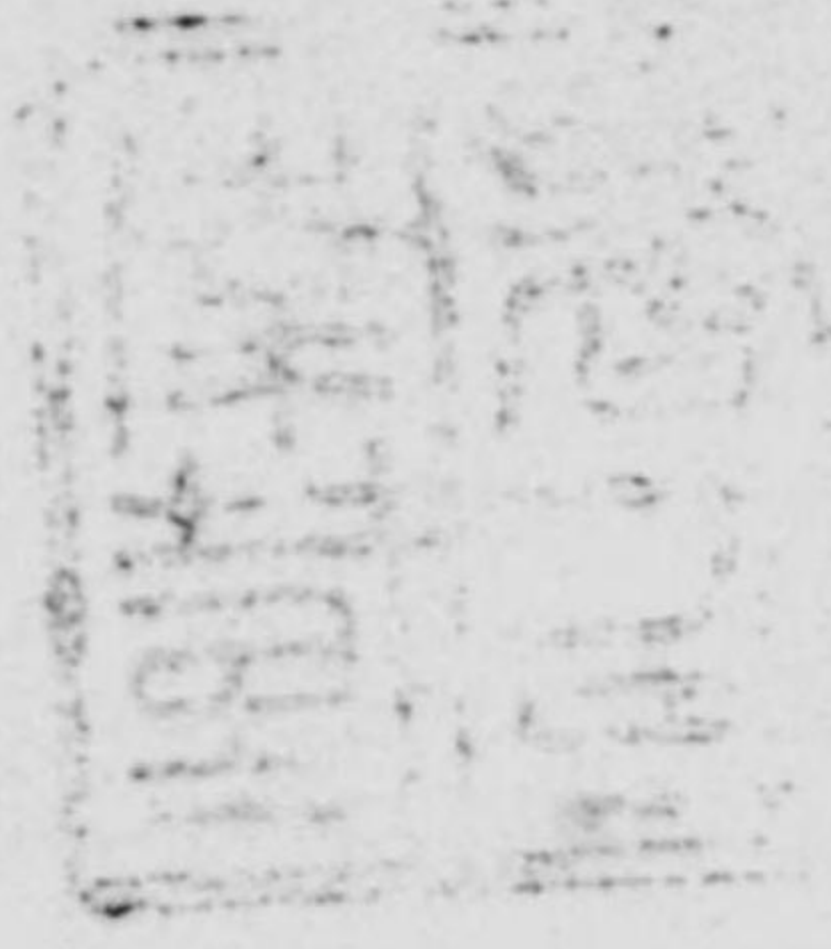
95



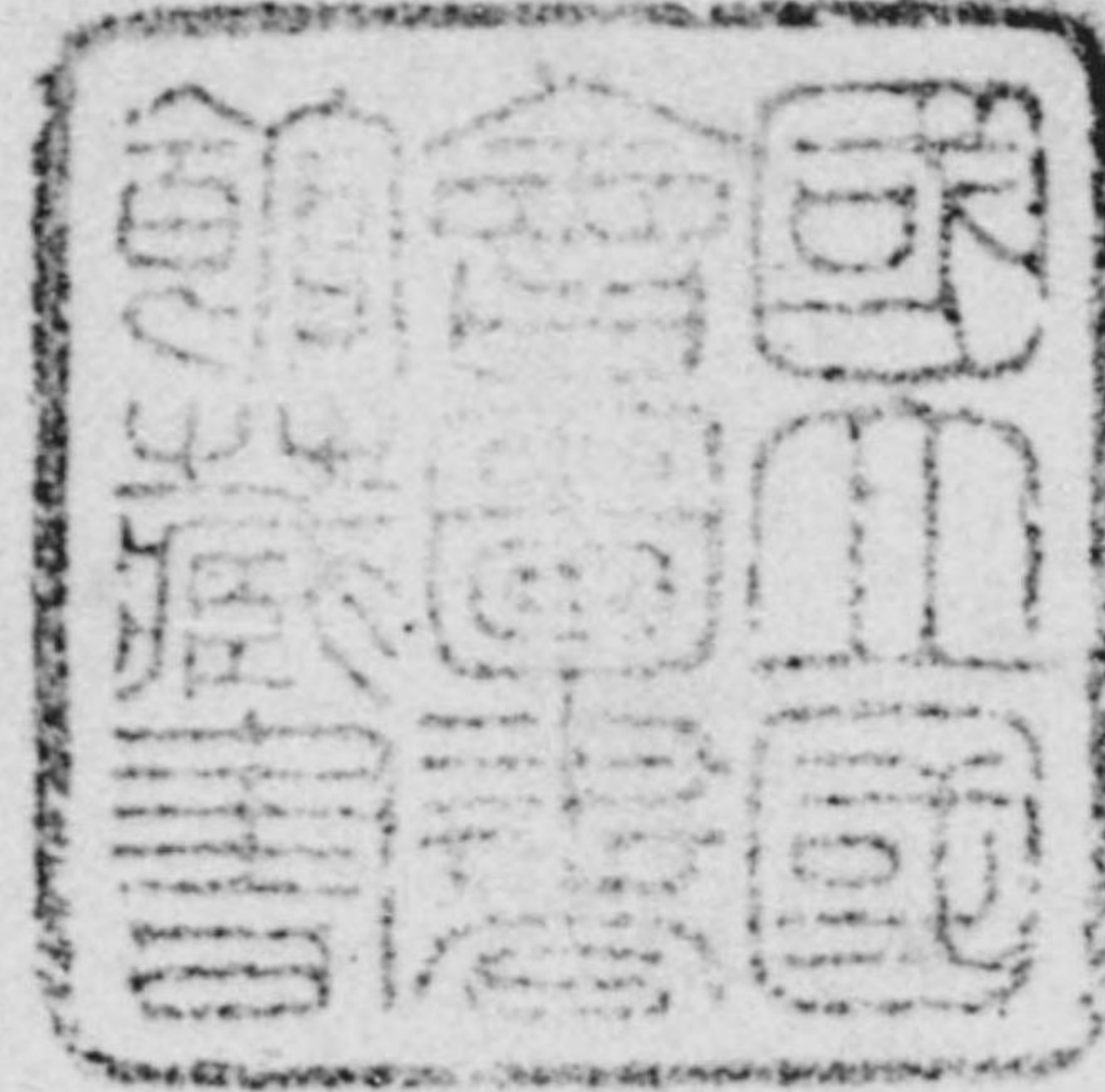
法學博士齋藤常三郎著

破產法及和議法研究 第參卷

發兌 弘文堂書房



327.365a327h



218574

序

本書の體裁は前卷のそれと異なる所なし。而して本卷に附録として掲げたる「司法官及び辯護士の養成」なる問題は我國に於て吾人の研究すべき最も必要な題目の一に屬するものと信ず。若し夫れ本論にして特に一般討議の動機ともなるあらば幸甚これに過ぐるものなし。

昭和二年二月二十日

衆議院議員第一回普通選舉期日ノ日

神戸高等商業學校研究室に於て

著者誌

目次

破産法

一、特別破産に関する沿革及び學說……………

- 一、特別破産の命名(一)、破産の種類(二)、特別破産の否認説(三)、特別破産の觀念に共通の要件(四)、特別破産なる術語を用ふる立法例(五)、學者の術語使用(六)、獨逸普通法時代に於ける破産の區別(七)、
- 二、本論文の眼目(八)、
- 二
- 一、羅馬法に於ける特別破産(一)、分別の特權(二)、分別權者の意義(三)、
- 二、分別特權の種類(四)、固有の分別特權(五)、準分別特權及び其種類(六)、相續財産、家子の特有財産及び營業財産の分別に依る破産(七)、
- 三

四 西班牙の Salgado de Samozá の説明(一)、

- 一、普通法時代の特別破産(一)、特別破産の種類(二)、家子の兵役取得財産に對する特別破産(三)、營業財産の特別

目次

破産(一〇)、店舗に對する破産(一一)、質物に對する破産(一二)、買主の所有物に對する破産(一三)、妻及び未成年者等の請求に基く破産(一四)、内國財産に對する破産(一五)、

二、Stryk 氏の說(一六)、Göner 氏の說(一七)、以上の學說に對する批評(一八)、

三、普通法の破産(一九)、其特色(二〇)、

五

一、普魯西の破産法(二一)、同破産法の認むる特別破産(二二)、其個々の場合(二七)、

二、普魯西以外の州の認むる特別破産(二〇)、ウエンテルベルク州、ハイエルン州及びハンブルク市の特別破産(二〇)、各制度に對する批評(三一)、

六

一、獨逸帝國破産法草案の認むる特別破産(三二)、

二、獨逸帝國破産法の特別破産(三三)、

三、同第二草案の特別破産不採用(三四)、其理由(三五)、學說(三七)、

四、獨逸現行破産法の解釋に依る特別破産(三八)、我徳川時代並に現行法の特別破産(三八)、

七

獨逸に於ける學說(三九)、四個の學說(三九)、

八

一、財産說(四〇)、

二、Meyer-Bleyer 氏の說(四〇)、Willenbücher-Günther 氏の說(四一)、Kleinfeller 氏の說(四二)、Erdmann 氏の說(四三)、Pollak 氏の說(四四)、Seuffert 氏の說(四五)、Gustav-Schwarz 氏の說(四六)、Fitting 氏の說(四七)、Hellwig 氏の說(四八)、

Otto Hagen 氏の說(四九)、

九

責任說若くは債權者說(五〇)、Jaeger の前說(五一)、

一〇

併合說若くは折衷說(五二)、先受權(五三)、Kohler 教授の說(五四)、Jaeger 教授の變更後の說(五五)、Jaeger の說に對する駁撃(五六)、兩教授の異なる點(五七)、其他の學說並に加藤博士の說(五八)、Hagenguth 氏の說(五九)、Hellmann 氏の說(六〇)、

一一

一、Labes の分類說(六一)、

二、分類說の説明(六二)、

二、破産宣告の申立……………五九

一

破産申立の必要(五九)、和議申立の必要(六〇)、

二

破産の意義(六一)、破産手續の性質(六二)、破産の徴候(六三)、

三

一、破産の職權宣告主義(六四)、其主義を採る理由(六五)、非職權主義(六六)、其主義採用の理由(六七)、羅馬法(六八)、

二、徳川時代及び明治初年の分散(六四)、分散の二種(六四)、我現行法の主義(六四)、我職權主義の可否(六五)、

四、

一、當事者申立主義(六六)、債權者申立と債務者申立との發達の前後(六九)、羅馬法(六九)、普通法(六九)、

二、第三者申立主義(七〇)、

三、債務者本人申立の手續(七二)、

四、自己破産申立は義務か(七三)、破産申立の猶豫(七三)、我舊法の文拂停止届出義務(七三)、

五、自己破産申立を義務とする主義の可否(七三)、

五

一、自己破産申立の統計(七五)、我國(七五)、獨逸及び奧太利(七五)、

二、我と獨逸との國情の差異(七五)、我に自己破産申立の少なき理由(七八)、自己破産申立を可とす(七九)、

三、現行破産法改正の必要(八〇)、復權の困難(八二)、資力回復の困難(八二)、改正に付ての要件(八二)、復權及び資力回復を容易ならしむること(八三)、

六

一、債權者の破産申立(八三)、法人の債務者又は相續財産に對する申立權者(八三)、

二、申立權者に對する制限(八三)、債權者の申立に付ての債權額(八四)、債權者一人の場合の破産(八四)、申立債權者に對する其他の制限(八四)

七

破産宣告前の辨濟と申立權の消滅(八五)、破産宣告後の辨濟と申立權の消滅(八六)、

八

- 一、破産申立期間(八六)、自然人に對する場合(八六)、相續財産に對する續行(八七)、自然人の破産と國籍喪失(八七)、
- 二、法人に對する破産申立期間(八七)、
- 三、相續財産に對する破産申立期間(八七)、

九

申立と條件又は期限(八八)、獨逸の判例(八八)、

一〇

破産申立權の拋棄(九二)、破産申立の取下(九二)、

一一

- 一、破産申立の方式(九三)、
 - 二、印紙の貼用(九三)、貼用の法律上の根據(九三)、
 - 三、破産費用の豫納(九三)、自己破産申立の場合の豫納(九三)、
 - 四、申立債權者の説明(九四)、自己破産申立の場合の説明方法(九三)、
- 一一一
- 破産申立の濫用(九六)、英國の裁判例も申立棄却(九六)、

三、破産管財人と信託會社

.....九八

一

法人と信託會社(九八)、會計士と破産管財人(九八)、

二 破産管財人の選任及び其職務(九)、破産管財人の良否と一國經濟との關係(一〇〇)、破産管財人と法律上の智識の必要(一〇〇)。

三 遺言確認及び清算の統計(一〇一)、會社解散の統計(一〇二)、破産統計(一〇三)、外國の破産統計(一〇四)、和議統計(一〇五)、破産管財人の報酬額(一〇六)。

四 一、管財人制度(一〇八)、國家機關制度(一〇八)、選任制度(一〇九)、選任制度の種別(一〇九)、
二、管財人と爲りし者の職業別(一一〇)、英國の例(一一〇)、佛國の例(一一〇)、獨逸及び埃太利の例(一一一)、米國の例(一一一)、
我實例(一一三)。

五 三、管財人と爲るの妥當者(一二四)、法律家説(一二四)、商人説(一二四)、埃太利の訓令(一二五)、折衷説(一二五)、埃破産法の規定(一二六)、我司法省の訓令(一二六)、女子、破産者と管財人(一二七)、破産者の親族と管財人(一二七)。

六 一、法人と管財人(一二七)、現行法の解釋(一二七)、學説(一二八)、信託會社と管財人(一二八)、
二、法人と清算人(一二九)、獨逸の學説(一二九)、判例(一三〇)、獨逸近時の判例(一三〇)、カルスルーエの判例(一三〇)、法人と鑑定人(一三三)。

一、法規の改正(一三三)、
二、信託會社と信用及び公正(一三三)、信託會社と法律知識(一三三)、信託會社と報酬(一三六)、獨逸に於ける報酬(一三七)、英國に於ける會計士報酬(一三五)、破産管財人たる資格の要素(一三九)。

和議法

一、和議と銀行……………一三一

論議の動機(一三一)。

二、和議の意義(一三三)、和議と強制和議(一三三)、埃法に於ける用語(一三三)、各國の和議(一三三)、
和議制度の立法上の區別(一三三)。

三、我國に於ける和議及び破産の統計(一三五)、
埃國の統計(一三五)、英、獨及び佛國の統計(一三五)、
我國に於ける和議應用少數の理由(一四一)。

四 一、破産の見方(一四二)、債務者を基としたるもの(一四二)、債權者を基としたるもの(一四三)、
二者の見方の適否(一四三)、
二、破産の定義及び其目的(一四二)。

五 一、破産の成績(一四四)、破産の弊害(一四五)、學者の意見(一四七)。

二、破産の弊害除去の手段(二四七)、私の整理(二四八)、私の整理の成績(二四八)、私の整理の長所及び短所(二四九)、私の整理の長所と和議(二五〇)、

七

我國に於ける銀行の破産數(二五二)、我銀行の數(二五三)、銀行、信用組合、信託會社と和議の利用(二五五)、

八

一、和議利用僅少の理由(二五五)、公告主義の可否(二五五)、
二、和議手續費用豫納の可否(二五九)、

九

一、和議手續の迅速(二五九)、
二、抗告許可の安否(二六〇)、
三、書面表決の可否(二六一)、
四、和議條件なる辨濟率の限定(二六一)、
五、免除、延期と定足數の區別(二六二)、
六、和議成立後の監督(二六三)、
七、相續財産に對する和議制度(二六三)、整理委員及び和議管財人と一機關(二六三)、擔保權者と和議債權者(二六三)、清算人の法人と和議能力(二六三)、法律研究と世評(二六四)、

二、休業銀行と和議

.....一六五

一

休業銀行と整理問題(一五五)、

二

一、預金切捨(二六〇)、
二、大小預金と切捨(二六〇)、其切捨は公平正義に反す(二六七)、小口預金支拂と取消權(二六八)、預金者全體と一般支拂(二七〇)、

三

預金の支拂延期(二七〇)、中間利息割引支拂(二七〇)、

四

一、債務と預金買入との相殺(二七二)、預金債權讓渡禁止ある場合の相殺(二七二)、否らざる場合の相殺(二七二)、
二、相殺と詐害行爲の適否(二七三)、

五

休業銀行と未拂込株金の徴收(二七三)、

六

一、私財提供(二七三)、提供と法律上の義務(二七四)、
二、提供の法律上の根據(二七四)、商法一七〇條と判例(二七六)、
三、休業銀行の重役と法律違反(二七六)、

七

一、破産豫防の二手段(二七九)、私の整理(二七九)、和義(二七九)、
 二、私の整理の長所及び短所(二七九)、和議の長所(二八〇)、

八

一、和議と多数決(二八二)、和議条件と平等(二八二)、
 二、和議は相殺を無効とす(二八三)、
 三、和議の辨濟率と整理の辨濟率(二八三)、
 四、和議成立の期間(二八四)、
 五、和議不成立と破産(二八四)、論者の杞憂(二八五)、

九

一、和議条件の私案(二八五)、
 二、和議法の改正(二八六)、
 (附加)、松本博士の意見(二八七)、

附録

一、司法官及び辯護士の養成……………一八八

一

一、フレデック大王の言(二八八)、判事及び辯護士の良好(二八八)、

二、良好なる判事辯護士の意義(二八九)、良好なる判事養成の手段(二八九)、判事と非常職(二八九)、スタイン教授の言(二九〇)、民事訴訟法の改正と判事辯護士の養成(二九三)、法律改正に付ての我政府の態度(二九三)、法律全部の改正と一部の改正(二九三)、
 三、司法官辯護士採用試験及び其養成と獨逸の制度(二九四)、

二

一、獨逸國の試験制度(二九四)、大學試験及び國家試験(二九四)、女子と司法官(二九五)、
 二、普國の制度(二九五)、試験規則(二九六)、第一回試験科目(二九六)、一九二三年同二四年の養成規則(二九七)、バーデンの制度(二九八)、漢堡の制度(二九八)、バイエルンの制度(二九八)、ザクセンの制度(二九八)、
 三、司法官辯護士の養成と全國統一の計畫(二九八)、

三

普國制度の細目(二九九)、
 一、法曹試験委員會(三〇一)、
 二、委員(三〇一)、
 三、試験の場所(三〇一)、
 四、受験許可申請及び其条件(三〇二)、自宅論文作成(三〇二)、見學教授(三〇三)、受験資格の調査(三〇三)、受験料の納付(三〇三)、
 五、自宅論文作成(三〇四)、筆記試験(三〇五)、其科目及び時間數(三〇五)、書籍携帯(三〇六)、口述試験(三〇六)、受験者數(三〇七)、其科目(三〇七)、口述試験と筆記試験との前後(三〇八)、
 六、第一回の口述試験(三〇八)、不合格(三〇九)、合格の等級(三〇九)、成績決定(三〇九)、

- 七、不合格者の再試験(三二〇)、再受験の準備(三二〇)、第三回試験(三二〇)、再試験科目(三二一)、試験調書(三二一)、
- 八、試験監督(三二一)、違反行爲(三二三)、試験期日の缺席(三二三)、受験中止(三二三)、受験禁止(三二三)、
- 九、不服申立(三二三)、

四

- 一、司法官試補任命(三二三)、
- 二、試補の所屬(三二四)、
- 三、試補の宣誓(三二四)、試補の實務修習(三二四)、其期間及び順序(三二五)、之れに關する新法及び舊法(三二六)、所長の意見(三二七)、實習の必要(三二八)、
- 四、グループ主義(三二九)、指導官(三二九)、法廷出頭(三二九)、繼續練習(三三〇)、試補組の人数(三三〇)、指導官の任命(三三一)、練習の目的(三三三)、練習科目並に技術の練習(三三三)、實務見學(三三三)、實務引受(三三三)、法律相談所の事務共助(三三三)、所謂内職の制限(三三三)、
- 五、一般的監督者(三三四)、試補一覽表(三三四)、特別指揮者(三三四)、練習延期(三三五)、
- 六、休養賜暇(三三五)、生活難(三三六)、
- 七、試補の解任(三三六)、
- 八、試補の報酬(三三七)、普國の試補數(三三七)、

五

- 國家大試験(三三八)、
- 一、受験の手續(三三八)、受験料及び旅費(三三九)、
- 二、試験局の組織(三三九)、試験方法(三三九)、論文試験及び實務試験(三三〇)、期間(三三二)、筆記試験(三三二)、

- 三、口述試験(三三三)、
- 四、期日呼出(三三三)、
- 五、合格の等級(三三三)、再試験(三三三)、
- 六、不正行爲(三三四)、
- 七、豫備判事任命(三三四)、就任の困難(三三四)、辯護士認可(三三四)、合格人員(三三五)、

六

ハーデン州の養成規則(三三五)、

七

- 一、同州の司法官辯護士試験受験資格(三三六)、見學(三三八)、著名の實驗(三三八)、

八

- 一、第一回試験(三三九)、試験委員(三三九)、
- 二、試験科目(三四〇)、
- 三、試験委員の不干與(三四〇)、
- 四、試験委員の意見決定方法(三四〇)、
- 五、補助者選任(三四一)、

九

- 一、第二回試験委員(三四一)、
- 二、委員長の職務(三四一)、委員の科目擔當(三四一)、
- 三、判断決定方法(三四二)、

01

- 一、第一回試験受験条件(三四)
- 二、受験手続(三四)
- 三、試験科目数(三四)、試験の目的(三四)
- 四、試験の種類(三四)、受験中止(三四)
- 五、筆記試験の呼出(三五)、試験科目及び試験方法(三五)、法典使用(三六)、補助禁止(三六)、答案の可否判断(三七)、成績の優劣(三六)
- 六、口述試験(三六)、受験者数及び時間数(三六)、結果評定(三六)、採点(三六)
- 七、成績確定方法(三六)、成績順番(三六)
- 八、合格者の等級(三七)、證明書下附(三七)、再試験(三七)
- 九、委員の報告(三五)、成績発表(三五)

一一

- 一、試補の修習(三五)
- 二、修習の場所及び期間(三五)、其順序(三五)、司法官廳に於ける修習(三五)、行政官廳に於ける修習(三五)、公體役場の修習(三五)、裁判所の修習(三五)、辯護士方の修習(三五)、場所の登録(三五)
- 三、修習の届出(三五)
- 四、養成所中途變更の禁止(三五)、修習の中断(五六)、修習離脱禁止(五六)
- 五、勤務簿(三五)
- 六、試補の居住地(三五)

七、上申(三五)

- 八、修習の方法(三五)、公衆接近(三五)、修習軽減(三五)、覺書作成(三五)、試補と有給吏(三五)、報酬(三五)、廳外事務(三五)

九、勤務證明(三六)、勤務簿(三六)

- 一〇、休暇(三六)、缺勤(三六)、防止期間の算入(三六)、届出義務(三六)

一二

- 一、檢事局に於ける修習(三六)
- 二、裁判所に於ける修習(三六)、區裁判所に於ける修習(三六)、第二審裁判所に於ける修習(三六)、公證役場に於ける修習(三六)、行政廳に於ける修習(三六)
- 三、指導官(三六)、監督(三六)

一三

- 一、第二回試験(三六)
- 二、第二回試験受験申請(三六)、其要件(三六)
- 三、試験許可(三六)
- 四、試験科目(三六)
- 五、試験種類(三六)、受験不許可(三六)、不合格と看做すべきもの(三六)、論文と科目(三六)、召集(三六)、出題の答案(三七)、試験時間数(三七)、解題(三七)、法文利用(三七)、報告(三七)
- 六、口述試験(三七)、方法及び時間数(三七)、科目(三七)、成績調査(三七)
- 七、論文評價(三七)、筆記答案採点(三七)、口述試験の採点(三七)、成績順番決定方法(三七)、合格不合格(三七)、再

試験(三七五)、司法大臣に對する報告(三七五)、受験不許(三七五)、
 八、豫備判事(三七六)、判事採用願(三七六)、資格取消(三七七)、豫備行政官(三七七)、無報酬(三七七)、賜暇(三七七)、

一四

バイエルン及び漢堡の制度(三七七)、
 一、司法官及び行政官の養成は同一か(三七八)、バーデン制度の可否(三七八)、バイエルン制度の可否(三七八)、
 二、司法官及び辯護士の資格と同一なるを要す(三七九)、我現狀は然らず(三七九)、國家試験の存廢(三八〇)、國家試験所
 は一ヶ所か(三八二)、試験區域(三八三)、試験官の増加(三八三)、

一五

一、司法官及び辯護士と考試(三八四)、
 二、試験の種類(三八四)、

一六

一、自宅論文制度の可否(三八五)、筆記試験にて足る(三八五)、
 二、試験科目數(三八六)、現制度と改正案(三八六)、改正案は輕きに失す(三八六)、私案と外國制度(三八六)、試験は重きを可
 とす(三八七)、試験の程度(三八六)、口述試問と其時間數(三八七)、
 三、訴訟法と選擇科目(三八九)、改正案の不當(三八九)、普國制度と民事訴訟法の撤廢(三八九)、政府案の理由(三八九)、民事
 訴訟法の必要(八九)、獨逸訴訟學者の意見(八九)、訴訟法撤廢不當の理由(八九)醫學と訴訟法(八九)、獨逸に於ける
 論争(八九)、訴訟法の價值(八九)、學者の反對(八九)、學會の意見(八九)、

一七

一、辯護士と實務修習の方法(八九七)、辯護士の修習と辯護士會(八九七)、其修習と裁判所(八九九)、

二、試補と實務(八九九)、修習期間は三年(九〇〇)、修習科目と期間の割當(九〇〇)、修習の順序(九〇一)、指導官(九〇一)、剛
 體主義(九〇二)、修習の目的(九〇三)、修習の方法(九〇三)、修習と講演(九〇三)、普國判事の批評(九〇四)、修習の場所(九〇四)、
 區裁判所に於ける修習(九〇六)、辯護士、公證人に依る修習(九〇六)、隨意修習(九〇七)、監督者(九〇七)、無給(九〇七)、内
 職の禁止(九〇八)、判事と内職の弊(九〇八)、司法官優遇と内職禁止(九〇九)、

一八

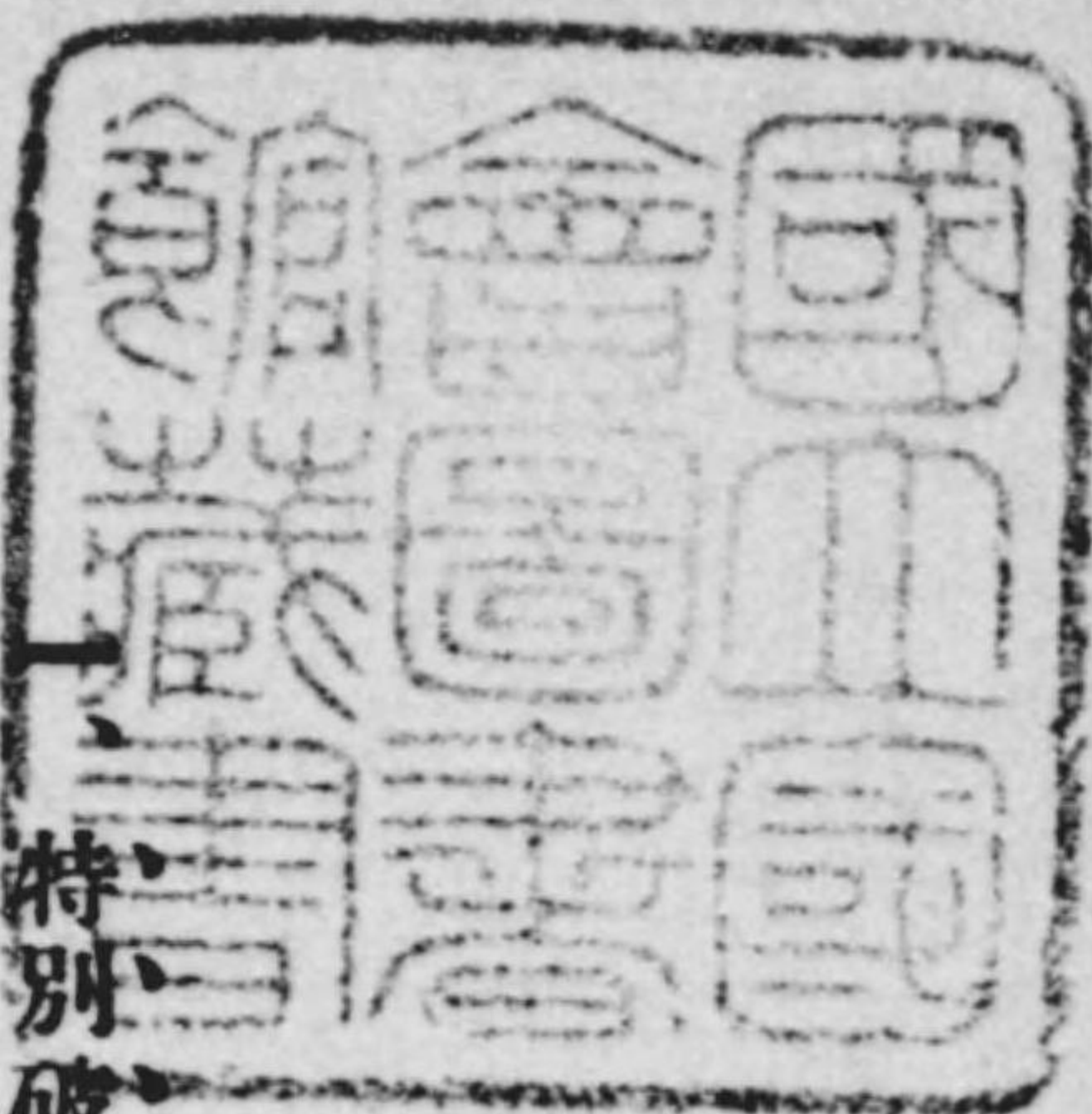
一、二回試験(九一〇)、其方法(九一〇)、
 二、筆記試験の種類方法(九一〇)、口述試験の程度(九一一)、
 三、合格者と志望(九一一)、
 四、私案と志望者の増減(九一二)、司法官優遇手段(九一二)、

一九

結論(九一三)、原博士の意見(九一三)、

二、アドルフ・ワッファ教授並にフランツ・クライン博士の
 逝去を悼む……………三二四

破
產
法



一、特別破産に関する沿革及び學說

特別破産 (Sonder-, Particular-, Special-od. Separatkonkurs) なる文辭は我破産法にも又獨逸及び奧太利破産法にも成法上は之れを使用し居らざるも(註二)、學者は講學上此文字を用ひて破産法規を説明するを通例とする(註三)。古より學者は「破産とは債務者に屬し且強制執行を受くべき一切の財産 (Das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners) に對し開始せらるべき執行手續であつて、斯く一切の財産上に開始せらるゝ場合を普通とするが、然し又例外として債務者の財産中の一部に對して破産が開始せらるゝこともある」と述べて、破産に二種(註三)あるが如くに説明し、講學上前者を一般破産若くは普通破産 (Universal-, General- od. Gesamtkonkurs) と名け、後者を特別破産と名づくるを常とするのである。尤も有力なる學者にして一般破産及び特別破産の區別を否認し、破産は總て一般破産なりと説明するものもある。例へば Stieglitz, Wilmowski, Sarwey-Bossert 及び Fuchs 等である(後部六の三参照)。特別破産の意義若くは觀念を認むべきものとするも、勿論これに付ては學者間に大に論争する所であつて、従つて又其意義は叙上の説示にては充分でなく、他の要件を具備すること

を要するは言を俟たざる所であるが、然し其意義に付き學者の從來下したる説明にして、大體一致する所は前述の如く「債務者の一部の財産に對する破産」なりと云ふ點にあるのである。

(註一) 從來成法上特別破産なる術語を用ひたのは一七八一年五月一日の埃太利破産法 (Vlg. Pollak, Das Konkursrecht S. 300)、一八五五年五月八日の普魯西破産法(第一條第二項)である。獨逸現行法第二〇九條には「合名會社、合資會社、株式合資會社の支拂不能の場合に於ては會社の財産に付き獨立なる破産手續 (Das selbstständige Konkursverfahren) を開始すと定め、又第二一四條以下には相續財産に關する破産手續を定め、又第二三六條には共通財産に關する破産手續を規定し、次に第二三八條には内國財産に對する破産手續を規定してあるも、此等規定は特別破産に對する法律上の意義を定めたものと云ふを得ざるは勿論又其場合を限定したるものでもない (Vlg. P. Labes Z. H. R. Bd. 62. S. 110)。

(註二) 多數の學者は特別破産なる名稱を使用し居りて、其數枚舉に違ふもの程であるが、例へば Jaeger Konkursr. 1924 S. 6 156; Derselbe Komm. Bd. I. S. 81 ff; Wach Grundriss (Nichtöffl.) S. 46; Seuffert K. R. S. 73; Heilfron=Pick Lehrs. S. 22; Hellmann Lehrb. S. 126, 136; Petersen-Kleinfehler Komm. S. 617; Kleinfehler Lehrs. S. 2f. 181 ff; Wolf Komm. S. 37; Kohler Lehrb. S. 79 ff; Derselbe Leitf. S. 70f, 105; Kisch Grundr. S. 32; Fitting S. 42; 487; Endmann Lehrb. S. 37ff; A. Lintelen S. 75ff; Pollak CR. S. 300; Schwarz Lehrb. S. 39; A. Lehmann Komm. S. 12; Bartsch-Pollak Komm. Bd. I. 29, 448, 590; 等々如くは、尙ハミンクマン學者 Windscheid, Dernburg 等も特別破産なる文詞を用ひて居る。我國に於ては加藤博士破産法講義三一頁、三〇五頁等に於て特別破産を認められて居る。普通法時代に於ては學者は Partikularkonkurs なる文字を用ひて特別破産を説明して居つたが、固より之れに對する統一的の觀念を叙述して居らぬ。

獨逸破産法第一草案及び第二草案には法文として特に特別破産なる文字を使用し居らざるも其理由の説明中には此文字を用ひて居る。尤も第二草案理由書は特別破産なる制度を否認し、一般破産との區別はないと云ふて居る尙六參照。(Mit-

tiv I. Bd. I. S. 24f; Motiv II. S. 239 ff; Dasselbe Verlag, F. Kortkamp S. 155;)。

(註三) 獨逸普通法時代に於ては學者は破産を分つて「一般破産及び特別破産」と爲すの外尙切迫破産 (Imminent K.)、實際破産 (Materieller K.) 及び形式破産 (Formeller K.) と分類して居る (Vlg. Fuchs Das Concursverf. S. 1; Bayer Theorie S. 53f; Schwepp System S. 54f; Dabelow Ausführliche Entwicklung S. 672f. u. S. 765ff)。
茲に所謂(一)切迫破産とは債務者が事實上支拂不能の状態に在るも債務者に於て未だ破産の申立を爲さず、従つて裁判所の受理せざる破産状態を云ひ。(二)實際破産とは債權者が債務者に對する破産開始を裁判所に申立て、裁判所に於て其審理を爲したるも未だ破産を宣告せず、従つて固有の破産手續の程度に至らざるものを云ひ。(三)形式破産とは裁判所の審理の未破産を宣告して愈々固有の破産手續に至りたるものを云ふのである。斯る區別は十八世紀中頃 Schaumburg 之れを用ひしに始まり (Princ. Prax. Jurid. Jud. II. C. 8. 21) 後の學者が之れに従つたことである。

二、余は特別破産は之を認むべきものか、認むべきものとすればその意義(觀念即ち成法上抽象的の特別破産とは何を云ふか)及び其場合(成法上具體的に特別破産と認むべき場合)を論究せんとするのであるが、先づ其順序として特別破産なるもの、沿革及び之れに對する學者の説明及び判例の推移せるところを叙述し、然る後之れに對する妥當なりと認むる意義及び其場合を掲ぐるを便宜とする。

二

一、羅馬法に於ては明白に特別破産 (Concursus Particularis) とは云はなかつたけれども、既に其觀念を認め居りしことは疑はない(註一)。而して此觀念は大法官 (Praetor) の命令に因り與ふる分別の

特權 (Beneficium Separationis 普通法の所謂分別權 Separationsrecht) に基因せるものである。分別の特權とは債務者の財産中の一部を他の財産と分別し、且其分別せる一部財産より或る債権者が他の債権を排除して満足を求め得るの特權(利益)を云ふのである。斯る權利者を學者は分別權者 (Separatisten ex jure crediti) と稱して(註二)、所謂取戻權者 (Separatisten en jure domini) と區別する。取戻權者は債務者の占有せる或る財産上に所有權を有する者なるに反し、分別權者は斯る權利を有して居らぬ。加之分別權者は財團債権者と異なり、破産債権者に對する請求權を有して居らぬのである(註三)。分別權者は債務者が支拂不能に陥りたるを否と、又破産の宣告を受けたるを否とに論なく、分別の特權を有するのである。

(註一) Bayer S. 58; Schwepp S. 370 fg; Fuchs S. 2 fg; Hagenuth Sonderkonkurs S. 2 fg; Eberhard Sonderkonkurs S. 1 ff.

(註二) Separatisten ex jure crediti は今日では別除權者 (Absonderungsberechtigter) なりと説明するも、羅馬法從つて普通法に於てはそれ以外に特殊の意味に用ひ、特に普通法にては今日の所謂別除權者をも包含して使用されたのである。左れば茲にはこの混同を避けんが爲め特更に分別權者と譯して置く。

(註三) Hagenuth a. a. O.; Schwepp S. 269 ff. 財團債権者は破産者自身に對する債権者なるか、將た又破産債権者に對する債権者なるかは勿論争ある所である。

二、分別の特權を有する場合には固有のものと、然らざるものとの二種類がある。即ち(一)、固有

の分別特權とは相續債権者若くは受遺者が他の債権者を排斥して、相續財産より満足を得んが爲め、この財産を相續人の他の財産と分別し得るの特權である(註一)。相續債権者若くは受遺者が相續財産より満足を得、尙不足額ある場合に相續人が自己の財産より其不足額を辨濟すべき義務ありや否やは、大に議論の存する所であるが、消極的に解するを正當とする(註二)。(2)、其後相續財産分別の制度を擴張して所謂準分別の特權 (Beneficium quasi separationis) の制度が起る様になつた。(1)其一是家子の兵役取得財産 (Peculium castrense d. filius familias) に對する分別の特權である。此特權は、家子が兵士となり、服務の結果財産を取得した場合に於て、其後この家子に對し債権を取得したる權利者は家子の兵役軍前に債権者と爲りたる者を排除して、自己のみ獨り満足を得んが爲め家子の取得財産を家父の財産より分別せしむる特權を云ふのである(註三)。(2)、其二是奴隸 (Servus) が主人の爲めに商業を爲したる場合に債権者の有する特權であつて、この特權は所謂分配訴權 (Actio tributoria) に基因するのである (Dagesta 第十四編第四章參照)。先づ最初の時代に於ては「奴隸と取引を爲したる債権者は其取引に關する營業財産を奴隸の家父の財産より分別し、且其營業財産より自己の満足を得んとするの特權を有した」のである (Separatim in tributum vocare)。これは債権者が取引主よりも營業に専ら信用を置きたるものだからこの理由に基くのである(註四)。次に儒帝時代に至つては其分別の特權が擴張せられ、其特權は奴隸が主人の爲めに一個の營業を爲す場合にのみに制限されずして、奴

隷が主人の爲めに二個若くは二個以上の營業所 (tabernae) に於て商業を爲した場合に、各個の營業所にて取引したる債権者は各營業所の營業財産の混同を妨げ、且自己の取引したる營業所の財産より専ら満足を得んとするの特權となつたのである(註五)。尤もこれに付ては制限がある、即ち奴隷が同一都市に於て同一種類の數個の營業を爲したときには債権者は分別の特權を有せずして、債権者が此特權を有する場合は奴隷の營業が異種類のものでなければならぬ (Puta sagarium et lintarium)。然し又其營業が同一種類のものであつても營業所が互に異なる場所に存在せる場合はこの限でない (Ad. Bucinumaut trans Tiberim) (註六)。

而して債務者の財産、即ち前述の相続財産 (Hereditas)、家子の特有財産 (Peculium) 及び營業財産に付き債権者は分別の特權を有し居るもので、債務者が支拂不能に陥りたる否と、又破産宣告を受けたると否とに論なきことは前記の如くである(註七)。若し債務者の或財産が分別せられても未だ分別権者の満足を充たすに十分ならざる場合にはその分別せる一部の財産上に破産を開始するのである(註八)。羅馬法に於ては右の破産を今日の所謂特別財産として認めて居つたのであるが、其發達は不分であつたのみならず、統一した觀念はなかつたのである(註九)。

(註一) Digesta 第四十二編第六章第一節第一條參照 (Otto u. Schilling C. J. C. Bd. 4. S. 390; Schweppe S. 269 fg; Bayer S. 58 fg. u. Note 2; Spangenberg A. C. P. Bd. 1. S. 405f; Fuchs S. 2; Eberhard S. 2b; Hagenuth S. 4f.

(註二) Papinian は相続債権者は相続人に對し不足額辨済の請求權ありと説明し (L. 3. § 2. D. 42. 6) Paulus は之れに反する説明を爲し (L. 1. § 5 D. eod.) Ulpian は之れに賛同した (L. 1. § 17. D. eod.)。分別の特權に因り相続財産と相続人の財産とは全く別個のものとなり、相続人と被相続人とは性質の異なるものに在りたるものと認むべきものである(註三) 通説は消極説である (Vlg. Schweppe S. 274)。

(註三) Deg. 第四十六編第六章第一節第九條參照 (Otto—Schilling ebenda S. 392) Spangenberg a. a. O; Schweppe S. 272; Eberhard a. a. O; Hagenuth a. a. O.

(註四) Deg. 第十四編第四章第五節第十五條 Otto—Schillings ebenda Bd. II. S. 159ff. bes. S. 162; Spangenberg a. a. O; Fuchs S. 3fg. Eberhard a. a. O; Hagenuth a. a. O; Unquisque (Creditorum) merci magis quam ipsi (servo) credit et ne ex alterius re merceve alii indennes fiant, alii damnun sentiant. 即ち債権者の何人なりとも奴隷その人に對するよりも寧ろ營業貨物に重きを置く、蓋し或者が他人の財産の爲めに自己が安全と爲ることもなく又或者が他人の財産の爲めに損害を受くることなからしめんが爲めなりとの意味である。

(註五) Deg. 第十四編第四章第五節第十六條 (Otto—Schilling a. a. O.) Fuchs, Spangenberg, Eberhard, Hagenuth a. a. O.

(註六) Hagenuth S. 6.

(註七) Eberhard S. 3; Hagenuth S. 2fg; Fuchs S. 2fg.

(註八) Endmann. Das d. K. V. S. 37 Note 4; Eberhard S. 3;

註釋學派は奴隷商業經營の場合に於ける債権者の分配訴訟 (Actio tributoria) を自由民の營業の場合に之れを擴張解釋するのである。即ち奴隷の營業の場合に於ける分配訴訟の理由は、人よりも營業財産に重き信用を置くからとの觀念に基くものである(註四及び其本文參照)。此の觀念を自由民の營業の場合に擴張するのである。然し此の解釋は餘り擴張し過ぎて適當でなかつたはれて居る (Hagenuth S. 5fg; Bayer S. 60 Anm. 8; Schweppe S. 271 u. Anm. 2. 反對

一、特別破産に關する沿革及び學說

説 Dabelow S. 347)。

然し右擴張説は十七世紀以來西班牙及び獨逸に繼承されたのみならず、學者及び實際にも採用さるゝに至つたのである (Fuchs. S. 3f.)。

三

西班牙に於ては彼の有名なる同國樞密顧問官なる Salgado de Samora 氏は其名著なる一六四五年の Labyrinthus creditorum concurrentium (競合債権者の岐路) に於て特別破産及び一般破産に關し其説明を爲して居る。

同氏曰く。特別破産とは「多數債権者の一人が債務者に對し爲したる訴訟に於て、自己のみ獨り他人に優先して辨濟を求むるの目的を以て爲されたる多數債権者間の争なり」、一般破産とは「債務者の行爲に因りて惹起せられたる訴訟に於て、一切の債権者が債務者の總財産より満足を求むるに付き債権者相互及び債務者との間に爲されたる争なり」と(註一)。

羅馬法始め、獨逸普通法及び現今の破産法に於ては「一の訴訟手續に他の債権者が參加すること」を特別破産なる文字を以て表示せず、却て其參加を以て専ら破産訴訟の一種と認めてゐる(註二)。從つて Salgade d. Samora 氏の説明は今日の所謂特別破産なる觀念を考察するの資料にはならぬ。

(註一) Fuchs S. 2 u. Anm. 2; Hagenbuch S. 10; Eberhard S. 3 Anm. 3.

(註二) Fuchs S. 2; Hagenbuch a. a. O.

四

一、普通法に於ては(特に其初期には勿論)羅馬法に倣ひ同法の所謂 Separatio ex jure crediti を認め、債権者に分別權 (Separationsrecht) を附與したので、從つて又特別破産(註一)なる觀念を認めたのである。

(一)、普通法に於て分別權を與へ、從て特別破産として認められたるものとして、學者及び判例の争はざるものは(一)相續債権者及び受遺者が相續財産 (Bona hereditaria) の分別を相續人の固有の財産より請求し得る場合、(二)封地財産及び貴族世襲財産の債権者が封地及び世襲財産を他の財産 (Allodium) より分別し得る場合の二者である(註二)。換言すれば普通法に於ては相續財産並に封地及び世襲財産に對しては特別破産なるものが開始せられたることは學者間に異論のなき所である。

(註一) 普通法の學者は特別破産を Spezial—od. Sonderkonkurs と云はれ、Partikularkonkurs と稱して居る (Bayer S. 58 ff; Labes Z. H. R. Bd. 62. S. 11. 句' 一註二参照)。

(註二) Bayer S. 58f; Seuffert S. 100; Fuchs S. 3. 等。

(ロ)、前記二場合の外に尙分別權、從て特別破産の場合を認めたるや否やは學者間に大に議論のあり、特別破産に關する沿革及び學説

る所である。今試に其場合を検せんに左の如くである。即ち、

(一)、羅馬法 (L. 1. § 9. D. de Separ. 42. 6) と同じく、家子の兵役取得財産 (Bona castrensia) に信用を置きたる債権者は其財産に付き分別権を有するや。普通の見解 (例へば Dabelow S. 389 fg; Schwepp S. 272. Eberhard S. 2.) に従へば積極説であるけれども有力なる反對論もある。其反對論に曰く、「右の場合には家子の債権者に分別権はなく、却て總債権者の順位の問題に止まり、家子の兵役服務前に之れと契約せる債権者及び家父に對する債権者は其他の債権者の後順位に屬することゝなるに過ぎざるもので、従つて特別破産を構成せざるものなり」と (例へば Bayer S. 59-60; Fritz. Archiv f. C. P. Bd. 12. S. 328fg.)

(二)、債務者が營業を爲し債務を負担したる場合に營業取引上の債権者は羅馬法 (L. 5 § 15 O. de. trib. 14. 4) の類推に依り、營業財産と債務者の其他の財産との分別を請求する権利ありや否や。尙羅馬法は元來奴隷の營業上爲されたる不法行爲に基く分配訴權 (A. tributoria) に關するもので、此の法理を自由人には類推適用を許さず、されば叙上の場合に債権者は分別権を有せず、従つて特別財産の開始なしの説 (例へば Bayer; Schwepp; Hagensuth) (註一) もあるが、之れに反對の説もあつて (Fuchs; Dabelow) (註二)、債権者は分別権を有し、従つて此場合に特別破産の開始が出来ること云ふのである。

(註一) 前記一ノ二註九末尾參照、

(三)、債務者が數個の店舗を有する場合に於て、各店舗と取引したる債権者は自己の取引したる店舗の財産と他の店舗の財産との分別権を有するや否や。即ち普通法に於ても羅馬法 (L. 5 § 16. O. de trib. 14. 4) の適用ありしや否やと云ふのである (註二)。判例は勿論一派の學者は債権者に分別権あり、従つて此場合に特別破産の開始が有り得るものなりと主張し (註三)、又これに反對する學者もあるが (註三)、然し通説は積極説である。

(註二) 前記一ノ二及び註五參照。

(註三) Fuchs; S. 3; Eberhard S. 4; Seuffert S. Dabelow S. 347;

(註三) Bayer S. 60

(四)、或者が破産者と宣告せられたる以前に於て、其者の所有物件に付き質権を取得したる質権者は其質物件上に分別権を有し、従て物質に特別破産開始せらるべきや否や。古き學説は積極説を採りたるも中頃は之を争ひ其後亦舊説を採るものあるに至つたが、多數の學者は消積説を採る (Fuchs. S. 3 Schwepp, S. 272 Bayer S. 61 u. Note 10; 詳細に付ては右 Bayer 前掲參照)。

(五)、債務者が自己所有物件を賣却するとき、債務者たる賣主の債権者は買主破産せる場合に於て、其物の分別を請求し得る権利ありや。従つて又其物に破産開始せらるべきや否や。或學者 (例へば Dabelow S. 352fg) は積極説を主張するも此説は正當ならず (Fuchs a. a. O; Bayer S. 62 Anm.)

(六)、其他例へば、妻が夫に爲したる金銭贈與を取消したる場合に、其取消前其金銭にて夫の買取りたる物件に付き妻が分別権を有するや。後見人が未成年の金銭を以て債権を取得し、若くは物件を取得したる場合に未成年は其債権若くは物件に付き分別権を有するや。又或者が兵士の金銭を以て不當に物件を買入れたる後破産せる場合に、兵士は其物件に付き分別権を有するや。從て又其物件上に特別破産開始せらるべきや否やに付き争あるも消極的に解するを妥當とする(Fuchs: a. a. O. Schwepp S. 262; Bayer S. 61fg. u. S. 62 Anm.)

(七)、分別権に基かすして特別破産を開始すべきや否やに付ての論争は、債務者の内國に於ける財産に關してある。即ち債務者が内外國に財産を有し且兩國に夫々債権者ある場合に於て債務者の内國のみに在る財産に對する破産は特別破産なりや否やの問題であつて、這是當時大に争はれたものであるも特別破産とならずと解するを妥當とする(Bayer S. 61fg; Eberhard S. 6; 然し反對説の賛同者も仲々多くある。例へば Schwepp § 154; Fuchs S. 5; Günther S. 77)

二、普通法時代に於ける特別破産の觀念に付きて抽象的に説明せる學者も無い譯ではない。其中最初の方に屬すべきものと思はるゝ者は Stryk 氏である。同氏は Brunmann の著書なる破産手續法(De Processu concursus creditorum) に註解を加へて特別破産の意義を述べ、「特別破産には客觀的及び主觀的要件を必要とするもので、客觀的要件としては財團の制限であり、主觀的要件としては干與債權

の制限である。この二要件の存在が特別破産の實質を爲すものなり」と説くのである(註二)。この説明は或る一定の債権者の有する分別権(Separationsrecht)を基礎としての議論であつて、右説明に賛同する學者も少くないが(註三)、然し又特別破産の標準を債務者の財産の一部なる財團に制限する點にのみ置き(客觀的要件)、干與債権者の制限的範圍を顧慮せざる説明と爲す學者もある(註三)。

次に Gomer の如きは特別破産の特徴は次の三個にありとして説明して居る。即ち(一)、特別破産の財團と爲るべき一部財産は一部財産として、法律上認められたる財團(Universitas rerum; Gütercorpus) でなければならぬ。(二)、債権者の債権は右財團と特別の關係に在ることを要する。且つ(三)、斯る債権者は右財團を債務者の他の財産と分別し得る權利、特に其財團を自己に分配すべきことを請求し得る權利を有するものでなければならぬと云ふのである(註四)。加之同氏は一般破産と異なる特別破産の結果に付き説明を爲して次の如き意見を陳べて居る。即ち(一)、特別破産は其手續の開始に付ては債務者の財産所在地の裁判官(Juden rei sitae)に於て之れを裁判し、債務者の住所地の裁判官(Juden domicilii)は之れを管轄しない。(二)、特別破産の債権者は一般破産の債権者と關係なく、一の獨立したる特別の團體を構成するものである。例へば免除契約の效力に關しては其團體構成が最も重要である。(三)、或る債権者が特別破産開始の場合には多數抵當權者の一人として、其満足を得らるべき筈のものなるも、若し其特別破産の開始なく却て一般破産の開始ありて、此一般破産にて他の

抵當権者の後順位に立たざるべからざるものとなるときは、全然其債権を喪失するの危険がある。且つ(四)、特別破産の手續の進行は一般破産のそれよりも迅速なるべしと云ふのである(註五)。

叙上の如く特別破産の抽象的觀念に付ては種々なる學説があつたけれども、當時未だ理論的に且統一的に完全なる説明を爲したるものがなく、従つて又定説とも認むべきものはなかつたと云はれて居る(Vlg. Eberhard S. 51.)。左れば學者若くは判例は個々の場合を捉へ來つて、それが特別破産と爲るべきものなりや否やを主として講究し若くは判断し居つたので、その個々の場合の問題とは、例へば、前記二に掲げたもの、如きを云ふは勿論、尙其他の場合にも爲つたのである。(Vlg. Eberhard a. a. O.)

(註一) Fuchs S. 2 u. Anm. Concurfus particularis ratione subjecti, ubi certum tantum creditorum conveniunt.....ratione objecti, ubi non omnia bona sed cer tantum in concursum veniunt (特別破産は主觀的意義に於ては多數債権者が特定財産を請求する場合に存し客觀的意義に於ては總財産にあらざ特定の財産のみが破産の物體と爲る場合に存す)。

(註二) Günner, Handbuch des deutschen gemeinen p. Bd. 4 §12; Fuchs §1; Bayer S. 58.

(註三) Günther, Der Concurfus d. Giger, S. S. 75, bes. S. 77.

(註四) 五) Günner a. a. O.

三、特別破産開始の要件を考査せんに、普通法に於て説く所は左の如くである。(一)特別破産は一般破産の開始なきも別個に獨立して開始せられ得るものである。是れ蓋し債権者の分別權に羅馬法と

同じく獨り債務者破産の場合にのみ行使せらるべきものに止まらずして、尙破産開始なき場合にも行使し得べきものであるからである。然し通例は一般破産の開始は特別破産の開始を誘起するのみならず、双方同時に且相互の影響なくして起るものである(註二)。(二)特別破産は債務者の總財産の支拂不能なくとも、分別せられたる特別財團のみの辨濟力不足に依り開始せらるべきものなりやと云ふに、争あるけれども普通法に於ても羅馬法と同じく分別の結果其分別せられたる特別財團が無資力なることに開始せらるべく、全財産の支拂不能なることを要せない(註三)。従つて特別財團の獨立性は以前よりも其程度が甚だ確實となるのである(註三)。(三)特別破産の管轄裁判所は特別財産所在地の裁判所である(註四)。(四)特別破産の手續は一般破産に適用せらるべき原則が標準となる。左れば特別破産に於ても一般破産と同じく準備手續(Präparatorischesverfahren)に於て開始せられ、破産管財人(Curator)及び訴訟管理人(Contradiktor)を選任し、次で債權確定手續(Liquidationsverf.)に移り、特別財團より満足を求め得べき債権者を公告を以て確定期日に呼出すの催告を爲す。其次には順位確定手續(Prioritäts od. Collocationsverf.)行はれ、最後に配當手續(Distributionsverf.)に於て配當額の決定を爲したる上之れに従ひて財團より配當を爲すのである(註五)。(五)配當の結果殘餘財産ある場合に於て其財産が一般破産債権者の辨濟に利用せらるべきものであれば、之れを一般破産の財團に組入るのである(註六)と云ふのである。而して斯くの如く階段を設けて破産を遂行せしむることは普通法の特色とす

る所である。

- (註一) Fuchs & 25; Schweppe & 150; Eberhard S. 5. Vlg. Gunther S. 76.
- (註二) Bayer S. 58; u. S. 63 Anm. Eberhard a. a. O.
- (註三) Eberhard a. a. O.
- (註四) Schweppe a. a. O.; Gönner a. a. O. (尙前記二参照)
- (註五) Fuchs, Schweppe, Eberhard, Bayer, Gönner a. a. O.; u.

普通法に於ては破産手續を四の階段に分つたものである。即ち(一)、最初の手段を準備手續とす、此手續に於ては破産宣告要件の調査を爲し、破産開始を爲すべきや否やの決定(Decretum de apertura od. de non ap. concurs)と爲すべきものにあつて、此手續は其決定と同時に終了する。(二)、次で債権者の數及び届出債権の額と確定すべき債権確定手續に移る。(三)、其次を債権者の順位を定むる順位確定手續となる。(四)、最後を配當手續とす。
(以上 Fuchs S. 96 ff; Seuffert S. 12f; Koller Nachlass S. 20 参照)。

(註六) Fuchs a. a. O.

五

一、(一)、普魯亞の二八五五年の破産法は特別破産の法理を確實に採用した(前記一、註一参照)。即ち其第一條第二項に曰く、「破産者財産の一部に制限せられたる破産(特別破産)は本法に依り明定せられたる場合に限り開始すべきものである」と。是に由つて看れば同破産法の認むる特別破産に付て

は二個の要件の存在を必要とする。即ち(一)、一方に於ては其觀念として破産財團が債務者の財産の一部に獨り制限せらるゝことを要するのであつて、總債権者若くは或る一定の債権者のみが干與すべきものなりや否やは之れを毫も考慮しないのである。(二)、他方に於ては破産開始の場合を破産法自体にて限定し、其場合を擴張することを許さないのである。此法制は羅馬法及び普通法とも大に異なる所であるのみならず、現今の法制とも大に異なる點であつて注目に値する。

(□)、同法の限定せる場合を擧ぐれば次の如くである (Vlg. Goldammer K. z. p. k. O. § 1. Anm. 9; Koch Die P. K. O. S. 26. Note 2a) 即ち

- (一)、相續債権者の爲めに相續財産に對し特別破産手續を開始する(立法二五九條、二六一條)。
- (二)、相續人の固有の債権者が相續人の固有財産を相續財産より分別するの權利を有する(第二六〇條、第三七條第二號參照)場合に於ては、其固有財産に對し特別破産を開始する。
- (三)、物上債権者 (Realgläubiger) が債務者の一般破産の場合に其財團特に不動産より別除辨濟 (abgesonderte Befriedigung) を求むる權利あるときは(第二六三條)其手續は特別破産である。鑛山債権者 (Berggläubiger) 及び船舶債権者 (Schiffsg.) が別除辨濟請求權を有するとき(第二七一條)亦同じである。

(四)、商事會社の支拂停止の場合に於ては會社財産及び社員の私有財産に付き夫々別個に破産を開

始する(第二八六條及び第二八七條参照)。會社は法人なれども(Koch S. 242; Eberhard S. 5) 其破産は特別破産であり、又社員の私有財産の破産には一切の債権者が干與し得るものなれども此破産も亦特別破産である。法文上より見れば會社及び社員の財産に對し夫々破産が開始せらるゝので、双方各自の破産は特別破産でなきが如く解せらるゝけれども、社員の私有財産に付き破産の開始せらるゝ場合は其社員は必ず會社の無限責任社員なるか、然らずんば會社と連帶關係に立ち居るものであり、且つ後述の如く双方の破産は同時たることを要するので、實質上より云へば會社財産と社員の私有財産とは一體を爲し居り、従つて其一部に破産を開始するものと見て差支へない、然るを只名義上會社の破産及び私有財産の破産として表示したるに過ぎざるものであるからこの理由に基いて双方を財産の一部に行はるゝ特別破産としたものであるまいかと想像さる。

會社破産と同時に私有財産の破産が開始する時(Gleichzeitige Konkursöffnung)に於てのみ特別破産であるものと思はる(第二八七條第二項参照)。双方の破産が同時たることを要する理由は特別破産を開始せんが爲めに必要なりと云ふにあると考ふ(Vlg. Jäger Konkurs der offenen Handelsgesellschaft 1897. S. 171ff.)

然るに同時破産とすれば一面に於ては社員は會社破産の場合には自己の財産上に破産開始せらるべき危険のあるより、會社の破産を防止せんと努力するの動機となり、他面に於ては會社債権者が會社

債権に付き社員の私有財産上に完全且十分なる擔保を有することの利益となるからであるとの説明がある(商法に關する普魯西執行法理由參照 Kohler Lehrb. S. 78; Eberhard S. 7)

(五)、外國人が内國に店舗を有するときは内國に在る外國人の總財産に付き特別破産を開始する(第二九二條)。内國の債権者のみが破産申立を爲せしむるときにも、外國にある債権者は其破産手續に參加することを妨げなく(Goldammer § 292 Anm. 4)。

(六)、多數の債権者が執行裁判所に於て同一差押物に付き辨濟を請求し得べき準備手續(Prioritätsverf.)は特別破産である(第三二二條以下)。

(七)、以上の外の特別破産は普國と他州若くは外國との條約に依り明記せる場合に限り之れを開始すべきである(Goldammer § 3 Anm. 3.)

特別破産に關し一般破産の規定を適用すべきや否やに付き、法律は何等明言する所なきも、普國破産法草案第七條に依り知るを得るが如くに、特別の明文なき限りは特別破産には一般破産の規定を適用すべきものであつて、特に會社破産(第二八六條乃至第二九一條)、内國破産(第二九二條乃至第二九六條)、及び相續財産の破産(第二五六條乃至第二六二條)に付きては然りである(Eberhard S. 8)。

以上の如く普國に於ては特別破産に付き稍々精細なる規定を定めあるも、之れに關する固有の學説は無き様である(Vlg. Eberhard a. a. O.)。

二、普魯西以外の他の州に於ても特別破産制度を看過して居つたものではない。

(イ)、ウエルテンベルク州 (Württemberg) に在ては甚だ制限せる範囲内に於て特別破産を認めたのである(十九世紀中頃)。此特別破産は外國に對する關係に於てのみ成立し得るものであつて、内國破産及び外國破産に關する規定が同州と獨逸に於ける他州との條約中に通常記載されて居つたものである。換言すれば同州の所謂特別破産なりしものは破産法自體には定められずして條約若くは其他の命令等に依り定められたものである。即ち當時の所謂特別破産とは外國人(若くは他州人)が他人と會社を組織し、其營業所の主たる所在地がウエルテンベルク州に在る場合に於て、同州に在る會社財産に對する破産者の持分に付き會社債權者保護の爲め開始せらるゝ破産を云ふのである(註二)。

(ロ)、バイエルン州に於ては羅馬法の所謂分配訴權 (Actio tritoria) 及び之れより發達したる分別權に基く固有の特別破産を永年採用したのである。而して同州の順位確定法 (Prioritätsgesetz) 其第二條乃至第十條には分別權及び特別破産に關する規定あり(第八條第五號には「債務者が相異なりたる登記済の商號を以て數個の營業を同時に爲したる場合には各其營業財産に付き特別破産を開始すべき旨」を規定し、以て右の場合の破産も亦特別破産の一種なることを明定したのである(註二))。

(ハ)、ハンブルヒ市の一七五三年八月三十一日の新破産法 (Tallienordnung) に依れば同市も亦バイエルン州と同じく商人の各營業財産に對する特別破産を認めたものである(註三)。

(註二) ウエルテンベルク國王が同州と瑞西の各州との間に締結せる條約に關して發したる一八五九年六月十八日付命令には、内國破産及び外國破産に關する特別破産開始のことを規定して居る (Vig. Eberhard S. 8)。ウエルテンベルク州に於ては始めは會社破産なるもの許されざりしも、一八六五年一般商法發布せられ、それに依りて合名會社に對する特別破産が認められた。尤も前記國王の命令は合名會社以外の一般の會社にも關することであるので、從つて此命令は一般に依り其效力を失ひたるものではない (Vig. Eberhard S. 9. Anm.)。

(註一) Vig. Motive I. S. 87ff; Eberhard, a. a. O.

(註三) Vig. Motive I. S. 58ff; Eberhard, a. a. O. 尤も後者に破産法制定の日時を一七五三年八月二十一日とあるは八月三十一日の誤植なるべし (Vig. Motiv ebenda)。

以上羅馬法を始め普通法並に普魯西法及び其他の州法に關する歴史的考察を爲したるが、これ等に於ては個々の場合に付き特別破産を許すべきや否やに關し頗る議論のありたるは勿論、其觀念自體の説明に付きても不明確を免れざるものがあつて、疑ひなき完全のもの云ふことを得ない。特に普魯西法の規定が普通法に於ける稍々多數説とも認むべき特別破産の觀念と異なりたる立脚點に出でたので、從つて之れに關する疑義が一層助長された譯である (Vig. Eberhard S. 9f.) それで特別破産の觀念を明にせんには尙進んで獨逸帝國破産法制定當時及び其前後に於ける立法的傾向並に其學說に付き研究するを必要とする。

六

一、帝國破産法制定當時(一八七七年、所謂舊破産法)に於ては、學者は一般に一般破産及び特別破産の差異に付きて云爲するを避けたものである。是れ帝國法は普魯西法と異なり特別破産(Parthikular)なる表示を採用しなかつたからであつて、これが主なる原因であると思はる。然し帝國破産法第一草案(一八七三年)は其第三條に「一部財産が破産財團を構成する場合あることを定め、又其第三編(第二一六條以下)として「一部財團の破産手續に關する特別規定なる」標題を設けて、これに關する種々なる規定を定めた點より見れば明に一般破産及び特別破産の差異を認められたものである。而して同草案第三條は「一部財産 (Vermögensheil) は本法の定めたる場合に限り破産財團 (Gemeinmasse) を構成するものなり」と明定し、其第三編第二一六條以下に於て一部財産に對し破産開始の場合を定め、且之れが制限的であることを明にしたのである。この一部財産に對する破産とは所謂特別破産のことである。尤も草案法文自體には已に業に述べた如く、殊更に特別破産なる文字を用ひてはないが、其理由書には明白に「一般破産又は特別破産なる文詞を使用して居る。

同草案の定むる特別破産の場合とは、(一)會社財産に對する破産、社員(多數若くは一人の)の私有財産に對する破産。(二)相続人の承継したる相続財産に對する破産、並に之れと同時に開始せる相続人の私有財産に對する破産。(三)外國人の内國に有する財産上の破産と爲すのである(註二)。尙草案の理由書には特別破産の意義に付き説明を與へて「特別破産の場合には債權者の多數は他の債權者を排斥

し且他の個々の財産より分別したる財産より満足を求めらるべきことに在り」と云ふのである(註二)。而して特別破産には特別の定めなき限りは一般破産に關する規定を適用すべきものと定めて居る。

(註一、二) Motive I. 2. 3. S. 24.

第一草案理由書には Partikular-od. Spezialkonkurs なる文詞を使用して居る。普通法時代に於ては前記の如く學者は單に Partikular. と稱したのである (Eberhard a. a. O.)。又同理由書に曰く「相続人の破産開始なくして、獨り相続財産に對してのみ破産が開始せらるゝも此破産は特別破産にあらず」と。蓋し其理由は「相続財産には其所有者ありて、嚴格に云へば相続財産は其所有者の財産の一部であるけれども、相続財産と未だ知れざる若くは限定承認を爲したる相続人との間の法律關係、並に相続債權者と相続人の固有の債權者との間を法律關係は相続財産が一の財産全體(財團)と爲り、且被相続人を破産者と見做すとの點に重きを置くものであればなり」と (Vlg. M. a. a. O.)

同理由書は特別破産は限定的のものなりと云ひ、本文の場合の外には特別破産を許さず、左れば(一)、強制執行手續に於ける順位確定手續即ち物上權者の別除辨濟手續(普魯西破産法參照)、(二)、強制和議の無効の場合に於て其和議履行擔保の爲めにせる物件に付き前破産債權者の辨濟を爲す爲めの別除手續の如きは特別破産にあらず(特別破産なりと主張する學者あれども)、何となれば「右二場合に於ては其辨濟の目的物となるものは個々の物件 (Vermögensstück) であるが、特別破産に於ける目的物は財産の集合體より成る財團 (Gemeinmasse) であるからである」と云ふに在るので (Vlg. M. a. a. O.)。

二、帝國破産法(舊法及び現行法なる新法共)(註二)は前に一言せし如く法文自體に於ては特別破産なる表示を使用することを避けたるは勿論、「一部財團に關する破産」(K. über Teilmassen) なる名稱をも抹消して之れを使用しないのである。然し其第八章には特別規定 (Besondere Bestimmungen)

一、特別破産に關する沿革及び學說

なる標準の下に一定の財團に對し特別破産手續を適用すべき旨を定めた。而して其第二百七條（舊法一九三條）には株式會社に關し適用すべき特別規定を定め、第二百九條（舊法一九八條）には合名會社、合資會社、株式合資會社に於ける獨立なる破産手續（Selbständiges Konkursverfahren）の開始を定め、第二百十四條（同二〇二條）は單に「相續財産に對する破産手續」に付きての管轄裁判所を定めたるに過ぎない。又進んで第二百三十六條に於ては「繼續財産共通制に對しては相續財産の破産に關する規定を準用すべき旨」を定め（註二）、第二百三十八條（同二〇八條）には「獨逸帝國內に普通裁判籍を有せざるも、營業所を有する債務者に對する破産手續は、内地に存在する財産をのみ其物體と爲す旨」を定め、且同條は「債務者が獨逸帝國內に營業所又は普通裁判籍を有せざるも、内地に於て所有者、用益者、又は用益賃借人として、住家及び農業用建物を備へたる土地を耕作する場合には、債務者の内地に存する財産に付き破産が開始せらるゝことを」定めてある。又權利能力を有せざる社團（Verein）に關しては第二百十三條に依り第二百七條及び第二百八條の規定を準用してゐる。

破産法には特別破産なる文字は表はれ居らぬが、然し學者の意見に依れば「破産法は其本質上一般破産及び特別破産の區別を認め居るものなり」とのことである（註三）。

（註一） 現行法なる所謂新破産法は一八九八年の改正に屬し一九〇〇年一月一日より施行されたものである。

（註二） 繼續財産共通制に對する破産は新法に於て初めて認められたものである。

（註三） Jaeger 始め其の他の人、冒頭一註二、及び七參照。

三、（イ）、帝國破産法第二草案理由書（註一）は第一草案理由書の採りたる説明とは反對の態度を採り、特別破産を認めざるの立脚點に其基礎を置いたものであつて、従つて一般破産及び特別破産の區別を是認しないのである。即ち第二草案理由書の立脚點に依れば特別破産の觀念及び其法理等は單純なる理論的のものであつて、實際上何等價値なきものとなるのであるのみならず、理論上も特別破産と一般破産とは其取扱を異にすべきものにあらざると云ふこととなるのである（註二）。加之第二草案理由書の説く所は、一般破産に適用すべき規定は主として所謂特別破産にも適用さるべく、個々の特別規定は、一般破産にも又特別破産にも双方に必要であるものである（註三）。

（ロ）、以前理論上及び實際上に於て特別破産として認め來たりし場合を第二草案理由書は夫々特別の理由に基きて否認し且其觀念を認めない（註四）。而して此理由書の立脚點に賛同する學者も亦尠くないのである（註五）。

（註一） 第二草案理由書（Motive zu dem Entwurf einer Konkursordnung, No 200 der 20 Legislatur-Periode II Session 1874）は一八七五年一月二十一日に帝國議會に提出されたものである。これには官版と Kortkamp 書店版とあり、尙 Hahn 氏編纂の資料書第四卷（一八九八年出版）にも載せてある。第一草案理由書は一八七三年出版に係るもの、Motive zu dem Entwurf einer deutschen Gemeinenschuldordnung 及びその註である。

（註二） III Motive II S. 439 ff. (Kortkamp S. 1554 ff.)

IV 特別破産に關する沿革及び學說

(註四)

從來特別破産と認め来りしものを第二章案理由書が否認する理由は左の如くである (M. II. a. a. O.)。

(一)、封地及び鑛山に對しては特別破産開始することはない。蓋し此等の場合に於ては其手續は個々の物件若くは個々の物件のみに對し行はるゝものなるに反し、破産手續の本質は物件の集合なる財團に對して行はるゝものなればなりと云ふにある。

(二)、相續債権者の爲めにする相續財産に對する破産は之れを認むるを得ない。何となれば相續人の知れざる場合又は相續人が限定承認を爲して相續財産を取得せる場合に於ては其相續財産若くは辨済の責を負ふべき財産は一の獨立性を有すべきもので、之れに對する破産は一般破産である、又相續人が單純承認を爲した場合に於ては相續財産に對する特別破産(分別に依る破産)が起る譯がないからである。茲に注意すべきは理由書は相續人不明若くは單純承認の場合に於ける相續財産を法人と爲す譯ではなくして (Begründung zu den §§ 202 206) 却て相續財産と相續人固有の財産との間に並に相續債権者と相續人の固有の債権者との間の法律關係が相續財産分別の結果、其相續財産を一の獨立せる財團 (Vermögensganzz) として見做すのであるからである。

(三)、數個の異なつた營業所は法律上分別せられた財團でない、従つて分別權若くは特別破産の物件とならないと。

(四)、合名會社及び合資會社は理由書に於ては之れを法人と見ざるも、却て法律上獨立破産の開始し得べき財團を有するものとして認め居るのみならず、尙社員は他の破産の起り得べき財産を十分に附隨して有せざるものなりとの見解を採つて居るので、従つて破産は常に一般破産である。又株式會社は法人なるが故に之れに對する破産は一般に特別破産なる觀念を惹き起さない。株主は出資限り責任を負ふに止まるものであつて、其他の財産は會社債権者の爲めに會社財産として責を負はないので、株主に對する破産も亦特別破産でない云ふのである。

(五)、外國人の内國に在る財産に對しては第二三八條に依り特別なる破産手續が開始せらるゝも、此破産は特別破産でない。蓋し理由書の言ふ所に依れば内國財産は法律上財産の一部として見ることを難しとするのみならず、其財産は法律

上又事實上より見て何れも内國に在る物件の全體を包含するので、之れに對する破産手續は亦一般破産と解すべきである。

(註五)

例へば Sieglitz Kommentar (1887) Einleitung S. XX. u. S. 687 Anm. 曰く、從來の所謂特別破産は總て一般破産である。一般破産とか特別破産とかの區別は全く實用なき空論にすぎざるものなり。

Wilmowski te Auf. (1885) S. 457f; Wilmowski—Kuhlbahn 1906 (7te Auf.) S. 518f. 曰く、特別破産と一般破産との觀念上の區別は之れを爲すを得ず。之れに關する争は實用なき徒勞のものなり。只外國人の内國財産に對する破産のみは特別破産なるべしと。

Sarwey-Bossert Komm. 3te Auf. (1896) は特別破産の存在を否認し且普通法の學説を非難して曰く「學者は特別破産に付き説明すれども一もこれと一般破産との事實上の區別を陳べたるものなし」と。然るに其四版(一九〇一年出版)三三頁には前版に反し特別破産と認め前説を改めた。

Fuchs Der deutsche Konkursprozess (1877. nicht Concursverfahren) S. 37 は普通法に關する其説明 (Concursverfahren S. 2f; Derselbe Beiträge zum Zivilprozess Bd. II. S. 2f (1863) に反し「帝國破産法には一般破産及び特別破産の區別なく、却て通常破産手續及び特別破産手續 (ordentliches u. besonderes Konkursverfahren) の二種ありとし、後者は破産の主體及び其法律關係若くは破産財團に關し通常破産手續に此して多少異なる所あるべしと説く」。

Völkendorf Kommentar 4te Auf. 1884 Bd. I. S. 8f. に曰く「特別破産なる考を起すは法律上は必要なるべし、蓋し如何なる物件が債権者の満足に供せらるべきや又た財産の如何なる部分が個々の債権者より其債權辨済の爲めに特に請求せらるゝや否やの問題は根本的に意義あるものであるからである。然るに此問題が解決せられたるにもせよ多數債権者と辨済不足なる一部財産との關係が債権者競合の一般の場合と何等區別する所なし。勿論後者を一般破産と呼び、前者を特別破産と呼ぶは固より妨なけれども然し全く實用なきものなり」と。

Breitling-Schöninger. Grundzüge des K. Rs. und K. V. 2te Auf. 1908. S. 251^o 同氏は曰く「帝國破産法は特別

一、特別破産に關する沿革及び學說

破産なる觀念は實用的意義なきを以て之れを規定せずして、一般破産のみを認む。蓋し一般破産に關する規定は以前特別破産と稱せられし場合にも適用することを得ればなり」と。然るに同氏は同書二五五頁に於て「帝國法は權利能力なき社團に對する破産を以て特別破産なりと説明して居るより看れば同氏の説は齟齬の憾あるのである。

四、帝國破産法の解釋として、右の意見に反し、同法は少くも其本體は特別破産なる觀念を認むるものなる旨を唱ふる學者が同法施行以來益々増加したのであるが、其説明は多岐に亘り、且この説明は特別破産の一般的觀念を定むるの好資料となるものと考へらるゝので、これに付ては更に項を改めて別に叙述することとする。

(附) 我徳川時代に於ては分散と身代限なる制度があつて、前者は一般執行を目的とする今日の所謂破産手續であり、後者は現今の所謂通常の單獨執行である「中田博士著徳川時代の文學と私法四三頁以下」。

中田博士の意見に依れば徳川時代にも相續財産に對する破産があつたとのことであるが(同博士前掲九二頁以下)、當時一般破産又は特別破産の區別ありしや否や、從て相續財産をして特別破産の一種と認めて居つたものなりや否やは甚だ不明である。

我舊破産法には特別破産の觀念を認め居つたかと云ふと是れ又不明ではあるが、學者の所謂特別破産なりと稱する相續財産に對する破産づけを認めざることは異論なき所である(加藤博士論義三一頁參照)。

現行破産法は特別破産を認め、學者は其特徴は一方に於ては破産が債務者の特別の財團に對して開始せられ、他方に於ては特定の人的債權者が其特定財團に對し他の債權者に比して優先的辨濟を得る點に在りと説明し、且つ相續財産に對する破産は特別破産の場合なりと説明せらるゝのである(同博士論義前掲及び三〇四頁以下)。

七

所謂獨逸帝國破産法の下に於て一般破産と特別破産との區別を是認する學者が兩者の差別の標準と爲す所は或は理論的のものもあり或は技工的(Technik)のものもあるが、兎に角一樣でなく種々様々であつて今尙歸一する所なしと云ふて差支へなき状態である。余の考察する所に依れば其區別の標準を示す學説は大別して四個であり、又其個々の學説の中にも個細の點に至つては相一致せざるものあるのみならず、同一の見解を採るものに於ても具體的に特別破産と爲す場合の異なるものがある。前述の四個の學説とは假りに之れに命名すれば(一)財産説、(二)債權者説、(三)双方併合説(折衷説)及び(四)分類説とも云ふべきものである。以下順次に之れが説明を爲すこととする。

八

一、財産説とは債務者の財産の方面(Vermögensseite, Massenbildung)より觀察して一般破産と特別破産とを區別せんとするの學説であつて、即ち破産が債務者の一切の財産(Gesamtvermögen)に對して開始せらるゝものを一般破産と云ひ、反之破産が債務者の有する財産の一部(Ein Teil des Vermögens)に付き開始せらるゝものと特別破産と云ふの説である。尤も財産の全部若くは一部のみを以

て二者の區別の唯一の標準と爲す説と、財産の範圍の廣狹を二者區別の主なる標準と爲し且個々の場合に他の理由をも加へて特別破産の特徴と爲す説とがあり、又同じく財産の一部に對する破産を特別破産と認むる學說中にも其財産を如何に見るか、唯單に純然たる財産の一部自體と見るか、又一步進んで獨立的地位あるものと認むるか、將た又一種特殊の地位を有するものと見るかに付きては大に議論の別るゝ所である。

二、(イ)、(a) Meyer-Bleyer 破産法第二版は、「特別破産とは債務者の財産中より分離したる一部の財産に對して開始せらるゝ破産と云ひ、其特徴は破産者が其の分離したる財産のみに付き責任を負ふ點にあり」の説を (Meyer-Bleyer Konkursordnung 2te Auflage 1921. S. 5 u. 12) (註一、二) 其一部財産には人格は勿論、これに類する地位を與へずして全く純然たる財産自體に過ぎずと説く様である。

(註一) 同氏の特別破産として掲ぐるものは、合名會社又は合資會社(獨逸に於ては法人にあらず)の財産に對する獨立破産(獨破二〇九條)、權利能力なき社團の財産に對する獨立破産(同二一三條)、相續財産に對する獨立破産(同二一四條以下)、繼續財産共通制の共通財産 (Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft) に對する獨立破産(同二三六條)、内國財産に對する破産(同二三八條)並に株式會社及株式合資會社との合併せる場合に於ける従前の被合併會社の財産に對する破産等である (Meyer Bleyer K. O. S. 12 432)。

(註二) B Meyer K. O. 第一版 (1899) は一般破産は破産債務者の一切の財産(營業用及び非營業用財産)に對し開始せらるゝ破産なりと云ひ、債務者の財産中の特別財團 (Sondermasse) が人的債權者の特殊階級のものに對し責任 (Haftung) を

負ふ場合は破産法第二〇九條乃至第二三六條及び第二三八條に所謂特別破産なりと云ふを以て看れば (Meyer K. O. I. Aufl. 1899 S. 4) 舊版なる第一版に於ては特別破産の要件は財産の一部と債權者の一部とにあるとの見解を採りたるものと云ふべく、従つて一般破産と特別破産との區別の標準は新版なる二版の説明とは異なるのであつて、新版は舊版の説を改めたものと云ふべきである。

(b) 又 Willenbücher-Günther は「破産財團が破産宣告の當時破産者に屬する一切の財産より成立せずして、却て相續財産の如く破産者に屬する財産の一部のみより成立することありて、相續財産に對する破産を特別破産と云ふ」と説明し(註一)、又「特別破産は外國に在る債務者の内國財産に對して成立する」と説明する(註二)を看れば同氏は特別破産の特徴は主として債務者の財産の一部に破産が開始せらるゝ點にある旨の意見を有して居るものと云ふて差支へないのである(註三)。

(註一) Willenbücher-Günther K. O. S. 214, Anm. 6. S. 294.

(註二) Dieselde 21. Anm. 1. S. 1. 同氏は此第一條の註釋の部には「帝國法に於ては外國に在る債務者の内國財産に對する破産のみが特別破産なりと見るべきものなり」と説き、他面に於ては相續財産に對する破産も特別破産なりと説明するから(本文及び註一參照)前者の所謂内國財産の破産のみを特別破産とすると云ふ點に於て後者の説明と矛盾する憾みがある (Vlg. Eberhard S. 16. Note 4)。

(註三) Willenbücher-Günther は破産能力ある各權利主體 (Konkursfähige Rechtssubjekte) に對して特殊破産 (besondere Konkurse) が開始せらるべきものであつて、斯る破産能力ある權利主體は株式會社、株式合資會社、法人、其資格に於て訴へらるべき社團、有限責任會社(破産法二〇七條、二〇九條、二一三條、有限責任會社法第六三條)、營業組合(營業一、特別破産に關する沿革及び學說

組合法九八條、一四〇條)、合名會社、合資會社 (Willenbacher-Günther K. O. 177) なりと説明するを以て、或者(例)は Eberhard S. 27 の如き)は「W. G. 氏の意見は破産能力者の特殊分類に依つて一般破産と特別破産との區別を爲すものなる旨を主張し、従つてこの區別の仕方を一稱特別のものとし、他の學者の區別の標準説と相對立せしむるけれども (Eberhard a. a. O.) W. G. 氏は叙上の破産能力者に對する破産を Sonderkonkurs 若しくは Partikular. と謂はずし、却て殊更に Besonderer K. と云ひ居るのみならず、尙相續財産に對する破産及び債務者の内國に在る財産に對する破産を特別破産(前掲註一、二参照)を説きて Sonderk. 若しくは Partikular. と稱し居るに依つて看れば同氏は Besonderk. と Sonderk. とは兩者を必ずしも同一意義に用ひたるにあらずして、同氏の所謂特殊破産 (Besonderk.) の開始せらるべき破産能力者に對する破産開始要件は他の普通破産に對する開始要件と異なるものあり等との事由よりして右破産能力者 (相續破産、又は内國財産を除く)に對する破産を Besonderk. と云ひたるものにあらずやと思はるゝのべ (Vlg. Willenbacher-Günther S. 176f.) 余は Eberhard の主張と異なり W. G. 氏は破産能力者たる特殊の分類方法を以て一般破産と特別破産との區別の標準と爲したるものにあらずして、却て破産の開始せらるべき財産の範圍に依つて二者を區別する標準と爲したるものと解するのである。(従つて余は W. G. 氏が特に他の學者と異つた分類方法を創立したものと認めない)。

(c) Kleinfeiler は債務者の財産の一部に限り開始せらるる破産を一般破産に對して特別破産なりと主張し (Kleinfeiler, Lehrbuch S. 2 u. 181) 二者の區別の標準を明に財産の全部若しくは一部の點に置くのであつて、合名會社、合資會社、權利能力なき社團、相續財産に對する破産、相續人に對する破産(相續財産に對する破産と同時に)、並に内國財産に對する破産等は何れも特別破産なりと説明するのであるが (Derselbe S. 2. 181ff. 185, 187. 204) 同氏は其財産に對し敢て獨立性とか權利能力的性質

とかを與へて居らないのである。

(d) Endmann 氏は曰く「獨逸帝國破産法の下に於ては債務者の強制執行の目的と爲り得べき一切の財産 (das gesamte Vermögen) に對する破産の例外として債務者に對する破産手續に於て其(債務者)或る一定の財産部分 (Ein bestimmter Vermögensteil) のみに限り執行せらるべき破産と認め (註一、二) 居り、此例外の場合を特別破産と稱すべく、これに屬するものは封地財産、世襲地、家族世襲財産 (Lehn-, Stammgut u. Familienfideikommiss) に對する破産並に債務者の内國に在る財産に對する破産等にして、相續破産に對する破産は特別破産に類似せるものであるも、社員の内國に在る財産に對する破産 (Gesellschaft) の財産に對する破産は特別破産でない」と (註三)。同氏は特別破産と一般破産との區別の標準を専ら財産の點に置くのであるが、其財産に對しては敢て獨立性を與ふことを主張してない様である。

(註一) W. Endmann Das deutsche K. V. S. 37

(註二) E 氏の説明に依れば普通法時代に於ける特別破産の特徴と帝國破産法の下に於ける特別破産の特徴とは異なるものある様である。即ち同氏は「普通法時代に於ては債務者の財産中の限定せられたる或一定の部分 (Ein bestimmt abgegrenzter Teil des Vermögens) が破産の目的として差押へらるゝことがある。之れに依つて一般破産及び特別破産の區別が生ずる。而して特別破産の特質は或特定の債權者の利益の爲めに成立する分別權 (Absonderungsrecht) の結果として認められたることあり、且斯る特別破産は其目的と爲せる財産以外の財産を包括する一般破産と共に存することもある」と説

一、特別破産に關する沿革及び學說

明し (Dieselbe S. 37) 普通法時代に於ける特別破産の成立は分別權に置くものなりとの説より推せば同氏は同時代に於ける特別破産の特徴は財産以外に當債権者側より見たる先受權(此意味は後説明参照)の有無(従つて債権者の範圍)にもありと主張するものなることが明白である。左れば同氏は普通法時代に於ける特別破産と帝國破産法の下に於ける特別破産との特徴は二者同一でないことと云ふて居ることが判るのである。

(註三) Endmann S. 37ff. 尙同氏は一面に於ては債務者の内國に在る債務者の財産に對する破産は前記の如く特別破産なりと説明するに拘らず、他面に於ては (Endmann K. O. S. 645 Nr. 38) 「内國財産の破産の場合に於ては内國に在る債権者も外國に在る債権者も總て之れに参加することを得るものであるから此方面より看れば一般破産である(破産財團の方より看れば特別破産であるが)」と論ずるのである。これのみに依れば同氏の意見は財産の範圍如何が一般破産と特別破産との區別の唯一の標準でない様にも推察さるゝが、然し本文の説明に依れば同氏の意見は二者區別の標準は勿論財産範圍の廣狹にあるので、其内國財産の破産に付きて偶々右の如き二様の見方を爲したのに過ぎざるものなることが看取し得らるゝのである。従つて同氏の内國財産の破産に關する説明のみを捉へ來つて同氏の説明の主要なる部分(兩破産の區別の標準が財産範圍の廣狹にあること)を覆へず事由を爲す譯に行くまゝ (Vig. Eberhard S. 16 u. Anm. 4)

(c)、又 Pollak 教授も亦財産説を採る、即ち同教授は破産者の財産の一部が破産財團を構成する場合にはこの破産を特別破産と稱すと説明する(註二)。又同教授の説明に依れば「相續財産は一の獨立財産であり且相續財産の破産は相續破産なる財産全體を差押ふべきものであるので同破産は特別破産にあらず」となる(註二)。而して同教授の特別破産なりとして列挙するものは、(一)債務者の内國に在る破産に對する破産(已に同人の外國に在る財産に付き破産が開始せられたとき)、(二)債務者の内國に

在る財産に對し開始せる破産(之れと同時に債務者の外國に在る財産に付き破産が開始せらるゝとき)、(三)合名會社、合資會社、株式合資會社の財産に對する破産、並に(四)無限責任の登記濟産業組合の財産に對する破産である(註三、四)。尙同教授の説明に依れば右(三)列挙の會社の破産が特別破産となる理由は破産の目的となる會社の財産が各個々の社員の財産の一部の集合より成るからであり、又右(四)の組合の特別破産となる理由は個々の組合員の責任財産 (Haftungsbeträge) が破産財團に屬せざるからである(註五、六)。

(註一、二、三) Pollak Das Concursrecht 1897 (舊法) S. 300f.

(註四) 産業組合の性質に付ては塊太利に於て大に争ひあり、Krasnopolski. Haftung aus genossenschaftlichen Verbindlichkeiten Grünfut Zeits. Bd. 8. S. 54ff. 參照

(註五) Pollak a. a. O.

(註六) P氏が産業組合に對する破産が特別破産なりと爲す本文記載の理由より推せば斯る組合の破産の場合に於て債権者の處分に屬すべき辨濟資金 (Befriedigungsfonds) は破産法の意味に於ける總財産 (Gesamte Vermögen) なりと云ふこととなるが如し (Vig. Eberhard S. 18)。果して然らば産業組合に對する破産は一般破産と云ふべきものと思はる。

(d) Seuffert 教授は特別破産の特徴は破産の開始が破産者の財産の一部にありと明言はしないが、「相續財産に對する破産は特別破産にして其財産は相續人に屬し且其破産者は相續人なり」と論じ(註一)、又「債務者の内國に在る財産に對する破産は特別破産である。蓋し該破産は主として破産者の内

國に在る財産のみを包含するからである」と説明し(註二)、又「總有に依る合同 (Gemeinschaft zur gesamten Hand) の財産は合同員 (Gemeinschafter) と異なる他の権利主體に屬するものにあらすして、却て合同員に屬するものである。而して該合同に對する財産は個々の合同員の一切の財産を包含するものにあらすして、却て合同員の財産の一部なる合同に屬する財産のみを包含するものである。有に因る合同の財産に對する破産は特別破産なり」と主張するに(註三)依つて推考せばS氏は特別破産の特徴は破産者の財産中の一部が破産の客體となる點にありと爲すに於てはS氏は特別破産は一方に於ては「相續財産に對する破産に於ては相續債權者は相續人の其他の債權者に先んじて相續財産より満足を求め得るの權利を有するを以て相續財産は特別破産の客體となることを得」と説明するので(註四)、同氏は「特別破産は主として債務者の財産の一部に開始せらるゝ破産と云ひ、例外として財産の一部以外に尙債權者の點をも特別破産の要件と爲すものであり」と論斷するものと云ふて差支へなきものと信ずる(註五)。而して同氏は其財産に一の獨立性を與ふるのである(註六)。

(註一) Seuffert. Konkursrecht S. 68ff.

(註二) Derselbe ebenda S. 74.

(註三) Derselbe ebenda S. 73.

(註四) Derselbe ebenda S. 68f.

(註五) Vlg. Eberhard a. a. O. S. 15.

(註六) Seuffert ebenda S. 68ff.

一般破産と特別破産の區別の標準を財産に置く學者は叙上の外尙 Sydow-Busch (Derselbe K. O. 12te Auflage. 1916. S. 19) Sarwey-Bossert (Derselbe 4te Aufl. S. 33. 494, 499) 及び Wilimowski-Kurlbaum 1906 7te Aufl. S. 518ff; Wilimowski 1te Aufl. 1887. S. 557 (註一)等の如きものである(註二)。又 Petersen-Kleinfeller の如きも此說に左袒するものと思はる。

(註一) Wilimowski 及び Wilimowski-Kurlbaum は一般に特別破産と一般破産との區別を認めざることは既に説明したるが如くであるが、只例外として外國人の内國財産に對する破産を特別破産なりと説くものであることも亦既に説述した所である(前記六註五参照)

(註二) Petersen-Kleinfeller K. O. は明言せざるも財産説を探るものと見て差支なくと思ふ。Derselbe K. O. 4te Aufl. Vort. zu § 207. S. 617; §§ 237, 238. Ann. 14. S. 673ff. 参照。

叙上の如く一般破産及び特別破産の區別の標準を財産方面に置く(専ら若くは主として同方面に重きを置くと否かを問はず)學說の中をも其財産に獨立性を與へんとするものと否らざるものとあるのみならず(註一)、個々の場合に特別破産として之を認むるや否やに付きて其意見が甚だしく一致してない(註二)。例へば合名會社、合資會社並に株式合資會社の破産に付ても少數ではあるが之れを特別破産と認めないものもあり(註三)、又權利能力なき社團の財産の破産に付ては一部の學者は一般破産なりと主張し、他の學者は特別破産なりと主張し(註四)。又相續財産及び共通財産(獨逸破二二三六條の意味に

於ける)の破産に付ては通例は特別破産なりと説くのであるが(註五)相續財産の破産は一般破産なりと説くものもあり(註六)、又相續人の財産に對する破産は相續財産に對する破産と同時に起りたる場合に於てのみ特別破産なりと主張する學者もある(註七)。加之法律の特に特別破産なりと定めざる以外のものまでも類推擴張して特別破産と爲し得るや否やに付ては前述の學者間に激しき争があつて Sarwey-Bossert の如きは特別破産は法定のもの以外に之れを認めずと主張して非擴張説を固執し(註八)、Seuffert 一派は合同の觀念(Gesamthandsprincip)に基き總有に依る合同の破産の一切の場合を特別破産なりと唱へて擴張説を主張して居る(註九)、尙此等個々のことに付ては後に叙述する。

(註一) 前記二参照。

(註二) Vig. Eberhard S. 16. 尤も内國財産の破産は特別破産なりと云ふ點に付ては財産説を採る學者は大體一致して居る。個々の場合に述べたるも尙統一的に擧ぐれば例へば Seuffert a. a. O. S. 74; Endmann a. a. O. S. 645 Nr. 38 (債權者方面より見れば一般破産と唱へたるも此點を除きつ) Petersen a. a. O. S. 207; Petersen-Kleineller a. a. O. Vorbem. zu § 207. §§ 237, 238. Anm. 14; Pollak a. a. O. S. 300ff.; Sarwey-Bossert 1901. § 238 Anm. 1. S. 519. Wilimowski-Kurlbaum Vorbem. zu § 237. S. 518. (同氏は原則として一般破産及び特別破産の區別を認めず、只内國財産の破産のみを特別破産なりと云ふのみある、前述参照)。尙 Schrad. Der Gemeinschuldner der R. O. 1901. S. 25. 等の如きも亦。

(註三) 例へば Endmann S. 39 は非特別破産説を採る。他の學者は特別破産説を採る。

(註四) 例へば Endmann S. 46 は一般破産説を採り、Petersen Lehrb. S. 185; Petersen-Kleineller Vorbem. zu § 207. は

特別破産説を採る。Sarwey-Bossert 2 zu § 213 も後者に賛成せるが如く見ゆ。

(註五) 例へば Endmann a. a. O. S. 39 以外のもの。

(註六) Pollak a. a. O. S. 300ff.

(註七) 例へば Petersen Lehrb. S. 187; Petersen-Kleineller a. a. O.; Kleineller D. J. Z. Bd. I (1867) S. 477.

(註八) 例へば Sarwey-Bossert Vorbem. zu § 207. (Hellmann Lehrb. S. 125 は財産説に據るものではないが、特別破産の非擴張論者である)。

(註九) 例へば Seuffert. a. a. O. S. 68ff. 尙 Schrad. 之れに従ふべきである。Derselbe a. a. O.

(ハ)、特別破産の特徴は破産の開始が破産者の財産中の一部に在ると云ふ點は叙上(イ)及び(ロ)の學説と相違はなきも其財産に特殊の地位を與へ若くは特殊の意義を認め、債務者の財産を以て確定的獨立性を有するものとし、又は人格的性あるものと論ずる點が右(イ)及び(ロ)列記の學説と大に異なるものがある。斯る獨得の學説を唱へた者はブタベスト大學教授 Gustav-Schwarz 氏であつて、Fitting 及び Hellwig 教授の説は同氏の説に甚しく類似して居るものである。

(a) Schwarz 教授の説は所謂目的財産説 (Theorie des sog. Zweckvermögens) といふものである。教授の説は「權利と義務とが一財産として集合するは其利害の保持者 (Interessenträger) が同一なりと云ふに在るにあらざして、却て利害の同一性 (Identität der Interessen) なる爲めなりと云ふことに在る」との觀念より出發して居るのである。教授曰く「各權利は目的權 (Zweckrecht) であり且

各財産は目的財産 (Zweckvermögen) である、従つて人即ち所謂自然人の財産 (一般若しくは特別破産の區別なく) と目的財産若しくは世人の所謂法人の財産との間には何等の區別がない、蓋し所謂自然人の財産にして其財産と爲るものは肉體的實在を有する人としての同一なるに存するにあらずして、却て財産の成立要素と爲す目的の同一性 (Identität des Zwecks) なる點に存するからである。換言すれば財産自体が権利及び義務を有する能力ありと爲すべく、財産の主體が其能力ありと爲すべきものでない。而して債務者の財産の目的は債務者の一般の利益の満足を充たすにある、債務者は一方に於ては自己の財産中に存するものを使用し、消費し若しくは他のものと交換し以て直接に財産の目的たる利益 (Interesse) に充て、又他方に於ては自己の財産を以て債権者に對する辨濟資本 (Befriedigungsfond) を作りて、以て間接に財産の目的たる利益 (Interesse) に充てるのである。債務の多額に上るに従ひ債務者の財産は愈々債務者の間接の利益に充てられ、従つて債務者の直接の利益に利用する程度が少なくなる。債権者の増加は財産目的 (Vermögenszweck) の終局の目的を阻害すべきものである。此阻害は之れを除去せねばならぬ。該除去の手段となるものは實に破産財産 (Konkursvermögen) である。破産財産は常に特別の目的を有する財産にして債務者の其他の財産と異なるのである。而して破産の目的は債務者の整理 (Liquidierung) に在るので、債務を負担し得る各財産に對しては亦夫々各破産が開始せらるべきである。世人は破産は財産に對する破産でなく却て權利主體に對する破産なり

と云ふも這是誤れるのである。何となれば破産は破産者の人的狀態 (Persönliche Zustand) にあらずして、寧ろ財産の目的の一なる債権者満足の爲めにする目的の特定關係 (Zweckbestimmung) であるからである。通常世人は人の數だけ破産の數ありと稱するも這是誤りにて財産の數だけ破産は開始せらるべきものである。一人が數個 (財團) を有することもあり、又數人が共同の財産 (Gemeinsame Vermögen) を有することもある。前者の場合に於ては破産が一般財産 (Allgemeine Vermögen) に付き開始せずして、却て特定人の特別破産 (Sondervermögen) に對し開始せらるゝことがある、この場合の破産を特別破産 (Sonderkonkurs) と云ふべく、後者の場合に於ては數人の共同財産に付き破産が開始せらるゝのである。合名會社及び合資會社に對する破産並に數人の相續人ある相續財産に對する破産は後者の例であるが、無効の株式會社並に權利能力なき私の組合 (Privatgesellschaft) は孰れも權利主體ではないが、此等の會社若しくは組合の財産は出資者若しくは組合員の一般財産に對して特別の會社財産若しくは特別の組合財産と云ふべきものである。此財産に對し破産を開始することを得るものである」と云ふのである (註一、二)。

要するに教授の説は債務者の財産に特殊の意を與へ、破産は債務者に對して開始せらるゝにあらずして、却て債務者の財産に對して開始せらるゝものと云ふのであつて、而して一人が數個の財團を有し居る場合に其人の特別財産に對して破産が開始せらるときは之れを特別破産なりと明言するのであ

る。同教授は相續財産は相續人の一般財産 (allgemeine Vermögen) の中の特別財産 (Sondervermögen) なりと主張するを以て (註三) 看れば教授は相續財産に對する破産は特別破産なりとの意見を有せることが明である。疑問は數人が共同財産を有する場合に其共同財産が破産したときは教授に於てはこの破産を特別破産と爲すの意見を有せるや否やである。本文に説明せし如く教授は一人の有せる數個の財團中の一に開始せる破産を特別破産なりと云ふに拘らず本問の場合の破産に付ては特別破産と明言せざる點より推せば疑問の場合の破産は一般破産なりと爲すの意見を保藏するが如く思はる、けれども教授は財産に重きを置く點と、相續財産に對する破産を特別財産なりと爲すの教授の見解を綜合して考量すれば教授は「合名會社、合資會社、無効の會社若くは組合の出資財産は出資者若くは組合員の財産の一部より組成せる特別財産であれば此等會社若くは組合に對する破産は所謂特別破産の範疇に屬するものと爲す意見」を有せるものと見て差支へない様である (註四)。

(註一) G. Schwarz. Archiv f. bürgerliches R. Bd. 32 (1908). S. 12ff., 18ff., 28., insbes. S. 52ff.

(註二) 獨逸及び奧太利の實際に依れば破産は債務者に對して開始すと云はずして、債務者の財産に對し開始すと爲すを、通例とす (Stein Aktienschulde Z. P. 9te Aufl. S. 185.; Vierhaus-Weizsäcker Formularbuch S. 191.; Formularbuch. K. O. (Österreich) V. Justizministerium 1915. S. 10. 13 (Nr. 6. 7.; 拙著改訂訴訟記録破産の部二六五頁參照)。

又獨逸法及び奧太利法に依れば會社の破産、法人若くは其資格に於て訴へらるゝことを得る社團の破産に對する破産を開始すとあり (獨逸二〇七條以下、奧破六九條參照)。之れに依て看れば獨逸の實際及び法規の體裁上は Schwarz 教授の

意見と相一致するのである。

又同教授は株式無効の會社は權利主體にあらずして、從つて破産を宣告すべき主體なき旨を主張するも (Schwarz a. O. 53) 我法律の下に於て、無効の株式會社と雖も其無効の裁判あるまでは形式上權利主體として存続するものなるが故に破産能力あるものと解すべきである (拙著新訂破産手續一〇〇頁參照)。

(b) Fitting 教授は「破産は破産開始の當時破産者に屬する總財産上に開始するを通常とする。然し債務者に數個の財團 (Vermögensmassen) が歸屬し居り其中の財團が互に他の財團よりも多くの責任を其債權者に負擔し居る場合に於て斯る財産に限局されたる破産が開始せらるゝこともある。前者を一般破産と云ひ後者を特別破産と云ふのである。而して一財團に對する特別破産の開始は他の財團に對する破産の開始あると否とは何等影響がない」と (註二) 説明するに依つて看れば教授は特別破産の特徴を債權者方面に置き所謂責任主義 (Haftungsprincip) をも斟酌するが如く思はるも (註二) 教授の次の如き説明より推せば教授の意見は一般破産及び特別破産の區別の標準を主として財産方面に置き其財産に付き特殊の意義及び地位を與へて居ることが明である。教授は其議論の出發點を破産者の破産財團に對する關係に置くのであつて其説明は次の如くである (註三)。即ち曰く法律上同一の權利者に屬する數個の財團 (Vermögensmassen) が各個夫々別個に債權者の擔保となり且相異なる管理の下に立つときには互に相獨立せるものと認るは今日の法律觀念に適合して居る、從つて各個財團間には法律上の關係の生すべきことあるは勿論訴及び訴訟手續に關する法的關係の發生すべきであつて、

民法第一四一七條も此例に屬する(註四)。相続財産に屬せざる相続人の財産と、遺言執行者の管理し若しくは遺産管理の支配を受くる相続財産とは叙上の財團關係の顯著なるものである。合名會社の財産と社員の財産との關係は右に類似して居る。斯る財團を法人として見なくとも財團間に債權債務の關係あり且相互間に訴若しくは訴訟手續の發展進行することありと見るは最も簡短なる表示にして且適當なる用語であり、又債權債務並に物權に付ても特定の財團(例へば相続財産又は妻の嫁資)を其保持者をして且責任の負擔者として認むるは、特定人を權利の保持者及び責任負擔者として認むるよりも遙に正當にして、此觀念は今日の社會に於ては羅馬法時代よりも廣く人の採用する所なるのみならず現代の思想に合致せるものと云ふべきである。例へば民法第一九七七條、第一九五八條、第一九八四條第一項後段、第一三八〇條、第一四〇〇條、第一四一二條以下並に民訴第一七條一項の如きは(註五)之の觀念及び思想に基いたものであつて、能くこれを表はして居る。其注意すべきは財團が其所有者の通常一般の管理に屬する場合に限り其財團に屬する權利義務の保持者(Träger)は所有者たる人格者にして財團にあらざることである(註六)と。而して教授は進んで特別破産の場合は破産法第二編第八章に掲げたるもの(但内國財産の破産を除く)は勿論其他封地、世襲地、家族世襲財産、法定夫婦財産制の場合に於ける妻の留保財産及び嫁資に對する破産等は特別破産なるのみならず、破産者の第二破産(Zweitkonkurs)も亦特別破産の範疇に屬するものなりと論述するのである(註七)。

(註一) H. Fitting Lehrb. des K. Rs. 1904 3te Aufl. S. 41f.

(註二) Vlg. Eberhard. S. 21f.

(註三) H. Fitting a. a. O., insbes. Anm. 19 zu § 5. S. S. 31f.

(註四) 獨逸民法一四一七條第一項には「第一四一五條、第一四一六條ニ依リ留保財産ノ負擔タル義務ヲ嫁資ヨリ辨濟シタルトキハ妻ノ留保財産(Vorbehaltsgut)ノ範圍内ニ於テ留保財産ヨリ嫁資(das eingebrachte Gut)ニ損害ヲ賠償スルコトヲ要ス」とあり、「留保財産ヨリ嫁資」と云ふが如く留保財産並に嫁資に特殊の地位を與へて居る。

(註五) 同民法一九七七條には相続財産に屬せざる相続人の債權と相続財産に屬する債權との差別を規定し、同一九五八條、第一九八四條第一項後段には「相続財産ニ對シテ爲ス請求云々」とあり、同一三八〇條、一四〇〇條には「嫁資ニ屬スル權利」とあり、又一四一二條以下には「妻ノ義務ノ爲メニ嫁資ノ責任」の定めあり、且民訴一七條には「其資格ニ於テ訴ヘラレタル財團(Vermögensmassen)」とありて何れも財産に特殊の資格及び地位を與へて居る。

(註六) 此點が主としてF氏の説はSchwarz氏との説と異なるものがある。

(註七) Fitting a. a. O. S. 42f.

(c) 次に Hellwig 教授は獨立の特別財産 (Selbständiges Sondervermögen) の存在を認むる見解より出發して特別破産を是認するのである(註一)。教授は「特定の財産が他の財産と共に同一主體に屬する場合に於ても其特定の財産が恰も他の主體に屬するが如く法律上獨立の統一體 (ein selbständiges rechtliche Einheit) として取扱はるゝ場合があつて、斯る統一體の特定財産が即ち獨立の特別財産と云ふべきものである旨」を説いて居るが、然し又他方に於ては「獨立の特別財産の統一理論は之れを

一、特別破産に関する沿革及び學說

説明し難き旨」を説いて居る(註二)。教授は前述の如く獨立の特別財産の定義は説明し難しと論じて居るが、然し其一般的特徴は何處にあるかに付ては説いて居る。其云ふ所に依れば特別財産(Sondervermögen)が外部に對し法的取引(Rechtsverkehr)の爲めに團體的統一體として恰も實體法上に於ける獨立の當事者能力を有するが如く思はるゝ状態を有して居ればこれが即ち獨立の特別財産と云ふべきであつて、叙上の状態の有無が特別財産の獨立なるや否やの分るゝ標準であつて、獨立の特別財産の一般的特徴は右状態の存在に在ると(註三)。而して同教授は「特別財産の必要要件の一としては財産が或る特定の法的行為(例へば財産の差押の如き)に依り他のものより分別(Separatio bonorum)せられ且分別せる特別財産が其所有者以外の者の管理の下に立つことである」と説くのみならず、又「斯る特別財産は法人にあらずと雖も財産管理人の下に於ける權利の目的物(Rechtsobjekt)に過ぎざるものにあらずして、獨立の法律關係(Selbständiger Rechtsbeziehungen)に付き獨立體として行動し得る能力を有するものである。斯かる法律關係は破産財産と自由財産(破産財團に屬せざる破産者の財産)との間に存する。法的行為に依つて分別されたる特別財産等に在て其管理が特に行はるゝことは財産所有者の自然的屬性に基く行為能力の減少に依るにあらずして、却て財産所有者の利益に反する或る目的(Zweck)を達せんとするが爲めである。斯る目的の遂行するまで其爲めに特別財産の管理が爲され且この財産に法律上の特別の地位(Bechtsstellung)が與へらるゝのである」と説明するのである註

四。而して教授の特別破産として掲ぐるものは、相續財産に對する破産、消滅したる法人の財産に對する破産、破産者の自由財産に對する破産(第二破産)並に合名會社、及び權利能力なき社團に對する破産等である(註五)。尙教授の意見に依れば民法の組合は特別の獨立財産として其資格に於て訴訟若くは其他の保護行為を爲し又は爲さるゝことを得ないものであるので之れに對する破産の開始は許さるものなりと云ふことが判る(註六)。

- (註一) Hellwig, Anspruch u. Klagrecht zier Neudruck 1910. §33. insbes. S. 236. f.
(註二) Hellwig a. a. O. u. S. 237 Anm. 9.
(註三) 註四) Hellwig a. a. O. S. 236ff.
(註五) Hellwig a. a. O. S. 250f. S. 273 Note 24.
(註六) Hellwig a. a. O. S. 273 Note 24 und S. 200 Note 7
(附) Otto Hagen 氏と Schwarz Fitting 並に Hellwig 諸教授の説と同一意見を有して居るものと思はる(Otto Hagen. Die Haftung f. Nachlassverbindlichkeiten. Jurings Jahrb. Bd. 42. 1901. S. 74 ff.)

九

財産説に對して特別破産の觀念を演釋的方法に依つて説明せんとする學説がある。此學説は主として債權者の方面より觀察して一般破産及び特別破産の區別の標準を説かんとするものであつて、これ

を講學上責任説 (Haftungsprincip) 若くは債權者説と名くるのである(註二)。此説を主張する有力なる學者は余の見る所にては Jaeger 教授である。尤も茲に謂ふ同教授の説とは以前の古き説であつて、變更後の説ではない。教授の變更せる改正の學説は余の考察する所に依れば Kohler 教授の説と同じく後に説明する折衷説に屬するである。

Jaeger の説は教授が曩に司法官試験 (Rechtspolitiker) として Bayern 州の裁判所に奉職せし際に公にせし所のものであつて、其著書なる Der Konkurs der offen Handelsgesellschaft (一八九七年) に掲載してある(註三)。

教授の説は「破産手續は完済不足の財團 (Vermögensmasse) の責任を其財團に信を置きたる總債權者に對して平等満足の方法に依つて解決するにある」との思想より出て來つたものである。教授は財産の一部に對する獨立破産は債權者の多數が其特別財團 (Sondermasse) に信頼し且其財團より充分なる満足を得ること能はざる場合に開始せらるゝものであると主張するのである。教授の説に従へば完済を爲すに足らざる特別財團の專一的責任負擔 (Ausschließliche Haftung) なることが責任解決方法の手續たる特別破産の條件であるとなすのである。而して教授は説明して曰く「叙上の如く責任の範圍を特別財團に限定する所謂責任制限 (Haftungsbeschränkung) は一の純然たる訴訟關係であるので、當事者が其合意に依つて自由に強制執行(即ち破産)の範圍を擴張し若くは縮少することを得な

い。従つて債權者に對する特別財團の責任制限は法規若くは慣習に依つて成立するものである」と(註三)。然らば教授の意見に従へば特別破産の要件は「債務者の特別財團の多數の人的債權者に對し法規に基く專一的責任負擔にあり」と云ふことになる(註四)。尤も注意すべきは教授の所謂專一的責任負擔とは債權者が特別財團のみより獨り満足を求め得るに止まるもので且特別財團の所有者に屬する他の財團より満足を求め得ざる旨の意味に於て云ふにはあらずして、却て債權者は特別財團より得たる辨済の不足額に付ては他の財産よりも尙辨済を求め得るこの意味にて言つて居るのである(註五)。

(註一) Eberhard a. a. O. S. 18. 同氏は Kohler 教授も責任説を唱へ大體は Jaeger 教授の説と同一なりと説くも余の見る所に依れば Kohler 教授の説は專ら後述の如く折衷説を採るものと爲すを相當と思ふ。

(註二) Jaeger. Der Konkurs d. O. H. G. § 1. S. 1ff.

(註三) Kohler Lehrbuch S. 81 は責任制限は私法的關係にして、執行の制限に關する當事者の合意は一般執行たる破産には之れを許さざるも單獨執行に於ては其效を及ぼすものなりと主張する。此點は Jaeger の主張と異なる。尙獨逸大審院一卷一七五頁、一四卷二七八頁參照、又訴訟上の契約及び其形式に關しては Gruchots Beiträge Bd. 31. S. 312. 參照。

(註四) Kohler Lehrb. S. 80f. はこの點に付き異なるものがある。

(註五) Jaeger a. a. O.

一般破産と特別破産との區別の標準を財産又は債權者の範圍の一方にのみ置かすして却て双方に置

くものがあつて、換言すれば物的及び人的方面より見て双方の範圍の廣狹を兩者區別の主たる標準とし、尙之れに特定債権者の先受權 (Vorausrecht) (註二) の有無をも其區別の標準と爲すの學說がある。これを余は假りに併合説 (財産説及び債権者説の併合の意) 若くは折衷説と名づくる。この説を採用するもの代表者は Kohler 及び Jaeger 兩教授であつて (註三)、多くの學者はこれに従ふのである。尤も前にも述べた如く茲に謂ふ Jaeger 教授の學說とは勿論變更後の説を云ふのである。

(註一) Vorausrecht とは或る破産債権者が他の破産債権者に先つて辨済を受くることを云ふのであつて、例へば我破四二條に「相續債権者ノ債權ハ受遺者ノ債權又ハ相續開始後ノ前主ノ債權者ノ債權ニ先ツ」とある所謂「先ツ」の意味である。(尙我破四三條以下にも先ツなる詞がある)。之れを優先權と譯せば物的權利の Vorrecht と混同する虞あるので、余は Vorausrecht を先に辨済を受くるの意味で先受權と譯した。

尙折衷説の觀念は古き學說にもあつたのである (例へば Stein の如し) 前記四ノ二參照。

(註二) Eberhard S. 18 は Kohler の説とは前述の如く債権者説 (責任説) に屬するものと説くも余は折衷説と解するのである。

(イ) Kohler 教授の説、教授の説は「債務者の債権者に對する責任 (Haftung) は原則として一般的 (Generelle) である」と云ふ前提より出發して居るのである。而して教授は曰く「強制執行は債務者の責任の存する範圍内に於て行はるゝものであるので、従つて各債権者は債務者の全財産を自己の満足に充つべき權利を有する。個々の營業に付き財産が分別使用され居ると否とに論なく債権者は債務者の總財産による満足を受くべきである (左れば一個の商人の個々の營業所に對する破産は之れを許さな

い) 然るに債権者に對する債務者の財産の責任關係 (Haftungsverhältnisse) が同一種類でなき場合には例外として特別破産 (Partikularkonkurs) が開始するのである。換言すれば或る一定の債権者に對し他の債権者に對するよりも先順位に於て (zum Voraus) 責任を負擔する場合には特別破産が起るのである。特定の債権者に對し或る一定の財産のみが責任を負擔する場合は特別破産の成立條件であるが、然し又他の財産が共同責任を負擔すると否とは特別破産の成否には何等の關係はない。尤も他の財産が同一債権者に對し共同責任を負擔する場合には特定財産は他の財産よりも先順位に於て責任を負擔することを要する」と (註四)。要するに教授の説を他の詞を以て云へば特別破産の特徴は一定の債権者に先ちて特別財産より満足を求め得る點ありと云ふことに歸着するのである (註五)。

(註四) Kohler Lehb. S. 79f.

(註五) Vlg. Eberhard S. 18. 同氏は教授の説を單純なる責任説なるものと如く云ふも其然らざることは前に述べた。

(ロ) Jaeger 教授の説 (變更せし説のことを指す)。同教授の前説なる責任説 (債権者に對する責任説、前述八參照) は一九〇〇年の商法改正以前の法律時代に於ては實際の結果より見て特別破産の觀念を説明するに付ては適當であつたのである。蓋し舊商法第一二二條に依れば會社 (合名若くは合資會社) 債権者は無限責任社員ノ私有財産 (Privatvermögen) より辨済不足額 (會社財産より受けたる以外ノ未拂殘額) のみを請求することを得、又留保せざる相續開始後に於ける分離の相續財産に對する破

産に於ては相續債権者は相續人の固有財産より辨濟不足額のみを請求することを得たのである(註二)からである。而して此等の場合に於ては教授の所謂法規に基く專一的責任負擔の原則が適用されたのであるが、一九〇〇年以後は叙上の事情が變更し新商法に於ては舊法第一二二條に相當すべき規定がなくなり、却て破産法は第二一二條及び第二三四條に於て無限責任社員¹の私有財産の破産と會社の破産との牽連關係又は相續人の破産と相續財産の破産との牽連關係に關する規定を設けて此等破産に付き或債権者に先受權を認めたのである。従つて教授が其自説を固執すれば破産法の認めたる特別破産の場合は大抵其存在を否定せらるゝこととなるのである。それで教授は其説を變更し特別破産の成立條件は「特定の債権者が破産者の一定の財産に付き他の債権者に先ちて辨濟を求め得る點にあつて、特定債権者は先受權(Vorausrecht)を持たねばならぬことにある」と説明するに至つたのである(註二)。要するに教授の改正説は舊説なる責任説に其源を發し居るには相違なきも商法の改正及び破産法の規定を參酌して(且 Alfred Schulze の自己に對する攻撃を正當として)其舊説を叙上の如く變更改正したのである(註三)。

(註一) Vlg. Jaeger. Die Voraussetzungen eines Nachlasskonkurses 1893 §7. (§ 28 ff.)。

(註二) Vlg. Jaeger Komm. rte Auf. §1. Anm. 60.; 2te Auf. §1. Anm. 60.; 3/4 Auf. §1. Anm. 64.; 5te Auf. Anm. 64. 氏の註釋書は版を重ねるに隨ひ多少其説を修正して居る。尙ほ Derselbe Konkursrecht. S. 9. Derselbe Grundriss S.

5f. 參照。

(註三) Jaeger が一八九七年前記 Dr. Konkurs der O. H. G. を公にし其中に所謂法規に基く專一的責任負擔の主義に従ひて特別破産觀念を説明するや(前記へ、責任説參照)其翌一八九八年四月に至り Alfred Schulze 氏は「Jaeger の説は觀念上徹底せざる嫌あるのみならず、特に来るべき新商法の下に於ては之れを採用すること能はざるものなり」と云ひて丁氏の説を駁した(Alfred Schulze. Zeitschrift f. H. R. Bd. 47 1898. S. 543ff.)。尙此點に付ては Eberhard S. 20f. 參照。丁氏はS氏の駁説を正當と認め其註釋書第一版(一八九九年)に於ては其舊説を前述の如く改めたのである。丁氏はこの事を自白して居る(Vlg. Jaeger rte Auf. S. 30. Note)。

(二) Kohler 及び Jaeger は同じく折衷説を採るも具體的に特別破産として認むるものは必ずしも同一でない。K教授は第二破産の關係に在る第一破産(註一)並に封地及び世襲地、家族世襲財産の破産の二つの場合のみを特別破産なりとし、合名會社、合資會社、相續財産、共通財産(獨破二二六條)の破産は之れを一般破産と爲すのである(註二)。反之丁教授は合名會社、合資會社、株式合資會社の破産を特別破産なりと説くのみならずK教授の列擧せざるもの例へば用益を負擔せる財産の破産、清算中にある財産共通の財産に對する破産、妻の保留財産の破産、船舶共有組合財産(Redereivermögen)に對する破産は特別破産なりと云ふのである。尤も船舶共有組合財産の破産が特別破産と爲るには其財産が船舶債権者に對し他の債権者よりも先に責任を負ふ場合に於てあると説明する(註三、四)。

(註一) 債務者が破産宣告を受けたる後(第一破産)其手續繼續中に破産者の自由財産に對し新に破産開始(第二破産)せるときは第

一破産と第二破産に對して特別破産なりと云ふの意である(Kohler Leitfaden S. 71. 85; Vlg. Eberhard S. 21 Note

一、特別破産に關する沿革及び學説

- (註一) Kohler a. a. O.
- (註二) Jaeger Komm. 1te Aufl. S. 4ff. u. S. W.
- (註三) 内國財産に對する破産を一般破産なりと爲すは兩教授同一である (Kohler Leitfaden S. 70. Jaeger Komm. 1te Aufl. S. 31. 5te Aufl. S. 83.)。相續財産に對する破産は「教授の意見に従へば特別破産なるに反し (Jaeger K. 5te Aufl. S. 81) K教授の説明に依れば一般破産である。同教授の一般破産なりと爲すの説明として「相續財産は其破産開始若くは財産管理に依り相續人の財産たることを止め、却て默示的法人 (Stillschweigende Juris. P.) の財産と爲り且相續人は法人の機關と爲るなり」と云ふに在る (Kohler Leitfaden S. 70)。

(二) 折衷説を採る學者は他の學說に比して多數である。例へば塊の Bartsch (註一)、Heifron (註二)、Hagenguth (註三)、等の如きは勿論余の見所に依れば Hellmann 教授 (註四) も亦然りである。我國にては加藤博士が同説であり、私も前にこの説に賛成した (註五)。

- (註一) Bartsch Komm. Bd. I. S. 29.
- (註二) Heifron-Pick Lehrbuch 2te Aufl. S. 22.
- (註三) W. Hagenguth Beitrag z. Lehre v. S. K. 1912. S. 10ff 同氏は特別破産に付き纏々説明するも敢て自己獨特の定義を與へて居らないが、結局エーカー教授の定義に賛成した譯である。H氏の説く所は普通法の所謂分別權 (Separationsrecht) に其源を發し一方に於ては債權者の特別團體を認め、他方に於ては財産中の特別財産を認めて兩者の關係に於て特別破産を是認するのである。然しH氏は曰く若し近時の法則に於て普通法の所謂分別權を認め得ざるものとせば他の點に於て分別權と同一結果と爲ることを得る説明が出来る。夫は即ち義務の強制 (Zwang) と云ふことに依て説明し得ると

云ひて次の如く論ずるのである。義務の強制は二方面に於て其存在を有し、一面に於ては債權者側より見たる權利の要求に、他面に於ては債務者側より見たる給付義務の責任 (Haftung) に其存在を有するのである。權利の要求は強要 (Einzwingbarkeit) である。而して債務者は常に其財産を以て同一程度に於て責任を負ふものでない。或財産の一部即ち特別財産が特定の債務の爲めには他の財産よりも強き程度に於て責任を負ふことがある。斯る強き程度にて責任を負ふことは特別破産に存すべき要件であつて、即ちこの要件は結局關係特別財産が他の財産よりも先に責任を帯ふると云ふこと (Voraussetzung) である。債權者の強要とは斯る債權者が他の債權者より先んじ債務者に請求が出来ることを言ふもので、斯る強要を爲し得る債權者は又一定の範圍に限られて居る。債權者の中如何なる債權者が斯る強要の權利を有するやは勿論破産者に對する特定の債務關係の強弱の度合に依つて定まるのである。特定の債權者が他の債權者よりも以上に強要し得ることも亦特別破産の要件である。要するに義務の強制 (Zwang) 従つて優先責任 (Voraussetzung) 及び強要 (Einzwingbarkeit) の程度の強弱如何に依つて一般破産と特別破産の區別を標準と爲すことを得ると云ふのである。

(註四) Hellmann Lehrb. S. 125 同教授は曰く、「債務者の總財産に付き破産の開始することが普通であるも亦例外の場合がある。例外の場合とは債務者の一部財産なる特別財産に對し破産の開始せるを云ふのであつて、此場合には其特別財産に信を置きし債權者は他の債權者に先んじて満足を求め得ることの特徴がある。特別破産を定むるには右の特徴を考慮に入れなければならぬ」と。而して教授の特別破産として掲ぐるものは、相續財産に對する破産、繼續財産共有の一部共有財産に對する破産並に内國破産であつて、教授は Jaeger の如く特別破産の場合の擴張を認めないのである。 (Hellmann a. a. O. S. 126f)。

尤も Hellmann の他の説明に依れば (Lehrb. S. 60ff; Birkmeyer's Encyclopädie 2te Aufl. S. 108f) 内國財産の破産は限定せられたる財團に對し開始せらるゝも、總債權者が干與するのべ一般破産の如く取扱はると云ひ居るので、同氏の眞意は内國財團の破産を以て特別破産と爲さざるものなりと思はる。

(註五) 拙著新訂訴訟記録破産の部一〇一頁以下参照。

「特別破産に關する沿革及び學說

一、以上の三個の説と異りたる特殊の説がある、これは一九〇八年に其當時の地方裁判所判事 Labes 氏が公にしたものであつて實に他に類例のない所である。氏の説は Goldschmidt Zeitschrift f. H. K. Bd. 62. 198. S. 110 以下に掲載してある。氏は特別破産の歴史的發達を否認するのみならず、法律が特別破産の定義を掲げ居らざるに拘らず學者が其觀念を豫め定まれるものとして論ずるの不當なりとの意見に基きて自己一家の説を建てたのである (Vgl. Hagemuth S. 31. B. Eberhard S. 22f.)。余は氏が左の如く分類するので今假りに之れを分類説と名付くる。

二、氏は或る破産が何かの點に於て一般破産 (Universalkonkurse) と異なるものあるときは其破産を特別破産 (Sonderkonkurs) と稱するのであつて、破産中類似のものに付き分類を爲して四種と爲すのである。即ち、

(一)、第一分類を一般破産と爲し、該破産とは債務者の總財産上の破産が開始せられ且一切の債權者が其財産より満足を受くるものを云ふとし、

(二)、第二分類を單に積極財團 (Aktivmasse) のみの點に於ける分別 (Sonderung) に基く特別破産、

(三)、第三分類を積極財團並に債權者の双方に於ける分別に基く特別破産と爲し、又

(四)、第四分類を分離せる多數の財團を形成する破産と爲すのである。

第二類に屬する特別破産者の財産の一部のみが破産開始の目的となるものであつて、總債權者は之れに参加し得るものを云ふのである。其例示する所は(一)破二三八條の場合の内國財團の破産、(二)有限責任社員の私有財産の破産(但會社破産と同時にありたる場合)、(三)相続人の固有財産に對する破産(但相続財産の破産と同時の場合)、(四)第二破産(氏の云ふ所に依れば通説に反し第一破産の債權者をも第二破産に参加し得る)、(五)封地、世襲地、家族世襲財産等の破産と共に開始せる其他の財産(同占有者の)に對する破産等である。尤も右(三)の場合を分ちて二と爲し相続人に對する破産が相続人の有限責任に限れるものと否らざる無限責任のものがある。氏は前者を次の第三類に屬するものとし後者を第二類に屬するものと爲すのである。

第三類に屬する特別破産は債權者の一部が債務者の財産の一部に開始せる破産に参加するものを云ふのである。氏の説明する所に依ればこの範疇に入るものは(一)權利能力なき社團の財産に對する破産、(二)合名會社、合資會社及び株式合資會社に對する破産、(三)相続財産に對する破産並に共通財産に對する破産、(四)封地、世襲地、家族世襲財産に對する破産、(五)妻の財産に對する破産(保留債權者の存する場合)等である。

第四類に屬する特別破産は固より債務者の一切の財産に開始せらるゝ破産ではあるが、然し其財産

が分れて數個の財團を形成し其一財團より特定の債權者に於て他の債權者を排斥して満足を求め得る場合を云ふのである。氏が此分類に屬する特別破産と爲す所のものは(一)抵當銀行の破産に於て抵當債權者が他の總ての債權者を排斥して辨濟を受くる場合、(二)生命保險會社の破産に於て保險料積立金 (Prämienreserve) として受くべき支拂額に對する被保險者の權利が他の債權者より先きに辨濟を受くる場合、(三)法定夫婦財産制の場合に於ける妻の財産に對する破産 (但保留債權者が存せざる場合)、(四)破第一二八條の場合、(五)第二二八條第一項の場合、(六)民法第二三三六條の場合並に(七)保險契約法第五一條の場合等である。

要するに氏の説明は一般破産に異なる所のある破産は之れを特別破産と爲し且之れが分類を爲すに在るのである。

(法學論叢第十四卷第三號及び第六號掲載)

二、破産宣告の申立

一

去る十一月二日(大正十五年)付大阪毎日新聞紙(同月一日發行夕刊)は「中央運動社(法人にあらず)の經營者たる木下某氏が金融逼迫の爲め自己本人に對し自ら破産宣告の申立を爲したる旨」を報じ(同紙二頁參照)、同新聞は債務者本人が自己に對し自ら破産宣告の申立を爲すが如きは頗る珍奇の事である云ふが如き口吻を以て右旨を掲載して居る様である。又同月九日付大阪朝日新聞紙(同日發行)は「金融制度調査會特別委員會は銀行が支拂不能に陥つたときは和議法に依る和議開始の申立を爲さしむる方針を採るべく、若し和議成立の見込なき場合には破産の申立を爲さしむる方針を採るの決議を爲したる旨」を報じて居る(同紙七頁參照)。

債務者本人又は之に準すべき取締役、理事又は清算人(法人若は組合の)等が自ら破産宣告の申立を爲すが如きは我國民性の上から見ると最も珍らしき現象であるが、然し此の如き申立を爲すことは勿論現行破産法の趣旨に適合し、従つて破綻に瀕せる債務者本人又は之れに準すべき者の採るべき當然の措置である。又銀行に限らず其他のものが支拂不能に陥りたるときは先づ和議法に依る和議開始の

申立を爲して和議を十分應用又は利用すべきものなることに關しては從來余の大に高唱する所なるのみならず(拙著各國破産豫防和議法、日本和議法論、拙稿國民經濟雜誌中の和議法に付て、和議と銀行参照)和議不成立の場合に於ては進んで自ら破産宣告申立を爲すべきは前述と同じく債務者又は之れに準すべき者の正に採るべき措置であつて右委員會の決議は最も妥當のものなりと信ずる。私は債務者本人又は之れに準すべき者の自己に對する破産宣告申立を爲すべきことを慫慂したいと思ふので、此れに關することを絮述して見たいと思ふのであるが、これのみに局限するは少し物足りない心地するのみならず我破産法、民法、商法並に特別法に於て債務者本人又は之れに準すべき者をして自ら進んで和議開始の申立を爲さしむるに付き支障となるべき規定なきやを疑ふものであるので、今茲には一般的に破産宣告申立(Konkurrenzeröffnungsantrag)に關することを叙述し其中に債務者又は之れに準すべき者の爲すべき破産申立の利害、可否等並に和議開始阻止の規定の有無等に關しても亦説明しようと思ふ。

二

本問に進む以前に先づ其前提として破産の觀念を一應説述する必要がある。破産とは他の機會に於て屢々述べたるが如く「債務者が其總財産を以て一切の債權者に對し總債務を完済すること能はざる

べしと推測せらるる徴候ある場合に多數の債權者をして債務者の財産より平等的満足を得せしむるを以て其目的と爲すところの特別の民事訴訟手續である」(註一)。破産が民事訴訟手續(Streitige Gerichtsbarkeit, Jurisdicio contentiosa)の範疇に屬すべきや、將た又非訟事件手續(Freiwillige G. Jurisdicio Voluntaria)に屬すべきや否やに付ては古來頗る論争のあつた所であるが、現時の學説及び判例では破産手續は民事訴訟の一種に屬するものであつて、假差押手續、判決手續及び執行手續の併合したるものなりと云ふことに付ては先づ異論のなき所と云つて差支へない。只破産手續は通常の民事訴訟手續と個々の點に於て異なる所あるが故に特別の民事訴訟手續なりと云ふのである。而して破産宣告申立は假差押申請に相當するものである。此事は已に他に於て詳論したから今茲には之れを省畧する(註二)。

(註一) 拙稿破産及び和議の觀念、法學論叢十卷六號四三頁以下、拙著訴訟記録破産の部一三頁以下、

破産宣告をなすべき場合は「債務者が其總財産を以て一切の債權者に對し總債務を完済すること能はざるべしと推測せらるる徴候ある場合」である。其徴候とは何を指すやと云ふに英米法に於ては列舉主義を探り、歐洲大陸法に於ては概括主義を探り支拂不能(Zahlungsunfähigkeit, Insolvenz)支拂停止(Zahlungseinstellung, Cessation de Payments)及び債務超過(Ueberschuldung, Vermögensungleichheit, Insuffizienz)を以て其徴候と爲すのである。而して此徴候を指して學者は破産原因(Konkursgrund)と名くる。我破産法は大陸主義に依る破産原因を以て破産開始の要件と定めて居る。此點に關する詳細は法學論叢前掲二三頁以下参照。

(註二) 拙稿法學論叢前掲三四頁以下、拙著前掲一三頁以下参照。

三

一、破産宣告若くは其開始は裁判所職權 (Von Amts wegen) を以て之れを爲すべきものなりやと云ふに立法例分れて居る。(イ)、佛蘭西商法第四百四十條、白耳義商法第四百四十二條、伊太利商法第六百八十四條並に「ルーマニア」商法第七百一條等の如きは職權主義をも採用して居る。古き立法例に於ては獨逸聯邦の Bayern (民訴法一一七五條)、Baden (民訴法七〇六條)、Nassau (破産法五二條)、Braunschweig (民訴法三〇七條)、Bremen (破産法十條) 及び Sachsen (破産法草案一〇〇條二號) 等である(註二)。破産開始に付き職權主義をも採用したる立法の理由は破産を主として債務者の側のみに見て、破産を以て支拂停止を爲したる商人の状態なりと觀念付け、従つて破産を目して犯罪行爲の如きものなりと(註二)認めたるの思想に基くのであると思はる(註三)。而して佛蘭西の如きは破産宣告百件の中其六、七件位は毎年裁判所が職權を以て宣告するものと云はれて居る (Lyon-Caen et Renault Manuel I. I. C, 1922 P. 909 Note 3.)。

(ロ)、反之職權主義を原則として認めざる立法例がある。即ち獨、埃、瑞西、匈牙利、波蘭、英、米、及び其他の文明諸國の如きは然りである。古き立法例に於ては獨逸聯邦若くは都市の Hannover, Schleswig-Holstein, Mecklenburg, Oldenburg, Hamburg 及び Lübeck 等がある(註四)。普魯西の破産法

に於ては非商人の破産に付ては實際の必要上職權主義を採らず、反之商人破産に付ては遠隔に住する債権者の利益を考慮し、破産開始遅延の爲め其債権者に損害を來たすべきものありと認むべき場合は職權主義を採用したのである(註五)。即ち普法は稍々寛大なる意味に於て職權主義を採用したのである(註六)。

破産開始に付き職權主義を採用せざる立法の理由は破産は一般の強制執行 (General-execution) であつて主として債権者保護を目的とするものであり、従つて當事者の辯論主義 (Verhandlungs Princip) に依らしむるを可と爲すべく、換言すれば國家は私法的關係に干渉せずして破産を民事訴訟の主義に依らしむるを適當なりと認めたらからである(註七)。羅馬法並に獨逸普通法に於ても職權主義を通常採用せざりしものと思はるのである(註八)。

(註一) Motive I. Bd. II S. 31. Motive II. S. 325.

(註二) 拙稿法學論叢前掲一頁以下。

(註三) 尤も佛學者の説明に依れば職權主義を認めた理由は「債権者不在の場合に於て債務者が其財産を隠匿若くは脱漏する行爲を防止する爲めである」(Lyon-Caen et Renault, Manuel de D. C. 1922 p. 909. 參照)。

(註四) Motive I. II. a. a. O.

(註五) 普破産法一一八條、二八一條、二八七條、三二二條參照。

(註六) Motive I. II. a. a. O.

(註七) Moivre I. Bd. II S. 325 f. 尙 Sarwey-Bossert. Komm. S. 325 f.

(註八) 羅馬法の Missio in bona 並に Cessio honorum の制度参照(後出)。

獨逸普通法の下に於て職權開始主義が認められたか否やは學者間に大に争ある所であつて、例へば、Elapoth, Einleitung in sämtlich sum. P. & 295; Danz, Grundsätze der sum. P. & 154; Gönner, Reinhardt 氏の如きは積極説を採用し、Bayer Concurs u. Summ. P. & 45; Schmidt Handbuch d. g. R. & 285; Puchta Beiträge & 119—123; Lotz Archiv f. c. P. Bd. 3. S. 77 ff; Fuchs Das Concursverfahren & 15. 等は反之消極説を採用。

二、我法制に付き調査するに、(一)、徳川時代及び明治初年頃の慣習に依れば同時代に於ける分散制度は今日の所謂破産制度であつて(註二)、これには協議上の分散と貢租未進に因る分散との二種があつて前者は債務者の申立に基く破産であり、後者は債務者が破綻の結果公課公租を滞納した爲め破産を爲すことを云ひ、此場合は奉行とか役場とかが職權を以て破産の宣告を爲した様である(註二)。此當時の法制に付ては能く精査するの資料と能力とがないから斷言は出来ないが通常は(貢進未進に因る分散の外は)職權開始主義を採用して居らなかつたものであつて、主として債務者の申立に依る破産宣告主義を採用したるものと云ふて差支へないと思はる(註三)。

(二)、現行破産法は勿論原則としては職權開始主義を採用して居らない。同法第二百二十六條第一項に「債務者が支拂ヲ爲スコト能ハザルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ破産宣告ス」とあるに依り一點の疑がない。然し少數の場合ではあるが例外として職權開始主義を認めた場合もある。例へば民

法法人及び特別法に依る組合等の破産に於ける如しである(民七〇條、産業組合法六九條、輸出組合法三三條、重要輸出商工業組合法三八條、漁業組合令五六條、森林組合令三六條、住宅組合法一六條、破一四〇條末段)。而して民法法人並に産業組合を除く其他の組合は其存立中又産業組合は其解散中孰れも債務超過の場合には裁判所が職權を以て之れに對し破産宣告を爲すのである(前掲各條項参照)。

民法法人並に特別法に依る組合に對する破産に付き職權開始主義を採用したるは和議法制定の今日に於ては妥當であるや否やの疑問が生ずる(此事は後に説明すべき債務者申立義務主義を認めたる立法に付ても起ると同様の問題である)。我法律が職權開始主義を採用したる結果民法法人並に産業組合以外の他の組合の存立中又は産業組合の解散後(註四)に於て其理事又は清算人が破産豫防の和議開始の申立ても其効果がなきに至るではあるまいかと疑はる。蓋し和議法第十六條には「破産宣告アリタル後ハ和議開始ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス」とあるを以て、従つて前記法人及び組合に對し裁判所職權を以て破産宣告を爲すときは理事又は清算人は和議開始の申立を爲すことを得ないことは當然言を俟たざることであるからである。破産に付き職權開始主義を認めたるは債權者保護の趣旨より出でたでもあらうけれども破産豫防の和議は債務者の利益以外に尙債權者の利益をも保護するものであるのみならず(拙著和議法論、Lehmann k. z. O. A. O. 1925 S. 4ff.)破産に依る保護よりも和議に依る保

護を重すべきは勿論であるを以て看れば債務者又は之れに準すべき理事若しくは清算人（法人及び組合の）より和議開始の申立権を濫りに剝奪するに至るが如き結果を惹起すべき規定は立法上決して妥當でない。左すれば斯る職權開始主義は民法にも又他の法律にも認めざる方が現時の法制としては適當であるまいかと思はるのである。後に説明するが如く債權者並に債務者及び之れに準すべき理事又は清算人も共に破産の申立を爲すことが出来る。それで論者或は次の如く曰はん「和議法第十七條には「和議開始ノ申立及破産ノ申立アリタルトキハ破産手續ハ中止ス」とある、又前記法人及び組合の債務超過の場合に於ては其理事又は清算人よりも破産の申立を爲すことが出来るし又之れを爲さねばならぬ義務がある。それで理事又は清算人が和議開始を得んとせば一方に於て破産の申立を爲し之れと同時に他方に於て和議開始の申立を爲すときは（即ち双方の申立が競合するときは）前掲和議法の法條に依り破産手續は中止されて和議開始を得ることが出来るから、理事又は清算人は和議開始を得んとせば其開始申立と破産申立とを同時に爲せば可いので前段の非難は非難として餘り價値がないものである」と。然し此論難には直ちに承服し難い、其理由は下記の如くである。前記法人及び組合の債務超過の場合には其理事又は清算人は大抵破産の申立を爲すであらう。若し其申立を爲さざれば制裁があるから（民八四條五號、産業組合法九三條ノ二九號、輸出組合法三五條九號等、尤も申立なくとも制裁のないものもある、例へば森林組合の如し）多くは破産の申立を爲すであらうと思はるるも前記

法人及び組合の債務超過の場合に於ては叙上の如く裁判所は職權を以ても破産宣告を爲すことが出来るので従て理事又は清算人の破産及び和議開始の申立前に裁判所が職權を以て破産の宣告を爲したならばどうする、最早事窮するではないか、破産の宣告ありたる後は和議開始の申立を爲すことを得ないことは前記説示する通りであるので其後の破産及び和議開始の申立は何等の効果なくして水泡に歸することとなる。若し理事又は清算人が制裁などを恐れずに又は過失に因り破産申立もせずして其申立を遅延し従つて和議開始の申立をも遅延する場合もあるだらうと思はる。故意に申立を爲さざりしときは兎も角もとして過失に因り其申立を爲すことを怠りたるときにも其申立前に裁判所職權を以て破産の宣告を爲したるときは最早和議の開始を全然得ること能はざるの不幸に陥ることとなる。或は理事又は清算人の破産申立及び和議開始申立前に裁判所が職權を以て直ちに破産の宣告を爲すことは事實少なからうと思はるるが、然し一體破産申立と和議開始申立とを同一人が同時に而も併立して爲すが如きことは政策上喜ばしきことでない。同一人が双方の申立を同時に爲すことを得るは和議法の禁止せざる様に思はれ（和十七條、破一三二條參照）文理解釋上は差支へはないとしても同一人が一方に於ては破産申立を爲し置きながら又他方に於て和議開始の申立を爲すが如きは其者の品位を疑ふべく且其眞面目なるや否を疑ふべき間柄證據である。和議は債務者又は之れに準すべき理事其の他の者の眞面目なることを要件とするので、従つて其眞面目を疑はしむべきが如き申立を爲さしむることを

認容する立法は制度上妥當ではない。左れば余は和議法に於ては同一人の破産申立と和議開始申立との同時若くは併立申立は之れを許さざるものと解釋したいのみならず、埃太利和議法第一條四項の如く同時若くは併立は債務者の破産申立と債務者側の和議開始申立との場合にのみ許し且此場合に於てのみ破産手続を中止するものと解したのである。法文上の文字解釋としては私の右提案は或は穩當でないかも知れないが然し立法の精神より見て右提案の如く解釋したのである。裁判所は理事又は清算人の破産申立及び和議開始申立前に職權を以て破産宣告を爲すことが事實上餘り多くないものとするも兎に角理事若くは清算人として其眞面目を疑はしむべき和議開始の申立を餘儀なくせしむるが如き立法は余の採らざる所である。故に余は破産に付ての職權開始主義は和議法制定の今日に於ては有害のもので従つて廢止すべきものであるまいかと思ふ。

(註一) 中田博士著徳川時代の文學と私法、拙著日本和議法四〇三頁以下參照。

(註二) 全國民事慣例類集四七三頁以下、特に四八八頁以下山陽道の部參照。

(註三) 中田博士著前掲、尙前記類集參照。

(註四) 余は清算中の法人も和議能力あるものと解する、拙著和議法論一九八頁以下、尙 Vlg. Pollak Bartsch Kommentar Bd. II. S. 7.

四

一、獨逸、埃太利、瑞西、匈牙利、英吉利等の立法例は破産は當事者の申立に因つて開始する主義を原則として採つて居る。蓋し破産手続は、前説示の如く當事者の辯論主義 (Verhandlungsprincip) に基く訴訟手続であつて國家は濫りに個人の法律關係に干渉すべきものでないとの思想より出でて居るのである(註一)。茲に所謂當事者とは債務者又は債權者の双方を指すのであつて、即ち破産は主として債權者又は債務者の申立に因り開始するものと爲すのである。我現行破産法も亦然りて其第二百二十六條第一項には「債務者ノ支拂ヲ停止シタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ破産ヲ宣告ス」とあり又其第三百三十二條第一項には「債權者又ハ債務者ハ破産ノ申立ヲ爲スコトヲ得」とあるに依つて明白疑ない。

破産開始は沿革上債權者の申立に因り發達せしや、將又債務者本人の申立に因り發達せしや、孰れが先に發達せしやと云ふに、(イ)、羅馬法に於ては破産手続は先づ *Missio in bona* (財産執行命令) より發達したもので、即ち裁判所は債權者の申請に因り此 *Missio* を發し、債權は此命令の發せられたることを公告し、以て申請者以外の他の債權者をして其執行手続に参加することを得るの機會を與へたものであり、其後の時代に至りては債務者本人自ら進んで自己の總財産と債權者に讓渡する所謂 *Cessio bonorum* の制度が出来るに至つたので、其發達の順序は破産は債權者の申立に始まり其次に債務者の申立に因り開始することとなつたのである(註二)。(ロ)、獨逸普通法時代に於ては明言は出来な

いが其發達の順序に前後がなかつた様に思はる。即ち破産が債権者の申立に因り又は債務者の申立に因り開始するの制度を採つたに付ては其間に餘り前後がなかつたではないかと思はるのである(註三)。我國の法制を案するに我徳川時代に於ては今日の所謂破産(當時の分散)は債務者の申立に因るものを以て本則とし、債権者の申立に因るものは例外であつて、即ち債務者の申立に因る破産が前に發達したてはあるまいかと思はる(註四)。此發達の順序は羅馬法及び普通法のものとは異なりし様に察せらるるのである。

(註一) 拙稿法學論叢十卷六號四頁參照。詳細は加藤博士研究第一卷七頁以下參照せられたし。

(註二) Motive I. Bd. II. S. 31 f.; Motive II. S. 325 f.

(註三) Fuchs Das Concurverfahren S. 97 f.; Bayer Concur u. S. P. S. 132 ff.

(註四) 中田博士前掲、並に全國民事慣例集參照。

二、立法例に依れば當時者以外の第三者が破産申立権を有して居り且第三者のみが其權利を有し居る旨を定むるものがある。例へば獨逸の千九百一年五月十二日の私設保險業法 (G. über die privaten Versicherungsunternehmen) 第六十八條に依れば保險株式會社及び相互保險會社の債務、過又は支拂不能の場合に於ては其監督官廳 (Aufsichtsbehörde) のみが破産申立を爲すことを得るのみにて其他の者は之れを爲すの權利又は自由を有せざるものと定めたものの如きである。又葡萄牙商事訴訟法第百八十七條第三號には商人が逃亡し又は其店舗を閉鎖し若くは拋棄したるときは檢事 (Ministerio pub-

lico) が破産の申立を爲す權利を有する旨を規定して居る。智利の法律に於ても然りである (Vorschardt-Koller H. G. des Erdballes Bd. IV. S. 306 § 1422 Anm. S.)。我國に於ては右の如き制定を認めない。

三、債務者の破産申立に於ては(イ)、債務者が自然人なれば其債務者本人より爲すべく、(ロ)、債務者が法人なれば其機關より之れを爲すべきである。即ち民法の法人又は産業組合に於ては其理事より、商法上の法人たる合名會社、合資會社、又は株式合資會社に在つては其無限責任社員より、又株式會社に於ては其取締役より、又相互保險會社に於ては其取締役より申立を爲すべきである(破一三三條一項)。又前記以外の法人例へば輸出組合、畜産組合、漁業組合若くは住宅組合等に於ては其理事若くは組合長より其申立を爲すべきである(破一三五條)。清算中の法人若くは組合(法人格ある組合)に於ては其清算人より其申立を爲すことが出来る(同一三三條二項、一三五條)。(ロ)相續財産に對しては相續人よりのみならず相續財産管理人及び遺言執行者よりも亦其申立を爲すことが出来る(同一三六條)。

債務者が自然人にして而も無能力者ならば其法律上の代理人より破産申立を爲すべきである。債務者が法人たる場合に在ては其機關たる理事取締役若くは之れに準すべき者の一人又は全員に於て其申立を爲すことが出来る(破一三四條參照)。而して債務者本人又は債務者側の申立を余は自己破産申立

と名くる。此命名は余の私案ではあるが他の申立と區別するには適當のものと思ふ。

四、債務者本人又は理事若しくは之れに準ずる者が破産の申立を爲すべきは其自由であつて敢て義務ではないが、然し例外として破産法並に民法商法及び其他の特別法に於て此等の者に其申立義務 (Auftragspflicht) を認むる場合がある。例へば (一) 相続財産管財人、遺言執行者若しくは財産分離ありたる場合に於ける相続人が相続財産を以て相続債権者及び受遺者に對する債務を完済すること能はざることを發見したるとき (破一三六條二項)。(二) 民法上の法人が其債務を完済すること能はざるに至りたるるとき (民七〇條二項)。(三) 民法上の法人が清算中其財産を以て債務を完済するに不足なること不明なるに至りたるるとき (民八一一條)。(四) 合名會社、合資會社の清算中會社財産が其債務を完済するに不足なること不明なるに至りたるるとき (商九一條四項、民八一一條、並に商一〇五條)。(五) 株式會社又は株式合資會社に於て會社財産を以て會社の債務を完済すること能はざるに至りたるるとき (商一七四條、二四三條)。(六) 産業組合及び輸出組合等に於て其清算中其財産が債務を完済するに不足なること分明なるに至りたるるとき (産業組合法七五條、輸出組合法三三條、重要輸出品工業組合法三八條、漁業組合令六四條、森林組組合令四二條、住宅組合法一六條) 等の如きである (註一、二)。

申立義務者が其申立を爲すことを怠りたるときは過料に處せられて制裁を受くるのである (民八四條第五號、商二六二條六號、産業組合法九三條ノ二、八號、輸出組合法三五條九號等) (註三)。

(註一) 破産申立義務履行を或場合に一時猶豫した特別法がある。例へば大正十二年九月の震災の影響に因り債務超過となりたる法人に對しては一年を限り破産の宣告を爲すこと能はざるのみならず法人の理事又は之に準ずべき者の爲すべき破産申立義務の履行を其期間内猶豫したことがある (大正十二年十一月緊急勅令四七五號法人ニ對スル破産宣告ニ關スル件)。

獨逸に於ても我と同じく法人の理事又は取締役は破産申立義務を認むる場合があるが、然しこれを一時免除したことがある。例へば帝國貨幣 (マーク) 下落の爲め法人の財産が外國貨幣に因る債務を換算の結果完済すること能はざるが如き場合に至りしときに其申立義務を一時免除したのである (一九二〇年四月二十八日債務超過ノ場合ニ於ケル破産申請義務一時免除令、一九二二年十二月二十四日補充)。又同國に於ては千九百二十三年十二月二十八日付金貨ヲ以テスル貸借對照表作成令第十四條に依り株式會社、株式合資會社の取締役、無限責任社員等は金貨貸借對照表作成の際に於ける債務超過の場合に於ても資本増減若しくは會社組織變更手續期間中は破産申立義務なき旨を定めた。

(註二) 我舊破産法九七九條は會社の取締役若しくは清算人に對して支拂停止届出義務 (破産申立義務とは別なり) を認めたも (佛商四三八條、白商四四〇條も然り) 現行法は斯る義務を認めない。舊破産法時代に於て支拂停止届出義務を怠りし爲め其懈怠者が舊法千五百十一條第五號の所謂過怠破産の刑に處せられたる例を聞かない。又佛蘭西に於ても斯る實例のありしことなしとのことである (梅博士述破産法案概説一四頁以下)。

(註三) 法人の理事又は之れに準ずべき者が破産申立義務を怠りし爲め制裁に附せられし實例のありしことを我國に於て聞かないこと舊法時代に於ける支拂停止届出義務懈怠の場合と同じである。獨逸に於ては我と異なり多少の實例があつた様である (Vlg. R. G. Str. Bd. 37. S. 26. S. 325)。又獨逸の法制に依れば法人の理事等が破産申立義務を怠りしときは刑罰を課せらるゝ外尙其懈怠の爲め損害を債権者に生ぜしめたるときには債権者に對し損害賠償を爲すの義務を負ふて居るのである (例へば獨民四二條二項の如し) 我國には斯る特別の規定がない。

五、法人又は組合の理事又は之れに準ずべき者は破産申立義務を認むる立法は妥當なりや否や。此

疑問は裁判所が職権を以て破産宣告を爲すの制度の可否と同一問題である。破産申立義務を認むれば、(イ)法人又は組合に私の整理 (Privatvergleich, Sanierung) を爲すの餘裕又は其期間を與へぬこととなる(註二)。理事又は之れに準すべき者が法人又は組合の爲め私の整理を得んとしても破産申立の義務を負ひ居るので裁判所に對し其申立を爲し其破綻を曝露することなれば債権者は容易に整理の提案に賛同し呉れないのみならず申立に依り直ちに裁判所が破産の宣告を下すべきに依り整理を成立せしむべき餘裕も又時間もなくなる。(ロ)和議法に依る和議の應用を少なからしむることとなる。理事又は之れに準すべき者が法人又は組合の爲めに和議開始を得んとすれば破産申立を爲し之れと同時に和議開始の申立を爲さねばならぬ。和議開始申立があれば破産手続は和議法第十七條に依り中止となるにしても一旦破産申立があれば債権者は和議提供 (Vortrag) に輒く賛同し呉れなくなるし裁判所も債務者側の品位を疑ふ様になり其結果折角成立せんとする和議も成立しなくなる。破産申立がなければ和議は成立したるものなるべきも一方に破産の申立がありし爲め和議は成立せざることとなる。折角和議制度を設けても法律上其應用を少なからしむる結果となるのである。元來破産申立義務を認めたる理由は債権者の利益保護の爲めにある。然し和議制度は債務者の利益を保護するを目的とする外にも尙債権者の利益保護の爲めでもある(拙著和議法論參照、尙二ノ二參照)。和議制度を設けたならば之れを應用し又利用し易き様にして遣らなければならぬ。現時の如き和議制度の設けある法制の下に

於ては破産申立義務存置の制度は無益にして且有害のものであると思はる(尙此點に付ては職權破産開始主義の部の説明を援用する。二ノ二參照)。(ハ)破産申立義務を認むるは一般公益保護の爲めなりと云はんも此説は當らない(註二)。蓋し前に説明せし如く(四の註二)申立義務懈怠に對する制裁の實例なきより之れを見れば申立義務制度が到底一般公益の保護と爲るべきものとは考へられないし僅か許りの制裁を恐れて理事又は之れに準すべき者が悉く申立を爲すものと思はれない。要するに申立義務制度は無益のものなるのみならず却て有害なる制度であつて廢止すべきものと考へらる。イエガ教授の如きも然りであつて(註三)余の賛成する所である。(此の點に付ては本文末尾補遺參照)

(註一、二、三) Jaeger Kommentar Bd. II. § 103 Anm. 5. S. 80

五

一 自己破産申立は我國に於ては極く少なくて珍らしきものである。從來の統計に徴するに、(一)大正二年宣告總數百五十二件中一件、(二)大正三年同總數百九十二件中二件、(三)大正四年同總數二百五十五件中三件、(四)同五年同總數百六十八件中一件、(五)同六年同總數百三十三件中五件、(六)同七年同總數百十件中無、(七)同八年同總數百五十二件中無、(八)同九年同總數百六十件中七件、(九)同十年同總數二百二十六件中二件のみが自己破産申立に因る破産であつて(註一)其數が極少

數であつて、宣告總數が悉く債権者の申立に因るか若くは殆んど其申立に基くものと云ふて差支へない。

反之獨逸及び埃太利に於ける自己破産申立は從來頗る多く、特に埃太利に於ては其著しきには驚かざるを得ない。即ち次の如きである。

獨逸に於ては千九百十年には破産宣告總數八千三百八十七件中四千九百六十三件、又千九百十一年には同年八千六百八十件中四千九百三十六件が自己破産申立に因るものであつて宣告總數中の約六割が自己破産申立に基く破産である(註二)。

埃太利に於ては千九百年には破産宣告總數千二百二十八件の中九百七十七件(殘百五十一件)、千九百六年乃至千九百十年の平均同總數千二百三十六件中百六十件(同百七十六件)、千九百十年には總數千二百七十六件中千九十二件(同百八十四件)、千九百十一年には同總數千三百三十三件中千百十八件(同百五十五件)、同十二年には同總數千八百三十四件中千五百六十八件(同二百六十六件)が自己破産申立に因る破産であつて、宣告總數の約八割若くは七割が自己破産申立に因るものである(註三)。

尤も埃太利に於ては和議法を千九百十五年一月一日より施行し、又獨逸に於ては和議法とも云ふべき業務監視法を千九百十四年八月以後實施したので、従つて破産宣告の數も減じて居るのであるが、又破産の中自己破産申立に因るものが其實施前よりは其率が減じて居るものとは想像することを得る

も然し我國の如き程少數なることは決してないものと信ずる。

(註一) 司法省民事統計年報に依る。

(註二) Vierteljahrshefte z. S. D. R. Jahr. 20 (1911) Jahr 21 (1912) に依る。千九百十二年以後の分に付ては同統計表に自己破産申立に因る破産數を掲載せざるが故に其數を知るを得ざるを遺憾とする。

(註三) Österreichische Justiz-Statistik. Berichtj. 1910-1912 に依る。

二、我國と獨逸とが何故前記の如く自己破産申立の數に於て其差が驚くべき程に相違があるであらうが不思議である。這是専ら國情換言すれば國民性及び國の法律制度が異なるより由來して居るものと思ふ。蓋し獨逸に於ては破産は財産的一般強制執行にして普通(民事訴訟法)の強制執行と其性質異なる所なく、只前者は總債権者に對する満足を與ふる爲めの目的を有し、後者は個々の債権者に對する満足を充たす爲めの目的を有する點に於てのみ差異あるものとの思想の下に設けられたものであり(冒頭二參照)従つて破産者に對する名譽權剝奪(infamia)も左程廣く且嚴重でない(註二)。それで破産に瀕し若くは行詰つた債務者は破産の宣告でも受け其破産當時までに有する財産を以て一般債権者に辨濟を爲し一先づ奇麗薩張に財産を投げ出して整理を爲し、然る後又業務に就き身代持直しを爲さんとの考へで以て自ら破産を申立つるのである。而して債務者破綻の状態なるに拘らず極力之れを秘し且百方逃げ廻つて債権者に迷惑を掛くるのは道德上より云ふも而白き事でない。それで破産に瀕した場台には奇麗に其事情を打明けて一般的強制執行を受けた方が精神上氣持も好いと云ふ考よりしても

自ら破産の申立を爲すのである。實際彼地の人情を實見するも破産を我國民程恐れても居らず又一體に彼の人情が我れ程秘密萬能でもない様に思はる。斯る事情よりして彼に於ては自己破産申立が非常に多數に上り居るのである(註二)。故梅博士の説に依れば「亞米利加などでは破産を受けてその後身代持直すと云ふと、彼の人は何遍破産して何度身代を持直したと云ふので、却て名譽である」と云ふことである」このことであるが(註三)、獨塊に於てもこれと餘り大差なき考を持つて居ること、思はるゝのである。

然るに我國では徳川時代より已に破産は犯罪行爲の如きものとして擯斥し、財産上に於ては身代を持直すことを得ざる程度に於て之れが追及を爲し、又人身上に於ても人格減等者 (Capitis diminutio) と爲し且通常人として其取扱を爲さぬのである。それで破産に瀕したものは百方之れを秘し逃げられる丈け逃げ、愈々の場合までは破産宣告を受くるのを避くべく努力するのである、背に腹は代へられぬ譬への如く債権者の利益などは顧慮する餘裕なしとして極力破綻を秘すのである。特に我國民は案外恥かしがるの性癖を有して居るので破綻を世間に曝露しては大變だとして益々以て之れを糊塗せんとする。斯るが故に自己破産申立が極く少ないのである。現行法は舊法と異なり其法文上に於てこそ破産者に對する名譽權剝奪の規定を削除したけれども他の特別法に於ける破産者の人身上の制限は今も昔も變化がないので、従つて現行法の下に於て自己破産申立數が舊法時代よりも急に増加するもの

とも思へない。和議法が出来て此法律は債務者に對する福音的のものなるにも拘らず和議の申立の餘り多からざる現狀に於ては立法者の希望の如く自己破産申立が多數に上ること、も思はれない。

我實情は別として、兎に角破産に瀕した者は自己破産申立を爲すべきである。破産は前にも云ふた通り獨塊の如く一般的強制執行であつて、決して犯罪行爲と同視すべきものでない、それで行詰つたときは一日も早く破産を受け整理を爲したる上身代回復を計ることを心掛くべきである。左すれば百方逃廻らずに濟み、一世匿人として居らすとも濟むのである。勝敗は常である。榮枯盛衰は常道である、何等かの手違ひで失敗し破産を受くることありとしてもそう恥づべきでない。自分が申立てなくとも債権者が申立て之れに因つて破産の宣告を受くること、なれば同じことである。寧ろ潔く自己破産申立を爲して破産の宣告を受くる方が男らしく且自己に於ても氣持がよいのである。且つ又自己破産申立に因り一日も早く破産の宣告を受ければ破産上の強制和議を得て(破二九〇條以下)配當を爲すことを免れ且身代回復を早くする利益もある。又自己破産申立に依り破産を受くること、なれば其宣告を遅延せしむる行爲なかりしとの理由で懈怠破産の刑(破二七五條二號)に處せられずに濟むの利益もある。加之現行法に於ては舊法と變り破産財團は破産宣告當時までの債務者の財産を以て構成するものであるから(破六條)自己申立に依り縦しや破産の宣告を受けても破産上の強制執行は其宣告後に取得したる財産に及ばないから身代持直しを早くするの利益もある。

要するに破産に瀕せし者は私の整理は勿論和議法に依る和議をも得るの見込なければ進んで自己破産申立を爲して破産の宣告を受け、一は以て債権者に對し成る可く多く損害を掛けざることに心掛け、他は以て自己の再興を速ならしめんことに努力すべきである。従つて木下某氏の自己破産申立の如きは現行法の精神に適合すべき態度にして且誠に男らしき行爲と云はねばならぬ。世上の破綻者は之れを見て大に三省すべきである。

(註一) 拙著和議法論一頁以下に詳細の説明あるので就て見られたし。

(註二) 加藤博士の説かるゝ所亦同趣旨である(研究四卷三七一頁以下)。

(註三) 破産法概説一三頁以下。

三、破産に瀕した者は法律上先づ第一に和議法に依る和議の成立を得んことに努力し、若し其成立の困難なりとの豫想が付けば一日も早く自己破産申立をして破産宣告を受くることに心掛くべきが肝要であるが(此點に關する前記委員會の決議は妥當である)一層此心掛を強くし且多からしめんには現行法を改正する必要がある。以下之れを説明する。

破産の宣告を受ければ破産者は財産上に於ては其管理處分権を喪失する(破七條參照)以外に身上權に於ては公私榮譽權の喪失を受くることは前記説明の如くであつて此榮譽權喪失の回復を爲さんごせば別に復權の手續に依らざるべからざるものなることも前示の如くである。而して復權を得んには破

産者は辯濟其他の方法に因り破産債権者に對する債務の全部の免責を得たることを要するのであつて(破三六七條一項)其要件が仲々嚴重なので、従つて破産者は復權を得るに頗る困難である。又破産手續が配當に依つて終結し之れと同時に破産者は其財産の管理處分権を回復するも破産債権者は債權受領未済の部分に付き破産者の爾後(破産宣告以後)取得したる財産に對し執行を爲し又は之れより辨濟を求むることを得るので(例へば破二八七條)破産者が後日身代を持直し資力を回収しても其財産に對し其時に再び執行され若くはこれより辨濟を求めらるる虞がある。斯くの如く復權は容易でなく且財産に對する追行があるので債務者は百方破産宣告を受くるのを避け自己破産の申立を爲さざるは人情上然るべきで大に諒とすべき事柄である。今若し復權の手續を容易にし又財産に對する追行を寛大にすることに法律を改めなば債務者は現行制度の下に於けるよりも逃廻ること少なく、従つて現時よりも多く自己破産申立を爲すべきに至るものと信ずる。

尤も如何なる破産者に對しても十把一紮に復權の手續を容易にし又財産追行を寛大にすべきやと云ふに此點に付ては考慮を要する。夫れ債務者が破産を來すに至れる事情を見るに、(一)始より正實に業務を經營するの意思なく詐欺又は之れに類する行爲を爲し萬一を僥倖するものがあり、(二)正當に經營する意思あるも其經過方法に過失粗漏あるものがあり、又(三)正當に業務を經營するの意思あるは勿論其經營方法に過失粗漏なきも不幸(Misfortune, Unglück)に因りて破産を來たすものもある。

右第二の者の中の或る者並に第三の者は現制度の下に於ては大抵和議法に依る和議を得て破産宣告を免るべきも然し必ず全部が和議の成立を得るものとも限らない。右第二並に第三の者の中で和議を得ずして破産宣告を受くるに至るものに對しては第一種に屬する破産者よりも其復権の手續を容易にし、例へば債務免責の割合を三分の二とか二分の一とかに減少して輒く復権を得らるる様に爲すべきであると思ふ(註一)。又第三種に屬する破産者に對しては英法の認むるが如く例へば其破産者が總債務の二分の一又は四分の三をも辨済するに於ては將來支拂未了の殘債務に付き之れが支拂を免責(Discharge)することと定むれば破産者は再興すること頗る容易である(註二)。斯くの如く現行破産法を改めなば自己破産申立を爲すもの現今より頗る多かるべきは疑ないのである。

(註一) 拙著和議法論三七頁以下註參照、拙稿破産者の法律上の地位を論ず神戸高商記念論文集一八三頁以下參照。

(註二) 拙稿前記論文集一八五頁以下に復権の手續を容易にすべきこと並に英法の如く免責主義を採用すべきことを詳論し置いた、就いて見られたし。

六

一、債権者は破産宣告を申立つることを得るは勿論であつて(破一三二條一項)これを債権者の破産申立權(Konkursantragsrecht)と稱する。而して債権者とは將來開始せらるべき破産手續に於て破産債

權者(Konkursgläubiger)と爲ることを得るものであつて(註一)、其債權が期限附たると條件附たると否とを問はない(註二)。如何なる權利者が破産申立權を有するやは拙著訴訟記録破産の部二十二頁以下に詳論せしを以て今茲には再び説明しない。

法人が債権者なるときは其代表權を有する機關が法人の債務者に對して破産を申立つることを得べきことは勿論にして一點の疑はない。而して相續財産に對しては相續債權者が申立權を有するのみならず受遺者も亦申立權を有する(破一三六條一項)。

(註一) 破産債權者の何ものたるやは拙稿破産債權の意義を論ず國民經濟雜誌第四十卷一、二、四號參照。

(註二) 拙著訴訟記録破産の部二二頁參照。

二、債権者なるも債務者の近親なるときは其債権者は破産申立を爲すことを得ざる旨を定めたる立法例(例へば葡商民訴一八七條一項、アルゼンチン商一四三二五條二項)あるも我法律には斯る規定がない。

立法例に於ては債権者の申立權に付ての制限を設け、相當額の債權を有する債権者にあらざれば破産申立を爲すべき權利なきことを定めたものがある。例へば英國破産法第四條第一號の如きは五十磅以上の債權額を有する者にあらざれば破産申立權なく、數人共同して破産申立を爲すには其總額が五十磅以上たることを要する旨を定め、又米國破産法第五十九條第二項の如きは一人の債権者が申立を

爲すならば其債権者は五十弗以上の債権額を有することを要し、三人以上共同して申立を爲すならば其總額が同じく五十弗以上の債権額を有することを要する旨を定めて居る。蓋し小額の債権者が濫りに破産申立を爲すときは債務者の裁判上若くは裁判外の整理若くは和解の成立を妨げ、以て一般經濟社會上の秩序を紊すことあるを憂慮した爲めである(註一)。而して米國の如きは債権者十二人以上あれば必ず其中の三人以上が共同して破産の申立を爲すことを要し、十二人以下なれば其中の一人でも破産の申立を爲し得ることを定めてある(米破五九條第二項)。我に於ては叙上の如き何等の定めがない。故に如何に小額の債権を有する債権者でも勿論破産申立を爲すに何等妨げなく、又債権者一人でも破産申立を爲すことを得る。尤も債権額が少數であつて而も其債権額が少なき場合には事實上破産者の財團は少額なるべきが故に小破産(破三五八條)と爲るべき場合が多からうと思はる。而して私は一人の債権者でも勿論破産の申立は出来るが其申立債権者一人のみにして他に債権者が存在せざるべきは破産申立は棄却せらるべきものであつて破産宣告を爲すべきものにあらすと考ふ(註二)。債権者は一人にも破産申立を爲し得ることと債権者一人しか存在せざる場合に於ける申立棄却とは全然別個の問題であつて二者混同してはならない。

又破産申立権に付き尙他の制限を付して居る立法例がある。即ち英國破産法第四條第一項第三號は債権者は債務者の破産行爲(例へば逃亡したとか閉店したとかの如き)(註三)ありたるときより三ヶ月

内に其申立を爲すべきことを要すと定め、米國破産法第三條第二項に於ては其期間を四ヶ月と定めある外他は英法と同様である。是れ蓋し債務者の舊時の破産行爲に因りて破産宣告を爲すときは債務者及び債権者間の現時の財産状態を攪亂し引いて一般經濟社會の利益を來すに至るを顧慮した爲めである(註四)。我法律には申立権に付ての斯る制限をも存在して居らぬ。

(註一) Black Bankruptcy 1914 P. 385 et sui. 加藤博士所論法學協會三十八卷十號八〇頁參照。

(註二) 拙稿法學論叢十卷六號一六頁以下、拙著訴訟記録三〇頁參照、此説には反對説はある。

(註三) 英米法は債務者の完済不能の徴候を示すに破産行爲(Bankruptcy Act)を以てし、所謂列舉主義を採り其行爲を以て破産原因として居るは前記の如し(拙稿法學論叢十卷六號二四頁)。

(註四) Black 前掲、加藤博士前掲二頁以下。

七

申立債権者が一旦破産の申立を爲すも破産宣告前辨濟を受けて其債権が消滅するときは裁判所は其申立を許容すべからざるや勿論である。而して申立債権者の債権は破産決定の當時までに發生せるものなることを要するものであつて其権利が破産決定言渡當時に發生し居れば期限附なるも將た又停止條件附なるも何等妨げがない。破産申立に付き第一審たる區裁判所に於て其決定當時債権の存在なきの故を以て之れを棄却し抗告の末抗告裁判所に於ける裁判當時申立人の債権が發生せば抗告裁判所は

債務者に對し前決定廢棄の上破産決定を爲すことが出来る。

申立債権者の債権が破産決定後其確定前辨濟其他の事由に依つて消滅したるときは破産宣告を受け
る債務者(又は之れに準ずる者)は抗告を以て之れを争ひ其破産決定を取消すべき旨を主張することが
出来る。これイエカー教授の説く所であつて(註二)余も亦從來之れに賛同する所であり(註二)、這是畢
竟加藤博士の「所謂申立人の債権は破産宣告の確定まで存続することを要するものとの見解」と(註三)
一致するものと思ふるのである。而して破産決定確定後に於ける債権(申立人の)消滅は之れに因つて
破産決定取消を主張し得ざるや勿論である。以上は申立債権者が債權讓渡等に依つて變更したる場合
に於ても亦同一に論ずることを得る。

(註一) Jaeger Komm. Bd. II. § 103 Anm. 4.

(註二) 拙著訴訟記録二二頁以下。

(註三) 加藤博士講義二九六頁。東京控訴院決定、法律新聞三〇八號十頁參照

八

一 債務者が自然人なるときは其債務者の死亡するまで何時までも債務者本人に於て自己に對し又
債権者より債務者に對し破産の申立を爲すことが出来る。破産申立後債務者が國籍喪失以上の事由例

へば死亡若くは隠居に依り相續開始したるときは破産手續は相續財産に對して之を續行すべく、國籍
喪失に因り相續開始するも破産手續上に於ては國籍の喪失なかりしものとして其手續は進行するの
ある(破一三〇條)。

二 債務者が法人なるときは其法人の存立中は之れに對して破産の申立を爲すことを得るは勿論な
るのみならず法人は破産以外の事由に依る解散後と雖も破産の目的の範圍内に於て仍存續せるものと
看做さるるが故に(破四條)其解散法人に對しても又破産の申立を爲すことが出来る。尤も解散法人が
殘餘財産の引渡又は分配を終了したる後は破産の申立を爲すことを得ない(破一二八條)。

三 相續財産に對する破産の申立は民法千四十一條の規定に依り財産分離の請求を爲すことを得る
間(即ち相續開始の時より三月)に限り之を爲すことが出来る(破一二一條前段)。若し其の間に限定承
認又は財産分離ありたる場合に於ては相續債権者及び受遺者に對する辨濟が未だ終了せざる間に限り
破産の申立を爲すことを得るも(同條後段)其後に於ては其申立を爲すことが出来ぬ(拙著訴訟記録二
八頁參照)

九

破産申立は條件附にて又期限附にて (bedingt u. befristet) 之れを爲すことが許さぬのみならず留保附

二、破産宣告の申立

の破産申立は裁判所之れを許容すべきものでない(註一)。普通の訴訟に於ては申立が條件に繋ぐことは違法であつて許容せらるべきものでなきことは通説の認むる所である(註二)。従つて訴訟手續の一種に屬する破産手續に於ても破産申立が條件附又は期限附若しくは留保附ならば許容せらるべきものにあらざることは明白である。例へば債権者が裁判所に對し破産の申立を爲しながら此申立に付き普通の訴訟が完結するまで又は私の整理の成立するまで審理及び裁判を爲さずして普通の訴訟完結し又は私整理の不成立に終りたるを俟ちて始めて審理及び裁判を爲さるべきことを要求する申立の如きは條件附申立であつて不法であるが如きである。期限附申立若しくは留保附の申立の何ものたるやは右設例を類推すれば判明する。

本年七月二十三日獨逸 Frankfurt a. M. 控訴院に於て之れに關する決定があつた。参考の爲めに茲に掲載する。本年四月中旬支拂を停止したる債務者甲は本年五月十五日に開かるべき競賣期日に區裁判所に債権者乙と共に出頭した。而して債権者乙は小額の債権を有するものに過ぎざりしが同日區裁判所に債務者甲を相手とする破産申立を爲した所が、債務者甲は其支拂不能を認めたるも當分の内暫時其裁判を爲すことを見合せられたく且即時に破産法第六條(我破一五五條一項に當る)に依る一般讓渡禁止命令 (Allgemeines Veräußerungsverbot) を發せられた旨を裁判所に申請し、其理由として破産防止の爲め自己の總債権者と裁判外なる私の整理締結の爲めの交渉を爲しつゝあるからである。

陳述した債権者乙は破産手續開始に關する裁判の中止を同意する旨を述べ且之れに相當する申立を爲したのであるが、其後再度斯る申立に基き裁判の中止を申請した。而して區裁判所は債権者の爲めに債務者の財團を保全するの目的を以て破産法第六條に依り一般的讓渡禁止及び競賣禁止命令を發したのであつて、其命令を發する際には何等の調査を爲すことなく心證十分なりとして其裁判に及んだのである。茲に於てか破産申立を爲さざりし他の債権者は其禁止命令の裁判に對し抗告を以て不服の申立を爲したるに、抗告裁判所は次の如き理由の下に區裁判所の禁止命令の裁判を不當なるものとして其裁判を廢棄して破つた。即ち其理由は「第六條は破産申立の裁判を爲すに至るまで總債権者の爲めに債務者の財産保全を目的とするのであつて而も債務者に對する破産要件(例へば支拂不能とか又は他の破産原因)の存在することを認むるに足るべき證據なきを以て即時に破産宣告の裁判を爲すことを得ざる場合に始めて禁止命令の裁判を爲すべきである。然るに今本件に於ては債務者に對する心證十分なりとして調査も必要となさず、且之れを爲さざるものなるが故に中止なしに即時に破産申立に付き破産宣告の裁判を爲すべき事情の存するのである。區裁判所の禁止命令の裁判は破産條件の開示ありたる場合の措置としては適應せぬのみが、却て債務者の希望し居る壺に填り債務者に私の整理に依る支拂延期を與ふに適することとなつた、債務者は禁止命令の裁判を得て其の間に總債権者と私の整理契約を得んとするに在るのである。斯る事は第六條の趣旨に合せぬから區裁判所の禁止命

令の裁判は不當で廢棄すべきものである」と云ふのである。抗告裁判所の此廢棄の決定に對し債務者より再抗告を爲したる所再抗告裁判所たる Frankfurt a. M. 控訴院は下記の如き理由にて債務者の再抗告を不當として棄却した。即ち破産法第百六條第一項三段に依り爲したる禁止命令の裁判に對しては破産申立を爲さざる債權者も亦不服の申立を爲す權利を有して居る。而して破産手續開始以前に在りては其債權の届出を爲すを得ざるも其權利は第百六條に依り保護を受くることを得る。官廳の擁護の下に裁判外の和議を得せしむるは現行法上に於ては獨り業務監視法あるのみ。支拂不能の債務者が此業務監視法に依らずして且眞面目ならざる破産申立を留保若しくは停止條件付の下に爲すか又は懇意なる債權者をして斯る留保若しくは條付附の破産申立を爲さしめ、之れに依りて一般的讓渡禁止命令を得且強制執行に對する該禁止命令の保護の下に總債權者をして和解を爲すに傾けしめんとするに出でたる行動の如きは許すべからざるものにして裁判所は斯る行爲に基く申立を許容してはならぬ。裁判所は斯る場合に第百六條の讓渡禁止命令を發して且各執行を無効ならしめてはならぬ。此の如き場合に一般讓渡禁止命令を發する實に第百六條規定の精神に反する。第百六條は破産裁判所が破産申立ありたるるときより其裁判を爲すに至るまで申立の正否に付き調査を要する場合に破産財團維持の目的の爲めに適用せらるべきものである。破産申立の當時已に債務者に支拂不能あることを認むるに足るべき十分の證據ありて破産裁判所が即時に破産宣告を爲し得るが如き場合に於ては一般讓渡禁止命令

を發するものでない。破産申立に付き當分裁判を爲し呉れざる旨の附款を以てする破産手續開始の申立は申立人に於て申立を留保し且之れに關する裁判を後に希望する旨の第二の陳述に依り條件に繋り居るものと云ふべきである。條件附破産申立は許容すべきものにあらざることは疑なき所なればなり」と云ふに在る(註III)。

(註I) Jaeger Bd. II. Anm. 4 zu § 103. S. 79; 尙千九百二十六年一月二十六日付普國司法大臣一般命令 (Allgemeine Verfügung des J. M. über die Behandlung bedingter Anträge auf Eröffnung des Konkursverfahrens) を以て普國は條件附破産申立を違法なるものとして許容すべきものにあらざる旨の命令を發した。

(註II) 條件附申立の違法なることの説明に付ては拙著訴訟記録第一卷の部二七頁以下。

(註III) J. W. 55 Jahrg. 1926. Heft 16. S. 2114. 9に依る。

10

破産申立權は豫め拋棄 (verzicht) するを得たるものなること並に破産申立は破産宣告以後(宣告確定を俟たずして)之れを取下る (zurücknahme) を得たるものなることは、通説の認むる所であつて、この事は已に拙著訴訟記録第一卷の部十九頁以下に論述せる所であるから今茲には改めて説明しない(註I)。

破産申立は破産宣告以後は取下が出來ず、従つて破産宣告は取下に依つて其效力を失ふものでない

としても余は次の如く主張したのである。申立人の債権が破産宣告後其確定迄辨済其他の事由に因つて消滅したる場合に於て宣告を受けたる破産者其他の利害關係人より其宣告の決定に對し即時抗告を以て不服を申立てたるときは抗告裁判所は第一審の爲したる破産宣告決定を取消し其申立を棄却すべきものである。蓋し申立人の債権は破産宣告の確定するまで存続することを要する（前記七の部参照）ものであるので、債権が宣告後消滅すれば此時より申立人の申立権は消滅するものであるからである（註二）。

（註一） Jaeger 教授は申立権は拋棄し得るものなる旨を力説する（Derselbe kon. Bd. II. § 103. Anm. 3.）。獨逸大審院判事 Menzel 氏の著者獨逸破産法註釋書（1926）§ 103. I. S. 328 は Jaeger 氏の説に賛成し居る。

（註二） 拙著訴訟記録破産の部二一頁以下参照。

一一

一、破産申立の方式に付ては破産法は特に限定してない、それで書面又は口頭を以て申立を爲すことを得る（破一一四條）。而して口頭を以て爲すときは裁判所書記をして之を調書に記載せしむべきである（破一〇八條、民訴二三五條）。

二、債権者又は債務者若くは之れに準すべき者が破産申立を爲すときは其申立書に金壹圓の印紙を貼用することを要する、口頭を以て申立を爲したる場合に於ては書記の作成する調書に同額の印紙を貼用すべきである。私は壹圓の印紙貼用の法律上の根據に付ては債権者の申立を爲す場合と債務者又は之れに準すべき者の爲す場合とによりて異なるものと考へる。債権者の申立の場合には商事非訟事件印紙法第二條第二號に依り、債務者又は之れに準すべき者の爲す場合には民事訴訟印紙法第六條ノ三第四號に依りて貼用せしむべきものと思ふ（拙著訴訟記録破産の部二八頁以下参照）。債務者又は之れに準すべき者の申立の場合の印紙貼用に付て特に民事訴訟用印紙法第六條ノ三第四號に依ると爲す譯は前記冒頭に述べた如く破産宣告申立は同號に所謂假差押申立に相當するものであるからである。

三、債権者が破産宣告の申立を爲すには裁判所が破産費用として相當なりと認むる金額を豫納（Vorschatz）するの必要がある。數人の債権者が共同して共に一個の破産宣告申立を爲すときは共同の上相當金額の豫納を爲すを以て足るも（數人分擔）然し數人の債権者が各別に申立を爲すときは各債権者は各自に相當額の豫納金を交付することを要する。債権者若し之れを豫納せざるときは裁判所は其申立を棄却することを得る（破一三九條第一項）。然れども費用の豫納なきに拘らず裁判所に於て破産宣告を爲したるとき又は豫納金が不足なるに至りたるときは破産手續費用は假りに國庫が之れを支辨するのである（破一四〇條後段）。豫納金の額に付ては大阪區裁判所の取扱に依れば破産申立人の

相手方(債務者)が個人なれば金參百圓、法人なれば金五百圓なりとのことである。東京區裁判所亦同一取扱なる趣である。而して申立人たる債権者は費用豫納に關する決定に對しては不服を申立つるを得ない(破一三九條二項)。

債務者又は之れに準すべき者(法人又は組合の理事取締役等)が自己破産の申立を爲すときは此等の者は豫納金を納付するの必要がない。破産手續費用は假りに國庫之れを支辨する(破一四〇條前段)。以上豫納金の事に關しては拙著訴訟記録破産の部五二頁以下参照せられたし。

四、債権者が申立を爲す場合に於ては債権の存在及び破産原因(支拂不能・支拂停止とか債務超過とかを)疏明(Glaubhaftmachen)しなければならぬ。(同一三三條二項)。疏明とは證明(Beweisführung)と異なり、裁判所をして債権の存在及び破産原因のあることの一應の心證を得せしむれば足るのであるが、然し即時に爲すことを得ざる證據方法であつてはならぬ(民訴二二〇條、改民訴二六七條一項)。明文はなきも私は右二個の要件の疏明の外に尙債権者二人以上存在することを要するものと高唱したい、(拙稿法學論叢一六頁以下、拙著訴訟記録訴訟の部九一頁以下)。然し破産申立の當時已に外國に於て破産の宣告のあつたときは申立人は其債権の存在を疏明するを以て足り私の意見に依れば内國に二人以上の債権者のあることをも疏明するを要せぬ(同一三七條)。是れ外國に於て同一債務者に對して破産宣告あれば此事自身が破産原因の存在なりとして疏明し得て餘りありと見たからである。

自然人たる債務者又は法人若くは組合の取締役、理事若くは之れに準すべき者の全員より破産申立を爲したるときは破産原因たる事實の存在を疏明する必要がない(破一三四條一三五條反對解釋)(註一)。然し其全員一致せずして之れが申立を爲さぬとき又は相續財産に對し相續人相續財産管理人又は遺言執行者に於て破産申立を爲すときは破産原因たる事實を疏明することを要する(同一三四條、一三五條、一三六條三項)、尤も破産申立當時已に外國に於て破産原因の宣告ありたるときは申立人は破産原因たる事實を疏明するを要せない(同一三七條)。又債務者若くは之れに準すべき者(法人の理事相續財産に對する場合には相續人等)が破産申立を爲すときは申立と同時に財産の概況をなすべき書面(財産目録)並に債権者債務者の一覽表を提出して裁判所をして破産原因並書類債権者の存否を調査せしむべきことに努めねばならぬ。若し申立と同時に之れを提出すること能はざるときは爾後遅滞なく之れを提出する必要がある(同一三八條)(註二)。

(註一) Jaeger Bd. II § 104 Anm. 1. Mentzel kom. § 104 Anm. Petersen-Kleinfeller § 104 Anm. 2.

(註二) 自然人たる債務者又は之れに準すべき者の全員より申立を爲したる場合には破産原因たる事實の存在を疏明する必要なきこと前記の如くなれども其申立ありたりとて財産目録及び一覽表を見た丈で裁判所は申立の如く直ちに申立人に對し破産宣告をしてはならぬ。裁判所が破産宣告を爲すべき理由ありとの心證を得た上でなければ濫りに破産宣告をしてはならぬ。破一二條二項に依り職權調査を爲したる上破産宣告の可否を決せねばならぬ。蓋し債務者又は之れに準すべき者が債権者に損害を與ふる目的を以て故意に破産申立を爲さぬとも限らぬからである(Jaeger a. a. O. u. Anm. 2; Mentzel

一一一

我實際を見るに債権者は債務者をして眞に破産宣告を受けしむる意思はなきも先づ威的に破産の申立を爲し債務者をして自己のみに其辨濟するに努力せしめ己れ獨り満足を求むるの手段として破産の申立を爲すものが世間往々あると聞いて居る。約言すれば破産申立を濫用する債権者が仲々多いこのことである。斯る債権者に限り破産手續の進行を止めしめんとして、何回となく期日の延期とか續行とかを求め又所謂條件附申立に類するが如き申立を爲すのである。裁判所に於て濫用に因る申立なり認めなば縦しや債務者に支拂不能の破産原因ありとするも債権者の申立を棄却すべきが公平信義の上より見て正當なりと思ふ。

流石に英國の判決例に於ては破産申立濫用を防止して濫用に因る申立を棄却して居るのである。即ち申立人が債務者より金錢強取 (extortion) を爲すの目的を以て又は單に人的目的を達せんとの目的のみを以て破産申立を爲したる場合に於ては假令債務者に破産原因ありとするも裁判所は其申立を棄却するのである (Williams 1921. p. 56 et sui. Ringwood 1920 p. 55; 加藤博士法會協會雜誌三八卷十一號四一頁以下)。我裁判所に於ても此事に留意せられて破産申立の濫用を防止せんことに努めら

れんことを希望する。

(大正十五年十一月十一日記す)。

補遺、本文四の五の末尾に下記の事項を加ふ。そこで現行法第三百八十九條に「他ノ法律ニ依リ法人ノ理事又ハ之ニ準スヘキ者カ其ノ法人ニ對シ破産ノ申立ヲ爲スコトヲ要スル場合ニ於テモ和議開始ノ申立ヲ爲スコトヲ妨ケス」と規定して破産申立義務の定めの不都合なることを寛和して居るから現行法の下に於ては實際上差したる不便はなからんと思はるゝもこれは一時糊塗的の規定であると思はれないから一層のこと根本的に破産申立義務制度を廢止した方が可く、然らば右現行法の如き緩和規定を置くことは勿論必要なくなるのである。

(國民經濟雜誌第四十一卷第六號掲載)

三、破産管財人と信託會社

一

大正十五年八月五日付發行の大阪毎日新聞の報する所に依れば「信託協會にては信託會社が清算人、遺言執行者、鑑定人及び破産管財人たり得るやう法規の改正を當局に向つて陳情する筈である」とのことである(同日付新聞紙本紙三頁四段参照)。私は現行破産法公布の當時「會計士は破産管財人にも選任せらるべく且會計士に於ては法律知識を涵養すべき旨」の意見を發表して置いた(國民經濟雜誌第三十四卷六號七七頁以下参照)。而して信託法及び信託業法が公布になり信託會社が設立せられたる今日に於ては信託會社が破産管財人、清算人若しくは之れに類似する者に選任せられたき希望を有し居るのは最もなることで、私は信託業法公布の當時已に「信託會社が破産管財人たるべき資格を有するや(破産管財人能力)又破産管財人としての妥當性あるや否やに付き知人に話したことがある、果して今や之れが信託協會の問題」となり、何れ又世間の問題にも爲ることだらうと思ふので茲に之れに關する意見を開陳することとする。

二

債務者に對する破産宣告がある之れと同時に破産管財人(Konkursverwalter, Masseverwalter, Konkursverwaltung, Syndic, Trustee)の選任があり、破産者は自己の財産の占有管理及び處分權を失ひ、破産管財人に於て其財産特に主として破産財團に屬すべき破産者の財産を占有し且管理し更に之れを換價して總破産債權者に平等の配當を爲すべきものであつて、破産管財人の職務は實に破産財團に屬する財産の占有、管理及び其配當を爲すことにある。而して破産管財人が破産財團に屬すべき財産を占有するには破産者の所有に屬せざるものを差押へて占有すべからざるは勿論假令破産者の所有に屬するものであつても法律上差押ふべからざるものを占有してはならぬ。又破産者の財産を占有したならば其財産目録を作り並に貸借對照表を作成せねばならぬのみならず遲滯なく裁判所書記、執達吏又は公證人の立會を以て其財産の評額を評定することを要する。又破産管財人は破産財團に屬すべき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せねばならぬ。又往々貸方財産に關する訴訟を爲し取消權若しくは否認權(Anfechtungsrecht, Konkurs Pauliana)を行ひて曩に一旦財團より離脱したる財産の復歸を爲して其増加を圖り、別除權者及び取消權者(Absonderungs- und Aussonderungsberechtigte)と稱するものに對し財團の保全を圖り別除權者と主張するものよりは別除

の辯済を求められざる様に取り計ひ又取戻権者と稱するものよりは財産の取戻をされざる様に注意して財團の減少を防止せねばならぬものであつて破産財團に關する訴に付ては破産管財人は其訴の原告又は被告となるものである。次に破産管財人は其占有せる財産を善良なる管理者の注意を以て管理して其財産の損敗を豫防し且經濟的に利用し其價格の増加を企圖せねばならぬ。加之破産管財人が破産財團を處分し換價するには是れ又善良なる管理者の注意を用なければならず可成的經濟的高價で其處分及び換價を爲さねばならぬ。破産管財人の其職務執行の如何に依りて破産債權者に對する配當の大小を生ずるものであつて其占有、管理及び換價の巧拙如何は破産債權者の利害に影響すること最も大なるのみならず、引いて破産者にも又一國の經濟上にも甚大の影響を及ぼすものである。

又破産管財人は破産者が破産債權者に對し幾程の債務を負擔し居るか、換言すれば破産管財人は破産債權者が破産者に對し何程の破産債權を有し居るや否やを調査し、債權調査會に出席して破産債權者より又は破産債權者と稱するものより届出でたる債權の存否、額及び其順位に付ての異議を主張することを要する。其結果自ら原告となり異議の訴訟を爲し又は被告として異議の訴訟を受けることがある。破産管財人は前述の如く否認權其他に付き自ら原告となり又は被告となつて訴訟を爲さねばならぬこともある許りでなく異議の訴に付ても自ら其當事者となりて訴訟を提起し又は之を受け且追行せねばならぬものであり大に法律上の知識を要する。

218574

又破産管財人は換價に依つて得たる金錢の配當を爲すの職務を有するは前述の如くなるのみならず強制和議及び破産手續廢止に付ても關與せざるべからざる義務がある(註)。

要するに破産管財人が破産財團の占有、管理及び處分、破産債權の確定、破産財團の配當及び其他の事項に付き其職務を進行するには獨り技術的の才能の巧なることを要するのみならず相當以上に法律知識をも有することを必要とするのである。清算人及び遺言執行者と爲るものも亦然りである。鑑定人となるには右のものと同性質及び同種類の技能及び法律知識を有するの必要はないかも知れないが、然し裁判官の知識の欠缺を補足し且其參考に供すべきだけの實際上の經驗知識を有し且外國の慣行及び立法を調査するに足るだけの學問及び知能を具備することを要する。

破産管財人、清算人、遺言執行者及び鑑定人と爲らんとするものは其知識に於て實際的のものたるを否かを問はず相當以上のものを有するのであつて、只通り一片だけの普通のものでは不十分であり、従つてそれだけでは吾人は満足し能はざる所である。

(註) 尙破産管財人の職務の詳細に付ては拙稿國民經濟二十九卷第一號一五頁以下參照。

三

我國に於て、一ヶ年間に幾何の遺言執行、清算及び破産事件あるやと云ふに勿論統計の示す所に依れ

ば、(一)、遺言の確認及び執行は明治四十年に二百七十一件、同四十一年に三百十九件、同四十二年に二百四十一件、同四十三年に二百七十八件、同四十四年に二百二十六件、同四十五年大正元年に二百三十件、大正二年に二百七十七件、同三年に三百四十七件、同四年に二百七十件、同五年に三百四十四件、同六年に三百一件、同七年に二百七十八件、同八年に三百二十八件、同九年に三百十五件、同十年に三百三十二件、同十一年に三百五十七件あつた(日本帝國統計年鑑並に司法省民事統計年報参照)。右数は遺言の確認(非訟事件手続法第九條に依るもの)及び執行の合計であつて、其中には確認の結果執行せるものと確認のみにて未だ執行に至らざるものを包むは勿論確認を要せざるものに基く(公正證書の如き)執行をも包含するのであるが、單に確認のみのもも何れ執行するに至つたものと認むべきに依り結局遺言執行の数は毎年大體前掲の如き數に上りしものと思ふて差支へなく、即ち過去に於ては年々平均大抵三百件位の遺言執行ありしものと認むべく、將來は其數は益々増加する一方だらうと思はる、蓋し世人は權利思想が發達し遺言の有利にして且安全なることを覺知するからである。それで遺言者が遺言執行者を指定し又は裁判所が之を選任することとなり且信託會社が遺言執行者となるに適當のものとなれば將來に於ては先づ少くも三百件の半數以上の遺言執行は信託會社に於て之を引受くることとなるであらう。

(二)、會社の解散、從つて會社の清算人の選任數を調査するに統計の示す所に依れば「會社ノ清算人ノ選任及解任」の數は明治四十年には三十三件、同四十一年には二十六件、同四十二年には二十三件、同四十三年には二十九件、同四十四年には二十五件、同四十五年及び大正元年には三十四件、同二年には二十一件、同三年には三十五件、同四年には三十六件、同五年には五十件、同六年には三十九件、同七年には四十五件、同八年には五十四件、同九年には三十九件、同十年には三十九件、同十一年には六十七件あつた(同年鑑及年報参照)。

右は商事會社に關するものであるが其他に民事法人及び其他の私法人の解散をもあるべければ毎年清算人の選任は(解任を除外して)毎年前記の數に上るものと見て餘り過誤であるまいと思はる。左れば選任に依り信託會社が清算人となるものとすれば(商法第八七條、同第二二六條参照)今後信託會社は毎年平均二十件位(解散會社の半數位)の清算に付き受託し得ることとなるであらう。

(三)、破産事件は毎年如何なる數に上るやと云ふに商人破産主義を採つた舊破産法の下に於ては余が他の機會に於て己に屢々掲記する如く大抵年二百件足らずであつた(註二)。然し一般破産主義を採用せる現行法の下に於ては破産事件年々増加する一方であり將來は大に増加するものと思はる。現行破産法は申すまでもなく大正十二月一日より施行されたものであるが其當時より今日に至るまでの破産宣告數に付ての年々の統計を知ることが得ざるを遺憾とするも只官報の報する所に依れば大正十五年一月中の破産事件受付總數(新受舊受共)二千三百一件、内既濟百九十九件(十五年五月十二日付官

報二九六頁参照)。同年二月中の同受付總數(同)二千三百五十四件、内既済二百二十九件(同年六月十日付官報二五四頁参照)。同年三月中の同受付總數(同)二千四百十四件内既済三百二十件(同年七月九日付官報二四二頁参照)であつて、其既済と云ふ中には宣告は勿論進んで配當其他に依る終了數も含むものであつて宣告數のみではあるまいと思はるるが兎に角其宣告數丈けでも舊破産法時代のものよりも増加して居るものと察せらる。而して外國の例に依つて推考すれば吾國と外國とは人情及び國情が異なるにもせよ五年十年の後は我國の破産宣告數は千件を以て數ふることを得ることを想像するに難くない。

試みに獨逸の破産宣告數を擧ぐれば大戰前に於ては大體毎年七千件以上九千件の間であり(註二)、英國は大戰前大抵毎年一萬件に上り(註三)、佛國に於ては同六千件に上つてある(註四)。而して我國の人口と英、佛、獨の人口とを比較考量すれば縦しや國情の異なるものありとは云へ我國の破産宣告數は遠からざる將來に於て毎年單に二三百件に止まるものにあらずして前説示の如くそれ以上に上り且益々増加すべきことを斷定し得る。左れば信託會社が破産管財人となり得るものとすれば毎年それ相當數の破産事件の管財事務を引受くることが出来るのである。

(四) 和議事件には整理委員 (Adjustment Committee) と和議管財人 (Administrator) との選任がある。和議事件とは財産豫防の爲めにする強制和議事件であつて我國最初の試みと云ふべき和議法(大

正十一年四月公布、十二年一月一日施行)の規定する所である。其施行以來幾何の和議申請及び其開始ありや否や精確に知るを得ざるも、官報の報ずる所に依れば大正十五年一月中の取扱數は總數三十六件、内既済二件(同年五月十二日付官報二九六頁参照)、同年二月中の取扱總數は三十九件内既済七件(同年六月十日付官報二五四頁参照)、同年三月中の取扱總數は三十八件内既済八件(同年七月九日付官報二四二頁参照)であつて餘り多數には上らないが、何れ其中には非常の多數に上るであらう又上らしめねばならぬ。蓋し破産豫防の和議は破産宣告に基く經濟上の不結果を防止し債務者及び債權者の利益を企圖するものなるは勿論一國經濟の圓滿を圖るものであるを以て一般人に其利用を知らしめ可成これに依らしむる必要があるからである(註五)。而して外國の例に依つて看れば我國に於ては將來は和議事件は増加すべきは疑を容れない。例へば佛國に於ては和議とも云ふべき裁判上の清算(Liquidation Judiciale)は毎年(一九〇二年乃至一九一三年)二千四百件以上二千九百件の間に上下し(註六)、英國に於ては和議及び私整理 (Composition and Private arrangement) が毎年千六百件以上(一九〇一年乃至一九一五年)を算し最も多き年は四千件に上つたのであり(註七)、又獨逸に於ては和議とも云ふべき監視事件一九一四年より一九二〇年までの間毎年千六百件以上を算し多きは一九一五年の七六八〇件又一九一六年の六三六五件に上つて居る(註八)。若し信託會社が和議事件の整理委員及び和議管財人たることを得るものとすれば是れ亦其引受數は將來に於て僅少ならざるものと察せらる。

我國に於て年々幾何の裁判上及び裁判外の鑑定あるやは之れを知ることが得ないが、然し相當多數のものがあるに相違ない。

(註一)		年次		年次	
年次	宣告數	年次	宣告數	年次	宣告數
明治四十年	六七	大正四年	二一五		
明治四十一年	九三	大正五年	一六八		
明治四十二年	一一一	大正六年	一三三		
明治四十三年	一五五	大正七年	一〇七		
明治四十四年	一二七	大正八年	一五二		
明治四十五年	一一一	大正九年	一六〇		
大正元年	一四二	大正十年	二二六		
大正二年	一九二	大正十一年	二九二		

右は帝國統計年鑑並に司法省民事統計表に依る。

(註二) 拙著日本和議法上巻一九頁以下に詳細の統計數が掲載してある。

(註三) 同五一頁以下に其統計數を詳細に掲げてある。

(註四) 同九二頁以下に於ける統計表参照。

(註五) 和議の何ものたるやは拙著日本和議法上巻並に拙稿和議法に就て(商業研究所講演集第十册)を参照せられたし。

(註六) 佛國に於ける裁判上の清算數の詳細は同和議法九二頁以下に掲載。

(註七) 英國に於ける和議及び整理數の詳細に付ては同六五頁以下に掲載。

(註八) 獨逸に於ける和議の總數は同九三頁以下に掲載してある。

要する信託會社が破産管財人、整理委員、和議管財人、清算人、遺言執行者並に鑑定人になるの能力あるものとすれば今後これ等に關する事件の多數を引受けることが出来るだらうし、従つて其受ける報酬も莫大の額に上るだらうと思はる。信託會社が破産管財人等に選任せらるるの希望を有するは單に報酬の側からのみ見てであるまいか。若しそれに爲り得れば高額の報酬を得、従つて相當の利益を得ることが出来るだらうから、信託會社に於て其就任に目を付けたのは其會社の性質より見て無理からぬことと思はる。大阪の石井事件の管財人は何萬圓とかの報酬を受けたとの噂あり又京都の積善銀行事件の管財人もこれ亦數萬圓の報酬を得たとの噂がある。而して獨逸に於て最も大なる破産事件と稱せられたる Leipzig 銀行の事件であつて其管財人が受けた報酬は一人は四十四萬馬克他の一人は七萬五千馬克なりと傳へられて居る。世人が私共に對し管財人と爲ると良いものだ云ふも尤もの様に感ぜらる。然し一言すべきは管財人だとして何時も多額の報酬を得らるるものとは限らず、多額のものを得るは稀であつて、其多くは極く少額を受くるに過ぎない。十年許前に大阪市にて某辯護士の發行に係る法律世界と云ふ雜誌に左の如きことが記載してあつたことを記憶する。即ち「破産事件の報酬は區裁判所の事件の報酬にも及ばないから破産管財人と爲るのは眞平だと言ふた人がある」と。此話は眞實か否やは判らないが私の判事としての經驗より云へば破産管財人の報酬が氣の毒な程少額の場合が多々あつたのである。

四

次に如何なるものが従來破産管財人に選任せられありしや、又一般に如何なるものが破産管財人に選任せらるべきものであるや(妥當性)に付き考察するのであるが、先づ其前に破産管財人設置制度に付き説明し次で本問に進むこととする

一破産管財人設置に付ては大別すれば、(一)國家機關としての常設官吏を爲すの制度と、(二)左にあらずして選任に依る臨時機關を爲すの制度との二種がある。「*Judicator-sinde*」の管財吏(Judicator-sinde)並に瑞西の破産官(Konkursamt)なるものは前者に屬する(尤も瑞西には選任に依る破産管財人なるものもある)。英國に於ける商務省の任命に依る管財官(Official Receiver)なるものは裁判所所屬の常設官吏ではあるが、所謂破産管財人と異なるものである。即ち管財官は破産申請後管財命令(Receivings Order)發行前又和議(Composition or Scheme of Arrangement)不成立に基く破産宣告後に於ける破産管財人(Trustee)の選任あるまで何れも臨時管財人(Interim Receiver)として破産者の財産を保全し又は其財産を占有管理し、尙特別管理人(Special manager)の選任なき場合には其特別管理人として職務に服するのみであつて、財團の換價及び配當は爲さぬのである。それで管財官は破産管財人とは異なるのである(註一)。

選任制度に依る破産管財人に付きて看るに其選任方法には三つの主義がある。即ち(一)は裁判所が職權を以て之れを選任する主義(裁判所選任主義)と(二)破産債權者が決議の上之れを選任する主義(債權者選任主義)及び(三)裁判所が原則として之れを選任するか時には債權者の申出(Vorschlag)に基き其意見に従ひて選任するの主義(折衷主義)との三つが是れである。第一の主義に依るものは我新舊破産法(第一四二條、第一五七條、舊破第九八〇條、舊商施第四一一條)を始め白耳義(破第四六六條)匈牙利(破第八八條、第八九條、第九五條)、葡萄牙(破第二二四條以下)及びブラジル(破第六一一條)等である。第二の主義に依るものは英吉利、亞米利加合衆國、デンマーク及び瑞西等である(瑞西にては破産官が破産管財人となるの外に選任に依る破産管財人なるものもある)。第三の主義を採用するものは獨逸、奧太利、佛蘭西及び伊太利等である(註二)。而して其選任に付ては従來制限選擇主義と自由選擇主義との二つがある。前者は豫め破産管財人なる職務を取扱ふべき者を定め之を破産管財人に命じて破産管財人名簿なるものを作り置き其後破産宣告あれば其當該事件に付き其時其時に管財人名簿中より一人若くはそれ以上の員數を選んで當該事件の管財人と爲すの主義である。即ち或る一定の範圍の中より當該事件の管財人を選択任命するの主義である。後者は反之始めより管財人名簿なるものを作り置かず破産宣告ある毎に隨時其個々の管財事務に適當なりと認むるものを自由に選擇し之れを其當該事件の財産管財人に任命し若くは就任せしむる主義である。前者の主義を採用する

立法例は白耳義、伊太利、及び我舊破産法であつて、後者の主義を採るものは獨逸、奧太利、英國及び我新破産法である。佛蘭西も亦後者に則る様に思はる(註三)。

破産管財人を常設の國家官吏と爲す主義と選任に依る臨時機關と爲す主義との何れが可なりや。又其選任に付きて裁判所選任主義が可なるや將た又債權者選任主義若くは其他の主義が可なるや。又自由選擇若くは制限選擇主義の何れが可なるやに付ては議論があるも是れは他の機會に於て既に論述したから(註四)茲には之れを省略する。

(註一) 詳細は拙稿破産管財人の選任、國民經濟雜誌三四五號二八頁以下参照。

(註二) 詳細は前掲三一頁以下参照。

(註三) 詳細は前掲三一頁以下参照。

(註四) 前掲三三頁以下参照。

二、依て進んで如何なるものが從來破産管財人に選任せられしやと云ふに左の如くである。

(イ)、英國に於ては免許會計士(Chartered Accountants)若くは不動産賃貸買業者(Estate agent)が破産管財人に選任せらるゝが通例である(註一)が、法人特に信託會社が破産管財人に選任せられ居るやは手許にある資料丈けにては發見するを得ない。

(ロ)、佛蘭西の都、市就中巴里、里昂、馬耳利及びセイン市の如きに於ては破産事務を業とする管財人の組合があつて此組合員中より當該破産事件の管財人が選定さるゝので、組合は其組合員たる

管財人の行爲に付き責を負ふことになつて居り、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る。セイン市の商事裁判所管轄内には千九百二年には其組合員が二十名あつた、して同市の此組合は千八百七十六年に出來たものである。而して最初佛國にては商法典編纂の際其編纂者が破産事業を專業とするものを置くことを嫌ひ債權者をして無報酬にて管財事務を司らしめたが其成績は不結果に終つたのである(註二)。

(ハ)、獨逸に於ては千九百五年乃至千九百七年の三ケ年に亘り商人(自然人)、會計士、辯護士、執達吏、市長、裁判所評價吏及び評價人等であつたが、其最も多數を占めたものは辯護士であつた(註三)。現在も然りである。而して會社其他の法人は破産管財人となつたことはない(此事は後部参照)。

(ニ)、奧太利に於ては千九百年に於て管財人に選任せられたるものが二千二百八十四人、内辯護士が千三十二人(百分比例八〇・四)、公證人が五十五人(同四・三)、其他(商人、工業家、土地所有者、官吏、技師、銀行頭取等)が合計百九十七人(同一五・三)。千九百一年乃至千九百五年に於て管財人に選任せられたるものが千二百九人、内辯護士が九百九十二人(同八二・〇)、公證人五十八人(同四・八)、其他が百六十八人(同一三・二)。千九百六年乃至十年には千二百四人が管財人に選ばれ其内九百六十九人が辯護士(同八〇・五)、公證人が六十七人(同五・六)、其他が百六十八人(同一

三・九)。千九百十年には破産管財人に選任せられたるものが千二百七十八人、内辯護士が千二十八人(同八一・〇)、公證人が七十三人(同五・七)、其他のものが百六十九人(同三・三)。千九百十一年には千三百四十九人が破産管財人に選任せられたる中辯護士が千二十一人(同八二・五)、公證人が七十四人(同五・九)、其他のものが千四十二人(同二・六)。千九百十二年には破産管財人に選任せられたる千三百四十九人中辯護士が千九十九人(同八一・五)、公證人が九十人(同六・七)、其他のものが百六十人(同二・八)であつた。之れに依つて看れば其多くは辯護士であつた(註四)。而して會社及び其他の法人が破産管財人となつたことはない(此點は後述参照)。

(ホ)、米國に於ては自然人たる個人若くは會社 (Individuals and Corporations) の孰れも破産管財人に爲ることを得るものである。會社が破産管財人と爲ることを得るに付ては破産法第四十五條後段に明記してある。即ち特許若くは法律に因り破産管財人たることの資格を與へられたる會社にして且管財人に選任せらるべき法定区域内に事務所を有するものは破産管財人たることを得るの資格 (Qualification) ありと定めてある。而して信託會社 (trust company) が破産管財人に選任せらるゝ例は餘り多くはないとのことである (Black, A Treatise on the Law and Practice of Bankruptcy 1914 S. 683.)。尤も Black の前掲には The selection or appointment of such companies (信託會社を指す) has not been uncommon とある、其文字自體に徴すれば一見信託會社が破産管財人に選

任せらるゝことが普通なるが如く解せられざるにもあらざるも同氏の其語義と前掲の脚註に「信託會社の破産管財人となりし破産事件の實例」を説示しあるに依つて之れを看れば同氏説明の趣旨は余が前に説明したるものに異ならざることを察するに餘りあるのである。而して聞く所に依れば米國に於ては辯護士が破産管財人と爲るのを通例とすとのことである

(ヘ)、我國に於ては從來舊法の下に於ては専ら辯護士のみが破産管財人となり居り、其他のものが管財人に選任せられたことがなかつた。それで辯護士のみが破産管財人たるべき特權を有し居るものゝ如く誤解されて居つた。而して現行法の下に於ては近時往々會計士が破産管財人に選任さるゝ例ありとのことである。余は曾て他の機會に於て會計士は英國の如く破産管財人たるべき資格あるものであることを推稱せると同時に會計士は破産管財人と爲るべき相當の法律知识を涵養すべきことを希望し置いたことがある(註五)。而して我國に於ては法人が破産管財人となつた例は未だ之を聞かない(此點後出)。

(註一) Kohler Leitfaden S. 220. No. 1.; 加藤博士、英國破産法の特徴、法學協會雜誌三十九卷(大正十年)一三八〇頁以下、

拙稿破産管財人の選任、國民經濟雜誌三十四卷六號六〇頁参照。

(註二) 拙稿前掲参照。

(註三) 詳細は拙稿前掲六八頁以下参照。

(註四) 拙稿最近阪神地方にあらはれたる破産及び和議を中心として、國民經濟雜誌三十八卷二號六五頁以下参照。

(註五) 拙稿破産管財人の選任、前掲七八頁参照。

三、(イ)、如何なるものが一般に破産管財人としての妥當性を有するやと云ふに從來學者及び實際家等に於て大に争がある。(一)或者は「破産事件は其管理處分に付きて法律問題が起り、時には訴訟と爲ることがあるので法律家特に辯護士が破産管財人に一番適當だ」と云ふのである。此説を唱ふる學者は維納大學教授 Pollak 氏及び萊府大學教授 Jaeger 氏等である (Leipziger Z. II. Nr. 9. Gutachten s. 68; G. Z. 1905, Nr. 37 Grünhut XXIV. s. 335ff.)。匈牙利破産法第九十五條は明文を以て裁判所は辯護士を以て管財人と爲すべしと定め、又埃太利でも千八百九十九年には司法大臣は其旨の訓令を發した。普魯西政府でも千九百十七年十一月十七日の司法大臣の訓令に「辯護士を管財人に選任するが目的に合す」と云ひ、又千九百十九年には「戦争に参加した爲め財産缺乏の状態に在る辯護士を特管財人に選任すべし」との訓令を發した。普魯西政府に於ける最後の訓令發布の動機は聊か異なるかも知れないが其他の訓令並に他の國の法律も破産事件の處理には法律知識を必要なりと爲すの理由より出發して居るのである。(二)次に或者は素人特に商人が破産管財人に適すべきのみならず商業會議所又は農業會議所の指名したる者が適當だと云ふのである。其理由は管財事務は商業其他の經營才能が必要であるからであつて、法律知識を要する場合にのみ辯護士をして補助せしむれば十分だと云ふに在るのである。此説は主として獨逸債權者組合長たりし Gottschalk

(Derselbe Deutsche Reichskonkursordnung 2te Aufl. s. 119) プラーク大學教授 Frank 氏 (Derselbe Ibe Zur Revision 1886 s. 28ff.) 等の唱ふる所である。普魯西司法大臣は千八百九十七年十一月十二日の訓令にて又千九百一年三月二十七日の訓令にて何れも右趣旨を明言して居る。又埃太利司法大臣は千八百七十四年八月六日に左の如き訓令を發した、即ち「専門的法律家を殆んど例外なく破産事件の管財人と爲すときは非常に費用が要する。若し事件の法律關係が複雑紛糾せるものなれば職業的訴訟代理人(辯護士にあらざる)又は公證人をして管財人たらしむべし、管財人は辯護士の獨占的のものでない、左程複雑せざる事件に於ては調査手續に於ては破産主任官に依り之れが法律知識を得ることが出来る、又其後の手續なる換價及び配當手續に付ては法律知識、事件關係の知識、商業的機敏、神迅及び商人的注意等は必要だが、然し法律家程の法律的鋭敏と熟練として必要としない、市町村役場、商業會議所、工業會議所より指名したるものを管財人に選任すべし云々」等。會て獨逸のキール裁判所は辯護士は管財人に適せずと唱へたことがある。(三)然るに又或者は「破産事件が複雑で従つて其事務が困難なる場合には管財人には辯護士が適當だが、然らざる場合即ち事件の小なるか若くは複雑ならざる場合には素人特に商業的知識を有する者が管財人たるに適當」と唱ふるものがある。(例へば獨逸の「アルテンブルヒ」、「アンナベルヒ」及び「フランシユワイヒ」裁判所の如きは會て右の如き見解を持つて居つたのである。(Leipziger Z. III. S. 6 ff.)

(口)、私は破産管財人としては、法律家特に辯護士が一番適當だとか又非法律家特に商人若くは其他の人が一番妥當性を有し得るかを一般的に斷言することは困難であるが、然し強ひて云へば左の如き標準に依り其可否を一般に判斷するが穩當だと思ふ。即ち、奥地利破産法第八十條第二項に規定せる如くに公正にして信用すべく且事務に精進した(unscholtene, verlässliche und geschäftkundige Person)者で尙法律知識を有するもので(Vig. Kohler Leitfaden s. 219 f.)あることを要する。換言すれば、我司法省に於て舊法時代に曾て發した訓令の云ふが如くに(一)家計の整理したること、(二)計算に熟達せること、(三)法律上の知識あること、(四)商業其他の心得あること、(五)所罰せられたる缺格者ならざること等の要件を具有したものであることを必要とする(明治二十六年司法省民刑第一四一號訓令)。

私は前記の要件を備へたものであれば法律家たるに否と、又男子たるに否と(註)を問はざるのみならず、自然人たるに否と、法人(勿論法人ならば右要件の趣旨を法人相當に順應せしむる必要はある)たるに否とに論なく一様に破産管財人となるの適格(妥當性)を有せるものと信ずる。(法人に付ては理論上より云ふのである、解釋論としては別である)。整理委員、和議管財人、清算人並に遺言執行者の選任に付ても亦同様である。

(註) 前述我司法省訓令は、女子は破産管財人となる資格なしと定めた。奥地利舊破産法第七十五條は女子を排斥した。

破産者は自己の財團の管財人となる能力はない。従て亦其法定代理人も又破産中にある法人の理事若くは之れに類する者及び清算人も管財人と爲るの能力はない。相續財産に對する破産の場合に於て相續人が破産者の地位を有するものとせば(余は異論あり)亦其破産管財人と爲るの資格はない。(以上 Wolf Komm. § 78 Anm. 3, Jaeger Komm. § 78 Anm. 7, Kohler Lehrb. S. 408.)

破産者の親族でも破産管財人と爲ることを得る能力がある。(Jaeger a. a. O.; Wolf a. a. O. Kohler Lehrb. S. 409.)
奥地利破産法は新舊法共(新八〇條二項、舊七五條)、匈牙利法第九十七條、佛法第四百六十三條、以法第七百十四條、智法第一千一百三十三條は明文を以て反對のことを規定して居る。

破産債權者も自己の債務者の破産事件の管財人と爲ることが出来る(Jaeger: Wolf ebenda. Kohler Lehrb. a. a. O.)。英國法第十九條第一項は明文を以て之れを定めて居るが、伊太利商法第七百十四條は債權者が管財人と爲ることを禁じて居る。管轄裁判所に住する者でも管財人と爲り得る。然し埃舊法第七十五條、並に米國法第四十五條は管轄内居住を以て要件として居る。

五

一、會社及び其他の法人は我現行法の解釋上破産管財人たることを得るや否やと云ふに消極的に解するを正當とする。蓋し破産法第四百三十三條第一項第三號には破産宣告と共に破産管財人の氏名及び住所を公告すべき旨を規定しあり、同第六十八條及び第六十九條には破産管財人の相續人が計算の報告を爲し若くは必要處分を爲すべき旨を定めありて此等と同第六十四條(注意義務の規定)並

に同第三百八十條及び第三百八十一條の規定(罰則)の趣旨を綜合考覈するときは破産管財人は人的(Personlich)に管財事務に付き其責を負ひ又自らの人的に利害關係人並に裁判所に交渉するものでなければならぬことが明白である。而して法人は自然人の如く自ら獨立して行爲を爲すこと能はざるは勿論自ら當事者として裁判所に對し行動すること能はざるものである(Wach Handbuch I. S. 551; Stein ZPO § 51 Note III.)。左れば破産管財人は行爲能力ある自然人たることを要し、法人であつてはならぬことゝ爲るからである(拙稿破産管財人の選任、國民經濟雜誌第二十四卷六號五五頁以下參照)。

獨逸に於ては Jaeger, Kohler 教授其他の學者の意見も右と同一であつてこれが殆んど定説と云ふて差支へない(註一)。Köln 地方裁判所も千九百七年七月一日右と同一の裁判を爲したのである(L. N. 1908 II Jahrg. Nr. 3, s. 245 f.)。

右と反對に積極說に解せんとするものは獨逸に於ては Geiger 氏である趣であり(註二)、我國に於ては山内確三郎博士(註三)の如きである。

我現行法の解釋としては法人は破産管財人に爲る能力なきに依り信託會社が之れに選任せらるゝを得ざること勿論である。Jaeger 教授も獨法の下に於て信託會社(Treuhandgesellschaft)は破産管財人となる能力なきことを明言して居る(註四)整理委員並に和議管財人に付ても右と同様に論すべきである。

(註一) Jaeger & 74 Ann 7. S. 28; Kohler Leitfaden S. 219; Wolf 2te Aufl. Ann. 2 S. 342; Heilfron-Pick 2te Aufl. S. 173 Ann. 8; Meyer-Bleyer. & 78 Ann 1. b.; Lehmann Komm. S. 524; Pollak-Bartsch Komm. Bd. I. S. 510 Ann. 3.

(註二) Geiger, Monatschrift f. H. K. und Bankwesen 1908 S. 97 ff.

(註三) 山内博士所論法律新報第三九號第四十號參照、同博士は解釋を時と便宜との點より見て擴張すべきとあるが故に法人も亦破産管財人と爲ることを得と解したいと述べられて居る。

(註四) Jaeger a. a. O.; Heilfron-Pick a. a. O.; Meyer-Bleyer ebenda Pollak-Bartsch a. a. O.

二、現行法上法人は清算人(Liquidator, Liquidateur)と爲り得る能力ありやを調査するに前に破産管財人に付き説明したると同様の理由に依り法人は清算人となることを得るの能力がない。即ち民法第七十七條の登記及び届出に關する規定、清算人に對する罰則の規定(同第八四條)並に第七十八條の規定等に依つて看れば清算事務は清算を爲すものゝ人的(personlich)に重きを置きたることが判るからである。商法上の清算人に付ても亦同一である(商第九〇條、第九一條、第一〇二條、第一〇五條、第二三四條、第二六二條、第二六二條ノ二參照)。

獨逸の學界に於ても亦法人は清算人たることを得ないこの説が通説である。即ち Staub-Koenige-Pinner (Komm. § 295 Ann. 1.)、Lehmann Ring (Komm. § 295. Nr. 3.) Flater (DjZ. 1903 VIII Jahrg. s. 318.)、之れに反對せるものも Marcus 氏 (Monatschrift f. Handelsrecht und Bankwesen 1913

s. 107.)に過ぎぬのである。同國の判例に依つても從來同國の學說と同じく消極説を維持して居り(例へば Kammerg. im "Recht" 1904 s. 506.)登記裁判所も亦之れに従つて居つたのである。然るに近時之れと異なる判例あるに至つたのは注意すべきである。即ち München の區裁判所が法人特に信託會社を清算人として登記するを許した (Vlg. D. J. Z. 30 Jahrg 1925 s. 1118.)。又 Mannheim 區裁判所は千九百二十年に於て同市の南獨逸會計及び信託株式會社(Süddeutschen Revisions- und Treuhänder-G)が清算人たることを認めた。然るに他の事件に於て同裁判所は普通の學說に従ひ同會社の清算人たることを許さなかつた。此抗告に對し Mannheim 地方裁判所は抗告審として第一審の裁判を正當とし抗告を棄却した所が、Karlsruhe の控訴院は再抗告審として抗告審の裁判を廢棄し第一審の措置を正當とし會社の清算人能力を認め其登記を爲さしむることとした。其理由の大意は「各會社は自然人を其代表者として有し居らねばならぬ、清算會社は法人が其清算人となりたるときにも亦自然人を有する。蓋し清算人となりたる法人は自然人を其代表者として有し居るからである。清算會社は法人が其清算人となりたるときにも其清算事務を爲すべき自然人を有し、其自然人は單に間接に確定せらるゝに過ぎない。此間接の確定が清算人の本質に副はないと云ふことに依つては法人が清算人と爲ることを得るの妨げとならない。又商法の規定も亦法人の清算人能力たるの障礙ともならぬ。清算が法人に依つて爲さるゝときは罰則の規定は其法人には科せられぬのであるか、然し清算人たる法人

の代表者が清算人として定められた團體の名義に於て爲したる總ての行爲に付ては自己自ら清算人たりし如くに刑事上の責任を負へばよい。若し法人の代表者に其責任を負はれられぬと云ふならば這は刑法の缺點である。法人に罰を科すことが出來ぬと云ふ理由からは法人が清算人と爲れぬと云ふ結論は生せない。鑛業會社の詐欺破産の場合に其營業の衝に當る代表者に對し刑を科すこと能はざる理由よりして代表者が存在せぬとの結論を生せざると同じく清算人としての法人に對し刑罰を科すことを得ざるの理由よりして法人たる清算人が存在せぬとの結論を生せざるのである。大審院が千九百二十二年七月四日に合資會社は有限責任會社の無限責任社員と爲ることを得との決定 (R. G. Bd. 105. s. 1014)を與へたによつて看れば法人は合名會社の社員と爲り得るは勿論法律上亦其清算人と爲り得るものなりと解さねばならぬ。法人が合名會社の清算人と爲るの能力ありとせば亦他の總ての會社が清算人となり得るは當然である」と云ふに在りて、又進んで其理由に曰く「信託會社が清算人の職務を執り其清算人となるは寔に時宜に適したるものである。從來清算人と爲りたるものは絶対に資力あるものゝみと云ひ得ざるのみならず信用あり且清算事務に精通したるものゝみに限られ居つたと云ふを得ない。然るに信託會社は資力あり、信用あり且事務に精通しをるものであるから法人の清算人となるには最も適當で而も時宜に適するもの」と云ふにあつた。此の如く Karlsruhe 控訴院は信託會社の清算人と爲り得る能力ある旨並に清算人としては信託會社が最も適當だと裁判したのである。

Mannheim の南獨逸會計及び信託會社（本裁判の問題となつた會社である）の支配人 Dr. Sauebeck 氏は此裁判を以て現時の法律生活並に經濟生活の要求に適應した寔に良きものなりと推稱して居る (D. J. Z. a. a. O.)。而して此の裁判が正當なりとせば法人は破産管財人にも遺言執行者にも爲るの能力を有するものと推論せねばならぬのみならず信託會社がそれに最も適當せるものと云ひ得る様になるのである。山内博士は前記控訴院の裁判を是認せらるゝであらう（法律新報前掲参照）。

三、法人は鑑定人たることを得るやと云ふに我刑事訴訟法第二百三十條に依れば自然人以外に官署又は公署は鑑定人たることを得る旨を定めて居るが其他私法人等に付き何等の規定なく、又民事訴訟法にも刑事訴訟法の如き規定なく且其規定の趣旨より（例へば鑑定義務違背の規定、宣誓の規定、忌避、所罰等に關するもの）看れば我現行法の釋解上會社は鑑定人となるの能力がないものと云はねばならぬ（改正民訴第三〇一條は然らず）。

六

一、法人が破産管財人、整理委員、和議管財人、清算人、遺言執行者及び鑑定人と爲り得るが爲めには如何しても法規の改正を要する。法人がこれ等に爲り得る旨の特別法を設けねばならぬのである。信託協會が信託會社をして破産管財人等たらしむる様の法律改正の意見を當局に陳情したのは協

會としては最もなる仕方である。

二、信託會社が若し私の已に述べた如く公正にして信用すべく且事務に精通し尙法律知識を有するものであるなれば勿論破産管財人として適當なるものであることは論なきに依り（妥當性）協會の意見の通り法規を改正すべきである。

(イ)、信託會社は資本金百萬圓以上を有せねばならぬので（信託業法二條）あるから資力あることは Dr. Sauebeck の言を待つまでもない。従つて信用すべき又公正のものを見て毫も差支へあるまい。然し其機關及び内部の人々が管財事務に精通し居るや否や又法律知識を有し居るや否やは疑問でなからうか。管財人の職務は前に述べた如く多岐多様に亘るものである。商人、農民、工業者、官吏其他種々なる人の破産があり、商人にも呉服屋、米屋、雜貨屋、等種々なる職業のものがある。此等のもの、財團を管理し其財團の價格の増加を圖るには夫れ々々専門的技術が要する。我國に於て最も新しき試みに屬する信託會社の機關若くは其内部の人々は比較的非難少なき程度に於て其技術を有し居らるゝではあらうか、私は寡聞であるので其技術を有し居らるゝとも有し居られずとも斷言し得ない。

(ロ)、破産管財人をして法律知識を要することは前に述べた通りであつて、破産債權の調査、別除權及び取戻權の排除、並に否認權行使等に付ては仲々一通りならざる法律知識が要する。或は訴訟當事者として法廷に立たなければならぬことがあるのである。現時の或信託會社の機關及び其内部の人

々は破産管財人として恥しからぬ程度の法律知識特に破産法の知識を有して居らるゝであらうか此點は失禮ながら疑を挾まざるを得ない。何となれば我現行破産法は明透精密なること舊破産法の到底及ぶべきものでもないが、然し條文は多く且細密に亘る規定あるのみならず難解のものも尠くない。特に破産法は其性質上至難の法律中の至難のものである。従つて其研究に至つては法律研究中の最も至難のものである。破産法は獨り國內的法規のみならず國際的法規をも包含するものであつて、其國內的法規に付て云へば民商法に關する規定あるは勿論訴訟法及び刑法に關する法規を含むと共に行政的規定にも亦其關係を有するのである。又國際的法規に付て云へば取引が國內に限局せられずして各國民間に行はるゝ現代の下に在つては破産關係が内外に涉ることが尠くない、従つて破産が内國に於て開始せらるゝと外國に於て開始せらるゝとに依り債權者の權利に影響を及ぼすことが多いので、此場合に處するの國際的私法規定なかるべからざるものであるので斯る規定をも包含する。民法、商法、訴訟法、刑法、行政法及び國際私法の一個の法律を研究會得することすら事容易にあらず人々苦み居るに拘らず是れ等の總てを併せて研究せんとするに至つては其困難なることは多言を要せずして明瞭であるからである。現今に於て信託會社が法律特に破産法に精通し居る人を得ることが出来るであらうか大に疑はざるを得ない。

或は云ふだらう、「汝の言の如くせば現今に於て管財人となり又はなり居る人は何れも管財人として

妥當の人のみであらうか、財産的管理事務に堪能ならば法律知識が不足だらうし、反之法律知識ありとせば管理に關する技術的才能が十分でないであらう。双方を兼備する人士のみが目下管財人となり居るであらうか」と。私も現時の管財人となり居る人又ならんとする人々が管財人として理想的の人か否かは斷言することが出来ないが、然し信託會社が法律を改正してまでも新に管財人ならんとするの能力を得んとするには信託會社が信託會社として其内容の充實がなければなるまい。それ相當の權威がなくてはなるまい。然らずして只漫然法人だからとて直ちに破産管財人たらんとするは從來の慣例上管財人となり得る人に對して不正競争の様の形になるではなからうか、信託會社の品位上よりしても特に其内容の充實した上で管財人となるの能力を得てもそう遅くはなからうと思ふ。若し夫れ現今でも信託會社にして私の所謂内容が充實し居れば出来る丈け近き時に於て法律改正を行ふべきである。三井信託會社が此點に氣が付かれたであらう、其設立當時より已に法律部なるものを設け優秀の法律家をして其部長たらしめ専心法律の運用及び其研究に盡されて居る趣である。此の如きは實に妥當なる措置であつて獨り信託會社の爲めのみならず我法學界の爲めにも慶賀すべきである。

信託會社が訴訟當事者となりたるときは何人が法廷に立つであらうか。其代表者が自ら其代理人として立ち得る丈けの能力(法律知識)を有し居らるゝならば實に結構なことであるが、其代表者は法律知識以外の知識の堪能者であるには相違ないが、然し辯護士の如くに法廷に立つて辯護し得る能力は

餘りあるまいと思はる。そうすると特に辯護士に依頼して之れを訴訟代理人として法廷に立たしむることゝなるのである。勿論これでも決して不可ではない。若し會計士若しくは辯護士以外の人が管財人に選任せられたる場合に於て其管財人が訴訟を爲すときには特に辯護士に依頼して訴訟を進行せしむるの必要があらうから、信託會社が管財人として訴訟を爲すときにも特に辯護士をして訴訟を進行せしめても不可なかるべき筈ではあるが、然し多大の資力ある大信託會社が管財人として訴訟を爲すに殊更に其都度々々辯護士を業とする者より自己の訴訟代理人を選任するの迂遠を爲さずして相當以上に法律知識を備ふる辯護士資格ある人士を豫め自己の會社に雇入れ置き斯る人士を信託會社の人として其代理を爲し訴訟を進行せしむることが其權威上必要であり且大に便宜のことゝ信ずる。

(八)、次に信託會社が破産管財人とならば報酬 (Honorar, Belohnung, Vergütung) の點のみに餘り目を付けぬことである。私は他の機會に於て屢々述べたる如く一體我國の破産管財人に對する報酬は多額過ぎるではあるまいかと思像する。破産制度は社會政策上のものであつて公的性質を帶有する、報酬が多いければ多い程配當財團が減少し、従つて破産債権者に對する配當が少なくなるのみならず引いて社會經濟上に及ばす影響も少くない。それで報酬は多額に過ぎんよりは少額に過ぐるを可とする。報酬の額は勿論裁判所之れを決するのであるが裁判所が右の如き見地よりして報酬の額を少額に見積りたればとて管財人としては餘り不服を云ふものではあるまい。蓋し破産制度は前述の如く社會

政策上のものであつて公的性質を帶び従つて破産管財人は公的任務を帶有するものと云ふべきであるからである。

我國に於ては報酬に對する一定の標準がなく裁判所の自由裁量に任すのであるが、獨逸などでは一定の報酬表を設け之れに基きて其報酬を決する所もある。若し管財吏なる常設機關を置かすして随時管財人を選任すべきものとせば私は我國に於ても一定の報酬表を設くべきだと思ふ(註一)。私の意見に依れば辯護士すら一定の報酬表に依つて其報酬を受くべきものと定むべきものと思ふので(註二)、管財人に對しても勿論其定めが當然であるべきものと思ふ。今参考の爲めに左に獨逸に於ける管財人に對する報酬一定表を掲ぐる。

1. Württemberg 州司法廳に於ては一九〇〇年十月二十四日左の命令を發した。

管財人の報酬は積極財團の多寡及び管財人の仕事の範圍に依り之れを定む。

積極財團が千麻克を超過せざるときは一割乃至一割五分の範圍内に於て之れを定む。

積極財團(配當財産)がそれ以上なれば報酬は左の定率表に依りて之れを定む。

1000 m まで	6—8%
1000 m 以上 5000 m まで	5—6%
5000 m 以上 10000 m まで	4—5%
10,000 m 以上 20,000 m まで	2—3%
20,000 m 以上 50,000 m まで	1—2%

三、破産管財人と信託會社

50000 m 以上 1/2—1%

(詳細は拙著新訂訴訟記録破産の部三五頁以下参照)

II' Elsass—Lothringen 州のコールマル控訴院長が千九百七年十月四日發したる訓令の趣旨は左の如くである。

配當財團 1000 m まで 10%

1000 m 以上 5000 m まで 7%

5000 m 以上 10000 m まで 5%

10000 m 以上 20000 m まで 3%

20000 m 以上 50000 m まで 2%

50000 m 以上 1%

III' Braunschweig 控訴院長が千九百七年四月二日の發したる訓令は左の如くである。

配當財團 2000 m まで 10%

2000 m 以上 5000 m まで 6%

5000 m 以上 10000 m まで 4%

10000 m 以上 20000 m まで 2%

20000 m 以上 1%

四、柏林中央區裁判所破産判事の千九百二十四年七月二十九日の一般的協議に基く定率表は左の如くである。

(イ) 配當に依り終了したる場合又は財團を全然換價し若しくは殆んど完全に換價したる後強制和議の締結ありたる場合は

配當財團 5000 m まで 6%

5000 m 以上 20000 m まで 3%

20000 m 以上 50000 m まで 2%

(ロ) 一般の調査期日まで又は此期日後直ちに申出てたる強制和議に依りて破産が終了したる場合は(イ)の率の三分の二となす。

尤も右は一般的標準たるに止まるであつて、管財人の努力如何が又斟酌せらるゝのである (Sensf Verwaltung . k. zte Aufl. S. 22 Note 1. 参照)。

英國管財人の報酬額に付ては特に免許會計士協會員 W. Pixley 氏の定めた報酬額に付ては拙稿國民經濟雜誌三十八卷三號六八頁以下所載を参照せられたい。

(註一) 拙著訴訟記録破産の部三六〇頁参照。

(註二) 拙稿民事政策と辯護士制度。

七

要するに信託會社が破産管財人等に爲り得るが爲めには法律を改正し若くは新に法律を設けなければならぬのである。我信託會社が破産管財人たり得るの要素(主として法律知識)を現今具備するならば速に法律を改正し若くは新に法律を設くべきである、未だ其要素を具有するものと認め難き限りは其資格を備へた時に至つて其改正を爲し若くは新に法律を設けても遅くあるまいと思はる。而して信

三、破産管財人と信託會社

託會社が破産管財人等となつたならば報酬の點のみに目を付けしないで公的奉仕の考を以て其職務を執つて貰ひたいのである。蓋し破産管財人の職務は前に屢々述べた如く公的性質を帯びて居るものであるからである。(完)

(國民經濟雜誌第四十一卷第三號掲載)

(補) 奥國に於ては銀行の破産及び和議の場合に限り特別法を以て法人が其破産管財人及び和議管財人と爲り得ることを認めて居る(一九二四年七月二九日金融機關主要法 Geldinstitutezentralgesetz 第二編第一章第三條)。

(昭和三年二月十三日記)

和 議 法

一、和議と銀行

去る九月九日(大正十五年)付大阪毎日新聞の報する所に依れば「我が金融調査準備委員會は普通銀行制度改善策を審議し其一として銀行精算若くは破産の場合の精算事務若くは破産事務は大藏大臣の監督の下に置き同大臣をして清算人若くは破産管財人を選定せしめ信託會社をして清算人若くは破産管財人たらしむることを得ることゝ爲す旨(同新聞紙の記載自體に依れば此點に付き少し不明確の所あるも其趣旨は私の右叙述の如きものと解する)、又其一として「銀行破産の場合には和議法に依らしむべき旨」を決定したることである(同日付新聞紙三頁参照)。私は前者の所謂銀行精算若くは破産の場合の清算人若くは破産管財人に何人が選任せらるべきものなりや否やに關しては已に「破産管財人と信託會社」と題して去る九月發行の國民經濟雜誌に其所感の一端を述べて置いたので右決定中の前者に付ては今又改めて意見を繰返す必要がないのであるが(尤も右雜誌に於ける私の意見は委員會希望中の大藏臣選定云々の可否には及ばない)後者の所謂和議法應用の點に付ては寔に委員會決定が其宜しきを得たもので且其決定は實に一般經濟社會の福音とも爲るべきものであつて私の大に賛成

する所であるのでこの事に關して私の知る所を大體左に述べ様と思ふ。

二

一、決定にある所謂和議法とは去る大正十一年四月二十五日法律第七十二號として公布せられ、新破産法と同時に發布となり且之れと共に大正十二年一月一日より實施されたものであつて、我國最初の試みとも云ふべき法律であり而も最も新しき立法中の一つである。

所謂「銀行破産の際には和議法に依らしむべき」とは之れを精確に云へば「銀行が支拂不能若くは債務超過 (Zahlungsunfähigkeit od. Überschuldung) の場合には破産宣告を受けしめずして寧ろ豫み破産を防止し其善後策を講せんが爲め和議法の定むる和議に依り其解決を爲さん」との意味である。

和議 (Vergleich; Ausgleich) とは強制和議 (Zwangsvergleich, Zwangsausgleich) と云ふのであるが(註一)、我和議法では強制和議とは云はずして單に和議と名付けて居るのである。元來強制和議と云へば二様の意味がある、一は破産法上の強制和議と云ひ、他は和議法の強制和議即ち和議と云ふのである。前者は債務者が破産宣告を受けて破産者となりたる後破産手續終了の一として行はるゝ強制和議であり、後者は債務者が破綻をなし且破産に瀕してある場合に破産宣告を受けずして其前に強制和議を爲すものを云ふのである。それで學者は前者を破産上の強制和議 (Zwangsausgleich innerhalb

des Konkurses) と名づけ、後者を破産外の強制和議 (Zwangsausg. ausserhalb d. K.) と名づくる。要するに兩者の區別は破産宣告の前後に行はるゝや否やに在る。兩者の目的及び手續等は大體同一と云ふても大した過りではないが、然し其效果の點に付ては大なる差異がある。而して破産上の強制和議は我破産法第二百九十條以下に定めてある(註二)。

(註一) 奧太利法では強制和議を Zwangsausgleich と云ひ、獨逸法にては強制和議を Zwangsvergleich と云ふのである。而して奧太利立法案者の説明する所に依れば Ausgleich とは多數の意思が少數者の意思を壓迫して法律上の其效果を生ずる解決を意味し Vergleich とは當事者の自由意思の合意に基く(他の強制なく) 和解を意味するのであるので強制和議は Zwangsausgleich と云ふべきが至當であつて Zwangsvergleich と云ふべきでない。従つて獨逸法の用語は正當でないといふのである。

(註二) 各國破産法は破産上の強制和議を設く、佛商五〇七條以下、白耳義商五〇九條以下、和蘭破一三八條以下、丁抹破一〇〇條以下、瑞典破九四條以下、諾威破六〇條以下、瑞西法三一七條及二九三條以下、ブルガリア商七九三條以下、希法五〇九條以下、以商八三〇條以下、埃破一四〇條、ルーマニア商八四五條以下、西班牙商八九八條以下、匈牙利一九九條以下、葡破 八六條以下、アルゼンチン商一三九八條以下、(ブラジル法一〇三條以下ウルクエー法一六六八條以下、智利法一四五四條以下、英破二二條、米破一二條以下、我舊破産法は強制和議と云はずして協諧契約と云ふたのである(舊商一〇三八條以下)

二、今日文明國と云はるゝ諸國では殆んど總てが和議法を制定して居ると云ふて差支へない(註一)、尤も其立法例を類別すれば三種となり、白耳義主義、英國主義、及び佛蘭西主義となるものであつて

(註二) 我和議法は白耳義主義に屬するものである。而して從來和議法を有し又之れと同じき制度を有し居る國に於ても和議法を改正補充し又新に和議法を設け若くは設けんと企てつゝあるのである(註三、之を以て看れば如何に和議制度の良いものであるかが判るのである。

(註一) リクサンブルグ和議法(一八八六年)、白和(一八八七年)、佛蘭西裁判上の清算(一八八九年)、瑞西免除契約(一八八九年破産法中)、西班牙法(一八八九年、一八八一年)、和蘭法(一八九三年)、諸威和(一八九九年)、埃及(一九〇〇年)、伊(一九〇三年)、丁抹(一九〇五年)、葡法(一九〇五年)、伯刺法(一九〇八年)、英(一九一四年)、(埃一九一四年)、獨逸業務監視法(一九一六年、一九二四年二月、六月改正)、佛和議法(一九一九年)、詳細は拙著日本和議法上卷二二頁以下、附録一頁以下参照)

(註二) 詳細は拙著前掲四一九頁以下参照

(註三) 埃太利は昨二十五年二月數多の改正補充を爲して居る(拙稿法學論叢一六卷三號九七頁以下に詳論せり)。獨逸は一九一六年に前註の如く業務監視法(Geschäftsaufsichtsordnung)を大改正して制定し、一九二四年二月及び六月の兩度に亦少なからざる改定を施したのである(拙著前掲参照)。佛國は裁判上の清算の外に一九一九年新に和議法(Le règlement transactionnel pour cause général de guerre entre les commerçants et leurs créanciers)商人及び其債權者間に於ける戰爭の一般原因に基く和議規則なるものを制定し(拙著前掲参照)、伊太利に於ては千九百二十四年二月八日の法律にて從來の和議法の一部を改正した(R. Z. 14 Jahrg. H. S. 389)。又獨逸は新に和議法を制定せんとして近時其草案を公にした(之れに關する拙稿は近く法學論叢に掲載する)

三

一、我國に於て和議制度が實施せられて最早三年八箇月を經過して居るに拘らず割合に其利用若くは應用が極めて少ない。新破産法實施以來今日まで同じく三年八月を經過して居るが破産宣告の數は割合に多いが、然し破産豫防の和議の數は統計上甚だ少ない。官報の報する所に依れば和議事件は大正十五年一月中の取扱數は總數三十六件、内既濟二件(同年五月十二日付官報二九六頁)。同年二月中の取扱總數は三十九件、内既濟七件(同年六月十日付官報二五四頁)。同年三月中の取扱總數は三十八件、内既濟八件(同年七月九日付官報二四二頁)。同年四月中の取扱總數は三十二件、内既濟五件(同年八月九日付官報一九七頁)。同年五月中の取扱總數は三十四件、内既濟六件(同年八月二十四日付官報五九三頁)であつて本年初めより今日まで取扱總數四十件(新舊受共)位であると思はるのであつて實施の始より今までの間の全國取扱總合計數は概算精々百五十件位のもので或は之れに達せざるものであらうとも想像せられ一箇年平均新受三十件位のものを見て大した誤りはない。然るに一方破産宣告の方は仲々多くして驚くべきものがある、即ち官報の報する所に依れば大正十五年一月中の破産事件受付總數(新舊受共)二千三百一件、内既濟百九十九件。同年二月中の同受付總數(同)二千三百五十四件、内既濟二百二十九件。同三月中の同受付總數(同)二千四百十四件、内既濟三百二十件。同年四月中の同受付總數(同)二千三百七十三件、内既濟二百二十九件(同年八月九日付官報一九七頁)。同年五月中の同受付總數(同)二千四百十三件、内既濟二百三十六件(同年八月二十四日付官報五九三頁)であ

る。破産法實施以來今日まで新受の總合計數は三千件は下らないものと思像され、従つて毎年平均新受數は七八百件を下らないものと思はる。大阪裁判所で見て見ても破産事件は多くなる一方であるが、然し和議申立は甚だ稀であつて一向ないと思ふても差支へない状態である(註一)。

二、今試に外國に於ける破産及び和議事件の統計を擧げて見ようならば次の如くである。即ち、埃國に於ては前述の如く其現行破産法及び和議法は千九百十五年一月一日より施行となつたものであつて同十六年より千九百十八年までの分の統計は材料が手許にないので知ることを得ないが、然し同十五年並に同十九年乃至二十一年の四ヶ年間の統計を上ぐれば左の如くである。即ち千九百十五年破産宣告八百三十件、千九百十九年破産宣告五十四件、同二十年破産宣告六十六件、同二十一年同五十件であり、千九百十五年和議開始五百七十一件、千九百十九年同百二十六件、同二十年同百十一件、同千九百二十一年同九十九件であつて和議認可の數が頗る多く破産宣告數の殆んど二倍若くは其以上であつて其成績は頗る良好である(註二)、英、獨及び佛等に於ても和議の數が破産宣告數に比して仲々多く(註三)到底我國の及び所でない。

(註一) 拙稿法學論叢第十三卷第一號一三五頁參照。
 (註二) Statistisches Handbuch f. Die Republik Österr. III. IV. Jahrg. 並に拙稿前掲參照。
 (註三) (一) 英國。

今英國の破産並に和議の統計を掲げて見ようならば左の如くである。

年 度	固有破産	整理及び和議	相續財産	小破産	私の和解	合計
一九〇一年	四一七六	三九	二九	三八八七	三三六六	一一五〇〇
一九〇二年	四一四五	三一	二六	四五三四	三三〇五	一一〇四一
一九〇三年	四二四三	一五	二八	五五四三	三六二二	一三四五一
一九〇四年	四四八一	三三	三二	六〇九九	四〇八五	一四七三〇
一九〇五年	四七〇〇	三八	二六	六三八一	三八三九	一四九八四
一九〇六年	四三六六	四七	二五	六二二三	三六四一	一四三一〇
一九〇七年	四〇五一	三五	二五	五八七二	三四八八	一三四七一
一九〇八年	四二四一	四一	二四	六〇三三	三八二二	一四一六一
一九〇九年	三九九八	四二	三〇	六八三五	三四九一	一四三九六
一九一〇年	三七九〇	六八	二二	六九〇二	三三六四	一四一四六
一九一一年	三六七〇	四九	二二	六五〇四	二九五〇	一三一九六
一九一二年	三四六七	四九	三五	五六七七	二七七〇	一二〇二八
一九一三年	三二七五	五一	三二	五四二六	二四一一	一一一九五
一九一四年	二七九一	四五	三一	四〇三八	一七七六	八六八一
一九一五年	二二八五	四九	四二	一七〇五	一六五二	五七三六
一九一六年	一五〇三	三二	二二	一〇九一	一〇五〇	三六九八
一九一七年	一〇四五	二二	二二	七二七	六一二	二四二八
一九一八年	五九二	一九	一七	三五三	一九八	一一七九

一、和議と銀行

一三七

和議法

一三八

年 度	新破産宣告数	財團缺陷に因る破産申立棄却数	合 計	業務監視法に依る破産豫防 繫屬及び申立	新開始数總數
一九一九年	七〇九	二〇	一六	三三〇	一二四〇
一九二〇年	一五二一	二三	二一	四三六	二四五二
前表中の固有破産 (Adjudication) は我破産法及び歐洲大陸法の破産宣告に該る。整理及び和解 (Composition and schemes of Arrangement) は我和議法及び埃國和議法等の如く多數決に依る破産豫防の強制和議に該る。相續財産に對する破産は我破産法のそれに該當する。小破産 (Small Bankruptcy) は破産財團三百磅を超過せざるものに對する簡易破産にして我破産法の小破産に當る。私和解 (Private Arrangements) は全く裁判外に於て成立するものなれども其有效なるが爲めには捺印證書 (Deeds) の公の登記を必要とするものである (拙著日本和議法二八九頁以下) 此私の整理も亦一種の強制和議とも見られ得べきもので (拙著前掲特に三二七頁参照) 従つて整理及び和解並に私の和解なる和議は随分多いのである。注意すべきは大戦争後は破産宣告數其他が著しく減じたことである。それは獨り英國のみならず他の國に於ても同様である。					
一九〇〇年	七七一	八四六	八五五八		
一九〇一年	九四一九	一一五〇	一〇五六九		
一九〇二年	八四三八	一三八八	九八二六		
一九〇三年	八一七六	一四五二	九六二七		
一九〇四年	七九三六	一五七五	九五一一		
一九〇五年	七七〇八	一六四九	九三五七		
一九〇六年	七七六八	一六三三	九四〇一		
一九〇七年	八一〇一	一七五四	九八五五		

(二) 獨逸國

年 度	新破産宣告数	財團缺陷に因る破産申立棄却数	合 計	業務監視法に依る破産豫防 繫屬及び申立	新開始数總數
一九〇八年	九三七八	二一九三	一一五七一		
一九〇九年	八六三〇	二三七五	一五〇〇一		
一九一〇年	八三八七	二三九六	一〇七八三		
一九一一年	八六八〇	二三五一	一一〇三一		
一九一二年	九二〇九	二八八五	一二〇九四		
一九一三年	九七七五	二九八一	一二七五六		
一九一四年	七八四九	二三六一	一〇四八〇	八月以後	七八七
一九一五年	四五四五	一九四七	六四九二	二五〇五	七六八〇
一九一六年	二二五八	一五七三	三八三一	六三六五	一〇二九
一九一七年	一二二九	二六三	二四九二	五二二六	四六三
一九一八年	八一六	八二六	一六四二	三八八八	二三五
一九一九年	一〇一九	一〇〇五	二〇二四	二八二八	一七二
一九二〇年	一三一八	八〇六	二一二四	一六二〇	二三一
一九二一年	三〇七〇	一〇五九	四一二九	一四二九	五一六
一九二二年	九八四	七二七	一七〇一	九一一	一三二
一九二三年	二七〇	二二七	四九七		一六三

前に述べた如く獨逸に於ては千九百十四年八月八日破産豫防の業務監視法施行せられ同十六年大改正を施し又同二十四年二月に再度の修正を爲したのである。獨逸に於て大戦以來破産宣告數が減少したのは監視法が出来又麻克相場下落が其主たる原因を爲して居るのがある (Vlg. Konrad H. S. W. afe Auf. S. 855.)

(三) 佛國

一、和議と銀行

一三九

年 度	破産宣告數	裁判上の清算	合 計	年 度	破産宣告數	裁判上の清算	合 計
一八八九年	六八一九	二八七〇	九六八九	一九〇二年	六一〇七	二八六六	八九七三
一八九〇年	六〇五二	二五一六	八五六八	一九〇三年	五九二五	二七八一	八七〇六
一八九一年	五八二六	二七五二	八五七八	一九〇四年	六九三三	二八三〇	九七六三
一八九二年	五八八二	二七〇三	八五八五	一九〇五年	六六七〇	二八二八	九四九八
一八九三年	六〇〇一	二四二一	八四二二	一九〇六年	六一三九	二七九〇	八九二九
一八九四年	六三〇五	二八六一	九一六六	一九〇七年	五七一	二六〇〇	八三一
一八九五年	六〇三三	二五一四	八五四七	一九〇八年	六七〇四	二九二一	九六二五
一八九六年	六〇六一	二五六二	八六二三	一九〇九年	五四四二	二四二〇	七八六二
一八九七年	六四六七	二五〇〇	八九六七	一九一〇年	五二九六	二三九六	七六九二
一八九八年	六六八五	二八九一	九五七六	一九一一年	六三八七	二九四〇	九三二七
一八九九年	六三四四	二八三四	九一七八	一九一二年	六九三八	二九四九	九八八七
一九〇〇年	六三九三	二九〇一	九二九四	一九一三年	六四七四	二八七五	九三四九
一九〇一年	六〇三一	二八九六	八九二七				

佛國に於ては前述の如く千八百八十九年三月始めて破産豫防の和議とも云ふべき裁判上の清算を認めたのであるが同施行の時よりこれが大に多く利用されて居る。

三、已に説明したるが如く又前記統計表に依りて明なる如く和議制度を認めた前進國は其施行の當時より大に利用され人々は之れを應用し其數が頗る多數に上り居つて、其成績は甚だ良好なりと云ふ

べきものあるに拘らず我國に於て世人が之れを利用せざるは何故であらうか。或は世間では和議法なるもの、あるを知らず、假りに知つて居つても其目的等の何たるを知らざるに基くものではなからうかと想像され、或は又和議法の規定の中に具合の悪いものがあり且利用するに足る規定の不足しあるも亦其原因を爲して居るでなからうかとも思はる。それで以下順次に之れに關する事項を説明する。

四

和議法の和議は破産豫防を目的とする強制和議である。依つて先づ破産制度を大體闡明し置く必要がある。

一、立法例を見るに破産の見方に二様がある、其一は債務者若しくは債務者の状態の方面より觀察した見解であつて、其二は債権者の方面より觀察した見解である。

第一の見方の説明に依れば破産 (Faillite) とは支拂停止を爲したる商人の状態 (État d'un commerçant) である云ふのである。此見解に従つて破産制度を認めたものは佛蘭西系であつて佛蘭西を始め伊太利である。佛蘭西の Faillite 及び伊太利の Fallimento 等は孰れも失敗 (羅旬語の Fallere, Manquer) なる語より出でたものであつて、即ち商賣に失敗して債務の支拂を爲すこと能はざる者は破産者なりとの觀念である。私の見解に依れば英國の Bankruptcy も此部類に屬するものと解する。

即ち伊太利語の Banca rotta より出でたもので、banca とは、机、rotta とは破壊の意味で、中世伊太利の商人が街道にて机を出し商賣を爲し居り其債務の支拂を爲さざる場合には債務者は怒つて其を破壊したることであつて、商賣に失敗せる債務者を破産者なりと爲すの觀念である。佛蘭西では有罪破産のことを Failite (普通破産) に對し banqueroute と云ふのであるが、これは勿論 Banca rotta より出でたるもので債務者を本位としたる見方である(註一)。

債權者の方面より觀察したものは其個々の點に於ては多少相異なる所があるも大體に於ては其揆を一にして居つて、即ち破産とは支拂不能に陥つた債務者の總財産より總債權者をして平等に之れが満足 (Gemeinschaftliche od. Gleichmässige Befriedigung) を得せしむるを其目的と爲すの裁判上の手續なりと云ふのである。此觀念に依つて立案せられた破産法は獨逸法系の國である。獨逸では破産のことを Konkurs 又は concurs と云ふて居るが、此等は何れも concurs creditorium より出でたものであつて債權者の競合又は合同 (Vereinigung od. Gesammentreffen der Gläubiger) を意味するのである(註二)。

債務者を本位としての見方は古き思想に基くものであつて、破産者を犯罪者と同一視し且破産者より公弘の榮譽權を剝奪するを直接の目的とし又債務者の支拂停止の状態を裁判上公認するを其目的とする時代のものであつて穩當でない。現代の思想より見れば實は破産の目的とする所は裁判上の手續

に依つて破産者の一切の總財産を以て總債權者に平等満足を與ふるにあるのである(註三)。要するに現代の經濟社會及び法律社會より看れば破産は債務者若くは債務者の狀態の方面より觀察せずして債權者の方面より之れを觀察して説明すべきである(註四)。

(註一、二、三、四) 詳細は拙稿破産及び和議の觀念、法學論叢第十卷六號一頁以下參照。

二、債權者の側から見た破産の觀念を定義的に説明すれば「破産とは債務者が其一切の財産を以て總債權者に對し一切の債務を完済すること能はざるべしと推測せらるる場合に競合せる多數債權者をして債務者の一切の財産より平等的満足(辨済)を以て其目的と爲す所の裁判上の手續なり」と云ふことになる(註一)。

何故斯る裁判上の手續が必要なりやと云ふに次の如き理由より出で居る。國家は私權實行の手段として民事訴訟法に強制執行 (Zwangsvollstreckung, Execution, Hilfe) なる制度を設け債權者を保護する。然し此制度は未だ以て總債權者を平等に保護することが出来ない。何となれば民事訴訟法の強制執行(普通の強制執行)は個々の債權者が債務者の個々の財産に付強制的執行行為を爲して其満足を求むる所謂單獨執行 (Specielexecution) に過ぎざるものであるから、債務者の財産欠缺状態を知り居る者のみか(債務者に接近して居住し又は其他の事情よりして)此強制執行の方法に依りて自己獨り満足を受け他の債權者は満足を受ることが出来ず又は受け得ざることとなる。即ち先に強制執行を爲

した者が満足を得ることとなり、所謂先づれば人を制し、遅れたる者は人に制せらる (Wer zuerst kommt mahlt zuerst, Prior tempore potior iure) の結果を生ずるのである。斯の如きは佛法の所謂債權平等の原則を破り、總債權者(即ち無擔保債權者)を公平に保護する所以にあらざるのみならず、社會政策上の要求にも合せざるのである。それで普通の強制執行以外に尙一般執行 (Universal-od. General-execution) を目的とする破産制度を設け、債務者の支拂困難の場合に總債權者をして債務者の總財産より平等的満足を得せしむる途を講じねばならぬのである。是れ即ち破産制度従つて破産法の設けられたる所以である。要するに普通の強制執行は個々の債權者を保護するを目的とするものであつて、破産は總債權者を平等若しくは(公平)に一般的に保護するを目的とするものである。強制執行たることは兩者同一なるも其目的が前者は個々の債權者を後者は總債權者を保護するに在つて、其差異は此點に存する(註二)。敍上の理由に依り羅馬法を始め現代の文明諸國と云はるる國は總て破産法を制定して居る(註三)。

(註一、二) 前掲拙稿、拙著日本和議法論四頁以下、

(註三) 拙著日本和議法論六頁以下、

五

一、破産制度は前述の如く總債權者保護の制度にして社會政策上の立法に屬し必要缺くべからざるものであるけれども其成績は必ずしも良好でない。以下順次之れを説明する。

(イ) 破産宣告に依りて債務者は其財産の管理及び處分權を喪失するので、債務者が支拂困難に立ち至れば百方破産の宣告を免れんとし努めて自己の破綻を隠蔽すると同時に出来る丈の融通を爲し所謂取込詐欺及び其他の不正行爲 (Schiebungen) を爲すことを敢てするのみならず、破産宣告あるべきを見越して其財産を隠匿する、従つて破産宣告の後に於ては債務者の財産は破産費用だも償ふに足らざる程の小額のものとなる。叙上の如き弊害の生ずることが其第一である(註一)。

(ロ) 債務者が破産の宣告を受ければ前述の如く財産上の制限を受くる以外に尙公私の榮譽權 (Ehrenrecht) を剝奪せらるる、例へば官吏に爲れぬは勿論衆議院議員其他公共團體議員の選舉權及び被選舉權を失ひ又陪審員にもなれざるのみか私法上親族會員、後見人等に爲れぬから自ら自暴自棄となり業務を勵まず再興を計ることを努めず、假りに計らんとするも他人が信用せず之を援助するを躊躇するが故に破産者は終生無資無産の徒として終るの已むなきに至るのである。破産管財人が破産財團を分配配當するまでには長き年月と多額の費用とを要し且其配當額が甚だ少額なるを常とする。破産管財人が配當するまでは一方に於て破産財團を蒐集するが爲めには否認權 (Anfechtungsrecht) の行使を爲すの必要起り、従つて否認權の訴を提起する必要がある。他方に於ては債權者の届出債權の存否

及び其範圍(額)を調査するの必要があり、従つて又異議の訴を受け又は訴を爲さざるべからざるに至るので、其結果破産手續は事實上長年月を要するは當然のことであつて迅速に終了するものではない。破産者の財團を換價するや廉價にしか賣れない。買主は賣主の足許を見て居るので可成安價にしか買はざらんとし、又賣主たる財管人も出来る丈け早く手續を終了せしめんと欲して早賣を圖り、其結果は投賣 (Ausverkauf Schleuderung) となり破産者の財産は時價以下に非常に安價を以て賣却せらるゝこととなる。特に破産者の財産にして集合財産とも云ふべきものに對しては其弊が甚だしい。集合財産は集合財産として其價値ありと雖も若し其集合財産が一括せずして個々にしか賣却されないことになれば其財産は二束三文にしか賣れない、集合財産としては價格一萬圓のものでも個々別々に分割して賣却することゝなれば合計二百圓とか百圓とかにしか爲らない。加之破産手續に於ては管理費用特に管財人に對する報酬等があつて少なからざる費用が掛る。斯る結果債権者は少額の配當(通常二割以下)しか受けられないこととなる。要するに債権者は長年月間に些少の辨濟を受くる外なく、又債務者たる破産者も些少の辨濟を爲すの已むなきに至ると共に殆んど終身公私の榮譽權を行使することを得ずして不信用の人として終るしか仕方がないのである(註二)。以上の弊害は債権者にも又債務者(破産者)にも對して生ずるものであつて双方に對して甚だ不幸である。此の如き弊害が第二のものである。

又破産は一般經濟上に悪影響を及ぼすのである。破産者は無資無産の徒となり、債権者は長年月間に小額の辨濟しか受くるに過ぎないので、引いて信用制度の萎靡を來たし且つ一般經濟上の不振及び恐慌を來たすの動機若くは原因となる。特に大會社、大事業家、就中銀行の破産に於ては其影響する所最も甚大である(註一)。此の弊害が第三である

奥太利法律家 Leyser 氏が破産は戦争若くは黒死病に亞ぐ災害なりと云ひ、又同國辯護士 Lieblich 氏は破産の弊害は羅馬の十二表法の執行のそれと相距ること遠くないと云ひたるは過言と云ふべからずである。

註一) 詳細は拙稿日本和議法論一七頁以下参照。

註二) 詳細は前掲二六頁以下参照。

註三) 詳細は前掲三一頁以下参照。



夫れで先づ起つた考は破産制度に基く叙上の弊害を除去し若くは幾らか減少せしめたいとのことである。破産制度の弊害を全然除去することは不可能であるが、幾らかこれを減少せしむることは從來爲し來たりし破産制度の改善によつて多少成效したが未だ以て十分でなく、識者の満足する程度に達しない。左れば次に起つた考は一方に破産制度の改善を圖りながら他方に於て其弊害を除去し若くは減少せしむる別個の制度を設けたいとの企である(註一)。

此企は即ち私の整理 (Privatvergleich; Freiwilliger Vergleich) である。私の整理とは一言で云へば「破産豫防の目的を以て支拂困難に陥りたる債務者と總債権者との間に行はる、裁判外の示談行爲」である。示談の内容は或は債権の一部免除、或は其延期、或は一部免除及び一部延期もあるべく、又は其他のものあるべく、一樣に定め難く個々別々に相異なりたる内容もあるであらうが、其最も通常場合は債務者の方面より云へば債務の一部免除若しくは一部の延期又は双方を得ることにあるだらうと思はる。この私の整理が成立すれば破産の配當の場合よりも短期間に而も多額の辨済を受ることが出来るのみならず、債務者は破産の場合と異なり公私の榮譽を喪失するの虞がない(註二)。奥太利信用組合の調査に依れば千九百二年より同十三年に至るまでの間私の整理に依る辨済額の割合は五割内外であり、破産上の配當若しくは破産上の強制和議に依る辨済額よりも三割若しくは二割多くの辨済を得たと云ふことである(註三)。

獨逸皮革大商人組合理事 Franz Jörissen 氏の所見に依れば私の整理は破産上の配當若しくは破産上の強制和議よりも非常なる有利であつて、若し千九百十年に於ける破産宣告總數八千三百八十七件の約三分の一なる二千七百九十六件が私の整理にて解決が付いたとすれば同年に於て破産に依る三千八百萬麻克の損失を防止することを得たらうと云ふて、統計上より其計算を爲し詳細に説明して居る(註四)。

以上に依れば私の整理の有利なることが(長所)明白であるが、然し又私の整理には其性質上免れ難き短所もある。即ち私の整理は總債権者を一體として相手方と爲さねばならぬ、従つて一人でも其整理案に不賛成なれば折角成立せんとする整理も不成功に終らざるを得ない。債権者百人中の九十九人までが整理案に同意しても一人が之れに不同意ならば私の整理は成立しないこととなる、其不同意の者も少額の債権を有するものならば割合に事が爲し易く或はこれ丈け除去してもよいかも知れないが、若し其不同意者が比較的多額の債権を有する者であれば其成立は困難である。又債権者中には自分丈け獨り多くの利益を壟斷せんとして故意に整理案に反對し陰に廻はりて他人よりは若干多くの辨済を得て置きながら表面上は他の債権者同様に整理案通りの條件にて勘辨して整理に同意したと云ふこととなり、其結果總債権者に對する公平を破ることになる。要するに私の整理は債権者中の一人の爲めに成立せざる虞あるのみならず縦しや成立しても内實は不公平の結果となるの弊害がある(註五)。

(註一、二、三) 詳細は拙著日本和議法論五五頁以下。

(註四) Dr. F. Jörissen. Der gerichtliche Zwangsvergleich ausserhalb des Konkurses. 1912. S. 5. Note 8.

(註五) 詳細は拙著前掲六三頁以下。

六

私の整理は長所もあるが又前記の如き短所もあるので、此短所を矯正し且長所を發揮せしめんとし
て起つた考は是れ即ち破産外の強制和議若くは我和議法の和議制度である。換言すれば私の整理を法
律化し債権者團體の強制力(Zwang)なる觀念を認めて多數債権者の合意に反對少數債権者を拘束し得
るものとし、且裁判所をして之れに干渉せしめ債権者團體の強制力の行使に付き之れが監督を爲さし
めんとするのが和議である(註一)。和議の有利なることは學者及び實際家の一般に認むる所であつて、
獨逸に於ては實際上若くは統計上より見て其有利なることを證明して居る。此點に付ては拙著日本和
議法論第七十五頁以下に譲る。而して前記 Franz Jörissen 氏の如きは千九百十年に於ける獨逸國破産
宣告總數八千三百八十七件の三分の一なる二千七百九十六件を和議に依つて解決を付けたならば私の
整理に依ると同じく同年に於て破産に基く八千三百萬麻克の損失を防止することが得ただらうとて統
計上より其計算を爲して説明し其效能を高唱して居る(註二)。實に和議は破産を豫防しこれより生ずる
弊害を防止すると共に私の整理の長所を改めんとするの制度であつて、現代の經濟上及び社會政策上
に適應した寔に良好なる制度であつて世人は之れを大に利用し且活用しなければならぬのである。

我が金融準備委員會が銀行の破産に瀕せる場合には和議を以て解決を付けんとの決議を爲したこと
は我和議法の立案者の一人たる加藤正治博士の最も喜ばるる所であらうと思はるのみならず吾人は
双手を舉げて賛成する所である。尙商人特に銀行が和議を利用することの有利なることを次に一言し

ようと思ふ。

(註一) 詳細は拙著前掲七〇頁以下参照。

(註二) Franz Jörissen a. a. O.

七

銀行は普通銀行たると貯蓄銀行たると否とを問はず(特殊銀行に付きては暫く本問題より切り離す)
孰れも金融機關の主要なるものであつて、最も大規模に金融取引を行ふものである。其破綻は其
債権者に付勿論一般經濟上に大影響を及ぼすことは説明を爲すまでもない。我國の銀行は各々相當の
資本を有し、多額の貸付あり又多額の借受けもあるから(例へば貯蓄銀行に付て云へば多額の預り入
れ)若し銀行が破産すると云ふと一般に及ぼす其影響は銀行以外の大商人(縦しや銀行と同一の資本を
有するものでも)が破産するよりも頗る大なるべきは想像に難くない。從來我國に於て銀行が毎年ど
の位破産の宣告を受けたかと云ふと我統計の示す所に依れば(大正二年)は宣告總數百四十二件、同年
内終局數百十七件中銀行業者四件、(大正三年)は宣告總數百九十二件、終局數百十七件中銀行業者六
件、(大正四年)は宣告總數二百十五件、終局數百九十件中銀行業者五件、(大正五年)は宣告總數百六
十八件、終局數百五十八件中銀行業者六件、(大正六年)は宣告總數百三十三件、終局數百五十三件(前

大正四年	一、四四三	六五七	二、〇九九	五	五三、九八八、四五	三七、七九、八七	一九四、〇四、五〇	二〇、九四四、七三
大正五年	一、四七〇	六四〇	二、〇九一	六	五五、七六三、三五	三七四、四〇、九四	二〇一、六四、八五〇	二六、三九、七四
大正六年	一、三九八	六三三	二、〇二一	七	六九、六四、七五	四六、九六、四三	三五、〇〇、七〇〇	一三、三二、六八
大正七年	一、三五五	六一	二、〇六	六	七三、三三、四五	五三、〇六、二五	二五八、六五、〇〇	一五、三七、五七
大正八年	一、三四〇	六一	二、〇〇〇	二	一、〇七、〇七、三五	七二、一五、六二	三七、九〇、一五〇	三二、八六、四三
大正九年	一、三三六	六一	一、九七	二	一、〇三、二七、八五〇	九三、五三、三五	五七、九二、八五〇	三〇、三三、五七
大正十年	一、三三一	六一	一、九七	三	一、七〇、〇四、三五〇	一、〇四、五八、九四	五三、七九、一五〇	三五、七九、〇六

本表中銀行に關する部分は大藏省理財局金融事項参考書に依る。而してX印を附したるは普通銀行の兼業の分である。

前表に依れば大正二年乃至同十年までの間に於ける銀行は普通銀行及び貯蓄銀行にて二千行内外である。二千行中、過去に於て毎年四行五分の破産ありしとは一見甚だ僅少の如き觀なきにあらざれども銀行は他の商人に比し頗る少數であつて、我國に於ける吳服商とか、米穀商、酒商若くは洋反物商の數の幾百分の一にしか當らない。それで其商人の數並に其破産數よりして銀行の數並に破産數を對照して考ふれば其割合は銀行破産の數が第一位を占むることになると云ふても差支へないと思はる。兎に角過去に於て毎年四行五分の破産あり且其資本は前表資本の總額より推考すれば相當多額に上り居りしものなるべく、從つて其債權債務も蓋し相當多額でありしものと思はる。それで其當時銀行破産の爲め債權者には勿論一般經濟上に甚大なる惡影響を及ぼしたるものと想像せらるるのである。今若し其當時に於て和議法の制定があり和議の應用あり得たならば破産に基く惡結果を大に

除去し債權者にも又一般經濟上にも利益を與へたるものに相違ない。

大正十一年に於ける銀行(普通及び貯蓄共)の數は千九百四十一行、同十二年に於ける銀行の數は千八百三十七行、同十三年に於ける其數は千七百六十五行(十三年度の分に付ては山室氏我國の金融市場附表第一表に依り、其他の部は前記金融事項参考書に依る)あつて、現今でも千七百の銀行はあるに相違ない。大正二年以來今日に至るまでは銀行は其數に於ては順次減少して居るも其減少の原因は銀行の合併等に思はるので、數は數字上減少して居つても其資本などは従前と變りなく寧ろ増加し居るだらうと思はる。從つて又其債權債務も増加し非常なる莫大の額に上り居ると信せらる。而して従前の統計より推すときは將來毎年少くも三件位の銀行あるだらうと想像しても大過はなからう。左すれば其惡影響は大したものであることは論なきことである。今若し此等破産状態に在るものを破産せしめずして和議に依らしむることを得ば破産に基く弊害を豫防し債權者にも又一般經濟社會にも其利益なること固より論なき所である。而し銀行は勿論のこと其他金融機關たる信用組合(大正十三年には其數二千五百三十六)並に信託會社なども其破産に瀕した場合には大に和議を利用すべきである。

八

一、和議法が其施行以來今日まで割合に其利用少なき原因は何に基くやと云ふに、私は已に他の機

會に於て論せし如く和議開始決定(從つて又和議認可決定)を公告(和二八條、五二條)することが其原因にして而も此原因が原因中の最大なるものではあるまいかと思はる。和議開始決定(從て又認可決定)を公告すべきものなりや否やに付ては學者實際家の意見は區々であつて現今に於ては賛否相半ばする様であると思はるゝが(註一)、立法的大多數は公告主義を採用して居るのである。例へば白耳義第五條第二項、奧太利第四條、第二〇七條、佛裁判上の清算第四條、諾威第六條、伊第五條、匈第十條、西一一三三條等である。獨逸に於ては千九百十六年の業務監視法第十八條に於て公告禁止の立法例を採つたのであるが、千九百二十四年の改正法にては此條文を削除して公告主義を採つたのである。而して現今不公告主義なる秘密主義を採り居る立法例は千九百十九年に新に制定された佛蘭西和議法第二條末項及び第十三條である。公告主義賛成論者並に同主義を採る立法例の賛成若くは採用の理由は次の趣旨に出でて居る。即ち公告しなければ債権者の利益を害することとなる。債務者が正直に總ての債権者を届出です自分に都合の可い債権者のみを届出で和議の可決を計る様になる。又債権者特に無記名債権を有する債権者に和議開始を知らしむるには是非公告が必要である、加之和議開始する位ときは債権者始め世間の人は大抵債務者の財産状態を知つて居るから、和議開始及び認可の公告を爲しても其爲めに債務者が世間に耻を特更に暴露するものではない、從つて公告は必要で且害なきものであると云ふに在る(註二)。此説は一應尤もであるが然し賛成し難い。我國の國民性と外國の

それと大に異なる所がある。我國民は破綻を世間に知らすことを非常に耻とし其暴露を大に厭ふのである。反之獨逸の國民などは破産を左程耻としない。我國人程甚しくない、破産は一の強制執行であるので左程耻づべきものでないと考へ居り、行き詰つたならば破産で一度整理を爲し再び立て直しを遣るものだと考へて居る様である。故に和議開始又は和議認可の公告があつても左程恐れない。我國人は前記の如く然らずであるので、從つて若し和議に於て公告主義を排除し秘密主義を採用したならば世人は今より一層多く和議を利用するに相違ないと思はる。現に實際家の話に依りても債務者は和議開始の公告あるの故を以て和議の申請を爲すを大に躊躇することである。尤も秘密主義にすれば債権者の不利益となる虞はある。然しこれとても防止することが出来る。即ち債務者をして正直に債権者を届出でしむる様の取扱を爲し、若し故意又は過失にて届出を爲さざりしならば申立を棄却するとか、和議が成立しても其認可をせぬとか、又は一旦與へた認可をも取消すとかの制裁を設け、又債務者が故意若くは過失にて届出でざりし債権者は和議成立しても其債権の金額を債務者に請求し得るとかの規定(例へば奧和五三條四項)を設けたならば債務者は正直に債権者全體を届出づることになるだらうと思はる。然し無記名債権を有する債権者ある場合には公告を以て此等債権者に對し和議開始を知らしむる外はない。それで私の考案は現行法の如く事件の大小、債権者の多少及び無記名債権者の有無如何を論せず十束一紮に和議開始公告若くは認可公告を爲すは餘り良いものではないと思は

る。それでこれを改めて公告するや否やを裁判所の自由裁量に任し、事件の大小、債権者の多少等其他を参酌し公告の必要ありと認めれば公告を爲し、不必要なりと認めれば公告せざる様の指圖を採り得る様にした方が立法上其策の得たるものと思はる。現行法の如く公告必要主義を採らず、公告を以て裁判所の自由裁量に任することとすれば現行制度の下に於けるよりも一層多く和議の利用が行はるることと思はる。

(註一、二) 拙稿國民經濟雜誌三六卷四號和議法に就て七五頁以下、商業研究講演集和議法に就て参照。

二、我法律は和議開始申立を爲すには和議手續費用として豫納金の納付を爲すことを要すと定めて居るが(第十四條)、これも和議利用の少なき一原因なるではあるまいかと思はる。是れは勿論前記の公告の如きもの程度の大原因ではなく影響の少なきものではあるが兎に角多少ながら其原因となるのである。銀行が和議を申立つる場合に於ては縦しや破産に瀕して居つても眞逆に和議手續費用位の豫納の出来ない程にまでも困窮して居るまいが、然し個人になると必ずしも銀行の場合と同様でない。裁判所の取扱に依れば豫納金は個人の和議申立の場合には三百圓なりとの趣である。和議申立の時はこの金の流通に困難することが少なく、遂ひ延び／＼ながら其申立が遅れることがあり、其内に債権者より破産の申請を受け其宣言を受くる様になる(註二)。加之破産法との權衡上より見ても不公平と思はる。夫は破産法に於ては債務者が破産の申立を爲すときには豫納金の納付は要らず、國庫假りに

之れを支辨するのである。然るに和議の申立の時は債務者之れを豫付する必要がある、和議は破産よりも一層必要な社會政策上の制度である。破産申請に豫納金納付の必要なきならば勿論和議申立に豫納金納付の必要なかるべき筈である。それで埃太利和議法並に獨逸監視法は豫納金の納付を命じてない。匈牙利和議法は豫納金の納付を判事の自由裁量に任して居る(註三)。此等は何れも参考とすべきである。

(註一、二) 前掲和議法に就て七一頁以下。

九

一、和議手續は出来る丈迅速に進行せしむることを要する。和議申立ありてより和議開始あるまでに半年も一年も掛る様では和議の效能が大に薄くなる。和議は前に説明した如く債務者として營業を繼續せしむることが其目的であるのに、和議開始が遅くなる様では債務者は遂に營業を繼續すること能はざるに至り破産宣告を受くるしか他に途なき様になる。それで和議申立があれば判事は和議開始の理由が一應説明せられたりと認めれば出来る丈早く和議開始決定を爲すべきである。噂さに依れば神戸に於ける某和議事件などは申立ありてより約一年を経過するも未だ和議開始の裁判がないことである。何故斯く長く掛るであらうか、和議事件は破産事件よりも早く進捗せしむべきことは

和議法と破産法とを比較して見ても判る、例へば債權調査の點に於て兩法は其取扱を異にして居る。破産法に於ては其債權の存否及び額を確定的に調査する（破二二八條以下特に二四〇條、二四四條以下）。然るに和議法に於ては債權調査は債權に付き議決権を行はしむべきや否やの程度に限りて行ふのである（和四七條）。加之破産事件は其性質は民事訴訟事件なるも和議事件は其本質は非訟事件である（註一）、それより見ても和議事件は早く片を付けねばならぬものである。流石に獨逸に於ける新和議法草案（註二）は其第十七條に於て「和議開始に關する裁判は其申立ありたるより遅くも三週内に之れを爲すべき旨」を定めて居る。我實際に於ては大に此規定を參考とすべきである。

（註一）拙著日本和議法論一六七頁以下參照。

（註二）此に關する拙稿は大正十五年十一月號法學論叢に掲載。

二、開始決定若くは認可決定に對しては我法律は抗告を許して居る（和二七條末項、第五三條）。これも亦和議手續の進行を阻害する。前に述べた如く和議事件は迅速なる進行を尙ぶのである。それで裁判所が一旦和議の開始を許したるもの又は認可したるものに對しては抗告を許さざる様にした方がよいのである。獨逸の新和議法草案第十九條及び第六十四條の規定に依れば和議開始決定及び認可決定に對しては不服を爲すことが出来ないことが判るのである。實に同規定は時宜に適した良規定と云はねばならぬ。

三、我和議法は和議債權者集會に於ける和議提供に對する可決に付ては債權者の書面承諾を許さない。それで債權者が少數なる場合は不便もないが、然し債權者多數の場合には大に不便を感ずる。各債權者は遠方より態々集會に自ら出席するか然らずんば代理人をして出頭せしめねばならぬ。先年神戸に起りし岸本銀行の和議事件に付て非常の煩雜を極めた。其預金者たる債權者は何千、何萬と云ふ非常の多數のものである。それ等の人々が遠くは九州地方より態々神戸區裁判所まで出頭せざるべからざることとなつたのである。債權者の迷惑少なからざること説明を俟つまでもない。それで私は集會に於ける議決權行使に付ては書面表決を許すか、然らざれば債權者の多くある地方地方の區裁判所にて其地方地方の債權者集會を開き此所で表決が出来る様に改めたいと思ふ。書面可決を許して居る立法例は少くないのである。

四、我和議法に於ては和議條件に付て其最低限度(Mindestquote)を定めてない。奧太利に於ては其限度を設け一ケ年に少くも債務の三割五分又は二年を超過せざる範圍内に於て少くも債務の五割を辨濟すべき旨の條件を必要とする（率は昨年改正せり註）。伊太利又は獨逸に於ても率は異なるも夫々其制限を設けて居る。此制限を設けた理由は債務者をして其財産を蕩盡せざる間に成るべく早く和議申立を爲さしめんことを奨励し且和議可決に反對せる少數債權者の利益を保護する趣旨に出でて居るのみならず和議申立の濫用を防止する趣旨にも出でて居る。此點に付ても我法律は研究すべき餘地があ

るものと思はる。

(註) 拙稿法學論叢十六卷三號一〇〇頁參照。

五、我和議に於ては和議條件が債務の一部の免除(Erläss)であつても又支拂の延期(Stundung)であつても之れに關する可決に付ては其定足數(Quorum)が同一であつて、孰れも「議決權を行ふことを得べき出席債權者の過半数にして且其債權が届出總債權額の四分の三以上に當る者の同意ある」ときには可決となるのである(和四九條、破三〇六條)。云ふまでもなく支拂の延期と免除とは其效果は勿論債權者に採り其利害の程度が著しく異なるのであるので各個に對する定足數に區別を設けた方が適當と思はる、例へば和議條件が單なる支拂の延期のみなれば其定足數が少くても可く、免除なれば其數が多きを要することにした方が可いと思はる。獨法及び佛法(一九一九年)などは此主義を採用して居る。我に於ても此點は大に考ふべきであると思はる。

六、和議法は又和議認可に於ては債務者を監督しないで全然放任して置くのである。和議認可後に於て債務者が和議條件を履行しなくとも裁判所は何も干渉しない。債權者は非常なる迷惑を感じる、債務者が三割を辨濟すると提供したから和議に同意したのである。然るに和議可決後は債務者は其通り履行しない。債務者が條件を履行しないからとて直ちに和議の取消(和六二條以下)を爲す譯にも參らず、又或る債權者だけが和議の讓歩を取消することも敢てしない。蓋し和議の取消には夫々法定の條

件が必要であり又讓歩を取消せば其取消債權者は非常の損失を受くるからである(破三二九條、三三二條、和六三、破三三〇條、三三一條二項)。神戸に起つた某和議事件に付て債務者が其和議條件を履行しないので債權者は大に困つて居ると云ふ噂を聞いたのであるが、それはさうあるべきである。斯くては債權者の保護薄きに過ぎ、従つて又債權者は容易に和議に同意しなくなる。それで私は諾威法第二十五條並に伯刺爾法第五十九條及び第二百十條の如く和議條件履行確保の爲めの監督機關を設け且白耳義法第二十八條並に「ルクセンブルク」法第二十八條の如く裁判所は債務者の營業狀態を時々調査することに改めたいと思ふ。

七、私は相續財産に對して和議を許すべく、整理委員と和議管財人との二機關を一機關と爲すべきこと並に擔保權者も和議債權者中に入れて和議成立を可能ならしむ様に改むべきこと等に付ては已に他の機會に於て説述したので(拙稿前掲國民經濟雜誌並に商業研究所講演集第十冊參照)今茲には省略する。而して現行和議法に付ては尙少なからざる疑惑を有し居るもこれは改めて紹介することとする。

近頃清算中の法人は和議能力ありや否やの問題が少々喧しくなつて來た様であるが私は現行法上其法人は和議能力ありと解するのである。詳細は拙著日本和議法論一九九頁參照。

10

要するに金融調査準備委員会の「銀行破綻の場合に和議法を應用すべき旨」の決定は吾人の大に賛成する所であると共に同委員会は勿論のこと銀行集會所とか銀行の其他の團體に於て和議法並に之れと姉妹法たる破産法を研究して其改善に努力されんことを切望する。而して銀行以外の他の商人（自然人、法人共）も非商人も破産に瀕した場合には一日も早く和議法を利用應用すべきである。

序に此機會に一寸一言すべきは我國の實際に於ては法律の研究批評を等閑にする傾向がある様にも思はる。法律の研究批評は法律家若くは法律學徒の爲すべき仕事であつて他の者の爲すべき範圍に屬してないと一般の人は考へて居る様にも見える。法律知識は訴訟を爲すときに必要であつて其他の場合には餘り必要でないと思ふて居らるゝ人もあるとの噂がある。

若し此想像若くは噂が少しくも當つて居るとするならば法治國たる精神に反し且國家の發達を阻害することゝなるは勿論言ふを俟たない。法律の學理的研究等は法律家若くは學徒に暫く譲るとするも其實際より見たる法律の價値並に其批評等は法律家若くは法律學徒以外の人士の大に爲すべき所である。會社、銀行又は其集會若くは團體に於て法律部でも設け夫々其關係法律を研究批評されたならば獨り自己の利益なるのみならず國家の發展に付き貢獻する所頗る甚大のものありと信ずる。三井信託株式會社が其設立當時より已に法律部なるものを設け優秀の法律家を聘して其部長たらしめ専心法律の運用及び研究に従事して居らるゝ趣である。此の如きは獨り同會社の爲めのみならず國家の爲めにも慶賀する。我銀行會社に於ても夫々法律研究部を設置して實際より見たる法律の研究及び其批評に努力さるゝことを切に希望する。(完)

(國民經濟雜誌第四十一卷第四號掲載)

二、休業銀行の整理と和議

一

過般來大小銀行の多數、噂に依れば二十數個のものが休業し、當該銀行及び政府當局は勿論朝野の名士が、其間に奔走し、一日も早く整理し開業せしめて、經濟界の恐慌を救濟せんと努力し居らるゝ趣であるが、一向其整理が進捗せずのことである。何故其整理が意の如く捗らざるやと云ふに、其理由原因は多々あり、且個々の銀行には特殊の事情ありて、其原因及び事情の解決が頗る困難なるに由るものと思はる。而して休業銀行整理の困難に付き一般共通の問題となり居るものは世間の傳ふる所に依れば(一)預金の切捨、これを尙詳しく説明すれば或は大小預金の區別なく一般に其何割を切捨つべしとか、或は小口預金だけは全部支拂ふも反之大口のものは其何割の切捨を爲すべしとかの問題(二)預金者に對する支拂延期(三)預金讓渡の効力、從て預金讓受人の銀行に對する債務と讓受人の銀行に對する讓受債權(預金の讓受に因る債權)との相殺の適否若くは禁止(四)銀行株主の未拂込株金の拂込義務強制(五)重役の私財提供(六)休業銀行を和議法の和議に依つて解決すべしとの議等がある。余は休業銀行は和議に依つて整理することが我現行法上採るべき最良の合法的手段方法なりとの意見

を有するものであるが、これを論ずるに先づ叙上の諸問題に付き順次一應の意見を開陳せんとする。

二

一、預金の切捨とは稍々法律的に云へば、寄託者(預け主)が消費寄託契約に基き受寄者(預り主)たる銀行に寄託し(預け)置きたる金銭の何割を減額せしめて辨濟せんと云ふことであつて、其減額若くは切捨は云ふまでもなく受寄者たる銀行の一方的行爲に依つては之れを爲すことを得ずして、寄託者たる預金者の同意を要するのである。即ち預金の切捨若くは減額には受寄者たる銀行と寄託者たる預け主との合意を必要とする。縦し銀行が切捨てたくとも非常なる多数の預金者の同意を得ることが容易であるまい、其中には同意せざるものも多々あるならんと想像さるゝのである。然れば所謂預金一般に對する切捨は成立し難きものと云はねばならぬ。

二、小口預金者には全部を支拂ひ、大口預金者に對しては其何割かを切捨つべしと云ふ論あるも之れも仲々行はれ難いものと思はる。(一)小口預金者と大口預金者とは之れを區別するに其標準額を幾何と定むるや、容易に定め得るものでない。(二)現今の經濟狀態其他の事情を參酌して假りに其標準額を金百圓とか金二百圓とかと定め、該額以下を小口預金とし、それ以上を大口預金となし得るものとし(金百圓までを小口預金者とし金百圓以上を大口預金者とし、僅少の差にて其等級を付ける點に

勿論無理があるが暫く之れを除外視して)小口預金者に全部を支拂ふこととせば、其預金者は大に喜ぶには相違ないが、然し大口預金者はこれを喜ばざるのみならず、自己の預金に對する切捨に同意するを肯せざるべしと思はる。従つて結局此方法(一部の者に支拂ひ他者に對する切捨の方法)に依る整理は是れ又成立し難いと思はる。尤も該方法に依る整理は前記一(預金者一般に對する預金の切捨)の方法に依るものよりも比較的容易なるべしと雖も、これに對しては次の如き非難若くは缺陷あるべしと思はるのみならず、所謂大口預金者と看做さるる側よりの攻撃ありと思はるのである。

(イ)、小口、大口の預金者を區別を爲し得るものとするも、一方には全部を支拂ひ、他方に對して切捨と爲すこの方法は、一體公平正義(Treu und Glauben)に反せざるや否やの非難である。所謂小口預金者は所謂比較的無産階級者であり、所謂大口預金者は所謂有産階級者であるならば、前者に對する全部支拂、後者に對する一部切捨の方法は、或は公平正義に合し、従て社會政策上採るべきものなるやも知れざれども、所謂小口預金者は必ずしも所謂無産階級の人とも限らず、所謂大口預金者は必ずしも所謂有産階級の人とも限らない。所謂有産階級の人にして所謂小口預金者もあるべく、所謂無産階級の人にして所謂大口預金者の側に編入せらるることあるべし、例へば大口小口預金の區別の標準額を百圓とし、金二百圓丈けしか有せざる者が其中百一圓を偶々一休業銀行に預金せるものごせば此者は大口預金者となる、反之數十萬圓を有する資産家が同一休業銀行に金九十九圓の預金を爲し居

たりとせば此人は小口預金者となるのである。此場合に前記方法を適用せば金二百圓しか有せざる所謂無産階級側の預金者は一部を切捨てられて一部の支拂しか受け得られざるに反し、數十萬圓を有する大資産家は預金九十九圓全部の拂戻を受くることを得るのである。これ果して公平正義の觀念に合すものなりや否や大に疑なきを得ない。然し大口預金者と認められたる所謂無産階級側の者が、其預金切捨て承諾を與へ同意せるものとせば、敢て疑問は無くなり、従つて其非難は消滅すべき筈であるが、然し實際問題としては大口預金者と認められたる所謂無産階級側の預金者は右の如き事由を以て容易に自己等に對する預金切捨てに應じまいと思はる。

(口)、次に左の如き攻撃が起るかも知れない。若し所謂小口預金者にのみ全部を支拂ひ、所謂大口部預金者に預金一部の切捨てを爲せば、大口預金者の側より、銀行の爲したる小口預金者に對する全支拂は自己等に對する詐害行爲なりと主張するかも知れない。辨濟期の到來せる既存債務(大口預金以前の小口預金)に對する支拂は詐害行爲に爲らざるの學説及び判例あるけれども(註一)、之れに反する學説もあるを以て(註二)若し銀行が既存の所謂小口預金者にのみ全部の支拂を爲せば、所謂大口預金者の側より民法第四百二十四條に所謂詐害行爲を理由として廢罷訴訟を起すやも計り難い(註三)尤も此訴訟に於ては判例の示す所に依れば(註四)其訴訟の相手方は銀行でなく受益者たる所謂小口預金者であつて、従て銀行は訴訟に直接關係なきものなるも其訴訟の勝負は銀行に大關係あるから、銀行

が所謂小口預金者にのみ全部の支拂を以て整理の最良の方法なりと爲すは早計の謗を免れないのである。

(註一) 仁井田氏所論法學協會雜誌大正二年度三一卷二〇四九頁、鳩山氏改訂日本債權法二〇九頁以下、磯谷氏改訂債權法論三四三頁以下、尙横田博士民法債權四四六頁、嘉山氏債權法總論二二二頁參照。

大審院判例大正六年度一九九四頁以下、同七年度一四六七頁以下、同八年度一三〇九頁、而して同十三年度一六五頁も亦同一見解の下に立てるものと認む。

(註二) 石坂氏日本民法上卷七三一頁、同氏民法研究下卷二五一頁以下、中島博士民法釋義三卷七二四頁以下、尙 Jaeger Gläubigeranf. a. I. K. S. 154 Petersen=Kleinfeller K. 331 An. 10 S. 170f. 參照。

勿論我大審院と雖も「債務者が多數債權者より辨濟の請求を受け居るにも拘らず、其内の一債權者と共謀し他の債權者を害するの目的を以て特に其一債權者に辨濟を爲すが如きは詐害行爲なり」と判決した(大正六年度九四〇頁、横田博士債權總論四四六頁、加藤博士破産法研究第四卷三二四頁以下、磯谷氏前掲)。

(註三) 債務者が債權者の債權發生の原因が存する以後に負擔せる債務に對して辨濟を爲せば夫は詐害行爲となるのである(仁井田氏前掲)。左れば大口預金者の金銭寄託以後に預け入れたる小口預金者に對し其辨濟を爲すときは、其辨濟は支拂を受けたる小口預金者の預け入れ以前に預金者となりたる大口預金者の利益を詐害することとなるのである。

(註四) 廢罷訴訟に於て被告を何人と爲すべきやに付ては大に議論ある所である所なるも(中島氏前掲七二九頁以下、磯谷氏前掲三五八頁以下、鳩山氏前掲二二二頁參照)若し債務者をも被告と爲すべしとの説を探るときは(鳩山氏前掲横田氏前掲四四九頁以下、又石坂氏日本民法上卷七三六頁、中島氏前掲七三四頁)債務者たる銀行をも其訴訟の當事者と爲るものであるから整理は一層困難と爲るのである。大審院に於ては債務者を訴訟の被告とせずとの説を探る(大正八年度八〇八頁、大正十年度一一七〇頁)惟本氏及び仁井田氏も結果に於ては大審院判決と同様である(法學志林十八卷一二號七六頁以下、