

法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-07-04

和仏法律学校講義録

松岡、義正

(出版者 / Publisher)

和仏法律學校

(巻 / Volume)

3-34

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

135

(発行年 / Year)

1903-04-28

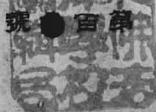
1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3

(明治三十九年十一月四日第三種郵便物認可。毎月廿一回。一月三日五日六日八日十日十二日、十一月十三日十五日十六日十八日廿日廿一日、十二月廿五日廿七日廿八日九日三十日發行。)

明治三十六年四月二十八日發行

三十五年度 第三學年ノ三十四

和佛法律學校講義錄



和佛法律學校

第三學年第三十四號目次

破

產

法

(自六七五〇)卷

法學士

松岡義正

表紙及目次 六頁

民

事

訴

訟 法

至第六編(至四二〇)

法學士

松岡義正

產

法

(自三一〇)卷

法學士

松岡義正

雜報

- 委任ノ解除ニ關スル特約ノ效力○控訴審ニ於ケル新ナル請求
- 假差押命令ト財產使用權○石氏送別會

キハ其引渡ヲ管財人ニ對シテ請求スルコトヲ得又管財人ハ之ヲ引渡サナルヘカラス第一〇〇六條第四項但管財人カ其義務ヲ履行セサルトキハ商法第千三條ニ從ヒテ異議ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ管財人ハ送達物ヲ自己ニ送達スヘキ旨ヲ命シタル決定ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ破産債權者團體ハ此決定ノ廢棄ニ付キ何等ノ利益ヲ有セサレハナリ破產者ハ此命令ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ獨逸法學者ノ爭フ所ナリ例ヘハゾキフェルド「ステグリップ」氏等ハ破產者ハ該命令ニ對シ獨逸舊破產法第一百十一條第二項(獨逸新破產法第一一二一條第二項)ニ規定シタル命令ノ廢棄又ハ制限ヲ申立ツルコトヲ得ルヲ以テ抗告ヲ許スノ必要ナシトシテ消極的ニ論決シ「フッテング」「ベーテルゼン」ウヰルモースキ一「氏等ハ獨逸舊破產法第六十六條獨逸新破產法第七三條ニ基キ即時抗告ヲ許スヘキモノト論決シタリ我破產法ノ解釋トシテハ予輩ハ法律上何等ノ明文ナキヲ以テ抗告ノ途ナシト論決スルヲ正當ト信ス管財人カ送達物ノ交付命令ヲ求ムル申立ヲ却下シタル裁判ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ是レ亦獨逸法學者ノ爭フ所ナリ「ジキフェルド」「ステグ

第三學年第三十四號目次

破

產

法

律

學

士

業

正

○委任ノ解除ニ關スルノ效力○控訴等ニ於ケガ類ナム請求

○假差押命令ト財產保用權○石氏送別會

破

民事訴訟法(自第六編)

法

律

學

士

業

正

雜報

○委任ノ解除ニ關スルノ效力○控訴等ニ於ケガ類ナム請求

○假差押命令ト財產保用權○石氏送別會

キハ其引渡ヲ管財人ニ對シテ請求スルコトヲ得又管財人ハ之ヲ引渡サツルベ
カラス第一〇〇六條第四項但管財人カ其義務ヲ履行セザルトキハ商法第千
三條ニ從ヒテ異議ヲ申立ツルコトヲ得シ管財人ハ送達物ヲ自己ニ送達スベ
キ旨ヲ命シタル決定ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ破産債權者團
體ハ此決定ノ廢棄ニ付キ何等ノ利益ヲ有セザレハナリ破産者ハ此命令ニ對シ
テ抗告ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ獨逸法學者ノ爭フ所ナリ例ヘハゾ
キフェルド「ステグリツツ氏」等ハ破産者ハ該命令ニ對シ獨逸舊破產法第百十一條
第二項(獨逸新破產法第一二一條第二項)ニ規定シタル命令ノ廢棄又ハ制限ヲ申
立ツルコトヲ得ルヲ以テ抗告ヲ許スノ必要ナシトシテ消極的ニ論決シ「フツン
グ」「ベーテルゼン」「ウ・ルモース」「キ一」氏等ハ獨逸舊破產法第六十六條獨逸新破產
法第七三條ニ基キ即時抗告ヲ許スヘキモノト論決シタリ我破產法ノ解釋トシ
テハ子輩ハ法律上何等ノ明文ナキヲ以テ抗告ノ途ナシト論決スルヲ正當ト信
ス管財人カ送達物ノ交付命令ヲ求ムル申立ヲ却下シタル裁判ニ對シテ即時抗
告ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ是レ亦獨逸法學者ノ爭フ所ナリ「ゾキフェルド」ステグ

ヲツ氏等ハ獨逸舊破産法第六十六條(獨逸新破産法第七三條)ニ基キ積極的ニ論決シ「フチング」ベークルゼン氏等ハ裁判ノ前示命令ヲ發セサルコト即ナ不行爲ニ對シテハ管財人ハ抗告ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ抗告ニ裁判アルヲ前提トスルヲ以テナリトシ之ヲ消極的ニ論決シタリ我破産法ノ解釋トシテハ予蘇ハ法律上何等ノ明文ナキヲ以テ抗告ノ途ナシト論決スルヲ正當ト認ム管財人ニ送達物ヲ交付スヘキ旨ノ命令ハ他ニ何等ノ制限ナキ以上ハ破産手續中存續スルモノトス而シテ獨逸新破産法第二十一條第二項ハ破産裁判所ハ破産者ノ申立ニ因リテ管財人ヲ審訊シタル後何時ニテモ此命令ノ廢棄若クハ制限期間ノ制限或ハ送達物ノ特定ノ注意ニ關スル制限ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ規定シタリ我破産法ニ於テ斯ル明文ヲ缺クハ立法上ノ缺點ナリ

(二) 動產ノ封印ハ裁判所ハ破産宣告ト同時ニ債務者ノ動產ニ封印ヲ命ス(第一〇〇二條第一項、獨逸舊破産法第一一二條同新破産法第一一二四條佛蘭西商法第四五五條第四五八條封印スヘキ物件ハ動產ニシテ不動產ニ非ス何トナレハ紛失又ハ隠匿ノ恐アル物ハ動產ナレハナリ會社ノ破産ニ於テハ連帶無限ノ責任

ヲ負ヘル總社員ノ動產ニ對シテ封印ヲ命ス第一〇〇二條第二項是レ佛國流ソ説明ニテハ會社ノ社員同時ニ連帶無限責任ノ法理ニ因リテ其責任ヲ負フ法意ニ基タニ非スシテ却テ連帶無限責任ノ效用ヲ害スルニ至ルヲ豫防スルニ在リ動產ノ封印ハ破産債権者團體ノ利益ノ爲メニ行フカ故ニ破産財團ニ屬セサル物件腐敗若クハ失價ノ爲メニ即時ノ換價ヲ不必要ト爲ス物件其他封印ノ爲メニ繼續利用ヲ妨ケラレサル物件(總破産債権者ノ利益ノ爲メニ破産ノ營業ヲ續行スルニ必要ナル物件(第一〇一七條参考))ノ如キハ封印ヲ爲ナス蓋シ此等ノ物件ニ對シテハ封印ヲ施スカ爲メニ破産債権者團體ノ利益ヲ害シ或ハ其利益ト爲ラナルヲ以テナリ隨テ前者ノ如キハ財產目錄ニ記載スルヲ以テ足レリトシ後二者ノ如キハ財產目錄ニ記載シタル後之ヲ換價シ或ハ之ヲ繼續利用スルカ爲メニ管財人ニ占有セシメサルヘカラス(第一〇一四條第二項、第一〇〇五條、第一〇一七條佛蘭西商法第四六九條第四七〇條獨逸新破産法第一一二二條高價ナル物件ハ封印ヲ以テ之ヲ確實ニ保全シ得ヘキモノニ非ス何トナレハ封印破棄ニ關スル刑法上ノ制裁ヲ被ルモ之ヲ隠匿セントスルノ決心ヲ容易ニ爲サシム

ルヲ以テナリ是レ法律カスル物件ヲ財產目錄ニ記載ノ上即時ニ管財人ニ交付スルカ又ハ一時裁判所ニ引取ルカノ特別處分ヲ規定シタル所以ナリ(第一〇〇五條末項)普漏西商法第一四三條手形ハ法律上明文ヲ缺クモ(佛蘭西商法第四七一條其權利ノ實行ニ必要ナル方式アルヲ以テ之ヲ封印スルトキハ遂ニ手形ノ權利ヲ喪失スルノ恐アリ隨テ封印ヲ爲スニトナク財產目錄ニ記載シタル後管財人ニ占有セシメ以テ手續ノ履行ヲ容易ナラシメサルヘカラス
封印手續ノ概要ヲ一言スレハ動産封印ノ命令ハ原則上破産決定書ニ記載セラバ第九八〇條第三號第一〇〇二條第一項佛蘭西商法第四五五條然レトモ動産僅少ニシテ管財人カ當日ニ財產目錄ヲ調製シ且之ヲ占有シ得ヘキ場合ニ於テハ又動産カ破産宣告以前ニ於テ既ニ民事訴訟法上ノ規定ニ從ヒテ或債權者ノ爲メニ差押ヘラレタルニ於テハ動產紛失ノ虞ナキヲ以テ例外トシテ動産ノ封印ヲ命スルコトナカル(シ)差押ノ解除ヲ爲スニ仍ホ實用アルモトシテ動産ノ封印ヲ命スト主張スル反對論アレトモ該ハ畢竟債權者ハ債務者カ破産宣告ヲ受ケタル後格別的行爲ニ因リテ破産債權者團體ヲ害スルコトヲ忘レタルノ

論ナレハ採用スルニ足ラス)遺産ノ報酬又ハ當主の報酬又ハ報酬又ヒモ報酬又ヒモ封印ノ執行機關ニ付テハ佛蘭西商法第四百五十七條第一項ハ治安裁判所封事トシ破産裁判所書記ハ破産宣告以後直ニニ動産ノ封印ヲ命シタル裁判ノ要旨ヲ封印ノ執行機關ニ報告スルコト規定シタル獨逸ニ於テハ各聯邦ニ於テ封印執行機關並ニ其執行方法ヲ規定シタルコトハ人ノ皆知ル所ナリ我商法ハ此等ノ點ニ關シテ何等ノ明文ナシ然レトモ執達吏カ封印ノ執行機關タルコトハ執達吏規則第三條ニ據リテ明白ニシテ又破産裁判所カ特別ニ動産封印ノ命令ヲ發スルコトナク破産宣告ノ決定正本ヲ執達吏ニ付與シ封印ヲ實施スヘキコトト信ス(民事訴訟法第五三四條準用)而シテ此等ノ手續ニ關シ立法上明文ナキハ缺點タルヲ免レス
動產ノ封印ハ刑法上ノ制裁ニ依リテ擔保セラル故ニ獨ニ之ヲ解クコトヲ得ス然レトモ管財人ハ債務者ノ財產ヲ占有シ且之ヲ財產目錄ニ記載シタルトキハ直ニニ之ヲ解封セサルヘカラス但此場合ニ於テハ財產紛失ノ恐ナク寧ロ封印カ管理ノ妨害タルヲ以テナリ動產ノ解封ハ實際上財產目錄作成以前ニ爲

スラ通常トス蓋シ動産ノ解封ハ財産ヲ財産目錄ニ記載スル以前ニ於テ評價シ或ハ員數ヲ計算スルカ爲ミニ必要ナレハナリ故ニ佛國商法家ローレン氏ノ如キハ佛國商法第四百七十九條ノ解釋トシテ封印ヲ財產自錄作成ノ前手續ト認メ管財人ハ選定以後三日内ニ解封ヲ請求シ以テ財產目錄ノ作成ニ從事セサルヘカラスト曰ヒ解封カ常ニ財產目錄作成以前ニ在ルコトヲ明言シ獨逸ノ破產法ニ於テハ管財人ハ解封次第ニ動産ヲ財產目錄ニ記載スルモノノ如シ然レトモ我商法第千五條第一項前段ハ解封カ財產目錄作成以後ニ行ハルコトヲ明示シタリ而シテ此點ニ關スル我商法起草者ノ説明ハ腰昧ナレトセ要スルニ財團ノ流失豫防ノ爲ミニ必ス管財人ノ占有ヲ必要トシ解封スルコトアルモ占有ヲ爲ササル以上ハ解封ヲ爲シタル後財產目錄ニ評價額ヲ記載スルノ必要上鑑定人ノ鑑定ヲ要スル場合ニ於テハ解封ノミタク爲シテ占有ヲ爲サス事實上ノ解封ニシテ法律上ノ解封ニ非ストシ以テ間接區再封ヲ必要トシ事實上ノ解封發直チニ財產目錄ヲ作成シ以テ占有シタルトキハ事實上ノ再封ナキト同時ニ法律上ノ解封アリ之ヲ以テ事實上ノ解封アレハ常ニ法律上ノ解封アリト謂フヘ

- クラス二者全ク其成立ノ異ニスト云ヌニ歸著シタリ予輩ハ甚々奇怪ナル説明ナリト信ス
 動産ノ封印及ヒ解封ニ關シテハ調書ヲ作リ其認證證本ヲ破産裁判所書記課ニ備ヘ以テ利害關係人ノ見聞ニ供セガルヘカラス第一〇一四條第三項獨逸新破產法第一二四條
- (4) 商業帳簿ノ認證商業帳簿ハ破産ノ届出ト共ニ破産裁判所ニ提出セラル
 ルヲ通常トスト雖モ第九七九條若シ債務者カ其義務ヲ履行セガルトキハ封印ヲ爲ス等メコトナク貸借對照表ヲ作成スルノ必要アルカ爲スニ(第一〇一六條)
 即時ニ之ヲ管財人ニ交付シ且同時ニ主任官ナシテ現狀ヲ認證セシメ以テ後日ニ於ケル増減變更等ノ紛議ノ原因ヲ絶タガルヘカラス第一〇〇五條第三項獨逸新破產法第一二二條)
- (D) 破産者ニ關スル處分。破產財團保全ノ爲メニスル破産者ニ關スル處分ニ二種アリ破産者ニ對スル處分及ヒ破産者ノ爲ミニスル處分是ナリ
- (1) 破産者ニ對スル處分上ハ破産者ノ報知義務住地ヲ離レサル義務及ヒ其自

由ノ拘束ナリ破産者ノ破産裁判所及ヒ主任官ニ對シテ其求ニ因リ破産手續ニ關スル總テノ關係ニ付キ殊ニ届出債權及ヒ破産財團タルヘキ財產ニ付キ眞實ナル報知ヲ爲ナナルヘカラス(第一〇二二條其理由ハ破産者ノ義務ヲ説明シタル當時ニ於テ略述シタルヲ以テ就テ参考セラルヘシ破産者ハ獨ニ住地即チ破産宣告ノ當時ニ於テ住所ノ設アハ離レサルノ義務ヲ負フ唯リ住地ノ移轉ノミナラス旅行ヲモ爲ストラ得ス然レトモ破産裁判所ノ許可アルトキハ此限ニ在ラス其許可ヲ求ムルノ形式ハ申請ニシテ許可ノ形式ハノ裁判タリ獨逸破産法ニ於テハ許可ヲ求ムル申請却下ノ裁判ニ對シ破産者ニ許スニ即時抗告ノ途ヲ以テ又許可ノ裁判ニ對シ管財人ニ許スニ即時抗告ノ途ヲ以テシタビトモ我商法ニ於テハ斯ル旨ノ明文ナキヲ以テ不服申立ノ途ナシト謂ハサルヘカラス(第一〇〇三條第三項)破産者カ此義務ヲ負フ理由ハ破産者ノ義務ヲ説明シタル當時ニ略述シタルヲ以テ就テ看ルヘシ

破産裁判所ハ職權ヲ以テ又ハ主任官管財人若クハ債權ノ届出ヲ爲シタル破産債權者ノ申立ニ因リテ破産財團保全ノ爲メニ殊ニ破産者カ財產ヲ隠匿シ債權

ノ取立ヲ爲シ逃走ヲ爲シ其他管財人ノ職權行使ニ妨害ノ虞アリト認ヌタル上キハ破産者ノ監守並ニ引致ヲ命スルコトヲ得(第一〇〇三條破産者カ其法定義務ヲ履行セサル場合ニ於テモ亦然リ)通知義務ノ不履行ノ場合ニ於テハ監守若クハ引致ヲ命シ住地ヲ離レサル義務ノ強制的監守ヲ命シ又破産者管財人ノ破産財團ノ占有ヲ妨害スル場合ニ於テモ廢除スル目的ノ爲メニ監守ヲ命スルコトヲ得ヘシ監守トヘ破産財團ノ危害保存ノ爲メニ(擔保的監守)若クハ義務者ノ法律ニ對スル意思ノ屈從ノ爲メニ(強制的監守)行フ處分ニシテ又引致トハ出頭ヲ強制スル處分タリ監守又ハ引致ヲ命スル決定ハ破産者及ヒ管財人ニ送達セサルヘカラス(民事訴訟法第二四五條準用監守又ハ引致ヲ命シ若クハ之ニ關スル申請ヲ却下シタル決定ニ對シテハ我商法ニ於テハ獨逸新破産法上異ナリ法律上何等ノ明文ナキヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス監守又ハ引致ヲ命シタル決定ノ執行並ニ費用負擔ノ方法ニ關シテ商法施行條例第四十五條、第四十八條第四十九條ヲ參考スヘシ商法施行法第一四七條監守ハ刑罰ニ非ス又必要ナキモ拘ハラス一日ト雖モ破産者ノ自由ヲ拘束スルハ法理上許スヘ

ガラツルカ故ニ管財人カ財産ヲ財産目録に記載シ且之ヲ占有シ或テ破産手續ヲ停止シ第九八工他逃走財産隠匿等ノ虞ガ有ニ至リタルトキハ主任官ハ管財人、破産者、債権ノ届出ヲ爲スタルベシ。債権者ノ申立モ因リ職權ヲ以テ決定ノ形式ニ依リ破産者ノ釋放即チ其監守ヲ免セサムニカラバ又破産事件ノ事情ニ基テテ釋放ノ事由ニ確信ヲ置クヨト能ハサルトキハ必要ニ應シテ何時ニテモ出頭スヘキ旨ノ擔保ヲ供スルヨトヲ條件トシテ解放ノ決定ヲ爲スコトヲ得是レ可成の人ノ自由ヲ拘束セナルノ法意ニ基ケリ。法律ハ擔保ノ種類ヲ限定セズ故ニ裁判所ハ物上擔保民法第三百四十二條、第三百六十九條ニ所謂第三者ノ供託タル質權抵當權ノ類對人擔保(保證者)ハ現金供託等ノ方法ヲ以テ破産者カ其義務ヲ履行セナリシ場合ニ支拂フベキ特定ノ金額裁判所ノ自由意見ヲ以テ之ヲ定ム。指定シテ釋放ノ擔保ト爲スカドア得唯破産者以下ノ親戚若クハ他人ノ支拂ニ斯ル金錢タルコトヲ必要トスルノミ蓋シ破産者ノ金錢ハ破産財團資屬スル夫以テ尤ア擔保人用ニ供タルモ何等ノ實益ナケレバ力ナシ。其如破産者カ其出頭義務ニ違反シタルトキハ擔保ヲ取上ケラ之ヲ財團三加ヘ破産

債権者團體ヲ利ス第一〇〇四條、商法施行條例第五〇條、商法施行法第一四七條、釋放ヲ爲シタル決定又ハ釋放ヲ求ムル申請ヲ却下シタル決定ニ對シテハ我商法ノ解釋ハ獨逸破産法ト異ニシテ法律上何等ノ明文ナキカ故ニ不服申立ニ遂ナキモノト謂ハサムヲ得ス。然レトモ監守ヲ命シ又ハ之ヲ免スル決定ハ監守ノ事由ノ表目ヲ以テ標示ト爲スカ故ニ裁判所ハ監守ヲ免スル決定ヲ爲シタル後猶ホ監守ノ事由存在シ或ハ再發シタリト認メタルトキハ更ニ監守ヲ命スル決定ヲ爲シ又其後該事由カ消滅シタリト認メタルトキハ更ニ監守ヲ免スル決定ヲ爲スコトヲ得ヘシ。破産者カ會社其他ノ法人カルトキハ其機關タル社員又ハ取締役カ報知ノ義務及ニ住所ヲ離レサルノ義務ヲ負ヒ又監守及ヒ引致ノ強制處分ヲ受クルモノタリ(第一〇〇三條第二項、第三項準用)。破産者カ無能力者ナルトキハ其法定代理人人カ前示ノ義務ヲ負ヒ又前メ強制處分ヲ受タルモノナルヘシ。但破産者カ無能力者ナリト雖モ其行爲ニシテ破産財團ヲ害スルヲ虞アルトキハ破産財團保全ノ爲メニ此破産者ヲ監守スルコトヲ得ヘシ。然レトモ住地ヲ離レサルノ義務ハ法定代理人人ノ負フモノニ非ストノ反對論アルヲ以テ特ニ注

(2) 破産者ノ爲ニスル處分トハ扶助料ハ給與及ヒ報酬ハ付與ニ外ナラス破產者ニ對シテハ前ニ述ヘタルカ如キ義務ヲ負ハシメ又自由ヲ拘束スルコトアルヲ以テ強制處分ヲ爲シ又ハ義務ニ違背スルノ必要大ル事情ヲ惹起サシメナルヲ要ス然ラスンハ徒ニ難キフ人ニ責ムモノト謂フシ是ヲ以テ法律ハ破產者カ自然人ニシテ自ラ營利ノ業務ヲ爲スコト能ハサルカ若クハ他ニ生活維持ノ費用ヲ得ルノ途ナキ場合ニ於テ主任官ノ自由ナル意見ニ因リ破産財團中ヨリ破産者及ヒ其家族ノ生活ニ必要ナル費用即チ扶助料ヲ此等ノ者ニ給與スルコトヲ得セシメタリ(第一〇〇七條)

扶助料ノ給付ハ主任官ノ自由ナル意見ニ基クモノニシテ破產者及ヒ其家族ニ扶助料請求權アルノ法意ニ非ス隨テ破產者及ヒ家族等ハ權利トシテ之ヲ請求スルコトヲ得ナルヤ當然ナリ是故ニ商法第千七條ニ曰ク「破産主任官ハ云云扶助料ヲ與フルコトヲ得ト」佛蘭西商法ニ於テ扶助料ヲ給與ヲ拒絕シタル主任官ノ命令合ニ對シ不服申立ノ途ヲ認スルヨリシテ破產者ノ權利ナリト主張スル者多シ

然レドモ破產主任官ノ自由ナル意見ニ因リテ扶助料ヲ給付スヘキモノト認メラレタル以上ハ其命令ノ取消マテハ一ノ破產財團上ノ請求權トシテ裁判上又ハ裁判外ニ之ヲ主張スルコトヲ得シ特別ノ勞務ニ對シ報酬ヲ與フルハ當然ノ事理ナリ故ニ破產者管財人ノ求ニ因リ其執務ヲ補助シタル場合ニ於テ主任官ハ其自由ナル意見ヲ以テ破產者ニ報酬ヲ與フルコトヲ得「破產者ニ當然俸給ヲ與フルハ管財人ノ執務ヲ補助スル獎勵ノ爲ミニハ最モ適當ナリ」(第一〇一二條第二項報酬ノ付與モ亦扶助料ノ給與ト同シク主任官ノ自由ナル意見ニ基クモノニシテ破產者ノ權利ニ非ス故ニ商法第千十二條ニ「得ト云ヘル文字アリ然レドモ主任官ノ付與スヘキ命令アル以上ハ其取消アルニ至ルマテハ一ノ破產財團ノ請求權トシテ主張スルコトヲ得ヘシ但破產者カ管財人ニ對シ雇傭契約上ノ責任ヲ負ヒタル場合ニ於テ報酬ヲ要求スルコトハ一ノ權利ナルヤ疑ナシ

(二) 破產財團ノ換價 管財人ハ破產財團ニ屬スル財產ヲ破產財團ノ目的ヲ以テ各破產債権者ニ平等の満足ヲ得セシムルカ爲ミニ破產財團ニ屬スル總財產

(破産財團ヨリ別除セナル別除權ノ目的物ヲ包含ス)換價各ナルヘカラヌ(第三)
○一二條(破産ノ目的ヲ達スルカ爲メニ破産財團ノ換價ハ其目的ニ從セ
三種ニ別シコトヲ得(第一)管理費用ヲ得ルカ爲メニスルモノ(第二)損失ヲ避クル
カ爲メニスルモノ(第三)配當ノ爲メニスルモノ即チ是オタ
第一ノ換價ハ破産財團ノ管理上缺クヘカラナルノ費用ヲ得ルニ在ルヲ以テ其
必要ノ限度ヲ超エテ破産當事者ハ利益殊ニ協議契約ヨリ生ヌヘキ破産者ノ利
益ヲ害スヘカラス第二ノ換價ハ保全費用ヲ要スル物件者クム損敗スヘキ物件
ヲ急速ニ賣却シ破産當事者ノ受クヘキ損害ヲ防止スベニ已ムヲ得ナルノ方法
ナリ第三ノ換價ハ破産ノ最終ノ目的ヲ達スルニ必要カル方法ナリ附テ管財人
ハ總破産債權額ニ比シテ過大ニ失スル賣却ヲ避ケ破産者ノ利益ヲ害セナル
トニ注意セサルヘカラス而シテ破産終局ノ方法ヲ併協議契約成否未確定方
ル以上ハ破産手續ノ開始以後債權者第一集會ノ終了セテ又ハ協議契約ノ提供
アルトキハ其終局手續アルヲ乞(第一〇三八條總テノ利害關係人ニ對シテ有益
ナル此終局方法ヲ成立セシムルカ爲メニ管財人並破産財團ヲ換價スヘカラス

然ヒ此モ第一及ヒ第二ノ換價ハ缺クヘカラヌアルカ又ハ已ムヲ得ナル方法ナバ
夫以テ此制限外ニ任リ上謂才ハシ(第一〇〇五條)財團人爲メニスルモ即時ノ換
價(ハシヘキモ即時ノ換價)管財人(即時ノ換價)總合ニヘ附則詳
破産財團ノ換價トハ破産財團ニ屬スル目的物ヨリ金錢若クハ金錢的價額ヲ得
シノ行爲ナリ破産財團ニ屬スル目的物ヲ破産債權者ニ對シ其配當額請求權ノ
滿足ノ爲メニ又破産財團上ノ請求權者ニ對シ其請求權ノ満足ノ爲メニ交付代
物辨済シタルトキハ破産財團ヨリ金錢的價額ヲ得ルメ換價ナリト謂フコトヲ
得ヘシ破産財團ノ換價ニ關スル管財人ノ權限及ヒ其手續等ニ付キ左ニ之ヲ略
述スヘシ六
(A) 管財人ノ權限管財人ハ破産財團ヲ換價スルノ權限又有ス故ニ破産財團
ニ屬スル財產ヲ各別のニ又ハ一括のニ讓渡スコトヲ得(破産債權者團體ノ計算ニ於
商品ノ全體ヲ商店ト共ニ讓渡スカ如キハ一括的ノ讓渡ナリ)破産債權者團體ノ團體ノ
爲メニ破産者生活上ノ工夫ヲ利用スルコトヲ得(破産債權者團體ノ計算ニ於
ク破産者ノ營業ヲ續行シ或ハ破産財團ニ屬スル財團ヲ貸貸スルカ如キ類)又破

(B) 挿價ノ手續^{シテ}譲渡ニ依リ破産財產ヲ換價スルノ手續ハ各國立法例各異ナレリ獨逸^{ブリタニア}破産法第一一六條、第一一七條、第一二三條同新破産法第一二六條、第一二七條、第一三三條、第一三四條ニ於テハ從來行ハレタル執行手續ニ關スル規定^{シテ}破産手續ニ適用スルノ原則ヲ廢止シ管財人ヲジテ適當ト認メタル方法ニ依リ自由ニ換價スルコトヲ得セシメタリ故ニ相對賣買ヨリ執行手續ニ依ル換價ヲ適當ト認メタルトキハ後者ニ依ルコトヲ得是レ換價方法ヲ競賣ニ限定スルカ如キハ破産ヲ以テ單純ナム執行手續ト爲サヌシテ清算手續ト爲スノ思想ニ適セス且破産ノ目的ヲ達スルニ適當ナラストノ理由ニ基ケルナルヘシ然レトモ利害關係人ノ利益保護ノ爲メニ特定ノ場合ニハ債權者集會若クハ債權者委員會ノ協賛ヲ必要ト爲シタリ例へハ債權調查期間終了前ニ動產ヲ換價スルキハ債權者委員會ノ同意ヲ必要トシ不動產ヲ相對賣却スル

ニハ債權者委員會若クハ之ヲ競賣トキハ債權者集會ノ同意ヲ必要ト爲ズカ如シ金三百マルク以上ノ價額ヲ有スル債權ヲ交換、代物辨済等ノ如キ通常取引所ニ行ハルル換價方法ニ依ラスシテ換價スルニハ債權者委員會アム場合ニ於テ之カ同意ヲ必要ト爲シタリ佛蘭西佛蘭西商法第五三四條、第五七二條、第五七三條ニ於テハ動產ハ破產主任官ノ監督ノ下ニ於テ管財人が自己ノ自由意見ヲ以テ或ハ競賣ノ方法ニ依リ或ハ相對賣買ニ依リ換價スルコトヲ得破產終局方法確定以前ノ動產ノ換價ハ例外トシテ已ムコトヲ得アルゼノナレハ破產主任官ノ認可ヲ受ケ破產者ノ意見ヲ聽キタル後ニ非スンハ賣却スルコトヲ得ス不動產ハ破產主任官ノ認可ノ下ニ於テ管財人カ特定期間内ニ未成年者ノ所有財產ヲ賣却スルト同一ノ形式ニ於ケル競賣ニ依リ賣却シ且破產裁判所ノ認可ヲ受ケナルベカラス債權其他ノ財產權ニ付キ有期限條件附係争債務者無資力等ノ事情アルカ爲メニ取立困難ナルトキハ破產債權者團體ガ破產裁判所フジテ破產者ノ意見ヲ聽キ適當ナル譲渡ヲ認可セシメ管財人ヲシテ之ニ必要ナル行爲ヲ爲シム英吉利^{イギリス}破產法第五六條ニ於テハ管財人カ破產者ノ總財產ノ

全部又ハ一部ヲ支拂期ニ達シタルト否トニ拘ハラス公賣ニテ或ハ相對賣却ニ
ノ換價スルコトヲ得我商法ハ公平ヲ期シテ可成の高價ニ賣却スルノ目的ヲ以
テ原則トシ換價ノ手續ヲ民事訴訟法上ノ手續ニ依レル競賣ト定メタリ民事訴
訟法第五七二條以下第六四〇條以下故ニ動產ニ關シテハ執達吏又不動產ニ關
シテハ其所在地管轄區裁判所カ競賣ノ機關トシテ之ヲ實施ス第一〇一八條但
法文不明カルヲ以テ管財人自身カ執行機關トシテ競賣ニ從事ストノ說アリ而
シテ不動產ニ關シテハ法律カ之ヲ重要視シテ管財人カ競賣機關タル區裁判所ニ
申請スル以前ニ於テ主任官ノ認可ヲ受タルヲ必要ト爲セリ相對賣却ハ競賣
リ手數ヲ省略シ費用ヲ節略スルニ適當ナベ換價方法ナルヲ以テ例外トシテ動
產ニ限り相對賣却ヲ許セリ然レトモ主任官ノ認可ヲ受タルヲ必要トス是レ相
對賣却ノ競賣ヨリ適當ナルヤ否ヤ主任官ニ判断セシムルカ爲メナリ有期ノ
債權其他ノ財產權ノ換價ニ關シテハ法律上別ニ明文ナキヲ以テ民事訴訟法第
六百二十條第六百二十五條ヲ準用シテ換價スヘキモノト信ス(第一〇一八條第
二項立法論トシテハ破産入目的ハ各破産債権者ニ最セ節約的配當ヲ得セシム)

ルニ在ルヲ以テ英吉利獨逸ニ於カルカ如ク換價ノ方法ヲ管財人ノ自由意見ニ
一任スルヲ正當ト認ム形式ニ適セオル換價即チ主任官ノ認可ヲ受クヘキニ之
ヲ受ケサリシ讓渡ハ無効ナリ何トナレハ該ハ管財人ノ權限外ニ涉ルモノナレ
ハナリ唯善意ノ財產取得者ハ占有ノ效力トシテ權利ヲ取得スルニ過キス(民法
第一九二條故ニ換價ハ有效ニシテ唯管財人カ責任ヲ負フニ止マルト云フ論旨
ハ失當ナリ競賣手續其モノニ反スル換價ノ效力ノ有無ハ民事訴訟ノ法理ニ從
ヒテ之ヲ定ム

(C) 財團收入金之供託ノ債權ノ取立財團ノ讓渡等ニ因リテ生シタル財團ニ收
入スヘキ性質アル金錢ヲ供託スルコトハ各國立法例ノ殆ド一致シタル原則ナ
リ我商法(第一〇二〇條)モ亦管財人カ此種ノ金錢ヲ供託所ニ供託シテ主任官ノ
支拂命令アルニ非サレハ支出スルヲ得ナルモノト規定セリ蓋シ徒ニ現金ヲ管
財人ノ手ニ存セシムルハ唯リ不生產利利息ヲ生セサルヲ以テ行爲タルノミナ
ラス管財人ノ消費其他紛失等ノ危險ヲ防止スルカ爲メニ供託所ニ供託シ又ハ
濫費ヲ避タルカ爲メニ主任官ノ支拂命令ニ依ルニ非サレハ支出スルコトヲ得

セシメサルノ法意ナリト信ス但破産手續ノ進行ニ通常必要ナル支出額ヲ管財人ノ手ニ存セシメ以テ供託手續ノ煩雜ヲ避ケシメ若クハ管財人ニ於テ故ナク供託ヲ遲延シタルトキハ供託ニ因リフ生スヘキ利息ヲ支拂ハサルヘカラサルノミナラス不誠實ノ管財人トシテ解職セラルコトアリ商法施行條例第四二條商法施行法第一四七條破産財團中ニ現存シタル金錢モ亦同一理由ニ因リ供託セサルベカラス

(三) 破産財團ノ管理及ヒ換價ニ關スル破産主任官及ヒ破産裁判所ノ干與及貸金ノ取立時效ノ中斷登記ノ記入等ノ如キ財團ノ保存行為ハ破産財團ヲ利スルコトアルモ之ヲ損スルコトナキヲ以テ管財人ハ單獨ニ爲スコトヲ得然レトモ

關係人ノ利害ニ重大ノ關係アル處分行爲ハ管財人カ單獨ニ爲スコトヲ得ス破產裁判所ノ決定若クハ破産主任官ノ認可ヲ必要トス是レ利害關係人ノ利益ヲ擔保スルノ法意ニ基ケリ左ニ之ヲ分説スヘシ

(A) 破産者ノ營業ノ續行ハ破産宣告ノ當時マテニ於テ破産者ノ爲シ來リタル營業ヲ突然廢止スルハ顧客ヲ散失セシメ大ニ破産債権者及ヒ破産者ノ利益ヲ

害ス總破産債権ヲ完済スルニ十分ナル破産財團アルニ拘ハラス破産者ノ營業ヲ廢止シ破産者ニ不利益ヲ被ラシムルハ失當ナルノミナラス總破産債権者ニ對シ何等ノ利益スル所ナシ又協諾契約ノ豫期セラルニモ拘ハラス猶ホ營業ヲ廢止セハ爾後協諾契約ノ成立スルニ至ルニ破産當事者ニ對シテ何等ノ實益ナカルヘシ殊ニ營業ヲ廢止ハ總破産債権者ノ共同擔保タル財團ヲ損スルモノト謂フヘシ是ヲ以テ法律ハ破産裁判所シテ主任官ノ申立ニ因リ管財人ノ意見ヲ聽キ其當否ヲ判断シ決定ヲ以テ營業ノ續行ヲ許スコトヲ得セシメタリ管財人ハ營業續行ノ許可アリタル場合ニ於テハ既ニ著手セラレタル營業行為ヲ完成スルノミナラス新ニ營業行為ヲ爲スコトヲ得ヘシ殊ニ特別ノ認可ヲ要セシテ商品ヲ買入レ或ハ之ヲ販賣スルコトヲ得但營業續行ト雖ニ財團ノ換價ノ爲メニスルモノナルヲ以テ管財人ハ之ニ必要ナル行為ニ非シテツカバナルヤ明カラツ管財人カ營業續行ヲ許可サキニ之ヲ續行シタレトキ其營業行為ハ無效ナリ何トナレハ該ハ管財人ノ權限外ノ行為ナレハナリ而シテ之カ爲メニ生シタル損害ニ付キ管財人ハ破産債権者團體各破産債権者及ヒ

破産者ニ對シテ賠償ノ責任ヲ負フ管財人ヘ當初賃給各項費用並其勞務賃又ヨリタルヲ以テ急速ニ賣却スルヲ利益ト認メタルトキ例ヘ書籍ノ流行漸次ニ衰フルニ至リ要スル物件ナルヲ以テ急速ニ營業外ニ賣却スルヲ利益ト認メ主任官ノ認可ヲ受ケタルトキハ營業外ニ於テ賣却スルコトヲ得蓋シ營業外ノ賣却ハ關係人ノ利害ニ關係スルヲ以テナリ第一〇一七條

(B) 商法第千十九條ニ規定シタル行爲ハ管財人ハ破産者ノ意見ヲ聽き且破產主任官ノ認可シタル後ニ非ナレハ左ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ス

第一々訴訟ヲ爲スコト訴訟ヲ爲ストハ管財人カ破産財團ニ關スル訴訟ヲ提起スルヲ謂フ破産債權ニ關スル訴訟ハ商法第千二十六條以下ノ規定ニ依ルヘキモノナルヲ以テ茲ニ所謂訴訟中ニ包含セス(商法第千十九條第一號カ第五章附則ノ管理及ヒ換價ノ表題ノ下ニ在ルヲ以テ其意見ヲ解スルヲ得ヘシ訴訟ハ法文上何等ノ區別ナキヲ以テ本訴反訴及ヒ督促手續ヲ指示スヘシト謂フヘシ

既ニ繼續シタル訴訟ハ訴ノ提起ニ非サルヲ以テ主任官ノ認可ヲ要セス
 第二和解契約又ハ仲裁契約ヲ取締フコト 仲裁契約ハ當事者カ其間ニ成立シタル訴訟事件二名又ハ數名ノ仲裁人タルハ私人ニ判斷セシムルノ合意ニシテ(民事訴訟法第七八六條和解契約トハ當事者相互ノ讓歩ヲ以テ或權利ノ不確定若クハ其履行ノ不確實ヲ除去スルコトヲ目的トスル契約ナリ而シテ其種類ニハ裁判上ト裁判外トノ別アルハ既ニ諸君ノ知ラル所ナリ(民法第六九五條民事訴訟法第三八一條)
 第三 質物ヲ受戻スコト 質物ノ受戻トハ別除請求権ノ目的物ノ受戻ニシテ民法上質權ノ目的物ノ受戻ト解スルハ狹キニ失ス質物ノ受戻ニハ其前提トシテ別除請求権ノ承認即ち破産財團ヲ減少スルノ原因アルヲ以テナリ
 第四 債權ヲ轉付スルコト 債權ノ轉付トハ債權ノ取立ニ非ス讓渡交換代物辨済相殺等ノ如キ通常ナル債權ノ換價ト異ナル換價方法ヲ謂フ
 第五 相續又ハ遺贈ヲ拒絶スルコト 漫ニ相續又ハ遺贈ヲ拒絶スルハ破産財團ノ增加ヲ告スルヲ以テ管財人ノ單純ナル職權ニ屬セス

第六 消費借ヲ爲スコト

不動産ヲ買入ナルコト、即チ管財人ガ破産財團ヨリ不動産ノ取得ニ對

スル反對給付ヲ供シ又ハ供スル旨ノ約ヲ爲スコトヲ得ス

第八 権利ヲ抛弃スルコト

總テ財團ニ新ナル義務ヲ負バシムルコト無即チ破産財團ニ屬スル財產ヲ擔保ノ目的物トシ債務者ノ變更ニ因レル更改ヲ爲シ破産債權者團體ヲ債務者ト爲ス更改質借ヲ爲スカ如キ行爲ハ主任官ノ認可ヲ要ス別除請求權、別離請求權及ヒ破産財團上ノ請求權ノ認諾ハ法律上明文ヲ缺クモ破産財團ノ減少ヲ來スヲ以テ主任官ノ認可ヲ要スモノナルヘシ勸産ノ相對賣却及ヒ營業續行ノ場合ニ於テハ營業外ニ破産財團ニ屬スル物件ノ賣却ニ關シテハ主任官ノ認可ヲ要スルコト前ニ述ヘタル所ナリ管財人カ此等ノ法則ニ反シ主任官ノ認可ヲ得ズシテ爲シタル行爲ハ権限外ニ涉ルヲ以テ無効ナリ(民法第一一〇條猶適ノ破産法ニ於テハ斯ル行爲ハ債權者集會若クハ債權者委員會ノ同意ヲ得ルヲ要スト規定シ且此規定ハ破産債權者團體ト管財人トノ間ニ行ハレ管財人ト第

三者トノ間ニ行ハレタル權利行爲ノ效力ニ影響ヲ及ボスモノニ非サルヲ以テ管財人カ債權者集會若クハ債權者委員會ノ同意ヲ得スシテ爲シタル行爲ハ其相手方タル第三者ニ對シテ有效ナリ唯管財人カ債務違反トシテ之カ爲メニ生シタル損害ヲ破産債權者團體ニ對シテ賠償スベキノミ隨カ管財人ハ先ニ示シタルカ如キ行爲ヲ爲スニ際シ債權者集會若クハ債權者委員會ノ同意アリタル事旨ヲ立證スルヲ要セニス又行爲ノ有効ナル相手方タル第三者ノ善意タムコトヲ要セナレハナリ獨逸ノ破産立法例ハ取引ノ安全ヲ保フニ有益ナルヲ以テ立法上正當ト信ス

第三節 破産手續ノ終局
一、常識文ハセキ金錢債權ニ付スヘテ管財人トノ間ニ破産手續ノ終局ノ時
破産手續ノ終局ハ金錢債權ニ付ノ強制執行ノ終局ト相似タリ是レ破産手續ハ金錢債權ニ關スル一般的強制執行ナルヲ以テナリ金錢債權ニ付ノ強制執行ハ債務者ノ財產ヲ差押ヘ之ヲ競賣シ其實得金ヲ以テ差押債權者ノ爲メニ其債權ノ全部若クハ一部ノ滿足ニ供スルコトニ因リテ終局スルト同シク破産の

強制執行ハ破産債權者ノ爲メニ差押ヘタル破産財團ノ管理及ヒ換價ニ因リテ得タル金額ヲ破産手續ニ參加シタル債權者ノ爲メニ其債權ノ順位若クハ平等ノ割合順位ナルトキハニ應シテ満足ノ用ニ供スルコトニ因リテ終局ス蓋シ破産財團ノ管理及ヒ換價ニ因リテ得タル金額ヲ破産手續ニ從ヒテ破産債權者ニ配當スルハ破産手續ノ目的ナルヲ以テ該目的ヲ達スルニ因リ破産手續ノ終了スルハ當然ナレハナリ金錢債權ニ付テノ強制執行ニ於テ差押債權者カ債務者ト和解シテ其差押ニ因リテ得タル權利ヲ拋棄シ以テ強制執行ヲ中途ニテ止ムルコトヲ得ルト同シテ破産的強制執行ニ於テ破産債權者團體カ破産者ト和解シ其破產的差押ニ因リテ得タル權利ヲ拋棄シ以テ破産的執行ヲ中途ニテ止ムルコトヲ得ヘン斯ル終了ノ方法ヲ協議契約ト曰フ金錢債權ニ付テノ強制執行ニ於テ差押物ヲ換價スルモ強制執行ノ費用ヲ償ヒテ剩餘ヲ得ルノ見込达ナキトキハ強制執行ヲ爲サナルト同シク(民事訴訟法第五六五條第六五六條)

破產的強制執行ニ於テ破産手續費用ヲ償フニ足ルノ破産財團カ存在セザルトキハ破産手續ノ進行ヲ妨ク即チ之ヲ停止ス其他金錢債權ニ付テノ強制執行ノ

進行ヲ爲サナルト同シク破產的強制執行ニ於テ破産債權者ノ各自ヲ承諾ヲ得タル破產者ノ破産手續ノ停止ヲ求ムル旨ノ申立ニ因リテ破産手續ヲ停止スルヲ當然トス獨逸破產法ハ破產手續ノ終局方法トシテ此四者ヲ認ヌ我商法ハ前者ヲ認メ又佛蘭西商法ハ後者ヲ認メツリシ左ニ之ヲ分説スヘシ若夫申立及

第一款 破産手續ノ停止

學理上破産手續ノ停止ニ破産手續費用ノ不足ニ基クモノト破産債權者ノ同意ニ基クモノトノ二者アリ前者ハ我破產法ノ認ムル所ニシテ後者ハ我破產法ノ認メナルコトハ前述シタル所ナリ又破產手續ノ停止トハ其手續ノ進行ヲ妨タルモノニシテ手續其モノ終丁ニアラス故ニ猶義ノ破產手續ノ終局ノ外ニ在ルヤ言ヲ俟タス破產手續費用ヲ不足ニ基ク停止ハ破產手續ヲ償フニ足ル破產財團ノ存セサルカ爲ミニ破產手續ノ進行ヲ止メ且ツ破產債權者ノ爲メニ其之ニ對スル各別的執行禁止ノ效力ヲ止息セシムアル裁判所ノ命令ニ外ナラス而シテ該制度ハ大同小異ノ規定ニ於テ各國ノ立法カ認ヌタル所ナリ佛蘭西商法第

五二七條、第五二八條、白耳義商法第五三六條、伊太利商法第八一七條、獨逸破産法第二〇四條乃至第二〇六條、坎太利破産法第一五四條、第六六條等、此等を又別に
 (A) 要件
 破産手續費用ノ不足ニ基ク破産手續ノ停止ハ該用語自體ニ於テ言頭ベナルルカ
 如ク實體的要件トシテ破産手續費用ヲ償フニ足ル破産財團ノ存セナルコトア
 要スル場合ニ於テハ破産債権ヲ以テ破産債権者ニ満足ヲ得セシムル破産ノ
 目的ヲ事實上達スルコト能ハナルヲ以テ破産手續ヲ進行スルコトハ徒ニ金
 錢ヲ費シ手數ヲ煩ハスニ過ギナルノミニラス費用ノ支途ナキヲ以テ該手續ヲ
 進行スルコトヲ得サレハナリ是ヲ以テ獨逸破産法第一〇七條第一項第二〇四
 條第一項坎太利破産法第一五四條、第六六條ニ於テハ裁判所ヲシテ破産者ノ財
 產カ破産手續費用ヲ償フニ足ラスト認ヌタル場合ニ於テ破産宣告ノ申立ヲ却
 下シ又ハ既ニ開始シタル破産手續ノ進行ヲ停止セシメタリ(佛蘭西ニ於テハ千
 八百七年ノ商法ニ於テ破産手續費用ヲ償フニ足ルベキ財團ノ存セナル場合ニ
 處スヘキ規定ナカタシヨリ事實上斯ル場合ノ發生シタルトキニ於テハ已ム

得ス破産手續ヲ停止スルコトト爲リ隨ナ一面ニ於テハ管財人ハ破産手續ニ從
 事セナルヲ以テ債務者カ被凍者ニアラナルモノノ如クニ行動シ他ノ一面ニ於
 テハ破産宣告カ存スルヲ以テ各別的執行行爲ヲ禁止セラレタル各破産債権者
 ハ破産宣告後財產ヲ取得スルコトアフルセ之ヲ差押フルコト能ハナルノ結果
 ヲ來シ破産者ハ概ニ破産宣告以前ニ於テ破産手續費用ヲ償フニ足ラナル財產
 ノミヲ有スルコトニ著眼シ各債権者ノ訴追ヲ免レントスルノ現象ヲ呈シタル
 ヲ以テ現行商法タル千八百三十八年ノ法律ハ破産手續費用ヲ償フニ足ラサル
 破産財團ノ存スル場合ニ於ケル停止ヲ規定シタリ佛蘭西商法第五二七條第五
 二八條、白耳義商法第五三六條、伊太利商法第八一七條而シテ同法ニ於テハ破產
 者ニ對シ汚辱ノ表形ヲ被ラシメ以テ之カ洗滌ヲ勉メシムルト被産債権者ノ利
 益ヲ將來ニ保護シ各別的執行ニ於ケル利己行動ヲ妨クル目的ヲ以テ總合翌日
 ニ至リ破産手續ヲ進行ヲ停止スルコトアフルモ必ス破産ノ宣告ヲ爲シ國家カ之
 カ爲メニ必要ナル費用ヲ立替フルニ似タリ佛蘭西商法第四六一條)

我商法ハ佛蘭西法系ニ則リ債務者ノ無資力ノ爲メニ却テ破産宣告ノ效力ヲ免

ルルノ奇觀ヲ避クルカ爲ミニ破産ノ宣告及ヒ其公告手續ハ之ヲ實施シ第九八二條前條ノ手續ヲ除ク外其他ノ破産手續ハ停止スルヲ以テ破産者ノ財產カ破産手續ノ費用ヲ償フニ足ラナル場合ニ於ケル關係ヲ明示シタリ(第九八二條第一項上段)破産ノ宣告及ヒ其手續費用ハ債權者ノ豫納シタル破産手續費用額ヲ以テ之ニ充テ又ハ國庫カ假ニ之ヲ支辨スヘキモノナルコトハ商法施行法第百三十九條、第百四十條ノ明文上疑ナシ故ニ苟モ破産者ノ財產カ破産手續ノ費用ヲ償フニ足ル以上ハ經合破産財團ト破産債權トノ間ニ大ナル懸隔アルヤ又ハ破産財團ノ換價カ困難ナルトキニ破産手續ノ進行ヲ停止セス破産者ノ財產カ破産財團トシテ破産手續費用ヲ償フニ足リ破産債權ニ充ツル場合ニ於テ亦然リ(第九八二條第一項)破産手續ノ費用ヲ償フニ足ラナルトキニ立法論トシテハ破産ハ一ノ強制執行ナルヲ以テ民事訴訟法第五百六十四條第三項、第六百五十六條ノ法意ニ於ケルカ如ク停止スト爲スヲ正當ト信ス但シ破産者ノ財產カ破産手續費用ヲ償フニ足ラナル場合ニ於テ破産手續費用ノ擔保又ハ其他供記アリタルトキニ費用ノ支途アルヲ以テ破産裁判所カ破産手續ヲ執行スル

コトヲ得ヘシ獨逸破産法ハ明文ナキモ斯ル場合ニ於テ破産手續ノ爲不爲ヲ裁判官ノ自由ナル意見ニ任シタリトノ學說アリ佛蘭西商法第五百二十八條ニ於テハ破産其他ノ利害關係人カ破産手續費用ヲ償フニ足ル金錢ヲ管財人ニ寄託シタルトキハ破産手續ノ執行ヲ爲スヘキモノノ如シ「實體的要件」大體要件破産手續費用ヲ不足ニ基ク破産手續ノ停止ハ形式的要件トシテ破産裁判所ノ決定アルコトヲ要ス我商法ニ於テハ停止ノ形式ニ關シ特ニ明文ナシト雖モ破産裁判所カ職權ヲ以テ又ハ管財人、各利害關係人等ニ申立ニ因リ決定ノ形式ヲ以テ破産手續ノ停止ヲ命シ且ツ該決定ニ對シテハ各利害關係人並ニ破産債權者管財人及ヒ破産者ヨリ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキコトハ破産ノ一ノ強制執行タル性質ヨリ推測シテ明瞭ナリト謂フヘシ(民事訴訟法第五四三條第三項第五五八條草用)商法ニ明文ナキヲ以テ抗告ヲ許ナストノ反對論アリ破産手續ノ停止ヲ命シタル決定ハ總テノ利害關係人ニ破産手續ヲ進行セサルコトア、又各債權者ニ各別的執行ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ認識セシムルカ爲ミニ公告スルコトヲ要ス(第九八二條第一項下段)而シテ破産裁判所ハ裁判以前ニ於テ破産財

團カ破産手續費用ヲ償フニ足ル否セア鑑定セシムルコードヲ得ルヤ當然ナリ」
獨逸破産法ニ於テ「破産裁判所カ破産手續費用ヲ償スニ足ルヘキ破産財團カ
存セタルモノト認メタルトキハ必ス職權又以テ破産手續停止ノ決定ヲ爲スコ
トヲ要シ破産債權者管財人破產者即チ各利害關係人ヘ破産裁判所ニ對シ破產
手續費用ヲ償フニ足ルヘキ破産財團ノ存セサル旨ヲ注意スルコトヲ得ルニ止
マリ之ニ基キテ破産手續ノ停止決定ヲ申立ソル權利ヲ認メラレサリシ該決定
ハ破産手續ノ終局スルノ效力ヲ有ズルヨテ破産手續ノ終局決定ト同シク之
ヲ公告シ又各破産債權者破產者及ヒ管財人ハ破産債權者團體ノ機關トシテ該
決定ニ對シ其公告ノ日ヨリ二週間内ニ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ゾキフヘリド氏
ハ破産債權者團體ハ其資格ニ於テ破産手續ノ續行ヲ申立ツル權利ナキヲ以テ
管財人カ即時抗告ヲ爲スコトヲ得シトモ通説ニアラス破產者ハ
破產宣告ヲ求ムル申立權又有ズルアリテ停止決定ニ對シ即時抗告ヲ爲スコト
ヲ得ルハ當然ナリ佛蘭西商法第五二七條ニ於テ「破産裁判所タム商事裁判所
カ主任官ノ意見ヲ聽キ判決ノ形式ヲ以テ利害關係人殊ニ債權者管財人ノ申立

三 因ヲ又ハ職權ニテ破産手續ヲ停止スルモノナリ（形式的要件）

(B) 效力
效力計容又否及實質上無事務等之種類又其執行方法又或其書面
獨逸破産法ニ於テハ實體上ノ效果ヲ生セナルニ手續ヲ實行スルハ訴訟法上ノ
許ナナル所ナリトノ觀念ニ基キテ破産手續ノ停止決定ヲ以テ破産的差押權ノ
廢止トシ該決定公告ノ效力ヲ生シタル時ヨリシテ破產者ハ破産財團ニ對スル
自由處分權ヲ回復シ各破産債權者ハ各別ニ自己ノ權利ノ實行ヲ爲スコトヲ得
而シテ破産手續停止以前ニ調査期日ニ於テ債權表ニ確定セラレタルモノトシ
ヲ記入セラレタル破産債權ニ關シテハ之ヲ破產者カ同期日ニ於テ争ハサリシ
場合ニ限リ該記入カ破產者ニ對シ執行名義シテ效力ヲ有ス我商法ハ佛蘭西
商法第五二七條ト同シテ破産手續ノ停止ニ破産手續其モノヲ終局セシムル效
力ヲ認メシシテ單ニ破産手續ノ續行ヲ止ムルノ效力ヲ認メタリ故ニ破產者ニ
對スル破產宣告ノ效力ハ有效ニ存在シ破產者ニ爲シタル支拂其他ノ權利關係
ハ當然無効ニシテ管財人カ有效ニ支拂フ受ケ又破產債權者團體ノ損害ニ於テ
爲サレタル破產者ノ行爲ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得（第九八五條第一〇〇

六條第九九〇條第九九一條等破産債權者ニ對タル破産宣告ノ效力亦然リ唯例外トシテ各破産債權者カ破産手續ノ停止中各別ノ行爲ヲ爲スコトヲ得第九八二條第三項佛蘭西商法第五二七條第二項是レ蓋シ破産債權者ハ通常其數甚多く且ツ利害關係多キヲ以テ管財人ヨリ破産者ニ對スル注意ヨリ其程度一層深キカ故ニ特ニ各別行動ヲ許シ成ルヘタ其權利ヲ完ウスルコトヲ得セシムノ目的ニ基ケリ而シテ破産債權者カ各別行動ノ結果トシテ訴訟行為ヲ爲スノ必要ヲ生シタルトキハ道ハ財產ノ假差押ヲ爲シ又ハ判決ヲ受ケ強制執行ヲ爲サントスル場合ニ起ルヘシ但シ此場合ニ於テハ破産者ノ財產タルニ疑ナキトキハ訴訟ニ至ラスシテ破産手續ノ再施ヲ爲スニ至ルヘシ商法第千四十九條ニ規定シタル效力トシテ破産者其者ヲ相手方ト爲スヘク第一〇四九條ニ債務者ニ對シテ管財人ヲ相手方ト爲スヘキモノニアラス何トナレハ若シシ然ラス各破産債權者ニ各別ニ行動スルノ權利ヲ認メタル法意ニ反スルヲ以テナリ各破産債權者ノ各別的行爲ニ基キ取得シタル財產ハ其債權者ニ專屬スルヤ否キニ付キ學者ノ見解ニ般レタル第一派ハ返還ノ義務アルハ元來辨済ノ達

法ナルカ爲メナリ法律ノ許シタル行爲ニ因リテ得タル財產ニ付キ尙ホ返還義務ヲ負フト云フハ解スヘカラツルノ觀念ナリ故ニ此場合ニ於テハ債權者ニ返還ノ義務ナシト云ヒ第二派ハ破産手續ノ停止中ト雖モ破産者ハ尙ホ財產の處分無能力者タリ故ニ債權者一箇人ニ對シ爲シタル支拂ハ財團ニ對シ當然無效タリ故ニ財團ニ返還スヘキヲ當然トス債權者ニ各別的行爲ヲ許シタルハ債權者ニ自己ノ利益ヲ得セシムルカ爲メニアラス破産手續開始以後破産者カ取得シタル財產ヲ保存シ破産手續ヲ再施セシムルカ爲メナリ故ニ破産手續再施ノ場合ニハ債權者ハ其取得ノ財產ヲ財團ニ返還セサバ不得ス但シ之カ爲メニ要シタル費用ハ破産債權ヨリ先ニ支拂ベルヘキヤ當然ナリ第一〇三一條ト云ヘリ予輩ハ理論上後説ヲ正當ト信ス

(C)終了

破産手續ノ開始ヲ爲ス我商法ニ於テハ破産者カ破産宣告以後破産手續費用ヲ償フニ足ルヘキ財產ヲ取得セサル以上ハ破産手續ノ停止ヤ永久ニ繼續シ

破産者ノ死亡ニ因リ停止ニ終局ヲ來スコトナシ蓋シ破産者ノ死亡ニ因リ財産取得ノ時機ノ到來スルコトナケレハナリ之ニ反シテ破産者カ財産ヲ取得シタルトキハ手續停止ノ要件ヲ缺クニ至ルヲ以テ職權ニテ又ハ各利害關係人ノ申立ニ因リ決定ヲ以テ停止シタル破産手續ノ再施ヲ命スルト同時ニ破産手續停止ノ終局ヲ告ク破産手續費用ヲ償フニ足ルヘキ破産者ノ財產カ存在スルコト顯著ナル場合ヲ除ク外各利害關係人カ之ヲ證明セナルヘカラス是れ手續再施ノ經忽ニ失シ無益ノ費用ヲ生スルノ弊害ヲ防止スルノ法意ナリ破産手續ノ再施ハ停止シタル破産手續ノ續行ニシテ消滅シタル破産手續ヲ再ヒ開始スルモノニアラス故ニ破産手續其モノヲ終局セシムル協議契約ノ取消以後ニ於ケル破産手續ノ再施ト異ニシテ破産手續ノ停止中破産者ノ爲シタル行為ヲ有効視スルコトヲ得サルナリ手續ハ之ヲ成ルヘタ迅速ニ終局セシムルカ爲メニ即時ニ再施スヘタ又手續再施決定ハ法律上明文ナキモ各利害關係人ニ知ラシムルカ爲メニ公告ヲ爲スヘキモノト信ス(第九八二條第二項佛蘭西商法第528條)

第二款 協 議 契 約

協議契約ナル制度ハ其源ヲ羅馬法ニ發ス。エスチニヤエ帝ノ法律ニ於テハ近世ノ協議契約ニ類似スル二ノ制度アリタリ其第一ハ模範的時代ニ於テ既ニ認メヨレタル制度ニシテ債務カ資產ヲ超過スル相續ヲ爲スヘキ相續人カ其相繼承認以前ニ相續債權者ト約定シテ相續債務ノ一部分ノ免除ヲ得ルモノタリ裁判所ハ相續人ノ申立ニ因リ相續債權者ヲ招集シ相續人ト免除ニ付キ協議セシム招集ニ應シテ出頭シタル相續債權者カ免除額ニ付キ一致シタルトキハ相續人ハ特ニ何等ノ手續ヲ盡スコトヲ要セシテ相續債務ノ一部分ヲ免除セラル之ニ反シテ出頭シタル相續債權者カ免除額ニ付キ一致セサルトキハ債權者ノ多數ノ意見ヲ標準トシテ裁判ヲ爲ス其多數ノ計算ハ債權額ニ又時トシテ頭數ニ依リテ之ヲ定ム而シテ債權者ノ可否ノ意見同數ナルトキハ免除ヲ成立セシムルノ裁判ヲ爲ス斯ル方法即チ出頭シタル債權者ノ一致若クハ裁判所ノ裁判ニ依リテ成立シタル免除ハ集會ニ出頭セサル相續債權者ヲ福束シ又斯ル方法ニ

テ免除ヲ得タル後ニ於テ相續フ承認シタル相續人ハ債權全額ノ支拂ヲ請求シタル相續債權者ニ對シ契約抗辯又ハ詐害抗辯ヲ以テ對抗スルコトヲ得タリ其第二ハ前者ニ比シ其發達カ後レタル制度ニシテ債權者カ裁判所ノ共力ノ下ニ於テ行フ財產公賣ヲ避クルカ爲メニ債務者ニ許可シタル延期タリ裁判所ヘ債權者ノ多數カ延期ヲ欲シタルトキハ債務者ニ五箇年ノ延期ヲ許可シ以テ即時ノ財產公賣ヲ避ケシム債權者ノ多數ハ債權額又ヘ頭數ニ應シテ計算シ可否同數ナルトキハ延期ヲ成立セシムル旨ノ裁判ヲ爲ス此延期ハ時效ヲ中斷ス此第一制度カ法律ノ發達上大タル勢力ヲ有シ羅馬註釋派ノ時代ニ於テ失踪シタル債務超過ノ生存者ニ適用アルヤノ問題ヲ生シ羅馬註釋派及ヒ羅馬後註釋派ノ舊學者ハ消極的ニ論結シタリ然レトモ實際上便宜ナルヲ以テ失踪シタル債務超過ノ生存者ニ適用スルノ慣行ヲ生シ羅馬後註釋派ノ新學者ノ是認シ且ソ伊太利ノ市法律ニ於テ該慣行ヲ認メタリ此羅馬法及ヒ伊太利法ノ化合的制度カ歐洲諸國ノ認ムル所ナリ第十七世紀ニ至リテ獨逸ニ於テ普通法ノ學說トシテ貧窮ナル債務者ノ地位ヲ同復セシムルカ爲メニ相續債務カ超過シタル相續債務ニ其適用ヲ限定シタル羅馬法ノ制度ヲ適用フ他ノ債務超過ノ場合ニ擴張スルヲ正當トストノ思想ヲ生シ裁判所ノ慣習ト爲リ一般ノ承認ニ因サテ獨逸ノ普通慣行法ト爲リタリ是ヲ以テ普漏西破産法字七百九十三年及ヒ現行獨逸破産法ハ裁判所ノ認可ヲ下ニ於テ債權者ノ多數ヲ以テ締結スル延期又ハ免除ニ關スル契約ヲ認メ又佛蘭西ニ於テハ一千六百七十三年ノ勅令ヲ以テ始メテ法律上債權者ノ三分ノ二以上ノ多數ヲ以テ締結スル延期若クハ免除ニ關スル契約ヲ是認シ現行法ニ於テ該制度ヲ維持シタリ(沿革)破産手續中破産財團ニ屬スル財產ニ付キ處分能力ヲ有セスル能力ノ喪失ハ成ルヘク短期ニテ終了スルコトヲ社會政策ノ觀念上希望スル所トス協議契約ハ配當ニ依ラシシテ破産手續ヲ終了セシムル契約ナルヲ以テ斯ル希望ニ伴フモノト謂フヘシ破産手續カ配當ニ依リ終了シタル場合ニ於テハ爾後債權者ハ其債權ノ未済部分ニ付キ何時ニテモ破産者ノ取得シタル財產ニ對シ執行ヲ爲スコトヲ得斯ル債權者ノ權利ハ破産者ヲシテ爾後其經濟上ノ位地ヲ回復スルニ困難ナラシム協議契約ハ配當ニ依ラシシ

ヲ破産手續ヲ終了セシムル契約ナルヲ以テ債權者ハ斯ル執行權ヲ有セス隨テ
破産者ヲシテ其經濟上ノ地位ノ回復ヲ容易ナラシム配當ハ時間ト費用トヲ要
シ又破産財團カ適當ニ換價セラレサルノ事情アリ協議契約ハ破産者ノ親族朋
友等カ該契約ノ履行ヲ擔保スルノ事情アリ故ニ債權者ハ其債權ニ付キ配當ヨ
リモ協議契約ニ於テ多額ノ満足ヲ享有スルコトヲ得ヘシ協議契約ハ此ノ如ク
社會政策ニ適シ破産者及ヒ破産債權者ニ利益アル制度タリ是レ文明諸國カ其
破産法ニ於テ協議契約ヲ是認シタル所以ナリ協議契約ニ關スル立法上ノ利益』
我破産法及ヒ獨逸破産法ニ於ケル協議契約ハ破産手續以後ニ於テ配當ニ依ラ
シテ破産手續ヲ終了セシムルコトヲ目的トスル契約タリ破産手續開始以前
ニ於テ破産手續ノ開始ヲ避タルコトヲ目的トスル契約ハ特ニ之ヲ支拂猶豫ト
シテ規定シタリ瑞西破産法第二九三條以下自耳義法千八百八十七年六月二十一
九日法律葡萄牙商法第七三〇以下等ノ立法ニ於テ通常ノ協議契約ノ外ニ豫告
的協議契約ト稱シテ破産手續開始以前ニ於テ破産手續ノ開始ヲ避タルコトヲ
目的トスル協議契約ヲ認メタリ佛蘭西ニ於テハ其商法第五百四十一條ニ於テ

通常ノ協議契約ノ外ニ權利抛弃ニ基ク協議契約ナル制度ヲ設ケ其成立ニ因リ
通常協議契約ト異ニシテ破産者カ喪失シタル破産財團ニ於ケル管理處分權ヲ
同負スルコトナク配當ニ於ケルト同シク總破産財團ヲ換價シ破産債權ノ辨済
ニ供シ其結果不足アルモ配當ト異ニシテ破産者カ該不足額ニ付キ各破産債權
者ヨリ執行ヲ受クルコトナキモノト爲シタリ故ニ該制度ハ配當ト通常トノ中
間ニ在ル性質ヲ有スト謂フヘシ又破産前ニ於ケル合意的協議契約ナル破産當
事者間ノ契約ヲ認メ破産宣告以前ニ於テ債權者ト支拂停止ノ債務者トノ契約
ヲ以テ破産手續費用ト其緩慢トヲ避タルコトヲ得セシメタリ而シテ這ハ當事
者間ニ於ケル單純ノ契約ナルヲ以テ通常ノ協議契約ニ於ケルカ如ク裁判所ノ
認可ヲ必要トセス又多數決ヲ以テ成立セス承諾ヲ爲シタル債權者ニ對スルニ
アラスンハ效力ナシ其他ノ效力及ヒ消滅等ハ契約ノ法則及ヒ當事者ノ意思ニ
依リ定マルモノタリ協議契約ノ種類)

(一) 意義

協議契約ハ破産財團ノ配當ヲ爲スコトナクシテ開始シタル破産手續ヲ終局セ

シムルノ目的ヲ以テ破産債權者團體ト破産者並ニ破産者ノ爲スニ参加シタル者トノ間ニ締結シ且ツ裁判所ハ認可ヲ經タル訴訟的契約ナリ左ニ之ヲ分説スベシ

(A) 性質ハ協議契約ハ契約ナルヤ裁判ナルヤ或ハ法規ナルヤハ學者間ニ争アル問題ナリ協議契約ハ契約ナリトノ學說ハ古來ヨリ學者ノ主張シタル所ニシテ又予輩ノ賛成スル所ナリ該學說ニ從ヘハ協議契約ハ債務ノ免除又ハ履行ノ延期ノ爲メニ多數決ニ依レル破産債權者債務者トノ間ニ締セラレ少數反對ノ債權者又ハ議事ニ參與セナリシ債權者ヲ福東スルノ效力アリ其理由ハ(1)獨逸破産法理由書ニモ明言スルカ如ク破産ニ因リテ破産債權者ハ法律上團體關係ヲ組成ス而シテ斯ル團體關係ニ於テハ強制的多數決ノ支配ヲ拒ムコトヲ得ナルナリ之ヲ換言スレハ法定要件ノ下ニ於テ多數ノ意思カ總員ノ意思ト同一價值アルコトハ獨り協議契約ニ於ケル特別ノ現象ノミカラス會社ノ終歟ニ基ク多數決債權者集會ニ於ケル多數決ニ於テ之ヲ見ル(2)反對少數ノ債權者カ多數決ニ福東セラルハ裁判所ノ認可カ少數反對ノ債權者ノ同意ニ代り又出

頭セサル債權者カ多數決ニ福東セラルハ多數決ニ同意ナリトノ擬制ニ因リテ成立スル懈怠ノ結果タリ

協議契約ハ裁判ナリトノ學說ハ獨逸ノ「シュルツエ民カ首唱シタル所ニシテ裁判所ノ認可即チ破産的請求ヲ裁判其モノニ於テ確定シタル方法ニ於テ終局スルコトヲ認メタル裁判カ即チ協議契約タリ破産者ノ爲ス協議契約ノ提供ハ裁判ヲ求ムルノ申立ニシテ法定要件ノ下ニ於テ成立シタル破産債權者ノ多數ノ意思表示ハ契約上ノ意思表示ニアラスシテ協議契約ナル裁判ヲ下スノ理由標準タリトノ論旨ニ基ケリ此學說ハ協議契約ヲ契約ト爲スニ於テハ少數反對ノ債權者ヲ福東スル法理ヲ説明スルニ足ラストノ思想ニ基因シタルモノナルヘシト雖モ協議契約ニ關スル沿革法理ニ反シ法律カ協議契約大至要ノ要素ト認メタルモノヲ隱蔽シ至要ノ要素ト認メサル裁判所ノ認可ニ重キヲ置クノ缺點アリ又裁判所ハ當事者間ニ效力ヲ有スルニ止マルヲ以テ協議契約ヲ裁判ト爲スモ少數反對ノ債權者ヲ福東スル法理ヲ説明セス故ニ多數ノ學者ノ反對スル所ナリ矣協議契約ハ契約ニアラス裁判ニアラス事實トシテ破産者ヲ提供債權者集會ノ

法院及ヒ破産裁判所ノ認可ナル法定事實カ發生シタルトキハ該三法律的行爲併合ニ因リテ協議契約ヲ爲シ少數反對ノ債權者カ認可セラレタル協議契約ニ羅東セラルハ直接ニ法規其モノニ依從スルモノナリトノ學說ハ専ラ獨逸ノ「エフケル」氏等ノ唱フル所ナリ此學說ハ協議契約ノ性質ヲ説明セシヲ法定事實ニ對シ如何ナル行爲ナルヤノ論結ヲ爲スコトナクシテ滿足シタルモノナリ而シテ法律上論結ヲ爲スコト能ハサル場合ニ於テハ斯ル消極的觀念ヲ以テ満足スルコトハ已ムヲ得ナルヘシト雖モ協議契約ハ契約トシテ法律上正當ニ説明スルコトヲ得ルヲ以テ斯ル消極的觀念ヲ墨守スルコトハ失當ナリ故ニ此說ハ多數學者ノ採ラナル所ナリ

協議契約ハ民事訴訟法ニ於ケル和解ト同シク一ノ訴訟的契約ナリ破産關係即チ訴訟關係ノ消滅ヲ目的トスル訴訟的契約ナリ訴訟ノ目的ヲ成ルヘタ容易ニ且ツ適切ニ達スルカ爲メニスル訴訟的契約タリ故ニ契約ニ關スル民法ノ規定ハ破産法ニ於テ別段ノ規定ナキ場合ニアラスハ協議契約ニ準用セラレス又協議契約ハ一方ニ於テハ破産者カ債權者ニ對シ或程度ニ於テ債務ヲ履行スヘキ旨ヲ約シ他ノ一方ニ於テハ破産債權者團體カ破産手續開始ニ因リテ破産者ノ財產ニ付キ取得シタル權利ヲ抛弃シ且ツ各破産債權者トシテ有スル破産手續終局以後ニ於ケル執行權ヲ抛弃スルノ内容ヲ有ス故ニ債權ノ一部免除又ハ履行ノ延期スルコトアリ成ハ同時ニ免除及ヒ延期スルコトアリ然レトモ之カ爲メニ協議契約ノ債務免除ノ契約ナリト速断スヘカラス蓋シ協議契約ハ民法上免除ノ效力ヲ破産手續終局ノ效力ト同時ニ並ヒ生ゼシムル訴訟的契約ナレハナリ其他協議契約ハ我民法ノ所謂和解ノ種類ニ屬セス蓋シ我民法ハ和解ノ範圍ヲ當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シテ其間ニ存スル法律關係ニ付テノ争フ止ムルコトヲ目的トスル契約ニ制限シ獨逸民法第七百七十九條ニ於ケルカ如ク法律關係ノ不明瞭又請求ハ實行ニ關スル不確實ノ除去ヲ目的トスル契約ヲ和解ト認メザレハナリ又協議契約ハ贈與ノ種類ニ屬セス故ニ債權ヲ處分スルノ權利ヲ有スル者ハ有效ニ協議契約ノ締結ニ參加スルコトヲ得免除、和解及ヒ贈與ヲ爲スニ付テノ前提條件ノ存スルコトヲ要セス「ブルストライン」氏ハ協議契約ハ公法的要素トシテ共同利益ノ爲メニ多數決ニ服從スヘキ義務ヲ負ヒ私法的要

素トシテハ破産者ト債権者トノ間ニ自由ニ取結ヒタル和解契約ナリト曰ヘリ
(B)當事者 協議契約ハ一ノ契約ナルヲ以テ其成立ニ付キ當事者ノ存スルコトヲ要スルヤ言ヲ竦タス而シテ當事者ノ一方ハ破産者タルコト疑ナシト雖モ他ノ一方カ何人ナルヤニ關シテハ學者間ニ爭アル所ナリ破産手續ノ開始ニ因リテ破産債權者團體ノ發生スルニトヲ否認スル學者ハ多數ノ各債權者カ約者ナリト主張シ且ツ此派ニ屬スル「フツチング」「エンデマン」氏等ノ如キハ協議契約カ少數反對ノ債權者ヲ法律上代理スルカ故ナリト主張シ又「ベーテルゼン」「クラインフヘルレル」氏等ノ如キハ協議契約カ當事者ト爲ラサル少數反對ノ債權者ヲ獨東スル理由ヲ説明シテ立法者ノ命令ニ基クト主張シタリ又破産手續ノ開始ニ因リテ破産債權者團體ノ發生ヲ是認スル學者殊ニ「ゾキフヘルド」「ワツハ氏等ハ破産債權者團體カ約者ナリト主張シ協議契約カ總破産債權者ヘ對シ又ハ其爲メニ效力ヲ有スル理由ハ破産債權者團體カ其機關タル債權者集會ニ依リテ破産者ノ申込ヲ承諾シタルニ在リト説明シタリ然レトモ獨リ「コートル氏ハ一方ニ於テハ破産債權者團體關係ノ存在ヲ認メ他ノ一方ニ於テハ破産債權者カ團體トシテニアラスシテ却テ單獨ニテ協議契約ヲ締結ヌ而シテ該契約カ少數反對ノ債權者ノ利益及セ不利益ニ於テ效力ヲ有スル理由ハ該契約力合一的ニ效力ヲ生スルコトヲ得ベキ差押關係ノ消滅ヲ目的トスル訴訟的契約ナレハナリト云フニ在ルモノノ如シ余輩ハズキフヘルド「氏ノ見解ヲ以テ最モ正當ト信ス蓋シ法定代理說ハ法定代理ノ觀念ニ反スルヲ以テ又法律ノ規定說ハ產モ説明ト爲ナサルヲ以テ破産債權者團體ノ存在ヲ否認スル學說ハ正當ニ協議契約カ少數反對ノ破産者ヲ獨東スル法理ヲ説明スルニ適セサレハナリ是ヲ以テ債權者集會ニ於テ各破産債權者カ破産者ノ協議契約ノ提供ニ付キハタル贊否ニ關スル意思表示ハ申込ニ對スル承諾若クハ拒絶ニアラスシテ決議ニ關スル意思ノ表示タリ違法ノ多數決ニテ成立シタル債權者集會ノ決議カ申込ニ對スル承諾若クハ拒絶ナリト知ルヘシ

協議契約ノ民法的效果ヲ擔保スル保證人ハ訴訟的契約タル協議契約ノ結約書タリ蓋シ該契約ニ因リテ破産關係ヲ終了スルヲ以テナリ故ニ民法上ノ效力タル擔保責任ヲ負フト同時ニ訴訟上ノ效力トシテ總テ破産債權者殊ニ破産債權者

ノ届出ヲ爲スナリシ債権者ニ對シ責任ヲ負フ

(G) 認可協議契約ノ成立ニハ破産裁判所メ認可ヲ要ス此認可ハ一ノ警察的行爲ニ屬シ訴訟的契約ヲ法律上完成セシムルカ爲メニ新事物ヲ規定スル決定

ニシテ既存ノ事物ヲ確定スルノ意味ニ於ケル裁判即チ破産手帳ノ終局ニ關スル破産者ノ權利ニ付キ爲シタル認定的裁判ニアラス蓋シ協議契約ハ破産債権者ヲ詐害スルノ目的ニテ濫用セラレ立法ノ精神ニ背馳スルコトアルヲ以テナリ是ヲ以テ破産裁判所ハ協議契約カ公益ニ觸ル所ナキカ法定要件ヲ缺キタル所ナキヤア調査シスル缺點ノ存セサル場合ニ於テ認可ヲ爲ス而シテスル警察上ノ目的ヲ達セシムルカ爲メニハ決定ナル訴訟的形式ヲ以テスルヲ適當トス是ヲ以テ法律ハ訴訟的形式ニ於テ協議契約ノ認可ヲ極ハシム

認可ハ訴訟的契約ヲ法律上完成セシムル目的ノ爲メニ存スル設定的裁判ナルヲ以テ協議契約ノ訴訟的及ヒ民法的效力ハ裁判所ノ認可ニ因リテ發生ス故ニ裁判所ノ認可アリタル以上ハ総合前提要件ニ錯誤ノ存スル場合ト雖モ協議契約タムノ效力ヲ有ス然レドモ裁判官カ錯誤ニテ第三者ヲ協議契約上ノ保證人

ト前提シテ認可ヲ與ヘタルトキハ認可ハ無効ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ第三者ハ斯ル認可アリタルニ因リテ協議契約ニ羅東セラルルム理ナク且

フ協議契約ノ效果ハ關聯シテ分離スルコト能ハサルモノナレハナリ

(二) 成立協議契約ハ裁判所ノ認可ニ因リテ破産者ト破産債権者團體トノ間ニ於テ締結セラルル契約ナルヲ以テ其成立ニ關シ破産者ノ提供即チ申込破産債権者團體ノ可決即チ承諾及ヒ裁判所ノ認可ヲ要件トスルヤ言フ埃タス左ニ之ヲ分説スヘシ

(A) 提供 協議契約ノ提供ハ法律上ノ義務ヲ履行シ且ツ有罪破産ノ判決ヲ受ケス又ハ其審問中ニ在ラナル破産者カ法定ノ方法ニ基キヲ之ヲ爲スコトヲ得ルモノタリミテ其前項及ヒ後項並此處に於テ本件に就き更に詳述を爲ス
(B) 協議契約ハ主トシテ破産者ノ利益ノ爲メニ存ス第一〇三八條「……破産者ニシテ……獨逸破産法第一七三條」故ニ唯破産者ノミカ協議契約ノ申込ヲ爲スコトヲ得管財人、各破産債権者及ヒ破産主任官等ハ之ヲ爲スコトヲ得ス但シ破

而者ニ對シ協諾契約ノ申込ヲ爲スベキ旨ヲ勧誘スルコトヲ得ルヤ言ヲ俟タス
是ヲ以テ破産者カ訴訟能力者ナルトキハ其本人又ハ其相続人カ協諾契約ノ提
供ヲ爲スコトヲ得破産者カ法人其他訴訟無能力者ナルトキハ其法定代理人人カ
破産者ニ代リテ其權利タル協諾契約ノ提供ヲ爲スモノト知ルヘシ(破産者ノ遺
產相續人カ數人アル場合ニ於テハ該相續人カ一致スルニアラスンハ協諾契約
ノ申込ヲ爲スコトヲ得サルヘシ獨逸破産法第二百三十九條第一項、民法第十三
條参考)

協諾契約ハ破産者ノ財產關係ノ量定ニ付キ十分ナル權限ヲ缺クノ事情ノ存ス
ル場合ニ於テハ之ヲ許スコトヲ得破産者カ法律上ノ義務ヲ履行セス或ハ有
罪破産ノ判決ヲ受ケ其他審問中ニ在ル場合ハ前示ノ事情ノ存スル場合ニ外ナ
ラナルヲ以テ協諾契約ノ締結ヲ許サス隨ラスル破産者ハ協諾契約ノ提供ヲ爲
スコトヲ許ナス(協諾契約ハ善良カル破産者ノ不幸ヲ救濟スルカ爲メナリ故ニ
法律上ノ義務ヲ履行セス或ハ有罪破産ノ判決ヲ受ケ其他審問中ニ在ル破産者
ニ對シテハ協諾契約ヲ許スノ價値ナシトノ論旨ハ不當ナルニ似タリ何トナレ

ハ協諾契約ハ獨リ破産者ノ利益ノ爲メニスルノミナラス又破産債権者ノ利益
ノ爲メニスルモノナレハナリ(第一〇三八條獨逸破産法第一七五條法律上ノ義
務ヲ履行セタル破産者トハ商法第九百七十九條第九百九十九條
第十十二條第千三十五條等ノ規定ニ反シタル破産者タリ獨逸破産法第一七五
條第一項)有罪破産ノ確定判決ヲ受ケタル破産者トハ詐欺破産者及ヒ過怠破產
者トシテ罰セラレタル者タリ(千八百七年ノ佛蘭西商法ハ我現行法ト同シタル過
怠破産者モ亦詐欺破産者ト同シタル破産契約ノ申込ヲ爲スコトヲ得サル旨ヲ規定
シタレトモ現行佛蘭西商法ハ略ニ失ストシテ唯詐欺破産者ノミニ制限シタリ
佛蘭西商法第五十一條獨逸破産法第一七五條第二項(佛蘭西商法第五一〇條ニ於テハ有罪
破産ノ確定判決アリタル場合ニ限リテ協諾契約ノ締結ヲ許サス故ニ協諾契約
カ裁判所ノ認可ヲ經テ完成シタル後ニ於テ有罪破産ノ判決カ言渡セアルコト

アリ又協議契約決議ノ際ニ破産者カ詐欺破産ノ審問中ニ在ルコトアリ前者ノ場合ニ於テハ協議契約カ無効ト爲リ(第一〇四二條、佛蘭西商法第五二〇條後者)の場合ニ於テハ破産手續進行上ノ延期ヲ認容シタリ蓋シ協議契約ヲ許スモ後日有罪判決ノ言渡ニ因リ無効ニ歸スルコトアルヘタ無罪判決ノ言渡ニ因リ協議契約カ完全ニ實行セラルコトアルヘタ隨テ協議契約ノ途ヲ捨テ配當ノ途ニ出ツルハ大ニ不利益ヲ來スコトアルヘキヲ以テ協議契約ノ採否ヲ決スルコト能ハツルカ故ナリ但シ這ハ破産手續ノ進行ニ遅延ヲ來スヲ以テ法律ベ之カ採決ニ大ナル制限ヲ加ヘタリ斯ル立法例ハ破産手續ノ進行ニ遅延ヲ來スノ虞アルヲ以テ採用スルコトヲ得サルモノタリ

(b) 協議契約提供ノ法定方法トシテハ
第一ニ破産者ハ準備手續トシテ少クモ第一債権者集會期日ヨリ二十日前ニ協議契約ノ申立者ヲ破産裁判所ニ提出シ該裁判所ヘ之ヲ其書記課ニ備ヘ公衆ノ民聞ニ供シ且ツ其旨ヲ公告ス是レ相手方タル破産債権者團體ニ熟慮ノ期間ヲ與フルカ爲メナリ故ニ申立書ニハ協議契約提供ノ内容ヲ開示セサルヘカラス而

シテ法律ハ協議契約申立書ノ提出カ唯第一債権者集會期日ヨリ二十日前タルヲ以テ要件ト爲シタガニ止マルカ故ニ債務者ハ該申立書ヲ破産宣告ヲ求ムル申立て同時ニ提出スルコトヲ妨ケラレス又該申立書ハ協議契約ノ準備書面ニ止マリ其提供ニアラツルヲ以テ破産者カ債権者集會ニ於テ協議契約ノ申込ヲ爲サナルトキハ協議契約ノ成立ナシ第一〇三八條第二項申立書トアルカ故ニ書面的申立ニ限定スルノ法意ト解スヘカラス破産者ハ口頭ニラスル申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ但シ斯ル場合ニ於テ裁判所書記カ調書ヲ作成シ之ヲ申立書ニ代用スルヤ當然ナリ佛蘭西商法第五〇四條、獨逸破産法第一七三條、第一七四條第一七八條第一七九條

第二ニ破産者ハ通常第一債権者集會ニ於テ主任官ノ認可ヲ經テ協議契約ノ提供ヲ爲ス(書面又ハ口頭ニテ主任官ノ認可ヲ經ルコトヲ要スルハ主任官ヲシテ

要件ノ當否理由ノ有無ヲ豫測シ徒ニ債権者集會ノ議事ヲ擾亂セシム形ニ止マル破産者ノ行爲ヲ防止スルニ在リ故ニ主任官ハ協議契約ヲ提供ヲ形式上及ヒ實體上不當ト認ムル場合ニ於テハ命令ヲ以テ排斥スルコトヲ得(第九八三條

第一〇三八條獨逸破産法第一七五條通常第一債權者集會ニ於テ提供スルコトヲ要スルハ債權調査完結後ニアラスンハ破産債權ノ數額及ヒ破産債權者ノ員數ヲ確認スルコト能ハサルヲ以テ破産債權者團體トシテ正確ニ協議契約ノ當否ヲ判定スルコト能ハサルカ故ニ通常ノ債權調査會ヨリ四週日後ニ於テ開會スヘキ第一債權者集會ニ於テ協議契約ノ提供ヲ爲サシムルヲ正當ト認メタルニ在リ故ニ第一債權者集會以後ニ於テ協議契約ノ提供ハ之ヲ許サス是レ破産手續ノ進行ヲ延滞セシムルノ虞アレハナリ但シ十分ノ理由アルトキ即チ破産手續ノ進行ニ多少ノ延滞ヲ來スモ協議契約ノ成立カ當事者ニ利益多キトキハ例外トシテ協議契約ノ提供ヲ許ス(第一〇三八條第一項佛蘭西商法第五〇七條獨逸破産法第一七三條其他支拂停止ノ日時ノ確定ヲ要ス何トナレハ支拂停止ノ日時ノ確定ノ如何ニ因リ破産者ノ取引ニ影響ヲ及ホシ債權者ノ員數ニ減少ヲ來ス所アルヲ以テナリ)

第三ニ協議契約ノ提供ハ一回ニ限リテ之ヲ許シ二回ノ提供ヲ許ナス其理由ハ

(1)破産手續ノ進行ニ付キ延滞ヲ來ス損害ヲ避ケ(2)破産者カ成ルヘタ協議契約

上ノ負擔ノ輕微ナルコトヲ欲スルカ爲メニ試験的ニ數回ノ協議契約ノ提供ヲ爲スノ弊害ヲ避ケルニ在リ第一〇三八條獨逸破産法第一七六條ニ依頼ヘ置
破産者ノ協議契約ノ提供ヲ破産債權者團體カ承認スルマテハ取消スコトヲ得
何トナレハ協議契約ノ提供ハノ申込ニ外ナラサレハナリ又破産債權者團體
カ協議契約ノ提供ヲ承諾スル以前ニ於テ破産者カ死亡スルトキハ該提供ハ其
其擔保方法ヲ明示セサルヘカラ(獨逸破産法第一七三條協議契約ハ債務ノ一
部免除及ヒ債務ノ履行延期ノ方法ヲ以テ債權者ニ満足ヲ享有セシムルニ外ナ
ラルカ故ニ協議契約ノ提供ニハ債務ノ一部免除ノ割合又ハ債務ノ履行延期
ノ時間若クハ此二者ヲ明示セサルヘカラス隨テ斯ル明示ヲ缺ク提供ハ其效ナ
シハ國民皆知悉本國國會ノ法律ノ第二十二章也此ノ事は國會議院カ國會中でも處
協議契約ノ提供ニハ債權者カ代物辨済ニテ満足ヲ享クル旨ヲ明示スバコトヲ

得其債権者ハ破産債権者ヲ二三タルコトアリ又ハ總體タルコトアリ其代物辨
済ノ用ニ供スル破産財團ハ財團ノ二三タルコトアリ又ハ總體タルコトアリ蓋
シ破産債権者ハ破産財團ニ屬スル特定ノ財產又ハ全部ノ財產ヲ自己ニ移轉セ
シメ之ヲ裁判外ニテ配當シ或ハ破産債権者中ノ一人カ破産財團全部ヲ取得シ
之ト同時ニ他ノ破産債権者ニ對シ特定ノ割合ニ於ケル満足ヲ享有セシムル債
務ヲ負フ旨ノ協議契約ヲ締結スルコトヲ得レハナリ其他協議契約ノ提供ニハ
第三者カ破産者ノ連帶債務者トシテ又ハ保證人トシテ債権者ニ其満足ノ享有
ヲ擔保スル旨ヲ明示スルコトヲ得ヘシ然レトモ停止條件若クハ解除條件ニテ
爲ス協議契約ノ提供ハ法律ノ許サナル所ナリ蓋シ條件附提供ハ協議契約ノ締
結ヲ條件ニ繫ラシム體ヲ破産手續ノ終局ヲ條件ニ繫ラシメテ不確實ト爲ルヲ
以テナリ獨逸ノヨーロッパ民ハ反對說ヲ主張セリ又始期ヲ附シタル協議契約ノ
提供ハ該期日ノ到来テハ其效力生スルコトナク終期ヲ附シタル協議契約ノ
提供ハ破産者カ何時ニテモ該提供ノ取消ヲ爲スコトヲ得ルカ爲メニ終期ノ實
效ナシ觀入體會ニ於ケル時起訴及上告及上告審理及上告審判及上告審判

(B) 承諾 協議契約ノ承諾ハ破産債権者團體カ法定ノ方法ニ基キテ之ヲ爲ス
(a) 協議契約ノ相手方ハ破産債権者團體タルコト前述ノ如シ故ニ其期間タル
債権者集會ニ於テ承諾ニ關スル意思ヲ表示シ協議契約ハ配當ニ依ラシテ破
產手續ノ終局ヲ目的トスルモノナルコト前述ノ如シ故ニ協議契約ノ提供ニ關
スル承諾ノ意思表示ニ付テノ議事ハ配當ニ依ル破産手續終局ノ決議認可以前
ニ於テ爲スコトヲ要ス

(b) 協議契約締結ノ法定方法トシテハ協議手續ノ開會期日ニ開會期日公表
第一ニ破産者若クハ其代理人カ集會期日ニ出席シテ協議契約ノ成立スルコトナ
ルヘカラス然ラスハ協議契約ノ提供ナキヲ以テ協議契約ノ成立スルコトナ
グシテ集會期日カ終了スはレ協議契約ニ關スル手續カ口頭タルコトヲ要スル
カ爲メナリ但シ破産者ノ期日ノ懈怠カ已ムコトヲ得ナルノ理由ニ基クトキハ
延期スルコトヲ得ヘシ破産者ノ爲メニ協議契約ニ參加スル第三者又集會期日
ニ於テ擔保ヲ爲ス旨ヲ申立テナル來ヘカラス而シテ此第三者ハ本人ニテ又ハ代

人ニテ集會期日ニ出頭スルコトヲ得ルハ言ヲ缺タヌ。第三回ヘ本人ニモ又ハ外人ニモ協議契約ノ提供カ其申立書ニ記載シタルモノト内容ヲ異ニスルコトアリスル。場合ニ於テハ該内容ノ變更ハ破産債權者團體ノ利益ニ歸スルヤ否ヤヲ區別シ前者ノ場合ニ於テハ協議契約ノ提供トシテ之ヲ取扱フコトヲ得ヘシタルトキ者ノ場合ニ於テハ総合集會期日ニ出頭シタル總破産債權者カ可決シタルトキト雖モ協議契約ヲ締結スルニ足ル提供トシテ取扱フコトヲ得ス何トナレハ期日ニ出頭セナル者ニ不利益ヲ被ラシムル法則ハ斯ル場合即チ闕席判決ヲ爲ス場合ニアラサル場合ニ適用ナケレハナリ。

第二ニ債權者ノ集會ニ參加スルコトヲ得ル各債權者カ協議契約ノ締結ノ當否ヲ決議ス蓋シ協議契約締結ノ當否ハ一ノ會議事項ナレハナリ故ニ(1)集會ニ參加スルコトヲ得ル債權者ハ破産者ノ親族又ハ配偶者タルノ理由ヲ以テ協議契約ノ決議ニ參加スルコトヲ妨ケラレス然レトモ此種ノ債權者ハ破産者トノ情實上之ニ利益ナル協議契約締結ニ容易ニ賛成スルノ處アリ是ヲ以テ破産裁判所ハ認可ノ際ニ嚴重ナル調査ヲ爲スヘキモノナリ(第一〇四一條第二項)(瑞西破産法第二三九條第二項、第三〇九條暫利商法第一四六〇條末項同牙利破産法第二一二條第二項等ノ如キ)破産者ト親族上ノ關係アル債權者ニ對シ協議契約ノ締結ニ關スル決議ニ加ヘルノ權利ヲ認メサリシ獨逸破産法佛蘭西商法等ハ我商法ト同シク反對ニ立法ヲ爲シ破産裁判所フシテ認可ノ際ニ嚴重ナル調査ヲ爲ナシム(2)優先權ノ確定シタル債權者ハ其優先權ヲ抛弃スル限度又ハ其不足ノ限度ニ於テ協議契約ヲ締結ノ決議ニ加ヘルコトヲ得而シテ優先權アル債權者ハ協議契約締結ノ決議ニ加ハリタルカ爲メニ優先權ヲ喪失スルコトナキハ我破産法ノ解釋トシテ特ニ明文ナキヲ以テ疑ナキ所ナリ(佛蘭西商法第五〇八條)自耳義商法第五一三條伊太利商法第八三四條等ハ優先權ヲ喪失セシム英吉利破産法(第九條乃至第一七條)及ヒ獨逸破産法第八八條ハ反對ニ立法シタリ優先權ヲ抛弃セシテ破産債權全額ニ付キ協議契約ノ締結ニ關スル決議ニ參加シタルハノ錯誤ナリ錯誤ノ爲メニ優先權ヲ喪失セシムハ不當ナル以テ佛國派ノ立法例ノ失當ナルコト明白ナリ(3)管財人ニシテ債權者タルモノ亦協議契約ノ締結ニ關スル決議ニ參加ス

ルコトヲ得智利商法第一四六〇條ハ反對ニ立法シタリニ國大ニ議院ニ參照ス
第三ニ協諾契約ノ承諾ニハ特別ノ多數決即チ總債權額ノ四分之三以上ニ當ル
出席員ノ過半數ノ可決ヲ要ス(第一〇三九條第一項)各國破産法ハ協諾契約ノ
承諾ニ付テ多數決ノ制度ヲ認メタレトモ多數決ノ程度ヲ同シウセス佛蘭西商
法第五百七條獨逸破産法第一百八十二條白耳義商法第五百十二條第二項伊太利
商法第八百三十三條第一項等ハ佛蘭西商法ト立法例フ同シウススル特別ノ多
數決ヲ要スルハ協諾契約ノ成立カ當事者ニ重大ナル利害關係アルヲ以テナリ
債權額ト債權者ノ員數トノ多數決ヲ要スルハ少額多數ノ債權若クハ多額少數
ノ債權者ニ協諾契約ノ締結ニ關スル全權ヲ掌握セサラシムルノ法意ナリ總債
權額即チ出席シタル債權者ノ有スル債權額ニアラスシテ届出ヲタル債權額ノ
四分ノ三ニ當ル多數決ヲ要スルハ期日ニ出席セザル債權者ノ利益ヲ擔保スル
ノ法意ニシテ又議決權アル債權者ノ過半數ニアラスシテ集會期日ニ出席シタ
ル議決權アル債權者ノ過半數ニ當ル多數決ヲ要スルハ商法第千三十六條前段
ニ同一法意ニ出テ且ツ協諾契約ノ成否ヲ債權者ノ多數ノ怠慢ニ係ラシメナル

ノ法意ニ出ツ而シテ債權者カ期日ニ出席シタルモ協諾契約ノ成立ニ付キ聲否
ノ意思ヲ表示セヌ若クハ該意思ノ表示カ無效ナムトキハ該表示ヲ承諾ノ計算
ニ入ルコトヲ得ス何トナレハ法律ハ協諾契約ノ承諾トシテ議決權ヲ有シ且ツ
有效ニ該權利ヲ行使シタル債權者ノ過半數數カ明示のニ協諾契約ノ成立ニ贊
成シタルコトヲ要シタレハナリ隨テ協諾契約ノ利益ヲ害ストノ理由ヲ以テ贊
否ノ意思ヲ表示セザル者ハ其表示以前ニ退席シタル者ト同シク出席セザル者
ト認ムヘシトノ論旨ハ正當ト謂フヘカラス
總債權額ノ四分ノ三以上ニ當ル出席債權者ノ過半數カ協諾契約ノ締結ヲ可決
シタルトキハ協諾契約ノ提供ニ對スル破產債權者團體ノ承諾ヲ爲シ唯裁判所
ノ認可手續カ終了セサルノミ故ニ破產當事者ニ於テハ完全ニ協諾契約カ成立
シ各當事者ヲ禍束ス隨テ破產者ハ爾後協諾契約ノ提供ヲ自由ニ取消スコトヲ
得ス又破產者カ死亡スルモ協諾契約ニ何等ノ影響スル所ナシ之ニ反シテ協諾
契約ノ提供ニ對シ總債權額ノ四分ノ三ニ當ルナアル出席債權者過半數ノ決議總
債權額ノ四分ノ三ニ當ルモ出席債權者ノ過半數ニ充タル決議若クハ總債權

額ノ四分ノ三ニ當ラス出席債權者ノ過半數ニ充タル決議カ成立シタルトキハ協諾契約ノ提供カ拒絕セラレタルモノト爲ル而シテ協諾契約ノ提供ハ前述ノ如ク一同ニ限リ許サルヘキモノナルヲ以テ(第一〇三八條第一項)佛蘭西商法第五二九條第一項(獨逸破產法第一七六條)協諾契約ノ提供カ一旦拒絶セラレタル以上ハ爾後如何ナル事情ノ變更ヲ來スモ協諾契約ヲ以テ破產手續ヲ終局スルコトヲ得サルハ是レ立法上嚴格ニ失スト謂ハサルヲ得ス(獨逸破產法第一八二條)ハ總債權額ノ四分ノ三以上ニ當ル多數決又ハ出席債權者ノ過半數ニ達シタル多數決カ成立シタル場合ニ於テハ破產者ノ利益ノ爲メニ之ニ期日ノ終局ニ至ルマテ一回限ノ決議再施テ新期日ニ爲スベキ旨ヲ申請スルコトヲ得セシメ又佛蘭西商法第五〇九條(太利破產法第二一八條)、第二一九條(伊太利商法第八三五條)白耳(義商法第五一五條等ニ於テハ必ス新期日ニ於テ決議ヲ再施スルコトヲ要シタリ)決議再施ノ期日ニ於テ以前ノ期日ニ出頭シテ決議權ヲ行使シタル債權者モ出頭シテ贊否ニ加ハリ又以前ノ期日ニ出頭シテ決議權ヲ行使シタル債權者ハ前ノ贊否ニ拘ラズ自由ニ贊否ヲ得スコトヲ得蓋シ以前ノ期日下以後ノ期日ト

- (a) 於テ必スシモ其事情ヲ同シウスルモノニアラサレハナリ而シテ決議再施ノ期日ニ於テ適法ノ多數決ニ達セサルトキハ協諾契約提供ノ拒絶ト爲リ更ニ決議再施ヲ爲スコトナシ是レ破產手續ノ進行ニ延滞シ來スヲ以テナリ
(c) 一協諾契約ノ提供ニ關スル議決手續ノ進行ノ大要、該提供人變更、議決ノ結果及ヒ決議ニ加ヘリタル債權者ノ氏名並ニ其贊成ハ之ヲ債權者集會ノ調書ニ記載セナルヘカラス(民事訴訟法第一二九條乃至第一三二條而シテ該調書ハ一人公正證書ナレハ其反對ヲ證スルニハ爲造ハ申立ニ依ラサムヘカラス)
(C) 認可書ニ關スル議決手續ノ進行ニ關スル議決手續ノ進行ニ關スル議決手續ノ提供ニ對スル承諾ニ因リテ破產者(參加第三者)及ヒ破產債權者團體協諾契約ノ提供ニ對スル承諾ニ因リテ破產者(參加第三者)及ヒ破產債權者團體トノ間ニ契約カ成立シ各當事者ハ自由ニ之ヲ取消スコトヲ得ス而〇四〇條前シテ該契約カ協諾契約トシテ有效ナルニハ尙ホ破產裁判所ノ認可ヲ要ス(第一段)獨逸破產法第一八四條第一項其理由ハ前述シタル所ナリ依テ左ニ認可ニ關スル裁判手續ヲ略述スヘン
(a) 認可ニ關スル裁判ノ前手續ノ破產裁判所ハ破產者各破產債權者及ヒ管財

人ノ申立ニ因リ契約ノ成立後當日乃期間満了後ニ於テ主任官ノ意見ヲ聽キ決定ノ形式ヲ以テ協議契約メ認可ニ關スル裁判ヲ爲ス故ニ認可ニ關スル裁判ノ前手續トシテ第一ニ破産者各破産債權者及ヒ管財人ノ申立アルヲ要ス破産者及ヒ各破産債權者ハ利害關係者トシテ又管財人ハ執行機關トシテ認可ヲ求ムルノ申立權ヲ有ス申立ノ方式及ヒ其期間ハ法定セサル所ナリ是レ右申立人ノ便宜ニ委スルノ任意ナリ故ニ申立ハ書面又ハ口頭ニテ爲スコトヲ得ヘシ我商法草案理由書ニ依レハ破産裁判所ハ申立ニ因ラスシテ職權ヲ以テ認可ニ關スル裁判ヲ爲スモノノ如シト雖モ法律上明文ナキヲ以テ不告不理ノ原則ニ基キ申立ニ因リテ認可ニ關スル裁判ヲ爲スモノト解スルヲ正當ト認ム(佛蘭西商法第五一三條ニ於テハ協議契約ノ認可ニ付キ利害關係人ノ申立ヲ要シ獨逸破産法第一八四條第二項ニ於テハ破産裁判所カ協議契約ノ期日若クハ其期日終結前ニ言波シタル同期日ノ續行期日ニ於テ債權者管財人等ヲ審議シタル後ニ職權ヲ以テ認可ニ關スル裁判ヲ爲ス)第二ニ破産裁判所ハ契約ノ成立ヨリ十日ノ期間カ満了シタル後ニアラスンバ認可ニ關スル裁判ヲ爲スヨドヲ得ス(第一〇四

〇條末段是レ協議契約ノ成立ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得管財人亦然リ佛蘭西商法ハ管財人タル職務ノ性質上破産關係者多數ノ利益ニ反スル行爲ヲ爲スコトヲ得サルモノニシテ異議申立權ヲ認メテレントモ我商法ハ起草者ノ說ニ基キ管財人ニ該權ヲ認メタリ蓋シ多數決ハ必スシモ破産關係者全體ノ利益下謂フヘカラス又不法ノ協議契約ヲ完成セラシムルヲ要スルヲ以テ管財人エスル申立權ヲ認ムルハ甚タ正當ノ立法ナト謂フヘシ破産者ハ異議ヲ申立フルコトヲ得ス何トナレハ若シ之ヲ許スニ於テハ破産者カ債權者團體ノ承諾シタル契約ヲ契約法ノ原則ニ反シ異議申立ノ形式ヲ以テ取得スルニ至ルヘキヲ以テナリ優先權者假確定ヲ認許セラレタル債權者及ヒ協議契約可決ニ於テ未タ債権ノ確定セザル債權者亦然リ此等ノ者ハ法律ノ保護ヲ要スルニ足ルヘキ利害關係ヲ有セザレハナリ異議ハ理由ヲ付シ協議契約ノ成立後十日内ニ管轄裁判所ニ申立ヲナルヘカラス而シテ法律上明文ナキモ異議申立書ヲ應本ヲ破産者管財人等ニ送達シ防禦方法ヲ準備セシムルヲ適當トス(第一〇三九條第二項佛蘭西商法第五一二條第一項其他破産裁判所ハ主任官ノ演述ヲ聽キタル後

ニアラスンハ認可ニ關スル裁判ヲ爲スコトヲ得ス其理由ハ前述シタル所ナリ
然レトモ裁判以前ニ債権者管財人等ヲ審訊シ之ニ意見ヲ表示スルノ機會ヲ與
フト否トハ破産裁判所ノ自由タリ(第一〇四〇條中段)佛蘭西商法第五一三條第
二項第四五二條

- (b) 認可ニ關スル裁判手續ハ破産裁判所ノ法定棄却ノ原因其他ノ棄却ノ原因
カ存スルト否トニ從ヒテ協議契約ノ認可又ハ棄却ニ付フハ決定ヲ爲シ(第一〇四
〇條中段)同時ニ異議ノ申立ニ付キ裁判スル事例ハ以モ該債権者ノ主張ハナセ
(1) 破産裁判所カ法定棄却ノ原因ノ外他ノ棄却ノ原因ニ基キテ協議契約ヲ棄
却スルノ決定ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ何等ノ明文ナキヲ以テ疑ナキコトヲ
得スト雖モ余輩ハ我破産法ノ解釋トシテ我商法第一〇四一條ハ佛蘭西商法第
五一五條ト同シタル例示のニ法定棄却ノ原因ヲ規定シタルニ止マリ他人ノ原因ニ
基キテ棄却ノ決定ヲ爲スコトヲ得ストノ法意ニアラス隨テ積極的ニ論結スル
ア正當ト信ス(獨逸破産法ハ第百八十七條ノ後段ニ於テ裁判所ノ自由判断ニ繋
ケ法定棄却ノ原因ヲ掲ケタルノ外法定棄却原因ノ存スル場合ニハ必ス破産裁

判所ヲシテ協議契約ノ棄却決定ヲ爲サシメ反對ノ場合ニハ該決定ヲ爲スコト
ヲ得ナランメタリ而シテ其棄却原因ニ職權ヲ以テスルモノト申立ニ因ルモノ
トノ二者アリ獨逸破産法第一八六條第一八七條第一八八條)協議契約ノ成立ニ際
協議契約ニ關スル法定棄却ノ原因(第一〇四一條ノ第一ハ協議契約ノ成立ニ際
シ商法第千三十八條及ヒ第千三十九條ノ規定ヲ踐行セナルトキ是ナリ獨逸破
産法第一八六條第一項第一七三條乃至第一八三條第二一一條第一項第二三〇
條)道ハ蓋シ法意ニ伴ハナル協議契約ナルヲ以テ之ヲ認可セサルヲ當然トス其
第二ハ協議契約ニ依リ或債権者カ其承諾ナクシテ偏頗ノ處置ヲ受け損害ヲ被
ルトキ是ナリ抑モ破産手續ハ各破産債権者ニ平等の滿足ヲ得セシムルコトヲ
目的トスルヲ以テ協議契約ノ内容トシテ各破産債権者ノ權利カ同等ナルコト
ヲ要ス故ニ甲破産債権者カ協議契約ニ依リ乙破産債権者ヨリモ多額ノ割合ニ
於ケル金額ヲ受取リ優等ナル擔保ヲ供セラレ又ハ支拂期日カ近キニ在ルカ如
キ優先ノ取扱ヲ受ケタルカ如キ場合ニ於テハ協議契約ヲ認可スルヲ得ス但シ
各破産債権者ヲ不平等視スルノ禁止止法ハ劣等ノ取扱ヲ受ケタル債権者カ該取

扱フ受タルコトヲ承諾シタル場合ニ於テモ行ハゞべき絶對的法規ニアラムス
ル債權者カ其承諾上劣等ノ取扱フ受タルハ敢テ妨ナキ所ニシテ法律ハ一私人
ノ意思ニ反シテ其利益ヲ保護スルモノニアラス是レ法律カ其承諾ナタシシト
云フ所以ナリ(獨逸破産法第一八一條其第三ハ協諾契約カ詐欺其他不正ノ方法
ヲ以テ成リタルトキ是ナリ詐欺トハ錯誤ノ故意ノ挑發又ハ其利用ニシテ破産
者カ貸方ヲ隱蔽シ借方ヲ偽記スカ如キハ之ニ屬シ(第一〇五〇條又不正ノ方法
トハ普通ノ觀念上排斥ス)キ各種ノ手段ニシテ破産者カ賄賂ヲ贈リ又ハ特定
ノ債權者ニ特別ノ利益ヲ供ヌルノ密約ヲ爲シ協諾契約ニ依リテ特種ノ債權者
ヲ優待スルノ事項ハ商法第千四十一條第二項ノ支配スル所ナリ協諾契約ヲ成
立セシムルカ爲メニ破産債權者ノ債權ヲ買收シ又ハ之ヲ分類スルカ如キハ之ニ
屬ス第三者殊ニ破産者ノ朋友親族等ノ詐欺其他ノ不正ノ方法ニ因リテ協諾契
約ヲ爲シタル場合亦然リ是レ商法第千四十條第三項ニ於テ破産者ノ行爲ヲ
限定スヘキ旨ヲ規定セナル所以ナリ而シテ斯ル不正ノ方法ニ因リテ成リタル協
諾契約ハ議決ノ廢止ヲ害シ法意ニ伴ハサルモノア以テ之ヲ認可スヘカラサル

ヤ勿論ナリ然レトモ詐欺其他ノ不正ノ方法ナク列テ法定多數法カ成立スベ
キセノナルトキハ此等ノ方法カ協諾契約ノ認可ニ影響スル所ナカニシテ何を
ナレハ斯ル場合ニ於テハ詐欺其他ノ不正ノ方法カ多數法ヲ成立シヌタバ居
固ト爲ラサルヲ以テナリ第三者カ自己ノ資金ヲ以テ破産債權者中者或者ニ辨
済フ爲シ以テ協諾契約ノ成立ヲ容易ナランシメタ所カ如キ事情亦然リ何トナレ
ハ他ノ債權者ノ利益ハ之カ爲スニ害セラレナリシテ以テナリ其第四ハ協諾契
約カ公益ニ觸ルトキ是ナリ破産者カ詐欺取財其他背信罪ノ刑ニ處セラレ又
ハ其業務ニ付キ怠慢ナリシコト明白ナル場合ニ於ケルカ如ク破産者カ協諾ノ
恩典ニ浴スルノ價値ナキ場合ニ於テ協諾契約ヲ認可スルハ其濫用ニシテ公益
ニ反ス故ニ斯ル場合ニ於テハ協諾契約ヲ棄却ス^{新舊契約及實務上之問題}我商法草案理由書及ヒ獨逸破産法第一八八條第一項第二號ニ依レハ協諾契約
カ破産債權者ノ一般ノ利益ニ反スルトキ例ハハ協諾契約ニ關スル破産者又ハ
第三者ノ履行カ不確實アルトキ破産債權者ニ對シ破産手續ノ實施カ協諾契約
ノ終了ヨリモ利益アルトキニ於テ協諾契約ヲ棄却スヘキ旨ヲ規定シタリ我現

行破産法ハ「公益」トシ破産債権者ノ一般ノ利益本規定セナルヲ以テ佛派ノ學說ニ依リタルモソト觀メ以上ノ如ク説明シタリ。但シ商法施行法第一四七條、裁判上協議契約棄却ノ原因ハ裁判所カ認所スル所ナルヲ以テ其種類ヲ明示スルコトハ爲シ能ハサル所ナレトモ協議契約ノ成立ニ關シ錯誤及ヒ強迫カ存シタルトキ(詐欺ニ關シテハ前述ノ説明ヲ参考スヘシ)協議契約ノ實行カ豫期セラレサルトキハ裁判所者團體ノ利益ニアラサルトキ協議契約ノ實行カ豫期セラレサルトキハ裁判所カ協議契約ヲ棄却スルコトヲ得ベシ。

(2) 破産裁判所ハ前述シタル原因ノ有無ニ從ヒ唯協議契約ノ認可又ハ棄却ニ付テノ決定ノミヲ爲シ第一〇四〇條中段其認可又ハ棄却ニ付テノ決定協議契約ノ内容ヲ變更スルノ折衷的裁判ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ協議契約ハ破産者及び破産債權者團體トノ間ニ於ケル契約ニ外ナラサレハナリ(歐洲大陸殊ニ佛蘭西及ヒ獨逸ノ破産法ハ斯ル論旨ヲ是認シタレトモ英吉利破産法第二八條乃至第三一條ニ於テハ免責命令ト稱シ破産裁判所ヲシテ破産債權者ヲ承諾ナクシテ債權ノ一部ヲ免除スルコトヲ得シシムルノ制度ヲ認メタリ)協議契約ノ認可

又ハ棄却ニ付テノ決定ハ音波又ハ送達ニ因リ外部ニ對シテ成立ス商法施行條例第二四條、民事訴訟法第二四五條獨逸破産法第一八五條、商法施行法第一四七條又該決定ニハ理由ヲ付ス所コトヲ適當トスルエト前述ノ如ク(東西商法ノ音定ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得第一〇四〇條下段商法施行條例第二四條、商法施行法第一四七條、獨逸破産法第一八九條、佛蘭西商法第五十九條、第五二八條)破産者ハ協議契約棄却ノ決定ニ對シテハ勿論其認可又ハ棄却ノ決定ニ對シテモ亦即時抗告ヲ爲スコトヲ得蓋シ認可セラレタル協議契約ニ錯誤カ存スルカ如キコトアレハナリ但シ協議契約カ破産債權者團體ノ利益ニ關スル規定ニ反シタクコトハ破産者カ協議契約ノ認可決定ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論申立權者ハ協議契約ノ認可決定ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論異議申立權者タル協議契約ノ成立ニ賛成シタル債權者モ亦該決定ニ對シ即時

抗告ヲ爲スノ理由カ成立スルヨトアリヲ以テナリ(例へて認可以後不正行爲ヲ發見シタルノ類)異議申立ノ権利アル者ハ異議申立ヲ爲シタル者同一意義ニアラス隨テ異議ノ申立ヲ爲シテ又シ債権者ト雖モ苟モ異議申立ノ権利ヲ有スル以上ハ協議契約ノ認可決定ニ對シ即時抗告ヲ爲ス時ヲ得能開西ノリネンカシ及ヒルノト民カ異議ノ申立ヲ爲シテ又シ債権者ハ認可其事ノム不當ナル場合ニアラスシハ協議契約ノ認可決定ニ對シ不不服ノ申立ヲルヨトハ債権者シ若シ反對ニ論セハ異議申立期間ヲ限定シタルノ法意ヲ間接ニ無視スルニ至ルヘシトノ論說ハ我破産法ノ解釋トシテ採ルニ足ラス即時抗告ヲ申立ツル權ヲ有スル者ハ其期間經過後ニ於テ参加人トシテ抗告ヲ提起シタル権利者ヲ補助スルコトヲ得ルハ言ヲ俟タス(民事訴訟法第五三條(獨逸破産法ハ管財人ヲ意見陳述ノ地位ニ立タシムタルカ故ニ管財人ニ抗告申立權ヲ認ヌ)佛蘭西商法ハ管財人カ異議申立權ナキヲ以テ協議契約認可を裁判ニ對シテハ不不服申立ヲ爲スコトヲ得サレトセ協議契約棄却ノ裁判ニ對シテハ總破産債権者ノ利益ニ爲ス

ニスルノ法意ニ基キヲ不服申立ヲ爲スコトヲ得
抗告裁判所ハ即時抗告ニ付キ口頭辯論ヲ經テ又ハ之ヲ經スシテ裁判ス(民事訴訟法第四六二條前項ノ場合ニ於テハ公告ヲ以テ辯論期日ヲ總利害關係人ニ知ラシメ且ツ破産者其相手方ヲ呼出ササルヘカラス又裁判ヲ言渡ササルヘカラス後者ノ場合ニ於テハ職權ヲ以テ裁判ヲ抗告人ニ送達セサルヘカラス但シ抗告裁判所カ第一審ノ裁判ヲ變更シタル場合ニ於テハ尙ホ該裁判ヲ第一審ニ於テ協議契約ノ認可手續ニ關與シタル者ニ送達セサルヘカラス

(d) 協議契約ノ認可ニ關スル裁判ノ確定
不服ヲ申立ツルコト能ハサルニ至リ且ツ其棄却原因カ補正スルコト能ハサルモノナルトキハ第一〇四一條破産者各破産債権者及ヒ管財人ハ更ニ認可ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得ス蓋シスル場合ニ於テハ申立ヲ重スルモ到底其目的ヲ達スルコトナケレハナリ然レトモ協議契約ノ棄却原因カ補正スルコトヲ得ヘキモハナルトキハ形式上ノ缺點更ニ認可ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得蓋シ斯ル場合ニ於テ形式上ノ缺點カ補正セラレタルニモ拘ラス認可ヲ拒絶スル

八何等ノ理由ナク且フ點ニ失スレハナリ
協諾契約ノ認可決定カ確定シタルトキヘ破産手續カ實體上終局シ形式上終局
セス破産裁判所カ協諾契約ノ認可決定ノ確定以後第千四十八條ノ規定ニ準シ
破産手續ノ終局決定ヲ爲スニ因リテ破産手續ノ形式的終局ヲ來ス獨逸破産法
第一九二條第一項是レ配當ニ依レル破産手續ノ終局ニ付キ決定ヲ爲スト同シ
ク效力ノ確實ナル基礎ヲ定ムルノ法意ニ外ナラス而シテ協諾契約ニ依レル破
産手續ノ終局決定以前ニ於テ(1)管財人ハ商法第千四十八條ノ規定ニ準シ債權
者集會ニ於テ職業上ノ計算ヲ爲スヘク第1043條第一項第一〇四八條獨逸
破産法第八七條佛蘭西商法第五百十九條ニ依レハ管財人カ破産主任官ノ面前
ニ於テ破産者ニ職業上ノ計算ヲ爲スモノノ如シ又争ナキ破産財團上ノ請求權
(第一〇三一條及ヒ争ナキ優先權ヲ以テ擔保セラレタル破産債權ヲ破産財團ヲ
以テ辨濟シ又争アル此二者ノ權利ニ付キ若クハ期限附條件附ナル此二者ノ權
利ニ付キ破産財團ヲ以テ辨濟ノ擔保ヲ供スルヲ當然トス獨逸破産法第一九一
條(2)協諾契約ニ於テ破産債權者ノ爲メニ認可ノ確定以後終局決定以前ニ於テ

供スヘキ擔保カ約定セラレタルトキハ該擔保ノ給付ヲ實施セザルヘカラス
シスル事項ハ破産手續ノ終局ニ關聯スルモノナレハナリ然レトモスル事項ノ
終局以前ニ爲シタル破産手續ノ終局決定ヲ無效ナリト論結スヘカラス辨濟若
クハ擔保ノ不爲ヨリ損害ヲ受クタル各人ニ對シ管財人協諾契約ニ於テ約定セ
ラレタル擔保ノ給付ヲ爲サシムルニ付キ責任ヲ負フ者ハ協諾契約ニ於テ特定
スレトモ通常管財人カスル責任ヲ負フニ似タリカ損害賠償ノ責ニ任ス
協諾契約ニ依レル破産手續ノ終局決定ハ協諾契約ノ認可決定ノ確定ヲ前提要
件トス故ニ後者ノ確定以前ニ前者ヲ爲シタルトキハ其效力ノ有無カ條件ニ繫
ルコトト爲ル又確定シタル協諾契約認可決定カ再審ノ訴ニ付クノ要件ニ基ク
抗告ニ依リテ民事訴訟法第四六六條廢棄セラレタルトキハ協諾契約ニ依レル破
産手續ノ終局決定モ亦失效ス協諾契約ニ依ル破産手續ノ終局決定ハ配當ニ依
レル破産手續ノ終局決定ト同シク破産手續ノ終局方法ナルヲ以テ商法第千四
十八條ニ準シ之ヲ公告シ以テ總利害關係人ニ知ラシメタルヘカラス又ハ其決
定ハ有效ニ公告セラレタルニ因リテ效力ヲ發生ス破産法ノ宣告ヲ通知シタル

官廳ニハ又協議契約ニ依リテ破産手續ノ終局シタル旨ヲ通知スルヲ可トス)

(三) 效力

協議契約及ヒ之ニ基ク破産手續ノ終局ハ總破産債權者ノ利益及ヒ不利益ニ於テ破東ノ效力ヲ生シ破産財團ニ對スル破產的差押權ノ消滅ヲ來シ其他次ノ效力ヲ生ス左ニ之ヲ分説スヘシ

(A) 破東ノ效力 協議契約ハ其當事者タル破產者ニ對シテハ勿論總破產債權者ノ利益及ヒ不利益ニ於テ破東ノ效力ヲ生シ其破產債權者カ破產手續ニ參加シタルト否ト協議契約ノ決議ニ際シ賛成シタルト否ト集會ニ出席シタルト否ト適當ニ代表セラレタルト否トア問ハスはレ協議契約ノ性質タル一般及ヒ同等ナル觀念ノ然ラシムル所ナリ(協議契約ノ鞏固ハ債務辨済ノ要件ナルカ故ニ總破產債權者ニ對シテ必要ナルノミナラス破產者モ亦協議契約ノ鞏固ナルカ爲メニ更ニ負擔ノ重キ約定ヲ爲シタルモノナルヲ以テ協議契約カ總破產債權者ニ對シ破東力ヲ有セナルヘカラス然ラスハ協議契約ノ鞏固ヲ害スルニ至ラン又法律ハ協議契約ノ鞏固ヲ欲スルカ爲メニ届出債權カ争ニ係リ爲メニ訴訟中ニ在リテ破產裁判所ヨリ集會ニ參加スルコトヲ許サレタル債權者カ參加シテ協議契約カ成立シタル後判決ヲ以テ該債權カ否認セラレタル場合ニ於テ協議契約ノ當否ト不問ニ付シタリ是ニ由リタ之ヲ觀レハ協議契約ハ其鞏固ノ爲メニ總破產債權者ニ對シシ効力ヲ有セナルヘカラナルヤ明瞭ナリ(獨逸破產法第一九三條第一項佛蘭西商法第五一六條瑞西破產法第三一一條等而シテ協議契約ハ債權ノ組織及ヒ其確定ニ影響ヲ及ホスコト爲シ隨テ債權ノ原因ハ協議契約ノ爲メニ變更セラルルコトナシ又協議契約ハ認諾更改(佛國人「ローレン」氏ハ更改ナリト主張スレトモ通說ニアラス及ヒ各債權ノ原因及ヒ確定ニ關スル和解ヲ包含スルモノニアラシシテ唯破產債權ノ正當ナル成立ヲ前提要件トシ配當ニ依ラシシテ破產關係ヲ消滅セシムル目的ヲ達スルカ爲メニ其主張ニ關スル權利ノミヲ變更スルノミ隨テ破產債權ノ基礎ハ從前ニ於ケルモノト異ナルコトナシ是ヲ以テ破產債權カ其居出ニヨリテ受ケタル變更第九八九條參考其他破產債權ノ評價ハ協議契約ニ於テ準據スヘキモノナレトモ届出ヲ爲サナシ破產債權ハ協議契約成立以後ニ於テ從來ノ體様ヲ以テ該契約ヨリ生シ

タル制限ノ下ニ於テ主張スルコトヲ得ヘシ但届出ヲ爲ナザリシ破産債權ノ給付カ不可分ニシテ直接ニ協議契約ヨリ生シタル制限即チ割合辨済ヲ爲スコトヲ得ナル場合ニハ給付ヲ金錢ニ評價シ其額ニ從ヒテ協議契約ノ條項ヲ適用スルハ當然ナリ

別除權ハ協議契約ノ爲メニ影響ヲ受クルコトナシ然レトモ別除權ヲ有スル破産債權者ハ其別除權ヲ棄棄シタル限度又ハ別除權ヲ行フニ當リ不足アルヘント推定セラル限度ニ於テ協議契約ノ效力ヲ對抗セラル(獨逸破産法第一九八條下段)破産手續繼續中破産債權者カ其破産債權ヲ破産者ニ對スル債務ト相殺シタルトキハ其相殺ハ亦協議契約ノ爲メニ影響ヲ受クルコトナシ破産手續繼續中ニ於テ自己ノ破産債權ト破産財團ニ屬スル破産者ノ債權ト相殺スルノ權利ヲ有スル破産債權者ハ協議契約ニ依レル破産手續ノ終局以後仍ホ有效ニ相殺權ヲ行使スルコトヲ得蓋シ協議契約ハ斯ル相殺權ヲ喪失セシムルモノニ非ナルコト別除權ト同一ナレハナリ其他破産ノ性質ヲ有セナル債權者ニ對シテハ協議契約ノ效力ナキヤ言ヲ埃タス破産手續終局ト破産財團ヲ破産者ニ引渡

スコトヲ目的トスル協議契約カ破産債權者ニアラナル者ニ效力ヲ有スト云フ

ハ解ス

ハカラサレハナリ
轄東ノ效力ハ破産債權者ト破産者ノ共同債務者及ヒ物上擔保ノ關係ニ及ハ

ス(獨逸破産法第一九三條蓋シ反對ニ論決セハ對人擔保若クハ物上擔保ヲ有ス

ル者カ其擔保權ノ喪失ヲ恐レ協議契約ノ成立ヲ妨クルヲ以テナリ)

(B) 破產的差押權ノ消滅 協議契約ハ配當ニ依ラスシテ破産手續ヲ終局スル方法ナルヲ以テ協議契約ノ完成ニ因リテ破産財團ニ對スル破產的差押權ノ消滅ヲ來シ協議契約ニ於テ別段ノ規定ナキ限ハ破產者カ破產財團ニ屬スル總財產ニ付キ破產ノ宣告ニ因リテ喪失シタル占有管理及ヒ處分權ヲ回復ス故ニ管財人ハ其職務ヲ罷メ(第一〇四三條第一項佛蘭西商法第五一九條)破產者ハ任意ノ管理及ヒ處分ノ爲メニ該財產ヲ取戻スコトヲ得第一〇四三條第一項獨逸破産法第一九二條協議契約ニ於テ破産財團ニ對スル破產的差押權カ存續スル旨ヲ約定スルコトヲ得ス何トナレハ破產者カ破產財團ニ付キ任意ノ管理及ヒ處分ヲ爲スコトハ協議契約ノ要素的效力タルノミナラス破產手續ノ終了以後

破産財團ノ存スルコトナケレハナリテモ協諾契約履行ノ擔保ノ手段トシ
テ破産財團ニ屬スル特定ノ財產ニ付キ債權的制限特定人ノ承認ヲ經シテ特
定ノ財產ノ處分ヲ禁止スルノ類威ハ物權的制限質權抵當權等ノ設定ヲ約定ス
ルコトヲ妨ケズ是レ協諾契約ノ偶素的效力ナレハナリ(第一〇四三條第二項)
別段ノ定ナキトキニ限リ「獨逸破産法第一九二條斯ル場合ニ於テハ破産者ガ
任意ノ管理及ヒ處分ヲ爲スコトヲ得サルヘタ又取戻質權設定ノ場合ヲ爲スコ
トヲ得ナルヘシ其他協諾契約ニ於テ破産財團ニ屬スル財產ノ全部又ハ其特定
財產ヲ總破産債權者若クハ特定ノ破産債權者ニ對シ代物辨済トシテ交付スル
旨ヲ約定スルコトヲ得ヘシ
破産者ノ協諾契約ニ依レル占有、管理及ヒ處分權ノ回復ハ協諾契約ノ確定ヨリ
發生シ(第一〇四三條……確定シタルトキ……既往ニ過リテ效力ヲ生セス故ニ協
諾契約ノ確定マニア於テ管財人ノ爲シタル管財人ノ行爲ハ破産者ニ對シ效力
フ存ス破産者ノ身上的效果ハ協諾契約ノ完成ニ因リテ消滅セス蓋シ該效果ハ
唯復權ヲ以テ消滅スルコトヲ得ルノミナレハナリ(第一〇五五條佛蘭西商法第
六〇四條新ノ制度ハ立法上嚴酷ニ失ス(英吉利破産法第三條第二項ハ協諾契
約ノ完成ニ因リテ身上的效果ヲ消滅セシメ又伊太利商法第八三九條西班牙商
法第九二一條、第九二二條ハ破産裁判所ヲシテ復權ヲ協諾契約實行ノ完結ニ結
合スルコトヲ得シメタリ)
(C) 強制執行禁止ノ除去ノ破産手續ノ開始ニ因リテ破産手續カ終局スルヲ以テナリ協諾契約ノ内容ニ觸レツル
ニ對スル各別的執行ノ禁止ナル制限ノ消滅ヲ來シ協諾契約ノ内容ニ觸レツル
以上ハ各破産債權者其有スル權利ヲ破産手續以外ノ手續ニ從ヒテ主張スルコト
ヲ得蓋シ協諾契約ニ因リテ破産手續カ終局スルヲ以テナリ協諾契約ノ内容ハ
偶素的效力トシテ當事者ノ約定スル所ナレトモ(a)破産者ハ利益ニシテ破産債
權者ニ不利益ナルモノハ支拂ノ延期及ヒ債務ノ一部免除ノ外ニ出テサルヲ通
常トス支拂ノ延期トハ一時債權ヲ主張ヲ爲サルノ行爲ニシテ債務ノ一部免
除トハ債權者カ破産の差押權ヲ消滅セシムヲ其有スル破産債權ノ一部ニ付キ
支拂ヲ受ケ他ノ部分ヲ拋棄スルノ行爲タリ而シテ協諾契約ニ於ケル債務ノ一
部免除ハ民法上ノ免除ト其性質ヲ同シウセス後者ハ債權者カ其債權ヲ全部若タ

ハ一部ヲ抛弃スルノ意思ヲ表示シ債務者之ヲ承諾スルニ因リテ成立ス故ニ贈與ノ性質ヲ有ス後者ハ免除ノ部分ニ付キ民法的債務ヲ自然債務ニ變性セシム外ナラナルヲ以テ贈與ノ性質ヲ有ス蓋シ協議契約上ノ免除ハ協議契約ノ成立ニ付キ不養成ナル債務者ノ意思ニ反シテ其效力ヲ發生スルノミナラス贊成ヲ表シタル債務者ト雖モ破産手續ノ進行上ヨリ生スルコトアルヘキ損害例へ費用、時間及ヒ破産財團ノ換價等ニ因リテ生スル損害ヲ避クルカ爲メニ自己ノ利益ノ一部ヲ犠牲ニ供シタルニ外ナラナルヲ以テ贈與ノ成立ニ必要ナル思惠意思ヲ缺ケハナリ故ニ其結果トシテ(1)民法的免除ハ債務ヲ消滅スルヲ以テ(民法第五一九條其之ニ關スル債務ハ攻擊方法訴子キ權利即チ自然債務ニ對スル權利トシテモ存在セス協議契約上ノ免除ハ破産者ニ免除額ヲ支拂フノ自然債務ヲ留存セシムルヲ以テ破産者ハ債務ノ元利合額ヲ支拂フニアスンハ復權ヲ得ス第一〇五五條佛蘭西商法第六〇四條又破産者カ免除額ヲ債務者ニ交付シタルハ債務ノ排濟ヲ爲シタルモノニシテ贈與ヲ爲シタルモノニアラス但シ協議契約ニ於テ破産者カ其負ヒタル債務ヲ完済スルニ足ル資産ヲ有スル

ニ至レハ免除ノ效力ナキ旨ノ特約カ存シタルトキハ斯ル條件ノ到來ニ因リテ自然債務カ通常債務ニ變更スルヤ當然タリ(2)民法的免除ハ之ヲ得タル債務者ノ負擔部分ノ全部又ハ一部ニ付キ他ノ共同債務者連帶保證ヲ免責ス(民法第四三七條、第四五八條、佛蘭西民法第一二一八七條)保證債務ノ消滅ハ主タル債務ノ消滅ニ因リテ明瞭ナリ何トナレハ若シ然ラスンハ共同債務者ハ免除ヲ得タル債務者ニ對シ求償權ヲ行使シ該債務者ヲシテ免除ノ實益ヲ享有セシムナルヲ以テナリ之ニ反シテ協議契約上ノ免除ハ其部分ニ付キ他ノ共同債務者ヲ免責セス其理由ノ第一ハ保證及ヒ連帶等ノ債務關係ヲ成立シタルハ是レ債務者カ債務者ニ破産シタル場合ニ於テ債務者ヲシテ免除ノ履行ヲ擔保セシムルニ外ナラス然ルニ斯ル場合ニ於テ保證連帶等ニ基ケル共同債務者カ破産者ノ得タル免除額ニ付キ免責スト云フハ債務者ノ意思ニ反シ且ツ保證及ヒ連帶等ノ法意ニ反スレハナリ第二ニ協議契約上ノ免除ハ必要的免除タリ故ニ斯ル必要ノ理由ノ存スル破産者ニ專屬シ斯ル必要ノ理由ノ存セサル他ノ共同債務者ノ利益ト爲ルモノニアラス第三ニ協議契約上ノ免除ニ於テ前述ノ如ク自然債務カ成立スルヲ以

ヲ主タル債務ノ存在ヲ前提トスル保護債務存在ノ妨ト爲ラス(佛蘭西商法第五四三條、同民法第二〇一二條、獨逸破産法第一九三條、大利破産法第二二四條、伊太利商法第七九二條、白耳義商法第五四一條等)(羅馬法賣ボウル氏ハ債權者カ強制免除ニ賛成シタルト否トニ從ヒ他ノ共同債務者ニ對スル權利ノ消長ニ關スル意見ヲ有シ又智利商法第十四百八十一條及ヒ瑞西破産法第三百三條ハ債權者カ協議契約ノ成立ニ付キ賛成セナル場合ニ於テノミ他ノ共同債務者ニ對スル權利ヲ全ウスト規定シタリ)其他協議契約ノ内容トシテ破産者カ破產財團ヲ破産債權者ニ移轉シ以テ債務ヲ免ル旨ノ約定ハ一ノ代物辨済ニシテ法律ノ禁スル所ニアラス(b)破産債權者ニ利益ナル協議契約ノ偶素的效力ハ保證ノ如キ對人擔保及ヒ質權抵當權ニ於テ債務ヲ辨償スヘキ義務又負フ而シテ協議契約成立ノ當時未知ノ債權者カ協議契約ノ成立以後多ク頭ハルロトナキニシテア

ラナルヲ以テ過度ノ増加ヲ豫防スルカ爲メニ破保スヘキ債務額ヲ確定スルヲ利益トス(第一〇四二條第二項、佛蘭西商法第六三五條、協議契約上ノ債務ノ履行ヲ擔保スルカ爲メニ破産者ノ財產上ニ設定シタル質權抵當權等ハ破産者カ協議契約ニ於テ負擔シタル債務支拂ノ範圍内ニ於テ各債權者ニ協議契約以後モ於テ破産者ニ對シ債權ヲ取得シタル者ニ優先スルノ利益ヲ享有セシム)D)主任官ノ監督、破產主任官ハ協議契約ノ履行ヲ監督ス是レ破產主任官アシテ協議契約ノ正當ニ履行セラルルヤ否ヤフ注意セシメ當事者ノ利益ヲ保護スルノ法意ニ外ナラス第一〇四三條第三項(監督方法)に依リ
(四) 消滅
協議契約ニ關スル廣義ノ消滅又ハ狹義ノ消滅、取消及ヒ解除ノ三アリ左ニ之ヲ分説スヘシ
(A) 狹義ノ消滅 協議契約ノ成立以後破産者カ有罪破産ノ確定判決ヲ受ケタルトキハ協議契約カ當然消滅ス是レ協議契約ノ要件ヲ缺クニ至ダフ以テナリ
(第一〇四二條第一項、第一〇三八條第一項)此場合ニ於テ生協議契約ノ爲メニ設

定セラレタル物上擔保及ヒ對人擔保モ亦消滅スルコト商法第千四十四條第二項ノ反對推理及ヒ主ハ從ニ隨フノ原則ノ適用キ依リ明瞭ナリ(佛蘭西商法第五〇三條塊太利破産法第二四一條普遍西破産法第三〇二條等ハ協議契約ノ認可後破産者カ詐欺破産我商法ノ如ク過怠破産ヲ包含セスノ確定判決ヲ受ケタルトキハ協議契約ヲ取消スコトヲ得ヘキモノト爲シタリ是レ協議契約ヲ成立セシムル法意ニ反スルカ故ナリ獨逸破産法第一九七條第一項ハ之ニ反シテ協議契約ノ成立以後破産者ノ受ケタル詐欺破産ノ確定判決カ頭ハレタルトキハ(有罪ノ確定判決カ協議契約ノ成立以後ニ存シタルト其以前即チ協議契約ノ成立ニ際シ看過セラレタルトヲ問ハス)各破産債權者ニ協議契約ニ因リテ取得シタル權利保證ノ如キヲ喪失スルコトナクシテ協議契約ニ因リテ不利益ニ歸シタル免除ヲ無効トシテ取扱フコトヲ得セシム是レ一旦有效ニ成立シタル協議契約ニ因リテ取得シタル破産債權者ノ利益ヲ破産者ノ受ケタル有罪破産ノ確定判決ノ爲メニ喪失セシムルハ甚タ不當ナリトノ法意ニ基ケリ立法上ノ見解トシテハ獨逸破産法ヲ正當ト認ム)

協議契約ノ成立以後破産者ニ對シ有罪破産事件カ繁屬シ其審問中(兼審又ハ公判ニ在ルトキハ一方ニ於テハ免訴又ハ無罪ノ言渡アルマテ協議契約ノ效力ヲ停止シ第一〇四二條下段他ノ一方ニ於テハ破産裁判所カ各破産債權者ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ有罪判決ノ言渡ノ結果トシテ破産手續ノ再施ヲ爲スニ必要ナル保全處分殊ニ財產帳簿書類ノ保管ラ命スルコトヲ得ヘシ(獨逸破産法第一九七條第二項佛蘭西商法第五二一條は是レ有罪破産事件ノ繁屬ニ因リテ協議契約ノ生死ニ疑惑ヲ惹起シタルヲ以テ總テノ債權者ノ利益ヲ保護スルノ法意ニ出フ)

(B) 取消ハ協議契約ハ其認可後ト雖モ破産者又ハ第三者ノ詐欺其他不正方法ヲ以テ成リタルトキニ限リ取消スコトヲ得第一〇四二條第二項是レ此等ノ不正方法微セハ協議契約カ或ミ締結セラレサルカ又ハ他ノ體様ニ於テ締結セラルヘキヲ以テ詐欺其他ノ不正方法三千與セザル破産債權者ノ利益ヲ保護スルノ法意ニ外ナラス隨テ破産裁判所ハ職權ヲ以テ協議契約ノ取消ヲ爲スコトヲ得ス又協議契約ノ履行ヲ擔保スル保證人モ協議契約ノ取消ヲ申立フル權ナシ

仕レ取消權ヲ有スル債權者ハ取消ノ原因ヲ異議申立ノ形式ヲ以テ協諾契約ノ認可ニ際シ自己ノ過失ニアラヌルヲ主張シ得サルモノナルコトヲ要ス何トナレハ既ニ一旦異議ノ申立ヲ以テ主張シタル原因ナムニ於テハ確定シタル裁判ヲ再理スルニ至ルヘク又ハ過失ニ因リテ主張セサリシ債權者ハ之ヲ保護スルノ要ナケレハナリ(佛蘭西商法ニ於テハ協諾契約ハ裁判所ノ認可ヲ要スルカ故ニ特別ノ契約ナリシ通常ノ契約ノ如ク強暴錯誤及ヒ詐欺ヲ以テ取消スコトヲ得セシメス唯商法第五百一十八條ニ於テ特別ナル詐欺アル場合ニ於テ協諾契約ヲ取消スコトヲ許スノミ是レ協諾契約ハ種種ノ複雜ナル手續ト裁判所ノ認可トヲ要スルヲ以テ該契約ノ確實ナル擔保ハ大ニ恐セリト謂フヘシ然ルニ協諾契約ヲ以テ容易ニ取消シ問題ニ係ラシムルニ於テハ費用ト時間トヲ空消スルニ過キストノ觀念ニ基ケルモノト思ハル而シテ協諾契約ノ取消ノ原因タル詐欺ハ債務ノ偽記又ハ財產ノ隠匿ニ因リテ成立シ且ツ裁判所ノ認可以後ニ於テ發見シタルコトヲ要ス蓋シスル詐欺ハ協諾契約ノ結核ニ際シ發見セラルニ於テハ其成立ヲ妨タルニ足リ又有罪破産ノ要素タルモノナカムヲ以テ之ニ基キ詐欺破産ノ判決アリタルトキハ前述ノ如ク協諾契約取消ノ原因ト爲ル隨テ破産者ノ死亡ニ因リル公訴權又ハ檢事ノ不行動等ニ基キ前述ノ判決ナキ場合ニ於テ債權者ニ前示ノ詐欺ニ基ク協諾契約取消ノ請求權ヲ奪フノ理ナキヲ以テナリ獨逸破産法第一九六條ニ於テハ協諾契約カ破産者又ハ第三者ノ詐欺ニ因リテ結合セラレタルトキハ錯誤ニ陷ラタル各破産債權者ハ(フ)ブチング氏カ其破産法論ニ於テ錯誤ニ陷ラタル者ト雖モ取消權アリトノ論旨ハ普通ノ原則ニ反スルモノトシテデルンブルグ氏カ普漏西私法論ニ於テ論難スル所ナリ第一ニ其過失ニアラスシテ取消ノ原因ヲ認可手續ニ於テ主張スルコトヲ得ス第二ニ其贊成ナランハ協諾契約ノ提供ニ對シ其成立ニ必要ナル多數決ノ成立セシストノ要件ノ下ニ於テ協諾契約其モニアラスシテ單ニ協諾契約ニ依リテ生シタル不利益ノ效力即ヒ免除ノミヲ取消スコトヲ得且ツ協諾契約ニ因リテ取得シタル權利ヲ保有スルコトヲ得是レ協諾契約ノ取消ヲ許ストキハ其結果トシテ協諾契約ニ因リ債權者ノ爲ニ生シタル權利ヲ消滅セシムルカ故ニ債權者保護ノ爲メニスル取消カ却々其損害ト爲ムノ奇觀ヲ呈スル無至極者

ミナラス甲債權者ノ取消權ヲ行使カ他之債權者ヲ禍害スルニ至ルカ如キ不當ノ現象ヲ呈スルヲ以テナリ立法論トシテハ獨逸破産法ヲ正當ト認ム)取消權實行ノ形式及ヒ期間ハ我商法ノ規定セガル所ナリ然レトモ申請ノ形式ヲ以テ協議契約ノ履行完結以前ニ認可ヲ爲シタル破産裁判所該裁判所カ事件ヲ調査スルニ尤モ便益アリニ對シ異議ノ申立取消權ノ實行ヲ爲スヘキモノカルコトハ商法第千三十九條、第千四十條ノ類推解釋トシテ疑ナキ所ナリ獨逸破產法ニ於テハ破產債權者カ其取消ノ意思ヲ相手方タル破產者ニ對シ裁判上又ハ裁判外ニテ表示スヘキモノト爲スニ似タリ而シテ取消ヲ命シタル裁判カ確定シタルトキハ協議契約ハ法律上存在セナルモノト爲ル隨ナニ之ニ基キ債權者ノ爲メニ生シタル權利殊ニ協議契約履行ヲ擔保スル抵當質保證モ亦存在セサルコトト爲ル從ハ主ニ隨フ取消裁判ノ確定ニ至ルマニア存在シタル法律行為本運命ハ後述ノ如ク商法第千四十四條ニ從ヒラ定マルモニタリ

(C)解除
破產者カ協議契約ヲ履行セサルトキハ各破產債權者ハ之ヲ解除スルコトヲ得第一〇四四條(「不履行ノ爲メ解除」)是レ協議契約ハ一ノ契約ニ外ナラサルヲ以テナリ(民法第五四一條商法第三二三條解除ノ方法ハ破産法ニ於テ別ニ明文ナキヲ以テ民法ニ依ルノ法意ト解スルヲ正當ト認ム但シ破產手續再施ノ事項ニ付キ解除ノ效力カ一般的タルコトハ商法第千四十四條ノ法意ニ依リ瞭然タリ(佛蘭西商法第五二〇條伊太利商法第八四三條英吉利破産法第一八四條瑞西破產法第三一五條等ハ方法ト效力トニ於テ多少ノ差異アレトモ我破產法ト同シク不履行ニ基ク協議契約ノ解除ヲ認タリ是レ雙務契約ニ關スル解除ノ法則ヲ適用シタルニ過キス而シテ佛蘭西商法大家「リオンカン氏」ノ説明ニ依レハ佛蘭西ニ於テハ協議契約上ノ權利ニ付キ満足ヲ享有セナル各債權者カ破產者ニ對シ又ハ其相繼人ニ協議契約ノ解除ヲ求ムルコトヲ得必要ノ場合ニ於テハ認可ヲ爲シタル裁判所ニ解除ノ請求ヲ爲スコトヲ得其解除ノ效力ハ通知ニ反シテ一般的ニシテ總債權者ニ對シテ協議契約カ解除セラルルコトト爲ル蓋シ各當事者ニ效力ヲ止ムル解除ハ大ニ煩雜ナルヲ以テナリト獨逸破產法(第一九五條ハ不履行ニ基ク協議契約ノ解除ヲ認メス是レ各破產債權者ハ協議契約ノ當事者ニアラナル以テ破產者ノ不履行ニ因リテ各破產債權者

カ協諾契約ヲ解除スルコトヲ得アト云フハ契約上ノ法則ニ反スルノミナラス
協諾契約ノ繼續問題ハ總て破産債權者ノ共同利益ニ基キテ決スヘキモノニシテ
協諾契約ノ成立後之カ成立ヲ悔ヒタル破産者ノ意思若クハ協諾契約ノ成立ニ
付キ不賛成ナル破産債權者一私人ノ意思ニ因リテ左右スヘキモノニアラス
ニ債權者ハ協諾契約ノ締結ニ際シ自由ニ履行ノ擔保ア設ケ又ヘ不履行ノ場合
ニ解除スヘキ旨ノ附帯契約ヲ爲シテ十分ニ適當ナル處分ヲ採ルコトヲ得ヘキ
カ故ニ特約ナキニ拘ラス法律的干涉ヲ以テ協諾契約ノ解除ヲ許スヲ失當トス
トノ觀念ニ基クリ隨テ獨逸破産法ニ於テハ破産者カ協諾契約ヲ履行セサムト
キハ債權者ハ強制執行ニ依リテ強制履行ヲ請求スルコトヲ得立法上ノ見解ト
シテハ獨逸破産法ヲ正當ト認ム

第五二〇條(白耳義商法第五二三條瑞西破産法第三一五條第一項)其理由ハ協諾
契約解除ノ場合ニ於テハ保護人カ其義務ヲ悉サザルノ資アリト云フニアラス
カ爲メニ立タル保護人ノ義務ヲ免レシメス(第一〇四四條第二項佛蘭西商法)
不履行ノ爲メ協諾契約ヲ解除シタル場合ニ於テハ協諾契約ノ履行ヲ擔保スル
シテ却テ(1)保護人カ其義務ヲ免レンカ爲メニ破産債權者中ノ成者ト共謀シテ
之ヲシテ協諾契約ノ解除ヲ爲サシムルカ如キ弊害ヲ識防スルニ在リ(2)破産債
權者中ノ一人カ爲タル協諾契約ノ解除ヨリシテ破産債權者總員ニ對スル保
證人ノ免責ヲ來スヘ失當ナルヲ以テカリ(3)保證ヲ立チシタルハ破産者カ協
諾契約ノ履行ヲ缺ク場合ニ備フルカ爲メナリ然ルニ斯ル場合ニ到來ニ依リ保
證人カ免責スト云フハ破産債權者ノ意思ニ反スト云フニ在リ随テ解除ノ場合
ニ於テ保護人ヲ免責セシメサルハ一方ニ於テハ解除ノ利益ヲ他ノ一方ニ於テ
ハ解除セナル協諾契約ノ利益ヲ債權者カ一身ニ集合スト云フニ至ル矛盾ニ見
解ナリトノ說ハ正當ニアラス保證ニアラナル擔保連帶質抵當等ニ關シテモ亦
同一理由ニ依リ同一二論結スヘキモノト信ス殊ニ供物保證(民法第三三四二條第三
六九條ニ關シテハ擔保ヲ供シタル第三者ト破産債權者ノ一人ト共謀シ破産者
財產上ニ存スル擔保ニ關シテハ破産者ト破産債權者ノ一人ト共謀スルノ虎アリ
(五)破産手續ノ再施用(本項は民法第三三四二條第一〇四四條第一項)
協諾契約ノ消滅取消及ヒ解除ノ其發生ノ原因及ヒ效力ニ於テ各異同アリ消滅

破産法 形式的破産法規 破産手續ノ進行 破産手續ノ終局

ハ有罪破産ノ判決ヲ原因トシ第一〇四二條取消ハ協譲契約固有ノ瑕疵ヲ原因トシ解除ハ爾後ノ事實タル契約不履行ヲ原因トス(第一〇四二條、第一〇四四條消滅ハ法律上當然發生シ(第一〇四一條〔…當然…〕取消ハ申請ニ基ク裁判ニ因リテ發生シ又解除ハ其意思表示(民法ノ規定ニ依ル)ニ因リテ發生シ瑞西破産法第三一五條、第三一六條佛蘭西商法第五二一條、第五二二條第六五三條等ハ解除ヲ言渡ス裁判ヲ要スルニ似タリ)又此三者ハ總破産債権者ニ對シテ效力ヲ有シ原則上既往ニ遡リテ其效力ヲ有シ民法第二二一條、第五四五條参考互フ、破産手續再施ノ效力ヲ生ス(第一〇四四條而シテ前二者ハ其當然ノ結果トシテ協譲契約ノ履行ノ擔保ヲ無効トシ後者ハ之ニ反シテ該擔保ヲ留存セシム(第一〇四四條左ニ破産手續ノ再施ニ關スル法則ヲ略述スヘシ)

(A) 性質上破産手續ノ再施ハ第二ノ破産宣告ニアラスシテ却テ從來ノ破産手續ノ更新及ヒ續行ナリ破産手續ニ關係ナキ中間時代ト協譲契約成立以後再施マテ及ヒ其間ニ於テ取得シタル第三者ノ權利ナフ認定スル特色ヲ有シ更新セラレタル協譲契約成立以後ニ於テハ破産關係ナリ何トナレハ破産手續再施ノ原因ハ支拂停止ニアラナルヲ以テナリ(註)本項所當然文也即為點證明ノ判決
(B) 手續上破産手續ノ再施ハ破産裁判所か破産當事者ノ申立ニ因リ破産手續再施ヲ命スル旨ノ決定ヲ爲スニ因リテ之ヲ開始ス我商法第十四四條ハ單ニ「破産手續ヲ再施シ…」ト云フニ止メ如何ナル手續ヲ以テ破産手續ヲ再施スルヤフ規定セラレドモ破産手續ノ再施ハ破産宣告ト其效力ヲ同シウスルヲ以テ類推ニ因リテ破産宣告ト同一ノ手續ニ因リテ之ヲ爲スモノト論結スルヲ正當トスレハナリ(獨逸破産法第一九八條ニ於テハ破産手續ノ再施ノ申立ハ破産債権者ノ權利ナムトシ唯其申立ニ因リテノミ破産裁判所カ決定ノ形式ヲ以テ破産手續ノ再施ヲ命セ佛蘭西商法第五二二條大利破産法第二四三條等ハ之ニ反シ破産裁判所カ職權ヲ以テ破産手續ヲ再施スヘキモ大ト爲シタル事由甚也
(a) 破産手續ノ再施ハ從前ノ破産手續ヲ施行スルニ過キス故ニ(1)破産手續再施ノ申立權ヲ有スルモノハ從前ノ破産債権者ニシテ協譲契約成立以後破産手續ノ再施マテニ債権ヲ取得シタル債権者ヲ包含セス(コトヘル)「フエルデルンドルフ氏等ハ反對ニ論結シテモ通説アラス此種ノ債権者ハ唯再施シタル

破産手續ニ参加スルコトヲ得ルノミ破産者カ破産手續ノ再施ノ申立權ヲ有スルハ破産宣告ノ申立權ヲ有スルト同一法意ニ外ナラス(獨逸破産法ハ破産者ニ斯ル申立權ヲ認メナリシ)②再施ノ申立ノ原因ハ協諾契約ノ消滅取消解除及ヒ棄却(第一〇四四條第一〇四〇條第一一〇四二條第一項、第二項ニシテ債務者ノ支拂停止ニアラス而シテ前三者カ破産手續ヲ再施スルノ效力ヲ生スル理由ハ協諾契約ノ消滅ニ因リ各破産債権者カ破産手續ニ從ヒテ満足ヲ享有スルノ権利ヲ回復スル當然ノ結果ニ外ナラサルニ在リト雖モ協諾契約ノ棄却カ破産手續再施ノ原因タル理由ハ之ヲ解スルコトヲ得ス何トナレハ協諾契約ハ前述ノ如ク裁判所ノ認可ヲ經テ始メテ有效ナルカ故ニ(第一〇四〇條棄却即チ認可ガ拒絶セラレタル協諾契約ハ實體的及ヒ形式的ニ於テ存在セス隨テ特ニ之カ爲メニ破産手續ヲ再施スルノ必要ナケレハナリ是ヲ以テ獨逸佛蘭西等ノ立法ニ於テハ斯ル變例ア見ス(申立)

(b) 破産手續ノ再施ハ從前ノ破産手續ヲ施行スルニ過キズ故ニ從前ノ破産裁判所カ破産手續再施メ申立エ付キ管轄ヲ有スルヤ當然ナリ破産裁判所ハ再施

ノ申立ニ關スル裁決以前ニ於テ先フ再施ノ申立者ノ権利ノ有無訴訟能力ノ有無ヲ調査シ後ニ再施ノ原因ノ存否、再施ヲ妨タル新破産手續ノ繁屬ノ有無及ヒ破産手續費用ヲ償フニ足ルヤ否ヤヲ調査シ且ツ之カ爲メニ必要ナル證據調査ヲ爲スコトヲ得(再施ヲ妨タル新破産手續ノ繁屬ニ關シテハ再施ノ效力ニ關スル説明ヲ參考スヘシ若シ再施ノ申立ヲ形式上及ヒ實體上正當ニアラスト認メタゲトキハ決定ヲ以テ申立ヲ却下ス該決定ニ對シテハ申立人カ即時抗告ヲ爲スコトヲ得商法施行法第一三八條準用之ニ反シテ再施ノ申立ヲ正當ナリト認メタルトキハ破産手續ノ再施ヲ命スル決定ヲ爲ス該決定ニ對シテハ破産者カ即時抗告ヲ爲スコトヲ得商法施行法第一三八條其他該決定ハ商法第九百八十九條第七項第九百八十一條等ノ準用ニ依リ之ニ再施ヲ命シタル日時(商法第千四十四條ニ於タル參加権者ヲ確定スルノ實用アリ)ヲ記載シ又之ヲ公告セアルベカラス(裁判所及ヒ裁判)

(c) 效力 破産手續ノ再施ハ破産手續ニ關係ナキ中間時代ト及ヒ其間ニ取得シタル第三者ノ権利ヲ認容スルノ特色ヲ有シテ更新セラレタル協諾契約ノ成

立以前ニ於ケル破産手續再施決定以前ノ状態ニ復舊レ破産宣告ノ效力カ破産手續再施決定以後存續シ(2)協諾契約成立以後破産手續再施決定以前ニ於ケル中間時代ハ破産者ハ完全ニ自己ノ財産ニ付キ管理及ヒ處分權ヲ有スルヲ以テ又協諾契約ノ利益ヲ得タル破産者ノ信用及ヒ取引ヲ爲シタル第三者ヲ保護スルノ必要アルヲ以テ破産手續ニ關係ナキ中間時代ニシテ又此時代ニ爲シタル破産者ノ法律行為ハ當然無効ト爲ラス唯詐害行爲タル場合ニ於テ取消ナルノミ(支拂ノ停止ニ代フニニ有罪破産ノ判決其他ノ適當ナル事項ヲ以テス破産手續ヲ再施シタル場合ニ於テモ商法第九百九十九條乃至第十九百九十二條ノ準用アルコト規定スルヲ立法上正當ト信ス)民法第四二四條獨逸破産法第一九九條(佛國西民法第一一六七條)破産手續ノ終了マテニ於テ破産者ノ取得シタル財產ハ破産財團ニ屬スルコト前述ノ如シ故ニ前述ノ中間時代ニ於テ取得シタル破産者ノ財產ハ破産手續ノ再施後ニ於ケル破産財產ニ屬ス(獨逸破産法ニ於テハ前述シタル如ク破産手續開始マテニ於テ破産者ニ属シタリシ財產ノミカ破産財團タルカ故ニ前述中間時代ニ於テ破産者ノ取得シタル財產カ破産財團ニ屬スト云フハ失當ニ似タレトモ學者ノ説明スル所ニ依レハ此中間時代ニ債權ヲ取得シタル者カ新破産債權者トシテ再施シタル破産財團ニ屬セシメナル觀念ト一致セザルノミナラス此種ノ財產ト破産宣告ノ當時ニ存在スル財產權トヲ區別スルハ事實上不能ナリトノ理由ニ基キテ破産手續ノ再施ノ當時ニ於テ有スル財產ヲ以テ破産財團ト爲シタリ(4)破産宣告以前ニ債權ヲ取得シタル者即チ舊債權者及ヒ協諾契約成立以後破産手續再施マテニ債權ヲ取得シタル者即チ新債權者カ再施シタル破産手續ニ参加スルコトヲ得ヘシ新債權者ハ破産債權者トシテ破産手續再施ノ當時ニ存在スル數額ニ付キ破産手續ニ參加スルコトヲ得其理由ハ若シ然ラスンハ大ニ該債權者ノ權利ヲ害スルノミナラス取引ノ信用ヲ害スルニ至ルヲ以テナリ蓋シ新債權者ハ協諾契約ノ成立以前ノ破産財團ニ屬シタルト否トノ區別ヲ問フコトナク債務者ノ財產及ヒ其處分能力ニ付キ十分ニ信用スルノ權利アルカ故ニ舊債權者ノ爲ミニ協諾契約成立以前ノ破産財團ニ關シ一ノ別除請求權ヲ設タルハ極メテ失當ナレハナリ舊債權者カ再施シタル破産手續ニ參加スルコトヲ得ルハ破産債

權者タル自衛權ノ作用トシテ當然ノ事項ニ屬ス然レトモ如何ナル數額ニ付キ
参加スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ我破産法ニ明文ナク又獨逸佛蘭西ノ立法例カ各其趣旨ヲ異ニスル所ナリ(獨逸破産法第二〇〇條第一項)ニ於テ
ハ破産手續ノ再施ハ協議契約ヲ消滅セシメス却テ單ニ協議契約ニ付キ生シタル
破産債權者ノ不利益ニ歸スル效果即チ債務ノ免除ノミヲ爾後消滅セシムルニ止マルヲ以テ舊債權者ハ既ニ受取リタルモノハ縱令協議契約ニ基ク分賦額ト雖モ返還スルノ義務ナシ隨テ舊債權者ハ破産手續再施ハ勿論ナリ佛蘭西商法ニ於テハ協議契約ノ解除及ヒ消滅ハ既往ニ遡リテ其效力ヲ生シ協議契約カ存セサル場合ト同視スルヲ以テ商法第五百二十六條伊太利商法第八四五條ニ於テ之ニ對スル
制限トシテ協議契約上ノ分賦額ハ破産關係ニ於テハ債權ヲ代表ニ從テ協議契約上ノ分賦額ノ支拂ハ債權ノ支拂ト同一ナリトノ思想ニ新債權者ハ舊債權者カ協議契約上ノ分賦額ヲ以テ満足セラルヘキヨノナルコトヲ計算ニ置クトノ理由トヲ以テ協議契約ニ於テ定マリタル分賦額全部ヲ受取リタル者ハ完済セラレタルモノノトシテ再施シタル破産手續ニ參加スルコトヲ得ナルモノトシ又毫モ分賦額ヲ受取ラナル者ハ債權全額ニ付キ再施シタル破産手續ニ參加スルコトヲ得セシメ分賦額ノ一部分ヲ受取リタル者ハ分賦額全額ト受取リタル一部額トノ割合ニ於ゲル債權ノ殘額ニ付キ例ヘハ金千圓ノ債權ニ付キ協議契約上ノ分賦額カ百分ノ二十即チ二百圓ナルトキハ二百圓ヲ支拂フノミヲ以テ足レリトス體テ分賦額トシテ百圓ノミヲ受取リタルニ過キサルニ於テハ九百圓ニアラスシテ分賦額ノ二分ノ一ニ當ル千圓ノ二分ノ一即チ五百圓ニ付キ再施シタル破産手續ニ加入スルコトヲ得セシメタリ但シ斯ル法則ハ舊債權者ト新債權者トノ關係ニ止マリ舊債權者ト破産者ノ關係ニ及ハス蓋シ破産者ハ協議契約ノ消滅シタル場合ニ於テ其利益ヲ自己ノ爲メニ授用スルコト能ハズルヲ以テナリ故ニ協議契約ニ於テ定マリタル免除額カ百分ノ二十五ノ割合ニシテ舊債權者ノ有スル債權額カ千圓ト假定セハ破産者ハ唯七百五十圓ヲ支拂フ以テ其責ヲ免ル然ルニ僅ニ五百圓ヲ支拂ヒタル後ニ於テ協議契約カ取

破産法 形式的破産法規 破産手續ノ進行 破産手續ノ終局

消サレ又ハ解除セラレタルトキハ舊債権者ハ殘額五百圓ニ付キ再施シタル破産手續ニ參加シ其結果百圓ヲ受取りタルニ遇キナルトキハ殘額四百圓ニ付キ破産手續ノ終了以後破産者ニ對シ執行ヲ爲スコトヲ得ヘシ)我商法ノ解釋トシテハ協議契約ノ消滅取消及ヒ解除ハ原則上週及力ヲ有スルカ故ニ中間時代カ破産手續ニ關係ナク又其間ニ生シタル權利行爲ノ有效ナルコトハ取引ノ安全ヲ保ツカ爲メニ斯ル原則ニ對スル制限ニ外ナラス(協議契約ハ初ヨリ存セナルコトト爲リ其結果債務者ハ管理、處分權ノ喪失中ニ在リ又協議契約ニ於テ定マリタル分属額ノ支拂ハ當然無効ト爲ル體ナ各舊債権者ハ其受取りタル分属額ヲ破産財團ニ返還シ又其有スル債權全額ニ付キ破産手續ニ參加スヘキモノト論結スルヲ正當ト認ム(堺太利破産法第二四四條参考)立法上ノ見解トシテハ獨逸破産法ヲ正當ト認ム協議契約ノ解除ノ場合ニ於テハ其履行ヲ擔保スル擔保關係カ存續スルヲ以テ舊債権者カ協議契約ニ因リ破産者ノ財產上ニ物上擔保ヲ有シタルトキハ再施シタル破産手續ニ於テ新破産債権者ニ對シ別除請求權者ト爲ルヤ疑ナシ(獨逸破産法第二〇〇條第二項)

(D) 再施シタル破産手續ト協議契約成立以前ニ於ケル破産手續及ヒ新破産手續トノ關係 再施シタル破産手續ハ前述ノ如ク協議契約成立以前ニ於ケル破産關係ノ更新及ヒ續行ナルヲ以テ必要ナル限度ニ於テ再ヒ破産手續ヲ施行ス(獨逸破産法第二〇一條第一項は費用ト時間ト勞力トヲ節約スル經濟上ノ目的ニ適シ立法上甚ク正當ナリト謂フヘシ是ヲ以テ(I)以前ノ破産主任官及ヒ管財人ハ新ニ選定セラルルコトナク當然再施シタル破産手續ニ於テ其職務ヲ行ヒ破産裁判所ハ之カ爲メニ破産手續ノ再施ヲ通知セサルヘカラス但シ以前ノ主任官及ヒ管財人カ死亡其他ノ事情ニ依リ職務ヲ行フコト能ハサル場合ニハ新ニ主任官及ヒ管財人ヲ選定スルヤ言ヲ埃タヌ(II)以前ノ破産手續中ニ於テ爲シタル届出ハ再施シタル破産手續ニ於テモ亦效力ヲ有ス而シテ以前ノ破産手續ニ於テ爲シタル調査ノ結果即ヒ確定及ヒ異議ハ再施シタル破産手續ニ於テ效力ヲ有ス故ニ以前ノ破産手續ニ於テ確定シタル權利ハ其確定以後破産手續ノ再施マテニ發生シタル辨済相殺免除等ノ原因ニ由リ全部又ハ一部カ消滅シタルコトヲ理由トスルニアラス(III)異議ヲ申立テラルルコトナシ之ニ反シテ以前

ノ破産手續ニ於テ異議ヲ申立テラレタル権利ハ再施シタル破産手續ニ於テモ亦效力ヲ存シ以前ノ破産手續ニ於ケル場合ト同シク確認ノ訴ヲ以テ之カ當否ヲ定メナルヘカラス異議申立権者ハ爾後ニ生シタル債權ノ消滅ヲ訴訟ノ程度ニ於テ許ササル限ハ繁屬シタル確認ノ訴訟ニ於テ主張スルコトヲ得又該消滅ヲ理由トシテ新ニ異議ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ以前ノ破産手續ニ於テ届出ヲレタルモ未タ調査セサル權利ハ再施シタル破産手續ニ於テ之ヲ調査ス(3)破産手續ノ再施決定ニ於テハ新破産債權者及ヒ新破産財團ノ爲ミニ商法第九百八十條第三乃至第六ノ事項ヲ掲ケ之ヲ公告セサルヘカラス(第九八一條)然レトモ貸借對照表及ヒ財產目錄ハ新調スルコトヲ要セス管財人カ補足スルヲ以テ足レリトス(4)協諾契約ノ成立以後ニ成立シタル權利ハ一般ノ規定ニ從ヒ届出且フ之ヲ調査セナルヘカラス

協諾契約ノ成立以後財產ノ管理及ヒ處分權ヲ同復シタル債務者カ協諾契約ノ義務ヲ完全ニ履行セナル以前ニ於テ破産宣告ノ要件ヲ具備スルニ至リタルトキハ是ニ破産宣告ヲ爲シタル破産裁判所又ハ其他ノ管轄破産裁判所カ新舊債權者ノ申立又ハ債務者ノ申立ニ因リテ未タ協諾契約ノ消滅解除又ハ取消等ノ原因ニ依リ破産手續ノ再施ナキ限ハ第二ノ破産宣告ヲ爲シタルヘカラス(4)

新債權者カ破産宣告ヲ求ムル申立権ヲ有スルハ是ナシト雖モ舊債權者カ第二ノ破産宣告ヲ求ムル申立権ヲ有スルヤ否ヤハ學者ノ見解各異ナレテ佛學者殊ニリオンカン氏ハ同一ノ債權者カ同一ノ債權ノ爲ニ同一ノ債務者ニ對シ再度ノ破産宣告ヲ爲スコトヲ得ストノ理由ヲ以テ消極的ニ論結ス獨逸學者殊ニゾキフヘルド「ザルウェー」氏等ハ積極的ニ論結シタリ予輩ハ我商法施行法第百三十八條第一項ノ文理解釋上積極的ニ論結スルヲ正當ト認ム(2)第二ノ破産宣告ハ破産手續ノ再施ト異ニシテ破産手續ノ進行ニアラナルヲ以テ第一ニ以前ノ破産宣告ヲ爲シタル破産裁判所以外ノ裁判所カ管轄權ヲ有スルコトアリ又第一ノ破産手續ト同一ノ手續ヲ悉マナルヘカラス殊ニ協諾契約ノ成立以後第二ノ破産宣告以前ノ行爲ニ大關係アル支拂停止ノ日時ノ確定債權ノ届出ニ参加スヘキモノナルヤ當ラズ矣タス(3)再施シタル破産手續ト第二ノ破産宣告

下ハ同一ノ破産財團ニ付キ行ハルルモノタリ故ニ同時ニ破産手續ヲ再施シ又第二ノ破産宣告ヲ爲スコトヲ得ス是ラ以テ同一ノ破産者ニ對シ第二ノ破産宣告ヲ求ムル申立て破産手續ノ再施ヲ求ムル申立てトカ同一ノ破産裁判所又ハ異ナリタル破産裁判所ニ繫屬シタルトキハ申立てノ前後ニ依リ一方ヲ採リ他ノ一方ヲ排斥スヘタ甲裁判所カ第二ノ破産宣告ヲ爲シ乙裁判所カ破産手續ノ再施ヲ命シタルトキハ同一ノ破産事件ニ數多ノ破産宣告アリタル場合ト同一ニ附結スヘシ多數ノ學者カ破産手續ノ再施ヲ第二ノ破産宣告ヨリ優等視シ破産手續ノ再施ノ申立てハ第二破産宣告ノ申立てヨリ先ニ裁判シ且オ前者ハ總合第二ノ破産宣告ヲ爲シタル場合ニテモ之ヲ許シニ因リテ破産手續ノ再施ヲ命シタルトキハ第二ノ破産手續ヲ停止シ之ヲ當然再施シタル破産手續ニ於テ第一ノ破産手續ノ續行トシダ終了セジムルモノナリトノ見解ハ法文上ノ根據ヲ有セサル不當ノ見解ナリ第二ノ破産終局後第一ノ破産手續ヲ再施スルコトハ獨ナシ蓋シ舊債権者の權利ヲ破産手續再施ノ拒絶ヲ以テ害スルコトヲ得サレバナリト申立てハ當審審議申立て固ミ未泰來當審審議又ハ當審審議申立て

(四) 再施シタル破産手續ノ終局 再施シタル破産手續ハ破産手續費用ヲ償ブニ足ル破産財產ノ存セナルコトニ因リテ停止シ又配當ニ因リテ終局スレントモ協諾契約ヲ以テ終局スルコトヲ得ヌ蓋シ形式上協諾契約ノ提供ベ一同ニ限ル(第一〇三八條法意ト直チニ財團ノ換價及ヒ配當ヲ爲シテ終局ニ至ラシム)トノ法文第一〇四四條トニ微シ又實體上破産手續ヲ迅速ニ終局セシムヘキ法意ヨリ推究シ瞭然タレハナリ(獨逸破産法ニ於テハ前述ノ如ク詐欺破産ノ確定判決ノミカ破産手續再施ノ原因タルヲ以テ再施シタル破産手續カ協諾契約ニテ終局スルコトナキハ法文上明白ナリ(獨逸破産法第一七五條第三項佛蘭西商法ニテハ第五二四條解除ニ因リ破産手續ヲ再施シタル場合ニ協諾契約ニ依レル終局ヲ認メ(是レ當初ノ協諾契約カ嚴酷ニ失シタル結果トシテ解除セラレタルカ故ニ當事者間ニ於テ更ニ寛大ナル協諾契約ヲ締結スルコトヲ得ルノ妨トナラ)ストノ理由ニ依ル又詐欺破産ノ確定判決ニ基ク協諾契約ノ取消ニ依リ破産手續カ再施セラレタルトキハ協諾契約ニ依レル終局ヲ認メス是レ詐欺破産ノ確定判決ハ協諾契約ノ締結ヲ妨タルモノナレハナリ(第五一〇條詐欺ニ基ク

協議契約ノ取消ニ因リ破産手續ヲ再施シタル場合ニ於テ學者ノ見解二派ニ分シタリ其第一ハ「ヨーレン」「アヌアル」民等ノ主張スル所ニシテ協議契約ノ妨ケト爲ルモノハ法律上詐欺破産ノ確定判決ノミ故ニ詐欺其モノノ協議契約締結ノ妨ケト爲ラシシテ唯破産裁判所可レ拒ムノ理由ト爲ルノミト云フニ在リ其第二ハ「ソーオンカン」「ブランバウ」民等ノ主張スル所ニシテ詐欺ハ協議契約取消ノ原因ト爲ル然アリ新協議契約締結ノ妨ケト爲ラスト云フハ擅著ノ見解ナリト云フニ在リ

第三欵 配當

破産ハ一ノ強制執行ナリ故ニ破産手續ハ強制執行手續ト同シク配當ニ因リテ終局スルハ當然ナリ(商法第三編第八章配當民事訴訟法第六二六條乃至第六三九條、第六九一條以下)配當トハ破産債權者間ニ破産財團ヲ分配スルノ行爲ナリ配當ハ通常金錢ヲ以テ之ヲ爲ス蓋シ金錢ハ其性質上各破産債權者ニ對シ其分ケ前ニ比例セル滿足ヲ得セシムルヲ以テナリ是ヲ以テ金錢ニ非ナル破産財團ハ配當以前ニ之ヲ換價スルヲ當然トス(第一〇四八條財團ノ換價)佛蘭西商法第四八九條、瑞西破産法第二六一條、獨逸破産法第一三七條故ニ各破産債權者ハ金錢ノ支拂ニ換ヘ他ノ物件ヲ受タルトキハ強制セラルルコトナシ立法論トシハ實物配當カ破産當事者ニ有益ナルトキハ金錢配當ニ代ヘ實物配當ヲ行フコトヲ得セシムルヲ正當ト認ム(意義)

配當ニハ立法上二大主義アリ一同配當主義及ヒ數同配當主義是ナリ前者ハ破產財團ヲ悉皆換價シタル後ニ於テ配當ヲ爲スノ主義ニシテ後者ハ配當ニ足ルヘキ財團ノ生スル毎ニ配當ヲ爲スノ主義ナリ配當スルニ足ル破産財團ノ存スルニ拘ラス破產財團ヲ悉ク換價スルマテ各破産債權者ニ對スル支拂ヲ猶豫スルハ不必要ニシテ又債權者ノ不利益ナルヲ以テ近世諸國ノ立法ハ皆數同配當主義ヲ認メタリ(獨逸破産法第一四九條、佛蘭西商法第四八九條、第五六六條)瑞利破産法第一六八條、第一八五條、瑞西破産法第二六一條、英吉利破産法第五八條等我商法モ亦然リ(第一〇四六條)配當ニ足ル可キ財團ノ生スル毎ニ第一〇四七條¹每回同配當主義ヲ認メタル當然ノ結果トマテ理論上少

クモ配當ニ二種アルコトヲ注記セナルヘカラス内拂配當及ヒ終局配當即チ是ナリ内拂配當トハ破産手續ノ終局前ニ有フ配當ニシテ終局配當トハ破産手續ヲ終局スル配當ナリ前者ハ破産財團ニ於テ各破産債權者之滿足ニ供スルニ足ルヘキ財團ノ存スル毎ニ之ヲ爲シ後者ハ破産財團ノ換價終局後ニ之ヲ爲ス内拂配當ト雖モ普通ノ調査會終局以前ニ之ヲ爲スヘキモノニアラス(第一〇四六條「配當ハ普通ノ調査會ノ終タル後」(獨逸破産法第一四九條)何トナレハ此調査會終局ノ時ヨリ始メテ配當ノ基礎ノ成立スルモノナレハナリ)(第一〇二六條第一〇二九條「配當ノ種類」)

普通破産債權者ノ配當ニ供スヘキモノハ財團上ノ請求權第一〇三二條及ヒ優先權アル債權ヲ支拂ヒタル後ニ殘存スル破産財團タリ(第一〇四五條第一項、獨逸破産法第三條佛蘭西商法第五六五條第五六七條、第五六八條此二種ノ權利ニ對スル支拂ヲ普通債權者ニ對スル配當以前三爲スノ理由ハ前述セル所ナルヲ以テ茲ニ之ヲ費セス而シテ優先權アル債權ヨリ先ニ財團上ノ請求ニ對スル支拂ヲ爲スコトハ文理解釋上條文ノ順序ニツ推理シテ明白ナルノヨナラス財團

上請求權ノ性質上亦明白ナリト謂フベシ但シ破産者カ資本ヲ分ナテ營業ヲ爲シ且ツ破産シタルトキハ各營業ニ對スル債權者ニ營業ニ屬スル資本即チ財團ヨリ他營業ニ對スル債權者ヨリ優先シテ辨濟ヲ受ク蓋シ商取引ハ資本ニ信用ヲ置クヲ通常ノ狀態トシ隨ラ資本ヲ分ナテ營業ヲ爲ス者カ破産シタル場合ニ於テ斯ル優先權ヲ設ケサルトキハ大ニ取引上ノ信用ヲ害スハケレハナリ(配當ノ目的物左ニ配當手續ノ大要及ヒ效果ヲ略述スヘシ)

(一) 配當ノ準備 管財人ハ配當ノ準備トシテ配當案ヲ調製セナルヘカラス此配當案ハ破産主任官ノ署名捺印ニ關シスルカ爲メナリ配當案ニ記載スヘキ事項ニ關シテハ法律上明文ナシト雖モ配當案ハ配當實行ノ基礎ヲ爲スセノナレハ配當ニ與カルヘキ債權者ノ氏名員數及ヒ債權額配當セラルヘキ金額既ニ支拂ヒタル内拂額其他未濟額等ヲ表示スルヲ適當トス故ニ配當案ヲ調製スル

ニ最モ適當ノ材料ハ債權表ナルヘシ(第一〇三四條)。配當ニ與カルヘキ債權者トハ適當ノ時期ニ債權ノ届出ヲ爲シ且ソ調査會ニ於ケル承認又ハ判決ニ因リ確定シタル破産債權ヲ有スル債權者ナリ蓋シ破産債權ハ承認則チ裁判上ノ認諾又ハ判決ニ因リ確定セラレタルニ由リテ確定力ヲ得随テ執行シ得ヘキモノト爲レシカヌ是ヲ以テ條件附債權者ニ亦配當ニ與カルヘキ債權者ト爲ル但シ後述ノ如ク停止條件附債權者ニ對シテ「理論上割前ヲ留存シ解除條件附債權者ニ對シテハ之ヲ支拂フ條件成就ノ場合ニ處スルカ」爲ミニ返還ヲ擔保スル保證ヲ立テシタルヲ可トスルコトハ前述セル所ナリ(獨逸破産法第一六八條第二第四然リ而シテ別除請求權ヲ行使シ且ツ届出及ヒ確定ノ手續ヲ踐ミタル債權者カ優先權ヲ抛棄シタル限度又ハ擔保物ノ賣拂代金ヨリ完全ナル辨済ヲ受ケタル場合ニ其未済額ニ付キ破産財團ヨリ平等的支拂ヲ受クルノ手續即テ配當ニ與カル方法ニ關シテハ我商法ニ明文ヲ缺タ然レトモ此種ノ債權者ノ權利及ヒ他ノ破産債權者ノ權利ヲ完ウセシムルカ爲ミニ管財人ハ前示ノ債權者カ破産財團ヨリ配當ヲ受クヘキ旨ノ申立ヲ爲シタルトキ

ハ割前ヲ留存シ優先權ノ抛弃又ハ不足部分ノ證明ヲ爲シタルトキハ留存シタル割前ヲ交付スヘキモノト思ハル獨逸破産法第一五三條第一五六條)。債權ヲ正當時期ニ届出テタルモ債權調查會ニ於テ異議ヲ受クタルカ爲ミニ債權確定ノ訴訟ヲ提起シタル債權者及ヒ正當時期ニ届出ヲ爲スコト能ハサル債權者即チ届出及ヒ調査ノ爲メ別段ノ期間ヲ定メラレタル在外債權者ハ債權未確定ノ故ヲ以テ理論上配當ニ與カルヘキ債權者ト云フヘカラス然レトモ前者ハ破産手續ニ於ケル權利ノ實行ニ怠慢ナク又後者ハ特定期間ニ届出ヲ爲ス權利ヲ有スル者ナルヲ以テ債權未確定ヲ理由トシ配當ニ與カラシメナレハ不當ナル異議ノ爲ミニ正當ナル債權者ノ權利ヲ害シ又在外債權者ノ權利ヲ害スルニ至ルヘシ此種ノ債權ノ確定ヲ待タンカ破産手續終局ニ遲滞ヲ來スニ至ルヘシ是ニ於テカ法律ハ前示ノ債權ノ確定以前ニ爲ス配當ニ於テ其債權ニ歸スル割前ヲ留存スルモノト規定セリ(第一〇二九條後段佛蘭西商法第五〇二條第五〇三條獨逸破産法第一六八條第一)故ニ管財人ハ配當ニ與カルヘキ債權者ニ準シテ配當案ニ此種ノ債權者ノ氏名等ヲ記載セサルヘカラス而シテ留存シタル割

前ハ破産債権ヲ確定シタル場合ニ之ヲ債権者ニ交付シ(留存シタル割前ニ付キ生シタル利息ヲモ交付スヘキヤ否ヤ)専門ノテハ學者間ニ爭アリ「リビエノル氏ノ如キハ從ハ主ニ隨フノ原則ニ依リ債権者ノ有ニ歸スヘキモノトシ」ルスアーノド氏ノ如キハ留存ハ支拂ト同一ニ非ス且ツ破産財團ニ對シテハ利息ヲ停止スヘキモノナレハ留存割前ノ利息ハ破産財團ニ歸スト云ヘリ予輩ハ前説ニ依ルア正當ト信ス反対ノ場合即チ異議ヲ正當ト爲ス判決カ確定シタルカ(第一〇二七條)又ハ在外債権者カ別ニ定メタル期間ニ債権ノ届出及ヒ調査ノ爲ニ届出ヲ爲シタルトキハ留存ノ割前ヲ更ニ債権者間ニ分配ス何トオレハ其割前モ亦破産財團ノ一部分ニ外ナラサレハナリ(第一〇二五條)第一〇二五條第四項上段債権ヲ確定セナル債権者ハ配當ニ與カルヘキ債権者ニ非ス故ニ管財人ハ配當案ニ此種ノ債権者ノ氏名等ヲ記載スルノ必要ナシ然レトモ商法第千二十九條第四項ノ規定ニ基キ爾後債権カ確定シタルトキハ爾後ニ爲スヘキ財團ノ配當ニノミ加入スルコトヲ得是レ届出期間懈怠ノ爲メニ失權ヲ來ス主義ヲ排斥シタル當然ノ結果ナリ近世文明諸國殊ニ佛蘭西商法第五百三條獨逸破産法第二百五十五條ニ依レハ懈怠ノ爲メニ失權ヲ來シ立法主義ヲ排斥シ苟モ破産手續カ終局セサル以上ハ破産債権者ハ届出及ヒ確定ノ手續ヲ履ミ而モ届出遲滯ノ爲メニ生スル損害ヲ避タルフ得セシメタリ故ニ債権ヲ正當時期ニ届出ヲナル債権者ハ爾後ノ配當ニ於テ現存スル財團ヨリ正當時期ニ届出ヲ爲シタルハ失クヘカリシ割前ヲ先ニ支拂フヘキコトヲ求ムルヲ得セシメタリ(瑞西破産法第二百五十一條)ハ先拂請求權ヲ認メナルニ似タリ我商法ニ於テ此先拂請求權ヲ認メナルヤ否ヤハ明文上疑ナキニシモ非スト雖モ破産ノ目的タル平等ヨリ推理シテ積極的ニ論結スルヲ正當ト信ス但シ前ニ實行シタル配當ニ依リ割前ヲ受取リタル部分ニ付キ減少等ヲ要求セラルコトナシ蓋シ配當ニ因リ一旦有效ニ支拂ヒタルモノハ破産財團ニ非ナレハナリ此關係ヲ形容シテ獨逸ノ大家コ一レル氏ハ配當ハ互ニ獨立スト云ヘリ我商法千二十九條財團ノ配當ニノミ加ハ

ルコトヲ得ノ明文ハ此法意ヲ證明スルニ足ルト云フコトヲ得ヘシ

(二) 内拂配當手續 内拂配當ハ配當案ノ確定シタル後ニ之ヲ爲ス
 配當案ニ其公告ノ日ヨリ起算シ十四日内ニ異議ノ申立ナキトキ又ハ異
 議ノ申立アリタルモ其落著シタルトキニ確定ス第一〇四七條獨逸破産法第
 一五八條異議落著ノ手續ヲ略言セんニ配當案變更ニ付キ利益ヲ有スル債權者
 ハ自己ノ債權カ正當ニ配當案ニ表示セラレタル場合ナルト他債權者ノ債權カ
 不當ニ表示セラレタル場合ナルトヲ問ハス自衛方法トシテ配當案備付ノ公告
 ノ日ヨリ起算シ十四日内ニ配當案ニ對スル異議ヲ破産裁判所ニ申立フルコト
 ヲ得財團上ノ請求權ヲ有スル者ハ異議ヲ申立フルノ權利ナシ何トナレハ此種
 ノ債權者ハ配當案變更ニ付キ毫モ利益ヲ有セサレハナリ破産者亦然リ何トナ
 レハ破産者債權調査會ニ於テ異議ノ方法ニ依リ債權ノ確定ヲ妨クルコトヲ得
 テルモノナレハナリ(第一〇四六條第二項此異議申立ニ對スル相手方ハ管財人
 ノ外ニ異議ノ申立ヲラレタル配當案ノ變更ニ付キ損害ヲ受クヘキ各破産債權
 者ナリトス異議申立權者及ヒ相手方)

異議申立ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得民事訴訟法第一三五條準用)
 (異議申立ノ方法破産裁判所ハ適法ナル異議申立ニ付キ裁判ヲ爲ス此裁判ハ職
 権ヲ以テ各關係人ニ送達セナルヘカラス獨逸破産法第七三條第二項第一五八
 條第二項我民事訴訟法第二四五條準用而シテ若シ裁判ノ内容カ異議ヲ正當ト
 認メ配當案ノ變更ヲ命シタルトキハ送達ノ外變更シタル配當案ヲ書記課ニ備
 ヘ且其旨ヲ公告セナルヘカラス(第一〇四六條第一項準用蓋シ此場合ニ於テセ
 裁判以前ニ配當案ヲ公告スベキ理由ト同一理由ノ存スルヲ以テナリ(獨逸破産
 法第一五八條第二項)異議ニ對スル裁判異議ニ對スル裁判ニ對シテハ我法律上
 別ニ明文ナキモ民事訴訟法第五百五十八條ノ準用トシテ即時抗告ヲ爲スコト
 ヲ得ヘシ(商法施行條例第二四條商法施行法第一四七條獨逸破産法第一五八條
 第二項異議申立ヲ却下シタル裁判ニ對シテハ異議申立ヲ爲シタル債權者ヨリ
 又異議ノ申立ヲ正當ト認メ配當案ノ變更ヲ命シタルトキハ送達ノ外ニ變更シタル配當案ヲ
 抗告裁判所カ配當案ノ變更ヲ命シタルトキハ送達ノ外ニ變更シタル配當案ヲ

(B) 配當ノ實行方法ヲ略言セシニ法律ハ第一ニ配當ニ與カルコト能ハサル債權者カ配當額ヲ受タル危險ヲ豫防スルノ目的ヲ以テ管財人ハ各債權者ヲシテ其債權證書ヲ提出セシメ之ニ毎回ノ支拂額ヲ記シテ支拂ヲ爲スヘキモノトシ若シ紛失等ノ原因ニ由リ債權證書ノ提出不能ノトキニ限り破産主任官ノ認可ヲ得テ債權表ニ依リ支拂ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトシ第二ニ受取高ニ關スル競争ヲ豫防スルノ目的ヲ以テ債權者カ配當案ニ受取書ヲ記スルコトヲ要件ト爲シタリ(第一〇四七條佛蘭西商法第五六九條白耳義商法第五六三條)

(三) 終局配當手續
破産財團ヲ換價シ及ヒ其賣得金ノ配當ヲ終了シタルトキ
ハ終局手續トシヲ(a)主任官ハ債權者集會ヲ招集シ管財人ハ此集會ニ於テ卸任ヲ得ルカ爲ミニ終局計算ヲ爲シ債權者ハ計算ノ當否其他換價シ得ヘキ破産財團ノ存否ニ付キ討議シ以テ配當ヲ終局スルノ當否ヲ議決ス蓋シ終局配當ノ手續ハ破産手續ノ終局ヲ來シ破産手續中ニ生シタル錯誤又ハ不公平等ヲ更正スルコト能ハサルカ如キ各利害關係人ニ重大ノ結果ヲ來スヲ以テ手續ニ鄭重ヲ悉サシムルノ法意ニ出フ(b)破産裁判所ハ主任官ノ申立ニ因リ破産手續ノ終結ヲ決定ス蓋シ破産裁判所ヲシテ法定要件ノ存否ヲ調査セシムルノ法意ニ出ツ(第一〇三七條第二項参考此決定ニ對シテハ法律上別ニ明文ナキヲ以テ不服申立ヲ爲スコトヲ得サルモノトス隨テ破産當事者ニ職權的送達ヲ爲スハ不必要ナリト謂フヘシ然レトモ此決定ハ破産宣告ノ決定ト同シク之ヲ公告セサルヘカラス蓋シ總利害關係人ニ破産宣告ノ效力ノ消滅上の結果ヲ除クアリテ知ラジムルニ在リ而シテ破産手續終結ノ效力ハ公告カ有效ト爲ル日時ヨリ發生スルモノト知ルヘシ(第一〇四八條獨逸破產法第一一七條第一一八一條第一項佛蘭西商法第五三七條第五三八條)

終局配當手續後尙ホ配當スヘカリシ破産財團ノ發見瑞西破產法第二百六十九條ニ於テハ破産手續終局後破産財團ニ屬スル財團ヲ發見シタルトキハ特ニ任

セラレタル吏員カ之ヲ占有シ換價シ以テ法定方式ニ拘束セラルバコトナク債權者ニ分配スル旨ヲ規定セリ異議ヲ正當ト認メタル確定判決在外債權者ノ特定期間内ニ届出ヲ爲サナル事實ニ基ク割前留存ノ原因消滅第一〇二九條解除條件附債權ニ付キ條件成就ヲ認メタル確定判決ニ因リ是ニ内拂シタル配當額ノ拂戻等ニ因リ破産財團カ現存スルニ至リタルトキハ獨逸破産法ハ追加配當ト稱シ終局配當ノ附屬若クハ補充トシテ管財人カ破産裁判所ノ指揮監督ノ下ニ於テ配當スヘキ旨ヲ規定シタリ獨逸破産法第一六六條我商法及ヒ佛蘭西商法カ此點ニ於テ明文ナキハ立法上ノ缺點ナリ然レトモ解釋上斯ル場合ニ於テハ前ニ爲シタル終局配當ハ商法第千四十八條ニ規定セル財團ノ換價及ヒ配當ヲ全ク終リタルトキノ要件ヲ缺クヲ以テ無効ノ終局配當手續トシテ更ニ配當ヲ爲スヘキモノト謂フヲ正當ノ見解ト認ム

(四) 配當手續終局ノ結果 配當手續カ終シタルトキハ破産手續ノ目的ヲ達シタル當然ノ結果トシテ各關係人ニ對シ破産關係ノ消滅ヲ來スノ效果ヲ生ス故ニ(1)配當ニ因リ債權ノ完済ヲ得サリシ各債權者ハ破産者ニ對シ各別的ニ其

權利ヲ實行スルニストラ得ベク又破産手續ニ於テ確定シタル權利ニ關シテハ確定ト記載セラレタル調書第一〇二五條第一項又ハ確定判決ノ原本カ強制執行ノ債務名義ト爲ル故ニ債權者ハ之ニ基キ強制執行ヲ爲スヲ得ヘシ破産者ハ財產ノ管理及ヒ處分權ノ喪失ヲ回復ス故ニ爾後有效ニ財產ヲ取得シ又ハ債務ノ支拂ヲ爲スヲ得ヘシ第一〇四九條佛蘭西商法第五三九條乃至第五四一條獨逸破産法第一六四條第一六六條破産債權者トシテ配當ニ與カリタノ債權者ハ爾後同一債權ニ付キ破産者タリシ債務者カ支拂ヲ爲サナルヲ理由トシテ再ヒ破産宣告ノ申立ヲ爲スヲ得ス何トナレハ破産手續終局以後ニ於テハ破産財團ナルモノ存セサレハナリ然レトモ破産手續終局後新債權ヲ取得シタルトキハ此債權ノ支拂停止ヲ理由トシテ破産宣告ノ申立ヲ爲シ得ルヤ言ヲ埃タス何トナレハ這ヘ新ナル破産宣告ノ申立ナレバナリ他入カ破産手續終局後破産者タリシ債務者ニ對シ債權ヲ取得シ且破産宣告ヲ申立ノ破産裁判所カ之カ決定ヲ爲シタルトキハ破産債權者タリシ債權者ハ破産債權者トシテ配當ニ加入スルコトヲ得ヘシ第一〇二三條……總債權者……

本節ヲ講了スルニ際シ一言注意スヘキモノハ破産手續ノ終局ニ關スル涉外的效力是ナリ破産手續開始ノ涉外的效力カ屬地破産主義ニ依リテ定ムルヲ正當トス故ニク破産手續終局ノ涉外的效力亦屬地破産主義ニ依リテ定ムルヲ正當トス故ニ甲國ニ於テ宣告シタル破産手續ノ終局ハ乙國ニ於テ宣告シタル破産手續ニ何等ノ影響ヲ及ボスコトナシ何トナレハ甲國ニ於テ爲シタル破産手續ノ終局ハ唯甲國內ニ於テ其效力ヲ發生スルニ止マレハナリ殊ニ甲國ニ於テ宣告シタル破産手續カ協議契約ニ依リテ終局シタルカ爲メニ各破産債權者ハ其債權ヲ乙國ニ於テ實行スルコトヲ妨ケラレス協議契約ハ各破産債權者カ債權ノ一部分ヲ民法的ニ消滅セシムルモノニ非ス却テ債權ノ一部分ニ關スル履行請求權其モノヲ喪失セシムル訴訟的契約ナルヲ以テ各債權者ハ其債務者ニ對スル甲國ニ於ケル破産手續カ協議契約ニ依リテ終局シタルヤ否ヤヲ慮ルコトヲ要セシテ同一債務者ニ對シ乙國ニ於テ民法的ニ消滅セサル債權ノ全部又ハ一部分ニ付キ起訴シ且執行ヲ爲スコトヲ得ヘシ乙國ニ於テ起訴シ且執行ヲ爲シタル債權者カ甲國ニ於ケル債務者ノ破産手續ニ參加シタルト否ト又協議契約ニ

賛成シタルト否トノ區別ハ之ヲ問フコトナシテ以テ我國人等之對外關係ニ關スル問題也

第四編 破産法ノ效果

第一章 人ニ關スル效果(當事者ノ國籍ニ關スル問題)

破産法ハ司法權行使ノ形式ヲ規定シタル法規ナルカ故ニ民事訴訟法ト同シタ我帝國ノ司法權ニ服從スヘキ帝國ノ臣民及ヒ外國人ニ對シテ行べル然レトモ外國人ニ對シテハ國際條約又ハ國法ノ認容ニ因リ二三ノ例外ナキニ非ス外國ノ君主・公使及ヒ其家族等ハ國際條約若クハ國法ノ認容ニ因リテ我司法權ノ下ニ立タルス體ヲ破産法ノ適用ヲ受ケサルヤ明白ナリ(我帝國ノ君主ハ憲法上ノ形式ニ依ラナル行爲ニ付キ臣民ト爲ルモノニ非ナルヲ以テ臣民ニ對スル司法權ノ下ニ立ヌベキモノニアラヌルヤ疑ナキ所ナリ)外國人タル債權者ト同一ノ取扱ヲ受クルヲ以テ破産關係ニ於テ亦内國人タル債權者ト同一ノ取扱ヲ受クルヲ當然トス故ニ外國人タル債權者ハ内國人タル債權者ト同一ノ取扱ヲ受クルヲ當然

續ニ參加シ又破産宣告ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得獨逸ノ「ヨーロッパ」氏ハ外國人タル債權者ハ訴訟上ノ保證ヲ立ツルコトナクシテ破産宣告ヲ求ムル旨ノ申立ヲ爲スコトヲ得ト主張シ其理由トシテ該申立ノ適否ハ破産裁判所カ調査スル所ナルヲ以テ申立權ヲ濫用スルノ虞ナシ隨テ訴訟上ノ保證ヲ立ラシムルノ必要ナシト云フニ似タレドモ予輩ハ民事訴訟法ノ準用トシテ反對ニ論決スルヲ正當ト認ムブキフェルド氏亦獨逸破産法ノ説明トシテ反對ノ論決ヲ認メタリ然レトモ國家ハ反對ノ立法即チ内外人ヲ同等視セサルノ法律ヲ設クルヲ妨ケラルモノニアラス殊ニ甲國カ乙國ノ臣民ヲ自國ノ臣民ヨリ劣等視シタルトキハ乙國ハ甲國ノ臣民ニ對シ反訴法ヲ適用シ自國ノ臣民ヨリ劣等視スルノ法律ヲ設クルコトヲ得ヘシ但斯ル法律ハ外國ノ反抗ヲ招キ且取引ノ發達ヲ害スルヲ以テ適當ナリト謂フヘカラス故ニ獨逸諸國ニ於テ未タスル規定ヲ設ケタルコトナシ我國ニ於テ亦然リ

破産法ハ人ノ身分及ヒ能力ニ關スル法規ニ非ナルヲ以テ又内國人タルカ爲メニ内國ニ於テ破産宣告ヲ受クルハ毫モ理由ナキヲ以テ外國人タル債務者ハ内

國人タル債務者ト同シク内國ニ於テ破産ノ宣告ヲ受ク故ニ外國人タル債務者ハ自ラ破産宣告ヲ受クル旨ノ申立ヲ爲シ協議契約ヲ提供ヲ爲スコトヲ得ルハ内國人タル債務者ト同一ナリ

第二章 所ニ關スル效果法規ノ適用ニ關スル問題

狹義ノ涉外的破産法ハノ破産手續ニ付キ内外國法カ互ニ衝突スル場合ニ於テ何レノ國法ニ依ルヘキヤア定ムルコトヲ目的トス此目的ニ基キタル法律上ノ論決ヲ所ニ關スル破産法ノ效果下謂フ
獨立國ニ於テハ二箇ノ權力ヲ認メナルヲ以テ我帝國ノ權力ノ一作用タル司法權ハ其力ヲ我帝國ノ領域内ニ止ムルヲ通則トシ國際條約又ハ外國法ノ認容ニ因リ外國ニ行ハルヲ例外トス又外國ノ權力ハ國際條約又ハ我國法ノ認容ニ因ベニ非スシハ我帝國內ニ於テ何等ノ效能ナシ故ニ國家ノ權力ノ作用タル執行權ヲ要スル權利ノ執行ハ裁判所所在地ノ法律ニ依リテ行ハレ又執行ニ關スル訴訟行為ノ訴訟的及ヒ民法的效果亦該法律ニ依リテ定マルモノタリ然レト

モ執行手續ニ於テ私法上ノ権利ノ當否ヲ確定スルノ必要ヲ生シタルトキハ之ヲ涉外的私法ノ原則ニ依リテ定メ訴訟法ニ依ルヘキモノニ非サルコトハ涉外的關係ニ非サル場合ニ於テ私法ニ依リテ定ムルト同一ノ法理ナリ而シテ破産ハノ執行手續ナルコト前述イ如シ故ニ破産手續ニ關スル狹義ノ涉外私法ハ斯ル法則ニ外カラスシ又法規ノ適用ニ關スル種種ノ問題ハ斯ル法則ニ依リテ定マルモノト謂フヘン是ヲ以テ破産ニ關スル行為ノ形式申立届出等及ヒ其效力破産財團ノ範圍破産宣告ノ當時ニ現存スル債務者ノ財産ニ限ルヤ否ヤ如何ナル程度ニ於テ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ルヤ否ヤ債權者ハ其各連帶債務者ノ破産ニ於テ債權全額一付キ又期限附若クハ條件附債權者ハ金錢債權ニ換フルコトヲ得ヘキ限度ニ於テ破産手續ニ參加スルコトヲ得ルヤ否ヤ別除請求權ノ有無種類及ヒ其範圍及ヒ破産手續ノ終局方法等ハ何レモ破産裁判所所在地ノ法律ニ依リテ定マリ破産手續ニ於テ主張シタル權利ノ性質私法上ノ權利即チ物權債權其範圍其效力ノ有無其取得ノ方法意思表示ノミヲ以テ取得スルヤ引渡フ要スルヤ其消滅其他質權抵當權ノ如キ優先権ノ效力順位等ハ何

第三章 時ニ關スル效果法規ノ經過ニ關スル問題

レモ涉外的私法ノ原則ニ依リテ之ヲ定ム但内國ニ於テ外國カ認メタル特種ノ優先権ノ主張ヲ許サヌ文ハ特定ノ制限ノ下ニ於テ主張ヲ許ストノ規定ヲ設クルコトヲ妨ケスル場合ニ於テハ該規定タルヤ民法的規定ナシトモ禁止法トシテ之ニ反スル優先権ヲ排斥スルニ至ルヤ當然ナリ
新法ヲ以テ舊法ヲ改正スルニ際シテハ多ク附則若クハ施行法ヲ以テ法規ノ經過問題ヲ定ムル法則ヲ設クルヲ通常トス故ニ法規ノ經過問題ニ關スル詳細ノ規定アルニ於テハ該問題ヲ解スルニ足ルヘキ法則ヲ説明スルハ實際上必要ヲ見ス然レトニ該規定ヲ缺クカ又ハ該規定カ不十分ナル場合ニ於テハ法規ノ經過問題ヲ定ムルニ足ルヘキ法則ヲ知ラサルヘカラス
破産關係ハ一ノ訴訟的關係ナリ故ニ法規ノ變更ニ際シテハ民事訴訟法ニ於ケルト同シク未完結ノ確定事件ニ付キ新法ヲ適用シテ完結スルヲ當然ノ法則トス其理由ハ新法ハ舊法ニ優ルト云フニ非ス又手續法ヲ改正スルモ當事者ノ既

得權ヲ害セスト云フニ非ス裁判所ハ廢止セラレタル舊法ニ依リ裁判權ヲ行フコト能ハサルニ在リ隨テ舊法ニ從フ法律關係ノ設定行為ハ新法以後存續スルモ舊法ニ從フ法律關係ニ於テ取得シタル權利ハ新法カ是認シタル限度ニ於テ存續シ又舊法時代ニ成立シタル狀態ハ新法カ是認シタル限度ニ於テ存續シ新法ニ基ク狀態ト結合シテ其效力ヲ奏スルモノナリ

附言

第一章 破産罰則

破産ニ關スル罰則ハ其性質上刑法中ニ規定スルヲ理論ニ適シタル編纂トス故ニ佛蘭西ニ於テハ刑法第四百二條以下ニ於テ換太利ニ於テハ刑法第百九十九條乃至第二百四條第四百八十六條ニ於テ獨逸ニ於テハ刑法第二百八十一條乃至第二百八十三條ニ於テ破産罰則ヲ規定シタリ我國ニ於テ亦然リ(刑法第三八八條、第三八九條)「ボアソナード」氏日本刑法理由書参考然レトモ刑法ノ破産罰則ハ不完全又ハ不十分ノ所アリタルヨリシテ佛蘭西ニ於テハ商法ノ破産法規

中ニ破産罰則ヲ設ケ以テ破産罰則ヲ補充シ獨逸ニ於テハ破産法中ニ於テ破産罰則ヲ掲ケ以テ刑法ノ破産罰則ヲ廢止シタリ我商法亦然リ隨テ刑法第三百八十八條及ヒ第三百九十八條ハ有罪破産ニ適用ナキヨトト爲レリ斯ル沿革ヨリシテ破産法規中ニ破産罰則ヲ設ケルノ立法例ヲ生シタリ(伊太利商法第八五六條乃至第八六一條白耳)義商法第五七三條乃至第五七八條

破産罰則ヲ破産法規中ニ規定スルハ理論的編纂ニ反スト雖モ便宜的編纂タル價值ヲ失ハス蓋シ破産罰則ハ破産法規ニ密接ノ關係アルヲ以テ破産罰則ヲ刑法中ニ規定スルトキハ他日破産法ヲ改正スルニ方リ常ニ刑法ヲモ改正セサルヲ得ナルノ不便ヲ感スルヲ以テナリ故ニ近世ノ立法ハ多ク破産罰則ヲ破産法規中ニ規定スル方向ニ傾ケリト思ハル(伊太利商法第八五六條乃至第五七八條)破産罰則ノ適用ヲ受クル所爲ニ二アリ破産者ノ所爲及ヒ破産者ニ非サル者ノ所爲是ナリ

(一) 破産者ノ所爲即チ有罪破産(學理上ノ見解トシテハ有罪破産トハ債務者カ其財產ヲ故意又ハ過失ニ因リテ減少シ又ハ隠匿スルニ因リテ成立スル債權

者ノ債權ヲ侵害スルノ所爲ナリト謂フヘシ故ニ有罪破産ノ目的ハ債權ノ侵害即チ財產ノ侵害ニシテ彼ノ信用ヲ害スルノ所爲或ハ社會ニ對スル犯罪ナリトノ見解ハ採ルニ足ラサルナリ刑法第二編第二章財產ニ對スル罪第四節家賃分敵ニ關スル罪ノ権義上ノ地位引用法文上ノ見解トシテハ有罪破産トハ破産宣告ヲ受ケタル破産者カ支拂停止又ハ破産宣告ノ前後ヲ問ハス法律上特定セル行爲ヲ爲スニ因リ成立スル犯罪ナリト謂フヘシ(第一〇五〇條第一項、第一〇五一條第一項)此二者ノ見解ハ互ニ矛盾スルモノニ非ス法律ハ債權侵害ナル學理的要素ヲ表示スルニ代ヘ債務者カ破産宣告ヲ受ケ且支拂停止ノ前後又ハ破産宣告ノ前後ニ於テ法定ノ行爲ヲ爲シタルコトヲ以テ法定セル特別ノ行爲ノ存スル限ハ債權ノ侵害アルモノト看做シ以テ各場合ニ債權侵害ノ要素ノ存否ヲ判断スルノ煩累ヲ避ケタリ又故意又ハ過失ニ因ル財產ノ減少又ハ財產ノ隠匿ナル學理的要素ヲ表示スルニ代ヘ通常財產の狀態ニ損失又ハ危害ヲ來スヘキ行爲ヲ制限的ニ列記シタリ制限的列記ナルカ故ニ法定ノ行爲中ニ屬セナルモノハ假令損失又ハ危害ヲ來スノ實蹟アルモノト雖モ有罪破産トシテ罰セラ

ルヘキモノト爲ラス(有罪破産ノ意義左ニ有罪破産ノ要件種類及ヒ刑罰ヲ略述スヘシ
A) 要件
以上論述シタル有罪破産ノ意義ヨリシテ有罪破産ナル所爲ノ成立スルニハ左ノ二要件ヲ具備スルコトヲ要スルコト爲ル
第一要件債務者カ破産宣告ヲ受ケタルコトハ債務者ヲ有罪破産者トシテ罰スルニハ債務者カ破産宣告ヲ受ケタルコトヲ必要ト爲スヤ否ヤニ關シテハ佛蘭西ニハ論争二派ニ分ル多數ノ學者殊ニ「ローピン氏」ノ如キ千八百八十年十二月二十三日ノ判例ノ如キハ消極的ニ論決セリ少數ノ學者殊ニ「ソオンカン氏」ノ如キハ積極的ニ論決セリ消極論旨ハ民事裁判權及ヒ刑事裁判權ハ互ニ獨立ス隨テ特別ノ明文ナキ以上ハ公訴ノ執行カ民事的裁判ノ存在ヲ前提ト爲スノ理由ナシ又刑事裁判所ニ於テ有罪破産ノ裁判ヲ爲スニ方リ破産裁判所ノ破産宣告アガカ爲メニ破産宣告ノ要件ノ有無ヲ調査ヲ爲スコトヲ免ルムヨリニ非ス破産宣告ノ有無ニ拘ハラス破産宣告ノ要件ノ有無ヲ調査スヘキモノナリ上云フニ在ノ積極論旨ハ破産ニ關スル裁判ヲ抵觸ヲ來ス若失體アガカ以テ刑事裁判

所ハ有罪破産ノ裁判ヲ爲スニ當リ豫断問題トシテ破産裁判所ノ破産宣告ヲ前
提トシ又之ヲ無視スルヲ得斯ト云フニ在リ我商法第千五十條及ヒ第千五十一
條第一項ハ「破産宣告ヲ受ケタル債務者ト明言シ以フ斯ル論争ヲ豫防シタリ故
ニ地方裁判所ノ民事部カ破産裁判所トシテ破産宣告ヲ爲シタル後ニ非スシハ
有罪破産ニ關スル裁判ヲ爲スコト能ハツルモノト知ルヘシ裁判所構成法第二
八條(第一九條)」
第二三債務者カ支拂ノ停止又ハ破産宣告ノ前後ニ於テ法定ノ行爲ヲ爲シタル
コトニ債務者カ同一ノ破産事件ニ付キ商業帳簿ノ毀滅及ヒ財產ノ藏匿ト云フ
カ如キ二箇ノ行爲ヲ爲スモ爲ミニ數罪俱發ト爲ラス詐欺破産ニ關スル行爲ト
遇怠破産ニ關スル行爲トヲ爲シタル場合亦然リ此後若ノ場合ニ於テハ詐欺破
産トシテ責任アルノミ何トナレハ斯ル數箇ノ行爲アルカ爲ミニ數箇ノ犯罪即
チ有罪破産ト謂フコト能ハサレハナリ有罪破産ノ要素タル法定行爲ハ支拂停
止又ハ破産宣告ノ前後ニ發生スルカ故ニ法定行爲カ支拂停止ノ前後又ハ破産
宣告前ニ發生シタルトキハ有罪破産ハ破産宣告ト同時ニ成立シ法定行爲カ破

- 產宣告後ニ發生シタルトキハ同時ニ有罪破産ノ成立スルモノト知ルヘシ
(B)種類 我商法ハ佛蘭西商法第五百八十五條第五百八十六條第五百九十一
條獨逸破産法第二百三十九條第二百四十條等ト同シク債務者ノ行爲ノ種類ニ
因リ遇怠破産ト詐欺破産トヲ設ケタリ(第一〇五〇條第一〇五一條左ニ之ヲ分
説スヘシ)
(a) 遇怠破産 ブ破産宣告ヲ受ケタル債務者カ支拂停止又ハ破産宣告ノ前後ニ
於テ左記ノ行爲ヲ爲シタルトキハ遇怠破産者トシテ罰セラル(第一〇五一條
(1) 一身又ハ一家ノ過分ナル費用(一身又ハ一家ノ爲ミニ避タルコトヲ得ル各
種ノ費用)博奕財物ノ得喪ヲ偶然ノ事實ニ因レル勝敗ニ係ラシムル行爲刑法第
二六一條空取引相場ノ高低ノミニ因リ爲差額取引又ハ不相應ノ射利ニ因リ
ヲ過分ニ財產ヲ減少シ若タハ過分ノ債務ヲ負セタルトキ開闊ヤクヘ莫事ハ
(2) 支拂停止ヲ延ハサンカ爲ノ損失ヲ生スル取引即チ一時支拂資料ヲ得ルモ
他日財產ニ減少ヲ來ス取引ヲ爲シテ支拂資料ヲ調ヘタルトキ例ヘハ高利ノ金
圓ヲ借受ケ或ハ賣却ノ目的ヲ以テ通常市價以上ニ物件ヲ買取リタルカ如キ是

ナリ損失ヲ生スル取引ヲ爲シタルノ要ス故ニ債務者ノ其所有物件又通常市價以下ニ賣却シタルモ損敗ヲ避ケンカ爲ニシテ爲シタル取引ハ之ニ屬セバ何トオレハ這ハ損失ヲ生スル取引ニ非シテ却オ損失ヲ避タル取引オぞオナリ支拂停止又延ヘオシカ爲ニ言ハシタルモ力アル否カハ事實問題ナレハ判事ノ判断スル所ナリ

(3) 支拂停止ヲ爲シタル後支拂又ガ擔保ヲ爲シテ或債權者ニ利ヲ與ヘ財團ニ損害ヲ加ヘタルトキ此場合ニ於テ注意ヘキヨトモ第一に支拂ヲ爲シ又ハ擔保ヲ供シタル行爲カ支拂停止後ニ存シタルヨトヲ要ス故ニ商法第千五十一條「支拂停止前後ヲ間ハス……」ノ例外ト知ルセシ斯ル行爲カ商法第九百九十九條及ヒ第九百九十一條ニ基キ有效ナルヤ否ヤハ過怠破産ノ成立要件ニアラス故ニ債務者ノ支拂停止後爲シタル支拂カ相手方ノ善意ナルカ爲ニ有效ナルトキト雖モ第九一條過怠破産ノ成立スルヨドアルトキ債務者カ從來負担シタル債務又爲ニ新ニ擔保ヲ供シタルモ支拂停止前オカルニ於テ過怠破産ノ成立スルヨトカシ第二ニ財團ニ損害ヲ加ヘタルノ要ス債務者カ破産債權者

團體ニ損害ヲ加フル意思ノ有無ハ法律上問ア所ニ非ザガナリ債務者ノ支拂又ハ擔保提供ノ爲ニ財團ニ損害ヲ生スル以テ足レリトス是ヲ以テ(1)債務者カ支拂停止後物的擔保債權者ニ債務者ノ支拂ヒ爲ニ擔保ノ目的物ヲ満除セラレタルトキハ財團ヲ害スルノ事實ナキヲ以テ過怠破産ト爲ラス(2)債務者ガ支拂ヲ爲シ又ハ擔保ヲ供シテ利子與ヘタル債權者ハ必スシモ破産債權者タルヲ要セス財團ニ損害ヲ加ヘタル以上ハ破産債權者ニアラナル債權者ニ支拂ヲ爲スモ過怠破産ヲ成立スル三足ル第一〇五一條第三號……或ル債權者……獨逸破產法第二一一條

(4) 商業帳簿ヲ秩序ナク記載シ滅匿シ毀滅シ又ハ全ク記載セナルトキ債務者ガ商人ナルトキハ商業帳簿ヲ備ヘ且明瞭ニ法定事項ヲ記載スルノ義務アリ(商法第二五條破産シタル債務者カ此義務ニ違背シ商業帳簿ヲ備ヘナルトキハ勿論商業帳簿ニ法定事項ヲ全ク記載セタルが秩序ナク記載シ即チ第三者ガ商業帳簿ニ付キ債務者ノ貸借關係ヲ知ルヨリ能ハサル程度ノ記載ヲ爲シタルカ觀置即チ發見ヲ妨タル行爲ヲ爲シタルが又ハ商業帳簿ノ全部又ハ一分ヲ毀損若

(4) ハ滅失シタルトキハ過怠破産者ト爲ル
(5) 破産者カ財產目錄、貸借對照表ノ作成若クハ支拂停止届出ノ義務ヲ怠リタルトキ又ハ裁判所ノ許可ヲ得シテ其住所ヲ離レタルトキ(商法施行法第二四二條、商法第二六條、第九七九條、第一〇〇三條)

(b) 託欺破産 破産宣告ヲ受ケタル債務者カ支拂停止又ハ破産宣告ノ前後青於ヲ債務者ヲ害スルノ目的ヲ以テ左ノ行爲ヲ爲シタルトキハ詐欺破産者トシテ罰セラル(第一〇五〇條)

詐欺破産ノ成立スルニハ内部ノ要素トシテ債務者ニ其債権者ヲ害スルノ意思アルヲ要ス是レ過怠破産ト著シク異ナル一點ニシテ偶逸破産法第二百三十九條ノ明言スル所ニシテ又我商法草案理由書ニ依リ明瞭タリ我商法第千五十條ニ於テ「債權者ニ損害ヲ被フランシル」意思ヲ以テノ明文ヲ「貸方財產ノ全部若クハ一分ヲ藏匿シ若クハ脱漏シ」ノ行爲ノミニ關係セシタルハ狭キニ失スルコトト信ス

(1) 履行スルノ意ナキ義務又ハ履行スル能ヘサルコトヲ知リタル義務ヲ負擔

シタルトキ

(2) 貸方財產ノ全部又ハ一分ヲ藏匿シ轉匿シ若クハ脱漏シタルトキ、貸方財產トハ動產、不動產及ヒ債權ヲ指示シ、藏匿(廣義ノ藏匿ハ轉匿ヲモ包含ス)第千五十

一條第四號所謂藏匿ノ如キ即チ是ナリトハ財產ノ所在ヲ變更セシム發見ヲ妨害スルノ行爲ヲ指示シ轉匿トハ財產ノ所在ヲ變更シテ發見ヲ妨害スルノ行

爲フ指示シ脱漏トハ虛偽ノ譲渡ヲ爲シ或ハ虛偽債權ノ擔保物ト爲シ以テ債權者ノ處分權ヲ妨害スル行爲ヲ指示ス

(3) 借方現額ヲ過度ニ掲ケ期テ全部又ハ一分ノ消滅アリタル債務ヲ明示シ或ハ認諾シタルトキ

(4) 商業帳簿ヲ毀損滅失シ藏匿轉匿ヲ包含スシ又ハ財產的狀態ヲ知ルゴト能ハナル程度ニ於テ之ヲ偽造變造シタルトキ偽造變造ノ意義ハ刑法ニ於テ研究スヘシ事實ノ真正ヲ害スル新ナル帳簿作成ハ偽造ニシテ事實ノ真正ヲ害シ既存ノ帳簿ヲ増減變換スルハ變造ナリト謂フヲ得ヘシ

(C) 刑罰 有罪破産ニ對スル刑罰ハ明治二十三年十月法律第一百一號ニ於テ規

定セラレタリ即チ詐欺破産者ハ輕懲役ニ過怠破産者ハ二月以上四年以下ノ重

禁錮ニ處セラル

(二) 破産者ニ非ナル者ノ所爲詐欺破産者ノ其犯者ハ刑法ノ原則ニ從ミ處罰セラル(刑法第一〇四條乃至第一一〇條過怠破産ニ其犯ナキニトハ其性質上明瞭ナルノミナラズ商法第千五十二條……又第千五十條ノ罰則ハ……)有罪行爲ヲ行フ際犯者ヲ助ケ……タル者ニモ之ヲ適用スノ明文ノ反對推理ニ依リ一點ノ疑ナキコト信ス(後略)破産者ニ非スシテ破産ニ關シ法律上特定ノ行爲ヲ爲シタル者即チ(1)會社ノ業務擔當ノ任アル社員若クハ取締役及ヒ清算人(2)破産管財人(3)第三者(4)債權者ハ特別ノ犯罪者トシテ罰セラル左ニ之ヲ分説スヘシ(1) 會社ノ業務擔當ノ任アル社員若クハ取締役及ヒ清算人此等ノ者ハ會社ノ法定代理人タルニ過キス故ニ會社ヲ破産シタルカ爲メキ破産者トシテア貴ヲ任スルモノニ非ス然レトモ此等ノ者ハ自然人タル破産者カ爲スモノト同一行爲ア事實上爲シ得ルモノナルカ故ニ法律ハ此等ノ者カ商法第千五十條及ヒ

第千五十一條ニ規定セシ行爲ヲ爲シタルトキハ有罪破産ノ刑ニ處シタリ(第一

○二五條、獨逸破産法第二四四條)

(2) 破産管財人・破産管財人・官吏オカルカ故ニ財團ニ屬スル物件ヲ鷄取シタルキハ刑法第二百八十九條ノ間ノ所ト爲ル(公吏ト論決スルモ明治二十二年法律第百號ニ依リ刑法第二百八十九條ノ間ノ所ト爲シ)管財人カ債權者ヲ害スルノ意思ヲ以テ商法第千五十條ニ規定セシ行爲ヲ爲シタルトキハ刑法上之ヲ罰スヘキ規定ナシ斯ガ場合母ハ之ヲ罰スルヲ立法上正當トス是ヲ以テ商法第千五十二條ハ之ヲ罰スル旨ノ規定シ以テ破産管財人ヲシテ背信ノ所爲ヲ行フコトナカラシム佛蘭西商法第五九七條獨逸刑法第二六六條)

(3) 第三者(破、破者ノ利益ノ爲メニ有罪行爲ノ意義大ニ優昧ナリ然レドモ商法第千五十條ノ罰則ヲ適用スル法意ヨリ推究セシ同條ニ規定セル行爲ヲ指示スルモノト謂フヌ得ヘシ立法上ノ見解トシテ獨逸佛蘭西ノ規定ニ於ケルカ如ク行爲ノ種類ヲ明記スルヲ正當ト認ム殊ニ財產ノ藏匿・説漏ヲ爲シ或ハ虛偽ノ債權ヲ届出スルハ第三者ヲシテ届出借方現額ヲ過度ニ掲クニ該當セ

ナジタル者ハ詐欺破産ノ刑ニ處セラル(第一〇五二條獨逸破産法第二四二條、佛蘭西商法第五九三條)破産者ノ利益ノ爲メニ非シテ自己ノ利益ノ爲メニ財產ヲ截留シタルトキハ竊盜罪ト爲ル然レトモ自己又ハ第三者ノ利益ノ爲メニ虛偽ノ債權ヲ届出タルトキハ如何ナル犯罪ヲ構成スルカ獨逸破産法及ヒ佛蘭西商法ニ於テハ明文ヲ以テ處罰スベキ旨ヲ規定セラ我國ニ於テハ別ニ明文ナシ然レトモ刑法上詐欺取財罪トシテ罰スルニ非ヲ得ヘキモノト信ス(刑法第三九〇條)惟々此を據ム實ニ張テ至る處盜賊強人ミ々又背誦シ認定シ得
 (4) 債權者或破産債權者カ破産者若クハ第三者好賄賂即チ特別ノ利益ヲ受ケ以テ債權者集會ニ際シ特定ノ方針ニ從ヒ投票ヲ爲ス旨ヲ約シタルトキハ當事者雙方ヲ二年以下ノ重禁錮ニ處シ又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス(第一〇五三條)獨逸破産法第二一三條、佛蘭西商法第五九七條投票買收罪ナルモノ是ナリ法律上之ヲ罰スル理由ハ斯ル行爲ハ破産債權者全體ノ利益ヲ害スルヲ以テナリ此種ノ犯罪ハ當事者間ニ於テ約束ヲ爲シタルトキ債權者カ賄賂ノ目的物ヲ收受シタルコトヲ必要トセス何トナレハ當事者間ニ於テ投票終局後賄賂ノ目的物ヲ

授受スルコトアルヲ以テ投票買收ノ約束ノミニ因リ立法者ノ豫防セントスル危害ノ發生シタルモノト謂フヘケレハナリ故ニ佛蘭西商法ハ約束ノミヲ以テ足レリトセリニ於テ成立シ破産債權者カ實際約定ノ如ク債權者集會ニ於テ投票シタルト否トニ拘ハラナルモノタリ是レ商法第千五十三條ニ於テ「債權者ニ賄賂ヲ爲シタルトキハ十明言スルニ止メタル所以ナリ」也前項處アリ附言ハ有罪破産事件ハ地方裁判所ノ刑事部カ刑事訴訟法ニ從ヒ審判シ破産裁判所ノ管轄スヘキモノニ非ナルチリ何トナレハ有罪破産事件ハ刑事ニシテ民事ノ性質ヲ有スル破産事件ニ非サレハナリ總ニ後者を主ム原因者根ニ滿喫シタルトキハ該者ヲ主犯と見定ム又該者ニ犯行事実有スル事実有
 第二章 支拂猶豫
 離島ノ「ギュスチニヤン帝時代ノ法律ニ於テ公債權者ノ多數カ債權者ノ少數ノ意思ニ反シテ債務者ノ利益ノ爲メニ債務ノ支拂猶豫ヲ與フルコトヲ得ル所謂強制的支拂猶豫ナル制度ヲ認メタリ Monastophis ナルモノ即チ是ナリ債權ノ多數ハ債權ノ多額ニ因リ之ヲ定メ債權ノ債額同等ナルトキハ債權者ノ多數ニ因リ

之ヲ定ム猶豫ノ期間ハ五箇年ス越過アルトヲ得ス又支拂猶豫ハ權利ノ拋棄即キ免除ニアラスシテ單ニ一時債權ヲ主張ヲ爲サツルノ謂ニ外ナラサレハ支拂猶豫ヲ得タル債務者ハ特定期間債權者ヨリ訴求セラシルコトナキノ效果ヲ生ス現今白伊、西蘭、露等ノ諸國ハ皆支拂猶豫ヲ認ムタリ其立法上ノ目的ハ自己ノ過失ニアラスシテ債務ノ支拂ヲ一時停止シタル商人ノ不幸ヲ救濟シ且其信用ヲ維持セシメ即チ破産宣告ヲ避ケルヲ得セシメ兼テ債權者ヲシテ破産手續上免ルアカラナル費用、時間、努力等ヲ節略セラリ得セシムルニ外ナラス瑞西破産法ニ於テ認メタル破産前協議契約オルモハ支拂猶豫ト名フ異ニシテ實ア同シクスルモノナリ佛蘭西商法ニ於テハ破産宣告前ノ和解及上破産宣告後ノ和解ナル制度ヲ認メ支拂猶豫ヲ認メナリキ獨逸ニ於テハ嘗テ支拂猶豫ナル制度ヲ認メタルモ道ニ債權者ニ自己固有ノ債務ノ支拂ニ充タルヲ得ヘキ債權ノ支拂ヲ長時間猶豫スルノ不利益ヲ被ランメ且惡意ノ債務者キ不當ノ利益ヲ得セシムルノ具タルニ止マリ全然信用ヲ害スモトシテ之ヲ廢止シタリ(獨逸破産法舊施行法第四條獨逸民事訴訟法舊施行法第44条)

我商法ハ自伊諸國ノ立法例同シク支拂猶豫ナル制度ヲ認メタリ(第105九條商法施行法第一四五條)其立法上ノ目的ハ前述ノ如ク不幸ナル債務者及ニ債權者ノ利益ノ爲メニ破産宣告ヲ避ケルコトヲ得セシムルニ在リ斯ル制度ノ立法上ノ當否ハ我國ノ取引上ノ情況ニ因リ判断スヘキモノナレハ茲ニ机上ノ立法論ヲ省略スヘシ

(一) 意義 支拂猶豫トハ商行為ニ因リテ生シタル債務ニ付キ自己ニ過失ナクシテ支拂ヲ中止セナルコトヲ得サルニ至リタル商人ナル債務者ト債權者全體トノ間に成立シ一箇年以内支拂ノ猶豫ヲ爲シ且裁判所ノ認可ヲ得タル契約ナス第一〇五九條商法施行法第一四五條(I)支拂猶豫ノ契約タルコトハ商法第千六十三條(猶豫契約)ノ明文ニ徴シ一點ノ疑ナシ而シテ支拂猶豫ノ成立ニハ協議契約ト同シク警察上ノ目的ノ爲メニスル裁判所ノ干渉ヲ必要ト爲ス此裁判所ハ債務者ノ營業所若クハ住所ヲ管轄スル裁判所即チ破産裁判所タルヘキ裁判所タリ蓋シ此種ノ裁判所ハ事情ヲ最モ適當ニ認知スルノ便宜ヲ有スレハナリ(商法施行條例第五一條)支拂猶豫ハ破産手續開始ヲ避ケル契約ナル

カ故ニ商行為ニ基ク債務ニ付キ支拂ヲ中止即チ一時停止セサルコトヲ得サバ、ニ至リタル商人ナル債務者即チ破産者タルヘキ債務者及ヒ破産債權者タルヘキ債權者全體カ當事者ト爲ル隨テ商法第千五十九條ノ商事上ノ債權者タル用語ハ狹隘ニ失スト謂ハサルヲ得ス蓋シ商事上ノ債權者ニ非スト雖モ破産債權者タルヘキ債權者ハ破産宣告ノ申立ヲ爲シ得ヘキヲ以テ支拂猶豫カ商事上ノ債權者ノミニ對シテ成立スルモ其目的ヲ達スルコトヲ得オビハナリ是以テ新商法施行法第二百四十五條ハ其債權者ト云ヘリ(3)支拂猶豫ハ不幸ナル債務者ノ爲ミニ設ケタル制度ナリ故ニ自己ノ過失ナクシテ支拂ヲ中止セサルコトヲ得サルニ至リタル債務者タルヲ要シ第一〇五九條又債權者ハ共同利益ノ爲メニ多數決ニ服從スヘキ義務ヲ負フ故ニ債權者全體ハ多數決ニ因リ其意思ヲ表示シ支拂猶豫ノ相手方ト爲ル支拂猶豫ハ一箇年ノ期間ヲ超過スルコトヲ得ス蓋シ期間ナクレヘ支拂猶豫ノ目的ヲ達セサル場合ニ債權者ノ多大ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルヲ以テナリ

(二) 成立 支拂猶豫ハ一ノ契約ナリ故ニ其成立ニ關シテハ債務者ノ申込ト債

權者ノ承諾トヲ必要トス又支拂猶豫ハ法定要件ヲ具備シタル場合ニ非スンハ之ヲ認メサルモノナルヲ以テ其成立ニ關シテハ裁判所ノ認可ヲ必要トス左ニ之ヲ論スヘシ
(A) 申込 債務者ハ支拂猶豫申込ノ準備手續トシテ管轄裁判所ニ支拂猶豫ノ申立ヲ爲シ且支拂猶豫ノ申込ヲ爲スノ要件ヲ備ヘ猶豫契約又履行スル三分ナル資力アル旨ヲ明瞭ナラシムル爲ミニ商法第千六十條第一號乃至第三號ニ規定セル諸件ヲ申立ニ添附セサルヘカラス
管轄裁判所ハ前示申立ヲ適當ト認メタルトキハ一面ニ於テガ申立及ヒ添附書類ヲ裁判所書記課ニ備ヘ置キテ公衆ノ展覽ニ供シ且支拂猶豫ノ諾否ヲ定ムルカ爲ミニスル債權者ノ集會期日ヲ定メテ之ト共ニ申立及ヒ添附書類ヲ備ヘ置キタル旨ヲ公告ス是レ商法第千三十八條第二項後段ト同一法意ニ出ツ他ニ一面ニ於テハ申立書ニ添附セシ債權者名簿ニ基キ集會ノ爲ミニ債權者ヲ各別ニ招集ス是レ債務者ヲ保護シ支拂猶豫ニ關スル議決権行使並付キ還滅ナカラシムルヲ期スルニ在リ又管轄裁判所ハ支拂猶豫ノ假許可ヲ與フルコトヲ得蓋シ

斯ル方法ナキトキハ一方ニ於テ支拂猶豫ノ申立アリニ拘ヘス他ノ一方ニ於テ支拂停止ノ故ヲ以テ破産宣告ヲ爲サナルヲ得オルノ缺點アリテ以テナミ（第一〇六〇條）債務者ハ債権者ノ集會期日ニ出席シテ支拂猶豫ノ申込ヲ爲シ（第六十一條）債務者ト……辯論ヲ爲ス（債権者ハ之ニ對シ多數決フ以テ諾否ノ意思ヲ表示ス）
(B) 承諾 裁判所内ニ於テ開ク集會ノ期日ニ於テ裁判所ヨリ任セラレタル主任判事受命判事ト其性質ヲ同シウスカ議長ト爲リ集會又整理シ（第一〇六一條）上席ヲ以テ裁判所書記ヲシテ債務者ト債権者トノ辯論ノ大要及ヒ議決ニ付テノ調書ヲ作成セシム（民事訴訟法第一六二條準用）是レ債権者ノ資格ハ決議ノ結果其他集會ノ方式等ニ付キ議論ナカラシタルノ法意ニ出ツ出席シタル債権者ハ債務者ノ申込ニ對シ當否ヲ議ス而シテ其承諾ハ商法第千三十六條ニ規定セル過半數ヲ得ルニ因リテ成ル詳細ハ前述セル債権者集會ノ説明ヲ参考スヘシ（本件ノ事例を以テ既に其集會ニ開きテ各該債権者等の意見を聽取せしも可也）
(C) 認可 案判所ハ主任判事の演述ヲ聽キ事情ヲ詳知シタル後決定を形式ヲ

以テ承諾ヲ得タル支拂猶豫ヲ法定要件ニ添シタリト認メタルトキハ認可ヲ爲シ然ラナガトキハ認可ヲ爲サヌ前者ノ決定ニ對シテハ利害關係アリ少數反対ノ債権者ヨリ後者ノ決定ニ對シテハ債務者又ハ贅成シタル債権者ヨリ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立タル時トテ得第一〇六二條第一項商法施行條例第二四條（第二五條）以テ入京支拂猶豫申立時未だ猶豫期間未達本件實質（三）效力底（1）支拂猶豫ハ債権者全體ノ債務者ニ對シ一年以内ノ特定期間債務履行ノ延期ヲ認メタルモ外ナラズアリテ以テ債務者ハ猶豫期間中支拂猶豫契約成立以前ニ取結ヒタル商取引ヨリ生シタル債権ノ爲メニ強制執行及ヒ破産宣告ヲ受クダコトナシ（第一〇六三條第一項前段猶豫期間ハ当事者ノ利益ノ爲スニ一回ニ限リ前示ノ法定手續ヲ履ムテ之ヲ延長スルコトヲ得但其期間ハ一年）（2）起ニ所コトヲ得ス何トナリハ若シ然ラスシテ商法第千五十九條ノ法定制限ヲ無視スヘケレバナリ（第一〇六二條第二項）支拂猶豫ノ履行及ヒ其履行ニ因果ノ關係アリ茲務を施行ニ關シテハ主任判事ノ監督ヲ受ク其法意ハ商法第千四十三條第三項並同条大リ（第一〇六三條第一項後段）故ニ茲ニ賛セス（3）支

拂猶豫ナ不率ナル債務者其者ノ爲ミニ成立シタル破産的契約ナルヲ以テ共同
義務者ノ義務ニ變更產生シタルヨリ協諾契約^(同)第○六三條第二項第
○三〇條詳細ハ協諾契約ノ效力⁽¹⁾於テ述ヘタル説明参考スヘシ又其類似
(四)支拂猶豫ノ無效失效及ヒ破産手續ノ開始⁽²⁾①支拂猶豫ハノ契約ニシテ
且裁判所ノ認可ヲ要件ト爲シテ以テ債權者ノ承諾ヲ得ス若ク⁽³⁾裁判所ノ認可
ヲ得ナルトキハ無效タリ⁽²⁾支拂猶豫ノ成立ニ關シ債務者カ詐欺其他不正行為
ヲ爲シタルカ⁽¹⁾第一〇四一條第三號第○四二條第二項説明参考若ク⁽⁴⁾法律上
ノ條件⁽⁵⁾法律上ノ條件トム如何ナル事項ヲ示スモノナルヤ解釋上疑問ニ屬ス子
輩ハ第千五十九條ニ規定セル實體的要件ヲ指示スルモノト信ス何トナレム第
千六十條以下ノ形式的要件ヲモ指示スルモノトセハ支拂猶豫ヲ大ニ不確實ナ
ラシムルニ至レ⁽⁶⁾チリヲ缺ク所アルカ爲ミニ第一〇五九條裁判所カ利害關係
人ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ立法上ノ目的ニ伴ハサル支拂猶豫ヲ廢止シタ
ルトキハ其猶豫ハ效力ヲ失フ⁽³⁾債務者ノ不履行ノ爲ミニ支拂猶豫ヲ解除シタ
ルトキ⁽⁷⁾第千六十四條ハ解除手續ヲ省略シ債務者ノ不履行ヲ以テ當然解除ト爲

ナリハ其猶豫契約ハ效力ヲ失フ⁽⁴⁾債務者ニ對シ債權ヲ取消シタル債權者即テ
「他ノ債權者カ債務者ノ財產ニ對シ支拂猶豫期間中強制執行ヲ爲スニ至リタル
トハ其猶豫契約ハ效力ヲ失フ蓋シ尙ホ效力アルモノトセハ強制執行後財產ノ
減損ヲ來シ支拂猶豫契約ノ履行不能ト爲リ之カ契約ノ當事者タル債權者ヲ害
スルヲ以テナリ第一〇六四條支拂猶豫契約カ或ハ無效タリ或ハ效力ヲ失ヒタ
ルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ破産手續ヲ開始セサルヘカラス何トナレハ債務
者ニ對シテハ破産宣告ノ要件存スレハナリ第一〇五九條第九七八條商法施行
法第一三八條此場合ニ於テハ支拂猶豫申立ノ日附ヲ以テ支拂停止ノ日ト定メ
以テ支拂停止ノ日時ニ關スル紛爭ヲ防止ス猶豫期間中有效ニ債權ヲ取得シタ
ル者ハ破産債權者トシテ配當ニ加入スルコトヲ得ルヤ言ヲ俟タス(第一〇六四
條)⁽⁸⁾以テ猶豫ハ宣告ヘ請付ミ得ムセイモ拂

辨解文書ノ中ハ猶豫⁽⁹⁾を含ニ成テ⁽¹⁰⁾猶豫ノ旨の記載又拂猶豫ニ添付文書
又猶豫ノ目的⁽¹¹⁾又拂猶豫⁽¹²⁾拂猶豫ニ添付文書⁽¹³⁾又⁽¹⁴⁾猶豫⁽¹⁵⁾宣告⁽¹⁶⁾
又⁽¹⁷⁾拂猶豫⁽¹⁸⁾九三頁十一行ニ左ノ四行ヲ加フ⁽¹⁹⁾拂猶豫宣告以前⁽²⁰⁾拂猶豫⁽²¹⁾又⁽²²⁾拂

又破産宣告以前ニ於ケル沒收ノ宣告カ該破産宣告以前ニ確定シタルニ因リ
ナ沒收ノ目的物カ破産者ノ財産ニ屬セナルニ至リタルトキハ沒收ノ宣告ノ
執行ヲ爲スコトヲ得反對ノ場合ニ於フハ沒收ノ目的物カ破産財團ニ屬スル
時ヲ以テ沒收ノ宣告ノ執行ヲ爲スコトヲ得ス

八審へ越後貴賀春吉を捕當ニ賊人たるセニ又賊次子言馬越矣(第2)○六四
起火支那奉主ノ日和ニ關ニ本條半又謂也本經就聞即中音候ニ對馬是耶其心為
出事二三八者與俱合ニ號火本支那禪應事成ニ日削ニ應矣支那奉主ノ日才滅
津ニ燒之矣ハ却無宣告ノ理皆著本ニ生之火(第3)○近武難波武子兵船商此滅日
火ノ事ハ難波商ヘ申真キ國乃御置毛利家毛利之參也西水木心ノ財難
本經大々り(第4)○六四猶火體既實變火雖火而無火之義矣火既不燒火也
猶財主來々支那禪應既燒ノ無有不燒不難矣云火既既既不難矣
未ハ甚風氣殊學ノ致也然火既不難也遂其火火者入可也火雖財主既無火
「則火難財資更難既非火相應也傳火支那禪應則燒開中燒開既實毛利既不燒火矣事
破産法終此其火既不難既燒開中難財資既無火既不燒火矣事

(三十五年度講義錄)

法學士 松岡義正 講述

破產法

和佛法律學校發行

破產法

著者　松岡義五郎

(三十五年夏葉譯)

株式会社明治書店

文部省教科書審査會審査
及改定員的勅令第百零九號
監修官　國務大臣　農商務大臣　大藏大臣　財政大臣　農林大臣
及外務大臣　及外務大臣　及外務大臣　及外務大臣　及外務大臣

破產法目次

序言	五〇四
第一編 総論	一六
第一章 破産ノ沿革及ノ法源	一七
第二章 破産ノ性質及ヒ破産法ノ性質	一八
第三章 破産法ト他ノ諸法律トノ關係	一九
第二編 實體的破産法規	三四
第一章 破産債權	三四
第二章 破産財團	八二
第三章 破産宣告ノ效力	一一七
第一節 将來ニ關スル破産宣告ノ效力	一一九
第二節 既往ニ關スル破産宣告ノ效力	三〇二
第三節 破産宣告ノ涉外の效力	三五九

第三編 形式的破産法規

三七五

第一章 破産機關

三七五

第一節 破産裁判所

三七六

第二節 破産主任官

三九〇

第三節 破産管財人

三九六

第四節 檢事

四三〇

第五節 債權者集會

四三一

第二章 破産當事者

四四八

第一節 破産債権者

四四八

第二節 破産債務者

四五二

第三章 破産手續ノ進行

四六四

第一節 破産ノ開始手續

四七七

第二節 第一款 破産宣告ノ要件

四七九

第三節 第二款 破産宣告ノ前手續

五〇四

第三款 破産ノ宣告並ニ申立ノ却下及ヒ之ニ伴フ諸手續

五一

第二節 破産債権及ヒ破産財團ノ確定手續

五二五

第一款 破産債権ノ確定手續

五二五

第二款 破産財團ノ管理及ヒ換價

五八四

第三節 破産手續ノ終局

六二五

第一款 破産手續ノ停止

六二七

第二款 協諾契約

六三七

第三款 配當

七〇八

第四編 破産法ノ效果

七二三

第一章 人ニ關スル效果(當事者ノ國籍ニ關スル)

七二八

第二章 所ニ關スル效果(法規ノ適用ニ關スル)

七二三

第三章 問題

七二五

第三章 時ニ關スル效果(法規ノ經過ニ關スル)

第三章 問題

七二八

附言

第一章 破産罰則

七二八

第二章 如支拂猶豫

七四一

第二章 頭書

七四一

第二章 請求書

七四一

(二)當設人ノ立會、執達吏ハ強制執行ノ際抵抗ヲ受ケタルトキ又ハ債務者ノ住居ニ於テ強制執行ヲ爲スノ際債務者又ハ成長シタル其家族若クハ雇人ニ出會ハサルトキハ成丁者二人又ハ市町村若クハ警察ノ吏員一人ヲ設人トシテ立會ハシムルノ義務アリ(第五三七條獨逸民事訴訟法第六七九條「ウキルニースキ」)ノ見解ニ依レハ同條ハ訓示的規定ニ非スト、獨逸民事訴訟法第七五九條(第一)抵抗ヲ受ケタル場合又ハ第二債務者又ハ成長シタル其家族若クハ雇人ニ出會ハサル場合ニ設人ノ立會ヲ要スル理由ハ第一ノ場合ニ於テハ執達吏カ威力ヲ濫用シ第二ノ場合ニ於テハ専横ニ流ルノ處アルヲ以テ職務執行ヲ監督スルニ在リ抵抗及ヒ住居ノ意義ハ前ニ講述セリ、成長シタルハ成年ニ達シタルノ謂ニ非スシテ内體上ノ發達ニ因リ通常事理ヲ解シ得ルニ足ルト認ムル狀態ニ在ルノ謂ナリ家族ノ意義ハ民法ノ規定ニ依リ研究スヘシ(民法第四編第二章但送達ノ場合ト異ニシテ同居ノ親族タルコトヲ要件ト爲サナルコトニ注意スヘシ第十四五條雇人トハ小使、車掌、馬丁等ノ如キ繼續的性質アル雇傭上ノ勞務ニ服スル者ニシテ彼ノ一時ノ日雇人ノ如キハ茲ニ所謂雇人ニ非ス但使用者ト同住ス

ルコトハ此雇人タルノ要件ニ非サルヘシ獨逸民事訴訟法第六百七十八條ニハ「一家ニ於テ雇使セラルル成年者ト明示ス故ニ必シモ債務者ノ雇人タルヲ要セサルナリ然レトモ我民事訴訟法第五百三十七條成長シタル其家族若クハ雇人……」ト明示スルカ故ニ文理解釋上債務者ノ雇人タルコト疑フ容レス立法上ノ見解トシテハ狹キニ失スト謂フヘシ(立會ノ場合證人ノ資格トシテハ法律上成丁者二人又ハ市町村若クハ警察吏員一人ナルコトヲ要ス蓋シ未成年者ハ通常事理ヲ解スルノ力ナキヲ以テ成丁者ニ限定シ又市町村若クハ警察吏員ハ抽象的ニ通俗人ヨリモ容易ニ事理ヲ解スルノ力アルヲ以テ證人ノ資格アルモノト規定シ同時ニ一人ニテ足レリト爲シタリ(二人以上ト爲ストキハ本職執行ノ妨害ト爲ル處アルカ故ナリト主張スル者アリ)而シテ證人ニハ立會フヘキ事件ニ關シ利害關係ナク又執行地近傍ニ居住スル者ヲ選擇スヘキモノタルコトハ立會證人ノ性質即チ後日證言の證人タルベキ者ナルト(第二十九條費用節略及迅速終了ヲ重スル法意遠隔地居住ノ人ヲ選擇スルコトハ此法意ニ適セス)ノ適當ナル要求ナルヘシ(立會證人ノ資格)證人ハ所謂立會證人即チ後日ノ證據ト

爲ルベキ裁判外ノ證人ニシテ(第二十九條第一項第三號係争事實ヲ供述スル裁判上ノ證人即チ證言の證人ニ非ス(第二八九條以下故ニ宣誓等ノコトナカルベシ證人ノ性質))

(三)執行ノ時期 裁判所ハ夜間及ヒ日曜日並ニ一般ノ祝祭日ニ執行行爲ヲ爲スニ付キ執行裁判所ノ許可ヲ受クル義務アリ(第五三九條第一項獨逸舊民事訴訟法第六八一條第一項同新民事訴訟法第七六一條第一項蓋シ夜間及ヒ日曜日並ニ一般ノ祝祭日ハ安息休養ノ時間ナルヲ以テ法律ハ安ニ執行行爲ヲ爲スコトヲ禁シタリ夜間ノ意義ニ關シ獨逸民事訴訟法第六百八十一條第三項ハ之ヲ規定シタリト雖モ我民事訴訟法第五百三十九條ハ之ヲ規定セヌ然レトモ民事訴訟法第一百五十條第二項ノ類推ニ依リテ夜間トハ日没ヨリ日出マテノ時間ヲ謂フト解スルヲ正當ナリト思フ一般ノ祝祭日ノ意義ニ關シテモ亦我法文上之ヲ規定セヌ然レトモ法律上又ハ慣習上執行行爲ヲ爲ス地ニ於テ住民ノ多數カ休業スル日ヲ指示スルモノト解スルヲ正當ト思フ執行行爲ニ非シテ執行ニ關スル命令ハ遂達第五九八條第六〇九條ハ民事訴訟法第一百五十條ノ規定ニ依

ルヤ言フ エタス此義務ニ反シテ爲シタル執行行爲ハ無效タリ故ニ此行爲ハ民
事訴訟法第五百四十四條ノ規定ニ則リ利害關係者ヨリ攻撃セラルヘシ然レト
モ債務者カ此義務ニ反スル執行行爲ヲ爲スコトニ同意シタルトキハ此行爲ハ
無效ト爲ラス蓋シ此命令的規定ハ債務者ノ利益ヲ保護スルニ止マレハナリ(第
一五〇條第五項引用)

執行裁判所ハ其自由ナル意見ニ依リ執行行爲ノ許可ノ當否ヲ判定ス而シテ多
クハ急速ヲ要スル事情ノ存スルニ非スンハ許可スヘキモノニ非ナルノ法意ナ
ルヤ言ヲ待タス獨逸民事訴訟法第六百八十一條ハ執行行爲ヲ爲スヘキ地ヲ管
轄スル區裁判所判事ノ許可ト明言シ我民事訴訟法第五百三十九條ノ如ク執行
裁判所ト言ハス執行裁判所ハ必シモ區裁判所ニ非ナルコトハ前述ノ如シ故
ニ執行地ノ事情ヲ熟知スルコト迅速ニ許可ノ當否ヲ判定スルノ利益アルト
ニ據リ立法上獨逸民事訴訟法ノ規定ノ如ク改ムルヲ可ナリト信ス
許可ハ執行行爲ヲ爲スノ方法ナルカ故ニ執達吏又ハ當事者カ之ヲ申立ヘキ
モノトス此許可ニ關スル決定ニ對シテハ法律上不服申立ヲ逾ナシ何トナレハ

該決定ハ民事訴訟法第四百五十五條ノ前掲要件ヲ缺キ又民事訴訟法第五百五
十八條ニ規定セル裁判ニ非ナレバナリ(許可ハ執達吏ノ爲スニハ授權ニ過キ)
法律ハ執行吏カ強制執行ノ際夜間等ノ執行許可決定ヲ債務者ニ示スヲ以テ足
レリトシ決定ノ膳本ヲ送達スルカ如キハ之ヲ必要トキス蓋シ不服申立ノ途ナ
キヲ以テ其必要ナケレハナリ而シテ執行許可決定ヲ債務者ニ示スヘキ規定ハ
一ノ訓示的規定ニ止マルカ故ニ之ヲ遵守セサルトキハ債務者カ單ニ異議ノ申
立ヲ爲シ得ルニ止マリ強制執行ヲ無効ト爲スモノニ非ス(第五三九條第二項可
シ獨逸民事訴訟法第六八一條第二項)

(四) 調書ノ作成 執達吏ハ各執行ヲ爲スニ付キ調書ヲ作成セサルヘカラス(第
五四〇條第一項是レ蓋シ執行ノ情況ヲ知ルヲ得セシムルカ爲メナルヘシ調書
ニ記載スヘキ執行行爲ハ執達吏カ執行吏タル資格ニシテ強制執行ノ爲メニ爲
ス行爲ノミヲ指示ス故ニ債務者ノ住所搜索ノ如キ準備行爲及ヒ送達行爲ニ外
ナラサル執行ニ關スル命令ノ送達(第五九八條、第六〇九條第六二五條ハ執行行
爲ニ屬セス執行調書ハ執行ノ情況ヲ證明スルカ爲スニ調製スルモノナルト以

テ其調製ハ執行行爲ヲ有效ナラシムル要件ニ非ス然レトモ執行調書ハ一ノ公正證書ナルヲ以テ完全ニ調製セラレタルトキハ公正證書タルノ證據力ヲ有ス而シテ執行調書ニ不完全ノ處即チ法律上ノ規定ニ適セナルトキハ實體的證據力ノ存否ノ問題ヲ惹起スヘキモノナルヤ當然ナリ執行調書ハ執行ノ際ニ調製スヘキモノナルコトハ民事訴訟法第五百四十條第二項第五號ノ明文ニ依リ瞭然タリ執行調書ニハ民事訴訟法第五百四十條第二項第一號以下ニ規定シタル事項ヲ記載セナルヘカラス場所及ヒ時(年月日ト云フハ非ナリ)ヲ記載スルハ差押等ニ關スル紛争ヲ避ケルカ爲メナリ執行行爲ノ目的物トハ唯リ差押物ノ如キ執行行爲ノ直接ノ目的物ヲ指示スルノミナラス又執行ノ原因並ニ目的殊ニ請求權並ニ執行名義ノ表示ヲモ指示ス重要ナル事情トハ民事訴訟法第五百三十六條第五百三十七條ニ規定セルカ如キ事情其他差押物ノ存在セシ場所差押物ヲ執達吏自ラ占有シタルヤ否ヤノ事情ヲ指示スルヤ當然ナリ民事訴訟法第五百四十一條ニ規定セル催告其他ノ通知ヲモ亦包含スルモノト思ハル執行ニ與リタル人トハ唯リ債權者ヲ指示スルノミナラス立會證人ヲモ指示ス

(第五三七條)尙ホ調書作成ニ關シテハ執達吏手數料規則第二十三條執達吏職務細則第十三條、第十四條等ヲ參考スヘシ執行調書ハ執達吏ノ記録ノ一部分タルコトハ民事訴訟法第五百三十八條ニ依リ明白タリ

(五)催告及ヒ通知ハ執達吏ハ執行行爲ニ屬スル催告及ヒ通知ヲ爲シ且之ヲ調書ニ記載スル義務アリ催告トハ債務者ニ對シ特定ノ事項ヲ知ラシメ以テ特定ノ行爲ヲ促ス行爲ヲ謂フ例ハ執行ニ際シ任意ノ履行ヲ爲スヘキ旨ノ催告閉鎖セラレタル戸扉、籠匣ヲ開クヘキ旨ノ催告其他民事訴訟法第六百九條第六百二十四條、第六百二十七條第六百五十四條第六百六十三條ニ規定スル催告ノ如キ是ナリ通知トハ債權者ニ對シ特定ノ事項ヲ知ラシムル行爲ヲ謂フ(第五六六條第三項)第五九一條、第五九八條第二項、第六〇〇條、第六〇二條、第六二〇條、第六四七條、第六五四條、第六五六條、第六八九條第七一〇條催告及ヒ通知ノ内容ハ之ヲ執行調書ニ完全ニ記載セナルヘカラス何トナレハ催告及ヒ通知ノ内容ハ調書ニ依リ證明シ得ヘケレハナリ執行行爲ノ催告及ヒ通知ハ原則上口頭ヲ以テ之ヲ爲ス(迅速ヲ期シ費用ヲ節スルカ爲メニ)然レトモ催告若クハ通知ヲ受クヘ

キ者ノ不在ナルカ爲メニ口頭的實行ヲ爲スコト能ハガルモキハ執達吏ベ第一ニ執行ノ場所ニ送達ヲ爲シ得ルニ於テハ民事訴訟法第百三十九條第百四十條第百四十五條乃至第百四十九條ノ規定ニ準據シテ調書ノ勝本ヲ送達スヘク(第百四十一條第百四十二條第百四十三條)ノ適用ナキコトニ注意スベシ第二ニ執行ノ場所ニ送達ヲ爲スコトヲ得サルモ内國ニ於ケル潛在地カ明白ナル以上ハ郵便ニ付シテ調書ノ勝本ヲ送達スヘシ此場合ニ於テハ調書ノ勝本カ名宛人ニ送付セラレタルヤ否ナハ吏員ノ報告書ヲ必要トセス何トナレハ此場合ニ於テハ郵便ニ付シタルコトヲ調書ニ記載スルヲ以テ足レリトスレハナリ(追述ニ執行爲ラ爲スコトヲ得ルカ爲メナリ)(第五四一條)

執行行爲ニ屬スルト否ト問ハス執行行爲ノ際債務者以外ノ者ニ對シテ爲スヘキ送達及ヒ通知ハ勿論債務者ニ對シテ爲ス送達及ヒ通知ハ債務者ノ所在明カナラナルトキ又ハ外國ニ在ルトキハ之ヲ必要トセス是レ執行ノ遲延ヲ來シ債務者ノ爲メニ其受クヘキ損害ヲ防止スルニ在リ(第五四二條)

(六)執達吏ノ記錄
執達吏ハ執行記錄ヲ備ヘ各利害關係人ノ求ニ因リ記錄ノ

閲覽及ヒ其勝本ヲ付與スル義務アリ(第五三八條)利害關係人トハ債権者及ヒ民事訴訟法第五百四十九條第五百六十五條第五百九十八條ニ規定セル第三者ノ如キ執行事件ニ付キ法律上利害關係ヲ有スル第三者ヲ謂フ此等ノ關係人ハ記録ニ依リ執行行爲ノ當否ヲ調査シ以テ異議ノ申立ヲ爲スヲ得ヘシ五五七條
(七)執行入結果
執達吏ハ債務者ノ任意ニ因リ又ハ強制執行ノ結果トシ(第五七二條第五七九條)充て拂其他ノ給付又受取リタルトキハ其受取りタル給付ノ全部ナルト一部ナルトニ從ヒ或ハ執行力正本ヲ付與シ或ハ受取證ヲ交付スベキ義務ヲ負フ(第五三五條)何トナレハ民事訴訟法第五百三十五條ハ給付カ債務者ノ任意ニ因リタルト否トニ區別ナク債務者ニ對スル擔保方法ヲ規定シタルモノナレハナリ第三者カ債務者ニ代リテ支拂ヲ爲シタル場合モ亦同シ然レトモ債務者又ハ其代理人カ債務者ニ對シ直接ニ支拂ヲ爲シタルトキハ執達吏ハ債務者ニ執行力正本ヲ交付スベキノ義務ナタ又斯ル權利ナシ蓋シ斯ル支拂ハ執達吏ノ職權ニ無關係ナレハナリ債務者又ハ第三者カ債務ヲ完済シタルトキハ執達吏ハ之ニ執行力正本及ヒ受取證ヲ交付スベシ蓋シ斯ル場合ニ於テハ債

權者カ執行力正本ヲ所持スルノ要ナキトモガラス債務者ノ爲ニ執行力正本ノ濫用ナキコトヲ擔保スルニ在リ支拂其他ノ給付タ一都ニ過ギアルトキハ執達吏ハ執行力正本ニ其旨ヲ記載シ且受取證ヲ交付ス蓋シ斯ル場合ニ於テハ他日執行ヲ續行スル必要アルカ故ニ執行力正本ヲ交付スルコトヲ得サルナリ一部辨済後債務者カ民事訴訟法第五百四十九條ノ異議ニ因リ第三者ニ給付ノ目的物ヲ取戻サレタルトキハ執行力正本ニ存スル一部給付ノ附記民事訴訟法第五百四十九條ニ依レル判決ニ依リ當然其效力ヲ失フモノタリ併合訴訟ノ結果トシテ數多ノ債務者カ一ノ判決ニ依リ敗訴ヲ言渡サレタル場合ニ於テハ連帶債務ヲ完済シタル債務者ノミニ執行力正本ヲ交付スヘキモノトス何トナレハ此債務者ノミカ法律上執行力正本ヲ受タルノ權アレハナリ執達吏ノ受取證ハ執達吏ヲ官吏トシテ其職權内ニ於テ作成シタルモノナレハ一ノ公正證書ナルヤ言ア待タス債務者尙ホ債權者ニ對シ受取證ヲ求ムルノ權アルヤ否キハ民法ニ依リ之ヲ定ム(民法第四八六條)。廿五日未明日本大正八年八月八日 訂正

第二節 現役軍人、軍屬ニ對スル強制執行

豫備後備ノ軍籍ニ在ラナル軍人、軍屬即チ現役ノ軍人、軍屬ニ對シ(第一要件)兵營及ヒ軍事用廳舍施兵工廠、造船所ノ類又ハ軍艦ニ於テ(第二要件)私宅ニ於テ差押ヲ爲スカ如キハ本節ノ關係スル所ニ非ス(強制執行ヲ爲スヘキトキハ執行裁判所カ債權者ノ申立ニ因リ執達吏ニ非ス管轄ノ軍事裁判所所属ノ長官又ハ隊長ニ嘱託シテ之ヲ爲ス第五五六條獨逸舊民事訴訟法第六九九條(是レウキルモースキ)氏ノ明言スルカ如ク軍事上ノ規律ヲ保持スルノ目的ニ出テタルモノニシテ債權者ハ其有スル執行力アル正本ヲ申立て同時ニ執行裁判所ニ交付シ又同裁判所ハ之ヲ受託官廳ニ送達セナルヘカラス第五三四條引用受託官廳ハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒテ差押ヲ爲シタル物第五六四條、第七五〇條ヲ債權者ノ委任シタル執達吏(債權者カ申立て共ニ委任シタル執達吏ヲ執行裁判所ニ届出ノ同裁判所ハ之ヲ受託官廳ニ通知スニ執行力アル正本ト共ニ交付シ同執達吏ハ爾後交付セラレタル物ヲ自己カ差押ヘタル場合ニ於ケルト同シク換價スルモ

第三節 相續財産ニ對スル強制執行ノ續行

強制執行開始後ニ執行債権者カ死亡シタルトキハ強制執行ヲ續行スルコトヲ得ス何トナレハ強制執行ハ前述ノ如ク執行文ニ氏名ノ表示アル債権者ノミニ行フコトヲ得ヘキモノナレハナリ(第五二八條第一項死亡シタル債権者ノ相續ヲ承認シタル相續人ハ民事訴訟法第五百十八條第五百二十條ノ規定ニ則リ更ニ承繼人ノ爲メニスル執行文ヲ得之ヲ民事訴訟法第五百二十八條第二項ニ則リ債務者ニ送達シタル後ニニ對シテ強制執行ヲ續行スルコトヲ得ヘシ強制執行開始後ニ執行債権者カ死亡シタルトキハ法律ハ債権者ノ利益ノ爲メニ相續財產即チ死亡シタル債務者ノ財產ニ對シ相續ノ承認ノ有無ニ拘ヘラズ強制執行ノ續行ヲ許シタル相續財產ニ對シ強制執行ヲ續行ヲ許スノミ故ニ相續人ニ對シテ強制執行ヲ續行スルニハ民事訴訟法第五百十九條第五百二十八條ノ手續ヲ履マサルヘカラス(第五五二條第一項獨逸舊民事訴訟法第六九三條)

同新民事訴訟法第七七九條第一項而シテ相續財產ニ對スル強制執行ノ續行ニ際シ債務者ノ知ルコトヲ要スル執行行為即チ民事訴訟法第五百九十八條第六百十三條第二項第六百二十九條第七百三十一條第三項第五百六十六條第三項ニ規定スル行為其差押物ノ運搬ノ困難ナルヲ以テ之カ保管又ハ換價ヲ爲スカ如キ事實上ノ必要ヨリ(第五六六條第二項債務者ノ立會ヲ必要ト爲ス行爲ヲ實施スル場合ニ於テ相續人アラサルトキ即チ相續人カ未タ承認ノ意見ヲ表示セサルカ(民法第一〇一七條或ハ承認ノ有無ノ不確實ナルカ又ハ相續人ノ所在不分明ナルトキハ執行裁判所ハ債権者ノ申立ニ因リ相續財產又ハ相續人ノ爲メニ特別代理人ヲ任セサルヘカラス但相續財產管理人又ハ遺言執行者アルトキハ此限ニ在ラス何トナレハ此等ノ者ハ適當ニ財產ヲ管理スルヲ以テ特別代理人選任ノ要ナケレハナリ(第五五二條第二項民法第一〇五二條第一一一四條獨逸舊民事訴訟法第六九三條第二項同新民事訴訟法第七七九條第二項債権者ノ申立ハ強制執行ノ手續ニ關スル申立ナリ故ニ之ヲ却下シタル裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ得第五五八條特別代理人ハ民事訴訟法第五百二十二

條、第五百四十四條、第五百四十九條ニ從セラ各執行行爲ニ付キ債務者ノ異議ヲ主張スルコトヲ得故ニ裁判所ハ特別代理人ニ對シ之カ爲メニ必要ナル送達ヲ爲サナルヘカラス
強制執行ノ開始後ニ戸主タリシ債務者カ隣居、入夫婚姻廢家等ノ原因ニ因リ戸主タル地位ヲ辭シ又ハ失ヒタルトキハ(民法第七五二條以下ハ債權者ハ民事訴訟法第五百五十三條ノ規定ニ則リ戸主權喪失ノ當時債務者ノ所持シタル財產ニ付キ強制執行ヲ執行スルコトヲ得是レ戸主權ノ喪失ハ債務者ノ死亡ヨリ生スルモノト同一ノ法律的現象ヲ生スルヲ以テ法律ハ債務者ノ死亡ト同シク債權者ノ利益ヲ保護シタルモノト信ス

第四節 專屬裁判籍(強制執行ノ)

本編即チ民事訴訟法第四百九十七條乃至第七百六十三條ニ於テ規定シタル裁判籍ハ專屬ナリトス(第五六三條、獨逸舊民事訴訟法第七〇七條「ヘルマン」及セ「ウキルモースキー氏ハ裁判籍ナル法文ニ拘泥シフ(第一〇條乃至第二五條)土地

ノ管轄ノミカ専屬ナリト主張シタレトモ「ガウブ」「エゾデマン」「ゾキフェルド」氏等ノ反対スル所ニシテ又子輩ノ探ラザル所ナリ蓋シ前述ノ如ク強制執行ハ訴訟事件ノ一部分タリ隨テ訴訟事件ノ管轄ハ強制執行ノ管轄ナラナルヘカラス故ニ強制執行ハ受訴裁判所ノ管轄土地及ヒ事物ニ専屬ス又執行裁判所ハ受訴裁判所ノ法定シタル共助裁判所トシテ強制執行ニ關スル事務ヲ取扱フモノタリ故ニ強制執行ハ執行裁判所ノ管轄ニ専屬セサルヘカラス隨テ合意管轄ハ法律ノ認メサル所ナリト謂ハナルヲ得ス(第三一條然レトモ管轄カ訴訟物ノ價額ニ從ヒテ定マル場合第五一四條第二項、第五四九條、第五六一條第三項、第五六五條ニ於テハ例外トシテ區裁判所又ハ地方裁判所ノ管轄ニ關シ合意管轄ヲ許スト謂フヘシ蓋シ此場合ニ於ケル事物ノ管轄ニ關スル規定ハ強制執行ノ範圍ニ屬セスシテ却テ此等ノ訴訟モ亦準據スル通常訴訟ノ範圍ニ屬ス之ヲ換言セハ強制執行ニ特別ナル規定ニ非シテ却テ裁判所ノ構成ニ關スル通則(第二九條以下、裁判所構成法)ヲ反覆シテ明示シタルニ外ナラサレハナリ然レトモ民事訴訟法第五百二十一條、第五百四十五條ノ場合ニ於ケル訴ハ第一審受訴裁判所即チ

「アーリング」裁判所ノ管轄ニ專屬スルヤ法文上明確ナルヲ以テ斯ル例外法ノ適用ヲ缺クヤ言ヲ俟タス

第五節 強制執行ノ手續ニ關スル裁判ニ對スル不服申立

強制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經シテ爲スコトヲ得ル裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第五五八條)獨逸舊民事訴訟法第七〇一條茲ニ所謂裁判ニハ執行裁判所ノ總ノノ裁判(第五四三條第三項)民事訴訟法第五百二十二條第一項、五百四十六條、五百四十九條第四項、第七百三十三條、第七百三十四條ニ規定シタル裁判其他強制執行ノ手續ニ於テ抗告ヲ許スヘカラナルモノトシテ却下シタル裁判ヲ指示ス然レトモ口頭辯論ヲ經シテ爲スコトヲ得ル裁判ニシテ法律上不服申立ヲ許サツル明文アルモノ(第五〇〇條末項)第五一一條末項第五一二條第五四八條、第五四九條ハ該裁判中ニ包含セサルヤ言ヲ俟タス(意義強制執行手續ニ於テ即時抗告ヲ以テ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルモノハ

口頭辯論ヲ經シテ爲スコトヲ得ル裁判ナルカ故ニ第一ニ裁判ナルコドヲ要ス證據決定ノ如ク單純力アル指揮の命令其他執行裁判所ノ爲シタル執行ニ關スル單純ナル命令(第五四四條)如キハ即時抗告ノ目的ト爲ラス執行交付與ニ關スル裁判所書記ノ處分亦然リ蓋シ此處分ニ對シテハ先ツ民事訴訟法第五百二十二條ニ規定スル裁判所ノ更正裁判ヲ求メ其更正ニ關スル裁判ニ對シテ不服ナル所アレハ之ニ對シテ即時抗告ヲ爲スキ法意ナリ執達吏ノ行爲亦然リ蓋シ此行爲ニ對シテハ民事訴訟法第五百四十四條ニ規定シタル裁判所ノ更正裁判ヲ求メ其更正ニ關スル裁判ニ對シテ不服ナル所アレハ之ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキ法意ナレハナリ第二ニ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノハ總テノ利害關係人ナルヲ要ス債務者債權者ハ勿論第三者ト雖モ裁判ニ因リ不利益ヲ受クルトキハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ例へハ執達吏カ裁判ニ依リ自己ニ責任ヲ負フニ至ルヘキ場合ニ於テ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルカ如シ此第一、第二ノ要件ヲ具備スル以上ハ裁判カ申請ヲ却下シタルモノナルト否ト又口頭辯論ヲ爲シタルト否トヲ問セス即時抗告ヲ爲スコトヲ得蓋シ法律

上何等ノ制限ナケレハナリ(前要件)即時抗告ニ關シテ民事訴訟法第四百六十條第四百六十六條ノ規定ヲ適用ス。又該文申請ニ附する民事訴訟法第六百四十九條第六五六條第七四一條第七四三條第七四五條第七四七條第七五九條等之ヲ履行スル方法ハ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲ス場合原告若クハ被告カ強制執行法ノ規定ニ從ヒテ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲ス場合ニ於テ第五〇〇條第五〇三條第五〇五條第五一二條第五二二條第五四七條第五四九條第六五六條第七四一條第七四三條第七四五條第七四七條第七五九條等之ヲ履行スル方法ハ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲ス義務アル原告又ハ被告又在リ是レ蓋シスル方法ハ義務者ニ對シ最モ便利ナルカ故ナラン又保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲シタルコトニ關シテハ法律上之ヲ證明スルノ要アルカ故ニ第五五〇條参考裁判所ハ求ニ依リ證明書ヲ付與ス(第五一三條民事訴訟法五百十三條ノ規定ハ保證又ハ供託ノ目的物カ金錢及ヒ有價證券ナルトキハ實際上行ハレタルセマト信ス何トナレハ供託法ニ依レハ金錢及ヒ有價證券ハ金

庫ニ於テ之ヲ保管スヘキモノナレハナリ然レトモ供託ノ目的物カ金錢又ハ有價證券ニ非サルトキハ裁判所カ所屬會計係ヲシテ之ヲ保管セシムルモノト信ス(供託法參考強制執行ノ手續進行中ニ於テ特定ノ金額又ハ物件ヲ供託シタルニ因リテ生スル法律關係ニ關シテハ我民事訴訟法並ニ獨逸民事訴訟法ノ規定セサル所ナリ)是レ民法上ノ原則ノ適用ニ依リ該法律關係ヲ定ムルノ法意ニ出ツ而シテ此法律關係ヲ最モ簡明ニ説明シタル學者ハ「ガウブ及ヒウキルモースキ」氏ナリ故ニ此二大家ノ見解ヲ参考トシ該法律關係ヲ略述スレハ第一ニ保證トシテノ供託ニ管シテハ(I)債務者カ執行ノ免除停止又ハ取消ノ爲メニ金錢又ハ有價證券ヲ供託シタル場合ニハ債權者カ強制執行ヲ爲サヌルコトノ代價トシテ供託ノ目的物上ニ唯リ對人的請求權ノミナラス爾後第三者ノ行爲若クハ債務者ノ財產ニ對スル破產手續ノ開始ニ因リク效力ヲ害セラレサル物上擔保物即チ優先權ヲ取得スト謂ハナルヲ得ス何トナレハ斯ル論決ハ供託ノ目的ニ適當スレハナリ(第五〇〇條第五〇五條第五二二條第五四七條第五四四條第七四三條第七五九條)是ヲ以テ債權者ハ債務者カ破產シタル場合ニ供託物上

ニ別除置ヲ有ス又裁判所若クハ供託所ハ債権者ノ代理人トシテ供託物ヲ占有シ且之ヲ保管スト謂フコトヲ得ヘク債務者ハ強制執行カ有效ニ取消サレタルトキハ供託物ノ引渡請求ヲ爲スコトヲ得又債権者ハ強制執行カ有效ニ確定シタルトキハ供託物上ニ執行ヲ爲スノ權アリ而シテ此後ノ場合ニ於ケル差押ハ民事訴訟法第五百六十七條第五百九十八條第六百五十五條ニ從ヒテ行ハル(2)債権者カ執行ヲ開始シ又ハ其續行ノ爲メニ又執行參加訴訟ハ原告カ民事訴訟法第五百四十九條末項ニ從ヒテ保證ヲ供託シタル場合第五〇〇條第五〇三條第五一二條第五二二條第五四七條第五四九條第七四一條第七五六條及ヒ(3)第三者カ執行ノ停止若クハ取消ノ爲メニ保證ヲ供託シタル場合第五四九條末項ニモ亦前述ノ如ク保證ヲ立ツルコトカ執行ノ代價ナリトノ觀念ニ基ク原則ノ準用ヲ見ルハ當然ナリ隨テ前示ト同一ノ法律關係ノ存スルモノト謂フヘシ(第五一三條)……原告第二ニ單純ナル供託ニ關シテハ(1)債務者カ民事訴訟法第五五條第二項ニ從ヒテ特定ノ金額若クハ訴訟物ヲ供託シタル場合ニ於テハ其供託ヲ解除條件附辨済ト認メ假執行宣言附判決債務名義タルヲ變更シタル確定

判決アリタルトキ即チ解除條件カ成就シタルトキハ供託物ヲ債務者ニ返還シ假執行宣言附判決ヲ認可シタル確定判決アリタルトキハ供託物ヲ確定のニ債権者ノ權利ニ歸セシメサルヘカラス是ヲ以テ此場合ニ於ケル供託ハ執行ノ代價ニ非スシテ却テ辨済ノ代價ニシテ又裁判所並ニ供託所ハ債権者ヲ代理スルモノト謂フヘシ(第五一三條)……被告(2)執達吏カ差押ヘタル金錢若クハ差押物ノ賣得金ヲ供託シタル場合ニ於テハ差押權カ供託物上ニ存續シ(第五六五條第二項第五九三條第七五〇條(3)第三債務者カ供託シタル場合第六二一條)モ亦然リ
以上説明シタル第一及ヒ第二の場合ニ於テ供託シタル金錢カ國家其他ノ供託所ノ權利ニ屬シタルトキハ各利害關係人債権者債務者及ヒ執行參加原告ハ供託物ニ付キ訴訟事件ノ裁判ヲ條件トシテ元利金ノ支拂ヲ目的トスル債権ヲ供託所ニ對シテ有スルコトト爲ル該債権ハ民事訴訟法第五百九十八條ニ從ヒテ差押フルコトヲ得ルハ當然ナリ

執行行爲ノ際債務者ニ爲スヘキ送達及ヒ通知(第五六六條第三項第五九一條)

第五九八條等債務者ノ所在不分明ナルカ又ハ外國ニ在ルトキハ之ヲ爲スコトヲ要セス是レ執行ノ遲延ヲ防止スルニ在リ

第七節 強制執行ノ費用

強制執行ノ費用トハ執行行爲ノ實施ニ因リテ生シタル費用ナリ執行交付與人申請以後ニ生シタル費用タリ故ニ唯り執達吏ノ手數料及ヒ立替金ノ如キ強制執行ノ實施ニ付キ生シタル費用ノミナラス執行文ノ付與ニ關スル費用保證ノ供託第五一三條並ニ其取戻費用其他旅費ノ如キ裁判所ノ費用タル執行手續著手準備費用ヲモ包含ス(執達吏手數料規則民事訴訟費用法參照然レトモ執行手續ノ進行中ニ於テ提起セラレタル特別ノ訴ニ因リテ生シタル費用ハ訴訟費用ニシテ執行費用ニ屬セス故ニ此種ノ費用ハ判決ニ於テ負擔者ヲ定メ費用額確定ノ決定ヲ以テ執行シ(第五四五條乃至第五四九條民事訴訟法第五百五十四條ノ關係スル所ニ非ス意義)

執行費用ハ訴訟費用ニ於ケルト同シク必要ナル部分ニ限リ債務者ノ負擔ニ屬

ス何トナレハ執行費用ハ元來債務者ガ任意ニ其義務ヲ履マサルニ因リテ生シタル費用ナルヲ以テナリ之ヲ換言セハ債務者ハ不法行爲ニ對スル責任若クハ損害賠償トシテ執行費用ヲ負擔スルモノニ非シテ却テ自己ノ行爲ニ因リ裁判上ノ干渉ノ必要ヲ惹起セシメタル事實ニ因リテ執行費用ヲ負擔スルニ過キス然レトモ其負擔部分ハ當然必要ノ限度ニ止マル其限度ハ訴訟費用ニ於ケルカ如ク裁判所力争アル場合ニ之ヲ定ム(ガウブ氏ハ争アル場合ト曰ハス故ニ執達吏カ其職務ニ屬セサル行爲ヲ爲シタルニ因リテ生シタル費用ノ如キハ債務者ノ負擔ニ屬セス債務者ノ負擔ニ屬セサル費用ハ其費用ヲ要シタル手續ノ必要ヲ惹起シタル債権者ノ負擔ニ歸スルハ當然ナリ故ニ執達吏ハ此場合ニ於クノ自己ノ手數料ノ爲メニ第三者タル債務者ニ對シ差押ヘタル物件ノ解放ヲ拒ム権利ヲ有セス(執行費用ノ負擔者)第五四五條第一項

執行費用ハ強制執行ヲ受タル請求ト同時ニ之ヲ取立フルコトヲ要ス(第五五四條第一項後段)……強制執行ヲ受クル請求……ヲ用語ハ甚タ不當ナリ強制執行ヲ爲スヘキ請求ト解シヘシ猶民民事訴訟法第六九七條第一項執行費用ハ獨立

固有ノ債務名義ヲ有セシテ執行ヲ爲ス請求即チ主タル請求ニ於ケル債務名義ヲ自己ノ債務名義トス故ニ執行費用ハ主タル請求ニ於ケル債務名義ヲ主タル請求ト同時ニ取立ツルコトヲ要ス蓋シ執行費用ヲシテ尙ホ民事訴訟法第八十四條第八十五條ノ如キ確定決定ヲ必要ト爲スニ於テハ費用ニ關スル手續ハ其終局ヲ見ルコトナキア以テ債務者カ任意ニ執行費用ヲ支拂フ爲サツリシトキハ之カ爲メニ債務者ノ財産ヲ差押フルコトヲ得(第五六四條第五七八條執達吏職務細則第八一條)但逸民事訴訟法第七〇八條第七一九條執行機關ハ債權者ノ報告ニ基キ執行費用ヲ計算シ且債務者ニ之ヲ示ナツルヘカラス何トナレハ債務者ハ其負擔ニ歸スヘカラナルモノ即チ不必要ナリト思料シタル部分ニ付テハ民事訴訟法第五百四十四條ニ基ク異議ノ申立又ハ民事訴訟法第五百四十五條ノ規定ニ依レル請求ニ對スル異議ト共同シテ異議ノ申立ヲ爲スハケレバナリ但民事訴訟法第八十三條ハ執行費用ニ關シテハ適用ナシシ何トナレハ同様ハ訴訟事件ニ於ケル當事者アルコトヲ前提要件ト爲セハナリ債權者ハ其委任シタル執達吏カ計算シタル費用ノ取立ヲ拒ミタルトキハ

之ニ對シ異議ヲ申立フルコトヲ得ルハ疑ナシ(取立手續)第五四四條獨逸舊民事訴訟法第六八五條判決其他ノ債務名義カ強制執行費用取立後上訴若クハ再審ニ因リテ取消シタルトキハ債權者ハ主タル請求ノ執行トシテ取立シタルモノト同シテ執行費用ヲ債務者ニ返済セサルヘカラス何トナレハ執行費用ヲ受取ルヘキ根原ナキニ至リタレハナリレヒトモ債務名義其モノニ非シテ假執行宣言ノミノ廢止(第五一〇條)ハ執行費用返済ノ原因ト爲ラス何トナレハ道ハ毫毛直接ニ債權者ノ失權ヲ表示セシムハナリ執行費用ノ返済ヲ主張スル者ハ主タル請求ノ爲スニ債權者ニ辨済シタル事物ノ返還ヲ求ムト同一方法ヲ以テ主張スヘシ(第五一〇條第二項)主タル債務名義取消ノ判決カ執行費用ニ付キ明示的ニ辨済スヘキ旨ノ裁判ヲ與ヘタルモ執行費用返済ニ關スル債務名義ト爲ルニ妨ナシ何トナレハ強制執行ノ基本タル債務名義ノ取消ニ因リテ執行費用ヲ返済スヘキ事トハ當然ニシテ別ニ判決ヲ以テ認定スルノ必要ヲ見ナレハナリ(執行費用ノ返済)第五五四條第二項獨逸舊民事訴訟法第六九七條第二項

第八節 強制執行ノ效力

強制執行ハ前述シタルカ如ク其命令及ヒ實施ニ關スルニノ要件ヲ具ヘタル場合ニ限リ法律上效力ヲ有ス故ニ強制執行ヲ目的トシタル行爲カ此ニ要件ヲ具ヘサルトキハ法定の效力ヲ發生セサルヤ當然ナリ然レトモ該ニ要件ヲ具ヘタル以上ハ執行行爲カ其手續ニ關スル法規ニ適セサルカ爲メニ無効ト爲ルモノニ非ス却テ執行ノ方法ニ關スル異議ノ原因ヲ爲スニ過キス例ヘハ執達吏カ調書ヲ作成スヘキ規定ヲ遵守セス又妄ニ夜間ニ執行ヲ爲スコト能ハナルノ規定ヲ遵守セサルカ如キ即チ是ナリ

第九節 判決ニ基ク強制執行法規ノ他債務名義

二於ケル準用ノ限界

判決ニ基ク強制執行法規ハ判決以外ノ債務名義ニ基ク強制執行ノ準則タリ故ニ後者ノ強制執行ニ關シテハ執行命令及ヒ公證人作成ノ公正證書ニ付キ特則

ヲ除ク外第五五九條第二條第五條第五六一條第五六二條各債務名義ノ特質上差異ヲ生セサル限りハ判決ニ基ク強制執行ト同一法則カ行ハル第五六一條獨逸舊民事訴訟法第七〇三條是ヲ以テ執行命令假差押命令及ヒ假處分命令ヲ除ク外第五六一條第七四九條第七五六條ハ總テ執行手續カ執行力アル正本ニ依リテ開始セラルモノトス第五五六條第一項而シテ債務名義カ裁判ナル件セハ其裁判ヲ爲シタル裁判所ノ所屬裁判所書記カ執行力アル正本ヲ付與シ和解及ヒ公證人作成ノ證書ニ關シテハ和解調書ヲ作リタル裁判所書記及ヒ證書ヲ保存スル公證人カ執行力アル正本ヲ付與シ第五五九條第一、第三乃至第五、第五六二條又執行カ債務名義ノ正本ヲ執行以前ニ若クハ同時ニ送達スルニ因リテ開始セラル(第五二八條)而シテ裁判カ債務名義ナルトキハ其正本ノ送達ハ民事訴訟法第二百四十五條ノ規定ニ依ル和解カ債務名義ナル場合ニ於テ執行ニ關スル異議ノ訴ヲ提起セント欲スル者ハ第一審裁判所訴ノ提起後ノ和解ニ因リ終局シタル訴訟ヲ爲スニ至ラサルトキハ訴訟ノ目的物タルヘキ事物ノ價額ノ如何ニ拘ラス和解ヲ爲シタル區裁判所起訴セサルヘカラス(第五四五條第一項)

準用但シ民事訴訟法第五百四十五條第二項ハ判決ノ確定ト牽連シテ分ツヘカラナルモノナルヲ以テ和解カ債務名義ナル場合ニ適用ナキハ當然ナリ抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立フルコトヲ得ル裁判カ債務名義ナル場合ニ於テハ債務者ハ民事訴訟法第五百四十五條ノ準用トシテ抗告又ハ取消申請第二九五條第三、一九條ヲ以テ主張シ又ハ主張シ得ヘキ異議ヲ民事訴訟法第五百四十五條第二項ニ從ヒテ訴ヲ以テ主張スル事能ハサルノ制限ヲ受ク
第二章 特則

強制執行ハ事物ノ性質ニ從ヒテ或ハ間接強制ニ依リ或ハ直接強制ニ依リテ行ハル間接強制ニ依ル強制執行ハ國家カ申立ニ因リ債務者ヲシテ債權者ニ對シ負擔シタル作爲又ハ不作爲ヲ目的トスル債務ヲ履行セシムルカ爲ミニ相當ノ期間ヲ定メ債務者カ其定メタル期間内債務ヲ履行ヲ爲ササルトキハ其遲延ノ期間ニ應シテ一定ノ賠償ヲ爲スヘキコト又ハ直テニ損害賠償ヲ爲スヘキコトヲ命スル履行方法ニシテ直接強制ニ依ル強制執行トハ國家カ債務者ノ意思ノ

媒介ヲ埃タスシテ直チニ債權者ニ其債務者ニ對シテ有スル請求ニ適當ナル満足ヲ得セシムル執行方法ナリ而シテ我民事訴訟法ノ法意ニ依レハ(第七三三條第七三四條等)間接強制ニ依レル強制執行ベ唯執行スヘキ請求權ノ性質上直接強制ニ依レル強制執行ノ行ハレタル場合ニ於テノミ行ハルムモノト思惟ス直接強制ニ依レル強制執行ニ於テハ原則上國家ノ機關カ債務者ニ代リテ債權者ニ債務者カ任意履行ニ因リ債權者ニ供給スヘキ事物ヲ供給スルモノトス蓋シ民事訴訟法第五百七十四條第二項並ニ第五百七十九條ニ所謂債務者ヨリ支拂フ爲シタルモノト看做ストノ文意及ヒ民事訴訟法第五百八十二條並ニ第五百八十三條ニ所謂債務者ニ代リトノ文意ヨリ推究スレハ執達吏ハ動産ノ差押及び其賣却ニ關シテハ債務者ノ代理人トシテ職務ヲ取扱フモノタルコトヲ認ムルヲ得ヘク(執達吏ハ前ニ述ヘタルカ如ク第五百三十三條乃至第五百三十五條ノ規定ニ依レル債權者ノ代理人トシテ職務ヲ取扱フモノタリ然レドモ之カ爲メニ民法第百八條ノ規定ニ抵觸スルモノニ非ス蓋シ執達吏ハ職務的代理人タルカ故ニ當事者双方ノ代理人タルコトヲ得ルハ當然ナリ)又差押タル債權ヲ轉

付スル場合ニ於テハ執行裁判所ハ債務者ヲ代表スト謂フコトヲ得ヘケレハナ
 ヲ(獨逸舊民事訴訟法第七三七條同新民事訴訟法第八三六條面シテ民事訴訟法
 第七百三十三條ニ規定シタル場合ハ此原則ニ對スル一例外タルヤ言ヲ埃タサ
 ル所ナリ)此原則ニ對スル一例外タルヤ言ヲ埃タサ
 此ノ如ク執行機關ハ直接強制ニ依レル強制執行ニ於テハ原則上債務者ニ代ル
 モノナルヲ以テ引渡スヘキ物ノ所有權ノ移轉等ノ如キ債權者ニ任意上満足
 フ供スル場合ニ於テ必要ナルヘキ債務者ノ意思ハ國家ノ意思ニ因リテ代替セ
 ラル第五八二條第五八三條隨テ抵當權ノ登記相續ノ承認其他債權讓渡等ノ如
 キ債務者カ單純ナル意思ノ陳述ヲ爲スベキ判決ヲ受ケ又賣買行為ノ成立確認
 ノ如キ債務者カ法律關係ノ成立ヲ認諾スヘキ旨ノ判決ヲ受ケタル場合ニ於テ
 ハ其判決ノ確定ニ因リテ債務者カ認諾又ハ意思ノ陳述ヲ爲シタルモノト爲ス
 プ以テ足レリシ特ニ意思ノ陳述ヲ爲シムヘキ強制手段ヲ必要ト爲ナナル
 ナリ蓋シ判決ノ確定ヲ以テ國家カ債務者ニ代リテ必要ナル意思ノ陳述ヲ爲シ
 タルモノト謂フコトヲ得ヘケレハナリ然レトモ債務者ノ認諾又ハ意思ノ陳述

方債務者ノ豫先的又ハ同時的反對給付ニ係ルトキハ其認諾又ハ意思ノ陳述ハ
 民事訴訟法第五百十八條及ヒ第五百二十條ノ規定ニ從ヒ執行力アル正本ヲ付與
 シタルトキニ其效力ヲ生ス蓋シ執行力正本ノ付與ハ唯リ之ヲ執行機關ニ提出
 スルカ爲メニ必要ナルノミナラス反對給付ノ履行ヲモ證明スヘキモノナルヲ
 以テ此確實ナル證明アリタルトキニ意思ノ陳述ノ成立アリト爲スハ極メテ適
 當ナレハナリ但シ此法則ハ判決以外ノ債務名義殊ニ和解調書ニ關シテ適用ナ
 カルヘシ蓋シ此法則ハ適用ハ債務名義ノ判決タルコトヲ前提要件ト爲セハナ
 ラ又婚姻ノ承諾ヲ爲スヘキ旨ヲ言渡シタル判決ニ關シテ適用ナカルヘシ蓋シ
 斯ル判決ニハ民事訴訟法上強制方法ナキヲ以テナリ其他意思ノ陳述ヲ爲スヘ
 キ旨ヲ言渡シタル判決ニ付シタル假執行ノ宣言ハスル意思ノ陳述ヲ爲シタル
 モノト認ムルノ効力ナシ何トナレハ民事訴訟法第七百三十六條ハ意思ノ陳述
 ナ爲シタルモノト看做スニ付キ判決ノ確定ヲ前提要件ト爲セハナリ
 補制執行ノ方法ハ執行スヘキ請求權ノ內容即チ金錢ノ支拂目的上スル權利
 特定物若クハ代替物ノ引渡ヲ目的トスル權利特定行為要爲るニ止若クハ爲す

ナルコトヲ目的トスル債利又爲シニ成立シタル債務名義ニ從ヒテ當然異ナレルモノトス金錢ノ支拂ヲ目的トスル請求權ノ強制執行ヲ爲ス場合ニ於テハ強制執行ハ直接ニ債務者ノ財產ニ對シテ行ハル然レトモ金錢ノ債權ハ金錢ノ支拂ヲ以テ満足セラルモノナルカ故ニ債權者ハ通常現金ヨリ又ハ現金大キトキハ債權額ヲ限度トシテ債務者ノ他ノ財產ノ金錢的債額ヨリ満足ヲ享有スルモノトス蓋シ現金アルニモ拘ラス現金以外ノ財產ヨリ満足ヲ受ケントスレハ徒ニ費用ヲ費スノミニナルヲ以テナリ其他ノ請求權ニ付キ強制執行ヲ爲ス場合ニ於テハ強制執行ハ或ハ債務名義ニ於テ表示シタル特定ノ物件ニ對シ成ハ損害ヲ賠償セシムル方法間接強制執行ニ依レル強制執行ニ依リ才行ハル是ヲ以テ強制執行ノ方法ヲ分チア金錢ノ債權ニ付クノ強制執行及ヒ金錢ノ債權ニ付クノ強制執行ヲ爲スハ學理上正當ニシテ又我民事訴訟法及ヒ獨逸民事訴訟法ノ採用シタル網目タリ又金錢ノ債權ノ爲メニスル強制執行ニ關シテハ其強制執行ノ目的カ債務者ノ動産不動産及ヒ船舶ナルニ從ヒテ執行ノ目的ヲ達スルノ手續各異ナラナルヲ得ハシ是ヲ以テ金錢ノ債權ニ付クノ強制

執行ヲ更ニ分チア動産ニ對スル強制執行不動産ニ對スル強制執行及ヒ船舶ニ對スル強制執行ト爲スハ學理上正當ニシテ又我民事訴訟法ノ採用シタル網目ナリ左ニ此網目ニ從ヒテ本章ノ特則ヲ説明スヘシ而シテ法律ハ債權者カ強制執行ヲ爲スニ當リ前ニ示シタルノ方法ノヨリ依ルカ各方法ヲ併用スルカ又ハ自己ノ目的ヲ達スルニ足ル方法ヲ選擇スルコトニ關シテハ債權者ノ判断ニ任シタカ然レトモ各執行方法ノ發行ニハ債權者カ完全ナル満足ヲ得ル事止ムル制限アルヤ言フ埃及タルナリモ大公國ハ貴賤ノ財產不動財產ニ對スル第一節 金錢ノ債權ニ付クノ強制執行
金錢ノ債權即チ金錢ノ支拂ヲ目的トスル債權トハ自國若ダハ外國ノ貨幣ア以テスル一定ノ金額ノ支拂ヲ以テ履行セラルノ債權ナリ外國ノ貨幣ノ支拂ヲ目的のトル旨人表示ハ自國ノ貨幣ヲ以テスル強制執行ノ實施ニ際シテハ唯數量ヲ表示シタルモノト解スルヲ正當トス體ア外國貨幣ノ支拂ヲ目的キスル權利ハ金錢ノ債權タルノ坊ト爲ラヌ又自國及ヒ外國ノ特種ノ貨幣ノ矜持ヲ目的ト

スル權利ハ金錢人債権ニ非ス而テ斯ル權利ハ民事訴訟法第七百三十條ニ從ナ
テ執行セラルモノガリ然レモ斯ル權利失有スル者不特種ノ貨幣ニ給付ヲ
求ムル權利ノモテ拠棄シ民事訴訟法第六編第二章ノ強制執行ニ依リ満足ヲ受
タルコトヲ得ベシ何トナレハ債権者ハ斯ル權利ノ拠棄ト共ニ第七百三十條ニ
規定シタル執行權ヲ拠棄シタルモノナレバカリ第三者ニ對スル支拂ヲ求ムル
權利又ハ金錢ノ供記ヲ目的トスル權利ハ金錢ノ債権ニ非ス何トナレハ道ハ行
爲フ目的トスル權利ナレハナリ隨テ斯ル權利ハ第七百三十條以下ノ規定ニ從
ヒテ強制執行ヲ爲サナルヘカラス(金錢ノ債権ノ意義)

債務名義ノ内容カ選擇權ナルトキハ選擇權カ債権者ニ屬スル債務者ニ屬ス
ルトニ依リ論結ヲ異ニセテアル得ス債権者カ選擇權ヲ有スルトキハ其債権者
ハ強制執行ノ開始マテ又ハ之ド同時ニ選擇權ヲ行使スルヨトヲ得之ニ反シテ
債務者カ選擇權ヲ有スルトキ若クハ債務名義中ニ選擇權ニ關シテ何等ノ表示
ナキトキハ(民法第四〇六條)執達吏ハ債務者又強制執行ノ開始マテ選擇權ヲ行
使セザルカ若クハ其義務タル給付ヲ履行セサル場合ニ於テハ債権者ノ執行委
任ニ依リテ數箇箇給付中ノ一ヲ取立テサルヘカラス但シ債務者カ他ノ給付ヲ

履行シ債権者ニ満足ヲ供シ以テ強制執行又選ケタルトキハ此限ナ在ラス何ト
ナレハ債務名義ノ内容ハ強制執行ノ繼續中強制執行ヲ爲スニ付キ選擇權スヘキ
標準ナルヲ以テ選擇權ノ主體ノ變更ハ強制執行ノ終局以前ニ於テ有效ニ發生
スルモノニ非サレバナリ隨テ民法ノ規定如何ニ拘ラス債務者ノ逼滯債務者ニ
對スル判決ノ送達其他ノ事情ハ毫モ債務者ノ選擇權ノ喪失ヲ來サナルモノト
知ルベシ(選擇債権ノ執行)

債務名義ノ内容カ連帶債務ナルトキハ債権者ハ其債務者ノ一人ニ對シ又ハ全
員ニ對シテ同時若クハ順次三債権ノ全部又ハ一部ノ強制執行ヲ爲スコトヲ得
(民法第四三二條)一部ノ強制執行ヲ爲ス場合ニ於テハ各連帶債務者ノ支
拂ハ一部ノ支拂ニ外ナラナルヲ以テ執行力アル正本一通ノミヲ以テ足レリト
ス(第五三五條)債務名義ノ内容カ連合債務ナルトキ民法第四二七條ハ各共同債務
者ノ支拂ハ債務全部ノ支拂ニ外ナラナルヲ以テ之ヲ支拂ヒタル各共同債務
者ハ民事訴訟法第五百三十三條ニ基キ執行力アル正本又執達吏ニ對シ求ムル

ノ權ヲ有ス體ヲ執行力乙ム正本ハ數通アリ要ス連帶債務關係人執行
第一款 動產ニ對スル強制執行
第一項 通 命論
金錢ノ債権ニ付キ動產ニ對スル強制執行ノ説明不ルニ先づ強制執行法所謂
動產ノ意義動產ニ對スル執行ノ形式動產ニ對スル執行ノ效力等ノ説明スル者
トヲ要ス何トナレハ道ハ本款全體ニ通スル觀念ナリハナリ 一人ナシニシテ又ハ桑
(A) 動產ノ意義

動產トハ船舶ヲ除外シタル且ツ不動產ニ對スル強制執行ノ目的ト爲スナル債
務者ノ財產ナリ故ニ土地及ヒ其定著物民法第八六條並ニ船舶船舶ハ其性質上
動產ナリト雖モ民事訴訟法上之ヲ動產中ヨリ除外シタル理由ハ船舶ノ換價ニ關
シ法律上特別ノ手續ヲ要スルカ爲スナリヲ除ク財產ニシテ有體動產ハ勿論民
法第八六條債權民法第六一六條ニ規定シタル權利其他貨貸借上ノ請求權及ヒ其
他ノ財產殊ニ未タ土地ヨリ分離セサル果實第五五六八條第五八四條ヲ指示ス然

レトモ不動產ノ從物タル動產ハ茲ニ所謂動產中ニ包含セオルナリ(民法第八七
條何トナレハ斯ル動產ハ不動產ニ對スル強制執行ニ依リテ處分セラルモハ
ナレハナリ(民法第八七條第二項)
(B) 執行ノ形式
動產ニ對スル強制執行ノ形式ハ差押ナリ(第五六四條獨逸舊民事訴訟法第七〇
八條第一項差押トハ「アルンブル」と「ヘルマン氏等」ノ説明スルカ如ク債權者ノ利
益ノ爲ス即チ請求ノ保全ノ爲スニ強制執行ノ目的物ニ關ズル債務者ノ處分失
夫ノ行爲カリ故ニ債務者ハ差押物ニ付キ自由ニ處分ヲ爲スコトヲ得ス差押
ノ方法ハ差押物ノ種類ニ因ルケ谷異ナレリ有體動產ニ關シテハ執達吏ノ占有
ニ依リテ差押ヲ爲シ第五五六六條獨逸舊民事訴訟法第七一二條同新民事訴訟法
第八〇八條債權其他ノ財產權ニ關シテハ執行裁判所ノ差押命令ニ依リオ差押
ヲ爲ス第五九四條以下獨逸舊民事訴訟法第七二九條同新民事訴訟法第八二八
條(差押ノ意義及之方法)要スル事項ハ执行官ノ職務ニ付テ之を執行スル事項也又
差押ノ請求保全ノ爲スニ付ス故ニ第一ニ差押ハ執行力乙ム正本ニ掲ケタ然川時

求テ債権者ニ供給スル爲メ即テ債権者ニ滿足ヲ得セ秋ムルカ爲メ及ヒ強制執行ノ費用ヲ償フ爲メニ必要ナルモノノ外ニ及ホスコトヲ得ス蓋シ若シ然ラズシハ故ナク債務者ヲ害スルニ至ルヲ以テナリ第五六四條第二項獨逸舊民事訴訟法第七〇八條第一項同新民事訴訟法第八〇三條第一項第二ニ差押フヘキモノヲ換價スルモ強制執行ノ費用ヲ償フテ剩餘ヲ得ルノ見込ナキトキハ差押ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ無用ノ勞力ト費用トヲ費スニ止マレバナリ(第五六四條第一項第二項商法第九八二條獨逸舊民事訴訟法第七〇八條第二項同新民事訴訟法第八〇三條第三項同上)又同上二項中被執達之物に關シテモ亦差押ヲ爲スコトヲ得ス差押ノ程度及ヒ禁止

過度ノ差押禁止及ヒ剩餘アル場合ニ非ズンハ差押ヲ許ササルコト(第五六四條第二項第三項ハ通則ナルヲ以テ有體物ノ差押ノミニナラス又無體物即チ債権ノ差押ニモ適用セラル是ヲ以テ過度ノ差押ヲ爲ササルカ爲メニ執達吏ハ有體物ノ差押ヲ爲スニ際シ債額ヲ評價シ又執行裁判所ハ顯著ナム事情及ヒ債権者ノ主張シタル情況ニ從ヒテ債権ノ債額ヲ評價セサルヘカラス而シテ債権ハ特別ノ

債額カキトキハ券面額ニ依ルヘキヤ當然ナリ差押ヲヘキ債権額ヲ超過スル請
求ノ爲メニ差押ヲ爲ストキハ債権全體ヲ差押ヲ爲スコトヲ得然レトモ債権者
ム債務者ノ強制執行ニ於テ強制執行ノ目的物三代ルヘキ擔保ヲ供シタルニモ
物ラス(特定金額ノ供託ノ如キ)尙ホ差押ヲ爲シタルカ爲メニ完全ニ辨済セラ
トシヲ法律上有效ナラス多數ノ連帶債務者ニ對シ差押ヲ爲ス場合ニ於テハ過
度ノ差押ノ禁止ハ各差押ニ對シヲヘミ行ハルモノトス故ニ連帶債務者ノ一
員ハ債権者カ他ノ共同債務者ニ對シ差押ヲ爲シタルカ爲メニ完全ニ辨済セラ
ルヘキニトヲ理由トシテ執行ニ對スル異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ債権
者ハ債権ヲ完済ヲ受クルマテ各連帶債務者ニ對シ債権全部ノ辨済ヲ求ムルニ
トヲ得而シテ單純ナル差押ハ毫毛辨済ノ效力ヲ生ゼンムルモノニ非サレハナ
リ有體物及ヒ無體物ニ對シ同時ノ差押ヲ爲ス場合ニ於テモ亦過度差押ノ禁止
ニ關スル方法カ行ハルキヤ當然ナレハナリ剩餘ヲ得ルノ見込ナキカ爲メニ差
押ヲ爲スヘキモノニ非サルキ否ヤニ關シテハ執達吏ハ剩餘ノ有無ヲ判断シ又
必要ノ場合ニハ執行裁判所ハ第五百四十四條ノ規定ニ從ヒテ之ヲ判斷ス而シ

ヲ鑑定ニ依レル差押物ノ評價を法律上高価物ニ對シテノニ要求セラレタルヲ以テ其他ノ差押物ニ關シテハ特別ノ理由アル場合ニ限リ之ヲ爲スセノト知ルヘシ以上ノ法則第五六四條第二項第三項ニ反シテ爲シタル差押が法律上當然無効ト謂フヲ得ス唯債務者カ第五百四十四條ノ規定ニ從ヒテ執行裁判所ノ保護ヲ求ムルノ原因ト爲ルノミ(差押物ノ評價)

(C) 執行ノ效力又製マサアヤ各款前項に據テ得失全體へ拂拂シ事無事有

執行ノ效力即チ差押ノ效力トシテ獨逸民事訴訟法ハ羅馬法ト同シク差押債權者ニ質權ヲ取得セシメタレトモ(獨逸新民事訴訟法第八〇四條同舊民事訴訟法第七〇九條)我民事訴訟法ハ佛蘭西民事訴訟法及ヒ瑞西執行法佛蘭西民法第二〇九三條同民事訴訟法第六五六條以下瑞西執行法第八八條以下ト同シク差押債權者ニ質權ヲ取得セシメタリシ蓋シ我民法ハ佛蘭西民法ト同シク債務者ノ總財產ハ總債權者ノ共同擔保カリトノ法理ヲ認ムタルヲ以テ理論上差押ニ費
禮發生ノ效力ヲ認ムシコト能ムサレハナリタル差押物ノ賣得金ハ各債權者モ平等的ニ配當セラルルモノト知ルハシ然レトセ之カ爲メニ差押ハ何等ノ效力

ヲ發生セサルモノト解スヘカラズ債務者カ被產宣告モ依リテ破産財團寺屬ス
メ財團ア管理處分るモコト能ヒサセトトクニテ差押ニ依リ差押の目的タレ財團
ヲ成分スルニシト能ハサレハイ效力ヲ生ヌ蓋シ斯所效力ヲ發生スルコトオタシンハ
請求ノ保全ヲ爲スシト能ハサレキ當然ナルモ以テナリ(差押意義參考第上擔保
權ヲ有スル者第三者ハ擔保ノ目的上當行べシヘキ差押ヲ妨クルヨリ又得ス何と
ナレハ擔保權者ハ民事訴訟法第五百四十九條ニ規定シタル權利ヲ有スルニ非
シシテ却テ擔保ノ目的物ノ賣得金ヨリ優先的經濟ヲ受タル權アルニ止マレハ
ナリ然レトモ擔保ノ目的物ヲ占有シタル擔保權者ハ其占有カ自己占有ダルト
代理占有ダルト間ガス差押ヲ妨ケ又必要ノ場合ニハ民事訴訟法第五百四十
九條ニ規定シタル權利ニ基キ異議ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ(第五四九條引渡フ
坊タル權利殊ニ擔保權者ハ自己カ擔保ノ目的ヲ占有シタル場合ニ於テ以
百六十六條及ヒ第五百六十條ノ規定ニ從ヒテ目的物ノ提出ヲ拒ミ事實上差
押ヲ妨クルコトヲ得ムト而モ此差押ヲ妨クル權利ハ民事訴訟法第五百四十
九條ニ依リ之ヲ主張矣來ルカラズ是ヲ以テ差押ヲ妨クルコトヲ得サバ擔保

權ヲ有スル第三者ハ先取特權又ハ占有ヲ喪失シタル質權者ノ如キ差押ノ當時
擔保ノ目的物ヲ占有セナリシ權利者ナリト論結セナルヘカラス(第五六五條第
一項上段獨逸舊民事訴訟法第七一〇條上段)。此ノ如ク差押ヲ妨クルヲ得サルヲ以テ我
擔保權ノ目的ヲ占有セサル第三者ハ此ノ如ク差押ヲ妨クルヲ得サルヲ以テ我
民事訴訟法ハ獨逸民事訴訟法ト同シラズ斯ル。第三者ノ利益ノ爲ミニ擔保セラレ
タル債權ノ要求期ニ達シタルト否トヲ問ハス差押物上ノ賣得金ニ付キ優先的
辨濟ヲ受クル訴訟法上ノ訴權ヲ認メタリ此訴權ハ擔保權ノ目的ヲ占有シ且ツ
差押ヲ妨クル權利ヲ行使セサリシ第三者モ亦之ヲ有スルヤ當然ナリ(況ヤ論法)
但シ此第三者ハ優先的辨濟ヲ求ムル訴權ト民事訴訟法第五百四十九條ニ規定
シタル執行參加訴權ト併合ス能ハス何トナリハ民事訴訟法第五百六十五
條ニ規定シタル優先的辨濟ヲ求ムル訴ハ差押ニ因リテ生シタル賣得金上ニ優
先的辨濟ヲ受クルヲ目的トシ而テ有效ナル差押ト差押物ノ賣却トヲ要件トシ
居保權固有ノ實行ニ非サルヲ以テナリ第五六五條第一項下段獨逸舊民事訴訟
法第七一〇條末項同新民事訴訟法第八〇五條末項(優先的辨濟ヲ求ムル訴ヲ認

タル立法上ノ理由
本先の辨濟ヲ求ムル訴ハ執行訴訟ニシテ確認訴訟ニ非ス何トナレハ此訴ハ民
事訴訟法第五百四十九條ニ規定シタル訴ト同シク給付ヲ目的トスル訴訟トシ
テ提起スルコトヲ得ルフミナレハナリ又優先的辨濟ヲ求ムル訴ハ質權訴訟ノ
如ク質物ノ引渡フ目的トセシテ賣得金上ニ優先的辨濟ヲ受クルヲ目的トス
(賣得金ハ差押並ニ賣却費用ヲ控除シタル純粹ノ賣得金ヲ指示ス蓋シ民事訴訟
法ハ差押ノ適法ナルコト及ヒ有效ナルコトヲ前提要件ト爲セハナリ)之ヲ換
言スレハ原告カ賣得金上ニ擔保セラレタル債權額ノ優先的辨濟ニ關スル被告
ノ承認ヲ目的トス而シテ訴ノ提起モ賣得金カ差押債權者及ヒ配當要求債權者
間ニ分配セラレタルトキハ此訴ハ第一百九十六條第三ノ適用ニ依リテ配當セラ
レタル賣得金ノ返還ヲ目的トスル訴ニ變更セラルムソナリ優先的辨濟ヲ求
ムル訴ノ性質實質上に於ては前項金額を賣得金より差押債權額を未だ賣
優先的辨濟ヲ求ムル訴ハ二ノ前提要件ヲ具備セサルヘカラス其第一ハ原告カ
實體法ノ規定ニ從ヒテ擔保權ヲ有セ其第二ハ起訴ノ當時未タ執行手續カ終結

セサルコト押子是ナリ蓋シ前示ノ訴ハ差押ニ因リテ擔保權ヲ有スル第三者者トヲ要。又執行手續ノ終結セサルニト即チ賣得金カ現存シテ債權者カ未タ賣得金上ノ權利者ト爲ラサルコモヲ要スルヤ當然ナルヲ以テナリ而シテ擔保權ヲ有スル第三者ハ執行手續ノ終結ニ因リテ民事訴訟法第五百六十五條ノ規定シタル訴權ヲ喪失スルト雖モ之カ爲ミニ民法上ノ原則ニ從ヒテ有スル權利ヲ喪失スルモノニ非ス故ニ第三者カ賣得金ノ額收者ニ對シ民法ニ從ヒテ不當利得ニ基ク訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ優先的辨濟ヲ求ムル訴ノ前提要件ニ優先的辨濟ヲ求ムル訴ノ原告ハ擔保權ヲ有スル第三者ニシテ又被告ハ第五百四十九條ニ規定シタル訴訟ニ於ケルカ如ク差押ヲ爲シタル債權者ナリ是レ前ニ述ヘタル優先的辨濟ヲ求ムル訴ヲ認タル立法上ノ理由ヨリ生スル當然ノ結果ナリ而シテ債務者カ原告ノ主張シタル擔保權ノ有無ヲ争ヒタル時ハ原告訴ハ優先的辨濟ノ原因タル民法上ノ請求權ヲ確認セシムルノ利益ヲ有スルヲ以テ債權者ニ對スル優先的辨濟ヲ求ムル訴ト併合シテ債權者ニ對シ確認訴庭

ヲ提起スルコトヲ得ヘシ(第五六五條第一項下段第五百四十九條ノ規定ニ從ヒ)第五四九條第一項及ヒ第二項適用(優先的辨濟ヲ求ムル訴ノ當事者)民事訴訟法優先的辨濟ヲ求ムル訴ハ土地ノ管轄トシヲハ執行裁判所ニ專屬(第五六三條)事務ノ管轄トシヲハ訴訟ノ目的ノ價額ニ依リ或ハ區裁判所或ハ地方裁判所ニ屬ス第五四九條第三項管轄裁判所カ原告ノ請求ヲ正當ト認メタル判決ヲ爲シタルトキハ原告ハ之ニ依リテ執達吏又ハ供託所ヨリ賣得金ヲ取立ツヘキ権利ヲ有ス蓋シ擔保セラレタル債權額ヲ限リドシテ賣得金ニ對スル被告ノ權利ハ斯ル判決ニ依リ原告ノ利益ノ爲メニ除外セラレタルヲ以テナリ(優先的辨濟ヲ求ムル訴ノ管轄裁判所及ヒ判決ノ效力)優先的辨濟ヲ求ムル訴ニ於テハ強制執行ノ停止又ハ制限ヲ目的トスル申立て爲スコトヲ得ス何トナレハ此訴訟ハ強制執行ノ實施ヲ前提要件ト爲セバナリ茲ヲ以テ法律ハ原告ノ利益ノ爲メニ請求ノ爲メ主張シタル事情カ法律上理由アリト見エ且事實上ノ點ニ付キ認明アリタルトキハ裁判所ニ賣得金ノ供託ヲ命スヘキ旨ヲ規定シ以テ原告ニ供託命令ヲ求ムルノ權利ヲ與ヘタリ而シテ此

權利ノ實行ニ關シテハ民事訴訟法第五百四十七條及ヒ第五百四十八條ノ規定ヲ準用スルヲ以テ原告ハ優先的辨済ヲ求ムル訴ヲ提起シタル以後ニ於テ供託命令ヲ求ムルノ申立ヲ受訴裁判所ニ對シテ爲スヘク又優先的満足ヲ求ムル訴ノ提起以前ニ於テハ急迫ナル場合ニ限リテ執行裁判所ハ原告ノ申立ニ因リ受訴裁判所ノ裁判ヲ提出セシムルカ爲メニ相當ノ期間ヲ定メテ供託命令スルコトヲ得ヘシ供託命令アリタルトキハ執達吏ハ賣得金ヲ供託所ニ供託セナルヘカラス又供託命令ハ執達吏ノ賣得金ノ受領カ債權者支拂受領ノ效力ヲ有ス而シテ受訴裁判所ハ原告ノ訴ヲ却下スル場合ニ於テ此供託命令ノ取消ヲ言渡スヘキモノタルヤ言ヲ埃タス(供託命令)ハ執達吏モ東京金庫原立支拂額等を記載シ其上に署名捺印せしもの也

第二項 有體動產ニ對スル強制執行

有體動產ニ對スル強制執行ニ於テハ差押ノ目的及ヒ其手續並ニ差押後入手續ヲ研究セサルヘカラス蓋シ我民事訴訟法第五百六十六條以下ハ獨逸民事訴訟法ト同シタ此等ノ事項ヲ規定シタレハナリ才經正百四十次發く附註正當也

(A) 差押ヲ目的物及ヒ差押ノ手續人ヘ古事中ニ書ハシテ之を承諾ヘサセシム時債務者若クハ債權者又ハ提出ヲ拒マナル即チ引渡ヲ承諾シタル第三者ノ占有中ニ在ル有體動產ノ差押ハ執達吏カ有體動產ヲ占有スルニ依リ之ヲ爲ス第五六六條第五六七條獨逸書民事訴訟法第七一二條第七一三條同新民事訴訟法第八〇八條第八〇九條有體動產ヲ土地及ヒ其定著物以外ノ有體物ナリ(第五八一條民法第八六條債務者ノ占有中ニ在ル有體動產ヲ差押フルコトヲ得ル理由ハ有體動產カ債務者ノ財產ニ屬シ隨テ債權者ヨリ差押ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ先フ外形上容易ニ知リ得ヘク且ツ事物ニ普通ナル一般ノ權利狀態ヲ表シタルニ適當ナル占有(民法第一八八條)以テ準據ト爲サカルヲ得ナルニ在リ蓋シ裁判官ニ非ナル執達吏ニ對シ債務者ト有體動產トノ法律關係調査ヲ委任スルヨト能ハサビハナリ相應ニ當スハ舉證上當然也此法意ヨリシテ民事訴訟法第五百六十六條ニ所謂占有トハ所持者カ當ニ他人ノ干涉ヲ排斥シテ處分行為ヲ爲スコトヲ得ヘキ地位ニ在ル有體動產ニ對スル事實上ノ支配ヲ指示スルモノト謂フコトヲ得但シ所持者自己カ占有スルト第

三者ヲシテ占有をシムベトハ法律上問フ所ニ非ナルヤ言ヲ候タス故ニ船荷證券ニ依タル處分行爲ノ可能ノ如キ茲ニ所謂占有ナリト謂フコト能ニアルヘシ此如ク執達吏カ有體動產ノ差押又爲スル者債務者ノ占有メミテ以テ足レントタルカ故ニ差押ハ其目的物ヲ第三者ノ財產ニ屬スル場合ト雖モ當然違法ト爲ルモノニ非ス執達吏ハ法律上差押ヲ爲シタドヘカラズ不責任ヲ負フ是ヲ以テ自己ニ占有カタシテ差押物ノ讓渡ヲ妨タル權利ヲ有スル者ハ民事訴訟法第五百四十九條ニ規定シタル訴ヲ提起スルコトヲ得ヘタ又債務者ノ爲メニ非シテ自己ノ爲メニ占有シタル第三者ハ自己ノ選擇ニ從ヒ或ハ第五百四十四條ニ規定シタル異議ヲ申立テ又ハ差押ヲ依テ自己ニ占有ヲ害セラレタム又理由凡シテ民事訴訟法第五百四十九條ニ規定シタル訴ヲ提起スルコトヲ得占有ベ誰述ノ如名有體動產ニ對ス民事上ニ支配ニ外オラサルヲ以テ第一之威人を占領シタル住家内及ヒ外形上區分セラバタガ室内モ在ル動產其他衣裳鞞等ノ中ニ存在シタル總オノ物件ハ外形上認識シ得ヘキ方法ニ於テ他人ノ事實上ノ支配ヲ受ケサル物オル以上ハ其威人ノ占有中ニ在ルモノト謂ハサルヲ得ス故

ニ貸借シタル住家内ニ在ル貸借人ノ所持スル動產ハ貸借人ノ占有ニ屬シ宿泊時間ノ長短ヲ問ヘス貸付セラレタル旅客用室内ニ於テ旅客ノ所持スル動產ハ其旅客占有ニ屬シ主人ノ住家ニ同住スル雇人ノ携帶シタル動產ハ其雇人ノ占有ニ屬シ又同商ノ携帶スル商品ハ其同商人占有ニ屬スルモノト謂フヘシ第二ニ住家内ノ各室内ニアル物件ニシテ戸主又ハ家族ノ何レニ属スルヲ不分明カルトキハ戸主ヲ以テ物件ノ占有ナリト推定ス(民法第七四八條第二項)
故ニ家族ニ對スル債務名義ヲ以テ戸主ノ占有ニ屬シタル家族ノ財產ニ對シテ
爲シタル差押ハ不適法ナリ唯此場合ニ於テハ強制執行ハ債務者タル家族カ戸
主ニ對シテ有スル物件ノ引渡請求權ヲ差押フルニ依リテ行ハルノミ又戸主
ハ住家中ノ家具ノ備付アル部室ヲ家族ニ給與シタル場合モ亦其室内ニ在ル財
產ノ占有者ナリ但シ家族カ其給與セラレタル部室ヲ專屬的ニ使用スル場合ハ
此限ニ在ラス然レトモ家族カ別居シテ生計ヲ營ミ又ハ獨立シテ商業ニ從事シ
タル場合ニ於テハ其家族カ住家又ハ店舗内ニ存在シタル目的物ノ占有者タル
ヤ言ヲ俟タス雇人ハ戸主ヨリ自己ニ給與セラレタル部室内ニ在ル物件ノ占有

若ナリ但シ使用者タル戸主ヨリ特ニ雇傭關係ノ目的ヲ達ハルカ爲シニ交付セラシタル物件ニ關シテハ此限り在テス然レトモ雇人カ該物件ヲ使用者ノ住家曰更遠ケ且ウ其事實上勢力ノ及ハサル場所ニ連携シタル時ハ使用者ヲク古有者ナリト認ムルコト能ハツルベシ第三ニ差押物カ多數人ノ共同占有ニ屬シ且ツ債務名義カ其共同占有者一人ノミニ對シ行ふルニキモ少ナルトキハ差押ハ不適法ナリ何トナレハ斯ル差押ヘ他ノ共同占有者ノ占有ヲ害シ且テ此占有者ハ第三者トシテ民事訴訟法第五百六十七條ニ規定シタル權利ヲ主張スルコトア得ヘケレバナリ第四ニ債務者カ雇人又ハ製造所職工トシテ他八ノ住家又ハ製造所ニ住居シタルトキハ占有物ヲ差押フルカ爲ミニ執達吏ハ使用者ノ住家又ハ製造所主人ノ製造所内ニ立入ルノ權アリ何トナレハ斯ル場合ハ執達吏カ第三者ノ占有中ニ在ル物ヲ差押フルモノト謂フコト能ハサルノミナラス此訴ハ差押ノ目的ノ爲メニ第三者ノ住居内ニ立入ルコトヲ禁止セナレハナリトノ論結ヲ爲スコトア得ヘシ
及シ者在室内ニ於大財物又ハ現金又ハ御酒又ハ御酒又ハ
債権者ノ占有中ニ在ル物ノ差押ヲ爲スコトア得ル理由ハ元來差押ハ債権者ノ

利益ノ爲メニ爲スモノナルヲ以テ差押債権者カ質権者又ハ留置権者トシテ差押フベキ有體産物占有シタル場合ニ於テ差押ヲ爲スモ爲メニ債権者ノ利益ヲ害スルコトナクレハナリ提出ヲ拒マサバ第三者ノ占有中ニ在ル有體産人差押ヲ爲スコトア得ル理由ハ差押ヲ爲スモ第三者ノ權利ヲ害スルコトナクレハナリ第三者ノ占有中ニ在ル物ヲ差押フルニハ第三者カ差押物ノ提出ヲ拒マサムコトア前提要件トス提出ヲ拒マサルトヘ引渡シ承諾シテ差押ヲ忍スル意義ノ承諾ニ非ス此承諾ハ或ハ明示的ニ或ハ默示的事情ニ依リ成立スルコトア得ヘタ又事後ニ於テ成立スルコトア得シ蓋シ法律ハ事後承諾ヲ除外スル旨ヲ規定セナレハナリ第三者カ引渡シ承諾シタルトキハ差押ニ依リカ占有セノト謂ハサルヘカラス之ニ反シテ第三者カ承諾ヲ爲シタルカ爲メニ債務者ニ對シテ責任ヲ負フセんガルセ否ヤ否占有ノ権利原因ヲ規定シタル方法ニ依リ之ヲ定ム但シ第三者カ條件附提出ノ承諾ヲ爲シタルトキハ其條件成就マテハ提出ヲ拒ミタル

セノト謂ハサルヘカラス之ニ反シテ第三者カ引渡シ承諾セナレトキハ執達吏ハ差押ヲ爲スコトア得サルヤ當然夫列唯執達吏ハ此場合ニ於テ手續ノ進行ノ

調書ニ記載シ之カ體本ヲ債権者ニ交付スヘキノミ而シテ執達吏カ第三者ノ拒絶アルニセ拘ラス差押ヲ爲シタルトキハ其差押ハ當然無効ニ非ス却テ第三者カ或ハ民事訴訟法第五百四十四條ニ則リ執行裁判所ノ處分ヲ求メ或ハ民事訴訟法第五百四十九條又ハ第五百六十五條ノ要件ノ存スル場合ニ於テ異議ノ訴又ハ優先的辨済ヲ求ムルノ訴ヲ起サナルベカラス但シ此權利ハ第三者カ有效ナル占有ヲ爲シタルニ因リテ發生スルモノナルガ故ニ第三者ノ占有ヲ正當カラシムル行爲カ無効又ハ取消サレタルトキハ第三者カ惡意ノ占有者ナルトキハ存在スヘキモノニ非ナルヤ當然カリ第三者ノ異議ノ結果トシテ差押カ許チレナルトキハ執行ハ民事訴訟法第六百四條ノ規定ニ則リテ債務者ノ第三者ニ對シテ有スル有體物ノ引渡ヲ目的トスル請求權上ニ行ハル又債権者ハ差押ヲ爲スモ第三者カ異議ヲ申立フヘキコトヲ豫期シタルトキハ豫メ差押ヲ爲スコトナク債務者カ占有者タル第三者ニ對シ有スル有體物ノ引渡ヲ目的トスル請求上ニ執行ヲ爲スコトヲ得ベシニ試モ其件ニ付託書ハ無ニ體動產ノ差押行爲ハ前ニ述ヘタルカ如ク執達吏ノ占有九月是時債権者ノ請

求保全ノ確實ヲ期スルカ爲メナリ執達吏ノ占有ハ執達吏カ差押ヲヘキ物件ヲ債務者債権者又ハ第三者ノ占有ヨリ分離シテ第一ニ自己又ハ第三者ニ依リテ占有スルカ第二ニ封印其他ノ方法例ヘハ執達吏ノ署名捺印ヲ備ヘタル告示書ヲ差押物ニ添附スルカ如キ方法ヲ以テ外形上認識シ得ヘキ記號ヲ差押物ニ附シテ差押ヲ爲シタルコトヲ明白カラシメ以テ差押物ヲ債務者債権者及ヒ第三者即チ從來ノ占有ニ保管セシムルニ因リテ成立ス第一ニ執達吏カ自己ニテ又ハ第三者ニ依リテ爲ス占有ハ執達吏カ差押ヲヘキ物ニ付キ事實上ノ支配ヲ爲スノ地位ニ在ルニ因リテ成立ス故ニ單純ナル差押ノ意思表示又ハ假容占有ノ如キハ差押ノ效力アル占有トシハ法律上不十分ナリト謂フヘシ此方法ニ依レル差押ハ主トシテ差押ノ目的物カ金錢高價物及ヒ有價證券ナル場合ニ行ハル第五七九條第五八一條第五七三條高價物ハ執達吏カ占有スルニ非スノ差押債権者ニ危害ヲ被ラシムルニ至ルヘシ執達新民法第八〇九條第一項第二ニ從來ノ占有者ニ保管セシムル差押ハ債権者ノ承諾アルトキ又ハ差押物ノ運搬ヲ爲スニ付キ重大ナル困難アルトキタルヲ要ス債権者ハ自己ノ利害ニ從ヒ

ヲ債務者ニ保管セシムルニ付キ危害ノ有無ヲ判断ケルヨリ得ルヲ以テ債権者ノ承諾ノシトキニ差押物ノ債務者其他從來ノ占有者ニ保管セシムルモ爲メニ債権者ニ保證ニ該タル所ナクレトナリ債権者ニ承諾ノ意思ヲ明示又ハ默示ニテ表示シ又爾後何時ニカモ取消スエトヲ得執達吏ハ之ヲ證明ノ爲メニ調書ニ記載セナルヘカラス蓋世ノ日細則及金錢高利貸取正ヨリ外則別段之件合運搬ヲ爲スニ付キ重大ナル困難アルトキ即チ運搬ノ方法ナキカ又ハ差押物ヲ保存スルニ適當ナル場所ナキカ或ニ差押物ノ運搬費及ヒ賣却マテノ保存費カ差押物ノ價額ヲ權衡ヲ得カルカ如キ場合ニ於クハ執達吏ハ當事者ノ利益ノ爲ミニ債務者ハ其他從來ノ占有者ニ差押ノ目的物ヲ保管セシムラ差押ヲ爲ス而シテ執達吏カ封印其他ノ方法ヲ以テ差押ヲ明白ニスルトキニ限リ其效力ヲ生スルカ故ニ差押ヲ明白ニ爲スルトクノ不十分ナリトキ殊ニ執達吏カ差押物ヲ提出セシメ且カ爾後差押ノ爲スニ占有スル旨を表示シタルニ止スタルノ如キ不十分ナニ於クハ差押ハ要件ヲ缺クノ以テ當然無效ナリ既而人爾後人占有及ヒ差押物人賣却等ニ由リテ有效ト爲スヘキセキニ非ス而シテ執達吏ハ此ノ如キ不十分ナ

ル差押ヲ爲シタル場合ニ於ク損害ヲ生シタルトキハ債権者ニ對シ賠償ヲ爲スヘキ責ヲ負フヤ言テ始タス第五三二條此債務者其他從來ノ占有者ノ保管ニ依レル差押ハ主トシテ差押ノ目的物カ金錢高價物及ヒ有價證券ニ非ナル場合ニ行ハル第五六六條第二項第五六七條獨逸新民事訴訟法第八〇八條第二項第八〇九條

執達吏ハ以上ノ方法ニ從セラ差押ヲ爲シタルトキメ債務者カ立會フ爲サナル場合ニ限リテ之差押ヲ爲シタル旨ヲ通知スヘシ(第五六六條第三項第五六七條此通知ハ執達吏ノ職責ニ外ナラツルヲ以テ之ヲ缺クモ爲メニ差押ノ效力ニ關係スル所ナシ第五四〇條第五四一條又差押物保存ノ爲メ特別ノ處分ヲ要ト爲ストキノ適當ノ方法ヲ以テ之ヲ爲スコドヲ得而シテ之カ爲メニ費用ヲ要スルトキハ例ヘミ差押物カ家畜ナルトキハ之ヲ保存スルニ必要ナル場所ヲ貿金飼養料及ヒ保管人ノ給料等ノ類債権者ラシテ之ヲ豫約セシメ又債権者數名アルトキハ其要求額ヲ割合ニ應シテ其各債権者ヨリ之ヲ豫納セム(第五七一條民法第六四九條債権者カ其義務ヲ履行セナルト専ハ執達吏ハ差押ヲ解クヨ

トヲ得何トナレハ執達吏ハ債権者ノ爲メテ立替ヲ爲スノ義務ナクレハナリ其他執達吏ハ差押ヲ爲シタル以上ハ強制執行ノ停止命令アリタル場合ニ於テモ差押物ヲ債務者其他從來ノ占有者ヨリ分離シテ特定ノ場所ニ運搬スルノ手續占有人ヨリ差押物ヲ分離シ執達吏カ之ヲ占有スルノ手續ヲ妨タルノ效力ナクレハナリ又差押物ヲ從來ノ占有者ノ占有ニ移スコトモ特別ナリ裁判所ノ命令ニ依リ行ハルモノト謂フヘシ(差押人發生ニ支拂ひ)此間ノ效力ビ債権者ハ差押ニ因リク差押物ノ占有者ト爲ル何トナビハ執達吏ハ職務上代理人トシテ債権者ニ代リク差押物ヲ占有スルモノナリ故ニ債権者ハ差押ヲ保全スルカ爲メニ占有ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ差押ノ效力差押ハ左ノ場合ニ於テ消滅ス(六十二封騰落業界事務局通規八〇民賃第二更第八第一ニ差押ハ民事訴訟法第五百五十一條ノ規定ニ依リ執行處分ノ取消ニ依リテ消滅ス故ニ執達吏カ執行裁判所又ハ抗告裁判所ノ命令ニ依リテ債権者又ハ其代理人ニ差押ヘタル有體財産ヲ交付シタルトキハ差押ノ消滅アリスヘシ

債権者カ執達吏ニ對シ差押ノ解放ヲ爲ス旨ヲ申立テタル場合モ亦然リ蓋シ執達吏ハ法律上差押ヘタル動産カ差押フルコト能ハサリシヤ否ヲ判断スルノ能力ナキヲ以テ裁判所ノ命令ナクシム差押ヘタル動産カ第五百七十條ノ規定ニ從ヒテ差押フルコトヲ得タルモノトシテ爾後債権者ニ返還スルノ權ナカルク又債権者ノ申立アル場合ニ於テ差押ノ解放ヲ爲スコトヲ得ルハ不干涉主義ノ適用ノ結果トシテ當然ナルヘケレハナリ而シテ差押ヲ免レシムヘキ物件ハ執達吏カ占有シタル場合ニ於テハ自ラ之ヲ債務者ニ交付スヘタ又第五百六十條第二項ノ規定ニ從ヒテ債務者カ保管シタル場合ニ於テハ執達吏カ封印其他ノ差押ヲ明白ニスル表示ヲ除去セサルトキニ限リテ差押解放ノ通知アリタルニ依リ自ラスル表示ヲ除去スルニトヲ得ヘシ(第五四四條第五五〇條第五五一條債権ヲ差押ヘタル場合ニ於テハ其差押ハ債務者ニ對シ差押權ノ拋棄ヲ表示シタル書面ヲ送達スルニ因リテ消滅スルモノトス第五九四條第六一二條獨逸民事訴訟法第七二九條第七四二條)貴重ノ財物を含む鑑定書及支拂金等第二ニ有體動産カ差押ヘラレタルトキハ其差押ハ執達吏カ差押物ノ買得金ヲ

受取リオカルニ因リ消滅ス但シ供託ヲ爲スシキ場合ハ此規モ在テ(第五七九條)債權カ差押ヘラシタル時カ或其差押ハ債權ノ轉付命令ヲ發シタルコト又ハ取立命令ニ基キ取立ヲ爲シカ所ロトニ因リテ消滅ス(民法第一九二條以下)又ニ差押ヲ無視スルニ至ル得ヘキ權利ヲ發生スルニ足シヘキ蓋意ナル第三者ノ取得行爲ノ目的ヲ爲リタルトキニ於テ消滅ス(民法第一九三條以下)何キナヒハ民事訴訟法ハ差押ノ消滅を付キ前ニ示シタル場合ヲ限ク外特ニ差押ノ消滅ニ關スル規定ヲ設ケナルヲ以テ民法ノ適用ヲ認メタルモノト謂フヨトヲ骨レハナリ(註)イマモ當然然ニ有ル事ニシカニ當ルテ後日之を解説セシム

第四ニ差押ハ拠棄殊ニ債權者若クハ執達吏又ハ差押物ノ引渡シ因リテ消滅ス債權者ハ何時ト雖モ差押ヲ拠棄スルコトヲ得ヘシ何トナレハ權利ノ實行ハ權利者ノ自由ナレハナリ差押權ノ拠棄ハ明示的又ハ默示的ノ行爲ナリ成ル差押ノ繼続ヲ明白ニ表示スル方法ヲ施スコトナクシテ差押物カ債務者ノ占有ニ歸シタルトキ債權者又ハ執達吏カ或ハ此等ノ者ノ同意ヲ以テ債務者又ハ第三者

カ差押ノ表示方法ヲ除去シタルトキハ默示的拠棄ト認ムルゴトア得ベシ債務者ハ債務ノ元本、利息及ヒ費用ヲ先濟シタルトキニ限リ債權者又ハ執達吏ニ對シ差押物ノ引渡ヲ求ムルノ權利ヲ有ス何トナレハ差押物ハ元利及ヒ費用總額ノ支拂ニ付キ不可分的ニ責任ヲ負ブモノナアルヲ以テナリ然レトモ差押ハ換價ニ際シ差押以外ノ物件ノ賣得金カ債權者ノ満足ニ供セラレ差押物ガ第三者ノ古領ノ如キ行爲ニ依リ執達吏又ハ保管シタル債權者ノ占有ヲ離レ若クハ差押ヲ明白ナラシムル表示方法カ債務者又ハ第三者ノ行爲ニ因リ或ヘ天災ノ如キ偶然ノ事變ニ因リテ除去セラレ又ハ不明示ト爲リタル場合ニ於テハ消滅セラルモノトス隨テ債權者ハ其差押權ヲ債務者又ハ第三者ニ對シ主張スルコトヲ得ヘシ但シ第三者カ民法第一百九十二條ノ規定ニ依リ差押物上ニ差押ヲ無効視スルコトヲ得ヘキ權利ヲ取得シタルトキガ此限ニ在テス(差押ノ消滅)

(三)多分カ蘭ヲ成達スルカ爲ニニ揚リ鑑ト爲リタル鑑ハ差押ノ目的物タルコト天然ノ果實(二)通常成熟時期ノ前一箇月内ニ在リテ未タ土地ヨリ離レサル果實

ヲ得レトモ(四)民事訴訟法第五百七十條ニ規定シタルモノ(五)既ニ差押ヘタル物

ハ差押ノ目的物ト爲ラスコトノ外ニ在ル者ハ其の所有權を有する者也。但し、本件に對する差押ノ效力は、本件の執行の效力に依る。

(一) 差押物ヨリ生スル天然ノ果實例へハ差押ヘタル禽獸ノ兒、鉢植木ノ果實等カ差押ノ目的物タルコトヲ得ルハ差押ノ效力ノ結果ナリ(第五六九條民法第八九條)

(二) 未タ土地ヨリ離レサル果實ハ羅馬法及ヒ獨逸ノ普通法ニ依レハ獨立シテ差押ノ目的物タルコト能ハナリキ何トナレハ此果實ハ其從屬スル土地ヨリ獨立シタル成分ヲ爲ササルヲ以テ單獨的ニ譲渡スルコト能ハナリシヲ以テナリ

佛國民事訴訟法第六百二十六條獨逸新民事訴訟法第八百十條同舊民事訴訟法第七百十四條等ニ依レハ強制執行ニ關シヲノミ之ヲ單純ノ動產ト看做シタリ我民事訴訟法第五百六十八條第一項モ亦然リ是ニ蓋シ有體動產ニ對スル強制執行ハ不動產ニ對スル強制執行ニ比シ極メテ簡便ナルヲ以テ前者ノ範圍ヲ擴張シタルニ外ナラナルヘタ但シ土地ヨリ未タ離レサル果實ハ法律上不動產タノ性質ヲ失ハサルヲ以テ不動產ニ對スル強制執行ノ目的ト爲バコトヲ得ル

ハ言アエタサル所ナリ
土地ヨリ離レサル果實ハ直接又ハ間接ニ土地ニ接着シ且ツ通常ノ成熟期アル天然ノ產出物ヲ指示ス故ニ栽培の果實耕作の果實等ハ茲ニ所謂果實ニ屬スレドモ定期又ハ不定期ニ伐採スヘキ薪材ハ之ニ反ス何トナレハ斯ル物件ハ通常ノ成熟時期ナルモノナケレハナリ(果實ノ意義)

土地ヨリ未タ分離セサル果實ノ差押ヲ爲スニハ通常ノ成熟時期ノ前一箇月内ナルコトヲ前提要件トス何トナレハ通常ノ成熟時期ノ前一箇月外ニ在ルモノヲ差押フルコトヲ許ストキハ果實ノ成熟フ妨ケ經濟上に有害タルヲ以テナリ通常ノ成熟時期ノ前タルヲ以テ足レリトシ豫定ノ成熟時期ノ前タルコトヲ必要トセサル理由ハ孰達吏ヲシテ客觀的ニ容易ニ差押ヲヘキ果實ノ成熟時期ヲ認識スルコトヲ得セシムルカ爲メナリ此要件ヲ缺キタルハ差押ハ「ガウブ」民等ノ主張スル如ク無效ニ非スト謂フヘキモノニ非スジテ「ウキルモトスキ」民等ノ主張スルカ如ク無效ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ此要件ハ禁止法ニ依リテ設ケラレタルモノナルヲ以テナリ隨テ各利害關係人ハ斯ル差押ヲ攻撃スル

コトヲ得(前提要件)土地ヨリ未タ分離セサル果實ノ差押、他ノ有體動產人差押ト同シク執達吏人占有ニ由リテ之ヲ爲ス而シテ其占有人方法ノ果實ノ種類ト其存在地トニ因リテ各異ナラサルヲ得ス庭園ニ在ル果實ヲ占有スルニハ門戸ヲ閉鎖シ其鎌鎗ヲ占有シ且ツ通路ニ差押ヲ爲シタル旨ヲ明示シ耕作地ニ在ル果實ヲ差押フルニハ番人ヲ雇入レ且ツ差押ヲ爲シタル旨ノ告示書ヲ掲示スルカ如キ即チ是ナリ差押方法)

(三) 潜藏ハ一ノ家畜ニ外ナラカルヲ以テ有體動產タルヤ言ヲ埃及然レトモ其多分カ蘭ヲ成造スルカ爲メ揚リ鑑ト爲リタル後ニ非ナレハ之ヲ差押フルコト得ス何トナレハ若シ然ラスンハ鑑ノ成效ヲ妨ケ經濟上有害ナルヲ以テナリ多分カ揚リ鑑ト爲リタルヲ以テ足レリトシ恐ク揚リ鑑ト爲ルコトヲ必要トセス蓋シニ三ノ鑑カ揚リ鑑ト爲サルカ爲メニ差押ヲ爲スコレヲ得サルトギハ執行遲延ノ結果シテ債權者ヲ害スルニ至ルア以テナリ(第五六八條)

(四) 民事訴訟法第五百七十條ニ規定シタル物件ハ之ヲ差押フルコトヲ得ス是

レ蓋シ公益上及ヒ債務者ノ利益生差押ヲ許ムホト能ハサシハナリ債務者及ヒ其家族同住家族生計維持ノ爲シニ若クハ債務者ノ職業維持ヲ爲シニ缺クヘカラサル物トシテ差押ヲ許サナルモノハ(4)衣服寢具家具及ヒ厨具(ロ)一箇月間ノ食料及ヒ薪炭(ハ)技術者畫工、音樂師俳優、技師等ノ如キ技藝ヲ營業ト爲ス者職工勞役者及ヒ程裝產婆ノ營業上缺クヘカラサル物(工員、衣裳、樂器、裁縫器械ノ如キ)

(ニ)農業者園藝者ヲ包含シ又農業ヲ常業ト爲スコトヲ要件トセスノ缺クヘカラナル農具畜肥料及ヒ次ノ收穫ヲ農業ヲ續行スル爲メ缺クヘカラサル農產物穀物ノ種子、養糞ノ種紙等ノ如キ)民事訴訟法第五百六十八條第一項ニ從ヒ差押フルコトヲ得ル果實ト雖モ次ノ收穫マテ農業ヲ續行スルカ爲メニ缺クヘカラナルモノハ差押ヲ爲スコトヲ得ス(ホ)現任文武ノ官吏神職僧侶教師、辯護士、公證人及ヒ醫師ノ職務及ヒ職業ヲ執行スルカ爲メニ缺クヘカラサル物(器具、樂品等並ニ身分相當ノ衣服(調劑ヲ爲ス権利ヲ有スル藥鋪)民事訴訟法第五百七十條調劑ヲ爲ス爲メノ文字引用)ノ調劑ヲ爲ス爲メ缺クヘカラサル器具調劑器械及ヒ樂品ト)實印其他職業ニ必要ナル印(官吏ノ職印、商人ノ店判會社ノ社印等)ニ

シテ缺クヘカラサル物ナルヤ否キハ執達吏カ職業ノ種類ニ從ヒテ差押ノ當時ニ於ケル事情ニ基キテ之ヲ定ム斯ル觀念ニ關係ナク差押ヲ許ササル物ハ(イ)文武ノ官吏(退職官吏ヲ包含スルコトハ恩給ノ文字ニ據リテ明カナリ)神職僧侶及ヒ教師ノ有スル職務上ノ收入又ハ恩給ニ關スル現存ノ法定金額(職務上ノ收入又ハ恩給ニ關スル年額カ金三百圓ヲ超過セサルトキハ差押ノ當時ヨリ次期ノ俸給又ハ恩給ノ支拂マテノ日數ニ應シテ計算シタル收入年額ノ一部分ヨリ多カラサル現存金額ハ之ヲ差押フルコト能ハス又金三百圓ヲ超過シタルトキハ差押當時ヨリ次期ノ俸給又ハ恩給ノ支拂マテノ日數ニ應シテ計算シタル收入年額金三百圓ニ相當スル部分及ヒ金三百圓ヲ超過シタル收入年額二分ノ一ノ合額ヲ超過セサル現存金額ハ之ヲ差押フルコト能ハス之ニ反シテ超過シタル現存金額ハ之ヲ差押フルモノトヨロ内外國ノ勳章及ヒ名譽ノ證標下賜ノ金盃銀盃木盃其他黃綬紅綬褒章ノ如シ(ホ)神體佛像其他禮拜ノ用ニ供スル物佛例祭ニ用フル器具位牌墓石等(三)自家ノ系譜債務者カ有スガ他家ノ系譜ハ財產の價額ヲ有スルヲ以テ差押フルコトヲ得ルヤ當然ナリ(ホ)債務者又ハ其家族ノ未タ公ニセサル若述ノ

タ公ニセサル發明ニ關スル物及ヒ債務者又ハ其家族ノ未タ公ニセサル若述ノ稿本(ヘ)債務者又ハ其家族カ學校ニ於テ使用ニ供スル書籍タリ而シテ前ニ物件ニ代ルヘキ金錢殊ニ物件毀損ノ爲メニ支拂ハレタル損害賠償金前ニ示シタル物件ヲ買入ル爲メニ定マリタル金圓ニ對シテハ差押ヲ爲スコト能ハサルモノニ非ス何トナレハ民事訴訟法第五百七十條ニ規定シタル差押禁止ハ前ニ示シタル如キ法定物件ノミニ關スルヲ以テナリモ該件ノ實地ニ付ノ監制執行事執達吏ハ差押ヲ爲スニ當リ差押フルコト能ハサル物アリト認メタルトキハ其物件カ債務者ニ屬シタルトヲ調査スルコトナク差押ヲヘキカラス而シテ執達吏カ民事訴訟法第五百七十條ノ規定ニ反シテ差押フルコト能ハサル物ヲ差押ヘタルトキハ債務者又ハ利害關係アル第三者第五七〇條第一第二ヨリ又第五百七十條ノ規定ヲ誤リテ差押フルコトナク差押ヲヘキ債權者ヨリ民事訴訟法五百四十四條ニ基キ執行裁判所ニ對シテ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得但シ民事訴訟法第五百七十條ノ規定ニ反シタル差押ノ當然無效ニ非ナルコトハ言ヲ俟テ執達吏所ナリ隨テ執達吏ハ一旦差押ヲ爲シタル以上ハ

自由ニ差押ヲ解放スルノ權ヲ有セヌ蓋シ執達吏ハ裁判所ノ命令又ハ債権者ノ申立ナクシハ執行處分ヲ取消スヨト能ハサルモノナルヲ以テオリ、當然無能債務者ハ豫メ契約ヲ以テ民事訴訟法第五百七十條ニ基ク權利ヲ拠棄スルコト能ハナルコトハ同條ノ目的ニ反スルヲ以テ獨逸法學者間ノ爭オキ所ニシテ余輩モ亦正當ナル論結ナリト信スル所ナリ然レトモ債務者ハ強制執行ノ行爲アルニ際シ民事訴訟法第五百七十條ニ基キテ差押ヲ免ルルノ權利ヲ有效ニ拠棄スルコトヲ得ルヤ否ヤハ獨逸法學者ノ大ニ論爭スル所ナリシ「ガウブ氏」ハ債務者ハ此等ノ物件ト雖モ代物辨済其他ノ方法ヲ以テ處分スルヨトヲ得ルカ故ニ債務者ノ承諾アル以上ハ執達吏カ處分スルコト能ハナルモノニ非ス隨テ民事訴訟法第五百七十條ハ債務者ノ意思ニ反シテ同條ニ規定シタル物件ヲ差押ヘタルニ止マレル公益ニ關スル規定ナリト論シ以テ積極的ニ論結シゾキフヘド」「ファルタマン」「ヘルマン氏」等ハ差押ノ免除ニ關スル權利ハ當事者ノ自由ニ處分スルコト能ハナル訴訟上ノ權利ナルヲ以テ債務者カ之ヲ拠棄スルト雖モ何等ノ效力ヲ生セサルコトハ特定ノ訴訟事件ニ於テ特定ノ證據方法ヲ主張スル

權利ヲ拠棄スル能ハサルト同一ナリト論シ以テ積極的ニ論結シ「ラヨルモールキ」「ペーフルゼン」「エンデマン」氏等ハ折衷説ヲ主張セリ而シテ「ワヨルモスキイ」民ノ論旨ニ依レハ獨逸民事訴訟法第七百十五條第一乃至第五及び第十二規定シタル物件ハ公益上債務者ノ意思ニ反シテモ差押ヲ許サナルヲ正當ト爲スマノニ非ヌ何トナレハ債務者ハ自由ニ之ヲ處分スルモ公益上何等ノ妨ケナケレハナリ其他ノ物件ハ之ニ反スト云フニ在リ我民事訴訟法第五百七十條第二項モ亦折衷説ヲ採用シ第三號乃至第八號ニ掲ケタル物ヲ除ク外之ヲ差押フルコトヲ得セシメタチ是レ恐クハ該物件ニ關シテハ公益上債務者ノ意思ニ反シテモ差押ヲ許スコト能ハナルモノト認スタルニ職由スト信スレトモ立法上ノ見解トシテハ第三號及ヒ第四號ニ掲ケタル物件ハ之ヲ債務者ノ承諾アルトキハ差押フルコトヲ得ヘキモノト爲スア正當ト認ム何トナレハ債務者ハ此入物件ヲ自由ニ處分スルモ公益上何等ノ妨ゲナケレハナリ華族ノ世襲財産商業帳簿ハ差押フル能ハス(華族世襲財產法商法第二八條其他銀行ニ對スル貯金證書質物ノ受取證書ノ如キ證據書類ハ換價スル價額ナキカ故ニ差押フルコト能

ハナルヘシ然レトモ書簡紀念物等ハ大家ノ筆蹟又ハ古物等ノ關係ニ由リテ經濟上價額アルトキハ之ヲ差押フルコトヲ得ヘシ人並其妻子等ノ後又ハ親類等(五)執達吏ハ既ニ差押ヘタル物件ニ付キ他ノ債権者ノ為ニ更ニ差押ヲ爲コトヲ得ス(第五八六條第一項)獨逸民事訴訟法第七百二十七條ハ前ニ述ベタル如ク差押質權主義ヲ認メタルカ故ニ附帶的差押ヲ認メタリ故ニ既ニ差押ヘタル物ニ付キ同一債権者ヨリ他ノ債権ノ執行ノ爲ニ又他ノ債権者ヨリ其債権ノ執行ノ爲ニ第一差押及ヒ其後ノ差押ノ實行モ殘存シタル賣得金ノ上ニ又ハ該差押ノ取消ナレタル場合ニ於テ滿足ヲ享有スルカ爲ミニ第二又ハ其後ノ差押ヲ爲スコトヲ認メタリ佛國民事訴訟法佛國民事訴訟法第五七五條第六〇九條第六一一條第六五三條第六七九條第六八〇條等ハ前ニ述ベタル如ク差押配當主義ヲ認メタルカ故ニ重複差押ノ制度ヲ採用セサリキ蓋シ斯ル主義ヲ是認シタル以上ハ重複差押ハ徒ニ勞力ト費用トヲ費スニ止マレハナリ我民事訴訟法モ亦然リ而シテ債務者ノ財產ハ總債権者ノ共同擔保ナルヲ以テ既ニ爲シタル差押アルカ爲ミニ差押ヲ爲スコト能ハサリシ債権者ハ差押物ニ付キ差押

債権者ト共ニ満足ヲ享有スルコトヲ得サルヘカラス是ヲ以テ法律ハ照査手續ナル制度ヲ設ケ差押ヲ爲スコト能ハサリシ債務者ノ利益ヲ保護シタリ照査手續トハ執達吏カ債務者ノ財產中未タ差押ニ係ラナル物アルヤ否ヤヲ調査シ既ニ差押ヲ爲シタル執達吏ニ對シ總債権者ノ爲ミニ競賣ヲ爲スベキ旨ヲ求ムルノ手續ヲ謂フニ外ナラス此ノ如ク執達吏カ債務者ノ財產中未タ差押ニ係ラナル物アルヤ否ヤヲ調査スル理由ハ前ニ述ヘタル如ク過度ノ差押ヲ許サナル結果トシテ(第五六四條第二項)差押額ハ通常之ヲ必要ト爲ス債権額ヨリ多カラナルヲ以テ差押ヲ爲ササシ債権者ラシテ他ニ差押フルヘキ財產アルニモ拘ラヌ猥ニ配當ニ加入スルコトヲ得ヘキモノトセハ差押債権者ノ利益ヲ故ナク害スルニ至ルヲ以テナリ(照査手續ノ意義)・主張書類・請求書類等の提出等の手續ハ債権者ヨリ執行委任ヲ受ケタル執達吏カ既ニ差押ヲ爲シタル執達吏ニ差押調書ノ閱覽ヲ求メテ差押ニ係ラナル物ノ有無ヲ調査シ(即)差押ニ係ラナル物アルトキハ之ヲ差押ヘ其調書ヲ作り既ニ差押ヘタル執達吏ニ交付シ且ツ總差押物ヲ競賣ニ付スヘキコトヲ求メ(即)差押ヲヘキ物アラサルトキハ照査

調査ヲ作リ既ニ差押ヲ爲シタル執達吏ニ之ヲ交付メテ爲スモノナリ第五八六條第二項(手續)「又差押ヲ其取消事由に依ル時該執達吏は該執達吏ニ之ヲ以上ノ手續ヲ盡シタルトキハ執行ニ關スル債権者ノ委任ハ既ニ差押ヲ爲シタル執達吏ニ法律上當然移轉シ此執達吏カ總債権者ノ爲メニ競賣ヲ爲スヘキモノトス是レ費用ト勞力トヲ節略スルノ目的ヨリ生スル當然ノ結果ナリ故ニ(1)既ニ差押ヲ爲シタル執達吏ニ非ナル者ハ債権者ノ爲メニ執行行爲ヲ爲スコト能ハス(2)執行ニ必要ナル書類ハ既ニ差押ヲ爲シタル執達吏ニ交付スヘク(3)債権者ノ同意ヲ要スル執行處分第五六六條等ハ爾後照查手續ヲ爲シタル債権者及ヒ差押債権者ノ同意アルニ非スンハ之ヲ行フコト能ハス第五八六條第三項(第三項)但シ照查手續ヲ爲シタル債権者及ヒ差押債権者ハ其同意ヲ以テ既ニ差押ヲ爲シタル執達吏以外ノ執達吏ヲ選擇シタルトキハ執行委任ハ該執達吏ニ移轉シ債務者ハ之カ爲メニ異議ヲ述フルコト能ハサルヘシ蓋シ民事訴訟法第五百八十六條第三項ハ債権者ノ反對意思ヲ排斥スル程度ニ於ケル公益規定ニ非ナビナリ既ニ差押ヲ爲シタル執達吏ト後ニ差押ノ委任ヲ受ケタル執達吏ト同一」

人ナルトキニ於テモ前示シタル法則ヲ準用アルヤ言ヲ俟タス照査手續(1)配當ノ效力ヲ生シ(2)既ニ爲シタル差押を取消ト爲リタルトキハ其取消ノ原因カ差押ノ不適法ニ在ルト辨済ニ在ルト否トヲ問ハス差押ノ效力ヲ生ス是レ照査手續ニ依ラサルヲ得サリシ債権者ノ利益ヲ保護シタルニ外ナラス第五八七條(效力)

重複差押ヲ許ササルノ法則ハ既ニ爲シタル差押アルヲ前提要件トシテ行ハルモノタリ故ニ(1)既ニ爲シタル差押カ第五百六十六條ニ適シタルコトヲ要ス蓋シ民事訴訟法第五百六十六條ニ適セサル差押ハ不確實ナルヲ以テ債権者ニ照査手續ニ依ルコトヲ強制スルコト能ハナリ而シテ既ニ爲シタル差押カ民事訴訟法第五百六十六條ニ適スルヤ否ヤハ執達吏カ差押ニ際シテ調査スヘキモノトス然レドモ執達吏ハ既ニ爲シタル差押カ前ニ示シタル以外ノ法定要件第五二八條第五三九條第五六八條等ヲ具備スルヤ否ヤヲ調査スルノ職権ナシ何ドナレハ既ニ爲シタル差押カ法定要件欠缺ノ爲メニ取消ナレタルトキハ照査手續ヲ爲シタル債権者ハ差押債権者ト爲ルヲ以テ毫モ不利益ヲ被ルコ

オタケレナタ差押又明白ニスルカ爲メニ施シタル封印其他ノ方法カ偶然ノ事實其他ノ原因カ爲メニ除去セラヒタル以テ執達吏又同一物ニ付キ重複的ニ差押ヲ爲シタルよキハ其差押ハ民事訴訟法第五百八十六條第一項ニ反スモノトシテ無效オルハ何トナレハ之カ爲メニ差押債権者ニ差押權又無視スルコト能シタレハナリ但シ立法論トシテハ斯ル差押ニ照査手續ヲ爲シタルモノト爲スト同一ノ效力ヲ與フル正當トス(2)假差押ニ係ル物ニ付クハ更ニ差押ヲ爲スコトヲ得ヘシ何トナレハ假差押ノ場合ニ於クハ未タ確定セサル債権ノ配當額ヲ供託スルヲ以テ足ベハナリ第五百八六條第四項第六三〇條第三項ニ

(B) 差押以後ノ手續又其間ヘ當る事由ニ依リテ差押權者ナリハ金銭ナルト否トニ因リテ各異ナレリ

(一) 差押物カ金錢ナルトキハ(金錢トハ我帝國ノ強制通用ノ力アル貨幣ヲ指示ス故ニ金銀貨及ヒ紙幣ヲ包含ス然レトモ外國ノ貨幣ハ我帝國內ニ於クハ金銀物又ハ有價證券ニ外カラサビタ以テ民事訴訟法第七百八十條第五百八十一條ニ依リナ處分スベキモノナリ)第一ニ執達吏カ之ヲ債権者ニ引渡スニ因リテ強

制執行手續ヲ終結ス(第五七四條第一項執達吏職務細則第六一條執達吏の債権者ノ代理人トシテ其職務ヲ取扱フモノナルカ故ニ差押ヘタル金錢ヲ債権者又ハ其代理人特別委任アル訴訟代理人ヲ包含スニ引渡スヘキ義務ヲ負フヤ當然ナリ而シテ執達吏カ差押金錢ノ引渡ヲ爲シタルトキハ事實上滿足ヲ享有スルニ必要ナル執行機關ノ行動ノ完了ヲ告クルヲ以テ強制執行手續カ終結スルヤ言ヲ埃タス體ヲ執達吏ノ金錢取立ヘ未タ第三者ニ對シテ強制執行手續ヲ終結シタルモノト爲スノ效力ヲ有ヌス第二ニ執達吏カ金錢ノ取立ヲ爲シタルニ因リテ債務者ノ支拂ヲ爲シタルト同一ノ效力ヲ生ス(第五七四條第二項)而シテ金錢ノ取立ハ強制的ニ行フモノナルヲ以テ債務者ノ任意的支拂ト同視スヘキモノニ非ス唯債務者ハ取立タル金錢ニ付キ權利ヲ喪失シ且ツ債務ノ免責ヲ得ルヲ以テ支拂ト同一ノ效力ヲ有スルニ過キス金錢ノ取立ハ金錢ノ差押ト通常同時ニ行ハルルニ止マリ同一ノ觀念ニ非ス蓋シ金錢ノ取立ハ法理上民事訴訟法第五百七十九條ニ規定シタル賣得金ノ領收ト同視スベキモノナレハナリ故ニ金錢ノ取立ハ賣得金ノ領收ト同シク債務者ノ爲メニ任意支拂ト同一ノ效力ヲ

生ス隨テ取立タル金錢ニ關スル危險ハ差押債權者ニ移轉シ又他ノ債權者カ配當要求ヲ爲スコトヲ得サルノ效力ヲ生ス但シ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲シタル執行ヲ免ルルコトヲ債務者ニ許シタルトキ第五〇五條第二項ハ此限ニ在ラス是レ債務者ニ執行ヲ免ルルコトヲ許シタル當然ノ結果ナリ故ニ金錢ノ取立又ハ賣得金ノ領收アリタルニモ拘ラス金錢ノ危險ハ依然債務者ノ負フ所ニシテ又他ノ債權者ハ配當要求ヲ爲スコトヲ得ヘシ

(二) 差押物カ金錢以外ノ物件ナルトキハ第一ニ通則トレテハ執達吏カ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒテ公ノ競賣方法ヲ以テ其差押物ヲ賣却シ領收シタル賣得金ヲ債權者ニ引渡スモノトス第五七二條蓋達吏ヲシテ差押物ヲ適法ニ公賣セシメ以テ賣得金ヲ債權者ニ交付スルニ依リテ速スルコトヲ得レハナリ故ニ金錢以外ノ物件ノ差押ニ關シテハ其結果トクア換價方法ノ件フモノト知ル

(イ) 競賣ハ賣買取結ノ誘引ニシテ賣買其モノニ非ス何トナレハ競賣ヲ爲ス者

ハ賣却條件ヲ表示シ公衆又ハ特別ノ資格アル多數ノ人ニ對シ最高價ノ買入申込ヲ爲スコトヲ希望シ以テ賣買取結ノ準備ヲ爲スニ止マレバナリ故ニ公ノ競賣方法ニ依レル賣却ニ於テハ競賣人ノ申出カ即チ申込ニシテ競賣人ノ競落ノ意思表示カ即チ承諾ナリ而シテ強制執行ニ於ケル公賣ニ於テハ債務者ヲ以テ賣主ト爲スラ正當ノ見解ト認ム何トナレハ執達吏ハ前ニ述ヘタル如ク債務者ノ代理人トシテ差押物ノ賣却ニ從事スルニ外ナラサレハナリ(公賣ノ觀念)

(ロ) 执達吏ハ差押物ヲ公賣スルニ當リテハ高價物即チ金銀物美術品寶玉其他骨董物等ノ如キ特別ナル高價額アル有體動產ヲ除ク外適當ナル鑑定人ヲシテ評價ヲ爲サシムルノ義務ヲ負フヘキモノニ非ス茲ニ所謂鑑定ハ裁判上ノ鑑定ニ非サルヲ以テ民事訴訟法第三百二十二條以下ノ規定ヲ適用スヘキモノニ非ナルヘシ(然レトモ自ラ各差押物ニ付キ價額ヲ概算シ差押調書ニ之記載スヘキモノタルコトハ民事訴訟法第五百六十四條第二項及ヒ執達吏職務細則第五十七條ニ依リテ明白ナリ而シテ高價物ノ評價ヲ爲スコトヲ要スル所以ハ意外ナル低價賣却ヨリ生スル損失ヲ豫防スルニ在リ競賣ハ可成的迅速ニ著手スル

ヲ債権者ノ利益トス然レトモ競賣ノ日時及ヒ場所ヲ公衆ニ知ラシメ又ハ執行ノ停止ヲ求ムル機會ヲ與フルカ爲ミニ法律ハ差押ノ日ト競賣ノ日トノ間ニハ少クトモ七日ノ時間ヲ存スルコトヲ要スル旨ヲ規定シタリ(第五七五條)競賣期日ハ通常差押ノ日ヨリ七日以外ニ於テ之ヲ定メサルヘカラス但シ差押債権者執行力アル正本ニ因レル配當要求債権者及ヒ債務者カ競賣ヲ更ニ早ク爲サンコトヲ合意シタルトキ又ハ差押物ヲ永ク貯藏スルニ付キ不相應ノ費用差押物カ家畜ナル場合ノ類若クハ差押物ノ價格ヲ著シク減少スルノ危害ヲ避ケンカ爲メ差押物カ腐敗シ易キ果實ナル場合ノ類競賣ヲ早ク爲スコトヲ必要ト爲ストキハ例外シテ前ニ示シタル時間ヲ短縮シテ競賣期日ヲ定ムルコトヲ得ヘシ(第五七五條但書)而シテ執達吏カ前ニ示シタル法則ニ反シ競賣期日ヲ定メタルトキハ債権者債務者並ニ執行参加權ヲ有スル第三者ハ民事訴訟法第五百四十四條ニ從ヒテ異議ヲ申立ワルコトヲ得ヘク又執達吏カ前ニ示シタル法則ニ反シ適當ナル期間經過スルモ競賣ヲ爲ササルトキハ差押債権者及ヒ

執行力アル正本ニ因リテ配當ヲ要求シタル債権者ハ一定ノ期間内ニ競賣ヲ爲スコトヲ催告シ其效ナキトキハ執行裁判所ニ相當ノ命令アランコトヲ申請スルコトヲ得第五八八條(債務者ハ競賣ヲ爲ササルコトニ付キ利益ヲ害セラルコトナキカ故ニ斯ル催告及ヒ申請ヲ爲スノ權ナク又單純ナル配當要求債権者ハ差押物賣得金上ニ配當ヲ受クルノ權アリニ止マリ自ラ執行ヲ爲スコトヲ求ムル權ナキヲ以テ斯ル催告及ヒ申請ヲ爲スノ權ナシ競賣ハ差押物ノ所在地ニ於テ爲スラ便宜トス蓋シ他ノ場所ニ於テ之ヲ爲ストキハ運搬ノ日數及ヒ運搬ノ費用ヲ要スルヲ以テナリ故ニ法律ハ通常差押物ノ存スル差押ヲ爲シタル市町村ヲ以テ競賣ノ場所ト定メタリ第五七六條第一項但シ差押債権者及ヒ債務者執行力アル正本ニ因リテ配當ヲ要求スル債権者ヲ除外スル立法上ノ理由ベ該債権者ハ自ラ執行ヲ爲スノ權ナキニ在リト云フニ在ルヘシト雖モ理論上之ヲ正當ト認ムルコトヲ得スカ他ノ地ニ於テ之ヲ爲スコトヲ合意シタルトキ(第五七六條)又ハ差押物ヲ保管シタル債務者カ他ノ裁判所管内ニ移轉シタルカ如キ場合は於テ差押物カ差押ヲ爲シタル市町村以外ニ在ルカ爲ミニ他ノ場所ニ

於テ賣却ヲ爲スヘキ旨ノ執行裁判所ノ命令アツタルトキハ第五八五條例外トシテ他ノ場所ニ於テ競賣ヲ爲スコトヲ得競賣ハ總テノ場合ニ於テ競賣スヘキ目的物ヲ表示シテ競賣ノ日時及ヒ場所ヲ公告スルコトヲ前提要件トス目的物ヲ表示スルハ各號買人ヲシテ豫メ其需用ノ有無ヲ判断ズルコトヲ得セシムルカ爲メナリ公告ハ市町村役場ノ揭示場ニ揭示シ又ハ新聞ニ公告シテ之ヲ爲スヲ通例トス而シテ公告ノ方法及ヒ同數ノ如キハ執達吏ノ自由ニ判断スル所ナリ執達吏職務細則第七一條公告ハ公賣ノ前提要件ナルカ故ニ之ヲ缺クトキハ無效ナリ然レトモ債務者債權者等ノ異議申立ノ結果トシテ(第五四四條執達吏ノ爲シタル公賣カ早キニ失シ又ハ遲キニ失シ其他不當ニ他ノ場所ニ於テ爲シタルモノト爲シタルモ其效力ヲ害セラルモノニ非ス唯執達吏カ斯ル競賣ヲ爲シタルカ爲メニ生シタル損害ヲ賠償スルノ責ニ任スルノミ(準備手續)

(ハ)執達吏ハ第五三一條第一項差押調書ニ於タル記載ト差押物トヲ比較シ不足及ヒ損傷アルトキハヲ調書ニ明確ニ記載シタル後執達吏職務細則第七一條競賣期日ニ於テ賣却條件ヲ告知シ各競賣物ニ付キ競買ノ申込ヲ催告シテ競

賣ヲ開始シ最高價競買申込人ニ對シ競落ノ告知ヲ爲シテ競賣ヲ終了ス(第五七條第一項競賣法第一三條競賣ノ賣却條件ハ民事訴訟法第五百七十七條第五百八十九條ニ於テ規定シアルノミ蓋シ法律ハ執達吏ヲシテ他ノ賣却條件ヲ事情ニ從ヒ適宜ニ定ムルコトヲ得セシムルカ爲メナリ債權者及ヒ債務者ハ競買人トシテ競賣ニ干與スルコトヲ得ヘシ何トナレハ法律上別ニ之ヲ禁止スルノ明文ナケレハナリ(競賣法第四條参考)然レトモ執達吏ハ自己ノ取扱フ競賣ニ於テ競賣人トシテ干與スルコト能ハナルヘシ何トナレハ若シ之ヲ許スニ於テハ職權濫用ノ虞アルノミナラス職務ノ執行ニ付キ不正ナル嫌疑ヲ被ラシムルノ原因ト爲ルヲ以テナリ(競賣法第四條参考)競落ハ前ニ述ヘタル如ク競買ノ申込ニ對スル承諾ニシテガウブ「ウヰルモ一スキ」(ストローマン氏等ノ主張スルカ如ク賣完成ノ確認ニ非ス何トナレハ民事訴訟法第五百七十七條第一項ハ競落價額ノ三回呼上以前ニ於テ競落ヲ爲スコトヲ許ナサルコト及ヒ最高價競買人ノ爲ミニスルニ非サレハ競落ヲ許ナサルコトヲ明示スルニ止マリ「ガウブ氏ノ説明スルカ如ク最高價ノ競買申込ヲ承諾ナリト認メシムルニ足ラサルヲ以テ

ナリ又ゾ キフヘルド民ノ主張スルカ如ク競落カ申込ナルヤ或ハ承諾ナルヤア
 事實問題トシテ取扱フモノニ非ス何トナレハ斯ル論結ハ特定シタル賣却條件
 ナキ場合ニ於テ事實上調査ノ爲メニ必要ナル材料ヲ缺キ判断ノ標準ヲ不確實
 ナラシムルヲ以テ實際上ニ適當ナルモノト謂フヲ得ヲレハナリ競落ノ告知即
 テ承諾ノ意思表示ハ最高價競買ノ申込ヲ三回呼上ケタル後之ヲ爲ス是レ錯誤
 プ防止スルカ爲メナリ故ニ三回呼上ノ完了以前ニ於テ債務者カ債務ヲ辨済シ
 タルカ又ハ更ニ最高價競買ノ申込ヲ爲ス者アリタルトキハ賣買ノ完成ヲ妨ケ
 又三回以上呼上ノ完了ニ至ルマテ斯ル事項ナキトキハ賣買ヲ完成ス然レトモ
 例外トシラ金銀物ヲ競賣スルニ際シ最高價競買ノ申込カ鑑定人ノ評價ニ依リ
 定マレル金銀ノ實價第五七三條ニ達セサルトキハ賣買ヲ完成セス蓋シ若シ之
 ヲ完成セシムルトキハ執行當事者ノ利益ヲ害スルヲ以テナリ賣買カ完成シタ
 ルトキハ(1)競買人ハ競賣ノ目的タル權利ヲ取得シ又目的物ノ危險ヲ負擔ス(競
 買法第二條民法第五三四條第一項其他賣買ノ完成ニ因リテ生スル效力ハ民法ノ
 定ムル所ニ依ル(2)執達吏ハ代價ノ支拂ヲ延期スルカ如キ賣買條件ノ變更ヲ自

由ニ爲スコトヲ得ス而シテ競買ノ申込人ハ自己ヨリ高價ノ競買申込アルマチ
 自己ノ爲シタル申込ニ羅東セラルルヤ言ヲ俟タス競賣期日ニ於テ競買ノ申込
 ヲ爲ス者ナキトキハ事實上競賣ヲ行フコト能ハス故ニ差押物ヲ債務者ニ返還
 シ第五六四條第三項之ト同時ニ差押ヲ消滅セシム但シ民事訴訟法第五百八十一
 五條ノ規定ニ則リ代物辨済トシテ差押物ヲ差押債權者ニ交付スルコトヲ妨ケ
 ス然レトモ執行裁判所ハ民事訴訟法第五百八十五條ニ從ヒテ差押物ヲ他人換
 價方法ヲ命スルコトヲ得ベク又執達吏カ自己ノ見込ニ從ヒ若クハ執行裁判所
 ノ裁判ニ基キ(第五四四條新規日ニ於テ競賣ヲ再施スルコトヲ得ヘシ競賣ノ成否
 競落物ハ代金ト引換フルニ非スンハ之ヲ引渡スコトヲ得ヌ第五七七條第二
 (二)最高價競買人ハ其代金支拂義務ヲ債務者ニ對シテ有スル債權ト相殺シ以テ
 之ニ基キ競落物ノ引渡ヲ求ムルコトヲ得ス(三)執達吏ハ執行當事者ノ承諾ナク

シテ借用上競落物ヲ最高價競買ノ申込人ニ引渡シタルトキハ之カ爲メニ生々

タル損害ヲ執行當事者ニ賠償セサルヘカラス候ミテ本件ノ實體を論ず
競買人ハ前ニ示シタル如キ請求ヲ爲サリシトキハ義務不履行ノ爲メニ法律
上當然賣買ノ解除アリテ新期日ニ於テ競買ヲ再施シ該競買ハ當初ノ競買ヲ再
施スルニ外ナラサルカ故ニ義務ヲ履行セサリシ買主ノ爲メニ行フモノニ非ス
シテ却テ債務者ノ爲メニ行フモノタリ而シテ該競買ニ於テ前ノ競買申込人
ハ加ハルコトヲ得ス蓋シ此申込人ハ此義務不履行ニ因リテ競買人タルノ資力
ナキコトヲ證明シタレハナリ又該申込人ハ再施シタル競落代價カ最初ノ競落
代價ヨリ低キトキハ不足ヲ負擔シ高キトキハ剩餘ヲ請求スルコトヲ得ス(第五
七七條第三項蓋シ前者ノ場合ハ損害賠償任ノ法則ノ適用ニシテ後者ノ場合
ハ再施シタル競賣カ債務者ノ爲メニスルモノタルノ法則ノ適用タリ隨テ差押
債權者及ヒ配當要求債權者ニ辨済シタル競落代金ノ殘額ハ債務者ニ返還セラ
ル競賣ノ履行及ヒ解除

(二)執達吏ハ賣得金カ債權者ニ對スル辨済及ヒ執行費用ノ辨償ヲ爲スニ足ル

ニ至リタルトキハ競賣ヲ中止セサルヘカラス蓋シ若シ然ラスンハ強制執行ノ
限度ヲ超越スルヲ以テナリ故ニ競賣ヲ爲サナル差押物ニ關シナハ之ヲ債務者
ニ引渡シ又差押ノ表示方法ヲ除去シテ以テ差押關係ヲ消滅セシメサルヘカラ
ス又執達吏ハ領收シタル賣得金ヲ債權者ニ交付セサルヘカラス何トナレハ執
達吏ハ債權者ニ代リテ賣得金ヲ領收シタルモノナレハナリ但シ債權者數名ア
リテ賣得金カ之ニ完済ヲ得セシムルニ足ラサルトキハ賣得金ヲ供託セサルヘ
カラス而シテ執達吏ノ賣得金領收ハ前ニ述ヘタル金錢ノ取立ト同シク債權者
ノ支拂ト看做シ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲シテ執行ヲ免ルコトヲ債務者ニ許
シタルトキニ限リ債務者ノ支拂ト看做サナルモノトス唯金錢取立ノ場合ト異
ニシテ他ノ債權者ニ配當要求ヲ許サナルノミ如何トナレハ配當ノ要求ハ競賣
期日ノ終リマテ之ヲ爲スコトヲ得レハナリ(第五七八條第五七九條第五九二條
中止及ヒ賣得金ノ領收)

第二ニ特則トシテ上記ノ規定ハ民法第百八十九条第一項但書ノ規定ニ依リテ
(イ)實價マテニ競賣ヲ爲ス者ナキ差押ノ金銀物ニ關シテハ執達吏ハ執行當事

者ノ利益ノ爲メニ實價ニ對スル代金ヲ以テ適宜ニ賣却スルコトヲ得然レトモ執行當事者ノ同意ナクンハ買主ニ代金支拂ナクシテ目的物ヲ引渡スコトヲ得ス(第五七七條第二項適用又執達吏ハ執行當事者ノ同意アル場合ニ於テ實價ニ達セサル代價ヲ以テ賣却スルコトヲ得ヘク其他差押債權者一人ニシテ他ニ差押ニ付キ利害關係ヲ有スル者ナキトキハ代物辨濟トテ實價ニテ差押債權者ニ交付スルコトヲ得ヘシ)。支拂ニ達セサル時當事者立候會見令見(口)差押物ガ有價證券ナル場合ニ於テハ執達吏ハ相場ナキ物ハ前ニ示シタル法則ニ從ヒテ公賣シ相場アル物ハ賣却日ノ相場ヲ以テ適當ニ賣却セサルヘヌラス有價證券トハ前ニ述ヘタル如ク所持者フシテ之ニ關スル財產權ノ主體タラシムル性質ヲ有スル證券ナリ此證券ハ記名ナルト無記名ナルトア問ハズ強制執行ノ便宜上有體動產ト看做シテ取扱ハル但シ金錢ト看做スヘキ有價證券賣管ノ如キ其地手形ノ如キ裏書ヲ以テ讓渡スルコトヲ得ヘキ證券ハ茲ニ所謂有價證券ニ包含スルモノニ非ス何トナレハ前者ハ金錢トシテ(第五七四條後者ハ債權トシテ(第六〇三條取扱ハル)キモノナルヲ以テナリ有價證券カ相場ヲ

有スルヤ否ナハ執行地ニ於ケル取引關係ニ依リテ之ヲ定ム故ニ相場ヲ以テ賣却スルカ爲メニ有價證券ヲ遠隔地ニ運搬スルカ如キハ法理ノ許ナサル所ナルヘジ又賣却日ノ相場價額ハ相場表若クハ問屋營業者エ付テ之ヲ調査スルヲ適當トス執達吏ハ相場ヲ以テ適宜賣却ヲ爲スニ當リ當然問屋營業者又ハ銀行營業者ノ媒介ニ依ルコトヲ得又債權者エ賣却スルコトヲ得ヘシ然レトモ相場以下ノ賣却ハ之ヲ爲スコトヲ得スホトナレハ這ハ執行當事者ノ利益ヲ害スルヲ以テナリ民事訴訟法第五百七十九條ノ規定ハ相場ヲ以テスル適宜賣却ニ關シ準用セラルムヤ當然ナレトモ第五百七十五條ノ規定ハ之ニ反ス隨テ執達吏ハ即時ニ賣却ヲ爲ナサルヘカラス但シ債權者及び債務者ハ適當ナル賣却日ニ付キ執行裁判所ノ保護ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(第五四四條第五八一條記名ノ有價證券ノ權利ハ公賣ナルト適宜賣却ナルトニ拘ラス證券ヲ買主ニ交付スルノモテトヲ得セシメタリ是ヲ以テ執達吏ハ事實ヲ明白ナラシムルカ爲メニ債務名義

及ヒ差押調書ヲ添付シタル授權ヲ求ムルノ申立ヲ爲シ又執行裁判所ハ之ヲ許ナナルヘカス(第五四三條)第五八二條同條ニ所謂得ハ授權ノ付與カ執行裁判所ノ自由判断ニ屬スルノ意義ヲ表示シタルモノニ非ナルコトハガラブ民ノ説明ニ依リテ明白ナリ無記名有價證券ノ權利ハ公賣ナルト適賣却ナルトイ拘ラス證券ヲ買主ニ交付スルノミヲ以テ移轉スルモノタリ故ニ前ニ述ヘタル如キ授權ヲ爲スノ必要ナシ然レトセ記名ニ換へ又ハ他ノ方法ニ依リテ流通ヲ止メタル無記名證券ニ關シテハ權利移轉ノ必要ニ基キ執達吏ヲシテ執行裁判所ノ授權ニ因リ流通ノ回復ヲ爲シ及ヒ之カ爲メニ必要ナル陳述ヲ債務者ニ代リテ爲スフ得セシメタリ(第五八三條)

(六) 差押物カ未タ土地ヨリ離レナル果實ナル場合ニ於テハ(第五六八條執達吏ハ該果實ノ成熟以後ニ非スンベ競賣ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ成熟以前ニ於ケル果實ノ競賣ハ買主ニ對シ危險ヲ負擔セシムルノ結果トシテ甚シク減少シタル價額ニ非スンベ賣却スルコトヲ得ナレバナリ(第五八四條第一項上段)蘭テ茲ニ所謂成熟ハ第五百六十八條ノ規定ニ於ケル成熟ト異ニシテ現實的成熟

ヲ指示スト謂サツルヲ得ス但シ執行當事者ノ同意アル場合ニ於テハ差押ヘタ果實ヲ成熟以前ニ競賣スルコトヲ得ルヲ妨ケス何トナレハ第五百八十四條ハ執達吏ニ對スル調示の規定ニ外ナラサレハナリ執達吏ハ事情ニ從ヒ差押ヘタル成熟果實ヲ分離以前又ハ分離以後ニ於テ競賣スルコトヲ得前者ノ場合ニ於テハ競買人ニ收穫ヲ爲スノ權利ヲ付與シ後者ノ場合ニ於テハ執達吏ハ分離ニ必要ナル行為即チ收穫ヲ爲スヘキ職務ヲ負フ隨テ執達吏ハ債務者ニ代リテ第三者ニ收穫ヲ爲サシメ又ハ債務者ニ收穫ヲ委任スルコトヲ得而シテ執行當事者ハ執達吏ノ行為ヲ不當ナリト認メタルトキハ第五百四十四條キ執行裁判所ノ裁判ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(第五八四條第一項差押物カ露ナル場合ニ於テハ全ク蘭ト爲リタル後ニ非スンベ競賣ヲ爲スコトヲ得ス其理由ハ前述シタル所ト同一ナルヲ以テ茲ニ之ヲ省略スル)

(二) 執行裁判所ハ債務者ノ申立て因リ第五百七十二條乃至第五百八十五條ニ規定シタル以外ノ方法及ヒ場所ニ於テ差押物ノ賣却ヲ爲スヘキ旨ヲタル所ト同一ナルヲ以テ茲ニ之ヲ省略スル

命スルコトヲ得蓋シ該規定ハ其性質上變更ヲ許ササル公益規定ニ非ナルヲ以

ナラ故ニ執行裁判所ハ差押物ノ任意賣却ヲ許シ(任意賣却ニ關シテハ民法ニ依リ第五百七十七條ノ規定ニ依ラス又ハ相場價額ヲ以テ差押物ヲ債権者ニ交付スルヲ許スコトヲ得執行當事者カ差押物ヲ特定ノ價額ヲ以テ債権者ニ交付スルコトヲ合意シタルトキハ執行裁判所ノ命令ヲ要セシア該合意ノ實行ヲ爲スコトヲ得ヘシ蓋シ該合意ハ強制執行繼續ノ節略ヲ目的トスルモノナレムナリ執行裁判所ハ執行當事者ノ申立ニ因リ執達吏以外ノ者殊ニ公證人若クハ同屋營業者ヲシテ競賣ヲ爲サシムヘキ旨ヲ命スルコトヲ得此場合ニ於テハ競賣人ハ競賣行為ノ爲メニ執達吏ノ職權ヲ行フモノタリ附テ債権者ノ爲メニ賣得金ヲ領收シ且ツ之ヲ債権者ニ引渡スノ權ヲ有シ又賣得金ヲ領收ハ執達吏ニ依レハ賣得金ノ領收ト同一ノ效力ヲ生ス第五七九條但シ執行裁判所ハ競賣人ニ賣得金領收ノ權限ヲ拒絶スルコトヲ得ルヤ言フ埃タス執行裁判所ノ裁判ハ豫メロ頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得故ニ相手方ノ審訊ヲ爲スコトヲ要セス
(第五四三條第三項)

(三) 債権者數名ノ爲メニ同時ニ差押ヲ爲シ執行力アル正本ヲ有スル債権者ヲ

爲メニ照査手續ヲ爲シ又執行力アル正本ヲ有サル債権者カ共同擔保ノ法理ニ基キ配當要求ヲ爲シタルニ因リテ賣得金上ニ配當ニ與ル數名ノ債権者アリテ賣得金カ各債権ヲ完済スルニ十分ナルトキハ執達吏ハ賣得金ヲ各債権者ニ引渡スコトヲ得ヘシト雖モ之ニ反スルトキハ執達吏ハ債権者間ニ配當ノ協議調停ハサル場合ニ限リテ賣得金ヲ供託シ其旨ヲ執行裁判所ニ届出テサルヘカラス(第五九三條)
(イ) 同一人執達吏カ數名ノ債権者ヨリ執行人委任ヲ受ク同時ニ差押ヲ爲シタルトキハ執行委任ノ前後ニ拘ラズ各債権者ハ差押權ヲ取得スルモノタリ隨テ賣得金上ニ平等的滿足ヲ享有スルノ權ヲ有ス蓋シ疊ニ爲シタル執行委任ハ優先權發生ノ原因タラナルヲ以テナリ執達吏カ執行力アル正本ヲ有スル債権者ノ爲メニ照査手續ヲ爲シタルトキハ即チ債権者カ執行力アル正本ニ因ル配當要求ヲ爲シタルトキハ該債権者ハ差押物ノ賣得金ノ配當ニ與ルノ權利ヲ取得ス(第五八七條)此種ノ配當要求ハ競賣期日終ニ至ルマダニ於テ之ヲ爲スコトヲ得蓋シ競賣期日以後ニ於テノ間ニ差押金未だ支拂ハナリ又執達吏ハ該要求ヲ

配當ニ與ル各債權者及ヒ債務者ニ通知セザルヘカラス是レ利害關係人ニシテ
配當要求ニ付テノ當否ヲ判断セシムルカ爲メナリ第五九一條第一項、第五九二
條民法ニ從ヒ配當ヲ要求スルコトヲ得ル債權者ハ原因ヲ開示シ即チ權利ヲ有
スルニ至リタル法律關係ヲ明示シ執達吏ニ對シテ配當ヲ要求スル意思ヲ表示
シテ配當ニ與ル權利ヲ取得ス而シテ他ニ十分ナル債務者ノ財産アルニ拘ラズ
漫然配當要求ヲ許スハ第五百八十六條及ヒ第五百六十四條ノ法意ト矛盾シ甚
タ其當ヲ得スト雖モ法文上何等ノ制限ナキヲ以テ解釋上如何トモ爲スヨリ能
ハナルヘシ該配當要求ハ競賣期日ノ終ニ至ルマテニ之ヲ爲スコトヲ得レ配
者手續ノ延滞ヲ防止スルノ決意ナリ又執達吏ハ前ニ示シタルモノト同一ノ
法理ニ基キ該配當要求ヲ配當ニ與ル各債權者及ヒ債務者ニ通知シ債務者ハ通知
後三日ノ期間内ニ其債權ヲ認諾スルヤ否ヤフ執達吏ニ申立ヲサルヘカラス此
義務ヲ盡ササルトキハ懈怠ノ結果トシテ認諾シタルモノト看做シテ取扱フコト
ヲ得ヘシ認諾セザル旨ノ通知アリタルトキハ執達吏ハ更ニ之ヲ配當要求ヲ爲
シタル債權者ニ通知シ該債權者ハ三日ノ期間内ニ債務者ニ對シ訴ヲ提起シ以

テ其債權ヲ確定セザルヘカラス此義務ヲ盡ササル債權者ハ配當ヨリ排斥セラ
ルルハ當然ナリ但シ起訴後債權未確定中ニ配當ヲ實施スル場合ニ於テハ該債
權者ノ受クヘキ配當額ヲ供託スヘキハ當然ナリ(執行力アル正本ヲ有スル債權
者ハ執行力アル正本ニ因テスシテ賣得金ノ配當要求ヲ爲シタルトキハ債務者
ノ申立及ヒ訴ヲ提起セジムルカ爲メノ通知ノ必要ナキヤ旨ヲ族タス)第五八九
條乃至第五九三條(賣得金ノ配當ニ與ル債權者)同書第五章第十二節第五九四
(口)執達吏カ賣得金及ヒ金錢ヲ供託シタルトキハ其供託金ノ權利及ヒ危險ハ
債務者ニ屬シ債權者ニ移轉セザルモノタリ執達吏ニ依レル金錢ノ取立及ヒ賣
得金ノ領收カ債務者ヨリ支拂ヲ爲シタルモノト看做スノ效力ヲ生ズルニハ(第
五七四條、第五七九條執達吏カ特定債權者ノ爲メニ満足セラルヘキ金額ノ支拂
トシテ受領シタルコトヲ前提要件トス第五百九十三條ノ規定ニ從ヒ供託ヲ爲
ス場合ニ於テハ執行上未タ支拂ヲ受クルコト能ハナル債權者モ加入スルヲ以
テ前ニ示シタル要件ノ存セザルヤ明白大レバナリ故ニ債權者全體ノ爲メニ爾
後清算ヲ爲スノ留保ヲ以テ支拂ヲ受ケタガモノナリトイ見解ヲ採用スルニ足

(A) 差押ノ目的物
 差押ノ目的物タル債權トハ其成立原因人如何ニ拘ラス其目的物カ金錢第五九八條タルト有體動產タルト(第六一五條)不動產タルト(第六一六條)ヲ問ハス債權者ノ有スル財產的債權ニシテ第六編第二章第三款他ノ財產權又他ノ財產權トハ有體動產ニモ(第五六六條以下)金錢債權ニモ(第五五九條以下)及ヒ有體物ノ引渡若クハ給付ヲ目的トスル請求權ニモ(第六一四條)屬セタル財產權ヲ指示ス(第六二五條)而シテ後者ノ財產權トシテ強制執行ノ目的物タルコトヲ得ルニハ第一ニ不動產ニ屬セタルコトヲ要ス蓋シ若シ然ラズヘキモノハナリ第二ニ金錢的債權ヲ有次且ツ賣却若クハ使用及び收益ニ因リテ成立スル執行行為ニ依リ換價セテルムコトヲ得ルモノナルヲ要ストナレバ若シ然ラズヘキモノハナリ第三ニ金錢債權ニ對スル満足ノ用供スルコト能ハサレムナリ故ニ身分權、契約解除權貨借關係ノ解約申充權及

押以後ノ手續ヲ研究セナルヘカラス蓋シ第五百九十四條以下ハ獨逸民事訴訟法ト同シク此等ノ事情ヲ規定シタルヲ以テナリ

(A) 差押ノ目的物
 差押ノ目的物タル債權トハ其成立原因人如何ニ拘ラス其目的物カ金錢第五九八條タルト有體動產タルト(第六一五條)不動產タルト(第六一六條)ヲ問ハス債權者ノ有スル財產的債權ニシテ第六編第二章第三款他ノ財產權又他ノ財產權トハ有體動產ニモ(第五六六條以下)金錢債權ニモ(第五五九條以下)及ヒ有體物ノ引渡若クハ給付ヲ目的トスル請求權ニモ(第六一四條)屬セタル財產權ヲ指示ス(第六二五條)而シテ後者ノ財產權トシテ強制執行ノ目的物タルコトヲ得ルニハ第一ニ不動產ニ屬セタルコトヲ要ス蓋シ若シ然ラズヘキモノハナリ第二ニ金錢的債權ヲ有次且ツ賣却若クハ使用及び收益ニ因リテ成立スル執行行為ニ依リ換價セテルムコトヲ得ルモノナルヲ要ストナレバ若シ然ラズヘキモノハナリ第三ニ金錢債權ニ對スル満足ノ用供スルコト能ハサレムナリ故ニ身分權、契約解除權貨借關係ノ解約申充權及

如キハ茲ニ所謂執行ノ目的物ト爲ラス第三ニ權利トシテ既ニ債務者ノ財産ニ
屬シタルコトヲ要ス故ニ相続財産取得ノ希望ノ如キ將來ニ於ケル債務者ノ財
産取得ノ希望ハ茲ニ所謂執行ノ目的物ト爲ラス第四ニ權利自體又ハ權利ノ行
使ヲ讓渡スルコトヲ得ルモノタルヲ要ス如何タル權利カ財産權ニシテ又讓渡
スルコトヲ得ナルヤ否ヤハ實體法並ニ民事訴訟法第六百十八條ニ依リテ之ヲ
定ム而シテ權利ノ性質上讓渡スコト能ハサルモノニ非シテ唯第三者ノ民法
上ノ異議權ニ依リテ讓渡スコト能ハサルモノハ執行上讓渡スコト能ハサル財
產權ナリト謂フコト能ハス何トナレハ斯ル權利ハ唯第三者ノ同意ヲ得ナル場
合ニ限リテ執行ヲ妨ケラルニ遇キサレハナリ先買權民法第二六九條管財人
ノ行使スベキ取消權其他專屬的性質ヲ有スル財產權殊ニ法定扶養請求權ノ如
キハ讓渡スルヨリ能ハサルノ權利ナリ是ヲ以テ其有財產ノ持分權著作權專賣
特許權永小作権地上權地役權質權抵當權其他貸借權ノ如キハ他ノ財產權ニ屬
スルモノト認ムハコトヲ得ヘシ

(B) 差押手續 物質的差押手續は本節に該当するが、本節は主として機動的差押手續を

債権其他ノ財產權ニ對スル差押ノ手續ハ差押ヲヘキ財產權ノ種類ニ從ヒテ各
異ナリ 第一回 質權五百二十條以下二項以下三項及五百二十一條以下五百三十二條
第一ニ手形其他裏書ヲ以テ移轉スルコトヲ得ル證券船荷證券倉庫ニ關スル預
證券其他ノ商業證券人類但シ記名證券ノ如キ裏書ヲ以テ移轉スルコト能ハサ
ルモノハ第五百八十一條及ヒ第五百八十二條ノ規定ニ依ルヘキモノナルヲ以
テ茲ニ所謂證券中ニ包含セスニ依レル債權ノ差押ハ目的物カ金錢カルト其他
ノ物權ナルトヲ間ハス執達吏ノ占有ニ依リテ成立シ第三債務者ニ對スル命令ニ
依リテ成立セス第六〇三條第五九八條蓋シ斯ル債權ニ關シテハ債務者ハ唯證
券ニ依リテ明白ナル債權者ニ對シテノミ有效ナル支拂ノ爲スコトヲ得ルモノ
ナルヲ以テ有體動產ノ差押ニ於ケドト同シ執達吏ノ證券占有ニ依リ差押ノ
目的ヲ達スルコトヲ得レハナリ體ヲ此種ノ債權ノ差押ニ於テハ執達吏ノ證券
占有ノミヲ以テ足シ某トシ執行裁判所ノ差押命令ヲ必要トセス之ヲ換言セハ
執達吏ノ證券占有ハ第五百九十八條ニ規定シタル差押二代舊モナニシテ之と
結合スルモノニ非ス(立法上ノ理由)

執達吏ハ差押ヲヘキ證券ニ依レル債権ヲ債務者カ占有シタルトキハ自ラ其占有ヲ爲スヘタ第五百六十六條第二項ヲ準用シテ債務者ノ保管ニ任スルコトヲ得ス何トナリハ若シ然ラヌシカ差押ハ確實ヲ期オルモ其ヲ得ナシムカリ然レモ債権者又ハ第三者カ占有シタルトキハ第五百六十七條又準用シテ從來本占有者ニ保管セシムルヲ得ヘシ而シテ執達吏ハ何レノ場合ニ於テモ差押ヲ爲シタル旨ヲ債務者ニ通知セサムヘカラス(第五六六條準用)又執達吏カ證券ヲ占有スルコト能ハサムシトキハ差押ノ效力シ占有ノ方法執達吏ハ差押ニ係ル他ノ有體動產ト同シテ差押ヘタル手形其他裏書ヲ以テ移轉スルコトヲ得ル證券ヲ債権ノ取立命令又ハ轉付命令アリマラ保管セカルヘカラス何トカレハ此種ノ證券ニ依レル債権ノ差押ハ債権ノ差押ニシテ有體動產ノ差押ニ非ナルヲ以テ即チ第六百三條ハ單ニ第五百九十八條ニ規定シタル差押ノ方法ヲ變更シタルニ止ムルヲ以テ差押ヘタル債権ノ換價ハ執達吏ノ公賣又ハ適宜賣却第五七二條以下ニ非シテ却ラ第六百一條乃至第六百十三條第六百十四條第六百十五條第六百十七條第六百二十條ノ規定ニ依ルベキモノ

ナルヲ以テナリ施テ執達吏ハ債権者ニ證券ヲ交付スル以前ニ於テ拒絶證書ヲ作成スル必要アルトキハ債務者ニ代リ之作成セサムヘカラス
第二ニ手形其他裏書又以テ移轉スルコトヲ得ル債権以外ノ財產權即チ(一)金錢ノ支拂ヲ目的トスル債権(二)有體動產ノ給付若クヘ引渡フ目的トスル債権(三)債権ニ非スシテ移轉スルコトヲ得ヘキ財產權ノ差押ハ獨逸民事訴訟法ニ於ケルト同シタル執行裁判所ノ差押命令ニ依リテ之ヲ爲シ執達吏ノ職權ニ屬セザムナリ茲シ債権其他ノ財產權ノ差押ハ其方法複雜ニシテ又第三者ニ對シ裁判所ノ公力ヲ必要ト爲スヲ以テナリ(第五九四條唯第六百十五條ノ場合ニ於テノミ執行裁判所ト執達吏トノ連合手續アルノミ執行裁判所ノ行動ハ不干涉主義ノ結果トシテ債権者ノ申立即テ差押ヲヘキ債権額ノ種類及ヒ數額ヲ開示シタル即チ確實ニ表示シタル差押命令ノ申請ヲ前提要件トス此申請ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得(第五九六條第一三五條又債権者ハ差押命令ノ申請ヲ爲スニ際シテ執達吏アル正本ヲ提出シ且ツ正本ノ送達アリタル旨ヲ證明セサムヘカラス其他第五百二十八條第二項ノ場合ニ於テハ之ニ關スル

執行文及ヒ其原因タル證明書ヲ指示シ第五百三十條ノ場合ニ於テハ通知ヲ受取書ヲ添附セタルヘカラス何トナレハ強制執行ハ差押命令ヲ發スルニ因リテ開始シ其送達ニ因リテ開始スルモノニ非ナレハナリ而シテ提出セラレタル執行力アル正本ハ同一債権ニ付キ數回ノ執行ヲ爲スコトヲ過クルカ爲メニ差押命令ヲ發シタル後其旨ヲ附記シテ債権者ニ返還スルヲ適當トス然レトモ法律上之ヲ必要ト爲スモノニ非ヌ何トナレハ民事訴訟法ハ執行力アル正本ノ濫用ヲ防止スルカ爲メニ権限ヲ執行裁判所ニ委任セサルヲ以テナリ正封ノ狀合執行裁判所ノ事物ノ管轄ハ專屬的ナリ(第五四三條第五六三條土地ノ管轄ハ本則トシテ債務者ノ普通裁判籍ヲ有スル地ノ管轄區裁判所ニ専屬シ第一ノ條乃至第一二條國ヲ普通裁判籍ヲ異ニスル數多ノ債務者ニ對シ執行ヲ爲ス場合ニ於テハ數多ノ執行裁判所ヲ見ルニ至ルヘシ補充管轄トシテハ即チ債務者カ我帝國內ニ於テ普通裁判籍ヲ有セサルトキハ債務者ノ財産所在地ヲ管轄スル區裁判所第一七條ニ専屬シ第五六三條隨テ數多ノ債務者ニ對シ執行ヲ爲ス場合ニ於テ各財産所在地ヲ異ニスルトキハ數多ノ執行裁判所ヲ見ルニ至ルヘシ而

シテ債務者ノ財産カ債権ナルトキハ第三債務者ノ住所又ハ債權擔保ノ目的物所在地ヲ管轄スル區裁判所カ執行裁判所タルヤ言フ缺タス又稱先裁判所カ數多アルトキハ債務者ハ第二十五條ノ規定ニ從ヒテ選擇ヲ爲スヨトヲ得ヘシ執行裁判所ノ權限ハ管轄ノ本則ナルト補充ナルトニ拘ラズ民事訴訟法ニ從ヒテ行ハルヘキ總アリ債務名義ニ關スル強制執行ニ付キ管轄區域内ニ存スルト否トヲ問ハス債務者ノ有スル債権其他ノ財產權ニ擴張セラルモノトス隨テ第五百四十九條及ヒ第五百六十五條ノ規定ニ基テ訴ハ該執行裁判所ニ提起スルコトヲ得ヘシ管轄權ナキ裁判所ノ差押ハ無効ナリ故ニ利害關係人ハ第五百四十九條ノ規定ニ基キア又第三債務者ハ債務者ノ訴ハ對象抗辯ヲ以テ該無効ヲ主張スルコトヲ得ヘシ(第五九五條但シ債權ノ假差押及ヒ假處分ニ關シア例外トシテ命令ヲ發シタルヘ裁判所ヲ執行裁判所ト爲スコトハ第七百五十五條第二項及ヒ第七百五十六條ニ依リテ明瞭ナリ差押命令ノ申請ハ對スル裁判ハ口頭辯論ヲ經ヌベシ之ヲ爲コトヲ得第五四三條第三項又差押命令ヲ發スル以前ニ於テハ豫メ第三債務者及ヒ債務者ヲ審訊セタルモノトス第五九七條蓋シ此

等ノ者ヲ審訊スル事並びに債権ヲ處分シ且ツ差押ヲ無効ナラシムルノ機會ヲ發生セシムルヲ以テナリ體ヲ斯ル機會ヲ廢セシムルノ處置者ヲ即チ差押命令ヲ發シタル後ニ於テ該債務者ヲ審訊シテ執行裁判所カ適當不認タル以上シ第六百條ニ規定タル處分ヲ爲スコトヲ得區裁判所ハ職權ヲ以テ管轄權ノ有無ヲ調査シ債権者ハ其申請並付キ疏明ヲ爲ナシルカラス而シテ裁判ノ形式ニ決定ニシテ第五百五十九條ニ從ヒテ債権者及モ債務者ヨリ即時抗告ヲ以テ攻撃スルコトヲ得然レトモ差押命令其モニハ第五百五十八條ノ規定ニ從ヒテ不服ヲ剣ニ非ス何トナレテ該命令ニ對シテハ第五百四十四條ノ規定ニ從ヒテ不服ヲ申立フヘキモノナレバナリ(通則)此業、相應的の問題ナシハ勿論ノ事也手形其他裏書ヲ以テ證據スルコトヲ得ル證券ニ依レル債権以外ノ財産權ハ通常トシテハ執行裁判所ノ差押命令ニ依リテ差押フルコトヲ得バモナリトモ種類ニ從ヒテ執行手續ヲ異ニセナルヲ得スニ於テカ下之特別ヲ生スヘン(一)金錢ノ支拂ノ目的トスル債権ニ關ガシテハ執行裁判所ハ執行ノ前提要件ノ適法ニ存在スルモノト認メタル場合ニ於テ差押命令即テ第三債務者債務者ノ

第三章 本件の審理

審理

○委任ノ解除ニ關スル特約ノ效力　委任ハ各當事者ニ於テ何時ニテモ之ヲ解除スルコトヲ得ルヲ原則トス民法第六五一條第一項此規定ハ強行的法則ナカニテ外國ニ於テハ即チ然リト認ムルモノアリト雖モ我民法ノ解釈トシテハ之ニ反スル特約ヲ爲スモ無效トスヘカラナルカ如シシ然ラヘ其特約即チ一定ノ期間委任ヲ解除セナルノ約束ハ當事者双方ニ於テ遵守スヘキカ將タ其特約ハ單ニ受任者ヲ禱束スルニ止マルカ換言スレハ委任契約解除權ノ拡張ハ各當事者雙方ニ於テ公ノ秩序ニ反セナルカ此點ニ關シ大審院ハ判決シテ曰ク民法上委任ノ規定ハ公ノ秩序ニ關スルモノト認ムヘカラナルヲ以テ委任契約ニ付テハ民法ノ規定ニ異リタル特約ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レハ原裁判所カ委任契約ハ各當事者ニ於テ何時ニテモ解除スルヲ得ヘキ規定アルヲ以テ反對ノ契約ヲ爲スコトハ許スヘカラナルセノナリト説明シタルハ不法ナリト雖モ原判決ニ認定シタル事實ニ據レハ本件ハ被上告人ノ扶助料受取方ヲ上告人ニ委任シ

タル契約ナレハ被上告人ニ於テ其委任ノ解除ヲ求ムル以上委任ハ其性質上假合或ル期間委任ヲ解除セシト云フカ如キ特約アルモ受任者タル上告人ニ於テ其特約ヲ強要スルヲ得ナガモノナルヲ以テ原判決ニ被上告人ノ委任解除又意思表示ヲ爲シタル事實ヲ認メテ被上告人ノ證書返還ノ請求ヲ其理由アリト判斷シタルハ結局相當ノ裁判ニシテ云云ト(大審院明治三十五年(大)第五百三十六号第一回民事部判決)此判決ニ依レハ委任契約解除權ノ拠棄ハ委任ノ性質上受任者ノミニ於テ有效ニシテ委任者ハ解除權ヲ拠棄スルコト能ヘスト認メタルモノニシテ前題第六百五十一條第一項ノ規定ハ片面的强行規定ト爲リ同條ニ所謂省當事者ノル文字ハ甚タ了解シ難キ結果ヲ生スシ然モヘ其餘餘即ち本訴ノ被上告人ノ申立ヲ擴張又ハ減縮スルコト及ヒ請求ノ目的物ノ滅盡又ハ變更ニ因リ賠償ヲ求ムルコトヲモ包含スルヤ例ヘハ第一審ニ於ケル最後ノロ頭辯論前新ニ發見シタル證據ニ據リ訴ノ申立ヲ擴張スヘキコトヲ知リナカラ其擴張ヲ爲ス

コトヲ意リタル如キ又例ヘハ同時期ニ於テ最初求メタル物ノ滅盡シタルコトヲ知リナカラ之カ代價ヲ求ムルコトヲ爲サナリシ如キ場合ニ於テハ控訴審ハ原告若クハ被告ニ過失アリシテ之ヲ棄却スヘキモノナルカ將タ當然之ヲ審理判決セサルヘカラナルカ右第四百十六條ヲ一讀スルトキハ同文字中ニハ第一百九十六條第二號第三號ノ場合ヲ含ムカ如ク見ニナルニ非ス之ニ對スル大審院ノ判決ニ依レハ右第百九十六條第二號及ヒ第三號ノ場合ハ當然第二審ニ於テ主張スルコトヲ得ルモノト解スヘキカ如シ其判決要旨ニ云ク『民事訴訟法第四百十六條ニ當事者カ過失ニ非スシテ第一審ニ提出シ能ハナリシコトヲ疎明スルヲ要スル旨ヲ規定セルハ相殺スルコトヲ得ヘキ新ナル請求ニ關スルモノニシテ該法第百九十六條第二號及ヒ第三號ノ場合ニ關スルモノニ非ス』ト(大審院明治三十五年(大)第六百五十七號訴害行為ニ因ル下附證書返還請求事件(明治三十六年一月十九日)第二回民事部判決)

○假差押命令ト財產使用權
裁判所カ或特定期物ニ對シ假差押ノ命令ヲ發シタルトキハ其所有者ハ其財產ヲ自由ニ使用スルコト能ハサルナ否ヤ大審院ヘ、

曰ク云云本件ハ上告人所有ノ船舶ニ對シ單ニ假差押ノ命令ヲ發シタルアミモ

止リ未タ其執行ナカリシニ付牛上告人ハ自由ニ之ヲ使用スルコトヲ得可ク此場合ニ當リ假差押ノ執行アランコトヲ慮リ備船契約ヲ爲テナリシカ如キハ法律上上告人ノ爲ス可キ當然ノ責務ニアラスナレハ之カ爲メ損害ヲ生スルモ是自カラ招キタルモノト云フノ外ナク此損害ヲ指シテ假差押ノ命令ヲ發セシメタル被上告人ノ不法行爲ヨリ生シタルモノト云フヲ得サルヨドヘ云云ト(院明治三十五年十一月二十六日第二民事部判決)

○石氏送別會
昨年七月本校ヲ卒業セラレタル韓國人石鏡衡氏其國命ニ依リ將ニ本邦ヲ去ラントス蓋シ本校カ外國人タル卒業生ヲ出シタルハ實ニ氏ヲ以フ噶矢トス今ヤ氏ハ本國政府ノ召還ニ依リ已ムヨトヲ得ス本邦ヲ去ラナルベカラナルニ會セリ是ニ於テカ本校校友會へ去ル十二日午後氏ノ爲メニ送別ノ宴ヲ本校内ニ開キタル會スル者數十名秋山學士先ツ立テラ氏ヲ送ルノ詞ヲ述ヘラレ次ニ石氏ノ答詞並ニ本校ニ在學スルニ至リタル經歷並ニ苦學ノ狀況將來ノ方針及ヒ佛國遊學ノ企圖アル旨ヲ述ヘラレ尋テ田中博士外數氏ノ慷慨且多趣ナル演説アリテ七時過キ散會シタリ最優樂也

○高等科校外生募集廣告

高等科講義錄第七號目次 (四月二十日發行)

- 憲法ノ效力ニ關スル議問
- 憲法ト假差押ノ關係及ヒ憲法ノ施行廢止ニ付ノノ議問
- 再編制ニ關スル賈民議問及ヒ民主制
- 公評權及ヒ私評權ノ發生原因並ニ公評權及ヒ私評權ノ行使ニ關スル議問
- 海上保險ニ關スル議問及ヒ議錄
- 羅馬法(六一夏至九二〇)
- 高等科講義錄 每月二回發行月費金四十錢
- 入學審査費及學費申込マルルヲ可トス

三十六年四月

和佛法律學校

止リ未タ其執行ナカリシニ付キ上告人ハ自由ニ之ヲ使用スルコトヲ得可ク此場合ニ當リ假差押ノ執行アランコトヲ慮リ備船契約ヲ為ササリシカ如キハ法律上上告人ノ爲ス可キ當然ノ責務ニアラスナレハ之カ爲メ損害ヲ生スルモ是自カラ招キタルモノト云フノ外ナク此損害ヲ指シテ假差押ノ命令ヲ發セシメタル被上告人ノ不法行爲ヨリ生シタルモノト云フヲ得ナルコトハ云々ト(大審院明治三十五年六月二十六日第二民事部判決)

○石氏送別會 昨年七月本校ヲ卒業セラレタル韓國人石鎮衡氏其國命ニ依リ將ニ本邦ヲ去ラントス蓋シ本校カ外國人タル卒業生ヲ出シタルハ實ニ氏ヲ以テ嚆矢トス今ヤ氏ハ本國政府ノ召還ニ依リ已ムコトヲ得ス本邦ヲ去ラナルヘカラサルニ會セリ是ニ於テカ本校校友會ハ去ル十二日午後氏ノ爲メニ送別ノ宴ヲ本校内ニ開キタリ會スル者數十名秋山學士先ツ立チテ氏ヲ送ルノ詞ヲ述ヘラレ次ニ石氏ノ答詞並ニ本校ニ在學スルニ至リタル經歷並ニ苦學ノ状況、將來ノ方針及ヒ佛國遊學ノ企圖アル旨ヲ述ヘラレ等テ田中博士外數氏ノ慷慨且多趣ナル演説アリテ七時過キ散會シタリ

○高等科校外生募集廣告

高等科講義錄第七號目次 (四月十二日發行)

- 憲法ノ效力ニ關スル推問 法學士 竹井耕一郎
- 憲法ト條約トノ關係及ヒ憲法ノ變更廢止ニ付テノ推問 法學士 竹井耕一郎
- 再婚組、寡母ノ離婚及ヒ戸主權 法學士 竹井耕一郎
- 再婚組、寡母ノ離婚及ヒ戸主權 法學士 竹井耕一郎
- 主權ノ所在ニ關スル講演並ニ處分ニ付テノ推問 法學士 松浦鑑次郎
- 訴訟及ヒ私訴權ノ行使ニ關スル講演 法學士 鶴見守義
- 海上捕獲ニ關スル推問及ヒ講演 法學士 秋山雅之介
- 羅馬法 (六一夏至九二〇) 法學士 松浦鑑次郎
- 最高判例判例要旨集報
- 高等科講義錄 每月二回發行月謝金四十錢
- 入學志願書ハ此處至急申込マルルヲ可トス

和佛法律學校

三十六年四月

法學志林

每月一回十五日發行
校友、生徒、校外生限
一冊特價銀五角
十册前金部稅共銀八十錢

第四十二號

(四月十五日發行)

○賛議ノ法規慣例條約二付キ占領地ニ於テ私有兵

○規定ヲ論ス

○國法學、財政學トノ關係

法學士 岡

法學士 秋山雅之介

發行者

東京市牛込區牛込北町十番地

萩原敬之

志林

○取引所(續)

法學士 谷野格

印蘭書

東京市牛込區牛込北町三番地

纂論

○廢空ノ財物ナリト信シテ貯蓄財ノ破滅ヲ故買シ
タル者ノ處分

法學士 松浦鎮次郎

印蘭書

東京市芝園西ノ久保町十一番地

解疑

○租稅、公用徵費及七徵費ノ異同

法學士 杉本貞治郎

印蘭書

東京市芝園西ノ久保町十一番地

其他

○無記名株式ノ譲渡及、其持主ニ對抗スヘキ事件

法學士 杉本貞治郎

印蘭書

東京市芝園西ノ久保町十一番地

其他

○立木ニ關スル物權ノ保護、變更ヲ公示ス方法

法學士 中山成太郎

印蘭書

東京市芝園西ノ久保町十一番地

和佛法律學校

發行所

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

司法省

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

金子活版所

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

和佛法律學校

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

(電話番町百七十四番)

(明治二十二年十二月九日內務省許可)

(明治二十二年十一月四日第三種郵便物認可、毎月廿一回、一日三月五日六日八日十日十一日十二日十三日十五日十六日十八日廿日廿一日廿三日廿五日廿六日廿七日廿八日廿九日三十日發行)