

## 和仏法律学校講義録

岡, 實 / 富井, 政章 / 松岡, 義正

---

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

3-23

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

55

(発行年 / Year)

1902-10-15

(明治三十四年十一月十日日本三權郵務認可 每月二回)  
明治三十五年十月十五日發行

三十五年度 第二學年

# 和佛法律學校講義錄

和佛法律學校發行

第貳拾參號



第三學年第二十三號目次

民法物權 自第七章  
至第十章(頁二二五  
至二三八)

法學博士 富井政章

破産法 (頁三三三  
至三三九)

法學士 松岡義正

行政法 (頁五〇三  
至五一四)

法學士 岡買

雜報

○交互計算ト小切手ノ振出○手形ノ振出地ト同一ナル地名二箇以  
上アル場合ニ於ケル手形ノ效力○收用土地ノ價格算定

090  
1902  
2-433

デアルト假定シマセウ此場合ニ於テ甲ガ乙ノ爲メニ其第一順位ヲ讓渡シタト  
スレバ乙ハ素ト五千圓ナラデハ受取ルコトヲ得ザリシモノガ順位ノ讓渡ヲ受  
クタガ爲メ正反對ニ一萬圓ヲ受取リ甲ガ五千圓ヲ受取ルコトト爲ル若シ又抵  
當不動産ノ價格ガ各自ノ債權額ト同一即チ一萬圓デアルトスレバ乙ハ其代價  
ノ全額ヲ受取ル結果ト爲リマス

第五 順位ノ拋棄、抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル債權者ノ爲メニ其抵當權  
ノ順位ノミヲ拋棄スルコトヲ得ル 例ヘバ茲ニ甲、乙、丙ノ三人ガ各、丁ニ對シテ  
一萬圓ノ債權ヲ有シテ居ル、而シテ其債權ハ言フマデモナク何レモ抵當權ニ依  
テ擔保セラレテ居ル、甲ハ第一順位、乙ハ第二順位、丙ハ第三順位ニ在ルト假定シ  
マセウ、而シテ抵當不動産ノ價格ハ前例ニ倣ッテ一萬五千圓ト假定シマセウ、此場  
合ニ於テハ甲ハ先ツ一萬圓ヲ取リ、乙ハ五千圓ヲ取リ、丙ハ一錢一厘ヲモ取ルコ  
トヲ得ザル譯デアルガ、甲ハ丙ノ爲メニ其第一順位ヲ拋棄シタ、此場合ニ乙ハ其  
結果トシテ其第一順位ニ上ルベキガ如クデアルガ、乙ノ利益ノ爲メニ爲シタ行  
爲デナイ依ニ此處分ハ乙ニ利益ヲ生ズル結果ヲ生ジテハナラス、即チ乙ハ此處

090  
1902  
3-1-23

デアルト假定シマセウ此場合ニ於テ甲ガ乙ノ爲メニ其第一順位ヲ讓渡シタト  
スレバ乙ハ素ト五千圓ナラデハ受取ルコトヲ得ザリシモ乙ノ順位ノ讓渡ヲ受  
クタガ爲メ正反對ニ一萬圓ヲ受取リ甲ガ五千圓ヲ受取ルコトト爲ル若シ又抵  
當不動産ノ價格ガ各自ノ債權額ト同一即チ一萬圓デアルトスレバ乙ハ其代價  
ノ全額ヲ受取ル結果ト爲リマス

第五 順位ノ拋棄、抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル債權者ノ爲メニ其抵當權  
ノ順位ノミヲ拋棄スルコトヲ得ル 例ヘバ茲ニ甲、乙、丙ノ三人ガ各、丁ニ對シテ  
一萬圓ノ債權ヲ有シテ居ル而シテ其債權ハ言フマデモナク何レモ抵當權ニ依ッ  
テ擔保セラレテ居ル、甲ハ第一順位、乙ハ第二順位、丙ハ第三順位ニ在ルト假定シ  
マセウ、而シテ抵當不動産ノ價格ハ前例ニ倣フテ一萬五千圓ト假定シマセウ、此場  
合ニ於テハ甲ハ先ツ一萬圓ヲ取リ、乙ハ五千圓ヲ取リ、丙ハ一錢一厘ヲモ取ルコ  
トヲ得ザル譯デアルガ、甲ハ丙ノ爲メニ其第一順位ヲ拋棄シタ、此場合ニ乙ハ其  
結果トシテ其第一順位ニ上ルベキガ如クデアルガ、乙ノ利益ノ爲メニ爲シタ行  
爲デナイ故ニ此處分ハ乙ニ利益ヲ生ズル結果ヲ生ジテハナラス、即チ乙ハ此處

分ノ爲メニ毫モ利益ヲ感ゼザルモノトシテ結局初ニ申シタ如ク五千圓ヲ取ルコトニ爲ラチバナラヌ而シテ丙ハ順位拋棄ノ結果トシテ甲ト對等ノ地位ニ立ツ譯デアアル故ニ甲ト一萬圓ヲ折半シテ各五千圓ヲ取ル結果ト爲ラチバナラヌ、讓渡ノ場合デナイガ故ニ一萬圓ヲ取ル譯ニハイカヌ、順位拋棄ノ結果ハ共ニ對等ノ地位ニ立ツト云フマデノコトデアアル、又此場合ト前ニ説明シタ抵當權ノ拋棄ノ場合ト相異ナル所ハ順位ノ拋棄ト云フ以上ハ其拋棄ニ因テ利益ヲ受クル者ハ必ズ抵當權者デアアル此點ガ二ツノ場合ノ同ジカラザル所デアリマス以上列舉シタル各種ノ處分ハ單ニ當事者ノ行爲ノミニ因テ第三者ニモ對抗スルコトヲ得ルモノトセバ第三者ハ意外ノ損害ヲ被ルコトト爲ル故ニ民法第三百七十五條第二項ニ於テ抵當權者カ數人ノ爲メニ其抵當權ノ處分ヲ爲シタルトキハ其處分ノ利益ヲ受タル者ノ權利ノ順位ハ抵當權ノ登記ニ附記ヲ爲シタル前後ニ依ルトシテアル、既ニ抵當權ノ登記アルニ因テ更ニ新ナル登記ヲ爲スコトハ必要デナイ、抵當權ノ登記ニ附記スルニ止ムル方ガ抵當不動産ノ現狀ヲ知ルニモ便利デアアル、公示方法トシテハ之ガ爲メニ別段不備ヲ感ズルコトハ

ナイノデアアル、而シテ尙ホ此等ノ處分ヲ以テ債務者保證人抵當權設定者及ビ其各自ノ承繼人ニ對抗スルコトヲ得ルニハ債權讓渡ノ規定ニ從テ主タル債務者ニ其處分ヲ通知スルカ、又ハ主タル債務者ガ之ヲ承諾スルコトガ必要デアアル然ラザレバ主タル債務者ハ此等ノ處分アリシコトヲ知ラズシテ抵當權ノ處分ヲ爲シタル者ニ辨濟ヲ爲スカモ知レヌ、斯ル場合ニハ辨濟者ニ更ニ辨濟ヲ爲ス不利益ヲ受ケシムルカ、又ハ抵當權處分ノ利益ヲ受ケタル者ニ損害ヲ被ラセルコトニ爲ルカ、孰レニ爲ルモ不當ノ結果デアアル、是レ即チ債權讓渡ノ場合ニ於ケルト同一ノ手續ヲ必要トシタル譯デアリマス(第三七六條第一項)而シテ其制裁ハ言フヲ埃タザルコトデアラ、主タル債務者ハ此通知ヲ受ケタルカ又ハ承諾ヲ與ヘナガラ受益者ノ承諾ナクシテ辨濟ヲ爲シタルトキハ其辨濟ヲ以テ受益者ニ對抗スルコトヲ得ザル結果ト爲ル(同條第二項)

#### 第四款 第三取得者ニ關スル效力

抵當權ハ物權ノ一ツデアアル、隨テ優先權ト追及權ヲ生ズル故ニ抵當權ノ設定後

第三者ガ抵當不動産上ニ如何ナル權利ヲ取得スルモ抵當權者ハ之ニ對シテ其權利ヲ實行スルコトヲ得ルハ當然ノ事デアラシ然レドモ財產流通ノ爲メニハ抵當權者ニ損害ヲ被ラシメザル範圍ニ於テ此效力ヲ制限シテ、第三取得者ヲ保護スルコトガ必要デアアル故ニ諸外國ノ法律殊ニ佛蘭西法系ニ屬スル諸國ノ法典ニ於テハ第三取得者ノ爲メニ抵當權ノ實行ヲ免ルル種種ノ方法ヲ認メテアリヤス、即チ舊民法ノ如キハ佛蘭西民法ニ倣フテ競賣處分ヲ受クルコトノ外ニ第三者ニ種種ノ權利ヲ與ヘテ居マス、即チ(一)抵當權ニ依テ擔保セララルル債務ノ全額ヲ辨濟スルコト(二)抵當權者ニ對シテ債務者ガ辨濟ヲ爲スニ足ルベキ他ノ財產ヲ有スルコトヲ證明シテ先ヅ其財產ニ付キ辨濟ヲ受クベキ要求ヲ爲スコト之ヲ稱シテ檢索ノ抗辯ト謂フ(三)滌除ヲ爲スコト(四)抵當不動産ヲ委棄スルコトデアアル舊民法債權擔保編第二五二條此等ノ方法中ニ於テ檢索ノ抗辯ト抵當不動産ノ委棄トハ佛國ニ於テモ從來諸學者ノ大ニ批難スル所ノモノデアアルガ故ニ民法ニハ之ヲ採用セラレナシ、民法ニハ他ノ二ツノ方法即チ辨濟ト滌除ト關スル規定ヲ設ケラレタノデアアル、但辨濟ニ付テモ是ヨリ説明スル所ニ依テ分

第

取得者ニ對シテ亦消滅シタルモノト看做シ且第三取得者ヲ所有者ニ非タル者ヨリ目的物ヲ取得シタル者トシテ取扱フベキモノトシ賣主ノ所有權又ハ占有權ニ基ク目的物ノ返還ノ請求ニ應スベキ義務ヲ第三取得者ニ負ハシメタリ但第三取得者カ實體法上他人ノ所有物ニ關シ權利ヲ維持スルコトヲ得ル場合殊ニ第三取得者カ其取得ノ當時善意即チ取戻權ノ成立ヲ知ラザルトキ(獨逸民法第九三二條、第一二〇七條、同商法第三六六條、第三六七條)ハ此限ニ在ラスト主張シ消極論者例ヘバ「エケル」ニ「エゲル」ニ「ヒル」マン民等ハ賣主ノ取戻權ハ唯破産者及ヒ管財人ニ對シテ行使スルコトヲ得ヘク第三取得者ニ對シテハ行ハレサルモノトシ第三取得者カ惡意殊ニ賣主ノ取戻權ノ實効ナカラシムルカ爲メニ買主ヨリ賣買ノ目的物ヲ讓受タルカ如キ場合ニ於テハ賣主ハ第三取得者ニ對シ不法行為ニ基ク損害ノ賠償ヲ請求スルノ權利ヲ有スルノミト主張シタリ獨逸民法第八二三條)予輩ハ前説ヲ正當ト認ム蓋シ惡意ノ取得者ハ特別ニ保護スルノ必要ナキヲ以テ之ニ對シテハ取戻權ノ效力ヲ及ホスコトヲ得セシメ以テ賣主ノ利益ヲ保護スルハ極メテ取戻權ヲ設ケタル立法上ノ目的ニ適合スレハナ

リ(民法第一九二條第一九五條等)第二ニ問屋カ買入委託者ニ對シ物品ヲ發送シタル場合ニ於テハ前述シタルモノト同一ノ要件ノ下ニ於テ破産シタル買入委託者ノ破産財團中ヨリ發送物ノ取戻ヲ請求スルコトヲ得但問屋ハ代金ノ完済ノミナラス立替金報酬等ノ完済ヲ受クルニ非スシハ發送物ニ關シ完済ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス故ニ買入委託者カ其破産宣告以前ニ於テ賣主タル第三者ニ對シ代金支拂ノ債務ヲ引受ケタルトキハ問屋營業者カ之ニ依リ該第三者ニ對シ代金支拂ニ付キ免責シ且同時ニ立替金報酬等ニ付キ辨済ヲ得タルトキニ限リテ該引受ケ問屋ニ對シ發送物ニ對スル完済ト爲ル然レトモ賣主カ買入委託者ヲ問屋ニ代リテ債務者トシ且後者ヲ免責シタルトキハ問屋ハ爾後同一ノ取引ニ付キ問屋トシテ取扱ハルヘキモノニ非サルヲ以テ破産シタル買入委託者ニ對シ何等ノ權利ヲ有スルコトナク隨テ取戻權ヲ行フコトナシ反テ賣主カ其權利トシテ前述シタル要件ノ下ニ於テ取戻權ヲ行フモノタリ元來委託者ノ爲メニ物品ヲ販賣シタル問屋ハ賣主其モノニ非ス又問屋ニ目的物ヲ賣渡シタル第三者ハ買入委託者ニ對シ何等ノ權利ナシ故ニ嚴格ニ論スレハ問屋モ

亦第三者モ賣主トシテ取戻權ヲ有セザルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ破産法ニ於テ問屋ト賣主トヲ同視シ其利益ヲ保護スル所以ナリ(商法第三一三條第三一四條)獨逸破産法第四條第一項(第三ニ妻ハ夫ノ財産ニ付キ破産手續カ開始セラレタルトキハ夫ノ占有ニ係ル特有財産ニ付キ取戻權ヲ有ス何トナレハ妻ノ特有財産ハ夫ノ破産ニ於ケル破産財團ニ屬セザレハナリ但法律ハ法定財產制ニ於テ夫妻共謀シテ夫ノ債權者ヲ害スルノ害毒ヲ豫防スルノ目的ヲ以テ夫婦ノ孰レニ屬スルカ分明ナラサル財産ハ夫ノ財産ト推定スルカ故ニ取戻權ヲ行使スル妻ハ其目的物カ自己ノ特有財産タルコト即チ婚姻ノ前ニ有スル財産ナルコト又ハ婚姻中自己ノ名ニ於テ得タル財産ナルコト例ヘハ第三者ノ相續遺贈等ノ如キ無償行爲又ハ自己ノ財産ヲ以テ爲シタル交換買賣等ノ如キ有償行爲ニ基キテ得タルコトヲ立證セザルヘカラス斯ル論結ハ實體法ノ適用シテ明白ナリ(民法第八〇七條)然レトモ破産ノ一般ノ法理ニ於テハ破産債權者ノ爲メニ財產顯著ノ害毒ヲ豫防スル目的ヲ以テ妻カ婚姻中ニ得タル財産ニ限リ該財產ハ夫ノ財産ヲ以テ取得ス體テ夫ニ屬シ妻ハ唯取得ノ名義者タルニ過キザル

モノト推定シ妻カ該財産ヲ夫ノ財産ヲ以テ取得シタルモノニ非サル旨ヲ立證シタルトキニ限り該財産ノ取戻ヲ許シ以テ妻ノ立證責任ヲ加重シタリ獨逸破産法第四五條佛國商法第五九條而シテ妻カ婚姻中夫ノ財産ニテ得タル財産ハ妻カ夫ノ財産ノ犠牲又ハ債務ノ負擔ニ因リテ得タル財産ナリ故ニ夫カ財産取得ノ爲メニ妻ニ代金ヲ與ヘ自ラ代金ヲ支拂ヒ又ハ自己ノ債務トシテ辨濟義務ヲ負ヒタルカ如キ場合ハ之ニ屬シ妻カ有效ナル法律行為ニ基キテ得タル金錢ニ夫ヨリ贈與セラレタル現金ヲ以テ財産ヲ取得シタルカ如キ場合ハ之ニ屬セス但斯ル贈與ハ商法第九百九十條第九百九十一條第九百六十九條ニ基キテ取消サルルコトアリ妻ノ承繼人亦取戻權ノ行使ニ付キ同一ノ立證責任ヲ負フヤ言フ俟タス又妻カ其財産ト夫ノ財産トニテ得タル財産ニ關シテハ後者ノ財産ニテ得ナリシ部分ニ取戻權ヲ有スルヤ當然ナリ

(c) 取戻權ノ主張 取戻權ノ主張ハ破産債權ノ主張ニ非サルヲ以テ破産手續ノ外ニ於テ行ハル取戻權者ハ管財人ニ對シ裁判上又ハ裁判外ニ於テ目的物カ事實上破産財團中ニ存スル場合ニ限り取戻權ヲ主張スルコトヲ得(1)總テノ

場合ニ於テ取戻權ハ破産債權者團體ノ機關タル管財人ニ對シテ主張セサルヘカラス蓋シ破産財團ニ屬スル財産ノ管理及ヒ換價ヲ爲ス權限ヲ有スル管財人ハ破産財團ニ屬セサル財産ヲ解放スルノ權限ヲ有スレハナリ(破産者ノ法定代理人トシテ管財人カ相手方ト爲ルトノ見解ハ正當ニ非サルヘシ何トナレハ取戻ハ破産財團ヨリ之ニ屬セサル財産ノ差押解放ヲ目的トスルモノナレハナリ)

(2) 取戻權ハ裁判上又ハ裁判外ニ於テ主張スルコトヲ得取戻權ノ裁判上ノ主張即チ訴ハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒテ破産裁判所若クハ不動産ニ關スル場合ニ於テハ不動産所在地ヲ管轄スル裁判所ニ之ヲ提起ス商法第一〇一五條民事訴訟法第一四條第二條此訴ハ原告ニ屬スル物件カ破産財團中ニ現存スルトキハ執行訴訟トシテ又法律關係確認ノ利益ノ存スルトキハ確認訴訟トシテ提起スルコトヲ得執行訴訟タル取戻ノ訴ノ申立ハ破産債權者團體ニ對シ取戻權ノ目的物ヲ破産財團ヨリ解放スヘキ旨ノ言渡ヲ求ムルニ在リ此言渡ヲ爲シタル判決ハ民事訴訟法第七百三十條乃至第七百三十二條ノ規定ニ從ヒテ執行スルコトヲ得又取戻權ハ管財人カ攻撃的ニ目的物ノ引渡ヲ請求シタルカ如キ場合ニ



於テ防禦的ニ之ヲ主張スルコトヲ得但取戻權ノ原因タル權利ニ關スル訴訟カ破産手續開始以前ニ於テ裁判所ニ繫屬シタルトキハ民事訴訟法及ヒ破産法ニ從ヒテ訴訟手續ノ中斷及ヒ承繼アルモノタリ民事訴訟法第一七九條獨逸破産法第一〇條獨逸民事訴訟法第二四〇條而シテ管財人ハ破産者カ取戻權者ニ對シテ有スル總テノ抗辯殊ニ取戻權ノ目的物ノ引渡ヲ妨タル質權留置權及ヒ反對給付殊ニ保存費ノ請求ヲ主張スルコトヲ得ルヲ以テ取戻權者ハ此等ノ抗辯ヲ消滅セシムルニ非スンハ取戻ノ目的ヲ達スルコトヲ得ス(3)取戻權ハ其目的物カ破産財團中ニ現存スル場合之ヲ換言セハ管財人ノ占有中ニ在ル場合ニ非スンハ之ヲ主張スルコトヲ得ス破産者ノ占有ニ係ル場合ニ於テハ取戻權者ハ破産者ニ對シ之カ取戻ヲ請求スルコトヲ得ヘシ蓋シ破産者ハ破産財團ニ屬セナル財産ニ關シテハ管理及ヒ處分ヲ爲ス權能ヲ有スレハナリ第三者ノ占有ニ係ル場合殊ニ第三者カ取戻權ノ目的物ニ付キ質權抵當權等ヲ有スル場合ニ於テハ取戻權者ハ第三者ニ對シ之カ取戻ヲ請求スルコトヲ得ヘク又取戻ノ爲メニ要シタル損害殊ニ破産者カ其宣告前ニ於テ不法ニ設定シタル質權抵當權ヲ

消滅セシムルカ爲メニ要シタル損害賠償ノ請求若クハ斯ル他物權ノ除去ヲ目的トスル請求ハ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ヘシ管財人ハ取戻權ノ行使ヲ容易ナラシムルカ爲メニ第三者ニ對シ目的物ノ返還ヲ請求スルノ職務ヲ負ハサルナリ

(d) 取戻權ノ喪失、取戻權ハ破産財團中ヨリ之ニ屬セサル財産ヲ別離セシムルコトヲ目的トスル權利ナルヲ以テ破産手續繼續中破産財團ニ屬セサル財産カ破産財團中ニ現存スル場合ニ限リテ主張スルコトヲ得故ニ取戻權主張ノ當時ニ於テ其目的物カ既ニ破産財團中ニ現存セスシテ反テ破産手續開始ノ前後ニ於ケル處分ニ因リ第三者ノ手中ニ現存スルニ至リタルトキハ取戻權者ハ其權利ヲ喪失ス是ヲ以テ(1)破産手續開始後管財人カ取戻權ノ目的物タル破産財團ニ屬セサル財産ヲ換價シタルトキハ取戻權者ハ其權利ヲ喪失ス然レトモ不當利得ハ法律ノ許ササル所ナルヲ以テ破産財團ニ存スル換價行為ノ對價タル反對給付又ハ反對給付ヲ目的トスル權利ニ付キ取戻權者ハ財團債權者トシテ之カ交付又ハ讓渡ヲ請求スルコトヲ得ヘシ多數ノ學者例ヘハ「イエゲル」ヲル

モースキー氏等カ該請求權ヲ説明シテ取戻權ノ擴張即チ反對給付又ハ之ヲ目的トスル權利ニ付キ行ハルル賠償の取戻權ナリト爲ス見解ハ正當ニ非ス蓋シ反對給付若クハ之ヲ目的トスル權利ハ破産財團ニ屬スル財産ナルヲ以テ該財産ニ付キ取戻權ノ行ハルヘキ理ナケレハナリ又少數ノ學者例ヘハ「ボッセルト」ニエケル氏等カ該請求權ノ性質ヲ説明シテ財團債權ニ非ス又取戻權ニ非ス財團債權ヨリ優先的ニ反對給付又ハ之ヲ目的トスル權利ヲ以テ満足セラレヘキ賠償請求權ナリト爲ス見解亦正當ニ非ス蓋シ斯ル見解ハ法律上何等ノ根據ナキヲ以テナリ(性質)取戻權者カ斯ル請求權ヲ有スルニハ第一ニ取戻權者カ管財人ニ對シテ斯ル請求權ヲ主張スル當時ニ於テ換價セラレタル取戻權ノ目的物カ若シ換價ナカツセハ破産財團ニ現存シ該物件ニ付キ別離ヲ請求スルコトヲ得ヘキヲ要ス故ニ取戻權者カ前示ノ請求權ヲ主張シタル當時既ニ取戻權ノ目的物カ滅盡シタルトキハ該請求權ノ成立セザルコト知ルヘシ第二ニ管財人カ破産宣告後取戻權ノ目的物ヲ換價シタルコトヲ要ス取戻權ノ目的物ノ換價ハ反對給付ヲ目的トスル請求權カ發生スヘキ法律行為ニ依リテ取戻權ノ目

的物タル物權債權其他有價證券ヲ有效ニ第三者ニ移轉スルヲ謂フ故ニ賣却、競賣及ヒ交換等ニ基ク移轉行為ハ之ニ屬スレトモ質權ノ設定ハ之ニ屬セス何トナレハ債務ノ爲メニ取戻權ノ目的物ニ付キ質權ヲ設定スルモ爲メニ反對給付ヲ目的トスル請求權カ發生セザレハナリ代物辨濟トシテ取戻權ノ目的物ヲ債權者タル第三者ニ交付シタル場合亦然リ取戻權ノ目的物タル債權ノ取立ハ管財人ニ對スル支拂カ法律上有效ナル場合殊ニ第三債務者ニ對シ破産宣告前ニ破産者タル債權者ヨリ取戻權者タル債權者ニ債權ヲ讓受ケタル旨ヲ通知セザルトキ又ハ管財人カ破産者ノ單ニ取立ヲ委任セラレタルニ止マル債權ヲ破産財團ノ爲メニ取立テタルトキニ限リ類推解釋上換價ト同視シ取立金額ニ付キ取戻權者カ財團債權者トシテ其權利ヲ主張スルコトヲ得蓋シ管財人ニ對スル支拂カ法律上無効ナルトキハ取戻權者タル債權者ハ其債權ノ喪失スルコトナキヲ以テ取戻權ヲ喪失スルコトナクレバナリ取戻權ノ目的物タル手形ノ取立殊ニ管財人カ手形權利者ヨリ破産者ニ其宣告前ニ於テ取立ノ爲メニ裏書シタル手形ヲ破産財團ノ爲メニ取立テタルトキ亦同一理由ニ基キテ取戻權者カ取立

金額ニ付キ財團債權者トシテ其權利ヲ主張スルコトヲ得管財人カ破産者ニ屬セサル取戻權ノ目的物タル他人ノ金錢ヲ處分シタルトキハ該處分ニ因リ債權カ成立シタル場合ニ限リ(例ヘバ消費貸借)其債權カ反對給付ト爲ルヲ以テ他人タル取戻權者ハ該給付ニ付キ財團債權者トシテ其權利ヲ主張スルコトヲ得又管財人カ第三者ニ對シ取戻權ノ目的物タル權利ノ移轉義務ヲ負ヒタルニ過キサルトキハ未タ換價ト爲ラサルヲ以テ取戻權行使ノ妨ト爲ラサルキ當然ニシテ第三者カ附合混合及ヒ工作等ニ因リ取戻權ノ目的物ニ付キ財團債權者トシテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ナルキ當然ナリ要件取戻權者ハ其目的物ノ換價ニ因リテ生シタル反對給付又ハ之ヲ目的トスル請求權ニ付キ財團債權者タル權利ヲ有スルカ爲メニ管財人ノ不法行爲ニ因リテ生シタル損害賠償請求權ヲ有セサルモノト誤解スヘカラス管財人カ故意又ハ過失ニテ取戻權ノ目的物ヲ換價シ且反對給付ニ付キ存スル取戻權者ノ權利ヲ畫併ニ歸セシムルカ爲メニ處分シタルトキハ取戻權者ハ破産財團ニ付キ不當利得ニ基テ財團債權ヲ有シ又管財人其人ニ對シ損害賠償請求權ヲ有ス又取戻權ノ目的物ヲ取得シタル第

三者ニ對シ何等ノ權利ヲ有セサルモノト誤解スヘカラス第三者カ民法上ノ原則ニ從ヒ取戻權ノ目的物ニ付キ完全ニ權利ヲ取得セサル以上ハ取戻權者ハ其原因タル權利ニ因リテ第三取得者ニ對シ目的物ノ取戻ヲ主張スルコトヲ得ヘシ而シテ取戻權者カ取戻ノ目的ヲ達シタルトキハ破産財團ニ對シ何等ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ斯ル場合ニ於テハ破産財團上ニ不當利得ノ原因ヲ存セサレハナリ然レトモ取戻權者カ管財人ヨリ前述シタル請求權行使ノ結果トシテ換價行爲ノ對價タル反對給付ヲ目的トスル債權ヲ讓渡セシメタル場合ニ於テハ第三取得者ニ對シ民法上ノ權利ヲ主張スルコトヲ得ス何トナレハ斯ル場合ニ於テハ取戻權者カ管財人ノ換價行爲ヲ承認シタルニ外ナラサレハナリ取戻權者カ其有スル權利ヲ第三取得者ニ對シ民法上對抗スルヲ得サルトキハ不當利得ノ原則ニ基キ各破産債權者ニ對シ破産者ニ屬セザリシ財產ノ賣得金ノ配當ニ依リ受取リタル配當部分ノ返還ヲ請求シ或ハ破産者ニ對シ該賣得金ノ返還ヲ求ムルコトヲ得ヘシ蓋シ各破産債權者ハ法律上ノ原因ナクシテ取戻權者ノ財產ニ因リテ適法ナル配當以外ノ金額ヲ受ケ又破産者ハ法律上ノ

原因ナクシテ取戻権者ノ財産ニ因リ債務ヲ免レタルヲ以テナリ又取戻権者カ第三取得者ニ對シ民法上ノ權利ヲ主張シテ取戻ノ目的ヲ達シ且管財人ノ換價行爲ニ因リテ生シタル反對給付ニ付キ前述シタル權利ヲ行ヒタルトキハ管財人ハ不當利得ノ原則ニ基キ該反對給付ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(效力)(2)破産手續開始前破産者カ破産財團ニ屬セサル財産ヲ有效ニ處分シタルトキハ取戻権者ハ其權利ヲ喪失ス然レトモ不當利得ハ法律ノ許ササル所ナルヲ以テ破産財團ニ現存スル反對給付又ハ反對給付ヲ目的トスル請求權ニ付キ取戻権者ハ財團債權者トシテ之カ交付又ハ讓渡ヲ請求スルコトヲ得財團債權ニシテ取戻權ノ擴張又ハ優先的ニ満足セラルヘキ賠償請求權ニ非サルコト前述ノ如シ性質取戻権者カ斯ル請求權ヲ有スルニハ第一ニ取戻権者カ管財人ニ對シ此請求ヲ爲ス當時ニ於テ處分セラレタル取戻權ノ目的物カ若シ處分ナカツセハ破産財團ニ現存シ該目的物ニ付キ取戻權ヲ行使スルコトヲ得ヘキヲ要スルコト前述ノ如シ第二ニ破産者カ其宣告前ニ取戻權ノ目的物ヲ有效ニ處分シタルコトヲ要ス破産者カ其宣告後取戻權ノ目的物ヲ處分シタルトキハ其處分ハ破産財

團ニ對シテ無効ナリ(商法第九八五條)獨逸破産法第七條隨テ管財人カ斯ル處分ヲ無効ナリト認定シ其目的物ヲ破産財團ニ屬スルモノトシテ取扱ヒタルトキハ取戻権者ハ前示ノ法則ニ從ヒ管財人ニ對シ取戻權ヲ主張スルコトヲ得ヘク之ニ反シテ管財人カ斯ル處分ヲ無効ナリト認定セズ(承認爲メニ斯ル處分ニ因リテ生シタル反對給付カ破産財團トシテ取扱ハルル場合ニ於テハ管財人カ取戻權ノ目的物ヲ換價シタルトキト同シク取戻権者ハ反對給付又ハ之ヲ目的トスル權利ニ付キ財團債權者トシテ其權利ヲ行使スルコトヲ得ヘシ多數學者殊ニ「イエゲル」(ボッセル)氏等カ主張スル破産者カ其宣告後取戻權ノ目的物ヲ處分シタルトキハ取戻権者ハ民法上ノ原則ニ從ヒ第三取得者ニ對シ目的物ノ返還ヲ請求シ又破産者ニ對シ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得レトモ該處分及ヒ之ニ因リテ生シタル反對給付ハ何レモ破産財團ニ關係ナキヲ以テ前示ノ無効ニ關スル法則ヲ適用スルヲ得ストノ見解ハ破産宣告後破産者ノ取得シタル財産ヲ破産財團ト爲ス我破産法ニ於テ探ルコトヲ得サルナリ取戻權ノ目的物ノ處分ハ破産者カ反對給付ヲ目的トスル請求權ノ發生スヘキ法律行爲ニ依リテ

取戻權ノ目的物タル物權債權其他ノ有價證券ヲ第三者ニ移轉スルヲ謂フ故ニ  
 賣却或賣執行機關ハ破産者ニ代リテ競賣スルカ故ニ破産者ノ賣却ト異ナラズ  
 交換等ニ基ク移轉ハ之ニ屬スレトモ質權ノ設定代物辨濟等ハ之ニ因リテ反對  
 給付ニ關スル權利カ發生セザルヲ以テ此處分ニ屬セス破産宣告前ニ於テ爲シ  
 タル取戻權ノ目的物タル他人ノ債權ノ取立亦然リ斯ル取立ハ破産宣告ノ當時  
 ニ於テ反對給付トシテ何等ノ財産ヲ現存セシメサルモノタリ破産宣告前ニ於  
 テ爲シタル他人ノ金錢ノ處分ハ之ニ因リテ債權カ成立シタルヤ又ハ破産者ノ  
 債務ノ消滅ヲ來シタルニ止マルヤノ區別ヲ爲シ前者ノ場合ニ於テハ取戻權者  
 ハ財團債權者トシテ該債權ノ讓渡ヲ請求スルコトヲ得後者ノ場合ニ於テハ破  
 産者カ其宣告前ニ不當利ヲ得タルニ止マリテ破産財團カ之カ爲メニ増加セ  
 ス隨テ破産財團ニ反對給付ノ現存スルモノト云フコトヲ得サルヲ以テ取戻權  
 者ハ財團債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ス第三ニ反對給付カ破産宣告ノ  
 當時ニ於テ現存スルコトヲ要ス故ニ破産宣告ノ當時ニ於テ反對給付ヲ目的ト  
 スル權利カ現存スルトキハ取戻權者ハ該權利ニ付キ又管財人カ爾後取立テタ

ルトキハ該反對給付ニ付キ財團債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得レトモ(破  
 産者カ取立テ財團ニ交付シタル場合亦然リ)破産宣告前ニ於テ破産者カ既ニ反  
 對給付ヲ受取リタル限キハ之ニ反シテ同一ノ權利ヲ行フコトヲ得ス唯破産債  
 權者トシテ履行ノ請求民法第六四六條不當利得返還ノ請求民法第七〇三條損  
 害賠償ノ請求ヲ主張スルモノトヲ得ルニモ要件取戻權者ハ反對給付又ハ之ヲ目  
 的トスル權利ニ付キ財團債權ヲ有スルノ外破産者ニ對シ損害賠償請求權ヲ有  
 シ又第三取得者ニ對シ目的物返還ノ請求權ヲ有スルコト前述ノ如シ(效力)獨逸  
 破産法第四六條第五九條第三號) (B) 別除權(Absolutum) 民事訴訟法ニ規定セル強制執行ニ於テ差押物ノ賣得  
 金ニ付キ差押債權者ヨリ優先的ニ辨濟ヲ求ムルコトヲ得ル債權者アルト同シ  
 ク民事訴訟法第五六五條破産の強制執行ニ於テ亦破産財團ニ屬スル財産ノ賣  
 得金ニ付キ破産債權者ヨリ優先的ニ辨濟ヲ求ムルコトヲ得ル債權者アリ破産  
 財團ニ屬スル財産上ニ物上擔保ヲ有スル債權者ノ如キ即チ是ナリ此優先的の辨  
 濟ヲ目的トスル請求權ヲ別除權ト謂フ故ニ別除權ハ取戻權ト異ニシテ破産財

團ニ屬セザル財産ノ取戻ヲ目的トセスシテ反テ破産財團ニ屬スル財産ノ賣得金ニ付キ優先的辨濟ヲ目的トシ又管財人カ職權ヲ以テ斟酌スルモノニ非スシテ破産財團ニ屬セザル財産ハ管財人カ處分スルノ職權ナキヲ以テ取戻權ハ職權ヲ以テ斟酌スルヤ當然ナリ)反テ權利者ノ主張ヲ待テテ斟酌スルモノナリ然レトモ取戻權ト同シク破産財團ヲ減少スルノ效力ヲ有シ又別除權者タルニ破産者其人ニ對スル債權者タルコトヲ要セス(破産者カ其宣告前第三者ノ債務ヲ爲メ自己ノ財産ニ質權ヲ設定シタルトキハ其質權者カ別除權者タルカ如シ)

(A) 性質 別除權ハ破産財團ニ屬スル特定ノ財産ニ付キ優先權其他特定ノ權利ヲ有スル者カ破産債權者ヨリ優先シテ該財産ノ賣得金上ニ満足ヲ享クルコトヲ目的トスル權利ナリ(1)破産財團ニ屬スル特定ノ財産ニ付キ優先權其他特定ノ權利ヲ有スル者カ別除權ヲ有ス破産財團ニ屬スル特定ノ財産ニ非スシテ破産者ノ有スル總財産ニ付キ優先權ヲ有スル者殊ニ一般先取特權者ハ別除權ヲ有セス何トナレハ斯ル權利ハ破産者ノ總財産ニ付キ満足ヲ享有スヘキモノナルヲ以テ破産債權ト其目的及ヒ其目的物ヲ同シウス隨テ斯ル權利者ハ其優

先權ヲ以テ擔保セラレタル債權ニ付キ破産債權者トシテ他ノ破産債權者ヨリ優先的辨濟ヲ受ケシムルノミヲ以テ足レハナリ(2)別除權者ハ取戻權者ト異ニシテ破産財團中ヨリ之ニ屬セザル特定ノ財産其モノヲ取戻シテ満足ヲ享有スルニ非スシテ反テ破産財團ニ屬スル財産ノ賣得金ニ付キ満足ヲ享有スルモノナリ別除權ノ目的物ハ破産財團ニ屬スルヲ以テ管財人ハ他ノ破産財團ニ屬スル財産ト同シク之ヲ換價シ其賣得金ヲ破産財團ニ歸セザルヲ得ス又該財團ニ付キ優先的辨濟ヲ受クヘキ權利ヲ有スル者ハ其満足ヲ享有シタル後ニ存スヘキ殘額ヲ返還セザルヲ得ス隨テ該權利者ハ其目的物ヲ留保スルコトヲ得ス反テ返還額ノ有無ヲ確定スルカ爲メニ之カ換價ヲ爲サザルヲ得ス故ニ別除權ハ唯其目的物ノ賣得金上ニ満足ヲ享有スルコトヲ目的トスルノミ(3)破産財團ニ屬スル財産ニ付キ破産宣告前ニ成立シタル優先的満足ヲ享有スヘキ權利ヲ有スル者ハ別除權ヲ有ス破産手續ノ開始ハ既往ニ遡リテ其開始前ニ成立シタル優先的的法律關係ヲ破壞スルノ效力ヲ有セス故ニ優先的満足ヲ享有スヘキ權利ヲ有スル者ハ破産手續ノ開始ニ拘ハラヌ破産財團ニ屬スル該權利ノ目的物

ニ付キ優先的満足ヲ享有スルコトヲ得タルヘカラス是ヲ以テ破産法ハ別除權ヲ認メ質權抵當權等ノ如キ優先的満足ヲ享有スヘキ權利ヲ有スル者ヲ保護シ破産手續ノ開始ニ拘ハラヌ破産財團ニ屬スル該權利ノ目的物ニ付キ他ノ破産債權者ヨリ優先シテ満足ヲ享有スルコトヲ得セシム隨テ別除權ハ獨立ノ權利ニ非スシテ優先的満足ヲ享有スヘキ權利ニ依リテ存在スルモノト謂ハサルヲ得ヌ又別除權ノ原因ト爲ル權利ハ破産宣告前ニ成立セルコトヲ要ス蓋シ破産宣告後ニ於テ破産財團ニ屬スル財産ヲ目的トスル權利ハ財團債權ヲ除ク外破産債權者團體ニ對シテ有效ニ取得スルコトヲ得サレハナリ

(b) 別除權ノ主體 債務者ノ有スル特定ノ財産ニ付キ優先的満足ヲ享有スヘキ權利ヲ有スル者ハ實體法及ヒ民事訴訟法ニ依リテ定マリ斯ル權利ヲ有スル者カ別除權ヲ有スルヤハ破産法ニ依リテ定マル蓋シ破産法ハ別除權ノ行ハルル場合ヲ限定シテ規定シタレハナリ故ニ破産手續カ開始セル場合ニ於テ破産財團ニ屬スル財産ニ付キ優先權ヲ有スト雖モ之カ爲メニ當然別除權アリト論結スヘカラス唯破産法ニ於テ斯ル優先權ノ爲メニ別除權ヲ認メタルトキニ限

リ別除ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキノミ我破産法理ニ從ヘハ優先權者相續債權者受遺者及ヒ破産者ト共有關係ヲ有スル者ハ別除權ヲ有ス第一ニ優先權者即チ質權者抵當權者特別先取特權者等ノ如キ民法其他ノ法令ニ依リテ債務者ニ屬スル特定ノ財産ノ賣得金ニ付キ他ノ債權者ヨリ優先シテ辨濟ヲ受クル權利ヲ有スル者ハ債務者カ破産シタル場合ニ於テ該擔保物ノ賣得金ニ付キ費用利息及ヒ元金ノ完済ヲ受クルカ爲メニ別除ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得商法第九七七條民法第四九一條第三〇三條乃至第三〇五條第三一一條乃至第三九八條商法第六八〇條乃至第六八九條保險業法第九六條明治三十三年勅令第三百八十號第六條獨逸破産法第四七條乃至第四九條英國破産法第四〇條佛國商法第五四六條乃至第五五六條等此ノ如ク優先權者カ別除權ヲ有スルハ蓋シ破産宣告ノ爲メニ既存ノ優先的的法律關係ノ效力ヲ害スルコトアラハ優先權ヲ設ケタル法意ニ反スルニ至ルヲ以テナリ故ニ破産的執行ハ既存ノ優先權ノ效力ヲ侵害セサル範圍内ニ於テ行ハレ優先權者ハ破産手續ノ開始ナキ場合ニ於ケルト同シク民法及ヒ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒテ其權利ヲ實行スルコトヲ得ヘシ隨

テ優先權ノ目的物カ其權利ヲ尊重セラルルコトナク事實上破産の差押ニ保リタルトキハ優先權者ハ別除權者トシテ優先權ヲ侵害セザル範圍内ニ於テ其目的物カ破産の差押ノ目的物タルヘキモノナリト主張スルコトヲ得ヘシ留置權ハ其目的物ノ賣得金上ニ優先的の辨濟ヲ得セシムルモノニ非サルヲ以テ留置權者ハ法律上何等ノ明文ナキ以上ハ別除權ヲ有スト認ムルコトヲ得ス(民法第二九五條乃至第三〇二條)商法第二八四條然レトモ債務者ノ相當ナル擔保ノ提供ニ因リテ留置權力消滅シタルトキハ其擔保力質抵當タルトキニ限リテ債權者カ別除權ヲ有シ民法第三〇一條)又留置權ハ破産手續開始ノ爲メニ其效力ヲ喪失スルモノニ非サルヲ以テ留置權者ハ其權利ヲ抗辯トシテ管財人ニ主張スルコトヲ得ヘシ優先權者ハ破産財團ヨリ辨濟ヲ受ケタルトキハ(商法第九九七條、第一〇四五條)別除ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ別除權ノ原因タル權利ハ之ニ依リテ消滅スルヲ以テナリ又優先權者ハ賣得金ノ殘額ヲ取得スルコトヲ得ス何トナレハ該殘額ハ破産財團ノ一部分ニ外ナラサルヲ以テナリ(商法第九九七條)末段該條ニ於テ「買主之ヲ財團ニ拂込ムヘシ」ト規定シタルハ蓋シ優先

權者ハ賣得金ニ付キ費用(元利金)ノ支拂ヲ受クルニ止マルヲ以テ買主ハ直接ニ相當ノ金額ヲ優先權者ニ支拂ヒ剩餘ハ破産財團ニ屬スルモノナルヲ以テ之ヲ財團ニ拂込ムヘキモノトシ以テ二重支拂ヲ爲スノ虞アルコトヲ注意シタルモノナルヘシ然レトモ民事訴訟法及ヒ競賣法ニ依レハ買主ハ執行機關ニ代金ノ支拂ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ此法律ニ依レル賣却ノ場合ニハ同條末段ノ適用ヲ見ス唯任意賣却ノ場合ニ於テ適用アルノミ尙ホ此點ニ關シテハ商法第一千八百條ヲ參考スヘシ立法上ノ見解トシテハ全然不必要ノ規定ナリト認ム)優先權ヲ以テ保護セラレタル權利カ破産者其人ニ對スル權利ナルトキハ優先權者ハ別除權ヲ主張スルト同時ニ破産債權トシテ該權利ヲ届出テ擔保物ノ賣得金ヨリ完全ナル辨濟ヲ受ケザル場合ニ於テ該不足額ニ付キ配當ヲ受ケ又優先權ヲ拋棄シテ其之ニ關スル債權全額ニ付キ配當ヲ受クルコトヲ得優先權ヲ以テ保護セラレタル權利カ破産者其人ニ對スル權利ニ非サルトキ即チ別除權カ破産者ニ對スル債權ノ從タル權利ニ非サルトキハ別除權ヲ有スル優先者ハ破産債權者ニ非ス故ニ配當手續ニ於テ斟酌セラレサルハ當然ナリ隨テ第三者カ債



務者ノ爲メニ所有物ヲ債權者ノ擔保ニ供シタル後ニ於テ破産シタルカ如キ場合ニ於テハ債權者ハ其權利ヲ破産債權トシテ第三者ノ破産ニ届出ツルコトヲ得ス優先權ノ目的物カ破産財團ニ屬セザルトキハ優先權者ハ別除權者ニ非ス蓋シ各別除權ハ破産財團ニ屬スル特定ノ財産ニ付キ別除ノ辨濟ヲ受タルコトヲ目的トスル權利ナルヲ以テナリ故ニ破産債權ト同時ニ別除權ヲ主張スルノ謂レナン隨テ第三者カ債務者ノ爲メニ所有物ヲ債權者ノ擔保ニ供シタル後ニ於テ債務者カ破産シタル場合ニ於テハ債權者ハ破産債權トシテ其權利ヲ主張スルコトヲ得レトモ別除權トシテ其優先權ヲ行使スルコトヲ得ス又債務者カ其有スル所有權又ハ債權ヲ債權ノ擔保ノ爲メニ債權者ニ移轉シタルトキハ債權者ハ該財産ニ付キ別除權ヲ有セスシテ反テ取戻權ヲ有シ且其債權ヲ破産債權トシテ届出ツルコトヲ得ヘシ何トナレハ斯ル場合ニ於テハ移轉セラレタル財産ハ破産財團ニ屬セザルヲ以テ別除權ノ存スヘキ理ナク又債權者ノ有スル債權ハ移轉ニ因リテ生シタル反對給付ヲ目的トスル債務ト相殺セラレ爲メニ當然消滅シタルモノト謂フコトヲ得サレハナリ故ニ管財人ハ破産者タル債務

者ト債權者トノ間ニ於テ成立シタル契約ノ内容ニ從ヒ殊ニ移轉シタル財産ノ讓渡ヲ特定ノ期間ニ爲スヘキ特約ノ存スルトキハ之カ履行ヲ請求シ以テ破産債權ト相殺ヲ爲スノ途ヲ執ルコトヲ得ルノミ隨テ信用關係ノ爲メニ公益上又當事者ハ終局的ニ債務者ノ財産中ヨリ前示ノ財産ヲ除去スルノ意思ナシトノ解釋上別除權アリト反對ニ論結スルハ正當ノ見解ニ非ス優先權ヲ以テ保護セラレタル權利カ破産債權ナルトキハ其債權者ハ其有スル別除權ヲ主張シタルカ爲メニ破産債權ヲ主張スルコトヲ妨ケラレルモノニ非ス蓋シ斯ル權利者ハ別除權者タルト同時ニ破産債權者タルノ地位ヲ有スレハナリ故ニ別除權ヲ有スル優先權者ハ其債權全額ヲ届出テ且破産手續ニ從ヒテ之ヲ確定セシムルコトヲ得ヘシ元來債務者ニ對シ其財産上ニ優先權ヲ有スル債權者ハ該目的物又ハ債務者ノ他ノ財産ニ付キ差押ヲ爲シ満足ヲ享有スルノ選擇權ヲ有ス然レトモ法律ハ債務者ノ破産シタル場合ニ於テハ條理上債權者カ其優先權ヲ拋棄セザル限ハ唯其行使ニ依リテ受タルコト能ハサル不足額ニ付キ破産手續ニ參加スルコトヲ得セシムルニ止メタリ故ニ優先權ヲ有スル債權者ハ同時ニ別除權

ト破産債權(金額)トヲ主張スルコトヲ得レトモ破産手續ニ於テ斟酌セラルヘキ債權額ハ別除權ノ行使ニ依リ受ケタルコト能ハサルヘキ不足額ヲ出テス隨テ斯ル債權者ハ債權者集會ニ於テ(商法第一〇三五條該不足額ニ付キ議決權ヲ有シ又中間ノ配當ヲ爲ス場合ニ於テ)斯ル債權者ノ爲メニ該不足額ニ對スル配當額ヲ供託シ終局ノ配當ヲ爲ス場合ニ於テ別除權ノ行使ニ依リテ確定シタル該不足額又ハ別除權ヲ拋棄シタル債權額ニ該當スル配當額ヲ斯ル債權者ニ交付ス債權全額ニ該當スル配當額ヲ破産財團ヨリ受ケ其不足額ヲ別除權ノ目的物ノ賣得金ヨリ受ケ又ハ別除權ヲ主張シタル後破産債權全額ニ對スル配當額ヲ破産財團ヨリ受ケントスルカ如キ行爲ハ假令債務者カ其破産宣告前ニ契約上先ツ債務者ノ全財産上ニ於テ満足ヲ享有シ次ニ其不足額ノ支拂ヲ別除權ノ原因タル優先權ノ目的物上ニ於テ受テヘキ權利ヲ債權者ニ認メタル場合ニ於テモ許スコトヲ得ス斯ル契約ハ破産債權者ニ對シテ無効ナリ優先權ヲ拋棄シタル債權者ハ其債權全額又ハ拋棄シタル優先權ノ關係スル債權ノ一部ニ付キ破産手續ニ於テ斟酌セラル拋棄ハ單獨ニシテ且到達ヲ必要トスル意思表示ニシテ

管財人ニ對シテ之ヲ爲ス其形式ハ明示タルコトヲ要セス或行爲ニ依リ默示セラルルヲ以テ足ル又拋棄ハ破産手續終局以後ニ於テ其效力ヲ存續スルヤ當然ナリ(商法第九九九條佛國商法第五四八條獨逸破産法第六四條破産財團ニ屬スル特定ノ財産上ニ數多ノ優先權カ存スルトキ隨テ數多ノ別除權カ存スルトキハ民法及ヒ特別法ニ從ヒテ其順位ヲ定ム蓋シ別除權ハ後述ノ如ク破産手續ノ外ニ於テ行ハルルモノナルヲ以テ破産法ニ於テ之カ順位ヲ規定スヘキモノニ非サレハナリ(商法第九九八條又同一ノ場合ニ於テ)管財人カ第一位ノ優先權ヲ有スル債權者ニ辨濟ヲ爲シテ以テ別除權ヲ消滅セシメタルトキハ第二位ノ優先權ヲ有スル債權者ハ斯ル辨濟ヲ自己ノ利益ノ爲メニ利用シ第一位ノ優先權者ナキ場合ニ於ケルカ如ク別除權ヲ主張スルコトヲ得ス蓋シ劣等ノ優先權者ハ優等ノ優先權者カ同一ノ目的物ノ賣得金ニ付キ満足ヲ享有シタル殘額ニ付キ満足ヲ享有スヘキ權利ヲ有スルニ止マルヲ以テ管財人カ破産財團ニ屬スル他ノ財産ニテ優等ノ優先權者ニ完済シタルカ爲メニ該制限ノ除去セラルヘキ理ナクレハナリ故ニ第二位ノ優先權者ハ唯其目的物ノ賣得金上ヨリ管財人カ

破産財團ヲ以テ第一位ノ優先權者ニ爲シタル辨濟ヲ控除シタル殘額ニ付キ別除權ヲ行フコトヲ得ルノミ之ニ反シテ第一位ノ優先權者カ別除權ヲ拋棄シタルトキハ第一ニ第二位以下ノ優先權者ヲ利シ第二ニ破産債權者ヲ利ス何トナレハ管財人ハ斯ル場合ニ於テハ拋棄シタル別除權カ存セザリントキト同一ノ取扱ヲ爲シ第二位以下ノ優先權者ノ利益ニ於テ該別除權ヲ存セシムルコトヲ得テレハナリ第二ニ相續債權者及ヒ受遺者ハ特定物ノ所有權ヲ取得シタル受遺者ハ取戻權ヲ有スルモ別除權ヲ有セス隨テ茲ニ所謂受遺者ハ相續財産ニ於ケル給付ヲ目的トスル債權ヲ取得シタルモノト解セサルヘカラス(破産シタル相續人カ承繼シタル相續財産ニ付キ別除權ヲ有ス債務者其人ノ事實上ノ變更ニ因リ債權者ヲ其意思ニ關係ナク不良ノ地位ニ陥ラシムルコトハ法律ノ許ササル所ナリ故ニ法律ハ相續人ニ利益ナル相續ニ關シ限定承認ヲ爲ス權利ヲ認メタルト同シク(民法第一〇二五條以下)相續債權者及ヒ受遺者ニ相續人固有ノ債務多ク爲リニ相續人ノ債權者ト相續財産上ニ競合スルニ因リテ生スルコトアルヘキ不利益ヲ避クル方法トシテ相續人カ破産宣告ヲ受ケタル場合

ニ於テハ相續財産分離請求權ヲ又破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於テハ相續財産ニ付キ別除權ヲ認メタリ(民法第一〇四一條、商法第一〇〇〇條、佛國民法第八七八條、第二一一一條、獨逸舊破産法第四三條)(獨逸新破産法ニ於テハ舊破産法第四十三條ヲ削除シタリ蓋シ獨逸新民法第九百六十七條第九百八十一條第九百八十四條第九百八十五條破産法第二百十六條第二百十七條第二百二十四條ニ依レハ相續人カ單純承認ヲ爲シタル場合ニ於テハ相續債權者及ヒ受遺者ハ相續財産ノ管理又ハ相續財産ノ破産手續開始ヲ申立テ相續財産ニ付キ別除權ノ満足ヲ享有スルコトヲ得ルヲ以テナリ)(理由)相續債權者及ヒ受遺者カ相續人ノ財産ニ付キ破産手續ノ開始アリタル場合ニ於テ相續財産ニ付キ別除權ヲ主張スルニハ第一ニ破産者タル債務者カ其之ニ對スル破産手續ノ終局マデニ於テ單純承認ニ因リ相續財産ヲ取得シタルコトヲ要ス(1)債務者カ限定承認ヲ爲シタル場合ニ於テ相續財産カ各相續債務ヲ完済スルニ十分ナルトキハ相續債權者及ヒ受遺者ハ相續人ノ債權者ト競合スルコトナク相續上ニ完全ナル満足ヲ享有スルコトヲ得(民法第一〇三一條乃至第一〇三三條)(相續人及ヒ相續

入カ破産ノ宣告ヲ受ケタル後ハ管財人カ財産目録ヲ調製シ相續財産ヲ相續人固有ノ財産ヨリ別除スルコトヲ要スルヤ當然ナリ又相續財産カ各相續債務ヲ完済スルニ不十分ナルトキハ理論上該財産ニ付キ破産手續ヲ開始シ各相續債權者及ヒ受遺者ニ平等の満足ヲ得セシムルヲ正當トシ相續人ノ債權者カ該破産手續ニ加入セサルヲ當然トス(獨逸破産法第二一四條舊獨逸破産法第二〇三條限定承認ヲ爲シタル相續人ノ財産ニ付キ破産手續カ開始セラレタルトキハ該破産手續ト相續財産ニ關スル破産手續トノ併行ヲ見ルハ當然ナリ)故ニ限定承認ノ相續ニ關シテハ相續財産ノ分離請求權及ヒ別除權ノ實用ナキヤ疑ナシ債務者カ單純承認ヲ爲シタル場合ニ於テハ其效果トシテ相續財産ハ相續人タル債務者ノ財産ト混同シ相續債權者及ヒ相續人ノ債權者ノ區別亦存セザルニ至ルヲ以テ(民法第一〇二三條)此二者ハ互ニ相續人ノ財産上ニ債權ノ完済ヲ受クルカ爲メニ競合セザルヲ得サルニ至ル此關係ハ相續財産カ各相續債權者ノ債權ヲ完済スルニ十分ニシテ且相續人カ其固有ノ財産ヨリ多額ノ債務ヲ負ヒタル場合若クハ相續人カ相續財産額ヨリ多額ノ債務ヲ負ヒタル場合ニ於テ相

續債權者ニ損害ヲ被ラシムルモノナリ蓋シ相續債權者ハ相續ノ開始ナキ場合ニ於テ完全ナル辨濟若クハ比較的多額ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキニモ拘ハラス相續ノ開始アリタルカ爲メニ斯ル辨濟ヲ受領スルコト能ハス又相續人ノ財産ニ破産手續カ開始シタルトキニ當リテ相續人ノ債權者ト共ニ該財産ニ付キ配當額ヲ受クルニ至ルヲ以テナリ此ノ如ク相續債權者ニ對シテ不利益ヲ被ラシムルハ條理ニ反シ且取引上ノ信用ヲ害スルヤ明白ナリ何トナレハ各人ハ債務關係ヲ成立セシムルニ際シテハ相手方ノ信用の價值ヲ調査シ之ニ依頼スルニ止マリ將來ニ於ケル相手方ノ相續開始ノ時期及ヒ相續ヲ承認スヘキ者ノ何人ナルヤヲ豫期スルモノニ非サルノミナラス相續人ノ債權者ハ相續財産ト相續人ノ財産トノ混合ノ結果トシテ相續債權者ノ損害ニ於テ利益ヲ受ケ即チ不當ノ利益ヲ受クルヲ以テナリ而シテ以上ノ法理ハ受遺者ニ對シテ亦適用セラレルモノナリ是ヲ以テ羅馬法及ヒ獨逸普通法ハ相續人カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於ケルノミナラス相續人ノ債權者ト競合スルニ因リ不利益ヲ被ルヘキ場合ニ於テ相續債權者及ヒ受遺者ニ相續財産ノ別除權ヲ認メタリ我法律亦

然リ民法第一〇四一條、商法第一〇〇〇條(舊漏西破産法第三十七條、第二百五十七條及ヒ舊獨逸破産法第四十三條)ハ相續人カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於テノミ相續債權者及ヒ受遺者ニ別除權ヲ認メタルモノノ如シ故ニ相續財産ニ關スル別除權ハ唯單純承認ノ相續ヲ爲シタル債務者アル場合ニ於テ存在スルノミ(2)相續債權者及ヒ受遺者ハ相續人タル債務者カ其之、ニ、對、ス、ル、破、産、手、續、ノ、約、局、マ、テ、ニ、於、テ、單、純、承、認、ニ、因、リ、相、續、財、産、ヲ、取、得、シ、タ、ル、場、合、ニ、於、テ、相、續、財、産、ニ、付、キ、別、除、權、ヲ、有、ス、相、續、人、タ、ル、債、務、者、カ、其、之、ニ、對、ス、ル、破、産、手、續、ノ、終、局、後、ニ、於、テ、相、續、財、産、ヲ、取、得、シ、タ、ル、場、合、ニ、於、テ、ハ、破、産、財、團、ノ、存、ス、ル、コ、ト、ナ、キ、ヲ、以、テ、相、續、債、權、者、及、ヒ、受、遺、者、カ、別、除、權、ヲ、有、ス、ル、コ、ト、ナ、キ、ヤ、當、然、ナ、リ、又、相、續、人、タ、ル、債、務、者、カ、其、支、拂、停、止、前、又、ハ、其、之、ニ、對、ス、ル、破、産、手、續、開、始、前、ニ、於、テ、相、續、財、産、ヲ、取、得、シ、タ、ル、場、合、タ、ル、コ、ト、ヲ、要、セ、サ、ル、ハ、債、務、者、カ、其、破、産、手、續、開、始、後、ニ、取、得、シ、タ、ル、財、産、ノ、破、産、財、團、ニ、屬、ス、ル、我、破、産、法、ノ、法、則、ニ、依、リ、明、白、ナ、リ、獨、逸、破、産、法、ニ、於、テ、ハ、前、述、シ、タ、ル、カ、如、ク、債、務、者、カ、其、破、産、宣、告、前、ニ、取、得、シ、タ、ル、財、産、ノ、ミ、カ、破、産、財、團、ニ、屬、ス、ル、ヲ、以、テ、破、産、手、續、開、始、後、ニ、取、得、シ、タ、ル、財、産、ハ、假、令、相、續、ニ、依、リ、取、得、シ、タ、ル、モ、ト、雖、

モ破産者ノ自由財産ニシテ破産財團ニ屬セス故ニ舊獨逸破産法第四十三條ニ於テハ債務者カ其破産宣告ヲ受ケタル前ニ相續財産ヲ取得シタルヲ要件ト爲セリ我破産法ニ於テハ我商法起草者カ前述シタルカ如ク破産手續開始後ニ於テ債務者カ取得シタル財産亦破産財團ニ屬スル主義ヲ是認シタル佛法系諸國ノ立法例ニ依リテ立案シ商法第一千條カ之ニ基キテ成立シタルモノナルヲ以テ特ニ其支拂停止後(下明言シ)單ニ支拂停止前ニ於ケル相續財産ノ取得ハ勿論支拂停止後ニ於ケル相續財産取得ノ場合ト雖モ別除權カ相續財産ニ付キ存スルコト並ニ獨派ノ立法例ニ於ケルカ如ク破産手續開始前ノ相續取得タルヲ要件ト爲ササルコトヲ示シタリ隨テ反對推理ニ基キ支拂停止前ニ於ケル相續財産取得ノ場合ニ於テハ相續財産ニ關スル別除權ナシト謂フヘカラス第二ニ相續財産ノ現存スルコトヲ要ス蓋シ相續財産ノ現存スルコトナクシハ相續財産ニ付キ別除權ヲ行フニ由ナケレハナリ故ニ相續債權者及ヒ受遺者ハ破産財團中ニ存スル相續財産タルノ性質ヲ失ハサル各箇ノ財産ニ關シテハ主タルモノ從タルモノ又ハ代リタルモノ殊ニ未タ債務者ニ支拂ハレタル相續財産ニ屬スル金

錢(例へハ相續人ニ依リ賣却セラレタル相續財産ニ關スル代金ノ支拂ヲ目的トスル債權)タルトテ問ハス別除權ヲ行フコトヲ得ヘシ然レトモ相續人カ取立タル金銭ニ關シテハ別除權ヲ行フコト能ハス何トナレハ斯ル金銭ハ他ノ財産ト混同シ別除權ノ目的ヲ達スルコト能ハサルモノナレハナリ而シテ相續人タル破産者カ其宣告ヲ受ケル以前ニ於テ又ハ其宣告以後管財人カ相續債權者及ヒ受遺者ノ權利ヲ害スルカ爲メニ爲シタル權利行爲ハ民法第四百二十四條ニ從ヒテ之ヲ攻撃スルコトヲ得ヘシ(要件)相續債權者及ヒ受遺者ハ相續人ノ破産財團ヨリ辨濟ヲ受ケタルトキハ別除權ヲ主張スルコトヲ得ス何トナレハ斯ル辨濟ニ因リ別除權ノ原因タル權利カ消滅シタルヲ以テナリ又相續債權者及ヒ受遺者ノ有スル權利ニ付キ満足ヲ供シタル相續財産ノ剩餘ハ相續人ノ破産財團ニ屬ス何トナレハ相續財産ハ相續ヲ拋棄セザル相續人ノ財産ニ外ナラザレハナリ相續債權者及ヒ受遺者ハ他ノ別除權者ト同シテ別除權ヲ拋棄シタル部分又ハ別除權ノ主張ニ因リ満足ヲ享有スルコト能ハザリシ部分ニ付キ破産シタル相續人ノ破産財團上ニ満足ヲ求ムルコトヲ得ヘシ羅馬ニ於テハ其初メ相

續人ハ當然相續債權者ノ債務者タルヲ以テ相續債權者カ別除權ヲ主張シタルカ爲メニ之ニ對シ對人的責任ヲ免ルルモノニ非スト云ヘル思想ト相續債權者ハ別除權ノ主張ニ因リ相續人其人ニ對スル權利ヲ拋棄シタルモノナリト云ヘル思想トアリタレトモ後世ニ於テハ後者ノ思想ヲ正當視シ又普通西破産法(第三九條)獨逸破産法(第六四條)ハ前者ノ思想ヲ是認シタルモノノ如シ我商法亦然ラン民法第一〇四八條(商法第九九八條)專用相續債權者及ヒ受遺者ノ別除權ノ順位ハ民法ノ定ムル所ニ依ル(民法第一〇四七條)第一〇三三條等(第三ニ組合)民法第六六八條(相續民法第一〇〇一條)夫婦財產制ニ基テ共有財產民法第七九六條(第七九七條)等ノ原因ニ基キ破産宣告ノ當時破産者ト共有關係ヲ有スル者ハ分割ニ因リ破産者ノ破産財團ニ歸スヘキ共有物ノ部分ニ付キ共有ニ關スル債權ノ爲メニ別除權ヲ有ス破産者カ他人ト特定ノ財產ヲ共有シタルトキハ破産者ノ持分カ破産財團ニ屬スルコト及ヒ此持分ハ共有ニ關スル債權ニ付キ破産者ノ負擔ニ屬スルモノヲ控除シタル部分ナルコトハ前述シタル所ナリ而シテ破産宣告ノ當時ニ存在シタル共有物ヲ破産手續中ニ分割シ破産者ニ屬スル持

分テ破産財團ニ加ヘタル場合ニ於テ共有ニ關スル債權ヲ單純ナル破産債權トシ債務者タル破産者ニ歸シタル共有物ノ部分ニ付キ別除權ヲ認メタルトキハ共有ニ關スル債權ヲ有スル者ノ利益ヲ害シ共有ニ關スル債權ニ付キ破産者ノ負擔ニ屬スルモノヲ控除シタル部分ニ非スルハ破産財團ニ屬セザル旨ノ法意ヲ貫徹セザルヲ以テ法律ハ別除權ヲ認メ共有ニ關スル債權ヲ有スル者ノ利益ヲ保護シタリ(民法第二五九條、獨逸民法第七五六條、獨逸破産法第五一條)理由破産者ト或物ヲ共有スル者カ分割ニ因リ破産者ノ破産財團ニ歸スヘキ共有物ノ部分ニ付キ別除權ヲ有スルニハ第一ニ共有者ノ有スル債權カ共有ニ關スルモノナルコトヲ要ス如何ナルモノカ共有ニ關スル債權ナルヤハ民法ノ規定ニ從ヒテ之ヲ定ム立替費用ノ賠償請求權共有關係ノ目的ノ爲メニシタル貸金返還ノ請求權、組合員ノ義務違背ニ因リテ生シタル損害賠償請求權等ハ之ニ屬スルトモ共有者カ共有關係ニ基カサル原因ニ基キ他ノ共有者ニ對シテ有スル債權殊ニ共有ニ關係ナキ貸金賣買等ニ基キ他ノ共有者ニ對シテ有スル債權等ハ之ニ屬セス又共有者カ共有ニ關スル債權ノ主體タルコトヲ要ス共有關係ニ基キ

テ發生シタル第三者ノ債權破産者及ヒ其他ノ共有者カ共有者ノ資格ニ於テ共同シテ負ヒタル債務ノ爲メニハ別除權ノ存スルコトナク又ハ之ヲ認ムルノ必要ナシ蓋シ破産者ノ持分ヲ確定スルカ爲メニ破産手續ノ外ニ於テ共有物ヲ分割スル場合ニ於テハ破産者ニ歸スヘキ共有財產ノ部分ヨリ共有ニ關スル債務ニ付キ破産者ノ負擔スヘキ部分ヲ控除シタルモノヲ破産財團ニ加フヘキモノナレハナリ但共有者カ共有ニ關スル債務ニ付キ破産者ト共ニ債權者タル第三者ニ對シテ連帶其他ノ原因ニ基キ責任ヲ負ヒタル場合ニ於テハ破産者ニ對スル求償權ニ關シ別除權ヲ有ス蓋シ斯ル求償權ハ共有ニ關スル共有者固有ノ債權ナレハナリ第二ニ破産者ニ歸スヘキ共有財產ノ部分ノ存スルコトヲ要ス何トナレハ破産者ニ歸スヘキ共有財產ノ部分ノ存セザルトキハ共有ニ關スル債權ヲ有スル共有者ハ別除權ヲ行フニ由ナク唯破産債權者トシテ該債權ヲ主張スルコトヲ得ルニ止マレハナリ然レトモ該部分ノ存スル以上ハ管財人カ破産者ニ歸スヘキ部分ヲ換價シタルカ爲メニ共有者ハ別除權ヲ喪失スルコトナシ換價ニ依リテ發生シタル賣得金ノ支拂ヲ目的トスル權利若クハ其權利ノ行使

トシテ管財人ノ受取リタル賣得金ニ付キ別除權ヲ行フコトヲ得ヘシ第三ニ破産宣告ノ當時ニ於テ共有關係ノ現存シタルコトヲ要ス破産宣告以前ニ於テ既ニ共有物ヲ分割シタル場合ニ於テ其當時辨濟ヲ爲ササル爲メニ破産手續開始後ニ於テ存在スル共有ニ關スル債權ハ單純ナル破産債權トシテ之ヲ取扱フモノタリ共有關係ノ消滅ニ因リ共有者ハ其資格ヲ喪失ス隨テ共有者トシテ別除權ヲ行使スルコトヲ得ズ<sup>フエルト</sup>氏カ破産手續開始ノ當時ニ於テ現存スル共有ニ關スル債權カ破産ニ於テ其效力ヲ喪失スルノ理由ナシトノ見解ヲ以テ反對ニ論結シタルハ通説ニ非ス(要件共有ニ關スル債權ヲ有スル共有者ハ管財人カ別除權ノ主張以前ニ於テ破産者ノ共有ニ屬スル財產ヲ讓渡シタルカ爲メニ別除權ヲ喪失セズ破産者ト他ノ共有者トノ間ニ成立セル共有關係及ヒ破産手續中破産手續ノ外ニ於テ爲スヘキ分割手續ハ斯ル讓渡ニ依リ除去セラレルモノニ非ス又管財人カ破産財團ノ爲メニ賣得金ヲ取立テタルカ爲メニ別除權ヲ除去スルコトヲ得ルモノニ非ス宛モ管財人カ抵當ノ目的物ヲ讓渡シ代金ヲ取立テタルカ爲メニ別除權カ除去セラレザルニ同シ但破産財團ノ配當後ハ斯ル

別除權ノ主張ヲ妨クルヤ言フ埃タス  
 (c) 別除權ノ主張 別除權者ハ破産債權者ニ非ナルヲ以テ其有スル別除權ヲ破産手續ニ依ラスシテ行フ別除權者ハ裁判外ニ又必要ナル場合ニ於テハ裁判上ニ別除權ヲ管財人ニ對シテ主張セサルヘカラス(1)別除權ハ管財人ニ對シテ主張セサルヘカラス別除權ノ目的物ハ破産財團ニ屬ス故ニ破産者ハ該目的物ニ關スル管理及ヒ處分權ヲ喪失シ管財人カ該目的物ヲ管理及ヒ處分ス隨テ別除權者ハ其權利ヲ管財人ニ對シテ主張セサルヘカラス別除權ノ原因タル優先權ノ目的物カ第三者ノ財產ニ屬シ破産財團ニ屬セザルトキ第三者カ破産者ノ爲メニ其有スル財產上ニ抵當權ヲ設定シタルカ如キハ別除權ノ主張アルコトナキヲ以テ別除權ニ關スル破産法ノ規定ノ適用ナシ管財人ハ其主張セラレタル別除權ニ付キ承認ノ有無ニ關スル意思ヲ表示セザルヘカラス然レトモ別除權者ハ該意思ヲ即時ニ破産手續上ノ期日ニ於テ表示スヘキ旨ヲ請求スルノ權利ナシ管財人ニ其承認ニ關スル意思表示ニ付キ適當ナル調査ヲ爲スニ必要ナル時間ノ存スルコトヲ要スルハ當然ニシテ又破産手續上ノ期日ハ破産手續ノ



終局ノ爲メニ存スルモノナルヲ以テ破産手續ニ依ラスシテ行ハルル別除權ニ付キ之ヲ利用スルコト能ハサルヤ明白ナリ但管財人カ別除權ヲ破産手續上ノ期日殊ニ債權調査ノ期日ニ於テ明示的ニ且何等ノ留保ヲ爲スコトナクシテ承認シタルトキハ其效力ヲ有スルヤ言フ埃タヌ(2)別除權ハ裁判外又ハ裁判上ニ於テ主張スルコトヲ得管財人カ其主張シタル別除權ヲ承認シタルトキハ裁判上ニ於テ別除權ヲ主張スルノ必要ナシ管財人カ之ニ反シテ其主張シタル別除權ヲ承認セザルトキハ別除權者ハ管財人ニ對シ裁判上ノ主張ヲ爲ササルヘカラス然ラズシテ別除權ヲ無視シタルヨリ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ス裁判上ノ主張即チ訴訟ハ事情ニ從ヒ別除權者又ハ管財人カ原告トシテ之ヲ提起シ又破産手續開始前ニ繫屬シタル別除權ニ關スル事件ヲ管財人ヨリ又ハ之ニ對シ受養(獨逸破産法第一一條)スルニ依リテ之ヲ爲ス又該訴訟ハ事情ニ從ヒ確認訴訟タリ或ハ執行訴訟タリ(3)主張シタル別除權ノ存在ニ付キ爭ナク又ハ確定判決アリタルトキハ別除權者ハ其權利ヲ民法民事訴訟法及ヒ競賣法ニ從ヒテ行使スルコトヲ得(甲)民法民事訴訟法及ヒ競賣法ノ規定ニ從ヒ別除權

ノ目的物ニ付キ満足ヲ享有スルカ爲メニ競賣ヲ爲ス權利ヲ有スル別除權者ハ同法ニ從ヒ別除權ノ目的物ヲ競賣スルコトヲ得而シテ別除權者カ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ競賣ヲ爲スニハ管財人ニ對スル債務名義ヲ有スルコトヲ要ス何トナレハ管財人カ別除權ノ目的物ヲ處分スルノ權限ヲ有スレハナリ此債務名義ハ管財人ニ對スル起訴又督促手續ニ依リテ之ヲ得ヘク又ハ破産手續開始前ニ別除權ノ原因タル權利ニ付キ繫屬セル訴訟ヲ管財人ニ對シ受繼スルニ因リテ之ヲ得ヘシ(獨逸破産法第一一條)但別除權者カ破産手續開始前ニ於テ既ニ破産者ニ對スル債務名義ヲ有シタルトキハ破産債權者團體ノ機關タル管財人ニ對スル執行文ヲ得ルコトヲ要セス(民事訴訟法第五一九條)何トナレハ管財人ハ「アキフェル」氏ノ主張スルカ如ク破産財團ノ處分權ニ關シ破産シタル債務者ヲ承繼スルモノニ非スシテ反テ「ブラント」氏ノ主張スルカ如ク其形式的代表資格ヲ承繼スルモノニ外ナラザレハナリ又破産手續開始前ニ於テ既ニ強制執行手續カ開始セラレタルトキハ之ヲ續行スルコトヲ得何トナレハ別除權ハ破産手續ニ依ラスシテ行ハルルモノナルヲ以テ該執行手續ノ開始ニ依リ中斷セラ

ルコトナケレハナリ別除權者カ其目的物ヲ換價シテ得タル金錢ニ付キ満足ヲ得タル後殘額ノ存スルトキハ之ヲ破産財團ニ歸屬セシメサルヘカラス管財人ハ別除權ノ主張ニ因リ之ヲ斟酌シ且其行使ヲ妨クヘキ目的物若クハ其賣得金ノ處分ヲ遮止スヘキ義務ヲ負フ故ニ此義務ニ違背シタル管財人ハ其之ニ因リテ生シタル損害ニ付キ賠償責任ヲ負フ然レトモ管財人ハ第一ニ之カ爲メニ別除權ノ目的物ヲ換價スヘキ權利ナシト速斷スヘカラス管財人カ此權利ヲ行使スル場合ニ於テハ別除權ノ原因タル權利カ換價ニ依リ消滅スルトキト否トヲ區別シ前者ノ場合ニ於テハ別除權者ハ該換價ヲ妨クルノ權利ナシ別除權者ハ唯其目的物ノ賣得金上ニ優先的辨濟ヲ受クル權利アルニ止マレハナリ唯破産財團カ別除權者ノ優先的満足ヲ享クヘキ賣得金ニ付キ不當ニ利得シタルヲ以テ財團債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ルノミ(獨逸破産法第五九條第三號)又管財人ハ賣得金ヲ別除權者ノ爲メニ供託シ又ハ別除權者ノ満足ニ供セサルヘカラス後者ノ場合ニ於テハ別除權者ハ其原因タル權利ヲ第三者ニ對シテ主張スルコトヲ得管財人カ抵當物ヲ其負擔附ニテ換價シタルカ如キ場合ノ類(第

二ニ前示ノ義務ヲ負フカ爲メニ別除權者ニ完済ヲ爲シテ其權利ヲ消滅セシメ以テ別除權ノ目的物ニ付キ完全ナル處分權ヲ行フヘキ權利ナシト速斷スヘカラス反テ別除權者ハ斯ル權利ノ行使ヲ容易ナラシムルカ爲メニ又別除權ノ目的物ハ當然破産財團ニ屬シ且別除權者ニ完済シタル賣得金ノ殘額ハ當然破産財團ニ歸屬スルヲ以テ破産債權者ノ利益ノ爲メニ法律上特定ノ義務ヲ負フ別除權ノ原因タル權利ヲ届出テ目的物ヲ占有シタルトキハ其旨ト共ニ(商法第一〇二三條優先權アルモノハ)獨逸破産法第一一八條第一一九條)目的物ノ提出及ヒ評價ヲ承諾シ(商法第一〇〇六條第二項獨逸破産法第一二〇條)受戻ニ同意シ(商法第一〇一九條)佛國商法第五四七條)特定條件ノ下ニ於テ目的物ノ強制賣却ヲ承諾ス(商法第一〇一八條)獨逸破産法第一二六條)第一二七條)佛國商法第五七一條)第五七二條)ルカ如キ即チ是ナリ蓋シ届出ハ別除權ノ存在ヲ知ラシメ以テ之ニ處スル適當ノ處分即チ受戻若クハ優先的辨濟ヲ促シ評價ハ目的物ノ價額ヲ知り受戻權ヲ行使スルノ利害又ハ破産財團ニ歸屬スル剩餘金ノ存スル旨ヲ知ラシメ受戻ハ質權設定者及ヒ抵當權設定者ノ權利ナルヲ以テ之ヲ拒ムコト

ヲ得サルハ當然ニシテ又別除權者ハ其目的物ノ賣得金上ニ優先的辨濟ヲ求ムル權利アルニ過キサルヲ以テ民事訴訟法上目的物ノ換價ニ付キ異議ヲ申立ツルコトヲ得サルヤ當然ナリ第三ニ前示ノ義務ヲ負カガ爲メニ別除權ノ目的物ニ關スル處分權ヲ拋棄スルノ權利ナシト速斷スヘカラス管財人ハ別除權ノ目的物ヲ換價スルモ其賣得金カ別除權者ニ完済ヲ爲シタル後破産財團ニ歸屬スヘキ剩餘額ノ存スルコトナシト認メタルトキハ自ラ別除權ノ主張ニ對シ行動スルノ必要ナシ然レトモ管財人ハ別除權者カ其權利行使ニ付キ管財人ノ共助ヲ要スル場合ニ於テ其助力ヲ請求シタル場合ニ之ニ應スヘキ義務ヲ負フ(乙)就賣ヲ爲ス權利ヲ有セサル別除權者殊ニ別除權ノ原因タル優先權ヲ以テ擔保セラレタル停止條件附又ハ期限附債權ヲ有スル者ハ管財人カ別除權ノ目的物ヲ換價スルニ際シテ適當ナル斟酌ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得條件附別除權者ハ辨濟額ヲ供託ヲ期限附別除權者ハ利息割引ヲ以テ即時ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得(主)主張セサル別除權ハ管財人カ之ヲ斟酌スルコトナク其目的物ヲ他ノ破産財團ニ屬スル財産ト同シク管理及ヒ換價ス蓋シ別除權ハ管財人カ驗權

ヲ以テ斟酌スヘキモノニ非サレハナリ是ヲ以テ別除權ヲ主張セザリシ別除權者ハ別除權ノ存スルコトヲ知リテ之ヲ斟酌セザリシハ管財人ニ對シ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得然レトモ財團債權者トシテ破産財團ニ現存スル賣得金上ニ權利ヲ行フ權利ヲ喪失セス(獨逸破産法第五九條第二號又民事訴訟法ニ從ヒ賣得金ニ付キ優先ノ辨濟ヲ請求スル權利ヲ喪失セス(民事訴訟法第五六五條第六四九條)其他民法及ヒ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ第三取得者ニ對シ別除權ノ原因タル優先權ヲ主張スルコトヲ得ルノ權利ヲ喪失セス但別除權ヲ主張セサルコトハ其原因タル優先權ノ拋棄ニ非サルヲ以テ管財人ハ其認識シタル優先權者ニ對シ其目的物ノ賣得金ヲ以テ優先的ニ辨濟ヲ爲ササルヘカラス(商法第一〇四五條)別除權ノ主張ヲ講ジタル後其債權ヲ直接又ハ間接ニ外國所在ノ破産者カ債權者ノ支拂停止ヲ知リタル後其債權ヲ直接又ハ間接ニ外國所在ノ破産財團ニ屬スル財産ヲ占有スル者ニ讓渡シ且此者カ其讓受ケタル債權ノ爲メニ外國法ニ從ヒテ我國法ノ是認セサル實權其他優先權ヲ該財産上ニ行ヒタルトキハ單純ナル破産債權ノ爲メニ事實上我國法ノ是認セサル別除權ノ存スル

コトト爲ルヲ以テ讓渡ヲ爲シタル破産債權者カ讓受人ノ質權其他ノ優先權ヲ其占有物上ニ行ヒタルニ因リ破産財團ニ歸屬セテリシ部分ヲ之ニ賠償スヘキコト是ナリ(獨逸破産法第五〇條蓋シ破産債權者ハ我破産法ノ外國ニ行ハレス且質權其他ノ優先權ニ關シテハ其目的物所在地ノ法律ニ支配セラレヘキモノナルコトヲ(Conf. §. 103) 奇貨トシ我國法ニ從ヒ別除的満足ヲ享有スヘキ權利ナキニ拘ハラス外國法ヲ利用シ他ノ破産債權者ノ利益ヲ害シテ自己ノ債權ニ付キ間接ニ別除的満足ヲ享有スルコトヲ得サレハナリ理由斯ル賠償權ノ成立ニハ第一ニ破産債權者カ其權利ヲ外國所在ノ破産財團ニ屬スル財産ヲ占有スル者ニ讓渡シタルコトヲ要ス讓渡ハ廣義ニシテ民法第四百六十六條以下ニ規定シタル債權ノ讓渡ノミナラス有價證券ノ裏書交付其他法律上債權移轉ノ效力ヲ生スヘキ行爲ヲ指示ス故ニ民法第五百條ニ基キ外國居住ノ連帶債務者カ爲シタル辨濟亦之ニ屬ス然レトモ相續及ヒ轉付命令ニ依ル債權ノ移轉ハ之ニ屬セス讓渡カ直接ニ行ハレタルト又間接ニ行ハレタルト即チ破産債權者カ外國所在ノ破産財團ニ屬スル財産ヲ占有スル者ニ破産債權ヲ取得セシムルノ目的

ヲ以テ先ツ仲介人ニ之ヲ讓渡シ仲介人ヨリ破産債權ヲ該占有者ニ讓渡シタルトノ區別又讓渡ノ反對給付カ豫定ノ配當額ヲ超過シタルト否トノ區別ハ法律ノ間フ所ニ非ス又破産債權ヲ讓受ケタル者カ外國所在ノ破産財團ニ屬スル占有物ニ付キ外國法ニ從ヒ差押其他ノ方法ニ依リ質權其他ノ優先權ヲ取得シ且之ヲ行使シタルコトヲ要ス該占有者カ其占有物ヲ破産財團ニ引渡シタルトキハ破産財團ニ何等ノ損害ナキヲ以テ賠償權ノ成立スヘキ理ナシ占有者ノ國籍ノ内外及ヒ居住ノ内外ノ區別ハ法律ノ間フ所ニ非ス第二ニ破産債權者カ其債權讓渡ノ當時ニ於テ既ニ破産手續カ開始シタルコト又ハ破産宣告ノ申立アル事實若クハ債務者カ其支拂ヲ停止シタル事實ヲ知リタルコトヲ要ス通常ノ生活關係ニ於テハ各債權者ノ權利カ同等ナルコトヲ要スルモノニ非サルヲ以テ債權者カ前示ノ手段ヲ以テ其債權ヲ全ウスルコトハ法律ノ禁セサル所ナリ然レトモ債務者カ其支拂ヲ停止シタル後ニ於テ其事實若クハ破産宣告ノ申立アリタル事實ヲ知リタル債權者カ斯ル手段ヲ弄スルハ畢竟破産法ノ適用ヲ免ルルカ爲メニスルニ外ナラサルヲ以テ法律上之ヲ是認スルコトヲ得タルハ當然

ナリ破産手續ノ開始ニ際シ斯ル手段ヲ弄スル場合亦然リ故ニ法律ハ斯ル手段ヲ弄シタル結果トシテ破産財團ニ生シタル損害ヲ之ニ賠償セシメ以テ破産債權者間ノ平等ヲ維持シタリ(要件)財團ノ損害賠償債權ハ外國所在ノ破産財團ニ屬スル財産ノ占有者ニ對シ其別除權取得ノ行為ヲ無効(讓渡)カ破産宣告後ニ成立シタルトキ)又ハ取消讓渡カ破産宣告前ニ成立シタルトキ(商法第九九〇條乃至第九九二條)獨逸破産法第一五條第三〇條)主張スルコト能ハサルヨリ之ニ代リタリモノナルヲ以テ破産債權者團體ニ屬シ且管財人ニ依リ行使セラル隨テ該權利ハ破産手續繼續中ニ於テノミ主張スルコトヲ得又其手續終結後破産者ニ移轉スルコトナシ但該請求權ニ關スル訴訟ト理論上同一ニ取扱ハル(キモノト謂フヘシ)商法第九九一條賠償額ハ破産債權ノ讓渡人カ破産債權者トシテ受クヘキ配當額ヲ讓受人カ實權其他ノ優先權ヲ行使シタル外國所在ノ破産財團ニ屬スル財産ノ價額ヨリ控除シタル殘額ナルコトハ學者間ニ爭ナキカ如シ而シテ讓渡人ノ受クヘキ配當額ハ破産手續ノ終結前ニ於テハ未確定ナルヲ以テ多數

ノ學者殊ニ「ペーラルゼン」「ウキルモ」「スキ」「ボツセル」上氏等ハ破産財團ノ損害賠償權ヲ主張スル當時ニ於テ確定シタル讓渡人ノ配當額ノミヲ斟酌シテ賠償額ヲ定メ其他ノ部分ニ關シテハ讓渡人ニ爾後返還ヲ目的トスル財團債權トシテ主張スルノ權利ヲ留保スヘキモノナリト主張シ「ゾキフェルド」氏ハ讓渡人ノ受クヘキ未確定ノ配當額ヲ鑑定シ其鑑定額ヲ斟酌シテ賠償額ヲ定ムヘモノト主張シタリ「フツチング」氏カ目的物ノ全價額ヲ賠償セシムヘキモノナリト主張シタルハ正當ノ見解ニ非サルヘシ)讓渡人ト共謀シテ債權ノ讓渡ニ干與シタル多數ノ仲介人ハ讓渡人ト連帶シテ責任ヲ負フ(民法第七一九條)準用讓渡シタル破産債權カ數人ノ共有ニ屬シタルトキハ其責任ハ分擔ナリ何トナレハ此場合ニ於テハ人數ニ應シタル數箇ノ破産債權カ讓渡セラレタルモノナレハナリ

(d) 別除權ノ喪失 別除權ハ破産財團ニ屬スル財産ニ付キ優先的の辨濟ヲ求ムルノ權利ナルヲ以テ(1)管財人カ別除權ノ目的物ヲ其主張ナキ場合ニ於テ他破産財團ニ屬スル財産ト同シク換價シタルトキニ喪失スルモノナリ蓋シ斯ル換價ニ因リ別除權ノ目的物カ破産財團タルノ性質ヲ失フヲ以テナリ而シテ管財

人ノ換價ニ因リ別除權ノ原因タル權利カ消滅シタルトキハ別除權者ハ財團債權者トシテ目的物ノ賣得金上ニ優先的満足ヲ求ムルコトヲ得ヘシ何トナレハ破産財團ニ於テ別除權者カ其權利ノ行使ニ因リ享クヘキ部分ニ付キ法律上ノ原因ナクシテ得タル利得ノ存スルヲ以テナリ之ニ反シテ別除權ノ原因タル權利カ消滅セザルトキハ(抵當權ノ如キ)別除權者ハ第三取得者ニ對シ該權利ヲ主張スルコトヲ得ルヤ當然ナリ(2)破産手續ノ終局ニ依リ喪失スルモノタリ何トナレハ破産手續終局以後ニ於テ破産財團ナルモノ存セザレハナリ而シテ別除權ノ原因タル權利カ目的物ノ換價ニ因リ消滅シタルトキハ別除權者ハ破産手續終局以後各破産債權者ニ對シ自己ノ損害ニ於テ同債權者カ得タル利得ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ宛モ破産財團ニ屬セザル財産ヲ換價シタル場合ト法律上ノ狀態ヲ同シウス別除權ニ關スル訴訟カ破産手續終局以前ニ於テ未タ終結セザルトキハ破産手續ノ終局カ配當ニ依ルト協諾契約ニ依ルトノ區別ニ依リ論結ヲ同シウセス前者ノ場合ニ於テハ保爭別除權ヲ以テ擔保スル債權額ヲ供託シテ破産手續ヲ終局スルモノナルヲ以テ其後管財人カ尙ホ當事者ト

シテ訴訟ヲ續行ス蓋シ供託シタル金額ハ管財人カ勝訴シタル場合ニ破産財團トシテ破産債權者ニ追加配當ヲ爲スヘキモノナレハナリ後者ノ場合ニ於テハ別除權ニ關スル訴訟ヲ破産者ヨリ又ハ破産者ニ對シテ受繼ス何トナレハ別除權ノ目的物若クハ其賣得金ニ關スル處分權ハ破産者ニ移轉ナレハナリ

(C) 財團債權(Massanspruch) 破産ノ目的ヲ達スルカ爲メニ破産財團ノ管理換價及ヒ配當ヲ爲スニハ相當ナル費用ヲ要スルハ當然ニシテ又管財人カ其職權ニ屬スル行為ヲ爲スニ因リテ義務ヲ發生スルハ當然ナリ此等ノ費用及ヒ義務ハ破産債權者ノ共同ノ目的ヲ達スルカ爲メニ生シタルモノナルヲ以テ破産財團ノ負擔トシテ破産債權ヨリ優先的ニ満足セラレサルヘカラス之ヲ換言セハ破産債權者ハ此等ノ負擔ヲ控除シタル破産財團上ニ満足ヲ享タルコトヲ得ヘキノミ隨テ管財人ハ此等ノ負擔ヲ破産財團ヨリ破産手續終局以前ニ辨濟セザルヘカラス(Omnia bona non intelliguntur nisi de doteo alieno)此等ノ負擔ニ基キ破産手續ニ關係ナク破産債權ヨリ優先シテ破産財團上ニ満足ヲ求ムルコトヲ得ヘキ債權ヲ財團債權ト謂フ故ニ此債權ハ別除權ト同シク破産債權ヨリ優先シテ

破産財團上ニ満足ヲ享クルコトヲ得ヘキ權利ナリト雖モ之ト異ニシテ破産財團ニ屬スル特定ノ財産ノ賣得金上ニ優先的満足ヲ制限セラレタルモノニシテ又破産債權ト同ジク破産財團上ニ満足ヲ享クヘキ權利ナリト雖モ之ト異ニシテ通常破産手續ノ進行中ニ發生ス(破産宣告ノ當時ニ於テ未タ當事者雙方ヨリ履行セサル變務契約ニ付キ管財人カ破産財團ノ爲メニ其履行ヲ欲スル旨ノ意思ヲ表示シタル場合ニ於テ反對給付ヲ目的トスル相手方ノ請求權及ヒ商法施行法第百四十條ニ基キ國庫カ支辨シタル費用其他破産手續開始ノ爲メニ其申立ヲ爲シタル債權者ノ支辨シタル費用等ニ關スル權利ハ破産宣告ノ際ニ發生シタル財團債權タリ故ニ通常ト云ヒ必スシモ破産手續ノ進行中ニ發生セザルモノニ限ラサルノ意ヲ示ス(商法第一〇三二條)獨逸破産法第五七條乃至第六〇條佛國商法ニ於テハ法文上此種ノ明文ナシト雖モ法理上斯ク請求權ヲ認メタルコトハ(オオンカン氏ノ著商法講義第七冊第五五六號乃至第五六一號ニ依リ明白ナリ)實則獨逸破産法第五七條乃至第六〇條ノ規定ニ依リテ之ヲ認メ得ルモノト云フ可キ也

(A) 性質、財團債權ハ破産手續ニ依ラスニテ破産債權ヨリ優先シテ破産財團

上ニ満足ヲ求ムルコトヲ得ル破産債權者團體ニ對スル債權ナリ(1)財團債權ハ破産債權者團體ニ對スル權利ナリ財團債權ニ對スル義務ヲ負フ者ハ破産者ナルヤ破産債權者團體ナルヤハ獨逸ニ於テ大ニ學者ノ論争スル所ナリ獨逸破産法理由書及ヒ之ニ贊成スル多數ノ學者殊ニペーアルゼン(ラウ)モースキー(アレン)ブルヒ(イェゲル)フランチング(氏)等ハ破産者ナル旨ヲ主張シタリ其論據ハ獨逸普通法普通西破産法及ヒ佛國商法等ニ於テ破産債權者團體カ義務者ナリトノ學說カ行ハレ又ハ行ハシタルハ破産債權者團體カ法人トシテ又ハ團體トシテ破産者ノ有スル財産權若クハ其處分權ヲ承繼シタリトノ觀念ニ基キタルモノナリ然レトモ獨逸破産法ハ斯ル觀念ヲ是認セザリシ破産者ハ依然破産財團ノ主體ニシテ管財人ハ唯破産者ニ代リテ破産財團ヲ管理スルニ過キス故ニ財團債權ニ對スル義務ハ破産者ノ負フ所ニシテ破産債權者團體ノ負フ所ニ非ス反對說ハ破産手續開始以前ニ成立セル財團債權(例ヘハ前述ノ如キ變務契約ニ關シ破産ノ宣告ヲ受ケタル當事者ノ一方カ反對給付ヲ求ムル請求權ノ如キ)説明スルコト能ハサルモノト云フニ在リ(コーレル)アキア(エルド)氏等ハ破産債權者團體カ

ル旨ヲ主張シタリ其論據ハ破産債權者團體亦法律行為不行為等ノ如キ種種ノ原因ニ基キテ義務ヲ負フコトヲ得此義務ヲ財團債權ト稱ス故ニ破産債權者團體カ義務者トシテ其團體ニ屬スル財產差押權ヲ以テ責任ヲ負ヒ各破産債權者カ其有スル財產ヲ以テ責任ヲ負ハス隨テ財團債權者ハ破産債權者團體ノ財產 (Besitzausgleichsvermögen; Gemainschaftsvermögen) カ不十分ナル場合ニ於テ其權利ヲ各破産債權者及ヒ破産者ニ主張スルコトヲ得ス然レトモ財團債權ヲ無視シテ各破産債權者間ニ配當アリタルトキハ不當利得トシテ財團債權ヲ無視シタルカ爲メニ得タル部分ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ反對說ハ破産者カ勞務ニ服シタルコト其他ノ法律關係ニ基キ財團債權ヲ有スルニ至ル關係ヲ説明スルコト能ハザルモノナリト云フニ在リ佛國ニ於テハ破産債權者團體カ債務者タルコトハ學者間ニ爭ナキカ如シ蓋シ佛國法ニ於テハ前述ノ如ク破産債權者團體ハ一ノ法人ナレハナリ此兩說中何レヲ可ト爲スカハ諸君ノ選擇ニ委スルト雖モ予輩ハ我破産法ノ解釋トシテ破産債權者團體カ義務者ナリト主張スルヲ正當ト思フ何トナレハ破産者カ自己ノ債權者若クハ債務者ト爲ルコトヲ得ザルヲ

以テナリ(反對說ハ破産法ニ於テ破産財團ト其他ノ財產トヲ區別シタル結果トシテ破産手續繼續中此兩者ノ財產ニ付キ利害關係ノ成立スルニ至ルトキハ破産財團ニ付キ破産者ヲ代理スル管財人ト破産者トノ間ニ權利義務ノ關係カ發生スルニ至ルコト宛モ限定承認ヲ爲シタル相續人ト其相續財產トノ關係ニ於ケルカ如シト辯解スルニ似タリ)(2)財團債權ハ破産債權ヨリ優先シテ支拂ハルルモノタリ破産者ヲ以テ義務者ナリト主張スル學者ハ財團債權ハ總利害關係人ノ利益ノ爲メニ爲ス破産財團ノ管理換價及ヒ配當ヲ爲スニ必要ナル手續ニ基キテ發生シタルモノナルヲ以テ各破産債權者ハ斯ル債權ノ行使ニ依ル破産財團ノ減少ヲ其義務トシテ承認セザルヘカラス故ニ財團債權ハ破産財團上ニ於テ破産債權ヨリ優先シテ支拂ハレサルヘカラスト説明シ破産債權者團體ヲ以テ義務者ナリト主張スル學者ハ財團債權ハ之ニ對シ破産債權者團體カ其之ニ屬スル財產ヲ以テ責任ヲ負フモノナルヲ以テ破産債權ヨリ優先的ニ支拂ハルルヲ當然トスト説明スルニ止マリ予輩ハ財團債權カ破産債權ヨリ優先的ニ支拂ハルルハ不當利得ヲ許サザル法則ノ適用ナリト信ス(3)財團債權ハ破産手



續ニ依ラスシテ支拂ハルルモノタリ何トナレハ財團債權ハ破産債權ニ非テレハナリ

(b) 財團債權ノ主體及ヒ其種類。財團債權ハ破産手續開始ノ當時及ヒ其手續繼續中ニ於テ生スルモノタリ獨逸破産法ハ財團債權ノ主體ヲ財團債權者(Massgegähigen)ト稱シ財團債權ヲ分類シテ財團費用(Masse Kosten)及ヒ財團債務(Massschuld)トシ佛國商法ニ於テハ學說上財團債權ノ主體ヲ破産債權團體ノ債權者(Créditiers de la masse)ト稱シ獨逸破産法ニ所謂財團費用及ヒ財團債務ノ實質ヲ是認シ又我商法ハ財團債權ノ主體ヲ特種ノ債權者ト稱シ該債權ヲ第一裁判費用管理費用其他破産手續上ノ費用第二公ノ手数料及ヒ諸稅第三、管財人カ財團ノ爲メニ負擔シタル義務ヨリ生スル債權ニ分類シタリ此分類ハ獨逸破産法ノ分類ト其形式ヲ異ニシ殆ト其實質ヲ同シウスルモノナリ(1)破産手續上ノ費用ハ破産債權者團體ト其機關裁判所破産者國家其他公法人トノ間ニ於テ破産手續ノ開始進行及ヒ終局ニ關スル法律關係ニ基キ發生シタル債務ニ外ナラズ破産債權者團體ヲ以テ義務者ナリト主張セサル反對說ニ據ラハ破産債權者ノ共同利益

ノ爲メニ生シタル費用即チ破産手續ノ實施ニ必要ナル費用ト謂ハサルを得ズ)是ヲ以テ第一ニ裁判費用即チ共同ノ手續ノ爲メニ裁判所及ヒ執達吏ニ支拂フ(キ)手数料及ヒ國家ノ立替金ハ破産手續上ノ費用ニ屬ス故ニ(甲)破産手續開始ノ準備手續ノ費用殊ニ破産宣告ノ申立ニ關スル費用商事非訟事件印紙法第二條國家カ支辨シタル費用(商法施行法第一四〇條破産手續開始ノ申立ヲ爲シタル債權者カ豫納シタル破産手續ニ必要ナル費用(中商法施行法第一三九條)破産手續開始ノ準備手續ニ關スル裁判上ノ費用)ノ支拂ニ立ラタル部分ハ財團債權ニ屬スル裁判費用タリ隨テ破産宣告ノ申立ヲ爲スカ爲メニ債權者ニ要シタル裁判外ノ費用殊ニ旅費滞在費等ハ之ニ屬セス此等ノ債權ハ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ル(商法第一〇三三條)(乙)破産手續ノ開始後其終局前ニ於ケル破産債權者共同ノ利益ノ爲メニ要スル裁判上ノ費用殊ニ公告費用破産宣告ノ公告費用ハ破産手續ニ必要ナル費用トシテ債權者カ豫納シタル費用中ヨリ之ヲ支拂ヒ又國家カ之ヲ支辨スルモノナルコトハ商法施行法第三百三十九條第百四十條ニ徴シ明白ナリ其他破産財團ノ保全管理及ヒ換價債權ノ取立ヲ包含

スニ關スル裁判上ノ費用及ヒ破産債權ノ確定ニ關スル裁判上ノ費用ハ財團債權ニ屬スル裁判費用タリ管財人カ破産債權者團體ノ機關トシテ從事シタル訴訟ニ付キ負擔スヘキ裁判上ノ費用亦然リ隨テ裁判所ニ於テ認可セラレタル破産宣告ノ申立ニ關スル費用調査會ノ終リタル後ニ届出ヲタル債權調査ノ費用(商法第102五條)獨逸破産法第142二條破産債權者相互間ノ訴訟ニ付キ生シタル裁判外ノ費用商法第102七條第102九條)及ヒ裁判所ニ於テ認可セラレタル或債權者ノ抗告ニ關スル費用(商事非訟事件印紙法第2條)等ハ共同ノ手續ノ爲メニ要スル費用ニ非サルヲ以テ之ニ屬セス(丙破産手續ノ終局ニ關スル費用即チ配當及ヒ協議契約ニ關スル費用ハ裁判費用タル財團債權ニ屬スル協議契約カ成立セス又ハ破産手續ヲ再施セシムルニ至リタル場合亦然リ何トナレハ協議契約ノ手續ハ共同ノ手續ノ一部ヲ成スヲ以テナリ隨テ協議契約ハ必スシモ共同利益ニ基キテ成立スルモノニ非ス殊ニ協議契約ノ提供カ排斥セラレタルトキハ共同利益ノ存セサルモノナリトノ理由ヲ以テ反對ニ論結スルハ正當ノ見解ニ非サルヘシ第2ニ管理費用即チ破産財團ノ管理換價及ヒ配當ニ

關スル裁判外ノ費用ハ破産手續ノ費用ニ屬ス故ニ甲管財人ニ對シテ支拂フヘキ報國商法第100九條及ヒ立替金ハ管理費用タル財團債權ニ屬ス管財人ノ立替金ハ郵便費用工錢賃金保険料等ノ如キ破産手續開始後ニ支拂フヘキ費用ヲ管財人カ立替フルニ因リテ發生ス隨テ管財人カ此等ノ費用ヲ立替フ即チ管理ノ目的ノ爲メニ自己ノ金銭ヲ使用スルニ非スシテ反テ管理費用其他破産手續上ノ費用ニ屬セサル此等ノ費用ニ關スル賠償ヲ目的トスル第三者ノ債權ヲ完済シテ代位シ若クハ之ヲ讓受ケタルトキハ管財人ハ管理費用タル財團債權ヲ有スルコトヲ得ス(以上ノ諸費用ハ破産債權者團體カ其機關破産者公法人等ニ對シテ支拂フヘキモノニ非サルヲ以テ管財人カ立替ヘサル間ハ破産手續上ノ費用ニ屬セサルモノタリ破産債權者團體ヲ以テ義務者ト爲ササル反對説ヲ採ラハ反對ニ論結スヘシ)乙諸稅其他公ノ手数料亦廣義ノ管理費用ニ屬スルヲ以テ管理費用タル財團債權ニ屬ス然レトモ破産財團ノ管理ノ爲メニ又ハ破産財團ニ屬スル財産ノ改良又ハ保全ノ爲メニ必要ナル費用トシテ管財人ニ金圓ヲ貸付ケタル第三者ノ債權其他管財人ト取結ヒタル契約ニ基キ發生シタル第

三者ノ債權殊ニ雇傭貸借保險等ニ基キ報酬貸金保険料等ノ支拂ヲ目的トスル第三者ノ債權ハ通常ノ債務關係ニシテ廣義ノ管理費用ニ屬セザルヲ以テ管財人カ財團ノ爲メニ負擔シタル義務ニ屬スレトモ管理費用タル財團債權ニ屬セザルナリ諸稅其他公ノ手数料ニ關シテハ後ニ尙ホ詳説スヘシ第三ニ裁判費用管理費用以外ノ破産手續費用殊ニ破産者及ヒ其家族ニ給付スヘキ扶助料商法第一〇〇七條ハ破産債權者團體カ破産者ニ對シ給付スルモノナルヲ以テ破産手續上ノ費用ニ屬ス扶助料ノ給付ハ何時ニテモ破産主任者カ取消スコトヲ得ルコト疑ナシ然レトモ之カ爲メニ扶助料ノ給付ハ破産者ノ有スル財團債權ニ非スト論結スヘカラス破産者ハ該取消ナキ間ハ訴ヲ以テ扶助料ノ給付ヲ請求スルコトヲ得ヘシ然レトモ破産者及ヒ其家族ノ葬式費用ハ破産手續ノ目的ト其實施トニ何等ノ關係ナキヲ以テ破産手續上ノ費用ニ屬セス唯民法第三百六條第三百八條及ヒ商法第四十五條ノ規定ニ依リ優先權アル債權トシテ之ヲ支拂フヘキノミ獨逸破産法ニ於テハ破産者ノ葬式費用ハ破産者ノ死亡カ破産宣告ノ前タルト其後タルトニ拘ハラヌ相續財産ニ對スル破産手續ニ於テ

破産手續上ノ費用ニ屬セザル財團債權ト爲ル獨逸破産法第二二四條第二號(破産宣告後ニ於ケル破産者ノ死亡ハ其前ニ開始セル破産ヲ當然相續財産ニ對スル破産ト變更スルモノタリ)又破産者ノ家族ノ葬式費用ハ家族ノ死亡カ破産宣告前ナル場合ニ於テハ破産者カ實體法ニ從ヒ責任アルトキニ限り破産債權ト爲リ破産宣告後ナルトキハ破産債權者團體ニ對スル債權ト爲ラス扶助料ノ名義ヲ以テ葬式費用ヲ給付スルコトヲ妨ケス(2)諸稅其他公ノ手数料ニシテ破産手續ノ繼續中ニ納付スヘキモノハ管理費用タル財團債權ニ屬ス何トナレハ破産債權者團體ハ國家其他ノ公法人ニ對シ諸稅及ヒ公ノ手数料ヲ納入セスシテ破産財團ヲ利用シ且之ヲ處分スルコト能ハナレハナリ隨テ諸稅及ヒ公ノ手数料ハ管理費用ニ屬セスシテ反テ管財人ノ行爲即チ管財人カ占有シタル財團ヲ即時ニ換價セザル事情ニ基クモノナルヲ以テ商法第三百三十二條第一項第三號ニ規定シタル義務ニ屬ストノ見解ハ正當ト謂フコトヲ得ス而シテ我商法第三百三十二條第一項第二號ニ於テ特ニ公ノ手数料及ヒ諸稅ト規定シ同條第一項第一號ニ規定シタル管理費用中ヨリ除外シタル理由ハ唯公ノ手数料及

ヒ諸税ヲ其他ノ管理費用ヨリ劣等ノ地位ニ在ラシムルノ目的ニ出テタルモノ  
 ニシテ管理費用タルノ性質ヲ有スルカ爲メニ非サルナリ(商法第一〇三二條)  
 逸破産法第五八條(3)管財人カ財團ノ爲メニ負擔シタル義務ヨリ生スル債權ト  
 ハ破産債權者團體ト其機關裁判所破産者國家其他ノ公法人ニ非サル第三者ト  
 ノ間ニ於テ成立シタル法律關係ニ基キ發生シタル其第三者ノ債權ナリ(破産債  
 權者團體ヲ以テ義務者ナリト主張セサル反對説ニ據ラハ破産手續上ノ費用ニ  
 屬セサル財團債權ト云フヲ可トス)是ヲ以テ第一ニ管財人ノ職權内ノ行爲ニ因  
 リテ發生シタル債權ハ管財人カ財團ノ爲メニ負擔シタル義務ヨリ生スル債  
 權トシテ財團債權ニ屬ス何トナレハ管財人ハ其職權内ノ行爲ニ關シテハ破産  
 債權者團體ノ代表機關ナレハナリ而シテ管財人ノ職權内ニ屬スル行爲ノ限界  
 ハ破産ノ目的即チ破産財團ヲ以テ各破産債權者ニ平等ナル満足ヲ得セシムル  
 ノ目的ニ依リテ定マル隨テ管財人カ破産財團ニ關スル管理及ヒ處分權ノ行使  
 トシテ爲シタル行爲タル以上ハ其結果カ破産債權者ニ利益アルト否ト又其行  
 爲カ事情ニ適セサルト管財人ノ故意又ハ不注意ニ出テタル否トヲ問ハサルモ

ノタリ但破産債權者及ヒ破産者カ管財人ニ對シテ損害賠償ノ請求ヲ爲スコト  
 ヲ得ルハ當然ナリ故ニ甲管財人ノ爲シタル法律行爲中破産財團ニ屬スル債權  
 ニ付キ爲シタル免除ノ如キ行爲ハ破産ノ目的ニ適セサルモノナルヲ以テ管財  
 人ノ職權内ノ行爲トシテ破産債權者團體ニ對シ效力ヲ有セス隨テ斯ル行爲ニ  
 基キテ發生シタル權利ハ財團債權ニ屬セサルヤ當然ナレトモ破産財團ノ管理  
 ノ爲メニ爲シタル貸借履借及ヒ破産財團ノ換價ノ爲メニ爲シタル賣買其他破  
 産財團ノ爲メニ管財人ノ爲シタル手形行爲等ニ基キテ發生シタル債權ハ破産  
 ノ目的ニ適スル管財人ノ職權内ニ屬スル行爲ニ基キテ發生シタル權利トシテ  
 財團債權ニ屬スルヤ當然タリ然レトモ破産宣告前ニ既ニ成立セル權利ノ認諾  
 ノ如キ行爲ハ之ニ因リ何等ノ債權カ發生スルコトナキヲ以テ縱令破産ノ目的  
 ニ適スルモノト雖モ財團債權ノ發生原因ト謂フコトヲ得ス(乙)管財人ノ爲シタ  
 ル不法行爲中強制執行ノ目的物ト爲ラス隨テ破産財團ニ屬セサル物件ノ賣却  
 ノ如キ管財人ノ職權外ノ行爲ニ基キテ發生シタル損害賠償權ハ財團債權ニ屬  
 セサルヤ當然ナレトモ職權内ノ行爲ヲ爲スニ際シ行ヒタル不法行爲ニ基キ第

三者ノ爲メニ發生シタル損害賠償權ハ財團債權ニ屬ス破産債權者團體ハ其機關タル管財人ノ職權内ノ行爲ニ基キ發生シタル損害ニ付キ賠償責任ヲ辭スルコトヲ得ス但不法行爲ニ依レル管理及ヒ處分權ノ實行ハ管財人ノ職務違背ナルヲ以テ損害ヲ賠償シタル破産債權者團體ハ管財人ニ對シ求償權ヲ有ス(丙)管財人ノ爲シタル訴訟行爲ニ因リテ發生シタル訴訟費用賠償請求權ハ管財人カ提起シタル訴訟ニ關スルモノナルト破産手續ノ開始ニ因リ中斷シタル訴訟ヲ受繼シタルモノナルト問ハス又破産宣告前ニ爲シタル訴訟行爲ニ因リ既ニ發生シタルモノナルト否トノ區別ヲ問ハス財團債權ニ屬ス蓋シ管財人ハ破産宣告前ニ繫屬シタル訴訟ノ受繼ニ依リ其以前ニ施行セラレタル訴訟行爲ニ同意シタルモノナレハナリ詳細ハ破産宣告ノ效力ノ説明ニ讓ル(商法第千九百九條第千八百條ニ規定セル破産主任官ノ認可ノ有無ハ管財人ノ行爲ノ效力ノ有無ニ關係ナシ故ニ該規定ニ依リ認可ヲ受ケザリシ管財人ノ行爲ニ基キ發生シタル債權ハ財團債權タルヲ妨ケス又管財人カ受任者ヲシテ其職權内ノ行爲ヲ爲サシメタル場合ニ於テ生スル債權ハ管財人其モノカ爲シタル行爲ニ因リ發

生シタルモノト同シク財團債權ト爲ルヤ當然ナリ(獨逸民法第二七八條第二ニ破産者カ其破産宣告前ニ於テ締結シ且其破産宣告ヲ受ケタル當時未タ當事者雙方ヨリ完全ナル履行ヲ爲サタル雙務契約ニ關シ管財人カ其履行ヲ破産財團ノ爲メニ請求シタルニ因リテ相手方ノ有スル反對給付ヲ請求スルノ權利及ヒ破産者カ其破産宣告前ニ於テ締結シ且其宣告後存續シタル雙務契約ニ關シ相手方カ破産ノ宣告後該契約ノ終了マテニ於テ受取ルベキ反對給付ヲ請求スルノ權利ハ財團債權ニ屬ス元來破産ノ宣告ハ未タ履行ノ完了セザル契約ノ履行ヲ妨ケ履行請求權カ不履行ニ基ク損害賠償權ト爲ルヲ原則トス然レトモ法律ハ破産手續ノ目的ヲ達スルニ適當ナル手段トシテ例外的ニ破産者カ其宣告前ニ爲シタル法律行爲ニ基ク履行請求權ヲ破産ノ宣告後管財人ノ行爲若クハ法律ノ規定ニ依リ存續セシメ之ヲ財團債權ト爲シタリ前示ノ二種ノ權利即チ是ナリ故ニ(甲)破産者カ其宣告前ニ締結シ且其宣告ノ當時未タ當事者雙方ヨリ履行ヲ完了セザル雙務契約ニ關シ管財人カ之ヲ財團ノ爲メニ解除シタルトキハ相手方ハ破産債權トシテ不履行ニ基ク損害賠償權ヲ主張スルコトヲ得ルニ過



團ナキヲ以テ破産債權者團體カ不當利ヲ受ケタルコトナケレハナリ強テ管財人カ破産者ノ占有シタル他人ノ財産ヲ第三者ニ讓渡シタルトキハ民法第九二條之ニ因リ財團債權トシテ不當利得ニ基ク債權カ發生スト雖モ破産者若クハ其代理人カ破産宣告前ニ又相續人相續財產管理人若クハ遺言執行者カ相續財產ニ對スル破産宣告前ニ他人ノ財産ヲ讓渡シ爾後管財人カ其對價ヲ取立テタルニ過キサルトキハ唯破産債權ヲ發生スルノミ此等ノ者カ破産宣告前ニ債務者ニ屬セザル債權ニ對スル辨濟ヲ受ケタルトキ亦然リ破産者カ其宣告後ニ於テ受ケタル不當利得ハ其目的物カ管財人ノ手中ニ歸セザルトキハ破産者ニ對スル債權ヲ發生スルニ止マリ財團債權ヲ發生スルコトナシ蓋シ破産者カ受ケタル利得ハ必スシモ財團カ受ケタル利得ト謂フコトヲ得ザレハナリ又破産財團ノ受ケタル利得カ法律上ノ原因ナキニ基クニ非スンハ財團債權ニ屬スル不當利得ニ基ク債權ノ發生スルコトナシ隨テ管財人カ破産財團ニ屬スル債權ノ辨濟ヲ受ケタルトキハ之カ爲メニ財團債權ノ發生スルコトナシト雖モ管財人カ破産財團ニ屬セザル債權ノ辨濟ヲ受ケ別除權ノ目的物ヲ讓渡シ其賣得金

ヲ取立テ別除權ノ目的物ノ換價ハ別除權ノ主張ノ有無ニ拘ハラズ財團債權發生ノ原因ト爲ル蓋シ別除權カ事實上正當ナル以上ハ其目的物ノ賣得金ヲ配當ニ供スルハ法律上ノ原因ヲ缺ケハナリ又生命保險會社カ被保險者タル破産者ノ死亡ニ因リ支拂フヘキ保險金額ヲ其之ヲ受取ルヘキ親族ニ支拂ハスシテ管財人ニ支拂ヒタルトキハ破産財團ノ受ケタル利得カ法律上ノ原因ヲ缺タリ以テ財團債權ヲ發生スルヤ當然ナリ相續財產ノ管理及ヒ其財產ノ分離ニ付テノ費用ハ該財產ニ對シ破産宣告アリタル場合ニ於テ財團債權ト爲ル蓋シ管財人ハ相續財產ノ管理及ヒ其財產ノ分離アリタルカ爲メニ財團ノ管理トシテ爲スヘキ行為ニ要スル費用ヲ節約スルコトヲ得ル結果トシテ破産債權者團體カ間接ニ他人ノ損害ニ於テ利得スルニ至ルヲ以テナリ民法第一〇二條第一〇二八條第一〇四〇條第一〇四三條第一〇五〇條第一〇五三條第一一一四條第一一二〇條獨逸破産法第二二四條第四ニ委任者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルニ因リ委任ノ終了シタル後受任者カ急迫ノ事情アルカ爲メニ必要ナル處分ヲ爲シタルニ因リ受任者ノ爲メニ發生シタル賠償請求權ハ財團債權タリ何トナレハ此





立ノ擴張ニ外ナラサレハナリ(民事訴訟法第一九六條第二號(3)管財人カ財團債權者タル旨ヲ承認シ又ハ其旨ノ確定判決アリタルトキハ管財人ハ破産主任官ノ指圖ニ從ヒ通常ノ方法即チ破産手續ニ依ラスシテ破産財團ノ現額ヨリ支拂ハサルヘカラス(尚法第一〇三二條第二項)是レ財團債權カ破産債權ニ非サル當然ノ結果ナリ(甲)管財人ハ取戻權及ヒ別除權ニ對スル義務ノ履行ニ先テテ財團債權ヲ辨濟スルコトヲ得ス蓋シ此等ノ義務完済後ニ非スンハ破産ノ目的ニ供スヘキ財產アリト謂フコトヲ得サレハナリ然レトモ破産債權ニ先テテ財團債權ヲ辨濟スヘキモノタルヤ前述シタルカ如シ(乙)管財人ハ知レタル財團債權ヲ法定ノ順位ニ從ヒテ或ハ同順位ノ財團債權ヲ平等ノ割合ニテ辨濟セサルヘカラス管財人ハ知レサル財團債權ヲ辨濟スルニ由ナシ故ニ管財人ハ斯ル財團債權ヲ辨濟セサルカ爲メニ損害賠償ノ責ニ任スルコトナシ破産財團カ各財團債權ヲ完済スルニ不十分ナルコトノ明白ナラサル前ニ於テハ管財人ハ法定ノ順位或ハ平等ノ割合ニ從ヒテ各財團債權ヲ辨濟スルコトヲ要セス主張セラレタル各財團債權ニ付キ獨立的ニ適當ナル辨濟ヲ爲スコトヲ得蓋シ財團債權者ハ

破産債權者ニ非サルヲ以テ各別ニ其權利ヲ管財人ニ對シ主張スルコトヲ得ヘキモノニシテ尚法第九百八十七條ノ如キ規定ハ財團債權者ニ通用ナケレハナリ獨逸破産法第一二條第一四條第一五條)隨テ破産財團カ各財團債權ヲ完済スルニ不十分ナルコトノ明白ナラサル前ニ於テ各財團債權者カ受ケタル辨濟或ハ得タル物上擔保ハ爾後破産財團カ各財團債權ヲ完済スルニ不十分ナラサルコトノ明確ナルニ至リタルカ爲メニ其效力ヲ喪失セス財團債權者ハ其受ケタル辨濟ヲ返還シ若クハ他ノ財團債權者ニ損害ヲ賠償スルノ責任ナク又破産財團ニ屬スル特定ノ財產上ニ設定シタル擔保權ヲ有效ニ行フコトヲ得破産財團カ各財團債權ヲ完済スルニ不十分ナラサルコトノ明白ナルニ至リタル後ニ於テハ管財人ハ爾後尙ホ辨濟ヲ受ケザリシ各財團債權者ニ對シ尚法第三十二條ニ規定シタル順位ニ從ヒ又同順位ノ財團債權ニ關シテハ之ヲ完済スルコト能ハナル場合ニ平等ノ割合ヲ以テ辨濟ヲ爲ササルヘカラス蓋シ破産財團カ各財團債權ヲ完済スルニ不十分ナル場合ニ於テモ各財團債權者ニ各別ニ其權利ヲ主張スルコトヲ得セシムルハ條理上正當ニ非サルヲ以テナリ隨テ破産財團カ其

財團債權ヲ完済スルニ十分ナラザルコトノ明白ト爲リタル後ニ於テ斯ル法則ニ違背シ管財人ヨリ任意ノ辨濟又ハ強制執行ノ方法ニ依レハ辨濟ヲ受ケタル財團債權者ハ不當利得ヲ許サザル法則ノ適用ニ依リ其受ケタル餘分ノ辨濟額ヲ管財人ニ返還セザルヘカラス又斯ル法則ニ違背シ辨濟ヲ爲シタル管財人ハ財團債權者ニ對シ損害賠償ノ責ニ任セザルヘカラス(商法第一〇一一條)獨逸破産法第八二條破産財團カ各財團債權ヲ完済スルニ十分ナルヤ否ヤノ問題ハ破産主任者カ管財人ノ申立差押ノ情况利害關係人ノ届出並ニ立證等ニ基キテ確定スヘキ事實問題ナリ(商法第一〇三二條)指圖ニ從ヒ……民事訴訟法第二一七條(獨逸破産法ノ解釋トシテハ「アキフェルド氏ハ管財人カ之ヲ確定シ裁判所ノ決定ヲ以テ之ヲ確定スルモノニ非スト主張シ「エゲル」「ペーテルゼン」氏等ハ爭アル場合ニ受訴裁判所ノ判決ヲ以テ之ヲ確定スヘキモノト主張シ「ワキルモースキー」氏等ハ破産裁判所カ之ヲ確定スヘキモノト主張シタリ獨逸破産法第七二條此命令ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ(商法第九八三條)獨逸破産法第七三條)管財人ハ同順位ノ財團債權ニ付キ平等ノ割合

ヲ以テ辨濟ヲ爲スニ際シ適當ノ方法ヲ探ルコトヲ得法律ハ斯ル辨濟ヲ爲スメ何等ノ特別手續ヲ規定セス故ニ管財人ハ適宜ニ作成シタル計算書ニ基キテ配當ヲ爲シ又ハ利害關係人ト協議シテ辨濟ヲ爲スコトヲ得後者ノ方法ハ利害關係人ノ異議ヲ杜絶スルノ利益アリ破産債權ニ對スル配當ノ手續カ斯ル辨濟ニ準用セラレヘシトノ見解ハ多數ノ學者ノ探ラザル所タリ而シテ財團債權中其債權者ノ不確實ナルモノニ充テタル辨濟額ハ之ヲ供述シ又爭ニ係リタルモノハ利害關係人ヲシテ確認ノ訴ノ方法ニ依リ之ヲ確定セシム(財團債權ニ關スル爭訟ノ裁判ハ破産手續ニ屬スルモノト云フコト能ハサルヲ以テ破産裁判所ニ管轄セシムルコトヲ得タルヘシ)獨逸破産法第六〇條商法第一〇三二條(內管財人ハ優先權ヲ以テ擔保セラレタル財團債權ニ付キ優先的辨濟ヲ爲ササルヘカラス財團債權ハ破産財團上ニ於テ満足ヲ享有スルニ止マルヲ以テ破産財團ニ屬セザル財産上ニ物上擔保ヲ設定シ或ハ對人擔保ヲ設定シテ財團債權ヲ擔保シ其效力ヲ強大ナラシムルコトハ法律ノ許サザル所ナレトモ破産財團ニ屬スル財産上ニ物上擔保ヲ設ケ特定ノ財團債權ノ效力ヲ確實ニスルコトハ法律

ヲ禁スル所ニ非ス而シテ破産財團カ各財團債權ヲ完済スルニ不十分ナルコト  
 明白ナラサル前ニ於テ財團債權者ノ取得シタル物上擔保權ハ爾後破産財團  
 カ各財團債權ヲ完済スルニ十分ナラサルコトノ明白ト爲リタルカ爲メニ其效  
 カヲ喪失スルモノニ非サルヤ前述ノ如シ故ニ破産財團カ各財團債權ヲ完済ス  
 ルニ不十分ナル場合ニ於テ物上擔保權ヲ有スル財團債權者ハ別除權者カ他ノ  
 破産債權者ヨリ別除的満足ヲ享クルト同シク他ノ財團債權者ヨリ擔保物ノ賣  
 得金ニ付キ優先的満足ヲ享クルコトヲ得ヘシ

(d) 財團債權ノ喪失 財團債權ハ破産手續ニ依ラスシテ破産財團上ニ破産債  
 權者ヨリ優先シテ満足ヲ享クルコトヲ得ヘキ破産債權者團體ニ對スル債權ナ  
 ルヲ以テ(1)管財人カ財團債權ノ存在ヲ知ラス隨テ之ニ辨濟ヲ爲サスシテ破産  
 財團ヲ各破産債權者ニ配當シタルトキニ於テ該財團債權者ハ其權利ヲ喪失ス  
 ルヲ當然トス此場合ニ於テハ財團債權ヲ有セシ者ハ各破産債權者及ヒ破産者  
 ニ對シ財團債權者トシテ何等ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ財團債權ニ對シテ  
 ハ破産債權者團體カ破産財團ヲ以テ責ニ任スルニ止マルヲ以テナリ破産者ヲ

以テ財團債權ニ對スル義務ヲ負フ者ト主張スル反對說ハ財團債權者ハ其權利  
 ニ付キ破産財團ヨリ完済セラレサル以上ハ破産手續ノ終結後尙ホ破産者ニ對  
 シ支拂ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノナリト云ヘリ又管財人ニ對シ之カ爲メニ  
 生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ナルコト前述ノ如シ故ニ財團債權者  
 ハ管財人ニ對シ其權利ノ存在ヲ認識セシムルニ適當ナル手續ヲ悉スフ可トス  
 管財人ハ財團債權ヲ悉ク認識スルモノト云フコトヲ得サレハナリ其認識セシ  
 ムルニ適當ナル時期ハ法律上明文ナシト雖モ破産財團ノ現存スル時間内ニ限  
 ルコトハ破産財團ノ消滅ニ因リテ消滅スヘキ財團債權ノ性質ニ基キ甚タ明瞭  
 ナリ其認識セシムル方法ニ關シテハ法律上明文ナキヲ以テ財團債權者カ其適  
 當ナリト認ムル方法ヲ選擇スルコトヲ得ヘシ此ノ如ク管財人カ財團債權ノ存  
 在ヲ知ラザリシ場合ニ於テ其之ヲ認識セシムルニ適當ナル手續ヲ悉サザリシ  
 財團債權者ハ破産財團ノ消滅ニ因リ其權利ヲ喪失スルヲ以テ破産手續終局以  
 後各破産債權者ニ對シ不當利得ニ基ク返還請求ヲ爲スコトヲ得ス各破産債權  
 者カ財團債權ノ喪失ノ結果トシテ比較的多額ノ配當額ヲ受ケタルコトハ毫モ

不當利得ト認ムルコトヲ得サレハナリ然レトモ管財人ニ知ラレタル財團債權ニ關シテハ管財人ハ縱令其債權者ヨリ之ヲ認識セシムルニ適當ナル手續ヲ悉クナリシ場合ト雖モ職權ヲ以テ之ヲ斟酌シ破産財團ヨリ辨濟スヘキモノナルヲ以テ管財人カ其義務ニ違背シズル財團債權ニ對シ辨濟ヲ爲ササル場合ニ於テハ財團債權者ハ第一ニ管財人ニ對シ之カ爲メニ生シタル損害賠償ヲ請求スルノ權利ヲ有シ第二ニ客觀的ニ不當ノ配當ヲ受ケタル各破産債權者ニ對シ財團債權完済後ニ於ケル配當額ヲ其前ニ於テ受領シタル多額ノ配當額ヨリ控除シタル差額ノ返還請求權ヲ有シ(民法第七〇三條)獨逸民法第八一二條又破産財團カ各財團債權ヲ完済スルコト能ハサル場合ニ於テ管財人カ法定ノ順位ニ反シテ爲シタル辨濟ヲ受ケタル他ノ財團債權者ニ對シ餘分ニ受ケタルモノニ付キ不當利得ニ基テ請求權ヲ有シ(民法第七〇三條)獨逸民法第八一二條)第三ニ破産者ニ對シ不當利得ニ基テ請求權ヲ有ス蓋シ財團債權ハ破産債權者團體ノ義務ニ屬スルヲ以テ破産財團ノ配當ヲ爲シタル後ニ破産者ニ交付スヘキ財産ハ財團債權ニ對スル辨濟額ヲ控除シタル殘額ナラサルヘカラス隨テ破産者ニ爲シ

タルズル控除ナキ財産ノ交付ハ其控除スヘキ數額ニ付キ破産者ヲシテ不當ニ利得セシメタルヲ以テナリ(2)管財人カ財團債權ノ存在ヲ知ラス隨テ之ニ辨濟又ハ辨濟額ノ供託ヲ爲サスシテ破産財團ヲ協議契約上ノ權利ヲ得タル破産者ニ交付シタルトキニ於テ該財團債權者カ其權利ヲ喪失スルヲ當然トス故ニ財團債權者ハ其權利ヲ管財人ニ認識セシムルヲ可トスルヤ前述ノ如シ財團債權ハ破産債權者團體ノ義務ニ屬スルヲ以テ管財人ハ破産手續カ協議契約ニ依リ終局スルニ際シ職權ヲ以テ破産財團ヨリ其知ラレタル爭ナキ財團債權ニ付キ辨濟ヲ爲シ又爭アル財團債權ニ付キ辨濟額ヲ供託セサルヘカラス獨逸破産法第一九一條財團債權者ハ破産債權者ニ非サルヲ以テ協議契約ニ依リ獨逸セラルルコトナシ故ニ管財人ハ其義務違背ニ因リ生シタル損害ニ付キ其責ニ任シ又破産者ハ財團債權ニ對スル辨濟額ヲ控除セシテ破産財團ヲ交付セラレタル場合ニ於テ不當利得ニ基テ責ニ任スルヤ前述ノ如シ財團債權ニ關スル訴訟カ破産手續終局ノ當時未タ終結セザルトキハ管財人ハ該財團債權ノ爲メニ其係爭金額ヲ供託セサルヘカラス而シテ配當ニ由リ破産手續終局スルノ場合

ニ於テハ爾後管財人カ當事者トシテ訴訟ヲ續行ス何トナレハ供託シタル金額カ管財人勝訴ノ場合ニ於テ破産財團ニ屬スル財産トシテ各破産債權者ニ追加配當セラルルモノナレハナリ協賛契約ニ依リ破産手續カ終局スル場合ニ於テハ爾後破産者ヨリ又ハ破産者ニ對シテ繫屬訴訟ヲ受繼ス何トナレハ供託シタル金額ハ財團債權者敗訴ノ場合ニ於テ破産者ニ屬スルモノタルノ性質ヲ有スレハナリ

(D) 取消權ノ行使 破産者ハ唯破産宣告後ニ於テ破産財團ニ屬スル財産ノ管理權及ヒ處分權ヲ喪失スルニ止マルカ故ニ破産宣告前ニ於テ破産者ノ爲シタル權利行為ハ理論上有效ナルコト敢テ疑フ容レズ然レトモ經濟上不如意ノ地位ニ在ル債務者カ其破産宣告前ニ於テ破産財團ニ屬スル財産ニ關シ未タ管理及ヒ處分ノ權利ヲ喪失セザルヲ奇貨トシ此權利ヲ濫用シテ破産者タル境遇ヲ免レンカ爲メニ財産ヲ濫費シ隨意ニ財産ヲ債權者ニ分配シ又ハ特別ニ成債權者ニ給付シ以テ損失分擔主義ヲ實施スル手續ノ目的物タル破産財團ヲ散失セシメ又ハ之ニ損害ヲ被ラシムルコトハ經驗上避クヘカラザル事實ニシテ又法

律上不當ナリ故ニ古來諸國ノ立法者カ債權者ノ爲メニ債務者ヲシテ殆ト無資力者ト爲リタル後尙ホ財産ニ關スル處分權アルヲ奇貨トシ之ヲ濫用シテ債權者ニ損害ヲ被ラシムルノ害毒ヲ防止スルノ方法ヲ工夫シタリ此方法ニ三アリ羅馬主義、佛國主義及ヒ獨逸主義即チ是ナリ羅馬法ニ於テハ専ラ主觀的思想ニ其基礎ヲ設ケ債務者カ破産前ニ債權者ヲ詐害スル目的ヲ以テ爲シタル行為中無價ニ非ザルモノハ相手方カ其情ヲ知リタルトキニ限り無價ナルモノハ相手方カ其情ヲ知ラサルトキト雖モ債權者ヲシテ之カ取消ヲ爲スコトヲ得セシメタリ而シテ這ハ有名ナル廢罷訴權 (Actio Pauliana) シテ獨逸普通法ノ認メタルモノナリ羅馬主義此ノ如ク羅馬法及ヒ獨逸普通法ニ於テハ廢罷訴權ヲ以テ債權者ノ利益ヲ保護シタルニ過キサレトモ伊法及ヒ佛法ニ於テハ客觀的思想ニ基礎ヲ設ケ尙ホ有力ニ債權者ノ利益ヲ保護スルニ力メタリ即チ第十四世紀ニ於ケル伊太利諸市府ノ條例ニ於テ支拂不能ノ債務者ニ對シ破産宣告前ト雖モ其財産ニ付キ處分ヲ爲スコトヲ禁止シ且支拂不能ト爲リタル以後ニ於テ債務者ト爲シタル取引及ヒ之ヨリ受取りタル辨濟ハ其效力ナシトシ此伊太利法律

ヲ受繼シタル千六百六十七年佛國里昂府ノ條例ハ商人カ其支拂ノ停止後十日以内ニ爲シタル取引ハ之ヲ無効ナリトシ又千六百七十三年商事勅令其他商法典中破産法ノ舊規定ハ皆此破産ノ效力ヲ既往ニ溯及セシムル法則ヲ是認シタリ殊ニ後者ノ規定ハ破産者カ其支拂停止後ニ爲シタル行爲及ヒ其支拂停止前十日以内ニ爲シタル無償行爲其他法律上特定ノ行爲ヲ無効ナリトシタリ然レトモ斯ル法則ハ取引ノ效力ヲ不確定トシ其安全ヲ害スルヲ以テ千八百三十八年五月二十八日ノ法律ヲ以テ破産法ヲ改正シ無償行爲期限ニ至ラサル債務ノ支拂期限ニ至リタル債務ノ代物辨濟及ヒ從來負擔シタル債務ノ爲メ新ニ供スル擔保等ノ如キ(商法第九九〇條參照)法律上特定ノ行爲ノミヲ當然無効トシ其他ノ行爲ハ相手方カ支拂停止ヲ知リタルトキニ限り(主觀的前提要件)之ヲ無効ト爲シタリ商法第九九一條參照此ノ如ク客觀的基礎ニ依リテ債權者ヲ保護スル手段ハ伊太利法律ノ發見ニ係リ佛法ニ依リ成熟シタルモノニシテ獨逸法學者ノ所謂破産的廢罷訴權(Konkurs pauliana)ト稱スルモノナリ(佛主義普漏西破産法第一〇〇條)ハ其範ヲ佛法ニ採リ唯無効ヲ取消ニ改メ且支拂ノ停止ト破産

理由ニ合セサルモノト謂フヘシ

### 第三節 戰時戒嚴

戰時戒嚴トハ戰時若クハ事變ニ際シ特ニ天皇統帥大權ノ施行ヲ圓滿ナラシムルカ爲メ行ハルル軍務行政ノ一種ニシテ戒嚴令ノ規定スル所ニ係ル  
 天皇ハ戒嚴ヲ宣告ス(憲法第十四條)戒嚴ノ宣告ハ時機ニ應ジ其要スヘキ地域ヲ區別シテ之ヲ布告ス(戒嚴令第三條)天皇ハ戒嚴ノ宣告ノ大權ヲ有スト雖モ此戒嚴大權ハ戒嚴令第四條第五條及ヒ第六條ニ於テ戰時ニ際シ師團營所要塞軍港等ニ於テ遠ニ合圍若クハ攻撃ヲ受タルトキハ法定ノ資格アル司令官戰略上臨機ノ處分ヲ要スルトキハ出征ノ司令官之ヲ宣告スルコトヲ得ルモノトシ大權委任ノ條項ヲ設ケタリ  
 戒嚴ノ效果ハ一方ニ於テ(一)官廳權限ノ變更ヲ生シ他方ニ於テ(二)特殊ノ自由制限ヲ生ス

(一)官廳權限ノ變更ハ臨戰地域ト合圍地域トニ依リテ異ナレバ式ニ異ナレバ

行政法 行政法各論 軍務行政 戰時戒嚴

(イ) 臨戰地境トハ戰時若クハ事變ニ際シ一定ノ警戒スヘキ地方ヲ稱スルモノニシテ此區域内ニ於テハ地方行政事務及ヒ司法事務ノ軍事ニ關係アル事件ヲ限リ其地ノ司令官ノ管掌ニ移ルモノトス故ニ地方官地方裁判官及ヒ檢察官ハ當該司令官ノ指揮ニ服セサルヘカラス

(ロ) 合圍地境トハ敵ノ合圍、攻、撃、其他ノ事變ニ際シ警戒スヘキ地方ヲ謂フモノニシテ此區域内ノ地方行政事務及ヒ司法事務ノ一部ハ司令官ニ移リ地方官裁判官及ヒ檢察官ハ其機關トシテ行動セサルヘカラス

司法事務ノ一部トハ左ノ數項ヲ包含ス

一 軍事ニ係ル民事

一 刑法第二編 第一章乃至第四章 第一節

一 刑法上ノ犯罪事項 第一節 第六節

二 刑法第三編 第二章 第七節乃至第十節

一 軍衙ノ裁判ニ對シテハ控訴及ヒ上告ヲ爲スコトヲ得ス

(ニ) 戒嚴ニ依リテ生スル效果ノ特殊ノ自由制限トハ左ノ諸項ヲ包含ス

- 一 集會又ハ刊行物等ノ停止
  - 一 軍長有軍需品ノ調査及ヒ其輸出ノ禁止
  - 一 危害ヲ生スヘキ物品ノ検査及ヒ其押收
  - 一 信書ノ開披出入ノ船舶物品ノ検査及ヒ一般通路ノ交通停止
  - 一 戰機ニ依リ人民ノ財産ヲ破壞燬燒スルコト
  - 一 家屋建造物、船舶ノ立入及ヒ其檢察合圍地ニ限ル
  - 一 地境内ノ寄宿臣民ニ退去ヲ命スルコト(同上)
- 此等ノ自由制限ハ總テ司令官ニ於テ之ヲ執行スルモノニシテ之ニ因リテ生シタル損害ハ補償セラルルコトヲキナリ
- 以上述ヘタル所ハ戒嚴宣告ノ效果ナリ此等ノ效果ハ戒嚴解止ノ日ヨリ總テ常例ニ復スルモノタルハ論ヲ竣タス

#### 第四節 其他ノ軍務行政事項

以上三節ニ述ヘタルモノノ外軍務行政事項トシテ開明ヲ要スヘキモノ尙ホ數多アリト雖モ茲ニ一之カ説明ヲ爲スハ時間ノ許ササル所ナルヲ以テ之ヲ略シ諸子ノ自ラ研鑽セララルニ委シ左ニ其主要ナル項目ノミヲ舉示シテ參考ニ資セン

- 一 軍機保護ニ關スル行政
- 一 軍團、隊、學校、艦、船、要塞等ノ設置及ヒ經理ニ關スル行政
- 一 教育演習及ヒ檢閲ニ關スル行政
- 一 軍人、軍屬ノ給與分限、服務並ニ懲罰ニ關スル行政
- 一 軍事刑法及ヒ軍法會議並ニ監獄ニ關スル行政
- 一 儀式、禮式、服制、徽章及ヒ賞典等ニ關スル行政
- 一 衛生及ヒ身體檢査ニ關スル行政
- 一 兵器、馬匹ニ關スル行政

#### 第七章 財務行政

國家カ統治權ヲ行フニ當リテハ資財ヲ要ス而シテ此資財ノ收支並ニ管理ニ關スル行政ハ之ヲ稱シテ財務行政ト謂フ  
財務行政ノ範圍内ニ於ケル國家ヲ論スルニ付テハ或ハ公權ノ主體トシテ之ヲ觀察シ或ハ財產權ノ主體トシテ之ヲ觀察スルコトアリ其公權ノ主體タル國家ノ性格如何ハ措テ論セス財產權ノ主體タル國家ハ通常之ヲ稱シテ國庫ト謂フ國家ノ資財ハ悉ク此國庫ニ集注ス是レ會計法第十二條第二項ニ國務大臣ハ其所管ニ屬スル收入ヲ國庫ニ納ムヘシ直チニ之ヲ使用スルコトヲ得スト規定レタルヲ以テ見ルモ明カナリ  
國庫ハ私人ト同シテ各種ノ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ヘシ此場合ニ於テ國庫ノ法律行爲ニ關スル特別規定ノ存セサル限ハ私人ト同シテ一般私法ノ法規ニ依リテ之ヲ律セサルヘカラス隨テ國庫ハ時トシテ司法裁判ニ服スルコトアリ又財產ノ所有者トシテ官廳ノ命令ニ服スルコトモアルヘシ



之ヲ要スルニ財務行政ノ章下ニ於テハ國家カ公權ノ主體トシテ行動スル場合及ヒ私權ノ主體トシテ行動スル場合ニ付テ國家ノ資財ノ收支及ヒ管理ニ關スル法律關係ヲ論スルモノト知ルヘシ

### 第一節 豫算及決算

豫算トハ法令ノ規定ニ依リ政府ニ於テ遵奉スヘキ國家ノ收支見積書ナリ豫算ハ立憲國ニノミ特有ナルモノニ非ス凡ソ大ナル收支ヲ爲ス財團ニ在リテハ其公ノ團體タルト私人經濟ナルトヲ問ハス其整理上必ス豫算ノ存スルコトヲ要ス然レトモ予輩カ茲ニ論セント欲スル所ハ我帝國ニ於ケル國ノ豫算制度ナリ我國ノ豫算ハ帝國議會ノ協贊ヲ經テ成立シ會計法ノ規定ニ配合シテ政府ヲ羈束ス是レ憲法第六十四條ニ於テ國家ノ歳出歳入ハ毎年豫算ヲ以テ帝國議會ノ協贊ヲ經ヘシト規定シ會計法第十二條ニ於テ國務大臣ハ豫算ニ定メタル目的ノ外ニ定額ヲ使用シ又ハ各項ノ金額ヲ彼此流用スルコトヲ得スト規定シタルヲ以テ明カナリ

豫算ノ公布ニ關シテハ憲法中ニモ亦公文中ニモ何等ノ規定アルコトナシ然レトモ之ヲ公示スルコトハ憲法施行前ニ於テ既ニ之アリ憲法施行後ニ於テモ亦天皇ノ上諭ヲ以テ之ヲ公布スルヲ慣行ト爲セリ我國ニ於ケル豫算ノ法律上ノ性質ハ憲法及ヒ會計法ノ明文ニ依リテ略之ヲ推知スルコトヲ得ルカ如ク法律ニモ非ス又命令ニモ非ス又上級官廳カ下級官廳ニ對シテ發スル訓令告示トモ異ナレリ換言スレハ豫算ハ他ニ類例ヲ求ムルヲ得サル性質ヲ有スルモノニシテ國家ノ收入支出ニ關スル法令ト共同ニ働キ國家カ現ニ歳出入ヲ爲スノ要件タルモノトス予輩ハ豫算ハ豫算トシテ特有ノ性質ヲ有スルモノナルコトヲ斷定ス其帝國議會ノ協贊ヲ經テ成立スル點ヨリ觀ルトキハ法律ニ近似シ其人民ニ直接ノ關係ヲ有セスシテ單ニ國家機關ヲ拘束スルニ止マル點ヨリ觀ルトキハ訓令ニ類似シ其上諭ヲ以テ公布セラレ及ヒ法律事項ヲ定メサル點ヨリ觀ルトキハ行政命令ニ彷彿タリト雖モ豫算其モノノ性質ハ此等孰レニモ屬セス全然獨立シタル性質ヲ有スルモノナルヲ以テ強テ此等ノ形式ノ一ニ附會セントスルハ誤謬ヲ生スル原因ナリ

豫算ハ收入支出ノ條件ナリ憲法第六四條我憲法第七十一條ハ豫算不成立ノ場合ニ於テ前年度ノ豫算ヲ其年ノ豫算ニ用フルコトヲ許スヲ以テ豫算ノ全部カ全然存在セサル場合ニ關スル法理ノ研究ハ我國ニ於テハ必要ナキ所ナリ唯夫レ法令ニ規定シタル歳入歳出ニ付キ政府カ豫算ニ掲ケタルモノヲ帝國議會カ削減廢除シタル場合ニ於テ始メテ問題ヲ生スルモノトス然ルニ國家ノ歳出ニ付テハ憲法上ノ大權ニ基ケル既定ノ歳出及ヒ法律ノ結果ニ由リ又ハ法律上政府ノ義務ニ屬スル歳出ハ政府ノ同意ヲ得テ帝國議會之ヲ廢除削減スルヲ得サルコト憲法第六十七條ノ規定スル所ナリ願フニ此等豫算ノ削減及ヒ廢除ニ關シテ政府ノ同意ヲ與フルハ法令ノ廢止セラレタル後ニ非ツレハ爲スコトヲ得サルモノナリ此點ニ付テハ學者間ニ異說多キモ予輩ハ他日議會カ必ス法律ノ改正ニ同意スヘキヲ豫期シ又天皇カ必ス裁可ヲ與ヘ賜フヘキヲ付度シ率リテ濫ニ同意ヲ與フルコトヲ得スト解釋ス此解釋ニシテ果シテ當ヲ得タリトセハ政府カ法令上歳出ヲ爲スヘキ義務アルニ拘ハラズ豫算ニ此歳出ニ關スル定額ヲ示ササル場合ハ之ヲ想像スルコト能ハス然レトモ國

家ノ歳入ニ付テハ其法律上ノ結果ニ出ツルモノト雖モ帝國議會ニ於テ之ヲ廢除削減スルコトハ憲法上禁セサル所ナルヲ以テ全然帝國議會ノ自由討議ノ範圍内ニ在ルモノト解スヘシ果シテ然ラハ政府ハ一定ノ歳入ヲ生スヘキ法律ノ存スルニ拘ハラズ之カ收入ヲ爲スヘキ豫算ノ成立セサルコトハ帝國憲法ノ成文上想像シ得ル所タリ而シテ此場合ニ於テハ豫算ト法律トノ關係ニ付テノ問題ヲ生スヘシ之ヲ決スルニハ憲法第六十四條ニ依ルベキモノニシテ議會ノ協賛アルニ非サレハ國家ハ歳入ヲ爲スコトヲ得サルナリ果シテ然ラハ此場合ニ於テ縱令法律アルニ拘ハラズ政府ハ歳入ヲ爲スコトヲ得サルモノナリヤ將タ又豫算ニ見積ナキモ法律ノ存在スル以上ハ政府ハ之ヲ徵收スルコトヲ得ルヤノ問題ヲ生スヘシ夫レ豫算ハ國家歳出入ノ要件タルコト疑ヲ容レストスレハ苟モ豫算ニ於テ歳入ノ定額ヲ示ササルトキハ縱令法律カ存在スルモ尙ホ政府ハ之カ收入ヲ爲スコトヲ得ストスルハ一見明瞭ノ事理タルニ似タリト雖モ元來豫算ナルモノハ一種ノ行政上ノ條規ナルコトハ其實質ニ於テ疑ナク即チ國家内部ノ機關ニノミ其效力ヲ有シ臣民ニハ直接ニ效力ヲ生セサルモノナルコ

トハ明白疑ナキ所ナレハ憲法上豫算ト法律ト抵觸スル場合ニ於テ豫算ヲシテ法律ヲ廢止變更スルノ效力ヲ有セシムヘキモノトスル説ハ予輩其可ナルヲ知ラス左レハ縱令豫算ニ定額ナキモ苟モ政府ニ歳入ヲ生スヘキ法律存在スル以上ハ政府ハ豫算外ノ收入トシテ之ヲ國庫ニ收納スルニ於テ毫モ違法ノ責ヲ負フモノニ非サルナリ我憲法ハ歳出ニ付テハ明確ナル條規ヲ設ケ疑問ヲ未萌ニ防キタリト雖モ獨リ歳入ニ付テハ何等ノ規定ヲ設ケザリシハ立法論トシテハ稍ヤ疑ヲ容レサルヘカラサル所ナルモ既ニ成典トシテ成立シタル以上ハ予輩ハ茲ニ豫算及ヒ法律ノ實質ヲ法理上ヨリ解剖シテ法律ヲ以テ豫算ヨリ強力ナルモノトシ隨テ豫算外ノ收入ヲ惹起シ來ルヘキモノナリト解釋セサルヘカラスト信ス

豫算ハ政府ノ收入支出ノ見積書ナリト雖モ絕對的ニ豫算ニ依リ行政官廳ヲシテ收支セシムルコトハ事實上望ミ得ヘキノコトニ非ス法令ニ根據スル政府ノ收入支出ト雖モ尙ホ時勢ノ異動ニ依リテ其定額ニ異動ヲ來スハ免レサル所ナリ况ヤ法令ニ依ラサル政府ノ收支ニ於テワヤ此ノ如キ收支ハ政府ヲシテ其收

支ヲ爲サシムヘキ義務ヲ設定シタル法規ナキヲ以テ政府ニ於テ之カ收支ヲ爲スヘキヤ否ヤハ全然其自由裁量ニ委スヘキモノトス其他豫算超過及ヒ豫算外ノ收支アルヘキハ當然ニシテ政府ハ法令ノ命スル範圍内ニ於テ豫算ニ準據スルノ義務アルノ外必スシモ豫算ト同一ナル決算ヲ爲スヘキコトヲ命セラレタルモノナリト謂フコトヲ得ス

以上説明シタル所ニ依リテ豫算ノ性質及ヒ現行制ヨリ生スル疑問ヲ解明セリ次ニ予輩ハ豫算ノ編制ニ付テ概説スル所アラントス

豫算ハ一箇年度間ノ收支ヲ豫メ計算シタルモノニシテ一箇年度間ノ收支ハ必ス豫算ニ編制セサルヘカラス豫算ハ一會計年度間ノ收支ノ見積書ニシテ租稅及ヒ其他一切ノ收納ヲ歳入トシ一切ノ經費ヲ歳出トス歳入歳出ハ之ヲ總豫算ニ編入スルヲ原則トスト雖モ憲法第六十八條ハ特別ノ須要ニ依リテ政府ハ豫メ年限ヲ定メ繼續費トシテ議會ノ協贊ヲ求ムルコトヲ得ヘキ規定ヲ設ケタルヲ以テ此場合ニ於テハ繼續費ニ關スル豫算ハ數會計年度ニ亘リテ編制セラルルモノトス又一般豫算ヲ離レテ特別會計ノ設置アルトキハ其會計限ノ收支ヲ豫

算ニ編成シ之ヲ議會ニ提出シテ其協賛ヲ求ムルコトヲ得ヘシ之ヲ總豫算ト對シテ特別豫算ト謂フ豫算ノ調製ハ各省ノ豫定經費要求書ニ基キ大藏大臣ニ於テ之ヲ爲スモノトス而シテ豫算ハ之ヲ經常及ヒ臨時ニ分テ各部ハ之ヲ款項ニ區分シ經常費及ヒ臨時費ノ外ニ更ニ豫備費ヲ設ク豫備費ハ之ヲ分テ第一豫備金第二豫備金ノ二トシ前者ハ避クヘカラサル豫算ノ不足ヲ補フヲ目的トシ後者ハ豫算外ニ生シタル必要ノ費用ニ充ツルヲ目的トス而シテ此等豫備金ハ大藏大臣ノ管理ニ屬シ第一豫備金ヲ以テ補充シ得ヘキ費途ハ毎年度豫令ヲ以テ之ヲ定ム之ヲ定ムルニハ各省大臣ハ豫メ金額及ヒ理由ヲ示ス所ノ計算書ヲ作り大藏大臣ノ承認ヲ經サルヘカラス又各省大臣カ第二豫備金ノ支出ヲ要スルトキハ金額理由ヲ示ス所ノ計算書ヲ作り之ヲ大藏大臣ニ送付シ同大臣ハ其計算書ヲ調査シ意見ヲ附シテ勅裁ヲ請フモノトス

法令ノ命スル所ニ從ヒ豫算ニ依リテ政府カ爲シタル收支ハ議會ノ承認ヲ要セス政府カ法令ニ依據シテ豫算ヲ執行シタルヤ否ヤノ決算ヲ檢定スルハ議會以外ニ於テ別ニ其機關存在セリ即チ會計檢査院是ナリ會計檢査院ノ職權ハ議會

報 載

○交互計算ト小切手ノ振出トハ小切手ハ其振出人カ支拂人ニ對シテ資金ヲ有スルカ又ハ信用アルニ非ナレハ之ヲ振出スコトヲ得ス是レ蓋シ小切手ハ其本質ニ於テハ殆ト爲替手形ト異ナルコトナシト雖モ實際上金銭支拂ノ具ニ使用セラレルヲ常トスルカ故ニ右ノ如キ條件ヲ必要トシタルモノナランカ(商法第五三六條然ラハ小切手ノ振出人ト支拂人トノ間ニ交互計算ノ關係アル場合ニ於テ小切手ヲ振出スハ何等ノ支障ナキカ大審院ハ此場合ニ於テハ振出人ハ法律上資金アリテ振出シタルモノト看做スヘキモノト認メ判決ヲ下シテ曰ク「小切手ハ資金ナク又ハ信用ヲ得サルトキハ之ヲ振出スコトヲ得サルモノナレハ本件ノ如ク振出人ト支拂人トノ間ニ交互計算ノ約アリテ小切手ヲ振出シタル場合ニ於テハ振出ノ當時振出人カ現實ニ資金ヲ有シタルト否トニ拘ラス法律上振出人ハ資金アリテ小切手ヲ振出シタルモノト看做スヘキモノトス」ト

(大審院明治三十五年七月五日第一民事部判決) 此判決ニ付キ余輩ノ聊カ疑

ナキコト能ハサル點ハ交互計算ノ當事者間ニ於テハ果シテ其間ニ資金關係アルモノト看做スヘキカ將タ信用アルニ因リテ振出シタルモノト看做スヘキカニ在リテ或ハ法律上資金アルモノト看做スヘシトスルヨリハ寧ロ信用アルモノトスルヲ穩當トセサルカ蓋シ交互計算關係ニ在リテハ一定ノ期間經過後ニ計算即チ相殺ヲ爲スニ因リテ始メテ債權者タリ債務者タルコトノ確定スルモノト謂フヘク其以前ニ在リテハ固ヨリ就レカ債權者タリ債務者タルコトノ不定ノ狀態ニ在リト視ルヘキナリ是ヲ以テ相互ニ法律上資金アルモノト看做スヘキモノナリトハ大審院ノ見解ナルカ如シト雖モ未タ遽ニ首肯スルコト能ハサルモノナキニ非ス尙ホ大審院ハ同事件ニ就キ交互計算關係者ノ一方タル小切手ノ支拂人カ支拂ヲ爲ササル場合ニ於テ單純ナル小切手ノ取引ナランニハ振出人カ資金ヲ回收シ又ハ回收シタルモノニ准スヘキ事實アルニ非サレハ不當利得ヲ以テ論スヘキモノニ非サルモ若シ振出人即チ被上告人カ上告人ノ爲メ送金行爲ヲ爲ス目的ニテ小切手ヲ振出シタルモノナランカ兩者ノ關係ハ單純ナル小切手取引ノ關係ヲ以テ率スヘキモノニ非ス縱合被上告人ト支拂人ト

ノ間ニ交互計算ノ約アリトモ上告人ノ相關セサル所ナレハ支拂人カ支拂ヲ爲ササルトキハ被上告人カ當初上告人ヨリ受取リタル金額ハ即チ不當ニ利得セシモノト云ハサルヲ得ス（下）  
○手形ノ振出地ト同一ナル地名ニ箇以上アル場合ニ於ケル手形ノ效力ノ約東手形ニ記載セラレタル地名ト同一ナル地名ニ箇以上アル場合ニ於テ其孰レノ地名ナルカヲ明確ニ記載セサル場合ニ於ケル手形ノ效力ニ關スル大審院ノ判決理由ニ曰ク「手形ノ振出地トハ市町村ノ如キ獨立シタル最小行政區畫ヲ謂フモノナレハ手形ニ振出地タル市町村ヲ記載スレハ足ルモノニシテ郡縣ノ如キハ之ヲ記載スルコトヲ要スルモノニ非ス隨フテ二三ノ縣下ニ同一名稱ノ市町村アル場合ニ於テ其市町村ヲ振出地トシテ記載スルトキハ果シテ何レノ縣下ノ市町村ヲ指示スルヤ手形面ニ於テハ知ルコト能ハサルモ之ヲ以テ手形ノ要件タル振出地ノ記載ナキモノト爲スコトヲ得ス（大審院明治三十五年七月十七日第一民事部判決）」  
○收用土地ノ價格算定 土地收用法第四十七條以下ノ規定ニ依リ損失ノ補

價ヲ爲スヘキ場合ニ於テ其土地ノ價格ハ如何ナル時ニ於テ之ヲ算定スヘキカ即チ收用セラルヘキ土地タルコトノ確定シタル時土地收用法第一九條ノ價格ニ依ルヘキカ又ハ同法第二十二條ノ手續ヲ經同法第二八條第二項第二九條參照收用審査會ニ於テ裁決ヲ爲スヘキ時同法第二七條第三〇條第三五條第一項第二號參照ノ價格ニ依ルヘキカ(協議ニ因リテ補償額ヲ定メタルトキハ固ヨリ論ナシ)ニ付キ大審院ハ判決シテ曰ク「凡ソ土地收用法ニ依リ土地ヲ收用スルニ當リ收用スヘキ場所ヲ指定スルモ未タ其土地ヲ收用セサル間ハ所有權ノ被收用者ニ屬スルコト勿論ナリ而シテ收用スヘキ土地ヲ指定シタル時ヨリ收用ニ至ル迄多少ノ時日ヲ隔ツル場合ニ在テハ收用以外諸般ノ原因ニ依リ土地ノ價格騰貴シ又ハ低落スルコトナシトセス此場合ニ於テ其騰貴若クハ低落ニ起因スル損益ハ所有權ヲ有スル被收用者ノ受クヘキモノタルハ當然ナリト」(大審院三十五年七月三十四日第七號土地收用補償額決定不服)

法學士 志田鈞太郎先生著述

志田氏 商法 要義

第一卷(總)既刊

定價金五十圓(郵稅六圓)

特價金四十圓

第二卷(會社)

定價金七十五圓(郵稅八圓)

特價金六十圓

本書ハ通條解釋體ニシテ先ツ法條ノ立法趣旨及ヒ法理ヲ說明シ且ツ各國商法典ノ法條法理ヲ參照シテ法條ノ字句ヲモ丁寧ニ解釋シタルモノナリ先  
生著ノ商法典ノ編纂ニ參與シ尋テ獨逸一書學ヲ命セラレ本書モ亦之カ爲メ  
一時出版ヲ中絶セリ先生歸國ノ後類ニ編輯ノ起稿ニ從事セラレ茲ニ第二卷  
ヲ發行スルニ至レリ但全部ノ定價ハ未定トス

發行所 東京勸業講習會 司法省指定 私立 和佛法律學校

發賣所 東京神田區神保町書肆 明法堂

價ヲ爲スヘキ場合ニ於テ其土地ノ價格ハ如何ナル時ニ於テ之ヲ算定スヘキカ即チ收用セラルヘキ土地タルコトノ確定シタル時土地收用法第一九條ノ價格ニ依ルヘキカ又ハ同法第二十二條ノ手續ヲ經同法第二八條第二項第二九條參照收用審査會ニ於テ裁決ヲ爲スヘキ時同法第二七條第三〇條第三五條第一項第二號參照ノ價格ニ依ルヘキカ(協議ニ因リテ補償額ヲ定メタルトキハ固ヨリ論ナシ)ニ付キ大審院ハ判決シテ曰ク「凡ソ土地收用法ニ依リ土地ヲ收用スルニ當リ收用スヘキ場所ヲ指定スルモ未タ其土地ヲ收用セサル間ハ所有權ノ被收用者ニ屬スルコト勿論ナリ而シテ收用スヘキ土地ヲ指定シタル時ヨリ收用ニ至ル迄多少ノ時日ヲ隔ツル場合ニ在テハ收用以外諸般ノ原因ニ依リ土地ノ價格騰貴シ又ハ低落スルコトナシトセス此場合ニ於テ其騰貴若クハ低落ニ起因スル損益ハ所有權ヲ有スル被收用者ノ受クヘキモノタルハ當然ナリト」(大審院十五年明治三十四年七月七日第二民事部判決不服)

法學士 志田鈞太郎先生著述

志田氏 商 法 要 義

第一卷(總)既刊  
定價金五十錢(郵稅六錢)  
特價金四十錢

第二卷(會社)  
定價金七十五錢(郵稅八錢)  
特價金六十錢

本書ハ逐條解釋體ニシテ先ツ法條ノ立法趣旨及ヒ法理ヲ言明シ且ツ各國商法典ノ法條法理ヲ參酌シ次ニ法條ノ字句ヲモ丁寧ニ解釋シタルモノナリ先  
生我カ商法典ノ編纂ニ參與シ尋テ獨佛ニ商學ヲ命セラレ本書モ亦之カ爲メ  
一時出版ヲ中絶セリ先生歸朝ノ後類ニ編輯ノ起稿ニ從事セラレ茲ニ第二卷  
ヲ發刊スルニ至レリ但全部ノ定價ハ未定トス

發行所 東京總町區富司法省指定 私立 和佛法律學校  
士見町六丁目 文部省認定

發賣所 東京神田區神保町書肆 明 法 堂

# 法學志林

第三十五號

九月二十日發行

每月一回十五日發行

一冊特價郵稅共金九錢

十冊前金郵稅共八十錢

志林

○電報ノ偽造ヲ論ス 法學士 豊島直通  
○最近判例批評 法學博士 梅谷銈太郎  
○商號ニ就テ 法學博士 富谷銈太郎

纂論

○取引所

海山獵夫

解疑

○留置權ノ發生ト占有トノ關係、法學博士富井  
政章○罪名ヲ異ニセル附帶控訴、法律學士鶴見  
守義○條約成立ノ時期、法學士秋山雅之介○竹  
木ノ生存期間ヲ限トシタル地上權ノ效力、法學士  
中山成太郎○公用物ノ意義、法學士岡實○巡查  
ノ拔劍及ヒ憲兵ノ兵器使用ノ性質、法學士岡實  
其他判例、雜報、記事數十件

## 發行所 和佛法律學校

明治三十二年十二月九日內務省許可  
明治三十四年十一月十四日第三種郵便物認可

明治三十五年十月十四日印刷

明治三十五年十月十五日發行

(定價金壹拾錢)

東京市東區區辨館前二七番地

編輯兼  
發行所

松田久次郎

東京市牛込區矢來町三番地

印刷者

小宮山信好

東京市芝區西久保明舟町十一番地

印刷所

金子活版所

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

## 發行所 司法省 和佛法律學校

指定

(電話番町百七十四番)