

破産制度の近代化と外国法の影響

——第二次大戦前における——

桜井孝一

一、序

二、明治維新前における破産制度

三、明治維新後における破産制度の近代化

(一) 第一期——「華士族平民身代限規則」制定を中心として

(二) 第二期——「旧商法破産編・家資分散法」制定を中心として

(三) 第三期——「現行破産法・和議法」制定を中心として

四、結 び

一 序

破産は一つの社会現象であり、経済現象である。これを法律的側面からみるとときには、この社会現象たる、あるいは経済現象たる破産という状態——債務者の経済的破綻の状態——を、いかにして能率的に、合理的に処理するかということが問題となる。この処理の制度こそが破産制度であり、その制度を動かし、それを規定するものこそが破産

法である。したがって破産制度を通じて日本の近代化をみるには、まずその制度を具体的なものとして担保する破産法のあり方を中心として、日本における破産制度の近代化過程を検討し、ついでそれが日本社会の近代化にどのような影響を与えたかを考察することの二つの段階に分けることができよう。しかし破産制度は、債務者の経済的破綻の状態に對して、いかに債権者に公平な満足を与えるかを主たる目的とする、法律技術的制度である。^(二)したがってこの制度の存在自体がすでに社会が近代化へと向う志向のあらわれであり、さらにこの制度がより近代的内容をもつことによって社会もまた近代化されてゆくという、その制度と社会との間は相互侵透の關係に立つといえる。

破産制度と社会の近代化とは以上のような關係に立つといえるから、破産制度を通じて日本の社会の近代化をみると、それは破産制度の近代化を考察することによって一応概観できるものと考えられる。したがって本稿では、破産制度の近代化^(三)という問題を軸として日本の近代化を論じてみよう。

ところで、日本における法制度の近代化は、主として明治維新後とくにヨーロッパ法の影響を受けて進められたといえるが、しかし個別の制度においてその影響をうけて具体的にどのように近代化されたかをさめるには、明治維新前のそれがどうなっていたか、それがどのような意識で支えられていたかをまずみておかなければならない。とくに破産制度についてはその必要がある。なぜならば、破産制度の存在自体が執行制度の体系における近代的な意識の所産ともいえるから。

(一) 破産制度は社会政策的制度であり、破産法は社会政策立法であるといわれる(齊藤常三郎・破産法及和議法研究一卷三九頁、加藤正治・破産法研究一卷一二〇頁、井上直三郎・「破産制度ノ精神ト社会的立法」法学論叢三卷五号一一九頁以下)。

したがって、破産制度ないしは破産法の存在自体がその時代の不十分ながらも近代的な意識によって支えられ、またその制度に含まれる内容自体の近代化によってその社会の意識が左右されるという関係に立つともいえよう。

(二) わが国における破産制度の近代化の過程において、そのメルクマールとしてとりあげられるものには、(1)破産制度が統一的な法制度として確立すること。(2)債権者の公平な満足の純化、すなわち債権者の損失分担思想の徹底化。(3)債務者の保護・更生の考慮、これと関連して破産予防制度の強化、などが考えられよう。以上(1)は形式面における破産制度の近代化のメルクマールであり、(2)、(3)は実質面におけるそれといえよう。(2)と(3)との関係については、破産制度の主目的は(2)であるが、その枠内において(3)の実現をものはかなければならないところに破産制度の近代化の一側面がある。その点で社会政策立法としての破産法の意義が強く打ち出されよう。なお、さらにこれらの近代化のメルクマールを、具体的に破産制度の在り方を規定する立法主義の面からみれば、(1)商人破産主義→一般破産主義 (2)膨脹主義→非膨脹主義(固定主義) (3)徴戒主義→非徴戒主義 (4)非免責主義→免責主義という方向にみ出されよう。以下の論述も、これを軸として述べるものである。

二 明治維新前における破産制度

一 破産制度は債権者の公平な満足を第一の目的とする。したがってそのことを目的とする破産制度の成立そのものこそが、執行制度の体系からみると、近代的な考え方の所産であるといえる。この点から考えて、わが国で破産制度が成立したのは、徳川期においてであるといえる。^(二) けだしそれ以前には、国家権力による債権の保護が十分に行われていないとともに、民事責任と刑事責任とが明確に分化していなかったから、強制執行の体系においても公的執行と私的執行とが併存し、また物的執行ばかりでなく人的執行も残存していた。このように私的執行、人的執行の形態

を完全に拭いきれず、したがって公的執行、物的執行の原則の確立していない時代では、おのずから強制執行も「早いもの勝ち」の制度であって、競合せる多数債権者を同一線上におき、完済しえない債務者の財産を各債権者に平等に分配することを目的とする破産制度はそもそも成立しえなかった。^(二)かくして破産制度は、執行制度の体系において私的執行ないしは人的執行という非近代的要求がとりさられてはじめて、すなわちわが国では徳川期においてようやく成立したものだといえるのである。

(一) 詳しくは、細川亀市「本邦破産制度成立史」日本法学四卷九号一頁以下参照

(二) ヨーロッパにおける破産手続の萌芽は、ローマ共和制末期における財産執行の制度、すなわち *missio in bona* (財産管理命令) にあるとされる。すでにこの時代には強制執行の体系において私的執行、人的執行がかなり後退し、それにかわって、公的執行、物的執行の原則が確立されつつあったといえよう。加藤正治「破産法ノ沿革」破産法研究一卷一頁以下、同・破産法要論一二頁以下参照。

二 ようやく徳川期にいたって、人的執行は例外的にのみ存し、原則としては物的執行が行われ、また私的執行にかわって公的執行が確立する。このような事情のもとはじめて、多数債権者の平等の満足を目的とする破産という觀念が登場した。まさに徳川期において破産制度の成立の端緒が開かれ、それが生成するに至ったのである。^(三)

そこでの、破産制度を含めての、執行制度の体系としては、「身代限」及び「分散」の制度があった。概括的にいえば、「身代限」は現行の強制執行制度にあたり、「分散」は現行の破産制度にあたるものといえる。しかし前者には現行の破産制度に類似した手続が含まれている。したがってその当時においては現在のように、強制執行手続と破産

手続との明確な分離がなされていなかったものといえる。^(四) その点においても破産制度の前近代的性格が存するともいえようが、それはともかくとして、以下には、その制度の内容の近代性、前近代性を浮きぼりするため、それぞれの手続を概観しておこう。^(五)

まず「身代限」である。これは強制執行手続と破産手続の両者を含むといえることは前にふれた。すなわちそれは、まず公事銘にもとづく金銭債権の執行手続としての身代限手続が先行し、その結果債務者の総財産をもって当該債務を完済できない場合に包括的財産に対する執行手続、すなわち現行の破産手続に類似する「身代限」が行われた。^(六) ところで身代限は、原則として単独執行であること、^(七) そして債務者の総財産をその対象とするけれどもその手続がもつぱら裁判機関の職権によって行われる点で、現在の強制執行に類似するが、債務超過による支払不能を原因として裁判機関が身代限りを申付け、さらにそのさい日限済方または切金などの支払猶予手続をみとめている点で、現在の破産手続に近似する。^(八) いずれにしても執行手続としての身代限の延長としての、包括的財産に対する執行としての身代限という点では、まさに破産制度的性格をもっていたといえる。

ついで「分散」である。これが現行の破産手続に該当するものであること異論がない。けだし分散の語が示すように、それは債務者の財産を多数債権者に分ち散ずることである。^(九) したがってそれは、多数債権者の競合を前提とし、債務者の総財産をもってその債務を完済できない場合に、債権者の同意のもと、^(一〇) 債務者の申立によって行われる。この手続において裁判機関（町村役人）は分散の許可を与えるのみで、原則としてそれに関与しなかった。^(一一) 分散が開始されると、債務者の財産は原則として入札によって換価され、^(一二) 裁判機関立会のもと分散割帳または分散配当表を作成

し、多数債権者の債権額に比例して分配するのがつねであつた^(二)（債権者平等分配の原則）。このように分散は、その大要において現在の破産手続にかなり近い手続をもっていたといえる。

「身代限」および「分散」の手続はおおよそ以上のものであるが、それがその内容において破産制度としてどのような面で近代的であり、または前近代的なものであつたかが、次に述べられなければならない。

(三) 細川・前掲日本法学四卷九号二〇頁以下。

(四) 小早川欣吾「近世に於ける身代限り及分散について」法学論叢四三卷五号二六二頁以下参照。

(五) その詳細については、細川・前掲日本法学四卷九号、小早川・前掲法学論叢四三卷五号、同「近世に於ける身代限り及分散」法学論叢四四卷一・二・四号参照。

(六) この点で身代限が分散と混同された原因があると小早川博士は指摘される（前掲法学論叢四三卷五号二六六頁）。

(七) 例外的に債権者の複数の場合も存在した。小早川・前掲四三卷五号二六四頁参照。

(八) 小早川・前掲四三卷五号二六三、二六四頁。

(九) 細川・前掲日本法学四卷九号三〇頁。

(一〇) 同意しない債権者があるときは、同意せる債権者のみで分散の手続を行なった（細川・前掲三〇頁、小早川・前掲四四卷四号六三〇頁参照）。

(一一) 小早川・前掲四四卷四号六二五頁以下。

(一二) 細川・前掲三一頁、小早川・前掲四四卷四号六三二頁。

(一三) 小早川・前掲四四卷四号六三一、六三二頁。なお売得金は、まづ貢租未納額を、ついで担保権者に、最後に一般債権者

に分配された（小早川・前掲六三二頁、六三三頁参照）。

三 「身代限」および「分散」は、その手続的側面からみれば、かなり完備していたものといえよう。しかしその時代の背景からして、その制度の実質的な面からみれば、その基礎における前近代的Ⅱ封建的性格をみのがすことはできない。主な点を指摘すればこうである。

まず、身代限においても、分散においてもその申付の対象となったものは、債務者が町人、百姓である場合にかぎられたことである。これに対して武士・寺社階級に属する者（さらに能役者、由緒ある町人百姓、御用達町人）については原則として身代限を申付けられない特権が与えられていた。^{（二四）}このことは分散にも拡張されていたといえよう。^{（二五）}この点で身代限および分散の身分的性格を否定できない。^{（二六）}

ついで、身代限および分散の身分上の効果である。この当時においては、当然のことながら破産を犯罪視したといえる。したがって破産者は、栄誉権の剝奪、公的生活上の不利益をうけたことはもちろんのこと、さらに戸籍上の制裁も受け、また日常生活上においてもかなりきびしい差別的取扱いがなされた。^{（二七、二八）}この点でもその時代の制度として当然有した前近代的性格といえよう。

このようにその基礎においては当然の前近代的Ⅱ封建的性格をもっていたものであるが、その手続という面からみるならば、個別的にしろ、かなりの近代的内容をもっていた。次のような点をあげることができよう。

まず身代限についていえば、日限済方ないしは切金などの支払猶予手続をみとめていたこと、^{（二九）}その執行の対象たる財産は原則として債務者のそれに限られたこと、^{（三〇）}さらに身代限によって完済されなかった残額債務については債務者

が将来取得する財産に対し完済されるまで追求することができたが^(二二)（非免責主義）、しかし債務者が弁済能力をもつまでそれを請求することができなかったことなどは、その限りで近代性をもっていたといえる。

ついで分散についていえば、分散により配当をうけた債権者は、たとえそれによって完済をうけず残額債権を有する場合であっても爾後それを追求できないとし免責主義をとっていたこと^(二三)、さらに歳賦手形という破産予防の和議に類似した手続を有していたことなどは、その近代的なものとしてあげることができる。

以上のように徳川期における身代限および分散の制度は、そのうちには個別的に近代的な内容をもちながら、その基礎においては前近代的Ⅱ封建的性格によって支配されざるをえなかった。そこでわが国が明治維新において近代国家へとその過程をたどるとともに、この制度も、その基礎における前近代的Ⅱ身分的性格からの脱却を中心として、近代的な破産制度へと、近代化への道を歩みはじめるのである。

(二四) 小早川・前掲四三卷五号二六九頁以下、四四卷一号一五〇頁以下参照。

(二五) 小早川・前掲四四卷四号六二〇頁参照。

(二六) 小早川・前掲四三卷五号二七四頁参照。

(二七) 小早川・前掲四四卷二号三二八頁以下、四四卷四号六三九頁以下参照。

(二八) なお、分散者には復権する機会が与えられていたと報告されている。このことにつき、小早川・前掲四四卷四号六四四頁参照。

(二九) 小早川・前掲四四卷一号一五三頁以下参照。

(三〇) 例えば妻の財産は身代限より除かれていた（小早川・前掲四三卷五号二八一頁参照）。これに対して細川・前掲二五頁

参照。

(二一) 小早川・前掲四四卷二号三二五頁。

(二二) 小早川・前掲四四卷二号三二七頁。

(二三) とくに幕末にとられていたことについて、小早川・前掲四四卷四号六三六頁。なお、これに反する見解もある。齊藤常

三郎「破産法発展史」法学論叢三七卷二号二〇八頁参照。

(二四) 小早川・前掲四四卷四号六四四頁以下、細川・前掲三一頁参照。

三 明治維新後における破産制度の近代化

(一) 第一期——「華士族平民身代限規則」制定を中心として

一 明治維新前、徳川期においては、徳川幕府法(身代限は二九条、分散は三五条)および民間の慣習法を通じて、以上述べたような「身

代限」および「分散」の制度が行われていた。明治初期においては、破産制度についても、これらに関する民間各地

の慣習法が重要な法源をなしていた。(二)しかし明治維新後、わが国が近代国家としてその実を備えんがためには、他の

法制度と同じように、破産制度においてもまず統一的なその確立がはからなければならない。だが直ちに統一的

なそれを成立させることはできない。そこでひとまず各地の慣習法を基礎的な法源として、個々の法令の発布を中心

としながら、その積かさねによって統一的なものへと志向していったことは、破産制度もその例にもれない。まさに

この時期は、破産制度の近代化の第一過程といえよう。

(二) 細川亀市「明治前期の破産法」法学志林三八卷九号六八頁以下参照。

二 この時期において破産制度の中心となった法令は、明治五年の、いわゆる「華士族平民身代限規則」である。しかしそれより前に、——条約改正などその他の事情はともかくとして——とくに破産制度につきその統一化を要請し、外国法の参照を促したものは、その頃ようやくひんぱんになった外国人との取引である。そのことは、内外国人の債権債務の決済という事で破産をしばしば問題として登場せしめる。だがそれを従来の法源でもって十分処理しえない。そこでまず明治政府は、明治二年七月四日、外国公使へ次のような達を発している。^(二)その内容をくだいていえばこうである。「わが国の商人が外国人より借財をし、弁済できないで身代分散となった場合、分散金についてわが国の法のみで取扱うのも不都合であるから、各国の取扱方をも斟酌し、債権者は外国人・内国人の差別なく、別除権者を除きその他の債権者にはその債権額の割合に応じて分散者の財産の売却金を分配する」^(三)(傍点筆者)と。ところでこのことは、すでに徳川期においても行われていたことを外国法を参酌しつつ確認したものであることとはいえ、その後のわが国の破産制度の近代化において諸外国法が大いに参照されなければならず、それが非常な影響をもったということを暗示しているものといえよう。

(二) これは神奈川県あて発せられたものであるが、それに限られず外国人関係の場所へすべて通達されたものである(細川・前掲法学志林三八卷一二号六四頁)。

(三) 現行類聚法規第五卷一〇二九頁参照。

(四) 細川・前掲法学志林三八卷一二号六四頁。

三 しかし破産制度の近代化（ここでは統一化）の過程において、その基礎となったものは、その最初の法令たる、前にふれた明治五年六月二三日太政官布告第一八七号の「華士族平民身代限規則」である。これは身代限における差押禁止物および入札払の方法を定めたものであり、フランス訴訟法を参照したものである。^(五)これは主として強制執行法の性質をもつともいえるが、同日の太政官布告第一八八号「身代限揭示規則」によって債権者の申出を許し、配当をみとめていることから、同時に破産法たる性質を有するものである。^(六、七)ここでフランス法を模範として、差押禁止物を明確に定めたことは、破産制度の近代化への一歩前進であるとともに、この面できくに注目しなければならぬのは、身代限規則が華士族平民のそれとして徳川期における身代限および分散の身分的性格を排除したことである。これは、明治政府の四民平等のかけごえのもと当然ともいえるが、従来の考え方からして華士族平民をすべて破産制度のわく内にとりこんだことは、まさに近代化への出発点そのものであったといえよう。

(五) 現行訴訟大成民事之部四二五頁。

(六) 細川・前掲三八卷一二号六六頁以下参照。

(七) 明治六年五月三〇日、明治七年七月三日改正、現行類聚法規六卷二〇九頁参照。

(八) 細川・前掲三八卷一二号六八頁註二参照。

(九) 幕末の民間の慣習法では強制執行と破産が明確に区別されず、一般に「身代分散」と称されていたといわれる。なお明治初期における政府のいう「身代限」は徳川期における身代限とことなっており、「分散」すなわち破産のことをさしていたといわれる（細川・前掲三八卷九号六八頁）。

四 その後、以上の「華士族平民身代限規則」を基礎として個々の法令の發布を通じて、破産制度の統一化が進められることとなる。これらの法令の多くは、外国法とくにその当時においてはフランス法を参照し、わが国の従来の破産制度に修正を加え、その統一化を進めていったといえる。^(一〇)ところで個々の法令の積かさねは破産制度近代化の第一過程、すなわち統一化の要請を早急に果したものであるが、しかしその個々の内容からみれば、必ずしもその近代化を促進したもののばかりでなく、かえってそれを後退させたのではないかと考えられるものもあった。その点に留意しながら、主なる法令を眺めてみよう。

「華士族平民身代限規則」につづいて、明治五年九月一日に太政官布告第九号として「聴訟上日切済方廃止規則」が發布された。これは徳川期における身代限の制度を根本的に改正し、いわゆる「日切済方」の制度——現在における強制和議に該当する——を廃止し、訴訟において敗訴した債務者は直ちにその債務を弁済しないかぎり身代限処分に付せられることとしたものである。このことは債務者の保護をその内容にもちこむことが破産制度の近代化の一つとみるならば問題として注目されるべきものである。^(一一)

ついで同年九月一八日太政官布告第二七五号「父兄ト同居別居ノ子弟身代限規則」が發布され、身代限の効力は、その者の父兄の財産には及ばないことを定めた。これはすでに徳川期において確立されていた原則を確認したものであるが、確認の意味においてであれ、この時期においては近代化への方向を示すものと評価されよう。^(一二)

その後、身代限に付せられた者の他人に対して有する債権の取扱を定めた明治五年十一月二七日司法省達第四〇号（明治七年九月四日改正）、身代限の範囲を僧侶に拡張した明治六年三月五日太政官布告第八八号の「僧侶身代限規

則」、身代限における期限未到来債権の取扱を定めた明治六年七月一七日太政官布告第二五二号、明治六年十二月二十五日太政官布告第四二二号の「租税不納者身代限処分規則」、債務者失踪の場合における権利保全の方法を定めた明治八年一月二〇日太政官布告第六号、明治八年四月一〇日太政官布告「身代限財産中質入書入地所処分規則」など、^(二三)太政官布告、司法省達を通じ、あるいは裁判所からの伺を通じてその積かさね^(二四)によって、ともかくも不完全ながら明治一〇年代において破産制度の統一化が達成されたものといえよう。^(二五)

(二〇) 細川・前掲法学志林三八卷一二号六二、六三頁。

(二一) これは、身代限を純然たる強制執行の手続とみるならば当然のことともいえようが、この身代限処分は債務者の総財産を対象とし、破産的性格をもつものといえるから、今までより債権者の保護を強化した反面債務者の保護を弱化した点では、徳川期における破産制度の近代的要素を失わしめたともいえるのである。なお細川・前掲七〇頁参照。

(二二) 原則としては確立していたが、しかし実際には反対の事実が多かった。そこでこれを確認した。だが明治一六年前後には再び反対に解釈されるにいたっている。これにつき、細川・前掲七一、七二頁参照。

(二三) このほか、身代限に関してとくに注意すべきものに明治八年六月八日太政官布告一〇二号「金穀貸借請人証人弁償規則」があげられる。これは昭和六年六月八日太政官布告第一九五号を改正したものであるが、その内容は、負債返還義務は本人、証人、請人はいうまでもなく、その子子孫々にまで及ぶことを定め、非免責主義を強化したものである。この点で破産制度の近代化という方向では、逆に向いているものであろう。

(二四) それらの、およそその概要については、細川・前掲六五―八八頁参照。なお現行訴訟大成民事之部四二四頁―四六三頁参照。

(一五) 細川・前掲八八頁。

以上のようにこの時期においては、破産制度の近代化の形式面ともいえる、その統一化の要請を個々の法令の集積を通じてみたしながら、その実質面においてもより近代的なものへと志向していった過程といえる。そしてそれはまたわが国最初の統一的破産法典たる明治二三年の商法第三編「破産」をうみだすための胎動期でもあったのである。

(二) 第二期——「旧商法破産編・家資分散法」制定を中心として

一 破産法は会社法と密接な関連を有するが故に、その制定の必要は会社法とともに生ずる。明治一四年明治政府は商法典編纂のため、ドイツ人「ヘルマン・ロessler (Hermann Roessler)」にその立案を委嘱した。それと同時に破産法編纂への努力がはじまったものといえる。⁽¹⁾そこでいくたの迂余曲折をへながらも、それは、明治一七年に作成されたロesslerの商法草案を土台とし、明治二三年の商法第三編「破産」(旧商法破産編と略称する)として結実した。いうまでもなくロesslerの商法草案は、まったくのフランス商法典のやきなおしであった。したがって旧商法破産編もその枠から一步もでていない。ところでその当時わが国はフランス法の影響下にあったというものの、ドイツ人たるロesslerが、⁽²⁾破産法についてそのころの最新の近代的立法であるドイツあるいはイギリス、アメリカのそれを参酌しないで、それよりはるかに古いフランス商法破産編を模範としたかは、わが国の破産制度の近代化、ひいては日本社会の近代化ということにとってみのがすことはできないことである。

それについてのロesslerの理由をその商法草案から抜きだしてみよう。すなわち、

「諸国法律ノ新タナルモノ即チ千八百六十九年ノ英国法律千八百七十七年ノ独逸法律及千八百六十七年ノ北米合衆国法律ニ於

テハ倒産ノ法律上ノ性質ヲシテ大ニ寛、ナラシメ、以テ倒産者ノ為メニ図レリ……右ニ掲クル諸法律ニ依レハ倒産処分ハ裁判所ノ監督ヲ以テ行フ所ノ決算、処分タルニ過キス……而シテ倒産者ノ身ニ係ル不利ノ結果ハ倒産申渡ニ於テ一モ之ヲ加フルヲナク又其財産ニ在テモ其時存在スルモノニ限り之ヲ処分ス由是觀之倒産処分ハ解散シタル商業会社ノ決算ト殆ント逕庭ナク其財産ヲ浪費シ或ハ巧ニ之ヲ転匿スル者ニ一モ損害アルヲナシ然レモ是レ公然ノ德義ニ戻リ經濟上ノ利益ト倔強ナル司法原則トニ背馳スル者ニシテ支払不能力ヲシテ容易ナラシムルハ輕忽詐偽ノ倒産ヲ誘起スル等取引上ノ德義ヲ案ルニ至ルヲ以テ之ヲ忽諸ニ付スヘカラス英國及独逸ニ於テハ新倒産ノ発行以來其有害ナル結果アルヲ鳴ラシ倒産者ニ對シテ其法律ヲ嚴ニセンヲ望ム故ニ本案ハ右ノ新法律ニ依ラス嚴正ニシテ論理上其當ヲ得タル旧法ヲ採ル此旧法主義ハ仏國商法第三篇（千八百卅八年五月廿八日改正）ニ於テ用ユル所」（傍点筆者）

とし、さらに^(四)

「此等（フランス法系の国々―筆者註）ノ法律ニ因レハ倒産処分ハ主トシテ裁判処分ナルモノニシテ……其ノ裁判処分タル独リ現在ノ財産ヲ迅速ニ諸債主ノ間ニ配分スル為メニ止マラス抑モ倒産ニ於ケル法律上ノ結果ヲ決行シ殊ニ倒産者ト債主トノ間ニ法律ト德義トニ戻ル如キ協議ヲ為スヲ妨クルヲ以テ目的トシ……又倒産申渡ノ効力ハ独リ倒産開始ノ時ニ存在スル財産ニ涉ルニ止マラス其後倒産ノ所得スル財産ニモ及ホシ之レヲシテ財産処分權ヲ失ナハシメ獨立營業ノ權利其他其身ニ付着スル政治上ノ性質アル權利ヲ奪フ」（傍点筆者）

としてゐる。^(五)

このような理由で、^(六)ロエスレルは商法草案の基礎として、フランス商法破産編を参酌した。この考え方のそこには、イギリス、アメリカ、ドイツの新しい破産法が意図している破産制度近代化への方向とはかなり反するものがあ

る。けれどロエスレルは、破産制度を債務者の財産整理の制度と把握しようとすることに反撥を示し、したがって破産が道徳上批難されるべきものと考え、破産者を懲罰すべきであるとの思想を脱し切れなかったこと、さらに破産制度を債権者の利益の側面からのみ考え、債務者の保護更正という面を考慮の外においたことである。^(七)

(一) 志田鉦太郎・日本商法典の編纂と其改正二五頁以下、斉藤常三郎・日本破産法三七頁。

(二) その経過については、志田・前掲書二六頁以下参照。

(三) フランス法の影響下にありながらなぜドイツ人であるロエスレルが商法草案の起草者にえらばれたかについては、フランス人としてはボアソナード以外に適当な人がいなかったほか、商法のようなものは最新式の法律を模範として起草することが必要であるととめ、フランス法よりはるかに後に編纂された、最も新しいドイツ法を模範とする趣旨であった、とされる(志田・前掲書七頁)。

(四) ロエスレル・商法草案八二四、八二五頁。

(五) ロエスレル・商法草案八二五、八二六頁。

(六) またフランス商法破産編にしたがって商人破産主義をとる理由としては、次のように述べている。すなわち、

「法律上ノ倒産ハ商人ニ限ル歟將タ區別ナク諸人ニ及ホス歟ト云フニ在リ本案ハ仏蘭西……ノ諸法律ト同ジク前者ヲ採ル……此區別ハ倒産ノ沿革上並ニ性質上ヨリ当然ルヘキ所ニシテ之ヲ除去スルハ理由ナキナリ……殊ニ債ノ利用タル商業上一般ニ欠クヘカラザルモノナリト雖モ非商人間ノ交通ニ於テハ偶然且個々ニ生スルモノナリ」(傍点筆者)としている。

(七) 一序註(二) 参照。

二 このようなロエスレルの考え方によって、もっぱらフランス商法破産編を模範としてその商法草案が作成され、

そしてそれを土台とする旧商法破産編が、明治二三年四月二六日法律第三二号で公布され、同二六年三月四日若干修正され、同年七月一日より施行されるにいたつたのである。⁽¹⁾ この法はわが国の従来からすれば近代的立法であつたかも知れないが、その当時の諸外国の破産法（とくにドイツ、イギリス、アメリカ）、ないしは破産制度の近代化という点からみるならば古きものであつた。けだし、それは商人破産主義⁽²⁾をとっている（第九七八条）。それは膨張主義をとっている（第九八五条、一〇〇〇条、一〇〇七条など）。それは非免責主義をとっている（第一〇四九条）。さらにそれは徴戒主義をとっている（第一〇五四条）。

旧商法破産編は、たしかに法典編纂による破産制度の統一化という、その近代化の形式的側面を完全に果したものであるが、そこにふくまれている内容の非近代的要素は、破産制度の実質的側面における近代化という点からみるならば、決してそれを進めたといふことはできない。かえつてそれは、わが国における徳川期における身代限・分散の制度とくらべるとき、後者のもつ近代的内容を減殺するものであつたともいえる。けだし身代限・分散の制度は、前に述べたように、その身分的性格あるいは身上の効果という面からみるならば前近代的性格をもっていたが、それを別としてその手続の内容の面においてはかなりの近代的なものを備えていたといえる。とくに分散の制度においては、免責主義をとり、一般破産主義をとっており、債務者の保護ないしは破産制度の債務者の財産整理制度としての把握という面では、かなりの考慮がともなつていたといえるからである。⁽³⁾

ところで旧商法破産編は商人破産主義をとる。したがつて商人でない者の破産についての処置が必要である。そこでその制定とともに家資分散法が制定された（明治二三年八月二一日法律第六九号公布）。これは個別執行の延長と

しての手續であり、多数債権者の競合を前提せず、職権または申立によってなされる点で、従来の身代限の手續に該当するものといえる。

(八) 商法典のうち、会社、手形の部分とともに施行された。

(九) ロエスレルの商法草案、施行当時の旧商法破産編は商行為破産主義をとっていたが、他にそのような立法例がなく、不都合も多いことから、明治三二年三月九日の商法施行法(第一三八条)において商人破産主義にあらためられた(加藤正治「破産法の沿革」破産法研究第一卷八〇頁)。

(一〇) したがって、このような分散の制度を支えていた、徳川期における破産制度に対する考え方は、旧商法破産編ないしはフランス商法破産編を支える考え方——ロエスレルの考え方よりも、はるか近代的であったといえよう。そうだとすれば、前者の意識を後者の制度が滅殺したとはいえないだろうか。

(一一) 加藤正治・破産法講義五七九頁以下、細川・前掲法学志林三八卷一二号九二頁以下参照。

三 このように旧商法破産編および家資分散法の制定により、ともかくも統一的な破産制度が確立した。しかしこれらに対してその当時からなんらかの批判的意識が存在していたし、^(一二) 実際上の不便も生じていた。^(一三)

そこで、それに対する批判をかがげれば、こうである。

まずその批判の中心は商人破産主義に対してである。けだし商人破産主義は、中世とくに商人階級が特殊団体として一般の農民階級などと非常にはなれた社会関係または取引関係上の地位にあった時代の産物であって、現在では商人と非商人とが取引上の法律関係においてそれほどはなれていないものでない。したがって現在において破産手續は商人にのみ特殊なものでなく、商人・非商人に対してその者が債務者であるかぎり必要なものである。このことは世界

の大勢をみてもわかる。商人破産主義をとるのはフランス法系のみであって、フランス商法は一八〇七年に成立し、破産編は一八三八年に大改正をうけたけれども約一世紀前のものである。わが国の現行法（旧商法破産編）は商人破産主義をとるが、これは旧時代のものであるフランス商法を模範としたもので、たんに沿革的思想によって旧時代のものをとるべきでなく、逆に沿革的にみれば一般破産主義をとるべきであった、と。^{（二四）}

ついで膨張主義に対してである。膨張主義は破産財団を増加させ、債権者にできるだけ多くの弁済を与えること、債務者が新たに取得した財産の浪費または隠匿を防ぎ、かさねて第二以下の破産を開始する必要がなく、したがって破産手続費用を節約する点で長所があるが、しかしこれは破産制度の理想に反し破産手続を無限に延長させるおそれがあり、新旧債権者の保護に公平をかき、さらに破産者の活動を阻害しその更生の機会を与えない点で短所がある。したがって最近の立法の傾向は非膨張主義（固定主義）をとっている、と。^{（二五）}

さらに非免責主義に対してである。非免責主義は破産手続の終結後においても債権者がそれでもって満足をえなかった残額債権について債務者のその後の取得する財産に対して追求できるものであって、破産者の保護・更正という面からその残額債務について免責主義を採用することが妥当である、と。^{（二六）}

さいごに警戒主義に対してである。破産制度の目的は競合せる多数債権者に公平な満足を与えることである。したがって破産者に身上の効果を付することは沿革上の理由によるにすぎないものであって、それは過去の人的執行時代の遺物にすぎない。たしかにそれによって債務者における財産の浪費などの弊害をさける実際上の理由はあるが、しかしこれは破産手続と本来分離さるべきものであって、財産隠匿など債権者を害する行為があったものは犯罪として

それを罰すべきものであり、身上の効果もそのような犯罪の結果としてなすべきである、と。^(二七)

(一二) 小沢政許・破産法講義一二頁以下、水野鍊太郎・破産法綱要一一頁以下、梅謙次郎・破産法案概説三頁以下参照。

(一三) 梅・前掲書一〇頁は、とくに商人破産主義について「例へば商人ガ支払ヲ停止シタトキニ破産ノ宣告ヲ為スト云フコトニナツテ居ルモノデスカラ、狡猾ナル商人ハ近イ中ニ支払ヲ停止シナケレバナラスト思フト急イデ廃業ヲスル、サウシテ支払ヲ停止スルト商人ガ支払ヲ停止シタノデナイカラ、破産法ヲ適用スコトガ出来ナイト云フヤウナ弊害モ生ジテ居ル」と述べている。

(一四) 梅前掲書八一頁、加藤正治「商人破産主義」破産法研究四卷一五頁以下参照。

(一五) 加藤正治「破産財団の範圍」破産法研究四卷七三頁以下参照。

(一六) 花岡敏夫・破産法案ト債務免除主義一頁以下、加藤正治・破産法研究一卷一〇五頁、六卷三九二頁参照。

(一七) 加藤正治「破産者解放論」破産法研究四卷三三七頁以下参照。

四 このような批判からも理解されるように、旧商法破産編は、その母法たるフランス商法破産編と同じく、非常にきびしいものであり、もっぱら債権者の保護に重点をおき、破産を犯罪視する思想から脱していなかった。したがって多数債権者の公平な満足をはかるとともに、債務者の保護・更生をもはかるという、破産制度の近代化にむかつてさらに歩みを進めなければならないのは当然の要請としてでこよう。そこで明治三二年の民法典・商法典の制定・施行とともに、旧商法破産編の本格的検討にうつり、大正一年の現行破産法制定へとその近代化に向うのである。

(三) 第三期——「現行破産法・和議法」制定を中心として

一 旧商法破産編があまり好ましいものでなかったことは、その制定施行の当初から認識されていたようである。^(二八)

たがって民法典・商法典の施行延期とともに、明治二六年発足した法典調査会において破産法も検討されることとなっていたようであるが、まず民法典・商法典の編纂に追われ、さらに民法・商法の施行と同時に必要で、その当時なかった人事訴訟法、非訟事件手続法などの制定に急がされたので、結局は明治三二年ごろよりようやく新しい草案の作成にはいり、それが明治三五年にいたって法典調査会の破産法草案として公表された。^(四)ところでこの草案は、帝国議會に提出されずに終わったものであるが、これは当初より批判の多かった旧商法破産編における商人破産主義をすて、主としてドイツ破産法を模範として一般破産主義を採用し、それを中心として起草されたものである。この点でわが国の破産制度の近代化にとって一歩前進の役割を果たしたものといえる。

その内容はこうである。まず右に述べたように一般破産主義をとったことである。^(五)ついで懲戒主義をとっているが、それを緩和したことである。^(六)しかし依然として膨張主義をとり、^(七)非免責主義をとっている。^(八)

このように破産制度の近代化へ向って一歩進んだというものの、梅博士の立案理由においてみられるごとく、その当時の意識においては、いまだ破産制度の近代化ということからはかなり遠かった。けだしその根底には、破産を犯罪視する思想からぬけ切らず、また債務者の保護・更生という面がいまだ十分に認識されていなかったからである。

(一) 梅謙次郎・破産法案概説八一九頁。

(二) 梅・前掲書九頁参照。

(三) 志田・前掲書一〇三頁。梅・前掲書二頁。

(四) 志田・前掲書一一四頁。なお立案者は梅謙次郎、岡野敬次郎、田部芳の三博士であった。

破産制度の近代化と外国法の影響

(五) 梅・前掲書一〇——一頁参照。

(六) すなわち旧商法破産編第一〇五四条のごとく、破産法自体において直接その旨を規定することをやめ、それを他の法律の規定にまかせることである。なお、梅・前掲書一頁以下参照。そこで梅博士は、「私共ノ考ヘマシタ所デハ、成ルホド多少徵罰ノ意味ハアル方ガ宜カラウ、亜米利加ナドデ、破産ヲシテソレカラ持直スト云フト、彼ノ人ハ何遍破産シテ何遍身代ヲ持直シタト云フノデ名譽デアルト云フコトヲ聞イテオリマスガ、ソレハ秩序アル社会ニ於テハ望ムベキコトデナイ、サウ云フコトハ宜シクナイ、矢張り破産ナンテ云フコトハシナイ方ガ宜イ、スレバ随分不利益デアルト云フコトニナツテ居ル方ガ一般ニ信用ヲ維持スル上ニ於テ利益デアルト信ズル、ソレデスカラ多少徵罰ノ意味ヲ含ムト云フコトハ当然ノ事ト思フ、独逸ト雖モ決シテ含マスデハナイ多少徵罰ノ意味ハ含デ居ルガ、併シ大体ニ於テ徵罰的ノモノデナイト云フ主義ヲ取ルコトガ……尠クトモ今日ハ或ハ早過ギルカト思フ、我邦ニ於テハ特ニソレヲ感ズル、ソレデ今度ノ草案ニハ現行法ニ較ベレバ先ヅ寛ナ主義ヲ取リマシタ」(傍点筆者)と述べている(二三——四頁)。

(七) 破産法草案第四一條、梅・前掲書三八頁以下参照。そこで梅博士は、「固定主義ハ非常ニ始末ガ宜イノデス、……ケレドモ、又一方カラ言ツテ見ルト大變不穩当ナ結果ヲ惹起ス、マ―極端ナ例カモ知レマセスケレドモ、破産宣告ヲ受ケタ當時ニ於テハ債務者ハ極メテ貧之デアッタ、破産財団モ極メテ少イノデ、債権者ハ非常ナ損分デアルト云フトキニ、破産者がヒヨククリト金持ノ親類ノ相統ヲシタト云フト、債権者ハドウモ非常ニ迷惑ヲシテ居ルノニ、一方デ破産者ハ贅沢ヲシテ暮シテ居ツテモ、殆ト如何トモ仕様ガナイト云フノモ余リ不穩当デア、少シ位手続ハ面倒デアツテモドウモ膨脹主義ノ方ガ結果ニ於テ穩当デアラウ」(傍点筆者)としている(三九——四〇頁)。

(八) ここでは免責主義はまったく問題とならなかったようである。けだしドイツ破産法をもっぱら参照し、そこでは免責主義をとっていなかったからであろう。これに対し、花岡・前掲書参照。

二 その後、法典調査会が廃止され、それをついで司法省に法律取調委員会が設けられ、同一主義にもとづいて新破産法案が起草され、大正六年七月二十六日新草案が成立した。それが基礎となり、さらに大正八年七月法律取調委員会廃止ののち、司法省内に設置された破産法改正調査委員会で検討審議し、大正一〇年十一月確定破産法草案として成立したものが、帝国議会において若干の修正を経て、大正一一年四月二五日法律第七一号として公布され、大正一二年一月一日施行された。それが現行破産法である。^(九)

ところでこの破産法草案の起草者は、岡野、山内、松本、加藤の四博士であつた。^(一〇) とくに加藤博士は、旧商法破産編に対する有力な批判者であつた。したがつてここでは、前に述べた法典調査会案よりは、さらに近代化へ向つて一歩進められたものであつた。けだし膨張主義が非膨張主義にあらためられたことである。^(一一) とくにここで注目すべきは、現行破産法の成立とともに和議法が成立したことである。^(一二) (大正一一年四月二七日法律第七二号公布、大正一二年一月一日施行)。このように、破産宣告を回避し、債務者の信用を維持し、その事業の継続をはかり、そこに債権者および債務者の利益を保護するといういみで、破産予防の和議制度を設けたことは、わが国の破産制度における大きな進歩といえよう。

(九) 志田・前掲書一〇四頁、一一四、一一五頁。

(一〇) 志田・前掲書一一五頁。

(一一) 加藤正治「新旧破産法案対比」破産法研究五卷四一一頁参照。

(一二) なお破産予防の制度として、さらに昭和一三年の商法の改正で、株式会社法の整理(商法第三八一条以下)および特別清

算（商法第四三一条以下）の制度が設けられている。

四 以上述べたところから明らかなように、大正十一年四月二五日の現行破産法によって、一般破産主義がとられ、徴戒主義がいくぶんか緩和され、さらに非膨張主義（固定主義）が採用され、ここに債務者の保護・更生の思想がもりこまれることによって、わが国の破産制度は、旧商法破産編におけるよりはるかに、近代化されたものとなった。しかし、そこにもさらに近代化されるべき余地が残されざるをえなかった。けだし免責主義の採用と徴戒主義からの完全な脱却である。^(二三)このためには、戦後の改正までまたざるをえなかった。^(二四)

（二三） 斎藤常三郎「破産制度及破産法の将来」法学論叢四〇巻三号三六九頁以下、黒川真前「破産法の欠陥と其改正」日本法学五巻一二号一頁以下、加藤正治「破産法及和議法改正私案」破産法研究一一巻一五二頁以下参照。

（二四） 徴戒主義の一つのあらわれである選挙権および被選挙権の剥奪が、戦後・新憲法の施行とともに直ちに廃止された。これについて加藤正治「破産者の解放を喜ぶ」破産法研究一一巻一三四頁以下参照。しかし現在でも個々の法律で若干の徴戒的規定がある。（例えば、公証人法、弁護士法など）。

また免責主義は、戦後アメリカ法の影響により、昭和二十七年法律第一七三号の破産法の改正によって採用されるにいたった。

四 結 び

以上みてきたように、わが国の破産制度の成立は、ようやく執行制度が近代化した徳川期にあったといえる。そこでの破産制度たる身代限および分散の制度は、その基本的性格においてはその時代の背景から前近代性格をもたざ

るをえなかったが、しかしその手続の内容においてはかなりの近代性をもっていたといえる。そこで明治維新の後、破産制度においてもその身分性という前近代的性格を排除し、もっぱら外国法を参酌して近代的な破産制度の確立へと向った。だがそれに急なあまりその内容の十分な検討にいたらないで、もっぱらフランス商法破産編を模範としたロエスレルの商法草案を土台として、旧商法破産編が最初の破産法典として登場した。たしかにこれは統一的破産制度の確立という近代化の第一の要請を果したものの、それによって支えられた破産制度についての考え方は、その頃の諸外国のそれと比べてあまりに古いものであった。このことは、その基本において前近代的という制約をうけながらも、その手続の内容においては債権者の保護とともに債務者保護の考え方ももりこんでいた、わが国の分散の制度を支えていた市民の法意識には、あるいみにおいてはかえって逆の方向に作用したとはいえないだろうか。したがってその当時の最新の立法であるドイツ破産法、イギリスあるいはアメリカのその影響もあって、商法破産編に対する批判が生じ、すぐさまより近代化への歩みを進められなければならないことは当然ともいえよう。だが民法典・商法典その他の法律の制定に迫まれ、そのまま大正十一年の現行破産法までその改革がおくれざるをえなかった。しかもそこでの破産制度の近代化はかなり達成されたというものの、十分でなかったことはすでにふれたとおりであり、それが戦後にもちこまれたことは、その当時の事情からして当然であったかも知れない。ところでわが国の最初の破産法典が、厳格なフランス商法破産編を模範とせずに、その当時における最も近代的立法であったドイツ破産法を模範としていたならば、わが国における破産制度の近代化の歩みも、破産制度に対する認識の仕方も、現在とはかなりことになっていたのではないだろうか。