



破産債権の意義を論ず(其一)

齋藤, 常三郎

(Citation)

国民経済雑誌, 40(1):17-52

(Issue Date)

1926-01

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/00053830>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/00053830>



破産債權の意義を論ず（其一）

齋 藤 常 三 郎

一

破産 (Konkurs, Gant, Faillite, Bankruptcy) とは、債務者が其一切の財産を以て總債權者に對し債務を完済すること能はざるべしと推測せらるる場合に競合せる多數の債權者 (Konkurrierende Gläubiger) をして債務者の總財産より平等に満足を得せしむるを以て其目的とする特別の民事訴訟手續である（註一）。左れば破産の觀念中最も重要な構成要件は債務者の一切の財産とは如何なるものを云ふか（所謂破産財團 Konkursmasse, Masse de la faillite, Bankruptcy Estate）、又債務を完済すること能はざるべしと推測せらるる場合とは如何なる場合なるか（所謂破産原因 Konkursgrund）、又競合せる債權者とは如何なる債權者を云ふか（所謂破産債權者 Konkursgläubiger）にあるのである。而して破産債權者とは形式的に云へば破産手續に参加して破産財團より平等的満足を受けることを得る債權者と云ふことである（註二）。然し之れを他方面なる實質的に解すれば別の文辭を以て表はさねばならぬことは勿論であるが、一言以て云へば破

産債權 (Konkursforderung, Créances de la faillite) を有する債權者なりと名くることが得るのである。従つて破産債權者の何ものたるを知らんとせば勢ひ破産債權の意義を闡明する必要がある。依て以下これに付き論述することとする。

(註一) 破産の觀念に付ては拙著改訂訴訟記録破産の部一〇頁以下、拙稿破産及び和議の觀念法學論叢一〇卷六號(大正十二年)一頁以下參照。

(註二) 或學者は破産債權者を分ちて參加債權者若くは競合債權者 (Teilnehmende, konkurrierende Gläubiger) と參加資格ある債權者 (Teilnahmeberechtigte Gl.) との二種に區別し、前者は破産債權者にして而も實際債權の届出を爲し、其債權が債權表に記載せられて確定し且破産手續に參加したものを云ひ、後者は破産債權者なるも未だ債權の届出を爲さず且手續に參加せざるものは勿論債權の届出を爲しても未だ其債權の確定せざるものを云ふのであると高唱し、參加資格ある債權者を Konkursgläubiger なる文詞を以て表はし、參加債權者を他の文詞なる Konkurrende Gl. を以て表はすべきものだと言張する (E. Oelker Grundbegriffe, I. S. 10, 124ff. 264, 374, 375)。斯る區別を爲し且異なりたる術語を使用するは學者の勝手であつて、机上に於ける意見としては或は傾聽の價值なきにあらざるべきも破産債權者は實際手續に參加せると否との區別なく、破産法に於ては其法律上の地位は一定し居るのみならず、用語の異なるのとて敢て參加資格ある債權者に對し確定手續が促進すると云ふ理由もなきを以て、叙

上の如き區別及び術語の設け方は何等の實益なき空論のものなりと云ふべきである (Vgl. Wilmowski-Kunthaus K. O. te Auth. S. 48. Rem. 2.)

二

我成法上破産債權の要件としては第一に破産債務者に對する財産上の請求權たることを要する。是れ破産手續は前述の如く債務者の一切の財産を以て總債權者に對し平等的満足を與ふるを目的とする根本觀念より來るべき當然の論結である。

一、茲に所謂財産上の請求權 (Vermögensanspruch) とは債務者の財産より充たすことを得べき給付 (Leistung) を目的とする請求權のことを云ふのである。而して其給付は必ずしも金錢に限ることを必要とはしないが、金錢に評價し得べきものでなければならぬ。是れ破産法第二十二條に破産債權は破産宣告の時に於ける評價格を以て其額と爲す旨を定め、又同第二百二十八條に破産債權者は一定の期間内に其債權額を届出づべき旨を定め、又同第二十九條には裁判所書記が債權者に債權額を記載すべき義務あることを規定し且債權者に對する平等満足なる配當は金錢を以て之れを爲すべきものなる旨を定め(破第二五六條以下參照)あるに依つて明白であるからである。民法第三百九十九條には「債權ハ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノト雖モ之ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得」と規定し、債權は必ずしも金錢に評價し得べ

きものこは限定して居ないが、然し破産債權は少くも金、錢に評價し得べき請求權でなければならぬ。此れが民法上の債權と破産法上の債權所謂破産債權と異なる最も重要な點である。

破産債權は債務者の財産(資産の意味)に基きて充たすことを得る給付を目的とする請求權でなければならぬ。債務者の財産に基かすして充たすことを得る給付を目的とする請求權の如きは破産債權でない。即ち破産者の財産に屬せざる物件の返還を求むる人的若くは物的請求權の如きは取戻權(Aussonderungsrecht)であるも破産債權ではない(註一)。反之債務者の財産に屬し且賣買ありたる目的物の引渡を求め、又は擔保の用に供せらるべき不動産上に抵當權若くは質權の設定を求むる請求權の如きは純然たる破産債權である(註二)。而して斯る請求權の如く金錢自體の給付を求むるものでなき場合に於ては破産債權者は其配當を受ける爲めには金、錢に評價して之を屈出でねばならぬ(註三)。

(註一) 破産手續上其一般的強制執行(破産的強制執行)の目的となるべき財産の全體を稱して破産財團(Konkursmasse)と云ふのであつて、如何なる財産が破産財團に屬すべきものなるやは法律上抽象的に定まり、従つて其財團の範圍も亦法律上一定して居る。斯る財團を講學上法定財團又は當然財團(*Sollmasse od. Nettomasse*)と云ふのである。即ち我破第六條には法定財團の意義を掲げて、破産者が破産宣告の當時に有

し且差押ふことを得る一切の財産を破産財團(即ち法定財團の意)と爲すと定めて居る。然るに債務者に對する破産宣告後破産管財人に於て事實上占有し財團に屬する財産として蒐集した結果構成したる破産財團(斯る財團と講學上實在財團若くは總入財團、*Einmase od. Buttomasse*と稱す)の範圍が法定財團の範圍よりも大なることがある。この大なる理由は破産管財人に於て破産者の占有中に在る第三者所有の財産を破産者の財産として財團に組入れたからである。是に於てか第三者は實在財團中にある自己所有の財産を或は所有權に基づく物的請求權に依り又は寄託、委任、請負若くは賃貸借の關係に基く人的請求權に依り其取戻を請求することが出来るのである。第三者の斯くの如き權利を破産法上取戻權と云ふのである。我破産法は第八七條以下に之れを定めて居る。取戻權の特徵は債務者の財産に基かずして充たすことを得る給付を目的とする請求權である。従つて破産債權ではない。(尙拙著破産の部二八二頁以下參照)。

(註二) Vgl. Jaeger Komm. 5 te Aufl. S. 105 Anm. 8; Derselbe K. R. S. 34.

債務者の作爲(Thun, Handlung)中精神的若くは有形的の勞務自體を給付の目的と爲す債權(所謂單純作爲を目的とするもの)例へば教授若くは演技を爲さしむるとか又は勞働に服せしむるとかの行爲自體を目的とする債權、又は不作爲(Unterlassung)自體を目的とする債權(例へば競争的營業を爲さぬとか、隣地に家屋を建設せぬとかの義務を目的とするもの)でも其作爲若くは不作爲自體を評價して破産債權と爲すこと

を得るものなる旨を主張するものもある。(Motive I. Bd. I. S. 390, Motive II. S. 290, Petersen-Kneifeler S. 347, Wilmowski-Kuhbaum S. 286, Willenbacher-Günther S. 147. 獨逸に於ては斯る説を唱ふるもの多し)當らない(後述參照)。

(註三) 債權の目的が金錢の給付にあらざるとき又は金錢の給付でも其額が不確定なるときは破産宣告當時に於ける評價額を以て破産債權の額とし之れを届出でればならぬ(破二二條、二二八條一項)。債權の目的が外國の通貨を以て定めたるものなるときも亦同じである(同上)。債權の評價とは請求權の變形したるものにあらずるは勿論損害賠償請求權でもない。債權の目的が外國の通貨なる場合に於てこれを破産手續上に依り満足を得んと欲せば債權者は其通貨を邦貨に換算することを要する。若し破産手續が廢止されたならば(破三五三條)債權者は評價せざりし元の内容を有する債權を債務者自身若くは共同債務者たる第三者(例へば保證人)に對し請求することが出来る。然し評價額が一旦債權表に記載されれば其記載は破産債權者の全員に對し確定判決と同一の效力を有するに至るのであるから(破二四二條、二八七條、三二八條)、今後破産手續が廢止されても債權者も債務者も一方的に請求權を評價せざりし元の内容に復歸せしむることは出来ぬ(Jaeger Konkursrecht S. 35 Note 2)。額又は存續期間の確定せざる定期金債權の請求權(例へば離婚の際妻に對し再婚するまで生存中年金を與ふると約するが如き)は破産法二十條に従ひ之れを評價せねばならぬ。

獨逸に於ては、貨幣價格の下落に基く不公平を除去せんが爲めに破産法上の債權の評價に關し昨一九二四年二月十四日に命令を發したのである。

二、破産債權は財産權請求權たることを要するので、従つて（一）純然たる親族法上の權利は破産債權たることを得ない。例へば婚姻の取消權若くは離婚請求權又は私生兒認知の請求權の如きは然りである。

親族關係に基く法定の扶養の請求權（民七四七條、七九〇條、九五四條以下）が破産債權と爲るやと云ふに付ては議論の存する所である（註一）。「コーラ」教授の如きは親族關係に基く扶養請求權は資産を考慮したる人と人との親族的關係に因る親族法上の權利にして債權法上の權利にあらず。従つて扶養義務は扶養義務者の資産を有する場合に於て其資産の程度に於てのみ存するものである。然るに扶養義務者が破産すれば義務者に資産がなくなるので、従つて扶養請求權は當然消滅するのであると主張し（註二）且普通時代の諺なる破産は幼年者を扶養せず（*Concursus non alit infantes*）なる詞を引用して扶養請求權が破産債權となることを全然破産宣告後の分は勿論其以前のものも、又宣告前に判決に因り確定せられたる分までも否認するのである（註三）。扶養請求權が破産債權となる屬性のないことが同教授の云ふが如く正當なりとするも、教授の主張するが如き理由のみを以て其屬性を否認し得るものであるか否

やは大に疑問である。今之れを質すに付ては場合を分ちて説明せねばならぬ。

(註一) 獨逸普通法時代に於ては學者は一般に「扶養義務者が破産すれば其義務は消滅す」と唱て(Concursus non alii infantes、破産は幼年者を扶養せず居つたものである(Schwepf, System des Konkurses S. 90, Bayer Konkursprozess S. 15.))。又獨逸舊破産法時代に於ても大に争ひのあつた所で或者は前記の如く義務消滅説を主張し(例へば Meisner Komm. S. 27, Hultmann Konkursordnung S. 63, Vlg Goldammer Komm. S. 73, Koch Komm. S. 34 Note) 或者は之れに反對の説を主張した(例へば Endmann Konkursverfahren S. 437ff.)。而して獨逸現行破産法に於ては舊法改正の際其第三條第二項として扶養請求權の破産債權となるや否やを規定したので爾來其爭論を少くしたものである(後出(イ)註五參照)。

(註二) Kohler Lehrbuch S. 323.

(イ) 過去に於ける扶養請求權、扶養は既往に遡つて之れを請求することを得ざるを原則とする。蓋し扶養の義務は扶養を受くべき者が自己の資産又は勞務に依つて生活すること能はざるときにのみ存在するものであつて民九五九條參照、即ち扶養權利者の扶養を受くる必要の存するときに限り存在するものである。従つて扶養を受くる必要消滅するときは扶養の權利は消滅すべきものなるのみならず(牧野博士親族(法五六四頁)過去の分に付ては現在に於て最早扶養の需要を充たすこと能はざるのであるからである(in Praetium non vivitur) (註一))。

左れば扶養權利者が扶養義務者に對して扶養の請求を爲さずして或期間を経過したときは其間縦しや事實上饑餓に瀕し若くは債務を負擔するの已むなきに至つて居つたにもせよ其經過せる期間内の扶養料は既往に遡り之れを請求することが出来ない。それで此部分は扶養請求權に基く破産債權とはならない(註二)。然し既往の分であつても其當時扶養義務者が扶養權利者より請求を受けて遲滞に付せられたものならばこの部分は破産債權となるのである。蓋し扶養請求權は權利者の一身に專屬する權利(Höchstpersönliches Recht)であつて且之れを拋棄するを得ざるは勿論相續若くは譲渡することを得ないものではあるが(條參照九六三)、一旦之れが遲滞に付せられたるときは其延滞の部分は本來の扶養請求權の支分權として幾分債權法上の權利の性質を帶有するに至るからである(註三、四)。

第三者例へば養育院若くは貧人救濟院が扶養權利者に對し過去に於て扶養を爲したる場合には扶養請求權を明示若くは默示に譲受けたるものとして(條參照四六六條、四九九條、又は扶養義務者の事務管理者(條參照七〇二))として其請求權を破産上主張することが出来る(即ち破産債權となるのである)(註五)。而して第三者が扶養義務者の爲めに扶養權利者に對し扶養義務を履行したる範圍内に於ては扶養權利者は扶養義務者に對し過去に於ける扶養の請求を爲すことを得ざるは勿論である(註六)。

(註 1) Staudinger-Engelmann BGB 91eAuf. S. 842 Ann I, Opet-Blume BGB S. 481.

(註 11) Jaeger Komm. 5/4 te Auf. 93 Ann. 40, Sarvey-Rosset S. 51 (同氏は過去に於ける扶養請求

權は遲滞に附せられたるものと否との論なく一様に破産債權とならずと主張す)。

Voldendorf Bd. I. 1. 169 (同氏は過去に於ける扶養請求權は之れを遲滞に附したると否
とに依り破産債權となると否とに區別す)。然るに、我、加藤、博士、講義七八頁以下は既
往の扶養請求權は一般に破産債權となると説かる。

(註 三) 獨逸民法第一七一一條には「扶養ハ過去ノ爲メニ請求スルコトヲ得ス」とあるに
對し其第一六一三條には「義務者カ遲滞ニ付セラレタルトキ又ハ扶養請求ノ權利拘
束トナリタルトキニアラサレハ權利者ハ過去ニ付テ履行ヲ請求シ又ハ不履行ニ因
ル損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ス」とあるに依つて看れば獨逸法の下に於ては過去
に於ける扶養は遲滞に付したる以上は扶養權利者は之れが請求權を有するものな
ること疑なし。我國に於ても亦同一に解すべし(牧野博士親族法五六四頁參照)。
遲滞に付せられたる扶養の請求權は如何なる性質を有するやと云ふに獨逸學者の
云ふ所に依れば此の權利は法定の扶養請求權(固有の扶養請求權)の性質を有するこ
と勿論なれどもこの固有のものと異なり相續若くは拋棄し得るものなりと説明す
る Staudinger-Engelmann aO., Opet-Blume a. a O.

(註 四) Jaeger a. a O., Voldendorf Bd. I. S. 107 f, Staudinger-Engelmann a. a O., Opet-Blume a. a O. は破産債
權説を採る。

然るに Sarvey-Bosert a O; Stigeltz 2 2 VI Nr. 5; Hüllmann S. 63; Petersen-Kleinfeller 3te Aufl. § 2 Ann

IV zu 5, Wengler S. 75 は反對説を採る。

(註五、六) Jaeger a a O.

扶養義務は扶養權利者に扶養を受くる必要あると扶養義務者に資力の存すること(民九條、九六條)を其發生の要件と爲すことは勿論ではあるが、Kohler 一派の主張するが如く扶養請求權は破産に因つて直ちに消滅し、従つて破産債權となるものにあらず(Concursus non alit infans)と一般に論斷することを得ない。蓋し破産者は破産に因つて直ちに自己の財産(資力)を失ふものにはあらずして、只單に其管理及び處分權を失ふに過ぎない、若し夫れ破産者が破産に因つて財産を失ふものとせば(即ち財産の缺乏を來たすものとせば)其破産手續は廢止せらるべき筈である(破三三五三)。然るに其手續が廢止せられずして依然續行するのは、是れ即ち破産者の財産(従つて破産財團)が相當に存在し、破産者に相當なる資力あることを證明して居るものと云はねばならぬ。左れば扶養義務者は破産宣告に依つて當然資力を失ひ、従つて扶養請求權が消滅し、引いて破産債權をも發生せぬものなりと一般に速斷すること能はざるからである(Völdendorff Rd. L. S. 108 ff の論參照)。扶養請求權者の過去に於ける扶養請求權が破産債權となるや否やは Kohler 一派の見解と異なりたる見解よりして考察せね

ばならぬ。依て余は Kollet 一派とは別個の理由を以て前記の如く過去に於ける扶養請求權が破産債權となるや否やを論じた次第である。

(四) 將來に向ての扶養請求權(註一)。この請求權は破産債權とならない。何となれば後に説明するが如く破産債權の一要件としては其債權が破産宣告當時までに發生し居ることを要するものなる(破參照五)に拘らず、將來の扶養請求權は親族關係に基き時々刻々に新に發生するものであつて、即ち破産宣告以後に於て發生する新なる權利であるので、破産債權の發生要件を具備しないからである(註二)。又將來に向つての扶養請求權は將來に於ける或事項の發生を條件とする停止條件付權利でもないから條件付破産債權でもない(註三)。

將來に於ける扶養請求權が破産債權となり得ないことを説明する方法として過去の扶養權が破産債權となり得ない事由と同一理由を引用するものがあれども即ち Kollet 一派の如し、曰く扶養義務者が破産宣告を受け無資力となりたるが故に *Concursus non alit infantes* なりと同一派の理由とする所は前に(一)の所で述べた如く正當でないのである(即ち扶養義務者は破産の宣告を受けてもまだ資力従つて財團はある)(註四)。

又扶養義務者が破産宣告を受ければ資力の缺乏を來たすとの事由と扶養權利は時々刻々生ずるものなりとの事由との二つを以て破産宣告後將來に向つての扶養請求權は破産債權

となり得ないと説明する學者もあれども(註五)余は破産者の資力従つて財産缺乏の事由は將來の扶養請求權の破産債權不適應性を説明するの理由としては妥當でないと考ふるので之れを捨てて寧ろ後者の事由を以て右破産債權不適應性の理由と爲したのである。

將來に向つての扶養請求權は破産債權でないので、此請求權は破産法第十六條、第七十條及び第三二六條等の適用を受くことがない。従つて(1)扶養權利者、破産者が破産宣告後其營利能力若くは其他の方法(例へば相續若くは受贈)に因り取得したる新財産(*Neue Vermögen*)に對し破産手續中第七十條の規定に關係なくして執行することを得るのみならず、破産者が破産法第九十二條及び第九十四條に従ひ破産管財人若くは債權者集會より給付せられたる財團(財團)の扶助料(*Unterstützung*)に對しても民訴第五七〇條に抵觸せざる限りは是れ亦執行することが出来る(註六)。又(2)扶養權利者は強制和議成立後に於ては破産法第三百二十六條の規定に據らず扶養義務者(即ち破産者)が取得したる財産より扶養料の全額の支拂を求むることが出来る(註七)。

(註一) 獨逸に於ては舊法時代に於ては學者間に争ひがあつたけれども現行破産法は其第三條の第二項に「親族關係に基く扶養請求權は將來のものに付ては破産者が扶養義務者の相續人として責に任ずるものに限り破産債權となる」と規定したので(舊

法には斯る規定なし、従つて現行法の下に於ては最早争ひがなくなつた譯である。而して現行法の下に於ける此規定の適用は離婚者に對する法定扶養(獨民一五八二條、一三五一條、一五八六條、及び私生子に對する父の法定扶養(同一七一二條一七一五條)等の場合である。即ち此等の扶養請求權は相續財産が破産したとき若くは相續財産を包含する相續人の全部財産が破産したときは其請求權の破産宣告後の分にてても破産債權として主張し得るのである。我國に於ては離婚に關する法定扶養及び私生子に對する法定扶養の定めなきが故に之れに付ては獨逸と同一解釋を採ることは出來ない。

(註二) Jaeger Konkursrecht S. 33 a 始め通説は破産債權となることを否認す、只其説明の仕方が異なるのみ(後説明參照)。然るに、Endemann 488 は通説に反して積極説を採る。

(註三) Jaeger Komm. S. 13 § 3 Anm. 35 加藤博士講義七八頁以下。

(註四) Kohler 一派は否認説を採る(前イの部參照)も Jaeger 及び余の理由とする點と異なる所がある。

(註五) 例へば Sarwey = Bussert S. 51 の如し。

(註六、七) Jaeger Komm. S. 123 c. Anm. 36.

(附) 法定の扶養請求權が破産債權となるや否やに牽連して説明すべき必要あるは(一)法律行為に因る扶養料請求權は破産宣告の當時までに契約若くは死後處分に依り發生したるものであつて、而も法定の扶養義務に關係なく別個獨立に定められた

るものであるときは其請求權が條件付若くは期限付であつても破産債權となるに妨げはない(後出 Jaeger Komm. S. 125 § 3 Anm. 42. Derselbe K. R. S. 383)。(二)不法行為に因る扶養料請求權は不法行為が破産宣告前にあつたときは過去及び將來の分共總て破産債權として請求することが出来る。此の請求權は時々刻々新に發生したる債權にはあらずして却て破産宣告前に發生したる全體(過去及び將來を通じての)としての債權であつて、従つて破産債權となるのである (Jaeger Komm. ebenda Anm. 43; Derselbe K. R. S. 40.)。問題は父が或者の不法行為に依り即時に死亡し其後加害者が破産したるときは相續人は加害者たる破産者に對し破産債權を有するや否やである。此の事は項を改めて後に説明する。

次に(1)破産者の作爲(Handlung, Thun, 茲にては専ら單純作爲)若くは不作爲(Unterlassung)(註1)それ自體を請求する權利は破産債權とならない。蓋し破産宣告は破産者に屬する財産の管理處分權を喪失せしむるものなるも、然し破産者の勞働力若くは活動力(Arbeitskraft)を喪失せしむるものでない。而して單純作爲若くは不作爲それ自體を請求する權利(債權)は債務者の財産(資産)に基きて充てらるべき給付を目的とするものにあらずして、却て債務者の勞働力の處分を目的とするか作爲の場合、若くは債務者の勞働力の自由に對する制限を目的とするのである(不作爲の場合)。従つて債務者の破産宣告後に於ても破産手續に依らずして債

權者は其作爲若くは不作爲を請求することを得るからである(註二)。破産法舊草案明治三五年發表のもの第八條但書に「作爲又ハ不作爲義務ノ履行ヲ請求スルハ此限ニ在ラス」とあつて作爲又は不作爲それ自體を請求する權利が破産債權ならざることを明にした(註三)。現行法には斯る制限的規定はないが同一に解すべきである(註四)。

(註一) 作爲中にも單純に債務者の行爲のみを要求するものと債務者の財産に對する權利の設定若くは引渡行爲を要求するものとの二つがある。労働者の労働、教授、繪を畫くこと、財産目録調成、計算報告等の行爲の如きは前者に屬し、賣買物件の引渡、質權若くは抵當權設定等の行爲の如きは後者に屬するのである。

(註二) Garwey-Bossert S. 565; Petersen-Kleinfeller S. 27, Ritting S. 86, Wolff 2te Aufl. S. 42. 加藤博士講義七三頁、尙 Seuffert S. 39. 及 Jäger Komm. S. 107 Anm. 11。

(註三) 舊草案第八條には「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リニ在ラス」とある。それを看れば一見作爲又は不作爲を目的とする債權は破産債權とはあるも他の普通の破産債權と異なり破産手續以外に於て其權利を行ふことを得るものなるやの如く思はるるけれども(加藤博士は此考を採られた講義七三頁參照)余はそう解さない。舊草案に於ても作爲又は不作爲を目的とする債權は破産債權でないことを認めたものであるが、然し同第八條但書法文の用語上の不注意よりして加藤博士の如き

疑ひが生ずるに過ぎないものと思はる(故維本博士談亦然り)。

債務者の作爲又は不作爲それ自體を目的とする債權は破産債權と爲すことを得ざることは前記の如くであるが、然し其例外とも認むべき場合があるので特に之れを説明する必要がある。次の如し。

(イ)、債務者の作爲を目的とする債務中には第三者をして債務者に代りて爲さしむることを得る代替的行爲(*ersetzbare Handlung*)、例へば通常の労働者の労働の如きものがある。斯る行爲に付ては債權者は債務者の費用(*Kostenaufwand*)を以て第三者に之れを爲さしむることを得るので(民四一四條二項)、若し破産宣告前に債務者の不履行ありたる場合には債權者は債務者の破産に於て費用を破産債權として請求することが出来る(註一)。敢て其費用に付きて債權者は債務者の破産宣告前民事訴訟法第七百三十三條に依り裁判所の費用確定決定を得るの必要はない(註二)。

債務者の行爲が破産宣告後に履行せらるべきものなるときは其行爲の履行期限は破産法第十七條の適用を受けないので、従つて履行期限到來せるものと看做さるることを得ないから、破産宣告後に履行すべき破産者の作爲に付ては債權者は第三者として代つて爲さしむるの費用を豫め破産債權として請求することを得不い(註三)。然るに此點に付き Wilnowski

Kurlbaum は債務者の作爲の履行期が破産宣告後にある場合であつても債権者は債務者の破産に對し費用を條件付破産債權(債務者が目的たる作爲を爲さぬと云ふ事實を條件とす)として請求することを得る旨を主張すれども(註四)此主張は Jaeger 教授の駁するが如く正當でない(註五)。蓋し W 氏の所謂條件は債務者の行爲を爲さぬとの意思であつて、即ち條件の成就は債務者の意思(Belieben)に繋るものであるので、斯る條件附事實は法律上其效力を生ぜざるものと認むべきのみならず(民一三四條準用物件の引渡を目的とする債權は債務者の債務の不履行を以て條件とする破産債權とはならないのであるから、單純作爲(代替行爲)を目的とする債權も亦之れと等しく債務者の不履行を以て條件とする破産債權とならぬべきである。

(註一) Sarwey-Bossert S. 55 は明に破産宣告前に於ける行爲の不履行に付ての費用を破産債權なりと爲す。 Wolff Komu, 2te Aufl. S. 43, 加藤博士講義七四頁も同説なりと考ふ。

(註二) Jaeger Komu, § 3 Anm. 9. Bd. I. S. 105f; Sarwey-Bossert a. O. Wolff a. O. 然るに Oetker Grundbegriffe I. S. 137 は民訴七三三條に依り裁判所の決定を要すと主張す。

(註三) 註一に掲げたる學說を看れば本文記載の意見と同一なること明なるべし。

(註四) Wilmowski-Kurlbaum § 3 Anm. 4 S. 49,

(註五) Jaeger 4/Bte Aufl. § 3 Anm. 11. S. 106 同教授は債權者が費用を破産債權として屬出づ

ることを得る場合は債務者の行爲の履行期が破産宣告前にある場合なりや否やを明言せずと雖も同教授の著書(註釋書)第一版(一八九九年出版)の 45 Ann. 8 には債務者の行爲が破産宣告後履行遲滞に付せられたるものでも其費用は破産債權たることを得る旨を説明し居るに拘らず四、五版の新版には之れが沈黙を守り且特に Wilmowski-Kurlbaum の所謂條件説を駁して居る點より推考すれば教授の新版に於ける説明は債務者の行爲の履行期が破産宣告前に在る場合のものみに關するものと思はる。若し否らずして同教授の新版の説明が債務者の行爲の履行期が破産宣告後にあるものの意味ならば教授の説は誤謬である。

(口)、債務者の作爲を目的とする債務中の不代替行爲、即ち債務者のみ履行し得べきものにして、第三者の代りて履行することを得ず且債務者の資産より取立つるを得ざる行爲(例へば繪畫を描かしめ、演劇を爲さしめ、醫術を行はしめ、美術的彫刻を爲さしめ、報告を爲さしめ、又は計算書を提出せしむる等の債權を目的とする債權は破産債權となることを得ない。此等の債權は専ら債務者の意思のみに依つて履行せらるるものであり、且獨り民訴第七三四條獨民訴八八八條に依つて間接強制を爲すことを得るものである)ので破産債權と爲ることを得ない(註二)。左れば斯る行爲の履行を求むる訴訟が破産宣告當時裁判所に繫屬し居つても其訴訟は中斷しない(民訴一七九條參照)ので、其受繼を破産管財人に求むることは

出来ない(註1)。

(註1) Jeger 4/5te Aufl. § 3 Anm 10 S. 105, Petersen Kleinfeller S. 27, Motive II S. 41. 加藤博士講義

七五頁、然るに A. Wolff S. 187 LZ 1913 は不代替行為を目的とする債權にても破産債權と爲り得るが如く主張す。

(註1) Jaeger a a O, Voigt Einfluss des Konkurses (1903) S. 47ff OLG. Hamburg v. 29. 5. 1911 LZ 1912 (6 Jhrg) S. 92ff

(ハ)、債務者の作爲を目的とする債權は其内容が代替的若くは不代替的のものなると否とを問はず破産宣告前の債務者の不履行に因り已に損害賠償權が生じたときはこれが破産債權となることは固より異論はない(註1)。然し其作爲を目的とする債權が破産宣告後に於て其履行期到來すべきものなる場合には其不履行に因る損害賠償權は破産宣告後の不履行に因つて生じたるものであるので(破三八條參照)破産債權と爲ることを得ない(註2)。勿論斯る作爲のみを目的とする債權は破産宣告があつても辨濟期は到來しない即ち破一七條の適用がない(註3)ので右の結論と爲るのである。

Fikung 一派(Jaeger 註釋書第一版、第二版も)は作爲を目的とする債權でも破産宣告後の將來に於ける債務者の不履行を條件とする停止條件附損害賠償請求權として破産債權たることを得るものなる旨を主張すれども(註四)前にも説明したるが如く前記(イ)參照此場合の不

履行なるものは債務者の意思のみに因つて生ずるものであり、停止條件附事實は無効となるので、従つて債務者の作爲を目的とする債權は條件附損害賠償請求權としての破産債權とはならない(註五)。斯くの如く破産者に對する不代替行爲を目的とする債權に付き破産宣告後に於て破産者の不履行あるも之れが爲め相手方の爲めに破産債權生ぜざるが故に相手方は破産法第七十條の適用を受くることなくして破産者に對し直接履行の請求を爲し、若くは破産者の自由財産破産宣告後破産者の取得したる新財産に對し強制執行を爲すことを得るのみならず、破産者の不履行に因る相手方の損害賠償請求權は強制和議の影響を受くることはない(破三二六條、(註六))。

又破産者が破産宣告前に締結したる契約(例へば賃貸借、使用貸借、寄託、質入等)に基き返還の義務ある他人所有の物件を破産宣告後其手續中に於て滅失若くは毀損するも之れが爲め返還請求者の爲めに破産債權は發生しない、蓋し破産宣告當時返還請求者に探りては已に取戻權(Aussonderungsrecht)が生じて居るからである(註セ)。然し之れに反對の意見を有して返還請求者は條件附破産債權を有すと主張する學者があるも(註八)此の説は當らない。又破産者が受託者として破産宣告前自己の名に於て他人の爲めに取得したる財産を本人たる委託者に引渡すことなく、且之れを破産手續中滅失若くは毀損したる場合には委託者は破

產法第五十九條及び第四十七條第七號に依り財團債權を有せざる以上は物件引渡行爲を目的とする請求權を金錢に評價したる上破産債權として主張することが出来る(註九)。何となれば委託者に取りては破産宣告當時物件引渡の行爲を目的とする請求權が発生して居つたからである。而して此場合に於て委託者は引渡請求權に代へて損害の賠償請求權を破産債權として届出が出来ないかと云ふに Jaeger の如きは消極説を採る様であるが(註一〇)、他の學者例へば Savvy-Bossert の如きは元來損害賠償請求權は其基本權(第一權 First Right)の變形したるものに過ぎぬのであるから、委託者は引渡請求權の變形したる損害賠償請求權を破産債權として主張することが出来ると説明する(註一一)。要するに本問の場合に Jaeger は引渡請求權のみを金錢に評價した上破産債權として主張し得る旨を説き Savvy-Bossert は損害賠償請求權のみを破産債權として主張することを得る旨を説き、兩學者は夫々各一方の請求權のみが破産債權となるに過ぎざるものの如く説明するも余は委託者は双方の請求權の一を選択して其好む所に從ひて之れを破産債權として届出ることを得るものなりと思惟する。何となれば委託者は一方に於ては受託者に對し破産宣告當時物件引渡を求むる請求權を有して居り、他方に於ては破産宣告當時該請求權の變形したるに過ぎざる條件附損害賠償請求權を有して居るからである。(而して債務不履行に因る損害賠償請求權は基本權た

る本来の債權と同一なることは通説の認むる所である。(註一二)。

(註一) Jaeger 4/5te Aufl. 23 Anm. 10. S. 36, Petersen-Kleinfeller a. O.; 加藤博士講義七四頁以下。

(註二) Jaeger a. O. 加藤博士講義七五頁以下。

(註三) Jaeger 2te Aufl. 23 Anm. 8. S. 46; Wolff S. 43. 加藤博士前掲。

(註四) Fitting 3te Aufl. S. 86f; Oetker I. S. 136f; 153f; Wilmowski-Kurlbaum S. 50 Anm. 8. Zu 23. イエーカ

ー教授は其著書なる第一版及び第二版に於ては條件付破産債權として認めなければ (1te Aufl. S. 45. 23 Anm. 7, 2te Aufl. S. 40. 23 Anm. 7) 其後の第三版及び第四・五版に於ては其説を改めたのである(3te Aufl. 23 Anm. 10. S. 50 4/5 Aufl. a. a. O.)。

(註五) 尚 Jaeger 4/5 Aufl. 33 Anm. 9. S. 106 の破産債權とならざるの説明参照。

(註六) Jaeger ebenda Anm. 10. S. 106.

(註七) Jaeger ebenda Anm. 10. S. 106f; Sarwey-Bossert S. 56. Bem. a.

(註八) Petersen-Kleinfeller S. 28; Oetker I. S. 157. 11 bedingte Interessforderung として條件付破産債權

説を採る。

(註九) Jaeger ebenda,

(註一〇) Sarwey-Bossert S. 56 Bem. b.

(註一一) 鳩山氏日本債權法五八頁、石坂氏日本民法上卷五六九頁、横田氏債權總論

三〇五頁、大審院民事判例十四輯(明治四十一年度)一三頁參照。

(三) 債務者の不作爲を目的とする債權自体は破産債權と爲るを得ざることとは前述の如く

である。然し債務者たる破産者が破産宣告前、不作爲の義務に違反したるときは債権者は債務者の費用を以て其爲したるものを除却し得るを以て(民三四一項)其費用請求權を破産債權として届出づることを得るは勿論債務者の義務違反の爲め生じたる損害賠償の請求權(同四四項)を破産債權として届出づることを得るのである。債権者は債務者が破産宣告後に不作爲義務の違反あることを豫想し、除却費用なる損害賠償請求權を義務違反に繋る停止條件破産債權として届出づることを得るものなる旨を主張する學者あるも(例へば Fitting 及び Jaeger の舊版註一)破産者の義務違反が破産宣告後に發生する場合は破産法第三十八條第二號に準じ其義務違反に因る損害賠償及び破産者の爲したるものの除却費用の請求權は之れを破産債權と爲すことを得ない(註二)。

破産宣告後其手續中に於て破産管財人が破産者の負擔する債權法上の不作爲義務に違反する行爲を爲したときは(例へば商號使用禁止若くは建物建設禁止の義務を負擔する破産者の義務に違反し破産管財人が商號を使用し若くは建物を建設したるときの如し其違反せる破産者の不作爲義務は破産財團の負擔に於て損害賠償義務に變更(Umwandeln)するのである(Jaeger Komm. 4/5te Aufl. S. 107, Anm. 11)° 此變更したる損害賠償請求權は破産債權に爲るやと云ふに Jaeger は四、五版の新版に於ては舊版の説を變更して破産債權説と唱ふるのである。

曰く「債務者の債權法上の不作爲義務はそれ自體財團債權の目的となるものにあらざるを以て破産管財人の義務違反に依り相手方に生ずる損害賠償の請求權は破産債權と爲るものである」と（註三）。然し破産管財人の義務違反の行爲は破産宣告後にあるものであるので、從つて此違反に基く損害賠償權は破産法第三十八條第二號の準用上破産債權となることを得ないものだと解する。

Jager は舊版なる三版に於ては右損害賠償請求權は財團債權になるものだとして説明し、又之れに賛成する學者もあるが（註四）。然し Jager が新版に於て認むるが如く財團債權説は不當である（註五）。何となれば債務者の債權法上の不作爲自體は破産財團の目的とならざるのみならず、其違反は破産財團に屬する財産に關するものではない。従つて破産管財人の不作爲義務違反に因る損害賠償請求權は破産法第四十七條第四號（獨五九條一號）に所謂破産財團に關し破産管財人の爲したる行爲に因りて生じたる請求權と云ふことを得ざればである。

要するに敘上の損害賠償請求權は破産債權にも又財團債權にもあらざるを以て債權者は破産者の自由財團及び新取得の財産より辨濟を求むべきであると考え。破産者が破産管財人の不當の行爲に因り責任を負擔するは酷ではあるが、破産管財人は破産者の法定代理人とも云ふべき資格に於て義務違反の行爲を爲したるものを認むるの外なきを以て右の如く

解すべきである。尤も破産者は破産管財人義務違反に對し損害賠償の請求權を有するは勿論である。

(註一) Fitting S. 86, Jaeger 1te Aufl. S. 45, Anm. 7, Derselbe 2te Aufl. S. 40 Anm. 7.

(註二) 加藤博士講義七五頁も同説なるが如し。

(註三) Jaeger 4/5te Aufl. S. 107 Anm. II, Bl. I.

(註四) Jaeger 3te Aufl. S. 51. Anm. II; Wolff 2te Aufl. S. 43.

(註五) Jaeger 4/5te Aufl. S. 107. Anm. II. Bd. I.

三、前述の如く破産債權は財産上の請求權たることを必要とするが、然し債權の發生原因は破産債權の適應性に何等の影響を及ぼさない。左れば其債權が法律行為若くは不法行為に基づく、又は直接に法律に基づくものと否とを問はないのみならず、又最後の分に付ては公法に基づくと私法に基づくと否とは之れを問ふの必要がないのである。(Jaeger 4/5te Aufl. Bd. I. S. 107, Petersen-Kleineller) S. 26

(イ) 債權の發生原因は法律行為なる以上は單獨行為たると契約たると將た又生前處分たると死後處分たると否とを問はない。而して債務者の死後處分に因り發生したる破産債權は債務者の死亡後に於ける相續財産に對する破産に關するものであつて、即ち破産債權者は相續財産に對する破産手續に於て其權利を主張することが出来るのである。

當事者の一方が第三者に對して、或給付を爲すべきことを約、第三者の爲めにする契約したる場合に於て其諾約者の破産の場合に於ては其契約に因りて生ずる第三者の請求權は破産債權となるのは勿論である。

(1)、第三者が受益の意思を表示せざる爲め、第三者の爲めにする契約に依り未だ權利を取得せざる場合には第三者は諾約者の破産に於て破産債權を主張することを得ずして、却て要約者が専ら其權利を破産債權として主張することを得 (Peterson-Kleinfeller S. 31. N. 16.) 從て配當額も要約者が取得し、第三者は之れを取得することは出来ない。

獨逸に於ては、第三者に權利を取得せしむることなくして只單に第三者に對して給付を爲すことを目的とする契約を認め、學者は之れを不眞正なる第三者の爲めにする契約 (Unechte Vertrag zugunsten eines Dritten) と云ふて居るのである (鳩山氏増訂民法上卷)。Jaeger は「不眞正なる第三者の爲めにする契約の場合に於て第三者が權利を取得せざるときは要約者は債務者の破産に於て専ら債權を主張することを得るも、配當額が要約者若くは第三者に支拂はるるやは契約の内容に依つてのみ定まる」(Jaeger 4/5te Aufl. Bl. 133. Ann.)。而して我民法の下に於て斯る不眞正なる第三者の爲めにする契約を締結することを得るは固より論なき所にして (鳩山氏、前掲) 斯る場合に於ける債務者の破産の場合に要約者が破産債權

者たることは獨逸法に於けると同一に解釋し得べきも配當取得者の點に付ては Jaeger の説と同一に論斷することを得まい。蓋し第三者は未だ破産債權者たらざるからである。

(2)、反之第三者が受益の意思を表示し權利を得たときは、第三者及び要約者は共に破産債權を有するのである。要約者は第三者に對して所定の給付と爲すべきことを請求する權利を破産債權とする。此場合に於ては所謂連帶債權關係の生ぜざるが故に（鳩山氏上巻二五二頁）第三者及び要約者が債務者の破産に於て双方破産債權を主張するも配當は第三者に支拂はるべきものである（註）。

(註) Jaeger 4/3te Aufl. Bd. I. S. 126. Anm 45; Petersen-Kleinfeller S. 31 N. 16.

Jaeger は當事者の契約に因り第三者のみが債權を行使し得ることを定むるは自由にして、從つて第三者のみ破産債權を主張し得るものと説明す、これ當然のことなり。同氏は又第三者及び要約者が共に債權を行使することを得る權利を有するときは強制和議に於ける決議權は連帶債權者の如く一個の頭數として統一的にのみ之を行ふことを得と説明する (Jaeger a. O.)。

(3)、第三者の爲めにする契約に於て第三者が受益の意思を表示せざる以前、即ち第三者が權利を取得せざる以前に於て諾約者たる債務者が破産したるときは第三者は破産債權を主張するを得ずして、却て要約者のみが此權利を主張することが出来ることは前に述べた

る所である(①)参照。然るに之れに對する一例外がある。即ち第三者の爲めに爲したる處分が諾約者たる債務者の破産宣告前に撤回することを得ざるに至りたる場合に、第三者が未だ債權者とならざる以上は要約者が諾約者の破産に於て權利を行ふこと能はざるべきがそれである(註一)。例へば保險契約者(要約者)が保險者諾約者と生命保險契約を締結し、保險金受取人を自己の子(當時は未だ胎兒にして出生せざるもの)と定めたる場合に於て子の生出前死亡し且其後保險者が破産の宣告を受けたるときは即ち保險金受取なる處分が撤回すること能はざるの狀態と爲れり(保險金支拂請求權は子の出生を條件として其效力を生ずる一種の停止條件付債權なりと云ふべきものである。而して保險者破産し且保險金は將來出生すべき子の財産と爲るべきものを以て民法第五十二條時には民訴四六條を準用し管理人を選定し之れをして保險者の破産に對し保險金支拂請求權を停止條件附債權として主張せしむべきである(註二))。

(註一) Jaeger, 4/5te Aufl. S. 126 Anm 46, Petersen-Kleinfeiler S. 31 Nr. 16.

(註二) Jaeger a. O. 獨逸に於ては民法第三三一條、第二一七九條等の如き規定あり又同第一號の如き規定あり又同第一九一二條、第一九一三條等の如き規定のあるので本文の如き解釋が容易に出来る譯である。

(口)、不法行為に因る債權が破産債權と爲るや否やに付て研究すべきものがある。被害者

が加害者の身體に對し傷害を加へたる場合に於ては被害者に損害賠償請求權生じ、其後に於て被害者死亡したるときは該請求權は其相續人に移轉することは固より論なき所なれば被害者の死亡後加害者破産したるときには被害者の相續人が損害賠償請求權を破産債權として届出づることを得るは疑のない所である。然るに被害者が加害の當時即ち死亡したときは相續人に損害賠償請求權ありや、從つて相續人に於て破産債權を有するや否やが疑問である。一部の學者は生命權其のものを侵害された場合には被害者は已に死亡して權利主體にあらざるが故に損害賠償請求權發生するに由なく、從つて相續人之を相續するの理由なしと説く(曄道博士判例批評一三八頁以下、柳川氏論綱五六三頁)之れに依れば相續人は損害賠償請求權を前提とする破産債權を有するを得ざること疑なし。然れども鳩山博士の唱ふるが如く被害者が致命傷を受けたる時と死亡の時との間には理論上多少の間隙なかるべき筈なきが故に被害者は被害と同時に之れに因る損害賠償請求權發生し、從つて相續人之れを相續したるものと解するが正當なるを以て(鳩山氏増訂債權法下卷八七二頁以下)相續人は被相續人の死亡に基く損害賠償請求權を加害者の破産に於て破産債權として届出づることを得るものである。勿論相續の目的たる損害賠償請求權は被害者の身體傷害に因る慰藉料(Schmerzensgeld)の請求權をも含むので(註)從つて此請求權も破産債權となるのである(Petersen-Klein fa-

(註) 石坂博士京法九卷四號一一二頁、加藤博士法協三四卷六號四七頁以下、毛戸博士京法九卷五號一一八頁の如し。然るに大正二年十月二十日の大審院判決(十九輯九一〇頁以下)は慰藉料としての損害賠償請求權は被害者が請求するの意思を表せずして死亡したときには其賠償請求權は相續人之を承繼すべきものにあらすと言渡した。前記博士等は之れを駁した。

(ハ)、公法に基因する債權も亦破産債權となる。例へば囑託人に對する公證人の手数料及び立替金等の請求權の如きである。左れば囑託人が破産すれば公證人は其請求權を破産債權として届出づることを得るのである。執達吏の委託者に對する手数料及び立替金等の請求權も亦然るべし。

(1)、問題は國稅徵收法又は國稅徵收の例に依り徵收することを得べき國家其他の公法人の請求權例へば公租公課の請求權の如きは破産債權と爲るや否やである。舊法時代に於ては破産宣告前に於ける公租公課の請求權は破産債權と爲るものなりとの大審院の判例あり、又之れに對する學者の意見もあつたが(註一)。現行法の下に於ては國稅徵收法又は國稅徵收の例に依り徵收するを得べき公租公課の請求權は破産債權と爲さざるものと解するを正當とする。蓋し我現行法に依れば該請求權は破産宣告の前後に發生したると否との區別な

く總て財團債權たることなきのみならず(破四七條二號)、破産財團に屬する財産に對し國稅徵收法又は國稅徵收の例に依る滯納處分を爲したる場合に於て其處分は破産宣告に依り其續行を妨げらるることなきものなるより(破七一條一項)推考するときは右請求權は破産手續に依らずして辨濟を受け得べきものなること明白であり、從つて破産債權にあらざるものなることも亦明瞭である(註二)。而して徵收者が破産債權よりも優先權ある財産債權の特權を拋棄することは違法であるので優先權を拋棄して破産債權と爲すことも出来ないのである。

(註一) 大正三年六月三十日大審院決定(二十輯五六二頁以下)は積極説を採る。加藤博士(研究二卷二八一頁以下、同三卷三三一頁以下)、市村博士(京法十卷一五二頁以下)は之れに賛同せられ、維本博士(判例批評錄二卷二〇五頁以下)は反對の説を採られたり。當時余は維本博士の説に賛成した(拙著訴訟記録破産の部二五頁以下)。

(註二) 獨逸は鬻文を以て公課公租のあるものを破産債權と定む(獨破六一條一、二號)。(2) 訴訟費用(Processkosten)は裁判所及び執達吏等の手数料及び立替金並に當事者の直接支出したる其他の費用(Processaufwand)を包含するものであつて、敗訴者が之れを負擔することを原則とする(民訴七二條以下)。而して訴訟費用の負擔は公法たる民事訴訟法に基くと云ふべきものであつて、私法關係のものではない。

破産宣告前に已に破産者の負擔と確定したる訴訟費用(民訴八四條以下に依る費用額確定決定の確定したるもの)の請求權は破産債權たることは疑はない(註一)。然るに破産宣告前に訴訟が終了し且訴訟費用負擔の言渡があつても破産宣告當時其費用額の確定せざるものがある。例へば未だ費用額確定の決定なきか又あつても即時抗告ありたる爲め(民訴八五條参照)其決定が確定せざるが如き場合である。斯る場合に於ける勝訴者の訴訟費用辨濟の請求權は只單に其額の確定せざるものに過ぎざるものであるので、若し敗訴者が破産宣告を受けたる場合には勝訴者は破産法第二十二條に従ひ破産宣告當時に於ける訴訟費用の評價額を破産債權額として届出づることを得るのである。

破産宣告前より破産者に對して又は破産者の爲めに繼續せる訴訟を破産宣告後破産管財人に於て受續したる場合に於て(破六九條)破産管財人が敗訴したときは相手方は自己の辨濟を受くべき訴訟費用請求權を財團債權として主張することを得るものである(註二)。蓋し其訴訟費用は破産宣告後に生じたるものの總ては管財人の財團に關する管理行爲に因つて生じたるものであるからである(破四七條三號)尤も破産宣告前に生じたる分は條件附破産債權となる(訴訟費用確定決定を條件とする)。反之破産管財人の勝訴したときには相手方より其辨濟を受くべき訴訟費用は破産財團の中に組入れらるべきである。

問題は破産宣告前より破産者の爲めに又は之れに對して繼續せる訴訟を破産宣告後に於て管財人が受繼ぜざる場合に於ける訴訟費用請求權は破産債權となるや否やである。破産宣告當時までに生じたる訴訟費用の請求權だけが破産債權となり、それ以後に生じたる訴訟費用に對する請求權は破産債權とならないとの説がある(註三)。尤も此説でも其訴訟が破産宣告當時に於ては破産者の敗訴となるや否やは未定であり且其訴訟費用額は訴訟費用額の決定に依つて定まるものであるから、其費用中破産宣告當時までの分は破産者の敗訴従つて又其訴訟費用額決定の確定を停止條件とする條件附破産債權と爲るものなりと云ふのである(註四)。反之訴訟費用は破産宣告當時の分及び其後の分までをも總て條件附破産債權となるものなりとの説もある(註五)。抑も民事訴訟法第七十二條に依る個々の費用請求權は費用を惹起する個々の行爲の活動に因り生ずるものであるので、訴訟費用中破産宣告當時までのもののみが條件附破産債權となるものなりとの説を妥當と信ずる(註六)。但これには後に説明する如く破産債權となるには破産宣告當時までに發生したるものなることを要すと云ふ要件の存することを前提として論ずるのである。Helmann教授は「訴訟費用の計算は個々の訴訟行爲に因り區別すべきものにあらざるのみならず訴訟費用を惹起する行爲は訴訟當事者の行爲及び裁判所の行爲をも包含して居るから宣告の前後共一切の訴訟

費用請求權が條件附破産債權となるものなる旨を主張するも此説は當らない。蓋し訴訟費用確定決定は裁判所の爲す所で且其費用を惹起する行爲は獨り當事者の行爲のみに限らざることとは教授所論の如くなるべきも訴訟費用は確定決定に依り破産宣告前後の發生の分を否に區別せらるることを得るものなればである。

(註一) Jaeger Komm. 4/5te Aufl. Bd. I. S. 120 Anm 30, Wolff S. 44,

(註二) Jaeger ebenda S. 121. Anm. 31, Hellmann S. 210, Petersen-Kleinfeller S. 20, Seuffert S. 55, イェカー氏は此財團債權を費用確定決定を條件とする財團債權なる旨を説く。

Wolff の 45 は破産宣告の前後を以て區別し、宣告前のものは條件付破産債權となり、宣告後の分は財團債權となるものなりと明白に説くも、他の學者は之れが區別を爲さなう。

(註三) Seuffert S. 54f, Petersen=Kleinfeller a. O, Hellmann S. 85, Jaeger 2te Aufl. S. 48f; (イェカーは新版にては説を變更したり)。

(註四) Jaeger 4/5 Aufl. Bd. I. S. 120, (同氏は希望權を以て條件付債權となす)。尙 Seuffert a. O. 参照。

(註五) Hellmann S. 210f. イェカーは新版に於ては「費用發生の原因は破産開始にありて且敗訴者は獨民訴九一條に依り總費用を一體として負擔するものなる旨」を説くが故に舊版の説を變更したるが如く思はる(Jaeger 4/5te Aufl. S. 120 Bd. I.)

(註六) Petersen-Kleinfeller a. O.; Jaeger 2te Aufl. S. 45 (新版は然らず)。

破産者の身分上に關する訴訟に因つて生じたる訴訟費用の請求權は破産債權とならざるべきも破産管財人の受繼せざる訴訟に因り生じたる訴訟費用と雖も破産宣告までの分は破産債權と成るものと解することは前記の如くである。蓋し此費用でも破産財團に屬する財産に關する訴訟に因つて生じたものであるからである(Wolff S. 45)。イエカー教授一派は反對説なるも(Jaeger 4/5te Aufl. S. 121. Petersen-Kleinfeller S. 29) 余は賛成せぬ(註)。

(註) イエカーは破産管財人の受繼を拒絶せる訴訟を破産者自身が和解、取下又は認諾を爲したる結果負擔したる費用に對する請求權は破産債權とならないと説く、余の看る所によれば此費用は破産宣告後に生じたるものなれば之れに對する請求權は勿論破産債權とならぬのである。

(三)、私法上の規定に基く破産債權とは已に述べた如く法定の扶養請求權の如きものである。

(未畢)