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

PDF issue: 2025-07-04

法政大學講義録

板倉，松太郎 / 松岡，義正 / 上杉，愼吉 / 掛下，重次郎 / 若槻，禮次郎

(出版者 / Publisher)
法政大學
(巻 / Volume)
38
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
144
(発行年 / Year)
1906-02-07

（明治三十七年十一月十日第三種郵便物認可
毎月三回、五日、十五日、二十五日發行）

明治三十九年二月七日發行

三十八年度

法政大學講義錄

第三十八號

法政大學發行

和立法政大學編輯局

0323

第三十八號目次

民法親族（自一二五至一七二）　法律學士　掛下重次郎

民法相續（自一二五至一三二）　法學士　若槻禮次郎

行政法各論（自一六五至一七二）　法學士　上杉愼吉

民事訴訟法（自第六編自二一九至第八編至二二四）　法學士　板倉松太郎

破産法（自一六九至三七五）（完）　法學士　松岡義正

表紙及目次　四頁

雜報　○大審院判例要旨

090
1905
1-38

ノ認知ヲ認メサルニ於テハ胎兒ハ分娩スルトモ竟ニ認知ヲ受クルコト能ハサルニ至ルヘシ是既ニ胎内ニ存シナカラ唯其出生ノ遲キカ爲メ此利益ヲ受ケサルハ實ニ不幸ト謂フヘシ是ヲ以テ特ニ此規定ヲ設ケタルナリ

通常ノ場合ニ於テ父カ認知ヲ爲スニハ母ノ承諾ヲ要セスト雖子カ未胎内ニ在ルニ當リテハ認知セントスル者ノミノ意思ニ依リ其果シテ眞ノ父ナルヤ否ヤヲ判斷スルハ子ノ既ニ生レタル後ニ於テヨリモ一層困難ニシテ母ノ意思ニ反シテハ不當ノ認知タルヤモ知ルヘカラサルヲ以テ母ノ名譽、利益ニ關スルコト最大ナルカ故ニ特ニ其承諾ヲ要スルコトト爲シタリ

法律上ノ人格ハ死亡ニ因テ消滅スヘキコトハ固ヨリ論ヲ俟タサル所ナリト雖死亡シタル者ニ對シテ之カ例外ヲ設ケサルトキハ私生子カ認知ヲ受ケサル前ニ子孫ヲ遺シテ死亡シタルトキハ父又ハ母ハ其孫又ハ曾孫ヲ認知スルコト能ハサルカ故ニ法律ハ假ニ死亡シタル子ヲ認知シテ其利益ヲ其孫、曾孫等ニ及スコトト爲セリ此場合ニ於テ孫又ハ曾孫等ハ自身ニ認知ヲ受クルニ同シケレハ其孫、曾孫等カ成年者ナルトキハ其意ニ反シテ迄モ認知スヘキモノニ非サレハ此場合ニ於テハ前條ノ場合ノ如ク此等ノ者ノ承諾ヲ得ルコトヲ要スルモノト爲セリ

法律カ死亡シタル子ヲ認知スルコトヲ許スハ其子カ直系卑屬ヲ有スル場合ニ限ルカ故ニ若死亡シタル子カ直系卑屬ヲ遺サヽリシ場合ニ於テハ父又ハ母ハ死亡シタル子ヲ認知スルコトヲ得ス此場合ニ於テ死亡シタル子ノ認知ヲ爲スハ專認知ヲ爲ス者カ自ラ其子ノ相續權ヲ取得スルノ目的ヲ以テスルノ外何等ノ法律上ノ目的ヲ認ムルコト能ハス而シテ父又ハ母カ直系卑屬ナク死亡シタル子ヲ認知シタリトテ其者ハ之カ爲メ毫モ利益ヲ受クルコトアラサルナリ

0324

認知ノ效力(八三二條)　認知ハ出生ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ス但第三者カ既ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得ス

認知ノ效力ハ認知ヲ爲シタル者ト認知セラレタル者トノ間ニ親子ノ關係ヲ生スルカ故ニ認知ニ因テ認知者ノ血族ト被認知者トノ間ニ於テモ亦其親族關係ヲ生ス例之認知シタル者ノ父母ハ認知セラレタル者ノ祖父母タリ認知シタル者ノ嫡出子又ハ他ノ庶子又ハ私生子ハ認知セラレタル者ノ兄弟姉妹ト爲ルヘシ而シテ事實ニ於テハ出生ノ時既ニ定レル故ニ原則トシテ認知ハ出生ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生スルモノト爲セリ然レトモ認知アリタル前ニ第三者カ既ニ權利ヲ取得シタルトキ例之父カ隱居ヲ爲シタルトキ男子ナキヲ以テ女子相續(九七〇條一項二號)ヲ爲シ又ハ其者ニ子ナキカ故ニ親族其他ノ者ヲ以テ相續人ト爲シ其後ニ至リ父カ私生ノ男子ヲ認知シッリトセンカ若認知カ出生ノ時ニ遡リテ效力ヲ生ストノ規定ノミナルトキハ隱居ノ當時既ニ男子アルカ故ニ女子ハ之ニ先チテ相續ヲ爲スコトヲ得ス亦子ニ非サル者ハ尙更ナリ然レトモ私生子ノ認知ニシテ如此效力ヲ生スヘキモノトセハ之カ爲メ一旦相續人ト爲リタル者ノミナラス其者ノ債權者其他ノ第三者ニ至ル迄意外ノ損害ヲ受クル者アルヘシ故ニ此弊ヲ防クカ爲メ但書ノ規定ヲ設ケタリ

私生子カ父又ハ母ヨリ認知セラレシテ一家ヲ創立シ若クハ父ヨリ認知セラレシテ母ノ家ニ入リタル後ニ至リ認知セラレタル場合ニ於テ父又ハ母カ戶主ナルトキ其家ニ入ラントスルニハ轉籍ノ規定(七三七條)ニ依ルニ非サレハ入ルコトヲ得サル乎將本條ノ規定ニ依リ當然父又ハ母ノ家ニ入ルコトヲ得可キモノナルヤノ問題起ルヘキカ本條ニ於テ認知ノ效力ハ出生ノ時ニ遡ル旨ヲ規定セルカ故ニ私生ノ當時ニ在テ子ハ當然其父又ハ母ノ家ニ入ルヘキモノニシテ父又ハ母カ戶主ナル以上ハ之ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス

認知取消ノ禁止(八三三條)　認知ヲ爲シタル父又ハ母ハ其認知ヲ取消スコトヲ得ス

認知ハ單獨行爲ナルヲ以テ認知者ハ自由ニ之ヲ取消スコトヲ得ハキモノナリトノ疑ヲ生スヘキ恐ナシトセサレトモ認知ハ父又ハ母カ自己ノ子タルコトヲ自白スルモノニシテ之ニ因テ人ノ身分定ル重大ナル行爲ナレハ父又ハ母カ輕シク認知ヲ爲シ復後ニ之ヲ取消スコトヲ得ルモノト爲ストキハ認知セラレタル者ハ勿論其他ノ利害關係人ニ至ル迄不慮ノ損害ヲ受クルコトナシトセス是ヲ以テ一旦認知ヲ爲シタル以上ハ後之ヲ取消スコトヲ得サルモノト爲セリ而シテ實際ニ於テ私生子ノ認知ヲ爲スハ之ヲ爲ス者ノ爲メ多クハ恥辱タルヘキモノナルカ故ニ眞ニ過チテ之ヲ爲スカ如キハ極テ稀ナルヘク一旦爲シタル認知ヲ取消サント欲スルハ一旦ハ其良心ニ驅ラレテ認知ヲ爲シタルモ後日自己ノ利益ノ爲メ其認知ノ不利益ナルコトヲ覺リテ之ヲ取消サントスルニ在ルナラン如此取消ハ許スヘキモノニ非ス然レトモ此規定ハ完全ノ效力ヲ以テ爲サレタル認知ノ取消シ得ヘカラサルニ止リ其認知ニシテ無效若クハ取消ノ原因アル場合ニ於テハ總則編ノ規定ノ適用ヲ受クルコトヲ妨ケサルヤ論ヲ俟タサルナリ

認知ニ對スル反對事實ノ主張(八三四條)　子其他ノ利害關係人ハ認知ニ對シテ反對ノ事實ヲ主張スルコトヲ得(人訴二七條、三九條)

認知ハ單獨行爲ナルヲ以テ或場合(八三〇條、八三一條)ヲ除クノ外ハ認知者ノ單獨意思ノミヲ以テ完全ノ效力ヲ生スヘシト雖其認知ニシテ事實ニ反スルコトアルトキ例之眞ノ親ニ非サル者カ己ノ子ナリト認知シタルカ如キ場合ニ於テハ其認知ヲ受ケタル子其他利害關係人ニ其反對ヲ主張スル道ヲ得セシメサルヘカラス否ラサレハ利害關係人ハ不當ニ其利益ヲ毀損セラルヘキモ毫モ救濟ノ道ヲ有セサレハ

0325

ナリ子ノ外ノ利害關係人トハ子ノ親族、戶主、家族等ヲ指スモノナルモ法律ハ如何ナル者カ利害關係人ナルカヲ指定セサルヲ以テ何人ト雖之ニ利害關係ヲ有スル者ハ認知ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ヘシ父カ成年ノ私生子ヲ認知セントスルトキ子ハ實ニ父ノ子ナルニ拘ラス之カ承諾ヲ爲ササルコトヲ得ヘシト雖本條ノ規定ニ依リ子カ反對ノ事實ヲ主張スルニハ實際親子ノ關係アル場合ニ於テハ單ニ認知セラルルコトヲ欲セサルノ故ヲ以テ認知ヲ取消サシムルコトヲ得ス本條ニ於テハ認知カ事實ニ反スル場合ニ限リ之カ主張ヲ爲スコトヲ得ルニ止ルナリ

子ノ父母ニ對スル認知請求權（八三五條）　子、其直系卑屬又ハ此等ノ者ノ法定代理人ハ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ得

子又ハ其直系卑屬カ父又ハ母ノ認知ヲ求ムルノ權利ハ通常之ヲ父又ハ母ノ搜索ノ權利ト稱ス子カ親ヲ搜索スルノ權利ハ外國ノ立法例ハ區區ニシテ一定セス母ヲ搜索スルノ權利ハ概シテ之ヲ許スト雖父ニ對シテハ裁判所ノ認知ヲ求ムルコトヲ許ササル處アリ我邦ニ於テモ從前ニ在テハ明治六年一月十八日第二十一號布告ノ本文ニ「妻妾ニ非サル婦女ノ分娩シタル兒子ハ私生ニシテ其之ヲ生ミクル婦女ノ引受トス」ト規定シ其但書ヲ以テ「男子ヨリ己ノ子ト見留メ候上ハ婦女住所ノ戶長ニ請テ免許ヲ得候者ハ其子ハ男子ヲ父トスルヲ可得事」トアルヲ以テ子ハ母ノ認知ヲ求ムルコトヲ得ヘシト雖父ニ付テハ父カ其認知ヲ爲ササル場合ニ於テ子ヨリ之カ認知ヲ求ムルコトヲ得ヘキ規定アラサリシナリ佛國民法第三四〇條カ私生子ニ父ノ搜索權ヲ認メサルハ舊法ニ於テ之ヲ認許シ其舉證ノ方法トシテ母カ分娩ノ際爲シタル陳述ヲ以テ最强キモノト爲シタルヨリ母カ多數ノ男子ニ接シタル者ナルトキハ其分娩ノ際或ハ最富裕ナル者ヲ其子ノ父ト稱シ或ハ名譽アル者ヲ其子ノ父ナリト指定スルニ至リ其弊害ノ甚シキヲ以テ私生子ノ父ノ搜索ハ絶對ニ之ヲ禁シタレトモ是法律上其立證方法トシテ採用シタルモノ宜キヲ得サルニ出ラタル弊害ニシテ父ノ搜索ヲ爲スコトヲ許シタルヨリ生シタル弊害ニ非サルナリ而シテ父ニ對シテハ母ニ對スルヨリ立證上困難ナルニ止リ其認知ヲ求ムルコトニ付父ト母トノ間ニ區別ヲ立ツヘキ理ナク父ニ對シテモ其證據ヲ擧ケタル以上ハ父ノ搜索ヲ許スハ毫モ弊害アルヲ見サルナリ加之子ノ利益ヲ保護スル爲メ當然ノ規定ト謂ハサルヘカラス

此訴權ヲ有スル者ハ子、直系卑屬又ハ其法定代理人ニ限ル而シテ子ノ外其直系卑屬ニ之ヲ與ヘタルハ蓋父カ死亡シタル後ハ其直系卑屬カ之ヲ請求スルコトヲ得ルモノトセサルトキハ此等ノ者ニ於テ認知ヲ求ムルノ道ナケレハナリ

玆ニ一ノ疑問アリ嫡出子ハ父母ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ得ヘキヤ本條ハ庶子及私生子ノ款下ニ在ルカ故ニ庶子又ハ私生子カ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求ムルヲ得ヘキコトヲ規定シタルニ止リ嫡出子ニ關セサルナリ而シテ嫡出子ニ付テハ之ヲ規定シタル前款（八二〇條乃至八二六條）ニハ本條ノ如キ規定ナキカ故ニ嫡出子ハ父母ノ認知ヲ求ムルヲ得サルカノ疑問生ス（シ而シテ婚姻中ニ懷胎シタル子（嫡出子）ト雖父又ハ母カ其屆出ヲ爲サス若クハ事實ヲ詐リ他人ノ子トシテ屆出ヲ爲スコトナシトセス如此場合ニ於テハ其屆出ヲ爲スヘキ父又ハ母ハ戶籍法第二一〇條、第二一一條若クハ第二一五條ニ依リ科料又ハ重禁錮ニ處セラルヘキモノニシテ屆出ヲ爲スヘキ者ニハ罪過アレトモ其子ニハ毫モ咎ムヘキ所ナク且正當ノ婚姻外ニ於テ生レタル庶子又ハ私生子サヘ認知ヲ求ムルコトヲ得ヘキニ正當ノ婚姻ニ於テ生レタル嫡出子カ認知ヲ求ムルコトヲ得サルヘキ道理ナキヲ以テ本條ヲ援用シ嫡出子モ父母ノ認知ヲ求ムルコトヲ得ヘキモノト論セサルヘカラス

0326

民法實施前ノ私生子ハ今日父ニ對シテ認知ヲ請求スルコトヲ得ルヤノ問題アリ新民法ニ於テ認メタル規定ナルカ故ニ其請求ハ認メラ可ナルモノノ如シト雖民法施行法第一條ニ依レハ民法施行前ニ生シタル事項ハ特ニ同法ニ定メタル場合ノ外ハ民法ヲ適用セストアリ而シテ同法ニハ右ノ場合ニ民法ヲ適用スヘキ規定ナシサレハ民法施行前ニ在テハ曩ニ舉ケタル明治六年一月第二一號布告ニ依レハ父ヨリ私生子ヲ認知スルコトハ許サルレトモ子ヨリ父ニ對シテ認知ヲ求ムルコトハ許サレサルモノト謂ハサルヘカラス

對シテ認知ヲ求ムルコトハ許サレサルモノト謂ハサルヘカラス

嫡出子タル身分ノ取得（八三六條）　庶子ハ其父母ノ婚姻ニ因テ嫡出子タル身分ヲ取得ス

婚姻中父母カ認知シタル私生子ハ其認知ノ時ヨリ嫡出子タル身分ヲ取得ス

前二項ノ規定ハ子カ既ニ死亡シタル場合ニ之ヲ準用ス（八一〇三條乃至一〇五條）

元來嫡出子ト其他ノ子トノ差異ハ其父母ノ間ニ正當ノ婚姻アリテ生レタルト否トニ在リ故ニ嫡出子ニ非サル子即庶子又ハ私生子ト雖其出生後ニ至リ其父母タル者ノ間ニ正當ノ婚姻アリタルトキハ父母ハ其野合ノ過失ヲ之ニ因テ補修シタルヲ以テ法律カ之ニ恩典ヲ與ヘ其懷胎ヲ以テ適法ノ懷胎ト看做シ而シテ父母ノ過失ノ結果ヲ罪ナキ子ニ及ホサラシムルハ極テ至當ノ處置ナリ然ラサレハ同一ノ父母ノ間ニ生レタル子ニシテ婚姻前ニ生レタルモノハ私生子トシ婚姻後ニ生レタル子ハ之ヲ嫡出子トシ先ニ生レタル者ノ權利ハ却テ後ニ生レタル者ノ權利ニ劣ルニ至ル如此ハ不當ナルノ感ナキニ非サルナリ故ニ法律ハ私生子ニ父母ノ婚姻ニ因テ嫡出子タル身分ヲ取得セシムルコトト爲セリ

法律ハ私生子カ嫡出子タル身分ヲ取得スル二種ノ場合ヲ認メタリ即其一ハ父母共ニ婚姻前ニ認メタル子ハ其父母ノ婚姻ニ因テ嫡出子タル場合（一項）他ノ一ハ婚姻前ニ父母共ニ其子ヲ認知セス又ハ其孰カ一人カ之ヲ認知セサルモ其婚姻後之ヲ認知スルトキハ其時ヨリ嫡出子タル身分ヲ取得スル場合（二項）是ナリ

右第一ノ場合即チ父母共ニ婚姻前ニ認知シタル場合ニ於テ嫡出子タルノ身分ハ婚姻ノ日ヨリ之ヲ取得シ其第二ノ場合即婚姻中ニ父母カ認知シタル場合ニ於テハ其認知ノ時ヨリ之ヲ取得シ而シテ第二ノ場合ニ於テハ其效力既往ニ遡及スルコトアラサルナリ例之婚姻ノ當時未タ認知セラレサル齡十歲ノ男子（甲）ト其當時既ニ父母ノ認知ヲ得タル五歲ノ男子（乙）アリトセンカ此場合ニ於テ甲ハ乙ヨリ年長ナレトモ父ヲ相續スルニ當リ第九七〇條第四號ノ規定ニ從ヒ其順位乙ニ劣レリ而シテ又婚姻後更ニ一人ノ男子（丙）出生シタリトスレハ丙ハ其相續ノ順位ニ付乙ニハ劣レトモ甲ニハ優レリ若此場合ニ婚姻中ニ認知セラレタル甲カ婚姻ノ初ニ遡リテ嫡出子タル身分ヲ有スルコトト爲ストキハ他ノ嫡出子即乙丙ノ權利ヲ害スルニ至リ第八三二條但書ノ精神ト背馳スルヲ以テ此場合ニ於ケル嫡出子タル身分ノ取得ハ認知ノ時ヨリ效力ヲ有スルコトト爲シタルナリ

以上ハ子カ生存セル場合ニ關スレトモ子カ死亡ノ後其子又ハ孫ノ存スル場合ニ於テハ其子又ハ孫ニモ亦同一ノ利益ヲ受ケシメサルヘカラス（八三一條二項、八三五條）是ヲ以テ法律ハ父母カ認知シタル私生子ハ父母ノ婚姻ノ當時ニ在テハ既ニ死亡シ其子又ハ孫ノミ存スルトキ父母ノ婚姻ノ結果其子又ハ孫ハ當然嫡出ノ孫又ハ曾孫タル身分ヲ取得スルコトト爲シ又父母ノ婚姻ノ後既ニ死亡シタル子ノ子又ハ孫ノ爲ニ認知ヲ爲シタルトキハ其時ヨリ其子又ハ孫ハ父母ノ嫡出ノ孫又ハ曾孫タル身分ヲ取得スルコトト爲シタリ

0327

第二節　養子

養子トハ他人ノ子又ハ他家ニ在ル自己ノ子ヲ收養シテ已ノ子ト爲シ之ト親子ノ關係ヲ生スルモノナルカ養子制度ノ存廢ニ付テハ學說及立法例固ヨリ一ニ歸セス佛、伊諸國ノ如キハ現今法律上養子制度ヲ認許スト雖モ人民ノ之ヲ實行スルコト極メテ寡シ又英、米諸國ニ於テハ法律上養子ナル者ヲ公認セスシテ全ク之ヲ人民ノ德義ニ一任セリ我邦ニ於テハ家族制度ヲ採リ家ヲ以テ社會ノ基礎ト爲スニ依リ養子制度ノ必要ヲ感スルコト殊ニ甚シクシテ古來ヨリ此制度ヲ認メタリ維新前ニ於ケル武士ノ如キハ實子（男）ナク亦養子（男）ナクシテ死亡シタルトキハ其扶持召上ケラレ武士トシテノ家ハ廢滅スルニ至リ武士ハ他ノ農工商等ニ比シ養子ノ必要ナリシコト言フヲ俟タサルナリ而シテ養子制度ハ近來益其弊多キカ爲メ寧之ヲ禁スルヲ可トスルノ論者ナキニ非スト雖苟家族制度ノ存スル以上ハ之ヲ禁スルコト困難ナルノミナラス縱令之カ爲メ弊害アルコトヲ認ムルトモ現今盛ニ行ハルル所ノモノヲ俄ニ廢止セントスルトキハ人民ヲシテ不自由ヲ感セシメ策ノ得タルモノニ非ス是ヲ以テ法律ハ養子ニ關スル弊害ハ規定ヲ設ケテ可及的之ヲ矯正シ依然養子ノ制ヲ存シタリ

本節ヲ分チテ四款ト爲ス第一款、緣組ノ要件、第二款、緣組ノ無效及ヒ取消、第三款、緣組ノ效力、第四款離緣是ナリ

第一款　緣組ノ要件

養子緣組ノ要件ハ之ヲ實質上ノ要件及形式上ノ要件ニ分ツコトヲ得

養子緣組ノ實質上ノ要件ハ緣組當事者ノ意思表示、緣組ノ能力及或者ノ同意ヲ要スルコト是ナリ形式上ノ要件トハ緣組ヲ爲スニ付要スル方式是ナリ

緣組ノ實質上ノ要件

（一）第八三七條　成年ニ達シタル者ハ養子ヲ爲スコトヲ得（人一〇六條）

外國ノ立法例ニ依レハ其多數ハ養子制度ヲ以テ實子ナキカ將タ之ヲ失ヒタル者ヲ憫ムノ趣旨ニ基クモノトシ隨テ通常實子ヲ擧クルコト能ハサル年齡ニ達シタル者ノミヲシテ養子ヲ爲スコトヲ得セシムル主義ニ基キ四十歲乃至六十歲ノ年齡ニ達セサレハ養子ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ通例ト爲スモノノ如シ然レトモ我邦ニ於テハ固ヨリ單ニ實子ナキ者ヲ憫ミテ養子制度ヲ認ムルニ至リタルモノニ非サレハ外國多數ノ立法例ノ如ク緣組ノ要件トシテ殊更ニ養親ノ年齡ヲ高クスルコトヲ要スル理ナシ而シテ從來ノ慣習ニ於テ早ク養子ヲ爲スコトヲ認メタリ德川時代ニ於テハ其百箇條中ニ「當人幼少ナリトモ存命ノ內ニ養子ヲ願フニ於テハ長年ノ者タリトモ相續申付不苦候事」トアリテ養親ノ年齡ニ制限ヲ設ケサレトモ緣組ハ一身一家ニ取リテ重大ナル關係ヲ有スルモノナレハ未タ成年ニ達セサル者ヲシテ隨意ニ養子ヲ爲スコトヲ得セシムルカ如キハ頗危險ニシテ立法上其當ヲ得タルモノト謂フヲ得ス是ヲ以テ法律ハ養親カ成年ニ達セサレハ養子ヲ爲スコトヲ得サルモノト爲シタリ

曩ニ說キタルカ如ク從來養子ナル語ハ男子ノ他人ニ收養セラルル者ノミヲ指稱シ女子ニ付テハ別ニ養女ナル語ヲ用ヒシト雖本法ニ於テハ男女ノ間ニ別ニ用語ヲ異ニセス養子ナル語ノ中ニ男女ヲ包含セシメタルヲ以テ他ノ女子ヲ收養スル場合ニモ養子ト稱スルコトニ注意セサルヘカラス

家族制度ヲ採レル國ニ於テハ家ヲ重スルカ故ニ戶主ニ子ナキ場合ニ於テハ養子ヲ爲スコトヲ必要トスト雖本法ニ於テ養子ヲ認ムルハ必シモ家督相續ノ必要ノミニ止マラサルヲ以テ養子ヲ爲ス者ハ戶主ニ

0328

限ラサルナリ故ニ家族ト雖成年ニ達シタル者ハ養子ヲ爲スコトヲ得ヘシ是第八三九條ニ於テ家督相續人タル男子アル場合ニ於テモ其外女壻ト爲ス爲ニ養子ヲ爲スコトヲ得ヘキ旨ヲ規定シ又第七五〇條ニ於テハ家族カ養子ヲ爲スニハ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要シ家族カ右ノ規定ニ違反シテ養子ヲ爲シタル場合ニ於テハ其家族ハ離籍セラレ養子ハ養親ニ從テ其家ニ入ルヘキコトヲ規定スル所ニ依リ法律カ認ムル所ナルコト明ナリ而シテ養子ヲ爲ス者カ既ニ婚姻ヲ爲シタルト否トヲ問ハサルナリ

(二)　第八三八條　尊屬又ハ年長者ハ之ヲ養子ト爲スコトヲ得ス(人一〇六條)

養子ハ之ヲ以テ實子ニ擬シ其間親子ノ關係ヲ生スルモノナレハ己ヨリ年長ナル者ヲ以テ養子ト爲ストキハ自然ニ反ス又尊屬ノ中ニハ養親ヨリ年少ナル者(叔父、叔母)アルヘシト雖如此者ヲ養子ト爲ストキハ尊卑ノ順序ヲ紊亂スルモノナルカ故ニ法律ハ尊屬又ハ年長者ヲ養子ト爲スコトハ之ヲ禁シタリ外國ノ立法例並ニ我邦古代ノ法令中ニハ養親ノ年齢ハ養子ノ年齢ヨリ十五歳以上年長ナルコトヲ要スヘキ規定アレトモ我邦近代ノ慣習ニ於テ如此條件ヲ必要トスルハ頗實際ニ適セサルモノアルヲ以テ單ニ養親ノ年齢カ養子ニ優レルヲ以テ足レリト爲シ別ニ其間ノ年齢ニ關シテ條件ヲ設ケサリシナリ尊屬トハ直系尊屬即父母、祖父母等ハ勿論兄、姉、伯叔父母等從來俗ニ所謂目上ト稱スル親族ハ其血族ナルト姻族ナルトヲ問ハス皆此等ヲ總稱スルナリ卑屬ハ他ノ條件ヲ具備スルニ於テハ之ヲ養子ト爲スコトヲ得ルモノニシテ孫又ハ曾孫ヲ自己ノ養子ト爲スコトヲ得ルハ勿論庶子、私生子又ハ他家ニ在ル嫡出子ト雖之ヲ養子ト爲スコトヲ得ヘキナリ(八四一條二項)

(三)　第八三九條　法定ノ推家督相續人タル男子アル者ハ男子ヲ養子ト爲スコトヲ得ス但女壻ト爲ス爲ニスル場合ハ此限ニ在ラス(一〇七條)

從來ニ在テハ一人ニシテ數人ノ養子ヲ爲スコト其例少カラサリシヲ以テ此要件ハ從來ノ慣例ニ反セリ蓋立法者カ養子ヲ認ムル趣旨ハ必シモ家督相續ノ必要ニノミ基クモノニ非サルコトハ既ニ說キタルカ如シト雖然レトモ元來養子ノ主タル目的ハ家督相續人ヲ得ント欲スルニ在リ故ニ家督相續人カ女子ナル場合ニ於テハ女子ヲシテ相續ヲ爲サシムルハ通常人ノ欲セサル所ナルカ故ニ更ニ男子ヲ養子トセント欲スルコトハ我邦ノ人情ニ適セリ反之既ニ家督相續人タル男子アル者カ更ニ男子ヲ以テ養子ト爲スカ如キハ必要ナキコト多クシテ或ハ法定ノ推定家督相續人ノ相續權ヲ侵害ス否ラサルトモ少クモ家族ノ平和ヲ害スルノ恐アルヲ免レス而シテ家督相續ノ目的ヲ以テセサル養子ハ多クハ女壻ト爲ス爲ニスルニ在ルカ故ニ此場合ニ於テハ幾人ノ養子ヲ爲スモ不可ナルコトナシ又女子ヲ養ハ多ク家督相續ノ目的ノ爲ニセサルカ故ニ是亦制限ヲ設クル必要アラサルヲ以テ右ノ如キ規定ヲ設ケ之ヲ第三ノ要件ト爲シタリ

本條ノ規定アルカ爲ニ間接ニ第九七三條ノ規定ハ徒法ニ歸スルコトアリ第九七三條ノ規定ニ從ヘハ法定ノ推定家督相續人ハ其姉妹ノ爲ニスル養子緣組ニ因テ其相續權ヲ害セラルルコトナシ依テ姉妹ノ兩女子アル場合ニ於テ父カ妹ニ對シ壻養子ヲ爲ストモ相續權ハ依然姉ニ存スヘシ然ルニ本條ノ規定ニ於テハ家督相續人タル男子アル場合ニハ男子ヲ養子ト爲スコトヲ得サレトモ法定ノ推定家督相續人カ女子ナル場合ニハ男子ヲ養子ト爲スコトヲ得ルモノニシテ此場合ニハ養子カ嫡出子タル身分ヲ取得シテ法定ノ推定家督相續人ト爲ルヘク而シテ養子ヲ爲シタル後ニ於テ法定ノ推定家督相續人タリシ者ノ妹ト婚姻スルコトハ法律ノ禁スル所ニ非サルヲ以テ其者ト婚姻スルトキハ唯養子緣組ト同時ニ婚姻スル

ト其後ニ於テ婚姻スルトノ差異アルノミニシテ養子縁組後ニ於テ法定ノ推定家督相續人タリシ者ノ妹ト婚姻シタル場合ハ第九七三條ノ精神ニハ明ニ反セリ然レトモ本條ノ規定アルニ因リ右ノ養子縁組ヲ爲シ其養子カ法定ノ推定家督相續人ト爲リタル後婚姻スルコトヲ得ヘキナリ

本條ノ規定ニ付テハ法定ノ推定家督相續人タル男子アル者未タ婚姻年齢ニ達セサル幼年ノ女子ト他日妻ハスヘキ豫約ヲ以テ男子ヲ養子ト爲スコトヲ得ルカノ問題アリ

本條ノ法意ノ如何ヲ問ハス唯但書ノ文面ノミニ拘泥スルトキハ本問ノ場合モ但書中ニ包含スルモノノ如シト雖如此解釋スルトキハ先其前提トシテ法律上婚姻ノ豫約ナルモノヲ是認セサルヘカラス然ルニ婚姻ノ豫約ナルモノハ民法ニ於テ認メラレサルナリ詳言スレハ壻養子縁組ニ於テハ養親ト養子トノ間ニ於ル養子縁組及養親ノ女子ト養子トノ間ニ於ル婚姻ノ二行爲ノ同時ニ存スルヲ常トスヘキニ本問ノ如ク養親間ニ於テ養子縁組ミ先存シ養子ト養親ノ女トノ間ニ於ル婚姻ナルモノ存セス縁組當時ニ在テハ唯僅ニ養親カ其女ヲ養子ニ娶ハスノ意思ト養子カ之ヲ娶ラントスル意思トアルニ過キサレトモ嚴格ニ謂フトキハ如此ハ法律上婚姻ニ於ル眞ノ豫約トモ謂フコトヲ得サルナリ何トナレハ婚姻ノ當事者タル者ハ養子ト養親ノ女ニシテ養親ハ其婚姻ニ付テハ唯同意ヲ爲スコトノ權ヲ有スルニ止リ養子縁組ニ付親カ十五年未滿ノ子ノ養子タルトキ之ニ代リテ縁組ノ承諾ヲ爲ス(八四三條一項)コトヲ得ルカ如ク婚姻ニ付親カ其當事者ノ一方(子)ニ代リテ之カ意思ヲ表示スルコトヲ得ヘキ規定存セサレハナリ俗ニ親カ其子ニ婿ヲ娶リテヤルト謂フカ如キハ全ク法律上ニ於テハ何等ノ關係ナク婚姻ニ於ル當事者ハ未婚ニシテ各〻僅ニ婚姻年齢ニ達シタル者ト雖目ラ主動者ト爲リテ婚姻ヲ爲スモノニシテ當事者ノ親ノ如キハ以上叙述スルカ如ク子ニ對シテ婚姻ヲ爲スコトヲ許諾スルニ過キサルナリ

夫レ如此養親ト養子トノ間ニ於テ養親ノ女ト養子ト他日婚姻スヘキ約束ハ婚姻當事者以外ノ者ノ間ニ成レルモノニシテ法律上豫約ト謂フヲ得サレトモ今ヤ養親ノ女子カ婚姻ノ豫約ヲ爲ス能力アリテ之カ豫約ヲ爲シタリトスルモ法律上如此豫約ハ效力ナシトノ明文ハ存セサレトモ親族編全體ヲ通觀スルトキハ養子縁組、離縁、婚姻及離婚等ニ付テハ單ニ其届出ヲ爲シタル場合ニ於テ其效力ヲ有スルコトト爲シタルニ過キスシテ其以前ノ約束ノ如キハ毫モ法律ノ認メサル所ナルヲ以テ獨逸民法ノ如ク豫約ノ解除ニ關スルカ如キ規定ノ存セサル所以ニシテ德義上ノ問題ハ別ト爲シ我民法ニ於テハ婚姻、養子縁組等ニ付テハ縱令當事者カ他日之ヲ實行スヘキ如何ニ堅キ約束ヲ爲シ置クトモ雙方任意ニ之カ届出ヲ爲ササル以上ハ其豫約ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ス然ルニ本問ノ場合カ本條但書中ニ包含スルモノト解釋スルニハ法律ノ認メサル婚姻ノ豫約ヲ有效ト爲シ婚姻年齢ニ達シタル後ニ於テハ其豫約ヲ實行スルコトヲ得セシメサルヘカラス若然ラサルニ於テハ但書ノ規定ヲ以テ本文ノ原則ヲ破壞スルニ至ルヘキナリ是ヲ以テ法定ノ推定家督相續人タル男子アル者ハ其女子カ養子縁組ト同時ニ爲ス養子タル男子ト婚姻ヲ爲ス場合ノ外他日婚姻ヲ爲サシムヘキ豫約ヲ以テ男子ヲ養子ト爲スコトヲ得サルモノトス

聞ク所ニ據レハ法曹記事明治三十二年一月二十五日附司法省民刑局長ノ回答(法曹記事八八號八一頁)及明治三十四年十一月九日法曹會決議(法曹記事一二二號一頁以下)カ積極說(民法要義モ同說ナリ同四卷二八〇頁)ヲ執レルヨリ戶籍役場ニ於テハ到ル所本問ノ如ク他日女ノ壻ト爲スヘキ目的ヲ以テ爲シタル養子縁組ノ届出ヲ受理スト(現ニ名古屋市ニ於ル予ノ知人タル醫學士某ハ十五年ニ滿タサル女ニ娶ハスヘキ積リニテ第一高等學校ニ在ル某ヲ養子ト爲シタル届出ヲ受理セラレタリ而シテ某氏ニハ現ニ右女子ノ外推定家督相續人タル男子アリ)反對論者ハ此場合ニ於テ養親カ養子ヲ爲ス當時女壻

0330

ト爲ス爲ニスル意思明白ナル以上ハ養子ヲ爲ストモ民法第九七〇條第二項ノ規定アルヲ以テ其養子カ實男子ヨリ年長ナルトキト雖實男子ノ相續權ヲ害スルコトナキカ故ニ本問ノ場合ニ於テ養子タルコトヲ許スト雖モ毫モ弊害アルヲ見スト曰フモ此理由ハ本條ノ本文ノ場合ニ適スヘク詳言スレハ法定ノ推定家督相續人タル男子アル場合ニ於テ之ヨリ年長ノ男子ヲ養子ト爲ストモ其養子ハ反對論者カ但書ニ付キ付シタル理由即民法第九七〇條第二項ノ規定アルヲ以テ年長ノ養子ハ家督相續ニ付テハ養子縁組ニ因リ嫡出子タル身分ヲ取得シタル時生レタルモノト看做サルルカ故ニ實際ノ年長者ハ家督相續ニ付テハ順位上實男子ニ劣リテ毫モ相續權ヲ害スルコトナキカ故ニ此理由ニ依ルトキハ立法上本條ノ本文ノ規定ヲ取除キテ可ナルナリ然ルニ直接相續權ニ害ナキニ拘ラス立法者カ此規定ヲ設ケタルハ他ナシ法律カ養子ヲ認メタル目的ハ主トシテ家督相續人ヲ得セシメントスルニ在ルヲ以テ如此養子ハ必要ナキモノト認メタレハナリ然レトモ其但書ノ規定ハ養子縁組ノ外養親ノ女ト養子ト同時ニ婚姻ヲ爲スカ爲ニ家督相續人トシテ必要ナキ養子ヲモ養子トシテ認メタルニ外ナラサルナリ而シテ此立法ノ精神ヲ貫徹セシメント欲セハ婚姻ト同時ニ爲ス養子縁組ノ外ハ許ササルモノト解セサルヘカラス而シテ反對論者ノ如ク養子縁組ノ際養親ノ意思女壻ト爲ス爲ニスルニ在ルコト明白ナルニ於テハ女ト養子ト直ニ婚姻セサルモ養子ト爲スヲ可ナリトスルトキハ戸籍吏ハ屆出ヲ受理スル際養親ノ意思ヲ調査セサルヘカラサレトモ戸籍吏ニハ如此權能ナシ縱シ之アリトスルトモ如此意思ハ外部ニ顯レサルモノナルカ故ニ養親カ單ニ他日女壻ト爲ス爲ナリト申立サヘ爲サハ實際其意ナキ場合ニ於テモ戸籍吏ハ此屆出ヲ受理セサルヘカラサルニ至リ養子縁組當事者ノ詐欺ニ依リ容易ニ原則ノ規定ヲ破壞スルコトヲ得ルニ至リ如此ハ許スコトヲ得サルナリ又若反對論者ノ說ノ如クナランニハ女子カ婚姻年齡ニ達シタル後養子ト婚姻ヲ爲ス意思ナキ場合ニハ養子縁組ヲ無效ト爲スカ將タ少クトモ之カ離縁ヲ許スヘキ規定之ニ伴ハサルヘカラサルニ法律カ如此規定ヲ設ケサル所ヨリ觀ルモ本條但書ハ以上叙述シタル如ク解釋セサルヘカラス

(四)　第八四〇條　後見人ハ被後見人ヲ養子ト爲スコトヲ得ス其任務カ終了シタル後未タ管理ノ計算ヲ終ラサル間亦同シ

前項ノ規定ハ第八四八條ノ場合ニハ之ヲ適用セス(人一〇八條)

後見人ハ被後見人ノ財產ヲ管理シ其任務終了スルヤ二箇月間ニ其管理ノ計算ヲ爲スコトヲ要スヘキモノニシテ毫モ被後見人ノ財產ヲ私スルコトヲ許サス然ルニ後見人カ被後見人ヲ養子ト爲スコトヲ許ストキハ被後見人ノ財產ニ付不正ノ行爲ヲ爲シタルヲ掩ハンカ爲ニ之ヲ其養子ト爲シ以テ親族會其他ノ監督ヲ免レントスル者アルニ至ルヲ以テ法律ハ如此弊害ヲ豫防スルカ爲メ第一項ノ規定ヲ設ケタリ右ノ規定ニ對シ法律ハ一ノ例外ヲ設ケタリ即後見人カ遺言ヲ以テ被後見人ヲ養子ト爲ス意思ヲ表示シタル場合是ナリ此場合ハ第八四八條ニ規定スル所ニシテ後見人カ後見ノ繼續中又ハ其計算ヲ終ラサル以前ニ死亡シタル場合ニ於テハ後見人カ其權利ヲ利用シテ被後見人ノ財產ヲ私シ計算ヲ曖昧ニスルカ如キ意思ヲ推定スルコトヲ得サルヲ以テ此場合ニハ被後見人ヲ養子ト爲スコトヲ禁スヘキ理由アラサルナリ

(五)　第八四一條　配偶者アル者ハ其偶配者ト共ニスルニ非サレハ縁組ヲ爲スコトヲ得ス

夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ子ヲ養子ト爲スニハ他ノ一方ノ同意ヲ得ルヲ以テ足ル(人一〇條)

0331

外國ニ於テハ配偶者アル者ト雖獨立シテ養子ヲ爲シ又ハ養子ト爲ルコトヲ得ル所アリト雖我邦ノ慣習ニ於テハ夫婦獨立シテ養子縁組ヲ爲スコトヲ許サザリシヲ以テ本法ニ於テモ如此養子縁組ハ許サザルコトト爲セリ詳言スレハ配偶者アル者ハ其配偶者ト共ニスルニ非サレハ養子ヲ爲スコトヲ得ス夫婦ノ一人カ養子ヲ爲シ他ノ一人カ之ヲ其養子ト爲サザルカ如キコトハ許サレザルナリ故ニ縁組ニ付テハ夫婦兩人ノ同意アル者ニ非サレハ養子ト爲スコトヲ得ス若其中一人ノ之ヲ欲セザル者ハ養子ト爲スコトヲ得ス何トナレハ養子ト養親トノ間ニ血族タル親子ト同一ノ關係ヲ生スルモノナレハ夫婦各別ニ養子ヲ爲シ夫婦ノ一方ニハ子ニシテ他ノ一方ニハ子ニ非サルカ如キ關係ヲ生セシムルハ養子制度ノ本旨ニ反スルノミナラス家族ノ平和ヲ害スルコト少カラサレハナリ又養子ト爲ルヘキ者ニ配偶者アルトキハ其夫婦ノ關係ヲ存シナカラ其中一人ノミヲ養子ト爲スコトヲ得ス此場合ニ於テ之ヲ許スハ婚姻ノ性質ニ反スルモノト謂フヘシ

夫婦ノ一方ノ子ヲ引取リテ養子ト爲ス場合ニ於テ例之夫婦ノ一方カ私生子又ハ前婚ノ子ヲ有スル場合ニ於テ養子ト爲ルヘキ者ハ既ニ夫婦ノ一方トハ親子ノ關係アルモノナレハ之ヲ收養スルニ當リ夫婦共ニ之ヲ養子ト爲スノ必要ナク唯其一方ノ承諾ヲ得レハ足レリト爲セリ

配偶者アル者ノ縁組ヲ爲ス場合ニ於ル意思表示（八四二條）前條第一項ノ場合ニ於テ夫婦ノ一方カ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ハ雙方ノ名義ヲ以テ縁組ヲ爲スコトヲ得（八一一〇條）

養子ヲ爲サントスル者又ハ養子ト爲ラントスル者ニ配偶者アルトキハ其當事者タル夫婦各自ノ意思表示アルコトヲ要スルハ前條ニ規定スル原則ナレトモ夫婦ノ一方カ心神喪失等ノ事由ニ依リ意思ヲ表示スルヲ得サルコトアリ如此場合ニ於テモ夫婦各自ノ意思表示ヲ必要トスルトキハ實際上養子縁組ヲ爲サント欲スルモ能ハサルナリ然レトモ如此場合ニ養子ヲ爲シ又ハ養子ト爲ルノ必要ヲ生スルコトハ往往之アル所ナレハ法律ハ實際ノ必要便宜ヲ圖リ如此場合ニハ一方ノ意思表示ヲ以テ他ノ一方ノ意思表示ニ代フルコトト爲シタリ

（六）第八四三條　養子ト爲ルヘキ者カ十五年未滿ナルトキハ其家ニ在ル父母之ニ代リテ縁組ノ承諾ヲ爲スコトヲ得

繼父母又ハ嫡母カ前項ノ承諾ヲ爲スニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス（八一一五條、一一九條）

養子縁組ハ其縁組當事者ノ身分ニ重大ナル效果ヲ生スルモノナルヲ以テ其各當事者ノ任意ノ意思表示アルヲ必要トスルコトハ當事者保護ノ爲メ當然ナリト雖我邦ニ於テハ幼少ノ者ヲ養子ト爲ス慣習アルヲ以テ如此者カ養子タルヘキ場合ニ於テハ本人ノ爲シタル意思表示ハ法律上之ヲ其意思ト看做シ難キコト多カルヘキカ故ニ滿十五年以下ノ者カ養子ト爲ルヘキ場合ニ於テハ其家ニ在ル父母之ニ代リテ意思表示ヲ爲スコトヲ許シタリ而シテ養子ノ意思表示ヲ代表スヘキ父母ハ其家ニ在ル者ニ限ルコトハ子カ婚姻ヲ爲ス際父母ノ同意ヲ得ル場合ニ同シキナリ

第八四六條ニ依リ第七七二條第二項及第二項ノ規定ヲ茲ニ準用スルコトト爲シタルヲ以テ父母ノ一方カ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキ他ノ一方ノ意思ノミヲ以テ足レリトシ又父母共ニ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ其後見人及親族會ノ承諾ヲ得ルコトヲ要スルモノト爲セリ

家ニ在ル父母中ニハ繼父母及嫡母ヲモ包含スレトモ此等ノ者ハ子ト血縁ヲ有スル者ニ非サルヲ以テ子ノ利益ヲ慮ルコト實父母ノ如クナラサルコトハ言フヲ俟タサレハ法律ハ繼父母又ハ嫡母カ濫ニ其繼子

0332

又ハ庶子ヲ他人ノ養子ト爲スノ弊害ヲ防カンカ爲メ其承諾權ヲ制限シテ之ニ親族會ノ監督ヲ加ヘタリ』

此法律ノ精神ハ繼父母又ハ嫡母カ子ノ婚姻ニ同意セサル場合ノ規定七七三條ト其趣旨ヲ同クスルナリ。

(七)第八四四條　成年ノ子カ養子ヲ爲シ又ハ滿十五年以上ノ子カ養子ト爲ルニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(人一一六條一項)

養子縁組ハ養親又ハ養子ノ爲ニ血族關係ト同一ノ關係ヲ生スルモノ(七二七條)ニシテ養親ノ父母ハ養子ノ祖父母ト爲リ又養子ト爲リタル者ハ法律上爾後其實父母ニ對スルヨリモ養父母ニ對スル關係却テ密ナルニ至ルヘケレハ右就ノ場合ニ於テモ其父母ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ養子ヲ爲スコトヲ得サルモノト爲セルハ當然ナリ而シテ養子縁組ノ場合ハ子カ婚姻ヲ爲ス場合ト異ナリテ右ノ如キ關係ヲ有スルカ故ニ父母ノ承諾ヲ得ルニ付年齢ニ制限ヲ設ケサルナリ(七七二條一項)是ヲ以テ養子ヲ爲スヘキ者ハ何歳ニ至ルモ其家ニ父母アルトキハ之カ承諾ヲ得サルヘカラス

養子ト爲ルヘキ者ニ付テハ既ニ說キタルカ如ク滿十五年以下ナルトキハ其者ノ爲シタル意思表示ハ法律上有效ナラサルモノト爲シ其家ニ在ル父母之ニ代リテ縁組ノ承諾ヲ爲スヘキコトト爲シタレトモ滿十五年以上ト爲リタル者ハ自ラ有效ノ意思ヲ要スルコトト爲シタリ之ヲ以テ滿十五年以下ノ子ニ對シテハ父又ハ母ハ其意思ニ反シテ之ヲ他人ノ養子ト爲スコトヲ得ヘシト雖滿十五年以上ノ子ハ之ト異ナリテ其意思アルニ非サレハ之ヲ他人ノ養子ト爲スコトヲ得サルナリ

此規定ニ付テモ第八四六條ニ依リ第七七二條第二項、第三項及第七七三條ノ規定ヲ準用ス

(八)第八四五條　縁組又ハ婚姻ニ因テ他家ニ入リタル者カ更ニ養子トシテ他家ニ入ラント欲スルトキハ實家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス但妻カ夫ニ隨ヒテ他家ニ入ルハ此限ニ在ラス

本法ハ養子縁組又ハ婚姻ニ因テ他家ニ入リタル者カ更ニ養子トシテ他家ニ入ラントスルニハ一旦其實家ニ復歸スルコトヲ要セシテ養家又ハ婚家ヨリ直ニ養家ニ入ルコトヲ許ス(七四一條)ヲ以テ如此者カ更ニ他家ノ養子ト爲ル場合ニ於テ前條ノ規定ノミナルトキハ實家ノ父母ハ養子ト爲ル者ノ爲ニ其家ニ在ル父母ニ非サルヲ以テ其同意ハ之ヲ要セサルモノナリト雖此場合ニ於テモ前條ト同一ノ理由ニ依リ自己ノ子ヲ他人ノ養子ト爲スモノナルカ故ニ其同意ヲ得ルコトヲ要スト爲スハ至當ナリ然レトモ夫婦養子ノ場合ニ於テハ妻ハ當然(八四一條)ニ夫ニ隨フヘキモノナルカ故ニ此場合ニ於テ實家ノ父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルモノト爲ストキハ夫婦ノ關係ヲモ絶タサルヘカラサルニ至リ實際ノ不便尠少ナラサルヲ以テ妻カ夫ニ隨ヒテ他家ノ養子ト爲ル場合ニハ其實家ノ父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要セサルモノト爲セリ

又本條ノ場合ニ於テモ第八四六條ニ依リ第七七二條第二項、第三項及第七七三條ノ規定ヲ準用ス(人一一五條二項、三項、一一六條二項、三項、一一七條乃至一二〇條)

(九)第八四七條　第七七四條ノ規定ハ縁組ニ之ヲ準用ス

第七七四條ハ禁治產者カ婚姻ヲ爲スニハ其後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セサル規定ナルカ養子縁組ノ場合モ之ト同ク禁治產者カ一時其精神ヲ回復セル時ニ於テハ後見人ノ同意ヲ得スシテ縁組ヲ爲スコトヲ得ヘク若又其意思表示ヲ爲シタル時ニ於テ精神錯亂セルニ於テハ如此意思表示ハ第八五一條ニ依リ無效タルヘキヲ以テ婚姻ノ場合ト同ク後見人ノ同意ヲ要セサルコトト爲シタリ

以上ハ實質上ノ要件ニ關スルモノナリ是ヨリ第二ノ要件ニ移ラン

形式上ノ要件。(一)第八四七條　第七七五條ノ規定ハ縁組ニ之ヲ準用ス(人一一三條、一二一條、一二

0333

四條）

縁組ノ方式ニ付テモ婚姻ニ於ルト同ク之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因テ其效力ヲ生ス

其届出ノ方法及證人等モ婚姻ニ關スルト同一ナレハ是亦茲ニ復說セサルナリ

（二）第八四八條　養子ヲ爲サント欲スル者ハ遺言ヲ以テ其意思ヲ表示スルコトヲ得此場合ニ於テハ執言執行者、養子ト爲ルヘキ者又ハ第八四三條ノ規定ニ依リ之ニ代リテ承諾ヲ爲シタル者及成年ノ證人二人以上ヨリ遺言カ效力ヲ生シタル後遲滯ナク縁組ノ届出ヲ爲スコトヲ要ス

前項ノ届出ハ養親ノ死亡ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ス（人一〇六條二項、一二二條、一二三條）

縁組ハ契約ヲ以テスヘキモノトシ遺言ヲ以テ養子ヲ爲スノ意思ヲ表示スルコトハ諸國多數ノ立法例ノ認メサル所ナリト雖其家ヲ重ンスル我邦ニ於テハ遺言ヲ以テ養子ヲ爲スコトヲ許スハ實際ニ於テ其必要アルノミナラス從來ノ慣習ニモ存スル所ニシテ子ナキ者カ死ニ臨ミ嗣子ナキヲ憂ヒテ他人ノ子ヲ養子ト爲シ其家ヲ嗣カシメント欲スルハ人情ノ常ナリ此場合ニ於テ普通ノ手續ニ依テ養子ヲ爲サントスルモ既ニ其暇ナク又若シ子ナクシテ死亡セハ養子ヲ爲サント欲スルモ苟實子ノ生ルルニ於テハ之ヲ欲セサルコト稀ナリトセス而シテ何人モ自己ノ死期ヲ確知スルコト能ハサルカ故ニ若シ子ナクシテ死シタルトキハ某ヲ養子ト爲スヘク若生存中ニ子ヲ擧ケタルトキハ之ヲ養子ト爲ササルヘキ意思ヲ有スルトキハ遺言ヲ以テ養子ヲ爲シ而シテ生前子ヲ擧ケタルトキハ其遺言ヲ取消シ以テ其希望ヲ實徹スルコトヲ得ヘシ如此場合ニ於テ既ニ養子ノ届出ヲ爲シタリトセンカ其後實子ヲ擧クルトモ之カ爲メ既ニ得タル養子ノ相續權ヲ害スルコト能ハス是ヲ以テ遺言養子ヲ認ムルハ實際上ノ必要ニ適セリ

法律ハ遺言養子ヲ認ムルト雖遺言其モノカ直ニ養子縁組ノ效力ヲ生スルニ非ス遺言ハ單ニ尊親ノ意思表示タルニ過キサレハ遺言養子ヲ爲シタル者死亡シタル後其養子ト爲ルヘキ者又ハ第八四三條ノ規定ニ依ル其法定代理人カ之ニ承諾ヲ爲ササルトキハ其養子縁組ハ効力ヲ生スルモノニ非ス而シテ此等ノ者カ之ニ承諾ヲ爲シタルトキハ普通ノ縁組ト同一ノ方式ヲ以テ其届出ヲ爲スコトヲ要ス但此場合ニ於テハ養親タルヘキ者存在セサルヲ以テ之ニ代リテ届出ヲ爲ス者アルコトヲ要ス即遺言執行者（一一〇八條乃至一一一二條）是ナリ

本條ニ所謂遺言カ效力ヲ生シタル後トハ遺言ハ遺言者ノ生存中ハ決シテ其效力ヲ生スルコトナク其死亡ノ時ニ於テ其效力ヲ生スルヲ常トスレトモ若遺言カ條件附ナルトキハ其條件成就ノ時ニ於テ始テ其效力ヲ生スヘキモノ（一〇八七條）トスルヲ以テ右ノ場合ヲ指シタルナリ

遺言ニ因ル養子縁組モ亦届出ニ依テ始テ其效力ヲ發生スルコト普通ノ縁組ト相同シト雖遺言ハ遺言者ノ死亡ノ時ヨリ其效力ヲ生スヘキモノナルヲ以テ此場合ニ於テハ縁組ハ遺言者死亡ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生スルコトト爲セリ隨テ遺言者ニ對スル相續權其他嫡出子タル身分ヨリ生スル權利義務ハ總テ遺言者死亡ノ時ニ遡リテ發生スヘキナリ

養子縁組ノ届出ニ對スル戸籍吏ノ義務（八四九條）　戸籍吏ハ縁組カ第七四一條第一項、第七四四條第一項、第七五〇條第一項及ヒ前十二條ノ規定其他ノ法令ニ違反セサルコトヲ認メタル後ニ非サレハ其届出ヲ受理スルコトヲ得ス

第七七六條但書ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス（人一一三條三項、一二一條二項）

養子縁組ノ届出ニ對スル戸籍吏ノ義務ハ婚姻ノ届出ニ關スル規定（七七六條）ト全ク其趣意ヲ同クスルモノニシテ戸籍吏ハ養子縁組カ法令ニ違反セサルコトヲ認メタル後ニ非サレハ其届出ヲ受理スルコト

0334

ヲ得サルナリ而シテ法令トハ第七四一條、第七四四條、第七五〇條、第八三七條乃至第八四八條又他ノ法令トハ戸籍法及附屬法令、華族令等ヲ謂フナリ

養子縁組ノ場合ニ於テモ婚姻ノ場合ニ於ルト同ク戸籍吏ニ於テ養子縁組カ第七四一條第一項又ハ第七五〇條第一項ノ規定ニ違反スルトキ之カ注意ヲ爲シタルニ拘ラス當事者カ其届出ヲ爲サントスルトキハ戸籍吏ハ敢テ之ヲ拒ムコトヲ得スシテ受理セサルヘカラス

外國ニ在ル日本人間ノ縁組（八五〇條）外國ニ在ル日本人間ニ於テ縁組ヲ爲サント欲スルトキハ其國ニ駐在スル日本ノ公使又ハ領事ニ其届出ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ第七七五條及前二條ノ規定ヲ準用ス（人一二五條、法例八條、一九條）

外國ニ於テ日本人間ニ養子縁組ヲ爲ス規定ハ日本人間ニ外國ニ於テスル婚姻ニ關スル規定（七七七條）ト全ク其趣旨ヲ同クスルモノニシテ外國ニ於テ日本人間ニ養子縁組ヲ爲サント欲スルトキ雖本國ニ於テ其届出ヲ爲スコトハ原則ナレトモ斯クスルトキハ當事者ノ不便尠カラサルヲ以テ外國ニ於テ其手續ヲ爲スコトヲ得ル便法ヲ與ヘサルヘカラス即チ外國ニ在テハ戸籍吏ニ代フルニ其國ニ駐在スル日本ノ公使又ハ領事ヲ以テシ之ニ其届出ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲セリ而シテ此場合ニ於テモ日本ニ於ルト同ク第七七五條、第八四八條及第八四九條ノ規定ハ準用セラルルナリ

第二款　縁組ノ無效及取消

養子縁組モ亦婚姻ノ如ク其法定ノ要件ノ欠缺ニ因テ或ハ無效ト爲リ或ハ取消シ得ヘキ場合ヲ生ス而シテ養子縁組ノ無效ト爲リ又ハ取消シ得ヘキ場合ヲ生スルハ法律カ茲ニ規定シタル場合ニ限定セルカ故ニ本款ニ定ムル場合ノ外養子縁組カ無效ト爲リ又ハ取消サルルコトアラサルナリ

縁組ノ無效（八五一條）縁組ハ左ノ場合ニ限リ無效トス

一　人違其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ縁組ヲ爲ス意思ナキトキ

二　當事者カ縁組ノ届出ヲ爲ササルトキ但其届出カ第七七五條第二項及ヒ第八四八條第一項ニ掲ケタル條件ヲ缺クニ止マルトキハ縁組ハ之カ爲メニ其效力ヲ妨ケラルルコトナシ（人一二七條、一二九條、明治　年十二月九日太政官達二〇九號、同十年六月十九日司法省丁四六號達）

縁組ノ無效ノ規定ハ全ク婚姻ノ無效ニ關スル第七七八條ノ規定ト異ナルコトナシ故ニ再茲ニ叙述セサルナリ

縁組ノ取消（八五二條）縁組ハ後七條ノ規定ニ依ルニ非サレハ之ヲ取消スコトヲ得ス

此規定ハ婚姻ノ取消ニ關スル第七七九條ト異ナルコトナケレハ今茲ニ叙述セス

縁組ヲ取消スコトヲ得ヘキ場合（一）第八五三條　第八三七條ノ規定ニ違反シタル縁組ハ養親又ハ其法定代理人ヨリ其取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但養親カ成年ニ達シタル後六箇月ヲ經過シ又ハ追任ヲ爲シタルトキハ此限ニ在ラス（人一一八條）

成年ニ達シタル者ニ非サレハ養子ヲ爲スヲ得サルコトハ曩ニ說キタル第八三七條ニ規定スル所ナリ然ルニ此規定ニ背キテ未成年者カ養子ヲ爲シタルトキハ其利益ノ爲メ之カ取消ヲ許ササルヘカラス乃其養親自身又ハ其法定代理人ハ裁判所ニ其縁組ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ此取消權ヲ有スル者ハ右兩者ニ限リ他ノ者例之養親ノ親ノ如キ者ニ之ヲ與ヘサルハ蓋第八三七條ノ規定ハ公益ノ爲ノ規定ニ非スシテ主トシテ養親ノ利益ヲ保護スルニ出テタルモノナレハ固ヨリ當然ナリ而シテ養親カ未成

0335

年中縁組ヲ取消サスシテ成年ニ達シタル後仍之ヲ取消スノ意思ナク却テ其縁組ヲ繼續スルノ意思アルトキハ養親ハ既ニ養子ヲ爲スノ能力ヲ有スルニ至リタル者ナルカ故ニ敢テ其縁組ヲ取消スコトヲ要セス是ヲ以テ法律ハ養親カ成年ニ達シタル後六箇月ヲ經過シタルトキ又ハ追認ヲ爲シタルトキハ養子ヲ爲スノ意思繼續スルモノト認ムヘキカ故ニ復タ其縁組ノ取消ヲ許ササルナリ

(二) 第八五四條　第八三八條又ハ第八三九條ノ規定ニ違反シタル縁組ハ各當事者、其戸主又ハ親族ヨリ其取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得(人一二八條)

何人ト雖尊屬又ハ年長者ヲ養子ト爲スヲ得サルコトハ第八三八條ニ規定スル所又法定ノ推定家督相續人タル男子アル者ハ男子ヲ養子ト爲スヲ得サルコトハ第八三九條ニ規定スル所ナリ然ルニ此等ノ規定アルニ拘ラス之ニ背キテ養子ヲ爲シタルトキハ其制裁トシテ之カ取消ヲ許ササルヘカラス而シテ此場合ニ於テ法律ハ其取消權ヲ獨リ其養親ニ與フルノミナラス養子、其戸主又ハ其親族ニ與ヘタリ而シテ前ノ場合ト異ナル所以ハ以上ノ規定ハ私益ノミノ保護ニ非スシテ公益ニ關スルヲ以テナリ但此場合ニ於テ法律カ婚姻ニ關スル第七八〇條ノ規定ノ如ク檢事ニ之カ取消權ヲ與ヘサルハ當事者、戸主及親族等ニ於テ違法ノ養子縁組ヲ承認スルニ於テハ敢テ國家之ニ干渉スルノ必要ナシト認メタレハナリ

以上ノ規定ハ公益ニ關スルモノナルカ故ニ普通ノ取消ノ場合ノ如ク期間ノ經過又ハ追認ニ因テ消滅スルコトナシ故ニ縁組アリタル後幾多ノ年月ヲ經過スルモ又ハ當事者ノ一方又ハ雙方死亡シタル後ト雖仍之カ取消ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

(三) 第八五五條　第八四〇條ノ規定ニ違反シタル縁組ハ養子又ハ其實方ノ親族ヨリ其取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但管理ノ計算カ終リタル後養子カ追認ヲ爲シ又ハ六箇月ヲ經過シタルトキハ此限ニ在ラス

追認ハ養子カ成年ニ達シ又ハ能力ヲ回復シタル後之ヲ爲スニ非サレハ其效ナシ

養子カ成年ニ達セス又ハ能力ヲ回復セサル間ニ管理ノ計算カ終リタル場合ニ於テハ第一項但書ノ期間ハ養子カ成年ニ達シ又ハ能力ヲ回復シタル時ヨリ之ヲ起算ス(人一二八條一項、一三〇條)

遺言ヲ以テ養子ヲ爲ス場合(八四八條)ヲ除ク外後見人ハ其後見ノ繼續中又ハ任務終了後ト雖其管理ノ計算ヲ終ラサル前ニ其被後見人ヲ養子ト爲スヲ得サルコトハ第八四〇條ニ規定スル所ナリ然ルニ此規定ニ反シテ縁組ヲ爲シタルトキハ其制裁トシテ之カ取消ヲ許ササルヘカラス而シテ此取消權ヲ有スル者ハ養子及其利益ヲ圖ルヘキ實方ノ親族ニ限リ其他ノ者ハ之ヲ有セサルナリ是他ナシ此規定ハ曩ニモ說キタルカ如ク專被後見人ノ財產上ノ利益ヲ保護スルニ出テタルヲ以テナリ

第八四〇條ノ規定ハ元來後見人カ未成年者ヲ養子ト爲シテ其財產ニ付私曲ヲ行フノ虞アルヲ以テ之ヲ豫防スルカ爲ニ設ケタルモノナレトモ若後見終了シテ後見人カ其管理ノ計算ヲ終リタル後養子ニシテ依然養子タランコトノ意思ヲ有スルトキハ此時ニ當リテハ養子縁組ヲ禁シタル原因既ニ消滅シテ養子ハ新ニ養子ト爲ルコトヲ得ルモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ敢テ違法タリシ縁組ヲ取消スヘキ理アラサルナリ是ヲ以テ管理ノ計算ヲ終リタル後養子カ追認ヲ爲シ又ハ六箇月ヲ經過シタルトキハ復其縁組ヲ取消スコトヲ得サルモノト爲セリ

後見人カ管理ノ計算ヲ爲スハ被後見人カ成年ニ達シタルトキ又ハ其禁治產者ナル場合ニ於テハ禁治產ノ宣告ヲ取消サレタルトキニ於テスヘキカ故ニ養子カ未タ成年ニ達セス又ハ禁治產中ニ在テハ縱令追認ヲ爲シタリト雖其追認ハ普通ノ場合ニ於ルト同ク追認タル效力ヲ生セサルナリ(一二四條一項)

0336

被後見人ノ未タ成年ニ達セス又ハ禁治産ノ宣告ノ取消サレサル間換言スレハ被後見人カ無能力ナル間ニ於テ管理ノ計算ヲ爲スコトアリ例之後見人カ被後見人ヲ其養子ト爲ストキハ爾後後見人ニ非スシテ更ニ養子ノ親權者トシテ其財産ヲ管理スルモノナレハ原則トシテ此場合ニ於テハ養子カ成年ニ達シタル後ニ非サレハ其管理ノ計算ヲ爲スコトヲ要セサレトモ養親カ半途ニシテ親權ヲ失ヒテ他ノ者カ後見人ト爲ルヘキトキハ養子ノ無能力者タル間ニ於テ管理ノ計算終ルヘケレトモ此場合ニ於テハ養子ハ未自ラ其計算カ正當ナルヤ否ヤヲ判斷スルコト能ハサルモノナレハ第一項但書ノ期間ハ計算終了ノ時ヨリ起算セシテ養子カ成年ニ達シ又ハ能力ヲ回復シタル時ヨリ起算スルコトト爲セリ

(四)　第八五六條　第八四一條ノ規定ニ違反シタル縁組ハ同意ヲ爲ササリシ配偶者ヨリ其取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但其配偶者カ縁組アリタルコトヲ知リタル後六箇月ヲ經過シタルトキハ追認ヲ爲シタルモノト看做ス(人一二八條)

配偶者アル者ハ其配偶者ト共ニスルニ非サレハ縁組ヲ爲スヲ得サルコトハ第八四一條ニ規定スル所ナリ然ルニ配偶者アル者其配偶者ト一致セスシテ縁組ヲ爲シタルトキハ同意ヲ爲ササリシ配偶者ヨリシテ其縁組ヲ取消スコトヲ得セシメサルヘカラス而シテ此場合ニ於テ爲シタル縁組ハ同意ヲ爲シタル配偶者ト其縁組ノ對手人トノ間ニ於テノミ效力ヲ有スルモノニシテ同意ヲ爲ササル配偶者ニ對シテハ固ヨリ有效ナラサルヲ以テ此場合ニ於テ同意ヲ爲ササリシ配偶者ニ其配偶者ノ爲シタル縁組ヲ取消サシムルモノト爲セリ

同意ヲ爲ササリシ配偶者カ其縁組ヲ明ニ追認シタルトキハ其縁組ハ最初ヨリ夫婦一致シテ爲シタルト同樣ノ效力ヲ生ス又縁組アリタルコトヲ知リテヨリ六箇月ヲ經過スルモ依然取消ヲ請求セサルトキハ是其縁組ニ同意シタルモノト看做スカ故ニ後日之ヲ取消スコトヲ許ササルナリ是ヲ以テ此場合ニ於ケル追認ハ二樣ノ效力ヲ含有ス第一ハ其配偶者カ自己ノ同意ヲ得スシテ爲シタル縁組ヲ自己ノ爲ニ引受クル行爲ニシテ其縁組ハ追認ニ因テ始テ其效力ヲ生ス(一一三條一項)第二ハ配偶者ノ爲シタル縁組ノ取消權ノ拋棄是ナリ

本條ノ規定ハ主トシテ同意ヲ爲ササル配偶者ノ利益ヲ保護スルニ在テ公益ニ關スルモノニ非サレハ縁組ノ取消權ヲ有スルハ同意ヲ爲ササリシ配偶者ノミニシテ其他ノ者ハ之ヲ有セサルナリ

(五)　第八五七條　第八四四條乃至第八四六條ノ規定ニ違反シタル縁組ハ同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者ヨリ其取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得同意カ詐欺又ハ强迫ニ因リタルトキ亦同シ

第七八四條ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス(人三二條)

成年ノ子カ養子ヲ爲シ又ハ滿十五年以上ノ子カ養子ト爲ルニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルヲ要スルコトハ第八四四條ニ規定スル所、縁組又ハ婚姻ニ因テ他家ニ入リタル者カ更ニ養子トシテ他家ニ入ラントト欲スルトキハ實家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルヲ要スルコトハ第八四五條ニ規定スル所又父母共ニ知レサルトキ、死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ未成年者ハ其後見人及親族會ノ同意ヲ得ルヲ要スルコトハ第八四六條ニ規定セル所ナリ然ルニ同意ヲ要スヘキ者ノ同意ヲ得スシテ縁組ヲ爲シ又縱令同意アリトスルモ其同意カ詐欺又ハ强迫ニ因リタル場合ニ於テ同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者ヨリ其取消ヲ請求スルヲ得ヘキハ固ヨリ當然ナリ而シテ此規定ハ婚姻ノ取消ニ關スル第七八三條ト其趣意ヲ同クスルカ故ニ法律ハ縁組ノ取消ノ場合ニモ亦婚姻ノ取消ニ關スル第七八四條ノ規定ヲ準用スルコトト爲シタリ即(一)同意ヲ爲スノ權利ヲ有セシ者カ縁組アリタルコトヲ

0337

知リタル後又ハ詐欺ヲ發見シ若クハ强迫ヲ免レタル後六箇月ヲ經過シタルトキ(二)同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者カ追認ヲ爲シタルトキ(三)緣組屆出ノ日ヨリ二年ヲ經過シタルトキハ其取消權ノ消滅スルコト是ナリ

玆ニ一ノ問題アリ第八四三條第二項ニ依レハ繼父母又ハ嫡母カ十五年未滿ノ者ニ代リ養子ト爲ルヘキ承諾ヲ爲スニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス然ルニ右ノ規定ニ反シ親族會ノ同意ヲ得スシテ承諾ヲ爲シタル場合ニ於テ戸籍吏カ過チテ其屆出ヲ受ケタルトキハ其緣組ハ有效ナリヤ否ヤ

壻養子緣組ノ場合ニ於ル其取消ノ請求方法(八五八條)　壻養子緣組ノ場合ニ於テハ各當事者ハ婚姻ノ無效又ハ取消ヲ理由トシテ緣組ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但婚姻ノ無效又ハ取消ノ請求ニ附帶シテ緣組ノ取消ヲ請求スルコトヲ妨ケス

前項ノ取消權ハ當事者カ婚姻ノ無效ナルコト又ハ其取消アリタルコトヲ知リタル後六箇月ヲ經過シ又ハ其取消權ヲ拋棄シタルトキハ消滅ス(人一三三條)

此規定ハ婚姻ノ取消ニ關スル第七八六條ノ規定ト其精神同一ナリ而シテ其理由ハ既ニ婚姻ノ取消ニ付テ叙述シタレハ今復玆ニ說カサルナリ

此取消權ヲ有スル者ハ緣組及婚姻ノ當事者即養親、壻養子及壻養子ノ妻タル者是ナリ

唯此場合ノ婚姻ノ取消ノ場合ト異ナルハ其取消權ノ行使ノ期間ナリ婚姻ニ付テハ三箇月ナルニ緣組ノ取消ニ付テ六箇月ト爲シタルハ婚姻ニ付テハ當事者カ夫婦タルコトヲ欲セサルトキハ其無效ナルコト又ハ其取消アリタルコトヲ知リタル後三箇月以上モ之ヲ默過スルコト能ハサルヘキモ緣組當事者間ノ關係ハ婚姻ノ如ク速ニ確定セシムヘキ必要アルヲ見サルヲ以テナリ

緣組ヲ取消スコトヲ得ヘキ第六ノ場合及緣組取消ノ效力(八五九條)　第七八五條及第七八七條ノ規定ハ緣組ニ之ヲ準用ス但第七八五條第二項ノ期間ハ之ヲ六箇月トス(人一六二條、一三一條、一三二條)

(イ)　婚姻ノ場合(七八五條)ト同ク緣組ノ場合ニ於テモ詐欺又ハ强迫ニ因テ緣組ヲ爲シタル者ハ其取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得而シテ其理由ハ婚姻ニ關スル第七八五條ニ就キ叙述シタレハ今復說セサルナリ唯此場合カ婚姻ノ取消ノ場合ト異ナル所ハ婚姻ノ取消權ハ其詐欺ヲ發見シ又ハ强迫ヲ免レタル後三箇月ヲ經過シタルトキハ消滅スルモノト爲セシモ緣組ニ付テハ其期間ヲ前條ニ於テ叙述シタル理由ニ從ヒ六箇月ト爲シタルニ在ルノミ

(ロ)　緣組取消ノ效力　緣組取消ノ效力モ婚姻取消ノ效力(七八七條)ト同ク既往ニ遡ラサルヲ原則ト爲シ唯緣組ノ當時其取消ノ原因ノ存スルコトヲ知ラサリシ當事者カ緣組ニ因テ財產ヲ得タルトキハ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ其返還ヲ爲スコトヲ要シ惡意ノ當事者ハ緣組ニ因テ得タル利益ノ全部ヲ返還スルコトヲ要シ尙相手方カ善意ナリシトキハ之ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任セサルヘカラス而シテ此理由モ曩ニ婚姻ノ取消ノ效力ニ付テ叙述シタレハ是亦玆ニ復說セサルナリ

第九六四條第二號ニ養子緣組ノ取消ニ因テ養子カ其家ヲ去リタルトキハ家督相續開始スルモノト爲シ養子カ一時爲シタル相續ヲ有效トシタルカ如キハ緣組取消ノ效力ノ既往ニ遡ラサルモノト定メタル結果ニ外ナラサルナリ

第三款　緣組ノ效力

本款ニ於テハ緣組ヨリ養子ト養親及其親族トノ身分ニ生スル關係ト緣組カ養親ノ家ニ及ス關係トヲ規

定ス嫡出子タル身分ノ取得（八六〇條）　養子ハ縁組ノ日ヨリ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得ス（人一三四條、一三五條）

養子ハ縁組ニ因テ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得シ養親ノ血族ト總テ親族關係ヲ生スルコトハ我邦古來ノ慣習ナルヲ以テ縁組ニ因テ嫡出子タル身分ヲ取得スルモノト爲セリ而シテ養子ト養親及其血族トノ間ニ於テハ養子縁組ノ日ヨリ血族間ニ於ルト同一ノ親族關係ヲ生スルコトハ法律カ親族ノ總則（七二七條ニ於テ既ニ認メタル所ナレハ養子ト養親トノ間ニ於テ縁組ノ日ヨリ實親子ニ等シキ關係ヲ生シ養子ヲ嫡出子ト爲スハ當然ナリ

養子ハ嫡出子ニ等シキカ故ニ親權、相續權ヲ始メ扶養ノ義務、婚姻ノ障礙（第七六九條但書ノ例外アリ）等ニ關シ實子ト毫モ異ナルコトアラサルナリ然レトモ之カ爲ニ養子ハ實家ニ於ル親族關係ヲ失フニ非ス實家トノ關係ハ依然存スルモノナレハ養子ハ實方ノ親族關係ト養方ノ親族關係トニ樣ノ親族關係ヲ有スルナリ

養親ト家ヲ同ウスルコト（八六一條）　養子ハ縁組ニ因テ養親ノ家ニ入ル（人一三四條）

縁組ニ因テ養子ト養親トノ間ニ親子ノ關係ヲ生スルコトハ第七二七條ニ規定スル所ナレトモ第七三三條ニ子ハ父ノ家ニ入ル、父ノ知レサル子ハ母ノ家ニ入ルトアリテ養子ハ養親ニ對シテ子タルト同時ニ亦仍實父母ニ對シテモ子タルヲ以テ以上ノ規定ニ因テハ養子ハ當然養親ノ家ニ入ルモノト謂フコトヲ得ス故ニ本條ヲ以テ之ヲ明ニシ我邦從來ノ慣習ノ如ク養子ハ縁組ニ因テ當然養親ノ家ニ入ルモノト爲セリ蓋我邦ノ養子ハ主トシテ家ヲ繼カシムル爲ニ出ツルモノナルカ故ニ養子カ依然其實家ニ在テハ其目的ヲ達スルコト能ハサルヲ以テナリ

第四款　離縁

離縁ナル語辭ハ從來婚姻ノ解除及養子縁組ノ解除ニ區別ナク用ヒタリト雖民法ハ婚姻ノ解除ニ付テハ離婚、養子縁組ノ解除ニ付テハ常ニ離縁ナル語辭ヲ用ヒタレハ離縁ト稱スルトキハ婚姻ノ解除ニ關係ナキコトニ注意セサルヘカラス

離縁ヲ許スコトハ各國ノ立法例中或ハ之ヲ認ムルモノアリ或ハ然ラサルモノアリ佛國、伊國等佛法系ノ諸國ハ離縁ヲ認メサレトモ獨逸諸州、墺國（獨新民一七六八條）其他獨逸法系ノ諸國ハ當事者一方ノ請求ニ因リ養子ヲ爲スト同一ノ方式ヲ以テ縁組ヲ解除スルコトヲ得ルモノト爲セリ我邦ニ於テハ從來養子縁組ノ解除ハ婚姻ノ解除ト同ク之ヲ許シタレハ本法ハ此舊慣ヲ認メ或ハ當事者ノ協議ニ因リ或ハ裁判所ノ宣告ヲ以テ離縁ヲ許スコトト爲セリ其當事者ノ協議ニ出テタルモノヲ協議上ノ離縁ト謂ヒ裁判所ノ宣告ヲ以テスルモノヲ裁判上ノ離縁ト謂フ而シテ協議上ノ離縁ハ恰當事者間ニ協議調フトキハ離婚ヲ爲スコトヲ得ルカ如ク養子縁組ニ付テモ亦當事者間ニ協議サヘ調フトキハ其原因ノ如何ヲ問ハス離縁ヲ爲スコトヲ得ヘシ反之裁判上ノ離縁ハ猶裁判上ノ離婚ノ如ク法律ハ其場合ヲ限定シ猥ニ之ヲ許ササルコトト爲セリ

一　協議上ノ離縁

第八六二條　縁組ノ當事者ハ其協議ヲ以テ離縁ヲ爲スコトヲ得

養子カ十五年未滿ナルトキハ其離縁ハ養親ト養子ニ代リテ縁組ノ承諾ヲ爲ス權利ヲ有スル者トノ協議

0339

ヲ以テ之ヲ爲ス

養親カ死亡シタル後養子カ離縁ヲ爲サントスルトキハ戸主ノ同意ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得（八一三七條）

本條第一項ハ離婚ニ關スル第八〇條ニ相當スルモノニシテ縁組ノ當事者ハ既ニ叙述シタルカ如ク其原因ノ如何ニ拘ラス協議調フトキハ離縁ヲ爲スコトヲ許ス蓋法律カ協議上ノ離縁ヲ許シタルハ養子縁組ハ之ニ因テ養子ト養親トノ間ニ親族關係ヲ生セシムルモノナリト雖此關係タルヤ專當事者ノ協議ニ因リ人爲ヲ以テ成リタルモノナレハ當事者カ之ヲ絶タント欲スルニ於テハ其意思ニ反シテ强テ之ヲ繼續セシムヘキ公益上ノ必要アルヲ見ス若之ヲ許サザルコトヲ爲ストキハ却テ其一家ノ不和ヲ見ルノミナラス我邦ニ於テハ當事者間ニ協議調ヒタル離縁ハ慣習上之ヲ許シタルヲ以テ本法ニ於テモ之ヲ許スコトト爲シタリ

十五年未滿ノ者カ養子ト爲ラント欲スルトキハ其家ニ在ル父母之ニ代リテ縁組ノ承諾ヲ爲シ其父母ノ一方カ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ノミノ意思ヲ以テ之ニ代ヘ父母共ニ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ親族會及後見人ノ意思ヲ以テ之ニ代ヘ實家ノ父母カ繼父母又ハ嫡母ナルトキハ其意思ニ加フルニ親族會ノ同意アルヲ要スルコトハ第八四三條、第八四六條ニ規定スル所ナレハ協議上ノ離縁ニ付テモ最初爲シタル縁組ノ場合ト同ク此等ノ者トノ協議ヲ必要ト爲スハ當然ナリ

婚姻ニ付テハ夫婦ノ一方カ死亡シタルトキハ離婚ヲ爲スコトヲ許サザレトモ縁組ハ養親カ死亡シタル後ト雖養子カ其解除ヲ爲サントスルトキハ之ヲ許スコトト爲セリ是蓋婚姻ハ夫婦ノ一方カ死亡シタルトキハ既ニ解消セラレタルモノニシテ復之ヲ解除スヘキ目的存セサレトモ養子縁組ハ反之母親族關係及家族關係ノ發生ヲ目的ト爲シ其關係ハ養親ノ死亡ニ因テ解消セラルルモノニ非サレハ養親死亡ノ後ニ在テモ仍此關係ヲ解クコトヲ許スヘキ必要アリテ如此ハ實家及養家ノ爲メ便宜ナルコトアリ故ニ此場合ニ於テハ戸主カ養親ニ代リテ同意ヲ爲スヘキモノト爲セリ然レトモ是後ニ叙述スルカ如ク養子カ家族タル間ニ限ルモノニシテ既ニ養子カ戸主ト爲リタルトキハ最早離縁ヲ爲スコトハ許サレサルナリ（八七四條）

縁組當事者ノ一方ノ死亡ノ後ト雖離縁ヲ許スハ養親ノ死亡シタル場合ニ限ルモノニシテ養子ノ死亡シタル後ニ於テハ離縁スルコトヲ得ス是之ヲ認ムヘキ必要ナキヲ以テナリ

父母、親族會、後見人ノ同意（八六三條）　滿二十五年ニ達セサル者カ協議上ノ離縁ヲ爲スニハ第八四四條ノ規定ニ依リ其縁組ニ付同意ヲ爲ス權利ヲ有スル者ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

第七七二條第二項、第三項及第七七三條ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス（八一三八條）

此規定ハ離婚ニ關スル第八〇九條ニ相當スルモノニシテ成年ノ子カ養子ヲ爲シ又ハ滿十五年以上ノ子カ養子ト爲ルニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ要ス若父母ノ一方カ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ノ同意ノミヲ以テ之ニ代ヘ父母共ニ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ未成年者ハ其後見人及親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要シ實家ノ父母カ繼父母又ハ嫡母ナルトキハ其意思ニ加フルニ親族會ノ同意（八四三條、八四六條）アルヲ要ス是ヲ以テ滿二十五年ニ達セサル者カ協議上ノ離縁ヲ爲スニ付テモ亦父母又ハ後見人及親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要スト爲スハ至當ナリ而シテ縁組ト離縁トニ付

0340

テハ唯年齢ニ差異アルノミ法律カ成年以上ノ者ニモ同意ヲ得ルコトヲ必要ト爲シタルハ蓋離縁ハ普通ノ法律行爲ト異ナリテ一層重要ノ效果ヲ有スルモノナルヲ以テ滿二十五年ニ達セサルカ如キ者ハ離縁ヲ輕卒ニ決行スルコトノ虞アルヲ以テナリ

禁治産者カ離縁ヲ爲スニハ　猶其縁組ヲ爲ス場合ニ後見人ノ同意ヲ要セサルカ如ク（八四七條）其同意ヲ得ルコトヲ要セサルナリ（八六四條、八一三九條）

此規定ハ離婚ニ關スル第八一〇條ト同一ニシテ禁治産者ノ後見人ノ職ハ曩ニ說キタルカ如ク專禁治産者ノ看護（九二二條）ト其財産上ノ行爲（九二三條）トニ止リ其身分上ノ行爲ニ關セサルナリ而シテ禁治産者ノ身分上ノ行爲ニ關シテハ禁治産者カ事實上精神ヲ回復セル時ニ在テハ完全ノ能力ヲ有スルカ故ニ其間ニ爲シタル離縁ハ有效タルヘシ反之其心神喪失中ニ爲シタル離縁ハ意思ノ欠缺スルモノナレハ無效タルヘシ依テ此場合ハ婚姻ノ場合ト異ナルコトナキヲ以テ茲ニ之ニ關スル規定ヲ準用スルコトト爲シタリ

形式上ノ要件　協議上ノ離縁ハ縁組ニ於ルト同ク要式ノ行爲ト爲シ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因テ其效力ヲ生ス若此方式ヲ缺キ離縁ノ届出ヲ爲ササルトキハ其離縁ハ絶對無效ナリ而シテ其届出ニ關スル手續ハ婚姻ノ届出ニ關スルモノト毫モ異ナラサルヲ以テ法律ハ離縁ノ場合ニ婚姻ニ關スル第七五五條ヲ準用スルコトト爲シタリ（八六四條、八一三九條）

離縁届出ニ對スル戸籍吏ノ義務（八六五條）　戸籍吏ハ離縁カ第七七五條第二項、第八六二條及第八六三條ノ規定其他ノ法令ニ違反セサルコトヲ認メタル後ニ非サレハ其届出ヲ受理スルコトヲ得ス

戸籍吏カ前項ノ規定ニ違反シテ届出ヲ受理シタルトキト雖離縁ハ之カ爲ニ其效力ヲ妨ケラルルコトナシ（八一三九條）

此規定ハ離婚ニ關スル第八一一條ニ相當スルモノニシテ戸籍吏ハ離婚ノ場合ニ於ルカ如ク離縁カ法令ノ規定ニ違反セサルコトヲ認メタル後ニ非サレハ其届出ヲ受理スルコトヲ得サルモノト爲セリ而シテ此規定ハ其實質ニ至リテモ亦殆離婚ニ關スルモノト同一ナルヲ以テ今復茲ニ之カ說明ヲ爲ササルナリ

二　裁判上ノ離縁

養親ト養子トノ間ニ如何ニ不和ヲ生シ離縁ヲ爲サントスルトモ其一方カ之ヲ承認セサルトキ即當事者間ニ離縁ノ協議調ハサルトキハ他ノ一方ヲシテ之ヲ强フルコトヲ得ス此場合ニ於テハ裁判所ニ之カ請求ヲ爲スヨリ外アラサルナリ然レトモ曩ニ說キタルカ如ク協議上ノ離縁ニ付テハ如何ナル原因ニ基キテ之ヲ爲ストモ當事者ノ自由ニ委シ法律ハ其間ニ毫モ干涉ヲ爲ササレトモ當事者カ裁判所ニ訴ヘテ離縁ヲ爲スニハ法律カ定メタル原因アルニ非サレハ之ヲ許ササルナリ

裁判上ノ離縁ノ原因（八六六條）緣組ノ當事者ノ一方ハ左ノ場合ニ限リ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得

一　他ノ一方ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ

二　他ノ一方ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルトキ

三　養親ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ

四　他ノ一方カ重禁錮一年以上ノ刑ニ處セラレタルトキ

五　養子ニ家名ヲ瀆シ又ハ家産ヲ傾クヘキ重大ナル過失アリタルトキ

六　養子カ逃亡シテ三年以上復歸セサルトキ

七　養子ノ生死カ三年以上分明ナラサルトキ

0341

八　他ノ一方カ自己ノ直系尊屬ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキ

九　壻養子緣組ノ場合ニ於テ離婚アリタルトキ又ハ養子カ家女ト婚姻ヲ爲シタル場合ニ於テ離婚若クハ婚姻ノ取消アリタルトキ（八一四〇條一項、一四一條）

第一ノ原因　他ノ一方ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ　此原因ハ離婚ニ關スル第八一三條第五號ニ相當シ唯茲ニハ同居ニ堪ヘサルコトヲ缺クノミ法律カ離緣ニ之ヲ缺キタルハ蓋夫婦ハ元來同居スヘキモノナリト雖親子ハ必シモ然ルモノニ非サルヲ以テナリ故ニ養子カ養親ニ對シテ又ハ養親カ養子ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキハ之ヲ受ケタル者ヨリ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得但如此場合ニ於テ仍養子タル關係ヲ繼續セシムルハ堪フヘカラサル痛苦アルヘケレハナリ而シテ如何ナル所爲カ虐待ナルカ又重大ナル侮辱ナルカハ事實ノ問題ニ屬スルヲ以テ一ニ裁判官ノ査定ニ依ラサルヘカラス

第二ノ原因　他ノ一方ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルトキ　此原因ハ離婚ニ關スル第八一三條第六號ニ相當シ其理由モ毫モ異ナル所ナキヲ以テ今復茲ニ說明セサルナリ

第三ノ原因　養親ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ　此原因ハ離婚ニ關スル第八一三條第七號ニ相當ス但同條第七號ニハ配偶者ノ直系尊屬ヨリ云云トアレトモ離緣ニ付テハ養親ノ直系尊屬ヨリトアルカ故ニ離婚ニ付テハ夫カ妻ノ直系尊屬ヨリ若クハ妻カ夫ノ直系尊屬ヨリ虐待ヲ受ケタルヲ問ハス其孰ノ場合ニ於テモ離婚ノ原因ト爲レトモ離緣ニ付テハ養子カ養親ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキニ限リ離緣ノ原因ト爲リ養親カ養子ノ直系尊屬ヨリ虐待ヲ受ケタリトテ離緣ノ原因タラサルナリ何トナレハ配偶者ノ直系尊屬ハ他ノ一方ノ姻族ナレトモ養親ト養子ノ直系尊屬トハ何等ノ親族關係ヲ有セサルヲ以テナリ而シテ法律カ養親ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタル場合ヲ離緣ノ原因ト爲シタルハ他ナシ養子カ常ニ敬事スヘキ養親ノ直系尊屬ヨリ虐待ヲ受クルトキハ其家ニ在ルニ堪ヘサルヘキヲ以テナリ

第四ノ原因　他ノ一方カ重禁錮一年以上ノ刑ニ處セラレタルトキ　此原因ハ離婚ニ關スル第八一三條第四號ニ相當ス而シテ緣組ノ當事者ノ一方カ刑法上ノ罪人ト爲ルトキハ他ノ一方ノ爲メ大ナル不名譽タルヘキモノニシテ如此場合ニ仍强テ養子ノ關係ヲ繼續セシムルハ甚タ酷ニ失ス然レトモ如何ナル微罪ヲモ離緣ノ原因ト爲スハ其當ヲ得サルヲ以テ法律ハ重禁錮一年以上ノ刑ニ處セラレタルトキト爲シタリ離婚ノ場合ト離緣ノ場合トニ依テ刑期竝ニ罪質ニ區別ヲ爲シタルハ蓋夫婦ノ間ハ親子ニ比シ一層親密ナラサルヘカラサルモノナレハ一方カ犯罪アリテ處刑ヲ受ケタルトキハ他ノ一方ニ於テ之ヲ憐ミ之ヲ助クヘキモノナルヲ以テ夫婦ハ破廉恥最甚シキ場合反罪狀ノ最重キモノニ限リ離婚ノ原因トセリ

第五ノ原因　養子ニ家名ヲ瀆シ又ハ家產ヲ傾ク、ヘキ重大ナル過失アリタルトキ　養子ヲ爲スハ多クハ其家ノ家督ヲ相續セシムルニ在リ然ラサルモ永ク其家族ノ一員ト爲スヘキモノナレハ養子ニシテ其家ノ名ヲ瀆シ又ハ家產ヲ傾クルカ如キ重大ナル過失アルトキハ是養親カ養子ヲ爲シタル目的ニ反スルモノト謂フコトヲ得ヘシ故ニ如此場合ハ離緣ノ原因ト爲ササルヘカラス養子ノ如何ナル行爲カ其家ノ名ヲ瀆スカ又ハ家產ヲ傾クヘキモノナルヤハ家ノ貧富、其品位等ニ依テ異ナルモノニシテ各人同一ナラサルモノナレハ一ニ事實ニ就キテ之ヲ決セサルヘカラス

第六ノ原因　養子カ逃亡シテ三年以上復歸セサルトキ　養子ヲ爲スハ家督ヲ相續セシムルカ又ハ家事

0342

ヲ助ケシムルニ在リ然ルニ逃亡シテ三年以上モ復歸セサルトキハ養子ヲ爲スノ目的ニ反スルヲ以テ此場合ニ於テ離緣ヲ許スハ當然ノコトニ屬ス

第七ノ原因　養子ノ生死カ三年以上分明ナラサルトキ　此原因ハ離婚ニ關スル第八一三條第九號ニ相當ス而シテ既ニ叙述シタルカ如ク養子ハ之ヲシテ家督ヲ相續セシメ然ラサルモ家事ヲ助ケシムルモノナルニ其生死ニシテ三年以上モ分明セサルトキハ養子ヲ爲シタルノ目的ヲ達スルコト能ハサルヲ以テ如此場合ニ於テハ其養子ヲ離緣シ更ニ養子ヲ爲スコトヲ許ササルヘカラス

第八ノ原因　他ノ一方カ自己ノ直系尊屬ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキ

此原因ハ離婚ニ關スル第八一三條第八號ニ相當スルモノニシテ其理由全ク同一ナレハ再茲ニ叙述セサルナリ

第九ノ原因　壻養子緣組ノ場合ニ於テ離婚アリタルトキ又ハ養子カ家女ト婚姻ヲ爲シタル場合ニ於テ離婚又ハ婚姻ノ取消アリタルトキ　此原因ハ離婚ニ關スル第八一三條第一〇號ニ相當シ全ク其裏面ヲ規定シタルモノニシテ其趣旨同一ナルヲ以テ今復茲ニ說カサルナリ

以上ノ原因アルトキニ限リ養親又ハ養子ヨリ裁判所ニ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得尙此外ニ於テハ第八七六條ニ定メタル原因アルトキハ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモ其他ノ理由ニ依テハ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サルナリ

以上ノ事由カ裁判上ノ離緣ノ原因タルニハ其事由カ緣組ヨリ以後ニ生シタルコトヲ要スルヤ勿論ナリ」

離緣訴權ノ代理行使（八六七條）　養子カ滿十五年ニ達セサル間ハ其緣組ニ付承諾權ヲ有スル者ヨリ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得

第八四三條第二項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス（八一四三條）

此規定ハ緣組ノ承諾ニ關スル第八四三條及協議上ノ離緣ニ關スル第八六二條ト其趣旨ヲ同ウスルモノニシテ離緣ノ訴ヲ提起セントスルニ當リ養子カ滿十五年以下ナルトキハ法律上ノ意思能力ナキ者ナレハ何人カ之ニ代リテ離緣ノ訴ヲ提起スルノ道ナカルヘカラス是ヲ以テ此場合ニ於テ其緣組ニ付意思ヲ代表スル者（八四三條、八四六條）ヨリ之カ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノト爲セリ即養子ノ實家ニ在ル父母若父母ノ一方カ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ其後見人及親族會ヨリ其幼者ニ代リテ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得而シテ父母ノ一方カ繼父母又ハ嫡母ナルトキハ其意思ニ加フルニ親族會ノ同意ヲ以テスルコトヲ要ス

養親又ハ養子カ禁治產者ナルトキハ其心神ヲ回復セル場合ニ在テハ後見人ノ同意ナクシテ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ而シテ其心神喪失中ニ在テハ人事訴訟手續法第二五條ニ依リ養親カ禁治產者ナルトキハ其後見人カ親族會ノ同意ヲ得テ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得又養子カ禁治產者ナルトキハ實方ノ直系尊屬又ハ實家ノ戶主カ其訴ヲ提起スルコトヲ得ルコトヲ爲セリ

十五年以上二十年未滿ノ養子カ離緣訴訟ノ當事者タルトキハ訴訟能力ヲ有スルカノ疑生スヘキカ其間題ハ人事訴訟手續法第二六條第三條ニ依リ既ニ解決セラレタルモノニシテ此未成年者ハ法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス自ラ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得レトモ未成年者自身ニ辯護士ヲ選任セサルトキハ裁判所ハ辯護士ヲ訴訟代理人ニ選任スヘキコトヲ命シ又ハ職權ヲ以テ其選任ヲ爲スコトヲ得

離緣請求ノ消滅原因　(一)　第八六六條　第八六六條第一號乃至第六號ノ場合ニ於テ當事者ノ一方カ他ノ一方又ハ其直系尊屬ノ行爲ヲ宥恕シタルトキハ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス

0343

此規定ハ離婚ニ關スル第八一四條第二項ノ規定ニ相當スルモノニシテ第八六六條第一號乃至第六號トハ(一)當事者一方ノ虐待又ハ侮辱(二)惡意ノ遺棄(三)養親ノ直系尊屬ノ虐待又ハ侮辱(四)重禁錮一年以上ノ處刑(五)家名ヲ瀆シ家產ヲ傾クヘキ養子ノ過失(六)三年以上ノ養子ノ逃亡ナリ而シテ本條ニ掲クル六箇ノ場合ニ於テ當事者ノ一方ヲシテ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得セシムル所以ハ主トシテ此者ヲ保護セントスル趣旨ニ基クモノニシテ敢テ公益上ノ理由ニ基クモノニ非サレハ此特別保護ヲ受クル當事者ニ於テ離緣ノ訴ノ原因タル不良ノ行爲ヲ宥恕スル以上ハ强テ此訴權ヲ存セシムル理由アラサルナリ

(二) 第八六九條　第八六六條第四號(重禁錮一年以上ノ處刑)ノ場合ニ於テ當事者ノ一方カ他ノ一方ノ行爲ニ同意シタルトキハ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス

第八六六條第四號ニ掲ケタル刑ニ處セラレタル者ハ他ノ一方ニ同一ノ事由アルコトヲ理由トシテ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス(人八二條二項、一四〇條二項)

此規定ハ離緣ニ關スル第八一四條第一項及第八一五條ニ相當スルモノニシテ其理由モ全ク同一ナレハ今復茲ニ叙述セサルナリ

(三) 第八六六條第一號乃至第五號及第八號(自己ノ直系尊屬ニ對スル他ノ一方ノ虐待又ハ侮辱)ノ事由ニ因ル離緣ノ訴ハ之ヲ提起スル權利ヲ有スル者カ離緣ノ原因タル事實ヲ知リタル時ヨリ一年ヲ經過シタル後ハ之ヲ提起スルコトヲ得ス其事實發生ノ時ヨリ十年ヲ經過シタル後亦同シ

此規定ハ離婚ニ關スル第八一六條ニ相當スルモノニシテ其規定ノ性質全ク同一ナレハ茲ニ復說セス

(四) 第八七一條　第八六六條第六號ノ事由ニ因ル離緣ノ訴ハ養親カ養子ノ復歸シタルコトヲ知リタル時ヨリ一年ヲ經過シタル後ハ之ヲ提起スルコトヲ得ス其復歸ノ時ヨリ十年ヲ經過シタル後亦同シ

第八六六條第六號ハ養子カ逃亡シテ三年以上復歸セサル場合ナルカ養子カ復歸シタルトキハ離緣ノ原因消滅シタルモノノ如シト雖三年以上モ逃亡ヲ爲ススカ如キ養子ハ養親ニ於テ之ヲ信任スルコト能ハサルヘキヲ以テ復歸シタル後ト雖仍其離緣ヲ請求スルコトヲ得ルモノト爲セリ然レトモ養子ノ復歸シタルコトヲ了知シタルニ拘ラス長キ間離緣ノ請求ヲ爲サスシテ後年ニ至リ突然離緣ノ請求ヲ爲スコトアラハ是多クハ口實ヲ養子ノ逃亡ニ籍リ實際他ノ理由ニ依テ離緣ヲ爲サント欲スル者ナラン故ニ法律ハ養親ニ養子ノ復歸後長年月看過スルコトヲ許サス養親カ養子ノ復歸シタルコトヲ知リタル時ヨリ一年ヲ經過シタル後ハ復タ離緣ノ請求ヲ爲スコトヲ許ササルモノト爲セリ若又養親カ養子ノ復歸シタル事實ヲ知ラサル場合ニ於テモ其事由發生シテヨリ既ニ十年モ經過シタルトキハ養子ノ非行ニ對スル感情ハ既ニ湖ク眞ニ其原因ノ爲ニ離緣ヲ請求セント欲スル者ハ稀ナルヘク而シテ養子ニ十年前逃亡シタルノ過失アリトスルモ今仍同樣ノ非行アルヘキ者ト看做シ難ク又養子ニ於テハ養親カ養子ノ復歸シタルヲ知レルコトノ證據ヲ擧クルコト能ハサルナリ故ニ法律ハ養子復歸ノ時ヨリ十年ヲ經過シタルトキハ離緣ノ訴ヲ提起スルコトヲ許ササルモノト爲セリ

(五) 第八七二條　第八六六條第七號(三年以上養子ノ生死カ分明セサルトキ)ノ事由ニ因ル離緣ノ訴ハ養子ノ生死カ分明ト爲リタル後ハ之ヲ提起スルコトヲ得ス

此規定ハ離婚ニ關スル第八一七條ト全ク同一ナルヲ以テ茲ニ復說セサルナリ

(六) 第八七三條第二項　第八六六條第九號ノ事由(壻養子緣組ノ場合ニ於テ離婚アリタルトキ又ハ養子カ家女ト婚姻ヲ爲シタル場合ニ於テ離婚若クハ婚姻ノ取消アリタルトキ)ニ因ル離緣ノ訴ハ當事者

0344

カ離婚又ハ婚姻ノ取消アリタルコトヲ知リタル後六箇月ヲ經過シ又ハ離縁請求ノ權利ヲ抛棄シタルトキハ之ヲ提起スルコトヲ得ス（八一四八條）

此規定ハ離婚ニ關スル第八一八條第二項ト同趣旨ナリ唯離婚ノ請求ノ期間ハ三箇月ナルニ茲ニ規定スル離縁ノ請求期間ヲ六箇月ト爲シタル差異アルノミ是曩ニ養子縁組ノ取消ニ關シテ說キタル第八五三條、第八五五條、第八五八條第二項ト同一ノ理由ニ基キタルモノナレハ茲ニ復說セサルナリ

第八ノ六條第九號ノ場合ニ於ケル離縁訴權行使ノ方法（八七三條一項）　第八六六條第九號ノ場合ニ於テ離婚又ハ婚姻取消ノ請求アリタルトキハ之ニ附帶シテ離縁ノ請求ヲ爲スコトヲ得（八一四八條）此規定ハ第八一八條第一項ト同趣旨ニシテ殆其裏面ヲ規定シタルニ過キサレハ茲ニ復其理由ヲ叙述セサルナリ

以上叙述シタル所ハ裁判上ノ離縁ニ關スル規定ナルカ協議上ノ離縁及裁判上ノ離縁ニ通スル特別規定アリ之ヲ左ニ叙述セン

(一)　戸主タル養子ノ離縁（八七四條）　養子カ戸主ト爲リタル後ハ離縁ヲ爲スコトヲ得ス但隱居ヲ爲シタル後ハ此限ニ在ラス（八一四五條）

戸主タル養子ノ離縁ヲ許ストキハ一家ノ戸主ヲ廢スルニ至ル夫レ家族制度ヲ執ル一家ノ戸主權ハ一家ヲ管理スル絶對ノ權利ナレハ既ニ戸主ト爲リタル上ハ戸主ニ如何ナル事由アルモ其意思ニ反シテ他ヨリ之ヲ排斥スルコトヲ許サス亦隨テ養子カ戸主ト爲リタル後モ養子ヲ離縁シ戸主權ヲ排斥セシムルコトヲ得ス然レトモ養子カ隱居ヲ爲ストキハ再家族ト爲ルカ故ニ之ヲ離縁スルトモ毫モ戸主權ニ影響ヲ及ホササルヲ以テ隱居ヲ爲シタル養子ヲ離縁スルコトハ恰家族タル他ノ養子ヲ離縁スルコトヲ得ルト同ク許ササルヘカラス唯養子カ隱居ヲ爲スニハ法定ノ條件（七五二條乃至七五五條）ヲ具備セサルヘカラサルコトハ勿論ナリ而シテ戸主カ隱居ヲ爲スニハ縱令法定ノ條件ヲ具備スト雖戸主獨任意ニ之ヲ爲スニ止リ如何ナル事由アルトモ他ヨリ戸主ニ對シ訴ヲ以テ隱居ヲ爲サシムルコトヲ得ス故ニ戸主タル養子ニ離縁ノ理由生シタルトキハ法定ノ條件ノ具備シタル場合ニ於テ養子カ任意ニ隱居ヲ爲シタル後ニ非サレハ離縁ヲ爲スコトヲ得サルナリ

此規定ハ一見スルトキハ從來ノ慣行ニ反スルカ如シト雖其實然ラサルナリ從來養子カ戸主タルトキ之ヲ離縁セントスルニハ戸主ノ儘離縁スルコトヲ許サス一旦戸主ヲ廢シテ養子ヲ離縁スルヲ例ト爲セリ故ニ戸主タル養子ヲ離縁スル訴訟ニ廢戸主離縁請求ト題スルモノ多カリシナリ

縁組取消ノ訴ハ養子カ戸主ト爲リタリト否トヲ問ハサルハ其縁組カ不適法ノモノタルカ故ニ如此縁組ハ存在セシメサルヲ以テ可トスレハナリ（九六四條二號）

(二)　離縁ノ效力（八七五條）　養子ハ離縁ニ因リ其實家ニ於テ有セシ身分ヲ回復ス但第三者カ既ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得ス

養子カ離縁シタル場合ニ於テ第七三九條ノ規定ニ從ヒ實家ニ復籍シタルトキ爾後實家ニ於テ如何ナル關係ヲ有スルカ曾テ養子タラサル以前實家ニ於テ有セシ身分ヲ回復スルカ將タ復籍後新ニ之ヲ取得スルモノナルカ養子ハ縁組ニ因リ實家ニ於ル親族關係ヲ失ヒタルモノニ非ス之カ爲ニ養家ニ於ル親族關係ヲ增シタルモ實家ニ於ル關係ハ依然タルナリ例之實家ノ父母、兄弟、姉妹ハ同ク父母、兄弟、姉妹ナリ又實家ニ於テ嫡出子又ハ庶子タリシナランニハ養子縁組ノ後モ同ク實家ノ父母ノ嫡出子又ハ庶子タルナリ故ニ離縁ノ後養子カ其實家ニ於テ有セシ身分ヲ回復スルトハ右ノ親族關係ヲ指スニ非スシテ養子

0345

カ實家ニ於テ其身分ニ付有セシ權利義務等ヲ回復スルコトヲ謂フニ外ナラサルナリ例之養子ハ實家ニ復歸シテ相續權ヲ有シ親權及戸主權ニ服スルカ如キ是ナリ若養子カ離緣ニ因リ實家ニ復歸シタルトキハ以前有セシ權利ヲ回復スルコトナクシテ復籍ノ時ヨリ新ニ其家ニ入リタル者ト同一ノ權利ヲ有スルモノト爲ストキハ次男ニシテ實家ニ兄(長男)ト弟(三男)トアリタル場合ニ於テ他家ノ養子ト爲リ兄(長男)死亡シタル後離緣シテ實家ニ復籍シタリトセンカ此場合ニ於テハ三男カ父ノ相續權ヲ有スヘシ又次男ニシテ實家ニ兄(長男)ト妹トアル場合ニ於テ他家ノ養子ト爲リ實家ニ於テハ兄死亡シタルヲ以テ妹ニ他ヨリ壻養子ヲ爲シタル後ニ至リ離緣シテ實家ニ復籍シタリトセンカ此場合ニ於テハ壻養子相續權ヲ有スヘシ然レトモ他家ノ養子タリシ者ハ本條ノ規定ニ依リ嘗テ實家ニ於テ有セシ身分ヲ回復スルカ故ニ第九七〇條第一項第五號ノ規定ニ從ヒ當然實家ノ相續權ヲ有スヘシ

然レトモ養子離緣ノ爲メ實家ニ於テ第三者カ既ニ取得シタル權利ヲ侵害スルコトアルニ拘ラス離緣シタル者カ其權利ヲ回復スルコトヲ得ルモノトスレハ第三者ハ意外ノ損失ヲ被ルコトアルヘキヲ以テ法律ハ但書ヲ設ケ第三者ノ權利ヲ保護シ實際上ノ弊害ヲ豫防セリ故ニ前ニ擧ケタル例ニ於テ養子離緣ノ際弟(三男)又ハ妹壻カ既ニ父ノ相續ヲ爲シタル後ナルニ於テハ養子タリシ者ハ此相續人ヲ排斥シテ相續ヲ爲スコトヲ得サルナリ

(三)　第八七六條　夫婦カ養子ト爲リ又ハ養子カ養親ノ他ノ養子ト婚姻ヲ爲シタル場合ニ於テ妻カ離緣ニ因テ養家ヲ去ルヘキトキハ夫ハ其選擇ニ從ヒ離緣又ハ離婚ヲ爲スコトヲ要ス

夫婦カ共ニ養子ト爲リ又ハ養子カ養親ノ他ノ養子ト婚姻シタル場合ニ於テ其一方ノミヲ離緣スルヲ得ヘキコトハ既ニ叙述セリ然レトモ夫婦ノ一方ノミ他ノ養子ト爲リテ居リナカラ離緣シタル者ト依然夫婦ノ關係ヲ存スルコトハ許スヘキニ非サルナリ何トナレハ本法ノ規定(七四五條、七六四條二項、七八八條)ニ依リ夫婦家ヲ異ニスルコトヲ得サレハナリ若夫婦中ノ夫ノミ離緣ト爲リタル場合ニ於テハ妻ハ當然夫ニ隨ヒテ其家ニ入リ之ト同時ニ離緣ト同ク其養家ニ對スル親族關係ヲ脫スルモノナレハ此場合ニ於テハ何等ノ支障ヲ生セサルナリ反之妻ノミ離緣セラレテ養家ヲ去リタルトキハ夫ハ固ヨリ當然妻ノ家ニ入ルモノニ非ス是ヲ以テ夫ハ此場合ニ於テ養家ニ對スル緣組關係カ若クハ妻ニ對スル婚姻關係カ孰カ其一ヲ絶タサルヘカラス然レトモ法律上如此場合ニ夫カ絶ツヘキモノヲ豫指示シテ夫ノ自由ヲ拘束スルコトハ人情ニ反シ其當ヲ得サルヲ以テ本法ハ夫ヲシテ緣組關係ヲ絶ツヘキカ將婚姻關係ヲ絶ツヘキカニ付夫ニ選擇權ヲ與ヘ或ハ協議ニ依リ或ハ裁判所ニ請求シテ離緣又ハ離婚ノ孰カヲ爲スコトヲ要スルモノト爲セリ

第五章　親權

親權ノ性質　親權トハ法律カ子ノ身分及財產ニ關シテ其家ニ在ル父又ハ母ニ對シテ付與シタル權利及義務ノ集合ナリ此定義ニ從フトキハ親權ヲ有スル者ハ子ト家ヲ同ウスル父母ニ限ルカ故ニ縱令父母ト雖子ト家ヲ同ウセサル者ハ此權利ヲ有セス而シテ祖父母其他ノ尊屬親ハ勿論戸主ノ如キモ父母ニ非サル限ハ親權ヲ有セス又家ニ在ル父母カ總父母又ハ嫡母ナルトキハ親權ヲ有スト雖其權利ハ實父母、養父母ノ如ク完全ナラスシテ制限セラルル所アリ(八七八條)而シテ子ニ付テ言ヘハ親權ニ服スル者ハ嫡出子タルト庶子タルト私生子タルトニ付區別アラサルナリ

親權ニ服スル子ノ年齡ハ之ヲ成年ニ達スル迄ト限ラサルカ故ニ其年齡ニ付テハ制限ナシト雖法律ノ規

0346

定上成年者ニ對スル親權ノ效力ハ極テ薄弱ナリ獨立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ親權ニ服セス（八七七條）而シテ獨立ノ生計ヲ立ツル成年ノ子ト雖婚姻（七七二條）協議上ノ離婚（八〇九條養子緣組（八四四條）協議上ノ離緣（八六三條）ヲ爲スニ付テハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルハ親權ノ效力トシテ然ルニ非サルナリ何トナレハ親權ハ父母カ同時ニ之ヲ行フコトナシト雖此場合ニハ同時ニ兩者ノ同意ヲ要シ又縱令父又ハ母カ親權ヲ喪失シタルコトアリトモ其同意ヲ得ルコトヲ要スレハナリ

法律カ親權ヲ設ケタル趣旨ハ親權ヲ有スル者ノ直接ノ利益ノ爲ニ非スシテ親權ニ從フ者ノ直接ノ利益ノ爲ナリ元來親ハ其子ヲ養育シ教育スルノ義務アリ而シテ其養育、教育ノ義務ヲ盡スニハ能ク其子ヲ養育シ得ルノ狀態ニ在ラシメサルヘカラス蓋親ヲシテ能ク其子ヲ教育シ得ルノ狀態ニ在ラシメント欲セハ先ツ親ニ之ヲ制御スルノ權ヲ與ヘサルヘカラス換言スレハ監護ノ權ヲ與ヘテ父母ノ住家ヲ去リタル子ヲ歸家セシムルノ權力ヲ得セシメ又懲戒ノ權ヲ與ヘテ重大ナル不行跡ノ子ヲ感化場又ハ懲戒場ニ入ルルノ權力ヲ得セシムルコトヲ要スルカ如キ是ナリ又子自ラ其利益ヲ保護スルノ能力ナキカ故ニ父又ハ母ハ之ニ代リテ其利益ヲ保護ス而シテ親權ハ此點ニ付テハ子ノ利益ヲ保護スルヲ以テ其目的ト爲スカ故ニ親權ヲ行フ者カ爲ス行爲ノ範圍ハ子ノ利益ヲ害セサルヲ限度ト爲シ其不利益タルヘキ行爲ハ決シテ之ヲ許ササルナリ

親權ノ設定ノ目的ハ右ニ說クカ如ク主トシテ子ノ直接ノ利益ノ爲ナレトモ又國家及父母モ亦之カ爲ニ間接ノ利益ヲ有ス其國家ノ利益トシテハ親權ノ設定ナキトキハ教育ナキ不良ノ徒ヲ增シ國家ノ自存及發達ヲ妨クヘク財產管理ノ能力ナキ者ノ財產ヲ拋擲スルハ國家經濟ノ利益ヲ害スルナリ又親權ヲ行フ者ノ利益トハ子カ完全ニ發達スルト否トハ親ノ利益ニ重大ノ影響ヲ及ホスコトハ言ヲ俟タサルナリ

親權ハ子ノ保護ノ爲ニ設ケラレ後見ノ制度モ亦然ルモノニシテ未成年者ノ爲ニハ保護ニ付二箇ノ方法アリト雖子カ其家ニ於テ父母ヲ有スルトキハ親權ニ依テノミ保護ヲ受ケ此場合ニハ後見ヨリ生スル保護ヲ受ケサルナリ其後見ヲ以テ未成年者ヲ保護スルハ父母ナキトキニ限ルナリ然レトモ母ノミ存スルトキト雖母ニシテ子ノ財產ノ管理ヲ辭シタルトキハ其財產ノ管理ニ付テハ母アルニ拘ラス後見ノ開始ヲ見ルヘシ（八九九條、九〇〇條一號）故ニ未成年者ノ爲ニハ二箇ノ保護アリト雖同時ニ二箇重複ノ保護ヲ受クルニ非サルナリ

親權ト戶主權　親權ヲ行フ者カ一家ノ戶主ナルトキハ親權ト戶主權ト同一人ニ集マルカ故ニ此等二者ノ衝突ヲ見ルコトナシト雖若親權ヲ行フ者ノ外ニ戶主アルトキハ親權ニ服スル者ハ同時ニ戶主權ニモ服セサルヘカラサルモノニシテ此二者ハ相互ハ衝突スルニ非サルカノ疑ヲキ能ハス然レトモ深ク新法ヲ檢覈スルトキハ決シテ衝突スルモノニ非サルナリ先ツ親權ハ子ノ身上及財產上ノ利益ヲ圖リテ之ヲ設ケ戶主權ハ家ノ利益ノ爲ニ之ヲ設ケタルモノナルカ故ニ其目的自ラ同シカラサルモノナリ例之子ノ教育、懲戒其財產ノ管理等ハ專親權ノ作用ニ屬シ毫モ戶主權ニハ關係ヲ有セサルナリ戶主權ハ家族ノ居所ヲ定メ其婚姻、養子緣組ヲ許否シ其他家族カ其家ヲ辭シテ他家ニ入リ他家ヨリ其家ニ入ルニ付同意ヲ表シ又ハ不同意ヲ唱フルノ權ヲ有スルニ過キス換言スレハ戶主權ハ家ノ管理ヲ以テ目的ト爲シ親權ハ人ノ保護ヲ以テ目的ト爲ス而シテ前者ハ其效力家ノ全體ノ利害ニ影響スヘキモノノ外ヲ出テス後者ハ其效力專各個人ノ身上財產ニ對スルモノニシテ其目的、效力ヲ異ニスルカ故ニ二者衝突シテ家內ノ平和ヲ破ルノ恐アラサルナリ然レトモ戶主ハ家族ノ居所ヲ定ムル權ヲ有シ（七四九條）親權ヲ行フ者モ亦同一ノ權ヲ有ス（八八〇條）又家族カ婚姻又ハ緣組ヲ爲スニハ戶主ノ同意ヲ要シ尙其外家ニ在ル父

0347

母ノ同意ヲモ要スヘキヲ以テ其一方カ定メタル居所ト他ノ一方カ定メタルモノト同シカラサルコトアルヘク又ハ婚姻、緣組ニ付テモ兩者ノ意見同シカラサルコトアルヘシト雖此等ノ場合ニ於テハ親權者カ戶主ノ定メタル居所又ハ婚姻又ハ緣組ニ關スル其意見ニシテ未成年者ノ爲メ甚不利益ト認メ戶主カ與フヘキ制裁ヲ甘受シテ子ノ居所ヲ定メ婚姻又ハ緣組ヲ爲スヲ得ルコトハ成年ノ家族カ之ヲ爲スト敢テ異ナルコトナシ故ニ此等ノ事項ニ關シテモ兩者ノ間ニ衝突アルヘキ謂レナキナリ

本章ハ之ヲ分テ三節トス即第一節總則、第二節親權ノ效力、第三節親權ノ喪失是ナリ

第一節　總則

此節ニ於テ親權ヲ行フ者及親權ニ服スル者ハ何人ナルヤヲ定ム

親權ニ服スル者及ヒ親權ヲ行フ者(八七七條)子ハ其家ニ在ル父ノ親權ニ服ス但獨立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限ニ在ラス

父カ知レサルトキ死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ又ハ親權ヲ行フコト能ハサルトキハ家ニ在ル母之ヲ行フ(八一四九條)

(一)親權ニ服スヘキ者ハ未成年ノ子ニ限ルヘキヤ或ハ未成年、成年ヲ問ハサルヘキヤハ諸國ノ立法例異ナル所アリ雖其多クハ未成年ノ子ニ限ル然レトモ稀ニ一層制限シ未成年者ニシテ未自治產ノ宣告ヲ得サル者ニ限リ既ニ之ヲ得タル者ハ未成年者ナリト雖親權ニ服セサルコトト爲スモアリ舊民法人事編ハ何等ノ制限ヲモ設ケスシテ廣ク親權ハ父之ヲ行フ云云ト規定シタレハ解釋上成年ノ子ニ對シテ親權ヲ行フコトヲ得ルモノト爲シタレトモ是從來ノ慣習ニ反スルヲ以テ新法ハ以上ノ立法例ト我國情ト相續制ハ兼併ノ弊ヲ豫防シ社會關係ヲシテ理想ノ狀態ニ近カラシムト情義ニ於テハ共同相續制ヲ以テ理想ニ近キモノト爲スヘキコトヲ信フヘカラスト雖經濟上ノ得失ニ至テハ未容易ニ之ヲ斷言スルコトヲ得ス佛國大革命以來百有餘年實地ノ經驗ハ同制ノ利害ヲ宣明スルニ至ルコト遠キニ在ラサルヘシ吾人之ヲ待タサルヘカラス唯我國ニ於テハ最多ク發生スル家督相續ニ付テハ單獨主義ヲ採用シ稀ニ發生スル遺產相續ニ付テハ共同主義ヲ採用シタルヲ以テ假ニ共同主義ハ經濟上不利益ノ結果ヲ生スルノ傾向アルモノトスルモ我邦ニ於テハ如此效果ヲ發現スルコトハ殆之有ラサルヘシ

遺產相續ニ於テモ直系卑屬ニ付テハ代位相續ノ發生スルコト家督相續ニ於ルト相似タリ(九九五條)即遺產相續人タルヘキ直系卑屬カ相續ノ開始前ニ死亡シ又ハ其相續權ヲ失ヒタル場合ニ於テ其者ニ直系卑屬アルトキハ其直系卑屬ハ其者ノ順位ニ於テ遺產相續人ト爲ルモノトス而シテ若其直系卑屬二人以上アル場合ニ於テハ親等ノ近キ者先ツ其直系卑屬ノ順位ニ於テ相續人ト爲リ同親等ナルトキハ同時ニ其順位ニ於テ相續人ト爲ルモノナリ

第四章　相續ノ效力

第一節　家督相續ノ效力

此節ニ於テハ家督相續ノ效力ノ範圍竝ニ效力ノ發生スル時期ヲ論セント欲ス

第一　家督相續ノ效力ノ範圍

家督相續ハ家督相續人ヲシテ戶主タル身分ヲ承繼セシメ其結果トシテ前戶主ニ屬セシ私法上ノ權利義務ニシテ其一身ニ專屬セサルモノヲ承繼セシムルモノナリ

0348

(イ) 家督相續ハ戸主タル身分ノ承繼ナリ　家督相續トハ其名稱ノ明ニ示スカ如ク一家ノ統督者タル者ノ地位ヲ承繼スルニ在リ家族制度ヲ認ムル社會ニ於テハ一箇人ノ外ニ家ナル一ノ小團體ノ存スルコトヲ認メサルヘカラス而シテ凡團體ヲ形成スル以上ハ必之カ動作ヲ指揮スヘキ統督者ナカルヘカラサルハ當然ナリ故ニ家ナル小團體ニ於テモ之ヲ代表スヘキ統督者アリ羅馬ニ於テハ之ヲ家父即家長ト稱ヘ我邦ニ於テハ之ヲ戸主ト謂フ一家ハ戸主ヲ中心トシテ成立スルモノナリ戸主カ其存在ヲ失フニ於テハ必之カ繼續者アルニ非サレハ一家ハ其成立ヲ有ツコト能ハス是ニ於テカ戸主タル身分ヲ承繼スルコトハ家族制度ノ行ハルル社會ニ於テ必要條件ナリ之ヲ沿革ニ徵スルモ相續ノ目的ハ時代ニ隨テ同シカラスト雖純然タル家族制度ノ行ハルル時代ノ相續ハ家長即戸主ノ承繼ナルコトハ歴史ノ證明スル所ニシテ爭フヘカラサル所ナリ前ニ述ヘタル如ク戸主タル身分ヲ取得スルハ必シモ家督相續ニ限ルモノニ非スト雖家督相續ハ必戸主タル身分ノ承繼ヲ爲サシムルモノナリ而シテ前戸主ノ有セシ權利義務カ新戸主ニ移轉スルハ身分ノ承繼ヨリ生スル當然ノ結果ナリ第九八六條ハ家督相續ノ效力ヲ規定シテ單ニ前戸主ノ有セシ權利義務ヲ承繼セシムルモノナリト云ヘリ同條ニ云ヘル權利義務中ニハ無論戸主權及戸主ノ義務ヲモ包含スト信スルカ故ニ實質上ヨリ之ヲ云ヘハ或ハ同條ノ規定スル所ハ予ノ今此ニ述フル所ト同一ノ意義ヲ有スルヤモ知ルヘカラスト雖予ハ根本ノ觀念ニ於テ同條ノ規定ニ服スルコトヲ得ス第九八六條ハ戸主トシテ行フヘキ權利及盡スヘキ義務移轉スレハ之ニ因テ戸主タル身分ヲ生スルモノナリトシ權利義務ノ移轉ヲ以テ家督相續ノ效力ト爲スト同時ニ其目的ト爲スト雖予ノ見ル所ヲ以テスレハ家族制度ヲ認ムル社會ニ於ケル家督相續ナルモノハ決シテ權利義務ノ移轉ヲ以テ其目的ト爲スヘキモノニ非ス家ノ存在ヲ繼續スル爲ニ其統督者タル身分ヲ承繼スルヲ以テ家督相續ニ於ケル主タル目的ト爲ス而シテ前統督者ニ屬セシ權利義務カ新統督者ニ移轉スルハ是家ノ統督者ニ屬スル權利義務ハ前者ニ代リテ新ニ家ヲ統督スル者アル以上ハ其交代ノ結果トシテ當然附隨シテ之ニ歸著スヘキモノナルニ由ルノミ民法ノ規定ニ依レハ戸主トシテ行ヒ得ヘキ權利及盡スヘキ義務ノ得喪ニ由テ戸主タル身分ノ得喪ヲ生スルモノナリトセリ予ノ言フ所ハ戸主タル身分ノ得喪ニ因テ戸主權及戸主ノ義務ノ得喪ヲ生スト爲スモノナリ其結果ハ同一ナルヘシト雖事ノ順序ニ於テハ民法ノ規定ハ其當ヲ得サルモノニ非スヤト思考ス況文字ニ拘泥シテ論スルトキハ同條ノ規定ニ依テ戸主權及戸主ノ義務ハ承繼スルコトヲ得ルモ是特別ノ明文アルカ故ニ此ノ如キノミ戸主タル身分ノ承繼ハ明文ノ之ヲ定ムルモノナキカ故ニ之ヲ承繼セスト云フコトヲ得サルニ非サルニ於テオヤ如此ハ實ニ事實ニ反スルモノナリ此點ニ於テハ舊民法カ明ニ家督相續人ハ相續ニ因テ戸主ト爲ルト規定シタルヲ以テ當ヲ得タルモノナリト謂ハサルヘカラス

(ロ) 家督相續ハ前戸主ノ有セシ權利義務ノ承繼ナリ　家督相續ハ前戸主ノ身分ヲ承繼シテ其人格ヲ繼續スルモノナルカ故ニ前戸主ノ有セシ權利義務ハ總テ家督相續人ニ移轉スルモノナリ故ニ前戸主ノ債務者ハ家督相續人ニ對シテ其債務ノ履行ヲ爲スコトヲ要シ又其債權者ハ家督相續人ニ對シテ債權ノ執行ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ而シテ第九八六條ハ廣ク權利義務ヲ承繼スト規定スルカ故ニ單ニ財産上ノ權利義務ノミニ限ラス其他ノ權利義務就中戸主權及戸主タルノ義務モ亦家督相續ニ因テ相續人ニ移轉スルモノナリ民法ハ家督相續ハ戸主タル身分ノ承繼ナリトノ主義ハ採ラサリシカ故ニ舊民法ノ如ク單ニ一切ノ財産ヲ相續ストノミ規定スルコトヲ得ス故ニ廣ク權利義務ヲ承繼スト規定シ以テ財産權以外ノ權利義務ヲモ包含セシメタルモノナリ

0349

系譜、祭具及墳墓ハ是亦一ノ財產ナルカ故ニ家督相續人カ之ヲ相續スルハ言フヲ俟タサルナリ法律ハ尙一歩ヲ進メテ此等ノ財產ヲ以テ家督相續人ノ特權ニ屬スルモノナリトシ家督相續人ヲシテ必之ヲ相續セシムヘキモノト定ム(九八七條)蓋相續ノ起源ヲ釋ヌレハ祖先ノ祭祀ヲ絕タスト云フニ出テタルモノニシテ祖先ノ祭祀ト家督相續トハ密接ノ關係アルカ故ニ祖先ノ系統ヲ明ニスヘキ系譜、祖先ノ禮祭ニ用フヘキ祭具及祖先ノ靈ヲ安置セル墳墓ハ家ニ屬スルモノナリトシテ一家ノ戶主タル者ヲシテ常ニ之ヲ保有セシムルヲ以テ當然トシ如此規定シタルモノナリ但祭具ニ關シテハ第九八七條ハ廣ク祭具ト規定シ特ニ祖先ヲ祭ルヘキ器具ニ限ラサルカ故ニ神佛ノ禮拜ニ用フル器具ハ悉包含スルモノナリ且神體佛像又ハ位牌ノ如キ物モ亦祭祀ヲ爲スニ付テ缺クヘカラサルモノナルカ故ニ法律ノ所謂祭具ナル物ハ之ヲ包含スルコト何等ノ疑ヲ容レス而シテ此等ノ物ハ法律カ家督相續人ヲシテ必相續セシムヘキモノト定メタルカ故ニ被相續人ハ遺言ヲ以テ之ヲ他人ニ遺贈スルコトヲ得サルノミナラス生前行爲ヲ以テモ亦之ヲ他ニ讓渡スコトヲ得ス予ハ債權者モ亦强制執行ノ爲ニ之カ差押ヲ爲スコトヲ得サルモノナリト信ス

(ハ) 家督相續ハ前戶主ノ有セシ私法上ノ權利義務ノ承繼ナリ　第九八六條ハ概括的ノ規定ヲ爲シ家督相續人ハ前戶主ノ有セシ權利義務ヲ承繼ストアルカ故ニ苟前戶主ノ有セシ權利義務タル以上ハ家督相續人ニ於テ總テ之ヲ承繼スルカ如ク見ユト雖凡民法ノ規定ハ總テ其關係ノ私法的ノモノニ止ラサルヘカラサルハ法律自體カ私法ニ關スル規定タルヲ以テモ明ナルカ故ニ同條ノ所謂權利義務ハ私法上ノ權利義務ノミヲ指スモノニシテ公法上ノ權利義務ハ之ヲ包含セサルコト疑ナシ故ニ民法ニ於テ之ヲ論スルトキハ家督相續ノ效力ハ單ニ前戶主ノ有セシ私法上ノ權利義務ノ承繼ナリト謂ハサルヘカラス彼ノ選擧ニ關スル權利又ハ兵役ニ服スル義務ノ如キハ國民カ公法ノ規定ニ依テ有スル所ノ權利又ハ義務ナルカ故ニ第九八六條ノ力ニ依テハ家督相續人ニ移轉スルモノニ非ス但茲ニ注意セサルヘカラサルハ予カ茲ニ論スル所ハ第九八六條ニ依リ家督相續人ニ移轉スル權利義務ハ私法的ノモノニ限ルモノニシテ公法的ノモノハ之ヲ含マスト謂フニ在ルコトヒナリ故ニ公法上ノ權利義務ト雖法律カ相續人ニ移轉スヘキモノト爲シタルモノハ家督相續ニ因テ之ヲ承繼スルハ勿論ナリト雖是第九八六條ノ力ニ依テ然ルモノニ非ス各法規ニ定ムル所ニ依テ然ルモノナルカ故ニ各法規ニ規定セサル以上ハ第九八六條ハ決シテ如此效力ヲ有セサルナリ

(ニ) 家督相續ハ前戶主ノ有セシ權利義務ニシテ其一身ニ專屬セサルモノノ承繼ナリ　家督相續ハ前戶主ノ有セシ權利義務ノ移轉ヲ生スル效力アリト雖其一身ニ專屬セシモノハ家督相續人ニ移ルモノニ非ス何トナレハ專屬ノ權利義務ナルモノハ之ヲ有スル人ノ身上ニ著眼シテ生シタルモノナルカ故ニ其性質トシテ其人ト存立ヲ共ニスヘキモノナレハナリ前戶主カ身分ニ因テ有セシ權利義務ハ其一身ニ專屬セルモノナリ例之親權、夫權又ハ或親族間ノ扶養ノ義務ノ如キモノナリ故ニ如此權利義務ハ家督相續人ニ移ルモノニ非ス其他讓渡スコトヲ得サル權利義務ハ多クハ享有者ノ一身ニ專屬スルモノナリ例之恩給ヲ受クル權利ノ如キ是ナリ唯此ニ一言附加スヘキハ恩給ヲ受クル權利ハ權利其モノハ之ヲ讓渡スコトヲ得サルカ故ニ前戶主ノ一身ニ專屬スルモノナリト雖其權利ニ因テ既ニ經過シタル期間ニ對スル恩給金ヲ受領スル權利ハ法律ニ於テモ讓渡ヲ禁セサルカ故ニ之ヲ前戶主ノ一身ニ專屬スル權利ナリト云フコトヲ得ス隨テ家督相續人ニ於テ此權利ヲ承繼スルコトヲ得ルハ言フヲ俟タサルナリ或ハ曰ハン既ニ經過シタル期間ニ對スル恩給金ノ受領ヲ爲スハ即恩給ヲ受クヘキ權利ノ實行ニシテ之ト分離シタ

0350

ル特別ノ權利ニ非ス恩給ヲ受クル權利其モノカ移轉セサルモノタル以上ハ其權利ノ實行モ亦移轉セサルヲ當然トスト權利ト權利ノ實行トカ互ニ離ルヘカラサルモノタルコトハ論ヲ俟タス然リト雖權利ニ由リ其性質カ一部分ノ處分ヲ爲スコトヲ得ルモノタル以上ハ法律ハ決シテ享有者カ其一部分ノ處分ヲ爲スコトヲ禁スルモノニ非ス恩給ヲ受クヘキ權利其モノハ法律ハ之ヲ以テ讓渡スコトヲ得サルモノト爲スト雖其權利ノ一部分ナル其或期間ニ對スル恩給受領ノ權利ハ之カ讓渡ヲ爲スコトハ法律ノ禁セサル所ナルノミナラス之ヲ許スノ趣意タルコトハ民事訴訟法ノ規定ニ依リ間接ニ想像スルコトヲ得ヘシ果シテ然リトセハ恩給受領ノ權利ニ對スル家督相續ノ效力ハ一ニ法律カ讓渡スコトヲ得スト爲シタル部分ニ付テノミ前戸主ニ專屬スルモノト爲シ法律カ讓渡スコトヲ禁セサル部分即既ニ經過シタル期間ニ對スル恩給金受領ノ權利ハ第九八六條ノ本文ニ從ヒテ家督相續人ニ移轉スト謂フヲ以テ却テ法律ノ趣旨ニ適スルモノナリト信ス

以上ニ述ヘタル所ハ家督相續ノ效力ニ關係シタル原則ナルカ故ニ法律中ニ之ニ異ナリタル效力ヲ生セシムル特別ノ規定アル場合ノ外ハ家督相續ハ以上ニ述ヘタルカ如キ效力ヲ生スルモノナリ而シテ民法ハ其第九八九條以下數條ニ於テ右ノ原則ニ對スル例外ヲ掲クルカ故ニ以下其特例ニ付説明セン

甲　隱居ニ因ル家督相續ノ特例

隱居ニ因テ開始シタル家督相續ノ場合ニ於テハ家督相續ノ效力ノ原則ニ對シテ二箇ノ特例アリ其一ハ隱居者カ留保シタル財産ハ家督相續人ニ移轉セサルコト、他ノ一ハ隱居者ノ債權者ハ隱居者ニ對シテモ辨濟ノ請求ヲ爲シ得ルコトナリ

一　隱居者カ留保シタル財産ハ家督相續人ニ移轉セス　隱居者ハ隱居ニ因リ戸主タル身分ヲ失フモ其人格ハ決シテ之ヲ失フモノニ非ス故ニ其一身ニ專屬スル權利義務ハ隱居ヲ爲スモ依然之ヲ有スルノミナラス隱居シタル後ニ於テ新ニ權利ヲ取得シ義務ヲ負擔シ得ルコトハ勿論ナリ然ルニ權利ヲ取得シ義務ヲ負擔スルニ付テハ自ラ相當ノ財産ヲ有スルノ必要ナルコトアリ又必要ナラサルモ少クモ之ヲ便宜トスルコトハ言フヲ俟タサルヲ以テ法律ハ隱居者ニ其財産ノ留保ヲ爲スコトヲ許セリ而シテ其留保シタル財産ハ家督相續人ニ移轉セサルモノナリ隱居者カ財産ヲ留保スルニハ左ノ二條件ヲ要ス

(イ)　隱居者ハ確定日附アル證書ニ依リ財産ノ留保ヲ明ニスルヲ要ス　家督相續ナルモノハ原則トシテ前戸主ノ財産ヲ家督相續人ニ移轉スルモノナルカ故ニ隱居ニ因ル家督相續アリタルトキハ隱居者及家督相續人ノ債權者タル者ハ一應ハ隱居者ノ財産ハ悉相續人ニ移リタルナルヘシト信スルモノナリ然ルニ其信シタル所ニ反シ事實財産ノ一部カ隱居者ノ手ニ殘リ居ルカ如キコトアラハ債權者ハ往往見込ヲ誤リ爲ニ少カラサル損害ヲ受クルコトアルヘシ故ニ留保ハ確定日附アル證書ヲ以テセサルヘカラス蓋隱居者ト家督相續人トハ多クノ場合ニ於テ近親ノ關係ヲ有スルモノナルカ故ニ單ニ證書ヲ作リ財産ヲ留保シ置クヘシト定ムルノミニテハ實際ニ於テ隱居ノ際ニハ財産ヲ留保セサリシモ後日其利益アル場合ニ當リテハ共謀シテ一片ノ證書ヲ作リ財産ヲ留保シタルカ如ク裝ヒ容易ニ第三者ニ損害ヲ被ラシムルコトヲ得ルカ故ニ法律ハ確定日附ノ證書ヲ要スト爲シ以テ第三者ヲ保護セリ眞ニ第三者ヲ保護スルニハ公示ノ方法ヲ設クルコト最確實トスル所ナリト雖此方法ヲ採ラサルニ於テハ

(ロ)　確定日附ノ證書ヲ要スト爲シタルハ相當ナリ　財産ノ留保ハ家督相續人ノ遺留分ヲ害セサルコトヲ要ス　隱居者カ他日死亡スルトキハ其遺産ハ遺産相續ノ規定ニ依リ相續セラルルモノナルカ故ニ隱居ノ際ノ財産留保ニ制限ヲ加ヘサルトキハ隱

0351

居者ハ其留保ニ因リ家督相續人ノ遺留分ヲ害スルニ至ルヘシ然ルニ遺留分ハ家族ヲ扶養スル義務ヲ負フ所ノ家督相續人ヲシテ前戸主ノ財産ノ或部分迄ハ必承繼セシメントスル法律ノ趣旨ニ出テタルモノナルヲ以テ被相續人ヲシテ遺留分ヲ害スルコトヲ得サルカ如ク亦財産ノ留保ニ因テモ之ヲ害スルコトヲ得ス故ニ財産ノ留保ハ家督相續人ヲ害セサル限度ニ於テ之ヲ爲ササルヘカラス若シ隱居者ノ爲シタル留保ニシテ家督相續人ノ遺留分ヲ害シタルトキハ其遺留分ニ必要ナル限度迄ハ其留保ハ無效ナリ第九八八條但書ヲ見レハ家督相續人ノ遺留分ノ規定ニ違反スルヲ得スト規定シ財産ノ留保ノコトニ關シテハ後ニ說ク所ノ第一一三四條ノ如キ規定ナキヲ以テ一見スレハ家督相續人ノ遺留分ヲ害シタル財産ノ留保ハ全部無效ナルカノ如クナレトモ第九八八條但書ハ家督相續人ノ遺留分ヲ保護スルノ規定ニ止ルカ故ニ其規定ヲ解釋スルニハ之ニ遺留分保護ノ趣旨ヲ全ウスルニ止メサルヘカラス隨テ遺留分ヲ害セサル限度ニ於テハ其留保ハ有效ナリト謂ハサルヘカラス

二　隱居者ノ債權者ハ隱居者ニ對シテモ辨濟ノ請求ヲ爲スコトヲ得　隱居者ノ義務ハ隱居ニ因リ家督相續人ニ移轉スルモノナルカ故ニ隱居者ノ債權者タリシ者ハ隱居ノアリタル後ニ於テハ其家督相續人ニ對シテ債權ノ辨濟ヲ求ムルコトヲ得而シテ若特別ノ規定ナキ以上ハ既ニ義務カ他ニ移轉シタル後ニ於テハ隱居者ニ對シテ辨濟ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルモノナリト爲スヲ以テ理論ニ適スト謂ハサルヘカラス然レトモ隱居ハ死亡ト異ナリ現ニ隱居シタル後ニ於テモ財産ヲ有シ又其財産ヲ增殖シ得ルモノナリ而シテ元來隱居者ノ債權者ハ隱居者ヲ信用シテ之ト取引ヲ爲シタル者ナレハ隱居者ニ辨濟ヲ爲ス資力アルトキハ之ニ對シテ辨濟ヲ爲スハ當然ナリ況如此爲ササレハ甚シキ弊害アルニ於テオヤ何トナレハ隱居者ハ財産ノ留保ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ多額ノ負債ヲ有スル者カ其財産ノ一部分ヲ留保シテ既ニ述ヘタルカ如ク警察ハ內務行政ノ全部ヲ通シテ存スル權力ノ作用ナリ然ルニ學者之ヲ行政警察ト保安警察トニ別ツ行政警察トハ行政各部ノ事務ニ附隨シテ存スル所ノ警察ニシテ保安警察トハ如此モノニ非スシテ獨立ニ警察トシテ存在スルモノナリ即他ノ行政ノ目的ヲ遠スルカ爲ニ存スル警察ニ非スシテ獨立ノ目的ヲ有スル警察ナリ其目的ハ行政各部ノ目的タル人民ノ幸福ノ增進ニ對立スル公共ノ安寧秩序ノ維持ナルヲ以テ之ヲ保安警察ト名クルナリ或ハ保安警察ノミカ警察ナリト論スルモノアリテ現行法ニ警察ト名クルモノモ亦保安警察ヲ指スカ如クナレトモ前述ノ警察ノ觀念ヨリスレハ所謂行政警察モ明ニ警察ト見ルヘキカ故ニ之ヲ警察ノ分類トシテ論スルモノナリ然レトモ行政警察ハ各部ノ行政事務ニ附隨シテ存在スルモノニシテ獨立ノ一部局ヲ爲スモノニ非ス從テ行政各部ノ事務ニ附隨シテ論スレハ足ルモノトス反之保安警察ハ獨立ノ一部局ヲ爲シ諸般ノ行政事務(助長行政)ニ對立スルモノナリ故ニ內務行政ヲ各部ニ分テ論スルニハ保安警察ヲ以テ各種ノ助長事務ト相對シテ之ヲ論スルナリ

以下編輯上ノ都合ニ因リ講師ノ總問ヲ受クルノ順ナク直チニ掲載セリ讀者請フ爲サ諒セヨ

編輯局誌

第一節　保安警察

保安警察ハ公共ノ安寧秩序ヲ保持スル所ノ警察ナルコトハ前ニ之ヲ述ヘ而シテ保安警察ノ目的、手段其範圍及其機關ニ關スル大略ノ說明モ亦既ニ之ヲ試ミタリ

保安警察ハ之ヲ高等保安警察ト普通保安警察トニ區別ス此區別ハ佛國西法ニ淵源スル所ノモノニシテ高等保安警察トハ公法上ノ秩序ノ紊亂ヲ防制スル所ノ警察ニシテ即國家又ハ其機關ニ對シ危險ヲ及ス

ヘキ行爲ヲ防クヲ目的トス普通保安警察トハ私法上ノ秩序ノ紊亂ヲ防制スル所ノ警察ニシテ即各箇人ニ對スル危險ヲ防クノ目的ヲ有ス各箇人ニ對スル危險ヲ防制スト云フモ直接ノ目的カ此警察ノ目的ナルノ意ナリ要之公共ノ安寧秩序ノ依テ以テ脅カサレンコトヲ防クモノナリ故ニ共ニ其終局ノ目的ハ箇人ノ利益ニ非スシテ公共ノ利益ナルコトヲ忘ルヘカラス學者或ハ此區別ノ標準ヲ原因ニ求メ多數人ノ動作ヨリ生スル危險ヲ防制スルモノハ高等警察ニシテ一箇人ノ動作ニ基キ生スル危險ヲ防制スルモノカ普通警察ナリト論スル者アリ實際上ニ於テハ通常多數人ノ運動ヨリ生スル危險ハ國家ニ對スル危險ナルコトヲ常トスルカ故ニ區別ノ標準ヲ原因ニ取ルト結果ニ取ルト其結果ニ於テハ甚シキ差異ナカラント信ス

保安警察ハ之ヲ所謂司法警察ト區別セサルヘカラス司法警察トハ犯罪及犯罪ノ證據ヲ搜査シ並ニ犯罪人ヲ逮捕スルコトヲ司ル警察ヲ謂フ蓋司法裁判所ハ其法ノ執行ナル作用ヲ十分ニ遂行セントスルニハ其補助ノ動作トシテ犯罪ノ搜査、證據ノ蒐集ヲ努メサルヘカラス是司法ノ作用ヲ完カラシムル所ノ事務ナルト共ニ犯罪人カ未發覺セス隨テ犯罪人ヲ處罰セスンハ重大ナル公共ノ安寧秩序ニ對スル危險ナルカ故ニ同時ニ保安警察ノ目的ヲ達スルモノト謂フヘシ然レトモ此等ノ司法警察ノ事務ハ司法ニ隸屬シテ保安警察ト區別セラル

保安警察ハ又之ヲ普通保安警察ト非常保安警察トニ區別セラル普通保安警察トハ平時ニ行ハルル所ノ警察ニシテ非常保安警察トハ戰時又ハ事變ノ如キ公安ノ危殆ニ迫ルトキニ方リテ行ハルル保安警察ナリ

普通保安警察ハ外國人、出獄人、浮浪者ノ如キ公共ノ安寧秩序ヲ保持スルカ爲ニ特ニ取締ヲ要スル者ニ對シテ其自由ヲ制限スルモノナルコトアリ又出版、集會ノ如キ公共ノ安寧秩序ヲ害スル虞アル行爲ヲ取締ルモノナルコトアリ銃砲、火藥ノ如キ公共ノ安寧秩序ヲ害スルノ具タルノ虞アル物ヲ取締ルモノナルコトアリ災害ニ對スル危險ヲ防クモノナルコトアリ

而シテ此等ノ目的ヲ達スルカ爲ニ行フ所ノ保安警察ノ手段ハ人ニ對シテハ或ハ拘留其他ノ必要ナル檢束ナルコトアリ或ハ住居ノ制限ナルコトアリ行爲ニ對シテハ或ハ公ノ道路又ハ場屋ニ集合セル者ヲ解散スルノ命令ナルコトアリ或ハ屆出及許可ノ方法ニ依ル監視ナルコトアリ物ニ對シテハ或ハ其物ノ領置ナルコトアリ或ハ沒收ナルコトアリ

第一　特ニ取締ヲ要スル人ニ對スル保安警察

一定ノ狀況ニ在ル所ノ人民ハ公共ノ安寧秩序ニ對シ危險ノ性質ヲ有ス此等ノ人民ハ其自由ヲ制限シテ以テ保安警察ノ目的ヲ達スル必要アリ其制限ハ主トシテ居住及移轉ノ自由ヲ制限スルニ在リ

保安ノ爲ニ特ニ取締ヲ要スルモノノ重ナルモノハ乞食、浮浪者、犯罪ノ虞アル者、刑罰ヲ受ケタル者及外國人等ナリ

第一　乞食、浮浪者其他公共ノ安寧秩序ニ危害ヲ及ス虞アル者ニ對スル取締　定マリタル住所ナク平常營生ノ產業ナクシテ諸方ヲ徘徊スル者ハ刑法ノ既ニ罰スル所ナリ乞食、浮浪者ノ如キ者ハ之ニ對シテ一定ノ取締ヲ爲ササルトキハ公共ノ安寧秩序ヲ害スルノ虞アルコト頗大ナリ故ニ此等ノ者カ勞働ニ耐ユル體力ヲ有スル者ナルトキハ勞働ニ從事セシメ營生ノ產業ヲ營ムコトヲ得セシメハ其禍根ヲ絕ツコトヲ得ヘシ於是平諸國ニハ勞役場ノ設立アリテ此等ノ者ヲ强制シテ勞役ニ服セシム

0353

明治二十五年一月勅令第一一號豫戒令ハ警視總監、北海道長官、府縣知事カ公共ノ安寧秩序ヲ保持スルカ爲ニ之ニ害アリト認ムヘキ者即一定ノ生業ヲ有セス平常粗暴ノ言語、行爲ヲ爲ス者又ハ他人ノ開設セル集會ヲ妨害シ又ハ妨害セントシタル者公私ヲ問ハス他人ノ業務行爲ニ干涉シテ其自由ヲ妨害シ又ハ妨害セントシタル者及此等ノ妨害ヲ爲ス目的ヲ以テ此等ノ者ヲ使用シタル者ニ對シ豫戒命令ヲ發スルコトヲ得セシム豫戒命令ハ一ノ行政處分ナリ豫戒命令ノ內容ハ(一)一定ノ期限內ニ適法ノ生業ヲ求メ之ニ從事スヘキ旨ノ命令(二)總テ他人ノ開設セル集會ニ立入リ妨害ヲ爲スヘカラサル旨ノ命令(三)如何ナル口實アルニ拘ラス財物ヲ强制シ不當ノ要求ヲ爲シ强テ面會ヲ求メ强迫ニ涉ル如キ書面ヲ用ヒ勸告書ヲ送リ又ハ如何ナル方法タルヲ問ハス暴威ヲ示シテ他人ノ進退意見ヲ變更セシメントシ其他他人ノ業務行爲ヲ妨害シ又ハ妨害セントスルノ所業ヲ爲スヘカラサル旨ノ命令(四)人ヲ使用シテ總テノ他人ノ集會ヲ妨害シ又ハ妨害セントシ又ハ業務行爲ニ干涉シテ其自由ヲ妨ケ又ハ妨ケントスル所業ヲ爲サシメサルコト及豫戒令ヲ受ケタル者ヲ扶助シ又ハ使用スヘカラサル旨ノ命令ナリ豫戒命令ノ效果ハ一定ノ期間內ハ警察官ノ特別ノ監視ヲ受クルコト又其期間內ニ於テ命令ノ事項ニ違反シタル場合ニハ處罰セラルルコトナリ

第二　刑罰ヲ受ケタル者ニ對スル取締　刑罰ヲ受ケタル者モ亦公共ノ安寧秩序ヲ保持スル爲メ取締ルノ必要アリ彼ノ强制勞役ノ制度ハ又之ヲ刑罰ヲ受ケ刑期ノ滿チタル者ニ對シテ適用シテ多大ノ效果ヲ收ムヘシ刑餘ノ者カ外國人ナルトキハ之ヲ放逐スルモ保安警察ノ目的ニ合セリ我刑法ニ於テハ一定ノ刑罰ヲ受ケタル者ハ之ヲ監視ニ付ス監視ノ目的ハ保安警察ニ在テ其效果ハ(一)犯罪ノ地及被害者所在地ノ警察官廳ハ被監視人ニ對シテ其管轄地ノ全部又ハ一部ニ住居シ又ハ立入ルコトヲ禁スルコトヲ得ルコト(二)必要ナル場合ニ於テハ警察官廳ハ何時ニテモ被監視人ノ住居ニ就テ搜索及差押ヲ爲スコトヲ得ルコト等ナリ

第三　外國人及旅行者ノ取締　我國ニ滯留スル外國人及我國ヲ通過シテ旅行スル外國人ハ保安警察ノ爲ニ取締ルノ必要アリ外國人ニ對スル保安警察ノ方法ハ旅行免狀ノ制度及屆出ヲ爲サシムルコトナリ外國人ニ對シテ旅行免狀ヲ與ヘ免狀ナキ者ハ旅行通過ヲ許ササル制度ハ極テ適切ナル方法ナリト雖現今ハ各國カ交通ノ自由ヲ害スルコト甚シキモノナルコトヲ認メ單ニ屆出ノ方法ニ依テ之ヲ監視セントセリ又外國人ニシテ自活ノ資力ナク浮浪、乞食等ヲ爲シ又ハ公共ノ安寧秩序ニ害アルモノト認ムヘキトキハ之ニ退去ヲ命スルコトアリトス

第二　出版警察

凡器械、合密其他何等ノ方法ヲ以テスルヲ問ハス文書、圖畫ヲ印刷シテ之ヲ發賣シ又ハ頒布スルヲ出版ト謂フ(二十六年四月法律一五號出版法)出版ハ人ノ思想ヲ相通スル方法ナリ故ニ文書、圖形ヲ形成スルモ思想ヲ通スルヲ主タル目的トスルモノニ非サレハ出版ニ非ス又思想ヲ通スルヲ主タル目的トスルモノナルモ器械、合密等ノ方法ヲ用ヒ印刷スルモノニ非サレハ出版ニ非ス尙此等ノ方法ニ依リ印刷セラルルモ發賣頒布スルモノニ非サレハ出版警察ヲ以テ取締ル所ノ出版ニ非ス

凡出版ハ人ノ思想ヲ公衆ニ發表スルニ最有力ナル方法ニシテ隨テ又世人ノ思想ニ影響スルコト頗大ナリ而シテ一國文化ノ進步ハ之ヲ出版ノ效果ニ待タサルヘカラスト雖亦之ヲ惡用スルトキハ其勢力ノ大ナルタケ政治上社會上ニ於ル害毒ヲ流スコト甚シク公共ノ安寧秩序ヲ紊ルノ虞アリ殊ニ國家社會ノ組

0354

織カ未然固ナラサル時代ニ於テハ出版ニ依テ發表セラルル自由ナル言論ハ政府ノ利益ヨリ觀ルトキハ之ヲ抑壓スルノ必要アリ故ニ各國多クハ出版檢閲ノ制度ヲ採リ政治上ニ危險ナル意見ノ鎮壓ニ利用セリ然レトモ如此制度ハ人ノ自由ヲ束縛スルコト甚シキヲ以テ近世ノ自由ノ精神ニ副ハス又俗務ヲ採ル行政官吏ノ意見ノ爲ニ一國思想ノ發達ヲ抑制スルノ結果ヲ生シ文化ノ進歩ヲ害スルコト甚シ故ニ各國ノ憲法カ其他ノ自由ノ宣言ト共ニ出版自由ノ原則ヲ採用スルニ至レリ我憲法ニ於テモ亦此趣意ヨリ出版ノ自由ハ法律ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ制限スルコトヲ得サルコトヲ定メタリ

然レトモ出版ハ保安警察ノ必要上全ク之ヲ自由ニ放任スルコトヲ得ス法律ニ一定ノ方法ヲ設ケテ之ヲ取締ルコトヲ要ス出版ヲ取締ルニ二ノ方法アリ即一ヲ豫防法ト爲シ一ヲ鎮壓法ト爲ス豫防法トハ豫出版ノ屆出ヲ爲サシメ許可ノ權ヲ官廳ニ留保スルノ方法ナリ又鎮壓法トハ既ニ爲サレタル出版ノ不法ナルカ又ハ公益ニ反スルモノヲ禁止スルノ方法ナリ此二ノ方法ハ共ニ相用ヒラル

出版法ハ豫防的取締ノ方法トシテ著作者及發行者ヲシテ屆出義務ヲ負ハシメ屆出ト同時ニ製本二部ヲ納付セシム而シテ尚犯罪人ヲ曲庇シ又ハ刑事ニ關レタル者若クハ刑事裁判中ノ者ヲ救護シ若クハ賞恤スル文書ヲ出版スルコト、重罪、輕罪ノ豫審中ニ於テ其事項ヲ出版スルコト、外交軍事其他ノ官廳ノ機密ニ關シ公ニセサル文書ヲ當該官廳ノ許可ナクシテ出版スルコト、法律ニ依リ傍聽ヲ禁シタル公會ノ議事ヲ出版スルコト、其他安寧秩序ニ妨害アリ又ハ風俗ヲ壞亂スルモノト認ムヘキ文書、圖畫ヲ出版スルコトヲ禁シ其鎮壓的取締ノ方法トシテ内務大臣ヲシテ其發賣頒布ヲ禁シ其刻板及印本ヲ差押フルコトヲ許シ尚檢事ヲシテ其出版物ノ假差押ヲ爲スコトヲ得セシム

出版營業ハ之ヲ許可ヲ要スルモノトスルハ保安警察ノ目的ヲ達スルニ適シタル方法ナルカ如シ然レトモ各國ニ於テハ出版自由ノ原則ニ依リ許可ヲ要セサルヲ原則トス我出版法ニ於テモ亦何等ノ制限ヲ設ケス

出版法ハ新聞紙及定期ニ發行スル雜誌ヲ除外シテ其支配ノ下ニ置カス是新聞紙及定期ニ發行スル雜誌ハ社會ニ影響ヲ及ホスノ大ナルコト一般出版物ノ比ニ非スシテ特ニ之ヲ取締ルノ必要アレハナリ而シテ之カ取締規定ハ新聞紙條例即是ナリ(明治二十年十二月勅令七五號)新聞紙雜誌ニ對シテモ亦豫防法ト鎮壓法トノ二方法ヲ用フ今其規定ノ概要ヲ述フレハ新聞紙ヲ發行セントスル者ハ發行ノ日ヨリ一定ノ期日前ニ其題號、記載ノ種類、發行ノ時期、發行所及印刷所、發行人、編輯人及印刷人ノ氏名、住所、年齢ヲ記載シテ屆出ツルコトヲ要ス而シテ發行人、編輯人及印刷人ト爲ルニハ一定ノ資格ヲ要シ年齢滿二十歳以上ニシテ帝國内ニ居住シ禁刻公權、停止公權中ノ者ナラサルコトヲ要シ尚發行人ハ保證金ヲ納付スルコトヲ要ス保證金ハ出版自由ヲ妨クルコト大ナリト雖無資力者又ハ浮浪者等ヲシテ妄ニ公衆ニ對シテ言論ヲ爲サシメス依テ以テ保安警察ノ目的ヲ達スルコトハ之ニ依テ期スルコトヲ得ヘキナリ

新聞紙ハ發行毎ニ内務省ニ二部、管轄廳及管轄檢事局ニ各一部ヲ納付スルコトヲ要ス而シテ毎號發行人、編輯人及印刷人ノ氏名及發行所ヲ記載スルコトヲ要ス新聞紙ニ記載ノ事項ニ付テ其事項ニ關係スル者ヨリ正誤又ハ辯駁書ノ記載ヲ求メタルトキハ其次回又ハ第三回目ニ發行スル新聞紙ニ其全文ヲ掲載スルノ義務アリ而シテ新聞紙ニ於テモ一般出版物ト同シク公共ノ安寧秩序ヲ害スヘキ事項ノ掲載ヲ禁ス若其禁ヲ犯シタルトキハ其發賣ヲ禁止シ又ハ停止スルハ最適當ナル處分ナリト雖現行法ハ出版ノ自由ヲ尊重シ其範圍ヲ限定セリ即外交、軍事上ノ記載ノ禁ヲ犯スカ又ハ皇室ノ尊嚴ヲ冒瀆スルカ政體ヲ變更セントスルカ又ハ朝憲ヲ紊亂セントスルノ論説ヲ記載シタルモノトシテ告發シタルトキハ内務

0355

大臣ヲシテ其假差押ヲ爲シ發賣頒布ヲ停止シ同一事項ノ記載ヲ禁スルコトヲ得セシム尙裁判所ハ其發行ヲ禁止スルコトヲ得

第三　結社及集會警察

結社及集會ノ自由ハ又憲法ノ保障スル所ニシテ之ニ對スル制限ハ又法律ヲ以テ之ヲ定メサルヘカラス結社トハ一ノ確定シタル共同ノ目的ヲ達センカ爲ニ各員ノ一致シタル意思表示ニ基キ組織セラレタル多數人ノ繼續的結合ナリ如此結社ハ契約ニ依リ組織セラレタル各員間ノ關係ニシテ其目的モ亦確定セルカ故ニ結社ノ各員間ノ關係及其第三者ニ對スル關係ニ於テハ私法ノ規定ノ支配スル所ナリ然レトモ如此結社ハ衆固ニシテ永續スヘキ性質ヲ有シ社會ノ一勢力ト爲ルニ至リタルトキハ公共ノ安寧秩序ヲ保持スルノ目的ハ之ヲ取締ル爲メ行政法ノ規定ヲ必要ナラシムルニ至ル

結社ハ之ヲ自由ト爲スヲ原則トスト雖公共ノ安寧秩序ヲ保持スル必要上法律ヲ以テ禁止セラレタル行爲ヲ目的トスル結社ハ之ヲ禁止セサルヘカラス如此結社契約ハ不法ノ目的ヲ有シ又ハ公ノ秩序ニ反シ善良ノ風俗ヲ害スル目的ヲ有スルモノニシテ私法上無效ナリ一定ノ首領ニ絕對的服從ヲ約シ又ハ祕密ノ首領ヲ戴ク所ノ結社モ亦公ノ秩序ニ反スルモノトシテ之ヲ否認スルコトヲ得ヘシ治安警察法ハ祕密ノ結社ハ之ヲ禁スル旨ヲ規定セリ此他安寧秩序ヲ保持スル爲メ必要ナル場合ニ於テハ內務大臣ハ之ヲ禁止スルコトヲ得

警察上取締ヲ要スル結社ハ特ニ政治上ノ結社ナリ彼ノ結社自由ノ原則ト曰ヒ之ニ對スル法律上ノ制限ト曰フモノモ實ハ主トシテ政治結社ヲ眼中ニ置クモノナリ之ニ關スル治安警察法ノ規定ヲ見ルニ之ヲ

得ルヤト云フニ之ニ二說アリ即通常ノ訴ヲ以テスルニ非サレハ其取戻ヲ爲スコトヲ得スト云フ說ト第五四五條ノ異議ノ訴ヲ以テ取戻スコトヲ得ト云フ說トノ二說ナリ

甲說ノ理由トスル所ハ不當ナル費用ノ取立ヲ爲シタル場合ハ其取立テタル費用ハ執行名義ニ存スル請求トハ何等ノ關係ナキヲ以テ判決ニ因テ確定シタル請求ニ關スル異議トシテ取戻ノ訴ヲ爲スヲ得ス故ニ其取戻ヲ求ムルニハ通常ノ訴ヲ以テセサルヘカラスト云フニ在リ乙說ノ理由トスル所ハ（予ハ乙說ヲ取ル）費用ノ取立ハ執行名義ニ存スル請求ニ附隨シテ之ヲ爲シタルモノニシテ右請求ニ關スル執行名義カ費用取立ノ執行名義ト爲ルモノナリ執行名義ニ存スル金額ヨリ多額ノ强制執行ヲ爲シタル場合ニ於テ民事訴訟法第五四五條ノ異議ノ訴ヲ爲スヲ得ヘシトセハ本問ノ場合ニ於ケル費用ノ取立モ亦執行名義ノ濫用ニ外ナラサレハ之ヲ取戻サントスルニハ第五四五條ノ異議ノ訴ヲ爲スヲ得ヘキヤ明ナリト云フニ在リ

此決定ヲ爲ス手續ハ第七三五條ニ規定スル所ナリ即執行裁判所ハ決定ヲ爲ス前ニ於テ債務者ヲ訊問スヘキモノナリ而シテ口頭辯論ヲ經ルヲ必要トセス此決定ハ債務者ヲ審訊スルモノナルカ故ニ終局決定ノ性質ヲ有ス故ニ此決定ニ對シテ不服ナル債務者ハ總則ノ規定即第五五八條ニ據テ即時抗告ヲ爲スヘキモノナリ第五四四條ニ據テ異議即普通抗告ヲ爲スモノニ非ス

第二節　作爲ヲ目的トスル債權

作爲ヲ目的トスル債權ニ二種アリ

第一ハ第三者カ代リテ債務ノ履行ヲ爲シ得ヘキ債權第二ハ第三者カ代リテ債務ノ履行ヲ爲スコト能ハ

サル債權ナリ前者ハ學者ノ所謂代換的作爲ヲ目的トスル債權ニシテ後者ハ不代換的作爲ヲ目的トスル債權ナリ而シテ此各種ノ債權ハ又各〻二種ニ別ル即チ一ハ强制履行ヲ許スモノト二ハ强制履行ヲ許ササルモノ是ナリ

(甲) 强制履行ヲ許ス代換的作爲ヲ目的トスル債權、此種類ノ債權ハ例之機械的ノ作爲ヲ目的トスル債權、命錢ヲ供託セシメテ擔保ヲ供セシムル債權、共有物ヲ分割セシムル債權、登記ヲ爲シ又ハ登記ノ變更ヲ目的トスル債權ノ如キ是ナリ（現行登記法ニ依レハ債權者ハ判決ヲ提出シテ登記ヲ求ムルヲ得ルカ故ニ第三者カ債務者ニ代リ登記ヲ申請スル要ナシ）此場合ニ於ル執行ノ方法ハ受訴裁判所カ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ之ヲ爲サシムルコトヲ決定ス即第三者ヲシテ債務者ニ代リテ或行爲ヲ爲サシムルノ權限ヲ有セシメ以テ執行債權者ノ要求ニ應セシム而シテ他ノ一面ニ於テ債務者ニ對シ必要ナル費用ヲ辨濟スルコトヲ命ス此場合ニ於ケル費用ノ計算ニ付テハ訴訟費用ニ關スル規定ニ從ヒ費用ノ確定決定ヲ爲ス此費用ハ通常ノ執行費用ト其性質ヲ異ニスルヲ以テナリ此決定ハ債務者ヲ審訊シテ爲ス權能的口頭辯論ニ屬ス故ニ之ニ對スル不服ノ方法ハ即時抗告ナリトス

第三者ハ此決定ニ因テ債權者ノ請求ヲ充スニ必要ナル作爲ヲ爲スノ權利ヲ有ス然レトモ此第三者ハ債務者トハ直接ノ關係ヲ有スルモノニ非ス故ニ第三者ノ還任ヲ誤リタル責任ハ債務者ニ於テ之ヲ負フコトナシ

第三者カ執行ノ目的タル作爲ニ著手シタル後債務者ハ其作爲ノ義務ヲ履行スルコトヲ得ルヤ此問題ニ對シテハ積極ノ答案ヲ與フルヲ以テ適當トス其理由ハ强制執行ハ債務者カ任意ニ履行ヲ爲ササルニ由テ其必要ヲ生ス故ニ執行ヲ終ラサル間ニ於テ債務者カ任意ノ履行ヲ爲サントスル場合ニハ之ヲ禁スル

ノ理由ナシ然レトモ債務者ハ其任意履行ヲ遲延セルカ爲ニ生シタル損害ハ之ヲ負擔セサルヘカラス即第三者カ己ニ爲シタル作爲ニ關スル費用ハ總テ債務者ニ於テ負擔セサルヘカラス

(乙) 强制履行ヲ許ス不代換的作爲ヲ目的トスル債權　例之或事業ノ報告ヲ爲ス義務、計算ヲ提出スル義務ノ如シ又學者ハ此場合ノ例トシテ有名ナル俳優ヲシテ演技ヲ爲サシムル債權ノ强制執行ノ場合ヲ引用セリ此種ノ債權ニ對スル義務ハ他人ニ於テ代リテ履行シ得サルカ故ニ間接ナル强制方法ヲ施スノ外ナシ即相當期間ヲ定メテ債務ヲ履行スヘキコトヲ催告シ之ヲ遲延シタル場合ニ於テハ一定ノ賠償ヲ爲スヘキコトヲ命シ或ハ又直ニ損害ヲ賠償スルコトヲ命スルモノナリ

(丙) 强制履行ヲ許ササル代換的作爲ヲ目的トスル債權　例之妓樓ノ主人カ或女子ヲシテ娼妓營業ヲ爲サシムル債權ノ如シ而シテ此種ノ債權ノ强制執行ニ付テハ第三者ヲシテ代リテ其義務ヲ盡サシメ之ニ因テ生シタル費用ハ債務者ヲシテ之ヲ負擔セシムヘク或ハ豫メ其費用ヲ計算シテ之ヲ取立ツルコトヲ得ルナリ而シテ實際多額ノ費用ヲ生シタルトキハ後日ニ至リ之ヲ取立ツルコトヲ得ルヤ勿論ナリ或ハ又直ニ損害賠償ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ

(丁) 强制履行ヲ許ササル不代換的作爲ヲ目的トスル債權　例之或醫師カ醫學上ノ經驗ノ爲メ自己ノ身體ニ於ケル或病所ヲ切開シテ示スヘシトノ義務ヲ負ヘル場合ノ如シ此等ノ場合ハ先ヅ乙ノ場合ト同シク直ニ損害賠償ヲ命スルカ或ハ又一定ノ期間ヲ定メテ遲延スルトキハ賠償ノ責ヲ負ハシムルノ方法ニ因テ間接ノ强制執行ヲ爲ス

第三節　意思表示ヲ目的トスル債權ニ付テノ强制執行

0357

此種ノ債權ノ執行方法トシテハ特ニ執行手續ヲ爲スノ要ナク裁判ノ確定ヲ以テ執行アリタルモノトス例之法律關係ノ成立ヲ認諾スヘキコト或ハ買賣ノ意思表示ヲ爲スヘキコト或ハ又後見人カ無能力者ノ行爲ニ同意ヲ表スルコト等ヲ目的トスル債權ニ付テハ裁判ノ確定ヲ以テ執行ヲ了セルモノト看做ス而シテ第七三六條ニハ此債權ニ關スル執行方法ニ關シ特別ノ規定アリ即債務者カ反對給付ノアリタル後ニ認諾其他ノ意思ノ表示ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ執行力アル正本ヲ債權者ニ付與シタルトキヲ以テ執行アリタルモノト爲ス右ノ如キ場合ニハ已ニ總則ニ於テ陳ヘタルカ如ク裁判所ハ執行債權者カ其執行條件ヲ履行シタルコトヲ證明スルニ非サレハ執行力アル正本ヲ付與セサルモノナリ故ニ執行力アル正本ヲ付與シタルトキハ必執行條件ノ履行セラレタル場合即チ對給付ノ義務ヲ盡シタルモノト看做スモノナリ以上述ヘタル執行ハ其本質ハ強制執行ト云フヲ得ス何トナレハ債務者ニ對シテハ何等ノ強制處分ヲ施スコトナケレハナリ換言セハ事實トシテ強制執行ノ現象ヲ生セス故ニ學者之ヲ稱シテ法律上ノ擬制ナリトセリ第七三六條ニ付テハ種種ノ問題アリ茲ニハ其一ヲ述フヘシ

債務者カ債權者ノ爲ニ手形ノ調製義務ヲ負フ場合ニハ第七三六條ヲ適用スヘキモノナルヤ否ヤ

或學者ハ此場合ニハ金錢支拂ノ債務ノ一種タルニ過キサレハ第七三六條ヲ適用スルモノニ非スト云ヘリ然レトモ支拂手形ヲ調製スヘキ義務ヲ負フ場合ニハ債權者ハ其物ヲ作ラシムルニ於テ特別ノ必要ヲ感シ居レリ故ニ其債務ノ性質ハ金錢ヲ辨濟スヘキ債務ト同一ナリト云フコトヲ得ス又他ノ學者ハ此場合ニハ第七三六條ノミノ適用ヲ爲スモノナリ即チ債務者ハ其手形ヲ作成スヘシトノ判決ヲ受クレハ其確定ヲ以テ債務ノ履行アリタルモノトス

第三說ニ曰ク此種ノ義務ハ單純ノ意思表示ノミニテハ足レリトセス何トナレハ債權者ノ求ムル所ハ債務ニ屬スルモノニシテ破產者ノ債權ニ屬スルモノニ非サレハナリ（破產債權者團體ノ存否ヲ否認スル學說ニ依レハ斯ル債務ハ破產宣告後ニ成立セル破產者ノ債權ニ外ナラサルヲ以テ相殺ヲ許サスト謂ハサルヲ得ス）（民五〇〇條、破案八四條一號、獨破五五條）其他破產債權者カ破產宣告後破產者ニ對シ取引ヲ爲シタル結果トシテ債務ヲ負擔シタル場合亦然リ（商九九五條二項引用）蓋斯ル破產者ニ對スル債務ハ破產財團ニ屬スル債權ナレハナリ但財團債權者ハ其有スル債權ト自己ノ債務ニシテ破產財團ニ屬スル債權タルモノト相殺スルコトヲ得ヘシ何トナレハ之カ爲ニ破產債權者間ノ平等關係ヲ害スルコトナケレハナリ

(b) 破產者ノ債務者カ破產宣告ノ後破產者ニ對シ債權ヲ取得シタルトキ例之破產宣告後破產者ト取引ヲ爲シタル結果トシテ債權ヲ取得シタルトキ又ハ破產者ノ債務者カ破產宣告前ニ他人ノ爲ニ發生シタル債權ヲ破產宣告後ニ取得シタルトキ例之破產宣告前ニ既ニ破產者ニ對シテ成立セル債權ヲ其債權者ヨリ破產宣告後ニ讓受ケタルトキハ（有償、無償又ハ善意、惡意ノ區別ヲ問ハス）破產者ノ債務者ハ其取得シタル債權ト其負擔セル債務トヲ相殺スルコトヲ得ス蓋前者ノ場合ニ於テハ破產者ト爲シタル取引ハ破產財團ニ對シテ無效ニシテ（商九八五條）又後者ノ場合ニ於テハ前主ハ破產宣告ノ效力トシテ其有スル債權ニ對スル配當ヲ受クル權利ヲ有スルニ過キサレハナリ（破案八四條二項獨破五五條）其他破產者ノ債務者カ支拂ノ停止（破產法案ニ於テハ破產ノ申立ヲ支拂停止ト同視シタリ）アリタルコトヲ知リテ破產者ニ對シ債權ノ讓渡ノ如キ行爲ニ基キテ債權ヲ取得シタルトキハ破產者ノ債務者ハ其取得シタル債權ト其負擔シタル債務トヲ相殺スルコトヲ得ス是蓋然ラスンハ相殺カ破產債權者ヲ詐害スルノ器具ト爲ルニ至ルヲ以テナリ破產者ノ債務者カ支拂ノ停止アリタルコトヲ知

0358

リ且該債務者ノ有スル債權カ支拂ノ停止後ニ發生シタルトキ亦然リ（商九九五條二項、破案八四條三項、獨破五五條）

債權ノ取得カ相續ニ基クトキハ破産者ノ債務者ハ相續ニ因テ取得シタル債權ヲ相殺ノ用ニ供スルコトヲ得ス何トナレハ前主ハ其債務者ニ對シ破産宣告アリタルニ因リ破産手續ニ從テ配當額ヲ受クルノ外ニ何等ノ權利ヲ破産財團ニ對シテ有セサルヲ以テナリ然レトモ債權ノ取得カ破産者ノ債務者ニ於テ支拂ノ停止アリタルコトヲ知リタル時ヨリ前ニ生シタル原因ニ基クトキハ之ニ因テ取得シタル債權ヲ相殺ノ用ニ供スルコトヲ得例之保證人及手形ノ裏書人カ主タル債務者又ハ前者ノ支拂停止ヲ知ラサル以前ニ於テ保證債務ヲ負ヒ又ハ手形ノ裏書人ト爲リタルトキハ主タル債務者又ハ前者ノ破産宣告後之ニ對スル求償權又ハ償還請求權ヲ相殺ノ用ニ供スルコトヲ得ルカ如シ何トナレハ斯ル權利ハ其性質上之ヲ停止條件附債權ト同視スヘキモノナレハナリ但破産法案ニ依レハ債權ノ取得カ法定ノ原因例之相續ニ基クトキ又ハ債務者カ支拂ノ停止若クハ破産ノ申立アリタルコトヲ知リタル時ヨリ前ニ生シタル原因例之保證ニ基クトキハ破産者ノ債務者ハ相續ニ因テ取得シタル債權又ハ保證ニ基ク求償權ヲ相殺ニ供スルコトヲ得ヘシ蓋斯ル場合ニ於テハ破産債權ヲ詐害スル不當ノ行爲ノ行爲存セサルヲ以テナリ

破産債權者カ其債務者甲ノ破産宣告前ニ於テ甲ニ對シ其債務者乙ノ爲ニ保證債務ヲ負ヒタルトキハ破産債權者ハ甲ノ破産宣告後乙ノ無資力ノ爲ニ保證債務ヲ履行スヘキトキニ當リテ破産債權ト保證債務トヲ相殺スルコトヲ得ヘキハ洵ニ明白ニシテ又破産債權者カ債務者ノ支拂停止後破産宣告前ニ於テ相殺ニ依リ特別ノ利益ヲ得ントスルノ意思ヲ以テ破産者ノ債務者ト爲リタルトキハ法律上別段

ノ規定ナシト雖廢罷訴權ノ原則ノ適用トシテ（民四二四條）相殺ヲ許スヘキモノニ非サルコト固ヨリ當然ナルヘシ

(3) 相殺權ノ主張　相殺權ヲ有スル債權者ハ其權利ノ行使ニ因テ破産者ニ對シテ有スル債權ニ付特別ノ辨濟ヲ受クルモノニシテ破産財團ニ屬スル一切ノ財産上ニ配當ヲ受クルモノニ非サルヲ以テ相殺權ノ行使ハ別除權ノ行使ト同ク管財人ニ對シ破産手續ニ依ラスシテ之ヲ爲スモノナリ（破案七八條、民五〇六條、獨破五三條、同民三八八條）(1)相殺權ノ行使ハ管財人ニ對シテ之ヲ爲ス蓋管財人ハ破産財團ニ屬スル財産ニ付處分ヲ爲スノ權限ヲ有スルモノナレハナリ相殺權ノ行使ハ破産債權ノ屆出ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ破産債權ノ屆出ハ破産裁判所ニ對シテ之ヲ爲シ管財人ニ對シテ之ヲ爲スモノニ非サレハナリ(2)相殺權ノ行使ハ民法ノ規定ニ從ヒ相殺ノ意思ヲ表示シテ之ヲ爲ス破産手續ニ依テ之ヲ爲ヌコトヲ得ヌ管財人カ債權者ニ對シ其債務取立ノ爲ニ訴ヲ提起シタルトキハ債權者ハ裁判上ニ於テ相殺ヲ爲ス旨ノ意思ヲ表示スルコトヲ得又債權者ハ裁判外ニ於テ相殺ヲ爲スヘキ旨ノ意思ヲ表示スルコトヲ得而シテ債權者カ裁判外ノ意思表示ヲ爲シタル以後ニ於テ管財人カ相殺スヘキ債權債務ノ存否及相殺權ノ有無ヲ爭ヒ債權者ニ對シ其債務カ既ニ相殺ニ因テ消滅シタル旨ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得其他債權者ハ其債務カ相殺ニ因テ消滅シタルコトヲ確定セシムルカ爲ニ管財人ニ對シ權利不成立ノ確認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得(3)相殺權ノ行使ハ破産手續中何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ相殺ノ用ニ供スヘキ破産債權カ破産手續ニ從テ確定シタルトキト雖亦然リ何トナレハ破産法ニ於テハ相殺權ノ行使ニ付時期ニ關スル制限ヲ設ケサルヲ以テ破産債權ノ確定ノ如キハ相殺權ノ行使ニ妨ナキモノト謂ハサルヲ得サレハナリ又相殺權ノ行使ハ債權者カ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ妨クルモノ

0359

ニ非ス債權者ハ相殺スヘキ自己ノ債務カ條件附ナルカ爲ニ自己カ其存在ヲ爭フカ爲ニ又ハ相殺スヘキ自己ノ債權カ管財人ノ否認スル所ナルカ爲ニ豫メ相殺ノ效力ノ發生セサルコトヲ慮リ其有スル債權ニ付相殺權ヲ行使スルト同時ニ副位的ニ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得蓋法律上斯ル權能ヲ禁止シタルノ明文ナキヲ以テナリ

(4) 相殺權ノ消滅　相殺權ハ單ニ破産手續中有效ニ之ヲ行使スルコトヲ得ルモノナルヲ以テ破産手續終結後ハ當然消滅ニ歸ス隨テ破産手續終結後ニ在テハ民法ノ規定ニ從テ相殺ノ能否ヲ定ムルモノトス(破産法ニ於テ認メタル相殺ノ擴張及其制限ハ唯破産手續中ニ其效力アルノミ)但破産手續中破産法ニ基キテ爲シタル相殺權ノ行使ハ破産財團ニ對シテ效力アルハ勿論(商九九五條一項「……財團ニ對シテ其效用ヲ致サシムルコトヲ得」)破産手續終結後ニ於テモ其效力ヲ存スルコト言ヲ俟タス

相殺權ヲ講了スルニ際シ特ニ注意スヘキモノハ破産債權ヲ消滅セシムルカ爲ニ之ト破産財團ニ屬スル破産者ノ債權トヲ相殺スルノ權能ハ管財人ニ專屬スルコト及破産債權者カ外國法ヲ利用シテ我破産法ノ認メサル相殺ヲ爲スヲ許ササルコト是ナリ第一、管財人ハ或破産債權ヲ消滅セシムルカ爲ニ之ト破産財團ニ屬スル破産者ノ債權トヲ民法ノ規定ニ從テ相殺スルノ職權ヲ有ス他ノ破産債權者ハ斯ル權利ヲ有スルコトナシ又破産法ノ規定ニ依テ相殺ヲ爲スコトヲ得ス蓋斯ル相殺ハ破産財團ニ屬スル財産ノ處分ニシテ管財人ノ職權ニ專屬シ又商法第九九五條(破案七九條乃至八二條)ハ單ニ破産者ノ債務者ニシテ破産債權者タル者カ相殺權ヲ行フ場合ニ行ハルル規定ナルヲ以テナリ而シテ管財人カ如何ナル場合ニ於テ相殺ヲ爲スモノナルヤノ問題ニ付テハ別段ノ規定ナシト雖相殺カ破産財團ニ有益ナル場合殊ニ破産債權カ優先權ニ依テ擔保セラレタル場合又ハ破産債權者ノ財産的狀態カ破産者ノ財産的狀態ヨリ劣等ナル場合ニ於テ破産財團ノ爲ニ相殺ヲ爲スヘキヲ當然ナリトス、破産債權若クハ破産債權ニ屬セサル債權ト破産財團ニ屬セサル破産者ノ債權トノ相殺ハ民法ノ規定ニ從テ其能否ヲ定メ又之ニ關スル意思表示ハ破産者ニ對シ又ハ破産者ヨリ之ヲ表示ス但破産債權者ハ一旦破産債權者トシテ其權利ヲ行ヒタルカ爲ニ相殺ヲ爲スヲ妨ケラルルコトナシ其他財團債權ト破産債權者團體ニ屬スル債權トノ相殺ハ民法ノ規定ニ從ヒ其能否ヲ定メ又之ニ關スル意思表示ハ管財人ニ對シ又ハ管財人ヨリ之ヲ爲スヲ當然ナリトス第二、破産債權者カ外國居住ノ破産者ノ債務者ニ對シ直接又ハ間接ニ(第三者ノ手ヲ經由シテ)破産債權ヲ讓渡シ以テ斯ル債務者ヲシテ外國法ニ從テ相殺ヲ爲スコトヲ得セシメ間接ニ破産手續ニ依ラスシテ辨濟ヲ受クルコトハ別除權ノ場合ニ於ルト同ク之ヲ是認スルコトヲ得ス元來我破産法ハ當然外國ニ行ルルモノニ非ス是ニ於テカ破産債權者ハ別除權ニ關シ說明シタルモノト同ク外國法ヲ利用シ外國ニ居住スル破産者ノ債務者ニ對シ破産債權ヲ讓渡シ我破産法ノ認メサル相殺ヲ外國法ニ從テ外國ニ居住スル債務者ニ爲サシメ損失分擔ノ法則ノ適用ヲ避ケ以テ不當ノ利益ヲ占ムルコトナキヲ保セス故ニ獨逸破産法(五六條)ニ於テハ何人ト雖破産手續開始後ニ於テ又ハ其開始前破産ノ申立若クハ支拂ノ停止アリタルコトヲ知テ外國ニ居住スル破産者ノ債務者ニ破産債權ヲ讓渡シタルトキハ破産財團ニ對シ債務者カ外國法ニ從ヒ獨逸破産法ノ許ササル相殺ヲ其讓受ケタル破産債權ト爲シタルニ因テ破産財團ニ歸セサリシ數額ヲ賠償スヘキ義務ヲ負フ旨ヲ規定シタリ我現行破産法及破産法案ニ於テハ斯ル趣旨ノ明文ヲ缺クト雖論理解釋上同一ニ論決スヘキモノト思フ蓋斯ル債權者ハ斯ル數額ニ付惡意ノ受益者ニ外ナラサレハナリ(民七〇三條七〇四條)

(三) 破産者ニ對スル效力　破産者ニ對スル效力ニ二種アリ破産者ノ財産ニ對スル效力及其身上ニ對ス

ル效力即是ナリ前者ハ破產債權者ノ爲ニ破產財團ヲ保全スルヲ目的トシ又後者ハ破產宣告ノ恐ルヘキ旨ヲ知ラシメ以テ各人ヲシテ可成破產宣告ヲ受ケサルコトニ豫注意セシムルヲ目的トス左ニ之ヲ分說スヘシ

(A) 破產者ノ財產ニ對スル效力　破產宣告ニ依リ破產者ハ當然破產財團ニ屬スル財產ヲ占有シ管理シ及處分スルノ權利ヲ喪失ス(商九八五條一項、破案一條、四三條、佛商四四三條、獨破六條、白商四四四條伊商六九九條、墺破一條、三條、英破二〇條等)是蓋破產ノ目的ヲ達スルカ爲ニハ一面ニ於テハ破產者ノ行爲ニ因テ債權者ノ平等關係ヲ亂シ又ハ破產財團ヲ減スルノ害毒ヲ避クルカ爲ニ破產者ニ對シ斯ル權能ヲ奪ヒ他ノ一面ニ於テハ清算ノ爲メ一定ノ分界ヲ定メ爾後ノ事情ニ因リ各債權者間ノ關係ニ變動ヲ來スコトナカラシムルヲ要スレハナリ管理及處分ノ權能ハ破產宣告ノ日ヨリ之ヲ喪失ス元來破產者ノ管理及處分ノ權能喪失期ニ關シテハ各國ノ立法例各異ナレリ佛國商法(四四二條)白國商法(四四二條)ハ破產宣告ノ日ヲ以テ斯ル喪失期トシ獨逸破產法(一〇八條)ハ破產手續開始ノ時ヲ以テ斯ル喪失期トシ墺國破產法(二條、六九條)ハ破產宣告ノ公告ヲ以テ斯ル喪失期トシ又西國商法(八七八條)及千八百七年佛國商法(四四二條)ハ支拂停止ノ日ヲ以テ斯ル喪失期ト定メタリ我現行破產法ニ於テハ佛法系諸國ノ立法例ニ則リ破產宣告ノ日ヲ以テ管理及處分ノ權能喪失期ト爲シタルコトハ商法第九八五條第一項「破產ノ宣告ニ依リ」及同第二項「破產宣告ノ日ヨリ」ノ明文ニ徵シ一點ノ疑ナシ是破產宣告ノ時ヲ正確ニ定ムルノ困難ヲ避クル實際上ノ便宜ニ基キタルモノナリ而シテ此規定ニ依レハ破產者ト爲シタル取引ハ事實上破產ノ宣告アリタル時期以前タルニ拘ラス破產ノ宣告ト其日ヲ同ウスルノ結果破產債權者團體ニ對シ當然無效ト爲リ結果カ原因ニ先ツノ奇觀ヲ呈ス反之我破產法案ハ獨逸法系諸國ノ立法例

ニ則リ破產宣告ノ時ヲ以テ管理及處分權喪失ノ期ト爲シ結果カ原因ニ先ツカ如キ論理ニ反スルノ結果ヲ避ケ破產宣告前ニ成立セシ取引ノ安全ヲ確保シタリ(破案一條、四三條)前者ハ實際ノ便宜ニ適シ後者ハ嚴正ナル理論ニ適ス立法上ノ見解トシテハ各一利一害アルモノナリ支拂停止ノ日ヲ以テ管理及處分權ノ喪失期ト爲ス立法ハ此日以後ニ於テ破產者ト爲シタル多數ノ行爲ヲ無效ト爲サルヲ得サルノ結果大ニ取引上ノ安全ヲ害ス又破產宣告ノ公告ヲ以テ管理及處分權ノ喪失期ト爲ス立法ハ破產者ト取引ヲ爲シタル第三者ヲ保護スルノ效用アリト雖理論上破產宣告ノ效力ハ其公告ノ有無ニ關スルモノニ非ス且其公告ナカリシカ爲ニ破產者ト取引ヲ爲シ損害ヲ受ケタル者ハ公告ノ責任者ニ對シ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルノ理ナルヲ以テ破產宣告ノ公告ヨリ管理及處分ノ權能ヲ喪失スル旨ヲ規定スルノ必要ナシ故ニ西國商法及墺國破產法ノ立法例ハ之ヲ正當ナリト認メ難シ(管理及處分權ノ喪失期)破產者ハ破產財團ニ屬スル財產ノ管理及處分ノ權利ヲ喪失ス故ニ破產財團ニ屬セサル財產ノ管理及處分ノ權能ハ破產者之ヲ喪フコトナシ(商九八五條一項「……自己ノ財產……」)蓋斯ル財產ハ破產的差押權ノ目的物ト爲ラサルヲ以テナリ又管理及處分ノ權利ノ喪失ハ處分無能力即チ管理及處分ヲ爲ス權能ヲ喪失スルノ謂ニシテ權利其モノヲ剝奪セラルルニ非ス又行爲無能力即禁治產ニ非ス何トナレハ破產ハ前述ノ如ク破產債權者ニ平等ナル辨濟ヲ得セシムルヲ目的トスルヲ以テ破產者ヲシテ破產債權者ト破產財團トノ關係ヲ亂スコト能ハサラシムルヲ以テ足レリトス破產財團ニ損害ヲ及ホスヘキ權利ノ行使ヲ禁スルヲ以テ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘク必シモ破產者ノ權利ヲ剝奪シ又ハ之ヲ行爲無能力者タラシムルノ必要ナケレハナリ如此管理及處分權ノ喪失ハ權能ノ剝奪即チ權利行使ノ禁止ニシテ權利ノ剝奪ニ非ス故ニ破產者ハ破產財團ノ換價アル迄ハ依然破產財團ニ屬スル財產ノ主體ナリ又行爲無能力ニ

0361

非ス故ニ破產者ハ破產手續中ト雖完全ナル行爲能力者ニシテ契約ヲ取結ヒ手形ヲ振出ス等ノ如キ法律行爲又ハ起訴及應訴スルカ如キ訴訟行爲ヲ有效ニ爲スコトヲ得唯此等ノ行爲ハ破產債權者團體ヲ害スルコトヲ得サルヲ以テ破產財團ニ對シ何等ノ不利益ナル效力ヲ及スコトナク破產者及其相手方ノ間ニ於テ有效ナルニ止ルノミ(管理及處分權喪失ノ限界)破產者ハ破產財團ニ屬スル財產ノ管理及處分ニ關スル權能ヲ法律上當然喪失シ其旨ヲ宣告スルノ必要ナク裁判所ノ意見ヲ以テ其喪失ノ限界ヲ制限ヲ加ヘ又ハ之ヲ除去スルコトヲ得ス又破產宣告ノ公告ノ有無ニ關係ナシ何トナレハ若然ラスンハ破產財團ノ減少ヲ防止スルノ機ヲ失フニ至ルコトアルヲ以テナリ(商九八五條一項「……破產宣告ニ依リ……權利ヲ失フ」)管理及處分權喪失ノ方法)

(B) 破產者ノ身上ニ對スル效力　破產者ノ身上ニ對スル效力ハ名譽ト信用トニ基ク公權及私權其モノノ剝奪ニ非ス故ニ佛國商法ニ在テハ「無能力」(「インカパシテー」)ト謂ヒ墺國破產法(二四六條)ニ在テハ「商人ハ左ニ示ス權利ノ行使ヲ爲スコトヲ得ス」ト規定シタリ斯ル效力ハ其寬嚴ノ區別アリト雖諸國ノ破產法ニ於テ是認シタル所ナリ(商一〇五四條、商施一四三條、佛商六〇四條乃至六四一條、墺破二四六條以下、英破三二條以下、獨逸ニ於テモ破產手續中公權ニ關シ破產者ノ權能ヲ制限シタルコトハ「デルンプルヒ」氏ノ「普國私法論」ニ依リ明白ナリ破產法案ニ在テハ破產者ノ身上ニ對スル效力ハ何レモ他ノ法律ニ規定セル所ナルヲ以テ重テ之カ規定ヲ設ケス又商法施行法第一四三條ハ其必要ナキヲ以テ之ヲ刪除セリ)其立法上ノ理由ハ一面ニ於テハ破產宣告ハ破產者ノ名譽ト信用トニ少カラサル瑕瑾ヲ來スヲ以テ特ニ名譽ト信用トニ基ク公私ノ權利行使ヲ停止シ他ノ一面ニ於テハ破產宣告ノ恐ルヘキコトヲ豫知セシメ可成破產宣告ヲ受クルコトナカラシムルニ在リ而シテ破產者ノ身上ニ對スル效力ノ內容ニ關シテハ商法施行法第一四三條、破產法案第三六三條、民法第九〇八條五號、第九一六條、第九四六條、第一〇一一條、裁判所構成法第六六條三號、辯護士法第五條四號、市制町村制第九條、取引所法第一一條、衆議院議員選擧法第一一條、貴族院伯子男爵議員選擧法規則第三條、貴族院令第一〇條、議員法第七七條等ヲ參照スヘシ

破產者ノ身上ニ對スル效力ハ破產者ノ終身消滅セサルモノト爲スハ破產者ヲ終身失望ノ人ト爲シ立法上其當ヲ得ス寧破產者ヲシテ其債務ヲ完濟シ且其名譽ヲ回復スルコトヲ得セシメ又破產債權者ニ債權ノ完濟ヲ受ケシムルコトヲ立法上正當ナリトス是現行破產法及破產法案ニ於テ佛、白等ノ立法例ニ則リ復權ナル制度ヲ設ケタル所以ナリ(商施第一四三條「復權ヲ得ルニ非サレハ……」)復權トハ破產ノ宣告ヲ受ケタル債務者カ破產ノ宣告ニ因テ生シタル身上ニ對スル效力ヲ消滅セシムル唯一ノ方法(Moyen)ナリ斯ル效力ハ他ノ破產宣告ノ效力ト異ニシテ協諧契約ニ依ル破產ノ終結(商一〇五五條「協諧契約ノ調ヒタルト否トヲ問ハス……」)又ハ配當ニ依ル破產ノ終結ニ因テ消滅スルモノニ非ス何トナレハ一旦破產ノ宣告ニ依テ表明セラレタル特種ノ權利ノ行使ニ關スル不適任ノ狀態(Indiguité)ハ其性質上破產ノ終結ト共ニ當然消滅スルモノニ非サレハナリ復權ハ斯ル效力ヲ消滅セシムル唯一ノ方法ナリ是復權ヲ以テ身上ニ對スル效力ヲ消滅セシムル唯一ノ方法ナリト云フ所以ナリ左ニ復權ノ要件、手續及效力ヲ略述スヘシ

(1) 要件　破產ノ宣告ヲ受ケタル債務者カ復權ヲ得ルニハ二箇ノ要件アリ其第一ハ債權ノ元利金及費用ノ全部ヲ辨償シタル旨又ハ之ト同視スヘキ事實即所在不明ノ爲ニ完濟ヲ爲スコト能ハサル債權者ニ全額ヲ辨償スル準備及資力アル旨ヲ證明スルコト是ナリ(商一〇五五條一項、破案三五二條、佛商六

0362

○四條）是復權ヲ設ケタル立法上ノ目的即破產債權者ニ完濟ヲ受クルコトヲ得セシムルガ爲ノ當然ノ結果ニ外ナラス辨償トハ支拂、代物辨濟、相殺、混同等ノ如キ現實ナル辨濟ニ外ナラス故ニ更改、免除及時效等ニ因ル免責ハ何レモ玆ニ所謂辨償中ニ包含セス是蓋更改ニ因テ發生シタル新債務カ現實ニ支拂ハレタルトキニ非サレハ債權ノ辨償ナリト謂フコトヲ得ス又破產者カ何等ノ出捐ヲ爲スコトナク免除、時效等ノ原因ニ依テ容易ニ復權ヲ許スヲ立法上不可ナリト認メタルニ因ル（塊破二四六條ニ於テハ免除ニ依テモ復權ヲ許スニ足ル旨ヲ規定セリ）然レトモ斯ル規定ハ立法上酷ニ失スルヲ以テ破產法案ニ於テハ修正ヲ加ヘテ「辨濟其他ノ立法ニ依リ」ト規定シ以テ更改、免除、時效等ニ因ル債務ノ免責亦復權ヲ得ルノ原因ト爲ル旨ヲ規定シタリ辨償スヘキモノハ債權ノ元利金及費用ノ全部ナリ故ニ破產ノ宣告ニ因テ生シタル費用、破產宣告前ノ利息及元金ハ勿論破產宣告後ノ利息及協諧契約ニ依テ免責ヲ得タル部分ヲモ辨償セサルヘカラス是蓋斯ル全部ノ辨償ヲ爲スニ非サレハ破產ニ關スル一切ノ痕跡消滅セス隨テ破產者及破產債權者ノ爲ニ存スル復權ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ由ル其第二ハ法律上復權ヲ許スニ足ルト認メラレタル債務者タルコトヲ是ナリ是ヲ以テ(1)詐欺破產者トシテ有罪ノ判決ヲ受ケタル者ハ復權ヲ受クルコトヲ得ス蓋詐僞破產ハ甚シク信用ト名譽トヲ害シタルヲ以テ復權ヲ許スモ到底其效ナキヲ以テナリ然レトモ終身失望ノ人ト爲スハ立法上其宜キヲ得サルヲ以テ斯ル立法ハ失當タルコトヲ免レス(2)過怠破產者トシテ有罪判決ヲ受ケタル者ハ刑ノ滿期ト爲リタルトキ又ハ特赦ヲ得タルトキニ限リ復權ヲ許サル蓋過怠破產ハ詐欺破產ニ比スレハ破產者ノ信用ト名譽トヲ害スルノ程度少キヲ以テナリ刑期中ニ復權ヲ許スモ其效ナシ是刑ノ滿期アリタルトキ又ハ特赦ヲ得タルトキノ制限アル所以ナリ（刑ノ時效アリタルトキ亦復權ヲ許ササルヘカラス現行破產法ニ於テ斯ル趣意ノ明文ヲ缺ク

ハ立法上ノ缺點ナリ）(3)他ノ重罪又ハ輕罪ノ爲ニ剝奪公權又ハ停止公權ヲ受ケテ其期間中ニ在ル破產者ハ復權ヲ受クルコトヲ得ス蓋斯ル期間中ニ在ル破產者ニ復權ヲ許スモ其效ナキヲ以テナリ（商一〇五八條、佛商六一二條）破產法案ニ於テハ第二ノ要件タル制限ヲ廢止シ復權ノ許否ヲ裁判所ノ自由ナル意見ニ委シタリ是尙ニ正當ナル修正ニシテ現行破產法ノ缺點ヲ除去シタルモノナリ

以上第一及第二ノ要件ヲ具備シタルトキハ復權ヲ許スニ足ル隨テ破產者カ復權ヲ受クル當時ニ於テ既ニ死亡セルト否トハ法律ノ問ハサル所ナリ是復權ハ破產者ノ名譽回復ヲモ其目的ト爲スニ由ル故ニ破產者ノ親族又ハ友人ハ破產者ノ死亡後其利益ノ爲ニ復權ノ申立ヲ爲スコトヲ得（商一〇五七條）破產法案ニ於テハ不必要ナリト認メ斯ル法則ヲ廢止シタリ

(2)　手續　復權ノ申立ハ破產者、其親族及其友人等カ破產裁判所ニ對シ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲ス但其申立ニハ前述ノ要件完備ノ證據方法ヲ添附スヘシ（商一〇五五條二項、一〇五六條、民訴一三五條、破案三五二條、三五三條、三七〇條、商非印紙法三條、佛商六〇五條、塊破二四六條）破產者ノ親族及其友人ハ破產者ノ意思ニ反シテ復權ノ申立ヲ爲スコトヲ得何トナレハ復權ハ破產者ノ利益ニシテ其損害ト爲ルコトナケレハナリ破產裁判所ニハ復權ノ申立ノ許否ニ付最適當ナル裁判ヲ爲スノ便益アリ是復權ノ申立カ破產裁判所ノ管轄ニ專屬スル所以ナリ復權ニハ破產者、其親族及其友人ノ申立ヲ必要トシ裁判所職權ヲ以テ之ヲ爲スコトナシ是復權ハ直接ニ破產者ノ利益ニ關スルモノナレハナリ破產裁判所カ復權ノ申立ヲ適法ナリト認メタルトキハ第一〇一ニ裁判前手續トシテ一面ニ於テハ復權ノ申立アリタル旨ヲ公告シ其旨ヲ公衆ニ知ラシメ破產債權者其他ノ利害關係人ヲシテ二箇月ノ期間內ニ異議ノ申立ヲ爲サシム（商一〇五六條、破案三五六條）（現行破產法ニ於テハ公告ノ方法ニ關シ別段ノ規定

0363

ヲ設ケサルヲ以テ裁判所カ復權ノ申立アリタル旨ヲ知ラシムルニ適當ナル方法ト場所トヲ選定シテ公告ヲ爲スモノト謂ハサルヲ得ス破産法案ニ於テハ第一二〇條及第一二一條ニ依リ公告ヲ爲ス）但破産者其他ノ復權申立人ハ異議申立人ニ對シ未濟ノ債務ヲ辨償シ其他異議ノ原因ニ關スル消極的確認ノ訴ヲ提起シテ復權ノ裁判前ニ異議ヲ除去スルコトヲ得ルヤ言ヲ俟タス又他ノ一面ニ於テハ復權ノ申立ヲ檢事ニ通知シ檢事ヲシテ主トシテ商法第一〇五八條ノ要件ノ存スルヲ調査シ且之カ搜査ヲ爲サシム（商一〇五六條一項、破産法案ニ於テハ現行破産法ニ於ルカ如クニ特ニ檢事ニ通知スヘキ旨ノ規定ヲ設ケス是檢事ハ裁判所構成法第六條ニ依テ適宜ニ其職務ヲ行フコトヲ得ヘケレハナリ）第二ニ以上手續完結後檢事ノ意見ヲ聽キ復權ノ許否ニ付裁判ヲ爲ス（破案一一〇條參照）而シテ其許可ノ裁判ニ對シテハ異議申立者ヨリ又復權ノ申立棄却ノ裁判ニ對シテハ其申立者ヨリ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得（商施一四七條、商施二四條、破案三五八條、一一〇條）又破産裁判所ハ復權ノ申立許可ノ決定確定シタルトキハ破産宣告ニ於ルト同ク之ヲ公告ス（破案三五六條二項、三五九條）蓋復權ハ破産ノ宣告ヲ受ケタル債務者ノ名譽ヲ回復シ破産宣告ニ因テ生シタル身上ニ對スル效力ヲ消滅セシムルモノナレハナリ但復權ノ申立棄却ノ決定確定シタル場合ニ於テハ爾後一箇年滿了前ニ復權ノ申立ヲ爲スコトヲ許サス蓋屢復權ノ申立ヲ爲スニ因テ生スル煩雜ヲ防止スルニ在リ（商一〇五六條、佛商六〇五條乃至六一一條）破産法案ニ於テハ斯ル制限ヲ認メス何トナレハ這ハ謂レナク復權申立者ノ利益ヲ害スルモノナレハナリ反之復權ノ申立ヲ不適法ナリト認メタルトキハ直ニ之ヲ却下スルコトヲ要ス但破産法案ニ於テハ裁判所ヲシテ一定ノ期間內ニ欠缺ノ補正ヲ命スルコトヲ得セシム是民事訴訟法第一九二條ト其法意ヲ同シウス（破案三五四條、三七〇條、商非印紙法第三條）

(3) 效果　復權許可ノ決定確定シタルトキハ之ニ依テ破産者ノ身上ニ對スル效力消滅ス（商九八一條「……假執行ヲ爲スコトヲ得……」ノ反對推理、商施一四七條、商施二五條、民訴四六〇條）是復權ノ目的ヲ達シタル當權ノ結果ナリ破産法案ニ於テハ民事訴訟法ニ於ルト同シク原則トシテ決定ニ即時ノ執行力ヲ認メタルヲ以テ特ニ第三五七條ノ規定ヲ設ケ復權ハ其許可ノ決定確定後ニ非サレハ效力ヲ生セサル旨ヲ明示シタリ蓋復權ノ效果ハ頗重大ナルヲ以テナリ（破案一〇六條、一一九條）

(四) 破産者ノ爲シタル行爲ニ關スル效力　破産者ノ爲シタル行爲ニ關スル破産ノ效力ハ之ヲ破産者カ破産宣告前ニ爲シタル行爲ニ關スル破産ノ效力及破産者カ破産宣告後ニ爲シタル行爲ニ關スル破産ノ效力ニ分類スルコトヲ得蓋破産者ノ行爲ニハ破産宣告前ニ爲シタルモノト破産宣告後ニ爲シタルモノトアレハナリ左ニ之ヲ分說スヘシ

(A) 破産者カ破産宣告前ニ於テ爲シタル行爲ニ關スル破産ノ效力　破産者カ破産宣告前ニ於テ爲シタル行爲ハ法律上一定ノ效力ヲ生スヘキ各種ノ意思ノ實行ニシテ破産財團ニ關スルモノナリ破産者ノ行爲ニシテハ前述ノ如ク破産ノ目的ヲ達スルカ爲ニ各利害關係人ノ權利ヲ制限スルモノナリ破産者ノ行爲ニシテ破産財團ニ關係ナキモノハ破産ノ目的ニ亦關係ナキヲ以テ破産ノ效力ヲ受クルコトナシ法律上一定ノ效力ヲ生スヘキ破産者ノ各種ノ意思ノ實行カ破産ノ效力ヲ受ク故ニ破産者ノ法律行爲ハ勿論破産者ノ訴訟行爲モ破産ノ效力ヲ受クルモノナリ左ニ之ヲ分說スヘシ

(1) 破産者ノ法律行爲ノ履行ニ關スル破産ノ效力　破産宣告前ニ於テハ破産者ハ未破産財團ニ屬スヘキ財産ノ管理及處分ヲ爲スノ權能ヲ喪失セサルヲ以テ破産者カ破産宣告前ニ爲シタル法律行爲ハ原則トシテ破産宣告後尙有效ニ存在スルヲ當然ナリトス然レトモ民法、商法、破産法等ハ例外トシテ破産宣

0364

告前ニ成立シタル一定ノ法律行爲ニ付破產宣告ノ影響ヲ受ケシメ之ヲ以テ或ハ法律關係消滅ノ原因トシ或ハ特別ノ效力發生ノ原因ト爲シタリ(民六八條、六二一條、六三一條、六四二條、六五三條、六七九條商六九條、七四條、二二一條、四〇四條、四〇五條、商九九三條、九九四條、破案五九條乃至六七條、七三條、獨破一七條乃至二八條)左ニ重要ナル法律行爲ノ履行ニ關スル破產ノ效力ヲ略述スヘシ

(甲)雙務契約ノ履行ニ關スル破產ノ效力　雙務契約ノ當事者ノ一方カ破產ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ其宣告ノ當時破產者及其相手方カ未其契約ノ履行ヲ完了セサルトキハ當事者ノ一方ヨリ無賠償ニテ該契約ヲ解除スルコトヲ得(商九九三條一項)元來雙務契約ハ反對給付ノ爲ニ給付ヲ爲スコトヲ目的トスル契約換言スレハ當事者ノ一方ノ爲スヘキ給付ト相對シ且經濟上報酬タルノ契約ニシテ其給付カ同時的履行ヲ要スルト豫告的履行ヲ要スルトヲ問ハサルモノナリ(例之賣買、交換ノ如キ)故ニ斯ル契約カ破產宣告ノ當時未孰レノ一方ヨリモ完全ニ履行セラレサリシトキハ法律上及經濟上互ニ關聯シタル二箇ノ債權尙存在ス(此二箇ノ債權ハ其發生原因カ同一ノ契約ニ在ルノ點ニ於テ法律上互ニ關聯シ其目的タル給付カ互ニ對價タルノ點ニ於テ經濟上互ニ關聯ス)此關聯ハ當事者ノ一方ノ財產ニ對シ破產宣告アリタルノ故ヲ以テ破壞セラルルモノニ非ス蓋反對ニ論決セハ破產ノ宣告ヲ受ケサル當事者ノ一方ハ自己ニ對シテ破產者カ有スル債權ヲ完全ニ履行シ自己カ破產者ニ對シテ有スル債權ニ付テハ破產債權者トシテ配當額ヲ以テ滿足セサルヲ得サルノ不公平ニシテ且當事者ノ意思ニ反スルノ結果ヲ生スルニ至ルヲ以テナリ又破產ノ宣告ヲ受ケタル當事者ノ一方ハ破產ノ效力トシテ其破產財團ニ屬スル財產ノ管理及處分ノ權能ヲ喪失スルノ結果自ラ其債務ヲ履行スルコトヲ得サルヤ敢テ疑ナシト雖管財人ハ斯ル當事者ニ代リテ法律上有效ニ其債務ヲ履行シ得サルモノニ非ス故ニ破產宣告後ト雖雙務契約ヲ有效ニ存續セシメ管財人ヲシテ破產ノ宣告ヲ受ケタル當事者ノ一方ニ代リテ其債務ヲ履行セシムルコトヲ法律上當然ナリトスルニ似タリ然レトモ常ニ必斯ル方法ニ依ルヘキモノトセハ管財人ハ往往破產財團ノ缺乏ノ爲ニ完全ナル債務ヲ履行スルヲ得サルコトアルヘク假令破產債權者ノ一人タル雙務契約ノ相手方ニ對シテ完全ニ債務ヲ履行スルコトヲ得ヘシトスルモ他ノ破產債權者ニ對シ債務ノ完濟ヲ爲スヲ得サルコトアリ斯ル結果ハ破產ノ目的即破產債權者ニ損失ヲ分擔セシムルノ法則ニ背馳シ唯或破產債權者ノミニ完全ナル辨濟ヲ受ケシムルニ外ナラス是現行破產法ニ於テ雙務契約ノ當事者雙方ノ爲ニ無賠償ノ解除權ヲ認メ各當事者ヲシテ殆完全ナル辨濟ヲ受ケタルト同一ノ狀態ニ在ラシムル所以ナリ解除ノ手續ハ民法ノ定ムル所ニ依ル(商九九三條一項、民五四〇條、五四一條等)破產法案第五九條ニ依レハ同一ノ場合ニ於テハ獨リ管財人カ其選擇ニ從ヒ契約ノ解除ヲ爲シ又ハ破產者ノ債務ヲ履行シテ相手方ノ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ルニ止リ破產者ノ相手方ハ破產宣告アリタル一事ニ依テ直ニ雙務契約ヲ解除スルコトヲ得ス是蓋破產財團ノ爲ニ管財人ヲシテ破產者ノ相手方ノ利益ヲ害セサル範圍內ニ於テ雙務契約ニ關スル適當ノ處分ヲ爲スコトヲ得セシムルノ法意ニ出テタルモノニシテ又破產者ノ相手方ハ其反對給付ニ付完濟ヲ受クル以上ハ何等ノ損害ヲ被ルコトナク隨テ之ニ解除權ヲ認ムルノ必要ナキニ由ル如此破產法案ニ於テハ管財人ヲシテ其選擇ニ從ヒ契約ノ解除ヲ請求スルコトヲ得セシメタルヲ以テ相手方ノ爲ニ之カ管財人ニ對シテ契約ノ履行ヲ請求スルヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ヲ催告スルノ權利ヲ認メサルトキハ管財人カ斯ル選擇ヲ爲ササル間事物ノ狀態ヲ不確定トシ相手方ニ損害ヲ被ラシムルニ至ルハ論ヲ俟タス是破產法案第六〇條ニ於テ破產者ノ相手方ニ斯ル催告ヲ爲スノ權利ヲ認メ且管財人カ遲滯ナク確

0365

答ヲ爲サザルトキハ契約ヲ解除シタルモノト看做ス換言スレハ雙務契約ノ履行ヲ請求スルノ權利ヲ喪失スル旨ヲ規定シタル所以ナリ而シテ雙務契約ノ解除アリタル場合ニ於テハ現行破產法ハ破產者ノ相手方及管財人ニ損害賠償ノ請求ヲ爲ス權利ヲ認メスト雖破產法案第六一條及第六二條ハ破產者ノ相手方ヲシテ契約ノ不履行ヨリ生スル損害賠償ノ請求權ニ付破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得セシメ又破產財團中ニ現存スル一部辨濟ノ目的物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得セシメ若斯ル目的物現存セサルトキハ其價額ニ付財團債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得セシメタリ是民法第四一五條、第五四四條、破產法案第七條及第三五條五號ノ適用ニ過キスシテ破產宣告前ニ成立シタル雙務契約ノ不履行ニ基ク損害賠償請求權ハ前述ノ如ク破產債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得ヘク又民法ノ規定ニ依レハ契約ノ解除ハ各當事者カ相手方ヲ原狀ニ復セシムルノ義務ヲ負フ效力ヲ發生スルヲ以テ破產債權者團體ノ機關タル管財人ハ相手方ノ爲シタル一部辨濟ノ目的物ニシテ破產財團中ニ現存スルモノヲ返還スルノ義務ヲ負ヒ又該目的物カ破產財團中ニ現存セサルトキハ其價額ニ付破產債權者團體ニ於テ不當ニ利得シタルモノト謂ハサルヲ得サレハナリ(破案五九條乃至六二條、獨破一七條塊破二二條、二三條、英破五五條、瑞破二一一條、佛白等ノ法律ニ於テハ雙務契約ノ履行ニ關スル破產ノ效力ニ付別段ノ定ナシ然レトモ佛國ニ於テハ破產者ノ相手方ハ契約ヲ解除スルノ權利ヲ有シ又管財人ハ破產主任官ノ許可ヲ得テ破產者ノ相手方ニ對シ其債權ヲ財團債權トシテ辨濟スヘキ旨ヲ條件トシテ其債務ノ履行ヲ求メ以テ相手方ノ契約解除權ノ行使ヲ止ムルノ職權ヲ有ス但相手方カ契約ヲ解除シタル場合ニ於テ損害賠償請求權ヲ破產債權トシテ主張スルコトヲ得ルヤ否ヤハ學者間ニ爭アル所ニシテ「リオンカン」及「ルノー」氏等ハ佛國民法第一八八四條ノ適用トシテ積極的ニ論決シ多數ノ判例ハ損害賠償請求權ヲ是認スルニ於テハ破產債權者間ノ平等ノ關係ヲ亂シ特ニ契約ヲ解除シタル破產債權者ヲ利スルニ至ルトノ理由ヲ以テ消極的ニ論決シタリ)

雙務契約ノ當事者ノ一方カ破產ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ其宣告ノ當時當事者ノ一方カ既ニ其契約ノ履行ヲ完了シタルトキハ唯一ノ債權存スルニ過キス而シテ雙務契約ノ履行ヲ完了シタル當事者ノ一方カ破產宣告ヲ受ケタルトキハ斯ル債權ハ破產財團ニ屬スル財產ニ外ナラス故ニ管財人ハ破產者ノ相手方ニ對シ其債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得若相手方カ其債務ヲ履行セサルトキハ民法ノ規定ニ從ヒ契約ヲ解除シ破產宣告前ニ破產者カ給付シタルモノノ取戻ヲ請求スルコトヲ得(民五四〇條以下)但相手方カ破產者ニ對シテ爲スヘキ反對給付ニシテ破產者ニ專屬スルモノナルトキハ此限ニ在ラス何トナレハ斯ル反對給付ハ破產財團ニ屬セサルモノナレハナリ反之雙務契約ノ履行ヲ完了シタル當事者ノ一方カ破產者ノ相手方ナルトキハ斯ル債權ハ破產債權タルニ過キス故ニ破產者ノ相手方ハ破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ルニ止リ契約ヲ解除シ又ハ既ニ給付シタルモノヲ取戻ス權利ヲ財團ニ對シテ行フコトヲ得ス但破產者ノ債務ノ目的タル給付カ破產者ニ專屬スヘキモノナルトキ相手方カ別除權ヲ有スルトキ又ハ相手方カ破產宣告前ニ於テ破產者ノ債務不履行ノ爲ニ民法ノ規定ニ從ヒ契約ヲ解除シ自己ノ給付シタル目的物取戻ノ權利ヲ有スルトキハ此限ニ在ラス何トナレハ破產者ノ債務ノ目的タル給付ニシテ破產者ニ專屬スルモノナルトキハ破產財團ニ關係ナク隨テ破產債權者團體ノ利害ニ關係ナキヲ以テ又別除權及取戻權ハ何レモ前述ノ如ク破產手續ニ依ラスシテ行ハルルモノナレハナリ(商九九四條、獨破二六條、瑞破二一一條)

(乙)

以上略述シタル雙務契約ニ關スル法則ハ破產法、民法及商法等ニ於テ別段ニ規定シタル雙務契約

0366

ニ其ク法律關係ニ適用ナキヤ言ヲ俟タス是ヲ以テ第一ニ賃貸借關係ニ於テ賃借人カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ管財人ハ破産財團ノ爲ニ破産者ノ賃借權ヲ利用スルコトヲ得賃借權ハ破産財團ニ屬スヘキ財産ナルヲ以テナリ（此場合ニ於テハ破産宣告後ノ賃金ヲ財團債權トシテ支拂フコトヲ當然ナリトス此點ニ關シテハ商法第一〇三二條三號及破産法案第三五條六號ヲ參照スヘシ）然レトモ賃貸借關係ノ存續ハ破産財團ノ利益ニ反スルコトアリ又ハ賃貸人カ之ヲ欲セサルコトアリ是ヲ以テ民法第六二一條ニ於テハ破産手續中管財人及賃貸人ニ解約ノ申入ヲ爲ス權利ヲ認メタリ（民六二一條、獨破一九條一項、二〇條一項、但獨逸破産法ニ於テハ賃借人ニ其破産宣告ヲ受クル以前ニ在テ賃貸借ノ目的物ノ交付アリタルト否トヲ區別シ後者ノ場合ニ於テハ賃貸人ニ契約ヲ解除スルコトヲ得セシメス然レトモ之カ爲ニ生シタル損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得セシメス而シテ獨逸破産法第二〇條第二項ニ從ヘハ賃貸人ハ管財人ノ催告ニ因テ遲滯ナク契約ヲ解除スルヤ否ヤノ意思ヲ表示スル義務ヲ負ヒ之ヲ履行セサル場合ニ於テハ解除權ヲ喪失シ前示雙務契約ノ解除ニ關スル法則即獨逸破産法第一七條ノ適用ニ依リ管財人カ破産債權者團體ノ爲ニ賃貸借契約ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ルニ至ル前者ノ場合ニ於テハ我民法ト同ク管財人及賃貸人ニ解約ノ申入ヲ爲ス權利ヲ認メタリ斯ル區別ヲ爲スノ理由ハ蓋後者ノ場合ニ在テハ破産債權者團體カ破産者タル賃借人ニ代リテ賃貸借ヲ續行スルコトニ付毫モ正當ナル利益ヲ有セス又前者ノ場合ニ在テハ即時ノ解除カ不當ナル損失ヲ釀スニ至ルヲ以テナリト云フニ在ルモノノ如シ我民法ニ於テ斯ル區別ヲ爲ササリシハ立法上其當ヲ得タルモノナルヤ頗疑問ニ屬ス）解約ノ申入ハ其性質上契約ノ解除ニ非スシテ契約ノ爾後ノ存續ヲ除去スルニ過キス其申入ノ方法及賃貸借終了期間ハ商法第九九三條

二項及民法第六二一七條ノ規定ニ依ル但破産法案ニ於テハ賃貸人又ハ管財人カ有スル解除權ノ行使ニ付破産法案第六〇條第一項ノ規定ヲ準用シ催告ノ權利ヲ認メ以テ權利狀態ノ確定ヲ容易ナラシメ又（破案六〇條二項）賃貸人カ解約ノ申入ヲ爲シタルトキハ賃貸人ハ勿論破産債權者團體及破産者ハ契約ノ不履行ニ基ク損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得スト何トナレハ將來賃貸物ノ使用ヲ拒絶スルノ效力ヲ有スル解約權ヲ行使シタルル賃貸人ハ解約後賃貸物ヲ利用スルコトヲ得ヘキヲ以テ又解約ノ原因タル破産ノ狀態ニ關シテハ破産者其人カ責ニ任スヘキ所ナレハナリ（民六二一條後段）又管財人カ解約ノ申入ヲ爲シタルトキハ賃貸人ハ契約ノ不履行ニ基ク損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ管財人ノ解約ノ申入ハ法律上付與セラレタル職權ノ作用ニ外ナラサルノミナラス若反對ノ立法ヲ認メ賃貸人ニ斯ル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得セシムルニ於テハ管財人ヲシテ事實上解約ノ申入ヲ爲スヲ得サラシムルモノナレハナリ（民訴六二一條後段）（獨逸ニ於テハ舊破産法第一七條ノ解釋トシテ「フッチング」「ユッケル」氏等ハ斯ル見解ヲ主張シタリト雖「ウキルモースキー」「ペーテルゼン」「ザルワイ」氏等ノ如キ多數ノ學者ノ反對スル所ナリ新破産法第一九條ハ多數ノ反對說ヲ是認シ舊破産法第一七條ニ修正ヲ加ヘタリ是畢竟管財人ノ解約ノ申入ハ破産債權者團體ノ利益ノ爲ニ賃貸人ノ財團債權ヲ排斥スルニ止リテ不履行ニ因リ相手方ニ生シタル損害賠償ノ請求權ヲ排斥スルコトヲ得ルノ效力アルモノニ非サルニ由ル立法上ノ見解トシテハ獨逸新破産法ノ立法例ヲ正當ナリト認ム）

管財人カ破産ノ宣告ヲ受ケタル賃借人ノ權利ヲ財團ノ爲ニ利用スルハ破産債權者團體カ其有スル破産的差押權ニ基キ破産宣告後ノ賃金支拂義務ト共ニ賃借權ヲ承繼シ破産ノ宣告ヲ受ケタル賃借人ニ

代ルモノニ外ナラス故ニ賃貸借關係カ消滅セサル間ハ賃借人ノ債務關係ハ破產手續中財團債權ト爲ル(商一〇三二條三號、破案三五條六號)

賃貸人カ破產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ之カ爲ニ破產債權者團體ハ自由ニ賃借人ノ權利ヲ害スルコトヲ得サルヲ以テ賃貸借關係ハ破產債權者ニ對シ尙有效ニ存續シ破產債權者團體ハ破產者タル賃貸人ト同ク賃借人ニ對シ目的物ノ使用及收益ヲ爲サシムルノ義務ヲ負ヒ又賃金ヲ取立ツルノ權利ヲ有ス但破產法案ニ於テハ賃貸人カ破產ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ借賃ノ前拂又ハ借賃ノ債權ノ讓渡アリタルトキハ其前拂又ハ讓渡ト破產宣告ノ時ニ於ル當期及次期ニ關スルモノヲ除クノ外之ヲ以テ破產債權者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトシ以テ破產債權者ノ利益ヲ保護シタリ故ニ賃借人ハ破產宣告ノ時ニ於ル當期及次期以後ニ支拂フヘキ賃金ヲ破產財團ニ支拂ハサルヘカラス(民三一五條、六一三條一項)而シテ破產手續ノ目的ヲ達スルカ爲ニ必要ナル破產財團ノ換價ハ賃貸借關係ノ存續ノ爲ニ妨ケラルルノ理ナキヲ以テ管財人ハ賃貸借ノ目的物ヲ任意ニ賣却シ又ハ强制競賣ニ付スルコトヲ得但此場合ニ於テ目的物ノ換價ト賃貸借トノ關係ハ民法及民事訴訟法ノ規定ニ從テ之ヲ定ムルヤ言ヲ俟タス(獨破二二條參照、但獨逸破產法ニ在テハ破產手續開始前ニ於テ既ニ賃借人ニ其目的物ノ引渡アリタルトキニ限リ斯ル法則ノ適用ヲ認メ反對ノ場合ニ於テハ雙務契約ニ關スル一般ノ法則ニ依ラシム)

第二ニ雇傭關係ニ於テ使用者カ破產宣告ヲ受ケタルトキハ賃貸借關係ニ於ルカ如ク勞務者又ハ管財人ヨリ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得(民六三二條、商九九三條二項、獨破二二條、但獨逸破產法ニ於テハ賃貸借關係ニ於ルカ如キ區別ヲ設ケタリ)解約ノ申入ノ性質、其方法及雇傭關係終了期間ハ商九

九三條二項及民法第六二七條ノ規定ニ由ル但破產法案ニ於テハ解除權ノ行使ニ付キ破產法案第六〇條一項ノ規定ヲ準用シ且催告ノ日ヲ以テ解約ノ申入アリタルモノト看做セリ(破案六〇條二項)其法理ハ賃借人カ破產宣告ヲ受ケタル場合ト同一ナルヲ以テ其說明ヲ省略ス而シテ破產宣告ノ時マテ服シタル勞務ニ對スル報酬請求權ハ破產債權ニシテ破產宣告後ニ服シタル勞務ニ對スル報酬請求權ハ財團債權タリ(商法第一〇三二條三號、破案三五條六號)蓋破產債權者團體カ解約申入權ヲ留保シテ破產ノ宣告ヲ受ケタル使用者ニ代リタルモノナレハナリ但勞務ノ性質カ使用者及其家族ニ專屬スルモノナルトキハ(教育ヲ爲ス勞務、乳母トシテ兒女ヲ養フ勞務)破產債權者團體カ使用者ニ代テ其權利ヲ承繼スルモノニ非サルヤ言ヲ俟タス損害賠償ノ請求權ニ關シテハ賃貸借關係ニ付テノ說明ヲ參照スヘシ

勞務者カ破產宣告ヲ受ケタルトキハ之カ爲ニ使用者ニ對シ約定ノ勞務ニ服スルコトヲ妨ケラルルコトナキヲ以テ雇傭契約ノ存續ニ何等ノ影響スル所ナシ是我民法及獨逸破產法ニ於テ何等ノ規定ヲ設ケサル所以ナリ但破產ノ宣告カ勞務ノ性質上已ムコトヲ得サルノ事由ト爲ルトキハ契約解除ノ原因ト爲ルヤ言ヲ俟タス(民六八一八條)

第三ニ請負關係ニ於テ注文者カ破產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ賃借人カ破產ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於ケルト同シク管財人ハ破產財團ノ爲ニ注文者ノ權利ヲ利用スルコトヲ得換言スレハ破產債權者團體ハ注文ノ權利ヲ報酬ヲ與フル債務ト共ニ承繼スルコトヲ得然レトモ請負關係ノ存續ハ賃貸借關係ノ存續ト同シク破產財團ノ利益ト爲ラサルコトアリ又ハ請負人カ之ヲ欲セサルコトアリ是ヲ以テ民法第六四二條ニ於テハ破產手續中管財人及ヒ請負人ニ解約ヲ爲スノ權利ヲ認メタリ(民六四二條、獨

破二三條）其解約ノ方法ハ民法ノ定ムル所ニ依ル但破産法案ニ於テハ注文者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テモ解除權ノ行使ニ付キ破産法案第六〇條一項ヲ準用シタリ其理由ハ前述シタル所ニ同シ（破案六〇條二項）契約ヲ解除シタル當事者ハ解約ニ因ヲ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ス其理由ハ賃借人ノ破産ニ關シ説明シタル所ニ異ナラサルヲ以テ茲ニ之ヲ贅セス而シテ請負人カ既ニ爲シタル仕事ノ報酬及其報酬中ニ包含セサル費用ハ破産債權ニ外ナラサルヲ以テ請負人カ斯ル報酬及ヒ費用ニ付キ配當ニ加入スルコトヲ得ルヲ當然ナリ（民六四八條二項、獨破二三條二項、但獨逸破産法ハ我民法ト異ニシテ委任關係ノ法則ヲ準用スヘキモノト規定シタリ）

請負人カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ之カ爲ニ當然請負契約ヲ解除スルコトト爲ラス管財人ハ破産財團ノ爲ニ破産ノ宣告ヲ受ケタル請負人ヲシテ其仕事殊ニ繪畫ノ如キ第三者カ代テ完成スルヲ得サル仕事ヲ完成セシメ又ハ第三者ヲシテ仕事即チ第三者カ代テ完成スルコトヲ得ル仕事ヲ完成セシムルトヲ得（商九九三條、破案五九條）此場合ニ於テ破産者ノ受クヘキ報酬ハ破産財團ニ屬ス是破産手續終結迄ニ破産者ノ取得シタル財産ヲ以テ破産財團ト爲ス法則ノ適用ニ外ナラス（破案六五條、四一條）

第四ニ保險關係ニ於テ保險者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ管財人ハ破産財團ノ爲ニ保險關係ヲ引受クルコトヲ得換言スレハ破産債權者團體ハ保險者ノ權利ヲ其義務ト共ニ承繼シ破産ノ宣告ヲ受ケタル保險者ニ代ルコトヲ得此場合ニ在テハ保險者ニ對スル相手方ノ權利ハ財團債權タルコト言ヲ俟タス（破案三五條三號、商一〇三二條三號）然レトモ保險契約者ハ斯ル引受ニ對スル同意ヲ管財人カ相當ナル擔保ヲ供スルコトニ係ラシムルコトヲ得又ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得蓋保險者カ其破産宣告ニ依テ保險金額ノ支拂ヲ不確實ナラシメタルニ拘ラス保險料ヲ支拂フヘキモノトセハ保險契約者ノ保護ニ薄シト謂ハサルヲ得サレハナリ解除ノ方法ハ民法及商法ノ定ムル所ニ依ル但破産法案ニ於テハ解除權ノ行使ニ付破産法案第六〇條一項ヲ準用シタリ其理由ハ前述シタル所ニ同シ（商四〇五條一項、破案六〇條二項）而シテ保險契約者カ契約ヲ解除シタルトキハ之カ爲ニ生シタル損害殊ニ從來ノ保險ニ代ヘテ他ノ保險ノ爲ニ支拂フヘキ金額ヲ賠償セシムルカ爲ニ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得是損害賠償及破産債權ニ屬スル法則ノ適用ニ外ナラス（民七〇九條）解除ハ將來ニ向テ其效力ヲ生ス故ニ保險者ノ責任カ始マル前ニ於テ契約ノ解除アリタルトキハ支拂ヒタル保險料ノ全額ヲ破産手續ニ從テ返還セシムルコトヲ得反對ノ場合ニハ保險者ノ負擔シタル危險ニ相當スル保險料ノ返還ヲ求ムルコトヲ得ス

保險契約者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ管財人ハ破産財團ノ爲ニ保險關係ヲ引受クルコトヲ得換言スレハ破産債權者團體ハ保險契約者ノ權利ヲ其義務ト共ニ承繼シ破産ノ宣告ヲ受ケタル保險契約者ニ代ヘテ他ノ保險ノ爲ニ支拂フヘキ金額ヲ賠償セシムルカ爲ニ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得是損害賠償及破産債權ニ屬スル法則ノ適用ニ外ナラス（民七〇九條）解除ハ將來ニ向テ其效力ヲ生ス故ニ保險者ノ責任カ始マル前ニ於テ契約ノ解除アリタルトキハ支拂ヒタル保險料ノ全額ヲ破産手續ニ從テ返還セシムルコトヲ得反對ノ場合ニハ保險者ノ負擔シタル危險ニ相當スル保險料ノ返還ヲ求ムルコトヲ得ス

保險契約者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ管財人ハ破産財團ノ爲ニ保險關係ヲ引受クルコトヲ得換言スレハ破産債權者團體ハ保險契約者ノ權利ヲ其義務ト共ニ承繼シ破産ノ宣告ヲ受ケタル保險契約者ニ代ヘテ他ノ保險ノ爲ニ支拂フヘキ金額ヲ賠償セシムルカ爲ニ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得是損害賠償及破産債權ニ屬スル法則ノ適用ニ外ナラス（民七〇九條）解除ハ將來ニ向テ其效力ヲ生ス故ニ保險者ノ責任カ始マル前ニ於テ契約ノ解除アリタルトキハ支拂ヒタル保險料ノ全額ヲ破産手續ニ從テ返還セシムルコトヲ得反對ノ場合ニハ保險者ノ負擔シタル危險ニ相當スル保險料ノ返還ヲ求ムルコトヲ得ス

保險契約者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ管財人ハ破産財團ノ爲ニ保險關係ヲ引受クルコトヲ得換言スレハ破産債權者團體ハ保險契約者ノ權利ヲ其義務ト共ニ承繼シ破産ノ宣告ヲ受ケタル保險契約者ニ代ヘテ他ノ保險ノ爲ニ支拂フヘキ金額ヲ賠償セシムルカ爲ニ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得是損害賠償及破産債權ニ屬スル法則ノ適用ニ外ナラス（民七〇九條）解除ハ將來ニ向テ其效力ヲ生ス故ニ保險者ノ責任カ始マル前ニ於テ契約ノ解除アリタルトキハ支拂ヒタル保險料ノ全額ヲ破産手續ニ從テ返還セシムルコトヲ得反對ノ場合ニハ保險者ノ負擔シタル危險ニ相當スル保險料ノ

0369

テ定メタル解除權行使ノ制限ニ關シテハ前述シタル所ニ同シ（商四二五條三項、破案六〇條二項）但保險契約カ破產ノ宣告ヲ受クル以前ニ於テ保險料ノ全部ヲ支拂ヒタルトキハ前示ノ如キ理由毫モ存セサルヲ以テ保險契約者ノ破產ハ保險契約ニ何等ノ影響スル所ナシ（商四〇五條三項、破案六〇條二項）

他人ノ爲ニ保險契約ヲ爲シタル場合ニ於テ保險契約者カ破產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ被保險者タル他人ノ保險契約上ニ於ケル利益保護ノ目的ヲ以テ保險契約ヲ存續セシメ保險者ヲシテ被保險者ニ對シ保險料ノ請求ヲ爲スコトヲ得セシメタリ故ニ保險者ハ其契約存續ノ爲ニ何等ノ不利益ヲ受クルコトナシ但被保險者カ其利益ヲ拋棄シタルトキハ此限ニ在ラス（商四〇六條）

第五、著作ノ出版ヲ目的トスル法律關係ニ於テ出版營業者カ破產宣告ヲ受ケ著作ノ全部又ハ其大部分カ既ニ印刷セラレタルトキハ著作者ハ其著作ノ出版ノ完成及賣却ニ同意ヲ爲ササルヘカラス之ニ反シテ著作ノ全部若クハ其大部分カ未印刷セラレサルトキハ著作者ハ第一ニ破產債權者團體カ出版營業ノ續行ヲ欲シタルトキニ於テ之ニ同意シ第二ニ破產債權者團體ハ之ヲ欲シ且相當ノ擔保ヲ供シタルトキハ之ニ同意シ第三ニ破產者ノ出版營業カ破產手續ニ從テ他人ニ讓渡セラレ且其特別承繼人タル他人カ出版營業ヲ續行シ且出版物ヲ賣却スルトキハ之ニ同意ヲ爲ササルヘカラス然レトモ前示第一及第三ノ事實カ到來セサルトキハ著作者ハ其出版者ニ對スル契約ヲ解除スルノ權利ヲ有ス蓋出版事業ヲ確實ニ續行スルノ前提要件ヲ缺クヲ以テナリ著作者カ破產ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ其著作ニ關スル權利カ破產財團ニ屬スルヤ否ヤハ前述シタル所ナリ

第六、破產法案ニ據レハ交互計算ニ於テ當事者ノ一方カ破產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ之ニ依テ該計算ノ終了アリトシ相手方ヲシテ計算上受クヘキ殘額ニ付キ破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得セシム是蓋交互計算ハ當事者ノ信用ニ根據スルモノナレハナリ（破案六七條、商二九一條、舊商三六六條）

第七、破產法案ニ依レハ取引所ノ相場アル商品ノ賣買ニ於テ（換言スレハ破產者カ破產宣告前ニ公債株券ノ如キ取引所ノ相場アル商品ヲ賣リ又ハ買ヒタル場合）一定ノ日時又ハ一定ノ期間內ニ履行ヲ爲スニ非サレハ契約ヲ爲シタル目的ヲ遂スルコト能ハス（換言スレハ一定ノ日時又ハ一定ノ期間內ニ約定ノ代價ヲ以テ賣買ノ目的物ヲ引渡ス旨ノ特約存シ）且其時期カ破產宣告後ニ到來スヘキトキハ管財人及破產者ノ相手方ハ何レモ其契約ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ス却單ニ履行地又ハ其地ノ相場ノ標準ト爲ルヘキ地ニ於ケル同種ノ取引ニシテ同一ノ時期ニ履行スヘキモノノ相場ト賣買ノ代價トノ差額ヲ請求スルコトヲ得ルノミ隨テ該差額カ破產者ノ爲ニ存スルトキハ管財人ハ破產財團ニ屬スル債權トシテ破產財團ノ爲ニ之ヲ取立ツルコトヲ得反之破產者ノ相手方ノ爲ニ存スルトキハ破產者ノ相手方ハ破產債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得是蓋當事者雙方ノ利益ノ爲ニ無用ノ手續ト費用トヲ節約スルカ爲ニ破產者若クハ其相手方カ買主トシテ有スル商品ニ付テノ權利ヲ破產ノ宣告ニ因テ當然同一ノ履行地ニ於ケル同種ノ取引ニシテ同一ノ時期ニ履行スヘキモノノ相場ニ依ル金額債權ニ變性スルモノトシ彼此相殺スルコトヲ得ヘキモノハ之ヲ相殺シ其殘額ニ付破產財團ニ屬スル債權トシテ若クハ破產債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得セシムルノ法意ニ外ナラス（破案六三條一項）而シテ前顯ノ相場ハ破產宣告ノ日ヨリ起算シ第三日ニ於ケル平均相場ニ依ル但第三日カ休日ニ當リ且其日ニ取引ヲ爲ササル慣習アルトキハ民法第一四二條ノ規定ニ則リ其翌日ノ相場ニ依ル（商六三

0370

條二項）是蓋破産宣告ノ日時ハ通常取引所ニ於テハ同日ノ取引ノ終結前ニ於テ之ヲ知ルコトヲ得サルノミナラス破産者ノ相手方ヲシテ新ニ第三者ト取引ヲ爲シ破産者ニ引渡スヘキ商品ハ之ヲ第三者ニ賣渡シ又破産者ヨリ引渡ヲ受クヘキ商品ハ之ヲ第三者ヨリ買受クルコトヲ得セシムルノ準備期間ヲ存スルニ外ナラス隨テ破産宣告ノ日ヨリ起算シ第三日ニ於テ同種ノ取引ナキ場合ニ在テハ破産法案第六〇條一項ノ例外規定ノ適用ナク却破産法案第一九條ノ原則規定ノ適用ヲ受ク又破産者カ破産宣告前ニ於テ既ニ其債務ノ履行ヲ完了シタル場合ニ於テハ管財人破産者ノ相手方ニ破産財團ノ爲ニ其債務ノ履行ヲ請求スルヲ得反之破産者ノ相手方カ其債務ノ履行ヲ完了シタル場合ニ於テハ破産者ノ相手方ハ反對給付ニ付破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ルモノナルヲ以テ破産法案第六〇條一項ノ例外規定ノ適用ナキモノナリ

(丙)以上略逃シタル雙務契約以外ノ法律行爲ニ關スル破産ノ效力ヲ略逃スレハ第一ニ委任關係ニ於テハ委任者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ之ニ依テ委任終了ス是蓋破産者ノ受任者カ爲シタル行爲ハ破産者タル委任者カ爲シタル行爲ト同シク破産財團ニ對シ無效ナルコト當然ナリト雖這ハ大ニ取引ニ煩雜ヲ來スノ因タルヲ以テ法律カ委任ヲ終了セシムルニ外ナラサルヘシ（民六五三條一項前段、破案六六條ニ依レハ受任者カ破産宣告ノ通知ヲ受ケス且之ヲ知ラスシテ委任事務ヲ處理シタルニ因テ生シタル權利ハ破産債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得是蓋受任者カ委任終了ノ事由ノ通知ヲ受ケ又ハ之ヲ知ルマテハ委任關係存續スルモノト看做スヘキモノナルヲ以テ斯ル債權ヲ破産債權ト爲スヲ當然トスレハナリ）受任者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ之ニ依テ委任終了ス是受任者ハ破産宣告ニ依リ其信用ヲ喪失スレハナリ（民六五三條）以上ノ法則ハ法人ト其機關トノ關係ニ於テ亦行ハル

第二ニ破案七三條ニ依レハ配偶者ノ財産ヲ管理スル者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ其配偶者ハ自其財産ノ管理ヲ爲サンコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得是配偶者ノ財産ヲ管理スル者ハ其破産宣告ニ依テ信用ヲ喪失シタルヲ以テナリ（破案七四條、民七九六條、七九七條）其他破産ノ宣告ハ法人解散ノ原因ト爲リ（民六八條）代理權消滅ノ原因ト爲リ（民一一一條）組合員脫退ノ原因ト爲リ（民六七九條）社員退社ノ原因ト爲ル（商六九條、一〇五條）（商民法四九六條、四五二條參照）

破産宣告ノ當時ニ成立セル雙務契約ノ履行ニ關スル破産ノ效力ニ付注意スヘキモノハ外國ノ民法ニ於テ雙務契約ハ當事者ノ一方ノ破産ニ依テ當然其效力ヲ失ヒ何レノ一方ヨリモ履行ヲ請求スルコトヲ得サル等ノ規定アルトキハ其規定ハ內國ニ於テ宣告シタル破産ニ於テモ當然準據スヘキモノト爲リ破産債權者團體カ雙務契約ヲ解除スルノ權利ヲ有スル旨ノ規定アルトキハ其規定ハ訴訟法規ニ屬スルヲ以テ內國ニ於テ宣告シタル破産關係ニ付キ準據スルヲ得サルコト是ナリ

(2) 破産者ノ權利行爲ノ取消ニ關スル破産ノ效力　破産ニ陷ラントスル債務者カ未其財産ニ關シ管理及處分ヲ爲スノ權能ヲ喪失セサルヲ奇貨トシ破産ノ宣告ヲ免レンカ爲ニ財産ヲ減少スルニ至ルヘキ權利行爲ヲ爲シ債權者ノ共同利益即平等辨濟ヲ受クルノ利益ヲ害スルコトハ不法ニシテ又斯ル債務者ト其情ヲ知テ取引ヲ爲シタル相手方ハ之ニ依テ損害ヲ受クヘキ相手方ニ對シ不法行爲ヲ爲シタルモノニシテ又其情ヲ知ラスシテ取引ヲ爲シタル相手方ニシテ無償ニ財産ヲ取得シタル者ハ損害ヲ避ケントスル債權者ヨリ保護スヘキ價値ナシ而シテ民法ニ規定セル取消權（民四二四條）ハ其要件頗嚴格ニシテ又其舉證極メテ困難ナリ隨テ破産ニ陷ラントスル債務者ノ權利行爲ニ依テ損害ヲ受クヘキ債權者ノ利益ヲ保護スルニ適セス故ニ立法上特別ノ規定ヲ設ケ債權者ノ爲ニ破産宣告ノ當時ニ成立セル權利行爲ヲ

0371

取消スコトヲ得セシムルヲ要ス是現行破產法ニ於テ佛國商法ニ則リ既往ニ關スル破產ノ效力ヲ規定シ間接ニ債權者團體ノ爲ニ取消權ヲ是認シ（佛國商法ニ於テハ破產宣告ノ當時ニ成立セル權利行爲ノ取消ニ關スル效力ヲ既往ニ關スル破產ノ效力ト謂ヒ又之ニ依テ取消スコトヲ得ヘキ行爲ヲ嫌疑時代ノ行爲ト謂ヘリ）（商九九〇條乃至九九二條、九九六條）又破產法案ニ於テ獨逸破產法ニ則リ否認權ヲ規定シ（獨逸破產法ニ於テハ取消權（アンフェクトゥング）トシテ斯ル破產ノ效力ヲ規定シタリ）タル所以ナリ（破案一編七章）（予輩ノ所謂取消及ヒ破產法案ニ所謂否認權ハ破產宣告前ニ於ケル破產者ノ權利行爲ニ依テ散失シタル破產財團所屬ノ財產ノ復歸ヲ目的トスル破產債權者團體ノ債權ニシテ之ニ依リ破產債權者團體ニ不利益ナル破產者ノ權利行爲ノ效力ヲ除去スル即破產財團ヲ原狀ニ復セシムルコトヲ得ルモノナリ）

取消權ノ目的タル破產者ノ權利行爲ハ法律上一定ノ效力ヲ生スヘキ各種ノ意思ノ實行ニシテ破產財團ニ關スルモノナリ權利行爲ナル法語ハ獨逸法ニ所謂 Rechtshanalung ニ該當ス而シテ此獨逸法ノ用語ハ千八百八十五年普國破產法及同年普國破產法施行法ニ於テ始メテ用ヒタルモノニシテ佛國法ニ所謂 Acto（行爲）ノ反譯ナルコトハ獨逸法學者ノ是認スル所ナルカ如シ故ニ權利行爲ハ法律上一定ノ效力ヲ生スヘキ各種ノ意思ノ實行ニシテ私法上一定ノ效力ヲ惹起スルコトヲ欲シ且該效力ヲ生スルニ足ル意思表示即法律行爲ハ勿論時效ニ因ル財產ノ取得、捨得ニ因ル遺失物ノ所有權ノ取得及附加竝ニ加工等ニ因ル所有取得ノ如キ私法上ノ效力ヲ惹起スルコトヲ欲スルノ意思ナクシテ法律上一定ノ效力ヲ生スルニ足ル行爲及訴訟上ノ效力ヲ生スヘキ行爲即訴訟行爲ハ皆之ニ屬ス（破產宣告前ニ於テ破產者ト第三者トノ間ニ繼續シタル訴訟カ其宣告ノ當時未終局セサル場合ニ於テ破產者カ管財人ノ訴訟ヲ受繼スルマテニ爲シタル訴訟行爲ニシテ破產債權者團體ニ不利益ナルモノハ管財人之ヲ取消スコトヲ得ヘシ）又積極的行爲ハ無論消極的行爲（不行爲）亦之ニ屬ス（破產宣告前ニ於テ破產者カ相續ノ承認ヲ爲ササルコト、贈與ヲ受ケサルコト、手段上ノ權利ヲ保全スルカ爲ニ必要ナル行爲ヲ爲ササルコト等ノ如キ不行爲ニシテ破產債權者團體ニ不利益ナルモノハ管財人之ヲ取消スコトヲ得ヘシ）（博義ノ權利行爲ニハ不法行爲亦包含セラルルモノナリ）（破產法案ニ於テハ權利行爲ニ換フルニ行爲ナル用語ヲ以テシタリ）

破產財團ニ關係ナキ破產者ノ行爲ハ之ヲ取消スノ必要ナシ故ニ取消權ノ目的タル權利行爲ハ破產財團ニ關スルモノナルコトヲ要ス

左ニ取消スコトヲ得ヘキ行爲ノ種類、取消ノ手續、取消ノ效力及取消權ノ消滅ヲ略述スヘシ

（甲）取消スコトヲ得ヘキ行爲　現行破產法ニ依レハ破產ノ效力トシテ取消スコトヲ得ヘキ行爲ノ外ニ尙破產財團ニ對シテ當然無效ノ行爲アリ支拂ノ停止後又ハ支拂ノ停止前三十日內ニ於テ破產者カ爲シタル破產債權者ニ損害ヲ及ホスヘキ行爲ニシテ法律上一定シタルモノハ當然無效ノ行爲ニシテ（商九九〇條）（破產者カ其支拂ノ停止後破產宣告前破產財團ノ損害ニ於テ爲シタル行爲ニシテ相手方ノ支拂停止ヲ知テ成立シタル者及日附ノ如何ニ拘ラス債權者ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ爲シタル行爲（商九九一條、九九六條）ハ取消スコトヲ得ヘキ行爲ニシテ又第三者ニ對抗スルニ登記ヲ要件ト爲ス權利ニ關シ支拂ノ停止後其取得ノ時ヨリ十五日內ニ爲シタル登記ニ非サルモノ（商九九二條）ハ當然無效ノ行爲ナリ（破產法案ニ於テハ斯ル區別ヲ設ケスシテ總テ否認スルコトヲ得ル行爲トセリ取消權ハ彼ノ廢罷權ノ變體ナルヲ以テ立法上破產法案ヲ正當ナリト謂ハサルヲ得ス）

第一　支拂ノ停止後又ハ支拂ノ停止前三十日以內ニ於テ破產者カ爲シタル破產債權者ニ損害ヲ及ホ

0372

スヘキ行爲ニシテ法律上一定セル者カ破産ノ效力トシテ破産財團ニ對シ當然無效ナリ故ニ第一ニ支拂ノ停止後又ハ其前三十日以内ニ爲シタル債務者ノ行爲ナルコトヲ要ス是蓋斯ル破産者ノ行爲ハ其意思ノ善惡ニ拘ハラス當然債權者ニ損害ヲ及ホスヘキモノナレハナリ（破産者ノ行爲カ民法上無效ナルトキハ商法第九九〇條ノ適用ナルコト勿論ナリ）第二ニ破産者ノ行爲カ債權者ニ完濟ヲ得セシメサルノ原因ト爲ル意味ニ於テ債權者ヲ害スルコトヲ要ス是蓋債權者カ破産手續ニ從テ受クルニ於テハ敢破産者ノ行爲ノ取消ノ必要ナキヲ以テナリ第三ニ破産者ノ行爲ハ其效力トシテ或人カ財産ヲ取得シ若クハ義務ヲ免レ以テ破産財團ヲ減少スルモノナルコトヲ要ス是蓋斯ル行爲ニ非サレハ破産債權者ニ損害ヲ來スコトナケレハナリ而シテ現行破産法ハ此行爲ニ屬スル種類ヲ制限的ニ列記シ以テ解釋上ノ論爭ヲ絶タントスルモノ及日附ノ如何ニ拘ハラス債權者ハ損害ヲ加フル目的ヲ以テ爲シタル行爲ハ破産宣告ノ效力トシテ之ヲ取消スコトヲ得故ニ前者ノ行爲ニ關シテハ第一ニ相手方カ債務者ノ支拂停止ヲ知リタルコトヲ要ス是蓋唯斯ル場合ニ於テノミ相手方カ破産者タル債務者ト共ニ破産債權者ニ對シ不法ノ行爲ヲ爲シタルモノト謂フコトヲ得ヘキヲ以テナリ第二ニ支拂停止後破産宣告前ニ於テ爲シタルモノナルコトヲ要ス是相手方カ債務者ノ支拂停止ヲ知リタルコトヲ要スルヨリ生スル當然ノ結果ナリ相手方ハ債務者ノ支拂停止前ニ於テ其支拂停止ヲ知ルノ理ナク又破産宣告後ニ在テハ破産者ノ權利行爲ハ當然無效ナルヲ以テ破産宣告後ノ行爲ニ付取消スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ヲ生スルノ理ナシ第三ニ破産財團ノ損害ニ於テ爲シタルモノナルコトヲ要ス是蓋破産者ノ行爲カ破産財團ヲ減少スルコトナク隨テ破産債權者ニ不利益ヲ被ラシメサルトキハ敢破産者ノ行爲ヲ取消スノ必要ナキニ依ル而シテ現行破産法ハ此行爲ニ關シ概括的ニ且消極的ニ前條ニ掲ケタルモノノ外債務者カ……爲シタル總テノ支拂及權利行爲（商九九一條一項）ト規定シタリト雖概括的ニ且積極的ニ之ヲ言ヘハ商法第九九一條一項ニ依リテ取消スコトヲ得ヘキ行爲ハ期限ニ至リタル債務ノ支拂、破産者ノ義務ニ屬スル擔保ノ供與其他無償行爲ト同視スヘカラサル有償行爲ナルコト疑ヲ容レス（破案八六條二號、破産法案第八六條

八六條四號、五號、但破案八六條五號ニ於テハ獨逸破産法第三〇條二號ト同シク善意ノ反證即債權者モ其行爲ノ當時支拂ノ停止若クハ破産ノ申立アリタルコト又ハ他ノ債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラサリシ旨ノ反證アリタルトキハ否認ヲ爲スコトヲ得サルモノトシ以テ善意ニ破産者ト取引ヲ爲シタル債權者ノ利益ヲ保護シタリ）

第二　破産者カ其支拂ノ停止後破産宣告前破産財團ノ損害ニ於テ爲シタル行爲ニシテ相手方カ支拂停止ヲ知テ成立シタルモノ及日附ノ如何ニ拘ハラス債權者ハ損害ヲ加フル目的ヲ以テ爲シタル行爲ハ破産宣告ノ效力トシテ之ヲ取消スコトヲ得故ニ前者ノ行爲ニ關シテハ第一ニ相手方カ債務者ノ支拂停止ヲ知リタルコトヲ要ス是蓋唯斯ル場合ニ於テノミ相手方カ破産者タル債務者ト共ニ破産債權者ニ對シ不法ノ行爲ヲ爲シタルモノト謂フコトヲ得ヘキヲ以テナリ第二ニ支拂停止後破産宣告前ニ於テ爲シタルモノナルコトヲ要ス是相手方カ債務者ノ支拂停止ヲ知リタルコトヲ要スルヨリ生スル當然ノ結果ナリ相手方ハ債務者ノ支拂停止前ニ於テ其支拂停止ヲ知ルノ理ナク又破産宣告後ニ在テハ破産者ノ權利行爲ハ當然無效ナルヲ以テ破産宣告後ノ行爲ニ付取消スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ヲ生スルノ理ナシ第三ニ破産財團ノ損害ニ於テ爲シタルモノナルコトヲ要ス是蓋破産者ノ行爲カ破産財團ヲ減少スルコトナク隨テ破産債權者ニ不利益ヲ被ラシメサルトキハ敢破産者ノ行爲ヲ取消スノ必要ナキニ依ル而シテ現行破産法ハ此行爲ニ關シ概括的ニ且消極的ニ前條ニ掲ケタルモノノ外債務者カ……爲シタル總テノ支拂及權利行爲（商九九一條一項）ト規定シタリト雖概括的ニ且積極的ニ之ヲ言ヘハ商法第九九一條一項ニ依リテ取消スコトヲ得ヘキ行爲ハ期限ニ至リタル債務ノ支拂、破産者ノ義務ニ屬スル擔保ノ供與其他無償行爲ト同視スヘカラサル有償行爲ナルコト疑ヲ容レス（破案八六條二號、破産法案第八六條

0373

三號ハ斯ル行爲ノ相手方カ破產者ノ直系血族、配偶者、兄弟姉妹又ハ家族ナルトキハ通常支拂ノ停止又ハ破產ノ申立アリタルコトヲ知リタルモノト推定シ其反證ナキ限ハ斯ル行爲ノ否認ヲ許シタリ）又後者ノ行爲ニ關シテハ第一ニ破產者カ債權者ニ損害ヲ加フルノ意思ヲ以テ爲シタル行爲ナルコトヲ要ス（斯ル意思ハ破產者カ其爲シタル行爲ノ效力ノ破產債權者ヲ害スルコトヲ確知セル場合ニ存ス）是蓋斯ル意思ヲ以テ爲シタル行爲ハ甚不法ナル行爲ナルヲ以テ之カ取消ヲ許スヲ正當トスルヤ當然ナルニ依ル而シテ破產債權者ヲ害スルノ意思ハ或債權者ニ特別ノ利益ヲ授與スルノ意思ト異ナルヲ以テ彼此混同スルコト勿レ又破產者ノ代理人カ取消スヘキノ行爲ヲ爲シタルトキハ破產債權者ヲ害スル意思ノ存否ハ代理人カ本人ノ指圖ニ從ヒ該行爲ヲ爲シタル場合ヲ除ク外代理人其モノニ依テ之ヲ定ム（民一〇一條）第二ニ破產債權者カ損害ヲ受ケタルコトヲ要ス是蓋破產債權者ニ實害發生セサルトキハ取消ヲ許スモ何等ノ實益ナク徒ニ手續ヲ煩雜ナラシムルニ過キサレハナリ第三ニ破產者ノ行爲ニ因テ利益ヲ受ケタル相手方カ其行爲ノ當時破產債權者ヲ害スル事實ヲ知リタルコトヲ要ス是蓋破產者カ詐害ノ意思ヲ有シ相手方カ之ヲ知ル場合ニ非サレハ法律上認容スルヲ得サル不法行爲ナルモノナケレハナリ（破案第八五條一號、但破產法案ハ民法第四二四條ノ文例ニ依リタルヲ以テ相手方カ其善意ノ證明ヲ爲ス責任アリト論決セサルヲ得ス而シテ這ハ立證責任ノ法則ニ違背スル批難ヲ免レサル（ヘシ）而シテ現行破產法ハ破產法案ト同シク取消スコトヲ得ヘキ行爲ニ付限定スル所ナキヲ以テ契約ノ如キ法律行爲ハ勿論請求ノ拋棄ノ如キ訴訟行爲亦取消ノ目的タルコトヲ得又積極的行爲ハ勿論時效ノ中斷ヲ妨クルカ爲ニ中斷ノ手續ヲ爲ササリシカ如キ消極的行爲亦取消ノ目的タルコトヲ得ト論決セサルヲ得ス（家督相續ノ拒絕ハ財產ヲ取得セサルノ不行爲ナルヲ以テ債務者ノ資產ヨリ散失シタル財產ノ復歸ヲ目的トスル取消權ノ目的ト爲ラサルヘシ現行破產法ニ於テハ破產者カ破產債權者ヲ害スルコトヲ知テ爲シタル家督相續ノ單純承認、遺產相續又ハ包括遺贈ノ單純承認又ハ拋棄及ヒ特定遺贈ノ拋棄ニ付管財人カ財團ノ爲ニ取消スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ關シ何等ノ規定スル所ナシ是立法上ノ缺點ナリ故ニ破產法案ニ於テハ第九〇條乃至第九五條ノ規定ヲ設ケ斯ル缺點ヲ補ヒタリ）

債務ノ支拂ハ其債務ノ發生原因ノ如何ニ拘ハラス原則トシテ之ヲ取消スヲ得ルコト前述ノ如シ然レトモ現行破產法ハ手形ノ支拂ニ關シ一ノ例外ヲ設ケタリ即手形ノ所持人カ手形義務者ニ對スル手形上ノ權利ヲ喪失スルニ非サレハ破產者ト爲ルヘキ手形支拂義務者（振出人、裏書人、引受人及支拂人）ノ提供シタル手形ノ支拂ノ受領ヲ拒絕スルコト能ハサル場合ニ至テハ其支拂ヲ手形所持者カ手形支拂義務者ノ支拂ヲ停止シタル事實ヲ知リタル一事ニ依リテ取消スヲ許ササルコト是ナリ是蓋斯ル支拂ヲ取消シ得ヘキモノトセハ手形所持人ニ對シ甚タ酷ニ失スレハナリ是ヲ以テ手形ノ支拂義務者カ支拂ヲ提供シタルトキハ拒絕證書ヲ作成スルコトヲ得ス隨テ又拒絕證書ヲ作成セサルトキハ前者ニ對シ償還請求ヲ爲スコトヲ得サル場合ニ於テ手形所持人カ受取リタル手形ノ支拂ハ其當時其義務者ノ支拂ヲ停止シタル事實ヲ知リタルカ爲ニ取消サルルコトナシ（拒絕證書ノ作成ノ提供アル場合ニ於テ亦償還請求權ヲ喪失スルコトナクシテ提供セラレタル手形ノ支拂ノ受領ヲ拒絕スルコト能ハサルヘシ）然レトモ拒絕證書作成後受取リタル手形ノ支拂若クハ拒絕證書作成期間後受取リタル支拂ハ原則ニ依テ之ヲ取消スコトヲ得（商四八七條）蓋前者ノ場合ニ於テハ既ニ償還請求權保全セラレ又後者ノ場合ニ於テハ償還請求權ノ喪失アリタルヲ以テ償還請求權ノ喪失ニ關係ナク提供セラレタル手形ノ支拂ノ受領ヲ拒ムコトヲ得レハナリ（商九九一條二項、破案八六條一項）（破產法案ニ於テハ相續財產ニ對シ破產ノ宣告ヲ

0374

爲スコトヲ是認シタルヲ以テ相續財產ニ對スル破產宣告前ニ被相續人、相續人、相續財產管理人竝ニ遺言執行者カ相續財產ニ對シテ爲シタル行爲及前戶主カ留保財產ニ關シテ爲シタル行爲ハ破產法案第八五條及第八六條ノ法意ニ依リ之カ否認ヲ許ス旨ヲ規定セサルヲ得ス蓋被相續人カ相續關係前ニ於テ破產財團ニシテ且相續財產タルヘキ財產ニ付爲シタル行爲、相續人、相續財產管理人竝ニ遺言執行者カ相續開始後ニ於テ破產財團タルヘキ相續財產ニ付爲シタル行爲及前戶主即隱居者又ハ女戶主カ相續開始後ニ於テ破產財團ニ屬スヘキ留保財產ニ關シ爲シタル行爲ハ破產者カ破產宣告前ニ爲シタル行爲ト同視スヘキモノナレハナリ是破產法案第八七條ノ規定アル所以ナリ）

第三　第三者ニ對抗スルニ登記ヲ要件ト爲ス權利ニ關シ支拂ノ停止後其取得ノ時ヨリ十五日內ニ爲シタル登記ニ非サルモノハ破產ノ效力トシテ破產財團ニ對シ當然無效ナリ是蓋破產ノ運命ヲ免ルルコト能ハサル旨ヲ豫知シタル債務者ハ其財產上ニ設定シタル質權、抵當權等ノ登記ニ依リ資力ノ不如意ナル事實ヲ公衆ニ表白シ社會ノ信用ヲ失フコトヲ恐レ債權者ニ乞フテ故ラニ登記ヲ遲延シ信用ヲ維持シ取引ヲ繼續シ以テ一時ノ彌縫策ヲ試ミタルモ其目的ヲ達セサルヨリ前ニ登記遲延ノ求ヲ認定シタル債權者ニ破產宣告ヲ受クル旨ヲ豫知セシメ以テ登記ヲ爲サシムルト同時ニ衝後取引ヲ爲シタル債權者ヲ詐害シ大ニ取引上ノ安全ヲ妨クル害毒ヲ防止スルニ在ルノミナラス斯ル求ニ應シタル債權者ニ對スル怠慢若クハ共謀ノ責罰トシテ登記ニ必要ナル時間即權利取得後十五日內ニ爲ササリシ登記ヲ無效トシ破產債權者團體ニ對シ效力ナキコト而モ無登記質權抵當權等カ第三者ニ對シ無效ナルト同一ノ效ヲ得セシムル法意ニ外ナラス第三者ニ對抗スルニ登記ヲ要件ト爲ス權利ニ關シ支拂ノ停止後其取得ノ時ヨリ十五日內ニ爲シタル登記ト雖其日カ破產宣告以後ナルトキハ破產債權者團體ニ對シテ無效ナルコト

言ヲ俟タス（商九九二條、九八五條一項、破案八八條、唯破產法案ニ於テハ第三者ニ對抗スルニ登記ヲ要件トスル權利ノ外尙登錄ヲ要件トスル權利ヲモ包含セシムルカ爲ニ「第三者ニ對抗スルニ必要ナル行爲カ」ト規定シ善意ノ取引者ヲ保護スルカ爲ニ「惡意ニテ爲シタルモノナル」コトヲ要件トシ又假登記ハ第三者ニ對シテハ本登記ト同一ノ效力ヲ有スヘキモノナルヲ以テ假登記後ニ爲シタル本登記ハ破產法案第八八條第一項ノ規定ニ從ヒ之ヲ否認スルコトヲ得サル旨ヲ規定シタルノミ）

(乙)　取消ノ手續　現行破產法ニ依レハ前示第一及第三ノ行爲ハ破產債權者團體ニ對シ當然無效（相對的無效）（這ハ商九九〇條「財團ニ對シテハ當然無效タリ」ノ明文及商法九九二條「十五日ヲ過キサルトキニ限リ破產宣告ノ日マテ登記ヲ爲スコトヲ得」ノ反對推理ニ依リ明白ナリ）ナルヲ以テ管財人ハ斯ル行爲ヲ取消ス旨ノ意思ヲ別段ニ表示スルコトナク單ニ斯ル行爲ノ無效ナル旨ヲ主張シ以テ之ニ依リ散失シタル財產ヲ復歸セシムルコトヲ得ルト雖前示第二ノ行爲及破產法案ニ依レハ否認權ノ目的タル破產者ノ總テノ行爲ハ破產財團ニ對シ當然無效ナルニ非スシテ却管財人カ破產財團ノ爲ニ之ヲ取消若クハ否認スルコトヲ得ルニ止マルヲ以テ斯ル行爲ニ關スル取消ハ管財人カ其旨ヲ相手方ニ表示シテ之ヲ爲ス而シテ破產者ノ行爲ニ關シ相手方カ執行力アル債務名義ヲ有シ又ハ强制執行若クハ假差押ニ基ク執行行爲アリタル事實ニハ取消權ノ主張ヲ妨クルニ足ラス蓋執行力アル債務名義ハ唯當事者間ニ於テ效力ヲ有スルニ過キサレハナリ（破案九五條）（商九九一條一項「異議ヲ述フルコトヲ得」破案九六條）(1)破產者ノ行爲ノ取消又ハ否認權ハ破產債權者團體ニ屬スル權利ナリ故ニ取消權ハ唯破產債權者團體ノ機關タル管財人カ之ヲ行使スルコトヲ得ルノミ(2)取消ノ意思表示ハ其方式ニ關シ法律上別段ノ定ナキヲ以テ或ハ裁判外ニ於テ或ハ裁判上ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得而シテ取消ノ訴訟カ破產手續終結ノ當時

未終結セサル場合ニ於テハ破産手續終結カ配當ナルト協議契約ナルトヲ區別シ前者ノ場合ニ於テハ管財人カ該訴訟ヲ續行スルノ權限ヲ有スルモノト謂フヘク（何トナレハ取消權ノ目的物ハ破産財團ニ屬スル財産ニシテ取消スヘキモノナレハナリ）後者ノ場合ニ於テハ取消訴訟ハ目的物ノ滅失ニ依テ終結スト謂フヘシ〔取消權ハ破産債權者團體專屬ノ權利ナルヲ以テ破産者之ヲ承繼スルコトヲ得ス）（民九七條、一二三條參照）(3)取消ノ相手方ハ取消權ノ目的タル行爲ニ因テ破産財團ヲ害スルニ至ルヘキ權利ヲ取得シタル者及其承繼人ナリ元來取消權ハ對人的權利ニシテ對物的權利ニ非サルヲ以テ取得者カ爾後取得ノ目的物ヲ他人ニ漸次ニ讓渡シタル場合ニ於テハ第二若クハ第三取得者ニ對シ取消權ノ效力ヲ及ホスコト能ハサルヲ當然トス唯例外トシテ承繼人カ取消權ヲ對抗セラルル相手方ノ一般承繼人ナル場合又ハ其特定承繼人（轉得者）ニシテ權利取得ノ際ニ取消ノ原因アルコトヲ知リタル場合ニ於テ取消權ノ效力ヲ及ホスコトヲ得ルノミ蓋斯ル場合ニ於テハ承繼人ニ對シ取消權ヲ行フコトヲ得セシムヘキ正當ノ理由アルヲ以テナリ（破案九九條一號、但破案九九條二號ニ於テハ轉得者カ破産者ノ直系血族、配偶者、兄弟姉妹又家族ナルトキハ轉得ノ當時否認ノ原因アルコトヲ知リタルモノト推定シ其反證アル場合ニ非サレハ否認權ヲ行フニ妨ナキモノト規定セリ）但取消權ヲ對抗セラルルコトナキ特定承繼人ノ權利ヲ承繼シタル者ハ縱令其當時取消ノ原因アルコトヲ知リタルトキト雖取消權ノ相手方ト爲ラス何トナレハ取消權ヲ對抗セラレサル承繼人ハ完全ニ其承繼シタル權利ヲ處分スルコトヲ得サルヘカラス而シテ取消ノ原因ヲ知レル者ニ對シテハ取消ノ危險負擔ヲ以テスルニ非サレハ讓渡スルコトヲ得スト云フハ斯ル處分ヲ妨クルモノナレハナリ（民四二四條）

(丙)取消ノ效力　現行破産法ニ於テハ前述ノ如ク第一及第三ノ行爲ハ破産債權者團體ニ對シ當然無效ナルヲ以テ其效果トシテ破産債權者團體ニ對シテハ何等ノ不利益ヲ被ラシムルコトナク法律上成立セサリシモノニ同シ是ヲ以テ無償行爲若クハ之ト同視スヘキ有償行爲ニ依リ破産財團ニ對スル財産ヲ取得シタル者ハ其意思ノ善惡ニ拘ハラス現物ヲ以テ若現物ナキトキハ其價額ニ相當スル金額ヲ以テ之ヲ返還スヘク（取得者自己ノ過失ニ基カサル價額ノ減少ニ關シテハ其責ニ任スルコトナシ）又破産債權者團體ハ保存費及有益費ヲ賠償スヘク（破案三五條五號、商一〇三二條）無償ニテ設定シタル永小作權、地役權等ノ他物權ノ目的物ハ破産財團ノ爲ニ斯ル負擔ナキ財産トシテ之ヲ取扱ヒ無償ニテ拋棄シタル權利ハ破産財團ノ爲ニ之ニ對スル財産トシテ之ヲ取扱ヒ破産者カ免除シタル債務ハ破産財團ノ爲ニ存在スルモノトシテ之ヲ取立テ新ニ供シタル擔保ノ目的物ハ破産財團ノ爲ニ斯ル擔保ニ關係ナク之ヲ處分スルコトヲ得ヘク又第三ノ行爲タル登記アルニ過キサル物權ハ破産債權者團體ニ對シ其效力ヲ全ウスルコトヲ得セシメス前示第二ノ行爲及破産法案ニ規定セル否認權ノ目的タル行爲カ取消サレタルトキハ其效果トシテ第一ニ相手方ハ破産財團ヲ行爲以前ノ原狀ニ回復セシムル義務ヲ負フニ止マリ行爲自體ヲ或ハ絶對的無效（民法上ノ無效或ハ相對的無效ト爲スコトナシ）（破案九八條）是蓋斯ル效果ニ依テ破産債權者ノ共同ノ利益ヲ十分ニ保護スルニ足ルニ由ル故ニ原狀回復ノ請求ハ其性質上債權的請求ニシテ物權的請求ニ非ス又行爲自體ハ破産者ト其相手方トノ間ニ在テハ取消ニ依テ毫モ影響ヲ受クルコトナシ是ヲ以テ(1)支拂期ニ至リタル債務ノ辨濟カ取消サレタルトキハ相手方ハ其辨濟ノ目的物ヲ管財人ニ引渡シ若クハ給付スルコトヲ要ス但手形ノ支拂ニ關シテハ例外トシテ之カ取消ヲ許ササルコト前述ノ如シ然レトモ之カ爲ニ管財人ハ何人ニ對シテモ何等ノ償還ヲ請求スルコトヲ得スト論決スルコト勿レ爲替手形ノ振出人カ振出ノ際振出委託者カ振出サシムル際又ハ約束手形ノ第一裏書讓渡人カ裏書

0376

譲渡ノ際手形ノ支拂義務者ノ支拂停止ヲ知リタルトキハ管財人ハ之ヲシテ破產者ト爲リタル該支拂義務者カ支拂ヒタル金額ヲ償還セシムルコトヲ得例之此等ノ者ハ手形ノ支拂義務者ノ眞實ナル債權者ニシテ且支拂ヲ受ケタル者ニシテ所持人其他ノ裏書譲渡人ノ如キハ仲介者ニ過キサルヲ以テ手形ノ支拂義務者カ支拂ヲ停止シタル事實ヲ知ルトキ即惡意ナルトキハ之ヨリ直接ニ有效ナル支拂ヲ受クルコトヲ得ス隨テ間接ニ亦之ヲ受クルコトヲ得サレハナリ小切手ノ支拂ニ關シテモ亦然ラン（商九九一條二號、破案八七條二項、三項、但破產法案ニ於テハ約束手形ノ第一裏書人ニ關シテモ振出ノ當時惡意ナルコトヲ要件トシ又破產者カ參加支拂人ナルトキハ其性質上最終ノ償還義務者又ハ手形ノ振出義務者ヲシテ破產者カ支拂ヒタル金額ヲ償還セシムルコトナキ旨ヲ明示シタリ）破產者ノ義務ニ屬スル擔保ノ供與カ取消サレタルトキ例之質權、抵當權カ取消サレタルトキハ相手方ハ破產債權者團體ニ對シ擔保權ヲ主張スルコトヲ得ス故ニ相手方ハ管財人ヲシテ擔保權ノ目的物ヲ擔保權ナクシテ換價スルコトヲ得セシムルカ爲ニ登記取消ノ手續ヲ爲ササルヘカラス目的物ノ滅失、毀損、果實ノ返還其他費用ノ償還等ノ責任ニ關シテハ民法ノ規定ニ依テ之ヲ定ム（民一九〇條、一九一條、一九六條）(2)破產者ノ爲シタル有償行爲カ取消サレタルトキハ即(ア)債權成立ノ行爲カ取消サレタルトキハ相手方ハ破產手續ニ依リ其權利ヲ主張スルコトヲ得ス（イ）地上權、地役權ノ如キ他物權ノ設定行爲カ取消サレタル場合同シク相手方ハ破產債權者團體ニ對シ斯ル他物權ヲ主張スルコトヲ得ス（前述ノ(2)參照）（ウ）權利移轉ノ行爲カ取消サレタルトキハ相手方ハ其讓受ケタル權利ヲ破產財團ニ返還シ管財人ヲシテ之カ換價ヲ爲サシムルコトヲ要ス但現物ノ返還ヲ爲スコト能ハサル場合ニ於テハ之ニ相當ナル價額ヲ返還スルコトヲ要ス而シテ目的物ノ滅失、毀損、果實ノ返還其他費用ノ償還等

ノ責任ニ關シテハ民法ノ規定ニ從テ之ヲ定ム（民一九〇條、一九一條、一九六條）（破案九七條ノ規定ニ依レハ破案八五條四號ニ揭ケタル行爲ニ因リテ利益ヲ受ケタル者カ其行爲ノ當時善意ナリシトキ即破產者カ支拂ノ停止若クハ破產ノ申立アリタルコトヲ知ラサリシトキハ其現ニ受クル利益ヲ償還スルヲ以テ足レリトセリ是民法七〇三條ノ適用ニ外ナラス）第二ニ破產財團ハ破產者ノ行爲ノ取消ニ因テ不當ニ利得ヲ受クルコトヲ得ス故ニ(1)相手方ハ破產者カ受ケタル反對給付又ハ之ニ因テ生シタル利益即チ反對給付ノ對價）ニシテ取消ノ當時破產財團中ニ現存スルモノニ付自己ノ義務ノ履行ヲ提供シテ其返還ヲ請求スルコトヲ得（破案九九條、三五條五號）（現物ノ返還亦不當利得ヲ許ササルノ法則ニ基クモノニシテ破產者ニ屬セサル財產ノ取戻ヲ目的トスル取戻權ノ法理ニ基クモノニ非ス蓋取消ハ尚其所有權ヲ復歸セシムルノ效力ヲ有セサレハナリ）而シテ反對給付カ破產財團中ニ現存セサルトキ即破產財團ニ於テ不當利得現存セサルトキハ相手方ハ其價額ノ償還ニ付破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得又反對給付ノ價額カ破產財團中ニ現存スル利益ヨリ大ナル場合例之反對給付ノ價額カ千圓ニシテ反對給付ニ依テ破產財團ニ生シタル利益カ五百圓ナル場合（破產財團ニ於テ一部ノ不當利得現存スルトキ）ニ於テ其差額ニ付破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得蓋斯ル場合ニ於テハ取消ノ結果破產者カ破產宣告前ニ不當利得ヲ爲シタルモノト爲レハナリ但相手方カ行爲ノ當時善意ナリシ場合ニ限ル（惡意ナリシ場合ニ於テハ之ヲ保護スルノ必要ナシ）（破案九八條二項）(2)相手方カ破產者ニ對シテ有スル債權ハ之ニ對スル辨濟ノ取消ニ因テ當然其效力ヲ回復ス故ニ相手方ハ破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得該債權ヲ擔保スル權利即物上擔保權（質權、抵當權等）及對人擔保權（保證）亦然リ

破產法案ニ依レハ管財人カ破產財團ノ爲ニ破產者ノ家督相續ノ單純承認ヲ否認シタルトキハ其效力ト

シテ破産者ハ破産財團ニ對シ限定承認ヲ爲シタルモノト看做ス是蓋限定承認ハ相續人カ相續財産ニ於テノミ被相續人ノ債務及遺贈ヲ辨濟スヘキ義務アルニ過キサルヲ以テ破産者ノ限定承認ハ破産財團ヲ害スルノ原因ト爲ラサルニ由ル(破案九〇條二項)又相續財産ニ對シ破産ノ宣告アリタル場合ニ於テ管財人カ被相續人ノ行爲ヲ否認シタルトキハ之ニ因テ得タル財産ハ先ツ相續債權者ニ辨濟ヲ爲シ次ニ尙殘餘アルトキハ否認權ノ行使ニ因テ前示ノ財産ヲ失ヒタル者ニ之ヲ返還スルコトヲ要ス而シテ斯ル財産ヲ失ヒタル者數人アルトキハ(例之其有)其權利ノ價額ノ割合ニ應シテ之ヲ返還スルコトヲ要ス是蓋被相續人ノ行爲ニ對スル否認ハ相續債權者ノ爲ニ之ヲ爲スモノニシテ又否認ノ結果行爲ノ目的タル財産ヲ喪失シタル者ノ利益ハ單ニ利益ヲ得ントスル受遺者ノ利益ヨリモ之ヲ保護スルヲ正當ト爲スヲ以テナリ(破案九九條、八七條)

(丁)　取消權ノ消滅　取消權ハ破産債權者團體ニ屬スル債權ナルヲ以テ(1)權利ノ拋棄(2)破産債權者團體ト相手方トノ和解(3)破産手續ノ終結(4)原狀回復ノ完了ニ因テ消滅ス又破産法案ニ依レハ否認權ハ破産宣告ノ時ヨリ二年間之ヲ行ハサルトキ又ハ行爲ノ時ヨリ二十年ヲ經過シタルトキニ於テ消滅ス(破案九九條、民四二六條)而シテ這ハ公益ノ爲ニ設ケラレタル權利行使ヲ除斥スル期間ニシテ民法上ノ時效ニ非ス蓋民法上ノ時效ハ破産法ニ於テ認メラレタル權利ニ適用セラルルモノニ非サレハナリ是レ破産法案第九十九條ニ於テ民法第四二六條ニ於ケルカ如クニ時效ニ因リテ消滅スト謂ハサル所以ナリ(破産法案第百條ニ依レハ破産宣告ノ時ヨリ六日以前ニ爲シタル行爲ハ支拂停止ノ事實ヲ知リタルコトヲ理由トシテ之ヲ否認スルコトヲ許サス是取引ノ安全ヲ確保スルカ爲メニ公益上必要ナル制限ナリ現行破産法ニ於テ斯ル趣意ノ明文ヲ缺クハ立法上ノ缺點ナリ)

取消權ヲ講了スルニ際シ一言注意スヘキモノハ取消權ノ存否ハ破産裁判所所在地法ニ從テ之ヲ定ムルコト是ナリ蓋取消權ハ其性質上執行ノ擴張ニ外ナラサレハナリ

(3)　破産者ノ訴訟行爲ノ續行ニ關スル破産ノ效力　破産財團ニ屬スル財産ニ關シ破産宣告ノ當時ニ繫屬セル訴訟ハ破産ノ宣告ニ因テ之ヲ中斷ス又破産財團ニ關シ破産者ノ爲ニ爲ス强制執行ノ著手又ハ其續行ハ管財人カ之ヲ爲ス是蓋破産者ハ破産財團ニ屬スル財産ノ管理及處分ノ權能ヲ喪失スル當然ノ結果トシテ斯ル財産ニ關スル訴訟行爲ヲ爲スノ能力即訴訟能力ナキニ至リタルノミナラス斯ル訴訟ノ結果ハ直接ニ破産債權者ニ損益アルモノナルヲ以テナリ故ニ

(甲)　破産宣告ノ時ニ於テ破産財團ニ關シ破産者ノ爲ニ繫屬セル訴訟即破産者ノ所有權、他物權、債權等ニ基ク訴訟カ破産手續ノ開始ニ依テ中斷アリタルトキハ(民訴一七九條)管財人ニ於テ民事訴訟法第一八七條ノ規定ニ從ヒ之ヲ受繼スルコトヲ得(斯ル訴訟ニ於テハ其性質上相手方ニ訴訟ヲ受理スルノ權利ヲ認ムルノ必要ナキヤ言ヲ俟タス)又ハ訴訟ノ相手方ニ對スル單純ナル拒絶ノ意思表示ヲ以テ(商九八五條三項……繼續……)之ヲ拒絶スルコトヲ得(破案六八條一項)而シテ管財人カ斯ル訴訟ノ受繼ヲ遲滯シタルトキハ民事訴訟法第一七八條二項及ヒ三項ノ規定ニ依テ訴訟ヲ受繼セシムルコトヲ得(破案六八條二項)又管財人カ斯ル訴訟ノ受繼ヲ拒ミタルトキハ這ハ訴訟物ニ對スル破産債權者團體ノ破産的差押權ノ拋棄ニ外ナラサルヲ以テ訴訟物カ破産財團ニ關係ナキ破産者ノ財産ト爲ル隨テ破産者又ハ相手方ニ於テ斯ル訴訟ヲ受繼スルコトヲ得(破案六八條三項)破産宣告ノ時ニ於テ破産財團ニ關シ破産者ニ對シテ繫屬セル訴訟即破産宣告後別除權、取戻權又ハ財團債權タルヘキ權利ニ基ク訴訟カ破産手續ノ開始ニ依テ中斷アリタルトキハ(民訴一七九條)管財人又ハ相手方ニ

0378

於テ民事訴訟法第一八七條ノ規定ニ從ヒ之ヲ受繼スルコトヲ得（斯ル訴訟ニ於テハ其性質上相手方ニ訴訟ヲ受繼スルノ權利ヲ認ムルノ必要アルヤ言ヲ俟タス）而シテ此場合ニ於テハ相手方モ亦管財人ト同シク訴訟ヲ受繼スルコトヲ得ルカ故ニ管財人カ訴訟ノ受繼ヲ遲滯シタル場合ニ處スル手段ヲ慮カルノ必要ナシ（獨破一一條一項）（破産法案ニ於テハ唯相手方ノミニ訴訟ヲ受繼スルノ權利ヲ認メタルヲ以テ同案第六九條二項ノ規定アル所以ナリ）而シテ管財人カ訴訟物ヲ破産財團ニ屬スル財産トシテ取扱ハサル旨ノ意思ヲ表示シタルトキハ之ニ依テ禦禦訴訟カ破産財團ニ關セサルノ效力ヲ生ス隨テ破産者又ハ相手方ニ於テ斯ル訴訟ヲ受繼スルコトヲ得管財人カ訴訟ヲ受繼シタルトキハ其訴訟カ破産者ノ爲ニスルモノナルト破産者ニ對スルモノナルトニ拘ハラス爾後破産者ハ當事者タルコトヲ止メ管財人カ破産債權者團體ノ機關トシテ破産者ニ代ル隨テ破産債權者團體ノ當事者ト爲ル又隨テ管財人カ支拂フヘキ訴訟費用ハ縱令破産宣告前ニ於テ破産者ノ訴訟行爲ニ基キ發生シタルモノト雖之ヲ財團債權トシ辨濟スルコトヲ要ス（破案七〇條）（特別ノ費用ニ非サル限ハ受繼者ハ其以前ニ於ケル費用ヲモ負擔スヘキヲ訴訟法ノ原則トス尙此點ニ關シテハ財團債權ノ說明ヲ參照スヘシ）其他起訴又ハ受理ノ結果トシテ管財人ヨリ又ハ之ニ對シ開始セラレタル訴訟カ未協諧契約ニ基ク破産手續終結ノ際ニ完結セサルトキハ之ニ依リ破産的差押權ノ消滅ヲ來シ管財人カ爾後訴訟行爲ヲ爲スノ職權ヲ喪失スルニ至ル隨テ該訴訟ハ爾後破産者ヨリ又ハ之ニ對シテ續行スルモノナリ反之斯ル訴訟カ未タ配當ニ基ク破産手續終結ノ際ニ完結セサルトキハ管財人ハ勝訴ノ場合ニ於テ訴訟物ヲ換價シ破産債權者ニ配當スヘキ職權ヲ有スルヲ以テ斯ル訴訟ヲ續行スルモノト知ルヘシ

（乙）破産財團ニ關シ破産者ノ爲ニ爲ス强制執行又ハ其執行ノ續行ハ管財人カ其當然ノ職權トシテ破産債權者團體ノ爲ニ之ヲ爲ス（商一〇一九條一項）破産財團ニ關シ破産者ニ對シテ爲ス强制執行ハ其基本タル權利カ別除權又ハ取戻權ト爲ルモノナルトキハ管財人ニ對シ新ニ之ヲ開始シ又ハ之ヲ續行スルコトヲ得蓋斯ル權利ハ破産手續ニ依ラスシテ之ヲ行フコト前述ノ如クナレハナリ（商九八七條「……優先權……」）然レトモ商九八六條ニ於テハ不動産賃貸權者カ其有スル先取特權ノ行使トシテ（民三一二條、三一三條）賃借人タル破産者ノ營業用ノ動産ニ對シテ爲シタル强制執行ハ三十日間之ヲ猶豫スヘキモノト定メタリ是一方ニ於テハ俄然營業ヲ中止シ協諧契約ノ成立ヲ妨害スルコトヲ避ケ他ノ一方ニ於テハ迅速ノ賣却ヨリ生スルコトアルヘキ不利益ヲ避クルニ外ナラス但期間ノ滿了若クハ解除等ニ因リ賃貸人カ賃借人ニ對シ有スル賃貸物ノ取戻權ニ關シテハ三十日間猶豫スルコトナク强制執行ヲ爲スコトヲ得セシメタリ何トナレハ斯ル場合ニ於テハ賃借權カ既ニ消滅シタルヲ以テ破産者ハ到底其營業ヲ續行スルコト能ハサルカ故ニ三十日間猶豫スルノ必要ナク且取戻權ノ執行ハ備附ケタル營業用ノ動産ノ除去ヲ爲ササルヲ得ス又賃貸人ノ意思ニ反シテ賃貸契約ヲ更新セシムルコトヲ得サレハナリ（商九八六條但書）（斯ル規定ハ不動産賃貸ノ先取特權ノ效力ヲ害シ甚失當ナルヲ以テ破産法案ニ於テハ之ヲ刪除シタリ）反之破産財團ニ關シ破産者ニ對シテ爲ス强制執行ノ基本タル權利カ破産債權ナルトキハ破産債權者ハ其債權ノ爲メ强制執行ヲ開始シ又ハ之ヲ續行スルコトヲ得ス何トナレハ破産手續中ハ前述ノ如キ破産債權者カ各別ニ其債權ニ付キ强制執行ヲ爲スコトヲ得サレハナリ（破案八條、七一條一項前段）而シテ破産宣告前ニ斯ル强制執行ノ著手アリタル場合ニ於テ管財人ヲシテ破産債權者團體ノ爲ニ之ヲ續行スルコトヲ得セシムルハ執行手續ト執行費用トヲ全ク無用ナラシムルカ如キ不經濟ナル結果ヲ避クルコトヲ得ルヲ以テ立法上正當ナリト謂ハサ

0379

ルヲ得ス是破産法案第七一條一項後段ノ規定アル所以ナリ（破案七一條二項ハ同案第三十五條一項ノ適用ニ外ナラス）破産宣告前ニ取戻權ノ基本タル物權ノ爲ニ假處分ニ依テ發セラレタル財産ノ讓渡ヲ禁止シタル命令ハ破産債權者團體ニ對シ其效力アリト雖反之破産宣告前ニ破産債權タルヘキ權利ノ爲ニ假差押又ハ假處分ニ依テ發セラレタル破産財團ニ屬スル財産ノ讓渡禁止ノ續ニ依ルニ非サル命令ハ破産債權者團體ニ對シ其效力ヲ失フ何トナレハ破産宣告ノ後ハ破産債權ヲ有スル者ハ破産手續ニ參與スルヲ得サレハナリ（破案八條）（破案七二條ニ於テハ破産宣告前タルトキハ其手續ニ破産財團ニ屬スル財産ニ付租稅、公課其他ノ費用ノ爲メ國稅徵收法ニ定メタル滯納處分ニ著手シ續ヲ中止スヘキ旨ヲ規定シタリ）滯納處分ヲ爲スヘキ租稅、公課其他ノ費用ニ關シテハ國庫其他徵收者ハ破産法案第二五條ノ法意ニ從ヒ破産債權者トシテ其權利ヲ行フモノナレハナリ隨テ滯納者ニ對シ督促令狀ハ之ヲ發スルコトヲ得ヘシ此點ニ關シテハ國稅滯納處分法、商業會議所條例第一九條等ヲ參照スヘシ

(B) 破産者カ破産宣告後ニ於テ爲シタル行爲ニ關スル破産ノ效力　破産財團ニ關スル破産者ノ行爲即破産者ノ權利行爲ハ（商九八五條二項「權利行爲」九九一條一項「權利行爲」）破産財團ニ損害ヲ及ホスヘキモノナルト利益アルモノナルトニ拘ラス權利ノ發生、保全、變更及消滅ニ關スル破産者ノ各行爲ナリ故ニ破産者ノ法律行爲ハ勿論破産者ノ訴訟行爲ヲモ包含ス（破案第一編第四章ニ所謂「法律行爲」ハ其意義廣汎ニシテ現行破産法ノ「權利行爲」ト同一ナリ）而シテ斯ル權利行爲ハ破産債權者團體ニ對シ當然無效ニシテ破産者及其相手方間ニ在テハ有效ナリ（商九八五條二項「當然無效」破案五四條「破産債權者ニ對抗スルコトヲ得ス」）是破産者カ其財團ニ屬スル財産ノ管理及ヒ處分權ヲ喪失シタル結果ニ外ナラス是ヲ以テ

(1) 訴訟行爲ニ非サル權利行爲殊ニ破産者ノ爲シタル支拂及破産者ニ爲シタル支拂ハ之ヲ以テ破産債權者團體ニ對抗スルコトヲ得ス（商九八五條二項、破案五四條一項）故ニ債務者ハ破産財團ノ爲ニ管財人ニ對シ更ニ支拂其他ノ給付ヲ爲ササルヘカラス而シテ現行破産法ニ於テハ權利行爲ノ無效ハ破産宣告ヲ前提ト爲スニ止マリ其公告ノ有無若クハ當事者カ破産宣告ヲ知リタルト否トヲ掛酌セスト雖破産法案ニ在テハ善意ノ取引ヲ保護スルノ目的ヲ以テ破産財團ニ屬スル不動産及船舶ニ關シ破産宣告ノ公告前ニ登記權利者カ善意ニテ即破産宣告アリタルコトヲ知ラスシテ爲シタル登記又ハ不動産登記法第二條第一號ニ依ル假登記（登記及假登記ハ其申請ノ受理ヲ以テ足レリトシ現實ニ登記アリタルコトヲ要セス）ハ其效力ヲ存シ之ヲ以テ第三者殊ニ破産債權者團體ニ對抗スルコトヲ得セシメ（不動産登記法第一條民法第一七七條）權利ノ設定、移轉又ハ變更ヲ帳簿ニ登錄スヘキ場合ニ於テ權利者ノ善意ニテ爲シタル登錄ハ其效力ヲ存シ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得セシメ（特法三條、一三條、意法一條、六條、商標法一條六條等）又破産者ノ債務者カ破産宣告ノ公告前ニ破産者ニ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テ破産宣告ノ事實ヲ知リタルコトノ證明ナキトキハ其辨濟ヲ破産債權者團體ニ對抗シ（破産宣告ノ公告前ニ在テハ破産者ノ債務者ハ破産宣告アリタルコトヲ知ラサルモノト推定スルヲ當然ナリトス）破産者ノ債務者カ破産宣告ノ公告後ニ破産者ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ破産宣告ノ事實ヲ知ラサリシコトヲ證明シタルトキニ限リ其辨濟ヲ破産債權者團體ニ對抗スルコトヲ得セシメタリ（破産宣告ノ公告後ニ在テハ破産者ノ債務者ハ破産宣告アリタルコトヲ知リタルモノト推定スルヲ當然ナリトス）（破案五六條、五七條）但辨濟カ破産財團ノ利益ニ歸シタルトキハ其利益ノ限度ニ於テ債務者ハ二重支拂ノ義務ヲ免

0380

ル何トナレハ若然ラスンハ破産財團カ同一債權ニ付二重ノ支拂ヲ受ケ不當ニ利得スルニ至ルヲ以テナリ是破案第七五條三項ノ規定アル所以ナリ（動産ノ取引者ハ縱令民法第一九二條ノ要件ヲ具備スルトキト雖商法第九八五條及破産法案第五四條「適用ニ依リ其取得ヲ原破産債權者團體ニ對スルコトヲ得サルヘシ」）其他現行破産法ニ於テハ破産者ノ權利行爲ハ破産宣告ノ日ヲ以テ其效力ノ有無ヲ判定スルノ標準期ト爲シタルヲ以テ破産宣告ノ日ニ於テ爲シタル權利行爲ヲ其宣告後ニ爲シタルモノト推定スルノ必要ヲ見スト雖破産法案ニ於テハ破産ハ其宣告ノ時ヨリ其效力ヲ生スル旨ヲ規定シタルヲ以テ（破案一條）破産債權者ノ爲ニ特ニ斯ル推定ヲ設クルノ必要ヲ見ル（同第九四條二項）破産宣告後第三者カ破産財團ニ對スル財産ニ付破産者ノ權利行使ニ依ラスシテ權利ヲ取得（例之取得時效又ハ競賣法ニ依ル競買）シタルトキハ其權利ハ破産宣告後第三者カ破産者ノ權利行爲ニ依リ取得シタル權利ト同視スヘキモノナリ何トナレハ破産債權者團體ト破産財團トノ關係即破産的差押權ハ爾後斯ル事情ノ發生ニ依テ影響ヲ被ルヘキモノニ非サレハナリ現行破産法ニ於テ斯ル趣旨ヲ明示スルノ法文ナキハ立法上ノ缺點タルヲ免レス是破産法案第五五條及第五六條ノ規定アル所以ナリ破産法案第五八條ニ依レハ手形上ノ權利者カ手形義務者タル破産者ヨリ其破産宣告ノ公告前ニ善意ニテ即破産宣告ノ事實ヲ知ラスシテ手形ノ支拂ヲ受ケタルトキハ其支拂ハ之ヲ受ケサレハ債務者ノ一人又ハ數人ニ對スル手形上ノ權利ヲ失フヘカリシ場合ニ限リ之ヲ以テ破産債權者團體ニ對抗スルコトヲ得是蓋手形上ノ權利ノ利益ヲ保護シ手形ノ流通ヲ容易ナラシムルノ趣意ニ外ナラサルヘシ故ニ手形所持人カ償還請求ヲ爲スコトヲ得ヘキ前者（振出人、裏書人等）アル場合ニ於テ破産者タル手形ノ支拂義務者カ支拂ヲ提供シタルトキハ拒絶證書ヲ作成スルコト能ハサルヲ以テ斯ル支拂ハ之ヲ受ケサレハ債務者ノ一人又ハ數人ニ對スル手形上ノ權利ヲ喪失セシムルモノト謂フヘシ隨テ斯ル支拂ハ手形所持人カ手形義務者ノ破産宣告前善意ニテ受取リタルモノニ限リ之ヲ破産債權者團體ニ對抗スルコトヲ得隨テ一旦拒絶證書ヲ作成シタル後ニ受取リタル支拂又ハ其作成期間經過後ニ受取リタル支拂ハ之ヲ破産債權者團體ニ對抗スルコトヲ得ス現行破産法ニ於テ斯ル趣意ノ明文ヲ缺クハ立法上ノ缺點ナリトス

(2) 破産宣告後ニ於テ破産財團ニ關シ破産者ノ爲ニ爲ス訴訟即破産者ノ所有權、他物權、債權等ニ基ク訴訟（破産者カ原告タルト被告タルトニ拘ラス）之ニ對シテ爲ス訴訟即破産宣告後別除權、取戻權又ハ財團債權者タルヘキ權利ニ基ク訴訟（破産者ノ原告タルト被告タルトニ拘ラス）ハ破産債權者團體ニ對シ效力ヲ有セス又破産財團ニ關シ破産者ノ爲ニ爲ス强制執行ノ著手ハ管財人之ヲ爲ス是蓋破産者ハ破産財團ニ屬スル財産ノ管理及處分ノ權能ヲ喪失スル當然ノ結果トシテ斯ル財産ニ關スル訴訟ヲ爲スノ能力即訴訟能力ナキニ至リタルニ由ル故ニ破産財團ニ屬スル財産ニ關スル訴及執行ハ破産者ノ爲ニスルト破産者ニ對スルトヲ問ハス管財人ヨリ又ハ之ニ對シテ爲スモノタリ（商九八五條三項、一〇一九條一項）之ニ反シテ破産財團ニ關係ナキ訴訟殊ニ親權、婚姻其他人事ニ關スル訴及執行ハ破産者ヨリ又ハ之ニ對シテ爲スヤ言ヲ俟タサルナリ

破産ノ效力ヲ講了スルニ臨ミ注意スヘキコトハ破産宣告ノ涉外的效力是ナリ世界ノ文化ニ伴ヒ通商貿易ノ發達ヲ來シ一國ノ臣民ニシテ數國ニ涉リ數種ノ商店ヲ有シ或ハ數多ノ財産ヲ有スルノ事實ヲ生シ隨テ又國民カ支拂ヲ停止スルノ事實ヲ生ス斯ル事實ノ發生シタル場合ニ於テ甲國裁判所ノ爲シタル破産ノ宣告ハ乙國ニ對シテモ其效力ヲ及ホシ如何ナル前提要件及如何ナル限界ノ下ニ於テ其國所在ノ財産ヲ破産財團トシテ收收スルコトヲ得ルヤ否ヤ甲國及ヒ乙國ノ破産法規カ互ニ關係ヲ有シ且抵觸シタ

0381

ル場合ニ於テハ如何ナル法則ニ基キテ之ヲ裁判スヘキヤ破產當事者ノ國籍ハ破產手續ニ於テ如何ナル影響ヲ及ホスモノナルヤノ問題ヲ生ス(裁判權ニ關スル問題、法規ノ適用ニ關スル問題、當事者ノ國籍ニ關スル問題)涉外的破產法ハ該三問題ヲ包含シテ成立ス而シテ玆ニ所謂破產宣告ノ涉外的效力ハ即裁判權ニ關スル問題ヲ說明スルモノタリ

破產宣告ノ涉外的效力ニ關シテハ屬地破產主義及普及破產主義ノ二者アリ第一、屬地破產主義ハ甲國ノ破產カ其效力ヲ乙國ニ及ホササル旨ヲ主張スル主義タリ此主義ハ破產者カ有スル數國ニ散在セル財產ニ付破產的差押ヲ爲スニハ各財產所在ノ裁判所ニ於テ破產宣告ヲ爲スヲ要スルノ結果ヲ生ス故ニ學者ハ該主義ニ多數破產主義ノ別名ヲ付シタリ其論據ノ(1)ハ破產ハ一ノ强制執行ナリ故ニ破產ノ宣告ハ內國ノ執行力(司法權ノ一作用)カ及フ區域內ニ於テ其效力ヲ及ホスノミ蓋獨立國ノ主權ハ唯一ナリ主權即領土ヲ支配スル權力ハ其性質上他ノ權力ヲ排斥シ同一領土內ニ他國ノ權力ノ行ハルルヲ認メス又二樣ノ權力ノ同時ニ行ハルルヲ許ササルナリ隨テ內國ノ破產宣告ハ其效力ヲ外國ニ及ホスコトヲ得ス但甲國及乙國カ國際條約若クハ法律ヲ以テ一國ニ於テ許サレタル執行力殊ニ破產カ其效力ヲ他國ニ及ホス旨ヲ規定スルコトヲ得ヘシ然レトモ這ハ國家ノ權力ノ當然行ハル範圍外ニ於ケル執行權ノ擴張ニシテ特別ナル法律的作用ヲ必要トシ執行權ノ當然ノ效力ニ非サルナリ(2)ハ外國裁判所ノ爲シタル破產ノ宣告ハ縱令其形式カ判決ナル場合ト雖唯支拂ノ停止若クハ支拂ノ不能ヲ證明シタルモノニ外ナラス故ニ該證明ハ外國ノ破產宣告カ內國ニ其效力ヲ有スル原因ト爲ラシテ即內國ニ於テモ亦破產ノ宣告ヲ爲ササルヘカラサルノ原因ト爲ル其他外國裁判所ノ爲シタル破產ノ宣告ハ縱令其形式カ判決ナル場合ト雖私法的關係ノ確定力ヲ有スルモノニ非ス故ニ執行判決ニ依リ內國ニ於テ其效力ヲ有スルコトヲ

得ス(民訴五一四條ニ於ケル判決ニ非ス)隨テ外國ニ於テ開始シタル破產ニ於ケル管財人ハ其破產ニ基キ內國所在ノ債務者ノ財產ヲ破產財團トシテ引渡スヘキ旨ヲ求ムルノ權利ヲ有セス(3)ハ破產法ハ取引ノ安全及其信用ヲ保護スルコトヲ目的ト爲ス故ニ公ノ秩序ニ關スル法規タルノ性質ヲ有ス隨テ國籍ノ如何ヲ問ハス苟破產制度ヲ認メタル國內ニ於テ取引ヲ爲シタル者ニシテ支拂ヲ停止シタル以上ハ其國法ノ下ニ於テ破產宣告ヲ受クルヲ當然トス而シテ公ノ秩序ヲ保ツ目的ハ其領域內ニ止マルヲ以テ自國ノ破產宣告カ他國ニ對シ其效力ヲ及ホスコトヲ得サルヤ當然ナリ其他破產法ハ債權者ノ利益ノ爲ニ其共同擔保タル財產ノ喪失ヲ保全シ平等ノ配當ヲ監視スルコトヲ主タル目的トス故ニ破產法ノ直接ノ目的ハ破產者ノ資產ニ關係ヲ有シ破產宣告ノ效果トシテ發生スル破產者ノ無能力ノ如キハ目的トシテ存在スルニ過キス隨テ破產法ハ財產法ニシテ無能力ハ唯破產ノ宣告ヲ爲シタル國內ニ存在セル財產ニ付關係ヲ有スルノミ國外所在ノ財產ハ破產者ノ自由ニ處分スルヲ得ル所ナリ而シテ財產法ハ國家主權ノ不可分的觀念ヨリシテ權利者ノ國籍ノ內外ヲ問ハス自國內ノ總財產ヲ支配スルヲ通則トス故ニ破產事件ニ關シテハ財產所在地ノ國法タル破產法カ行レ同時ニ自國內ニ於ケル外國裁判所ノ破產宣告ノ伸張ヲ認メス(法例一〇條一項等參考)(佛國ノ「リオンカン」氏ハ破產法ハ破產者ノ財產ト之ニ關係ヲ有スル債權及其分配方法ヲ規定スルコトヲ目的トセス却債權者間ノ平等ヲ保チ利益ヲ保護スルコトヲ目的トス故ニ財產法ト謂フヘカラスト駁擊シタリ)第二、普及破產主義ハ債務者ノ住所地ニ於テ開始セラレタル破產宣告ハ其效力ヲ獨リ住所所在國內ニ於ケルノミナラス國外即外國ニ對シテモ亦當然及ホシ其所在財產ヲ吸收シテ一ノ破產財團ヲ成ス旨ヲ主張スル主義タリ此主義ハ債務者ニ對スル唯一ノ破產宣告ヲ以テ數國ニ散在セル財產ヲ各破產債權者ニ配當スルノ結果ヲ生スルヲ以テ學者ハ之ニ唯一破產主

義ノ別名ヲ付シタリ此主義ハ近世ニ於テ伊、佛、獨ノ學者ノ主張スル所ニシテ其原因ハ蓋支拂ノ能力ナキ債務者ノ財産ヲ其總債權者ニ平等ニ配當スヘキ破産手續ノ目的ヲ達スルカ爲ニハ一國ノ法律ニ依ルコトヲ要ス財産所在地ニ行ルル數國ノ法律カ破産財團ノ配當ニ適用セラルルモノトセハ破産手續ニ煩雜ヲ來シ債務者ハ甲國ニ於テ破産ノ宣告ヲ受ケタルモ未タ乙國ニ於テ之ヲ受ケサルヲ奇貨トシ乙國所在ノ財産ヲ處分シ破産手續ノ目的ヲ達スルノ妨害ヲ爲スニ至ルトノ思想ニ基ケリ其論據ノ(1)ハ破産ハ不可分ナリ唯一ナリ破産者ノ資産ハ唯一ナリ故ニ其分配ヲ目的トス破産亦唯一ナラサルヘカラス破産者ノ唯一ノ資産ニ付總破産債權者ニ平等的滿足ヲ得セシムルモノナレハ之ヲ分割スルコトヲ得ス破産者カ數國ニ跨リテ數多ノ財産ヲ有シ又數多ノ債務ヲ負フコトアリト雖是等ノ財産的關係ハ生活ノ中心タル住所ニ湊合セサルヘカラス隨テ該住所地管轄ノ裁判所カ爲シタル破産ノ宣告ハ各國ニ於テ之ヲ是認シ其效果ヲ其所在財産上ニ及ホサシメサルヘカラス然ラスンハ性質上唯一ノ資産ヲシテ財産所在地ノ異ナルニ從ヒ宛モ數多アルカ如クニ取扱フノ論理ニ反スルノ結果ヲ生ス殊ニ財産ハ主トシテ破産債權者間ニ平等ヲ維持スルコトヲ目的トス故ニ損失モ亦總債權者間ニ平等ニ分配セサルヘカラス平等ノ分擔ハ異ナリタル國家主義ノ爲ニ權斷セラルヘキモノニ非ス該論據ハ國家ノ權力ヲ無視シタルモノナルヲ以テ採ルニ難シ(2)ハ破産ハ裁判ニ因テ確認セラレタル事實ナリ故ニ各國ハ破産ヲ事實トシテ是認セサルヘカラス其他破産ハ確定裁判ノ效力トシテ如何ナル處ニ於テモ有效ナラサルヘカラス該論據ハ何レモ其當ヲ得ス破産手續ノ開始ハ單純ナル事實ノ確認ニ非スシテ却鋭敏ナル强制效力ヲ生ス又破産宣告ハ當事者ノ係爭關係ニ付裁判ヲ爲スモノニ非サルヲ以テ當事者ノ私法的法律關係ニ付確定裁判ノ效力ヲ生セス(3)ハ破産宣告ノ普及的性質ヲ是認セハ裁判ノ抵觸ヲ防止シ費用ヲ節減シ手續ヲ省略スルノ實益アリ殊ニ商事ハ萬國一視ノ性質ヲ有シ一國ノ領土内ニ跳躍スルモノニ非ス彼我ノ有無相通シ人類ノ幸福ヲ增進スルヲ目的ト爲スヲ以テ之ニ關スル法規ハ宜シク一般的性質ヲ有セサルヘカラス各國ノ法制ノ異ナルカ爲メニ同一ノ商事的關係ニ種種ノ法制ノ適用アルコトハ商業ノ發達ニ大害アリ利己ト嫉妬トヲ以テ成立スル國家主權ノ觀念ヲ以テ人類ノ一般ノ幸福ヲ增進スルコトヲ目的トスル商事關係ヲ待遇スルハ甚タ當ナリ故ニ主トシテ商事ニ關係スル破産法規モ亦他商事ニ關スルモノト同シク一般的性質ヲ具ヘ一國ノ裁判所ニ於テ下シタル破産宣告ハ其效力ヲ各國ニ及ホサシメサルヘカラス又如此ハ煩累ヲ省キ國際的商業ノ性質ニ伴フモノタリ其他破産ハ債務者ノ身分ヲ變更スルモノタリ破産ノ宣告ハ禁治産ノ宣告ト同一ナリ故ニ破産法ハ能力法タリ法律上人ハ之ヲ分ツコト能ハサルヲ以テ人ノ能力ニ關スル事項ハ其人ニ隨伴シ財産所在地ノ如何ニ關係ナキモノタリ故ニ破産宣告ハ人ノ能力ニ關スル事項トシテ當然外國ニ其效力ヲ及ホスヤ明カナリ(破産ヲ身分關係ナリト主張スル學派ニ依レハ人ノ能力ハ其本國法ニ從フヲ以テ自國ノ裁判所カ外國人ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲スニ當テハ先其本國法ニ準據セサルヘカラス若本國法ニシテ佛國民法(第三條)ノ如ク在外佛國民ニ對シテモ尙佛國法ヲ適用セント欲スルモノナレハ自國裁判所ニ於テ破産ノ裁判ヲ爲ササルヘク若之ニ反シテ獨逸法ニ於ケルカ如ク在外ノ國民ヲ其住所地法ノ下ニ立タシムルモノナラハ自國ノ裁判所ニ於テ裁判ヲ爲スヲ正當トス但國家ノ自衛方法トシテ其國法ニ從ヘハ破産制度ナク又破産宣告ノ要件ヲ缺クモ自國法ニ從ヒ破産宣告ノ要件ヲ具備スル外國人ニ對シ破産宣告ヲ爲スコトナキニシモ非スト雖這ハ元來公益ニ基ク一ノ制限ニ外ナラサルヲ以テ通則トシテ自國ノ裁判所ニ於テ爲シタル破産ハ外國ニ對シテ效力アリト謂ハサルヲ得ス該論據ハ孰レモ失當ナリ國家條約ヲ以テ内國ノ債權者ノ利益ヲ保護スルノ方法ヲ定メスシ

0383

テ外國裁判所ニ於ケル破産宣告ノ效力ヲ自國内ニ認ムルコトハ裁判ノ抵觸、費用ノ增加及手續ノ煩雜ヲ來ス不利益ヲ除去スルヨリモ不利益ニシテ且危險ナリ又破産ハ債務者ヲ行爲無能力者ト爲スモノニ非ス人事上ノ法律關係ニ效力ヲ有スルモノニシテ財産上ノ法律關係ニ效力ヲ存スルモノナリ予輩ハ破産ノ涉外的效力トシテ屬地破産主義ヲ正當トシ普及財産主義ヲ正當トシ普及ノ理論上及實際上採用スルコト能ハサルモノナレハナリ破産ノ唯一ナル觀念ハ無制限ニ非スシテ却國家ノ執行權ニ於ケルト同シク領域的制限ヲ受クルヲ當然トス國家ハ破産ナル制限ヲ設ケ損失分擔主義ヲ實行ス而シテ之カ實行ヲ爲ス所以ハ國家ニ執行權アルカ爲ナリ國家ノ執行權ニハ國外ニ及ハサルノ制限アルヲ以テ破産モ亦同一ノ制限ヲ受クヘキハ疑ナキ所ナリ普及破産主義ハ斯ル觀念ト矛盾ス故ニ理論上採用スルノ價値ナシ又債務者ノ總財産ヲ或一點ニ集合シテ之カ清算ヲ爲スハ一定ノ程度ニ至ルマテハ敢不可ナキニ非ス何トナレハ清算ヲ迅速ニシ利害ヲ調和スルノ便益アレハナリ然レトモ一定ノ程度ヲ超越スルニ於テハ即破産ノ效力ヲ當然外國ニ伸張セシムルニ於テハ種種ナル法律關係ト經濟關係トニ因リ手續ヲ非常ニ複雜ニシ殊ニ管財人ノ職務ハ最困難ヲ極ムルニ至リ過失ト錯誤トニ依リ充實セラルルニ至ルヤ必然ナリ極東ニ住居スル債權者タル我帝國ノ臣民ニシテ其領土内ニ破産者ノ財産アルニモ拘ハラス常ニ英國ニ開始シタル破産手續ニ於テ債權ノ居出ヲ爲スヘキモノト爲スカ如キハ果シテ債權者ヲ平等ニ保護シタルモノト謂フヲ得ヘキヤ商人破産主義ト一般破産主義トノ立法上ノ抵觸問題ハ如何ニ之ヲ決スヘキヤ此等ノ困難ナル事情ハ屬地破産主義ニ於テ悉之ヲ避クルコトヲ得ヘシ是予輩カ普及破産主義ヲ理論上及實際上ニ於テ採用スルコトヲ得スト云フ所以ナリ（主義）

普及破産主義ハ伊太利法學者殊ニ「カル」「ロオレー」「ノサル」氏等ノ熱心ニ主張スル所ニシテ裁判例モ亦之ヲ認ムルノ傾アリ（千八百七十六年十二月十五日「ミラン」府ノ判例）（白國ノ裁判例然リ）英吉利破産法及墺太利破産法ハ原則トシテ動産ニ關シテハ普及破産主義ヲ認メ不動産ニ關シテハ屬地破産主義ヲ認メタリ是動産ハ其轉輸ノ容易ナルヨリシテ所有者住所地ノ法則ニ支配セラルヘキモノトシ外國ニ於ケル破産ノ宣告ハ自國所在ノ動産ニ效力ヲ及ホストノ理由ニ外ナラス（千八百六十八年墺破五九條、六一條）佛蘭西ノ學說及裁判例ハ極メテ區區ニ涉リ甚曖昧ヲ極メタリ或ハ屬地主義ヲ認メ外國ニ於ケル破産宣告ノ有無ニ拘ラス佛國ニ於テ更ニ破産手續ノ爲ニ任命セラレタル管財人ノ申立ニ因リ外國裁判所ノ破産ノ裁判ニ執行（エクセクチユル）判決ヲ付與シ以テ伊國ノ裁判所ニ於ケルト同シク破産宣告ノ普及的性質ヲ認メタリ「リオンカン」氏ハ千八百八十一年五月二十八日大審院判決カ佛蘭西商法ノ法意ニ適當スルモノト認メ外國裁判所カ執行判決ヲ與フルニ因テ效力ヲ生シ且執行セラルルノミト言ヘリ獨逸ニ於テハ當初「サビニー」氏カ普及破産主義ヲ唱ヘタリシカ「バール」「コーレル」「ゾ非フェルド」佛人「タールル」「トマン」氏等ノ見解ニ從ヘハ獨逸現行破産法ハ屬地破産主義ヲ認メタルモノノ如シ（獨破二〇七條、新破法二三七條）（千八百七十七年ノ獨逸帝國破産法制定以前ニ於テ普漏西破産法第二九三條、千八百七十一年二月二十一日、同年六月十三日及千八百七十三年一月二十五日「ライプチヒ」商事上等裁判所ノ判決カ既ニ屬地破産主義ヲ認メ該破産法制定以後千八百八十二年三月二十一日、千八百八十四年十二月十一日、千八百八十五年一月十三日及二十一日ノ帝國裁判所判決カ獨逸破産法ノ屬地破産主義ヲ認メタルコトヲ證明シタリ）然レトモ獨逸破産法理由書（「フツチング」「ウキル」「モースキー」「ベーテルゼン」氏等ハ獨逸破産法ハ屬地破産主義ヲ採ラスシテ甲國ニ於テ爲シタル破産ノ宣告ハ其效力ヲ乙國所在ノ破産者ノ財産ニ及ボスノ原則ヲ認メタレトモ諸國ノ破産法カ同一ノ原則ヲ認メサリシヲ以テ獨逸破産

0384

法第二〇七條及第二〇八條ニ於テ斯ル原則ニ對シ制限ヲ附シタルニ過キスト曰ヘリ予輩ハ獨逸破產法ノ解釋トシテ前說ヲ正當ト信ス

我國ニ於テハ破產宣告ノ涉外的效力ニ付從前ノ實例及學說ノ傾向ヲ知ルコトヲ得ス是國交ノ日尙淺キト外國トノ關係ニ於ケル破產法規ナキトニ基クナリ(法例修正案理由書參考)然レトモ獨立國ニ於ケル主權ノ觀念ニ基キ自國內ニ存スル債務者ノ財產ニ付外國ニ於ケル破產宣告ノ效力ヲ拒絕スルコトヲ得ルハ法理上當然ナリ破產ハ前述ノ如ク一般的强制執行ナルヲ以テ屬地的關係ヲ有シ司法權ノ行ルル領土外ニ效力ヲ及ホスコトヲ得サルモノタリ故ニ債權者ハ我帝國內所在ノ債務者ノ財產ニ付破產手續ヲ開始セント欲セハ破產法ノ規定ニ從ヒ管轄裁判所ニ破產宣告ノ申立ヲ爲ササルヘカラス若債務者ニシテ我帝國內ニ住所ヲ有セス又營業所ヲ有セス隨テ管轄裁判所ナキ場合ニ於テハ民事訴訟法第一七條ニ則リ起訴シ且執行ヲ爲スノ一途アルノミ而シテ內外ノ交涉益〻頻繁ヲ加ヘ取引ノ必要ニ基キ外交的手腕ヲ以テ所謂國際法ナルモノノ制定アル以上ハ少クモ破產ノ關係ニ於テハ抵觸問題ヲ制定スル共同的標準ノ設定アル以上ハ外國ニ於ケル破產ノ宣告カ我帝國內ノ財產ニ效力ヲ及ホスコトアルヘシト雖這ハ將來ノ事業ニ屬シ現今ニ於テハ全ク一ノ空想タルニ過キス故ニ取引ノ便益上國家相互ニ破產宣告ノ效力ヲ自國及外國所在ノ財產ニ及ホスコトヲ適當ト爲サハ宜シク國際條約ヲ締結シテ其目的ヲ達セサルヘカラス千八百六十九年六月十五日瑞西及佛蘭西間ノ條約、現行獨逸帝國破產法制定前ニ於テ普國カ他ノ獨逸諸國ト締結シタル條約ノ如キハ普及破產主義ヲ實行スルコトヲ得ヘキモノタルヲ立證シタリト云ヘリ我國ニ於テモ斯ル條約ノ參考ヲ忽ニスヘカラス之ヲ要スルニ破產宣告ノ涉外的效力ハ原則トシテハ屬地破產主義ニ依テ之ヲ定メ變則トシテハ條約ニ依ル普及破產主義ノ實行タルコトアリト知ルヘシ(主義ノ立法的勢力範圍)

破產宣告ノ涉外的效力ハ屬地破產主義ニ依テ之ヲ定ム故ニ(1)自國ノ裁判所ニ於テ爲シタル破產ノ宣告ハ自國所在ノ財產ニ又外國ノ裁判所ニ於テ爲シタル破產ノ宣告ハ其外國裁判所所在ノ財產ニ關係ヲ有スルノミ而シテ所在ノ場所カ常ニ特定セサル債權(破產者ノ)ニ關シ甲國破產者カ自國ニ住所若クハ居所ヲ有シ或ハ自國ニ於テ或財產ヲ占有スルノ理由ヲ以テ(民訴五九五條)自國ニ於ケル破產財團ニ屬スト爲シ又同樣ノ理由ヲ以テ乙國カ自國ニ於ケル破產財團ニ屬スト爲シタル場合ニ於テハ前示ノ法則ヲ適用スルニ甚困難ヲ來スト雖「コーレル」氏ノ解スルカ如ク破產的差押ヲ爲シタル時期ノ前後ニ從テ債權カ甲國若クハ乙國ニ於ケル破產財團ニ屬スル旨ヲ定ムヘキモノト思フ但第三債務者カ甲國若クハ乙國ニ於ケル破產ニ於テ支拂ヲ爲シタルトキハ其責ヲ免ルルヤ言ヲ俟タス(2)外國ニ於テル破產ノ宣告ハ自國ニ於テ債權者カ破產者ニ對シ各別的ニ强制執行ヲ爲スコトヲ禁止セス隨テ債權者ハ破產者ニ對シ强制執行ヲ爲シ他ノ債權者ニ關係ナク辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ其受取リタル給付ヲ外國ニ於ケル破產財團ニ交付シ同國ニ於ケル破產法ノ原則ニ從テ配當セシムルノ義務ナシ(獨破一三七條一項)(3)債務者ニ對シ自國ニ於テ請求スルコトヲ得ヘキ債權ハ外國ニ於ケル破產ノ宣告ニ拘ラス利息ノ發生ヲ停止セス(4)債務者ニ對シ自國ニ於テ請求スルコトヲ得ヘキ有期ノ債權ハ外國ニ於ケル破產宣告ノ爲ニ期限ノ利益ヲ喪失セス(5)債務者ハ其外國ニ於ケル破產ノ宣告ニ因テ自國ニ存スル財產ニ付管理及處分權ヲ喪失セス故ニ債務者ハ該財產ヲ管理シ及處分シ且該財產ニ關スル訴訟ノ當事者トシテ自ラ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得其他自國ノ裁判所ニ於テ訴訟行爲ヲ自ラ爲スコトヲ得又外國ニ於ケル破產宣告ニ依リ自國ノ裁判所ニ於テ債務者ニ對シテ繫屬シタル訴訟ハ縱令外國ニ於ケル破產ノ積極的若クハ消極的財團

0385

ニ關スルモノト雖中斷セラルルモノニ非ス外國裁判所ニ於テ選定セラレタル管財人ハ自國ニ於テ破產者及破產債權者團體ヲ代表シ破產財團ヲ管理スルノ權限ヲ有セス隨テ外國ニ於テ破產手續開始ノ爲ニ自國所在ノ債務者ノ財產ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得ス(6)外國ニ於ケル破產ノ宣告以前ニ於テ爲シタル債務者ノ行爲ハ自國ニ於テ嫌疑時代ニ屬スル行爲トシテ無效ト爲リ或ハ取消サルルコトナシ外國ニ於ケル破產債權者團體ノ爲ニ自國所在ノ財產ニ付キ取消權ノ存スルコトナシ蓋該財產ハ縱令取消ノ原因タル債務者ノ行爲ナキ場合ト雖外國ニ於ケル破產財團ニ吸收セラルヘキモノニ非サレハナリ(7)債務者ハ外國ニ於テ爲シタル破產宣告ノ爲ニ自國ニ於テ身上的效果トシテノ權利ヲ喪失スルコトナシ(8)債權者ハ其債務者カ外國ニ於テ破產ノ宣告ヲ受ケタルニモ拘ラス自國ニ於テ破產ノ宣告ヲ受ケシムルカ爲ニ自國內ノ管轄裁判所(獨逸破一〇八條、同新破二三八條)ニ破產宣告ノ申立ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ債務者ノ受ケタル外國ニ於ケル破產ノ宣告ハ自國ノ裁判所ニ於テ支拂ノ停止若クハ其不能ノ證據ト爲スコトヲ得ヘシ而シテ同一ノ債務者ニ對シ內外國ニ於テ二箇以上ノ破產手續ノ進行カ併存シタルトキハ債務者ハ各破產手續ニ於テ其債權全額ノ屈出ヲ爲スコトヲ得ヘシ唯不當利得ヲ許ササル原則ノ適用トシテ各破產手續ニ於テ債權全額ヲ超越スル配當總額ヲ受領スルコトヲ得サルノミ(屬地破產主義ノ適用ノ結果)

破產手續ノ終局ニ關スル屬地破產主義ノ適用ノ結果ハ後ニ述フル所アルヘシ

第三編　手續規定

第一章　破產機關

破產ハ前述ノ如ク訴訟事件ナリ故ニ破產事件ヲ取扱フ公ノ機關ハ司法裁判所ナルコト言ヲ俟タス其他法律ハ破產事件ヲ迅速ニ終結セシムルカ爲ニ破產主任官破產財團ノ管理ヲ爲サシムルカ爲ニ破產管財人破產ニ關スル犯行ヲ搜查セシムルカ爲ニ檢事、破產債權者團體ノ共同動作ヲ爲サシムルカ爲ニ債權者集會ナル機關ヲ認メタリ破產法案ニ於テハ破產事件ハ區裁判所ノ管轄ニ屬シタルヲ以テ破產主任官ノ必要ヲ認メス故ニ之ヲ廢止シ又重大ナル破產事件ニ關シテハ管財人ノ補助及監督機關ヲ必要トスルヲ以テ監查委員ヲ設ヲ斯ル必要ニ應シタリ左ニ各破產機關ヲ略述スヘシ

(一)　破產裁判所

(A)　意義　現行破產法ニ依レハ破產裁判所ハ支拂ヲ停止シタル商人ノ營業地又ハ住所地ヲ管轄スル地方裁判所ナリ(裁構二八條、商九七九條)如此地方裁判所カ破產事件ニ付事物ノ管轄權ヲ有スルハ破產事件ヲ重大視シ合議裁判所ヲシテ鄭重ニ審理セシムルノ法意ニ外ナラス(破案第一〇二條ニ於テハ區裁判所カ破產事件ニ付事物ノ管轄權ヲ有ス是破產手續ハ成ルヘク迅速ニ終結セシムルカ爲ニ之ヲ單獨裁判所ノ管轄ニ屬スルモノト爲スヲ正當トスルノミナラス區裁判所ハ執行裁判所ナルニ由ル)(民訴五四三條)如此支拂ヲ停止シタル商人ノ營業地又ハ住所地ヲ管轄スル裁判所カ破產事件ニ付土地ノ管轄權ヲ有スルコトハ斯ル裁判所所在地ニ通常多ク破產ノ決定ヲ爲スニ必要ナル判斷ノ材料殊ニ帳簿及破產財團タルヘキ財產存スルニ由ル(破案一〇二條ニ於テハ債務者ノ主タル營業所若營業所ナキトキハ其普通裁判籍ノ所在地ヲ管轄スル裁判所カ破產事件ニ付土地ノ管轄權ヲ有スルハ蓋債務者カ主タル營業所ヲ有スル場合ニ於テハ破產ハ主タル營業所所在地ヲ管轄スル裁判所ニ之ヲ取扱ハシムルヲ適當トシ又債務者カ主タル營業所ノ外ニ住所ヲ有スル場合ニ於テハ破產ハ主タル營業所所在地ヨリ遠キ住

0386

所所在地ヲ管轄スル裁判所ニ之ヲ取扱ハシムルトキハ手續上煩累ヲ來スノ趣意ニ外ナラス主タル營業所ハ裁判所ノ認定スル事實問題ニシテ普通裁判所ハ民事訴訟法第一〇條乃至第一四條ノ規定ニ從テ之ヲ定ム）而シテ裁判所ノ管轄ハ專屬ナルヤ否ヤハ現行破產法ニ於テ明文存セスト雖破產ハ一般的强制執行ナルヲ以テ論理解釋上專屬ナリト云フヲ正當トス（民訴五六三條參照、破案第一〇二條……專屬）（破產法案ニ於テハ相續財產ニ對シ破產宣告ヲ爲スヲ法則ヲ是認シタルヲ以テ第一〇二條ニ於テ相續財產ニ關スル破產事件ノ管轄裁判所ヲ規定シ相續開始地ヲ管轄スル區裁判所ヲ以テ斯ル管轄裁判所ト爲シタリ是民事訴訟法第二四條ニ規定セル裁判籍ト其法意ヲ異ニセサルモノナリ又破產法第一〇四條ニ於テハ外國人又ハ外國法人ニ對スル破產事件ノ管轄ニ關スル特則ヲ設ケ外國人又ハ外國法人カ日本ニ營業所又ハ事務所ヲ有スル場合ニ於テハ破產事件ハ其日本ニ於ケル主タル營業所又ハ事務所ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所ノ管轄ニ專屬スルモノトシ主タル營業所又ハ事務所ナキトキニ限リ破產法案第一〇二條即管轄ニ關スル通則ノ適用ニ依リ普通裁判籍ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所ノ管轄ニ專屬スルモノトセリ）

(B) 職權　破產裁判所ハ第一ニ破產手續ノ開始、其終結及其停止等ニ付裁判ヲ爲スノ職權ヲ有ス（商施一三八條、舊商九七八條、九八二條、一〇四八條、破案一三一條、二七七條、三〇一條、三三九條）第二ニ破產手續ヲ指揮シ且之ヲ監督スルノ職權ヲ有ス故ニ破產主任官及管財人ヲ選定シ（商九八〇條一項二號、一〇〇八條乃至一〇一〇條、破案一五六條）破產事件ノ關係ヲ明白ナラシムルカ爲ニ必要ナル證據調ヲ爲シ（破案一一〇條）必要ナル說明ヲ爲スヘキ旨ヲ破產者ニ命シ且必要ノ場合ニ破產者ノ引致又ハ監守ヲ命スルコトヲ得（商一〇〇三條、破案一一二條乃至一一八條）未確定債權者ノ債權者集會ニ加ハルヘキ權利ノ有無ニ付裁判ヲ爲シ（商一〇二八條一項、破案一七五條）債權者集會ノ決議ニ關シ認可權ヲ有シ（商一〇三七條、一〇四〇條、破案一七七條）他ノ裁判所ニ法律上ノ補助ヲ求メ（商施一四一條、破案一〇六條）其他官廳ニ對シ必要ナル通知ヲ發ス（非訟一五二條、一二九條、一三〇條）第三ニ異議アル債權ニ付判決ヲ爲シ又取戻ノ訴ニ付判決ヲ爲ス（商一〇二七條、一〇一五條）破產法案ニ於テハ異議アル債權確定ノ訴及取戻ノ訴ヲ管轄スル裁判所ハ何レモ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ定マリ破產裁判所ノ管轄ニ屬セス是破產法案ニ於テハ區裁判所ヲ以テ破產裁判所ト爲シタルカ爲ナリ

(二) 破產主任官

(A) 意義　破產裁判所ハ其部員一名ヲ選定シテ之ニ破產手續ノ指揮及監督ヲ爲サシメ且破產裁判所ニ法律上特定ノ申立ヲ爲サシム之ヲ破產主任官ト謂フ故ニ民事訴訟法第二七三條ニ所謂受命判事ト其ノ性質ヲ同シウス元來現行破產法ニ於ケルカ如ク合議裁判所（地方裁判所）ヲ以テ破產裁判所ト爲ス立法ニ在テハ破產裁判所カ破產事件全體ニ付終始指揮及監督ヲ行ヘシムル時ハ迅速ニ手續ヲ進行スルノ妨害ト爲ルヲ以テ破產主任官ナル受命判事一名ニ破產事件ニ關スル或手續ノ指揮及監督ヲ爲サシメ迅速ニ手續ヲ進行スルコトヲ要ス是破產主任官ナル制度カ現行破產法ニ存シ破產法案ニ存セサル所以ナリ而シテ指揮及監督ノ權限ハ其之ヲ要スル行爲ト同時ニ發生セシムルヲ要スルカ故ニ裁判所ハ破產決定ニ於テ破產主任官ヲ選定ス又死亡、辭職其他民事訴訟法第三二條及第三三條ニ規定セル原因ノ爲ニ事實上及法律上職務ヲ行フコト能ハサルニ至リタルトキハ裁判所ハ決定ヲ以テ破產主任官ヲ改選ス

(B) 職權　破產主任官ハ第一ニ破產手續ヲ指揮シ且之ヲ監督ス（商九八三條）指揮及監督ハ手續ヲ迅速ニ進行シ不公平ニ流レ且管財人ノ私利ヲ營ムコトヲ防止スルヲ主タル目的トシ破產者及其家族ニ扶助

0387

料ヲ給與スルコト(商一〇〇七條)破產者ニ報酬ヲ與フルコト(商一〇一二條二項)破產者家族其他ノ者ノ訊問(商一〇二二條)及商法第一〇一三條、第一〇一六條乃至第一〇二一條、一〇二三條、一〇二七條、一〇三五條、一〇三七條、一〇三八條、一〇四〇條、一〇四三條等ニ規定セル破產主任官ノ行爲ハ皆其指揮監督權ノ作用ニ屬ス(商一〇二七條及一〇四〇條ニ規定セル破產主任官ノ演述ハ破產裁判所ヲシテ破產關係ヲ認識セシムルコトヲ目的トスルニ在ルヲ以テ之ヲ聽カスシテ爲シタル裁判ハ違法タルコトヲ免レス)而シテ破產主任官カ破產手續ニ於ケル指揮及監督權ノ作用トシテ發シタル命令ハ假執行ヲ爲スコトヲ得又此命令ニ對シテハ各利害關係人ヨリ即時抗告ヲ爲スコトヲ得(商九八三條、商施二四條、商施一四七條)(破產裁判所カ破產主任官ノ命令ニ對スル抗告ニ付裁判ヲ爲ス場合ニ於テ破產主任官カ裁判所ノ構成員ト爲ルコトヲ得ルヤ否ヤハ學者ノ論爭スル所ナリト雖破產主任官ノ命令ハ民事訴訟法第三二條四號ニ所謂「前審ノ裁判」ニ非サルヲ以テ精極的ニ論決スルヲ正當トス)第二ニ法律上特定セル申立即破產者ノ營業續行ノ申立及破產終結決定ノ申立ヲ爲ス(商一〇一七條、一〇四八條)(斯ル申立ヲ爲サシムルハ營業ノ續行及破產ノ終結ヲ爲スニ必要ナル前提要件ノ存否ヲ豫斷セシメンカ爲ナリ)

(三) 破產管財人

(A) 意義　破產管財人ハ破產裁判所ノ選定ニ因リ破產主任官ノ指揮及監督ヲ受ケ(破產法案ニ依レハ破產時判所ノ指揮及監督ヲ受ケ)主トシテ破產財團ノ管理及配當ニ從事スル公ノ機關ナリ(1)管財人ハ公ノ機關ナリ元來管財人ノ性質ニ關シテハ學者間ニ論爭アル所ナリ而シテ其學說ハ大別シテ之ヲ代理說ト機關說ト爲スコトヲ得代理說ニ從ヘハ或ハ管財人ヲ破產財團ノ代理人ト云ヒ或ハ之ヲ破產者ノ代理人ト云ヒ或ハ之ヲ破產債權者團體ノ代理人又ハ各破產債權者ノ共同代理人ト云ヒ或ハ之ヲ破產債權者及破產者ノ代理人ナリト云ヘリ又機關說ニ從ヘハ破產ノ目的ヲ達スルカ爲ニ公益上設ケラレタル機關ニシテ其職務ヲ行フ原因ハ直接ニ法律ニ在テ債權者又ハ破產者ノ代理關係ニ非ス管財人自己ノ名ニ於テ破產財團ニ關係スル法律行爲及訴訟行爲ヲ爲シ代理人トシテ他人ノ名ニ於テ之ヲ爲ス者ニ非ス唯斯ル行爲ニ因テ破產財團ニ關シ成立シタル權利及義務ハ破產財團ノ主體タル破產者ニ對シテ效力ヲ生スルノミト云ヘリ予輩ノ見解ニ依レハ斯ル學說ハ各〻一部ノ眞理ヲ包含スルニ止マリ未以テ管財人ノ性質ヲ完全ニ表示シタルモノト認メ難シ管財人ハ執達吏カ民事訴訟法上ノ强制執行ニ於ケル執行機關タルト同シク破產法上ノ强制執行ニ於ケル執行機關タリ又管財人ハ執達吏ト同シク公ノ委任即任命ニ依テ破產ニ關スル國家ノ政務ヲ取扱フ者ナリ(商施三五條、商施一四七條、裁構九五條、破案一五六條)故ニ此意味ニ從ヘハ管財人ハ國家ノ機關タルコト疑ヲ容レス又管財人ハ國家ノ機關タルカ故ニ代理權ヲ有スルコトナシトノ法則ナシ執達吏カ國家ノ機關トシテ法律上ノ授權ニ因リ其職務執行ノ爲ニ債務者又ハ債權者ヲ代表スルト同シク管財人カ國家ノ機關トシテ其職務執行ノ爲ニ破產者又ハ破產債權者團體ヲ代理スルコトアルハ固ヨリ怪シムニ足ラス換言スレハ管財人ハ破產者ノ權利ニ關シテハ之ニ代テ其權利ヲ行使シ(例之破產財團ノ管理及換價ノ如シ)又破產債權者團體ノ權利ニ關シテハ之ニ代テ其權利ヲ行使ス(例之商法第九九一條ニ(及破案八五條以下)規定セル權利ヲ主張スルカ如シ)ルノ職權ヲ有ス故ニ此意味ニ從ヘハ管財人ハ破產者ノ代理人タルコトアリ又ハ破產債權者團體ノ代理人タルコトアリ而シテ管財人ヲ公ノ機關ナリト云ハハ當然斯ル法律上ノ授權ヲ包含スルヲ以テ特ニ管財人ヲ代理人ナリト云フノ必要ヲ見ス是予輩カ管財人ヲ以テ單ニ公ノ機關ナリト云フニ止メタル所以ナリ(破產管財人ナル職務ヲ奉スル者ハ官吏ト同シク國家ノ政務ヲ取扱フ者ナリト雖任命ノ形式カ官吏ニ同シカ

ラサルヲ以テ公吏ニシテ官吏ニ非スト云フヲ正當ト思フ)(2)管財人ハ現行破産法ニ依レハ破産裁判所カ破産ノ宣告アル毎ニ其作成シタル司法大臣ノ任命ニ係ル管財人名簿中ヨリ選定ス(九八〇條、一〇〇八條、商施三五條、商施一四七條)司法大臣ノ任命ニ係ル管財人名簿中ヨリ管財人ヲ選定スルハ制限選擇主義即管財人タル職務ヲ取扱フ者ヲ常設シ此中ヨリ選擇スルノ主義ヲ是認シタルカ爲ナリ司法大臣ノ任命ニ係ラサル管財人ヲ選任スル例外ノ場合ニ關シテハ商施四一條、商施一四七條ヲ參照スヘシ(破産法案ニ於テハ自由選擇主義即何人ニテモ自由ニ管財人トシテ選擇スルノ主義ヲ是認シタルヲ以テ管財人ノ選定ニ關シ現行破産法ニ於ケルカ如キ制限ナシ)又破産裁判所カ管財人ヲ選定スル裁判所選定主義即裁判所カ直接ニ管財人ヲ選定スルノ主義ヲ是認シ債權者選定主義ヲ非認シタルカ爲ナリ(破産法案ニ於テ亦斯ル主義ヲ採用シタルコトハ第一五六條ノ法文ニ徵シ明白ナリ而シテ破産法案ハ前述ノ如ク制限選擇主義ヲ採用セサリシヲ以テ破産裁判所ハ獨リ管財人ヲ選定スルニ止マラス進ミテ之カ任命ヲ爲ス者ナリ故ニ「選任」ト云ヒ現行法ノ如ク選定ト云ハサリシ)而シテ制限選擇主義ハ未タ法治ニ慣レサル社會ニ在テハ良管財人ヲ選定スルニ適當ナル手段ナリト雖進歩シタル社會ニ在テハ干渉ニ失スルヲ以テ自由選擇主義ヲ適當トス又債權者選定主義ハ情實ニ流レ易キヲ以テ裁判所選定主義ヲ採用スルヲ可トスルヤ勿論ナリ(3)管財人ハ破産主任官ノ指揮及監督ヲ受ケ破産財團ノ管理及換價ヲ爲ス職權ヲ有ス(商一〇一二條、一〇一三條、破案四三條、一六〇條)這ハ職權ノ說明ニ讓ル

(B) 職權　管財人ハ破産財團ノ管理、換價及配當ヲ爲スノ職權ヲ有ス(商一〇一二條、一〇二六條、破案四三條、二三五條)又屆出債權ノ當否及其順位ヲ調査シ必要ナル場合ニ異議ヲ申立ツルノ職權ヲ有ス而シテ管財人ハ利害關係人ニ重大ノ關係アル職權ノ實行ニ關シテハ破産主任官若クハ破産裁判所ノ許可ヲ經テ之ヲ爲シ(商一〇一七條乃至一〇九條、破案一九二條)其他ノ職權ノ實行ニ關シテハ自己ノ適當ト認メタル判斷ニ從テ自己ノ責任ヲ以テ破産主任官ノ指揮及監督ノ下ニ於テ行動シ(商一〇一二條乃至一〇一四條、一〇一六條、一〇二一條、一〇四六條乃至一〇四八條)破産主任官ノ指揮及監督ハ管財人ノ行動カ其職權ノ作用タルヤ否ヤノ點ニ關スルニ止マリ其行爲カ事情ニ適スルヤ否ヤ(例之破産財團ニ屬スル財産ノ賣却期カ相當ナルヤ否ヤ)ノ點ニ及ハサルモノナリ蓋管財人ハ其職權ノ範圍內ニ於テハ自己ノ責任ヲ以テ破産手續ニ從事スル機關ナルヲ以テナリ

(C) 選定及終了　破産裁判所ハ其選定シタル(破産法案ニ依レハ選任シタル)管財人ノ氏名住所ヲ公告スルコトヲ要ス(商法九八〇條一項、二號、破案一五一條一項、二號)是各利害關係人ニ管財人ノ選定アリタルコトヲ通知シ且管財人タルノ證明ヲ容易ナラシムルノ法意ニ外ナラス(破案第一五九條ニ於テハ管財人ヲシテ其資格ノ證明ヲ容易ナラシムルノ目的ヲ以テ之ニ其選任ヲ證スヘキ書面ヲ交付スルコトヲ要スル旨ヲ規定セリ詢ニ實用ニ適シタル良方法ト思フ任務終了ノ際ニハ濫用ヲ避クルカ爲ニ管財人ヲシテ證明書ヲ返付セシムルヲ要スルコト言ヲ俟タス)又管財人ハ其職務ニ著手スル以前ニ宣誓ヲ爲ササルヘカラス(商施三九條、商施一四七條)破産法案ニ於テハ不必要トシテ斯ル宣誓ヲ廢止シタリ)擔任破産事件ニ關スル管財人ノ職務ハ擔任破産事件ノ終結ニ因ルノ外尚辭職、解職(商施三八條、四二條、商施一四七條、破案一五八條、二六三條、但破産法案ニ在リテハ前述ノ如ク管財人ノ選任ニ關シ制限選擇主義ヲ採ラサリシヲ以テ辭任又ハ解任ノ用語ニ依リ管財人タルノ資格亦消滅スルノ趣意ヲ明カニシタリ)死亡、公權剝奪ニ基ク失格(刑三一條八號)破産宣告ニ基ク失格(商一〇五四條、商施一四三條)ニ因テ終了ス故ニ任期滿ツルモ破産手續中ハ解任スルコトヲ許サス(商施三七條、三八條、四〇條、商施

0389

一四七條)是蓋破産事件終結前ニ於テ管財人ヲ變更スルハ破産手續ノ進行ニ害アレハナリ(管財人ニ對シテ亦民事訴訟法三二條、三三條ノ準用アルヤ勿論ナラン)但取戻權、財團債權等ニ關スル訴訟カ破産手續終結ノ當時未タ完結セサルカ如キ場合ニ於テハ破産手續終結後ト雖尚管財人ノ取扱ハサル〈カラサル職務殘存スルヤ言ヲ俟タス(取戻權、財團債權ノ主張ノ說明參照)管財人ハ其選定ニ因テ當該破産事件ノ管財人ト爲ル故ニ一旦選定セラレタル管財人ニシテ其職務ヲ辭セント欲スル者ハ即時ニ正當ノ事由ニ依レル辭職ノ申立ヲ爲スコトヲ要ス(商施三八條、商施一四七條、破案一五八條)辭職ノ申立ヲ却下シタル裁判ニ對シテハ法律上別段ノ規定ナキヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス這ハ立法上失當ナルヲ以テ破産法案ニ於テハ不服ヲ申立ツルコトヲ得セシメタリ(破案一〇九條)又破産裁判所ハ其選定シタル管財人ヲ解職スルコトヲ得其主タル原因ハ管財人ノ職務上ノ義務違背(商施四二條「……不正……」)職務上不適當ナル事由ノ發生(例之管財人カ行爲能力ヲ喪失シ又身體ノ健康ヲ損シタルカ如キ、商施四二條「……不當……」)及員數減少ヲ適當トスル事由ノ發生(例之破産手續ノ進行上管財人ノ員數ヲ減少スルヲ必要トスルニ至リタルカ如キ)ニシテ其形式ハ選定ト同シク決定タリ(破産法案ニ於テハ解任ニ關シテハ管財人ヲ審訊スルコトヲ要スル旨ノ規定シタリ是事情ヲ明カニシ且管財人ノ爲ニ辨解ヲ爲サシムルニ在リ故ニ斯ル審訊ヲ爲スコトナクシテ管財人ヲ解任シタルトキハ其一事ハ當然管財人カ破産法案第一〇九條ニ從ヒ解任ノ決定ニ對シテ爲ス即時抗告ノ理由タルニ足ル又破産法案ニ於テハ解任ニ關シテハ裁判所ノ職權ヲ以テ之ヲ爲スノ外債權者集會若クハ監査委員ハ解任申立ヲ爲スコトヲ得セシメタリ(蓋債權者集會及監査委員ハ其職權ノ性質上管財人ノ適否ヲ認識スルコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ破産債權者團體ノ爲ニ斯ル申立權ヲ認ムルヲ正當トスレハナリ隨テ破産裁判所カ斯ル申立ヲ却下シタル時ハ債權者集會ニ於テ解任ニ贊成ヲ表シタル各破産債權者及監査委員ハ破産法案第一〇九條ニ從ヒ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得)解職ノ決定ニ對シテハ法律上別段ノ規定ナキヲ以テ之ニ對シテ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス這ハ立法上失當ナルヲ以テ破産法案ニ於テハ之ニ對シ不服ヲ申立ツルコトヲ得セシメタリ(破案一〇九條)而シテ管財人ノ職務カ其死亡ニ因テ終了シタル場合ニ在テハ相續人カ終局ノ計算ヲ爲シ(破案一六四條「……相續人……」)管財人ノ職務カ其ノ精神錯亂ニ因テ終了シタル場合ニ在テハ法定代理人カ終局ノ計算ヲ爲シ其他ノ原因ニ依テ終了シタル場合ニ在テハ管財人カ終局ノ計算ヲ爲ササルヘカラス是管財人ノ職務上當然ノ事項タルノミナラス各破産債權者、破産者新ニ代リタル管財人ヲシテ管財人ノ行爲ヲ攻擊スルコトヲ得セシメ以テ其責任ヲ明カニスルノ法意ニ外ナラス故ニ破産主任官ハ(破産法案ニ從ヘハ破産裁判所)之カ爲ニ債權者集會ヲ招集シ此等ノ者ヲシテ異議ヲ申立ツルコトヲ得セシム而シテ此集會期日ニ於テ異議ヲ申立ツル者ナキトキ又ハ異議ノ申立アリタルモ之カ取消アリタル時ハ管財人ノ終局計算ヲ承認シタルモノト看做シ且管財人ヲ卸任セシム之ニ反シテ異議ノ申立アリタルトキハ異議申立人ハ管財人ニ對シ通常訴訟手續ニ從ヒ起訴ヲ以テ異議ノ當否ヲ決定ス(商一〇四八條、破案一六四條、但商一〇四八條カ終局ノ計算ヲ單ニ財團ノ換價及配當ノ全ク終リタルトキニ於テ爲スヘキモノト規定シタルハ甚狹キニ失ス故ニ破産法案ハ管財人ノ任務終了ノ一切ノ場合ニ之ヲ擴張シ又現行破産法ニ於テハ終局ノ計算ノ當否ヲ確定スルニ必要ナル書類ヲ豫各利害關係人ニ閲覽セシムル旨ノ規定ナシ是立法上ノ缺點ナルヲ以テ破産法案ニ於テハ其旨ノ規定ヲ設ケタリ)破産管財人ノ任務カ終了シタル場合ニ於テ急迫ノ事情アルトキハ破産管財人又ハ其相續人(任

0390

務終了ノ原因カ死亡ナル場合）ハ後任ノ破産管財人（破産手續中管財人ノ任務終了シタル場合）又破産者カ（破産手續終結後破産者ニ破産財團ヲ引渡ス以前ニ於テ管財人ノ職務カ終了シタル場合）財産ヲ管理スルコトヲ得ルニ至ルマテ必要ナル處分ヲ爲スコトヲ要スル旨ノ規定ヲ設ケサルヘカラス是破産法案第一六五條ノ設アル所以ナリ（民六五四條）

(D) 報酬及責任　管財人ハ裁判所ノ定ムル所ニ從ヒ實費ノ支拂及報酬ヲ受ク（商法第一〇〇九條、本條ニ所謂報酬ハ博義ニシテ實費モ包含ス、破産法案第一六二條）蓋斯ル費用ハ財團債權ニ屬スレハナリ（實費例之管財人ノ旅費ハ破産財團ノ管理、換價及配當ニ關スル費用ニシテ又複雜ナル管財人ノ職務ハ無報酬ニテ之ヲ取扱ハシムルコト能ハサルカ故ニ管財人ニ支拂フヘキ報酬亦破産財團ノ管理、換價及配當ニ關スル費用タリ）（商一〇三二條一項一號）而シテ現行破産法ニ於テハ管財人ノ報酬ハ管財人ノ爲ニ之ヲ第一ニ財團ヨリ支拂フヘキ旨ヲ規定シタリ（商一〇〇九條）實費及報酬ノ金額ハ破産裁判所カ事件ノ難易及收入ノ價額ヲ參考シテ之ヲ定ム故ニ破産手續中ニ於テ之ヲ定ムルコト難シ隨テ法律ハ破産財團ノ配當アル毎ニ步割ヲ以テ報酬ヲ支拂フコトヲ爲シタリ（商一〇〇九條、商施四三條、商施一四七條）但管財人ヲ易ヘタル場合ニ於テハ法律ニ別段ノ規定ナシト雖破産裁判所ニ於テ相當ノ報酬ヲ給與スヘキ當然ナリ破産法案ニ於テハ確定及支拂ノ方法ハ一ニ破産裁判所ノ職權ニ委シタリ故ニ現行破産法ニ於ケルカ如キ規定ヲ設ケス）報酬額確定ノ決定ニ對シテハ管財人、破産者及各破産債權者ヨリ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ（民訴五五八條準用、破案一〇九條）

管財人ハ擔任破産事件ニ關スル職務終了ニ至ルマテ破産裁判所ニ對シテ公法的關係ヲ有シ又破産當事者ニ對シテ私法的關係ヲ有ス公法的關係ニ於テハ管財人ハ破産主任官ノ指揮及監督ニ服從シ破産法案

ニ依レハ裁判所ノ監督ニ服從シ其職務ヲ適法ニ執行スヘキ責任ヲ負フ故ニ裁判所カ管財人カ其職務ニ違背シタルトキハ前述ノ如ク之ヲ解職スルコトヲ得又私法的關係ニ於テハ管財人ハ其職務ノ執行ニ關シ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲スノ責任ヲ負フ故ニ斯ル注意ヲ缺キタルトキ即重過失ニ關シテハ勿論輕過失ニ關シテモ一切ノ利害關係人ニ對シテ損害賠償ノ責ヲ免ルルコトヲ得例之破産財團ニ屬セサル物件ヲ換價シタルニ因テ生シタル損害ヲ破産者ニ對シ賠償シ破産財團ニ屬スル物件ノ占有ヲ怠リタルニ因テ生シタル損害ヲ破産債權者團體ニ對シテ賠償シ別除權ヲ侵害シタルニ因テ生シタル損害ヲ別除權者ニ賠償スルカ如シ（破案一六一條、商一〇一一條前段、但舊商三四一條二項ニ依レハ代理人ハ至重ノ注意ヲ爲ス義務アルヲ以テ管財人ハ最輕過失ニ關シテモ責任ヲ負フモノト解スヘカラス何トナレハ舊商三四一條二項ハ廢止セラレタルモノナレハナリ而シテ舊商法ニ所謂代理人ハ受任者ノ意味ヲ有スルコト多ク民法ニ於ケルカ如ク受任者ト代理人トヲ區別シタル意味ニ於ケル代理人ニ非ス故ニ民法第六四四條ト商法一〇一一條トヲ綜合シ受任者ノ法意ト解スルヲ正當ト認ム）管財人數人アルトキハ（裁判所ハ破産事件ノ難易ニ從ヒ必要ナリト認メタルトキハ多數ノ管財人ヲ選定スルコトヲ得又ハ爾後之カ增減ヲ爲スコトヲ得（一〇一〇條、破案一五七條一項參照）現行破産法ニ從ヘハ共同シテ行爲ヲ爲スヘキモノトセリ是管財人ノ責任ヲ嚴ニシ一切ノ利害關係人ニ對シテ連帶責任ヲ負ハシムルノ法意ニ外ナラス但甲管財人ノ行爲ニシテ乙管財人ノ同意ナキモノニ關シテハ乙破産管財人ハ爾後該行爲ヲ承認シ又ハ其責ニ任スヘキ過失アリタルトキ（例之甲管財人ニ失當ノ行爲アリタルコトヲ知了セルニ拘ラス之ヲ默過セシトキノ如キ）ニ非サレハ其責任ニ任スルナク又破産主任官カ各別ニ處理スルコトヲ認可シタル行爲ニシテ甲管財人ノ爲シタルモノニ關シテハ乙管財人ハ其責ニ任スルコトナシ（商一〇一一

0391

條破案一五七條二項ニ從ヘハ管財人數人アルトキハ其職務ノ執行ハ株式會社ノ業務ノ執行カ取締役ノ過半數ヲ以テ之ヲ決スルカ如クニ過半數ヲ以テ之ヲ決ス是過半數ヲ得タル業務ノ執行方法ヲ破產債權者團體ニ有益ナリト看做スヘキヲ以テナリ而シテ多數ノ管財人カ一切ノ利害關係人ニ對スル損害ノ責任ニ關シテハ別段ノ定ナキヲ以テ民法第七一九條ノ規定ニ依リ其責任ノ連帶ナルヤ否ヤヲ定ム)

(四) 檢事

(A) 意義　檢事ハ民事及ヒ刑事ニ於テ國家ノ利益ヲ維持スルカ爲ニ國家ヲ代表シテ訴訟上ノ當事者ト爲リ又ハ單ニ意見ヲ陳述スルノ官吏ナリ(裁構六條、一四二條、刑訴一條、四六條、六二條民訴四二條、人訴二條、五六條、非訴一五條、二六條等)

(B) 職權　檢事ハ事件ニ付當事者ト爲リ又ハ單ニ意見ヲ陳述スル職權ヲ有ス破產事件ニ關シテ亦然リ有罪破產事件ニ付當事者ト爲リ又復權ノ申立ニ付キ意見ヲ陳述スルコト是ナリ(商九八四條、九八〇條末項、一〇一四條四項、一〇一六條三項、一〇五六條)(破產法案ニ於テハ商法第一〇五六條ノ規定ハ之ヲ削除シタリ蓋檢事ハ破產事件ニ關スル職務上ノ關係ニ付テハ裁判所構成法六條ヲ以テ足ルニ依ル)其他檢事ノ職權ニ關シテハ商施四五條、商施一四七條破案一一四條ヲ參考スヘシ

(五) 債權者集會

(A) 意義　債權者集會ハ破產主任官ノ(破產法案ニ依レハ裁判所ノ)招集及指揮ニ依テ行動スル破產債權者團體ノ決議機關ナリ(1)債權者集會ハ破產債權者團體ノ決議機關ナリ元來數人共同ノ意思ハ其共同ノ目的ヲ達スルカ爲ニ設ケラレタル機關ニ依ルニ非サレハ之ヲ外部ニ對シテ表示スルコト能ハス斯ル機關ニ依ラサリシ數人ノ意思ノ表示ハ各箇人ノ意思表示ノ集合ニシテ單一ナル共同ノ意思表示ニ非ス故ニ法律ハ破產債權者團體ノ表示機關トシテ債權者集會ヲ設ケ之ニ依テ單一ナル破產債權者團體ノ共同ノ意思ヲ外部ニ對シテ表示スルコトヲ得セシメタリ如此債權者集會ハ破產債權者團體ノ議決機關ナルヲ以テ各破產債權者ノ集會ト區別スルカ爲ニ適當ナル形式ヲ定ムルヲ必要トス故ニ法律ハ債權者集會ノ招集、會議及決議ノ方法ニ付詳細ナル規定ヲ設ケタリ(2)債權者ノ自衞方法ハ前述ノ如ク裁判所ノ指揮及監督ノ下ニ於テ行ハルモノナリ故ニ破產主任官カ債權者集會ノ招集、會議及決議ニ付指揮及監督ヲ爲ス(a)債權者集會ハ破產主任官カ法律上一定ノ場合ニ必之ヲ招集シ又管財人破產債權者等ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ必要アリト認メタル場合ニ於テ臨時ニ之ヲ招集ス(商一〇三五條、一〇四八條、破案一七一條、一六四條、但破產法案ニ於テハ監査委員ニ其職務上ノ責任ヲ全カラシムルカ爲ニ招集ノ申立權ヲ認メ又破產債權者ノ申立權ニ猥ニ招集ヲ申立ツル弊害ヲ避クルカ爲ニ債權額ニ基ク制限ヲ付シタリ)債權者集會ハ其期日及其會議事項ヲ明示セル公告ヲ以テ之ヲ招集ス(商一〇三五條一項、破案一七二條)是利害關係人ヲシテ出席ノ必要如何ヲ豫斷シ且準備ヲ爲サシメンカ爲メナリ招集ノ場所ハ通常裁判所內ニシテ(民訴一六二條)招集ノ期日ハ第一回ノ集會ニ關シテハ破產決定ニ表示セル期日ニシテ(商九八〇條一項六號、破案一四九條一項二號)其他ノ集會ニ關シテハ招集者ノ自由ニ定ムル所ナリ但會議事項ノ變更ヲ爲スコトナクシテ集會ノ期日ヲ續行シ又ハ之ヲ延期シ且新期日ヲ言渡シタル場合ニ於テハ更ニ公告ヲ爲スコトヲ要セス(破案一七二條、民訴一六一條、一六九條)而シテ破產主任官カ招集ヲ命シ又ハ招集ノ申立ヲ却下シタル裁判ニ對シテハ各利害關係人ヨリ即時抗告ヲ爲スコトヲ得(商九八三條、破案一〇九條、但破產法案ニ於テハ裁判所ノ評價ハ裁判所ノ自由ナル意見ニ依テ定ムル所ナルヲ以テ之ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス)(b)債權者集會ノ會議ハ裁判上ノ監督ノ下ニ

0392

於テ行ルル利害關係人ノ辯論ニシテ判決裁判所ニ於ケル辯論ニ非ス(民訴一〇三條)故ニ集會ノ會議ハ之ヲ公開スルモノニ非ス(憲五九條)然レトモ破產主任官ハ會議ヲ指揮シ裁判長カ口頭辯論ニ於テ有スル職權ヲ有ス(商一〇三五條一項、破案一七三條、民訴一〇九條、一二〇條、裁構一〇四條、一〇八條)蓋裁判上ノ指揮及監督亦裁判所ノ作用ニ外ナラサレハナリ會議ニ關スル調書ハ書記之ヲ作成ス(民訴一一三條)債權者集會ハ管財人債權ノ確定シタル債權者及商法第一〇二八條ニ依テ參加スルコトヲ得ヘキ債權者ヨリ成立ス即集會ノ會議ハ此等ノ者ニ依テ之ヲ構成ス(商一〇三五條、破案一七九條)管財人カ會議ニ加ハルハ蓋管財人カ自破產事件ニ關スル諸般ノ報告ヲ爲シ又意見ヲ陳述スルノ必要アレハナリ隨テ管財人ハ其代人ヲシテ會議ニ參加セシムルコトヲ得ス(破產法案ニ於テハ管財人カ會議ニ加ハルヘキ旨ノ明文ナシト雖這ハ管財人ノ職務上當然ナル事項ニ屬ス)債權ノ確定シタル債權者カ會議ニ加ハリ其議決權ヲ行フコトヲ得ルハ蓋破產債權者單獨ノ權利トシテ斯ル權利ヲ認メ其ノ利益ヲ防禦セシムルコトヲ得セシムルニ在リ(破案一七五條一項)債權ノ未タ確定セサル債權者カ其債權ニ付管財人又ハ破產債權者ノ異議アリタル場合ニ於テ裁判所カ商法第一〇二八條一項ニ從テ集會ニ加ハルヘキコトヲ許シタルトキニ限リ其許サレタル金額ニ付キ會議ニ加ハリ議決權ヲ行フコトヲ得ルハ蓋無責任ノ言論ヲ爲ス者ノ參加ヲ防止スルニ在リ(破案一七六條二項)停止條件附債權者亦破產法案ニ依レハ將來ノ請求權ヲ有スル破產債權者モ)其債權確定シ又ハ裁判所カ會議ニ加ハルコトヲ許シタルトキニ限リ會議ニ加ハルコトヲ得(破案一七五條二項)蓋斯ル債權者亦破產債權者ニ外ナラサレハナリ優先權ノ確定シタル債權者ハ其優先權ヲ拋棄シタル限度又ハ優先權ヲ行フニ當リ不足アルヘシト推定セラルル限度ニ於テノミ會議ニ加ハルコトヲ得蓋斯ル債權者ハ其權利ノ實行ニ確實ナル擔保アルヲ以テ議決權ノ行使ニ付キ憤重ノ注意ヲ缺キ破產者ニ利益多キ會議事項ニ對シ容易ニ贊成スルノ虞アリ隨テ斯ル虞ナキ限度ニ於テ會議ニ加ハラシムルヲ正當トスレハナリ(商一〇三五條二項、破案一七五條二項、但破產法案ニ於テハ前述ノ如ク優先權者ハ別除除權ノ行使ニ依テ辨濟ヲ受クルコト能ハサル債權額ニ非サレハ破產債權者トシテ其權利ヲ行フコト能ハサルヲ以テ破產債權者カ別除權ノ行使ニ依テ辨濟ヲ受クルコト能ハサル債權額ニ付會議ニ加ハリ議決權ヲ行ハントスル場合ニ在テハ其債權額未定ナルヲ以テ未確定債權ニ付キ議決權ヲ行ハントスル場合ト同一ノ取扱ヲ爲シタリ)破產者亦會議ニ加ハルコトアリ然レトモ這ハ集會ヲ構成スルニ必要ナル者ニ非ス唯破產主任官カ破產手續上辯明ヲ爲サシムルノ必要アルトキニ限リ之ヲ呼出スノミ國テ呼出サレタル破產者ハ破產主任官ノ認可ヲ受クルニ非サレハ何等ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス(商一〇三五條四項、一〇二二條、一〇〇四條、一〇三七條二項)但呼出ニ應セサル破產者ハ少クモ法律上ノ義務ヲ履行セサル者ナルヲ以テ協議契約ノ申立ヲ爲ス權利ヲ喪失ス(商一〇三八條)(破產法案ニ於テハ斯ル規定ハ不必要ト認メタヲ之ヲ刪除シタリ)債權者ハ自身ニテ又ハ代理人ヲ以テ會議ニ加ハルコトヲ得(商一〇三五條三項、民訴七五條準用)前者ノ場合ニ在テハ輔佐人ト共ニ出頭スルコトヲ得(民訴七一條準用)後者ノ場合ニ在テハ他ノ破產債權者又ハ其他ノ第三者ニ代理ヲ授權スルコトヲ得(破案一七四條二項、一〇五條)又債權者集會ニ於ケル會議事項ハ法律上一定セルモノト否ラサルモノトアリ法定ノ會議事項ハ商法第一〇三七條、第一〇四八條等ニ規定セル事項ニシテ(破案一六四條、一九一條等)又法律上一定セサル會議事項ハ主トシテ破產債權者團體ノ自衛上必要ナル臨時的事項ナリ(3)債權者集會ノ決議即破產債權者團體ノ意思表示ハ破產債權者ノ多數決ヲ以テ之ヲ爲ス是蓋總債權者ノ意思ノ合致ハ到底之ヲ望ムコト能ハサルノミナラス多數カ少數ヲ羈束スルハ

0393

破產債權者間ニ成立セシ團體關係ノ然ラシムル所ナレハナリ而シテ其多數決ノ程度ニ關シテハ現行破產法及破產法案ニ於テハ何レモ出席破產債權者ノ過半數ニシテ（破產手續ヲ成ルヘク迅速ニ終結セシムルカ爲ニ）其債權カ出席破產債權者ノ總債權ノ半額ヲ超ユル者（多數少額ノ債權者カ少數多額ノ債權者ヲ無視スルニ至ルノ弊害ヲ避クルカ爲ニ）ノ同意アルコトヲ要スル旨ヲ規定シアリ（商一〇三六條、破案一七四條）但協諧契約ハ各破產債權者ニ重大ノ關係アルヲ以テ例外トシテ特別ノ多數決ヲ必要トス爲シタリ（商一〇三九條、破案二九九條）（破產債權カ遺產相續ニ依テ多數ノ相續人ニ承繼セラレタルカ如キ場合ニ於テハ其多數ノ相續人カ各自ニ議決權ヲ有スルヤ又數多ノ破產債權ヲ取得シタル者ハ其債權ノ數ニ應シタル議決權ヲ有スルヤ否ヤハ至難ナル問題ナリト雖議決權ハ之ヲ債權者ニ與ヘタルモノナルヲ以テ前者ノ問題ニ關シテハ各承繼人カ各自議決權ヲ有シ又後者ノ場合ニ於テハ取得者カ一箇ノ議決權ヲ有ストテフヲ正當ト思フ）又債權者集會ノ決議ハ管財人ノ申立ニ因リ裁判所カ認可シタルトキニ限リ法律上有效ト爲ル（商一〇三七條、一二四〇條）是蓋債權者集會ニ參加スルコト能ハサリシ債權者及反對シタル少數債權者ヲ保護シ破產者ノ一般ノ利益ニ反スル決議ヲ排斥スルノ法意ナリ故ニ管財人及反對シタル少數債權者ハ決議カ債權者ノ共同利益ニ反スルヲ理由トシ裁判所ニ對シ認可ヲ爲ササル旨ヲ申立ツルコトヲ得而シテ裁判所ハ決議カ破產債權者一般ノ利益ニ反スルモノト認メタルトキハ不認可ノ裁判ヲ爲シ且之ヲ公告ス新ル裁判ハ管財人及總破產債權者ニ對シ效力アレハナリ反之決議カ破產債權者ノ一般ノ利益ニ反セスト認メタル時ハ認可ノ裁判ヲ爲シ同時ニ不認可ヲ求ムル申立ヲ却下シ且該裁判ヲ申立人ニ送達ス（現行破產法ニ於テハ商法一〇四〇條ニ規定シタル場合ヲ除ク外認可裁判ニ對シテ不認可ヲ求ムル旨ノ申立ヲ爲シタル者又不認可裁判ニ對シテハ決議ニ贊成シタル者ニ即時抗告ヲ爲ス權利ヲ認メサリシ這ハ立法上ノ缺點ナリ破產法案第一七七條ニ於テハ獨逸破產法第九九條ニ於ケルト同シク裁判所ハ破產管財人又ハ反對シタル少數債權者ノ一人若クハ數人ノ申立ニ因リ債權者集會ノ決議カ破產債權者ノ一般ノ利益ニ反スル者ト認メタルトキニ限リ其決議ノ執行ヲ禁止スルノ職權即不認可權ヲ有シ申立却下ノ裁判ニ對シテハ申立ヲ爲シタル者又不認可ノ裁判ニ對シテハ決議ニ贊成シタル者ニ即時抗告ヲ爲スコトヲ得セシム（破案一〇九條）這ハ立立法上其當ヲ得タルモノト思フ）（債權者集會ノ決議ハ破產債權者團體ノ意思表示ナルヲ以テ其效力ハ監査委員ノ同意ヨリ重シト謂ハサルヲ得ス故ニ監査委員ヲ設置シタル場合ニ於テ其意見カ債權者集會ノ決議ト當ナルトキハ後者ニ從ヒ又監査委員ヲ設置セサル場合ニ於テハ破產法案中監査委員ノ同意ヲ要スル事項ニ付キ其同意ニ代フルニ債權者集會ノ決議ヲ以テスルコトヲ得ルヲ當然トス是破產法案第一七六條ノ規定アル所以ナリ）

(B) 權限　債權者集會ハ前述ノ如ク破產債權者團體ノ決議機關ナリ故ニ債權者集會ハ破產債權者團體ノ自衛ニ關スル事項ニ付決議ヲ爲スノ權限ヲ有スルニ止マリ管財人ノ如ク破產債權者團體ノ執行機關トシテ直接ニ第三者ト取引ヲ爲スノ權限ヲ有セス

（六）監査委員

意義　破產法案ニ所謂監査委員ハ債權者集會ノ選任ニ因リ管財人ノ補助及監督ニ從事スル破產債權者團體ノ機關ナリ(1)破產債權者團體ノ機關ナリ元來近世諸國ノ破產ハ債權者自衛主義ヲ認メ破產財團ノ管理ニ關スル裁判上ノ干涉ハ成ルヘク之ヲ避クルヲ適當ト爲シタルヲ以テ破產債權者ノ利益ヲ繼續的ニ保護スルカ爲ニハ破產債權者ノ爲ニ管財人ヲ補助シ且之ヲ監督スル機關ヲ必要トスルコト固ヨリ當然ナリ是破產法案ニ於テ文明諸國破產法ト共ニ監督委員ナル制度ヲ採用シタル所以ナリ而シテ監

0394

査委員ノ性質ニ關シテハ或ハ破産債權者ノ受任者ナリト云ヒ或ハ破産的管理ニ關スル法定補助機關ナリト云ヒ或ハ破産債權者團體ノ機關ナリト云ヘリ監査委員ト破産債權者トノ關係ヲ純然タル私法上ノ委任關係トシ監査委員ヲ以テ破産債權者ノ受任者ナリト云ヘル見解ハ破産法案ノ採ラサル所ナリ（這ハ破産法案第一七〇條ニ於テ特ニ破産法案第一六一條第一項ヲモ準用シタル趣意ニ依リ明白ナリ蓋監査委員カ受任者ナルニ於テハ當然民法第六四四條ノ適用アルカ故ニ斯ル法文ハ全ク其必要ナキヲ以テナリ）監査委員ノ職務ヲ管財人ノ職務ト同視シ其職務ノ根原ハ法律ニ在テ破産債權者ノ權能ニ在ラサルヲ以テ管財人ノ法定補助機關ト爲ス見解ハ予輩ノ採ラサル所ナリ（此見解ハ主トシテ破産債權者團體ノ存在ヲ否認スル學者ノ主張スル所ナリ）蓋斯ル見解ハ債權者自衛主義ヲ認メタル破産法理ニ反スルヲ以テナリ監査委員ヲ破産債權者團體ノ機關ト爲ス見解ハ斯ル缺點ヲ排除スルコトヲ得ン乎輩カ破産債權者團體ノ機關ナリト云フ所以ナリ又監査委員ハ頗雜ナル破産事件ニ於テ其必要アルモ簡易ナル破産事件ニ於テハ其必要ナシ故ニ破産法案ニ於テハ監査委員ヲ破産債權者團體ノ任意機關即之ヲ設置スルト否トハ破産債權者ノ意思ニ放任スルノ機關トシ之ヲ强制機關即之ヲ法律上當然設置スルコトヲ要スル機關トセス是破産法案第一六六條ノ規定アル所以ナリ(2)監査委員ハ債權者集會ニ於テ之ヲ選任ス（破案一六七條）而シテ監査委員タルノ資格ニ關シテハ破産法案ニ於テ別段ノ規定ナキヲ以テ債權者集會ニ依テ以テ適當ト認メタル人ヲ選任スルコトヲ得ヘシト雖破産者及管財人ハ監査委員トシテ之ヲ選任スルコトヲ得ス何トナレハ破産者ハ破産債權者團體ニ對シ反對ノ利害關係ヲ有スルヲ以テ又管財人ハ監査委員ノ監督ヲ受クヘキモノナルヲ以テナリ(3)監査委員ハ管財人ノ補助及監督ニ從事スル機關ナリ這ハ權限ノ說明ニ讓ル（破案一六八條）

(B) 權限　監査委員ハ管財人ノ補助及監督ニ從事ス監査委員ノ權限ハ債權者集會ノ權限ト同シク內部ノ機關ノ機關タル權限ニシテ管財人ノ如ク外部ノ機關（執行機關）タルノ權限ニ非ス而シテ管財人ノ補助トシテハ破産法案第一九二條、第二〇二條、第二五一條等ニ規定セル事項ニ付キ同意ヲ爲ス權限ヲ有シ又管財人ノ監督トシテハ各監査委員ハ何時ニテモ管財人ニ對シテ破産財團ニ關スル報告ヲ求メ又ハ破産財團ノ狀況ヲ調査スルノ權限ヲ有ス（破案一六八條）故ニ監査委員ノ權限ハ株式會社ノ監査役ニ同シ

(C) 選任及終了　監査委員タル職務ハ公ノ職務ニ非サルヲ以テ債權者集會ニ於テ選任セラレタル者ハ其選任ニ應スヘキコトヲ强制セラルルコトナシ隨テ又選任ノ一事ニ依リ監査役ト爲ルモノト謂フヘカラス選任（申込）及ヒ之ニ對スル承諾ニ依テ監査委員タル資格ヲ有スルニ至ル故ニ監査委員選任ノ法理ハ頗監査役選任ノ法理ニ類似ス而シテ監査委員ノ選任ハ特ニ裁判所ノ許可ヲ要スルコトナク又裁判所ハ破産法案第一七七條ニ從テ選任ニ付不認可ノ裁判ヲ決スルコトヲ得ス蓋選任ハ債權者自由權ノ作用ニシテ又執行ヲ禁止スヘキ規定ナキヲ以テナリ其監査委員ハ管財人ノ如クニ裁判所ノ監督ニ屬セス（破案一七〇條、一六〇條）是蓋財團ノ管理ニ關シテハ裁判上ノ干涉ヲ避クル法意ニ基キタルモノナリ選定スヘキ監査委員ノ員數ハ債權者集會ノ決議ノ定ムル所ニ依ル而シテ監査委員數人アル時ハ別段ノ規定ニ依リ監査委員各別ノ權限ニ屬セシメタル事項ヲ除ク外破産法第一五七條二項ノ規定ニ依ル（破案一七〇條）

監査委員ノ職務ハ破産事件ノ終結ニ因ルノ外ニ尙死亡資格ノ喪失（前述ノ說明參照）及解任ニ依テ終了ス監査委員カ其職務ヲ行フニ不適當ナルニ至リタルトキ殊ニ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキ（商法施行法

0395

第一四三條ニ於ケル如クニ破産ノ宣告ハ監査委員タルコトヲ得サル旨ノ規定ナキヲ以テ監査委員ノ破産ハ唯解任ノ原因ト爲スノミ）若クハ必要ナキニ至リタルトキハ何時ニテモ債權者集會ノ決議ヲ以テ監査委員ヲ解任スルコトヲ得破法案一六九條（又監査委員ハ雇傭ノ法則ニ從テ辭任スルコトヲ得ヘシ）

(D) 報酬及責任　監査委員ハ管財人ト同シク裁判所ノ定ムル所ニ從ヒ實費ノ支拂及報酬ヲ受ク蓋斯ル費用ハ財團債權ニ屬スレハナリ（破案一七〇條、一六二條、三五條二號）又監査委員ハ管財人ト同シク善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其職務ヲ行フコトヲ要スルモノナリ而シテ監査委員カ斯ル注意ヲ怠リタルトキハ一切ノ利害關係人殊ニ破産債權者團體、各破産債權者、破産者、取戻權者及別除權者ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任ス（破案一七〇條、一六一條）是蓋監査委員ノ職務ハ破産財團ノ管理ニ關スルモノナレハナリ（商一八六條參照）

第二章　破産當事者

破産ハ前述ノ如ク破産者ノ財産ヲ以テ各破産債權者ニ平等ナル辨濟ヲ得セシムルコトヲ目的トス斯ル債權者及債務者ヲ總稱シテ破産當事者ト謂フ故ニ破産關係ニ於テハ破産當事者ルコト固ヨリ當然ナリトス左ニ告破産當事者ノ意義及其權利義務ヲ略述スヘシ

(一) 破産債權者

(A) 意義　破産債權者トハ破産債權ヲ有スル各種ノ債權者ナリ破産債權ノ意義ニ關シテハ前述ノ說明ヲ參照スヘシ又外國人カ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ルヤ否ヤハ破産法ノ人ニ關スル效力ノ說明ヲ參照スヘシ

(B) 權利及義務　各破産債權者ハ破産財團ヨリ適法ノ配當ヲ受クル權利ヲ有ス故ニ各破産債權者ハ斯ル權利ヲ主張シ且之ヲ保全スルニ必要ナル行爲ヲ爲スコトヲ得是ヲ以テ第一ニ各破産債權者ハ破産ノ申立ヲ爲シ又一旦停止シタル破産手續ノ再施ヲ申立ツルコトヲ得（商九七八條、九八二條、破案一三六條、三三八條）第二ニ各破産債權者ハ其權利ヲ屆出テ又互ニ屆出アリタル債權者ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得（商一〇四五條、一〇二三條、一〇二五條、一〇二六條、破案二二二條、二三五條）第三ニ各破産債權者ハ配當案ニ對シ異議ヲ申立テ又管財人ノ終局計算ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得（商一〇四七條、一〇四八條、破案二五七條、一六四條）又各破産債權者ハ多數決ニ服從スヘキ義務ヲ負フ（商一〇三六條、一〇三九條、破案一七四條、二九九條）但破産債權者ノ一般ノ利益ニ反スル決議及不正ノ方法ニ依テ成立シ若クハ破産債權者ノ一般ノ利益ニ反スル協諧契約ニ對シ不認可ノ申立ヲ爲スコトヲ妨ケラルルコトナシ（商一〇三九條、一〇四〇條、破案一七七條、三〇三條）

(二) 破産者

(A) 意義　破産者トハ破産財團タルヘキ財産ニ付破産手續ヲ開始セラレタル各種ノ債務者ナリ（民訴一七九條「原告若クハ被告ノ財産ニ付破産ヲ開始シタル……」）(1)破産ハ債務者ノ財産ヲ以テ其之ニ付辨濟ヲ受タル權利ヲ有スル債權者ニ平等ナル辨濟ヲ受クルコトヲ得セシムルヲ目的トス故ニ破産手續ハ債務者ノ財産的法律關係ニ對シ影響ヲ有スルニ止マリ債務者ノ人事的法律關係ニ對シ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ換言スレハ債務者ハ破産宣告ニ依リ其財産ニ關スル管理及處分ノ權能ヲ喪失スルニ止マレリ是財産ニ付破産手續ヲ開始セラレタルト云フ所以ナリ(2)破産ハ前述ノ如ク一般的强制執行ナリ故ニ强制執行ヲ受クヘキ債務者ハ總テ破産者ト爲ル隨テ民法上ノ債務者ニ限ルモノト論決スルコト

0396

勿レ而シテ現行破産法ニ於テハ商人破産主義ヲ是認シタルヲ以テ商人ニ對スルニ非サレハ破産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ス(商施一三八條)故ニ行爲能力ヲ有スル商人(內外國ノ自然人)及商事會社(內外國ノ會社)ニ對シテハ破産宣告ヲ爲スコトヲ得ルト雖(會社ハ解散後ト雖未清算ノ終了セサル間ハ人格ヲ有スルヲ以テ之ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ヘシ)(商八四條)商人タル能力ヲ有セサル者即未成年者、禁治産者及妻ニ對シテハ縱令事實上商業ヲ營ムトキト雖破産宣告ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ商人タルノ能力ヲ有セサル者ハ法律上商人ニ非サルノミナラス不當利得ノ限度ニ於テ其責ニ任スルニ止マレハナリ(無能力者カ詐術ヲ用ヒタルトキ亦然リ何トナレハ此場合ニ於テハ民法第二〇條ニ依リ取消權ヲ有セサルニ過キサレハナリ)但適法ニ商業ヲ營ム未成年者ノ妻ハ此限ニ在ラス(民、六條商、五條)(後見人カ被後見人ノ爲メニ商業ヲ營ム場合ニ於テハ破産宣告ヲ受クルコトナシ蓋二者共ニ商人ニ非サレハナリ)又商事會社以外ノ公、私法人ニ對シテ破産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ス支拂停止後破産宣告前ニ死亡シタル商人ニ對シテ亦然リ(現行法ニ於テハ別段ノ規定ナキヲ以テ死者ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ス相續財産ニ對シテ亦然リ)破産法案ニ於テハ一般破産主義ヲ是認シタルヲ以テ能力ノ有無、國籍ノ內外ヲ問ハス苟民事訴訟法ノ强制執行ヲ受クヘキ者ニ對シテハ破産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得解散シタル法人(破案五條、民七三條、商八四條、法人ハ解散シタル後ト雖未清算ヲ終ル前ニ在テハ人格ヲ有シ之ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲スヲ得ルコト民法第八一條ノ豫想スル所ナリト雖民法第七三條及商法第八四條ハ「清算ノ目的ノ範圍內ニ於テ」ト規定シタルヲ以テ破産ノ目的ノ範圍內ニ於テハ存續セサルモノト解セシムルノ虞アリ是破産法案第五條ノ規定アル所以ナリ)及相續財産ニ對シテ亦然リ(相續財産ニ對スル破産宣告ハ破産手續ヲ利用シ成ルヘク相續財産ヲ各債權者ニ平等ニ分配スルノ目的ニ出ツ故ニ相續財産ハ斯ル目的ノ範圍內ニ於テ特別人格ヲ有シタルモノト論決セサルヲ得ス)

(B) 權利及義務　破産者ハ其利益防禦ノ爲ニ破産手續ニ參與スルノ權利ヲ有ス是ヲ以テ第一ニ破産者ハ債權者集會ニ於テ會議事項ニ付キ意見ヲ述ヘ管財人ノ爲スヘキ特定ノ行爲ニ付キ意見ヲ述フルコトヲ得(商一〇三五條、一〇三七條、一〇一七條、一〇一九條、破案一九五條)第二ニ破産者ハ債權調査會ニ於テ屆出債權ニ付異議ヲ申立ツルコトヲ得(商一〇二五條、破案二四五條)第三ニ破産者ハ協諧契約ヲ提供シ(商一〇三八條、破案二八六條)其他管財人ノ計算ニ付キ異議ヲ申立ツルコトヲ得(商一〇四八條、破案一六四條)又破産者ハ破産ノ目的ヲ達スルニ必要ナルコトニ其助スヘキ義務ヲ負フ隨テ一方ニ於テハ破産財團ニ屬スル總テノ財産ヲ提出シ他ノ一方ニ於テハ破産財團カ常ニ正當ナル破産債權者ニ對スル辨濟ニ供セラルルコトニ注意スルノ義務ヲ負フ是ヲ以テ第一ニ破産者ハ裁判所及破産主任官ニ對シ其求ニ因リ破産手續上ノ關係ニ付キ眞實ナル說明ヲ爲ササルヘカラス(商一〇二二條、破案一一八條)第二ニ破産者ハ管財人ノ執務ヲ補助スルノ義務ヲ負フ(商一〇一四條、破案一八二條)第四ニ破産者ハ屆出債權ニ付意見ヲ述フルコトヲ要ス(商一〇二五條一項、破案二二七條)

商事會社ニ對スル破産ニ在テハ其機關(例之取締役淸算人ノ如キ)カ破産者ノ權利ヲ行使シ又破産者タル義務ヲ履行スルコト他ノ訴訟手續ニ於ケル場合ニ異ナラス其他ノ法人ノ破産(破産法案ニ依リ破産ノ宣告アリタルトキ)ニ在テ亦然リ(破産法案ニ依テ無能力者ニ對シ破産ノ宣告アリタルトキハ其法定代理人カ破産者ノ權利ヲ行使シ又其義務ヲ履行シ相續財産ニ對シ破産ノ宣告アリタルトキハ相續人、其代理人ト看做スヘキ遺言執行者(民一一一七條)又ハ其他民法ノ規定ニ從ヒ相續財産ヲ代表スル者ハ相續財産ノ管理人カ破産者ノ權利ヲ行使シ又ハ其職務ヲ履行ス(破案一一八條))

0397

第三章　破産手續ノ進行

狹義ノ破産手續規定即破産手續ニ特別ナル規定（廣義ノ破産手續規定ハ破産手續ニ特別ナル規定ノ外ニ尙破産手續ニ準用セラルヘキ民事訴訟法ノ規定ヲ包含ス）ニハ他ノ訴訟手續規定ト同シク總則ト特則トノ二者アリ總則ハ之ヲ(一)干涉主義及任意的辯論(二)不服ノ申立(三)公告、送達及通知トシ特則ハ之ヲ分チテ(一)破産ノ宣告手續、破産債權及破産財團ノ確定手續(三)破産ノ終結手續ト爲スコトヲ得先ツ總則ヲ略述シ次ニ特則ヲ略述スヘシ

第一節　總則

(一)　干涉主義及任意的辯論　破産手續ニ在テハ通常訴訟ト異ニシテ原則トシテ干涉主義ヲ採リ不干涉主義ヲ採ラサリシ故ニ破産裁判所ハ法律上特ニ當事者ノ申立ヲ要スル旨ノ明文ナキ限ハ職權ヲ以テ破産手續ヲ進行セシメ且必要ナル調査ヲ爲スコトヲ要ス殊ニ證人、鑑定人ノ訊問等ノ如キ事實發見ニ必要ナル證據調ヲ爲ササルヘカラス是獨逸ノ「コーレル」氏カ破産手續ハ審問的性質ヲ有スト曰フ所以ナリ（破案一一〇條）

破産手續ニ在テハ裁判所ハ口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲スコトヲ得（商九七八條二項、破案一〇七條、民訴五四三條三項）此意味ニ於ケル口頭辯論ヲ學說上任意的口頭辯論ト稱ス其性質ハ審問的手段タルニ止マリテ判決裁判所ニ於ケル口頭辯論（學術上必要的口頭辯論）（民訴一〇三條）ノ如ク當事者カ裁判ノ基礎タル陳述ヲ爲スカ爲ニ出頭スル形式ニ非ス故ニ裁判所ハ當事者カ口頭辯論ニ於テ爲シタル陳述ノミヲ裁判ノ基礎ト爲サスシテ却破産記錄ニ存スル他ノ事項ヲ斟酌スルコトヲ得ヘシ又破産手續ニ於ケル口頭辯論ハ任意的辯論ナルヲ以テ破産手續ニ關スル裁判ノ形式ハ決定ナルコト言ヲ俟タス如此ニ破産手續ニ關スル口頭辯論ハ任意的辯論ニシテ又破産手續ニ關スル裁判カ決定ナルハ蓋當事者ノ實體的權利ニ付裁判スルモノニ非サレハナリ

(二)　不服ノ申立　破産手續ニ關スル裁判ノ形式ハ決定ニシテ判決ニ非サルヲ以テ其之ニ對スル不服申立ノ形式カ抗告ナルコトハ疑ナシ而シテ破産ハ前述ノ如ク一般的强制執行ナリ故ニ破産法ニ於テハ民訴五五八條ニ於ケルト同シク即時抗告ヲ以テ破産手續ニ關スル裁判ニ對スル不服申立方法ト爲シタリ（商施一三八條二項、商九八三條、破案一〇九條、民訴四六六條）（通常ノ抗告ハ破産訴訟ニ於テ爲シタル裁判ニシテ破産法ニ基カサルモノ例之民訴二九四條、三〇二條、三二九條等ニ規定セル裁判ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得）（破案一〇五條）抗告ヲ爲ス權利者ハ法律上別段ノ規定ナシト雖管財人（破産財團ノ爲ニ又ハ報酬額ノ決定ノ如キ自己固有ノ利益ニ關スルモノノ爲ニ各破産債權者及破産者）ナルコト疑ナシ此等ノ者ハ裁判ニ付キ利害關係ヲ有スレハナリ但申請却下ノ裁判ニ對シテハ唯申請者ノミカ利害關係者ニシテ抗告ヲ爲ス權利ヲ有スルコト言ヲ俟タス

適法ナル抗告ノ申立ハ決定ノ形式的確定力ノ發生ヲ遮斷スルノ效力ヲ有ス（民訴四九八條二項、破案一〇九條）元來破産手續ニ關スル裁判ハ其之ニ對スル不服申立ノ爲ニ規定セラレタル不變期間ヲ徒過スルニ因テ形式的確定力ヲ生ス（民訴四九八條一項）故ニ適法ナル抗告ノ申立アリタル時斯ル確定力ノ發生ヲ遮斷スルヤ當然ナリ而シテ決定ハ民事訴訟法ニ依レハ（民訴四六〇條）其形式的確定ヲ要セスシテ執行ノ效力ヲ有ス然レトモ商施二五條ニ依レハ（商施一四七條）民事訴訟法第四六〇條一項二項ノ規定

0398

ハ破産手續ニ適用ナキヲ以テ現行破産法ノ解釋トシテ總テ破産手續ニ關スル決定ハ原則トシテ其形式的確定力發生前ニ於テハ執行ノ效力ヲ有セスト謂ハサルヲ得ス故ニ特ニ破産ノ宣告ハ假執行ヲ爲スコトヲ得ト規定シ(商九八一條)以テ債務者カ破産宣告ノ未タ確定セサルヲ奇貨トシ財産ヲ隱匿シ或ハ甲債權者ヲ利シ乙債權者ヲ害スルカ如キ偏頗ノ行爲ヲ爲シ債權者ヲ害スルノ弊害ヲ防止シタリ如此決定ノ執行ニ關シ破産法ノ採ル法則ト民事訴訟法ノ採ル法則ト互ニ相異ナルコトハ立法上不當ナルヲ以テ破産法案ニ於テハ此點ニ關シテハ全然民事訴訟法ノ採ル法則ヲ是認シ破産手續ニ關スル決定ハ其形式的決定力發生前ニ在テモ之ヲ執行スルコトヲ得セシメタリ(破案一〇九頁)但抗告裁判所ノ決定ニ關シテハ特ニ裁判所ニ於テ直ニ執行ノ效力ヲ有スヘキ旨ヲ表示セサル限ハ形式的確定力發生後ニ非サレハ執行ノ效力ヲ有セサルモノト規定シタリ(破案一一九條)是蓋破産宣告ノ決定ヲ變更シ若クハ破産ノ申立ヲ却下シタル決定ヲ變更シタル抗告裁判所ノ決定ノ如キ重大ナル決定ハ復再抗告ノ結果變更セラルルコトナキニシモ非サルヲ以テ形式的確定前ニ執行スルコトヲ得セシメサルヲ適當ナリト認メタルニ依ル(破産手續ニ關スル決定ニシテ重大ナルモノヲ其執行中ニ變更シ手續ノ煩雜ヲ招クハ實際上其當ヲ得サルコト勿論ナリ)

(三)　公告、送達及通知　不定多數ノ當事者(利害關係人)ニ對スル決定殊ニ破産ノ宣告、破産ノ終結、債權屆出期間、債權調査會期日等ニ關スル決定及命令(破産主任官ノ指定ニ係ル調査會若クハ集會ニ關スル期日ノ命令)ハ之ヲ公告スルコトヲ要ス(商九八一條、九八二條、一〇四八條等)是蓋送達ハ之ヲ不定多數ノ當事者ニ爲スコト能ハサルカ故ニ公告ヲ以テ總テノ利害關係人ニ對シテ爲シタル送達ト同一ノ效力ヲ有セシムルノ法意ニ出テタルモノナリ(破案一二二條)但現行破産法ニ於テハ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ハ言渡シタルモノヲ除キ公告ノ外特ニ特定ノ當事者ニ之ヲ送達シ以テ即時抗告ノ期間ヲ進行セシムルモノト爲シタリ(商施二四條、一四七條、破産法案ニ於テハ斯ル規定ヲ設ケス)而シテ公告ノ方法ハ現行破産法ニ於テハ各規定ニ依リテ定マル公告スヘキ事項ヲ裁判所ノ掲示場並ニ破産者ノ營業場所ニ貼附シ及其他ノ新聞紙ニ載セテ之ヲ爲シ(商九八一條)又公告ノ效力ハ現行破産法ニ於テハ法律上別段ノ規定ナキヲ以テ即時ニ發生スルモノト謂ハサルヲ得ス然レトモ廣者ハ頗雜ニシテ後者ハ失當ナルヲ以テ破産法案ニ於テハ公告ハ登記事項ノ公告ヲ掲載スヘキ新聞紙ヲ以テ之ヲ爲シ(公告ノ方法)又公告ハ之ヲ掲載シタル最終ノ新聞紙發行ノ日ノ翌日ニ於テ其效力ヲ生ス(公告ノ效力發生期)若裁判所ノ管内ニ公告ヲ爲サシムヘキ新聞紙ナキトキハ公告ハ裁判所及其出張所又ハ其管轄地ノ市役所、町村役場若クハ之ニ準スヘキ公署(區役所、市町村制ノ實施ナキ地方ノ戶長役場)ノ掲示場ニ掲示シテ之ヲ爲ス(公告ノ方法)此場合ニ於テハ公告ハ最終ノ掲示ノ日ノ翌日ニ於テ其效力ヲ生ス(公告ノ效力發生期)ルル旨ヲ規定シタリ是レ非訴事件手續法第一四四條及第一四六條ト同一ノ法意ニ基キタルモノナリ又特定ノ當事者(利害關係人)ニ對スル裁判ハ特ニ破産ノ申立却下ノ決定、協譜契約ノ認可又ハ棄却ニ付テノ決定等ヲ言渡シタル者ヲ除ク外裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ送達スルコトヲ要ス(商施例二〇條二四條、商施一四七條、民訴二五五條準用)反之破産法案ニ於テハ破産手續ニ關スル裁判ハ其言渡アリタルトキト雖裁判所カ職權ヲ以テ各利害關係人(利害關係人ノ範圍ハ各箇ノ場合ニ於テ之ヲ定ム)ニ其送達ヲ爲スコトヲ要シ又裁判所ハ之ニ代ヘ公告ヲ爲スノ職權ヲ有セリ(利害關係人多數ナルトキハ之ニ對スル送達ニ代フルニ公告ヲ以テスルヲ適當トス蓋這ハ費用、勞力ヲ省略スルヲ以テナリ)是破産手續ハ民事訴訟ニ比スレハ其關係複雜ナルヲ以テ破産手續ノ爲ニ特ニ斯ル法則

0399

ヲ設クルヲ適當トスレハナリ但送達及公告ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ公告ノ外ニ送達ヲ爲シ公告ヲ以テ送達ニ代フルコトヲ得ス是送達及公告ヲ以テ送達及公告ヲ爲スヘキ趣意ニ反スルニ至ルヲ以テナリ而シテ送達及公告ヲ爲スヘキ場合(破案一五一條、一五二條、二九三條)ニ於テモ公告カ利害關係人ニ對スル送達ノ效力ヲ有スルモノニシテ(破案一二二條)送達ハ單ニ利害關係人ニ注意スルノ目的ヲ有スルニ止マル訓示的性質ヲ有スル裁判ノ行爲ニ過キス隨テ斯ル場合ニ於ケル送達ハ簡易ニシテ且多額ノ費用ヲ要セサル「郵便ニ付シタル送達」ヲ以テ足レリトス(破案一三三條、一〇五條、民訴一四三條三項)

現行破産法ニ於テハ裁判所カ商業登記ヲ爲シタル者ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲シタルトキハ職權ヲ以テ遲滯ナク其營業所所在地ノ登記所ニ其旨ヲ通知スルコトヲ要シ又登記所ハ職權ヲ以テ破産者ノ商業登記ニ其通知ヲ受ケタル事項ヲ記載スルコトヲ要ス(非訟一五二條、一五三條)是商業登記簿ニ關スル公ノ信用ヲ維持シ且取引上ノ安全ヲ確保スルノ法意ニ出テタルモノナリ破産法案ニ於テ亦同一趣意ニ依リ破産法案第一二五條及第一二八條ヲ設ケタリ而シテ現行破産法ト異ナル所ハ確實ヲ期スルカ爲ニ通知ニ換フルニ登記ノ囑託ヲ以テシ又破産者ニ關スル法人登記即法人ノ機關トシテ登記セラレタル社員ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲シタル場合ニ於テ(民四六條一項八號)亦同一ノ手續ヲ爲スヘキ旨ヲ規定シタルニ在リ(破案一二五條、一二八條)現行破産法ニ於テハ裁判所カ破産ノ宣告ヲ爲シタル場合ニ於テ破産財團ニ屬スル權利ニシテ登記シタルモノ(例之土地、建物、船舶ノ所有權、地上權、永小作權、地役權ノ如キ主タル他物權ノ如キ質權、抵當權ノ如キ從タル他物權ノ如キ)ヲ知リタルトキハ職權ヲ以テ遲滯ナク登記所ニ破産ノ登記ヲ囑託シ以テ破産ノ登記ナキニ因テ取引上ニ生スヘキ危險ヲ豫防スルノ方法ヲ規定セサリシ是立法上ノ缺點タルコトヲ免レサルヲ以テ破産法案ニ於テハ之ヲ補ヒタリ(破案一二五條、一二七條、一二八條)又現行破産法ニ於テハ商業登記ヲ爲シタル者ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲シタル場合ニ於テ破産手續ノ停止、破産宣告ノ取消、破産手續ノ終結又ハ協諧契約ノ認可アリタルトキハ破産裁判所カ又協諧契約ノ認可ヲ受ケタル破産者カ有罪破産ノ宣告ヲ受ケ又其協諧契約カ取消サレタルトキハ受訴裁判所カ職權ヲ以テ遲滯ナク破産者ノ營業所所在地ノ登記所ニ其旨ヲ通知スルコトヲ要シ又斯ル通知ヲ受ケタル登記所ハ職權ヲ以テ遲滯ナク破産者ノ登記簿ニ其通知ヲ受ケタル事項ヲ記載スルコトヲ要ス(非訟一五二條、一五三條)是蓋斯ル事項ハ破産者其他ノ利害關係人ニ對シ必要ナルヲ以テナリ破産法案ニ於テ亦同一ノ必要ニ基キ破産取消、破産廢止(破案三三四條若クハ强制和議ノ決定(破案一二一條)カ確定シタル場合(輕忽ニ登記ヲ爲スノ弊害ヲ防止スルカ爲ニ此等ノ決定ニハ特ニ其確定ヲ必要トシタリ)及破産終結ノ決定アリタル場合ニ於テ裁判所カ職權ヲ以テ遲滯ナク囑託書ニ該決定書ノ謄本ヲ添附シテ其旨ノ登記ヲ登記所ニ囑託スルコトヲ要シ又登記所カ遲滯ナク其登記ヲ爲スコトヲ要スル旨ヲ規定シタリ(破案一二六條、一二八條)現行破産法ニ於テハ管財人カ破産財團ニ屬スル或權利ニシテ登記シアルモノヲ破産財團ヨリ拋棄シタル場合即破産財團トシテ之ヲ取扱ハサル場合ニ於テ裁判所カ破産者又ハ管財人ノ申立ニ因リ斯ル趣旨ノ登記ヲ囑託シ又登記所カ遲滯ナク斯ル趣意ノ登記ヲ爲スヘキ旨ノ規定ナシト雖斯ル權利ニ關シ破産ノ登記ヲ維持スルノ必要ナキヲ以テ裁判所ヲシテ利害關係アル破産者又ハ管財人ノ申立ニ因リ斯ル權利ニ關スル破産登記ヲ取消スコトヲ得セシメサルヘカラス是破産法案第一二六條末段及第一二八條ノ規定アル所以ナリ(現行破産法ニ於テハ一般破産主義ヲ是認セサルヲ以テ一般ニ內外ノ法人ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲シタル場合ニ於テ爲スヘキ解散又ハ破産ノ登記ニ關スル手續ヲ規定セス然レトモ破産法案ニ於テハ一般破産主義ヲ是認シタルヲ以テ斯ル規定ヲ設ク

ルヲ立法上當然ナリトス是破産法案第一二四條第一項、及第一二九條ノ規定アル所以ナリ而シテ內國法人ニ在テハ其之ニ對スル破産ハ法人解散ノ原因ト爲ラス故ニ破産法案第一二四條ニ於テハ前者ニ關シテハ解散ノ登記ヲ爲スモノト規定シ後者ニ關シテハ破産ノ登記ヲ爲スモノト規定シタリ但破産法案ニ於テハ內外法人ノ破産ニ關シ其取消ノ確定シタル場合其他破産法案第一二六條ニ規定セル場合ニ於テ爲スヘキ登記手續ヲ規定セスト雖理論上此點ニ關シ自然人ニ關スル破産ト區別スルノ理ナキヲ以テ破産法案第一二七條及第一二八條ニ依リ同一ノ登記ヲ爲スモノト思フ(獨民七五條參照)

以上略述シタルカ如キ商業登記ニ記載スヘキ事項ノ記載ハ之ヲ公告スルコトヲ要セス蓋破産ノ宣告其他破産ノ取消等ハ之ヲ公告スヘキモノナルヲ以テ若該記載若クハ登記ヲ公告スルモノトセハ同一事項ニ付キ二重ノ公告ヲ爲スノ不經濟ナル結果ヲ生スレハナリ(非訟一五三條)(破産法案ニ於テハ內國法人ノ解散登記及外國法人ノ破産登記ニ限リ同一ノ理由ニ依リ公告ヲ爲スコトヲ要セサル旨ヲ規定シタリ又破産法案第一二八條ニ於テハ破産法案第一二四條乃至第一二六條ノ登記ニ付テハ登錄稅ヲ課セサル旨ヲ規定シタリ是蓋登錄稅ノ稅額ハ登記ノ目的物ノ價額ニ從テ之ヲ算定スルモノナルカ故ニ斯ル登記ヲ爲ス每ニ破産財團ノ總額ヨリ算定スル制規ノ登錄稅ヲ破産財團ヨリ支拂フトキハ破産債權者ノ利益ヲ害スルコト頗大ナルヲ以テナリ)

現行破産法ニ於テハ裁判所カ破産ノ宣告ヲ爲シタル場合ニ於テ破産財團ニ屬スル權利ニシテ登錄シタルモノ(特許四條、意匠六條、商標六條、鑛業條例二〇條)アルコトヲ知リタルトキ破産ノ宣告アリタル旨ヲ當該官廳又ハ公署ニ通知スルコトヲ要スル旨ヲ規定セス然レトモ斯ル通知ハ裁判所カ破産財團ニ屬スル權利ニシテ登記シタルモノアルコトヲ知リタルトキハ破産法案第一二五條ノ規定ニ從ヒ破産ノ登記ヲ登記所ニ囑託スルト同一ノ必要アルニ依リ之ヲ爲スコトヲ要ス是破産法案第一二九條第一項ノ規定アル所以ナリ(同條二項、第百二十六條……ノ規定ハ……)隨テ破産法案第一二六條ニ規定シタル場合ニ於テハ其旨ノ通知ヲ爲スコトヲ要スルハ當然ナリ是破産法案第一二九條第二項ノ規定アル所以ナリ又現行破産法ニ於テハ法人ノ解散ニ關シ主務官廳ニ屆出ヲ爲スヘキ場合ニ於テ裁判所カ其法人ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲シタルトキ其旨ヲ主務官廳ニ通知スルコトヲ要スル旨ヲ規定セス然レトモ法人カ破産ニ因テ解散シタル場合ニ於テハ清算人ナク隨テ主務官廳ニ解散ノ旨ヲ屆出ツヘキ者ナキヲ以テ裁判所ヲシテ法人解散ノ旨ヲ主務官廳ニ通知セシムルヲ必要トスルハ言ヲ俟タス如此裁判所カ法人解散ノ旨ヲ主務官廳ニ通知スルヲ必要ト爲ス以上ハ破産取消、破産廢止若クハ强制和議取消ノ決定カ確定シタルトキ又ハ破産終結ノ決定アリタルトキニ於テ亦裁判所ヲシテ其旨ヲ通知セシムルヲ當然ナリトス是破産法案第一三〇條ノ規定アル所以ナリ(民七七條八三條、產業組合法七五條)

總則ヲ講了スルニ臨ミ一言注意スヘキモノハ法律上ノ補助(商施一四二條、一〇六條)及破産法案第一一一條ノ規定是ナリ前者ハ裁判所構成法第一三一條ノ適用ニシテ後者ハ民事訴訟法第一三五條ノ適用タルニ過キス

第二節　特則

(一)　破産ノ宣告手續　裁判所ハ支拂ヲ停止シタル商人ヲ其債權者又ハ本人ノ申立ニ因リ決定ヲ以テ破産者ト認定ス此決定ヲ破産ノ宣告ト謂フ(商施一三八條一項、破案一三一條)左ニ破産宣告ノ要件、破産

0401

宣告前ノ手續、破産宣告ニ關スル裁判手續及之ニ伴フ諸手續ヲ略述スヘシ

(1) 破産宣告ノ要件　破産宣告ノ要件ハ之ヲ分テ債務者又ハ債權者ノ申立(形式的要件)及商人ノ支拂停止(實體的要件即破産宣告ノ原因)トス

(甲) 債務者又ハ債權者ノ申立　裁判所ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ破産ヲ宣告ス國家カ一私人ノ法律保護ノ請求ナキニモ拘ハラス其私法的法律關係ニ干渉スルハ極メテ有害無益ナリ是不告不理ノ裁判上ノ原則アル所以ニテ又破産宣告ニ申立ヲ要件ト爲ス所以ナリ(商施一三八條……申立ニ因リ……)破案一三一條「……申立ニ因リ……」商事非訟事件印紙法二條二號)但法人ニ對シテハ其財産ヲ以テ債務ヲ完濟スルコト能ハサルニ至リタル場合ニ於テハ例外トシテ裁判所カ職權ヲ以テモ申立ニ因ラシテ破産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得(民七〇條産業組合法六九條破案一三二條一項)斯ル例外規定ハ公益ヲ以テ其理由ト爲スニ在リト雖立法上其當ヲ得ス蓋犯罪ニ關シテモ尚公訴ヲ必要ト爲スニ拘ハラス獨リ法人ノ破産ニ關シ裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ宣告スト云フハ公益ノ輕重ヲ顚倒シタルモノト謂フヘキヲ以テナリ(合名會社及合資會社ハ他ノ會社ト異ニシテ獨リ資本上ノ信用ニ依據スル所ノミナラス其社員ノ信用ニ依賴スルモノナルヲ以テ其存立中ハ即精算中ニ非サル以上ハ會社財産ヲ以テ債務ヲ完濟スルコト能ハサルニ至リタルノ一事ニ依リ裁判所カ職權ヲ以テ破産ヲ宣告スルハ其當ヲ得サルモノナリ是破産法案第一三二條二項ノ規定アル所以ナリ

債務者ハ破産ノ申立ヲ爲スコトヲ得(商施一三條一項「……本人又ハ債權者ノ申立……」破案一三六條、一四一條一項)將來破産者ト爲ルヘキ債務者ハ破産ノ申立ヲ爲スノ權利ヲ有ス元來債務者ハ少クモ債權者ヲ同等ニ待遇シ甲ヲ利シ乙ヲ害セサルノ德義ヲ負フモノナルヲ以テ之ニ斯ル德義ヲ全ウスルコトヲ得セシムルヲ正當トス是債務者ニ破産ノ申立權ヲ與ヘタル所以ナリ而シテ合名會社、合資會社及株式會社ニ對スル破産ニ關シテハ無限責任社員、賃商法ノ規定ニ依テ設立シタル合資會社ニ對スル破産ニ關シテハ業務擔當社員、株式會社及相互保險會社ニ對スル破産ニ關シテハ取締役(破産法案ニ依レハ民法ノ規定ニ依ル法人及産業組合ニ對スル破産ニ關シテハ理事又相續財産ニ對スル破産ニ關シテハ相續人、相續財産管理人及遺言執行者)カ破産ノ申立ヲ爲ス權利ヲ有ス(破案一三七條、一四〇條)蓋此等ノ者ハ裁判上破産者ヲ代表スル權限ヲ有スルモノナレハナリ(相續財産ニ對スル破産ノ申立ハ管理行爲ナルヲ以テ相續人ハ勿論相續財産ノ管理人及遺言執行者ハ斯ル申立權ヲ有ス)但例外トシテ株式會社又ハ株式合資會社ノ取締役及清算人ハ法律上一定ノ場合ニ於テ會社ニ對スル破産ノ申立ヲ爲スノ義務ヲ負フ(商一七四條二項、二三六條、二六二條六號、民八一條)破産法案ニ依レハ尚第一ニ民法ノ規定ニ依ル法人ニ對シテハ理事及清算人ハ法人ノ財産カ其各債務ヲ完濟スルニ不足ナルコト分明ナル場合ニ於テ法人ニ對シ破産ノ申立ヲ爲ス義務ヲ負フ第二ニ相續財産ニ對シテハ相續財産ノ管理人及遺言執行者カ相續財産ヲ以テ相續債權者ニ全部ノ辨濟ヲ爲スコト能ハサルコトヲ發見シタル場合ニ於テ相續財産ニ對シ破産ノ申立ヲ爲ス義務ヲ負フ(民七〇條、八一條、破案一四〇條二項)是破産手續ヲ利用シテ各債權者ニ成ルヘク完全ナル辨濟ヲ受ケシメンカ爲ナリ此ノ如ク破産宣告ノ申立ハ債務者ノ權利ニシテ其義務ニ非スト雖法律ハ破産手續ノ進行ヲ容易ナラシムルカ爲ニ破産ノ申立ヲ爲ス債務者ニ其支拂停止ヲ屆出ツル義務ヲ負ハシメ(商九七九條)債務者カ此義務ニ違背シタルトキハ協議契約ノ提供ニ於テ權利ヲ失フノミナラス過怠破産者トシテ之ヲ罰ス(キモノトシタリ(商一〇三八條、一〇五一條)(破産法案ニ於テ亦同一ノ目的ヲ以テ第一四三條ノ規定ヲ設ケタリ然レトモ現行破産法ニ於ケ

0402

ルカ如ク斯ル義務ヲ缺キタルカ爲ニ協諧契約ノ提供ヲ爲スノ權利ヲ當然喪失スルコトナク又過怠破產者トシテ處罰セラルルコトナシ蓋此點ニ關シテハ現行破產法ハ嚴酷ニ失スレハナリ）然レトモ破產ノ申立ヲ爲ス債務者ハ之ヲ爲ス債權者ト異ニシテ破產手續ニ必要ナル費用ヲ豫納スルノ義務ヲ負フコトナシ此場合ニ於テハ國庫カ假ニ該費用ヲ支辨ス（商施一四〇條、破案一四五條前段）此支辨シタル費用ハ破產手續上ノ費用ニ屬スルヲ以テ商法第一〇三二條ノ規定ニ從ヒ破產手續ニ依ラスシテ破產財團ヨリ之ヲ支拂フ（商一〇三二條一項一號、破案三五條一號）

債權者亦破產ノ申立ヲ爲スコトヲ得（商施一三一條「……債權者ノ申立……」破案一四一條一項）將來破產債權者ト爲ルヘキ各種ノ債權者ハ其自衛ノ方法トシテ其債權カ履行期ニ在ルト否ト又其債權ニ付物上擔保存スルト否トヲ問ハス支拂ヲ停止シタル債務者ニ對シ破產ノ申立ヲ爲ス權利ヲ有ス是畢竟破產ハ總債權者ノ利益ヲ平等ニ保護スルコトヲ目的トスルヲ以テ苟モ破產ノ要件存スル以上ハ支拂ノ停止アリタル債權ヲ有スル者ニハ勿論期限未タ到來セサル債權、條件未タ成就セサル債權、又ハ物上擔保アル債權ヲ有スル者ニモ破產ノ申立權ヲ是認シ債務者ノ財產ノ減少ヲ防止シ又ハ或一人ノ債權者ニ私スルノ弊害ヲ防止スル法意ニ他ナラス而シテ法人カ債權者ナル場合ニ於テハ法人ノ爲ニ其權利ヲ行フ權限ヲ有スル機關カ斯ル申立ヲ爲スヤ言フマテモナシ破產法案ニ依レハ相續財產ニ對スル破產ニ關シテハ相續債權者カ破產ノ申立ヲ爲スコトヲ得是蓋相續債權者ハ相續財產ニ對シ辨濟ヲ受クルノ權利ヲ有スルヲ以テナリ（破案一四一條二項）如此破產ノ申立ハ債權者ノ權利ナリト雖法律ハ斯ル申立ヲ爲シタル債權者ニ對シ裁判所ノ自由ナル意見ヲ以テ定ムル所ニ從ヒ破產手續ニ必要ナル費用ヲ豫納スル義務ヲ負ハシメタリ是蓋破產手續ハ債權者ノ利益ノ爲ニ開始スル執行手續タルカ爲ナリ（商施一三九條一項、民訴五七一條、七二一條參照）故ニ債權者カ斯ル義務ヲ履行セサルトキハ裁判所ハ破產ノ申立ヲ棄却スルコトヲ得（商施一三九條二項）然レトモ債權者貧困ニシテ破產手續ニ必要ナル費用ヲ豫納スルコト能ハサル場合ニ在テハ裁判所ハ債權者ノ申立ヲ棄却セサルコトヲ得此場合ニ於テハ國庫カ假ニ破產手續ニ必要ナル費用ヲ支辨スルモノトス是民事訴訟法ニ規定セル訴訟上ノ救助ト同一法意ニ出テタルモノナリ（商施一四〇條、民訴九一條乃至一〇二條、破案一四四條、一四五條末段、但破產法案ニ於テハ豫納金カ不足ナルニ至リタルトキハ其不足額ヲ更ニ豫納セシムルコトナク又裁判所カ職權ヲ以テ破產ノ宣告ヲ爲ス時ハ國庫カ假ニ破產手續ニ必要ナル費用ヲ支辨スヘキ旨ヲ明示シタリ蓋豫納金カ不足ナルニ至リタル場合ニ於テ更ニ其不足額ヲ債權者ニ豫納セシムル如キハ破產手續ノ進行ヲ害シ又職權ヲ以テ破產ノ宣告ヲ爲ス場合ハ事公益ニ關スルモノナルヲ以テ國庫カ支辨スルヲ當然トスレハナリ）而シテ債權者カ豫納シ又ハ國庫カ支辨シタル費用ハ何レモ破產手續上ノ費用ニ屬スルヲ以テ商法第一〇三二條ノ規定ニ從ヒ破產手續ニ依ラスシテ破產財團ヨリ之ヲ支拂フ（商一〇三二條一項一號、破案三五條一號）

債務者又ハ債權者カ爲シタル破產ノ申立ハ破產ノ決定確定スルニ至ルマテ之ヲ取下クルコトヲ得隨テ破產事件カ抗告審ニ繫屬スル場合ニ於テ亦之ヲ取下クルコトヲ得（破案一〇五條、民訴一九八條準用、但民訴第一九八條第一項ニ於ケル「口頭辯論ノ終結ニ至ル迄ハ」ノ明文ニ拘泥シ破產裁判所ノ裁判アリタルトキハ已ニ破產ノ申立ヲ取下クルコトヲ得サルモノナリト論決スルコト勿レ同條第三項ニ於ケル「適法ナル取下ハ權利拘束ノ總テノ效力ヲ消滅セシムルノ結果ヲ生ス」トノ明文ハ取下ハ裁判ノ確定ニ至ルマテ之ヲ爲スコトヲ得ル法意ヲ示スニ足レリ）（破產宣告ノ申立ヲ爲シタル債權者カ破產宣告前ノ

0403

辨濟ヲ受ケタルトキハ其申立ヲ取下ケタルトキト同一ノ取扱ヲ爲サザルヘカラス何トナレハ破産ノ申立權ハ破産宣告ノ當時ニ現存スルコトヲ要スレハナリ）其他破産以外ノ原因ニ依テ解散シタル法人ニ對スル破産ノ申立ハ清算カ現實ニ終了セサル間即殘餘財産ノ引渡（歸屬權利者ニ對スル）又ハ殘餘財産ノ分配（社員間ニ）ノ終了セサル間ハ之ヲ爲スコトヲ得蓋破産以外ノ原因ニ依テ解散シタル法人ハ其清算終了ニ至ル迄ハ尙人格ヲ有スルヲ以テ破産宣告ノ原因存スルニ至リタルトキハ之ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ヘキヲ當然トスレハナリ（破案一三三條）（相續財産ニ對スル破産ニ關シテハ其申立ヲ爲ス期間ノ制限ヲ附セサルトキハ相續開始以來又ハ相續人ノ相續財産占有以來長年月經過ノ爲ニ相續財産ト相續人固有ノ財産トヲ區別スルコト頗困難ナルノミナラス相續人ノ債權者ノ利益ヲ害スルヤ瞭然ナリ是破産法案第一三六條ノ規定アル所以ナリ）

(乙)　商人ノ支拂停止　商人カ支拂ヲ停止シタルトキハ裁判所ハ決定ヲ以テ破産ヲ宣告ス（商施一三八條一項）現行破産法ニ於テハ前述ノ如ク商人破産主義ヲ認メタリ又商人カ其支拂ノ期日ヲ確守セサルトキハ商業ノ發達ニ害アリ（甲商人ハ其取引先ナル乙商人ヨリ受クヘキ金圓ヲ自己ノ債權者タル丙商人ニ對スル支拂ニ充ツルノ計算ニテ取引ヲ爲シ丙商人亦甲商人ヨリ受クル金圓ヲ丁商人ニ對スル債務ノ辨濟ニ充ツヘキノ計算ニテ取引ヲ爲スモノナリ故ニ甲商人カ其支拂期日ヲ確守セスシテ支拂ヲ爲ササルトキハ其影響ハ獨リ丙商人ニ止ラスシテ丁商人其他戊己等ノ商人ニモ及フ所ト爲リ取引ノ安全ヲ妨ケ商業ノ衰微ノ因ト爲ル）是商人ノ支拂停止ヲ以テ破産ノ原因ト爲ス所以ナリ（破産法案ニ於テハ前述ノ如ク一般破産主義ヲ認メタリ隨テ商人ノ支拂停止ナル事實ヲ以テ破産ノ原因ト爲スノ必要ヲ認メサリシ却テ債務者カ支拂資力ノ欠缺ニ因テ支拂フヘキ債務ノ支拂ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルノ狀態ヲ以テ破産ノ原因ト爲スノ必要ヲ認メタリ蓋斯ル狀態ニ在ル債務者ニ對シテハ破産ノ宣告ヲ爲シ各債權者ニ損失ヲ分擔セシムルヲ適當トスレハナリ是破産法案第一三二條ニ於テ債權者カ支拂ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキヲ破産ノ原因ト爲シタル所以ナリ）(a)商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲スヲ業ト爲ス各人ナリ（商四條）故ニ第一自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲ササル者即商行爲ニ基キ發生スル權利及義務ヲ歸屬スル主人トシテ商行爲ヲ爲ササル者ハ商人ト爲ラス是ヲ以テ商人ノ相續人タル未成年者ノ爲ニ其未成年者ノ名ニ於テ商行爲ヲ爲ス後見人（商七條）其他商業使用人、船長及法人ノ代表機關等ハ何レモ商人ニ非ス隨テ被後見者其他ノ被代表者ノ支拂停止ノ爲ニ破産者ト爲ルコトナシ第二商行爲ヲ爲スヲ業ト爲ササル者ハ商人ト爲ラス故ニ公證人ノ如キ私人的行動タル商取引ヲ爲ササル者ハ商人ニ非ス（商人タルノ能力ナキモノハ前述ノ如ク支拂ヲ停止シタルカ爲ニ破産者ト爲ラス隨テ未成年者、妻等ハ民法六條、一五條及商法五條ノ規定ニ依リ獨立シテ商業ヲ營マサル限ハ破産者ト爲ルコトナシ然レトモ職務ノ忘却及職務ノ濫用等ノ理由ニ依テ商業ヲ禁制セラレタル者即官吏（明治八年四月達一號）及代理商（商三八條）カ其禁制ニ反シテ商業ヲ營ミタルトキハ破産者ト爲ル蓋此等ノ者ト雖商業ヲ營ミタルトキハ商人ニシテ且其能力ヲ有スル者ナルヲ以テナリ）（破産法案ニ於テハ前述ノ如ク一般破産主義ヲ採用シタルヲ以テ又破産ハ一ノ强制執行ナルヲ以テ破産ノ宣告ハ强制執行ヲ受クヘキ債務者ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得）(b)支拂停止トハ商事債務ヲ支拂期日ニ支拂フコト能ハサルカ爲ニ支拂ヲ爲ササリシ事實ナリ故ニ第一支拂停止ハ證明ノ容易ナル支拂ヲ爲ササリシ表見事實ニシテ資産ノ有無ニ關スル實在的狀態ニ非ス元來支拂ヲ爲ササリシ表見事實ハ容易ニ之ヲ認識スルコトヲ得レトモ資産ノ有無ニ關スル實在的狀態ハ長年月日ヲ費シ精密ナル檢査及清算ヲ爲シタル後ニ非サレハ之ヲ認

0404

識スルコトヲ得ス隨テ若後者ヲ破産ノ原因トセハ其調査ニ長年月ヲ要スルノ結果遂ニ破産ノ目的ヲ達スルノ機ヲ失フヤ瞭然ナリ故ニ法律ノ要求スル破産ノ原因ハ彼ニ在テ此ニ在ラスト謂フコトヲ得ヘシ是支拂ノ停止ハ支拂ヲ爲ササル事實ナリト謂フ所以ナリ第二支拂ヲ爲ササルハ支拂ヲ爲スコト能ハサルカ爲ナルコトヲ要ス元來債務者カ請求ノ數額著クハ支拂ノ方法ニ關シ爭アルカ爲ニ支拂ヲ拒絶シタルカ如キ場合ニ在テハ其當否ニ拘ハラス相手方ノ請求ニ對スル適當ノ防禦方法ニシテ相手方ハ民事訴訟手續ニ依リ支拂ヲ爲サシムルコトヲ得ルヲ以テ故ラニ破産手續ニ依ルノ必要ナシト雖債務者カ債務ノ支拂ヲ爲スコト能ハサルカ爲ニ支拂ヲ遲延スルノ目的ヲ以テ支拂ヲ拒絶シタルカ如キ場合ニ在テハ破産手續ヲ開始シ各債權者ニ損失ヲ分擔セシメ債權者ニ對スル債務者ノ感情ノ好惡ニ依テ或債權者ハ辨濟ヲ受ケ或債權者ハ損失ヲ受クルカ如キコトナキヲ必要トス故ニ法律ノ要求スル破産ノ原因ハ債務者カ支拂ヲ爲スコト能ハスシテ支拂ヲ爲ササリシ事實ナルコト疑ヲ容レス是支拂ノ停止ハ支拂ヲ爲スコト能ハサルカ爲ニ支拂ヲ爲ササル事實ナリト謂フ所以ナリ第三支拂ヲ爲ササル債務ハ支拂期ニ達シ且商行爲ニ基クモノタルコトヲ要ス元來未、期限ノ到來セサル債務及未、條件ノ成就セサル債務ハ之ヲ支拂フノ義務ナシ又商人破産主義ヲ認メタル立法ニ在テハ破産ハ商事的生活關係ニ關スル事項ナリ故ニ支拂期ニ達セサル債務又ハ商行爲ニ基カサル債務ニ關スル不支拂ノ事項ハ破産ノ原因ト爲ラス（民法上ノ行爲ニ基キテ發生シタル債務ノ不支拂亦破産ノ原因ヲ爲スト云ヘル反對說アリ）是支拂ノ停止ハ商事債務ノ支拂ヲ支拂期ニ爲ササル事實ナリト謂フ所以ナリ（破案一三一條ニ所謂支拂不能トハ債務者カ支拂資力ノ缺乏ニ因テ支拂フヘキ債務ヲ支拂フコト能ハサルノ狀態ナリ故ニ(1)支拂不能ハ支拂フコト能ハサルノ狀態ナリ元來債務者ノ債務額カ其資産額ヲ超越スルノ狀態卽無資力ハ破産ノ原因ト爲ルモノニ非ス盛大ナル事業ヲ企ツル者ハ多クハ借方ノミニ依賴シテ事業ヲ營ムヲ通常トス斯ル場合ニ於テ無資力ヲ破産ノ原因トシ破産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ルモノトセハ破産ハ洵ニ大事業ノ完成ヲ妨害スル無用有害ノ具ト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ破産ノ原因ハ無資力ニ非スシテ支拂ヲ爲スコト能ハサルノ狀態ナルコト明白ナリトス而シテ破産法案第八四條、第八五條等ニ所謂支拂ノ停止ハ支拂ヲ爲ササルノ事實ニシテ通常支拂不能ノ狀態ヲ證スルニ足ルモノナリ隨テ現行破産法ニ所謂支拂ノ停止ト其意思ヲ同シクセス故ニ支拂ノ停止アリト雖這ハ債務者ニ於テ債權者ノ請求ヲ是認セサルカ爲ニシテ支拂不能ノ爲ニ非サルトキハ之ニ依リ破産ノ原因存スルモノト謂フコトヲ得ス反之支拂ノ停止ナシト雖債務者カ危險ナル高利貸ニ依賴シテ僅ニ其支拂ヲ爲スコトヲ得ルノ事實アルトキハ之ニ依テ破産ノ原因存スルモノト謂フコトヲ得(2)支拂資力ノ欠缺ニ因リテ支拂フコト能ハサルノ狀態ナリ元來一時支拂ヲ爲スコト能ハサルノ狀態卽支拂ノ中止ハ破産ノ原因ト爲ルモノニ非ス支拂ヲ中止シタル債務者ハ支拂資力缺乏ノ狀態ニ非サルヲ以テ容易ニ支拂資力ヲ回復スルコトヲ得ヘキヲ以テ敢テ破産ノ宣告ヲスルノ必要ナク隨テ遺忘其他ノ原因ニ基キテ一時支拂ヲ爲ササリシ事實ヲ以テ破産ノ原因ト爲スヲ得ス是ヲ以テ破産ノ原因タルニハ支拂資力ノ缺乏ニ基キテ支拂ヲ爲スコト能ハサルノ狀態卽永續ニシテ且確定ノ狀態ニ於テ支拂資力ヲ回復スルヲ得サルモノナルコトヲ要スルヤ明白ナリトス(3)支拂フヘキ債務ヲ支拂ハサルノ狀態ナリ元來時效ヲ經タル債務及返還ノ責ナキ債務（民七〇八條）ハ之ヲ辨濟スルノ責ナシ是ヲ以テ支拂不能ハ支拂フヘキ債務ヲ支拂ハサルノ狀態ナルコト洵ニ明白ナリトス）但例外トシテ商事會社ニ對シテハ支拂ノ停止ノ外ニ尙負債カ財産ニ超越スル狀態卽無資力カ破産ノ原因ト爲ル（商法一七四條二項、二三六條）（破産法案第一三三條ニ依レハ其他ノ法人ニ對シテ亦然リ（民七

○條、八一條）又破産法案第一三四條ニ依レハ相續財産ニ對シテハ被相續人カ相續開始前ニ支拂ヲ爲スコト能ハサルニ至リシ場合及相續財産ヲ以テ相續債權者ニ全部ノ辨濟ヲ爲スコト能ハサル場合ニ限リ破産ノ原因アルモノトス蓋前者ノ場合ニ於テハ被相續人ノ相續開始前ニ已ニ破産ノ要件成立セルカ故ニ相續開始ノ一事ニ依テ相續債權者ニ破産ノ申立權ヲ喪失セシムルハ失當ナルヲ以テ又後者ノ場合ニ於テハ破産手續利用ノ實益アリト雖其他ノ場合殊ニ相續財産ヲ以テ相續債權者ニ全部ノ辨濟ヲ爲スニ足ル場合又ハ相續財産ニ於テ單ニ支拂ノ不能アリタル場合ニ在テハ破産手續利用ノ實益ナキヲ以テナリ換言スレハ相續財産ヲ以テ相續債權者ニ全部ノ辨濟ヲ爲スニ足ル場合ニ於テハ相續債權者ハ民事訴訟ノ手續ニ依テ其目的ヲ達スルコトヲ得ルヲ以テ又相續財産ニ於ケル支拂不能ノ場合ニ在テハ債權者ハ民法ノ規定ニ依レル財産ノ分離ニ依テ其目的ヲ達スルコトヲ得レハナリ）

破産宣告ノ要件ヲ講了スルニ臨ミ注意スヘキモノハ破産ノ宣告ニ付破産債權者ノ實在的多數ヲ必要トセサルコトヲ是ナリ抑債務者カ其債務ノ支拂ヲ停止シタルトキニ當リ二人以上ノ債權者アル旨ノ證明ナキカ爲ニ豫破産手續ノ開始ヲ拒ミ或ハ二人以上ノ債權者ノ屆出ナキカ爲ニ一旦開始シタル破産手續ヲ中止スルハ何等ノ實益ナシ加之破産手續ハ債權者一人ナル場合ニ於テ之ヲ開始スルモノニ非ストセハ債務者ハ其債權者ニ對スル感情ノ好惡ニ從ヒ唯債權者中ノ或一人ノミニ債務ノ完濟ヲ爲サスシテ之ニ無資力ヨリ生スル損害ヲ負擔セシメ以テ破産ノ宣告ヲ免ルルカ如キ奇觀ヲ呈ス是破産法ノ精神ニ非ス故ニ破産法ハ債權者ノ可能的多數ヲ豫想シタルニ止マリテ債權者ノ實在的多數ヲ破産手續ノ進行ニ付テノ要件ト爲ササルモノト謂ハサルヲ得ス

(2) 破産宣告ノ前手續　裁判所ハ破産宣告ノ前手續トシテ破産ノ申立ノ適否及破産ノ原因タル事實ノ存否ニ付キ必要ナル調査ヲ爲スヲ當然ナリトス其調査ノ方法ハ裁判所事情ニ從テ之ヲ定ム法律ハ唯「口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲スコトヲ得」ト云フニ止メタリ（商施一二八條二項、破案一一一條、一〇七條、民訴五四三條三項）又破産法案ニ依レハ裁判所ハ破産ノ宣告前ニ破産者ノ逃走及財産ノ隱匿ヲ防止スルカ爲ニ必要ナル處分ヲ爲スコトヲ得（破案一五四條、一五五條、現行破産法ニ於テ斯ル趣意ノ明文ヲ缺クハ立法上ノ缺點ナリトス）

(甲) 破産ノ申立ノ適否ノ調査　裁判所ハ先破産ノ申立カ訴訟上適法ナルヤ否ヤヲ調査シ不適法ナリト認メタルトキハ決定ヲ以テ破産ノ申立ヲ棄却ス即(1)破産ノ申立ニ制規ノ印紙ノ貼用ナク（商事非訟事件印紙法二條二號、破案三七〇條）又破産ノ申立書面又ハ裁判所書記ノ調書ニ於テ表示セラレサルトキ（破案一一一條、民訴一三五條）(2)破産ノ申立ヲ爲シタル者カ其申立權ヲ有セス又ハ當事者能力若クハ訴訟能力ヲ有セサルトキ（破案一〇五條、民訴四三條乃至四七條）及申立人カ申立權者ノ適法ナル代理人（法定代理人又ハ民事訴訟法ノ規定ニ依ル適法ノ代理人）ニ非サルトキ(3)破産ノ申立ヲ受理シタル裁判所カ管轄權ヲ有セサルトキ又ハ破産ノ宣告ヲ受ケヘキ債務者カ我帝國ノ裁判權ニ服從スヘキモノニ非サルトキ其他已ニ破産宣告アリタルトキハ何レモ不適法トシテ破産ノ申立ヲ棄却ス

(乙) 破産ノ原因ノ存否ノ調査　裁判所ハ破産ノ原因タル事實ノ存スルコト顯著ナルトキハ何等ノ實體上ノ調査ヲ爲スコトナク破産ノ宣告ヲ得レトモ其他ノ場合ニ於テハ聽權ヲ以テ必要ナル實體上ノ調査ヲ爲シ破産ノ原因存スル旨ノ心證ヲ得タルトキニ非サレハ破産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ス是ヲ以テ(1)債務者カ破産ノ申立ヲ爲シタル場合ニ於テハ其申立及之ニ添付シアル書類其他屆書ニ基キテ又必要ナル場合ニ於テハ口頭辯論ヲ開キテ（商九七九條、破案一四三條）破産ノ原因タル事實ヲ調査ス

0406

ルコトヲ要ス隨テ債務者ノ爲シタル破産ノ申立ハ自白ニシテ支拂停止ニ關スル唯一ノ證據ナリトシテ直ニ破産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ス蓋債務者ハ債權者ニ對スル奸策トシテ又ハ强制執行ヲ避クル手段トシテ破産ノ申立ヲ爲スコトアレハナリ故ニ裁判所ハ調査ノ結果破産ノ原因ナシト認メタルトキハ債務者ノ破産ノ申立アルニ拘ラス之ヲ棄却スルコトヲ要ス(破産法案ニ依レハ理事、無限責任社員、業務擔當社員、取締役又ハ清算人其他破産法案第一三七條ニ掲ケサル法人(例之移民會社ノ如キ)ノ代表機關ノ全員カ共同シテ法人其他ノ會社ニ對シ破産ノ申立ヲ爲シタルトキハ破産ノ原因タル事實ノ疏明ヲ必要トスト雖(全員カ破産ノ申立ヲ爲シタル一事ハ斯ル疏明トシテ十分ナリ)斯ル代表機關ノ一員若クハ數員カ法人其他ノ會社ニ對シ破産ノ申立ヲ爲シタルトキハ反之破産ノ原因タル事實ノ疏明ヲ必要トス隨テ斯ル疏明ナキ破産ノ申立ハ之ヲ不適法トシテ棄却スヘキモノナリ是蓋斯ル代表機關ノ一員若クハ數員ノ破産ノ申立ハ代表機關タル各員ノ感情ノ衝突其他ノ事情ニ基因スルコトナキヲ保セサルヲ以テ之ヲ破産債權者ノ申立ト其取扱ヲ同ウスルコトヲ適當トスレハナリ(破案一三八條、一三九條參照)(2)債權者カ破産ノ申立ヲ爲シタルトキハ職權ヲ以テ破産ノ原因ノ外ニ尙債權者ノ有スル債權ノ有無ヲ調査スルヲ要ス何トナレハ債權者ニ非サレハ債務者ニ對シ破産ノ申立ヲ爲スコトヲ得サレハナリ(爲逸破産法第一二五條ニ依レハ債權者ノ爲シタル破産ノ申立ハ債務者ノ取引上ノ各譽及財産上ノ信用ヲ損スルヲ以テ先債權者ニ其有スル債權存在ノ事實及破産ノ原因タル事實ノ疏明ヲ爲サシメ若斯ル疏明ナキトキハ破産ノ申立ヲ不適法トシテ棄却シ疏明アリト認ムルニ足ルトキハ該事實ニ付債務者ヲ審訊スルモノト定メタリ尙ニ適當ナル立法ナリト信ス)而シテ職權調査ノ結果破産ノ申立人カ債權者トシテ申立權ヲ有セサルトキハ前述ノ如ク不適法トシテ破産ノ申立ヲ棄却ス破産ノ原因存セサルトキハ理由

ナシトシテ破産ノ申立ヲ棄却ス(多數ノ債權者又ハ債務者及債權者カ各自破産ノ申立ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ民事訴訟法第一二〇條ニ從テ之ヲ併合審理スルコトヲ得又甲債權者カ爲シタル破産ノ申立却下ノ決定ニ對シテハ乙債權者ハ甲債權者カ斯ル抗告ヲ爲ササル場合ニ於テ抗告ヲ爲スコトヲ得ス是當事者ハ第二審ニ於テ全然新ナル行爲ヲ爲スコト能ハサルノ法意ニ基因スルモノナリ)

(丙)債務者ニ對スル保全處分　債務者ニ對スル保全處分ハ之ヲ大別シテ債務者ノ身體ニ對スル保全處分ト債務者ノ財産ニ對スル保全處分トス債務者ノ身體ニ對スル保全處分ハ或ハ債務者又ハ其法定代理人ヲ引致シ或ハ之ニ監守ヲ命シテ之ヲ爲シ債務者ノ財産ニ對スル保全處分ハ或ハ倉庫若クハ動産ノ封印ニ依テ之ヲ爲シ或ハ金錢若クハ有價證券ノ供託ニ依テ之ヲ爲シ或ハ第三債務者ニ對シテ債權ニ支拂ヲ爲スヘキコトヲ禁止シ若クハ債務者ニ對シ其有スル不動産上ノ權利ノ處分ヲ爲スコトヲ禁止シ(裁判所ハ其知レタル不動産上ノ權利ニ關シテハ處分ノ禁止アリタル旨ヲ登記所ニ囑託スルヤ當然ナリ)テ之ヲ爲ス現行破産法ニ於テハ破産宣告後ニ於ケル保全處分ノ規定ヲ設ケタリ雖破産宣告後ニ於ケル保全處分ノ規定ヲ設ケス(債權者ハ破産宣告前假差押ニ依テ債務者ノ財産ニ對スル保全處分ト同一ノ效果ヲ收ムルコトヲ得ヘキハ當然ナリ)是立法上ノ缺點タリ故ニ破産法案ハ第一五四條ニ於テ裁判所ハ破産宣告前申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ債務者、其法定代理人又ハ相續人及前戶主、相續財産ニ對スル破産ノ申立アリタル場合)ニ引致又ハ監守ヲ命スルコトヲ得破産法案第一一三條以下ニ於テハ引致及監守ニ關スル規定ヲ總則中ニ設ケタリ是畢竟引致及監守ハ破産手續中何時ニテモ之ヲ命スルコトヲ得必シモ現行破産法ニ於ケルカ如ク破産宣告後ニ限リ之ヲ命スルコトヲ得ルモノニ非サレハナリ)又破産財團ニ屬スヘキ財産ニ必要ナル保全處分ヲ命スルコトヲ得ル旨ヲ規定シ又第一一六條及第

一五六條ニ於テ保全處分ハ其之ヲ必要ナリト爲スノ原因消滅シタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ之ヲ取消シ又ハ之ヲ變更(債務者ノ財産ニ對スル保全處分ノ變更アルモ債務者ノ身體ニ對スル保全處分ノ變更ナキハ其性質ニ徴シ明白ナリ)スルコトヲ得ル旨ヲ規定シタリ例之破産ノ申立棄却ノ決定確定シタルトキ又ハ破産ノ申立ノ取下アリタルトキニ保全處分ヲ取消シ或ハ動産ノ封印ニ換フルニ動産ノ保管(保管人ヲ置キテ之ヲ保管セシム)ヲ以テスルカ如キヲ謂フ

(3) 破産ノ宣告ニ關スル裁判手續及之ニ伴フ諸手續

(甲) 破産ノ宣告　破産裁判所ハ破産ノ申立ヲ適法ト認メ且破産ノ原因アリト認メタルトキハ決定ヲ以テ破産ヲ宣告ス」(商施一三八條「決定ヲ以テ破産ヲ宣告ス」破案一三一條「決定ヲ以テ破産ヲ宣告ス」破案一三八條)元來判決ハ必要的口頭辯論ニ基キテ爲ス裁判ノ形式ニシテ決定ハ任意的口頭辯論ニ基キテ爲ス裁判ノ形式ナリ破産手續ニ關スル裁判ハ必要的口頭辯論ニ基キテ爲スモノニ非サルコト前述ノ如シ(商一三八條二項前段、破案一〇七條)是破産宣告ノ形式ハ決定ニシテ判決ニ非サル所以ナリ如此破産ノ宣告ノ形式ハ決定ナルヲ以テ破産決定書(決定ノ原本)ニ於テ民訴第二三六條ノ規定ニ則リ事實及理由ヲ掲ケサルモ之カ爲ニ違法ト爲ルモノニ非ス(民訴二四五條二項)然レトモ破産決定書ニハ破産ノ目的ヲ達スルカ爲ニ必要ナル法律上一定ノ事項ノ記載アルコトヲ要ス其事項ハ債務者ニ對シ破産手續ヲ開始シタル旨ノ表示竝ニ其日時、破産財團ヲ保全シ且破産手續ヲ進行セシムルニ必要ナル諸命令(破産機關ノ選定、保全處分ノ命令拂渡差押ノ命令、債權屆出ノ催告、債權調査會ノ期日、債權者集會ノ期日)及支拂停止ノ日時(商九八〇條一〇〇二條)ニ外ナラス但支拂停止ノ日時ハ後日決定ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得(商九八〇條一項一號)是盍支拂停止ノ日時ハ破産ノ宣告前ニ於テ爲シタル債務者ノ行爲カ破産財團ニ對シテ有效ナルヤ否ヤ又破産財團ノ爲ニ斯ル行爲ヲ取消スコトヲ得ルヤ否ヤ其他破産債權者カ其債權ヲ破産者ニ對シテ負擔スル債務ト相殺スルコトヲ得ルヤ否ヤヲ確定スル標目(商九九〇條乃至九九二條、九九五條、破案八五條、八四條)ニシテ破産當事者其他ノ利害關係人ニ重大ナル影響ヲ及ホスモノナルヲ以テ輕勿ニ之ヲ速斷セシメサルノ法意ニ出タルモノナリ(破産法案一四九條ニ依レハ破産決定書ニハ破産宣告ノ年月日時ヲ記載スルコトヲ要ス是破産法案ニ在テハ其第一條ニ於テ明示セルカ如ク破産ハ宣告ノ時ヨリ其效力ヲ生スルヲ以テ斯ル時期ヲ確定スルノ必要アルニ依ル而シテ破産宣告ノ年月日時ハ破産法案第一條ニ所謂破産宣告ノ時ニ外ナラス其時期ニ關シテハ學者間ニ爭アリト雖予輩ハ判事カ署名捺印シタル時ヲ以テ破産決定完成ノ時期ト云フヲ正當ナリト思フ蓋判事ハ此時ニ於テ法律上破産宣告ヲ爲スヘキモノト決斷シ他ノ職權的行動ヲ止メタルモノナレハナリ但斯ル日時ノ記載ハ他ノ決定ニ於ケル場所及月日ノ記載ト同ク公證ノ性質ヲ有シ裁判ノ性質ヲ有セス破産法案第一四九條ニ依レハ裁判所ハ破産宣告ト同時ニ破産手續ヲ進行スルカ爲ニ猶豫スルコト能ハサル事項即管財人ノ選任、債權屆出ノ期間、第一回ノ債權者集會ノ期日、債權調査ノ期日ヲ決定ノ形式ヲ以テ定ムルコトヲ要ス而シテ第一回ノ債權者集會期日及債權調査ノ期日ハ破産財團ノ價額些少ナルトキ若クハ破産債權者ノ員數僅少ナルトキ又ハ破産者カ强制和議ヲ提供シタルトキハ之ヲ併合スルヲ破産手續ノ進行上適當トスルコトアルヲ以テ裁判所ノ自由ナル意見ニ從ヒ斯ル併合ヲ許シタリ但管財人ノ選任、其他債權屆出ノ期間、債權者集會ノ期日ノ指定ハ理論上破産宣告ノ決定ニ非サルコト勿論ナリト雖實際上現行法ニ於ケルカ如クニ破産宣告書ニ記載スルコトヲ妨ケス唯破産法案ニ於テハ法律上破産決定書ニ記載スヘキ現行法ノ法則ヲ不當ナリト認メテ排斥シタルノミ又破産法案第一五〇條ニ依レハ裁判所ハ破産宣告

0408

ト同時ニ(破産法案ニハ裁判所カ破産ノ宣告ヲ爲シタルトキトアルモ破産宣告ト同時ト其意義ヲ異ニセス)破産財團ノ保全ニ缺クヘカラサル命令ヲ發ス而シテ此命令屆出ニ關スル部分ハ法律上獨立ノ效力ヲ發生ス故ニ該命令ノ公告ナキ間ハ債務ヲ負擔スルコト、破産財團ニ屬スル財産ヲ所持スルコト等ヲ屆出ル義務發生スルコトナク又反之該命令ノ公告アリタル以上ハ一定ノ期間内ニ斯ル屆出ヲ怠リタル者ハ之ニ因テ生シタル損害例之換價竝ニ配當ノ遲延ニ因テ生シタル特別ノ費用ヲ破産債權者團體ニ對シテ賠償セサルヲ得ス但該命令モ亦管財人ノ選任、債權屆出ノ期間指定等ト同シク理論上破産宣告ノ決定ニ非スト雖實際上現行破産法ニ於ケルカ如クニ破産宣告ニ之ヲ記載スルコトヲ得ルヤ勿論ナリ)

(乙)破産ノ申立棄却　裁判所ハ破産ノ申立ヲ不適法ナリト認メタルトキハ不適法トシテ又破産ノ原因ナシト認メタルトキハ理由ナシトシテ決定ヲ以テ破産ノ申立ヲ棄却ス是法律上明文ヲ待タスシテ明白ナル所ナリ而シテ此場合ニ於テハ破産手續ノ費用ハ原則トシテ申立人ノ負擔トス(民訴七二條以下準用、破案一〇五條參照)

(丙)破産ノ宣告及破産ノ申立棄却ニ伴フ諸手續　破産ノ宣告アリタルトキハ裁判所ニ於テ直ニ之ヲ公告スルコトヲ要ス是蓋破産ノ宣告ハ不定多數ノ利害關係人ニ重大ナル關係ヲ來スヲ以テ之ニ破産ノ宣告アリタル旨ヲ確知セシムルニ外ナラス而シテ現行破産法第九八一條ニ於テハ單ニ公告ノ方法ヲ規定シタルニ止マリ公告ヲ爲スヘキ者、公告スヘキ書類及公告ノ期間等ニ關シテハ別段ノ規定ナシト雖公告ハ裁判所ノ職權ニ屬シテ裁判所ノ書記之ヲ取扱ヒ公告スヘキ書類及公告ノ期間等ハ之ヲ法律カ公告ノ精神ニ適スヘク裁判所ノ判斷ニ委シタルモノト謂フヘシ(民訴一五七條準用)又裁判所ニ於テ所在ノ知レタル債權者及破産者ノ債務者ニ對シテハ特ニ公告ノ外ニ送達ヲ爲スヲ適當トス(商一〇〇六條一項一〇二三條三項)後日支拂停止ノ日時ヲ定メタル決定ハ破産宣告ノ一部分ナルヲ以テ之ヲ公告シ又送達スヘキコト勿論ナリ其他破産ノ宣告アリタルトキハ裁判所書記ハ決定ノ正本、謄本若クハ抄本ヲ檢事ニ送致(現行法ニ於テハ書類ヲ檢事ニ送付スルヲ送致ト謂フ)セサルヘカラス是檢事カ破産ニ付キ犯行アルヤ否ヤヲ搜査スルノ職務ヲ行フノ便宜ノ爲ナリ(商法九八〇條末項、破産法案ニ於テハ第一五一條一項ニ於テ破産ノ宣告アリタル場合ニ公告スヘキ事項ヲ規定シ第一五二條ニ於テ破産ノ宣告アリタル場合ニ於テ裁判所ニ於テ知レタル債權者及破産者ノ債務者ニ對シ注意ノ爲ニ破産決定及ヒ破産法案第一四九條ニ揭ケタル事項ニ關スル決定ヲ送達スルコトヲ要スル旨ヲ規定シ又第一五三條ニ於テ同一ノ場合ニ檢事ニ破産ニ關スル犯行ノ有無、搜査ノ便宜ノ爲ニ破産ノ宣告アリタル旨ヲ通知(通知トハ證書ノ方法ニテ或事項ヲ告知スル手續ニシテ送達ノ如クニ別段ノ形式ナキモノナリ)スルコトヲ要スル旨ヲ規定シタリ公告ト送達トノ關係ニ付テハ總則ノ說明ヲ參照スヘシ反之破産ノ申立ヲ棄却シタルトキハ現行破産法ニ於テハ該棄却ノ決定ニ伴フ手續ニ付キ別段ノ規定ヲ設クト雖裁判所ニ於テ破産ノ申立ヲ爲シタル債權者カ豫納シタル破産手續ニ關スル費用ヲ還付スヘキコトハ固ヨリ當然ナリ(尙破産法案ニ於テハ裁判所ニ於テ職權ヲ以テ破産宣告前ニ爲シタル保全處分ヲ取消スヘキコトハ當然ニシテ又後述ノ如ク破産財團カ破産手續費用ヲ償フニ足ラサル爲ニ破産ノ申立ヲ棄却シタルトキハ債務者ヲ破産者ト看做スカ故ニ其旨ヲ檢事ニ通知スヘキ旨ヲ規定シタリ(破案一五三條)破産決定ニ對シテハ破産者ハ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得蓋破産者ハ破産決定ニ依リ不利益ヲ被ムルヲ以テナリ(破産債權者ハ斯ル申立ヲ爲スヲ得ス何トナレハ破産決定ハ債務者ノ申立ニ因ルト債權者ノ申立ニ因ルトヲ問ハス債權者總員ノ利益ノ爲ニ爲シタルモノナルノミナラス或債權者カ强制執行ヲ爲スコト

0409

ヲ得ルト云フカ如キ特別固有ノ利益ノ爲ニ不服ヲ申立ツルコトヲ許スハ其當ヲ得サレハナリ）債務者ノ申立ニ因テ爲シタル破産決定ニ對シテ亦然リ（破産者ハ熟慮ノ末破産ノ申立ヲ錯誤ニ出テタルモノト認メ新事實及新證據ヲ提出スルカ爲ニ又裁判所ニ於テ債務者ノ破産ノ申立ノ取下ヲ看過シテ破産ヲ宣告シタルカ爲ニ斯ル決定ニ對シテ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルノ理ナシ〈商施一三八條二項末段、破案一〇九條〉又即時抗告ノ期間ハ裁判所ノ送達ヲ受ケタル日ノ翌日又ハ裁判ノ言渡ヲ受ケタル日ノ翌日ヨリ起算ス（商法施行條例二四條、商施一四七條、民訴四六六條二項）是不服申立權者ハ此時ヨリ適當ニ其權利ヲ行使スルコトヲ得レハナリ（破案ニ依レハ言渡ハ口頭辯論ヲ經タルト否トニ拘ハラス破産決定ノ要件ニ非サルヲ以テ又公告ヲ以テ一切ノ利害關係人ニ對スル送達ノ效力ヲ有スルモノト規定シタルヲ以テ破産決定ニ對スル即時抗告ノ期間ハ公告ノ效力ヲ生スヘキ日ノ翌日ヨリ進行スト謂ハサルヲ得ス）破産ノ申立却下ノ決定ニ對シテハ斯ル申立ヲ爲シタル債務者及債權者カ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得（商施一三八條二項末段、破案一〇九條）其抗告期間ハ裁判ノ送達ヲ受ケタル日ノ翌日又ハ裁判ノ言渡アリタル日ノ翌日ヨリ起算スルコト前述ノ如シ（商法施行條例二四條、二五條、商施一四七條、民訴二四五條準用、但申立棄却ノ決定ハ單ニ申立人ノ利害ニ關係スルニ止マルヲ以テ裁判ノ送達ハ唯申立人ニ對シテ之ヲ爲スノミ）（破産法案ニ於テハ言渡ハ破産手續ニ關スル決定ノ要件ニ非サルヲ以テ即時抗告ノ期間ハ裁判ノ送達アリタル日ノ翌日ヨリ進行スルモノト謂ハサルヲ得ス）抗告裁判所ハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ即時抗告ノ當否ヲ裁判ス（商法施行條例二五條、商施一四七條）而シテ抗告裁判所カ破産決定ニ對スル抗告ヲ適法ニシテ且理由アリト認メタルトキハ破産決定ヲ取消シ且破産ノ申立ヲ棄却ス（民訴二四五條準用）（破産法案ニ於テハ第一〇九條ニ依テ送達ヲ爲ス）斯ル裁判カ抗告期間ヲ徒過若クハ再抗告棄却其他ノ原因ニ因テ確定シタルトキハ債權者、債務者其他利害關係人ノ爲ニ抗告裁判所ニ於テ（民訴四六四條ノ場合ニ在テハ前審裁判所ニ於テ）直ニ其要領ヲ公告シ且遲滯ナク破産決定ノ取消アリタル旨ヲ檢事ニ通知スルコトヲ要スルヤ言ヲ俟タス現行破産法ニ於テ斯ル趣意ノ明文ヲ缺クハ立法上ノ缺點タルコトヲ免レス是破案第一五一條二項及第一五三條末段ノ規定アル所以ナリ（其他破産取消ノ決定確定シタル場合ニ於テ爲スヘキ手續ニ關シテハ破産法案第一一七條、第一二二六條乃至第一三〇條ノ規定ヲ參照ス（シ）破産決定取消ノ裁判確定シタルトキハ既往ニ遡リテ其效力ヲ生ス故ニ破産決定ニ依テ生シタル效力殊ニ破産者ノ管理及處分ノ權能ノ喪失ハ法律上存セサルモノト爲リ之ヲ非認スルコトヲ得サルモノト爲ル但破産宣告後破産決定取消ノ裁判確定マテニ管理人ノ爲シタル行爲ハ債務者ニ對シ其效力ヲ有スルヤ當然ナリ）（又抗告裁判所カ破産ノ申立棄却ノ決定ニ對スル抗告ヲ適法ニシテ且理由アリト認メタルトキハ該決定ヲ棄却シ自ラ破産決定ヲ爲シ又ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所ニ委任シテ裁判ヲ爲サシムルコトヲ得（民訴四六四條）（抗告裁判所ハ理論上自ラ破産決定ヲ爲スコト能ハサルニ非サルモ抗告裁判所カ管財人ヲ選定シ其他破産手續ヲ指揮及監督スルハ不便ナルヲ以テ實際上下級裁判所ニ委任スルヲ適當ナリトス）抗告裁判所ノ裁判ニ對シテ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ更ニ即時抗告ヲ爲スコトヲ得（民訴四五六條、四四六條）破産ノ宣告及破産ノ申立棄却ニ伴フ諸手續ヲ講了スルニ臨ミ一言スヘキコトハ現行破産法ニ在テハ破産決定ハ其言渡又ハ其送達ニ依テ外部ニ對シ效力ヲ有スルカ故ニ（商法施行條例二〇條、二四條、商施一四七條、民訴二四五條、二三三條、二三四條）裁判所書記カ該決定ノ公告ヲ爲ササルモ破産決定ノ效力ニ影響スル所ナキコト是ナリ破産法案ニ在テ亦破産ハ宣告ノ時ヨリ其效力ヲ生シ（破案一條一四

八條）破產決定ノ送達及其公告ハ破產宣告ノ效力ニ影響スル所ナシ唯公告ナカリシカ爲ニ善意ニテ破產者ト取引ヲ爲シタル第三者ハ破產法案第五七條ニ依テ保護セラルルモノナリ（破產法案第一四一條ニ所謂破產宣告ノ時及破產法案第一四八條ニ所謂破產宣告ノ年月日時ハ破產決定言渡ノ時（破產決定ヲ言渡シタル場合ニ破產決定送達ノ時（破產決定ヲ言渡サザル場合ニ又ハ當該判事決定書ニ署名捺印シタル時ヲ指示スルモノナルヤ否ヤ頗疑アル問題ナリ破產決定送達ノ時期ハ之ヲ豫知スルコト能ハサルヲ以テ斯ル時期ヲ破產宣告ノ時トシ裁判官ヲシテ之ヲ破產決定書ニ記載セシムルコト能ハサルヤ言ヲ俟タス故ニ破產決定送達ノ時期ハ破產宣告ノ時ニ非スト謂フコトヲ得ヘシ破產決定ハ口頭辯論ヲ經タルトキト雖之ヲ言渡スコトヲ必要トセス加之裁判ハ其言渡又ハ送達ニ依テ外部ニ對シ效力ヲ生スト雖ニ裁判ノ言渡又ハ送達アリタルトキハ裁判所ハ以後之ヲ變更スルコトヲ得ストノ意味ヲ有スルニ止マリ破產宣告ノ時ヲ定ムルニ付必要ナル標準ト爲ラス故ニ破產決定言渡ノ時カ破產宣告ノ時ト謂フコトヲ得ス當該判事カ破產決定書ニ署名捺印シタル時ハ之ニ依テ法律上破產宣告ヲ爲スヘキ旨ノ決斷ノ意思ヲ表示シ他ノ職權的行動ヲ止メタルモノト謂フヘシ故ニ斯ル時ヲ以テ破產宣告ノ時ト爲スヲ正當ト思フ）

（二）破產債權及破產財團ノ確定手續　破產ハ前述ノ如ク各破產債權者ヲシテ破產財團上ニ平等ナル辨濟ヲ受クルコトヲ得セシムルヲ目的トス此目的ヲ達スルカ爲ニハ破產債權及破產財團ヲ確定スルコトヲ要ス是各國破產法ニ於テ破產債權確定ノ手續トシテ破產債權ノ屆出及調査ノ規定アル所以ニシテ又破產財團確定ノ手續トシテ破產財團ノ管理及換價ノ規定アル所以ナリ左ニ之ヲ分說スヘシ

（い）破產債權ノ確定手續　破產ノ宣告ハ其當時未確定ナル總債權者ノ爲ニ破產財團ヲ保全スル執行名義ニ過キサルヲ以テ破產債權者カ破產財團ニ付現實ナル辨濟ヲ受ケントスルニハ其債權ヲ確定シタル特別ノ執行名義ヲ有セサルヘカラス是破產ノ宣告ト其終結トノ中間ニ在テ破產債權ノ確定手續アル所以ナリ又破產債權ノ確定手續ハ各破產債權者ヲシテ其債權ノ屆出ヲ爲サシメ債權調査會ニ於テ之ヲ調査シ其結果異議ナキトキハ之ニ因テ破產債權確定シ異議アリタルトキハ之ヲ否認シタル確定判決ニ因テ破產債權確定ストスルニ在リ是現行破產法ニ於テ破產債權確定ノ手續ヲ債權ノ屆出及確定ト謂ヒ又破產法案ニ於テ破產債權ノ屆出及調査ト謂フ所以ナリ（舊商三編六章一節、破案二編）

（甲）破產債權ノ屆出手續　破產債權ノ屆出及債表調製ノ二者ヨリ成ル管財人及各破產債權者ハ破產債權ヲ調査スルニ當リテハ互ニ之ヲ知ラサルヘカラス屆出手續ハ斯ル目的ヲ達スルカ爲ニ規定セラレタルモノナリ

（1）債權ノ屆出　破產者ノ總債權者ハ破產宣告ノ公告ニ因リ破產手續ノ開始ヲ知ルコトヲ得ヘキヲ以テ該公告ニ因リ破產決定中ニ定メラレタル期間ニ其債權ヲ破產主任官ニ屆出ツヘキ旨ノ催告ヲ受ケタルモノト爲ル（商一〇二三條一項前段、九八〇條一項五號、破案一四九條一項、一號、二二二條）故ニ債權者ハ其屆出ヲ爲ササリシ債權ニ付破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ス債權ノ屆出ハ單ニ破產手續ニ參加スルコトヲ欲スル旨ノ申立ニシテ訴ニ非ス（民一五二條、商事非訟事件印紙法一條、三條）此意思ハ現行破產法ニ於テハ破產主任官ハ破產手續ノ指揮及監督者タルノミナラス屆出ト共ニ重要ナル書類ヲ交付スルコトアルカ爲ニ屆出人ノ安全ヲ確保スルノ法意ニ由ル（破產法案第二二二條ニ於テハ前述ノ如ク破產主任官ヲ廢止シタルヲ以テ破產裁判所ニ屆出ヲ爲スヘキ旨ヲ規定シタリ是蓋破產裁判所ハ破產手續ノ指揮及監督者ナルニ由ル）屆出ノ方法ハ各債權者カ本人ニテ

又ハ代人ニテ書面又ハ口頭ヲ以テ(調書ニ筆記セシメテ)(民訴一三五條、破案一一一條)債權ノ金額及原因、若優先權アルトキハ其權利ヲ明示シ且證據書類若クハ其謄本ヲ添付(破産法案ニ依レル提出)シヲ之ヲ爲シ(商一〇二三條一項後段、破案二二二條二五二條)債權ノ金額ハ我國ノ通貨ニ依テ之ヲ表示シ債權ノ原因ハ民事訴訟法第一九〇條ニ規定シアル請求ノ原因ヲ指示シ又優先權ハ之ニ因テ擔保セラレタル債權ニ付優先權アルモノトシテ取扱ハルヘキ旨ヲ求ムルカ爲ニ之ヲ表示ス證據書類ハ準備ノ爲ニ之ヲ提出ス債權ノ金額竝ニ原因及優先權ノ表示ハ債權屆出ノ要件ナルヲ以テ之ヲ缺クトキハ屆出ノ效ナク又證據書類ノ添附ハ單ニ準備ノ爲ニ之ヲ爲スニ止ルヲ以テ之ヲ缺クモ爲ニ屆出ノ無效ヲ來スコトナシ(債權者ノ氏名、職業住所等ハ民事訴訟法第一〇五條ノ準用ニ依テ屆書ニ之ヲ表示スルモノナルコト勿論ナリ代人ハ現行破産法ニ在テハ地方裁判所カ破産裁判所ナルカ故ニ民事訴訟法第六三條ノ準用ニ依リ辯護士タルコトヲ要スト謂ハサルヲ得ス反之破産法案ニ在テハ區裁判所カ破産裁判所ナルヲ以テ辯護士タルヲ要セサルコト論ナシ)但書面ニテ屆出ヲ爲ストキハ管財人ニ交付スルカ爲ニ別ニ謄本ヲ差出シ又口頭ニテ屆出ヲ爲ストキハ裁判所書記ハ調書ノ謄本ヲ作成シテ之ヲ管財人ニ交付スヘシ(商一〇二三條三項、一〇二四條二項、破産法案ニ於テハ斯ル規定ヲ不必要トシテ排除シタリ蓋債權ノ屆出ニ關スル書類ハ破産法案第二二五條ニ依リ裁判所書記課ニ備ヘ置クヘキモノナルヲ以テ管財人ニ屆出ニ關スル書類ヲ交付セサルモ爲ニ職權ノ行使ヲ妨ケサルヲ以テナリ)債權屆出ノ期間ハ現行破産法ニ依レハ短クトモ三箇月長クトモ六箇月ナリ但外國居住ノ債權者ニ對シテハ其距離ノ遠近ニ從ヒ屆出ニ付特別ノ期間ヲ設ク是然ラスンハ難ヲ人ニ責ムルニ外ナラサレハナリ(商九八〇條一項五號、一〇二九條後段)此期間ノ起算點ニ關シテハ現行破産法ニ於テ別段ニ規定スル所ナシト雖破産宣告ノ公告ノ日ヨリ起算スヘキ法意ナリト思フ蓋破産宣告ノ公告以前ニ於テ屆出期間ノ起算點ヲ定ムルトキハ破産債權者ノ多クハ破産宣告ノ公告ニ依リ其存在ヲ認識スヘキモノナルヲ以テ屆出ノ全期間ヲ利用スルコト能ハサルニ在リ又破産宣告ノ公告以後ニ於テ屆出期間ノ起算點ヲ定ムルトキハ故ナク破産手續ノ進行ヲ遲延スヘキヲ以テナリ(破産法案ニ於テハ債權屆出ノ期間ハ破産宣告ノ時ヨリ二週間以上四箇月以下タルコトヲ要スル旨ヲ規定シ外國居住ノ債權者ノ爲ニ屆出ノ特別期間ヲ定ムルノ法則ヲ廢シ(可成破産手續ヲ迅速ニ終結セシムトノ目的ニテ)又破産ノ時ヲ以テ屆出期間ノ起算點ト爲シタリ(破案一條ノ適用)又此期間ハ不變期間ニ非ス故ニ裁判所ニ於テ之ヲ伸縮スルコトヲ得(民訴一七〇條)其他此期間ハ經過後債權ノ屆出ヲ懈怠シタル債權者ハ原狀回復ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス(民訴一七四條)其他此期間ハ經過後債權ノ屆出ヲ許ササルノ效力ヲ有スル除斥期間ニ非ス故ニ債權者ハ此期間後ト雖有効ニ其屆出ヲ爲スコトヲ得ヘク唯期間懈怠ノ責ニ任スヘキノミ換言スレハ期間後ニ屆出ヲ爲シタル債權者ハ屆出當時ノ破産手續ノ狀態ニ拘束セラレ又期間後ノ屆出ノ爲ニ特別ニ生シタル費用ヲ負擔ス是ヲ以テ期間後債權調査ノ開會前ニ於テ屆出アリタル債權ニ付テハ管財人及破産債權者ノ異議ナキトキハ一般ニ破産債權ヲ調査スルカ爲ニ開クヘキ期日ニ於テ其調査ヲ爲スコトヲ得レトモ管財人及破産債權者カ準備不能ノ如キ事由ニ依リ該期日ニ於テ調査ヲ爲スコトニ付異議ヲ申立テタルトキハ屆出期間後ニ屆出アリタル債權者ノ爲ニ其費用ヲ以テ新ナル調査ヲ開ク屆出期間後債權調査ノ開會後ニ屆出ヲ爲シタル債權ニ付テ亦其債權者ノ費用ヲ以テ新ナル調査會ヲ開ク又期間後ニ屆出アリタル債權ニ於テハ其債權者ハ該債權ノ確定後ニ於テ爲スヘキ配當ニ加ハルコトヲ得レトモ其確定前ニ爲スヘキ配當ヲ止ムルコトヲ得ス(商一〇二五條四項、一〇二九條前段、破案二二九條、二三一條、二五〇條、唯破産法案ニ於テハ不穩當ナル債

0412

權調査ノ用語ニ換フルニ債權調査ノ期日ナル用語ヲ以テシ期間經過前ニ屆出アリタル債權ニ付テ爲ス調査ノ期日ヲ一般期日トシ又期間經過後ニ屆出アリタル債權ニ付テ爲ス調査ノ期日ヲ特別期日トシ現行破産法ノ辭句ヲ修正シタルノミ）但新ナル調査會ノ期日ハ裁判所ニ於テ自由ナル意見ニ從テ之ヲ定メ且之ヲ公告スルコトヲ要ス是利害關係人ヲシテ其利益防禦ノ爲ニ債權調査ノ期日ニ出頭スルコトヲ得セシメンカ爲ナリ（商九八一條準用、破案二三二條二項）（破産法案第二三二條一項及第一五二條ノ適用ニ外ナラス）債權屆出ハ破産宣告ノ公告ニ依テ當然催告アリタルモノト看做スト雖所在ノ知レタル債權者ニ對シテハ特別ノ保護方法トシテ裁判所ヨリ特ニ書面ヲ以テ債權ノ屆出ヲ催告スルコトアリ但斯ル屆出ハ特別ナル保護方法ナルヲ以テ書面ノ遠セルトキハ勿論裁判所ニ於テ之カ手續ヲ爲ササルコトアルモ之カ爲ニ裁判所ニ對シ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス（商一〇二三條四項、破案一五二條）期間後ニ於ル屆出ノ變更殊ニ債權額ノ增加他ノ原因又ハ新ナル優先權ノ表示ハ新ナル屆出トシテ之ヲ取扱フヤ當然ナリ（破案二三〇條）（破産法案ニ於テハ前述ノ如ク專手續上ノ煩雜ヲ避クル目的ヲ以テ別除權ヲ有スル債權者ハ其別除權ノ行使ニ因テ辨濟ヲ受クルコト能ハサルヘキ債權額ニ非サレハ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得サルモノトス別除權ヲ有スル債權者ハ別除權ヲ主張スルト同時ニ破産債權者トシテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ルノ法意ヲ認メサルヲ以テ第二二三條ノ規定ヲ設ケ其趣旨ヲ明示セリ適法ナル債權ノ屆出ハ破産者及破産債權者團體ニ對シ其屆出債權ノ時效ヲ中斷スルノ效力ヲ生ス（民一四七條一號）此中斷ノ效力ハ破産手續ノ終結及其停止（破産法案ニ依レハ破産手續ノ廢止アル迄存續シ若屆出債權ニ對スル異議ニ付提起アリタル訴カ破産手續終結ノ當時未タ終結セサルカ爲ニ該債權ニ對スル配當額ヲ供給シテ破産手續ヲ終結シタルトキハ斯ル訴訟ノ終結アル迄存續ス（民

一五七條）債權ノ屆出ハ破産手續ノ終結ニ至ル迄之ヲ取下クルコトヲ得（民一五二條「……取消……」）其取下ハ屆出ト同一ノ方法ニ從テ之ヲ爲シ又屆出債權ノ時效中斷ナカリシモノト看做スノ效力ヲ有ス（民一五二條）但取下ハ當然權利ノ拋棄ト爲ラサルヲ以テ同一債權ニ關スル再度ノ屆出ヲ爲スコトヲ妨ケス債權ノ屆出カ不適法ナルトキハ現行破産法ニ在テハ破産主任官カ（破産法案ニ在テハ破産裁判所カ）之ヲ却下ス其裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得（商九八三條、破案一〇九條）此場合ニ於テハ時效中斷ノ效力ヲ生セス（民一五二條）債權ノ屆出ニ關スル書類（屆出書及之ニ關スル證據書類）ハ之ヲ裁判所書記課ニ備ヘ置キ以テ破産債權者、破産者及管財人等ノ如キ各利害關係人ニ閲覽セシムルコトヲ要ス現行破産法ニ於テハ斯ル趣意ノ明文ナシ是立法上ノ缺點タルヲ以テ破産法案ニ於テハ債權表共ニ之ヲ裁判所書記課ニ備ヘ置クコトヲ要スル旨ヲ規定シタリ（破案二二五條）抗告裁判所ニ於テ破産ノ宣告ヲ廢棄シタル場合亦然リ（民訴四六四條）

(2) 債權表ノ調製　債權ノ屆出アリタルトキハ破産主任官ハ裁判所書記ヲシテ順次ニ番號ヲ付シテ優先權アル債權表ト優先權ナキ債權表トヲ調製セシム是提出債權ヲ一目瞭然ニ記載シ一面ニ於テハ屆出ノ結果ヲ各利害關係人ニ知ラシメ他ノ一面ニ於テハ債權調査及配當案作成ノ資料ニ供シ殊ニ配當ノ實施ニ際シ債權證書ノ代用ヲ爲サシムルノ目的ニ出テタルモノナリ故ニ債權表ハ債權調査ノ準備書面トシテ或ハ之ニ追加ヲ爲シ或ハ之ニ抹消ヲ爲スコトアルト知ルヘシ（商一〇二三條「破産主任官ニ」一〇二四條一項前段、一〇四七條、破案二二四條、但破産法案ニ於テハ前述ノ如ク破産主任官ヲ廢止シタルヲ以テ裁判所書記カ配當表ヲ作成スヘキ旨ヲ規定シ且債權表ニ記載スルコトヲ要スル事項ヲ明示スルニ

止メ債權表屆出ノ番號及代理人ノ氏名等ヲ表示スルコト其他優先權アル債權ノ爲ニ特ニ債權表ヲ作成スル等ノ如キ破産手續上ノ便否ニ關スル事項ハ裁判所書記ノ自由ナル意見ニ委ネタリ）而シテ裁判所書記ハ債權表ヲ作成シタル後其謄本ヲ作リ之ヲ屆出ノ謄本ト共ニ管財人ニ交付シ其職務ノ實施ニ便ナラシムルコトヲ要ス（商一〇二四條二項、破案二二四條二項但破産法案ニ於テハ唯債權表ノ謄本ノ交付ノミヲ以テ足レリトセリ）

債權表ハ其目的ヲ達スルカ爲ニ利害關係人殊ニ破産債權者、破産者等ニ閲覽ニ供スルカ爲メ之ヲ裁判所書記課ニ備ヘ置クヲ當然ナリトス（商一〇二四條一項後段、破案二二五條）

(乙) 破産債權ノ調査手續　破産債權ノ調査手續ハ屆出アリタル債權カ破産的執行ノ基本タル權利トシテ正當ナリヤ否ヤヲ確定スルコトヲ目的トス此目的ヲ達スルカ爲ニハ債權者自衛主義ニ基キ各利害關係人ヲシテ或一定ノ期日ニ於テ其意見ヲ述フルコトヲ得セシメ其結果異議ナキ債權及異議アリタルモノヲ之ヲ理由ナシトシタル判決アリタル債權ヲ破産的執行ノ基本タル債權即確定ノ債權ト爲スヲ適當ナリトス

(1) 債權ノ調査　屆出アリタル各破産債權ノ調査ハ債權調査會ニ於テ之ヲ爲ス債權調査會ハ破産主任官ヲ以テ議長トシ管財人、屆出ヲ爲シタル破産債權者及破産者ヲ以テ構成シ通常破産宣告ノ決定ニ於テ定メタル期日ニ開キ且其手續ハ口頭ナリトス破産主任官ハ前述ノ如ク破産手續ノ指揮及監督ヲ爲ス職權ヲ有スル機關ナルヲ以テ議長トシテ調査會ニ於ル手續ヲ指揮スルヲ當然ナリトス故ニ破産主任官ハ調査ノ期日ヲ開始シ又ハ之ヲ終結ス（商一〇二五條一項）（破産法案ニ於テハ破産主任官ヲ廢止シタルヲ以テ破産裁判所カ債權調査ノ手續ヲ指揮及監督スルモノトス又破産法案ニ於テハ債權調査會ナル不穩當ナル法語ヲ避ケタルコト前述セルカ如シ是破産法案第二二六條ニ於テ單ニ「債權調査ノ期日ニ於テ」ト規定シタル所以ナリ）管財人ハ其職務上債權調査ノ主任者ナルカ故ニ債權調査會ニ出頭シテ意見ヲ述フルコトヲ要ス但管財人ハ正當ノ事由アルトキ殊ニ病氣ニ罹リタルトキハ代理人ヲシテ其意見ヲ述ヘシムルコトヲ得又管財人及其代理人ノ出頭アルニ非サレハ債權ノ調査ヲ爲スコトヲ得ス但破産主任官ハ期日ノ開始前ニ管財人カ出頭スルコト能ハサル事由ヲ豫知シタルトキハ期日ヲ變更スルコトヲ得（此場合ニ於テハ期日ノ變更及新期日ヲ公告セサルヘカラス）又期日ノ開始後管財人ノ出頭セサル事由ヲ豫知シタルトキハ延期ヲ爲スコトヲ得（此場合ニ於テハ新期日ヲ言渡シタルモノナルヲ以テ新ニ公告ヲ爲スコトヲ要セス（民訴一六一條））管財人出頭シタルモ病氣ノ爲ニ其職務ヲ行フコト能ハサルニ至リタルトキハ期日ヲ續行スルコトヲ得（破案二二六條、二二七條、二二七條、三條、二三四條）屆出ヲ爲シタル破産債權者ハ（屆出ヲ爲ササル債權者ハ破産手續ニ從ヒ其權利ヲ行使セサルモノナリ故ニ債權調査會ニ出頭スルノ權利ナシ）自衛方法トシテ自己ノ爲ニ自己ノ權利ヲ主張シ又他人ノ權利ヲ攻擊スルカ爲ニ自身又ハ代理人ニテ調査會ニ出頭シテ其意見ヲ述フルコトヲ得調査手續ハ口頭辯論ニ非サルヲ以テ辯護士ニ非サル者ヲ代理人ニ選任スルコトヲ得但破産債權者ノ出頭ハ債權調査會開始ノ要件ニ非サルヲ以テ債權者出頭セサルトキト雖開會シテ其屆出アリタル債權及優先權ヲ調査スルモノトス（商一〇二五條一項、破案二二七條二項）破産者ハ可成調査會ニ參與セシム是調査ノ參考トシテ破産者ノ意見ヲ聽キ又ハ債權ノ成立、數額等ニ付即時ニ訊問ヲ爲スノ便アルカ爲ナリ（破産者ハ代理人ヲシテ出頭セシムルヲ得ルコト勿論ナリ又破産主任官ハ破産者本人ノ出頭ヲ命スルヲ得）但破産者ノ出頭ハ債權調査會開會ノ要件ニ非サルヲ以テ破産者ノ出頭ナキトキト雖債權ノ調査ヲ爲スコトヲ得（商一

0414

○二五條一項、一〇二二條、一〇〇三條三項、破案二二二條、一一八條、一一三條債權調査會ハ通常破産決定ニ定メタル期日ニ於テ之ヲ開ク債權者調査會ハ通常屆出期間ノ滿了後十日乃至十五日ノ期間内ニ於テ之ヲ開ク斯ル期間ヲ存スルハ一面ニ於テハ債權調査ノ準備ノ爲メ又他ノ一面ニ於テハ債權調査會ノ開會ヲ不當ニ遲延スルノ弊害ヲ防クカ爲ニ外ナラス隨テ裁判所ハ破産決定ヲ爲スニ際シ斯ル期間内ニ於テ調査ノ期日ヲ指定スルコト勿論ナリ但調査期日ノ指定カ近キニ失シ又ハ遠キニ失シタルトキハ各利害關係人ハ之カ變更ヲ申立ツルコトヲ得又此申立却下ノ裁判ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得(民訴四五五條)(商一一二五條三項、九八〇條一項六號、破案一四九條一項三號、一一五一條)新ナル債權調査會ハ其之カ爲ニ特ニ指定シタル期日ニ於テ之ヲ開クヤ言ヲ俟タス債權調査ノ手續ハ口頭ナリ元來債權ノ調査ハ屆出アリタル債權及優先權ノ存否及數額ヲ明白ナラシムルコトヲ目的トス(破案二二六條)此目的ヲ遠スルニハ利害關係アル破産債權者及管財人ニ或ハ質問ヲ發シ或ハ辯解ヲ爲サシメ又破産主任官ニ自由ニ審訊ヲ爲スコトヲ得セシメ(破産法案ニ依レハ破産裁判所ニ)サルヘカラス此等ノ質問、辯解及審訊ハ口頭ニ非サレハ到底迅速ニ之ヲ爲スコトヲ得ス故ニ債權調査ノ手續ハ口頭ナリト謂フヘシ而シテ債權調査會ニ於テハ先ツ破産主任官カ屆出アリタル債權ノ原因、數額及優先權ヲ指示シ管財人其他ノ異議申立權ヲ有スル各破産債權者ニ對シ異議アラハ之ヲ申立ツヘキ旨ヲ催告シ次ニ各異議申立權者カ異議ヲ申立テントスル各債權ノ調査終結前ニ異議ヲ申立テ以テ債權ヲ調査スルモノナリ其他破産主任官ハ債權調査ノ爲ニ必要アルトキハ證書ノ外ニ尙取引帳簿ヲ提出セシメ(證書アリト雖以後辨濟アリタルトキハ其旨ヲ帳簿ニ記入スルコトアレハナリ)又取引帳簿カ浩瀚ニシテ其提出ニ不便ナルトキハ其拔萃ヲ提出セシムルコトヲ得(商一〇二五條二項、一〇二二條、九八三條)

債權調査會ニ於テ異議申立ノ權利ヲ有スル者ハ管財人及債權カ確定シ又ハ貸借對照表ニ掲ケラレタル各破産債權者ナリ管財人ハ破産債權者團體ノ機關トシテ異議ヲ申立ツルコトヲ得蓋破産手續ニ參加スルノ權利ナキ者ノ參加又ハ優先權ヲ有セサル債權者ノ優先的主張ハ破産債權者團體ノ利益ヲ害スルヲ以テナリ異議ノ理由ハ債權調査會ニ於テ之ヲ明示スルコトヲ要セス又債權調査會ニ於テ主張シタル以外ノ理由ハ異議ニ關スル訴訟ニ於テ之ヲ明示スヘキモノナレハナリ(破産主任官又ハ破産法案ニ依レハ破産裁判所ハ異議ノ當否ヲ判定スルノ職權ナシ)管財人ノ屆出テタル債權ニ係ル異議ハ(承認亦然リ)破産主任官其管財人ニ代リテ之ヲ爲ス是蓋管財人ハ其屆出テタル自己ノ債權ニ付自ラ調査ヲ爲スコト能ハサルニ由ル多數ノ管財人アル場合亦然リ(商一〇二五條二項、三項、破案二三五條「破産管財人」但破産法案ニ於テハ破産主任官ヲ認メサルヲ以テ商法第一〇二六條第二項ノ如キ規定ヲ設ケス而シテ斯ル場合ニ於テハ管財人ヲ改選スルヲ當然ナリトス)債權カ確定シ又貸借對照表ニ掲ケラレタル各破産債權者ハ破産財團ニ付適法ナル辨濟ヲ受クヘキ各自ノ權利ニ基キテ他ノ屆出アリタル債權及優先權ニ對シ異議ヲ申立ツルノ權利ヲ有ス(異議ノ申立正當ナル場合ニ於テ他ノ異議申立ヲ爲ササリシ破産債權者ヲ利益スルハ反射的效力タルニ過キス)是蓋自稱債權者ノ容喙ヲ防止シ無責任ノ異議ヲ避クルノ法意ニ出テタルモノナラン(商一〇二六條二項、破産法案ニ於テハ屆出ヲ爲シタル破産債權タルヲ以テ足レリトセリ破案二二七條二項「屆出ヲ爲シタル破産債權者」)是ヲ以テ現行破産法及破産法案ニ於テハ(第一)債權ノ屆出ヲ爲ササリシ債權者及債權ノ屆出ヲ爲シタルモ債權調査會ニ出頭セサル債權者ハ何レモ異議ヲ申立ツルコトヲ得ス債權ノ屆出ヲ爲ササル債權者ハ前述ノ如ク其權利ヲ破産手續ニ從テ行使セサルモノナリ故ニ異議ヲ申立ツル權利ナキヲ當然ナリトス隨テ屆出ヲ爲

シタル債權者カ其屆出ヲ取下ケタルトキハ其屆出以前ニ爲シタル異議ハ當然其效力ヲ失フ又債權調査會ニ出頭セサル債權者ハ適法ニ即口頭ニテ異議ヲ申立テサルモノナルヲ以テ異議申立權ヲ拋棄シタルモノト看做スヘキヲ以テナリ(第二)債權ノ未タ確定セサル債權者ノ爲シタル異議ハ之ヲ申立テタル債權者ノ債權カ爾後之ニ對スル異議ヲ理由アリトシタル確定判決ニ因テ否認セラレタルトキハ當然其效力ヲ失フ何トナレハ異議ヲ申立テタル債權者ハ斯ル確定判決ニ因テ異議申立權ヲ喪失スルヲ以テナリ故ニ異議ヲ申立テタル債權者甲ト異議ヲ申立テタル債權者乙トノ間ニ於テ繫屬シタル訴訟カ未終結セサルトキハ甲ハ乙カ其債權ニ對スル債權者丙ノ異議ヲ理由アリトセル確定判決ニ依テ異議申立權ヲ喪失シタルヲ理由トシテ乙ノ異議ヲ排斥スルコトヲ得ヘシ然レトモ甲ト乙トノ間ニ於テ繫屬シタル訴訟カ異議ヲ理由アリトシタル確定判決ニ依テ終結シタル以後ニ於テ乙ノ債權ニ對スル丙ノ異議ヲ理由アリトシタル確定判決アリタルトキハ甲ハ之ヲ自己ノ利益ニ援用スルコトヲ得ス是確定判決ノ效力ノ然ラシムル所以ナリ(第三)優先權アル債權者ハ唯自己ノ權利ニ損害ヲ及スヘキ債權及優先權ニ對スル非サレハ異議ヲ申立ツルコトヲ得ス故ニ單純ナル債權又ハ自己ノ權利ヨリ劣等ノ順位ニ在ル優先權及債權ニ對シテ異議ヲ申立ツルコトヲ得ス異議ノ理由ニ關シテハ管財人ノ異議ニ付爲シタル說明ヲ參照スヘシ但管財人ノ異議ト異ニシテ商法第九九〇條乃至九九一條及第九九六條ニ規定セル事由ヲ異議ノ理由ト爲スコトヲ得ス此事由ハ唯管財人ノミ之ヲ主張スルコトヲ得ルノミ破産者ハ債權調査會ニ於テ參考ノ爲ニ其意見ヲ陳述スルニ止リ屆出アリタル債權ニ對シ異議ヲ述フルコトヲ得ス是蓋破産者ニ斯ル異議ヲ申立ツルコトヲ得セシムルトキハ故ラニ無責任ノ異議ヲ提出シ破産手續ノ紛擾及延滯ヲ來スノ虞アルノミナラス破産者ノ利益ハ管財人職權ノ行使ニ依テ適當ニ保護セラルルニ由ル但破産法案ニ於テハ破産者ノ爲ニ破産手續ニ依テ確定シタル債權ヲ有スル債權者カ破産手續ニ依テ辨濟ヲ受ケサル部分ニ付破産手續終結後債權表ニ基キ直ニ破産者ニ對シ强制執行ヲ爲スコトヲ妨クル效力アル異議申立權ヲ認メタリ(破案二八二條、二四五條)屆出アリタル債權及優先權ノ調査ヲ一日ニ完了スルコトヲ得サルトキハ現行破産法ニ於テハ翌日ニ續行シテ調査ヲ完了シ別ニ續行期日ヲ定メサルモノノ如シ(是記憶ヲ去ラシメサルト又破産手續ヲ迅速ニ終結セシメントノ法意ニ出ツ)破産法案ニ於テハ續行期日ヲ指定シ且之ニ關スル決定ヲ言渡シタルトキニ限リ呼出及公告ヲ爲スコトヲ要セサル旨ヲ規定シタリ(現行破産法ノ如ク翌日ニ債權ノ調査ヲ續行スルコトハ各利害關係人ノ事情ニ因リ事實上之ヲ行フコト能ハサル場合アリ是破産法案ニ於テ現行破産法ニ改正ヲ加ヘタル所以ナリ(破案二三三條、二三四條、一〇五條)債權調査會ノ期日ノ變更及債權調査ノ延期ニ關シテハ現行破産法ニ於テハ別段ノ規定ナシト雖之ヲ爲スコトヲ得ヘキハ固ヨリ當然ニシテ(民訴一六九條準用)又債權調査ノ延期ハ之ヲ言渡ササルトキニ限リ公告ヲ爲スコトヲ要スルヤ勿論ナリ(期日ノ變更ハ之ヲ言渡スコトナキヲ以テ公告ヲ爲スコトヲ要ス)(商九八一條九八〇條一項、六號)(破産法案第二三三條及第二三四條ニ於テハ此點ニ關シ詳細ニ規定シタリ)

債權調査會ノ適法ナルコト及調査手續ノ大要ヲ證スルカ爲ニ裁判所書記ハ破産主任官ノ指揮ノ下ニ於テ調査ノ調書ヲ作成スルコトヲ要ス(商一〇二五條一項、民訴一二九條二項一號乃至四號、一三〇條一項二項二號)(破産法案ニ於テ亦裁判所書記カ調書ヲ作ルヘキモノナルコトハ破産法案第一〇五條、民事訴訟法第一二九條第二項第一號乃至第四號、第一三〇條第一項、第二項第二號ノ法意ニ徵シ明白ナリ)

0416

(2) 調査ノ結果　調査ノ結果ハ各届出債權ニ對スル承認及異議ノ二者ナリ而シテ債權調査會ハ斯ル調査ノ結果ヲ債權表ニ記載スルニ因テ終了ス蓋之ニ依テ裁判所カ調査ノ結果ヲ確定スルモノナレハナリ

(商一二五條二項後段、四項「調査會ノ終リタル後」破案二三六條)

(A) 承認　承認トハ届出アリタル債權ニ對シ異議ヲ申立ツル權利ヲ有スル者カ破産主任官ノ面前ニ於テ各届出債權ニ付破産的執行權ノ存在ヲ是認スルノ行爲ナリ故ニ其性質ハ裁判上ノ認諾ナリ(商一〇二六條二項、破案二二五條「異議ナカリシトキニ」)承認ノ方法ニハ他ノ意思表示ノ方法ト同ク明示及默示ノ別アリ異議申立權者カ調査會ノ期日ニ於テ届出アリタル債權ニ付破産的執行權ノ存在ヲ是認スル旨ヲ明示シタルトキハ明示ノ承認ト爲リ異議ノ申立ナキトキ又ハ之ヲ申立テタルモ適法ニ之ヲ取消シタルトキハ默示ノ承認ト爲ル(多數ノ管財人アル場合ニ於テハ其總管財人カ異議ヲ申立テサル旨ヲ一致シタルトキニ非サレハ承認アルコトナシ)承認ノ完成ハ承認ノ性質上(裁判上ノ認諾即一方的訴訟行爲タルノ性質上)異議申立權者ノ意思表示ヲ以テ足レリトス(商一〇二六條一項「…承認…」ヲ以テ之ヲ爲ス」)債權調査ノ調書ニ承認アリタル旨ヲ記載スルハ說明ノ爲ニスルニ過キス(民訴一三〇條二項一號)然レトモ承認ノ效力即債權ノ確定換言スレハ承認セラレタル債權カ破産債權者ノ全員ニ對シテ有スル確定判決ト同一ナル效力ハ承認アリタル旨ヲ債權表ニ記載シタル時ヨリ發生ス(商一〇二五條二項、二三五條、二三六條、二三七條)蓋債權表ニ於ル承認ノ記載ハ届出債權ノ確定ニ關スル前提要件存在ノ證明ト同時(商法第一〇二六條一項及破産法案第二三五條ハ單ニ承認ニ關シテハ債權確定ノ一前提要件ヲ規定シタルノミ)ニ之ヲ是認シタル裁判ヲ包含スルモノナレハナリ

(B) 異議　異議ハ届出アリタル債權ノ承認ヲ妨クル意思表示ニ外ナラス故ニ承認ノ完成前ニ非サレハ異議ヲ申立ツルコトヲ得ス又異議申立權者カ特定ノ債權ニ對シ異議アル旨ヲ表示スルヲ以テ足リ敢テ其理由ヲ明示スルノ必要ナシ(異議ノ理由ヲ明示スルノ必要ナキ理由ハ前述シタル所ナリ)隨テ又異議申立權者ハ調査會ノ期日ニ於テ陳述シタル異議ノ理由ニ付キ拘束セラルルコトナシ(異議ノ性質)異議ハ調査會ノ期日ニ出頭シタル各異議申立權者カ口頭ニテ其旨ヲ申立テテ之ヲ爲ス書面ヲ以テ異議ヲ申立ツルコトハ法律ノ許ササル所ナリ蓋債權ノ調査ハ前述ノ如ク口頭ニテ之ヲ爲スモノナレハナリ

(異議申立ノ方法)

異議ヲ申立テラレタル權利ハ其異議ノ取消又ハ之ヲ理由ナシトスル確定判決アルニ非サレハ確定セサルモノトス(商一〇六二條一項、破案二三五條)蓋異議ノ取消ハ其效力トシテ異議ナカリシ原狀ニ復スルヲ以テ異議ヲ申立テラレタル債權ハ異議ナカリシモノ即承認セラレタル債權ト爲リ又異議ヲ理由ナシトシタル確定判決アリタルトキハ其效力トシテ異議ヲ申立テラレタル債權ハ破産的執行權アルモノト爲ルヲ以テナリ故ニ届出アリタル債權カ異議ノ取消ニ因テ確定シタルトキハ其旨ヲ債權表ニ記載シタル時ヨリ發生スルコト前述ノ如ク又異議ヲ理由ナシトスル確定判決ニ因テ確定シタルトキハ裁判所ハ管財人又ハ破産債權者ノ申立ニ因リ債權表ヲ更正スルコト後述ノ如シ而シテ異議ノ取消及異議ノ訴訟ニ付テハ(C)ニ於テ特ニ說明スルヲ適當トスルヲ以テ茲ニ之ヲ省畧ス(異議ノ效力)

調査ノ結果即承認及異議ハ債權表及提出シタル債權ノ證書ニ附記シ且各債權者及其代理人ニ之ヲ通知スルコトヲ要シ(商一〇二五條二項後段)債權表ニ附記スルハ證明ノ爲ニ(破産法案第二三六條第一項ニ於テハ調査ノ結果ヲ債權表ニ記載スルコトハ重要ナル事項ト認メ特ニ「裁判所ハ」ト規定シ以テ裁判所書記カ裁判官ノ指揮ノ下ニ於テ記載スルノ趣旨ヲ明示シタリ)債權證書ニ調査ノ結果ヲ附記スルハ

0417

主トシテ債權者ニ債權ノ處分ヲ容易ナラシムル爲ニ（故ニ破産法案第二三六條第二項ニ於テハ債權ノ證書ニ確定ノ旨ヲ記載スルコトトシタリ蓋異議アリタルコトハ債權ノ證書ニ之ヲ記載スルノ必要ナケレハナリ）又確定ノ結果ヲ通知スルハ債權確定ノ訴ヲ提起スルノ必要、不必要ヲ知ラシムルカ爲ナリ（破産法案ニ於テハ不必要ト認メ斯ル法則ヲ削除シタリ、破案二三八條二項）

現行破産法ニ於テハ破産手續ニ依テ確定シタル債權ハ破産者ニ對シテ亦確定判決ト同一ノ效力ヲ有シ破産者カ債權調査ノ期日ニ於テ異議ヲ申立テタルト否トノ區別ヲ問ハサリシ反之破産法案ニ於テハ該債權ハ債權調査ノ期日ニ於テ異議ヲ申立テタル破産者ニ對シ確定判決ト同一ノ效力ナキ旨ヲ規定シタリ現行破産法ハ破産者ノ利益保護ニ渝キヲ以テ立法上其當ヲ得ス（商一〇四九條、破案二八二條）

(C) 異議ノ取消及異議ノ訴訟　異議申立權者ハ其申立テタル異議ヲ何時ニテモ即債權調査會ノ期日ニ於テハ勿論其以後ト雖之ヲ取消スコトヲ得蓋破産債權者ノ有スル異議申立權ハ其隨意ノ權能ニシテ又管財人ノ有スル異議申立權ハ職權ノ作用ニシテ其自由ナル意見ニ依リ行フコトヲ得ヘキモノナレハナリ異議ノ取消ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘク又異議ヲ申立テラレタル債權者カ異議ノ取消アリタルコトヲ知ラサルトキハ之ニ其旨ヲ通知スヘシ（商一〇二七條破案二三五條一項前段）

異議アル債權ニ付テハ其債權者ハ異議者ニ對シ確認ノ訴ヲ提起シテ其債權ノ確定ヲ求ムルコトヲ得（商一〇二六條一〇二九條「然レトモ異議ヲ受ケタ訴訟中ニ在ル債權」破案二三八條一項）破産法案第二三八條第二項ニ於テハ異議ヲ申立テラレタル債權者ニ債權ノ確定ヲ求ムルコトヲ容易ナラシムルカ爲ニ裁判所ハ職權ヲ以テ豫メ該債權者ニ其債權ニ關スル債權表ノ抄本ヲ交付スルヲ要スル旨ヲ規定シタリ）異議アル債權ノ確定ヲ目的トスル訴カ確認ノ訴ナルヤ給付ノ訴ナルヤハ學者間ニ爭アル所ナリ

然レトモ債權確定ノ訴ハ異議ノ排斥ヲ目的トスル訴ニシテ異議ヲ理由ナシトスル確定判決ニ基キ債權者カ破産手續ニ從テ辨濟ヲ受クルハ債權確定ノ訴ノ結果ナルヲ以テ此訴ノ性質ハ確認ノ訴ナリト謂フヲ正當ト思フ債權確定ノ訴ノ原告ハ異議ヲ申立テラレタル債權者ニシテ又被告ハ異議申立者ナリト謂ハサルヘカラス蓋異議ヲ申立テラレタル債權者ハ異議ノ排斥ニ付利益ヲ有スルモノナレハナリ又債權確定ノ訴ノ原因ハ法律上別段ノ規定ナシト雖屆出テタル權利ノ原因、數額及順位等ナリト謂ハサルヘカラス蓋此訴ハ屆出アリタル債權ノ確定ヲ目的トスルモノナレハナリ故ニ原告ハ債權調査會ニ於テ演述シタル屆出權利ノ原因、數額及順位等ニ關スル主張ニ羈束セラルルモノトス（破産法案ニ於テハ訴訟手續殊ニ證書訴訟手續利用ノ目的ヲ以テ第二四〇條第一項ヲ規定シ、民事訴訟法ニ定メタル特別ノ訴訟手續ハ其性質上異議アル債權ノ確定ニ不適當ナルヲ以テ第二四〇條第二項ヲ規定シ、調査ヲ經サル屆項殊ニ調査ノ期日ニ於テ主張セサル債權ノ原因ニ付債權確定ノ訴ヲ提起シ又ハ訴訟ヲ受繼スルハ屆出及調査ノ手續ヲ無視スルモノニシテ法律上之ヲ許スヲ得サルヲ以テ第二四一條ヲ規定シ、異議アル債權ニ付執行力アル債務名義又ハ終局判決アル場合ニ於テハ其效力ヲ無視スルハ失當ナルヲ以テ異議申立者ヲシテ破産者カ爲スコトヲ得ヘキ訴訟手續ニ依リ異議ヲ主張セシムルコトヲ正當トス例之執行力アル債務名義カ確定判決ナルトキハ再審ノ訴ニ依テ異議ヲ主張スルカ如シ故ニ第二四二條ノ規定ヲ設ケ又債權調査ノ期日ニ於テ異議ヲ申立テタル破産者ニ對シテハ破産手續ニ依ル債權確定カ確定判決タルノ效力ナキ法則ヲ曩ニシタル結果破産者ヨリ異議ヲ申立テラレタル債權者ノ爲ニ第二四五條ヲ規定シタリ）左ニ管轄裁判所及裁判ニ關スル手續ヲ略述スヘシ

(a) 管轄裁判所　現行破産法ニ於テハ債權確定ノ訴ハ破産裁判所ノ管轄ニ專屬ス（商一〇二七條、民訴

五六三條）是蓋斯ル訴ハ破産手續ニ關係アルヲ以テ之ニ付破産裁判所ヲシテ裁判セシムルヲ最適當トスレハナリ（破案三九六條三五五條五六三條但破産法案ニ於テハ前述ノ如ク區裁判所ヲ以テ破産裁判所ト爲シタルカ故ニ破産法案第二三九條第二項ノ規定アルモノト知ルヘシ）訴訟物ノ價額ハ民事訴訟法ノ規定ニ從テ之ヲ定ム（民訴六條）（破産法案ニ於テハ破産法案第二三八條及第三四二條ニ規定セル訴訟ノ目的ノ價額ハ該訴ノ性質上起訴ノ當時ニ於ル配當ノ豫定額ヲ標準トシテ裁判所カ之ヲ定ムルヲ至當ナリト認メ第二四〇條ノ規定ヲ設ケタリ故ニ事物ノ管轄及訴狀ニ貼用スヘキ訴訟印紙額ハ何レモ該價額ニ依テ定ルモノト知ルヘシ）而シテ破産宣告前ニ破産者ト異議ヲ申立テラレタル債權者トノ間ニ於テ其債權ニ關スル爭ヲ仲裁人ノ判斷ニ委スル仲裁契約成立セル場合ニ於テハ異議アル債權ハ仲裁判斷ニ依テ之ヲ確定スヘキヤ言ヲ俟タス

(b) 裁判ニ關スル手續　債權確定ノ訴ハ民事訴訟法ニ規定シタル通常ノ訴訟手續ニ從テ之ヲ提起ス故ニ債權者ハ多數ノ異議申立者ニ對シテ共同訴訟手續ニ依リ起訴スルコトヲ得而シテ債權者カ多數ノ異議申立者ニ對シ共同訴訟手續ニ依リ起訴シタル場合ニ於テ其異議ノ原因カ同一ナルトキハ合一的ニ裁判スルコトヲ要スルヲ以テ債權確定ノ訴ハ必要的共同訴訟ト爲リ（民訴五〇條）又其異議ノ原因各異ナルトキハ例之甲異議申立者ハ屆出權利ノ成立ヲ爭ヒ又乙異議申立者ハ破産債權者タルノ資格ヲ爭ヒタルトキハ債權確定ノ訴ハ通常ノ共同訴訟タリ（民訴四八條）又甲異議申立者ハ乙異議申立者ト債權者トノ間ニ於テ繫屬セル訴訟ニ付從參加ヲ爲スコトヲ得蓋乙ノ異議ヲ理由アリト認メラレタル判決ハ甲ノ利益ニ於テ效力ヲ有スルヲ以テナリ（民訴五三條）債權確定ノ訴ニ付テハ裁判所ハ民事訴訟法ニ規定シタル通常訴訟手續ニ從テ裁判ヲ爲スコトヲ得故ニ債權者カ多數ノ異議申立者ニ對シ各別ニ起訴シタル

トキハ之ヲ併合スルコトヲ得（商一〇二七條、成ルヘク併合シテ……」破案一〇五條、民訴一二〇條）然レトモ現行破産法ニ於テハ例外トシテ第一ニ破産手續ヲ迅速ニ終了シ且手數ト費用トヲ省畧スルノ目的ヲ以テ干渉審理主義ヲ認メ原被兩造ノ辯論ニ重キヲ置カサリシ隨テ當事者雙方カ期日ニ出頭セサルトキト雖破産主任官ノ演述ヲ聽キ職權ヲ以テ證據調ヲ爲シテ判決ヲ言渡シ又闕席判決ヲ爲スモ之ニ對シ故障ヲ爲スコトヲ許サス第二ニ異議ヲ申立テラレタル債權者ヲシテ債權者集會ニ於テ議決權ヲ行フコトヲ得セシメンカ爲ニ債權者集會前ニ於テ可成債權確定ノ訴ニ付テ判決ヲ爲シ若債權者集會前ニ於テ判決ヲ爲スコト能ハス又ハ之ヲ爲スモ未確定ナルトキハ見込アル債權者ヲシテ相當ノ債權額ニ付債權者集會ニ於テ議決權ヲ行フヲ得セシムル爲ニ債權者カ債權者集會ニ加ハルコトヲ許スヘキヤ否ヤ又幾許ノ金額ニ付加ハルコトヲ許スヘキヤ否ヤヲ決定ス（見込アル債權者ノ爲ニ假確定ノ利益ヲ與ヘ故意ニ異議ヲ申出ツルノ弊害ヲ妨止ス）但債權者ノ優先權ノミカ異議ヲ受ケタルトキハ其債權者ハ通常ノ債權者トシテ債權者集會ニ加ハルコトヲ得蓋斯ル債權者ハ優先權ノ運命未知ルヘカラサルヲ以テ容易ニ破産者ニ有益ナル事項ニ贊成スルノ虞ナキノミナラス優先權ヲ主張シタルカ爲ニ通常債權者タル資格ヲ喪失スルモノニ非サレハナリ（商一〇二七條、一〇二八條、破案一七五條二項乃至四項、但破産法案ニ於テハ斯ル例外規定ヲ認メス而シテ破産法案ニ依レハ未確定債權、停止條件附債權及將來ノ請求權ヲ有スル破産債權者カ議決權ヲ行ハントスル場合及別除權ノ行使ニ依テ弊害ヲ受クルコト能ハサルヘキ債權額ニ付議決權ヲ行ハントスル場合ニ於テ即債權者集會ニ於テ管財人及破産債權者ナキトキハ屆出債權全額ニ付議決權ヲ行フコトヲ得異議アリタルトキハ裁判所ニ於テ決定ヲ以テ其議決權ヲ行ハシムヘキヤ否ヤ及如何ナル金額ニ付之ヲ行ハシムヘキカヲ定ム是蓋斯ル事項ハ各利害關係人ノ意思

0419

ニ一任スルヲ至當トスルニ由ル又裁判所ハ狀況ノ變更ノ有無ヲ問ハス管財人其他ノ利害關係人ノ申立ニ因リ何時ニテモ議決權ノ行使ニ關スル決定ヲ變更スルコトヲ得是蓋裁判所ヲシテ可成議決權ノ行使ニ付適當ナル裁判ヲ爲サシムルノ法意ニ出ツ議決權ノ行使ニ關スル決定及之ヲ變更シタル決定ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス是蓋不服ノ申立ヲ許ストキハ破産手續ニ煩雜ヲ來スヲ以テナリ又此決定ヲ言渡シタルトキハ送達ヲ要セス是民事訴訟法第二四五條ノ適用ニ過キス）

異議ヲ理由ナシトシタル判決カ確定シタルトキハ其判決ハ破産債權者ノ全員即債權ノ届出ヲ爲サザリシカ爲メ異議ヲ申立ツルコト能ハサリシ破産債權者ハ勿論異議ヲ申立テサリシ破産債權者ニ對シテ其效力ヲ有ス是破産的法律關係ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナリ但多數ノ異議ノ申立者アル場合ニ於テハ其總テノ異議ヲ理由ナシトシタル確定判決アルニ非サレハ斯ル效力ヲ發生スルコトナキモノトス蓋或異議申立者ノ勝訴ハ債權ノ確定ヲ妨クルモノナレハナリ（破案二四六條、二三五條後段）異議ヲ理由アリトシタル判決カ確定シタルトキハ其判決モ亦破産債權者ノ全員ノ爲ニ其效力ヲ有ス是甲破産債權者カ乙破産債權者ニ對シテハ破産的執行權ヲ有シ丙破産債權者ニ對シテハ破産的執行權ヲ有セスト云フカ如キハ理論上不能ナルヲ以テナリ（破案二四六條、二四二條）而シテ異議ヲ理由ナシトスル判決確定シタルトキハ破産債權者ハ債權表及債權證書ノ附記ノ更正ヲ申立ツルコトヲ得但判決ハ其言渡及確定ニ因テ效力ヲ生スルモノナルヲ以テ斯ル附記ノ訂正ハ認定的效力ヲ有スルニ止リ異議ヲ理由ナシトスル確定判決以外ノ事由ニ依ル債權確定ノ附記ノ如ク設定的效力ヲ有スルモノニ非ス（商一〇二五條、破案二四三條、二四四條）但破産法案ニ於テハ第二八二條ニ依リ破産者ニ對シ破産手續終結後債權表ニ基キテ强制執行ヲ爲スコトヲ得ヘキトキニ限リ債權表ノ更正カ設定的效力ヲ有スト謂フヘシ

債權確定ノ訴訟費用ノ負擔ハ民事訴訟法第七二條以下ノ規定ニ依リ之ヲ定ムルモノトシテ異議ヲ申立テタル管財人ノ負擔スヘキ訴訟費用ハ財團債權トシテ之ヲ支拂ヒ（商一〇三二條一項三號、破案三五條三號）異議ヲ申立テタル債權者及異議ヲ申立テラレタル債權者ノ負擔スヘキ訴訟費用ハ其債權者各自ノ辨濟スヘキモノナリ（破産法案第二四七條ニ於テハ破産法案第三五條第五號ノ適用トシテ異議ニ關スル訴訟即債權確定ノ訴訟又ハ異議ノ訴訟ニ因テ異議ヲ申立テタル債權者カ勝訴ノ判決ヲ受ケ以テ破産財團ヲ利シタルトキハ該債權者ハ其利益ノ限度即異議ニ依テ排斥セラレタル破産債權者カ受クヘカリシ配當額又ハ屆出アリタル優先權アル破産債權者トシテ受クヘカリシ金額ヨリ異議ノ爲ニ優先權ナキ債權者トシテ受クヘキ金額又ハ屆出ノ優先權ヨリ劣等ナル優先權アル債權者トシテ受クヘキ金額ヲ控除シタル殘額ノ範圍内ニ於テ敗訴者ノ負擔義務ニ拘ラス獨立シテ自己ノ支拂ヒタル訴訟費用ノ償還ニ付財團債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ル旨ヲ規定シタリ）

債權確定ノ訴ノ終結前ニ於テ破産手續ノ停止（若クハ廢止）（商九八二條、破案三三四條）又ハ協諧契約ニ依ル破産手續ノ終結アリタルトキハ債權確定ノ訴ハ其訴訟費用ノ負擔ヲ定ムルカ爲ニ之ヲ續行スルモノナリ蓋本案ハ目的ノ欠缺ニ因テ當然消滅シタルヲ以テナリ配當ニ依ル破産手續ノ終結アリタルトキハ債權確定ノ訴ハ何等ノ影響ヲ受クルコトナク之ヲ續行スルモノナリ唯原告タル債權者ニ歸スヘキ配當額ハ之ヲ供託シ債權者勝訴ノ場合ニハ之ヲ債權者ニ交付シ反對ノ場合ニハ他ノ債權者間ニ之ヲ配當スルコトアルノミ（商一〇二九條、破案二六四條）

債權ノ確定又ハ異議ノ當否ノ確定カ特別裁判所（例之臺灣ノ法院ノ如キ）行政裁判所（例之行政訴訟ニ依テ確定スヘキ租稅ニ關スル破産債權ノ如キ）行政廳（例之訴願ニ依テ確定スヘキ租稅ニ關スル破産債

權ノ如キ）若クハ會計檢査院ノ管轄ニ屬シ又ハ公訴附帶ノ私訴トシテ刑事裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テハ異議ニ關スル訴訟トシテ破産裁判所ニ於テ管轄スルコト能ハサルヲ以テ當該官廳ノ處分ニ依リ債權又ハ異議ノ當否ヲ確定スルコトヲ要スルヤ勿論ナリ是破産法案第二四九條ノ規定アル所以ナリ』

(ろ) 破産財團ノ確定手續　破産ノ宣告アリタルトキハ管財人ハ直ニ破産財團ニ屬スル財産ノ占有及管理ニ著手シ且之カ換價ニ著手スルコトヲ要ス（商一〇一二條、破案四三條、一七八條、一八八條）管財人ノ職務ハ各破産債權者ヲシテ破産財團ニ屬スル財産上ニ平等ナル辨濟ヲ受ケシムルニ在リ破産財團ノ管理及換價ハ斯ル辨濟ヲ受ケシムルニ必要ナル方法ナリ是破産財團ノ管理及換價カ管財人ノ職務ニ專屬スル所以ナリ又管財人ハ破産財團ニ屬スル財産ノ管理及換價ヲ爲スノ職責アルモ破産財團ニ屬セサル財産ノ管理及換價ヲ爲スコトヲ得ス是ヲ以テ管財人ハ破産財團ニ屬スル財産ノ管理及換價ヲ爲ササリシ爲ニ生シタル損害及破産財團ニ屬セサル財産ヲ換價シタル爲ニ生シタル損害ニ付各利害關係人ニ對シ賠償ノ責ニ任ス而シテ債權ノ屆出ヲ爲シタル破産債權者ハ管財人カ破産財團ニ屬スル財産ヲ破産財團ニ組入レサル場合ニ在テハ裁判外ノ注意ヲ爲ス外ニ尙破産主任官（破産法案ニ依レハ破産裁判所）ニ對シ管財人カ斯ル財産ヲ破産財團ニ組入ルヘキ旨ノ命令ヲ求ムルヲ得（商一〇一三條、破案一〇五條五四四條）破産者ハ管財人カ破産財團ニ屬セサル財産ヲ破産財團ニ組入レタル場合ニ在テハ商法第一〇一三條（破案一〇五條、民訴五四四條）ニ依テ異議ヲ申立ツルヲ得又第三者ハ自己ノ財産ニシテ破産財團ニ屬セサルモノヲ破産財團ニ組入レタル管財人ニ對シ取戻權ヲ主張スルヲ得ルコト明白ナリ（商一〇一五條、破案七四條）

(甲) 破産財團ノ管理　破産財團ノ管理トハ破産財團ノ減少ヲ豫防スルカ爲ニ破産債權者又ハ破産者ノ利益上必要ナル若クハ有益ナル行爲ノ全體ヲ總稱ス而シテ破産財團ノ管理行爲ハ破産財團ノ種種ナル狀態ニ從テ自ラ異ナラサルヲ得サルモノナルヲ以テ法律上悉之ヲ列擧スルコトヲ得ス故ニ現行破産法及破産法案ニ於テハ主要ナル二三ノ管理行爲ヲ例示スルニ止メタリ左ニ之ヲ分說スヘシ

(1) 破産財團ノ占有　破産ノ宣告アリタルトキハ管財人ハ直ニ管理ノ前手續トシテ破産財團ニ屬スル財産ヲ占有スルコトヲ要ス（商一〇一二條一項前段、破案一七九條）占有トハ他人ノ爲ニ所持スルト同一ノ意義ニシテ民法上ニ所謂占有ニ非ス（民一〇八條）蓋破産ノ目的ハ唯斯ル所持（即管財人カ破産財團ニ屬スル財産ニ付破産者及第三者ノ事實上ノ勢力ヲ排斥シ自ラ管理ヲ爲スコトヲ得ルノ地位ニ在ル狀態）ノミヲ以テ之ヲ達スルニ足レハナリ隨テ破産財團ニ屬スル財産ノ占有權其モノハ破産者ニ屬スルモノト知ルヘシ

管財人カ破産財團ニ屬スル財産ヲ占有セントスルニ際シテ其財産ヲ現實ニ所持セル破産者カ抵抗セシトキハ管財人ハ執達吏ノ共助ヲ求ムルコトヲ得ヘシ（破案一〇五條、民訴七三〇條、七三一條）何トナレハ破産決定ハ民事訴訟法第五五九條第一項第一號ニ規定セル債務名義ニ外ナラサルヲ以テナリ反之斯ル財産ヲ現實ニ所持セル第三者カ引渡ヲ拒絕セシトキハ管財人ハ其第三者ニ對シ引渡ヲ目的トスル訴ヲ提起スルコトヲ要スルナリ

(2) 財産目錄ノ作成　管財人ハ破産財團ニ屬スル財産ヲ占有シタル後遲滯ナク裁判所職員（裁判所書記、執達吏）又ハ警察官吏ノ立會ヲ以テ破産者ニ屬スル總テノ財産ノ目錄ヲ作ルコトヲ要ス若必要アルトキハ破産者ヲモ立會ハシムルモノトス是破産宣告ノ當時ニ於ル破産者ノ財産的現狀ヲ詳細ニ明記シ後日破産手續ノ成績ヲ知シ又管財人ノ責任ヲ明白ニスルノ資材ト爲スニ外ナラス財産目錄ノ作成ニ

0421

裁判所職員又ハ警察官吏ノ立會ヲ必要トスルハ管財人ノ私ヲ豫防シ公平ヲ保スルカ爲ナリ破産者ノ立會ハ財産目錄ノ作成ニ便益アルカ爲ナリ（商一〇一四條一項、破案一八二條一項、二項、三七一條二項、但破産法案ニ於テハ警察官吏ノ立會ニ換フルニ公證人ノ立會ヲ以テシ又已ムコトヲ得サル事由アル場合ヲ除ク外ハ破産者ノ立會アルコトヲ要スルモノトセリ是畢竟公證人ハ警察官吏ニ比スレハ其職務ノ性質上財産目錄ノ作成ニ立會フヲ適當トシ又可成破産者ヲシテ其利益ヲ保護スルコトヲ得セシムルニ外ナラス）檢事ハ犯行ノ有無ヲ捜査スルカ爲ニ職權ヲ以テ財産目錄ノ作成ニ立會フヲ得（商一〇一四條四項裁構六條）ルヤ當然ナリ

財産目錄ニハ破産者ニ屬スル總テノ財産ヲ記載シ且其價格ヲ記載スルコトヲ要ス若必要アルトキ即管財人ニ於テ價格ヲ認定スルコト能ハサルトキハ鑑定人ヲシテ評價ヲ爲サシムルコトヲ得是財産目錄ヲ以テ破産宣告ノ當時ニ於ル破産者ノ總財産ニ付作成シタル明細書ト爲シタルニ依ル故ニ現行破産法ニ從ヘハ財産目錄ニハ破産者ノ財産タル以上ハ破産財團ニ屬スルト否ト動産ナルト不動産ナルト債權ナルト物權ナルトヲ問ハス總テ之ヲ記載セサルヘカラス然レトモ破産財團ニ屬セサル財産ヲ財産目錄ニ記載スルハ破産ノ目的ヲ逸スルニ必要ナシ故ニ破産法案ニ於テハ破産財團ニ屬スル財産ヲ財産目錄ニ記載スルモノトシ以テ現行破産法ニ修正ヲ加ヘタリ（商一〇一四條二項、破案一八二條一項）

管財人ノ作成シタル財産目錄及其ノ當時ノ狀態ヲ示ス調書（商一〇一四條三項、同項ニ所謂之ニ關スル調書」トハ如何ナル書類ヲ指示スルヤ法文上ハ頗曖昧ナリト雖起草者ノ說明ニ依レハ財産目錄作成ノ際ニ生シタル事實及陳述ヲ記載シタル調書ヲ指示スルモノノ如シ）ノ認證アル謄本ハ裁判所ノ書記課ニ備ヘテ之ヲ公衆ノ展閲ニ供シ斯ル書類ノ原本ハ管財人ノ手ニ存シテ財團管理上ノ用ニ之ヲ供ス是各利害關係人ヲシテ破産ノ狀況ヲ知ルコトヲ得セシムルカ爲ナリ（破案一八四條、但破産法案ニ於テハ現行破産法ノ如クニ公衆ノ展閲ニ供スト云フハ汎漠ニ失シ立法上失當ナルヲ以テ之ヲ削除シ利害關係人ヲシテ破産法案第一〇五條、民事訴訟法第二二四條ノ規定ニ依リ記錄ノ閲覽ヲ爲スコトヲ得セシムルヲ以テ足レリトセリ又現行破産法ニ所謂「之ニ關スル調書」ニ換フルニ封印ニ關スル調書ヲ以テシ調書ノ實質ヲ明瞭ナラシメタリ）各利害關係人ハ其費用ヲ以テ破産目錄ノ謄本ヲ求ムルコトヲ得（破案一〇五條、民訴二二四條）

(3) 報告書及貸借對照表ノ作成　管財人ハ商法第九七九條ニ基キ破産者ノ提出シタル屆書及貸借對照表ヲ破産主任官ノ定メタル三十日ノ期間内ニ調査シ破産ニ關スル一切ノ狀況即破産ノ原因、犯行ノ有無、破産財團ノ現況ヲ取調ヘ其報告書ヲ作成シ之ヲ破産手續ノ指揮監督者タル破産主任官ニ提出スルコトヲ要シ破産主任官ハ該報告書ヲ調覽シ或ハ之ヲ修正シ或ハ之ヲ補充シ以テ之ヲ檢事ニ送致ス又管財人ハ破産者カ貸借對照表ヲ差出ササルトキハ自ラ之ヲ作成シ報告書ニ添ヘテ之ヲ破産主任官ニ提出スルコトヲ要ス此貸借對照表ハ破産者ノ貸方及借方ノ摘要ヲ示ス始末書ニ外ナラサルヲ以テ之ニ管財人ハ貸方ニ屬スル總財産殊ニ動産、不動産、有價證券、現金、破産者ノ債權及借方ニ屬スル總額殊ニ別除權、取戻權、財團債權、破産者ノ債務等ヲ表示スルコトヲ要ス而シテ之カ爲ニ管財人カ其交付セラレタル帳簿（商一〇〇五條二項）ニ基キ或ハ破産者其他ノ家族ニ問合ヲ爲シ又破産主任官ニ申立テ訊問（商一〇二二條）ヲ爲サシメタルニ因テ得タル諸般ノ事情ヲ參考トスルハ言フ迄モナシ（商一〇一六條一項破案一八三條、但破産法案ニ於テハ破産申立人カ貸借對照表ヲ差出スヘキ旨ノ規定ヲ設ケサルヲ以テ管財人ハ貸借對照表ヲ當然作成スヘキモノトシ報告書ノ作成ハ頗雜ニ失シ實用ナキヲ以テ之ヲ報告書

0422

ノ作成ニ關スル現行破産法ノ規定ヲ刪除シタリ）

管財人ノ作成シタル報告書及貸借對照表ノ認證アル謄本ハ裁判所書記課ニ備ヘテ公衆ノ展閲ニ之ヲ供シ且之ヲ檢事ニ送致スルコトヲ要ス（商一〇一六條二項、三項）是各利害關係人ヲシテ破産ノ狀況ヲ知ルコトヲ得セシメ又檢事ヲシテ犯行ノ有無ヲ搜査スルコトヲ得セシムルカ爲ナリ（現行破産法ノ如クニ公衆ノ展閲ニ供スト云フハ汎漠ニ失シ立法上失當ナルヲ以テ之ヲ削除シ利害關係人ヲシテ破産法案第一〇五條、民事訴訟法第二二四條ノ規定ニ依リ記錄ノ閲覽ヲ爲スコトヲ得セシムルヲ以テ足レリトセリ又檢事ニ貸借對照表ヲ送致スルコトナシ蓋檢事ハ裁判所構成法第六條ノ規定ニ依テ其職務ヲ完全ニ行フコトヲ得レハナリ）

各利害關係人ハ其費用ヲ以テ報告書、貸借對照表等ノ謄本ヲ求ムルコトヲ得（破案一〇五條、民訴二二四條）

(4) 保全處分　現行破産法ニ於テハ保全處分トシテ左ノ事項ヲ規定シタリ然レトモ這ハ管理ノ補助行爲ニシテ特ニ保全處分ト稱スルノ必要ナキヲ以テ破産法案ニ於テハ破産財團ノ管理及換價ノ題下ニ之ヲ規定シタリ但破産法案第一一二條乃至第一一八條ニ規定セル事項ハ破産債權ノ確定手續ニモ亦必要アルモノナルヲ以テ破産法案ニ於テハ第二編第一章ノ總則中ニ之ヲ規定シタリ詢ニ適當ナル立法ト思フ

(a) 拂渡差押命令　破産者ニ對シテ債務ヲ負ヒ又ハ破産財團ニ屬スル物ヲ占有スル者ハ其支拂又ハ交付ヲ管財人ニノミ爲スヘキコトヲ拂渡差押命令ヲ以テ催告セラレ又破産財團ニ屬スル物ヲ占有スル者ハ拂渡差押命令ヲ以テ其占有、若優先權ヲ有スルトキハ其權利ヲ破産裁判所ノ定メタル期間内ニ破産主任官ニ對シテ屆出ツヘキ義務ヲ負フヘキモノナリ故ニ拂渡差押命令ハ斯ル催告ヲ爲シ又斯ル義務ヲ負ハシムル裁判所ノ決定ナリト謂フコトヲ得其説明ハ前述シタル所ナルヲ以テ茲ニ之ヲ省略ス（商一〇〇六條一項、九八〇條一項、四號、五號、一〇二三條一項、破案一五〇條但破産法案ニ於テハ第二編第六章破産財團ノ管理及換價中ニ拂渡差押命令ニ關スル規定ヲ設ケスト雖此命令ノ性質ハ管理ノ補助行爲ナルコトハ洵ニ明白ナリ故ニ獨逸破産法ニ在テハ我破産法案第二編第六章ニ該當スル獨逸破産法第二編第三章中ニ規定シタルナリ）

(b) 提示ノ義務　別除權者ニシテ其目的物ヲ占有スル者ハ管財人ノ求ニ依リ目的物ヲ提示シ且其評價ヲ許スヘキ義務ヲ負フ（商一〇〇六條二項後段破案一九七條）故ニ斯ル別除權者カ其義務ヲ履行セサルトキハ管財人ハ訴ニ依テ斯ル義務ノ履行ヲ强制スルコトヲ得是蓋管財人ハ破産債權者團體ノ爲ニ別除權ノ目的物ヲ受戻シ又ハ之ヲ賣却シ其賣得金ヲ破産財團ニ組入ルノ權限ヲ行フカ爲ニ該目的物ヲ閲覽シ及其價格ヲ確知スルノ必要アルニ由ルナリ

(c) 送達物ノ交付　破産裁判所ハ郵便局其他公私ノ運送取扱所ニ對シ管財人ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ破産者ニ宛テタル郵便、電報其他ノ送達物（小包ノ如キ）ヲ管財人ニ交付スヘキカ爲ニ必要ナル命令ヲ發スルコトヲ得而シテ此命令ハ職權ヲ以テ管財人、當該官署其他ノ運送取扱所ニ送達セサルヘカラス是破産財團ニ屬スヘキ財産ヲ發見シ且破産者ノ實情ヲ知ルニ最適當ナル行爲ナリ（商一〇〇六條四項、破案一八五條一項但破産法案ニ於テハ現行破産法ニ於ルカ如クニ「命令ヲ發ス」ト云フハ不穩當ナルヲ以テ囑託ニ改メ又私設運送取扱所ニ對シ管財人ニ送達物ヲ交付スル旨ヲ命スルモ這ハ事實上行ハレサルモノナルヲ以テ單ニ郵便又ハ電信ノ事務ヲ管掌スル官署ノミニ對シ囑託ヲ爲スコトトセ

0423

リ）

管財人ハ其受取リタル送達物ヲ開封スルコトヲ得是前者ノ如キ命令ヲ發スルコトヲ許スノ法意ヨリ生スル當然ノ結果ナリ然レトモ破産者ハ其利益保護ノ爲ニ送達物ノ開封ニ立會ヒ又ハ其閲覽ヲ求メ且其破産財團ニ關セサルモノノ交付ヲ求ムルコトヲ得隨テ管財人ハ之カ引渡ヲ拒ムコトヲ得ス（商一〇〇六條三項、憲二六條、破案一八五條二項、三項）破産法案ニ依レハ其他破産者ハ破産裁判所ニ對シ前示ノ囑託ヲ取消シ又ハ之ヲ制限（例之或一定ノ送達物ニ限リテ管財人ニ交付スル旨ヲ囑託スルノ類）スル旨ヲ申立ツルコトヲ得現行破産法ニ於テ斯ル趣意ノ明文ヲ缺クハ立法上ノ缺點ナリ（破案一八六條一項）

前示ノ命令ハ破産終結ノ決定アリタルトキハ（破案二七七條二項）裁判所之ヲ取消スヲ當然ナリトス破産取消ノ決定確定シタルトキ亦然リ（破案一八六條二項、但破産法案ニ依レハ破産廢止ノ決定確定シタルトキ亦之ヲ取消スヘキモノトス）

(d) 動産ノ封印　裁判所ハ破産宣告ト同時ニ債務者ノ動産ノ封印ヲ命ス蓋不動産ハ紛失又ハ隠匿ノ恐ナキヲ以テ之ニ封印ヲ爲スノ必要ナケレハナリ會社ノ破産ニ在テハ連帶無限ノ責ヲ負フ總社員ノ動産ニ對シテ封印ヲ爲ス是連帶無限責任ノ效用ヲ害スルニ至ルヲ豫防スルカ爲ニシテ會社ノ破産ハ同時ニ連帶無限責任ノ法理ニ基キ其責任ヲ負フ是社員ノ破産ヲ惹起スト云フ法意ニ非ス然レトモ破産財團ニ屬セサル物件、腐敗若クハ減價ノ爲メ即時ノ換價ヲ要スル物件又ハ封印ノ爲ニ繼續利用ヲ妨ケラルル物件（例之破産財團ノ爲ニ破産者ノ營業ヲ續行スルニ必要ナル物件、商一〇一七條）ニハ封印ヲ爲スコトナシ元來動産ノ封印ハ破産債權者團體ノ爲ニ之ヲ行フモノナリ斯ル物件ニ對シ封印ヲ爲スハ却テ破産債權者團體ノ利益ト爲ラス又其利益ヲ害スルニ至ル是法律カ破産財團ニ屬セサル物件ノ如キハ單ニ

財産目錄ニ記載スルヲ以テ足レリトシ其他ノ物件ノ如キハ財産目錄ニ記載シタル後換價ノ爲メ或ハ繼續利用ノ爲メ管財人ニ之ヲ占有セシムルコトヲ要スト規定シタル所以ナリ但特ニ高價ナル物ハ封印ヲ以テ之ヲ確實ニ保全スルコト難シ蓋封印破毀ニ關スル刑法上ノ制裁ヲ被ルモ之ヲ隱匿セントスルノ決心ヲ爲サシムルヲ以テナリ是法律カ斯ル物件ニ關シテハ財産目錄ニ記載シタル後即時ニ之ヲ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手形ハ其權利ノ實行ニ付法律上必要ナル方式アルヲ以テ之ニ封印ヲ施ストキハ失權スルノ恐アリ故ニ財産目錄ニ記載シタル後管財人ニ之ヲ占有セシメ手形權ノ實行ヲ容易ナラシムルヲ要スルコト固ヨリ當然ナリ（商一〇〇二條、一〇〇五條二項、四項、破案一七九條一項、但確産法案ニ於テハ現行破産法ノ如ク一面ニ於テハ封印ヲ爲スコトヲ要スル旨ノ原則ヲ掲ケ他ノ一面ニ於テ斯ル原則ヲ無用視スルニ足ルノ例外ヲ設クルハ立法上其宜キヲ得サルノミナラス必封印ヲ爲サシムルハ徒ニ管理手續ヲ煩雜ナラシムルニ過キサルヲ以テ獨逸破産法第一二三條第一項ニ於ルカ如クニ封印ヲ爲スト否トハ管財人ノ意見ニ之ヲ一任シ若管財人ニシテ封印ヲ爲ササルノ過失アレハ其責ニ任セシムルヲ以テ足レリトセリ是破産法案第一七九條第一項ニ「必要ト認メタルトキハ」ト規定セル所以ナリ）

動産ノ封印ハ執達吏（執達吏規則三條）カ動産封印ノ命令（商九八〇條一項三號、一〇〇二條一項、民訴五三四條準用）ニ基キ之ヲ爲ス又動産ノ解封ハ管財人カ債務者ノ財産ヲ目錄ニ載セ且之ヲ占有シタルトキニ於テ破産主任官ノ命令ニ依リ執達吏之ヲ爲ス蓋此場合ニ於テハ財産紛失ノ恐ナキノミナラス封印カ管理ヲ妨害スルヲ以テナリ但財産目錄作成以前ニ於テ目錄ニ記載スルカ爲ニ封印アリタル動産ヲ調査スルノ必要アルトキハ管財人ハ破産主任官ニ解封ヲ申立テ執達吏ヲシテ解封ヲ爲サシムルコトヲ

得若動産ノ價格不分明ナルカ如キ事情ノ爲ニ即時ニ財産目錄ニ記載スルコト能ハサルトキハ再封ヲ爲サシメ即時ニ財産目錄ニ記載スルコトヲ得タルトキハ之ト同時ニ開封アルモノト知ルヘシ（商一〇〇五條一項、九八三條）（破産法案第一七九條及第一八〇條ニ於テハ封印又ハ解封ノ手續ヲ規定シ現行破産法案第三七一條ニ於テ手數料ヲ規定シ現行破産法ノ規定ニ修正ヲ加ヘタリ）

動産ノ封印及解封ニ關シテハ調書ヲ作リ其認證謄本ヲ裁判所書記課ニ備ヘ以テ公衆ノ展閲ニ供ス（商一〇一四條三項、破案一八四條）

(e) 帳簿ノ認證　破産者カ裁判所ニ提出シタル商業帳簿（商九七九條一項）又ハ執達吏ヲシテ占有ノ上裁判所ニ提出セシメタル商業帳簿ハ（商九八〇條一項三號）後日記載ノ增減變更等ノ紛議ヲ絕ツカ爲ニ破産主任官ヲシテ現狀ヲ認證セシメ即時之ヲ管財人ニ交付ス是管財人カ貸借對照表及報告書等ヲ作成スルノ資料ト爲スノ必要アルニ由ル（商一〇〇五條三項、一〇一六條、破案一八一條、但破産法案ニ於テハ一般破産主義ヲ採用シタルヲ以テ「帳簿」トシ又破産主任官ヲ廢止シタルヲ以テ之ニ換フルニ裁判所書記ヲ以テシタリ）

(f) 破産者ニ關スル處分　破産財團ノ管理ノ補助トシテ破産者ニ關シテ爲スノ處分ニ二種アリ破産者ニ對スル處分及破産者ノ爲ニスル處分是ナリ

第一、破産者ニ對スル處分ハ破産者ノ說明義務、住所ヲ離レサルノ義務及其自由ノ拘束ナリ破産者ハ破産ニ關シ必要ナル說明ヲ爲スコトヲ要ス是蓋破産者ハ破産ノ目的ヲ達スルカ爲ニ其助スルノ義務ヲ負フモノナレハナリ（商一〇二二條、破案一一八條）破産者ノ法定代理人モ亦斯ル義務ヲ負フコトハ商法第一〇二二條ニ所謂「其他ノ人ヲ……」ノ法文ニ徵シテ明白ナリ破産者ハ裁判所ノ許可ヲ受クルニ非サレハ其位置即住居ノ設アル地ヲ離ルルコトヲ得ス（商一〇〇三條三項、破案一一二條）是蓋破産者ハ隨意ニ其義務ヲ免ルルコトヲ得サルニ由ル許可ノ申立ヲ棄却シタル裁判ニ對シテハ現行破産法ニ在テハ法律上別段ノ定ナキヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス破産法案ニ在テハ之ニ反ス（破案一〇九條）破産者ノ法定代理人モ亦斯ル義務ヲ負フヤ當然ナリ（破案一一七條）破産者カ其義務ヲ履行セサル場合殊ニ逃走ヲ爲シ（即說明ノ義務ヲ履行セス叨リニ位地ヲ離レサルノ義務ヲ履行セス）又財産ヲ匿スノ虞アル場合ニ於テハ裁判所ハ破産者ノ監守ヲ命シ又破産者カ說明ノ義務ヲ免レンカ爲ニ出頭セサル場合ニ於テハ裁判所ハ破産者ノ引致ヲ命スルコトヲ得（商一〇〇三條、破案一一三條、一一四條）監守トハ破産者ノ法律ニ反對スル意思ヲ屈從スルカ爲ニ行ヒ（强制監守）又ハ破産財團ニ對スル危害ヲ豫防スルカ爲ニ行フ（擔保的監守）處分ニシテ引致ハ出頭ヲ强制スル處分ナリ監守又ハ引致ヲ命シタル決定又ハ斯ル決定ヲ求ムル申請ヲ却下セル決定ニ對シテ現行破産法ニ在テハ法律上別段ノ規定ナキヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス破産法案ニ在テハ之ニ反ス（破案一〇九條）監守又ハ引致ヲ命シタル決定ノ執行及其費用負擔ノ方法ニ關シテハ商法施行條例第四五條、第四八條及第四九條ヲ參照スヘシ（商施一四七條破案一一三條二項、一一四條、一一五條）監守ノ事由存セサルトキ即監守ノ必要カ止ミタルトキ殊ニ管財人カ破産者ノ財産ヲ財産目錄ニ記載シ且之ヲ占有シタルトキ破産者ノ逃走、財産ノ隱匿ノ虞ナキニ至リタルトキ其他破産手續ヲ停止シタルトキ（商九八二條、破案一四六條）ハ裁判所ハ破産者若クハ管財人ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ破産者ノ釋放ヲ爲スコト即其監守ヲ免スル旨ノ決定ヲ爲スコトヲ要ス又監守ノ事由存セサル事實ニ付確信ヲ置クコト能ハサルトキハ裁判所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コトヲ條件トシテ破産者ヲ釋放スル旨ノ決定ヲ爲スコトヲ得（擔保ハ破産

0425

者ヵ其義務ヲ履行セサル場合ニ裁判所指定ノ金額ヲ第三者カ支拂フコトニシテ或ハ對人擔保タルコトアリ或ハ物上擔保タルコトアリ或ハ現金ノ供託タルコトアリ）但破産者ノ金錢ヲ以テ斯ル擔保ト爲スコトヲ得ス蓋這ハ破産財團ニ屬スル財産ナルヲ以テ擔保タルノ實益ナケレハナリ又破産者カ其義務ニ違反シタルトキハ擔保ヲ取上ケテ之ヲ財團ニ加ヘ以テ破産債權者ノ利益ニ歸セシム（商一〇〇四條、商法施行條例五〇條、商施一四七條、破案一一六條一項、但破産法案ニ於テハ擔保ヲ立ツルコトヲ條件トシテ監守ノ決定ヲ取消スコトヲ許サス蓋擔保ヲ供スルコトヲ條件トスコトヲ得サル場合ニ在テハ寧取消ヲ爲ササルニ若カサレハナリ）監守ヲ免スル旨ノ決定又ハ斯ル決定ヲ求ムル申請ヲ棄却シタル決定ニ對シテハ現行破産法ニ在テハ法律上別段ノ規定ナキヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス破産法案ニ在テハ之ニ反ス（破案一〇九條）破産者ヲ解放スル決定ノ執行ノ方法ニ關シテハ商法施行條例第五〇條、商法施行法第一四七條ヲ參照スヘシ（破案一一六條二項、三項）破産者ノ法定代理人ニ對シテ亦裁判所ハ監守又ハ引致ヲ命スルコトヲ得ルヤ當然ナリ（破案一一七條）監守又ハ引致ノ必要アルニ至リタルトキハ裁判所ハ更ニ監守ヲ命シ又ハ引致ヲ命スルコトヲ得ヘシ

第二　破産者ノ爲ニスル處分トハ扶助料ノ給與及報酬ノ給與ニ外ナラス破産者ハ前述ノ如キ義務ヲ負ヒ又自由ノ拘束ヲ受クルコトアルヲ以テ破産者ヲシテ斯ル義務ニ違背シ又ハ自由ノ拘束ヲ受ケサルヲ得サルカ如キ境遇ニ至ラシメサルコトヲ要ス然ラスンハ徒ニ難ヲ人ニ責ムルモノト謂フヘシ是ヲ以テ破産者カ自然人ニシテ自ラ營利ノ業務ヲ執ルコト能ハス又ハ他ニ生活費ヲ得ルノ途ナキ場合ニ於テハ破産主任官ハ破産財團中ヨリ扶助料即破産者及其家族ノ生活上必要ナル費用ヲ破産者及其家族ニ給與スルコトヲ得（商一〇〇七條、一〇三二條、破案一八七條、一九一條、三五條八號、但破産法案ニ於テハ破産主任官ヲ廢止シタルヲ以テ之ニ換フルニ管財人ヲ以テシ特別ノ勞務ニ對シ報酬ヲ給與スルハ當然ノ事項ナリ）故ニ破産者カ管財人ノ求ニ因リ其執務ヲ補助シタル場合ニ於テハ破産主任官ハ破産者ニ報酬ヲ與フルコトヲ得（商一〇一二條二項、一〇二三條）破産法案ニ於テハ斯ル趣意ノ明文ナシト雖管財人カ破産者ヲ雇入レタルトキハ之ニ報酬ヲ與フヘキモノナルコト民法上ノ規定ニ依リ明白ナリ（破案三五條二號）

(5)　管財人ノ報告　管財人ハ通常第一回ノ債權者集會ニ於テ管財ノ處理（破産法案第一九〇條ニ所謂破産財團ニ關シテ爲シタル處分ト同義ニシテ例之扶助料ノ給與、破産者ノ營業ノ繼續等ノ如キ事項ノ如シ）及其結果（例之營業ノ繼續ノ有益ナルコト）及財團ノ現況ニ付口頭ヲ以テ報告ヲ爲スコトヲ要ス是破産債權者ヲシテ破産手續ノ進行ニ付適當ナル決議ヲ爲サシムルカ爲メナリ（商一〇三七條一項、破案一九〇條、但現行破産法ニ於テハ破産主任官カ破産手續ノ從來ノ成行ノ報告ヲ爲ス旨ヲ規定スト雖破産法案ハ破案主任官ヲ廢シタル結果トシテ斯ル規定ヲ設ケス又破産ニ於テハ支拂不能ノ原因即破産ヲ爲スニ至レル事情ヲ報告スヘキモノト定メタリ）破産法案ニ依レハ管財人ハ債權者集會ノ定ムル所ニ從ヒ債權者集會又ハ監査委員ニ破産財團ノ狀況ヲ報告スルコトヲ要ス（破案一〇一條）是管財人ノ不正ヲ豫防シ債權者ノ利益ヲ保護スルカ爲ニ債權者集會ヲシテ其決議ヲ以テ管財人ニ或時期ニ報告ヲ爲スノ義務ヲ負ハシムルコトヲ許シタルモノナリ（破案一〇一條）

(乙)　破産財團ノ換價　破産財團ノ換價トハ破産財團ニ屬スル財産ニ依リ金錢若クハ金錢的價格ヲ得ル行爲ノ全體ナリ（金錢的價格ヲ得ル行爲トハ例之破産債權者又ハ財團債權者ニ對シ法律上請求スルコトヲ得ヘキ金額殊ニ配當額、報酬額ニ相當スル價額アル財産ニシテ破産財團ニ屬スルモノヲ交付スル

0426

カ如キ代物辨濟ヲ爲ス行爲ヲ謂フ）而シテ破産財團ノ換價ハ第一管理費用ヲ得ルカ爲ニ之ヲ爲ス此場合ニ於テハ管財人ハ必要ナル限度ヲ超エテ破産當事者ノ利益ヲ害スヘカラサルナリ第二損失ヲ避クルカ爲ニ之ヲ爲ス、保存ニ著シキ費用ヲ要スル物件又ハ損敗シ易キ物件ノ換價即是ナリ（商一〇〇一條一項、破案一八八條二項）第三配當ノ爲ニ之ヲ爲ス、此場合ニ於テ管財人ハ總破産債權ノ數額ニ比シ過大ノ換價ヲ避ケ破産者ノ利益ヲ害セサルコトヲ要ス但協諧契約ノ豫期セラルル間即第一債權者集會ノ終了迄又若協諧契約ノ提供アリタルトキハ其落著ニ至ル迄換價ニ著手スヘカラス（商一〇三八條、一〇一七條一項、破案一八八條一項、但破産法案第二八六條ニ在テハ何時ニテモ强制和議ノ提供ヲ爲スコトヲ許シタルヲ以テ破産法案第一八八條但書ノ規定アル所以ナリ）又破産財團ノ換價ハ管財人カ破産財團ニ屬スル財産ヲ各箇ニ又ハ一括シテ賣却シ（例之商店ト共ニ總商品ヲ讓渡スルカ如キ）又ハ破産財團ニ屬スル債權ヲ取立テ（商一〇一九條一項）又ハ讓渡シテ之ヲ爲ス左ニ換價ノ手續ト收入金ノ供託トヲ略述スヘシ

(1) 換價ノ手續　破産財團ニ屬スル財産ヲ換價スルノ手續ハ原則トシテ民事訴訟法上ノ手續ニ依ル競賣ナリ故ニ動産ニ關シテハ執達吏又不動産ニ關シテハ其所在地ヲ管轄スル區裁判所カ競賣ノ機關トシテ競賣ヲ實施ス有期ノ債權其他ノ財産權ハ民事訴訟法第六二〇條及第六二五條ノ規定ニ依テ之ヲ換價ス例外トシテ動産ニ限リ相對賣却ヲ許セリ是競賣ハ公平ニシテ且可成高價ニ賣却スルコトヲ得ルニ由リ又相對賣却ハ手續ヲ省略シ費用ヲ節約スルニ適當ナル換價方法タルヲ以テ動産ニ限リ之ヲ許スモ破産財團ニ害ナキコトアルニ由ル（商一〇一八條、一〇一二條一項、破案一八八條、一九八條、一九九條、但破産法案ニ於テハ原則トシテ破産財團ノ換價ハ管財人ヲシテ其適當ト認メタル方法ニ依テ之ヲ爲スモノトシ不動産又ハ船舶ヲ目的トスル權利ニシテ任意賣却ヲ爲スニ付監査委員ノ同意ナキモノ及別除權ノ目的タル財産ハ例外トシテ民事訴訟法又ハ競賣法ノ規定ニ依ラノミ之ヲ爲スヘキモノトシタリ是蓋破産ニ在テハ其性質上管財人ヲシテ可成費用ヲ要セサル換價方法ヲ選擇スルコトヲ得セシムルヲ適當ナリトシテ原則ヲ設ケ又不動産及船舶ヲ目的トスル權利ハ重要ナル財産ナルヲ以テ又任意賣却ハ別除權者ノ利益ヲ害スルニ至ルコトアルヲ以テ例外ヲ設ケタルモノナリ）又破産財團ニ屬スル財産ヲ換價スルノ時期ハ管財人カ適當ナリト認ムル時期ニ外ナラス故ニ財團ノ爲ニ即時ノ換價ヲ爲スヘキモノ例之損敗又ハ減價ノ虞アルモノ及保管ニ不便ナルモノハ即時ニ換價ニ著手シ然ラサルモノハ適當ナル時期ニ於テ換價ス（商一〇一二條一項、但本條ニ即時ニ換價ニ著手スルコトヲ要ストアルカ爲ニ反對ニ論決スルコト勿レ破産財團ノ管理ハ破産法案第一七八條ニモ明示スルカ如クニ即時ニ之ヲ爲スコトヲ要スト雖破産財團ノ換價ハ即時ニ之ヲ爲スノ必要ナシ蓋破産財團ニ屬スル財産中即時ニ換價スルトキハ却テ破産財團ノ不利益ト爲ルモノアルノミナラス協諧契約ノ豫期セラルル間ハ破産財團ヲ換價スヘキモノニ非サレハナリ）破産法案ニ於テハ即時ニ換價スルヲ要スル事情アルニ非サレハ管財人ハ一般ノ債權調査カ終了シタルトキニ於テ破産財團ヲ換價スヘキモノトシ以テ早計ニ爲ス破産財團ノ換價ニ依リ有益ナル强制和議ニ因ル破産手續ノ終結ヲ妨クルコトナカラシメタリ洵ニ適當ナル立法ナリト思フ

（破案一八八條）

別除權者カ法律ニ定メタル方法ニ依ラスシテ別除權ノ目的ヲ處分スル權利ヲ有スル場合ニ於テハ其權利ヲ害セサル範圍内ニ於テ管財人カ該目的ヲ換價スルノ手續ヲ設クルコトヲ要ス現行破産法ニ於テ斯ル趣意ノ明文ヲ缺クハ立法上ノ缺點ナリ是破産法案第二〇〇條ノ規定アル所以ナリ

0427

(2) 收入金ノ供託　破産財團ニ屬スル財産ノ賣却及破産財團ニ屬スル債權ノ取立等ニ基キテ財團ニ收入スル金錢ハ管財人カ供託所ニ之ヲ供託シ破産主任官ノ支拂命令ニ依ルニ非サレハ供託所ニ於テ之ヲ支出スルコトヲ得ス是徒ニ現金ヲ管財人ノ手ニ存セシムルハ獨不生産的行爲(利息ヲ生セサルヲ以テ)管財人ノ費消其他紛失等ノ危險ヲ避ケ且濫費ヲ避クルカ爲タリ但破産手續ノ進行ニ付通常必要ナル支出額ハ之ヲ管財人ノ手ニ存セシメ以テ供託手續ノ煩雜ヲ避クルモノトス(商一〇二〇條)而シテ若管財人カ故ナク供託ヲ遲延シタルトキハ供託ニ依テ生スヘカリシ利息ヲ賠償スルノ責ニ任スルノミナラス不誠實ノ管財人トシテ解職セラルルコトアリ(商法施行條例四二條、商施一四七條)破産財團中ニ現存セル金錢モ亦同一ノ理由ニ因リ供託スヘキモノナリ(破産法案ニ於テハ破産財團ニ屬スル貨幣ノ保管方法ハ第一回ノ債權者集會前ニ於テハ裁判所假ニ之ヲ定ムルモノトセリ是蓋破産法案ニ於テハ現行法ノ如ク保管ノ方法ヲ供託所ニ寄託スルコトニ限ルハ不便ニ失スト認メ且破産主任官ヲ廢止シタルニ由ル又有價證券其他ノ高價品ハ其性質上貨幣ト同ク之ヲ取扱フコトヲ要スルモノナリ而シテ破産財團ニ屬スル貨幣、有價證券其他ノ高價品ノ保管方法ニ付重大ナル利害關係アルモノハ破産債權者ナリ故ニ保管方法ノ確定ス第一回ノ債權者集會ノ決議ニ之ヲ委スルコトヲ正當ト認メタリ是破産法案第一八八條及第一九一條ノ規定アル所以ナリ又管財人カ裁判所ノ命令又ハ債權者集會ノ決議ニ基キテ寄託殊ニ供託シタル貨幣、有價證券其他ノ高價品ノ返還ヲ求ムル場合ニ於テハ管財人カ其職權ヲ濫用シテ切ニ高價品ノ返還ヲ求メ破産債權者ヲ害スルニ至ルノ弊ヲ豫防スルコトヲ要スルヤ當然ナリ是破産法案第二〇一條ノ規定アル所以ナリ

(丙) 破産機關ノ干與　貸金ノ取立、時效ノ中斷、登記ノ記入等ノ如キ破産財團ノ保存行爲ハ(商一〇一九條)破産財團ヲ利スルモ之ヲ損スルコトナシ故ニ斯ル行爲ハ管財人カ單ニ之ヲ爲スコトヲ得然レトモ破産關係人ノ利害ニ重大ノ關係アル處分行爲ハ其利害關係人ノ利益保護ノ爲ニ破産裁判所又ハ破産主任官ノ認可ヲ必要ナリトシ管財人ハ單獨ニ之ヲ爲スコトヲ得ス左ニ管財人カ單獨ニテ爲スコト能ハサル管理及換價ニ關スル事項ヲ略述スヘシ

(1) 營業ノ續行　破産宣告ノ當時迄破産者ノ爲シ來リタル營業ヲ突然廢スルハ破産者ニ對シテハ勿論破産債權者ニ對シ不利益ナルコトアリ是ヲ以テ現行破産法ハ破産裁判所ヲシテ破産主任官ノ申立ニ因リ管財人ノ意見ヲ聽キ其當否ヲ判斷シ決定ヲ以テ營業ノ續行ヲ許スコトヲ得セシメタリ(商一〇一七條一項、破案一八七條、一九一條、但現行破産法ニ於テハ貸方ノ借方ニ超ユルコト判然ナルトキ又ハ協諧契約ノ豫期セラルル間ニ限ルト雖立法上斯ル場合ニ限ルノ理由ナキヲ以テ破産法案ニ於テハ斯ル制限ヲ設ケス又破産法案ニ於テハ營業ノ繼續ハ第一回ノ債權者集會前ニ於テハ裁判所假ニ之ヲ許可シ營業ヲ繼續スルヤ否ヤノ確定ハ利害ノ關係アル破産債權者ノ意思ニ一任スルヲ正當ナリト認メ第一回ノ債權者集會ニ於テ營業ノ繼續ニ付決議ヲ爲スコトヲ要スルモノトシタリ)破産者ノ營業ヲ續行スル場合ニ於テ管財人カ破産財團ニ屬スル物件ヲ通常ノ營業外ニ賣却スルヲ利益ト認メタルトキ例之書籍ノ流行漸次ニ衰フルニ至リタルヲ以テ急速ニ賣却スルヲ利益ナリトシ營業的賣却ヲ爲スヲ不利益ナリト認メタルトキハ破産主任官ノ認可ヲ得テ營業外ニ於テ之ヲ賣却スルコトヲ得(商一〇一七條二項、但破産法案ニ在テハ斯ル趣意ノ規定ヲ設ケス是蓋斯ル事項ハ善良ナル管理者タルノ責任ヲ負フ管財人ノ判斷ニ一任シテ可ナルモノナレハナリ)

(2) 商法第一〇一九條ニ規定シタル行爲　管財人ハ破産者ノ意見ヲ聽キ且破産主任官ノ認可ヲ得タル

0428

後ニ非サレハ左ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ス（商一〇一九條、破案一九二條乃至一九五條、但破産法案ニ於テハ破産主任官ヲ廢シタルヲ以テ其認可ニ換フルニ第一回目ノ債權者集會ニ於テ破産法案第一九二條第一項第一號乃至第一三號ニ掲ケタル行爲ヲ爲ス場合ニ在テハ裁判所ノ許可其他ノ場合ニ在テハ監査委員ノ同意ヲ以テシ監査委員ハ前述ノ如ク法律上之ヲ置クコトヲ要スル機關ニ非サルヲ以テ之ヲ置カサルトキハ極テ重要ナル行爲ニ限リ債權者集會ノ決議ヲ經ルコトヲ要スルモノトシ又破産者ヲシテ其利害ニ重大ノ關係アル行爲ニ付意見ヲ述フルコトヲ得セシムルカ爲ニ已ムコトヲ得サル事由アル場合ヲ除クノ外破産者ノ意見ヲ聽クコトヲ要スルモノトシ其他破産者ノ利益ヲ保護スルカ爲ニ破産者ヲシテ裁判所ニ對シ破産法案第一九二條第一項ニ掲ケタル行爲ニシテ監査委員ノ同意ヲ得タルモノノ執行ヲ假ニ中止ヲ命シ且之ニ關スル決議ヲ爲サシムルカ爲ニ債權者集會ヲ招集スヘキ旨ヲ申立ツルコトヲ得セシム而シテ此申立ニ關スル決定ニ對シテハ破産法案第一〇九條ニ依リ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得又招集シタル債權者集會カ管財人ノ行動ニ付可決シタルトキハ破産法案第一七八條ノ規定ニ從ヒ其決議ノ執行ヲ禁止スルコトヲ得ルヤ明ナリ）

第一　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裁判所ニ繫屬セシムル行爲ニ外ナラス破産債權ニ關スル訴訟ハ商法第一〇二六條以下ノ規定ニ依ルヘキモノナルヲ以テ換言スレハ破産財團ノ管理及換價ニ關セサル訴訟ナルヲ以テ茲ニ所謂訴訟ニ包含セス又既ニ繫屬シタル訴訟ノ受繼ハ訴訟ヲ裁判所ニ繫屬セシムル行爲ニ非サルヲ以テ茲ニ所謂訴訟中ニ包含セス然レトモ訴ノ提起アル以上ハ本訴タルト反訴タルト將督促手續タルトヲ問ハサルモノトス（故障及上訴ニ關シテハ疑アリト雖消極的ニ論決スルヲ正當ナリト認ム）（商一〇一九條二項一號、破案一九二條一項九號、但破産法案ノ用語ハ狹キニ失ス）

現行破産法ニ於テハ破産財團ニ關スル訴訟受繼ノ拒絶ニ關シテ何等ノ規定スル所ナシ然レトモ破産財團ノ減少ヲ惹起スコトアルヘキ行爲ナルヲ以テ訴訟ヲ爲スコトト同視スルコトヲ要ス是破産法案第一九二條第一項第一〇號ノ規定アル所以ナリトス（商九八五條三項、破案六八條、六九條）

第二　和解及仲裁契約ヲ爲スコト

和解及仲裁契約ハ當事者間ニ利害アル行爲ナルヲ以テ訴訟ヲ爲スコトト同視スルコトヲ要ス（商一〇一九條二項二號、破案一九三條二項二號、民一一二條）

第三　質物ヲ受戻スコト

質物ノ受戻トハ別除權ノ目的ノ受戻ニシテ民法上質權ノ受戻ト解スヘカラス而シテ別除權ノ目的ノ受戻ヲ爲スニハ其前提トシテ別除權ヲ承認セサルヲ得ス是管財人ノ單獨ナル行爲ニ屬セサル所以ナリ（商一〇一九條二項三號、破案一三條）

第四　債權ヲ轉付スルコト

債權ノ轉付トハ破産財團ニ屬スル債權ノ讓渡ニシテ債權ノ取立ニ非サルモノヲ謂フ債權ノ讓渡ハ債權ノ正則的換價方法ニ非ス是管財人ノ單獨ナル行爲ニ屬セサル所以ナリ（商一〇一九條二項四號、破案一九二條一項七號、但破産法案ニ於テハ價額上ノ制限ヲ附シタリ）

第五　相續又ハ遺贈ヲ拒絶スルコト

相續又ハ遺贈ノ拒絶ハ破産財團ノ增加ヲ害ス故ニ管財人ノ單純ナル職權ニ屬セス（商一〇一九條二項五號、破案一九二條一項一號、但破産法案ニ於テハ遺産相續ニ限リタリ是家督相續ハ破産法案第四五條

0429

ニ依リ限定承認ヲ爲スヘキモノナレハナリ）

第六　消費借ヲ爲スコト

消費借ハ民法第一二條第一項第二號ニ所謂借財ト其意ヲ同ウス（商一〇一九條二項六號、破案一九二條一項六號）

第七　不動産ヲ買入ルコト

不動産ニ關スル權利ノ得喪ヲ目的トスル行爲ハ訴訟行爲ヲ爲スコトト同視スヘキコト民法第一二條第一項第三號ノ規定ニ依リ明白ナリ故ニ不動産ヲ買入ルコトハ管財人ノ單獨ナル行爲ニ屬スルモノニ非ス（商一〇一九條二項七號、但破産法案ニ於テハ破産財團ノ管理及換價ノ爲ニ不動産ヲ買入ルコトナキヲ以テ斯ル趣意ノ法則ヲ是認セス）

第八　權利ヲ抛棄スルコト

權利ノ抛棄ハ破産財團ノ增加ヲ害スルヲ以テ叨ニ之ヲ爲スコトヲ得ス義務ノ承認亦然ラン（商一〇九條二項八號、民一二條三號、破案一二條）

第九　總テ財團ニ新ナル義務ヲ負ハシムルコト

破産財團ニ屬スル財産ニ付擔保權ヲ設定シ又ハ破産財團ノ爲ニ他人ノ物件ノ貸借ヲ爲スカ如キ總テ財團ニ新ナル義務ヲ負ハシムル行爲ニ關シテハ事重大ナルヲ以テ管財人ノ單獨ナル職權ニ屬セス（商一〇一九條二項九號、破産法案ニ於テハ斯ル曖昧ナル規定ハ立法上失當ナルヲ以テ之ヲ删除シ新ニ第一九二條第一項第二號乃至第五號及第八號ノ規定ヲ設ケ管財人ノ單獨ナル職權ニ屬セサル事項ヲ明示シ破産關係人ノ利益保護ノ爲ニ遺漏ナキヲ期シタリ）

以上右第一乃至第九ニ於テ略述シタルモノノ外ニ尙營業ノ續行ニ關シテハ裁判所ノ認可、破産財團ニ屬スル動産ノ相對賣却及破産財團ニ屬スル物件ノ營業外ノ賣却ニ關シテハ破産主任官ノ認可ヲ要スルコト前述シタルカ如シ（商一〇一七條一〇一八條、破案一八七條乃至一八九條、一九一條、二〇一條）

以上略述シタル行爲ヲ管財人カ單獨ニテ爲シタルトキハ其行爲ハ權限外ニ涉ルヲ以テ法律上無效ナリトス然レトモ破産法案ニ於テハ善意ノ第三者ヲ保護スルカ爲ニ第一九七條ヲ設ケタリ（民一一〇條）

(丁)　管理及換價ニ關スル破産法案ノ特則　破産宣告ノ後破産財團ニ屬スヘキ財産カ破産者ニ歸屬シタル場合、匿名組合契約カ營業者ノ破産ニ因テ終了シタル場合、無限責任又ハ保證責任ノ産業組合ノ破産ノ場合、相互保險會社ノ破産ノ場合其他法人ノ破産ノ場合ニ於テハ破産財團ノ管理及換價ニ付簡便ナル手續ヲ設ケ利害關係人ノ利益ヲ害セサル範圍内ニ於テ破産債權者ノ爲ニ破産財團ノ管理及換價ヲ爲スコトヲ要ス現行破産法ニ於テ斯ル趣意ノ法文ヲ缺クハ立法上ノ缺點ナリ是破産法案第二〇四條乃至第二二一條ノ規定アル所以ナリ

(1)　破産宣告ノ後破産財團ニ屬スヘキ財産カ破産者ニ歸屬シタル場合破産宣告ノ後贈與、相續又ハ遺贈ニ依リ又ハ營業ニ依リ破産者カ破産財團ニ屬スヘキ財産ヲ取得シタル場合ニ於テハ管財人ハ先善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其財産ノ負擔ニ屬スル債務ヲ履行シ次ニ殘存セル破産ヲ破産財團ニ組入ルコトヲ要ス是蓋殘餘財産ニ非サレハ破産財團ニ屬セサルニ由ル而シテ此場合ニ於テ管財人ハ破産法案第一七八條乃至第一八一條ノ規定ニ依テ破産者ニ歸屬シタル財産ヲ占有シ且之ヲ管理シ必要アリト認メタルトキハ封印ヲ爲サシムルコトヲ要シ又殘餘財産ニ付財産目錄及貸借對照表ヲ補充スルコトヲ要ス但破産者又ハ管財人カ破産宣告ノ前後ニ拘ラス相續又ハ包括遺贈ノ限定承認ヲ爲シタルトキハ管財

人ハ民法第一〇二九條乃至第一〇三五條ノ規定ニ依リ相續財産ノ處分ヲ爲スコトヲ要ス蓋這ハ限定承認者ノ義務ナルヲ以テナリ（破産財團ニ屬スヘキ財産ノ負擔ニ屬スル債務カ管財人ノ履行スルコト能ハサル事項ナルトキハ管財人ハ破産者ニ屬スル純益ヲ破産財團ニ組入ルヘキモノトス）（破案二一九條乃至二二一條、四五條乃至四八條）

(2) 匿名組合契約カ營業者ノ破産ニ因テ終了シタル場合

匿名組合契約カ營業者ノ破産ニ因テ終了シタル場合ニ於テ匿名組合員カ未全部ノ出資ヲ爲ササルトキハ（全部ノ出資ヲ爲シタルトキハ匿名組合契約ノ性質上損失負擔ノ義務ヲ負フコトナシ）管財人ハ其組合員カ負擔スヘキ損失ノ額ヲ限度トシテ出資ヲ爲サシムルコトヲ得元來匿名組合ハ破産ニ因テ終了スルヲ以テ匿名組合員ノ出資義務モ亦消滅スルヲ當然ナリトス然レトモ之カ爲ニ匿名組合終了ノ當時ニ存スル損失ヲ負擔スヘキ匿名組合員ノ義務ハ消滅スルモノニ非ス故ニ未全部ノ出資ヲ爲ササル匿名組合員ハ其負擔スヘキ損害ノ額ヲ限度トシテ（出資ノ全額ニ非ス）破産財團ニ負擔者ノ支拂ヲ爲スコトヲ要スルヤ當然ナリトス（破案二一八條、商三〇二條）

(3) 無限責任又ハ保證責任ノ産業組合ノ破産ノ場合

無限責任ノ産業組合ニ在テハ其組合員ノ全員ハ組合財産ヲ以テ其債務ヲ完濟スル能ハサル場合ニ於テ連帶無限ノ責任ヲ負擔シ又保證責任ノ産業組合ニ在テハ其組合員ノ全員ハ組合財産ヲ以テ其債務ヲ完濟スルコト能ハサル場合ニ於テ出資額ノ外一定ノ金額ヲ限度トシテ責任ヲ負擔スルヲ以テ（産業組合法二條、破案三六八七條）斯ル産業組合カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ其組合カ其破産宣告ノ當時組合ニ現存スル財産カ其債務ヲ完濟スルニ不足ナル場合ニ於テ組合員ニ對シ之ヲシテ其責任ノ限度内ニ於テ

不足額ノ拂込ヲ爲サシムルカ爲ニ有スル權利ハ當然破産財團ニ屬ス故ニ該權利ハ管財人カ破産財團ニ屬スル他ノ債權ト同ク債務者タル組合員ヨリ取立テ之ヲ換價スルモノナリ而シテ其取立手續ハ破産法案第二〇五條乃至第二一六條ニ於テ規定セリ

(4) 相互保險會社ノ破産ノ場合

相互保險會社ノ社員ノ責任ハ産業組合員ノ社員ノ責任ト異ナル所ナシ（保險業法三六條、三七條）故ニ相互保險會社カ無限責任社員又ハ保險料ノ外一定ノ金額ヲ限度トシテ責任ヲ負フ社員ニ對シテ有スル金額ヲ拂込マシムル權利ノ換價手續モ亦無限責任又ハ保證責任ノ産業組合ノ破産ノ場合ト殆同一ナルコトヲ要ス是破産法案第二一七條ノ規定アル所以ナリ

(5) 法人ノ破産ノ場合

法人殊ニ株式會社ニ對シ破産ノ宣告アリタル場合ニ於テ其當時現存スル法人ノ財産カ其債務ヲ完濟スルニ不足ナルトキハ管財人ハ破産財團ノ換價トシテ社員及株主ヲシテ出資又ハ株金ノ拂込ヲ爲サシムルコトヲ要ス蓋出資又ハ株金ニ付法人カ社員又ハ株主ニ對シテ有スル權利ハ破産財團ニ屬スル財産ニ外ナラサレハナリ定款ニ出資及株金拂込ノ期間ノ定アルトキハ現行法ノ解釋トシテハ管財人之ニ拘束セラルルモノナルヤ否ヤ頗疑ハシ故ニ破産法案ニ於テハ管財人ハ辨濟期ニ拘ラス社員ヲシテ出資ヲ爲サシメ又ハ株主ヲシテ株金ヲ拂込マシムルコトヲ得ル旨ヲ規定シタリ是可成破産手續ノ進行ヲ迅速ニスルノ法意ニ外ナラス（獨逸ニ於テハ辨濟期ニ拘束セラルルノ說多數ヲ占メ佛蘭西ニ於テハ反對說多數ヲ占ム）出資又ハ株金ノ拂込ヲ爲サシムル金額ハ法人ノ債務ヲ完濟スルニ必要ナル限度ヲ超ユヘカラス何トナレハ法人ハ其破産宣告ニ因テ解散セルヲ以テ爾餘ノ金額ノ拂込ハ其必要ナキヲ以テナリ故

0431

ニ社員及株主ハ斯ル限度ヲ超ユル金額ノ支拂ニ付其旨ヲ立證シテ異議ヲ申立ツルコトヲ得（獨逸ニ於テハ斯ル見解多數ヲ占メ佛蘭西ニ於テハ之ニ反ス）又社員及株主ニ對スル取立ノ手續ハ管財人カ其適當ナリト認ムル方法ニ依リ之ヲ爲スコトヲ得必シモ定款其他法律ニ定メタル方法（商一五二條、一五三條）ニ依ルノ必要ナカルヘシ何トナレハ社員及株主ハ法人カ破産ノ宣告ヲ受ケ現存セル財産カ債務ヲ完濟スルニ不足ナル場合ニ於テハ當然其責任ノ限度ニ於テ其義務ヲ履行スヘキモノナレハナリ其他甲株主ニ對シテハ其資力ニ應シ未濟株金ノ全額ノ支拂ヲ求メ乙株主ニ對シテハ其資力ニ應シ未濟株金ノ三分ノ一ノ支拂ヲ求ムルコトヲ得必シモ均一ナルコトヲ要セサルヘシ（斯ル見解ハ佛蘭西ニ於テハ有力ナル學者ノ容ルル所ナリト雖獨逸ニ於テハ反對ノ見解多シ）

(三) 破産ノ終結手續　廣義ニ於ル破産手續ノ終結ハ（狹義ノ破産手續終結ノ方法ハ現行破産法ニ在テハ配當及協議契約ニシテ破産法案ニ在テハ破産ノ廢止、配當及强制和議ナリ）金錢債權ニ付テノ强制執行ノ終結ト相似タリ是破産手續ハ前述ノ如ク金錢債權ニ付テノ一般的强制執行ニ外ナラサルヲ以テナリ故ニ（第一）金錢債權ニ付テノ强制執行ニ於テ差押物ヲ換價スルモ强制執行ノ費用ヲ償ヒテ剩餘ヲ得ル見込ナキトキハ强制執行ヲ爲ササルト同ク（民訴五六五條、六五六條）破産手續費用ヲ償フニ足ルノ破産財團存セサルトキハ現行破産法ニ在テハ破産手續ノ進行ヲ停止シ破産法案ニ在テハ破産ノ申立ヲ棄却シ（商九八二條、破案一四六條）（第二）金錢債權ノ强制執行ニ於テ債權者カ其强制執行ヲ求ムル申立ヲ取消シタルトキハ强制執行ヲ廢止スルト同ク破産債權者カ破産ノ廢止ニ同意シタルトキハ破産者ノ申立ニ因テ破産手續ヲ廢止シ（破案三三四條以下）（第三）金錢債權ノ强制執行ニ於テ差押債權者カ債權者ト和解ヲ爲シ以テ强制執行ヲ終了スルト同ク破産債權者團體カ破産者ト和解ヲ爲シ以テ破産手續

ヲ終了シ（商一〇三八條以下、破案二八六條以下）（第四）金錢債權ノ强制執行カ配當ニ因テ終結スルト同ク破産手續モ亦配當ニ因テ終結ス（商一〇四五條以下、破案二五〇條以下）第一、第三及第四ハ現行破産法ノ是認スル所ニシテ第二ハ現行破産法ノ非認スル所ナリ反之破産法案ハ該四條ノ終結方法ヲ是認シタリ左ニ之ヲ分說スヘシ

(ハ) 破産ノ停止　破産宣告前裁判所ニ於テ破産手續ノ費用ヲ償フニ足ル財團ナシト認メタルトキハ破産ノ宣告及之カ公告ヲ爲シ其他ノ手續ノ續行ヲ停止スル旨ヲ決定シ又破産宣告後裁判所ニ於テ斯ル財團ナシト認メタルトキハ其後ニ實施スヘキ手續ノ續行ヲ停止スヘキ旨ヲ決定シ破産手續其モノヲ終結スルコトナシ斯ル停止ノ決定ヲ破産ノ停止ト謂フ故ニ破産ノ停止トハ裁判所カ破産手續ノ費用ヲ償フニ足ル財團ナシト認メタル場合ニ於テ破産宣告及其公告ニ關スル手續ヲ除ク外其後ノ破産手續ノ續行ヲ止ムルカ爲ニ爲ス裁判ナリト謂フヘシ（商九八二條、破案一四六條、三四〇條、但破産法案ニ於テハ裁判所カ破産財團ヲ以テ破産手續ノ費用ヲ償フニ足ラストスルトキハ破産前ニ在テハ破産ノ申立ヲ棄却シ破産宣告後ニ在テハ破産ヲ停止スル旨ヲ規定シタリ是破産財團ニシテ破産手續ノ費用ヲ償フニ足ラサルトキハ破産ノ目的ヲ達スルコト能ハサルヲ以テナリ如此破産宣告前ニ在テハ破産ノ申立ヲ棄却シ現行破産法ニ於ルカ如クニ破産ノ宣告ヲ爲スノ法則ヲ採ラサリシ理由ハ蓋破産ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニモ拘ラス破産ノ宣告ヲ爲スハ理論上失當ナルヲ以テナリ）隨テ破産ノ停止ハ狹義ナル破産手續終結ノ方法ニ屬セス（相互保險會社又ハ産業組合ニ於テ社員カ無限ノ責任ヲ負フ場合及出資ノ外一定ノ金額ヲ限度トシテ責任ヲ負フ場合ニ在テハ斯ル法人ニ對スル破産宣告前ニ破産財團ノ狀況ヲ認ムルコト難シ隨テ破産財團カ破産手續ノ費用ヲ償フニ足ルヤ否ヤヲ認定スルコト難シ是破産法案第一

四七條ノ規定アル所以ナリ)(保險業法三七條、産業組合法二條)左ニ破産停止ノ要件效力及終了ヲ略述スヘシ

(甲)　要件　破産手續ノ停止ニハ

第一　實體的要件トシテ破産手續ノ費用ヲ償フニ足ル破産財團ノ存セサルコトヲ要ス蓋斯ル場合ニ於テハ破産財團ニ依リ破産債權者ニ辨濟ヲ受ケシムルコト能ハサルヲ以テ破産手續ヲ進行スルハ徒ニ金錢ヲ費シ手數ヲ煩ハスニ過キサルノミナラス破産手續費用ノ支途ナキヲ以テ事實上破産手續ヲ進行スルコト能ハサルニ由ル而シテ現行破産法ニ於テハ破産宣告前ニ裁判所ニ於テ破産者ノ財産ヲ以テ破産手續ノ費用ヲ償フニ足ラスト認メタルトキト雖破産ノ宣告及其公告ハ之ヲ實施シ其後ノ手續ハ之ヲ停止スルモノナリ是畢竟債務者ノ無資力ノ爲ニ却テ破産宣告及其效力ヲ免ルルノ奇觀ヲ避クルニ外ナラス(商九八二條一項前段、破案一四六條二項、但破産法案ニ於テハ前述ノ如ク破産ノ申立ヲ棄却スト規定シタルヲ以テ破産ノ原因存スル場合ニ於テハ債務者ヲ破産者ト看做シタリト雖其法意ハ現行破産法ト異ナルコトナシ)此場合ニ於ル破産宣告及其公告ノ費用ハ債權者ノ豫納シタル金額ヲ以テ之ヲ支辨シ又ハ國庫ハ假ニ之ヲ支辨スヘキモノナリ(商施一三九條、一四〇條)

第二　形式的要件トシテ破産裁判所ノ決定アルコトヲ要ス此決定ハ職權ヲ以テ又ハ管財人其他ノ利害關係人ノ申立ニ因テ之ヲ爲ス又此決定ハ之ヲ公告シテ總テノ利害關係人ニ破産手續ノ進行ナキ旨及各破産債權者ニ强制執行手續ニ依テ其權利ヲ行フコトヲ得ル旨ヲ知ラシム(商九八二條一項下段)此決定ニ對シテハ法律上明文ナキヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス立法上ノ見解トシテハ失當ナルコト勿論ナリ(破産法案ニ於テハ破産ノ申立棄却ノ決定ニ對シテハ破産法案第一〇九條ニ依テ不服ヲ申立ツルコトヲ得

(乙)　效力　破産ノ停止ハ單ニ破産手續ノ續行ヲ止ムルノ效力ヲ有スルニ止リ破産手續其モノヲ終結セシムルノ效力ヲ有セス故ニ破産者ニ對スル破産ノ效力ハ有效ニ存在シ破産者ニ爲シタル支拂ハ當然無效ナリ(商九八五條、一〇〇六條、九九〇條、九九一條等、破案一四八條二項)又破産債權者ニ對スル破産ノ效力亦有效ニ存在ス唯例外トシテ各破産債權者ハ破産手續ノ停止中强制執行手續ニ從テ其權利ヲ行フコトヲ得ルノミ(商九八二條三項、一〇四九條)是蓋破産債權者ハ通常其數甚多ク且利害關係多キヲ以テ破産者ニ對スル注意ハ管財人カ破産者ニ對スル注意ヨリ深キヲ當然ナリトス故ニ各破産債權者ヲシテ各別ニ其權利ヲ行使スルコトヲ得セシメ以テ破産者カ破産宣告後ニ取得シタル財産ヲ保全シ破産手續ヲ再施シテ其權利ヲ全クセシムルニ在リ隱テ破産手續ヲ再施シタルトキハ各破産債權者ハ商法第一〇四九條ノ規定ニ依テ取得シタル財産ヲ破産財團ニ返還セサルヘカラス但之カ爲ニ要シタル費用ハ不當利得ヲ許ササル法則ノ適用ニ依リ財團債權トシテ支拂ハルルヤ言ヲ俟タス

(丙)　終了　破産手續ノ費用ヲ償フニ足ルヘキ破産者ノ財産アルトキハ破産停止ノ原因ナキニ至ルカ故ニ裁判所ハ職權ヲ以テ又ハ管財人其他ノ利害關係人ノ申立ニ因リ停止シタル破産手續ノ再施ヲ命シ之ト同時ニ破産停止ノ終了ヲ告ク而シテ破産手續ノ費用ヲ償フニ足ルヘキ破産者ノ財産ノ存在ハ顯著ナル場合ヲ除クノ外各利害關係人之ヲ證明スルコトヲ要ス是輕忽ニ破産手續ヲ再施シ無益ノ費用ヲ生スルノ弊害ヲ防止スルノ法意ニ出ツ(商九八三條二項、破案一四六條一項下段、但破産法案ニ於テハ破産ノ申立ヲ爲スコトヲ得又破産ノ申立手續ノ費用ヲ償フニ足ル破産財團アルニ至リタルトキハ更ニ破産ノ申立ヲ爲スコトヲ得又破産ノ申立人カ其費用ヲ償フニ足ルヘキ金額ヲ豫納シタルトキハ破産財團ヲ以テ破産手續ノ費用ヲ償フニ足ラス

0433

ト認メタルカ爲ニ破産ノ申立ヲ棄却スルコトヲ得ス是蓋破産財團ノ狀況ハ破産宣告ノ當時ニ於テハ未之ヲ正確ニ知ルコトヲ得サルモノナルヲ以テナリ)

停止シタル破産手續ノ再施ハ破産手續ノ續行ニシテ一旦終結シタル破産手續ヲ再開始スルニ非ス故ニ協諧契約ノ取消後ニ於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爲ヲ有效視スルコトヲ得ス又破産手續再施ノ決定ハ法律上別段ノ規定ナシト雖之ヲ公告シ以テ各利害關係人ニ知ラシムルコトヲ要ス

(ろ) 破産ノ廢止　破産ノ廢止ハ破産法案ノ採用シタル破産手續終結ノ方法ニシテ現行破産法ニ於テ存セサル所ナリ

破産ノ廢止トハ破産手續ノ續行ヲ妨クル事實ニ依レル破産手續ノ方法ナリ

(1) 破産手續ノ續行ヲ妨クル事實ニハ二箇アリ屆出ヲ爲シタル總破産債權者カ破産手續ヲ續行スル權利ヲ拋棄シタル事實及破産宣告後破産財團カ破産手續費用ヲ償フニ足ラサル事實即是ナリ第一破産手續ノ續行ハ屆出ヲ爲シタル總破産債權者ノ爲ニ之ヲ爲ス故ニ斯ル破産債權者ハ破産手續ヲ續行スルノ權利ヲ拋棄スルコトヲ得而シテ此場合ニ於テハ破産債權者團體及破産的差押權消滅スルヲ當然ナリトス蓋此團體及此權利ハ何レモ各破産債權者ヲシテ破産手續ニ從テ其權利ヲ行フコトヲ得セシムルカ爲ニ存スルモノナレハナリ故ニ屆出ヲ爲シタル總破産債權者カ破産手續ヲ續行スルコトヲ欲セサルノ事實發生シタルトキハ破産手續ヲ續行スルコトヲ得ス第二破産手續ハ破産財團ヲ以テ破産債權者ニ辨濟ヲ得セシムルカ爲ニ之ヲ續行ス故ニ破産宣告ノ後破産手續費用ヲ償フニ足ルヘキ破産財團存セサルニ至リタルトキハ破産ノ目的ハ事實上之ヲ達スルコト能ハス隨テ斯ル事實發生シタルトキハ破産手續ヲ續行スルコトヲ得ス(2)破産手續ノ續行ヲ妨クルノ事實存スルニ至リタルトキハ破産手續ノ終結アルヲ當然ナリトス破産債權者カ破産手續ノ續行ヲ欲セサルニモ拘ラス破産手續ヲ存續スルハ何等ノ必要ナク又破産ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタルニモ拘ラス破産手續ヲ存續スルハ何等ノ實益ナシ(3)如此破産ノ廢止ハ破産手續ノ續行ヲ妨クル事實ニ基ク破産手續終結ノ方法ナルヲ以テ之ニ依テ破産手續ヲ終結シタルトキハ破産債權者ハ協諧契約(强制和議一名ハ配當ニ依リ破産手續ヲ終結シタルトキト異ニシテ破産手續ニ從テ何等ノ滿足ヲ受クルコトナシ

現行破産法ニ於テハ破産手續續行ノ權利拋棄ニ依ル破産手續終結ノ方法ヲ認メサルハ立法上ノ缺點ニシテ又現行破産法ニ於ルカ如クニ破産宣告ノ後破産ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタルニモ拘ラス破産手續ヲ終結セスシテ單ニ之ヲ停止スルニ止メタルハ理論上其當ヲ得ス是破産法案ニ於テ破産ノ廢止ヲ規定シ現行破産法ニ修正ヲ加ヘタル所以ナリ

左ニ破産手續續行ノ拋棄ニ依ル破産廢止ノ手續及破産財團ノ不足ニ依ル破産廢止ノ手續ヲ略述スヘシ

(甲) 破産手續續行ノ拋棄ニ依ル破産廢止ノ手續　此手續ニ關シテハ他ノ手續ニ於ルト同ク裁判前手續、裁判手續及裁判ノ效力ヲ研究スルコトヲ要ス

(1) 裁判前手續　破産ノ廢止ニハ

第一　形式的要件トシテ破産者ノ申立アルコトヲ要ス(破案三四三條、二八七條、二二八條)破産者ハ債權屆出ノ期間經過ノ後配當又ハ强制和議ニ依ル破産手續終結アル迄何時ニテモ破産ノ廢止ヲ申立ツルコトヲ得(破案三七〇條、商事非訟事件印紙法三條二號)破産手續續行ノ拋棄ニ依ル破産ノ廢止ハ破産

0434

者ノ利益ノ爲ニス故ニ裁判所ハ破産者ノ申立ニ因テ破産ヲ廢止シ職權ヲ以テ之ヲ廢止スルコトナシ破産ノ廢止ハ破産手續カ配當又ハ强制和議ニ依テ終結スル以前ニ於テ破産手續ヲ終結スル方法ナリ故ニ破産廢止ノ申立ハ破産手續カ配當又ハ强制和議ニ依テ終結シタル後ニ之ヲ爲スコトヲ得ス又破産ノ廢止ハ債權屆出ノ期間經過ノ後ニ非サレハ之ヲ申立ツルコトヲ得ス何トナレハ破産廢止ノ申立ニハ後述ノ如ク屆出ヲ爲シタル總破産債權者ノ同意アルコトヲ要スレハナリ（破案三三四條一項）破産者カ破産廢止ノ決定確定迄何時ニテモ其申立ヲ取下クルコトヲ得ルハ論ヲ俟タサル所ナリ

第二　實體的要件トシテ屆出ヲ爲シタル總破産債權者ノ同意アルコトヲ要ス（破案三三四條一項）

(a)　破産ノ廢止ニ關スル各破産債權者ノ同意ハ甲破産債權者カ若他ノ破産債權者ニ於テ破産手續ニ從ヒ其權利ヲ行フノ權能ヲ拋棄セハ自己モ亦之ヲ拋棄スル旨ノ意思表示ニシテ一方的訴訟行爲ナリ故ニ此意思ハ各破産債權者カ書面又ハ口頭ヲ以テ（破案一一〇條、一〇五條民訴一三五條）直接ニ裁判所ニ對シテ之ヲ爲シ又ハ間接ニ破産者ニ對シテ之ヲ爲ス後者ノ場合ニ於テハ破産者ハ破産債權者ノ同意アリタルコトヲ證スル書面ヲ提出スルコトヲ要ス（破案三三六條）

(b)　屆出ヲ爲ササル破産債權者ハ破産手續ニ依テ其權利ヲ行使セサル者ナルヲ以テ破産ノ廢止ニ付其同意ヲ要スルコトナキヤ當然ナリ反之屆出ヲ爲シタル破産債權者ハ破産手續ニ因テ其權利ヲ行使シタル者ナルヲ以テ破産ノ廢止ニ付其總破産債權者（優先權アル破産債權者又ハ優先權ナキ破産債權者）ノ同意ヲ要スルコト言ヲ俟タス而シテ屆出ヲ爲シタル破産債權者中其債權ノ確定セル者ノ同意ハ絶對的ニ之ヲ必要トスト雖其債權ノ未タ確定セサル者ノ同意ハ絶對的ニ之ヲ必要トセス斯ル破産債權者カ破産ノ廢止ニ付同意ヲ爲ササル場合ニ於テハ裁判所ハ其債權者ノ同意ヲ必要トスルヤ否ヤヲ自由ナル意見ニ從テ判定ス（破案二三四條、一項三項）是單ニ債權ノ未確定ナル破産債權者ノ不同意アルカ爲メ破産ノ廢止ヲ許ササルハ破産者ノ利益保護ニ薄キヲ以テナリ但不同意ノ債權者（債權ノ確定セルモノナルト否トニ拘ラス）アル場合ニ於テ破産者カ他ノ破産債權者ノ同意ヲ得テ之ニ辨濟ヲ爲シ又ハ相當ノ擔保ヲ供シタルトキハ之ニ依リ不同意ノ正當ナル理由ナキニ至リタルヲ以テ破産ノ廢止ノ申立ヲ妨クルコトナシ而シテ此場合ニ於テハ破産者ハ其旨ヲ證スル書面ヲ裁判所ニ提出スルコトヲ要ス（破案三三四條二項、三三六條、但獨逸破産法ニ在テハ不同意ノ債權者アル場合ニ於テ其債權確定セルトキハ破産者カ他ノ破産債權者ノ同意ヲ得テ之ニ辨濟ヲ爲スニ非サレハ破産ノ廢止ヲ妨クルモノナリ）各破産債權者カ破産ノ廢止ニ付同意ヲ爲スニ至リタル原因例之裁判外ノ和解又ハ辨濟ハ法律ノ問フ所ニ非ス隨テ之ヲ破産廢止ノ申立ニ表示スルコトヲ要セス

第三　法人カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テハ尙實體的要件トシテ豫メ定款ノ變更ニ關スル規定ニ從ヒ法人ノ繼續ノ手續ヲ爲スコトヲ要シ又其旨ヲ證スル書面ヲ裁判所ニ提出スルコトヲ要ス是蓋破産ノ廢止ハ法人ヲ繼續スルニ非サレハ其實益ナキヲ以テナリ（破案三三五條、三四三條、三一四條）裁判所ハ破産廢止ノ申立ヲ適法ナリト認メタルトキハ其申立アリタル旨ヲ公告シ且其申立ニ關スル書類ヲ裁判所書記課ニ備ヘ置キ破産債權者ノ閲覽ニ供スルコトヲ要ス是破産債權者ヲシテ法定ノ期間內ニ異議ヲ申立ツルコトヲ得セシメンカ爲ナリ（破案三三七條、一二〇條、一二一條）

破産債權者ハ前示公告ノ日ヨリ二週間內ニ破産ノ廢止ニ付裁判所ニ異議ヲ申立ツルコトヲ得是破産債權者ヲシテ其利益ヲ防禦スルコトヲ得セシムルカ爲ナリ破産ノ廢止ニ付同意ヲ爲ス權利ヲ有スル破産債權者ハ勿論未屆出ヲ爲ササル破産債權者ト雖異議ヲ申立ツルコトヲ得但後者ハ其債權ノ存在ヲ疏明

0435

スルコトヲ要ス是破産債權者ナリト稱シテ猥ニ異議ヲ申立ツルカ如キ弊害ヲ豫防スルカ爲ナリ異議ノ申立ニ付テハ甲破産債權者ハ自己ノ同意ニ關スル瑕瑾ハ勿論乙破産債權者ノ同意ノ瑕瑾ヲ原因ト爲スコトヲ得何トナレハ破産廢止ノ要件ハ裁判所ノ職權ヲ以テ調査スヘキモノナレハナリ(破案三三八條)

(2) 裁判手續　裁判所ハ先破産廢止ノ申立ノ適否ヲ調査シ(破産廢止ノ申立人ハ裁判所ノ注意ニ依リ破産法案第三三六條ニ規定セル書面ヲ後日提出スルコトヲ得ルヤ言ヲ俟タス)破産廢止ノ申立ヲ不適法即破産法案第三三四條ニ定メタル要件ヲ具備セサルモノト認メタルトキハ決定ヲ以テ不適法トシテ破産廢止ノ申立ヲ棄却シ職權ヲ以テ之ヲ申立人ニ送達ス(破案一〇五條、一〇九條、民訴二四五條)次ニ破産ノ申立ヲ適法ト認メタルトキハ前述ノ如ク其旨ヲ公告シ(破案三三七條)異議申立ノ期間經過ノ後破産者管財人及異議ヲ申立テタル破産債權者ノ意見ヲ聽キ必要アリト認メタルトキハ他ノ破産債權者及監査委員ノ意見ヲ聽キ又ハ職權ヲ以テ必要ナル調査ヲ爲シ(破案一一〇條)破産廢止ノ申立ニ付決定ヲ爲スコトヲ要ス(破案三三九條)而シテ破産廢止ノ申立ヲ理由ナシトシテ棄却シタル決定ハ職權ヲ以テ之ヲ破産者ニ送達シ(破案一〇五條、一〇九條、民訴二四五條)又破産廢止ノ決定ハ之ヲ公告ス(破案三四一條、二〇九條、一二〇條乃至一二二條)

(3) 裁判ノ效力　破産廢止ノ決定カ確定シタルトキ即該決定ノ公告後七日ノ不變期間ヲ經過シタルトキハ(破案一〇九條、一二二條、民訴四六六條)

第一　異議ナキ財團債權ニ付テハ管財人ハ辨濟ヲ爲シ又異議アル財團債權ニ付テハ管財人ハ供託ヲ爲スコトヲ要ス(破案三四二條)是蓋財團債權ハ破産財團ヲ以テ辨濟スヘキモノナルヲ以テナリ

第二　破産債權者ハ債權表ニ基キテ强制執行ヲ爲スコトヲ得(破案三四三條、二八二條)

第三　破産者ハ破産財團ニ屬スル財産ノ管理及處分ノ權能ヲ回復スルコトヲ得(破案三四三條、三一一三條)其他管財人ハ計算ノ報告ヲ爲ス(破案一六四條、三四三條、三一一條)(破案一二六條乃至一三〇條)

(乙)　破産財團ノ不足ニ依ル破産廢止ノ手續　裁判所ハ破産宣告ノ後破産財團ヲ以テ破産手續ノ費用ヲ償フニ足ラスト認メタルトキハ破産債權者、破産者又ハ管財人ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ破産廢止ノ決定ヲ爲スコトヲ要ス但裁判所ハ決定前ニ債權者集會ノ意見ヲ聽クコトヲ要ス是債權者集會ニ於テ各破産債權者ヲシテ破産手續費用ヲ償フニ足ル破産財團存スル旨ヲ立證シテ破産ノ廢止ヲ避クルコトヲ得セシムルノ法意ニ出ツ隨テ斯ル意見ヲ聽カスシテ爲シタル破産ノ廢止ハ即時抗告ヲ以テ之ヲ攻擊スルコトヲ得ヘシ(債權者集會ノ意見ヲ聽クコトハ裁判ノ成立要件ニ非ス)然レトモ破産債權者カ破産手續ノ費用ヲ償フ豫納シタル場合及破産法案第一四七條ニ掲ケタル場合ニ於テハ單ニ破産手續ノ費用ヲ償フニ足ルヘキ破産財團存セサルノ事由ニ基キテ破産ノ廢止ヲ爲スコトヲ得ス(破案一四六條及一四七條ノ說明)破産廢止ノ申立棄却ノ決定ニ對シテハ各申立人カ又破産廢止ノ決定ニ對シテハ破産債權者、管財人又ハ破産者カ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得(破案三四〇條)

以上略述シタル手續以外ノ手續及效力ニ關シテハ破産手續續行ノ抛棄ニ依ル破産ノ廢止ノ說明ヲ參照スヘシ(破案三四一條乃至三四三條)

(は)　配當　破産ハ一ノ强制執行ナリ故ニ破産手續ハ民事訴訟法ノ强制執行ト同ク配當ニ依テ終結ス(民訴六二六條乃至六三九條、六九一條以下)

配當トハ破産債權者ニ對シ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金錢ハ其性質上各破産債權者ニ對シ其債權額ノ割合ニ應シテ辨濟ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テナリ是ヲ以テ金錢ニ

非サル破産財團ハ配當以前ニ之ヲ換價スルコトヲ要ス(商一〇四八條「財團ノ換價」)故ニ各破産債權者ハ金錢ノ支拂ヲ換ヘ他ノ物件ヲ受クルコトヲ强制セラルルコトナシ但破産債權者ノ同意アルトキハ金錢配當ニ代フルニ實物配當ヲ以テスルコトヲ得ヘシ(配當ノ意義)配當ニハ立法上二大主義アリ一回配當主義及數回配當主義是ナリ前者ハ破産財團ヲ悉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存スルニモ拘ラス破産財團ヲ悉換價スル迄ハ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破産債權者ノ不利益ナリ故ニ近世諸國ノ破産法ハ皆數回配當主義ヲ認メタリ現行破産法(商一〇四六條「……配當ニ足ル財團ノ生スル毎ニ」商一〇四七條「……毎回……」)及破産法案(破案二五〇條二五一條二六五條)ニ於テモ亦然リ此配當主義ヲ是認スルトキハ其當然ノ結果トシテ理論上少クモ二種ノ配當手續アルコトヲ注意セサルヘカラス中間ノ配當及最後ノ配當即是ナリ中間ノ配當トハ破産手續ノ終結前ニ行フ配當ニシテ最後ノ配當トハ破産手續ヲ終結スルカ爲ニ行フ配當ナリ前者ハ破産手續中各破産債權者ニ配當スルニ足ルヘキ財團ノ生スル毎ニ之ヲ爲シ後者ハ破産財團ノ換價終了後ニ於テ之ヲ爲ス但中間配當ハ普通ノ債權調査會ノ終了前ニ之ヲ爲スヘキモノニ非ス何トナレハ此調査會終了ノ時ヨリ配當ノ基礎アルニ至ルヲ以テナリ(商一〇四六條「配當ハ普通ノ調査終リタル後……」破案二五〇條「一般ノ債權調査終了ノ後……」)破産法案ニ於テハ尚追加ノ配當ト稱シ最後ノ配當手續完了後配當スヘキ破産財團アルニ至ルトキハ簡易ノ手續ニ依テ之ヲ配當スルノ手續ヲ設ケタリ(破案二七八條)然レトモ其法律上ノ性質ハ最後ノ配當手續ノ續行ニ外ナラス(配當手續ノ種類)普通破産債權者ノ配當ニ供スヘキモノハ財團債權(商一〇三二條)及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(商一〇四五條一項)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ニ爲スノ理由ハ前述セル所ナルヲ以テ茲ニ之ヲ贅セス而シテ優先權アル債權ヨリ先ニ財團債權ニ對スル支拂ヲ爲スコトハ文理解釋上條文ノ順序ヨリ推理シテ明白ナルノミナラス財團債權ノ性質上亦明白ナリト謂フヘシ但破産者カ資本ヲ分テ營業ヲ爲シ且破産シタルトキハ各營業ニ對スル債權者ハ營業ニ屬スル資本即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商取引ハ資本ニ信用ヲ置クヲ通常ノ狀態トシ隨テ資本ヲ分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ヘケレハナリ(配當ノ目的物)左ニ配當手續ノ大要及效果ヲ略述スヘシ

(A)　配當ノ準備　管財人ハ配當ノ準備トシテ配當案ヲ調製セサルヘカラス此配當案ハ破産主任官ノ署名(捺印ニ關スル明文ヲ缺クハ我現行慣例ニ反ス)即認可ノ形式ヲ得テ公衆ニ展覽セシムルカ爲ニ裁判所書記課ニ備ヘ置キ且其旨ヲ公告セサルヘカラス(商一〇四六條一項)是配當ノ公平ナルコトヲ期スル爲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配當案ハ配當實行ノ基礎ヲ爲スモノナレハ配當ニ與ルヘキ債權者ノ氏名、員數及債權額、配當セラルヘキ金額、既ニ支拂ヒタル配當額其他未濟額等ヲ表示スルヲ適當ナリトス故ニ配當案ヲ調製スルニ最適當ナル材料ハ債權表ナリトス(商一〇三四條)配當ニ與ルヘキ債權者トハ適當ナル時期ニ債權ノ屆出ヲ爲シ且調査會ニ於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破産債權ハ承認即裁判上ノ認諾又ハ判決ニ因リ確定セラレタルニ由テ確定力ヲ得隨テ執行シ得ヘキモノト爲レハナリ是ヲ以テ條件附債權者モ亦配當ニ與ルヘキ債權者ト爲ル但後述ノ如ク停止條件附債權者ニ對シテハ理論上劃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ニ返還ヲ擔保スル保證ヲ立テシムルヲ可ナリトスルコトハ前述セル所ナリ然リ而シテ別除權ヲ行使シ且屆出及確定ノ手續ヲ畢ミタル債權者カ優先權ヲ拋棄シタル限度又ハ擔保物ノ賣拂代金ヨリ完全ナル辨濟ヲ受ケサルトキニ其未濟額ニ付破産手續ニ從テ破産財團ヨリ辨濟ヲ受クルノ手續即配當ニ與ル方法ニ關シテハ我商法ニ明文ヲ缺ク然レトモ此種ノ債權者ノ權利及他ノ破産債權者ノ權利ヲ完ウセシムルカ爲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拋棄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

債權ヲ正當時期ニ屆出テタルモ債權調査會ニ於テ異議ヲ受ケタルカ爲ニ債權確定ノ訴訟ヲ提起シタル債權者及正當時期ニ屆出ハサル債權者即屆出及調査ノ爲メ別段ノ期間ノ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ルヘキ債權者ト謂フヘカラス然レトモ前者ハ破産手續ニ於ル權利ノ實行ニ怠慢ナク又後者ハ特定期間ニ屆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ラシメサレハ不當ナル異議ノ爲ニ正當ナル權利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ノ終結ニ遲滯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者ニ歸スル割前ヲ留存スルモノト規定セリ（商一〇二九條後段）故ニ管財人ハ配當ニ與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權ノ確定シタル場合ニ之ヲ債權者ニ交付シ（留存シタル割前ニ付生シタル利息ヲモ交付スヘキヤ否ヤニ關シテハ學者間ニ爭アリ「リビエール」氏ノ如キハ從ハ主ニ隨フノ原則ニ依リ債權者ノ有ニ歸スヘキモノトシ「ルヌアールド」氏ノ如キハ留存ハ支拂ト同一ニ非ス且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曰ヘリ予輩ハ前說ニ依ルヲ正當ナリト信ス）反對ノ場合即異議ヲ正當ト爲ス判決カ確定シタルカ（商一〇二七條）又ハ在外債權者カ別ニ定メタル期間ニ債權ノ屆出及調査ノ爲ニ屆出ヲ爲ササルトキハ留存ノ割前ヲ更ニ債權者間ニ分配ス何トナレハ其割前モ亦破産財團ノ一部分ニ外ナラサレナリ

債權ヲ正當時期ニ屆出テス且（商法第一〇二九條ノ「又ハ」ハ「且」ト解釋スルヲ正當ナリト信ス何トナレハ債權ヲ正當時期ニ屆出テサルモ調査會ニ於テ調査シテ確定シタルトキハ財團ノ配當ニ與ルニ妨ナケレハナリ、商一〇二五條第四項上段）債權ノ確定セサル債權者ハ配當ニ與ルヘキ債權者ニ非ス故ニ管財人ハ配當案ニ此種ノ債權者ノ氏名等ヲ記載スルノ必要ナシ然レトモ商法第一〇二五條第四項ノ規定ニ基キ爾後債權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屆出期間解息ノ爲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ノ法律殊ニ佛蘭西商法第五〇三條、獨逸破産法第一五五條ニ依レハ解息ノ爲ニ失權ヲ來ス立法主義ヲ排斥シ苟破産手續カ終結セサル以上ハ破産債權者ハ屆出及確定ノ手續ヲ履ミ而モ屆出遲滯ノ爲ニ生スル損害ヲ避クルヲ得セシメタリ故ニ債權ヲ正當時期ニ屆出テサル債權者ハ爾後ノ配當ニ於テ現存スル財團ヨリ正當時期ニ屆出ヲ爲シタル受クヘカシ割前ヲ先ニ支拂フヘキコトヲ求ムルヲ得セシメタリ我商法ニ於テ此先拂請求權ヲ認メタルヤ否ヤハ明文上疑ナキニシモ非スト雖破産ノ目的ヨリ推理シテ積極的ニ論決スルヲ正當トス但前ニ實行シタル配當ニ依リ割前ヲ受取リタル部分ニ付減少等ヲ要求セラルルコトナシ蓋配當ニ因リ一旦有效ニ支拂ヒタルモノハ破産財團ニ非サレハナリ此關係ヲ形容シテ獨逸ノ大家「コーレル」氏ハ配當ハ互ニ獨立スト曰ヘリ我商法第一〇二九條「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

0438

ルニ足ルト謂フコトヲ得ヘシ

(B) 中間ノ配當手續　中間ノ配當ハ配當案ノ確定シタル後ニ之ヲ爲ス

(甲) 配當案ニ其公告ノ日ヨリ起算シ十四日內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(商一〇四七條)異議落著ノ手續ヲ略言センニ配當案變更ニ付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サ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內ニ配當案ニ對スル異議ヲ破産裁判所ニ申立ツルコトヲ得財團債權ヲ有スル者ハ異議ヲ申立ツ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ハ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サルモノナレハナリ(商一〇四六條二項)此異議申立ニ對スル相手方ハ管財人ノ外ニ異議ヲ申立テラレタル配當案ノ變更ニ付損害ヲ受クヘキ各破産債權者ナルヘキナリ

異議申立ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得(民訴一三五條準用)破産裁判所ハ異議申立ニ付裁判ヲ爲ス此裁判ハ職權ヲ以テ各關係人ニ送達セサルヘカラス(民訴二四五條準用)而シテ者裁判ノ內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サルヘカラス(商一〇四六條一項準用)蓋此場合ニ於テ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五五八條ノ準用トシテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ(商法施行條例二四條、商施一四七條)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裁判ニ對シテハ管財人其他之ニ因リ損害ヲ受クヘキ者ヨリ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキヤ言ヲ俟タス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破産裁判所書記課ニ備ヘ置キ且其旨ヲ公告セサルヘカラス又抗告裁判所ノ裁判ニ對シテ再抗告ヲ爲スコトヲ得ルヤ言ヲ俟タス而シテ抗告ノ途カ杜絕セラレタルトキハ(期間ノ經過等)茲ニ異議カ落著シタルモノト謂フコトヲ得ヘシ

(乙) 配當ノ實施ヲ畧言センニ法律ハ

第一　配當ニ與ルコト能ハサル債權者カ配當額ヲ受クルノ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每回ノ支拂額ヲ記シテ支拂ヲ爲スヘキモノトシ若紛失等ノ原因ニ由リ債權證書ノ提出不能ノトキニ限リ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ス

第二　受取高ニ關スル紛爭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(商一〇四七條)

(C) 最後ノ配當手續　破産財團ヲ換價シ及其賈得金ノ配當ヲ終了シタルトキハ終結手續トシテ

(甲) 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討議シ以テ配當ヲ終結スルノ當否ヲ議決ス蓋最後ノ配當手續ハ破産手續ノ終結ヲ來シ破産手續中ニ生シタル錯誤又ハ不公平ヲ更正スルコト能ハサルカ如キ各利害關係人ニ重大ナル結果ヲ來スヲ以テ手續ニ鄭重ヲ悉サシムルノ法意ニ出ツ

(乙) 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(商一〇三七條二項參考)此決定ニ對シテハ法律上別ニ明文ナキヲ以テ不服

0439

申立ヲ爲スコトヲ得サルモノトス隨テ裁判所カ職權ヲ以テ破産宣事者ニ裁判ノ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效力ノ消滅(身上的結果ヲ除ク)ヲ知ラシ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(商一〇四、八條)

最後ノ配當手續後付配當スヘカリシ破産財團カ發見、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屆出ヲ爲ササル事實ニ基ク割前留存ノ原因消滅(商一〇二九條)解除條件附債權ニ付條件成就ヲ認メタル確定判決ニ因リ先ニ支拂ヒタル配當額ノ拂戻等ニ因リ現存スルニ至リタルトキハ破産法案ニ於テハ追加ノ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現行破産法ニ於テ此點ニ付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最後ノ配當ハ商法第一〇四八條ニ規定セル「財團ノ換價及配當ヲ全ク終リタルトキ」ノ要件ヲ缺クヲ以テ無效ノ配當手續トシテ更ニ配當ヲ爲スヘキモノト云フヲ正當ト認ム

(D) 配當手續終結ノ結果　配當手續カ終局シタルトキハ破産手續ノ目的ヲ達シタル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濟ヲ得サリシ各債權者ハ破産者ニ各別的ニ其權利ヲ實行スルコトヲ得ヘ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(商一〇二五條一項)又ハ確定判決ノ原本カ强制執行ノ債務名義ト爲ル故ニ債權者ハ之ニ基キ强制執行ヲ爲スヲ得ヘシ

(2) 破産者ハ財産ノ管理及處分權ノ喪失ヲ回復ス故ニ爾後有效ニ財産ヲ取得シ又ハ債務ノ支拂ヲ爲スヲ得ヘシ(商一〇四九條)

破産債權者トシテ配當ニ與リタル債權者ハ爾後同一債權ニ付破産者タリシ債權者カ支拂ヲ爲ササルヲ理由トシテ再破産宣告ノ申立ヲ爲スヲ得ス何トナレハ破産手續終結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俟タス何トナレハ這ハ新ナル破産宣告ノ申立ナレハナリ他人カ破産手續終結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テ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(商一〇二三條「……總債權者……」)

(ㄟ) 協諧契約(强制和議)　破産者ハ破産宣告ノ效力トシテ破産手續中破産財團ニ屬スル財産ニ付管理及處分ヲ爲スノ權能ヲ喪失ス斯ル狀態ハ可成短期ナルコトヲ社會政策ノ希望スル所ナリトス協諧契約ハ多クノ時間ヲ要スル配當ニ依ラスシテ破産手續ヲ終結スルノ方法ナルヲ以テ社會政策ノ希望ニ適スル破産手續カ配當ニ依テ終結スル場合ニ於テハ爾後破産者ハ其經濟上ノ地位ヲ回復スルコト頗困難ナリ協諧契約ハ配當ニ依ラスシテ破産手續ヲ終結スルノ方法ナルヲ以テ爾後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ニハ多クノ時間ト費用トヲ要シ又破産財團ヲ適當ニ換價スルコト能ハサル事情アルコトアリ協諧契約ハ配當ニ依ラスシテ破産手續ヲ終結スルノ方法ニシテ且破産者ノ親族、朋友等カ破産者ノ爲ニ該契約ノ履行ヲ擔保スルコトアリ故ニ破産債權者ハ配當ニ依ルヨリモ協諧契約ニ依リ破産手續ヲ終結スルヲ利益トス如此協諧契約ハ社會政策ニ適シ破産者及破産債權者ノ利益ト爲ル是各國ノ破産法ニ於テ協諧契約ヲ採用シタル所以ナリ(商一〇三八條以下、破案二六八條以下、但破産法案ニ於テハ强制和議ト云ヘリ是現行破産法ノ字句ヲ修正シタルニ止レリ協諧契約ノ性質ヲ一變スル

ノ趣意ニ非サルナリ)(協諧契約ノ本質)

(甲)意義　協諧契約トハ破產者及破產者ノ爲ニ參加シタル者ト破產債權者團體トノ間ニ締結シ且裁判所ノ認可ヲ經タル訴訟的契約ニシテ一旦開始シタル破產手續ヲ配當ニ依ラスシテ終結スルコトヲ目的トスルモノナリ左ニ之ヲ分說スヘシ

(1)　協諧契約ハ契約ナリ

元來協諧契約ノ性質ハ學者間ニ論爭アル所ニシテ或ハ協諧契約ハ裁判所ノ認可即破產的請求ヲ裁判其モノニ於テ定メタル方法ニ從テ終局スルコトヲ確定シタル裁判ニシテ破產者ノ爲ス協諧契約ノ提供ハ裁判ヲ求ムル申立ニシテ契約上ノ意思表示(申込)ニ非ス法定要件ノ下ニ於テ成立シタル破產債權者多數ノ意思表示ハ協諧契約ナル裁判ヲ下スノ淵源ヲ爲スモノニシテ契約上ノ意思表示(承諾)ニ非スト立論シ又或ハ協諧契約ヲ以テ破產者ノ提供、破產債權者ノ決議及裁判所ノ認可ナル三箇ノ法定事實ニ因テ成立スル特種ノ法律行爲ニシテ裁判ニ非ス又契約ニ非スト立論シ或ハ又贊成シタル多數ノ破產債權者カ協諧契約ニ拘束セラルルハ協諧契約ノ契約タル性質ノ然ラシムル所ニシテ又贊成セサル多數ノ破產債權者カ協諧契約ニ拘束セラルルハ法規ノ力ニ依ルモノニシテ協諧契約ノ契約若クハ裁判タルノ性質ニ基クモノニ非サルヲ以テ協諧契約ハ混成的性質ヲ有シ單一的性質ヲ有スルモノニ非スト立論シ或ハ協諧契約ハ契約ニシテ裁判ニ非ス協諧契約ニ付テノ裁判所ノ認可ハ裁判所カ協諧契約ノ要件存スル旨ヲ確保スルノ行爲ニシテ其立法上ノ理由ハ單ニ協諧契約ノ濫用ヲ避クルニ在リ故ニ協諧契約ノ本質ハ破產手續ノ終結ヲ目的トシタル破產當事者ノ合致シタル當事者ノ意思ニシテ裁判所ノ認可ニ非スト立論セリ予輩ハ我破產法ノ解釋トシテ後者ヲ正當ト認ム是協諧契約ヲ以テ契約ナリト謂フ所以ナリ

(2)　協諧契約ハ一旦開始シタル破產手續ヲ配當ニ依ラスシテ終結スルコトヲ目的トスル訴訟的契約ニシテ協諧契約ハ一旦開始シタル破產手續ヲ配當ニ依ラスシテ終結スルコトヲ目的トスル訴訟的契約ナリ』民事訴訟法上ノ和解ト其性質ヲ同ス故ニ協諧契約ハ其內容トシテ或法律關係(債務ノ免除、履行ノ猶豫、擔保ノ供與)ヲ確定シ又其效力トシテ破產手續ヲ終結スルモノナリ如此協諧契約ハ訴訟的契約ニシテ民法上ノ和解ニ非ス故ニ契約ニ關スル民法ノ規定ハ破產法ニ於テ別段ノ定ナキトキニ非サレハ協諧契約ニ之ヲ準用スルコトヲ得ス

(3)　協諧契約ハ破產者ト破產債權者團體トノ間ニ成立セル契約ナリ(商一〇三八條、破案二八六條、二九三條)

協諧契約ハ前述ノ如ク同一ノ契約ナルヲ以テ其成立ニ付當事者アルヤ言ヲ俟タス而シテ當事者ノ一方ハ破產者ナルコト疑ナシト雖他ノ一方ハ何人ナルヤニ關シテハ學者間ニ爭アル所ナリ破產宣告ノ效力トシテ破產債權者團體ノ發生ヲ否認スル學者ハ協諧契約ニ付贊成シタル多數ノ各債權者カ當事者ナリト立論シ且此派ニ屬スル學者ハ協諧契約カ反對少數ノ債權者ヲ羈束スルノ理由ヲ說明シテ贊成多數ノ債權者カ反對少數ノ債權者ヲ法律上代理スルカ故ナリト立論シ或ハ立法者ノ命令ニ基クモノナリト立論セリ破產ノ效力トシテ破產債權者團體ノ發生ヲ是認スル學者ハ破產債權者團體カ當事者ナリト立論シ且此派ニ屬スル學者ハ協諧契約カ總破產債權者ニ對シ又ハ其爲ニ效力ヲ有スル理由ヲ說明シテ破產債權者團體カ其機關タル破產債權者集會ニ依テ破產者ノ申込ヲ承諾シタルニ在リト曰ヘリ(獨逸ニ於テハ獨リ「コーレル氏」カ一面ニ於テハ破產債權者團體ノ存在ヲ認メ他ノ一面ニ於テハ破產債權者カ單獨ノ權利者トシテ協諧契約ヲ締結スト立論シ且協諧契約カ反對少數ノ債權者ノ利益及不利益ニ於テ效

力ヲ有スル理由ヲ破産的差押權ハ唯合一的ニ消滅スルコトヲ得ルノミナルカ故ナリト立論セリ）予輩ハ後説ヲ正當ナリト思フ蓋破産債權者團體ノ存在ヲ否認スル學説ハ協諧契約カ反對少數ノ破産債權者ヲ羈束スルノ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破産債權者カ協諧契約ノ提供即申込ニ付爲シ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非スシテ決議ニ關スル意思ノ表示ナリ適法ノ多數決ニテ成立シタル債權者集會ノ決議カ承諾若クハ拒絶ナリト知ルヘシ協諧契約ノ民法的效果ヲ擔保スル保證人ハ協諧契約ノ當事者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破産債權者殊ニ屆出ヲ爲サザリシ破産債權者ニ對シテ責任ヲ負フ

(4) 協諧契約ノ成立ニハ裁判所ノ認可ヲ要ス（商一〇四〇條、破案三〇一條）

認可ハ裁判所ニ於テ協諧契約ヲ許スヘキ要件具備スト認メタル場合ニ之ヲ完成セシムルノ行爲ニシテ單ニ既存ノ法律關係ヲ認定スルニ止ル裁判ニ非ス故ニ裁判所ノ認可ハ協諧契約ノ形式的成立要件ニシテ之ニ依テ協諧契約ノ訴訟的效力及民法的效力發生ス隨テ一旦裁判所ノ認可アリタル以上ハ縱令協諧契約ノ前提要件ニ錯誤アルトキト雖之ニ依テ協諧契約ノ效力ヲ害スルコトナシ然レトモ裁判官カ誤リテ第三者ヲ協諧契約上ノ保證人ト前提シテ認可ヲ與ヘタルトキハ之ニ依テ協諧契約ハ法律上效力ヲ發生スルコトナシ何トナレハ第三者ハ斯ル認可ニ因テ協諧契約ニ羈束セラルルノ理ナク且協諧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如此協諧契約ノ成立ニ付裁判所ノ認可ヲ要スル理由ハ蓋協諧契約カ破産債權者ヲ詐害スルノ目的ヲ以テ濫用セラレ立法ノ精神ニ背馳シ多數ノ破産債權者及國家ノ利益ヲ害スルコトアルヲ以テナリ是ヲ以テ裁判所ハ協諧契約カ公益ニ觸ルル所ナキカ法定ノ要件ヲ缺キタル所ナキヤ否ヤヲ調査シ斯ル欠缺ナキモノト認メタルトキハ其旨ヲ確保シ斯ル欠缺ア

リト認メタルトキハ認可ヲ拒ムコトヲ要ス而シテ此目的ヲ達スルニハ決定ナル形式ヲ以テスルヲ最適當ナリトス是ヲ以テ法律ハ訴訟的形式ヲ以テ協諧契約ノ認可ヲ扱ハシム

(乙) 成立手續　協諧契約ハ裁判所ノ認可ニ因テ破産者ト破産債權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申込、破産債權者團體ノ承諾及裁判所ノ認可ヲ要件トスルヤ言ヲ俟タス左ニ分説スヘシ

(A) 提供　協諧契約ノ提供ハ法律上ノ義務ヲ履行シ且有罪破産ノ判決ヲ受ケス又ハ其審問中ニ在ラサル破産者カ法定ノ方法ニ基キテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノタリ

(a) 協諧契約ハ主トシテ破産者ノ利益ノ爲ニ存ス（商一〇三八條「……破産者ニシテ……」）故ニ唯破産者ノミカ協諧契約ノ申込ヲ爲スコトヲ得管財人、各破産債權者及破産主任官等ハ之ヲ爲スコトヲ得ス但破産者ニ對シ協諧契約ノ申込ヲ爲スヘキ旨ヲ勸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續人カ協諧契約ノ提供ヲ爲スコトヲ得破産者カ法人其他訴訟能力者ナルトキハ其法定代理人カ破産者ニ代リテ其權利タル協諧契約ノ提供ヲ爲スモノト知ルヘシ（破産者ノ遺産相續人カ數人アル場合ニ於テハ該相續人カ一致スルニ非スンハ協諧契約ノ申込ヲ爲スコトヲ得サルヘシ（民一〇〇三條參考）

協諧契約ハ協諧契約ヲ許スモ其履行ノ見込ナキ事情ノ存スル場合ニ於テハ之ヲ許スコトヲ得ス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又ハ其審問中ニ在ル場合ハ前示ノ事情ノ存スル場合ニ外ナラサルヲ以テ協諧契約ノ締結ヲ許サス隨テ斯ル破産者ハ協諧契約ノ提供ヲ爲スコトヲ許サス（商一〇三八條）法律上ノ義務ヲ履行セサル破産者トハ商法第九七九條、第九九〇條、第九九一條、第

0442

一〇一二條、第一〇三五條等ノ規定ニ反シタル破産者タリ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過怠破産者トシテ罰セラレタル者タリ有罪破産ノ審問中ニ在ル破産者トハ有罪破産ニ關スル豫審若クハ公判ノ訴訟手續カ繫屬セラレタル被告人タリ

(b) 協諧契約提供ノ法定ノ方法トシテハ

第一　破産者ハ準備手續トシテ少クモ第一債權者集會期日ヨリ二十日前ニ協諧契約ノ申立書ヲ破産裁判所ニ提出シ該裁判所ハ之ヲ書記課ニ備ヘ公衆ノ展閲ニ供シ且其旨ヲ公告ス是相手方タル破産債權者團體ニ熟慮ノ期間ヲ與フルカ爲ナリ故ニ申立書ニハ協諧契約提供ノ内容ヲ明示セサルヘカラス而シテ法律ハ協諧契約申立書ノ提出カ唯第一債權者集會期日ヨリ二十日前タルヲ以テ要件ト爲シタルニ止ルカ故ニ債務者ハ該申立書ヲ破産宣告ヲ求ムル申立ト同時ニ提出スルコトヲ妨ケラレス又該申立書ハ協諧契約ノ準備書面ニ止リ其提供ニ非サルヲ以テ破産者カ債權者集會ニ於テ協諧契約ノ申込ヲ爲ササルトキハ協諧契約ノ成立ナシ(商一〇三八條二項、申立書トアルカ故ニ書面申立ニ限定スルノ法意ナリト解スヘカラス破産者ハ口頭ニテ斯ル申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ但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)

第二　破産者ハ、通常第一債權者集會ニ於テ主任官ノ認可ヲ經テ協諧契約ノ提供ヲ爲ス(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存否、理由ノ有無ヲ豫斷シ徒ニ債權者集會ノ議事ヲ擾亂セシムルニ止ル破産者ノ行爲ヲ防止スルニ在リ故ニ主任官ハ協諧契約ノ提供ヲ形式及實體上不當ナリト認ムル場合ニ於テハ命令ヲ以テ排斥スルコトヲ得(商九八三條、一〇三八條)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非スンハ破産債權ノ數額及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諧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諧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諧契約ノ提供ハ之ヲ許サス是破産手續ノ進行ヲ延滯セシムルノ虞アレハナリ但十分ノ理由アルトキ即チ破産手續ノ進行ニ多少ノ延滯ヲ來スモ協諧契約ノ成立カ當事者ニ利益多キトキハ例外トシテ協諧契約ノ提供ヲ許ス(商一〇三八條一項)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シ債權者ノ員數ニ減少ヲ來ス所アルヲ以テナリ

第三　協諧契約ノ提供ハ一回ニ限リテ之ヲ許シ二回ノ提供ヲ許サス其理由ハ(1)破産手續ノ進行ニ付延滯ヲ來ス損害ヲ避ケ(2)破産者カ可成協諧契約上ノ負擔ノ輕微ナルコトヲ欲スルカ爲ニ試驗的ニ數回ノ協諧契約ノ提供ヲ爲スノ弊害ヲ避クルニ在リ(商一〇三八條)

破産者ノ協諧契約ノ提供ハ破産債權者團體カ承諾スル迄之ヲ取消スコトヲ得協諧契約ノ提供ヲ承諾スル以前ニ於テ破産者死亡スルトキハ該提供ハ其效ヲ失フ但破産者ノ承繼人ハ新ニ内容ヲ同ウシ又ハ之ヲ異ニスル協諧契約ノ提供ヲ法定ノ方法ヲ經テ爲スコトヲ得ルヤ當然ナリ

(c) 協諧契約ノ提供ニハ其内容トシテ債權者ニ滿足ヲ享有セシムル方法及其擔保方法ヲ明示セサルヘカラス協諧契約ハ債務ノ免除及履行ノ猶豫ノ方法ニ依リ債權者ニ滿足ヲ享有セシムルニ外ナラサルヲ以テ協諧契約ノ提供ニハ債務ノ一部免除ノ割合又ハ債務ノ履行猶豫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

協諧契約ノ提供ニハ債權者カ代物辨濟ニテ滿足ヲ享クル旨ヲ明示スルコトヲ得其債權者ハ破産債權者

0443

ノ數員ルコトアリ又ハ全員タルコトアリ其代物辨濟ノ用ニ供スル破產財團ハ財團ノ二三タルコトアリ又ハ全體タルコトアリ蓋破產債權者ハ破產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產債權者中ノ一人カ破產財團全部ヲ取得シ之ト同時ニ他ノ破產債權者ニ對シ特定ノ割合ニ於ル滿足ヲ享有セシムル債務ヲ負フ旨ノ協諧契約ヲ締結スルコトヲ得レハナリ其他協諧契約ノ提供ニハ第三者カ破產者ノ連帶債務者トシテ又ハ保證人トシテ債權者ニ其滿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諧契約ノ提供ハ法律ノ許ササル所ナリ蓋シ條件附提供ハ協諧契約ノ締結ヲ條件ニ繫ラシメ隨テ破產手續ノ終局ヲ條件ニ繫ラシメテ不確定ト爲ルヲ以テナリ(獨逸ノ「コーレル」氏ハ反對說ヲ主張セリ)又始期ヲ附シタル協諧契約ノ提供ハ該期日ノ到來迄ハ其效ヲ生スルコトナク終期ヲ附シタル協諧契約ノ提供カ何時ニテモ該提供ノ取消ヲ爲スコトヲ得ルカ爲メニ何等ノ實益ナシ

(B) 承諾　協諧契約ノ承諾ハ破產債權者團體カ法定ノ方法ニ基キテ之ヲ爲ス

(a) 協諧契約ノ相手方ハ破產債權者團體タルコト前述ノ如シ故ニ其機關タル債權者集會ニ於テ承諾ニ關スル意思ヲ表示ス協諧契約ハ配當ニ依ラス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諧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產手續終結ノ決議認可以前ニ於テ爲スコトヲ要ス

(b) 協諧契約ノ法定方法トシテハ

第一　破產者若クハ其代理人カ集會期日ニ出頭シテ協諧契約ノ提供ヲ爲ササルヘカラス然ラスンハ協諧契約ノ提供ナキヲ以テ協諧契約ノ成立スルコトナクシテ集會期日カ終了ス是協諧契約ニ關スル手續カ口頭タルコトヲ要スルカ爲ナリ但破產者ノ期日ノ懈怠カ已ムコトヲ得サルノ理由ニ基クトキハ延期スルコトヲ得ヘシ破產者ノ爲ニ協諧契約ニ參加スル第三者ハ集會期日ニ於テ擔保ヲ爲ス旨ヲ申立テサル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俟タス協諧契約ノ提供カ其申立書ニ記載シタルモノト內容ヲ異ニスルコトアリ斯ル場合ニ於テハ該內容ノ變更ハ破產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諧契約ノ提供トシテ之ヲ取扱フコトヲ得ヘシト雖後者ノ場合ニ於テハ縱令集會期日ニ出頭シタル總破產債權者カ可決シタルトキト雖協諧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サル者ニ不利益ヲ被ラシムル法則ハ斯ル場合即闕席判決ヲ爲ス場合ニ非サル場合ニ適用ナケレハナリ

第二　債權者ノ集會ニ參加スルコトヲ得ル各債權者カ協諧契約ノ締結ノ當否ヲ決議ス蓋協諧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產者ノ親族又ハ配偶者タルノ理由ヲ以テ協諧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產者トノ情實上之ニ利益ナル協諧契約締結ニ容易ニ贊成スルノ虞アリ是ヲ以テ破產裁判所ハ認可ノ際ニ嚴重ナル調査ヲ爲スヘキモノナリ(商一〇四一條二項)(2)優先權ノ確定シタル債權者ハ其優先權ヲ拋棄スル限度又ハ其不足ノ限度ニ於テ協諧契約ノ締結ノ決議ニ加ハルコトヲ得而シテ優先權アル債權者ハ協諧契約締結ノ決議ニ加ハリタルカ爲ニ優先權ヲ喪失スルコトナキハ我破產法ノ解釋トシテ特ニ明文ナキヲ以テ疑ヲ容レス(3)管財人ニシテ債權者タルモノ亦協諧契約ノ締結ニ關スル決議ニ參加スルコトヲ得

第三　協諧契約ノ承諾ニハ特別ノ多數決即總債權額ノ四分ノ三以上ニ當ル出席員ノ過半數ノ可決アルヲ要ス(商一〇三九條一項)斯ル特別ノ多數決ヲ要スルハ協諧契約ノ成立カ當事者ニ重大ナル利害關係

0444

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者若クハ多額少數ノ債權者ニ協諧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出席シタル債權者ノ有スル債權額ニ非スシテ屆出テ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頭セサル債權者ノ利益ヲ證保スルノ法意ニシテ又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一〇三六條前段ト同一ノ法意ニ出テ且協諧契約ノ成否ヲ債權者ノ多數ノ怠慢ニ係ラシメサルノ法意ニ出ツ而シテ債權者カ期日ニ出席シタルモ協諧契約ノ成立ニ付贊否ノ意思ヲ表示セス若クハ該意思ノ表示カ無效ナルトキハ該表示ヲ承諾ノ計算ニ入ルルコトヲ得ス何トナレハ法律ハ協諧契約ノ承諾トシテ議決權ヲ有シ且有效ニ該權利ヲ行使シタル債權者ノ過半數カ明示的ニ協諧契約ノ成立ニ贊成シタルコトヲ要シタレハナリ隨テ協諧契約ノ利益ヲ害ストノ理由ヲ以テ贊否ノ意思ヲ表示セサル者ハ其表示以前ニ退席シタル者ト同シク出頭セサ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諧契約ノ締結ヲ可決シタルトキハ協諧契約ノ提供ニ對スル破産債權者團體ノ承諾ヲ成シ唯裁判所ノ認可手續カ終了セサルノミ故ニ破産當事者ニ於テハ完全ニ協諧契約カ成立シ各當事者ヲ羈束ス隨テ破産者ハ爾後協諧契約ノ提供ヲ自由ニ取消スコトヲ得ス又破産者カ死亡スルモ協諧契約ニ何等ノ影響スル所ナシ反之協諧契約ノ提供ニ對シ總債權額ノ四分ノ三ニ當ラサ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サ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サル決議カ成立シタルトキハ協諧契約ノ提供カ拒絶セラレタルモノト爲ル而シテ協諧契約ノ提供ハ前述ノ如ク一回ニ限リ許サルヘキモノナルヲ以テ（商一〇三八條一項）協諧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諧契約ヲ以テ破産手續ヲ終局スルコトヲ得サルハ是立法上嚴格ニ失スト謂ハサルヲ得ス

(c) 協諧契約ノ提供ニ關スル議決、手續ノ進行ノ大要、該提供ノ變更、議決ノ結果及ヒ決議ニ加ハリタル債權者ノ氏名竝ニ其贊否ハ之ヲ債權者集會ノ調書ニ記載セサルヘカラス（民訴一二九條乃至一三二條）而シテ該調書ハ一ノ公正證書ナレハ其反對ヲ證スルニハ僞造ノ申立ニ依ラサルヘカラス

(C) 協諧契約ノ提供ニ對スル承諾ニ因テ破産者（參加第三者）及破産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シテ該契約カ協諧契約トシテ有效ナルニハ尙破産裁判所ノ認可ヲ要ス（商一〇四〇條）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シ

(a) 認可ニ關スル裁判手續・破産裁判所ハ破産者、各破産債權者及管財人ノ申立ニ因リ契約ノ成立後十日ノ期間滿了後ニ於テ主任官ノ意見ヲ聽キ決定ノ形式ヲ以テ協諧契約ノ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、各破産債權者及管財人ノ申立アルヲ要ス破産者及各破産債權者ハ利害關係人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其期間ハ法定セサル所ナリ是申立人ノ意思ニ一任スルノ法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法律上明文ナキヲ以テ不告不理ノ原則ニ基キ申立ニ因テ認可ニ關スル裁判ヲ爲スモノト解スルヲ正當ナリト認ム第二ニ破産裁判所ハ契約ノ成立ヨリ十日ノ期間カ滿了シタル後ニ非

0445

スンハ認可ニ關スル裁判ヲ爲スコトヲ得ス（商一〇四〇條末段）是協諧契約ノ成立ニ對シ異議ヲ申立ツルノ期間ヲ存スルノ法意ナリ議決權ヲ有スル債權者又ハ協諧契約可決後ニ至リ債權ノ確定シタル債權者ハ自衛方法トシテ協諧契約ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得管財人モ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トシテ異議申立權ヲ認メサレトモ我商法ハ起草者ノ說ニ基キテ管財人ニ該權ヲ認メタリ蓋多數決ハ必シモ破産關係者全體ノ利益ト謂フヘカラス又不法ノ協諧契約ヲ完成セサラシムルヲ要スルヲ以テ管財人ニ斯ル申立權ヲ認ムルハ甚正當ノ立法ナリト謂フヘシ破産者ハ異議ヲ申立ツルコトヲ得ス何トナレハ若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消ス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協諧契約可決ノ後ニ於テモ未債權ノ確定セサ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サレハナリ異議ハ理由ヲ付シ協諧契約ノ成立後十日內ニ管轄裁判所ニ申立テサルヘカラス而シテ法律上明文ナキモ異議申立書ノ謄本ヲ破産者、管財人等ニ送達シ防禦方法ヲ準備セシムルヲ適當トス（商一〇三九條二項）其他破産裁判所ハ主任官ノ演述ヲ聽キタル後ニ非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權者管財人等ヲ審訊シ之ニ意見ヲ表示スルノ機會ヲ與フルト否トハ破産裁判所ノ自由タリ（商一〇四〇條中段）

(b) 認可ニ關スル裁判手續、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テ「協諧契約ノ認可又ハ棄却ニ付テノ決定」ヲ爲シ（商一〇四〇條中段）同時ニ異議ノ申立ニ付裁判ス

(1) 破産裁判所カ決定棄却ノ原因ノ外他ノ棄却ノ原因ニ基キテ協諧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予輩ハ我破産法ノ解釋トシテ我商法（商一〇四一條）ハ佛蘭西商法（五一五條）ト同シク例示的ニ法定棄却ノ原因ヲ規定シタルニ止リ他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非ス隨テ積極的ニ論決スルヲ正當ナリト思フ

協諧契約ニ關スル法定棄却ノ原因四アリ（商一〇四一條）

第一　協諧契約ノ成立ニ際シ商法第一〇三八條及第一〇三九條ノ規定ヲ踐行セサルトキ　此場合ニ於ル協諧契約ハ蓋法意ニ伴ハサル協諧契約ナルヲ以テ之ヲ認可セサルヲ當然トス

第二　協諧契約ニ依リ或債權者カ其承諾ナクシテ偏頗ノ處置ヲ受ケ損害ヲ被ルトキ　抑破産手續ハ各破産債權者ニ平等的滿足ヲ得セシムルコトヲ目的トスルヲ以テ協諧契約ノ內容トシテ各破産債權者ノ權利カ同等ナルコトヲ要ス故ニ甲破産債權者カ協諧契約ニ依リ乙破産債權者ヨリモ多額ノ割合ニ於ル金額ヲ受取リ優等ナル擔保ニ供セラレ又ハ支拂期日カ近キニ在ルカ如キ優等ノ取扱ヲ受ケタル場合ニ於テハ協諧契約ヲ認可スルコトヲ得ス但各破産債權者ヲ不平等視スルノ禁止法ハ劣等ノ取扱ヲ受ケタル債權者カ該取扱ヲ受クルコトヲ承諾シタル場合ニ於テモ行ハルヘキ絶對的法規ニ非ス斯ル債權者カ其承諾上劣等ノ取扱ヲ受ク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非ス是法律カ「其承諾ナクシテ」ト云フ所以ナリ

第三　協諧契約カ詐欺其他不正ノ方法ヲ以テ成リタルトキ　元來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僞記スルカ如キハ之ニ屬シ（商一〇五〇條）亦不正ノ方法トハ普通ノ觀念上排斥スヘ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スルノ密約ヲ爲シ（協諧契約ニ依テ特種ノ債權者ヲ優待スルノ事項ハ商法第一〇四一條第二項ノ支配スル

0446

所ナリ）協諧契約ヲ成立セシムルカ爲ニ破産債權者ノ債權ヲ買收シ又ハ之ヲ分割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テ協諧契約ヲ爲シタル場合亦然リ是商法第一〇四一條第三項ニ於テ破産者ノ行爲ニ限定スヘキ旨ヲ規定セサル所以ナリ而シテ斯ル不正ノ方法ニ因テ成リタル協諧契約ハ議決ノ嚴正ヲ害シ法意ニ伴ハサルモノナルヲ以テ之ヲ認可スヘカラサルヤ勿論ナリ但詐欺其他ノ不正ノ方法行ハレタルモ苟モ適法ナル法定ノ多數決カ成立シタル場合ニ於テハ此等ノ方法カ協諧契約ノ認可ニ影響スル所ナカルヘシ何トナレハ斯ル場合ニ於テハ詐欺其他ノ不正ノ方法カ多數決ヲ成立セシメタル原因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ノ或者ニ辨濟ヲ爲シ以テ協諧契約ノ成立ヲ容易ナラシメタル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ニ害セラレサリシヲ以テナリ

第四　協諧契約カ公益ニ觸ルルトキ　破産者カ詐欺收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ルカ如ク破産者カ協諧契約ノ恩典ニ浴スルノ價値ナキ場合ニ於テ協諧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諧契約ヲ棄却ス

我商法草案理由書及獨逸破産法（一八八條一項二號）ニ依レハ協諧契約カ破産債權者ノ一般ノ利益ニ反スルトキ例之協諧契約ニ關スル破産者又ハ第三者ノ履行カ不確實ナルトキ又ハ破産債權者ニ對シ配當ニ依ル破産手續ノ實施カ協諧契約ニ依ル破産手續ノ終了ヨリモ利益アルトキニ於テハ協諧契約ヲ棄却スヘキ旨ヲ規定シタリ我現行破産法ハ「公益」トシ破産債權者ノ一般ノ利益ト規定セサルヲ以テ佛派ノ學說ニ依リタルモノト認メ以上ノ如ク說明シタリ

裁判上協諧契約棄却ノ原因ハ裁判所カ認定スル所ナルヲ以テ其種類ヲ明示スルコトハ爲ス能ハサル所

ナレトモ協諧契約ノ成立ニ關シ錯誤及强迫カ存シタルトキ（詐欺ニ關シテハ前述ノ說明ヲ參考スヘシ）協諧契約ノ實行カ破産債權者團體ノ利益ニ非サルトキ、協諧契約ノ實行カ豫期セラレサルトキハ裁判所カ協諧契約ヲ棄却スルコトヲ得ヘシ

(2) 破産裁判所ハ前述シタル原因ノ有無ニ從ヒ唯協諧契約ノ認可又ハ棄却ニ付テノ決定ノミヲ爲シ（商一〇四〇條中段「其認可又ハ棄却ニ付テノ決定」）協諧契約ノ內容ヲ變更スルノ折衷的裁判ヲ爲スコトヲ得ス蓋協諧契約ハ破産者及破産債權者團體トノ間ニ於ル契約ニ外ナラサレハナリ協諧契約ノ認可又ハ棄却ニ付テノ決定ハ言渡又ハ送達ニ因リ外部ニ對シテ成立ス（商法施行條例二四條、民訴二四五條）又該決定ニハ理由ヲ付スルコトヲ適當トスルコト前述ノ如シ

(3) 破産裁判所ハ協諧契約ニ關スル裁判ト同時ニ異議ノ申立ニ付裁判ス是迅速ニ事件ヲ終結セシムルノ法意ニ出ツ

(c) 不服申立手續　破産者及異議申立權者ハ協諧契約ノ認可又ハ棄却ノ決定ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得（商一〇四〇條下段、商法施行條例二四條、商施一四七條）破産者ハ協諧契約棄却ノ決定ニ對シテハ勿論其認可ノ決定ニ對シテモ亦即時抗告ヲ爲スコトヲ得蓋認可セラレタル協諧契約ニ錯誤ノ存スルカ如キコトアレハナリ但協諧契約カ破産債權者團體ノ利益ニ關スル規定ニ反シタルコトハ協諧契約ノ認可決定ニ對スル破産者ノ即時抗告ノ理由ト爲ラス異議申立權者ハ協諧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諧契約ノ成立ニ贊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コトアルヲ以テナリ（例之認可以後不正行爲ヲ發見シタルノ類）

「異議申立ノ權利アル者」ハ異議申立ヲ爲シタル者ト同一意義ニ非ス隨テ異議ノ申立ヲ爲ササリシ債權

者ト雖苟異議申立ノ權利ヲ有スル以上ハ協諧契約ノ認可決定ニ對シ即時抗告ヲ爲スコトヲ得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參加人トシテ抗告ヲ提起シタル權利者ヲ補助スルコトヲ得ルハ言ヲ俟タス（民訴五三條）

抗告裁判所ハ即時抗告ニ付口頭辯論ヲ經テ又ハ之ヲ經スシテ裁判ス（民訴四六二條）前者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抗告裁判所カ第一審ノ裁判所ヲ變更シタル場合ニ於テハ尙該裁判ヲ第一審ニ於テ協諧契約ノ認可手續ニ干與シタル者ニ送達セサルヘカラス

(d) 協諧契約ノ認可ニ關スル裁判ノ確定　協諧契約ノ棄却決定カ確定シ即不服ヲ申立ツルコト能ハサルニ至リ且其棄却原因カ補正スルコト能ハサルモノナルトキハ（商一〇四一條）破産者、各破産債權者及管財人ハ更ニ認可ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得ス蓋斯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諧契約ノ棄却原因カ補正スルコトヲ得ヘキモノナルトキハ（形式上ノ缺點）更ニ認可ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得蓋斯ル場合ニ於テ形式上ノ缺點カ補正セラレタニモ拘ラス認可ヲ拒絶スルハ何等ノ理由ナク且酷ニ失スレハナリ

破産手續ハ協諧契約ノ認可決定ノ確定ニ因テ實體上終結シ破産裁判所カ協諧契約ノ認可決定ノ確定以後商法第一〇四八條ノ規定ニ準シ破産手續ノ終結決定ヲ爲スニ因テ形式上終結ス是配當ニ依レル破産手續ノ終結ニ付決定ヲ爲スト同一ノ法意ニ出ツ而シテ協諧契約ニ依レル破産手續ノ終結決定前ニ於テ

(1) 管財人ハ商法第一〇四八條ノ規定ニ準シ債權者集會ニ於テ職務上ノ計算ヲ爲スヘク（商一〇四三條一項、一〇四八條）又爭ナキ財團債權（商一〇三二條）及爭ナキ優先權ヲ以テ擔保セラレタル破産債權ニ付破産財團ヲ以テ辨濟ヲ爲シ又爭アル此二者ノ權利若クハ期限附、條件附ナル此二者ノ權利ニ付破産財團ヲ以テ辨濟ノ擔保ヲ供スルヲ當然トス

(2) 協諧契約ニ於テ破産債權者ノ爲ニ協諧契約ノ認可決定ノ確定後破産手續終結決定前ニ擔保ヲ供スヘキ旨ノ定アリタルトキハ該擔保ヲ給付セサルヘカラス蓋斯ル事項ハ破産手續ノ終結ニ關聯スルモノナレハナリ然レトモ斯ル事項ノ終了以前ニ爲シタル破産手續ノ終結決定ヲ無效ナリト論決スヘカラスナレハナリ然レトモ斯ル事項ノ終了以前ニ爲シタル破産手續ノ終結決定ヲ無效ナリト論決スヘカラス唯擔保義務者カ辨濟若クハ擔保ノ不爲ヨリ損害ヲ受ケタル各人ニ對シ損害賠償ノ責ニ任スルノミ

協諧契約ニ依レル破産手續ノ終結決定ハ協諧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諧契約認可決定カ再審ノ訴ニ付テノ要件ニ基ク抗告ニ依テ（民訴四六六條）廢棄セラレタルトキハ協諧契約ニ依レル破産手續ノ終結決定モ亦失效ナルモノナリ

協諧契約ニ依ル破産手續ノ終結決定ハ配當ニ依レル破産手續ノ終結決定ト同ク破産手續ノ終結方法ナルヲ以テ商法第一〇四八條ニ準シ之ヲ公告シ以テ總利害關係人ニ知ラシメサルヘカラス又ハ其決定ハ有效ニ公告セラレタルニ因テ效力ヲ發生ス（破産法ノ宣告ヲ通知シタル官廳ニハ協諧契約ニ依テ破産手續ノ終決アリタル旨ヲ通知スルヲ可トス

(丙) 效力　協諧契約及之ニ基ク破産手續ノ終結ハ總破産債權者ノ利益及不利益ニ於テ羈束ノ效力ヲ生シ破産財團ニ對スル破産的差押權ノ消滅ヲ來シ其他左ノ效力ヲ生ス左ニ之ヲ分説スヘシ

(A) 羈束ノ效力　協諧契約ハ其當事者タル破産者ニ對シテハ勿論總破産債權者ノ利益及不利益ニ於テ

0448

羈束ノ效力ヲ生シ其破産債權者カ破産手續ニ參加シタルト否ト協諧契約ノ決議ニ際シ贊成シタルト否トヲ問ハサルモノナリ蓋協諧契約ニ在テハ其性質上總破産債權者ヲ同等視スヘキモノナレハナリ（然ラサレハ贊成多數ノ債權者ハ自己ニ利益アル條件ヲ以テ協諧契約ヲ締結シ他ノ破産債權者ノ利益ヲ害スルニ至ルヘシ是破産ノ目的ト背馳シ法律上之ヲ許スコトヲ得サル所ナリ）而シテ協諧契約ハ債權ノ組織ニ影響ヲ及スコトト爲シ隨テ債權ノ原因ハ協諧契約ノ爲ニ變更セラルルコトナシ又協諧契約ハ認諾・更改及和解ヲ包含スルモノニ非スシテ破産關係ヲ消滅セシムル目的ヲ達スルカ爲ニ唯其主張ニ關スル權能ノミヲ變更スルモノナリ隨テ破産債權ノ基礎ハ從前ニ於ルモノト異ナルコトナシ是ヲ以テ破産債權カ其屆出ニ因テ受ケタル變更（商九八九條參考）ハ協諧契約ニ於テ準據スヘキモノナレトモ屆出ヲ爲ササリシ破産債權ハ協諧契約成立以後從來ノ體樣ヲ以テ該契約ヨリ生シタル制限ノ下ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ但屆出ヲ爲ササリシ破産債權ノ給付カ不可分ニシテ直接ニ協諧契約ヨリ生シタル制限即割合辨濟ヲ爲スコトヲ得サル場合ニハ給付ヲ金錢ニ評價シ其額ニ從テ協諧契約ノ條項ヲ適用スルハ當然ナリ

別除權ハ協諧契約ノ爲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拋棄シタル限度又ハ別除權ヲ行フニ當リ不足アルヘシト推定セラルル限度ニ於テ協諧契約ノ效力ヲ對抗セラル破産手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協諧契約ノ爲ニ影響ヲ受クルコトナシ破産手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諧契約ニ依レル破産手續ノ終結以後尙有效ニ相殺權ヲ行使スルコトヲ得蓋協諧契約ハ斯ル相殺權ヲ喪失セシムルモノニ非サルコト別除權ト同一ナレハナリ其他破産債權ノ性質ヲ有セサル債權ヲ有スル者ニ對シテハ協諧契約ノ效力ナキヤ言ヲ俟タス破産手續終結ト破産財團ヲ破産者ニ引渡スコトヲ目的トスル協諧契約カ破産債權者ニ非サル者ニ效力ヲ有スト云フハ解スヘカラサレハナリ

羈束ノ效力ハ破産債權者ト破産者ノ共同債務者及物上擔保トノ關係ニ及ハス蓋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諧契約ノ成立ヲ妨クルヲ以テナリ

(B) 破産的差押權ノ消滅　協諧契約ハ、配當ニ依ラスシテ破産手續ヲ終結スルノ方法ナルヲ以テ協諧契約ノ完成ニ因テ破産財團ニ對スル破産的差押權ノ消滅ヲ來シ協諧契約ニ於テ別段ノ規定ナキ限ハ破産者カ破産財團ニ屬スル總財産ニ付破産ノ宣告ニ因テ喪失シタル占有、管理及處分權ヲ回復ス故ニ管財人ハ其職務ヲ罷メ（商一〇四三條一項）破産者ハ任意ノ管理及處分ノ爲ニ該財産ヲ取戻スコトヲ得（商一〇四三條一項）協諧契約ニ於テ破産財團ニ對スル破産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産者カ破産財團ニ付任意ノ管理及處分ヲ爲スコトハ協諧契約ノ要素的效力タルノミナラス破産手續ノ終結以後破産財團ノ存スルコトナケレハナリ然レトモ協諧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産ニ付債權的制限（特定人ノ承認ヲ經スシテ特定ノ財産ノ處分ヲ禁止スルノ類）或ハ物權的制限（質權、抵當權等ノ設定）ヲ約定スルコトヲ妨ケス是協諧契約ノ偶素的效力ナレハナリ（商一〇四三條二項「……別段ノ定ナキトキニ限リ……」）斯ル場合ニ於テハ破産者カ任意ノ管理及處分ヲ爲スコトヲ得サルヘク又取戻（質權設定ノ場合）ヲ爲スコトヲ得サルヘシ其他協諧契約ニ於テ破産財團ニ屬スル財産ノ全部又ハ其特定財産ヲ總破産債權者若クハ特定ノ破産債權者ニ對シ代物辨濟トシテ交付スル旨ヲ約定スルコトヲ得ヘシ

0449

破產者ノ協諧契約ニ依レル占有、管理及處分權ノ回復ハ協諧契約ノ確定ヨリ發生シ(商一〇四三條「……確定シタルトキ……」)既往ニ遡リテ效力ヲ生セス故ニ協諧契約ノ確定迄ニ於テ管財人ノ爲シタル行爲ハ破產者ニ對シ效力ヲ存ス破產者ノ身上的效果ハ協諧契約ノ完成ニ因テ消滅セス蓋該效果ハ唯復權ヲ以テ之ヲ消滅スルコトヲ得ルノミナレハナリ(商一〇五五條)斯ル制度ハ立法上嚴ニ失ス

(C) 强制執行禁止ノ除去　破產ノ宣告ニ因テ發生シタル各破產債權者ニ對スル各別的執行ノ禁止ナル制限ノ消滅ヲ來シ協諧契約ノ內容ニ觸レサル以上ハ各破產債權者ハ其有スル權利ヲ破產手續以外ノ手續ニ從テ主張スルコトヲ得蓋協諧契約ニ因テ破產手續カ終結スルヲ以テナリ協諧契約ノ內容ハ偶素的效力トシテ當事者ノ約定スル所ナレトモ

(a) 破產者ノ利益ニシテ破產債權者ニ不利益ナルモノハ支拂ノ猶豫及債務ノ一部免除ノ外ニ出テサルヲ通常トス支拂猶豫トハ一時債權ノ主張ヲ爲ササルノ行爲ニシテ債務ノ一部免除トハ債權者カ破產的差押權ヲ消滅セシメテ其有スル破產債權ノ一部ニ付支拂ヲ受ケ他ノ部分ヲ拋棄スルノ行爲タリ而シテ協諧契約ニ於ル債務ノ一部免除ハ民法上ノ免除ト其性質ヲ同ウセス後者ハ債權者カ其債權ノ全部若クハ一部ヲ拋棄スルノ意思ヲ表示スルニ因テ成立ス(民五一九條)故ニ贈與ノ性質ヲ有シ前者ハ免除ノ部分ニ付民法的債務ヲ自然債務ニ變性セシムルニ外ナラサルヲ以テ贈與ノ性質ヲ有セス蓋協諧契約上ノ免除ハ協諧契約ノ成立ニ付不贊成ナル債權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權者ト雖破產手續ノ進行上ヨリ生スルコトアルヘキ損害例之費用、時間及破產財團ノ換價等ニ因テ生スル損害ヲ避クルカ爲ニ自己ノ利益ノ一部ヲ犧牲ニ供シタルニ外ナラサルヲ以テ贈與ノ成立ニ必要ナル恩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(民五一九條)其之ニ關スル債權ハ攻擊方法(訴)ナキ權利即自然債務ニ對スル權利トシテモ存在セス協諧契約上ノ免除ハ破產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產者ハ債務ノ元利合額ヲ支拂フニ非スンハ復權ヲ得ス(商一〇五五條)又破產者カ免除額ヲ債權者ニ交付シタルハ債務ノ辨濟ヲ爲シタルモノニシテ贈與ヲ爲シタルモノニ非ス但協諧契約ニ於テ破產者カ其ノ負ヒタル債務ヲ完濟スルニ足ル資產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他ノ共同債務者(連帶、保證)ヲ免責ス(民四三七條、四五八條)保證債務ノ消滅ハ主タル債務ノ消滅ニ因テ明瞭ナリ何トナレハ若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メサルヲ以テナリ反之協諧契約上ノ免除ハ其部分ニ付他ノ共同債務者ヲ免責セス其理由ハ左ノ如シ

第一　保證及連帶等ノ債務關係ヲ成立シタルハ是債權者カ債務者ノ破產シタル場合ニ於テ債權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產者ノ得タル免除額ニ付免責スト云フハ債權者ノ意思ニ反シ且保證及連帶等ノ法意ニ反スレハナリ

第二　協諧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產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非ス

第三　協諧契約上ノ免除ニ於テハ前述ノ如ク自然債務カ成立スルヲ以テ主タル債務ノ存在ヲ前提トスル保證債務存在ノ妨ト爲ラス其他協諧契約ノ內容トシテ破產者カ破產財團ヲ破產債權者ニ移轉シ以テ債務ヲ免ルル旨ノ約定ハ一ノ代物辨濟ニシテ法律ノ禁スル所ニ非ス

0450

(b) 破産債權者ニ利益ナル協諧契約ノ偶素的效力ハ保證ノ如キ對人擔保及質權、抵當權ノ如キ物上擔保ノ設定是ナリ第三者ハ破産者ノ爲ニ協諧契約ヲ成立セシムル目的ヲ以テ破産者ノ協諧契約上ノ債務履行ヲ擔保スルノ保證人ト爲ルコトヲ得斯ル場合ニ於テ保證人ハ破産者カ協諧契約ニ於テ負擔シタル程度ニ於テ債務ヲ辨償スヘキ義務ヲ負フ而シテ協諧契約成立ノ當時未知ノ債權者カ協諧契約ノ成立以後ニ於テ關ルルコトナキニシモ非サルヲ以テ過度ノ增加ヲ豫防スルカ爲ニ確保スヘキ債務額ヲ豫定スルヲ利益トス(商一〇四四條二項)協諧契約上ノ債務ノ履行ヲ擔保スルカ爲ニ破産者ノ財産上ニ設定シタル質權、抵當權等ハ破産者カ協諧契約ニ於テ負擔シタル債務支拂ノ範圍內ニ於テ各債權者ニ協諧契約以後ニ於テ破産者ニ對シ債務ヲ取得シタル者ニ優先スルノ利益ヲ受ケシム

(D) 主任官ノ監督　破産主任官ハ協諧契約ノ履行ヲ監督ス是破産主任官ヲシテ協諧契約ノ正當ニ履行セラルルヤ否ヤヲ注意セシメ常事者ノ利益ヲ保護スルノ法意ニ外ナラス(商一〇四三條三項)

(丁) 消滅　協諧契約ニ關スル廣義ノ消滅ニハ狹義ノ消滅、取消及解除ノ三アリ左ニ之ヲ分說スヘシ

(A) 狹義ノ消滅　協諧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諧契約カ當然消滅ス是協諧契約ノ要件ヲ缺クニ至ルヲ以テナリ(商一〇四二條一項、一〇三八條一項)此場合ニ於テハ協諧契約ノ爲ニ設定セラレタル物上擔保及對人擔保モ亦消滅スルコト商法第一〇四四條第二項ノ反對推理及ヒ從ハ主ニ隨フノ原則ノ適用ニ依リ明瞭ナリ

協諧契約ノ成立以後破産者ニ對シ有罪破産事件カ繫屬シ其審問中(豫審又ハ公判)ニ在ルトキハ一方ニ於テハ免訴又ハ無罪ノ言渡アル迄協諧契約ノ效力ヲ停止シ(商一〇四二條下段)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産、帳簿、書類ノ保管ヲ命スルコトヲ得ヘシ是有罪破産事件ノ繫屬ニ因テ協諧契約ノ存否ニ付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ツルモノナリ

(B) 取消　協諧契約ハ其認可後ト雖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(商一〇四二條二項)是蓋此等ノ不正方法ナカリセハ協諧契約カ或ハ締結セラレサルカ又ハ他ノ體樣ニ於テ締結セラルヘキヲ以テ詐欺其他ノ不正方法ニ干與セサル破産債權者ノ利益ヲ保護スルノ法意ニ外ナラサルモノナリ隨テ破産裁判所ハ職權ヲ以テ協諧契約ノ取消ヲ爲スコトヲ得ス又協諧契約ノ履行ヲ擔保スル保證人モ協諧契約ノ取消ヲ申立ツル權ナシ但取消權ヲ有スル債權者ハ取消ノ原因ヲ異ニ申立ノ形式ヲ以テ協諧契約ノ認可ニ際シ自己ノ過失ニ非スシテ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ル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取消權實行ノ形式及期間ハ我商法ノ規定セサル所ナリ然レトモ申請ノ形式ヲ以テ協諧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最使益アリ)ニ對シ異議ノ申立(取消權ノ實行ヲ爲スヘキモノナルコトハ商法第一〇三九條、第一〇四〇條ノ類推解釋トシテ疑ナキ所ナリ而シテ取消ヲ命シタル裁判カ確定シタルトキハ協諧契約ハ法律上存在セサルモノト爲ル隨テ之ニ基キ債權者ノ爲ニ生シタル權利殊ニ協諧契約ノ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迄ニ存在シタル法律行爲ノ運命ハ後述ノ如ク商法第一〇四四條ニ從テ定ルモノタリ

0451

(C) 解除　破産者カ協諧契約ヲ履行セサルトキハ各破産債權者ハ之ヲ解除スルコトヲ得(商一〇四四條「……不履行ノ爲メ解除……」)是協諧契約ハ一ノ契約ニ外ナラサルヲ以テナリ(民五四一條、商三二三條)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解除ノ效力ハ一般的ニシテ總破産債權者ニ對シテ協諧契約ノ解除アリタルコトト爲ルハ商法第一〇四四條ノ法意ニ依リ瞭然タリ不履行ノ爲メ協諧契約ヲ解除シタル場合ニ於テハ協諧契約ノ履行ヲ擔保スルカ爲ニ立テタル保證人ノ義務ヲ免レシメス(商一〇四四條二項、其理由ハ(1)保證人カ其義務ヲ免レンカ爲ニ破産債權者中ノ或者ト共謀シテ之ヲシテ協諧契約ノ解除ヲ爲サシムルカ如キ弊害ヲ豫防スルニ在リ(2)破産債權者中ノ一人カ爲シタル協諧契約ノ解除ヨリシテ破産債權者全員ニ對スル保證人ノ免責ヲ來スハ失當ナルヲ以テナリ(3)保證ヲ立テシメタルハ破産者カ協諧契約ノ履行ヲ缺ク場合ニ備フルカ爲ナリ然ルニ斯ル場合ノ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保證ニ非サル擔保(連帶、質、抵當等)ニ關シテモ亦同一理由ニ依リ同一ニ論決スヘキモノト信ス殊ニ供物保證(民三四二條、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ノ財産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處アリ

(戊) 破産手續ノ再施　協諧契約ノ消滅、取消及解除ハ其ノ發生ノ原因及效力ニ於テ各異同アリ消滅ハ有罪破産ノ判決ヲ原因トシ(商一〇四二條)取消ハ協諧契約固有ノ瑕疵ヲ原因トシ解除ハ爾後ノ事實タル契約ノ不履行ヲ原因トス(商一〇四二條、一〇四四條)消滅ハ法律上當然發生シ(商一〇四一條「……當然……」)取消ハ申請ニ基ク裁判ニ因テ發生シ又解除ハ其意思表示(民法ノ規定ニ依ル)ニ因テ發生シ又此三者ハ總破産債權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(民一二一條、五四五條參考)且破産手續再施ノ效力ヲ生ス(商一〇四四條)而シテ前二者ハ其當然ノ結果トシテ協諧契約ノ履行ノ擔保ヲ無效トシ後者ハ反之該擔保ヲ留存セシム(商一〇四四條)

左ニ破産手續ノ再施ニ關スル法則ヲ畧述スヘシ

(A) 性質　破産手續ノ再施ハ第二ノ破産宣告ニ非スシテ却テ從來ノ破産手續ノ更新及續行ナリ破産手續ニ關係ナキ中間時代ト(協諧契約成立以後再施迄)及其間ニ於テ取得シタル第三者ノ權利トヲ認容スル特色ヲ有シテ更新セラレタル協諧契約成立以前ノ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非サルコト明ナルヲ以テナリ

(B) 手續　破産手續ノ再施ハ破産裁判所カ破産當事者ノ申立ニ因リ破産手續ノ再施ヲ命スル旨ノ決定ヲ爲スニ因テ之ヲ開始ス我商法第一〇四四條ハ單ニ「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ヲ規定セサレトモ破産手續ノ再施ハ破産宣告ト其效力ヲ同ウスルヲ以テ類推ニ因テ破産宣告ト同一ノ手續ニ因リ之ヲ爲スモノト論決スルヲ正當トスレハナリ

(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權者ニシテ協諧契約成立以後破産手續ノ再施迄ニ債權ヲ取得シタル債權者ハ斯ル權利ヲ有セス此種ノ債權者ハ唯再施シタル破産手續ニ參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

(2) 再施ノ申立ノ原因ハ協諧契約ノ消滅、取消、解除及棄却(商一〇四四條一〇四〇條、一〇四二條一項、二項)ニシテ債務者ノ支拂停止ニ非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諧

0452

契約ノ消滅ニ因リ各破産債權者カ破産手續ニ從テ滿足ヲ享有スルノ權利ヲ回復スル當然ノ結果ニ外ナラサルニ在リト雖協諧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諧契約ハ前述ノ如ク裁判所ノ認可ヲ經テ始テ有效ナルカ故ニ(商一〇四〇條)棄却即認可カ拒絶セラレタル協諧契約ハ實體的及形式的ニ於テ存在セス隨テ特ニ之カ爲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ヲ見ス(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ス故ニ從前ノ破産裁判所カ破産手續再施ノ申立ニ付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判以前ニ於テ先再施ノ申立者ノ權利ノ有無、訴訟能力ノ有無ヲ調査シ後ニ再施ノ原因ノ存否、再施ヲ妨クル新破産手續ノ繫屬ノ有無及破産手續費用ヲ償フニ足ルヤ否ヤヲ調査シ且之カ爲メ必要ナル證據調ヲ爲スコトヲ得(再施ヲ妨クル新破産手續ノ繫屬ニ關シテハ再施ノ效力ニ關スル說明ヲ參考スヘシ)若再施ノ申立ヲ形式上及實體上正當ニ非スト認メタル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(商施一三八條準用)反之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(商施一三八條準用)其他該決定ハ商法條九八〇條第七項、第九八一條等ノ準用ニ依リ之ニ再施ヲ命シタル日時(商一〇四四條)ニ於ル參加權者ヲ確定スルノ實用アリ)ヲ記載シ又之ヲ公告セサルヘカラス(裁判所及裁判)

(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其間ニ取得シタル第三者ノ權利ヲ認容スルノ特色ヲ有シテ更新セラレタル協諧契約ノ成立以前ノ破産關係ナルヲ以テ

(1) 協諧契約成立以前ノ原狀ニ復舊シ破産宣告ノ效力カ破産手續再施決定以後存續シ

(2) 協諧契約成立以後破産手續再施決定以前ニ於ル中間時代ハ破産者ハ完全ニ自己ノ財産ニ付管理及處分權ヲ有スルヲ以テ又協諧契約ノ利益ヲ得タル破産者ノ信用及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モノナリ隨テ此時代ニ爲シタル破産者ノ法律行爲ハ當然無效ト爲ラス唯詐害行爲タル場合ニ於テ取消サルルノミ(民四二四條)

(3) 破産手續ノ終結迄ニ破産者ノ取得シタル財産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産ハ破産手續ノ再施後ニ於ル破産財團ニ屬ス

(4) 破産宣告以前ニ債權ヲ取得シタル者即舊債權者及ヒ協諧契約成立以後破産手續再施迄ニ債權ヲ取得シタル者即新債權者ハ再施シタル破産手續ニ參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破産手續ニ參加スルコトヲ得若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蓋新債權者ハ正當ニ債務者ノ一切ノ財産ニ信ヲ置キテ取引ヲ爲シタルモノナルカ故ニ舊債權者ノ爲ニ協諧契約成立以前ノ破産財團ニ關シ一ノ別除權ヲ設クルハ極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衞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參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我商法ノ解釋トシテハ協諧契約ノ消滅取消及解除ハ原則上遡及力ヲ有スルカ故ニ協諧契約ハ初ヨリ存セサ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諧契約ニ於テ定リタル分賦額ノ支拂ハ當然無效ト爲ル隨テ各舊債權者ハ其受取リタル分賦額ヲ破産財團ニ返還シ又其有スル債權全額ニ付破産手續ニ參加スヘキモノト論決スルヲ正當ト認ム(墺破二四四條參考)立法上ノ見解トシテハ獨逸破産法ヲ正當ト認ム協諧

0453

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權者カ協諧契約ニ因リ破産者ノ財産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權者ニ對シ別除權者ト爲ルヤ疑ナシ

(D) 再施シタル破産手續ト協諧契約成立以前ニ於ル破産手續及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諧契約成立以前ニ於ル破産關係ノ更新及續行ナルヲ以テ必要ナル限度ニ於テ再破産手續ヲ施行ス是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正當ナリト謂フヘシ是ヲ以テ

(1) 以前ノ破産主任官及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ニ破産手續ノ再施ヲ通知セサルヘカラス但以前ノ主任官及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管財人ヲ選定スルヤ言ヲ俟タス

(2) 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確定及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迄ニ發生シタル辨濟、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非スンハ異議ヲ申立テラルルコトナシ反之以前ノ破産手續ニ於テ異議ヲ申立テラレタル權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ル場合ト同ク確認ノ訴ヲ以テ之カ當否ヲ定メサルヘカラス異議申立權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繫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テラレタルモ未調査セサル

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新破産財團ノ爲ニ商法第九八〇條第一項第三號乃至第六號ノ事項ヲ掲ケ之ヲ公告セサルヘカラス(商九八一條)然レトモ貸借對照表及財産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) 協諧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之ヲ調査セサルヘカラス協諧契約ノ成立以後財産ノ管理及處分權ヲ回復シタル債務者カ協諧契約ノ義務ヲ完全ニ履行セサ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曩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テ未協諧契約ノ消滅、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ササルヘカラス

(1) 新債權者カ破産宣告ヲ求ムル申立權ヲ有スルハ疑ナシト雖舊債權者カ第二ノ破産宣告ヲ求ムル申立權ヲ有スルヤ否ヤハ學者ノ見解異ナレリ(或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決シ或ハ積極的ニ論決シタリ予輩ハ我商法施行法第一三八條第一項ノ文理解釋上積極的ニ論決スルヲ正當ト認ム)

(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續行ニ非サ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ササルヘカラス殊ニ協諧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及調査ヲ爲ササルヘカラス舊債權者ハ其現存債權額ニ付第二ノ破産手續ニ參加スヘキモノナルヤ言ヲ俟タス

0454

(3) 再施シタル破産手續ト第二ノ破産宣告トハ同一ノ破産財團ニ付行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ヲ以テ同一ノ破産者ニ對シ第二ノ破産宣告ヲ求ムル申立ト破産手續ノ再施ヲ求ムル申立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ヌタルトキハ申立ノ前後ニ依リ一方ヲ採リ他ノ一方ヲ排斥スヘク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論決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ハ第二破産宣告ノ申立ヨリ先ニ裁判シ且前者ハ縱令第二ノ破産宣告ヲ爲シタル場合ニ於テモ之ヲ許シ之ニ因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テ終了セシ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手續結後第一ノ破産手續ヲ再施スルコトハ疑ナシ蓋舊債權者ノ權利ヲ破産手續再施ノ拒絶ヲ以テ害スルコトヲ得サレハナリ

(E) 再施シタル破産手續ノ終結　再施シタル破産手續ハ破産手續費用ヲ償フニ足ル破産財産ノ存セサルコトニ因テ停止シ又配當ニ因テ終結スレトモ協諧契約ヲ以テ終結スルコトヲ得ス蓋形式上協諧契約ノ提供ハ一回ニ限ル(商一〇三八條)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(商一〇四四條)トニ徵シ又實體上破産手續ヲ迅速ニ終結セシムヘキ法意ヨリ推究シ瞭然タレハナリ

破産ノ終結ヲ講了スルニ際シ一言注意スヘキモノハ破産手續ノ終結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テ定ルト同ク破産手續終結ノ涉外的效力亦屬地破産主義ニ依テ定ムルヲ正當トス故ニ甲國ニ於テ宣言シタル破産手續ノ終結ハ乙國ニ於テ宣告シタル破産手續ニ何等ノ影響ヲ及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結ハ唯甲國内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諧契約ニ依テ終結シタルカ爲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ルルコトナシ協諧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ル破産手續カ協諧契約ニ依テ終結シタルヤ否ヤヲ慮ルコトヲ要セス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ル債務者ノ破産手續ニ參加シタルト否ト又協諧契約ニ贊成シタルト否トノ區別ハ之ヲ問フコトナシ

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四〇二條以下ニ於テ、奧太利ニ於テハ刑法第一九九條乃至第二〇四條、第四八六條ニ於テ、獨逸ニテハ刑法第二八一條乃至第二八三條ニ於テ破産罰則ヲ規定シタリ我國ニ於テ亦然リ(刑三八八條三八九條)(「ボアソナード」氏日本刑法理由書參考)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揭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三八八條及第三九

0455

八條ハ有罪破産ニ適用ナキコトト爲レリ

斯ル沿革ヨリシテ破産法規中ニ破産罰則ヲ設クルノ立法例ヲ生シタリ（破案三四條乃至三五一條）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便宜的編纂タル價値ヲ失ハス蓋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サ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

破産罰則ノ適用ヲ受クル所爲ニ二アリ破産者ノ所爲及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産ヲ故意又ハ過失ニ因テ減少シ又ハ隱匿スルニ因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財産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産ニ對スル罪、第四節家資分散ニ關スル罪ノ編纂上ノ地位引用）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（商一〇五〇條一項、一〇五一條一項）

此二者ノ見解ハ互ニ相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シ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斷スルノ煩累ヲ避ケ又故意又ハ過失ニ因ル財産ノ減少又ハ財産ノ隱匿ナル學理的要素ヲ表示スルニ代ヘ通常財産的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サルモノハ縱令損失又ハ危害ヲ來スノ實蹟アルモノト雖有罪破産トシテ罰セラルヘキモノト爲ラス左ニ有罪破産ノ要件、種類及刑罰ヲ略論スヘシ

（甲）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ト爲ル

第一　債務者カ破産宣告ヲ受ケタルコト　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於テ論爭二派ニ分レタリト雖我商法第一〇五〇條及第一〇五一條第一項ハ「破産宣告ヲ受ケタル債務者」ト明言シ以テ斯ル論爭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ンハ有罪破産ニ關スル裁判ヲ爲スコト能ハサルモノト知ルヘシ（裁構二八條、一九條）

第二　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　債務者カ同一ノ破産事件ニ付商業帳簿毀滅及財産ノ藏匿ト云フカ如キ二箇ノ行爲ヲ爲スモ爲ニ數罪俱發ト爲ラス詐欺破産ニ關スル行爲ト過怠破産ニ關スル行爲トヲ爲シタル場合亦然リ此後者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ニ數箇ノ犯罪即有罪破産ナリ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産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

0456

(乙) 種類　我商法ハ佛蘭西商法第五八五條、第五八六條、第五九一條、獨逸破産法第二三九條、第二四〇條等ト同ク債務者ノ行爲ノ種類ニ因リ過怠破産ト詐欺破産トヲ設ケタリ（商一〇五〇條、一〇五一條）左ニ之ヲ分說スヘシ

(A) 過怠破産　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ニ於テ左記ノ行爲ヲ爲シタルトキハ過怠破産者トシテ罰セラル（商一〇五一條）

(1) 一身又ハ一家ノ過分ナル費用（一身又ハ一家ノ爲ニ避ク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繫ラシムル行爲）（刑二六一條）空取引（相場ノ高低ノミニ因リ爲ス差額取引）又ハ不相應ノ射利ニ因テ過分ニ財産ヲ減少シ若クハ過分ノ債務ヲ負ヒタルトキ

(2) 支拂停止ヲ延ハサンカ爲メ損失ヲ生スル取引即支拂資料ヲ得ンカ爲ニ財産ニ減少ヲ來ス取引ヲ爲シタルトキ例之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ヲ要ス故ニ債務者カ其所有物件ヲ通常市價以下ニ賣却シタルモ損敗ヲ避ケンカ爲ニ爲シタル取引ハ之ニ屬セス何トナレハ這ハ損失ヲ生スル取引ニ非スシテ却テ損失ヲ避クル取引ナレハナリ支拂停止ヲ延ハサンカ爲ニ爲シタルモノナルヤ否ヤハ事實問題ナレハ判事ノ判斷スル所ナリ）

(3) 支拂停止ヲ爲シタル後支拂又ハ擔保ヲ爲シテ或債權者ニ利益ヲ與ヘ財團ニ損害ヲ加ヘタルトキ

此場合ニ於テ注意スヘキコトハ

第一　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コトヲ要ス故ニ商法第一〇五一條「……支拂停止……前後ヲ問ハス……」ノ例外ト知ルヘシ斯ル行爲カ商法第九九〇條及第九九一條ニ基キ有效ナルヤ否ヤハ過怠破産ノ成立要件ニ非ス故ニ債務者ノ支拂停止後ニ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（商九九一條）過怠破産ノ成立スルコトアルヘク債務者カ從來負擔シタル債務ノ爲ニ新ニ擔保ヲ供シタルモ支拂停止前ナルニ於テハ過怠破産ノ成立スルコトナシ

第二　財團ニ損害ヲ加ヘタルコトヲ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フ所ニ非サルナリ債務者カ支拂又ハ擔保提供ノ爲ニ財團ニ損害ヲ生スルヲ以テ足レリトス是ヲ以テ

(1) 債務者カ支拂停止後ニ於テ物的擔保債權者ニ債務ヲ支拂ヒ爲ニ擔保ノ目的物ヲ滌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)債務者カ支拂ヲ爲シ又ハ擔保ヲ供シテ利ヲ與ヘタル債權者ハ必シモ破産債權者タルコトヲ要セス財團ニ損害ヲ加ヘタル以上ハ破産債權者ニ非サル債權者ニ支拂ヲ爲スモ過怠破産ヲ成立スルニ足ル（商一〇五一條三號「……或債權者……」）

(4) 商業帳簿ヲ秩序ナク記載シ藏匿シ毀滅シ又ハ全ク記載セサルトキ、債務者カ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（商二五條）破産シタル債務者カ此義務ニ違背シテ商業帳簿ヲ備ヘサルトキハ勿論商業帳簿ニ法定事項ヲ全ク記載セサルカ秩序ナク記載シ即第三者カ商業帳簿ニ付債務者ノ貸借關係ヲ知ルコト能ハサル程度ノ記載ヲ爲シタルカ藏匿即發見ヲ妨クル行爲ヲ爲シタルカ又ハ商業帳簿ノ全部又ハ一部ヲ毀損若クハ滅失シタルトキハ過怠破産者ト爲ル

(5) 破産者カ財産目錄、貸借對照表ノ作成若クハ支拂停止屆出ノ義務ヲ怠リタルトキ又ハ裁判所ノ許可ヲ得スシテ其住所ヲ離レタルトキ（商施一四二條、商二六條、九七九條、一〇〇三條）

(B) 詐欺破産　破産宣告ヲ受ケタル債務者カ支停止又ハ破産宣告ノ前後ニ於テ債權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（商一〇五〇條）詐欺破産ノ成立スルニハ

0457

内部ノ要素トシテ債務者ニ其債權者ヲ害スルノ意思アルヲ要ス是過怠破産ト著シク異ナル一點ニシテ獨逸破産法第二三九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一〇五〇條ニ於テ「債權者ニ損害ヲ被ムラシムル意思ヲ以テ」ノ明文ヲ「貸方財産ノ全部若クハ一部ヲ藏匿シ若クハ脫漏シ」ノ行爲ノミニ係ラシメタルハ狹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ハサルコトヲ知リタル義務ヲ負擔シタルトキ

(2) 貸方財産ノ全部又ハ一部ヲ藏匿シ轉匿シ若クハ脫漏シタルトキ

貸方財産トハ動産、不動産及債權ヲ指示シ藏匿(廣義ノ藏匿ハ轉匿ヲモ包含ス商法第一〇五一條第四號所謂藏匿ノ如キ即是ナリ)トハ財産ノ所在ヲ變更セスシテ發見ヲ妨害スルノ行爲ヲ指示シ轉匿トハ財産ノ所在ヲ變更シテ發見ヲ妨害スルノ行爲ヲ指示シ脫漏トハ虛僞ノ讓渡ヲ爲シ或ハ虛僞債權ノ擔保物ト爲シ以テ債權者ノ廣分權ヲ妨害スル行爲ヲ指示ス

(3) 借方現額ヲ過度ニ掲ケ即全部又ハ一部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)シ又ハ財産的狀態ヲ知ルコト能ハサル程度ニ於テ之ヲ僞造、變造シタルトキ(僞造、變造ノ意義ハ刑法ニ於テ研究スヘシ事實ノ眞正ヲ害スル新ナル帳簿作成ハ僞造ニシテ事實ノ眞正ヲ害シ既存ノ帳簿ヲ增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一〇一號ニ於テ規定セラレタリ即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) 破産者ニ非サル者ノ所爲　詐欺破産者ノ共犯者ハ刑法ノ原則ニ從ヒ處罰セラル(刑一〇〇條乃至一〇四條)過怠破産ニ共犯ナキコトハ其性質上明瞭ナルノミナラス商法第一〇五二條「……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ト信ス

破産者ニ非ス又破産者ノ共犯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(1)會社ノ業務擔當ノ任アル社員若クハ取締役及清算人(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說スヘシ

(1) 會社ノ業務擔當ノ任アル社員若クハ取締役清算人　此等ノ者ハ會社ノ法定代理人タルニ過キス故ニ會社カ破産シタルカ爲ニ破産者トシテノ責ニ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ヲ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一〇五〇條及第一〇五一條ニ規定セル行爲ヲ爲シタルトキハ有罪破産ノ刑ニ處シタリ(商一〇五二條)

(2) 破産管財人　破産管財人ハ公吏ナルカ故ニ財團ニ屬スル物件ヲ竊取シタルトキハ刑法第二八九條ノ間フ所ト爲ル(明治二十二年法律一〇〇號)管財人カ債權者ヲ害スルノ意思ヲ以テ商法第一〇五〇條ニ規定セル行爲ヲ爲シタルトキハ刑法上之ヲ罰スルヲ正當トス是ヲ以テ我商法第一〇五二條ハ之ヲ罰スル旨ヲ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

(3) 第三者　破産者ハ利益ノ爲メ有罪行爲(有罪行爲ノ意義大ニ曖昧ナリ然レトモ商法第一〇五〇條ノ罰則ヲ適用スル法意ヨリ推究セハ同條ニ規定セル行爲ヲ指示スルモノト謂フヲ得ヘシ立法上ノ見解トシテハ獨逸、佛蘭西ノ規定ニ於ケル如ク行爲ノ種類ヲ明記スルヲ正當ト認ム)殊ニ財産ノ藏匿、脫漏ヲ爲シ或ハ虛僞ノ債權ヲ屆出テ又ハ第三者ヲシテ屆出(「借方現額ヲ過度ニ掲ケ」ニ該當ス)テシメタル

0458

者ハ詐欺破產ノ刑ニ處セラル(商一〇五二條)破產者ノ利益ノ爲ニ非スシテ自己ノ利益ノ爲ニ財產ヲ藏匿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ニ虛僞ノ債權ノ屆出ヲタルトキハ如何ナル犯罪ヲ構成スルカ獨逸破產法及佛蘭西商法ニ於テハ明文ヲ以テ處罰スヘキ旨ヲ規定セリ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コトヲ得ヘキモノト信ス(刑三九〇條)

(4) 債權者　破產債權者カ破產者若クハ第三者ト賄賂即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(商一〇五三條、獨破二一三條、佛商五九七條)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產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賣買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)ニ於テ成立シ破產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ラサルモノタリ是商法第一〇五三條ニ於テ「……債權者ニ賄賂ヲ爲シタルトキハ」ト明言スルニ止メタル所以ナリ

破產罰則ヲ講了スルニ臨ミ一言注意スヘキモノハ有罪破產事件ニ關スル裁判手續是ナリ有罪破產事件ハ地方裁判所刑事部カ刑事訴訟法ニ從ヒ審判シ破產裁判所ノ管轄スヘキモノニ非サレハナリ何トナレハ有罪破產事件ハ刑事ニシテ民事ノ性質ヲ有スル破產事件ニ非サレハナリ

第二章　支拂猶豫

我商法ハ白、伊諸國ノ立法例ト同ク支拂猶豫ナル制度ヲ認メタリ(商一〇五九條、商施一四五條)其立法上ノ目的ハ自己ノ過失ニ非スシテ一時支拂ヲ停止シタル商人ノ不幸ヲ救濟シ破產ノ宣告ヲ避クルコトヲ得セシメ且債權者ノ爲ニ破產手續上免ルルコト能ハサル費用、勞力及時間ヲ節約スルコトヲ得セシムルニ外ナラス破產法案ニ於テハ不必要トシテ之ヲ廢止シタリ

支拂猶豫トハ商行爲ニ因テ生シタル債務ニ付自己ニ過失ナク支拂ヲ中止セサ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ニ成立シ一箇年以內支拂ノ猶豫ヲ爲シ且裁判所ノ認可ヲ得タル契約ナリ(商一〇五九條、商施一四五條)(1)支拂猶豫ノ契約タルコトハ商法第一〇六三條「……猶豫契約……」ノ明文ニ徵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ク濫用ヲ豫防スルカ爲ニスル裁判所ノ干涉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破產裁判所タルヘキ裁判所タリ蓋此種ノ裁判所ハ事情ヲ最適當ニ認知スルノ便宜ヲ有スレハナリ(商法施行條例五一條、商施一四七條)(2)支拂猶豫ハ破產ノ宣告ヲ避クルノ契約ナルカ故ニ商行爲ニ基ク債務ニ付支拂ヲ中止即一時停止セサルコトヲ得サルニ至リタル商人ナル債務者即破產者タルヘキ債務者及破產債權者タルヘキ債權者全體カ當事者ト爲ル隨テ商法第一〇五九條ノ商事上ノ債權者ナル用語ハ狹隘ニ失スト謂ハサルヲ得ス蓋商事上ノ債權者ニ非スト雖破產債權者タルヘキ債權者ハ破產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サレハナリ是ヲ以テ新商法施行法第一四五條ハ修正ヲ加ヘテ「其債權者」ト云ヘリ(3)支拂猶豫ハ不幸ナル債務者ノ爲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債權者ハ共同利益ノ爲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

0459

示シ支拂猶豫ノ相手方ト爲ル(4)支拂猶豫ハ一箇年ノ期間ヲ超過スルコトヲ得ス蓋期間ナケレハ支拂猶豫ノ目的ヲ達セサル場合ニ債權者ニ多大ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルヲ以テナリ

左ニ支拂猶豫ノ成立、效力及消滅等ヲ畧述スヘシ

(甲) 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ヲ履行スルニ十分ナル資力アル旨ヲ明瞭ナラシムル爲ニ商法第一〇六〇條第一項第一號乃至第三號ニ規定セル諸件ヲ添付セサルヘカラス

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ハ申立及添付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ニスル債權者ノ集會期日ヲ定メテ之ト共ニ申立及添付書類ヲ備ヘ置キタル旨ヲ公告ス是商法第一〇三八條第二項後段ト同一法意ニ出ツ他ノ一面ニ於テハ申立書ニ添付セル債權者名簿ニ基キ集會ノ爲ニ債權者ヲ各別ニ招集ス是債務者ヲ保護シ支拂猶豫ニ關スル議決權行使ニ付遺憾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斯ル方法ナキトキハ一方ニ於テハ支拂猶豫ノ申立アルニ拘ラス他ノ一方ニ於テハ支拂停止ノ故ヲ以テ破産宣告ヲ爲ササルヲ得サルノ缺點アルヲ以テナリ(商一〇六〇條)

債務者ハ債權者ノ集會期日ニ出席シテ支拂猶豫ノ申込ヲ爲シ(商一〇六一條「……債務者ト……辯論ヲ爲スヒ」)債權者ハ之ニ對シ多數決ヲ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ハ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ウス)カ議長ト爲リ集會ヲ整理シ(商一〇六一條「……上席ヲ以テ……」)裁判所書記ヲシテ債務者ト債權者トノ辯論ノ大要及議決ニ付テノ調書ヲ作成セシム(民訴一六二條準用)是債權者ノ資格、決議ノ結果其他集會ノ方式等ニ付論議ナカラシムルノ法意ニ出ツ

出席シタル債權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一〇三六條ニ規定セル過半數ヲ得ルニ因テ成ル詳細ハ前述セル債權者集會ノ說明ヲ參考スヘシ

(C) 認可　裁判所ハ主任判事ノ演述ヲ聽キ事情ヲ詳知シタル後決定ノ形式ヲ以テ承諾ヲ得タル支拂猶豫カ法定要件ニ適シタリト認メタルトキハ認可ヲ爲シ然ラサルトキハ認可ヲ爲サス前者ノ決定ニ對シテハ利害關係アル少數反對ノ債權者ノ決定ニ對シテハ債務者又ハ贊成シタル債權者ヨリ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得(商一〇六二條一項、商施二四條、二五條)

(乙) 效力　支拂猶豫ハ左ノ效力ヲ生ス

(A) 支拂猶豫ハ債權者全體カ債務者ニ對シ一年以内ノ特定期間債務ノ履行ノ延期ヲ認メタルニ外ナラサルヲ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權ノ爲ニ强制執行及破産宣告ヲ受クルコトナシ(商一〇六三條一項前段)猶豫期間ハ當事者ノ利益ノ爲ニ一回ニ限リ前示ノ法定手續ヲ履ミテ之ヲ延長スルコトヲ得但其期間ハ一箇年間ヲ超ユルコトヲ得ス何トナレハ若然ラスンハ商法第一〇五九條ノ法定制限ヲ無視スヘケレハナリ(商一〇六二條二項)

(B) 支拂猶豫ノ履行及其履行ニ因果ノ關係アル業務ノ施行ニ關シテハ主任判事ノ監督ヲ受ク其法意ハ商法第一〇四三條第三項ト同一ナリ(商一〇六三條一項後段)故ニ茲ニ贅セス

(C) 支拂猶豫ハ不幸ナル債務者其者ノ爲ニ成立シタル破産契約ナルヲ以テ共同義務者ノ義務ニ變更ヲ生セサルコト協諧契約ニ同シ（商一〇六三條二項、一〇三〇條）詳細ハ協諧契約ノ效力ニ於テ述ヘタル説明ヲ參考スヘシ

(丙) 支拂猶豫ノ無效、失效及破産ノ宣告

(A) 支拂猶豫ハ一ノ契約ニシテ且裁判所ノ認可ヲ要件ト爲スヲ以テ債權者ノ承諾ヲ得ス若クハ裁判所ノ認可ヲ得サルトキハ無效タリ

(B) 支拂猶豫ノ成立ニ關シ債務者カ詐欺其他不正行爲ヲ爲シタルカ（商一〇四一條第三號、第一〇四二條第二項ノ説明參考）若クハ法律上ノ條件（法律上ノ條件トハ如何ナル事項ヲ示スモノナルヤ解釋上疑問ニ屬ス予輩ハ商法第一〇五九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ハ同法第一〇六〇條以下ニ規定セル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ハナリ）ヲ缺ク所アルカ爲ニ（商一〇五九條）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

(C) 債務者ノ不履行ノ爲ニ支拂猶豫ヲ解除シタルトキ（商一〇六四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セリ）ハ其猶豫契約ハ效力ヲ失フ

(D) 債務者ニ對シ債權ヲ取得シタル債權者即「他ノ債權者」カ債務者ノ財産ニ對シ支拂猶豫期間中强制執行ヲ爲スニ至リタルトキハ其猶豫契約ハ效力ヲ失フ蓋何效力アルモノトセハ强制執行後財産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（商一〇六四條）

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依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（商施一三八條準用）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（商一〇六四條）

破産法 終

0461

法學士　松岡義正講述

破産法

（三十八年度講義錄）

法政大學發行

0462

破産法目次

緒言……一
第一編　總論……六
第一章　破産ノ性質……六
第二章　破産法ノ性質……八
第三章　破産法ト他ノ諸法律トノ關係……一三
第二編　實體規定……一九
第一章　破産債權……一九
第二章　破産財團……六一
第三章　破産ノ效力……一五一
第三編　手續規定……二二四
第一章　破産機關……二二四
第二章　破産當事者……二四四
第三章　破産手續ノ進行……二四八

0463

第一節　總則……二四九
第二節　特則……二五五
附言
第一章　破産罰則……三六三
第二章　支拂猶豫……三七〇

破産法目次 終

雜錄

○大審院判例要旨

二五七　民法第八五一條ノ法意　民法第八五一條ハ當事者ニ繰組ノ意思ナキ事由ヲ一定セス唯人違其他ノ事由ニ因リト規定セルヲ以テ届出ニ表示シタル當事者ニ對シ人違ナルカ故ニ其意思ナシトスル場合ハ勿論單ニ其者ニ對シテ繰組ノ意思ナキ場合ヲモ包含スヘキハ當然ナリ（三十八年十二月五日第一民事部）

二五八　代理權ノ欠缺ト上告理由　訴訟代理人トシテ適法ノ委任ヲ受ケタル甲者カ乙者ト共ニ出廷シテ判決ノ基本タル口頭辯論ヲ爲シタル以上ハ縱令乙者ノ代理權ニ欠缺アルモ之ヲ以テ上告ノ理由トスルヲ得ス（同年十二月五日第一民事部）

二五九　繰組無效判決ノ效力　繰組無效ノ訴ニ於テ原告ノ主張ヲ認容シタル判決ハ人事訴訟手續法第二六條、第一八條ニ所謂無效ヲ言渡シタル判決ニシテ對世的效力ヲ有ス（同年十二月五日第一民事部）

二六〇　拒絶者ニ面會スルコト能ハサル場合ニ於ケル拒絶證書ノ記載　拒絶證書ヲ作成スル場合ニ於テ拒絶者ニ面會スルコト能ハサルトキハ之ニ對シテ請求ノ旨趣ヲ告クルニ由ナケレハ單ニ其面會スルコト能ハサリシ理由ヲ記載スルヲ以テ足レリトス（同年十二月七日第二民事部）

二六一　捺印ノミノ裏書　債權者カ債權ノ擔保トシテ債務者ヨリ質入證券ヲ受取リ裏書欄ニ捺印ノ

0464

ミヲ爲シ之ヲ他人ニ交付シタル場合ニ於テ其行爲ハ當時ノ慣習ニ從ヒ正當ナル裏書ヲ爲スノ意思ニ出ラタルモノト認メ得ルヤ否ヤハ事實承審官ノ判斷ニ任スヘキ事項ナリトス（同年十一月十三日第二民事部）

二六二　第二審ニ於テ當事者ノ引用セサル第一審ニ於ケル自白ノ效力　民事訴訟法第四一八條ハ當事者カ第二審ニ於テ第一審ノ自白ヲ引用スルトキハ第二審ニ於テモ亦第一審ノ自白ヲ有效ナラシムル法意ニシテ當事者ヨリ第一審ノ自白ヲ引用セサル場合ト雖第二審裁判所ハ職權上其自白ノ有無ヲ調査シ自白アルトキハ之ヲ事實判定ノ資料ト爲スヘキ職責ヲ有スルモノトスル旨趣ニ非ス（同年十二月四日第二民事部）

二六三　管轄權ナキ裁判所ノ債權差押命令ノ效力　管轄權ヲ有セサル裁判所ノ發シタル債權差押命令々轉付命令ハ共ニ不適法ニシテ第三債務者ニ對シ其效力ヲ生セサルモノトス（同上）

二六四　執達吏ニ對スル委託ノ無效ノ結果　手形所持人カ執達吏ニ對シテ爲シタル償還請求通知送達ノ委託ニシテ不法ナル以上ハ全ク其委託ヲ爲ササルト同一ナリ隨テ所持人ハ償還請求ノ通知ニ付償還義務者ニ通常到達スヘキ方法ヲ採リタルモノト謂フヲ得ス（同年十一月二日第一民事部）

二六五　執達吏ノ過失ト債權者ノ責任　執達吏ニシテ法規ニ從ヒ債權者ヨリ強制執行ノ委任ヲ受ケタル以上ハ其強制行爲カ債權者ノ意思ニ適スルヤ否ヤヲ顧ミルコトナク執達吏タル職務ヲ執行スヘキモノトス隨テ強制執行上執達吏ニ過失アルモ委任者タル債權者ハ必シモ其責ヲ分ツヘキモノニ非ス（同年十一月二十四日第二民事部）

法學志林

第八卷第一號

一月二十日發行

每月一回廿日發行　定價一冊拾貳錢　郵稅壹錢　十冊前金壹圓貳拾錢　郵稅共拾錢

（第七十七號）

法學博士　穗積八束

○改良ノ辭　代人關係ト代表關係ノ區別

◎志林　緊急命令ハ議會ノ不承諾ニ依テ當然其效力ヲ失フモノナリヤ　法學博士　美濃部達吉
否ヤヲ論ス　法學博士　秋山雅之介
白令海臘虎漁獵問題ノ概要（承前、完）　法學博士　梅謙次郎
最近判例批評　民刑法壹題（志田博士）　民法貳題（小畸學士、清水博士）　商法三題（佐竹學士、片山學士、岩田學士）　民事訴訟法五題（松岡學士、山口教授）　國際私法壹題　法科大學學生　木村銳一　村上恭一
◎法典錄　憲法貳題　私人モ亦國家ノ公權ヲ行使スヘキヲ主張シ得ル第三者
◎質疑論　登記ノ欠缺ヲ主張シ得ル第三者
◎纂錄　留學奇談　在白耳義　呵々生　●東西南北　孤螢子　●書キ初メ　蘆川漁史
◎散判例　大審院判決例十六件
◎雜報　新內閣ノ成立○日清協約○河野廣中氏ノ釋審決定○贈授事件ノ釋審決定○贈授事件有罪者ノ職業及年齡○千葉縣二港ノ再燃○韓國統監○清國留學生問題ノ落着○蓮華寺訴訟ノ疑獄○又々直奏者出ツ○第二論ノ罹肉切○咋年ノ調査○大學問題ノ解決○咋年ノ訴訟件數○咋年ノ火災總數○犯人ノ換玉○飲酒ト犯罪○元日ノ懸取ナカラスヘカラストノ論
◎記事　本會大學事務始○本大學授業始○法政速成科授業始○校友會東京支部幹事中交迭○校友茶話會雙試驗及第者祝賀會○學年忘年會○信濃支部總會○中野有光氏（大阪府警視）ノ來信○實業懇和會○佐々木茂三郎氏ノ謝狀○校友異動○校友死亡○寄贈書目○本誌編輯會

發行所　法政大學

0465

校外生規則摘要

一　一个年引續き校外生タル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス

一　講義錄ノ講習ヲ終リタル者ハ手數料金二十錢ヲ納メテ校外生修業證書ヲ請求スルコトヲ得

一　校外生ハ少クトモ整月分ノ月謝ヲ毎月末日迄ニ納付スヘシ月謝金不納三个月ニ及フトキハ退學ト看做ス

一　校外生ハ講義錄ニ記載スル所ノ學科目中ニ疑義アルトキハ相當返信料（郵券）ヲ封入シテ質問スルコトヲ得

一　質疑書ニハ講義科目、頁數及疑問ノ要點ヲ記載スヘシ

一　質疑書ハ本大學編輯局ニ宛テ送付スヘシ

（明治三十七年十一月十日第三種郵便物認可
毎月三回、五日、十五日、二十五日發行）

明治三十九年二月四日印刷
明治三十九年二月七日發行　（定價金五十錢）

編輯兼發行者　東京市牛込區牛込北町十番地　萩原敬之

印刷者　東京市牛込區矢來町三番地　宮山信好

印刷所　東京市芝區新堀久保明舟町十一番地　金子活版所

發行所　東京市麹町區富士見町六丁目十六番地
司法省指定　法政大學
（電話番町百七十四番）

0466