

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

PDF issue: 2025-07-04

和仏法律学校講義録

松岡、義正

---

(出版者 / Publisher)

和仏法律學校

(巻 / Volume)

2-6

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

183

(発行年 / Year)

1901-10-18



0380

明治三十四年十月十八日發行

(第貳部)

三十四年度乙種講習科用

# 和佛法律學校講義錄

第六號

破產法 (自三四一至三四四) 法學士 松岡義正

A5e

25

B6

後學士 松岡義正講述

# 破產法

和佛法律學校發行

## 破產法目次

### 緒　　言

#### 第一編　總　論

第一章　破產ノ沿革及ヒ法源 ..... 一八

第二章　破產ノ性質及ヒ破產法ノ性質 ..... 一九

第三章　破產法ト他ノ諸法律トノ關係 ..... 二八

#### 第二編　實體的破產法規

第一章　破產當事者 ..... 三二

##### 第一節　破產債權者

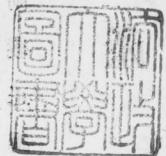
第二節　破產債務者 ..... 三三

##### 第二章　破產債權

第一節　破產債權ノ意義 ..... 六三

第二節　破產債權ノ體様 ..... 六三

第三節　破產債權ノ變動 ..... 六七



174399

第三章 破産財團	九九
第一節 破産財團ノ意義	七三
第二節 破産財團ト破産當事者トノ關係	九九
第三節 破産財團ノ減少及ヒ増加	一一八
第四節 破産財團ノ管理及ヒ換價	一六七
第五節 破産財團ノ消滅	二一〇
第四章 破産宣告ノ效力	二一
第一節 將來ニ關スル破産宣告ノ效力	二一四
第二節 既往ニ關スル破産宣告ノ效力	二九六
第三節 破産宣告ノ涉外的效力	三五四
第三編 形式的の破産法規	三七〇

第一章 破産機關	三七〇
第一節 破産裁判所	三七二
第二節 破産主任官	三八六
第三節 破産管財人	三九二
第四節 檢事	四二七
第五節 債權者集會	四二九
第二章 破産手續ノ進行	四四五
第一節 破産ノ開始手續	四五九
第一款 破産宣告ノ要件	四六一
第二款 破産宣告ノ前手續	四八六
第三款 破産ノ宣告並ニ申立ノ却下及ヒ之ニ伴フ 諸手續	四九三
第二節 破産債權及ヒ破産財團ノ確定手續	五〇七
第一款 届出手續	五一〇

第二款 調査手續	五一九
第三款 狹義ノ確定手續	五四二
第三節 破産手續ノ終局	五六六
第一款 破産手續ノ停止	五六八
第二款 協議契約	五七八
第三款 配當	六四九
<b>第四編 破産法ノ效果</b>	<b>六六四</b>
第一章 人ニ關スル效果當事者ノ國籍ニ關ス ル問題	六六四
第二章 所ニ關スル效果法規ノ適用ニ關スル 問題	六六六
第三章 時ニ關スル效果法規ノ經過ニ關スル 問題	六六八
附 言	六六九

第一章 破産罰則	六六九
第二章 支拂猶豫	六八三

## 破産法目次 終

# 破産法

法學士 松岡 義正 講述

## 緒言

### 第一 破産ノ生存(ヴァーゼン)

各個ノ財産ハ經濟ノ發達及ヒ取引ノ進歩ニ依リ金錢ヲ以テ之ヲ取得シ又ハ金錢ニ換價スルヨトヲ得ルカ故ニ其目的物ニ差異アルニモ拘ラス其一般的性格トシテ金錢的價格ヲ有スト云フヲ得ヘシ債務者ノ總財產ハ總債權者ノ損失ヲ擔保スルモノナルカ故ニ佛法學者ノ説明ヲ假リテ之ヲ言ヘハ債務者ノ資產ハ債權者ノ共同擔保ナルカ故ニ債務者カ其多數ノ債權者ニ對シ正當ノ時期ニ經濟上其債權ノ完済ヲ爲スコト能ハサル場合ニ於テハ債務者ノ總財產ノ金錢的

價額ヲ以テ其總財產上ニ満足ヲ受クヘキ權利アル總債權者ニ平等的滿足ヲ得セシムルヲ正當トス多數ノ債權者カ債務者ノ感情ノ好惡若クハ債權者ノ債權取得ノ前後ニ由リテ或ハ利シ或ハ害セラルコトハ獨り取引上ノ安全ヲ害スルノミナラス債務者ノ支拂不能ハ債務者其人ヲ信用シタル各債權者ノ共同損害ナルヲ以テ平等ニ之ヲ分擔スヘキモノタルノ理論ニ背ケリ是ヲ以テ債務者ノ總財產カ瓦解スル場合ニ於テハ一債權者カ他ノ債權者ニ優先シテ以テ自己ノミヲ救濟セントスル主義即チ利己主義ヲ排斥シテ可成的平等ニ各債權者ニ損害ヲ分擔セシムル主義即チ損失分擔主義若クハ利益配當主義ヲ採用シ之カ實行ニ努メサルヘカラス破産ナル特別手續ハ實ニ此特別ナル必要ニ因リテ生スルモノナリ

利己主義ト損失分擔主義トハ互ニ相反スルノ觀念ナリ我國法並ニ佛派ノ強制執行ハ破産ト同一ニ損失分擔主義ヲ採用セリ獨派ノ強制執行ハ破産ト異ニシテ利己主義ト名フ異ニシテ實ヲ同シクスル債權的差押主義ヲ採用シタリ故ニ破産手續ハ平等的強制執行ヲ認メタル我國法並ニ佛法系國ヨリモ寧ロ不平等

強制的執行ヲ認メタル獨法系諸國ニ極メテ大ナル實際上ノ必要ヲ見ルコト獨逸ノ「コーレル氏」カ其破産法ニ於テ説明スルカ如シ

破産ハ損失分擔主義ニ基クカ故ニ國家ハ損失分擔ノ觀念ヲ最モ廣ク實行スル方法ヲ工夫セサルヘカラス此實行方法トシテハ總利害關係人ノ利益ヲ最モ平等ニ保護スルニ適當ナル手續ヲ設クルニ若クハナシ而シテ此共同利益ノ平等の保護ハ或ハ訴訟手續ノ方法ニ依リ或ハ債權者團體カ事件ノ指揮ヲ爲シ且ツ共同目的ヲ達スルカ爲ミニ共同動作ヲ爲スニ因リテ行ハル故ニ破産手續ノ一半ハ裁判所指揮主義ニ依リ他ノ一半ハ債權者自衛主義ニ依リテ成ル破産法ノ手續ハ債權者團體ノ共同利益執行ノ爲ミニ法律上規定セラレタル手續ナリ故ニ他ノ執行手續即チ強制執行ト同シク民事訴訟ノ一部ヲ成スモノタリ破産手續ハ強制執行手續ト大ニ異ナル所アルカ故ニ殊ニ債權者自衛方法アルカ故ニ反對ニ論決スルハ正當ノ見解ニアラス自衛方法ト雖モ裁判官ノ補助及ヒ監督ノ下ニ在ルモノハ一ノ訴訟手續ト認ムルニ何ノ妨カ之アラン何トナレハ私權實行ノ爲ミニ國家ノ公力ニ依リ保障セラレタル秩序の動作ニ外ナラサレハナ

リ然レトモ此見解ニ對シテハ有名ナル獨逸大家ノ反對論歇カラス予ハ破産ノ意義ヲ説明スルニ當リ詳ニ論究スヘシ

## 第二 破産ノ立法

國家カ破産ノ必要ヲ認メ之カ法律ヲ設クルニ當リテハ自他現行破産法ノ沿革ニ鑑ミ又自他現行破産制度ノ利害ヲ究メ以テ破産ノ立法上ノ目的ニ適當ナル條則ヲ設ケサルヘカラス何トナレハ破産法ノ沿革ハ破産制度ニ關スル既往ノ失敗ト立法主義ノ種類及ヒ其當否トヲ證明シ又自他現行ノ破産制度ハ其得失ト立法主義ノ活動トヲ目撃セシムルヲ以テナリ左ニ顯著ナル破産ノ立法主義ト破産ノ立法上ノ目的トヲ略述スヘシ

### (イ) 主義

破産ノ立法主義ニ二アリ第一ハ公法的破産主義及ヒ私法的破産主義第二ハ一般的破産主義及ヒ商人的破産主義ナリ左ニ分説スヘシ

#### 第一 公法的破産主義及ヒ私法的破産主義

公法的破産主義トハ破産ヲ以テノ訴訟手續ト爲シ破産者アリタルトキハ裁

判所ハ破産者ノ財産ヲ占有シ清算シ及ヒ配當ヲ爲ス主義ナリ故ニ學者ハ之ヲ裁判所指揮主義トモ云ヘリ其論據ハ破産者ヲシテ其財産上ノ管理處分權ヲ喪失セシムルハ債權者ノ權利ニアラスシテ國家權力ノ發動タリ國家ハ破産者アル場合ニ於テ債權者ニ平等の満足ヲ得セシムルカ爲メニ即チ私法的目的ノ爲メニ其權力ヲ行使スト雖モ之カ爲メニ破産制度カ公法的性質ヲ有セサルモノト論決スルヲ得ス破産者ニ對スル財產權ノ制限及ヒ其換價ハ國家ノ權力ノ獨り爲シ得ル所ニシテ一私人タル債權者ノ權利ノ爲シ得サル所ナリト云ヘル觀念ニ基クリト認ム

私法的破産主義トハ破産ヲ以テ恰モ會社解散ノ場合ニ於クル清算ノ如ク債權者間ニ行フ一ノ清算手續トシテ破産者アリタルトキハ債權者ハ共同シテ破産者ノ財產ノ管理、換價及ヒ配當ヲ爲ス主義ナリ故ニ學者ハ之ヲ債權者自衛主義トモ云ヘリ其論據ハ債權者ノ利害ニ關スル事項ノ整理ハ之ヲ債權者ニ放任スルヲ正當トス蓋シ該事項ハ債權者ノ整理スヘキ内部ノ事件ニ外ナラサレハナリ而シテ其財產上ノ整理ニハ其之カ爲メニスル共同ノ財產權アルヲ要ス債權

者ハ此権利ニ依リ破産者ノ財産ヲ管理シ換價シ又ハ互ニ配當ス故ニ新ニ加入セント欲スル債權者ヘ他ノ債權者ト協同シテ其權利ノ承認及ヒ加入許可ヲ得サルヘカラストノ觀念ニ基ケリト認ム

公法的破産主義ハ中古フランクノ民族間ニ行ハレタル職權主義ニ由リテ發生セリ同主義ニ依レハ凡テ不從順ノ債務者ニ對シテ其人格ヲ奪ヒ其財產ヲ沒收シテ之ヲ債權者ノ満足ニ供シ殘餘ヲ國庫ニ收メタリ私法的破産主義ハ羅馬法ノ公賣ヨリ發生シタルコトハ學者間ニ爭ナキ所ナリ公法的破産主義ハ西班牙ニ於テ大ニ繁殖シ次テ獨逸ニ入り第十七世紀及ヒ第十八世紀ノ頃ニ於テ大ニ實際上用ヒラレタリ私法的破産主義ハ伊太利ニ於テ繁殖シ羅馬ノ註釋家ニ依リテ唱道セラレ殆ト全世界ニ其勢力ヲ恣ニシタリ即チ佛國并ニ其他佛國法系諸國ニ於テ行ハレ第十五世紀及ヒ第十六世紀ノ頃ニ於テハ獨逸ニモ行ハレタリ但シ獨逸ニ於テハ一時公法的破産主義ノ爲メニ其勢力ヲ失ヒタレトモ近來ニ至リテハ更ニ其勢力ヲ振フニ至レリ

凡ソ立法ハ必スシモ主義ノ貫徹ヲ事ト爲スモノニアラス立法上ノ目的ヲ達ス

ルカ爲メニ必要ナル以上ハ相反スル主義ヲ折衷シテ又之ヲ併用スルコトアリ近世文明諸國ノ立法ハ皆此傾向アリ隨テ諸國ノ破産法カ公法的破産主義及ヒ私法的破産主義ノ間ニ徘徊シ其一二偏セサルカ故ニ英國ノ破産法ハ通常ノ破産ニ於テハ私法主義ヲ採リ商事會社ノ破産ニ於テハ公法主義ヲ用ヒタリ獨逸及ヒ佛國ノ破産法モ亦此立法的傾向ニ漏レス然レトモ獨逸ハ沿革上公法的破産主義ニ傾クカ故ニ破産法ヲ訴訟法トシ佛國ハ沿革上私法的破産主義ニ傾クカ故ニ私法タル商法ニ破産法ヲ規定シタリ形式上我破産法モ佛法ト同一ナリ近世ノ立法ハ此ノ如キ傾向アルヲ以テ現行ノ法制ニ基キ學理上破産及ヒ破産法ノ性質ヲ斷定スルコト頗ル難シ然レトモ後ニ述フルカ如ク我破産法ハ民事訴訟法ト同シク司法權行使ノ形式ヲ定メタルモノナルヲ以テ破産ハ一ノ訴訟ニシテ又破産法ハ訴訟法ナリト云フヲ正當ノ見解ト認ム

## 第二 一般的の破産主義及ヒ商人的破産主義

一般的の破産主義トハ商人非商人ノ區別ナク一般ニ破産ヲ適用シテ別ニ家資分散ナル制度ヲ認メナル主義ニシテ其論據ハ第一ニ沿革上破産ハ一般ニ行ハレ

タルモノナルコトヘ羅馬法ニ依ルモ又文明諸國ノ模範ト爲リタル佛國路易十四世ノ商事勅令ニ依ルモ一點ノ疑ナシ第二ニ商人非商人ノ區別ハ立法上明確ナラス又取引カ人の信用ニ基ケルヤ否ヤハ實際上分別スルコト能ハサルナリ斯ル標準ニ基キテ破産ノ適用ヲ商人ニ制限スルハ甚タ失當ナリ第三ニ獨逸ニ於ケルカ如ク破産ヲ以テ普通民事訴訟ノ一部ナリトノ思想ヲ正當ナリトスレハ商人破産主義ハ全然其根據ヲ有スルコト能ハストノ綜合的觀念ニ基ケリト認ム」商人破産主義トハ破産ノ適用ヲ商人ノミニ限定シテ非商人ノ破産ハ特ニ之ヲ家資分散ト爲ス主義ニシテ其論據ハ商業ハ人の信用ニ根據ス故ニ第一ニ商人ハ商業ノ性質上人の信用ニ基クカ故ニ自己ノ資産ノ金錢的價格ヨリ多額ノ債務ヲ負フヲ通常ノ狀態トス隨テ多數ノ債權者アリヲ又其債權者中或ハ遠隔ノ地ニ住シ或ハ近隣ノ地ニ住スル者アルハ當然ナリ是ヲ以テ若シ破産制度ナカリセハ債務者カ其債務ノ支拂ヲ停止スルニ當リ或債權者ハ其權利ノ全部又ハ一部ニ付キ満足ヲ得或地ノ債權者ハ全ク之ヲ得サルコト有ルヘキヲ以テ其結果遂ニ取引者間ニ不安ノ念ヲ來シ商業界ノ安寧ヲ紊亂スルハ瞭然タリ故ニ法

律ハ此場合ヲ豫想シテ平等保護ノ破産制度ヲ設ケタリ第二ニ商人ハ商業ノ性質上自己ノ資產ノ金錢的價格ヨリ多額ノ債務ヲ負フヲ普通ノ狀態トス從テ債權者中ノ一人カ債務不履行ノ爲メニ其債務者ノ總財產ヲ差押フルコトヲ必要トスル場合ニ於テハ總債權者ニ之ヲ知ラシメ以テ其權利ノ主張ヲ爲スヲ得セシムルヲ要ス故ニ法律ハ之カ爲メニ平等保護ノ破産制度ヲ設ケタルナリ民事取引ハ物的信用ニ基スルカ故ニ第一ニ非商人ハ民事取引ノ性質上物的信用ニ基クヲ以テ自己ノ資產ノ金錢的價格ヨリ多額ノ債務ヲ負フコトナキヲ通常ノ狀態トス從テ商業ニ於ケルカ如ク多數ノ債權者ナク債權者ノ住所ノ違近ノ別モ亦甚シカラス是ヲ以テ他ノ債權者ヲ害シテ自己ノミヲ利スル如キハ全ク稀有ニ屬ス故ニ破産制度ノ必要ヲ見ス第二ニ非商人ハ自己ノ資產ヨリ多額ノ債務ヲ負フコトナキヲ通常ノ狀態トス從テ一二ノ債權者カ債務者ノ財產ヲ差押フルモ之カ爲メニ自己ノ債權上ノ満足ニ危機ヲ抱クノ理ナシ故ニ破産制度ノ必要ヲ見ス若シ事實上反對ノ現象ヲ見ルコトアルモ是レ商業ノ如キ性質ノ然えシムル所ニ非スシテ當事者ノ隨意行爲ニ基クリ故ニ法律ハ敢テ此等

合ニ干渉スルノ必要ヲ見ス之ヲ要スルニ破産ハ商人ニ必要アリテ非商人ニ必要ナシ非商人ニ對シテハ民事訴訟法ノ強制執行ヲ以テ足レリトスト云ヘル觀念ニ基ケリト認ム

商人破産主義ハ中古伊太利ニ於ケル羅馬法ノ適用ノ實際ヨリ發生セリ第十四世紀ニ於テハ伊太利ハ歐洲ニ於ケル文明ノ中心トシテ商業ノ繁榮ヲ極メ且ツ羅馬法研究ノ隆盛ヲ來シタルヲ以テ伊太利ノ法曹ハ主トシテ支拂停止ノ商人ニ羅馬法ヲ適用シ法律上ノ需用ニ應シタルコトハ破産法沿革ノ證明スル所ナリ商人破産主義ハ佛商法第四百三十七條ノ完成ニ係ル千六百七十二年ノ路易十四世ノ商事勅令ニ於テ破産ニ關スル規定アレトモ破産ノ適用ヲ商人ニ限定セサリシコトハ同勅令第十一章第一條乃至第三條其他著名ナル「ジユース氏等」ノ著書ニ依ルモ誠ニ明白ナリ白耳義商法四三七條(伊太利商法六八三條)ルーマニヤ「ホルトガル其他南米諸國ノ商法ハ佛商法ヲ母法ト爲シタル當然ノ結果トシテ商人破産主義ヲ採用セリ一般破産主義ハ破産ナル觀念ト共ニ發生セリ羅馬ニ於テハ法律上商人非商人ノ區別ヲ爲ササルカ故ニ所謂破産法ハ總テノ債務者ニ行ハレタリ而シテ一般破産主義ハ破産ヲ以テ普通民事訴訟法ノ一部分ト爲シタル法律的發達ヲ有スル獨逸ノ現今ニ至ルマテ終始一貫シテ認ムル所ニシテ又千八百八十三年ノ現行イングランド破産法ノ認ムル所ナリ

商業ハ事物ノ性質上大ニ他ノ民事取引ト其性質ヲ異ニスルカ故ニ舊普魯西ノ破産法及ヒ之ヲ模範トシタル墺太利匈牙利丁抹諾威ノ破産法其他西班牙及ヒ和蘭ノ破産法ハ一般破産主義ト商人破産主義トヲ折衷シ破産法規中商人破產ト非商人破產トヲ區別シタリ而シテ墺太利匈牙利ノ破産法等ニ依レハ商人ノ破產ニ限リ支拂停止ヲ破産宣告ノ要件トシ又協議契約ニ依ル破產終局方法ヲ認メタリ蓋シ商業ニ於テハ其性質上支拂期日ヲ確守スルヲ當然トスルヲ以テ支拂ヲ爲ササルトキハ其未拂者ニ對シ支拂不能ノ推定ヲ爲スラ以テ正當ト爲斯然レトモ商業ト性質ヲ異ニスル他ノ民事上ノ取引關係ニ於テハ唯支拂期日ニ支拂ヲ爲ササルノミフ以テ同一ノ推定ヲ下スハ實ニ失當ナリ又協議契約ハ商人ニ對シテハ其必要アルモ非商人ニ對シテハ其必要ナシ商業ハ社交的性質ヲ有スルヲ以テ協議契約ハ商人ニ對シテハ其財產的地位ヲ挽回シ各債權者ニ

満足ナル支拂ヲ爲ス機會ヲ與フルハ當然ナルモ非商人ニ對シテハ商人ノ如ク  
社會的職業ニ從事セサルノ結果トシテ一旦失敗シタル財產的地位ヲ挽回スル  
ヲ得セシムルノ機會ヲ與フルノ價値ナキヤ明カナリ之ヲ換言スレハ協議契約  
ハ商人ニ對シテハ利益的行爲タルノ體面ヲ保フコトヲ得レトモ非商人ニ對シ  
テハ全々情實的行爲ニ止マルヘシトノ論據ニ基ケルモノナルヘシ換破一九八、  
六二乃至六四、二〇七乃至二四五、普破一一三、一一四、一一五、三一九乃至三二二、丁  
抹破四一乃至四四、一〇〇、諸威破二乃至五六〇

無レトモ支拂停止カ支拂不能ノ推定ノ材料タルニ足ルヤ否ヤハ事實上裁判官  
ノ認定ニ委スルヲ正當トス又協議契約ハ債權者カ自己ノ利害得失ニ隨ヒ或ハ  
之ヲ取結ヒ或ハ之ヲ取結ハサルモノナレハ絕對的ニ民事取引ニ認ムルコト能  
ハスト云フノ理ナカルヘン故ニ商人破産ト非商人破産トニ法規上ノ區別ヲ設  
クルハ理論上正當ト認ムヘカラス况ヤ商人非商人ノ區別ノ標準ハ立法上及ヒ  
學理上之ヲ定ムルコト頗ル難キニ於テラヤ是ヲ以テ瑞西ハ一筋機軸ヲ出シ何  
人ト雖モ義務法第八百六十五條第一項ニ基キ商業帳簿ニ登録ヲ爲シタルトキ

ハ商事ニ關スル特則ノ適用ヲ受ケ之ニ依リ頗ル便益ヲ受クルト同シク破產法  
ノ適用ノ下ニ立ナラ自己ノ利益上信用ヲ受クルノ一方方法トシテ爲サント欲ス  
ルモノハ商業帳簿ニ登録セサルヘカラスト爲セリ實際的ノ規定トシテハ一顧  
ノ價値アルヘシ

商人破産主義ト一般破產主義トノ運命ヲトスルニ將來世界ノ破產立法ヲ支配  
スルモノハ後者ニシテ前者ニ非ナルヘシ蓋シ生活機關ニ環通アルモノハ永ク  
其生存ニ堪フルコト能ハナルカ如ク商人の破産主義ハ法制ノ生活機關トモ云  
フヘキ確乎タル沿革上及ヒ理論上眞事會社ニ對シテハ破産ノ必要取テ商人ニ  
讓ラサルヘシノ根據ヲ缺キ吾人ノ生活關係ニ適セサレハナリ斯ル環通ヲ外ニ  
シテ商人破産主義ヲ採用シタル以上ハ商法中ニ破產法規ヲ設クルモ敢テ咎ト  
ヘキニ非ヌ又一般破產主義ヲ採用シタル以上ハ破產ヲ單行獨立ノ一法典ト爲  
スハ理論ノ要求スル所ナルヘシ故ニ私法の破產主義ニ重キヲ置キ商人破產主  
義ヲ採用シタル佛法系國ハ破產法規ヲ商法中ニ設ケ公法的破產主義ニ重キヲ  
置キ一般的破產主義ヲ認メタル獨派ノ立法ノ多クハ破產ヲ單行獨立ノ一法典

ト為シタリ西班牙和蘭ノ立法ノ如ク商法及ヒ民事訴訟法中ニ破産法規ヲ定ムルハ破産ノ性質ヲ大ニ曖昧ナラシメ又立法主義ヲ注意セサル不當ノ立法例ト云フヘシ

我商法ハ商行為ノ信用ヲ重ンスルノ理由ヲ以テ管ナ商人破産主義ノ一種體タル商行為破産主義ヲ發明シタレトモ(商法第九七八條現今ハ之ヲ排斥シテ商人破産主義ヲ採用シタリ(商法施行法第一三八條)而シテ將來ノ破産立法ハ一般的の破産主義ヲ採用スベキモノタルコトハ我民法ノ明示スル所ナリ(民法第一三七條、第四五二條)但書民法施行法第二條)

(ロ) 目的

破産ハ利益配當主義ノ實行トシテ總テノ債權者ニ對シテ其債務ヲ完済スルニ不充分ナル債務者ノ財產ヲ以テ平等的滿足ヲ得セシムルヲ目的トスルコトハ獨逸ノ破産法理由書ニ依ルモ極メテ明瞭ナリ此目的ヲ達スルカ為ミニハ破産關係ノ開始及ヒ終局ノ特別手續又金錢の價格確定ノ特別手續ヲ設ケサルヘカラス蓋シ破産ハ破産債權者團體ノ共同利益ノ實行ニシテ又債務者ノ總財產ヲ

以テ總債務ノ平等的辨濟ヲ為スニハ債務者ノ各積極的及ヒ消極的財產ノ比例的計算ニ最モ便宜ナル同質ノ範圍ヲ示スベキ一般的性格タル金錢上ノ價格ニ着眼セサルヲ得サレハナリ此等ノ手續ヲ設クルハ他ノ訴訟ト同シ可成時間ト費用及ヒ勞力ヲ節省スタル目的トセサルヘカラス何トナレハ若シ然ラスンハ破産ハ債權者及ヒ債務者ヲ害スル機械タルニ終ルヘケレハナリ

第三 破産ノ研究

國家カ破産ノ必要ヲ認メ之カ立法ヲ為シタルトキハ吾人ハ之カ研究ニ力ヲ盡ササルヘカラス破産法ノ研究ハ他ノ法典ト同シク逐條説明ニ依ルト綱目説明ニ依ルトノ二アリ予輩ハ後者ノ方法ヲ選擇シタリ蓋シ後者ハ前者ニ比シテ説明ノ重複ヲ省キ原則ヲ容易ニ知ルノ利益アレハナリ綱目説明ニ依レル研究法ヲ選擇シタル以上ハ第一着手トシテ現行法ニ基キ複雜ナル法律關係ヲ分析シ之ヲ簡單ナル原則ニ歸納シ再ヒ之ヲ適當ニ排列シ以テ法典ノ綱目以外ニ於テ獨立ノ綱目ヲ定メサルヘカラス先ツ破産ノ概念ヲ知リ次ニ破産法規ノ内容ヲ知リ終ニ破産法ノ效果ヲ知ルハ攻學上ノ當然ナル順序ナリ而シテ破産法規ヲ

大別シテ實體的破産法規ト形式的破産法規ト爲スハ學理上當然ニシテ又獨特太引丁抹等ノ破産法を採用スル所ナリ如何ナル債權(破産債權者)ヲ有スル者カ如何ナル債務者破産者ニ屬スル如何ナル財產破産財團ニ對シ破産的執行ヲ爲スコトヲ得ルヤ又破産的執行ノ開始及ヒ進行ハ破産者破産債權者其他利害關係人ノ財產的法律關係ニ如何ナル效果ヲ生スルヤノ問題ハ實體的破産法規ノ解答スル所ニシテ如何ナル形式ニ依リ破産債權者ハ其權利ヲ實行スルコトヲ得ルヤノ問題ハ形式的破産法規ノ解答スル所ナリ此觀念ニ基キヲ我輩ハ左ノ如キ綱目ヲ掲ケ破産法ヲ説明スヘシ

## 第一編 総論

第一章 破産ノ沿革及ヒ法源

第二章 破産ノ性質及ヒ破産法ノ性質

第三章 破産法ト他ノ法律トノ關係

第四章 實體的破産法規

第五章 形式的破産法規

第六章 破産當事者

第七章 破産手續ノ進行

第八章 破産法ノ效果

第九章 人ニ關スル效果

第十章 所ニ關スル效果

第十一章 時ニ關スル效果

附言  
第一章 破産制則  
第二章 支拂猶豫  
以下順次之ヲ説明セシ

## 第一編 總論

### 第一章 破産ノ沿革及ヒ法源

(一) 沿革 我現行破産法ハ商法中ノ他ノ部分ト共ニ明治十四年太政官法制局ニ於テ當時ノ參議山田顯義氏ノ命ニ依リ獨逸人ヘルマン、ロエスレル氏ノ起草スル所ナリ此法律ハ明治廿三年三月二十七日公布セラレ同二十六年三月三日更ニ修正ノ上公布セラレ同年七月一日ヨリ實施セラレ本年公布セラレタル商法施行法ニ於テ大ニ修正セラレタリ而シテ我現行ノ法規ハ其體裁ト精神ニ依レハ主トシテ佛國商法及ヒ獨逸破産法ヲ模範トシタルコト明白ナリト認ム  
(二) 法源 我破産法ハ佛獨英等ノ諸文明國ノ破産法ヲ模範トシタルコトハ起草者ノ理由書ニ依リテ明白ナルヲ以テ我破産法ニモ強制執行法ト同シク固有法ト外國法トノ法源アリト謂ヘサルヲ得ス維新前ニ於ケル我破産制度ニ關スル固有法ノ研究ハ之ヲ諸君ニ委スヘシ維新後ニ於テハ明治五年布告第百八十七號身代限處分法ハ不完全ナル破産法トシテ行ハレタルコトハ諸君ノ知ル所

### 第二章 破産ノ性質及ヒ破産法ノ性質

ナリ我破産ノ法源タル外國法ハ主トシテ佛、獨、英破産法ナルコトハ起草者ノ理由書ニ依リテ明カナリ此等諸國ノ破産法ハ羅馬法ノ破産制度ニ依ル所多キハ破産法沿革ノ證明スル所ナリ故ニ吾人ハ外國法源トシテ羅馬法佛獨英等ノ破産法ノ参考ヲ忽ニスルコトヲ得サルナリ

- (一) 破産ノ性質 破産トハ債務者ノ總財産ヲ以テ其財產上ニ満足ヲ求ムヘキ權アル總債權者ニ平等ナル金錢的滿足ヲ得セシムルカ爲メニ開始セル裁判上ノ手續即チ一般的強制執行ナリ左ニ之ヲ分説スヘシ
- (イ) 裁判上ノ手續 破産ノ定義ハ學理上之ヲ二派ニ分ソコトヲ得ヘシ第一ハ主トシテ佛法學派ノ主張スル定義ニシテ支拂ノ停止即チ失敗ノ點ニ着眼シ破産トハ裁判所ニ公認セラレタル商人ノ支拂停止ノ狀態ナリト云ヘリ佛商法ニ於テモ失敗ヲ意味スル fallite ヲ破産ノ用語ト爲シタルハ破産ヲノ一ノ狀態ト認メタル觀念ヲ是認シタルカ爲メナルヘシ第二ハ主トシテ獨派ノ主張スル定

義ニシテ裁判上ノ手續(精算又ハ執行)ニ着眼シ破産トハ債務者ノ財産ヲ以テ總債權者ニ比例的滿足ヲ得セシムルカ爲メニ開始スル裁判所ノ手續ナリト云ヘリ獨逸ノ破産法ニ於テ債權者ノ會合ヲ意味スル「*Breakers*」ヲ以テ破産ノ用語ト爲シタルハ破産ヲ一ノ手續ト認メタル觀念ヲ是認シタルカ故ナルヘシ佛蘭西派ノ定義ハ破産手續開始ノ原因ヲ表示スルニ止マルモ獨逸派ノ定義ハ破産ノ性質ヲ表示スルニ足ル如何トナレハ破産ノ目的ハ債務者ノ支拂停止若クハ支拂不能ヲ裁判上公認スルニ至ラスシテ却テ裁判上ノ手續ニ依リ總債權者ニ其債權額ト比例スル満足ヲ得セシムルニ在レハナリ是レ予輩カ我破産法ノ佛蘭西商法ト其綱目并ニ内容ニ於テ彼ニ類スルコト多ク殊ニ我商法施行法第百三十八條第一項ハ殆ド佛蘭西商法第四百三十七條第一項ト其文例ヲ同シクスルニモ拘ラス佛派ノ定義ヲ排斥シテ破産ヲ一ノ裁判上ノ手續ナリト云フ所以ナリ裁判上ノ手續ハ之ヲ別チテ訴訟手續ト非訴訟手續ト爲スハ我國法及ヒ獨逸ノ法律制度トス是ヲ以テ裁判上ノ手續ナル破産ハ訴訟手續ニ屬スルヤ或ハ非訴訟手續ニ屬スルカ換言スレハ破産ハ一ノ訴訟ナルカ抑モ亦清算ナルカノ問題ヲ生シ

テ大ニ學者ノ議論ヲ惹起シタリ獨逸ニ於テ破産ヲ清算ナリト主張スル論者ハ「デルンブルヒ」「ザルヘイ」、「一テルゼン」氏等ニシテ其論據ノ(第一)ハ獨逸破産法理由書ニ於テ破産ハ競合シタル總テノ債權者ノ一般的の請求ヲ實行セシムルノ手續ニ外ナラス之ヲ以テ破産手續ハ一ノ訴訟ニアラスシテ却テ裁判上ノ監督ノ下ニ於テ支拂ヲ停止シタル債務者ト其總債權者トノ間ニ行フ清算ナリト云ヘリ故ニ破産ハ清算ニシテ訴訟ニアラサルナリ(第二)破産手續進行中ニ生スヘキ訴訟事件ハ之ヲ破産手續ヨリ分離シテ通常ノ訴訟手續ニ依リテ破産手續開始地ヲ管轄スル通常裁判所ノ管轄ニ屬セシムタリ(獨破第一三四條日本商法第一〇二七條第一〇二八條第一〇二九條)訴訟中ニ故ニ破産手續ハ訴訟事件ニ屬セシテ却テ非訴訟事件ニ屬スヘキモノナリト云フヘシ隨テ破産ハ一ノ清算ニシテ訴訟ニアラス而シテ此清算ノ任ニ當ル者ハ破産管財人ニシテ破産裁判所ハ唯清算ニ付キ指揮及ヒ監督ヲ爲スニ止マルノミト云フニ在リ  
破産ヲ以テ訴訟ナリト主張スル論者ハ「バーネル」「ヘルマン」「コーレル」「フツチング」「シコルツエ」「ウイキモスキ」「民等ニシテ其論據第一ハ破産ハ通常裁判所ノ管轄ニ屬

シ(獨逸裁判所構成法第二條又獨逸裁判所構成法第二十二條及ヒ第百六十一條ノ規定ニ明言セル訴訟法ハ民事訴訟法ノ外ニ破産法ヲ包含セルモノナルコトハ獨逸ノ裁判所構成法理由書ニ依ルモ明白ナリ故ニ破産ハ訴訟事件ニ屬スルモノト云フヘシ第二民事訴訟ト國家カ自己防衛ヲ制限シタル結果トシテ強制力ヲ以テ私權ノ確認及ヒ實行ノ目的ヲ達スルカ爲メニ設ケタル制度ナリ隨テ民事訴訟ニハ争訟ノ存セルコトヲ必要トセナルハ疑ナキ所ナリ而シテ裁判所ノ民事訴訟ニ關スル行為ヲ指示スル訴訟事件ハ私權ノ確認及ヒ實行ヲ目的トスルヲ以テ國家ノ強制力ヲ缺クヘカラサルノ要件トシ訴訟事件ニ相對スル非訴訟事件ハ將來ノ危險ニ對スル私權ヲ確保スルヲ目的トスルカ故ニ國家ノ強制力ノ必要ナキヤ當然ナリ破産ハ債權者ノ請求及ヒ其範圍ヲ確認シ且フ必要ナル場合ニハ強制力ヲ以テ之カ實行ヲ得セシムルヲ目的トス故ニ破産ハ民事訴訟ム一部分ニ外ナラスト云フニ在リ

我國法ノ下ニ於ケル破産事件ハ裁判所構成法第二十八條明治二十三年法律第六十六號商事非訟事件印紙法ニ破産ニ關スル條項アルヨリシテ文理解釋上非

該事件ナリト論決スルコトヲ得ナルニアラサルモ余輩ハ論理解釋上破産ハ訴訟事件ナリト主張スルヲ正當ト認ム蓋シ前述セシ第二ノ論據ニ依リテ破産ハ其性質上債權者團體ノ共同利益實行ノ爲メ法律上規定シタル民事訴訟ノ一部ナリト云フハ極メテ學理ニ適シタル見解ナレハナリ是レ破産ハ一般的強制執行ナリト云フ所以ナリ

獨逸ノ「コーレビ」ハ其著破産法論ニ於テ破産關係ハ其性質上一ノ訴訟的及ヒ執行的關係ニシテ多數債權者ノ互ニ競合セル利益ヲ調シ共通的公準ニ基キ各債權ノ金錢的執行ヲ得セシムル特質ヲ以テ存在スルモノナリト云ヒ又「バール」ハ「ブルフエンドルフ」法學通論中ニ於テ破産ハ債權者ニ其有セル債權ニ相當スル

(ロ) 債權者及ヒ債務者 破産ハノ強制執行ナルカ故ニ債權者及ヒ債務者アルハ當然ナリ破産手續ニ依リテ満足ヲ求ムルコトヲ得ル債權者ヲ破産債權者ト云ヒ財產上ニ破産手續ヲ開始セラレタル債務者ヲ破産債務者即チ「破産者」ト云ヒ以テ巧ミニ破産ノ性質ヲ表彰シタリ

フ故ニ破産法上ノ債権者及ヒ債務者ハ民法上ノ債権者及ヒ債務者ト同一ナリト  
論決スヘカラス尙ホ詳細ハ第二編第一章ニ於テ説明スル所アルヘシ  
破産ハ債務者ノ財產ヲ以テ財產上ノ満足ヲ求ムル權利アル總債権者ニ平等ナル  
金錢的満足ヲ得セシムル手續ナルヲ以テ破産ノ有效ニ行ハルルハ法律上債  
權者ノ多數ヲ前提要件ト爲スヤ否ヤノ問題アリ

舊ハシノーベル民事訴訟法第六百八條(英太利破産法第六十六條(一千八百六十八  
年匈牙利破産法第八十七條(一千八百八十年ハ立法例トシテ佛國ノ巴黎控訴院  
ハ一千八百三十八年五月三十日ノ判決判決例トシテ債権者一人ナルトキハ破産宣  
告ヲ爲スヘキモノニアラスト云ヘリ蓋シ債権者一人ナルトキハ此債権者ハ通  
常ノ執行手續ヲ以テ其満足ヲ完ウスルコトヲ得ヘシ隨テ此場合ニ多數債権者  
ノ衝突セル利益ヲ調和セシムルノ目的ヲ以テ組織シタル複雜ナル破産制度ヲ  
適用スルハ全然理由ナシトノ論理ナルヘシ

智利商法第一三四一條(アヘジヤンチ)商法第一三九五條ハ立法例トシテ又佛  
國大審院前ニ示シタル巴黎控訴院ノ判決ヲ破棄シタル一千八百四十一年三月六

日ノ判決(及ヒ獨逸帝國裁判所(一千八百八十四年一月十一日ノ判決)ハ判決例トシ  
テ債権者一人ナル場合ト雖モ猶ホ破産宣告ヲ妨ケサル旨ヲ明言セリ現時有名  
ナル獨佛多數ノ學者モ亦然リ蓋シ債務者カ其債務ノ支拂ヲ爲スコト能ハナル  
ニ當リ二人以上ノ債権者ノ存在ノ證明ナキカ爲メニ豫メ破産手續ノ開始ヲ拒  
ミ或ヘ二人以上債権者ノ届出ナキカ爲メニ已ニ開始シタル破産手續ヲ中絶ス  
ルカ如キハ何等ノ實益アルモナニアラス又債権者一人ナルニモ拘ラス猶ホ破  
産手續ヲ開始スルハ實際上無益ナルコトアルヘシト雖モ一旦重ナル審理ヲ盡  
シタル後ニ於テ債権者一人タルカ爲メニ破産手續ヲ閉鎖シ他ノ執行手續ニ變  
轉セシムルヨリ生スル困難ノ比ニナラサレハ敢テ咎ムルノ價值ナシ而シテ債  
權者一人ナル場合ニ破産手續ヲ開始シタルトキハ債権者集會及ヒ協議契約ハ  
此一人ノ債権者ニ依從スルカ如キ事實ヲ生スト雖モ之カ爲メニ破産宣告ノ申  
立并ニ其開始ヨリ取得スヘキ權利ヲ喪失セシムルニ足ラナルナリ故ニ債務者  
ノ或行爲ハ債権者ノ爲メニ法律上當然無効ト爲リ或行爲ハ債権者カ之ヲ攻擊  
スルヲ得ベシ商法第九九〇條乃至第十九九二條又協議契約モ總利害關係人殊ニ

届出ヲ爲サナル債權者ニ對シ有效タルベシ。若シ反對ニ論決ダテ破産ハ債權者一人ナルトキハ之ヲ開始スヘキモノニアラストセハ債務者ハ自己ノ債權者ニ對スル感情ノ好惡ニ從ヒ或債權者ニハ債務ヲ完済シ損害ヲ受クルコトナカラシメ他ノ一債權者ニノミ無責力ヨリ生スル損害ヲ負擔セシメ以テ破産ノ運命ヲ免レントスルカ如キ弊害ヲ生スルニ至ルヘシ隨テ破産法ハ債權者ノ可能的多數ヲ豫想シタルモノニシテ實在的多數ヲ豫想シタルモノニアラストノ論旨ニ基ケルナルヘシ我破産法ノ下ニ於テモ亦同一ノ論旨ニ基キ同一ノ論決ヲ爲スヘキモノト信ス。

(ハ) 平等ナル金錢的滿足 破産ハ各債權者ニ債務者ノ財產上ヨリ平等ナル金錢的滿足ヲ得セシムルヲ目的トスルコトハ前述シタル所ナリ故ニ茲ニ之カ説明ヲ省略スヘシ。

(二) 破産法ノ性質 破産法ハ破産手續ニ關スル法規ノ全部ニシテ公法ノ一部分ナリ國家ハ破産法ニ於テ實體的法規ト形式的法規トヲ規定シタリ蓋シ此兩者ハ密接ノ關係ヲ有する嚴格ニ之ヲ分割スルコト能ハサレハナリ然レトモ之

カ爲ミニ破産法ハ破産手續ニ關スル法規タルノ性質ヲ失ハサルヘシ何トナレハ破産ノ實體的法規ハ破産手續開始ノ法律上ノ前提要件ヲ規定シ又破産宣告ヨリ生スル債權者及ヒ債務者其他利害關係人ニ對スル財產的法律關係ニ關スル効力ヲ規定シタルモノナレハナリ破産關係ハ一ノ訴訟關係ナルコトハ前ニ述ヘタル所ナリ故ニ破産法ハ一ノ訴訟法ニシテ又民刑事訴訟法ト同シク司法權行使ノ形式ヲ規定シタル一ノ公法ナリト云ハサルヘカラス獨逸ニ於テハ破産法カ一ノ訴訟法ナルコトハ先ニ説明セシ所ナリ英國ニ於テハ現行破産法ヲ私法視セサルコトハ破産制度ノ沿革及ヒ現行破産法ノ特色ニ微シテ明白ナリ佛國ニ於テハ破産法ヲ私法タル商法中ニ規定シタルカ故ニ形式上之ヲ私法視シタルモノト云ハサルヲ得ス然レトモ「オランカン」氏ハ破産法規ハ債務ノ完済ヲ爲ササル債務者ニ對シテ執行ニ關スル立法ノ一部分ヲ爲スト雖モ佛國ハ破産法ノ執行法ナル性質論ヲ是認シタルモノノ如シ。

破産ハ社會的信用ノ失墜ヲ來シ財産ノ管理處分權ヲ喪失シ清算ノ必要ヲ惹起スル故ニ破産法ハ他ノ諸法律ト大ナル關係ヲ有ス家資分散法第五條衆議院議員選舉法第十四條貴族院令第十條民法第六十八條、第一百一條、第一百三十七條、第四百六十條、第六百七十九條等商法第七十四條、第一百五條、第二百二十一條、第四百五條、第四百六條等民事訴訟法第一百七十九條ノ如キ是ナリ而シテ本章ノ題下ニ於チ特ニ注意セサルヘカラズルハ破産法ト裁判所構成法民事訴訟法及ヒ家資分散法トノ關係是ナリ

## (一) 破産法ト裁判所構成法トノ關係

破産法ノ範圍ヲ補充スルモノハ裁判所構成法及ヒ民事訴訟法等ナリ裁判所構成法第二十八條ハ地方裁判所カ破産事件ニ付テ一般ノ裁判権アル旨ヲ規定シテ以テ破産事件ノ事物ノ管轄ヲ定メタリ

## (二) 破産法ト民事訴訟法トノ關係

民事訴訟法ハ破産法ヲ補充スルノ法律ナリ破産事件ニハ破産法ニ特別ノ明文ナキ以上ハ類推ニ依リテ民事訴訟法ノ規定ヲ準用セサルヘカラス何トナレハ先ニ述ヘタル如ク破産法ハ民事訴訟法ト同シク民事訴訟ニ關スル法規ナレハナリ而シテ準用ハ甚ク制限セラレタル範圍ニ於テ行ハルムモノナルヘシ何トナレハ民事訴訟法ノ法規ハ主トシテ係争請求權ノ辯論及ヒ裁判ニ關係スルヲ以テナリ詳細ハ形式的破産法規ノ説明ニ譲ル

## (三) 破産法ト家資分散法トノ關係

一般的破産主義ヲ認メタル立法ニ於テハ破産ハ非商人ニ對シテモ適用スルカ故ニ家資分散ナル特別制度ノ必要ヲ見ス隨テ此制度ハ商人破産主義ヲ認メタル佛法系國ニ於テノミ認メラレタリ我國ニ於テ亦商人破産主義ヲ認メタルカ故ニ家資分散ナル制度ヲ認メタリ(明治二十三年法律第六〇號)家資分散トハ民事訴訟法ノ強制執行處分ニ依リ裁判上公ニ認メラレタル無資力ヲ推定セシムル債務者ノ狀態ナリ(家資分散法第一條)家資分散トハ「ラバード氏ノ云ヘルカ如ク無資力即チ債務者ノ債務額カ資產額ヲ超過シタル狀態ニアラスシテ却テ」ソオ

ンカソ「ボーデリー」氏等ノ云ヘルカ如ク家資分散ハ外形ノ事實ニ依リ無資力ヲ推定セシムル狀態ナルヘシ蓋シ人ノ財產的地位ハ容易ニ之ヲ知ルコトヲ得サルモノナルヲ以テ正確ナル無資力ノ證明ハ之ヲ舉クルコト能ハサルナリ隨フ若シモ家資分散ヲ無資力ナリト解シタルトキハ家資分散ノ申立ヲ爲ス債權者ニ對シ事實上爲シ能ヘサルノ證明ヲ強フルニ至リ家資分散法ハ實際上殆ト適用ナキ空文ト爲ルニ終ルヘケレハナリ故ニ家資分散ニ關シテハ強制執行ノ結果即チ金錢的執行ノ不充分タリシ外形ノ事實ニ依リ裁判所ノ認ムルコトヲ得ヘキ無資力ノ推定ヲ以テ足レリト爲ササルヘカラス是ヲ以テ(第二ニ)債務者ハ其債務額カ事實上資產額ニ超過スルモ取引者間ニ於ケル信用ノ結果トシテ債務者カ其狀態ヲ外形ニ表彰セナルトキハ家資分散者ト爲ルコトナシ然レトモ之ニ反シ債務者ハ其債務額カ事實上資產額ニ超過セサルモ強制執行ノ結果トシテ執行ノ目的ヲ完全ニ達セサルカ爲メニ裁判所カ債務者ノ無資力ヲ推定シタルトキハ債務者ハ家資分散者ト爲ルヘシ(第二ニ)無資力ハ債務者ノ總財產ヲ賣却シ又總債權者ノ總債權額ヲ完全ニ知リタル後ニアラスンハ確實ニ明示スルコト

ヲ得サレトモ家資分散ハ無資力ノ推定ナルカ故ニ此等ノ事項ヲ必要トセス家資分散者タルヘキ債務者ハ非商人ニ限ルヤ否ヤ佛商法ノ解釋トシテハリオンカソ「ボーデリー」氏等ハ非商人タルコトヲ明言シトマス氏ハ商人非商人ノ區別ナク民事債務ニ關シ無資力ヲ明示シタルモノナリト云ヘリ我國法ニ於テハ商人非商人ノ區別ナク總チノ債務者ヲ指示スルモノト云フヘシ何トナレハ商人ニ對シテモ強制執行ノ爲スコトヲ得レハナリ隨テ我國ニ於テハ商人ニ對シ家資分散法並ニ破産法ノ二者併行セラルモノト云フヘシ裁判上家資分散ヲ公認スル形式ハ一ノ決定ナリ故ニ家資分散ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ公認スルコトヲ得

家資分散ハ民事訴訟法ノ強制執行處分ニ因リ裁判上公認シタル無資力ヲ推定セシムル債務者ノ狀態ナルカ故ニ破産ト大ニ其趣ヲ異ニシタリ(第一ニ)破産ハ商人ニ限り適用スヘキモノナレトモ家資分散ハ之ニ反シテ商人及ヒ非商人ニ對シテ行ハル(第二ニ)破産ハ一般的強制執行ナルカ故ニ債權者債務者其他ノ利害關係者ニ對シ法律上效力ヲ生スルモ家資分散ハ個人的執行ノ結果トシテ生

スルモノナルカ故ニ斯ル效力ヲ生スルコトナシ第三ニ破産ト家資分散トハ互ニ其罰則ヲ同シクセス(商法第一〇五〇條以下刑法第三八八條第三八九條然レトモ二者共ニ宣告ノ手續ヲ同シウシ公權喪失ノ效果ヲ同シウシ又復權ノ手續ヲ同シウス(家資分散法第一條乃至第四條商人破産主義ノ論據ハ破産ナル制度ハ主トシテ商人ニ對シ必要ナルコトヲ明カナラシムルモ未タ以テ破産ヲ商人ニ限定スルノ論據ト爲スニ足ラサルナリ故ニ我民法ハ破産ト家資分散トノ區別ヲ廢止シテ一般破産主義ニ基ク破産ヲ認メタルコトヲ前提トシテ明示シタレトモ現今ニ於テハ未タ一般破産主義ニ依レル法規ナキヲ以テ此主義ヲ前提トシタル我民法ノ適用ヲ全カラシムルノ必要上家資分散ヲ民事ニ付テ破産ナリト云ヘリ(民法施行法第二條)

## 第二編 實體的破産法規

### 第一章 破産當事者

破産當事者トハ破産債權者及ヒ破産債務者ノ總稱ナリ破産手續ハ其手續開始

#### 第一節 破産債權者

(一) 意義 破産債權者即チ破産手續ニ於テ其權利ヲ主張シ得ル債權者トハ破産財團タル債務者ノ總財產上ニ於テ滿足ヲ求ムル權利ヲ有スル破産債務者ニ對スル各債權者ナリ之ヲ換言スレハ債務者ニ對シ破産手續開始ノ當時マテニ於テ發生シタル財產上ノ請求權ヲ有スル總テノ債權者ナリ左ニ之ガ要件ヲ分說スヘシ

(イ) 財產上ノ請求權 破産債務者ハ債務者ニ對シケ財產上ノ請求權ヲ有スルモノナラサルヘカラス財產上ノ請求權トバ債務者ノ財產ヲ以テスル給付ヲ目的トシタル請求權ニシテ此權利カ直接ニ金錢ノ支拂ヲ目的トスルモノタルト

又金錢ニ換價スルコトヲ得ヘキモノヲ目的トスルモノタルトハ敢テ之ヲ問ハサルナリ是レ破産手續カ債務者ノ總財産ヲ換價シ以テ總債務ノ支拂ニ充ツヘキ目的ヲ有スルヨリ生スル當然ノ結果ナルヘシ財產上ノ請求權タル以上ハ其權利ノ內容并ニ發生原因ノ如キハ法律上毫モ關係スル所ナシ故ニ法律行爲不法行為又ハ法律上ノ規定殊ニ親族關係ヨリ生スル財產上ノ請求權ハ何レモ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得ル權利タルニ妨ケナシ是ヲ以テ親族關係ヨリ生スル養料請求權モ亦此種ニ屬スヘシ益シ獨逸破産法理由書ニ於テ明言スル如ク身分關係殊ニ親族關係ヨリ生スル債權ト雖モ苟モ金錢又ハ金錢ニ換價スルコトヲ得ヘキ事物ノ給付ヲ目的トスルモノナル以上ハ法律上之ヲ他ノ債權ヨリ劣等視スルハ其當ヲ得サレハナリ然レトモ「コレル氏ハ親族關係ヨリ生スル養料請求權ハ親族上ノ關係アル一人カ其財產上ノ資力ニ應シテ他ノ一人ニ寄附スルモノナルヲ以テ該請求權ノ存否并ニ其程度ハ養料義務者ノ財產上ノ資力如何ニ關係スルモノト謂ハサルヘカラス隨テ養料義務者カ破産シタルトキハ養料請求權ハ當然消滅スルモノナリト云ヘリ其當否ハ諸君ノ研究ニ委ス

## シ(民法第七四七條、第七九〇條)

財產上ノ請求權ニアラスシテ父ヲ定ムルコトヲ目的トスル請求(民法第八二一條)婚姻ノ取消及ヒ離婚ノ請求ノ如キ純然タバ親族關係上ノ請求權ハ破産手續ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得サルヤ言フ俟タサルナリ破産シタル債務者ノ作為又ハ不作為ヲ目的トシタル請求權モ亦同シ何トナレハ債務者ハ破産シタルカ爲メニ勞働スルノ自由ヲ失ハサルカ故ニ該請求權ニ對スル義務ヲ履行スルコトヲ得サモノニアラサレハナリ而シテ債務者ノ作為ニハ或ハ通常ノ手細工ノ如キ第三者ヲシテ債務者ニ代リテ之ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノト又醫師ノ診斷教師ノ教授學者ノ著作ノ如キ第三者ヲシテ債務者ニ代リテ之ヲ爲サシムルコトヲ得サルモノアルヘント雖モ這ハ法律上毫モ關係ナカルヘシ然レトモ第三者ヲシテ爲サシムルヲ得ヘキ債務者ノ作為ヲ目的トスル請求權ノ強制執行ニ關シテハ債務者ハ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ之ヲ爲サシムルコトヲ得ルカ故ニ斯ル請求權ハ斯ル費用ヲ支拂ハシムルヲ目的トスル條件附債權ト云フコトヲ得ヘシ隨テ條件附債權トシテ之ヲ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得

ヘン民法第七三三條民法施行法第五四條同一ノ論旨ニ依リ作爲ヲ目的トスル債務ヲ負フ者カ債權者ニ對シ豫メ不履行ニ際シテ一定ノ損害賠償ノ責ニ任スヘキ旨ヲ約シタルニ因リ生シタル債權モ亦條件附債權トシテ破産手續ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ其他債務者ノ作爲若クハ不作爲ヲ目的トスル請求權ハ第三者ヲシテ爲ナシムルコトヲ得ルモノナルト否トニ拘ラス條件附ノ損害賠償請求權トシテ破産手續ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ何トナレハ債權者ハ債務者カ正當時期ニ其債務ヲ履行セサルトキハ之ヨリ生シタル損害ノ賠償ヲ有效ナル履行ニ代ヘテ民法上請求スルコトヲ得レハナリ

(ロ) 破産手續ノ開始以前ニ發生シタル債權 破産債權者ノ破産者ニ對スル財產上ノ請求權ハ破産宣告ノ當時ニ於テ既ニ發生シタルモノナルヲ要ス破産宣告當時ニ於テ既ニ發生シタルトキハ或ハ財產上ノ請求權ハ破産宣告當時ニ於テ完全ニ成立シ或ハ財產上ノ請求權カ未タ完全ナルニアラスト雖モ少クモ其完全ノ成立カ債務者ノ財產ニ對スル處分行爲ト認ムヘキ行爲ニ係ラサル程度ニ於テ成立シタルヲ云フ是レ蓋シ債務者カ破産シタルトキハ爾後財產ニ付キ

處分行爲ノ權能ヲ喪失ス隨テ債務者ハ爾後破産債權者ニ對シテ有效ナル破產財團ニ屬スル自己ノ財產ニ付キ處分ヲ爲スコトヲ得ス故ニ破産宣告以後ニ成立シタル請求權ハ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得ナル當然ノ論決ヨリ出ツ是ヲ以テ不法行爲ヨリ生スル損害賠償ノ請求權ハ其原因カ既ニ破産手續開始以前ニ發生シタルモノナル以上ハ縱令賠償義務ノ存否及ヒ數額カ爾後ニ確定セラルヘキモノト雖モ成立ノ完全ナルニ妨ケナキヲ以テ破産手續ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得ヘク又破産手續開始以前ニ於テ未タ條件ノ成就セサル債權主張スルコトヲ得ヘシタル貨金報酬又ハ利息ノ請求權ハ破産手續ニ於テ之ヲ主張シタル貨金報酬又ハ利息ノ請求權ハ破産手續ニ於テ之ヲ主張シタル貨金報酬又ハ利息ノ請求權ハ破産手續ニ於テ之ヲ主張

スルコトヲ得サルナリ蓋シ賃金報酬ノ請求權ハ特定期間ノ貸借物ノ利用及ヒ勞務ヲ供スルコトニ對スル報償ニ外ナラサルヲ以テ破産者カ貸借人破産宣告以前ニ於テ特定ノ期間貸借物ヲ利用シ又ハ同債務者使用者ニ對シテ特定期間債務ニ服シタルノ事實ナクシハ破産手續開始以前ニ於テ既ニ發生シタルモノト認ムルコト能ハサレハナリ又利息請求權ハ特定期間債權者カ元金ヲ利用セサルノ耐忍ニ對スル賠償ナルヲ以テ破産シタル債務者ノ爲メニ債權者カ破産宣告以前ニ元金ノ不利用ヲ耐忍シタルノ事實ナクシハ破産手續開始以前ニ於テ既ニ發生シタルモノト認ムルコト能ハサレハナリ

破産宣告以前ニ於テ成立シタル雇傭關係上ノ勞務者タル破産者ニ對シテ破産宣告以後ニ於ケル義務ノ不履行ヨリ發生スル損害賠償ノ請求權ハ破産債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテ學說上爭アリ(「フツチング」氏ハ消極説デルンブルヒ氏ハ積極説ヲ主張セリ)余輩ハ積極説ヲ正當ト認ム何トナレハ金錢的賠償ハ總テノ債權關係ノ副位的目的タレハナリ而シテ破産宣告以後債務者ニ對シテ有效ニ發生スヘキ請求權ハ破産財團ヨリ破産債務者ニ先チテ

支拂ハルヘキ財團請求權ニアラスンハ破産者カ破産宣告以後ニ於テ取得シタル財產ヨリ支拂ハルヘキ權利ナリ賃借人又ハ使用者タル債務者カ破産宣告ヲ受ケタルヲ以テ管財人カ賃貸借又ハ雇傭ノ繼續ヲ相手方ト共ニ特定シタルヨリ生スヘキ賃金又ハ報酬請求權ハ財團要求權ニ屬シ破産宣告以後破産債權ニ付キ發生シタル利息又ハ破産手續ニ加ハリタルニ因リテ破産債權者ニ生シタル費用請求權ハ破産者其者ニ對スル單純ノ債權ニ屬ス蓋シ前二者ハ破産手續上ノ費用ニシテ後二者ハ破産宣告當時ニ於テ既ニ生シタル財產上ノ請求權ニアラルヲ以テ破産手續ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得サルモノナレハナリ

(ハ) 破産者ニ對スル債權者 破産債權者タルニハ破産シタル債務者ニ對シテ其總財產上ヨリ満足ヲ求ムル權利者ナラサルヘカラス是レ債務者ノ總財產ヲ以テ債權者ニ平等ナル金錢的滿足ヲ與フル破産ノ目的上ヨリ生スル當然ノ結果ナリ故ニ一般ノ先取特權ハ債務者ノ總財產上ニ行ハルモノナレトモ(民法第三〇六條物權的關係ナルヲ以テ此種ノ權利者ハ破産債權者ト爲ラス取戻權者ハ破産者ノ財產ニ屬セサルモノノシテ特定ノ財產ノ取戻ヲ請求スルモノナレハ破

產債權者ト爲ラス又別除權者ハ破產者ニ屬スル特定ノ財產上ニ別除的滿足ヲ求ムルモノナレハ破產債權者ト爲ラス然レトモ別除權者ハ他ノ一面ニ於テハ破產者ニ對スル債權者ナリ何トナレハ別除權ニ依リ擔保セラレタル債權ニ債務者ノ總財產上ニ滿足ヲ求ムルコトヲ得ヘキモノナレハナリ是ヲ以テ別除權者ハ其別除權ヲ主張スルト同時ニ破產債權者トシテ其債權ヲ破產手續ニ於テ主張スルコトヲ得ヘシ然レトモ二重ノ辨濟ヲ受クルコトハ法理ノ許サナル所ナレハ唯別除權ノ行使ニ依リ滿足スルコト能ハサリシ數額又ハ之ヲ拋棄シタル部分ニ付テノミ配當ヲ受クルニ過キス

(二) 訴求シ得ヘキコト  
破產債權者タルニハ債務者ニ對スル權利カ訴求シ得ヘキモノナラサルヘカラス何トナレハ破產ハ一ノ訴訟關係ニ外ナラサレハナリ然レトモ債權者カ其權利ヲ破產手續ニ於テ主張シタルコトハ破產債權者タルノ要件ニアラサルナリ

(二) 種類  
破產債權者ハ債務者ニ對シテ其總財產上ニ金錢的滿足ヲ求ムル權利ヲ有スル總債權者ニ外ナラサルヲ以テ人ノ種類ニ依リ之ヲ自然人及ヒ法人ニ

人ノ國籍ノ内外ニ依リ内國人及ヒ外國人ニ及ヒ法律關係ノ公私ニ依リ之ヲ私法的債權者及ヒ公法的債權者ニ別ツコトヲ得左ニ外國人タル債權者及ヒ公法的債權者ノミヲ畧述スヘシ蓋シ他ノ債權者ニ關シテハ破產關係上別ニ講述スキ特色ナケレハナリ

(イ) 外國人タル債權者  
近世文明諸國ノ法律ニ依レハ外國人タル債權者ハ破產法上内國人ト同一ニ取扱ハル外國人タルカ故ニ内國人ヨリ劣等視セラレサルナリ(獨逸新破產法第五條、塊破第五一條佛國リオンカン商法講義八冊第一三三四四)  
我破產法ニ於テモ亦然リ蓋シ外國人タル即チ我帝國ノ國籍ヲ有セサル者モ執行ニ關シテハ内國人ト同一ニ取扱ハルヘケレハナリ(民法第二條然レトモ之カ爲メニ國際私法上ノ原則ニ從ヒテ行ハルヘキ外國法ノ適用ヲ無視シタルモノト解スヘカラス外國ニ於テ取扱ハレタル契約ハ請求權ヲ發生スルモノナルヤ君生子ハ父ニ對シテ扶養ヲ求ムルノ權利アリヤ否ヤノ如キ問題ハ外國法ニ從テ判斷スヘキモノナレハナリ甲國カ乙國ノ臣民ヲ自國ノ臣民ヨリモ劣等視シタルト甚ハ乙國ハ甲國ノ臣民也ニ其承繼人ニ對シ反壘法ヲ適用スルコトア

ルハ其當然ノ權利ニシテ又文明諸國破産法ノ認メタル法則ナリ我破産法ニ於テモ亦然リ

- (ロ) 公法的債權者 債務者ノ財產上ニ金錢的満足ヲ求ムル權利アル者ハ私法的債權者ノミニ限ルヘカラス訴訟行爲ニ依リ債務者ノ財產上ニ満足ヲ求ムル權利ヲ取得シタル者即ナ公法的債權者モ亦破産手續ニ依リテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ヘシ故ニ破産宣告以前ニ開始シタル民事訴訟ニ因リテ訴訟費用ヲ負フヘキ者カ破産シタルトキハ其相手方ハ破産手續ニ於テ其公法的請求權ヲ主張スルコトヲ得ヘク又破産宣告以前ニ開始セラレタル刑事訴訟ニ因リテ訴訟費用ヲ負フヘキ者カ破産シタルトキハ其相手方タル國家ハ破産手續ニ於テ刑事訴訟費用請求權ヲ主張スルコトヲ得ヘシ而シテ訴訟費用負擔義務ハ訴訟ノ提起及ヒ實行ニ因リテ發生シ判決ハ唯訴訟費用負擔者ヲ定ムルノミ故ニ破産手續ニ於テ訴訟費用請求權ヲ主張スルニハ訴訟カ債務者ノ破産宣告以前ニ繫屬シタルコトヲ以テ足レリトス
- (三) 權利 破産債權者ハ破産手續ニ於テ單獨的權利ト共同的權利トヲ有ス左

## ニ之ヲ分説スヘシ

- (イ) 單獨的權利 各破産債權者ハ獨立シテ破産財團ヨリ適法ナル配當ヲ受クルノ權利ヲ有ス故ニ各破産債權者ハ此權利ヲ主張シ又ハ之ヲ保全スルカ爲メニ必要ナル行為ヲ他ノ破産債權者ニ關係ナク爲スコトヲ得是ヲ以テ第一ニ各破産債權者ハ獨立シテ破産手續開始ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルノミナラス破產債權全額ニ對スル辨濟ニ因リ破産債權者中ヨリ脱落セサル限りハ破産財團ヨリ分配ヲ受クルノ目的ヲ達スルニ必要ナル破産手續ノ續行及ヒ既ニ成立シタル協議契約ノ續行ヲ請求シ又ハ停止シタル破産手續ノ再施ヲ請求スルコトヲ得第九七八條第九八二條第二ニ各破産債權者ハ獨立シテ自己ノ債權ヲ破産手續ニ於テ主張シ即チ届出ヲ爲シ破産手續ニ參加ノ許可ヲ求メ且ツ適法ノ標準ニ從テ満足ヲ求ムルコトヲ得又各自互ニ届出ヲタル破産債權者ノ債權ニ對シハ優先權ニ異議ヲ申立フルコトヲ得第一〇二三條第一〇二五條第一〇二六條第一〇四五條第三ニ各破産債權者ハ獨立シテ配當案ニ對シ異議ヲ申立又ハ管財人ノ終局計算ニ對シテ異議ヲ申立フルコトヲ得第一〇四七條第一〇四

## 八條

破産債権者各自ノ利益ハ共同利益ノ爲メニ服從セサルヲ得サルガ故ニ有益シテ且フ自由判断ニ屬スル問題ニ關シテハ各破産債権者ハ適法ナル多數決ニ依リテ成立シタル債権者集會ノ決議殊ニ協諾契約ニ拘束セラルモノトス  
 第一〇三六條第一〇三九條然レトモ第一、各破産債権者ハ不法ノ侵害ニ對スル防禦方法トシテ裁判所力決議ニ對シ認可ヲ爲ストキニ當リ不適法ナル債権者カ債権者集會ニ加ハリタルカ如ヤ原因ヲ以テ異議ナ申立ツルコトヲ得獨逸新破産法第九五條第九六條参考第二、各破産債権者ハ集會ノ決議カ破産債権者全體ノ利益ニ反スルトキハ其旨ヲ裁判所ニ申立テ以テ決議ニ對シテ不認可ノ處分ヲ爲サンムルコトヲ得(獨逸新破産法第九九條第三、各破産債権者ハ適法ノ多數決ニ依リテ成立シタル協諾契約ナリト雖モ不正ナル方法ニ於テ成立シ又ハ利害關係アル債権者全體ノ利益ニ反スルモノナルトキハ其旨ヲ裁判所ニ申立テ以テ協諾契約ヲ排斥セシムルコトヲ得第一〇三九條第一〇四二條)

破産手續進行中ニ於テ特別又ハ一般ノ承繼ニ依リテ破産債権者ノ權利カ他人ニ移轉シタルトキバ此承繼人ハ承繼ノ結果トシテ爾後破産債権者トシテ前者ノ地位ヲ占ムル者タリ債権者集會ニ於ケル議決權ニ於テモ亦然リ然レトモ債権ノ分割讓渡遺產相續ノ如キ承繼ノ結果トシテ一ノ破産債権カ數多ノ承繼人間ニ分割セラレタルトキ又ハ一破産債権者カ他ノ數多ノ破産債権ヲ取得シタルトキハ數人ニシテ一議決權ヲ共有シ又ハ一人ニシテ多數ノ議決權ヲ有スル者ナルヤ否ヤ之ヲ換言スレハ議決權ハ債務名義ニ屬スルヤ或ハ人ニ屬スルヤハ破産法上ノ一好問題ナリ議決權ハ債務名義ニ屬スト主張スル論旨ハ破産宣告爾後債権者ノ地位ハ變更スルコト能ハサルモノタリ故ニ破産宣告以後一ノ債権カ分割セラレタルトキハ各分割取得者ハ共同シテ一議決權ヲ有シ又數多ノ債権ヲ取得シタルトキハ取得者ハ數多ノ議決權ヲ有スルハ固ヨリ當然ナリ殊ニ後者ノ場合ニ於テハ取得者ハ前主ノ有スル權利ヲ讓受ケタル者ナレハ數多ノ議決權ヲ有スルニ何不可アランヤト云フニ在リ議決權ハ人ニ屬スト主張スル論旨ハ商法第千三十六條ハ出席シタル債権者ノ過半數ト明言シ以

ヲ議決權ノ人ニ屬スルコトヲ明示スルノミナラス法律上適法ナル分割取得ヲ無視スルノ理ナキヲ以テ一破産債權ヲ數人カ分割シテ取得シタルト數多ノ破産債權ヲ一債權者カ取得シタルトニ論ナク各債權者カ各々一議決權ヲ有スト云ハサルヲ得スト云フニ在リ余輩ハ後者ニ賛成ヲ表ス

(ロ) 共同的權利 破産債權者カ共同シテ一ノ差押權ヲ有ス差押權トハ債權其モノニアラスト雖モ質權ニ類似スル所多キ物權ナリ破産債權者カ破産宣告ニ因リ共同シテ破産者ノ財產上ニ對シテ可成的完全ナル辨濟ヲ受クルカ爲メニ有スル權利ナリ是ヲ以テ破産宣告ト共ニ總破産債權者ノ利益ノ爲メ破産者ノ財產上ニ差押ナルモノ發生シ爾後此財產ニ關スル債務者ノ處分ハ破産債權者ニ對シテハ無效ニシテ又各破産債權者ハ財產上ニ各別的執行ヲ爲スコトヲ得ス第九八五條第九八七條元來破産債權者ト破産財團トノ法律關係ヲ説明スル學者ノ見解ハ大ニ區區タリ

第一ハ承繼說ニシテ破産債權者ハ債務者ノ承繼人トシテ破産財團上ニ權利ヲ有スト云ヘリ此學說ハ現行破産制度ヲ説明スルニ足ラス何トナレハ現行ノ破

産制度ニ依レハ破産者ハ破産財團ノ權利主體ニシテ破産財團上ニ生スル利得損失ハ皆破産者ニ歸屬スレハナリ

第二ハ破産的請求權說ニシテ此說ハ専ラ獨逸破産法理由書ノ主張スル所ナリ即チ債務者ノ支出不能ト債務者ニ對スル各破産債權者ノ請求權ノ衝突トニ因リテ法律ハ各債權者ノ爲メニ債務者ノ財產上ニ配當ヲ求ムル請求權ヲ發生セシム此請求權ハ總債權者ニ共通ニシテ又破産ノ立法上正當ナラシムルモノニシテ破産手續ノ開始及ヒ其續行ニ依リ實行セラルトノ論旨ニ基ケリ

第三ハ共同質權說ニシテ總破産債權者ハ破産宣告ニ因リテ其財產ノ財產上ニ質權ヲ取得スト云ヘリ蓋シ債務者カ破産宣告ニ因リテ其財產ニ對スル管理/處分權ヲ喪失シ管財人カ之ニ代リテ債務者ノ財產ヲ管理處分シ以テ各破産債權者ニ滿足ヲ得セシムル破産手續上ノ觀念ヨリ推及スレハ破産債權者ト破産財團トノ關係ハ一ノ質權的關係ナリト云フヲ得ヘケレハナリ

各債權者カ破産財團上ニ滿足ヲ求ムル權利ヲ取得スル原因ハ破産宣告ニシテ破産宣告以前ニ存スル所謂破産の請求權ニアラサルヲ以テ第二說ハ正當ノ見

解ニアラサルヘシ又破産關係ニ於テハ債權關係ノ如ク目的物ヲ賣却スルノミニ止マラスシテ或債務者ノ取結ヒタル契約ヲ履行シ或ハ繼続シタル訴訟ヲ破産宣告以後ニ於テ續行スルコトアルカ故ニ第三說モ亦狹キニ失スト云ハサルヲ得ス然リ而シテ前ニ説明セシ如ク破産宣告ニ因リテ破産債權者ハ共同シテ差押權ヲ有スト云ヘハ適當ニ破産宣告ニ因リテ破産者ノ財產上ニ生スル特別ノ關係ヲ説明スルニ足ル是レ余輩カ第二說ヲ採用セザル所以ナリ  
差押權ハ破産債權者ノ共同的權利ナルカ故ニ破産債權者全體ノ爲メニ差押權實施セラレタルトキハ茲ニ破産債權者ノ爲メニ共同シテ可成的破産財團上ニ完全ナル辨済ヲ遂ゲントスル破産債權者團體ヲ組織スルハ當然ナリ此團體ノ性質ニ關シテハ學者間ニ激烈ナル論爭アリト雖モ單純ナル利益的團體ニシテ其有關係又ハ法人ニアラサルコトハ極メテ法理ニ適當セル見解ト認ム蓋シ破産宣告以後ニ於テ破産者ハ猶ホ破産財團ノ權利者ナルカ故ニ共有關係説ハ至當ニシテ破産宣告アリタルカ爲メニ各破産債權者ノ財產ト異ナレル法人ノ目的ヲ達スルニ必要ナル財產ナルモノナケレハナリ

## 第二節 破産債務者

(一) 意義 破産者トハ破産財團タルヘキ財產上ニ破産手續ヲ開始セラレタル債務者ナリ(民訴第一七九條左ニ之カ要件ヲ分説スヘシ)

(イ) 破産財團タル財產上ニ於ケル破産手續ノ開始 破産手續ハ債務者ノ財產ニ對シテノミ行ハルルモノタリ何トナレハ前述セルカ如ク破産ハ債務者ノ總財產ヲ換價シ以テ各破産債權者ニ平等的滿足ヲ得セシムルヲ目的トスレハナリ債務者ハ破産手續ノ開始ニ依リテ破産財團タルヘキ財產ニ關スル權利ヲ喪失スルモノニアラス蓋シ破産債權者ハ破産手續ノ開始ニ依リ支拂ニ代ヘテ破産財團タルヘキ財產ヲ受領スルニ因リテ滿足セラルモノニアラスシテ却テ破産手續ニ依リ金錢ニ換價セラレタル財團ニ依リテ滿足ヲ享有スルモノナレハナリ

然レトモ債務者ハ破産手續ノ開始ニ因リテ財團タルヘキ財產ニ關スル管理及ヒ處分ノ權能ヲ喪失ス蓋シ若シ然ラスンハ破産債權者ノ利益ヲ害スルヲ以テ

ナヲ而シテ之カ爲メニ破産者ハ行爲無能力者ナルモノニアラサルカ故ニ破産財團ニ屬セサル財產ニ關シテハ管理及ヒ處分ノ權能ヲ喪失セサルヤ言ヲ竦タス債務者ハ破産シタルカ爲メニ人事上ノ法律關係ニ付キ何等ノ影響ヲ受ケタルコトハ破産ノ目的ヨリ生スル當然ノ結果タリ

(ロ) 債務者強制執行上ノ債務者ハ破産上ノ債務者ナリ何トナレハ破産ハ一ノ財產的強制執行ニ外ナラサレハナリ故ニ破産債務者ハ民法上ノ債務者ト論結スヘカラス

(二) 種類 破産債務者ハ財產的強制執行ノ客體タルヘキ總テノ義務者ニ外ナラサルヲ以テ能力ノ有無ニ依リ之ヲ能力者及ヒ無能力者ニ、人ノ種類ニ依リ之ヲ自然人及ヒ法人ニ、國籍ノ内外ニ依リ之ヲ内國人及ヒ外國人ニ、法律關係ノ公私ニ依リ之ヲ公法的及ヒ私法的債務者ニ別ツコトヲ得左ニ無能力者タル破産者法人タル破産者外國人タル破産者及ヒ公法的債務者タル破産者ノミヲ略述スヘシ但シ其他ハ破産手續ニ於テ講述スル所アルヘシ

(イ) 無能力者タル破産者 一般破産主義ノ立法ニ於テハ無能力者ニ對テ破產

宣告ヲ爲スコトヲ得ルハ毫モ疑ナシ何トナレハ財產的強制執行ハ無能力者タルカ故ニ之ヲ拒絕スルコト能ハサレハナリ是ヲ以テ未成年者禁治產者及ヒ妻ハ破産者ト爲ルコトアリ商人破產主義ノ立法ニ於テハ商人タルノ能力ヲ有セサル者ニ對シテハ破産宣告ヲ爲スコトヲ得サルハ敢テ疑ナキ所ナルヘシ何トナレハ商人タルノ能力ヲ有セサル者ハ法律上之ヲ商人ト認ムルコト能ハサレハナリ故ニ未成年者禁治產者及ヒ妻ノ如キハ破產者ト爲ルコトナシ此等ノ無能力者ニ事實上商業ヲ營ムコトアルモ之カ爲メニ商法上ノ責任ヲ負フモノニアラス唯民法上不當利得ノ限度ニ於テ其責ニ任スルノミ無能力者カ能力者タルコトヲ信セシムルカ爲メニ詐術ヲ用ヰタルトキモ亦破產者ト爲ラス何トナレハ無能力者ハ之カ爲メニ商人タル資格ヲ取得スルモノニアラス唯民法上取消權ヲ有セサルニ止マレハナリ(民法第二〇條通法ニ商業ヲ營ム未成年者及ヒ妻ハ商人タル能力ヲ有スルカ故ニ破產者ト爲ルコトヲ得ルヤ明カナリ(民法第六條商法第五條))

後見人カ被後見人ノ爲メニ商業ヲ營ム(商法第七條場合ニ於テ支拂ヲ停止シタ

ルトキハ何人ニ對シテ破産宣告ヲ爲スヘキヤノ問題ニ關シテハ一般破産主義ノ立法ニ於テハ被後見人ニ對シ破産宣告ヲ爲スヤ明白ナリト雖モ商人破産主義ノ立法ニ於テハ商人タルノ能力アルヲ要スル結果トシテ容易ニ論決ヲ下スコトヲ得ス白耳義大審院ハ千八百八十九年十一月十七日ノ判決ニ於ヲハ被後見人カ禁治產者ナル場合ニ後見人モ被後見人モ共ニ商人ニアラストノ理由ヲ以テ破産宣告ヲ爲スヘキモノニアラスト判決シタリ商人破産主義ヲ認メタル我現行ノ破産法ノ下ニ於テハ亦同一ノ理由ニ基キ同一ノ論決ヲ爲スコトヲ得サルニアラサレトモ余輩ハ破産ヲ以テ一ノ強制執行ナリト認ムルカ故ニ被後見人ニ對シテ破産宣告ヲ爲スヘキコトト信ス蓋シ被後見人ナルカ故ニ適法ナル強制執行ヲ免ルルコト能ハサレハナリ

(ロ) 法人タル破産者 法人ニハ内國法人ト外國法人トノ二種アリ(民法第三條後者ハ外國法人タル破産者ヲ説明スルニ當リテ論述スヘキヲ以テ茲ニハ内國法人ノミヲ略述スルニ止ムヘシ法人即チ人ノ組織體ニハ公私ノ二種アリ私法人即チ人類ノ通常生業ニ關スル事業ヲ目的トシテ存在スル法人ハ社團法人

財團法人ハ私人タル自然人ト同シク強制執行ノ客體ト爲ルヘキモノナルヲ以テ破産手續ハ之ヲ私法人ニ對シテ開始スルコトヲ得然レトモ私法人ハ一私人タル自然人ト事物ノ性質ヲ異ニスル所アルヲ以テ私法人ノ破産ニ關シテハ法理上二三ノ特色ナキヲ得ス

(A) 私法人ニ對シテハ支拂不能殊ニ支拂停止アル場合ノミナラス債務ノ超過即チ資產額カ總債務額ヲ完済スルニ不足ナルコト分明ナル場合ニ於テ破産手續ヲ開始ス而シテ此開始ハ私法人ノ成立中ナルト解散後清算中ナルトヲ問ハス行ハルモノタリ(民法第七〇條第八一條蓋シ私法人ハ其目的ヲ達スルニ必要ナル財產ヲ有スルヲ前提要件トスルカ故ニ法律ハ債務超過ノミヲ以テ私法人ニ對シテ破産宣告ヲ爲スヲ得セシム又破産手續ハ各債權者ニ債務者ノ財產ヲ以テ最モ平等ナル満足ヲ得セシムルヲ目的ト爲スカ故ニ法律ハ私法人ノ解散後清算中ニ私法人ノ財產カ其債務ヲ完済スルニ不足ナルコト分明ナルニ至リタルトキヲ換言セハ清算即チ法人ノ財產カ其各債務ヲ完済スルコトヲ得ル場合ニ行フ分配手續ニ依ルコトヲ得ナル場合ニ於テ清算

- 中ノ私法人ニ對シ破産宣告ヲ爲シ以テ破産手續ニ依リ私法人ノ財產ヲ最モ  
平等ニ處分スルコトヲ欲シタルカ故ナリ
- (B) 私法人ノ破産ニ於テハ理事及ヒ清算人カ其職務トシテ破産宣告ノ申立  
ヲ爲スヘシ(民法第七〇條、第八一條)
- (C) 破産者タル私法人ノ破産手續上ニ於ケル權利ハ破産宣告以前ニ於ケル  
カ如ク私法人ノ代表者タル理事及ヒ清算人ニ依リテ行使セラルヘシ
- (D) 理事及ヒ清算人カ有罪破産ノ審問中ニ在ルコト又ハ有罪破産ノ判決ヲ  
受ケタルコトハ(第一〇五二條)協議契約ヲ許ササルコト若クハ其消滅ニ何等  
ノ關係ナカルヘシ
- 我破産法ハ獨逸破産法、奧太利破産法伊太利商法等ノ如キ多數ノ立法例ト異  
ニシテ別ニ商事會社ノ破産ニ關シテ特則ヲ規定セサルヲ以テ(第九七八條、第  
一〇五二條)私法人ニ關スル一般ノ破産法理ニ從テ商事會社ノ破産ヲ取扱フ  
モノト云ハサルヲ得ス蓋シ商事會社モ亦一ノ法人ナレハナリ(商法第四四條)  
一項第一號立法問題トシテハ特別ノ明文ヲ設ケ商事會社ノ破産ニ關スル問

## 題ヲ確定スルヲ可トス

公法人即チ人類ノ公共事業ヲ目的トスル法人殊ニ國家又ハ市町村ニ對シテ  
ハ財產的強制執行カ公法人ニ對シ行ハルル場合ニ限り破産宣告ヲ爲スコト  
ヲ得ヘシ而シテ如何ナル場合ニ公法人ニ對シ財產的強制執行ヲ爲スコトヲ  
得ヘキヤ否ヤハ専ラ公法人ノ行爲ノ性質ニ依リテ定メサルヘカラス(商法第  
二條)獨逸新法第八九條但シ公法人ハ破産者ト爲ルヘキ事情ヲ有スルニ至  
リタルトキハ多クハ納稅義務者ニ課稅シ以テ財政ヲ救治スルコトヲ得ルカ  
故ニ實際上公法人ノ破産ヲ見ルコトナカルヘシ商人破産主義ヲ採ル我現行  
ノ破産制度ニ於テハ國家其他ノ公法人ハ商人ト認ムルコト能ハサルカ故ニ  
此等ノ法人ニ對シテ破産宣告ヲ爲スコトナカルヘシ

(ハ) 外國人タル破産者 自然人タルト法人タルトニ拘ラス總テノ外國人ニ  
シテ破産宣告ヲ爲スコトヲ得ルハ文明諸國ノ立法及ヒ判決並ニ多數學說ノ認  
ムル所ナリ獨破第二〇八條、壊破第五一條、第五二條、第六一條、英破第六條、佛國千  
八百七十二年六月十一日ノ判決例蓋シ破産法ハ公ノ秩序ニ關スル法規ナルカ

故ニ又ハ取引ノ安全ヲ保チ公ノ信用ヲ保護スルヲ以テ目的トスルカ爲メニ外國人ニ對シテモ破産手續ヲ開始スルニ在ルノミナラス財產的強制執行ハ總テ外國人ニ對シ之ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ財產的強制執行ニ外ナラサル破産モ亦總テノ外國人ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ヘケレハナリ  
國家カ外國人ニ對シテ破産宣告ヲ爲スハ内國人ニ對シテ破産宣告ヲ爲ス場合同シク破產的處分ヲ爲スニ付キ充分ナル利益ヲ有スルコトヲ要ススル利益ハ外國人カ内國ニ普通裁判籍ヲ有シ又ハ外國法人カ内國ニ其事務所ヲ有シタルトキニ限リテ存在スルモノト云フヘシ故ニ外國人カ普通裁判籍ヲ有セサルトキハ之ニ對シ破産宣告ヲ爲スコト能ハサルヘシ(民訴第一〇條乃至第一四條)然レトモ之ニ對シテ民事訴訟法第十七條第五百九十五條ノ意味ニ於ケル訴訟及ヒ執行ヲ爲スコトヲ得ルハ民事訴訟法上敢テ疑ナキ所ナリ獨逸破産法ニ於テハ外國人カ内國ニ於テ普通裁判籍ヲ有セスト雖モ猶ホ營業ニ就キ直接ニ取引ヲ爲ス店舗ヲ有スル以上ハ内國所在ノ財產上ニ破産手續ヲ開始スルコトヲ許セリ蓋シ外國人カ普通裁判籍ヲ有スル場合ニ於テノミ破産宣告ヲ爲スハ甚

## タ狹隘ニ失スルヲ以テナリ余輩ハ適當ナル立法ト認ム

(二) 公法的債務者 訴訟費用ヲ負擔シタル者カ之ヲ完済スル能ハサルトキハ破産宣告ヲ受ク蓋シ訴訟費用請求權ハ其負擔者ニ對シテ執行シ得ヘキモノナレハナリ

破産者ノ種類ヲ講了スルニ臨ミ特ニ注意スヘキコトアリ第一、破産者ニ對シテ破産手續終局前猶ホ破産宣告ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ第二、死亡者ニ對シテ破産宣告ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題是ナリ

第一問題ニ關シテハ佛國法ニハ消極的ニ論決シタリ蓋シ佛國法ニ於テハ破產手續繼續中ニ破産者ノ取得シタル財產ハ破產財團ト爲ルヲ以テ第二ノ破產宣告ヲ爲スノ必要ナケレハナリ獨逸ノ破產法ハ積極的ニ論決シタリ蓋シ獨逸破產法ニ於テハ破產手續繼續中ニ破産者ノ取得シタル財產ハ破產財團ト爲ラサルヲ以テ破產手續繼續中ニ債權者ト爲リタル者ハ第二ノ破產宣告ヲ求メ以テ第一ノ破產宣告以後債務者ノ取得シタル財產上ニ平等的滿足ヲ受クルコトヲ得ヘケレハナリ第一ノ破產債權者ハ第一破產宣告以後債務者ノ取得シタル財產

上ニ平等的満足ヲ受クルカ爲メニ第二破産宣告ヲ申立フルコトヲ得ス向トナハ該財產ハ第一ノ破産財團ニ屬セサレハナリ我現行破産法ニ於テハ佛商法ト同シク破産者カ破産手續繼續中ニ取得シタル財產ハ破産財團ニ屬スルカ故ニ消極的ニ論決スルヲ正當ト認ム

第二ノ問題ニ關シテハ佛法ハ死亡者ニ對シテ破産宣告ヲ爲スヘキモノト規定シタリ(佛商第四三七條、自商第四三七條、第三項、第四四二條、伊商第六六九〇條、第二項等)破産宣告ノ要件ヲ備ヘタル者カ破産宣告以前ニ死亡シタルカ爲メ破産債權者ニ破産宣告ヲ求ムル權利ヲ喪失セシムルハ失當ナリ蓋シ破産ハ債務者ノ一身ノ事項ニ關スルノミナラス殊ニ財產上ノ事項債務者ノ法律行為ノ取消等ニ勘カラサル關係ヲ來ス而シテ商人的破産主義ヲ採ル立法ニ於テハ破産宣告ニ關シ商人タル資格ヲ要件トス故ニ商人ノ資格ヲ要セサル相續財產又ハ相續人ニ對シテ破産宣告ヲ爲スコトヲ得ス之ヲ以テ死亡者ニ對シテ爲スヘキモノト規定シタルナリ但シ數年ノ久シキ時間ヲ經過シタル後モ猶ホ死亡者ニ對シテ破産宣告ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトスレハ相續財產上ニ生シタル諸法律關

係ニ錯雜ヲ來スカ如キ重大ナル弊害ヲ來スヲ以テ此主義ニ基ク立法ハ死亡者ニ對シテ破産宣告ヲ爲スヘキ一ノ法定期間ヲ設ケタリ獨逸破産法ニ依レハ相續財產カ獨立シテ強制執行ノ目的タルヲ得ヘキ場合ニ限り相續財產ニ對シテ破産宣告ヲ爲スヘキモノトシタリ是レ破産カ一ノ執行ニ外ナラサルニ因リ生スル當然ノ結果ナリ而シテ如何ナル場合ニ於テ相續財產カ法律上獨立シタル破産タルヘキカノ問題ハ民法ニ依リテ之ヲ定メサルヘカラサルモノトシ多數ノ學者ノ見解ニ依レハ相續財產カ未タ正當ノ相續人ヨリ相續セラレサルトキ相續人カ不分明若クハ不確定ナルトキ或ハ限定承認ノ相續アリタル場合ニ斯ル規定ヲ爲シタリ(獨破第二〇四條、獨民訴第六九三條、第六九四條)蓋シ單純承認ノ場合ニ於テハ相續人ハ直チニ被相續人ノ債權者ノ債務者ト爲リテ法律上別ニ獨立シタル相續財產ナルモノナク相續人カ其債務ヲ支拂フコトヲ得サルトキニ至リ之ニ對シ破産宣告ヲ爲スヘキモノナレハナリ相續人カ承認ヲ爲スカ又ハ拋棄ヲ爲スカノ熟慮期間ハ破産宣告ヲ妨タルモノニアラサルヤ言ヲ待タス(獨破第二〇二條乃至第二〇六條)我現行破産法ニ於テハ商人破産主義ヲ認メタ

ルカ故ニ破産者タルニハ商人タルヲ要スルノ結果トシテ佛商法ト同シテ死亡シタル商人ニ對シ破産宣告ヲ爲スヲ文理解釋上正當ト爲スモ破産ハ一ノ強制執行ニシテ又強制執行ハ獨立のニ存在シタル相續財產ニ對シテ行ハルカ故ニ論理解釋上相續財產ニ對シ破産宣告ヲ爲スヲ正當ト認ム(民訴第四六條民法第一〇五一條、第一〇一七條第一一〇二八條、第一〇四三條)而シテ文理解釋ノ論結ヲ採用スルヤ否ヤハ諸君ノ選擇ニ委スヘシ

(三) 義務 破産者ハ破産財團ノ管理換價及ヒ其處分ニ付キ何等ノ義務ヲ負モノニアラス何トナレハ道ハ管財人ノ職分タレハナリ然レトモ破産者ハ種種ノ必要ナル事項ニ關シ報告シテ以テ可成の破産債權者ニ平等的満足ヲ得セシムルノ破産手續上ノ目的ヲ達スルコトニ共助スヘキノ義務ヲ負フカ故ニ一方ニ於テハ破産財團ニ屬スル總テノ財產ヲ發見シ他ノ一方ニ於テハ破産財團カ常ニ正當ナル請求權者ニ對スル満足ノ用ニ供セラルコトニ注意スルノ義務ヲ負フ故ニ破産者ハ破産主任官及ヒ破産裁判所ニ對シテ其求ニ因リテ破産手續ニ關スル總テノ關係ニ付キ眞實ノ報知ヲ爲ササルヘカラス第一〇

二二條 民訴第一一四條殊ニ目錄ノ調製ニ共助ヲ供スルカ如キ管財人ノ執務ヲ補助シ(第一〇一二條第一一〇一四條其他債權調查會ニ於テ届出タル債權ニ付キ意見ヲ表示ス)第一〇二五條破産者ハ任意ニ其義務ノ履行ヲ免セルコトヲ得ス故ニ破産者ハ裁判上ノ許可ヲ受クルニ非サレハ一時の又ハ永久のニ其住地ヲ離ルルコトヲ得ス若シ破産者ニシテ裁判所ノ許可ナク住地ヲ離レ其他法律上ノ義務ヲ盡ササルトキハ裁判所ハ何時ニテモ引致即チ強制出頭ヲ命スルコトヲ得者若シ破産者カ逃走スルノ虞アルトキハ監守ヲ命スルコトヲ得其他破産裁判所ハ破産者ノ自由ヲ拘束セサレハ財產ヲ隠匿シ貸金等ヲ取立ツルカ如キ破産財團ヲ害スル行爲ヲ行フ虞アリト認メタルトキハ破産財團保全ノ爲メニ破産者ノ監守ヲ命スルコトヲ得ヘシ(第一〇〇三條舊商法施行條例第四五條第七條、第四八條第四九條商法施行法第一四七條)

引致又ハ監守ヲ命シタルノ決定ニ對シテハ獨逸破産法第六十六條ハ破産者ノ即時抗告ナル不服申立方法ヲ認メタルモ我現行破産法ニ於テハ何等ノ明文ナキヲ以テ破産者ハ不服申立ヲ爲スコトヲ得サルヘシ立法上ノ見解トシテハ失

當ト認ム債權者ノ爲シタル引致又ハ監守ヲ命スル決定ヲ求ムル申立ヲ却下シタル決定ニ對シテハ法律上別ニ明文ナキヲ以テ債權者モ亦不服申立ヲ爲ストヲ得ス獨逸破産法ニ於テモ亦然リ破産者ハ前述ノ如キ義務ヲ負フト雖モ他ノ一方ニ於テハ其利益防禦ノ爲ミニ破産手續ニ參與スルノ權アリ債權者集會ニ於テ會議事項ニ付キ意見ヲ述ヘ(第一〇三五條、第一〇三七條)管財人ノ特定シタル行爲ニ付キ意見ヲ述ヘ(第一〇一七條、第一〇一九條)債權調查會ニ於テ届出債權ニ對シ異議ヲ述ヘ(第一〇二五條)協議契約ノ提供ヲ爲シ(第一〇三八條)其他終局計算ニ付キ異議ヲ申立ルコトヲ得第一〇四八條)

破産手續繼續中ニ於ケル破産者ノ死亡ハ破産手續ノ進行ニ毫モ影響ヲ及ホサス(民訴第五五二條準用)唯單純承認相續ノ場合ニ於テハ相續人カ相續ノ結果トシテ破産者トシテ被相續人ノ地位ヲ承繼々破産手續ニ於テ完全ナル滿足ヲ享有スルコトヲ得サリシ破產債權者ハ破産手續終局後無限ニ相續人ニ對シ執行ア爲スコトヲ得ヘキノミ相續人ハ承繼ノ結果トシテ又相續財產ノ結果トシテ又相續財產ノ管理人並ニ遺言執行者ハ相續財產ヲ代表スル民法上ノ授權ニ因ルヤ言ヲ俟タル所ナリ

## 第二章 破産債權

リ破産者カ破産手續上ニ於テ有スル權利ヲ行使スルコトヲ得故ニ此等ノ者ノ提供ニ因リ協諾契約ノ成立スルコトアルハ當然ナリ而シテ破産者ノ負フ義務即チ必要ナル諸般ノ報告ヲ爲ス義務其他之ニ牽聯スル義務殊ニ破産裁判所ノ許可ナクシテ狼リニ住所ヲ離ルルコトヲ得ナルノ義務ハ此等ノ者ノ負フ所ナルヤ言ヲ俟タル所ナリ

破産手續ハ其手續開始ノ當時ニ於テ債務者ニ對シ其財產上ニ満足ヲ求ムル權利ヲ有スル者ニ平等的満足ヲ得セシムルヲ目的トス此權利ヲ破産債權ト云フ故ニ破産關係ニ付テハ破産債權アルハ當然ナリ左ニ之カ意義體様主張ノ範囲順位及ヒ確定等ヲ略述スヘ

### 第一節 破産債權ノ意義

(一) 性質 破産債權即チ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得ル權利トハ債權者

カ債務者ニ對シ其有スル破産財團上ニ満足ヲ求ムルコトヲ得ル權利ナリ之ヲ  
換言スレハ破産手續開始マテニ於テ發生シ且フ債務者其者ニ對シ債權者ノ有  
スル財產上ノ請求權ナリ而シテ破産債權ノ各要件ハ畢ニ破産債權者ノ意義ヲ  
講述シタル場合ニ於テ説明シタルモノト同一ナルヲ以テ茲ニ之ヲ省略ス唯一  
言注意スヘキハ社員カ會社財產上ニ有スル持分カ破産債權ニ非サルコト是ナリ  
社員ハ會社財產ニ持分ヲ有スルカ故ニ會社ノ消滅ニ際シテハ其殘餘財產ノ配  
當ヲ受クルノ權利ヲ有ス此ノ如ク殘餘ノ財產上ニ配當ヲ受クルニ遇キサルカ  
故ニ社員ノ持分ハ會社ノ借方ヲ増加スルモノニアラス從テ社員ハ之ヲ會社ノ  
債權者ト認ムルコトヲ得ス之ヲ以テ會社カ破産シタル場合ニ於テハ其社員ハ  
破産債權者ト爲ラス又社員ノ持分カ破産債權ト爲ラサルハ當然ナリ但シ社  
員ノ會社ニ對スル信用的債權ハ他ノ債權者ノ債權ト同シク破産債權タルヤ言  
フ俟タス君ハ此法理ニ據リテ破産シタル會社ニ對スル社員ノ法律上ノ地位  
ヲ論定スルコトヲ得ルナルヘシ

## (二) 除外 左ノ權利ハ法理上破産債權ノ意義ヨリ當然除外セラレタルヘカラス

(イ) 賞金ニ關スル權利 破産者ニ對シテ言渡サレタル罰金ニ關スル權利ハ破  
産手續ニ於テア主張スルコトヲ得ス何トナレハ獨逸ノ「コレル民」ノ云ヘル  
如ク罰金ハ義務ヲ發生セサルヲ以テ罰金ニ關スル權利ヲ破産手續ニ於テア主張  
スルコトヲ得サルノミナラス破産者ヨリ徵收スヘキ罰金ヲ以テ破産者ノ他ノ  
債務ト同視シ破産手續ニ於テア主張シ得ヘキモノトスレハ破産財團ヨリ罰金ヲ  
徵收スル結果トシテ破産者ヨリモ却テ直接ニ罰金上ノ責任ナキ破産債權者ニ  
苦痛ヲ感ヒシメ爲メニ刑罰ノ本旨ニ反スルニ至ルカ故ナリ(獨逸新破産法第六  
三條第三項)罰金ハ公法上ノ關係ニ基キタルヲ前提トス故ニ民事裁判官又ヘ刑  
事裁判官其他行政官廳ノ言渡シタルモノヲ總稱スルモノト知ルヘシ從テ過料  
及ヒ科料モ亦罰金ト同一ニ論決スヘキモノト信ス

沒收ノ執行ニ關シテ一言スヘキハ破産宣告以前ニ於ケル沒收ノ宣告ニ因リ其目  
的物カ破産者ノ財產ニ屬セサルニ至リタルトキハ破産宣告以後ニ於テ沒收ノ  
宣告ノ執行ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ反對ノ場合ニハ沒收ノ目的物カ破産財  
團ニ屬スルヲ以テ沒收ノ宣告ノ執行ヲ爲ストキハ破産債權者ノ利益ヲ害スル

ニ至ルヘシ故ニ斯ル場合ニ於テハ沒收ノ宣告ノ執行ヲ爲スコト能ハサルモノト論決スルヲ可トス但シ法禁物ノ沒收ニ關シテハ此限リニ在ラス何トナレハ之ヲ執行スルモ破産債権者ヲ害スルコトナケレハナリ獨逸ノ「コーレル氏」ハ沒收ハ其性質上特定ノ財產ニ對シ物權的效力ヲ生スルヲ以テ破産手續ニ於テ主張スヘキモノニ非スト云ヘリ

(ロ) 無償行為ニ基ク權利 破産者ノ無償行為(贈與・遺贈)ニ基ク權利ハ之ヲ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得ス何トナレハ法理上有償行為ニ基ク債権者カ完全ナル辨濟ヲ得サルトキハ該債権者ヨリ無償行為ニ基ク債権者ヲ劣等視スヘキモノナレハナリ(獨逸新破産法第六三條第四項)然レトモ破産手續終局以後破産財團ノ殘部ニ對シテ又ハ破産手續中破産財團ニ屬セサル財產上ニ満足ヲ求メ得ルヤ言ヲ待タヌ(サルベイ・ペーテルゼン氏等ハ破産手續ヨリ除外セラレタル債権者カ破産手續ニ加入スルコトヲ得ル債権者ヨリ優等視セラルル理由ナシトシテ前者カ破産手續繼續中破産財團ニ屬セサル財產上ニ満足ヲ求ムルコトヲ得ヘキ見解ヲ排斥シ我商法第九百八十七條ニ該當スル獨逸舊破産法第十

一條同新破産法第十四條ノ制限ハ無償行為ニ基ク權利ヲ有スル者ニ行ハルト云ヘリ然レトモ「フヒーチング」氏ハ該規定ハ破産債権者ニ對シテノミ適用セラルル規定ナリトノ理由ヲ以テ反對ノ見解ヲ下シタリ而シテ此權利ハ破産手續上ニ於テ主張スルコトヲ得サルカ故ニ縱令破産宣告以前民法上相殺ノ要件ヲ存スト雖モ破産財團ニ對シ支拂フヘキ債務ト相殺スルコトヲ得サルヤ言ヲ俟タス

## 第二節 破産債権ノ體様

破産債権ハ債務者ノ財產上ニ金錢的執行ニ因リテ満足ヲ享有スル權利ナリ何トナレハ斯ル權利ニ非スンハ破産財團ヲ以テ平等的満足ヲ得セシムルコト能ハサレハナリ破産債権ハ破産宣告ノ當時ニ於テ既ニ發生シタルモノナルコトヲ要ス其理由ハ前述シタル所ナレハ茲ニ之ヲ省略ス故ニ左ノ體様ヲ備フル權利ハ破産債権ト爲ルニ妨ケナシ

(一) 期限附權利 破産宣告ノ當時ニ於テ未タ履行期ノ到來セサル權利ハ破産

債権トシテ之ヲ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得ヘシ何トナレハ期限ハ單ニ  
権利ノ主張ヲ延引セシムルモノニシテ権利ノ發生ヲ止ムルモノニ非ナレハナ  
リ第九八八條民法第一三七條獨新破第六五條第一項

(二) 條件附権利 條件附権利即チ破産宣告ノ當時未タ條件ノ成就セナル權利  
ハ破産債權トシテ之ヲ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得解除條件附権利ハ無  
條件ノ権利トシテ之ヲ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得何トナレハ解除條件  
ハ権利ノ發生ニ繫ラシムルモノナレハナ  
リ停止條件附権利ハ破産債權トシテ之ヲ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得何  
トナレハ此権利者ハ破産者ニ對シテ破産宣告ノ當時マテニ發生シタル財產上  
ノ請求權即チ條件成就ノ場合ニ於テ特定ノ給付ヲ求ムルコトヲ得ルノ權利ナ  
レハナリ然レトモ停止條件附権利ヲ有スル者ハ擔保ヲ求ムルコトヲ得ルノミ  
何トナレハ停止條件ハ権利ノ發生ヲ條件ニ繫ラシムルモノナルヲ以テ停止條  
件附権利ハ將來ニ於テ發生スルコトノ不確實ナルカ故ナリ

條件附権利ハ當事者ノ行爲(契約又ハ遺言及ヒ法律ノ規定ヨリ生スル破産者ト共

同シテ債務ヲ負フ者カ破産者ニ對シテ有スル求償權ハ其之ヲ有スル者カ債權  
者ニ對シテ將來支拂フ爲シタル場合ニ行フ権利ナルヲ以テ法律ノ規定ニ依レ  
ル條件附権利ナリト云ハサルヘカラス故ニ斯ル求償權カ連帶、保證、不可分、手形  
ノ振出、裏書引受等民法第四四二條、第四五九條第四六〇條商法第四七〇條ノ法  
律關係ニ因リテ求償義務者ノ破産宣告以前ニ發生シタルトキハ求償權者ハ其  
權利ノ條件成就以前即チ債權者ニ支拂フ爲ササル以前ニ於テ條件附権利トテ  
破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得

求債權者ハ債權者カ其之權利ヲ求償義務者タル債務者ノ破産手續ニ於テ主張シ  
タル場合ニ於テモ猶ホ求債權ヲ同一破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得ルヤ否  
ナハ學者間ニ爭アル所ナリ獨逸ノ「ゾイフエルド」氏ハ破産者ハ唯一回債務額ヲ  
支拂フヘキ義務ヲ負ヒタル者ナルコトヲ理由トシテ消極的ニ論決シ「デルンブ  
ルヒ」氏ハ斯ル場合ニ於ケル求債權ノ主張即チ届出ハ債權者カ求債義務者タル  
債務者ノ破産財團ヨリ満足ヲ受ケサル場合ニ效力アル副位的性質ヲ有スルニ  
外ナラサルヲ以テ之カ爲メニ破産財團ヲ害スルモノニ非ストノ理由ニ依リ積

極的ニ論決セリフヲチング氏モ亦然リ余輩ハ後説ヲ至當ト信ス而シテ債権者カ届出債権ノ全額ニ對スル配當ヲ破産財團ヨリ受ケ又求債權者カ届出債利ニ對スル擔保ヲ供セシムルコトヲ得セシメハ破産債権者間ニ平等ヲ維持スヘキ破産ノ原則ニ反スルヤ當然ナルヲ以テ債権者カ配當ヲ受ケタルコトハ同時ニ求債權者ハ満足ヲ受ケタルモノト云ハサルヘカラス

(三) 多數當事者ノ債権連帶不可分保證手形關係等ノ如キ法律關係ニ因リ同一ノ給付全部ニ付キ相並テ責任ヲ負フ二人以上ノ債務者カ破産シタルトキハ債権者ハ其當時有スル債権ノ全額ニ付キ各破産手續ニ届出ヲ爲スコトヲ得第一〇三一條獨破第六八條佛商第五四二條以下瑞破第二一六條蓋シ債権者ハ共同債務關係ノ結果トシテ各債権者ヲ唯一ノ債務者タルカ如クニ取扱フコトヲ得ヘケレハナリ〔民第四三〇條第四四一條第四四五條獨民第四二一條第四三一條第七七三條第一項第一端法ニ於テハ破産宣告ハ不可分債務ヲ損害賠償ニ變性シ且ツ可分債務ト爲スヲ以テ義務法第七九條第八〇條各債務者ノ破産ニ全額ノ届出ヲ認メス〕主タル債務者及ヒ證人ノ破産ニ於テハ保證人ハ民法第四百五十

二條及ヒ第四百五十三條ニ規定セル抗辯ナカルヘキヲ以テ債権者ハ主タル債務者ノ破産ニ於ケルト同シク届出ヲ爲スコトヲ得又支拂ハレナル手形ノ引受人及ヒ所持人ノ前者ノ破産ニ於テハ債権者ハ手形法ノ原則ニ從テ届出ヲ爲スコトヲ得共同債務者ノ一人カ破産シタル場合ニ於テモ債権者ハ其當時ニ有スル債権全額ニ付キ届出ヲ爲スコトヲ得但破産者カ保證人ナル時ハ停止條件附債權トシテ届出ヲ爲スコトヲ得ルノミ何者保證人ハ破産シタルカ爲メニ催告ノ抗辯ヲ失ハサルヲ以テナリ〔瑞破法第二一五條〕

(四) 存續期間ノ不確定ナル權利 終身年金権養料請求権ノ如キ存續期間ノ不確定ナル權利ハ當事者ノ行爲(契約又ハ遺言又ハ損害賠償ニ基ク權利トシテ破產宣告以前ニ於テ發生シタルモノナル以上ハ破產宣告以後ニ受取ルヘキ給付ニ關シテモ破產手續ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得斯ル權利ノ發生原因カ契約ナトキハ破產宣告以前ニ於テハ成立スルコトヲ要シ遺言ナルトキハ破產宣告ヲ受ケタル相續人カ破產手續開始以前ニ負擔附相續ヲ承認シタルコトヲ要シ又損害賠償ナルトキハ其義務ヲ發生スル事情カ破產宣告以前ニ存シタルコト

フ要ス何トナレハスル權利ハ既ニ破産宣告ノ當時ニ發生シタルモノト云フヘ  
ケレハナリ然レトモ夫婦間又ハ親子間ニ存スル養料請求権ノ如キ單ニ親族上  
ノ關係ニ原因スル權利ハ破産手續開始後ニ於テ受取ルヘキ給付ニ付キ破産手  
續ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得ス何トナレハスル權利ハ單一ノ權利ニ非スシ  
テ寧ロ各定期ニ於ケル必要ニ因リテ發生スル權利ナルヲ以テ破産宣告ノ當時  
マテニ發生シタル給付ノミヲ破産債権ト云フヲ得ヘケレハナリ

(五) 手形上ノ權利 手形上ノ權利ハ引受人ニ對シテハ手形ノ引受ニ因リ振出  
人ニ對シテハ手形ノ振出ニ因リ裏書讓渡人ニ對シテハ手形ノ裏書ニ因リテ成  
立ス故ニ手形上ノ權利ハ破産シタル引受人ニ對シテハ引受カ破産宣告以前ニ存  
シシタル場合ニ限リ破産シタル振出人ニ對シテハ振出カ破産宣告以前ニ存  
タル場合ニ限リ又破産シタル裏書讓渡人ニ對シテハ裏書カ破産宣告以前ニ存  
シタル場合ニ限リ破産債権トシテ之ヲ主張スルコトヲ得破産シタル引受人カ  
破産宣告以前ニ引受ヲ爲シタルニ因リ引受人ニ對シ生シタル手形上ノ權利ハ  
総合振出人ノ署名其他手形ノ完成ニ必要ナル内容カ引受人ノ破産手續ノ開始

後ニ具備シタル場合ト雖モ破産債権タルニ妨ケナシ而シテ手形ノ完成ハ手形  
義務者ニ必要ナルモ引受人ハ白地引受ニ依リテモ猶ホ義務ヲ負フモノタリ故  
ニ引受ヲ爲シタル以上ハ完成シタル手形ノ引受ヲ爲シタル場合ト同シク義務  
ヲ負ヒ引受ヲ得タル者及ヒ其後者ニ對シ引受以後ニ手形ノ完成シタル理由ヲ  
以テ義務ヲ免ルルコトヲ得サルナリ此法理ハ引受人カ破産宣告ヲ受ケタルカ  
爲メニ變更スルモノニ非ス

### 第三節 破産債権ノ主張ノ範囲

破産手續ニ於テ破産債権ヲ主張スル範囲ハ左ノ法理ニ依リテ定マルモノトス  
(一) 金錢ノ支拂ヲ目的トスル破産債権及ヒ金錢ノ支拂ヲ目的トセサル破産債  
権ノ主張ノ範囲  
破産手續ハ前ニ述ヘタルカ如ク債権者ニ破産財團タルヘキ  
破産者ノ財產ヲ以テ平等的満足ヲ得セシムルヲ目的トス體ナ各破産債権ハ破  
産宣告ノ當時ニ於ケル金錢的價額ノ點ヨリ觀察セサル(カラス故ニ破産債権  
ハ破産手續ニ於テ破産宣告ノ當時ニ有スル金錢的價額ニ從テ確定セラルヘキ

金錢的債権トシテ主張スルコトヲ得ヘキノミ是ヲ以テ特定金額ノ支拂ヲ目的トセサル債権ハ之ヲ破産手續ニ於テ主張スルニ因リテ金錢的債権ニ變質セラルモノトス此ノ如キ破産債権ハ破産手續ニ於テハ破産宣告ノ當時ニ有スル金錢的債額ニ從ヒ確定セラルヘキ金錢的債権トシテ主張スルコトヲ得ルニ止マルヲ以テ各破産債権ノ主張ノ範囲ハ破産宣告ノ當時ニ於ケル金錢的債額ニ因リテ定マルモノト云フヘシ而シテ配當相殺及ヒ債権者集會ニ於ケル決議權ニ關シ必要ナル此金錢的債額ニ確定ハ債権力金錢ノ支拂ヲ目的トスルト否トニ從フ各異ナレリ左ニ之ヲ分説スヘシ

(イ) 金錢ノ支拂ヲ目的トスル債権 特定金額ノ支拂ヲ目的トシ且フ返済期限ナキ債権ハ利息附タルト否トニ拘ラス破産宣告ノ當時ニ於ケル現額ニ付キ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得何トナレハ斯ル現額カ破産宣告ノ當時ニ於ケル金錢的價格ナレハナリ  
特定金額ノ支拂ヲ目的トスル債権ニシテ未タ返済期限ニ至ラサルモノハ破産宣告ニ因リテ法律上當然辨済期限ニ至リタルモノトス(第九八八條第一項民法第

一三七條獨新第六五條第一項)隨テ破産手續ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得此理由ヲ説明スル通俗ノ見解ハ辨済期限ハ元來支拂上ノ信用ニ基キ債務者カ破産シタルトキハ其信用ヲ喪失ス故ニ債務者ノ爲メニ辨済期限ヲ存在セシムルノ理由ナシト云ヘルノ外或ハ清算ノ便益ノ爲メニ又ハ手續ヲ省略シ唯一ノ清算ニ依リテ處分スルヲ一般ノ利益ナリト云フニ歸スルモノノ如シ(主トシテ佛派學者ノ見解ナリ)

余輩ノ見解ニ依レハ破産手續ノ目的タル平等ナル破産債権者ノ間ニ嚴格ニ維持シ支拂期限前ノ債務者ヲ害シテ支拂期ニ達シタル債権者ノ支拂ヲ爲スヲ妨止スルカ爲メナリ斯ル法則ヲ是認セスンハ一般的強制執行タル破産ハ一面ニ於テ各債権者ノ總テノ満足ヲ得ントスル方法ヲ杜絶シ他ノ一面ニ於テハ支拂期以前ノ債権者ニ袖手傍観ヲ強フルニ至ルカ爲メナリ斯ノ如ク支拂期限ノ未タ到來セサル債権ハ破産手續ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得レトモ其主張ノ範圍ハ理論上利息ヲ生スルモノナルト否トニ從テ各異ナレリト云ハサルヘカラス

期限附債權ニシテ利息ヲ生スルモノナルトキハ破産宣告ノ當時ニ於ケル元利合額ニ付キ破産手續ニ於テ主張スルユトヲ得ヘシ而シテ利率カ法律上ノ利率ニ達セサル場合ト雖モ利息ノ割引ヲ爲スコトナシ蓋シ利息ノ發生ハ當然破産宣告ニ因リテ止息スルヲ以テナリ又利息ヲ生セサルモノナルトキハ理論上破産宣告ノ當時ヨリ支拂期限ニ至ルマテノ法定利息ヲ内拂シタル金額ニ付キ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得ヘシ而シテ破産宣告ノ當時ヨリ起算スル理由ハ利息ハ財團ニ對シ破産宣告ノ日ヨリ發生ヲ止ムレハナリ然レトモ我商法ハ佛國商法ト同シク無利息債權ニ關シテ利息割引ヲ認メサリシ其理由ハ計算上ノ不便ヲ來シ爲メニ破産手續ノ進行ヲ延滞セシムルノ恐アルノミナラス期限前ノ辨濟ハ必スノモ債權者ノ利益ニ非スト云フニ在ルモノノ如シト雖モ現時支拂フヘキ債權ハ其額ヲ同シクスル一個年若クハ數個年後ニ支拂フヘキ債權ト同一債額ニ非サルコトハ敢テ疑ナキ所ナリ然ルニ之ヲ同一視シタルハ支拂期前ノ債權者ヲシテ破産ナル事實ヨリ特別ノ利益ヲ受ケシムルコトト爲リ破産ノ目的タル債權者間ノ平等ヲ破ルニ至ルヘシ故ニ獨逸破産法瑞西破産法西班牙

伊太利、和蘭、白耳義等ノ商法ニ於テハ破産宣告ノ時ヨリ辨濟期限マテノ法定利息ヲ割引シ以テ嚴格ニ債權者間ニ平等ヲ維持スルニ努メタリ特定年限ノ年金權ノ如キ特定ノ期間定期毎ニ特定金額ノ支拂ヲ目的トスル權利ハ各定期ノ支拂金額ヨリ利息ノ割引ヲ爲シタルモノノ總額ヲ以テ原本ト認ムルノ理論上正當トス故ニ該總額カ破産手續開始ノ當時ニ於テ未タ支拂期ノ到來セサル部分ニ關スル該權利ノ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得ヘキ金錢的價額ト云フヘシ損害賠償請求權ノ如キ破産宣告ノ當時ニ於テ未タ金額ノ確定セサル權利及ヒ不確定ノ期間前節ノ(四)ノ解釋参考若クハ不確定ノ金額ニ付キ定期毎ノ支拂ヲ目的トスル權利ノ如キ破産宣告ノ當時ニ於テ未タ金額ノ確實ナラサル權利ハ破産宣告ノ當時ニ於ケル鑑定ニ依リテ金錢的價額ヲ定ム獨新破第六九條始期又ハ終期未必事變ノ發生ニ因リテ定マルヘキ不確定期限附債權ニ關シテハ獨逸破產法ハ鑑定ニ依リテ金錢的價額ヲ定ムヘキモノトシ獨新破第六九條瑞第二一〇條停止條件附ノ債權ト同一ニ取扱フヘキモノト規定セリ我商法ハ單三辨濟期限ト云フニ止マリテ法文上何等ノ區別ヲ設ケサルヲ以テ支拂期限ノ

性質カ債務者ノ利益ノ爲メニスルモノナルト又支拂期限ノ確定ナルト否トヲ  
問ハサルモノト論決セナルヲ得ス立法上ノ見解トシテハ瑞西破産法ヲ正當ト  
認ム

- (ロ) 金錢ノ支拂ヲ目的トセサル權利 特定物若クハ代替物ノ引渡ヲ目的トシ  
他物權ノ設定ヲ目的トシ債權ノ讓渡ヲ目的トスル權利等ノ如キ金錢ノ支拂ヲ  
目的トセサル權利ハ破産宣告ノ當時ニ於ケル鑑定ニ依リテ金錢的價額ヲ定ム  
我帝國ノ貨幣ヲ以テ定メラレサル金額ノ支拂ヲ目的トスル權利モ亦然リ
- (二) 條件附破産債權ノ主張ノ範圍 破産手續ニ於ケル條件附破産債權ノ主張  
ノ範圍ハ我破産法ニ於テハ佛國商法ト同シク之ヲ規定セス然レトモ法理上之  
ヲ解スハニ難カラス解除條件附權利ハ破産手續ニ於テハ無條件ノ權利トシテ  
主張スルコトヲ得ヘキハ既ニ前ニ述ヘタル所ナリ故ニ解除條件附權利者ハ屆  
出債權ノ全額ニ對スル配當ヲ受ク然リト雖モ條件成就ノ場合ニ於テ給付シタ  
目的物ノ返還ヲ確保スルカ爲メニ特約上破産シタル債務者ノ義務履行ニ解  
除條件附權利者ノ擔保ヲ立ツルコトニ係ル場合ニ於テハ管財人ハ權利者カ其

義務ヲ履行セナル以上ハ配當額ヲ交付セヌシテ之ヲ供託セナルヘカラス而シ  
テ供託ニ因リテ生スル利益ハ當然破産財團ニ屬スヘシ獨新破第六六條第一六  
八條第四項佛蘭西ノ「リオンカン氏」ハ解除條件附權利者ハ給付物ノ擔保ヲ供ス  
ル義務ヲ負フ何トナレハ解除條件ノ成就シタル場合ニ於テ權利カ無資力者ナ  
ルトキハ破産債權者團體ヲ害スルヲ以テナリト云フハ正當ノ見解ニアラサル  
ナリ解除條件カ破産繼續中ニ成就シタルトキハ權利ハ民法上ノ原則ニ依リテ  
消滅ス故ニ解除條件附權利者ニ配當額ノ給付アリタル場合ニ於テハ管財人ハ  
給付額ヲ不當辨濟トシテ破產財團ノ爲メニ取戻サルヘカラス之ニ反シ解除  
條件カ破産手續ノ終局後ニ成就シタルトキハ解除條件附權利者ト競合シテ爲  
メニ配當額上ニ於テ損害ヲ受ケタル各破産債權者ハ條件附權利者ニ對シ求償  
權ヲ有ス(民法第一二七條)

停止條件附權利ノ主張ノ範囲 停止條件附權利ハ破産手續ニ於テ停止條件附  
破產債權者トシテ其全額ニ付キ主張スルコトヲ得獨新破第一五四條第一項而  
シテ該權利ハ先ニ述ヘタルカ如ク擔保ヲ要求スルニ過キサルヲ以テ配當額ハ

供託シテ之ヲ保存セナルヘカラス此供託ヨリ生スル利息ハ當然破産財團ノ利益ニ歸スヘシ停止條件成就シタルトキハ權利者ハ無條件ノ權利者ト爲ル隨テ配當額ノ支拂ヲ受ク之ニ反シテ停止條件カ成就セナルトキハ權利ハ民法上ノ原則ニ依テ消滅ス隨テ破産手續ニ加入スルノ權モ亦消滅ス故ニ保存セラレタル配當額ハ終局配當トシテ各破産債権者ニ配當セル(獨新破第一五四條第二項停止條件ノ成否カ數年間未定ナルトキハ破産手續ノ延滞フ來スヤ當然ナリ當事者ハ斯ル弊害ヲ協議上避タルコトヲ得ヘシ何トナレハ法律ハ之ヲ禁止セテレハナリ)

(三) 附帶的請求權ノ主張ノ範囲  
債権者ハ主タル權利ト同等ニ左ノ權利ヲ附帶的請求權トシテ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得獨新破第六二條)  
(イ) 費用  
破産手續開始前ニ於テ權利上ノ満足ヲ享有スヘキカ爲メニ起訴其他ノ方法ニ於テ債権者ニ生シタル裁判上并ニ裁判外ノ費用ハ之ヲ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得殊ニ債権者ハ未タ負擔者ヲ裁判ヲ以テ確定セナル場合ニ於テモ破産宣告以前ニ發生シタル訴訟費用ヲ主タル債権下共ニ相手方ノ破

産ニ於テ届出ツルコトヲ得而シテ争アルトキハ訴ヲ提起シテ訴訟費用ノ有無及ヒ數額ヲ確定セシムルコトヲ得但シ債権者カ破産宣告以前ニ於テ破産シタル債務者ニ對シテ繫屬シタル訴訟ヲ破産者其モノニ對シテ續行シ以テ破産手續ニ於ケル主張ヲ拋棄シタルトキハ當然費用ノ賠償ヲ破産手續ニ於テ主張スルコト能ハサルナリ(獨新破第六二條第一項然レトモ破産手續開始以後ニ於テ債務者ニ生シタル費用ハ之ヲ破産手續ニ於テ有效ニ主張スルコトヲ得ス殊ニ破産手續開始以後ニ於テ發生シタル訴訟費用ハ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得ス(管財人カ民事訴訟ノ規定ニ從テ破産者ヲ承繼シテ訴訟ヲ續行シ訴訟費用ノ負擔ノ言渡ヲ受ケタル場合ニ於テハ訴訟費用ハ破産財團ノ債務ト爲リ然ラサルモノハ破産財團ニ關係ナキ破産者ノ負擔ト爲ル破産手續ニ加ハリタルニ因リテ債権者ニ生シタル費用モ亦然リ(債権者カ債務者ノ破産手續ニ加入スルカ爲メ支拂ヒタル代人ノ費用其他商法第千〇二十七條ノ訴訟費用ノ額何トナレハ斯ル費用ニ關スル權利ハ破産宣告以前ニ發生シタルモノニ非サルヲ以テ破産債権ト云フコト能ハサレハナリ尙ほ立法上ノ理由トシテ之ヲ認ムルト

キハ破産手續ニ於テ不當ニ債権ノ範囲ヲ擴張シ爲スニ異議人媒介ト爲ルノ恐アリト云フ者アリ(第一〇三二條獨新破第六三條第二項)。

(ロ) 過怠的豫定賠償 主タル債務ノ不履行若クハ不適當ナル履行(遲延)ノ爲メニ約定セラレタル損害賠償ハ其豫定額ニ付キ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得何トナレハ豫定ノ損害賠償ハ債務ノ不履行ニ基ク損害賠償ニ代ルモノナルヲ以テ破産手續上之ト同等ノ權利ヲ有セサルヘカラサレハナリ而シテ豫定賠償ハ債務ノ不履行カ破産手續開始以後ニ發生シタル場合ト雖モ停止條件附權利トシテ破産手續ニ主張スルコトヲ得ヘシ何トナビハ豫定賠償請求權ハ既ニ主タル債務ノ履行期前ニ於テ條件的ニ成立シタルモノノナレハナリ。

(ハ) 利息 破産宣告ノ當時マテニ發生シタル利息ハ約定タルトニ拘ラス破産債権ノ一部分ヲ爲スヲ以テ有效ニ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得(第九八八條民法第四九一條獨新破第六二條第一號)破産宣告當日ノ利息ハ破産手續ニ於テ主張スルコト能ハサルヘシ何トナレハ破産宣告當日ノ利息ハ法理上破産宣告ヲ爲シタル日ノ經過ト同時ニ發生スルモノニシテ且ツ一日ニ満タサ

ル利息ハ取引上之ヲ認メラレナルナリ是レ我商法第九百八十九條ニ於テ破産宣告ノ日ヨリト云フ所以ナリ故ニ破産宣告當日ヨリノ利息ハ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得ス(獨新破第六三條)何トナレハ破産宣告以後ニ於ケル利息ハ破産債権ニ非ナルヲ以テナリ。

(四) 多數當事者債権ノ主張ノ範圍 此範圍ヲ知ルニハ二人以上ノ共同債務者カ同時ニ又ハ順次ニ時ヲ異ニシテ破産シタル場合ト共同債務者中ノ一人ノミカ破産シタル場合ニ分チテ説明スルヲ便宜トス左ニ之ヲ分説スヘシ  
(イ) 二人以上ノ共同債務者カ同時又ハ順次ニ破産シタル場合 此場合ニ於テハ各債務者ノ破産ニ其宣告ノ當時ニ於テ有スル債権全額ニ付キ届出ヲ爲スコトヲ得(第一〇三二條第一項獨新破第六八條瑞破第二一六條故ニ第一ニ債権者ハ二人以上ノ共同債務者ノ破産宣告以前ニ於テ各共同債務者及ヒ第三者ヨリ配當の一部辨済又ハ任意の一部辨済ヲ受ケサルトキハ各破産手續ニ於テ債権全額ノ主張ヲ爲スコトヲ得是レ共同債務ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナリ第二ニ債権者ハ二人以上共同債務者ノ破産宣告以後ニ於テ他ノ共同債務者

ヨリ任意の一部辨済又ハ其破産財團ヨリ配當的一部辨済ヲ受ケタルトキト雖モ該辨済額ヲ控除スルコトナクシテ破産宣告ノ當時ニ於ケル債權全額ノ届出ヲ爲スコトヲ得可分的履行ヲ許ス共同債務ノ一部辨済ハ民法上一部消滅ノ效力アルニモ拘ラス獨民第四二二條第一項破産法上債權ノ届出ニ何等ノ影響ヲ及ホス所ナキ理由ハ先ニ述ヘタルカ如ク共同債務ノ性質ヨリ當然生スルモノニ非ヌシテ立法上條理ニ適シタルモノトシテ認メラレタルニ在リ蓋シ斯ル法則ヲ採用セスンハ債務者ハ總共同債務者ノ資力ナキ場合ニ當リテ多數ノ破産財團カ共同シテ百分ノ百ノ割合ニ於ケル配當額ヲ供スルニ足ル場合ト雖モ常ニ損失ヲ受ケルヲ以テナリ可分的履行ヲ許サナル不可分債務關係ニ於ケル債權カ配當一部辨済ヲ受ケタル場合モ亦然ラン民法第四三〇條第四四一條

第三者ノ爲シタル一部辨済モ亦同一ノ法理ニ基キ同一ニ論決スヘシ元來配當の一部辨済額ヲ控除セシシテ各破産ニ届出ヲ爲ス法則ハ佛蘭西ニ於ケル法律發達ノ結果トシテ發生シタルモノト信ス同國ニ於テハ當初「ザバリー」主義千六百七十三年ノ商事勅令ノ起草者タルザバリー氏行ハレタリ同主義ハ債權全部

ノ支拂ト同一ノ效力アルモノトシテ債權者ハ多額ノ配當ヲ受クヘキ共同債務者ノ一破産ヲ選擇シテ債權ノ届出ヲ爲シタルトキハ他ノ破産ニ届出ヲ爲スコトヲ得セシメス蓋シ配當ヲ受ケタル債權者ハ債權全部ノ支拂ヲ受ケタルニ同シケレハナリ然レトモ此主義ハ配當カ債權者ト破産者トノ關係ニ於ケル債權ノ辨済ト同一視スヘキモ第三者殊ニ他ノ破産手續ニ於ケル債權者ニ對シテハ唯一部辨済ノ效力アルニ止マルヲ以テ又共同債務ノ擔保的效力ヲ削減スルヲ以テ排斥セラレタリ次ニ「ジユブエイ」主義〔「ジユブニイー氏」ノ説ニシテ「ボチエ」「エメリゴン」「ジユス氏」等ノ採用シタルモノナリ獨逸人ハ之ヲ「スタッフエルテオリート」稱セリ〕行ハレタリ同主義ハ甲破産ニ於テ受取リタル配當額ヲ控除シタル殘額ニアラスンハ乙破産ニ届出ルコトヲ得セシメス此主義ハ普通ノ法理ニ適ス何トナレハ債權者ハ一部辨済ヲ受ケタル以上ハ殘額ノミニ付キ權利ヲ有スルニ外ナラナレハナリ然レトモ此主義ハ多數ノ破産中ノ一カ百分ノ百ノ配當ヲ供スルコトヲ得ル場合ニアラスンハ債權者ニ完済ヲ得セシムルノ機會ヲ與ヘサルヲ以テ共同債務關係ヲ設ケタル當事者ノ意思ニ反スルニ至ルヘシ是

ヲ以テ千七百七十六年六月十八日佛國ノ巴黎裁判所ハ債權者カ配當額ヲ受クタルト否トニ拘ラス完済ヲ受クルマテ債權全部ニ付キ届出ヲ爲スコトヲ得ト判決シ文明諸國ニ於テ認メタル全額届出繼續主義ヲ創設シタリ〔デルンブルト〕氏ノ著「普漏西ノ私法論」三於テ破產手續ニ於ケル債權者ノ配當額ノ受領ハ支拂ニアラスシテ寧ロ防禦ト認ムヘキモノタリ蓋シ任意ノ受領ニアラサレハナリト云ヘリ)

任意の一部辨濟額ヲ控除セシテ各破產ニ届出ヲ爲スノ法則ハ先ニ示シタル法則ノ擴張ナルヘシ而シテ第三者カ任意の一部辨濟ヲ債權者ニ對シテ爲シタル場合モ亦同一法理ニ依リテ同一ノ論決ヲ爲スヘシ〔佛國ノリオンカン〕ターレル氏等ハ法律カ當事者ノ意思ヲ解釋シ他ノ破產ニ對シテ債權ノ一部辨濟ノ效力ヲ認メサルニ在リト説明シ佛國ノボアストラル氏ハ一部辨濟ノ任意的ナルヲ理由トシテ反対ニ決シタリ獨逸破產法ハ破產債權者ノ或者カ破產手續中他ノ債權者ヲ害シテ利益スルコトヲ得セシメサルカ爲メニ破產宣告ノ當時ニ於ケル事情ハ爾後發生シタル事情ニ因リテ變更スルモノニアラストノ見解ニヤテ

前顯ノ法則ヲ是認シタルモノノ如シ

第三ニ債權者ハ二人以上ノ共同債務者カ破產宣告ヲ受クル以前ニ於テ共同債務者ヨリ後日破產宣告ヲ受クル他ノ共同債務者ナルドア間ハス又ハ其破產財團ヨリ受領シタル一部辨濟額ヲ控除シタル殘額ニアラスンハ之ヲ届出ルコトス得ス瑞西ノ破產法第二百四十七條ハ共同債務ノ目的即チ債權者ニ完済ヲ得セシムルノ目的ヲ達スルカ爲メニ債權者ニ許スニ債權全額ノ届出ヲ以テシ控除主義ヲ排斥シ佛國商法第五百四十四條ハ受領シタル一部辨濟カ民法的辨濟ナルトキハ民法上原則ノ適用ニ因リ一部辨濟ノ效力アルモノトシテ控除主義ヲ認メ受領シタル一部辨濟カ破產的配當ノ結果ナルトキハ債權者ハ共同債務者ノ一人ノ破產ニ因リテ債務ノ完済ヲ受クルコトヲ得ルヤ否ヤニ付キ疑惑ヲ抱キ爲メニ斯ル辨濟ニ債權ノ一部ヲ消滅セシムルノ效力ヲ付スルコトヲ欲スルノ意思ヲ有セザルヤ當然ナリトノ理由ヲ以テ控除主義ヲ排斥シタリ佛國人リオンカソ「ボアステル」「ブラバウ」諸大家ノ見解ニ依ル但シルヌアール「ドムロン」氏等ハ斯ル場合ニ於テハ債權者ハ破產セサル他ノ共同債務者ニ對々全然謂

求ヲ爲スコトヲ得ヘキヲ以テ特別ノ保護ヲ與フルノ理由ナキヲ以テ反對ノ論決ヲ爲シタリ)獨逸新破産法第六十八條ハ一部辨済ノ民法タルト配當的タルトヲ問ハス民法上共同債務ノ一部ヲ消滅セシムルノ效力アリ之ヲ換言スレハ斯ル辨済ニ因リテ其辨済額ニ付キ債権者ハ債務者ノ無資力ヨリ生スル損害ヲ免レンカ爲メニ權利狀態ニ適セザル地位ヲ有ストノ理由ヲ以テ全然控除主義ヲ認メタリ

我商法第千三十一條第一項ハ單ニ債権ノ全額ヲ届出ツルコトヲ得ト云フニ止マリ(民法第四四一條其債權ノ全額破産宣告ノ當時ニ於ケル債権ノ全額ナルヤ否ヤニ付キ明文ナキヲ以テ文理解釋上控除主義ヲ認メタルヤ否ヤヲ確知スルコト能ハス然レトモ余輩ハ論理解釋上獨逸破産法ト同一法理ヲ認メタルモノト主張セント欲ス何トナレハ減少主義ハ最モ學理ニ適スレハナリ第三者ノ爲シタル一部辨済モ亦同一法理ニ基キテ同ニ論決スヘシ是レ余輩カ先ニ其宣告ノ當時ニ於テ有スル債權全額ニ付キ届出ヲ爲スコトヲ得ト云ヒシ所以ナラ破産シタル共同債務者ニ對シテ求債權ヲ有スル共同債務者ハ其債權者ニ對シ

爲シタル一部辨済額ニ付キ債権者ト競合シテ求債義務者ノ破産ニ届出ヲ爲スコトヲ得ヘシ何トナレハ債権者ハ殘額ニ付キ届出ヲ爲スモノナルヲ以テ同一債權カ重複ニ破産手續ニ加入スルノ虞ナケレハナリ(競合ニ關シテハ佛國ニ反對論アリ瑞西ノ破産法ハ此反對論ヲ是認シタリ)而シテ破産手續ニ於テ殘額ヲ届出タル債権者ハ求債權者タル共同債務者カ求債權ノ届出ヲ爲シタル場合ニ於テハ之ヲ差押ヘ以テ配當額ヲ自己債務ノ辨済ニ充フルコトヲ得又斯ル共同債務者カ届出ヲ爲ササル場合ニ於テハ求債權ヲ差押ヘ自己ノ債權ノ辨済ニ供スルカ爲メニ之ヲ行使スルコトヲ得ヘシ何トナレハ共同債務者ハ債權者ニ對シ完済ヲ爲スノ義務ヲ負フヲ以テナリ

以上説明シタル如ク債権者カ二人以上ノ共同債務者ノ各破産ニ於テ債權全額ノ届出ヲ爲スコトヲ得ル結果トシテ自己ノ負擔部分以外ニ配當ヲ爲シタル共同債務者ノ破産財團ヨリ他ノ求債義務アル共同債務者ノ破産財團ニ對シ又破産宣告ヲ受ケタル求債義務者ニ對シ求債權ヲ行フコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ヲ生ス獨逸ノ破産法ハ何レモ積極的ニ論決シタリ蓋シ民法上求債權ノ行使

ハ獨民第四二六條第七七四條獨逸新破産法第六十八條ニ依リテ妨ケラレナルヲ以テナリ前者ノ問題ニ關シテハ我商法第千三十一條第二項ハ佛國商法第五百四十三條及ヒ瑞西破産法第二百十六條第二項ノ規則ト同シタル債権者ノ受取リタル配當額カ債権者ニ支拂フヘキ債権額ヲ超過セサル以上ハ求債権ノ行使ヲ禁シ反対ノ場合ニ之ヲ許シタリ禁止ノ理由ハ債権者ハ各破産ニ關シ全額ノ届出ヲ爲スカ故ニ求債権ノ行使ヲ許ストキハ同一ノ債権カ數回配當加入ヲ爲スニ至ルノミナラス實際上求債権ヲ認ムルモ多クハ實效ヲ奏スルコトナク反手續上煩雜フ來スニ遇キサレハナリ許容ノ理由ハ配當總額カ届出債権全額即チ主タルモノ(元本及ヒ從タルモノ)(費用、利息等ノ合額ヲ超過シタルトキハ)民法第四百九十一條ニ從ヘハ主從ノ支拂ナクシハ債権全部ノ支拂ニアラス又商法第九百八十九條ニ從ヘハ破産宣告ニ因リ利息ヲ停止スルヲ以テ順次破産ノ場合ニハ届出債権額ニ差等アルハ當然ナルヘシ其超過額ヲ不當利得ノ原則即ナ債権ノ強制執行トシテ其債権額以上ノ全額ヲ收取ルコト能ハナベニ因リテ其他同一債権カ重複ニ加入スルノ虞ナク又手續上煩累ヲ來スコトナキニ由リ

共同義務者中他ノ共同義務者ニ對シテ債還請求權ヲ有スル者ノ財團ニ歸セシメタリ後者ノ問題ニ關シテハ民法上ノ原則ニ從ヒテ求債権ヲ行使スルコトヲ得ルモノト論決セサルヘカラス何トナレハ法律ハ破産財團間ノ求債権ノ行使ヲ禁止シタルニ止マレハナリ求債義務者カ破産宣告ヲ受ケタルモ破産債権ヲ完済シ破産者タルノ境遇ヲ脱シタルトキハ同一法理ニ依リ同ニ論決セサルヘカラス

(ロ) 共同債務者ノ一人カ破産シタル場合 主タル債務者又ハ連帶債務者ノ一人力破産シタルトキハ前ニ示シタルト同一ノ法理ニ基キ債権者ハ破産宣告ノ當時ニ有スル債権全額ニ付キ届出ヲ爲スコトヲ得故ニ破産宣告以後ニ於テ保證人其他ノ共同債務者又ハ第三者ヨリ受ケタル一部辨済ヲ減少セスシテ債権全部ノ届出ヲ爲シ又ハ之ヲ繼續スルコトヲ得第一〇三〇條獨逸新破産法第六八條債権者ハ其債権ヲ破産法ニ從テ主張シタルトキ即チ届出テタルト又協議契約ノ成立シタルトキト否ニ拘ラス共同債務ノ效果トシテ破産セサル保證人其他ノ共同義務者ニ對シテ破産宣告ノ當時ニ有スル債権全額ニ付キ主張スルコ

トヲ得破産宣告以後共同債務者ヨリ一部辨済ヲ受ケタルトキハ之カ辨済額ヲ減少シタル殘額全部ニ付キ主張ヲ爲スコトヲ得ルハ當然ナリ法文ニ届出ヲタル債権ト謂アルハ蓋シ債権ハ通常届出ヲ爲スヘキモノナルヲ以テナリ隨テ之カ爲メニ反對推理ニ依リテ届出ヲ爲サセレハ他ノ共同債務者ニ對シ失權スルモノト解スヘカラス協議契約ノ有無ニ拘ラサルハ蓋シ協議契約ハ債務ノ免除ニアラス且フ其效果トシテ債権者ニ他ノ共同債務者ニ對シ失權ヲ來スモノトセハ該契約ノ成立ヲ妨クルカ故ノミナラス協議契約ハ法意及ヒ當事者ノ意思ニ從ヘハ破産者其人ノミノ爲メニスル恩典處分ニシテ總ノ共同債務者ノ利益ノ爲メニスルモノニアラス隨テ他ノ共同債務者ニ對スル請求權ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナケレハナリ(獨逸舊破産法第一七八條末段同新破産法第一九三條佛蘭西商法第五四五條瑞西破産法第三〇三條)

保證人又ハ共同債務者ハ其求償權ヲ共同債務者ノ破産ニ於テ届出ツルコトヲ得第一〇三〇條中段破産宣告以後ニ於テ一部支拂ヲ爲シ又ハ毫モ支拂ヲ爲サアル求償權アル共同債務者ハ債務者カ其債権ノ届出ヲ爲シタル場合ニ於テ前ニ

述ヘタルカ如ク副位的ニ求償權ノ届出ヲ爲スノミ隨テ主タル債務者ノ爲メニ成立シタル協議契約ノ效果ニ從ハサルヘカラス(第千三十條下段并ニ第二節ノ二ノ説明參照第千三十條中段及ヒ下段ハ甚タ曖昧ナルヲ以テ尙ホ研究ノ餘地アリ)

破産宣告以前ニ於テ一部ノ支拂ヲ爲シタル求償權アル共同債務者ハ破産債権者トシテ總ノノ債務者ト競合シテ破産手續ニ於テ求償權ヲ主張スルコトヲ得ルハ當然ナリ全部ノ支拂ヲ爲シタル場合モ亦然リ而シテ共同債務者カ債権者ニ對スル負擔部分ノ範圍ヲ異ニスル場合ニ於テ(例へハ主タル債務者ハ千圓ノ債務ヲ負ヒ保證人ハ八百圓ニ付キ擔保ヲ爲シタルノ類破産宣告ヲ受ケス且ツ負擔シタル小部分ノ債務全部ノ支拂ヲ爲シタル共同債務者ハ其支拂ノ他ノ共同債務者ノ破産宣告前タルト又其後タルトニ拘ラス單純ナル破産債務者トシテ求償權ノ届出ヲ爲スコトヲ得ヘシ何トナレハ前ニ示シタル債務全部ノ支拂カ他ノ共同債務者ノ破産宣告以前ナルトキハ債権者ハ殘額ニ付キ届出ヲ爲シ求償權アル債務者ハ權利ノ届出ヲ爲スコトヲ得ヘク又他ノ共同債務者ノ破産宣

告以後ナルトキハ債務全部ノ支拂アル當然ノ結果トシテ其支拂ヲ爲シタル其同債務者ニ對スル債權者ノ權利ハ當然消滅シタルモノト謂フヲ得ヘク隨テ一部辨済ヲ前提トシタル前題ノ法則ヲ適用スルコト能ハサレハナリ故ニ後者ノ場合ニ於テハ債權者ハ殘額ニアラスンハ破産手續ニ於テ加入スルコトヲ得サルモノタリ從タル債務者即チ保證人カ破産シタル場合ニ於テハ法律上別ニ明文ナシト雖モ理論上之ヲ解スルニ難カラス保證人カ主タル債務ノ履行期到来前に於テ破産シタルトキハ債權者ハ停止條件附債權トシテ届出ヲ爲スコトヲ得ヘシ何トナレハ主タル債務ノ履行期到来以前ニ於ケル債權者ト保證人トノ關係ハ一ノ停止條件附債權關係ナルヲ以テナリ(民法第四六六條保證人カ主タル債務ノ履行期到来以後ニ於テ破産シタルトキハ債權者ハ管財人カ主張シタル保證人專屬ノ抗辯民法第四五二條第四五三條)カ正當ナル場合ニ於テ停止條件附債權トシテ債權ノ届出ヲ爲スコトヲ得ヘク主タル債務カ條件附ナルトキハ債權者ノ保證人ノ破産ニ於ケル届出モ亦條件附タルヘク其他ノ場合ニ於テハ條件ナキ債權トシテ債權ノ届出ヲ爲スコトヲ得而シテ債權者ニ配當ヲ供シタル

## (五) 物的擔保アル債權主張ノ範囲

ニ因リ破産シタル保證人ノ行使スルコトヲ得ヘキ求債權ハ破産財團ニ屬スヘキモノナルヤ言ヲ俟タス瑞西ノ破産法ハ特ニ保證人ノ破産ニ付キ簡明ナル規定ヲ設ケ瑞西破産法第二五一條保證人ハ破産ニ依テ當然抗辯ヲ喪失スルヲ以テ債權者ニ配當額ヲ受クルヲ得セシメタリ立法上便宜ニ適スル規定ト謂フヘン

三六九條ノ債務者債権者ハ物的擔保ノ目的物上ニ別除權ヲ主張スルコトヲ得而シテ債権者カ別除權ヲ主張シタルトキハ破産債権者トシテ配當的滿足ヲ受クヘキ範圍ハ別除權ヲ拋棄シタル部分又ハ別除權ニ依リテ滿足ヲ得サリシ不足部分タリ(第九九九條其未済ノ債權ハ獨逸新破産法第六四條何トナレハ此部分ニ關シテノミ別除權者ノ破産債権者ト謂フヘケレハナリ)

#### 第四節 破産債権ノ順位

破産債権ハ互ニ同等ニシテ等差ナキヲ破産法上ノ原則トス蓋シ破産債権ニ等差ヲ設クルコトハ社會上必要ナル信用制度ヲ破壞シ且フ破産手續ノ實行ヲ困難ナラシムルヲ以テナリ故ニ破産財團カ各破産債権ヲ完済スルニ充分ナラナルトキハ各破産債権ハ破産手續ニ於テ主張シタル範圍ニ從テ比例的滿足ヲ享有スルモノトス然レトモ公益ノ保護ト社會的關係ニ必要ナル信用制度ヲ保護スルカ爲メニ例外トシテ破産債権ノ等差即チ二三ノ先取特權優先的ニ満足ヲ求ムルコトヲ得ル權利ヲ設クサルヲ得サルナリ故ニ獨逸及ヒ瑞西ノ破産法ノ

如キ新主義ノ破産法ハスル特權アル破産債権ヲ認メタリ獨逸破産法第六十一條ニ從ヘハ破産債権ノ順位ハ第一ニ破産手續開始前最後ノ一个年間延滞シタル履儲契約ニ基ク報酬食料等ノ權利第二ニ國家其他ノ公法人ニ納付スヘキ手續開始前最後一个年間ノ租稅第三ニ協會學校其他公共團體ニ納付スヘキ破産手續開始前最後一个年間ノ負課第四ニ破産手續開始前最後一个年間ノ醫藥料第五ニ破產者ノ子及ヒ破產者ノ被後見人カ破產者ノ法律上管理シタル自己ノ財產上ニ付キ有スル權利第六ニ其他ノ破産債権ニシテ同順位ノ破産債權ハ平等的ニ満足ヲ受クルモノナリ我國ニ於テハ佛國民法ニ則リ新民法中ニ物權トシテ先取特權ヲ掲ケ又商法第千三十二條ニ於テ諸稅ノ支拂ニ關スル規定ヲ設ケ破産法ニ於テ先取特權ヲ規定セラレナリシスル編纂ハ立法上大ニ其當ヲ失シタル所ニシテ又余輩カ新民法ノ爲メニ甚タ遺憾トスル所ナリ蓋シ先取特權ハ破產財團カ各破産債権ヲ完済スルニ不充分ナル場合ニ於テ實用アルモノナレハ破産法中ニ規定スルヲ正當ト爲セハナリ

## 第五節 破産債権ノ確定

破産手續ニ於ケル破産債権ノ主張ハ破産主任官ニ對スル破産債権ノ届出ニ依リテ之ヲ爲シ又配當ニ加入スルコトヲ得ルニハ届出ヲタル債権ノ確定シタルコトヲ要ス隨テ破産手續開始以前ニ於テ既ニ民事訴訟法ノ規定ニ則リテ權利拘束ト爲リタル權利ハ勿論既ニ民事訴訟法上確定シタル債権ト雖モ破産手續ニ於テ主張スルニハ届出ヲ爲サナルヘカラス(第一〇二三條總債権者届出タル破産債権ハ調査會ニ於テ之ヲ調査ス第一〇二五條而シテ該會ニ於テ管財人ヨリモ又債権ノ確定シ若クハ貸借對照表ニ掲ケタル債権者ヨリモ異議ヲ申立テサルトキ又ハ異議アリタルモ之ヲ取消シタルトキハ破産債権ハ承認ニ因リテ確定シ債権表ニ附記シタルニ因リテ確定判決ノ效力ヲ有シ又該會ニ於テ異議ノ申立アリタルトキハ破産裁判所ノ判決ヲ以テ破産債権ヲ確定ス第一〇二七條此ノ如ク破産債権ノ確定ヲ必要トスル理由ハ不當ナル破産債権者ヲシテ破産手續ニ於テ支拂ヲ受クルコトナカラシメ又債権者トシテノ行爲ヲ拒ムカ爲ヒ破産財團ノ消滅ヲ畧述スヘシ

## 第三章 破産財團

メナリ破産財團ニ對スル執行名義ヲ取得スルカ爲メナリ

### 第一節 破産財團ノ意義

破産手續ハ其開始ノ當時ニ於テ破産者ノ財產上ニ満足ヲ受クル權利ヲ有スル者ニ平等的満足ヲ得セシムルヲ目的トス此平等的満足ノ用ニ供スル破産者ノ財產ヲ破産財團ト稱ス故ニ破産關係ニ於テハ破産財團ナルモノアルハ當然ナリ破産財團ノ意義破産財團ト破産當事者トノ關係破産財團ノ增加并ニ減少及び破産財團ノ消滅ヲ畧述スヘシ

## 之カ成分ヲ略述スヘシ

## (イ) 財產

債務者ノ財產即チ金錢的價額アル權利ノ總體ハ債權者ノ共同擔保ナリ而シテ權利ハ完全ニ履行セラレサルヘカラス是ヲ以テ債務者カ其義務ヲ完全ニ履行セサルトキハ債務者ノ財產ヲ以テ各債權者ノ辨済ニ供スルヲ通則トス破產的執行ニ於テモ亦然リ故ニ金錢的價額アル破產者ノ物權及ヒ債權ハ破產財團ニ屬ス然レトモ親族關係ニ基ク權利戸主權夫權親權等ハ縦合其結果トシテ財產權ヲ生スル場合ト雖モ破產財團ノ成分ト爲ラス何トナレハ這ハ債權者ノ共同擔保ノ目的ト爲ラサレハナリ債務者其者ニ専屬スル財產權民法第二百七十二条ニ從テ設定セラレタル讓渡禁止ノ永小作權ノ如キモ亦然リ

## (ロ) 破產者ノ財產

破產財團ハ破產者ノ財產ナリ破產宣告ノ當時ニ於テ事實上破產者ノ財產中ニ存シタル他人ノ財產ハ破產財團ニ屬セス何トナレハ他人ノ財產ヲ以テ債權ノ辨済ニ供スルコトハ法理ノ許ササル所ナレハナリ是ヲ以テ事實上他人ノ財產

## カ破產財團中ニ存シタルトキハ茲ニ取次請求權ヲ成立セシム

## (ハ) 破產手續ノ終結前ニ於テ破產者ニ屬シタル財產

破產財團ニ屬スヘキ破產者ノ財產ハ破產宣告ノ當時ニ於テ破產者ニ屬シタルシモノニ止マルヤ又ハ破產宣告以後破產手續ノ終結マテニ於テ破產者ニ屬シタル財產ヲモ包含スルヤ否ヤノ問題ニ對シテハ立法上二大主義アリ獨逸主義及ヒ羅馬主義即チ是ナリ獨逸主義即チ獨逸ノ破產法獨破第一條第一〇八條、第一四條ハ破產手續開始ノ當時ニ於テ破產者ニ屬シタル財產ノミカ破產財團タルヘキ旨ヲ明言シタリ其理由ハ第一ニ破產手續ノ進行ヲ容易ナラシメ第二ニ破產者ニ破產手續中取得シタル財產ニ付キ完全ナル權利ヲ有スルヲ得セシメ以テ可成的速ニ信用ヲ回復シ新ナル經營ヲ爲スノ機會ヲ得セシムルヲ經濟上正當トシ第三ニ破產債權者ヲ破產宣告ノ當時ニ債權ヲ有スル者ニ限定シ破產宣告以後ニ於テ破產者ニ屬シタル財產ヲ破產財團中ニ包含セシムルハ失當ナリト謂フニ在リ羅馬主義即チ羅馬法獨逸ノ古法及ヒ普國破產法(第一條佛國商法第四百四十三條英國破產法第四十四條埃及破產法第一條瑞西破產法第百九

十七條 第二項其他伊太利、白耳義、葡萄牙等ノ立法ハ破産手續終局以前ニ於テ破産者ニ屬シタル財產ハ破産財團ニ屬スル旨ヲ明言シタリ我商法セ亦此主義ニ屬スルコトハ商法第千十九條第五「相續又ハ遺贈ヲ拒絕スルコト」第八「權利ヲ抛弃スルコト」等ノ法文ニ微シ瞭然タルヘシ而シテ此主義ノ理由ハ可成の破産債權者ニ完全ナル辨濟ヲ得セシムルノ目的ニ出テタルモノト認ム獨逸主義ハ破產宣告以後ニ破産者ノ取得シタル財產上ニ第二又ハ其後ノ破産手續ヲ開始スルノ結果ヲ呈シ羅馬主義ハ破産手續繼續中更ニ破産手續ヲ開始スルコトナキノ結果ヲ呈スルヤ言ヲ俟タス獨逸主義ハ羅馬主義ヨリ理論ニ適シ且ツ重複破產ノ結果ヲ呈スルカ爲ミニ破產手續ヲ迅速ニ終結セシムルノ妨害ヲ爲スモノニアラサルヲ以テ余輩ハ立法上之ヲ正當ト認ム

我商法ハ羅馬主義ヲ認メタルヲ以テ破産手續終結マテニ於テ破産者ニ屬シタル財產ハ皆破産財團ト爲ル而シテ財產カ破産者ニ屬スルヤ否ヤハ民法ニ依テ之ヲ定ム故ニ破產手續終結以前ニ於テ破産者ニ屬シタル財產タルニハ破產手續終結以前ニ於テ破産者ノ爲ミニ財產取得ノ要件ノ存在スルコトヲ要ス契約

上ノ申込アルノミニテハ未タ財產ヲ取得シタルモノト認ムルコト能ハサルヤ言ヲ俟タス之ヲ換言スレハ破産者ノ或財產カ破産手續終結以前ニ於テ發生シタル權利原因ニ基キタル以上ハ縱合其實行カ破産手續開始以後ニ現ハルル場合ト雖モ破産手續終結以前ニ於テ破産者ニ屬シタル財產トシテ破產財團ニ包含セラル蓋シスル權利ハ破產手續終結以前ニ於テ破産者ニ屬シタル財產ノ成分ヲ爲スヲ以テナリ故ニ第一期限附及ヒ條件附權利ハ縱合破產手續終結以後ニ於テ期限ノ到來シ及ヒ條件ノ成就スヘキモノト雖モ破產財團ニ屬ス(民事訴訟法第六二三條獨民訴第七四三條隨<sup>(ライ)</sup>)破產者若クハ其相續人ノ爲ミニ約定セラレタル保険契約上ノ請求權モ亦破產財團ニ屬ス然レトモ第三者ノ爲ミニ約定セラレタル保険契約上ノ請求權ハ破產財團ニ屬セス何トナレハスル權利ハ破產者ノ爲ミニ成立シタルモノト謂フコト能ハサレハナリ(破產者カ取得シタル年金權養料請求權後ニ述フル說明參考)利益配當請求權等ノ如キ金錢若クハ代替物ノ特定又ハ不特定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル毎期ノ取立ヲ爲ス權利ハ破產手續終結以後ニ取立ツヘキ給付ト共ニ破產財團ニ屬ス(民事訴訟法第六〇四

條第六〇五條獨民訴七三三條第七三四條第二破産者ニ對シテ交付セラレタル白地ノ引受アリタル手形ハ破産財團ニ屬シ管財人ヨリ振出スコトヲ得何トナレハ引受人ハ完成シタル手形ヲ引受ケタルト同シク責任ヲ負フヘケレハナリ第三ニ收益權カ契約又ハ遺言ニ因リテ設定セラレタルモノナルトキハ將來ニ於ケル收益ト共ニ破産財團ニ屬シ又親族關係ニ基クモノナルトキハ(民法第七十九條第八八四條第八九〇條)破産財團ニ屬セス何トナレハスル權利ハ之ヲ讓渡スルコトヲ得サレハナリ但シ收益權ノ結果タル利益ハ破産財團ニ屬ス何トナレハスル利益其モノハ之ヲ讓渡スコトヲ得ヘケレハナリ是ヲ以テ配偶者ノ財產上ニ收益ヲ爲ス權アル夫カ破産シタル場合ニ於テハ法律上ノ負擔タル配偶者ノ債務ノ利息ヲ支拂ヒタル殘額ハ破産財團ニ屬シ又此財產上ニ管理權ヲ有スル親カ破産シタル場合ニ於テハ法律上ノ負擔タル子ノ養育費用及ヒ財產ノ管理費用ヲ控除シタル殘額ハ破産財團ニ屬ス第四ニ体給其他之ニ類似スル繼續收入上ノ債權例へハ恩給ハ民事訴訟法ニ從テ差押ヲ爲スコトヲ得ルモノナメ以上ハ民事訴訟法第六一八條獨新民訴八五〇條將來ニ收入スヘキ部分ト共

ニ破産財團ニ屬スルモノトス(民事訴訟法第六〇四條第六〇五條獨逸舊民事訴訟法第七三三條第七三四條新第八三二條第八三三條獨逸ノ「コーレン」フュールマン氏等ハ茲ニ示シタル法文ヲ以テ以上ノ如ク論結スルヲ正當トシノキフヘルドフツチング氏等ハ強制執行ハ破産手續ノ如ク特定ノ時期ニ於テ取得シタル財產ニ制限セラレサルヲ以テ茲ニ示シタル民事訴訟法ノ法文ハ以上ノ論結ヲ正當ナラシムルニ足ラスト主張シタリ然レトモ余輩ハ理論上個人的執行ニ行ハルル法則ハ一般的の執行ニ關シテモ行ハルルヲ正當ト信スルカ故ニ「アーヴィング氏等ノ見解ニ從フヲ得ス俸給ニ關スル債權ニ付テハ「ワーブルモスキー」ゾエフヘルドフツチング「ベイオーラゼン氏等ノ説明ニ依レハ俸給ハ給付スヘキ勞務ニ對スル報酬ナルヲ以テ官吏ハ給付シタル勞務ノ割合ニ應シテ權利ヲ取得スルモノタリ隨テ破産手續終結マテニ於テ取得シタル俸給額ニアラスンハ破産財團ニ屬セスト論結スルコトヲ得サルニアラサルヘシト雖モ余輩ハ之ヲ失當ノ見解ト認ム何トナレハ俸給ハラバント氏カ國家法ニ於テ明言スルカ如ク勞務ニ對スルノ報酬ニアラスマシテ任官ニ伴フテ生スル官吏ノ有スル定期金請求權ナレハナリ

之ニ反シテ雇傭關係ニ基ク報酬ハ破産者カ破産手續終結マテニ於テ服シタル  
勞務ニ對スル割合ニ應シテ破産財團ニ屬スルモノトス何トナレハ勞務者ハ其  
服シタル勞務ノ割合ニ應シテ報酬上ノ債権ヲ取得スルニ外ナラナレハナリ第  
五ニ破産手續終結以前ニ於テ相續人タル破産者ノ爲メニ相續カ開始シタルト  
キハ其相續財產ハ破産者カ拋棄ヲ爲サツル場合ニ限リテ破産財團ニ屬ス何ト  
ナレハ我民法ハ佛獨等ノ民法ニ於ケルカ如ク相續財產ハ相續ノ開始ヨリ拋棄  
ヲ爲スコトヲ得ルノ留保ヲ以テ相續人ノ承繼スヘキモノタルコトヲ認メタレ  
ハナリ(民法第九八六條第一〇一條第一〇一七條等)相續ノ拋棄又ハ承認ハ相  
續人ノ專屬的權利ナルヲ以テ獨逸新破産法第九條ハ相續人タル破産者カ之ヲ  
爲スヘキモノト規定セリ我商法第千十九條第五ハ佛蘭西商法ニ於ケルト同シク  
管財人ノ干涉ヲ必要トセリ蓋シ佛蘭西商法ハ相續ノ承認又ハ拋棄フーノ財產  
權ニ關スルモノト認メタルヲ以テナリ我商法モ亦然ラン立法上ノ見解トシテ  
ハ獨逸破産法ノ立法例ヲ正當ト認ム相續ノ拋棄ハ相續カ之ヲ拋棄シタル者ニ  
對シ開始セラレサリシトノ效力ヲ生スルニ過キス故ニ已ニ取得シタル權利ノ

拠棄ニアラスシテ却テ提供セラレタル權利ノ不取得ナリ以上ノ法理ハ遺贈ニ  
關シテモ適用ヲ見ル所ナリ(第一〇一九條第五第六ニ破産者ノ破産手續終結マ  
テニ於テ或ハ破産手續開始ノ當時ニ於テ他人ト財產權ヲ共有シタルトキハ(民  
法第二四九條第二六四條第六六八條第一〇〇二條等)破産者ノ持分ノミカ破産  
財團ニ屬ス故ニ破産手續以外ノ分割其他ノ清算手續ニ依リテ破産者ノ持分ヲ  
確定セサルヘカラス而シテ破産者ハ破産財團ニ屬スル自己ノ財產ニ付キ處分  
スルノ權ナキヲ以テ持分確定ノ手續ニ於テモ亦管財人ニ依リリテ代表セラル獨逸  
新破産法第一四條第一六條第七ニ破産者カ營業ノ結果トシテ生活費用ノ外ニ尚  
ホ幾分ノ財產ヲ取得シタルトキハ其財產ハ破産財團ニ屬ス破産宣告ハ一ノ禁  
治產ノ宣告ニアラス又破産債權者ヲ害スル所ナキヲ以テ破産者カ自己及ヒ家族  
ノ生計ヲ維持シ且ツ復權ノ準備ヲ用意スルカ爲メニ職業ヲ營ムコトハ法律ノ  
禁止セサル所ナリ是ヲ以テ破産者カ生計費ノ外ニ尙ホ財產ヲ取得スルコトア  
ルハ當然ナリ然レトモ不當利得ハ法律ノ許ナツル所ナルカ故ニ營業上負ヒタ  
ル債務ハ前示ノ財產ニ付キ破産債權者ヨリ先ニ支拂ハルルモノトス之ヲ換言ス

レハ營業上ノ純益ノミカ破産財團ニ屬スルモノト謂フヘシ第八ニ破産手續繼續中時間ノ經過及ヒ發育ノ結果ニ因リテ從來ノ財產ヨリ生シタルモノ又ハ之ニ代ハルヘキ總財產ハ破産財團ニ屬ス殊ニ破産財團ヨリ生シタル果實產出物又ハ利得埋藏物ノ如キ賃金及ヒ利息破産財團ニ屬スル債權ノ履行ノ結果タル給付取得時效ノ完成ノ如キ財產取得ノ希望ノ實現トシテ取得シタル財產破産財團ニ屬スル財產ノ竊取又ハ損害ニ因リテ生シタル賠償請求權破産財團ニ屬スル財產ノ賣却ヨリ生シタル金錢其他管財人カ破産財團ノ爲メニ爲シタル法律行為ヨリ生シタル財產等ハ皆破産財團ニ屬ス(「フツチング」氏ハ已ニ進行シタル取得時效ノ完成ニ依レル財產取得ノ希望ノ如キモノハ相續人ニ移轉スルヲ以テ財產ノ成分ヲ爲スラ理由トシ破産財團ニ屬スルモノナリト主張シタリ余輩ハ此點ニ付テ疑ヲ存ス)

## (二) 強制執行ノ目的タルコトヲ得ル財產

強制執行ノ目的ト爲ルコトヲ得ル財產ニアラスンハ破産財團ニ屬セス何トナレハ破産ハ一ノ強制執行ナレハナリ如何ナル財產カ強制執行ノ目的ト爲ルコトナレハ破産ニ於テハ職業繼續ニ關スル顧慮ヲ必要トセサレハナリ

## 二 除外

左ノ權利ハ法律上當然破産財團ノ意義ヨリ除外セラレナルヘカラス

## (A) 財產ノ成分ヲ成サナル權利

破産財團ニ屬スル財產ハ價額ヲ有シ且ツ債權者ノ満足ニ供セラルコトヲ得ルヲ前提要件トス故ニ斯ル要件ヲ缺キタル權利ハ破産財團ニ屬スル財產タルノ成分ヲ成サナルヤ言ヲ俟タス是ヲ以テ第一ニ戸主權夫權親權及ヒ離婚請求權ノ如キ親族上ノ權利診察ヲ求ムル權利教授ヲ受クル權利扶養ヲ求ムル權利法定養料請求權民法第七四七條第七八九條等ハ破産財團ニ屬セス何トナレスル權利ハ或ハ財產の價額ヲ有セス或ハ權利者ニ專屬スルモノナレハナリ第二ニ華族ノ世襲財產其他民法第二百七十二條第四百六十六條第六百十二條第

六百二十五條、第七百九十九條第八百八十四條等ニ規定シタル權利ノ如キ讓渡スコトヲ得ナルモノハ破産財團ニ屬セス但シ此權利行使ノ結果タル利益ハ之ニ反スヘシ何トナレハ斯ル利益ハ之ヲ讓渡スコトヲ得ナル旨ヲ規定シタル法文ナケレハナリ身體、生命名譽及ヒ自由ノ如キ財產以外ノ權利ヲ侵害シタルニ因リテ生シタル損害賠償ヲ求ムル權利ハ破産財團ニ屬スルモノニ非ス何トナレハ斯ル權利ハ破産者其人ノミノ自由判断ニ屬スル専屬的權利ナルヲ以テナリ但シ此權利行使ノ結果タル利益其モノハ此限ニ在ラサルコト前ニ述ヘタルモノト同一ノ法理ニ依リ明白ナリ獨逸新破産法及ヒ新民法ノ法意ニ依レハ財產以外ノ權利ノ侵害ニ依レル損害賠償ヲ求ムル權利ハ其權利者ノ破産宣告ヲ受ケタル後ニ於テ契約ヲ以テ承認セラレ又ハ權利拘束ト爲リタルトキハ破産財團ニ屬セス然レトモ破産宣告ヲ受クル以前ニ於テ契約ヲ以テ承認セラレ又ハ權利拘束ト爲リタルトキハ破産財團ニ屬スルモノノ如シ蓋シ獨逸新破産法第一條ニ依レハ破産財團タルニハ破産宣告ノ當時ニ於テ強制執行ノ目的物タルコトヲ得ルヲ要シ又獨逸新民法第八百四十七條及ヒ第千三百條ニ依レハ損害

賠償ヲ求ムル權利ハ承認又ハ權利拘束ニ依テ讓渡スルコトヲ得レハナリ其他債務者ノ身體ハ債權者ノ擔保ト爲ルモノニ非ナルヲ以テ義齒足、義眼ノ如キ人工的身体ノ一部分ハ破産財團ニ屬スルモノニ非ス第三ニ精神的權利或ハ無形的權利ハ其之ヲ有スル者ノ同意ナクシテ讓渡スコト能ハサルカ若クハ他人ニ之ヲ行使セシムルコト能ハサルモノナルトキニ限リテ破産財團ニ屬セス而シテ精神的權利ハ斯ル性質ヲ有スルヤ否ヤハ其之ニ關スル法律ニ依テ定マルモノトス余輩ノ見解ニ依レバ、商號及ヒ商標(商標ハ營業ト共ニ讓渡スコトヲ得)ハ權利者ノ同意ナクシテ讓渡スコト能ハサルモノナルヲ以テ破産財團ニ屬セス殊ニ商號即ナ商人トシテノ氏名ニ關スル權利ハ民法上ノ氏名ニ關スル權利シテ同シク人事権ニシテ財產ノ成分ヲ成スモノニ非ス(第二一條獨逸新商法第二二條)専賣特許ヲ求ムル權利ハ單純ナル財產權ニ非スシテ發明者ノ同意ナクシテ讓渡スコトヲ得ナル權利ナリ故ニ破産財團ニ屬セス然レトモ既ニ取得シタル專賣特許權ハ單純ナル財產ノ成分ヲ成スヲ以テ管財人ハ之ヲ換價スルコトヲ得。文學及ヒ美術上ノ權利即チ著作權(精神的所有權)ハ著作者ニ專屬スル權

利ナルヲ以テ即チ著作ヲ公ニスルニ足ルヤ若クハ如何ナル時期カ之ヲ公ニスルニ適當ナルヤハ著作者其人ノミカ獨リ之ヲ判斷スル所ナルヲ以テ著作者ノ意思ニ反シテ譲渡スコトヲ得ス隨テ強制執行ニ依テ處分スルコトヲ得ス又破産財團ノ爲メニスル管財人ト出版者トノ契約ニ依テ之ヲ換價スルコト能ハサルト同一ノ理由ニ基キ管財人ハ著作者ノ意思ニ反シテ新版ヲ刊行スルノ權利ヲ有セス故ニ破産財團ニ屬セサルナリ然レトモ著作者カ其原稿ヲ公ニスルニ足ルト認メテ之ヲ出版者ニ提供シ若クハ新版ノ刊行ヲ決意シタルトキハ管財人ハ出版者ト出版契約ヲ爲シ破産財團ノ爲メニ之ヲ換價スルノ權アリ何トナレハ此場合ニ於テハ單純ナル財產タルヲ以テナリ著作者カ爲シタル出版契約ヨリ生シタル財產權ハ破産財團ニ屬スルカ故ニ著作權ノ侵害ヨリ生シタル著作權者ノ有スル損害賠償ヲ求ムルノ權利ハ破産財團ニ屬ス隨テ管財人ハ破産財團ノ爲メニ此權利ヲ主張スルヲ得ヘシ著作權ハ著作者ノ相續人ニ對シテハ單純ナル財產タルニ過キス何トナレハ相續人ハ著作者其モノニ非サレハナリ隨テ相續人カ破産シタル場合ニ於テハ其承繼シタル著作權ハ破産財團トシテ處分

セラル(d)行政上ノ許可ニ依テ成立シタル探掘權、狩獵權ノ如キ權利カ破産財團ニ屬スルヤ否ヤハ行政上ノ許可カ專屬的ノ性質ヲ有スルヤ否ヤノ研究ニ依テ分ルモノタリ(e)書翰原稿其他遺言書ノ如キ債務者ニ對シテ價額アル書類ニシテ換價スルニ足ルノ價額ヲ有セサルモノハ破産財團ヨリ除外セラルルヤ當然ナリ之ヲ要スルニ破産者ノ有スル權利カ財產ノ成分ヲ爲スヤ否ヤハ法律及ヒ特約ニ依テ之ヲ定メ此二者存セサルトキハ金錢的價額ヲ有スルヤ否ヤニ依リ之ヲ定ム是レ破産ノ目的ヨリ生スル當然ノ結果ナリ

#### (B) 強制執行ノ目的物タルコトヲ得サル財產

破産ハ強制執行ナルヲ以テ民事訴訟法上差押ヲ爲スコトヲ得サル財產ハ破産財團ヨリ除外セラル蓋シ民事訴訟法第五百七十條第三乃至第八及ヒ第六百十八條ハ公益ノ爲メニ又ハ債務者保護ノ爲メニ差押ヲ許ササル旨ヲ規定シタルモノナレハナリ但シ債務者保護ノ爲メニ差押ヲ許ササル物件ハ債務者ノ承諾アリ且ツ賣得金ヲ得ルノ見込アル以上ハ破産財團トシテ賣却スルコトヲ得ヘシ第一〇〇一條但書ハ優先權ノ目的タル財產ニ關シテハ商法第九百九十

七條ノ適用アルコトヲ示シタルニ止マル余輩ハ不必要ナル規定ト信ス瑞西破產法第一九七條、英吉利破產法第四四條、佛蘭西商法第四六九條等管財人カ前示ノ法則ニ反シテ強制執行ノ目的物ト爲ラナル財產ヲ破產財團ニ屬スルモノト認メタルトキハ破產者ハ異議ヲ述フルコトヲ得第一〇一三條、獨逸破產法第七五條、獨民訴第六八四條、第六八五條、第二三一條其外國所在ノ債務者ノ財產ハ内國ニ於ケル破產財團ニ屬セス何トナレハ破產ヘ一ノ強制執行ニシテ又強制執行ハ外國ニ行ハルモノニ非ナルヲ以テ自國ニ於テ宣告シタル破產ハ自國ノ領土内ニ於テノミ效力ヲ有スルモノナレハナリ

破產財團タルコトヲ得サル財產ハ強制執行ノ目的物タルコト能ハナルモノニ止マルカ故ニ破產宣告以前ニ於テ既ニ差押ヘラレタル財產ハ未タ換價セラレサル以上ハ民事訴訟法第五七九條破產財團ニ屬ス益シ破產手續ノ開始シタルニモ拘ラス尙ホ執行ヲ繼續スルコトヲ得セシメハ總債權者間ニ不平等ヲ來シ破產ノ目的ニ反スレハナリ(第九八七條而シテ破產宣告ハ執行手續ヲ消滅セシムルモノニ非スシテ破產手續ノ開始ニ依テ差押債權者ニ特別ナル辨済ヲルモノトス(瑞西破產法第一九九條)

## 第二節 破產財團ト破產當事者トノ關係

### 一 破產債權者團體ト破產財團トノ關係

破產債權者團體ハ破產者ノ財產ニ對スル差押ニ依リ財產權ヲ取得ス此財產權ハ質權ニ類似スル所多キ一種ノ物權タルコトハ前ニ述ヘタル所ナルヲ以テ茲ニ之ヲ贊セス然レトモ破產債權者團體ノ有スル財產權ハ破產財團ニ對シテ有スル權利ノミナリト誤解スヘカラス破產債權者團體カ破產財團ニ對シテ有スル權利ハ破產債權者團體ノ有スル權利ナリト雖モ後者ハ前者ノミニ限定スカルコラス破產債權者團體ハ第三者ト金錢貸借ノ如キ法律行爲ヲ爲スニ依テ財產

權ヲ有シ立替金ヲ以テ他人ノ財産上ニ必要費ヲ施シタルニ依テ不當利得ニ基ク財產權ヲ有シ自己ノ權利ヲ侵害シタル者ニ對シ不法行為ニ依ル損害賠償請求權ヲ有シ管財人ニ對シ其責ニ歸スヘキ行為ニ基ク求償權ヲ有シ又民法第四百二十四條ニ規定シタル廢罷訴權ヲ有スルコトアリ而シテ破産債權者團體ノ權利ナルヤ破産者ノ權利ナルヤ否ヤヲ區別スル實用ハ破産者其者ニ對スル抗辯殊ニ相殺ノ對抗セラルト否トニ存ス第九九五條)

## 二 破産者ト破産財團トノ關係

破産宣告ニ依リ破産者ハ破産財團ニ屬スル財產權ヲ喪失スルモノニ非ス又破產債權者ハ破産財團ニ付キ質權ヲ取得スルモノニ非ス然レトモ破産財團ハ破產債權者ニ適法ナル且ツ可成の完全ナル満足ヲ得シシムルノ目的ニ於テ成立シタルモノナルカ故ニ破産者ハ破産財團ニ損害ヲ及ホス行為ヲ爲スコトヲ得サルヤ當然ナリ是ヲ以テ破産者ハ破産財團ノ管理及ヒ處分ノ權能ヲ喪失スルニ止マリ行爲能力ヲ制限セラレサルモノトス故ニ破産宣告以後ニ於テ意思ノ善惡ニ拘ラス破産者ノ爲シタル行為ハ破産債權者ノ總員又ハ一員ノ利益ニ反

スル效力ヲ破産財團上ニ及ホスコトヲ得ス金錢ノ借入手形ノ引受及ヒ其振出等ノ如キ破産者其者カ直接ニ義務ヲ負ヒ破産財團ニ直接ニ關係ヲ有セサル權利行為ハ破産財團上ヨリ直接ニ満足ヲ受クルコト能ハスシテ却テ破産者ノ自由財產即チ破産財團ニ屬セサルモノヨリ満足ヲ受ケ又破産財團ヲ以テ爲シタル辨濟破産財團ニ屬スル財產ノ讓渡若クハ質入、破産財團ニ屬スル財產上ニ他物權ヲ設定シ又ハ破産財團ノ爲メニ存シタル他物權ヲ消滅セシムルカ如キ直接ニ破産財團ニ關係スル權利行為ハ利益ナルト否トニ拘ラス破産財團ニ對シテ當然無効ナリ故ニ管財人ハ破産財團ノ管理及ヒ換價ニ關シ斯ル權利行為ヲ無效耶ナ法律上不成立トシテ取扱フコトヲ得蓋シ管財人ハ破産財團ヲ保全スル職責アルモノナルヲ以テ權利行為ハ利益ナルト否トニ拘ラス破産財團ニ對シテ權利行為ノ無効ハ各人ニ對スルモノナルヲ以テ相手方タル各人ハ意思ノ善惡ニ拘ラス破産者ヨリ受領シタル金錢及ヒ讓受クタル物件ノ返還其他破産財團ニ屬スル財產ノ爲メニ設定セラレタル他物權ヲ存續シタルモノト爲スカ如キ方法ニ於テ管財人ノ主張ニ反スル狀態ヲ原狀ニ回復セサルヘカラス管財人

カ破産手續ノ停止若クハ其終局マテニ於テ先ニ示シタル權利行爲ヲ無効ナリト主張セサリシ場合ニ於テハ此權利行爲ハ各人ニ對シ初ヨリ有效トシテ取扱ハルモノナリ何トナレハ斯ル權利行爲ノ無効ナルヤ否ヤノ判断ハ總テノ破産債權者ノ利益ノ爲メニ職務ヲ取扱フヘキ管財人ノ獨リ爲シ能フ所ニシテ破産者及ヒ權利行爲ノ相手方タル第三者其他各箇ノ破産債權者ノ爲シ能ハサル所ナレハナリ(第九八五條)

破産者ノ受任者カ破産宣告以後ニ於テ破産財團ニ關シ直接ニ關係ヲ有スル權利行爲ヲ爲シタルトキハ其行爲ハ管財人カ無効トシテ取扱フコトヲ得何トナレハ受任者ハ委任者ヨリ多クノ權能ヲ有スルコト能ハサレハナリ訴訟代理人ニ依レル訴訟ハ委任者タル當事者ノ破産宣告ヲ受ケタルニ由リテ中斷セラルト雖モ民事訴訟法第一百八十三條ノ適用ヲ見ルコトナシ蓋シ民事訴訟法第一百七十九條ハ特別ノ規定ニシテ同法第一百八十三條ニ關係スル所ナキモノナレハナリ

### 第三節 破産財團ノ減少及ヒ増加

破産財團ヲ減少スルモノハ別離請求權、別除請求權及ヒ破産財團上ノ請求權ニシテ破産財團ヲ増加スルモノハ取消權行使ノ結果及ヒ破産宣告以後ニ於ケル財產ノ取得是ナリ左ニ之ヲ略述スヘシ

(一) 別離請求權 簡人の強制執行ニ於テ執行カ債務者ニ屬セシテ却テ第三者ニ屬スル財產上ニ行ハルコトアリト同シク一般的強制執行ニ於テ管財人カ破産財團中ニ破産者ニ屬セシテ却テ第三者ニ屬スル財產ヲ加入スルコトアリ此二者ノ場合ニ於テハ何レモ第三者ノ財產權ヲ侵害スルモノナリ蓋シ第三者ノ財產ヲ以テ債務ノ辨済ニ充ツルコト能ハサレハナリ是ヲ以テ簡人の強制執行ニ於テハ第三者ハ自己ニ屬スル財產ニ付キ執行ヲ解放スヘキ旨ノ請求ニ依リテ反抗シ又必要ノ場合ニ於テハ異議ノ訴ヲ以テ斯ル請求ヲ主張スルコトヲ得民訴第五四九條破產的強制執行ニ於テハ第三者ハ自己ニ屬スル財產ヲ破産財團中ヨリ解放スヘキ旨ノ請求ニ依リテ反抗シ又必要ノ場合ニ於テハ訴ヲ以テ斯ル請求ヲ主張スルコトヲ得此請求權ヲ稱シテ別離請求權ト云フ獨逸新破產法塊太利、マイエル英吉利ノ破產法佛蘭西白耳義ノ商法等ニ於テハ何レモ

別離請求権ニ關スル規定ヲ設ケタリ我破産法ニハ之ヲ規定セス(舊商法第一編第九章参考)然レトモ之カ爲メニ我法律ハ別離請求権ヲ認メサルモノト主張スヘカラス何トナレハ法理上別離請求権ノ存在スヘキコトハ以上ノ説明ニ依リ

瞭然タレハナリ

(イ) 性質 別離請求権トハ破産財團ヨリ之ニ屬セサル財產殊ニ破産者ニ屬セサル財產ヲ別離スヘキコトヲ目的トスル權利ナリ破産的執行ノ目的タルニハ破産者ノ財產タルコトヲ以テ第三者ニ屬スル財產ハ縱令破産者ノ占有スル所ナリト雖モ破産的執行ノ目的ト爲ラス故ニ第三者ニ屬スル財產ハ破產財團中ヨリ之ニ屬セサルモノトシテ分別スルコトヲ得サルヘカラス此ノ如ク第三者ニ屬スル財產ノ解放ヲ請求スル權利ヲ別離請求権ト云フ是レ余輩カ前示ノ如ク説明シタル所以ナリ

(ロ) 別離請求権ノ主體 如何ナル權利ヲ有スル者カ別離請求権ヲ有スルヤノ問題ニ關シテハ我破産法ハ獨佛諸國ノ法律ニ於ケルカ如ク明文ヲ以テ之ヲ規定セサルカ故ニ實體法及ヒ破産ノ一般ノ法理ニ從テ之ヲ定メサルヘカラス(一)實

體法ニ從ヘハ第一ニ破産財團ニ加入セラレタル目的ニ付キ破産財團ヨリ満足セラルコト能ハサル權利ヲ有スル者ハ別離請求権ヲ有ス故ニ物權ニ關シテ之ヲ云ヘハ所有權共に有權永小作權地上權及ヒ地役權ヲ有スル者ハ別離ヲ請求スルコトヲ得ヘシ殊ニ共有權ニ關シテハ分割以前ニ於テハ目的物全體ニ付キ又分割以後ニ於テハ持分ニ付キ別離ヲ請求スルコトヲ得ヘシ地役權ニ關シテ管財人カ破產者ノ所有地上ニ設定シタル地役權ヲ否認シ又ハ單ニ破產者カ事實上行使シタルニ遇キサル第三者ノ所有地上ニ於ケル地役權的事實ヲ管財人カ破產財團ニ屬スルモノトシテ取扱ヒタルトキハ各權利者ハ何レモ別離ヲ請求スルコトヲ得ヘシ債權ニ關シテ之ヲ云ハハ債權ノ讓受人專賣特許權ノ讓受人等ノ如キ破產財團中ニ加入セラレタル債權及ヒ之ヨリ生シタル債權ノ主體ハ別離ヲ請求スルコトヲ得ヘシ其他主人ハ自己ノ許諾ナクシテ支配人カ自己ノ爲メニ爲シタル商行為ヲ自己ノ爲メニ爲シタルモノト看做ストヲ得ルヲ以テ支配人ノ破產ニ於テ斯ル商行為ヨリ生シタル權利ノ別離ヲ請求スルコトヲ得商法第三條第二ニ破產者ニ對スル契約ノ内容ニ基キ所有權ヲ移轉スルノ意思ナク

シテ破産者ニ交付シタル目的物ノ引渡ヲ求ムルコトヲ得ル者ハ別離請求権ヲ有ス故ニ質貸人ハ質貸物、貸主ハ使用貸借ノ目的物、寄託者ハ寄託物、質權設定者ハ質物委任者ハ受任者ニ交付シタル物、委託者ハ問屋營業者ニ交付シタル物ニ付キ別離請求権ヲ有ス破産者ヨリ有體物ヲ買受ケタル者ハ其物件カ特定物ナルトキ又ハ賣主ノ破産以前ニ特定シタルトキニ限リ又破産者ニ對シ試験ノ條件ヲ以テ有體物ヲ賣渡シタル賣主ハ破産者タル買主カ其破産宣告以前ニ於テ意ニ適シタル旨ヲ表示セサルトキ即チ試験條件ノ成就セサルトキニ限リ賣買ノ目的物ニ付キ別離請求権ヲ有ス何トナレハ前者ノ場合ニ於テハ買主カ又後者ノ場合ニ於テハ賣主カ目的物上ニ付キ所有權ヲ有スルモノナレハナリ取立委任又ハ質入ノ目的ヲ以テ破産者ニ手形ヲ裏書ヲ以テ交付シタル者ハ手形ノ別離請求権ヲ有ス何トナレハ手形上ノ權利ハ之ニ依リテ破産者ニ移轉セサレハナリ取立委任又ハ質入ノ目的ヲ以テ爲サレタル手形ノ裏書讓受人カ同一ノ目的ヲ以テ破産者ニ裏書シタル場合モ亦然リ何トナレハ此種ノ裏書ハ手形上ノ權利ヲ移轉スルモノニ非サレハナリ手形ノ質入又ハ其取立ノ爲メニ手形

ヲ裏書シタル場合ニ於テ其目的ヲ手形ニ附記セサリシトキハ讓渡人ハ讓受人ノ破産シタルトキニ當リ讓渡シタル手形ノ別離請求権ヲ有セサルヘシ何トナレハ此場合ニ於テハ手形上ノ權利ハ外形上完全ニ讓受人ニ移轉スルヲ以テナリ隨テ手形ハ破産財團ニ屬スト云ハサルヲ得ス(第四六三條)而シテ此場合ニ於テハ讓渡人ト讓受人トノ間ニ於テ手形ヲ返還シ又ハ受取りタル手形上ノ金額ヲ讓渡人ニ交付スヘキ約束ノ存スルヤ當然ナレドモ這ハ利害關係人間ニ於テノミ遵奉セラルヘキ債權關係ニシテ手形上ノ權利ノ移轉ニ毫モ影響ヲ及ホスコトナシ取消請求権者ハ取消ノ結果トシラル返還セラルヘキ目的物ニ付キ取消義務者ノ破産ニ於テ別離請求権ヲ有セス何トナレハ取消權ハ一ノ債權ニ外ナラサレハナリ又不當利得ニ原因スル請求權モ亦同一ノ理由ニ依リ利得ノ目的ニ付キ別離請求權ヲ有セス請負人カ材料ヲ供シ且ツ仕事ヲ施シタル場合ニ於テ殊ニ造船請員契約ノ場合ニ於テ注文者カ仕事ノ進行ノ割合ニ應シ報酬ヲ與ヘタル以後ニ於テ請負人カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ仕事ノ目的物殊ニ船舶ニ付キ別離請求權ヲ有スルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ消極的ニ論決スルヲ正當ノ見解ト認ム何

トナレハ請負人ハ仕事ノ完成ニ至ルマテ仕事ノ目的物ノ所有者ナレハナリ(一)破產ノ一般ノ法理ニ從ヘハ第一ニ隔地取引ノ賣主ハ其送付シタル目的物カ買主ノ破產宣告以前ニ於テ到達地ニ到達セス且ツ破產者タル買主又ハ代理人ノ占有ニ歸セサリシ場合ニ於テ該目的物上ニ別離請求權ヲ有ス此制度ハ第十七世紀以來英國ニ於テ慣習トシテ認メラレ其後有名ナル差止權ノ制度ト爲リ次ニ佛蘭西法ノ認ムル所ト爲リテ羅馬法系諸國及ヒ獨逸法系諸國ニ傳播シ遂ニ文明諸國破產法ノ採用スル所ト爲レリ是レ此制度カ隔地取引ノ安全ヲ保護スルカ爲メニ缺クヘカラサルモノナレハナリ而シテ賣主ハ其送付シタル目的物即チ動產殊ニ商品及ヒ有價證券ニ別離請求權ヲ主張スルニハ以下ノ要件ヲ具備セサルヘカラス(イ)隔地取引ナルコトヲ要ス隔地取引トハ特定ノ動產カ發送地ヨリ到達地ニ達スルカ爲メニ送付セラルル意義ヲ有スル取引ヲ指示スルニ外ナラス隨テ運送貨及ヒ運送危險ヲ買主カ負擔シタルト到達地カ義務履行地タルト賣主カ自己固有ノ義務トシテ若クハ買主ノ委託ニ因リテ目的物ヲ發送スル爲メニ運送人ニ或ハ運送取扱人ニ交付シタルト賣主自身カ目的物ヲ發送シタルト、

賣主ニ目的物ヲ賣渡シタル第三者カ目的物ヲ發送シタルト賣主ノ負擔ニ歸シタル義務ノ履行地カ賣主ノ住所ナルト、營業所ナルト、目的物發送地ナルト、目的物到達地ナルトヲ問ハサルナリ然レトモ非隔地取引ニ於テハ賣主又ハ其代理人カ結約後直チニ目的物ヲ他所ニ運搬スヘキ意思ヲ表示シタル場合ナルト買主ト第三者即チ買主ノ買主トノ約旨ニ基キ目的物ヲ他所ニ運搬スル場合ナルト否トタ問ハス賣主ハ目的物ノ別離請求權ヲ有セス蓋シ先ニ述ヘタル如ク賣主ノ別離請求權ハ隔地取引ニ於テ缺クヘカラサル制度トシテ認メラレタルニ止マレハナリ(ロ)目的物カ買主ノ破產宣告以前ニ於テ到達地ニ到達セス且ツ破產タル買主若クハ其代理人ノ占有ニ歸セサリシコトヲ要ス賣主ハ送付中ノ目的物ニ付キ縦合之ヲ處分スルノ權能ナキ場合ト雖モ別離請求權ヲ有ス隨テ送付中ニ於ケル買主ノ目的物ハ占有ハ毫モ別離請求權發生ノ妨ト爲ラス蓋シ目的物カ買主タル債務者ノ占有ニ屬セサル以上ハ其債權者ハ該目的物ヲ擔保視シタルコトナキヲ以テ債權者ノ權利ヲ害スルコトナキノミナラス破產ニ瀕スル債務者ハ信用ヲ維持シ破產宣告ヲ免レンカ爲メニ多數ノ取引ヲ爲スヲ通常

ノ状態ト爲スヲ以テ之カ爲メニ賣主ニ損失ヲ被ラシムルトキハ取引上ノ信用ヲ害スルコト極メテ大ナレハナリ(ハ)破産者タル買主ヨリ完全ナル辨済ヲ受ケサリシコトヲ要ス蓋シ賣主カ買主ヨリ完全ナル辨済ヲ受ケタル以上ハ賣主ハ隔地取引ニ付キ毫モ損失ヲ被ルコトナケレハナリ辨済ヲ受ケサル原因ノ如何ハ法理上之ヲ問フ所ニ非サルナリ代價支拂ニ付キ期限アル場合ナルト否トノ如キ賣主ノ完全ナル辨済受領ハ支拂代物辨済又ハ交互通算等ヨリ生ス而シテ賣主及ヒ買主間ニ於ク永年ノ交互通算關係アルトキハ賣主ハ買主ノ破産宣告ヲ受ケタル當時ニ於ク計算上剩餘金アルトキニ限リ別離請求權ヲ有ス買主カ賣主ノ爲メニ手形ノ引受ヲ爲シタルコト其他辨済ノ擔保ヲ供シタル等ノ如キハ完全ナル辨済同視スヘキモノニ非ス買主カ辨済ノ爲メニ手形ヲ振出シテ賣主ニ之ヲ交付シタル場合モ亦然リ唯此場合ニ於クハ賣主ハ代價カ手形ニ依リ完全ニ支拂ハレタルトキハ破産財團ニ返還スヘキ義務ヲ留保シテ別離請求權ヲ有スルノミ

賣主ノ有スル別離請求權ハ賣買契約ヲ解除スルノ效力ヲ有スルモノニ非スシ

テ賣主ヲ履行以前ノ原状ニ回復シタル目的物ノ占有ヲ更ニ得セシムルモノナリ之ヲ換言スレハ賣買ハ依然成立シ唯賣主カ目的物ノ占有ヲ喪失スルニ因リテ受ケタル不利益ノ地位ヲシテ其占有ヲ喪失セサルカ爲メニ有スル利益ノ地位ニ回復スルニ在リ故ニ管財人カ破産財團ノ爲メニ契約ノ履行ヲ求ムル權能ヲ維持スル旨ヲ適法ニ表示シタルトキハ賣主ハ別離請求權ヲ行フコト能ハス蓋シ管財人ハ完全ナル辨済ヲ爲スニ於クハ賣主ハ毫モ損失ヲ受クルコトナキヲ以テナリ而シテ管財人カ破産財團ノ爲メニ契約ノ履行ヲ求ムル意思表示ヲ爲シタルニモ拘ラス其義務ヲ完済セサルトキハ賣主ハ別離請求權ニ附帶シテ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得可シ獨逸新破産法第一七條

賣主カ有スル別離請求權ノ目的物ハ破産財團ニ屬スルモノニ非ス故ニ管財人ハ之ヲ處分スルノ權限ヲ有セス是ヲ以テ管財人カ到達以前ニ於ク商法第三十五条第六二九條又ハ到達以後ニ於ク破産宣告以後ニ於クル目的物ノ到達ハ別離請求權ノ存續ヲ妨ケサルコトハ獨逸ノ「コレール氏ノ破産法論ニ依ルモ明白ナリ」目的物ヲ處分シタルトキハ其相手方タル第三者ハ善意ノ場合ニ限リ民法

ノ原則ニ從ヒテ権利ヲ取得ス(民法第一九二條第一九五條而シテ第三者カ其義務タル辨濟ヲ未タ管財人ニ對シテ爲ササルトキハ其辨濟ニ付キ別離請求權ヲ行フコトヲ得益シ別離請求權者ト破産債權者團體トノ關係ニ於テハ別離請求權カ物權上ニ行ハルルト債權上ニ行ハルルトノ區別ハ毫モ緊要ナルモノニ非サレハナリ破產者カ破產宣告以後ニ於テ別離請求權ノ目的物ヲ處分シタルトキモ亦同一ニ論決スルコトヲ得ヘシ蓋シ斯ル目的物ハ破產財團ニ屬セスト雖モ破產者ハ別離請求權ノ爲メニ之ヲ處分スルノ權ナキヤ當然ナレハナリ破產者カ破產宣告以前ニ於テ別離請求權ノ目的物ヲ處分シタルトキハ破產者カ目的物上ニ所有權ヲ有シタル場合ナルト否トニ拘ラズ別離請求權ヲ善意ノ第三取得者ニ對抗スルコトヲ得ス蓋シ斯ル場合ニ於テハ善意ノ第三取得者ヲ保護スルヲ正當ト爲セハナリ(民法第一九二條第一九五條商法第三三五條第六二九條)

別離請求權ハ(一)ニ買主又ハ其代理人カ買主ノ破產宣告以前ニ於テ目的物ヲ占有シタルトキニ消滅ス(民法第一八〇條乃至第一八七條運送狀、船荷證券等ノ

體法ニ從ヘハ第一ニ破產財團ニ加入セラレタル目的ニ付キ破產財團ヨリ満足セラルコト能ハサル債權利ヲ有スル者ハ別離請求權ヲ有ス故ニ物權ニ關シテ之ヲ云ヘハ所有權、共有權、永小作權、地上權及ヒ地役權ヲ有スル者ハ別離ヲ請求スルコトヲ得ヘシ殊ニ共有權ニ關シテハ分割以前ニ於テハ目的物全體ニ付キ又分割以後ニ於テハ持分ニ付キ別離ヲ請求スルコトヲ得ヘシ地役權ニ關シテ管財人カ破產者ノ所有地上ニ設定シタル地役權ヲ否認シ又ハ單ニ破產者カ事實上行使シタルニ遇キサル第三者ノ所有地上ニ於ケル地役權的事實ヲ管財人カ破產財團ニ屬スルモノトシテ取扱ヒタルトキハ各權利者ハ何レモ別離ヲ請求スルコトヲ得ヘシ債權ニ關シテ之ヲ云ヘハ債權ノ讓受人、專賣特許權ノ讓受人等ノ如キ破產財團中ニ加入セラレタル債權及ヒ之ヨリ生シタル債權ノ主體ハ別離ヲ請求スルコトヲ得ヘシ其他主人ハ自己ノ許諾ナクシテ支配人カ自己ノ爲メニ爲シタル商行為ヲ自己ノ爲メニ爲シタルモノト看做ストヲ得ルヲ以テ支配人ノ破產ニ於テ斯ル商行為ヨリ生シタル權利ノ別離ヲ請求スルコトヲ得商法第三二條第二ニ破產者ニ對スル契約ノ内容ニ基キ所有權ヲ移轉スルノ意思ナク

シテ破産者ニ交付シタル目的物ノ引渡ヲ求ムルコトヲ得ル者ハ別離請求權ヲ有ス故ニ質貸人ハ質貸物、貸主ハ使用貸借ノ目的物、寄託者ハ寄託物、質權設定者ハ質物委任者ハ受任者ニ交付シタル物、委託者ハ問屋業者ニ交付シタル物ニ付キ別離請求權ヲ有ス破産者ヨリ有體物ヲ買受ケタル者ハ其物件カ特定物ナルトキ又ハ賣主ノ破産以前ニ特定シタルトキニ限り又破産者ニ對シ試験ノ條件ヲ以テ有體物ヲ賣渡シタル賣主ハ破産者タル買主カ其破産宣告以前ニ於テ意ニ適シタル旨ヲ表示セサルトキ即チ試験條件ノ成就セサルトキニ限り賣買ノ目的物ニ付キ別離請求權ヲ有ス何トナレハ前者ノ場合ニ於テハ買主カ又後者ノ場合ニ於テハ賣主カ目的物上ニ付キ所有權ヲ有スルモノナレハナリ取立委任又ハ質入ノ目的ヲ以テ破産者ニ手形ヲ裏書ヲ以テ交付シタル者ハ手形ノ別離請求權ヲ有ス何トナレハ手形上ノ權利ハ之ニ依リテ破産者ニ移轉セサレハナリ取立委任又ハ質入ノ目的ヲ以テ爲サレタル手形ノ裏書讓受人カ同一ノ目的ヲ以テ破産者ニ裏書シタル場合モ亦然リ何トナレハ此種ノ裏書ハ手形上ノ權利ヲ移轉スルモノニ非サレハナリ手形ノ質入又ハ其取立ノ爲メニ手形

ヲ裏書シタル場合ニ於テ其目的ヲ手形ニ附記セサリシトキハ讓渡人ハ讓受人ノ以産シタルトキニ當リ讓渡シタル手形ノ別離請求權ヲ有セサルヘシ何トナレハ此場合ニ於テハ手形上ノ權利ハ外形上完全ニ讓受人ニ移轉スルヲ以テナリ隨テ此手形ハ破産財團ニ屬スト云ハサルヲ得(第四六三條)而シテ此場合ニ於テハ讓法人ト讓受人トノ間ニ於テ手形ヲ返還シ又ハ受取りタル手形上ノ金額ヲ讓渡人ニ交付スヘキ約束ノ存スルヤ當然ナレトモ這ハ利害關係人間ニ於テノミ遵奉セラヘキ債權關係ニシテ手形上ノ權利ノ移轉ニ毫モ影響ヲ及ホスコトナシ取消請求權者ハ取消ノ結果トシテ返還セラルヘキ目的物ニ付キ取消義務者ノ破産ニ於テ別離請求權ヲ有セス何トナレハ取消權ハ一ノ債權ニ外ナラサレハナリ又不當利得ニ原因スル請求權モ亦同一ノ理由ニ依リ利得ノ目的ニ付キ別離請求權ヲ有セス請負人カ材料ヲ供シ且ツ仕事ヲ施シタル場合ニ於テ殊ニ造船請負契約ノ場合ニ於テ注文者カ仕事ノ進行ノ割合ニ應シ報酬ヲ與ヘタル以後ニテ請負人カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ仕事ノ目的物殊ニ船舶ニ付キ別離請求權ヲ有スルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ消極的ニ論決スルヲ正當ノ見解ト認ム何

トナレハ請負人ハ仕事ノ完成ニ至ルマテ仕事ノ目的物ノ所有者ナレハナリ(二)破産ノ一般ノ法理ニ從ヘハ第一ニ隔地取引ノ賣主ハ其送付シタル目的物カ買主ノ破産宣告以前ニ於テ到達地ニ到達セス且ツ破産者タル買主又ハ代理人ノ占有ニ歸セサリシ場合ニ於テ該目的物上ニ別離請求權ヲ有ス此制度ハ第十七世紀以來英國ニ於テ慣習トシテ認メラレ其後有名ナル差止權ノ制度ト爲リ次ニ佛蘭西法ノ認ムル所ト爲リテ羅馬法系諸國及ヒ獨逸法系諸國ニ傳播シ遂ニ文明諸國破産法ノ採用スル所ト爲レリ是レ此制度カ隔地取引ノ安全ヲ保護スルカ爲ミニ缺クヘカラサルモノナレハナリ而シテ賣主ハ其送付シタル目的物即チ動產殊ニ商品及ヒ有價證券ニ別離請求權ヲ主張スルニハ以下ノ要件ヲ具備セサルヘカラス(イ隔地取引ナルコトヲ要ス隔地取引ハ特定ノ動產カ發送地ヨリ到達地ニ達スルカ爲ミニ送付セラルル意義ヲ有スル取引ヲ指示スルニ外ナラス隨テ運送貨及ヒ運送危險ヲ買主カ負擔シタルト到達地カ義務履行地タルト賣主カ自己固有ノ義務トシテ若クハ買主ノ委託ニ因リテ目的物ヲ發送スル爲ミニ運送人ニ或ハ運送取扱人ニ交付シタルト賣主自身カ目的物ヲ發送シタルト)

賣主ニ目的物ヲ賣渡シタル第三者カ目的物ヲ發送シタルト賣主ノ負擔ニ歸シタル義務ノ履行地カ賣主ノ住所ナルト營業所ナルト目的物發送地ナルト目的物到達地ナルト問ハナルナリ然レトモ非隔地取引ニ於テハ賣主又ハ其代理人カ結約後直チニ目的物ヲ他所ニ運搬スヘキ意思ヲ表示シタル場合ナルト買主ト第三者(即チ買主ノ買主ト)ノ約旨ニ基キ目的物ヲ他所ニ運搬スル場合ナルト否トヲ問ハヌ賣主ハ目的物ノ別離請求權ヲ有セス蓋シ先ニ述ヘタル如ク賣主ノ別離請求權ハ隔地取引ニ於テ缺クヘカラサル制度トシテ認メラレタルニ止マレハナリ(ロ)目的物カ買主ノ破産宣告以前ニ於テ到達地ニ到達セス且ツ破產タル買主若クハ其代理人ノ占有ニ歸セサリシコトヲ要ス賣主ハ送付中ノ目的物ニ付キ縦合之ヲ處分スルノ權能ナキ場合ト雖モ別離請求權ヲ有ス隨テ送付中ニ於ケル買主ノ目的物ハ占有ハ毫モ別離請求權發生ノ妨ト爲ラス蓋シ目的物カ買主タル債務者ノ占有ニ歸セサル以上ハ其債權者ハ該目的物ヲ擔保視シタルコトナキヲ以テ債權者ノ權利ヲ害スルコトナキノミナラス破産ニ瀕スル債務者ハ信用ヲ維持シ破産宣告ヲ免レンカ爲ミニ多數ノ取引ヲ爲スヲ通常

ノ状態ト爲スラ以テ之カ爲メニ賣主ニ損失ヲ被ラシムルトキハ取引上ノ信用ヲ害スルコト極メテ大ナレハナリ(ハ)破産者タル買主ヨリ完全ナル辨済ヲ受ケサリシコトヲ要ス、蓋シ賣主カ買主ヨリ完全ナル辨済ヲ受ケタル以上ハ賣主ハ隔地取引ニ付キ毫モ損失ヲ被ルコトナケレハナリ辨済ヲ受ケサル原因ノ如何ハ法理上之ヲ問フ所ニ非サルナリ代價支拂ニ付キ期限アル場合ナルト否トノ如キ賣主ノ完全ナル辨済受領ハ支拂代物辨済又ハ交互計算等ヨリ生ス而シテ賣主及ヒ買主間ニ於テ永年ノ交互計算關係アルトキハ賣主ハ買主ノ破産宣告ヲ受ケタル當時ニ於テ計算上剩餘金アルトキニ限リ別離請求權ヲ有ス買主カ賣主ノ爲メニ手形ノ引受ヲ爲シタルコト其他辨済ノ擔保ヲ供シタル等ノ如キハ完全ナル辨済ト同視スヘキモノニ非ス買主カ辨済ノ爲メニ手形ヲ振出シテ賣主ニ之ヲ交付シタル場合モ亦然リ唯此場合ニ於テハ賣主ハ代價カ手形ニ依リ完全ニ支拂ハレタルトキハ破産財團ニ返還スヘキ義務ヲ留保シテ別離請求權ヲ有スルノミ

賣主ノ有スル別離請求權ハ賣買契約ヲ解除スルノ效力ヲ有スルモノニ非スシ

テ賣主ヲ履行以前ノ原状ニ回復シタル目的物ノ占有ヲ更ニ得セシムルモノナリ之ヲ換言スレハ賣買ハ依然成立シ唯賣主カ目的物ノ占有ヲ喪失スルニ因リテ受ケタル不利益ノ地位ヲシテ其占有ヲ喪失セサルカ爲メニ有スル利益ノ地位ニ回復スルニ在リ故ニ管財人カ破産財團ノ爲メニ契約ノ履行ヲ求ムル權能ヲ維持スル旨ヲ適法ニ表示シタルトキハ賣主ハ別離請求權ヲ行フコト能ハス蓋シ管財人ハ完全ナル辨済ヲ爲スニ於テハ賣主ハ毫モ損失ヲ受ケルコトナキヲ以テナリ而シテ管財人カ破産財團ノ爲メニ契約ノ履行ヲ求ムル意思表示ヲ爲シタルニモ拘ラス其義務ヲ完済セザルトキハ賣主ハ別離請求權ニ附帯シテ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得可シ(獨逸新破産法第一七條)

賣主カ有スル別離請求權ノ目的物ハ破産財團ニ屬スルモノニ非ス故ニ管財人ハ之ヲ處分スルノ權限ヲ有セス是ヲ以テ管財人カ到達以前ニ於テ商法第三五條第六二九條又ハ到達以後ニ於テ(破産宣告以後ニ於ケル)目的物ノ到達ハ別離請求權ノ存續ヲ妨ケサルコトハ獨逸ノ「コーレル氏」ノ破産法論ニ依ルモ明白ナリ目的物ヲ處分シタルトキハ其相手方タル第三者ハ善意ノ場合ニ限リ民法

ノ原則ニ從ヒテ權利ヲ取得ス(民法第一九二條第一九五條而シテ第三者カ其義務タル辨濟ヲ未タ管財人ニ對シテ爲ナサルトキハ其辨濟ニ付キ別離請求權ヲコトヲ得蓋シ別離請求權者ト破產債權者團體トノ關係ニ於テハ別離請求權カ物權上ニ行ハルト債權上ニ行ハルトノ區別ハ毫モ緊要ナルモノニ非サレハナリ破產者カ破產宣告以後ニ於テ別離請求權ノ目的物ヲ處分シタルトキモ同一ニ論決スルコトヲ得ヘシ蓋シ斯ル目的物ハ破產財團ニ屬セスト雖モ破產者ハ別離請求權ノ爲メニ之ヲ處分スルノ權ナキヤ當然ナレハナリ破產者カ破產宣告以前ニ於テ別離請求權ノ目的物ヲ處分シタルトキハ破產者カ目的物上ニ所有權ヲ有シタル場合ナルト否トニ拘ラス別離請求權ヲ善意ノ第三取得者ニ對抗スルコトヲ得ス蓋シ斯ル場合ニ於テハ善意ノ第三取得者ヲ保護スルヲ正當ト爲セハナリ(民法第一九二條第一九五條商法第三三五條第六二九條)

別離請求權ハ(一)買主又ハ其代理人カ買主ノ破產宣告以前ニ於テ目的物ヲ占有シタルトキニ消滅ス(民法第一八〇條乃至第一八七條運送狀、船荷證券等ノ占有シタルトキニ消滅ス)

交付ハ毫モ荷受人ノ爲メニ占有ヲ取得スルノ原因ト爲ラス委託者ノ運送取次人ハ荷受人ノ爲メニ占有ヲ取得セス但シ運送狀ノ交付後破產者ノ爲メニ目的物ヲ保管シタル運送人ハ破產者ノ爲メニ占有ヲ取得スルモノトス然レトモ賣主カ買主タル破產者ノ破產宣告以前ニ於テ占有ヲ取得シタルニモ拘ラス目的物ニ付キ處分權ヲ有シタルトキ例へハ買主タル破產者カ破產宣告以前ニ於テ又管財人カ破產宣告以後ニ於テ目的物ノ缺損ノ爲メニ引取ヲ拒絶シタルトキハ所有權者トシテ別離請求權ヲ有ス(2)ニ管財人カ完全ニ代金ヲ辨濟シタルトキハ消滅ス第二ニ問屋營業者カ買入委託者ニ物品ヲ送付スルトキハ先ニ述ヘタル法理ノ適用トシテ賣主タルノ別離請求權ヲ有ス然レトモ販賣委託者カ買入委託者ヲ債務者トシテ問屋營業者ヲ免除シタル場合ニ於テハ賣主トシテノ別離請求權ヲ有スルヤ當然ナリ(商法第三一一條以下獨逸新破產法第四四條第三ニ妻ハ夫ノ財產ニ付キ破產手續カ開始セラレタルトキハ夫ノ占有ニ係ル特有財產ニ付キ別離請求權ヲ有ス何トナレハ妻ノ特有財產ハ夫ノ破產ニ於ケル破產財團ト爲ラサルヲ以テナリ但シ夫婦共謀シテ夫ノ債權者ヲ害スルコトヲ豫

防スルノ目的ヲ以テ法律「夫婦ノ孰レニ屬スルか分明ナラサル財產ハ夫ノ財產ト推定スルカ故ニ別離請求權ヲ行使スル妻ハ婚姻前ニ有スル財產ニ付テハ其旨ヲ又婚姻中自己ノ名ニ於テ得タル財產ニ關シテハ破産者タル夫ノ財產ヲ以テ取得シタルモノニ非サルコト即チ破産者タル夫ノ爲シタル無效又ハ取消シ得ヘキ權利行爲ノ結果トシテ或ハ破産者タル夫ノ財產上ヨリ不當利得シタル財產ニ非サルコトヲ立證セザルヘカラス(民法第八〇七條獨逸新破産法第四五條)

(ハ) 別離請求權ノ主張 別離請求權ヲ主張セント欲スル者ハ之ヲ裁判上又ハ裁判外ニ於テ破産債權者團體ノ機關タル管財人ニ對シテ主張セザルヘカラス別離請求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產ニ關スル場合ニ於テハ不動產ノ所在地ヲ管轄スル裁判所ニ提起セサルヘカラス(第一〇一五條 民事訴訟法第一四條第二二條)而シテ此訴ハ原告ニ屬スル物件カ破産財團ニ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此訴ニ於ケル申立ハ破產

債權者團體ニ對シ別離請求權ノ目的物ヲ破産財團ヨリ解放スヘキ旨ヲ求ムルニ在リ而シテ該申立ヲ是認シタル判決ハ民事訴訟法ノ規定ニ從テ強制執行ヲ爲スコトヲ得(民事訴訟法第七三〇條乃至第七三二條)  
別離請求權者ハ管財人カ目的物ノ引渡フ請求スルカ如キ攻撃方法ニ對シ別離請求權ノ原因タル權利ヲ防衛方法トシテ主張スルコトヲ得ルハ言ヲ俟タス別離請求權ノ原因タル權利ニ關スル訴訟カ破產手續開始前ニ於テ既ニ裁判所ニ繫屬シタルトキハ民事訴訟法及ヒ破産法ノ規定ニ從ヒ該訴訟ノ中斷及ヒ承繼アルモノトス(民事訴訟法第一七九條、獨逸新破産法第一〇條、獨逸新民事訴訟法第二四〇條)

(ニ) 別離請求權ノ喪失 別離請求權ハ破産財團ヨリ之ニ屬セザル財產ノ別離ヲ請求スルヲ目的ト爲スヲ以テ破産手續繼續中ニ於テ破産財團ニ屬セザル財產カ破産財團中ニ存スル場合ニ限リテ主張スルコトヲ得ルモノナリ故ニ(1)破產手續開始以後ニ於テ管財人カ破產財團ニ屬セザル財產即チ別離請求權ノ目的物ヲ換價シタルトキハ別離請求權ノ消滅フ來スモノト云ハサルヲ得ス隨テ

換價行為ノ對價タル反對給付カ(別離請求權ノ目的物ノ賣得金ノ如キ)破産財團中ニ入リタルトキハ別離請求權者ハ不當利得ノ原則ニ基キテ破産財團ノ請求權者トシテ反對給付ノ交付ヲ請求スルコトヲ得ルノミ然レトモ換價行為ノ對價タル反對給付カ未タ破産財團中ニ入ラサルトキハスル反對給付ヲ目的トスル請求權ノ別離及ヒ讓渡ヲ請求スルコトヲ得ヘシ何トナレハスル請求權ハ實體上破産財團ニ屬スルモノニ非サルヲ以テ條理上別離請求權者ニ別離及ヒ讓渡ノ請求ヲ許スヲ正當ト爲スヲ以テナリ別離請求權者ハ其原因タル權利ニ因リ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蓋シ別離請求權者ハ第三取得者カ民法上ノ原則ニ從ヒ完全ニ權利ヲ取得セサル以上ハ自己ノ權利ヲ對抗スルコトヲ得レハナリ而シテ別離請求權者カ第三取得者ニ對抗シ以テ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能ハサルヘシ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存セサレハナリ然レトモ別離請求權者ハ管財人ヨリ換價行為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

行フコト能ハサルヘシ何トナレハ斯ル場合ニ於テハ別離請求權者ハ管財人ノ換價行為ヲ承認シタルモノニ外ナラサレハナリ別離請求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コト能ハサルトキハ不當利得ノ原則ニ基キテ破産債權者各箇人ニ對シ破産者ニ屬セサリシ財產ノ賣得金ノ配當ニ依リテ受取リタル配當部分ノ返還ノ請求シ或ハ破産者ニ對シテ該賣得金ノ返還ヲ求ムルコトヲ得ヘシ蓋シ破産債權者各箇人ハ法律上ノ原因ナクシテ別離請求權者ノ財產ニ由リテ債務ヲ免レタルヲ以テナリ(2)破産宣告ナクシテ別離請求權者ノ財產ニ由リテ債務ヲ免レタルヲ以テナリ(2)破産財團ニ於テ破産者カ別離請求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效ナリ第九八五條隨テ管財人カスル處分ヲ無效ナリト認定シ其目的物ヲ破産財團トシテ取扱ヒタル場合ニ於テハ別離請求權者ハ其權利ヲ先ニ示シタル法則ニ從ヒテ管財人ニ對シテ主張スルコトヲ得ヘシト雖モ管財人カ破産者ノ行爲ヲ無効ナリト認定セス爲メニ斯ル行爲ノ對價タル反對給付ヲ目的トスル權利カ破産財團トシテ取扱ハルル場合ニ於テハ管財人カ別離請求

權ノ目的物ヲ換價シタル場合ト同一ニ取扱フヘキモノナリ破産者カ破産宣告以前ニ於テ別離請求權ノ目的物ヲ處分シ未タ反對給付ヲ受取ラサル場合ニ於テハ別離請求權ハ破産財團中ニ存スル破産者ノ有スル代價其他ノ反對給付ヲ目的トスル請求權ノ別離及ヒ讓渡ヲ請求スルコトヲ得ヘシ是レ條理上正當視セラレタル法則ナリ然レトモ破産者カ破産宣告以前ニ反對給付ヲ受取リタルトキハ縱令反對給付カ現存スル場合ト雖モ別離請求權ヲ主張スルコトヲ得ス唯破産債權者トシテ満足ヲ享有スルニ過キス(獨逸新破産法第四六條、第五九條第三號)

(二) 別除請求權 簡明的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破産的強制執行ニ於テモ亦破産財團ノ賣得金ニ付テ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產上ニ物的擔保ヲ有スル債權者ノ如キ即チ是ナリ此優先的辨濟ヲ求ムル請求權ヲ別除請求權ト云フ故ニ別除請求權ハ別離請求權ト異ニシテ破産財團ニ屬セサル財產ノ別離ヲ請求スルニ非シ

ヲ却テ破産財團ニ屬シ且ツ特定債權者ノ優先的満足ノ用ニ供スヘキ關係ヲ有スル財產ノ賣得金上ニ別除ノ辨濟ヲ求ムルモノタリ第九九七條以下獨逸新破產法第四七條以下)

(イ) 性質 別除請求權トハ破産財團ニ屬スル財產ノ賣得金ニ付キ破産宣告以前ニ成立シタル財產權ヲ有スル者ノ優先的辨濟ヲ求ムル權利ナリ別除請求權ハ獨立的權利ニ非シテ却テ破産手續以前ニ於テ成立シタル權利ニ依リテ存在スルモノナリ而シテ此別除請求權ノ原因タル權利ハ破産宣告以前ニ於テ成立シタルモノナラサルヘカラス何トナレハ破産宣告以後ニ於テ破産財團ニ屬スル財產上ニ關係ヲ有スル權利ハ破産債權者團體ニ對シテハ有效ニ取得スルコト能ハサレハナリ(第九八五條獨逸新破產法第一五條破產財團ニ屬スル財產ノ賣得金ニ付キ破産債權者ヨリ優先シテ満足ヲ享有スルコトヲ得ヘキ債權者ノミカ破産手續ノ開始ニ拘ラス別除ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ヘシ蓋シ破產手續ノ開始ハ既往ニ遡リテ優先的法理關係ヲ破壊スルノ效力ヲ有セサレハナリ

(ロ) 別除請求権ノ主體 別除請求権ヲ有スル者ハ優先権者相續債権者受遺者及ヒ破産者ト共有關係ヲ有スル權利者ニ外ナラス第一ニ優先権者即チ民法其他ノ法律ニ依リテ定メラレタル(第二八四條、第六八〇條、第九八七條民法第三〇三條乃至第三九八條明治二十二年法律第九號國稅徵收法第一四條、第一五條、第十六條等獨逸新破產第四八條第四九條英破第四〇條佛商第五四六條乃至第五五六條等質權抵當權等ノ如キ債務者ノ財產ノ賣得金ニ付キ優先的辨濟ヲ求ムル權利ヲ有スル者ハ其擔保物ノ賣得金ヨリ費用利息及ヒ元金ノ完済ヲ受クル爲メニ別除ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得第九九七條民法第四九一條優先権者カ別除請求権ヲ有スル理由ハ蓋シ破產宣告アルカ爲メニ優先権殊ニ物權的法律關係ノ效力ヲ害スルコトアレハ優先権ヲ設ケタル法意ニ反ス是ヲ以テ破產的強制執行ハ優先権ニ何等ノ影響ヲ及ボサス唯優先権ノ效力ヲ侵害セサル範圍内ニ於フノミ行ハルト云ハサルヘカラス隨テ優先権者ハ破產宣告ノ存セサル場合ニ於ケルト同シタ民法及ヒ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ其權利ヲ實行スルコトヲ得破產債權者ハ唯殘部ニ對シテ破產的關係ヲ有スルノミ故ニ事實上優先

權ノ存在ヲ尊重スルコトナクシテ其目的物カ破產的差押ニ係リタルトキハ優先権者ハ別除請求権者トシテ優先権ノ目的物カ自己ノ權利ヲ侵害セサル範圍内ニ於テ破產的差押ノ目的物タルヘキモノナリト主張スルコトヲ得サルヘカラサルヲ以テナリ

優先権者ハ破產財團ヨリ辨濟ヲ受ケタルトキハ(第九九七條第一〇四五條別除ノ請求ヲ爲スコト能ハス何トナレハ之ニ依リテ別除請求権ノ原因タル權利力消滅スルヲ以テナリ又優先権者ハ賣得金ノ剩餘ヲ取得スルコトヲ得ス何トナレハ該剩餘ハ破產財團ノ一部分ニ外ナラサレハナリ商法第九百九十七條末段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権者ハ賣得金ニ付キ費用利息及ヒ元金ノ支拂ヲ受タル權アルニ止マルヲ以テ買主ハ直接ニ相當金額ヲ優先権者ニ支拂ヒ其剩餘ハ破產財團ニ屬スルモノナレハ之ヲ財團ニ拂込ムヘキモノナルヲ以テ此法律ニ依レル賣却ノ場合ハ同條末段ノ適用ヲ見ス唯任

意賣買ノ場合ニノミ必要ナリトス故ニ立法上ノ見解トシテハ同條ハ全然無用ナリト云フヘシ第一〇一八條優先權者ハ其擔保物ノ賣得金ヨリ完全ナル辨濟ヲ受ケサルトキハ其未済債權額ニ付キ破産債權者トシテ届出ツルコトヲ得ヘシ蓋シ前述ノ如ク別除請求權ニ依リ擔保セラレタル債權ハ破產者其者ニ對スル破產債權ニ外ナラス(第九九九條獨逸新破產法第六四條又優先權ノ順位ハ民法及ヒ特別法ノ定ムル所ナルヤ言ヲ俟タス)第九九八條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別離請求權ヲ有スルモ別除請求權ヲ有セス隨テ茲ニ所謂受遺者ハ相續財產ニ於ケル給付ヲ目的トシタル債權ヲ取得シタル者ト解セザルヘカラス)破產者タル相續人ノ承繼シタル相續財產ニ付テ別除請求權ヲ有ス債務者其人ノ事實上ノ變更ニ因リ債權者ノ意思ニ關係ナク之ヲ不利益ナル地位ニ陷ルコトハ法理ノ許ササル所ナリ故ニ法律ハ相續人ニ不利益ナル相續ノ限定承認ヲ爲スコトヲ認メタルト同シタ民法第一〇二五條相續債權者及ヒ受遺者ニ相續人固有ノ債務多ク爲メニ相續人ノ債權者ト相續財產上ニ競合スルニ由リ生スルコトアルヘキ不利益ヲ避タル方法トシテ相

續ノ開始シタル場合ニ相續財產ノ別離請求權ヲ認メ又破產シタル場合ニ相續財產上ノ別除請求權ヲ認メタリ(第一〇〇〇〇條民法第一〇四一條佛民法第八七八條、第二一一條獨舊破產法第四三條但シ獨逸新破產法ハ之ニ關スル規定ヲ設ケス)立法上ノ理由相續債權者及ヒ受遺者カ相續人ノ財產ニ付キ破產手續ノ開始アリタル場合ニ於テ相續財產ニ付キ別除請求權ヲ主張スルニハ第一ニ破產者タル債務者カ破產手續終局マテニ於テ單純承認ニ因リ相續財產ヲ取得シタルコトヲ要ス相續人カ限定承認ヲ爲シタル場合ニ於テ相續財產カ各相續債務ヲ完済スルニ充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財產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(相續人若クハ相續人ノ破產宣告ヲ受ケタル管財人ハ財產目錄ヲ調製シ相續財產ヲ相續人固有ノ財產ヨリ別除スルコトヲ得ルヤ當然ナリ)又相續財產カ各相續債務ヲ完済スルニ不充分ナルトキハ理論上該財產ニ付キ破產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続人ノ債權者カ該破產手續ニ加入セサルヲ當然トス(獨逸新破產法第二一四條)限

定承認ノ相續人ノ財產ニ付キ破産手續カ開始セラレタルトキニ於テハ該破產ト相續財產ニ關スル破產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產ノ分離請求權及ヒ別除請求權ノ實用ナキヤ言フ矣タス相續人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產ハ相續人ノ財產ト混同ノ相續債權者及ヒ相續人ノ債權者ノ區別モ亦存セサルニ至ルヲ以テ(民法第一〇二三條此二者ハ互ニ相續人ノ財產上ニ債權ノ完済ヲ享有スルカ爲メニ競合セサルヲ得サルニ至ル此關係ハ相續財產カ各相續債權者ノ債權ヲ完済スルニ充分ニシテ且ツ相續人カ其固有ノ財產ヨリ多額ノ債務ヲ負ヒタル場合若クハ相續人カ相續財產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タリ蓋シ相續債權者ハ相續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領スルコトヲ得ヘキニ拘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產上ニ破產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產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不利益ヲ被ラシムルハ條

理ニ反シ且ツ取引上ノ信用ヲ害スルヤ明白ナリ何トナレハ各人カ債務關係ヲ成立セシムルニ當リテハ相手方ノ信用的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產ト相續人ノ財產トノ混同ノ結果トシテ相續債權者ノ損害ニ於テ利害ヲ受ケ即チ不當ニ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モ亦適用セラルムノタリ是ヲ以テ羅馬法及ヒ獨逸普通法ハ相續人カ破產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由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產ニ付キ別除請求權ヲ認メタリ我法律モ亦之ヲ認メタリ(第一〇〇〇條、民法第一〇四一條)(舊魯西ノ破產法第三十七條第二百五十六條獨逸破產法第四十三條ハ相續人カ破產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請求權ヲ認メタルカ如シ故ニ相續財產ノ別除請求權ハ單純承認ノ相續人アル場合ニノミ存在スルモノト謂フヘシ……獨逸ノ破產法ニ依レハ破產手續開始以前ニ於テ債務者ノ取得シタル財產ノミ

カ破産財團ニ屬スルコトハ先ニ述ヘタルカ如シ隨テ破産手續開始後ニ於テ取  
得シタルモノハ縦合相續ニ因リ取得シタル財產ナリト雖モ破産者ノ自由財產ニ  
屬シ破産財團ト爲ラス故ニ獨逸ノ破産法第四十三條ニ於テハ破産手續ノ開始  
以前ニ相續ニ關シテ規定スル所アルニ過キス然レトモ我商法起草者ハ破産手  
續開始以後ニ於テ債務者ノ取得シタル財產ハ破産財團ニ屬スルノ妨トナラサ  
ル佛法系諸國ノ立法主義ヲ採用シテ立案シ以テ商法第千條ノ確定法文ト爲リ  
タルモノナリ故ニ特ニ「支拂停止後」ト明言シ支拂停止以前ニ於ケル相續財產ノ  
取得ハ勿論支拂停止以後ニ於ケル相續財產ノ取得ノ場合ト雖モ相續財產ニ付  
キ別除請求權アルコトヲ示シ併セテ獨逸派ノ主義ニ據ラサルコトヲ示シタル  
ニ外ナラス隨テ反對推理ニ基キ支拂停止以前ニ於ケル相續財產取得ノ場合ニ  
於テハ相續財產ニ關スル別除請求權ナキモノト謂フヘカラス第二ニ相續財產  
ノ現存スルコトヲ要ス蓋シ相續財產ノ現存スルコトナクンハ相續財產ノ別除  
請求權ヲ行フニ由ナケレハナリ故ニ相續債權有ヒ受遺者ハ破産財團中ニ存ス  
ル相續財產タルノ性質ヲ失ハサル各箇ノ財產ニ關シテハ主タル物ト從タル物  
ト又代リタル物殊ニ未タ債務者ニ支拂ハレサル相續財產ニ屬スル金錢例ヘハ  
相續人ニ依リテ賣却セラレタル相續財產ニ關スル代金ノ支拂ヲ目的トスル債  
權タルトヲ間ハス別除請求權ヲ行フコトヲ得然レトモ相續人カ取立タル金錢  
三關シテハ別除請求權ヲ行フコト能ハス何トナレハ斯ル金錢ハ他ノ財產ト混合  
ジ別除請求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ク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シタル權利行爲ハ民法第四百二十四條ニ從  
ヒ之ヲ攻擊スルコトヲ得ヘシ(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請  
求權ヲ主張スルコト能ハス何トナレハ之ニ因リテ別除請求權ノ原因タル權利  
カ消滅スルヲ以テナリ又相續債權者及ヒ受遺者ノ權利ニ付キ満足ヲ供シタル  
相續財產ノ剩餘ハ相續人ノ破産財團ニ屬スルヤ當然ナリ別除請求權ヲ主張シ  
タル相續債權者及ヒ受遺者ハ他ノ別除請求權者ト同シク別除請求權ヲ拋棄シタ  
ル部分又ハ別除請求權ノ主張ニ依リテ満足ヲ享有スルコト能ハサリシ部分ニ

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ノ舊思想ハ相續人ハ當然相續債權者ノ債務者タルヲ以テ債權者カ別除請求權ヲ主張シタルカ爲メニ之ニ對スル對人責任ヲ免ルモノニ非スト云フニ在リテ「バヒニヤン氏」ヲ贊シ羅馬ノ新思想ハ債權者ハ別除請求權ヲ主張スルニ因リテ相續人ニ對シテ有スル對人的請求權ヲ喪失スルモノナリト云フニ在リテ「ウルビヤン」「ホール氏」等ノ専ラ唱道シタル所ナリ普魯西破産法第三十九條獨逸舊破產法第五十七條ハ羅馬ノ舊思想ヲ是認シタルモノノ如シ我商法モ亦然ラン(民法第一〇四八條商法第九九八條準用又相續債權者及ヒ受遺者ノ相續財產上ニ別除的満足ヲ享有スル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次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ク共有財產民法第七九六條第七九七條等ノ原因ニ基キ破產者ト其有關係ヲ有スル者ハ分割ニ因リ破產者ニ歸スヘキ共有物ノ部分ニ付キ共有ニ關スル債權ノ満足ヲ享有スルカ爲メニ別除請求權ヲ主張スルコトヲ得蓋シ共有權者ハ單獨體トシテ利益及ヒ不利益ヲ被ルヘキ團體ヲ組成スルモノナルカ故ニ破產者ニ歸ス

ハキ純然タル其有物ノ部分ノミカ破產財團ニ屬シ以テ破產債權者ノ満足ヲ用ニ供セラルヘキヲ正當ト爲スヲ以テナリ(民法第二五九條獨逸民法第七五六條獨逸新破產法第五一條同舊破產法第四四條如何ナルモノカ共有ニ關シテ生シタル債權ト認ムヘキヤハ民法ニ於テ之ヲ研究スヘシ民法第二五三條第六八八條獨逸新民法第七三三條第七三四條第七四五條第七五五條第一四六三條乃至第一四六七條第一四七六條第一四七八條第一四九九條第一五〇四條第二〇三八條第二〇五〇條乃至第二〇五五條等而シテ此種ノ別除請求權ニ關シテハ共同物ノ分割ヲ爲シ且フ之ニ因リテ破產者ニ歸スヘキ部分カ破產財團ニ加ハリタルコトヲ前提要件ト爲スハ言ヲ俟タス

(ハ) 別除請求權ノ主張 別除請求權者ハ裁判外又ハ必要ノ場合ニ於テハ裁判上ニ別除請求權ヲ管財人ニ對シテ主張セサルヘカラス何トナレハ管財人カ破產財團ニ屬スル別除請求權ノ目的物ニ付キ處分スルノ權限ヲ有スルヲ以テナリ而シテ裁判上ノ主張即チ訴ハ事情ニ從ヒ或ハ確認訴訟タルコトアリ或ハ執行訴訟タルコトアリ又破產宣告ノ當時ニ於テ別除請求權ノ原因タル權利ニ付キ

訴訟カ繫屬シタルトキハ管財人ヨリ又ハ管財人ニ對シテ承繼スヘキモノナリ  
(獨逸新破産法第一條)但シ別除的滿足ハ破産手續ニ關係ナク即チ破産手續ノ  
開始セサリシ場合ト同シク民法及ヒ民事訴訟法ノ規定ニ從テ享有スヘキモノ  
ナリ何トナレハ別除請求權者ハ別除權ヲ主張シタル範圍内ニ於テハ破産債權  
者ニ非ナルヲ以テナリ(獨逸新破産法第四條第二項)別除請求權ノ目的物ハ當然  
破産財團ニ屬シ且ツ別除的滿足ノ用ニ供シタル殘額ハ當然破産財團ニ歸屬ス  
ルヲ以テ別除請求權者ハ破産債權者ノ利益ノ爲メニ法律上特定ノ義務ヲ負  
擔ス別除請求權ノ權利ヲ届出テ(目的物ヲ占有シタルトキハ其旨ト共ニ)第一  
〇二三條、獨逸新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  
シ第一〇〇六條第二項、獨逸新破産法第一一二〇條受戻ニ同意シ(第一〇一九條)佛  
蘭西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(第一〇  
一八條)ルカ如キ即チ是ナリ蓋シ届出ハ別除請求權ノ存否ヲ知ラシメ以テニ  
處スル適當ノ處分即チ受戻若クハ優先辨濟ヲ促シ評價ハ目的物ノ價額ヲ知リ  
受戻權ヲ行使スル利害又ハ破産財團ニ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  
當然ニシテ又別除請求權者ハ目的物ノ賣得金上ニ優先的辨濟ヲ求ムルノ權利  
アルニ過キサルヲ以テ目的物ノ換價ニ付キ異議ヲ申立ツルコト能ハナルヤ當  
然ナレハナリ我帝國ノ破産法ハ當然外國ニ行ハレサルヲ以テ破産財團ニ屬ス  
ル財產ヲ占有スル外國ノ居住者ハ特定債權ノ満足ヲ受クルカ爲メニ内國法ノ  
認メナル別除請求權ヲ行フコトアリ此事實ハ主トシテ破産債權者カ破産手續  
開始後又ハ債務者ノ支拂停止ヲ認識シタル後破産財團ニ屬スル財產ヲ占有ス  
ル外國ノ居住者ニ對シテ破産債權ヲ讓渡シ若クハ該占有者ニ破産債權ヲ取得  
セシムルノ目的ヲ以テ仲介人ニ破産債權ヲ讓渡スルニ因リテ現ハルルモノナ  
リ此場合ニ於テハ破産債權者ハ破産財團ニ對シテ外國居住ノ占有者カ別除請  
求權ヲ占有物ニ行ヒタルニ因リテ破産財團ニ歸セサリシ部分ヲ賠償セサルヘ  
カラス仲介人ハ民法第七百十九條ニ依リ連帶責任ヲ負フコトアリ何トナレハ  
破産債權者ハ我國法ニ從テ別除的滿足ヲ享有スルノ權利ナキニモ拘ラス外國  
法ヲ利用シテ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而シテ此損害賠償請求權ハ外國ノ居住者ニ對シ別除請求權ヲ取得シタル行爲ノ無效又ハ取消第九九〇條乃至第九九三條破産以後ハ無效破產以前ハ取消ヲ對抗スルコト能ハサルヨリシテ破産債權者ノ利益ノ爲メニ代ルヘキモノナルヲ以テ破産債權者團體ニ屬シ又管財人ニ依リテ行使セラレ隨テ該請求權ハ破產手續繼續中ニ於テノミ主張セラル又破產者ニ移轉セサルモノト謂フヘシ但シ該請求權ニ關スル訴訟カ破產手續終結以後ニ至リテモ未タ終局セサルトキハ取消權ニ關スル訴訟ト理論上同一ニ取扱ハルヘキモノト謂フヘシ(第九九一條)

(二) 別除請求權ノ喪失 別除請求權ハ破產財團ニ屬スル財產ニ付キ優先的辨濟ヲ求ムル權利ナルヲ以テ(一)別除請求權ノ主張ナキ場合ニ當リ管財人カ他ノ破產財團ト同シク別除請求權ノ目的物ヲ管理及ヒ換價シタルトキハ喪失スルモノトス蓋シスル換價ニ因リ別除請求權ノ目的物カ破產財團タルノ性質ヲ失ヒタレハナリ而シテ管財人ノ換價ニ因リテ別除請求權ノ原因タル權利カ消滅シタルトキハ別除請求權者ハ破產財團上ノ請求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何トナレハ破產財團ニ於テ別除請求權者カ其權利ノ行使ニ依リ享有ス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請求權ノ原因タル權利カ消滅セサルトキハ(抵當權ノ如キ)別除請求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(二)破產手續ノ終結ニ因リテ喪失スルモノトス何トナレハ破產手續終結以後ニ於テ破產財團ナルモノ存セサレハナリ而シテ別除請求權ノ原因タル權利カ目的物ノ換價ニ因リテ消滅シタルトキハ別除請求權者ハ各破產債權者ニ對シテ自己ノ損害ニ於テ取得シタル利得ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ別除請求權ニ關スル訴訟カ破產手續終結以前ニ於テ未タ終局セサルトキハ破產者ヨリ又ハ破產者ニ對シテ承繼セラルモノトス何トナレハ別除請求權ノ目的物ニ關スル處分權及ヒ其賣得金ニ關スル處分權ハ破產者ニ移轉スレハナリ(三) 破產財團上ノ請求權 破產債權者ニ平等的満足ヲ得セシムルカ爲メニ必要ナル管理、換價及ヒ配當ヲ爲スニ因リテ茲ニ費用ヲ必要トシ又管財人カ其職權ニ屬スル行爲ヲ爲シタルニ因リテ茲ニ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ミ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者ノ債權ヨリモ優先的ニ満足セラレサルヘカラス之ヲ換言スレ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有ス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了以前ニ辨濟セサルヘカラス此等ノ負擔ニ基キ破産債權者ヨリ優先シテ破産財團上ニ満足ヲ求ムル債權ヲ破産財團上ノ請求權ト謂フ故ニ此請求權へ破産債權ト異ニシテ破産宣告ノ際ニ又ハ破産宣告以後ニ於テ破産財團ノ負擔トシテ發生シ又別除請求權ト同シク破産債權者ヨリ優先的ニ満足ヲ享有スル權利ナリト雖モ別除請求權ト異ニシテ破産財團ニ屬スル特定財產ノ賣得金上ニ優先的満足ヲ制限セラレサルモノナリ第一〇三三條獨逸新破産法第五七條第六〇條佛蘭法律ニ於テハ法文上此種ノ明文ナシト雖モ法理上斯ル請求權ヲ認メタルコトハ「リオンカン」氏ノ商法講義第七冊第五百五十六號乃至第五百六十一號ニ依リテ明白ナリ

(イ) 性質 破産財團上ノ請求權トハ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(一)破産財團上ノ請求權ニ對スル義務ヲ負フ者ハ破産者ナリヤ破産債權者團體ナリヤヘ獨逸法學者ノ大ニ論爭スル所タリ獨逸破産法理由書及ヒ之ヲ賛成スル「ウキルモスキ」、「ベルテルゼン」「ブ・チング」「デルンブルヒ」氏等ハ破産者ナル旨ヲ主張シタリ其論據ハ獨逸普通法、普魯西破産法、佛蘭西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レ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產權若クハ其處分權ヲ承繼シタリトノ觀念ニ基キタリ然レトモ獨逸破産法ハ斯ル觀念ヲ是認セサリシモノニシテ破産者ハ依然破産財團ノ主體ニシテ管財人カ唯破産者ニ代リテ破産財團ヲ管理スルニ過キス故ニ破産財團上ノ請求權ニ對スル義務ハ破産者ノ負フ所ニシテ破産債權者ノ對人的一ニ負フモノニ非スト云フニ在リ「コレル」「ゾイフュルド」及ヒ佛蘭西ノ「リオンカン」氏等ハ破産債權者團體ナル旨ヲ主張シタリ其論據ハ破産財團上ノ請求權ノ一部ハ外界ニ對スル破産債權者團體ノ取引ヨリ生スル債務ニシテ他ノ一部ハ破産債權者團體ト其機關破産者國家及ヒ公法人トノ間ニ發生シ且フ破産手續

終結以前ニ於テ支拂フヘキ性質ヲ有スル債務(財團費用)ナルヲ以テナリト云フニ在ルモノノ如シ此兩説中何レヲ可ト爲スカハ固ヨリ諸君ノ選擇ニ委スルト雖モ余輩ハ後者ヲ贊成スルニ躊躇セス何トナレハ前者ハ後述スル如ク破産者カ破産財團上ノ請求權ヲ有スルコトアルヲ以テ理論ニ適セサルノ觀アレハナリ(二)破産財團上ノ請求權ハ破産債權ヨリ優先シテ支拂ハルヘキモノタリ破産者ヲ以テ義務者ナリト主張スル論者ハ破産財團上ノ請求權ハ元來破産債權者ノ利益ノ爲メニ破産財團ノ組織及ヒ債權者ニ平等の満足ヲ得セシムル目的ニ基因スル事實ヨリ發生スルモノナルヲ以テ破産債權者ハ斯ル請求權ノ行使ニ依レル破産財團ノ減少ヲ義務トシテ承認セサルヘカラス故ニ破産財團上ノ請求ハ破産財團上ヨリ破産債權ノ満足ヲ享有スル以前ニ於テ其満足ノ完全ナルト否トニ拘ラス優先的ニ満足セラ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論者ハ破産財團上ノ請求權ニ對スル債務ハ破産債權者團體ノ負フ所ナルヲ以テ破産債權ヨリ優先的ニ支拂ヘルルヲ當然トス<sup>ト</sup>ノ單純ナル説明ヲ爲スニ止マレリ余輩モ亦斯ル説明ヲ以テ足レリト

## 信ス

(ロ) 破産財團上ノ請求權ノ主體及ヒ其種類 破産財團上ノ請求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ナリ獨逸ノ破産法ハ破産財團上ノ請求權ノ主體ヲ財團債權者ト稱シ破産財團上ノ請求權ヲ分類シ財團費用及ヒ財團債務ト稱シ佛國商法ハ學說上破産財團上ノ請求權ノ主體ヲ破産債權者團體ノ債權者ト稱シ獨逸ノ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破産財團上ノ請求權ノ主體ヲ特種ノ債權者ト稱シ該請求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數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而シテ此分類ハ獨逸破産法ノ分類ト其實質ヲ異ニセス且ソ學理上獨逸破産法ノ分類ニ讓ル所アルヲ以テ余輩ハ獨逸破産法ノ分類ニ基キテ我破産法ノ認メタル破産財團上ノ請求權ノ種類ヲ略述スヘシ

財團費用ト財團債務トヲ區別スルノ標準ニ二者アリ(第一)ハ破産財團上ノ債權ノ性質ニ基キ破産手續ニ於テ適當ニ要スル費用ヲ財團費用ト稱シ破産財團

上ニ於ケル不當利得ニ基ク増加ナカラシムルカ爲メニ破産財團上ヨリ破産債權者ニ優先シヲ支拂フ爲スヘキ債務ヲ財團債務ト稱シ主トシテ「デルンブルヒ」<sup>フ・チ・ン・グ・ミ</sup>等ノ如キ破産財團上ノ請求權ニ對スル義務者ヲ破産者ナリト主張スル學者ノ採用スル所ナリ(第二)ハ破産財團上ノ請求權ノ當事者ニ著眼シ破產債權者團體ト裁判所團體機關國家及ヒ公法人トノ間ニ於ケル法律關係ニ基クモノヲ財團費用ト稱シ破產債權者團體ト前示以外ノ者トノ間ニ於ケル法律關係ニ基クモノヲ財團債務ト稱シ主トシテ「コーレル」<sup>ソ・イ・フ・ニ・ル・ド・ミ</sup>ノ如キ破產財團上ニ於ケル請求權ニ對スル義務者ヲ破產債權者團體ナリト主張スル學者ノ採用スル所ナリ余輩ハ主トシテ第二ノ標準ニ基キ破産財團上ノ請求權ノ種類ヲ略述スヘシ益々前述ノ如ク余輩モ亦破產債權者團體ヲ以テ破産財團上ノ請求權ニ對スル義務者ナリトノ論旨ヲ贊シタレハナリ

(二) 財團費用 財團費用トハ破産債權者團體ト團體機關、裁判所、破産者、國家及び其他公法人トノ間ニ於ケル法律關係ヨリ生スル請求權ニシテ破產ノ内部ノ關係ニ屬スル費用タリ是ヲ以テ第一共同手續ノ爲メニ要スル裁判上ノ費用(第

一〇三二條第一項獨逸新破産法第五八條第一項即チ破産手續ノ開始進行及終局ニ屬スル裁判上ノ手續ノ爲メニ國家ニ支拂フヘキ手數料ハ財團費用ニ屬ス故ニ(1)破産手續開始以後ニ於ケル手續ニ關スル費用ハ勿論破産手續開始ノ準備殊ニ申立ニ關スル費用モ亦裁判上ノ費用トシテ財團費用ニ屬ス隨テ國家カ支辨シタル費用商法施行法第一四〇條ハ勿論破産手續開始ノ申立ヲ爲シタル債權者ノ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裁判上ノ費用ノ支拂ニ充テタル部分ハ裁判上ノ費用トシテ財團費用ニ屬スト謂ハツルヘカラス蓋シ破產財團ハ債權者ノ費用豫納ニ依リ裁判上ノ費用ヲ支拂フヘキ義務ヲ免ルルモニ非サレハナリ(2)管財人力破產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モ亦然リ(フ・チ・ン・グ・ミ)此種ノ費用モ猶ホ管理費用中ニ包含セシメタルハ當ヲ失シタルニ似タリ(3)協議契約手續ハ破產終局手續三外ナラナルヲ以テ之ニ關スル費用モ亦裁判上ノ費用トシテ財團費用ニ屬スト謂ハツルヘカラス獨逸ニ於テハ「フ・チ・ン・グ」「ベーテルゼン」「ウ・ガ・ル・モ・ス・キ」民等ハ協議契約ハ必スシモ共同利益ノ爲メニ締結セラル

ルニ非サルヲ理由トシテ反対ニ論決スト雖モ斯ル論決ハ「デノンブルヒゾイフエルド氏等ノ排斥スル所ニシテ又余輩ノ我破産法ノ解釋トシテ賛成セサル所ナリ然レトモ別除請求權ノ主張ニ因リ生シタル費用及ヒ破産債權者相互間ノ訴訟ヨリ生シタル費用ハ第一〇二七條第一〇二九條茲ニ所謂費用タル裁判上ノ費用トシテ財團費用ニ屬スルモノニ非ス何トナレハ這ハ破産手續ノ爲メニ要シタル費用ニ非サレハナリ第二管理費用即チ管理及ヒ換價權利行使ニ因リ法律上發生シタル破産財團ノ管理、換價及ヒ配當ニ關スル裁判外ノ費用ハ財團費用ニ屬ス第一〇三二條故ニ(1)郵便費、工錢、賃金、保險料、租稅等ニ付キ管財人カ爲シタル立替及ヒ管財人ニ支拂フヘキ報酬等ノ如キ法律關係ニ因リテ破産債權者團體カ其機關タル管財人ニ對シ負ヒタル債務ハ管理費用トシテ財團費用ニ屬ス(2)破産財團ノ爲メニシタル狹義ノ管理費用實錢、工錢等モ亦然リ(3)破産手續繼續中ニ納入期ノ到來シタル諸稅其他公ノ手數料ノ如キハ管理費用トシテ財團費用ニ屬ス蓋シ破産債權者團體ハ國家其他ノ公法人ニ對シテ諸稅及ヒ公ノ手數料ヲ納入セスシテ破産財團ヲ利用シ及ヒ處分スルコト能ハサレハナ

リ但シ獨逸ノ「フェルデルンドルフ」氏ハ破産財團ヨリ諸稅及ヒ公ノ手數料ヲ支拂フコトハ管理費用タルカ故ニ非スシテ却テ管財人ノ行爲即チ管財人カ占有シタル財團ヲ即時ニ讓渡セサルノ事情ニ基クモノナルヲ以テ財團債務タルカ故ナリト主張シタリト雖モ多數ノ學者ノ排斥スル所ナリ而シテ我商法第十三十二條第二號ニ於テ特ニ公ノ手數料及ヒ諸稅ト規定シ管理費用中ヨリ之ヲ控除シタル理由ハ唯公ノ手數料及ヒ諸稅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ニ止マリ管理費用タルノ性質ヲ有セサルカ爲メニ非スト認ム(獨逸新破産法第五八條第三項)第三、其他ノ破産手續上ノ費用殊ニ破產者及ヒ其家族ニ給付スヘキ扶助料第一〇〇七條ハ財團費用ニ屬ス然レトモ破產者ノ埋葬費用ハ此限ニ在ラサルヘシ何トナレハ破産手續ノ目的及ヒ實施ハ理非ト何等ノ關係ヲ有セサレハナリ

(二) 財團債務 財團債務トハ破産債權者團體ト外界ノ第三者トノ間ニ於ケル法律關係ヨリ生シタル債務ヲ指示ス而シテ債務ハ法律行爲不當利得及ヒ不法行為ヨリ發生ス故ニ財團債務モ亦此等ノ原因ニ付キ發スルモノト謂フヘシ即

第一、管財人カ破産債権者團體ノ代理人トシテ法律上許サレタル權限内ニ於テ爲シタル法律行爲及ヒ行爲カ第三者ノ爲メニ發生シタル請求權ハ財團債務ニ屬ス(第一〇三二條第三號獨逸新破産法第五九條第一項如何ナル行爲カ法律上管財人ノ權限内ニ在ルヤ否ヤハ破産ノ目的ニ基キテ之ヲ定メサルヘカラズ故ニ破産財團ニ屬スル債權タル債務ノ免除ノ如キハ管財人ノ職權トシテ爲シ能ハサル所ナリ然レトモ管財人カ爲シタル行爲ハ破産債権者團體ノ利益ニ歸シタルヤ否ヤハ財團債務發生ノ原因タルヤ否ヤノ標準ト爲ラス故ニ破産債権者團體ノ不利益ニ歸シタル行爲ト雖モ管財人ノ權限内ノ行爲タル以上ハ財團債務ヲ發生スルノ妨ト爲ラス隨テ管財人カ破産財團ノ爲メニ爲シタル貸借ニ基ク債權及ヒ破産財團ノ換價ノ爲スニ取扱ヒタル賣買ニ基ク請求權履行請求權賠償請求權タル債務ハ財團債務ト謂フヘシ其管財人カ職權ノ實行トシテ爲シタル行爲ヨリ第三者ノ爲メニ發生シタル損害賠償請求權ハ財團債務トシテ辨済セサルヘカラス何トナレハ破産債権者團體ハ其機關タル管財人ノ職務内ノ行爲ニ付キ生シタル損害ニ付キ賠償責任ヲ負フモノノナレバナリ管財人ノ

爲シタル訴訟ニ付キ相手方ニ賠償スヘキ訴訟費用ハ財團債務タルヤ言ヲ埃及管財人カ受任者ヲシテ自己ノ職權内ノ行爲ヲ爲サシメタル場合ニ於テハ管財人自身カ爲シタル行爲ヨリ生シタル債務ト同シク財團債務ト爲ル獨逸民法第二七八條第三者ニ未タ支拂ハサル貨金工錢保險料等モ亦然リ但シ管財人ノ立替ニ因リテ管財人ニ對シテ發生シタル債務ハ管理費用ニシテ財團債務ニ非サルナリ蓋シスル債務ハ破産債権者團體カ管財人ニ對シテ負擔シタルモノナレハナリ第二、債務者カ破産宣告以前ニ於テ締結シ未タ履行セサル雙務契約ニ基キ管財人カ破産財團ノ爲メニ履行シ要求シタル場合ニ於テ相手方ノ反對給付ヲ求ムル權利及ヒ貸貸借雇傭契約等ノ如ク雙務契約ノ破産宣告以後ニ於テ存續シタル場合ニ於テ貸貸人雇人等ノ有スル請求權ハ財團債務トシテ辨済セサルヘカラス(民法第六二一條第六三一條獨逸新破産法第五九條第三項第三、受任者カ委任者ノ破産宣告ヲ受ケタルニ因リ委任ノ終了シタル場合ニ於テ急追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務トシテ支拂フヘキモノノナリ何トナレハ此場合ニ於テ

ハ委任ノ存續シタルモノト看做スヘキモノナルヲ以テナリ民法第六五三條第六五四條第四破産債權者團體ノ不當利得ニ基キテ發生シタル債務ハ財團債務ナリ獨逸新破産法第五九條第三項破産債權者團體ノ不當利得ハ法律上ノ原因ナキ破産財團ノ増加ナリ故ニ他人ノ財產カ破産財團ニ屬スル物トシテ賣却セラレ又ハ第三者カ破産財團ニ屬スル財產ニ必要費若クハ有益費ヲ施シタルニ因リ發生シタル第三者ノ請求權ハ財團債務トシテ辨濟セラレサルヘカラス然レトモ破産債權者團體ノ不當利得ニ非スシテ債務者カ破産宣告以前ニ於テ不當ニ利得シタルモノハ破産債權ニシテ又破産宣告以後ニ於テ破産者ニ債務ヲ供シ或ハ破産者ノ爲ミニ財產ヲ浪費セラレタルニ因リテ生シタル債權ハ破產者ニ對スル債權ニシテ財團債務ニ屬スルモノニ非ス

(三)破産財團上ノ請求權ノ主張 破産財團上ノ請求權ハ破産債權者團體ノ機關タル管財人ニ對シ訴ヲ提起シ又ハ破産宣告以前ニ於テ破産財團上ノ請求權ニ於テ即チ訴ヲ以テ之ヲ主張シ届出及ヒ確定ノ手續ニ從フコトヲ要セス何トナレハ破産財團上ノ請求權ハ破産債權ニ非サレハナリ(第一〇三二條第一項管財人カ破産財團上

請求權ノ存在若クハ數額ヲ是認セサルトキハ該請求權者ハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒテ管財人ニ對シ訴ヲ提起シ又ハ破産宣告以前ニ於テ破産財團上ノ請求權ニ關スル訴訟繼續シタルトキハ管財人ヨリ又ハ管財人ニ對シ訴訟ヲ受繼セサルヘカラス(第九八五條第三項破産財團上ノ請求權ニ關スル訴訟カ配當ニ依レル破産手續終局ノ當時未タ終局セサルトキハ該請求權者ノ爲ミニ係争金額ヲ供託セサルヘカラス而シテ其訴訟ハ猶ホ管財人ニ對シテ續行セラルルモノナリ何トナレハ供託額カ副位的ニ配當スヘキ財團タルヘキヲ以テナリ然レトモ破産財團上ノ請求權ニ關スル訴訟カ協議契約ニ依レル破産手續終局ノ當時未タ終局セサルトキハ該訴訟ハ破産者ニ對シテ續行セラルルモノトス何トナレハ供託額カ副位的ニ破産者ノ財產ニ歸屬スルモノナレハナリ

管財人カ破産財團上ノ請求權ヲ是認シタルトキハ破産主任官ノ指揮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何トナレハ破産財團上ノ請求權ハ破産債權ニ非サレハナリ(第一〇三二條末項而シテ管財人カ破産財團上ノ各請求權ヲ完済スルニ充分ナラスト認メタルト

キハ商法第千三十二條ニ規定シタル順位ニ依リ又同順位ノ破産財團上ノ請求權ニ關シテハ平等ノ割合ヲ以テ各破産財團上ノ請求權ノ支拂ヲ爲ナサルヘカラス管財人カ故意又ハ過失ニ基キテ此法則ニ反シ支拂ヲ爲シタルトキハ之カ爲メニ生シタル損害ヲ各破産財團上ノ請求權者ニ賠償セサルヘカラス  
**(四)破産財團上ノ請求權ノ喪失** 破産財團上ノ請求權ニ對スル債務者ハ破産債權者團體ナルコトハ前ニ述ヘタルカ如シ故ニ破産債權者團體ハ破産財團ヲ以テ責任ヲ負フニ止マリ破産債權者各箇人カ其固有ノ財產ヲ以テ責任ヲ負フモノニ非ス隨テ破産財團カ消滅シタルトキハ破産債權者團體ノ義務モ亦消滅ニ歸ス破産財團上ノ請求權者ハ各破産債權者並ニ破産者ニ對シテ何等ノ請求ヲ爲スコト能ハサルナリ然レトモ破産者ヲ以テ破産財團上ノ請求權ニ對スル債務者ナリト主張スル論者ハ此種ノ請求權者ハ破産財團ヨリ完済ヲ受ケサル以上ハ破産手續終局以後破産者ニ對シテ支拂ヲ求ムルコトヲ得ヘキ旨ヲ主張シタリ破産財團上ノ請求權ハ破産財團上ニ付テ満足ヲ享有スルニ止マルヲ以テ物的擔保又ハ對人擔保ノ方法ニ依リ破産財團上ノ請求權ヲ擔保ツ其效力ヲ

強ニスルコトハ法律ノ許ナサル所ナリ然レトモ破産財團ニ屬スル物件上ノ物的擔保ヲ設定シテ特種ノ破産財團上ノ請求權ノ效力ヲ確實ニスルコトハ法律ノ禁スル所ニ非ス故ニ破産財團ニ屬スル物件ニ付キ物上擔保ヲ有スル破産財團上ノ請求權者ハ破産財團ノ不充分ナル場合ニ於テ優先的満足ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(私法的制限)

破産財團上ノ請求權ハ破産財團ヲ以テ辨濟スルモノナルカ故ニ破産上ノ清算機關タル管財人ハ該請求權ノ存在ヲ認識セシメサルヘカラス而シテ認識セシムルノ時期ハ法律上明文ナシト雖モ破産財團ノ存スル時間内ニ限ルコトハ少クトモ破産手續終局マテナルコトハ破産財團ノ消滅ニ因リテ消滅スル破産財團上ノ請求權ノ性質ニ基キ明瞭ナリ認識セシムルノ方法ハ法律上明文ナキヲ以テ破産財團上ノ請求權者ハ適當ナル方法ヲ選擇スルコトヲ得ヘシ管財人カ破産財團ノ請求權ノ存在ヲ知ラサリシ場合ニ於テ認識セシムルニ適當ナル方法ヲ盡ササリシ請求權者ハ其權利ヲ喪失ス故ニ破産手續終局以前ニ於テ辨濟ヲ受ケサルハ勿論破産手續終局以後ニ於テ各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何トナレハ各破産債權者ハ破産財團上ノ請求權者失權ノ結果トシテ比較的多額ノ配當ヲ受取リタルコトハ毫モ不當利得ト認ムルコト能ハサレハナリ(訴訟上ノ制限)

破産財團上ノ請求權者カ其満足ヲ享有セサリシ場合ニ於テハ其原因カ管財人ノ過失ニ在ルト否トヲ問ハス(破産財團上ノ請求權ノ存在カ管財人ニ認識セラレタルトキハ既ニ之カ完済ヲ爲スニ足ル財產カ缺クタル場合ノ如キ)第一客觀的不當ノ支拂ヲ受ケタル各破産債權者ニ對シテ破産財團上ノ請求權ノ完済以後ニ於ケル配當額ヲ其以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ヲ請求スルノ權ヲ有シ(民法第七〇三條獨逸民法第八一二條破産者ニ對シ不當利得ニ基ク求償權ヲ有ス蓋シ破産財團上ノ請求權ハ破産債權者團體ノ義務ニ屬スルカ故ニ破産手續ノ終局ニ對シテ破産者ニ交付スヘキ破産賄團ニ屬スル財產ハ破産債權者團體カ破産財團上ノ請求權ヲ控除シタル殘額ナラナルヘカラス隨テ破産者ニ爲シタル控除ナキ財團ノ交付ハ其控除スヘキ數額ニ付キ破産者ニ不當利得ヲ得セシメタルモノニ外ナラサルヲ以テナリ破産財團上

ノ請求權ヲ辨済セサルコトカ管財人ノ責ニ歸スヘキトキハ之ニ對シテ求償權ヲ有スルヤ民法上疑ナキ所ナリ

(四) 取消權ノ行使  
破産者ハ破産宣告以後ニ於テ破産財團ニ屬スル財產ノ管理及ヒ處分權ヲ喪失スルニ止マルカ故ニ破産宣告以前ニ於テ破産者ノ爲シタル權利行為ハ論理上有効ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ經濟上不如意ノ地位ニ在ル債務者ハ破産者タル遭遇ヲ免レンコトヲ欲シ財產ヲ濫費シ或ハ財產ヲ隨意ニ或債權者ニ交付シ又ハ特別ニ債權者ニ給付シ以テ分擔主義ニ基ケル手續ノ目的タル財團ヲ散失セシメ又ハ之ニ損害ヲ及ホスコトアルハ經驗上免ルヘカラサルノ事實ナリ故ニ法律ハ不法ニ散失シタル財團ニ對スル財產ヲ更ニ復歸セシムルノ途ヲ設ケサルヘカラス是レ文明諸國ノ破産法ニ於テ取消權ナル制度ヲ設ケ破産者カ其破産宣告ヲ受タル以前ニ於テ爲シタル權利行為ニシテ其結果破産財團ヲ減少シ且ツ破産債權者ニ損害ヲ被ラシムルモノノ取消ヲ許シタリ第九九一條獨逸新破産法第二十九條等(立法上ノ理由)取消權ハ此ノ如ク散失シタル破産財團ニ屬スル財產ノ復歸ヲ目的ト爲スヲ以テ其行使ハ破產

財團ヲ增加スルノ效力ヲ生スルヤ明白ナリ(效力)而シテ取消權ハ破産債權者團體ノ利益ノ爲メニ設ケラレタル財產權ナルヲ以テ(一)破産手續終了(二)拡棄又ハ和解三)取消權ノ目的物ノ返還(四)時效ニ因リテ消滅ス(消滅取消權ニ關スル詳細ノ説明ハ破産宣告ノ效力ノ所ニ説明スヘシ)

(五) 破産宣告以後ニ於ケル財產ノ取得 破産宣告以後ニ於ケル破産者ノ財產取得ハ獨逸ノ破産法ニ於テハ破産財團增加ノ原因ト爲ラス何トナレハ獨逸ノ破産法ハ前ニ述ヘタルカ如ク破産財團ヲ破産宣告ノ當時ニ於テ破産者ノ有スル財產ニ限定シタルヲ以テナリ破産財團ハ破産手續繼續中破産債權者ノ平等的滿足ニ供セラルルト同シク破産宣告以後ニ於テ破産者ノ取得シタル財產ハ破産宣告以後ニ於テ破産者ニ對シ財產權ヲ取得シタル債權者ノ満足ニ供セラル破産裁判所ハ破産者カスル債權者ニ對シ其義務ヲ履行スルコト能ハナル場合ニ於テ此債權者ノ申立ニ因リ第一ノ破産宣告以前ニ於テ更ニ第二ノ破産宣告ヲ爲ス第一ノ破産宣告ノ當時破産債權者タリシ者ハ第二ノ破産宣告ヲ申立フルノ權ナシ何トナレハ此債權者ハ第一ノ破産手續繼續中破産財團ニ屬セサ

ル財產上ニ執行ヲ爲スコト能ハサレハナリ而シテ第二ノ破産宣告ヲ爲シタル場合ニ於テハ第一ノ破産手續開始以後破産者ノ債權者ト爲リシ者ノミカ破産手續ニ加入スルコトヲ得ルニ止マリ第一ノ破産宣告當時ニ債權者タリシ者ハ加入スルコトヲ得ス何トナレハ第二ノ破産ニ於ケル財團ハ第一ノ破産ニ於ケル財團ニ非サレハナリ然レトモ第一ノ破産手續終局以後ニ於テ辨済セラレタリシ債權ニ付キ破産債權者トシテ第二ノ破産手續ニ加入スルコトヲ得何トナレハ破産手續終局以後ニ於テハ各破産債權者ハ破産者ノ財產上ニ執行スルコトヲ得レハナリ破産宣告以後ニ於ケル破産者ノ財產ノ取得ハ我商法ニ於テハ破産財團增加ノ原因ト爲ル何トナレハ我商法ハ前ニ述ヘタルカ如ク羅馬主義ヲ認メタレハナリ故ニ破産者ノ無主物ノ占有相續遺贈等ノ如キ無償行為又ハ履債契約諸負契約商業行為等ノ如キ有償行為ニ因リテ取得シタル財產ハ即チ破産財團ニ屬スト謂フヘシ

#### 第四節 破産財團ノ管理及ヒ換價

管財人ハ破産財團ニ屬スル財產ヲ管理及ヒ換價スルノ職務ヲ負ヒ破産者ハ破産宣告ニ因リテ其財產ノ占有管理及ヒ處分權ヲ喪失スルヲ以テ破産終局ニ至ルマテ破産債權者及ヒ破産者ハメニ破産者ノ財產ヲ管理シ及ヒ之ヲ換價スルコトヲ要ス是ヲ以テ法律ハ事情ノ輕重ニ從ヒ管財人ヲシテ或ハ單獨ニ或ハ破産主任官ノ認可ノ下ニ於テ破産財團ヲ管理及ヒ換價セシム加之破産財團ノ管理及ヒ換價ハ破産債權者ニ平等的滿足ヲ得セシムルカ爲メニ必要ナル方法ナリ故ニ破産財團ヲ以テ各破産債權者ニ平等的滿足ヲ得セシムルヲ目的トスル管財人ノ職務ノ一部分トシテ其職務ニ屬スト謂フヘシ

如何ナル財產カ破産財團ニ屬スルヤノ問題ハ法律ノ定ムル所ニシテ管財人ノ定ムル所ニ非ス故ニ管財人ハ破産財團ニ屬スル財產ニ付キ破産財團タルノ性質ヲ奪ヒ又破産財團ニ屬セサル財產ニ付キ破産財團タルノ性質ヲ與フルコトヲ得サルヤ當然ナリ然レトモ管財人カ其職務ヲ取扱フニ當リ法律上破産財團ニ屬セル財產ヲ事實上破産財團中ニ組入レ管財人カ破産財團ニ屬スル財產タルコトヲ知ラスシテ破産財團ニ屬セサル物ト思慮シタルト其他破産財團中ニ

入ルコトヲ遺脱シタルカ如キ事情ニ基キ又ハ反對ニ管財人カ法律上破産財團ニ屬セナル財產ヲ事實上破産財團トシテ取扱フコトアリ此ノ如ク管財人ノ不適法ナル行爲ニ對スル救正手段ハ法律上存在セサルヲ得ス先ツ管財人カ法律上破産財團ニ屬スル財產ヲ事實上破産財團ニ加ヘサルトキハ自己ノ債權ヲ届出テタル各破産債權者ハ管財人ニ對シ裁判外ノ注意ヲ促スノ外商法第千十三條ノ適用ニ依リ民事訴訟法第五四四條破産主任官ニ對シテ管財人カ法律上破産財團ニ屬スヘキ財產ヲ破産財團ニ加フヘキ旨ノ裁判ヲ求ムルコトヲ得然レトモ自己ノ債權ヲ届出テサル各破産債權者ハ斯ル申立ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ各破産債權者ハ債權ノ届出ヲ爲スニ因リテ破産手續ニ加入スルモノナレハナリ而シテ破産主任官カ破産債權者ノ申立テタル目的物ノ破産財團ニ屬シ且ツ之ニ組入ルヘキモノト認メタルトキハ管財人ニ對シ之ヲ破産財團ニ組入ルヘキ旨ヲ命セサルヘカラス

次ニ管財人カ法律上破産財團ニ屬セサル財產ヲ事實上破産財團中ニ組入レタルトキハ目的物ノ破産者ニ屬スルト否トニ依リテ區別セサルヘカラス

(A) 破産財團中ニ加ハリタル財產カ破產者ノ財團ニ屬スルトキヘ強制執行ノ目的物タルコト能ハサルノ理由ニ基キ破産財團ニ屬セサルトキハ破產者ハ商法第千十三條ノ適用ニ依リ民事訴訟法第五四四條破產主任官ニ對シテ目的物ヲ破産財團中ニ組入レタル管財人ノ行爲ニ對シ異議ヲ申立フルコトヲ得

(B) 破産財團中ニ組入レラレタル財產破產者ニ屬セサルトキハ其財產ヲ有セサル者ハ其管財人ニ對シテ別離請求權ヲ主張スヘキノミ破產者ハ破產財團中ニ於テ他人ノ財產ノ加ハリタルカ爲メニ何等ノ權利ヲ有セサルコトハ宛モ簡人的執行ニ於テ債務者カ第三者ニ屬スル財產ニ關スル差押ニ對シ異議ヲ申立ツルノ權利ヲ有セサルカ如シ而シテ管財人ノ不適法ナル行爲ニ對シ異議ノ申立アラサル場合ニ於テハ破產財團ニ屬スル財產カ破產債權者ノ爲メニ換價セラレス又其反對ニ破產財團ニ屬セサル財產カ破產財團トシテ換價セラルルノ違法ナル結果ヲ生ス之カ爲メニ生シタル損害ハ管財人ノ責任ニ歸ス

## 左ニ破産財團ノ管理及ヒ換價等ヲ分説スヘシ

## 一 破産財團ノ管理

管財人カ破產ノ目的ノ爲メニ殊ニ破產財團ヲ以テ各破產債權者ニ平等的満足ヲ享有セシムルカ爲メニ必要ナル管財行爲ヲ爲スノ權限ヲ有ス破產財團ノ管理トハ破產財團ノ減少ヲ豫防スルカ爲メニ破產債權者及ヒ破產者ノ共同利益ニ於テ必要ナル若クハ有益ナル行爲ヲ總稱スルモノニ外ナラス而シテ管財人ノ破產財團ニ關スル管理行爲トシテノ權限ハ單純ニ說明スルコト能ハス何トナレハ此權限ハ破產財團ノ種種ナル狀態ニ從テ自ラ異ナラサルヲ得サルヲ以テナリ故ニ法律ハ破產財團ノ管理ニ屬スル二三ノ權限ヲ例示スルニ止メタリ左ニ之ヲ畧述スヘシ(第一〇一二條獨逸舊破產法第一〇七條同新破產法第一一七條)

(A) 破產財團ノ占有 管財人ハ管理ノ前手續トシテ又保全ノ目的ヲ以テ破產手續ノ開始以後即時ニ破產手續ニ屬スル破產者ノ總財產ヲ占有。セサルヘカラス(第一〇一二條、第一〇〇四條、第一〇〇五條、獨逸新破產法第一一七條占有トハ

他人ノ爲ミニ所持スルト同一義ニシテ民法上ノ占有ニ非ス(民法第一〇八條)管財人カ破産財團ニ付キ破産者及ヒ第三者ノ事實上ノ勢力ヲ排斥シ事實上自ラ管理ヲ爲スコトヲ得ル地位ニ在ル狀態ナリ後見人カ被後見人ノ爲ミニスル占有ト同シク他人ノ名ニ於ケル單獨ノ所持ナリ何トナレハ破産ノ目的ハ斯ル所持ノミヲ以テ達スルコトヲ得ヘケレハナリ

管財人カ破産財團ニ屬スル財產ヲ占有スルニ際シ該財產ノ占有者タル破産者カ抵抗シタルトキハ執達吏ノ共助ヲ要求スルコトヲ得ヘシ何トナレハ破産手續ノ開始決定ハ民事訴訟法第五百五十九條第一ノ意味ニ於ケル執行名義ニ外ナラサルカ故ニ執達吏ハ該決定ニ基キ管財人ニ占有スルヲ得セシムルノ權限アルヲ以テナリ但シ此場合ニ於ケル執行ハ財產ノ差押ニ非スシテ却テ破産財團ニ屬スル財產ヲ管財人ニ引渡スヘキ破産者ノ行爲ノ強制執行看做スヘキモノナルヲ以テ取上ケ及ヒ占有ノ移轉ニ依リテ行ハル(民事訴訟法第七三〇條)第七三一條獨逸舊民事訴訟法第七六九條第七七一條又破産財團ニ屬スル財產ノ占有タル破産者以外ノ第三者カ該財產ノ引渡ヲ拒ミタルトキハ管財人ハ破産手續ノ開始決定ニ基キ執達吏ノ共助ヲ以テ占有ノ目的ヲ達スルカ爲ミニ強制ヲ爲スコトヲ得ス寧ロ管財人ハ之カ爲ミニ訴ヲ提起セサルヘカラス

管財人ハ破産財團ニ屬スル財產ノミヲ管理ノ爲ミニ占有スルノ權限アルニ止マルヲ以テ破産者ニ屬セサルコト明白ナル財產若クハ強制執行ノ目的ト爲ラサル財產即チ破産財團ニ屬セサル財產ハ之ヲ占有スルコト能ハス却テ之ヲ破産者ノ占有ニ放任セサルヘカラス而シテ此場合ニ於テ即チ管財人カ破産者ノ占有ニ放任シタル目的物ヲ破産者カ處分シタルモ之カ爲ミニ管財人ハ毫モ第三者ニ對シ責任ヲ負フコトナシ何トナレハ管財人ハ斯ル第三者ノ利益ヲ保護スルノ義務ナキヲ以テナリ管財人ハ破産財團ニ屬スルヤ否ヤニ付キ疑アル財產ヲ占有シ以テ該財產ニ關スル破産者ノ處分ヲ豫防セサルヘカラス殊ニ破産宣告ノ當時破産者ノ占有中ニ在ル財產ハ破産財團中ノ一部分ナリト推定スルヲ以テ民法第一八八條破産財團ニ屬スル物ニ非サルコトノ顯著ナラサルニ於テハ占有ト看做ナサルヘカラス而シテ此場合ニ於テハ管財人カ適法ナル保全ヲ爲スヘキ責任ヲ負フ但シ管財人ハ其後占有シタル財產ヲ權利者ニ或ヘ任意

ニ或ハ訴訟的ニ(別離請求權ノ訴ノ如キ)返還スルヤ當然ナリ。

管財人カ破産財團ヲ占有シタルトキハ何人カ破産財團ノ占有權ヲ有スルヤノ問題ニ關シテハ學者ノ見解二派ニ岐レタリ「ベーテルゼン」「ワキルモスキ」氏等ノ如キ管財人ヲ以テ破産債權者團體ノ代理人ナリト認ムル學者ハ破産債權者團體ヲ以テ管財人ノ占有シタル破産財團ノ占有權者ナリト主張シタリ余輩ハ管財人ノ性質ニ關係ナク我商法第九百八十五條ノ解釋シテ破產者ヲ以テ破産財團ノ占有權者ナリト主張セント欲ス何トナレハ該條ニ規定シタル權利ノ喪失ハ權利ノ剝奪ニ非スシテ處分能力ヲ喪失セシムルニ過キス隨テ破產者自ラ破產財團ニ屬スル財產ニ付キ事實上ノ勢力ヲ及ホスコト能ハスト云フニ止マリ民法上ノ占有權其モノヲ喪失スルニ非ス管財人カ所持シテ破產者自身カ直接ニ所持セスト云フニ過キサレハナリ。

(B) 財產目錄及ヒ貸借對照表並ニ報告書ノ提出 管財人ハ破産財團ヲ占有シ

タル後即時ニ財產目錄ヲ作製スル職務ヲ負フ(第一〇一四條獨逸舊破産法第一四條同新破産法第一一二四條破產者ノ破産宣告ノ當時ニ於ケル財產的狀態ヲ明確ニシ破産手續ノ成蹟ヲ知スルコトヲ得セシムルカ爲メニ管財人ノ責任ヲ明白ナラシムルカ爲メニ先フ以テ破産宣告ノ當時ニ於ケル現狀ヲ詳細ニ明記シ後日證明ノ材料ト爲スヲ必要トス管財人ノ財產目錄作製ノ義務ハ此立法上ノ目的ノ實行ニ外ナラス財產目錄ハ破産宣告ノ當時ニ於ケル破產者ノ財產的狀態ノ寫真ナリ數額ト價格トヲ表示シタル破產者ノ總財產積極的及ヒ消極的財產ニ關シテ精整シタル明細書ナリ故ニ管財人ハ破産財團ニ屬スルト否ト動產ナルト不動產ナルト債權ナルトル物權ナルトヲ問ハス破產者ニ屬スル總財產消極的財產ヲ包含ス)目錄ニ記入シ且フ其價格ヲ明示セサルヘカラス財產ノ價格ヲ明示スルニ付キ管財人ノ意見ニ於テ必要ナル場合ハ管財人カ職權上鑑定人ヲ選定シ且ツ之ヲ鑑定セシムルコトヲ得管財人カ鑑定人ニ依ラスシテ財產ノ價格ヲ認識スルコトヲ得ルトキハ認定價格殊ニ財產ニ市價又ハ取引價格アルトキハ該價格ヲ明示スルコトヲ得白耳義商法第四八八條獨逸新破産法第一

二三條管財人ノ私ヲ豫防シ且ツ公平ヲ保フカ爲メニ法律ハ財產目錄ノ作製ニ付キ裁判所職員裁判所書記若クハ警察官ノ立會ヲ必要トシ事務ノ取扱上必要ナルトキハ破産者ヲモ立會ハシム而シテ検事ハ犯罪ノ有無ヲ捜査スルカ爲メニ職權ヲ以テ財產目錄ノ作製ニ立會フコトヲ得

財產目錄ノ作製人即チ管財人ハ破産財團ノ占有前ニ財產目錄ヲ作製スヘキヤ否ヤニ關シテハ法文上甚タ曖昧ナルヲ以テ論争ノ餘地アルモノトス商法第千五條ニ所謂管財人カ債務者ノ財產ヲ財產目錄ニ載セ且之ヲ占有シタルトキノ明文ニ依レハ管財人ハ財產目錄作製後財團ノ占有ヲ爲ス如ク又財產目錄作製後財團ノ占有ヲ爲サシムルヲ以テ管財人ノ私ヲ豫防スルヲ適當トスルカ故ニ管財人カ破産財團ノ占有以前ニ財產目錄ヲ作製スヘキモノト論決スルヲ正當ト爲スニ似タリト雖モ商法第千十二條ニ所謂管財人ハ破産宣告後即時ノ明文ニ依レハ管財人カ財產目錄ノ作製前財團ノ占有ヲ爲スコト明白ニシテ又財團ノ散失ヲ豫防スルニハ可成的急遽ニ財團ヲ占有スルヲ以テ適當トスルカ故ニ管財人カ財產目錄作製前ニ財團ヲ占有スヘキモノト論決スルヲ正當ト信ス獨逸

破産法ハ後説ニ依ルモノニ似タリ余讀ハ我商法ノ解釋トシテハ嘗テ前説ヲ主張シタリト雖モ本學年ニ於テハ之ヲ捨テタリ

作製シタル財產目錄及ヒ作製當時ノ状態ヲ表示スヘキ調書商法第千〇十四條第三項ニ所謂之ニ關スル調書トハ如何ナル書類ヲ指示スルヤ法文上頗ル曖昧ナリ我商法起草者ノ説明ニ依レハ財產目錄作製ノ際ニ生シタル事實及ヒ陳述ヲ記載シタル調書ヲ指示スルモノノ如シ獨逸新破産法第百二十四條ニ依レハ管財人カ封印又ハ解封ニ付キ作製シタル調書ヲ公示スヘキモノトスノ原本ハ管財人ノ手ニ存シテ自己ノ職務タル管理上ノ用ニ供シ認證謄本ハ裁判所ニ備ヘテ公衆ニ示シ且ツ利害關係人ニ對シテ破産的事情ヲ知ルヲ得セシメ債權者ハ管財人ノ管理ノ當否ヲ認證謄本ニ基キ間接ニ判断スルコトヲ得又破産終局ノ方法ニ付キ利益アル判断ヲ爲スコトヲ得公衆ハ該謄本ニ基キ破産者ノ財產上ノ状況ヲ知リ破産者ト取引スルノ完全ナルヤ否ヤヲ確認スルコトヲ得又有罪破産ト認メタルトキハ告發ヲ爲スコトヲ得第一〇〇四條、第一〇〇五條此等ノ物ハ直チニ財產目錄ニ載セ「破産者ノ財產ヲ財產目錄ニ載セ獨逸舊破産法第一

三條、第一一四條、第一一五條同新破産法第二二三條第一二五條佛商法第四八〇條  
第四八二條管財人カ債務者ノ財產ヲ財產目錄ニ載セ且ツ之ヲ占有シタルトキ  
ハ其效果トシテ(一)破産者ノ監守ヲ免ス、何トナレハ破産者カ財產ヲ隠匿スルノ  
恐ナケレハナリ(二)動產ノ封印ヲ解ク、何トナレハ財團ノ紛失ノ恐ナキヲ以ナリ  
尙ホ此點ニ關シテハ後日ノ説明ヲ參照スヘシ(第一〇〇四條、第一〇〇五條)

管財人ハ商法第九百七十九條ニ基キ破産者ノ提出シタル届書及ヒ貸借對照表  
ヲ破産主任官ノ定メタル三十日内ノ期間ニ調査シ破産ニ關スル一切ノ狀況即  
チ破産ノ原因犯行ノ有無破産財團ノ過不足等ヲ取調、其報告書ヲ作製シ之ヲ破  
產主任官ニ提出スルノ職務ヲ負ヒ破產主任官ハ該報告書ヲ或ハ修正シ或ハ補  
充シ以テ検事ニ送致ス是レ破産事件ニ於ケル検事ノ職務ヲ完ウセシムルカ爲  
メナリ(第九八四條管財人カ報告書ヲ直接ニ検事ニ提出セヌシテ主任官ニ提出  
スル理由ハ(一)主任官カ管財人ヲ監督スル職務ヲ委スル便宜アルト(二)不足ヲ補  
ヒ誤認ヲ正スノ便宜アルニ存ス而シテ管財人ハ別ニ報告書ヲ作製シテ之ヲ提  
出シ公衆ニ對シ破産ニ關スル詳細ナル事情ヲ知ラシムルカ爲メニ裁判所ニ備

ヘ公衆ノ展覽ニ供セサルヘカラス(第一〇一六條佛蘭西商法第四八二條管財人  
ハ破産者カ貸借對照表ヲ差出ササル場合ニハ自ラ之ヲ作製スルノ職務ヲ負フ  
是レ財產目錄ノ作製ニ關スル理由ト同一ノ理由即チ破産者ノ財產的現狀ヲ明  
瞭ニシ且ツ破産手續ニ關スル成績ヲ豫知スルコトヲ得セシムル目的ノ實行ニ  
基ケリ

貸借對照表ハ貸方及ヒ借方ヲ摘要的ニ説明シタル始末書ニ外ナラス故ニ管財人  
人ハ商法第千五條第二項ニ依リ自己ニ交付セラレタル帳簿ニ基キ或ハ破産者  
其他ノ家族ニ任意上問合セ又ハ主任官ニ申立テ訊問ヲ爲サシメタルニ因リ得  
タル諸般ノ事情ヲ参考トシ第一〇一二條第一〇一二二條貸方ニ屬スル總財產殊  
ニ動產不動產有價證券現金等及ヒ借方ニ屬スル總額殊ニ別離請求權別除請  
求權、財團上ノ請求權其他破産者ノ債權並ニ債務ノ履行期、破産者ノ負ヒタル共  
同債務關係及ヒ之ニ基キ有スル求償權ヲ表示シテ貸借對照表ヲ作製セサルヘ  
カラス而シテ管財人ハ該貸借對照表ヲ報告書ト共ニ破産手續ノ指揮監督者タ  
ル破產主任官ニ提出シ又別ニ貸借對照表ノ認證證本ヲ作リ之ヲ裁判所書記課

ニ備へ公衆ノ展覽ニ供セサルヘカラス破産主任官ハ管財人ヨリ提出シタル貸借對照表ヲ報告書ト共ニ検事ニ送致セサルヘカラス何トナレハ報告書ノミニテハ未タ全ク其用ヲ爲ササレハナリ(第一〇一六條)

第千十六條佛蘭西商法第四七六條獨逸舊破産法第一一四條同新破産法第一二四條同商法第一〇一六條末項ニ於テ貸借對照表ヲ檢事ニ送致スルハ解スヘカラサルノ規定ト謂ハサルヲ得ス何トナレハ貸借對照表ハ破産主任官ノ職務即チ指揮監督上ニ於テ必要ナルモノナレハナリ又同條ニ所謂貸借對照表トハ管財人ノ作製シタルモノニ限ルモノナリヤ甚タ疑アリ獨逸破産法ニ依レハ認證膳本ヲ裁判所書記課ニ提出シテ公衆ノ展覽ニ供スルノミ佛國商法モ亦然リ貸借對照表ヲ檢事ニ送致スルカ如キ規定ナシ余輩ハ立法上ノ見解トシテハ前ニ示シタル如ク不必要トシヲ修正ノ際ニ削除セラルコトト信ス何トナレハ檢事カ第九百八十四條ノ規定ニ基キテ其職務ヲ完ウスルコトヲ得レハナリ各利害關係人ハ其費用ヲ以テ財產目錄貸借對照表等ノ膳本ヲ求ムルコトヲ得(民事訴訟法第二二四條)

(C) 保全處分 即チ破産財團ノ管理ノ補助トシテ法律ハ左ノ事項ヲ規定セリ  
(イ) 拂渡差押命令 破産宣告ト共ニ破産者ニ對シテ債務ヲ負ヒ又ハ破産財團ニ屬スル物ヲ占有スル者ハ破産者ニ債務ノ支拂ヲ爲シ又ハ占有物ノ交付ヲ爲サヌシテ却テ管財人ニノミ爲スヘキ旨ヲ公告シ又財團ニ屬スル物ノ占有者ハ其占有及ヒ其占有物ニ付キ優先權ヲ有スルトキハ其權利ヲ破産裁判所ノ定メタル期間内ニ破産主任官ニ對シ届出ツヘキ義務ヲ課セラル此命令ヲ拂渡差押命令ト謂フ(第一〇〇六條第一項、第九八〇條第四號第五號第一〇二三條第一項獨逸新破産法第一一八條)

拂渡差押命令ノ前半ハ法律上獨立の效力ヲ生スルモノニ非ヌ却テ唯破産者ニ對シ法律上ノ錯誤ニ基キ占有物ノ交付又ハ債務ノ支拂ヲ爲サヌルコトヲ注意シタルノミ何トナレハ破産財團ニ屬スル財產ノ破産的差押ハ破産手續開始決定ニ依リテ發生シ拂渡差押ノ行使ニ關係ナケレハナリ是ヲ以テ拂渡差押命令ヲ缺クト雖モ破産財團ニ屬スル物ヲ破産者ニ交付シ及ヒ破産財團ニ屬ヘル債權ヲ支拂ヲ破産者ニ爲スカ如キハ法律上許ス所ニ非サルナリ拂渡差押命令ノ後

半ハ破産財團ニ屬スル財產ノ占有者ニ對シ届出ヲ爲スヘキ義務ヲ負ハシムル法律上獨立シタル效力ヲ發生ス隨テ此義務ハ拂渡差押命令ノ公告ナキ以上ハ發生セス破産財團ニ屬スル財產ノ占有者カ拂渡差押命令アリタルニモ拘ラス届出義務ヲ履行セス又ハ届出ヲ遲延シタルトキハ之ニ基キテ生シタル損害例へハ換價並ニ配當ノ遲延ニ因リテ生シタル特別ノ費用届出ノ遲延ニ因リテ占有物カ受ケタル價格減少ニ基キテ生シタル損害ヲ賠償セサルヘカラス此損害賠償權ハ破産債權者團體ニ屬スル權利ニシテ其機關タル管財人ニ依リテ行使セラル隨テ破産手續終局以後各債權者ノ主張スルコト能ハサルモノナルヤ言ヲ埃及タス

届出義務ノ不履行ニ基ク損害賠償義務ノ成立ハ届出義務者カ拂渡差押命令ノ發セラレタルコトヲ知リタルヲ要件トス何トナレハ損害賠償義務ハ義務者ニ對シテ責ムヘキ事情ニ基クフ原則トシ且ツ我破産法ハ此原則ニ反スル意思ヲ明示セサレハナリ届出義務者カ拂渡差押命令アリタルコトヲ知レルヤ否ヤノ立證ハ河人カ舉タル所ナルヤノ問題ニ關シテハ獨逸ノ法學者問ニ於テ大ナル論争アリ「ゾーフェルド」ザルヘ「ハ獨逸新破産法第八條ハ特別ノ場合ニ於ケル推定ニシテ又公告ニ依リテ届出義務者カ拂渡差押命令ヲ知リタルモノトノ法律上ノ推定ナキヲ以テ管財人ハ爭アル場合ニ於テ届出義務者カ其義務ノ發生原因タル拂渡差押命令アリタルコトヲ知リタル旨ヲ主張シ且ツ之ヲ立證セサルヘカラスト論決シ「ウルモスキー」「ベーテルゼン氏等ハ破産宣告ハ其公告ニ依リテ破産者ト取引ヲ爲シタル者ニ對シ事實上速ニ認識セラルモノナリ拂渡差押命令モ亦之ニ同シト謂ハサルヲ得斯何トナレハ此命令ハ通常破産宣告ト同時ニ公告セラルモノナレハナリ隨テ届出義務者カ拂渡差押命令アリタルコトヲ知リタルノ事實ハ立證セラルヲ要セス届出義務者ノ損害賠償義務ハ斯ル立證ナクシテ法律上發生スルモノナリ然レトモ破産財團ニ屬スル財產ノ占有者ヲ破産者ニ對シ支拂フ爲シタル債務者ヨリ(獨逸新破産法第四八條酷待スルハ何等ノ理由ナキヲ以テ獨逸新破産法第八條ノ準用トシテ届出義務者ニ拂渡差押命令アリタルコトヲ知ラサル旨ノ反證ヲ舉クルコトヲ許スヲ得ルモノトスト論決シタリ(獨逸新破産法第一一九條)余輩ハ我破産法ノ解釋トシテハ後說

ヲ正當ト認ム何トナレハ若シ然ラスンハ拂渡差押命令ノ公告ハ法律上其效用ヲ有セサルヲ以テナリ  
(ロ)目的物ヲ占有シタル別除請求權者ノ提示義務 別除請求權ノ目的物ヲ占有スル別除請求權ヲ有スル債權者ハ管財人ニ對シテ其占有ヲ届出ツヘキ義務ヲ負フノミナラス管財人ノ求メニ因リ之ニ檢閱ノ爲ミニ目的物ヲ提示シ引渡ニ非ス直ツ其評價ヲ許スヘキ義務ヲ負フ第一〇一二條獨逸新破産法第一二〇條是レ管財人ハ別除請求權ノ目的物ヲ賣却シ且ツ其賣得金ヲ讓受破産財團ニ入ルヘキ權限ヲ有ス隨テ價格ヲ確定シルノ必要アルヲ以テナリ而シテ別除請求權者カ義務ヲ履行セサルトキハ管財人ハ通常ノ訴訟手續ニ依レハ訴ヲ以テ其義務ノ履行ヲ強制スルコトヲ得ヘシ

(ハ)債務者ニ宛テタル送達物ノ管財人ニ對スル交付 破産手續ノ開始ハ當然破産者ニ宛テタル電信書狀其他ノ送達物ヲ名宛人ニ交付スヘキ郵便局及ヒ電信局等ノ義務ヲ變更スルモノニ非ス然レトモ法律ハ破産財團ニ屬スル財產ヲ發見スルカ爲メ及ヒ管財人ニ破産者ノ實情ヲ確知セシムルカ爲ミニ破産手續ノ開始以

後職權ヲ以テ又ハ管財人ノ申立ニ因リ破産者ニ宛テタル電信書狀其他ノ送達物ヲ管財人ニ交付スヘキコトヲ郵便局及ヒ電信局其他ノ送達取扱所ニ對シ命令スルコトヲ得セシメタリ第一〇〇六條第三項第五項憲法第二六條此命令ハ裁判所カ職權ヲ以テ郵便局及ヒ電信局等並ニ管財人ニ送達セサルヘカラス(民事訴訟法第二四五條準用此命令ノ送達ニ因リテ郵便局及ヒ電信局ハ該命令ヲ遵守スヘキ職務ヲ負ヒ其他私設運送取扱所ハ該命令ヲ遵守スヘキ義務ヲ負フ何トナレハ裁判上ノ命令ハ裁判上ノ差押ト同シク一ノ義務ヲ發生セシムルヲ以テナリ隨テ私設運送取扱所カ此義務ニ違反シタルトキハ之ニ基キ生シタル損害ヲ賠償スルノ責任ヲ負フ

管財人ハ此命令ニ依リ破産者ノ立會ヲ要セシテ之ニ宛テタル送達物ヲ開封スルノ權ヲ有ス是レ前ニ示シタル理由ヨリ生スル當然ノ結果ナリ而シテ破産者ハ送達物ノ檢閱ヲ管財人ニ求メ又其趣旨即チ内容カ破産財團ニ關係ナキトキハ其引渡ス管財人ニ對シテ請求スルコトヲ得又管財人ハ之ヲ引渡ササルヘカラス(第一〇〇六條第四項但シ管財人カ其義務ヲ履行セサルトキハ商法第千

三條ニ從ヒテ異議ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ管財人ハ送達物ヲ自己ニ送達スヘキ旨ヲ命シタル決定ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ破産債權者團體ハ此決定ノ廢棄ニ付キ何等ノ利益ヲ有セサレハナリ破産者ハ此命令ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ獨逸法學者ノ爭フ所ナリ例へハア\* フエルド「スチグリツ」氏等ハ破産者ハ該命令ニ對スル反抗トシテ獨逸舊破産法第一百一條第二項獨逸新破産法第一一二條第二項ニ規定シタル命令ノ廢棄又ハ制限ヲ申立ツルコトヲ得ルヲ以テ抗告ヲ許ストノ論旨ハ訴訟手續節略ノ目的ニ反スルヲ理由トシテ消極的ニ論決シ「フーチング」「ベーテルゼン」「ウヰモスキ一氏等ハ獨逸舊破産法第六十六條獨逸新破産法第七三條ニ基キ即時抗告ヲ許スヘキモノト論決シタリ我破産法ノ解釋トシテハ余輩ハ法律上何等ノ明文ナキヲ以テ抗告ノ途ナシト論決スルヲ正當ト信ス管財人カ送達物ノ交付命令ヲ求ムル申立ヲ却下シタル裁判ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得タルヤ否ヤ是レ亦獨逸法學者ノ爭フ所ナリ「ゾ\*フエルド」「スチグリツ」氏等ハ獨逸舊破産法第六十六條(獨逸新破産法第七三條)ニ基キ積

極的ニ論決シ「フーチング」「ベーテルゼン」氏等ハ裁判ノ前示命令ヲ發セサルコト即チ不行爲ニ對シテハ管財人ハ抗告ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ抗告ニ裁判アルヲ前提トスルヲ以テナリトシ之ヲ消極的ニ論決シタリ我破産法ノ解釋トシテハ余輩ハ法律上何等ノ明文ナキヲ以テ抗告ノ途ナシト論決スルヲ正當ト認ム管財人ニ送達物ヲ交付スヘキ旨ノ命令ハ他ニ何等ノ制限ナキ以上ハ破産手續中存續スルモノトス而シテ獨逸新破産法第二十一條第二項ハ破産裁判所ハ破産者ノ申立ニ因リテ管財人ヲ審訊シタル後何時ニテモ此命令ノ廢棄若クハ制限(期間ノ制限或ハ送達物ノ特定ノ注意ニ關スル制限)ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ規定シタリ我破産法ニ於テ斯ル明文ヲ缺クハ立法上ノ缺點ナリ  
 (二)動産ノ封印 裁判所ハ破産宣告ト同時ニ債務者ノ動産ニ封印ヲ命ス第一〇〇二條第一項獨逸舊破産法第一一二條同新破産法第一一二四條佛蘭西商法第四五五條第四五六條封印スヘキ物件ハ動産ニシテ不動産ニ非ス何トナレハ紛失又ハ隠匿ノ恐アル物ハ動産ナレハナリ會社ノ破産ニ於テハ連帶無限ノ責任ヲ負ヘル總社員ノ動産ニ對シテ封印ヲ命ス(第一〇〇二條第二項)是レ佛國流ノ說

明ニテハ會社ノ社員同時ニ連帶無限責任ノ法理ニ因リテ其責任ヲ負フ法意ニ基クニ非シテ却ニ連帶無限責任ノ效用ヲ害スルニ至ルヲ豫防スルニ在リ動產ノ封印ハ破産債權者團體ノ利益ノ爲メニ行フカ故ニ破産財團ニ屬セサル物件賣販若クハ失價ノ爲メニ即時ノ換價ヲ不必要ト爲ス物件其他封印ノ爲メニ繼續利用ヲ妨ケラレサル物件總破産債權者ノ利益ノ爲メニ破産ノ營業ヲ續行スルニ必要ナル物件(第一〇一七條参考)ノ如キハ封印ヲ爲ス蓋シ此等ノ物件ニ對シテハ封印ヲ施スカ爲メニ破産債權者團體ノ利益ヲ害シ或ハ其利益ト爲ラサルヲ以フナリ隨テ前者ノ如キハ財產目錄ニ記載スルヲ以テ足レリトシ後ニ若ノ如キハ財產目錄ニ記載シタル後之ヲ換價シ或ハ之ヲ繼續利用スルカ爲メニ管財人ニ占有セシメサルヘカラス(第一〇一四條第二項第一〇〇五條第一〇一七條佛蘭西商法第四六九條第四七〇條獨逸新破産法第一一二二條高價ナル物件ハ封印ヲ以テ之ヲ確實ニ保全シ得ヘキモノニ非ス何トナレハ封印破棄ニ關スル刑法上ノ制裁ヲ被ルモ之ヲ隱匿セントスルノ決心ヲ容易ニ爲サシムルヲ以テナリ是レ法律カスル物件ヲ財產目錄ニ記載ノ上即時ニ管財人ニ交付スルカ

又ハ一時裁判所ニ引取ルカノ特別處分ヲ規定シタル所以ナリ第一〇〇五條末項普漏西商法第一四三條手形ハ法律上明文ヲ缺クモ(佛蘭西商法第四七一條)其權利ノ實行ニ必要ナル方式アルヲ以テ之ヲ封印スルトキハ遂ニ手形ノ權利ヲ喪失スルノ恐アリ隨テ封印ヲ爲スコトナク財產目錄ニ記載シタル後管財人ニ占有セシメ以テ手續ノ履行ヲ容易ナラシメサルヘカラス  
封印手續ノ概要ヲ一言スレハ動產封印ノ命令ハ原則上破産決定書ニ記載セラル第九八〇條第三號第一〇〇二條第一項佛蘭西商法第四五五條然レトモ動產僅少ニシテ管財人カ當日ニ財產目錄ヲ調製シ且ツ之ヲ占有シ得ヘキ場合ニ於テハ又動產カ破產宣告以前ニ於テ既ニ民事訴訟法上ノ規定ニ從ヒテ或債權者ノ爲メニ差押ヘラレタルニ於テハ動產紛失ノ虞ナキヲ以テ例外トシテ動產ノ封印ヲ命スルコトナカルヘシ差押ノ解除ヲ爲スニ仍ホ實用アルモノトシテ動產ノ封印ヲ命スト主張スル反對論アレトモ斯ハ畢竟債權者ハ債務者カ破產宣告ヲ受ケタル後格別的行爲ニ因リテ破産債權者團體ヲ害スルコトヲ忘レタルノ論ナレハ採用スルニ足ラス)

封印ノ執行機關ニ付テハ佛蘭西商法第四百五十七條第一項ハ治安裁判所判事トシ此機關カ報道スルコトヲ得ルカ爲メニ破産裁判所書記ハ破産宣告以後直チニ動産ノ封印ヲ命シタル裁判ノ要旨ヲ封印執行機關ニ報告スルコトト規定シタリ獨逸ニ於テハ各聯邦ニ於テ封印執行機關並ニ其執行方法ヲ規定シタルコトハ人ノ皆知ル所ナリ我商法ハ此等ノ點ニ關シテ何等ノ明文ナシ然レトモ執達吏カ封印ノ執行機關タルコトハ執達吏規則第三條ニ據リテ明白ニシテ又破産裁判所カ特別ニ動産封印ノ命令ヲ發スルコトナク破産宣告ノ決定正本ヲ執達吏ニ付與シ封印ヲ實施スヘキコトト信ス民事訴訟法第五三四條準用而シテ此等ノ手續ニ關シ立法上明文ナキハ缺點タルヲ免レス

動產ノ封印ハ刑法上ノ制裁ニ依リテ擔保セラル故ニ猥ニ之ヲ解クコトヲ得ス然レトモ管財人ハ債務者ノ財產ヲ占有シ且ツ之ヲ財產目錄ニ記載シタルトキハ直チニ之ヲ解封セサルヘカラス但シ此場合ニ於テハ財產紛失ノ恐ナク寧ロ封印カ管理ノ妨害タルヲ以テナリ動產ノ解封ハ實際上財產目錄作成以前ニ爲スヲ通常トス蓋シ動產ノ解封ハ財產ヲ財產目錄ニ記載スル以前ニ於テ評價シ

或ハ員數ヲ計算スルカ爲メニ必要ナレハナリ故ニ佛國商法家ローレン氏ノ如キハ佛國商法第四百七十九條ノ解釋トシテ封印ヲ財產目錄作成ノ前手續ト認メ管財人ハ選定以後二日内ニ解封ヲ請求シ以テ財產目錄ノ作成ニ從事セサルヘカラスト曰ヒ解封カ常ニ財產目錄作成以前ニ在ルコトヲ明言シ獨逸ノ破產法ニ於テハ管財人ハ解封次第ニ動產ヲ財產目錄ニ記載スルモノノ如シ然レトモ我商法第十五條第一項前段ハ解封カ財產目錄作成以後ニ行ハルルコトヲ明示シタリ而シテ此點ニ關スル我商法起草者ノ説明ハ曖昧ナレトモ要スルニ財團ノ流失豫防ノ爲メニ必ス管財人ノ占有ヲ必要トシ解封スルコトアルモ占有ヲ爲ナナル以上ハ解封ヲ爲シタル後財產目錄ニ評價額ヲ記載スルノ必要上鑑定人ノ鑑定ヲ要スル場合ニ於テハ解封ノミヲ爲シテ占有ヲ爲サス事實上ノ解封ニシテ法律上ノ解封ニ非ストシ以テ間接ニ再封ヲ必要トシ解封スルコトアルモ占有ヲ爲ス財產目錄ヲ作成シ以テ占有シタルトキハ事實上ノ再封ナキト同時ニ法律上ノ解封アリ之ヲ以テ事實上ノ解封アレハ常ニ法律上ノ解封アリト謂フヘカラス二者全ク其成立ヲ異ニスト云フニ歸著シタリ余輩ハ甚タ奇怪ナル説明ナリ

## ト信ス

動産ノ封印及ヒ解封ニ關シヲハ調書ヲ作り其認證廢本ヲ破産裁判所書記課ニ備ヘ以テ利害關係人ノ展閱ニ供セナルヘカラス第一〇一四條第三項、獨逸新破產法第一二四條)

(ホ) 商業帳簿ノ認證 商業帳簿ハ破産ノ届出ト共ニ破産裁判所ニ提出セラルヲ通常トスト雖モ(第九七九條若シ債務者カ其義務ヲ履行セサルトキハ封印ヲ爲ス等ノコトナク貸借對照表ヲ作成スルノ必要アルカ爲メニ(第一〇一六條即時ニ之ヲ管財人ニ交付シ且ツ同時ニ主任官ヲシテ現狀ヲ認證セシメ以テ後日ニ於ケル増減變更等ノ紛議ノ原因ヲ絶タサルヘカラス(第一〇〇五條第三項獨逸新破產法第一二二條)

(D) 破産者ニ關スル處分 破産財團保全ノ爲メニスル破産者ニ關スル處分ニ二種アリ破産者ニ對スル處分及ヒ破産者ノ爲メニスル處分是ナリ

(一) 破産者ニ對スル處分トハ破産者ノ報知義務住地ヲ離レナル義務及ヒ其自由ノ拘束ナリ破産者ハ破産裁判所及ヒ主任官ニ對シテ其求メニ因リ破産手續

ニ關スル總テノ關係ニ付キ殊ニ届出債權及ヒ破産財團タルヘキ財產ニ付キ異實ナル報知ヲ爲ササルヘカラス(第一〇二二條其理由ハ破産者ノ義務ヲ説明シタル當時ニ於テ略述シタルヲ以テ就テ参考セラルヘシ

破産者ハ猥ニ住地即チ破産宣告ノ當時ニ於テ住所ノ設ケアル地ヲ離レナルノ義務ヲ負フ唯リ住地ノ移轉ノミナラス旅行ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ破産裁判所ノ許可アルトキハ此限ニ在ラス其許可ヲ求ムルノ形式ハ申請ニシテ許可ノ形式ハ一ノ裁判タリ獨逸破產法ニ於テハ許可ヲ求ムル申請却下ノ裁判ニ對シ破産者ニ許スニ即時抗告ノ途ヲ以テ又許可ノ裁判ニ對シ管財人ニ許スニ即時抗告ノ途ヲ以テシタレトモ我商法ニ於チハスル旨ノ明文ナキヲ以テ不服申立ノ途ナシト謂ハサルヘカラス第一〇〇三條第三項(破産者カ此義務ヲ負フ理由ハ破産者ノ義務ヲ説明シタル當時ニ略述シタルヲ以テ就テ看ルヘン

破産裁判所ハ職權ヲ以テ又ハ主任官管財人若クハ債權ノ届出ヲ爲シタル破產裁判所ハ職權ヲ以テ又ハ主任官管財人若クハ債權ノ届出ヲ爲シ逃走ヲ爲シ其他管財人ノ職權行使ニ妨害ノ處アリト認メタルトノ取立ヲ爲シ逃走ヲ爲シ

キハ破産者ノ監守並ニ引致ヲ命スルコトヲ得(第一〇〇三條)破産者カ其法定義務ヲ履行セサル場合ニ於テモ亦然リ(通知義務ノ不履行ノ場合ニ於テハ監守若クハ引致ヲ命シ住地ヲ離レサル義務ノ強制ノ爲メニ監守ヲ命シ又破産者管財人ノ破産財團ノ占有ヲ妨害スル場合ニ於テ之ヲ廢除スル目的ノ爲メニ監守ヲ命スルコトヲ得ヘシ監守トハ破産財團ノ危害保全ノ爲メニ(擔保の監守)若クハ義務者ノ法律ニ對スル意思ノ屈從ノ爲メニ強制的監守行フ處分ニシテ又引致トハ出頭ヲ強制スル處分タリ監守又ハ引致ヲ命スル決定ハ破産者及ヒ管財人ニ送達セサルヘカラス(民事訴訟法第二四五條準用)

監守又ハ引致ヲ命シ若クハ之ニ關スル申請ヲ却下シタル決定ニ對シテハ我商法ニ於テハ獨逸新破産法ト異ナリ法律上何等ノ明文ナキヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス監守又ハ引致ヲ命シタル決定ノ執行並ニ費用負擔ノ方法ニ關シテ商法施行條例第四十五條第四十八條第四十九條ヲ参考スヘシ商法施行法第一四七條監守ハ刑罰ニ非ス又必要ナキニモ拘ラス一日ト雖モ破産者ノ自由ヲ拘束スルハ法理上許スヘカラサルカ故ニ管財人カ財產ヲ財產目錄ニ記載シ且

ツ之ヲ占有シ或ハ破産手續ヲ停止シ第九八二條其他逃走財產隱匿等ノ處ナキニ至リタルトキハ主任官ハ管財人破産者債權ノ届出ヲ爲シタル債權者ノ申立て因リ職權ヲ以テ決定ノ形式ニ依リ破産者ノ釋放即チ其監守ヲ免セサルヘカラス又破産事件ノ事情ニ基キテ釋放ノ事由ニ確信ヲ置クコト能ハサルトキハ必要ニ應シテ何時ニテモ出頭スヘキ旨ノ擔保ヲ供スルコトヲ條件トシテ解放ノ決定ヲ爲スコトヲ得是レ可成人のノ自由ヲ拘束セサルノ法意ニ基ケリ法律ハ擔保ノ種類ヲ限定セス故ニ裁判所ハ物上擔保民法第三百四十二條第三百六十九條ニ所謂第三者ノ供シタル質權抵當權ノ類對人擔保保證(若クハ現金供託等ノ方法ヲ以テ破産者カ其義務ヲ履行セサシシ場合ニ支拂フヘキ特定ノ金額裁判所ノ自由意見ヲ以テ之ヲ定ム)ヲ指定シテ釋放ノ擔保ト爲スコトヲ得唯破産者以下ノ親戚若クハ他人ノ支拂ニ斯ル金錢タルコトヲ必要トスルノミ蓋シ破産者ノ金錢ハ破産財團ニ屬スルヲ以テ之ヲ擔保ノ用ニ供スルモ何等ノ實益ナケレハナリ

破産者カ其出頭義務ニ違反シタルトキハ擔保ヲ取上ケテ之ヲ財團ニ加ヘ破產

債権者團體ヲ利ス第一〇〇四條、商法施行條例第五〇條、商法施行法第一四七條釋放ヲ爲シタル決定又ハ釋放ヲ求ムル申請ヲ却下シタル決定ニ對シテハ我商法ノ解釋ハ獨逸破産法ト異ニシテ法律上何等ノ明文ナキカ故ニ不服申立ノ途ナキモノト謂ハサルヲ得ス然レトモ監守ヲ命シ又ハ之ヲ免スル決定ハ監守ノ事由ノ表目ヲ以テ標準ト爲スカ故ニ裁判所ハ監守ヲ免スル決定ヲ爲シタル後猶ホ監守ノ事由存在シ或ハ再發シタリト認メタルトキハ更ニ監守ヲ命スル決定ヲ爲シ又其後該事由カ消滅シタリト認メタルトキニ更ニ監守ヲ免スル決定ヲ爲スコトヲ得ヘシ破産者カ會社其他ノ法人ナルトキハ其機關タル社員又ハ取締役カ報知ノ義務及ヒ住所ヲ離レサルノ義務ヲ負ヒ又監守及ヒ引致ノ強制處分ヲ受クルモノタリ第一〇〇三條第二項第三項準用破産者カ無能力者ナルトキハ其法定代理人カ前示ノ義務ヲ負ヒ又前ノ強制處分ヲ受クルモノナルヘシ但シ破産者カ無能力者ナリト雖モ其行爲ニシテ破産財團ヲ害スルノ虞アルトキハ破産財團保全ノ爲メニ此破産者ヲ監守スルコトヲ得ヘシ然レトモ住地ヲ離レサルノ義務ハ法定代理人人ノ負フモノニ非ストノ反對論アルヲ以テ特ニ注意

## フ 翼ム

(二) 破産者ノ爲メニスル處分トハ扶助料ノ給與及ヒ報酬ノ付與ニ外ナラス破産者ニ對シテハ前ニ述ヘタルカ如キ義務ヲ負ハシメ又自由ヲ拘束スルコトアルヲ以テ強制處分ヲ爲シ又ハ義務ニ違背スルノ必要ナル事情ヲ惹起サシメアルヲ要ス然ラスンハ徒ニ難キヲ人ニ責ムルモト謂フヘシ是ヲ以テ法律ハ破産者カ自然人ニシテ自ラ營利ノ業務ヲ爲スコト能ハサルカ若クハ他ニ生活維持ノ費用ヲ得ルノ途ナキ場合ニ於テ主任官ノ自由ナル意見ニ因リ破産財團中ヨリ破産者及ヒ其家族ノ生活ニ必要ナル費用即チ扶助料ヲ此等ノ者ニ給與スルコトヲ得セシメタリ第一〇〇七條)

扶助料ノ給付ハ主任官ノ自由ナル意見ニ基クモノニシテ破産者及ヒ其家族ニ扶助料請求權アルノ法意ニ非ス隨テ破産者及ヒ家族等ハ權利トシテ之ヲ請求スルコトヲ得サルヤ當然ナリ是故ニ商法第千七條ニ曰ク破産主任官ハ云云扶助料ヲ與フルコトヲ得ト佛蘭西商法ニ於テハ扶助料ノ給與ヲ拒絕シタル主任官ノ命令ニ對シ不服申立ノ途ヲ認メタルヨリシテ破産者ノ權利ナリト主張スル者多シ然

レトモ破産主任官ノ自由ナル意見ニ因リテ扶助料ヲ給付スヘキモノト認メラレタル以上ハ其命令ノ取消マテハ一ノ破産財團上ノ請求権トシテ裁判上又ハ裁判外ニ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ特別ノ勞務ニ對シ報酬ヲ與フルハ當然ノ事理ナリ故ニ破産者管財人ノ求メニ因リ其執務ヲ補助シタル場合ニ於テ主任官ハ其自由ナル意見ヲ以テ破産者ニ報酬ヲ與フルコトヲ得破産者ニ當然俸給ヲ與フルハ管財人ノ執務ヲ補助スル獎勵ノ為ニハ最モ適當ナリ(第一〇一二條第二項報酬ノ付與モ亦扶助料ノ給與ト同シク主任官ノ自由ナル意見ニ基クモノニシテ破産者ノ權利ニ非ヌ故ニ商法第千十二條三「得ト云ヘル文字アリ然レトモ主任官ノ付與スヘキ命令アル以上ハ其取消アルニ至ルマテハ一ノ破産財團ノ請求権トシテ主張スルコトヲ得ヘシ但シ破産者カ管財人ニ對シ雇傭契約上ノ責任ヲ負ヒタル場合ニ於テ報酬ヲ要求スルコトハ一ノ權利ナルヤ疑ナシ)

## 二 破産財團ノ換價

管財人ハ破産財團ニ屬スル財團ヲ破産財團ノ目的ヲ以テ各破産債権者ニ平等的満足ヲ得セシムルカ為メニ破産財團ニ屬スル總財產破産財團ヨリ別除セサ

ル別除請求權ノ目的物ヲ包含スヲ換價セサルヘカラス第一〇一二條破産目的ヲ達スルカ為メニスル破産財團ノ換價ハ其目的ニ從ヒテ三種ニ別ツコトヲ得第一管理費用ヲ得ルカ為メニスルモノノ第二損失ヲ避クルカ為メニスルモノ

(第三配當ノ為メニスルモノ即チ是ナリ)

第一ノ換價ハ破産財團ノ管理上缺クヘカラサルノ費用ヲ得ルニ在ルヲ以テ其必要ノ限度ヲ超エテ破産當事者ノ利益殊ニ協階契約ヨリ生スヘキ破産者ノ利益ヲ害スヘカラス

第二ノ換價ハ保全費用ヲ要スル物件若クハ損敗スヘキ物件ヲ急速ニ賣却シ破産當事者ノ受クヘキ損害ヲ防止スルニ已ムヲ得サルノ方法ナリ  
第三ノ換價ハ破産ノ最終ノ目的ヲ達スルニ必要ナル方法ナリ隨テ管財人ハ總破産債權額ニ比シテ過大ニ失スル賣却ヲ避け破産者ノ利益ヲ害セサルコトニ注意セザルヘカラス而シテ破産終局ノ一方法タル協議契約成否未確定ナル以上ハ破産手續ノ開始以後債権者第一集會ノ終了マテ又ハ協議契約ノ提供アルトキハ其終局手續アルマテ(第一〇三八條總テノ利害關係人ニ對シテ有益ナル此終

局方法ヲ成立セシムルカ爲ミニ管財人ハ破産財團ヲ換價スヘカラス然レトモ第一及ヒ第二ノ換價ハ缺クヘカラナルカ又ハ已ムヲ得サル方法ナルヲ以テ此制限外ニ在リト謂フヘシ(第一〇〇五條「財團ノ爲ミニスル即時ノ換價」)

破産財團ノ換價トハ破産財團ニ屬スル目的物ヨリ金錢若クハ金錢的價額ヲ得ルノ行爲ナリ破産財團ニ屬スル目的物ヲ破産債權者ニ對シ其配當額請求權ノ滿足ノ爲ミニ又破産財團上ノ請求權者ニ對シ其請求權ノ満足ノ爲ミニ交付(代物辨濟)シタルトキハ破産財團ヨリ金錢的價額ヲ得ルノ換價ナリト謂フコトヲ得ヘシ破産財團ノ換價ニ關スル管財人ノ權限及ヒ其手續等ニ付キ略述スヘシ

(A) 管財人ノ權限 管財人ハ破産財團ヲ換價スルノ權限ヲ有ス故ニ破産財團ニ屬スル財產ヲ各別のニ又ハ一括のニ讓渡スコトヲ得破産者ノ營業ヲ讓渡シ商品ノ全體ヲ商店ト共ニ讓渡スカ如キハ一括的ノ讓渡ナリ破産債權者團體ノ爲ミニ破産者ノ生活上ノ工夫ヲ利用スルコトヲ得破産債權者團體ノ計算ニ於テ破産者ノ營業ヲ續行シ或ハ破産財團ニ屬スル財團ヲ貸貸スルカ如キ類又破産財團ニ屬スル債權ノ取立ヲ得又之ヲ讓渡スルコトヲ得管財人ハ破産手

續開始決定ニ因リテ當然取立權ヲ有シ特ニ取立權ヲ移轉スルノ名義ヲ必要トセス

(B) 換價ノ手續 謂渡ニ依リ破産財產ヲ換價スルノ手續ハ各國立法例各異ナレリ獨逸(獨逸舊破產法第一一六條第一一七條第一二一條第一一二二條同新破產法第一二六條第一二七條第一三三條第一三四條)ニ於テハ從來行ハレタル執行手續ニ關スル規定ヲ破産手續ニ適用スルノ原則ヲ廢止シ管財人ヲシテ適當ト認メタル方法ニ依リ自由ニ換價スルコトヲ得セシメタリ故ニ相對賣買ヨリモ執行手續ニ依ル換價ヲ適當ト認メタルトキハ後者ニ依ルコトヲ得是レ換價方法ヲ競賣ニ限定スルカ如キハ破産ヲ以テ單純ナル執行手續ト爲ナスシテ清算手續ト爲スノ思想ニ適セヌ且ツ破產ノ目的ヲ達スルニ適當ナラストノ理由ニ基ケルナルヘシ然レトモ利害關係人ノ利益保護ノ爲ミニ特定ノ場合ニハ債權者集會若クハ債權者委員會ノ協賛ヲ必要ト爲シタリ例へハ債權調查期間終了前ニ動產ヲ換價スルニハ債權者委員會ノ同意ヲ必要トシ不動產ヲ相對賣却スルニハ債權者委員會若クハ之ヲ缺クトキハ債權者集會ノ同意ヲ必要ト爲スカ

如シ(金三百「マル乞以上ノ價額ヲ有スル債權ヲ交換、代物辨濟等ノ如キ通常取引所ニ行ハルル換價方法ニ依ラスシテ換價スルニハ債權者委員會アル場合ニ於テ之カ同意ヲ必要ト爲シタリ)佛蘭西佛蘭西商法第五三四條、第五七二條、第五七三條ニ於テハ動產ハ破產主任官ノ監督ノ下ニ於テ管財人カ自己ノ自由意見ヲ以テ或ハ競賣ノ方法ニ依リ或ハ相對賣買ニ依リ換價スルコトヲ得(破產終局方法確定以前ノ動產ノ換價ハ例外トシテ止ムコトヲ得サルモノナレハ破產主任官ノ認可ヲ受ケ破產者ノ意見ヲ聽キタル後ニ非スンハ賣却スルコトヲ得ス不動產ハ破產主任官ノ認可ノ下ニ於テ管財人カ特定期間内ニ未成年者ノ所有財產ヲ賣却スルト同一ノ形式ニ於ケル競賣ニ依リ賣却シ且ツ破產裁判所ノ認可ヲ受ケサルヘカラス債權其他ノ財產權ニ付キ有期附條件附係爭債務者無實力等ノ事情アルカ爲メニ取立困難ナルトキハ破產債權者團體カ破產裁判所ヲシテ破產者ノ意見ヲ聽キ適當ナル讓渡ヲ認可セシメ管財人フシク之ニ必要ナル行為ヲ爲サシム英吉利英吉利破產法第五六條ニ於テハ管財人カ破產者ノ總財產ノ全部又ハ一部ヲ支拂期ニ達シタルト否トニ拘ラス公賣ニテ或ハ相對賣却ニ

## テ換價スルコトヲ得

我商法ハ公平ヲ期シテ可成の高價ニ賣却スルノ目的ヲ以テ原則トシ換價ノ手續ヲ民事訴訟法上ノ手續ニ依レル競賣ト定メタリ(民事訴訟法第五七二條以下第六四〇條以下)故ニ動產ニ關シテハ執達吏又ハ不動產ニ關シテ其所在地管轄區裁判所カ競賣ノ機關トシテ之ヲ實施ス(第一〇一八條)但シ法文不明ナルヲ以テ管財人自身カ執行機關トシテ競賣ニ從事ストノ說アリ而シテ不動產ニ關シテハ法律カ之ヲ重要視シテ管財人カ競賣機關タル區裁判所ニ申請スル以前ニ於テ主任官ノ認可ヲ受クルヲ必要ト爲セリ相對賣却ハ競賣ヨリ手數ヲ省略シ費用ヲ節約ヘルニ適當ナル換價方法ナルヲ以テ例外トシテ動產ニ限り相對賣却ヲ許セリ然レトモ主任官ノ認可ヲ受クルヲ必要トス是レ相對賣却ノ競賣ヨリ適當ナルヤ否ヤア主任官ニ判斷セシムルカ爲メナリ有期ノ債權其他ノ財產權ノ換價ニ關シテハ法律上別ニ明文ナキヲ以テ民事訴訟法第六百二十條、第六百二十五條ヲ準用シテ換價スヘキモノト信ス(第一〇一八條第二項立法論トシテハ破產ノ目的ハ各破產債權者ニ最モ節約的配當ヲ得セシムルニ在ルヲ以テ英

吉利獨逸ニ於ケルカ如ク換價ノ方法ヲ管財人ノ自由意見ニ一任スルヲ正當ト認ム形式ニ適セサル換價即チ主任官ノ認可ヲ受クヘキニ之ヲ受クセリシ讓渡ハ無效ナリ何トナレハ斯ハ管財人ノ權限外ニ涉ルモノナレハナリ唯善意ノ財產取得者ハ占有ノ效力トシテ權利ヲ取得スルニ過キス(民法第一九二條故ニ換價ハ有效ニシテ唯管財人カ責任ヲ負フニ止マルト云フ論旨ハ失當ナリ競賣手續其モノニ反スル換價ノ效力ノ有無ハ民事訴訟ノ法理ニ從ヒテ之ヲ定ム)

(C) 財團收入金ノ供託 債權ノ取立財團ノ讓渡等ニ因リテ生シタル財團ニ收入スキ性質アル金錢ヲ供託スルコトハ各國立法例ノ殆ト一致シタル原則ナリ我商法第一〇二〇條モ亦管財人カ此種ノ金錢ヲ供託所ニ供託シテ主任官ノ支拂命令アルニ非サレハ支出スルヲ得サルモノト規定セリ蓋シ徒ニ現金ヲ管財人ノ手ニ存セシムルハ唯リ不生產的利息ヲ生セサルヲ以テ行爲タルノミナラス管財人ノ消費其他紛失等ノ危険ヲ防止スルカ爲ミニ供託所ニ供託シ又ハ濫費ヲ避タルカ爲ミニ主任官ノ支拂命令ニ依ルニ非サレハ支出スルコトヲ得セシメサルノ法意ナリト信ス但シ破產手續ノ進行ニ通常必要ナル支出額ヲ管

財人ノ手ニ存セシメ以テ供託手續ノ煩雜ヲ避ケシメ若クハ管財人ニ於テ故ナク供託ヲ遅延シタルトキハ供託ニ因リテ生スヘキ利息ヲ支拂ハサルヘカラナルノミナラス不誠實ノ管財人トシテ解職セラルルコトアリ(商法施行條例第四二條商法施行法第一四七條破產財團中ニ現存シタル金錢モ亦同一理由ニ因リ供託セサルヘカラス)

三 破產財團ノ管理及ヒ換價ニ關スル破產主任官及ヒ破產裁判所ノ干與  
貸金ノ取立時效ノ中斷登記ノ記入等ノ如キ財團ノ保存行為ハ破產財團ヲ利スルコトアルモ之ヲ損スルコトナキヲ以テ管財人ハ單獨ニ爲スコトヲ得然レトモ關係人ノ利害ニ重大ノ關係アル處分行為ハ管財人カ單獨ニ爲スコトヲ得破產裁判所ノ決定若クハ破產主任官ノ認可ヲ必要トス是レ利害關係人ノ利益ヲ擔保スルノ法意ニ基ケリ左ニ之ヲ分説スヘシ

(A) 破產者ノ營業ノ續行 破產宣告ノ當時マテニ於テ破產者ノ爲シ來リタル營業ヲ突然廢止スルハ顧客ヲ散失セシメ大ニ破產債權者及ヒ破產者ノ利益ヲ害ス總破產債權ヲ完済スルニ十分ナル破產財團アルニモ拘ラス破產者ノ營業ヲ

廢止シ破産者ニ不利益ヲ被ラシムルハ失當ナルノミナラス總破産債權者ニ對シ何等ノ利益スル所ナシ又協諾契約ノ豫期セラルニモ拘ラス猶ホ營業ヲ廢止セハ爾後協諾契約ノ成立スルニ至ルモ破産當事者ニ對シテ何等ノ實益ナカルヘシ殊ニ營業ノ廢止ハ總破産債權者ノ共同擔保タル財團ヲ損スルモノト謂フヘシ是ヲ以テ法律ハ破産裁判所ヲシテ主任官ノ申立ニ因リ管財人ノ意見ヲ聽キ其當否ヲ判断シ決定ヲ以テ營業ノ續行ヲ許スコトヲ得但シ營業續行ト雖モ財團ノ換價ノ爲營業續行ノ許可アリタル場合ニ於テハ既ニ著手セラレタル營業行爲ヲ完成スルノミナラス新ニ營業行爲ヲ爲スコトヲ得ヘシ殊モ特別ノ認可ヲ要セシテ商品ヲ買入レ或ハ之ヲ販賣スルコトヲ得但シ營業續行ト雖モ財團ノ換價ノ爲ミニスルモノナルヲ以テ管財人カ之ニ必要ナル行爲ニアラスンハ爲スコトヲ得サルヤ明カナリ管財人カ營業續行ノ許可ナキニ之ヲ續行シタルトキハ其營業行爲ハ無效ナリ何トナレハ是ハ管財人ノ權限外ノ行爲ナレハナリ而シテ之カ爲ミニ生シタル損害ニ付キ管財人ハ破産債權者團體各破産債權者及ヒ破產者ニ對シテ賠償ノ責任ヲ負フ

破產者ノ營業ヲ續行スル場合ニ於テ管財人カ破産財團ニ屬スル物件ヲ通常ノ營業外ニ賣却スルヲ利益ト認メタルトキ例へハ書籍ノ流行漸次ニ衰フルニ至リタルヲ以テ急速ニ賣却スルヲ利益トシ營業的賣却ヲ爲スニハ却テ保存費用ヲ要スル物件ナルヲ以テ急速ニ營業外ニ賣却スルヲ利益ト認メ主任官ノ認可ヲ受ケタルトキハ營業外ニ於テ賣却スルコトヲ得蓋シ營業外ノ賣却ハ關係人ノ利害ニ關係スルヲ以テナリ(第一〇一七條)

(B) 商法第十九條ニ規定シタル行爲管財人ハ破產者ノ意見ヲ聽キ且フ破產主任官ノ認可シタル後ニ非ナレハ左ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ス

第一訴訟ヲ爲スコトハ管財人カ破産財團ニ關スル訴訟ヲ提起スルヲ謂フ破產債權ニ關スル訴訟ハ商法第十二十六條以下ノ規定ニ依ルヘキモノナルヲ以テ茲ニ所謂訴訟中ニ包含セス商法第十九條第一カ第五章財團ノ管理及ヒ換價ノ表題ノ下ニ在ルヲ以テ其意見ヲ解スルヲ得ヘシ訴訟ハ法文上何等ノ區別ナキヲ以テ本訴反訴及ヒ督促手續ヲ指示スヘシト謂フヘシ既ニ繼續シタル訴訟ハ訴ノ提起ニアラサルヲ以テ主任官ノ認可ヲ要セス

第二 和解契約又ハ仲裁契約ヲ取結フコト、仲裁契約ハ當事者カ其間ニ成立ジタル訴訟事件ヲ一名又ハ數名ノ仲裁人タル一私人ニ判斷セシムルノ合意ニシテ民事訴訟法第七八六條和解契約トハ當事者相互ノ讓歩ヲ以テ或權利ノ不確定若クハ其履行ノ不確實ヲ除去スルコトヲ目的トスル契約ナリ而シテ其種類ニハ裁判上ト裁判外トノ別アルハ既ニ諸君ノ知ラル所ナリ(民法第六九五條民事訴訟法第三八一條)

第三 質物ヲ受戻スコト、質物ノ受戻トハ別除請求権ノ目的物ノ受戻ニシテ民法上質權ノ目的物ノ受戻ト解スルハ狹キニ失ス質物ノ受戻ニハ其前提トシテ別除請求権ノ承認即チ破産財團ヲ減少スルノ原因アルヲ以テナリ

第四 債權ヲ轉付スルコト、債權ノ轉付トハ債權ノ取立ニアラス讓渡交換代物辨済相殺等ノ如キ通常ナル債權ノ換價ト異ナレル換價方法ヲ謂フ

第五 相續又ハ遺贈ヲ拒絶スルコト、漫ニ相續又ハ遺贈ヲ拒絶スルハ破産財團ノ增加ヲ害スルヲ以テ管財人ノ單純ナル職權ニ屬セス

第六 消費借ヲ爲スコト、氣で借入人を妨害するに當る時、

第七 不動産ヲ買入ルルコト、即チ管財人カ破産財團ヨリ不動産ノ取得ニ對スル反對給付ヲ供シ又ハ供スル旨ノ約ヲ爲スコトヲ得ス

第八 権利ヲ抛棄スルコト

第九 總テ財團ニ新ナル義務ヲ負ハシムルコト、即チ破産財團ニ屬スル財產ヲ擔保ノ目的物トシ債務者ノ變更ニ因レル更改ヲ爲シ(破産債權者團體ヲ債務者ト爲ス更改質借ヲ爲スカ如キ行爲ハ主任官ノ認可ヲ要ス別除請求権別離請求權及ヒ破産財團上ノ請求權ノ認諾ハ法律上明文ヲ缺クモ破産財團ノ減少ヲ來スヲ以テ主任官ノ認可ヲ要スルモノナルヘシ動産ノ相對賣却ヒ營業續行ノ場合ニ於テハ營業外ニ破産財團ニ屬スル物件ノ賣却ニ關シテハ主任官ノ認可ヲ要スルコト前ニ述ヘタル所ナリ管財人カ此等ノ法則ニ反シ主任官ノ認可ヲ得シテ爲シタル行爲ハ權限外ニ涉ルヲ以テ無効ナリ(民法第一一〇條獨逸ノ破産法ニ於テハスル行爲ハ債權者集會若クハ債權者委員會ノ同意ヲ得ルヲ要スト規定シ且ツ此規定ハ破産債權者團體ト管財人トノ間ニ行ハレ管財人ト第三者トノ間ニ行ハレタル権利行爲ハ效力ニ影響ヲ及ボスマノニアラナルヲ以

ヲ管財人カ債權者集會若クハ債權者委員會ノ同意ヲ得シテ爲シタル行爲ハ其相手方タル第三者ニ對シテ有效ナリ唯管財人カ職務違反トシテ之カ爲メニ生シタル損害ヲ破産債權者團體ニ對シテ賠償スヘキノミ體ヲ管財人ヘ先ニ示シタルカ如キ行爲ヲ爲スニ際シ債權者集會若クハ債權者委員會ノ同意アリタル旨ヲ立證スルヲ要セス又行爲ノ有效ナル相手方タル第三者ノ善意タルコトヲ要セサレハナリ獨逸ノ破産立法例ハ取引ノ安全ヲ保ツニ有益ナルヲ以テ立法上正當ト信ス

### 第五節 破産財團ノ消滅

破産財團ハ破産債權者ノ平等的滿足ヲ得セシムルノ用ニ供スル破産者ノ財產ナルヲ以テ破産手續ノ終局ニ因リテ消滅スルヲ當然トス隨テ破産手續カ協議契約ニ因リテ終局シタルトキハ破産者タリシ債務者ハ破産財團タリシ財產ノ占有有管理及ヒ處分權ヲ回復シ又破産手續カ配當ニ因リテ終局シタルトキハ破産者タリシ債務者ハ管財人ヨリ殘餘財產ノ返還ヲ受ケ而シテ管財人カ破産手

續繼續中發見スルコト能ハサリシ破産財團ニ屬スル財產ハ完済ヲ得サル各破産債權者ニ配當スルコトヲ得ヘシ蓋シ配當スヘキ破産財團ヲ配當セベシテ終局シタルトキハ未タ法理上破産手續ノ終局ト謂フコト能ハサレハナリ

### 第四章 破産宣告ノ效力

佛法系ノ立法及ヒ佛派ノ法學者ハ時期ヲ標準トシ破産宣告ノ效力ヲ二分シテ將來ニ關スル效力ト既往ニ關スル效力即チ支拂停止ノ效力ヲ規定シ又之ニ基キ説明ヲ爲スヲ常トス將來ニ關スル效力トシテハ或ハ債權者ニ對シ各別的訴訟行為ヲ禁止シ債務者ニ對シ財產ノ管理處分權ヲ喪失セシムルカ如キ數多ノ破産ニ關スル立法の目的ヲ達スルニ必要ナル效果ヲ規定スト雖モ唯之ノミヲ以テハ債權者全體ノ利益ヲ保護スルニ不十分ナルヲ認メ既往ニ關スル效力トシテ破産宣告前ニ於ケル或行爲ヲ或ハ無効トシ或ハ取消シ得ヘキモノト爲シタリ蓋シ破産宣告前且ツ支拂停止ノ前後ニ於テ一定ノ期間内ニ爲シタル債務者ノ或行爲ハ民法上ノ廢能訴權ノ下ニ在ラシムルヲ以テ債權者全體ヲ保護ス

ルニ十分ナリヤ否ヤノ問題ニ關シテハ債權者全體ノ利益ト社會的信用維持ノ利益トハ互ニ調和スルモノニアラナルヲ以テ即チ債權者全體ノ利益ノ爲ミニ既往ノ行爲ヲ無効ト爲ナハ取引ノ安全ヲ害シ社會ノ信用ヲ損スルニ至ルヲ以テ立法上ノ判定トシテ最モ困難ヲ極ムル所ナリ而シテ佛國學者ハ佛國千八百三十八年ノ法律ハ多年ノ經驗ニ基キテ爲シタル適當ナル立法上ノ判定ナリト云ヘリ英吉利破產法モ亦既往ニ對スル效力ヲ認メ破產宣告ノ原因タル行爲カ其申立ヨリ遡リテ三箇月内ニ發生シタルトキニ限リ宣告ヲ爲シ其效力ヲ其原因タル行爲發生ノ日ニ遡及セシムルモノノ如シ英吉利破產法第四三條第四七條乃至第四九條獨逸及ヒ瑞西ノ破產法ニ於テハ破產宣告ノ效力ハ其宣告ノ日時ヨリ發生スルモノトシ佛法系主義ヲ排斥シテ既往ニ關スル破產宣告ノ效力ヲ認メナリシ(獨逸舊破產法第一〇〇條同新第一〇一八條瑞西破產法第一七五條)蓋シ破產宣告ヲ受クヘキ境遇ニ在ル債務者ノ法律行爲ト雖モ苟モ破產宣告ノ效力トシテ財產ノ處分無能力者ト爲ル以前ニ於テ爲シタルモノナル以上ハ適法ニシテ且ツ有效タリトノ思想ニ基クカ如シ然レトモ債權者保護ノ爲メニ債權者ノ損害ニ於テ爲シタル破產ニ瀕スル債務者ノ行爲ヲ民法上ノ廢罷訴權ノ適用トシテ(民法第四二四條若クハ其適用ノ擴張トシテ法律上特定ノ要件ノ下ニ於テ取消スコトヲ許シタリ前述シタル取消權ナルモノ即チ是ナリ(取引ノ安全ヲ保ツカ爲メ獨逸破產法ハーノ制限ヲ附シ破產手續ノ開始ヨリ遡リテ六月以前ニ爲サレタル行爲ハ支拂停止ヲ認識シタリトノ原因ニ因リ取消サレサルコトヲ獨逸破產法第二十六條ニ規定シタリ其他獨逸破產法第二十四條第二十五條參考蓋シ債務者ノ財產ハ總債權者ノ共同擔保タリ故ニ債務者ハ縱令自己ノ財產ノ自由處分權ヲ有スルト雖モ之カ爲メニ債權者ノ全免又ハ其一員ヲ害スルニ至ルヘキ行爲ヲ承諾セサル義務ヲ負フ然ルニ之ニ反シテ斯ル行爲ヲ承諾シタルトキハ其相手方ハ之カ爲メニ損害ヲ受ケタル債權者ニ對シ一ノ責ムヘキ不正行為ヲ爲シタリ縱合然ラスト爲スモ無債ニ破產者ノ財產ヲ取得シタルモノナル以上ハ寧ロ損害ヲ防禦セントスル債權者ヲ適當ニ保護セサルヘカラス故ニハ許スヘカラサル行爲ニ對スル求償權トシテ獨逸舊破產法第二三條、第二四條、第三三條一ハ不當利得ニ基ク求償權トシテ獨逸舊破產法第二五條取消權

ヲ認メタルニ外ナラス(獨逸舊破産法第二三條以下瑞西破産法第二八五條以下  
我商法ハ理論ヲ異ニシ結果ヲ同シウスル此ニ主義ノ何レニ屬スルヤ起草者ノ  
説明條文ノ體裁等ニ據リ余輩ハ佛派ニ屬スルモノト認ム其他破産宣告ハ國際  
上如何ナル效力ヲ生スルヤフ研究セサルヘカラス故ニ以下本章ヲ三分シ將來  
ニ關スル效力ト既往ニ關スル效力ト及ヒ破産宣告ノ例外的效力ヲ略述スヘシ

## 第一節 將來ニ關スル破産宣告ノ效力

本節ノ效力ヲ細別シテ(一)破産者ノ債權者ニ對スル效力(二)破産者ノ法律行為ノ  
履行ニ對スル效力(三)破産者ノ債務者ニ對スル效力(四)第三者ニ對スル效力ト爲  
シ左ニ説明スヘシ

### (一) 破産者ノ債權者ニ對スル效力

破産手續ハ總破産債權者ニ平等ナル金錢的滿足ヲ得セシムルヲ目的トスルコ  
トハ前述シタル所タリ故ニ此目的ニ適セザル破産債權者ノ各別的權能ハ之ヲ  
制限セサルヲ得ス若シ斯ル制限ナクシハ破産債權者ノ爲メニスル共同目的ヲ

達セント欲スルモ得ヘカラサルナリ隨テ破産債權者ニ對スル觀念ハ實ニ此觀  
念ニ基クモノト謂フヘシ

(A) 強制執行ノ禁止 破産宣告ニ因リテ破産債權者ノ爲メニ新ナル法律保護  
請求權カ成立スルモノニアラス破産手續ニ於テ法定要件ノ下ニ法律保護  
ヲ請求スル權利ハ已ニ破産手續ノ開始前ニ存在シ破産開始決定ハ單ニ其法定  
要件ノ存在ヲ確認シタルモノニ外ナラサレハナリ然レトモ破産宣告ハ各破産  
債權者ノ有スル訴ニ於ケル法律保護請求權ヲ剥奪スルモノニアラス各破産債權  
者ハ其權利ヲ破産手續ニ於テ主張シ又破産手續繼續中破産者ニ對シ民事訴訟  
法ノ規定ニ從ヒテ主張スルコトヲ得故ニ破産者ニ對シ確認訴訟及ヒ強制執行  
訴訟ヲ提起スルコトヲ得ヘシ之ニ反シテ破産宣告ハ各破産債權者ノ強制執行  
ニ於ケル法律保護請求權ヲ制限シ破産債權者ヲシテ破産手續繼續中破産的強  
制執行ニ依ルノ外ハノ執行方法ニ依リテ私權ノ満足ヲ享有スルコトヲ得セシ  
メス蓋シ破産債權者團體ノ爲メニ破産財團上ニ成立シタル破産的差押權ハ破  
產債權者一箇人ノ爲メニスル強制執行假差押ノ執行等ニ依リテ害セラルルモ

ニアラサレハナリ第九八七條獨逸舊破産法第一〇條、第二同新破産法第一二條、第一四條「ヲチング氏等ハ破産手續繼續中ハ破産者ニ對シ執行訴訟ヲ提起スルコトヲ得ス(確認訴訟ハ此限ニ在ラスト)」曰ヘリ是レ破産ノ原則上不能ナルノミナラス被告タル破産者ハ執行訴訟ノ目的タル給付ヲ處分スルコト能ハナルモノナルヲ以テ訴ヲ大早計ニ失シタルモノトシテ却下セサルヘカラストノ論旨ニ基クモノナルヘシト雖モ損失分擔主義ノ實行ハ強制執行ヲ許ナサルノミヲ以テ之ヲ全ウスルコトヲ得ルカ故ニ正當ノ見解ナリト謂フコトヲ得ス強制執行ノ禁止ハ職權ヲ以テ調査スヘキモノタリ而シテ此禁止ニ反シテ債權者カ強制執行ヲ爲シタルトキハ管財人ハ民事訴訟法第五百四十四條ニ基キ異議ヲ申立テ及ヒニ爲シタル執行處分ヲ無効ナリト主張スルコトヲ得ヘシ然レトモ該禁止ハ例外ニシテ別除ノ請求權者別離請求權者及ヒ破産財團上ノ請求權者ニ對シテ效力ナシ何トナレハ此等ノ請求權者ハ破産債權者ニアラサレハナリ(第九百八十七條ニ所謂優先權ノ存スルニ非サレハ云云是ナリ獨逸舊破産法第四九條同新破産法第一一條)

破産手續ノ開始ハ破産債權者ニ對シテ破産手續ニ依ル法律保護ノ外ニ何等ノ法律保護ヲ要求スルコトヲ許ササルノ原因ト爲ラス然レトモ同一ノ權利ニ付キ同時ニ二種ノ法律保護ヲ要求スルコトハ努力、費用及ヒ時間省略ノ原則ニ觸ルヲ以テ之ヲ許ササルヲ當然トス故ニ破産債權者カ其債權ノ届出ヲ爲シ破産手續ニ加入シタルニモ拘ラス破産手續中破産者ニ對シ起訴シタルトキハ破産者ハ權利拘束ト同性質ノ防禦方法ヲ提出シテ訴ノ許否ヲ争フコトヲ得破産者カ債權調査會ニ於テ破産債權者ノ届出ヲタル債權ヲ争ヒタルトキハ此限ニ在ラス何トナレハ破産手續ハ破産者ノ異議ヲ成功ゼンムルカ爲メノ手段ニアラテレハナリ又管財人及ヒ各利害關係アル債權者ハ破産債權者カ破産手續中破産者ニ對シテ爲シタル訴訟ノ目的タル債權ヲ届出ヲタルトキニ於テ其届出ニ付キ異議ヲ述フルコトヲ得權利拘束ハ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキモノニアラサルヲ以テ訴若クハ債權ノ届出ヲ却下スヘキヤ否ヤノ論點ハ職權ヲ以テ調査スヘキモノニアラス(民事訴訟法第一九五條第二〇六條但シ債權者ハ法律保護ノ請求ヲ變更シ破産手續ニ依ル届出ヲ取下ケテ破産者ニ對シテ起訴シ又

反對ニ破産者ニ對スル訴ヲ取下ケテ其破産手續ニ依ル届出ヲ爲スコトヲ得ヘ  
シ何トナレハ法律ハ斯ル變更ヲ禁止セナレハナリ  
管財人利害關係アル債權者及ヒ破産者カ前示ノ如キ防禦方法ヲ提出シ又破產  
債權者カ法律保護ノ請求ヲ變更セサル場合ニ於テハ同一ノ債權ニシテ破産手  
續ニ於テハ破産者ニ對シテ確定シ又訴訟手續ニ於テハ破産者勝訴ノ判決ニ依  
リテ破産者ニ對シテ成立セナルノ結果ヲ生スルハ當然ナリ斯ル場合ニ於テハ  
民事訴訟ニ於テ當事者カ權利拘束ノ妨訴抗辯ヲ提出セザランカ爲メニ同一事  
件ニ付キ二以上ノ異ナリタル判決アリタル場合ニ行ハルル同一法理ニ依リ論  
結セナルヘカラス(余輩ハ新法ハ舊法ヲ廢スルノ原則ニ基キ以後判決ヲ以テ效  
力アリト論結スルヲ正當ト信スレトモゾイフエル氏ハ先ツ民事訴訟法第四  
百六十九條第六即チ獨逸新民事訴訟法第五百八十條第七(2)ニ基キナ以後ノ行  
爲ヲ攻擊シ其之ヲ爲サナル場合ニ於テ民事訴訟法第五百四十五條即チ獨逸新  
民事訴訟法第七百六十七條ニ基キ異議ノ訴ヲ以テ以前ノ行爲ヲ攻擊スルコト  
ヲ得ヘシト主張シタリ)

同一ノ請求權ニ付キ同時ニ破産手續及ヒ其他法律保護手續トニ依ルコト能ハ  
アルヲ以テ破産手續開始以前ニ破産者タル債務者ト破産債權者タル債權者ノ  
間ニ於テ占有スル債權ニ付キ訴訟カ繫屬シタルトキ破産手續ノ開始ニ因リ其  
訴訟ヲ中斷スルヲ當然トス民事訴訟法第一七九條獨逸舊民事訴訟法第二八八  
條同新民事訴訟法第二四〇條蓋シ破産手續ノ開始ノミツバシテ訴訟ノ當事者タル  
債權者カ其相手方ノ破産手續ニ加入シ且フ之ニ依リテ破産手續ト其他民事訴  
訟手續トノ衝突ヲ惹起スルコトヲ保スルモノニアラス然レトモ債權者ハ破産  
手續ニ依ラント欲スルモノナリト推定スルヲ適當トス故ニ斯ル推定ニ基キ繫  
屬訴訟ヲ中斷セシムルニ外ナラナルナリ

中斷シタル訴訟ハ債權者カ破産手續ニ加入シタル場合ニ於テハ其届出ヲタル  
債權訴訟ノ目的ニ對シ調査令ニ於テ債務者カ異議ヲ申立タル場合ニ於テ債務  
者ニ對シ受繼スルコトヲ得獨逸新破産法第一四四條第二項之ニ反シテ債務者  
カ破産手續ニ加入セサル場合ニ於テハ債務者ニ對シテ直チニ受繼スルコト  
ヲ得訴訟ノ繫屬ナキトキハ債務者ニ對シテ新訴ヲ提起スルコトヲ許サナルハ

前述ノ如シ是レ破産債権者團體ヲ害セサル範圍内ニ於テ債務者ニ對スル執行名義ヲ得ルノ必要アルカ爲メナリ而シテ破産手續ニ加入セシシテ直チニ債務者ニ對シ訴訟ヲ續行スルモ爲メニ破産手續ニ加入スル權利ヲ拠棄シタルモノト認ムヘカラス故ニ訴訟ヲ續行シタル債権者カ爾後破産手續ニ加入シタルトキハ同一ノ請求權ニ付キ同時ニ二箇ノ法律保護ノ請求ヲ爲シタルモノトシテ之ヲ取扱ハナルヘカラス

訴訟ノ中斷ヘ破産手續ノ終局ニ依リテ終局ス但シ其以前ニ於テ訴訟ノ受繼アリタルトキハ此限ニ在ラサルコトハ民事訴訟法第百七十八條ニ依リテ明白ナリ

各破産債権者ハ破産手續ニ於テ強制執行ヲ爲スコト能ハナルニ止マルヲ以テ訴訟ノ提起又ハ繁屬訴訟ノ續行ニ依リ破産者ニ對シテ勝訴ノ判決ヲ受クルコトヲ得而シテ斯ル判決カ給付義務ノ確認ニアラスシテ其負擔ヲ命シタルモノナルトキハ其性質上破産手續ノ終局後ニ於テ執行シ得ヘキモノタリ該判決ハ破産手續ノ終局後ニアラスンハ執行スルコト能ハサルモノタルニ拘ラス假執

行ノ宣言ヲ付スルコトヲ得ルノ妨ト爲ラス何トナレハ假執行ハ判決カ故障又

ハ上訴ニ關係ナク執行シ得ヘキ旨ヲ宣言スルニ外ナラサレハナリ破産手續カ判決確定以前ニ終局シタル場合ニ假執行宣言ノ實益アリ又執行文付與ヲ妨ケス何トナレハ執行文付與即チ強制執行命令ハ抽象的ニ執行ヲ許スヘキ旨ヲ表示スルニ止マリ破産手續繼續中ナルカ故ニ強制執行ヲ實施スルコトヲ得サルカ如キ現實的調査ハ執行機關ノ爲ス所ナレハナリ

破産手續開始以前ニ於テ已ニ破産者ニ對シ開始セラレタル強制執行手續ハ爾後ノ破産手續開始ニ因リ其續行ヲ妨ケラルモノニアラス(中斷スルモノニアラス)民事訴訟法第五五二條参考然レトモ破産手續繼續中ハ破産債権者各自ノ爲メニスル強制執行ヲ許ササルヲ以テ破産債権者タル差押債権者ハ債務者ニ對スル破産手續開始後ニ於テ強制執行ヲ爲スコトヲ得サルヤ當然ナリ故ニ管財人カ破産債権者團體ノ爲メニ已ニ開始シタル執行ヲ續行スルヲ得ルノミ是レ差押ニ因リテ生シタル利益ヲ破産債権者團體ニ與フルノ法意ニ外ナラス塊太利破産法ハ差押ニ質權ノ效力ヲ認メタルヲ以テ差押債権者ハ別除權者ト

シナ管財人ニ對シ執行ヲ繼續スルコトヲ得セシメ(イタ利破産法第二一二條  
獨逸破産法亦然ラン獨逸舊破産法第一一條第二六條第一項第四一條第九同新  
破産法第一四條第一二六條第一項第四九條第九百耳義商法第四五三條和蘭商  
法第七七一條西班牙民事訴訟法第一一七三條第一一八六條第一三七六條瑞  
西破産法第一〇條)ノ如キハ執行手續ト執行費用トヲ全ク無用ナラシムルカ如  
キ不經濟ノ結果ヲ避ケル目的ヲ以テ執行手續ト破産手續トノ關係ヲ詳細ニ規  
定シタリ我破産法ニ斯ル規定ヲ缺クハ立法上ノ缺點ナリ

(B) 財團ニ對スル利息ノ停止 破産債權ノ利息ハ其法定タルト約定タルトニ拘  
ラス破産宣告ノ日ヨリ破産財團ニ對シテ其發生ヲ止ムトハ我商法及ヒ多數ノ  
立法例ノ採用シタル所ナリ(第九八九條獨逸新破産法第六三條第一佛蘭西商法  
第四四五條第一項、白耳義商法第四五一條、伊太利商法第七〇〇條、西班牙商法第  
八八四條瑞西破産法第二〇九條但シ塊太利破産法第一七條同民法第一三三三  
條、第一三三四條等ニ依レハ反對ニ利息ヲ發生スト規定シタリ千八百六十九年英  
吉利破産法第三六條ハ利息ノ停止ヲ明文ニテ規定シタレトモ現行破産法ニハ斯

ル明文ヲ缺ケリ然レトモ同一法意タルコトハ疑ナシト信ス其理由ハ佛國流ニ計  
算ノ便益ノ爲メニシ或ハ債權者間ニ平等ヲ維持スルニ在リト謂フモノノ如シ  
ト雖モ我商法カ破産ノ效力中ニ於テ利息停止ニ關スル規定ヲ設ケタルハ佛派  
ノ見解ニ基キタルコト瞭然タリ余輩ハ寧ロ獨派ハ破産宣告以後ニ發生スヘキ  
利息ハ將來ノ債權ニシテ破産宣告ノ當時ニ存在シタルモノニアラナルヲ以テ  
破産債權ト爲ラス隨テ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ナルニ在リト謂フヲ  
正當ト認ム(佛蘭西商法大塞タアレン「ボアスラル」「ローレン」「リオンカン諸氏ノ  
説明スル所ニ依レハ破産債權中ニ無利息ノモノト否トアリ又其利息ノ高低ア  
リスル場合ニ於テハ破産手續カ其終マテ多數ノ日時ヲ要スルト否トニ從ヒテ  
有利息若クハ高利息額ノ債權者ハ利ヲ受ケ他ノ債權者ハ不利息ヲ受クルノ不  
公平ヲ生ス又計算上不便ヲ來シ手續ノ終局ヲ淹滯セシムルノ虞アリト)  
是ヲ以テ第一ニ前拂セラレタル利息ニ關シテハ期限ニ至ラサル債務ノ支拂ト  
シテ破産財團ニ對シテ當然無効ナリト謂ハナルヲ得ス故ニ此種ノ債務者ハ其  
受取リタル破産宣告以後ニ係ル利息ヲ財團ニ返還セサルヘカラス第二ニ元本

利息ヲ加算シ券面ニ其金額ヲ記載シタルトキ例へハ金百圓ノ貸借關係ニ於テ手形ヲ振出シ其手形面ニ利息ヲ加算シテ金百六圓ト爲シタルノ類ニ於テ債務者カ其義務履行期前ニ破産宣告ヲ受ケタルカ爲メニ債權者ハ其債權ヲ主張スルニハ券面額ニ依ル届出ヲ爲スコトヲ得ルヤ或ハ破産宣告以後支拂期マテノ利息ヲ加除スルヤノ問題ニ關シ多數ノ學者殊ニ「リオンカン」アロゼーブラバノ民等ハ債權額中主從ノ區別ヲ爲シ之カ減額ヲ得ルハ困難ニシテ且ツ煩雜ナリト云ヘル實際的理由ト善意ニ債權ヲ取得シタル第三者ニ對シ之カ減額ヲ爲スハ失當ナリト云ヘル理由ニ基キ消極的ニ論決シタレトモ余輩ハ理論上積極的ニ論決スルヲ正當ト認ム何トナレハ利息カ券面上元本ト併記セラレタルノ故ヲ以テ其進行ヲ破産財團ニ對シテ繼續スト云フハ故ナク學者カ前示ノ原則ニ反スル例外ヲ設ケタルニ外ナラサレハナリ(千八百三十八年佛國ニ於テ此說ニ基ク修正案ヲ提出セラレタルニ議會ノ否決スル所ト爲リタルハ大ニ遺憾ナリト謂ハサルヲ得ス)第三二期限附債權ヲ其期限到来以前ニ支拂ハシムルカ爲メニ割引以テ取引ヲ爲シタル場合ニ於テ債務者カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ債權者ハ其債權全額ニ付キ破産手續ニ加入スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ關シ或學說ハ割引ヲ認メタル結果トシテ債權額ハ債權者ニ於テ元本ヲ使用スルヨリ生スル利息ヲ包含シ單純ナル元本額ヲ表彰スルモノニ非ス體ヲ割引スヘキ金額ヲ控除シタル殘額ニアラスンハ破産手續ヲ加入スルコトヲ得スト論決スト雖モ余輩ハ多數ノ學說殊ニ「リオンカン」「ラバール」「ナミユル」氏等ト共ニ反對ニ論結スルヲ正當ト認ム何トナレハ割引ハ特定期間内ニ支拂ハレタナレハトノ條件ニ繫ルモノニシテ又破産宣告若クハ破産手續ニ依レル配當ハ斯ル支拂ト同視スルコトヲ得ナル結果トシテ條件ノ成就シタルモノト認ムルコトヲ得ス隨テ割引ヲ爲スヘキモノニアラサレハナリ第四ニ主タル債務者ノ支拂フヘキ利息ノミヲ擔保シタル保證人カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ各支拂期ニ主タル債務者ノ支拂スヘキ利息總額ハ破産者タル保證人ニ對シテハ元本ナルヲ以テ債權者ハ此全額ニ付キ破産手續ニ加入スルコトヲ得然レトモ主タル債務者ヨリ利息ノ支拂アリタルトキハ停止條件附債權ニ處スル方法トシテ利息ヲ發生セシムルカ爲メニ供託シタル配當額ハ各債權者間ニ分配セラル第五ニ終身定

期金ニ關シテハ種種ノ學說アレトモ終身定期金ニ該當スル法定利息ヲ發生ス  
ヘキ元本額カ即チ破産手續ニ於テ主張スヘキ請求權ナルヲ以テ該額ヲ終身定  
期金ヲ支拂フカ爲メニ供託シ債權者カ死亡シタル時ニ當リテ之ヲ各債權者ニ  
配當スヘキモノト信ス(民法第六八九條瑞西破産法第二一〇條同債務法第五二  
二條)

破産宣告以後ニ於テ發生スヘキ利息ハ破産債權ニアラサルヲ以テ破産財團ニ  
對シテ主張スルコトヲ得サルノミ破產者保證人其他ノ共同義務者ニ對シテ其  
發生ヲ止ムルモノニアラス故ニ破產者ハ破産宣告以後ニ於ケル利息ヲ支拂フ  
ヘタ又之ヲ支拂フニアラスンハ復權ヲ許ナレス第一〇五五條(佛ノリオンカン)  
氏ハ破産財團ヲ以テ元金ノ配當ヲ爲シタル後尙ホ剩餘アル場合ニ於テ之ヲ管  
財人カ破産宣告以後ニ發生シタル利息ノ支拂ニ充用スト云フモ余輩ハ反對ニ  
論決スルヲ正當ト認ム何トナレハ破産財團ニアラサル剩餘ヲ破産債權者ニア  
ラナル者ニ辨濟スルハ管財人ノ職權外ニ涉レハナリ而シテ破產者ノ支拂フヘ  
キ利息ハ法定ナルト又破産宣告以前ニ已ニ進行ヲ始メタルト破產

宣告以後ニ於テ始メテ進行ヲ始メタルトヲ間ハサルナリ故ニ無利息債權ニ關  
シテ亦遲滯後(民法第四一二條但シ同條末項ノ履行ノ請求ハ債權届出ニ該當ス)  
且ツ破産宣告以後ニ發生スル利息ニ付キ破產者ハ支拂義務アリ

又保證人其他ノ共同債務者亦破産宣告以後ノ利息ヲ辨濟セサルヲ得ス  
質權抵當權其他ノ優先權ヲ以テ擔保セラレタル債權ハ其擔保ノ目的ノ賣拂代  
金ヨリ辨濟セラル場合ニ於テハ破産宣告以後ニ發生シタル利息ヲ其發生カ  
已ニ破産宣告前ニ在リタルト又ハ破産宣告以後ニ在ルトヲ間ハス賣拂代金ノ  
存スル限ニ於テ元金ヨリ先ニ支拂ハサルヲ得ス(民法第四九一條蓋シ優先權ハ債  
務者カ財產上不如意ノ地位ニ陷リタル場合ニ處スル擔保手段ナルヲ以テ斯ル  
支拂ヲ爲スハ優先權ノ效果ト謂フヘケレハナリ斯ル論結ハ賣拂代金カ元利完  
濟ニ不足ナル場合ニ於テ其不足額ニ付キ優先權ヲ有スル債權者カ普通債權者  
トシテ破產手續ニ加入スルカ故ニ破産宣告以後ノ利息ハ優先權者ノ爲メニ  
產財團ヨリ支拂ハレ普通債權者カ破産宣告以後ニ於テ發生スヘキ利息ヲ主張  
シ得サルコトハ優先權者ノ利益ニ歸スルノ結果ヲ呈ス依リテ元本ヲ先ニ支拂

フヘントノ反對説アレトモ正當ノ見解ニアラス(但シ優先權アル債權者ハ賣拂代金ノ外ニ於テハ普通債權者ニ外ナラサルヲ以テ破産宣告以後ニ於ケル利息ヲ請求スルコトヲ得ナルヤ當然ナリ(第九八九條)

(C) 破産債權ノ請求權發生 辨濟期ノ未タ到達セサル債權ハ債權者ノ破産宣告ニ因リ辨濟期ニ至リタルモノト爲ルハ前述シタル所ナリ又條件ノ未タ成就セサル債權ハ債務者ノ破産宣告ニ因リ如何ナル取扱ヲ受クルヤノ問題ハ亦前述シタル所ナリ(第九八八條第一項而シテ所謂辨濟期限ニ至リタルモノト爲ルコト即チ有期債權ノ請求權發生ハ如何ナル者ニ對スルナ此問題ニ關シテハ佛蘭西商法第四百四十四條、澳太利破產法第十六條等ハ破產者ニ對スルモノナルコトヲ明言シ獨逸新破產法第六十五條第一項及ヒ瑞西破產法第二百八條ハ單ニ有期債權カ又ハ破產者ノ債務者カ支拂ハルヘキ旨ヲ明言スルニ止マリ如何ナル者ニ對スルカラ明言セス然レトモ學者ノ説明トシテハ有期債權ノ要求權ノ發生ハ破產財團ニ對スルモノニシテ且ツ有期債權者ニ配當加入ヲ認許スルカ爲メニ存在スルノミ破產者其人ニ對スルハ固ヨリ存在スヘキモノニアラス隨テ破

產手續終局後尙ホ期限ノ到来セサルニ於テハ破產者其人ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得スト云ヘリ我商法第九百八十八條第一項「[破產者ノ債務]」ト明言シ瑞西破產法ト其文例ヲ同シウスト雖モ民法第百三十七條第一ハ債務者ニ對スルモノタルコトヲ明示シタルヲ以テ破產者其人カ期限ノ利益ヲ喪失スト謂ハナルヲ得ス隨テ破產者ノ債務即チ破產債權ハ破產手續上完済セラレサル場合ニ於テ其手續終局後尙ホ辨濟期ノ到来セサルニモ拘ラス尙ホ其權利ノ實行ヲ求シ得ヘキモノト論結セサルヲ得スル論結ハ理論上甚タ失當ナリ何トナレハ請求權ノ發生ハ總債權者ニ破產財團ヨリ平等的滿足ヲ得セシムルカ爲メナルヲ以テ破產者其人ニ對シ辨濟期ノ至ラサルニモ拘ラス尙ホ其權利ノ實行ヲ爲スコトヲ得ルト云フハ立法上ノ目的ノ範圍ヲ超越シ大ニ酷ニ失スト謂フヘク且ツ此ノ如キハ期限ヲ以テ債務者ノ支拂資力上ノ信用ニ基クト云ヘル單純ノ思想ニ基クニ過キサレハナリ而シテ前示何レノ論結ニ依ルモ破產者ノ債務ノミカ請求權ヲ發生スルモノナルヲ以テ破產者ノ保證人其他ノ共同債務者ニ對シテハ何等ノ影響スル所ナシ何トナレハ破產手續ノ外ニ請求權ヲ發生セシ

ムルノ理由ナク且ツ他人ノ行爲ニ因リ不利益ヲ被ムルヘキ謂レナケレハナリ  
唯例外トシテ第一ニ保證人カ破産宣告ヲ受ケ爲メニ無資力ト爲リタルトキハ  
主タル債務者ハ債権者ノ求メニ因リ他ノ有資力ナム保證人ヲ立タル義務ヲ  
フ(民法第四五〇條佛蘭西民法第二〇二〇條第二ニ爲替手形及ヒ約束手形ノ主  
タル義務者、爲替手形ニ引受人又ハ引受ナキ爲替手形ノ振出人又ハ約束手形ノ  
振出人カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ手形ノ償還義務ニ付キ辨済期ノ到来シタ  
ルモノトシ所持人ハ振出人及ヒ裏書讓渡人ニ對シテ償還請求ヲ爲スコトヲ得  
是レ手形ノ確實ヲ期スルカ爲メノミナラス主タル義務者ノ破産ニ因リテ信用  
ヲ失ヒタル手形ヲ手形トシテ存在セシムルモ其效用ヲ全ウスルコト能ハサレ  
ハナリ(第九八八條第二項舊商法第七七九條新商法第四八〇條参考獨逸手形法  
第二九條佛蘭西商法第四四四條第二項自耳義商法第四四九條等)我新商法第四  
百八十條ハ舊商法第七百七十九條ヲ修正シタルヲ以テ商法第九百八十八條第  
二項ノ修正アルハ當然ナルヘキニ何等ノ規定ナキハ寧ロ失當ナル(ヘシ)  
優先權ハ其義務者ノ破産宣告ヲ受ケタルニ因リ直チニ實行スルコトヲ得ルヤ

否ヤノ問題ニ關シ佛派ノ立法例ハ甚タ明瞭ヲ缺キ爲ミニ學者ノ論争ヲ招キタ  
リ或ハ佛蘭西商法(第四四四條)カ通常債権者ト優先權アル債権者トノ間ニ何等  
ノ區別ヲ設ケナリシヲ理由トシテ積極的ニ論決シ或ハ質權抵當權ノ如キ優先  
權アル債権者カ其優先權ヲ實行スルハ破產手續ノ外ニ於テスルモノナルヲ以  
テ辨済期ニ至リタルモノト看做スノ破產規定ヲ適用スルハ甚タ失當ナリトシ  
ヲ消極的ニ論結シタリ獨派ノ立法殊ニ獨逸破產法瑞西破產法、澳大利破產法等  
ハ優先權ノ實行ハ別除ノ權トシテ破產手續ノ外ニ在ルヲ以テ破產手續内タル  
請求權發生ハ適用ナシト認メタリ我商法第九百八十八條第一項ハ「破產者ノ債  
務ト云フニ止メタルヲ以テ優先權ノ實行ニキ亦同條ノ適用アルカ如キ觀アレ  
トモ理論上優先權ノ實行ハ別除權トシテ破產手續ノ外ニ在ルヲ以テ消極的ニ  
論結スルヲ正當ト信ス

(二)破產者ノ法律行為ノ履行ニ對スル效力

債務者カ破產宣告ヲ受クル以前ニ於テ未タ處分能力ヲ喪失セサルヲ以テ嫌疑  
時代ニ關係ナキ法律上(第九九〇條、第九九一條ハ原則トシテ有效ニ存在スルヲ

當然トス然レトモ民法商法破産法等ハ例外トシテ特定ノ法律關係ニ破産宣告ノ影響ヲ蒙ラシメ或ヘ之カ消滅ノ原因トシ或ハ之ニ特別ノ效力ヲ結合シタリ（商法第六九條第七四條第二二條第四〇四條第四〇五條等舊商法第六九九條第三九九條民法第六八條第六二一條第六三一條第六四二條第六五三條第六七九條）破産宣告ノ當時破産者及ヒ其相手方ノ未タ履行セス又ハ履行ヲ終ラサル雙務契約ハ當事者ノ一方ヨリ無賠償ニテ解除スルコトヲ得雙務契約トハ當事者ノ一方ノ爲スヘキ給付カ他ノ一方ノ爲スヘキ給付ト相對シ且フ經濟上報酬タルノ契約ニシテ其給付カ同時の履行ヲ要スルト豫先の履行ヲ要スルトヲ問ハアルモノタリ（賣買交換ノ類故ニ斯ル契約カ破産手續開始ノ當時未タ孰レノ一方ヨリモ完全ニ履行セラレナシトキハ法律上及ヒ經濟上互ニ關聯シタル二箇ノ債權カ存立ス此一箇ノ債權ハ其發生原因カ同一ノ契約ニ在ル點ニ於テ法律上互ニ關聯シ其目的タル給付カ互ニ對價タルノ點ニ於テ經濟上關聯スルハ當然ナリ）此關聯ハ當事者ノ一方ノ財產ニ對シ破産手續カ開始セラレタルノ故ツ以テ破壊セラルモノニアラス蓋シ反對ニ論結セハ破産宣告ヲ受ケナル當事

者ノ一方ハ破産者ノ有スル債權ヲ完全ニ履行シ自己カ破産者ニ對シテ有スル債權ニ關シテハ破産債權トシテ配當額ヲ以テ満足セナルヲ得ナルノ不公平ニシテ且フ當事者ノ意思ニ反スル結果ヲ生スルヲ以テナリ又破産者タル當事者ノ一方ハ破産手續開始ノ結果處分能力ヲ喪失シ爲メニ自ラ其義務ヲ履行シ得ナルヤ敢テ疑ナシト雖セ管財人ハ之ニ代リテ有效ニ破産者ノ義務ヲ履行シ得ナルモノニアラス故ニ破産宣告以後ニ於テモ雙務契約ヲ有效ニ存續セシム管財人ヲシテ代リテ義務ヲ履行セシムルコトハ法律上其當ヲ得タルニ似タリト雖モ必ス常ニ斯ル方法ヲ採ルヘキモノトセハ管財人ハ往往破産財團ノ缺乏ノ爲メニ完全ニ義務ヲ履行スルコトヲ得ナルコトアルヘク縱合破産債權者ノ一人タル雙務契約ノ相手方に對シテ完全ニ義務ヲ履行スルコトヲ得ヘントスルモ他ノ破産債權者ニ對シテハ完済ヲ爲スヲ得ナルコトアリスル結果ハ破産債權者ニ損失ヲ分擔スルノ原則ニ違背シ一破産債權者ノミカ完全ナル満足ヲ享有スルコトニ外ナラス是ヲ以テ法律ハ雙務契約ノ當事者雙方ニ無賠償ノ解除權ヲ認メ殆ト完全ナル辨済ヲ得タルト同一ノ實ヲ得セシメタリ（第九九三條

第一項、獨逸新破産法第一七條第一項、同舊破産法第一五條第一項、塊太利破産法第二二條第二三條、白耳義商法第四五三條、佛蘭西商法第五七六條第五七七條、同民法第一八四條第二二〇二條第四號佛蘭西商法ハ取戻權ノ題下ニ於テ動産ノ賣買ニ關レ買主カ破産シタル場合ニ於テ賣主ノ爲メニ解除權ヲ認メタリ而シテ破産債權者間ニ於ケル平等ヲ害スルヲ恐レ大ニ其應用ニ付キ制限ヲ加ヘタリ)解除ノ手續ハ民法ノ規定ニ因ル(民法第五四〇條第五四一條等)

破産宣告ヲ受ケナル當事者ノ一方ニ契約解除權ヲ認メタルハ相手方ノ破産ノ爲メニ不公平ニシテ且ツ自己ノ意思ニ反スル結果ヲ蒙ラシムルコトナカラシムルニ外ナラサルコトハ前述ノ如クナルヲ以テ管財人ハ雙務契約ノ存續ヲ破產債權者團體ノ利益ナリト認メタル場合ニ於テ破産者ノ義務タル給付ヲ財務債務トシテ完済シ(相手方カ豫先的反對給付ヲ爲スヘキトキハ相手方カ其義團ヲ發行シタル後ニ於テ財團債務トシテ義務ヲ履行スルヤ當然ナリ)以テ相手方ニ其義務タル反對給付ト完済ヲ請求スルコトヲ得ヘシ蓋シ斯ル場合ニ於テ何等ノ損害ヲ受クルコトナキヲ以テ強テ雙務契約ヲ解除セシムルノ理ナケレハ

ナリ然レトモ債務者タル破産者ノ義務ノ目的カ其一身ニ專屬スル行為著作ノ如キニシテ管財人カ債務者トシテ完全ニ履行スルコトヲ得サルトキハ管財人カ相手方ニ對シ其反對給付ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ス獨逸新破産法第一七條第一項管財人ハ此ノ如ク相手方ニ對シ其義務ノ履行ヲ請求スルノ權アフルヲ以テ事物ノ狀態ヲ永久ニ不確定トシ相手方ニ損害ヲ蒙ラシムルカ如キコトヲ避クルカ爲メニ相手方ノ催告ノ有無及ヒ履行期到来ノ如何ニ拘ラス相手方ニ對シ雙務契約ヲ存續セシメ以テ其履行ヲ請求スル者ノ意思ヲ適當ノ時間内ニ表示セサルヘカラズ若シ管財人カ相手方ノ催告アルニモ拘ラス遲滯ナクスル表示ヲ爲ササリシトキハ雙務契約ノ履行ヲ請求スルノ權ヲ喪失ス(獨逸新破産法第一七條第二項破産宣告ヲ受ケサル當事者ノ一方ハ管財人ト異ニシテ之ニ對シ其契約ノ履行ヲ欲スルヤ否ヤノ意思ヲ表示スヘキ旨ノ催告ヲ爲スコトヲ得ルニ止マリ其契約ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ス管財人カ契約ノ履行ヲ欲スル旨ノ意思ヲ表示セサル場合ニ於テ又債務者タル破産者ノ所有ニ屬シタル給付ノ目的物ノ一部ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス蓋シ該當事者ハ破産債權

者タルニ過キナルヲ以テ破産手續ニ依ラスシテ自己ノ権利ヲ全ウスルコトヲ得ナレハナリ然レトモ該當事者ハ契約不履行ヲ理由トシタル破産者ニ對スル損害賠償ノ請求ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ヘシ何トナレハ斯ル請求ハ破産宣告以前ニ於テ成立シタル契約ヨリ生スル副位的請求ナルヲ以テ破産債權タルニ妨ケナケレハナリ(獨逸新破産法第二六條第二項而シテ斯ル場合ニ於テハ破産手續終局以後破産者ニ對シ從前ノ請求即チ義務ノ本旨ニ從フ請求ヲ爲スコトヲ得ナルヤ當然ナリ)損害賠償ノ請求ヲ爲サナリシトキハ反對ニ論結セサルヘカラス但シ破産者ハ協諾契約ノ成立ニ際シ相手方タル當事者ノ一方ヲシテ其有スル損害賠償請求權ニ對スル協諾契約上ノ割合額ニヲ満足セサルヲ得サラシムルコトヲ得蓋々斯ル損害賠償請求權ハ縱令破産手續上主張セサリシト雖モ元來破産債權ニ外ナラナレハ協諾契約ニ基ク制限ヲ受ケサルヲ得サレハナリ又破産者ニ對スル雙務契約上ノ債務履行ノ請求ヲ破産手續ニ於テ主張シ該雙務契約ニ基ク自己ノ債務ハ之ヲ破産法ニ從ヒテ他ノ破産者ニ對スル破産債權ト相殺スルコトヲ得何トナレハ相殺ハ破産債權者ノ權能ナレハナリ

第九九五條第一項雙務契約カ其當事者ノ一方ニ對スル破産手續開始以前已ニ孰レカノ一方ヨリ完全ニ履行セラレタルトキハ唯一ノ債權ノミヲ存スルニ過キス而シテ該債權ハ債務ヲ完済シタル當事者ノ一方カ破産者ナルトキハ破産財團ニ屬スル財產アリ故ニ管財人ハ相手方ニ其義務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得又此法ニ從ヒテ相手方ノ不履行カ破産者ノ爲メニ契約解除ノ原因ヲ爲ストキハ之ヲ解除シ破産者ノ給付シタル目的物ノ取戻ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(民法第五四〇條以下但シ相手方ノ爲スヘキ反對給付カ破産者ニ専屬スヘキモノナルトキハ此限ニ在ラス何トナレハ斯ル給付ハ破産財團ニ屬セサルヲ以テナリ而シテ相手方ハ已ニ破産者ヨリ其義務ニ屬スル給付ヲ受取りタルモノナルヲ以テ契約ヲ解除スル權利ナキヤ當然ナリ又該債權ハ債務ヲ完済シタル當事者ノ一方カ破産者ニアラナル者ナルトキハ破産債權タリ故ニ債務ヲ完済シタル當事者ハ反對給付ヲ目的トスル請求權若クハ債務ノ不履行ノ爲メニ破産手續開始以前ニ於テ已ニ發生シタル損害賠償請求權ヲ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得ルニ過キス蓋シ相手方ノ破産宣告以前ニ於テ給付シタル目的物ハ破產

財團ノ一部分ヲ爲シ總破産債權者ノ平等満足ノ用ニ供スヘキモノナレハナリ但シ破産者ノ債務ノ目的タル給付カ破産者ニ專屬スヘキモノニシテ破産財團ニ關係ナキカ相手方カ別除請求權ヲ有シタルカ又ハ相手方カ破産宣告以前ニ於テ破産者ノ債務不履行ノ爲メニ民法ノ規定ニ從ヒテ契約ヲ解除シ自己ノ給付シタル目的物ノ取戻請求權(別除請求權)ヲ有スルトキハ此限ニ在ラス何トナレハ別除請求權取戻請求權ハ孰レモ破産手續以外ニ於テ實行スヘキモノニシテ又破産者ニ專屬スル破産者ノ債務ノ目的タル給付ハ破産債權者團體ノ利益ニ關係ナケレハナリ(第九九四條、獨逸舊破産法第二一條同新破産法第二六條、瑞西破產法第二一二條)

以上雙務契約ニ關スル法則ハ民法及ヒ商法等ニ於テ特別ニ規定シタル雙務契約ニ基ク法律關係ニ適用ナシ

第一ニ貸貸借關係ニ於テ貸借人カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ破産債權者團體ハ其有スル差押權ニ基キテ質借人タル破産者ノ質借權ヲ破産宣告以後ニ於ケル質金支拂義務ト共ニ承繼スルコトヲ得ヘシ蓋シ質借權ハ亦破産財團ニ屬スヘキ

財產權タレハナリ破産債權者團體カ承繼スルコトヲ欲セサルトキハ破産者ハ相手方トノ間ニ於テ貸貸借關係ヲ存續シ貸貸人ハ破産シタル質借人ノ十分ナル擔保ヲ供セサルノ故ヲ以テ其存續ヲ拒絕スルコトヲ得(第九九三條第二項、民法第六二〇條参考)此場合ニ於ケル損害賠償請求ハ一ノ破産債權タリ(管財人ヲトアリ又貸貸人カ破産債權者團體ノ從來ノ質借人ニ代ルコトヲ耐忍スヘキコトハ其意思ニ反スルヤ必然ナリ是ヲ以テ我民法第六百二十一條ハ破産手續ノ繼續中管財人及ヒ貸貸人雙方ニ解約ノ申入ヲ爲ス權利ヲ認メタリ獨逸新破產法第十九條第一項、第二〇條第一項、獨逸破產法ニ於テハ貸借人ニ其破産宣告ヲ受クル以前ニ於テ貸貸借ノ目的物ノ交付アリタルト否トヲ區別シ後者ノ場合ニ於テハ貸貸人ハ契約ヲ解除スルコトヲ得セシメ之カ爲メニ生シタル損害賠償請求ヲ認メス而シテ獨逸新破產法第二十條第二項ニ從ヘハ貸貸人ハ管財

人ノ催告ニ因リ遅滯ナク解除スルヤ否ヤノ意思ヲ表示スルノ義務ヲ負ヒ之ヲ履行セサルトキハ解除權ヲ喪失シ前示雙務契約ノ解除ニ關スル法則即チ獨逸新破産法第七條ノ適用トシテ管財人カ破産債權者團體ノ爲メニ賃貸借契約ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ルニ至ル前者ノ場合ニ於テハ我民法ト同シク管財人及ヒ賃貸人ニ解約申込ヲ爲スノ權利ヲ認メタリ而シテ此區別ヲ爲スノ理由ハ後者ノ場合ニ於テハ破産債權者團體カ破産者タル賃借人ニ代ルニ付キ毫モ正當ナル利益ヲ有セス前者ノ場合ニ於テハ即時ノ解除カ不當ナル損失ヲ釀スニ至ルヘケレハナリト云フニ在ルモノノ如シ我民法ニ於テ斯ル區別ヲ爲サナリシハ立法上正當ナルヤ否ヤハ頗ル疑問ニ屬ス解約ノ申入ハ契約ヲ解除スルニアラスシテ契約ノ爾後ニ存續スルコトヲ除去スルニ過キス其申入ノ方法及ヒ賃貸借ノ終了スヘキ期間ハ民法第六百十七條ノ定ムル所ナリ第九九三條第二項而シテ其期間即チ賃貸借ノ終了マテハ管財人カ破産債權者團體ノ爲メニ賃貸借ノ目的物ヲ使用及ヒ受益シ又賃金ハ破産財團債務トシテ之ヲ支拂フヘキモノタリ管財人カ解約申入ヲ爲シタルトキハ獨逸新破産法第十九條後段ニ於テ

賃貸人ニ約定期以前ニ於ケル契約ノ終了ヨリ生スル損害賠償請求權ヲ認メ破產債權トシテ主張スルコトヲ得セシメタレントモ我民法第六百二十條ハ之ニ反對シタリ蓋シ獨逸破産法ノ如クニ論結セハ權利實行ナリトノ觀念ニ背馳シ且ツ管財人ヲシテ事實上解約申入ヲ爲スヲ得サランムルニ至ルトノ理由ニ基クモノナルヘシト雖モ管財人ノ解約申入ハ破産債權者團體ノ利益ノ爲メニ賃貸借人ノ破産財團上ノ請求權トシテノ主張ヲ排斥スルニ止マリテ不履行ニ因リ相手方ニ生シタル損害賠償請求權ヲ排斥スルコトヲ得ルノ力アルモノニアラス故ニ立法上我民法ヲ正當ナリト認ムルコトヲ得ス賃貸人カ解約申入ヲ爲シタルトキハ當然不履行ニ基ク損害賠償請求權ヲ有セス破産債權者團體若クハ破産者亦然リ蓋シ解約申入ノ原因タル破産手續開始ニ關シテハ破産者其人カ責ニ任スヘキ所ナレハナリ(佛蘭西商法第四四五〇條第五五〇條白耳義商法第四五七條、伊太利商法第七〇二條、澳太利商法第二三條等解約ノ申込ヲ爲ナシテ賃貸借カ存續シタルトキハ賃借人ノ賃金支拂ノ義務其他ノ義務ハ破産手續繼續中財團債務タルノミ

賃貸人カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ之カ爲ミニ破産債権者團體カ自由ニ賃借人ノ權利ヲ害スルコトヲ得サルヲ以テ賃貸借關係ハ破産債権者團體ニ對シテ尙本有效ニ存續シ破産債権者團體ハ破産者タル賃貸人ト同シク賃借人ニ對シ使用收益ノ爲ミニ目的物ヲ交付スルノ義務ヲ負ヒ又賃金ヲ取立フルノ權利ヲ有ス而シテ破産手續ノ目的ヲ達スルカ爲ミニ必要ナル破産財團ノ換價ハ賃貸借關係ノ存續ノ爲ミニ妨ケラルモノニアラサルヲ以テ管財人ハ賃貸借ノ目的物ヲ任意賣却シ又ハ強制競賣ニ付スルコトヲ得此場合ニ於ケル賣却ト賃貸借トノ關係ハ民法及ヒ民事訴訟法ニ依リテ之ヲ定ム獨逸新破産法第二一條第三項、同條第一項ハ破産手續開始以前ニ於テ賃借人ニ其目的物ノ引渡アリタルトキニ於テノミ前述ノ如キ法則ヲ是認シ反對ノ場合ニ雙務契約ニ關スル一般ノ法則ニ依ラシメタリ)

第二ニ雇傭關係ニ於テ使用者カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ賃貸借關係ニ於ケルカ如ク勞務者又ハ管財人ヨリ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得民法第六三一條獨逸新破産法第二二條但シ同條ハ賃貸借關係ニ於ケルカ如キ區別ヲ設ケアリ而シテ破産宣告マテニ於ケル報酬請求權ハ破産債権ニシテ破産宣告以後ニ於ケル報酬請求權ハ破産財團上ノ請求權ナリ蓋シ破産債権者團體カ解約申入權ヲ留保シテ破産者タル使用者ニ代リタルモノナレハナリ但シ勞務ノ性質カ使用者及ヒ其家族ニ專屬スルモノナルトキハ(教育ヲ爲スノ勞務、乳母トシテノ勞務ノ類)破産債権者カ使用者ニ代リテ其權利ヲ承繼スルモノニアラサルヤ當然ナリ其他詳細ノ説明ニ關シテハ前述シタル貨借關係ノ説明ヲ参考スヘシ勞役者カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ之カ爲ミニ使用者ニ對シ約定ノ勞務ニ服スルコト妨ケラレナルヲ以テ雇傭ニ存續ニ影響スル所ナシ是レ我民法及ヒ獨逸新破産法ニ於テ何等ノ規定ヲ設ケナル所以ナリ但シ已ムコトヲ得サル事由アルトキハ契約解除ノ原因ト爲ル(民法第六二八條)

第三ニ請負關係ニ於テ注文者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ賃借人ノ破産宣告ヲ受ケタル場合ト同シテ破産債権者團體カ注文者タル權利ヲ報酬ヲ與フル義務ト共ニ承繼スルコトヲ得然レトモ管財人カ破産債権者團體ノ爲ミニ必ス契約ヲ存續セシメ又相手方カ注文者ノ變更ヲ耐忍セサルヲ得サルカ如キコト

ハ破産手續ノ目的及ヒ當事者ノ意思ニ反スルヲ以テ法律ハ當事者雙方ニ契約ノ解除ヲ爲スノ權ヲ認メタリ但シ各當事者ハ賃貸借ノ解約ニ於ケルト同シク解約ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ス而シテ請負人ハ其已ニ爲シタル仕事ノ報酬及ヒ其報酬中ニ包含セサル費用ニ付キ財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得蓋シ此種ノ請求ハ破産債權ニ外ナラサルヲ以テナリ(民法第六四二條、獨逸新破産法第二十三條第二項)ハ我民法ト異ニシテ委任關係ノ法則ヲ準用スキモノト規定シタリ(請負人カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ之カ爲ミニ當然契約ヲ解除スヘキコトト爲ルト謂フヘカラス仕事カ第三者ノ完成シ得ヘキモノナルトキハ管財人ハ破産債權者團體ノ利益ノ爲ミニ破產者以外ノ請負人ヲシテ仕事ヲ完成セシムルコトヲ得仕事カ第三者ノ完成シ得ヘキモノニアラサルトキハ書ノ如キ)請負人ノ破産ハ請負人カ其仕事ニ從事スルヲ妨クス第四ニ委任關係ハ委任者又ハ受任者ノ破産ニ因リテ終了ス委任者ノ破產ニ因リテ委任關係ノ終了スル理由ハ破産財團ニ屬スル財產ニ關スル破產者ノ處分ハ破産債權者團體ニ對シテ無效タリ故ニ破產者ニ受任者カ爲シタル行爲ハ亦

破産債權者團體ニ對シテ效力ナシ即チ相對的無效タリ然レトモ此論結ハ大ニ取引關係ニ錯雜ヲ來スノ因タルヲ以テ法律カ委任ヲ終了セシムルニ外ナラサルヘシ(民法第六五三條第一項前段、獨逸新破産法第二三條第一項前段、佛民法第二〇〇三條隨テ破産財團ニ屬セサル財產ニ關スル委任關係ハ委任者ノ破產ニ因リ終了セサルナリ委任終了ノ場合ニ於テ急迫ノ事情アルトキハ受任者ハ破產管財人カ委任事務ヲ處理スルコトヲ得ルニ至ルマテ必要ナル處分ヲ爲スコトヲ要ス此場合ニ於テ委任ハ存續シタルモノト看做ササルヘカラス我民法ニ於テ此點ニ付キ明文ヲ缺クハ立法上ノ缺點ナリ(民法第六五四條後段、獨逸新破産法第二三條第一項後段、獨逸民法第六七二條)又委任ハ受任者ノ爲ミニ此者カ其委任者ノ破産ニ因レル委任ノ終了ノ通知ヲ受ケ又ハ之ヲ知リタルトキ若クハ知ルヘカリシトキマテ存續シタルモノト看做サル(民法第六五五條、獨逸新破産法第二三條第一項後段、獨逸民法第六七四條)而シテ受任者ノ有スル賠償請求權中破產手續開始以後ニ發生シタルモノハ急迫ヲ要スル委任事務ノ處理ニ基ク賠償ノ類破産財團上ノ請求ニシテ受任者カ其委任ノ終了ヲ知ラスシテ爲シタル

委任事務處理ノ爲ミニ生シタルモノハ破産債權タリ何トナレハ前者ハ破産債權者團體ノ利益ノ爲ミニシ後者ハ破産宣告以前ニ於テ其發生原因ヲ有スレハナリ

受任者ノ破産ニ因リテ委任關係ノ終了スル理由ハ受任者ノ信用喪失ニ在リ(民法第六五三條獨逸民法ハ受任者ノ破産カ委任ヲ終了セシムル旨ノ明文ヲ掲ケサリシ蓋シ同法ニ於テハ受任者カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ受任者ノ義務カ單純ナル專屬的行動ヲ目的トスルトキハ破産宣告ニ因リテ委任ヲ消滅セシムルノ理由ナク其他行爲ヲ目的トスルトキハ民法第六百七十一條ニ基キ委任者カ自由ニ委任ヲ解除スルコトヲ得ルヲ以テ民法第六五一條受任者ノ破產ニ於ケル特別立法ヲ設クルノ要ナケレハナリ

委任ニ因ル代理權ハ委任ノ終了ニ因リテ消滅ス(民法第一一一條第二項、獨逸民法第一六八條故ニ委任ニ因ル代理人力カ委任契約當事者ノ破産宣告以後ニ於テ爲シタル行爲ハ代理權ナキ行爲ナルヲ以テ獨リ破産債權者團體ニ對シテ無效ナルノミナラス破產者其人ニ對シテ無效ナリ然レトモ前述ノ如ク委任ノ存續シタルモノト看做スヘキ場合ニ於テ第三者カ惡意ナルトキハ其第三者ノ利益ノ爲ミニ前示ノ行爲ノ效力ヲ生セサルヤ疑ナキ所ナリ(民法第一一二條、獨逸民法第一六九條)

以上ノ法則ハ法人ト其機關トノ關係ニ於テ採用スルコトヲ得ルヤ當然ナリ其他代理權ハ代理人ノ破産ニ因リテ消滅ス(民法第一一一條第一項第二號其代理人カ法定代理人即チ直接若クハ間接ニ法律ニ基キテ代理權ヲ有スル者ナルト裁判所又ハ親族會ノ選定ハ間接的法定代理人タリ又遺言執行者ノ如キ當事者ノ意思ニ基キテ代理權ヲ有スル者ナルトヲ問ハサルナリ而シテ此場合ニ於テハ受任者ノ破産ニ因ル委任終了ニ基ク代理權消滅ニ關セル法則ヲ準用スヘキモノナルヘシ

第五ニ保険關係ニ於テ保険者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ破産債權者團體ハ財團債務トシテ保険關係ヲ引受ケ且フ保険者ヲ承繼スルコトヲ得保険契約

者ハ破産債権者團體カ相當ナル擔保ヲ供スルニアラスンハ斯ル承繼ニ同意ヲ表セナルコトヲ得ヘシ何トナレハ保險契約者カ破産債権者團體ノ斯ル引受ヲ確實ニ履行スルカ爲メニ相當ノ擔保ヲ供セシムルハ其權利ナレハナリ又保險契約者ハ破産債権者團體カ引受ヲ爲サナル場合ニ於テ其選擇ニ從ヒテ破産者タル保險者ニ對シ相當ノ擔保ヲ供セシメ又ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得蓋シ保險者カ其破産ニ因リテ負擔シタル危険ノ發生シタルトキニ當リテ保險金ヲ支拂フコトヲ不確實ナシメタルニモ拘ラス尙ホ繼續シテ保險料ヲ支拂フヘキモノトセハ甚々保險契約者ノ保護ニ薄シト謂ハサルヲ得サレハナリ而シテ保險契約者カ契約ヲ解除シタルトキハ之カ爲メニ生シタル損害殊ニ從來ノ保險ニ代リテ他ノ保險ノ爲メニ支拂フヘキ金額ヲ賠償セシムルカ如キ破産債權トシテ主張スルコトヲ得是レ損害ノ賠償及ヒ破産債權ニ關スル法則ノ適用ナリ民法第七〇九條解除ハ將來ニ向テノミ其效力ヲ生ス故ニ保險者ノ責任カ始マル前ニ於テ契約ノ解除アリタルトキハ支拂ヒタル保險料ノ全額ヲ破産手續ニ從ヒテ返還セシムルコトヲ得反對ノ場合ニハ保險者ノ負擔シタル危険ニ相

當スル保險料ノ返還ヲ求ムルコトヲ得ス

保險契約者カ破産宣告ヲ受ケタル場合亦前示ノ法則ヲ準用シテ論セナルヘカクス保險契約者ノ破産ニ於テ管財人ハ破産債権者團體ノ爲メニ同團體カ保險關係ヲ承繼スヘキ旨ヲ表示スルコトヲ得保險料ノ支拂繼續ハ默示ノ表示ナリ此場合ニ於テハ保險契約ノ條項ニ從ヒテ保險料ヲ支拂ハサルヘカラス而シテ此保險料ハ破産手續繼續中ハ財團債務タリ保險者ハ破産債権者團體カ保險關係ノ引受ヲ爲サナリシ場合ニ於テ其選擇ニ從ヒテ保險契約者ニ對シ保險料支拂ノ爲メニ相當ノ擔保ヲ供スルコトヲ求メ又ハ保險契約ヲ解除スルコトヲ得蓋シ保險契約者カ其破産ニ因リテ保險料ノ全額ヲ支拂フコトヲ不確實ト爲ラシメタルニモ拘ラス負擔シタル危険ノ發生シタル場合ニ保險金額ヲ支拂フヘキ義務ヲ存續セシムルハ甚々保險者ノ保護ニ薄シト謂ハサルヲ得サレハナリ破産者タル保險契約者カ相當ノ擔保ヲ保險者ノ求ニ因リテ出シタルトキハ契約ノ存續スルヤ當然ナリ保險契約者カ已ニ其破産宣告ヲ受クル以前ニ於テ保險料ノ全部ヲ支拂ヒタルトキハ前示ノ理由ヲ缺クノ以テ保險契約者ノ破

產カ毫モ保険契約ニ影響スル所ナシ(商法第四〇五條、佛蘭西商法第三四六條)他人ノ爲メニ保険契約ヲ爲シタル場合ニ於テ保険契約者カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ被保險者タル他人ノ保険契約上ニ於ケル利益ヲ保護スル目的ヲ以テ保険契約ヲ存續セシメ保険者フシテ被保險者ニ對シ保険料ノ請求ヲ爲スヲ得セシヌタリ故ニ保険者ハ其契約存續ノ爲メニ何等ノ不利益ヲ受タルコトナシ但シ被保險者カ其利益ヲ抛棄シタルトキハ此限ニ在ラス(商法第四〇六條)

第六ニ著作ノ出版ヲ目的トスル法律關係ニ於テ出版營業者カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ著作ノ全部又ハ其大部分カ已ニ印刷セラレタルトキハ著作者ハ其著作ノ出版ノ完成若クハ賣却ニ同意ヲ爲ササルヘカラス之ニ反シテ著作ノ全部若クハ其大部分カ印刷ニ付セラレサルトキハ著作者ハ第一ニ破産債權者團體カ出版營業ヲ續行スルコトヲ欲シタルトキニ於テ之ニ同意シ第二ニ破産債權者團體ハ之ヲ欲セサルモ破産者ハ之ヲ欲シ且ツ相當ノ擔保ヲ供シタルトキハ之ニ同意シ第三ニ破産者ノ出版營業カ破産手續ニ於テ他人ニ譲渡セラレタルトキニ於テ其特別承繼人カ出版營業ヲ續行シ且ツ出版物ヲ賣却スルコ

トニ於テ同意ヲ爲ササルヘカラス然レトモ前示第一及ヒ第三ノ事實カ到來セサルトキニ著作者ハ其出版者ニ對スル契約ヲ解除スルノ權利ヲ有ス蓋シ出版事業ヲ確實ニ續行スルノ前提要件ヲ缺クハナリ著作者カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ其著作ニ關スル權利カ破産財團ニ屬スルヤ否ヤハ前述シタル所ナリ

其他法人ハ破産ノ宣告ヲ受クルニ因リテ解散シ権利能力ヲ喪失ス(民法第六八條然レトモ破産手續ノ爲メニ其終了マテ存續スト看做サル故ニ法人ノ機關ハ破産手續中尙ホ法人ノ機關ト認メラルモノタリ會社亦然リ(商法第七四條、第一〇五條、第二二一條、第二三六條組合員ノ破産ハ脱退ノ事由ト爲リ民法第六七九條社員ノ破産ハ退社ノ事由ト爲ル商法第六九條、第一〇五條債務者ハ其破産手續繼續中供託物ノ取戻權ヲ行使スルコトヲ得ス(民法第四九六條保證人ハ其主タル債務者ノ破産ニ因リテ先ツ主タル債務者ニ履行ヲ催告スヘキ旨ノ抗辯ヲ喪失ス(民法第四五二條破産ハ親權又ハ財產管理權喪失ノ原因ト爲ルコトヲ得民法第八九七條、第七九六條又後見人タルコトヲ許ササルノ事由アリ(民法第

## 九〇八條

二五三

(三) 破産者ノ債務者ニ對スル效力  
破産者ノ債務者ニ對スル破産宣告ノ效力ニアリ其一ハ破産宣告以後ニ於テ債務者其債權者タル破産者ニ對シテ爲シタル債務ノ辨濟其他ノ給付カ破産債權者ニ對シテハ無効ナルコトニシテ(第九八五條其二ハ相殺權ノ行使ナリ)第九九五條獨逸舊破產法第四六條、第四八條、同新破產法第五三條、第五五條前者ハ破產者ノ財產ニ對スル效力ヲ説明スルニ當リテ詳述スルヲ適當ト爲スヲ以テ茲ニ之ヲ讓リ相殺權行使ノ法則ヲ略述スルニ止ムヘシ

相殺ナル觀念ハ佛法系ト獨法系トニ於テ其趣ヲ異ニシタリ佛法系諸國ニ於テハ相殺ヲ以テ單純ナル一ノ節略辨濟ト認ムルカ故ニ債務者ハ破産宣告ニ因リテ財產上ノ處分無能力者ト爲ル破産者タル債權者ニ對シテ相殺ヲ爲スコトヲ得ストノ法則ヲ是認シタルモノノ如シ獨法系諸國ニ於テハ相殺ヲ以テ單ニ單純ナル辨濟節略ノ方法ト認メシテ尙ホ債務者タル債權者ノ自衛方法トシテ留置權ト同一法理ニ基キ債務者タル債權者ノ爲メニ存スル一ノ債權擔保方法

ナル性質ヲ是認シタリ債權者カ自ラ占有スル債務者ノ有體物ニ對シ他ノ債權者ヨリ優先シテ支拂フ受クタル權利ハ留置權ナルト同シク債務者タル債權者カ債務者ニ對シ別途ニ負擔シタル債務ニ於ケル金錢ヲ他ノ債權者ノ利益ノ爲メニ支拂フコトナク却テ之ヲ自己カ債務者ニ對シテ有スル債權ノ消滅ニ充ツヘキ權利カ即チ相殺權ナリ故ニ留置權ハ唯他人ノ債務ニ於ケル満足ノ擔保ノミヲ供シ相殺權ハ自己固有ノ債務ニ依レル満足ヲ擔保スト謂フコトヲ得故ニ債務者ノ爲メニ其債權者カ破産宣告ヲ受ケタル後ニ於テモ尙ホ相殺權ヲ認メタリ獨逸新破產法第五三條第五五條、塊太利破產法第二〇條、第二一條、第一五條瑞西破產法第二一三條英吉利破產法第三八條、第一一九條我破產法ハ此點ニ於テ獨派ニ則リ債務者保護ノ目的ヲ以テ其債權者カ破産宣告ヲ受ケタルニ因リテ受クヘキ損失ヲ避タル手段トシテ相殺權ヲ認メタルコトハ起草者ノ説明ニ據リテ明瞭ナリ(第九九五條而シテ相殺ニハ斯ル觀念アルカ故ニ即チ債務者債權ノ點ヨリ觀察スルハ債權者ナリ)ノ損失防禦權トシテ認メラレタルカ故ニ破產手續ニ於テ民法上相殺ノ要件ヲ缺クヨ相殺ヲ許シ又其要件ヲ具フルモ之ヲ許

サナルコトアリ。相殺ハ民法上同種ノ目的ヲ有シ且フ。辨濟期ニ至リタル二箇ノ債權カ各當事者間ニ存在スル場合ニ行フ債權消滅ノ方法ナルカ故ニ先フ債務者ノ相殺スヘキ債權カ破産宣告ノ當時既ニ辨濟期ニ至リタルコトヲ必要ト爲スニ似タリ然レトモ破産法ニ於テハ債務者ノ相殺スヘキ債權カ破産債權ナルトキハ破産宣告ノ當時未タ辨濟期ニ至ラサルモノハトモ相殺ノ用ニ供スルコトヲ得セシメタリ(第九九五條第一項期限ニ至ラサル債權民法第五〇五條、獨逸新破産法第五四條第一項獨逸民法第三八七條期限附破産債權ハ商法第九百八十八條第一項ノ適用ニ依リテ辨濟期ニ至リタルモノト爲ル獨逸新破産法第五四條第二項條件附破産債權ヲ相殺ノ用ニ供スルコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ破産法上特別ナル明文ヲ缺ケリ理論解釋上積極的ニ論結スルハ正當ノ見解ナルヘシ解除條件附債權ハ其消滅カ或事實ノ成否ニ繫ルモノナルヲ以テ破産手續ニ於ケルト同シク相殺ニ關シテ亦無條件債權トシテ取扱ハレサルヘカラス但シ管財人カ債務者ニ對シ解除條件成就ノ場合ニ於テ履行スヘキ給付ニ付ナノ擔保ヲ

請求スルコトヲ得ルヤ否ヤハ民法ノ定ムル所ニ依ル(民法第一二八條等停止條件附債權ハ其成立カ或事實ノ成否ニ繫ルモノナルヲ以テ破産手續開始後破產手續ノ終局前タルト否ト問ハス)停止條件ノ成就シタル場合ニ於テ相殺ノ用ニ供スルコトヲ得條件成就以前ニ於テ相殺ノ用ニ供スルコトヲ得ス故ニ停止條件附破産債權ヲ有スル債務者ハ破產者ニ對スル自己ノ債務ヲ管財人ニ對シテ支拂ハサルヲ得ス然レトモ此債務者ハ其條件附債權ヲ條件成就ノ場合ニ於テ相殺ノ用ニ供スル旨ノ意思ヲ表示シテ其債權額ヲ限度トシタル自己ノ支拂ヒタル債務額ノ返還ヲ目的トスル破産債權者團體ニ對スル條件附請求ヲ自己ノ爲ミニ存セシメ且フ該請求ノ擔保ヲ立フヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得獨逸新破産法第五四條第三項斯ル意思ノ表示及ヒ請求ハ履クモ自己ノ債務ヲ履行スル場合ニ於テ爲サナルヘカラス單純ナル債務履行ヲ爲シタル後ハ相殺ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ相殺ヲ條件トシテ爲シタル支拂ニアラサレハナリ擔保ノ爲ミニ供託セラレタル金額ハ停止條件ノ成就セサル場合ニ於テ破產財團トシテ當セラルルヤ言フ埃タス債務者ノ相殺スヘキ債務カ債權者ノ破産宣告ヲ受ケタ

ル當時未タ辨濟期ニ至ラサルモ相殺ヲ爲スノ妨ト爲ラス債務者ノ利益ノ爲ニ存スル期限ハ有效ニ之ヲ拋棄スルコトヲ得又期限前ノ支拂ハ債務者ノ權能タリ故ニ辨濟期ニ至ラサル債務ハ相殺ノ爲メニ利用スルコトヲ得條件附債務亦然リ解除條件附債務ハ無條件債務トシテ之ヲ取扱フヘクスル場合ニ於テ債權者カ管財人ニ對シ解除條件成就ノ場合ノ爲メニ擔保ヲ請求スルコトヲ得ルヤ否ヤハ民法ニ依リテ定マル又停止條件附債務ニ關シテハ債權者タル債務者ハ其破產債權ト即時ニ相殺シ若クハ相殺セサルコトニ付キ選擇スルコトヲ得蓋シ條件成就ニ關スル機會ニ付キ斷念スルハ債權者ノ自由ナレハナリ而シテ解除條件附債務ヲ相殺ニ供シタル債務者ハ該條件成就ノ場合ニ處スルカ爲メニ其有スル破產債權ヲ破產手續ニ從ヒテ解除條件ノ成就ヲ停止條件トシテ届出フルコトヲ得又停止條件附債務ヲ即時ニ相殺ノ用ニ供セスシテ破產債權ノ届出ヲ爲シタル債務者タル債務者ハ停止條件成就後受取リタル配當額ヲ控除シタル破產債權ノ殘額ト相殺スルコトヲ得其他管財人ハ停止條件附債務ヲ却時ニ相殺ノ用ニ供セサル場合ニ於テ債務者ニ對シ擔保ヲ求ムルノ權利ナシ蓋シスル場合ニ於テハ毫モ利害ノ關係ナケレハナリ(停止條件附債務ヲ時而相ニ殺ノ用ニ供シタル債務者ハ其破產債權ヲ更ニ破產手續ニ從ヒテ届出フルコトヲ得ルヤ否ヤハ一ノ疑問ニ屬ス)債務者ノ破產債權及ヒ債務カ共ニ未タ辨濟期ニ至ラサルコトハ即時ニ相殺ヲ爲スノ妨ト爲ラス其債務者ノ破產債權及ヒ債務カ共ニ解除條件附ナルトキモ亦相殺ノ妨ト爲ラス蓋シ此債權及ヒ債務ハ解除條件ノ性質上無條件ノ債權及ヒ債務トシテ取扱ハルヘキモノナレハナリ債務者ノ破產債權及ヒ債務者カ共ニ停止條件附ナルトキ亦然リ唯此場合ニ於テハ一方ノ條件成就後ニアラスンハ相殺スルコトヲ得サルノミ蓋シ若シ然ラスンハ前顯ノ法則ヲ適用スルコトヲ得サレハナリ一方ノ停止條件成就セサルコト確實ト爲ルニ於テハ相殺ノ目的ヲ缺キ之ヲ行使スルコト能ハナルヤ言ヲ埃及其他相殺權ハ債權者タル債務者ノ爲メニ擔保ト爲ルノ特色アルニ因リテ破產者ニ對シテ相殺ヲ爲スコトヲ得ヘキ數多ノ債權ヲ有シ又債務ヲ負フ者ハ相殺スヘキ債權及ヒ債務ノ選擇ヲ爲スコトヲ得

次ニ相殺ニハ同種ノ目的ヲ有スル債權タルコトヲ要スル原則ハ破產手續開始

ノ場合ニ於ケル相殺ニモ亦行ハレ各破産債權ハ総合一定ノ金錢ノ支拂ヲ原始的ニ目的トセザルモノト雖モ第九九五條金額未定ノ債權ニトハ不完全ノ譯語ナリ破産者ニ對スル金錢債權ト相殺スルコトヲ得第九九五條獨逸破產法第四條蓋シ各破産債權ハ破產財團ニ對シ直接ニ金錢的履行ヲ目的ト爲スモノト否トニ拘ラス破產宣告ノ當時ニ於ケル債額ニ於テハ金錢債權ニ變性スルモノナレハナリ破產債權ニアラサル破產債務者ノ債權カ破産者ニ對シテ負ヒタル債務ト相殺スルコトヲ得ルヤ否ヤハ民法ニ依リ之ヲ定メ破產法ニ於テ認メラレタル相殺ノ法則ニ依ルコトヲ得ス(獨逸破產法第六三條)

(2) 各破產債權者ノ地位ハ破產宣告ニ依リ確定シ其有スル破產債權ニ對スル配當額ヲ受クルニ止マリ爾後ノ事情ニ基キヲ以テ變更スルコトヲ得ス故ニ破產宣告以後ニ於テ破産者ト其相手方トノ間ニ民法上相殺ヲ許スヘキ要件ヲ具備スルコトアルエ相殺ヲ爲スコトヲ許サス是ヲ以テ(A)破產財團ニ屬スル破產者ノ債權ニ關スル債務者カ破產ノ宣告以後ニ於テ破產者ト爲シタル取引ノ結果トンテ破產宣告以前ニ既ニ破産者ニ對シテ成立シタル債權ヲ其債權者ヨリ讓

受ケ(有償、無償、善意、惡意ノ區別ヲ問ハス)タル結果トシテ又破產宣告以前ニ破產者ニ對スル債權ヲ有スル者ノ相殺ノ結果トシテ破產者ニ對スル債權ヲ有スルニ至リタルモ相殺ヲ爲スコトヲ許サス殊ニ前者ノ場合ニ於テハ商法第九百八十五條ノ適用トシテ取引ハ破產財團ニ對シ無效ニシテ又後二者ノ場合ニ於テハ前主カ其債務者ニ對スル破產宣告ノ結果トシテ配當額ニ對スル外何等ノ權利ヲ破產財團ニ對シテ有セサレハナリ破產者ノ破產宣告以後ニ於テ管財人ト爲シタル取引ノ結果トシテ破產債權者團體ノ爲メニ成立シタル債權ニ對スル債務者ハ該債權ヲ破產宣告以前若クハ其以後ニ於テ破產者ニ對シテ成立シタル債權ト相殺スルコトヲ得スホトナレハ前者ノ債權ハ破產債權者團體ノ債權ニシテ破產者ノ債權ニアラナレハナリ(民法第五〇五條然レトモ破產財團ニ屬スル債權ニ關スル破產者ノ債務者カ爾後管財人ト爲シタル取引ノ結果トシテ破產財團上ノ請求權ヲ有スルニ至リタルトキハ之ト相殺ヲ爲スコトヲ得ヘシ何トナレハ之カ爲メニ優先的辨濟ト爲リテ他ノ破產債權者ヲ害スルニ至ルコトナケレハナリ保證人又ハ手形ノ裏書人ハ主タル債務者又ハ前者カ破產宣告ヲ受ケ

タル後ニ於テ自己ノ債務ヲ辨済シタル場合ニ其有スル求償權ヲ破産者ニ對スル債務ト相殺スルコトヲ得蓋シ主タル債務者ノ求償義務及ヒ前者ノ後者ニ對スル償還義務ハ破産宣告以前ニ成立シタル保證關係若クハ手形關係ニ基キテ成立シ保證人若クハ裏書人ノ支拂ハ求償權若クハ償還請求權ヲ主張スルノ前提要件タルニ外ナラス隨テ停止條件附債權ト同視スヘキモノナレハナリ(B)破産債權者カ破產宣告以後ニ於テ破產者ニ對シ負ヒタル債務ハ破產債權ト相殺スルコトヲ得ス破產債權者ハ該債務ニシテ破産財團ニ屬スル以上ハ之ヲ破產財團ノ爲メニ履行シ破產財團ヨリ破產債權ニ對スル配當額ヲ受クヘキモノニシテ他ノ破產債權者ト運命ヲ異ニシ別除ノ支拂ヲ受クルコトヲ得ス破產者ニ對スルニアラスシテ破產債權者ノ團體ニ對シ破產財團ニ屬スル物件ノ買受貸借等ノ如キ行爲ニ基キ債務ヲ負ヒタル破產債權者ハ其有スル破產債權ト該債務トヲ相殺スルコトヲ得ス債務ニ關シテハ其全部ヲ履行シ破產債權ニ關シテハ配當的滿足ヲ受クルニ止マルノミ蓋シ若シ然ラスンハ破產宣告以後優先的辨済ヲ受クルコトト爲レハナリ破產者ニ對シ負ヒタル債務カ破產財團ノ一部分ト爲ラスシテ

破產者ノ特有財產若クハ破產的差押ノ目的ト爲ラナル財產タルニ於テハ破產者ニ對シ民法的相殺ヲ爲スコトヲ得ルヤ當然ナリ蓋シ斯ル場合ニ於テハ破產財團ニ關係ナキヲ以テ相殺ヲ許スモ爲メニ他ノ破產債權者ヲ害スルコトナケレハナリ其他配當額ト破產財團上ノ請求權ト相殺スルハ民法上妨ナキ所ナリ蓋シ之カ爲メニ他ノ債權者ヲ害スルコトナケレハナリ破產債權者ハ其債務者(甲)ノ破產宣告以前ニ於テ(甲)債務者ニ對シ其債務者(乙)ノ爲メニ履行スヘキトキニ當リテ相殺ヲ爲スコトヲ得瑞西破產法第二一三條第三號獨逸破產法第五四條其他破產財團ニ屬スル破產者ノ債權ニ關スル債務者カ破產宣告以後ニアラスシテ却テ支拂停止以後ニ於テ破產者ニ對スル直接ニ取引債權讓渡又ハ相續等ノ結果トシテ債權ヲ有スルニ至リタルトキハ相殺ヲ爲スコトヲ得ヘキヤ否ヤノ問題ニ付キ法律ハ區別ヲ設ケ取得者カ善意ナルトキハ相殺ヲ許シ惡意ナルトキハ之ヲ許ササリシ是レ相殺カ詐害ノ器具ト爲リ破產債權者團體ニ損害ヲ來スコトナカラシメンカ爲メニ廢罷訴權ノ原則ヲ適用シタルニ外ナラナルヘシ第九九五條第二項瑞西破產法第二一四條獨逸破產法第五五條第三號破產債

權者タルヘキ債權者カ破産宣告以後ニアラスシテ却テ支拂停止以後ニ於テ破產者ニ對シ債務ヲ負ヒタル場合ニ關シテハ法律上何等ノ明文ナシ然レトモ相殺ニ依リ破産債權者團體ノ損害ニ於テ或利益ヲ得ルノ目的ヲ以テ破產者ノ債務者ト爲リタルトキハ廢罷訴權ノ原則ニ基キ相殺ヲ許スヘキモノニアラサルヤ明白ナリ

相殺權ハ破産債權者トシテ行使スルモノニアラス相殺的債權者トシテ之ヲ行使スルモノタリ何トナレハ破產者ニ對スル自己ノ債權ト自己ノ債務トヲ相殺スルノ權利ヲ有スル者ハ別除ニ其債務ノ上ニ自己ノ債權ノ満足ヲ享有シ、一般的ニ破產財團上ニ自己ノ破產債權ノ満足ヲ享有スルモノニアラサレハナリ故ニ相殺スヘキ債權ハ之ヲ別除的請求權ト同視シ破產手續ノ外ニ於テ其債權者ト管財人トノ間ニ完全ニ相殺スルコトヲ得セシム是ヲ以テ相殺的債權者ハ自己ノ債權ヲ破產手續ニ從ヒテ主張スルノ必要ナク民法第五百六條ノ規定ニ從ヒテ裁判上又ハ裁判外ニ相殺ノ意思ヲ管財人ニ對シテ表示スルヲ以テ足レリトス(獨逸破產法第五三條、獨逸民法第三八八條)隨テ相殺ノ意思表示ハ破產

債權ノ届出ニ於テ爲スコトヲ得ス蓋シ債權ノ届出ハ破產裁判所ニ對シテ之ヲ爲シ管財人ニ對シテ之ヲ爲スニアラサレハナリ管財人カ該表示ニ基キ相殺的債權者ノ相殺的權能若クハ相殺スヘキ債權ノ存否ニ付キ争ヒタルトキハ相殺スヘキ債務ノ爲ミニ管財人カ提起シタルトキハ權利確認ノ訴ニ於テ獨逸民事訴訟法第二三一條争ニ關スル裁判ヲ受ケ相殺ノ能否ヲ確定スヘキモノタリ(相殺權行使手續)

相殺的債權者ハ破產法ニ於テ認メラタル特則ニ從ヒテ破產者ニ對シ相殺スルコトヲ得ヘキ債務ノ存スル限ハ破產手續繼續中何時ニテモ相殺權ヲ行使スルコトヲ得破產債權者トシテ爲シタル債權ノ届出並ニ其確定ハ毫モ相殺妨ケヌ蓋シ破產法ハ相殺權ノ行使ニ付キ何等ノ制限ヲ設ケサレハナリ(相殺行使ノ時期)

相殺權ヲ有スル債權者ハ破產債權者トシテ其債權ヲ無條件ニ又ハ相殺スヘキ債務カ條件附ナルカ爲ミニ自己カ其存在ヲ争フカ爲ミニ若クハ相殺スヘキ債權ヲ管財人カ争フカ爲ミニ相殺ノ效力ヲ生スルコトナキ場合ヲ慮リテ條件的

破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得而シテ無條件ノ届出ヲ爲シタルカ爲メ又ハ一部ノ配當ヲ受取リタルカ爲ミニ相殺權ノ拋棄アリタルモノト認ムヘカラス(相殺權ト届出トノ關係)相殺權ハ破産手續ノ繼續中何時ニテモ主張スルコトヲ得ルヤ前述ノ如シ相殺權ハ前述ノ如ク破産債權者ノ自衛權トシテ破産財團ニ屬スル破產者ニ對スル自己ノ債務ニ付キ別除的ニ自己ノ破産債權ノ滿足ヲ享有スルモノナルヲ以テ破產財團ニ對シテ其效用ヲ全ウセシムルコトヲ得ヘシ(相殺權ト破產財團トノ關係)破產法ニ於テ認メラレタル相殺權ノ制限及ヒ擴張ハ唯破產手續繼續中ニ於テ效力アルニ止マルヲ以テ其手續終了後ハ單ニ民法ニ從ヒテ相殺ノ能否ヲ判断セサルヘカラス但シ破產手續繼續中破產法ニ基キテ實行セラレタル相殺ハ當然破產手續終局以後ニ於テ其效力ヲ存シ又相殺權行使ノ債權者ハ破產債權者ニアラサルヲ以テ協賛契約ニ拘束セラルルコトナシ(相殺權ノ消滅及ヒ相殺ノ效果)

我破產法ハ當然外國ニ行ハルモノニアラス故ニ外國ニ住居スル債務者ハ其有スル債權ニ付キ我國法ニ從ヘハ許サナル相殺ヲ外國法ニ從ヒテ爲スコトヲ得ヘシ是ニ於テカ破產債權者ハ別除的請求權ニ於テ説明シタル所ト同シク外國法ヲ利用シ外國ニ居住スル破產者ノ債務者ニ破產債權ヲ直接又ハ間接ニ(第三者ノ手ヲ經テ)讓渡シ我破產法ノ認メサル相殺ヲ外國法ニ從ヒテ外國ニ居住スル債務者ニ爲サシメ以テ破產手續ニ於ケル平等ノ原則ヲ無視シ不平等ナル利益ヲ占ムルコトナキヲ保セヌ故ニ獨逸破產法第五六條ハ何人ト雖モ破產手續開始以後ニ於テ又ハ其開始以前破產手續開始ノ申立若クハ支拂ノ停止アリタルコトヲ知リテ外國ニ居住スル破產者ノ債務者ニ破產債權ヲ讓渡シタルトキハ破產財團ニ對シ債務者カ外國法ニ從ヒテ獨逸破產法ノ許サナル相殺ヲ其讓受ケタル破產債權ト爲シタルニ因ソテ破產財團ニ歸セサリシ數額ヲ賠償スベキ義務ヲ負フト規定シタリ洵ニ適當ナル立法ト信ス而シテ該賠償請求ノ性質並ニ數額ノ計算ニ關シテハ別除的請求權ニ於ケル説明ヲ參考スヘシ外國ニ於ケル相殺)

破產財團ニ屬スル破產者ノ債權ニ破產債權者ノ破產債權ヲ消滅セシムルカ爲

ミニ之ト爲ス相殺ノ権能ハ管財人ノ職權ニ專屬シ他ノ破産債權者ニ屬セヌ又該相殺ノ能否ハ民法ノ規定ニ從ヒテ之ヲ定メ破産法ノ規定ニ依ルコトヲ得ス蓋シ此場合ニ於ケル相殺權ノ行使ハ相殺スヘキ破産財團ニ屬スル債權ノ處分ヲ包含シ且ツ該處分ハ唯管財人ノ職權ニ專屬スルモノニシテ又商法第九百九十五條ハ債權者カ相殺權ヲ行使スル場合ニ關スルニ止マレハナリ而シテ管財人カ如何ナル場合ニ斯ル權能ヲ行使スルヤハ我破産法ノ規定セサル所ナレトモ破産債權カ優先權ニ依リテ擔保セラレ若クハ破産債權者ノ財產的狀態カ破產者ノ財產的狀態ヨリ不可ナアル場合ニ於テ破産財團ニ屬スル債權ノ相殺ヲ爲スフ事情ニ適シタルコト認ム破産債權ニアラナル債權ト破産財團ニ屬セサル破產者ノ債權トノ相殺ノ能否ハ民法ノ規定ニ由リテ定ムル所ニシテ又該相殺ノ意思ハ破產者ニ對シ又ハ破產者ヨリ表示スヘキモノタリ但シ破產債權者ハ其破產債權ヲ破產手續ニ於テ主張シタルニ因リ相殺ヲ妨ケラルルモノニアラス其他破產債權者團體ノ債權ト之ニ對スル債權トノ相殺ノ能否亦民法ノ規定ニ依リテ定ムル所ニシテ又該相殺ノ意思ハ管財人ニ對シ又ハ管財人ヨリ表示スヘキモノタリ

## (四)破產者ノ財產及ヒ身上ニ對スル效力

破產者ニ對スル破產宣告ノ效力ニ二種アリ破產者ノ財產ニ對スル效力又ヒ其身上ニ對スル效力是ナリ前者ハ破產債權者ニ配當スヘキ財產ヲ保全スルヲ目的トシ後者ハ破產ノ恐ルヘキ旨ヲ知ラシメ以テ破產ノ數ヲ減少スルヲ目的トス左ニ之ヲ分説スヘシ

(A)財產ニ對スル效力 破產者ハ其宣告ニ因リ當然破產財團ニ屬スヘキ財產ヲ占有シ管理シ及ヒ處分スルノ權能ヲ喪失ス(第九八五條第一項佛蘭西商法第四四三條獨逸破產法第六條白耳義商法第四四四條伊太利商法第六九九條、埃太利破產法第一條第三條英吉利破產法第二〇條等蓋シ破產宣告ニ因リテ破產債權者團體ノ爲ミニ成立シタル破產の差押權ノ實行即チ各破產債權者ヲシテ破產財團上ニ平等的滿足ヲ得セシムルカ爲ミニハ一面ニ於テ破產者ノ行爲ニ基キ平等的關係ヲ亂シ又ハ破產財團ヲ減少スルコトヲ避ケル目的ヲ以テ破產者ノ處分權ヲ奪ヒ他ノ一面ニ於テ清算ノ目的ヲ達スルカ爲ミニ一定ノ分界ヲ定メ

爾後ノ事情ニ因リ各債権者間ノ關係ニ變動ヲ來スコトナカラシムルヲ要スレ  
ハナリ破産者ハ其宣告ニ因リ管理及ヒ處分權ヲ喪失ス(第九八五條第一項破產  
宣告ニ依リ)此喪失期ニ關シテハ各國ノ立法例各異ナレタ例へヘ西班牙商法第  
八七八條千八百七年佛蘭西商法第四四二條ハ支拂停止ノ日ヨリ喪失スト規定  
シ獨逸破產法第六條第一〇八條ハ破產手續開始ノ時ヨリ墺太利破產法第二條  
第六九條ハ破產宣告ノ公告ヨリ又佛蘭西商法第四四二條百耳義商法第四四二  
條ハ破產宣告ノ日ヨリ喪失スト規定シタルカ如レ我商法カ此點ニ付キ佛ト其  
立法例ヲ同シウスルコトハ商法第九百八十五條第一項破產ノ宣告ニ依リ及ヒ  
二項破產宣告ノ日ヨリノ明文ニ徵シ疑ナシ支拂停止ノ日ヨリ管理及ヒ處分權  
ヲ喪失ストノ立法ハ此日以後ニ於テ破產者ノ爲シタル數多ノ行爲ヲ無効ト爲  
サナルヲ得ナルノ結果大ニ取引ノ安全ヲ害スルノ虞アリ又破產宣告ノ公告ヨ  
リ管理及ヒ處分權ヲ喪失ストノ立法ハ取引ヲ爲シタル第三者ヲ保護スルノ效  
用アリト雖モ理論上破產宣告ノ效力ハ其公告ノ有無ニ關スルモノニアラス且  
フ其公告ナカリシカ爲メニ破產者ト取引ヲ爲シ損害ヲ受ケタル者ハ公告ノ責

任者ニ對シ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルヲ以テ公告ヨリ管理及ヒ處分權ヲ喪失  
セシムト規定スルノ要ナン故ニ立法上其當ヲ得タリト謂フヘカラス隨テ西班  
牙、墺太利等ノ立法例ハ贊成スルコトヲ得ヘ破產手續開始ノ時ヨリ管理及ヒ處  
分權ヲ喪失ストノ立法ハ結果カ原因ニ伴フ論理ヲ嚴守シ取引ノ安全ヲ確保シ及  
ヒ破產手續開始以前ニ於テハ債権者ヲ保護ストノ法理ヲ明示スルニ足ルト雖  
モ實際上破產手續開始ノ時期又ハ取引完結ノ時期ヲ確定スルノ困難アリ破產  
宣告ノ日ヨリ管理及ヒ處分權ヲ喪失ストノ立法ハ破產者ト爲シタル取引カ事實  
上破產ノ宣告アリタル時期以前タルニ拘ラス管理及ヒ處分權ヲ喪失セシメ  
該取引ヲ無効トセシ結果カ原因ニ先ツノ奇觀ヲ呈スレトモ破產宣告ノ時期若  
クハ取引完結ノ時期ヲ正確ニ定ムルノ困難ヲ避クル實際上ノ便宜アリ故ニ佛  
蘭西獨逸ノ立法例ハ各一利一害アリ體ヲ我商法カ此點ニ於テ佛蘭西商法上其  
立法例ヲ同シウシ破產宣告ノ日ヨリ管理及ヒ處分權ヲ喪失セシムルハ敢テ批  
難スルニ足ラス<sup>(a)</sup>管理及ヒ處分權喪失期

破產者ハ其財產ノ管理及ヒ處分權ヲ當然喪失シ其旨ヲ宣告スルノ要ナク裁判

所ノ意見ニ從ヒテ其喪失ノ限界ヲ制限シ若クハ之ヲ除去スルコトヲ得ス不服申立ヲ爲シテ其喪失ヲ妨クルコトヲ得ス又破産宣告ノ公告ノ有無ニ關係ナシ何トナレハ若シ然ラスンハ破産財團ノ減少ヲ防歟スルノ機ヲ失スルニ至ルコトアルヲ以テナリ(第九八五條第二項)…當然…(b)管理及ヒ處分權喪失方法)破産者ハ破産財團ニ屬スヘキ財產ニ關シ管理及ヒ處分權ヲ喪失スルニ止マレリ破産財團ニ屬セサル財產權其他ノ權利ハ破產的差押權ノ目的物ニアラナルヲ以テ破産宣告カ其效力ヲ及ホスノ理ナシ(第九八五條三)自己ノ財產…(c)管理及ヒ處分權ノ喪失ハ處分無能力即チ處分ノ權能ヲ喪失スルノ謂ニシテ權利其モノノ剝奪ニアラス又行爲無能力即チ禁治產ニアラス何トナレハ破產手續ハ破產財團ヲ以テ破產債權者ニ平等的滿足ヲ得セシムルヲ目的ト爲スニ在ルヲ以テ破産者ヲシテ破產債權者ト破產財團トノ關係ヲ亂スコト能ハサラシムルヲ以テ足レリトス隨テ破產財團ニ損害ヲ及ホスヘキ權利ノ行使ヲ禁スルヲ以テ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘク必シモ破産者ノ權利ヲ剝奪シ若クハ之ヲ行爲無能力者タランムルノ必要ナケレハナリ此ノ如ク管理及ヒ處分權ノ喪失ハ權訴訟並ニ其執行ニ關シテ論究セサルヘカラス

- (1)破産宣告以後ニ於ケル破產財團ニ關スル破産者ノ權利行爲ハ(一)破產債權者團體ニ對シ「當然無效」シテ(b)破産者及ヒ其相手方間ニ於テハ「有效」ナリ(c)第九八五條第二項獨逸破產法第七條自耳義商法第四四四條第二項瑞西破產法第二〇四條(a)破產財團ニ關スル破産者ノ權利行爲ハ破產財團ニ損害ヲ及ホスヘキモノナルト利益アルモノナルトニ拘ラス權利ノ發生保全・變更及ヒ消滅ニ關ス

ル破産者ノ各行爲ナリ是レ破産者ニ其財團ニ屬スル財產ノ管理及ヒ處分ノ權龍ヲ奪ヒタル法理ヨリ生スル所ナリ故ニ破産者ノ法律行爲即チ法律上ノ效力ヲ惹起スルヲ欲シ且ツ該效力ヲ生スルニ足ル意思表示ノミナラス行爲者ノ意思如何ニ拘ラス法律上或效力ヲ結付ケタル各行爲ヲ包含ス破産財團ニ屬スル財產ノ讓渡物權ノ移轉、債權ノ讓渡、他物權ノ設定等義務ヲ負擔スル各種ノ行爲(手形ノ引受擔保ノ提供、破産債權ノ認諾追認權利ノ拋棄地役權ノ消滅抗辯權ノ拋棄等)及ヒ負擔附ノ取得ノ行爲等ハ皆之ニ屬ス但シ不法行爲ハ茲ニ所謂權利行爲中ニ包含セズ<sup>\*</sup>フヘルド氏ハ破産債權者團體ノ破産の差押權ヲ害スル權利行爲ノミカ無効ニシテ破産財團ノ爲メニ有益ナルカ若クハ無關係ナル權利行爲ハ此限ニ在ラスト論結スレトモ這「フツチング」「サルワイ氏等ノ反對スル所ニシテ又我破産法ノ認メタル所ナタ(第九八五條第二項總テノ權利行爲……)但シ破産者ト雖モ民法上ノ事務管理者トシテ破産債權者團體ノ利益ノ爲メニ有益ナル行爲ヲ爲スコトハ法律ノ禁スル所ニアラナルヲ以テ有益ナル行爲ヲ破産債權者團體カ追認スルコトヲ妨ケス破産財團ニ屬スル請求ニ付テノ支拂

其他ノ給付ヲ管財人ニ爲サスシテ第一〇〇六條第一項破産者若クハ其代理人ニ爲シタルトキハ該支拂及ヒ給付ハ破産債權者團體ニ對シテ當然無効ナリ蓋シ支拂其他ノ給付ノ受領亦破産者ノ權利行爲ノ一ナレハナリ是ヲ以テ債務者ハ更ニ破産財團ノ爲メニ管財人ニ對シ支拂其他ノ給付ヲ爲ササルヘカラス第九八五條第二項末段獨逸破産法第八條第一項瑞西破産法第二〇五條第一項然レトモ該支拂ハ破産債權者團體ニ對シ無効ナルニ止マリ破産者ニ對シテハ有效ナリ故ニ支拂ヲ爲シタル債務者ハ破産者ニ對シテ其義務ヲ免ル隨テ債務者カ破産財團ニ對シ對抗スルコトヲ得ルヤ言ヲ埃タス這ハ選擇權實行ノ結果ナリ有スルハ當然ナリ但シ債務者カ其選擇ニ從ヒテ債權者中ノ一人ニ支拂ヲ爲ス權利ヲ有スルトキハ破産者ト爲ラサル債權者ヲ選擇シテ爲シタル支拂ヲ破産債權者團體ニ對シ對抗スルコトヲ得ルヤ言ヲ埃タス這ハ選擇權實行ノ結果ナリ獨逸破産法及ヒ瑞西破産法ニ於テ破産者ノ權利行爲ヲ無効ト爲ス法則ノ當然ノ適用タル支拂無効ノ明文ヲ特ニ別條ニ設ケタル理由ハ支拂其他ノ給付ヲ爲シタル債務者カ善意ナル場合ニ於テ二重ニ支拂ヲ爲スノ義務ヲ免レシムルノ

例外ヲ設ケタルカ爲メナリ我商法カスル重要ナル例外ヲ設ケヌシテ却テ明文ヲ待タスシテ瞭然タル「破産者ニ爲シタル支拂ハ當然無効トス」トノ明文ノミヲ設ケタルハ立法上其必要ナシト謂ハサルヲ得ス(b)破産債權者團體ニ對スル當然ハ無効トハ相對的無効ニシテ絕對的無効ニアラス之ヲ換言セハ當然即チ裁判所ノ判断ヲ待タスシテ破産財團ノ管理者タル管財人カ破産債權者團體ノ利益ノ爲メニ破産財團ノ管理及ヒ處分ニ付キ破産者及ヒ其相手方間ニ於テ有效ナル權利行爲ヲ法律上存在セサルモノトシテ取扱フコトヲ得ル旨ヲ意味シ當事者間ニ於テ亦無効ナル旨ヲ意味セス蓋シ債務者ハ破産ノ宣告ニ因リ行爲能力ニ制限ヲ受ケス隨テ有效ニ權利行爲ヲ爲スコトヲ得故ニ破産者及ヒ其相手方間ニ於テハ權利行爲カ效力ヲ存スルヤ當然ナレハナリ之ヲ換言セハ管理及ヒ處分權ノ喪失ハ破産債權者團體ノ利益ノ爲メニ破産財團ニ關係ヲ及ホスヘキ破産者ノ破産宣告以後ニ於ケル權利行爲ヲ無効ト爲スノ内容ヲ有スルニ止マレハナリ我商法ニ於テハ獨逸破産法及ヒ瑞西破産法ニ於ケルカ如ク總破産債權者ニ對シ無效ナル旨ノ明文ヲ缺ケトモ管理及ヒ處分權喪失ノ法意ニ

基ク當然ノ結果トシテ破産債權者團體ニ對シテ無効ナルモノナルヤ言ヲ俟タス故ニ第一ニ管財人ハ破産者ノ權利行爲ヲ無効ナリト認定シ其主張ニ反スル狀態ヲ回復スルカ爲メニ破産者ノ支拂ヒタル金錢ノ返還破産者ノ交付シタル物件ノ取戻及ヒ破産者ノ拋棄シタル地役權ノ存在ヲ主張スルコトヲ得破産宣告ノ公告ノ有無及ヒ取引者ノ意思ノ善惡等ハ法律上敢テ斟酌スヘキモノニアラス何トナレハ權利行爲ノ無効ハ破産宣告ヲ前提ト爲スニ止マル隨テ其公告ノ有無若クハ當事者カ破産宣告ヲ知リタルト否トヲ前提ト爲サナレハナリ獨逸破産法ハ原則トシテ破産者ノ權利行爲ノ無効ヲ相手方ノ惡意即チ破産手續ノ開始ヲ知ルコトニ繫ランシメ隨テ破産財團ニ屬スル動産ノ取得者ハ其善意ノ故ヲ以テ權利行爲ノ無効ヲ否認スルコトヲ得ス然レトモ破産財團ニ屬スル不動産ノ取得者ハ破産手續ノ開始カ土地臺帳ニ於テ明白ニ登記セラレ若クハ該開始ヲ知リタルトキニアラスンハ其取得カ破産債權者團體ニ對シテ效力アル旨ヲ規定シ動産ノ善意取得ノ保護ハ管理及ヒ處分權喪失ノ目的ヲ危ウストノ理由ニ基キテ不動産ノ善意取得ト其取扱ヲ異ニシタリ又破産手續ノ開始後管

財人ニ爲スヘキモノヲ破産者ニ爲シタル債務者ノ善意ノ給付ヲ取引ノ安全ヲ保ツカ爲メニ保護シ該給付ハ破産債權者團體ニ對シ效力アル旨ヲ規定シタリ（獨逸破産法第七條第八條瑞西破産法第二〇五條第二項第二ニ破産者ノ權利行為カ破産債權者中ノ一人若クハ數人ノミヲ害スルニ止マルト雖モ當然無効ト爲ル例ヘハ破産者カ其破産宣告以後破産債權者中ノ或者ニ支拂ヲ爲シタル場合ニ於テ其支拂ヲ破産債權者團體ニ對シテ無効ト爲スノ類蓋シ若シ然ラスンハ破産債權者ノ平等關係ヲ亂スニ至ルヲ以テナリ第三ニ破産者若クハ其相手方ハ取引ノ無效ヲ主張スルコトヲ得ス（c）破産者ノ權利行為ハ破産者及ヒ其相手方ノ爲メニ又ハ之ニ對シテ有效タリ管財人カ破産手續ノ停止又ハ其終局マテニ破産者ノ破産宣告ノ以後ニ於ケル權利行為ヲ無効ナリト認定セサル限ハ該行為ハ當初ヨリ適法ニ成立シタルモノトシテ各人ニ對シテ效力ヲ存ス蓋シ破産者ノ權利行為ヲ無効ナリト認定スル權能ハ破産債權者團體ノ利益ノ爲メニ行動スル管財人ノ外其他ノ者殊ニ破産者其相手方若クハ各破産債權者ノ有セサル所ナレハナリ然レトモ管財人カ該行為ヲ無効ナリト認定シタルトキハ

其行為ハ破産者及ヒ其相手方ニ對シテモ亦無効ト爲ル破産手續ノ停止又ハ其終局以後ニ於テモ亦然リト論結セサルヘカラス何トナレハ所有權カ一面ニ於テハ第三取得者ニ移轉シ他ノ一面ニ於テハ移轉セスト云フカ如キ一方ニ對シテハ無効即チ法律上不成立ノ行為カ他ノ一方ニ對シテハ有效ナリト云ヘル結論ヘ理論上及ヒ關係上不能ナレハナリ是ヲ以テ破産者ノ權利行為ノ無効ハ特定人ノ認定ニ效力ノ有無ヲ繫ラシムル相對的無効ナリト認ムルコトヲ得ヘシ管財人ハ破産者ノ權利行為ヲ無効ナリトシテ取扱ヒタルトキハ該行為ニ依リテ破産財團ニ歸シタル相手方ノ反對給付ヲ之ニ返還セサルヘカラス（獨逸破産法第七條第二項）何トナレハ不當利得ハ民法上許ササル所ナレハナリ故ニ破産者ト第三者ト爲シタル雙務契約ニ基キテ第三者カ爲シ且ツ直接若クハ間接ニ破産財團ニ歸シタル給付ハ之ヲ其第三者ニ返還シ又債務者カ其債權者タル破産者ニ對シテ爲シタル支拂カ破産財團ニ歸シタル以上ハ其歸シタル支拂額ノ範圍内ニ於テ債務者ハ二重支拂ノ義務ヲ免ル（獨逸破産法第八條第一項瑞西破産法第二〇五條第一項）何トナレハ若シ然ラスンハ破産財團ハ同一債權ニ付キ二重

ノ支拂フ受ケ不當ニ利得スルニ至ルヲ以テナリ破産者ノ代理人ノ破産財團ニ  
關スル權利行爲モ亦前述ノ如ク管財人カ無效ナリト認ムルコトヲ得何トナレ  
ハ代理人ハ本人ヨリ多クノ權能ヲ有セサレハナリ獨逸破産法第七條第三項ハ  
破產債權者ノ利益ノ爲メニ破産手續開始ノ日ニ於テ爲シタル破產者ノ權利行  
爲ハ破産手續ノ開始後ニ於テ成ルモノト推定シタリ洵ニ實際ニ便宜ナル規定  
ト謂フヘシ(2)破産宣告以後ニ於テ爲ス破産財團ニ關スル破產者ノ爲メニスル  
訴訟及ヒ之ニ對スル訴訟ハ破產債權者團體ニ對シテ效力ヲ有セス又破產手續  
開始ノ當時ニ於テ破產財團ニ屬スル財產ニ關スル繫屬訴訟ハ該手續ノ開始ニ  
因リテ中、セラル(3)破產者ハ破產ノ宣告ニ因リ破產財團ニ屬スル財產ノ管理  
及ヒ處分權ヲ喪失スル當然ノ結果トシテ該財產ニ關スル訴訟ニ付キ訴訟能力  
ヲ喪失スルヤ言ヲ埃タス故ニ此種ノ訴訟ハ破產手續繼續中管財人ニ依リテ取  
扱ハレサルヘカラス隨テ破産宣告以後ハ管財人ヨリ又ハ之ニ對シテ起訴シ又  
ハ執行セサルヲ得ス(第九八五條第三項第一〇一九條第一項破產財團ニ關係ナ  
キ訴訟ハ破產手續開始ノ爲メニ何等ノ影響ヲ受クルコトナシ是ヲ以テ親権婚

姻其他人事ニ關スル破產者ノ訴訟、破產者ニ專屬スル財產ニ關スル訴訟、破產者  
カ破產財團ヲ侵害セサル範圍内ニ於テ爲シタル行爲ヨリ生シタル權利ニ關ス  
ル訴訟及ヒ執行ノ類等ノ如キ破產財團ニ關係ナキ訴訟ハ破產手續開始後ニ於  
テモ破產者ヨリ又ハ破產者ニ對シテ提起シ之ヲ續行シ又該訴訟ニ關スル訴訟  
ヲ破產者ヨリ又ハ破產者ニ對シテ爲スコトヲ得(b)破產財團ニ關スル破產者ノ  
爲メニスル訴訟及ヒ之ニ對スル訴訟ハ破產手續ノ開始ニ因リテ中斷セラル(民  
事訴訟法第一七九條、第一八七條、獨逸破產法第一〇一條第一五條、獨逸民事訴訟法  
第二一七條、佛蘭西商法第四四三條第二項、瑞西破產法第二〇六條等蓋シ破產者  
ハ管理及ヒ處分權ヲ喪失シタルカ故ニ破產財團ニ關スル訴訟ヲ爲ス能ハス隨  
テ繫屬訴訟ヲ中斷スルノミナラス該訴訟ノ結果ハ破產者ニ利害ノ關係ヲ來ス  
コトナク唯破產債權者ニ損害ヲ及ボスノミナシハナリ破產者ノ爲メニスル訴訟  
即ナ所有權地役權、抵當權債權等ニ基ク請求若クハ其法律關係ノ成立ヲ破產者  
カ原告タルト否トニ拘ラス主張シタルニ因リテ破產者ノ爲メニ繫屬シタル訴  
訟自動的訴訟カ中斷シタルトキハ管財人ハ破產債權者團體ノ利益ノ爲メニ破

審手續開始ノ當時ニ於ケル程度ニ於テ該訴訟ヲ受繼スルコトヲ得獨逸破産法第一〇條第一項又ハ該受繼ヲ拒絶スルコトヲ得中斷シタル訴訟ノ受繼ハ民事訴訟法ノ規定ニ從フ(民事訴訟法第一八七條)而シテ管財人カ該訴訟ノ受繼ヲ拒絶スルコトナクシテ之ヲ遲滞シタルトキハ民事訴訟法第一七八條ノ準用ニ依リ獨逸破産法第一〇條第一項相手方ハ其申立ニ因リ裁判所ヲシテ管財人ヲ受繼及ヒ本案辯論ノ爲メニ呼出サシムルコトヲ得(甲)期日ニ於テ出頭シタル管財人カ訴訟手續ヲ受繼キタルトキハ訴訟ヲ進行シ受繼ヲ拒絶シタルトキハ之ニ因リテ管財人ニ對スル訴訟手續ヲ終了ス受繼ニ關スル訴訟費用ハ財團債務トシテ破産債權者團體ノ負擔スル所タリ何トナレハ該費用ハ該團體ノ機関タル管財人カ受繼若クハ其拒絶ノ意思表示ヲ遲滞シタルニ因リテ生シタルモノナレハナリ獨逸破産法第五九條第一管財人カ受繼ノ爲メノ呼出ヲ訴訟物カ破產財團ニ屬セス若クハ受繼ヲ既ニ裁判外ニ於テ拒絶シタリトノ理由ヲ以テ争ヒタルトキハ茲ニ中間ノ争ヲ存シ該呼出ヲ正當ナリト表示スル裁判ヲ中間判決ニ從ヒテ(民事訴訟法第二二七條若クハ終局判決ノ理由中ニ於テ爲シ反對ノ裁

判ヲ終局判決ニ於テ爲スヘキモノナリ隨テ管財人ハ該裁判ニ對シ獨立シテ上訴ヲ爲スコトヲ得管財人トシテ呼出サレタル者カ管財人タルノ資格ヲ争ヒタル者カ管財人ニ非サルコトノ明白ナラサル以上ニ民事訴訟法第百七十八條第三項ニ從ヒテ裁判スルヤ當然ナリ中斷シタル訴訟受繼ノ拒絶ノ形式ハ法律上別ニ規定シタル所ナシ訴訟ノ相手方ニ對スル單純ナル拒絶ノ意思表示ヲ以テ足ル而シテ管財人ノ自動的訴訟ノ受繼拒絶ハ訴訟物ニ對スル破産債權者團體ノ破産的差押權ヲ拋棄シタルモノニ外ナラサルヲ以テ訴訟物ハ破産手續ニ關係ナキ破産者ノ財產ト爲ル隨テ破産者若クハ其相手方ハ訴訟ヲ受繼スルコトヲ得(獨逸破産法第一〇條第二項訴訟物タル請求權カ破產財團ニ屬スル目的物ト破產財團ニ屬スル土地ノ地役權該財團ニ屬スル債權ノ抵當權ノ如キ主從ノ關連ノル場合ニ於テ亦破産者若クハ其相手方カ訴訟ノ受繼ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ學者ノ爭フ所ナリ「ウルモースキー」「フッチング」氏等ハ斯ル訴訟物ハ

獨立シタル財産權ニアラス故ニ管財人力訴訟ノ受繼ヲ拒絕シタリト雖モ訴訟ノ利益ハ破産者ニ歸セシシテ却テ主タル財產權ノ屬スル破産財團ニ歸スルヲ以テ破産者ハ訴訟ヲ受繼スルノ權利ヲ行使スルコトヲ得ス隨テ相手方ハ唯管財人ニ對シテノミ受繼ヲ爲ナシムルコトヲ得ルモナタリト主張シゾ・フヘルド「コレル」氏等ハ破産財團ハ破産者ノ財產ナリ又破産債權者團體ノ爲ミニ地役權ナキモノトシテ土地ヲ譲渡スルコトヲ得ルニ妨ナキヲ以テ破産者若クハ其相手方ハ其利益ノ爲メニ訴訟ヲ受繼スルコトヲ得唯管財人力主タル財產權即チ土地若クハ債權等ヲ破産手續ニ從ヒテ換價スルニ因リテ破産者カ訴訟ヲ受繼スルコト能ハナルノミト主張シテ反對シタル余輩ハ後説ニ賛成ヲ表ス破産者ニ對スル訴訟即チ破産手續ノ開始後ニ於テ別除請求權別離請求權若クハ破産財團上ノ請求權タルヘキ破産財團ニ關スル財產權ヲ目的トスル訴訟カ(他動的訴訟中斷シタルトキハ管財人若クハ破産者ノ相手方カ受繼スルコトヲ得獨逸破産法第一條第一項)而シテ管財人力訴訟物即チ別除請求權及ヒ別離請求權ノ目的タルヘキ財產ヲ破産財團ニ屬スルモノトシテ取扱ハナル旨ノ意思ヲ表示シタルトキハ該表示ハ繫屬訴訟カ破産財團ニ關係セザル旨ノ效力ヲ生ス隨テ管財人ニ依リ又ハ管財人ニ對スル訴訟ノ受繼ハ之ヲ爲スコトナクシテ破産者ヨリ又ハ之ニ對シ相手方ヨリ訴訟ヲ續行スルコトヲ得管財人ニ對スル訴訟ノ受繼アリタルトキハ之ニ因リテ管財人ハ訴訟物ヲ破産財團ノ外ニ置キ以テ訴訟ヲ避タルコトヲ得ス然レトモ管財人ハ相手方ニ訴訟物ヲ破産財團中ヨリ交付シ若クハ訴訟物上ニ別除的滿足ヲ認容シ以テ本案ノ訴訟ヲ目的物ノ欠缺ト爲スコトヲ得其他管財人ハ相手方ノ請求ヲ裁判上認諾シ以テ爾後ノ不必要ナル訴訟進行ヲ避タルコトヲ得破産債權ニ關スル繫屬訴訟ノ中斷ニ關シテハ前述シタル所ナレハ参考ヲ求ム(管財人ヨリ若クハ之ニ對シテ訴訟ノ受繼アリタルトキハ該訴訟カ自動的タルトニ拘ラス管財人力破産債權者團體ノ機關トシテ訴訟上破産者ノ地位ニ代リ破産者カ當事者タルコトヲ止メ破産債權者團體カ之ニ代リテ當事者ト爲ル隨テ破産者ハ從參加人トシテ管財人ヲ補助スルコトヲ得獨逸民事訴訟法第六九條佛蘭西商法第四四三條訴訟ノ中斷前ニ於テ生シタル訴訟行為殊ニ自白ハ該訴訟ヲ受繼シタル當事

者ニ對シ又ハ之カ爲ミニ效力アルコトハ民事訴訟法上疑ナキ所ナリ蓋シ受繼シタル訴訟ハ其中斷ノ當時即チ破産手續開始ノ當時ニ於ケル狀態ニ於テハ破産手續開始以後ニ生シタル訴訟費用ヲ破産債權者團體カ財團債務トシテ賠償スヘキ責任ヲ負フコトハ該訴訟費用賠償義務カ管財人ノ訴訟ヲ爲シタルコトニ依リテ成立シタルモノナルヲ以テ明瞭ナリト雖モ破産手續開始以前ニ於テ生シタル訴訟費用ハ破産債權トシテ相手方カ主張スヘキモノナルヤ破産債權者團體カ負擔スヘキモノナルヤハ甚タ疑ハシキ問題ナリ破産手續開始以前ニ於テ生シタル訴訟費用負擔義務ハ破産手續開始ノ當時マテニ於テ爲シタル破產者其人ノ義務ニ外ナラストノ見解ヲ採用セハ前者ノ如ク論結シ(フツチング氏此論結ヲ採ル)特別ノ費用ニアラサル限ハ受繼者ハ其以前ニ於ケル費用ヲモ負擔スヘキモノナリトノ訴訟法上ノ見解ニ從ヘハ後者ノ如ク論結スルヲ正當ト認ム(ソイフェルドニコレル氏ハ此論結ヲ採ルニ似タリ)余輩ハ前説ヲ正當ト認ム但シ他動的訴訟ニ於テ主張シタル請求ヲ管財人カ直チニ認諾シタルトキハ破產債權者團體ハ其負擔スヘキ訴訟費用ノ賠償ヲ免ル(民事訴訟法第七四條、獨逸破產法第一一條第二項受繼シタル訴訟ニ於テ本案ニ付キ爲シタル裁判ハ破產者ニ對シテ亦效力ヲ有ス何トナレハ破產者ハ総合當事者ニアラサルモ破產法カ破產債權者團體ニ破產者ニ代リテ訴訟ヲ續行スルノ權能ヲ認メタレハナリ管財人ヨリ又ハ之ニ對シ受繼シタル訴訟カ破產手續ノ停止若クハ協議契約ニ基ク破產手續ノ終局ニ際シテ未タ繫屬中ナルトキハ破產財團ニ對スル破產的差押權ノ消滅ヲ來スヲ以テ破產債權者團體及ヒ其機關タル管財人ハ該訴訟ヲ續行スルノ權限ヲ喪失スルヤ當然ナリ隨テ該訴訟ハ破產者ヨリ又ハ之ニ對シテ續行スルコトヲ得ルモノト謂フヘシ然レトモ該訴訟カ配當ニ基ク破產手續ノ終局ニ際シ未タ繫屬中ナルトキハ管財人ハ此訴訟ヲ續行スルノ權能ヲ有スシ管財人ハ其勝訴ノ場合ニ於テ訴訟物ヲ換價シ破產債權者ニ爾後配當ヲ爲スキモノナレハナリ但シ破產財團ニ關スル訴訟カ破產手續中受繼セラレサリシトキハ該訴訟ノ中斷ハ破產手續ノ終局ニ依リ當然消滅シ各從來ノ當事者カ之ヲ續行スルコトヲ得ルヤ言ヲ俟タス(3)破產財團ニ關スル破產者ノ爲ミニ爲

破產法 實務的破產法規 破產管財ノ體力

ス強制執行又ハ其執行ノ續行ハ管財人カ其當然ノ職務トシテ破産債權者團體ノ利益ノ爲メニ著手シ又ハ爲スヘキモノタリ(第一〇一九條破産財團ニ關スル破産者ニ對スル強制執行ハ請求權ノ種類ニ拘ラス總テ破産手續ノ開始ニ因リテ其著手又ハ其續行ヲ妨ケラルモノト謂フヘカラス破産手續開始以後ニ於別除請求權又ハ別離請求權ト爲スヘキ權利ニ關スル強制執行ハ新ニ管財人ニ對シテ之ヲ爲シ又ハ之ヲ續行スルコトヲ得強制執行ノ禁止ハ破産債權者團體ノ利益ノ爲メニスヘキモノナルヲ以テ破産手續ニ關係ナキ別除請求權別離請求權ノ強制執行ハ破産手續開始ノ爲メニ其著手及ヒ續行ヲ禁止シ得ヘキモノニアラス殊ニ既ニ著手シタル強制執行ニ關シテハ承繼ノ如キ手續ヲ要セシテ直チニ管財人ニ對シ之ヲ續行スルコトヲ得ヘシ蓋シ管財人ハ破産者ノ形式的代表資格ヲ承繼シタルニ外ナラサルノミナラス民事訴訟法第百七十九條ハ唯繼屬手續ニ適用セラレ確定的ニ裁判シタル後ニ顯ハル執手續ヲ適用セラルモノニアラサレハナリ(民事訴訟法強制執行講義參考)第九八五條第三項第九八七條優先權……)商法草案第千四十一條ニ於テハ「別除請求權」下云ヘリ

故意ノ修正ナルヤ否ヤ不明ニ屬スレトモ商法千條ニ規定シタル相續財產ノ別除權ヲ包含スルモノト解釋スルヲ正當トス蓋シ優先權ニ基ク別除權ト區別スヘキ理ナケレハナリ(佛蘭西商法第五四八條第五七一條然レトモ我商法ハ佛、白等ノ立法例ニ倣ヒ第九八六條佛蘭西商法第四五〇條但シ佛ハ一千八百七十二年ノ法律ヲ以テ第四百五十條ヲ改正シタルカ故ニ佛國現行商法ニハスル規定ヲ見ス白耳義商法第四五四條等不動產貨貸權者カ其有スル先取特權ノ行使トシテ民法第三一二條、第三一三條貨借人タル破産者ノ營業用ノ動產ニ對シテ爲シタル強制執行ハ三十日間之ヲ猶豫スヘキモノト定メタリ是レ一方ニ於テハ俄然營業ヲ中止シ協議契約ノ成立ヲ妨害スルコトヲ避け他ノ一方ニ於テハ急速的賣却ヨリ生スルコトアルヘキ不利益ヲ避クルニ外ナラス但シ期間ノ満了若クハ解除等ニ因リ貨貸人カ貸借人ニ對シ有スル貨貸物ノ取戻權即チ別離請求權ニ關シテハ三十日間猶豫スルコトナク強制執行ヲ爲スコトヲ得セシメタリ何トナレハ斯ル場合ニ於テハ貨借權カ既ニ消滅シタルヲ以テ破産者ハ到底其營業ヲ續行スルコト能ハサルヲ以テ三十日間猶豫スルノ必要ナク且ツ取戻權ノ

執行ハ備附クタル營業用ノ動産ノ除去ヲ爲ナサルヲ得ナレハナリ又賃貸人ノ意思ニ反シテ賃貸契約ヲ更新セシムルコトヲ得ナレハナリ(第九八六條但書該條文ハ文理解釋上取戻權アルトキハ三十日間猶豫セスシテ直チニ營業用ノ動産ニ執行ヲ爲スコトヲ許スニ似タルヲ以テ甚ダ拙ナリト認メサルヲ得ス佛蘭西商法第四百五十條及ヒ我商法草案理由書ノ趣旨ヲ對照セハ取戻權ニ三十日ノ猶豫ナキ趣旨タルコト明白ナリ而シテ管財人カ三十日ノ執行猶豫期間内ニ破産債權者團體ノ利益ノ爲メニ賃借人タル破産者ノ延滞シタル賃金ノ支拂ヲ準備シ且ツ賃貸人ニ支拂ヒ以テ強制執行ヲ止ムルトキハ賃貸借ノ存續スルヲ以テ營業ヲ續行シ或ハ該權利ヲ相當代價ニテ他人ニ譲渡スルコトヲ得ルノ利益アリ破産手續開始以後ニ於テ破産債權ト爲ルヘキ權利ニ關スル強制執行ハ破産手續開始以後ニ於テ開始シ又ハ之ヲ續行スルコトヲ得ス何トナレハ前述ノ如ク破産手續繼續中ハ破産債權者各箇人ノ爲メニ強制執行ヲ爲スコトヲ許ササレハナリ隨テ商法第九百八十五條第三項ニ所謂破産者ノ動産不動產ニ關スル執行ハ別離請求權又ハ別除請求權ニ關スル執行ト解セサルヘカラス

## (第九八七條)獨逸破産法第一四條第一二六條、換太利破産法第一一條、第一二條

(B) 身上ニ對スル效力 破産者ノ身上ニ對スル效力ハ名譽ト信用トニ基ク公權及ヒ私權ノ行使ヲ停止スルニ外ナラズ公權及ヒ私權ノ剝奪ニアラス故ニ佛國商法ニ於テハ「無能力」ト云ヒ又埃及破産法第二百四十六條ニ於テハ「商人ハ左ニ示ス權利ノ行使ヲ爲スコトヲ得スト」ト規定シタル所以ナリ斯ル制度ハ其寛嚴ノ區別アレトモ諸國ノ破産法ノ認メタル所ナリ(第一〇五四條、佛蘭西商法第六〇四條乃至第六一四條、換太利破産法第二四六條等、英吉利破産法第三二條等、其他白耳義、和蘭西班牙等、獨逸ニ於テ公權ニ關シ破産手續繼續中破産者ノ權能ヲ制限シタルコトハ「デルンブルヒ氏ノ普濟西私法論ニ依リ明白ナリ」其立法上ノ理由ハ破産ノ效力ノ恐ルヘキコトヲ知ラシメ以テ破産ノ宣告ヲ豫メ避ケシメントスルノ目的ノ外破産ノ宣告ハ破産者ノ名譽ト信用トニ尠カラサル瑕疎ヲ來スヲ以テ特ニ名譽ト信用トニ基ク公私ノ權利行使ヲ停止セシムルニ在リ(第一〇五四條商法施行法第一四三條、裁判所構成法第六六條第三號、辯護士法第五條第四號市制町村制第九條衆議院議員選舉法第一四條、貴族院伯子男爵議員選

舉規則第三條議院法第七七條等身上ニ對スル效力ハ立法嚴酷ニ失スルノ譏ヲ免レス

身上ニ對スル效力ハ破産者ノ終身消滅セサルモノト爲スハ破産者ヲ終身失望ノ人ト爲シ立法上其當ヲ得ス寧ロ破産者ヲシテ其債務ヲ完済シ且ツ其名譽ヲ回復スルノ途ヲ經ルコトヲ獎勵スルヲ立法上適當トス是ニ於テカ身上ニ對スル效力ヲ認メタル佛白等ノ立法例ニ於テ復權ナル制度ヲ設ケ債權者ノ爲ミニ債權完済ヲ得ルノ利益ヲ與ヘ破産者ノ爲ミニ其名譽回復ノ利益ヲ與ヘタリ我破産法亦然リ(商法施行法第一四三條<sup>〔三〕</sup>復權ヲ得ルニ非ナレハ)復權トハ破産シタル債務者カ破産ヨリ生スル身上ニ對スル效力ヲ消滅セシムル方法ナリ該效力ハ他ノ破産宣告ノ效力ト異ニシテ協議契約ノ完成第一〇五五條協議契約ノ調ヒタルト否トヲ問ハス<sup>〔三〕</sup>又ハ配當ノ終局ニ因リテ消滅スルモノニアラス何トナレハ破産宣告ニ因リ表明セラレタル特種ノ權利行使ニ關スル不適任ハ消滅セサレハナリ復權ハ該效力ヲ消滅セシムル唯一ノ方法ナリ左ニ復權ノ要件手續及ヒ效果ヲ略述スヘン

(1) 要件 破産シタル債務者カ復權ヲ得ルニニノ要件アリ其第一ハ債権元利息及ヒ費用ノ全部ヲ辨償シタルコト又ハ之ト同視スヘキ事實即チ所在不明ノ爲ミニ完済ヲ爲スコト能ハナル債權者ニ全額ヲ辨償スル準備及ヒ資力アル旨ヲ證明スルコトはナリ(第一〇五五條第一項佛國西商法第六〇四條是レ復權ヲ設ケタル立法上ノ目的即チ債權者ニ完済ノ利益ヲ與フルカ爲メノ當然ノ結果ナリ利息ニハ破産宣告以後ニ發生シタル利息ヲモ包含ス何トナレハ利息ハ破產宣告以後ト雖モ破産者其者ニ對シ發生ヲ止ムルモノニアラサレハナリ(第九八九條参考)費用ハ破産宣告ニ因リテ生シタルモノヲ指示ス第一〇三二條第一〇三三條辨償トハ支拂代物辨濟相殺混同等ノ如キ現實的支拂ヲ指示ス故ニ免除(換太利破産法第二百四十六條ハ免除ヲ以テモ復權ヲ許スニ足ル旨ヲ規定シタリ更改等ノ如キハ茲ニ所謂辨償中ニ包含セス元利金及ヒ費用全部ノ辨償アリ故ニ破産者ハ協議契約ニ依リ免除セラレタル部分ヲモ辨償セサルヘカラス是レ破産當事者ノ利益ヲ目的トスル復權ノ性質トシテ破産ノ總テノ痕跡ヲ滅失セシムルノ要アレハナリ其第二ハ法律カ復權ヲ許スニ足ルト認メタル債務者

タルコトヲ要スルコト是ナリ(1)詐欺破産者トシテ有罪判決ヲ受ケタル者ハ復權ヲ受タルノ資格ナシ蓋シ詐欺破産者ハ甚シク信用ト名譽トヲ害シタルヲ以テ信用回復ノ望ナキ者ト看做シタルナリ然レトモ此種ノ破産者ト雖モ終身失望ノ人ト爲スハ公益ニ反スルヲ以テ立法上ノ缺點タルヲ免レス(2)過怠破産者トシテ有罪判決ヲ受ケタル者ハ刑ノ満期ト爲リ刑ノ時效ヲ得タルトキ亦同一ナリ又ハ特赦ヲ得タルトキニ限り復權ヲ許サル佛蘭西商法ハ裁判所ヲシテ復權ノ許否ヲ自由ニ判断セシム蓋シ過怠破産ハ詐欺破産ニ比スレハ信用ト名譽トヲ害スルノ程度少ケレハナリ又刑ノ満期或ハ特赦ヲ得タルトキノ制限アルハ刑期中ニ復權ヲ許スモ實效ナケレハナリ(3)重罪輕罪ノ爲メ剝奪公權若クハ停止公權ヲ受ケ其期間中ニ在ル破産者ニハ復權ヲ許サス蓋シ此期間中ニ在ル破産者ニ復權ヲ許スモ其實效ナケレハナリ第一〇五八條佛蘭西商法第六一二條以上ノ要件ヲ具備シタルトキハ復權ヲ許スニ足ル隨テ破産者ノ生死ハ問フ所ニアラス(第一〇五七條佛蘭西商法第六一四條第一項)何トナレハ復權ハ破産者ノ名譽回復ヲ目的ト爲セハナリ故ニ破産者ノ親族又ハ友人ハ破産者ノ死

亡後ニ於テ其利益ノ爲メニ復權ノ申立ヲ爲スコトヲ得

- (2) 手續 復權ノ申立ヲ爲サント欲スル者即チ破産者其親族及ヒ朋友等ハ(親族及ヒ友人ハ破産者ノ意思ニ反シテ復權ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ何トナレハ復權ハ破産者ノ利益ニシテ損害ト爲ラサレハナリ)書面又ハ口頭ニテ破産裁判所ニ復權許可ヲ求ムル者ノ申立ヲ爲シ且ツ前示要件ヲ履行シタル旨ノ證據方法ヲ添付スヘシ(第一〇五五條第二項第一〇五六條佛蘭西商法第六〇五條)太利破産法第二四六條我商法カ塊國破産法ニ同シク破産裁判所ヲ以テ復權申立ノ管轄裁判所ト爲シタル理由ハ該裁判所カ復權ノ申立ノ許否ニ付キ最モ適當ニ裁判ヲ爲スノ便宜ヲ有スレハナリ申立ヲ必要ト爲ス理由ハ復權カ直接ニ破産者ノ利益ニ關スレハナリ(當事者ノ行爲)
- 破産裁判所ハ裁判ヲ爲ス前手續トシテ第一ニ適法ナル復權ノ申立アリタルトキ(明治二十三年法律第六六號)商事非訟事件印紙法第三條第二號ハ之ヲ宣告ス其目的ハ復權ヲ許スヘキ要件ノ實在ヲ確認スルニ在リ故ニ(1)公衆カ復權ノ申立アリタル旨ヲ認知スルニ容易ナル方法ト場所トニ於テ該申立ヲ公告シ(2)

債権者カ其他ノ利害關係人ヲシテ異議申立ヲ爲スコトヲ得セシム佛國商法第六百八條ニ依レハ異議申立者ハ復權ノ手續ニ於テ相手方ト爲ラサル旨ヲ明記スルヲ以テ別ニ疑ヲ存セスト雖モ我商法ニ於テハスル明文ナキヲ以テ多少ノ疑アリ然レトモ商法第千五十六條第二項ニ依レハ復權ノ申立ノ許否ニ關スル決定ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルノ法意ヨリ推理セハ異議申立者ハ相手方ト爲ルモノト論決スルヲ正當ト認ム破產者ハ異議申立者ニ對シテ未済ノ金圓ヲ支拂ヒ其他異議ノ原因ニ關スル消極的確認訴訟ヲ以テ復權ノ申立ニ關スル裁判前ニ異議ヲ除去スルコトヲ得ヘキヤ言ヲ埃及第二ニ復權ノ申立ヲ檢事ニ通知シ主トシテ商法第千五十八條ノ要件ノ存否ヲ調査シ且ツ之カ搜索ヲ爲サシム(裁判前手續)

以上ノ前手續完了後破產裁判所ハ檢事ノ意見ヲ聽キタル後復權ノ申立ノ許否ニ關スル裁判ヲ爲ス其許可ノ裁判ニ對シテハ異議申立者ヨリ又申立棄却ノ裁判ニ對シテハ申立者ヨリ即時抗告ヲ爲スコトヲ得(商法施行條例第二四條)申立許可ノ決定カ確定シタルトキハ破產ノ宣告ト同シク職權ヲ以テ之ヲ公告ス蓋シ復權ハ債権者ノ名譽ヲ回復シ破產宣告ヨリ生シタル身上ニ對スル效力ヲ消滅セシムルモノナレハナリ申立棄却ノ決定確定シタルトキハ其後一箇年満了前ニハ復權ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ屢復權ノ申立ヲ爲スヨリ生スル煩雜ヲ防止スルニ在リ(第一〇五六條佛蘭西商法第六〇五條第六一一條等)(裁判)

(3) 效果 復權ニ因リ破產者ノ身上ニ對スル效力ハ消滅ス是レ復權ノ目的ヲ達シタル當然ノ效果ナリ

(五) 第三者ニ對スル效力

第三債務者カ其債権者タル破產者ニ對シ爲シタル給付及ヒ第三者カ破產者ト爲シタル取引カ破產債権者團體ニ對シ無効ナルコトハ前述シタル所ナリ第三者カ破產者ト財產ヲ相續契約等ノ原因ニ基キテ共有シタルトキハ破產者ノ持分又ハ持分權カ破產財團ニ屬スルヤ言ヲ埃タス而シテ共有者ノ一人カ破產宣告ヲ受ケタルニ因リ共有關係カ實體法ニ基キテ消滅シ且ツ共有者間ノ計算ヲ爲スヘキモノナルトキハ破產手續ノ外ニ於テ共有關係ノ消滅即チ分割及ヒ計算ノ爲メニ設ケラレタル法規ニ從ヒテ破產者ノ持分ヲ確定ス此場合ニ於テハ

管財人カ破産債権者團體ノ機關トシテ破産宣告ナカリセハ破産者ノ有スヘキ  
權利及ヒ義務ヲ行ヒ又該持分カ破産財團ニ屬スルヤ當然ナリ(獨逸破産法第一  
六條獨逸破産法ニ於テハ執行ヲ容易ナラシムルカ爲ミニ遺言又ハ契約ヲ以テ  
爲シタル分割ヲ一時若クハ永久ニ爲サナル旨ノ意思表示ハ破産債権者團體ニ  
對シ無効ナリト規定シタリ(獨逸破産法第一六條第二項)我商法ニ於テハ斯ル明  
文ナキヲ以テ反對ニ論決セナルヘカラズ(民法第二五六條但シ實體法ニ基キテ  
共に關係ノ消滅及ヒ計算ヲ爲スコト能ハサルトキハ破産者ノ持分權カ破産財  
團ニ屬ス蓋シ持分權亦差押ノ目的物タルコトヲ得レハナリ民事訴訟法第六二  
五條社員ノ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ亦前示法則ノ適用アリ即チ持分ノ  
計算ヲ爲スコトヲ得ル場合ニハ持分カ破産財團ニ屬シ之ヲ爲スコトヲ許ササ  
ル場合ニハ持分權カ破産財團ニ屬ス(民法第六八條第二項第二號、商法第六九條  
第七條等)

## 第二節 既往ニ關スル破産宣告ノ效力

物的擔保權ヲ有セサル債権者ハ其債務者ノ財產上ニ滿足ヲ享有スルコトヲ債  
務者ノ權利行爲ニ因リテ妨ケラルコトアリスル妨害ハ債務者カ其財產ヲ減  
少スルノ行爲及ヒ其債務ヲ增加スルノ行爲ニ因リテ發生ス法律ハ斯ル妨害  
行爲ニ對シ物的擔保權ヲ有セサル債権者ヲ保護セナルヲ當然トス蓋シ此種ノ  
債權者ハ物的擔保ヲ債務者ニ要求セナリシ結果トシテ斯ル損害ノ危險ヲ負擔  
スヘキモノナレハナリ然レトモ斯ル觀念ハ立法上無制限ニ認ムルコトヲ得ス  
特別ナル事情ノ存スル場合ニ於テハ此種ノ債權者ヲ債務者ノ行爲ヨリ生スル  
損害ニ對シ保護スルヲ條理ニ適シタルモノト認メサルヲ得ス此保護方法トシ  
テ法律ハ債權者ニ損害ヲ被ラシムヘキ債務者ノ行爲ヲ取消スノ權利ヲ認メタ  
リ廢能訴權ナルモノ即チナリ(第九九〇條第九九一條、民法第四二四條債權者  
ハ債務者ノ行爲ノ取消ヲ其破産宣告以前ニ於テ請求スルコトヲ得又ハ其破產  
宣告以後ニ於テ請求スルコトヲ得殊ニ債務者ノ行爲ノ取消ヲ請求スル權能ハ破産手續繼續  
シ債務者ノ破産宣告以後ニ於テ其行爲ノ取消ヲ請求スル權能ハ破産手續繼續

中破産債権者團體ニ屬シ破産債権者各個人ニ屬セス相手方ノ義務タル給付ハ  
破産債権者團體ニ對シテ之ヲ爲シ破産債権者各個人ニ對シテ之ヲ爲スヘキモ  
ノニアラス是レ破産宣告以後ニ於ケル廢罷訴權即チ取消權カ既往ニ關スル破  
產宣告ノ效力タル所以ナリ債務ヲ完済スルニ不十分ナル財產ヲ有スルニ止マ  
ル債務者カ其財產ニ關スル處分權アルヲ奇貨トシ之ヲ濫用シ以テ債權者ニ損  
害ヲ被ラシムルカ如キ行爲ハ甚ダ不法ナリト謂ハナルヘカラス殊ニ破産ニ瀕  
スル債務者カ其財產ノ管理及ヒ處分權ヲ喪失セサルニ乘シ之ヲ避タルカ爲メ  
ニ百方策ヲ講シ特別ノ權利行爲ヲ爲シ財產ヲ減少シ債權者ニ其債權ノ満足ヲ  
享有スルコトヲ害スルカ如キ事項ハ最モ不法ナリト謂ハナルヘカラス何トナ  
レハ斯ル債務者ハ縱令其財產ニ付キ管管理及ヒ處分權ヲ有スト雖モ該財產ハ各  
債權者ノ共同満足ノ用ニ供スヘキモノナルヲ以テ其債權者ノ總員又ヘ一員ニ  
損害ヲ生スヘキ效力アル權利行爲ヲ爲ナサルノ義務ヲ負ヘハナリ又斯ル債務  
者ト其情ヲ知リテ取引ヲ爲シタル相手方ハ之ニ因リテ損害ヲ受クヘキ債權者  
ニ對シ一ノ不法行爲ヲ爲シタルモノナリ又其情ヲ知ラスシテ取引ヲ爲シタル

相手方ニシテ無償ニテ財產ヲ取得スルモノナルトキハ損害ヲ避ケント欲スル  
破産債権者ヨリモ保護スヘキノ謂レナシ故ニ破産債権者團體ノ爲メニ破産宣  
告以前ニ於テ爲シタル破産者ノ權利行爲ノ取消ヲ許スト正當トス

民法上ノ廢罷訴權民法第四二四條ハ要件嚴格ニシテ舉證困難ナリ而シテ破産  
ニ瀕スル債務者カ其宣告ヲ免レンカ爲メニ債權者ヲ害スヘキ行爲ヲ爲スノ嫌  
疑アルハ發熱ノ疾病ニ於ケルカ如シ故ニ民法上ノ取消權ヲ以テ斯ル債務者ノ  
權利行爲ニ對シ破産債権者ヲ保護セントスルハ木ニ縁リテ魚ヲ求ムルカ如シ  
是ニ於テカ各國ノ破産法ニ於テ精粗寛嚴ノ區別アリト雖モ特ニ破産ニ於ケル  
廢罷訴權ヲ規定シタリ(佛蘭西商法第四六六條以下、白耳義商法第四四五條以下  
英吉利破産法第四三條、第四七條、第四九條等、和蘭商法第七七三條以下、獨逸破  
產法第二九條以下)佛法學者ノ所謂嫌疑時代獨法學者ノ所謂破産ニ於ケル廢罷  
訴權ナルモノ即チ是ナリ

之ヲ要スルニ破産法ニ於ケル廢罷訴權ハ民法ニ於ケル廢罷訴權(民法第四二四  
條)ノ擴張ニ外ナラス

我商法ハ此點ニ於テ主トシテ佛蘭西商法ニ基キ(一)當然無効ノ行爲(第九九〇條)  
 (二)取消スコトヲ得ヘキ行爲第九九一條(三)登記ノ無効(第九九二條)ニ關スル規定  
 ヲ設ケタリ左ニ之ヲ分説スヘシ

(一)當然無効ノ行爲

支拂ノ停止後又ハ支拂ノ停止前三十日内ニ於テ爲シタル破産債権者ニ損害ヲ及ホスヘキ債務者ノ法律上特定シタル行爲ハ財團ニ對シ當然無効ナリ(第九九〇條佛蘭西商法第四四六條第一項獨逸破産法第三〇條)

支拂ノ停止以後ノ行爲ノミナラス支拂ノ停止以前三十日内ノ行爲ヲモ嫌疑時代ノ行爲ト認メタルハ詐害行爲ヲ豫防スルノ法意ニ基ケリ現行佛蘭西商法第四四六條第一項及ヒ白耳義商法第四四五條ハ支拂ノ停止前十日内ノ行爲ヲ嫌疑時代ニ屬スル行爲ト認メタレトモ伊太利商法第七〇七條及ヒ一八八三年佛蘭西商法改正案ハ支拂ノ停止以後ノ行爲ノミヲ嫌疑時代ニ屬スル行爲ト認メタリ(A)要件  
 當然無効ノ行爲タルニハ第一ニ支拂ノ停止後又ハ其前三十日内ニ爲シタル破産者ノ行爲ナルコトヲ要ス

斯ル時期即チ破産宣告ヲ爲スヘキ事情カ成熟スル時期ニ於テ爲シタル債務者ノ行爲ハ其意思ノ善惡ニ拘ラス債権者ニ損害ヲ及ホスヘキ特色アルヲ當然トス是レ法律カ斯ル時代ニ於ケル債務者ノ行爲ハ破産債権者團體ニ對シ無効ナル而シテ破産宣告以後ニ於ケル破産者ノ行爲ハ破産債権者團體ニ對シ無効ナルヲキハ商法第九百九十條ノ適用ナカルヘン斯ル行爲ハ無効ナルヲ以テ當然無効ノ法則ヲ適用スヘキ目的物ナケレハナリ然レトモ破産者ノ行爲ニ關セラレタル事情ノ爲メニ當然無効ノ法則ノ適用ヲ妨ケヌ蓋シ執行上ノ債務名義ハ唯債務者及ヒ債権者間ニ於テノミ効力ヲ有スルニ過キサレハナリ獨逸破産法第三五條

第二ニ破産者ノ行爲カ債権者ニ完済ヲ得セシメナルノ原因ト爲ル意味ニ於テ債権者ヲ害スルモノタルコトヲ要ス何トナレハ斯ル行爲ノ存在スルモ債権者

カ破産手續ニ於テ完済ヲ受クルコトヲ得ルニ於テハ敢テ當然無効ノ法則ヲ適用スルノ必要ナケレハナリ

債權者ノ損害ハ破産者ノ行爲ニ因リテ發生スルコトヲ要スル損害ハ破産者カ破産財團ニ屬スル財產ヲ處分シ若クハ之ニ他物權ヲ設定シ或ハ破産債權ト競合スヘキ債權ヲ成立セシムルニ因リテ發生ス故ニ差押フルコト能ハナル請求ノ拋棄若クハ讓渡及ヒ破産手續ニ於テ主張スルコト能ハナル債權ノ發生行爲ハ當然無効ト爲ラス如何ナル請求權カ差押フルコト能ハナル債權カ破産手續ニ於テ主張スルコト得サルヤハ破産法ニ從ヒテ之ヲ定ム(獨逸破産法第三條第六三條又破産債權者ヲ害セヌ單ニ之ヲ利セナルニ止マル破産者ノ行爲亦然リ故ニ財產ヲ増加スヘキ贈與若クハ相續等ニ關スル破産者ノ拒絶ハ當然無効ト云フヘカラス但シ破産者カ贈與若クハ相續ノ承諾ノ結果カ破産債權者ヲ利スルニ止マルコトヲ豫知シ自己ノ拒絶ニ因リテ代リテ權利ヲ承繼スル者トノ契約ニ基キ之ヲ自己ニ特定ノ利益ヲ給付セシメテ破産債權者ニ贈與若クハ相續等ノ承諾ヨリ生スル利益ヲ奪フカ如キ法律ノ適用ヲ避クル目的ヲ以テ爲シタル破産者ノ拒絶ハ此限ニ在ラサルヤ言ヲ埃タス

第三ニ破産者ノ行爲ハ其效力トシテ或人カ破産者ノ損害ニ於テ財產權ヲ取得シ若クハ財產的義務ヲ免責スルモノナルコトヲ要ス蓋シ斯ル行爲ニアラスンハ破産債權者ニ損害ヲ來タスコトナケレハナリ此行爲ニ屬スル種類ヲ制限的ニ列記シ以テ解釋上ノ爭論ヲ絶タント欲シタリ  
(a)無償行爲及ヒ之ニ同視スヘキ有償行爲 無償行爲即チ破産者カ自己ノ財產ノ損害ニ於テ他人ヲ利得セシメント欲スル意思ヲ以テ爲シタル行爲ハ其當時破産者カ己ニ無資力ナルカ若クハ之ニ因リテ無資力ト爲リシカヲ問フコトナク又破産者及ヒ其相手方ノ意思ノ善惡ニ拘ラス當然無効タリ故ニ贈與寄附無償的他物權ノ設定無償的物權ノ拋棄若クハ其順位ノ拠棄債權ノ無償讓渡債務免除無償的義務負擔無償的持分ノ拋棄等ハ之ニ屬ス然レトモ慣習上付ハルル進物ノ如キモノハ當然無効タルヘキ贈與ニ屬セス蓋シ債務者ノ資產ニ相當シ且ツ慣習上ノ價格ヲ超ヘナルモノハ破産債權者團體ヲ害スル意思ヲ以テ爲シ

タル贈與ト認ムルコト能ハサレハナリ(獨逸破産法第三二條第一及ヒ第二又義務ノ履行及ヒ其擔保亦當然無効タルヘキ無償行為ニアラサレハナリ但シ贈與ハ負擔附若クハ謝恩ノ爲メニスルモノト雖モ當然無効タルニ妨ナク又破産者ノ爲シタル嫁資設定ハ一ノ無償行為タルニ妨ナシ蓋シ設定者ハ何等ノ對價ヲ受クルコトナク財產フ夫又ハ婦ニ與フルモノナレハナリ

被產者カ自己ノ財產ノ損害ニ於テ他人ヲ利得セシメント欲スル意思ヲ以テ爲シタル無償行為ト同視スヘキ有償行為即チ破産者ノ受領スヘキ對價カ其移轉スヘキ目的物ノ價額ニ比シ甚シク低廉ナル行為ノ例ハ金千圓ノ實價アル土地ヲ金一圓ニテ賣却スルカ如キ行為ハ當然無効タリ第九九〇條第一項、獨逸破産法第三二條佛蘭西商法第四四六條第二項、白耳義商法第四四五條、伊太利商法第七〇七條第一號、瑞西破産法第二八六條等)(意義)

此等ノ行爲カ詐害の要素即チ(1)債權者ノ詐害意思(2)相手方カ債務者ノ詐害意

思アルコトヲ知ルコト及ヒ(3)債權者カ受ケタル損害民法第四二四條ノ要素ヲ具備シタル場合ニ於テハ詐害行為トシテ之ヲ當然無効ト爲スハ敢テ不可ナキニ似タレトモ相手方カ善意ナルカ若クハ破産者カ支拂停止前三十日内ニ於テ詐害ノ意思ナクシテ贈與等ヲ爲シタル後ニ於テ不幸ニモ支拂フ停止シタルノ事實明瞭ナルニモ拘ラスル行爲ヲ詐害行為トシテ無効ト爲スハ甚タ失當ナリ二三ノ學者ハ反證ヲ許ナツル詐害の推定ヲ立法上ノ理由ナリトシ行爲自體ノ性質上動スヘカラナル詐害ノ嫌疑アルヲ以テ當然無効ナリト説明スレトモ予輩ノ採ラサル所ナリ斯ル行爲ヲ當然無効ト爲ス法意ハ詐害ニ存セシテ避ケントスル債權者ヲ無償ニ若クハ殆ド無償ニ利得ヲ得ント欲スル者ヨリ保護スル公平ニ適スト爲ス觀念ニ存スト認ムルヲ正當ノ見解ト信ス故ニ法律ハ斯ル行爲ノ當時ニ於ケル破産者ノ資力ノ有無及ヒ當事者ノ意思ノ善惡ヲ問ハサルナリ(理由)

嫌疑時代以前ニ於テ成立シタル行為ハ有效ニ存在シ該時代中ニ成立シタル行為ハ當然無効ト爲ル故ニ行為ノ成立期ヲ確定スルハ實際上頗ル必要ナリ而シ

ヲ破産者ノ行爲カ嫌疑時代以前ニ完成シ又ハ其時代中ニ始終シタルニアラスシヲ却テ兩時代ニ跨ル行爲即チ嫌疑時代以前ニ言込アリテ其時代中ニ承諾アリタル贈與其他ノ行爲ハ承諾ノ意思ヲ表示シタルトキニ成立スルヲ以テ嫌疑時代中ノ行爲ニ屬シ當然無効ト爲ル然レトモ不動産權ヲ目的トスル法律行爲ニ關スル登記及ヒ債權讓渡ニ關スル通知若クハ其承諾ノ如キハ第三者ニ對スル公示方法若クハ對抗條件ニ過キサルヲ以テ該行爲ノミヲ嫌疑時代中ニ爲シタルカ爲メニ不動産權ヲ目的トスル法律行爲及ヒ債權讓渡ヲ當然無効ト認ムルコトヲ得ナルヘシ蓋シ該行爲ハ嫌疑時代以前ニ於テ既ニ當事者間ニ完成シタレハナリ

(b)期限ニ至ラナル債務ノ支拂及ヒ期限ニ至リタル債務ノ代物辨濟　辨濟スヘキ時期ニ於テ爲サス又ハ辨濟スヘキ方法ニ於テ爲サナル債務ノ辨濟ハ當然無効ナリ期限ニ至ラナル債務ノ支拂トハ破産者カ債權者中ノ一人ニ特別ノ利益ヲ授與スル意思ヲ以テ爲シタル未タ支拂時期ニ達セザル若クハ條件附ナル債務ノ支拂ナリ該意思ハ他ノ債權者ヲ害セント欲スル意思ト同シカラス破産者

カ債權者中ノ一人ヲ他ノ者ヨリ利益セシメント欲スル意思ハ他ノ債權者ヲ害セント欲スル意思ナクシテ有スルコトヲ得故ニ破産者ニ他ノ債權者ヲ害スルノ意思ナカリシ旨ノ事實ニ依リテ或債權者ヲ特ニ利セント欲スルノ意ナキモノト速斷スルコトヲ得ス債務ノ性質上ノ區別(民事若クハ商事又ハ其發生原因上ノ區別(法律行爲若クハ不法行爲ハ之ヲ問ハス蓋シスル區別ニ依リ差等ヲ設クルハ破産ノ骨子クル平等ヲ害スルヲ以テナリ其他支拂其モノカ當然無効ナルニ止マルヲ以テ債務ノ辨濟期ニ至リタルヤ否ヤヲ定ムル標準ハ支拂ヲ爲シタル時期ニ外ナラス故ニ支拂ヲ爲シタル時期カ支拂ヲ爲スヘキ時期以前ナルトキハ支拂ヲ爲スヘキ時期カ破産宣告以前ニ到達スル場合ト雖モ支拂ノ當然無効タルヲ妨ケヌ然レトモ支拂ヲ爲シタル時期カ支拂ヲ爲スヘキ時期以後タリシ場合ニ於テハ假令支拂ヲ爲スヘキ時期カ嫌疑時代中ニ到達シタル場合ト雖モ支拂ハ當然無効ト爲ラス又當然無効ナルモノハ支拂其モノニシテ債務關係ニアラナルヲ以テ債務關係ノ發生原因カ嫌疑時代以前ニ在ルト其時代中ニ在ルトハ之ヲ問ハサルナリ交互計算ハ其性質上一定期間毎ニ計算スベキモノ

ナレハ破産者ト爲ルヘキ當事者ノ一方カ交互計算ノ關係アル他ノ一方ニ資金ヲ給付シタルモ爲メニ支拂期前ノ支拂ト爲ラス何トナレハ交互計算中ハ當事者間ニ債權及ヒ債務ナク唯貸方及ヒ借方アルノミナルヲ以テナリ破産者カ爲シタル支拂期前ノ支拂ニアラスシテ却テ債權者タル破産者ニ對シテ爲シタル支拂期前ノ支拂ハ當然無効ト爲ラス唯商法第九百九十一條ノ規定ニ基キ特定ノ要件ノ下ニ於テ取消サルコトアルニ過キス

期限ニ至リタル債務ノ代物辨濟即チ債務者カ債權者中ノ一人ヲ特別ニ利益セシムルカ爲メニ其同意ヲ得テ從來負擔シタル債務ノ目的タル給付ニ代ヘテ他ノ給付ヲ爲スニ因リテ債務ヲ消滅スル行爲ハ當然無効タリ辨濟スヘキ方法ニ於テ爲サナル支拂(民法第四八二條・如何ナル行爲カ代物辨濟ト爲ルヤハ事實問題トシテ裁判官ノ定ムル所ナレトモ現金ノ給付ニ代ヘテ爲ス手形・公債券等ノ如キ金錢ノ代表物ノ給付ハ支拂ニシテ代物辨濟ニアラス寄託物ノ預證券商法三五八條ノ如キ金錢ヲ代表セサルモノノ給付ハ代物辨濟ニシテ支拂ニアラスト信ス期限ニ至ラサル債務ノ代物辨濟ニ關シテハ法律上明文ナシト雖モ當然無効タルヘシ意義)

無効タルコトハ期限ニ至リタル債務ノ代物辨濟ヲ當然無効ト爲ス法意ニ依リテ明白ナリ代物辨濟ニ類似スルノ行爲殊ニ代金ヲ利得ノ用ニ供スル目的ヲ以テ債務者カ其破產財團ニ屬スル物件ヲ債權者ニ賣却シタルカ如キ行爲亦當然無効タルヘシ意義)

斯ル行爲ヲ無効ト爲ス理由ハ債務者ハ之ニ因リテ特種ノ債權者ヲ利シ又債權者ハ之ニ因リテ破產手續ニ於ケル些少ノ配當額ヲ受クルコトアルヘキ危險ヲ避ケント欲シ平等ノ原則ヲ亂ルヲ以テナリ殊ニ支拂期ニ達シタル債務ノ支拂ハ法律上正當ノ行爲ニシテ債權者ハ其正當ナル給付ヲ受ケ債務者ハ完全ナル處分能力者トシテ其義務ヲ正當ニ履行シ特種ノ債權者カ債務者ノ支拂停止ヲ知ラサル以上ハ(第九九一條)有效ナレトモ支拂期ニ達シタル債務ノ代物辨濟ハ債權者カ辨濟トシテ受領スヘキ義務ナキ給付ヲ破產者タルヘキ債務者ヨリ受領シタルモノナルヲ以テ債務者ト特約上自己ノミニ完済セシメント欲スル不正行為タルノ嫌疑甚シキヲ以テナリ(獨逸破產法第三一條第二ハ廢罷訴權ノ觀念トシテ債權者カ債務者ニ特別ニ受益スルノ意思アルコトヲ知ル旨ヲ要件ト爲シタリ)(理由)

(c) 従來負擔シタル債務ノ爲メニ新ニ供スル擔保 千八百七年ノ佛蘭西商法第四百四十三條ニ於テハ嫌疑時代ニ取得シタル先取特權若クハ抵當權ヲ無効ト爲シタルヲ以テ物的擔保ヲ要件トシテ成立シタル法律行爲ニ關シ行爲其モノハ有效ニ存續シ物的擔保ノミカ無効ト爲ルノ結果ヲ生シ大ニ當事者ノ意思ニ反シ嚴酷ニ失シタリ蓋シ斯ル法律行爲ハ當事者ノ意思ニ從ヘハ不可分の一體ヲ成ス行爲ナルヲ以テ物的擔保ハ主タル債權關係ト其運命ヲ共ニスヘク隨テ前者ノミヲ無効ト爲シ後者ヲ有效ニ留存セシムルハ當事者ノ意思ニ反シ且ツ債權者ヲ酷待スルモノト云フヘケレハナリ是ヲ以テ千八百三十八年佛蘭西現行商法第四百四十六條ハ之ヲ改正シ從來負擔シタル債務者ノ爲メニ新ニ供シタル抵當權及ヒ質權ノミヲ無効ト爲シタリ各國ニ於テ亦之ニ基キ大同小異ノ立法ヲ爲シタリ(獨逸破產法第三〇條、白耳義商法第四四五條、英吉利破產法第四八條、瑞西破產法第二八七條和蘭商法第七七四條、西班牙商法第一〇三九條)我商法亦然リ(第九九〇條)

從來負擔シタル債務ノ爲メニ新ニ供スル擔保トハ債務者カ擔保設定ノ請求權ヲ有セサル特種ノ債權者ヲ利スルノ意思ヲ以テ之カ爲メニ破產財團ニ屬スル財產上ニ設定シタル質權抵當權ノ如キ總物的擔保ヲ指示ス道ハ後述ノ如ク此種ノ擔保設定行爲ヲ當然無効ト爲ス法意ヨリ生スル論結ナリ故ニ(I)債務者カ新ニ保證人ヲ立テ又ハ他ノ連帶債務者ヲ加フルカ如キ人の擔保行爲ハ他ノ破產債權者ヲ毫モ害スルコトナキヲ以テ當然無効ト爲ルコトナシ又債務者ノ設定ニ係ラスシテ即チ當事者ノ意思ニ關係ナク法律ノ規定ニ因リ特種債權關係ト共ニ當然發生スル擔保殊ニ先取特權ノ如キハ特種ノ債權者ヲ害シ又他ノ特種ノ債權者ヲ利スルノ嫌疑ノ存スルモノニアラサルヲ以テ當然無効タルノ理ナシ但シ先取特權ノ原因アル行爲自體カ商法第九百九十條第九百九十一條ニ依リ攻撃セラレタルトキ其先取特權亦共ニ消滅スルヤ言ヲ埃タス(2)債務者カ新ニ供シタル擔保ニアラスシテ第三者カ新ニ供シタル擔保(民法第三四二條第三六八條)ハ當然無効ト爲ルニトナシ蓋シ斯ル擔保ハ債務者カ特種ノ債權者ヲ利スルモノト云フコト能ハサレハナリ(第九九〇條)破產者カ新ニ供スル擔保……(3)從來負擔シタル債務ノ爲メニ新ニ供シタル擔保ニアラスシテ債務

○○○○○○○○  
務關係ノ成立ト同時ニ若クハ其以前ニ供シタル擔保官吏公吏ノ身元保證金人  
如キ明治二十三年勅令第六號會計規則第一〇三條乃至第一〇五條等参考銀行  
營業者間ニ行ハル根抵當ノ如キ未決算ハ交互計算ニ於テ支拂ヲ擔保スルカ  
爲メニ設ケタル擔保ノ如キ豫メ金錢的債務ノ支拂ヲ保スル擔保ノ類ノ當然無  
效ト爲ラス蓋シスル種類ノ擔保ノ提供ハ債務關係ノ成立要件ナルヲ以テ特種  
ノ債權者ヲ利スル債務者ノ行爲ニアラシテ却テ債務者ノ正當ナル義務履行  
タルノミナラス主タル債務ト其運命ヲ共ニスヘキカ故ニ獨リ擔保ノミヲ無效  
ト爲スコトヲ得サレハナリ又主タル債務關係カ嫌疑時代ニ成立シタルカ爲メ  
ニ之ト同時ニ提供シタル擔保ヲ當然無效ト爲スコトヲ得ス唯此主タル債務關係  
カ商法第九百九十條、第九百九十一條ノ適用ニ基キ無效ト爲リ若クハ取消サ  
ルト同時ニ無效ト爲リ又ハ取消サルヲ以テナリ蓋シ債務關係カ擔保提供以  
前ニ既ニ成立シタルコトノミカ當然無效ノ原因タルヲ以テナリ(4)主タル債務  
關係ノ成立ト同時ニ擔保ヲ供シタルトキニアラシテ唯之ヲ供スルコトヲ豫  
約シ該約ニ基キ爾後擔保ヲ供シタルトキハ其擔保ハ當然無效ナルヤ否ヤ擔保  
ナリ意義

提供ハ擔保其モノニアラス除テ斯ル場合ニ於ケル擔保提供ハ債務關係成立ト  
同時ニ擔保提供ト爲ラサルヲ以テ當然無效ナリト論結スル者アレトモ余輩ハ  
反對ニ論結スルヲ正當ト認ム蓋シスル擔保ノ提供ハ當事者ノ意思ニ從ヘハ豫  
約ノ實行ニ外ナラサルヲ以テ債務者カ特種ノ債權者ヲ利ストノ意思アリト認  
ムルコト能ハサルノミナラス主タル債務關係成立ノ要件トシテ不可分の一體  
ヲ爲スコト同時擔保提供ト同一ナレハナリ又嫌疑時代中ニ新ニ擔保ヲ供シタル  
ニアラスシテ單ニ已ニ提供セラレタル擔保ヲ公示スル行爲(登記ノ類ハ當然  
無效ト爲ラス何トナレハ斯ル行爲ハ商法第九百九十二條ノ支配スル所ナレハ  
ナリ意義)

以上略述シタル從來負擔シタル債務即チ支拂停止ノ前後ヲ問ハス擔保ヲ供ス  
ル以前ニ已ニ成立シタル債務ノ爲メニ債務者カ支拂停止後又ハ支拂停止前三  
十日內ニ新ニ供シタル擔保カ當然無效ト爲ル理由ハ債務者カ特種ノ債權者ヲ  
利シ又債權者カ配當額ニ止マル不利益ヲ免レンカ爲メニ債務者ニ擔保ノ提供  
ヲ請求シ以テ平等ノ原則ヲ亂ルノ嫌疑ノ最モ著シキモノナレハナリ新債務發

生ノ當時ニ於テ舊債務ヲ併セテ擔保スルカ爲ミニ一ノ抵當權ヲ設定シタルトキハ其抵當權ハ舊債務ノ限度ニ於テ當然無効ト爲リ新債務ノ限度ニ於テ有效ニ存續スヘシ(理由)

(B) **當然無効ノ效果** 前示ノ要件ヲ具ヘタル債務者ノ行爲ハ財團ニ對シテハ當然無効タリ(第九九〇條)

債務者ハ行爲無能力者ニアラス故ニ該行爲ハ債務者及ヒ其相手方間ニ於テ有效ニ存在シ其無効ヲ自己固有ノ利益ノ爲メニ主張スルコトヲ得ナルヤ當然ナリ然レトモ該行爲ハ特種ノ債權者ヲ利スルモノナルヲ以テ破産債權者團體ノ利益ヲ害ス故ニ此團體ノ機關タル管財人ヲシテ該團體ノ利益ノ爲メニ前示ノ要件ヲ具ヘタル債務者ノ行爲ノ無効ヲ主張シ破産財團ニ屬スル財產ヲ取戻シ或ハ取立ツルコトヲ得セシム獨逸破産法第三九條参考是ヲ以テ前示ノ行爲ハ唯破産債權者團體ニ對シテノミ無効タルニ止マレリ(相對的無效)

當然無効トハ不成立ヲ意味ス佛蘭西商法第四四六條アレキザンデル氏著萬國破産法中我商法第九百九十九條ニ關スル獨逸文譯故ニ前示ノ行爲ハ破産者タル

債務者若クハ相手方ノ意思ノ善惡又ハ成立當時ノ狀況ノ如何ニ拘ラス  
破産財團ニ對シ其效用ヲ全ウスルコトヲ得ス是ヲ以テ管財人ノ提起シタル無效確認ノ訴ニ基キテ裁判所カ無効ヲ宣言スヘキモノタルヤ言ヲ埃及尚ホ此點ニ關シテハ商法第四百八十五條第二項ノ説明ヲ参考スヘシ佛蘭西商法第四百四十六條ハ財團ニ關シ無効ニシテ且フ效力ナシト規定シテ裁判上ノ無効ト解釋シ管財人ハ破産者タル債務者ト前示ノ行爲ヲ爲シタル相手方其他ノ利害關係人カ佛蘭西商法第四百四十六條ノ適用ニ付キ争ヒタル場合ニ於テ無効ノ訴ヲ提起シ裁判所ハ單ニ行爲ノ性質即チ佛蘭西商法第四百四十六條ニ規定シタル行爲ニ屬スルヤ及ヒ其成立期即チ嫌疑時代中ニ成立シタルヤヲ調査シ無効ヲ宣言セサルヘカラナル旨ヲ意味スト云フニ似タリ獨逸破産法及ヒ瑞西破産法第二八五條以下等ハ當然無効ト規定セスシテ取消スコトヲ得ヘキモノト規定シタリ立法上廢罷訴權ノ變體ト爲スマ正當ト認ムルヲ以テ獨逸破產法ノ立法例ヲ正當ト認ム意義

前示ノ要件ヲ具ヘタル行爲ハ財團ニ對シ當然無効ナルヲ以テ即チ破産債權者

團體ノ爲ミニ法律上不成立ナルヲ以テ其效果トシテ破産債權者團體ニ對シテ不利益ナル結果ヲ除去シ之ヲシテ此等ノ行爲ナカタシト同一ノ地位ニ在ラシム是ヲ以テ無償行爲若クハ之ト同視スヘキ有償行爲ニ依リ財團ニ屬スル財產ヲ取得シタル者ハ意思ノ善惡ニ拘ラス現物ヲ以テ或ハ現物ナキトキハ其價額ニ相應スル金錢ヲ以テ之ヲ返還スヘク〔廢罷訴權ノ擴張トシテ無償行爲ノ取消ヲ認メタル獨逸派ノ立法ニ依レハ財產取得カ善意ナルトキハ不當利得ノ原則ニ基キ行爲ノ取消權行使ノ時ニ於ケル利得ヲ賠償スヘキモノト爲シ惡意ナルトキハ其取得シタル全財產ヲ返還スヘキモノト爲シ獨逸破産法第三七條第二項瑞西破産法第二九一條第三項匈牙利破産法第三三條第一項タレトモ我商法ハ當然無效ト爲シタルヲ以テ取得者ノ意思ノ善惡ヲ問ハス取得財產全部ヲ破產財團ニ返還セシムルコトト爲ル〔無償行爲ノ目的物ヲ返還スルニ當リ取得者カ自己ノ過失ニ基カサル價額ノ減少ニ付キ責ヲ負フコトナク又破産債權者團體ハ不當利得ヲ許ササルノ原則ノ適用トシテ返還義務者ニ保存費及ヒ有益費ヲ賠償スヘク其他返還義務者カ其返還ノ目的物ヲ第三者ノ爲ミニ差押ヘラレ

タル場合ニ於テハ當然無效ノ結果トンテ第三者カ他人ノ物件ヲ差押ヘタルコトト爲リ又返還義務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ破産債權者團體カ別離請求權取戻權者トシテ現物ヲ返還セシメ現物ノ存セサル場合ニ破産債權者トシテ相當價額ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

永小作權、地役權等ノ如キ無償ニテ設定シタル他物權ノ目的物ハ自由ナル破產者ノ財產權トシテ之ヲ破産の差押ニ供スルコトヲ得ヘク無償ニテ拋棄シタル權利ハ尙ホ破産財團ノ一部ト爲スヘク無償的義務負擔ハ消滅シタルモノトシテ之ヲ取扱フヘク破産者カ免除シタル債務關係ハ復活シテ其債權カ破産財團ノ一部ト爲リ債務者ハ其義務ヲ履行スヘク新ニ供シタル擔保ノ目的物ハ其擔保ニ關係ナク破産財團ノ一部トシテ之ヲ處分スルコトヲ得ヘシ效果ノ内容)前示ノ要件ヲ具備シタル行爲ノ當然無效ハ破産者タル債務者及ヒ其相手方ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得ルハ言ヲ俟タスト雖モ其相手方ノ特別承繼人ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題相續人ノ如キ一般承繼人ハ縱令善意ナリト雖モ前主ト同一ノ權利及ヒ義務ヲ有スルヲ以テ當然ノ無效ヲ對抗

セラルルヤ疑ナシハ頗ル解スルニ難シ特種ノ廢罷訴權タル觀念ヲ立法ノ根據ト爲ス獨逸派ノ見解ニ依レハ第一ノ取得者タル相手方ニ對シ取消權ヲ主張スルコトヲ得破產者カ行爲ノ當時ニ破產債權者團體ヲ害スルノ意思ヲ有シ且ツ特別承繼人カ斯ル意思ノ存在ヲ認識シタル場合即チ惡意ナル場合ニ限りナ行為ノ取消ヲ對抗スルコトヲ得ルニ似タリ蓋シ相手方カ詐害ノ目的ヲ以テ更ニ目的物ヲ他人ニ讓渡シ破產債權者ノ權利ヲ無益ト爲スノ害毒ヲ防止スルカ爲ミニスルモノナラン善意ノ特別承繼人ニ對シテハ取消權ヲ主張スルコトヲ許サス是レ取引ノ安全ヲ保ツノ法意ニ外ナラス而シテ前主カ善意ナル以上ハ其特別承繼人カ惡意ナルモ之ニ取消權ノ對抗ヲ許サス何トナレハ善意ノ取得者ハ其目的物ヲ完全ニ處分スルノ權利ヲ有セサルヘカラス然ルニ特定ノ人即チ惡意ノ第三者ニ對シテハ廢罷訴權ヲ受クヘキ危險ノ下ニ於ケルニアラスンハ處分スルコトヲ得スト云フハ完全ニ處分スルノ權利ナキ旨ヲ意味シ取引ノ安全ヲ害スルヤ當然ナレハナリ(獨逸破產法第四〇條、匈牙利破產法第三五條、瑞西破產法第二〇九條等佛蘭西派ノ見解ニ依レハ當然ノ無效ヲ總テノ特定承繼人

ニ對シ意思ノ善惡ニ拘ラス主張スルコトヲ得センメタリ其理由ハ(1)何人ト雖モ自己ノ有スル權利以外ノモノヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得サル原則ノ適用ト(2)他人ニ爲ス讓渡カ屢々行爲ヲ無効ト爲スノ效用ヲ妨ケ破產債權者ニ損害ヲ及ホストニ在ルモノノ如シ我破產法ノ解釋トシテハ特別ノ明文ナキヲ以テ民法第四百二十四條ニ依リ惡意ノ特別承繼人ニ對シ行爲ノ取消ヲ主張スルコトヲ得ヘシ(當然無効ヲ對抗スルコトヲ得ヘシ)蓋シ此承繼人亦相手方ノ行爲ニ因レル受益者若クハ轉得者タルヲ以テナリ

前述シタルカ如ク新ニ供シタル擔保ハ當然無効ナルヲ以テ第一位ノ抵當、第二位ノ抵當ト云フカ如キ擔保ノ提供アリテ第一位ノ抵當ハ新ニ供セラレタル擔保トシテ當然無効ト爲リ第二位ノ抵當ハ債權ノ成立ト同時ニ供セラレタル擔保トシテ有效ナル場合ニ於テ第一位抵當權者ト第二位抵當權者ト及ヒ破產債權者トノ相互關係ハ如何トノ問題亦頗ル解スルニ難シ第一説ハ管財人ノ申立て因リ第一位ノ抵當權ノ當然無効ナルコトヲ確定シタルトキハ總テ人ニ對シニ因リ第一位ノ抵當權ノ當然無効ナルコトヲ確定シタルトキハ總テ人ニ對シテ效力ヲ生シ其抵當權ハ不成立ト爲リテ登記亦抹消セラル而シテ其無効ハ破

產債權者團體ヲ利スルニ止マリ第二位ノ抵當權者ヲ利セス又害セス是レ該無效ハ破產債權者團體ノ利益ヲ保護スルコトヲ目的トスルニ止マレハナリ故ニ例ヘハ抵當ノ目的物タル不動產カ千六百圓ニ賣却セラレ(1)第一位抵當權者及ヒ第二位抵當權者各金八百圓ノ債權ヲ擔保セラルト假定セハ賣得金ノ一半ハ第二位抵當權者ニ歸シ他ノ一半ハ破產債權者ヲ利ス(2)第一位抵當權者ハ千六百圓第二位抵當權者ハ千二百圓ノ債權ヲ擔保セラルト假定セハ賣却金千六百圓中千二百圓ハ第二位抵當權者ニ歸シ殘額四百圓ノミカ破產債權者ヲ利シ破產財團ニ歸ス(3)第一位抵當權者及ヒ第二位抵當權者各千六百圓ノ債權ヲ擔保セラルト假定セハ第二位抵當權者ノミカ賣得金全部ヲ受取り破產債權者ハ毫モ利益スル所ナシ此說ハ簡明ニ相互ノ關係ヲ説明スト雖モ當然無效ノ法意ニ適セス何トナレハ前ニ例示シタルカ如ク目的物ノ賣得金カ抵當ヲ以テ擔保シタル二者ノ債權全額ヨリ少額ナルトキハ當然無效カ第二位抵當權者ニ利益ヲ與ヘ破產財團ニ利ナク殊ニ第二位抵當權者ハ第一位抵當權ノ無效タルコトカ自己ニ利益アルモ之ヲ主張スルコトヲ得ス管財人ハ之ヲ主張スルコトヲ得ルモ破產財團ニ益ナキヲ以テ之ヲ主張セナルノ奇觀ヲ呈スルヲ以テナリ第二說ハ管財人ハ破產債權者團體ノ爲メニ無效確認ノ請求ヲ爲スコトヲ得レトモ順位ニ付キ自ラ干涉スルノ權利ナク又第二位抵當權者ハ第一位抵當權ノ無效ヲ主張スルノ權利ナカ故ニ第一位抵當權者ニ歸スヘキ部分ハ財團ニ歸ス故ニ前例ニ於テハ(1)破產財團ハ當然無效タル第一位抵當權者ノ取得部分タル八百圓ヲ取得シ(2)賣却代金タル千六百圓ヲ取得シ第二位抵當權者ハ有效ノ抵當ヲ有スルニ拘ラス賣得金ヨリ何等ノ配當ヲ受ケス(3)モ(2)ト同一ノ結果ヲ生ス此說ハ當然無效アル抵當權ニ付キ破產債權者ノ利益ノ爲メニ其效力ヲ認ムル矛盾ノ論結ト爲ルヲ以テ甚タ失當ナリ第三說ハ新ニ供シタル擔保ヲ當然無效ト爲ス理由ハ畢竟無效タルヘキ擔保ヨリ生スル損害ニ對シ破產債權者ヲ保護スルニ在ルヲ以テ損害ヲ生スルトキハ其生シタル損害ノ程度ニ於テノミ無效タリ故ニ有效ナル第二位抵當權者ハ第一抵當權カ無效タラサリシ場合ト同一地位ニ在ラナルヘカラス隨テ破產債權者ハ其利益ノ爲メニ有效ナル第二位抵當ノ存在ヲ無視スルヲ得ス故ニ前例ニ於テハ(1)賣得金千六百圓ノ一半

ハ第二位抵當權者ノ爲メニ十分ニ效力ヲ生シテ之ニ歸シ他ノ一半ハ第一位抵當權者ニ歸スヘキモ破產債權者ノ利益ノ爲メニ無効ト爲リ破產財團ニ歸ストナレハ第一位抵當ノ實行ニ因リ生スル破產債權者ニ對スル損害ハ此半額ナレハナリ(2)第一位抵當ハ第二位抵當ニ對シ有效ナルカ故ニ第二位抵當權者ハ毫モ利益ヲ受ケヌシテ第一位抵當權者カ第二位抵當權者ニ優先シテ賣得金額ヲ受クヘキモノナレトモ第二位抵當權者ノ債權額千二百圓ト第一位抵當權者ノ債權額千六百圓トノ差額四百圓ハ第二位抵當ノミカ存スル場合ニハ破產債權者ノ爲メニ破產財團ニ屬スヘキモノナルヲ以テ無効タル第一位抵當權者ノ抵當權實行トシテ權利アルモノニアラサルカ故ニ財團ニ歸スヘキヤ當然ナリ(3)第一位抵當權者ハ債權額千六百圓ノ爲メニ賣却金千六百圓ヲ領シ第二位抵當權者ハ毫モ領スル所ナシ何トナレハ第二位抵當權者ハ第一位抵當ノ無効ヲ主張スルノ權利ナク又破產債權者ハ破產財團ニ對シテ對抗スルコトヲ得ヘキ有效ナル第二位抵當カ存在スルト同一地位ニ在ルヲ以テナリ此第三說ハ破產財團ニ對シテノミ當然無効即テ相對的無効ノ性質ニ適スルモノトシテ多數學者ノ是認スル所ニシテ又余輩ノ賛成スル所ナリ

## (二) 取消スコトヲ得ヘキ行為

取消スコトヲ得ヘキ債務者ノ權利行爲ニ二種アリ債務者カ其支拂ノ停止後破產宣告以前ニ於テ爲シタル權利行爲及ヒ日附ノ如何ヲ問ハス債權者ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ爲シタル權利行爲是ナリ權利行爲ナル法語ハ千八百八十五年普國破產法及ヒ同年普國破產法施行法ニ於テ始メテ用ヒタルモノニシテ佛國ノ立法ニ於テ用ヒラレタル法語ノ行爲ノ翻譯ナルコトハ獨逸法學者ノ是認スル所ニシテ曩ニ略述シタルカ如ク法律行爲ト同義ニアラサルナリ權利行爲ハ法律行爲及ヒ法律上ノ行爲ヲ總稱スル法律的動作タリ法律行爲ハ法律上ノ效力ヲ成立セシムル法律的動作ニシテ法律上ノ行爲ハ自然的效果ニ因リ法律上ノ效力カ顯ハルル法律的動作ナリ法律上ノ效力ヲ惹起スコトヲ欲シ且ツ該效力ヲ生スルニ足ル人ノ意思表示カ法律行爲ニシテ行爲者ノ意思如何ニ拘ラス法律上特定ノ效力カ結付ケラレタル行爲カ法律上ノ行爲ナリ故ニ權利ノ設定、抛弃等ノ行爲ハ法律行爲ニ屬シ時效ニ因ル財產ノ取得、拾得ニ因ル遺失物所

有權取得附合加工等ニ因ル所有權ノ取得ハ法律上ノ行爲ニ屬ス訴訟行爲殊ニ破產債權者團體ニ不利益ナル效果ヲ生スヘキ破產者ノ爲シタル訴訟行爲亦然リ破產宣告以前ニ於テ破產者ト第三者トノ間ニ繼續シタル訴訟カ其宣告マテニ未タ終局セサルトキハ管財人カ之ヲ受理シ且フ續行スルコトハ前述シタル所ナリスル場合ニ於テ管財人ハ破產者カ其宣告マテニ於テ爲シタル破產債權者團體ニ不利益ナル結果ヲ生スヘキ行爲ヲ攻撃シ且フ無効ト爲ナシムルコトヲ得不行爲亦茲ニ所謂權利行爲ニ屬スルカ爲メニ必要ナル行爲ヲ爲ササルコト（拒不行爲カ債務ノ不行爲ニアラスシテ却テ努力ヲ要セサル法律上ノ行爲ノ不行爲タルトキハ該行爲カ權利行爲ト爲ル相續ノ承認ヲ爲ササルコト贈與ヲ受ケサルコト、手形上ノ權利ヲ保全スルカ爲メニ必要ナル行爲ヲ爲ササルコト（拒絶證書ヲ作成セサルコトノ如キ）等ノ如キ是ナリ蓋シ債務者ハ債務ニ因リテ財產ヲ取得スヘキ義務ヲ負フ者ニアラス贈與ヲ受ケ相續ヲ承認スルカ如キヘ債務者ノ自由ニ屬スル所ナルヲ以テ之ヲ受ケ又ハ承認スルノ義務ナシ然レトモ債務者ハ債務者ヲ害シ且ツ贈與ノ受領、相續ノ承認等ニ因リテ債權者ニ供セラ行爲ノ種類ヲ説スヘシ

(A) 支拂停止以後破產宣告以前ニ於テ成立シタル行爲 支拂ノ停止後破產宣告前ニ於テ債務者カ破產財團ノ損害ニ於テ爲シ其相手方カ支拂停止ヲ知リテ成立シタル特定ノ行爲ハ管財人カ破產債權者團體ノ爲メニ之ヲ取消スコトヲ得第九九一條第一項獨逸破產法第三〇條佛蘭西商法第四四七條)

(a) 要件 取消スコトヲ得ル行爲タルニハ第一ニ相手方カ債務者ノ支拂停止ヲ知リタルコトヲモ支拂停止ヲ知リタルコトト同視セタリ蓋シスル場合ニ於テノミ相手方トヲモ支拂停止ヲ知リタルコトヲ得ル行爲ヲ爲シタルモノト謂フヲ得レカ破產者ト共ニ破產債權者ニ對シ一ノ不法行爲ヲ爲シタルモノト謂フヲ得レハナリ債務者ノ支拂ノ停止ヲ知リタル相手方ハ其破產者ト爲ルヘキ債務者ノ財產ニ付キ破產手續ニ從ヒテ破產債權者ト爲ルヘキ債權者カ平等的満足ヲ受クヘキ權利ヲ有スルコトヲ知リタルモノト謂ハサルヘカラス體ヲ破產者ト爲

ルヘキ債務者ト取引ヲ爲シ破産債權者ト破産財團トノ關係ニ變更ヲ生セシメ  
サルカ爲メニ即チ破産債權者ノ爲メニ破産者ノ財產的地位ヲ不良ナラシメサ  
ルカ爲メニ債務者ヨリ破産債權タルヘキ債權ニ付キ支拂ヲ受ケ或ハ之ト取引  
ヲ爲スコトヲ德義上避クヘキニモ拘ラス破産宣告以前タルコトヲ奇貨トシ支  
拂ヲ受ケ其他取引ヲ爲スカ如キハ破産債權者ト爲ルヘキ者ニ對シテ一ノ不法  
行爲ヲ爲シタルモノト謂フヘシ是ヲ以テ法律ハ破産債權者ノ爲メニ斯ル行爲  
ノ取消ヲ許シタリ但シ相手方カ相當ノ賠償ヲ爲スニ於テハ総令事實上惡意ナ  
リト雖モ善意取引者トシテ取引ヲニ妨ナシ蓋シ法律ハ破産債權者ノ利益ノ爲  
メニ取消ヲ許スニ外ナラナレハナリ

法律ハ相手方カ債務者ノ支拂停止ヲ知リタルコトヲ以テ足レリトシ詐害ノ意  
思アルコト及ヒ債務者ノ資力カ不十分ナル事情ヲ知リタルコトハ之ヲ問ハサ  
ルナリ蓋シ支拂停止ヲ知リタルコトノミヲ以テ破産ノ宣告ヲ豫知シタルモノ  
ト爲スヘケレハナリ相手方カ債務者ト取引ヲ爲スニ際シ其支拂停止ヲ知ラサ  
リシトキハ其取引ノ取消ヲ許サス蓋シスル場合ニ於テハ不法行爲アリタルモ  
ノト認ムルコト能ハサルノミナラス善意取引ノ安全ヲ害スレハナリ  
相手方カ債務者ノ支拂停止ヲ知リタルヤ否ヤハ事實問題トシテ裁判官ノ判断  
スル所ナリ故ニ争ヒアル場合ニ於テハ管財人カ之ヲ立證セサルヘカラス  
第二ニ支拂停止後破産宣告前ニ於テ爲シタルモノナルコトヲ要ス是レ相手方  
カ債務者ノ支拂停止ヲ知リタルコトヲ要スルヨリ生スル當然ノ結果ナリ相手  
方ハ債務者ノ支拂停止以前ニ於テ其支拂停止ヲ知ルヘキノ理ナク又破産宣告  
以後ニ於テハ債務者カ其財產ノ管理及ヒ處分權ヲ喪失スル結果トシテ其以後  
ニ於ケル破産者ノ總チノ行爲ノ當然無效タルコトハ前述シタル所ナリ隨テ破  
産宣告以後ニ於ケル破産者ノ行爲ニ付キ取消ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題  
ヲ生セス

第三ニ財團ノ損害ニ於テ爲シタルモノナルコトヲ要ス破産者タル債務者ト其  
支拂停止ヲ知ラサル相手方トノ間ニ於ケル行爲ニ因リテ破産債權者カ破産手  
續ニ依レル辨濟ニ多少ノ減少ヲ受クルコトヲ要ス蓋シ債務者ノ行爲カ破産財  
團ヲ減少セス若クハ減少スルノ虞ナク爲メニ破産財團ニ對スル破産債權者ノ

地位ヲ不利益的ニ變更スルコトナキニモ拘ラス債務者ノ行爲ノ取消ヲ許スハ破産債權者カ破産財團ニ付キ受クヘキ損害ヲ防止スル目的トスル取消ノ法意ニ反スルヲ以テナリ隨テ破産債權者カ破産財團ニ付キ受クヘキ辨済ノ程度ヲ變更スル行爲ハ之ヲ取消スコトヲ許サススル行爲ハ債務者ノ未タ其財產ノ管理及ヒ處分權ヲ喪失セサル當時ニ於テ成立シタルモノナルヲ以テ破産債權者團體ヲ害セサル範圍内ニ於テ有效ニ存在ス

債務者ノ行爲カ直接ニ財團ヲ害スルモノタルヲ以テ取消スニ足ルカ故ニ債務者カ其行爲ノ結果トシテ直接ニ破産財團上ニ損害ヲ生スヘキコトヲ豫知スルト否トハ法律ノ間フ所ニアラス蓋シ茲ニ所謂取消ハ相手方ノ德義違背ニ其源ヲ汲ミ相手方ノ支拂停止ヲ知ルノミヲ以テ足レリト爲シタレハナリ又債務者ノ行爲自體カ直接ニ財團ヲ害スルニアラスシテ却テ行爲ノ結果トシテ財團ニ歸シタル財產賣得物ノ類カ偶然ノ事變ニ基ク形體ノ損傷或ハ價額ノ減少等ニ因リ間接ニ損害ヲ生シタルモノナルトキハ取消ノ原因ト爲ルヘキモノナシ何トナレハ斯ル間接ノ損害ハ法理上相手方ノ負擔ニ歸シ得ヘキモノニアラサル

第四ニ取消スコトヲ得ヘキ行爲ニハ其相手方ニ於テ詐害的行爲ノ要素アルコトヲ要ス通常ノ詐害行爲ニ於テハ債務者ノ行爲及ヒ其相手方タル第三者ノ共力ヲ要スレトモ茲ニ所謂取消スコトヲ得ス即チ破産者カ相手方ト共ニ破産債權者ノ財團上ニ有スル共同満足ヲ受クル權利ヲ害スルモノト謂フヲ得サレハナリ

ノミナラス行爲自體カ直接ニ破産債權者ニ損害ヲ被ラシムルニアラスンハ嫌疑的行爲ノ存在ヲ想像スルコトヲ得ス即チ破産者カ相手方ト共ニ破産債權者ノ財團上ニ有スル共同満足ヲ受クル權利ヲ害スルモノト謂フヲ得サレハナリ

十一條第一項ハ相手方ノ悖徳ヲ遂ケシメサルヲ目的トスレハナリ法律ハ此行爲ノ種類ヲ概括的ニ前條ニ掲ケタルモノノ外債務者カ……爲シタル總ナノ支拂及ヒ權利行為第九九一條第一項ト規定シタリ故ニ消極的ニ之ヲ言ハハ商法第九百九十九條及ヒ第九百九十二條ノ規定ニ包含セラレサル權利行爲ニシテ積極的ニ之ヲ言ハハ期限ニ至リタル債務ノ支拂及ヒ無償行爲ト同視スヘカラサル有償行為ナリ(イ)破産宣告以前ニ於テ債務者カ爲シタル辨済期ニ至リタル支拂任

意的支拂及ヒ強制的支拂即チ債權者カ強制執行ノ實施ニ依リテ受ケタル支拂)ハ縦合支拂停止以後ニ屬スト雖モ處分無能力者ニアラサル債務者ノ適法ノ行為ニシテ之ヲ取消スヘキ理由ナシ故ニ羅馬法佛蘭西民法及ヒ我民法民法第四二四條佛蘭西民法第八〇八條第八〇九條ハ廢罷訴權ノ適用トシテ之カ取消ヲ許ナス然レトモ斯ル法則ヲ絶對的ニ破産關係ニ適用セヘ債務者ハ其未タ處分能カヲ喪失セサルヲ奇貨トシ辨濟期ニ至リタル數多ノ債務中或債權者ニ好意的ニ他ノ債權者ノ損害ニ於テ支拂ヲ爲シ又債務者ト最モ近接シタル地ニ住居シ最モ督促ヲ爲シタル債權者カ他ノ債權者ノ損害ニ於テ支拂ヲ受ケ破産法ノ大原則タル債權者ノ平等關係ヲ亂スニ至ル是ニ於テカ法律ハ斯ル支拂ノ取消ヲ許シ債權者間ノ平等ヲ維持スルコトヲ欲シタリ支拂ヲ停止シタル債務者ト共同債務ヲ負ヒタル者カ爲シタル辨濟期ニ至リタル債務ノ支拂ハ取消スコトヲ得ス蓋シ此種ノ債務者ハ縦合其共同債務者ノ支拂ヲ停止シタル事實ヲ知リタリト雖モ素ト是レ盡スヘキ義務ヲ履行シタルモノニシテ之カ爲ミニ毫モ破産財團上ニ損害ヲ生スルコトナケレハナリ

債務ノ支拂アル以上ハ其債務發生ノ原因カ法律行爲タルト不法行爲タルト又不當利得タルト問ハス之カ取消ヲ許スヲ原則トス唯法律ハ手形ノ支拂ニ關シ一ノ例外ヲ設ケタリ手形所持人カ破產者ト爲ルヘキ手形ノ支拂義務者振出人裏書人引受人支拂人ヨリ其支拂停止ヲ知リテ受ケタル手形ノ支拂ハ手形所持人カ他ノ手形義務者ニ對スル手形上ノ權利ヲ喪失スルニアラスンハ手形ノ支拂停止ヲ知リタル事實ニ因リテ其受ケタル支拂ヲ取消スコトヲ許スハ手形ノ所持人ヲ酷待スト謂フヘケレハナリ是ヲ以テ手形所持人カ償還ヲ請求スルコトヲ得ヘキ前者振出人裏書人アル場合ニ於テ拒絶證書ヲ作成セサル以上ハ前者ニ償還ヲ請求スルコトヲ得ス且ツ手形ノ支拂義務者カ支拂ヲ提供シタルトキハ拒絶證書ヲ作成スルコトヲ得サルカ故ニ手形所持人ハ前者ニ對スル債還請求ヲ喪失スルコトナクシテ手形ノ支拂ヲ拒絶スルコト能ハサルヘシ隨テ斯ル場合ニ於ケル支拂ノ取消ヲ許サス商法第四八七條獨逸手形法第四一條塙太利破産法第八條勾牙利法破産法第三〇條佛蘭西多數ノ判斷(拒絶證書ノ作成ノ免除アル場合ニ於テ亦償還請求權ノ喪失ナクシテ提供セラレタル支拂ノ

受領ヲ拒絶スルコト能ハサルヘシ<sup>イ</sup>獨逸手形法第四二條然レトモ拒絶證書作成後受ケタル支拂若クハ其作成期間經過後受ケタル支拂ハ原則ノ支配スル所ト爲リ之ヲ取消スコトヲ得商法第四八七條獨逸手形法第四一條第二項蓋シ前者ノ場合ニ於テハ已ニ償還請求カ保全セラレ又後者ノ場合ニ於テハ已ニ償還請求カ喪失セラレタルヲ以テ償還請求ノ喪失ニ關係ナク提供セラレタル手形ノ受領ヲ拒ムコトヲ得レハナリ第九九一條第二項引用獨逸破産法第三四條佛蘭西商法第四四九條白耳義商法第四四九條伊太利商法第七一二條千八百八十四年三月十六日墺太利破産法第八條匈牙利破産法第三〇條<sup>イ</sup>。廉價ノ賣却、不利益ノ借金及ヒ不利ノ和解等ノ如キ無償行爲ト同視スヘカラサル有償行爲ニシテ破產財團<sup>イ</sup>害スルモノハ之ヲ取消スコトヲ得分割ハ賣買若クハ交換ノ性質ヲ有スル有償行爲ト論結セハ取消スコトヲ得ルハ言ヲ俟タス然レトモ余輩ハ分割ヲ以テ共有者ノ権利行使ニ關スル制限ヲ免脱スル清算行爲ト認ムルカ故ニ反對ニ論結ス

(b) 取消ノ效果 破産手續中ハ破産者ノ行爲ノ取消權ハ破産債權者團體ニ屬シ其機關タル管財人カ該權利ヲ行使ス故ニ(1)各破産債權者ハ自己ノ爲ニモ又破産債權者團體ノ爲メニモ取消權ヲ行使スルコトヲ得ス管財人カ取消權ヲ行使セサル場合ト雖モ亦然リ(2)破産者ハ取消權ノ行使ニ付キ管財人ヨリ代表セラレサルヲ以テ取消訴訟ノ證人トシテ訊問セラルコトアリ又破産手續ノ終局以後管財人ニ代リテ取消訴訟ヲ受繼スルコトナシ(3)管財人ハ取消權ヲ處分スルコトヲ得ス蓋シ取消權ハ破産債權者ノ關スル權利ノ附屬物ニシテ管財人ハ該權ヲ處分スルコトヲ得サレハナリ取消ハ其之ヲ爲スヘキ行爲ノ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス(民法第一二三條獨逸民法第一四三條該意思表示ノ方式ニ關シテハ法律上特別ノ規定ナキヲ以テ裁判外ニ於テ表示スルコトヲ得又裁判上即チ訴若クハ抗辯ニ於テ表示スルコトヲ得該意思表示ハ其相手方ニ到達シタル時ヨリ其效力ヲ生ス(民法第九七條獨逸民法第一三〇條乃至第一三二條又取消ノ相手方トハ取消サルヘキ行爲ニ因リテ破産財團ヲ害スルニ至ルヘキ權利ヲ取得シタル者及ヒ其承繼人ナリ取消權ハ對人的權利ニシテ對物的權利ニアラス故ニ取得者カ爾後取消權ノ目的物ヲ他人ニ漸次ニ譲渡

シタル場合ニ於テ取消権ノ第二若クハ第三取得者等ニ對シ效力ヲ及ホスコト得ナルヲ當然トス唯例外トシテ承繼人カ取消権ヲ對抗セラルヘキ相手方ノ一般承繼人ナル場合又ハ其特定承繼人ニシテ其權利取得ノ際ニ破産者タルヘキ債務者カ破産債權者團體ヲ害スル意思ヲ以テ權利行為ヲ爲シタルコトヲ知リタル場合ニ於テ取消権ノ效力ヲ及ホスモノタリ蓋シ斯ル場合ニ於テ承繼人ニ對シ取消権ノ效力ヲ及ホスヘキ正當ノ理由アルヲ以ナリ隨テ取消権ヲ對抗セラルコトナキ承繼人ノ權利ヲ承繼シタル者ハ縱令前示ノ如キ破産者ノ意思ノ存在ヲ知リタル場合ト雖モ取消権ノ相手方ト爲ラス取消権ヲ對抗セラレサル承繼人ハ完全ニ其承繼シタル權利ヲ處分スルコトヲ得ナルヘカラス破産者カ其初メ債權者ヲ害スル意思ヲ以テ權利行為ヲ爲シタル旨ヲ知レル者ニ對シテハ取消ノ危險負擔ヲ以テスルニアラスンハ讓渡スコトヲ得スト云フハ此處分ヲ妨クルモノナレハナリ取消権ノ相手方取消ノ請求即チ取消スコトヲ得ヘキ行爲ニ因リテ移轉シタル目的物ノ返還ヲ目的トスル請求ハ裁判上及ヒ裁判外ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得訴事情ニ從ヒテ確認訴訟抗辯取消スコトヲ得ヘキ行爲ヨリ生スル請求ニ對スル若クハ相手方ノ破産ニ於ケル届出ニ依レル取消ノ請求ノ主張ハ即チ裁判上ノ主張タリ破産手續ノ終局ニ依リ破産債權者團體關係ノ消滅ヲ來スヲ以テ該團體ノ爲メニ存スル取消権ノ消滅ヲ來シ之ト同時ニ各債權者カ民法ノ規定ニ從ヒテ取消ヲ請求スルコトヲ得(民法第四二四條)ルニ至ルヤ當然ナリ而シテ破産手續終局ノ當時未管財人ト相手方トノ間ニ弊屬シタル取消請求ノ訴訟カ終局セサルトキハ破産手續終局ノ方法ニ從ヒテ該訴訟ノ運命ヲ論定セナルヲ得ス破産手續カ配當ニ依リテ終局シタルトキハ管財人カ該訴訟ヲ續行スルノ權限ヲ有ス何トナレハ該訴訟ハ破産財團ニ屬スル財產ノ返還ヲ目的トシ且ツ該財產ハ破産債權者ニ爾後配當スヘキモノナレハナリ之ヲ換言セハ該訴訟ノ未タ終局セナル間ハ適法ナル終局配當ナルモノナケレハナリ破産手續カ協議契約ニ依リテ終局シタルトキハ取消訴訟ハ其目的ノ滅盡ニ因リテ消滅ス蓋シ破産債權者團體ノ有スル取消ノ請求カ消滅スルモノナラス取消ノ請求ハ債權ト分離スルコト能ハサルヲ以テ破産者カ之ヲ承繼スルニ由ナケレハナリ然レトモ訴訟費用ニ關シテハ訴訟カ相手方ト協議契約

ニ依リテ破産財團ノ返還ヲ受クル破産者(管財人トニアラス)トノ間ニ續行セラル何トナレハ此訴訟費用ハ破産財團ノ費用トシテ之ヨリ支拂ハルヘキモノナレハナリ其他時效ニ依リ取消權ノ消滅ヲ來スヘシ民法第一六七條第一項獨逸破產法第四一條参考取消權ノ主張及ヒ消滅取消ハ取消サレタル權利行爲ヲ無効トシ若クハ相殺的ニ無効ト爲スモノニアラスシテ却テ相手方ニ破産者カ財團ノ損害ニ於テ爲シタル給付ヲ財團ニ返還スルノ義務ヲ負ハシム蓋シ破產債權者ノ權力ハ斯ル方法ニ於テ保護スルコトヲ得レハナリ是ヲ以テ返還ノ請求ハ一ノ債權ニシテ物權的請求ニアラス又破産者ト其相手方トノ間ニ於ケル法律關係ハ取消ニ依リテ毫モ影響ヲ受ケス却テ返還ハ斯ル法律關係ニ付キ效力フ生スト謂ハサルヘカラス其他取消ハ毫モ物權的效力ヲ有セサルヲ以テ民事訴訟法第二十二條ノ適用ナク又取消ハ契約ノ取消ヲ目的トスルモノニアラナルヲ以テ民事訴訟法第十八條ノ適用ナシ此ノ如ク取消ノ目的ハ破產財團ヨリ脱漏シタル財產ノ返還ヲ目的トスルヲ以テ(甲)支拂期ニ至リタル債務ノ[支拂]方支拂ハ金錢債務ノ辨済ヲ意味スト雖モ總テノ債務ノ辨済ト同義ニ使用セラルコトアリ商法第九百九十一條ニ所謂支拂亦總テノ債務ノ辨済ノ意味ニ於テ使用セラレタルモノナルヘシ蓋シ支拂ト其他辨済トノ嚴格ナル區別ハ近世ノ法學ニ於テ重セラレタルニ過キサレハナリ取消ナレタルトキハ辨済ノ受領者ハ其支拂ノ目的物ヲ管財人ニ引渡シ若クハ給付セサルヘカラス相手方ハ支拂ノ目的物カ特定物ナルトキハ之ヲ管財人ニ引渡<sup>○</sup>ス而シテ該目的物カ不動産ナルトキハ管財人ヲシテ強制賣却ヲ容易ナラシムルカ爲メニ破産者ノ所有名義ノ登記ヲ變更スヘキコトヲ共力セサルヘカラス(相手方カ其返還スヘキ特定物ニ付キ施シタル保存費及ヒ有益費ノ償還取得シタル果實ノ返還目的物ノ毀損及ヒ滅失等ニ基ク損害賠償等ハ民法第一百九十九條第一百九十六條等ノ規定ニ依ル支拂ノ目的物カ代替物ナルトキハ同種及ヒ同量ノ物件ヲ管財人ニ給付セサルヘカラス然レトモ例外トシテ手形ノ支拂ニ關シテハ之ヲ取消サス隨テ所持人ヲシテ其受取リタル手形金ヲ破產財團ニ返還セシムルコトナキハ前述シタル所ナリ然レトモ之カ爲メニ管財人ハ破產債權者團體ノ利益ノ爲メニ何等ノ請求ヲ爲スコトヲ得スト速断スヘカラス管財人ハ特定ノ

要件ノ下ニ於テ支拂金額ノ返還ヲ請求スルコトヲ得特定ノ人即チ爲替手形ノ振出人及ヒ振出委託者、約束手形ノ第一ノ裏書讓渡人カ特定ノ要件即チ振出ノ際爲替手形ノ振出人振出ナシムル際爲替手形ノ振出委託者又ハ裏書讓渡ノ際約束手形ノ第一裏書讓渡人手形ノ支拂義務者ノ支拂停止ヲ知ルニ於テハ斯ル際以後ハ手形カ自由ニ流通スルヲ以テ振出人其他ノ手形上ノ利得者カ積極的行爲ヲ爲スコトナシ故ニ法律ハ該時期ニ支拂停止ヲ知ルコトヲ以テ要件ト定メタリ之ヲ換言セハ手形ノ振出又ハ裏書讓渡以前ニ於テ手形支拂義務者ノ支拂停止ノ事實カ存在且ツ振出人等カ之ヲ知リタルニ於テハ此等ノ者カ手形ノ支拂金額ヲ破産財團ニ償還セサルヘカラス其理由ハ爲替手形ノ振出人又ハ委託者ハ支拂義務者ニシテ且ツ支拂ヲ停止シタル手形ノ支拂人ヨリ又約束手形ノ第一裏書讓渡人ハ振出人ニシテ且ツ支拂ヲ停止シタル手形ノ支拂人ヨリ形式上直接ニ支拂ヲ受ケサルモ實質上間接ニ所持人ノ手ニ於テ支拂ヲ受ケタルモノナリ此等ノ者カ手形ノ支拂義務者ノ眞實ナル債權者ニシテ且ツ支拂ヲ受ケタルモノニシテ所持人其他ノ裏書讓渡人ノ如キハ一ノ仲介人ニ外ナラヌ實ノ債權者タル此等ノ者カ債務者タル手形支拂義務者ノ支拂停止ヲ知ルニ於テハ之ヨリ有效ナル支拂ヲ直接ニ受クルコトヲ得ス隨テ間接ニ亦之ヲ受クルコトヲ得ナレハナリト云フニ在リ第九九一條第二項獨逸破産法第三四條小切手ニ關シテハ法律上別ニ明文ナシ是レ蓋シ一千八百三十八年佛蘭西商法制定ノ當時ニ於テハ小切手ナル制度ノ發明ナカリシニ基ケルナルヘシ而シテ小切手ハ他ノ手形ヨリモ一層信用ヲ確實ニシ且ツ其流通ヲ容易ナラシムルノ必要アルカ故ニ商法第九百九十一條第一項ノ適用トシテ受ケタル支拂ヲ破産財團ニ償還スルコトナカルヘシ但シ小切手ハ爲替手形ト類似スルヲ以テ小切手ノ振出人カ其振出ノ際支拂人ノ支拂ヲ停止シタル事實ヲ知ルニ於テハ商法第九百九十一條第二項ハ依リ支拂金額ヲ破産財團ニ償還セサルヘカラナルヤ言ヲ俟タス此手形支拂金額償還ニ關スル例外ハ第三者タル手形所持人カ支拂ヲ停止シタル手形支拂義務者ヨリ支拂ニ至リタル手形ノ支拂ヲ受ケタル場合ニ於テ適用セラルニ止マルヲ以テ第一ニ支拂期ニ至ラサル手形ノ支拂若クハ期限ニ至リタル手形ノ代物辨済ノ如キハ商法第九百九十九條ノ適用トシテ當然無效タル

ヘク第二ニ手形カ流通セサルカ爲メニ支拂停止ノ手形義務者ヨリ爲替手形ノ  
振出人自己指圖式ノ爲替手形其他ノ手形發行ノ利得者(爲替手形ノ振出委託者  
カ約束手形ノ第一裏書讓渡人)カ支拂ヲ受ケタルトキハ支拂金額ノ返還カ償還  
請求權ニ何等ノ關係ナク又手形ノ信用流通ヲ害スルコトナキヲ以テ支拂ヲ維持  
セシムヘキ理由ナシ隨テ商法第九百九十一條第一項ノ適用ニ依リ支拂ヲ受ケ  
タル金額ヲ財團ニ返還セサルヘカラス第三ニ拒絶證書ヲ作成シ償還請求權ヲ  
保全シタル後ニ於テ支拂停止ノ手形義務者ヨリ支拂ヲ受ケ或ハ支拂停止ノ振  
出人或ハ支拂停止ノ裏書讓渡人ヨリ支拂ヲ受ケタル場合ニ於テハ所持人ハ其  
受ケタル支拂金額ヲ破産財團ニ償還セサルヘカラス蓋シ所持人ハ已ニ償還請  
求權ヲ保全シタルヲ以テ前示ノ例外則ヲ適用スヘキ理由ナシ殊ニ支拂停止ノ  
振出人其他ノ手形利得者ノ支拂ニ關シテハ破産者自己カ財團ニ對シ償還義務  
ヲ負フコトト爲ルヲ以テ手形ノ支拂ヲ維持スルヨリシテ破産財團ニ生セシム  
ヘキ損害ヲ償フニ足ラス隨テ商法第九百九十一條第二項ヲ適用スルノ要ナシ  
又支拂停止ノ裏書人ノ支拂ニ關シテハ振出人、振出委託者又ハ第一ノ裏書讓渡

人カ手形ノ發行若クハ裏書讓渡ノ際ニ於テ將來ノ裏書讓渡人ヲ豫知シ其支拂  
停止者ナルヤ否ヤヲ知ルノ理ナキヲ以テ前示例外則ノ適用ナキヤ言ヲ俟タサ  
レハナリ第四ニ裏書讓渡人カ所持人ニ支拂ヲ爲シタル後ニ於テ支拂ヲ停止シ  
タル前者ヨリ若クハ振出人ヨリ支拂ヲ受ケタル場合亦然リ何トナレハ此例外  
則ハ手形支拂義務者ノ支拂ヲ豫想スルノミナラス已ニ拒絶證書作成後ニ係ル  
ヲ以テ償還請求權ヲ害スルモノト謂フヘカラナレハナリ然レトモ第四ノ場合  
ニ於テハ商法第九百九十一條第二項(佛蘭西商法第四四九條ノ文意廣汎ニシテ  
拒絶證書ノ存セザルコトヲ要件ト爲ス旨ヲ明示セス且フ手形義務者ヨリ所持  
人ニ對シテシタル支拂ヲ豫想シタル旨ヲ明示セサルト手形ノ信用ヲ尊重シ  
其流通ヲ容易ナラシムル爲メトヲ以テ拒絶證書ノ作成如何ニ拘ラス又手形支  
拂授受者ノ如何ヲ問ハス手形ノ支拂ノ攻撃ヲ否認シ商法第九百九十一條第二  
項ハ手形ノ振出人第一裏書讓渡人ヲシテ支拂金額ヲ破産財團ニ償還セシムル  
ヲ主タル目的トセス却テ手形上ノ支拂ヲ受ケタル者ヲシテ商法第九百九十一  
條第一項佛蘭西商法第四四七條ノ適用ニ基ケル支拂ハレタル金額ノ償還ヲ免除

セシムルフ主タル目的ト爲ス故ニ時トシテハ支拂停止ノ手形支拂義務者カ所持人ニ支拂ヲ爲シタル場合ニアラサルカ爲メニ振出人等ニ對スル商法第九百九十一條第二項ニ規定シアル償還權ノ行使セラレタルコトアルモ毫モ問フ所ニアラスト論述シ以テ手形支拂ノ償還ヲ支拂受領者ニ強フルコトヲ得スト反對スル學說アリ佛蘭西法學者「リオンカン」氏ノ如キハ最モ熱心ナル此派ノ一論者ナリ其當否ニ關シテハ諸君ノ研究ヲ煩サン(乙)債務者ノ權利行爲即チ有償行為カ取消サレタルトキハ即チ(1)破産者タル債務者ノ爲シタル債權若クハ其他ノ權利ノ移轉行爲カ取消サレタルトキハ相手方ハ其讓受ケタル權利ヲ破産者ニ返還シ以テ管財人ニ之ヲ換價スルコトヲ得セシメサルヘカラス而シテ現物ノ返還ヲ爲スコトヲ得サル場合ニ於テハ之ニ相當スル債額ヲ返還シ又目的物ノ滅失毀損果實ノ返還其他費用償還等ノ責任ニ關シテハ民法ニ從ヒ其有無及び範圍ヲ定ム民法第一九〇條第一九一條第一九六條(2)破産者タル債務者ノ爲シタル債權ノ成立行爲カ取消サレタルトキハ相手方タル債權者ハ破産手續ニ加ハラサルノ意味ニ於テ取消ノ目的タル返還アリ故ニ此種ノ債權者カ破産手續ニ加ハラサルノ意味ニ於テ取消ノ目的タル返還アリ故ニ此種ノ債權者カ破産手續ニ加ハラサルトキハ管財人カ異議ヲ申立フ之ヲ排斥スルコトヲ得ヘシ(3)破

産者タル債務者ノ爲シタル他物權ノ設定行爲地上權、質權等ノ設定カ取消サレタルトキハ相手方タル取得者カ該債權ヲ破産債權者團體ニ對シテ主張セサルノ意味ニ於テ取消ノ目的タル返還アリ故ニ該取得者ハ管財人ヲシテ他物權ノ負擔ナクシテ換價スルコトヲ得セシムルカ爲メニ他物權設定ノ登記抹消手續ヲ爲サナルヘカラス目的物ノ滅失、毀損果實ノ返還其他費用償還等ノ責任ニ關シテハ民法ニ依リ之ヲ定ム(民法第一九〇條第一九一條第一九六條)

破産者カ其債務ノ支拂ノ爲メニ爲シタル給付カ破産財團ニ返還セラレタルトキハ該債務ニ對スル債權カ當然復活シ(獨逸破產法第三九條破產債權トシテ主張スルコトヲ得又物上擔保及ヒ對人擔保亦復活ス(物上擔保カ債務ノ履行ニアラナル原則例ヘハ質權ニ關スル占有ノ廢止ニ基キテ消滅シ且ツ破產債權者團體カ該消滅ニ因リテ利得シタルトキハ相手方ハ該團體ニ對シ再度ノ設定ヲ請求スルコトヲ得又破産者カ爲シタル權利行爲ノ取消ノ結果トシテ相手方ハ義務不履行ニ基ク請求權ヲ破産者ニ對シテ主張スルコトヲ得(獨逸破產法第三

八條而シテ該請求權ハ其發生原因カ破産宣告以前ニ於ケル法律關係ニ存スルヲ以テ破産手續開始後ニ於フ破産債權者トシテ主張スルコトヲ得ヘシ破産債權者團體ヲ害シ配當額ヲ減少シ該團體ノ利益ノ爲ミニ設ケラレタル取消權ノ法意ニ反スルヲ理由トシテ反對ニ決スルハ正當ノ見解ニアラス

取消關係ハ不法行爲關係ニアラス隨テ其成立ニ付キ義務者ノ故意若クハ過失ヲ要セサルヤ當然ナリ是ヲ以テ委任者カ破産者タル債務者ト其支拂停止ヲ知リテ爲シタル權利行爲ハ縱令委任者カ之ヲ知ラサルトキト雖モ取消スコトヲ得委任者カ返還ノ義務ヲ負フ又取消ハ破産財團ニ屬スヘキモノノ返還ヲ目的ト爲スニ止マルヲ以テ相手方カ權利行爲ノ結果トシテ破産者ニ給付シタル目的物カ破産財團ニ現在シ若クハ該財團ノ利得ニ歸シタルトキハ相手方ハ破産債權者團體ニ對シ現物ノ返還若クハ利得ノ償還ヲ請求スルコトヲ得何トナレハ該請求ハ破産財團上ノ請求權ノ一種ナレハナリ其他相手方ハ民法ノ規定ニ從ヒ該請求權ヲ破産債權者團體ニ對スル債務ト相殺スルコトヲ得ヘシ(取消ノ效果)

## 講習科規則摘要

明治三十四年十月十四日印刷  
明治三十四年十月十八日發行

乙種講習科ハ講義錄ニ依リテ獨習ヲ爲スモノ

トス

講習期ハ二月ニ始リ十一月ニ終ル

講義錄ハ各講師擔任ノ部分ヲ一括シテ配布ス

講習料ハ金拾貳圓トス但三十四年度ニ限り左

ノ一部又ハ二部ヲ講習スルコトヲ得

第一部 民事訴訟法 金六圓

第一部 民事訴訟法 金六圓

第二部 財政經濟學 金四圓

第二部 財政經濟學 金四圓

第三部 刑法、行政訴訟法、國際私法 金五圓

第三部 刑法、行政訴訟法、國際私法 金五圓

右講習料ハ何レモ一个月分以上ヲ分納スルコト

ヲ得(但入學ノ際ニハ成ルヘシ)

講習生ハ講義錄ニ掲載セル事項ニ付キ質問ヲ

爲スコトヲ得但一問毎ニ別紙ニ認メ且一問每

ニ一音信料ヲ添フルコトヲ要ス

講習料ハ和佛法律學校會計課宛ニテ送付スヘ

シ但郵券代用ハ一割増ノ事

明治二十二年十二月九日 内務省許可

東京市四谷區四谷仲町三丁目廿八番地  
東京市芝區西ノ久保明舟町十二番地  
東京市芝區西ノ久保明舟町十二番地

編輯者

小田幹治郎

印刷者

金子鐵五郎

印刷所

金子活版所

發行所 司法省

和佛法律學校

(電話番号百七十四番)