



破産管財人と信託會社

齋藤, 常三郎

(Citation)

国民経済雑誌, 41(3):353-388

(Issue Date)

1926-09

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/00053899>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/00053899>



國民經濟雜誌 第四十一卷 第三號

(大正十五年
九月一日發行)

論

說

破産管財人と信託會社

齋 藤 常 三 郎

一

大正十五年八月五日付發行の大坂毎日新聞の報ずる所に依れば、信託協會にては信託會社が清算人、遺言執行者、鑑定人及び破産管財人たり得るやう法規の改正を當局に向つて陳情する筈であるとのことである(同日付新聞紙本紙三頁四段参照)。私は現行破産法公布の當時、會計士は破産管財人にも選任せらるべく且會計士に於ては法律知識を涵養すべき旨の意見を發表して置いた(國民經濟雜誌第三十四卷六號七七頁以下参照)。而して信託法及び信託業法が公布になり信託會社が設立せられたる今日に於ては信託會社が破産管財人、清算人

若くは之れに類似する者に選任せられたき希望を有し居るのは最もなることで、私は信託業法公布の當時已に信託會社が破産管財人たるべき資格を有するや(破産管財人能力)又破産管財人としての妥當性あるや否やに付き知人に話したことがある、果して今や之れが信託協會の問題となり、何れ又世間の問題にも爲ることだらうと思ふので茲に之れに關する意見を開陳することとする。

II

債務者に對する破産宣告があると之れと同時に破産管財人 (Konkursverwalter, Masseverwalter, Konkursverwaltung, Syndic, Trustee) の選任があり、破産者は自己の財産の占有管理及び處分權を失ひ、破産管財人に於て其財産特に主として破産財團に屬すべき破産者の財産を占有し且管理し更に之れを換價して總破産債權者に平等の配當を爲すべきものであつて、破産管財人の職務は實に破産財團に屬する財産の占有、管理及び其配當を爲すことにある。而して破産管財人が破産財團に屬すべき財産を占有するには破産者の所有に屬せざるものを差押へて占有すべからざるは勿論假令破産者の所有に屬するものであつても法律上差押ふべからざるものを占有してはならぬ。又破産者の財産を占有したならば其財産目錄を作り並に貸借對照表を作成せねばならぬのみならず遲滯なく裁判所書記、執達吏又は公證人の立

會を以て其財産の評價を評定することを要する。又破産管財人は破産財團に屬すべき破産者の貸方を取立て破産者の權利を債務者其他の人に對して主張し且保全せねばならぬ。又往々貸方財産に關する訴訟を爲し取消權若くは否認權 (Anfechtungsrecht, Konkurs Pauliana) を行ひて疊に一旦財團より離脱したる財産の復歸を爲して其増加を圖り、別除權者及び取消權者 (Absonderungs- und Aussonderungsberechtigte) と稱するものに對し財團の保全を圖り別除權者と主張するものよりは別除の辯濟を求められざる様に取り計ひ又取戻權者と稱するものよりは財産の取戻をされざる様に注意して財團の減少を防止せねばならぬものであつて破産財團に關する訴に付ては破産管財人は其訴の原告又は被告となるものである。次に破産管財人は其占有せる財産を善良なる管理者の注意を以て管理して其財産の損敗を豫防し且經濟的に利用し其價格の増加を企圖せねばならぬ。加之破産管財人が破産財團を處分し換價するには是れ又善良なる管理者の注意を用なければならず可成的經濟的高價で其處分及び換價を爲さねばならぬ。破産管財人の其職務執行の如何に依りて破産債權者に對する配當の大小を生ずるものであつて其占有、管理及び換價の巧拙如何は破産債權者の利害に影響すること最も大なるのみならず、引いて破産者にも又一國の經濟上にも甚大の影響を及ぼすのである。

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

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

要するに破産管財人が破産財團の占有、管理及び處分、破産債權の確定、破産財團の配當及び其他の事項に付き其職務を追行するには獨り技術的、才能の巧なることを要するものならず相當以上に法律知識をも有することを必要とするのである。清算人及び遺言執行者と爲るものも亦然りである。鑑定人となるには右のものと同性質及び同種類の技能及び法律知識を有するの必要はないかも知れないが然し裁判官の知識の欠缺を補足し且其參考

に供すべき丈けの實際上の經驗知識を有し且外國の慣行及び立法を調査するに足る丈けの學問及び知能を具備することを要する。

破産管財人、清算人、遺言執行者及び鑑定人と爲らんとするものは其知識に於て實際的のものたる与否とを問はず相、當、以、上、のものを有するのであつて、只通り一片丈けの普通のものでは不十分であり、従つてそれ丈けでは吾人は満足し能はざる所である。

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

三

我國に於て一ケ年間に幾何の遺言執行、清算及び破産事件あるやと云ふに勿論統計の示す所に依れば、(一)遺言の確認及び執行は明治四十年に二百七十一件、同四十一年に三百十九件、同四十二年に二百四十一件、同四十三年に二百七十八件、同四十四年に二百二十六件、同四十五年大正元年に二百三十件、大正二年に二百七十七件、同三年に三百四十七件、同四年に二百七十件、同五年に三百四十四件、同六年に三百一件、同七年に二百七十八件、同八年に三百二十八件、同九年に三百十五件、同十年に三百三十二件、同十一年に三百五十七件あつた(日本帝國統計年鑑並に司法省民事統計年報參照)。右數は遺言の確認(非訟事件手續法第百九條に依るもの)及び執行の合計であつて、其中には確認の結果執行せるものと

確認のみにて未だ執行に至らざるものを包むは勿論確認を要せざるものに基く公正證書の如き執行をも包含するのであるが、單に確認のみのものも何れ執行するに至つたものと認むべきに依り結局遺言執行の數は毎年大體前掲の如き數に上りしものと思ふて差支へなく、即ち過去に於ては年々平均大抵三百件位の遺言執行ありしものと認むべく、將來は其數は益々増加する一方だらうと思はる、蓋し世人は權利思想が發達し遺言の有利にして且安全なることを覺知するからである。それで遺言者が遺言執行者を指定し又は裁判所が之れを選任することとなり且信託會社が遺言執行者となるに適當のものとなれば將來に於ては先づ少くも三百件の半數以上の遺言執行は信託會社に於て之れを引受くることとなるであらう。

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

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

(三)破産事件は毎年如何なる數に上るやと云ふに商人破産主義を採つた舊破産法の下に於ては余が他の機會に於て已に屢々掲記する如く大抵年二百件足らずであつた(註一)。然し一般破産主義を採用せる現行法の下に於ては破産事件年々増加する一方であり將來は大に増加するものと思はる。現行破産法は申すまでもなく大正十二年一月一日より施行されたものであるが其當時より今日に至るまでの破産宣告數に付ての年々の統計を知ることを得ざるを遺憾とするも只官報の報ずる所に依れば大正十五年一月中の破産事件受付總數(新受舊受共)二千三百一件、内既済百九十九件(十五年五月十二日付官報二九六頁參照)。同年二月中の同受付總數(同)二千三百五十四件、内既済二百二十九件(同年六月十日付官報二五四頁參照)。同年三月中の同受付總數(同)二千四百十四件内既済三百二十件(同年七月九日付官報二四二頁參照)であつて、其既済と云ふ中には宣告は勿論進んで配當其他に依る終了數も含むもので

あつて宣告數のみではあるまいと思はるるが兎に角其宣告數丈けでも舊破産法時代のものよりも増加して居るものと察せらる。而して外國の例に依つて推考すれば吾國と外國とは人情及び國情が異なるにもせよ五年十年の後は我國の破産宣告數は千件を以て數ふことを得ることを想像するに難くない。

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

(四)和議事件には整理委員 (Adjustment Committee) と和議管財人 (Administrator) との選任がある。和議事件とは破産豫防の爲めにする強制和議事件であつて我國最初の試みと云ふべき和議法(大正十一年四月公布、十二年一月一日施行)の規定する所である。其施行以來幾何の和議申請及び其開始ありや否や精確に知るを得ざるも、官報の報ずる所に依れば大正十五年一

月中の取扱數は總數三十六件、内既濟二件(同年五月十二日付官報二九六頁參照)、同年二月中の取扱總數は三十九件内既濟七件(同年六月十日付官報二五四頁參照)、同年三月中の取扱總數は三十八件内既濟八件(同年七月九日付官報二四二頁參照)であつて餘り多數には上らないが、何れ其中には非常の多數に上るであらう又上らしめねばならぬ。蓋し破產豫防の和議は破產宣告に基く經濟上の不結果を防止し債務者及び債權者の利益を企圖するものなるは勿論一國經濟の圓滿を圖るものであるを以て一般人に其利用を知らしめ可成これに依りしむる必要があるからである(註五)。而して外國の例に依つて看れば我國に於ては將來は和議事件は増加すべきは疑を容れない。例へば佛國に於ては和議とも云ふべき裁判上の清算(Liquidation Judiciaire)は毎年(一九〇二年乃至一九一三年)二千四百件以上二千九百件の間に上下し(註六)、英國に於ては和議及び私整理(Composition and Private arrangement)が毎年千六百件以上(一九〇一年乃至一九一五年)を算し最も多き年は四千件に上つたのであり(註七)。又獨逸に於ては和議とも云ふべき監視事件一九一四年より一九二〇年までの間毎年千六百件以上を算し多きは一九一五年の七六八〇件又一九一六年の六三六五件に上つて居る(註八)。若し信託會社が和議事件の整理委員及び和議管財人たることを得るものとすれば是れ亦其引受數は將來に於て僅少ならざるものと察せらる。

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

(註一)

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

右は帝國統計年鑑並に司法省民事統計年表に依る。

(註二)

拙著日本和議法上卷一九頁以下に詳細の統計數掲載しある。

(註三)

同五一頁以下に其統計數を詳細に掲げてある。

(註四)

同九二頁以下に於ける統計表參照。

(註五)

和議の何ものたるやは拙著日本和議法上卷並に拙稿和議法に就て(商業研究所講演集第十冊)を參照せられたし。

冊)を參照せられたし。

(註六)

佛國に於ける裁判上の清算數の詳細は同和議法九二頁以下に掲載。

(註七) 英國に於ける和議及び整理數の詳細に付ては同六五頁以下に掲ぐ。

(註八) 獨國に於ける和議の總數は同九三頁以下に掲載しある。

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

たことを記憶する。即ち「破産事件の報酬は區裁判所の事件の報酬にも及ばないから破産管財人と爲るのは眞平だと言ふた人がある」と。此話は眞實か否やは判らないが私の判事としての經驗より云へば破産管財人の報酬が氣の毒な程少額の場合が多々あつたのである。

四

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

一、破産管財人設置に付ては大別すれば、(一)國家機關としての常設官吏と爲すの制度と、(二)左にあらずして選任に依る臨時機關と爲すの制度との二種がある。「ルーマニア」の管財吏(Judicator-sinde)並に瑞西の破産官(Konkursamt)なるものは前者に屬する(尤も瑞西には選任に依る破産管財人なるものもある)。英國に於ける商務省の任命に依る管財官(Official Receiver)なるものは裁判所所屬の常設官吏ではあるが、所謂破産管財人と異なるものである。即ち管財官は破産申請後管財命令(Receiving Order)發行前又和議(Composition or Scheme of Arrangement)不成立に基く破産宣告後に於ける破産管財人(Trustee)の選任あるまで何れも臨時管財人(Interim Receiver)として破産者の財産を保全し又は其財産を占有管理し、尙特別管理人(Special

manager)の選任なき場合には其特別管理人として職務に服するのみであつて、財團の換價及び配當は爲さぬのである。それで管財官は破産管財人とは異なるのである(註一)。

選任制度に依る破産管財人に付きて看るに其選任方法には三つの主義がある。即ち(一)は裁判所が職權を以て之れを選任する主義(裁判所選任主義)と、(二)破産債權者が決議の上之れを選任する主義(債權者選任主義)及び(三)裁判所が原則として之れを選任するか時には債權者の申出(Vorschlag)に基き其意見に従ひて選任するの主義(折衷主義)との三つが是れである。第一の主義に依るものは我新舊破産法(第一四二條、第一五七條、舊破第九八〇條、舊商施第四一條)を始め白耳義(破第四六六條、匈牙利(破第八八條、第八九條、第九五條等)、葡萄牙(破第二一四條以下)及びブラジル(破第六一條)等である。第二の主義に依るものは英吉利、亞米利加合衆國、デンマーク及び瑞西等である(瑞西にては破産官が破産管財人となるの外に選任に依る破産管財人なるものもある)。第三の主義を採用するものは獨逸、奧太利、佛蘭西及び伊太利等である(註二)。而して其選任に付ては從來制限選擇主義と自由選擇主義との二つがある。前者は豫め破産管財人なる職務を取扱ふべき者を定め之を破産管財人に命じて破産管財人名簿なるものを作り置き其後破産宣告あれば其當該事件に付き其時其毎に管財人名簿中より一人若くはそれ以上の員數を選んで當該事件の管財人と爲すの主義である。

即ち或る一定の範圍内の中より、當該事件の管財人を選任するの主義である。後者は反之始めより管財人名簿なるものを作り置かず破産宣告ある毎に随、時其個々の管財事務に適當なりと認むるものを自由に選擇し之れを其當該事件の破産管財人に任命し若くは就任せしむる主義である。前者の主義を採用する立法例は白耳義、伊太利及び我舊破産法であつて、後者の主義を採るものは獨逸、奧太利、英國及び我新破産法である、佛蘭西も亦後者に則る様に思はる(註III)。

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

(註I) 詳細は拙稿破産管財人の選任、國民經濟雜誌第三四卷五號二八頁以下參照。

(註II) 詳細は前掲三八頁以下參照。

(註III) 詳細は前掲三一頁以下參照。

(註IV) 前掲三三頁以下參照。

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

る。

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

(ロ)佛蘭西の都市就中巴里、里昂、馬耳利及びセイン市の如きに於ては破産事務を業とする管財人の組合があつて此組合員中より當該破産事件の管財人が選定さるるので、組合は其組合員たる管財人の行爲に付き責を負ふことになつて居り、組合に入るには二萬フランの保證金を出さねばならぬのである。セイン市の商事裁判所管轄内には千九百二年には其組合員が二十名あつた、して同市の此組合は千八百七十六年に出來たものである。而して最初佛國にては商法法典編纂の際其編纂者が破産事業を專業とするものを置くことを嫌ひ債權者をして無報酬にて管財事務を司らしめたが其成績は不結果に終つたのである(註二)。

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

はない(此事は後部参照)。

(三) 興、太利に於ては千九〇〇年に於て管財人に選任せられたるものが二千二百八十四人、内辯護士が千三十二人(百分比例八〇、四)、公證人が五十五人(同四、三)、其他商人、工業家、土地所有者、官吏、技師、銀行、頭取等が合計百九十七人(同一五、三)。千九百一年乃至千九百五年に於て管財人に選任せられたるものが千二百九人、内辯護士が九百九十二人(同八二、〇)、公證人五十八人(同四、八)、其他が百六十八人(同一三、二)。千九百六年乃至十年には千二百四人が管財人に選ばれ其内九百六十九人が辯護士(同八〇、五)、公證人が六十七人(同五、六)、其他が百六十八人(同一三、九)。千九百十年には破産管財人に選任せられたるものが千二百七十人、内辯護士が千二十八人(同八一、〇)、公證人が七十三人(同五、七)、其他のものが百六十九人(同一三、三)。千九百十一年には千三百四十九人が破産管財人に選任せられたる中辯護士が千二十一(同八二、五)、公證人が七十四人(同五、九)、其他のものが百四十二人(同一一、六)。千九百十二年には破産管財人に選任せられたる千三百四十九人中辯護士が千九十九人(同八一、五)、公證人が九十人(同六、七)、其他のものが百六十人(同一一、八)であつた。之れに依て看れば其多くは辯護士であつた(註四)。而して會社及び其他の法人が破産管財人となつたことはない(此點は後述参照)。

(本米國)に於ては自然人たる個人若くは會社 (Individuals and Corporations) の孰れも破産管財人に爲ることを得るものである。會社が破産管財人と爲ることを得るに付ては破産法第四十五條後段に明記してある。即ち特許若くは法律に因り破産管財人たることの資格を與へられたる會社にして且管財人に選任せらるべき法定區域内に事務所を有するものは破産管財人たることを得るの資格 (Qualification) ありと定めてある。而して信託會社 (trust company) が破産管財人に選任せらるる例は餘り多くはないとのことである (Black, A Treatise on the Law and Practice of Bankruptcy 1914 S. 683.)。尤も Black の前掲には The selection or appointment of such companies (信託會社を指す) has not been uncommon とある、其文字自體に徴すれば一見信託會社が破産管財人に選任せらるることが普通なるが如く解せられざるにもあらざるも同氏の其語義と前掲の脚註に「信託會社の破産管財人となりし破産事件の實例を説示しあるとに依つて之れを看れば同氏説明の趣旨は余が前に説明したるものに異ならざることを推するに餘りあるのである。而して聞く所に依れば米國に於ては辯護士が破産管財人と爲るのを通例とすとのことである。

(ハ)我國に於ては從來舊法の下に於ては専ら辯護士のみが破産管財人となり居り、其他のものが管財人に選任せられたことがなかつた。それで辯護士のみが破産管財人たるべき

特權を有し居るものの如く誤解されて居つた。而して現行法の下に於ては近時往々會計士が破産管財人に選任さるる例ありとのことである。余は會て他の機會に於て會計士は英國の如く破産管財人たるべき資格あるものであることを推稱せると同時に會計士は破産管財人と爲るべき相當の法律知識を涵養すべきことを希望し置いたことがある(註五)。而して我國に於ては法人が破産管財人となつた例は未だ之を聞かない(此點後出)。

(註一) Kohler Leifaden s. 220, No. 1; 加藤博士、英國破産法の特徴、法學協會雜誌三十九卷大正十年

一三八〇頁以下、拙稿破産管財人の選任、國民經濟雜誌三十四卷六號六〇頁參照。

(註二) 拙稿前掲參照。

(註三) 詳細は拙稿前掲六八頁以下參照。

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

(註五) 拙稿破産管財人の選任、前掲七八頁參照。

三、(イ)如何なるものが一般に破産管財人としての妥當性を有るやと云ふに從來學者及び實際家等に於て大に爭がある。(二)或者は破産事件は其管理處分に付きて法律問題が起り、時には訴訟と爲ることがあるので法律家特に辯護士が破産管財人に一番適當だと云ふので

ある。此説を唱ふる學者は維納大學教授 Pollak 氏及び萊府大學教授 Jager 氏等である (Leipziger Z. II. Nr. 9, Gutachten s. 68; G. Z. 1906, Nr. 37 Grubhrt XXIV. s. 335 ff.)。匈牙利破産法第九十五條は明文を以て裁判所は辯護士を以て管財人と爲すべしと定め、又奧太利でも千八百九十九年には司法大臣は其旨の訓令を發した。普魯西政府でも千九百十七年十一月十七日の司法大臣の訓令に辯護士を管財人に選任するが目的に合すと云ひ、又千九百十九年には戦争に參加した爲め財産缺乏の状態に在る辯護士を特に辯護士に選任すべしとの訓令を發した。普魯西政府に於ける最後の訓令發布の動機は聊か異なるかも知れないが其他の訓令並に他の國の法律も破産事件の處理には法律知識を必要なりと爲すの理由より出發して居るのである。(二)次に或者は素人特に商人が破産管財人に適すべきのみならず商業會議所又は農業會議所の指名したる者が適當だと云ふのである。其理由は管財事務は商業其他の經營才能が必要であるからであつて、法律知識を要する場合にのみ辯護士をして補助せしむれば十分だと云ふに在るのである。此説は主として獨逸債權者組合たりし Gesellschaft Deutsche Reichskonkursordnung 2te Aufl. s. 119) フラーク大學教授 Frankl 氏 (Derselbe Jur. Revision 1886 s. 28 ff.) 等の唱ふる所である。普魯西司法大臣は千八百九十七年十一月十二日の訓令にて又千九百一年三月二十七日の訓令にて何れも右趣旨を明言して居る。又奧太利司法大臣は千八百七

十四年八月六日に左の如き訓令を發した、即ち「専門的法律家を殆んど例外なく破産事件の管財人と爲すときは非常に費用が要する、若し事件の法律關係が複雑紛糾せるものなれば職業的訴訟代理人(辯護士にあらざる)又は公證人をして管財人たらしむべし、管財人は辯護士の獨占的のものでない、左程複雑せざる事件に於ては調査手續に於ては破産主任官に依り之れが法律知識を得ることが出来る、又其後の手續なる換價及び配當手續に付ては法律知識、事件關係の知得、商業的機敏、神迅及び商人的注意等は必要だが、然し法律家程の法律的鋭敏と熟練として必要としない、市町村役場、商業會議所、工業會議所より指名したるものを管財人に選任すべし云々」と。會て獨逸のキール裁判所は辯護士は管財人に適せずと唱へたことがある。(三)然るに又或者は破産事件が複雑で従つて其事務が困難なる場合には管財人には辯護士が適當だが、然らざる場合即ち事件の小なるか若くは複雑ならざる場合には素人特に商業的知識を有する者が管財人たるに適すと唱ふるものがある。(例へば獨逸の「アルテンブルヒ」、「アンナベルヒ」及び「フランシュワイヒ」裁判所の如きは會て右の如き見解を持つて居つたのである。(Loipziger Z. III. S. 6 ff.)

(四)私は破産管財人としては法律家特に辯護士が一番適當だとか又非法律家特に商人若くは其他の人が一番妥當性を有し居るとかを一般的に斷言することは困難であるが、然し強

ひて云へば左の如き標準に依り其可否を一般に判斷するが穩當だと思ふ。即ち奧、太、利、破、産法第八十條第二項に規定せる如くに公、正にして信用すべく且事務に精通した、(unbescholtene, verlässliche und geschäftskundige Person)者で尙法律知識を有するもので(Vgl. Kohler Leitaden s. 219 f.)あることを要する。換言すれば我、司、法、省に於て舊法時代に曾て發した訓令の云ふが如くに(一)家計の整理したること、(二)計算に熟達せること、(三)法律上の知識あること、(四)商業其他の心得あること、(五)所罰せられたる缺格者ならざること等の要件を具有したものであることを必要とする(明治二十六年司法省民刑第一四一號訓令)。

私は前記の要件を備へたものであれば法律家たると否と、又男子たると否と(註)を問はざるのみならず自、然、人、たると法、人、勿論法人ならば右要件の趣旨を法人相當に順應せしむる必要はある)たると否とに論なく一樣に破産管財人となるの適格(妥當性)を有せるものと信ずる。(法人に付ては理論上より云ふのである、解釋論としては別である)。整理委員、和議管財人、清算人並に遺言執行者の選任に付ても亦同様である。

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

破産者は自己の財團の管財人となるの能力はない。従て亦其法定代理人も又破産中にあ

る法人の理事若くは之れに類する者及び清算人も管財人と爲るの能力はない。相續財産に對する破産の場合に於て相續人が破産者の地位を有するものとせば(余は異論あり亦其破産管財人と爲るの資格はない(以上 Wolf komm. § 78 Ann. 3, Jaeger komm. § 78 Ann. 7, Kohler Lehrb. s. 408.)。

破産者の親族でも破産管財人と爲ることを得る能力がある。(Jaeger a.o.; Wolf a.o., Kohler Lehrb. s. 409.) 奧太利破産法は新舊法共(新八〇條二項、舊七五條)匈牙利第九十七條、佛法第四百六十三條、以法第七百十四條、智法第千四百十三條は明文を以て反對のことを規定して居る。

破産債權者も自己の債務者の破産事件の管財人と爲ることが出来る (Jaeger Wolf ebenda, Kohler Lehrb. a.o.)。英國法第十九條第一項は明文を以て之れを定めて居るか、伊太利商法第七百十四條は債權者が管財人と爲ることを禁じて居る。

管轄裁判所外に住する者でも管財人と爲り得る。然し奧舊法第七十五條、並に米國法第四十五條は管轄内居住を以て要件として居る。

五

一、會社及び其他の法人は我現行法の解釋上破産管財人たることを得るや否やと云ふに消極的に解するを正當とする。蓋し破産法第四百十三條第一項第三號には破産宣告と共に

破産管財人の氏名及び住所を公告すべき旨を規定しあり、同第六十八條及び第六十九條には破産管財人の相續人が計算の報告を爲し若くは必要處分を爲すべき旨を定めありて此等と同第六十四條(注意義務の規定)並に同第三百八十條及び第三百八十一條の規定罰則の趣旨を綜合考覈するときは破産管財人は人的(Personlich)に管財事務に付き其責を負ひ又、自らの人的に利害關係人並に裁判所に交渉するものでなければならぬことが明白である。而して法人は自然人の如く自ら獨立して行爲を爲すこと能はざるは勿論自ら當事者として裁判所に對し行動すること能はざるものである(Wach Handbueh I. S. 551; Stein ZPO § 61 No. III.)。左れば破産管財人は行爲能力ある自然人たることを要し、法人であつてはならぬことと爲るからである(拙稿破産管財人の選任、國民經濟雜誌第二十四卷六號五五頁以下參照)。

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

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

我現行法の解釋としては法人は破産管財人に爲る能力なきに依り信託會社が之れに選任

せらるるを得ざること勿論である。Jaeger教授も獨法の下に於て信託會社(Treuhandgesellschaft)は破産管財人となる能力なきことを明言して居る(註四)整理委員並に和議管財人に付ても右と同様に論すべきである。

(註一) Jaeger § 75 Anm 7, s. 28; Kohler Leifaden s. 219; Wolf 2te Aufl. Anm. 2 s. 342; Heifron-Pick 2te Aufl. s. 173

Anm. 8; Meyer-Bleyer. § 78 Anm 1, b.; Lehmann komm. s. 524; Pollak-Bartsch komm. Bd I. s. 510 Anm. 3.

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

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

(註四) Jaeger aaO; Heifron-Pick aaO; Meyer-Bleyer ebenda Pollak-Bartsch aaO.

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

條、第九一條、第一〇二條、第一〇五條、第一三〇四條、第二六二條、第二六二條ノ二參照。

獨逸の學界に於ても亦法人は清算人たることを得ないとの説が通説である。即ち Staub-Koenige-Pinner (Komm. § 295 Ann I.), Lehmann-Ring (Komm. § 295 Nr. 3.) Flater (D.J.Z. 1903. VIII Jahrg. s. 318.) 之れに反對せるものは Marcus 氏 (Monatschrift f. Handelsrecht und Bankwesen 1913 s. 107.) に過ぎぬのである。同國の判例に依つても從來同國の學説と同じく消極説を維持して居り(例へば Kammertz im Recht, 1904 s. 506.) 登記裁判所も亦之れに従つて居つたのである。然るに近時之れと異なる判例あるに至つたのは注意すべである。即ち München の區裁判所が法人特に信託會社を清算人をして登記するを許した (Vlg. D. J. Z. 30 Jahrg. 1925 s. 1118.)。又 Mannheim 區裁判所は千九百二十年に於て同市の南獨逸検査及び信託株式會社 (Süddeutschen Kredits- und Trennhand-A-G) が清算人たることを認めた。然るに他の事件に於て同裁判所は普通の學説に従ひ同會社の清算人たることを許さなかつた。此抗告に對し Mannheim 地方裁判所は抗告審として第一審の裁判を正當とし抗告を棄却した所が、Karlsruhe の控訴院は再抗告審として抗告審の裁判を廢棄し第一審の措置を正當とし會社の清算人能力を認め其登記を爲さしむることとした。其理由の、大要は「各會社は自然人を其代表者として有し居らねばならぬ、清算會社は法人が其清算人となりたるときにも亦自然人を有する。蓋し清算人となりたる法人は自然人を其代表者

して有し居るからである。清算會社は法人が其清算人となりたるときにも其清算事務を爲すべき自然人を有し、其自然人は單に間接に確定せらるるに過ぎない。此間接の確定が清算人の本質に副はないと云ふことのみに依つては法人が清算人と爲ることを得るの妨げとならない。又商法の規定も亦法人の清算人能力たるの障礙ともならぬ。清算が法人に依つて爲さるときは罰則の規定は其法人には科せられぬのであるか、然し清算人たる法人の代表者が清算人として定められた團體の名義に於て爲したる總ての行爲に付ては自己自ら清算人たりし如くに刑事上の責任を負へばよい。若し法人の代表者に其責任を負はれられぬと云ふならば這是刑法の缺點である。法人に罰を科すことが出来ぬと云ふ理由からは法人が清算人と爲れぬと云ふ結論は生ぜない。鑛業會社の詐欺破産の場合に其營業の衝に當る代表者に對し刑を科すこと能はざる理由よりして代表者が存在せぬとの結論を生ぜざると同じく清算人としての法人に對し刑罰を科すことを得ざるの理由よりして法人たる清算人が存在せぬとの結論を生ぜざるのである。大審院が千九百二十二年七月四日に合資會社は有限責任會社の無限責任社員と爲ることを得との決定(E. G. Bd. 105, s. 101 ff.)を與へたによつて看れば法人は合名會社の社員と爲り得るは勿論法律上亦其清算人と爲り得るものなりと解さねばならぬ。法人が合名會社の清算人と爲るの能方ありとせば亦他の總ての會社が清算

人となり得るは當然である」と云ふに在りて、又進んで其理由に曰く「信託會社が清算人の職務を執り其清算人となるは寔に時宜に適したるものである。從來清算人と爲りたるものは絶対に實力あるもののみと云ひ得ざるのみならず信用あり且清算事務に精通したるものみに限られ居つたと云ふを得ない。然るに信託會社は實力あり、信用あり且事務に精通しをるものであるから法人の清算人となるには最も適當で而も時宜に適するもの」と云ふにあつた。此の如く *Karlsruhe* 控訴院は信託會社の清算人と爲り得る能力ある旨並に清算人としては信託會社が最も適當だと裁判したのである。*Mannheim* の南獨逸検査及び信託會社(本裁判の問題となつた會社である)の支配人 *Dr. Sauerbeck* 氏は此裁判を以て現時の法律生活並に經濟生活の要求に適應した寔に良きものなりと推稱して居る(*D. J. Z. 80*)。而して此の裁判が正當なりとせば法人は破産管財人にも遺言執行者にも爲るの能力を有するものと推論せねばならぬのみならず信託會社がそれに最も適當せるものと云ひ得る様になるのである。山内博士は前記控訴院の裁判を是認せらるるであらう(法律新報前掲参照)。

三、法人は鑑定人たることを得るやと云ふに我刑事訴訟法第二百三十條に依れば自然人以外に官署又は公署は鑑定人たることを得る旨を定めて居るが其他私法人等に付き何等の規定なく、又民事訴訟法にも右刑事訴訟法の如き規定なく且其規定の趣旨より例へば鑑定

義務違背の規定、宣誓の規定、忌避、所罰等に關するもの看れば我現行法の釋解上會社は鑑定人となるの能力がないものと云はねばならぬ、(改正民訴第三〇一條は然らず)。

六

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

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

(イ)信託會社は資本金百萬圓以上を有せねばならぬので(信託業法二條あるから)資力あることは Dr.Sauerbeck の言を待つまでもない。従つて信用すべき又公正のものとして見て毫も差支へあるまい。然し其機關及び内部の人々が管財事務に精通し居るや否や又法律知識を有し居るや否やは疑問でなからうか。管財人の職務は前に述べた如く多岐多様に亙るものである。商人、農民、工業者、官吏其他種々なる人の破産があり、商人にも呉服屋、米屋、雜貨屋

等種々なる職業のものがある。此等のものの財團を管理し其財團の價格の増加を圖るには夫々、専門的技術が要する。我國に於て最も新しき試みに屬する信託會社の機關若くは其内部の人々は比較的困難なき程度に於て其技術を有し居らるるではあらうか、私は寡聞であるので其技術を有し居らるるとも有し居られずとも斷言し得ない。

(□)破産管財人をして法律知識を要することは前に述べた通りであつて、破産債權の調査、別除權及び取戻權の排除、並に否認權行使等に付ては仲々一通りならざる法律知識が要する。或は訴訟當事者として法廷に立たなければならぬことがあるのである。現時の或信託會社の機關及び其内部の人々は破産管財人として恥しからぬ程度の法律知識特に破産法の知識を有して居らるるであらうか此點は失禮ながら疑を挾まざるを得ない。何となれば我現行破産法は明透精密なること舊破産法の到底及ぶべきものでもないが、然し條文は多く且細密に互る規定あるのみならず難解のものも尠くない。特に破産法は其性質上至難の法律中の至難のものである。従つて其研究に至つては法律研究中の最も至難のものである。破産法は獨り國內的法規定のみならず國際的法規をも包含するものであつて、其國內的法規に付て云へば民商法に關する規定あるは勿論訴訟法及び刑法に關する法規を含むと共に行政的規定にも亦其關係を有するのである。又國際的法規に付て云へば取引が國內に限局

せられずして各國民間に行はるる現代の下に在つては破産關係が内外に涉ることが尠くない、従つて破産が内國に於て開始せらるると外國に於て開始せらるるとに依り債權者の權利に影響を及ぼすことが多いので、此場合に處するの國際的私法規定なかるべからざるものであるので斯る規定をも包含する。民法、商法、訴訟法、刑法、行政法及び國際私法の一個の法律を研究會得することすら事容易にあらず人々苦み居るに拘らず是れ等の總てを併せて研究せんとするに至つては其困難なることは多言を要せずして明瞭であるからである。現今に於て信託會社が法律特に破産法に精通し居る人を得ることが出来るであらうか大に疑はざるを得ない。

或は云ふだらう、汝の言の如くせば現今に於て管財人となり又はなり居る人は何れも管財人として妥當の人のみであらうか、財産的管理事務に堪能ならば法律知識が不足だらうし、反之法律知識ありとせば管理に關する技術的才能が十分でないであらう。双方を兼備する人士のみが目下管財人となり居るであらうかと。私も現時の管財人となり居る人又ならんとする人々が管財人として理想的の人か否やは斷言することが出来ないが、然し信託會社が法律を改正してまでも新に管財人ならんとするの能力を得んとするには信託會社が信託會社として其内容の充實がなければなるまい。それ相當の權威がなくてはなるまい。然ら

ずして只漫然法人だからとて直ちに破産管財人たんとするは從來の慣例上管財人となり得る人に對して不正競争の様の形になるではなからうか、信託會社の品位上よりしても特に其内容の充實した上で管財人となるの能力を得てもそう遅くはなからうと思ふ。若し夫れ現今でも信託會社にして私の所謂内容が充實し居れば出来る丈け近き時に於て法律改正を行ふべきである。三井信託會社が此點に氣が付かれたであらう、其設立當時より已に法律部なるものを設け優秀の法律家をして其部長たらしめ専心法律の運用及び其研究に盡されて居る趣である。此の如きは實に安當なる措置であつて獨り信託會社の爲めのみならず我法學界の爲めにも慶賀すべきである。

信託會社が訴訟當事者となりたるときは何人が法廷に立つであらうか。其代表者が自ら其代理人として立ち得る丈けの能力(法律知識)を有し居らるるならば實に結構なことであるが、其代表者は法律知識以外の知識の堪能者であるには相違ないが、然し辯護士の如くに法廷に立つて辯護し得る能力は餘りあるまいと思はる。そうすると特に辯護士に依頼して之れを訴訟代理人として法廷に立たしむることとなるのである。勿論これでも決して可ではない。若し會計士若しくは辯護士以外の人が管財人に選任せられたる場合に於て其管財人が訴訟を爲すときには特に辯護士に依頼して訴訟を追行せしむるの必要があらうから、

信託會社が管財人として訴訟を爲すときにも特に辯護士をして訴訟を追行せしめても不可なかるべき筈ではあるが、然し多大の資力ある大信託會社が管財人として訴訟を爲すに特に其都度都度辯護士を業とする者より自己の訴訟代理人を選任するの迂遠を爲さずして相當以上に法律知識を備ふる辯護士資格ある人士を豫め自己の會社に雇入れ置き斯る人士を信託會社の人として其代理を爲し訴訟を追行せしむることが其權威上必要であり且大に便宜のことと信ずる。

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

る。

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

1. Württemberg 州司法廳に於ては一九〇〇年十月廿四日左の命令を發した。

管財人の報酬は積極財團の多寡及び管財人の仕事の範圍に依り之れを定む。

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

積極財團(配當財産)がそれ以上なれば報酬は左の定率表に依りて之れを定む。

1000 m まで	6—8%
1000 m 以上 5000 m まで	5—6%
5000 m 10000 m まで	4—5%
10000 m 20000 m まで	2—3%
20000 m 50000 m まで	1—2%

50000 m 以上

1/2—1%

(詳細は拙著新訂訴訟記録破産の部三五頁以下参照)

二、Elsass—Lothringen 州のコンペール控訴院長が千九百七年十月四日發したる訓令の趣旨は左の如くである。

配當財團

1000 m まで

10%

1000 m 以上 5000 m まで

7%

5000 m 以上 10000 m まで

5%

10000 m 以上 20000 m まで

3%

20000 m 以上 50000 m まで

2%

50000 m 以上

1%

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

配當財團

2000 m まで

10%

2000 m 以上 5000 m まで

6%

5000 m 10000 m まで

4%

10000 m 20000 m まで

2%

20000 m 以上

1%

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

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

配當財團	5000 m まで	6 %
	5000 m 以上 20000 m まで	3 %
	20000 m 以上 50000 m まで	2 %
	50000 m 以上 100000 m まで	1 %
	100000 m 以上	1/2 %

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

尤も右は一般的標準たるに止まるのであつて、管財人の勞力如何が又斟酌せらるるものである(尙 *Sensel Verwaltung v. k. 2te Anh. s. 22 Nte I. 參照*)。

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

(註一) 拙著訴訟記録破産の部三六〇頁參照。

(註二) 拙稿民事政策と辯護士制度。

七

要するに信託會社が破産管財人等に爲り得るが爲めには法律を改正し若くは新に法律を設けなければならぬのである。我信託會社が破産管財人たり得るの要素主として法律知識を現今具備するならば速に法律を改正し若くは新に法律を設くべきである、未だ其要素を具有するものと認め難き限りは其資格を備へた時に至つて其改正を爲し若くは新に法律を設けても遅くあるまいと思はる。而して信託會社が破産管財人等となつたならば報酬の點みに目を付けないで公的奉仕の考を以て其職務を執つて貰ひたいのである。蓋し破産管財人の職務は前に屢々述べた如く公的性質を帶びて居るものであるからである。(完)