

382
100

0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15

始



法學博士加藤正治著

獨逸破產法

第一分冊

日本書肆有斐閣

382-100

序

本書ハ予カ大正八年九月秋學期ヨリ東京帝國大學ニ於テ獨逸法ノ講義ノ一部ヲ擔當シタルカ爲メ其ノ教材トシテ執筆シタルモノニシテ其ノ主タル目的ハ獨逸破産法ヲ我國ニ紹介シ現ニ我國ニ於テ立案セル破産法草案ヲ討究審議スル場合ニ於ケル比較立法ノ資料ニ供スルト同時ニ將來破産法草案カ議會ヲ通過シ法律ト成ルニ及ヒ其ノ適用解釋ヲ定ムル場合ニ於テ其ノ參考ニ供センカ爲メナリ又其ノ從タル目的ハ獨逸法ヲ學フ學生ノ爲メニ破産手續其ノ他訴訟手續ニ關スル獨逸法律ニ於ケル用語ノ意義ヲ理解セシメンカ爲メニ成ル可ク多ク斯カル部類ニ屬スル獨逸語ヲ挿入シテ以テ其ノ字義ノ解釋ヲ爲スコトニ努メタリ讀者之ヲ諒セヨ

本書ニ包含セシムル法律左ノ如シ

- 一 獨逸破産法施行法
- 二 獨逸破産法變更法(新破産法)施行法

序



- 三 獨逸破産法
- 四 獨逸破産外否認權法

大正九年四月

著者誌

二

獨逸破産法

法學博士 加藤正治著

緒言

一 制定ノ沿革 獨逸商法典編纂ノ議事ニ際シ既ニ破産法制定ノ議アリ初メ
 普魯士國商法草案 (Preussische Entwurf eines Handelsgesetzbuchs) ニ於テハ其ノ第五篇ニ
 於テ破産ニ關スル規定 (Vorschriften über das Falliment) ヲ包含セシカ獨逸普通商法
 典草案 (Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs) 編纂議事ノ任ニ當レル
 委員ニ在リテハ第五篇破産ニ關スル規定ハ第六篇商事事件ノ裁判ニ關スル規定
 ト共ニ之ヲ删除シテ其ノ議事ニ加ヘサルコトト爲セリ是レ蓋シ同時ニ統一シタ
 ル手續規定及ヒ統一シタル商事裁判所ノ構成アルニ非スンハ是等二篇ノ規定ノ
 内容ノ統一的希望モ亦恐ラクハ之ヲ達スルコト難カルヘシト認メタルニ由ルモ
 ノナリ尤モ普魯士國政府ハ少クトモ商人破産ノ要件及ヒ效力ニ關スル原則ハ之ヲ商

緒言

一

法典中ニ包容セシメンコトノ提議ヲ爲シタレトモ右委員ノ容ルル所ト爲ラサリシ從テ商人階級ニ對スル統一的破産法制定ノ必要ハ依然トシテ存續シ當時未タ其ノ満足ナル解決ヲ得ルニ至ラサリシ

次テ北獨逸聯邦成ルニ及ヒ民事訴訟法ノ編纂ニ着手シ其ノ業稍ヤ進歩シタルノ時ニ當リ聯邦ノ爲メニスル破産法編纂ノ舉ニ着手スルニ至レリ即チ一八七〇年二月二十一日ノ聯邦議會(der Bundesrat)ハ北獨逸聯邦ノ爲メニ(für den Norddeutschen Bund)統一的破産法ヲ制定スヘキコトノ決議ヲ爲シ之ヲ宰相ニ求ムルコトト爲セリ此ノ決議ニ基キ帝國司法大臣其ノ編纂事務ヲ遂行スルコトトナリ帝國司法省ニ於テ編成セル案ヲ Entwurf einer Deutschen Gemeinschuldordnung ト稱セリ該案ハ Dr. Karl Hagens(der Preussische Stadtgerichtsrath 後ニフランクフ)ノ主トシテ起草シタル所ニシテ帝國宰相ハ一八七三年十一月之ヲ各聯邦政府ニ報告シ同時ニ之ヲ出版シテ理由書二冊及ヒ附録正條一冊トシテ世ニ公表セリ(Verlag von Decker, 1873)

其ノ間ニ獨逸帝國成リ一八七三年十二月二十日ノ帝國法律ハ帝國法律ノ立法範圍ヲ擴張シテ總テノ民事法、刑法及ヒ裁判手續法ニ及フコトト爲セリ仍テ同年

同月二十一日聯邦議會ハ八人ノ法律家ト三人ノ實業家トヨリ成ル特別委員ヲ命シテ該草案ヲ更ニ審議スヘキコトヲ決議セリ該委員會ハ帝國議會ノ委員會ニ對シテ學者之ヲ前置委員會(die Vorcommission)ト稱ス前置委員ハ一八七四年三月十六日伯林ニ會合シ「バイエルン」ノ最高法院長「ノイマイル」氏(Präsident des bayerischen Oersten Gerichtshofes v. Numayr)ヲ議長トシ同年七月三十一日迄七十三回ノ會議ヲ開キ之ヲ討議セリ其ノ討論筆記ハ印刷ニ附セラレシ該前置委員會ノ案ハ第一草案ノ基礎ニ變更ヲ加フルコト無シト雖モ而カモ箇箇ノ點ニ付テハ許多ノ實質的變更ヲ加ヘタリ而シテ用語ノ上ニモ變更ヲ加ヘ將來破産法ノ名稱ヲ改メテ Gemeinschuldordnung ト曰ハスシテ Konkursordnung ト稱スルコトトセリ而シテ該委員會ニ於テ施行法ノ草案(der Entwurf eines Einführungsgesetzes)ヲモ亦之ヲ起草セリ

右前置委員會ノ案ハ之ヲ聯邦議會ニ報告シ聯邦議會ニ於テハ更ニ審議シテ之ニ多少ノ修正ヲ施セリ然レトモ根本的ノ修正ハ固ヨリ之レ無キハ勿論實質的ノ修正ハ理由書ノ前言ニ示セル如ク單ニ四點ニ止マレリ(Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd IV KO S. 36)而シテ該案ハ内閣總理大臣(der Reichskanzler) H

リ一八七五年一月二十一日附ノ書面(mit Schreiben)ヲ以テ Hagans 氏ノ筆ニ成ル詳細ナル理由書ト共ニ帝國議會(der Reichstag)ニ提出セラレタリ尤モ當開期ニ於テ議了セラレサリシカ故ニ更ニ同年十月二十七日附ノ書面ヲ以テ再ヒ帝國議會ニ提出セラレタリ帝國議會ニ於テハ十四人ノ委員ヲ選ビ之ヲ審査セシム該委員會ハ二讀會ヲ開キ相當ノ修正ヲ加ヘタルモ多クハ形式的ノ變更ニ止マレリ其ノ修正ノ點ハ何レモ印刷セラレタル委員會ノ議事録(Protokollen)ニ依リテ之ヲ知ルコトヲ得而シテ出來上リタル案ハ帝國議會ニ於テ一八七六年十二月二日第二讀會ヲ同月二十一日第三讀會ヲ全部變更ナク其ノ儘ニ(en bloc)通過セラレ一八七七年二月十日 die Konkursordnung für das Deutsche Reichトシテ其ノ施行法ト共ニ公布セラルルニ至レリ而シテ一八七九年十月一日ヨリ實施セラレタリ而シテ破産法ヲ補充スル目的ヲ有スル一八七九年七月二十一日ノ破産外否認權法(Das Reichsgesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens)モ亦同時ニ施行セラレタリ

其後右破産法ノ規定中一八六八年七月四日ノ法律ニ從ヒテ組織スル組合(Genossenschaften)ノ破産ニ關スル規定タル第一九五條乃至第一九七條ハ一八八九年十月一日ヨリ實施セラレタル一八八九年五月一日ノ産業組合法(R. G. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften)ニ依リ一八六八年七月四日ノ法律ト共ニ廢止セラレタリ而シテ産業組合法第九一條乃至第一一條、第一一六條乃至第一一九條、第一二二條乃至第一二四條、第一三四條、第一三五條ノ規定之ニ代リテ施行セラレタリ

又一八九四年五月九日ノ破産法第四一條變更ニ關スル法律ニ依リテ右破産法第四一條第四號ニ改正ヲ施サレタリ

又一八九三年十一月十六日 Rintelien 氏一派ノ代議士ハ帝國議會ニ對シ破産法改正ノ法律案ヲ提出セリ氏等ハ右破産法ヲ攻撃シテ「マンチエスタ」派思想ノ作物ナリトシ且ツ大商業ノ爲メニ作成セラレタルモノトシ又破産力常ニ過失ナキ不幸(unverschuldetes Unglück)ヨリ生スト爲ス誤マレル思想ヨリ成レルモノト爲シ仍テ之ヲ改正センニハ破産原因トシテハ支拂不能(Zahlungsunfähigkeit)ノ外ニ債務超過(Ueberschuldung)ヲモ加フル必要アリトシ又強制和議ノ決議ハ一層之ヲ困難ナラ

シメ又債務者ノ公權剝奪(Capitis deminutio)ハ唯リ破産手續中ニ於テノミ止マラス復權(Wiederbefähigung)ヲ得ルマテハ之ヲ繼續セシムヘク又破産犯罪ニ關スル刑罰規定ハ一層之ヲ嚴格ニスヘシト主張シタリ而シテ議會ニテハ該提案ニ對シ一八九四年一月九日第一讀會ニ於テ委員ヲ設ケ委員ハ二讀會ヲ經テ一八九四年三月十六日提出案ニ對シテ非常ナル變更ヲ加ヘテ報告ヲ爲シ以テ之ヲ可決スヘキモノト認メタリ然レトモ該案ハ遂ニ議會ノ總會(im Plenum)ノ議事ニ上ラスシテ止ミタリ從テ固ヨリ法律ト爲ルコトヲ得サリシ然レトモ當時ノ學界ヲ動カシ大ニ學者ノ論議ヲ促セリ即チM. Kover, Zur Revision der deutschen KO (Berlin 1894); W. Schwarz, Zur Abänderung der KO (Berlin 1894); Gottschalk, Zur Abänderung der deutschen KO (Berlin 1895); Wagner, Vorschläge zur Umgestaltung der Reichsjustizgesetz; (Berlin 1895)ノ著書ノ如キ是ナリ

次テ獨逸民法典成ルニ及ヒ右一八七七年ノ破産法ニ幾多ノ變更及ヒ補充ヲ爲スノ必要ニ際會セリ其ノ最初ノ計畫案ハ民法草案ノ參考書ノ附録第二トシテ一八九六年世ニ公ニセラレタリ是レ民法第二草案討議ノ責ニ任シタル委員ノ評議

ニ基ク而シテ司法省ニ於テ破産法ノ修正及ヒ補充ニ關スル草案ヲ作成シ聯邦議會ニ提出シ僅少ノ變更アリタルノミニテ其ノ承認スル所トナリ一八九八年一月二十六日理由書ト共ニ之ヲ帝國議會ニ提出セリ帝國議會ニ於テハ一八九八年二月十四日第一讀會ヲ開キ民事訴訟法改正ノ爲メニスル第六部ノ委員ニ其ノ調査ヲ附託セリ然ルニ Rinkelien 一派ノ代議士ハ曩ニ一八九四年破産法改正案ヲ議會ニ提出シ委員會ニ於テ修正可決トナリタル案ヲ更ニ此ノ機會ニ於テ再ヒ議會ニ提出シタルカ故ニ是亦同一委員ニ附託スルコトナレリ而シテ該委員會ニ於テハ二讀會ヲ經テ一八九八年三月二十九日議會ニ報告ヲ爲セリ其ノ報告案ハ草案ニ對シテ僅少ノ變更ヲ加ヘタルニ過キス而シテ該報告案ハ議會ニ於テ同年四月二十七日第二讀會ヲ同年五月二日第三讀會ヲ開キ其ノ儘ニ(en bloc)通過セリ而シテ該新法(die Novelle)ハ一八九八年五月十七日破産法變更法(Gesetz vom 17. Mai 1898, betr. Änderung der Konkursordnung)トシテ其ノ施行法ト共ニ同時ニ公布セラレタリ然ルニ種種ナル法律ノ正條公布ノ權限ヲ帝國總理大臣ニ與ヘタル同日ノ法律 R. G. v. 17. Mai 1898, betr. die Ermächtigung des Reichskanzlers zur Bekanntmachung der

Texte verschiedener Reichsgesetze)ニ依リテ總理大臣ハ破産法變更ニ關スル法律ニ基キ一八七七年ノ舊破産法ニ付キ條文ノ順序ヲ整理シ一八九七年五月二十日ノ官報ヲ以テ之ヲ公布セリ是レ新破産法トシテ條文通覽及ヒ引用ノ便宜ニ供センカ爲メナリ而シテ舊破産法施行法及ヒ破産外否認權法ニモ亦多少ノ修正増補アリ而シテ新破産法ハ是等ノ附屬法律ト共ニ一九〇〇年一月一日ヨリ實施セラレタリ是レ破産法變更ニ關スル法律施行法第一條ニ依リ民法ト同時ニ施行セラレタルニ外ナラス

尙ホ新舊破産法ノ對照ニ付テハ Kleinfeiler, Änderung der Konkursordnung, ZZP Bd. 25 (1899) S. 80 f. 及ハ Oetker, Konkursordnung in alter und neuer Gestalt (Berlin 1899) ヲ參照スヘシ

民法施行後ニ於テモ亦種種ナル帝國法律ノ立法ニ因リ破産法ニ影響ヲ與ヘタルモノ尠ナカラス即チ一八九九年七月十三日ノ抵當銀行法(Hypothekendarbankgesetz)第三五條ニ依リテ抵當銀行ノ破産ノ場合ニ於ケル社債權者ノ破産法上ノ優先權(Konkursvorrechte der Schuldverschreibungsgläubiger)ニ付キ規定ヲ設ケ又一九〇一年五

月十二日ノ私保險業法(Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen)第六一條及ヒ第六二條ニ依リ保險業者ノ破産ノ場合ニ於ケル被保險者ノ優先權ニ付キ規定ヲ設ケ又一九〇〇年七月二十六日ノ營業法(Gewerbeordnung)ハ同業組合(Tunungen)等ニ對スル破産ノ影響ニ付テノ許多ノ規定ヲ設ケ又一九〇一年六月十九日ノ版權法(Gesetz über das Verlagsrecht)ハ其ノ第三六條以下ニ於テ直接ニ破産規定ノ變更ヲ爲シ又同日ノ文藝及ヒ音樂ノ著作物ニ對スル著作權法(Gesetz betr. das Urheberrecht)ハ其ノ第一〇條ニ於テ又一九〇七年一月九日ノ工藝及ヒ寫眞ノ作物ニ對スル著作權法ハ其ノ第一四條ニ於テ間接ニ破産規定ノ變更ヲ爲セリ又一九〇八年三月十一日ノ小切手法(Scheckgesetz)ハ其ノ第二四條ニ於テ小切手ニ對スル破産法第三四條ノ適用ニ關スル規定ヲ設ケ又一九〇八年五月三十日ノ保險契約法(Gesetz über den Versicherungsvertrag)ハ破産ニ關スル幾多ノ規定ヲ設ケタリ

又帝國議會ノ請願委員會(die Petitionskommission des Reichstags)ハ一九一〇年十一月六日ノ會議ニ於テ Oberrbayern ノ手工組合(Handwerkskammer)及ヒ Halberstadt ノ商業會議所(Handelskammer)ヨリ提出セル破産法改正ニ關スル提案ヲ容レ總理大臣

ニ對シ其ノ改正ノ爲メノ資料トシテ移牒スヘキコト (als Material zu überweisen) ヲ議決セリ然レトモ其ノ提案タルヤ大體ニ於テ何レモ當ヲ得タルモノニ非サルモノノ如シ然ルニ一九一三年二月十三日ノ帝國議會ノ會議ニ於ケル破産豫防和議 (der Konkursabwendungsvergleich, der Präventivakkord) 制度制定ニ關スル運動ハ實業界ニ於ケル切ナル希望ニ基クモノニシテ其ノ當ヲ得タルモノナリ又第三十二回法曹大會 (Juristentag) ハ破産豫防和議ノ問題ヲ課題トシテ討議ヲ爲セリ

爾後歐洲大亂中ニ於ケル破産的立法ニ付テハ能ク其ノ事情ヲ審ニスルコトヲ得ス他日材料ヲ得ルニ從ヒ補修スルコトアルヘシ

以上新舊破産法ノ制定及ヒ爾後ノ沿革ニ付テハ主トシテ Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd IV Konkursordnung S. 35 f.; Jaeger, KO Einleitung I Geschichte des Gesetzes; Saufferl, Deutsches Konkursprozessrecht, Einleitung § 7 ヲ参考セリ尙ホ拙著破産法研究第一卷七〇頁以下及ヒ一一一頁ヲ参照スヘシ

二 參考書 (Literatur)

(1) 資料 (Materialien)

Motive zu dem Entwurf einer deutschen Gemainschuldordnung (Berlin 1873, Verlag von Decker) 理由書二卷草案正條一卷ヨリ成ル學者ハ此ノ理由書ヲ Motive I トシテ引用スルヲ例トス

Hahn, die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen 4ter Band Konkursordnung (Berlin, Nachdruck 1898) 學者ハ本書所載ノ理由書ヲ Motive II トシテ引用スルヲ例トス

Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen 1897-1898 2ter Band Konkursordnung (Berlin, Heymanns Verlag 1898)

(2) 註釋書 (Kommentare)

Hullmann, Konkursordnung (1879)

Meisner, " (1881)

Mewes, " (1881)

Petersen-Kleinfeller, " (1. Aufl. 1878, 4. Aufl. 1900)

v. Sarwey-Bossert, " (1. Aufl. 1879, 4. Aufl. 1901)

- Sieglitz, Konkursordnung (1879)
- v. Völderndorff, „ (1. Aufl. 1879, 2. Aufl. 1885)
- Wengler, „ (1879)
- Willenbücher-Günter, „ (1. Aufl. 1885, 3. Aufl. 1909)
- v. Wilimowski-K. u. A. Kurthaus-Kühne, „ (1. Aufl. 1878, 6. Aufl. 1906)
- Wolf, „ (1900)
- Jaeger, „ (1. Aufl. 1901, 3. u. 4. Aufl. 1913)
- 右ノ註釋書中ニ於テハ最後ニ掲ケタル Jaeger ノ著書ヲ最モ優レリトスニ
冊本ニシテ分量ニ於テモ亦最モ大ナルモノトス
- ③ 小註釋書(Handausgaben)
- Harburger, Konkursordnung (2. Aufl. 1906)
- K. Meyer, „ (1899)
- G. Meyerhoff, corpus juris civilis III 3 (1904 mit Formularbuch)
- Sydow-Busch, Konkursordnung (11. Aufl. 1911)

- Winter, Konkursordnung (1911)
- Warneyer, „ (1913)
- ④ 教科書 (Lehrbücher)
- Fuchs, Der deutsche Konkursprozess (1877)
- Endemann, Das deutsche Konkursverfahren (1889)
- Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts (1891)
- Kohler, Leitfaden des Konkursrechts für Studierende (1. Aufl. 1893, 2. Aufl. 1903)
- v. Pintelien, Konkursrecht (1. Aufl. 1890, 2. Aufl. 1902)
- Aufsess, Konkursrecht und Konkursverfahren (1899)
- Breitling-Schönitz, Grundzüge des Konkursrechts und Konkursverfahrens (1. Aufl.
1882, 2. Aufl. 1908)
- Fitting, Reichskonkursrecht und Konkursverfahren (1. Aufl. 1881, 3. Aufl. 1904)
- Heilbron-Pick, Lehrbuch des Konkursrechts (1. Aufl. 1905, 2. Aufl. 1913)
- Seuffert, Konkursprozessrecht (1899)

- Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts (1907)
 Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts (1912)
- (5) 小提要書(kurze systematische Übersichten)
 v. Bar, Artikel Konkurs im Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. 6 (3. Aufl. 1910) S. 87 ff.
 Hellmann, in Birkmayer's Enzyklopädie (2. Aufl. 1904 u. 1912)
 Kohler, in seiner Neubearbeitung der Holtzendorff'schen Enzyklopädie (7. Aufl. 1913.)
- (6) 基礎論(Grundlehren des Konkursrechts)
 A. S. Schulze, Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen(1880)
 Souffert, Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts I. Abt.: Rechtsverhältnisse der Aktivmasse (1888)
 Orjker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, I. Band: Die Gläubiger (1891)
- (7) 實務用書(Praxis des Konkursverfahrens)
 Richter, Verfahren nach der KO (2. Aufl. 1893)

- Schellhas, Konkursverfahren in der gerichtlichen Praxis (1902)
 Nauke, Leitfaden für Konkursverwalter (1904)
 Lubowski, Das Konkursverfahren (1911)
 Sanst, Handbuch für Konkursrichter (3. Aufl. 1912, Verwaltung von Konkursen 7. Aufl. 1914)

- (8) 雜誌 (Zeitschriften)
 Leipziger Zeitschrift für Handels-Konkurs- und Versicherungsrecht (LP) (1907-)
 Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht und Konkursrecht (ZHR) (1858-)
 Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess (ZZP) (1879-)

- (9) 單行論文(Monographie)
 各條文ノ下ニ於テ之ヲ掲クヘシ
 尙ホ一般破産法ノ参考書ニ付テハ拙著破産法研究第一卷第一頁以下ヲ参照スヘシ

三 略語解 本書ニ引用シタル獨逸書ハ別段ノ記載無クシハ前項ノ著書ニ依

ル從テ出版年次及版數モ亦同シ

〔講義〕ハ拙著破産法講義 〔研究〕ハ拙著破産法研究

〔我舊商〕ハ明治二十三年法律第三十二號商法第三篇即チ我國現行破産法

〔我破草〕ハ元我國法典調查會立案明治三十五年公表我國破産法草案

此ノ他我國ノ法令ヲ引用スル場合ニハ〔我〕ノ字ヲ略語ノ上ニ冠セシム單ニ〔破〕〔民〕

〔刑〕〔民刑〕〔破施〕等ノ略字ヲ用キタルトキハ獨逸破産法、獨逸民法等ノ略ナリト知ル

ヘシ然レトモ場合ニ依リテハ〔獨破〕〔獨民〕等ノ略語ヲ用キタルコトアリ又單ニ條文

ヲ引用スルトキハ獨逸破産法條文トス

又國名ニ付テハ〔西〕ハ西班牙、〔蘭〕ハ和蘭、〔羅〕ハ羅馬尼亞、〔葡〕ハ葡萄牙、〔白〕ハ白耳義、〔字〕ハ字漏西ノ略トス

又我國ノ雜誌類ニ付テハ普通ノ用例ニ從フ

又本書ノ印刷ハ條文タルト註釋タルトヲ問ハス總テ五號活字ヲ使用セルヲ以テ條文ノ終ニハ必ス』ノ印ヲ附シ以テ條文ト註釋トノ區劃ト爲セリ讀者之ヲ諒セヨ

破産法施行法 (Gesetz betr. die Einführung der Konkursordnung)

vom 10. Februar 1877.)

本法ハ一八七七年ノ舊破産法ニ對スル施行法トシテ公布セラレタルモノナレトモ一八九八年ノ破産法變更法(即チ新破産法)ニ對スル施行法ニ依リテ修正セラレ新破産法施行後ト雖モ依然トシテ其ノ效力ヲ有ス今其ノ修正セラレタルモノ(in der Fassung des Einführungsgesetzes vom 17. Mai 1898 zu dem Gesetze, betr. Änderung der Konkursordnung)ニ依リテ左ニ其ノ逐條ヲ示ス

第一條 破産法ハ裁判所構成法ト同時ニ帝國ノ全部ニ之ヲ施行ス』

裁判所構成法ハ其ノ施行法第一條ニ依リ遅クトモ一八七九年十月一日ヨリ施行スヘキモノトシ同日ヨリ施行セラレタリ從テ破産法及ヒ本施行法モ亦同日ヨリ施行セラレタリ蓋シ破産法ト裁判所構成法ト同時ニ施行スルコトト爲シタル所以ノモノハ裁判所構成法中法律上ノ共助、法延ノ公開及警察、裁判所ノ用語、評議及裁決並ニ裁判所ノ休暇ニ關スル規定ハ破産手續ニモ亦適用セララルヘキヲ以テナリ

第二條 破産法及本法ニ於テ法律(Gesetz)トハ各種ノ法規(jede Rechtsnorm)ヲ謂フ』

慣習法 (Gewohnheitsrecht) モ亦之ヲ包含ス同種ノ規定ハ民訴施第一二條、刑訴施第七條、民施第二條ニモ亦之ヲ存ス

第三條 帝國法律ノ破産ニ關スル規定ハ破産法ニ依リテ影響ヲ受クルコト無シ左ニ掲クル規定ハ之ヲ廢止ス

一 千八百六十八年七月四日ノ産業組合法 (Gesetz betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften) 第五十一條及商事裁判所ノ管轄ヲ定メタル同法第四十八條

二 千八百六十九年六月二十一日ノ法律上ノ共助ニ關スル法律 (Gesetz betreffend die Gewährung der Rechtshilfe) 第十三條乃至第十八條

三 刑法第二百八十一條乃至第二百八十三條

一 第一號ニ所謂一八六八年七月四日ノ産業組合法ハ一八八九年五月一日ノ産業組合法第一五三條、第一七二條ニ依リ舊破産法第一九五條乃至第一九七條ト共ニ一般ニ廢止セラレタリ而シテ舊破産法第一九五條乃至第一九七條ノ組合ノ破産 (Genossenschaftskonkurs) ニ關スル規定ハ一八八九年五月一日ノ組合法第九一條乃至第一一一條、第一一六條乃至第一一九條、第一二二條乃至第一二四條、第一三四條、第一三五條中ニ納メラレタリ然ルニ是等ノ規定ハ一八

九七年五月十日ノ商法施行法第一〇條、第一三條ニ依リ帝國總理大臣ノ權限ヲ以テ整理シテ一八八八年五月二十日公布シタル新産業組合法中第九八條乃至第一一八條、第一二二條乃至第一二五條、第一二八條乃至第一三〇條、第一四〇條、第一四一條ニ該當シ舊破産法第一九五條乃至第一九七條ニ代リテ施行セララルモノトス

又裁判管轄ニ付テハ破第七一條ニ規定セリ

二 又第二號ニ所謂一八六九年六月二十日ノ共助法 (Das Rechtshilfegesetz) ハ普通訴訟事件ノ裁判所相互ノ共助ニ付テハ裁構第一五七條以下ノ規定之ニ代リテ實施セラル

三 又第三號ニ依リ廢止セラレタル刑法ノ規定ニ付テハ破第二三九條、第二四〇條、第二四二條之ニ代ルモノトス

第四條 破産手續 (Konkurs, Falliments-, Gant-, Dabit-Verfahren) 破産手續豫防又ハ開始ノ爲ニスル裁判上ノ支拂猶豫及免除ニ關スル辯論 (Stundungs- und Nachlassverfahren) 破産の手續開始 (konkursmässige Einleitungen) 及財産調査 (Vermögensuntersuchungen) 財産委付ニ因ル法律上ノ恩典 (Rechtswohlthat der Güterabretung) 聯邦主長又ハ裁判所ノ認許ニ因ル一般的支拂猶豫 (die landesherliche oder gerichtliche Bewilligung einer allgemeinen Zahlungsstundung) 並破産ノ實體規定 (das Konkursrecht) 等

關スル聯邦法律(Landesgesetz)ノ規定ハ破産法ニ於テ之ヲ認メタルモノ又ハ之ニ影響ヲ及ホササル旨ヲ定メタルモノノ外之ヲ廢止ス

聯邦法律ニ於テ破産ニ關シ定メタル刑罰規定(Strafvorschriften)ハ之ヲ廢止ス

一 前條第一項ニ於テ帝國法律中ニ包含セフルル破産ニ關スル規定ハ原則トシテ破産法ノ制定ニ依リ影響ヲ受クルコトナキ旨ヲ規定シ其ノ第二項ニ於テ例外トシテ帝國法律ノ規定中廢止セラルルモノヲ列舉セリ

然ルニ聯邦法律ト破産法トノ關係ニ付テハ右ト全然反對ノ主義ヲ採リ破産法ノ制定ニ依リ各聯邦ノ從來存在セル破産ニ關スル規定ハ手續規定タルト實體規定タルト刑罰規定タルトヲ問ハス原則トシテハ本條ニ依リ之ヲ廢止スル旨ヲ明言シタルナリ但シ破産法ニ於テ聯邦法律ノ規定ニ譲リ又ハ聯邦法律ノ規定ニシテ破産法ニ依リ影響ヲ受クルコトナキ旨ヲ定メタルモノニ付テハ例外トシテ依然其ノ效力ヲ存続スル旨ヲ定メタルナリ而シテ聯邦法律ニ譲リタルモノトハ破第二五條、第四三條、第五二條、第一二六條ノ規定ノ如キ是ナリ

又各聯邦ノ破産ニ關スル刑罰規定ハ破第二三九條以下ノ規定ニ依リテ其ノ必要ナキニ至レルモノトス

II Konkurs, Falliment, Gant 等ハ何レモ破産ノ意ナリ各聯邦又ハ各州ニ於テ斯ノ如キ異ナリ

タル種々ノ名稱ヲ用キタルカ故ニ總テヲ包含スル爲メニ法文カスカル文字ヲ重複シテ用キタルニ過キス而シテ Konkurs ハ債權者競合(Concursus creditorum)ノ意ニシテ西班牙ノ Concurso de Samoza ノ影響ヨリ來リタル名稱ナリ(拙著研究第一卷九五頁參照)

Falliment (伊 fallimento 佛 faillite 和蘭 faillissement) fallieren (伊 fallire) Fallit (伊 fallito) ハ羅典 fallere ヲ導カレ失敗ノ意ナリ

Gant ハ南獨逸ニ行ハレ「バイエルン」ノ訴訟法ニ存シタル語ナリ羅典 in quantum 伊語 incanto, incantatio, in conto ニ該當シ何程ニテ競賣又ハ其ノ申込(lautes Aus- und Anbieten)ヲ爲スカヲ示ス言葉ニシテ債務者ノ財産ヲ競賣ニ付スルコトヲ意味スルナリ而シテ茲ニ所謂 Debiterverfahren 亦破産手續ニ外ナラス破産者ヲ debitor communis, Draufator, Dekretor ト稱ス破産ハ又 Crida トモ稱ス die Crida (processus cridae, 伊 crida 佛 erier)トハ債權者ノ公呼上(öffentlicher Aufruf)ヲ意味スルナリ而シテ破産者ヲ Kridar 又ハ Kridatar ト稱ス Bankerut 又ハ Bankerott ハ有罪破産ノ場合ニ使用セラルルヲ例トス尙ホ其ノ語源ニ付テハ拙著研究第一卷一一一頁ヲ參照ス

尙ホ以上述ヘタル破産ノ語ニ付テハ Jaeger, KO, Einleitung Anm. I; Heilbron-Pick, Lehrb. S. 1; Motive II S. 14 ヲ參照ス

III 又法文カStundungs- und Nachlassverhandlung, konkursmäßigs, Einleitungen, Vermögens-

破産法施行法

untersuchungen 等ヲ列擧シタルハ當時各聯邦又ハ各州ニ於テ行ハレタル破産開始又ハ豫防ノ爲メニスル各種ノ制度ヲ包含セシメンカ爲メニ掲ケタルニ外ナラス而シテ是等ノモノカ一時的ノ前置手續 (ein provisorisches Verfahren) ニシテ或ハ固有ノ破産手續ノ一部ヲ成ササルト否トヲ問ハサルナリ (Hahn, Materialien IV S. 411)

Stundungs- und Nachlassverhandlungen トハ或ハ期限ノ猶豫ヲ與ヘ或ハ債務一部ノ免除ヲ與フル辯論手續ヲ爲スコトヲ謂フ之ヲ爲スハ或ハ破産豫防ノ爲メニシ或ハ之ニ引續キ破産手續ヲ開始スル爲メニスルコトアリ又 Konkursmässige Einleitungen トハ Grossherzogthum Mecklenburg-Schwerin 及 Grossherzogthum Mecklenburg-Strelitz 等ニ行ハレタル破産開始ニ至ル特別ノ手續ヲ指スナリ (Hahn, Materialien IV S. 450) 又 Vermögensuntersuchungen モ亦破産開始ノ爲メニ債務者ノ財産ニ付調査ヲ爲ス手續ヲ謂ヒ Königreich Württemberg 行ハレタルモノナリ (Hahn, Materialien IV S. 449)

又 Rechtswohltat der Güterabtretung トハ債務者カ cessio honorum ヲ爲シタル場合ニ於テ受クル恩典ヲ指シ (1) 生活資料ヲ受クル利益 (beneficium competentiae) (2) 人身拘禁 (Schuldhaft) ヲ免レ (3) 公權剝奪 (infamia) ヲ免ルル利益ヲ謂フ (拙著研究第一卷五三頁)

又 Allgemeine Zahlungsstundung (Generalmoratorien) トハ一定ノ要件ノ具ハル場合ニ各聯邦主長又ハ裁判所ノ認定ニ因リ債權者一般ニ對シテ債務者ノ爲メニ支拂猶豫ヲ與フルコト

ヲ云ヒ又箇箇的支拂猶豫 (Spezialmoratorien) トハ箇箇ノ債權者ニ對シ債務者ノ爲メニ與フルモノヲ云フ而シテ一般的支拂猶豫ノ制度ハ本條ニ依リテ之ヲ廢止シ箇箇的支拂猶豫ノ制度ハ民訴施行法第一四條第四號ニ依リテ廢止セラレタリ尙ホ支拂猶豫 (Moratorium) ノ制度ノ沿革ニ付テハ Conrad, Entstehungsgeschichte u. Grundlagen der §§ 811 u. 850 der ROPPO Diss. 1904; Derselbe, Pfändungsbeschränkungen (1906) S. 193 f.; Motive I Bd. 2 S. 218 ヲ參照スル

又獨逸帝國破産法制定前ニ於ケル獨逸各聯邦又ハ各州ニ於ケル破産法ノ状態ニ付テハ Motive I Bd. 2 Anlage-Band 又ハ Motive II Anlage-Band (Hahn, Materialien IV S. 433 f.) ヲ參照スヘシニ者ニ載スル所ノモノ全ク同一物ナリ

第五條 封有財産 (Lehen) 法定世襲財産 (Stammgüter) 及設定世襲財産 (Familienfideikom-misse) ニ關スル聯邦法律ノ規定ハ影響ヲ受クルコト無シ (unberührt bleiben)』

一 封有財産トハ封建時代ノ遺制ニシテ二人者間ニ命令服從ノ主從ノ關係 (Lehensverhältnis) 存在シ從者ハ忠勤 (Lehenstreue) ヲ爲シ且ツ騎士タル役務 (rittermässige Dienste) ニ服スル義務ヲ負ヒ之ニ伴フテ主君 (Lehensherr) ハ封有シ得ヘキ財産ヲ從者 (Lehensmann) ニ與ヘテ之カ使用收益ヲ爲サシム主君ハ最高所有者 (Obereigentümer) ニシテ從者ハ封有者ナリ恰モ所有權カ二箇ニ別レタルノ觀アリ而カモ封有財産ハ其ノ形ニ於テ之ヲ相續シ得ヘキモノタリ而

シテ Allodifizierte Lehen トハ法律又ハ契約ニ因リ從來ノ從者タル者ノ自由所有財産 (das freie Eigentum, Allod) ニ歸シタルモノヲ謂フ

而シテ封有性 (Lehenfähigkeit) ヲ有スル財産ハ das Langobardische Lehenrecht ニ依リハ土地其ノ他ノ不動産ニ限リタリト雖モ das Preuss. LR. I, 18 §§ 25, 26 ニ依リハ不動産ノミナラス動産モ亦封有財産トナリ得ヘキコトヲ明定セリ斯ノ如ク封有財産ハ土地又ハ不動産ノミニ限ラサルナリ封有財産ニ關スル詳細ハ Holtzendorf, Rechtslexikon II S. 640 (Lehenfähigkeit); Weiske, Rechtslexikon Bd. 6 (Lehenrecht); Staudinger, BGB VI § 59; Planck, BGB VI § 59 ヲ參照スヘシ

II Stammgüter ハ最初ハ最高貴族 (hohen Adel) ノ世襲財産ヲ指稱セシト雖モ現今ニ在リテハ下級貴族又ハ平民ニ付テモ亦地方ニ依リ存在ス而シテ此ノ世襲財産タルヤ法律又ハ慣例ニ基キテ生シ之ヲ讓渡スコトヲ得ス又ハ讓渡シ得ヘキモ單ニ制限的ニ之ヲ爲シ得ルニ過キス而シテ相續ノ順位モ亦法律又ハ慣例ニ依リテ定マルモノヲ謂フ (Stobbe, Privatrecht II 2 §§ 196 198, 3. Aufl. S. 525; Staudinger 前掲; Planck 前掲)

III Familienfideikommisse モ亦最初ハ最高貴族ノ爲メニ存スル世襲財産ヨリ發達セリ然レトモ現今ハ然ラスシテ獨逸國內ノ大部分ニ行ハル唯 bayr. Rheinpfalz, Elsass-Lothringen 及 a O denburg ニ於テハ法律ニ依リテ之ヲ禁止セリ而シテ此ノ世襲財産タルヤ法律ノ規定ニ基

キテ爲シタル處分行爲 (Disposition) 即チ設定行爲 (Stiftung) ニ因リテ生スルモノニシテ其ノ財産ハ家族ノ爲メニ存シ讓渡スコトヲ得ス而シテ其ノ相續ノ順位、財産ノ範圍及繼續期間等ハ何レモ設定行爲者ノ意思ニ依リテ定マルモノトス要スルニ Stammgüter ニ於ケル讓渡ノ制限 (Veräußerungsbeschränkung) ハ法律ノ規定ニ基キ Familienfideikommisse ノ讓渡禁止 (Veräußerungsverbot) ハ設定者ノ意思ニ基ク (Stobbe 前掲) 是レ予カ前者ヲ法定世襲財産、後者ヲ設定世襲財産ト稱セシ所以ナリ

IV 民施第五九條ニ於テ既ニ右等ノ事項ニ關スル聯邦法律ノ規定カ民法ノ施行ニ依リ影響ナキ旨ヲ規定セリ然レトモ是レ唯民法關係ニ付テノミ明言セルニ過キス仍テ本條ニ於テ破産關係ニ付テモ亦右等ノ事項ニ關スル聯邦法律ノ規定カ依然效力ヲ有スル旨ヲ明言セルナリ (Jaeger § 5 zu ER Anm. 12) 尙ホ破産第五二條ヲ參照スヘシ

第六條 破産法第二百七條、第二百八條及第二百四十四條ノ規定ハ千八百六十九年四月二十九日ノ「バイエルン」組合及産業組合法 (das bayerische Gesetz betreffend die privatrechtliche Stellung der Vereine, sowie der Gewerks- und Wirtschaftsgesellschaften) ニ依リテ成立スル登記アル組合ニ之ヲ準用ス
理事又ハ清算人ハ破産手續中組合ヲ代表ス強制和議ハ之ヲ行ハス』

第二項ハ新破施第二條第二號ニ依リテ附加セラレタルモノナリ

組合ニ付強制和議ヲ許ササル所以ハ組合員ノ人的責任ヲ完全ニ盡サシメンカ爲ニ外ナラス
若シ組合ニモ亦強制和議ヲ許スモノトセハ自ラ組合員ノ人的責任ニ影響ヲ及ホシ其ノ責任ヲ
減少セシムルニ至ルヘシ然ルニ組合員ノ人的責任ハ恰モ破産ノ場合ニ於テ其ノ責任ヲ盡サシ
メントスルニ在リ從テ強制和議ヲ許セハ其ノ責任ヲ盡サシムルコト能ハサルニ至リ矛盾ヲ生
スヘシ仍テ組合ノ強制和議ヲ禁シタルモノナリ(Jaeger § 173 Anm. 18)是レ奥國産業組合法
第五二條第二項同國破産外和議法第一條第五項ニ於テモ亦同一ナリ(拙著研究三卷一四二頁參
照)

第七條 聯邦主長及其ノ家族(Mitglieder der landesherrlichen Familien)並「ホーヘンゾ
レン」公家(Fürstliche Familie)ノ家族ニ付テハ家憲(Hausverfassung)又ハ聯邦法律ニ別
段ノ定ナキトキニ限り破産法ノ規定ヲ適用ス

舊「ハンノーバー」王家(Königshaus)舊クラーアヘッセン」公家及舊ナッサウ」公家(Herzog-
lich nassauischen Fürstenhaus)ノ家族ニ付キテモ亦前項ニ同シ』

第二項ハ民施第五七條第二項ニ準シ新破施第二條第三號ニ依リテ追加セラレタルモノナリ
一九〇四年三月二十五日ノ帝國法律ニ依リテ das herzoglich holsteinische Fürstenhaus ニ付

テモ亦本條ト同一ノ地位ヲ與フルコトト爲セリ

第八條 破産法施行前ニ開始シタル破産手續ハ舊法ニ依リテ之ヲ終結ス

破産法施行前ニ繫屬シタル破産事件ヲ終結セシムル爲メ破産法ヲ適用スルコ
トヲ宣言シ又ハ其ノ目的ノ爲メ經過規定(Übergangsbestimmungen)ヲ制定スルコ
トヲ聯邦ノ立法(Landesgesetzgebung)ニ留保ス』

李漏西、「バイエルン」、「ウルテンベルヒ」、「エルサス、ロートリゲン」ハ各法律ヲ發布セリ

第九條 破産法施行ノ日又ハ其ノ日後開始シタル破産手續ニ付テハ法律行爲ノ
否認ニ關スル破産法ノ規定ハ其ノ日ノ前ニ爲シタル法律行爲ニ付テ之ヲ適用ス
但シ其ノ行爲カ舊法ノ規定ニ依リテ之ヲ否認スルコトヲ得サルトキ又ハ否認
スルコトヲ得ルモ破産法ニ比シ狭キ範圍(im geringeren Umfange)ナルトキハ此
ノ限ニ在ラス』

破第二九條乃至第四一條及破外否第一四條參照

第十條 破産法施行ノ日又ハ其ノ日ノ後開始シタル破産手續ニ付テハ破産法第
五十條第五十五條第三號及第五十六條ノ規定ハ其ノ日ノ前ニ讓渡ヲ受ケ又ハ

取得シタル債權ニ付之ヲ適用ス但シ舊法ノ規定カ相殺ヲ許ストキ又ハ損害賠償ノ義務ヲ發生セシメサルトキ又ハ之ヲ發生セシムルモ破産法ニ比シ狭キ範圍ナルトキハ此ノ限ニ在ラス』

相殺權ニ關スル破第五三條、第五四條、第五五條第一號及第二號ノ規定ハ破産法施行前成立シタル債權ニ對シ無條件ニ適用セラル(Sydow-Busch, § 10 zu EG)

第十一條 破産法施行ノ日又ハ其ノ日ノ後開始シタル破産手續ニ付テハ別除ノ辨濟(abgesonderte Befriedigung)ニ關スル破産法及本法ノ規定ハ質權、優先權又ハ債權ノ取得カ其ノ日ノ前ニアリタルトキト雖モ質權及優先權(Pfand- und Vorzugsrecht)ニ付之ヲ適用ス』

別除ノ辨濟ノ規定ニ付テハ破第四七條乃至第四九條、第五一條、第五二條參照

第十二條 破産法施行ノ日ノ前ニ契約、遺言又ハ裁判(richterliche Verfügung)ニ因リテ取得セラレ又ハ銀行條例(Bankstatuten)ニ依リ銀行手形所持人(Banknoteninhaber)ニ有效ニ授與セラレタル質權及優先權カ破産法又ハ本法ニ依リ其ノ效力ヲ失フトキハ其ノ限度ニ於テ聯邦ノ立法(Landsgesetzgebung)ニ依リ其ノ權利者ニ破

産法第六十一條ニ掲クル債權ノ全部又ハ一部ニ對シ優先權(ein Vorrecht)ヲ與フルコトヲ得

質權又ハ優先權カ債務者ノ箇箇ノ動産ノ上ニノミ存スルトキハ前項ノ規定ニ依リテ定ムル優先權ハ其ノ動産ノ賣得金額(Höhe des Erlöses)ノ限度トシテ之ヲ與フルコトヲ得

前二項ノ規定ニ依リ聯邦ノ立法ニ制定ヲ留保シタル優先權ハ破産法施行後二年内ニ公ノ登記簿ニ登記ヲ爲ス爲適法ニ届出ヲ爲シ之ヲ保存スルニ非サレハ破産法施行ノ後二年ヲ經テ開始アリタル破産手續ニ付(für ein zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung eröffnetes Konkursverfahren)之ヲ與フルコトヲ得ス本項ノ登記ノ組織並債權ノ届出及登記ニ關スル規定ノ制定ハ之ヲ聯邦ノ立法ニ留保ス』

民訴施第二三條第一項及第二項ニモ同趣旨ノ規定アリ本條第一項ノ規定ニ依リ聯邦法律ヲ以テ定ムル優先權ハ別除權者ニ先タシムルコトヲ得ス畢竟本條及次條ハ聯邦法律ヲ以テ定ムルニ付或程度ノ標準規定(Normativvorschriften)ヲ設ケタルモノニ外ナラス

本條第三項ニ依リ保存スヘキ優先權ハ第一項ニ依リ破産法施行前ニ既ニ成立シタル權利ニ付テノミ存在スルモノニシテ破産法施行後二年間ニ始メテ成立スル權利ニ關係ナキハ勿論トス又優先權保存ノ爲メ(zur Erhaltung des Vorrechts)届出及登記(Anmeldung und Eintragung)ヲ爲スコトヲ必要トスルハ破産法施行ノ日ヨリ二年ノ後又ハ其ノ後ニ開始セラルヘキ破産手續(ein nach zwei Jahre oder irgend wann später zu eröffnendes K. Verfahren)ニ付之レ有ルモノニシテ破産法施行後二年内ニ開始セラルヘキ破産手續(ein binnen zwei Jahre nach der Gesetzskraft der KO zu eröffnendes K. Verfahren)ニ付テハ權利保存ノ爲メ届出及登記ヲ爲スコトヲ要セサルナリ(Wilmowski, KO (6. Aufl.) S. 648 Nr. 7; Motive II S. 474)

第十三條 破産法施行ノ日ノ前ニ成立シタル債權ニ付舊法ノ規定ニ依リ破産者ノ妻子又ハ被保佐人(Pflegebefohlenen)ノ爲法定ノ質權又ハ優先權(gesetzliches Pfand- oder Vorzugsrecht)成立スルトキハ聯邦ノ立法ニ依リ前條第一項及第二項ニ定ムル標準ニ從テ(nach Massgabe)是等ノ者ノ爲優先權(Vorrecht)ヲ與フルコトヲ得

前項ノ規定ニ依リテ定ムル妻ノ優先權ニ付テハ前條第三項ノ規定ヲ準用ス

破産法施行ノ後五年ヲ經テ開始アリタル破産手續(für ein fünf Jahre nach dem Inkrafttreten der KO eröffnetes K. Verfahren)ニ付テハ子又ハ被保佐人ノ爲優先權ヲ與フルコトヲ得ス』

妻ニ與フル優先權ニ付テハ第二項ニ依リ前條第三項ノ規定ヲ準用シ破産法施行ノ日ヨリ二年後又其ノ後ニ開始アリタル破産手續ニ於テ其ノ權利ヲ行ハシメンカ爲メニ二年内ニ届出ヲ爲シ登記ヲ受ケ公衆ニ公示シ置クコトヲ必要トスルナリ

然ルニ子又ハ被保佐人ニ與フル優先權ニ付テハ第二項ノ適用ナキカ故ニ優先權保存ノ爲メ届出及登記ヲ爲スノ必要ナシ是レ子又ハ被保佐人ニ付テハ破産者ノ財産管理カ當然終了スルニ至ルノミナラス民第一六四七條、第一六八六條、第一七八一條第三號、第一八八六條、第一九一五條、破第六一條第五號ニ依リ子及被保佐人ノ債權ニ付テハ一般的優先權(allgemeines Vorrecht)ヲ與ヘ妻ニ付テハ破産法ハ優先權ヲ與ヘサルカ故ナリ然レトモ子又ハ被保佐人ニ本條第一項ニ依リ與ヘタル優先權ハ破産法施行ノ日ヨリ五年後ニ開始アリタル破産手續ニ付テハ之ヲ行フコトヲ得サルモノトセリ故ニ聯邦法律ハ此ノ範圍内(Zulässigkeitsgrenze)ニ於テ優先權ヲ行使シ得ル破産手續ノ範圍ヲ定ムルコトヲ得ルナリ然リ而シテ破産法ノ施行ハ一八七九年十月一日ニシテ其日ヨリ五年ヲ算スレハ一八八四年九月三十日ナリ故ニ最長期ハ一八

八四年九月三十日トス仍テ帝國施行法(*preuss. Ausf. Ges.*)第二二條第二項ノ如キハ其ノ範圍内ニ於テ即チ一八八一年九月三十日後開始アリタル破産手續ニ付テハ優先權ヲ與ヘサル旨ヲ規定セリ(*Wilmoski, KO (6.) S. 651 Anm. 6; Motiva, II S. 476*)

第十四條乃至第十六條

新破産法施行法第二條第四號ニ依リテ廢止セラレタリ

第十七條 抵當銀行(*Hypothekenbank*)ニ非サル信用機關(*Kreditanstalten*)カ抵當權(*Hypotheken*)ニ基キ發行シタル質證券ノ所持者(*Inhaber von Pfandbriefen*)ヲシテ其ノ抵當權ヨリ辨濟ヲ受ケシムル爲他ノ破産債權者ニ比シ優先權ヲ與フル聯邦法律ノ規定ハ影響ヲ受クルコト無シ

公法上ノ團體(*Körperschaften des öffentlichen Rechtes*)、株式會社、株式合資會社、有限責任會社又ハ組合カ其ノ借入金(*Anlehen*)ニ付發行シタル債券ノ所持者(*Inhaber von Schuldverschreibungen*)ニ其ノ優先スヘキ債權ヲ公ノ債務簿(*Öffentliches Schuldbuch*)ニ登記スルコトニ因リテ爾後成立シタル優先權ヲ有セサル破産債權者(*nicht bevorrechtigte Konkurs-Gläubiger*)ニ比シ優先權ヲ與フル聯邦法律ノ規定ハ影響ヲ受

クルコト無シ』

本條ハ一八九九年七月十三日ノ抵當銀行法(*Hypothekengesetz*)第四三條ニ依リ改正セラレ仍テ其ノ改正條文ニ依リタルモノナリ而シテ其ノ改正條文ハ一九〇〇年一月一日ヨリ施行セラレタリ(同抵當銀行法第四四條新破産法第三條)

又抵當銀行ノ破産ノ場合ニ於テハ同銀行法第三五條ニ依リ質證券所持者タル債權者ニ特別ノ優先權ヲ與フ

破産法變更法(新破産法)施行法

(Einführungsgesetz zu dem Gesetze, betreffend Änderung der

Konkursordnung, vom 17. Mai 1898. In Kraft vom 1. Januar 1900.)

第一條 破産法變更法ハ民法ト同時ニ之ヲ施行ス』

民施第一條ニ依リ同條列擧ノ他ノ法律ト共ニ民法ハ一九〇〇年一月一日ヨリ施行セラレタ
リ

第二條 破産法施行法ハ左ノ通り之ヲ變更ス

一 第五條第二號ノ規定ハ之ヲ廢止ス

二 第六條ハ左ノ通り之ヲ變更ス

(變更規定ノ内容ニ付テハ既ニ前ニ之ヲ譯出セルカ故ニ茲ニ重出セス)

三 第七條ノ第二項トシテ左ノ規定ヲ附加ス

(其ノ規定ノ内容モ亦既ニ前ニ之ヲ譯出セルカ故ニ茲ニ重出セス)

四 第十四條乃至第十六條ハ之ヲ廢止ス』

第三條 破産法第四十一條第二項竝同施行法第十七條第一號及第二號ノ規定ハ
破産外ニ於テモ亦之ヲ適用ス』

本條ニ所謂破産法第四十一條第二項トハ新破産法ノ條文ノ順序ニ依レハ第四十九條第二項
ニ該當ス即チ此規定ニ依レハ租稅負擔ノ義務アル目的物ニ付租稅其他公課ノ爲メニ存スル別
除權ハ同條第一項第二號乃至第四號及第四八條ニ掲クル別除權ニ先タシム然ルニ本條ハ公課
ノ爲メニ存スル別除權ヲシテ破産外ニ於テモ亦優先權(Vorrecht)ヲ取得セシム例ハ差押ニ
因リテ質權(Pfändungspfandrecht)ヲ取得シタル者ニ對シテモ優先權ヲ行フコトヲ得セシム
縱令其ノ質權取得カ公課ニ先タツ場合ニ於テモ亦然リトス(Sydlow-Busch, KO (11. Aufl.) S.
15 f.)

民施第五條ニ依レハ民法ニ別段ノ定ナキ限りハ私法ニ關スル聯邦法律ハ其ノ效力ヲ失フ
モノトス然ルニ本條ハ例外トシテ破産第一七條第一號及第二號ニ依リテ定メタル聯邦法律ノ
規定ヲ有效ナリト定メタルモノトス然ルニ新破産法施行法即チ本施行法タルヤ一八九八年五
月十七日ノ發布ニ係リ其ノ後一八九九年七月十三日ノ抵當銀行法第四三條ニ依リテ破産第一
七條ハ全部修正セラレタルカ故ニ修正後ニ於ケル破産第一七條ニ付テハ本條ハ全然無意義ト
ナリ了リ何等ノ關係ヲ有セサルモノトス蓋シ修正前ニ於ケル破産第一七條第一號及第二號

破産法變更法(新破産法)施行法

ニ於テハ質權(Pfandrecht)カ與ヘラルヘキコトヲ明言セリ故ニ破産外ニ於テモ其ノ適用アリ得ヘシト雖モ修正後ノ破産第一七條ニ於テハ單ニ破産法上ノ優先權(Konkursvorrecht)ヲ與ヘタルニ過キス從テ同條ハ最早破産外ニ於テ其ノ適用ナキモノトス抵當銀行法ニ於ケル質證券所持者(Inhaber von Pfandbriefen)ニ付テモ亦破産外ニ於テ優先權(Vorrecht)ヲ與フルコト無シ(同法第三五條參照)要スルニ修正後ニ於ケル破産第一七條ハ破産外ニ其ノ適用ナキモノトス(Jaeger, a. III Anm. 6. S. 632; Wilimowski S. 655. 反對說 Petersen-Kleinfeller, a. III Anm. 2 S. 734)

第四條 民事訴訟法施行法第十五條第三號ニ掲クル法人ノ財産ニ對シ破産手續ヲ開始スルコトヲ制限シ又ハ除外スル聯邦法律ノ規定ハ影響ヲ受クルコト無シ』

本條ノ法人トハ國庫、公共團體(Körperschaften)公法上ノ財團又ハ營造物(Stiftungen oder Anstalten)及官廳ノ管理ノ下ニ立ツ團體又ハ財團(under der Verwaltung einer öffentlichen Behörde stehende Körperschaften oder Stiftungen)ヲ謂フ是レ蓋シ是等ノ法人ハ公ノ事務ヲ取扱フモノニシテ其ノ事務カ破産手續ノ開始ニ依リ紛亂セラルルニ至ルコトヲ拒カンカ爲メナリ

第五條 破産法變更法施行前ニ開始シタル破産手續ハ舊法ニ依リ之ヲ終結ス』

本條ハ破産第八條ニ該當ス本條中舊法ト云フ中ニハ手續法ノミナラス實體法ヲモ包含ス

第六條 破産法變更法施行ノ日又ハ其ノ日後開始シタル破産手續ニ付テハ法律關係(Rechtsverhältnis)カ舊民事法ノ規定(Die Vorschriften des bisherigen Bürgerlichen Rechtes)ニ準據スヘキ限リ舊破産法ノ規定ニ依リ其ノ法律關係ヲ定ム被相續人カ其ノ時期ニ死亡シタル場合ニ於テ相續財產(Nachlass)ニ付亦同シ但シ聯邦ノ立法ハ民法施行法ノ經過規定ニ依リ聯邦法律ニ準據スヘキ法律關係ニ付新破産法ノ規定ヲ適用スルコトヲ定ムルコトヲ得』

民施第二二三條、第二一八條參照

第七條 (本條ハ一八七九年六月二十一日破産外否認權法ノ變更ニ關スル規定ナリ後ニ掲クル同法中ノ各條ニ付既ニ之ヲ訂正シタルカ故ニ茲ニ之ヲ再出セス)

第八條 第七條ノ規定ハ本法施行前ニ爲サレタル法律行為ニ之ヲ適用セス』
本條ハ民施第一七〇條ニ該當ス

第九條 訴又ハ反訴ニ因リ破産法第一篇第三章ノ規定又ハ破産外否認權法ノ規定ニ基キ請求權(ein Anspruch)ヲ主張スル民事訴訟事件(in bürgerlichen Rechtsstreitig-

keiten)ニ於テハ裁判所構成法第八條ノ意義ニ於ケル終審ノ辯論及裁判ハ帝國裁判所(das Reichsgericht)之ヲ爲ス』

本條ニ該當スル規定ハ民施第六條其ノ他許多ノ特別法ニ之レ有リ本條ヲ設ケタル理由ハ否認權ニ關スル訴(反訴)ノ終審ハ之ヲ帝國裁判所ノ管轄トシ以テ否認權ニ關スル法律解釋ノ統一ヲ期センカ爲メナリ蓋シ「バイエルン」ノ最高等裁判所(das bayerische oberste Landesgericht)ノ管轄ヲ排斥シテ帝國裁判所ノ管轄ニ統一センコトヲ期シタルモノナリ然レトモ本條ノ適用ハ訴又ハ反訴ニ因リテ否認權カ主張セラルル場合ニ限り其適用アリ故ニ抗辯(Einrede)又ハ再抗辯(Rudplik)ニ依リ否認權カ主張セラルル場合ニハ「バイエルン」ノ最高等裁判所ハ管轄權アリ殊ニ破産法ノ他ノ部分ノ規定ノ適用ニ付テハ同シク其ノ管轄權アリ故ニ本條ニ依リテ法律ノ統一的解釋ヲ企圖スルコトハ頗ル困難ナリトス仍テ立法論トシテハ破産法ノ實體的規定ノ全部ニ付「バイエルン」ノ最高等裁判所ノ管轄ヲ除外スルヲ適當ト爲スナリ(Jaeger, KO II S. 635 Anm. 13)

破産法

(Konkursordnung für das deutsche Reich)

第一編 實體規定 (Konkursrecht)

- 一 今茲ニ説明セントスル獨逸破産法(Konkursordnung für das deutsche Reich)ノ條文ノ順序ハ一八七七年二月十日公布一八七九年十月一日ヨリ施行シタル法律ニ付一八九八年五月十七日ノ破産法變更法ニ依リテ之ヲ修正シ同年同月二十日帝國總理大臣ヨリ條文ノ順序ヲ整理シテ公布シ一九〇〇年一月一日ヨリ施行シタル新破産法ニ依ルモノナリ
 - 全部ヲ二篇ニ分チ第一篇(Einfaches Buch) 實體規定(第一條乃至第七〇條)、第二篇手續規定(第七一條乃至第二三八條)、第三篇刑罰規定(第二三九條乃至第二四四條)ト爲セリ
- 二 Konkursrechtノ文字ハ破産第四條第一項ニモ既ニ之ヲ使用シ本法使用スル所ト同一義ナリ即チ茲ニ Konkursrecht ト稱スルハ破産ニ關スル私法上ノ實體的規定ノ意ナリ然ルニ學者或ハ破産手續ニ依リ私權ノ保護ヲ國家ニ對シテ求ムル公權ニ名クルニ Konkursrecht ナル名稱ヲ以テスル者アリ例ヘン Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit S. 24ノ如シ又或ハ破産宣告ニ因リ破産債權者團體カ破産財團ニ對シテ取得スル質權類似ノ權利ニ名クルニ Concursrechtナル名稱ヲ以テスル者アリ例ヘン Canstein, Grünhut's Z. Bd. 9 s. 471ノ如シ然レトモ是

等ハ何レモ權利ノ意味ニ於テ使用スルモノニシテ茲ニ所謂實體的私法ノ觀念トハ全然別箇ノモノトス(拙著研究第二卷二〇二頁以下參照)

第一章 總 則

(Allgemeine Bestimmungen)(第一條乃至第一六條)

第一條 破産手續ハ手續開始ノ時ニ破産者ニ屬スル強制執行ヲ受クヘキ一切ノ財産ヲ包含ス(破産財團)(Konkursmasse)

民事訴訟法第八百十一條第四號第九號及千八百七十一年十月二十八日獨逸帝國郵便法第二十條ニ定ムル制限ハ破産手續ニ之ヲ適用セス

破産者ノ營業帳簿モ亦破産財團ニ屬ス

差押フ可カラサル財産(Gegenstände die nicht gepfändet werden sollen)ハ破産財團ニ屬セス』

一 法定財團 本條及次條ハ破産財團ノ範圍(der Umfang der Konkursmasse(Aktiv-oder Teilungsmasse))ヲ定メタルモノナリ而シテ本條ハ其ノ範圍ヲ定メテ破産宣告ノ時ニ於テ破産者

ニ屬シ強制執行ヲ受クヘキ一切ノ財産(das Gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen)ヲ包含スルモノト爲セリ

右ハ法律上破産財團ニ屬スヘキ財産ノ範圍ヲ定メタルモノニシテ即チ法定破産財團(Sollmasse)ノ範圍ヲ定メタルモノナリ本條乃至第四條、第六條、第一四條、第一五條、第二三條、第四八條、第一一七條、第一一八條、第一六六條第二項ニ所謂破産財團ノ文字ハ皆此意義ニ於テ使用セラレタルナリ然ルニ之ニ對シテ破産管財人カ破産財團ニ屬スル財産トシテ事實上(sächlich)管理スル財團即チ現有財團(Istmasse)ヲ稱シテ破産財團ト稱スルコトアリ第一〇條、第一一條、第四三條、第四六條ニ所謂破産財團ノ意義ノ如キ是ナリ而シテ現有破産財團ハ法定破産財團ト一致セサルコトアリ例ハ破産者カ破産財團ニ屬スヘキ財産ヲ隱匿又ハ脱漏シタルトキノ如キ又ハ破産管財人カ破産者ニ屬セサル財産ヲ誤認シテ破産者所屬ノ財産ナリトシテ之ヲ占有管理セシトキノ如キ是ナリ(拙著研究三卷六頁以下)

二 全部破産 本條ニ依レハ破産財團ノ範圍ハ強制執行ヲ受クヘキ一切ノ財産ヲ包含ス斯ル破産ヲ稱シテ全部破産(Gesamtkonkurs, Universalkonkurs)ト稱ス之ニ對シテ債務者ノ一部ノ債權者(Sonderklasse von Gläubigern)ノ爲メニ一部ノ財産(Sondermasse)ニ對シテ破産ノ開始セラルル場合アリ第二〇九條乃至第二一二條(合名會社、合資會社、株式合資會社ノ破産)第二一四條乃至第二三五條(相續財産ノ破産)、第二三六條(繼續シタル財産共通制ノ場合ニ於ケ

ル共同財産ノ破産ノ場合はナリ之ヲ一部破産又ハ特別破産(Sonderkonkurs, Partikularkonkurs, Spezialkonkurs)ト稱ス

三 強制執行ヲ受クヘキ財産 差押ヘ得ヘキ財産(das beschlagfähige Vermögen)ノミカ破産財團ニ屬ス而シテ差押可能性(die Beschlagfähigkeit)ノ有無ハ破産宣告ノ時ヲ標準トシテ之ヲ定ム而シテ原則トシテハ債務者ノ總テノ財産ハ差押可能性ヲ有スト雖モ民事訴訟法其他特別法ニ於テ差押ヲ禁シタルモノアリ即チ(1)動産ニ付テハ民訴第八一條(我民訴第五七〇條)ニ於テ差押ユルコトヲ得サルモノ(sind nicht unterworfen)(dürfen nicht)ヲ規定セリ但シ同條第四號ニ所謂農業者ノ業務上ノ財産(das Betriebsinventar der landwirtschaftlichen Güter)及同條第九號ニ所謂藥舖ノ財産並ニ郵便業者(Posthalterei)ノ財産ニ付テハ本條第二項ニ依リ更ニ差押ヘ得ヘキコトト爲セリ又破産者ノ營業帳簿(die Geschäfts-Bücher)モ亦民訴第八一條第十一號ニ對スル例外トシテ破産財産ニ屬スルモノト爲セリ

然リ而シテ民訴第八一二條ハ差押ユ可カラサルモノ(sollen nicht)ニ付テノ執達吏ニ對スル訓示の規定(die instruktionelle Vorschrift)ヲ設ケタリシニ本條第四項ニ依リテ破産ノ場合ニハ斯ル物件モ亦強制的差押禁止(das obligatorische Beschlagnahmeverbot)ノ範圍ニ屬セシメタリ(Jaeger §1 Anm. 22)

尤モ民訴第八一二條ニ違反シテ差押ヲ爲スモ其差押カ當然無效(nichtig)ニ非ス債務者ハ民

訴第七六六條(我民訴第五四四條)ニ依リテ異議ヲ申立テ得ルノミ而シテ民訴第八一二條ニ違反セシ場合モ亦同一トス故ニ實際上ノ結果ヨリ云ヘハ民訴第八一二條ニ違反セル差押タルト同第八一二條ニ違反セル差押タルトニ於テ差異ナシ(Gaupp-Stein, CPO (10. Aufl.) §812 II) 尙ホ商第四八二條(我商第五四二條)ニ所謂發航ノ準備ヲ終ハリタル船舶(das segelfertige Schiff)モ亦差押フルコトヲ得スシテ破産財團ニ屬セス

(2) 債權ニシテ差押フルコトヲ得サルモノニ付テハ民訴第八五〇條(我民訴第六一八條)ニ規定セリ此ノ他民訴第八五一條、第八五二條、第八五七條第三項、第八五九條、第八六一條、第八六二條、第八六三條ニ何レモ差押ニ關スル制限アリ

又民第三七七條ニテハ債務ノ責任ヲ免ルル爲メ供託シタル物ノ返還請求權(das Recht zur Rücknahme)ハ之ヲ差押フルコトヲ得サル旨ヲ規定シ債務者破産宣告ヲ受ケタル場合ニ供託物返還請求權カ破産財團ニ屬セサルコトヲ明ニスルト同時ニ其第二項ニ於テ債務者モ亦其ノ返還請求權ヲ行使スルコトヲ得サル旨ヲ明ニセリ之ニ因リテ一方ニ於テハ破産債權者ノ全體ニ對シ箇箇ノ債權者ノ利益ヲ保護スルト同時ニ他方ニ於テハ債務者ノ行爲ニ因リテ債權者ニ不利益ヲ及ホスコト無カラシメ債權者ハ債務者ノ破産手續中其ノ供託ヲ承認シテ其ノ供託物ヲ受領シ以テ其ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得ルナリ(Jaeger §1 Anm. 29)

右ノ外一八六九年六月二十一日ノ勞銀差押ニ關スル法律(Gesetz, betr. die Beschlagnahme

des Arbeits- oder Dienstlohnes) 及労働保險法 (die Arbeiter-Versicherungsgesetze) に於テ幾多ノ差押禁止ノ規定アリ今之ヲ詳述セス (Sydow-Busch §1 Anm. 2c)

四 新得財産 破産財團ハ債務者カ破産開始ノ時 (zur Zeit der Konkursöffnung) ニ有セシ財産ノミニ限ル破産開始ノ時トハ破産宣告ノ決定ノアリタル時 (第一〇八條) ヲ云フ破産者カ破産宣告後取得スル財産即チ所謂新得財産 (Neuerwerb) ハ破産財團ニ屬セスシテ破産者ノ自由財産 (freies Vermögen) ニ屬ス而シテ新得財産ニ對シテ破産債權者ハ箇箇ノ強制執行 (Einzal-Exekution) ヲ爲スコトヲ得ス (第一四條) 然レトモ破産者ノ破産宣告後新ニ債權ヲ取得シタル非破産債權者 (Nichtkonkursgläubiger) ハ新得財産ニ對シ箇箇ノ強制執行ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論又第二破産 (Zweiter Konkurs) ノ申立ヲ爲スコトヲ得

五 比較法 獨法ノ如ク新得財産ヲ破産財團ニ吸收セサル主義ヲ稱シテ固定主義又ハ非膨脹主義ト云フ此主義ヲ採ルハ獨逸ノ外一八九八年米國合衆國統一破産法第七〇條トス

新得財産ヲ破産財團ニ吸收スル主義ヲ稱シテ膨脹主義ト云フ佛法系 (佛商第四四三條、白商第四四四條、伊商第六九九條、西舊商第一〇三七條、羅第七一三條、葡第七〇〇條、蘭第二〇條、我舊商第九八五條、第一〇〇〇條、第一〇〇一條) 獨法系ノ一部 (埃新破第一條、匈第一條、諾第三七條、丁第一條、瑞西第一九七條、我破草第四一條、第五三條、第二一九條) 英法 (一九一四年破産法第三八條) 之ニ屬ス

尙ホ破産財團ノ範圍ニ關スル詳細ナル立法比較、右ニ主義ノ利害得失及第二破産ニ關シテハ拙著研究第四卷三七頁以下ヲ參照スヘシ

第二條 夫婦財産制 (der Güterstand) カ一般財産共通制 (allgemeine Gütergemeinschaft) 夫婦財産制 (Erbungsgemeinschaft) 又ハ動産共通制 (Fahrnisgemeinschaft) ノ場合ニ於テ夫ノ財産ニ對シ破産手續開始セラレタルトキハ共同財産 (das Gesamtgut) ハ破産財團ニ屬ス此ノ場合ニ於テハ夫歸間ニ共同財産ニ付分離 (Auseinandersetzung) ヲ爲スコトヲ得ス

妻ノ財産ニ對スル破産手續ニ因リテ共同財産ハ影響ヲ受クルコト無シ
本條ノ規定ハ繼續財産共通制 (fortgesetzte Gütergemeinschaft) ノ場合ニ於テモ亦之ヲ適用ス但シ生存配偶者ハ夫ニ代リ卑屬 (die Abkömmlinge) ハ妻ニ代ルモノトス
一 夫婦財産制 獨逸民法ハ夫婦財産制 (eheliches Güterrecht) ニ付法定財産制 (Gesetzliches Güterrecht) ト契約財産制 (vertragsmässiges Güterrecht) トニ分テ規定ヲ設ケ法定財産制ハ亦之ヲ二分シ普通状態トシテ管理共通制 (die gesetzliche Verwaltungsgemeinschaft, der Güterstand der Verwaltung und Nutzniessung) ヲ規定シ非常状態トシテ財産分離制 (die Güter-

rennung)ヲ規定セリ(民第一三六三條乃至第一四三一條)

法定財産制ノ一種タル管理共通制ニ在リテハ夫婦ノ財産ハ嚴然之ヲ區別シ所謂共同財産(Das Gesamtgut)ナルモノ無シ若シ共有財産アリトスレハ夫婦以外ノ普通人カ共有財産ヲ有スルト異ナルコトナシ而シテ妻ノ財産ハ更ニ之ヲ二分シ持參財産(eingebrachtes Gut)ト留保財産(vorbehaltenees Gut)トノ二種ト爲ス而シテ管理共通制ノ場合ニ在リテハ夫カ妻ノ持參財産ヲ管理シ且ツ使用收益ヲ爲スモノトス其ノ狀恰モ我民法ノ法定財産制ト相似タリ(民第一三六三條、第一三八五條乃至第一三八七條、第一三八九條)然ルニ留保財産トハ妻ノ一身上ノ使用(personliche Gebrauche)ノ目的ニ定メラレタル物ニシテ例ヘハ衣服、裝飾品、工具ノ類ヲ云ヒ妻自ラ之ヲ管理シ夫ノ管理、使用及收益ノ下ニ立タス(民第一三六五條、第一三六六條)

財産分離制ハ法律上一定セル場合ニ在リテ法律上當然之ヲ生シ又ハ契約ニ因リテモ財産分離制ト爲スコトヲ得殊ニ法定ノ管理共通制ヲ變更シテ財産分離制ト爲スコト稀ナリトセス即チ財産分離制ニハ法定ノ原因ニ因ル分離制ト任意ニ因ル分離制(freiwillige Gütertrennung)ト之レ有リ而シテ其何レタルヲ問ハス財産分離制ニ在リテハ持參財産ト留保財産トノ區別無ク妻ノ財産ハ統一物トシテ夫ノ財産ト相對ス其ノ狀恰モ管理共通制ノ場合ニ於ケル留保財産ト相同シ故ニ財産分離制ニ在リテハ妻ハ自ラ其ノ財産ヲ管理シ且ツ使用、收益ヲ爲ス而シテ婚姻ヨリ生スル費用ハ大部分夫之ヲ負擔スルモ妻モ亦相當ナル分擔(einen angemessenen Beitrag)ヲ爲スコトヲ要ス(民第一四二七條)(Cosack, Lehrb. d. DBR II §300 III 2)尤モ財産分離制ノ下ニ在リテモ妻ハ其ノ財産ノ管理ヲ夫ニ委スルコトアリ(民第一四三〇條)

夫婦ハ婚姻契約(Ehevertrag)ニ因リテ夫婦間ノ財産關係ヲ定ムルコトヲ得而シテ其契約ハ婚姻ノ前後ヲ問ハス之ヲ爲スコトヲ得又婚姻後ニ於テ契約ニ因リ既存ノ財産關係ヲ終了セシメ又ハ變更スルコトヲ得(民第一四三二條)而シテ契約ニ因ル財産制ハ法律カ契約ノ自由ニ制限ヲ加ヘタル規定ニ從フ限リ其ノ内容ハ種種ニ之ヲ定メ得ヘシト雖モ法律ハ標準的契約財産制トシテ左ノ三種ヲ規定セリ故ニ當事者ハ契約ニ因リ其ノ一ヲ擇ヒ得ルノミナラス他ノ内容ヲ有スル契約ヲ爲スコトヲ得ヘシ(穂積重遠博士親族法大意初版七八頁參照)

(1) 一般財産共通制 此ノ制度ニ在リテハ管理共通制又ハ財産分離制ニ於ケルカ如ク夫婦ノ財産カ各分割セラレスシテ婚姻ニ因リ二者統一合體シテ共通トナリ所謂共同財産(Das Gesamtgut)ヲ構成ス(民第一四三八條)而シテ過去ニ於テ何レノ財産カ夫ニ屬シ又ハ妻ニ屬シタルカラ問フヲ要セス二者混合シテ一體ヲ成シ且ツ夫婦ノ一方ハ其ノ共同財産ノ全部又ハ其ノ箇箇ノ財産ニ對スル持分ニ付處分ヲ爲スコトヲ得ス又分割ヲ請求スルコトヲ得ス(民第一四四二條)又其ノ持分ノ多寡ヲ問フコトヲ要セス夫婦カ當初合同セシメタル財産ノ多寡如何ニ拘ハラズ夫婦ノ共同財産ニ對スル持分ハ均等トス是レ民第一四七六條第一項ヨリ之ヲ歸納スルコトヲ得(Endemann, Lehrb. des BR II §184 3. u. 5. Aufl. S. 771 Anm. 10)而シテ所謂同

有財産(eine Gemeinschaft zur Gesamten Hand)ヲ成スナリ

斯ノ如ク總財産カ一體ヲ成スモ例外トシテ夫婦カ各僅少ノ財産ニ付分離セル財産(Gehren-tes Gut)アルコトヲ妨ケス即チ或ハ譲渡スヘカラサル財産ニシテ特別財産(Sondervermögen)ト成シ(例ハ差押ヲ禁シタル財産ノ如キ)或ハ留保財産ト成スコトヲ得ルナリ而カモ尙ホ一般(Allgemeine)共通制ト稱スルコトヲ得ルナリ(Ussack II §301)而シテ妻ノ特別財産ハ所得共通制ト同シク夫之ヲ管理シ其ノ所得ハ共同財産ニ歸ス又留保財産ハ各自之ヲ管理シ且ツ其ノ使用収益ヲナス

然リ而シテ右共同財産ノ占有、管理及處分ノ權利ハ原則トシテ夫ニ屬ス(民第一四四三條)然レトモ一定ノ行爲ニ付テハ夫ハ妻ノ同意ヲ得ルコトヲ要シ(民第一四四四條)又妻ノミ獨立シテ爲シ得ル行爲アリ(民第一四五三條第一項)

右夫婦ノ財産共通關係ハ法定ノ原因アルトキハ其ノ終了ノ爲メニ訴(Кlage auf Aufhebung)ヲ起スコトヲ得而シテ其ノ終了ニ因リテ爲ス財産ノ分割(eine Auseinandersetzung)ト先ツ共同ノ債務ヲ辨濟シ且ツ各自ノ一身上ノ使用ニ供セントスルモノ又ハ當初持寄りタル財産等ハ其ノ價格ノ賠償ヲ爲シテ其ノ返還ヲ請求スルコトヲ得而シテ殘餘財産ヲ平分ス而シテ其ノ分割ハ成ル可ク現物分割(Naturalteilung)ニ依ルモ其ノ不能ナルトキハ賣得金(Der Pfloß)ヲ平分ス(民第一四七六條、第一四七七條)

婚姻カ夫婦ノ一方ノ死亡ニ因リ終了シ共同ノ卑屬アルトキハ財産共通制ハ通常生存セル配偶者ト其ノ卑屬トノ間ニ繼續(Fortsetzen)セラルルナリ

(2) 所得共通制 此制度ニ在リテハ夫婦ハ婚姻中各分割セル財産ヲ有シ唯其ノ婚姻中取得スル所得(Erringen)ニ付テノミ共同財産(Gesamtgut)ヲ構成ス唯妻ノ財産ハ其ノ留保財産ヲ除クノ外夫ノ管理ニ屬ス其ノ狀恰モ法定財産制ノ一種タル管理共通制ニ於ケルカ如シ而シテ妻ノ財産ニシテ夫ノ管理ノ下ニ立チタル財産ハ之ヲ持參財産(eingebrachtes Gut)ト稱ス尤モ通常之ヲ妻ノ特別財産(Sondergut)ト稱ス又留保財産ハ妻自ラ之ヲ管理ス而シテ本制ニ在リテハ夫ニハ留保財産ナルモノ之レ有ルコト無シ

又本制ニ在リテハ夫婦ノ一方ノ死亡ニ因リテ終了シ一般財産共通制ニ於ケルカ如ク生存配偶者ト子供トノ間ニ其ノ財産制ヲ繼續スルコト無シ又夫ノ破産ニ因リ法律上當然終了スルモノトス

(3) 動産共通制 是亦所得共通制ト同シク管理共通制ト一般財産共通制トノ中間ニ立ツモノナリ然レトモ所得共通制ニ比スレハ一層一般財産共通制ニ近似スルモノニシテ若シ事實上夫婦カ動産ノミヲ所有スルモノトスレハ一般財産共通制ト殆ント同一トナルモノトス而シテ本制ニ在リテハ夫婦ノ財産ハ共同財産、夫婦ノ各特別財産(Sondergut)及妻ノ留保財産ノ四箇ノ財團ニ分タルモノトス而シテ其ノ(イ)共同財産(Gesamtgut)タルヤ他ノ特別財産又ハ留

保財産ニ屬セサル財産ノ全部ヲ包含ス而シテ（ロ）特別財産タルヤ主トシテ不動産所有權不動産ニ關スル債權等ニシテ此ノ他讓渡スヘカラサル物件及ヒ婚姻契約ニ因リテ特別財産ト爲シタルモノ竝ニ特別財産ノ附屬權又ハ特別財産ノ代償トシテ得タルモノ等之ニ屬ス又（ハ）妻ノ留保財産ハ一般財産共通制ニ於ケルカ如ク定メラル而シテ夫ノ留保財産ナルモノ之レ無キコト所得共通制ノ場合ト同シ

然リ而シテ動産共通制ハ一般財産共通制ト同一ノ法則ニ從フ但特別財産ニ付テハ所得共通制ノ規定ニ從ヒ妻ノ留保財産ニ付テハ管理共通制ノ規定ニ從フ從テ夫ハ妻ノ特別財産ヲ管理シ留保財産ニ付テハ妻自ラ之ヲ管理ス

尙ホ本制ハ婚姻契約ニ明示ノ約束アル場合ニ限り夫婦ノ一方死亡シタル場合ニ生存配偶者ト子供トノ間ニ共通制ヲ繼續スルコトヲ得

二 夫ノ破産 (1) 法定財産制ノ一種タル管理共通制ノ場合ニ在リテハ夫ノ破産宣告決定ノ確定ト共ニ其ノ管理關係終了ス（民第一四一九條）而シテ妻ノ留保財産ハ勿論妻ノ持參財産ト雖モ夫ノ破産財團ニ屬セス蓋シ持參財産ハ妻ノ特有財産（Alleinvertmögen）タルノミナラス夫ノ債務ニ付其ノ状態ニ於テ責任ヲ負ハサレハナリ（民第一四一〇條）而シテ又夫ノ管理權ハ之ヲ差押フルコトヲ得サレハナリ唯管理權行使ノ結果夫カ既ニ取得セル果實ノミ破産財團ニ屬ス（民訴第八六一條）

財産分離制ノ場合ニ在リテハ妻ノ財産カ夫ノ破産財團ニ屬セサルコトハ一層明瞭ナリ

(2) 契約財産制ノ場合ニ付本條ハ規定ヲ設ケタルモノトス然ルニ破産外箇箇ノ強制執行ノ場合ニ於テモ三種ノ契約財産制ノ何レニ在リテモ所謂共同財産（Gesamtgut）ハ夫ノ特有財産（Alleinvertmögen）ト同一ニ取扱ハレ外部ニ對シテハ夫ハ共同財産ノ所有者ノ如キ地位ニ在リ（民第一四四三條第一項、第一五一九條第二項、第一五四九條）而シテ共同財産ハ夫ノ總債權者ニ對シテ責任ヲ負フ（民第一四四九條第一項、第一五三〇條、第一五四九條）故ニ夫ノ破産ノ場合ニ於テモ亦共同財産ハ夫ノ破産財團ニ屬セシメタルモノトス

共同財産カ夫ノ總債務ニ對シテ責任ヲ負フカ故ニ第十六條及第五十一條ノ標準ニ從ヒ夫婦間ニ於テ破産財團ニ屬スル共同財産ニ付分割ヲ請求スルコトヲ得サルモノトセリ從テ妻ハ共同財産ニ對スル持分ニ付賠償ナク全然之ヲ失フニ至ルモノトス然レトモ其ノ權利ヲ失フハ唯リ共同財産ニノミ關係シ破産宣告後ノ新得財産ハ破産財團ニ屬セサルカ故ニ其分割ヲ請求スルコトヲ得ルノミナラス留保財産及ヒ持參財産ハ之ヲ取戻ス（Aussonderung）コトヲ得ルモノトス

本條第一項ノ場合ニ於テ破産者ハ單ニ夫トス夫及ヒ妻ニ非ス共同財産ハ夫婦ニ屬シ夫ノミノ特有財産ニ非ス妻モ亦同時ニ夫ト共ニ破産債權者ニ對スル人的共同債務者タルコト之レ有ルヘシ而カモ法律ハ妻ノ共同所有權（Mitherschaft）及ヒ共同債務格（Mitschuldnerschaft）ヲ

無視シ夫ノ財産ニ對スル破産ノ場合ニ於テ共同財産ヲ以テ其ノ破産財團ニ屬スルモノトシ妻ノ財産ニ對スル破産ノ場合ニ於テ共同財産ハ全然之ニ屬セサルモノトセリ要スルニ法律ハ共同財産ニ對スル執行ヲ以テ箇箇ノ執行タルト(民訴第七四〇條)破産的執行タルトヲ問ハス(第二條)單ニ夫ニ對スル執行トシテ之ヲ取扱フコトトシタルナリ

(イ)一般財産共通制及ヒ動産共通制ノ場合ニ在リテハ夫ノ破産ニ因リ其共通關係ハ法律ニ因リ當然終了セス蓋シ妻ノ意思ニ反シ夫ノ將來ノ所得及ヒ繼續共通制ノ利益ヲ没却セシメザランカ爲メナリ然レトモ妻ハ夫(破産管財人ニ非ス)ヲ相手方トシテ將來ニ向テ法定ノ要件ノ存在ニ基キ財産共通制ノ終了(Aufhebung der Gütergemeinschaft)ノ訴ヲ提起スルコトヲ得(民第一四六八條、第一五四九條第四號若クハ第五號)

(ロ)所得共通制ノ場合ニ在リテハ右ニ反シ夫ノ破産宣告決定確定ト共ニ財産共通關係ハ將來ニ向テ當然終了ス(民第一五四三條)

三 妻ノ破産 前記ノ三種ノ契約財産制ハ妻ノ破産ニ因リテ影響ヲ受クルコト無シ故ニ夫ハ妻ノ破産財團ヨリ共同財産全部ヲ取戻スコトヲ得(第四三條)是レ蓋シ共同財産ハ妻ノ破産債權者ニ對シテ全然責任ヲ負ハシメサルノ觀念ニ基ク何トナレハ共同財産ニ對スル夫婦ノ持分ハ之ヲ差押フルコトヲ得サルカ故ニ(民訴第八六〇條第一項)妻ノ持分カ妻ノ破産財團ニ屬セサルコトハ明カナリ而カモ法律ハ夫ノ持分ヲシテ夫ノ破産財團ニ屬セシメタルヨリ之ヲ觀レハ

單ニ妻ノ持分カ差押フルコトヲ得サルノ故ノミヲ以テ本條第二項設置ノ理由ヲ説明スルコトヲ得サレハナリ又妻ノ破産ニ因リ共通制(Gemeinschaft)ハ終了セス

妻ノ破産財團ハ妻ノ特有財産(Sondervermögen)トス(イ)一般財産共通制ノ場合ニ在リテハ妻ノ留保財産及ヒ其ノ代償物(Surrogat)(民第一四四〇條)(ロ)所得共通制ノ場合ニ在リテハ妻ノ留保財産(民第一五二六條)及ヒ持參財産(民第一五二〇條乃至第一五二五條)トス(ハ)動産共通制ノ場合ニ在リテモ亦妻ノ留保財産(民第一五四九條、第一四四〇條)及ヒ持參財産(民第一五五〇條乃至第一五五四條)トス

法定財産制ノ一種タル管理共通制ノ場合ニ於テ妻ノ破産財團ハ其ノ持參財産及ヒ留保財産トス財産分離制ノ場合ニ於テハ妻ノ財産ハ總テ其ノ破産財團ヲ構成スルコトハ明瞭ナリ

四 繼續財産共通制 繼續財産共通制(Fortgesetzte Gütergemeinschaft)ハ一般財産共通制ノ場合ニ在リテハ民第一四八三條ニ從ヒ法律ニ因リ當然之ヲ生シ動産共通制ノ場合ニ在リテハ婚姻契約ニ因リテノミ之ヲ生ス(民第一五五七條)而シテ所得共通制ノ場合ニ在リテハ之ヲ生セス

繼續共通制ニ在リテハ生存配偶者ハ共通制(ehelichen Gütergemeinschaft)ニ於ケル夫ノ地位ヲ取得シ而シテ持分ノ相續權アル卑屬(anteilsberechtigter Abkömmlinge)ハ妻ノ地位ヲ取得スルモノトス(民第一四八七條第一項)

而シテ生存配偶者ノ破産ニ在リテハ共同財産(民第一四八五條)ハ破産財團ニ屬ス此ノ場合ニ共通制ノ下ニ立ツ卑屬トノ間ニ共同財産ノ分割ヲ生セス又卑屬ノ破産ニ因リ共同財産ハ影響ヲ受クルコト無シ(第九條ノ註參照)

五 比較法

埃國民一二六二條ニ依レハ夫婦ノ一方ノ破産ニ因リ將來ニ向テ共通制ヲ終了セシテ(Gütergemeinschaftsauflösung)而カモ非破産者タル夫婦ノ一方ノ財産ヲ破産者タル一方ノ財産即チ破産財團ニ吸收セシム是レ共通制ノ結果非破産者タル一方モ亦破産者ト共ニ其ノ共通財産ニ對スル持分ニ付物の有限責任ヲ負ヘハナリ(Pollak, Concurrecht S. 294 f.)

佛民法ニ於テモ亦同一ニシテ夫ノ財産ニ對シテ破産ノ宣告アルトキハ共通財産モ亦其ノ破産財團ニ包含セラル蓋シ共通財産モ亦夫ノ管理行為ニ依リテ責任ヲ負ヘハナリ(佛民第一四〇九條)尙ホ財産分離ノ請求ニ付テハ佛民第一四四三條、第一五六三條參照

和蘭一八九三年九月三十日破産法第六三條ニ依レハ一般財産共通制ノ下ニ在ル夫婦ノ一方カ破産スルトキハ共同財産ノ破産トシテ取扱ハル(als Konkurs der Gemeinschaft behandelt)而シテ破産財團ハ一切ノ共同財産ヲ包含シ而シテ破産債權トシテハ共同財産カ責任ヲ負フ總債權ヲ包含ス而シテ破産者ノ特別財産モ亦破産財團ニ吸收セラルルモ唯婚姻前ノ債權者ノ如キ破産者カ人的ニ責任ヲ負フ破産債權者ノミノ辨濟ニ充ツ

我舊商法ハ夫婦ノ一方ノ破産ニ關シ何等ノ規定ナシ我破草第七三條ハ夫婦ノ一方カ破産ス

ルトキハ他ノ配偶者ハ自ラ其財産ノ管理ヲ請求スルコトヲ得ルモノトセリ從テ爾後妻ノ財産ニ對スル夫ノ管理權ハ夫ノ破産財團ニ屬セサルニ至ルヘシ

第三條

破産財團ハ破産手續ノ時ニ於テ破産者ニ對シ存在セル財産上ノ請求權(Vermögensanspruch)ヲ有スル一切ノ人的債權者ノ共同辨濟(zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger)ニ充ツルモノトス(破産債權者)

民法第一千三百五十一條、第一千三百六十條、第一千三百六十一條、第一千五百七十八條乃至第一千五百八十三條、第一千五百八十六條、第一千六百一條乃至第一千六百十五條及第一千七百八條乃至第一千七百十四條ノ規定ニ依リ破産者ニ對シ將來ノ爲メ生スル扶養請求權並民法第一千七百十五條及第一千七百十六條ノ規定ニ依リ將來ノ爲メ生スル請求權ハ破産者カ義務者ノ相續人トシテ責任ヲ負フ場合ニ限り之ヲ主張スルコトヲ得』

一 破産債權者ノ定義 本條第一項ハ破産債權者(Konkursgläubiger)ノ定義ヲ與ヘタルモノニシテ破産債權者トハ(1)破産宣告ノ時ニ於テ既ニ存在シ(2)破産者カ人的責任ヲ負ヘル(3)財産上ノ請求權ヲ有スル債權者ナリ

又破産債権者ノ文字ハ第一草案ニテハ Gemeingläubiger ト曰ヘリ然ルニ法律ニテハ之ヲ改メテ Konkursgläubiger ト爲セリ若シ然リトセハ破産者ニ付テモ Konkurschuldner トスヘキカ如シ然ルニ破産者ニ付テハ Gemeinschuldner ノ文字ヲ依然保有セリ

(1)ノ點ニ付テハ第二七條、第二八條及第二二六條ヲ以テ一部之ヲ擴張シ第六三條及第二三六條第二項ヲ以テ一部之ヲ制限セリ

(2)人的責任(Personliche Haftung)トハ物的責任(dingliche Haftung)ト相對ス物的責任ニ對スル債権者ハ唯其ノ責任ノ目的物ノミヨリ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ルニ止マルカ故ニ破産債権者タルコトヲ得ス然レトモ人的責任ニ對スル債権者ナルトキハ其ノ額カ有限ナルト無限ナルトヲ問ハサルナリ(有限責任ノ解釋ニ付テハ拙著研究二卷五八頁以下參照)

(3)財産上ノ請求權ナルトキハ私法上ノモノノミニ限ラス公法上ノモノモ亦破産債権トス然レトモ破産モ亦一種ノ強制執行ナルカ故ニ執行シ得ヘキ(verfolgbar und erzwingbar)債権ニ限ル不完全債務又ハ自然義務(unvollkommene Forderungen, obligationes naturales)ハ破産債権タル能ハス

尚ホ破産債権者ノ地位ニ關シテハ拙著講義一二四頁以下、研究一卷二五七頁以下「破産債権者ノ地位ヲ論ス」參照

二 扶養請求權、分娩及產褥費用請求權 民法親族法上ヨリ生スル扶養請求權(Unterhaltsanspruch)

furch)ハ親族關係ニ基キ一方ニ於テ扶養請求權利者ノ需要ニ應シ他方ニ於テハ義務者ノ資力ニ順ヒ時時刻刻ニ新ニ發生スルモノト看ルヲ至當トス(民第一六〇二條、第一六〇三條)故ニ將來ノ爲メ(für die Zukunft)即チ破産宣告以後ノ發生部分ニ付テハ之ヲ破産債権トスルコトヲ得サルモノトセリ分娩及產褥費用(Eatbindungs- und Wochenbettskosten)ノ請求權ニ付テモ亦同一トス

但シ破産者カ義務者ノ相續人トシテ責任ヲ負フ場合ハ例外トス蓋シ此場合ハ相續人ノ義務ハ親族關係ニ因リテ生シタルニ非ス相續財産ノ取得ニ因リテ生シタルナリ換言スレハ扶養權利者ノ需要ニ因リ新ニ發生スルニ非シテ相續財産ノ取得(Erbchaftserwerb)ニ因リテ發生シタルナリ又其ノ扶養ノ程度モ義務者ノ現在ノ資力ニ順フニ非ス死亡ノ際ニ於ケル被相續人ノ收入ニ依リテ既ニ定マレルモノトス故ニ相續人ノ破産ニ於テ破産債権タルコトヲ得ルモノトス是レ相續財産ノ破産ノ場合ニ於テモ亦同一トス(Jaeger § 3 Anm. 37)

若シ夫レ破産宣告後ノ將來ノ爲メニ非ス破産宣告前ノ過去ノ爲メニスル扶養請求ニ至テハ破産債権タルコトヲ得ルハ勿論トス

三 比較法 奧國一九一四年破産法第一條第二項、匈破第二條ハ獨法ト略ホ同一ナル破産債権者ノ定義ヲ掲ク英破一九一四年法第三〇條ハ破産手續ニ參加シ得ル債権(deb's provable in bankruptcy)ニ付キ詳細ナル規定ヲ設ク又和蘭破第二四條ハ破産宣告後成立シタル債権ハ破産財

團ヲ利益スルモノノ外破産財團ニ對シテ其ノ權利ヲ行フコトヲ得サルモノトシ破産債權ハ破産宣告前ニ成立セルモノノミニ限ルコトヲ示セリ尙ホ埃破第一條第三項ハ本條第二項ト略ホ同趣旨ノ規定トス

我舊商法ハ破産債權者ノ定義ニ付規定セス然レトモ理論上本條第一項ノ定ムル所ト同一ニ解釋セサルヲ得ス我破草第七條ハ破産債權者ノ定義ヲ規定セルモ破産債權カ財産上ノ請求權タルコトヲ要スルヤ否ヤヲ明言セス立法論トシテハ斯ク明言スルヲ可トス又我草案ハ別除權ヲ有スル者ハ破産債權者ニ非サルコトヲ明言セリ

第四條 破産財團ニ屬スル目的物ヨリ別除ノ辨濟ヲ請求スル權利 (ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung) ハ本法ニ於テ認メタル場合ニ限り之ヲ主張スルコトヲ得

別除ノ辨濟ハ破産手續ニ依ラスシテ之ヲ爲ス

一 説明 破産財團ニ屬スル財産中ヨリ別除ノ辨濟ヲ請求シ得ル權利ヲ稱シテ別除權 (Absonderungsrecht) ト云フ而シテ本條第一項ハ別除權ノ範圍ハ本法ニ於テ認メタル範圍ニ限ル旨ヲ定メタルモノニシテ即チ本法第四七條乃至第五二條、第二二一條及ヒ破産第一一條乃至第一三條ニ於テ各種ノ別除權ヲ定ム

第二項 ハ別除權者 (Absonderungsberechtigte) ノ權利行使ノ方法ヲ定メタルモノニシテ全然破産手續以外ニ於テ普通一般ノ權利行使ノ方法ニ依リテ其ノ權利ノ實行ヲ期スヘキコトヲ定メタルモノトス即チ訴(破産管財人別除權ノ存在ヲ争フトキハ破産管財人ヲ相手方トス)、強制執行(民第一一四七條、第一二六八條、第一二七七條、商第七六一條、沿岸航海法第一〇三條、民訴第八一四條以下、第八三五條以下、第八四四條、第八四六條以下参照)、質物賣却 (Pfandverkauf) (民第一二一九條、第一二二八條、第一二二三條以下、第一二五七條、第一二九三條、第一二九五條及ヒ商第三六八條、第三七一一條参照)等ノ手段ニ依リ別除權者自ラ其權利ノ實行ヲ爲スヘキモノトス然レトモ別除權者ニ對シ破産者カ同時ニ人的責任ヲ負フ場合ニ於テハ斯カル別除權アル債權者 (Absonderungsgläubiger) ハ其ノ別除權ヲ拋棄シテ其ノ債權ノ全額ヲ以テ又ハ別除權ヲ行使シテ辨濟ヲ受クルコト能ハサル殘額 (Ausfall) ヲ以テ破産手續ニ參加シテ其ノ權利ヲ行フコトヲ得(第六四條)尙ホ別除權者ノ義務及ヒ其ノ權利ノ制限ニ付テハ第一一八條乃至第一二〇條、第一二七條ヲ参照スヘシ

二 比較法 別除權者カ破産手續以外ニ於テ (unabhängig vom Konkursverfahren) 權利ヲ行使スルノ主義ヲ採ルモノハ本法ノ外、匈破第五二條、第一二九條、第一五二條以下、第一七三條以下、第一八〇條、英破一九一四年法第七條第二項、和蘭破第五七條以下、我舊商第九九七條、第一〇〇六條第二項、我破草第三二條、埃新破第一一條是ナリ

右ニ反シ佛法ニテハ別除權者モ亦破産手續ニ於テ權利ヲ行ハシムル主義ヲ採レリ佛商第五〇一條、第五〇七條、第五二九條、第五七二條ヲ參照スヘシ學說ニ於テモ亦破産管財人(Syndic)ハ質權者ヲモ代表スルモノト爲ス(「リオンカン」商法全書四版七卷四七五號)

伊商第七六〇條第一項ニテハ債權届出ニハ質權、抵當權等ヲモ包含セシム而シテ質權者等ハ擔保物ニテ辨濟ヲ受クルコト能ハサル殘額ヲ以テ普通債權者ト同シク配當ニ加ハラシム(伊商第七七五條)丁抹ニテハ質權者モ亦破産手續ニテ辨濟ス(丁抹破第三七條)瑞西執行及破産法第二一九條、第二二六條、第二四六條、第二五六條以下、第二六二條第二項、第三〇五條第二項等ニ依レハ是亦破産手續ニ於テ質權者等ニ辨濟ヲ爲スモノト解スヘシ

第五條 外國債權者ハ内國債權者ト同一ノ地位ヲ有ス

帝國宰相ハ聯邦議會ノ協賛ヲ經テ其ノ命令ヲ以テ外國ノ國家其ノ臣民及其ノ承繼人ニ對シ報復權(Vergeltungsrecht)ヲ行フコトヲ定ムルコトヲ得』

一 外國債權者 外國債權者(ausländische Gläubiger)トハ内國籍(Staatsangehörigkeit)ヲ有セサル債權者ヲ云フ即チ國籍ノ有無ニ依リテ外國債權者タルヤ否ヤヲ區別スヘキモノニシテ住所又ハ居所ノ有無ニ依ルヘキモノニ非ス從テ外國ニ住スル内國人ニ付テハ第二項ヲ適用スヘキ限ニ在ラス

又茲ニ債權者トハ破産債權者ノミナラス別除權者(Absonderungsberechtigte)ヲモ包含ス然レトモ財團債權者(Massegläubiger)及ヒ取戻權者ハ包含セス別除權者ハ破産者カ之ニ對シテ人的責任ヲ負擔セサル場合ト雖モ同シク此ノ中ニ包含セラル蓋シ第一二〇條、第一二七條ノ如キモ同様ノ意義ニ用キタレハナリ(Jaezer §5 Anm. 2; Kohler Lehrb. S. 673)

二 原則及例外 第一項ハ原則ヲ規定シ第二項ハ例外ヲ定メタルモノトス而シテ第二項ノ例外ハ民施第三一條ニ準シタルモノニシテ若シ外國カ其ノ國民ト同様ノ取扱ヲ獨逸人ニ與ヘサルトキハ之ニ對スル報復規定(Retorsionsmassregeln)ヲ設クルコトヲ得ト爲シタルモノナリ然レトモ其ノ報復規定ハ未タ設定セラレス

三 比較法 奧新破第五八條、匈破第七一條ハ相互主義(die Baobachtung der Gegenseitigkeit)トス我破草第二條モ亦然リ奧新法ハ相手國カ相互主義タルヤ否ヤニ付疑アルトキハ司法大臣カ之ヲ決定スルモノト爲セリ

佛法ハ外國人ヲ内國人ト同一ニ取扱フ(Kohler, Lehrb. S. 665 Note 1; Lyon-Caen et Renault, Traité VIII No. 1234 f.)英法ニ於テモ亦然ツ(Williams, Bankruptcy Practice (11 ed.) § 4P. 45)瑞西ニテハ外國債權者ハ執行ノ請求(Betreibungsbegehren)ヲ爲ストキハ瑞西國內ニ住所ヲ選定スルコトヲ要ス(瑞西第六七條第一號)伊第七六〇條第三項ニ依ルモ略ホ同一トス我舊商法ニハ外國人ニ關シ何等特別ノ規定無シ故ニ破産事件ノ性質ニ依リテ判斷スヘシ尤

モ在外國債權者ノ爲メニハ其ノ届出及調査ニ關シ特別ノ期間ヲ定ム然レトモ是レ必スシモ外國人ノ爲メノミニ非ス(舊商第一〇二九條末段)(拙著講義二六四頁以下參照)尙ホ我破草案ノ規定ニ付テハ同第四條、第三六九條ヲ參照スヘシ

第六條 破産者ハ破産開始ニ因リ破産財團ニ屬スル財産ヲ管理シ及之ヲ處分スル權限(Befugnis)ヲ失フ

管理及處分權(das Verwaltungs- und Verfügungsrecht)ハ破産管財人(Konkursverwalter)之ヲ行フ

一 説明 破産者ハ破産開始(第一〇八條)ト同時ニ本條ニ依リ法律上當然破産財團ニ屬スル財産ノ管理及處分ヲ爲ス權限ヲ失フモノトス而シテ其ノ權利ハ破産管財人專ラ之ヲ行フ此場合ニ於ケル破産管財人ノ地位(Rechtliche Stellung)ニ付テハ學說極メテ區々ニ岐ル其ノ詳細ハ拙著研究第二卷一四五頁以下「破産管財人ノ地位ヲ論ス」參照又破産者ニ對スル此ノ他ノ制限ニ付テハ第一〇〇條、第一〇一條參照

又破産者ハ破産財團ニ屬セサル自己ノ財産ヲ自由ニ管理及處分シ得ルハ勿論トス之ヲ講學上自由財産(freies Vermögen)ト稱ス

又破産管財人ノ法律行爲ニ因リテ生スル債務ハ財團債權(Massenschulden)トス(第五九條第

一號)

二 比較法 一八〇七年佛商第四四二條ニ於テ先ツ破産者ハ破産財團ノ管理及處分權ヲ失フ(De-saisissement)旨ノ原則ヲ規定シ爾後諸國ノ立法ハ之ニ倣フニ至レリ尤モ同條ニ於テハ破産者ハ破産原因タル支拂停止ノ時ヨリ其ノ權利ヲ失フモノト爲セリ然ルニ支拂停止ノ時ハ不確實ニシテ且ツ其認定困難ナルカ故ニ一八三八年破産法第四四三條ニテハ破産宣告ノ時ヨリ其ノ權利ヲ失フコトニ之ヲ改メタリ而シテ此點ニ付テハ各國ノ破産法ハ概ネ佛法ニ倣ヘリ然ルニ佛國ニ於ケル裁判上ノ清算(Liquidation judiciaire)制度ニ在リテ破産者ハ破産財團ノ管理及處分權ヲ失フコト無シ換言スレバ dessaisissement ヲ生スルコトナシ又破産管財人(Syndic)ノ地位ニ付テハ佛國ニテハ一分破産者(ailii)一分債權者(la masse de faillite)代理説行ハル(「リオンカン」商法全書四版七卷第四二四號)

白商第四四四條、(白耳義ニテハ破産管財人ヲ les curateurs ト稱ス)和蘭破第二二二條(尤モ同第三二條ニ依レハ財團ニ關スル訴訟ニ於テ破産者ヲシテ同國民法第一九七七條所定ノ裁判上ノ宣誓(der richterliche Eid)ヲ爲サシム)、「丁抹破第一條(尤モ破産開始ノ時期ハ破産宣告アリタル場合ニ於テ同破第五〇條ニ依リ破産宣告ノ時ヨリニ非スシテ破産申立ノ時ヨリトス)是レ破産者ヨリ申立アリタルトキノミナラス破産債權者ヨリ申立アリシトキモ亦然リトス)、埃新破第一條(破産ノ效力發生時期ハ同第二條ニ依リ裁判所ノ揭示板ニ揭示シタル時即チ公告ノ

時ヨリトス奥舊破第一條、第七六條ニテハ破産管財人ハ債權者團體 (Gläubigerschaft)ヲ代理スルモノト看ラレタリ然ルニ新法ニテハ債權者團體 (Gläubigerschaft)ナル文字ヲ避ケ且ツ破産管財人ノ地位ニ付テハ學說ニ之ヲ譲リ特ニ明言スル所ナシ)同破第三條(同第一條、第九〇條ニ依リ破産ノ效力發生ノ時期ハ埃法ト同シク破産宣告揭示ノ時即チ公告ノ時ヨリトス)、羅馬尼亞商第七一七條 露破第四五九條(同國商事訴訟法 (Handelsprozessordnung) 第三篇ハ破産規定ナリ)、伊商第六九九條、西商第八七八條、葡破第一九八條 (一九〇五年十二月十四日商事訴訟法 (Handelsprozessordnung) 中ニ破産ノ規定アリ)及ヒ我舊商第九八五條ハ何レモ破産者ハ破産宣告ニ因リ破産財團ノ管理及ヒ處分ヲ爲ス權利ヲ失フ旨ヲ規定セリ唯破産ノ效力ノ發生ノ時期ニ付或ハ破産宣告ヨリ遡テ支拂停止ノ時期ヨリ其ノ效力ヲ生スト爲スモノアリ或ハ破産決定ノ公告ノ時ヨリト爲スモノアリ然レトモ其ノ多クハ皆破産決定ノ時ヨリト爲スヲ普通ト爲スナリ

瑞西破第二四〇條ニ依レハ破産管理 (Konkursverwaltung)ハ財團ノ管理及換價ニ屬スル行爲ヲ爲ス而シテ破産管理ハ法廷ニ於テ破産財團ヲ代表スト爲セリ

英法ニテハ破産ノ申立ニ因リ管財命令 (Receiving Order) 發セラルトキハ公ノ管財人 (Official receiver)財團ノ管理ヲ爲ス次ニ和解成ラスシテ適當ナル意義ニ於ケル破産宣告 (declaration of bankruptcy)アルトキハ破産管財人 (trustee in bankruptcy)選任セラレ破産管財

人財團ノ管理ヲ爲ス然ルニ公ノ管財人又ハ破産管財人ハ何レモ受託者 (fiducio causa)トシテ自己ノ名義ニ於テ恰モ自己所有財産ノ如ク之カ管理及ヒ處分ヲ爲ス (英破一九一四年法第六條、第一八條以下、第三七條以下、第五三條)

我破草第四三條ハ破産財團ノ管理及處分ニ關スル權利ハ破産管財人ニ專屬スル旨ヲ明言セラルニ過キス

第七條 破産者カ手續開始後ニ爲シタル法律行爲 (Rechtshandlungen)ハ破産債權者ニ對シ無効トス但シ民法第八百九十二條及第八百九十三條ノ規定ハ影響ヲ受クルコト無シ

財團カ反對給付ニ因リテ利益ヲ受ケタルトキハ其ノ限度ニ於テ之ヲ相手方ニ返還スルコトヲ要ス

破産者カ手續開始ノ日ニ於テ爲シタル法律行爲ハ開始後ニ之ヲ爲シタルモノト推定ス

一 説明 (1)破産者ノ行爲ニシテ破産宣告前ニ爲サレタルモノノ否認權ニ付テハ第二九條乃至第四一條ニ規定セリ然ルニ(2)本條ハ破産宣告後ニ破産者カ爲シタル法律行爲ノ效力ヲ定メタルモノナリ蓋シ第六條ニ於テ破産者ハ破産財團ノ管理及處分ノ權限ヲ失フ旨ヲ定メタリト雖

モ若シ其ノ權限ヲ超ヘテ破産者カ破産財團ニ關シ或行爲ヲ爲シタルトキハ如何ナル效力ヲ生スルカハ即チ本條ノ定メタル所ナリ(3)破産手續開始後破産者ノ行爲ニ因ラスシテ破産財團ノ上ニ權利ヲ取得シタルトキハ其ノ取得ハ破産債權者ニ對シ無効ナルコトハ第十五條ノ定ムル所ナリ又破産手續開始後破産財團ニ對シ箇箇ノ強制執行ヲ爲シ得サルコトハ第十四條ニ規定セリ

然リ而シテ本條第一項ハ破産者ノ破産宣告後ノ行爲ニ關スル原則ヲ規定シ第一項後段ハ之ニ對スル例外ヲ規定シタルモノナリ而シテ第三項ハ破産宣告ノ日ノ行爲ニ付テハ破産宣告前ノ行爲ナルヲ將タ後ノ行爲ナルヲ證明ハ頗ル困難ナルカ故ニ後ノ行爲タルコトノ推定(Vermutung)ヲ設ケタルモノトス而シテ第二項ハ相手方ノ權利ヲ規定シタルモノナリ

二 相手方ノ地位 第一項ニ依ル無効(unwirksam)ノ意味ハ破産債權者ニ對シ始メヨリ當然法律上ノ效果ヲ生セサルコトノ意ニシテ其ノ主張ノ爲メニ何等ノ形式又ハ裁判ヲ必要トセサルモノトス破産管財人ハ始メヨリ其ノ行爲ナキモノトシテ相手方ノ取得シタル財産ヲ破産財團所屬ノモノトシテ之ヲ取扱フコトヲ得即チ相手方ハ破産者ノ行爲ニ因リテ取得シタル財産ヲ破産財團ニ對シ單ニ返還スヘキ義務アルニ止マラス管財人ハ不動産ニ付テハ登記簿ヲ訂正セシムル權利(Grundbuchberichtigungsanspruch)アリ(民第八九四條)又相手方破産シタル場合ニハ破産管財人ハ取戻權者トシテ其ノ權利ヲ行フコトヲ得ルモノト解スルヲ獨逸學者ノ普

通ノ見解トス(Jaeger §7 Anm. 16; Hellmann §26 S. 253 Anm. 1)而シテ相手方カ現物ヲ以テ破産財團ニ其ノ得タル財産ノ返還ヲ爲スコト能ハサル場合ニ於テ何程ノ損害賠償ヲ爲スヘキカハ民法ノ規定ニ依リテ定マル

次ニ相手方ノ權利ヲ述ヘンニ相手方カ其ノ取得シタル財産ヲ財團ニ返還シタル場合ニ於テ相手方カ破産者ニ對シテ爲シタル反對給付(Gegenleistung)ニ因リ財團カ財團トシテ利益ヲ受ケタルトキハ其ノ利益ノ存スル限度ニ於テ之ヲ相手方ニ返還スルコトヲ要ス何トナレハ若シ然ラスンハ財團ハ二重利得ヲ爲シ不當利得ヲ爲スニ至レハナリ是レ第二項ノ規定アル所以ナリ而シテ此場合ノ相手方ノ權利ハ所謂財團債權者(Massgläubiger)トナルモノトス(第五九條第三號)

茲ニ相手方(Der andere Teil)トシテ破産者ト直接ニ行爲ヲ爲シタル當事者ヲ云フ是レ第一七條、第一九條、第二六條、第二七條、第三二條ニテモ同一ナリ三者ヲ指スニ非ス

尙ホ相手方ハ破産手續以外ニ於テ破産者自身ニ對シテ如何ナル權利ヲ有スルカハ破産法ニテ決セラレサル所ナリ換言スレハ破産者カ相手方ニ對シテ擔保責任又ハ賠償責任アルカハ民法ノ一般規定殊ニ同第四三九條以下、第八一二條以下、及第八二三條以下ニ依リテ決セラレヘキ問題ナリトハ獨逸學者ノ見解ナリ(Jaeger §7 Anm. 19)

三 例外 民法第八九二條及第八九三條ノ規定ハ登記簿ノ公信方(Öffentliche Glaube)ヲ保證

シタル規定ナリ蓋シ人人登記簿ニ記載スル所ヲ以テ正當ナリトシテ取引ヲ爲スカ故ニ登記簿記載ノ正當ナルコトニ對シテ異議 (ein Widerpruch) カ登記セラレ又ハ登記簿記載ノ正當ナラサルコト (Unrichtigkeit) カ權利取得者ニ知ラレサル限リハ登記簿ノ記載ヲ信シテ取引ヲ爲シ權利ヲ取得シタル者ハ登記簿ノ内容ニ從ヒ正當ナル權利取得者トナルナリ是レ登記簿記載ノ權利者ニ對シ其ノ權利處分ニ付制限 (Beschränkung) アル場合モ亦同一ニシテ其ノ制限力登記簿ニ依リテ之ヲ知ルコトヲ得ルカ又ハ權利取得者タル相手方ニ知ラレサル限リハ其ノ制限ハ以テ權利取得者ニ對抗スルコトヲ得サルナリ (民第八九二條)

而シテ右ハ登記アル權利其ノモノニ付取引ヲ爲シタル場合ニ關スル説明ナレトモ其ノ規定ノ準用ニ依リ登記アル權利ニ基キ或給付ヲ爲シ又ハ登記アル權利 (Buchrecht) 其ノモノノ取得ニ關セス單ニ其ノ權利ニ關スル或處分 (Veräußerung) 例ハ解約申入、拋棄、順位變更ノ如キ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テモ亦同一トス即チ登記簿ノ記載ヲ以テ正當ト爲スナリ (民第八九三條)

然リ而シテ破産ノ場合ニ於テモ亦同一ニシテ破産カ登記セラレ又ハ相手方ニ積極的ニ破産宣告ノ事實カ知ラレサル限リハ破産者ノ行爲ニ對スル制限ハ以テ相手方ニ對抗スルコトヲ得スシテ登記簿ノ記載ヲ正當ナリト信シ且ツ破産ノ事實ヲ知ラスシテ破産者ト取引ヲ爲シタル相手方ハ則チ眞ノ權利取得者トナリ又破産者ノ登記アル權利ニ基キ破産者ニ對シ或給付ヲ爲

シ (例ハ利息又ハ地代等ヲ支拂ヒタルトキノ如キ) 又破産者ニ對シ若クハ破産者ヨリ解約申入アリタルトキノ如キ又ハ破産者カ或拋棄ヲ爲シタルトキノ如キ其ノ行爲ハ何レモ有效ニシテ破産債權者ニ對シテモ亦有效タルナリ要スルニ破産者カ破産宣告ノ後破産財團ニ關スル行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ其ノ行爲カ登記アル權利ニ關スルモノナルトキハ破産カ登記セラレタルカ又ハ積極的ニ破産カ相手方ニ知ラレタル場合ヲ除クノ外例外トシテ登記簿ノ記載ヲ以テ正當トシ之ニ基キテ爲シタル行爲ヲ以テ有效トシ破産債權者ニ對シテモ亦有效ナリト爲シタルモノナリ (Jaeger 57 Ann. 22 n. 23)

四 比較法 破産者ハ破産ノ宣告ニ因リ破産財團ノ管理及處分權ヲ失フ旨ヲ明言セル立法例ニ在リテモ必スシモ常ニ破産者カ破産宣告ノ後破産財團ニ關スル行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ其ノ行爲ノ無効ナルコトヲ明言セス例ハ佛法ノ如キヲ然リトス即チ佛法ニテハ破産者ノ行爲ノ無効ナルコトハ管理及處分權ヲ喪ヒタルコト (Désaisissement) ノ當然ノ結果ナリトセリ英法ニテモ破産財團ハ管財人ニ信託セラレ其ノ有ニ歸スルカ故ニ (vest in the trustee) 是亦同一ニ歸ス (一九一四年法第五三條)

獨逸ノ本條ト同シク破産者ノ破産宣告後ノ行爲ヲ無効トナス旨ヲ明言セル規定ヲ爲スモノハ丁抹第二條、白商第四四四條第二項、埃新破第三條第一項、匈破第六條、瑞西第二〇四條羅商第七二四條、「ブラジル」第二八條、我舊商第九八五條第二項等トス

我破草第五四條亦本條ト略ホ同趣旨ノ規定ヲ設ケタリ然レトモ我民法ニハ本條第一項末段ノ如キ一般ノ規定ナキカ故ニ此ノ點ニ付テハ自ラ本條ト同趣旨ノ規定ヲ爲スコトヲ得ス仍テ善意ニテ爲シタル登記、假登記又ハ登録ニ付テハ例外トシテ有效ト爲スコトノ規定ヲ設ケタリ(我破草第五六條)

第八條 破産財團ニ辨濟スヘキ義務ノ給付カ破産手續開始ノ後破産者ニ對シ辨濟セラレタルトキハ其ノ給付カ破産財團ニ歸屬シタル限度ニ於テノミ辨濟者ハ破産債權者ニ對シ其ノ義務ヲ免ル

給付カ手續開始ノ公告前(vor der öffentlichen Bekanntmachung)ナルトキハ辨濟者ハ其ノ給付ノ當時手續ノ開始ヲ知リタルコトノ證明ナキ限り其ノ義務ヲ免ル給付カ手續開始ノ公告後ナルトキハ辨濟者ハ其ノ給付ノ當時手續ノ開始ヲ知ラザリシコトヲ證明シタルトキニ限り其ノ義務ヲ免ル

一 説明 破産財團所屬ノ債權ニ對スル辨濟ハ破産宣告後ニ在リテハ破産管財人ニ之ヲ爲スヘキモノタルコトハ第六條ニ依リテ明カナリ若シ破産者ニ對シテ辨濟ヲ爲スモ其ノ辨濟ハ以テ第七條ニ依リ破産債權者ニ對抗シ得サルヲ原則トス然ルニ本條ハ二方面ヨリ第七條ニ對スル例外ヲ設ケタリ即チ先ツ第一項ニ於テハ破産者ニ對スル辨濟ト雖モ其給付カ破産財團ニ歸屬

シタルトキハ其ノ結果ニ於テ破産管財人ニ辨濟ヲ爲シタルト同一ニ歸スルカ故ニ辨濟者ハ其ノ義務ヲ免ルルモノトセリ

次ニ第二項及ヒ第三項ニ於テハ破産宣告後ニ於テ破産宣告ノ事實ヲ知ラス善意ニテ(bona fides)破産者ニ辨濟ヲ爲シタルトキハ縱令其ノ給付カ破産財團ノ利益ニ歸セスト雖破産債權者ニ對シ有效ナリトセリ是レ善意ノ辨濟者ヲ保護センカ爲メナリ然レトモ其ノ善意又ハ惡意ノ舉證ノ責任ニ至テハ破産宣告ノ公告(öffentliche Bekanntmachung)前タルト後タルトニ依リテ之ヲ區別シ其ノ公告前ナルトキハ辨濟者ハ破産宣告ノ事實ヲ知ラザリシモノト推定シ辨濟者カ破産宣告ノ事實ヲ知リタルコトノ舉證ノ責任(Beweislast)ハ破産管財人ニ在ルモノトシ之ニ反シ其ノ公告後ナルトキハ辨濟者ハ破産宣告ノ事實ヲ知リタルモノト推定シ辨濟者カ其ノ責任ヲ免レントセハ自ラ破産宣告ノ事實ヲ知ラザリシコトヲ證明セサルヘカラサルモノトセリ

二 比較法 佛法及之ニ倣ヒタル諸國ノ破産法ニ在リテハ本條ニ設ケタルカ如キ善意ノ第三債務者(Drittschuldner)ノ辨濟ヲ有效トスル例外規定ヲ設ケス況ク破産宣告後破産者ニ對シテ爲シタル辨濟ヲ無効トセリ例ハ白商第四四四條第二項、伊商第七〇七條、我舊商第九八五條第二項ノ如キ是ナリ尤モ佛國ニテモ手形及小切手ノ善意ノ辨濟ハ佛商一四五條ニ基キ例外トシテ有效ナリト爲ス(「リオンカン」商法全書七卷四版二二三號)

英法ニテハ破産行爲(act of bankruptcy)アリタルニ付知ラス且ツ管財命令(receiving

order) アリタル前ニ爲サレタル辨濟ハ有效トセリ(英一九一四年法第四五條)

埃新破第三條第二項ハ獨本條ト略ホ同趣旨ナリ和蘭破第五二條及匈破第七條ハ全然獨法ト同趣旨ナリ瑞西第二〇五條ニテハ破産者ニ爲シタル辨濟カ破産財團ニ歸シタル場合ノ外唯破産宣告ノ公告前ニ善意ニテ辨濟ヲ爲シタル旨ヲ證明シ始メテ其ノ責任ヲ免ル又丁抹破第二條ニテモ破産者ニ對スル辨濟カ破産宣告ノ公告(Konkurspublikation)前ニ爲サレタルトキハ第三債務者其ノ責任ヲ免ルル旨ヲ規定セリ
我破草第五七條ハ獨法ト全然同趣旨ナリ

第九條 破産手續開始前ニ破産者ニ開始アリタル相續(Erbchaft)及遺贈(Vermächtniss)ノ承認又ハ拋棄ハ破産者ニ限り之ヲ爲スコトヲ得繼續財産共通制ノ拒絕ニ付亦同シ』

一 説明 「ゲマイネス、レヒト」時代ニ在リテハ破産開始前ニ開始アリタル相續ノ承認又ハ拋棄 Anretung oder Ausschlagung) ハ破産者之ヲ爲シ遺贈ノ承認及拋棄ハ破産管財人之ヲ爲セリ之ニ反シテ學國ノ「アルゲマイネス、ランドレヒト」及佛法ニ在リテハ遺贈ノ取得ノミナラス相續ニ付テモ破産管財人ノ權限トシテ之ヲ拋棄シ得ルモノト爲セリ
然ルニ獨新法ニ在リテハ死亡ニ因リテ財産ヲ取得スルハ唯リ財産關係ノミナラス同時ニ人

的ノ性質(einen persönlichen Charakter)ヲ有スルカ故ニ破産管財人ニ於テ其ノ承認若クハ拋棄ヲ爲スヘキモノニ非スシテ破産者自ラ之ヲ決定スヘキモノト爲セリ而シテ其ノ承認アリタル場合ニ於テ相續財産又ハ遺贈ニ因リテ取得シタル財産ハ破産財團ニ屬ス而シテ其ノ拋棄アリタル場合ニ於テ破産財團カ不利益ヲ受クト雖モ之カ爲メニ破産管財人ハ否認權ヲ行使スルコトヲ得ス相續又ハ遺贈ノ拋棄カ如何ナル動機ニ基クカ問ハス甚シキハ明カニ債權者ヲ害スル意思ヲ以テ爲サレタル場合ト雖モ之ヲ否認スルコトヲ得ス若シ然ラズンハ本條ノ趣旨ヲ貫徹スルコトヲ得サレハナリ是レ破産外ノ否認權即チ學者ノ所謂箇箇否認(Einzelfestellung)ノ場合ニ於テモ亦同一ナリ(Jaeger §9 Anm. II)

破産宣告後ニ相續開始アリタル場合ニ於テハ相續財産又ハ遺贈カ破産財團ニ屬セサルコトハ明瞭ナリ(第一條)

二 財産共通制ノ繼否 一般財産共通制ノ場合ニ夫婦ノ一方カ死亡スルトキハ民一四八三條ノ規定ニ依リ當然繼續共通制ヲ生スルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ(第二條ノ註參照)

然ルニ民第一四八四條第二項、第一九四四條ニ依リ生存配偶者カ共通制ノ繼續ヲ拒絕シ得ル期間内(相續開始ノ日ヨリ六週間内)ニ即チ共通制ノ繼否未定ノ期間(Schwebende Zeit)ニ生存配偶者(夫又ハ妻)カ破産ノ宣告ヲ受クルトキハ共通制ノ繼續又ハ拒絕(Fortsetzung oder Ablehnung)ハ破産者自ラ之ヲ決斷スヘキモノト爲セリ是レ本條末段ノ規定スル所ナリ

然リ而シテ若シ生存配偶者タル夫又ハ妻カ共通制ノ繼續ヲ拒絕スルトキハ全部ノ共同財産ハ破産財團ニ屬セスシテ單ニ破産者ノ共同財産ニ對スル持分ノミ破産財團ニ屬ス若シ共通制ノ繼續ヲ拒絕セサルトキハ全部ノ共同財産ハ破産財團ニ屬シ破産財團ヲ利益スト雖モ(第二條第三項)共通制ノ承認又ハ拒絕ノ權利ハ人的ノ性質ヲ有スルモノトシテ破産者自身ノ行使ニ委シタル以上ハ破産者ニ於テ共通制ノ繼續ヲ拋棄シ爲メニ破産財團ニ不利益ヲ來スコトアルモ已ムヲ得ストスル所ナリ而シテ生存配偶者タル破産者カ共通制ノ繼續ヲ拋棄スルトキハ破産外ニ於テ破産管財人ト卑屬トノ間ニ共同財産ノ分割(Auseinandersetzung)ヲ爲スニ至ルモノトス即チ共同財産ノ負擔ニ屬スル債務(Gesamtgutsverbindlichkeiten)ヲ辨済シタル後殘餘財産ヲ平分スルニ至ルモノトス換言スレハ破産者ノ純持分(der Netto-Anteil)カ破産財産ニ屬スルニ至ルモノトス(第一條、第一六條、第五一條、民第一四七四條以下)

破産者カ共通制ノ繼續ヲ承認スルトキハ全部ノ共同財産ハ破産財團ニ屬シ卑屬ハ之ニ對スル持分ヲ失フニ至ルモノトス(第二條第三項)若シ死亡シタル配偶者カ他ニ尙ホ財産ヲ有スルトキハ一般ノ規定ニ從ヒ卑屬ハ單ニ之ノミヲ相續スルニ至ルモノトス

三 比較法 佛民第七八八條ニ依レハ破産宣告前ニ於ケル破産者ノ相續拋棄ニ因リ不利益ヲ被ムレル債權者ハ相續財産ヨリ辨済ヲ受クル爲メニ唯リ債權者ノ利益ノ爲メノミニ其ノ拋棄ヲ無効トナスコトヲ得債權者ニ辨済ヲ爲シテ剩餘ヲ生スルトキハ其ノ剩餘ハ破産者ノ相續拋棄

ニ因リテ相續人トナリタル者ノ取得ニ歸スルナリ又破産宣告後ニ於ケル相續ノ拋棄(Ausschlagung)ハ破産財團ニ對シテ其ノ效ナシ佛民第七八八條ヲ準用スヘキモノニ非ス蓋シ相續ノ承認又ハ拋棄ノ問題ハ佛法ニテハ純然タル財産上ノ問題ト同一視シ(II s'agit d'un droit pécuniaire)他ノ財産上ノ問題ト同シク破産管財人ノ專權ニ委スヘキモノト爲セリ而シテ管財人ハ限定承認(sous l'énfée d'inventaire)ヲ爲スヘキモノト爲セリ又破産宣告後ニ相續開始アリタル場合ニ於テモ佛商第四四三條第一項ニ依リ相續財産ハ相續人ノ破産財團ニ屬スト爲スナリ(「リオンカン」商法全書七卷四版二四七號)

奧新破第四條ニ依レハ破産管財人(Maisseverwalter)ニ於テ破産者ノ地位ニ代リ相續ノ承認殊ニ限定承認(nit dem Vorbehalte der Rechtswohlthat des Inventars)ヲ爲スヘキモノトス而シテ管財人カ相續ヲ承認セス又ハ遺贈若クハ生存者間ニ於ケル贈與ヲ拒絕スルトキハ其ノ權利ハ破産財團以外ニ立ツニ至ルモノナリ又奧新破第三六條ニ依レハ相續ヲ承認セザリシコトモ亦之ヲ否認シ得ルナリ奧國破産外否認權法第七條ニ依ルモ亦同一ナリ

勾破第二八條第一號ニ依レハ相續、遺贈及贈與ノ拋棄ヲ以テ同列ニ之ヲ取扱ヒ破産管財人ハ之ヲ否認シ得ヘキモノト爲セリ而シテ同第四條及第一一七條ニ依レハ破産管財人ニ於テ相續人ノ名義ヲ以テ相續及遺贈ノ承認ヲ爲スヘキモノトセリ而シテ其ノ拋棄ニ付テハ債權調査期日(Liquidationstermin)前ニ在リテハ破産裁判所ノ認可ヲ必要トシ調査期日以後ニ在リテハ監

查委員(Concursus-schuss)ノ同意ヲ必要トスルナリ(勾破第一六〇條)

和蘭破第四一條ニ依レハ破産手續中破産者ノ爲メニ開始アリタル相續ニ付テハ破産管財人ニ於テ承認シ得ルモノトス尤モ限定承認ヲ爲スコトヲ要シ又其ノ拋棄ニ付テハ破産主任官ノ認可ヲ必要トス

丁抹破第三條ニ依ルモ破産手續中破産者ノ爲メニ相續ノ開始アリタルトキハ相續財産ハ破産財團ニ屬スルモノトス然レトモ破産財團ノ負擔ヲ増ササル方法ニ於テノミ行ハル破産手續中ノ遺贈又ハ贈與モ亦破産財團ニ屬ス尤モ被相續人ノ適法ナル反對ノ處分ナキトキニ限ル

我舊商第一〇一九條第二項第五號ニ依レハ破産管財人ハ破産者ノ意見ヲ聽キ且破産主任官ノ認可ヲ受ケ相續又ハ遺贈ヲ拒絕スルコトヲ得ルモノトセリ

我破草第四五條乃至第四八條ハ家督相續ノ承認及拋棄ノ問題ハ人的權利トシテ破産者自ラ之ヲ決定シ得ルモノトシ遺産相續、包括遺贈及特定遺贈ノ承認及拋棄ハ財産上ノ問題トシテ破産管財人ニ於テ之ヲ決行シ得ルモノト爲セリ而シテ破産宣告前ニ於テ破産者カ爲シタル家督相續ノ單純承認、遺産相續又ハ包括遺贈ノ單純承認又ハ拋棄及特定遺贈ノ拋棄カ破産財團ニ不利益ヲ來ストキハ破産管財人ハ之ヲ否認シ得ルコトノ規定ヲ設ケタリ(我破草第九〇條乃至第九四條)

以上ノ立法比較ニ由リテ之ヲ觀ルニ獨逸ノ本條ノ如ク相續又ハ遺贈ノ承認又ハ拋棄ノ問題

ヲ以テ純然タル人的性質ヲ有スルモノト爲シ破産者自身ノ專權ニ委ネタルモノハ他ニ其ノ例ニ乏シキモノト謂フヘシ

第十條 破産手續開始ノ時ニ於テ破産財團ニ屬スル財産ニ關シ破産者ノ爲ニ繫屬セル訴訟(für den Gemeinschuldner abhängig sind)ハ現狀ニ於テ破産管財人之ヲ受繼クコトヲ得受繼カ遅延セラルルトキハ民事訴訟法第二百三十九條ノ規定ヲ準用ス

破産管財人カ訴訟ノ受繼ヲ拒ミタルトキハ破産者又ハ相手方ニ於テ其ノ訴訟ヲ受繼クコトヲ得』

一 破産ニ因ル訴訟中斷 獨氏訴第二四〇條ニ依レハ訴訟當事者(Partei)ノ財産ニ付破産手續ノ開始アリタル場合ニ於テ訴訟カ破産財團ニ關スルトキハ(die Konkursmasse betrifft)破産法ノ規定ニ從ヒ訴訟カ受繼カレ(aufgenommen)又ハ破産手續ノ解止(aufgehoben)アルマテ訴訟ハ中斷(unterbrochen)セラルル旨ヲ規定セリ中斷セシムル理由ハ若シ然ラズンハ債權者ノ利益ヲ保護スルコトヲ得ス(die Interessen der Gläubigerschaft können nur auf diesem Wege gewahrt werden.)ト認メタルニ依ルモノナリ而シテ茲ニ所謂破産財團ニ關スル訴訟トハ之ニ依リテ破産財團ヲ利益シ(zu Gunsten)之ヲ増殖スル爲メノ訴訟タルト其ノ負擔ヲ増シ

(zu Lasten)又ハ之ヲ減少セシムルニ至ル訴訟タルトヲ問ハサルナリ故ニ破産法ニ於テハ何レモ之ニ對スル受繼ノ規定ヲ爲スコトヲ要ス而シテ本條及次條ハ之ニ關スル受繼ノ規定ヲ設ケタルモノニシテ本條ハ破産財團ヲ増殖スル爲メノ所謂積極訴訟(Aktivprozess)ニ關シ次條ハ之ニ反シテ破産財團ノ負擔ヲ増シ又ハ之ヲ減少セシムルコトニ關スル訴訟即チ所謂消極訴訟(Passivprozess)ニ關スルモノナリ

積極訴訟(Aktivprozess)ト消極訴訟(Passivprozess)トノ區別ヲ一言スレハ積極訴訟トハ現有破産財團(Istmasse)ヲ増殖スル爲メノ訴訟ニシテ本條ニ所謂破産者ノ爲メニ繫屬セル(gegen den Gemeinschuldner anhängig)訴訟ハ即チ是ナリ即チ破産者カ相手方ニ對シテ或セノヲ請求スル所ノ訴訟是ナリ之ニ反シテ消極訴訟トハ破産者カ其相手方ヨリ或モノヲ請求セラレ其ノ結果現有破産財團ノ負擔ヲ増シ又ハ其ノ減少ヲ來ス訴訟是ナリ即チ次條ニ所謂破産者ニ對シテ繫屬セル(gegen den Gemeinschuldner anhängig)訴訟是ナリ要スルニ積極訴訟ト消極訴訟トノ區別ハ現有財團ニ對スル關係ニ依リテ其ノ區別ヲ爲スラ正當トス

尙ホ訴訟中斷ノ要件及積極訴訟、消極訴訟ノ意義ニ關スル詳細ナル説明ハ拙著研究第三卷三頁以下、雉本博士法學新報二五卷第六號二二頁以下及ヒ齋藤氏訴訟記録第二卷二一五頁以下ヲ參照スヘシ

二 積極訴訟ノ受繼又ハ拒絕 積極訴訟ヲ受繼クカ(aufnehmen)將タ其受繼ヲ拒絕(ablehnen)

スルカハ管財人ニ於テ善良ナル管理者ノ注意ノ下ニ之ヲ決定ス然レトモ三百馬克以上ノ訴訟物ノ訴訟ノ受繼ヲ拒絕スルニハ管財人ハ監査委員ノ同意ヲ必要トス(第一三三條第二號)

受繼ノ方法ハ民訴訟第二五〇條ニ從ヒ書面ヲ相手方ニ送達シテ之ヲ爲ス尤モ明示ノ書面無クトモ爾後ノ手續中殊ニ口頭辯論ニ於テ受繼ノ意思ヲ表示スレハ足レルモノトス是レ本條第一項ニ於テ受繼遲延ノ場合ニ第二三十九條第二項ヲ準用スルニ依リテ明カナリ

受繼拒絕ノ效力ハ第二項ニ規定スル所ナリ即チ破産者又ハ相手方(der Gegner)ニ於テ其ノ訴訟ヲ受繼クコトヲ得此ノ場合ニ於テハ破産管財人ハ該訴訟物ヲ破産財團以外ニ立タシメ破産者ノ自由處分ニ委ネタルモノニシテ訴訟物ハ所謂破産者ノ自由財産ニ屬スルニ至ルモノナリ

三 比較法 埃法、佛法、英法、我舊商法及我破産法草案ノ立法比較ニ付テハ拙著研究第三卷二九頁以下ニ詳述シタルハ參照セラルヘシ唯一言ヲ附加スレハ我舊商法ハ佛法ト同一主義ナリト雖モ我破草第六八條乃至第七〇條ハ獨法ト同一主義ナリトス

又白商第四五二條第一項ハ佛法ト同一ナリ又獨法ト類似ノ規定ヲ有スルハ匈破第八條、第九條(第一一條)、丁抹破第七條以下、伊商第六九九條、羅商第七一七條及和蘭破第二五條トス

瑞西第二〇七條ニテハ急迫ナル場合ヲ除クノ外破産者カ原告タリ又ハ被告タル訴訟ハ破産宣告ニ因リ停止セラレ第二回ノ債權者集會(同第二五二條)ノ後十日ヲ經テ始メテ之ヲ受繼ク

コトヲ得ルモノトセリ尤モ此規定ハ名譽又ハ身體毀損ノ損害賠償請求訴訟、人事訴訟及扶養請求訴訟ニハ關係ナシ又時効等ハ右ノ期間内之ヲ進行セスト規定セリ

第十一條 破産者ニ對シテ繫屬スル訴訟(Rechtsstreitigkeiten gegen den Gemeinschuldner anhängig)ニシテ破産財團ヨリ財産ヲ取戻シ又ハ別除ノ辨濟ヲ請求シ又ハ財團債務(Massechuld)タル請求ヲ爲スモノハ破産管財人又ハ相手方ニ於テ之ヲ受繼クコトヲ得

破産管財人直ニ請求ヲ認諾スルトキハ訴訟費用ヲ負擔スルコトヲ要セス』

一 消極訴訟ノ受繼 消極訴訟トハ之ニ依リテ現有破産財團ノ負擔ヲ増シ又ハ其ノ減少ヲ來ス訴訟ヲ謂フコトハ前條ノ註釋ニ於テ説明セリ而シテ消極訴訟ノ受繼ニ付テハ左ノ如ク二種ニ區別シテ觀察スルコトヲ要ス

(1) 破産債權 (Konkursforderung) ニ付テハ債權者カ破産財團ヨリ擔保又ハ辨濟ヲ得ントセハ先ツ其ノ債權ヲ破産手續ニ於テ届出ツルコトヲ要シ(第一二條)而シテ債權調査會ニ於テ調査ヲ受ケ何人モ異議ナキトキハ債權確定シ訴訟ヲ要セス從テ繫屬中ノ訴訟ハ其ノ目的ヲ失フニ至ル唯訴訟費用ノ負擔ノ問題ヲ決スル爲メニ之ヲ繼續スル必要アルノミ若シ調査會ニ於テ異議アルトキハ其ノ債權ノ確定ヲ計ル爲メニ繫屬中ノ訴訟ハ之ヲ受繼ク必要アリ然レトモ

其ノ受繼ニ付テハ本條ハ關スル所ニ非スシテ別ニ其ノ規定アリ即チ第一四四條第二項及第一四六條第三項第六項是ナリ而シテ破産債權ニ關スル消極訴訟ハ所謂消極財團ニ對スル消極訴訟(sog. Passivproesse über die Passivmasse)ト稱セラルルモノ即チ是ナリ

(2) 若シ消極訴訟カ取戻權(Aussonderungsanspruch)ノ別除權(Absonderungsanspruch)又ハ財團債權(Masseschuldanspruch)ニ關スルモノナルトキハ其ノ受繼ハ本條ノ規定スル所ニシテ所謂消極財團ニ對スル消極訴訟(sog. Passivproesse über die Aktivmasse)ト稱セラルルモノ即チ是ナリ

然リ而シテ消極訴訟タル取戻權別除權及財團債權ノ訴訟ニ付テハ法律ハ積極訴訟ノ場合ト異ナリ破産管財人又ハ相手方ノ雙方ヨリシテ訴訟ヲ受繼クコトヲ得ルモノト爲セリ然ルニ前條ニ規定セル積極訴訟ノ受繼ニ在リテハ唯リ破産管財人ノミ之ヲ受繼クコトヲ得ルモノト爲セリ是レ他ナシ積極訴訟ニ在リテハ勝訴ノ見込ナキモノニ付破産管財人ヲシテ必ス訴訟ノ相手方ト爲リ之ヲ續行スルコトノ強制ヲ受ケサラシメンカ爲メナリ然レトモ消極訴訟ニ在リテハ相手方訴訟ヲ受繼クトキハ管財人ハ必ス其ノ訴訟ノ相手方トナリ其ノ訴訟ヲ續行セサルヘカラサルノ地位ニ在ルナリ是レ管財人ハ破産財團ノ管理及處分ノ權利ヲ專行スヘキ地位ニ在ル當然ノ結果ナリ(拙著研究第三卷一九頁)然レトモ破産管財人ハ勝訴ノ見込ナキ消極訴訟ニ在リテハ直ニ相手方ノ請求ヲ認諾スヘク若シ然ルトキハ第二項ニ依リ縱令敗訴トナルモ訴訟

費用負擔ノ不利益ヲ免ルルコトヲ得ルナリ

二 訴訟費用ノ負擔 破産管財人直ニ相手方ノ請求ヲ認諾(Anerkennung)スルトキハ訴訟費用ヲ負擔スルコトヲ要セサルコトハ第二項ノ明言スル所ナリ而シテ本項ノ意義ニ付テハ學說必スシモ一致セス然レトモ此條文ノ趣旨ハ破産管財人自身ノ負擔ニ歸セスシテ却テ破産財團ノ負擔ニ歸スル旨ヲ言ヒ表ハス意義ニ非サルハ明白ナリ蓋シ管財人ハ公ノ資格ニ於テ其ノ職務ヲ行フモノニシテ私ノ財産ヨリ其ノ負擔ヲ爲ス必要ナキハ明白ナレハナリ又其ノ趣旨ハ管財人ノ負擔ニ歸セスシテ却テ相手方ノ負擔ニ歸スル意義ニ解スヘキモノニ非サルコトモ亦明白ナリ蓋シ管財人ノ認諾ニ依リテ相手方勝訴シタルニ當タリ却テ訴訟費用ヲ負擔スルハ不當ナレハナリ故ニ條文ノ趣旨ハ訴訟費用ノ負擔ハ財團債權トセスシテ單ニ破産債權(Monkurstforderung)トスヘキモノタルコトヲ示スニ外ナラサルナリ蓋シ破産宣告前ニ於ケル破産者ノ不當ナル訴訟誘起(Veranlassung)ニ因リテ相手方訴訟ヲ提起スルニ至リタルモノナルカ故ニ之ニ因リテ生シタル訴訟費用負擔ノ債務ヲシテ破産債權トスヘキハ當然ノ事理ナレハナリ(拙著研究第三卷二八頁參照 Jaeger § 11 Anm. 15)

三 比較法 外國法ノ比較ニ付テハ前條ト同シ

唯特ニ注意スヘキハ匈法及和蘭法トス即チ兩國法ハ獨法ト同一主義ヲ採リ且ツ匈第九條第三項ニ依レハ若シ管財人訴訟ノ債權ヲ拋棄シ若クハ債權ヲ認諾スルトキハ訴訟費用ハ財團債務

(Masseschulden) トシテ破産財團ノ負擔ニ歸スルコト無シト曰ヒ又和蘭破第二八條第二項モ亦同様ニ管財人出頭シ直ニ請求ヲ認諾スルトキハ勝訴者タル相手方ノ訴訟費用ノ請求權ハ財團債權トナルコトナシト曰ヘリ

第十二條 破産債權者ハ破産手續ノ規定ニ依ルニ非サレハ其ノ債權ニ付破産財

團ヨリ擔保又ハ辨濟ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス

一 説明 破産財團ハ總破産債權者ノ爲メニ共同ニシテ且ツ平等ナル辨濟(zur Gemeinschaftlichen und grundsätzlich gleichmässigen Befriedigung)ノ資ニ供セラルヘキモノトス(第六一條第六號)而シテ本條ハ即チ破産債權者間ノ共同且ツ平等ナル辨濟(par conditio creditorum)ヲ確保スル爲メノ規定ニ外ナラス此ノ他同一ノ目的ノ規定トシテハ第一四條ノ箇箇ノ強制執行禁止ノ規定、第一五條ノ優先權取得禁止ノ規定、第二十九條以下ノ否認權ノ規定、第五五條第一號及第二號ノ後日ノ債權取得ニ因ル相殺禁止ノ規定ノ如キ皆是ナリ

然リ而シテ破産債權者ハ本條ニ依リ破産手續ニ依ルニ非サレハ破産財團ヨリ擔保ヲ設定セシメ又ハ辨濟ヲ求ムルコトヲ得サルニ依リ破産債權者ハ破産手續ニ參加スル爲メニ先ツ債權ノ届出ヲ爲シ(第一三九條)而シテ債權調査會ノ調査ヲ受ケ調査會ニ於テ何人モ異議ナキトキハ債權ハ之ニ因リテ確定ス從テ訴訟ヲ要セス若シ訴訟既ニ繫屬中ナルトキハ其ノ訴訟ハ破産宣告ニ因リ中斷セラレ(民訴第二四〇條)而カモ本案ニ付テハ既ニ確定セルカ故ニ訴訟受繼ノ

必要ナク唯訴訟費用負擔ヲ定ムル目的ノ範圍ニ於テ訴訟受繼ノ必要アルノミ

若シ調査會ニ於テ破産者ヨリ異議アルトキハ破産者ニ對シ破産外ニ於テ確定スル爲メニ第一四四條第二項ニ依リ破産者自身ニ對シテ破産債權者ハ訴訟ヲ受繼クコトヲ得又他ノ破産債權者又ハ管財人ヨリ異議アルトキハ第一四六條第三項又ハ同第六項ニ從ヒ異議者ニ對シ訴訟ヲ受繼クコトヲ得ルナリ要スルニ破産債權者ハ破産手續ノ規定ニ依ルニ非レハ破産財團ニ對シテ其ノ債權ノ訴追ヲ爲シ之ヲ確定セシムルコトヲ得サルナリ

本條ニハ破産手續ニ依ルニ非サレハ破産財團ヨリ (aus der Konkursmasse) 擔保又ハ辨濟ヲ請求スルコトヲ得スト曰ヘルカ故ニ其ノ反對推理 (Per al. e contrario) ニ依リ破産財團ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ拋棄シ破産者自身ニ對シ訴ヲ起シ破産終結後ニ於テ辨濟ヲ受クルコトヲ主張スルハ破産債權者ノ自由ナリヤ否ヤノ問題アリ故ニ獨逸ニ於ケル多數說トシテハ寧ろ積極說ヲ採リ破産債權者ハ破産手續ニ依リ破産手續ニ參加シ破産財團ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ主張スルモ可ナリ又破産手續ニ參加セス破産外ニ於テ破産者自身ヲ相手取り其ノ權利ノ確定ヲ計リ以テ破産終結後ニ於テ直ニ辨濟ヲ受クコトノ手段ヲ取ルモ可ナリ換言スレハ破産債權者ハ二重ノ權利行使ノ方法 (Doppelverfolgung) ヲ有シ二者ヲ同時ニ行フコトハ之ヲ許サスト雖モ孰レカ一ヲ選擇シテ之ヲ行フコトヲ得又一旦一ノ方法ヲ選擇スルモ之ヲ他ノ方法ニ變更スルコトヲ得ト爲セリ要スルニ獨逸ニ於ケル多數說トシテハ破産債權者ハ必スシモ破産手續ニ

參加スルノ必要ナシ債務者ノ破産手續中ナルニ拘ラス破産手續ニ參加セスシテ破産外ニ於テ破産者ニ對シ訴ヲ起シ破産手續終結後ノ權利行使ヲ確保スルコトヲ得ト爲セリ本說ハ獨破理由書 (Motive II. S. 48) ヲ始メ、Wilimowski § 12 Anm. 2; Petersen-Kleinfeller § 12 Anm. 2; Seuffert KPR. S. 186; Hellwig Anspruch S. 229 等ノ見解ヲ然リトス

然ルニ少數說トシテハ破産債權者ハ破産手續ニ參加スルニ非サレハ破産者ニ對シテモ亦其ノ權利ヲ確定セシムルコト能ハスト爲シ破産外ニ在リテハ破産者ニ對シ訴ヲ提起スルコト能ハスト爲セリ其ノ理由トスル所ハ破産手續ニ參加シ債權調査會ニ於テ破産管財人又ハ他ノ破産債權者ノ異議ナクハ債權確定シ破産者異議ヲ述ヘサルトキハ破産者ニ對シテモ亦債權確定ス若シ破産者異議ヲ述ヘタル場合ニ於テ訴訟繫屬中ナルトキハ破産者ニ對シテ訴訟ヲ受繼クコトヲ得 (第一四四條) 是等ノ規定ハ即チ破産手續中破産外ニ於ケル破産者ニ對スル訴ノ提起ヲ禁スルモノナリト謂フニ在リ (Jaeger § 12 Anm. 6 f.)

予輩ハ獨逸法ノ解釋トシテ寧ろ多數說ニ賛成スル者ナリ蓋シ破産手續ニ參加シテ調査會ニ於テ破産者異議ナキトキハ破産者ニ對シテモ亦債權ノ確定スルハ勿論ナリト雖モ若シ破産者ノ異議アリタルトキハ破産者ニ對シテハ債權確定セス而カモ其ノ際訴訟既ニ繫屬中ナルトキハ第一四四條第二項ニ依リ破産者ニ對シテ訴訟ヲ受繼クコトヲ得即法律カ既ニ破産者ニ對シテ訴訟ヲ受繼クコトヲ認ムル以上ハ未タ訴訟繫屬シ居ラサル場合ニ新ニ訴訟ヲ提起スルコト

モ亦之ヲ認ムルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ破産財團ヨリ辨濟ヲ受ケントセハ破産手續ニ參加スルノ外ナシト雖モ破産手續終結後ニ於テ破産者ニ對シテ執行ヲ爲ス爲メニ今ヨリ債權ノ確定ヲ計ルコトハ法律ハ之ヲ禁止スル必要ナキヲ以テナリ若シ然ラスンハ訴訟未タ繫屬セサル債權ニ付テハ破産者ヨリ異議アリタル場合ニ於テハ破産手續ノ終結ヲ待ツノ外破産者ニ對シテ債權ノ確定ヲ計ル途ナキヲ以テナリ從テ破産終結後ニ於テ破産者ニ對シテ直ニ執行ヲ爲スコト能ハサルヘキヲ以テナリ又法律ハ現ニ破産手續中ハ破産者ニ屬スル破産財團及其ノ他ノ財産ニ對スル執行ハ之ヲ禁止スト雖モ(第一四條)破産財團以外ノ財産ヨリ辨濟ヲ受クル目的ヲ以テスル訴ノ提起ヲ禁止スル法文ノ根據ハ之ヲ見出スコト能ハサルヲ以テナリ

二 比較法 埃新破第六條第一項ハ又本條ト同趣旨ニシテ破産財團ヨリ擔保又ハ辨濟ヲ請求スル訴訟ハ破産宣告後ニ在リテハ破産者ニ對シテハ之ヲ繫屬セシメ又ハ繼續スルコトヲ得スト曰ヘリ然レトモ同第三項ニ依リ破産財團ニ關係ナキ人的給付(persönliche Leistung)ヲ請求スルハ破産手續中破産者ニ對シ又ハ破産者ヨリ其ノ訴訟ヲ繫屬セシメ又ハ繼續スルコトヲ得ト曰ヘリ

勾破第一〇條、第八九條第七號ハ破産債權ニ付テハ訴訟既ニ繫屬中ナル場合ト雖モ届出ヲ爲シテ破産手續ニ參加スヘキ旨ヲ規定セリ

丁破第七條ハ破産財團ニ對スル請求ハ總テ之ニ對シテ請求スヘキモノト爲シ唯破産者ニ對

シテ人的ニ請求スルモノハ破産者ニ對シ訴フルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ

和蘭破第二六條ハ破産財團ヨリ義務ノ履行ヲ請求スル訴ハ破産手續中調査及確定ノ爲メニ届出ヲ爲スニ依ルノ外破産者ニ對シテ之ヲ提起スルコトヲ得スト曰ヘリ又同第二九條ハ破産債權ニ關スル訴訟ニシテ破産宣告ノ際繫屬セルモノハ届出ニ付異議アリタル場合ニ於テノミ之ヲ繼續スルコトヲ得且ツ此ノ場合ニ於テハ異議者カ破産者ニ代リ訴訟當事者トナルト曰ヘリ

我舊商法ニハ本條ニ該當スヘキ規定ナシ然ラハ我舊商法ハ如何ニ解説スヘカ之ニ付テハ拙著研究第三卷一二〇頁以下ヲ參照スヘシ

然ルニ我破草第八條ハ「破産債權者ハ破産手續ニ依ルニ非サレハ其權利ヲ行フコトヲ得ス但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」ト曰ヒ獨法ヨリモ廣ク規定セルカ故ニ破産手續中破産者ニ對シ新ニ訴ヲ起スコトハ之ヲ禁止スルモノト謂フヘキナリ

第十三條 破産者ニ對スル讓渡禁止(Veräußerungsverbot)ニシテ民法第三百三十五條及第三百三十六條ニ掲クル種類ノモノハ破産債權者ニ對シテ無効トス但シ不動産ニ對スル強制執行ニ依リ爲シタル差押ハ此限ニ在ラス』

一 原則 民法第一三五條ニ規定シタル讓渡禁止ハ一定ノ人ノ利益保護ノ爲メニ法律カ設ケタ

ル讓渡禁止ニシテ即チ法定讓渡禁止(ein gesetzliches Veräußerungsverbot)ナリ而シテ一定ノ人ノ利益ノ爲メニスルカ故ニ關係的禁止(relative Verbote)ニシテ絶對的禁止(absoluto Verbote)ニ非ス

民法第一三六條ニ規定シタル讓渡禁止トハ裁判所又ハ他ノ官廳ヨリ其管轄内ニ於テ發シタル讓渡禁止ニシテ例ハ民訴第九三五條以下ニ規定セル假處分(einstweilige Verfügung)命令ノ如キ即チ是ナリ

右民法ノ規定ハ何レモ一定ノ當事者(Bestimmte Person)ノ利益保護ノ爲メニ設ケタル讓渡禁止ニシテ箇箇ノ強制執行(Einzelexécution)ノ場合ニ在リテハ其ノ效力ヲ有セシムト雖モ總債權者ノ爲メニスル一般的強制執行(Generalexécution)即チ破産ノ場合ニ在リテハ總債權者ヲ平等ニ取扱フ爲メニ特定ノ債權者ノ爲メニスル利益保護ヲ認メス其ノ讓渡禁止ヲ以テ破産債權者ニ對シテハ之ヲ無効トセルナリ

破産債權者ニ對シテ(den Konkursgläubigern gegenüber)無効トセル結果トシテ破産管財人カ讓渡禁止ノ財産ニ對シテ處分ヲ爲スモ總テノ人ニ對シテ有效トス又其ノ處分ニ因リ不行爲ヲ生スルコト無シ蓋シ管財人ハ之ヲ處分スル權能ヲ有スレハナリ(民法第八二三條)

又本條ハ唯リ破産債權者ノ利益ニ於テノミ讓渡禁止ヲ無効ト爲スモノニシテ破産者ノ利益ニ於テモ亦之ヲ無効ト爲スモノニ非ス故ニ管財人カ當該目的物ヲ破産財團以外ニ放任シ(Freih-

gabe)タルトキ又ハ破産終結後ニ在リテハ(第一九二條、第二〇六條)讓渡禁止カ更ニ其效力ヲ表ハスニ至ルヘキナリ

若シ夫レ一定ノ當事者ノ私益保護ノ爲メニ非ス公益ノ爲メニ(im öffentlichen Interesse)發セラレタル禁止規定ニ在リテハ絶對的禁止(absolutes Verbote)ニシテ破産管財人カ之ニ反對シタル處分ヲ爲スモ始メヨリ各人ニ對シテ無効タルナリ(民第一三四條)

以上述フルカ如キ法律又ハ裁判所其他ノ官廳ノ命令ニ依ラス單ニ當事者ノ法律行爲(Rechtsgeschäfte)例ハハ契約又ハ遺言ニ依リテ讓渡禁止ヲ爲スモ是唯其當事者間ニ於テノミ有效ニシテ第三者ニ對スル拘束力ナキハ勿論トス(民第一三七條參照)

二 例外 強制競賣(Zwangsversteigerung)又ハ強制管理(Zwangsverwaltung)ノ目的ノ爲メニスル土地ノ差押(Beschlagnahme)及ヒ強制競賣ノ目的ノ爲メニスル登記アル船舶ノ差押ハ當該執行債權者ノ利益ノ爲メニ民法第一三六條ノ意義ニ於ケル債務者ニ對スル讓渡禁止ノ效力ヲ生スルモノナリ(一八九七年三月二四日不動產強制競賣及強制管理法第二〇條以下、第一四六條、第一六二條、民訴第八六四條、第八七〇條第二項)而シテ不動產ノ差押(Beschlagnahme)ハ恰モ動產ニ對スル執行ニ於ケル差押(Pfändung)ト同一ノ地位ニ在リ故ニ債務者破産ノ場合ニ於テ其ノ效力ヲ持續セシムル必要アリ然ルニ不動產ノ差押ハ動產ノ差押ノ如ク質權(Pfandrecht)ヲ生セス是レ蓋シ土地登記簿法(Grundbucheintrag)ノ原則ヲ破壞スルコト無クシテ質權

ヲ設定スルコト能ハサルカ故ナリ故ニ其ノ效力ハ執行手續ト共ニ消滅ス即チ破産開始ニ因リ執行手續ハ破産手續ニ吸収セラレ其效力消滅スヘキナリ(Wilmowski § 13 Anm. 2)然レトモ法律ハ動産差押債権者(Pfändungspfandgläubiger)ト均シク不動産差押債権者(Beschlagnahmegläubiger)ニ別除ノ效力(Absonderungskraft)ヲ有スル優先権(Befriedigungsvorrecht)ヲ與フ (§ 10 Nr. 5 u. 6 § 163 ZVG, § 47 KO) 故ニ破産手續開始後ニ於テモ不動産差押ニ因リテ生シタル讓渡禁止ノ效力 (§ 23 I I ZVG) ヲ持續セシムル必要アリ是レ本條末段ノ規定アル所以ナリ然レトモ不動産差押債権者ノ別除權ハ本條ニ依リテ生スルニ非スシテ § 10 Nr. 5 ZVG 及 § 47 KO ニ依リテ生スルナリ

尙ホ右ノ效力發生ノ要件トシテハ破産宣告前ニ差押(Beschlagnahme)アリタルコトヲ要ス破産開始後ニ在リテハ別除權ヲ發生セシムルコト能ハス(第一五條)

要スルニ破産宣告前ノ不動産差押ニ在リテハ本條末段ニ依リ破産債権者ニ對シテ有效ニシテ第一四條ノ制限ヲ受クルコト無ク債務者ノ破産宣告アリタルニ拘ラス其ノ破産手續ニ關係無ク別除權者トシテ其ノ執行手續ヲ續行スルコトヲ得ルナリ(第四條第二項)

三 比較法 奥破新第一二條ニ依レハ破産宣告前最後ノ六十日內ニ執行(Exekution)ニ因リ別除權ヲ得タルトキハ公課ノ爲メニスルモノノ外ハ破産宣告ニ因リテ消滅スルモノトセリ然レトモ破産カ若シ同新破第一六六條所定ノ原因ニ依リ廢止セララルトキハ別除權ハ再ヒ其ノ效

カヲ恢復スルモノトセリ

本條ハ固ト獨逸民法カ規定セル一定ノ當事者ノ保護ノ爲メニスル讓渡禁止(Veräußerungsverbot)カ破産開始後ニ於テ破産債権者ニ對シテ其ノ效無キ旨ヲ規定シタルモノニシテ獨逸民法ノ如キ讓渡禁止ノ規定ナキ國ニ在リテハ本條ノ如キ規定ヲ設クル必要ナシ故ニ他國ニハ本條ニ該當スルカ如キ規定ナシ唯破産宣告前ニ於ケル執行ノ效力ニ關スル規定ハ他國ニモ其ノ例アリ右ニ掲クル奥國立法ノ如キ即チ是ナリ

我破草第七一條ハ破産宣告前着手セル執行手續ヲ中止スル旨ヲ規定セリ

第十四條 破産手續ノ繼續中ハ箇箇ノ破産債権者ノ利益ノ爲ニ破産財團ニ屬スル財産又ハ破産者ニ屬スル其ノ他ノ財産ニ對シ假差押(Arreste)及強制執行(Zwangsvollstreckungen)ヲ爲スコトヲ得ス

破産財團ニ屬スル土地並ニ土地又ハ登記アル權利ノ上ニ破産者ノ爲ニ登記セラレタル權利ニ關シテハ破産手續ノ繼續中ハ箇箇ノ破産債権者ノ利益ノ爲ニ假處分ニ基ク假登記(eine Vormerkung)ヲ爲スコトヲ得ス船舶質權ニ關スル假登記ニ付亦同シ』

一 說明 一般的執行(Generalexekution)タル破産手續一旦開始セララルトキハ債権者平等ノ

原則 (Grundsatz der par condicio creditorum) に基キ破産財團ハ公平ニ破産債権者間ニ配當セラルヘキモノトス仍テ破産財團ニ對スル箇箇ノ破産債権者ノ假差押又ハ強制執行ヲ禁シタルモノトス破産宣告前ニ既ニ成シタル假差押又ハ強制執行ハ否認權ノ問題ハ別トシテ其ノ效力ヲ持續スルモノトス

又破産財團以外ノ財産ニ對シテモ亦執行ヲ禁スル所以ハ破産者ヲシテ其ノ自由財産ニ依リ新ニ事業ヲ經營セシメ又ハ生計ノ資料ヲ得セシメントスルニ當タリ箇箇ノ破産債権者力之ニ對シテ執行ヲ爲ストキハ法律ノ企圖シタル其ノ目的ヲ達セシムルコト能ハサルカ故ナリ然ラハ破産財團以外ノ自由財産殊ニ破産宣告後取得セル所謂新得財産 (Neuerwerb) ニ對シテ第二破産 (zweiter Konkurs) ヲ申立ツルコトヲ得ヘキヤ否ヤノ問題ニ付テハ學者間ニ大ニ異論アリト雖モ第二破産ノ申立ハ之ヲ許スト解スルヲ正當トシ且ツ其ノ申立ハ第一破産宣告後新ニ發生シタル所謂新債権者ノミナラス第一破産ニ參加シ得ヘキ破産債権者即チ舊債権者モ亦之ヲ爲シ得ルモノト解スヘキナリ其詳細ハ拙著研究第四卷一〇七頁以下參照スヘシ

二 假登記ノ禁止 民法第八八三條ニ依レハ土地又ハ土地負擔權 (das Grundstück belastende Recht) ノ上ニ存スル權利ノ設定又ハ消滅ニ關スル請求權ヲ保全スル爲メ又ハ斯カル權利ノ内容若クハ順位ノ變更ヲ請求スル權利ヲ保全スル爲メ土地登記簿ニ假登記 (Vormerkung) ヲ請求スルコトヲ得ルモノト爲セリ而シテ斯カル假登記ハ民法第八八五條ニ依リ假處分 (einstweilige Verfügung)、相手方ノ同意又ハ場合ニ依リ職權ニ因リテ之ヲ爲スナリ然ルニ破産宣告前ニ於ケル假登記ハ破産宣告後ニ於テモ尙ホ其ノ效力ヲ持續セシムト雖モ(尤モ否認權ノ問題ハ別トシテ)破産宣告後ニ於テハ斯カル假登記ヲ爲スコトヲ得サルモノトセリ是レ其ノ保全セラレタル請求權ノ内容ニ從ヒ假登記ニ因リテ第二十四條ニ依リ或ハ取戻權(所有權假登記ノ場合 Eigentumsvormerkung) ヲ生シ或ハ別除權(質權假登記ノ場合 Pfandvormerkung) ヲ生スルニ至ルヲ以テナリ

而シテ假登記ハ又登記アル船舶ニ對スル質權 (Schiffspfandrecht) ニ付テモ亦之ヲ爲ス(民第一二五九條以下、非訟事件手續法第一〇〇條以下)而シテ此場合ノ假登記ハ船舶又ハ船舶股分 (Schiffspart) ニ對スル質權設定請求權ノ保全ノ爲メニ之ヲ爲スナリ(民第一二六〇條、第一二七二條、商第五〇三條)而シテ斯カル假登記モ亦破産宣告後ニ在リテハ之ヲ有效ニ爲スコトヲ得サルモノトセリ

尙ホ本條第一項ハ破産財團以外ノ所謂自由財産ニ對スル假差押及強制執行ヲモ禁スト雖モ第二項ハ自由財産ニ關スルモノハ關係無ク單ニ破産財團ニ屬スル財産ニ關スルモノトス蓋シ第二項ハ假處分ニ關スルモノナルカ故ニ自由財産殊ニ破産宣告後其ノ手續中破産者カ新ニ取得セル土地ニ關シテハ假登記ヲ爲スコトヲ妨ケサルナリ法文ニハ土地ニ付テノ「破産財團ニ屬スル土地」ト明言セルモ船舶又ハ土地負擔ノ權利 (Liegenschaftsrecht) ニ付テモ亦同一ニ

解シ破産財團ニ屬スルモノノミニ限ルヘキモノトス(Jaeger § 14 Anm. 33)

尙ホ假登記カ破産者ノ同意ニ出ツルモノナルトキハ第七條ニ依リ破産債權者ニ對シ無効トナルナリ

三 比較法 破産宣告後破産者ノ取得セル所謂新得財産(Zeuerwerb)モ亦破産財團ニ吸收スル立法主義ヲ採ル國ニ在リテハ其ノ範圍ニ於テハ箇箇ノ強制執行ナルモノヲ認ムルノ餘地ナキノミナラス又第二破産ナルモノヲ認ムルノ餘地ナシ

又或國ノ破産法ハ破産者ノ人身拘禁(Personliche Schuldhaf)ハ破産宣告ニ因リ之ヲ解止スヘキコトヲ規定ス白商第四五三條第一項、和蘭破第三三條及第八七條ノ如シ

破産財團ニ屬スル財産ニ對スル箇箇ノ強制執行ノ禁止ハ何レノ國ノ破産法ニ於テモ亦之ヲ認ム例ヘハ佛商第四四三條、佛裁判上清算法第五條、白商第四五三條、第四五四條、和蘭破第三三條、埃新破第一條第二項、第一二條、匈破第一二條、第一三條、瑞西第二〇六條、丁抹第一〇條、英一九一四年法第九條、我舊商第九八五條第三項、第九八七條ノ如キ是ナリ

我破草第八條ハ破産債權者ハ破産手續ニ依ルニ非サレハ其權利ヲ行フコトヲ得スト規定シ破産債權者ハ破産財團ニ屬スル財産ニ對シ當然強制執行ヲ爲スヘカラサルコトヲ示シ又其ノ第七一條ニ於テ破産宣告前ニ破産債權者カ破産財團ニ屬スル財産ニ付キ強制執行ニ着手シタルトキハ其ノ手續ヲ中止スヘキ旨ヲ規定セリ

第十五條 破産財團ニ屬スル財産ニ對スル權利竝ニ其ノ財産ニ對スル優先權及留置權ハ破産手續開始後ニ在リテハ破産債權者ニ對シ有效ニ之ヲ取得スルコトヲ得ス其ノ取得カ破産者ノ法律行爲ニ因ラサルトキ亦同シ但シ民法第八七

八條、第八九二條、第八九三條及第一二六〇 第一項ノ規定ハ影響ヲ受クルコト無シ』

一 原則 本條ハ破産手續開始後ニ在リテハ破産財團ニ屬スル財産ニ付キ縱シ破産者ノ行爲ニ依ラストモ別除權又ハ取戻權カ破産手續ニ對シ有效ニ成立スルコトヲ防止シタルモノナリ是レ破産財團ハ破産債權者ノ共同ニシテ且ツ平等ナル辨濟(Gemeinschaftlichen und gleichmä-ssigen Befriedigung)ノ資リ供スヘキモノナルヲ以テナリ尤モ取引ノ安全ヲ保障スル爲メニ末段ニ幾分ノ例外ヲ認メタリ

先ツ本條ノ適用無キ限界ヲ云ヘハ(イ)破産者ノ破産宣告後ノ處分行爲ハ第七條ニ依リ既ニ破産債權者ニ對シ無効トス(ロ)破産手續中ニ於ケル破産債權者ノ執行行爲モ亦無効ナルコトハ第一四條ニ依リ明カナリ(ハ)破産宣告前ノ權利取得ハ第二九條乃至第四一條ノ否認權ノ規定ニ依リ之ヲ否認スルコトヲ得故ニ是等ハ本條ノ適用外ナリ

次ニ本條ノ内容ヲ述ヘンニ本條冒頭ニ所謂破産財團ニ屬スル財産ニ對スル權利(Rechte

an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen) トハ所有權ハ勿論財產ニ對スル總テノ種類ノ權利ヲ包含ス例ヘハ抵當權(Hypothek)土地債務(Grundschuld)定期地債(Pentenschuld)土地負擔(Reallast)質權(Pfandrecht i. e. S.)地役(Dienstbarkeit)地上權(Erbbaurecht)ノ加キ皆然リ又法文ノ財產(Gegenstände)ト云フ言葉ハ廣キカ故ニ單ニ有體物ノ上ノ權利ノミナラス權利ノ上ノ權利(Rechte an Rechten)例ヘハ權利質ノ如キモ亦包含ス

優先權(Vorzugsrecht) トハ第四九條第一號ニ所謂公課ノ類ヲ云フ(第四九條第二項)尙ホVorzugsrechtノ用語ニ付テハJaeger § 61 Einleitung 參照

留置權(Zurückbehaltungsrecht)トハ破産手續ニ於テ別除權トシテ取扱フ所ノ留置權(Retentionsrecht)ヲ云フ(第四九條第一項第一號第三號第四號)

尙ホ本條ノ適用ニ入り破産債權者ニ對抗シ得サル破産宣告後ノ權利取得ニシテ破産者ノ行為ニ因ラサルモノトハ例ヘハ法律當然ノ效力トシテ所謂法定質權(Gesetzliches Pfandrecht)ヲ取得スル場合ノ如キ又ハ取得時効(Ersitzung)若クハ遺失物拾得(Funderwerb)ノ場合ノ如キ是ナリ

條件成就ニ因リ破産宣告後ニ於テ權利ノ取得アル場合ハ本條ノ適用ニ入ルヤ否ヤヲ稽フルニ例ハ停止條件附ニテ破産者カ破産宣告前ニ權利ノ讓渡又ハ設定ヲ爲シ破産宣告後ニ於テ條件成就シ相手方權利ヲ取得シタルトキノ如キハ之ヲ有效トシ取戻權又ハ別除權ヲ與フヘキヤ

否ヤ又例ハ解除條件附ニテ破産者破産宣告前ニ權利ヲ取得シタル場合ニ破産宣告後條件成就シ相手方其ノ權利ヲ恢復シ(民第一五八條)破産財團ハ其ノ權利ヲ失フニ至リタルトキノ如キハ相手方ノ權利恢復(取得)ヲ有效トシ破産財團ニ對シ取戻權又ハ別除權ヲ行ハシムヘキヤ否ヤノ問題アリ此問題ニ付テハ民第一六一條第一項後段ニ於テ破産管財人カ條件成否未定ノ間ニ條件付權利ヲ更ニ處分シテ他ニ讓渡シタル場合ニ條件成就スルトキノハ破産管財人ノ其ノ處分行爲ハ無效ノ旨ヲ規定セルニ由リテ之ヲ觀レハ條件成就ニ因リテ取得セル相手方ノ權利ハ破産財團ニ對シテモ亦有效ナルモノト解シタルカ故ナルヘシ然ラハ則チ條件成就ニ因リ破産宣告後權利ヲ取得セル場合ハ本條ノ適用ナキモノト謂フヘシ(Jäger § 15 Anm. 15; Wilmsowski § 15 Anm. 5)

附合(Verbindung)又ハ混和(Vermischung)ノ場合ニ在リテハ自然狀態ノ變更ニ依リ破産者ノ從來ノ所有權カ單ニ共有狀態ニ於テ繼續スルニ過キス(民第九四六條乃至第九四九條)又加工(Verarbeitung)ノ場合ニ在リテハ破産財團ニ屬スル財產ノ上ニ權利ヲ取得スルニ非ス舊物消滅シテ新物生スルナリ(民第九五〇條)而シテ是等ノ場合ニ在リテハ若シ破産財團カ損失ヲ被ムルトキノ其ノ賠償ヲ受クルカ故ニ結局破産財團ハ減少セララルルコト無キナリ(Wilmsowski § 15 Anm. 11)

二 例外 本條末段ニ規定シタル例外ニ二種アリ是何レモ取引ノ安全(Sicherheit des Rechts-

verkehrs)ヲ保護センカ爲ナリ

(1) 登記ノ承認(Eintragsbewilligung) 破産者カ破産宣告前ニ土地登記簿(民第八七八條)又ハ船舶登記簿(民第一二六〇條第一項)ニ於ケル登記ヲ承諾シタル場合ニ於テ其ノ登記ノ實施前ニ破産宣告アリタルニ拘ラス其ノ承諾カ破産宣告前ニ破産者ニ拘束力ヲ有シ(民第八七三條第二項、第八七五條第二項)且ツ登記官廳(Grundbuchamt oder Schiffsregisterbehörde)ニ登記ノ申立カ提出セラレタルトキハ其ノ登記ノ承認ヲ以テ有效ト爲ス是レ蓋シ既ニ登記ノ申立アリテ事件カ當事者ノ手ヲ離レ單ニ官廳ノ登記ノ實行行爲ノミトナリタルカ故ニ之ヲ保護スル必要アルニ依ルナリ

(2) 土地登記簿ノ公信力(öffentliche Glaube) 破産宣告カ登記簿ニ依リテ未タ之ヲ知ルコトヲ得ス(第一二三條)且ツ第三取得者破産宣告ノ事實ヲ知ラス善意ナリシトキハ登記簿ノ記載ヲ正當トシ之ニ基キ權利ヲ取得シタルモノハ之ヲ有效ト爲スモノトス(民第八九二條)又登記簿記載ノ權利ニ付キ善意ニテ破産者トノ間ニ或行爲ヲ爲シタルモノヲ有效トセリ(民第八九三條)是レ皆土地登記簿ノ公信力ヲ重ニスルカ爲メナリ

三 比較法 佛商第四四八條第二項ニテハ支拂停止後又ハ其前十日內ニ在テハ抵當權其ノ他登記ニ因リテ有效ナルヘキ優先權ニ付テハ其ノ取得ノ日ヨリ十五日ヲ過キサルトキニ限り破産宣告ノ日マテ登記ヲ爲スコトヲ得ルモノトシ之ニ倣ヘルモノハ伊商第七一〇條、諾破第一二八

條我舊商第九九二條トス

填新破第一〇條ニテハ破産宣告後ニ在リテハ有效ニ破産財團ニ屬スル財産ニ付質權又ハ満足權(Befriedigungsrecht)ヲ取得スルコトヲ得ストセリ尤モ同第一三條ニテ不動産上ノ登記ニ付テハ例外ヲ設ケ登記ノ順位カ破産宣告前ノ日附ニ從フ限りハ破産宣告後ニ於テモ登記ハ之ヲ爲シ得ルモノトセリ尙破第一二條ニテモ破産宣告後ハ所有權、質權又ハ留置權ヲ取得スルコトヲ得スト曰ヘリ

我破草ニ付テハ第五五條及第五六條參照其ノ趣旨ハ大體ニ於テ本條ニ同シ

第十六條 破産者カ第三者ト共有組合又ハ他ノ共同關係ニ在ルトキハ其ノ分割又ハ其他ノ財産分離ハ破産手續ニ依ラスシテ之ヲ爲ス

部分共同(Gemeinschaft nach Bruchtheilen)ノ場合ニ於テ共同關係ノ廢止ヲ請求スル權利ヲ永久又ハ一時除斥シ又ハ解約申入期間ヲ定ムルコトアルモ其ノ合意ハ破産財團ニ對シテハ無効トス被相續人カ相續人ノ共同相續ノ爲右ノ旨趣ノ指定ヲ爲シタルトキ亦同シ』

一 説明 破産者ト第三者ト分割スヘキ共同關係(Brechtsgemeinschaft)ニ在ル總テノ場合ニ適用アリ今箇箇ノ場合ヲ觀察センニ

(イ) 婚姻ニ因ル共同關係ニ付テハ第二條ニ既ニ例外的ノ規定アリ唯其ノ共同關係終了後分割未了ノ間ニ破産宣告アリタル場合ニ於テ其ノ分割ニ付テノミ適用アリ

(ロ) 民法ノ組合(民第七〇五條以下)、合名會社(商第一〇五條以下)、合資會社(商第一六一條以下)及共同相續(Miterbengemeinschaft)(民第二〇三二條以下)ノ場合ニ於テ組合員社員又ハ共同相續人ノ持分ハ之ヲ差押ユルコトヲ得ヘク從テ破産財團ニ屬スルモノトス(第一條第一項)然レトモ本條ノ意味ニ於ケル分割ノ生スルハ共同財產(Gemeinschaftsvermögen)其ノモノカ例ハ組合財產トシ(第二一三條)合名會社又ハ合資會社トシ(第二〇九條以下)又ハ相續財產(Nachlass)トシテ(第二一四條以下)自ラ破産ノ宣告ヲ受クルコト無キ場合ニ限ル何トナレハ共同財產其ノモノカ破産ノ宣告ヲ受クルトキハ之ヲ特別ニ管理及處分シ其ノ財產ヲ以テ其ノ負擔ヲ辨濟スル必要アルニ依ルナリ然リ而シテ民法第七〇五條ニ依リテ成立スル組合財產ニ付テハ破産宣告ヲ爲スコト無シ(Jaeger § 16 Anm. 4)

(ハ) 匿名組合ニ於テ營業者又ハ匿名組合員カ破産ノ宣告ヲ受クルトキハ同シク財產ノ分割(Auseinandersetzung)ヲ生ス(商第二四〇條、民第七二八條)

(ニ) 法人例ハ社團法人(eln eingetragene Verein)、株式會社、有限責任會社又ハ登記アル組合(eine eingetragene Genossenschaft)ノ社員、株主又ハ組合員等カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ本條ノ適用ナシ何トナレハ法人ノ財產ハ社員、株主又ハ組合員等ノ共同ノ財產 (Re-

meinschaftliche Vermögen)ニ非サレハナリ

分割(Auseinandersetzung)ノ方法ハ破産法ノ規定スル所ニ非スシテ破産外ニ於テ各其ノ法規ニ從フテ之ヲ行フ

二 第二項 破産者カ部分共同(Gemeinschaft nach Bruchteilen)又ハ共同相續(Erbengemeinschaft)ノ關係ニ在リタル場合ニ於テハ破産者ノ其ノ持分ハ民第七四七條、第七四九條、民訴第八五七條若クハ民第二〇三三條、民訴第八五九條ニ依リテ之ヲ差押フルコトヲ得從テ其ノ持分ハ破産財團ニ屬ス(第一條)而シテ民第七四九條若クハ民第二〇四二條ニ依リ共同持分所有者ハ共同關係ノ廢止ヲ請求シ得ルモノナリト雖モ契約又ハ遺言ニ依リ本條第二項ニ示ス如ク其ノ除外又ハ制限ヲ定ムルコト無キニ非ス然レトモ共同關係廢止請求權ノ永久的又ハ一時的ノ除外又ハ制限ハ破産財團ニ對シテハ其ノ效ナキモノトセリ是レ持分所有者ノ債權者保護ノ爲メニ設ケタル規定ニシテ破産手續以外ニ於テモ既ニ民第七五一條第二項、第一二五八條第二項、第二〇四四條第一項ニ於テ差押債權者ノ保護ノ爲メニ同趣旨ノ規定ヲ設ケタリ本條第二項ハ畢竟破産債權者保護ノ爲メニ同趣旨ノ規定ヲ擴張シタルニ過キササルナリ然リ而シテ破産管財人ハ契約又ハ遺言ニ依ル分割ヲ爲ササルコトノ定ニ拘束セラレヌシテ即時ノ分割ヲ請求スルコトヲ得ルナリ

三 比較法 匈破第五一條ハ本條及第五二條ヲ合併シテ規定セリ我破草第四四條第一項ニモ本

條ト略ホ同趣旨ノ規定ヲ爲セリ尙ホ第五一條ノ比較法ヲ參照スヘシ

第二章 法律行爲ノ履行

(Erfüllung der Rechtsgeschäfte) (第一七條乃至第二八條)

第十七條

雙務契約カ破産手續開始ノ當時破産者又ハ其ノ相手方ヨリ履行セラレズ又ハ完全ニ履行セラレサルトキハ破産管財人ハ破産者ニ代リ契約ヲ履行シテ相手方ノ履行ヲ請求スルコトヲ得

破産管財人ハ履行ノ期限未タ到ラサルトキト雖相手方ノ請求ニ依リ自己カ相手方ニ對シ履行ヲ請求スルヤ否ヤヲ遲滯ナク表示スルコトヲ要ス若シ其ノ表示ヲ怠ルトキハ履行ヲ主張スルコトヲ得ス

一 説明 雙務契約ニ付テハ破産外ニ於テモ所謂同時履行ノ原則ヲ認メ相手方カ反對給付ノ提供ヲ爲スマテハ一方ノ當事者ハ自己ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ルモノトセリ (民第三三二條以下) 本條ハ破産ノ場合ニ於テ同様ノ保護ヲ爲サントスルモノニ外ナラス即チ本條ハ破産管財人ニ履行ト不履行トノ間ニ選擇ヲ爲スコトヲ得セシメ且ツ其選擇ハ相手方ノ請求ニ依リ遲滯ナク之ヲ決定セシムルモノトシ若シ管財人カ相手方ニ對シ履行ノ請求ヲ爲ストキハ自己モ亦完全

ニ其ノ履行ヲ爲スコトヲ要スルモノトセリ而シテ此場合ノ相手方ノ債權ハ財團債權トナルモノナリ (第五九條第二號) 而シテ履行ノ表示ハ過失ナク (ohne schuldhaftes Versäumnis) 之ヲ爲スコトヲ要シ沈黙ハ拒絕ニ均シク又遲クレテ表示ヲ爲ストキハ其ノ過失ナカリシコトヲ證明セサルベカラス (Jaeger § 17 Anm. 41)

若シ管財人カ不履行ヲ選擇シタルトキハ相手方モ亦其ノ義務ヲ免ル然レトモ若シ不履行ノ爲メ損害ヲ生シタルトキハ相手方ハ第二六條ノ範圍ニ於テ破産債權者トシテ其ノ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得而シテ契約ハ解除セシムルコト無シ (第二六條)

又相手方ハ既ニ給付ヲ爲シ破産者ノ有ニ歸シタル財産ニ付取戻權ヲ主張スルコトヲ得ス是レ猶ホ箇箇ノ強制執行ニ於テモ民訴第七七一條ニ依リ異議ヲ述フルコト能ハサルト同一ナリ (Jaeger § 17 Einl.)

二 比較法 外國多數ノ立法例ハ獨法ト同シク破産管財人ニ履行スルヤ否ヤニ付選擇權ヲ認ム然レトモ佛國及白耳義ノ如キハ雙務契約ニ關シ一般的ノ規定ナク民法商法中ノ他ノ規定ヲ類推シテ其ノ解釋ヲ定メツツアリ (「リオンカン」商法全書三版八卷八八八號)

換新破第二一條第一項乃至第三項モ管財人ニ選擇權ヲ與フ唯換法ニテハ破産管財人カ不履行ヲ選擇シタルトキハ契約解除 (Rücktritt) トナル旨ヲ明言セリ尙破第二〇條ハ獨本條ト同趣旨ナリ

和蘭破第三七條ハ催告後八日間 (Bedenkzeit) ニ管財人ハ履行スルヤ否ヤノ意思ヲ表示スヘキモノトシ沈黙ノトキハ契約終了トセリ丁抹破第一六條ハ催告後三週間ニ意思ヲ表示スヘキモノトシ沈黙ノトキハ拒絶ト看做セリ又英破一九一四年法第五四條第四項ニテハ催告後二十八日間又ハ裁判所ノ延長シタル期間ニ意思ヲ表示スヘキモノトシ沈黙ノトキハ管財人ハ契約ヲ承認シタルモノトス又瑞西債務法第九八條並ニ執行及破産法第二二一條第二項ニテハ破産管財人カ契約ヲ承認セルト否トヲ問ハス破産者ノ相手方ハ破産財團ヨリ擔保ヲ供スルニ非スンハ給付ヲ拒ム權 (Leistungsverweigerungsrecht) アルモノトセリ

然リ而シテ我舊商第九九三條ニテハ契約當事者雙方ヨリ無賠償ニテ解約ヲ申入ルルコトヲ得ルモノトセリ之カ立法論ニ付テハ拙著講義一八四頁參照

又我破草第五九條及第六〇條ハ本條ト異ナリ解除トセリ又我草案ハ壞法ト同シク管財人運滞ナク確答ヲ爲ササルトキハ契約ノ解除ヲ爲シタルモノト看做スト明言セリ尙ホ第六一條ニ於テ解除ニ因リ生シタル損害ノ賠償ニ付キ破産債權者トシテ其ノ權利ヲ行フコトヲ得ヘキ旨ヲ明言セリ又第六二條ハ相手方ニ其給付シタルモノノ返還請求權ヲ與フ

第十八條 市場又ハ取引所ノ相場アル商品ニ付一定ノ時期若ハ一定ノ期間内ニ引渡ヲ爲スヘキコトヲ約シタル場合ニ於テ破産手續開始後其ノ時期到來シ若

ハ其ノ期間經過スヘキトキハ各當事者ハ其ノ履行ヲ請求スルコトヲ得スシテ單ニ不履行ニ因ル債權ノミヲ主張スルコトヲ得

前項ノ債權額ハ履行地又ハ其ノ地ノ相場ノ標準ト爲ルヘキ地ニ於テ破産手續開始後ノ第二ノ營業日ニ約定ノ履行時期ヲ以テ締結セラレタル行爲ヨリ生スル市場又ハ取引所ノ相場ト賣買價格トノ差額ニ依リテ之ヲ定ム

第一項ノ規定ハ前項ノ市場又ハ取引所ノ相場ナキ場合ニハ之ヲ適用セス

一 説明 本條ハ前條ニ對スル例外規定ニ屬シ市場又ハ取引所ノ相場 (Markt-oder Börsenpreis) アル商品ノ賣買契約即チ定期取引 (Fixgeschäft) ニ付キ履行期未タ到ラス破産宣告後ニ於テ其ノ時期到來スヘキトキハ直ニ差額取引 (ein Differenzgeschäft) ニ變史シ當事者間ノ權利義務ヲ定メ以テ各當事者ハ原契約ノ履行ヲ請求スルコトヲ得サルモノトセルナリ蓋シ當事者ハ其ノ差額 (Unterschied) ヲ取得スルトキハ之ニ依リテ以テ直チニ第三者トノ間ニ賣換又ハ買換ノ契約ヲ爲スコトヲ得ヘキヲ以テナリ例ハ賣主破産シタル場合ニ於テ賣買契約締結ノ後市場又ハ取引所ノ相場下落スルトキハ買主其ノ損失ヲ負擔シ差額ヲ破産財團ニ拂込ムヘク之ニ反シテ相場上騰スルトキハ買主之ニ因リテ利益ヲ得ヘク其ノ差額ハ破産債權者トシテ破産財團ニ對シテ其ノ權利ヲ行フコトヲ得ヘシ又例ハ買主破産シタル場合ニ於テ賣買契約締結後取引

所ノ相場下落スルトキハ買主其ノ損失ヲ負擔シ相手方ハ其ノ差額ニ付破産債権者トシテ其ノ權利ヲ行フコトヲ得ヘク之ニ反シテ相場上騰スルトキハ買主タル破産者之ニ因リテ利益ヲ得其ノ差額ハ破産財團ニ屬スル債權トシテ相手方ニ對シテ之カ請求ヲ爲スコトヲ得ヘシ

第二項ニ於テ市場又ハ取引所ノ相場ト賣買價格トノ比較ヲ爲スニ付テハ固ヨリ同種ノ取引 (gleichartiges Geschäft) ニ於ケル價格ノ比較ヲ爲スモノタルコトハ明カナリ而シテ同種ノ取引トハ同種類ノ商品ニ付キ同一ノ時期ニ同一ノ場所ニ於テ履行スルモノヲ指スモノトス (Jaeger § 18 Anm. 23)

又市場又ハ取引所ノ相場ニ付キ破産宣告後ノ第二營業日 (am zweiten Werktag) ノ相場ヲ採ルコトト爲シタル所以ノモノハ破産者ノ相手方ヲシテ破産ノ事實ヲ知り買換又ハ賣換ヲ爲シテ原狀ニ復スル餘地ヲ與ヘシメンカ爲メナリ蓋シ純理ヨリ云ヘハ破産宣告ノ日ノ相場ニ依ルヲ相當トスルカ如キモ當日ハ相手方ニ在リテ未タ破産宣告ノ事實ヲ知ラス又之ヲ知ルモ當日ハ既ニ取引所ハ閉鎖セラレ相手方ニ於テ買換又ハ賣換ヲ爲スコト能ハサル場合多カルヘキヲ以テナリ

又本條ハ法律ノ力ニ因リテ當事者間ノ權利義務ヲ更定スルモノナルカ故ニ强行規定 (zwangsrechtliches Recht) ニ屬シ破産者又ハ其ノ相手方ハ本條以外ニ實際ノ損害額ヲ證明シテ以テ之カ請求ヲ爲スコトヲ得サルナリ又法律カ差額取引ニ變更シテ以テ其ノ解決 (Auflösung des Lieferungsvertrages) ヲ得サルナリ

fernungsgeschäfts in ein Differenzgeschäft) ヲ計リタルモノナルカ故ニ其ノ效力ハ絶對ニシテ破産ノ内外ヲ問ハス法律行爲ノ效力ハ之ニ依リテ定マリ相手方ハ破産外ニ於テ原契約ノ履行ヲ請求スルコトヲ得サルナリ是レ前條ノ場合ニ於テモ亦同一ナリ即チ相手方ハ破産手續終結後ニ於テ原契約ニ基キ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス而シテ破産手續中ハ相手方ハ箇箇ノ強制執行ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論 (第一四條) 又其ノ賠償請求權ハ強制和議ノ效力ニ從フモノトス (第一九二條) (Jaeger § 18 Anm. 19) 尤モ此點ニ付テハ反對說アリテ破産外ニ於テハ本條ニ基カス原契約ノ履行ヲ請求シ得ト爲ス者アリ (Wilimowski § 18 Anm. 6) 然レトモ本條ノ效力ハ強制和議成立ノ場合ニ於テモ其ノ内容ノ基本ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ破産外ニ於テモ本條ニ依リテ當事者間ノ權利義務ハ定マルト解スルヲ正當ト爲スナリ

二 比較法 奧新破第二二條ハ獨本條ト全然其ノ内容ヲ同フス唯獨法カ不履行ニ因ル債權ト云フニ反シ埃法ニテハ不履行ニ因ル損害賠償ノ額 (Betrag des Schadenersatzes) タルコトヲ明言セルノ差異アルノミ

匈破第二一條モ亦獨本條ト全然同一トス唯取引所ノ相場ヲ定ムル法定ノ標準日 (Gesetzlicher Regulierungstag) ヲ匈法ニテハ破産宣告ノ日ト爲シタルノ差異アルノミ

又和蘭破第三八條ハ賠償額ヲ本條ノ如ク抽象的ニ (abstrakt) 之ヲ定メスシテ各場合ノ事狀ニ從フテ定ムヘキモノトセリ

我舊商法ニハ定期取引ニ關シ特別ノ規定ナシ我破草第六三條ハ獨本條ト全然同一ナリ唯取引所ノ相場ヲ定ムル法定ノ標準日ヲ破産宣告ノ日ヨリ起算シ第三日ト爲シタルノ差異アルノ

第十九條 破産者カ貸借又ハ用益貸借シタル目的物ヲ破産手續開始前ニ引渡シタルトキハ相手方又ハ破産管財人ハ其ノ貸借關係又ハ用益貸借關係ノ解約ヲ申入ルルコトヲ得其ノ申入期間ハ特ニ短キ期間ノ定ナキトキハ法定期間ニ依ル若シ破産管財人カ解約ノ申入ヲ爲シタルトキハ相手方ハ解約ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得

一 説明 貸借借(Mietho)又ハ用益貸借(Pacht)ニ對スル破産ノ影響ニ付テハ左ノ如ク場合ヲ別チテ觀察スルコトヲ得先ツ(1)破産者カ賃借人(Mieter)又ハ用益賃借人(Pachter)タル場合ニ於テ破産宣告ノ際(イ)賃借物又ハ用益賃借物カ既ニ破産者ニ引渡(ueberlassen)サレタルトキハ兩當事者ニ解約申入權(Kündigungsrecht)ヲ認メタルモノニシテ即チ本條ノ規定スル所ナリ(ロ)未タ引渡サレサルトキハ賃借人(Vermieter)又ハ用益賃借人(Verpächter)ノミノ一方的ノ解除權ヲ認ム是レ第二〇條ノ規定スル所ナリ次ニ(2)破産者カ賃借人又ハ用益賃借人タル場合ニ於テ破産宣告ノ際(イ)賃借物又ハ用益賃借物カ相手方ニ既ニ引渡サレタルトキハ破産

管財人ハ其ノ契約關係ニ拘束セザルヘキモノトス是レ第二一條ノ規定スル所ナリ又(ロ)賃借物又ハ用益賃借物カ未タ相手方ニ引渡サレサルトキハ破産管財人ニ於テ履行スルヤ否ヤニ付選擇權ヲ有ス是レ既ニ説明シタル第一七條ノ一般規定ニ準據スルモノナリ

然リ而シテ茲ニ問題トスル所ハ本條乃至第二一條ニ規定シタル賃借權(Miethrecht)又ハ用益賃借權(Pachtrecht)ハ破産財團ニ屬スルヤ否ヤノ點是ナリ蓋シ契約ニ於テ第三者ニ引渡スコトヲ許ササル以上ハ賃借物ノ使用ニ對スル賃借人ノ請求權又ハ用益賃借物ノ使用及收益ニ對スル用益賃借人ノ請求權ハ民第五四九條第一項、第五八一條第二項ト民訴第八五一條第一項トノ關係ヨリ之ヲ觀ルトキハ之ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得スシテ從テ差押ユルコトヲ得サル(unpfändbar)モノノ如シ從テ破産財團ニ屬セスト解スヘキカ如シ然ラハ何故ニ茲ニ斯ル規定ヲ設ケタルヤト云フニ縱シ賃借權又ハ用益賃借權ハ之ヲ差押ユルコトヲ得スシテ破産財團ニ屬セストスルモ賃借關係又ハ用益賃借關係ノ將來ニ向テ永ク繼續スルコトヲ避ケ破産財團カ之ヨリ生スル義務ヲ免ルル爲メニ本條以下三箇條ハ汎ク一般ノ規定ヲ爲シタルモノナリトモ解セラレサルニ非ス然レトモ草案理由書及ヒ本新法ノ議事ニ於ケル帝國議會ノ委員ノ報告意見等ニ由リテ之ヲ觀ルニ法律カ汎ク賃借關係又ハ用益賃借關係ニ付茲ニ規定ヲ設ケタル所以ノモノハ新舊法ノ立案者ニ在リテハ何レモ賃借權又ハ用益賃借權カ破産財團ニ屬スルモノトシテ立案シタルモノナリト解スルヲ正當トスルモノノ如シ既ニ破産財團ニ屬スルモノ

トスレハ破産管財人ハ之ヲ換價スルコトヲ要シ(第六條第二項、第一一七條第一項)即チ該契約關係ノ繼續スル間破産財團ノ計算ノ爲メニ之ニ依リ使用收益スルコトヲ要ス又貸貸人又ハ用益貸貸人ノ承諾ノ下ニ之ヲ第三者ニ引渡スコトヲ得ヘシ要スルニ法律カ本條以下三箇條ニ於テ汎ク貸貸借又ハ用益貸貸借關係ニ付キ規定ヲ設ケタル所以ノモノハ貸借權又ハ用益貸借權カ破産財團ニ屬スルモノタルコトヲ前提トスルモノト解スヘキナリ(Wilmowski § 19 Anm. 3; Jaeger § 19 Anm. 1)

尙ホ本條以下三箇條ハ第十七條ニ對スル例外規定トス蓋シ第一七條ハ交換的ノ雙方ノ履行ニ依リ契約直ニ終了スルコト(Zug um Zug erledigt)ヲ豫想スルモ本條以下三箇條ニ在リテハ契約關係ノ永ク繼續スルコト(andauernde Schuldverhältnis)ヲ豫想スルモノナルヲ以テナリ而シテ本條以下三箇條ハ破産債權者ノ一般ノ利益ノ爲メニ速ク契約關係ヲ終了セシムル限度ニ於テハ何レモ強行規定(Zwingendes Recht)ニ屬シ契約ヲ以テ之ヲ變史スルコトヲ許サス尤モ相手方カ解約申入權又ハ解除權ヲ拋棄シ又ハ損害賠償請求權ヲ拋棄スルカ如キハ之ヲ妨ケス

本條ニ於テ破産管財人及ヒ相手方ノ雙方ニ解約權ヲ認メタルハ當事者雙方ノ利益ヲ公平ニ保護シ以テ契約關係ノ速ニ終了スルコトヲ期シタルモノナリ即チ管財人ニ解約權ヲ認メタルハ貸借ヲ契約終了ノ時期マテ持續セシメ財團ヨリ賃金ヲ支拂フハ(第五九條第二號)破産手續

ノ目的ニ反スルコトアルヘキカ爲メニシテ(第三條、第一一七條)又相手方ニ解約權ヲ認メタルハ貸貨物ヲ破産者カ使用スルト管財人カ使用スルトハ大ニ之ヲ異ニシ殊ニ用益貸借ニ在リテハ貸借人ノ人的技能(persönliche Tüchtigkeit)ヲ斟酌シテ貸貸スルコト多キヲ以テナリ(Wilmowski § 19 Anm. 8)

解約申入(Kündigung)ハ契約所定ノ時期前ニ契約ノ終了ヲ來スラ目的トスルモノニシテ解除(Rücktritt)ノ場合ノ如ク(民第三四六條)當事者雙方ヲ契約前ノ状態ニ回復スルコトヲ目的トスルモノニ非ス即チ過去ニ向テ效力ヲ有スルモノニ非スシテ唯將來ニ向テ契約關係ノ解消(Auflösung)及豫期前ノ終了(vorzeitige Aufhebung)ヲ目的トスルモノニ外ナラス而シテ其ノ契約終了ノ效力ハ原契約當事者間ニ於テモ亦之ヲ生スルモノトス而シテ解約申入ハ受領ヲ要スル一方的意思表示(eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung)ニ依リテ之ヲ爲ス(民第一三〇條以下)

法定ノ解約申入期間ニ付テハ民第五六五條、第五八〇條、第五八一條、第五九五條ニ規定セリ然レトモ契約ニ於テ法定ノ解約申入期間ヨリモ短キ期間ヲ定メタルトキハ之ニ依ルコトヲ得ルモノトス

解約申入ニ因ル損害賠償ニ付テハ左ノ如ク區別シテ觀察スヘシ

(1) 破産管財人カ解約ノ申入ヲ爲ストキハ相手方ハ損害ノ賠償ニ付キ破産債權者トシテ其

ノ權利ヲ行フコトヲ得

(2) 貸貸人(用益貸貸人)カ解約ノ申入ヲ爲ストキハ本條ニ依リテ與ヘラレタル權限ニ依リテ之ヲ爲スモノナルカ故ニ破産財團ニモ破産者自身ニモ亦解約申入人自身ニモ損害賠償請求權ヲ生スルコト無シ蓋シ解約申入人自身ニ損害賠償請求權ヲ發生セサルコトハ本條末段ノ反對推理(per argumentum a contrario)ヨリ明カナリ

二 比較法 埃新破第二三條第一項ニテハ破産者カ賃借人タル場合ニハ本條ト同シク管財人及相手方ノ雙方ヨリ賃借借契約(Besitzverhältnisse)ノ解約ノ申入ヲ許シ而カモ損害賠償ノ請求ヲ許ス但賃金ノ前拂アリタル場合ニ於テハ同條第二項ニ依リ其ノ前拂ノ期間經過シ始メテ賃借人ノ解約申入ハ其ノ效力ヲ生スルモノトセリ是レ賃金ノ前拂アル期間ニ付テハ賃借人ヲ特ニ保護スル必要ナシト認メタルニ依ルナリ

匈破第二二條及第二三條ハ獨法ト同シク賃借物ノ引渡アリタルヤ否ヤニ依リテ區別シテ規定セリ而シテ破産者カ賃借人タル場合ニ於テ既ニ引渡アリタルトキハ獨法ト同シク雙方ヨリ解約ノ申入ヲ爲シ得ルモノトセリ尙ホ丁抹破第一七條、和蘭破第三九條ニ於テモ破産者カ賃借人タル場合ニハ管財人及相手方ノ雙方ヨリ解約ヲ爲シ得ルモノトセリ尤モ丁抹法ニテハ解約申入人ハ相手方ニ損害賠償ヲ爲スヘキ旨ヲ明言セリ

我舊商法第九九三條第二項我民法第六二一條ニ於テモ賃借人破産ノ場合ニ解約申入期間ヲ

遵守シテ無賠償ニテ當事者雙方ヨリ解約ノ申入ヲ爲シ得ルモノトナセリ然ルニ我破草ニハ別ニ之ニ付テ規定ヲ設ケス畢竟民法ノ規定ニ從フモノトス唯解除權ノ行使ニ付草案第六〇條第二項ノ規定ヲ設ケタルノミ

佛法ニテハ破産者ノ營業用ノ爲メニ賃借セル不動産ニ付管財人ニ於テ其ノ契約關係ヲ持續シテ之ニ加入スルヤ否ヤヲ考慮スル爲メニ八日ノ期間ヲ存置スルモノトセリ此ノ期間ハ商第四九二條ノ一般債權届出期間ノ經過ト共ニ始マルモノトス而シテ賃借人ハ若シ契約解消ヲ主張セントセハ破産管財人ノ契約加入ノ意思表示以後十四日ノ期間内ニ契約解消ノ訴(Auflösungsklage)ヲ提起スルコトヲ要ス(一八七二年二月十二日ノ新法第四五〇條)

伊商第七〇三條ニテハ不動産賃貸カ破産宣告以後三箇年繼續スヘキトキハ賠償ヲ爲シテ財團ヨリ契約終了ヲ請求シ得ルモノトセリ羅馬尼亞第七二一條ニ於テモ破産宣告以後一年以上繼續スル契約ニ付キ類似ノ規定ヲ爲セリ

瑞西法ノ規定ハ極メテ特殊ノ内容ヲ有ス即チ(1)賃借人破産ノ場合ニ於テ賃金ニ付擔保ヲ供セサルトキハ賃借人ハ解約ヲ請求シ得ルモノトス然レトモ破産財團ハ此ノ權無シ而シテ解約ノ場合ニ當事者雙方トモ損害賠償請求權無シ(債務法第二八八條)(2)用益賃借人破産ノ場合ニ於テハ用益賃借ハ法律ニ因リ破産宣告ト共ニ當然終了ス然レトモ賃金ニ付十分ナル擔保ヲ供スルトキハ用益年期間ノ終了スルマテ賃借人ハ其ノ契約關係ヲ持續スルコトヲ要ス而シテ

當事者雙方ヨリ損害賠償請求權無シ(債務法第三一五條、執行及破産法第二一一條第三項)(3)賃金ノ請求ノ爲メニハ債權者ノ請求ニ依リ支拂命令中ニ於テ解約ヲ以テ之ヲ脅カスコトヲ得殊ニ法定ノ期間經過後債權者カ管轄官廳ニ對シ賃借人又ハ用益賃借人ヲ直ニ排除スルコトヲ請求スルコトヲ得ルニ至ルモノトス(執行及破産法第二八二條)

第二十條 破産者カ賃借又ハ用益賃借シタル目的物ヲ破産手續開始ノ當時未タ引渡ササルトキハ相手方ハ契約ヲ解除スルコトヲ得

相手方ハ破産管財人ノ請求ニ依リ契約ヲ解除スルヤ否ヤヲ遲滯ナク表示スルコトヲ要ス若シ其ノ表示ヲ怠ルトキハ第十七條ノ規定ヲ適用ス』

一 説明 賃借ノ目的物カ未タ引渡(überlassen)サレサルトキハ賃借人(又ハ用益賃借人)ノ人的關係(Personlichkeit)ニ重キヲ置キ賃借人(Vermieter oder Verpächter)ハ契約ヲ解除(Rücktritt)シ得ルモノトシタルナリ

右解除權(Rücktrittsrecht)ハ法定ノ解除權ニシテ契約ニ因ル解除權ノ規定ヲ之ニ準用スルモノトス(民第三四六條以下)

右解除ハ破産管財人ニ對スル受領ヲ要スル一方的ノ意思表示(einsaitige empfangsbedürftige Willenserklärung)ニ依リテ之ヲ爲ス(民第一三〇條乃至第一三二條、第三四九條)而シテ

解除(Rücktritt)ハ解約申入(Kündigung)ト異ナリ當事者相互ニ契約締結當時ノ状態ニ其地位ヲ回復スヘキ義務ヲ發生スルモノニシテ此ノ點ニ於テ既往ニ向テ效力ヲ生ス而シテ相互ニ既ニ受領セル給付ヲ返還スルコトヲ要シ相手方ハ既ニ受領セル前拂賃金ヲ破産財團ニ返還スヘク又之ニ對シテ受領ノ日ヨリ以後ノ利息ヲ附スルコトヲ要ス尙ホ解除ニ因リ損害賠償請求權(Entschädigungsanspruch)ハ解除者ノ爲メニモ亦破産財團ノ利益ノ爲メニモ發生セサルモノトス

管財人ノ請求アリタルニモ拘ラス相手方解除ヲ表示セス又ハ解除ヲ表示スルモ過失ニ因ル遲滯無ク(ohne schuldhaftes Zögern)之ヲ爲ササルトキハ解除權ハ消滅ス而シテ第一七條ノ規定適用セラル即チ破産管財人ハ履行ト不履行トノ間ニ選擇ヲ爲スコトヲ得而シテ管財人若シ履行ヲ拒絶スルトキハ相手方ハ損害賠償請求權ニ付破産債權者トシテ其ノ權利ヲ行フコトヲ得(第二六條第二項)管財人若シ履行ヲ請求スルトキハ相手方ハ反對給付ニ付財團債權者トシテ其ノ權利ヲ行フコトヲ得(第五九條第二號)(Sydow-Busch, § 20 Anm. 4)

二 比較法 匈破第二三條ニテハ破産者カ賃借人タル場合ニ於テ破産開始前ニ賃借物ノ引渡無カリシトキハ相手方ハ契約カ全然之レ無カリシ如ク契約ヨリ離脱スルコトヲ得ト曰ヘリ

我舊商第九九三條第二項、我民第六二二條ハ賃借人カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ付キ規定ヲ設ケタルモ獨法又ハ匈法ノ如ク賃借物ノ引渡アリタルヤ否ヤニヨリテ區別ヲ設ケス唯當事

者雙方ヨリ無賠償ニテ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ我破草ハ前條ノ場合ト同シク民法ノ規定ニ依ルヘキモノトシテ別ニ規定ヲ設ケス唯解除權ノ行使ニ付キ同第六〇條第二項ノ規定ヲ設ケタルノミ

第二十一條

破産者カ賃貸又ハ用益賃貸シタル目的物ヲ破産手續開始前ニ賃借人又ハ用益賃借人ニ引渡シタルトキハ賃貸借契約又ハ用益賃貸借契約ハ破産財團ニ對シテモ亦效力ヲ有ス

土地ノ賃貸又ハ用益賃貸ノ場合及住居又ハ其ノ他ノ居室ノ賃貸ノ場合ニ於テ破産手續開始前ニ破産者カ破産宣告後生スヘキ借賃ニ付定メタル處分 (eine Verfügung) 殊ニ借賃ノ取立ハ其ノ處分カ破産手續開始ノ當時繼續スル曆年四分ノ一及其ノ後ノ曆年四分ノ一 (Kalendervierteljahr) ニ關スルモノニ限リ破産財團ニ對シテ其ノ效力ヲ有ス賃借人又ハ用益賃借人ハ借賃ノ辨濟カ破産財團ニ對シ有效ナルヘキ限度ニ於テノミ破産財團ノ有スル借賃ノ債權ニ付破産者ニ對シテ有スル其ノ債權ヲ以テ相殺スルコトヲ得

破産管財人カ破産者ノ賃貸又ハ用益賃貸シタル土地ニ付任意賣却ヲ爲シタル

トキハ其ノ土地カ破産手續開始前ニ賃借人又ハ用益賃借人ニ引渡サレタルトキニ限リ賃貸借又ハ用益賃貸借關係ニ付強制競賣ト同一ノ效力ヲ生ス

一 說明 破産者カ賃貸人(又ハ用益賃貸人) (Vermieter oder Verpächter) タル場合ニ於テモ亦破産宣告ノ當時目的物ノ引渡アリタルヤ否ヤニ依リテ區別シテ觀察スルコトヲ要ス

(1) 既ニ賃貸物ノ引渡アリタル場合ニ於テハ該契約ハ破産財團ニ對シテモ亦有效ニシテ即チ本條ノ規定スル所ナリ是レ蓋シ賃貸人ノ變更ハ毫モ其ノ契約關係ニ影響ヲ及ス必要ナキヲ以テナリ即チ賃借人ノ人的性質(Personlichkeit) ハ契約ニ關係ナシト認メタルニ依ルモノナリ (民第五七一條以下、第五八〇條、第五八一條、第九八六條) 而シテ箇箇ノ強制執行ニ於テモ賃貸借契約ハ依然有效ナリ(強制競賣法第一五二條第二項) 而シテ一方ニ於テハ破産管財人ハ第一七條ニ基キ契約履行ヲ拒絕スルコトヲ得ス又他方ニ於テハ第一九條ニ基キ當事者雙方カ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得ス而シテ賃貸借契約ノ有效ノ儘管財人ハ之ヲ任意賣却シ又ハ強制競賣ヲ爲スニ至ルモノナリ蓋シ獨民法ハ賣買ハ賃貸借ヲ破壞セス (Kauf bricht nicht Miethen) トノ原則ヲ採用セルナリ(強制競賣法第五七條)

(2) 未タ賃貸物ノ引渡ナキ場合ニ於テハ第一七條ノ通則ニ依ルモノトス即チ賃借人ニ契約履行ヲ強制スル權利ナク又豫期前ニ契約ノ解約申入ヲ爲スコトヲ得ス管財人ニ履行ト不履行トノ選擇權アリ若シ管財人カ不履行 (Nichterfüllung) ニ決定スルトキハ相手方即チ賃借

人ハ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得(第二六條第二項) 若シ管財人カ履行ニ決定スルトキハ 貸貸人トシテノ義務ヲ財團債務(Masseschulden)トシテ履行スルコトヲ要ス(第五九條第二 號)

二 第二項 第二項ハ不動産(Liegenschaften)即チ土地、住居(Wohnräumen)及他ノ居室(Räu- men 例ヘハ厩 Stallungen)ニ關スル契約ニノミ關ス他ノ動産例ハ家具等ノ貸貸ニ關シテハ破 産者カ破産宣告前ニ借貸ニ關シ豫メ爲シタル處分行爲(Vorausverfügung)例ハ前拂(Voraus- zahlung)又ハ借貸債權ノ讓渡(Abtretung)質入(Verpfändung)等ハ破産財團ニ對シ有效ニシ テ破産管財人ヲ拘束スルモノナリ是レ第二項ノ反對推理ヨリ明瞭ナリ

豫前處分(Vorausverfügung)ハ破産宣告ノ當時繼續スル曆年四分ノ一及其ノ後ノ曆年四分 ノ一ノ期間ニ對スル借貸ニ關スルモノハ有效ニシテ爾後ノ借貸(Zins einer späteren Zeit als des bei Konkursöffnung laufenden und des nachfolgenden Kalendervierteljahrs)ニ關ス ル行爲ノミニ限リ財團ニ對シテ無効トス(本條ト類似ノ制限ハ民第五七四條第一項、第一二 四條第二項ニモアリ)而シテ曆年四分ノ一(Kalender-Vierteljahre)ハ一月一日、四月一日、七 月一日及十月一日ニ於テ始マルモノトス

例ハ甲カ大正五年一月一日一年二千圓宛ノ借貸ヲ以テ三年間乙ニ其家ヲ貸貸セリ而シテ同 日其ノ借貸ノ債權全額ヲ丙ニ讓渡セリ而シテ甲ハ大正六年五月一日破産宣告ヲ受ク此ノ場合

ニ於テハ大正五年一月一日ヨリ大正六年九月三十日迄ノ期間ニ對スル借貸三千五百圓請求ノ 債權ノ讓渡カ有效ニシテ残りノ期間ニ對スル借貸ノ債權ノ讓渡ハ無効ナリトス仍テ乙ハ其ノ 殘額二千五百圓ヲ財團ニ拂込ムコトヲ要ス蓋シ此ノ場合ニ於テハ破産宣告ノ當時繼續セル曆 年四分ノ一(das laufende Kalendervierteljahr)ノ期間トハ四月一日ニ始マリ六月三十日ニ終 ル期間ヲ云ヒ又其ノ後ノ曆年四分ノ一ノ期間(das folgende Kalendervierteljahr)トハ七月一 日ニ始マリ九月三十日ニ終ル期間ヲ云フ故ニ此二期ニ對スル借貸及既ニ經過セル期間ニ對ス ル借貸ノ處分行爲ノミ有效ニシテ爾後ノ期間ニ對スル借貸ノ處分行爲ハ財團ニ對シ無効トス 又貸借人若クハ用益貸借人カ破産者ニ對シテ有スル其ノ債權ヲ以テ借貸支拂ノ債務ノ爲メ ニ相殺セントスル場合ニ於テモ亦同一ニシテ貸借人ハ借貸ノ辨濟カ財團ニ對シテ有效ナルヘ キ限度ニ於ノミ相殺(Aufrechnung)ヲ爲スコトヲ得ルモノトス即チ茲ニ所謂借貸ノ辨濟 (Entrichtung des Zinses)カ有效ナルヘキ限度トハ破産宣告前ノ過去ノ借貸ト破産宣告ノ時ニ 於ケル當期(即チ當時ノ曆年四分ノ一ノ期間 das laufende Kalendervierteljahr)及ヒ次期 (das folgende Kalendervierteljahr)ノ借貸トヲ以テ(Jaeger § 21 Anm. 14)蓋シ破産宣告ノ日 マテノ過去ノ借貸ニ付テ相殺シ得ルハ是レ當然ノ事トス破産宣告後ノ將來ノ借貸ニ付テハ破 産者カ有效ニ處分シ得ル限度ニ於テノミ其ノ債務者タル貸借人モ亦相殺ニ因リテ有效ニ之ヲ 消滅セシムルコトヲ得ルモノトシタルナリ是レ其ノ將來ノ借貸ノ債權ヲ消滅セシムル點ニ於

テ破産者ノ處分行爲(例ハ前拂、質入、免除等)ニ依ルモ相手方ノ相殺ニ依ルモ同一ノ結果ヲ生スルモノナルヲ以テ二者ニ付同一限度ノ制限ヲ置クハ權衡上其ノ當ヲ得タルモノナルヲ以テナリ

三 第三項 第三項ハ土地ノミニ關ス貸貸セル動産ノ任意賣却(Freiwillige Veräußerung)ノ場合ニ在リテハ貸借人ハ民第九八六條ニ依リ買主ニ對シテ契約期間ノ經過スルマテ貸借權ヲ對抗スルコトヲ得ルナリ

破産管財人ハ破産者ノ貸貸シタル土地ヲ或ハ任意ニ賣却シ或ハ強制競賣(Zwangsversteigerung)ヲ爲スカニ付キ選擇權ヲ有ス(第一二六條、第一三四條第一號、第一三五條、第一三六條)元來普通ニ貸貸セル土地ノ任意賣却ヲ爲ス場合ニ在リテハ買主ハ單ニ舊所有主ニ代ハルニ過キサルカ故ニ貸貸契約ノ條件ニ從テ其ノ權利ト義務トヲ有ス故ニ買主ハ貸貸借契約終了ノ時期マテ貸借人ニ其ノ土地ノ使用ヲ許ササルヘカラス(民第五七一條乃至第五七九條、第五八〇條、第五八一條)然ルニ強制競賣ノ場合ニ在リテハ之レト異ナリテ競落人(Erstehender)ハ法定ノ解約申入期間ヲ遵守シテ契約期間ノ終了前ニ(Vorzeitig)解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得是レ蓋シ若シ斯ノ如キ權利ヲ競落人ニ認ムルニ非サレハ適當ナル價格ヲ以テ土地ヲ競落セシムルコト能ハサレハナリ是レ即チ競落人ニ豫期前ノ契約解消ノ權利(Die vorzeitige Vertragsauflösung)ヲ認メタルモノナリトス然リ而シテ破産管財人ハ右ニ述フル如ク任意賣却ト強制競賣ト

ニ付キ選擇權ヲ有スト雖モ破産管財人ノ行フ任意賣却ハ普通ノ任意賣却ト異ナリ其ノ性質上ヨリ云フモ強制處分(Zwangsmassregel)ノ性質ヲ有シ殊ニ任意賣却ニ在リテハ強制競賣ノ場合ヨリモ費用ヲ節約シ賣却ニ付テノ好機會ヲ捉フルコトヲ得故ニ第三項ニ於テ破産管財人ノ行フ任意賣却ハ強制競賣ト同一ノ效力ヲ生スル旨ヲ明言シ以テ任意賣却ヲ獎勵スルト同時ニ任意買主(freiwillige Käufer)ノ地位ヲシテ競落人(Erstehender)ノ地位ト同一ナラシメタリ從テ任意買主ハ競落人ト同シク法定ノ解約申入期間ヲ遵守シテ契約期間ノ終了前ニ貸貸借又ハ用益貸貸借關係ノ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得ルナリ

然ルニ貸借人又ハ用益貸借人ニ在リテハ契約期間終了前ニ於テ解約申入ヲ爲スノ權無シ是レ破産管財人カ任意賣却ヲ爲シタルト強制競賣ヲ爲シタルト問ハサルナリ然レトモ貸借人又ハ用益貸借人ハ本條第三項及強制競賣法第五七條ノ適用ニ依リ豫期前ニ解約申入ヲ受ケタルニ因リテ生シタル損害ニ付其ノ賠償請求權(Entschädigungsanspruch)ヲ以テ破産債權者トシテ破産財團ニ對シ其ノ權利ヲ行フコトヲ得(第二六條)是レ獨國判例モ亦之ヲ認ムル所ナリ(Jaeger § 21 Anm. 20f. RGE Bd. 67, 376)

四 比較法 佛國ニテハ通説トシテ賃借權(Mietrecht)ノ物權性(Dinglichkeit)ハ之ヲ否認スト雖モ佛民第一七四三條及佛民訴第六八四條ニ基キ破産債權者團體ハ賃借セル土地ノ第三取得者ト同シク賃借權ノ效力ヲ認メサルヘカラスト爲ス

換新破第二四條ハ破産者カ貸貸人(Bestandgeber)タル場合ニ付テ規定シ破産管財人ハ其ノ契約關係ニ加入スルモノトス然レトモ借貸ノ前拂ニ付テハ破産者ト相手方トノ間ニ通謀行ハレ破産債權者ヲ害スルコト無キヲ保セサルカ故ニ獨本條ト同シク其ノ有效ナルヘキ前拂ノ期間ニ付テ制限ヲ設ケタリ即チ契約上ノ解約申入期間アルトキハ之ニ依リ若シ之レ無キトキハ法定ノ解約申入期間ヲ遵守シテ遲滞ナク爲シタル解約申入ニ依リ繼續スヘキ期間ニ對スル借貸ノ前拂ニ限リ公簿ニ登記セラレサル前拂ニ付キ之ヲ有效トセリ尤モ相手方ノ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

又同條第三項ハ獨本條第三項ト略ホ同趣旨ナリ

尙破第二二條第二項ニ依レハ破産者カ貸貸人タル場合ニ於テハ契約期間ハ變更ヲ受クルコト無シ然レトモ契約解消ノ關係ニ於テハ管財人ノ任意賣却モ裁判上ノ競賣ト同一ノ效力アルモノトシ此等ノ賣却ノ場合ニ於テハ賃借人(Miether)ハ慣習上ノ解約申入期間ニ從ヒ又用益賃借人(Pächter)ハ農業年度(Wirtschaftsjahr)ノ經過後其ノ賃借物ヲ明渡スヘキモノトセリ
瑞西ニテハ債務法第二八一條、第三一四條ニ詳細ノ規定ヲ設ケタリ

我舊商法及民法ニテハ破産者カ貸貸人タル場合ニ付特別ノ規定ナシ從テ舊商法トシテハ第九九三條ノ一般規定ニ依ルヘシ而シテ我破草案ノ規定トシテモ破産者カ貸貸人タル場合ニ付契約繼續ニ關シ特別ノ規定ナク唯借貸ノ前拂及借貸ノ債權ノ讓渡並ニ借貸ニ對スル相殺ノ制

限ニ關シ第六四條及第八〇條ニ於テ獨本條第二項ト同趣旨ノ規定ヲ設ケタルノミ

第二十二條 破産者ノ家事、農業又ハ營利行爲ニ付締結シタル雇傭關係ハ各當事者ヨリ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得其ノ申入期間ハ特ニ短キ期間ノ定ナキトキハ法定期間ニ依ル

破産管財人カ解約ノ申入ヲ爲シタルトキハ相手方ハ雇傭契約ノ消滅ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得』

一 説明 雇傭契約(Dienstvertrag)ハ雙務契約トス故ニ第一七條ノ通則ノ下ニ立ツヘキモノトス然ルニ法律ハ左ノ如ク二種ノ特別規定(Sondervorschriften)ヲ設ケタリ即チ一ハ本條ニ規定シタル場合ニシテ家事(Haushalte)、農業(Wirtschaftsbetrieb)又ハ營利行爲(Erwerbshandlungen)ノ爲メノ雇傭契約ニ關ス二ハ第二三條第二項及ヒ第二七條ニ規定シタル場合ニシテ事務ノ委託(Geschäftsbesorgung)ヲ目的トシ破産財團ニ關係アル雇傭契約トス(民六七五條)本條ニハ雇傭關係(Dienstverhältnis)ナル文字ヲ使用セリ是レ箇箇ノ勞務ヲ豫想セルモノニ非スシテ同一ノ勞務ヲ繼續的ニ爲ス場合ヲ豫想セルモノナリ尤モ其ノ期間ハ必スシモ長期タルコトヲ要セス

又本條ニテハ破産者カ使用者(Dienstempfänger, Prinzipal, Meister, Arbeitsherr)タルノト

ヲ豫想シ勞務者(Dienstverpflichtete)ノ破産セル場合ハ本條ヲ適用スル限ニ在ラス
各當事者ニ解約申入權ヲ認メタルハ本契約關係ハ貸借又ハ用益貸借ノ場合ト同シク單
ニ一回ノ給付ニ依リテ終了スルニ非スシテ繼續的給付(an dauernde Gewährung)ヲ爲スヘキ
性質ノモノニ屬シ殊ニ兩當事者ノ人的關係(persönliche Beziehung)ニ重キヲ置ク契約ナルカ
故ニ第一七條ニ依リテ管財人ヲシテ履行ヲ選擇セシメ長ク契約關係ヲ持續セシムルハ不適當
ト認メタルニ由ルナリ

解約申入ニ付テハ契約上ノ短キ期間アレハ之ニ依リ然ラサレハ法定期間ニ依ル然ルニ法定
期間ハ各場合ニ依リテ異ナリ即チ民第六二一條乃至第六二四條、商第六六條、營業法(Gew.O.)
第一二二條以下、第一三四條等ニ規定スル所ナリ

破産管財人カ解約ノ申入ヲ爲ストキハ勞務者カ損害賠償請求權ヲ行使シ得ヘキコトハ第二
項ノ定ムル所ナリ而シテ該請求權ハ破産債權トナルナリ(第二六條第二項)然レトモ勞務者カ
解約ノ申入ヲ爲シタルトキハ第二項ノ反對推理ニ依リ何人ニモ損害賠償請求權無キコトヲ知
ルベシ(kein Teil hat einen Entschädigungsanspruch)即チ解約申入人ニモ破産財團ニモ破産
者自身ニモ其權無シ

二 比較法 佛法及之ニ倣ヘル法典ニハ雇傭契約ニ付破産法上ノ特別規定ナシ

埃新破第二五條ニ依レハ雇主(Dienstgeber)カ破産シタル場合ニ於テ雇傭關係カ既ニ開始セ

ラレタルトキハ破産開始後一月内ニ豫メ解約申入ヲ爲スコト無クシテ勞務者(Dienstnehmer)
ヨリ解約ヲ爲スコトヲ得又破産管財人ヨリハ法定又ハ約定ノ短カキ解約申入期間ヲ遵守シテ
解約ヲ爲スコトヲ得而シテ破産管財人ヨリ解約ノ申入ヲ爲シタル場合ニ於テ未タ約定ノ雇人
期間ヲ經過セス又ハ契約上長期ノ解約申入期間カ定メラレタルトキハ勞務者ハ解約ニ因リテ
生シタル損害ニ付破産債權者トシテ其ノ權利ヲ行フコトヲ得尙ホ雇傭契約ニ對スル破産ノ影
響ニ關シ規定セル特別法ノ規定ハ破産法ノ規定ニ依リテ影響ヲ受クルコト無キ旨ヲ定ム

端西ニテハ債務法第九六條、第三四六條並執行及破産法第二二一條ノ一般規定ニ依ル尙破第
二四條ハ獨舊破第一九條ニ倣ヒタルモノニシテ雇主破産シタルトキハ各當事者ヨリ解約ノ申
入ヲ爲スコトヲ得ト爲シ解約申入期間ハ法律又ハ慣習上ノ期間ニ依ルヘキモ若シ之レ無クハ
各當事者ノ申立ニ依リ破産裁判所之ヲ定ムルモノトセリ「ボスニア」破第三五條ハ尙法ト同一
ナリ

和蘭破第四〇條ニ於テモ雇主破産ノ場合ニ各當事者ニ法定又ハ約定ノ期間ニ依リ解約ノ申
入ヲ許ス而カモ何レノ場合ニ在リテモ六週間ノ解約申入期間ノ存置セラルルコトヲ要ス而シ
テ破産宣告後ノ給料ハ財團債權トナル

英一九一四年破産法第三四條ニ依レハ雇主ノ破産ノ場合ニハ破産者及使用人ノ各當事者ヨ
リ解約ノ申入ヲ爲シ得ル旨ヲ定ム而シテ破産管財人ハ解約ノ代リニ雇傭關係ヲ他ノ雇主ニ移

轉スルコトヲ得

一一六

我舊商法第九三條及我民法第六二一條ニ依レハ無賠償ニテ當事者雙方ヨリ解約ノ申入ヲ爲シ得ヘキモノトセリ我破草案ノ規定トシテハ我民法ノ規定ト共ニ破草第六〇條第二項ノ規定ニ依ルモノトス

第二十三條 破産者ノ爲シタル委任ハ破産手續開始ニ因リテ終了ス但シ委任カ破産財團ニ屬スル財産ニ關セサルトキハ此限ニ在ラス委任カ終了シタルトキハ民法第六百七十二條第二項及第六百七十四條ノ規定ヲ準用ス

前項ノ規定ハ雇傭契約又ハ請負契約ニ因リテ破産者ヨリ委託セラレタル事務ヲ爲ス義務ヲ負フ場合ニ之ヲ適用ス

一 説明 民法上ノ委任(Auftrag)トハ事務ノ無償委託(unentgeltliche Geschäftsbesorgung)ナリ(民第六六二條)然レトモ事務ヲ委託スル雇傭契約(民第六一一條)又ハ請負契約(民第六三一條)ニ在リテハ有償契約ナリト雖モ委任ノ規定準用セラル(民第六七五條)仍テ是等ノ規定ニ順應シテ本條ハ事務ノ委託(Geschäftsbesorgung)ノ場合ニ在リテハ無償ノ委任契約ノ場合タルト亦有償ノ雇傭契約若クハ請負契約ノ場合タルト問ハス委託者(Geschäftsherr)即チ委任人(Auftraggeber)使用者(Dienstherr)又ハ注文者(Besteller)ノ破産ノ場合ニ在リテハ其ノ

破産ニ因リテ契約ハ當然終了スルモノトセリ

本條ハ佛法又ハ瑞西法ニ倣ヒタル規定トス而シテ本條所定ノ理由ハ破産宣告後ニ於ケル破産財團ノ管理及處分ノ權利ハ破産管財人ニ專屬スルカ故ニ從來破産者カ爲シタル事務ノ委託ヲ持續スルコトハ財團ノ管理及換價ノ爲メニ不便ナリト認メタルニ由ルモノナリ故ニ本條ハ強行規定ニ屬シ契約ヲ以テ本條ノ適用ヲ制限スルコトヲ得ス

事務ノ委託ヲ受ケタル者(Geschäftsbesorger)カ破産ノ宣告ヲ受クルモ契約ヲ終了セシムルコト無シ委託者ハ破産債權者トシテ或ハ其ノ請求權ヲ行フコトアルノミ

二 委任事務ノ繼續 委託者ノ破産ニ因リテ委任其ノ他ノ事務ノ委託契約カ終了スルモ破産管財人カ事務ヲ引續クマテ急迫ノ必要ノ爲メニハ(mit dem Aufschube Gefahr gebunden ist)受託事務ヲ繼續スルコトヲ得是レ民第六七二條第二項ノ準用アル所以ナリ又事務ノ委託契約カ破産ニ因リテ終了スルモ受託者カ破産ノ通知ヲ受ケヌ又ハ之ヲ知ルコトヲ要スルマテハ受託事務ヲ繼續スルコトヲ得是レ民第六七四條ノ準用アル所以ナリ是レ何レモ受託者保護ノ規定ナリトス

三 比較法 佛民第二〇〇三條ニテハ委任ハ委任者又ハ受任者ノ家資分散(Déconfiture)ニ因リテ終了スルモノトセリ破産(faillite)又ハ裁判上ノ清算(liquidation judiciaire)ハ家資分散ニ同シ尤モ善意ノ受任者又ハ第三者ノ利益ノ爲メニ一時契約ヲ續行スルコトアリ(佛民第二〇〇

八條、第二〇〇九條)

埃新破第二六條第一項ニ依レハ破産者ノ與ヘタル委任ハ破産ト同時ニ終了スト曰ヘリ瑞西債務法第四〇三條第一項ニ於テモ亦委任ハ委任者又ハ受任者ノ破産ニ因リテ終了スト曰ヘリ而シテ急迫ノ事情アリタルトキ又ハ終了原因ヲ知ラサルトキハ委任事務ヲ繼續シ得ルコトノ規定アリ(同第四〇三條第二項、第四〇四條)

我民法第六五三條ニテモ委任ハ委任者又ハ受任者ノ破産ニ因リテ終了スルモノトセリ而シテ急迫ノ事情アリタル場合ニ於テハ委任事務ヲ繼續シ得ル旨ノ規定アリ(我民法第六五四條)而シテ我破草第三五條第七號ニテハ委任終了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ハ財團債權トナル旨ヲ規定シ又同第六六條ニテハ受任者カ委任者ノ破産宣告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ニ付キ破産債權者トシテ其ノ權利ヲ行フコトヲ得ル旨ヲ規定セリ

第二十四條 破産者ノ土地又ハ破産者ノ爲登記シタル權利ニ對スル權利ノ設定、變更又ハ消滅ニ關スル請求權ヲ保全スル爲メ又ハ其ノ權利ノ内容又ハ順位ノ變更ニ關スル請求權ヲ保全スル爲メ土地登記簿ニ假登記ヲ爲シタルトキハ債權者ハ破産管財人ニ對シ其ノ請求權ノ履行(Befriedigung)ヲ請求スルコトヲ得船舶質權ニ

付船舶登記簿ニ假登記ヲ爲シタルトキ亦同シ』

一 假登記ノ性質 假登記(Vormerkung)ハ土地登記簿ニ登記ヲ要スル權利ノ設定、變更又ハ消滅(Einräumung Änderung oder Aufhebung)ニ關スル債權的請求權ヲ保全スル爲メ又ハ船舶登記簿ニ登記アル船舶ニ關スル船舶質權ニ關シ之ヲ爲スモノトス而シテ其ノ登記(Eintragung)ハ或ハ假處分ニ因リ或ハ義務者ノ同意ニ因リ或ハ職權ニ因リテ之ヲ爲ス(民第八八三條乃至第八八五條、第一二六〇條、第一二七二條)

本條ノ適用アルニハ假登記ハ破産宣告ノ時ニ於テ既ニ登記セラレタルコトヲ要ス尤モ第一五條第二項ノ場合ハ例外トス

元來物權的變動ヲ求ムル債權的請求權ニシテ破産宣告前ニ既ニ成立セルモノハ其レ自身破産債權トナルコトヲ得ルモノトス例ハ土地所有權ノ移轉又ハ返還ヲ請求スル權利ノ如シ然ルニ本條ニ於テ假登記ノ效力ニ付特ニ規定ヲ設ケタル所以ノモノハ保全セラレタル請求權ヲシテ單ニ破産債權タルニ止マラス其レ以上ニ有效ニ其ノ權利ヲ行ハシメンカ爲メナリ即チ債權者ヲシテ義務者ノ破産管財人ニ對シテ破産外ニ於テ現物的履行(reale Befriedigung)ヲ請求スルコトヲ得セシムルコトヲ目的トスルモノトス

假登記ハ破産ノ場合ニ於テ取戻權ヲ發生セシムルモノナリヤ將タ別除權ヲ發生セシムルモノナリヤハ學者間ニ論セラレタル所ナリ然レトモ何レカ一方ニ偏スルモノニ非ス寧ロ假登記

ハ時トシテハ取戻權ノ完全ナル取得 (Vollerwerb) ヲ保全シ時トシテハ別除權ノ完全ナル取得ヲ保全スト解スルヲ可トス前者ノ主タル例ハ所有權ノ假登記 (Eigentumsvormerkung) ノ場合ニシテ後者ノ主タル例ハ抵當權ノ假登記 (Hypothekenvormerkung) ノ場合ナリトス

元來獨逸法ニ在リテハ登記アル物權ノ得喪變更ニ付テハ所謂意思主義ニ依ラス登記ニ因リテ始メテ其ノ效力ヲ生スル所謂形式主義又ハ登記主義ナルモノヲ採レルモノトス故ニ登記無クンハ未タ權利ノ得喪ヲ生セサルモノトス (民第八七三條乃至第九二五條、第九二九條) 然ルニ假登記ハ即チ登記アル物權ノ得喪變更ニ對スル債權的請求權 (der schuldrechtliche Anspruch) カ之レニ依リテ保全セラルルニ過キササルモノニシテ未タ之ニ依リテ直ニ其ノ請求權ノ目的タル物權的變動 (Rechtsänderung) ヲ生スルモノニ非ス例ハ所有權假登記 (Eigentumsvormerkung) 又ハ抵當權假登記 (Hypothekenvormerkung) ニ因リテ所有權又ハ抵當權ハ單ニ停止條件附ニ發生セラレタルニ過キス恰モ停止條件附處分 (aufschiebend bedingte Verfügung) ト同一ノ地位ニ在リ破産宣告前ニ於テ停止條件附ニ權利ノ處分アリタル場合ニ於テハ例ハ停止條件附ニ動產ヲ讓渡シ又ハ質入シ又ハ地役權若クハ抵當權ヲ設定シ又ハ債權ヲ讓渡シタル場合ニ於テ停止條件カ破産宣告後ニ成就スルモ民法第一六一條第一項末段ニ依リ其ノ期待權 (Anwartschaft) タルヤ破第一五條ノ適用上破産債權者ニ對抗スルコトヲ得即チ破産管財人ニ對シテ其權利ヲ行フコトヲ得ルナリ (Jaeger, § 15 Anm. 15) 假登記ノ場合モ亦之レト同シク其期

待權ヲ以テ破産手續ニ於テ之ヲ行フコトヲ得ルナリ (民第一六一條第一項末段、第八八三條第一項末段) 而カモ特定ノ人ノ保護ノ爲メニスル讓渡禁止 (Veräußerungsverbot) ト異ナリ (第一三條) 破産債權者ニ對抗スルコトヲ得而シテ債務者ノ破産管財人ハ物權的權利ノ變動ヲ請求スル (Anspruch auf die Rechtsänderung) 假登記債權者ニ對シ單ニ破産債權者トシテ之ヲ顧慮スルヲ以テ足レリトセス現物的履行 (in Natur zu erfüllen) ヲ爲スコトヲ要スルナリ而シテ假登記債權者カ破産管財人ニ對シテ保全セラレタル請求權ノ實行ヲ請求シ其實行ニ依リ例ハ所有權ノ移轉及本登記アリ又ハ抵當權ノ設定及本登記アリテ茲ニ始メテ終局的ノ物權變動ヲ生スルニ至ルモノトス之ヲ要スルニ假登記ハ之ニ因リテ未タ直ニ物權的變動ヲ生スルモノニ非スト雖モ物權的變動ヲ生セシムル債權的請求權ノ效力ヲ保全シ債務者破産ノ場合ニ其破産管財人ニ對シテ其請求權ヲ行ヒ管財人ヲシテ現物的履行ヲ爲サシメ其結果本登記 (Definitiv-Eintragung) ヲ爲スニ至ラシメ或ハ取戻權ヲ取得セシメ或ハ別除權ヲ取得セシムルニ至ルモノトス而シテ是レ皆破産宣告後ニ於テ取得スルニ至ルモノナルカ故ニ第一五條ニ對スル大ナル制限ト謂ハサルベカラス (Jaeger, § 24 Anm. 2 u. 3)

二 比較法 埃破第一三條 (同舊破第一二條第一號) ニ依レハ破産宣告後ト雖モ假登記ヲ爲スコトヲ許セリ尤モ其登記ノ申請ハ既ニ破産宣告前ニ爲サレタルコトヲ要シ登記ノ順位ハ破産宣告前ノ日附ニ從フコトヲ要スルナリ

尙國破産法ニハ假登記ノ效力ニ關スル何等ノ規定ナシ然レトモ尙破第一三條ニ依リ破産カ假登記ノ效力ニ影響ナキコトヲ推知スルニ足ル

尙ホ和蘭破第三五條、伊商第七一〇條及ヒ本法第一四條、第一五條ノ下ニ於ケル比較法ヲ參照スヘシ

第二十五條 第十八條乃至第二十四條ニ掲ケサル箇箇ノ法律關係ニ關シ破産手續開始ノ效力ニ付民事法(Das Bürgerliche Recht)ニ特別ノ規定アルトキハ其ノ規定ヲ適用ス

一 説明 第一八條乃至第二四條ニ掲クル法律關係ニ付テハ單ニ本法ノ規定ノミ之ニ適用セラシル尤モ是等ノ規定ノ内容ニ付テモ後ノ法律殊ニ後ニ制定セララルヘキ民事法ニ依リテ之ヲ變更スルコトヲ得ヘキハ勿論ナリ然レトモ一八九六年八月一八日ノ民法典(Das Bürgerliche Gesetzbuch)ニ對シテ一八九八年五月一七制定ノ新破産法ハ寧ロ後法(Lex posterior)タルノ地位ニ在リ而シテ民法施行法第一條及ヒ第三二條ハ破産法ニ依リテ民法ヲ變更スルコトヲ妨ケスト雖モ民法ノ規定ハ破産ノ效力ニ關シテ寧ロ特別法(Lex specialis)タルノ地位ニ在リテ破産法ノ規定ハ一般法(Lex Generalis)タルノ地位ニ在リ故ニ民法ノ規定カ破産法ニ依リテ變更セララルノ意思カ明白ナラサル限リハ民法ノ規定ハ破産法ニ依リテ變更セラレタリト謂フヘシ

カラサルナリ(Jaeger, § 25 Anm. 2)

第一八條乃至第二四條ニ規定シタルモノ以外ノ法律關係ニ付キ他ノ民事法中ニ特別規定(Sondervorschrift)ノ存スルモノニ付テハ其ノ特別規定適用セララル茲ニ民事法(das bürgerliche Recht)ト云フハ破産法變更法第六條ニ所謂民事法ト云フト同シク廣義ニシテ單ニ民法典ノミナラス他ノ民事法規ヲ包含ス而シテ帝國法律ノミナラス聯邦法規ヲモ亦包含ス今ハ其ノ箇箇ノ法規ノ説明ニ及ハス詳細ハ Seuffert S. 234 f.; Jaeger § 25 Anm. 6 f. ヲ參照スヘシ

又破産者ノ公法上ノ權利義務ニ關スル破産ノ影響ニ付テハ特ニ明文ヲ設ケストモ破産法ノ規定スル所ニ非サルコトハ是亦明白ナリ殊ニ本條ニ於テ民事法(das bürgerliche Recht)ナル文字ヲ用キ本條ハ單ニ私法上ノ權利關係ニ關スル規定タルコトヲ明カニシ破産者ノ公法上ノ權利關係(staatsbürgerliche Rechte)ニ付テハ其ノ公法規定ニ依リテノミ支配セララルヘキコトハ明白ナリ

二 身上ノ結果 獨法ニ於テモ破産ノ結果破産者ノ公私權ニ幾多ノ制限(Capitis deminutio)ヲ受ク即チ私法上ノ制限ハ第六條所定ノ破産財團ノ管理及處分ノ權利ヲ失フヲ主タル點トス此ノ他親族法上ノ權利ノ制限ノ如キ皆是ナリ又人的ノ制限トシテハ第一〇〇條、第一〇一條、第一〇六條、第一二一條、第一二二條、第一二五條所定ノ事項ノ如キ是ナリ

而シテ公權ノ制限ハ右ニ述フル如ク破産法ノ關與セサル所ニシテ他ノ法規ニ規定セラルル所ナリ其ノ主タルモノヲ舉クレハ左ノ如シ

(1) 破産者ハ破産手續中 (während der Dauer dieses Konkurses oder Fallverfahrens) 帝國議會ノ選舉權及被選舉權 (das aktive oder passive Reichstagswahlrecht) ヲ失フ (一八六九年五月三十一日選舉法第三條第二號及第四條)

(2) 破産者ハ裁判所ノ命令ニ依リ財產處分ノ制限ヲ受クル人トシテ參審官 (Schöffen) 陪審官 (Geschworenen) 商事判事 (Handelsrichter) 海事陪審官 (Beisitzer im Seeamte) 辯護士 (Rechtsanwaltschaft) 辯護士會理事 特許辯理士 (Patentanwalt) トナルコトヲ得ス

(3) 破産者ハ營業裁判所 (Gewerbegericht) 商人裁判所 (Kaufmannsgericht) 及ヒ同業組合仲裁裁判所 (Innungsschiedsgericht) ニ對スル選舉權及被選舉權無シ又同業組合又ハ職工組合ノ役員ノ被選舉權無シ又勞働保險ノ吏員及ヒ取引所ニ於ケル取引人タルコトヲ得ス

然レトモ以上ノ國民權ノ制限 (staatsbürgerliche capitis deminutio) タルヤ何レモ破産手續中ニ於テノミ存スル制限ニシテ破産手續ノ終結 (Aufhebung) 又ハ廢止 (Einstellung) ト同時ニ法律ノ力ニ因リ當然終了スルモノナリ破産ノ終結 (Aufhebung) トハ配當又ハ強制和議ニ因リテ手續ノ終了スルコトヲ云ヒ第一六三條又ハ第一九〇條ニ規定スル所ナリ又破産廢止 (Einstellung) ハ第二一〇二條、第二一〇四條及ヒ第二一〇五條ニ規定スル所ナリ若シ夫レ破産決定取

消 (Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses) ノ場合 (第一〇九條、第一一六條) ニ在リテハ破産ノ法律直接ノ效果トシテノ權利制限 (Rechtsminderung) ハ當初ヨリ之ヲ生セサリシコトトナルナリ (Jaeger § 25 Anm. 39)

右ニ述フル如ク獨法ニ於ケル破産者ニ對スル公私權ノ制限 (Capitis deminutio) ハ唯リ破産手續中ニ於ケル制限ニシテ破産手續ノ終了ト共ニ當然其權利ヲ回復ス而シテ破産手續終了後ハ其ノ債務ヲ完済セルト否トヲ問ハス當然自由ノ人トナリ普通人ト同一ノ地位ニ在リ故ニ佛法系ノ諸國ニ於ケルカ如ク復權 (Wiederbefähigung, Rehabilitation) ノ規定ノ必要ナシ然ルニ獨國ニ於テモ Rintelien 一派ノ代議士ハ佛法系ト同一ノ主義ヲ採用シ破産手續終結後ニ於テモ債務完済前ニ在リテハ尙ホ身上ノ效果ノ繼續スヘキコトヲ主張シタルコト一再ニ止マラス然レトモ其議遂ニ容レラレサリシ (本書緒言「制定ノ沿革」參照)

又各聯邦法律ニ於ケル身上ノ效果ノ繼續期間ニ付テハ聯邦法律之ヲ定ム例ハ字漏西ハ破産終結ト共ニ身上ノ效果ヲ恢復シ「エルサス、ロートリンゲン」ハ債務完済ヲ要件トシテ復權手續ヲ必要トスルカ如シ (Jaeger § 25 Anm. 41 f.)

三 比較法 埃舊破第二五條、匈破第二五條ハ本條ト同趣旨ノ規定トス元來本法第一七條ノ如キ一般ノ規定ナキ國ニ在リテハ特ニ本條ノ如キ留保規定ヲ設クル必要尠シトス若シ斯カル規定無シトスレハ特別法ハ一般法ニ先チテ行ハルルト云フ主義上ヨリ之ヲ決定セサルヘカラサ

然リ而シテ破産法規定以外ノ事項ニシテ他ノ民事法中ニ規定セララルル破産關係ノ主タル事項ハ組合契約、會社契約、時效及親族權ニ對スル破産ノ影響トス是等ニ對スル立法比較ハ煩ニ失スルカ故ニ茲ニ之ヲ略ス詳細ハ Jaeger § 25 Anm. 44 ヲ参照スヘシ

我國ニテモ民法、商法等ニ於テ私法關係ニ對スル幾多ノ破産規定アリ而シテ其ノ規定カ破産法ト衝突セサル場合ニ於テハ破産法ト相竝ヒテ適用セララルルハ勿論ナリ若シ衝突アリタル場合ニ於テハ何レノ規定ヲ適用スヘキカハ問題ナリトス然レトモ我舊商法ハ舊法ニシテ民法、商法ハ新法ナルカ故ニ新法ニ依リテ舊法ヲ改廢シタルモノナリト爲スハ一ノ説明ナリ又民法、商法等ニ規定セル特定ノ事項ニ關スル破産開始ノ影響ニ付テハ民法、商法等ハ特別法ニシテ破産法ハ一般的統一法ナリ特別法ハ一般法ニ先チテ適用セラルト解スルモ亦一ノ説明ナリ然レトモ立法論トシテハ疑ヲ解ク爲メニ新破産法制定ニ際シテハ本條ノ如キ規定ヲ設クルヲ妥當トスヘシ

身上ノ效果ニ付テハ獨逸ヲ除クノ外世界ノ大多數ノ立法例ハ佛法系及英法系ニ在リテモ唯リ破産手續中ニ於テノミナラス破産手續終結後ニ於テモ其效力ヲ持續セシム而シテ債務完済等ノ條件ニ基キ復權手續ヲ履踐シテ始メテ其ノ效果ヲ除却スルコトヲ得ルヲ例トス我舊商法第一〇五四條以下我破草第三五二條以下ノ規定モ亦然リトス尤モ英法ニハ特有ナル discharge

ノ制度アリ尙ホ此ノ點ニ關スル立法比較ニ付テハ Jaeger § 25 Anm. 46 f. 及拙著研究第三卷二四四頁、第四卷二六四頁以下參照スヘシ

第二十六條 破産手續開始ノ結果破産者ノ義務ノ不履行(Nichterfüllung)又ハ權利關係ノ消滅(Aufhebung)ヲ生シタルトキハ相手方ハ破産者ノ所有ニ移轉シタル給付ノ返還ヲ破産財團ニ對シテ請求スルコトヲ得ス但シ不履行又ハ消滅ニ因リテ生シタル債權ハ別除ノ辨濟ノ請求權ヲ有セサル限リ單ニ破産債權者トシテノミ其ノ權利ヲ行フコトヲ得

一 説明 本條ハ二箇ノ消極規定ヲ包含ス即チ前段ハ既ニ給付セル財産ノ返還請求權ヲ否認シ後段ハ財團債權ノ成立ヲ否認ス

先ツ前段ニ付説明センニ前段ハ破産債權者ノ一般ノ利益ノ爲メニ破産宣告ノ際既ニ相手方カ給付シ破産者ノ所有ニ歸シタル財産返還請求ヲ禁止シタルモノナリ而シテ此ノ規定タルヤ雙務契約ニ付テ主トシテ適用セララルヘキモノナレトモ他ノ權利關係ニ付テモ亦適用セララルヘキモノナリ而シテ其ノ返還請求ハ取戻權者トシテモ亦返還請求ノ債權ヲ破産債權者トシテ之ヲ行フコトモ亦之ヲ禁止スルモノナリ尤モ不履行又ハ權利關係消滅ニ因リテ生シタル損害賠償請求權ハ本條後段ニ依リ破産債權トシテ之ヲ行使シ得ルコトハ明白ナリ而シテ義務ノ不履行又ハ權利關係ノ消滅ハ破産ノ直接又ハ間接ノ結果トシテ生シタル場合ヲ指シ雙務契約ニ付

テ云へハ相手方カ破産宣告前ニ完全ニ履行シタルモ破産者カ未タ全ク履行セス又ハ一部履行シタルノミニテ完全ニ履行セサル場合タルト相手方カ一部履行シタルノミニテ破産管財人カ第一七條ニ依リ契約ノ履行拒絶 (Erfüllungsabkündigung) ヲ爲シタル場合タルト問ハス本規定ノ適用アルモノトス蓋シ相手方カ全部ヲ履行セル場合ト一部ヲ履行セシニ止マル場合トニ付區別ヲ設クルハ不當ト認メタルニ由ルナリ若シ既ニ給付シタルモノノ返還請求ヲ許ストキハ信用ヲ與ヘテ取引ヲ爲シ給付ヲ爲シタル他ノ當事者ニ比シテ優先權ヲ與フルニ均シク不公平ノ結果ヲ生スルヲ以テナリ (Jaeger § 26 Anm. 13) 又相手方ノ給付ノ目的物ハ必スシモ有體物ノミニ限ラス債權其他無形財産ノ給付タルコトヲ妨ケサルナリ尤モ本條ノ適用アルニハ其ノ權利ノ所有カ破産宣告前ニ破産者ニ移轉セラレタルコトヲ要シ有體物ニ付テハ既ニ引渡 (Uebergaben) ヲ爲スモ未タ所有權ヲ移轉セサル (nicht uebergeben) トキハ相手方ハ取戻權ヲ行フコトヲ得ヘキナリ要スルニ前段ハ契約ノ解除 (Rücktritt) トナラサルヲ示ス

又法文ニ所謂義務ノ不履行 (Nichterfüllung) トハ本來ノ原債務ノ給付ヲ爲ササルコトヲ謂フ破産ノ配當ノ如キモ廣義ニ云へハ或ハ履行ト稱セラレサルニ非スト雖モ破産ノ結果履行ノ變更ヲ生スル場合即チ配當ヲ爲スニ過キサル場合ノ如キモ本文ニ所謂不履行ニ外ナラサルナリ要スルニ本條前段ハ第一七條及ヒ第二〇條第二項ニ於ケル雙務契約履行ノ拒絶、第一九條及ヒ第二二條ノ豫期前ニ於ケル解約申入、第二一條第三項ノ讓渡ノ場合等ニ於テ適用アルモノトス

次ニ本條後段ニ付テ之ヲ説明センニ後段ニ所謂不履行 (Nichterfüllung) トハ狹義ニシテ原債務ノ履行ニ代ヘテ變更の履行 (Erfüllungsmodifikation) ヲ爲ス場合例ハ破産ノ配當ニ依リ辨濟ノ如キヲ包含セス何トナレハ若シ之ヲ包含スルモノトセハ破産債權者ノ總テノ者ニ對シテ配當以外ニ更ニ損害賠償ヲ爲ササルヘカラサルノ不條理ニ陥ルヘキヲ以テナリ故ニ後段ニ所謂不履行トハ前段ニ於ケルヨリモ狹義ニ解スヘシ即チ第一七條又ハ第二〇條第二項ニ依リ管財人カ履行拒絶ヲ爲シタル場合又ハ第一八條ニ依リ破産ノ結果法律上當然生スル權利關係終了ノ場合ヲ指スナリ又權利關係ノ消滅ニ因リテ生スル損害賠償請求權トハ第一九條又ハ第二二條ニ依リ管財人カ解約申入ヲ爲シ又ハ第二一條第三項ニ依リ管財人カ讓渡ヲ爲シ豫期前ニ契約終了ヲ來スニ因リテ損害ヲ生スル場合ヲ指スナリ而シテ是等ノ場合ニ於テ法律ハ其ノ損害賠償請求權ヲシテ財團債權トセス單ニ破産債權トシテ其ノ權利ヲ行ヒ得ヘキ旨ヲ定メタルモノナリ而シテ其ノ損害賠償請求權タルヤ之ヲ相殺ノ用ニ供シ得ルコトハ明カニシテ本條ハ之ヲ拒ムモノニ非ス (Jaeger § 26 Anm. 17 f.)

二 比較法 奥舊破第二二條ニ依レハ雙務契約ニ於テ當事者雙方未タ完全ニ履行セサル場合ニ於テ破産財團カ其ノ契約ニ加入セサルトキハ破産者ノ相手方ハ其ノ一部履行ノ目的物ニシテ他ノ財産ヨリ分離シテ存在スルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得タリ民法上ニ於テ此請求權ヲ認メサルトキト雖モ亦然リトス若シ他ノ財産ト區別スヘカラサルニ至リタルトキハ其ノ損害

賠償請求權ハ破産債權トシテ之ヲ行フコトヲ得タリ之ニ反シテ相手方カ既ニ全部履行ヲ爲シタルトキハ相手方ニ返還請求權ヲ認メス是レ一部履行者ト全部履行者トノ間ニ權衡ヲ得サルモノナリトノ批難アリタリ仍テ埃新破第二一條ハ雙務契約ニ於テ相手方ノ給付シタルモノハ全部履行タルト一部履行タルトヲ問ハス破産管財人カ契約ノ解除ヲ爲ス場合ニ於テ其ノ返還ヲ請求スルコトヲ得サルモノトシ單ニ解除ニ因リテ生シタル損害ニ付其ノ賠償ヲ請求シ得ルモノトシ其ノ賠償請求權ハ破産債權トシテ之ヲ行フコトヲ得ルモノトセリ畢竟獨法ノ本條ニ倣ヒタルモノナリ尙ホ埃同條第三項ヲ新設シ雙務契約ノ相手方カ先ツ履行ヲ爲スヘキ場合(Vorausleistung)ニ於テ契約締結ノ當時破産者ノ不良ノ財産状態カ相手方ニ知ラレサリシトキハ相手方ハ破産財團ヨリ反對給付ノ履行ヲ爲スカ又ハ之ニ對スル擔保ヲ供スルニ非サレハ其ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ルモノトセリ

匈破第一九條ハ獨本條ト其ノ内容ヲ同フス丁抹破第一六條ハ管財人カ雙務契約ニ加入セサルトキハ一定ノ場合ニ現物ニテ存スル相手方ノ給付ノ目的物ヲ返還スルコトヲ要スルモノトセリ而シテ其他ノ場合ニハ損害賠償ノ請求ニ付破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得
瑞西執行及破産法第二一二條ニテハ賣主ハ破産者ニ破産宣告前引渡シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得スト爲セリ

我舊商第九九四條モ亦獨本條ト略ホ同趣旨ノ規定ナリト雖モ我舊商第九九三條ノ規定ハ當

事者雙方未タ完全ニ義務ヲ履行セサル場合ニ適用アル規定ニシテ此ノ場合ハ當事者雙方解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得ト明言セルヨリ之ヲ觀レハ舊商第九九三條ノ場合ハ舊商第九九四條ノ適用外ナリト謂フヘシ即チ舊商第九九四條ハ雙務契約ニ於ケル一方ノ當事者カ完全ニ義務ヲ盡シ一方カ未タ完全ニ義務ヲ盡サスシテ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ對スル規定ナリ故ニ同條ハ獨本條ヨリモ其適用範圍狹シト謂フヘシ

然リ而シテ我破草第六二條ハ獨本條トハ其主義ヲ異ニシ雙務契約解除ノ場合ニ相手方ニ既ニ給付シタルモノノ返還請求權ヲ認メ且給付シタルモノカ現存セサルトキハ財團債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ルモノト爲セリ

第二十七條 破産手續開始ノ結果破産者カ爲シタル委任又ハ第二十三條第二項ニ掲クル種類ノ雇傭契約又ハ請負契約カ終了シタルトキハ相手方ハ手續開始後生シタル損害賠償ニ付民法第六百七十二條第二項ノ場合ニ於テハ財團債權者トシテ其ノ權利ヲ行フコトヲ得民法第六百七十四條ノ場合ニ於テハ破産債權者トシテ其ノ權利ヲ行フコトヲ得』

一 事務受託者ノ財團債權 本條及ヒ次條ハ破産者ヨリ事務ノ委託ヲ受ケタル者(Geschäftsbesorger)ノ破産開始後ニ生シタル賠償請求權ニ付破産法上ノ取扱ヲ規定シタルモノナリ先ツ

其ノ請求權カ財團債權トシテ取扱ハルル場合ニ付説明スヘシ

破産者カ爲シタル委任契約、雇傭契約及請負契約ニシテ破産財團ニ屬スル財産ニ關スルモノハ第二三條ニ依リ破産宣告ニ因リテ終了ス然レトモ急迫ノ事情ノ存スルトキハ (wenn Gefahr im Aufschube liegt) 受託者ハ破産管財人カ受託事務ヲ處理スルコトヲ得ルニ至ルマテ必要ナル處分ヲ爲スコトヲ得契約ハ其ノ範圍ニ於テ尙ホ繼續スルモノトス(民第六七二條、第六七五條)而シテ之ニ因リテ生シタル賠償請求權ハ財團債權トナル是レ破産管財人自身ノ行爲ト同一視セラルヘキカ故ナリ

而シテ財團債權ノ中ニハ財團債務 (Masseschulden) ト財團費用 (Massekosten) トノ二種アリ然ルニ右ノ財團債權ハ第五九條第二號ニ屬スヘキモノニシテ之ヲ財團債務ノ中ニ算フヘキモノトス (Jager § 27 Anm. 2)

二 事務受託者ノ破産債權 事務ノ受託者 (Geschäftsbesorger) カ委託者ノ破産開始ヲ知ラス又知ルコトヲ要セスシテ受託事務ヲ處理シ急迫ノ事情ノ存シタルニ非サルトキハ之ニ因リテ生シタル債權ハ之ヲ破産債權トス(民第六七四條) 是レ受託者ニ損害ヲ被ムラシメザランカ爲メノ衡平 (Billigkeit) ノ觀念ニ基クニ外ナラサルナリ

三 請負人ノ別除權 請負人ハ其ノ仕事ノ目的物ノ上ニ法律上質權ヲ與ヘラル(民第六四七條、破第四九條第二號) 是レ別除權トナルモノトス

四 比較法 我民第六五三條乃至第六五六條及我破草第三五條第七號、第六六條ノ適用ノ結果ハ結局獨法ノ本條ト同一ナルナリ

第二十八條 民法第七百五條ニ依リテ組織セラレタル組合カ組合員ノ財産ニ對スル破産手續開始ニ因リ解散シタルトキハ業務執行者ハ民法第七百二十八條第二項ニ依リ業務ノ假續行 (einstweilige Fortführung) ヲ爲シタルニ因リテ生シタル請求權ニ付テハ財團債權者トシテ其ノ權利ヲ行フコトヲ得民法第七百二十九條ニ依リ生シタル請求權ニ付テハ破産債權者トシテ其ノ權利ヲ行フコトヲ得但シ第五十一條ノ適用ヲ妨ケス』

一 民法ノ組合ノ解散 組合員ノ財産ニ對スル破産開始ニ因リ民法第七百五條ニ從ヒテ組織セラレタル組合ハ民第七二八條第一項ニ依リテ解散ス尤モ破産手續開始前ニ其ノ他ノ組合員間ニ於テ組合ヲ繼續スヘキ契約ヲ爲ストキハ此限ニ在ラス

右解散ノ場合ニ破産管財人カ他ノ組合員ト共ニ事務ヲ處理スルニ至ル迄破産者以外ノ他ノ組合員カ急迫ノ事情ニ基キ事務ヲ處理シ之ニ因リテ生シタル債權ハ財團債權ト爲スナリ之ニ反シテ組合契約ニ基キ事務ヲ執行スル組合員カ他ノ組合員ノ破産ヲ知ラス又ハ之ヲ知ルコトヲ要セスシテ事務ヲ處理シ之ニ因リテ生シタル債權ハ破産宣告後ニ生シタル債權タルニ拘ラ

ス公平ヲ維持スル爲メニ之ヲ破産債權ト爲スナリ

- 二 商事會社ノ解散 合名會社ニ在リテモ亦社員ノ破産ニ因リテ解散ス(商第一三一條第五號)尤モ他ノ社員ノミヲ以テ會社繼續ノ契約ヲ爲シ得ルコトハ組合ノ場合ト同シ(商第一三八條、第一四一條第二項)

右解散ノ場合ニ急迫ノ事情アルトキハ他ノ社員ハ業務ヲ一時處理スル義務ヲ負フ(商第一三七條)又善意ノ業務執行社員ハ同シク保護セラル(商第一三六條)而シテ是等ノ業務執行ニ因リテ生スル債權ハ組合員ノ破産ノ場合ト同シク或ハ財團債權トナリ或ハ破産債權トナルナリ

- 又合資會社ハ單ニ無限責任社員ノ破産ノミナラス有限責任社員ノ破産ニ因リテモ亦解散ス(商第一六一條第二項)又株式合資會社ハ單ニ無限責任社員ノ破産ニ因リテノミ解散ス(商第三三〇條第一項第二項)又匿名組合ニ對シテハ民法第七〇五條、第七二八條、第七二九條適用セラレ從テ本條ハ直接ニ適用セラルルナリ(Jaeger § 28 Ann. 5)

- 三 比較法 佛民第一八六五條ニ依レハ組合ハ組合員ノ家資分散(déconfiture)ニ依リテ終了ス破産モ亦同一ニ解スヘキモノトス尤モ破産カ組合ノ解散トナルニハ組合員其ノ人ニ重キヲ置ク所謂人的團體(la société formée cum intuitu personae)ニ限ル故ニ合名、合資會社ノ社員又ハ株式合資會社ニ於ケル無限責任社員ノ破産ハ會社ノ解散原因タリ然レトモ株主ノ破産ハ會社ノ解散原因トナラス尤モ組合員ノ破産ニモ拘ハラズ人的團體タル組合カ繼續スル旨ヲ約

スルコトヲ妨ケス(「リオンカン」三版七卷一七九號)右ニ反シテ佛國ニテハ會社ノ破産ハ必スシモ會社ノ解散原因トナラスト爲スヲ有力ナル見解トス蓋シ其ノ理由ハ法律ハ此點ニ付明示ノ規定ヲ有セサルノミナラス會社カ支拂ヲ停止スルモ必スシモ債務カ資産ニ超過スル(«*passif dépasse l'actif*»)ト謂フコトヲ得サレハナリト謂フニ在リ(「リオンカン」三版二卷三三三三號、第三二五號、第五四二號、第九〇三號、第一〇一六號 Jaeger § 25 Ann. 44)

白耳義會社法第一一條ニ依レハ會社ハ解散後ト雖モ清算ノ目的ノ範圍内ニ於テ存續スル旨ヲ明言セリ而シテ會社ノ破産ハ其ノ解散原因タリ葡萄牙商第一二二條第一項、第一二〇條第四號ニ於テモ亦同一ナリ

埃國ニテモ會社ノ破産ハ解散原因タリ無限責任社員ノ破産モ亦同シ但シ破産セル社員ノ退社ノ契約アルトキハ此限ニ在ラス(埃商第一二三條第一號第三號、第一二七條、第一七〇條第二項、第二〇〇條、第二四二條第四號)匈國ニテモ亦同一ナリ(匈商第九八條第一號第三號、第一〇二條、第一四四條第二項、第二〇一條第四號)

瑞西ニテモ會社ノ破産ハ解散原因タリ而シテ無限責任社員ノ破産ハ退社ニ決セサル以上ハ同シク會社ノ解散原因トナル(瑞西債務法第五四五條第三號、第五七二條、第五七七條、第六一一條、第六六四條第三號、第七〇九條第三號)

我國ニテハ法人ノ破産ハ其解散原因タリ(我民第六八條第三號、我商第七四條第六號、第一

○五條、第二二一條第一號、第二三六條第二項、産業組合法第六二條第五號)然レトモ社員ノ破産ハ退社原因ヲ成スノミ(我商第六九條第四號、第一〇五條、第二三六條第一項第三號、産業組合法第五一條第三號)

第二章 否認權 (Anfechtung) (第二九條乃至第四二條)

第二十九條 破産手續開始前ニ爲サレタル法律行爲ハ以下數條ノ規定ニ從ヒ破産債權者ニ對シ無効トシ之ヲ否認スルコトヲ得』

- 一 緒言 第二九條乃至第四二條ハ破産債權者ノ共同ノ利益 (Gemeinschaftliche Interesse) ノ爲メニスル破産内ノ否認權 (Konkursanfechtung) ヲ規定シタルモノナリ其ノ目的ハ之ニ依リテ破産財團ヲ増殖スルニ在リ然ルニ破産外ニ於ケル箇箇ノ執行財團ヲ増殖スル目的ノ爲メニハ破産外否認權法ナル特別法アリ同法ハ一八七九年七月二十一日ノ制定ニ係リ其ノ後一八九八年五月十七日ノ新破産法及同施行法ノ發布アリ之ニ依リテ破産外否認權法ニモ亦多少ノ修正ヲ施セリ破産外ノ否認ハ之ヲ箇箇否認 (Einzelanfechtung) ト稱ス(本書緒言制定ノ沿革、拙著研究第三卷七九頁以下、同第四卷一五〇頁、一六八頁、一七三頁以下、一八三頁以下參照) 尙ホ否認權ニ關スル參考書ニ付テハ Jaeger § 29 Einleitung ヲ參照スヘシ
- 二 否認權ノ性質 之ニ付テハ大別スレハ物權說 (Dinglichkeitslehre) ト債權說 (Obligationale-

the) トノ兩說アリ物權說トハ否認權ヲ以テ法律行爲ノ取消權ト解シ取消ノ意思表示ノ結果物權的效力ヲ生スルモノト爲シ否認權ヲ以テ形成權ト解スルナリ而シテ取消ノ效果ハ破産債權者ニ對シテノミ無効ト爲ス即チ關係的又ハ相對的無効 (relative Nichtigkeit) ナリト解ス是レ「ヘルウィヒ」等ノ主張スル所ナリ (Hollwig, Z. f. CP Bd 26 S. 474 f.)

債權說ノ中ニモ亦二派アリ其ノ中ノ一派ハ否認權ヲ以テ直ニ債權的請求權ナリト解ス即チ否認權發生ノ法定ノ要件具ハルトキハ何等否認ノ意思表示ヲ要セスシテ法律ニ因リ當然債權的請求權ヲ發生スルモノト爲シ否認權 (das Anfechtungsrecht, das Recht anzufechten) ト否認ノ意思表示ニ基キテ發生スル否認請求權 (Anfechtungsanspruch) トノ間ニ區別ヲ認メス否認權即チ否認請求權ナリトシ形成權ニ非スト爲スナリ是レ「イエーガー」等ノ主張スル所ナリ (Jaeger § 29 Anm. 1 u. Anm. 59) 而シテ此ノ見解ハ獨逸ニ於ケル大多數ノ學者及ヒ獨逸帝國裁判所ノ採ル所ニシテ寧ロ通說ト稱スルコトヲ得ヘシ

債權說中ノ他ノ一派ハ否認ノ意思表示ニ因リテ始メテ債權的請求權ヲ生スルモノト解ス即チ否認權 (Anfechtungsrecht) ト否認請求權 (Anfechtungsanspruch) トノ區別ヲ認ムルナリ「ゾイフェルト」「コーラー」等本說ヲ主張ス (Souffert, Konkursprozessrecht S. 227; Kohler, Leitfaden 2 AnH. § 21)

予輩ハ右三種ノ見解中最後ノ見解即チ否認權行使ノ結果始メテ債權的請求權ヲ生スト爲ス

見解。正當ト信スル者ナリ蓋シ獨法ニ在リテハ破産債権者ニ對シテノミ破産者ノ行爲ヲ無効トスルモノナルカ故ニ絶對的ニ之ヲ無効トスルモノニ非ス換言スレハ單ニ破産債権者ニ對スル關係ニ於テノミ之ヲ無効トスルニ過キサレカ故ニ所謂關係的無効タルナリ然ルニ若シ否認ノ效果カ物權的ナリトスレハ絶對的無効ナラサルヘカラス故ニ債權說ヲ以テ正當ナリトス又債權說中ニ在リテハ否認ノ意思表示ヲ要セスシテ當然債權的請求權ヲ生スト爲スハ非ナリトス又シ法文カ否認スルコトヲ得ト曰ヒ當然請求權アルコトノ根據ハ之ヲ見出スコトヲ得サルヲ以テナリ我日本民法ノ廢罷訴權ノ解釋ニ付テモ予輩ハ此ノ見解ヲ正當ト信ス詳細ハ拙著研究第四卷一八三頁以下、二七九頁以下ヲ參照スヘシ

三 否認權行使ノ方法 物權說ヲ採ル者ハ否認權ハ錯誤、詐欺、強迫等ノ如キ意思表示ノ瑕疵ニ基ク取消權ト同一性質ノモノト解スルカ故ニ民第一四三條ノ適用アリト爲シ裁判上又ハ裁判外ニ於ケル相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ行使シ得ルト爲ス然ルニ債權說ヲ採ル者ノ中否認權ヲ以テ直ニ法定原因ニ依ル債權的財産返還請求權(ein obligatorischer Rückgewähranspruch) ナリト解スル者ニ在リテハ否認權ニ付テハ民第一四三條ノ適用ナシト解ス蓋シ何等ノ意思表示ヲ要セスシテ法定ノ事實要件具ハルトキハ直ニ債權的請求權ヲ生スルモノト解スレハナリ而シテ此ノ說ヲ採ル者ノ主張スル所ニ依レハ否認權ノ行使ハ取引ノ安全 (Verkehrssicherheit) ヲ保護スル爲メニ裁判上ニ於テノミ行使スヘキモノト爲ス (Gerichtliche Gel-

tendmachung) 即チ破産外否認法第五條及第九條ニ於テモ訴 (Klage) 又ハ抗辯 (Einrede) ニ依リテ行使スル場合ノミヲ豫想セリ而シテ法律及理由書等ニ於テモ裁判外ニ於テ行使シ得ルコトヲ豫想セス殊ニ一九〇〇年前ノ法律ニ對シテハ否認權ハ裁判上ニ於テノミ行使スヘキモノタルコトハ一般ニ認メラレタル所ニシテ唯「コーサク」氏ノ之ニ反對セシコトアルノミ (Cossack, Anfechtungsrecht S. 219 f.) 故ニ否認權ハ現行法ノ下ニ在リテモ裁判上ニ於ケル訴又ハ抗辯 (再抗辯 Replik 再再抗辯 Duplik) ニ依リテノミ行使スヘキモノナリ又第四一條ノ否認權行使ノ除外期間 (Ausschlussfrist) ノ確保ハ口頭辯論ニ於ケル主張ノ時ヲ標準トシテ定ムヘキモノナリト説キ獨國帝國裁判所ノ判決例モ亦此ノ見解ヲ採リ (Jaeger § 29 Anm. 59 f.; Sydow, Busch § 29 Anm. 5; RGE v. 29. 3. 1904 Bd 58, 47.) 而シテ獨逸ニ在リテハ此ノ見解ヲ採ル者大多數ヲ占ム故ニ獨逸ニ在リテハ本說ヲ以テ通説ト爲スヘシ尤モ本說ヲ採ル者ニ在リテモ相手方カ任意ニ否認ノ目的物ヲ返還スルニ當タリ之ヲ受領スルコトヲ得サルニ非スト爲ス其ノ理由ハ破産管財人ハ否認權ヲ處分シ得ルカ故ニ代物辨濟ヲ受領 (Annahme an Erfillung statt) シテ以テ否認權ヲ消滅セシムルコトモ亦彼レノ爲シ得ヘキ所ナルヲ以テナリト曰ク (Jaeger § 29 Anm. 61)

然ルニ債權說中ノ他ノ一派ハ裁判上又ハ裁判外ニ於ケル意思表示ニ依リテ否認權ヲ行使シ得ヘシト説キ其ノ權利行使ノ結果債權的請求權ヲ生スト爲スナリ而シテ予輩ハ獨逸法ノ解釋

トシテモ本説ヲ正當ナリト信スルモ獨逸ニ在リテハ本説ヲ採ル者ハ寧ロ少數ナリトス

四 比較法 佛國ニテハ舊法ハ破産ノ效力ヲ支拂停止ノ時マテ遡及セシムル主義 (Rückdatierung des Konkurses) ヲ採レリ (佛一八〇七年商法第四四二條) 然ルニ一八三八年ノ破産法ハ取引ノ安全ヲ保護スル爲メニ遡及効ノ原則ヲ緩和シテ折衷主義 (Gemischtes System) ヲ採用セリ即チ一ニハ贈與、代物辨濟等ノ行爲ニシテ支拂停止後又ハ其前十日內ニ爲サレタルモノハ當然之ヲ無効トセリ (佛商第四四六條 nuls et sans effet, relativement a la masse) 一ニハ期限ノ到レル債務ノ辨濟ノ如キ行爲ニ付テハ相手方カ支拂停止ノ事實ヲ知レルトキハ之ヲ無効ト爲シ得ルモノトシ (佛商第四四七條、第四四九條 pourront être annulés) 三ニハ所謂危殆時期ニ於ケル登記ニ付テ特別ノ規定ヲ設ケタリ (佛商第四四八條第二項及第三項) 是等ノ規定ハ非商人ノ家資分散ニ付テハ其適用無シト雖モ裁判上ノ清算ニ付テハ其適用アリ而シテ佛國ニテハ非商人ニ關スル廢罷訴權 (actio pauliana) ニ付テハ民法第一一六七條ニ其規定アリ 白商第四四四條、伊商第六九九條、第七〇四條、第七〇七條乃至第七一一條、「ルーマニヤ」商第七二二條、第七二四條等ハ佛法系ニ屬ス我舊商第九九〇條乃至第九九二條、第九九六條モ亦略ホ佛法ト同シ而シテ破産外ノ廢罷訴權ニ付テハ民法第四二四條以下ニ其ノ規定アリ 澳新破産法第二七條乃至第四三條、匈破第二六條乃至第三七條、丁抹破第二〇條乃至第三〇條、和蘭破第四二條乃至第五一條及我破草第八五條以下ハ獨法系ニ屬ス

英一九一四年法破第四〇條乃至第四五條、米國一八九八年破第三條、第六〇條、第六七條、第七〇條ニ否認權ニ該當スル規定アリ

第三十條 左ニ掲クル行爲ハ之ヲ否認スルコトヲ得

- 一 破産者カ支拂ノ停止又ハ破産ノ申立アリタル後ニ爲シタル行爲ニシテ之ニ因リ破産債權者ヲ害シ且相手方カ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リタルトキ及支拂ノ停止又ハ破産ノ申立アリタル後或破産債權者ニ擔保ヲ供シ又ハ辨濟ヲ爲シ且其ノ債權者カ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リタルトキ
- 二 破産者カ支拂ノ停止若ハ破産ノ申立アリタル後又ハ其ノ前十日內ニ或破産債權者ニ對シテ爲シタル擔保ノ供與又ハ辨濟ニシテ破産者ノ義務ニ屬セス又ハ其ノ方法若ハ時期カ破産者ノ義務ニ屬セサルモノナルトキ但シ其ノ破産債權者カ行爲ノ當時支拂ノ停止若ハ破産ノ申立アリタルコト又ハ破産者カ他ノ債權者ニ比シ其ノ債權者ニ特ニ利益ヲ與フル目的ヲ以テ爲シタルコトヲ知ラサリシ旨ヲ證明セサルトキニ限ル

一 說明

一五二

本條ハ破産財團ノ利益ノ爲メニ特ニ破産ノ場合ニ於テノミ設ケタル否認權ニシテ破産ニ特有ナル否認權 (besondere Konkursanfechtung) ト稱ス本條設定ノ理由ハ債務者ノ支拂不能後ニ在リテハ債務者ノ財産ハ總債權者ノ共同ノ利益ノ爲メニ配當セラルヘキモノト看做ス觀念ニ基クナリ而シテ支拂停止 (ZahlungsEinstellung) 又ハ破産ノ申立 (Eröffnungsantrag) ハ支拂不能ノ状態ヲ能ク外形ニ表示スル行爲ナルカ故ニ之ヲ標準トシテ否認スヘキ行爲ノ範圍ヲ定メタルナリ

支拂不能 (Zahlungsunfähigkeit) トハ債務者カ即時ニ履行ヲ爲スヘキ金錢債務ニ付一般的ニ支拂ヲ爲スコト能ハサル客觀的状态 (Zustand) ヲ謂フ其ノ支拂ヲ爲スコト能ハサルハ唯リ彼ノ現有財産ノミナラス其ノ信用 (Kredit) ニ依リテモ亦融通ヲ得ルコト能ハサルコトヲ謂フ

支拂停止 (Zahlungseinstellung) トハ債務者カ即時ニ履行ヲ爲スヘキ金錢債務ニ付一般的ニ支拂ヲ爲スコト能ハサル旨ヲ表示シタル主觀的ノ行爲 (Handlung) ヲ謂フ而シテ支拂不能又ハ支拂停止ハ其ノ效力ノ何レモ持續的ナル場合 (andauerndes Leistungsvermögen) ヲ謂フ然ルニ支拂停滯 (Zahlungsstockung) トハ單ニ一時的ノ支拂不如意ノ状態 (vorübergehendes Leistungsvermögen) ヲ指スモノトス

債務超過 (Ueberschuldung) トハ信用ヲ外ニシテ單ニ財産上ニ於テ債務ノ總額カ財産ノ總額ニ超過スルコトヲ謂フ

破産ノ申立 (Eröffnungsantrag) トハ債務者又ハ相續財産ニ破産原因 (Konkursgrund) アル場合ニ於テ債務者、債權者又ハ法人ノ代表者ノ如キ破産ノ申立ヲ爲ス權限アル者カ破産手續開始ノ申立ヲ爲スコトヲ謂フ

支拂停止等ノ意義ニ付テハ拙著研究第一卷一二〇頁以下、一三九頁以下、第二卷三一〇頁以下、第四卷四四二頁以下參照

二 直接ニ破産債權者ヲ害スル行爲 (第一號前段) 本號ノ行爲ハ破産者ノ單獨行爲 (例ハ一方的拋棄) ヲ觀タルモノニ非スシテ相手方アル行爲ヲ觀タルモノナリ而シテ破産者カ對等ノ對價ヲ得タル行爲ハ債權者ヲ害スルモノニ非ス故ニ本號適用外ナリ本號ニ屬スルモノノ例ヲ擧ケレハ高キニ過キタル價格ニ於ケル物品ノ購入、廉價ニ過キタル賣却、不利益ナル條件ニテ爲セル貸金又ハ借財、他人ノ債務ニ對スル物上保證、他人ノ債務ノ支拂、免除契約ノ締結等はナリ本號ニ屬スル事實ノ舉證ノ責任ハ總テ破産管財人ニ在リ

三 本旨辨濟 (第一號後段) 第一號後段ハ債務者カ債務ノ本旨ニ從ヒ即チ辨濟期ニ於テ辨濟ノ目的物ヲ以テ破産債權者ニ對シ或ハ辨濟 (Erfüllung) ヲ爲シ或ハ擔保 (Sicherung) ヲ供シタル場合ナリトス即チ債務ノ本來ノ趣旨ニ合致シテ之ヲ爲スモノナルカ故ニ學者之ヲ名ケテ本旨辨濟 (kongruente Deckung) ト稱ス斯ノ如ク債務ノ本來ノ趣旨ニ從フ辨濟又ハ擔保ノ供與ナリト雖モ支拂停止又ハ破産ノ申立後ニ爲スモノナルカ故ニ相手方カ其事實ヲ知リタルトキニ

限リ否認シ得ルモノトシタルナリ而シテ是等ノ要件タル事實ノ舉證ノ責任ハ總テ破産管財人ニ在ルナリ

四 變更辨濟(第二號) 辨濟又ハ擔保ノ供與カ債務者ノ本來ノ義務ニ屬セサル方法又ハ時期ニ於テ爲サレタルモノナルカ故ニ學者ハ之ヲ名ケテ變更辨濟(Inkongruante Daekung)ト稱ス斯ノ如ク債務ノ本旨ニ從ハサル變更辨濟ナルカ故ニ第一號後段ノ場合ニ比シ二重ニ相手方ニ不利益ヲ負ハシム即チ一ニハ相手方ニ支拂停止又ハ破産申立アリタルコト等ヲ知ラサリシコトノ舉證ノ責任ヲ負ハシメニハ單ニ支拂停止又ハ破産申立後ノ行爲ノミナラス其ノ前十日内ノ行爲ヲモ亦否認セラルルモノト爲シタルコト是ナリ

五 比較法 奧新破第三一條第一項第二號ハ本條第一號ニ該當シ規定ノ内容モ亦同一ナリ唯奧法ハ本條ノ支拂停止後ニ代フルニ支拂不能後ノ文字ヲ以テセリ又奧法ハ同條第二項ニ於テ和議手續開始後ハ支拂不能ノ事實ヲ知ラサリシモノト主張スルコトヲ得スト爲シ又同條第三項ニ於テ和議管財人カ營業繼續ノ爲メ爲シタル行爲ハ之ヲ否認スルコトヲ得スト爲シ又同條第四項ニ於テ破産宣告前六ヶ月ヨリ以前ノ行爲ハ同條ニ基キテ否認スルコトヲ得サルモノトセリ奧國和議法ニ付テハ拙著研究第三卷一三五頁以下參照

又奧法第三〇條第一項第一號ハ本條第二號ニ該當シ規定ノ内容モ亦同一ナリ唯危殆時期ヲ本條ノ十日ニ代フルニ六十日ト爲シ且ツ破産宣告前一年ヨリ以前ノ行爲ハ否認スルコトヲ得

ストノ制限ヲ置ケリ

匈破第二七條ハ本條ニ該當シ規定ノ内容略ホ同一ナリ唯危殆時期ヲ十五日トセリ

瑞西第二八七條、和蘭破第四三條、佛商第四四六條乃至第四四八條、伊商第七〇七條、第七

〇九條以下、「ルーマニヤ」第七二四條、丁抹破第二〇條以下、英新破第四〇條、第四四條、第四五條、米破第三條、第六〇條、第六七條等參照

我舊商第九九〇條ノ末段、第九九一條ハ本條ニ該當ス危殆時期ハ三十日ナリ而シテ我破草第八五條第二號第五號ハ本條第一號後段及第二號ニ該當シ規定ノ内容略ホ同一ナリ但シ危殆時期ハ舊商法ト同シク三十日ナリ而シテ我破草ニハ本條第一號前段即チ直接ニ債權者ヲ害スル行爲ノ否認ニ關スル規定ナシ立法論トシテハ之ヲ加フルヲ適當トスヘシ

第三十一條 左ニ掲クル行爲ハ之ヲ否認スルコトヲ得

一 破産者カ債權者ヲ害スル目的ヲ以テ爲シタル法律行爲ニシテ相手方其目的ヲ知リタルモノ

二 破産手續開始前最後ノ一年內ニ破産者カ婚姻前又ハ婚姻中其ノ配偶者トノ間ニ自己若クハ其配偶者ノ尊屬親若クハ卑屬親タル者トノ間ニ自己若クハ其配偶者ノ同父母若クハ異父母ノ兄弟姉妹(voll- und halbblütige Ge-

schwistor) トノ間ニ、又ハ此等ノ者ノ配偶者トノ間ニ爲シタル有償契約但シ其契約ニ因リ破産者ノ債權者ヲ害シ且相手方ニ於テ契約ノ當時破産者カ債權者ヲ害スル目的ヲ有セシコトヲ知ラサリシ旨ヲ證明セサルトキニ限ル』

一 説明 本條ハ所謂惡意ノ行爲ヲ否認セントスルモノ (Absichtsanfechtung) ニシテ獨破産外否認權法第三條第一號及第二號ト全然其内容及文字ヲ同フスルモノナリ而シテ其ノ否認ノ根據ハ不法行爲ニ基クモノニ非ス (拙著研究第四卷二〇〇頁以下參照) 然リ而シテ第一號ト第二號トハ否認ノ原因及其舉證責任ヲ異ニス 即チ第一號ハ債權者カ債權者ヲ害スル意思ニ重キヲ置キ否認ノ根據ハ即チ主觀主義ナリ而シテ管財人ニ於テ債務者ノ惡意ハ勿論相手方ノ惡意ヲモ亦證明セサルヘカラス然ルニ第二號ノ場合ニ在リテハ破産宣告前一年ノ契約ニ因リ直接ニ債權者ヲ害スルコトヲ必要トス而シテ相手方ノ惡意ニ付テハ管財人ニ於テ之ヲ證明スルコトヲ要セス若シ相手方否認、免レント欲セハ自ら進ント債務者カ債權者ヲ害スル目的ヲ有セシコトヲ知ラサリシ旨ヲ證明セサルヘカラス是レ債務者カ其親族トノ間ニ爲シタル行爲ナルカ故ニ相手方タル親族ニ於テハ惡意ナリシモノト一應推定スヘキ理由存在スヘキモノナルヲ以テナリ尤モ第二號ノ場合ハ破産宣告前一年ノ行爲ニ限ルニ反シ第一號ノ場合ハ斯カル制

限ナク行爲ノ時ヨリ否認ノ時マテ三十年ヲ經過セサル以上ハ總テ皆之ヲ否認スルコトヲ得ルナリ(第四一條第一項末段)

二 第一號 直接又ハ間接ニ破産債權者ヲ害スル目的ヲ以テスル總テノ行爲ヲ包含ス殊ニ故意ヲ以テスル不作爲例ヘハ時効ノ中斷、訴訟ニ於ケル防禦ヲ怠ルカ如キモ亦之ニ包含ス又裁判上ノ行爲タル拋棄、和解及認諾ノ如キモ亦此ノ中ニ包含セラル然レトモ當事者ノ口頭辯論ニ基ク裁判ノ如キハ之ニ包含セス又差押行爲其他強制執行行爲ハ債權者ト共謀ノ下ニ成ル詐害行爲タル場合ノ外債權者ノミノ申立ニ依リ債務者ニ對シテ爲ス執行行爲ハ本條ノ中ニ包含セス蓋シ本條ハ債務者ノ任意行爲ヲ豫想セルカ故ナリ故ニ執行行爲ハ第二〇條ニ依リテ否認スヘキノミ

第一號ノ場合ハ債務者カ債權者ヲ害スル意思アリ又其ノ行爲ノ相手方カ其意思ヲ知レルコトヲ要スルハ勿論ナリト雖モ單ニ之レノミヲ以テ足レリトセス客觀的ニモ亦債權者ヲ害スル結果ヲ生スルコトヲ要ス成ル程第一號ノ場合ハ第二號ノ場合ノ如ク直接ニ債權者ヲ害スルコトヲ要セサルモ否認セラルヘキ行爲ノ結果トシテ少クトモ間接ニ事實上債權者ヲ害スル (Benachteiligung) ニ至ルコトヲ要ス然ラスンハ否認スルノ必要ナシ而シテ此債權者ヲ害スルコトノ結果ト行爲トノ間ニ因果關係ノ存スルコトヲ要ストハ獨逸學者ノ通說ナリトス又大審院判例モ亦之ヲ認ム (Jaeger Anm. 4; Petersen-Kleinfeiler, Anm. 8; RGE 1894 B.1. 33)

要スルニ第一號ト第二號トハ間接ニ債權者ヲ害スル行爲タルト直接ニ債權者ヲ害スル行爲タルトノ差異アルモノトス

三 第二號 第二號ノ行爲ハ第三二條ニ所謂無償行爲 (unentgeltlichen Verfügungen) 反對スル有償契約ヲ包含ス然レトモ債務者ノ任意行爲ノミヲ包含シ其意ニ反シテ爲ス強制執行ヲ包含セス

而シテ第二號ノ行爲ハ破産宣告前最後ノ一年内ノ行爲ニ限ル其期間ハ時效又ハ除斥ノ期間ニ非ス單ニ債務者ノ破産財團ニ返還ヲ請求シ得ル權利ノ成立要件タルニ過キス而シテ此ノ一年内ノ行爲タルヤ否ヤノ舉證ノ責任ハ管財人ニ在リ

而シテ第二號ノ場合ハ契約ノ締結ニ因リ直接ニ破産債權者ヲ害スルコトヲ要ス是レ法文ニ契約ノ締結ニ因リ (durch den Abschluss des Vertrages) ト明言セルニ依リ明カナリ是レ第三〇條第一號前段ノ場合モ亦同一ナリ

然リ而シテ行爲ノ相手方ニ於テ否認ヲ免レント欲セハ自ラ其善意タリシコトヲ證明スルコトヲ要ス是レ其行爲カ債務ノ本旨辨濟 (kongruente Deckung) タル場合ト變更辨濟 (inkongruente Deckung) タル場合トニ於テ差異アルコト無シ

四 比較法 匈破第二九條ハ特ニ期間ノ制限ナキ旨ヲ明言シ獨本條第一號ニ該當ス而シテ同第

二八條第二號ハ本條第二號ニ該當ス而カモ破産宣告前最後ノ二年間ノ行爲トセリ

埃新破第二八條第一號ハ本條第一號ニ該當スルモ破産宣告前十年間ノ行爲ニ限り否認シ得ルモノトセリ又同第三號ニ依リ直接ニ債權者ヲ害スル行爲ニシテ親族トノ間ニ爲シタルモノハ破産宣告前最後ノ二年間ノ行爲ヲ否認シ得ルモノトセリ又同第四號ニ於テハ破産宣告前最後ノ一年間ノ賣買、交換及供給契約ニシテ相手方カ債權者ヲ害スル財産浪費タルコトヲ認め又ハ認めサルヘカラサルトキハ之ヲ否認シ得ルモノトセリ又同第二六條ニ於テハ不作爲 (Daherlassung) ノ否認ニ付明文ヲ設ケ之ニ因リテ權利ヲ失ヒ又ハ之ニ因リテ破産者ニ對シテ財産上ノ請求權カ發生又ハ保全セラルル場合ニ於テハ其不作爲ヲ以テ法律行爲ト同一視スヘキモノトセラレタリ又相續ヲ承認セサル場合ニ於テモ亦同一ナリトス

瑞西第二八八條モ略ホ本條第一號ニ同シ唯債權者ヲ害スル故意アル場合ノ外ニ箇箇ノ債權者ニ特ニ利益ヲ與フル故意アル場合ヲモ亦包含セシメタリ

羅馬尼亞第七二五條ハ本條第一號ニ該當シ行爲ノ時ニ付テ何等ノ制限ナシ同第七二六條ハ支拂停止後ノ或行爲ニ付キ債權者ヲ害スル意思存在ノ推定ノ規定ヲ設ケタリ和蘭破第三一條及第四二條ハ多少内容ヲ異ニスト雖モ是亦債務者カ債權者ヲ害スル意思ヲ以テ爲シタル行爲ニシテ相手方惡意ナルトキハ之ヲ否認シ得ルモノトセリ

英新破第一條、第四二條、米破第三條、第七〇條參照

我舊商法第九九六條ハ本條第一號ニ該當ス而シテ我舊商法ニハ本條第二號ニ該當スル規定ナシ我破草第八五條第一號、第三號ハ本條ニ該當ス然レトモ舉證ノ責任ニ付テハ我破草第一號ハ管財人ニ於テ相手方ノ惡意ヲ證明スル必要ナキモノトセリ然ルニ我舊商法ハ獨本條第一號ト同シク管財人ニ於テ相手方ノ惡意ヲモ證明スル必要アルモノトセリ

第三十二條 左ニ掲クル行爲ハ之ヲ否認スルコトヲ得

一 破産手續開始前最後ノ一年内ニ破産者カ爲シタル無償行爲但シ慣習上ノ期節贈與 (Gebrauchliche Gelegenheitsgeschenke) ヲ目的トスルモノハ此限ニ在ラス

二 破産手續開始前最後ノ二年内ニ破産者カ其配偶者ノ爲メニ爲シタル無償行爲

一 説明 本條ハ無償行爲ノ否認 (Schenkungsanfechtung) ヲ規定シタルモノニシテ配偶者ニ對スルモノハ破産宣告前二年内其他ノ者ニ對スルモノハ其前一年内ノ行爲ヲ否認シ得ルモノトセリ而シテ尙ホ其以前ノ贈與ニ在リテハ第三一條ニ依リテ否認セラルルコトアルヘク又破産宣告後ノ行爲ニ付テハ第四二條ニ依リテ否認セラルルコトアルヘシ尙ホ本條否認ノ根據ハ無償行爲タル客觀的事實ニ基キ當事者カ債權者ヲ害スルコトノ意思アルヤ否ヤヲ問ハサルモ

欠

欠

大正九年六月八日印刷
大正九年六月十二日發行

獨逸破産法第一分冊奥附

定價金壹圓四拾錢

禁漢譯



著作

加藤正治
東京市麴町區元園町一丁目二番地

發行

江草重忠
東京市神田區一ツ橋通町五番地

印刷

松澤瓦三
東京市麴町區下六番町十七番地

發行所

有斐閣

發賣所
發賣所

東京市神田區一ツ橋通町五番地
電話九段三三二番一三三番
振替口座東京三七〇番
東京市神田區南神保町十三番地
振替口座東京五四〇六番
東京市木郷區森川町一番地

有斐閣雜誌店
有終閣書房

法學博士 加藤正治著

破產法講義	完	七版	青草上製全一冊 紙數六七〇頁	定價金五圓五拾錢 內地送料金拾八錢
破產法研究	第一卷	三版	青草上製全一冊 紙數三四九頁	定價金貳圓參拾錢 內地送料金拾八錢
破產法研究	第二卷	再版	青草上製全一冊 紙數三八四頁	定價金貳圓五拾錢 內地送料金拾八錢
破產法研究	第三卷	再版	青草上製全一冊 紙數四三九頁	定價金參圓五拾錢 內地送料金拾八錢
破產法研究	第四卷		青草上製全一冊 紙數四八三頁	定價金四圓 內地送料金拾八錢
獨逸破產法	第一分冊		假綴並製全一冊 紙數一六〇頁	定價金壹圓四拾錢 內地送料金四錢
海法研究	第一卷	再版	上製美本全一冊 紙數五三二頁	定價金參圓八拾錢 內地送料金拾八錢
海法研究	第二卷		上製美本全一冊 紙數六二二頁	定價金四圓五拾錢 內地送料金拾八錢

382
100

終

