



* 0016982000 *

0016982-000

637-74

破産法

山田正三・著

弘文堂書房

昭和8

ACH



231



破
產
法

京都帝國大學
教授法學博士

山田正三講述

發兌 弘文堂書房





産

法



637-74

破産法目次

第一編	緒論	……………	一頁
第一章	破産の意義性質及手續概要	……………	一頁
第一節	破産手續概要	……………	一頁
	◎破産の開始……………一頁	◎破産宣告の效力……………二頁	◎爾後の手續……………三頁
	◎破産の終結……………七頁	◎破産豫防の強制和議(和議法の和議)……………九頁	
第二章	破産の意義及性質	……………	一一頁
	◎破産の意義……………一二頁	◎破産手續の性質……………一九頁	
第三章	破産法	……………	二五頁
第一節	破産法の意義及性質	……………	二五頁

◎破産法の實質的意義……………二五頁 ◎形式的意義に於ける破産法……………二六頁 ◎破産法の性質……………二六頁

第二節 破産法の時及場所に關する效力……………二七頁

◎時に關する效力……………二七頁 ◎場所に關する效力……………二七頁

第三節 現行破産法の沿革……………三〇頁

第二編 破産手續の主體……………三一頁

第三章 破産裁判所……………三二頁

第一節 破産裁判所の意義……………三二頁

第二節 破産事件の管轄……………三二頁

◎破産事件の事務の管轄……………三三頁 ◎土地の管轄……………三三頁

第四章 破産債務者……………三四頁

第一節 破産債務者たる能力……………三四頁

第二節 破産債務者の法律上の地位……………三七頁

第一項 財産法上の地位……………三七頁

第二項 訴訟法上の地位……………三九頁

第三項 債務者の身上に及ぼす效果……………四〇頁

第五章 破産債權者……………四二頁

第一節 破産債權者の意義……………四二頁

第二節 破産債權者たる能力……………四七頁

第三節 破産債權者の法律上の地位……………四七頁

◎債權者の債務者に對する關係……………四七頁 ◎債權者相互間の地位……………四八頁

第四節 破産債權者團體……………四九頁

第五節 債權者集會監査委員……………五〇頁

第六章 破産管財人……………五二頁

第一節 破産管財人の意義及性質……………五一頁

◎破産管財人の法律上の地位……………五二頁

第二節 破産管財人の職務権限……………五八頁

第三節 破産管財人の監督及解任……………六二頁

第三編 破産の開始、破産法上の権利……………六四頁

第七章 破産の開始……………六四頁

第一節 破産開始の要件及破産宣告……………六四頁

◎破産開始の要件……………六四頁 ◎破産宣告……………六五頁

第二節 破産原因……………六七頁

第一項 支拂不能(支拂停止)……………六九頁

◎支拂不能と支拂停止……………六九頁 ◎支拂不能は一般破産原因なり……………

……………七〇頁 ◎支拂停止……………七二頁

第二項 債務超過……………七五頁

第三項 多数債権者の存在……………七六頁

第三節 破産の申立……………七八頁

第四節 破産申立の債権者並債務者に對する影響……………七九頁

第五節 破産開始の債権者の債権並に債務者の財産に對する影響……………八〇頁

第一項 破産開始の債権者の債権に對する影響……………八〇頁

第二項 債務者の財産に對する影響……………八一頁

第六節 破産財團……………八二頁

第一項 一般破産に於ける破産財團……………八四頁

◎債務者が自然人なる場合に於ける破産財團の範圍……………八五頁 ◎債務

者が法人たる場合の範囲……………九五頁

第二項 自由財産……………九五頁

第三項 特別破産に於ける破産財團……………九六頁

第八章 破産法上の権利……………一〇〇頁

第一節 破産債権(破産請求権)……………一〇〇頁

第一項 破産債権たるべき債権(所謂破産債権)(破産債権の内容に關する要件)……………一〇二頁

第二項 履行期の來らざる無利息債権の破産債権としての額……………一一一頁

第二節 財團債権……………一二二頁

第三節 否認權……………一二六頁

◎否認權の意義……………一二六頁

◎否認せらるべき行為……………一二七頁

◎否認權行使の結果……………一二八頁

第四節 取戻權……………一一九頁

◎取戻權の意義……………一一九頁

◎取戻權の發生原因……………一二一頁

◎取戻權行使の結果……………一二二頁

◎特別の取戻權……………一二三頁

第五節 別除權……………一二六頁

◎別除權の意義……………一二六頁

◎別除權の行使……………一二八頁

第六節 相殺權……………一二九頁

◎相殺權の意義……………一二九頁

◎相殺權の行使……………一三〇頁

破
產
法

第一編

緒論

第一章

破産の意義性質及手續概要

第一節

破産手續概要



一、破産の開始

債務者の財産が總債権者に完全なる満足を得しむるに不足なりと推測

せらるる場合(支拂不能 Zahlungsunfähigkeit)の場合又は支拂停止 Zahlungseinstellung

ありたること(第一二六條)に於て裁判所は一人又は數人の債権者(破

産債権者)の申立 Gläubigerantrag, Konkursantrag に依り又は債務者自身の申立

Vermögensabtretung に依り(第一三二條第一項)破産 Konkurs, crida, Gant, を宣告す

(第一二六條)破産を宣告する爲めの之等の要件を破産原因 Konkursgrund と

云ふ即ち破産宣告に依る總財産に對する假差押 Beschlagsrecht の權利保護

要件なり、今日に於ては職権による破産宣告は法人の場合に於ける例外の外之を認めず、破産申立が其の要件を缺くときは其の申立を棄却す、破産宣告を爲す裁判所を破産裁判所 *Konkursgericht* と云ひ(現行法にては區裁判所)破産宣告を受けたる債務者を破産債務者 *Gemeinschuldner*, *Kridar*, *Konkursiflex*, *Fraudator*, *Dekoktor* と云ふ(舊法にては破産者たるべきものを商人に限れり)。

二、破産宣告の效力

破産宣告 *Eröffnungsbeschluss* あるときは債務者は其の財産に對する管理處分權を失ひ裁判所に依り選任せられたる破産管財人 *Konkursverwalter* 之に代り其の財管を管理す(第一八五條)之の財管を破産財團 *Konkursmasse* と云ふ、管財人は直ちに財産の占有及處理に着手すべく(第一八五條)以後債權者は總て破産債務者に對する財産的請求權に付き各箇の強制執行を爲すことを得ず其の満足を得んと欲せば必ずや破産手續に依らざるべからず之の債權者を破産債權者 *Konkursgläubiger* と云ひ其の債權を破産債權 *Konk-*

ursforderung と云ふ、但し破産財團に屬する各箇の財産上に物上擔保權を有する債權者は其の擔保權の範圍に於ては破産手續に於て其の實行を爲すを要せず之を別除權 *Absonderungsrecht* と云ひ其の權利者を別除權者 *Absonderungsberechtigten* (*früher Separatisten ex jure crediti*) と云ふ。

三、爾後の手續

裁判所は破産宣告と同時に破産管財人を選任するの外、債權届出期間、第一回債權者集會の期日及債權調査の期日を定め且之れを公告す(第一四二條、第一四三條)債權届出の期間 *Anmeldfrist* は破産宣告後二週間乃至四ヶ月以内に於て裁判所適宜之れを定む、債權者は其の期間内に其の債權の額、原因及優先權あるときは其の優先權を裁判所に届出づべく(期間内に届出ざるときは不利益を受く)其の成立を證する爲め證據書類又は其の謄本を提出す(第二二八條)債權の届出 *Anmeldung der Forderungen* は破産手續に依る權利保護請求(即ち訴の提起及強制執行の請求に相當し時効中斷の效あり)に

して適法なる届出を爲したる債権者は破産債権者として債権者集會に於て議決權を行ふことを得べく債権の調査を受けて債権を確定せしめ破産手續に依る債権の満足を受くるを得るなり(債権の届出は執行請求に外ならざるが故に何時にても取_下ぐることを得)債権の届出ありたるときは裁判所書記は其の届出に其の届出の日時を附記し債権表を作り謄本を破産管財人に交付す(第二二九條)之れ管財人をして貸借對照表を作るに便ならしめんが爲めなり。

債権者集會 *Gläubigerversammlung* は破産債権者の共同の利益を計る爲めの議決機關にして扶助料の給與、營業繼續の當否に付決議す(第一九二條、第一九四條)破産管財人は會議に列席することを得べく、裁判所之れを招集指揮す(第一七六條、第一七八條)。

債権調査期日 *Prüfungstermin* は債権届出期間の末日より一週間乃至一ヶ月の後に定めらるるを通常とし、破産宣告と同時に定めらるる最初の調査

期日を一般調査期日 *Allgemeine Prüfungstermin* (第二三四條)と云ふ、債権調査期日も亦裁判所の指揮する所にして破産管財人届出たる破産債権者及破産者參集し、破産管財人及債権者の異議なきとき即ち其の承認に依り届出たる債権の存否額及優先權の有無は確定せらる(破産者は異議を述ぶるの權を有せず破産者の異議は破産手續終結後に於て始めて其の意義を有するに止まる)而して斯くして確定したる債権は債権表に確定の旨記載すべく(即ち破産手續に於ける債務名義)又若し異議あるときは債権者は異議者に對し訴を以て其の債権の確定を求むることを得(第二四四條)。

一方破産管財人は財團を占有し且管理行爲として債権の取立其の他破産者の權利を第三者に對し行ふべく且破産宣告前債務者の爲したる一定行爲(詐害行爲に相當す)は之を否認することを得るが故に(第七二條以下)破産管財人は之等の行爲を否認して破産財團の増加を計るべきなり之れを否認權 *Anfechtungsrecht* と云ふ、若し破産管財人誤りて破産者に屬せざる財産

を占有管理するときは其の財産の権利者たる第三者は其の物又は権利を破産財團より取戻すことを得之れを取戻権 *Aussonderungsrecht* と云ふ (*Solm-asse, Istmasse*) 而して破産管財人は其の占有する財産に付財産目録を作り且債権届出に基き貸借対照表を作成す(第一八九條)。

配當 *Verteilung* を爲すには破産財團所屬の財産を換價することを要す換價 *Versilberung* の方法は民事訴訟法の競賣の方法に依り破産管財人の行ふ所なり(第一九六條、第一九七條、第二〇二條) 而して破産管財人は配當の準備として配當表 *Teilungslist* を作成し(第二五八條) 之に對する債権者の異議が落着し又は異議申立期間の経過したる後監査委員の同意、監査委員なきときは裁判所の許可を得て之れに基き配當を實施す(第二五七條)。この破産債権者に配當せらるべき財團を配當財團 *Teilungsmasse* と云ふ。配當財團は破産財團より知れたる別除權並に破産債権者共同の利益の爲めの裁判上の費用、破産財團の管理換價及配當に關する費用等所謂財團債権 *Massenansprüche*

を辨濟したる殘額にして各破産債権者は其の債権の順位並額に應じ平等の満足を受くるを得るなり。

四、破産の終結

破産管財人最後の配當をなしたるときは債権者集會招集の申立を爲すべく集會に於ては計算の報告を爲すを要す。集會の終結したるときは裁判所は破産終結決定を爲し破産手続は茲に終了す、之れを破産の通常の順序とす(猶ほ第二八三條以下參照)。

茲に猶ほ破産終了を來すべき強制和議 *Zwangvergleich (Akkord)* なるものあり、強制和議は破産債権者が支拂の方法條件等を提供し債権者集會が出席破産債権者の過半数にして其の債権額が總債権額の四分の三以上に當る者の同意を以て爲したる決議に依り之れを承諾し裁判所の認可に依り成立する訴訟上の和解にして(第三〇六條、第三〇八條) 破産手続に止むるを目的とするものなり、(判決手續に於ける裁判上の和解に相當す) 例へば破産

者が其の親戚縁故者の援助を受くるを得たるが故に事業を繼續し毎年末確實に一定の割合を以て債務を辨済すべく其の擔保として保證人を立て債権者集會が債権の期限の猶豫を與ふるが如きを其の一般の例とす。債権者は破産手續により配當を受くるも多く十分なる辨済を得る能はざるを常とするが故に寧ろ破産者をして確實に事業を繼續せしめ辨済を受くるを以て利益とすべく、破産者は爲めに破産手續に依り全部の財産を失ひ永久に債務の殘額につき責を負ふの不利より脱するを得、又之を社會經濟上より見るも債務者の財産を其の事業に使用するは其の個々に付き換價するに比し其の效用大なるの利益あり之れ法律が強制和議を認むるの理由にして債務者の提供を承諾せざりし債権者並破産手續に参加せざりし債権者の總てをして之に拘束せらるべきものとなす所以なり。強制和議成立するときは破産管財人は手續を終了せしむる爲め財團債権及一般の先取特權を有する債権者に辨済し計算報告の爲め債権者集會招集の申立を

爲す裁判所は集會終結後破産終結決定を爲すべく茲に破産手續は終了す
(第三二四條、第二八二條)之を破産手續終了の第二の方法とす。

又破産は廢止に依り終了す。破産者は債権届出の期間内に届出を爲したる總破産債権者の同意を得たるとき又は同意を爲さざる破産債権者に對し他の破産債権者の同意を得て破産財團より擔保を供したるときは破産廢止の申立を爲すことを得べく(第三四七條)裁判所は破産者破産管財人及異議を申立たる破産債権者の意見を聽き破産廢止の決定を爲すことを得(第三五二條)又破産財團を以て破産手續の費用を償ふに足らすと認めたるときは破産管財人の申立に因り又は職權を以て債権者集會の意見を聽き破産廢止の決定を爲すことを得(第三五三條)。

五、破産豫防の強制和議(和議法の和議)

我國法は破産開始後の強制和議の外破産豫防の強制和議を認む和議法に依る和議之れなり和議は債権者集會の決議並裁判所の認可に依り成立

する裁判上の和解にして(和、第四六條以下、第五〇條以下)判決手續に於ける訴を防止する和解(民訴、第三五六條)に相當す、債務者は破産の原因たる事實ある場合に於て和議開始の申立を爲すことを得べく(和、第一二條)債務者は辨済の方法、擔保を供せんとするときは其の擔保、其の他和議の條件を裁判所に申出づることを要す(和、第一三條)裁判所和議開始の決定を爲すときは同時に管財人を選任し且債權者集會の期日を定む、和議開始の決定ありたる後は破産の申立を爲すことを得ず又和議申立及破産申立あるときは破産手續は之れを中止す、和議手續に於ける債權者(和、第四一條以下)は和議手續に依りてのみ満足を受け得べく之れを和議債權者と云ふ。

參考書

- 一、齋藤博士、破産法大綱、破産法和議法研究、
- 一、井上教授、破産法綱要、

一、加藤博士、破産法講義、破産法研究、

a. Systematische Darstellungen.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts.

Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts.

〃 Leitfaden des deuts, K. r.

Seuffert, Deutsches Konkursrecht.

Heilfron u. Pick, Lehrbuch des Konk. r.

Hellmann in Birkmeyers Enzyklopädie.

b. Kommentare

Jaeger.

Petersen-Kleinfeller.

第二節 破産の意義及性質

一、破産の意義

破産とは債務者の財産が多数競合せる債権者に完全なる満足を得しむるに不足なりと推測せらるる場合に於て總債権者に其の債権の額及順位に應じ平等なる満足を得しめ従つて損失を平等に負擔せしむるを目的とする債務者の財産に對する包括的強制執行手續なり。

1、債務者の財産状態が總債権者に完全なる満足を得しむるに不足なりと推測せらるる場合の手續なり。

債務者の財産が總債権を辨済して猶ほ餘裕あるべき場合には各債権者は各單獨に強制執行を爲して其の債権の辨済を受くることを得べし、故に互に他を排斥して獨り完全なる辨済を得んと力むることなかるべく平等辨済を得せしむるを目的とする特種手續の必要なし。

2、債務者の財産が多数競合せる債権者に完全なる満足を得せしむるに不足なりと推測せらるる場合の手續なり。

債務者の財産状態が不良にして一債権者の債権をも辨済するに足らざる場合に於ても若し債権者が一人なるときは何等他に交渉する所なきが故に通常の強制執行手續を以て足り取て破産手續の必要なし。

3、總債権者に平等なる満足を得しむるを目的とする手續なり。

債務者の財産状態が多数債権者の債権を満足せしむるに不足なりと推測せらるる場合には通常の強制執行手續の外總債権者に對し其の債権の額及順位に應じ平等の辨済を得しむるの手續を必要とす蓋し如斯場合には各債権者は各他を排斥し自己の債権の完済を得んと力むること人情の常なりと雖も之を一般に觀察するときには各債権者に平等辨済を得しむること吾人衡平の觀念の要求なればなり我民事訴訟法の認むる強制執行手續に於ては佛法に於けると同じく強制執行に於ける制先主義は頗る緩和せられ一定の範圍に於て平等辨済を得しむるの途を設くるが故に獨逸法の下に於けるが如く此種特別手續の必要は大ならずと雖も元と強制執行

手続は個別執行を主眼とするが故に多數債権者に對し不公平なる結果を來すこと少なしとせず(註二)之れ猶ほ特に平等辨濟を得しむることを目的とする特別手続を必要とする所以なり即ち強制執行手続に在りては債権者と債務者との關係に於て債権者の利益を保護し(即ち債務者は他の債権者に任意に辨濟することを得)破産手続に於ては債権者債務者間の關係の外債権者相互間の關係に於て債権者の利益を保護することを目的とす換言すれば破産手続に於ける強制は債務者に對するのみならず他の債権者にも對す之れ債務者自らも之の手続によるの利益を有し得べき所以なり。

(註二) 強制執行手続に於て制先主義 *Präventionsprinzip* を認むるの範圍程度は獨佛兩法系の間に大なる差あり獨逸民事訴訟法に依れば動産に對する強制執行は差押に依り行はれ差押は差押債権 *Pfändungsprivatrecht* を生ず又不動産に對する強制執行は強制競賣又は強制管理開始決定に依り行はれ之の決定は當然差押 *Beschlagnahme* を包含す而して動産に對する差押債権は契約上の質権と同一の效力を有し又不動産に對する差押により債権者は優先権を取得するが故に(獨逸法、第八〇三條、第八〇四條、獨強制競賣並強制管理法、第二〇條、第二三條、第二七條、第一〇條、第一一條)獨逸法に於ける強制執行手続は純然たる制先主義なり、反之、佛法に於ては債務者の

財産は債権者の一般擔得をなし(佛民訴、第六五六條以下、獨民、第二〇九三條)此に對する強制執行の場合に在りても債権者間に平等に分配せらるべきものとす、我民事訴訟法も亦佛法は同じく動産に對する強制執行は差押を以て之れを爲し又不動産に對しては強制競賣強制管理の方法に依り、船舶に對しては強制競賣の方法に依り、不動者及船舶を差押ふことに依り之れを行ふ所なりと雖も獨逸法の如く差押債権又は優先権を認めず他の債権者をして之に加はり配當を要求し得べきものとなし、多數債権者に平等辨濟を受くることを得しむ、故に破産手続の必要は獨逸法の下に於けるより遙かに少なし之れ舊商法破産編が商人破産主義 *Kaufmännische Konkurs* を採りたる所以なり、然れども我現行法の強制執行手続に於ても猶ほ純然たる平等主義にはあらず、配當手続に依り平等満足を受け得るものは強制執行の行はるるを知りて要求をなしたる債権者に限られ(公然催告を爲さず)又金錢債権に對する強制執行は差押命令に依り爲さるる所なりと雖も轉付命令又は取立命令に依り債権者は満足を受くるを得、他の債権者は配當要求を爲すことを得ざるが故に此點に於ては制先主義を認むるものなり之れ我民事訴訟法が強制執行の制先主義を認めざるに拘はらず猶ほ破産手続を認むる所以なり。

4、總債権者に損失を分擔せしむる結果を生ずる手続なり。

債権者の財産が多數債権者の債権を満足せしむるに不足なる場合に於て總債権者に平等なる満足を得しむと云ふは破産手続の積極的保護作用の方面より見たるものなり、之れを其の消極的作用より見れば、各債権者は各完全なる満足を得る能はず各自一定の損失を負擔せざるべからざる所

なるが故に結果に於ては損失を分擔せしむる手續なりと云ふことを得べし(註二)債務者の財産が總債權者に完全なる満足を得しむるに足らざる場合に於ては其れに依る不利益は何人か負擔せざるべからざる所なりと雖も多數債權者をして平等満足を得しめ従て其の損失を平等に分擔せしむること *Verlustgemeinschaft* は社會政策上最も適當の方法なり蓋し損失を多數者に分擔せしむることは各自の負擔額を軽減し其の負擔を輕易に感ぜしむる所以なればなり火災其他の損害保險制度の如き又共同海損制度の如き凡て損失分擔の觀念に基くものにして破産は即ち債權者の財産不良状態を一の社會現象として觀察し之れに對する善後策を講ずるものに外ならず之れ破産手續は強制執行手續に屬するに拘はらず從來諸國の法律が債權者の外債務者にも破産申立權を認むる一理由なり(此の消極的作用より見て直ちに破産手續を以て非訟事件なりと云ふを得ず)。

(註二) 英美破産法は獨立の發達をなし大陸法とは其の趣を異にし、一度破産手續開始するときは債權者が全部

の満足を得ると否とを問はず債務者は債務の免除 *discharge* を受くるものとす故に其の損失を絶對的に各債權者間に分配せらるるの結果となる、反之大陸法及我現行法に在りては破産手續に依り全部辨濟を受けざる債權者は其の債權の殘餘額に付き破産手續終結後更に債務者に對し請求し得べき所なるが故に其の損失の分擔は單に破産手續當時に於て債權者の辨濟を受くる能はざる不利益のみに關す。

5. 破産手續は債務者の財産に對す

今日の法律思想に於ては、強制執行手續たるを破産手續たるを問はず、金錢債權の執行が債務者の財産に對し行はれ、又之を以て限度とすべきこと、即ち所謂物的執行なるべきことは、何人も之を疑はず、然れども之を沿革に徴するに、古代殊に羅馬に於ては、債務者が債務を履行せざるときは、債權者は債務者の人身を拘束し得べきものとし、債務者の自由名譽生命身體は債務の犠牲として債權者に供せらるべく又死しては尙ほ其の屍體を以て其の債務を償ふを要し従て債權者多數なるときは債務者の身體は寸斷分配せらるるを得たるが如し、之れを破産の濫觴とす(此時代に於ては債務者の人格は全く無視せられ其の生命と財産とに執行に關し區別せられざり

しのみならず寧ろ執行は債務者の身體に對するものにして財産に對するものには非ざりしなり、後稍々發達して債務者の人身的執行の廢せらるるに至れる時代に於ても猶ほ財産に對する執行は債務者を強制して其の財産を委付せしむるの結果なりと解せられたるが如く(Kohler Leif, S. 8, Anm. 1)直接財産に對する執行の認めらるるに至りしは最近の發達に屬す、之れ債務者の財産に對する執行手續たるべき破産手續は、詐欺破産の如き有罪破産の場合の規定より先づ發達し今日猶ほ全く其の舊態を脱せざる所以なりと雖も(例へば破産の破産者の身上に及ぼす效果)之を以て破産手續の性質を誤ることなきを要す職權にて破産宣告を爲す主義も之の沿革に基く。

6. 債務者の總財産に對する包括的執行手續なり

強制執行手續は動産不動産等債務者の各個の財産に對し行はるる所なりと雖も破産手續は債務者の總財産 Gesamte Vermögen(Vermögensganzes, nicht

auf einzelne Sache)に對し包括的に行はる、之れ同一債務者に對し同時に數多の破産なるものの存在するを得ざる所以にして破産者に對し權利を行はんとする債權者は破産手續に依るを欲せざるものと雖も必ずや破産手續に依ることを強制せらるる所以なり。

(一) 破産手續の性質

破産手續は民事特別訴訟手續なり。

1. 破産は民事訴訟に屬す

破産は前述の如く總債權者をして平等に其の私法上の請求權の滿足を得しむるを目的とするの手續なり而して債權者をして平等辨濟を得せしむると云ふは即ち私權保護を爲すものに外ならざるが故に破産は民事訴訟事件にして非訟事件にあらず。

a. 破産手續中破産裁判所之行ふ箇々の行爲に付き見るときは或は非訟事件に屬すべきものありと雖も(例へば破産管財人を選任するが如し)之

を以て破産を非訟事件なりと解すべからず、蓋し一手續が訴訟事件に屬するか非訟事件に屬するかは其の手續全體の目的に依り決すべきものなればなり破産手續の終局の目的が私權保護にあること疑なしとせば其の民事訴訟に屬するや論なく其の目的を達するが爲めの手續中に於て行はるゝ箇々の行爲の如何の如きは手續其のものゝ性質を決するの標準たらざるなり (vgl. Heilbron u. Pick S. 2. Anm. 1.)

b. 法律が破産宣告に依り不利益を受くべき債務者に破産申立權を認むることは破産手續をして非訟事件たらしむるものにあらず。

破産手續は債權者の權利を保護するを目的とし債務者の申立に基く場合に於ても債務者に有利なる保護行爲をなすものにあらざるや疑なし、然れども法律が債務者に破産申立權を與へたるの理由は債務者が資力信用を失ひ事業を繼續する能はざるの狀況に立至りたるときは寧ろ全財産を提供して各債權者に公平なる辨濟を得しむるに努むべきこと徳義上の義

務にして然も債務者の任意に爲す能はざる所債權者は一部辨濟を拒絶することを得又強制執行手續は個別執行を主眼とするものなること前述の如しなればなり、又破産者は強制和議の提供を爲し債務の一部免除期限の猶豫を求め得る可能の利益あり故に此の場合に於ても破産手續は債權者の平等保護を目的とするものと云ふべく從て民事訴訟なり。

c. 破産債權者自助主義 *Selbsthilfe der Gläubigerschaft* を加味すること(例へば債權者集會に於て債務者の營業を繼續すべきや否やを決するが如し)は破産事件が非訟事件となすものにあらず。

破産手續を以て裁判所の監督の下に行はるる清算手續と解するとき破産事件は非訟事件に屬すべしと雖も現行法に依れば裁判所は常に監督を爲すに止まらず破産開始終了等總て破産裁判所の司る所にして債權者自助主義を認むるの一事を以て非訟事件なりと解すべきものにあらざるなり。

d. 破産宣告あるときは債務者は破産者として其の財産の管理處分権を喪失し且つ種々身上に制限を受くる所なりと雖も破産事件は之れが爲め非訟事件と解すべきにあらず。

蓋し法律が債務者をして其の財産の管理處分権を喪失せしむるは破産に依り行はるべき包括的執行を保全せんが爲めに外ならず換言すれば破産宣告あるときは法律上當然債務者の財産に對し假差押の效力を生ずるものとなすに外ならず其の管理處分権の形成自體を目的とするものにあらず、準禁治産、禁治産の宣告等とは其の性質を異にす又財産者が身分上の制限を受くるは破産に伴ひ生ずる破産手續以外の効果にして破産其のものとの效力と解すべきものに非ざればなり。

e. 商事非訟事件印紙法第二條第二號は破産手續を以て非訟事件なりと解するが如しと雖も之あるが爲め破産事件を以て民事訴訟事件にあらずとなすを得ず。

成法規定が一事件を以て形式的訴訟事件とし又は形式的非訟事件となすものにおいて其の場合の如何に拘らず之を以て形式的民事訴訟又は非訟事件と解すべきものなりと雖も商事非訟事件印紙法の規定の如きは單に其の貼用印紙の額を定むる爲めに設けられたる規定にして破産事件の場合を決したるものと解すべきにあらず、印紙法が破産を以て非訟事件なりと解したるは破産宣告の破産者の身上に及す效果等に見たるの誤りに出づるものなるべし。

2. 破産手續は特別手續なり

破産手續は前に述べたるが如く破産宣告の手續、債權確定の手續及配當手續を包含し通常訴訟手續に於ける假差押手續判決手續及び執行手續に相當する三個の手續を併合するものにして之れ等の手續とは其の範圍内容を異にする一つの特別手續なり。

a. 假差押手續と異なる

破産決定は債務者の財産に對する假差押にして通常手續に於ける假差押手續に相當すれども一は包括的財産に對する差押なるに反し他は各個の財産に對する差押なり、從て其の差押執行手續に於ても兩者相同じからず。

b. 債權確定の手續と異なる

破産手續に於ける債權の届出は通常訴訟の訴の提起に相當し其の確定を債權調査會に於ける承認又は判決に依り行はるる所なりと雖も其の承認に依る確定が通常訴訟手續に於ける判決手續と異なるや固より論なく又通常訴訟手續に於ける請求の認諾又は裁判上の和解とも同じからず(之の債權調査會に於ける承認に依り包括的執行の債務名義を得しむることは羅馬法以來普通法時代に於て行はれたる請求の認諾に確定判決に依る確定と同一の效力を認むる制度の應用にして簡易認定手續 Summarischer Verfahren にはあらず)。

c. 執行手續も異なる

通常の強制執行は債務者の個々の財産に對するに反し破産手續は破産者の總財産に對す、又破産手續に在ては破産管財人及破産裁判所執行機關にして通常の強制執行が執達吏又は執行裁判所により行はるると異なる。

第一章 破 産 法

第一節 破産法の意義及性質

一、破産法の實質的意義

實質的意義に於て破産法と云ふときは廣く破産手續に適用せらるべき法規の全體を云ふ詳言すれば破産手續は民事訴訟の特別手續なるが故に實質的意義に於ける破産法は實質的意義に於ける民事訴訟法の一部にして破産手續に關する國家司法機關の組織管轄並に當事者能力訴訟能力破

産手續による権利保護要件及其の手續、訴訟行為の方式條件等に關する規定の全體なり、而して右の内容を有する規定を主として包含するものは破産法、民事訴訟法總則、同法強制執行總則、裁判所構成法、商事非訟事件印紙法等を其の重なるものとす。

二、形式的意義に於ける破産法

形式的意義に於ける破産法は即ち國家が破産法と命名したる法典を指す大正十一年法律第七十一號之れなり。

形式的意義に於ける破産法は實質的意義に於ける破産法規定のみならず實體法の規定をも包含す。

三、破産法の性質

破産法は全體として見れば國家司法機關の私權保護の特別手續に關する規定なるが故に公法に屬し私法の助法なり。

第二節 破産法の時及場所に關する效力

一、時に關する效力

破産法の時に關する效力 Die Zeitliche Geltung des Konkursrechts と云ふは破産法の變更ありたる場合に新舊孰れを適用すべきか即ち所謂時際法 *Inter temporale* 施行法の問題なり。

破産手續は特別民事訴訟手續なるが故に訴訟法の時に關する效力の問題と等しく其手續の行はるる當時の法律によるべきを原則とす但し破産の繼續中破産法改正ありたる場合の如き施行法を以て特に經過規定を設くるを常とす。

現行法は附則を以て之を定む、殊に第三八七條、第三八八條。

二、場所に關する效力

場所に關する效力 *Oertliche Geltung des Konkursrechts* と云ふは破産法の施

行せらるべき土地の關係即ち國際法 Internationale の問題なり。

1. 内國に於ける破産手續が内國法 *lex fori* に依り行はるべきことは固より論なし(内國に於ける民事訴訟手續が内國法に随ふと同様なり)。

従て破産債權の何たるや財團債權の何たるやも亦我國法に依り決すべく債權其のものの準據法 *lex solutionis* が外國法なる場合に於ても異なることなし (Heilbron u. Pick S. 18 Ann. 4.)

2. 内國裁判所の破産宣告の效力及破産終結の效力(殊に強制和議に依る終了)は内國領土の範圍内に限らるべきや又は外國にも及ぶべきやは議論の存する問題なり (Heilbron u. Pick S. 251 § 226) 純理を以て論すれば國家司法機關の公力に依る執行手續の如き各國主權の作用は其の領土内に限らるべきを當然とす然れども元之れ各國主權は互に相侵すべからざるものとなす國際法の原則に基くものにして外國主權を侵害せざる範圍に於ては内國に於ける破産宣告は破産債務者の外國に於て有する財産にも

及ぶとなすことを得べし (Sollnasse) 獨逸破産法は外國裁判所の破産宣告に付き屬地主義領土主義 *Der Territorialität* を採り(獨破第二三七條)内國裁判所の破産宣告に付きては破産普及主義一般破産主義 *Universalität des Konkurses* を採り外國に於て破産者の有する財産にも及ぶべきものとするを原則とす(獨破第一條第五〇條第五六條第二三八條)我現行法は極端なる屬地主義を採りたりと雖も(第三條第一〇五條)立法論としては猶ほ考慮の餘地あり。

3. 内地(樺太)朝鮮臺灣關東州(又は帝國領事裁判權を行ふ地域)相互間の關係。

之等の地域は等しく我主權の行はるる所なるが故に外國にはあらずと雖も猶ほ内地と取扱を異にするが故に此等の地域に於ける裁判所法院又は領事の爲したる破産宣告の效力は直ちに他の地域に於ける之れ等のもので爲した行爲と同様に論ずるを得ず。

共通法(大正七年法第三九號)第十條は「一ノ地域ニ主タル營業所又ハ住所

ヲ有スル者ニ對シテハ其ノ地域ニ於テノミ破産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ベ
きものとし且つ一ノ地域ニ於テ爲シタル破産ノ宣告ノ效力ハ他の地域ニ
及ブべきものとせり。

第三節 現行破産法の沿革

我舊破産法は獨逸人 Roscher 氏の起草に係り明治二十三年法律第三十二
號商法第三編として公布せられ數度其の施行は延期せられ多少の修正を
經て明治二十六年七月より實施せられたるものなり其の規定僅かに百條
に過ぎず而も頗る不完全にして解釋に依り其の不備を補ふの必要多かり
しが故に從來破産法の研究としては改正草案(獨逸法系を採る)を參酌し來
りたる所なり現行破産法(大正一一年法第七一號)は此の改正草案を基礎と
し多少の修正を加へ確定公布せられたるものに係る。

第二編 破産手續の主體

破産事件に干與する人格者を破産手續の主體と云ふ、即ち破産手續に依
り私權保護行爲を爲す國家司法機關(裁判所)と保護行爲が其のもの爲め
に及び對し行はるるもの(當事者)との二なり、而して破産手續は多數債權者
の爲め債務者の總財産に對し行はるる包括的執行手續なるの結果或は監
査委員或は破産管財人なるものあり又多數債權者は一の團體を爲し債權
者集會なる決議機關を有する所なりと雖も之れ等の機關は或は裁判所の
下級機關たり或は債權者團體の機關にして手續の主體は裁判所及當事者
なり(破産管財人の地位につきては從來學說の岐るる所なれども其の破産
手續中に於て行動するは裁判所の下級機關として之れを爲すものと解す
るを正當とすべく又破産財團に關し破産管財人が當事者として訴へ又は
訴へらるる場合に於ては破産債權者團體又は債務者を代表し其の任務に

因り訴訟當事者たるものと解するを正當とす(後述第六章參照)。

第三章 破産裁判所

第一節 破産裁判所の意義

破産裁判所とは破産事件を管轄する裁判所を謂ふ、破産事件は包括的強制執行手續なるが故に破産裁判所は即ち執行裁判所の一にして判決裁判所に相對するものなり、其の手續が單に通常手續に於ける執行(假差押)手續に相當するに止まらず判決手續に相當する手續をも包含するが故に此點に於ては通常手續に於ける判決裁判所にも相當するものと謂ふことを得。

第一節 破産事件の管轄

一、破産事件の事物の管轄

破産事件は區裁判所の管轄に屬す(第一〇五條)舊法に於ては之を地方裁判所の管轄に屬せしめたり(舊裁構、第二八條)(註一)。

而して破産事件を區裁判所の管轄とし或は之れを地方裁判所の管轄となすは即ち其の職務上の行爲の種類に依り之を特定裁判所の行ふべきものとし第一審裁判所間に其の司法作用を分つものなるが故に(即ち職務上の管轄 funktionelle Zuständigkeit) 強制的(専屬)にして當事者の合意に依り變更するを許さざるなり。

(註一) 破産事件を以て地方裁判所の管轄に屬せしむるは破産事件が破産者に取り重大なる關係(身分上の關係等)を有し且債權者に取りては其の多數者共同の利害に關し單純なる利益保護の手續にあらざる點に重きを置くものにして佛法系の法典の採る所なり、反之破産事件を區裁判所の管轄に屬せしむるは破産手續が執行手續たるの性質に重きを置くものにして獨法系の認むる所なり。

二、土地の管轄

破産事件は債務者の主たる營業所又は普通裁判籍所在地の裁判所の管

轄とす(第一〇五條)但し臺灣朝鮮等他の地域に主たる營業所又は住所を有するときは他の營業所所在地の管轄を生ぜず(共通法第一〇條第二項Ⅱ)。

第四章 破産債務者

第一節 破産債務者たる能力

一、破産債務者 *Gemeinschuldner* (*Kridler*, *Konkursifex*, *Defraudator* *Deloktor*.) は強制執行手續に於て其の者に對し執行の行はるる主體を債務者と稱すると等しく(民訴第五一八條以下參照)破産手續に於ける消極的主體を云ふ從て破産債務者たる能力(破産能力)は破産法に特別の規定なき限り(例へば舊商第九七八條)民事訴訟の消極的當事者能力(訴訟の被告又は債務者たる能力)の有無に依り定まる(第一〇八條)。

即ち自然人(天皇、治外法權者を除く)法人及其の資格に於て訴へらるること



ごを得る社團並財團(民訴第二條、第四條、第四五條、第四六條)は破産能力を有するを原則とし、公法人が破産能力を有せざるを例外とす(又舊商に於ては特に自然人に付破産能力を商人に限れり、第九七八條)。

二、I、自然人

自然人は天皇、治外法權者を除き總て破産能力を有す、内國人たると外國人たることを問はず(第二條)又商人たると非商人たるとを問はず、外國人が外國にも財産を有する場合に於ける内國に於ける破産手續を以て特別破産なりと解すべきや否やは學說の分るる所なり。

I、法人。

法人に付ては學說必ずしも一致せざる所なりと雖も (*Hellmann*, *Lehrbuch*, S. 124. § 13. *Konkursfähigkeit*) 左の如く解すべきものならん。

1、原則 私法上の法人は公益法人たると營利法人たるとを問はず總て破産能力を有す、解散したる法人も亦清算の目的の範圍内に於て存続す

るものと看做さるるが故に(民第七三條、第八一條)此の場合に於ても猶ほ破産能力を有す(第一二八條)又法人に對する破産宣告は法人の解散事由なりと雖も(民第六八條、商第七四條、第一〇五條、第二二一條)破産の目的の範圍内に於て猶ほ存続するものと看做さる(第四條)。

2、例外 國其他の公法人(民訴第四條第一項第二項)は被告又は強制執行の債務者たる能力は之を有する所なりと雖も破産能力は之れを有せざるものと解すべし、蓋し破産手續は債務者の總財産に對し行はるる執行手續にして法人の解散原因たるべきを原則とするに拘らず公法人が破産により解散することは有り得べからざればなり。

法人格なき公の財團又は社團も亦同様に解すべし、(市町村の區も亦破産能力なし)神社(寺院)は公法人たるものと私法人たるものとの二種に區別することを得べし(神社財産に關する件第四條は神社財産の差押を禁ず)。

三、破産は又特別財産に對し宣告せらるることを得例へば相續財産に

對する財産の如し、此の場合に於て特別財産を以て當事者能力を有するもの(即ち其の名に於て破産債務者)と解するの學說なきにあらずと雖も(齋藤博士、破産法大綱五四頁)誤れり、相續人又は、隱居又は入夫婚姻の場合の前戸主を破産債務者とし其のものの一部の財産に對し破産の開始し得ることを認むるものに外ならざるなり、(後述第三編第七章第六節第三項特別破産に於ける破産財團參照)。

第一節 破産債務者の法律上の地位

第一項 財産法上の地位

一、破産開始の原因の存することは債務者の財産法上の地位に影響なし、破産の申立ありたるを否かを問はず、但後に至り破産宣告ありたるときは債務者の爲したる處分行爲は債權者團體の代表機關たる管財人に依り否認せられ得べく(第七二條)又場合に依り有罪破産の刑を受くべきの行爲

なり(第三七四條以下)。

二、**I**、破産宣告ありたる後と雖も債務者は行爲能力を失ふことなし、従て破産財團に屬せざる財産即ち其の管理處分權を失はざる財産に付き爲したる法律行爲は有効にして無能力者の行爲として取扱はるべきものにあらず。

I、反之、債務者は破産財團に屬すべき自己の財産に付管理處分權を失ふ、従て破産財團に屬する財産に關し債務者の爲したる法律行爲は之れを以て破産債權者に對抗し得ざるなり(第五三條)債務者の失ひたる管理處分權は破産債權者團體に歸屬し破産管財人により行はるべきものと解すべし。

三、私法上の法律關係に及ぼす影響

債務者は破産財團に屬すべき自己の財産に付管理處分權を失ふが故に未だ履行せられざる賣買契約に於けるが如く破産者並に相手方が互に交

換的對價的に債務を負ふ場合又は賃貸借契約に於るが如く法律關係が繼續的のものなる場合並に委任に於けるが如く信任關係のものなる場合に付特別の取扱を爲すの必要あり、蓋し例之買主が破産したる場合に於て賣主は自己の債務を之れに履行するを要するに拘はらず自己の債權は破産手續に依る比例的満足に甘せざるを得ずと云ふは吾人衡平の觀念に反すべきが如し、之れに付ては後に述べべし。

第二項 訴訟法上の地位

一、債務者につき破産開始の原因存するも又破産の申立あるも債務者は其の財産に付管理處分權を失はざるが故に訴訟に付ても亦訴訟を爲す權能を失ふことなし。

二、反之破産宣告あるときは債務者は破産財團に屬する財産に付き管理處分權を失ふが故に斯かる財産に付きては債務者は又訴訟を爲す權能をも失ふに至る而して當事者が訴訟を爲す權能を有すべきことは權利保

護の要件に属するが故に破産者より又は破産者に對し提起せられたる訴は理由なきものとして請求は棄却せらるべく又訴訟の繫屬中訴訟物たる權利に付破産手續の開始あるときは原告は當然勝訴の判決を受くること能はざるに至る故に法律は訴訟の繫屬中破産宣告あるときは訴訟手續は中斷するものとし(民訴第二一四條)破産管財人又は相手方に於て之を受継することを得るものとす(第六九條)。

(甲が丙に代位し乙を被告として訴を提起し訴訟の繫屬中丙破産宣告を受けたるときは破産管財人又は乙は訴訟を受継することを得)

又破産財團に属する破産に對する強制執行又は假差押假處分は破産財團に對しては其の效力を失ふ(第七〇條)但破産財團に属する財産に關する強制執行は破産管財人に於て破産財團の爲め其の手續を續行することを妨げず(第七〇條第一項後段)。

第三項 債務者の身上に及ぼす效果

一、破産開始が債務者の行爲能力及訴訟能力に影響を及ぼさざること
は前に述べたるが如し。

二、然れども債務者が破産宣告を受くるときは其の身上に影響を受く
I、必要なる説明の義務、債務者は破産に關し必要なる説明をなすべ
き義務を負ふ(第一五三條)故に破産者は裁判所の許可を得るに非ざれば其
の居住地を離るることを得ず(第一四七條)又此の裁判所に出頭し必要なる
説明を爲すの義務を執行する爲め必要ある場合には裁判所は破産者を引
致し又は其の監守を命ずることを得(第一四八條、第一四九條)監守を命ぜら
れる破産者は裁判所は許可を得るに非らざれば外人に面接し又は通信す
ることを得ず(第一五〇條)又破産者は完全なる信書の秘密の保護を受けず
(第一九〇條)

I、破産者は一定の要件の下に有罪破産の宣告を受く(第三七四條、第三
七五條以下)。

Ⅱ、猶ほ破産宣告の従たる效力として

1、公権並私権につき失権の制裁を受くこと、例へば、

公権 貴族院令第一〇條衆議選第六條第二號、府縣制第三七條第二號、
市制第三八條第二號、裁構第六六條第三號、公證人法第一四條第二號、
辯護第五條第四、執登、第二條、商會、第一〇條第一三號、陪審第一三條。

私権 民第九〇八條第五號、後見人第九一六條、後見監督人第九四六條

(親族會員)第一一一一條遺言執行者、商、第六九條第四號(社員の退社)取

引、第一一條。

2、復権、第三六七條以下

第五章 破産債権者

第一節 破産債権者の意義

一、破産債権者とは破産手續即ち包括的執行手續の積極的主體を云ふ、
即ち破産債権者と云ふは破産請求權なる訴訟法上の權利の主體たる資格
に於ける權利者の名稱にして民法は所謂債権者とは其の觀念を異にす。
二、1、破産債権者は破産請求權の主體にして民法に所謂債権者とは
異なる。

民法に所謂債権者は債務者に對する權利者なり即ち私法上の給付請求
權の主體なり、反之破産債権者は國家司法機關に對する權利者にして訴訟
法上の權利の主體なり、破産債権者は包括的執行手續の積極的主體なるが
故に其の觀念は強制執行手續に於ける債権者と同一なり、詳言すれば破産
手續に於て破産債権者とは破産手續による執行請求權所謂破産請求權
Konkursanspruchなる公法上の權利の主體を指稱するの名稱にして、恰も強制
執行手續に於て債権者と稱するは私法上の權利とは離れ債務名義に於て
認められたる權利者即ち國家司法機關に對し執行請求權を有する者を云

ふと同一なり、強制執行手続に於て債権者たる爲めには所謂債務名義の存在を必要とすると同じく(強制執行に依る権利保護要件)破産手続に在りても破産請求権を有し得る爲めには(即ち破産債権者たる爲めには)單に私法上の権利を有するを以ては足らず一定の私法上の請求權(破産債権たる債権)の存在と破産開始との二要件の具はるを要す、此の要件即ち破産手続に依る権利保護要件の具備に依り茲に始めて私法の權利と離れ破産請求權なる訴訟法上の權利は發生するものにして(破産手続は債権確定の手続にも包含し、通常の強制執行に於けるが如く債務名義の存在を必要とせず)破産債権を以て單に私法上の債権の破産開始に伴ふ一效果なりと解すが如きは未だ民事訴訟の私法的解釋説の誤りを脱せざるものと謂はざるべからず。

2、破産債権者は包括的執行手続の積極的主體なる點に於て個別的執行手続たる強制執行の債権者と異なる。

破産手続は特別の強制執行手続なるが故に其の權利保護要件に於ても強制執行手続に於けると異なるのみならず債権者の競合を前提とする手續なるが故に債権者相互間にも亦一定の法律關係の存する手續なり。

1、破産手続に於けると強制執行手続に於けるとは其の執行請求權を生ずるの要件を異にす。

強制執行は債務者の意思に拘はらず債権者をして給付請求權の滿足を得しむるの手續なるが故に債権者たる爲め(即ち執行請求權を有し得る爲め)には必ずや債務名義を有することを要件とすると共に債務名義の内容たる權利は必ずしも金錢請求に限らず、特定物の引渡請求、行爲不行爲の請求にても可なり、反之破産手続は債務者の總破産を以て多數債権者の債権を平等に満足せしむるを目的とする手續なるが故に破産債権者たる爲め(即ち破産請求權を有し得る爲め)には債務者の財産より滿足を受け得べき債権即ち金錢價値を目的とする債権にして破産宣告の當時既に存在する

ものを有し且つ破産の開始せられたることを要するも其の債権の存在並額に付必ずしも確定の権利名義の存することを必要とせず(確定の債務名義の存するも猶ほ争はるることを得(第二四八條参照)之れ破産手續に於ては破産債権確定の手續なるもの存し(此の點訴訟手續に相當す)敢て破産開始の當初に於て確定せるものなることを必要とせざればなり(破産債権者並管財人に異議なきにより確定の権利名義となる(第二四〇條第一項)。

ロ、又強制執行の債権者は執行により執行請求権を満足せしめ得ると共に辨済を受くることにより私法上の請求権の満足を受くるの權を失はず、反之破産債権者に在りては破産請求権を満足せしむることによりのみ私法上の權利の満足を受け得るに止まり債務者の行爲に依り債権の満足を受くるの權(自由財産より辨済を受くるを得ず)を有せざるなり(第三者より又は別除權の範圍内に於ては可なり)之れ破産手續が包括的執行手續たる當然の結果にして破産手續に於ては債権者相互間に一定の權利義務

の關係の存する所なり(後述、第三節参照)。

第一一節 破産債権者たる能力

一、破産債権者^概たる能力は原告又は強制執行の債権者たる能力と同一なり(第二條)。

二、但し外國人又は外國法人につきては其の本國法に依り日本人又は日本法人が同一の地位を有するときに限る(第二條但書)。

第三節 破産債権者の法律上の地位

一、債権者の債務者に對する關係

破産債権者は破産開始により破産者の財産(自由財産を除く)に付き管理處分權(實體法上の)を取得す(vgl. Heilbron u. Pick S. 41 Anm. 31 b.)破産開始により債務者の失ひたる管理處分權は破産管財人に依り行はるる所なりと

雖も(第七條、第一八五條)從て此點に於て訴訟上の管理處分權之れ破産債権者は團體をなし破産管財人に依り代表せらるるものなるが故なり(此の點に於ては破産管財人を以て執行機關なりと云ふは正當にあらず、其の占有管理が強行的なる點に於て執行機關なり)。

債務者は破産開始に依り破産財團に屬する財産につき權利の主體たる資格を失ふものにあらざるが故に、債権者を以て債務者の特定承繼人なりと解するは誤れり(差押債権を生ずとす法制の下に於ても同様なり)。

二、債権者相互間の地位

1、各破産債権者は債務者に對する關係に於ては共通の利害を有す例へば破産財團を増大ならしめ又は財團を構成すべき財産を可及的高價に換價することにつき共同の利益に有するが如し、此の關係に於て破産債務者は破産債権者團體を構成す之れ或は債権者集會なる機關を有し又は破産管財人により代表せらるる所以なり。

2、反之債権者相互間に於ては互に反對の利害を有す、例へば互に自己の債権を主張し他を排斥し他の債権額を可及的の額に確定するに付利益を有するが如し、此の關係に於ては債権者は各獨立するものとす之れ破産債権者は他の債権に付異議權を有し得る所以なり(第二四〇條、第二四八條等)。

第四節 破産債権者團體

破産債権者團體 *Gläubigerschaft* は法人にあらず又單純なる組合にもあらず、破産管財人に依り代表せらるることにより團體として破産法上の權利(例へば否認權)の主體たる能力を有するものとす(實質的には形式的當事者能力を有す)之れ債権者集會監査委員及破産管財人なる機關を有する所以なり、然れども法律は訴訟に付き破産管財人を以て任務に依り當事者たる地位を有するもの(從て債権者團體を以て原告たる當事者能力なき社團と

す)となすが故に(第一六二條)破産債権者團體は其の名に於て訴へ又は訴へらるる所謂形式的當事者能力を有せざるものと解せざるべからず、若し債権者團體を以て形式的當事者能力を有するものと解するの說に従はんか破産管財人は其の代表機關なりと云はざるべからず。

第五節 債権者集會監査委員

債権者集會 *Gläubigerversammlung* は破産債権者の總會にして破産債権者團體の議決機關なり、(第一七〇條、第一七六條以下)債権者集會に於て議決權を有するは破産債権者に限る、取戻權者、別除權者、財團債権者は議決權を有せず。

而して破産債権者が議決權を有するは其の確定債權額に應じ之を有するものなるが故に(第一八二條第一項)未確定債權停止條件附債權、將來の請求權又は別除權の行使に依り辨濟を受くること能はざるべき債權額に付

破産管財人又は破産債権者の異議あるときは裁判所は議決權を行はしむべきや否や及如何なる額に付之れを行はしむべきやを定む(第一八二條第二項)。

決議は出席したる破産債権者又は代理人(第一八一條)によりてのみ爲さるることを得(第一七五條)決議は出席したる債権者又は代理せられたる債権者の頭數及債權額の過半數の同意により成立す(第一七九條)。

第一回の債権者集會は監査委員 *Gläubigerausschuss* を置くや否やを議決することを要す監査委員を置きたるときは監査委員は債権者團體に代り其の職務を執行す(第一七二條、第一七三條)。

第六章 破産管財人

第一節 破産管財人の意義及性質

一、裁判所破産宣告を爲すときは破産管財人 *Konkursverwalter* を選任す(第一五七條以下)破産管財人は積極財團を管理處分する資格 *Curator honorum* と消極的財産を確定する資格 *Contradictor* を有し此等の資格に於て債権者團體(前の資格に於て)又は破産債務者(後の資格に於て)を代表す、又破産管財人が財産を占有管理するに當りては債務者の意思に係はらず之れを行ふの權を有するものなるが故に此の資格に於ては執行機關に外ならず。

二、破産管財人の法律上の地位

然れども破産管財人の法律上の地位 *Stellung des Konkursverwalters* に付ては學說分る (*Heilfon u. Pick S. 44*)。

I、國家機關說 *Amtstheorie*

此説は破産管財人は裁判所に依り選任せられ其の有する權限は直接に法律の規定により生ずる所なるが故に破産管財人を以て執行機關なりと解せざるべからずとす説、此の説は管財人が債務者の意思に係はらず

財産を占有管理するの權限を有するの點より見るときは誤りにあらずと雖も管財人が財團に關する訴訟に於て訴訟當事者たる資格を有することを見過したるの誤あり、或者管財人の受けたる判決は破産管財人と訴訟の相手方との間に於てのみ其の效力を生ずるに止まり第三者たる破産債務者又は債権者には其の效力を及ぼすことなしとす、或者破産管財人が訴訟を爲す場合に於ては其の訴訟を爲す權能に基き爲すものなるが故に其の受けたる判決の效力は訴訟物たる權利の主體たる債務者又は債権者に及ぼざるを得ずと説明すと雖も (*Heilfon u. Pick S. 47 (1)*) 國家執行機關が其の資格に於て訴訟の當事者たるを認むるは訴訟法の理論に合せず(民訴、第五四四條、第五四九條參照)加之管財人の受けたる判決の效力が訴訟物たる權利義務の主體に及ぶことを認むる以上は管財人を以て國家機關なりと云ふと雖も實は任務による當事者を認むるものに外ならず蓋し判決の效力が訴訟物たる權利義務の主體たる破産債権者又は破産債務者に及ぶこ

云ふは即ち管財人の訴訟進行を以て破産債権者又は破産債務者の爲め行ふものなることを認むるものに外ならざればなり(民訴第二〇一條第二項参照)。

2. 私人代表説 Verretungstheorie

イ、破産債権者代表説

破産管財人は破産債権者を代表し破産財團を管理処分するものなりとなす説、然れども破産債権者は破産財團に付管理処分権を有せざるものなるが故に之れを代表して管理処分権を行使すと云ふは自體矛盾なり、加之否認權は管財人に依り主張せらるるを要するが故に此の説に従はんか否認權に關しては例外なりと説明せざるべからず(又管財人は破産債権者の利益を代表するものにして債務者の利益を代表するものにあらず)。

ロ、破産債権者代表説

破産管財人は破産債権者を代表し破産財團を管理処分するものなりと

なす説、此の説は各破産債権者を代表すとなすものなりと雖も破産管財人が否認權を行使する場合の如き破産債権者團體を代表するものと謂はざるべからず。

ハ、破産債権者團體代表説

破産管財人は破産債権者團體を代表し破産財團を管理処分するものなりとなす説、此の説は多くは破産債権者團體が破産開始に依り債務者の財産上に實體法上の權利(差押質權)を取得するものなりと解するの説(Privatrechtstheorie)を採る者に依り主張せらるる所なり、然れども破産管財人は届出られたる債権の存在額其の順位に付き争ひ得べく(第二三四條)此の場合に於ては破産管財人は債務者を代表するものと謂はざるべからず。

ニ、破産財團代表説

此の説は破産財團を以て法人なりとし破産管財人は其の代表機關なりとなすものなり、然れども債務者の財産は破産宣告あるも爲めに法人格を

獲得するものにあらず (Hellwig は Sondervermögen なるものを認む) 破産法の規定は見るも破産財團は執行の物體 Vermögensobjekt にして其の主體 Vermögenssubjekt にはあらず(民訴第四六條は此の場合の擬制規定にあらず)又此の説を實質的に見るときは破産管財人を以て破産財團を構成する権利義務の主體即ち破産債務者並破産債権者を一團とする債権者債務者團體を代表すとなすものに外ならずと雖も債務者並債権者を同時に代表すと云ふことの不當なるは固より論なき所なり。

ホ、破産債務者及破産債権者團體を代表すとなす説

此の説の破産財團代表説と異なる點は管財人は破産債務者及破産債権者團體を代表するものなりと雖も同時に雙方を代表するものにあらず、積極財團を管理處分する資格 Curator honorum に於ては債権者團體を代表し消極財産を確定する資格 Contradictor に於ては債務者を代表するものなりとなす點に在り(兩者を同時に代表すとなす説なきにあらずと雖も其の説は

結局財團代表説と同一に歸し不當なり)國家機關説と異なる點は國家機關説は管財人を以て債権者債務者間の破産手續追行に付ての公の利益を代表すとなすものなるに反し此の説は管財人が二重の地位 Doppelstellung を有する點に重きを置くの點に在り、此の説が管財人が債権者團體並債務者を代表する二重の地位を有することを明にしたるは寔に正者なり。

③ 私人代表及國家機關説

於是吾人は破産管財人を以て國家機關たると同時に又債権者團體並破産債務者を代表するの資格をも併せ有するものと解さんとする、國家機關兼私人代表説と稱するを得べし、破産管財人が執行機關たると同時に私人代表の資格を併せ有すと云ふと雖も破産管財人が執行機關たると同時に其の資格に於て訴訟の當事者なりと云ふにあらず、又債権者團體を代表する資格を有すると同時に破産債務者を代表する資格をも有すとなすと雖も同時に雙方を代表することを認むるものにはあらず、約言すれば執行機關

と當事者との混同を認め又は自己代理雙方代理を認むるものにはあらず、破産管財人は財團の占有管理に付き債務者並に第三者に對し強制力を有するの點(第一八五條、第一八六條以下)に於て國家機關たり(債務者は異議権の第三者は取戻権を有するに止まる)又其の有する管理處分権は債權者團體の有する管理處分権に基因するのみならず否認權を行使する等債權者團體の爲め訴訟の當事者たる點に於ては債權者團體を代表し、債權の存在並額に付き異議權を有する點に於ては破産債務者を代表するの資格に於て之れを有するものとす (Vgl. Jäger, Bd. II S. 120 Anm. 12 zu § 117)。

第二一節 破産管財人の職務権限

一、破産管財人は右述べたるが如く國家機關たる資格を有すると共に積極財産を管理處分するの資格と消極財産を確定するの資格とを有するが故に其の職務権限も亦之れを三種に分ち考ふることを得べし。

二、P. 執行機關たる資格に於ける職務権限

1. 破産管財人は就職後直ちに破産財團に屬する財産の占有管理に着手することを要す(第一八五條)破産手續の開始により債務者の失ひたる管理處分権は本來債權者團體に屬するものなりと雖も、法律は破産管財人によりてのみ行はるべきものとなし(第七條)而も管財人に強制權を與ふるものなるが故に(第一八六條、第一八七條等參照)裁判所書記は裁判所の下級機關たり(其の管理處分を行ふは執行機關たる資格に於て之れを行ふものと見ざるべからず)。

破産管財人は財産の占有を爲すに當り必要あるときは裁判所書記執達吏又は公證人をして破産財團に屬する財産に封印を爲さしむることを得(第一八六條)又財團に屬する財産状態を明にする爲め之れ等のもの及債務者の立會を以て右財産の價額を評定し(第一八九條)且財産目録及貸借對照表を作成し其の謄本を裁判所に提出することを要す(第一八九條)。

破産管財人は一般の債権調査 Allgemeine Prüfungstermin の終了後(第二三四條参照)に於ては破産財團の換價を爲すべく(第一九六條参照)適當なる金銭ある毎に遅滞なく配當を爲すを要す(第二五六條)。

從て管財人は配當表を作り又は配當することを得べき金額を公告すること等猶ほ諸種の職務権限を有す。

2、破産管財人は職務執行の爲め必要な費用の前拂及報酬を受くるの權を有す(第一六六條)費用及報酬は財團債權として支拂はるべきも(第四七條第三號)此の事は管財人が有する執行機關たる資格に矛盾せざるなり。

I、債權者團體を代表する資格に於ける權限

否認權(第七二條以下)は破産管財人により裁判上行使せらるることを要す(第七六條)否認權は破産財團を増大ならしむる爲めの權利なるが故に債權者團體に屬するものと謂ふべく(否認を理由とする債權に對する異議の場合亦同じ)管財人は債權者團體を代表する資格に於て之れを行ふものと

謂はざるべからず、換言すれば管財人が訴又は抗辯により之れを主張するは訴訟の當事者として行ふ所なるが故に管財人は任務に依り當事者(債權者團體の爲め)たるものと謂ふべく其の機關たる資格に於て之れを行ふものにあらざるや疑なし。

II、破産債務者を代表する資格に於ける權限

届出たる債權に對し異議を述ぶるの權は破産債權者管財人の外破産債務者も亦之れを有する所なりと雖も債務者の有する異議を述ぶるの權は破産債權者の有するもの(破産請求權なる執行請求權に對する異議)と同じからず債務者は破産財團に關しては消極財産に付ても管理處分權を有せざる所なるが故に其の異議は破産債權の確定を妨ぐるを得ざるなり(第二四〇第一項)換言すれば單に配當又は和議に依り破産手續の終了したるとき始めて其の意義を有し得べきものたるに止まり(即ち破産債權に對する異議にあらずして債權に對する異議)從て破産管財人の行ふ所は(否認權に

基く場合を除き)即ち破産債務者の失ひたる異議権なりと謂ふべく破産管財人は債務者の利益を代表するものに外ならざるなり債権者相互間の債権確定の訴に於ける判決は管財人並に破産債務者の異議なきことに依り破産終了後に於て猶ほ既判力(場合により執行力)を有すべく管財人並に破産債権者の異議なきにより生ずる破産債権の確定は破産債務者の異議あるも破産手續に關しては確定の債務名義たるの效力を生ずるものとす。

第三節 破産管財人の監督及解任

一、破産管財人は裁判所の監督に屬す(第一六一條)破産管財人は執行機關たる資格に於ては法律の定むる所に従ひ職務を執行すべき義務を負ひ又債権者團體に對しては善良なる管理者の注意を以て財團を管理する義務を有す(第一六四條第一項)。

二、破産管財人に義務違反行爲あるとき又は破産管財人が善良なる管

理者の注意を怠りたるときは裁判所は債権者集會の決議若くは監査委員の申立に依り又は職權を以て破産管財人を解任することを得(第一六七條)又管財人が善良なる管理者の注意を怠りたるときは利害關係人に對し生じたる損害を賠償するの責に任す(第一六四條第二項)。

第三編 破産の開始、破産法上の権利

第七章 破産の開始

第一節 破産開始の要件及破産宣告

一、破産開始の要件

破産手續を開始するには其の要件として(一)債務者に破産原因の存すること又従て多數債権者の存在する情況に在ること(Sachliche Voraussetzung) 及(二)適法なる破産の申立あること(Formelle Voraussetzung) [此の形式的要件は之れを必要とせざる場合あり]を要す。

猶ほ此の外獨乙國の學者に於ては債務者の積極財産の存在すること、又従て債務者の財産が破産手續の費用を償ふに足るものなることを要件となすのものなきにあらずと雖も我國法は之れを以て破産開始の要件とせ

ず(破産廢止の原因となす)(第一四五條參照)

二、破産宣告 Eröffnungsbeschluss

1、破産の申立ありたるときは裁判所は其の申立が適法なりや否やを調査し(職權を以て)不適法なるとき(例へば、申立書が要件を缺き補正せざるべき、當事者が破産能力、當事者能力を有せざるべき、代理人が代理權を有せざるべき、第一三一條の場合に相當期間内にあらざるべき等)但し裁判所が管轄權を有せざるべきは移送すべし第一〇八條參照)は申立を不適法として却下すべし(却下の決定に對しては即時抗告を爲すことを得、第一一二條)申立が適法なるときは口頭辯論を開き又は之を開かずして破産原因の存否を調査(之れ又職權を以て)すべく、破産原因なきものと認むるときは申立を理由なきものとして棄却すべし、此事は債務者が破産の申立を爲したる場合に於ても同様なり(申立棄却の決定に對しては即時抗告を爲すことを得、第一一二條)破産原因あるとき裁判所は決定を以て破産の宣告を爲すべ

く、決定には宣告の年月日時を記載することを要す(第一四一條)言渡のときは其の日時告知の場合は告知の爲め決定書を書記に交付したるときに遡るものと解すべし)蓋し和議の申立ある場合に重要な關係を有す(和第一七條)

イ、裁判所は破産宣告を爲すときは同時に第四百四十二條所定の條件を定め又第四百四十二條第一項所定の公告をなし且遲滞なく其の旨檢事に通知することを要す(第一四四條)

ロ、破産財團が破産手續の費用をも償ふに足らずと認めたる場合には破産宣告を爲すと同時に被告廢止の決定を爲すことを要す(第一四五條第一項前段)破産廢止の決定に對しては即時抗告を爲すことを得(第一一二條)。

2、破産宣告決定は其の確定を待たず宣告の時に其の效力を生ず(第一條)。

破産決定に對しては即時抗告を以て不明を申立つることを得(第一一三條)。

條)抗告裁判所抗告を理由ありとするときは前決定を取消すべく、取消決定は裁判所が其の決定を以て直ちに效力を生ずべきことを定めざる限りは確定後にあらざれば其の效力を生ぜず(第一一三條第一項)取消決定が確定したるときは破産決定を爲したる裁判所は直ちに取消ありたる旨の正文を公告することを要す(第一五六條第一項)。

第一一節 破産原因

一、破産原因 Konkursgrund. は破産が一般破産なると特別破産なるとに
より同じからず又一般破産に在りては債務者が自然人又は一般法人たる
と株式會社等財産に重きを置く法人たることにより同じからずと雖も一般
的に之れを言へば債務者の財産状態が危機に瀕し債權者をして平等満足
を得しむるを目的とする破産手續を開始するを必要となす程度に立至れ
る場合に於て之れを破産原因となすものなり、又立法例に之れを見るも、古

代羅馬法に於ては或は給付判決を受け又は認諾したるに拘はらず債務者が任意に支拂はざること、或は債務者が詐欺により財産を隠匿し (Fraudationis causa latitatio) 又は代理人を置かずとして訴訟に缺席 (absentia) したること (Contumacia vor der Litiskonfestation) 或は相続人の存せざる場合に於ける債務者の死亡を以て破産原因なりとし、儒帝法並獨普通法に於ては債務超過 (Insuffizienz) 即ち消極財産 (Passiva) が積極財産 (Aktiva) を超過せることを以て破産原因なりとし、プロイセン法は債務者が商人たると非商人たるとの區別を設け商人に付ては支拂停止により現はさるべき支拂不能 (Insolvenz) を、非商人に付ては債務超過を以て破産原因となすが如く、列擧主義を採るものと概括主義を採るものとこの二あり、我國法は概括主義を採り商人非商人の區別を設けず、支拂不能 Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz) 及債務超過 Ueberschuldung (Insuffizienz) を以て破産原因とす。

二 我現行法の認むる破産原因は一般破産と特別破産とに依り同じからず一般破産に在りては債務者が商人たると非商人たるとを問はず支拂不能を以て破産原因となすを原則とし(第一二六條第一項、舊第九七八條參照)例外的場合に於て債務超過をも認む(第一二七條)又特別破産に在りては債務超過のみを破産原因とし例外的場合なし(第一二九條)即ち債務超過のみ破産原因たるは相続財産に付ての破産の場合に於けるが如く特別破産の場合に限り(特別破産の破産原因)債務超過をも破産原因となすは株式會社等物的資本に重きを置く法人の場合に付ての例外なり(一般破産に於ける例外的破産原因)。

舊商法は商人主義を採り支拂停止 Zahlungseinstellung を以て破産原因となしたりと雖も現行法は之れを以て支拂不能を推定し得べき原因とし破産原因とせず。

第一項 支拂不能(支拂停止)

一 支拂不能 Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz) の支拂停止 Zahlungseinstellung

支拂不能とは支拂手段 Zahlungsmittel の継続的欠缺 dauernder Mangel に依り即時に支拂ふべき金銭債務 fallig u. eingeforderten Geldschulden を一般に in ihrer Allgemeinheit に支拂ふこと能はざる客観的状态を云ふ之れを一般の破産原因となす、反之、支拂停止とは支拂手段の継続的欠缺の爲め即時に支拂ふべき金銭債務を一般に支拂ふこと能はざる旨を表示する債務者の行爲を云ふ、即ち支拂停止は支拂不能なる客観的状态を推定すべき主観的事情なり（第一二六條第二項）債務者が一般に支拂を爲すこと能はざる旨表示する（支拂停止）は即ち客観的に見て支拂不能の状態（支拂不能）に在ることの明なる場合に外ならざるが故に法律は之れを以て支拂不能を推定すべきものとなすと雖も兩者は其の觀念を異にし必ずしも一致せざるなり（例へば錯誤に依る支拂停止）。

- 一、支拂不能は一般破産原因なり。
- 二、支拂不能たる爲めには

イ、金銭債務を支拂ふこと能はざる場合なるを要す。

不履行が支拂手段の欠缺に基くものなる場合に於ても金銭債務を支拂ふこと能はざる場合にあらざる限り支拂不能にはあらず、換言すれば不履行が支拂手段の欠缺に基く場合に於ては支拂不能ありと云ひ得るを一般とすれども實は此の場合に於ては債務者が既に金銭債務を支拂ふこと能はざるに至れるを通常とするが爲めなり。

ロ、即時に支拂ふべきものの存する場合なることを要す、即ち支拂不能の存する爲めには債權が履行期にあり而も債權者の請求ある場合なることを要す、如何に多額の債權の存するも履行期末が到來せざる場合又履行期到來するも債權者の請求なく即時に支拂ふことを要せざるものなる場合は未だ支拂不能ありと云ふを得ず。

ハ、一般的に支拂ふこと能はざる場合なるを要す、特定の債權を支拂はざることのみを以ては支拂不能にあらず、支拂手段の欠缺により一般に支

拂ふこと能はざる場合に於て始めて支拂不能ありと云ふことを得。

ニ、又其の支拂手段の欠缺は継続的なることを要す、一時支拂ふこと能はざるに止まるごきは支拂の一時的中止又は一時的不如意 *Zahlungsstockung* なり、例へば五日拂てし月末拂を拒絶する場合に於けるが如し。

ホ、支拂不能は継続的狀態自體を云ふものにして外面的客觀的狀態なることを要す、主觀的に支拂不能なりとなすが如きは支拂停止の意思ありと云ひ得べきに止まる、支拂不能なりとして支拂を停止すと云ふが如く行為に依り外部に現はされたる現象 *äussere Erscheinung* 自體の存する場合に於て始めて支拂不能ありとす。

2、支拂不能なりや否やは破産開始の時を標準として之れを決す、其の後に於ける財産の價額の増減は破産廢止の事由たるに止まる(第三四七條以下、第三五三條参照)。

三、支拂停止、支拂停止は右と異なり債務者の行為なり、債務者の財産

狀態自體を云ふものにあらず、債務者が一般に支拂ふこと能はざる旨表示するは即ち支拂不能なる狀態に立至れることを前提となすものに外ならざるが故に實際に於ては兩者は相一致するを常とす、之れ法律が支拂の停止を以て或は支拂不能を推定すべき原因となし、或は否認權に關し支拂停止の時に重要な意義を有せしむる所以なり(第七二條)。

1、支拂停止とは支拂手段の継続的欠缺の爲め即時に支拂ふべき金錢債務を一般に支拂ふこと能はざる旨を表示する明示又は默示の債務者の行為なり、即ち

イ、支拂停止たる爲めには債務者の行為なることを要す、明示たると默示たるとは之を問はず、

債務者が右の旨を總債權者に通知する場合(明示)は固より、或は營業を閉ぢ、或は手形の支拂を拒絶し、或は各個の債權者に對し支拂を拒絶したる場合に於ても一般に即時に支拂ふべき金錢債權を支拂ふこと能はざること

を示すものなる場合に於ては支拂停止たり、債務者が逃亡したる場合も亦同様なり。

ロ、支拂手段の継続的欠缺により一般に支拂ふ能はざる旨表示する行為ならざるべからず、一時の不如意により一時支拂はざる場合に於ては支拂停止にあらず例へば五日拂の貼紙をなすが如し。

ハ、一般に支拂ふ能はざる旨の表示行為ならざるべからず、從て支拂手段の欠缺に基因せず單に個々の債権の存在を争ひ又は未だ履行期到來せざることを理由として支拂はずと云ふが如きは支拂停止にあらず、從て一般に支拂ふ能はざる旨の表示行為あるときは、履行期にある總ての債権の存在を争ふも之れにより破産宣告を免がることを得ざるなり。

2、支拂停止は一般に支拂ふ能はざる旨表示する債務者の行為なるが故に債務者が一般的に支拂ふを要せざるに至りたるとき又は一般的に支拂ふを得るに至りたるときは其の存在を失ふ(支拂停止たるの効力は消滅

す)例へば總債権に付 *Moratorium* を與へられたるときは消滅すべきに反し債務者が個々の債権の支拂を爲すも消滅せず(後の行為は破産宣告あるに依り否認せらるるの行為たるに止まる)。

第二項 債務超過

1、債務超過 *Ueberschuldung* とは債務者の有する財産 *Vermögensstücke* の總額 (*Aktiva*) が其の負ふ債務の總額 (*Passiva*) を超過せる場合を云ふ、即ち支拂不能と債務超過とは必ずしも一致するものにあらず、蓋し債務超過せる債務者と雖も信用 *Kredit* を有するときは支拂不能にあらず又債務超過せざるも財産にして即時に換價する能はざるものなるときは猶ほ支拂ひ得るものにあざればなり之れ法律が債務超過を以て相續財産の破産の場合又は其の財産に重きを置く法人(合名會社、合資會社を除く商法認むる法人及其の他の社團又は財團法人)の場合に於ける破産原因となし且つ前者(特別破産)の場合に於て唯一の破産原因となす所以なり。

二、債務超過は又之れを無資力と云ふ、即ち無資力とは消極財産が積極財産に超過せる場合を云ふものなるが故に、恰も積極財産より消極財産を減じ過不足を生ぜざる場合に於ては資力を有せざるものなりと雖も所謂無資力にはあらず、如斯事情は或は支拂不能を生じ得る場合たるに止まる。

第三項 多數債権者の存在

多數債権者の存在は破産手續の前提とする所なり(債権者集會参照)此の意味に於て多數債権者の存在は破産開始の一要件に外ならず、蓋し破産原因たる支拂不能は支拂手段の欠缺に依り一般に支拂ふこと能はざる状態を云ふものなるが故に多數債権者の存在を前提とするものと謂ふべく又破産なる語は *concursum plurimum in pignore* なる語より出でたるものなるが故に債務超過を破産原因となす場合に於ても多數債権者の存在を前提となすものと謂ふことを得べければなり(此の問題は普通法時代に於て殊に争ありたる所なれども實益少なし、蓋し實際に於て債権者一人のことはあり

得べからざればなり)然れども多數債権者の存在は實は支拂不能の前提とする所たるに止まり之れ自體を以て破産開始の一要件なりと解するは正當にあらず、此の意味に於ては多數債権者の存在は破産開始の要件にあらず(債権者が破産の申立を爲すに當り多數債権者の存在を疏明するは支拂不能なる状態の存在を疏明せむが爲めにして破産開始の一要件として之れが疏明を爲すものにあらず、支拂停止の存する場合又は債務超過が破産原因たる場合に於ては多數債権者の存在は之れを疏明するを要せず、固より破産の申立は多數債権者共同に於て之れを爲すことを要せず)換言すれば多數債権者の存在する情況に在ることは支拂不能又は支拂停止の存する爲めの要件にして多數債権者の存在自體が破産開始の一要件を爲すものにはあらず (Rintelen, *Konkursrecht* 1902, S. 94. 獨逸破産法第三條) Die Konkursmasse dient zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger,………とあるを理由とし多數債権者の存在を要件とせざる獨逸大審院の判例

に反対せり。

第三節 破産の申立

一、破産は債権者又は債務者の破産の申立 Antrag auf Konkurseröffnung であるに依り始めて開始するを原則とす、債権者の破産申立を爲すは債務者の總財産又は特定の財産(相續財産)に付破産的執行手續の開始 (missio in bona) を求むるもの、又債務者が破産の申立を爲すは總財産又は特定財産を總債権者の爲め提供し破産的執行手續の行はるべき (Cessio bonorum) を求むるものに外ならず、従て債権者が破産申立を爲すときは自己の債権の存在及申立の當時既に外國に於て破産の宣告ありたる場合を除く外(第一三七條)破産原因たる事實を疏明することを要し(第一三二條第二項)債務者が申立を爲すときは財産の概況を示すべき書面並債権者及債務者の一覽表を提出することを要するものとす(第一三八條)。

二、然れども我民法の規定に従へば法人が其の債務を完済すること能はざるに至りたるときは職権を以て破産の宣告を爲すべき旨定むるが故に(民、第七〇條參照)同條規定の法人に付ては債権者又は債務者の破産申立あることは必ずしも破産開始の要件にあらず、唯右場合に於ても法人の理事は直ちに破産宣告の請求を爲すことを要し(民、第七〇條第二項)且裁判所職権を以て破産の宣告を爲すことは殆んど之れなきが故に實際に於ては之れが例外は殆んど其の適用を見ざるのみ(第一三三條參照)。

第四節 破産申立の債権者並債務者に

對する影響

一、破産の申立あるも債権者は債務者より任意辨済を受くるの權を失ふことなし、債権者は破産の申立を爲したること否かを問はず破産宣告あるまで債務者を被告として訴を提起し又は強制執行を爲すことを得。

二、 1、 債務者も亦破産の申立あるにより其の有する財産に付き管理處分権を失ふことなし、唯後に至り破産宣告あるときは一定行爲を否認せらるることあるに止まる(第七二條)。

2、 然れども破産の申立あるときは裁判所は利害關係人の申立に因り又は職権を以て破産財團を爲すべき財産の減少を防止するが爲め假差押假處分其の他必要なる處分を命ずることを得べく(第一五五條)又職権を以て債務者(第一五二條に規定する者亦同じ)の引致又は監守を命ずることを得。

第五節 破産開始の債権者の債権並に

債務者の財産に対する影響

第一項 破産開始の債権者の債権に対する影響

一、 破産開始あるときは債権者の有する破産債権あるべき債権は破産

債権となり(届出の有無に拘はらず)破産手續に依りてのみ其の満足を受け得べき債権となる(第一六條)従て債権者は破産の申立を爲したると否かを問はず又債権を届出たると否かを問はず破産債権たる債権に付ては破産債権者となり債務者の自由財産に對し強制執行を爲すことを得ざると共に債務者の自由財産よりする任意辨済を受くるの權を有せざるものとす。

二、但破産債権者にして破産財團に屬する特定財産上に擔保權其他の優先權を有するときは其の物體たる破産に付猶ほ他の債権者に先だち辨済を受くるの權を有す(第九二條)又債務者に對し反對債務を負擔するものなるときは其の對當額に付き破産債権を以て相殺を爲すことを得(第九八條)前者は之れを別除權と稱し後者は之れを相殺權と云ふ、即ち別除權と云ひ相殺權と云ふは共に破産法の認めたる破産債権者の有する權利に外ならざるなり。

第二項 債務者の財産に対する影響

破産開始あるときは債務者の財産は法律上當然破産財團に屬すべき財産と自由財産とに分る。破産財團に屬する財産に付ては債務者は管理處分權又從て訴訟を爲す權能を失ふ。債務者が破産財團に付き爲したる處分行爲は之れを以て破産債權者に對抗することを得ざるなり(第五三條)而して破産財團に屬する財産に付ての管理處分權は債權者團體に屬し各債權者は各個の財産上に管理處分權を有するに至るものにあらず、各破産債權者は單に財團に付き配當に依る。滿足を受くべきの權利を有するに止まる。

第六節 破産財團

一、破産財團 *Konkursmasse* とは破産手續に依る一般的執行の目的物となるべき財産の全體を云ふ。故に破産財團は破産が一般破産 *Gesamtkonkurs*, *Universalkonkurs* なる、特別破産 *Partikular od. spezialkonkurs* なるに依り異なり又一般破産に在りては債務者が自然人なると法人なるとに依り同じか

ちず、即ち一般破産は債務者の總財産が債權者の一般擔保をなす場合に於けるものなるが故に其の總財産を以て破産財團となすべく、特別破産は其の特別財産 *Sondermasse des Vermögens* より優先して辨濟を受くべく (*Vorausrecht*) 債權者の一階級 *Sonderklasse von Gläubigern* の存する場合に於て認めらるるものなるが故に其の特別財産のみを以て破産財團となす。又一般破産に在りても債務者が法人なるときは破産に依り解散するものなるが故に其の全財産を以て破産財團となすべく、自然人なるときは全財産中一身に專屬する權利並に生活に必要な費用等を除かざるべからず、而して如何なる財産が如何なる範圍に於て破産財團に屬すべきかは法律上當然抽象的に定まれるものなるが故に斯かる意味に於て破産財團を法定財團 *Sollmasse* といふ。

二、然れども實際破産財團に組入れられ破産管財人の占有に屬する財團の範圍は必ずしも法定財團と一致せず或は大なることあり或は小なる

ことあり、例へば管財人が誤りて第三者の財産を破産財團に組入れ又は債務者が財産を隠匿したるが爲め破産財團に組入れられざる場合の如し、此の破産管財人が事實上占有し破産財團に屬する財産として財團に組入れたる財産の全體を實在財團 *Istmasse* と云ふ。

三、破産管財人は固より實在財團をして法定財團に可及的一致せしむるの義務を負ふものなり。

法律が破産財團と云ふは通常法定財團を指稱するものなりと雖も、第六條以下、第一二條以下、第五三條以下、第九二條以下、第一八五條等稀には實在財團を指稱することなきにあらず(第八七條)。

第一項 一般破産に於ける破産財團

一、破産法第六條は一般破産に於ける法定財團の範圍を定む、即ち一般破産に於ける破産財團は(一)破産者が破産宣告の時に於て有する財産(第六條第一項)並に破産者が破産宣告前に生じたる原因に基き將來行ふことあ

るべき請求權(第六條第二項)にして(二)内國に存在するものを以て構成し、(第三條)(三)且債務者が自然人なるときは其の財産が差押ふることを得るものなるを要件とす(第六條第三項)。

二、債務者が自然人なる場合に於ける破産財團の範圍。

V. 財産のみ破産財團を構成す。

イ、破産手續は金錢配當に依り債權者をして平等満足を得しむるを目的とする手續なるが故に破産財團を構成すべき財産は金錢的價值ある積極的財産に限らる(*Teilungsmasse*) 動産不動産たるを權利たるを問はず又權利が必ずしも無形利益を内容とせざるものなるを否とは之れを問はずと雖も、單に主觀的價值あるに止まり、客觀的金錢價值を有せざるものは茲に財産中に包含せず。

商人(自然人たる)が破産債務者たる場合に於ては全體としての營業(*Geschäft als Ganzes*)も亦破産財團を構成す、商業帳簿も亦從て財團に屬し破産管

財人は營業と共に之れを譲渡することを得(nicht etwa als Makulatur)蓋し通常の強制執行に在りては營業自體は執行の目的物にあらず其の構成部分たる個々の物又は權利に對し行はるる所なりと雖も破産手續に在りては管財人は營業を繼續し又は營業を譲渡することを得べく(第一九二條、第一九七條第三號)法律は營業を以て物、債權、得意、製造の秘訣等を包含する全體(營利的企業全體)として單一なる存在(經濟上單一なる財産の集合體)を認むる所にして(商、第二二條、第二三條、破、第一九七條第三號等)商業帳簿(商、第二五條以下)は又全體としての營業に従屬し(營業を換價するに必要なり)帳簿のみ之れを切離し考ふることを得ざるものなればなり。

ロ、債務者の人格權及身體は破産財團を構成すべき財産にあらず。

債務者の技能勞働力は他人の爲め提供せらるるときは金錢的價値を有し一つの財貨に外ならずと雖も技能及勞働力自體としては所謂財産に屬せず、氏名權商號權の如き債務者の人格外に獨立の存在を有せざる權利即

ち廣義に於ける人格權 *Personlichkeitsrecht, iura personalissima* も亦茲に所謂財産にあらず、從て破産管財人は債務者の同意を得るに非らざれば營業と共に商號を譲渡するを得ざるものと解すべく(商、第二一條參照)商號權に付ても亦同様なり(商標、第一二條)。

2、債務者の財産に限り破産財團を構成す。

イ、物が破産者の財産たりと云ふは即ち其の物が債務者の所有に屬するを云ふ、從て債務者の占有する第三者の所有物は破産財團に屬せず、破産管財人誤りて財團を組入れたるときは第三者は取戻權を主張することを得。

ロ、權利が破産者の財産たりと云ふは債務者が該權利の主體たるを謂ふ、債務者の所有に屬せざる物上に有する權利(例へば地上權)は其の權利の範圍に於て破産財團に屬す、反之第三者が債務者の財産上に權利を有する場合に於ては債務者の財産は第三者の權利の存する範圍に於て破産財團

を構成せず第三者の有する権利が擔保權(破産債權者が擔保權を有するときは別除權)たることを問はず第三者は取戻權を主張することを得。

ハ、債務者が他人と共同して物又は權利を有するときは債務者の持分に限り破産財團に屬す、法令の規定に依り(性質上)分割を爲すことを許さざる場合(民、第二〇八條、第二二八條、商、第一四六條)の外共有者は破産手續に依らずして其の分割を爲すことを得べく又相當の價金を拂ひて破産者の持分を取得することを得(第六七條)。

(特許法第四四條第二項、他の共有者の同意あるに非ざれば其の持分を讓渡するを得ず)

ニ、破産宣告の時に於て債務者に屬する財産並に破産宣告前に生じたる原因に基き將來行ふことあるべき請求權に限り破産財團を構成す。

破産財團を構成すべき債務者の財産に關し其の取得の時に依り限界を

設くべきや否やに關しては立法主義二あり、一は破産財團を以て破産宣告の當時債務者に屬する財産に限るべきものとなし(獨法、我現行法)一は破産手續の繼續中債務者に歸屬するに至れる財産の一切を包含せしむべしとなす(羅馬法、佛法、我舊法)我現行法は前者の主義を採り、一方に破産債權者たるものを破産宣告の當時既に成立せる債權を有するものに限定すると共に他方該債權の平等満足に供せらるべき財産も亦破産宣告當時債務者に屬する財産に限定すべきものとなしたり、之れ債務者に對しては迅速に資産を回復し得るの希望を與へ又債權者に對しては迅速(財團の範圍は容易に確定す)且公平(宣告後の債權者に對する關係に於て)に破産手續による平等満足を受くるを得しむる所以なればなり、我現行法第六條が第一項に於て「破産者が破産宣告ノ時ニ於テ有スル一切ノ財産ハ之ヲ破産財團トス」と規定し其の第二項に於て「破産者が破産宣告前ニ生ジタル原因ニ基キ將來行フコトアルベキ請求權ハ破産財團ニ屬ス」と規定するは畢竟債務者が破

破産宣告後に新たに取得したる財産を破産財團より除外せんとするの趣旨にして、如何なる財産を以て破産宣告の當時破産者に屬するものと云ひ得べきかの標準を示すものに外ならざるなり、即ち

イ、 i、 破産宣告の當時債務者に屬する物(所有權)又は權利(第六條第一項)。

ii、 破産宣告の當時既に債務者が權利を取得するに必要なる總ての要件を満したる期限附又は條件附請求權(第六條第一項)。

iii、 破産財團を構成する財産より生じ又は財産の消滅に依り之れに代り生じたる權利、即ち債務者が宣告後新たに取得したるにあらざる財産(第六條第二項)。例へば財團より生じたる果實、法定果實、火災保險金請求權、財團が配當に依り債務者の保證債務を履行したる場合に於ける主たる債務者に對する求償權、差押ふることを得ざる財産の果實、利息等にして差押へ得るもの)。

ハ債務者が破産宣告後新たに取得したるものにあらざるが故に(破産法第八九條第九〇條等により)第三者が取戻權を有せざる限り(破産財團を構成す)。

反之

ロ、 債務者が破産宣告後新たに取得したる財産は破産財團に屬せず所謂自由財産 *Konkursfreies Vermögen* なり、従て第一破産の繼續中更に新取得の財産に付第二の破産の開始せらるることを得、第二破産の開始ありたる場合に舊債權者は第一破産の財團より辨濟を受くること能はざる債權額に付てのみ第二破産の破産債權者たり(第九七條、參照)。

4、 債務者の財産にして差押ふることを得るものに限り破産財團を構成す。

破産手續は包括的執行手續なるが故に其の物體たる財産は強制執行手續に於けると同じく差押ふることを得る財産、即ち執行に服する財産 *der*

Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögenに限らるべきは固より當然なり、第六條第三項(只破産手續に於ける財産の管理は包括的且繼續的にして事業の譲渡又は繼續をも爲し得る所なるが故に個々の執行の禁止又は制限は必ずしも破産的執行を妨ぐるものにあらず従て如何なる財産が差押ふることを得るものなるかに關しても通常の強制執行に於けると多少の差異なきを得ざるなり、例へば營業自體に對する強制執行は之れを考ふることを得ずと雖も營業は猶ほ營業として破産財團を構成し又従て營業又は事業の繼續を前提とする民事訴訟法第五百七十條第四號第七號は其の適用を見ざるのみならず第六條第三項未だ成熟せざる果實の差押を禁ずる民事訴訟法第五百六十八條も亦破産手續に關し其の適用なし、即ち

イ、民事訴訟法其他の法律が差押を禁じたる財産は破産財團に屬せざるを原則とす、例へば

i、法律上の養料請求權、職務上の報酬請求權、恩給請求權、等債務者の一身に專屬する請求權(民訴第六一八條第二項)又は民事訴訟法第五百七十條所定の物は破産財團を構成せず。

ii、華族世襲財産(華世第一八條)社寺に下付せられたる保存金(古第一一條)信託財産(信第一六條)又は未だ發行又は興行せられざる著作物の原本及其の著作權(Das literarische u. künstlerische Urheberrecht、著第一七條)商標權、特許權の場合亦同様なるべし。

ロ、法律が差押を禁止したるにあらずして當事者が任意に譲渡を禁止したるに止まる財産は茲に所謂差押ふことを得ざる財産にはあらず、例へば譲渡禁止手形(商四五五條)の如し、又法律が差押を禁止したる財産に在りても債務者の承諾に依り差押へ得るに至る財産は(民訴第五七〇條第二項)債務者の承諾により(イの例外)破産財團を構成す(第六條第三項)。

ウ、破産者の有する内國に在る財産のみ破産財團を構成す、強制執行は内國に於てのみ行はるべきものなるが故に破産手續に在り

ても其の執行の物體たる財産が内國に存在するもののみに限らるべきは當然なり(第三條)財産が有體物なるときは其の物の所在地債權なるときは債務者の住所地を以て財産の所在地とす(舊民訴第一七條參照)但し債權に付ては債務者外國に住所を有するも履行地が内國なるが爲め又は債務者が財産を内國に有するが爲め該債權が我國裁判所の裁判權に服するものなる場合に於ては猶ほ我國に在るものと謂ひ得べく破産法第三條第三項は此の意義に外ならず。

法律が内國に在る債務者の財産なることを要件とするは畢竟内國の執行權は他國の領土内に行はるること能はざるが爲めなり従て破産宣告當時外國に在りたる財産と雖も後に至り内國に移されたるとき(例へば外國航行中の船舶が内國に歸港したるとき)は破産財團を構成するに至るものと謂ふべく新取得と同視すべきにあらず蓋し此の場合は恰も差押ふることを得ざる債務者の財産が差押へ得るに至れると同様にして該財産は債

務者の新たに取得したるものにあらざればなり。

三、債務者が法人なる場合の破産財團の範圍

債務者が法人なるときは財團法人たるを問はず一切の財産を以て破産財團とす相續人の曠缺せる相續財産は法人格を有するが故に(民第一〇五一條)此の場合に於ける相續財産の破産は一般破産にして相續財産一切を以て破産財團とす(民第一〇五九條參照)。

従て法人の破産に在りては自由財産なるものなし之れ合名會社及合資會社の存立中は債務超過を以て財産原因とせざる所以なり(第一二七條第二項)。

第二項 自由財産

一 破産財團に屬せざる債務者の財産を自由財産と云ふ差押ふることを得ざる債務者の財産並に破産宣告後債務者の新たに取得したる財産は即ち自由財産なり。

二、差押ふることを得ざる債務者の財産には債務者の承諾により差押ふることを得るに至るものあり(第六條第三項)又債務者の新たに取得したる財産は債務者の委付に依り破産財團を構成す、破産債権者は破産者の任意辨済を受領するの權を有せざるが故に(第一六條)債務者は自由財産を以てしても個々の破産債権者に全部又は一部の辨済を爲すことを得ず債務者の斯くの如き行爲は差押の承諾又は自由財産の委付なりと解すべく自由財産は其の範圍に於て破産財團を構成するに至るものとす。

第三項 特別破産に於ける破産財團

一、我現行法は相續財産に付てのみ特別破産を認む獨逸法に於ては相續財産の外合名會社、合資會社の場合に於て特別破産を認むるが故に學說に於ては如何なる範圍に於て之れに類する場合に擴張し特別破産を認むべきか争の存する所なり、我國法が相續財産に付特別破産を認むるは相續財産を以て形式的當事者能力を有すとすなが爲めにはあらず相續の開始

あるときは相續財産より他の債権者(相續人の固有債権者)に優先して辨済を受くべき債権者(相續債権者及受遺者)の一階級の存するが故に相續財産を以て特別財産(即ち形式的破産能力者)となし此の一階級の債権者の爲め特に破産手續の開始せらるべきを認むるものに外ならず、從て此の場合に於ける債務者は實は相續人又は隱居又は入夫婚姻の場合の前戸主(第一三條參照)にして相續財産自體にはあらず、我國に於ける學說が或は相續財産に付ての破産は相續財産に形式的當事者能力を認むるに依り可能なりとし(井上教授三二頁)或は相續財産を以て破産法上法人にあらずして破産能力を有する顯著なる事例なりとなす(齋藤博士五四頁)は相續財産を以て特別財團とし之れに形式的破産能力を認むるの趣旨に外ならず、相續財産を以て形式的當事者能力あるものとし相續財産の破産を以て其の一般破産なりとなすものと解すべからず(若し然りとせば共に誤なり)前述第四章第一節三六頁三七頁參照)。

二、破産財團の範圍

1. イ、相續財産に對し破産宣告ありたる場合に於ては相續財産に屬する一切の財産を以て破産財團とす(第一二條第一項)從て被相續人が相續人に對し及相續人が被相續人に對し有したる權利は消滅せざりしものと看做す(相續財産は相續開始の時を標準とし決すべきものなればなり)第一二條第二項)。

ロ、相續人が相續財産の全部又は一部を處分したる後相續財産に對し破産の宣告ありたるときは相續人が反對給付に付有する權利 (Surogat) は破産財團に屬す(第一四條第一項)又相續人が既に反對給付を受けたるときは其の受けたる反對給付は破産財團に屬し相續人は之を破産財團に返還する義務を負ふ但し其の當時相續人が破産の原因たる事實又は破産の申立ありたることを知らざりしときは其の現に受くる利益を返還するを以て足る(第一四條第二項)。

2. イ、隱居又は入夫婚姻に因る家督相續の場合に於て相續財産に對し破産の宣告ありたるときは留保財産も亦破産財團に屬す(第一三條第一項)之れ相續財産の破産が特別破産なる所以なり(從て此の場合には破産債權者の範圍も亦擴張せらる(第三五條、猶ほ第四二條參照)。

國籍喪失に因る家督相續の場合に於て相續財産に對し破産宣告ありたるときは相續開始の時に於て前戸主の有したる財産を以て破産財團とす。

ロ、相續財産に對する破産の場合に於て前戸主(隱居、入夫婚姻又は國籍喪失による家督相續の場合)の新たに取得したる財産は固より破産財團に屬せず(前戸主特別破産の自由財産なり)從て前戸主はその新取得の財産に付破産宣告を受くることあるべく、相續財産及前戸主に對し破産の宣告ありたる場合に於て第十三條の財産あるときは相續開始後の前戸主の債權者は債權の全額に付各財團に對し破産債權者たり(第三六條、猶ほ第四二條

参照)。

第八章 破産法上の権利

第一節 破産債権(破産請求権)

一、破産債権 Konkursanspruch, Konkursforderungen とは破産手續に依り破産財團より配當を要求し得べき訴訟法上の権利を謂ふ、此の意味に於て學者之を破産請求権形式的破産債権と云ふ、破産債権を生ずる爲めの要件即ち破産的執行に依る権利保護要件は破産の開始と破産債権たるべき私法上の債権の存在なり、此の意味に於て學者或は破産債権たるべき債権を破産債権と云ふ、然れども破産債権たるべき私法上の債権は破産債権の内容にして破産債権自體にあらず、之れを混同するは民事訴訟の私法的解釋説の誤りを脱せざるものと謂はざるべからず。

二、破産債権と破産申立権とは之れを混同すべからず

破産申立権は破産手續の開始を要求する権利にして債務者も亦之れを有し得る所なり。

三、破産債権は又之れを財團債権と區別せざるべからず、財團債権は同じく破産財團より満足を受け得べき債権なりと雖も破産手續に依らずして財團より満足を受くるを得るの債権なり、破産財團は破産債権の爲に存し、財團債権は通常破産財團の存するにより生ず、換言すれば財團債権の存在は破産手續の存する爲めの要件にして破産財團の存在は財團債権の存する爲めの要件なり、(財團債権の存在は破産手續の常態にして必要條件にあらず)破産債権の債務者は破産者なれども財團債権の債務者は破産債権者團體なるを通常とす。

四、別除權並取戻權は固より破産債権にあらず、之れ等は破産財團を構成し又は構成せざる特定財産に對する權利なり。

第一項 破産債権たるべき債権

(所謂破産債権)(破産債権の内容に關する要件)

一、破産宣告前の原因に基き生じたる破産債務者に對する人的財産上の請求権を以て破産債権とす(第一五條)之れを原則とす。

2、法律は特別規定を以て例外を認め、即ち

イ、或は右要件を具備するに拘はらず破産債権より除外するものあり(後述二五、ロ、六)。

ロ、或は右要件を具備せざるに拘らず破産債権となすものあり(後述三)。

二、破産債権たるべき債権は破産宣告前の原因に基き生じたる債務者に對する人的財産上の請求権に限るを原則とす、而して破産手續は強制執行なるが故に該請求権は猶ほ民事訴訟に依り保護を受け得るものに限らるべきは固より當然なり。

1、財産上の請求権たること

即ち破産債権たる爲めに金錢に評價し得べき請求権なることを要す、蓋し金錢債権又は金錢に評價し得る債権にあらざれば破産財團の配當に依り満足を受くるを得ざればなり、從て

イ、取戻權 *Aussonderungsrecht* 並所有權に基く物の引渡請求權は破産債権にあらず、蓋し取戻權は破産財團に組入れられたる特定財産に付破産的執行を排除するを内容とする訴訟法上の權利なり、又物の引渡請求權は破産財團に對するものにあざればなり。

ロ、身分上の權利は固より破産債権たらず、但し既に生じたる扶養請求權は固より財産上の請求權なり。

ハ、債務者の作爲又は不作爲を請求する權利は破産債権にあらず、蓋し債務者は破産に依り破産財團に屬する財産に付管理處分權を失ふに止まり作爲又は不作爲の自由並に行爲能力を失ふものにあざればなり、但し不履行ありたるときは代替行爲に付ては第三者をして代り爲さしむる費

用の請求権又不代替行為に付ては損害賠償請求権を生ずべく此等の請求権は固より破産債権たり。

2、人的請求権なることを要す

破産債権は配當に依り満足を受くべき請求権(即ち破産財團に付持分を有するに止まる請求権)なるが故に物的請求権は破産債権たるを得ず、即ち債務者の一切の財産より満足を受け得べき債権に限り破産債権たるものとす。

4、別除權 *Absonderungsrecht* は破産債権にあらず

破産債権者が債務者の特定財産上に擔保權を有することは其の債権の破産債権たるを妨ぐるものにあらず、雖も擔保權は特定財産に對する權利なるが故に擔保物に對する破産債権者の權利は破産債権にあらず、破産債権者は別除權を拋棄し又は別除的満足を受けざる殘額に付てのみ破産債権を有す。

ロ、一般の先取特權(民第三〇六條以下)は債務者の一切の財産に對するものなるが故に物上擔保權なり、雖も猶ほ破産債権(優先順位)たり(第三九條)。

ハ、無限責任を負ふ社員が破産したるときは會社債権者の債権は破産債権なり。

合資會社の有限責任社員が破産したるときは會社の出資請求權は破産債権たるも會社債権者の債権は破産債権たらず(第二九條)然れども合名會社の社員合資會社の無限責任社員が破産したるときは會社債権者の債権は破産債権なり(第二九條)。

3、裁判上の保護を受け得べき債権ならざるべからず。

イ、不法の請求は破産債権にあらず、例へば人身賣買の代金請求權、其の媒介の報酬請求權。

ロ、自然債權 本案判決後訴の取下ありたる債権は破産債権にあらず、

又執行文付與の訴の本案判決後訴の取下あるも債権自體は破産債権なり
と雖も執行判決を求むる訴訟の本案判決後訴の取下ありたる債権は破産
債権にあらず。

4、破産宣告後生じたる請求権は破産債権にあらず。

イ、破産宣告後に生じたる請求権は破産債権にあらず。

破産宣告後に生じたる債権は破産債権にあらず、之れ破産者が破産宣告
後破産財團に屬する財産に關し爲したる法律行為は之れを以て破産債権
者に對抗することを得ざると(第五三條第五四條)一致する所なり、破産宣告
後に生じたる債権は財團債権たるか或は自由財産に關し生じたる債権と
して第二破産の破産債権たるに止まる。

ロ、然れども破産宣告前に生じたるものなる以上

i、期限附債権(從て將來の定期金債権亦同じ)第一七條、第一八條、第一九
條たるを

ii、解除條件附債権(第二三條)たるを問はず。

ハ、又破産宣告と同時に發生したる權利は破産債権たり(第六六條)。

5、破産宣告前の原因に基く請求権は猶ほ破産債権たるを原則とす。

イ、原則

i、停止條件附債権は破産債権たり(第二三條)例へば雙務契約の解除の
損害賠償(第六〇條第一項)保證人等の求償權(第二六條)も亦停止條件附債権
として破産債権たり。

但し停止條件にして破産者の意思表示を條件とするものは破産債権に
あらず、蓋し之れ否認せらるべき行為なればなり(Hellfon u. Pick S. 36 Ann.)
又債務者の不作爲義務を管財人が承繼し負ふものなる場合に於ては其の
違反に依り生ずる債権は財團債権なり(第四七條第四號)例へば管財人が營
業を繼續する場合に於て不作爲義務の違反ありたるべき如し。

ii、將來の扶養請求權は破産宣告後時々刻々生ずるものと解すべきが

故に破産債権にあらず、將來の賃料請求権も亦同様なり(此等は財團債権なり、第四七條第九號第八號參照)。

ロ、例 外

i、破産宣告後の利息(第三八條第一號) 利息は元本債権に附隨して當然生ずるものなるが故に將來の利息請求権は破産宣告前の基本關係に基づき生ずる請求権と云ふことを得べし、相續債権者の利息債権は相續財産破産の破産債権にして第十三條の財産あるときは前戸主の破産に對しても亦破産債権なり、之れ破産法が法人又は相續財産の破産の場合に於て之れを以て破産債権となす所以にして之れを除外するは此の意味に於て例外なり、然れども元來利息債権は扶養請求権と同じく時々刻々發生するものにして之れを破産債権となすときは破産宣告後の新債権を認むると異ならざる結果を生ず、~~此れ~~之れを除外する所以にして此の意味に於ては原則の適用に外ならず。

ii、破産宣告後の不履行に因る損害賠償及違約金請求権(第三八條第二號)。

不履行に因る損害賠償請求権は本來の請求権の身代り Surogat にして本來の権利の發展に外ならず、然れども之れを除外せざるときは(本來の債権は破産債権たる内容を有せざるものなるが故に)新債権を認むると結果に於て同一なるが故に法律は之れを以て破産債権とせず、即ち之の除外は原則の適用に外ならず。

iii、破産手續參加の費用(第三八條第三號)

手續費用(權利行使の費用)は當然伴ふ従たる請求にして本來の債権に包含せしむるを原則とす、即ち權利行使の費用は破産宣告前の基本關係に基づき生じたる請求権に外ならず、雖も、法律は破産宣告後に於ける破産債権の膨脹を防がむが爲め之れを除外せり。

6、法律が特に除外せざるものなることを要す

法律は右述べたるもの時猶ほ、

罰金、科料、刑事訴訟費用、追徴金及過料を除外す(第三八條第四號)。

之れ等は破産者其の人の負擔すべきものなるが故に之れを破産債権より除外し破産債権者の負擔に歸せしむることなきを可とするに依る、之れ法人又は相續財産の破産の場合に在りては後順位に於て破産債権たる所以なり、蓋し法人又は相續財産が總破産債権者に配當し猶ほ殘餘ある場合には之れを以て過料等に充つるを相當とすればなり)。

〔三〕 法律の特別規定に依り破産債権たるもの

第五七條第一項第二項、第六〇條第一項(第六〇條第二項)、第六三條第二項、第六六條第二項、第七八條第二項。

〔四〕 法人又は相續財産破産の場合の破産債権

1. 相續財産に對する破産 第三六條第三八條參照。
2. 法人の破産の場合 第三八條參照。

第二項 履行期の來らざる無利息債権の

破産債権としての額

一、 自然人が破産したる場合に於ては將來の利息債権は破産債権たらざるが故に(前述)無利息債権に付ては中間利息を控訴したるものを以て破産債権の額とすべく(第一八條)期限が不確定なるときは評價額に依らざるべからず(第二〇條)。

二、 中間利息控除の方法に關しては從來左記三方法あり、理論上は第二の方法を以て最も正當とすべきも我現行法は第三の方法を採りたり。

1. カルプツォーブ氏の方法 Carpovsche Methode

Benedikt Carpov 氏の計算方法は債権の期限迄の法定利息を該債権額より控除したる額を以て破産債権の額とするものなり即ち此の説に従ふは二十年後の債権は零となり(すなわち $x \times \frac{5}{100} \times 20 = 0$)破産債権たらざるの矛盾を生ず。

2、ライプニッツ氏の方法 Leibnitzsche Methode

氏の計算方法は破産債權の期限までの重利を債權額より控除したる額を以て破産債權の額となすものなり、最も理論上正當なる計算方法なれども重利計算の繁雜なるの嫌あり。

3、ホフマン氏の方法 Hoffmannsche Methode

氏の計算方法は破産債權の期限までの法定利息を債權額より控除したる額を以て破産債權の額となすものなり、即ち金二千圓の無利息債權は期限二十年にして金千圓($\frac{1}{100} \times 2000 - \frac{1}{100} \times \frac{1}{100} \times 20 = 20$)となる、我現行法は此の方法を採る(第一八條)。

第二節 財團債權

一、財團債權 Massensprüche とは破産財團より破産債權者に優先し且つ

破産手續に依らずして満足を受くべき債權なり。

1、財團より優先して辨濟を受くる債權なり此の點に於て優先權ある破産債權と類似し別除權と異なる、別除權は財團を構成する特定の財産に對する權利なるに反し財團債權は財團に對する債權なり。

2、破産手續に依らずして行はるべき債權なり(第四九條)
此の點に於て優先權ある破産債權と異なる、之れ財團債權は破産宣告後に生じたる債權なるを原則とする所以にして財團債權の債務者は原則として(第四七條第二號は例外)破産債權者團體有限責任なりと解するを正當とす(財團債權の債務者に付ては井上教授一一六頁以下参照)。

二、財團債權たる債權

財團債權は財團に對する債權なるが故に破産宣告後財團の管理處分に依り生じたる債權たるべきを原則とす、法律が特に破産債權前に生じたる債權にして財團債權となすものは其の特例なり。

1、破産債權者の共同の利益の爲めにする裁判上の費用(第四七條第一

號)

例へば破産申立の費用、否認訴訟の費用、配當に關する費用等の如し。各債權者の破産手續參加の費用(第三八條第三號)は共同の利益の爲めにするものにあらずるが故に破産債權たらざると共に財團債權にあらず。

2、國稅徵收法又は國稅徵收の例に依り徵收することを得べき請求權にして破産宣告前の原因に因り生じたるもの及其の後の原因に基く請求權にして破産財團に關し生じたるもの(第四七條第二號)、之れは全くの特例なり。

3、破産財團の管理、換價及配當に關する費用(第四七條第三號)。

4、破産財團に關し破産管財人の爲したる行爲に因り生じたる請求權(第四七條第四號)。

5、事務管理又は不當利得に因り破産財團に對して生じたる請求權(第四七條第五號)。

6、委任終了又は代理權消滅の後急迫の必要の爲めに爲したる行爲に因り破産財團に對して生じたる請求權(第四七條第六號)。

7、破産者及其の相手方が破産宣告の當時未だ共に履行を完了せざる雙務契約に付破産管財人が債務の履行を爲す場合に於て相手方の有する請求權(第四七條第七號)。

8、破産宣告に因りて雙務契約に關し解約の申入ありたる場合に於て其の終了に至る迄の間に生じたる請求權(第四七條第八號)。

9、破産者及之れに扶養せらるる者の扶助料(第四七條第九號)。

10、破産管財人が負擔附遺贈の履行を受けたる場合に於ける負擔の利益を受くべき請求權、但し遺贈の目的の價額を限度とす(第四八條)、之れ特に破産債權とせず財團債權となす點に於て特例なり。

11、猶は第六十條第二項(不當利得の範圍に限定せざりし點に於て特別規定なり)第六十九條第二項、第七十條第二項、第三項、第七十八條第一項、第二

百五十一條等は其の財團債權たることを明にしたり。

12、和議法第十條

第三節 否認權

一、否認權 *Anfechtungsrecht* とは破産財團に損害を加ふべき破産者の破産宣告前に於ける行爲の效力を否認し其の結果破産財團を増加せしむる破産法上の形成權なり。

破産者の行爲の效力を破産財團に對する關係に於て消滅せしむる(形成)を内容とする點に於て民法に所謂詐害行爲の取消權(民第四二四條)と同一なれども其の要件及場合を異にする點に於て之れと異なり、破産法の特に認むる權利(形成權)なりと云はざるべからず、又否認權は判決(形成判決)に依り行はるることを要せず(又形成判決に依り行はるるを得ず)と雖も必ずや訴に於て又は抗辯に依り裁判上主張せらるることを要するものなるが故

に詐害行爲の取消權(民第四二四條)と共に裁判外一方的意思表示に依り行はるることを得べき形成權と區別せざるべからず。

二、否認せらるべき行爲並に否認原因は民法取消權の場合に於けるより廣し、民法取消原因を以て否認原因となすものにありては民法取消權と其の目的を一にし實質に於て兩者異ならず(後述四參照)之れ破産宣告當時繫屬せる詐害行爲取消訴訟は破産宣告に依り手續の中斷を生じ破産管財人に依り受繼せらるるを得となす所以にして(第八六條)詐害行爲取消訴訟に於て被告勝訴の確定判決を得たるときは債務者後に破産宣告を受くるも更に否認せらるることなきものと謂はざるべからず、他の債權者は共同當事者として参加するか(民訴第七五條)又は從參加人(共同訴訟的從參加)として原告を補助するを要するものとす、然れども詐害行爲取消權は個々の債權者の權利なるに反し否認權は債權者團體の權利なるが故に個々の債權者が取消權を失ふも(民第四二六條)猶ほ否認權は消滅せず(第八六條參照)

三、否認せらるべき行為及否認原因
第七十二條以下參照

猶ほ相續財産の破産の場合に於ける特別の否認權あり(第八〇條以下)。

四、否認權行使の結果

裁判所が原告(破産管財人)の否認の主張を理由ありと認むるときは原告の請求を認容する判決(給付又は確認判決)を爲すべく抗辯たる被告(管財人)の否認の主張を理由ありとするときは原告の請求を棄却する判決(確認判決)を爲すべきなり。之れ等の判決は判決理由中に於て否認權の主張を認むるものたるに過ぎず。雖も之の認定に依り破産者の行為は破産財團に關し其の效力を失ひ其の行為に依り處分せられたる財産は當然破産財團を構成するに至るものとす。破産法が「否認權ノ行使ハ破産財團ヲ原狀ニ復セシム」と云ふは蓋し此の謂に外ならず。

否認權の主張は訴に於て(請求の理由として)又は抗辯として(原告の請求

に對し)主張するに止まり形成判決を要求するものにあらざるが故に(即ち形成の訴又は反訴にあらず)詐害行為取消訴訟の繫屬中債務者破産宣告を受くるときは訴訟手續は中斷すべく破産管財人に依り受繼せらるるを得べし。雖も詐害行為取消訴訟(形成訴訟)にして給付又は確認請求の併合せられざるものなるときは其の受繼は形成訴訟をして否認を理由とする給付又は確認の訴に変更するものと謂はざるべからず。

第四節 取戻權

一、取戻權 *Aussonderungsrechte* とは破産管財人が破産者に屬せざる第三者の特定財産を破産財團に組入れたるに依り權利を害せられたる第三者が其の特定財産上に爲されたる破産的執行々爲の效力の排除を求むる訴訟法上の形成權なり(第八七條)即ち強制執行手續に於ける第三者異議權(民訴第五四九條)に相當す。之れを一般の取戻權とす。

學者或は取戻権を以て破産財團に組入れられたる物又は権利の返還又は引渡を求むる給付請求権なりとなすと雖も(齋藤博士、二〇二頁以下、井上教授、三九頁、四〇頁以下)誤れり、若し取戻訴訟を以て給付訴訟なりと解するときは特に破産法の規定を要せざるのみならず、債務者に對し返還請求權又は引渡請求權を有せざる第三者例へば貸貸人は貸貸物が破産財團に組入れらるるも猶ほ取戻権を有せざるものと謂はざるべからざるの矛盾を生ず、論者の理由とする所は破産管財人は債務者に屬せざる財産を破産財團に組入るるの權なく強制執行手續に於けるが如く敢て形成判決を以て之れが執行の效力を消滅せしむるを要せすとなすにあるものの如しと雖も(管財人は任意に組入れを止むるを得)破産管財人が破産財團に組入るるは執行機關たる資格に於て之れを爲すものなるが故に何等強制執行手續に於ける差押と異なることなし、取戻訴訟に於ては破産管財人を以て被告となすと雖も之れ債權者團體の代表たる資格に於て被告たるものにして

取戻権者たる

第三者異議の訴が債權者を被告とするに矛盾する所なし。

二、取戻権は第三者異議権と同一なるが故に其の生ずる原因も亦第三者異議権と同様なり、故に

イ、破産債權者たらざる抵當權者は擔保せらるる債權が履行期に來らざるときは抵當權の範圍に於て取戻権(別除權に非ず)を有す。

管財人は抵當權の滌除を爲すことを得べく(民、第三七八條)又取戻訴訟に於て抗辯として否認權を主張することを得べし。

ロ、破産者は自己の自由財産が破産財團に組入れらるるも取戻権を有せず(債務者は第三者に非らざればなり)債務者の異議權を有するに止まる。

ハ、破産者は子又は妻の財産に付管理權を有する限り(第六八條)其の財産に付取戻権を有す。

三、取戻権行使の結果

取戻訴訟は形成訴訟なり、即ち特定財産上の破産的執行々爲の效力を消

滅せしむる形成権を訴訟物とする訴訟上の形成訴訟なり。従て原告勝訴の判決あるときは破産財團に組入れられたる財産は破産財團を構成せざるに至る(即ち否認権の主張の認められたる場合と正反對なり)第三者にして其の物の返還をも求めむとせば更に給付訴訟を提起するか又は取戻訴訟に給付訴訟を併合(請求の併合)提起せざるべからず。

一三三 破産管財人ナリ

四、特別の取戻権

破産法は猶ほ取戻権を擴張し(一)賣主の取戻権(第八九條)問屋の取戻権(第九〇條)及(二)代價的取戻権(第九一條)を認む。

1、賣主及問屋の取戻権(第八九條、第九〇條)

1、賣主 Verkäufer 又は物品の買入の委託を受けたる問屋 Einkaufskommissionär が物品を買主又は委託者に發送したる場合に於て買主又は委託者が未だ代金の全額を辨濟せず且到達地に於て其の物品を受取らざる間に破産の宣告を受けたるときは賣主又は問屋は其の物品を取戻す zurückfor-

dem (1) を得(第八九條、第九〇條)獨逸に於ては學者之れを追及權 Das Verfolgungsrecht (2) 英法に於ける right of stoppage in transit (revendication, droit de suite) に出づ。

賣主又は問屋が物品を發送したるときは該物品の所有權は買主又は委託者に移轉するか故に其の後に於て買主又は委託者が破産の宣告を受くも賣主又は問屋は取戻権を有せざるべき理なり、然れども斯くては隔地者間の雙務契約に於て當事者の一方に酷にして吾人衡平の觀念に合せず、隔地者間の取引は極めて不安なり、之れ隔地取引の場合に於て賣主又問屋の特別取戻権を認むる所以にして第五十九條の規定と同一趣旨に出づるものなり(第八九條第二項)即ち此等の取戻権の主張は契約解除の陳述を包含し内容に於ても一般取戻権と異なる特別の權利なり、之れ破産管財人に於ても亦代金の全額を支拂ひて物品の引渡を請求し得る所以なり。

ロ、取戻権行使の結果

原告は契約の解除権を有することを主張し該物品を破産財團より除外すべきを請求(形成権を主張)するものなるが故に原告勝訴の判決の確定するときは該物品は當然破産財團を構成せざるに至る原告は必要に應じ返還請求を併合することを得。

又管財人は代金の全額を支拂ふべきことを以て抗辯となすを得べく(原告は代金全額の支拂請求に変更することを得)若し管財人反訴を以て物品の引渡を請求するときは裁判所は管財人の代金全額を支拂ふことを条件として原告に該物品を引渡すべきを命ずる判決(反對給付を条件とする給付判決)を爲すべきなり。

2. 代償的取戻権

1. 破産者が破産宣告前取戻権の目的たる財産を譲渡したる場合又は破産管財人が取戻権の目的たる財産を譲渡したる場合に於ては取戻権者は反對給付の請求権の移轉を請求することを得(第九一條第一項)又破産管

財人が反對給付を受けたるときは受けたる反對給付を請求することを得(第九一條第二項)之れを代償的取戻権 Die Ersatzaussonderungsrecht といふ。

元來取戻権(一般及特別の取戻権)の物體たる財産は破産財團を構成すべからざる財産なり、其の譲渡に依る反對給付請求権又は反對給付は財團を構成すべからざる財産の對價にして之れを財團に歸せしむるときは財團又從て破産債権者團體を不當に利得せしむる結果を生ず、之れ代償的取戻権を認むる所以なり、蓋し此の場合に於て第三者をして破産債権者たるに止まるものこそせば(破産者が破産宣告前第三者の物を譲渡したる場合)他の破産債権者を利し、又之れを以て財團債権者たるに止まるものこそせば(破産管財人が譲渡したる場合)他の財團債権者を利する結果を生ずればなり。

ロ. 行使の結果

第三者が反對給付請求権の移轉を請求すと云ふは反對給付請求権の元來第三者に屬すべきものなることを主張するを云ふものに外ならず、原告

勝訴の判決ありたるときは原告は當然反對給付請求權者となり(固より該判決は義務者に對する給付請求の債務名義にはあらず)管財人は反對給付請求權を財團に組入るることを得ず。

反對給付を請求すと云ふは反對給付として受けたる給付が金銭なるときは其の返還せらるべきを主張するものに外ならず、即ち原告勝訴の判決は管財人に同一金額の金銭を返還すべきを命ずる給付判決にして此の場合に於ける取戻權は破産法の特に認むる金銭給付請求權なりと謂はざるべからず。

第五節 別除權

一、 1. 破産債權者が破産財團に屬する財産上に特別の先取特權又は抵當權を有するときは其の目的たる財産に付他の債權者に先ち破産債權の満足を受くることを得、之の破産債權者が破産財團に屬する特定財産に

付他の破産債權者に先立ち辨済を受くるを得るの權を別除權 Die Absond-
erungsrechte といふ。

イ、破産債權者たらざる擔保權者は別除權者にあらず、第三者が破産財團に屬する財産上に物上擔保權を有するときは其の財産は擔保權を負擔する限度に於て破産財團を構成せざるものにして、第三者は擔保權の範圍に於て取戻權を有するに止まる(第三者は擔保せらるる債權が履行期に在るときは擔保權を實行し得べしと雖も之れが實行は別除權の行使にはあらず、蓋し債權が未だ履行期に在らざるときは擔保權を實行するを得ざるものなればなり)。

ロ、破産財團を構成せざる債務者の財産上に存する擔保權は別除權にあらず(第九七條)例へば破産債權者が債務者の自由財産上に擔保權を有する場合に於けるが如し。

2、特別の先取特權質權又は抵當權を有する破産債權者が別除權を有

するを別除權の一般の場合とす、法律は猶ほ共有者の一人が破産の宣告を受けたる場合に於て分割に因り破産者に歸すべき共有財産の部分に付共有に關する債權を有する他の共有者に別除權を認む(第九四條)之れを特別の場合とす。

二、別除權の行使

別除權は破産手續外に於て之れを行ふ(競賣法の競賣)取戻權者たる擔保權者の債權が履行期に在る場合に於て擔保權を行ふと異ならず、破産債權者は元來債務者に對する關係に於ては破産手續外に於て破産債權の満足を受くるの權を有せざるものなるが故に破産法は特に破産債權者に別除權を附與したるものなり、即ち別除權は破産法上債權者の有する權利にして實體法上の擔保權自體にあらず。

三、別除權又は債務者の自由財産上に擔保權を有する破産債權者の破産債權の額。

第九十六條、第九十七條を參照すべし。

第六節 相殺權

一、破産債權者が破産宣告の當時破産者に對して債務を負擔するとき
は破産手續に依らずして相殺を爲すことを得(第九八條)之れを相殺權 Die
Aufrechnungsgrechte といふ。

元來破産債權は破産手續に依りてのみ満足を受くるを得るに止まるものなるが故に純理(債權者相互間の衡平)を以てすれば債權者は自己の債務は之れを完全に辨濟せざるべからざるに拘らず(財團は増加す)自己の權利は配當に依り平等的満足を受くるに甘せざるべからざるなり、然れども如斯は吾人の衡平の觀念に反す(隔地取引者の場合と同じ)之れ破産法が破産債權者に相殺權を與ふる所以なり。

二、從て破産法の認むる相殺權は民法の認むるものと異なり之れを許







