

国際破産への試論

— 属地主義、国際破産管轄を中心として —

竹 内 康 二

(はしがき)

実務家が、実務処理のかたわらやっと書くことができたのが、本稿である。単なる思いつきでしかない部分や文献の検討を怠った箇所が、どうしても目立つ。そのうえ、基本的な部分で、思わぬ誤りを犯していることが心配される。さらに、論文の基本的手法を踏まえていないところも多かろうと思う。誠に、恥ずかしいというのが偽らないところであるが、意を決して公けにした。是非とも、御叱正をお願いする。

一 国際破産への関心

一 破産法自体に、涉外要素を含んだ法律関係を予測した条文のあるところから(破産法二条、三条、二二条、一〇五条、

一三七条等）、破産法の分野で破産手続に関して、その国際的側面（以上「渉外関係」）を選んで論じた論文、あるいは渉外関係を対象に取り込んだ体系番の数は、破産法制定当初から相当数にのぼる。そのうえ、破産法にみる特殊な現象といつてよいが、破産法制定前の段階において、既に長期間、同一問題が、広範に論じられたという歴史がある。これはなぜかという点、破産法施行（大正二年一月一日、成立は大正十一年四月二五日）前の段階で、成文法典としてあった明治三三年法律三二号商法第三編破産に対して批判があったところ、明治三五年一〇月に至って、法典調査会から、破産法草案が発表されたが、この中に、現在の破産法と同趣旨の渉外条項が含まれていたことに原因している。因みに、明治三三年商法第三編には、このような渉外要素を配慮した規定は存在しない。ただし法典調査会の準備作業の始められた明治三二年以前に、明治三三年商法第三編の体系の中で、これを論じた文献を一例みることができる。二 このように、破産法誕生の前後に、破産手続の渉外関係に触れたものが多いが、特定事項をテーマとした論文を別に、いわゆる体系書における取扱い方をみると、これには、二種類がある。破産学史を扱うわけではないので、詳細には立入らないこととするが、一は渉外関係を他の法律関係から特に識別したうえで独立した一章を与えようとしたもの（加藤正治・破産法講義（大正三年五月）「第一編第一三章国際破産」、竹野竹三郎・破産法原論（大正二年八月）「第一編第二章国際破産法」など）であり、他は、その余の实体規定総則の一部として述べるにとどまり格別に独立した取扱いをしないもの（齋藤常三郎・日本破産法（昭和八年五月）、井上直三郎・破産法綱要（大正一四年二月）など）である。

三 その後、破産法がそれなりに定着をみ、現実の多数の事件が新たな問題を提起するにつれて、やや乱暴な表現ではあるが、破産法の渉外関係は急速に学者の熱い注目を失ったやに思われる。破産法のインクローナショナルな性格をもった近代的規定が問題となるような国際社会の形成が未熟であったことが、その理由の一つであることは、間違

いがなと思われ⁽⁵⁾。ともあれ、渉外関係につき、昭和以降の学者の示した取扱いは、少くとも眞的には限定されたものとなっている。代表的な著作に限っても、独立の一章を設けて論を張るものは存在しないといつてよい。小野木常・破産法概論（昭和五年四月）、菊井維大・破産法概要（昭和七年六月）、兼子一・破産法（弘文堂、昭和二八年五月）、兼子一・恒田文次・破産和議（昭和三〇年二月）、中田淳一・破産法和議法（昭和三四年九月）、齋藤秀夫・伊東乾・演習破産法（昭和四八年九月）、山本戸克己・破産法（昭和四九年一月）等々然りである。これらの著作において、破産法の国際的分野は、破産能力論、破産財団論の一部として構成されるにとどまる。もっとも訴訟法学者にあらざる国際私法学者から、国際破産を検討したものはあった（山戸嘉一、国際私法講座第三卷八八二頁、昭和三九年一〇月）。

四 このような状況のなかで、昭和四八年四月兼子一監修（三ヶ月章、竹下守夫、霜島甲一、前田庸、田村淳之輔、青山善充）条解会社更生法上という大コンメンタールを得た。コンメンタールという編集上の制約があるものの、会社更生法の渉外関係を体系的に認識した作業を経た上で、各条につき相当の紙数を割いている。これに続いて、谷口安平・倒産処理法（昭和五年七月）は、「第七章 国産倒産処理」という独立した一章を与えた。実務家の手になる破産会社VS債権者（商事法務研究、昭和五三年八月）も、「破産と渉外関係」と題して複数の論説を統合している。

五 このような破産法の渉外関係に対する新たな注目の背景には、近時国際交流、国際取引が、グローバルなサイズでその流れを一段と激しくし、その質をより高度な関係へと転換しつつある現実がある。我國の立場からしても、我國の経済活動が、この潮流に、能動的積極的に係わっている現実が存在する。そして、このような社会関係は、自ずと、国際的私法関係の破綻を処理するルールと法的安定性、予測可能性を求めてくるのであろう。考えてもみるに、僅か数時間をもって世界の大都市を結ぶ航空網が存在し、国際電話は即時通話を許し、国際テレックスが何億ドルと

いう資金移動を一瞬をもって可能にしているこの経済社会からすれば、極めて当然のこととも言えよう。

「世界ノ通商交通益々盛大トナリ内外人錯綜雜居シテ各其ノ業務ヲ營ミ一國民ニシテ他國ニ商店ヲ設ケテ其營業ヲ開始シ又ハ數國ニ涉リテ財産ヲ所有スルコトハ敢テ珍ラシカラサルハ現今普通ノ状態ナリ於是乎國際的破産法研究ノ必要ヲ生シ……」との言葉(加藤正治・破産法研究第一卷三〇三頁「破産宣告ノ國際的効力」大正元年一〇月)と、「今日のように國際的な經濟關係が活発になってくると、わが國の倒産者が外國に財産をもつていたり、外國の債權者がわが國の倒産手續に参加したり、あるいは、わが國の人や法人に対し外國で倒産手續が開始されるといった事態がますます多くなると予想される。」(谷口安平・倒産処理法四一三頁・昭和五年七月)との言葉の間には、実に六四年の隔りが存在する。「益々盛大」に「活発になった」國際經濟は、今日、果してそのなかに、どのような現実を盛り込んでいるのであろうか。近時の、わが國の國際取引を、次に概観したいと思う。國際經濟の实体、取引の表情、經濟的意思決定の實際をいくらかでも理解することが、一つの手掛りを与えてくれることを期待したいと思う。

(1) 破産法草案(元法典調査会立案、明治三十五年一〇月二日公表)第一編实体規定第一章總則第二条「外國人ハ破産ニ関シ日本人ト同一ノ權利ヲ有ス但其本國法ニ於テ日本人ニ同一ノ權利ヲ認めサルトキハ此限ニ在ラス」

第三条「日本ニ於テ宣告シタル破産ハ外國ニ在ル破産者ノ財産ニ付テハ其効力ヲ有セス」

外國ニ於テ宣告シタル破産ハ日本ニ在ル破産者ノ財産ニ付テハ其効力ヲ有セス

債權ハ債權者ノ住所地ニ在ルモノト稱數ス」

第四条「前二条ノ規定ハ條約又ハ命令ニ別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セス」

第二章債權者第一節破産債權者第一四条「債權ノ目的力金錢ニ非サルトキ、金錢ナルモ其額力不確定ナルトキ又ハ外國ノ通貨ヲ以テ定メタルモノナルトキハ破産宣告ノ時ニ於ケル評價額ヲ以テ破産債權ノ額トス」

第一〇四条「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産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」

第一四二条「破産申立ノ當時既ニ外國ニ於テ破産ノ宣告アリタルトキハ申立人ハ破産ノ原因タル事実ヲ證明スルコトヲ要セス」

(2) 平岡定太郎・破産ノ國際的効力(法学新報二六号五頁明治二六年五月)。

(3) これ以降大正一一年四月に破産法が成立するまでに、破産手續の國際的側面をとりあげている論文体系番は、概そ、次のとおりである(年代順に掲げた)。

松岡義正・破産宣告ノ涉外的効力(法学志林六号一頁、明治三三年四月)。

藤波元雄(記)・外國ニ於ケル破産宣告及協約ノ効力ニ關スル件(法曹記事一五二、一五三号、明治三七年七、八月)。

加藤正治・破産宣告ノ國際的効力(破産法研究一卷三〇三頁大正元年一〇月、國際法雜誌二卷九号所収)。

加藤正治・破産法講義(大正三年五月)。

松岡義正・破産法(講述)(出版年月不明)。

(4) これらの著者が、國際破産について決して無關心であつたわけではない。齋藤常三郎は、早くからこの問題については関心を示している。詳しくは、後に述べるとおりであるが、次の著述がある。「海牙の國際破産協定法案に就て」(破産法及和議法研究第二卷一〇〇頁昭和二年八月に収録、發表は大正一四年國民經濟雜誌四一巻一号)、「破産財団の構成を論ず」(破産法及和議法研究第六卷一一四頁、昭和五年六月に収録、發表は、昭和四年國民經濟雜誌四七巻一号二号)。

(5) 國際私法の分野ではあるが、第二次大戰前に法律を学んだという立場から學者の次のような述懐がある。「第二次大戰前に法律を学んだ人々にとつて、國際私法と民商法等の他の実定法とを較べて感じられた差異の一つは、國際私法については判例に論及されることが極めて稀であつて、たまたに引用される判例もフランスなどのヨーロッパの國のそれではなかつたことであろう。一般的にいって、その頃までの日本の國際私法の研究や講義は、各論の部分においても、凡そ私法の國際的な抵牾一般について考えられる問題を一般的、抽象的に解説するのに止まる傾きがあり、わが國を繞る涉外的な私法交通において起る現実の問題を素材にすることなく、また、そのような問題の實際の解決には殆ど関心をもちていなかったようにさえみえた。そこで、國際私法の論理ないし理論には深い興味を覚えながらも、それと現実の社会生活とのつながりを実感できなかった法学生も少なくなかつたことと思われる。

かような戦前の日本の國際私法の傾向ないし偏向は、自らの実証的な國際私法の研究を育てるに足るだけの渉外的な私法關係の事件や判例が、わが国には十分なかったことにも、その大きな原因があった。しかし、戦後は事情が大いに変わった。多量の渉外的私法事件がわが国を繞り起り、その解決に、法曹実務家はもちろん学者も重大な関心をもちざるを得なくなつた。（池原季雄・渉外判例百選はしがき・別冊ジュリスト16号昭和四二年一月）。

（6）これの姉妹版に相当するのが、更生会社VS債権者（商事法務研究、昭和五一年七月）である。「会社更生と渉外關係」と題して小論文を集合する。

二 國際經濟取引

一 破産法を対象としている本稿が、敢えて國際經濟取引をその検討対象として取り込むのは、經濟現象ないしは經濟的社會關係の現実を利用しあるいはこれに基づき、破産法についての一個の提言を試みる為である。とすれば、常道として、そのよって立つところの方法論やさらに進んで法と經濟に關する根元的な理解について多少とも述べることが要求されるのかもしれない。しかしながら、「法と經濟との一般關係」という命題に取組むには、無限の広がりをもつ經濟現象法現象に匹敵する、無限に展開しかつ並はずれて鋭い頭脳を必要とするのであり、少くとも筆者の能く為しうるところではない。これを別にして、方法論について言えば、潜越な表現であるが、本稿は、マックス・ウェーバーの警告する「法律學的考察方法」と「社會學的考察方法」との混同だけは避けたつもりである。筆者が試みたのは、あくまでも、「どのような規範的意味が、法規範として登場するところの、ことば的構成物に与えられるのが、論理的に正しいのか」ということを探求する実用法学・法解釈学の立場である。さらに若干の説明を追加すれば、こ

こでの試みは、(1)破産法について、立法者が優先選択した様々の法的価値及びこれをより根元的なものと枝葉的なものに分類したうえで成立している破産法価値体系が整合性を有しているのか、さらにその体系はその後の資本主義社會の高度化に伴って、多数の支持者を喪失しつつあるのではないかと疑問があつたからであり、(2)さらにこれをもとに、より有効な社會的統制の道具として新たに体系的解釈が成立しようと考へたからであり、(3)さらに、筆者が「「生きた法」の科學的探究、(2)法の欠缺の認識、(3)利益考量・目的思考の重視と論理操作の意義の目的論的把握、(4)裁判の法創造的機能の認識、(5)法解釈學の實踐的性格の認識を提唱する」（碧海純一・法哲學概論・二三三頁昭和三九年一月）と「自由法論者」に、従いたいと考へたからである。筆者の認識レヴェルは、右の程度である。

二 國際經濟取引の實體を把握する作業は——対象を我國をめぐるとして限定をすることも——認識目的如何により、様々に異なりうる。例えば、國際經濟取引をめぐる法務ないし実務を極めるとの目的によつたときには、國際契約論を始めとして、對外取引規制法、手続論等々に及ぶことになる。他方、經濟學の立場からすれば、貿易取引、貿易外取引、資本取引についての、ミクロ理論（個別經濟主体の最大効用最大利潤をめざした機能分析）もしくはマクロ理論（經濟を全体として捉えて總生産量總消費費等の總体量的關係分析）、又は靜態論（事件の変動を時間要素を無視して）もしくは動態論（事件の変動を時間要素を加味して）を駆使した經濟法則の發見と予測を究めることになる。しかし、ここでは、破産法の法解釈という前述の目的から、先ず最初に、(1)國際經濟取引を人的に支えている經營能力、あるいは労働力の國際的移動を概観し、次いで、(2)國際金融論とよばれる観点から整理されて提供されている情報を紹介したい。三 我國に、商用目的で入国する外國人は、先ず、在外公館での査証交付段階で二種類の異なる商用査証に分けられる。我國の付与する査証には、「外交」「公用」「通過」「觀光」「商用」「特定」の六種があるが、このうち商用ビザが、

第1表 在留資格別 正規入国外国人（昭和51年）

		（△は減少）		
在留資格	実数(人)	構成比(%)	対前年比(%)	
総数	881,203	100.0		12.9
外交官	6,393	0.7		△ 7.0
公用通観	11,191	1.3		△ 5.3
観光	86,125	9.8		35.0
学用	412,835	46.8		10.6
学授	16,129	1.8		△ 1.1
学動	5,842	0.7		7.0
文化	539	0.1		27.7
学術	764	0.1		5.8
学興	10,767	1.2		△ 1.0
宣報	2,781	0.3		6.4
技指	339	0.0		△ 25.8
術練	19	0.0		△ 34.5
熟練	653	0.1		7.0
永住	6,523	0.7		9.1
商用等の家族	11,083	1.3		2.5
短期在留の商用等	67,733	7.7		13.9
特定の在留資格	155,258	17.6		15.7
協定永住等	86,229	9.8		12.5

（出入国管理統計年報昭和52年版V頁）

さらに出入国管理令四一条一項五号に定める三年のものとこれより短期のものに細分されるわけである。この区分は、企業の管理者、経営者として入国するのそれぞれとも業務連絡、契約、商談、アフターサービス、その他貿易に関する一時的滞在であるかによる。その許否の判断は一定基準に従い法務省協議により、あるいは在外公館限りでなされる。このような手続を経て入国する外国人は入国手続の段階で、その所持する査証に従い、長期のものは、出入国管理令四一条一項五号（通常四―一五という）の資格を、短期のものは、同令四一条一項一六号、

特定の在留資格及びその在留期間を定める省令一項三号（通常四―一―一六―三という）の資格を付与される仕組みである。我国との間に査証免除取極を交わしている国の外国人が商用目的で無査証で入国するときには、四―一―一六―三が与えられる。

出入国管理統計年報昭和五二年版（法務大臣官房司法法制調査部編）によると、昭和五十一年の正規入国外国人は、総数

第2表 職業別正規入国外国人（昭和51年）

		（△は減少）	
職業	構成比(%)	対前年比(%)	
総数	100.0		12.9
技術者	6.0		12.6
教員	3.5		14.1
医療保健	2.3		29.4
芸能	1.5		△ 3.4
著述	0.2		41.4
記述	0.4		2.8
科学	1.1		0.3
宗教	0.7		8.0
宗教	0.8		19.2
裁判官	0.8		8.4
検察官	1.9		8.4
官公	0.9		△ 22.2
事務	17.3		17.1
事務	9.0		16.3
従事者	2.1		15.5
貿易	2.1		15.5
販売	10.9		12.5
農林業	0.6		△ 9.0
漁業	0.1		18.2
探採	0.0		33.5
運輸	3.2		15.2
生産	3.0		14.9
単純	0.2		44.1
軍人	0.2		△ 5.7
以外の保安	0.1		△ 6.6
職業	2.0		5.5
無	28.3		14.7
主婦	12.6		16.3
学生	7.3		8.7
幼生	2.0		1.9
その他	6.4		23.8
不詳	3.7		△ 3.0

（出入国管理統計年報昭和52年版V頁）

八八一、二〇三人（前年比では二二・九%の増）である。これを、在留資格別に分類したものが、第1表在留資格別正規入国外国人である。商用資格一六、一二九名（一・八%）短期在留の商用等六七、七三三名（七・七%）である。入国者の職業と入国目的の間には、必ずしも関係がないが、管理者等の動きを知る為、参考になるので第2表職業別正規入国外国人を掲げる。

一方、出国する日本人の場合であるが、同年表では、昭和五十一年の正規出国日本人は、総数二、八五二、五八四人（前年比一五・七%増）にのぼる。その渡航目的は、第3表渡航目的別出国日本人に明かであるが、業務三七〇、五八〇

第3表 渡航目的別 出国日本人(昭和51年)

(△は減少)

渡航目的	実数(人)	構成比(%)	対前年比(%)
総数	2,852,584	100.0	15.7
外交	4,712	0.2	10.5
公務	10,780	0.4	7.5
業務	370,580	13.0	6.1
勤務	15,915	0.5	20.7
調査	6,634	0.2	18.6
研修	11,954	0.4	10.4
修得	4,862	0.2	△13.0
提供	16,730	0.6	34.4
居住	26,671	0.9	9.8
観光	2,373,318	83.2	17.1
その他	10,428	0.4	196.7

(出入国管理統計年報昭和52年版頁VII)

有している。

(二) 外資に関する法律(以下外資法)四條、対外の貸借及び收支に関する勘定令(昭和二五年政令一八一号)、対外の貸借及び收支に関する勘定令の施行に関する省令(昭和二五年大蔵省令六四号)は、大蔵大臣に対して、対外の貸借及び收支に関する勘定の作成、明確化並びに報告を義務付けており、大蔵大臣は、対外資本勘定及び対外經常勘定を計理し、

必要なる関連帳簿を記入している(但、政令五條の定めにより一部の事務を日本銀行に委任済である)。この外、我国は、昭和二七年八月、國際連合の専門機関である國際通貨基金(IMF)に加盟したが、その協定条文八條五項は、加盟国に対して、自国の國際收支資料を提供する義務を課しており(國際通貨基金では、その報告のための標準形式を定めた「國際收支作成提要」を設けている)、我国も、これに基づいて報告を行っている。

ところで、國際通貨基金の「提要」に基づいて作成される國際收支表(これは、國際收支總括表と項目別内訳表に分かれる)は、通常、原表と呼ばれており、複式簿記の原則に従いながら、第一部、第二部、第三部に細分して報告される。原表では、この結果、貸方合計呼び借方合計が、同一数字で表示されることになるが、この表示方法では、國際收支が、赤字であるか黒字であるかは一読して判断できない仕組みであるので、昭和四一年からは、原表とは別個に、原表の各勘定を組直して、國際收支表を作成している。これを通常、國際收支表(国内発表形式)と呼ぶ。原表形式の國際收支表は、大蔵省「財政金融統計月報」に、年一回(各年六月「國際收支特集」)発表され、国内発表形式の國際收支表は、日本銀行から「國際收支統計月報」として、各月公表される(日本銀行では、各年三月に「經濟統計年報」を公表し、これに年別(カレンダリーヤ)及び年度別(フィスカリーヤ)の國際收支表を公表している)。

五 國際收支表

(一) 昭和五二年(一九七七年)の、国内発表形式による國際收支總括表は、第4表のとおりである。このうち、貿易外收支の内訳及び長期資本收支の内訳は第5表に明かにされている。

(二) 國際收支そのものを検討することは、主目的ではないが、國際貸借を理解するうえで、必要と思われるので、國際收支表の構成について若干述べておく。第4表から明かと思われるが、総合收支(七七億四三〇〇万ドル)と金融勘定

名(一三%)、海外支店勤務一五、九一五名(〇・五%)、役務提供四、八六二名(〇・二%)という商用関係者がある。
 四(一)國際金融の視点から把握される居住者と非居住者の間の國際經濟取引は、(1)國際收支と、(2)國際貸借に集約されるといってよい。國際收支は期間概念であり、一定期間における國際取引の收支状況を表示する。いわゆるフローの概念である。他方、國際貸借は、一定時点における対外資産負債の状況を表示する。いわゆるストックの概念である。会計学的に表現すれば、國際收支は損益計算書に、國際貸借は貸借対照表に擬えることが許されよう。ところで、損益計算書と貸借対照表が、複式簿記の手法に則り統一的かつ同時に作成されると同じように、國際收支も、國際取引を複式簿記の原則に従って觀念して作成され、この結果同時に、國際貸借が作成されるという連関構造を

第4表 国際収

(1) 総括表

年 月 中	経常収支 (△)	貿易収支(△)				貿易外収支(△)				移転収支(△)	
		輸出		輸入		受取		支払		受取	支払
昭和年 月 52 (1977)	11,045	17,490	79,300	61,810	6,059	16,354	22,413	△ 386		264	

第5表 国際収

(2) 貿易外収支

年 月 日	運 輸				保 険				旅 行				投資収益			
	受取		支払		受取		支払		受取		支払		受取		支払	
	受取	支払	受取	支払	受取	支払	受取	支払	受取	支払	受取	支払	受取	支払	受取	支払
昭和年 月 52 (1977)	7,565	9,906	2,341	1,117	1,253	△ 136	424	2,151	△ 1,727	3,735	3,621					

(3) 長期資本収支

年 月 中	資 産 (本邦資本)										
	直接投資 (a)		延払信用 (b)		借 入		証 券		その他		計
	受取	支払	受取	支払	借入	返済	証券	投資	その他		
昭和年 月 52 (1977)		1,643		1,371	3,682	2,311	468	1,706	23	5,211	

光旅行に際しての現地支出を、「投資収益」とは後に述べる直接投資、間接投資の果実たる利子、配当金等を、「政府取引」とは政府の行った貿易及び貿易外取引で、前各分類には該当しないもの(例えば、外交関係費及び在日米軍との取引を含む)を指す。「その他」のなかには、以上に該当しないもの、例えば特許権使用料、事務所経費、広告費等が入る。「移転収支」というのは、対価決済のない商品、サービスの移転取引である。「長期資本収支」のうち、「直接投資」とは海外の支店、子会社(支配比率二五%以上)に対する出資金、貸付金等を、「延払信用」とは「輸

国際破産への試験(竹内)

支 状 況 (IMF方式)

(単位 百万ドル)

支 払	長期資本 収支(△)	資 産 (本邦資本)		負 債 (外国資本)		短期資本 収支(△)	誤差 脱漏	総合 収支(△)	金融勘定		年 月 中
		受取	支払	受取	支払				外貨準備 増減(△)	その他	
650	3,167	5,211	2,044	649	514	7,743	6,244	1,499	……	1977	

(経済統計年報昭和52年 P227)

支 状 況 (IMF方式) (続)

受 取	支 払	軍 関 係				そ の 他				計	年 月 中	
		受取		支払		受取		支払				
		受取	支払	受取	支払	受取	支払	受取	支払			
925	139	786	820	—	820	2,588	5,343	2,755	16,354	22,413	△ 6,098	……1977

本 収 支

直 接 投 資 (a)	延 借 (b)	借 入 (c)	負 債 (外国資本)				計	年 月 中	
			借 入		証 券				
			借入	返済	証券	投資			
22	△ 4	△ 355	275	630	1,257	1,099	25	2,044	…… 1977

(経済統計年報昭和52年 P299)

の合計(七七億四三〇〇万ドル)が一致する。そして、「総合収支」は、「経常収支」、「長期資本収支」、「短期資本収支」並びに「誤差脱漏」の合計額である。「経常収支」と「長期資本収支」を併せて「基礎収支」ともいう。「経常収支」のなかに、「貿易収支」、「貿易外収支」、そして「移転収支」を含む。「貿易収支」は、通関ベースで把握された輸出額と輸入額とを考慮し、「貿易外収支」のうち、「運輸」とは船舶や航空機による貨物旅客運送取引を、「保険」とは貨物その他についての保険取引(保険料、保険金の受払い等)を、「旅行」とは文字どおり、ビジネス旅行観

国際破産への試験(竹内)

出延払信用」のうち一年超の供与額を、「借款」とは長期貸付金等を、「証券投資」とは直接投資に該当しない株式債
 券等の有価証券等を、「外債」とは政府債、政府保証債、民間債等の外債を、「その他」とは世界銀行等の國際開發機
 関に対する出資などを指す。「短期資本収支」とは、期間が一年以内の對外資産負債のうち、金融勘定に属しないもの
 をいう。要するに、輸出業者の行った短期の民間貿易信用(例えばシッパーズユーザンスなど)等である。「誤差脱漏」
 とは、企業会計と異なり、發生のつど貸借を正確に把握できないところから生ずる貸借の不一致を調整する勘定であ
 る。以上の各項目の合算が「総合収支」であったが、これと等額を示す「金融勘定」をみることにする。「金融勘定」
 は、「外貨準備増減」と「その他」の二つに分けられる。「外貨準備増減」とは、政府、日本銀行の對外短期資産負債
 の増減を指す。「その他」とは、為替銀行の對外短期資産負債を指す。さらに詳しく言えば、為替銀行の、輸出手形、
 借入金、預け金、本支店勘定等である。

(三) このようにして、得られる國際收支表は、前年との比較分析、他国のそれとの比較分析、あるいは國民經濟体系
 を構成するその余の資料(國民所得勘定・産業連関表・資金循環勘定・國民貸借対照表など)との総合分析に供せられ、經
 済学、國際金融論に寄与するところとなる。

六 國際貸借表

(一) 既に述べたように、國際貸借表は、一定の時点を基準として、一國の對外資産負債の残高を表示したものである。
 原理的には、國際收支表と同一過程を経て作成される。即ち、各年の國際收支表の長期資本収支、短期資本収支及び
 金融勘定を、積上げ計算をして合算すれば作成できる。^(註)

(二) そこで、次に、大蔵省が發表した(昭和五三年五月二六日)國際貸借表を、第6表として掲げる(我國が國際貸借表

第6表 對外資産・負債残高(51年末と52年末残高比)

資 産	51 年 末		52 年 末		52年中増減		負 債	51 年 末		52 年 末		52年中増減	
	金額	比	金額	比	金額	比		金額	比	金額	比	金額	比
1 長期資産	36,899		42,085		5,186		1 長期負債	18,402		19,575		1,173	
(1) 民間資産	27,786		31,177		3,391		(1) 民間負債	15,586		16,048		462	
直接投資	10,313		11,958		1,645		直接投資	2,208		2,229		21	
間接投資	7,403		8,791		1,388		間接投資	93		80		13	
証券投資	4,384		4,322		△ 62		証券投資	2,075		1,758		△ 317	
貸付	4,158		5,595		1,437		貸付	11,161		11,908		747	
其他	528		511		△ 17		其他	49		73		24	
(2) 政府資産	9,113		10,908		1,795		(2) 政府負債	2,816		3,527		711	
直接投資	330		330		—		直接投資	379		341		38	
間接投資	6,568		8,022		1,454		間接投資	1,434		2,186		752	
証券投資	2,215		2,536		341		証券投資	1,003		1,000		3	
貸付	31,091		37,975		6,884		貸付	40,014		38,505		△ 1,509	
其他	14,486		14,784		278		其他	38,339		36,075		△ 2,264	
(1) 民間負債	14,486		14,486		—		(1) 民間負債	28,387		26,865		△ 1,522	
(2) 政府負債	14,295		14,457		162		(2) 政府負債	9,952		9,210		△ 742	
直接投資	191		307		116		直接投資	1,675		2,430		755	
間接投資	16,605		23,211		6,606		間接投資	955		1,505		550	
証券投資	16,604		23,212		6,608		証券投資	720		925		205	
貸付	1		1		2		貸付	58,416		58,080		△ 336	
其他	67,990		80,060		12,070		其他						

(注) 純資産残高の推移

区 分	42 年 末		43		44		45		46		47		48		49		50		51		52	
	金額	比	金額	比	金額	比	金額	比	金額	比	金額	比	金額	比	金額	比	金額	比	金額	比	金額	比
純 資 産 残 高	△ 916		270		1,714		4,674		9,773		13,867		13,016		8,943		7,018		9,574		21,980	

(単位 百万円)

(財政金融統計月報・國際收支特集314号(1978年6月38頁))

を発表しようになったのは、昭和四八年六月からである。昭和五二年末時点で、対外資産残高は八〇〇億六〇〇〇万ドル、対外負債残高は、五八〇億八〇〇〇万ドル、純資産合計二一九億八〇〇〇万ドルである。

(三) 国際貸借表の各項目は、その作成原理からして、国際収支表の各項目とは、原則的に対応するものである。国際収支表についての説明と重複する部分があるが、第6表国際貸借表の資産負債の各項目の概要を検討しよう。

まず、長期資産、短期資産の区別であるが、これは、ワニヤールに依るもので、一年超が長期、一年以内が短期である。「長期資産」のうち民間部門は五項目からなる。ここにいう民間部門は為替銀行の外に、輸出業者、メーカーなどすべての民間企業が債権者である場合（債務者が外国政府であるときもある）を含んでいる。第一項目の「直接投資」は、国際収支表で用いたと同一義である。即ち、企業支配を目的とされる海外支店、子会社（株式保有比率二五%以上）に対する出資金（株式取得）、貸付金、営業用不動産取得、などの残高が記入されている。第二項目の「輸出延払」も、国際収支表と同義で、船舶機械等の輸出に伴う一年超の延払信用の残高である。第三項目の「借款」は、為替銀行あるいは一般企業の行う一年超の貸付金残高である。第四項目の「証券投資」は、企業支配を目的としない一般対外証券投資等で、世銀債、アジア開銀債などを含む。第五項目の「その他」には、いわゆるPS案件と呼ばれる無為替輸出生産物代物弁済方式のものや非営業用不動産取得が含まれる。一方、長期資産のうち、政府部門は、三項目に分裂される。第一項目の「輸出延払」は例えば、米穀延払が該当する。第二項目の「借款」は、日本輸出入銀行、海外経済基金などの円借款などの残高である。第三項目の「その他」は、世銀、アジア開銀など国際機関に対する出資金残高である。続いて、「短期資産」であるが、民間部門は、二項目からなる。第一項目の「金融勘定」は、為替銀行の短期資産（輸出手形、預け金、本支店勘定等）残高である。第二項目の「その他」は、一般企業、輸

出業者の期間一年以下の輸出延払、輸入前払金などの残高である。短期資産のうち政府部門は、やはり二項目からなる。第一項目の「金融勘定」は、外貨準備高を示す。即ち、金、外貨、ゴールド・トランシュ、及びSDRである。第二項目の「その他」は、外債財務管理人勘定などである。

次に、負債であるが、「長期負債」のうち民間部門は、五項目からなる。この分類は、債務者が民間であることによるので債権者が外国政府であるときもある。第一項目の「直接投資」は、やはり国際収支におけると同一である。従って、企業支配を目的とされた本邦内支店、子会社の受けた出資金、借入金、営業用不動産取得などの残高を記入する。第二項目の「輸入延払」も、同様に、輸入に伴う一年超の延払信用享受残高である。第三項目の「借款」は、一年超の借入金、タイドローン、インバクトローンを含む。第四項目の「証券投資」は、企業支配を目的としない対日証券投資、民間外債等である。第五項目の「その他」は、非営業用不動産取得等である。一方、長期負債の政府部門は、三項目からなる。第一項目の「借款」は、政府の受けた一年超の借入金で、現在では、世銀借款が大部分である。第二項目の「証券投資」は、政府発行の国債、外債、政府機関発行の外債等を指す。第三項目の「その他」は、賠償、無償経済協力、政府ベースのオイルマネー取入などである。長期負債に対する「短期負債」であるが、民間部分は、二項目からなる。第一項目の「金融勘定」は、為替銀行の短期負債で、短期借入金（ユーロ・ドラー取入等）、本支店勘定、自由円預金などである。第二項目の「その他」には、一般企業の受けた輸出前受金、輸入ユーザンス信用などがある。短期負債のうち、政府部門は二項目からなる。第一項目の「金融勘定」は、政府短期証券、日銀預り金、SDR見合勘定などである。第二項目の「その他」は、アジア開銀等への出資代用国債等を含む。

四 いささか冗長にわたるのを承知で、国際貸借表を紹介したが、この貸借表の意味する所を探ってみたいと思う。

第一に巨視的な数字の検討から、二、三の事項を指摘できる。一つは、昭和五二年の純資産が、二一九億八〇〇万ドルであり、我國が債権国であること、二つは、しかしながら、民間部門と政府部門を比較すると、民間部門は、六一億八二〇〇万ドルの負債超過で、政府部門が、二八一億六二〇〇万ドルの資産超過であること、三つは、長期資産と長期負債では、二二五億一〇〇〇万ドルの資産超過でありながら、短期資産と短期負債では、五億三〇〇〇万ドルの負債超過であることである。大事なことは、民間部門で、我國は海外からより多くの信用の供与を受けていることである。第二に、資産負債の各項目のなから、まず政府を当事者とする資産負債項目を取除き、次いで破産法が対象とするような純粹の債権債務の關係にはないもの（例えば、直接投資のうち、関連会社に対する貸付金は、純粹な債権債務の対立形態ではないし、証券投資も、その大部分を占める株式などは債権ではない）を除去すると、結局、1長期資産の輸出延払勘定、2長期資産の借款勘定、3短期資産の金融勘定、4短期資産のその他勘定（つまり短期輸出信用）、5長期負債の輸入延払勘定、6長期負債の借款勘定、7短期負債の金融勘定、8短期負債のその他勘定（つまり短期輸入信用）が残る。このうち、3及7の金融勘定の大部分が為替銀行相互の信用取引であること、2の長期資産としての借款の大部分が、外国政府（又はその保証付）に対するものであること、さらに6の長期負債としての借款も大部分が為替銀行によるものであることを付加した上で、右の全勘定を通じる共通項の存在を再検討するならば、その共通項が、まさに信用取引という一項に外ならないことに気がつく。相手方債務者（為替銀行を含む）の企業信用、即ち、一般財産（その所在は相手方国内にある）を引きあてたとした取引形態が見事に浮びあがるのである。

第三に、一國の民間資金の膨大な量が海外に流出し、これが株式、社債その他の有価証券に形を変えて存在しているという事実である。民間部門の直接投資、証券投資を合算すると、その合計は、一七五億五三〇〇万ドルに達する。

注意したいのは、この有価証券も最終的には発行企業の一一般財産を引きあてとしてしていること、そして、この有価証券は、国境をいとも容易に越えて転々することである。

七 国際取引によって生じた債権の管理

(一) 外国為替及び外国貿易管理法（以下外為法という）二六条は、非居住者に対して債権を取得した者の当該債権の取立義務及び免除減損の禁止を定める。ここでいう債権とは、外為法六条一項一三号に定義されるとおり金銭債権を指す。その発生原因には格別の限定がない。従って、輸出輸入という貿易取引、運輸、保険等の貿易外取引、並びに資本取引から発生した金銭債権が含まれる。¹⁸⁾

債権回収義務についてさらに検討を進めると、貿易取引のうち、輸出については、輸出貿易管理令六条、輸出貿易管理規則五条に詳細な定めが存在する。輸入については、輸入貿易管理令一五条、輸入貿易管理規則一〇条の定めがある。貿易外取引及び資本取引については、外国為替管理令一〇条、貿易外取引省令五条、貿易関係貿易外取引の管理に関する省令四条の定めがある。これらのために共通なことは、回収義務の免除、期限の猶予をすべて主務大臣の許可にかからしめ、外貨の回収に遺漏なからしめる点である（輸出代金についてはこの外支払拒絶を報告させる）。それでは、貿易取引を例にとりて、現実に、支払拒絶報告、回収免除許可及び期限延長許可の申請を必要とした事例が、どの程度あるのかをみよう。

昭和五二年（曆年）における輸出貿易管理規則五条一項の支払拒絶に関する報告書の提出件数（同条同項債増金の発生報告及び同条三項の輸出代金回収報告を含む）は、第7表のとおりである。

同年の輸出代金回収期限延長及び輸出代金回収免除の許可件数は、第8表のとおりとなっている。

第7表 昭和52年1月~12月

()は、北朝鮮の内数件数

月	外国為替の支払拒絶に関する報告書	値増金の発生に関する報告書	輸出代金回収報告書
1月	598	120	649
2月	482	113	498
3月	707	(105) 293	657
4月	(91) 702	(219) 376	539
5月	647	(18) 117	655
6月	(4) 752	160	696
7月	(6) 547	(65) 201	600
8月	(2) 740	117	740
9月	563	94	572
10月	(6) 769	(7) 136	628
11月	734	98	593
12月	832	101	525
計	(109) 8,100	(414) 1,926	7,352

第8表 昭和52年1~12月許可件数

期別	1~3月	4~6月	7~9月	10~12月	計
輸出代金回収期限延長	1,899	2,075	1,639	2,158	7,771
輸出代金回収免除	202	209	245	248	904

尚、同年の支払拒絶報告を、各月別に、金額集計をすると、第9表の如くである。支払拒絶報告は、輸出貿易管理令六条、輸出貿易管理規則五条から明かなどおり、相手方の破産など信用不安の他に、輸出商品に対するクレームによる支払拒絶が報告される。昭和五二年一月をみると、ドル単位に換算すると、報告金額は、約三七〇〇万ドルとなる。昭和五二年の貿易受取り(輸出)が、年間で七九三億ドル、月平均六六億八三三万ドルであるから、昭和五二年一月の報告金額の輸出月額に對する割合は、〇・五%となっている。

(二) 民間部門の國際經濟取引に信用取引という特徴のあることを前に指摘した。他方、前項でみたように、涉外債

第9表 昭和52年支払拒絶報告(各月通貨別)集計

(通商産業省貿易局輸出課資料より)

月	1月	2月	3月	4月	5月	6月
US \$	29,245,956.47	26,501,423.58	977,515,310.00	27,973,058.89	30,993,481.79	424,391,609.74
£	1,768,920,977.57	778,392,186.00	1,732,871,382.48	968,961,725.00	1,690,928,232.00	5,209,934,098.00
Sig F	56,636.30	131,700.57	2,708,252.10	2,731,105.02	36,726.34	97,051.47
DM	345,100.09	4,137,054.93	44,538,887.78	232,332,390.29		8,412,144.11
SKr	6,815.00					
Lit	188,763,300.00	211,200.00	334,145,100.00		57,061,000.00	
Dgls	55,060.00					
F.Fr	3,953.82	71,260.00		86,360.00		
FF	602,308.00	372,688.00		583,728.00		
CAN \$	464,820.08	3,038,511.50	4,820.70		819,082.14	162,073.18
SFr		8,500.00		16,314.50	53,541.88	17,903.00
HK \$						
BFr		3,516,446.00				
KD				259,095.66		172,399.00
NKr				14,024.00		4,863.00
Dkr					11,360.00	
Sc M \$					62,200.80	52,500.80
Ge M \$					201,604.77	

月	7 月	8 月	9 月	10 月	11 月	12 月
US \$	112,229,819.90	30,784,631.22	3,595,039.01	27,784,679.15	47,095,261.10	65,463,919.93
£	1,241,121,534.38	6,754,903,318.00	1,821,281,117.00	1,212,846,568.00	2,306,351,412.96	759,269,167.00
Sig. £						
DM	7,319,198.22	854,809.52	410,090.44	3,557,409.05	957,219.65	1,085,720.51
SKr	3,478,348.34		243,272,400.00		242,257.50	913.78
Lir					1,313,632,265.00	536,384,075.00
Dgrs						
F. Fr						
F. F						
CAN \$	10,862.25	148,870.42				
SFr		38,710.00			55,790.64	
Hk \$						36,987.82
BFr				460,000.00	181,392.00	2,850,956.00
KD	97,931,698.00	197,250,294			4,920,366.00	8,495,301
Nkr	88,845.00				2,205.00	120,971.00
Dkr			591,240.00			
Sc	89,400.80					
M \$					382,617.00	
£	11,104.00		29,636.75		8,522.10	16,000.00
Fr.	296,000.00					120,971.00
Hfl			154,788.00			
Hfr					66,825.60	
A \$					215,324.22	
S \$						8,601.00

権の貸倒れ現象が蔽として存在する。この垂離を統合する作用を営むため創出されたのが、保険制度、保証制度である。現在、我国では、輸出保険法の定める九種類の保険(普通輸出保険、輸出代金保険、為替変動保険、輸出手形保険、輸出金種保険、輸出保証保険、委託販売輸出保険、海外広告保険、海外投資保険)をもって、貿易取引、貿易外取引、資本取引に伴う危険をカバーしている。被保険者は、輸出者、生産者又は為替銀行である。付保される危険も、非常危険(為替制限、輸入制限、戦争等)、信用危険(相手方の破産その他これに準ずる事由)、為替差損、輸出手形支払拒絶、海外投資(株式貸付金社債等)の元本等についての収用危険、戦争危険もしくは送金危険など、その目的に応じ様々である。⁽¹⁾

輸出保険が、このように広範に準備されているのは、民間部門の國際經濟取引が、根本的には信用取引として成立しており、その担保を、保険制度保証制度により国内に人為的に創出する必要があることに基づく。

(一) 法と經濟に関して、我國の法學者が本格的な解明を試みたのは、我妻栄・私法の方法論に関する一考察(法学協會雜誌 四四卷(大正一五年)六・七・一〇号。これを昭和二八年一月近代法における債權の優越的地位(有斐閣)四七五頁以下に収録。)が始めてで、我妻栄・近代法における債權の優越的地位(法学志林二九卷(昭和四年)六号以下、前掲一頁以下)が、その体系的な完成の第一である。戦後は、我妻栄・近代法における債權の優越的地位を契機とした川島武宜・所有權法の理論(昭和二四年二月)を中心とする一編と、マルクシズム法学の一編からなる二重構造である。

現代狀況の解説を試みた藤田勇・法と經濟の一般理論(現代法七・昭和四二年一月)は、売買という商品と貨幣の交換形態から論を進めて、最終的には、カールマルクスの「經濟學批判」序言の、次の言葉を引用して、その結論に代える方法をとっている。即ち、「人間は、彼らの生活の社会的生産において、一定の、必然的な、彼らの意思から独立した諸關係を、すなわち彼らの物質的生產能力の一定の發展段階に照応する生産關係を受容する。これらの生産諸關係の總体は、社會的經濟的構造を、すなわち、そのうえに一つの法律のおよび政治的な上部構造がそびえたち、そしてそれに一定の社會的意識形態が照応する現実的な土台を形成する。物質的生活の生産様式は、社會的、政治的、精神的な生活過程一般を制約する。人間の意識が彼らの存在を規定するのではなくて、逆に、彼らの社會的存在が彼らの意識を規定するのである。社會的物質的生產力は、

その発展のある特定の段階で、それらが従来その内部で運動してきた現存の生産諸関係と、あるいは、その法律的發展にすぎないところの所有諸関係と矛盾するようになる。これらの諸関係は、生産諸力の發展諸形態からその性格に急変する。そのときに、一つの社会革命の時代がはじまる。経済的基礎の変化とともに、巨大な全上部構造が、あるいは徐々に、あるいは急速に変革される。——と。ところで、現代経験主義哲学の手法に學んだ法社会学とマルクシスト法学との間に激しい論争のあったことはいうまでもない。ここでは、これについて論評することの一切を差控える。筆者は、(1) 経済過程あるいは社会団体の内部秩序が法形態に先行すること。しかし成立した法形態が逆に経済過程を規定することのあること、(2) 政治権力から国民に對する第一次統制としての法(これについては、碧海純一、法哲学概論九九頁、一〇五頁、昭和三九年一〇月)が成立する前段階において、権利義務の規範として経済当事者の利益範囲を相互に確認する規範が成立したこと、(3) 現存する実定法は、事実として、価値体系の不統一、分裂、対立を含んでおり、対立した価値がそれぞれ統一性をもとめて激突していること(川島武宜・科学としての法律学二三頁以下、昭和三九五月)を認めたいと思う。

(2) 川島武宜・法社会学上、一二頁(昭和三三年一〇月)による。原文は Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 368 のことである。

(3) これに対して、マックスウェバーによれば、法社会学とは、「共同体の行動 Gemeinschaftshandeln に参加する人々、その中でも特に、共同体の行動に對し社会的に重要な程度において事実上の影響を及ぼし得る人々が、一定の秩序を要するもの」と主観的にみなし且つ事実上もそう取扱う——すなわち、彼ら自身の行動をそれに従って方向づける——というチャンスが存在するということの故に、或る共同体の内部で事実上何が生起するか。を探ることを任務とされる。(川島武宜・法社会学上二二頁による。)

(4) 一九世紀ドイツ普通法学を「概念法学」と批判し、これを学界の片隅に追いやってしまった見解である。イェリングを先驅として、サレーユ、ジエニー、エルリッヒなどをあげることができる。自由法論者が、法と社会事実との關係について述べるところは、概ね次のとおりである。いずれも、碧海純一、法哲学概論二二二頁以下による。

「まず、自由法論者は、國家の成文法を唯一の法源とみなす伝統的法学の立場を、よく攻撃する。エルリッヒは、有名な『法社会学の基礎理論』(Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1912) の序文で、この書物全体を「あらゆる根本思想を、このように要約している。『現代をふくめてあらゆる時代について言えることは、法發展の重心をなしたものは、立法で

も法解釈学でも、又司法でもなく、まさに社会自体であつたといふことである。』かれは、婚姻、売買、贈与その他多くの制度が、國家による強制を待たず存在することを指摘しつゝ、このような『生きた法』(lebendes Recht)、『社会団体の内部秩序』(die innere Ordnung der Gesellschaftlichen Verbände) の経験科学的な探求が法学者の義務であることを強調した。ジエニーも同じような見地から、社会生活の所与 (donnés) の自由な科学的探求 (libre recherche scientifique) を提唱した。』

「法解釈学の使命は、すでに、イェリングが指摘したように、社会生活への奉仕であり、そのためには、目的論的な思考方法の導入が、どうしても必要である。目的思想は、まず、法による統制の対象である現実の社会生活において複雑に交錯し、競合する利益關係を認識すること、法に示された統制目的にたつてしても、とも妥当と思われしかたで利益の衝突を解決することを要請する。』

(5) その上、来栖三郎・「法の解釈適用と法の遵守」(1)(2) (法学協会雑誌(昭和二五年五月及び二六年二月) 六八巻五、七号)、同「法の解釈と法律家」(私法(昭和二九年四月) 一一号)の提起した「主観性」という屬性を克服できるなども考えていない。筆者の認識は、川島武宜・科学としての法律学一九頁以下(昭和三九年五月)の指摘を出発点としている。

(6) 一例をあげると、中川善之助兼子一監修・国際取引(昭和四八年九月青林書院新社)は、第一編「国際取引総論」として、第一章「国際契約総論」、第二章「国際取引を規制する法律」、1 輸出入取引を規制する法律、2 諸外國の輸出入規制と關稅、3 資本及び技術取引に関する法、4 外資導入及び海外投資に関する法、5 独占禁止法、第三章「国際取引と租稅」、第四章「國際取引と投資保證」、第二編「國際取引各論」という構成である。ところで、このような実践的な契機を別にすれば、いわゆる「経済法」の立場が別個に存在する。経済法という學問領域が、他の法学とは独立に何を學問的研究の対象とするかについて、相當の論議の存するところである。経済法をもって、資本主義社会における経済に對する國家の干渉の法であると考えられる立場(金沢良雄・経済法(昭和四二年有斐閣))からは、第三章「経済活動法第四節對外經濟法第一款總論、第二款外國論普及貿易管理法第三款外資法、第四款輸出補償・輸出保險法、第五款輸出検査法、第六款關稅法というアプローチがなされる。(7) 金融という言葉は、古典的には、貨幣の貸付取引を意味するが、今日では、貨幣の流通現象をすべて金融として理解する。従つて、貨幣の流通が経済に及ぼす積極的な作用もすべて金融論の対象である。貨幣の購買力という特性に着目したとき、金融論ではこれを資金と呼んでいるが、資金の移動は、貿易取引、資本取引に伴つて必ず發生する。この場合の運動法則を解明

国際収支統計 IMF方式国際収支表(原表)

第1部経常勘定(総括表)

項 目	49	
	受 取 (貸)	支 払 (借)
A 物資及びサービス(1~8)	66,511	70,917
1. 商 品	54,480	53,044
1.1 輸出及び輸入(f.o.b)	54,397	53,044
1.2 その他商品(ネット)	83	—
2. 非 貨 幣 用 金	—	—
3. 貨物運賃及び保険	3,001	3,270
3.1 運 賃	2,871	3,031
3.2 保 険	130	239
4. その他運輸	2,677	5,056
4.1 旅 客 運	210	549
4.2 そ の 他	2,467	4,507
5. 旅 行	235	1,358
6. 投 資 収 益	3,562	4,013
6.1 直接投資収益	349	290
6.2 その他民間部門収益	1,568	3,663
6.3 その他公的部門収益	1,645	60
7. 政府取引(他に含まれないもの)	732	78
7.1 軍 関 係	704	—
7.2 そ の 他	28	78
8. その他サービス	1,824	4,098
8.1 非 商 品 保 険	472	491
8.2 勞 働 者 所 得	43	62
8.3 そ の 他	1,309	3,545
B 移 転 収 支(9+10)	189	476
9. 民 間	162	246
9.1 移 民 送 金	—	—
9.2 そ の 他	—	—
10. 政 府	27	230

(9) 第一部は「物資及びサービスと移転収支」、第二部は「資本及び貨幣用金の移動」、第三部は「第一部と第二部との調整」とされる。第一部を経常勘定、第二部を資本勘定ともいう。外資法四条にいう「経常勘定」「資本勘定」は、これと同一趣旨に
な研究が行われることを助長する。

(c) 基金は、加盟国との協定によって、更に他の情報を得るように取りきめることができる。基金は、通貨及び金融の問題に関する情報の収集及び交換の中心となり、こうして、基金の目的を促進する政策の実施について加盟国を援助するよう

(b) 基金は、情報を要請するに当って、加盟国が要請された資料を提供する能力に差があることを考慮する。加盟国は、個人又は団体の事情が明らかにされるほど詳細な情報を提供する義務を負わない。但し、加盟国は、希望された情報をできるだけ詳細且つ正確に提供し、また、単なる推定をできる限り避けることを約束する。

(a) 基金は、加盟国に対し、任務の効果的な遂行のために最低限度に必要な次の事項に関するその国の資料を含めて業務のために必要と認める情報の提供を要求することができる。

- ① 国内及び国外における(1)金及び(2)外国為替の公的保有額
- ② 公的機関以外の銀行及び金融機関による国内及び国外における(1)金及び(2)外国為替の保有額
- ③ 金の生産
- ④ 相手国別の金の輸出及び輸入
- ⑤ 自国通貨で表示した相手国別の商品の輸出及び輸入の総額
- ⑥ (1)商品及び役務の貿易、(2)金の取引、(3)判明している資本取引並びに(4)その他の項目を含む国際収支情報を提供することができる限りにおける国際投資状況、すなわち、加盟国の領域内における外国人所有の投資及び加盟国の領域内にある者が所有する在外投資
- ⑦ 国民所得
- ⑧ 物価指数、すなわち、卸売及び小売市場における商品価格の指数並びに輸出及び輸入の価格の指数
- ⑨ 外国通貨の売相場及び買相場
- ⑩ 為替管理、すなわち、基金に加盟する時に実施中の為替管理の包括的説明及び、その後に変化があったときは、その詳細

しようとするのを国際金融論といつてよい。今日、経済活動は、金融論、国際金融論を離れては成立しえない。

(8) 国際通貨基金協定第八条「加盟国の一般的義務」、第五項「情報の提供」(a)ないし(c)項は次のとおり。

第五項 情報の提供

国際破産への試験(竹内)

第2部 資本勘定

項 目	49	
	資 産 (借又は 貸 (-))	負 債 (貸又は 借 (-))
C 資本及び貨幣用金(11~16)	8,129	12,858
11. 民間長期(あらゆる直接投資を含む)	2,911	(-) 778
11.1 直接投資	1,878	202
11.2 その他普通株式	16	(-) 1,102
11.3 その他証券	38	327
11.4 その他貿易付	647	(-) 6
11.5 その他資産及び負債	332	(-) 199
12. 民間短期(直接投資以外)	(-) 210	1,451
12.1 貿易借	63	1,319
12.2 その他資産及び負債	(-) 273	132
13. 地方 政 府	—	—
13.1 長期資産及び負債	—	—
13.2 短期資産及び負債	—	—
14. 中 央 政 府	974	(-) 58
14.1 海外発行長期証券	—	(-) 18
14.2 その他長期ローン	707	—
14.3 その他長期ローン	—	(-) 40
14.4 その他長期資産及び負債	271	—
14.5 その他短期資産及び負債	(-) 4	—
14.6 その他短期資産及び負債	(-) 4	—
15. 中 央 通 貨 機 関	1,107	1,036
15.1 対 I M F 勘 定	100	—
15.2 金	13	—
15.3 S. D. R.	16	—
15.4 その他自由使用可能資産	1,143	—
15.5 その他の準備資産	—	—
15.6 公的機関に対する負債	—	—
15.7 その他長期ローン	(-) 23	—
15.8 その他短期ローン	—	—
15.9 その他対外資産及び負債	(-) 142	1,036
16. そ の 他 通 貨 機 関	3,347	11,207
16.1 金	—	—
16.2 その他自由使用可能資産	238	—
16.3 公的機関に対する負債	—	11
16.4 その他長期ローン	70	—
16.5 その他短期ローン	2,597	3,394
16.6 その他対外資産及び負債	442	7,802

でている。次に(原表)形式による国際収支表(昭和四九年)を参考のため掲げる。(大蔵省「財政金融統計月報」国際収支特集三一四号一九七八年六月号より)。本文中に複式簿記の原則による旨を述べたが、これは、例えば、輸出の時には、短期資本勘定(借方)の増と商品受取り勘定の増(貸方、企業会計でいう売上と考えてもよい)、株式投資の時には、長期資本勘定(借方)の増と短期資本勘定の減(貸方)というように観念すればよい。貸借の合計は、第三部に同一数字で示される。即ち、22「ネット取引額合計」貸方二二八億六五〇〇万ドルは、22及び23「ネット誤差脱漏」借方合計(二二八億二二〇〇万十

第3部 第1部と第2部との調整

項 目	49	
	貸	借
17. 物資及びサービス(1~8)	—	4,406
18. 移 転 収 支(9+10)	—	287
19. 対外資産及び貨幣用金 (11~16資産)	—	8,129
20. 対 外 負 債(11~16負債)	12,858	—
21. S. D. R.	7	—
22. ネット取引額合計(17~21)	12,865	12,822
23. ネット誤差及び脱漏	—	43

(財政金融統計月報国際収支特集314号20頁)(1978.6.)

四三〇〇万)一二八億六五〇〇万ドルと一致する。

(10) 原表形式から国内発表形式への転換は、外形的には、両形式を比較することによって理解される。原理的には、国内発表形式で創設された金融勘定(政府、日本銀行、外国為替銀行の対外短期資産負債)を、その余の資本勘定から分離して計算することになる。即ち、原表形式では(經常勘定借方)+(資本勘定借方)Ⅱ(經常勘定貸方)+(資本勘定貸方)であった。これは移項により、(資本勘定借方)Ⅰ(資本勘定貸方)Ⅱ(經常勘定貸方)Ⅰ(經常勘定借方)Ⅱと同じである。つまり、右辺の經常勘定差額Ⅱ左辺の資本勘定差額である。ところで、資本勘定差額を、金融勘定と非金融勘定に分解すると、資本勘定差額Ⅱ經常勘定差額Ⅱ(金融勘定の資産増+非金融勘定の資産増)Ⅰ(金融勘定の負債増+非金融勘定の負債増)となる。さらに、これを移項すると、經常勘定差額+非金融勘定資産増Ⅱ(金融勘定の資産増+金融勘定負債増)である。つまり、經常勘定差額を經常収支と呼び、非金融勘定差額を資本収支とよべば、ここに「經常収支+資本収支Ⅱ金融勘定」という等式が成立する。これが、国内発表形式である。(この転換については、国際金融教室(新版)一三頁以下有斐閣昭和五一年四月の平易な説明によった)。

(11) 厳密に言えば、貿易収支はFOB代金をもって計算することになっているから、輸入に関する通関統計のCIF価格をFOB価格に修正した数字である。

(12) これも、厳密には、各資産負債について、評価調整といわれる操作が必要である。企業会計風に言えば、減価償却であり、評価損益である。

(13) Gold Tranche 国際通貨基金加盟国は、各々、クォーター割当を受け、二五%を金で、七五%を自国通貨で出資すること
国際破産への試論(竹内)

になるが、外貨不足のときは、まず、この金による出資分のみは、無条件にて希望外貨を借受けることができる。

(14) Special Drawing Rights. 國際通貨基金によって創出された対外準備資産の一つ。簡単にいうと、SDRの引渡しを対価として相手国から交換可能外貨の提供を受けることのできる価値をいう。

(15) 政府外債の発行に伴う元本償還、利息支払手続のため設けた海外の銀行等における勘定をいう。

(16) 貸付国からの輸入代金に使弁すべきことを規定されて調達された外貨借入金である。ひもつき融資である。

(17) 使用目的に制約がなく調達された外貨借入金である。

(18) 「貿易取引」「貿易外取引」「資本取引」という用語は國際經濟取引の基礎的分類方法である(体系貿易論著實務事典七七三頁昭和五二年一月)。國際收支表、國際貸借表で用いた「貿易收支」「貿易外收支」「長期短期資本收支」という分類を取引という側面から概念した用語である。ところで、我國の対外取引規制法の体系は、右の分類に則して系統づけられているわけではない。本稿の目的からはずれるが、極く簡単な説明をすれば外為法は、右全分類を原則的には包含するが、特別法である外資法が、外國資本の長期導入(株式・貸付金等の資本取引)及び長期技術援助契約(これは貿易外取引に該当)を規制する。貿易外取引の管理に関する省令(以下貿易外取引省令という)は、貿易關係外の貿易外取引に加えて、外資法対象を除いた短期長期の資本取引(例えば子会社に対する貸付金、借款、証券投資などは、國際收支表では長期資本收支に該当する)を規制対象としている。尚、貿易取引についてはこのような交錯はなく、輸出貿易管理令、輸入貿易管理令が、適用される。

(19) 輸出保険の詳細は、輸出保険法、輸出保険法施行令に規定されている。海外投資保険の比較研究及び手続研究は、櫻井雅夫・國際經濟法研究(昭和五二年五月)が詳しい。

三 破産の涉外關係に関する従前の論議

一 破産の涉外關係に関する研究は、伝統的に次の三つに分類される。

(1) 一國に於ける破産宣告が他國において如何なる効力を及ぼすか。⁽¹⁾

(2) 適用すべき破産法規の抵触問題をどのように決定するか(狹義の破産國際私法の問題)。⁽²⁾

(3) 破産に関して、内外人の取扱いを如何にするか。

破産國際私法の問題は、これまで訴訟法学者、國際私法学者ともに研究が量的には十分でなく、一方実務あるいは実務家からの問題提起も欠けていた。方法論的には、破産法第一編に含まれる破産財団論、破産債權論、法律行為に関する破産の効力論、否認權論、取戻權論、別除權論、相殺權論において、涉外要素を含んだ事例を想定しながら、その場合々々の準拠法が、我國破産法であつて良いものかを検討する作業が必要であらう。

他方、破産に関する内外人取扱いの問題は、歴史的には、相当の注目をあつめた興味ある問題であることには変りがないものの、現在では、会社更生法三条が、無条件平等主義を採用して破産法の相互的平等主義に対して否定的評價を下したと理解されることや、従前の諸論議の混乱についてその原因が見事に説明されるに至つたこと⁽³⁾、さらには、実務的にも(あるいは表現としては実務が研究した各國法制度調査の結果からというべきか)相互主義を發動して外國人を不平等取扱ひしなければならぬような事例が過去にもそして将来的にも存在しないということに照らして⁽⁴⁾、加速的に關心を失いつつあるのは、否めないようである。

そこで、本稿では、三つの分野をことごとく論ずることが不可能であることから、第一の、一國における破産宣告が、他國において如何なる効力を及ぼすかという問題に限定して、考えることとした。

二 一國における破産宣告が、他國において如何なる効力を及ぼすかとの問題は、衆知のとおり、普及主義か属地主義かという形で展開される。加藤正治・破産宣告ノ國際的効力(前掲)三〇四頁以降の用語例に従えば、「普及破産主義」とは、「破産者ノ住所所在地所在ノ裁判所ノ為シタル破産宣告ハ他國ニ對シテ當然効力アリ外國所在ノ破産者ノ財産

ハ破産財団ニ屬スト爲ス所ノモノナリ隨テ其結果ハ國際上一人ハ破産ノ制度ヲ認ムルニ至ルモノナリ」とされ、「屬地破産主義」とは、「一國ニ於ケル破産宣告ハ独リ其國內ニ於テノミ其効力ヲ有シ外國所在ノ破産者ノ財産ハ破産財団ニ屬セス隨テ外國ニ於テ更ニ破産ノ宣告アルヘキコトヲ予想シ國際上一人数破産ノ制度ヲ認ムルニ至ルモノナリ」とされる。

諸外國が、現在、普及主義をとっているのか、將又、屬地主義をとっているかについて、學者からのアップツーデートな報告は、皆無といつてよい。旧くは(1)加藤正治・破産宣告ノ國際的効力(前掲)、(2)齋藤常三郎・破産財団を論ず(破産法及和譜法研究六卷一四頁、昭和五年六月)、さらに遡つて、(3)平岡定太郎・破産ノ國際的効力(法學新報二六号、明治二六年五月)、あるいは(4)松岡義正・破産宣告ノ涉外的効力(法學志林第六号、明治三三年四月)、(5)藤波元雄(訳)・外國ニ於ケル破産宣告及協諾契約ノ効力ニ關スル件(法曹記事第一五二号明治三四年七月、及び第一五三号明治三四年八月)など、諸外國法制につき論述するところが頗る多かつたが、「一、國際破産への關心」で述べたとおり、昭和以降は國際的な情報が限定されているのが、残念である。

諸外國の法制を別にして、我國破産法は、その三条に、屬地主義に依る旨を明かにしたといわれる。我國破産法の採る屬地主義は、どのような系譜に属するのか、それは、立法後に、いかなる内包を与えられてきたのか。これを次に概観しよう。

三 破産法制定(大正一一年四月)の前段階においては、成文法(明治三三年商法第三編破産)に屬地主義、普及主義のいずれに依るかの明文は存在しない。⁽⁶⁾ 何らの明文がないに拘らず、諸外國の法制に学んだ好著をみる⁽⁷⁾ことができる。年代順これを見ると(1)平岡定太郎・破産ノ國際的効力(前掲)。その要旨は、動産不動産を分けて論じる方法をとり、外國でなき

れた破産宣告の効力問題、つまり具体的には、外國で選任された破産管財人の権限問題としては遺產管理人とは異なり、國內の動産、不動産を管理する権限を認め難いと結論する)、(2)松岡義正・破産宣告ノ涉外的効力(前掲)。その要旨は、普及主義屬地主義それぞれの論拠を紹介した上で、破産が一般的強制執行であり、その強制執行は國家の權力の適用であるから國家の權力を離れて破産關係は存しえないというべきであると述べ、結局、この理由に基づいて屬地主義を結論する)、(3)加藤正治・破産宣告ノ國際的効力(前掲)。破産法研究一卷所収。同論文はこれより以前國際法雜誌二卷九号以下に掲載された(明治三七年六月以降)。その要旨は、普及主義屬地主義の意味するところ、その論拠、各國の立法例を順次紹介し、明治三三年商法の下での解釈論としても明文のないときは性質から判ずる外ないが、やはり、破産が訴訟事件であり、共同の強制執行たることから、屬地主義を採らざるを得ないと結論する)等々である。

同一時期に破産法の立案成立に尽力した関係者の説明も興味深い。既に「一、國際破産への關心」に述べたが、明治三三年商法破産編と現行破産法(大正一一年)との間には、元法典調査会立案(明治三五年一〇月)破産法草案と、司(法省破産法改正調査委員会)その前身は司法省法律取調委員会決議及び法制局修正に係る新破産法案(大正一〇年一月)の二つの草案があった。⁽⁸⁾ 元法典調査会立案破産法草案のうち、関連部分(第三条)は、その条文を、既に紹介した(一、國際破産への關心)注(1)参照)。立案の事情はその立案担当者である梅謙次郎・破産法案概説(法學協會雜誌号外明治三六年二月)に詳しい。これは、屬地主義(「テリトリヤリテ」と呼ぶ)と普及主義(「ベルソンナリテ」と呼ぶ)を各々紹介したうえで、その優劣について「実ハ一利一害デ、理論上ノ論拠ト云フモノモ殆ドアリマセヌ。實際ノ便宜問題ト思ヒマヌガ、其便宜ト云フコトガ余程其分り悪イ」との評価を下す。そして、結論として屬地主義を採用した理由を、次のように結んでいる。長い引用にはなるが、面白いので厭はないこととする。即ち、「ナゼサワ云フ主義ヲ取ツク

カト云フコトハ先刻申上ゲタ所ニ在ルト思ヒマスガ、要スルニ是ハ余程議論ヲシタ末ニ斯ウ極メタノデスガ、主義トシテ日本ニ於ケル破産ガ外國ニ在ル財産ニ効力ヲ及ボストシテ見タ所デ、到底ソレダケデハ實際行ハレナイ、第一ニハ多数ノ外國ニ於テソレヲ認メテ呉レテ、日本ニ於テ為シタル破産ノ宣告ト云フモノヲ向フデ有効ナモノト認メテ呉レルカドウカト云フコトガ分ラヌシ、ソレカラ第二ニハ、大体ニ於テ破産ノ宣告ヲ有効ノモノト認メテ呉レタ所デ、ソレヲ實際ニ行フ機關ガ向フニナイ、日本ノ裁判官ノヤウニ向フノ裁判官ガ働イテ呉レルト云フコトハドウシテモ出来ナイ、向フノ裁判官ガ就中日本ノ法律ニ従ツテ行動スルト云フコトハ認メラレマセヌカラ、仮ニサウ云フ主義ヲ取ツテモ面倒ガ起ツテツマラヌコトニナリハセヌカト云フノデコウ云フコトニナツタ、丁度ソレノ裏デ外國デ宣告シタル破産ハ日本ニ在ル財産ニハ其影響ヲ及ボサヌト云フコトニナツテ居ル、此点カラ言ヘバ自ラ相互主義ト云フコトニナツテ居ル、是ハ第一ノ日本ニ於ケル破産ノ宣告ガ外國ノ財産ニ影響ヲ及ボサヌト云フ主義ヲ取ル以上ハ其反対ニ外國ノ破産モ日本ニ在ル財産ニ影響ヲ及ボサヌト云フ主義ヲ取ラネバナラヌカラ、是カ已ムヲ得ヌ斯様ナ極端ナ「トリヤリター」ハ外國デモサウタソト例ハ無イヤウデスガ、試ニ斯ウ云フ案ガ出来テ居リマス」——という。ただし元法典調査会草案は、普及主義にも一定の配慮をしており、「条約又ハ命令ニ別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セス」(第四条)との条項を設けて、屬地主義が制約を受ける将来的な可能性を残していた。

法典調査会草案は、その後、当時の民事訴訟法改正問題と連座し、結局、議会に付議されることもなく終わったが、草案に対する各界からの意見を参考に司法省において、大正二年七月から、再び破産法案の起草にかかり、起草委員会、主査委員会、破産法改正調査委員会の審議を経、法制局の了解を得て、大正一〇年一月に、新破産法草案をみたという。⁽⁸⁾ 新破産法草案は、法典調査会草案と比べて大同小異であると言われる。そして、屬地主義の関連では、法

典調査会草案第三条はそのまま新破産法草案第三条として採用されたが、法典調査会草案第四条は新破産法草案では削除された。⁽⁹⁾ この間の事情は、立案担当者のその頃の講演(大正一〇年一月及び二月)によれば、次のとおりである。⁽¹⁰⁾ 即ち、「然るに我草案は、旧案(法典調査会草案を指す)も新案も此点は同じでありまして、何れも屬地主義を取りました。」「一と口に申しますと交通が好くなって世界も順に小さくなり、従て債権者も財産上のこと故一箇所に集って債権調査等も何もかもすると云ふことにして差支えないのであります、仍て理想としては普及主義が宜しく、何れ将来はさうなるであります。併し乍ら、まだ今日の場合、日本などの立場としては夫れほどまでに進んで居らぬ。故に現今にては屬地主義の方が手早く債権者の権利保護が確実に保たれて行く、斯う云ふ考から屬地主義が今の所では宜いと云ふことになり、之を採用したのであります。又、第三項は旧案よりも広く書いたのに過ぎぬ。」「旧案第四条を削除したのは、法律相互主義だから勅令に除外するのは不可と見たのと、条約にて別段の定を為し得るのは当然だからである。」「——というのである。法典調査会草案第四条が残されていたならば、屬地主義と普及主義の是非論に関する契機となつたであろうし、条約締結など実践的な発想を与えたのではないかとも思われる。

かくして整えられた新破産法案は、貴族院、衆議院の順に帝國議會を通過し大正一一年四月二五日法律第七一号として成立した。施行は、勅令第四九八号(大正一一年一月二〇日付)をもつて、大正一二年一月一日と定められた。新破産法は新破産法草案とは、内容をほぼ同一にするが、新法成立後の同一立案者の講演から、第三条に関する部分を取りあげると、次のとおりである。即ち、「現行法には、之に関する規定は全然ありませんが、破産は一般の強制執行事件であると解釈して、執行権は外國には及ばないと云ふ理由で、矢張り新法と同じやうな事に、大審院の判例でなつて居ります。今度は其点を明瞭に致しました。」「——という。

新破産法成立目前の段階で用意された司法省編纂改正破産法理由(大正一二年四月中央社)によると、破産法三条の理由として、「本条は破産宣告の地域に関する効力を規定す即ち日本に於て宣告したる破産は国内に在る財産に付てのみ其の効力を有し外国に於て宣告したる破産は其の効力を日本国内の財産に及ぼすことなきものとす」と記載するが、多項文理とは同義反覆に近く、あまり意味のある説明ではない。

四 破産法制定後の属地主義をめぐる論議がもつぱら、破産法三条論として展開をみたのは当然のことである。今日までの論議の状況を整理すれば、概ね次のような内容といえよう(分類目的にのみ出たものであるから、詳細に立入って論じないこととするし、著者の真意を正確に汲んでいないかもしれない点は容赦願う)。

(1) 全般的な評価として、破産の涉外関係に関する関心が薄れていく傾向にあり、これが最近に至るまで継続した(この点は、「一、国際破産への関心」に述べたとおり)。

(2) 破産法三条に宣言された属地主義に対する評価

(イ) 賛成である意向を表明するもの(属地主義で已むを得ないという表現のものを含む)

竹野竹三郎・破産法原論上巻一〇四頁(大正一二年一月)、青木徹二・破産法説明二二頁(大正一二年七月)、齋藤常三郎・破産財団の構成を論ず(破産法及和議法研究六巻二七頁昭和五年六月)、岡村玄治・破産法要義一九頁(昭和二年二月)、桑田三郎・琉球にある財産と破産法第三条第一項の適用、ジュリスト二二二号九〇頁(昭和三年三月)、山戸嘉一・破産(国際私法講座三巻八九一頁、昭和三年一月)、石原辰次郎・破産法和議法実務総覧二九頁(昭和四年一月)、林屋礼二・破産財団の意義と範圍(換置破産法一七二頁、昭和四年一月)、谷口安平・倒産処理法四一八頁(昭和五年七月)。

(ロ) 破産法三条の趣旨を解説するが、評価にわたる表現を避けているもの

井上直三郎・破産法綱要二九頁(大正一四年二月)、金井正夫・実例破産手続詳解二三九頁(昭和二年五月)、菊井維大・増補改訂破産法概要七四頁(昭和二年六月)、恒田文次・改正破産法二六頁、一四八頁(昭和二年一月)、兼子一・破産法三一頁(昭和二年五月)、中村宗雄・破産法原論五頁、一三頁(昭和二年六月)、兼子一・恒田文次・破産和議四六頁(昭和三年二月)、兼子一(編)・破産法二七頁(昭和三年六月)、小野木常・中野貞一郎・強制執行法破産法講義増補版二二二頁(昭和三年四月)、中田淳一・破産法和議法八九頁(昭和三年九月)、山木戸克巳・破産法一一頁(昭和四年一月)、本林徹・外國の破産手続と日本の債権者の権利行使(破産会社VS債権者三二頁)(昭和五年八月)、本林徹・破産会社やその子会社等の在外財産と破産財団(前掲六二頁)。

(ハ) 反対の意向を表明したものなし

(3) 属地主義の理論的根拠

(イ) 根拠を説明するもの

竹野竹三郎(前掲)一〇四頁、青木徹二(前掲)二二頁、齋藤常三郎(前掲)一一七頁、山戸嘉一(前掲)八八九頁、石原辰次郎(前掲)二九頁、谷口安平(前掲)四一八頁。

(ロ) 格別その根拠を論じないもの

(2) (イ)のうち、(3) (イ)を除いたすべて

(4) 属地主義の適用結果

国際破産への試論(竹内)

(4)「我國で宣告した破産に基づく破産財團は国内財産のみから成り、在外財産は財團を構成せず、破産者の自由な管理処分権に委ねられる」ことを演繹するもの。

竹野竹三郎(前掲)一〇五頁、青木徹二(前掲)二二頁、齋藤常三郎(前掲)一一七頁、山戸嘉一(前掲)八九二頁、谷口安平(前掲)四一九頁、本林徹(前掲)「破産会社やその子会社等の在外財産と破産財團」六二頁。

(尚、このうち、任意日本国内に持込まれたならば破産財團を構成するというのが、青木徹二、谷口安平、本林徹及び井上直三郎(前掲)三〇頁である)。

(5)「外國の破産宣告があつても、国内財産はこれと關係なく強制執行又は破産申立をなしうる」ことを演繹するもの。

竹野竹三郎(前掲)一〇六頁、青木徹二(前掲)二二頁、齋藤常三郎(前掲)一一八頁、山戸嘉一(前掲)八九二頁、本林徹(前掲)「外國の破産手続と日本の債権者の権利行使」三一頁。

(6)「我國で破産宣告があつても、我國債権者は在外財産に対し個々の強制執行をなしうる」ことを演繹するもの

竹野竹三郎(前掲)一〇六頁、青木徹二(前掲)二二頁、山戸嘉一(前掲)八九二頁、齋藤常三郎(前掲)一一八頁。

(5)普及主義に対する評価⁽¹⁵⁾

(4)解釈論としての当否を別にして積極的な意義を認めるもの。

竹野竹三郎(前掲)一〇四頁、齋藤常三郎(前掲)一一六頁、山戸嘉一(前掲)八九〇頁、林屋礼二(前掲)一七二頁。

五 ところで、これまでは、もっぱら学説に對象を限定してその素描を試みたが、我國にも、少数とはいえ、属地主義を論じた判例が存在するので、これを紹介することとする。時代的には、破産法制定前の段階から以降のものを、

區別せずに取り上げた。⁽¹⁶⁾

(1) 外國裁判所の免責の裁判と属地主義について判断したもの(属地主義の問題が在外財産の取扱い問題に集約されてい
たなかで面白い素材を提供した)。

大審明治三五年六月一七日民一判・明治三五年(オ)九二号、民録八輯六卷八五頁、民抄録一三卷二四六三頁、法
記一二卷一二九号三九頁

「破産ハ各債權ノ額ニ応シ債務者ノ總財産ヲ以テ其總債權者ニ平等分配ヲ得セシムル為メノ裁判上ノ手続ニシテ其性質一ノ強制執行方法ニ過キサルモノトス蓋シ破産宣告ノ申請ハ普通ノ強制執行ノ申立ト異ナリ執行名義ヲ有セサルトキニモ亦タ之ヲ為シ得ルニ因リ此点ニ於テハ二者ノ間差異ナキニアラスト雖モ破産手続ニ於テモ終局ノ目的タル配当ハ債權確定後ニアラサレ之レヲ為サ、ルヲ以テ該差異アルノ故ヲ以テ破産ハ強制執行ノ性質ヲ有セサルモノト論斷スヘカラス又破産ノ目的ハ債務者ヲシテ正実ナル弁済ヲ為サシメ且ツ債權者ヲシテ平等分配ヲ得セシムルニ在リテ債務者ノ能力ヲ制限スルニ在ラス夫ノ破産者カ財團ニ属スル財産ヲ占有管理若クハ処分シ得サルハ普通ノ強制執行ニ於テ債務者が差押物件ニ付キ処分權ヲ有セサルト其理由ヲ一ニスルモノナレハ破産宣告ハ能力ヲ制限スル裁判ナリト云フヲ得ス從テ破産ニ因リニ破産者ハ其權利行為中多少ノ制限ヲ受クルコトアルモ其為メ破産ハ強制執行タルノ性質ヲ有セサルモノト云フヲ得ス既ニ破産ニシテ一ノ強制執行ニ外ナラサル以上ハ破産宣告ハ宣告裁判所々屬國ノ裁判力執行力ヲ有スル地域内ニ限り効力ヲ有スヘキモノニシテ而シテ裁判ハ特別ノ法令若クハ國際條約アルニアラサル以上ハ領域内ニ限り執行力ヲ有スルモノナルヲ以テ中國ニ於テ宣告シタル破産ハ乙國ニ於テ其効力ヲ有スルモノニアラサルナリ今マ本件ニ於ケル破産宣告國ト我國トノ間ニハ破産ニ關シ特別ナル國際條約ノ存スルモノニアラサルニ原院カ

「被控訴人（被告）ハ布哇國ニ於テ一旦破産宣告ヲ受ケタルモ後巡回裁判所ニ於テ責任解除ノ命令ニ依リ破産宣告ノ日ニ存在シタル債務ノ免除ヲ得タルモノニシテ此命令ノ効果トシテ破産財団ニ對スル債權ハ悉ク消滅シタルモノト認ムヘキモノトス」云云ト説示シ布哇國ニ於ケル破産手続ニ關スル裁判ハ我國ニ於テモ其効力ヲ有スルモノト判斷シタルハ不法タルヲ免レス」

(2) 外國の破産宣告の裁判と屬地主義について判断したもの。

裁判年月日不明京城地院判・大正五年（民）二二二二号乃至二二二二五号同六年（民）一二三九号乃至一二四四号、新聞一四〇三号（大正七年五月一八日）二六頁。

「朝鮮ニ於テ設立セラレタル朝鮮倉庫株式会社ハ大正五年六月九日本院ニ於テ破産宣告ヲ受ケタルコト並被告等ハ同会社設立ノ際其株式ヲ引受ケタル者ニシテ現ニ株主タリ又ハ株式譲渡人タル地位ニ在リテ被告等ノ内被告木村授弥太、小川泰雄、橋本駒三郎、清峯太郎ノ同株式引受當時ヨリ現時ニ至ル迄引統キ内地ニ居住スル者ナルコト及同会社ノ債務ハ金二万五千二百七十四円七錢九厘ニシテ其ノ現存財産ハ金四円七十五錢ニ過キス而シテ破産管財人株主中無資力ノ為メ株金払込ナキ者半数アリトシ直接債務完済ニ要スル金額ヲ超エテ株式總數四千株ノ各株主ニ對シ一株ニ付金十二円五十錢ノ払込ヲ為スヘキ旨ノ催告ヲ為シタル事案ハ當事者間争ナキトコナリ仍テ先ツ第一内地居住者ニ對スル破産宣告効力ノ点ヲ案スルニ朝鮮總督府裁判所ニ於テナス破産宣告ハ朝鮮内ニ限り行ハル、朝鮮民事令ニ依ル旧商法破産編ニ基キ之ヲナスモノナルコト勿論ナルノミナラス破産手続ハ一般的ノ強制執行ニシテ且強制執行ノ効力ハ屬地的ノモノナルヲ以テ特別ノ法規存セサル現時ニ於テハ前示裁判所ニ於テ為シタル破産宣告ハ朝鮮外ニ於テハ全く効力ヲ有セサルモノトス從テ本件破産ノ宣告ハ内地居住者タル被告木村授弥太、小川泰雄、橋本駒三郎、清峯太郎ニ

對シテハ何等ノ効力ナキモノナレハ破産手続上ノ清算ノ為メ株金払込ノ請求ヲ為スコト能ハサルモノト論断セサルヘカラス」

(3) 外國の破産宣告の裁判と屬地主義並びに破産法一三七条について判断したもの。

昭和九年四月二六日神戸地民一決定・昭和八年（ソ）六三号、新聞三七〇七号七頁、評論二三卷諸法四四〇頁、新報三六四号九頁。

「相手方カ昭和七年十一月二十二日独逸國ハンブルクアムツゲリヒト（区裁判所）ニ於テ破産ノ宣告ヲ受ケ其後該決定ノ確定シタルコトハ當事者ニ争ナキトコロニシテ日本ニ於ケル破産申立當時ハ未タ同一人ニ對スル外國ニ於ケル破産宣告決定セサルモ日本ニ於ケル抗告裁判所カ破産原因ノ有無ニ付裁判ヲ為ス迄ニ外國ニ於ケル破産宣告決定ノ確定シタルトキハ破産法第三百七条ノ規定ニ從ヒ破産申立人ハ破産ノ原因タル事案ヲ疎明スヘキ責ヲ免レ却テ債務者ニ於テ破産原因存セサル事案ヲ疎明スルコトヲ要スルモノト解スルヲ相当トスヘク相手方ハ独逸國ハンブルク区裁判所ハ右事件ニ付管轄權ヲ有セスト主張スレトモ之ヲ認ムルニ足ルヘキ疎明ナク成立ニ争ナキ甲第十六及第十七号証ニ徴スレハ右破産宣告決定ハ公告セラレ独逸國法ニ從ヒ適法ニ告知セラルタルコト明カナルヲ以テ右決定ノ確定シタル以上右決定カ日本ニ在ル相手方ニ送達セラレサリシノ故ヲ以テ破産法第三百七条ノ適用ヲ排除シ得サルモノト謂フヘシ然ルニ相手方提出援用ノ總テノ疎明方法ニ依ルモ到底相手方ニ破産原因存セサルコトヲ認ムルニ足ラス却テ抗告人ノ提出援用ニ係ル疎明方法ニ徴スレハ抗告人ノ相手方ニ對スル債權ノ存在及破産ノ原因タル事案ノ存スルコトヲ認メ得ヘシ然ラハ原裁判所カ破産原因ノ疎明ナキモノトシテ抗告人ノ相手方ニ對スル破産申立ヲ棄却シタル失当ニシテ本件抗告ハ其理由アリ仍テ原決定ヲ取消シ更ニ相当ナル裁判ヲ為スコトヲ原裁判所ニ委任スヘキモノト認ム」

(4) 我國の破産宣告の裁判の在外財産に対する効力について判断したもの。

昭和三四年一月一二日東高決定・昭和三二年(ラ)七二八号、下級民集一〇卷一号一頁、時報一八〇号三九頁、東高民時報一〇卷一号三頁、判例時報一八〇号三九頁。

「破産手続は破産者の財産に対する一般的強制執行の手続であるから、強制執行の対象とならない財産は破産財団を構成しない。破産法第三条第一項が日本において宣告した破産は破産者の財産で日本に在るものについてだけその効力があるものとし、外国に在る財産に対してはその効力を及ぼさないことを規定した点からもそのことは明らかである。ところで本件破産宣告前の保全処分目的たる財産は琉球宮古島泊地内に在る沈没船体及びその積荷であるところ、琉球は日本国の領土ではあるけれども平和条約第三条の規定により日本国の統治権の行使が排除され、同所に在る有体動産に対し日本国の強制執行を行うことはできないのであるから、右地域は破産法第三条第一項の適用については外国に準ずるものと解すべく、右地域に在る有体動産はそのままでは日本で宣告された破産における破産財団を構成することはない。もつとも破産管財人が破産財団管理のため裁判所の許可を得て營業の継続をなし、右沈没船及び積荷を引揚げて日本国内に移動させ又はこれを日本国における強制執行の可能な財産に変換させる等のことが行われたときは、その時から右は破産財団を構成することになるけれども、その場合でも右沈没船及び積荷自体がその前に遡って破産財団となるものではない。かような在外財産については、仮に日本国内の裁判所においてその処分を禁止して見ても、当事者がこれを日本の統治権の及ぶ地域外に在る状態のままに他処分した場合にはその意思表示の国外における効力を否定することはできないのであるから、破産者の營業を継続することによりこれを将来破産財団に組入れることを法律上確保する途もない。従つてかような財産については将来の請求権に関する破産法第六条第二項の規定を類推する余地もないのであるから、結局これを破産財団に属すべきものとして破産宣告前の保全処分としてその処分の禁止を命じた原決定は失当として取消を免れない。」

- (1) 加藤正治・破産宣告ノ國際的効力(破産法研究一巻三〇三頁、大正一年一〇月)は、一國の破産宣告が、破産者の他國にある財産に如何なる影響を及ぼすかという分類をたてる。この三分類は、Kohler, Jahrbuch S. 601 の分類に従つたものといふ。著者は同論文三〇四頁にあるように財産に限らず広く「他國ニ対シテ当然効力アリ」といえるかという形で把握してみた。
- (2) 一國が債務者に対して破産宣告手続を進めようとする場合に、それが何らかの涉外要素を含むときに、いずれの國の破産法規に従つて手続を進めるべきかという問題である。破産法が手続法規であり、公序法の性質を有することから、破産を開始せんとする当該法廷地法(Locus)が準拠法となる。この点については、異論はない。もつとも、破産宣告の引きおこす法的効果は、独り手続にとどまらず実体にも大きく及ぶものであるから、破産に関するあらゆる法律關係は、法廷地法に準拠しさえすれば足りると結論するものも、実は早計に過ぎる。破産債權の成立、取戻權、相殺權、別除權、否認權など、外國法に準拠する必要な生ずる場合もある。詳細に論じたものとしては、旧いものでは松岡義正・破産法一四頁(早稲田大学出版發行年不明、破産法制定前)及び山戸嘉一・破産(國際私法講座三卷八九二頁、昭和三九年一〇月)をみる程度である。「破産國際私法」の問題は、今後、さらに詳細な場合分けと予測を必要とする。
- (3) 内外人平等取扱ひに関する議論(破産法二条論)の混乱と論旨の乱れ(例えば、破産法二条は、破産能力に適用がないという議論)は、偏に、「相互主義」の定義を、十分に検討しないまま論理を進めたことにあると思われる。もとはと昔えば、破産という複雑かつ多面的な法律關係を内包した手続について、一括して「相互主義」という制限要素をかけてしまったことに原因していよう。相互主義は、発生的には、國家賠償法六条や民事訴訟法二〇〇条のように、単一の法律關係ごとに留保されてきたものであった。いずれにせよ、破産法二条論の混乱は、今日では、谷口安平・倒産処理法四一三頁(昭和五一年七月)により、完全に解明されたといつてよい。

(4) 塩原千秋・破産法における外國人の地位(判例タイムズ二〇九号七三頁、昭和四二年一〇月)。石原辰次郎・破産法和議法実務総覽二三四頁以下(昭和四八年一〇月新修再版)。

(5) 実務家の側から、若干の報告はある。年代順に指摘すると、松尾翼・U.S. & JAPAN Bankruptcy Law 九四頁以下(昭和

四六年一月、三井哲夫・國際破産(別冊ジュリスト一六号)判例百選・昭和四二年二月、本林徹・外國の破産手続と日本の債権者の権利行使(破産会社S.債権者三一頁昭和五三年八月)。

(6) 明治三三年法律第三二二号商法第三編破産を論ずるときには、併せて商法施行法(明治三二年法律第四九号)一三八条以下一四五条及び商法施行条例(明治三三年法律第五九号)を見る必要がある。商法施行法及び商法施行条例には、普及主義、属地主義のいずれをとるか明文はない。

(7) 破産法(大正一一年法律七一号)の成立経過は、その成立に任を尽された加藤正治・破産法ノ沿革(破産法研究一卷七八頁、五巻四〇一頁以下)を参照。

(8) 加藤正治・新旧破産法案対比(破産法研究五巻三九九頁以下大正一二年五月。この論文は、法学協会雜誌四〇巻四号、五号大正一一年四月、五月から掲載)。

(9) 加藤正治・破産法講義第一〇版付録新旧案対照表。あるいは、加藤正治・新旧破産法案対比(前掲)四〇八頁以下。

(10) この講演は法理研究会でなされたもので、破産法研究五巻に収録された。加藤正治・新旧破産法案対比(前掲)四〇九頁以下。

(11) 新破産法案の提出を受けた帝國議會では、貴族院において、六ヶ条に付き修正を加え、これの送付を受けた衆議院も、貴族院修正案どおり可決した。修正を受けた六ヶ条は、相続財産破産に関する一二条、三一条、四二条、財団不足のときの五一一条、その外では六一一条、三三四条であり、第三三条(属地主義)は修正されなかったのは当然である。右修正に関する経過は、加藤正治・破産法案に対する貴族院の修正(破産法研究六巻五一五頁以下、昭和二年二月)を参照。

(12) 大正一一年一月二八日加藤正治講演(於録俱樂部并護士協会講演)。講演筆記は、加藤正治・新旧破産法対比(破産法研究六巻四五頁以下)。

(13) 後に詳しく述べることになるが、山戸嘉一(前掲)八八九頁は、「属地主義の法的根拠として、或は破産が公の安寧秩序に関する事項であるからその効力の及ぶところは、単に一國の領土内に限るべきであるといひ、或は当事者の意思解狀上債権者は、専らその國所屬の債務者の財産のみに信頼をおき、債務を負わしめたものであるから、破産は、財産の所在國毎に開始せらるべきものであるといっている。しかし、破産は、その性質に鑑みると、一つの訴訟行為であって、共同の強制執行であると解すべき限り、その効力は、当然、専らその國の主権の及ぶ領土内に限らるべきである(Kohler, Lehrbuch, S. 601: v. 6)。

Bar, Theorie, II, S. 561)。」

(14) 破産法制定前段階の學説は、属地主義の結果について当然述べるところがある。前項で紹介する機会がなかったから、ここで、その代表的見解加藤正治・破産宣言ノ對外的効力(破産法研究一卷三二七頁)を紹介する。即ち、「属地主義ヲ採レルヨリ生スル適用ノ結果ニ二三ヲ述ヘン(1)破産財団ノ範圍ハ内國所在ノ財産ニ限ル故ニ破産者ハ破産宣言ト共ニ破産財団ニ對スル管理及ヒ処分ノ權利ヲ失フト雖モ外國ニ在ル財産ニ對シテハ破産者ハ自由ニ之ヲ管理シ又ハ処分スルコトヲ得(2)破産管財人ハ破産財団内國所在ノ財産ノミニ付テ管理及ヒ処分ノ權利ヲ有スルニ止マルカ故ニ進ンテ外國所在ノ破産者ノ財産ヲ占有管理スルコト能ハサルハ勿論擬令外國方我破産宣言ノ効力ヲ認メ任意ニ執行の補助ヲ與ヘタル場合ニ之ヲ管財人ニ引渡サントスル場合ニ於テモ管財人ハ其引渡ヲ受クルコトヲ得ス尤モ外國官庁力任意の補助ヲ與ヘタル場合ニ之ヲ管財人ニ引渡サスシテ我裁判所ノ手ニ引渡シ我裁判所ヨリ再ヒ管財人ノ手ニ引渡シタル際ニ於テ其財産ハ外國所在ノ財産ニアラサシテ内國所在ノ財産ト化シ去レハナリ(3)破産管財人ハ管財人タル資格ニ於テ外國所在ノ破産者ノ財産ニ對シテ外國法ニ從ヒ個個ノ強制執行又ハ訴訟ヲ爲スコトヲ妨ケス又外國ノ破産管財人カ我國法ニ從ヒ我國所在ノ破産者ノ財産ニ對シテ個個ノ強制執行ヲ爲スコトヲ妨ケス是レ固ヨリ破産其物ノ効力ニ非サレハナリ隨テ内國ノ管財人カ外國ハ於テ個個ノ強制執行ヲ爲シテ得タル財産ハ管財人ニ對シテ特別ノ委任ヲ与ヘタル債権者等ノ爲メニ辨濟ノ資ニ供スヘキモノニシテ破産財団ニ屬スヘキモノニアラサルナリ(4)破産宣言ノ時ニ於テ破産者ニ對シ又ハ破産者ノ爲メニ繫屬セル訴訟ト雖モ其訴訟カ外國所在ノ財産ニ關スル場合ニハ中断セラルヘキモノニアラス隨テ何人カ之ヲ受継クヘキヤ否ヤノ問題ヲ生セス破産者自ラ訴訟ヲ繼續スルコトヲ得。(5)否認權ニ付テハ若シ否認サルヘキ行為無クンハ破産財団ニ屬スヘカリシ財産ニ關スルコトキハ之ヲ否認スルコトヲ得ヘシ(Kohler, Lehrbuch, S. 645)。」

——といふ。

(15) 同じく、破産法前段階での學説(加藤正治破産宣言ノ國際的効力(前掲)三三一頁)は、「國際交通益々頻繁ニシテ通信制度ノ完備ハ広キ世界ヲシテ漸次縮少セシムルノ觀アラントシ財産上ニ於テハ漸次内外彼我ノ區別ヲ撤去セントスル必要アル今日ノ時勢ニ於テ極端ナル属地主義ヲ施行シテ以テ之ニ満足スヘキカ予ハ理想トシテハ寧ろ普及破産主義殊ニ國際間ニ於テ一人一破産制度ノ成立ノ期アラントヲ希望セサルヲ得ス」——といふ。

- (16) 判例の検索は、判例体系、判例時報に依った外、昭和八年までのものについては、小西信三編・破産法和議法判例要旨集(昭和八年七月)、戦後から昭和三六年八月末までのものについては、高島義郎・戦後の破産判例の研究(民事訴訟雑誌八号昭和三年一月)、昭和三四年から昭和四五年八月末までのものについては、宗田親彦・最近一〇年間の破産判例の動向(Ⅰ)(Ⅱ)(民事訴訟雑誌一七号一八号、昭和四六年三月、四七年三月)を特に参照した。
- (17) この判例の評釈は、桑田三郎・琉球にある財産と破産法第三条第一項の適用(ジュリスト二二一九〇頁昭和三六年三月)。判旨に賛成している。

四 破産属地主義に関する提言

一 破産の属地主義をめぐる従前の議論は極く一部の例外を除いて在外財産に対する一國の破産宣告の効力を如何に考へるかという形で展開されてきた。しかしながら、「属地主義か普及主義か」という選択は、ひとり在外財産をどう扱うかという問題にのみ係わるものではない。それは、一國の裁判所がなした破産手続における裁判そのもの並びにそれから生ずる当該宣告地法による様々な効果(利益不利益、権限の取得喪失あるいは法律関係の変動)を、外国裁判所がどのように取り扱うかという実践的な選択として存在する。この意味で、外国裁判所の意思決定を迫る諸事項は一國のなした破産宣告にとどまらず、さらに広く、強制和議認可、免責決定、復権など、破産手続上、関連してなされるすべての裁判から生ずるあらゆる効力にわたることとなる。さらに一歩具体化したレヴェルで考えれば、破産宣告の効力問題についてすら一國の裁判所がなした破産宣告の成立自体を他國の裁判所が認めてよいのか、当該破産宣告によって登場する破産管財人を他國の裁判所はどのように扱ってよいのか、債権届出期間の定めを認めるのか等々とい

う複数無限の問題として展開することもできるのである。筆者が、ここで指摘したいのは、破産法はこのように広範にわたるところの一國の破産手続における裁判の外國に対する効力問題のなから、僅か宣告された破産の在外財産に及ぼす効力のみを第三条において取りあげた形になってはいないか。そして、その余の対外的効力については、沈黙している形になってはいないかという点である。いま、仮りにこれを肯定すれば、——立法担当者の意思や大審明治三五年六月一七日判決(前掲)を無視するとして——我國破産法について極めて柔軟な理解が可能であり、同法は、破産手続につきなされる裁判のうち、破産宣告の在外財産に及ぼす効力についてこれを、例外的に属地主義の方向で修正した(全く対外的効力がないとしたかあるいは一定の要件を満たすときに対外的効力があるとしたかのいずれか)もので、破産宣告のその余の対外的効力並びに破産宣告以外の破産手続の裁判の対外的効力については、原則的に普及主義に傾斜した立場をとっているとすることも決して不可能ではない。

二 色々と文献にあたつて、検討を重ねてくると、属地主義といい、あるいは普及主義(さらには助産不助産を区別する折衷主義もある)と言っても、その意義が必ずしも確定的ではないという印象を禁じえない。そして、その原因の一つとして対外的な「効力」というときの、その「効力」の意味が、必ずしも吟味されていなかったことを挙げようようにも思われるのである。三井哲夫・國際破産(前掲)一八九頁が加藤正治・破産宣告ノ國際的効力(前掲)三一六頁以下のフランス法制を普及主義であるとした部分を、否定して、フランス法を属地主義と説明するところをみたり、又、加藤正治・破産宣告ノ対外的効力(前掲)三二二頁がドイツ國內に自國の法制がいずれであるか學說対立のあることを紹介する部分を見ると、一層そのような不安感を深くする。外國の破産手続における裁判を、どのようなときにも絶対に無視する立場を属地主義の理念型とし、一方、外國の破産手続における裁判を、いかなる場合についても何らの

手続を要することなく無条件に承認する立場を普及主義の理念型とすれば、実際には、その理念型と理念型の狭間に、現実の諸國の法制が散在するのであつて、これを、それぞれ分類目的をもつて屬地主義と呼んだり普及主義と呼んできたのではないだろうか。筆者に、外國法制に關する直接のしかも最近の情報を提供する能力のないのを取らざるが、一例としてベルギー法制についての「而シテ外國ニ於ケル破産宣告力自國ニ於テ其効力アルハ主義トシテハ執行判決（Ordre）ヲ必要トスルモノニ非ラス当然其効力アリ唯狭義ニ所謂執行ヲ爲ス場合ニ於テノミ執行判決ヲ必要トス」（加藤正治・破産宣告ノ國際的効力、前掲三二二頁）との説明によれば、「狭義ニ執行ヲ爲ス場合」と然らざる場合を分ける必要がありそうだし、キューバの裁判所のなした協議契約認可の裁判のフランスに於ける効力を判断した判例文が、「而シテ民法第二百三十三條及民事訴訟法第五百四十五條ノ規定ニ依レハ外國裁判ハ自國裁判所ヨリ其執行シ得ヘキコトヲ宣言セラレサル限りハ自國内ニテハ全ク効力ヲ有セサルモノトス此点ニ關シテハ其多數債權者ニ對スルト少數債權者ニ對スルトニ依リテ差異ノ存スルヲ見ス而シテ上告人カ協議契約ヲ引用スルノ目的ハ其強制執行ヲ爲スニ在ラサルハ勿論ナレトモ執行判決ハ單ニ強制執行ニ必要ナルニアラスシテ他人ノ訴求ヲ防禦スルカ爲メ債務者カ外國ニテ為シタル裁判ノ既判力ヲ對抗スルニモ同シク其必要アリ故ニ原院カ執行判決ノ必要アルモノト認メタルハ決シテ上告人ノ引用スル法條ニ違背シタルモノニ非ラスシテ却テ該法條ヲ正確ニ適用シタルモノト謂ハサル可カラス依テ上告ハ理由ナキニ因リ之ヲ棄却ス」と翻訳されている（藤波元雄訳・外國ニ於ケル破産宣告及協議契約ノ効力ニ關スル件、法曹記事一五三号一三八八頁）のを考えると、やはり、問題となる破産手続の裁判毎にその問題とする効力を識別していくとのアプローチが必要のように思われる。一國の裁判所とした訴訟手続における判決について、その判決の、(1)外國裁判所における後行裁判に対する効力(2)既判力と(3)外國裁判管轄地内における実現力(4)即ち執行力及び形成力が別箇に

問題とされるように、破産手続につきなされた裁判も、(1)既判力、(2)執行力及び(3)形成力に分けたうえで、それぞれ、承認又は執行の可否及びその手続を論じる必要があつたものと考えられるのである。

三とところで、破産法第三条の屬地主義を支える根拠は、如何なるものであつたのだろうか。その理論的根拠と実質的根拠を、もう一度点検することとしよう。

梅謙次郎・破産法案概説（法学協會雜誌号外、明治三十六年二月）が、屬地主義と普及主義の優劣につき理論上の論拠がないと述べたのを既に紹介したが、これを別にして、屬地主義の論拠を、論理的に主張するものは次のようなものである。

(1)「破産法ハ公ノ安寧秩序ニ關スル法律ナルカ故ニ其効力ノ及フ所ハ單ニ一國ノ領土ニ限ル」（加藤正治・破産宣告ノ國際的効力前掲三一〇頁以下から）

(2)「破産ハ訴訟事件ニシテ共同ノ強制執行ナリト解スヘキヲ至當トス」「既ニ強制執行ナリトスレハ其ノ効力ハ独リ其國主權ノ及フ領土内ニ限ルヤ明カナリ」（加藤正治・破産宣告ノ國際的効力前掲三二〇頁以下から）

このうち前説は、そもそもあまり支持を得なかつた模様で學者が一致して展開したのが、後説であつた。この考への根本は、裁判（強制執行）が一國主權の發動であり、その領土内に限つて効力を保持すべきであるとの思想であつた。一國が他國の裁判（強制執行）を認めるなどまさに主權の放棄であり、他國に對する調なき服従に等しいと理解されたことによる。然しながら、このような鎖國的な発想は、既に破産法制定前に訴訟法學者が捨て去つたところではなかつたか。明治二十三年四月二二日成立法律二九号民事訴訟法第六編五一四條及び五一五條（以下旧五一四條、旧五一五條）という。現在の五一四條及び五一五條とはほぼ同旨）は、外國裁判所の判決の執行力を、執行判決を条件として承認した。

旧五一五条には条約による相互保証の留保があるものの（この点では破産法の法典調査会草案四条と類似）まさに、他國の判決の強制執行を日本國で行うことを容認する國際的な視野と他國の司法制度に対する信頼の表現であった（旧五一四条一項）。「外國判決の本邦における執行を一切拒否するときは、わが國を隣邦諸國から孤立させ、さらには、それらの諸國からの報復措置を惹起し、ついには國際關係を破壊するに至るおそれがあるからである。」（注解強制執行法（三）三井哲夫、九三頁昭和四九年八月）との理解があつたのである。とすれば、破産法三条には既に、誕生のときから、このような破綻が秘められていたことになる。この破綻は、大正一五年法律六一号をもって民事訴訟法第一編が改正された（五一四条五一五条も同時に改正）その二〇〇条が条約形式によらない相互保証の留保のもと、外國判決の執行力に代えて、既判力と形成力までをも承認するに至つたことから、さらに決定的なものとなつた。大正一五年の民事訴訟法中改正法律案理由書八頁には、「本条ハ外國裁判所ノ判決ノ効力ヲ認ムル条件ヲ定ム現行法五一五条ニ於テ執行判決ニ付本条ト同趣旨ノ条件ヲ定ムルト雖外國裁判所ノ判決ノ効力ヲ認ムルノ必要ハ執行判決ヲ爲ス場合ニ限ラサルヲ以テ本条ノ現定ヲ新設シタリ」との説明があるという（注解民事訴訟法（三）小室直人三三六頁昭和四八年一月）。破産法制定後僅か四年のことである。

一方、屬地主義を支えた実質的な根拠とはどのようなものであつたか。加藤正治前掲三三四頁によると概ね次のような理由が挙げられている（日本の学者の主張ではない）。

(1)「外國ノ裁判ニ容易ニ信用ヲ興フヘカラスルコト」

(2)「言語異リ且ツ遠隔シタル地ニ債權ノ届出ヲ為サシムルハ内國債權者ノ保護能ク其當ヲ得タリト言フヘカラス内國債權者ハ自己ノ近クニ在テ執行シ易ク而カモ之レアルカ為メニ信用ヲ興ヘタル債務者ノ財産ニシテ特別執行ヲ

請求シ得ト爲スヲ至當トスルコト」

右の各主張を検討すると、第一説は、前述したように各國の民事訴訟法が外國の裁判に与える信頼と矛盾するし、実質的にも諸外國司法制度を輸入した我國の立場からは、事実に反することにもなる。第二説は大いに問題であるけれども、第一に、言語の異つた遠隔地の者との間で取引をなすにあつておよそ言語の通じない障害があつたのでは、そもそも取引が始まらないからある程度、障害を克服した者のみが現実の債權者になると考えて心配をすることはなからう。第二に、「二、國際經濟取引」で詳しく検討したとおり、國際經濟取引は、その大部分が、外國債務者の一般財産（相手方国内に所在する）を引当とした信用取引として成立しているのである。債權者国内にある財産を引きあてとして小額規模で展開するものでは断じてない。外國に、對外負債に等しい担保を置いたのでは、経費が成り立たないことも明らかであろう。この点をさらに進めれば、ビジネスサークルでは、既に、相手方の司法制度や裁判所の機能に対して、十二分の信用を与えているといふ切ることができよう。法律家の抱く独善的な不信を持ち合わせていないと言えるのである。

このようにみえてくると、屬地主義を支えた經濟実質的な理由というものも、今日ではもはや存在しない。

一方、在外財産について屬地主義を形式的に適用するところから、種々の不都合を生じるが、その不都合をさけるため実務家が、逆に普及主義の観点から行動し、それが内外國で支持されているのが現実であるように思う。この点を少し説明すれば、在外財産につき屬地主義を形式適用すると、破産者の一部財産が國外にあり、他方、外國の債權者が存在しないか存在しても当該在外財産を知らなるときには、破産者が当該在外財産を全く自由に処分する結果になる。この結論が、我國債權者の感情を損うことは当然であろう。一方、破産管財人にしても、調査を遂げて在外財

産の存在を把握した時に——しかも部外者の債権者が、この在外財産を知ることには不可能に近いから、破産管財人が最初に発見することになる——この在外財産をむざむざ、破産者の自由処分にあねることは、職責上許されないと判断するのも、これまた首肯できるところと思われる。増してや、既に、「二、国際経済取引」でふれたように、膨大な資金が、直接投資あるいは間接投資として海外に流出していることに照らすと、この不都合さの程度を推し測ることができよう。そこで、実際には、色々な方法がとられる。第一に破産法三条を一応前提としたおとなしい処置がある。例えば、財産が日本に入った段階で引渡を受けるあるいは破産者に要請して日本に持帰えるなど（本林徹・破産会社やその子会社等の在外財産と破産財団、前掲六二頁）であるがこれは必ずしも有効ではない。そこで、第二にさらに直接な方法が選択される。破産管財人自らが、海外に赴き、在外財産を占有管理のうえ、海外で処分し又は国内に持ち帰って処分する方法である。⁽¹⁾この方法は、国内的には破産裁判所や破産債権者の支持を得ているようであり、国外に於ても破産管財人の処分権限を含めて外国買主から当然に承認されているようである。⁽²⁾かくして、在外財産に倒産手続が及ばないという考えや、あるいは破産宣告など倒産手続開始決定の形成力が属地的であるという思想が、内外の現実の取引担当者においていかにも不都合なものとして無視されこれに代る普及主義に傾斜した国際的なコンセンサスないしは価値判断が形成されつつあるのを見ることができよう。

四 ところで、訴訟事件について、その当事者のなかに外国国籍の者、あるいは外国法人を含む事件、訴訟の目的たる請求が、渉外的な生活基盤、取引基盤等に基づいている事件は、ひろく渉外的民事訴訟事件と呼ばれている。そして裁判所が、渉外的民事訴訟事件を直接に処理するにあたって、我国裁判所が当該事件を審理することを許されているかどうか、即ち我国に国際民事訴訟管轄があるか否かという問題が論じられる。極端な例ではあるが、原告被告両当事者が、日本国籍を有するケースにおいてすら、外国に所在する不動産に関する物上訴訟の我国裁判管轄権は、否定される運命にあることを思うと、この問題に関して配られるべき注意の程度が理解される（不動産に関する物上訴訟は、不動産所在地に専属管轄権が認められる。これは唯一といってよい国際的普遍原則である。池原季雄・国際私法（経営法学全集二〇巻）三八三頁以下参照）。そしていうまでもないが、従来、国際私法の分野で中心的テーマを占めていた準拠法（法例）に関する諸問題は、国際民事訴訟管轄が肯定された後に始めて立ちいることのできる問題とされる。

ところで、渉外的民事訴訟事件を、いかなる国に管轄せしめるかについては、周知のとおり国際法上成文の規程は、ほとんど（プスタマンテ法典は存在例の一つ）存在しない。各国の国内法上も成文規程はないといってよい。（我國でも成文規程は皆無である。）一方判例の蓄積も未だ十分ではない。比較法的にこれを見ると、内國の利益を保護する方向でこれを決定する立場、国際的な分配に一応の関心を示しながらも不動産あるいは身分関係など國家主權に密接に関連する事件の管轄を主張する立場、各國の裁判所が協力して紛争を解決するとの理念によって裁判機能を各國に分配しようとする立場など様々である（実務民事訴訟六卷一〇頁、池原季雄、平塚真担当、昭和四六年四月）。結論を急げば結局我國では、国際民事訴訟管轄は、裁判の適正、公平かつ能率を目的として、普遍的な立場に立ち、条理によって決定するというのが人類の普遍社会に最もよく妥当する考え方とされる。

しかし、このように条理に従った決定を下すとしても、そのアプローチの手段として従来から次の二つが区別されるようである。

一つは、民事訴訟法に定める普通裁判籍、又は特別裁判籍があるときに、これから推知して国際裁判管轄を認めようとする立場（兼子一・民事訴訟法体系六六頁昭和二九年六月、宮崎幸彦・貿易実務講座五二九―五三〇頁）であり、他は、国

際裁判管轄の決定を、裁判管轄権の国際的規模での場所的分配の問題としてとらえ、いかなる国で裁判を行うのが合目的であるかを考慮しながら、この見地からのみ民事訴訟法の規定の類推を認めるもの（池原季雄・前掲実務民訴講座六巻一四頁）である。

裁判例についてみると、第二の説に従うものが多くなっている。その極く一部を紹介すれば「本件訴えにつき、いかなる国の裁判所に裁判管轄権を認めるのがこの裁判を適正・公平かつ能率的に行うのに最も適しているかということと十分に考慮すると共に、わが国内民事訴訟法上の土地管轄に関する規定を参酌して、これを決定するのが相当である」というものである（東地判昭四九・七・二四、判例時報七五四号五八頁）。この外、最判昭和三九・三・二五、民集一八巻三号四八六頁も同じである。

このように、極めて理性的な判断から、涉外的民事訴訟事件について国際民事訴訟管轄が問題になるのだとすれば破産事件についても、やはり破産事件管轄の国際的規模での分配という観点から、破産手続の能率公平を目的として国際破産管轄を定めることが必要なのではあるまいか。個人の場合には個人の経済社会生活の中心地である営業所又は本拠たる住所所在国が唯一の国際破産管轄を有し、法人の場合は、その経営頭脳が集まる意思決定機関（取締役会、経営会議など）の所在地が唯一の国際破産管轄を有するとすることができないだろうか。破産手続が、基本的には総財産の解体という発想であるとするならば、財産の所在地別に手足を切りとって一部破産を続けることは、必ずしも適わしいものとも思えない。国際破産管轄を肯定すればより有効な処理が可能になると考える。例えば、複数破産管財人の衝突を避けることができよう。破産管財人の国境を超えた財団増殖を期待できよう。破産原因の調査範囲、配当対象債権者の範囲も定まることにならう。債務者の企業信用を引当として国際取引の意思決定をした各国の破産債権

者を平等に扱うことも可能になると思われる。

ところで右に述べた国際民事訴訟管轄の問題が格別に認識されるに至ったのは最近のことであるので破産法分野での従来の議論は、我國の破産管轄を肯定するに乱暴であったといえよう。概観するに従来次のような理解があったようである。破産法二条本文が「外国人又ハ外国法人ハ破産ニ関シ日本人又ハ日本法人ト同一ノ地位ヲ有ス」と定めていること、一〇五条中に「外国ニ主タル営業所ヲ有スルトキハ日本ニ於ケル主タル営業所ノ所在地」との定めのあること、一〇七条の財産所在地管轄のあること、さらに、三条が、一人数破産主義によったとされたことから、外国人についてはその営業所又は住所が日本にあれば、外国法人については日本における営業所があれば、（そして法人個人をつうじて、そもそも日本国内に財産がありさえすれば）我國裁判所が破産宣告できるとの考えである。⁽¹³⁾この立論にはやはり問題がある。即ち、国際民事訴訟管轄の決定に関し、前述のとおり我國民法の土地管轄の定めをその根拠にすることができないのだとすれば、まさに同じ理屈で、破産法の土地管轄の規定をもって、直ちに国際破産管轄が規定されたと理解する必要もないのである。このことは、特に外国法人に対する我國民事訴訟管轄について民法四三条三項（第一項ノ規定ハ外国ノ社団又ハ財団ノ普通裁判籍ニ付テハ日本ニ於ケル事務所 営業所又ハ業務担当者ニ之ヲ適用ス）あるいは、民法八八条（日本ニ住所ナキ者又ハ住所ノ知レサル者ニ対スル財産権ノ訴ハ請求若クハ担保ノ目的又ハ差押フルコトヲ得ヘキ被告ノ財産所在地ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得）にも拘らず、ただこれを形式的に満すだけでは管轄が認められないことに思いを致せば、十分に納得のいくことと思う。⁽¹⁴⁾

かくして、国際破産管轄の理念から、国際的な管轄の分配を考える途が正しいと思われる。⁽¹⁵⁾

五 最後に以上雑然と述べた筆者の提言を簡単にまとめる。⁽¹⁶⁾

(1) 國際破産管轄の理念から、我國裁判所が破産を宣告できる事件と他國の裁判所に委ねるべき事件と區別すべきである。破産法一〇五条、一〇七条は、國際破産管轄を規定した条文ではない。國際破産管轄は条理により定められるのでかく解するにつき、成定法上の制約は存在しない。

(2) 國際破産管轄を肯定したうえでなされた破産宣告は、既判力及び形成力の範圍で直ちに外國に於いて効力を生ずると解する。従つて、我國の裁判所の宣告した破産宣告により、債務者が破産者となつたこと、破産管財人が選任されたこと、被選任者を破産管財人と認めること、債権届出期間等の制約を生ずること、法律關係に影響を及ぼすことなど形成力の効果に属するものは、執行判決などの特別な手続を要さず、直ちに外國において効力を生じ、外國裁判所にその承認を期待できる。又、外國裁判所に、同一破産者に対して破産宣告をしない拘束、つまり既判力も、何らの特別の手続を要することなく生ずると解する。これらの事項については矛盾する破産法の明文はなく、かえつて、破産法一〇八条、民事訴訟法二〇〇条から、十分に根拠づけられる。國際破産管轄を有する外國裁判所のなした破産宣告の我國における効力も、右に同様、認めることとなる。

(3) 破産宣告の執行力（財団への組入れ、又は財団の増減の原因となる効果）については、破産法三条は、当然には執行力を有しないと述べたに過ぎないので、破産法一〇八条、民法五一四条、五一五条に従い、外國での執行判決を得て、外國に効力を及ぼすことができる。つまり、我國破産管財人が、在外財産を管理できるし、執行の停止を求めることもできる。一方、外國裁判所の破産宣告も、我國裁判所から執行判決を与えられれば、我國で同一の効果認められる。破産法一三七条は、國際破産管轄のある外國裁判所の破産宣告に対する執行判決付与手続において、實質審理をしない旨を表現した規定で、民法五一五条一項と同趣旨である。あるいは破産宣告をした

外國裁判所が國際破産管轄を有せず、かえつて我國に國際破産管轄がある場合の特例を定めたと解することとなる。このとき、「疏明」とあるものの、破産法一三二条二項の「疏明」が「証明」とされるのと同様、「証明」が必要となる。

(4) 破産手続でなされる強制和議認可、廢止決定、終結決定、免責決定、復権決定などの諸裁判も、直ちに外國に於て効力を生ずる（これを利益に利用するものは、併せて破産宣告のあったことを証明する必要がある）。國際破産管轄を有する外國裁判所の同種の裁判についても同じである。

(5) 國際破産管轄は前述のとおり、条理に従つて配分決定される。従つて、破産法一〇五条の「外國ニ主たる營業所ヲ有スルトキハ日本ニ於ケル主たる營業所ノ所在地」との部分は、國際破産管轄を決するうえで、全く無意味な規定である。意味があるとすれば、一つは、國際破産管轄を有する裁判所なした破産宣告などの破産手続関連裁判につき我國裁判所が執行判決を与えるときに、日本に營業所があればその營業所所在地の裁判所でこれを付与することを定めたと解する点である。二つは、外國に登記公告された形式上の營業所（民法五〇条の「主たる事務所」、商法五四条二項の「本店」に相当するもの）があつても、日本に、経営頭腦が集中しており我國から発する指令により取引が成立するという実体があるときは、我國が國際破産管轄を有するが、その場合の、我國複數營業所のうち、より中心的なものの所在地の管轄を定めたと解する点である。（商法四七九条は、「營業所」と定めるが、破産法一〇五条は「主たる營業所」としている。）

(1) 例え加藤正治・破産宣告ノ國際的効力（破産法研究一卷三〇三頁以下）は、「普及主義トハ破産者ノ住所所在地所在ノ裁判所ノ為シタル破産宣告ハ他國ニ對シテ當然効力アリ外國所在ノ破産者ノ財産ハ破産財団ニ屬スト為ス所ノモノナリ」と述べて、

在外財産に対する効力の外に、問題とすべきことがあるとの立場を示すが、具体的な展開は、もっぱら在外財産に集中している。近時、属地主義をさらに広い立場から検討したものと、三井哲夫・國際破産(ジュリスト別冊一六号涉外判例百選一八八頁、昭和四二年一月)がある。判例では、前項で紹介した大審院明治三五年六月一七日民一判(民録八輯六卷八五頁)が、免責の裁判の効力を問題とした。

(2) 私人がこれをどのように取り扱うかは、基本的にはその私人の自由であろう。しかしながら、私人の側でも、合理的な予測を必要としていることは当然である。外国管財人が日本国内財産を処分しようとするとき買主たる日本人に当該売買の効力について、十分な予測が必要である。

(3) 「形」という表現を用いたのは、既に述べたような立法経過からして立案者の意向は、あらゆる問題を検討の上、属地主義を採用するところにあつたという反論も成立すると考えたからである。この外、破産法一三七条をもって、一人数破産という立場からあらゆる事項につき属地主義を採用した根拠とする余地もある。しかし、一三七条をもって、少くとも、一定の効力を国内的に認める限りにおいて、普及主義の系譜に属することと十分に可能である(例えば、斎藤常三郎・破産法及和議法研究六卷一一九頁)。

ところで、破産法三条は、一項で「日本ニ於テ宣告シタル破産ハ」といい、二項で「外国ニ於テ宣告シタル破産ハ」と表現するので、これを「宣告された破産宣告は」との意味において理解するものである。

(4) 外国裁判所のものなした判決の効力を扱った最近の最も精緻な議論は、注解民事訴訟法(三四五頁以下(小室直人担当、昭和四八年一月))及び注解強制執行法(九一頁以下(三井哲夫担当、昭和四九年八月))である。後者によれば、外国判決の既判力と形成力は、民事訴訟法二〇〇条各号の要件を満たせば、当然に(執行判決なくして)承認されるが、執行力(「給付命令」という用語を使用)だけは、執行判決により承認されなければならないとする(一一二頁以下)。

(5) 如何なる効果をもって、破産手続における裁判の既判力とし、執行力とし、あるいは形成力とするのかは、やはり必ずしも明確でないように思う。試みに言えば、破産宣告が、債務者をして破産者の地位に転換させること、破産管財人の選任、法律行為に対する効力、強制和議、免責復権などは、形成力の問題とされよう(注解強制執行法(前掲一二〇頁を参照)。他國でさらに破産宣告ができるか否かは、既判力の問題である。破産管財人の、財産に対する占有、管理及び換価、財団の増減に関する諸効果(否認権、取戻権、相殺権、別除権)、並びに訴訟等に及ぼす効果は、それぞれ執行力の問題と解することができると思う。

(6) 属地主義と普及主義の区別を、外國破産宣告に当然に既判力を認めるか否かに求める見解が、三井哲夫・國際破産(前掲)に紹介されているが、特定の効力を分類道具とする方法は、論理的に正しいものと思う。筆者の興味は、それぞれ問題となる裁判ごとに問題となる効力を特定して論じられる状況の形成されることであつて、その結果をもとに、属地主義あるいは普及主義のレッテルを貼ることは興味の外である。

(7) 明治二三年法律二九号民事訴訟法五一四條五一五條は次のとおり。

五一四條「外國裁判所ノ判決ニ因レル強制執行ハ本邦ノ裁判所ニ於テ執行判決ヲ以テ其適法ナルコトヲ言渡シタルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得

執行判決ヲ求ムル訴ニ付テハ債務者ノ普通裁判籍ヲ有スル地ノ区裁判所又ハ地方裁判所之ヲ管轄シ又普通裁判籍ナキトキハ第十七條ノ規定ニ從ヒテ債務者ニ對スル訴ヲ管轄スル裁判所之ヲ管轄ス」

五一五條「執行判決ハ裁判ノ適否ヲ調査セシテ之ヲ爲スコシ

執行判決ヲ求ムル訴ハ左ノ場合ニ於テハ之ヲ却下ス可シ

第一 外國裁判所ノ判決ノ確定ト爲リタルコトヲ証明セサルトキ

第二 本邦ノ法律ニ依リ強テ爲サシムルコトヲ得サル行為ヲ執行セシム可キトキ

第三 本邦ノ法律ニ從ヘハ外國裁判所ノ管轄權ヲ有セサルトキ

第四 敗訴ノ債務者本邦人ニシテ訴訟セザリシトキ但訴訟ヲ開始スル呼出又ハ命令ヲ受訴裁判所所屬ノ國ニ於テ又ハ法律上ノ補助ニ依リ本邦ニ於テ本人ニ送達セザリシトキニ限ル

第五 國際條約ニ於テ相互ヲ保セサルトキ」

(8) 既に非居住者に対する債権の回収免除許可手続のことを述べたが、実務では、日本の各債権者が外國倒産手続に参加し、当該外國破産裁判所又は外國破産管財人の配當に関する証明書の提出を求めて許可申請をさせている。

(9) 本林徹・外國の破産手続と日本の債権者の権利行使(破産会社S債権者三一頁、昭和五三年八月)には、ドイツのヘルシユタット銀行につき破産類似手続のなされた際、同銀行からアメリカのチェイスマンハッタン銀行に対する預金助定残が約二〇〇億ドル近く残り、これを仮差押をしたアメリカ及びアメリカ圏外の銀行債権者と、ドイツで選任を受けた破産管財人と、

さらにアメリカ国内で破産申立をした債権者の中で、複雑な問題の発生したことが紹介されている。このケースで注意をしたのは、破産者が為替銀行であるという珍しい事例であること、従って海外に預け金勘定を残す恒常的な必要性のあること、この預け金は、アメリカの為替銀行との取引のみを原因として貸借記されるのではなく海外のあらゆる為替銀行との間の為替取引と連動して操作され、そのフロー(流入)は一瞬に行われることを注意する必要がある。さらに、現実に仮差押をした債権者の中に、ドイツの銀行、スイスの銀行など、アメリカ国外の銀行債権者があることも重要である。このような意味で、ヘルシュタット銀行のケースでも、国内財産を担保とする債権関係が発生するなどという図式が成立しないことがわかると思う。

(10) 債権者が、在外財産に強制執行をすればよいとの見解も立とう。しかし現実論から言えば、債権者が在外財産を発見するのは、ほぼ不可能である。しかも在外財産発見の時点から、当該財産をめぐる破産管財人と債権者の激しい競争が始まるようになってよい。破産管財人は、在外財産を発見したときは、債権者にこれを渡らすことなく直ちに回収にかかる。全債権者に、一錢でも多く配当する立場からは極めて当然である。

(11) 東京地裁昭和五二年(ワ)第二二〇号破産事件(破産者ベトリカメラ株式会社)破産管財人弁護士松尾翼の調査報告書に、破産管財人のこのような認識と行動を示す部分がある。即ち、「第四章現状及び今後の方策第一節破産管財人の活動」海外出張(財団増殖のため)」という一項が設けられているのがそうであるし、同項中は、「さらにそこで急遽裁判所の許可を得たうえ、当管財人自ら二月一日より二月二日まで、ヨーロッパに赴いてフィンカメラ社との交渉をなした。…その結果、フィンカメラ社との間に、(A)全世界のベトリブランドを裁判所及び日本政府の許可とれ次第総額四〇〇〇万円で購入する。(B)ベトリインターナショナルコーポレーションの株式は、三月一五日までには買取りオプションを行使する旨の契約を成立させた。」とその状況を報告する。

(12) 管財人が、海外出張をし、在外財産を処分しあるいは維持し、又は海外での訴訟の当事者になる例は、破産会社におけるよりも、更生会社の場合の方が多いようである。例えば東京地裁昭和五〇年(シ)第一五号更生会社栄光ビジネス株式会社の例をとっても、(1)更生会社名義の海外子会社株式を実質的所有権を主張する者が海外で処分するに際し管財人が権利を主張し一方海外買主が更生管財人の署名を併せて求めるといふ事例があり、管財人がこれに署名した例があるし、さらに(2)外国裁判所が日本の更生会社を被告とする訴訟事件で更生管財人を代表者として扱ったという事例もある(Superior Court of the State

of California for the County of Santa Clara, Litronix, Inc. vs. Eiko Business Machine Co., Ltd. et al. No. 341297).

(13) 元法典調査会草案一〇四条は「外国人又ハ外国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産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区裁判所ノ管轄ニ属ス」としており、梅謙次郎・破産法草案概説(法学協会雑誌号外、明治三六年二月)五一頁も、これにつき「國際裁判管轄のうえで特別の問題があるとは判断していない。大正一〇年一月完成した新破産法草案の該箇所は、破産法と同じであるが、加藤正治・新旧破産法案対比(破産法研究五巻三九九頁)も「それから第二条は外国人及び外国法人の破産は如何に取扱ふかと云ふことを規定致しましたので、是も亦新旧案とも同じであります」(四〇八頁)と語るのみで、土地管轄につき格別付加しない。加藤正治・破産事件ノ土地ノ管轄(破産法研究一巻三三六頁)も、我國の管轄を当然としている。制定後の状況は、条文を平易に解説するに留まるものがすべてで、問題を指摘するものがない(従前掲げてきたすべての体系費及び論文は、一〇五条の要件及び一〇七条の要件を満たす限り外国人又は外国法人に対する管轄を認める)。

(14) 池原季雄・平塚真・津外訴訟における裁判管轄(実務民事訴訟講座六巻一九頁)は、「被告である法人その他の団体が主たる事務所又は営業所を外国に有しながら従たる事務所又は営業所を日本に有し、あるいはその業務担当者の住所が日本にある場合には、國際的管轄権は、その日本における業務に関するものに限って認められるべきである(民訴四三三項、九条)」という。

(15) 本稿で述べたところは、ほぼ会社更生法についても妥当なところと思う。しかしながら、外国法人に対して、我國では会社更生手続の開始を認める見解が圧倒的のようである(条解会社更生法上一五三頁以下、昭和四八年四月)。國際会社更生管轄という認識を導入したならば、如何であろうか。外国法人に対して我國で会社更生を開始することは、理論的な問題を別にしても、実質的には問題があるように思われる。第一に、外国法人が本格的な営業活動を実施するときには、現地法人を設立する。その意味で、営業所を設けている段階では、営業所の資産などは、零に近い。債権者にしても、念頭におくのは本國の借入状態である。第二に、営業所の業績が悪くなれば、本國では、営業所を整理する方法をとる。債権者の側からしても営業所の財産では足りないのを知っているし不足があれば、本國に強制執行をすればよい。そもそも、営業所は、本國(本店)の現金送金と指導によって営業してきたのであるから、開始決定され、別会社移行しか道がないとすれば、本國(本店)が援助を続ける理由が消滅するので、更生の見込みは全く立たない。

(16) 破産とは類似する部分もないのではないが、禁治産宣告の国際的管轄権も、近時、論議を招いている。法例四条二項が、関連するが、この問題も、特定国(経済社会活動の中心地)の管轄に集中する傾向にある(川上太郎・禁治産の国際的裁判管轄権(西南学院大法学論集一卷二号二二一頁昭和四三年八月))。

(17) これまでは、もっぱら、現代の社会関係の実体及び、社会に存在する価値判断ないしは理想標準を紹介し、併せて、破産法の論理体系が、純粋論理としてかつ社会関係、価値判断、あるいは理想標準との相互関係において、動搖を生じていることを指摘した。これからの作業は、このような動搖を見てとったところから形成された一定の判断を、現行破産法体系のなかに矛盾なく埋め込む作業となるべきであろう。即ち、「一 さて然らば、かくの如き重要な現行法の体系なるものを、一面において、論理的に矛盾なき体系であり、しかも他面において、新しき要素を包含する余地を与へ得るやうに可動的なものとなさんがためには、如何にすればよいのであろうか。

それは、結局、その体系の中に包含せられる概念と規則の意味内容を吟味し、時代の推移に伴つて常に妥当な意味内容を与へ、その内容の硬化せざらんことに努めることである。総ての規定、総ての概念は、その発生に當つては、一定の具体的な内容を与へられることによつて合理性を有して居つたに相違ない。けれども、社会の推移に伴つて、その具体的な内容とせられた事情に変化を生ずることは、拒否し難い事実である。従つて、この場合に、なほ当初の内容を形式的に墨守しては、もはやその概念や規則をしてその本来有して居つた合理性を保持せしめ得なくなることは、晴易い道理である。従つて、我々は、総ての規定乃至概念を分析して、その一定の時代、一定の社会において与へられた具体的な内容とその合理性との間に存する關係を捕捉し、これに基いて、新しき社会状態の下にその内容のウムビルデンを企てねばならない。かくして、はじめて、法律体系は、その支柱となり枢軸となる規定や概念の硬化することを避け、フレキシブルなものとして進展し得るのである。」という作業が求められる(我妻栄・私法の方法論に関する一考察(前掲五五四頁))。しかしながら、これとても、従前に少しく述べた所をこえて、筆者が、美しい体系を築きあげる自信はまったくない。以下、本文では、涉外關係条文について、筆者の判断を先行させた場合に、どのような衣を着せることができるかを試みたにとどまる。

(むすび)

筆者の能力が限られることから、破産の涉外關係に関するヨーロッパ諸国の法制や判例を調査していないのが致命的な欠陥であるように思う。国際的な破産問題に関する様々な国際会議や、アメリカの諸判例、成典法に触れ得なかつたことも、本稿への興味を殺ぐように思う。

もし、可能ならば、後日を期したい。