法學博士　加藤正治君講述

破産法

完

日本大學發行

日本大學　寄贈本

破産法

目次

第一章　破産ノ定義　一丁
第二章　破産債權者　二一丁
第一節　破産債權ノ定義　二一丁
第二節　破産債權額ノ算定　三四丁
第三節　多數當事者ノ債權　四五丁
第四節　破産債權トスヘカラサル債權　五九丁
第五節　破産債權者ノ順位　六三丁
第六節　破産債權者ノ地位　六五丁
第三章　別除權者　六九丁
第四章　財團債權者　八〇丁
第一節　財團債權ノ定義　八〇丁

第二節　財團債權ノ範圍　八二丁
第三節　財團債權ノ效力　八九丁

第五章　破産財團

第一節　破産財團ノ定義　九二丁
第二節　破産財團ニ屬スヘカラサル財産　九六丁
第三節　相續財産ノ破産ノ場合ニ於ケル破産財團　九八丁
第四節　破産財團ノ增減　九九丁
第五節　破産財團ノ管理及處分　一〇二丁
第六節　破産ノ效力發生時期　一〇四丁

第六章　法律行爲ニ關スル破産ノ效力　一〇五丁

第一節　破産宣告後ノ破産者ノ行爲　一〇五丁
第二節　破産宣告前ノ破産者ノ行爲　一一二丁
第三節　訴訟行爲　一二四丁

第七章　取戻權　一三〇丁

第一節　一般ノ取戻權　一三〇丁
第二節　隔地取引ニ於ケル賣主ノ取戻權　一三三丁
第三節　取戻權行使前既ニ讓渡アリタル場合ノ救濟　一三八丁

第八章　相殺權　一四〇丁

第一節　民法ノ相殺ニ屬スル擴張　一四三丁
第二節　民法ノ相殺ニ屬スル制限　一四九丁

第九章　否認權　一五三丁

第一節　否認スヘキ行爲ノ範圍　一五六丁
第二節　否認權ノ行使　一六四丁
第三節　否認權ノ效力　一六五丁
第四節　否認權ノ消滅　一六八丁

第十章　國際破産　一六九丁

第一節　破産宣告ノ國際的效力　一六九丁
第二節　破産ニ關スル外國人ノ地位　一七一丁

第十一章　破産手續總則
第一節　通則　一七二丁
第二節　破産者ノ説明義務及ヒ其身上ニ對スル保全處分　一七二丁
第三節　破産ノ登記ノ囑託並ニ破産ノ通知　一七九丁
第十二章　破産ノ宣告
第一節　破産ノ宣告要件　一八二丁
第二節　破産ノ決定並ニ之ニ伴フ手續　一八七丁
第三節　破産ノ申立棄却破産ノ取消並ニ之ニ伴フ手續　一八七丁
第四節　破産宣告前ノ保全處分　一九六丁
第十三章　破産機關
第一節　破産裁判所　一九九丁
第二節　破産管財人　二〇一丁
第三節　監査委員　二〇二丁
第四節　債權者集會　二〇二丁
第十四章　破産財團ノ管理及換價　二〇三丁
第一節　破産財團ノ占有及管理　二一一丁
第二節　破産財團ノ換價　二一四丁
第三節　他ノ破産機關ノ關與　二一八丁
第四節　特別破産財團ノ換價　二二五丁
第十五章　破産債權ノ屆出及調査　二二八丁
第一節　破産債權ノ屆出　二三六丁
第二節　破産債權ノ調査　二三八丁
第三節　破産債權ノ確定　二四四丁
第四節　異議ニ關スル訴訟　二四九丁
第十六章　破産ノ終結　二五四丁
第一節　配當　二六四丁

破産法目次

第二節　強制和議（協諧契約）　六
第三節　破産ノ廢止　二七七丁
第十七章　罰則　二九一丁
第十八章　破産ヨリ生スル身上ノ效果　二九五丁
第一節　身上效果ノ理由　三〇二丁
第二節　復權　三〇二丁
第十九章　支拂猶豫　三〇三丁
第十四章　三〇五丁

破産法

法學博士　加藤正治講述

第一章　破産ノ定義

破産ハ債務者カ其債務ヲ完濟スルコト能ハサルニ至リタル場合ニ於テ競合セル多數債權者ニ公平ナル滿足ヲ得セシメントスル訴訟事件ナリ此定義ヲ分析スレハ左ノ四箇ノ要素ヲ包含スルヲ見ル曰ク多數債權者ノ競合曰ク公平ナル滿足曰ク債務ノ完濟不能曰ク訴訟事件是ナリ左ニ是等ノ要素ヲ說明シテ破産ノ意義ヲ明ニセントス

第一　多數債權者ノ競合

是レ破産ヲ債權者ノ方面ヨリ觀察シタルモノナリ從來ノ學說及立法例ハ一ニ

皆破產ヲ觀察スルニ債務者即チ破產者ノ側面ヨリスルヲ常トシ債務ノ完濟不能アレハ即チ茲ニ破產アリト云フ觀念ヲ有セリ然レトモ是レ未タ法理ノ觀察ヲ盡シタルモノト云フヲ得ス破產ハ尙ホ之ヲ債權者若クハ社會ノ方面ヨリ觀察スルヲ要ス

從來ノ學說立法例カ何故ニ唯債務者即チ破產者ノ方面ヨリノミ破產ヲ觀察スルニ至リタルカ是他ナシ從來ノ沿革ニ於テ破產ナル事實ノ發生シタルトキハ直ニ之ヲ取締リ若クハ監督スルノ必要アリト認メタルニ因ル今其沿革ヲ見ルニ古代殊ニ羅馬ニ於テハ執行方法ハ總テ人的執行ニシテ債務者ノ自由、名譽、生命等ハ皆債務執行ノ目的タルヘク死シテハ尙ホ其屍體ヲモ執行ノ目的トナセリ蓋當時ハ未タ公私權竝ニ公私犯ノ區別明ナラスシテ犯罪者ニ對スル刑罰ノ執行モ私法上ノ債務モ共ニ同一ノ執行方法ヲ用ヰテ敢テ之ヲ怪ム者ナカリキ其後人的執行ノ方法ヲ廢止シ之ニ代フルニ財產的ノ執行方法ヲ以テスルニ至リシモ尙ホ債務者ハ執行ノ結果トシテ其身上ニ或制限ヲ加ヘラレタリ所謂「インファミア」ナルモノ是ナリ是レ即チ人的執行ノ遺物ナリ英佛ノ破產法ノ沿革ニ

依ルモ破產法ハ總テ詐欺破產ノ如キ有罪破產ノ規定トシテ先ツ發達シ破產者ハ即チ犯罪者ト同一ニ取扱ハレ殊ニ佛國法ニ於テハ破產者ニ臨ムニ死刑ヲ以テシタルコト稀ナリトセス斯ノ如ク破產法ハ人的執行又ハ有罪破產ノ規定ヨリ發達シ破產者ハ一般ニ或惡事若ハ犯罪ヲ犯シタルカ如キ思想ヲ馴致シ破產法ヲ以テ破產者ノ取締竝ニ監督ヲ嚴ニシ今日ニ於テモ有罪破產ノ場合ハ勿論普通破產ノ場合ニ於テモ破產手續ノ終了後ニ於テ破產ノ效力トシテ債務者ニ對シ身上ノ結果ヲ導キ公私權ノ上ニ多少ノ制限ヲ加フルヲ以テ諸國普通ノ法制トス是ニ於テカ破產ハ專ラ破產者ニ對シテ開始スル手續ニシテ破產者ニ對シ身上ノ效果ヲ及ホスヘキ點ヲ理由トシ其多數債權者ノ存否等ハ毫モ之ヲ顧慮セス破產ナル事實若クハ破產者其者ヨリ打算シ直ニ破產手續ヲ開始セシムルニ至リタリ夫ノ職權ニ因ル破產宣告ノ主義ヲ認ムルニ至リタルハ蓋之カ爲メナリ

然レトモ今日ノ法律思想ニ於テ債務不履行ノ爲メニ身上ニ或效果ヲ及ホスコト例ヘハ名譽權ヲ剝奪セラルヽカ如キコトハ何人モ皆之ヲ否認シ從テ個々ノ

強制執行ノ場合ニ於テ債務者ノ身上ニ未タ嘗テ斯ル效果ヲ及ホセシコトアルヲ聞カス破産ハ訴訟事件ニシテ多數債權者ノ爲メニスル共同ノ強制執行ニ外ナラス既ニ個々ノ債務ノ強制執行ニシテ何等身上ニ效果ヲ及スモノナシトセハ破産ノ場合ニ於テモ亦然ラサルヲ得ス何トナレハ破産ハ個々ノ強制執行ノ集合ニ外ナラサレハナリ然ラハ今日ノ法制ニ於テ何レノ國モ皆破産者ヲ普通人ト同一ニ取扱ハスシテ公私權上ニ多少ノ制限ヲ加フト雖モ是レ債務ノ不完濟即チ破産其モノヽ直接ノ效果ナリト云フ一片ノ理由ニ基クニアラスシテ結局社會ノ公德及信用等ノ問題ト牽連シ社會ノ政策上破産者ノ身上ニ制限ヲ加ヘ普通人ト同一ニ取扱ハサルモノト云フニ外ナラサルナリ

既ニ職權ニ因ル破産宣告ノ趣旨漸次廢止セラレ破産其モノヽ直接ノ效果トシテ身上ニ影響ヲ及ホスノ理由不可ナリトセハ破産開始ノ主タル目的ハ抑何レニ在リヤ破産ハ宜シク之ヲ債權者ノ方面ヨリ觀察スヘク多數債權者ノ競爭シヲ各自他ヲ排斥シ獨リ完全ナル辨濟ヲ得ントスルヲ防止シ其間ニ公平ナル滿足ヲ得セシメントスルヲ目的トスルニ外ナラス此點ヨリ見テ破産手續ハ債權者ニ付キ開始スト云フモ決シテ不可ナカルヘシ何トナレハ破産一旦開始スルヤ債權者モ亦破産的法律關係ニ立ツモノニシテ債權者ハ破産手續ニ依ルニアラサレハ其權利ヲ行使スルコトヲ得サレハナリ(草案第八條商法第九百八十七條)然ルニ債權者若シ一人ナルトキハ競合若クハ公平保持等ノ問題ヲ生スルコトナク既ニ普通一般ノ强制執行ノ法備ルアリテ之ヲ適用セハ事足ルヘク故ラニ繁雜ナル破産手續ヲ煩スヲ要セス唯普通ノ强制執行ノ手續ヲ施シタル後債務ヲ完濟スルコト能ハサリシトキハ債務者ヲ破産者ト看做シテ之ニ身上ノ結果ヲ課スルヲ以テ足レリトス知ルヘシ多數債權者ノ存立ハ破産ノ成立ニ缺クヘカラサルノ要件ナルコトヲ從テ多數債權者ノ存在ナクンハ純理上ニ於テハ破産開始ノ必要アラサルナリ

然レトモ立法論トシ將實際論トシテ破産手續ハ唯リ多數債權者ノ存立スルコトノ確定シタル場合ニ於テノミ開始セシムヘキヤ否ヤハ全ク別個ノ問題ニ屬ス之ヲ立法上ノ見地ヨリスレハ破産手續ノ開始ハ單ニ多數債權者ノ存在スヘキコトヲ可能的ニ豫想シ得レハ足レリ蓋個々ノ債務者ニ付テ主觀的ニ之ヲ觀

察セハ果シテ多數債權者ノ存在スルヤ否ヤ又ハ存在スルコトノ明白ナリトスルモ果シテ債權ヲ屆出ヅヽ破產手續ニ參加スヘキヤ否ヤハ破產手續ヲ開始シテ然シテ後始メテ知ルヲ得ヘキモノナリ殊ニ債權者ハ債權屆出期間內ニ必スシモ屆出ツルコトヲ要セス破產手續終結マテハ何時ニテモ屆出テ得ルカ故ニ何時多數債權者トナルヤハ得テ知ルヘカラサルナリ然ルニ既ニ破產ヲ宣告シ破產手續ヲ開始シタル後ニ於テ縱令多數債權者不存在ナル事實ノ確定シタリトスルモ其期ハ既ニ遲ク一旦開始シタル破產手續ヲ廢止シテ普通ノ强制執行ニ轉セシムルカ如キハ實際上ノ不利益言フニ堪ヘサルモノアリ故ニ債權者一人タル場合ニ於テモ既ニ開始シタル破產手續ハ之ヲ遂行セサルヘカラス我現行法竝ニ破產法草案モ亦斯ノ如ク解釋スヘキモノト信ス

第二　損失分擔ノ觀念

是レ破產ヲ社會的ニ觀察シタルモノトス破產ハ社會上嫌忌スヘキ事項タルニ相違ナシト雖モ社會上ヨリ見レハ破產ハ猶ホ火災震災等ノ如ク社會上ノ不幸ナル出來事ト云フヘシ有罪破產ノ場合ハ格別普通ノ破產ニ對シ法律ヲ以テ之ヲ禁止センコトハ到底不可能ノコトナリ法律ハ畢竟既ニ生シタル破產ニ付テ善後ノ策ヲ講スヘキノミ然ルニ其善後策ニ付キ債權者保護ノ必要ヨリセハ積極財產タル殘餘財產ヲ成ルヘクタケ公平ニ分配シ彼等ニ對シ努メテ公平ナル滿足ヲ得セシメントスルニ在ルモ破產ヲ社會的ノ一現象トシテ社會ヨリ之ヲ觀察スレハ破產ナル一ノ不幸ナル出來事アリタル場合ニ其損失ハ或ルヘク多數ノ人ニ分配シ多數者ヲシテ其損失ヲ分擔セシムルハ大ニ社會政策ニ適スルモノトス故ヲ以テ債權者ノ爲メニスル殘餘財產即チ積極財產ノ公平ナル分配ノ觀念ノ裏面ニハ社會ヨリ觀察シタル消極財產即チ損失分擔ノ觀念ヲ含ミ債權者ハ損夫分擔ノ共同體ヲ構成スルモノナリ此點ニ於テハ破產法ハ損失分擔主義ヲ實行セシムルコトヲ目的トスル社會的政策ノ立法ノ一ニ屬スト云フヘキナリ

第三　債務ノ完濟不能

是レ債務者ヨリ破產ヲ觀察セルモノトス債務者ノ境遇ヲ客觀的ニ觀察シテ其信用竝ニ財產ヲ以テ能ク其債務ヲ圓滿ニ完濟シ得ヘキ狀態ニ在リトセハ入誰

カ破産者ヲ以テ彼ニ擬スル者アランヤ故ニ債務者カ債務ヲ完済スルコト能ハサル境遇ニ在ルコトノ一事ハ破産開始ノ一前提タラサルヘカラス從來ハ破産ヲ觀察スルニ唯リ此點ヨリ見テ債務ノ完済不能即チ破産ナリト觀念シタルモノナリ然ラハ債務ノ完済不能トハ如何ナル場合ヲ謂フカ理想上又ハ抽象的ニハ之ヲ想像シ得ヘキモ實際上個々ノ債務者ニ付テ主觀的ニ觀察セハ如何ナル境遇ニ在ル場合ヲ以テ之ヲ債務ノ完済不能ト目スヘキヤハ容易ニ知ルコトヲ得ス今其人ノ信用財産等ヲ包括シタル辨済力ヲ假ニ擔保ト名ケンニ其擔保ノ不足セル場合ニ於テ債務ヲ完済スルコト能ハサル狀態ニ在リト云ハサルヲ得ス然ルニ其擔保ノ不足スルコトハ時ノ點ヨリ之ヲ謂ヘハ一時的ナルコトアリ又ハ繼續的ナルコトアリ又分量ノ點ヨリ之ヲ謂ヘハ關係的ナルコトアリ又ハ絶對的ナルコトアリ故ニ破産ハ其擔保ノ不足シタル或徵候ノ出現シタル場合ニ於テ之ヲ開始セシムルノ外途ナキナリ何トナレハ債務ノ完済不能ナルコト極メテ顯然タル場合ニ於テノミ破産ヲ開始スルヲ得セシメンカ其時期既ニ遲ク債務者ノ資産ハ債務ノ十分ノ一ニモ足ラサルノ場合多カルヘク折角破産手

續ヲ開始スルモ實際上何等ノ效果ヲ奏スルコトナカルヘケレハナリ故ニ法理ノ前提トスル所ハ債務者ノ債務ノ完済不能ニ在ルモ實際上ノ立法論トシテハ之ヲ以テ破産開始ノ要件トスルヲ得サルナリ

茲ニ辨済力即チ擔保缺乏ノ徵候ト云フモ其缺乏ハ果シテ如何ナル程度ニ於テ破産ヲ宣告シ其手續ヲ開始セシムヘキカ今日ノ立法例ニ於テハ破産行爲ト見ルヘキ個々ノ場合ヲ列擧スルノ主義ト概括的ニ規定スル主義トノ二アリ前者ハ即チ英米ノ採レル主義ニシテ後者ハ即チ獨佛及我現行法並ニ我草案ノ採用セル所ノ主義ナリ然ルニ概括的ニ規定スル主義中ニ於テモ如何ナル場合ニ破産ヲ開始セシムヘキカ之ニ對シテ從來三箇ノ思想アリ曰ク支拂停止曰ク支拂不能曰ク無資力是ナリ此三者ハ果シテ如何ナル意義ヲ有スルカ左ニ之ヲ說明スヘシ

支拂停止トハ債務者カ支拂ヲ爲スコト能ハサル旨ヲ表示シタル行爲ヲ謂ヒ支拂不能トハ債務者カ支拂ヲ爲スコト能ハサルニ至リタル狀態ヲ謂フ

支拂停止ト支拂不能トハ第一點ニ於テ一ハ行爲ニシテ他ハ狀態ナリト云フ點

ニ於テ區別スルコトヲ得(1)茲ニ行爲ト云フハ必スシモ法律行爲ノミニ限ラス意思ノ決定ニ基キテ爲シタル廣義ノ行爲ヲ謂フ意思ナクシテ爲シタル行動ハ固ヨリ行爲ニアラス然レトモ其行爲タルヤ法律行爲トシテ相手方ニ對シテ明示的ニ表示セラルヽ場合アルヘク又閉店、逃亡等ノ如キ默示的ノ行爲モアルヘシ唯全ク內心ノ決定ノミニシテ外形ノ行動ニ顯レサルモノハ行爲ト稱スヘカラサルカ故ニ支拂停止トハ爲ラス(2)又支拂停止タルニハ支拂ヲ爲スコト能ハサルノ意思カ外形ノ行動トシテ積極的ニ必ス顯ルヽコトヲ要スルモノニシテ辨濟期ノ至リタル債務ヲ履行セスシテ空シク經過シタルカ爲メニ直ニ支拂停止トナルモノニアラス我大審院モ亦之ヲ認ム(同判決錄三十三年度第十一卷四八頁)是レ即チ不履行ト區別スヘキ要點ナリ不履行トハ債務ノ本旨ニ從テ履行ヲ爲サヽルコトヲ謂フ故ニ辨濟期ヲ空過スルトキハ債務者ハ直ニ不履行トナリ遲滯ノ責ニ任セサルヘカラス然レトモ支拂停止ノ場合ハ其債權カ究竟辨濟ヲ受クルコトヲ得ルヤ否ヤノ死活問題ナルカ故ニ或特種ノ債權ニ依リテ支拂停止タル行爲アリトナスニ付テハ其債權者ヨリ信用ヲ與ヘサル程度ニ於ケル請求即チ過迫ヲ爲スコトヲ要ス若シ然ラスシテ債權者カ辨濟期到ルモ毫モ過迫スルコトナク默過スル場合ノ如キハ其債權者ニ對シテハ債務者尙ホ多少ノ信用アリト云フコトヲ得ヘキナリ

支拂停止ト支拂不能トハ第二點トシテ前者ハ主觀的ノ觀察ニシテ後者ハ客觀的ノ觀察ナル點ニ於テ區別スヘシ前者ハ行爲ナルカ故ニ其之アリトナスニハ其意思ト行動トヲ主觀的ニ觀察スルコトヲ要ス後者ハ狀態ナルカ故ニ外觀ノ總テノ事實ノ總合ヨリ歸納スルコトヲ要ス故ニ余ハ兩者ノ定義ニ共ニ支拂ヲ爲スコト能ハスト云フ文字ヲ使用セリト雖モ前者ハ債務者カ支拂ヲ爲スコト能ハスシテ其旨ヲ外形ニ表シタルトキニシテ即チ債務者彼自ラ自己ノ境遇ニ對スル判斷ノ結果ナリ後者ハ世間即チ客觀的ニ見テ債務者カ支拂ヲ爲スコト能ハサルニ至リタル場合ニシテ即チ世間ヨリ見タル債務者ノ境遇ニ對スル判斷ナリ然ルニ世間即チ客觀的ニ見タル債務者ノ境遇ナルモノハ一定不動ニシテ何人モ之ヲ左右シ得ヘキニアラス唯吾人ハ神ニアラサル以上ハ能タ事實ノ眞相ヲ得ルコト難キノミ故ニ已ムコトヲ得ス吾人人間社會ニ在リテハ裁判官

ノ認定シテ支拂不能トナシタル場合ニ於テ之ニ確定的效力ヲ附セサルヘカラス之ニ反シテ支拂停止ハ債務者彼自ラカ自己ノ境遇ニ對スル判斷ノ結果ナルカ故ニ能ク事實ノ眞相即チ客觀的ノ彼ノ境遇ト一致スルヤ否ヤハ疑ハシキモノアリ然レトモ自家心事自家知ノ諺ノ如ク自己ノ境遇ハ自己カ最モ能ク知レリト云フコトヲ得ヘキカ故ニ債務者カ自ラ支拂ヲ爲スコト能ハスシテ支拂ヲ停止シタル場合コソ實ニ支拂不能ニ對スル最モ確實ナル證據ニシテ獨逸ノ破産法カ支拂停止アリタルトキハ支拂不能ト看做ス(獨逸破産法第百二條)ト云フハ實ニ之カ爲メナリ故ニ多クノ場合ニ於テハ支拂停止ヲ爲シタルトキハ客觀的狀態ニ於テモ支拂不能ノ境遇ニ在ルヘク支拂停止ト支拂不能トハ十中ノ八九マテハ其客觀的狀態ヲ同一ニスヘシ唯支拂停止其モノトシテハ客觀的狀態ノ如何ハ之ヲ問フノ必要ナキノミ然リト雖モ本人ノ判斷必スシモ正鵠ヲ得ザルカ故ニ

一　茲ニ極端ナル悲觀的ノ人物アリテ客觀的ニ見タル本人ノ境遇ハ未タ左程惡シキト云フニアラス即チ未タ支拂不能ノ境遇ニ在リト云フコトヲ得サルノミナラス支拂ニ充ツヘキ財産即チ金錢其他ノ換價シ易キ財産モ亦不足セリト云フニアラス然ルニ輕卒又ハ錯誤等ニテ本人自ラハ大ニ自己ノ境遇ヲ悲觀シ信用アルモ之ヲ利用スルノ策ヲ知ラス又換價シ易キ財産アルモ換價方法ニ當惑シテ本人ハ遂ニ支拂ヲ爲スコト能ハストナシ支拂停止ニ陷ル場合ナキニアラス斯ノ如キ場合ニ於テハ破産手續ヲ開始スルモ多クハ債務ヲ完濟スルコトヲ得ヘク實ハ破産開始ノ必要ナカリシコトヲ事後ニ於テ始メテ悟ルニ至ルヘキナリ

梅博士ハ「支拂ニ充ツヘキ財産不足ノ爲メ」タルコトヲ支拂停止ノ一要件トセラレタリ(法學協會雜誌二十二卷三號三一七頁以下)若シ之ヲ以テ支拂停止ノ一要件トセハ支拂停止ハ主觀的觀察タルニ止ラス債務者ノ客觀的財産ノ境遇ヲ觀察セサルヘカラサルニ至ル即チ裁判官カ支拂停止アリタルヤ否ヤヲ判斷スルニ當リテハ支拂不能ノ場合ト同シク債務者ノ財産ニ付キ其客觀的狀態ヲ悉ク調査スルコトヲ要シ其財産中何レカ支拂ニ充ツヘキ財産ニシテ他ハ然ラサル財産ナリトノ區別ヲ爲スコトヲ要ス然レトモ斯ノ如キ區別ハ裁判官ニ於テ到底爲スコトヲ得サルノミナラス縱令之ヲ爲シ得テ支拂ニ充ツヘキ財産即チ金錢

其他ノ換價シ易キ財産許多アリタリトスルモ債務者彼レ自身ニ於テ過失又ハ錯誤ニテ到底換價スヘカラサル財産トナシ之ヲ以テ支拂資金ヲ作ル方法ヲ講セス遂ニ支拂ヲ爲スコト能ハスシテ支拂ヲ拒絶スルコトナキニアラサルヘシ斯ル場合ニモ支拂停止アルコトハ疑ナキナリ要スルニ余ノ見解ハ徹頭徹尾支拂停止ハ行爲ナリトシテ主觀的ニ觀察セント欲スルモノニシテ裁判官カ支拂停止ヲ認定スルニ付テハ債務者ノ財産上ニ於ケル客觀的狀態ニ付テハ重ヲ置キテ調査スル必要ナキモノトス唯支拂ヲ停止シタル債務者ハ多クハ支拂ノ停止ヲ自白セサルヘキカ故ニ裁判官ハ已ムヲ得ス其心證ヲ得ル爲メニハ債務者ノ財産上ノ客觀的狀態ヲモ觀察調査スルニ至ルモ是レ唯心證ノ材料タルニ過キス必スシモ必要ニアラス故ニ唯債務者自身カ支拂ヲ爲スコト能ハサル旨ヲ表示スル行爲アリタルヤ否ヤヲ調査スルコト肝要ナリトス余ノ思考ニ依レハ梅博士ノ所謂支拂ニ充ツヘキ財産即チ金錢其他ノ換價シ易キ財産カ不足セシヤ否ヤノ判斷ハ債務者彼自身ヲシテ之ヲ爲サシメント欲スルモノナリ蓋凡テ財産ノ換價シ易キヤ否ヤハ其所有者自身カ最モ能ク判斷シ得レハナリ故ニ客觀的ニ觀察シテ換價シ易キ財産ノ不足アリシヤ否ヤハ支拂停止タルニ毫モ之ヲ問ハサルモノナリ梅博士ノ例示シタル夫ノ特定物ノ引渡義務ニ於テ天災又ハ過失ニ因リテ其物滅失シタルカ爲メニ其債務ヲ履行スルコト能ハサルニ至リタル場合ハ固ヨリ不履行タルニ過キスシテ金錢的ノ代償ヲ爲スコトヲ得ル以上ハ支拂停止ト爲ラサルナリ

然ルニ他方ニハ又極端ナル樂天家又ハ奇計家アリテ客觀的ニ見レハ本人ノ境遇タルヤ非常ニ危險ノ位置ニ立チ實ハ支拂不能ノ地位ニ在リナカラ本人ハ非常ナル樂天家ナルカ又ハ非常ニ巧妙ナル手段ヲ用キテカ營業ヲ繼續シ未タ嘗テ破綻ヲ生セス即チ辨濟期ノ至リタル債務ノ支拂ニ支障ヲ生シタルコトナキ場合アリ斯ノ如キ場合ニ於テハ未タ支拂停止ト稱スヘキモノナキモ遠カラスシテ他ノ債務ノ支拂ニ支障ヲ生シテ支拂停止ヲ爲スニ至ルヘク又本人ノ行爲ヲ探索セハ或ハ高利ヲ借ルカ如キ或ハ高價品ヲ投資シテ支拂資金ヲ作ルカ如キコトアルヘキカ故ニ是等ノ他ノ事實ノ證明ニ依リテ裁判所ハ支拂不能ヲ認定シ草案ノ規定ニ依レハ破産宣告ヲ爲スコトヲ得ヘク

又斯ル行爲ハ有罪破產トシテ罰セラルヘシ（草案第三百四十六條第二號商法第千五十一條第二號）

三　又本人カ支拂ヲ爲スコトヲ得ルニ當リ理由ナク支拂ヲ拒ミ又ハ相殺、混同辨濟其他ノ抗辯ヲ理由トシテ支拂ヲ拒ミタル場合ハ固ヨリ支拂停止ニアラス然レトモ本人カ眞ニ支拂ヲ爲スコト能ハサルニ當リ唯一時ヲ糊塗スルカ爲メニ自信ニ反シ徒ニ口實ヲ設ケテ支拂ヲ拒ムカ如キハ寧ロ支拂ヲ爲スコト能ハサル旨ヲ表示シタル行爲ノ一ノ體樣ト見ルヲ可トスヘキカ故ニ是レ亦支拂停止トスルニ害ナシ我大審院モ亦之ヲ認ム（大審院判決錄三十六年六四二頁）

支拂停止ト支拂不能トハ第三點トシテ時ノ關係ニ於テ區別スルコトヲ得蓋前者ハ行爲ナルカ故ニ一定ノ時日ニ於テ成立ス法律自身カ既ニ之ヲ豫想シ支拂停止前幾日等ノ文字ヲ使用セリ（草案第八十五條商法第九百九十條）然ルニ支拂不能ハ狀態ナルカ故ニ繼續的ノ將來ノ境遇ニ付テ云フモノナリ然レトモ永久ニ涉レル判斷ニハアラス何トナレハ人ハ將來ニ於テ家運ヲ再興スルコトハ豫想シ得ヘキ所ナレハナリ

而シテ支拂停止ト支拂不能トハ共ニ一時ノ不如意ト之ヲ區別スヘシ何トナ

レハ二者共ニ繼續的ノ將來ニ對スルモノニシテ單ニ一定ノ期日若クハ期間ヲ限リテ之ニ對シテ云フモノニ非サレハナリ故ニ今日能ハサルモ明日出來ル場合ノ如キハ一時ノ不如意ニシテ支拂停止若クハ支拂不能ニ非サルナリ」

次ニ又支拂停止ト支拂不能トハ共ニ金錢ノ支拂ニ關スルモノタリ蓋破產ハ金錢的滿足ヲ與フルコトヲ最後ノ目的トスルカ故ニ金錢ノ辨濟ニ付テ標準ヲ取ルヘキヲ至當トナスヲ以テナリ現行法カ支拂ナル文字ヲ金錢ノ辨濟ノミノ意味ニ用ヰサルコトハ之ヲ是認セサルヲ得ス（商法第九百八十五條第二項第九百九十條、第九百九十一條）然レトモ破產原因タル支拂停止ニ付テハ金錢ノ辨濟ヲ標準ニ取ルヘキモノトス夫ノ商品引渡義務ヲ履行シ能ハサル場合モ亦支拂停止トスヘキカ如シト雖モ金錢的辨濟ヲ爲スコトヲ得レハ即チ支拂停止トナラス何トナレハ破產ヲ開始シ破產手續ヲ遂行スルモ實物的履行ヲ爲スニアラスシテ金錢的辨濟ヲ爲スニ止レハナリ例ヘハ經節問屋カ經節切手ニ對シテ悉ク實物ヲ以テ引渡スコト能ハサリシ場合ニ金錢ヲ以テ之ニ代ヘテ支拂ヒ得ル狀態ニ在レハ固ヨリ支拂停止トナラサルナリ

之ニ反シテ金錢債務ニ付テハ代物辨濟例ヘハ不動產ヲ以テ之ヲ辨濟ヲ爲サソトスルモ相手方カ承認スレハ可ナルモ若シ然ラサルトキハ支拂停止トナル何トナレハ此場合ハ相手方ハ之ヲ承認スル義務ナキノミナラス破產ヲ開始セハ實物ヲ換價シテ金錢トシテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキニ依リ破產ヲ開始セシムル必要アレハナリ

以上支拂停止ト支拂不能トノ意義ヲ說明シタル沿革ニ徵スルニ支拂停止ノ觀念ハ商人破產主義ト其起源及發達ヲ同ウシ現今ニ於テモ尙ホ商人破產主義ヲ採ル諸國ニ於テ一般ニ之ヲ以テ破產原因トス佛法系即チ之ニ屬シ我現行法亦之ニ屬ス(商法施行法第百三十八條商法第九百七十八條)支拂不能ハ商人非商人ニ通スル一般破產ノ主義ヲ採ル諸國ニ在リテ破產原因トスル所ニシテ獨法系之ニ屬シ我草案亦此主義ヲ採用セリ(草案第百三十一條)

最後ニ無資力即チ負債超過ノ意義ヲ說明セン負債カ資產ニ超過シタル場合ニシテ信用ヲ外ニシテ唯財產上ニ付テノミ云フ言辭ナリ故ニ負債超過スルモ信用アル場合ハ未タ以テ破產ヲ開始セシムル必要ナク信用アリ技

倆アル人ノ如キハ最初ヨリ全然負債ノミヲ以テ營業ヲ開始スルコトハ世間普通ニ見ル所ナリ故ニ信用ヲ以テ立ツ人的團結タル法人例ヘハ合名會社、合資會社ノ如キニ在リテハ自然人ノ場合ト同一ニ取扱フヲ例トスト雖モ財產團結タル法人例ヘハ株式會社ニ在リテハ例外トシテ無資力即チ負債超過ノ場合ニ破產ヲ開始セシムルヲ諸國普通ノ例トス(商法第百七十四條、草案第百三十二條)

第四　訴訟事件

破產ノ性質ニ關シテハ或ハ非訟事件ナリトナスモノアリ其說ニ依レハ破產手續ハ訴訟手續ニアラスシテ裁判所ノ指揮監督ノ下ニ債務者ト其總債權者トノ間ニ成ル清算手續ナリ尙ホ商人カ其營業ヲ廢止シテ商號ヲ解ク場合ノ清算手續ニ異ナラスト云フニ在リ然レトモ余ハ破產ハ訴訟事件ナリト云フヲ妥當ト信ス蓋訴訟トハ今日ノ普通說ニ從ヘハ私權存否ノ確定ヲ爲シ併セテ其實行ヲ圖ルモノナリト解釋ス然ルニ之ヲ破產ニ見ルニ私權ノ確定ト其實行トヲ圖ルコトノ二要素ヲ具フルモノニシテ其手續ニ於テ普通ノ訴訟ト異ナルモノアリトスルモ其最終ノ目的ニ於テ二者毫モ異ナル所アルヲ見ス夫ノ破產ニ於ケル

債權ノ屆出ハ畢竟訴ノ提起ニ外ナラス而シテ債權調査會ノ調査ニ付シ何人モ之ニ對シテ異議ヲ申立ツル者ナキトキハ其債權ハ茲ニ於テ確定シ之ヲ債權表ニ記載スレハ恰モ確定判決アリタルト同一ノ效力ヲ生ス故ニ現行法ニ於テモ草案ニ於テモ破產手續終結後ニ於テ破產手續ニ於テ辨濟ヲ得ルコト能ハサリシ殘額ニ付テハ債權表ニ基キテ强制執行ヲ爲スコトヲ得尤モ草案ハ破產者ノ異議ニ付キテハ破產手續後債權ノ確定ヲ阻止スル留保ノ效力ヲ認メタリ(草案第二百三十五條、第二百三十七條、第二百三十二條、商法第千四十九條)故ニ破產債權ノ確定ハ即チ普通民事訴訟ノ私權確定ト毫モ異ナルコトアルナシ又民事訴訟ニ於テハ私權確定後債務者任意ニ之ヲ履行セサルトキハ强制執行ヲ爲ス破產ニ於テモ破產財團ノ占有、管理、換價、分配等ハ總テ皆强制執行手續ニ外ナラス唯普通ノ强制執行ニ在リテハ個々ノ債權者ノ爲メニ債務者ノ個々ノ財產ヲ差押ヘテ個々ノ强制執行ヲ爲スニ止ルモ破產ハ破產者ノ總財產ヲ差押ヘテ總債權者ニ配當スルモノニシテ所謂一般的執行タルノ差異アルノミ其强制執行タルノ性質ニ至リテハ一ナリ之ヲ要スルニ破產ハ其手續ニ於テ破產債權ヲ確定シ其實行ヲ圖ル爲メニ破產財團ヲ換價分配スルコトヲ目的トスルモノナルカ故ニ普通ノ訴訟ト毫モ其性質ヲ異ニスルモノニアラス是レ余カ破產ヲ以テ訴訟事件ナリト言ヒタル所以ナリ尤モ商事非訟事件印紙法第四條以下ニハ破產ヲ非訟事件ト看做シタルモノヽ如シ故ニ現行ノ扱方トシテハ破產ヲ非訟事件ト見ルモ亦不可ナキモノヽ如シ唯破產ヲ訴訟事件ト見ルコトヲ得ハ破產法ニ特別ノ規定ナクンハ民事訴訟法ノ規定ヲ適用シ得ルノ利益アルノミ

第二章　破產債權者

第一節　破產債權ノ定義

破產債權者トハ形式的ニ之ヲ定義スレハ破產手續ニ參加シテ破產財團ヨリ公平ナル辨濟ヲ受クヘキ債權者ヲ謂フ實質的ニ之ヲ定義スレハ

破產債權者トハ破產者ノ債權者ニシテ破產宣告前ノ原因ニ因リテ發生シタル財產上ノ請求權ヲ有スル者ヲ謂フ(草案第七條)

此定義ヲ分析シテ順次ニ其要件ヲ說明スヘシ

第一　破產者ニ對スル債權ナルコト

凡ソ債權者ノ責任ニ人的責任ト物的責任トアリ人的責任トハ債務者ノ總財産ヲ以テ責任ヲ負フ場合ニシテ若シ債務者任意ニ其債務ヲ履行セサルトキハ其財産ノ如何ナル種類タルヲ問ハス總テ執行ノ目的物タルモノナリ破産ハ破産者ノ總財産ニ對スル一般的執行ナルカ故ニ斯種ノ債權者ノミ破産債權者トシテ權利ヲ行フコトヲ得ヘキハ至當ノ事タリ草案第七條ノ明文ニ「破産者ノ債權者ニシテ」ト云フハ即チ其主意ヲ言ヒ表セリ何トナレハ凡ソ他人ニ對シテ債務ヲ負フト云ヘハ總財産ヲ以テ責任ヲ負フ人的責任ナルコト當然ナレハナリ物的責任トハ之ニ反シテ其物カ何人ニ屬スルヲ問ハス其物自體カ恰モ責任ヲ負フカ如キ場合ニシテ其物消滅スレハ責任モ亦消滅ス斯種ノ債權者ハ其物自體ヨリ特別ニ辨濟ヲ受クヘキ權利アルモ破産ノ一般的執行ノ目的物タル破産財團ヨリ辨濟ヲ受クヘキ權利ナキハ當然トス故ニ此種ノ權利者ハ別除權者タルコトヲ得ヘキモ破産債權者タルコトヲ得ス故ニ草案第七條但書ニ於テ別除權ヲ有スル者ハ此限ニアラスト云ヘリ

夫ノ普通ノ債權者ニシテ物上擔保權ヲ有スル債權者ハ嚴格ニ云ヘハ人的責任ト物的責任トノ二者ヲ兼ネ有スト云フモ可ナリ換言スレハ普通ノ破産債權者タルヘキ資格ト別除權者タルヘキ資格トノ二者ヲ併有スト云フモ可ナリ然レトモ斯種ノ債權者ハ若シ其物上擔保ノ全部若クハ一部ヲ拋棄シテ普通ノ破産債權者トシテ其權利ヲ行ヘハ格別若シ然ラスンハ同シク但書ノ明文ニ依リ破産債權者タルコトヲ得ス換言スレハ二者ヲ兼ネ行フコトハ法律之ヲ許サス但物上擔保權ヲ行使スルモ債權全部ノ辨濟ヲ得ス殘額ヲ生シタルトキハ其殘額ニ付テハ固ヨリ破産債權トシテ其權利ヲ行フコトヲ得（草案第三十三條、商法第九百九十九條）故ニ現行法ニ於テモ別除權者ハ一般ニ破産債權者タルコトヲ得ス唯擔保ノ目的物ヨリ辨濟ヲ受クルコト能ハサル殘額ニ付テノミ破産債權者タルコトヲ得ヘシ故ニ此點ハ草案モ現行法モ異ナル所ナシ又破産者カ他人ノ債務ノ爲メニ自己ノ財産ヲ以テ物上擔保ヲ供給シタルトキハ是レ純然タル物的責任ナリ此場合ニハ其債權者ハ別除權ヲ有スルノミニシテ破産債權者タルヘキ資格ナキハ言ヲ俟タス

第二　財産上ノ請求權ナルコト

財産上ノ請求權トハ金錢其他金錢ニ評價シ得ヘキ請求權ヲ謂フ

抑破産ハ破産者ノ財産ニ對シテ一般的執行ヲ爲シ其所謂破産財團ナルモノヲ換價シテ之ニ依リテ金錢的滿足ヲ得セシメンコトヲ目的トスルモノナルカ故ニ之カ債權者タルヘキ者モ亦金錢的價値ヲ有スル財産上ノ請求權ヲ有スル者ノミニ限ルハ當然ナリ蓋債權ノ目的物ハ千差萬樣ニシテ到底各債權者ニ債務ノ本旨ニ從ヒ實物的履行ヲ爲シ且債權者間ノ公平ヲ維持シツヽ滿足ヲ與フヘキコトハ破産手續ノ敢テ企及シ得ル所ニアラサレハナリ

今破産債權トスヘキヤ否ヤニ付キ疑ハシキモノヲ述フレハ左ノ如シ

一　作爲又ハ不作爲ノ義務ノ履行ヲ請求スルハ破産債權トスヘキモノナリヤ否ヤ　蓋破産ハ其宣告ニ因リ破産者ヲシテ獨リ其財産ノ管理及處分ヲ爲ス權利ヲ喪ハシムルノミ（草案第四十三條商法第九百八十五條）破産者ノ作爲又ハ不作爲ノ自由ヲ失ハシムルモノニ非ス故ニ作爲又ハ不作爲ノ義務其モノヽ履行ヲ請求スルハ破産手續以外ニ於テ爲スヘキヲ當然トス何トナレハ破産手續ハ前述ノ如ク唯金錢的滿足ヲ與フルニ過キスシテ債務ノ本旨ニ從フ作爲又ハ不作爲ノ義務ノ履行ヲ爲シテ滿足ヲ得セシムルコト能ハサレハナリ故ニ草案第八條但書ニ於テ作爲又ハ不作爲ノ義務ノ履行ヲ請求スルハ此限ニアラスト云ヒ斯ル義務ノ請求ハ他ノ普通ノ破産債權ト異ナリ破産宣告後ニ於テモ破産者ニ對シ自由ニ其權利ヲ行使スルコトヲ得ル旨ヲ示シタリ是レ固ヨリ當然トス然レトモ破産宣告後ニ於ケル不履行ニ因ル損害賠償及違約金ハ破産債權タルコトヲ得サル旨ヲ示シ（草案第二十四條第二號）作爲又ハ不作爲ノ義務ノ不履行ヨリ生スル損害賠償請求權ハ全然破産債權タルコトヲ得スト爲シタルハ草案ニ對スル立法論トシテ余ノ贊セサル所ナリ

作爲又ハ不作爲ノ義務ノ履行ヲ請求スル債權ハ期限前ニ於テ其儘直ニ破産債權トナスヘカラスト雖モ斯ル債權モ亦左ノ場合ニ在リテハ直ニ破産債權トスルコトヲ得

甲　作爲又ハ不作爲ノ義務ノ履行ヲ請求スル債權ナリト雖モ第三者ヲシテ代リテ之ヲ履行セシムルコトヲ得債權者其費用ヲ請求スルコトヲ得ル場合ニ在リテハ其費用ノ請求權ハ之ヲ破産債權トスルコトヲ得ルナリ（民法第四

（百十二條第二項、第三項、民法施行法第五十四條）何トナレハ費用ノ請求權ハ財産的請求權ニ外ナラサレハナリ而シテ其費用ヲ支拂ハシムルニ付テハ裁判所ノ決定ヲ要ス然ルニ破産宣告前ニ未タ其決定ナキトキハ之ヲ破産債權トスヘラサルヤ否ヤニ付キ獨逸學者間ニ議論ナキニアラスト雖モ債權ノ性質ニシテ既ニ費用ノ請求權トシテ主張シ得ヘキモノタル以上ハ固ヨリ破産債權トシテ主張シ得ヘキナリ唯裁判所ノ決定ヲ得テ其額確定スヘキモノトス

乙　作爲又ハ不作爲ノ義務ヲ目的トスル債權ナリト雖モ破産宣告前ニ既ニ不履行トナリ之ニ因リテ損害賠償ノ請求權ヲ生シタルトキハ其請求權タルヤ之ヲ金錢的債權トシテ主張スルコトヲ得ヘキカ故ニ是レ亦破産債權タルコトヲ得（民法第四百十七條）

然ラハ破産宣告ノ際未タ辯濟期到ラス損害賠償ノ請求權トナリ居ラサル所ノ作爲又ハ不作爲ノ義務ヲ目的トスル債權ハ破産手續上如何ニ取扱フヘキモノナリヤ余ハ先ツ我現行法ノ解釋ヲ述ヘ次ニ將來ニ對スル立法論ヲ述ヘン

民法第百三十七條第一號ノ規定ニ依レハ凡ソ債務者ハ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ期限ノ利益ヲ主張スルコトヲ得スト云ヘリ故ニ作爲又ハ不作爲ノ義務ノ履行ヲ目的トスル債權者ニ在リテモ亦直ニ其債權ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘシ立法論トシテハ是レ非議スヘキモノアリト雖モ解釋論トシテハ又已ムヲ得サル結果トス然レトモ同條ハ破産ノ宣告ト同時ニ總テノ債權ヲシテ當然辯濟期ノ到リタルモノトナスニアラス唯債務者ヲシテ期限ノ利益ヲ主張スルコトヲ得ストナスニ止ルカ故ニ破産宣告後ハ債務者ヲシテ各債權者ニ對シテ當然遲滯ノ責ニ任セシムルモノニアラス換言スレハ破産宣告ト同時ニ各債權者ノ爲メニ損害賠償ノ請求權ヲ當然發生スルモノニアラス故ニ作爲又ハ不作爲ノ義務ノ履行ヲ目的トスル債權者ニ在リテモ其債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルカ爲メニ當然損害賠償ノ請求權ヲ取得スルモノニ非ス破産宣告後作爲又ハ不作爲ノ義務ノ履行ノ請求ヲ爲シ若シ其履行ヲ爲サヽルトキハ茲ニ始メテ債務者ハ遲滯ノ責ニ任シ損害賠償ノ責ニ任スヘキナリ現行破産法第九百八十七條ニ依レハ

各個債權者ハ破産處分中破産者ノ財産ニ對シテ强制執行ヲ爲スヲ得スト云フニ止リ草案第八條ノ如ク汎ク權利ヲ行フコトヲ得スト云ハサルカ故ニ作爲若クハ不行爲ノ義務ヲ目的トスル期限附債權者ハ民法第百三十七條第一號又ハ現行破産法第九百八十八條第一項ニ依リ破産宣告後直ニ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ而シテ破産者任意ニ其義務ヲ履行セサルトキハ損害賠償ノ請求權トシテ破産手續上ニ於テ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ

次ニ立法論ヲ考察センニ現行法ハ不當ナリ何トナレハ若シ期限ノ猶豫ヲ與ヘハ破産者ハ任意ニ履行スルコトヲ得ヘキモ若シ一時ニ總テノ作爲義務ノ債權者ヨリ其請求ヲ受クルトキハ不履行トナルハ當然ナレハナリ故ニ立法論トシテ考フレハ若シ期限到リテ債務者任意ニ履行セサルトキハ損害賠償ノ請求權トシテ破産手續ニ於テ權利ヲ行ヒ得ルモノトスヘキナリ獨逸ニ在リテハ作爲若クハ不作爲ノ義務ヲ目的トスル債權者ハ恰モ不履行ナル條件ニ羅ル停止條件附債權ト同一ニ取扱フヲ例トス我國ニテハ直ニ之ヲ以テ停止條件附債權ト稱スルコト能ハサルモ唯其取扱ヲ之ト同一ニスレハ不公平ヲ生スルコトナカルヘキナリ

二　民法親族編ニ規定シタル幾多ノ親族權ハ破産債權ニ屬セスヘ例ハ親族關係ノ認知ニ關スル請求權ノ如シ然レトモ縱令親族關係ニ原因スト雖モ扶養ノ義務ヨリ發生シタル請求權ニ至テハ金錢上ノ請求權ニシテ固ヨリ破産債權タルコトヲ得ヘシ（民法第七百四十七條、第七百四十八條、第九百五十四條以下）抑扶養ノ義務ノ根本的性質ニ至リテハ學者間ニ議論ナキニアラスト雖モ之ニ因リテ發生シタル金錢的請求權ニ至リテハ財産上ノ請求權タルヲ失ハス故ニ是レ亦破産債權タルコトヲ得ヘシ然レトモ扶養ノ程度ハ扶養權利者ノ需要ト扶養義務者ノ身分及資力トニ應シテ之ヲ定ムルモノナルカ故ニ（民法第九百六十條）扶養義務者ノ破産シタル場合ノ如キハ扶養ノ義務ハ實際ニ於テ名アリテ其實ナキニ至ルコト多カルヘシ殊ニ扶養ノ義務タルヤ其需要ニ應シテ時々刻々ニ發生スルモノト見ルヲ至當トナスカ故ニ破産宣告前ニ請求シ得ヘキモノニ在リテハ或ハ破産債權トシテ主張シ得ヘケンモ破産宣告後ノ部分ニ付テハ次項ニ述フル所ノ破産宣告前ノ原因ニ因ル債權タルノ要件ヲ缺クカ故ニ破産債權タルコト

ヲ得サルナリ

第三　破産宣告前ニ生シタル原因ニ因ル債權タルコト

債權發生ノ原因カ破産宣告前ニ既ニ存立シタルコトヲ要ス破産債權タルニ此要件ヲ必要トスルハ固ヨリ當然ノ事柄ニシテ若シ破産宣告後ノ債權者ヲモ破産債權者トシテ破産手續ニ參加スルコトヲ得ルモノトセハ其續出スルコトハ殆ト底止スル所ヲ知ラサルヘク殊ニ破産者ニ破産宣告後破産財團ノ管理及處分ヲ禁シテ爾後ノ法律行爲ハ以テ破産債權者ニ對抗スルコトヲ得ス（草案第四十三條第五十四條、商法第九百八十五條第一項、第二項）トナシタル主意ト悖戻スルニ至ルヘキナリ故ニ破産宣告後新ニ債權ヲ取得スルモ破産債權者トシテ破産財團ヨリ配當ヲ受クルコト能ハストナシタルモノナリ

故ニ夫ノ期限附債權即チ破産宣告ノ當時未タ辨濟期ノ到ラサル債權ニ在リテモ破産宣告前ニ既ニ成立セル債權タルニ相違ナキカ故ニ固ヨリ破産債權タリ得ヘシ然ルニ破産債權トシテ之カ辨濟ヲ爲スニ當リ其期限ノ到來ヲ待テ順次ニ破産財團ヨリ之カ辨濟ヲ爲スモノトセハ破産手續ハ幾年月ニ渉リテ始メテ終局ヲ告クヘキヤ得テ知ルヘカラス故ニ當事者間ニ不公平又ハ損失ヲ被ラシムルコトナクシテ破産手續ヲ迅速ニ終了セシムルコトノ手段ヲ講スルコトヲ肝要トス故ニ法律ハ一方ニ於テハ債務者破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ期限ノ利益ヲ主張スルコトヲ得ス（民法第百三十七條第一號）ト規定シ債權者ノ意向ニ從ヒ期限附債權ト雖モ直ニ破産債權トシテ其權利ノ主張ヲ爲シ得ヘキコトヲ示シ他方ニ於テハ豫期以前ニ其權利ヲ行使スルコトヲ許スモノナルカ故ニ如何ナル額ニ於テ之ヲ行使スルコトヲ得ヘキカ其債權額算定ノ方法ヲ定メタリ（草案第九條乃至第十二條、商法第九百八十九條）其算定方法ニ付テハ次節ニ於テ之ヲ説明スヘシ

然ルニ現行破産法ニ於テハ第九百八十八條第一項ニ於テ辨濟期限ノ未タ到ラサル破産者ノ債務ハ破産宣告ニ因リテ辨濟期限ノ至リタルモノトストセリ是レ全ク民法第百三十七條第一號ト同主意ノ規定トス法文ニ辨濟期限ノ到リタルモノトスト云フハ辨濟期限カ遡テ直ニ其時ニ變更シ來ルノ意ニアラス唯債權者ノ任意ニテ辨濟期前ニ於テ其權利ヲ行ハント欲スレハ之ヲ行フコトヲ得ルノ意ニシテ辨濟期到ルヲ待チテ其權利ヲ行フコトヲ妨ケス故ニ手形債權ニ

付テハ其債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ滿期日前ニ於テ其權利ヲ行フコトヲ得ヘク又滿期日ノ到ルヲ待チテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ大審院モ亦此主意ヲ認ム（大審院判決錄第十輯第八卷三〇九頁以下明治三十七年三月十二日第一民事部判決）而シテ手形債權ニ付テハ爲替手形ノ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即チ概シテ言ヘハ手形ノ主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ハ勿論其他手形裏書人カ破産シタル場合ニモ其破産者ニ對シテハ總テ滿期日前ニ於テ債權者ハ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ是レ民法第百三十七條第一號及現行破産法第九百八十八條第一項ニ依リ明瞭ナリ然ルニ現行破産法同條第二項ニハ「爲替手形ノ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ノ宣告ヲ受ケタルトキハ其償還義務ニ付テモ前項ノ規定ヲ適用ス」ト云ヒ手形ノ主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ非破産者タル手形裏書人ニ對シテモ亦滿期日前ニ於テ其權利ヲ行フコトヲ得ヘキ旨ヲ定メタル人或ハ同條ニ所謂其償還義務トハ主タル債務者即チ破産者ノ償還義務ヲ指稱スルモノナリト說ク者ナキニアラスト雖モ是レ非ナリ若シ手形ノ主タル債務者タル破産者ニ對スル償還義務ヲ滿期日ニ於テ行ヒ得ル旨ヲ定メタルモノトスレハ是レ第一項ニテ既ニ足レリ特ニ第二項ヲ設クルノ必要ナシ故ニ第二項ハ非破産者タル手形裏書人ニ對スルモノタルコト明白ナリ（長谷川判事著商法正義第七卷破産法四九頁）故ニ現行破産法ノ規定ニ依レハ手形ノ主タル債權者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニハ非破産者タル手形ノ裏書人ニ對シテ滿期日前ニ於テ償還請求權ヲ行フコトヲ得ヘキ旨ヲ定メタルモノトス

然ルニ手形法第四百八十條ニ依レハ手形ノ主タル債務者ノ破産ノ場合ニハ所持人ハ前者ニ對シテ擔保請求權ヲ行ヒ得ヘキ旨ヲ定メタリ故ニ此場合ニハ手形所持人ハ破産法ニ依レハ償還請求權アリ手形法ニ依レハ擔保請求權アリ故ニ余ハ手形所持人カ二種ノ權利ヲ擇ヒ行ヒ得ルモノナリト解釋セント欲ス何トナレハ手形法ヲ以テ破産法ノ前揭ノ規定ヲ廢止シタリトハ商法施行法ノ規定ニ依ルモ毫モ明言スル所アラサレハナリ然ルニ岡野博士ハ新法廢舊法ノ原則ニ依リ破産法ノ第九百八十八條第二項ハ手形法第四百八十條ニ依リテ廢止セラレタルモノナリト主張セラル此點ニ關スル同博士竝ニ余輩ノ見解ハ法學

新報第十五卷第七號及第八號ニ掲載シアレハ就テ見ルヘシ

條件附債權モ亦破產債權トシテ其權利ヲ行ハシム(草案第十三條)解除條件附債權ニ在リテハ破產宣告ノ當時目的タル債權既ニ成立シ居ルカ故ニ破產債權タルコトヲ得ルハ勿論ナリ停止條件附債權ニ在リテハ目的タル債權未タ存在セサルカ故ニ稍疑アリト雖モ而モ之カ保存行爲ヲ爲シ又ハ擔保ヲ供セシメ得ルコトハ當然トス(民法第百二十九條)故ニ此觀念ニ基キ停止條件附債權モ亦破產債權トス現行法ノ解釋論トシテモ解除條件附債權及停止條件附債權共ニ破產債權タルコトヲ得ト云ハサルヘカラス唯其最終ノ效力ヲ如何ニスヘキカ又其債權額ハ如何ニ之ヲ算定スヘキカ乞フ次節ニ於テ之ヲ細說セン

第二節　破產債權額ノ算定

破產債權ハ總テ之ヲ金錢ニ評價シテ其額ヲ定ム即チ債權ノ目的カ金錢ナルトキハ直ニ其額ヲ以テ之ニ充ツヘキモ金錢ニアラサルトキ、金錢ナルモ其額カ不確定ナルトキ又ハ外國ノ通貨ヲ以テ定メタルトキハ邦貨ヲ以テ評價シテ其額ヲ定ム蓋破產ハ破產財團ヲ換價シテ金錢的滿足ヲ得セシムルヲ目的トスルモノナルカ故ニ之ニ依リテ辨濟ヲ受クヘキ債權モ亦總テ金錢ニ評價シテ其額ヲ定ムルハ至當ノ事タリ唯其評價ノ時機ニ付テハ破產宣告ノ時ヲ以テ標準トナス(草案第十四條)蓋破產宣告前ノ原因ニ因リテ發生シタル債權ノミヲ以テ破產債權トスルモノナルカ故ニ破產債權ノ評價額ニ付テモ破產宣告ノ時ヲ以テ標準トシ其時ノ評價額ニ依ルヘキハ至當ノ事タリ

現行法ニ於テハ破產債權ハ總テ金錢ニ評價ストノ明文ナキモ第千二十三條第一項ニ於テ破產債權ノ屆出ハ請求金額何程トシテ之ヲ掲クヘキモノトシタルカ故ニ必ス金錢ニ評價スヘキモノタルコト知ルヘキナリ

蓋何程ノ額ヲ以テ破產債權トシテ破產手續ニ參加スルコトヲ許スヘキカ其額ニ付キ主トシテ問題トナルハ期限附債權ト條件附債權トノ二トス今左ニ之ヲ分說スヘシ

第一　期限附債權

期限附債權ノ破產債權タルコトヲ得ルノ理由ハ前節既ニ述ヘタルカ如シ唯其何程ノ額ヲ以テ破產債權タリ得ルカニ付テハ利息附債權ト無利息債權トヲ區

別シテ觀察スルコトヲ要ス

一　利息附債權　利息附債權ニ付テハ其元本タル名義額及破產宣告マテノ利息ヲ以テ破產債權ノ額トス破產宣告以後ノ利息ハ之ニ加フルコトヲ得ス（第九百八十九條草案第二十四條第一號）抑利息ハ猶ホ養料ノ義務ノ如ク時ノ經過ニ因ル元本ノ使用ニ對スル報酬ナリ故ニ破產宣告ノ時ニ於テ債權ノ期限到來シタルモノトシ之ニ辨濟ヲ爲ス以上ハ爾後ノ利息ハ之ニ加ヘサルヲ至當トス然レトモ之カ爲メニ債權者ニ破產宣告以後殊ニ破產手續中ノ利息請求權ヲ當然消滅セシムルモノニアラス破產手續終結以後ニ於テ債權中ノ殘額ト共ニ債務者ニ對シテ其辨濟ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ蓋一旦生シタル債權ハ破產手續ニ依リタルト否トヲ問ハス未タ辨濟ヲ得サル部分ニ付テハ强制和議ニ依ルノ外ハ消滅スルコトナケレハナリ故ニ現行破產法第九百八十九條ニ於テモ財團ニ對シテハ破產宣告ノ日ヨリ利息ヲ生スルコトヲ止ムト云ヒテ唯財團ニ對スル關係上即チ破產手續ノ上ニ於テ利息ヲ生スルコトヲ止ムルノ意ヲ明ニセリ

二　無利息債權　無利息債權ニ付キ期限アルトキハ其期限到ラ始メテ其名義額ニ達スルコトヲ得ヘキモノナルカ故ニ期限附債權ノ名義額ヲ以テ直ニ破產債權ノ額ト爲ストキハ過多ニ失ス故ニ破產宣告ノ時ヨリ辨濟期ニ到ル迄ノ法定利息ヲ割引スルコトヲ要ス然ルニ其割引ノ方法ニ關シ從來三箇ノ方法行ハレタリ其一ハ「カルブゾヴ」式（一六五四年）ト稱シ元本タル名義額ヨリ破產宣告後辨濟期ニ至ルマテノ名義額ニ對スル法定利息ヲ割引スルモノ是ナリ此方法ハ最モ簡便ナリト雖モ不公平ナリ何トナレハ名義額ハ期限到テ始メテ達スルコトヲ得ヘキ金額ナルニ之ヲ基礎トシテ割引スヘキ利息ヲ計算スルノ理由ナケレハナリ故ニ此方法ニ依リ例ヘハ破產宣告ノ時ヨリ辨濟期マテノ期間ヲ二十个年トシ法定利息民事年五朱トスレハ破產債權ハ零トナル割合ナリ債權ナルモノ其額全ク零トナルノ理由ナキニ因リ此方法ノ不當ナルコト知ルヘキナリ其二ハ「ライプニッツ」式（一六八三年）ト云ヒ其三ハ「ホフマン」式（一七一一年）ト云フ此二者ハ略ホ同一ノ方法ニ依リテ破產債權額ヲ見出ス即チ或未知ノ金額Xヲ見出シ其Xニ破產宣告ノ時ヨリ辨濟期ニ到ルマテノXニ對スル

法定利息ヲ加ヘタルモノヲ以テ無利息債權ノ名義額Nニ均シカラシメ而シテ其Xヲ以テ破産債權ノ額トスルモノナリ然ルニ「ライプニッツ」式ニ於テハ利息ノ計算ニ付キ重利法ヲ用ヰ「ホフマン」式ニ在リテハ單利法ヲ用キルノ差異アルノミ重利法ハ精密ナル點ヨリ云ヘハ最モ正確ナルカ如シト雖モ吾人日常ノ生活ノ程度ヨリ云ヘハ却テ實際ニ遠リテ正鵠ヲ得ス何トナレハ些少ノ利息ヲ直ニ金利ニ廻シテ運用スルコトハ銀行家仲間等ヲ除クノ外ハ善良ナル管理人ノ注意ヲ以テスルモ能ク常ニ之ヲ爲スヘキモノニアラサレハナリ故ニ吾人日常ノ生活ノ程度トシテ「ホフマン」式ヲ却テ正シトス依テ草案ハ此式ヲ採用セリ(草案第九條)今未知ノ破産債權ノ額ヲXトシ無利息債權ノ名義額ヲNトシ法定利率年五朱トシ辨濟期限マテノ年數ヲyトスレハ左ノ式ヲ得

$$X+\frac{Xy5}{100}=N \qquad X=\frac{100N}{100+5y}$$

之ヲ邦文ニ譯スレハ

破産債權額 ＋ (破産債權額 × 法定年利率 × 年數) ＝ 無利息債權ノ名義額

$$破産債權額=\frac{100\times無利息債權ノ名義額}{100+(利率ノ數\times年數)}$$

若シ日數ヲ以テ計算スレハ左ノ式ヲ得日數ヲ假ニdトス

$$X+\frac{X5d}{100\times365}=N \qquad X=\frac{36500N}{36500+5d}$$

右ハ無利息債權ニシテ期限ノ確定セル場合ナリ然ルニ期限ノ不確定ナルトキモ亦同一方法ニ依リテ割引スヘキ額ヲ評定ス(草案第十二條)即チ債權者ニ於テ其額ヲ評定シテ其債權ノ屆出ヲ爲シ(草案第十四條)債權者集會ノ調査ニ付シ異議ナクハ茲ニ確定シ異議アレハ裁判所ノ判定ニ依ル(草案第二百三十五條、第二百三十六條、第二百三十七條、第二百三十九條、商法第千二百十八條)

三　金額及期間ノ確定セル定期金債權

例ヘハ五个年毎ニ金百圓宛二十年間給與センコトヲ約シタル債權ノ如キモ亦其定期金毎ニ期限附無利息債權ト同一ニ取扱ヒ其各定期金ヨリ割引スヘキ額ヲ定メ其割引シタル各定期金ヲ合計シテ其總額ヲ以テ破産債權ノ額トナスナリ故ニ例ヘハ定期金額ヲNトシ未知ノ金額ヲXトシ定期期間ヲyトシ民事ノ債權年利五朱トスレハ左ノ式ヲ得

$$X+\frac{X5y}{100}=N \qquad 1)X=\frac{100N}{100+5y}$$

是レ第一期分トス第二期ノ分モ亦同

一方法ニ依リ　$2)X=\frac{100N}{100+5\times 2y}$　トナリ第三期分ハ　$3)X=\frac{100N}{100+5\times 3y}$　トナル故ニ是等ヲ合計シタル總額ヲ以テ破産債權ノ額トス

$$\frac{100Y}{100+5y}+\frac{100N}{100+5\times 2y}+\frac{100N}{100+5\times 3y}+\cdots\cdots\cdots\cdots=S(\text{破産債權額})$$

然ルニ斯種ノ定期金カ非常ニ長年月ニ渉ルトキハ右ニ計算シタル總額Sナルモノ非常ニ巨額ニ達シ遂ニハ或一定ノ元本額即チ毎定期間ニ對スル法定利息トシテ恰モ毎定期金ヲ生スル元本額ニ超ユルコトアルヘシ換言スレハ右ノ總額Sカ各定期ノ支拂額即チ定期金ニ相當スル法定利息ヲ生スヘキ元本額ヨリ多キコト之アルヘシ斯ル場合ニ於テハ右ノ總額Sヲ破産債權ノ額トセスシテ右ニ所謂一定ノ元本額ヲ以テ破産債權ノ額トス何トナレハ毎定期金ニ相當スル法定利息ヲ生スヘキ元本額ヲ債權者ニ辨濟スレハ債權者ハ永久ニ定期金ヲ得ルト同一ニシテ毫モ損失ヲ被ルコトナケレハナリ故ニ今其破産債權タルヘキ一定ノ元本額ヲXトシ定期ノ期間ヲ五年トシ利率ヲ民事債權年五朱トシ定期金ヲ百圓トスレハ左ノ式ヲ得

$X\times\frac{5\times 5}{100}=100$, $X=400$ 故ニ前記ノ總額Sカ四百圓ヨリ大ナルトキハ破産債權ノ額ハ之ヲ四百圓ニ減額シ若シSカ四百圓ヨリ少ナルトキハ依然トシテ其總額Sヲ以テ破産債權ノ額トス（草案第十條）

若シ定期金ヲ給付スル期間ノ確定セサル場合例ヘハ債權者ノ終身若クハ債務者ノ終身マテ五个年毎ニ金百圓ヲ給付スル約束アル場合ニ於テモ亦債權者ハ同一ノ方法ニ依リテ自ラ其額ヲ定メテ之ヲ屆出テ債權者集會ノ調査ニ付シ異議ナクハ確定シ異議アレハ裁判所ノ認定ニ委ス

以上ハ即チ草案ニ規定スル所ノ割引方法ナリ然ルニ現行法ニハ之ニ關シテ全ク割引ノ規定ナキノミナラス第九百八十八條第一項ニハ破産宣告ニ因リ破産者ノ債務ハ辨濟期間ノ至リタルモノトスト云ヒテ債務ノ全部ニ付キ直ニ請求シ得ルモノトナシタルニ由リテ之ヲ觀レハ割引ハ之ヲ許サヽルモノト云フヲ至當トスヘシ立法論トシテハ非議スヘキモノナルモ解釋論トシテハ已ムヲ得サルヘシ（「ヴォンカンヒ」三版第七卷第二五九號）

第二　條件附債權

破産法　破産債權者　破産債權額ノ算定

條件附債權ハ其全額ヲ以テ破産債權ノ額トス（草案第十三條）

一　解除條件附債權　解除條件附債權ハ破産宣告ノ當時債權既ニ成立シ居ルカ故ニ破産債權タリ得ルハ勿論トス然レトモ條件成就未定ノ間ニ於テ或ハ直ニ之ニ辨濟ヲ爲シ或ハ之カ相殺權ヲ認メ相殺ヲ對抗セシムルコトヲ許スハ危險ナキニアラス故ニ解除條件附債權者ハ相當ノ擔保ヲ供スルニアラサレハ配當ヲ受クルコトヲ得ス若シ擔保ヲ供セサリシトキハ管財人ハ之ヲ寄託スルコトヲ要ス若シ該債權者カ其債務ニ付キ相殺ヲ爲ストキハ其相殺額ニ付キ擔保ヲ供シ又ハ寄託ヲ爲スコトヲ要ス（草案第八十三條、第二百五十九條、第二百六十四條第四號）若シ解除條件カ最後ノ配當ノ除斥期間經過前ニ成就セサルトキハ破産手續ノ延滯ヲ防クカ爲メニ解除條件附債權者ノ供シタル擔保ハ其效力ヲ失ヒ之ヲ該債權者ニ返還シ又債權者ノ爲メニ寄託シタル金額ハ之ヲ其債權者ニ支拂フヘキモノトス（草案第二百六十ノ條）若シ破産手續終結後ニ於テ條件成就シタルトキハ債務者即チ破産者ヨリ其支拂ヒタル金額ノ返還ヲ請求シ得ヘキモノトス

二　停止條件附債權　停止條件附債權ハ目的タル債權未タ成立セサルモ債權發生原因ハ破産宣告前ニ在リ且之カ保存行爲ヲ爲シ又ハ擔保ヲ供セシメ得ルコト勿論ナルカ故ニ是レ亦其全額ヲ以テ破産債權タルコトヲ得ルモノトス（民法第百二十九條、草案第十三條）然レトモ條件成否未定ノ間ニ在リテハ該債權ニ對スル配當額ハ之ヲ寄託スルコトヲ要ス（草案第二百六十條第三號）又停止條件附債權者カ其債務ニ對シテ相殺ヲ對抗セントスルモ今直ニ之ヲ爲スコト能ハサルカ故ニ若シ其債務ヲ辨濟スルトキハ後日相殺ヲ爲ス爲メ其債權額ヲ限度トシ辨濟スル價格ノ寄託ヲ請求スルコトヲ得（草案第二條）而シテ若シ最後ノ配當ノ除斥期間ヲ經過スルモ停止條件成就セサルトキハ破産手續ノ終結ヲ速ナラシムル爲メニ我草案ハ該債權ヲ斷然配當ヨリ除斥スルモノトセリ而シテ中間配當等ニ於テ該債權ノ爲メニ寄託シタル金額ハ之ヲ他ノ債權者ニ配當スヘキモノトセリ（草案第二百六十九條、第二百七十一條）獨新破産法ニ於テハ停止條件附債權ニ付キ條件成就ノ希望殆ト之ナキモノト否トヲ區別シ其希望殆ト之ナキモノニ在リテハ最後ノ配當ニ於テ全ク之ヲ除斥シ否ラサルモノニ在リテハ條件成否ノ確定スルマテ其寄託ヲ繼續ス（獨逸新破産法第百五十四條第二項、第百五十六條、第百六十八條第二號、第百六十九條）然ルニ

獨舊破産法ニ在リテハ最後ノ配當マテニ條件成就スルカ又ハ破産者カ特ニ擔保ヲ供スル責任アリシ場合ノ外ハ最後ノ配當ニ於テ停止條件附債權ハ總テ配當ヨリ除斥セラレタリ(獨逸破産法第百四十二條第二項)我草案ハ畢竟獨舊法ヲ襲ヒタルモノナリ

現行法ニ於テハ解除條件附債權竝ニ停止條件附債權ニ付キ特ニ規定ヲ設ケタルモノナシ若シ何等ノ規定ナシトスレハ民法ノ規定ニ從ヒ條件附債權ノ效力トシテ判斷スルノ外ナシ然ルニ民法ノ效力トシテ判斷スルニ解除條件附債權ノ破産債權タリ得ルコトハ疑ナク停止條件附債權ハ民法ニテ保存行爲ヲ爲シ得ル旨ヲ認メタル以上ハ是レ亦破産債權タルコトヲ得ト云ハサルヘカラス唯其效力カ問題ナルモ解除條件附債權者ハ擔保ヲ供セシメテ配當ヲ渡スヘク停止條件附債權者ノ爲メニハ其配當額ヲ供託スヘシ(「リオカンヒ」三版第七卷第二八號)若シ異議アル債權ニ屬スルトキハ第千二十八條及ヒ第千二十九條ノ例ニ依ル又現行破産法第千三十條前段ハ主タル債務者カ破産シタル場合ニ於テ其財團ニ對シテ債權ヲ行ヒタル者ハ協階契約ノ場合ト雖モ保證人其他ノ共同債務者ニ對シテ其全額ニ付キ權利ヲ行ヒ得ル旨ヲ定メタリト雖モ是レ固ヨリ當然ニシテ協階契約ハ唯リ破産者ニ對シテノミ其債務ヲ免除スル等ノ效力ヲ生スルニ止レハナリ

第三節　多數當事者ノ債權

第一　不可分、連帶、保證等ノ原因ニ因ル共同債務者カ破産セル場合

此場合ハ其債務者ノ債權者ニ對スル關係ト債務者相互ノ關係トニ分チテ考察スルヲ要ス

一　共同債務者ノ債權者ニ對スル關係　共同債務者ノ一員若クハ全員ノ破産宣告前ニ一部ノ辨濟ナキ場合ニ於テハ破産債權者ハ是等共同債務者ノ各破産財團ニ對シテ其債權ノ全額ヲ以テ破産債權者トシテ其權利ヲ行ヒ得ルコトハ今日各國法理ノ一般ニ認ムル所ナリ(民法第四百三十條第四百四十一條、十一條第一項草案第十六條)是レ手形債務ニ付テモ亦全ク同一關係ヲ生スルモノトス殊ニ現行破産法ノ規定ニ依レハ手形ノ主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ非破産者タル前者ニ對シテモ直ニ償還請求權ヲ行ヒ得ルコトハ既ニ說

明シタリ

共同債務者中ノ一員若ハ全員ノ破産宣告前ニ一部ノ任意辨濟アリ又ハ破産手續ニ依ル一部ノ配當アリタルトキハ破産債權ハ如何ナル額ニ於テ共同債務者ノ各破産財團ニ對シテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘキカ之ニ關シテ從來三箇ノ主義行ハル

第一ノ主義ハ共同債務者ノ一員カ爲ス所ノ一部ノ辨濟ハ其辨濟額ニ付テ他ノ共同債務者ノ責任ヲ無條件ニ消滅セシムルモノニアラス債權者カ結局全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得タル場合ニ於テ始テ先ニ債權者カ受領セル一部ノ辨濟カ有效ナル辨濟トシテ債務消滅ノ效力アリトナス所ノモノ是ナリ

此主義ヲ現時完全ニ行フ所ノモノハ瑞西國ニシテ共同債務者ノ一人若ハ數人カ破産宣告前ニ一部ノ辨濟ヲ爲スモ其額ニ付キ完全ニ債務ヲ消滅セシメス一部ノ辨濟アリシニ拘ラス債權者ヲシテ當初ノ全額ニ付キ各破産財團ニ付キ配當ニ加入セシムルモノナリ(瑞西法第十七條)此主義ハ債權者ニ完全ナル辨濟ヲ得セシムル機會ヲ與フル點ヨリ云ヘハ誠ニ遺憾ナシ然レトモ立法上果

シテ此主義ヲ採用スルヲ妥當トスルヤ否ヤハ頗ル疑問ニ屬スルノミナラス我現行法ノ解釋トシテ斯ル見解ハ固ヨリ之ヲ容ルヘキニアラス斯ル見解ハ瑞西ノ如キ明文アル國ニ於テ始メテ採ルコトヲ得ヘキナリ

第二ノ主義ハ辨濟ニ付キ普通ノ任意辨濟ト破産的配當ニ依ル辨濟トヲ區別スル所ノモノ是ナリ即チ破産宣告前ノ辨濟ハ普通ノ辨濟ニシテ任意ニ之カ辨濟ヲ受クルモノナルカ故ニ其部分ニ付キ債務ヲ完全ニ消滅セシメ其殘額ニ付テノミ配當ニ加入スルコトヲ得然レトモ破産的配當ニ依リテ受ケタル辨濟ハ任意ニ之ヲ受領シタルニアラス破産ニ依リ已ムヲ得ス受クルニ至リタルモノナルカ故ニ斯ル辨濟部分ハ債權ヲ消滅セシメス尙ホ債權ノ全額ニ付キ其權利ヲ行ヒ得ルトナスモノナリ佛國(佛商法第五百四十二條乃至五百四十四條)竝ニ佛法系諸國ノ採用スル所ナリ李國破産法第八十七條モ亦此主義タリシナリ

第三ノ主義ハ破産宣告當時ニ於ケル現存額ヲ以テ各破産財團ニ對シテ其權利ヲ行ハシム而シテ一旦屆出テタル債權額ハ爾後終始繼續シテ其額ヲ以テ配當ニ加入スルコトヲ得セシメ縱令中途ニ於テ任意ニ一部ノ辨濟アリ又ハ

他ノ破産ニ依ル配當アリトモ一旦屆出テタル債權額ニ影響ヲ及ホサストナス所ノモノ是ナリ是レ獨法ノ採用スル所ナリ（獨逸破産法第六十九條）

此第三ノ主義ニ在リテハ共同債務者ノ全員カ同時ニ破産シタル場合ト時ヲ異ニシテ順次ニ破産シタル場合トニ依リ債權者カ辨濟ヲ受ケ得ル額ニ相違ヲ來シ破産カ同時ニ來ルト順次ニ來ルトノ偶然ノ事實ニ依リテ其運命ニ差等ヲ來シ寔ニ不公平ナル觀アリト雖モ凡ソ破産債權ハ破産宣告當時ノ現額ニ依リテ其額ヲ定ムルノ外ナキカ故ニ其當時ニ於テ既ニ任意ニ一部ノ辨濟アリ又ハ破産ニ依ル配當アリテ其債權ヲ消滅セシメタル以上ハ瑞西ノ如キ明文ナキ國ニ在リテハ破産宣告當時ノ現額ヲ以テ破産債權額トスルノ外ナキモノト云ハサルヘカラス

我民法並ニ舊商法（民法第四百四十一條、商法千三十一條第一項、草案第十六條）ニハ單ニ其債權ハ全額ト云フト雖モ債權成立當時ノ全額ニアラスシテ破産宣告當時ノ現存額ト解セサルヲ得ス而シテ破産手續中ハ終始其額ヲ以テ繼續シテ配當ニ加入シ縱令他ノ破産ニ依ル配當等是レ有ルトモ一旦屆出テタル債權額ヨリ之ヲ控除スヘキモノニアラス

二　共同債務者相互ノ關係

共同債務者カ他人ノ負擔部分ヲ辨濟シタルトキハ其相互ノ關係ニ於テ求償權ヲ有スルハ言ヲ俟タス殊ニ共同債務者ノ一人若ハ數人カ破産シタル場合ノ如キハ債權者ハ其者ヨリ到底完全ナル辨濟ヲ受クルコト能ハサルカ故ニ他ノ共同債務者ニ請求シテ辨濟セシムルハ勿論トス從テ求償權ノ問題ハ當ニ生スルモノトス然ルニ此求償權モ亦破産債權トシテ豫メ之ヲ行ハシムルニアラスンハ其效ナシ何トナレハ後日之ヲ行ハントセハ破産財團ハ既ニ他ノ破産債權者ニ分配シ終テ求償權者カ請求シ得ヘキ殘餘ヲ止メサルヘケレハナリ故ニ法律ハ將來行フコトアルヘキ求償權ノ全部ニ付キ豫メ破産債權者トシテ其權利ヲ行ハシメサルヘカラス然レトモ債權者カ其債權ノ全部ニ付キ既ニ破産債權者トシテ其權利ヲ行ヒタル場合ニハ右ノ求償權ハ同時ニ之ヲ破産債權トシテ其權利ヲ行ハシムルコトヲ得ス何トナレハ若シ之ヲ行ハシムレハ同一債權ニ付キ二重ニ其權利ヲ行ハシムルコトヽナレハナリ（商法第千三十一條後段、第千三百十一條第二項、草案第十五條）然レトモ破産宣告前ニ

共同債務者カ辨濟ヲ爲シ債權ノ一部ヲ消滅セシメタルトキハ其部分ニ付テハ求償權ハ直ニ破產債權タルコトヲ得ヘシ何トナレハ債權者ハ其既ニ消滅シタル額ニ付テハ其債權ヲ行フコト能ハサルカ故ニ二重ニ破產債權ヲ行ハシムル虞ナケレハナリ現行法第千三十條後段ニ於テ償還請求權ヲ行フコトヲ得ト云フハ是レ畢竟一部ノ辨濟ヲ爲シ求償權ノ現ニ發生シ居ル場合ヲ見タルモノニシテ將來行フコトアルヘキ求償權ヲ指スモノニハアラサルナリ何トナレハ若シ然ラサレハ債權者ト共ニ二重ニ債權ヲ行フコトヽナレハナリ又求償權ヲ破產債權トシテ其權利ヲ行ハシムル場合ニ於テハ其效力普通ノ破產債權ト毫モ異ナル所アラサルカ故ニ同條ノ末段ニ於テ主タル債務者ノ爲メニスル協諧契約ノ效果ニ從フト云ヘルハ言ヲ俟タサル所ナリトス

獨法ニ在リテハ將來行フヘキ求償權ヲ豫メ破產債權トシテ其權利ヲ行ハシムルニハ停止條件附債權トシテ之ヲ行ハシムルコトニ學說一致セリ然レトモ我草案ハ將來行フコトアルヘキ債權ナリトシ所謂將來ノ請求權ナル名稱ヲ之ニ與ヘタリ(草案第二百六十四條第五號)而シテ實際ノ取扱ハ停止條件附債權ト異ナル所ナカルヘシ

右求額權ノ問題ハ各破產財團ノ配當ニ依リ債權者ニ其債權全額以上ノ辨濟ヲ爲シ得ル場合ニ限リ其實用ヲ爲スモノトス何トナレハ全額以上ノ辨濟ヲ爲シ能ハサルトキハ債權者ハ右求償權ノ行使ニ依リテ得タルモノニ對シテモ更ニ差押ヲ爲スコトヲ得レハナリ即チ現行法第千三十一條ノ前段ニ於テ各自ノ破產財團ノ間ニ於ケル求償權ハ之ヲ主張スルコトヲ得スト云ヘルハ是レ債權ヲ二重ニ行使スルニ至ルコトヲ恐レタルト又求償權ヲ行使スルモ債權者ハ之ヲモ差押フルコトヲ得徒ニ混雜ヲ生スルノミニシテ實用ヲ爲サルトヲ恐レタルニ由ルモノナリ而シテ其債權全額以上ノ辨濟ヲ爲シ得ル場合ニ於テハ債權者ニ其全額以上ノ支拂ヲ爲サヽル爲メノ用心トシテ各破產管財人ハ互ニ通知ヲ爲シ債權額以上ノ支拂ヲ爲サヽルコトヲ努ムヘキハ勿論ナリト雖モ若シ債權額以上ノ支拂ヲ爲シタルトキハ其超過額ニ付テハ不當辨濟取戻ノ訴ニ依リ破產手續中ハ共同債務者中他ノ共同債務者ニ對シテ求償權ヲ有スル者ノ破產管財人ヨリ債權者ニ對シテ返還請求ヲ爲シ得ル

モノトス何トナレハ該超過額ハ求償權ヲ有スル者ノ破產財團ニ歸スレハナリ若シ求償權者數人アルトキハ各其求償ノ額ニ應シテ右超過額ヲ分配シ求償權ヲ有スル者ノ各破產財團ニ歸スヘキモノトス又破產手續終結後ニ在リテモ此割合ヲ以テ各破產者ヨリ債權者ニ對シテ返還請求ヲ爲シ得ヘキナリ（商法第二百三十一條第二項末段、民法第四百四十四條）

第二　法人又ハ社員ノ破產ノ場合

之ニ付テハ左ニ幾多ノ場合ヲ分チテ說明スヘシ

一　法人ノ債務ニ付キ無限ノ責任ヲ負フ者例ハ合名會社、合資會社又ハ株式合資會社ノ無限責任社員カ破產シタル場合ニハ法人ノ債權者ハ其債權ノ全額ニ付キ破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得蓋無限責任社員ハ法人ノ債務ニ付キ連帶シテ其責任ヲ負ヘハナリ（商法第六十三條、第百五條、草案第十七條）有限責任社員ノ破產ノ場合ニハ其出資額カ未タ悉ク會社ヘ出資サレサルトキハ會社カ通常其出資額ニ付キ破產債權者トシテ其權利ヲ行フヘキモ會社ノ債權者モ亦出資額ヲ限度トシ破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得何トナレハ有限責任社員モ其出資額ニ付テハ會社ノ債權者ニ對シテ直接ニ責任ヲ負ヘハナリ（商法第百五條、第六十三條）株式會社ノ株主カ破產シタルトキハ會社ノ債權者ハ其破產債權者タルコトヲ得ス何トナレハ株主ハ其直接ノ債務者ニアラサレハナリ

二　法人ノ破產シタル場合ニ於テ其法人ノ社員又ハ株主ハ自己ノ持分權若クハ株主權ヲ以テ破產債權トシテ屆出ツルコトヲ得ス蓋是等ノ出資ハ寧ロ會社ノ破產財團ノ基礎ヲ成スモノニシテ若シ是等ヲモ尙ホ破產債權トスルコトヲ得ハ責任財團皆無トナルニ至ルヘシ社員若クハ株主ハ法人ノ債務ヲ完濟シタル後殘餘財產ニ對シ出資ニ應シテ配當ヲ受クルノ權利ヲ有スルノミ尙ホ法人ノ破產シタル場合ニ於テ社員ノ債權者即チ私債權者カ破產債權者タルコトヲ得サルコトハ法人ハ社員ノ債務ニ付キ保證的責任ヲ負ハサルニ依リ明白ナリ

解散シタル法人ハ破產ノ目的ノ範圍內ニ於テハ尙ホ存續スルモノト看做ス（草案第五條）是レ固ヨリ當然ノ事ニシテ折角法人ナル假定ヲ設ケテ之ニ對スル權利義務ヲ認メタルニ若シ解散ト共ニ當然權利主體ヲ消滅スルモノトスルト

キハ在來ノ權利義務ハ如何ニ處理スヘキヤ知ルヘカラス故ニ民法竝ニ商法ニモ普通ノ清算ニ付テハ各其規定アリ（民法第七十三條、商法第八十四條）草案ハ破産ニ關シテ法人一般ニ通シテ規定ヲ設ケタルナリ現行法ニハ斯ル明文ナシト雖モ理論上同一ノ見解ヲ採ラサルヘカラス

三　法人及法人ノ債務ニ付キ無限責任ヲ負フ者カ同時若ハ順次ニ破産シタル場合ニモ共同債務者ノ場合ト同一ノ法理ニ基キ法人ノ債權者ハ其債權ノ全額ニ付キ各破産財團ニ對シ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得蓋無限責任社員ハ法人ノ債務ニ付キ連帶シテ責任ヲ負ヘハナリ（商法第六十三條草案第十八條）

第三　相續財産又ハ相續人ノ破産ノ場合

此場合モ亦之ヲ分チテ考察セサルヘカラス

一　相續人ノ破産ノ場合ニハ單純承認アリタル場合ト限定承認アリタル場合トヲ區別スルコトヲ要ス相續人カ單純承認ヲ爲シタル場合ニハ財産ノ分離アリタルトキト雖モ相續債權者及受遺者ハ其債權ノ全額ニ付キ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得蓋相續債權者及受遺者ノ爲メニスル財産ノ分離ハ是等ノ債權者ヲシテ相續財産ニ付キ相續人ノ固有ノ債權者ニ先チテ辨濟ヲ受ケシムルニ過キス又相續人ノ固有ノ債權者ノ爲メニスル財産ノ分離ハ相續人ノ固有財産ニ付キ相續人ノ固有債權者ヲシテ相續債權者及受遺者ニ先チテ辨濟ヲ受ケシムルニ過キス單純承認ノ結果トシテ相續人ハ相續債權者及受遺者ニ對シテ自己ノ固有財産及相續財産ノ二者ヲ合セタルモノヲ以テ責任ヲ負ヘハナリ（草案第十九條、民法第千二十三條、第千四十八條第千五十條）之ニ反シテ相續人カ限定承認ヲ爲シタル場合ニハ相續債權者及受遺者ハ獨リ相續財産ニ付テノミ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルニ止マルカ故ニ相續人ノ破産ニ際シ其破産財團ニ對シテ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得サルハ勿論トス（草案第二十一條、民法第千二十五條）

二　相續財産ノ破産ノ場合ニハ相續債權者及受遺者カ破産債權者タルコトヲ得ルハ勿論ナレトモ相續人モ亦債權者タルコトヲ得ルヤ否ヤ之ニ付テモ亦單純承認アリタル場合ト限定承認アリタル場合トヲ區別スルコトヲ要ス單純承認アリタル場合ニハ相續人ハ債權者トナラス何トナレハ相續人ノ權利

ハ混同ニ因リテ消滅スレハナリ之ニ反シテ限定承認アリタル場合ニハ相續人モ亦債權者トナル何トナレハ此場合ニハ相續人カ被相續人ニ對シテ有セシ權利義務ハ消滅セサリシモノト看做セハナリ(草案第二十三條、民法第千二十五條乃至第千三十七條、第千四十一條乃至第千五十)

相續財産ニ對シテ破産ノ宣告アリタルトキハ既ニ限定承認又ハ財産ノ分離アリタルトキト雖モ相續財産ノ管理及處分ハ破産法ノ規定ニ依リテ之ヲ爲ス(草案第六條)是レ限定承認又ハ財産ノ分離アルトキハ各特別財産ヲ構成シテ之ニ對スル管理及處分ノ方法行ハルヽカ故ニ(民法第千二十五條乃至第千三十一條)最早破産法ヲ適用スルノ必要ナキカ如キ疑アルヲ以テ此規定ヲ置ケルナリ又相續財産ニ對シテ破産ノ宣告アルトキハ最早相續人ノ固有財産ト混同スルノ虞ナシ故ニ破産宣告後ハ財産分離ノ請求ヲ許サス之ニ反シテ限定承認ハ相續財産カ破産ノ宣告ヲ受クルカ如キ場合ニ主トシテ其適用アルモノニシテ限定承認ヲ爲シ期間内ニ在リテ常ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ

現行法ニハ別段ノ規定ナキヲ以テ相續財産ニ對シテ破産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ破産ハ之ヲ商人ニノミ限リタレハナリ

三　相續財産及相續人ノ雙方ニ對シテ同時若ハ順次ニ破産ノ宣告アリタル場合ニハ相續人カ限定承認ヲ爲セハ相續債權者及受遺者ハ相續財産ニ對シテノミ其權利ヲ行ヒ得ルコト勿論ナリト雖モ相續人カ單純承認ヲ爲セハ相續債權者及受遺者ハ其債權ノ全額ニ付キ獨リ相續財産ニ對シテノミナラス相續人ノ破産財團ニ對シテモ亦其ノ權利ヲ行フコトヲ得然レトモ相續人ノ固有債權者ハ相續人ノ破産財團ニ對シテハ相續債權者及受遺者ニ先チテ優先ニ辨濟ヲ受ク又相續債權者及受遺者ハ相續財産ニ對シテハ優先的ニ辨濟ヲ受クルカ故ニ相互ニ不公平ナル結果ヲ生セス(草案第二十條、第二十一條、第二十七條、第二十九條)尙ホ現行法ニ於テハ後ノ場合ニ別除權ヲ與フルコトハ後ニ說明スヘシ

第四　民法第九百八十九條又ハ第九百九十一條ノ場合ニ於ケル破産

民法第九百八十九條又ハ第九百九十一條ノ場合即チ隱居又ハ入夫婚姻若ハ國籍喪失ニ因リテ家督相續ノ開始サレタル場合ニハ特ニ前戸主ノ債權者ヲ保護スル爲メニ第九百八十九條ノ場合ニハ前戸主ニ對スル辨濟ノ請求權ヲ認メ第九百九十一條ノ場合ニハ家督相續人ニ對シテ其受ケタル財産ノ限度ニ於テ辨

濟ノ請求ニ應スヘキ旨ヲ定メタリ故ニ是等二箇條ノ場合ニハ前戸主ノ債權者ハ家督相續人及前戸主ノ雙方ニ對シテ辨濟ノ請求權ヲ有ス故ニ是等ノ場合ニ於テ相續財產及前戸主、前戸主及相續人又ハ相續財產、前戸主及相續人ニ對シテ破產ノ宣告アリタルトキハ相續債權者及受遺者ハ其債權ノ全額ニ付キ各破產財團ニ對シテ破產債權者トシテ其ノ權利ヲ行フコトヲ得(草案第二十條末段)

右ハ前戸主及相續人ト債權者トノ關係ナリ然ルニ前戸主ト相續人トノ關係ニ於テハ普通ニハ相續人カ民法第九百八十六條ニ依リ一切ノ權利義務ヲ承繼スルモノナルカ故ニ第九百八十九條ノ場合ニハ相續人カ總テノ債務ヲ辨濟スヘキモノニシテ又第九百九十一條ノ場合ニハ家督相續人カ其受ケタル財產ノ限度ニ於テ辨濟ノ責任アルモノナリ故ニ是等ノ場合ニ於テ前戸主カ若シ辨濟ヲ爲ストキハ相續人ニ對シテ求償ノ權利アルハ勿論トス依テ相續人ノ財產ニ對シテ破產ノ宣告アリシ場合ニ債權者カ其破產財團ニ對シテ權利ヲ行ヘハ格別若シ行ハサルトキハ前戸主ハ將來行フコトアルヘキ求償權ノ全額ニ付キ破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得(草案第二十二條)

第四節　破產債權トスヘカラサル債權

先ニ述ヘタル破產債權ノ定義中ニ包含サルヽ債權ナリト雖モ各特別ノ理由ニ基キ草案ニ於テハ明文ヲ以テ破產債權トスヘカラサルモノヲ列擧セリ今逐次左ニ說明スヘシ(草案第二十四條)

第一　破產宣告以後ノ利息

之ヲ除外スル所以ハ蓋利息ハ經過シタル時間ニ對スル元本使用ノ報酬ト見ルヘキモノナレハナリ相續財產ニ對スル破產ノ場合ハ但書ニ依リ例外トシテ破產宣告以後ノ利息モ亦債權額中ニ之ヲ合算ス是草案第十一條ニ於テ相續財產ニ對スル破產ノ場合ニ利息ノ割引ニ關スル第九條及第十條ヲ適用セサルト全ク同一ノ理由ニ基ク其理由ハ他ナシ抑相續財產ニ對スル破產ノ場合ニハ一般ノ破產債權者ニ辨濟ヲ爲シタル後ニ或ハ場合ニ依リテハ殘餘財產ヲ生スルコトアリ此殘餘財產ニ對シテハ債權者ハ破產宣告以後ノ利息又ハ第九條及第十條ヲ適用スレハ割引スヘキ筈ノ利息ヲモ請求スヘキ權利アリ然ルニ其分配ヲ相續人ノ任意ニ之ヲ爲サシムルハ不可ナリ故ニ殘餘財產ニ對シテ更ニ特別ノ

破産ヲ宣告スルカ又ハ或一定ノ順位ヲ規定シ之ニ隨テ相續人ヲシテ之カ分配ノ任ニ當ラシムルカ二途ノ中其一ヲ擇フノ外ナシト雖モ前者ハ徒ニ事ヲ煩雜ニシ失費ヲ多カラシムルノミ而シテ後者モ亦相續人ノ爲メニ不便ニシテ且債權者ノ爲メニ不安心ナリ故ニ相續財産ノ債權者ヲシテ破産宣告以後ノ利息又ハ第九條及第十條ヲ適用スレハ割引スヘキ筈ノ利息ヲモ合セテ破産債權トシテ主張シ得ヘキモノトナシタルナリ然レトモ其代リニ是等ノ利息タルヤ通常ノ規定ニ從ヒ破産債權タルモノト同一順位ニテ配當ヲ受クルニアラス先ツ通常ノ規定ニ從ヒ破産債權タルモノニ辨濟シ終リテ尚ホ殘餘アリタル場合ニ始メテ是等ノ利息タル債權ニ辨濟ヲ爲スモノナルカ故ニ不公平ヲ生スルコトナキナリ（草案第十八條）

現行法第九百八十九條ニ於テモ財團ニ對シテハ破産宣告ノ日ヨリ利息ヲ生スルコトヲ止ムト明言シ破産宣告以後ノ利息ハ破産債權トスヘカラサル旨ヲ明ニセリ然レトモ其利息ヲ生セサルハ法文ニ「財團ニ對シテハ」ト明言セル如ク獨リ破産手續上ニ於テノミ利息ヲ生セサルノ意味ニシテ破産手續終結後ニ於テ之カ主張ヲ爲シ得ヘキハ勿論トス又同條但書ニ抵當權質權其他ノ優先權ヲ以テ擔保セラレタル債權ハ其擔保物ノ賣拂代金ニ滿ツルマテヲ限トシテ利息ヲ生スルコトヲ得ト云ヘルハ是レ別除權者タルカ故ナリ別除權者ハ破産債權者ニアラサルカ故ニ草案ニハ斯ル明文ナシト雖モ解釋上同一ノ結果ヲ生スルモノトス（草案第七條）

唯茲ニ一考スヘキ點ハ民法第四百九十一條第一項ト現行破産法第九百八十九條トノ關係是ナリ民法ノ規定ニ依レハ利息ニ先ツ充當シ而シテ後元本ニ及フ故ニ若シ利息ニ付キ破産宣告後ノ分ヲ債權全部辨濟ヲ受クルマテ計算シ之ニ先ツ擔保物ノ賣拂代金ヲ充當スルモノトスレハ殘額タル債權ハ比較的巨額ニ上ルヘシ然レトモ破産法ノ主意ハ破産宣告ノ時マテノ利息及元本ヲ擔保物ノ賣拂代金ヨリ先ツ辨濟セシメ殘餘アリタル場合ニ於テ始テ其殘餘金ヲ限トシテ利息ヲ生セシムル趣意ナルカ故ニ民法ヲ適用シテ破産宣告ノ前後ヲ問ハス先ツ利息ニ充當セシムル主意ニハアラサルナリ之ニ付テハ大審院ノ判例アリ（大審院判決錄第十一輯第十一卷第六百十八頁）唯草案第三十三條ニハ單ニ未濟ノ債權額ト云フカ故ニ

民法ノ規定ニ依リ利息ニ先ツ充當シタル後ノ殘餘債權タルヤ否ヤ現行法ニ對スルヨリモ却テ不明ニ屬スト雖モ理論上固ヨリ現行法ト同一ニシテ先ツ破產宣告當時ノ利息ト元本トニ充當シ而シテ後殘餘ノ債權ヲ生シタル場合ニ始メテ破產債權タルコトヲ得ルモノト云ハサルヘカラス何トナレハ破產宣告當時ヲ區劃シテ破產債權ノ額ヲ定ムヘキモノナレハナリ

第二 破產宣告以後ノ不履行ニ因ル損害賠償及違約金

債權其モノハ破產宣告前ニ發生シタルモ不履行ナル事實ハ破產宣告後ニ生シタルモノナルカ故ニ之ニ因リテ生スル損害賠償及違約金ヲ破產債權ヨリ除外スルモノトス

第三 破產手續參加ノ費用

是レ亦破產宣告以後ニ生スルモノナルカ故ニ破產債權ヨリ除外ス現行法モ亦然リ（舊商法第千三十三條）

第四 罰金、科料、刑事訴訟費用、追徵金及過料

是等モ亦普通ノ破產債權ト均シク平等ノ辨濟ヲ爲スヲ理論上正當トスルカ如シト雖モ實際上ヨリ觀察スルニ破產ノ場合ニ於テ若シ是等ノモノヲ破產財團ヨリ他ノ債權者ト平等ニ分配ニ與ラシメハ其苦痛ヲ感スル者ハ破產者ニアラスシテ債權者ナリ是レ却テ刑罰等ノ目的ニ反スルモノナリ故ニ殘餘財產アリタル場合ニ於テノミ辨濟スヘキモノトシタルナリ尤モ罰金ノ如キハ換刑處分行ハルヽコトアルヘシ（刑法第十七條）

以上說明シタル一乃至四ノ債權タルヤ破產債權トスヘカラサルニ止リ之カ爲メニ債權者カ全然請求權其モノヲ失フモノニアラス或ハ破產手續以外ニ於テ破產財團ニ屬セサル財產中ヨリ辨濟ヲ受ケ又ハ破產手續終結後ニ於テ其權利ヲ行フコトハ固ヨリ之ヲ妨ケサルナリ

第五節 破產債權者ノ順位

原則トシテ破產債權者ハ皆平等ノ割合ヲ以テ辨濟ヲ受ク是レ實ニ破產ノ目的ナリ（草案第二十五條、商法第千四十五條、第一項）

例外トシテ民法其他ノ法律ニ依リテ破產財團ニ屬スル財產ニ付キ優先權ヲ與ヘラレタル破產債權者アリ此等ノ債權者ハ破產財團ヨリ先ツ優先的ニ辨濟ヲ受ク

例ヘハ一般ノ先取特權ヲ有スル破產債權者ノ如シ一般ノ先取特權者ハ債務者ノ總財產ノ上ニ先取特權ヲ有スル者ニシテ別除權ヲ有スル者ニアラサルカ故ニ優先權者トシテ辨濟ヲ受ケシムヘキモノトス(草案第二十五條第一項)而シテ先取特權カ一定ノ期間內ノ債權額ニ付キ存在スル場合例ヘハ民法第三百九條、第三百十條、第三百十五條、第三百二十四條等ノ場合ニ於テハ其期間ハ破產宣告ノ時ヲ標準トシテ之ヲ起算スヘキモノトス蓋先取特權カ擔保スル破產債權其モノヲ破產宣告ノ時ヲ限界トシテ積算スルモノナレハナリ(草案第二十六條)

又現行法ニハ破產者カ資本ヲ分チ數箇ノ營業ヲ爲シタル場合ニ在リテ各營業ニ對スル債權者ノ爲メニ其各營業ニ屬スル財團ニ付キ優先權ヲ以テ辨濟ヲ受クル權利ヲ認メタリ(舊商法第千四十五條第二項)蓋舊商法ハ商人ノミニ破產ノ宣告アルモノトシ商號ニ付テモ商人カ資本ヲ分チテ數箇ノ營業ヲ爲ストキハ各營業ニ付キ各別ノ商號ヲ必要トスルモノトス(舊商法第三條)且商人ハ帳簿ヲ備ヘテ其資本ノ狀態等ヲ明ニスルカ故ニ各營業ニ對スル財團ノ範圍明瞭ナルヘシト認メタルニ因ルモノナリ而シテ民事債權者ト商事債權者トノ關係ニ付キテハ法文明ニ規定スル所ナキモ同條ハ單ニ商事債權者間ノ關係ノミヲ規定シタリトナスヲ至當トスルカ故ニ民事商事債權者間ノ關係ハ平等ト解釋スルヲ以テ至當トスヘキカ草案ハ商人非商人ニ通シテ破產ノ宣告アルモノトシ商人カ資本ヲ分チテ營業ヲ爲ス場合ニ付テモ斯ル優先位ノ特例ヲ認メサリシ

尙ホ草案第二十七條及第二十九條ニハ相續財產、相續財產及相續人、相續財產及前戶主ニ對シテ破產ノ宣告アリタル場合ニ關シテ優先的辨濟ノ順位ヲ定メタリ一言ニシテ之ヲ蔽ヘハ各固有財產ニ付テハ各固有債權者ニ優先的ノ辨濟ヲ得セシメントスルニ過キサルモノトス(民法第千三十三條、第千四十二條、第千四十七條、第千四十八條、第千五十條、第二項、第千四十一條、第二項)

第六節　破產債權者ノ地位

破產債權者ノ地位トシテ研究スヘキ點二アリ曰ク破產債權者ノ破產財團ニ對スル關係曰ク破產債權者相互ノ關係是ナリ今此二點ヲ左ニ說明セン(法學協會雜誌第二十二卷第十號拙著論文參照)

第一　破產債權者ノ破產財團ニ對スル關係

破產宣告ノ效力トシテ破產債權者團體ハ破產財團ニ對シテ質權若ハ差押權ヲ

取得ストナスノ說獨逸ニ於ケル一二有力ナル學者間ニ行ハルト雖モ之ヲ以テ未タ破產關係ノ全部ヲ說明スルニ足ラサルノミナラス法律ニ於ケル明文上ノ根據ナクンハ斯ル說ハ容易ニ之ヲ採用スヘカラサルナリ既ニ說明シタルカ如ク破產ハ一ノ訴訟事件ニシテ其當事者間ニ單ニ訴訟的法律關係ヲ生スルノミニシテ破產債權者ハ破產財團ニ對シテ單ニ共同ノ强制執行ヲ爲スニ過キサルナリ故ニ破產債權者ノ破產財團ニ對スル關係モ亦一個ノ訴訟的法律關係ニ過キスシテ破產債權者ハ其財團ヨリ排他的ニシテ且其相互ノ間ニ於テハ共同的ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有スルニ過キサルナリ要スルニ破產ノ效力トシテ破產債權者ノ破產財團ニ對スル實體上ノ權利ニマテ變更ヲ及シ破產債權者ハ破產財團ニ對シテ質權若ハ差押權ノ如キ新ナル權利ヲ取得ストナスハ不可ナリ

第二　破產債權者相互ノ關係

破產債權者ハ破產手續ニ依ルニ非サレハ其權利ヲ行フコトヲ得ス（草案第八條舊商法第九百八十七條）蓋一方ニ於テハ既ニ破產手續ノ進行中ニ拘ラス破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘキ者カ破產手續ニ參加セス從來ノ如ク自由ニ其權利ヲ行使シ破產者ノ財產ニ對シテ個々ノ强制執行ヲ爲シ得ヘクンハ各債權者ニ平等ナル滿足ヲ得セシメントスル破產手續ハ到底之ヲ遂行スルコト能ハサルヘケレハナリ尤モ草案ニハ但書ヲ附シテ作爲又ハ不作爲ノ義務ノ履行ヲ請求スルハ此限ニ在ラスト云ヒタルカ故ニ之ノミハ例外ヲ成ス。モノナリ何故ニ斯ル例外ヲ設ケタルカ是レ蓋破產ノ宣告アルモ債務者ハ作爲又ハ不作爲ノ自由ヲ喪フモノニアラサルカ故ニ債權者ニ於テ之カ履行ヲ請求シ又其履行ヲ受クルハ破產手續ニ依ラスシテ可ナルノ意ヲ示シタル。モノナリ現行法ニハ各個債權者ハ破產處分中破產者ノ財產ニ對シテ强制執行ヲ爲スコトヲ得スト云フニ止ルカ故ニ作爲又ハ不作爲ノ義務ヲ目的トスル債權者ヲ以テ縱シ破產債權者ナリトスルモ草案ノ如キ但書之ナシト雖モ破產手續以外ニ於テ之カ履行ノ請求ヲ爲シ又ハ破產者ヨリ任意ノ履行ヲ爲シ債權者ハ之カ履行ヲ受クルコトヲ妨ケサルナリ右ノ如ク破產債權者ハ原則トシテ破產手續ニ依ルニアラサレハ其權利ヲ行フコトヲ得サルカ故ニ破產ノ宣告ハ獨リ破產者自身ニ對シテ拘束力ヲ生スルノミナラス債權者ニ對シテモ亦其效力ヲ生シ債權者ニシテ其權利ヲ行

使セスンハ則チ已ム苟モ之ヲ行使スル以上ハ破産手續ニ依ラテルヘカラス是ニ於テカ破産債權者ハ破産宣告ニ因リ一ノ團體ヲ形成シテ其權利ヲ行フモノナリ其團體ノ性質ニ關シ或ハ一ノ法人ヲ形成スト說明スル者アリ或ハ一ノ組合體ヲ形成スト解釋スル者アリ然レトモ是等ノ說明ハ何レモ正鵠ヲ得タルモノニアラス

既ニ說明セル如ク破産ハ訴訟事件ナルカ故ニ其當事者間ニ生スル關係モ亦訴訟的法律關係ニシテ破産債權者ハ相互ノ間ニ於テ實ニ共同訴訟ノ關係ニ立ツモノナリ抑々各債權者カ其債權ヲ屆出テ破産手續ニ參加スルコトハ恰モ訴ノ提起ニ該當ス而シテ(1)實體上ノ請求權タル各破産債權ノ存否ノ確定セラルヽコトハ破産債權者相互ノ爲メヨリ云ヘハ偶然ニモ同一ノ破産手續中ニ於テ之ヲ爲スモノニシテ各債權者ハ相互ニ偶然的共同訴訟人ノ關係ニ立ツモノナリ何トナレハ各債權者ハ其共同ノ債務者カ破産シタルカ爲メニ偶然ニモ同一手續中ニ於テ債務者ニ對シテ其權利ヲ行フノ已ムヲ得サルニ至リタルモノナレハナリ然レトモ(2)形式上ノ請求權即チ破産手續ニ參加シテ破産財團ヨリ公平ナル辨濟ヲ受ケントスル權利ヨリ言ヘハ眞實債權者ニアラサルモノ即チ所謂自稱債權者カ其債權ヲ屆ケ來ルトキハ各債權者カ辨濟ヲ受ケ得ヘキ額ハ其レタケ減少セシメラルヽニ至ルヘキカ故ニ各債權者ハ其屆出テタル債權ニ對シ縱令破産者自身ハ之ヲ默過スル場合ニ於テモ債權者相互ノ間ニ於テハ異議ヲ述フルノ權利ヲ有ス此相互ノ異議ノ訴ノ關係ヨリ言ヘハ其異議ノ訴ハ各債權者ノ爲メニ唯合一的ニノミ確定セサルヘカラス換言スレハ一人ノ爲メニ異議カ成立シ他ノ者ノ爲メニ成立セスト云フコトヲ得ス(草案第二百四十六條)故ニ總テ形式的請求權ノ關係ヨリ言ヘハ各債權者ハ所謂必要的共同訴訟ノ關係ニ立ツモノナリ之ヲ要スルニ實體上ノ債權ヲ破産者ニ對抗スル點ヨリ言ヘハ各債權者ハ相互ニ偶然的共同訴訟ノ關係ニ立ツモノニシテ形式上ノ請求權ノ關係ヨリ言ヘハ各債權者ハ相互ニ必要的共同訴訟ノ關係ニ立ツモノト云フヘキナリ

第三章　別除權者

第一　別除權ノ定義

別除權トハ破産財團ニ屬スル特定財産ニ付キ破産債權者ニ先チテ辨濟ヲ受ク

ル權利ヲ謂フ（草案第三十條商法第九百九十七條）此定義ヲ分析シテ左ニ其要件ヲ說明スヘシ

一　別除權ハ破產財團ニ屬スル財產ニ對シテ行フ權利ナリ此點ニ於テ後ニ說明セントスル所ノ取戻權ト之ヲ區別スルコトヲ得蓋取戻權ハ破產財團ニ屬セサル財產ニ對シテ行フ權利ナレハナリ別除權ハ破產財團ニ屬スル財產ニ對スル權利タルノ結果トシテ破產宣告後更ニ其物ノ上ニ物上擔保權ヲ取得サルヽノ虞ナシ又其目的物ヨリ別除權者ニ辨濟ヲ爲シテ殘餘ヲ生スルトキハ其殘餘ハ當然破產財團ニ歸屬スルコトハ言ヲ俟タス現行法第九百九十七條ノ末文ニ剩餘アルトキハ買主之ヲ財團ニ拂込ムヘシト云フハ即チ之カ爲メナリ又第三者カ破產者ノ債務ノ爲メニ物上擔保ヲ供シタル場合ハ別除權ノ問題ヲ生セス何トナレハ該財產ハ破產財團ニ屬セサレハナリ

二　別除權ハ特定ノ財產ニ對スル權利ナリ例ハ或動產若ハ不動產ニ對スルカ如シ故ニ此點ニ於テ財團債權者ヨリ之ヲ區別スヘシ財團債權者モ亦破產債權者ニ先チテ破產財團ヨリ辨濟ヲ受クル權利ナリト雖モ特定財產ニ對シテ行フモノニアラス又一般ノ先取特權者ニ別除權ヲ與ヘサルモ亦之ト同一ノ理由ニ基ク蓋一般ノ先取特權者ハ民法ノ規定ニ依リ債權者ノ總財產ノ上ニ有スル權利ナレハナリ

三　別除權者ハ破產債權者ニテラス（草案第七條）破產債權者中ニモ辨濟ヲ受クルニ付テ其順位ノ存スルコトアルハ既ニ說明シタル所ナリ別除權者ハ同シク破產財團ニ屬スル財產中ヨリ優先的ノ辨濟ヲ受クト雖モ破產債權者ニアラサルカ故ニ破產債權者中ノ優先位者トハ之ヲ區別スヘシ然レトモ別除權者ニシテ普通ノ破產債權者タリ得ル資格ヲ兼ネタル場合ニハ別除權ノ全部若クハ一部ヲ拋棄シテ單ニ破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ妨ケス又別除權者カ其別除權ノ行使ニ因リテ辨濟ヲ受クルコト能ハサルヘキ豫定額ニ付テハ之ヲ屆出テヽ普通ノ破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ（草案第三十三條第二百二十三條第二項商法第九百九十九條）

第二　別除權ノ種類

草案竝ニ現行法ニ規定シタル別除權者ニ三種アリ

一　物上擔保權者　即チ留置權者、特別ノ先取特權者、質權者及抵當權者是ナリ

（草案第三十條商法第九百九十七條）是等ノ物上擔保權者ニ別除權ヲ與フルハ固ヨリ當然ノコトニシテ寧ロ是等ノ權利自體ノ效力ト云フモ可ナリ而シテ是等ノ權利者中ニハ同時ニ破產者ニ對スル債權者ニシテ別除權ヲ拋棄シテ破產債權者タリ得ル者アリ又破產者カ他人ノ債務ノ爲メニ物上擔保ヲ供與シタル場合ニ於ケル權利者モアルヘシ而シテ後者ノ場合ニ在テハ終始別除權者タリ得ルニ止ルモノトス

一般ノ先取特權者ニ別除權ヲ與ヘサルコトハ既ニ一言シタリ蓋一般ノ先取特權ハ債務者ノ總財產ノ上ニ行フ權利ニシテ破產ノ宣告アリタル場合ノ如キハ寧ロ破產財團ヲ換價シテ得タル總財產ノ上ヨリ優先的ニ辨濟ヲ受クヘキ者ノ範圍ニ屬スルナリ（草案第二十五條第一項）唯現行法第九百九十七條ニ於テハ別ニ優先權ト云フカ故ニ一般ノ先取特權モ亦別除權ヲ有スルヤ否ヤ一疑問ナリト雖モ現行法ニ於テモ一般ノ先取特權者ニハ別除權ヲ與フヘキモノニアラス蓋舊商法ハ新民法ニ先チテ制定セラレ一般ノ先取特權ノ效力ノ何タルコトモ新民法ニ依リテ始テ定メラレタルモノナルカ故ニ二者ヲ併セ施行スル場合ニ於テ斯ル疑ヲ生スルハ異トスルニ足ラス然レトモ一般ノ先取特權ハ債務者ノ總財產ノ上ニ存スル權利ナルカ故ニ若シ一般ノ先取特權者トシテ別除權ヲ有セハ第九百八十七條ノ規定ニ從ヒ破產手續以外ニ於テ債務者ノ總財產ノ中何レノ部分ニ對シテモ其權利ヲ行フコトヲ得之カ爲メニ破產管ヘ人ハ其職務ヲ妨害サレ破產手續ハ到底之ヲ遂行スルコト能ハサルニ至ル財シ故ニ一般ノ先取特權者ニ別除權ヲ與フルハ到底破產手續ノ性質ト相容レス故ニ現行法ニ於テモ一般ノ先取特權者ハ別除權ヲ有セス第千四十五條第一項ニ依リ單ニ優先位者トシテ破產財團ノ總額中ヨリ辨濟ヲ受ケ得ルニ過キサルナリ

留置權者ニ別除權ヲ與フヘキヤ否ヤハ疑問ナリ何トナレハ留置權者ハ其債權ノ辨濟ヲ受クルマテ他人ノ物ヲ單ニ留置スル權利ヲ有スルノミニシテ其物ヨリ直ニ辨濟ヲ受クル權利者ニアラサレハナリ然レトモ債權全額ノ辨濟ヲ受クルマテ其物ヲ留置セラルヽハ他ノ債權者ノ苦ノ其程度ヨリ云ヘハ其物自體ヨリ先ツ辨濟ヲ受ケラルヽト毫モ異ナル所アラス又破產手續ノ上ヨ

リ云フモ留置權ヲ有スル債權者ヲシテ普通ノ破產債權者トシテ其債權ヲ屆出テシメ而モ財團中ノ或特定物ニ付キ債權全額ノ辨濟ヲ受クルマテ其物ヲ留置スル權利ヲ行ハシムルハ唯徒ニ破產手續ヲ遲緩セシムルニ過キス故ニ草案ニ於テハ斷然他ノ物上擔保權者ト均シク留置權者ニモ亦別除權ヲ與ヘタルナリ

同一ノ目的物ニ付キ留置權、特別ノ先取特權等物上擔保權ノ競合シタルトキハ其權利者間ニ於ケル順位ハ固ヨリ民法其他ノ法律規定ニ依リテ定ルモノトス（舊商法第九百九十八條）草案ニハ斯ル明文ナキモ是レ當然ノ事トシテ明文ヲ置カサルナリ

二　共有ニ關スル債權ノ爲メノ別除權、財產權ノ共有者ノ一人カ破產シタル場合ニ於テ共有ニ關スル債權ヲ有スル他ノ共有者ハ分割ニ因リテ破產者ニ歸スヘキ共有財產ノ部分ニ付キテ別除權ヲ有ス（草案第十一條）是レ民法第二百五十九條ト同一ノ理由ニ基ク抑共有財產ヲ分割シ破產者ノ有ニ歸スヘキ部分ハ畢竟之ニ關スル債權ヲ引去リタル純粹ノ殘存部分ニシテ其殘存部分カ破產財團ニ歸スヘキモノナリ故ニ共有ニ關スル債權ニ付テハ別除權ヲ與ヘテ先ツ破產者ニ歸スヘキ部分ニ付テ辨濟ヲ受ケシムヘキナリ而シテ該共有關係ハ破產宣告ノ當時ニ於テ之ヲ有セサルヘカラス既ニ分割シ終テ共有關係ノ消滅シタル後ニ於テハ此條文ノ適用ナシ蓋法文自身カ常ニ共有關係ノ存スル場合ニ於テ共有者ノ一人カ破產シタル場合ヲ豫想スレハナリ

三　相續債權者及受遺者ノ別除權　現行法ニ於テハ相續人ノ破產ノ場合ニ其取得シタル相續財產ニ付キ相續債權者及受遺者ノ爲メニ別除權ヲ認メタリ（舊商法第千條）然レトモ（イ）其取得ノ原因ハ支拂停止後ニ生スルコトヲ要ス蓋現行法ニ於テハ支拂停止ヲ以テ破產原因トナシタルカ故ニ支拂停止前ニ於ケル取得ハ普通ノ財產取得ト同一ニシテ債務者ノ財產トシテ他ノ債權者ノ爲メニモ擔保視セラルヽニ至ルヲ以テナリ而シテ支拂停止後ノ取得タル以上ハ破產產宣告後ノ取得ハ勿論未タ破產ノ宣告ナキ場合ノ取得タリトモ別除權ヲ發生スヘシ又茲ニ遺產ヲ取得シト云フハ家督相續、遺產相續ヲ包含スヘク又包括遺贈ノ場合モ遺產相續人ト同一ノ權利義務ヲ有スルカ故ニ此中ニ含マ

ルト云ハサルヘカラス(民法千九十二條)(ロ)又別除權ノ生スルニハ單純承認アリタル場合ニ限ル何トナレハ限定承認ノ場合ハ特ニ別除ノ必要ヲ見サレハナリ(ハ)又別除ノ目的物ハ現存スルコトヲ要ス即チ相續財産カ尚ホ現存スルカ又ハ未タ債務者ニ支拂ハレサル相續財産所屬ノ金錢アルコトヲ要ス既ニ相續財産カ相續財産トシテ現存セス又金錢ニシテ既ニ債務者ニ支拂ハレ債務者ノ財産ニ混同シタルトキハ別除權ヲ行フコトヲ得ス是レ法律ハ之ニ依リテ別除ノ目的物ノ消滅シタリト認メタルニ依ルモノナリ

草案ニ在リテハ斯種ノ別除權ヲ認メス蓋相續債權者及受遺者ハ民法上財産分離ノ請求權ヲ有スルノミナラス相續財産ニ對シテモ亦破産ノ宣告アルモノト認メ相續債權者及受遺者ヲシテ相續人ノ債權者等ニ先チテ辨濟ヲ受ケシムルモノトシタルヲ以テナリ(草案第十七條)

第三　別除權ノ行使

別除權ハ破産手續ニ依ラスシテ之ヲ行フ(草案第二條)故ニ別除權者ハ破産手續以外ニ於テ別除ノ目的物ヲ差押ヘ之カ强制執行ヲ爲シ得ヘキナリ即チ其擔保物ノ賣拂代金ヨリ費用利息及ヒ元金ノ支拂ヲ受クルコトヲ得而シテ其辨濟ノ充當ハ民法ノ規定ニ依ル然レトモ利息ニ付テハ既ニ述ヘタル如ク財團ニ對シテハ利息ヲ生スルコトヲ止メ唯賣拂代金中殘餘ヲ生スル場合ニ其額ヲ限トシテ利息ヲ生スルモノナルカ故ニ民法第四百九十一條ノ規定ハ利息ニ付テ先ツ破産宣告ノ前日ノ分マテヲ計算シテ之ニ先チ充當スルモノト解スヘキナリ(舊商法第九百八十九條但書)然ルニ別除權ノ目的タル財産ハ破産財團ニ屬シ破産財團ノ管理及處分權ハ破産管財人ニ專屬スルカ故ニ(草案第四十三條、舊商法第九百八十五條)別除權者カ其權利ヲ行使スルニハ破産管財人ニ對シテ裁判上又ハ裁判外ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ要ス(舊商法第千六條第二項)管財人ハ別除權者ニ辨濟ヲ爲シテ別除權ノ目的タル財産ヲ受戻シ之ヲ破産財團ニ組入ルヽコトヲ妨ケス別除權ノ主張ニ對シテ管財人之ヲ承認スレハ可ナルモ若シ承認セサルトキハ別除權者ハ裁判所ニ訴フルノ外ナシ破産宣告前ニ既ニ訴訟カ繫屬セル場合ニ於テハ管財人ニ對シ又ハ管財人ヨリ訴訟ヲ受繼クコトヲ得(草案第六十八條、第六十九條、舊商法第九百八十五條第三項)別除權者ハ如何ナル時期ニ於テモ其權利ヲ行使スルコトヲ得凡ソ權利ハ權利

者カ之ヲ行使スルト否トハ其者ノ自由ナレハナリ然レトモ管財人ハ別除權ノ目的タル財產ニ付テモ之ヲ換價スル權能ヲ有ス（草案第百九十九條、舊商法第千十八條）之ヲ換價シタルトキハ別除權ノ原因タル權利カ消滅シタルトキト否トヲ區別シテ考察スルコトヲ要ス其消滅セサル場合例ハ別除權ノ原因タル權利ヲ留保シテ換價シタル場合ノ如キハ別除權者ハ第三取得者ニ對シテ其權利ヲ主張スヘシ之ニ反シテ競賣ニ依リテ換價シ別除權ノ原因タル權利カ消滅シタルトキハ（競賣法第二條）草案ノ規定ニ依レハ爾後別除權ハ代金ノ上ニ存ス而シテ別除權者カ受クヘキ金額ハ之ヲ供託スルコトヲ要ス（草案第百九十九條第二項）故ニ中間配當又ハ最後ノ配當ニ在リテモ既ニ其權利ヲ行使シタル別除權者ニ辨濟スヘキ部分ハ常ニ其金額ヲ供託スルコトヲ要ス別除權者カ其權利ヲ行使シタル後ハ管財人ハ常ニ之ニ辨濟ヲ爲スノ義務アリ故ニ若シ別除權者カ受クヘキ金額ヲ供託セスシテ之ヲ破產債權者間ニ配當シタルトキハ管財人ハ之カ損害賠償ノ責ニ任セサルヘカラサルノミナラス（草案第百六十一條、舊商法千十一條）財團ハ不當利得ヲ爲シタルモノナルカ故ニ別除權者ハ財團債權者トシテ爾後其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ

唯問題トナルハ別除權者カ未タ其權利ヲ行使セサルモ別除權ノ存在スルコトハ管財人之ヲ知レル場合ニ將來或ハ行フコトアルヘキ別除權ノ爲メニモ尙ホ管財人ハ其金額ヲ供託シ置ク必要アリヤ否ヤ管財人ハ破產債權者ニ付テモ其債權ヲ屆出テ、破產手續ニ參加セサルトキハ之カ爲メニ配當ヲ割リ充ツル必要ナキト均シク別除權者ニ在リテモ其權利ヲ行使シ來ラサルトキハ之ニ辨濟ヲ爲スノ必要ナシ故ニ草案第百九十九條第二項ノ「受クヘキ金額」ト云フ中ニハ別除權者カ將來其權利ヲ行使シテ受クルコトアルヘキ金額ハ包含セサルモノト知ルヘシ然レトモ一旦權利ヲ行使シ來ルトキハ之ニ辨濟ヲ爲サヽルヘカラサルニ依リ其結果ハ供託ヲ爲シタル場合ト全タ同一ニシテ若シ供託ナキ場合ハ別除權者ハ財團債權者トシテ優先的辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ而シテ破產手續終結後ニ於テハ過分ノ配當ヲ受ケタル各破產債權者ニ對シテ不當利得ノ訴ニ依リ其返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

第四　準別除權者

別除權者ノ權利ノ目的タルモノハ破產財團ニ屬スルモノナリ故ニ破產財團ニ

屬セサル差押禁止ノ財産ノ上ニ留置權、先取特權又ハ質權ヲ有スル者ハ別除權者ニアラス（草案第五十三條第四號）然レトモ是等ノ權利者ニ付テモ亦別除權者ニ關スル規定ヲ準用スル必要アリ例ハ其權利ノ目的物ヨリ先ツ辨濟ヲ受ケテ其殘餘ノ豫定額ニ付テノミ破産債權者トシテ其權利ヲ行ハシムルカ如キ又破産手續ニ依ラスシテ直ニ其權利ヲ行ハシムルカ如キ是ナリ故ニ別除權者ニ關スル規定ヲ準用ス（草案第十四條第三）

第四章　財團債權者

第一節　財團債權ノ定義

財團債權トハ破産財團ヨリ破産債權者ニ先チテ辨濟ヲ受クル權利ヲ謂フ此定義ヲ分析シテ左ニ其要件ヲ説明スヘシ

一　破産財團ヨリ辨濟ヲ受クル權利ナルカ故ニ別除權者ニ同シキカ如シト雖モ別除權ハ破産財團中ノ特定ノ財産ニ付キ行フ權利タルニ止ルモ財團債權ハ之ニ反シテ破産財團ノ全體ノ上ヨリ辨濟ヲ受クル權利ナリ尤モ別除權者ノ權利ノ目的タルモノハ自然其中ヨリ除外サルヽハ勿論トス又取戻權ハ破産財團ニ屬セサル財産ニ對スル權利ナルカ故ニ其點ニ於テ財團債權ト區別スヘシ

財團債權ハ破産財團ヨリ辨濟スヘキ權利ナルカ故ニ其債務者ハ破産者彼レ自身ナリト云ハサルヘカラス抑ヽ財團債權ノ債務者ハ何人ナリヤニ付テハ破産債權者團體ヲ以テ債務者ナリト見ル説ト破産者ヲ以テ債務者ナリト見ル説トアリ余ハ後説ノ妥當ナルヲ信スルモノナリ前説ヲ採ル者ニ在リテハ破産ノ效力トシテ破産債權者團體カ破産財團ニ對シテ質權若クハ差押權ヲ取得スト爲スモノナリ然レトモ其非ナルコトハ既ニ論述シタリ夫レ破産ノ宣告ニ依リ破産者ハ破産財團ノ管理及處分ノ權利ヲ失フト雖モ（舊商法第九百八十五條第一項草案第四十三號）破産財團其モノヲ失フニハ非ス破産財團其モノハ依然破産者ノ所有ニ屬ス然ラハ即チ破産者所屬ノ財産ヨリ辨濟スル責任アリト云ヘハ破産者カ其債務者ナリト云フノ外ナシ何トナレハ他人ノ債務ヲ自己ノ財産ヲ以テ辨濟スル必要ナケレハナリ又破産者自ラ財團債權者タル場合アルカ故ニ（舊商法第千七條草案第三十五條第八號）同時ニ債權者ニシテ債務者タルヘキ理由ナキニ依リ破産者ヲ以テ財團債權者ノ債務者ナリトスヘカラスト主張スルモノナキニアラス然レトモ是レ破産手續ノ

當然ノ效力トシテ破產財團ト非破產財團トヲ區別スルカ故ニ其二財團間ノ權利義務ノ關係ヲ定メタルモノナリト說明スレハ毫モ不可ナル所ナシ(法政新誌第九卷第四號拙著論文參照)故ニ財團債權ノ債務者ハ破產者彼レ自身ニシテ破產財團ヲ以テ其全部ヲ辨濟シ能ハサリシトキハ破產手續終結後ニ於テモ破產者尙ホ其辨濟ノ責任アリト云ハサルヘカラス

二　破產債權者ニ先チテ辨濟ヲ受クル權利者ニシテ破產債權者ニアラサルカ故ニ(草案第三十九條、舊商法第千四十五條第一項)破產債權者中ノ優先位者ト之ヲ區別セサルヘカラス從テ破產債權者ト同一ノ規定ニ從フモノニアラス例ヘハ債權ノ屆出、調査等ヲ必要トセス又强制和議ニ服從セス又債權者集會ニ於ケル議決權ヲ有セサルナリ(舊商法第千三十二條第一項)

第二節　財團債權ノ範圍

第一　總テノ破產ニ通スル財團債權

草案第三十五條、現行法第千三十二條等ニ於テ之ヲ規定ス左ニ其種類ヲ說明セン

一　破產債權者ノ共同ノ利益ノ爲メニスル裁判上ノ費用　破產手續ノ開始ヨリ終結ニ至ルマテノ裁判上ノ費用ハ總テ之ニ屬ス即破產宣告ノ申立ニ關スル費用(草案第百四十四條、第百四十五條、商法第百三十九條、第百四十條)破產宣告ノ公告ノ費用、破產者及其法定代理人ノ引致及監守ノ費用、强制和議等ニ因ル破產終結ニ關スル費用等トス唯縱令裁判上ノ費用ナリト雖モ共同ノ利益ノ爲メノ支出ニアラサル以上ハ之ニ屬セス故ニ破產ノ申立ヲ爲スモ破產ヲ宣告スルニ至ラサシ場合ノ費用又ハ債權ノ一般ノ屆出期間後ニ屆出テタル債權ノ爲メノ調査費用(草案第二百二十九條、舊商法第千二十五條第四項末文)ハ共同ノ利益ノ爲メノ費用ニアラサルカ故ニ各債權者ノ自辨トス現行法ノ第一號ニハ裁判費用、管理費用其他破產手續上ノ費用ト云フカ故ニ其範圍廣ク畢竟草案ノ第一號及第二號ヲ包含スルモノトス

二　破產財團ノ管理、換價及配當ニ關スル費用　例ヘハ管財人及監査委員カ財團ノ管理、換價等ノ爲メニ支拂ヒタル實費竝ニ其報酬(草案第百六十二條、第百七十條、舊商法第千九條)破產財團ニ屬スル財產ニ對スル諸稅、公課、公ノ手數料等之ニ屬ス現行法ハ公ノ手數料及諸稅ヲ特ニ第二號トシテ揭ケタリ

三　破産管財人カ破産財團ニ關シテ爲シタル法律行爲ニ因リテ生シタル債權
管財人カ其權限內ニ於テ破産財團ノ管理及換價ノ爲メニ第三者トノ間ニ爲シタル法律行爲ヨリ生シタル債權ナリ例ヘハ財團管理ノ爲メ他人ヲ雇入レタル場合ニ於ケル其給料ノ如シ又訴訟行爲ニ因リテ生シタル債權ノ如キモ此中ニ包含スヘシ現行法ノ第三號之ニ該當ス

四　破産財團ノ爲メニ爲シタル事務管理ニ因リテ生シタル債權

五　破産財團カ受ケタル不當利得ニ因リテ生シタル債權
事務管理又ハ不當利得ニ因リテ生シタル債權カ財團債權タルニハ破産宣告後ニ生シタル債權ナラサルヘカラス何トナレハ破産財團ハ破産宣告後ニ始テ生シ破産宣告前ニ生シタル債權ハ破産者ニ對スル破産債權トナルニ止レハナリ

別除權ノ目的タル財産ヲ換價シタルトキハ草案ノ規定ニ依レハ爾後別除權ハ代金ノ上ニ存ス（草案第百九十九條）故ニ草案ノ規定トシテハ換價後ト雖モ別除權ヲ行使シ得ルカ故ニ毫モ不可ナル所ナシ然ルニ現行法ニハ換價シテ物上擔保權タル別除權カ消滅シタルトキハ如何ナル救濟ヲ與フヘキカ現行法ニハ特別ノ規定ナキモ不當利得ニ因ル財團債權者トシテ其權利ヲ行使セシメサルヘカラス蓋現行法ニハ不當利得ニ因ル財團債權ナルモノヽ特別ノ名稱ナキモ破産財團カ民法第七百三條ニ所謂不當利得ヲ爲スコトハ其類例多シト云ハサルヘカラス然ルニ破産財團カ不當利得ヲ爲シテ其マヽ辨濟セスシテ可ナルノ理由ナキニ依リ縱令現行法ニハ不當利得ニ因ル財團債權ナルモノヽ特別ノ規定存セサルモ事實上ハ存在スルモノト云ハサルヘカラス而シテ別除權者ノ權利カ消滅シテ破産財團ヲ利シタル場合ノ如キハ實ニ破産財團カ不當利得ヲ爲シタル一例ニ該當スルモノナリ故ニ別除權者タルコトヲ得タル者ハ斯ル場合ニ財團債權者トシテ優先的辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ

六　破産管財人カ雙務契約ノ解除ヲ爲サヽルニ因リ破産宣告後其履行ヲ爲スヘキ場合ニ於テ相手方カ有スル債權及破産管財人カ解約ノ申入ヲ爲シタル場合ニ於テ解除ニ至ルマテノ債權　雙務契約ノ當事者ノ一方カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ其宣告ノ當時當事者雙方カ未タ其契約ノ履行ヲ完了

セサルトキハ破産管財人ハ其選擇ニ從ヒ契約ノ解除ヲ爲シ又ハ破産者ノ債務ヲ履行シテ相手方ノ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得（草案第五十九條）故ニ管財人カ契約ヲ解除セスシテ相手方ヲシテ其債務ヲ履行セシメントスルニ當リ相手方ノミヲシテ其契約ヲ完全ニ履行セシメ自己ハ破産シタルカ爲メニ唯破産的配當ノ割合ヲ以テ相手方ニ履行セントスルハ極テ不公平ナリト云ハサルヘカラス故ニ此場合ノ相手方ノ債權ヲシテ財團債權トシテ完全ニ其辨濟ヲ得セシムルモノトシタルナリ（草案第十二條）現行法ニ於テハ當事者雙方ヨリ無賠償ニテ解約ノ申入ヲ爲シ得ルモノトシタリ故ニ財團債權ノ問題ヲ生セス（舊商法第九百九十三條）若シ雙務契約ノ當事者タル破産者ノ相手方カ斯ル救濟的解除權ヲ與ヘラレタルニ拘ラス解除セサルトキハ自ラ不利益ニ甘ンスルモノナルカ故ニ斯ル債權者ハ現行法ノ下ニ於テハ破産債權者タルニ止リ財團債權者タルコトヲ得サルモノナリト云ハサルヘカラス

然ルニ管財人カ解約ノ申入ヲ爲スモ即時ニ契約カ解除サレス解約申入後解除マテニ一定ノ期間經過スルヲ要スルコトアリ例ハ民法第六百二十一條、第六百三十一條及第六百四十二條ノ如シ斯ル場合ニ於テハ其期間内ハ尚ホ契約ノ效力ニ依リ破産財團カ利益ヲ受クルモノト云ハサルヘカラス例ハ民法第六百二十一條ノ場合ニ於テハ管財人カ破産財團ノ爲メニ其賃借物ヲ解除ニ至ルマテノ間利用シタルモノト云ハサルヘカラス故ニ其期間内ニ生シタル賃金ニ付テハ之ヲ財團債權トスルナリ而シテ現行法ニ於テハ唯法律上又ハ慣習上ノ豫告期間ヲ遵守スヘシト云ヒ（舊商法第九百十三條第二項）タルノミニシテ其豫告期間内ニ生シタル賃金ヲ如何ニスヘキヤノ規定ナキ以上ハ財團債權タルコトヲ得サルモノト云ハサルヲ得ス

七　委任終了又ハ代理權消滅ノ後急迫ノ必要ノ爲メニ爲シタル行爲ニ因リテ生シタル債權　委任ハ委任者又ハ受任者ノ破産ニ因リテ終了シ又代理權ハ代理人ノ破産ニ因リテ消滅ス是等ノ場合ニ於テ急迫ノ事情アルトキハ管財人カ其事務ヲ引繼クマテ受任者等ハ其事務ヲ繼續ス（民法第百十一條、第六百五十三條、第六百五十四條）然ルニ此繼續セル事務ノ執行タルヤ畢竟破産財團ノ利益ノ爲メニスルモノニシテ管財人カ行ヘルト毫モ異ル所アラサルカ故ニ之ヲ財團債權トス然

レトモ委任者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ委任者カ破産ノ通知ヲ受ケス且之ヲ知ラスシテ委任事務ヲ處理シタルトキハ之ニ因リテ生シタル債權ハ委任ノ終了ニ拘ラス委任者ニ對シテハ其債權ヲ行ハシムルモ(民法第六百五十五條)單ニ破産債權タリ得ルニ止リ財團債權トスルコトヲ得ス(草案第六條)是レ蓋斯ル債權ハ破産宣告後ニ生シタルニ拘ラス公平ヲ維持スル爲メニ破産宣告前ニ生シタル債權ト同列ニ取扱フニ過キサルモノニシテ急迫ノ事情ニ因リテ生シタル債權トハ其趣ヲ異ニスルヲ以テナリ現行法ニハ之ニ關スル規定ナシ」

八　破産者及其家族ノ扶助料　是レ恩惠的ノ規定ニシテ若シ之ヲ給セスンハ破産者及家族ハ直ニ其生活ノ資料ヲ失フニ至ルヲ以テナリ現行法モ亦同一ノ規定ヲ存ス(舊商法第千七條)

第二　特別ノ破産ニ於ケル財團債權

解散シタル法人ニ對シテ破産ノ宣告アリタル場合ニ清算ニ關スル費用其他清算人ノ行爲ニ因リテ生シタル債權ハ之ヲ財團債權トス是レ猶ホ管財人カ破産財團ノ爲メニ爲シタル行爲タルト均シク破産財團ノ爲メニ利益トナリタルニ依ル(草案第十六條三)

又相續財産ニ對シテ破産ノ宣告アリタル場合ニ於テ相續財産ノ管理並ニ財産ノ分離ニ關スル費用及相續財産管理人又ハ遺言執行者ノ行爲ニ因リテ生シタル債權モ亦財團債權トス是レ亦前述シタル清算人ノ行爲ニ因リテ生シタル債權ト均シク破産財團ノ爲メニ利益トナリタルニ因ル(草案第三十七條、民法第千五十條、第千四十三條、第千五十條、第千四十四條、第千五十三條、第千百十四條、第千百二十條)

第三節　財團債權ノ效力

第一　財團債權ト破産債權トノ關係

財團債權ハ破産債權者ニ先チテ辨濟ヲ受ク(草案第三十九條、舊商法第千七條、第千九條、第千四十五條第一項)是レ固ヨリ當然ノ事ニシテ財團債權ナル特種ノ債權ノ範圍ヲ設ケタル目的モ亦全ク茲ニ在リ而シテ其理由ニ至リテハ既ニ各財團債權ニ付テ說明シタルカ如ク財團債權タルヤ概シテ破産債權者ノ共同ノ利益ノ爲メニ生シタルモノニシテ所謂擔保ノ原因ヲ成スト云フモ可ナリ故ニ先ツ之ニ辨濟ヲ爲スモノナリ夫ノ破産債權者團體カ財團債權者ノ債務者ナルカ故ニ破産財團ヨリ先ツ之ニ辨

濟ヲ爲シテ而シテ殘餘財產ヲ始メテ彼等債權者間ニ配當シ得ヘキモノナリトナス說明ハ非ナリ

第二　財團債權ノ辨濟

財團債權ハ配當ノ手續ニ依ラスシテ之ニ辨濟ス（草案第三十八條、舊商法第千七項）財團債權ハ破產手續中ニ於テ生シタル債權ナルカ故ニ之カ辨濟ハ固ヨリ破產手續中ノ一部トシテ破產管財人之カ辨濟ヲ爲スモ普通ノ配當ノ手續（草案第百五十條以下、舊商法第千四十五條以下）ニ依ラスシテ之ヲ爲ス故ニ辨濟期ノ到ルニ從ヒ管財人ニ於テ隨時之ニ辨濟ヲ爲スモノナリ管財人ニ於テ之カ辨濟ヲ爲サヽルトキハ財團債權者ハ裁判上又ハ裁判外ノ方法ニ依リ之ニ請求ヲ爲スコトヲ得ヘシ

財團債權ハ破產財團ヨリ辨濟ヲ爲スヘキモノナルコト當然ナルカ故ニ管財人ニ在リテハ其既ニ確定シ若ハ自ラ承認シタル財團債權ニ付テハ其職務トシテ之ニ辨濟ヲ爲スコトヲ要ス是レ破產債權者若ハ別除權者ニ對スルト大ニ異ル所ナリ破產債權者ニシテ其債權ヲ屆出テヽ破產手續ニ參加セス別除權者ニシテ其別除ノ目的物ニ對シテ破產手續以外ニ於テ（草案第三十條）其權利ヲ行使セスンハ管財人ハ固ヨリ之ヲ顧慮スルノ必要ナシ然レトモ財團債權ニ在リテハ全然之ト反對ニシテ元來破產手續中ニ生シタル債權ニシテ破產手續中ニ於テ辨濟スヘキ運命アル債權ナルカ故ニ財團債權者ニシテ自ラ其權利ヲ拋棄スレハ格別若シ然ラサルトキハ管財人ハ其當然ノ職務トシテ財團債權者ヨリ未タ自ラ進テ其權利ヲ主張シ來ラサルトキト雖モ既ニ知レタル財團債權ニ付テハ管財人ニ於テ之カ辨濟ノ準備ヲ爲シ置クコトヲ必要トス草案ニ於テハ此趣意第三十八條並ニ第二百八十一條ノ反對推理ヨリ明瞭ナリ

第三　財團債權者間ノ順位

此問題ハ破產財團ヲ以テ財團債權ノ全額ヲ辨濟スルニ不足ナル場合ニ始テ生シ得ヘキ所ノモノトス之ニ付テハ草案ハ各債權ニ付テ別ニ順位ヲ設ケス破產財團カ財團債權ノ全額ヲ辨濟スルニ不足ナルトキハ財團債權ハ各債權ノ割合ニ應シテ之ヲ辨濟スヘキモノトセリ但破產者及家族ノ扶助料ニ至リテハ元來恩惠的ノモノナルカ故ニ例外トシテ之ヲ後ニスルモノトセリ（草案第四十條）現行法ニ在リテハ管財人ノ勤勞ニ對スル報酬ハ財團ヨリ第一ニ之ヲ支拂フト云ヘルカ

故ニ（舊商法第千九條）之タケハ最初ニ支拂フヘキモノトス尚ホ第千三十二條ニ列擧シタル債權ニ付テハ草案起草者ハ其理由書ニ其列擧ハ辨濟ノ順位ナリト說明セサト雖モ法文上ニ其根據ヲ認ムルコトヲ得ス

第五章　破產財團

第一節　破產財團ノ定義

破產財團トハ形式的ニ之ヲ定義スレハ破產手續ニ依リ公平ニ破產債權者ニ配當セラルヘキ破產者ノ財產ヲ謂フ之ヲ實質的ニ定義スレハ破產宣告ノ時ニ於テ破產者ニ屬セル一切ノ財產及破產手續中ニ破產者ニ歸屬シタル財產ヲ謂フ（草案第四十一條）

此定義ヲ分析シテ左ニ說明スヘシ

第一　破產者ニ屬セル財產

破產トハ金錢的ノ價値ヲ有スル物若ハ權利ノ全體ヲ謂フ而シテ玆ニ財產トハ包括財產ノ意ニアラス資產ノ意ナリ又外國所在ノ債務者ノ財產ハ草案ノ主義ニ從ヘハ破產財團ニ屬セス蓋條約等ノ存スル場合ノ外ハ外國ニ於テ强制執行ヲ爲スコト能ハスト認メタルニ因ルモノナリ（草案第十四條第三）破產者等所屬ノ財產ノミカ破產財團ニ屬シ他人所屬ノ財產ノ破產財團ニ屬スヘカラサルコトハ言ヲ俟タサル所ナルモ事實上ハ他人所屬ノ財產カ時トシテ破產財團中ニ存スルコトアリ此場合ニ其他人ハ取戻權ヲ行使シテ自己所屬ノ財產ヲ取戻スコトヲ得（草案第十四條第七）

又法令ノ規定ニ依レハ沒收スヘキモノト雖モ破產宣告前ニ確定判決又ハ處分ニ依リテ沒收セサル以上ハ今尙ホ破產者ニ屬スル財產ト云フコトヲ得ヘキカ故ニ該財產ハ破產財團ニ屬ス然レトモ法律ニ於テ禁制シタル物件ニ付テハ之ヲ沒收スルハ破產ノ宣告アリタルト否トヲ問ハサルカ故ニ破產財團ニ屬セス（草案第四十二條、刑法第四十三條、第四十四條）

第二　破產宣告前又ハ破產手續中ニ歸屬セル財產

元來破產財團ノ範圍ハ破產宣告ノ時ニ於テ破產者ニ屬セル財產ノミニ限ルヤ又ハ破產手續終結マテニ破產者ニ歸屬セル財產モ亦破產財團ニ屬スルモノトスヤナカニ付テハ從來二主義アリ第一ノ主義即チ獨逸主義ハ破產財團ノ範圍ハ

破産宣告ノ當時破産者ニ屬セル財産ニノミ限ルトナスモノナリ其主タル理由ヲ述フレハ破産債權者ノ範圍ハ破産宣告當時ノ債權者ニ限ル然ルニ破産宣告後新ニ取得シタル財産モ亦破産財團ニ屬ストセハ破産宣告後新ニ生シタル債權者ノ爲メニ不公平ナリ何トナレハ破産宣告後新ニ生シタル債權者ハ一方ニ於テ破産債權者トシテ共同ノ辨濟ヲ受クルコト能ハサルハ勿論他方ニ於テ個々ノ强制執行ヲ爲サントスルモ破産者ノ取得セル財産ハ總テ破産財團中ニ吸收セラレ之カ强制執行ヲ爲スコトヲ得サレハナリ故ニ破産宣告後新ニ取得シタル財産ハ新ニ發生シタル債權者ノ債務辨濟ノ爲メニ其處分ニ委セサルヘカラスト云フニ在リ又附隨ノ理由トシテ破産者ニ速ク輕濟的行動ヲ回復シテ其事業ヲ再興セシムル機會ヲ與フルコト又破産者及其家族ノ生計ノ資料ヲ得セシムルコト又破産手續ヲ速ク終結セシムル爲メタルコト等是ナリ

此主義ニ依レハ第一ノ破産手續ノ終結セサル間ニ又第二ノ破産手續ノ開始アルコトヲ豫想シ得ヘシ而シテ第二ノ破産ニ付テハ破産債權者タルコトヲ得ル者ハ第一ノ破産宣告後ニ新ニ生シタル債權者及第一ノ破産ニ於テ全部ノ辨濟ヲ得ルコト能ハスシテ殘額ニ付テ債權ヲ有スル者ノミニ限ルトナサヽルヘカラス

第二ノ主義ハ羅馬以來佛法系ニ行ハルヽ所ニシテ破産財團ノ範圍ハ獨リ破産宣告當時ノ財産ノミナラス破産手續中歸屬シタル財産モ亦其財團ニ屬ストナスモノナリ此主義ニ依レハ其當然ノ結果トシテ第一ノ破産手續繼續中第二ノ破産開始ノ要ナキ(我現行法モ此主義ニシテ草案モ亦此主義ナリ(舊商法第千九條、第八千一條、草案第四十一條))

右二主義ハ理論上ヨリ云ヘハ獨逸主義匡ヨリ正確ナリト雖モ實際上ノ便益ヨリ云ヘハ第二ノ佛國主義ヲ可トス何トナレハ破産手續中ニ新ニ破産者ニ對シテ債權者ト爲ル者ノ如キハ完全ナル辨濟ヲ受クルコト能ハサルハ固ヨリ始ヨリ豫期セル所ニシテ又實際ニ於テ其例ニ乏シカルヘシ然ルニ破産手續中ニ破産者カ相續其他ノ原因ニ因リテ新ニ財産ヲ取得スルコトハ其例多シ斯ル場合ニ若シ之ヲ破産財團ニ吸收セストセハ從來ノ債權者ハ全ク之ニ手ヲ觸ルヽコトヲ得スシテ空シク破産手續ノ終結ヲ待ツカ然ラスンハ第二ノ破産ヲ申請セ

サルカヘラス是レ徒ニ失費ヲ多カラシムルニ過キス故ニ寧ロ其新ニ取得セル財産モ亦之ヲ破産財團ニ吸收セシムルニ若カス是レ草案竝ニ現行法カ第二ノ主義ヲ採用セシ所以ナリ

第二節　破産財團ニ屬スヘカラサル財産

前節ニ述ヘタル破産財團ノ定義中ニ包含スル破産ニシテ特ニ明文ヲ設ケテ破産財團ニ屬セストナシタルモノアリ即チ左ノ如シ（草案第五十三條）

第一　破産者ノ一身ニ專屬スル財産

破産者ノ一身ニ專屬シ換價ノ目的トナリ得サルモノハ已ムコトヲ得ス破産財團ニ屬セストナスナリ但斯ル權利ノ行使ノ結果取得シタル財産ハ破産財團ニ屬ス例ヘハ扶養ヲ受クル權利ハ一身ニ專屬スル權利ナルカ故ニ權利自體ハ他人ニ讓渡スコトヲ得サルモ斯ル權利ノ行使ノ結果既ニ取得シタル金錢其他ノ財産ハ破産財團ニ屬スルカ如シ

著作權ニ付テハ著作權法第二條ニ於テ之ヲ讓渡スコトヲ得ト云ヒ又同法第十七條ニ依レハ未タ發行又ハ興行セサル著作物ノ原本及其著作權ハ著作權者ノ承諾ナクシテ之ヲ差押フルコトヲ得スト明言セルモ其反對推理ニ依リ既ニ發行又ハ興行シタルモノニ付テハ差押フルコトヲ得ト云ハサルヘカラス故ニ著作權者ノ破産ニ於テ破産財團ニ屬ス（草案第百九十二條第三號）

第二　破産者カ其勤勞ニ因リ破産宣告後ニ受クル財産

縱令破産者カ破産宣告後新ニ取得セル財産モ亦破産財團ニ屬スト爲スノ主義ヲ採リタリトスルモ破産者カ其勤勞ニ因リテ得タルモノハ之ヲ除外スルヲ普通トス其理由ハ破産者及其家族ヲシテ生計ノ資料ヲ得セシムル爲メナルト其經濟的行動ヲ回復セシムル爲メナルトニ在リ

第三　財産以外ノ權利ヲ害セラレタル場合ニ於テ損害ノ賠償ヲ請求スル權利

是レ亦破産者ノ一身ニ專屬シタル權利ノ行動ト認ムルニ由ル殊ニ斯ル權利ノ侵害ヨリ生スル損害賠償ノ請求權ハ本來破産債權者等カ其辨濟ヲ受クル爲メノ擔保視シタルモノニアラサレハナリ

第四　押差ヲ禁シタル財産

財産ハ一般的强制執行ノ性質ヲ有スルカ故ニ個々ノ强制執行ニ於テ差押フル

コトヲ得サルモノハ自ラ其破産財團中ヨリ除外セラレルニ至ルヲ當然トス例ヘハ民事訴訟法第五百七十條、第六百十八條ニ規定シタル財産、華族世襲財産法第十二條、第十四條ニ規定シタル財産、著作權法第十七條ニ規定シタル著作物ノ原本若クハ著作權ノ如シ

第三節　相續財産ノ破産ノ場合ニ於ケル破産財團

相續財産ニ對シテ破産ノ宣告アリタルトキハ是レ亦其資産ヲ以テ破産財團トス但被相續人カ相續人ニ對シ又ハ相續上ノ財産ノ上ニ有セシ權利及相續人カ相續財産ノ上ニ有セシ權利ハ消滅セラレシモノト看做ス（草案第五十條）是レ其混同ニ因リテ消滅センコトヲ恐ルヽヲ以テナリ尚ホ相續人カ單純承認ヲ爲シタル場合ニハ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得サルコトハ既ニ述ヘタリ（草案第十三條）隱居又ハ入夫婚姻ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テ留保財産モ亦破産財團ニ屬スルハ論ヲ�£タス是レ斯ル留保財産ハ元來相續財産ニ屬スヘキ財産ニシテ特ニ隱居者又ハ女戸主ノ利益ノ爲メニ留保シタル財産ニ過キサレハナリ（草案第五十條第二項民法第九百八十八條）

草案第五十一條及第五十二條ハ共ニ相續財産ノ破産ノ場合ニ於ケル破産財團ノ減少ヲ豫防シタル規定ナリトス

第四節　破産財團ノ增減

第一　共有財産權ノ分割

所有權其他ノ財産權ノ共有者ノ一人カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ破産者ノ共有持分ハ破産財團ニ屬スルコトハ言ヲ俟タス然ルニ民法第二百五十六條ノ規定ニ從ヘハ共有者ハ何時ニテモ共有物ノ分割ヲ請求スルコトヲ得ルカ故ニ該規定ニ依リ若シ當事者間ニ何等ノ特約ナキトキハ分割ヲ請求スルコトヲ得ルハ勿論ナリ然ルニ若シ當事者間ニ於テ特約ニ依リテ分割ヲ爲サヽルコトヲ約シ又ハ民法第千十條乃至第千十六條ノ規定ニ依リテ被相續人カ遺言ニ依リテ分割ヲ爲サヽルコトヲ定メタルトキハ如何ニスヘキカ斯ル特約又ハ遺言ハ債權者ノ利益ヲ害スルコト大ナルカ故ニ法律ハ寧ロ債權者ノ執行ノ便宜ヲ圖リ其利益ヲ保護スル爲メニ特約又ハ遺言ニ依リテ分割ヲ爲サヽルノ定アルトキト雖モ分割ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ（草案第四十四條）然レトモ法令ノ規定

ニ依リテ分割ヲ禁シタルモノニ在リテハ分割ヲ爲スコトヲ得ス共有ノマヽ換價スルノ外ナキナリ例ヘハ民法第二百八條及第二百二十九條ニ謂フ所ノ共有物ノ如キ是ナリ(民法第二百五十七條)

右ノ分割ヲ爲スコトヲ得ル權利タルヤ畢竟債權者保護ノ規定ナリ故ニ若シ相當ノ償金ヲ拂フテ償權者ニ滿足ヲ與フルコトヲ得セシメハ故ラニ分割ヲ爲サシムルノ必要ナシ故ニ他ノ共有者ハ相當ノ償金ヲ拂フテ破産者ノ持分ヲ收得スルコトヲ得ルモノトセリ

又右ハ分割ヲ請求シ得ルニ止リ他ノ共有者カ共有ニ關スル債權ヲ有スルニ當リ破産者ニ歸スヘキ共有財産ノ部分ニ付キ民法第二百五十九條ノ權利及草案第三十一條ノ所謂別除權ヲ行使スルコトハ固ヨリ之ヲ妨ケス

第二　家督相續

破産宣告前ニ破産者ノ爲メニ家督相續ノ開始アリ破産者之ニ對シテ既ニ單純承認ヲ爲シタルトキハ管財人ニ於テ之ヲ否認スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ヲ生ス(草案第九十條)之ニ反シテ破産者カ破産宣告後ニ承認ヲ爲ストキハ必ス限定承認ヲ爲スコトヲ要ス蓋破産者自ラ破産ノ宣告ヲ受ケ其債權者ニ完全ナル辨濟ヲ爲スコト能ハサルニ當リテ尙ホ被相續人ノ債務ヲ無限ニ引受クルハ破産者ノ固有債權者ノ利益ヲ害スルニ至ルコト大ナレハナリ破産宣告後ニ破産者ノ爲メニ家督相續ノ開始アリテ之カ承認ヲ爲ス場合モ亦同一ナリトス(草案第十五條)之ニ依リテ家督相續ノ承認ノ問題ハ破産者ニ專屬スル權利ニシテ破産管財人ニ於テ之ヲ爲スヘキモノニアラサルヲ知ルニ足ル又家督相續ノ拋棄ノ問題モ同一ニ解スヘキモノトス(民法第千二十條但書)

第三　遺産相續及遺贈

之ニ付テハ草案ハ全ク財産上ノ見地ヨリ破産管財人ニ於テ之カ承認又ハ拋棄ヲ爲スヘキモノトセリ(草案第四十六條乃至第四十八條)而シテ破産宣告前ノ承認又ハ拋棄ハ否認前ノ問題ヲ生シ(草案第九十一條)破産宣告後ノ承認又ハ拋棄ハ管財人專ラ之ヲ決スルモノナリ

第四　贈與又ハ遺贈ノ負擔ノ計算

破産者カ負擔附贈與又ハ遺贈ヲ受ケタル場合ニ其負擔ノ計算ニ付キ草案第九

條、第十條、第十二條及第十四條ノ規定ヲ準用ス蓋負擔ハ破産債權ト同一視スヘキモノナレハナリ（草案第十九條）

第五節　破産財團ノ管理及處分

破産財團ノ管理及處分ニ關スル權利ハ管財人ニ專屬ス（草案第四十三條蓋商法第九百八十五條第一項）此場合ニ於ケル管財人ノ地位ニ付キテハ學說區々ニ岐ル夫ノ破産債權者團體カ破産財團ニ對シテ質權若ハ差押權ヲ取得ストナス見解ヲ採ルモノニ在リテハ管財人ハ破産債權者團體ノ法定代理人トシテ破産財團ノ管理及處分ヲ爲スモノナリト說明ス然ルニ破産ノ效力トシテ破産債權者團體ハ破産財團ニ對シテ質權若ハ差押權ヲ取得スルモノニアラス破産財團ハ唯破産債權者ニ公平ナル辨濟ヲ爲ス目的ノ爲メニ存在ストナス見解ヲ採ルモノニ在リテハ破産者ハ其目的ノ爲メニ破産財團ノ管理及處分ノ權利ヲ失ヒ破産債權者ヲ害スルカ如キ行爲ヲ爲スコトヲ得スト說明シ之ニ對スル管財人ノ地位ニ付キテハ或ハ純然タル公吏ナリトナス者アリ或ハ破産者ノ法定代理人トシテ財團ノ管理及處分ヲ爲ス者ナリトナスモノアリ或ハ一部分ハ破産者ノ法定代理人ニシテ一部分ハ破産債權者ノ法定代理人ナリトナス者アリ斯ノ如ク其說區々ニ亘ルカ故ニ其詳細ニ至リテハ後ニ管財人ノ節ノ下ニ於テ之ヲ說明スヘシ

破産者ハ破産財團ノ管理及處分ノ權利ヲ自ラ行フコト能ハサルニ至ルト雖モ破産財團其物ノ所有權ヲ失フモノニアラス破産財團其物ハ依然トシテ破産者ニ屬ス草案ノ法文ニ管理及處分ニ關スル權利ハ管財人ニ專屬スト云フト雖モ是レ管財人專ラ之ヲ行フノ意味ニシテ管財人自身ノ權利トナルモノニアラサルコトハ明ナリ故ニ管財人ハ唯破産ノ目的ノ範圍內ニ於テ法律ノ規定ニ從ヒ之カ管理及處分ヲ爲スヘキモノニシテ破産財團ニ屬スル財産ヲ敢テ猥ニ他人ニ贈與シ又其債權ヲ免除スルコトヲ得サルハ勿論ナリトス而シテ破産者モ亦一般ニ權利能力又ハ行爲能力又ハ訴訟能力ヲ失フモノニアラス故ニ破産財團以外ノ財産ニ對シテハ完全ニ之ヲ管理シ又ハ處分シ得ルノミナラス破産財團其物ニ關シテ爲シタル行爲ト雖モ破産債權者ヲ害セサル範圍內ニ於テハ固ヨリ有效タルナリ（草案第五十四條）

然ラハ何時ヨリ破産財團ノ管理及處分ニ關スル權利ハ管財人ニ專屬スルカ之ニ

付テハ次節ニ於テ説明スヘシ

第六節　破産ノ效力發生時期

破産ノ效力多シト雖モ破産者カ破産財團ノ管理及處分ノ權利ヲ失フヨリ大ナルハナシ故ニ破産ハ一般ニ何時ヨリ其效力ヲ發生スルカ其時期ノ問題ノ一般的說明ヲ破産財團ノ章下ニ於テ之ヲ爲スモ必スシモ失當ニアラサルヘシ

我草案ハ破産ノ效力發生時期ニ關スル一般的規定ヲ設ケ破産ハ其宣告ノ時ヨリ其效力ヲ生ストナセリ（草案第一條）故ニ破産財團ノ管理及處分ニ關スル權利ニ付テモ破産者ハ破産宣告ノ瞬間ヨリ之ヲ行フコトヲ得サルニ至ルモノトス現行法ニハ破産ノ效力ノ發生時期ニ關スル斯ル一般的ノ規定ナシト雖モ理論上亦同一ニ解釋セサルヘカラス（舊商法第九百八十一條第一項）破産宣告ノ日時ハ之ヲ破産決定書ニ記載ス（舊商法第九百八十條第七號、草案第百四十八條）斯ノ如ク破産ノ效力ハ其宣告ノ時ヨリ發スルモノニシテ其決定書ノ送達、公告、確定又ハ當事者ノ知リタル時ヨリ發生スルモノニアラサルナリ

外國ニ於テモ佛國ノ現行法並ニ獨法ヲ始メ多クハ皆草案ト同一ノ主義ヲ採レリ

然レトモ猶ホ西班牙ノ如ク破産ハ其支拂停止ノ時ヨリ其效力ヲ發生ストナスモノアリ或ハ墺地利ノ如ク破産ハ其公告ノ時ヨリ其效力ヲ發生ストナスモノアリ然レトモ原則トシテハ草案ノ主義ヲ最モ可トス

第六章　法律行爲ニ關スル破産ノ效力

第一節　破産宣告後ノ破産者ノ行爲

第一　原則

破産者ハ宣告後行爲能力ヲ失ヘル者ニアラサルカ故ニ破産者ハ破産財團ニ關シテモ亦當事者間ニ於テ有效ナル法律行爲ヲ爲スコトヲ得唯其行爲ハ以テ破産債權者ニ對抗スルコトヲ得サルノミ（草案第五十四條、舊商法第九百八十五條第二項）其行爲ハ破産者ノ代理人ニ依リテ爲サレタル場合モ亦同一ナリトス而シテ茲ニ法律行爲トハ例ヘハ破産財團ニ屬スル財産ノ賣買、贈與、債權ノ承認、拋棄、優先權ノ設定、辨濟期ノ延期等皆然リ不法行爲ハ之ヲ含マス然レトモ破産財團以外ノ財産ニ對スル行爲ハ何人ニ對シテモ總テ皆有效ニシテ破産財團ニ關スル行爲モ破産手續終結後ニ於テハ是レ亦有效ナリ

右ノ行爲ハ破產債權者ニ對抗スルコトヲ得サルニ止ルカ故ニ破產債權者ヨリ其行爲ノ效力ヲ援用スルコトハ固ヨリ之ヲ妨ケス例ヘハ破產者カ破產財團ニ屬スル或財產ヲ賣却シタルニ當リ其賣方極テ巧妙ニシテ破產財團ヲ利スルコトアリトスレハ破產債權者ハ毫モ其行爲ヲ無效トスル必要ナク寧ロ其行爲ノ效力ヲ認メ其代金ヲ破產財團ニ拂込マシムルコトヲ努ムルヲ以テ利アリトスヘシ破產者カ贈與ヲ受諾シタル場合ハ殊ニ然リトス故ニ破產債權者ハ破產者ノ破產宣告後ノ行爲ノ效力ヲ援用スルコトヲ得ヘキナリ現行法ノ法文ニハ「支拂其他總テノ權利行爲ハ當然無效トス」ト明言スト雖モ是ハ文字通リニ必スシモ解スヘカラス現行法ノ上ニ於テモ破產者カ贈與ヲ受諾セル場合ノ如キハ之ヲ無效トスヘキノ理由ナキニ依リ現行法ニ於テモ破產債權者ヲ害セサル範圍ニ於テ破產宣告後ノ破產者ノ行爲ヲ有效ト解スヘキナリ

破產者ト行爲ヲ爲シタル相手方ノ地位ヲ見ルニ破產ハ其宣告ノ時ヨリ原則トシテ一般ニ效力アリトナセルカ故ニ破產宣告ノ事實ヲ知リタルト否トヲ問ハサルナリ故ニ其知ラサリシ場合ニ於テモ已ムコトヲ得ス破產債權者ニ對シテハ其行爲ノ效力ヲ對抗スルコトヲ得サルナリ仍テ破產者ヨリ受ケタル給付等ニ付テハ之ヲ破產財團ニ返還セサルヘカラス又既ニ消費シタルモノニ付テハ民法ノ規定ニ從ヒテ之ヲ賠償セサルヘカラス唯其善意ニシテ其結果非常ニ酷ナル場合ニ在リテハ後ニ述フルカ如キ例外ノ規定アリ（草案第五十六條乃至第五十八條）

破產宣告當日ニ爲サレタル行爲ニ付テハ破產宣告ノ時ノ前ノ行爲ナリヤ後ノ行爲ナリヤハ證明ヲ擧クルコト頗ル難シ仍テ法律ハ一應ノ推定ヲ設ケテ破產宣告後ニ爲シタルモノトナセリ故ニ之ヲ爭ハントスル者ヨリ其破產宣告前ノ行爲タルコトノ證明ヲ擧ケサルヘカラス（草案第五十四條第二項）

右述フル所ハ破產者ノ法律行爲ニ依リテ權利ヲ取得シタル場合ニ關係ス然ルニ破產者ノ法律行爲ニ依ラスシテ第三者カ破產財團ニ關シテ權利ヲ取得シタル場合モ亦其狀態ヲ同ウス例ハ第三者カ破產財團ニ關シ法律當然ノ效力トシテ先取特權、留置權其他ノ優先權ヲ取得シタル場合ノ如キ又ハ取得時效ニ因リテ權利ヲ取得シタル場合ノ如キ是ナリ蓋破產ノ目的ハ破產債權者ヲシテ破產財團ニ付キ公平ナル辨濟ヲ得セシメントスルニ在リ然ルニ破產宣告後尙ホ續

續トシテ斯ル權利者ノ生スルコトヲ許サハ猶ホ破産債權者ノ續出シ來ルト均シク破産手續ヲ遂行スルコトヲ得サルヘシ故ニ破産債權者ヲ破産宣告ノ時ヲ以テ區切リタルト均シク破産財團ニ對スル權利者モ亦破産宣告ノ時ヲ以テ區切ルヲ至當トスヘキナリ仍テ第三者カ破産財團ニ關シ破産者ノ法律行爲ニ依ラスシテ取得シタル權利モ亦破産債權者ニ對抗スルコトヲ得ストシタルナリ（草案第五條十）但破産管財人ノ行爲ニ因リテ得タル權利ノ有效ナルハ勿論トス

第二　例外

草案ニ規定シタル例外ニ三アリ

一　登記若ハ登錄アル權利　然ルニ權利ノ設定、移轉若ハ變更ニ付キ登記若ハ登錄ノ制度アルモノニ付テハ前述セル原則ヲ適用セス縱令破産宣告後ニ爲シタル登記、假登記若ハ登錄タリトモ破産債權者ニ對抗シ得ルモノトナセリ（不動産登記法第一條、民法第百七十七條、特許法第三條、第十三條、意匠法第一條、第六條、商標法第一條、第六條）蓋登記若ハ登錄アル權利ニ付テハ人皆登記簿若ハ登錄簿ヲ見テ其記載セル所ニ信ヲ置キ之カ取引ヲ爲スヲ常トス殊ニ其對抗範圍モ登記若ハ登錄アル事項ニ限ラルヽカ故ニ其範圍頗ル明確ニシテ毫モ證明ノ困難ヲ生スルノ虞ナシ故ニ縱令破産ノ宣告アルモ善意ニテ之ト取引ヲ爲シ權利ヲ取得セル者ニ在リテハ例外トシテ其權利ヲ尊重スルコトヽナセリ而モ永久ニ渉リテ其權利ヲ行フコトヲ得サルカ故ニ破産宣告ノ公告前ニ尙ホ繼續シテ善意ニテ爲シタル登記、假登記若ハ登錄ニ付テハ破産債權者ニ對抗シ得ルモノトナシタルナリ（草案第五條十六）

二　破産者ニ對スル債務ノ辨濟　破産者ノ債務者カ破産宣告後善意ニテ爲シタル辨濟ハ是レ亦有效トシ破産債權者ニ對抗シ得ヘキモノトス（草案第五條十七）是レ破産者ノ債權者ノ地位ト其債務者ノ地位トノ比較ヨリ來ルナリ蓋破産者ノ債權者ニ在テハ破産者カ其支拂ヲ停止セシカ或ハ支拂不能ノ境遇ニ在ルカ等ノ如キ事情ハ常ニ之ヲ注視シ居ルナルヘシト雖モ破産者ノ債務者ニ在リテハ其債權者タル破産者ノ平生ノ財産上ノ境遇ヲ注視シ居ルモノニアラス從テ通常ハ其破産的境遇ニ在リヤ否ヤ又ハ破産ノ宣告ヲ受ケタリヤ否ヤヲ調査シテ而シテ後之カ辨濟ヲ爲スヘキモノニアラス故ニ破産者ノ債權者カ破産宣告後ニ辨濟ヲ受ケタルトキハ之ヲ返還セシムル理由十分存在スト

雖モ破産者ノ債務者カ辨濟ヲ爲シタル場合ニ之ヲ無效トスルハ大ニ憐ムヘキモノアリ殊ニ債權者ニ在リテハ其受ケタル辨濟ヲ返還セシムルモ大ナル痛痒ヲ感セス唯他ノ債權者ト同等ノ地位ニ戻リテ辨濟ヲ受クルニ至ルト云フニ過キス之ニ反シテ債務者カ爲シタル辨濟ヲ破産債權者ニ對シテ效力ナシトスレハ債務者ハ二重拂ヲ爲サヽルヘカラス斯ノ如ク債務者ノ地位ハ大ニ憐ムヘキモノアルカ故ニ破産宣告ノ公告前ニ善意ニテ爲セル辨濟ハ之ヲ有效ノモノトシタルナリ（草案第十七條第五）

然レトモ其善意タリシヤ否ヤノ擧證ノ責任ニ至リテハ破産宣告ノ公告前ト後トニ依リテ異ナリ公告前ニ在テハ一應ハ破産宣告ノ事實ヲ知ラサリシモノトノ推定ヲ下シ破産宣告ノ事實ヲ債務者カ知リタルコトノ證明ハ管財人又ハ破産債權者ノ側ヨリ之ヲ擧ケサルヘカラス之ニ反シテ破産宣告ノ公告後ニ在リテハ一應ハ破産宣告ノ事實ヲ知リタルモノト推定シ破産宣告ノ事實ヲ知ラサリシコトノ證明ハ債務者彼自身ヨリ之ヲ擧ケサルヘカラス而シテ其何レノ場合タルヲ問ハス債務者カ爲シタル辨濟カ破産財團ノ利益ニ歸シタルトキ例ハ破産者自身カ其辨濟ヲ受ケタルモ之ヲ私消セス破産財團ヘ拂込ミタル場合ノ如キハ破産財團カ受ケタル利益ノ限度ニ於テハ破産債權者ニ當然對抗シ得ルモノトス是レ管財人自身カ受ケタル辨濟ト異ルナク破産債權者ニ於テ毫モ損失ヲ被ルコトナケレハナリ（草案第五十七條第三項）現行法第九百八十五條第二項ニハ「破産者ニ爲シタル支拂ハ當然無效トス」ト云ヘルモ若シ破産者カ私消セス破産財團ニ拂込ミタル場合ハ固ヨリ有效ト解スヘキナリ

三　破産者カ爲シタル手形ノ支拂

破産宣告ノ公告前善意ニテ破産者ヨリ手形ノ支拂ヲ受ケタル者カ若シ其支拂ヲ受ケサレハ債務者ノ一人又ハ數人ニ對スル手形上ノ權利ヲ失フヘカリシトキハ是レ亦例外トシテ其支拂ヲ以テ破産債權者ニ對抗シ得ルモノトセリ例ハ手形債務者タル破産者ヨリ支拂アリタルカ爲メニ安心シテ其支拂ヲ受ケ拒絶證書作成等ノ手續ヲ踐マサリシニ後日ニ至リテ嘗テ受ケタル支拂ハ破産債權者ニ對シテ其效ナク之ヲ破産財團ニ返還セサルヘカラストセハ今日ニ在リテハ最早拒絶證書作成ノ期日ヲ經過シ遂ニ其者ノ損失ニ歸セサルヘカラサルコト之アルヘシ是レ實ニ手

形債務ノ性質上其支拂ヲ受ケタル者ノ爲メニ酷ナリト云ハサルヘカラス仍ヲ斯ル場合ノ支拂ヲ以テ有效トセリ（草案第五十八條）

第二節　破産宣告前ノ破産者ノ行爲

第一　雙務契約

一　原則　雙務契約ノ當事者ノ一方カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ其宣告ノ當時當事者雙方カ未タ契約ノ履行ヲ完了セサルトキハ管財人ハ其選擇ニ從ヒ契約ノ解除ヲ爲シ又ハ破産者ノ債務ヲ履行シテ相手方ノ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得（草案第五十九條）管財人ニ此選擇權ヲ與ヘタルモノハ他ナシ一方ニ於テ破産債權者ノ利益ヲ圖ルト同時ニ他方ニ於テ相手方ノ權利ヲ害セサル範圍内ニ於テ破産手續ノ終結ヲ速ナラシメンコトヲ冀フカ爲メナリ

若シ管財人ニ於テ破産財團ノ爲メニ契約ヲ履行スルコトヲ利益アリト信セハ破産者ノ債務ヲ履行シテ相手方ノ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得此場合ノ相手方ノ債權カ財團債權タルコトヲ得ルコトハ既ニ述ヘタル所ナリ（草案第三十五條第六號）而シテ此場合ノ破産者ノ債務ニシテ若シ作爲若ハ不作爲ノ義務タル場合ニ於テハ第三者ヲシテ代リテ之ヲ行ハシムルコトヲ得ル性質ノモノタルカ然ラスンハ破産者任意ニ之カ履行ヲ爲サヽルヘカラサルナリ何トナレハ若シ然ラスンハ管財人ニ於テ之カ履行ヲ爲スコト能ハサレハナリ又之ト同理ニテ相手方ノ債務モ亦破産者ノ一身ニ專屬スル債權ニシテ破産者ノミ之カ履行ヲ受ケ得ル債權ニテハ不可ナリ何トナレハ若シ然ランニハ管財人代リテ之カ履行ヲ受クルコト能ハサレハナリ

若シ管財人ニ於テ契約ヲ解除スルヲ以テ破産財團ノ爲メニ利益アリトシ契約ヲ解除シタルトキハ相手方ニ對シテハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償セサルヘカラス仍テ該損害賠償ノ請求權ヲシテ破産債權トシテ其權利ヲ行ハシム（草案第六十一號）又解除ヲ爲シタルトキハ民法第五百四十四條ニ依リ相手方ヲシテ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フカ故ニ若シ相手方ノ給付シタルモノカ破産財團中ニ現存スルトキハ相手方ハ其ノ返還ヲ請求スルコトヲ得給付シタルモノカ現存セサルトキハ其價額ニ付キ財團債權者トシテ其權利ヲ行ハシム（草案第六十二條）若シ然ラサルトキハ破産財團ハ不當ノ利得ヲ爲スニ至レハナリ」

現行法ニ於テハ雙務契約當事者雙方カ未タ完全ニ其債務ヲ履行セサルトキハ當事者雙方ヨリ無賠償ニテ其解約ヲ申入ルヽコトヲ得トセリ(商法第九百九十三條第一項)然レトモ立法論トシテハ寧ロ草案ノ規定ヲ優レリトス即チ現行法ニ於テ一ニハ破産者ノ相手方ニ於テ當然解除權ヲ有ストナスハ非ナリ蓋破産者ノ破産ニ因リ相手方カ却テ利益ヲ受クヘキ理由ナク又管財人ニ於テ破産者ノ債務ヲ履行セントセハ相手方ニ於テ其履行ヲ受クルヲ拒ムノ理由毫モ存セサレハナリ二ニハ無賠償ニテ雙方解除シ得トナスハ非ナリ蓋解除ニ因リ損害ヲ被ル者ハ其賠償ヲ請求シ得ルヲ當然トスレハナリ

契約當事者ノ一方カ既ニ完全ニ其義務ヲ履行シ終リタルトキハ草案第五十九條並ニ舊商法第九百九十三條ノ適用ナシ例ヘハ破産者カ其義務ヲ履行シ終レルトキハ破産者ヨリ相手方ニ對スル債權ハ破産財團ニ屬スル債權タルヘシ又相手方カ既ニ其債權ヲ履行シ終レルトキハ破産者ニ對スル相手方ノ債權ハ破産債權タルニ止ルヘシ而シテ相手方ハ破産財團ニ對シテ解除權等ヲ行フコトヲ得ス(商法第九百九十四條)

以上述フル如ク草案ニ於テハ管財人ニ契約ノ解除ヲ爲スカ又ハ其履行ヲ爲スカノ選擇權ヲ與ヘタリ然ルニ相手方ヨリ云ヘハ權利狀態カ長ク不確定ノ有樣ニ在ルハ頗ル不利益トスル所ナリ仍テ相手方ニ於テ管理人ニ對シテ契約ノ履行ヲ請求スルヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ得セシメ若シ管財人ニ於テ之ニ對シテ遲滯ナク確答ヲ爲サヽリシトキハ契約ノ解除ヲ爲シタルモノト看做セリ蓋管財人ニ於テ其債務ヲ履行シ來ルニアラスンハ相手方モ亦其債務ヲ履行スルノ必要ナキヲ以テ寧ロ解除ト看做スナリ(草案第六十條第一項)

又民法及商法ニ於テ雙務契約當事者ノ破産セル場合ニ於ケル解除ニ付キ既ニ特別規定ヲ設ケタルモノニ在リテモ(民法第六百二十一條、第六百三十一條第六百四十二條第一項、商法第四百五條)解除權ヲ行使スルヤ否ヤハ成ルヘク速ニ之ヲ確答セシムル必要アリ仍テ草案第六十條第二項ノ規定アリ

二　例外

甲　取引所ノ相場アル商品ノ賣買

斯ル賣買ニ付テモ尙ホ前述シタル原則

ヲ適用スルトキハ却テ時日ヲ遷延セシムルノ虞アリ蓋取引所ノ相場アル商品ノ賣買ニ付テハ當事者雙方間斷ナク恰モ連鎖ノ如ク賣買取引ヲ爲スモノナルカ故ニ當事者ノ一方カ破産シテ完全ニ之カ償務ヲ履行セサルコト明白トナリタル以上ハ即時ニ其權利狀態ヲ確定シテ所謂差額取引ニ變更セシメ其差額ヲ相手方ニ支拂ヒ又ハ相手方ヨリ支拂ヲ受クルモノトナスヲ可トス若シ然ルトキハ相手方ハ即時ニ買換ヘ又ハ賣換フルカ故ニ損失ヲ被ルノ虞ナキニ至ルヘキナリ而シテ其差額ハ如何ニシテ算定スヘキヤト云フニ一方ハ元ノ賣買契約ノ代價ニシテ他方ハ現相場ナリ其現相場トハ地ヨリ云ヘハ履行地又ハ其履行地ニ取引所ナキトキハ其履行地ノ相場ヲ支配スル地ノ相場ニシテ時ヨリ云ヘハ破産宣告ノ日ヨリ起算シテ第三日目ニ於ケル平均相場ニシテ契約ノ目的ヨリ云ヘハ同種ノ取引ニシテ同一ノ時期ニ履行スヘキモノヽ相場ナリ而シテ其現相場ト元ノ賣買代價ト比較シテ現相場ノ方高キトキハ買主其差額ヲ取得ス之ニ反シテ現相場安キトキハ賣主其差額ヲ利ス例ハ甲者東京ニ於テ本年二月一日乙者ヨリ米千俵五月三十一日大坂渡ノ約ヲ以テ一俵五圓宛即チ總額五千圓ヲ以テ買取リタリト假定センニ乙者三月三十日ニ破産シタリ然ルトキハ三十日ヨリ起算シ三日目ハ四月一日ナリ四月一日偶日曜等ノ休日ニ相當セハ四月二日ニ於ケル五月三十一日大坂渡米千俵ノ大坂取引所ノ相場ハ何程ナリヤヲ調査スルコトヲ要ス其相場ヲ若シ五千百圓ナリトスレハ其差額百圓ハ買主タル甲者ノ取得トナル甲者ハ其百圓ヲ以テ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得之ニ反シテ其相場ヲ四千八百圓ナリトセハ其差額二百圓ハ賣主タル乙者ノ利得ニ歸ス故ニ其二百圓ハ破産財團ニ屬ス斯ノ如ク差額カ破産者乙ノ有ニ歸スル場合ハ買主タル甲ハ原狀ニ恢復セントセハ破産手續上一錢タリトモ損失ヲ被ルコトナク又利益ヲ受クルコトナシ何トナレハ即時ニ他ノ第三者丙ト全ク同種ノ取引ヲ爲シ原狀ニ恢復スルコトヲ得レハナリ之ニ反シテ甲カ百圓ノ差額ヲ得ル場合ハ却テ破産手續上ハ損失ヲ被ルヘシ何トナレハ百圓ニ對シテハ唯破産的配當ヲ受クルニ過キスシテ當初ノ目的タル履行期ニ於ケル米千俵ヲ新ニ買入レントセハ

五千百圓ヲ完全ニ支拂フノ必要アレハナリ（草案第六十三條）現行法ニハ斯ル特別ノ規定ナキカ故ニ取引所ノ相場アル商品ノ賣買ニ付テモ亦第九百九十三條第一項ノ原則ニ從フノ外ナシ

尙ホ法文上二三ノ注意スヘキ點ヲ說明センニ草案第六十三條ハ第五十九條ノ場合ト均シク賣買契約カ當事者雙方ヨリ未タ完全ニ履行セラレサル場合ヲ謂フ一方カ既ニ完全ニ履行シ終リタル場合ハ同條ノ適用ナシ該契約ノ未履行當事者ハ或ハ破產債權者トナルカ或ハ破產財團ノ爲メニ請求サルヽ債務者トナルヘシ又同條第一項但書ハ法律ノ效力トシテ當事者ノ權利義務ヲ斯ノ如ク定ムルモノナルカ故ニ是レ一種ノ法定ノ損害賠償額ナリ此範圍內ニ於テハ當事者雙方別ニ損害アリシコトノ證明ヲ擧ケテ請求スル必要ナク又之ヨリ以上ノ實際ノ損害アリシコトヲ證明スルモ其賠償ヲ請求スルコトヲ得サルナリ

又標準相場ヲ破產宣告ノ日ヨリ起算シ第三日目ニ取リタル所以ハ純理上ヨリ云ヘハ破產宣告ノ當日ヲ正當トスルカ如シト雖モ破產宣告ノ終リタル頃ニハ取引所モ亦其當日ノ取引ヲ閉鎖スヘク又相手方モ破產宣告アリシコトヲ知ラサル場合多カルヘシ仍テ相手方ヲシテ能ク破產宣告アリシコトヲ知リ且買換ヘ又ハ賣換フル準備日數ヲ與ヘンカ爲メナリ若シ三日目ニ同種ノ取引ナクシテ第一項ノ規定ノ適用ナシトスレハ第五十九條ノ原則ニ從フヘキモノトス（草案第六十三條第三項）

乙　賃貸借契約　賃借人カ破產ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ付テハ既ニ民法第六百二十一條ニ於テ其規定アリ該規定ノ主意タルヤ全ク舊商法第九百九十三條第一項ト同一ナリトス而シテ解約申入期間ハ同條第二項ニ依ル而シテ現行法ニハ尙ホ第九百八十六條ノ規定ヲ設ケテ破產者ノ營業用動產ニ對スル不動產賃貸ノ爲メニスル强制執行ハ三十日間之ヲ猶豫スルモノトナセリ是レ民法第三百十一條第一號ニ所謂先取特權即チ別除權ノ行使ニ對スル制限ナリ又賃貸人ノ破產セル場合ニ於テハ現行破產法トシテハ是レ亦第九百九十三條第一項ノ原則ニ從フ草案ニ於テモ一般ノ效力トシテハ草案第五十九條ノ規定ニ從フコト勿論ナレトモ唯借賃ノ前拂アリタ

ルトキ又ハ借賃請求ノ債權ノ讓渡アリタルトキハ其前拂又ハ讓渡ハ破産宣告ノ時ニ於ケル當期及次期ニ關スルモノヽ外破産債權者ニ對抗スルコトヲ得ス（草案第六十四條）蓋若シ然ラスンハ賃借人ト借貸人ト通謀シテ破産債權者ヲ害スルニ至レハナリ（民法第三百十五條、第六百十三條第一項末段參照）尙ホ同條ハ破産宣告前ノ行爲ヲ見タルモノニシテ破産宣告後ノ行爲ニ在リテハ草案第五十四條ノ適用内ニ入ルコト勿論ナリトス

丙　雇傭契約　使用者ノ破産ニ付テハ既ニ民法第六百三十一條ニ規定アリ是レ亦舊商法第九百九十三條第一項ト同主意ノ規定トス解約申入期間ニ付テハ同條第二項ニ依ル勞働者ノ破産セル場合ハ勞務ノ自由ヲ妨ケラレサルカ故ニ契約關係ヲ持續スルコトヲ妨ケス

丁　請負契約　注文者ノ破産ニ付テハ既ニ民法第六百四十二條ノ規定アリ是レ亦舊商法第九百九十三條第一項ト同主意ノ規定トス請負人カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ是レ亦仕事ノ自由ヲ妨ケラレサルニ依リ其契約關係ヲ持續スルコトヲ妨ケス而シテ管財人ハ其仕事ノ成就ニ必要ナル材料ヲ供シテ其仕事ヲ爲サシムルコトヲ得尙ホ破産者カ任意ニ其仕事ヲ爲ス場合ハ破産者ヲシテ其仕事ヲ爲サシムヘク若シ破産者自ラ之ヲ爲スコトヲ要セサルトキハ第三者ヲシテ代リテ之ヲ爲サシムルコトヲ得而シテ得タル報酬ハ破産財團ニ屬ス何トナレハ破産財團ヨリ其對價タル出資ヲ爲シタルモノナレハナリ尤モ破産者自身ノ勤勞ノミニ依リテ得タルモノハ破産者自身ノ所得トナルモノトス（草案第六十五條、第五十三條第二號）

戊　保險契約　保險契約當事者ノ破産ニ付テハ既ニ商法第四百五條ニ規定アリ保險者若ハ保險契約者カ財産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ保險契約モ亦雙務契約ナルカ故ニ現行破産法ニ依レハ是レ亦第九百九十三條第一項ノ原則ニ依リ當事者雙方解除ヲ爲スコトヲ得然ルニ草案ニ依レハ管財人ハ草案第五十九條ノ選擇權ヲ行ヒ得ルコトハ勿論ナリ然ルニ商法ハ其反對ノ側即チ破産者ノ相手方ノ權利ヲ規定セルモノナリ若シ管財人カ契約ヲ解除スルトキハ差支ナキモ之ヲ解除セスシテ其契約關係ヲ持續スルトキハ相手方ハ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得且其債權タルヤ財團債權タ

ルコトヲ得ルモノトス（草案第三十五條第六號）若シ相當ナル擔保ヲ供セサルトキハ相手方ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得尙ホ損害ヲ生シタルトキハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得例ハ第三者ト更ニ保險契約ヲ締結スル費用ノ如キ是ナリ（民法第五百四十五條第三項）而シテ其解除タルヤ唯將來ニ向テノミ效力ヲ生スルモノトス蓋保險者ハ既ニ經過シタル時期ニ對シテ危險ヲ負擔シタルモノナレハナリ尙ホ契約當事者ノ一方カ其義務ヲ完了セルトキハ草案第五十九條ノ適用ナキト均シク保險契約者カ破產セル場合ニ於テ其保險料ノ全部ヲ既ニ支拂ヒタルトキハ保險者ハ擔保ヲ供セシムル必要ナク又契約ヲ解除スル必要ナキナリ是レ商法第四百五條第二項但書ノ規定アル所以ナリ

他人ノ爲メニ保險契約ヲ爲シタル場合ニ於テ保險契約者カ破產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ保險者ハ被保險者ニ對シテ保險料ヲ請求スルコトヲ得トナセリ是レ保險者保護ノ便法トス但被保險者カ保險契約上ノ權利ヲ拋棄シタルトキハ此限ニアラス（商法第四百六條）

已　交互計算　是レ契約當事者互ニ信用ヲ與フル契約ナリ然ルニ當事者ノ一方カ破產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ之ヲ終了セシムルヲ當然トス而シテ相手方ハ直ニ計算ヲ閉鎖シテ殘部ノ支拂ニ付キ破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ルモノトス（草案第十九條第六）而シテ商法第二百九十六條ハ破產以外ニ任意ノ解除權ヲ認メタリ

第二　當事者間ノ信用ニ基ク行爲

一　委任契約　委任ハ委任者又ハ受任者ノ破產ニ因リテ終了ス（民法第六百五十三條）而シテ破產ハ其宣告ノ時ヨリ何人ニ對シテモ其效力ヲ發生スルヲ原則トスト雖モ（草案第一條）草案第六十六條ハ委任者カ破產ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ依ケル受任者保護ノ規定ヲ設ク蓋受任者カ委任者ノ破產宣告後其通知ヲ受ケス且之ヲ知ラスシテ委任事務ヲ處理シ之ニ因リテ債權ヲ生シタル場合ニ受任者ヲシテ彼自身ノ損害トシテ負擔セシムルハ酷ニ失スルモノアリ故ニ草案第七條ノ原則ニ依レハ破產債權ニ屬セスト雖モ之ヲ破產債權トシテ其權利ヲ行フヲ得ルモノトシタルナリ尤モ急迫ノ事情ニ因リテ生シタルモノニアラサルカ故ニ財團債權トスルコトヲ得ス（草案第三十五條第七號）

二　配偶者ノ財産管理　法律又ハ契約ニ因リ夫婦ノ一方カ配偶者ノ財産ヲ管理スル場合ニ於テ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ其配偶者ハ自ラ其財産ノ管理ヲ爲サンコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得（草案第七十三條）蓋夫婦ノ一方カ其配偶者ヲシテ財産ヲ管理セシムルモノハ管理ニ付テノ信用アルカ爲メナリ然ルニ其管理者カ自己ノ財産スラ能クシテ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ノ如キハ信用ヲ喪失セルモノト云フヘク其管理ヲ解クコトヲ請求シ得サルヘカラス斯ル立法ノ主意ハ既ニ民法第七百九十六條第二項ニ於テ認メラレタル所ナリ而シテ民法同條第三項及第七百九十七條ノ規定ヲ草案第七十三條ノ場合ニ準用スル理由モ亦民法第七百九十六條第二項ニ依リテ管理ヲ解ク場合ト其權利狀態ヲ同一ニスレハナリ

第三節　訴訟行爲

第一　破産者ノ爲メニ繫屬セル訴訟

破産宣告後ニ破産財團ニ關シテ起ル訴訟ニ付テハ訴訟ヲ受繼クヘキヤ否ヤノ問題ヲ生セスト雖モ破産宣告前ニ繫屬セル訴訟ニ付テハ民事訴訟法第百七十九條ニ依リ中斷サルヽカ故ニ何人カ之ヲ受繼クヘキヤノ問題ヲ生ス破産宣告ノ時ニ於テ破産財團ニ關シ破産者ノ爲メニ繫屬セル訴訟ハ管財人ニ於テ之ヲ受繼クヘキハ當然トス何トナレハ破産宣告後ハ破産財團ノ管理及處分ハ管財人之ヲ行フカ故ナリ（草案第四十三條、第六十八條、商法第百八十五條第一項、第三項）之ヲ受繼キタルトキハ從來破産者ノ爲セル行爲ハ固ヨリ有效ニシテ破産宣告當時ノ狀態ニ於テ訴訟ヲ受繼キタルモノナリ而シテ管財人ノ繼シタル訴訟行爲ハ破産手續中ハ勿論破産手續終結後ニ於テモ破産者ニ對シテ亦其效力ヲ有ス例ハ破産財團ニ關シテ確定判決アレハ其判決ハ破産手續終結後ニ於テモ亦破産者ニ對シテ有效ナリ蓋管財人カ受繼キタル訴訟事件ニ對スル破産者ノ地位如何ニ付テハ學說區々タリト雖モ我草案第四十三條ニ依レハ破産財團ノ管理及處分ノ權利ハ管財人ニ專屬スト云ヒ又草案第六十八條第三項ニテハ管財人カ受繼ヲ拒ミタル場合ニ始メテ破産者カ受繼キ得ト云ヒ又現行法第九百八十五條第三項ノ規定ニ依レハ唯リ管財人ノミヨリ訴訟ヲ繼續スルコトヲ得ト明言セリ故ニ破産者ハ最早獨立ノ當事者トシテ訴訟ニ參加シ又ハ之ヲ受繼クコトヲ得スト云

ハサルヘカラス

草案第六十八條及第六十九條ハ共ニ破産財團ニ關スル訴訟ナリ或財産カ果シテ破産財團ニ屬スルヤ否ヤニ付キ管財人ト破産者トノ間ニ生スル訴訟ノ如キハ是等兩條ノ適用外ナリ何トナレハ是等ノ訴訟タルヤ何レモ破産宣告後ニ生スルモノナレハナリ又破産財團ニ關係ナキ婚姻其他ノ人事訴訟ニ付テハ訴訟ノ中斷ナク破産者自ラ其訴訟ヲ續行スヘキハ勿論トス是レ破産ハ破産者ヲシテ無能力者タラシムルモノニアラサレハナリ現行法ノ第九百八十五條第三項ハ唯リ破産者ノ動産及不動産ノ訴訟ニ付テノミ明言シタルハ狹キニ失ス宜シク破産財團ト稱スヘカリシナリ

破産財團ニ關シ破産者ノ爲メニ繫屬セル訴訟トハ如何ナル意味ナルカ是レ次條ニ所謂破産者ニ對シテ繫屬セル訴訟ト對照シテ其意味ヲ決定セサルヘカラス通常ハ前者ハ原告タル場合ニシテ後者ハ被告タル場合ナリト云フコトヲ得ヘキモ稀ニハ訴訟ノ原被告ノミニ依リテ判定スヘカラサル場合アリ例ヘハ破産者カ被告タル場合ニ於テ破産宣告當時既ニ原告ノ勝訴ニ歸シ原告既ニ假執行ヲ行ヘリ斯ル場合ニ上訴シテ不服ヲ申立テ假執行ヲ解カントスル場合ノ如キハ破産者ノ爲メニ繫屬セル訴訟ト云フヘク之ニ反シテ破産者カ原告タル場合ニ於テ破産宣告當時破産者ノ勝訴ニ歸シ破産者既ニ被告ノ財産ニ對シテ假執行ヲ行ヒ被告ヨリ上訴ニ依リ不服ヲ申立ツル場合ハ破産者ニ對シテ繫屬セル訴訟ト云フヘク草案第六十九條ノ適用ノ下ニ立ツヘキナリ

草案第六十八條第二項ハ受繼ヲ遲滯シタル場合ニ於ケル救濟ノ規定ナリ

管財人カ訴訟ヲ受繼クヤ又ハ受繼ヲ拒ムヤ否ヤハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ之カ判斷ヲ下シ（草案第百六十一條第一項、商法第千十一條）自由ノ認定權内ニ於テ之カ決定ヲ爲スヘキモノトス若シ其訴訟ヲ受繼クコトカ破産財團カ增殖スル上ニ於テ裨益アリト信セハ之ヲ受繼クコトヲ要シ又訴訟ヲ受繼クモ勝訴ノ見込ナク寧ロ訴訟費用ノ負擔ヲ重カラシムルニ過キサル場合ノ如キハ其受繼ヲ拒ムヘキモノトス

受繼ヲ拒ミタルトキハ破産者又ハ相手方ニ於テ其訴訟ヲ受繼クコトヲ得此場合ニ於テハ訴訟ノ目的物ハ破産財團ニ屬セス（草案第六十八條第三項）蓋其受繼拒絶ハ訴訟

ノ目的物ヲ破産財團ヨリ拋棄シ破産財團ニ屬スル財産トシテ取扱ハサル旨ヲ表示シタルモノナリ故ニ該目的物ハ破産財團ニ屬セス抑破産財團ニ屬スヘキ財産ハ管財人カ猥ニ之ヲ放任シテ破産者ノ自由ノ處分ニ委スルコトヲ得サルコトハ言ヲ俟タサル所ナリ是レ破産者及其家族ノ扶助料ノミニ付テ特ニ財團債權トシテ其權利ヲ行ハシムルニ見テモ明ナリ今訴訟ノ目的物ニ付テ特ニ之ヲ破産財團ヨリ放任シ得ル旨ヲ認メタルハ是レ極メテ例外ノ場合ニ屬シ畢竟其財産カ訴訟ノ係爭物件ニ屬シ之ヲ受繼クカ爲メニ却テ訴訟費用ヲ高メ破産財團ノ負擔ヲ重カラシムルニ至ルコトヲ惧レタルニ因ルモノナリ

第二 破産者ニ對シテ繫屬セル訴訟　此場合ハ相手方カ攻擊的ノ側ニ在ルカ故ニ之ヲ受繼クコトヲ得ルハ勿論トス而シテ之ニ對スル相手方ハ管財人ナリトス（草案第六十九條、商法第九百八十五條第三項）其受繼ヲ遲滯シタル場合ノ救濟トシテ草案ニハ同條第二項ノ規定アリ

右(一)(二)ノ場合ニ於テ管財人若ハ相手方ニ於テ訴訟ヲ受繼キ管財人カ勝訴スレハ該目的物ハ破産財團ニ屬スト雖モ若シ敗訴シタル場合ニ於テ管財人カ支拂フヘキ訴訟費用ハ財團債權トス（草案第七十條、商法第千三十二條第一號）是レ破産債權者ノ共同ノ利益ノ爲メニスル裁判上ノ費用ナレハナリ

第三 個々ノ強制執行ノ中止

破産債權者カ破産宣告前ニ破産財團ニ屬スル財産ニ付キ強制執行ニ著手シタルトキハ其手續ヲ中止ス（草案第七十一條、商法第九百八十五條第三項）是レ草案第八條ニ於テ破産債權者ハ破産手續ニ依ルニアラサレハ其權利ヲ行フコトヲ得スト規定シ又現行法第九百八十七條ニ於テ各個債權者ハ破産處分中破産者ノ財産ニ對シテ強制執行ヲ爲スコトヲ得スト規定シタル結果ナリ尤モ別除權者、取戻權者ノ如キハ破産債權者ニアラサルカ故ニ破産手續以外ニ於テ其執行ヲ續行シ得ルコト勿論ナリトス是レ現行法ノ同條ニモ「優先權ノ存スルニアラサレハ」ト明言セル所以ナリ

中止シタル強制執行ハ破産財團ノ爲メニ管財人之ヲ續行スルコトヲ得是レ一旦著手シタル執行手續竝ニ其費用ヲ全然徒勞ニ歸セシムル必要ナキニ由ル而シテ管財人カ強制執行ヲ續行シタルトキハ其費用ノ全額ヲ以テ財團債權トス

是レ草案第三十五條第一號ト同一性質ノモノナレハナリ

第四　滯納處分手續ノ中止

破産宣告前ニ破産財團ニ屬スル財産ニ付キ租稅公課其他ノ費用ノ爲メ國稅徵收法ニ定メタル滯納處分ニ著手シタルトキハ其手續ヲ中止ス（草案第七十二條）蓋是等ノ債權ハ優先位ヲ有スル破産債權者トシテ其權利ヲ行ハシムルモノナレハナリ（草案第二十五條國稅徵收法第二十三條）

第七章　取戻權

第一節　一般ノ取戻權

破産手續ノ性質上破産債權者ハ破産者ニ屬スル破産財團ヨリ辨濟ヲ受クル權利アルニ止ルハ言ヲ俟タサル所ナリトス若シ債務者以外ノ第三者ノ財産ニ對シテ執行ヲ爲サントスルニハ特ニ第三者ヨリ質權其他ノ物上擔保ヲ供シタル場合ニアラスンハ能ハサルナリ若シ第三者カ物上擔保ヲ供シタル場合ニ於テ之ニ對スル執行ハ破産手續以外ニ於テ行フモノニシテ破産手續ニ關係ナキモノトス斯ノ如ク破産財團トシテ破産手續ニ依リ執行ヲ爲スヘキ財産ハ破産者所屬ノ財産ニ限ル然ルニ破産宣告後破産財團トシテ管財人ノ管理及處分ノ下ニ立ツ財産中破産者ニ屬セサル財産カ事實上存在スルコトアリ斯ル場合ニ其財産ノ所有者タル第三者ハ其取戻ヲ請求スルコトヲ得サルヘカラス之ヲ稱シテ破産法上取戻權ト云フ（草案第七十四條）現行法モ亦之ヲ認ム（商法第五十五條）

既ニ説明シタル別除權モ特定ノ財産ニ對スル權利ナルカ故ニ其點ニ於テハ茲ニ所謂取戻權ト同一ニシテ共ニ財團債權ト區別スヘキ點ナリト雖モ別除權ハ破産財團ニ屬スル財産ニ對スル權利ニシテ取戻權ハ破産財團ニ屬セサル財産ニ對スル權利ナルカ故ニ此點ニ於テ二者ハ之ヲ區別スルコトヲ得ヘシ

然ラハ如何ナル權利カ事實上破産財團ノ中ニ存在スル財産ニ付キ破産者ニ屬セサル財産ナリシトテ之カ取戻ヲ請求スルコトヲ得ヘキカ草案ハ之ニ付テ別ニ規定ヲ設ケス是レ皆民法、商法等ノ他ノ實體法ノ規定ニ依リテ定ルモノトス畢竟破産者ニ對シテ破産ノ宣告アルモ其宣告ナキ場合ト同一ニ主張シ得ラルヽ權利ナリトス例ハ所有權者カ其所有物ヲ自己ノ物權的追及權ニ基キテ取戻ヲ請求スルカ如キハ即チ是ナリ此他縱令契約關係ニ基キテ或物ヲ破産者ニ引渡シタル場合

ト雖モ其所有權ヲ讓渡シタルニアラサル場合即チ委任、寄託、請負、賃貸借等ノ關係ニ基キテ引渡シタル場合ハ其契約ノ終了ト共ニ之カ取戻ヲ請求シ得ルモノトス」

取戻權ハ破產宣告ニ依リ影響ヲ被ルヘキモノニアラサルカ故ニ其存否ノ問題ハ破產宣告ノ時ニ於テ之ヲ決定スヘキモノニアラスシテ寧ロ取戻權行使ノ時ニ於テ之カ決定ヲ爲スヘキモノトス蓋破產者ハ破產宣告後新ニ第三者ノ爲メニ取戻權ヲ生セシムルコトヲ得サルハ勿論ナレトモ管財人ハ其權限ニ依リ取戻權ヲ新ニ生セシムルコトハ常ニ之アリ例ヘハ破產財團ニ屬スル財產ヲ他人ニ賣却シタル場合ノ如シ故ニ取戻權ノ有無ハ其行使ノ時ニ於テ判斷スヘキモノトス

取戻權ノ行使ハ別除權ト均シク破產手續以外ニ於テ裁判上又ハ裁判外ニ於テ之カ主張ヲ爲スヘキモノトス破產宣告アリタルトキハ管財人直ニ破產財團ノ占有竝ニ管理ニ著手ス（草案第百七十八條舊商法第千十二條）然ルニ其中ニ他人所屬ノ財產アリタルトキハ取戻權者ハ管財人ニ對シテ之カ取戻ヲ主張スヘキモノトス管財人ハ之ニ對シテ破產者ノ有セシ總テノ抗辯ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得若シ管財人カ其財產カ破產財團ニ屬セストナシ破產者ノ自由ノ處分ニ委シタルトキハ取戻權者ハ破產者ニ對シテ之カ主張ヲ爲スヘキモノトス

取戻權者ハ其權利ノ行使ト共ニ破產者又ハ管財人ノ行爲ニ因リテ生シタル損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得其損害カ破產宣告前ニ破產者ノ行爲ニ由リテ生シタルモノナルトキハ破產債權トナリ破產宣告後管財人ノ行爲ニ因リテ生シタル場合ニハ財團債權トナルコトアルヘシ（草案第三十五條第三號第五號）

尙ホ取戻權ノ目的物ノ讓渡アリタル場合ニ於ケル救濟ニ付テハ第三節ニ於テ說明スヘシ

第二節　隔地取引ニ於ケル賣主ノ取戻權

第一　成立ノ要件

舊商法ニハ第五百七十二條以下ニ於テ之ニ關スル規定ヲ存シタルモ廢止セラレタルカ故ニ現行法トシテハ之ヲ見ス草案ハ第七十五條ニ於テ之ニ對スル定義的ノ規定ヲ設ケタリ今之ニ基キ左ニ其要件ヲ說明スヘシ

一　隔地ノ賣買取引ノ成立セルコトヲ要ス　此取戻權ハ獨リ隔地取引ニ於テノミ存在スル權利タルコトハ發達ノ沿革ニ徵スルモ明ニシテ草案ニ於ケル

法文上ノ根據トシテハ「發送シタル」又ハ「到達地ニ於テ」等ノ文字アルニ依リテ明瞭ナリ

二　買主カ未タ代價ノ全額ヲ辨濟セサルコトヲ要ス　賣主カ買主ニ信用ヲ與ヘ又ハ代金ノ辨濟期カ來リ居ラサルトキト雖モ取戻權ヲ行フニ害ナシ然レトモ代價ノ全額カ既ニ辨濟シ了レルトキハ取戻權ヲ行フコトヲ得ス何トナレハ此權利タルヤ賣主保護ノ爲メニ特ニ設クル所ノ權利ニシテ賣主ニ於テ既ニ代價ノ全額ノ辨濟ヲ受ケタルトキハ最早之ヲ保護スル必要ナケレハナリ而シテ其辨濟ハ必スシモ現金支拂ノミニ限ラス相殺、免除、混同等總テノ債務消滅方法皆可ナリ

三　買主ノ破産宣告當時物品カ尚ホ運送ノ途中ニ在ルコトヲ要ス　買主ノ破産宣告當時既ニ物品カ到達地ニ著シ且破産者又ハ其代理人ノ現實ノ占有ニ歸シタルトキハ取戻權ノ成立ナシ到達地ニ著スルコトヽ現實ノ占有ニ歸スルコトヽハ二者併セテ必要トスル條件ナルカ故ニ到達地ニ著セサル前ニ途中ニ於テ破産者又ハ其代理人カ出張シテ之カ占有ヲ爲スモ取戻權ノ成立アリ又到達地ニ著スルモ未タ現實ノ占有ナキ間ハ是レ亦取戻權ノ成立アリ蓋斯ル條件ヲ必要トナシタル所以ハ物品カ到達地ニ著シ且買主ノ占有ニ歸シタルトキハ買主ノ債權者ハ最早其者ノ所有ナリトシ之ヲ擔保視スルニ至ルヲ以テナリ然ルニ途中ニ於ケル差止其モノカ實際ニ其效ナク破産宣告後到達地ニ著シ且破産者ノ現實ノ占有ニ歸スルモ一旦成立シタル取戻權ノ行使ニ妨ナシ

現實ノ占有トハ事實上該物品ヲ其權力ノ下ニ置クコトヲ謂フ夫ノ運送狀、船荷證券、貨物引換證等ノ交付ノミニテハ不可ナリ又到達地トハ當事者ノ定メタル或地域ヲ謂フモノニシテ買主ノ住所若ハ營業所ヲ謂フモノニアラス又代理人カ買主ニ代リテ物品ヲ占有スル場合ハ事實問題トシテハ疑ヲ生スル場合ナキニ非ス例ハ運送人、運送取扱人、倉庫營業者等カ物品ヲ受取ル場合ハ買主ノ代理人ト見ルヘキカ又ハ賣主ノ代理人ト見ルヘキカ疑ハシキコトアルヘシ斯ル場合ハ事實問題トシテ各場合毎ニ之ヲ決定スルノ外ナク一概ニ何レノ代理人ナリトモ云フコトヲ得ス而シテ賣主ノ側ニ至テハ商法第三

百四十二條ニ謂フ所ノ權利ハ常ニ之ヲ行フコトヲ得ヘク縱令同條第二項ニ依リ最早運送品ニ對シテ指圖ヲ與フル權利ヲ失ヒタル場合ト雖モ未タ買主ノ占有ニ歸セサル間ハ破產法ニ謂フ所ノ取戻權ヲ行フコトヲ得ルモノトス

四　管財人ヨリ買主タル破產者ノ債務ヲ履行シテ賣主ノ債務ノ履行ヲ請求シ來ラサルコトヲ要ス　抑賣主ノ取戻權ハ賣主カ代價ノ全額ノ辨濟ヲ受クルコト能ハサル場合ニ於ケル賣主保護ノ權利ナリ故ニ管財人ニ於テ若シ代價ノ全額ヲ辨濟シ來ルトキハ賣主ヲシテ取戻權ヲ行ハシムル必要ナシ故ニ契約當事者カ未タ何レヨリモ完全ニ其債務ヲ履行セサリシトキハ草案第五十九條ノ適用ニ依リ管財人ニ於テ選擇權ヲ行ヒ買主ノ代價ヲ辨濟シ來ルトキハ賣主ハ取戻權ヲ行フコトヲ得サルナリ唯草案第五十九條ハ契約當事者カ未タ何レヨリモ完全ニ其債務ヲ履行セサル場合ノミニ適用アリ若シ賣主ニ於テ所有權ヲ移轉スル等完全ニ其債務ヲ履行シ了レルトキハ草案第五十九條ノ適用ナク從テ管財人ニ於テ選擇權ヲ行ヒ買主ノ代價ヲ辨濟シ來ルコトヲ得ス爲メニ賣主ニ於テ取戻權ヲ行ヒ得ルノ餘アリ故ニ立法論トシテハ汎ク如何ナル場合ヲ問ハス若シ管財人ニ於テ代價ノ全額ヲ辨濟シ來ルトキハ賣主ニ於テ取戻權ヲ行フコトヲ得ストナサヽルヘカラサルナリ

第二　賣主ノ取戻權ノ性質

之ニ付テハ種々ノ說アリ或ハ物權的效力ニ基ク追及權ナリトナス者アリ然レトモ是レ非ナリ何トナレハ賣主ノ取戻權ハ所有權ノ移轉セルト否トヲ問ハス發生スルモノナレハナリ又或ハ法律上ノ擬制ニ依リ此場合ハ所有權當然戻リ來ルトナス者アリ然レトモ若シ斯ノ如ク看做スニハ特ニ文明ナクンハ能ハサル所ナリ法文上毫モ斯ル根據ナキ以上ハ斯ル說ハ採ルニ足ラス既ニ物權的效力ニ基クモノニ非サル以上ハ債權的效力ニ基クト解スルノ外ナシ然ルニ債權的ノ性質ヲ有スル權利ナリトスルモ佛國學者ノ如キハ不履行ニ因ル解除權ノ一種ト看做シ解除ノ結果當然所有權戻リ來ルトナスモ獨法並ニ我民法ニ在リテハ解除スルモ當然所有權戻リ來ラス唯相手方ヲ原狀ニ回復スルノ義務ヲ負フノミ故ニ取戻權行使ノ結果解除ト爲ルモ所有權當然戻リ來ラス相手方ニ對シテハ唯所有權並ニ占有權ヲ返還セシムヘキ純然タル債權的請求權ヲ發生ス

ルノミ要スルニ純然タル債權的ノ性質ヲ有スルモノト解スルヲ至當トス

第三　取戻權ノ行使竝ニ效力

管財人カ取戻ノ目的物ノ占有及管理ニ著手シタルトキハ管財人ニ對シテ主張スヘキモノトス若シ管財人カ之ヲ占有管理セスシテ破產者ノ手ニ存スルトキハ破產者ニ對シテ主張スヘキモノトス而シテ該權利行使ノ效力トシテハ既ニ所有權ノ移轉セル場合ニ在リテハ其所有權ヲ返還セシムヘク未タ所有權ノ移轉セサル場合ニ在リテハ取戻ニ依リテ其移轉ノ履行ヲ完カラシメントスル效力ヲ防止スルコトヲ得ヘシ

問屋ト物品買入ノ委託者トノ關係ハ固ヨリ賣主ト買主トノ關係ト同一ナラサルモ（商法第三百十四條第二項）問屋カ其委託者ニ物品ヲ發送シタル場合モ之ヲ保護スヘキ點ヨリ云ヘハ毫モ賣主ト買主トノ關係ニ讓ラス仍テ草案第七十六條ノ規定アリ

第三節　取戻權行使前既ニ讓渡アリタル場合ノ救濟

取戻權ハ其名ノ示ス如ク現物取戻ノ請求ナリ然ルニ取戻權行使前既ニ其目的物ノ讓渡アリタルトキハ之ニ對スル救濟ナカルヘカラス草案第七十七條ノ規定スル所ハ即チ之ニ對スル救濟ニシテ學者之ヲ名ケテ賠償的取戻權ト稱ス則チ反對給付トシテ受ケタルモノカ破產財團中ニ存スル場合ニ限リ取戻權者ハ財團債權者トシテ其給付ヲ請求スルコトヲ得ト云フ意味ハ若シ破產財團カ財團債權ノ全部ヲ辨濟スルニ不足ナル場合ト雖モ他ノ財團債權者ニ之ヲ分配スルニ及ハス取戻權者ハ其反對給付ヲ獨リ完全ニ請求シ得トナスモノナリ

取戻權者ト取戻權ノ目的物ノ讓渡ヲ受ケタル第三者トノ關係ヲ謂ヘハ取戻權者カ當初未タ所有權ヲ破產者ニ移轉セサリシ場合ナラハ破產者ハ第三者ニ對シテ他人ノ物ヲ賣買シタルモノナリ從テ取戻權者ト第三者トノ關係ニ於テハ第三者カ民法第百九十二條以下ノ規定ニ從テ未タ完全ナル所有權ヲ取得セサリシ場合ナレハ取戻權者ハ其第三者ニ對シテ所有權ニ基ク追及權ヲ行ヒ其目的物ヲ取戻スコトヲ得ヘシ故ニ取戻權者ハ自己ノ所有權ニ基ク追及權ト破產法上ノ賠償的取戻權即チ草案第七十七條ノ權利トヲ行フコトヲ得ヘキナリ然レトモ二者ヲ併

セ行フコトハ不當利得ノ法理ニ基キ之ヲ許サヽルカ故ニ取戻權者ハ何レカ一ヲ擇ヒテ其利益アル方ヲ行フニ至ルヘキナリ蓋取戻權者カ第三者ニ對スル追及權ヲ行ヒ其目的物ヲ取戻スコトヲ得タルトキハ最早草案第七十七條ニ謂フ所ノ權利ヲ行フノ必要ナシ之ニ反シテ草案第七十七條ノ權利ヲ行ヒタルトキハ破産者若ハ管財人ノ爲シタル讓渡行爲ヲ承認シタルモノニシテ最早第三者ニ對スル追及權ヲ行フコトヲ得サルモノナリ

第八章　相殺權

相殺權ヲ認ムル根據ハ民法ニ於テ相殺ナル債務消滅方法ヲ設クルト大差ナシト雖モ破産ノ場合ニ於テハ相殺權ヲ認ムル理由一層深シトス蓋一般ノ場合ニハ若シ相殺ヲ認メストスルモ唯當事者雙方辨濟ヲ受クル遲速アルニ止リ何レノ時カ完全ナル辨濟ヲ受クル期アルヘシ然ルニ同一人カ破産者ニ對シテ債權者タリ又ハ債務者タル場合ニ於テハ破産者ヨリ到底完全ナル辨濟ヲ受クルコト能ハサルニ反シテ自己ノ債務ハ完全ニ之ヲ辨濟セサルヘカラストセハ不公平モ亦甚タシキモノナレハナリ故ニ一般ノ場合ニハ相殺セサルモ唯其辨濟ヲ受クルニ遲速アルニ止リ之カ相殺ヲ對抗セントスル者ハ寧ロ自己ノ債務ノ辨濟ヲ拒ム點ニ重ヲ置クヘク相殺ハ即チ債務者ノ爲メニ有スル抗辯ナリ然ルニ破産ノ場合ニ相殺權ヲ利用スルハ破産者ノ債權ヲシテ直ニ自己ノ債權ノ辨濟資金タラシメントスルモノニシテ寧ロ債權者ノ爲メニ有スル抗辯ナリ仍テ破産ノ場合ニ於ケル相殺權ハ全ク別除權ト同一ノ效用ヲ成スモノナリ別除權ハ破産財團ニ屬スル特定ノ財産ヲ自己ノ債權ノ辨濟ニ供セシムルコトヲ目的トシ相殺權ハ破産財團ニ屬スル特定ノ債權ヲ自己ノ債權ノ辨濟ニ供セシメントスルモノニシテ唯其目的物ニ差異アルノミ他ニ先チテ辨濟ヲ受ケシムル點ニ於テハ其效用全ク一ナリ

左ニ破産法上ノ相殺權ノ規定ノ適用セラルヽ範圍ヲ說明センニ破産法上ノ相殺權ノ規定ハ單ニ破産債權者カ破産財團ニ屬スル債權トノ間ニ相殺スル場合ノミニ適用セラルヘキ規定ナリトス故ニ

第一　破産債權者ヨリ相殺ヲ對抗スル場合ノミニ適用セラルヽ特別規定ナリ故ニ草案第七十八條竝ニ舊商法第九百九十五條ニモ破産者ノ債權者ヨリ相殺ヲ對抗スル場合ノミヲ見タリ破産者又ハ破産管財人ヨリ相殺ヲ對抗スル場合ハ

總テ民法ノ相殺ニ關スル規定ノミニ依ルモノトス

第二　破産財團カ財團トシテ權利ヲ有シ義務ヲ負フ場合ノ相殺ハ全ク民法ノ規定ノミニ依ルモノトス例ヘハ破産財團ニ屬スル或財産ヲ買得シ代金支拂ノ義務ヲ負フ者カ其代金ト既ニ財團ノ爲メニ立替ヘタル費用トヲ相殺セントスル場合ノ如シ蓋斯ル場合ノ相殺ハ破産財團ノ增減ニ何等ノ關係ナク破産債權者ノ權利ニ毫モ影響スル所ナケレハナリ

第三　破産財團ニ屬セサル破産者ノ債權ト相殺スル場合ノ如キモ民法ノ規定ノミニ依ル何トナレハ破産債權者カ破産財團以外ノ破産者ノ債權ト相殺スレハ破産債權ノ額ハ其タケ減少シ他ノ破産債權者ハ之ニ因リテ却テ利益ヲ破レハナリ又非破産債權者カ破産財團以外ノ破産者ノ債權ト相殺スル場合ノ如キハ是レ亦破産財團竝ニ破産債權ノ總額ニ何等ノ關係ナキ所ナルカ故ニ全ク民法ノ規定ノミニ依ルモノトス

第四　破産法上ノ相殺ノ規定ハ破産手續ノ繼續中ニ於テノミ適用アリ破産手續終結スレハ破産財團ナルモノナク破産法ノ相殺ノ規定ノ適用ナシ然レトモ破産手續中ニ爲シタル相殺ノ效力ハ破産手續終結後ト雖モ其效力ヲ持續ス

要スルニ外部ニ對シテ破産財團ノ增減スル場合ニシテ破産債權者ヨリ相殺ヲ對抗スル場合ノミニ破産法ノ相殺ノ規定ノ適用アルモノトス然ルニ我草案第七十八條ニハ汎ク債權者ト云ヒ破産債權者以外ノ者ノ相殺スル場合ヲモ包含セシメタルハ宜シカラス又汎ク破産者ニシテ債務ヲ負擔スルトキト云ヒ破産財團ニ屬セサル債務ト相殺スル場合ヲモ包含セシメタルハ是レ亦宜シカラス

相殺權ノ行使ハ別除權ト均シク破産手續ニ依ラスシテ之ヲ爲スコトヲ得是レ別除權ト同シク別除的辨濟ヲ受ケシムルモノナルヲ以テナリ（草案第七十八條）

相殺ノ要件ハ原則トシテ民法ノ相殺ノ規定ニ依ルモノトス破産法ニ於テハ唯之ニ對シテ一方ニ於テハ民法ノ相殺ニ對スル擴張ヲ爲シ他方ニ於テハ之ニ對スル制限ヲ加ヘタリ今左ニ之ヲ分説スヘシ

第一節　民法ノ相殺ニ對スル擴張

第一　期限附債權

民法ノ通則ニ依レハ辨濟期ニ到ラサル債權ヲ有スル者ハ未タ以テ相殺ヲ對抗

スヘカラス然ルニ破産法ニ於テハ辨濟期ノ到ラサル債權ト雖モ直ニ之ヲ相殺ノ用ニ供スルコトヲ得是レ成ルヘク相殺ノ範圍ヲ擴張シテ債權ニ別除的辨濟ヲ受ケシメンカ爲メナリ然ルニ其債權カ無利息ナルトキハ草案第九條乃至第十二條ノ規定ヲ準用シテ破産宣告後辨濟期マテノ中間ノ利息ヲ名義額ヨリ割引ス(草案第七十九條、第八十一條、舊商法第九百九十五條第一項)而シテ其割引シタル額ニ於テ相殺スヘキモノトス之ニ反シテ其債權カ利息ナルトキハ破産宣告當時ニ於テ相殺ニ適スルモノトナリタルモノナルカ故ニ相殺ノ對抗ニ依リ破産宣告當時ニ元本タル債權消滅シ爾後ノ利息ハ發生セス故ニ破産後ノ利息ハ相殺中ニ加ヘラレサルモノトス(民法第五百六條第二項)

右ハ相殺ヲ對抗セントスル債權者ノ債權即チ主働債權カ期限附ナル場合ナリ若シ破産財團ニ屬スル破産者ノ債權即チ受働債權カ期限附ナルトキハ如何此場合ニ破産債權者ハ單ニ破産債權トシテ其權利ヲ行フヲ利益アリト信セハ破産債權トシテ其權利ヲ行フヘク又相殺權ヲ行使スルコトモ亦之ヲ妨ケス(草案第七十九)而シテ相殺ヲ對抗スル場合ハ自己ノ債務ノ期限ノ利益ヲ拋棄セルモノト云フヘキナリ而シテ破産者ノ債權カ無利息ナル場合ニ於テ破産宣告後辨濟期ニ至ルマテノ利息ノ割引ヲ請求スルコトヲ得ス何トナレハ草案第八十一條ハ相殺ヲ對抗スル主働債權ニ付テノミ適用セラルヽモノナレハナリ之ニ反シテ破産者ノ債權カ利息附ナルトキハ破産宣告當時ニ於テ相殺ニ適シタルモノニシテ元本タル債權其當時消滅シ爾後利息ヲ發生セサルモノナリ故ニ破産宣告後ノ利息ハ相殺額中ニ加フルコトヲ得ス(民法第五百六條第二項)

若シ雙方ノ債權カ期限附ナルトキト雖モ破産債權者ハ相殺ヲ爲スコトヲ得(草案第七十九條)此場合ニ於ケル相殺額ハ右ニ述ヘタルト同一ノ理論ヲ雙方ノ債權ニ付キテ適用スヘシ

第二　解除條件附債權

相殺ヲ對抗スル主働債權カ解除條件附ニシテ受働債權カ單純債權ナルトキト雖モ相殺ヲ爲スコトヲ得(草案第七十九條)然レトモ若シ後日解除條件成就スレハ破産財團ハ相殺サレタル額ニ付キ損失ヲ被ルヘキカ故ニ管財人ハ其相殺額ニ付キ擔保ヲ供シ又ハ寄託ヲ爲サシムルコトヲ得(草案第八十三條)然レトモ其條件カ最後ノ

配當ノ除斥期間内ニ成就セサルトキハ同條ニ依リテ供シタル擔保ハ其效力ヲ失ヒ又其寄託シタル金額ハ相殺ヲ對抗シタル債權者ニ返還スヘキモノトス（草案第二百十八條）

又草案第二十七條乃至第二十九條ニ依リ他ノ債權者ヨリ後ニ辨濟ヲ受クヘキ破產債權者カ相殺ヲ爲ストキモ亦其相殺額ニ付キ擔保ヲ供シ又ハ寄託ヲ爲スコトヲ要ス元來此三箇條ノ主旨タルヤ固有財產ニ付テハ固有債權者ヲシテ先ツ其辨濟ヲ受ケシムルニ在リ然ルニ後ニ辨濟ヲ受クヘキ債權者ヲシテ先ツ相殺ヲ爲スコトヲ許サハ恰モ先ニ辨濟ヲ受ケシムルト同一ノ結果ヲ生ス故ニ右ノ如キ規定ヲ設ケタルモノトス然ルニ後ニ至リテ他ノ債權者カ全部ノ辨濟ヲ受ケタルトキハ無條件ニ相殺ヲ許スモ毫モ不可ナル所ナキカ故ニ右債權者ノ供シタル擔保ハ其效力ヲ失ヒ寄託シタル金額ハ之ヲ其者ニ支拂フヘキモノトス（草案第二百七十二條）

若シ主働債權カ單純債權ニシテ受働債權タル破產者ノ債權カ解除條件附タル場合又ハ雙方ノ債權カ解除條件附タル場合モ亦相殺ヲ對抗スルコトヲ得（草案第七十九條）是等ノ場合ニ於テハ相殺ヲ對抗スル債權者ハ相殺ヲ對抗スルト同時ニ若シ破產者ノ債權ニ存スル解除條件成就スレハ自己ハ單ニ破產債權者トシテ其權利ヲ主張シ得ヘキモノナルカ故ニ停止條件附破產債權トシテ其權利ヲ行フコトヲ得換言スレハ破產者ノ債權ニ存スル解除條件ハ相殺ヲ對抗シタル債權者ノ債權ノ爲メヨリ言ヘハ相殺後ハ破產債權トシテ成立スルヤ否ヤニ付キ停止條件トナルモノナリ故ニ相殺ヲ對抗スルト同時ニ停止條件附破產債權トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ト云ハサルヘカラス

第三　停止條件附債權又ハ將來ノ請求權

是等ノ債權者ハ直ニ相殺ヲ爲スコトヲ得ス仍テ是等ノ債權者ハ自己ノ債務ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ後日相殺ヲ爲ス爲メ其債權額ヲ限トシ辨濟スル價額ノ寄託ヲ請求スルコトヲ得（草案第八條）若シ條件カ最後ノ配當ノ除斥期間内ニ成就セサルトキハ其金額ハ他ノ債權者ニ配當スヘキモノトス故ニ爾後相殺ヲ爲スコトヲ得サルニ至ル（草案第二百七十一條）尤モ草案第八十二條ニ所謂寄託ヲ請求スル權利タルヤ後日相殺ヲ爲スコトヲ留保スル權利ナルカ故ニ若シ債權者カ草案第

八十二條ニ所謂債務ノ辨濟ヲ單純ニ爲シ終リタルトキハ最早後日ニ於テ相殺ヲ請求スルコトヲ得ス故ニ債權者ハ其債務ヲ辨濟スルニ當リテ後日條件成就セハ相殺ヲ爲ス旨ノ留保ヲ爲スコトヲ肝要トスルナリ

若シ主働債權カ單純債權ニシテ破產者ノ債權即チ受働債權カ停止條件附ナルトキハ債權者ハ條件成就マテ相殺ヲ延期シテ自己ノ債權ハ單ニ破產債權トシテ其權利ヲ行フコトヲ得或ハ條件ノ成就カ非常ニ實ラシクアルナラハ條件不成就ノ樣會ヲ抛棄シテ直ニ相殺ヲ爲スコトヲ妨ケス

若シ雙方ノ債權カ停止條件附ナルトキハ前述シタルト同一ノ理論ヲ雙方ニ適用ス

第四　異種ノ債權及ヒ額ノ不確定ナル債權

民法相殺ノ通則ニ依レハ同種ノ目的ヲ有スルコトヲ要シ又其對當額ノ確定シ居ルコトヲ要スルコトハ言ヲ俟タス（民法第五百五條）然ルニ破產ノ場合ニハ之ヲ擴張シテ債權カ草案第十四條ニ掲ケタルモノナルトキト雖モ相殺ヲ對抗シ得ルモノトナセリ（草案第七十九條、商法第九百九十五條第一項）尤モ結局ハ金錢債權ニ評價サルヽカ故ニ金錢債權トシテ確定額ニ於テ相殺サルヽニ至ルモノナリ（草案第八十一條）

第二節　民法ノ相殺ニ對スル制限

民法相殺ノ通則ニ依レハ雙方ノ債權カ相殺ヲ對抗スル時ニ於テ互ニ相對立シ相殺ヲ爲スニ適スレハ足レリ然ルニ破產ハ其宣告ニ因リ破產債權者ノ爲メニ破產財團ヲ公平ニ分配スルコトヲ目的トスルモノナルカ故ニ破產宣告ノ當時ニ於テ雙方ノ債權カ互ニ相對立シ居ルコトヲ要スルナリ換言スレハ破產宣告後ニ於テ或ハ債權ヲ取得シ或ハ債務ヲ負擔シ始メテ相殺ニ適スルニ至ルモ不可ナリ草案第八十四條並ニ舊商法第九百九十五條第二項ニ於テ相殺ヲ爲スコトヲ得ストシテ列擧シタルモノハ畢竟破產宣告當時ニ於テ雙方ノ債權カ對立シ居ラサル場合若クハ之ト同視スヘキモノヲ掲ケタルニ過キサルナリ

第一　破產債權者カ破產宣告後破產財團ニ對シテ債務ヲ負擔シタルトキ（草案第八十四條第一號）

相殺權ハ別除權ノ如ク他ノ債權者ニ比シ優先的辨濟ヲ受ケシムルト同一ノ效力アルモノナリ然ルニ斯ノ如キ優先權カ破產宣告後ニ於テ自由ニ新ニ設定サ

レ得ルモノナルトキハ破産債權者間ノ公平ハ得テ望ムヘカラス故ニ破産宣告後新ニ債務ヲ負擔シテ相殺ニ適セシメントスルモ不可ナリ例ハ破産債權者カ破産財團ニ屬スル或財産ヲ買得シテ代金支拂ノ債務ヲ負ヒタル場合ニ其代金ハ完全ニ破産財團ニ拂込ムヘシ偶自ラ破産債權者タルヲ奇貨トシ其破産債權ト相殺スルカ如キコトハ之ヲ許サス若シ之ヲ許セハ獨リ其債權者ノミ相殺ニ依リテ完全ナル辨濟ヲ受クルニ至ルヘケレハナリ

第二　破産者ノ債務者カ破産宣告ノ後之ニ對シテ債權ヲ取得シタルトキ又ハ破産宣告前ニ他人ノ爲メニ發生シタル債權ヲ取得シタルトキ（草案第八十四條第二號）破産財團ハ破産宣告後ハ破産債權者ニ公平ニ分配セラルヘキモノタリ故ニ破産宣告後ニ於テ破産者ニ對シテ新ニ債權ヲ取得シタル者ハ管ニ普通ノ破産債權者トシテ破産財團ヨリ辨濟ヲ受クルコト能ハサルノミナラス特ニ相殺ノ方法ヲ以テシテ破産財團ヨリ完全ナル辨濟ヲ受クルコト能ハサルトキハ最モ明白ノ事理ナリトス故ニ此場合ニ相殺ヲ禁シタルハ至當ナリ

破産宣告前ニ他人ノ爲メニ發生シタル債權ヲ取得シタルトキモ亦之ヲ同一ニ取扱フ所以ハ他ナシ若シ然ラスンハ破産財團ニ向テ辨濟ヲ爲スヘキ債務者ハ猥ニ他人ニ屬スル破産債權ヲ安價ニ買得シ以テ破産財團ニ向テ相殺ヲ對抗シ破産財團ハ愈減少スルニ至ルヲ以テナリ蓋破産債權者ハ到底完全ナル辨濟ヲ受クルコト能ハサルヘキカ故ニ若シ配當ノ豫想額ヨリ幾分ニテモ高ク其債權ヲ買ハンコトヲ申出ツル者アラハ喜テ其需ニ應スヘシ而シテ之ヲ買得シタル破産財團ノ債務者ハ其債權ノ名義額タル金錢ヲ以テ相殺ヲ對抗スルトキハ破産財團ノ減少スヘキハ最モ睹易キ所ナレハナリ

第三　破産者ノ債務者カ支拂ノ停止又ハ破産ノ申立アリタルコトヲ知リテ破産者ニ對シ債權ヲ取得シタルトキ（草案第八十四條第三號、商法第九百九十五條第二項）此場合ハ受働的債權既ニ破産宣告ノ當時成立シ主働債權モ亦破産宣告後ニ生シタルニアラス寧ロ破産宣告前ニ生シタル場合ヲ豫想スル所ナルモ債權取得者ノ當時既ニ破産宣告ニ準スヘキ支拂ノ停止又ハ破産ノ申立アリテ債權取得者カ之ヲ知リタル場合ナリ斯ル場合ニ其相殺ヲ禁スル理由ハ前號ノ場合ト全ク之ヲ同ウス蓋未タ破産ノ宣告アラサルモ支拂ノ停止又ハ破産ノ申立アリテ破

產ニ瀕シタル狀態ニ在ルトキハ破產債權ノ價格ハ益下落スヘシ然ルニ破產者ノ債務者カ之ヲ買得シテ其名義額ヲ以テ相殺ヲ對抗スルトキハ破產財團ノ減少スルコト前號ノ場合ト毫モ擇フ所ナケレハナリ

然ルニ此場合ニハ例外アリ債權ノ取得カ法定ノ原因ニ基クトキ又ハ債務者カ支拂ノ停止若クハ破產ノ申立アリタルコトヲ知リタル時ヨリ前ニ生シタル原因ニ基クトキハ此限ニアラス蓋其取得タルヤ殊更ニ安價ノ債權ヲ買得シテ相殺ヲ爲スカ如キ故意ノ手段ニ基クモノニアラサレハナリ

第四　債權者カ賃借人ナル場合ニ於テ其借賃ニ對シテ相殺ヲ爲サントスルトキハ破產宣告ノ時ニ於ケル當期及ヒ次期ノ借賃ニ付テノミ相殺ヲ爲スコトヲ得

（草案第八十條）

本條ハ草案第六十四條ト同一ノ理由ニ基ク即チ債權者カ相殺ヲ爲ス場合ニモ獨リ當期及ヒ次期ノ賃借ニ付テノミ相殺ヲ爲スコトヲ得ルモノトシ破產財團ニ屬スヘキ債權ノ範圍ノ減少セサランコトヲ努メ以テ他ノ破產債權者ノ利益ヲ計ルモノナリ

第九章　否認

破產宣告後ハ破產財團ノ管理及處分ハ破產管財人ニ專屬シ爾後破產者カ破產財團ニ關シテ爲シタル行爲ハ破產債權者ニ對抗スルコトヲ得ス（草案第五十四條）然ルニ破產宣告前ニ在リテハ破產者ハ破產財團ヲ完全ニ管理及處分シ得ルコトハ勿論ナレトモ業ニ既ニ破產ニ瀕セントスル境遇ニ在リナカラ不當ニ破產債權者ヲ害スルカ如キ行爲ヲ爲スコトヲ許キニアラス故ニ否認權ナルモノヲ認メテ破產宣告前ニ於ケル破產財團ニ關スル破產者ノ行爲ニシテ破產債權者ヲ害スヘキモノヲ否認スルノ權利ヲ認メタルモノナリ要スルニ否認權ナルモノハ總テ破產宣告前ノ行爲ニ關スルモノタルコト明ナリ

否認權ヲ與フル目的竝ニ性質ニ至リテハ民法第四百二十四條以下ニ規定シタル學者ノ所謂廢罷訴權ト全ク同一ナリトス破產法上ノ否認權ハ實際上民法ノ廢罷訴權ニ對スル擴張ト云フモ可ナリ否認權ハ唯或行爲ヲ破產財團ノ爲メニ關係的ニ否認スルニ止リ其行爲ヲ全ク無效トスルモノニアラス故ニ破產者自ラ其否認ヲ援用シテ行爲ノ無效ヲ主張スルコトヲ得サルモノトス故ニ現行法ニ於テモ財

團ニ對シテハ當然無效ナリト云ヘリ（商法第九百九十條）

否認權ハ何人ニ屬スル權利ナリヤニ付テハ從來三說アリ

第一　法律ノ力ニ依リテ管財人ニ與ヘラレタル權利ナリトナスノ說

然レトモ否認權ヲ以テ一ノ私法上ノ實體的權利ナリトスルトキハ管財人彼自身ニ屬ストナスハ非ナリ何トナレハ縱令管財人ヲ以テ公吏ナリトスルモ公吏ハ唯其職權トシテ其權利ヲ行フニ止リ私法上ノ實體的權利カ彼自身ニ屬スヘキ理由ナケレハナリ

第二　破產者所屬ノ權利ナリトナス說

其理由トスル所ハ否認ノ結果復歸シタル財產ハ總テ破產財團ニ屬ス然ルニ破產財團ハ財產者所屬ノ財產ニシテ否認權ハ破產者所屬ノ財產ヲ增殖スル爲メノ權利ナリトスレハ其財產ノ所屬者タル破產者ヲ以テ否認權ノ主體トナサヽルヘカラス唯自己ノ行爲ヲ自ラ否認スルハ不當ナルカ如キモ是レ破產手續ニ於テハ破產財團ト非破產財團トヲ區別スルカ故ニ其間ノ權利義務ヲ定ムルカ爲メニ破產手續上已ムコトヲ得サル結果トシテ否認權ハ發生シ來ルモノナリト云フニ在リ然レトモ否認ノ結果破產財團カ增殖スルカ故ニ該權利ハ破產者ニ屬ストナスハ非ナリ否認スルコト自身ト其結果トハ之ヲ分離シテ考察スルコトヲ要ス否認スルコト自身カ既ニ一種ノ權利ニシテ其結果カ破產財團ヲ增殖スルト將第三者ヲ利スルトハ問ハサルナリ故ニ余ハ之ヲ採ラス

第三　破產債權者所屬ノ權利ナリトナスノ說

余ハ本說ヲ正シト信ス元來民法上ノ廢罷訴權カ債權者所屬ノ權利タルコトハ疑ナシ然ルニ廢罷訴權ニ於テモ否認ノ結果復歸シタル財產ハ債務者ノ財產ニ屬シ唯債權者間ノ共同ノ擔保ヲ增殖シ得タリト云フニ過キス復歸スル財產カ債務者ノ財產ニ屬スルカ故ニ廢罷訴權モ亦債務者所屬ノ權利ナリト主張スル者ハ一人トシテ之アルコトナシ是レ余カ否認スルコト自身ト之ヨリ生スル結果トハ區別シテ考察スルコトヲ要ストナス所以ナリ故ニ破產法上ノ否認權ニ付テモ否認ノ結果ハ固ヨリ共同ノ擔保タル破產財團ノ增殖ヲ計ルニ在レトモ否認スルコト自身ニ重ヲ置キテ考察スルトキハ債權者所屬ノ權利タルコトハ疑ナシ要スルニ否認權ハ破產債權者所屬ノ權利ニシテ管財人ハ代ヲ之ヲ行フ

モノト云フヘキナリ（法學志林第五十八號拙著論文參照）

第一節　否認スヘキ行爲ノ範圍

第一　惡意ノ行爲

茲ニ惡意ノ行爲ト名ケタルハ草案第八十五條第一號若ハ現行破產法第九百九十六條ヲ見タルモノナリ即チ破產者カ破產債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル行爲ヲ否認スルモノトス此場合ハ債權者ヲ害スル意思ニ重ヲ置クモノニシテ否認ノ根據ヲ主觀主義ニ取ルモノトス而シテ相手方ノ惡意ニ付テハ管財人ハ之ヲ證明スルコトヲ要セス相手方ニ於テ否認ヲ免レントセハ自ラ進テ其行爲ノ當時破產債權者ヲ害スヘキ事實ヲ知ラサリシコトヲ證明セサルヘカラス故ニ管財人ニ於テハ唯破產者ノ惡意ヲ證明スレハ足レリ然ルニ現行法第九百九十六條ニ於テハ相手方カ情ヲ知リタルトキニ限リト明言セルカ故ニ相手方ノ惡意ニ付テモ管財人ニ於テ之カ證明ヲ爲サヽルヘカラス故ニ相手方ノ惡意ニ付テハ草案ト現行法トハ其擧證ノ責任者ヲ全ク反對ニシタルモノナリ

第二　破產的共同辨濟ヲ害スル行爲

這ハ草案第八十五條第二號第三號及第五號若ハ現行破產法第九百九十條ノ末段及第九百九十一條第一項ノ場合ヲ見タルモノトス前號ノ場合ハ破產ノミニ特別ナル否認權ニアラス民法ノ廢罷訴權モ亦行ヒ得ル場合ナリトス然レトモ茲ニ謂フ所ノモノハ何レモ破產ノミニ特別ナル否認權ナリ若シ破產ノ宣告アレハ破產財團ハ破產債權者ノ爲メニ公平ニ分配セラルヘキ財產トナルヘシト雖モ未タ其宣告ナキ間ハ破產者ハ其財產ヲ處分シ得ルカ故ニ既ニ支拂ノ停止又ハ破產ノ申立アリテ將ニ破產宣告ヲ受ケントスル境遇ニ在リナカラ破產債權者間ノ公平ナル辨濟ヲ害スルカ如キ行爲ヲ爲シ特ニ或債權者ニ優先的ノ辨濟ヲ受ケシメントスルハ不可ナリ法律ハ宜シク救濟ノ手段ヲ與ヘテ之ヲ否認スルコトヲ得セシメサルヘカラス

而シテ其各號ヲ說明センニ草案第二號ニ於テハ辨濟擔保ノ供與其他ノ有償行爲ハ總テ債務者ノ義務ニ屬スルモノヲ豫想セルモノニシテ其義務ニ屬セサルモノニ付テハ第五號ニ之ヲ規定セルナリ第二號ハ斯ノ如ク其義務ニ屬スルモノヲ履行シタルモノナルカ故ニ縱令其行爲ハ支拂停止又ハ破產ノ申立アリタ

ル後ニ生シ債權者間相互ノ關係ヨリ言ヘハ平等辨濟ヲ害シ不公平ナル結果ヲ生スルコトアルヘシト雖モ之ヲ受ケタル相手方ハ左程咎ムヘキモノニアラス何トナレハ自己ノ有スル權利ニ對スル義務ノ履行ヲ受ケタルモノナレハナリ故ニ相手方カ支拂ノ停止又ハ破産ノ申立アリタルコトヲ知リタルトキニ限リ之ヲ否認シ得ルモノトシ而モ相手方ノ惡意ニ付テハ其擧證ノ責任ハ全ク管財人ニ存シ相手方ニ擧證ノ責任ヲ負ハシメス現行法第九百九十一條ハ破産ノ申立アリタル場合ヲ包含セシメサルノミニシテ擧證ノ責任等ノ主意ニ至リテハ草案第二號ト全ク同主意ナリ

之ニ反シテ第五號ニ所謂債務ノ消滅及擔保ノ供與ハ元來債務者ノ義務ニ屬セス又ハ其方法若ハ時期カ債務者ノ義務ニ屬セサルモノヲ豫想セルモノニシテ現行法ノ第九百九十條末段ニ該當スルモノナリ即チ現行法ニ所謂期限ニ到ラサル債務ノ支拂、期限ニ到リタル債務ノ代物辨濟及從來負擔シタル債務ノ爲メ新ニ供スル擔保トハ是レ亦其債務ノ消滅ノ方法及擔保ノ供與カ總テ債務者ノ義務ニ屬セサリシモノヲ豫想スルモノナリ斯ノ如ク本來其義務ニ屬セサル方法ニ於テ之ヲ辨濟シ又ハ義務ニ屬セサル擔保ヲ供與スルニ至テハ他ノ債權者ヲ害スルコト一層深シト云ハサルヘカラス故ニ第二號ノ場合ニ比スレハ相手方ニ二重ノ不利益ヲ被ラシム即チ(一)ニハ否認スヘキ行爲ノ範圍ニ付テ第二號ハ唯支拂ノ停止又ハ破産ノ申立アリタル後ノ行爲ノミニ限ルト雖モ第五號ノ場合ハ支拂ノ停止又ハ破産ノ申立アリタル前三十日內ニ爲シタル行爲モ亦否認サル(二)ニハ第二號ハ擧證ノ責任管財人ニ在リト雖モ第五號ハ擧證ノ責任相手方ニ在ルナリ殊ニ現行法ニ於テハ此場合ヲ無償行爲ノ場合ト全ク同列ニ見テ否認ノ根據ヲ客觀主義ニ取リ支拂停止ノ有無ニ對スル相手方ノ善意惡意ヲ問ハス財團ニ對シテ當然無效トナセリ

第三號ハ全ク第二號ノ例外規定ニシテ直系血族、配偶者、兄弟姉妹又ハ家族トノ間ニ爲シタル行爲ニシテ是等ノ者ニ對シテハ特ニ利益ヲ與フル考ニテ爲シタルヘシトノ推定行ハルヽカ故ニ擧證ノ責任ハ第二號ト異ナリテ相手方ニ移轉シ相手方ニ於テ否認ヲ免レント欲セハ其行爲ノ當時支拂ノ停止又ハ破産ノ申立アリタルコトヲ知ラサリシ旨ヲ證明セサルヘカラス

第三　無償行爲

破産者カ支拂ノ停止若ハ破産ノ申立アリタル後又ハ其前三十日内ニ爲シタル無償行爲及之ト同視スヘキ有償行爲（草案第八十五條第四號、商法第九百九十條前段）ナリ此場合ハ當事者ノ善意惡意ヲ問ハス否認スルモノニシテ此根據ヲ客觀主義ニ取ルモノトス蓋斯ル時期ニ於ケル無償行爲又ハ之ト同視スヘキ行爲ハ法律上債權者ヲ害スルコト當然ナリト認メタルモノナリ無償行爲ト同視スヘキ有償行爲トハ例ハ負擔附贈與ノ如キモノニシテ其贈與ノ額ニ比シテ負擔ハ非常ニ輕キ場合ヲ謂フ而シテ現行法ハ此無償行爲ノ場合ハ單ニ異議ヲ述ヘ得ルニ止ラス財團ニ對シテハ當然無效トナセリ

第四　第三者ニ對抗スルニ必要ナル行爲

權利ノ設定、移轉又ハ變更ヲ以テ第三者ニ對抗スルニ必要ナル行爲カ支拂ノ停止又ハ破産ノ申立アリタル後ニ爲シタルモノニシテ權利ノ設定、移轉又ハ變更ノ時ヨリ十五日ヲ經過シタル後惡意ニテ爲シタル第三者ニ對抗スルニ必要ナル行爲ハ管財人之ヲ否認スルコトヲ得（草案第八十八條、商法第九百九十二條）蓋權利ノ設定、移轉又ハ變更アリタルニ拘ラス第三者ニ對抗スルニ必要ナル行爲ヲ爲サヽルトキハ其權利ニ付キ直接ニ取引ヲ爲シタル當事者ハ或ハ害ヲ被ルコトナカルヘシ何トナレハ登記ナキ間ハ權利ノ設定、移轉又ハ變更ヲ以テ對抗サルヽ虞ナケレハナリ然レトモ社會又ハ第三者ハ之ヲ知ラス破産者ノ財産上ノ狀態ニ付キ過分ノ信用ヲ與ヘ以テ他ノ權利ニ關スル取引ヲ爲スモノナキニアラス例ハ破産者カ或不動産ヲ既ニ賣却シタルモ登記簿ニハ依然トシテ破産者名義ノ財産トシテ存スル場合ノ如シ此場合ニ第三者ハ該不動産ヲ以テ破産者所屬ノ財産ナリトシテ過分ノ信用ヲ與ヘテ取引ヲ爲スコトナキニ非サルヘシ然ルニ其取引ヲ爲シタル後ニ至リテ從前爲シタル行爲ノ權利者カ第三者ニ對抗スルニ必要ナル行爲ヲ爲シ從來破産者所屬ノ權利ナリト看做サレタル財産カ急ニ他人所屬ノ權利ナリトシテ對抗サルヽトキハ過分ノ信用ヲ與ヘタル第三者ノ迷惑ハ察スルニ餘アリ是レ其取引ノ安全ヲ害スルモノナリ故ニ權利ノ設定、移轉又ハ變更アリタルトキハ成ルヘク速ニ第三者ニ對抗スルニ必要ナル行爲ヲ爲シテ以テ之ヲ公示シ第三者ヲシテ過分ノ信用ヲ債務者ニ與フルカ如キ事實ノ發生

ヲ防遏セシメサルヘカラス仍テ管財人ヲシテ非常ニ後レテ爲シタル第三者ニ對抗スルニ必要ナル行爲ヲ否認セシムルモノナリ第三者ニ對抗スルニ必要ナル行爲トハ民法第百七十六條乃至第百七十八條、第三百六十四條乃至第三百六十六條、第四百六十七條、第六百五條、第千四十五條ニ謂フ所ノ行爲ノ如キ是ナリ

第五　轉得者ニ對スル否認權

是レ尙ホ民法第四百二十四條ニ於テ轉得者ニ對スル廢罷訴權ヲ認メタルカ如シ其要件ハ草案第八十九條ニ於テ之ヲ規定セリ之ニ依ルニ第一號ノ場合ハ管財人ニ於テ轉得者ノ惡意ヲ證明スル必要アリト雖モ第二號ノ場合ニ於テハ相手方ニ於テ否認ヲ免レント欲セハ其惡意タラサリシコトノ反證ヲ擧クルコトヲ要ス

第六　相續及ヒ遺贈

草案第九十條乃至第九十四條ハ破產者カ家督相續、遺產相續、包括遺贈又ハ特定遺贈ヲ受ケタル場合ニ破產財團ノ爲メニ不利ナル承認又ハ拋棄ヲ爲シタルニ依リ之ニ對スル否認權ノ行動ヲ規定シ破產財團ノ增殖ヲ圖ルモノトス一讀シテ其主意明瞭ナルカ故ニ別ニ說明ヲ加ヘス

以上ニ於テ否認スヘキ行爲ノ範圍ヲ說明シタリ然ルニ之ニ對スル例外トシテ手形ノ支拂ニ付テハ有效トスル場合アリ草案第八十六條第一項即チ是ナリ蓋普通ノ辨濟ニ在リテハ其辨濟ヲ否認サルヽモ唯辨濟前ト同樣ノ位置ニ復セシメラルルニ過キサルヘシト雖モ手形ノ支拂ニ在リテハ之ヲ否認サルヽトキハ手形債權者ハ其支拂ヲ受ケタル前ヨリモ却テ惡シキ狀態ニ陷ルコトアルヘシ蓋手形債務ニ在リテハ其支拂ナキヲ理由トシテ拒絕證書ヲ作成セシメ以テ前者ニ對スル償還請求權ヲ保全ス然ルニ破產者ヨリ支拂ヲ提供サルヽトキハ拒絕證書ヲ作成セシムルコトヲ得ス從テ既ニ受ケタル支拂ヲ無效トスルトキハ最早前者ニ對スル償還請求權ヲ失フニ至ルコトアルヘシ仍テ斯ル場合ニハ其支拂ヲ終始有效トスルカ又ハ手形法ニ例外ヲ認メテ前者ニ對スル償還請求權ヲ認ムルカ二者ノ中其一ニ居ルノ外ナカルヘシト雖モ獨佛二國ノ立法例ハ孰レモ斯ル場合ニ破產者ノ支拂ヲ有效トナセリ我草案モ亦之ニ倣ヘルナリ然ルニ手形ノ支拂ニ對シテ斯ノ如キ例外ヲ認ムルトキハ之ヲ奇貨トシテ普通ノ支拂ナレハ否認サルヽノ虞アル

ニ依リ振出ノ當時ハ既ニ支拂ノ停止若ハ破産ノ申立アルヲ知リ全ク惡意タルニ拘ラス自ラ手形ヲ振出シ或ハ他人ヲシテ振出サシメテ以テ之ヲ他人ニ賣リ間接ニ完全ナル辨濟ヲ受クルノ手段ヲ講スル者ナキニアラス仍テ草案第八十六條第二項若ハ現行法第九百九十一條第二項ヲ設ケテ斯ル惡手段ヲ行フコトヲ防遏シタルモノトス然ルニ參加支拂ニ至リテハ元來支拂ノ義務ナクシテ爲スモノナルカ故ニ手形ノ振出人又ハ振出ヲ委託シタル者ノ惡手段ニ因リタリト云フコトヲ得サルカ故ニ草案第八十六條第三項ヲ設ケテ再ヒ第二項ニ對スル例外ヲ規定シタルモノナリ

以上ノ否認スヘキ行爲ハ何レモ皆破産者ノ爲シタル行爲ヲ豫想スルモ相續財産ニ對シテ破産ノ宣告アリタル場合ハ破産者ニ準スヘキ者ノ爲シタル行爲モ亦否認スルコトヲ得サルヘカラス是レ草案第八十七條ノ規定アル所以ナリ

第二節　否認權ノ行使

否認權ノ行使ハ管財人ニ專屬ス否認權其モノカ破産債權者ニ屬スト雖モ破産債權者自ラ之ヲ行使スルコトヲ得ス是レ猶ホ破産財團其モノカ破産者ニ屬スト雖モ破産者自ラ之カ管理及處分ヲ爲スコトヲ得サルカ如シ

否認權ハ相手方カ執行力アル債務名義ヲ有スルトキト雖モ之ヲ行フコトヲ得（草案第九十五條）例ハ破産者ト其相手方トノ間ニ確定判決アリトスルモ其判決タルヤ管ニ他人者間ノ爭ノ判決タルノミナラス否認權ノ有無ニ付テ毫モ決定スル所ノモノニアラサレハナリ

否認權ノ行使ニハ特別ノ方式ヲ要セス相手方ニ對スル意思表示ヲ以テ之ヲ行フ（草案第九十六條）是レ尙ホ民法ニ於テ取消又ハ追認ヲ爲スニ當リ相手方ニ對スル意思表示ヲ以テ之ヲ爲スト同一ナリ（民法第百二十三條）

第三節　否認權ノ效力

否認權ノ效力ニ付テハ草案ハ第九十七條以下三箇條ニ於テ之ヲ規定セリ管財人カ否認權ヲ行ヒタル場合ニ於テ先ツ其相手方ノ義務ヨリ之ヲ述フレハ相手方ハ財團ヲ原狀ニ復セシムル義務ヲ負フ例ハ破産者ヨリ爲シタル給付カ相手方ノ手ニ現存スルトキハ其現存セル物ヲ破産財團ニ返還スルコトヲ要シ又現物之ナキ場合ニ於テハ之カ賠償ヲ爲スコトヲ要ス元來否認權ハ行爲其モノヲ全然無效ナ

ラシムルコトヲ目的トスルモノニアラス之ヲ行使スルモ單ニ債權的請求權ヲ發生スルニ止ルカ故ニ縱令現物カ相手方ノ手ニ存スルトキト雖モ物權的追及權ヲ行フモノニアラス故ニ相手方カ亦破產シタル場合ノ如キハ管財人ヲ單ニ破產債權者トシテ其權利ヲ行使シ得ルニ止リ取戻權者タルコトヲ得ス而シテ草案第八十五條第四號ノ場合ハ元來當事者ノ意思如何ヲ問ハス單ニ無償行爲タル客觀的事實ノミニ基キテ否認スルモノナルカ故ニ行爲ノ當時善意ニシテ既ニ之ヲ消費シタル場合ニ其當初受ケタル物ノ全部ヲ返還セシムルハ酷ニ失ス故ニ其現ニ受クル利益ヲ償還セシムルヲ以テ足ルモノトナセリ（草案第九十七條）

次ニ相手方ノ權利ヲ述ヘンニ元來否認權ハ行爲自身ヲ全然無效ナラシメンコトヲ目的トスルモノニアラスシテ唯破產財團ノ不當ノ減少ヲ豫防セントスルニ過キス換言スレハ否認權ノ行使ニ依リテ破產財團カ特ニ新利得ヲ得ンコトヲ目的トスルモノニアラス故ニ管財人カ否認權ヲ行使シ相手方ノミヲシテ破產財團ヲ原狀ニ復セシメ破產財團ヨリ何等ノ返還ヲ爲サヽルトキハ場合ニ依リテハ破產財團ハ不當ノ利得ヲ爲スコトアルヘキナリ故ニ相手方ノ爲メニ草案第九十八條ノ權利ヲ認メタリ同條第一項ハ反對給付又ハ之ニ因リテ生シタル利益カ破產財團中ニ現存セル場合ヲ見タルモノニシテ相手方ハ自己ノ義務ノ履行ヲ提供シテ其返還ヲ請求スルコトヲ得是レ寧ロ財團債權者以上ノ權利ト云フヘキナリ又第二項ハ反對給付ノ現存セサル場合ヲ見タルモノニシテ此場合ハ破產財團ハ不當ノ利得ヲ爲シタリト云フコトヲ得ス又反對給付ニ因リテ生シタル利益カ幾分財團中ニ現存スル場合ニ於テハ其現存利益ハ不當利得トシテ之ヲ返還スヘキモノナルモ其現存利益ト反對給付ノ價額ノ差額ニ付テハ是レ亦現存セサルモノナルカ故ニ破產財團ハ不當利得ヲ爲シタリト云フコトヲ得ス故ニ此二者ニ付テハ單ニ其債權的ノ效力ノミヲ認メテ破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ルモノトナセリ然レトモ是レ亦行爲ノ當時相手方ノ善意タリシ場合ニ限ル其惡意タリシ場合ニハ全然破產手續上ニ於テ其權利ヲ行フコトヲ得ス是レ固ヨリ當然ノ事ニシテ自己ノ給付シタルモノハ毫モ破產財團ヲ利スルコトナク却テ破產者ノ私消スル所トナリ了リタルモノナルカ故ニ破產手續以外ニ於テ破產者自身ヲ相手方トシテ救濟ヲ仰クノ外其途ナケレハナリ

相續財産ニ對シテ破産ノ宣告アリタル場合ニ付テ草案第九十九條ハ特別規定ヲ設ケタリ抑否認ノ結果復歸セル財産ハ破産財團ニ屬スルコトハ言ヲ俟タス而シテ其破産財團中ヨリ先ツ相續債權者ニ辨濟ヲ爲シ而シテ後ニ受遺者ニ辨濟ヲ爲スモノトス（草案第二十七條第二項）然ルニ否認ノ結果得タル財産ハ總テ相續債權者ニ分配シ盡シタルトキハ問題ヲ生セサルモ若シ殘餘ヲ生シタルトキハ自然之ヲ以テ受遺者ニ辨濟ヲ爲スニ至ル然レトモ受遺者ハ單ニ利益ヲ得ントスルモノニシテ從來ノ行爲ヲ否認シテマテモ之ニ利益ヲ與フヘキ理由ナシ寧ロ利得ヲ得ントスル者ヨリモ損失ヲ被ラントスル否認權ノ相手方ヲ保護スヘシ仍テ殘餘ヲ生シタルトキハ再ヒ之ヲ否認權ノ相手方ニ還付スルモノトス

第四節　否認權ノ消滅

破産宣告ノ時ヨリ六个月以前ニ爲シタル行爲ハ支拂停止ノ事實ヲ知リタルコトヲ理由トシテ之ヲ否認スルコトヲ得ス（草案第百條）本條ハ專ラ前ニ述ヘタル破産的共同辨濟ヲ害スル行爲ニ關スルモノトス否認スヘキ行爲ニ付テ斯ノ如キ時間上ノ制限ヲ置キタル所以ハ縱令支拂停止ノ事實ヲ知リテ爲シタル行爲ナリト雖モ既ニ六个月モ經過シタルトキハ其間ニハ破産者ノ財産上ノ狀態ニ變更ヲ生シ既ニ爲サレタル支拂停止ノ境遇ハ除去サレタリト見ルヘキヲ至當トスルカ故ニ若シ舊時ノ支拂停止ヲ知リタルヲ理由トシテ其行爲ノ否認ヲ爲スコトヲ得ヘキトキハ大ニ取引ノ安全ヲ害スルニ至ルヘキヲ以テナリ

又否認權ハ破産宣告ノ時ヨリ二年間行ハサルトキ又ハ行爲ノ時ヨリ廿年ヲ經過シタルトキハ消滅ス（草案第百一條）是亦久シキヲ經タル後否認權ヲ行ハシムル時ハ現在ノ有樣ヲ攪亂シテ取引ノ完全ヲ害スルニ由ル是レ猶民法上ノ廢罷訴權ニ付テ消滅時效ノ規定ヲ設ケタルト一般ナリ（民法第四百二十六條）然レトモ否認權ノ場合ハ時效ノ規定ニハ非ス單ニ權利ノ除斥期間タルニ止ル故ニ時效ノ如ク中斷若ハ停止ナシ

第十章　國際破産

第一節　破産宣告ノ國際的效力

破産宣告ノ國際的效力ニ關シテ從來二主義アリ普及破産主義及屬地破産主義是ナリ普及破産主義トハ一國ニ於テ宣告シタル破産ハ當然外國ニ於テ效力アリ外國所在ノ破産者ノ財産ハ破産財團ニ屬ストナスモノナリ從テ其效果トシテ國際

上一人一破産ノ制度ヲ認ムルニ至ルモノナリ之ニ反シテ屬地破産主義トハ凡ソ破産ハ之ヲ宣告シタル一國内ニ於テノミ其效力ヲ有シ外國所在ノ破産者ノ財産ハ當然破産財團ニ屬セストナスモノナリ從テ外國ニ於テモ亦更ニ其外國所在ノ財産ニ對シテ破産ノ宣告アルヘキコトヲ豫想シ國際上一人數破産ノ制度ヲ認ムルニ至ルモノナリ

然ルニ破産其モノヽ性質トシテ其效力ハ當然普及的ノモノナリト主張スル學者ナキニアラスト雖モ余ハ破産其モノヽ性質トシテハ寧ロ屬地的ノモノナリト解スルヲ至當ト信ス何トナレハ破産ハ一般的ノ强制執行ニ外ナラサレハ執行ノ效力ハ唯其國ノ領土内ニノミ及フトナスヲ當然トスレハナリ故ニ破産ノ國際的效力ニ關シテ何等ノ明文ナキトキハ其效力ハ屬地的ノモノトナスヲ至當トス現行破産法ニハ明文ナキカ故ニ理論上斯ノ如ク解釋セサルヘカラス而シテ我大審院ノ判例モ亦斯ノ如ク認メタリ(國際法雜誌第一年第六號四八頁大審院判決)

草案ニ於テハ極端ナル屬地破産主義ヲ採リ日本ニ於テ宣告シタル破産ハ外國ニ在ル破産者ノ財産ニ付テハ其效力ヲ有セス又外國ニ於テ宣告シタル破産ハ日本ニ在ル破産者ノ財産ニ付テハ其效力ヲ有セサルモノトセリ而シテ債權ハ債務者ノ住所地ニ在ルモノト看做サル(草案第三條)抑今日世界各國ニ於ケル國際破産ニ關スル立法ノ狀態ヲ見ルニ或ハ普及破産主義ヲ採ルモノアリ或ハ動産ニ付テハ普及主義ヲ採リ不動産ニ付テハ屬地主義ヲ採ル所謂折衷主義ヲ採ルモノアリ或ハ單純ニ屬地破産主義ヲ採ルモノアリ其現狀ハ極テ區々ニ亘リ立法ノ統一ヲ計ルコトハ到底至難ノコトニ屬ス故ニ此間ニ介シテ新ニ立法ヲ爲スニ當リテハ余ハ我草案ノ如ク屬地主義ヲ採ルヲ寧ロ至當ト信ス(國際法雜誌第二卷第九號乃至第十號拙著論文破産宣告ノ國際的效力參照)而シテ國際條約ノ手段ニ依リテ國際間互ニ破産的執行ニ付テ共助ヲ爲コトヲ得ハ順次ニ破産ノ統一ヲ計ル目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ故ニ我草案ニ於テモ原則トシテハ屬地主義ヲ採リタルモ例外トシテ條約又ハ命令ニ依リテ別段ノ定ヲ爲シ得ヘキ旨ヲ認メタリ(草案第四條)是レ固ヨリ至當ノ事トス

第二節　破産ニ關スル外國人ノ地位

草案ニ於テハ原則トシテ破産ニ關シ内外人同等ノ權利ヲ認メタリ故ニ外國人カ債權者タル場合ハ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ルハ勿論別除權者又

ハ財團債權者タルコトヲモ得ルモノトス又債務者タル場合ハ自ラ破産ノ申立ヲ爲シ破産ニ關スル即時抗告ヲ爲シ强制和議ノ提供ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトス然レトモ例外トシテ其本國法ニ於テ日本人ニ同一ノ權利ヲ認メサルトキハ此限ニアラストシ相互主義ヲ認メタリ(草案第二條)是レ其外國所在ノ本邦人保護ノ爲メニ必要ナル制限トス尙ホ是等ノ點ニ關シ條約又ハ命令ニテ特別ノ定ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論トス(草案第四條)

現行法ニハ之ニ關シテ特別ノ規定ナシ唯在外國債權者ノ債權ノ爲メニハ其屆出及調査ノ爲メ特別ノ期間ヲ定メ得ルコトヲ規定セルノミ(商法第千二十九條末段)

第十一章　破産手續總則

第一節　通則

第一　民事訴訟法ノ準用

破産ノ性質ハ既ニ述ヘタル如ク訴訟事件ナルカ故ニ破産法ニ別段ノ規定アルモノヲ除ク外破産手續ニ付テ原則トシテ民事訴訟法ノ規定ヲ準用セラルヘキモノトス(草案第百五條)

今其準用セラルヽ主要ナルモノヲ例示スレハ左ノ如シ

(イ)民事訴訟法第十條乃至第十六條ノ普通裁判籍ニ關スル規定(ロ)裁判所職員ノ除斥及忌避ニ關スル規定(ハ)當事者ノ訴訟能力、共同訴訟、訴訟代理人及輔佐人、訴訟費用、保證及訴訟上ノ救助ニ關スル規定(ニ)口頭辯論ヲ爲ス場合ニハ之ニ關スル規定(ホ)期日懈怠ノ結果及原狀回復ニ關スル規定(ヘ)權利拘束ノ抗辯、疏明、調書及違算、書損等ノ更正ニ關スル規定、證據調ニ關スル規定(チ)即時抗告ニ關スルモノ等ノ如シ

第二　破産法上ノ特則

一　法律上ノ補助　裁判所ハ破産事件ニ付キ互ニ法律上ノ補助ヲ求ムルコトヲ得(商法施行法第百四十一條、草案第百六條)是レ裁判所構成法第百三十一條ノ適用ナリトス

二　任意的口頭辯論　破産手續ニ關シテハ裁判所ハ口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲スコトヲ得(草案第百七條、商法第九百七十八條第二項、民事訴訟法第五百四十三條第三項)蓋判決裁判所ニ在リテハ當事者ノ口頭辯論ハ裁判ノ基礎ヲ成シ必要的ナリト雖モ破産手續ニ在リテハ任意的ニシテ必スシモ口頭辯論ヲ經ルコトヲ要セサルモノトス縱令口

頭辯論ヲ命シタルトキト雖モ裁判ノ材料ハ必スシモ之ノミニ取ルコトヲ要セス汎ク訴訟記錄ニ之ヲ求ムルコトヲ得ヘシ故ニ裁判ノ形式ハ口頭辯論ヲ經ルモ判決ニハアラス決定ナリトス而シテ茲ニ裁判トハ破產裁判所ノ發スル總テノ宣告ヲ含ミ其種類ノ如何ヲ問ハサルモノトス

三　不服ノ申立　破產手續ニ關スル裁判ハ判決ニアラスシテ決定ナルヲ以テ之ニ對スル不服ノ申立ノ方法ハ抗告ナリトス而シテ破產ハ一般ノ强制執行ニシテ既述セル如ク口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ之カ不服ノ申立ハ即時抗告ナリトス唯往々ニシテ不服ノ申立ヲ禁シタルカ如キ例外ナキニアラス故ニ草案ハ本法ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外即時抗告ヲ爲スコトヲ得ト規定セリ（草案第百九條民事訴訟法第五百五十八條）故ニ例外アル場合ヲ除ク外本則トシテ總テノ裁判ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトス然ルニ現行法ニハ斯ル概括的ノ規定ナク唯破產宣告ノ決定ニ對シテノミ斯ル不服ノ申立ヲ爲シ得ヘキ旨ヲ規定セリ（商法第九百七十八條第二項）

破產裁判所ノ決定ハ纔令之ニ對シテ抗告アルモ抗告ハ原則トシテ執行停止ノ效力ヲ生セサルカ故ニ其形式的確定ヲ待タスシテ執行セラルヽモノトス（草案第百五條、民事訴訟法第四百六十條第一項）尤モ現行法ニ於テハ民事訴訟法第四百六十條第一項及第二項ノ適用ナキ旨ヲ明言セルカ故ニ破產裁判所ノ決定カ常ニ直ニ執行力アリト云フコトヲ得ス（商法施行法第百四十七條商法施行法第二十五條）唯破產ノ宣告ニ付テハ明文ノ存スルアリテ其確定ヲ待タスシテ假執行ヲ爲スコトヲ得（商法第九百八十一條末段）『抗告裁判所ノ決定ハ確定ノ後ニアラサレハ其效力ヲ生セサルモノトナセリ（草案第百九條）何トナレハ再抗告ニ依リ該決定モ亦變更セラルヽコトアルヘキニ依リ度々其執行ヲ變更スルハ手續ノ繁雜ヲ來スニ止レハナリ然レトモ抗告裁判所ハ決定カ直ニ其效力ヲ生スル旨ヲ定ムルコトヲ得是レ即時ノ執行カ一般ノ利益ニ適スル場合ヲ見タルモノナリ例ハ破產裁判所カ破產ノ宣告ヲ爲シ破產者之ニ對シテ抗告ヲ爲シ抗告裁判所ハ破產ノ宣告ヲ取消ス旨ノ決定ヲ爲シタル場合ニ於テハ抗告裁判所ノ直ニ執行スルハ不可ナリト雖モ若シ之ト反對ニ破產裁判所ハ破產ノ申立ヲ却下シタルモ抗告裁判所ハ却テ破產宣告ノ決定ヲ與ヘタル場合ノ如キハ其決定ヲシテ直ニ執行セシムルヲ以

テ一般ノ利益ニ適シタルモノトス仍テ斯ル場合ニハ抗告裁判所ハ其決定ニ對シテ直ニ其效力ヲ生スル旨ヲ定メ得ルモノトシタルナリ

四　職權調査　民事訴訟ノ通則トシテ當事者ノ辯論主義行ハルト雖モ破産法ニ在リテハ官權主義行ハレ法律ヲ以テ特ニ申立ヲ要スル旨ヲ規定セサル限リハ職權ヲ以テ必要ナル調査ヲ爲スコトヲ得(草案第百十條)而シテ其方法竝ニ時期ニ付テモ何等ノ制限ナシ故ニ例ハ一私人又ハ官廳ニ對シテ報告ヲ求ムルコトヲ得ヘク殊ニ證人又ハ鑑定人ヲ用キテ事實ノ探究ヲ爲スコトヲ得ヘシ

五　送達及公告　破産手續ニ關スル裁判ハ縱令之ヲ言渡シタルトキト雖モ職權ヲ以テ之ヲ送達スルコトヲ要スルモノトス蓋一般ノ民事訴訟ニ在リテハ言渡ヲ爲セハ送達ノ必要ナシトスルヲ例トスト雖モ破産手續ニ於テハ其關係複雜ナルカ故ニ之ニ對スル例外ヲ認メタルモノナリ(草案第百八條、民事訴訟法第二百四十五條第三項)然レトモ送達及公告ノ二者ヲ要スル旨ヲ定メタル場合ヲ除ク外公告ヲ爲ストキハ送達ノ必要ナキモノトス蓋送達ハ不確定ナル多數ノ利害關係人ニ之ヲ爲スハ不適當ナルヲ以テ公告ハ一切ノ利害關係人ニ對シテ送達ノ效力アルモノトナシタレハナリ(草案第百二十二條)唯送達及公告ノ二者ヲ必要トスル旨ヲ定メタル場合例ハ草案第百五十一條、第百五十二條及第二百九十三條ノ場合ハ二者共ニ之ヲ爲スコトヲ要スルモ此場合ニ於テモ送達ヲ爲スハ唯裁判官ニ對スル訓示的ノ性質ヲ有スルニ止リ若シ之ヲ爲サヽリシトキハ裁判官ハ或ハ上級ノ監督ヲ受ケ又ハ場合ニ依リ民事上ノ責任ヲ有スルコトアルニ止リ其送達ノ效力ニ影響ヲ及ナス蓋公告カ送達ノ效力ヲ有スレハナリ而シテ二者共ニ行ハレ時間ニ先後アル場合ニ即時抗告ノ起算點ハ何レヨリ始ムヘキカニ付異論ナキニ非スト雖法文ニ「送達ヲ爲スヘキトキト雖」ト云フニ由リテ之ヲ見レハ其何レノ場合ヲ問ハス常ニ公告ノ時ヨリ起算ストナスヲ妥當トスヘシ斯ノ如ク此場合ニハ送達ハ其效力尠ナキモノナルカ故ニ書類ヲ郵便ニ付シテ行フ簡易ナル方法ニ依ルモノトシタリ(草案第百二十三條、民事訴訟法第百四十三條第三項)公告ノ方法ハ登記事項ノ公告ヲ掲載スヘキ新聞紙ヲ以テ之ヲ爲ス若シ裁判所ノ管轄内ニ公告ヲ爲スヘキ新聞紙ナキトキハ公告ハ裁判所及其出張所又ハ其管轄内ノ市役所、町村役場若ハ之ニ準スヘキ公署ノ掲示場ニ掲示シテ之

ヲ爲ス而シテ公告ノ效力ノ發生時期ハ新聞紙ヲ以テスル場合ハ之ヲ掲載シタル最終ノ新聞紙發行ノ日ノ翌日ニ於テ其效力ヲ生シ又其掲示シテ之ヲ爲ス場合ハ其最終ノ掲示日ノ翌日ニ於テ其效力ヲ生ス（草案第百二十條、第百二十一條）是レ非訟事件手續法第百四十四條及第百四十六條ト同一ノ理由ニ基クモノナリ

送達竝ニ公告ハ素ト即時抗告ノ起算點ヲ定ムルニ必要ナルモノニシテ現行法ニ在リテハ之ニ對シテ特別ノ規定ヲ存シ裁判ノ言渡アルモノハ其言渡ヲ受ケタル日ノ翌日ヨリ起算シ言渡ナキモノハ職權ヲ以テ送達シ其送達ヲ受ケタル日ノ翌日ヨリ起算スヘキモノトス（商法施行法第百四十七條、舊商法施行法第二十條、第二十四條、民事訴訟法第百四十、五條第三項）又公告ノ方法ニ付テハ現行法ニハ概括的ノ規定ナキモ其最モ主要ナル破産宣告ノ公告ニ付テハ裁判所ノ掲示場竝ニ破産者ノ營業場ニ貼付シ且其他ノ新聞紙ニ載セテ之ヲ爲スモノナリト規定セリ（舊商法第九百八十一條）

六　口頭陳述　破産手續ニ關スル抗告申立及陳述ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得此場合ニハ裁判所書記ハ調書ヲ作ルモノトス（草案第百十一條、民事訴訟法第百三十五條）

第二節　破産者ノ説明義務及ヒ其身上ニ對スル保全處分

第一　破産者及之ニ準スル者ノ説明義務

破産者及其代理人、代理人タリシ者竝ニ相續人ハ破産管財人、監査委員又ハ債權者集會ノ請求ニ因リ破産ニ關シ必要ナル説明ヲ爲スノ義務アリ相續財産ニ對スル破産ノ場合ニ於テハ前戸主、相續人、相續財産管理人及ヒ遺言執行者モ亦此義務アリ法人ノ破産ノ場合ハ其法定代理人モ亦此中ニ含マル（草案第百十八條舊商法第千二十二條）蓋破産者及之ニ準スル者ニ斯ル義務ヲ課スル所以ハ破産手續ニ付テハ官權主義ヲ採リ裁判所ハ職權ニ因リテ總テノ調査ヲ爲スコトヲ得トナシタルノ結果ナリ故ニ破産者ヲシテ裁判所其他ノ破産機關ニ對シテ破産ニ關スル必要ナル説明ヲ爲サシムルモノナリ破産ニ關スル必要ナル説明トハ例ハ破産財團竝ニ破産債權ニ關スル説明ニシテ此他別除權、取戻權、財團債權、否認權等ノ有無ニ關スルモノトス而シテ債權者集會カ此請求ヲ爲スニハ其決議ニ依ルコトヲ要シ各破産債權者ハ此權利ナキモノトス

若シ破産者竝ニ之ニ準スル者カ右ノ説明ノ爲メ正當ノ理由ナクシテ出頭セス

又ハ之ヲ爲スコトヲ拒ミ又ハ虚僞ノ説明ヲ爲ストキハ啻ニ刑罰上ノ制裁ヲ科セラルヽノミナラス（草案第三百四十五條）裁判所ハ之カ引致又ハ監守ヲ命スルコトヲ得

次ニ之ヲ説明スヘシ

第二　破産者ノ身上ニ對スル保全處分

前陳ノ如ク破産者ハ破産ニ關シ必要ナル説明ヲ爲スノ義務アリ殊ニ現行法ニ於テハ破産管財人ハ其執務ノ爲メ破産者ノ補助ヲ求ムルコトヲ得（舊商法第千二條第二項）然ルニ破産者ニシテ猥ニ其居所ヲ去リ甚タシキハ逃亡シ又ハ財産ノ隱匿ヲ爲スカ如キコトナキニアラス故ニ法律ハ破産宣告後破産者ノ身上ニ對スル保全處分ヲ認ム此處分ハ破産者ノ法定代理人ニ付テモ之ヲ爲シ又相續財産ニ對スル破産ノ場合ニハ前戸主及相續人ニ付テモ之ヲ爲ス（草案第百十七條、舊商法第千三條第一項、第二項）

一　在住强制　破産者ハ裁判所ノ許可ヲ得ルニアラサレハ其居所ヲ離ルヽコトヲ得ス（草案第百十二條、舊商法第千三條第三項）蓋若シ然ラスンハ前記ノ義務ハ盡サシムルコト能ハサレハナリ裁判所ハ其許可ヲ與フルニ付テハ絶對ニ與フルコトヲ得ヘク又ハ必要アルトキハ必ス歸來スヘク又ハ書面ニ依ル報告ヲ爲スコト等ヲ條件トシテ之カ許可ヲ與フルコトヲ得ヘシ又茲ニ居所ヲ離ルヽコトヲ得ストハ他所ヘノ轉住ハ勿論旅行等ヲモ包含スヘシ唯一時ノ外出又ハ散歩等ハ之ヲ含マス

二　引致又ハ監守　裁判所ハ必要ト認メタルトキハ破産者ノ引致ヲ命スルコトヲ得引致ハ出頭ヲ强制スルモノニシテ引致狀ヲ發シテ之ヲ爲ス其引致狀ニハ拘引狀ニ關スル刑事訴訟法ノ規定ヲ準用スルモノトス（草案第百十三條、舊商法第千三條第三項、第四十九條）

破産者カ逃走又ハ財産ノ隱匿ヲ爲ス虞アルトキハ裁判所ハ其監守ヲ命スルコトヲ得監守ハ其決定書ノ謄本ヲ檢事ニ送致シ檢事ハ破産者ノ居所ヲ管轄スル警察官署ニ命シテ之ヲ執行セシム（草案第百十四條、舊商法第千三條第一項、舊商法施行法第百四十五條）而シテ監守ヲ命セラレタル破産者ハ裁判所ノ許可ヲ得ルニアラサレハ他人ト面接又ハ通信ヲ爲スコトヲ得サルモノトス（草案第百十五條、舊商法施行法第四十八條）

監守ハ其性質單ニ破産者ノ法律義務ヲ强制シ又ハ破産財團ノ減少ヲ豫防スル爲メノ將來ニ對スル手段タルニ止リ決シテ過去ノ行爲ニ對スル刑罰ニハ

アラス故ニ其必要止ミタルトキハ裁判所ハ破産者若ハ破産管財人ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ監守ノ決定ヲ取消スヘキモノトス此場合ニハ其決定書ノ謄本ヲ檢事ニ送致シ檢事ハ警察官署ニ命シテ監守ヲ解カシム（草案第百十六條商法施行法第五十條）現行法ニハ管財人カ破産者ノ財産ヲ財産目錄ニ載セ且之ヲ占有シタルトキ又ハ監守ノ事由最早存セサルトキハ裁判所ハ其決定ヲ以テ破産者ヲ釋放スヘシト規定シ尙ホ破産者ヲシテ何時ニテモ出頭スヘキ爲メノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得トナセリ此擔保ハ破産財團ニ屬セサル財團ヨリスルカ又ハ第三者ヨリ特別ニ之ヲ供セサルヘカラス蓋然ラスンハ破産財團ニ實益ナケレハナリ又破産者カ義務違反ヲ爲シタルトキハ其擔保ハ破産財團ニ歸セシム（商法第千四條）草案ハ擔保ヲ供セシムル必要アル場合ノ如キハ尙ホ監守ヲ解クノ主義ヲ採ラス

引致又ハ監守ニ關スル費用ハ財團債權トス又引致又ハ監守ノ決定竝ニ其取消ノ決定ニ付テハ即時抗告ニ依リ不服ヲ申立ツルコトヲ得（草案第百九條）

第三節　破産ノ登記ノ囑託竝ニ破産ノ通知

第一　內外國法人ニ對シテ破産ノ宣告ヲ爲シタル場合ニ於ケル破産登記ノ囑託」裁判所カ內國法人ニ對シテ破産ノ宣告ヲ爲シタル時ハ其破産ハ法人解散ノ原因ナルカ故ニ職權ヲ以テ遲滯ナク囑託書ニ破産ノ決定書ノ謄本ヲ添附シテ解散ノ登記ヲ登記所ニ囑託スルコトヲ要ス外國法人ニ對シテ破産ノ宣告ヲ爲シタルトキハ解散ノ原因トナラサルカ故ニ單ニ破産ノ登記ヲ囑託スルモノトス而シテ登記所ハ其登記ニ付テハ公告ノ必要ナキモノトス是レ其破産宣告カ既ニ公告セラレタルヲ以テナリ（草案第百二十四條）

登記所ハ其囑託ヲ受ケタルトキハ遲滯ナク其登記ヲ爲スコトヲ要シ之ニ付テハ登錄稅ヲ課セス是レ其負擔ノ過重ナルニ由ル（草案第百二十七條、第百二十八條）以下登記ノ囑託ヲ爲ス場合亦皆同シ

第二　破産者ニ關スル商業登記又ハ法人登記アル場合ニ於ケル破産登記ノ囑託」商業登記ヲ爲シタル者又ハ法人ノ機關トシテ登記セラレタル者ニ對シテ破産ノ宣告ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ遲滯ナク囑託書ニ破産決定書ノ謄本ヲ添付シテ破産登記ノ囑託ヲ爲スヘトヲ要ス是レ商業登記簿ノ信用ヲ保

持シ取引ノ安全ヲ期センカ爲メナリ（草案第百二十五條）現行法トシテハ此點ニ付テ非訟事件手續法第百五十二條及第百五十三條ニ規定アリ二者其内容ヲ悉ク同ウセサルモ破産法草案カ實施セラルヽノ曉ニハ重複トナルカ故ニ非訟事件手續法ノ規定ハ刪除セラルヽモノトス（草案第三百六十一條）

第三　破産財團ニ屬スル權利ニシテ登記シタルモノニ對スル破産登記ノ囑託

破産財團ニ屬スル權利ニシテ登記アルモノトハ例ハ不動産竝ニ船舶ノ所有權又ハ地上權、永小作權、地役權、質權、抵當權等ノ如キ他人所屬ノ不動産上ニ存スル登記アル權利ヲ謂フ是等ノ登記アル權利ニ付テハ人皆登記簿ニ信ヲ措キテ取引ヲ爲スモノナルカ故ニ破産宣告アリタルトキハ直ニ之カ登記ヲ爲シテ爾後ノ取引若ハ登記ヲ妨ケ以テ破産債權者ノ利益ヲ害サレンコトヲ豫防スルモノトス（草案第百二十五條）而シテ此囑託ハ破産裁判所ニ於テ知リタルモノヽミニ限ルモノトス蓋裁判所ハ破産財團中ノ登記アルモノニ付キ悉ク之ヲ調査スルノ職責アルモノニアラサレハナリ此登記囑託ハ破産宣告後新ニ得タル財産又ハ否認權ノ行使ノ結果復歸シタル財産ニモ亦適用アルモノトス

第四　破産取消、破産廢止若ハ强制和議取消ノ決定カ確定シタル場合及破産終結ノ決定アリタル場合ニ於ケル其登記ノ囑託

破産宣告ハ其確定ヲ待タス其宣告ノ時ヨリ直ニ其效力ヲ生スルモノトナセルカ故ニ破産宣告アルトキハ其登記ヲ爲スト雖モ後日破産取消等カ確定シタルトキ又ハ破産終結ノ決定アリタルトキハ是レ亦其登記ノ囑託ヲ爲スヘキハ勿論トス（草案第百二十六條）是レ破産者ニスル商業登記又ハ法人登記アル場合若ハ破産財團ニ屬スル權利ニ付キ登記シタルモノアル場合ニ關スルモノトス現行法トシテハ非訟事件手續法ニ規定アリ（非訟事件手續法第百五十二條第百五十三條）

第五　管財人カ登記シタル權利ヲ破産財團ヨリ拋棄シタル場合ニ於ケル申立ニ因ル登記ノ囑託

管財人ハ破産財團ニ屬スル權利ヲ猥ニ拋棄シテ破産者ノ自由ノ處分ニ委シ破産財團トシテ取扱ハサルコトヲ得スト雖モ其權利カ訴訟ノ目的物タル場合ノ如キハ之ヲ拋棄シテ破産財團トシテ取扱ハサルコトヲ得（草案第六十八條第三項）然ルニ破産財團ニ屬スル權利ニシテ登記アルモノニ付テハ破産ノ宣告アルトキハ直ニ

其旨ヲ登記シテ破産的差押ノ主意ヲ明瞭ニスルモ若シ管財人カ之ヲ抛棄シテ破産財團トシテ取扱ハサルモノトスルトキハ利害關係アル破産者又ハ管財人ノ申立ニ依リ更ニ其旨ヲ登記シテ其差押ヲ解カサルヘカラス是レ爾後其目的物ノ取引ヲ自由ナラシメンカ爲メナリ(草案第百二十六條末段)

第六　破産財團ニ屬スル權利ニシテ登錄シタルモノアル場合ニ於ケル主務官廳ニ對スル破産ノ通知

是レ猶ホ登記アル權利ニ付キ破産登記ノ囑託ヲ爲スト全ク同一ノ理由ニ基キ爾後ノ取引ニ依リテ破産債權者ノ利益ヲ害サレンコトヲ豫防センカ爲メナリ從テ破産ノ取消等アリタル場合モ亦其通知ノ必要アルモノトス(草案第百二十九條、特許法第四條、意匠法第六條、商標法第四六條、鑛業條例第二十條)

第七　法人ノ破産ニ於ケル主務官廳ニ對スル破産ノ通知

法人ノ解散ニ關シ清算人カ主務官廳ニ屆出ヲ爲スヘキ場合ニ於テ裁判所カ其法人ニ對シテ破産ノ宣告ヲ爲シタルトキハ其旨ヲ主務官廳ニ通知スルコトヲ要ス蓋破産ノ場合ニハ清算人ナシ仍テ裁判所ヨリ其通知ヲ爲サシムルモノトシタルナリ破産ノ取消等アリタル場合モ亦同一ナリトス(草案第百三十條、民法第七十七條、第八十三條、産業組合法第七十五條)

第十二章　破産ノ宣告

第一節　破産ノ宣告要件

第一　破産原因

從來ノ立法例ニ依レハ破産開始ノ實體的要件即チ所謂破産原因トシテ支拂停止、支拂不能、無資力ノ三思想アルコトハ既ニ之ヲ述ヘタリ(本講義第一章參照)而シテ支拂停止ハ商人破産ノ主義ヲ採ル國ニ在リテ行ハレ支拂不能ハ商人非商人ニ通スル一般破産ノ主義ヲ採ル國ニ在リテ行ハル現行法ハ商人破産ノ主義ヲ採ルカ故ニ支拂停止ヲ以テ破産原因ト爲セリ(商法施行法第百三十八條、舊商法第九百七十八條)然ルニ草案ハ一般破産ノ主義ヲ採リタルカ故ニ原則トシテハ支拂不能ヲ以テ要件ト爲セリ(草案第百三十二條)唯之ニ付テハ二箇ノ例外アリ一ハ法人ニ對シテ破産ノ宣告ヲ爲ス場合ニシテ其場合ニハ支拂不能ノミナラス負債超過即チ無資力ノトキニモ亦破産ヲ宣告ス(草案第百三十二條第一項、第百七十四條第二項、第百三十六條、民法第七十條、第八十一條)然レトモ人的團結

タル法人即チ合名會社及合資會社ニ在テハ社員ノ信用ニ重ヲ置キ其存立中ハ普通人ト同一ニ取扱フモ差支ナキカ故ニ更ニ本則ニ立戻リ支拂不能ヲ以テ破産原因トス（草案第百三十二條第二項）

他ノ例外ハ相續財産ニ對シテ破産ノ宣告ヲ爲ス場合ニシテ此場合ハ無資力ノミヲ以テ破産原因トスト何ナレハ爾後ハ財産ノミカ信用ノ基礎トナルカ故ニ負債超過スレハ破産ヲ開始スル必要アルハ勿論ナルモ然ラサル場合ハ民法上ノ財産分離ノ制ニ依リ債權者等ハ相續財産ヲ管理シテ以テ其保護ノ目的ヲ達スルコトヲ得レハナリ然レトモ相續開始前被相續人カ既ニ支拂不能ノ境遇ニ在リタルトキハ債權者ハ破産宣告ノ申立ヲ爲スコトヲ得タルモノナルカ故ニ相續開始ニ因リ其權利ヲ奪フノ必要ナキヲ以テ此場合ハ支拂不能ヲ以テ破産原因トス（草案百三十四條）總テ破産開始ノ原因ハ其宣告ノ當時ニ存在スルコトヲ必要トスルモノニシテ申立當時ノ有無ハ之ヲ問フノ必要ナキモノトス

第二　債務者若ハ債權者ノ申立

昔ハ訴訟ニ關シテ干渉主義行ハレタルカ故ニ破産ニ付テモ亦多ク職權ニ因ル破産宣告ノ主義ヲ認メタリ今日尚ホ其主義ヲ採ル國尠ナカラス然レトモ破産ハ民事ノ訴訟事件ナルカ故ニ當事者ノ申請ナキニ之ヲ宣告スルハ不當ナリトノ思想漸次認メラレ諸國ノ新立法例ハ一般ニ申立ニ因ル破産宣告ノ主義ヲ採ルニ至レリ我舊商法ハ職權ニ因ル破産宣告ノ主義ナリシモ新商法施行ノ際之ヲ申立主義ニ改メタリ（舊商法第九百七十八條廢止法施行法第百三十八條）我草案モ亦此主義ヲ採レリ（草案第百三十一條）然レトモ我國ニ於テモ尚ホ公益上ノ點ニ重ヲ置キ例外トシテ職權ニ因リテ破産宣告ヲ爲ス場合ナキニアラス法人ニ對シテ破産ノ宣告ヲ爲ス場合即チ是レナリ（民法第七十條、産業組合法第六十九條、草案第百四十五條末段）普通人ニ對シテハ破産原因ノ存スルトキハ何時ニテモ破産ノ申立ヲ爲スコトヲ得又法人ニ對シテハ其解散ノ後ト雖モ殘餘財産引渡又ハ分配ノ終了セサル間ハ之ヲ爲スコトヲ得是レ尚ホ破産開始ノ必要アルニ因ル（草案第百三十三條）然ルニ相續財産ニ關シテハ相續開始ノ時ヨリ一年ヲ經過シタルトキハ破産ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス是レ其財産分離ノ困難ナルノミナラス相續人ノ債權者ノ權利ヲ害スルニ至ルヘケレハナリ（草案第百三十五條）

一　債務者ノ申立　債務者ニ破産申立權ヲ認ムルハ最モ至當ノコトヽス（草案百

（三十六條舊商法第九百七十八條第九百七十九條）蓋自己ノ財産上ノ狀態ニ付テハ債務者自身カ最モ能ク知レル所ナルカ故ニ其財産不足シテ債權者ニ十分ノ辨濟ヲ爲スコト能ハスト思惟スルニ於テハ速ニ破産ノ申立ヲ爲シテ債權者ニ公平ナル辨濟ヲ爲スヘキコトヲ努ムヘキヲ當然トシ又債務者自身ノ爲メニモ强制和議ノ提供ヲ爲スコトヲ得ルカ如キ利益ニ浴スルコトヲ得レハナリ法人ニ在リテハ其代表者カ申立ヲ爲スコトヲ得相續財産ニ付テハ相續人相續財産管理人及遺言執行者ヨリ破産ノ申立ヲ爲スコトヲ得（草案第百三十七條、第百三十九條、第百四十一條第一項）外國ニ於テハ破産ノ申立ヲ債務者ノ義務トシテ一般ニ命シタルモノアリ然レトモ是レ猶ホ犯罪人ニ對シテ更ニ刑罰ヲ科シテ其犯罪行爲ヲ屆出テシムルト一般ニシテ酷ニ過クルカ故ニ諸國ノ新立法例ハ斯ル主義ヲ採ラス仍テ草案モ亦斯ル主義ヲ採ラス然レトモ例外トシテ破産ノ申立ヲ其義務トシテ課シタル場合ナキニアラス即チ民法ニ所謂法人、株式會社又ハ株式合資會社ノ代表者相續財産管理人又ハ遺言執行者ハ無資力ノ場合ニ破産申立ノ義務アリ是レ其公益ニ關スルカ故ナリ（民法第七十條、第八十一條、第八十四條、商法第百七十四條、第二百三十六條、第二百六十二條第六號、草案第百四十條第二項）

債務者又ハ之ニ準スル者カ破産ノ申立ヲ爲ス場合ニハ其申立ト同時ニ財産一覽及債權者竝ニ債務者ノ氏名住所ヲ記載シタル書面ヲ提出スルコトヲ要ス若シ申立ト同時ニ之ヲ提出スルコト能ハサルトキハ爾後遲滯ナク之ヲ提出スルコトヲ要ス蓋債務者自ラ破産ノ申立ヲ爲ス場合ニハ破産原因ノ存スヘキハ當然ナリト雖モ場合ニ依リテ强制執行ヲ避クル等ノ爲メニ殊更ニ破産ノ申立ヲ爲スニ至ルヤモ知ルヘカラサルカ故ニ右ノ書類ヲ提出セシメテ破産原因ノ存否ヲ調査スルモノトス又口頭辯論ヲ經テ其調査ヲ爲スモ可ナリ殊ニ法人ノ代表者等カ全員一致セスシテ破産ノ申立ヲ爲シ又ハ相續財産ニ對スル破産申立ノ場合ハ右ノ外申立人ハ其原因ヲ疏明スルコトヲ要ス（草案第百三十八條、第百三十九條、第百四十條第三項、第百四十三條）是レ其申立人間ノ紛議ノ結果眞ノ原因ナクシテ申立ツルコトアルヲ保セサレハナリ現行法ニ於テハ破産ノ申立ヲ爲ス債務者又ハ會社ノ代表者等ヲシテ支拂停止ヲ屆出ツル義務ヲ負ハシメ尙ホ其屆出ニハ貸借對照表及商業帳簿ヲ添フルコトヲ要スルモノトシ若シ其義務