九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

固定主義の歴史的意義

浅野, 雄太
九州大学大学院法学研究院 : 准教授

https://doi.org/10.15017/4102264

出版情報：法政研究. 87 (2), pp.1-42, 2020-10-15. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

論説

固定主義の歴史的意義

浅野雄太

一　はじめに
二　明治二三年破産法に至るまでの議論
三　破産法案下の議論
四　大正一一年破産法下の議論
五　検討
六　おわりに

一　はじめに

（一）　本稿の目的

本稿は、固定主義の意義について、日本において固定主義が成立する過程を手がかりとして明らかにすることを目的

としている。

筆者はすでに、前稿において、現行破産法（以下、現行破産法を「破」と呼ぶ）三四条二項が定める固定主義が現代においていかなる意義を有するかについての議論が不十分ではないかという問題点を指摘した[1]。もっとも、前稿ではあくまで問題点の指摘にとどまり、より踏み込んだ議論をするまでには至らなかった。そこで本稿では、前稿の検討をさらに進め、固定主義の成立過程という観点からその意義について検討するものである。

既に多くの文献により、固定主義の「利点」については、以下のように説明されている[2]。すなわち、第一に、破産者が新得財産を基礎として生活や事業の再出発をし、または信用の供与を受けることができること、第二に、新得財産が破産手続開始後の原因に基づく債権者（新債権者）に対する引当てとなることにより、新債権者の保護がはかられること（破産手続開始前からの債権者（旧債権者）と新債権者との間の平等）、第三に、破産手続の迅速な進行・終結に資すること、第四に、債務者に早期の自己破産申立てを促すことができること、である[3]。

もっとも、これらのうちいずれが特に重要であるのか、また、これらは固定主義採用時に重視された利点であるのか、それとも採用時にはさほど重視されていなかった利点であるのか（例えば、破産者の生活再建を目的として固定主義が採用されたのか、あるいは生活再建については大正期の立法時にはさほど重視されていなかったのか）、その区別が十分されているとは言い難い。近時の有力説は固定主義の意義として破産者の生活再建を重視するが[4]、このように固定主義の根拠として生活再建を前面に押し出すことへの疑問については筆者が前稿で論じた通りである[5]。

そこで本稿では、冒頭にも述べた通り、日本において固定主義の意義として前掲の利点のいずれが重視されるのか、日本破産法における膨張主義から固定主義への変遷を踏まえて検討する。後述の通り、日本近代法における最初の破産についての明文規定である商法第三編破産[6]（明治二三年（一八九〇年）制定、同二六年（一八九三年）施行。以下、「明治二三年破産法」という）および明治三五年（一九〇二年）に公表された破産法案（以下、「破産法案」という）は膨

張主義を採用していた一方、大正一二年（一九二三年）に施行された破産法（以下、「旧破産法」という）から現行法に至るまでは固定主義が採用されている。本稿は、明治から大正に至るまでの立法資料ないし学説の流れと、同時期の固定主義を支持する学説と膨張主義を支持する学説の対立点がどこにあったのかを踏まえつつ、なぜ旧破産法が固定主義を採用したのか、また、その根拠が現在でも通用するのかを明らかにすることを目的とする。

（二）　議論の流れ

本稿では、以下の順で冒頭に掲げた問題について検討していく。まず二では、明治二三年破産法の母体となったロエスエル草案とその解説、および明治二三年破産法施行直後までの学説をもとに、なぜ日本で当初膨張主義が採用されたか、また当時の膨張主義に対する学説の批評を明らかにする。次に三では、破産法案公表前後の、固定主義および膨張主義を巡る学説を紹介する。四では、旧破産法立法時の立法資料を踏まえ、なぜ旧破産法が固定主義を採用したのかを明らかにするとともに、膨張主義から固定主義への変更についての学説の評価も示す。最後に五では、以上の分析を踏まえたうえで、立法過程から見た固定主義の意義、そしてその意義は現行破産法下でも通用するのかについて分析を行う。

（1）　拙稿「破産法三四条二項・三項二号但書と固定主義――各種保険金の破産財団帰属性を素材として」法政研究八五巻一号（二〇一八年）一頁以下。

（2）　斎藤秀夫＝伊藤乾編『演習破産法』（青林書院新社・一九七三年）一八九頁〔佐々木平伍郎〕、伊藤眞ほか『条解破産法〔第二版〕』（弘文堂・二〇一四年）三〇三頁、田頭章一「破産手続開始前に成立した生命保険契約に基づく死亡保険金請求権の破産財団への帰属――最一小判平28．4．28の検討――」金法二〇五三号（二〇一六年）二一頁など。

（3）　また、やや毛色が異なるが、第五に、破産債権者の時的範囲の基準を破産手続開始時としたこと（破二条五項）との理論的一

貫性があげられる場合もある。この点については、後掲五（二）で詳しく触れる。

（4）伊藤眞「固定主義再考（大阪高判平成二六年三月二〇日）――交通事故に基づく損害賠償請求権などの破産財団帰属性を固定主義から考える」債管一四五号（二〇一四年）八八頁、佐藤鉄男「破産財団と自由財産をめぐる立法政策と課題」徳田和幸先生古稀祝賀『民事手続法の現代的課題と理論的解明』（弘文堂・二〇一七年）七六七頁。

（5）拙稿・前掲注（1）一一頁。

（6）旧商法破産編の制定過程については、志田鉀太郎『日本商法典の編纂と其改正』（明治大学出版部・一九三三年、（復刻）新青出版・一九九五年）、細川龜市「明治前期の破産法（二・完）」法学志林三八巻一二号（一九三六年）九一頁、桜井孝一「破産制度の近代化と外国法の影響――第二次世界大戦前における――」比較法学二巻二号（一九六六年）九一頁以下、高倉史人「商法典の成立」ジュリ一一五五号（一九九九年）五頁、伊藤紀彦「近代的会社法の出発」北澤正啓先生古稀祝賀『日本会社立法の歴史的展開』（商事法務研究会・一九九九年）四七頁、園尾隆司『民事訴訟・執行・破産の近現代史』（弘文堂・二〇〇九年）二四八頁、高田晴仁「旧商法典編纂小史」岸田雅雄先生古稀記念『現代商事法の諸問題』（成文堂・二〇一六年）六八七頁など参照。

二　明治二三年破産法に至るまでの議論

（一）　明治二三年破産法における膨張主義

二では、明治二三年破産法制定までの議論状況を示す。時系列は前後するが、まず（一）で明治二三年破産法が膨張主義を採用したことを明らかにする。そのうえで、（二）で同法のもととなったロエスレル草案の条文および解説を記すことで、明治二三年破産法がどのような思想の下で膨張主義を採用したかを示す。

明治二三年破産法では、現行法三四条一項が固定主義を明文で定めていることとは対照的に、膨張主義を明示的に定めた条文はない。もっとも、以下の条文から、明治二三年破産法は膨張主義を採用したものと理解されている[7]（旧漢字

は常用漢字に直している。以下同じ）。

①明治二三年破産法九八五条一項

「破産宣告ニ依リ破産者ハ破産手続ノ継続中自己ノ財産ヲ占有シ管理シ及ヒ処分スル権利ヲ失フ」

加藤博士によると、同項は現在の財産のみならず将来取得する財産をも破産財団に包含させる趣旨であり、その取得原因は相続や遺贈、贈与いずれによるかを問わないとする[8]。また同じく、破産者自身の勤労などによる所得も財団に含まれると説明されている。このように、同項は、明治二三年破産法が膨張主義を採用したことを最も強く示す条文である。なお、破産者の保護については、扶助料（明治二三年破産法一〇〇七条[9]）および破産者が管財人の執務を補助した場合の報酬を定めた規定（明治二三年破産法一〇一二条二項[10]）により保護されるとしており、「現行法〔明治二三年破産法〕ノ下ニ於イテモ…破産者ノ勤労ニ因リテ取得スルモノハ破産者及ヒ其家族ノ生活ノ資料ニ供スル範囲ニ於テ財団ニ吸収セラルモノト解スルヲ正当トス」と述べられている[11]。

②明治二三年破産法一〇〇〇条

「債務者カ其支払停止後ニ遺産ヲ取得シタルトキハ遺産債権者及ヒ受遺者ハ遺産トシテ仍ホ現存スル遺産物ヨリ又ハ未タ債務者ニ支払ハレサル遺産ニ属スル金銭ヨリ別除ノ弁償ヲ請求スルコトヲ得」

同条は、破産者が支払停止後に相続により遺産を取得した場合について定めた条文であり、このように破産者が取得した遺産は破産財団に入り、遺産債権者などが遺産に対して（取戻権ではなく）別除権を行使できるとしている点[12]で、膨張主義を採用したと推測できるとされている[13]。

③明治二三年破産法一〇一九条二項五号および八号

「管財人ハ左ニ掲グル行為ニシテ百円以上ノ額ニ係ルモノニ付テハ破産者ノ意見ヲ聴キ且破産主任官ノ認可ヲ受ケル可シ

…

第五　相続又ハ遺贈ヲ拒絶スルコト

…

第八　権利を放棄スルコト…」

同条は、破産管財人が相続または遺贈を拒絶し、又は権利を放棄する際は破産者の意見を聴き、かつ破産主任官[14]の認可を受けなければならないとする規定である。[15] 同条は、破産宣告後に相続などにより取得する財産も破産財団に属すること、すなわち膨張主義を前提とした規定であると説明されている。[16]

以上のように、明治二三年破産法は破産財団の範囲につき膨張主義を採用したとされている。それでは、以上の規定はどのような趣旨で設けられたのか。以下、時代の順番は前後するが、明治二三年破産法のもととなったロエスレル草案、そしてそこに記載されている各条文の解説を参照したい。[17]

（二）　ロエスレル草案

1　条文

①ロエスレル草案一〇三九条一項〔明治二三年破産法九八五条一項に対応〕

「倒産者ハ倒産申渡ニ依リ其倒産ノ状況内ニ在ル間自己ノ財産ノ現有権及其管理処分ノ権ヲ失フ」

以上は、若干文言が異なるものの、内容としては前掲（一）①に掲げた明治二三年破産法九八五条一項と変わらない。同条について、ロエスレルは、フランス法をはじめとする、倒産開始後に相続や労働により取得した財産にも倒産開始の効力が及ぶとする考え方と、ドイツ法が当時採用していた[18]、倒産開始時の債務者の財産のみ倒産開始の効力が及ぶとする考えがあるが、ロエスレルは前者を採用したとする。その理由として、「〔後者の考えは〕大ニ軽忽ノ倒産ヲ誘起シ倒産処分ノ目的ヲ害スル甚タシケレハナリ」「〔前者の考えをとることで〕初メテ倒産申渡ハ実ニ倒産者ヲ戒メ之ヲシテ可及的速ニ総債主ニ全償スルノ志ヲ起セシムルニ足ル」としている[19]。

すなわち、ロエスレルは、軽率な倒産申立てを防止し、また債務者への懲戒という考えを背景に膨張主義的な考えを採用したのであり、倒産手続自体に対する懲戒主義的な思想を見てとることも出来よう。

②ロエスレル草案一〇五四条〔明治二三年破産法一〇〇〇条に対応〕

「負債者支払停止後ノ後ニ遺産相続ヲ為シタルトキハ遺産債主及ヒ被贈遺者ハ尚現存スル遺産ノ物品若シクハ未タ負債者ニ支払ハサル右物品ノ代償ニ就キ別除権ヲ有ス」

以上は、やはり文言の違いはあるが、明治二三年破産法一〇〇〇条（前掲（一）②）と内容としては同じく、相続財産の債権者等は相続人の破産手続において遺産についての別除権を主張することができるというものである。その趣旨について、ロエスレルは、「倒産者ノ倒産品ニ非サル所ノ財産ニ係リ其遺産ニ就テ倒産者ノ債主ト死者ノ債主トヲ混セサラシムルノ用アリ」として、相続人の債権者がその遺産によって利益を得ることを防ぐため、と述べている[20]。

③ロエスレル草案一〇七三条〔明治二三年破産法一〇一九条に対応〕その他関連規定

「訴訟ヲ為シ…遺産相続或ハ贈遺物ヲ謝絶シ…其額百円ニ下ラサルトキハ倒産者ノ意見ヲ問ヒ倒産主任官ノ許可ヲ経ルヲ要ス」

ロエスレル草案一〇七三条もやはり、条文の立て付けは異なるものの、明治二三年破産法一〇一九条（前掲（一）③）

と同様の規定となっている。すなわち、相続財産の放棄に際しては管財人は倒産者の意見を聴かなければならないとする規定であり、前掲（一）の加藤博士の指摘通り、破産手続開始後に相続が生じた場合、破産財団に相続財産が加入することを前提とした規定といえる。もっともロエスレルは、同条の説明内では膨張主義に関連する説明はしていない。

その他、本稿との関連では、ロエスレル草案の段階から、倒産者の生活保障については扶助料（ロエスレル草案一〇六二条）[21]ないし債権者の引当てとはならない財産（ロエスレル草案一〇五六条）[22]の規定する別取権、現在の差押禁止財産に相当）によって図るとされていた。

2　ロエスレル草案脱稿から明治二三年破産法制定まで

以上のロエスレル草案は明治一七年（一八八四年）一月に脱稿に至った。その後、当時の日本銀行や大阪紡績会社などの大会社が開業する機運と相まって、同年五月に会社条例編纂委員会[23]が作られた。そして、委員会設立とともに同委員会委員は破産法の制定を必要と認め、破産法編纂委員が任命された[24]。

明治一九年（一八八六年）三月には、会社条例編纂委員より、破産法が制定施行されても商法典の他の部分の制定施行がなければ十分に実績を上げることができない、破産法の編纂を止めて商法編纂委員を設けて商法典全部の制定をすべきである旨の意見があり、内閣[25]へ上申された。それを受けて内閣は同月に会社条例編纂委員会に代えて商法編纂委員会を組織した[26]。

商法編纂委員会はさらに、明治二〇年（一八八七年）一一月に法律取調委員会となり[27]、そこで商法草案についての議論を経て、条文番号ないし文言の修正[28]のうえで再調査案[29]となった。再調査案では①ロエスレル草案一〇三九条[30]に相当する九八九条一項（明治二三年破産法では九八五条一項）、②ロエスレル草案一〇五四条[31]に相当する一〇〇四条（明治二三年破産法では一〇〇〇条）、③ロエスレル草案一〇七三条に相当[32]する一〇二三条（明治二三年破産法一〇一九条五号

および八号）いずれについても、明治二三年破産法とは条文番号は異なるものの、文言自体は前掲（一）①以下の明治二三年破産法と変わらない。[33]

以上のようにして成立した再調査案の議論を経て、明治二三年破産法へと至ったのである。[34]

（三）　学説および小括

明治二三年破産法制定ないし施行直後に公表された文献の多くは、上記九八五条一項などを引用しつつ、破産宣告後に破産者が取得した財産も配当原資となること、破産者の生活については扶助料などにより保障することを述べるにとどまり、それ以上に膨張主義の是非について論じたものは見られない。[35]日本における固定主義および膨張主義についての議論の深まりは、後掲三で述べる、破産法案の公表時期まで待たなければならない。

いずれにせよ、ここまでの議論を整理すると、明治二三年破産法では膨張主義的な考え方がとられており、その背景にはロエスレルの考え方、すなわち破産者に対する懲戒として破産を捉える見解があったと考えられる。

（7）　以下の記載は、加藤正治「破産財団ノ範囲」同『破産法研究第四巻』（有斐閣・一九一九年）四八頁を参照している。

（8）　加藤・前掲注（7）四九頁。

（9）　明治二三年破産法一〇〇七条「破産主任官ハ破産者及ヒ其家族ニ財団ヨリ給養ノ扶助料ヲ与フルコトヲ得」。

（10）　明治二三年破産法一〇一二条二項「管財人ハ其執務ノ為メ破産者ノ補助ヲ求ムルコトヲ得破産主任官ハ此カ為メ破産者ニ報酬ヲ与フルコトヲ得」。

（11）　加藤・前掲注（7）四九頁。

（12）　同条は、遺産債権者が、たまたま相続が発生したために相続人の債権者と平等に配当を受けることになれば、遺産債権者を害

し、相続債権者を利することになり不当であることから設けられた規定である（長谷川喬『改正破産法正義』（新報注釋會・一八九三年、（復刻）信山社・一九九六年）九一頁）。

（13）加藤・前掲注（7）四九頁。

（14）破産主任官とは、明治三五年破産法において、破産管財人の職務含めて破産手続全てを指揮・監督する職務を負う者をいう（同九八三条）。旧破産法では廃止されている。

（15）現行法においても、管財人による放棄に際しては裁判所の許可を得なければならないところ（破七八条二項一二号）、明治二三年破産法一〇一九条は、破産宣告後の相続財産も財団に組み込まれることが前提となっている点で、膨張主義の根拠の一つとなる。

（16）加藤・前掲注（7）五〇頁。

（17）以下の記載は、司法省訳『ロエスレル氏起稿　商法草案　下巻』（司法省・一八八四年、（復刻）新青出版・一九九五年）を参照している。

（18）ドイツでは、一八七七年のドイツ破産法および一八九八年ドイツ破産法一条において、破産財団は破産者の破産宣告当時に有する財産によって成立すると規定しており、固定主義が採用されている。これらの法律制定以前はドイツ法が固定主義と膨張主義いずれを採用するかについて争いがあったが、これについては加藤・前掲注（7）六六頁参照。また、現行のドイツ法では、旧法で採用されていた固定主義を改め、膨張主義が採用されている（ドイツ倒産法三五条は、「倒産手続は、手続開始時に債務者に帰属し、または債務者がこの手続中に取得する全財産を対象とする」としている）。その背景には、賃金債権担保化の発展のほか、債務者の生活再建については免責にゆだねるという方針があるとされている。改正の経緯については、櫻井孝一「破産財団に関する固定主義・膨張主義再考」曹時五〇巻七号（一九九八年）一頁など参照。

（19）司法省・前掲注（17）八六〇頁。

（20）司法省・前掲注（17）九〇一頁。

（21）ロエスレル草案一〇六二条「倒産主任官ハ倒産者及ヒ其家族ニ倒産品ヨリ扶助料ヲ許与スルコトヲ得」。倒産者の生存を保全することがその趣旨であり、他に扶助を受けることができない場合に限り支給され、かつ生活保全に必要とされる額に限られるとされる（司法省・前掲注（17）九一九頁）。

（22）ロエスレル草案一〇五六条「左ニ掲クル倒産者ノ所有物品ハ…別取権ノ繋ラサルモノニ限リ之ヲ倒産品中ニ繰込ミ債主ノ弁償ニ供スルヲ得ス…二、倒産者及ヒ其家族ニ於テ一月ヲ支フルニ必要ナル食料及ヒ薪炭…四、賃料或ハ給金ニシテ其生活ヲ支フルニ必要ナル金額」。これらは、倒産者およびその家族の生活および営利に必要な物であり、仮にこれらが奪われれば公費によりその

倒産者を養わざるを得なくなるために、債権者の引当てとはならないとされている（司法省・前掲注（17）九〇三頁）。

（23）寺島宗則をはじめ一〇名の委員が選出されている。志田・前掲注（6）三四頁［註13］。

（24）前掲注（23）の委員に加え、河上謹一が任命されている。志田・前掲注（6）三四頁［註15］。

（25）一八八五年（明治一八年）には、政府組織の改革があり、太政官から内閣に変更され、会社条例員会も（内閣）法制局の法制部の下に属することとなった（志田・前掲注（6）二八頁）。

（26）引き続き寺島宗則を委員長とし、その他七名の委員が任命されている（志田・前掲注（6）三八頁［註19］）。

（27）尾崎忠治、細川潤次郎をはじめとする八名の法律取調委員が任命されている（志田・前掲注（6）四二頁［註22］）。厳密には、明治二〇年に商法編纂委員が罷免され、商法編纂は外務省所管の法律取調委員に引き継がれて民法典とともに商法典が編纂され、さらに法律取調委員は外務省から司法省の所管に移され、商法典の審議がされるに至っている。

（28）法律取調委員会の議論の内容については、法典調査会『商法草案議事速記　第拾四巻』（日本学術振興会・一九三九年）参照。また、法律取調委員会編纂の商法草案の条文については、法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書21』（商事法務研究会・一九八五年）八三頁以下参照。会社条例委員会ないし商法編纂委員会の議事録については、今回は入手することができなかった。

（29）再調査案編纂の際の議論については、法典調査会編『商法草案議事速記　商法再調査案議事速記　第四巻』（日本学術振興会・一九三九年）参照。

（30）ロエスレル草案と再調査案の中間にあたる商法草案段階では一〇四一条だった。

（31）商法草案では一〇五六条。

（32）商法草案では一〇二三条二項。

（33）したがって、再調査案の条文の記載については省略する。

（34）以上の経緯については、志田・前掲注（6）二五頁以下を参照した。

（35）明治二三年破産法制定ないし施行直後の文献としては、長谷川・前掲注（12）、梅謙次郎講述『改正商法講義』（有斐閣・一八九三年、（復刻）信山社・二〇〇〇年）、磯部四郎『大日本商法破産法釈義』（長島書房・一八九三年、（復刻）信山社・二〇一二年）、梅謙次郎閲＝水野廉太郎著『破産法要綱』（六法講究会出版・一八九三年）を参照した。なお、梅謙次郎博士の膨張主義についての見解は、後掲三の破産法案に関する文献で明らかにされている。

三　破産法案下の議論

（一）　破産法案

次に、明治三五年（一九〇二年）に公表された破産法案の下で、破産財団の時的範囲に関しいかなる議論がされたかを紹介する。[36] この破産法案は、明治二六年（一八九三年）に発足した法典調査会において、明治三一年（一八九九年）頃から本格的に新草案の作成がされ、同三五年に破産法案として公表されたものである。[37]

本稿の目的と関連する条文としては次のものがある。[38]

①四一条「破産宣告ノ時ニ於イテ破産者ニ属セル一切ノ財産及ヒ破産手続中ニ破産者ニ帰属シタル財産ヲ以テ破産財団トス」

②五三条「左ニ掲ケタル財産ハ破産財団ニ属セス

一　破産者ノ一身ニ専属スルモノ

二　破産者カ其勤労ニ因リ破産宣告後ニ受クルモノ

三　財産以外ノ権利ヲ害セラレタル場合ニ於イテ損害ノ賠償ヲ請求スル権利

四　差押ヲ禁シタルモノ」

以上のように破産法案では、明文の規定がなかった明治二三年破産法と異なり、膨張主義をとることが明記されている。もっとも、五三条二号で見られる通り、破産者が勤労によって破産宣告後に得た財産については破産財団には帰属しないと規定されており、膨張主義に対する一定の例外が明文で設けられている。[39]

後述の通り、破産法案が膨張主義を採用するか否かについては相当の議論があったとされる。にもかかわらず、破産

法案においても膨張主義が採用された理由は何か、また膨張主義に対する学説の反応はどのようなものであったのか、以下項を改めて論じる。

（二）学説

1　梅謙次郎博士

破産法案の立案者の一人であった（前掲注（36）参照）梅謙次郎博士は、まず固定主義と膨張主義にはそれぞれ一長一短あり、固定主義のメリットとしては手続が簡略化される、すなわち破産手続中に新しい財産が生じても破産財団には帰属しないために新しい手続は不要であり、手続の初めにおいて存在する財産に対して保全処分をかけ、管理・換価をすれば足りる点を挙げている[40]。他方、梅博士は、固定主義につき「大変不穏当ナ結果ヲ惹起ス」と述べる。具体的には、破産手続開始時に財産の極めて少ない債務者が破産手続開始後に多額の資産を有する親類の財産を相続した場合を挙げて、債権者は不利益を被るのに破産者は贅沢をして暮らす可能性があり、これは不穏当であって、「少シ位手続ハ面倒デアツテモドウモ膨張主義ノ方ガ結果ニ於イテ穏当デアラウ」とする[41]。

そのうえで、（一）の通り破産法案が膨張主義を採用した点につき、「是モ余程議論ガアツテ、初メハサウ〔膨張主義〕デハナカツタガ、最後ニハ全然膨張主義ヲ取ツタノデス」としており、立案に際して議論があったと述べている[42]。実際、梅博士も、膨張主義を採用すると「実ハ大変面倒ニナルノデアル」「破産者ガ取得シタ財産ハ破産財団ニ組入レル、サウスルト破産財団ガ終始狂ツテ来ル…」などと述べ、膨張主義をとることが「面倒」であることを強調している[43]。それにもかかわらず、前述のように膨張主義は「大ニ利益ガアツテ害ガ少ナイデアラウト云フコトカラ」、これを採用したとされている[44]。

また梅博士は、膨張主義の「例外」として、「破産者ガ自己ノ労務ニ因リ得タル財産」については、すべて破産財団には組み入れないものとした、と述べる[45]（破産法案五三条二号（前掲（一）②）参照）。その理由として、確かに当時のフランス法ないし明治二三年破産法など膨張主義を採用する法律は、破産者が破産手続開始後に勤労によって得た財産も破産財団に組み入れるものとされる[46]。しかし、そのような財産をすべて破産財団に組み入れてしまうと「法律トシテ甚ダ不穏当」な結果をもたらしかねない点を挙げる。すなわち、勤労による財産を破産財団に組み入れると、破産者は破産手続が済むまではなるべく遊んで暮らしている方がよい、破産者が生活に困窮した場合には〔扶助料として〕破産財団から補助してもらう（扶助料は破産者が破産財団に対して有する財団債権とされていた。前掲注（39）参照）から遊んでいても食べるものに困ることはない、ということを懸念したのである。

このように、梅謙次郎博士は、破産法案の解説の中で、もっぱら相続財産を破産財団に組み入れないことの不都合を通じて固定主義への批判を展開している。その一方で、破産手続後に破産者が勤労により得た財産は破産財団には組み入れないとする固定主義的な部分も見受けられることから、破産法案は単なる膨張主義を採用したものではなく、いわば修正された膨張主義を採用したということができよう。もっとも、このように勤労による所得を破産財団に組み入れないことの根拠として破産者の堕落を防ぐという点が挙げられていることは、ロエスレル草案以来の懲戒主義的な思想の残滓をみてとることができるかもしれない。

2　松岡義正判事

(1)　固定主義と膨張主義の対比

松岡義正判事は、固定主義と膨張主義について以下のように述べている[47]。すなわち、固定主義と膨張主義を対比すると、固定主義の利点としては、第一に破産手続の進行の容易化ができること、第二に、信用を固定し、破産者に新たな

経営を可能とさせることによって、破産手続開始後にあらわれた債権者に対して弁済を保障することができ、経済的にも妥当であること、第三に、破産手続が複数回生じたときに、第一の破産手続における債権者と第二の破産手続における債権者とを平等に扱うことができる（膨張主義のもとでは、第一の破産手続以前からの債権者は、第一の破産手続以前の財産および以後の財産双方を引当てとできる一方で、第一の破産手続後に登場した債権者は、第一の破産手続以後の財産しか引当てとすることができない）ことを挙げる。これに対し、膨張主義のメリットとしては、破産債権者への完済の可能性が高まることを挙げる。

そのうえで、松岡判事は、「立法上ノ見解トシテハ独乙主義〔固定主義〕[48]ヲ正当ナリト認ム。蓋シ独乙主義ハ羅馬主義〔膨張主義〕ヨリモ理論ニ適シ且ツ重複破産ノ結果ヲ生スルカ為ニ破産手続カ迅速ニ終結スルノ妨害ト為ラサルヲ以テナリ」と述べ[49]、理論的正当性および破産手続の迅速な終結ゆえに固定主義を正当としており、前述の破産法案と異なる見解をとっている。また、前段落傍点部の通り、新たな「経営」を可能とさせることを固定主義の利点としているところから、松岡判事は特に破産者の新規事業の可能性を念頭に置いて固定主義の利点を説明している可能性がある。

(2) 膨張主義下での各種請求権の扱い

もっとも、松岡判事は、以上に続けて膨張主義下における請求権の扱いについて解説しており、以下参考として記載する[50]。まず、膨張主義をとる破産法案四一条の下では、破産宣告の時に破産者に属する一切の財産および破産手続中に「破産者ニ帰属シタル財産」はいずれも破産財団となる。そして、「破産者ニ帰属シタル財産」というためには破産手続の終結前に財産取得の要件が存在することを要すると述べる。

そのうえで、各種請求権について以下のように述べる。第一に、期限付債権は、破産手続の終結後に期限が到来するものであっても当然に破産財団に帰属すると述べる。そして、破産者の行動に対する反対給付と認められる権利につい

ては、破産手続の終結までの破産者の行動によって発生したものについては破産財団に帰属し、他方、終結後の行動によって発生したものについては破産財団には帰属しないと述べる。具体的には、雇用契約に基づいて破産者の労務により取得した反対給付のうち、破産手続終結前の労務に基づくものは破産財団に属し、終結後の労務に基づくものは破産財団には属しないとする[51]（ただし、前掲（一）の通り、破産法案で五三条二号は、破産者の勤労により取得した報酬は破産財団に属しないと定めている[52]）。また定期金債権については、俸給を例に挙げ、国家が官吏に給付する扶養料としての性質を有し、労務に対する報酬ではないため、破産手続終結後に受領すべき部分も破産財団に属すると述べる。

第二に、停止条件付権利は、破産手続終結後に条件が成就するものであっても、破産財団に属すると述べる[53]。具体的には、継続的に保険料を支払い、被保険者の死亡により条件が成就する、破産者を保険金受取人とする保険金請求権につき、破産手続中に被保険者が死亡した場合には当然同請求権は破産財団に属するとともに、破産手続終結後に被保険者が死亡した場合も同請求権は破産財団に帰属すると述べる[54]。

第三に、破産手続の終結前に破産者を相続人とする相続が開始された場合、その相続財産は破産財団に属するとされる。

第四に、破産者が破産手続の開始から終結までに得た純利益も、破産財団を構成するとされる。なお、破産手続開始後に破産者が営業を行うこと自体は、「家族ノ生活ヲ維持シ且ツ復権ノ準備ノ為メニ」当然可能であるとされる[55]。また、前述の通り、営業利益ではなく、破産者の単純な勤労の対価として得た報酬は、破産法案のもとでは破産財団に属しないとされる。

最後に、破産手続終結までに破産財団に属する財産から発生した果実、破産財団に属する財産の窃取等から発生する損害賠償請求権などの従前の破産財団の財産の代償物たる請求権、破産財団の管理換価により取得した財産、破産財団に属する請求権の実行により取得した財産、破産手続中の取得時効の完成により取得した財産はいずれも破産財団に属する[56]。ただし、破産手続終結前に取得時効の進行が開始され、破産手続開始後に時効が完成したときに取得した財産（言

い換えれば、時効取得の期待権）が破産財団を構成するかについては争いがあるという。[57]

3　加藤正治博士

固定主義の意義について論じられる際は現在でも必ず引用される文献の執筆者であり、固定主義を採用する旧破産法の立法の中心的存在となった加藤正治博士であるが、少なくとも破産法案公表直後は、固定主義と膨張主義いずれを支持すべきか、その論調に変化がみられる。以下、順を追ってみていく。

(1)　破産法：完（明治四二年）

明治四二年（一九〇九年）の『破産法：完』では、加藤博士はまず、「〔固定主義と膨張主義〕ノ立法ハ一面破産債権ヲ制限スルト否トニ相関ス」、すなわち、破産財団の範囲を破産宣告の前後を問わないものとすれば、破産債権の範囲もまた破産宣告の前後を問わないものとすべきであるし、逆に破産債権者の範囲を破産宣告時に債務者に対して債権を有する者に限るとするのであれば、破産財団に組み入れられるべき財産も破産宣告時の債務者の財産の限度に限定されることになるはずである、と述べる。[58]

そして、明治二三年破産法は膨張主義を採用し（旧商法九八五条、一〇〇〇条）破産宣告後に債務者に属した財産も財産に含まれる一方、破産債権者の範囲も限定していない。[59]他方、（一）で述べた破産法案は、破産債権者の範囲を制限しながら（破産法案七条）[60]破産財団の範囲については膨張主義を採用するものであるが、加藤博士は破産者が破産宣告後に相続した場合を例に挙げつつ疑問視する。すなわち、破産宣告後に破産者が財産を相続し、かつ相続財産に対して債権者が存在する場合、相続財産は破産財団に組み入れられるのに対して相続債権者は破産手続に加入することができなくなり、均衡を失してしまう。破産法案は、このような事態に対処するために、相続財産を取得するときは必ず限定承認をす

べきという規定（破産法案四五条）[61]を設けたものの、このような規定が正当であるか否かは疑問である、とする。[62]

以上のように、明治後期に出版された『破産法：完』では、加藤博士は特に相続財産を念頭において膨張主義と固定主義を対比したうえで、後者の方を理論的に正当として、膨張主義をとる破産法案を論難している。[63]

(2)　破産法講義（大正三年）

これに対して、大正三年（一九一四年）に初版[64]が出版された『破産法講義』では、固定主義と膨張主義を比較したうえで、「〔固定主義と膨張主義〕ハ理論上ヨリ云ヘハ独逸主義〔固定主義〕固ヨリ正確ナリト雖モ実際上ノ便益ヨリ云ヘハ第二ノ仏国主義〔膨張主義〕ヲ可トス」として、(1)とは異なり、特に実質面を考慮して膨張主義を支持している。[65]

膨張主義を支持すべき理由として、破産手続開始後に破産者に対して新たに債権者となろうとする者は、すでに債務者につき破産手続が係属していることを知り得るのであるから、完全な弁済を受けることができないことはあらかじめ予期することができるはずである。他方、破産手続中に破産者が相続等により新たな財産を取得することは多く、この場合もし相続財産を破産財団に組み入れないとすれば、従前の債権者はそのままでは一切相続財産を引当てとすることができず、これを引当てとするには第二破産を申し立てるほかないが、これには費用がかかってしまう、とする。[66]

以上のように、加藤博士は、『破産法講義』では、やはり相続財産を念頭に置いて、旧債権者と新債権者の公平を理由に、膨張主義を是とする。

(3)　破産法研究（大正八年）

大正八年（一九一九年）の「破産財団ノ範囲」では、加藤博士は、固定主義と膨張主義を比較したうえで、再び固定主義を支持する。すなわちまず膨張主義の欠点として①旧債権者のみの保護に厚く新債権者の保護を無視していること、

②「膨張主義ハ之ヲ厳格ニ貫クトキハ」勤労による所得が破産者の利益とならず、生活の再建が困難となること、③破産手続が遅延すること、④新規の借入れが破産財団に組み込まれる以上、新事業の立上げを阻害することを挙げる。[67]

これに対して固定主義は、①新旧債権者の保護が公平であり、②破産手続中の破産債務者の経済的活動の余地を認め、③破産手続が迅速に終了する点などで優れている、と述べる。また、固定主義の欠点としては、新得財産の浪費や隠匿を誘発すること、第二破産[68]を認めざるを得ないことを挙げる。しかし、前者については仮にそのようなおそれが大きければ破産を廃止したうえで新たに破産を宣告し、新得財産を新たな破産手続の破産財団に帰属させればよいこと、後者の弊害に対しては、新たな破産原因に基づいてのみ第二破産を開始するものとすれば、破産手続が重複して開始され、破産手続の費用が無駄に費やされることはない、と述べる。[69]

なお、加藤博士は、(2)の文献において「固定主義ハ理論ヲ以テ優リ膨張主義ハ実際ノ便益ヲ以テ勝レル」としたが、(3)では、第二破産の開始原因について、前段落の通り新破産原因に基づくものに限れば、重複破産開始や破産手続費用の濫費を免れることができ、実際上の便益としても固定主義が膨張主義に劣ることはない、と述べる。[70]

(4) 新旧破産法対比（大正一二年）

大正一二年（一九二三年）の「新旧破産法対比」[71]は、やはり以下の理由から固定主義を是とする。①破産者が勤労によって得るものだけでなく、新規事業のための借入れもすることができ、生活の資料を得られること。特に、膨張主義の下でも勤労により得たものは破産者の自由に任せることができる一方、膨張主義の下では「新に仕事をやりだすと云ふことは膨張主義にては全然できない」。②破産管財人としても、膨張主義の下では破産者の財産取得に注意しなければならない、新得財産があるたびに財産目録を補充し、配当することとなれば、手続がむやみに伸びることとなる。③「膨張主義の方の極く悪い点」として、「新債権者の保護が全然欠ける」。これらのうち特に①については、破産法案にみら

れる修正された膨張主義との対比を念頭に置いているものと考えられる。

他方、加藤教授も、固定主義の欠点として、相続等によって多額の財産を破産者が得た場合にその財産を浪費してしまうおそれをあげており、やはり新規事業および相続財産を念頭に置いて固定主義と膨張主義の優劣を議論する。

（三）小括

明治三五年（一九〇二年）に公表された破産法案では、四一条で膨張主義を採用することが明らかにされていた。その背景としては、ロエスレル草案の懲戒主義的な思想の名残のほか、法案作成の中心人物であった梅謙次郎博士によると、破産手続開始後に破産者に相続が発生した場合に固定主義では不適当という考えがあったようである。ただし、手続開始後に破産者が勤労により得た財産まで破産財団に組み込めば破産者が自暴自棄となりやはり不適当であるから、このようにして取得した財産は破産財団に組み込まないとしており、破産法案ではいわば「修正された膨張主義」がとられていたといえる。

このような破産法案のスタンスに対しては賛否があり、相続財産ないし破産者に対する新規事業による収益や借入れを念頭において、新旧債権者の平等といった観点から議論がされていた。特に加藤正治博士は短い期間で固定主義・膨張主義いずれを支持するかについての変化があった。もっとも、加藤博士の前掲（二）3(1)～(4)の議論は、固定主義と、厳格な膨張主義を対比しているのか、修正された膨張主義と対比しているのかについて注意をする必要があると考える。

すなわち、(1)～(4)のうち、(3)は「膨張主義ハ之ヲ厳格ニ貫クトキハ」という文言にみられる通り、厳格な（原始的な）膨張主義と対比しての固定主義の利点を挙げているのに対し、それ以外の文献では、破産法案でみられる修正された膨張主義との対比が意識されているとみることもできよう。(22)

(36) 破産法案の立案者は、梅謙次郎、岡野敬次郎、田部芳の三名であったとされる（桜井・前掲注（6）一一一頁注（一四））。明治二三年破産法制定直後から法典調査会が開かれて破産法が立案された背景としては、商人向けの清算手続である破産法と一般個人向けの清算手続である家資分散法が分離されていることの不都合、その他明治二三年破産法には法理上承服し得ない点が多々あったためとされる（細川・前掲注（6）一七二頁）。明治二三年破産法と破産法案の主な違いについては、条解・前掲注（2）五頁に詳しい。

(37) 桜井・前掲注（6）一一〇頁。

(38) 破産法案の条文については、『破産法草案』（日本法律学校・一九〇三年）、井上直三郎『破産・訴訟の基本問題』（有斐閣・一九七一年）四〇五頁以下などを参照した。

(39) なお、破産者の生活保障については扶助料も関連するため、それに関する条文もあわせて記載をしておく。

三五条「左ニ掲グル債権ヲ有スル者ハ之ヲ財団債権者トス

…

八　破産者及ヒ其家族ノ扶助料」

四十条「破産財団カ財団債権ノ全額ヲ弁済スルニ不足ナルトキハ財団債権ハ各債権額ノ割合ニ応シテ之ヲ弁済ス但破産者及ヒ其家族ノ扶助料ハ財団債権ニ先チテ之ヲ弁済スルコトヲ得ス」

このように、破産者およびその家族に対する扶助料は、財団債権を構成するものの、「財団債権ニ先チテ之ヲ弁済スルコトヲ得ス」、つまり他の財団債権よりも劣位に置かれると規定されていた。

(40) 梅謙次郎口述『破産法案概説』（法学協会・一九〇三年）三九頁。

(41) 梅・前掲注（40）四〇頁。

(42) ただし、破産法案公表に至るまでの議事録については、今回入手することはできなかった。

(43) 梅・前掲注（40）四一頁。

(44) 梅・前掲注（40）四二頁。

(45) 梅・前掲注（40）四二頁。

(46) 明治二三年破産法の下では、破産者が破産手続開始後に勤労によって得た財産を破産財団に組み入れたうえで、それにより生活が困窮することがあれば、扶助料（同法一〇〇八条）により対応するものと思われる。

(47) 松岡義正『破産法講義』（講法会出版・一九〇三年、（復刻）信山社・二〇〇二年）特に一一三頁以下。

(48) 当時のドイツ法の状況については、前掲注（18）参照。

(49) 松岡・前掲注（47）一一五頁。
(50) 以下、松岡・前掲注（47）一一五頁参照。
(51) 松岡判事は、「其他破産者ノ勤労即チ単純ナル労働ニ因リテ取得シタル報酬亦タ理論上破産財団ニ属ス」と述べる。もっとも、続けて「然レドモコレハ甚タ厳格ニ失スルヲ以テ…」として、やはり膨張主義を形式的に適用することの不都合を挙げている（松岡・前掲注（47）一二三頁）。
(52) なお、このような勤労所得は差押禁止財産としても保護される可能性があるが（後掲五（三）1参照）、それについての指摘はされていない。
(53) 解除条件付権利については、条件未成就の間は無条件の権利と同じく破産財団に属するが、解除条件が手続中に成就した場合には破産財団に属さず、取戻権の対象になるとする。
(54) 死亡保険金請求権の破産財団帰属性が争われた近時の判例として、最判平成二八年四月二八日民集七〇巻四号一〇九九頁がある。同判決に対する私見としては、拙稿「判批」リマークス五四号（二〇一七年）一三八頁参照。また、固定主義を採用する現行法の下でも終結後に具体化した請求権が財団に組み込まれる余地を説くものとして、拙稿・前掲注（1）一頁、特に二〇頁以下。
(55) 松岡・前掲注（47）一二二頁。
(56) 現行の破産法では、特に果実についての規定はないものの、破産財団に帰属するものとされる。また、固定主義をとるアメリカ連邦倒産法では、果実（proceeds）については明文で破産財団に帰属するものとされている（アメリカ連邦倒産法五四一条(a)(6)）。
(57) 松岡・前掲注（47）一二五頁。
(58) 加藤正治『破産法：完〔明治42年版〕』（中央大学・一九〇九年）八七頁。
(59) 明治二三年破産法は破産債権者の時的限界を画する条文はなく、また有力な解説書でも一般債権者の定義を「其債権ニ対シ担保ノ附着セサルモノヲ云フ」としており、やはり時的限界については述べられていない（梅＝水野・前掲注（35）一七八頁）。
(60) 「破産者ノ債権者ニシテ破産宣告前ニ生シタル原因ニ因ル債権ヲ有スル者ハ之ヲ破産債権者トス…」。
(61) 「破産宣告前ニ破産者ノ為メニ家督相続ノ開始アリタル場合ニ於テ破産者カ破産宣告後ニ承認ヲ為ストキハ限定承認ヲ為スコトヲ要ス」。
「前項ノ規定ハ破産宣告後ニ破産者ノ為メニ家督相続ノ開始アリタル場合ニ之ヲ準用ス」。
(62) 加藤・前掲注（58）八八頁。
(63) なお、加藤・前掲注（58）八七頁では、膨張主義の例外として破産宣告後の勤労によって得た財産を財団から除外する趣旨について、「破産者ハ自暴自棄カラ勤労ヲ為スノ念ヲ断ツニ至ルノ弊アル為メ」と述べる。

(64) 加藤正治『破産法講義〔初版〕』（巌松堂書店・一九一四年）一五五頁以下。
(65) 加藤・前掲注（64）一五六頁。
(66) 加藤・前掲注（64）一五七頁。
(67) 加藤・前掲注（7）一〇三頁。続けて加藤博士は、膨張主義のこのような欠点により、ドイツやイギリスなど（当時の）世界の立法の流行は固定主義であると述べる。
(68) 破産手続開始後に取得する新得財産を基礎として破産者が経済活動をする結果、先行する破産手続の終了前に後行の破産手続が開始される場合の、この後行手続を第二破産と呼ぶ（伊藤眞『破産法・民事再生法〔第四版〕』（有斐閣・二〇一八年）二五三頁）。第二破産は固定主義がとられることを前提とした事象であり、現行法では、破一〇八条二項に第二破産があり得ることを前提とした規定がある。
(69) 加藤・前掲注（7）一〇四頁。
(70) 加藤・前掲注（7）一〇五頁注。
(71) 加藤正治「新旧破産法対比」同『破産法研究第五巻』（有斐閣・一九二二年）四一〇頁。
(72) 五で検討する通り、このような対比の違いにより、どの財産を念頭に置いて固定主義の利点を議論するかも異なるものと考える。

四　大正一一年破産法下の議論

（一）　大正一一年破産法の成立

三（一）で掲げた破産法案は、明治三五年（一九〇二年）に公表され、第一七回帝国議会への提出が予定されていたものの、結局帝国議会に提出されないままとなってしまった。しかし、その後大正二年（一九一三年）に第一回起草委員会、大正三年（一九一四年）に第二回起草委員会が開かれて破産法案の起草に着手し、大正六年（一九一七年）に新

草案が成立した。その際の起草委員は、岡野敬次郎・山内確三郎・加藤正治・松本烝治であった。大正八年（一九一九年）には破産法改正調査委員会が設置され、同草案が付議され大正一〇年（一九二一年）に議了したので、法制局に議案を回付し、多少の修正を加えられたうえで破産法案として成立し、第四五回帝国議会において貴族院および衆議院での修正が加えられたうえで[73]、大正一一年（一九二二年）に公布、同一二年（一九二三年）に施行されるに至る[74]。

旧破産法で破産財団の範囲について規定する第六条第一項は、

「破産者カ破産宣告ノ時ニ於テ有スル一切ノ財産ハ之ヲ破産財団トス」

と規定し、旧商法ないし破産法案と異なり固定主義を採用している。以下、どのような議論を経て旧破産法が固定主義を採用したのか（後掲（二））、また、学説では旧破産法公布後には固定主義に対してどのような評価が加えられていたのか（後掲（三））についてみていく。

（二）　旧破産法制定時の議論

1　起草委員会における議論

帝国議会での議論にさかのぼって、破産法起草委員会の決議案における第七条一項はすでに、

「破産者カ破産宣告ノ時ニ於テ有スル一切ノ財産ハ之ヲ破産財団トス」

としており、この段階で改正破産法は、従来の膨張主義に代えて固定主義をとることを明らかにしていた[75]。

なぜ固定主義を採用したのかについては、議事録を入手することができなかったため詳細は明らかではない。もっとも、起草委員であった加藤正治博士の論考、特に旧破産法制定時期に書かれた前掲三（三）3(4)を参照する限り、新規の事業の開始、手続の簡易化および新債権者の保護といった点が重視されていたものと考えられる。

2　帝国議会での議論

旧破産法制定時、旧商法で採用されていた膨張主義から固定主義への変更につき、藤田四郎議員より、破産者が自力で得た財産を除いて、破産宣告後に破産者が得た財産も破産財団の中に組み入れるべきではないか、すなわち破産法案と同様の規定とすべきではないかという質問があった[76]。これに対して、政府委員であり、旧破産法の起草にあたった山内確三郎（発言当時：司法次官）は次のように答えている[77]。

まず、「後ニ財産ヲ取得スルト云フ場合ガ起ルノハ」破産宣告後に財産の寄付を受けたり贈与を受けたりする場合のほか、宣告後に遺産を相続して財産を得る場合が考えられる。しかし、相続の例では、膨張主義を採用すると被相続人の債権者（相続債権者）にとって不都合となる。すなわち、相続債権者は、相続人の破産宣告後に債権者となった以上、破産宣告時には相続人に対する債権者ではないので、破産財団に加わって配当を受けることができない[78]。しかるに膨張主義の下では、相続が破産宣告後に起こると相続財産は破産財団の中に組み入れられ、その財産は破産宣告前の債権者が取り合うこととなり、相続債権者の損失は非常に大きい。そのような理由から、破産宣告時を基準[79]として積極財産も消極財産も分離する、破産宣告後の財産の始末は破産宣告後の債権者が主として利益を受けるという形とした、とする。続けて山内博士は、やはり「債権者ヲ限定シテ同時ニ債権者ノ担保ノ範囲ヲ限定シナイト、後ノ債権者ヲ害スルコトニナリマスカラ…」と述べ、新債権者保護を膨張主義採用の理由として述べている[80]。

以上より、議事録からは、新得財産として相続財産を念頭に置きつつ、新債権者を保護することが固定主義採用の主な理由であると伺われる。

（三）　旧破産法制定後の学説

旧破産法制定後の学説は、そのほとんどが固定主義の膨張主義に対する優位性を挙げ、前者を支持している。すなわち、加藤正治博士の見解（三（二）3⑶参照）を踏襲し、固定主義のメリットないし膨張主義のデメリットとして、①破産手続に参加することができる破産債権者を破産宣告時にすでに成立した債権を有する者に限定する（旧破産法一五条）以上、破産債権者の満足に充てられるべき財産もこれと均衡を保つべきであること、②膨張主義の下では、宣告前の債権者は宣告前の財産だけでなく宣告後の財産からも満足を受けることができ、宣告後に債権者となった者との公平を欠くこと、③同じく膨張主義の下で破産宣告後に破産者に帰属した財産も破産財団に帰属するものとすれば、破産者は自暴自棄となり、破産者再興の機会を奪い、ひいては社会経済にも悪影響を与えること、④固定主義の下では破産手続を迅速に進行させることができ、また早期に債権者に満足を与えられること、が挙げられている[81]。

他方、旧破産法立法直後には、破産者がたまたま相続等の原因により多額の財産を取得した場合でも破産債権者に弁済がされないこと、破産手続中に債権者となろうとする者は完全な弁済を受けることがないと予期することができ、これを保護する必要性が乏しいことをあげ、実際上の便宜から膨張主義が正当とする見解も存在した[82]ものの、この論者も間もなく固定主義を是としている[83]。

（四）　小括

以上のように旧破産法では、明治破産法ないし破産法案と異なり固定主義がとられるに至っている（旧破産法六条一項）。なぜこのような切り替えが生じたかについては、破産法改正調査委員会の議事録を入手することができなかった

ため、本稿では完全には明らかにすることができていない。ただし、入手することができた資料の限りでは、固定主義採用の理由として、特に新債権者保護を重視しているようである。また、議論に際しては相続財産が念頭に置かれることが多かったように見受けられる。

以上のような議論を経て採用された固定主義に対しては、学説では、多少の異説はあったものの、ほとんど議論なく受け入れられたようである。固定主義の利点についても、三（二）3(3)で掲げた加藤正治博士の論考を踏襲するにとどまる。

（73）衆議院・貴族院の本会議ないし特別小委員会での議論については、法律新聞社編『改正破産法及和議法精義』（法律新聞社・一九二三年）および加藤正治「破産法案に対する貴族院の修正」同『破産法研究　第六巻』（有斐閣・一九二七年）五一五頁参照（後掲（二）の議論の多くもこれらの文献を参照している）。以上に対し、起草委員会ないし破産法改正調査委員会の議事録については、今回入手をすることができなかった。

（74）以上の記載は、志田・前掲注（6）一〇四頁、一一三頁注（24）および一一四頁注（25）を参照している。

（75）『破産法起草委員会決議案　第一案』参照。

（76）『第四十五回帝国議会貴族院破産法案外一件特別委員小委員会議事速記録　第三号』（一九二二年）五頁。「其時ニ得タ所ノ現在宣告ノ時ニアル財産以外ニ、将来其人ノ力デ得ベキモノガアルデアラウ、其得ベキモノガ終結前ニ這入ルコトナラバ、矢張リ是ハ此例外ニ入レテ、矢張リ破産財団ノ中ニ加フベキモノデハナカラウカ…」〔藤田四郎〕。

（77）以下、速記録・前掲注（76）五頁。

（78）旧破産法一五条参照、破産宣告前の原因に基づいて生じた財産上の請求権を破産債権ということが根拠と思われる。もっとも、相続債権者の債権も、破産宣告前の原因に基づいていれば破産債権の定義に含まれるため、ここで山内博士が問題としたのは、破産宣告から相続開始前の間に生じた債権であると思われる。

（79）速記録・前掲注（76）六頁〔山内確三郎〕によると、破産宣告時を、「債権ト債務ト『バランス』ヲ取ル時期…」であるとされている。

（80）速記録・前掲注（76）六頁〔山内確三郎〕。

(81)　参照しえたものとして、加藤・前掲注(71)四一〇頁、井上直三郎『破産法綱要　第一巻』(弘文堂・一九二五年)二〇頁、岩本勇次郎『破産法和議法概論〔初版〕』(厳松堂書店・一九二六年)八頁、同『破産法和議法概論〔再版〕』(厳松堂書店・一九二七年)一二頁、前野順一『破産法』(三省堂・一九二八年)一四頁、斉藤常三郎「破産財団の構成を論ず」同『破産法及和議法研究　第六巻』(弘文堂・一九三〇年、初出・一九二九年)九〇頁、小野木常『破産法概論』(弘文堂・一九四〇年)など。

(82)　遠藤武治『破産法』(厳松堂書店・一九二一年)三二頁。

(83)　遠藤武治「破産財団ノ範囲」法曹記事三二巻一一号(一九二二年)二一頁では、破産宣告後の債権者は不十分な弁済を甘受しており保護する必要はないとの論拠は「独断的理由」であると述べ、膨張主義を批判している。

この他、固定主義は破産者に再興の機会を与えるとともに新債権者に利益を与えることに意義がある以上、死亡その他新取得財産による経済生活の継続が打ち切られた場合には固定主義を維持する理由がなく、したがって相続財産の破産では新取得の相続財産も破産財団に吸収すべきとする見解として、井上直三郎『破産・訴訟の基本問題』(有斐閣・一九七一年)三〇三頁。

五　検討

(一)　膨張主義から固定主義への変遷とその背景

以上、二から四にかけて、日本における膨張主義から固定主義への変遷の過程、およびその時期の学説について述べてきた。以下では、(一)で二以下の議論を簡潔に整理し、そのうえで、(二)以下では以上の経緯を踏まえたうえで現在では固定主義にはどのような意義があると解するべきか検討を行う。

まず、明治二三年破産法では、明文の規定はないものの、旧破産法ないし現行破産法と異なり膨張主義が採用されていた(明治二三年破産法九八五条一項、一〇〇〇条、一〇一九条五号および八号参照)。これは、ロエスレル草案に基づくものであった(同草案一〇三九条一項、一〇五四条、一〇七三条)。また、ロエスレル草案・明治二三年破産法と

もに破産手続開始後に破産者が取得した勤労による所得を破産財団から除外する旨の規定はなく[84]、破産者の生活保障はもっぱら扶助料ないし差押禁止財産に相当するもので対応すべきものとされていたようである。

このように破産手続開始後の勤労所得を破産財団から除外しないという考えの背景には、ロエスレル草案の持つ、懲戒主義的な思想が背景にあったものと考えられる。このような明治二三年破産法ないしロエスレル草案の態度に対する明治破産法制定直後の学説の反応について記した文献については、今回の研究で発見することはできなかった。もっとも、明治破産法全体が有する懲戒主義的な思想に対する批判[85]、また、次に見る破産法案では膨張主義が一部修正されていることから、明治二三年破産法のとる膨張主義に対しては学説からの批判も強かったものと推察される。

明治三五年（一九〇二年）に公表された破産法案では、破産財団の時的限界につき膨張主義をとることは維持されたものの（同法案四一条）、破産者が破産手続開始後に勤労によって取得した所得については破産財団から除外するという規定となっており（同五三条二号）、破産財団の時的限界ないし破産財団の範囲につき明治二三年破産法から重大な変更がされている。このような変更が加えられた背景につき、破産法案立案の中心人物であった梅謙次郎博士は、仮に勤労による所得まで破産財団に組み込むとすると、破産者が勤労意欲を失い、「不穏当」な結果をもたらすためと述べている[86]。

破産法案公表時から旧破産法制定時までは、学説において、固定主義と膨張主義の優劣について最も激しく議論された時期であるといえる。固定主義の意義について現在でも権威とされている論文を執筆された加藤正治博士自身が、短い期間で固定主義と膨張主義いずれを是とするかについて変化がみられることに象徴される通り、当時の議論の対立をみてとることができる（前掲三（二）3(1)以下参照）。

その議論の中で、固定主義を支持する論者は、固定主義の方が理論的に優れている点（債権者の時的範囲と財産の時的範囲との平仄）、簡易迅速に破産手続を処理することができる点、破産宣告後に破産者を相続人とする相続が開始さ

れた場合を念頭に置きつつ破産宣告前の債権者（旧債権者）と破産宣告後の債権者（新債権者）との平等をはかることができる点、債務者の新規借入れの易化などによる債務者の生活再建の促進がされる点を、固定主義の利点として挙げる。これに対して、膨張主義を支持する者は、やはり破産宣告後に破産者を相続人とする相続が開始された場合を念頭に置きつつむしろ膨張主義の方が新旧債権者を平等に扱うことができる点[87]、債権者への弁済額が増大する点、第二破産が生じない点を膨張主義の利点として挙げている。

以上のように、この時期の破産財団の時的範囲を巡る議論は、破産法案が破産手続開始後の勤労所得を破産財団から除外すると規定していたためか、主に相続財産ないし破産者による新規事業立ち上げ時の利益ないし借入れを破産財団に組み込むか、という観点から議論されていたようである。

大正一一年（一九二二年）には旧破産法が制定され、明治二三年破産法が事実上採用していた膨張主義から固定主義へと改められたが（旧破産法六条一項）、立法時の議論においても以上の議論の傾向が継続していたとみられる。すなわち、膨張主義を採用しつつ破産手続開始後の勤労所得を自由財産とすればよいのではないか、という政府委員の質問に対し、旧破産法の起草にあたった山内確三郎は、それでは破産手続開始後に破産者を相続人とする相続が発生した場合に新債権者が不利益となると回答しており[88]、やはり相続財産を念頭に置いて破産財団の時的限界について議論されている。

旧破産法制定後の学説では、膨張主義を支持するものもみられる一方、ほとんどの学説は加藤・前掲注（7）を引用しつつ固定主義を支持している。破産法案公表から旧破産法制定時と比べると、現在に至るまで破産財団の時的限界についての議論は乏しいようである。

（二）　固定主義の利点――再掲

以上、我が国における膨張主義から固定主義への変遷を簡潔に整理した。それでは、このような歴史的経緯をふまえ、現在、固定主義にはどのような意義があると考えるべきか。議論の前提として、固定主義の利点について再度整理しておく。

一（一）でも掲げた通り、固定主義の利点としては、①破産者が新得財産を基礎として生活や事業の再出発をし、または信用の供与を受けられること、②旧債権者と新債権者との間の平等、③破産手続の迅速な進行・終結に資すること、④債務者に早期の自己破産申立てを促すことができることを挙げることができる。その中でも近時は、破産者の生活保障という点を重視して固定主義が影響する範囲を広く解し、破産手続開始後に生じる慰謝料請求権等を自由財産とする学説が有力であるといえよう[89]。

以上のような固定主義の利点についての説明は、加藤正治博士の論考（前掲注（7））[90]以降、ほぼ変化がないということができる。また、加藤博士の他の文献を踏まえると、固定主義の論拠として、⑤固定主義の方が膨張主義に比して理論的に優れているという点も挙げることができる。すなわち、破産法案のように、破産債権者の範囲は破産手続開始前後で区切り、その一方で破産財団の範囲は破産手続開始後に破産者が取得したものも含むとするのでは一貫しない、理論的には、破産債権者の範囲を破産手続開始前後で区切る以上は破産財団の範囲も破産手続開始前後で区切るべきである、ということである。このような指摘は、現行破産法も破産債権者の範囲を破産手続開始前後で区分していることから（現行破産法二条五項）、現在でも通用するものと解する[91]。

（三）　従来の議論に対する疑問

1　明治大正期の議論への疑問――特に差押禁止財産との関係について

以上、基本的に固定主義の利点についての議論は、旧破産法制定前後から現在に至るまでほとんど変わりがないことが明らかとなった。ところで、特に利点①の生活保障に関し、明治大正期の議論、特に破産法案公表後の議論に対して疑問を呈することができるように思われる。それは、生活保障の文脈において、当時の民事訴訟法六一八条で定められていた差押禁止債権について考慮されなかったのはなぜか、という点である。

前提として、同条六号は、「職工、労役者又ハ雇人カ其労力又ハ役務ノ為メニ受ケタル報酬」は差し押さえることができないとされており、また明治二三年破産法の時代より差押禁止財産は破産財団に組み込まれない[92]とされている。そのうえで給料についても差押禁止とし、したがって財団から除外されるということとなっていた。このように、債務者の生活保障については、給与債権含めて差押禁止規定にゆだね、破産財団の時的範囲の問題としないという規定の仕方もあったはずである[93]。これに対して、旧破産法は時的範囲を調整し、また破産法案は給与債権について特別の規定を設けることで給与債権を差押禁止財産から独立の規定に服さしめたのであるが、このように給料債権の扱いを差押禁止の問題としなかったのはなぜか。

この点につき、加藤正治博士のほか、破産法案の起草に当たった梅謙次郎博士も差押禁止財産に触れていない。起草時の資料を入手することができていないため、この疑問点に対する解答は推測の域を出ないものの、単なる失念によるものでないとすれば、破産者の生活保障ないし破産手続開始後に破産者が取得する収入（すなわち新得財産）として想定されていたものとしては、明治民訴六一八条六号の対象とならない財産、特に手続開始後の破産者の新規事業における借入れないしそこから生じる収益だったのではないか。

そのように考える根拠として、明治二三年破産法が商人破産主義を採用していたことがある。また、松岡判事（前掲三（二）2(1)参照）は固定主義の意義として新たな「経営」を可能とさせる点を挙げ、また加藤博士も、前掲三（二）3(4)の文献において、固定主義の下では新たな借入れにより新規事業が可能である、膨張主義の下では新たに仕事をやりだすということは全然できないと述べており[94]、この時代の学説が新規事業開始（差押禁止財産ではカバーできない）にウエイトを置いた説明をしている点も挙げることができよう。

2　固定主義と膨張主義を比較する際の対象

(1)　固定主義と何とを対比しているか

旧破産法制定後の、破産財団の時的範囲に関する議論は、加藤正治博士の論文（加藤・前掲注（7）の文献）を参考としつつ、（二）で述べた点（特に①から④）から固定主義を支持している。

しかし、このように現在も多くの文献で引用される加藤博士の論文は、破産手続開始後の勤労所得を自由財産としない、「〔膨張主義を〕厳格ニ貫クトキ[95]」を前提として固定主義と膨張主義との優劣を比較した議論である点に注意を要すると思われる。ところが、加藤博士が議論の前提とする「厳格な膨張主義」は、すでに同論文公表時には破産法案でも放棄されており、またやはり膨張主義を採用していた諸外国でも、当時からそのような厳格な膨張主義には批判的であったとされる[96]。

むしろ、破産法案、ないし当時膨張主義を採用していた諸外国の法律も、膨張主義をとりつつも、破産手続開始後に破産者が破産手続開始後に勤労により取得した財産は、少なくとも一定の範囲につき破産財団から除外し、破産者の自由な処分にゆだねる、いわば「修正された膨張主義」を採用していたものと考えられる。特に日本の上記破産法案は、破産手続開始後に勤労により取得した財産であれば、額や割合、使途の制限なく破産財団から除外されていたという点

で、膨張主義からの大きな修正がみられるといえよう。

この点、現在の学説で固定主義と膨張主義の優劣を論じる際は厳格な（原始的な）膨張主義と固定主義とを対比しているものと思われる[97]。しかるに、前記の通り厳格な膨張主義は大正期にはすでに国内外で下火になっており[98]、また、破産法案公表後の各種文献を見る限り、当時はむしろ固定主義と修正された膨張主義とを対比させていたのではないか。この観点からは、破産法案公表後から旧破産法立法時までの議論は、現行法下で固定主義と膨張主義を対比する視点について反省を迫る部分もあるように思われる。

(2)　どの財産を念頭に置いた議論をしているか

さらに、以上のような破産法案における給与債権の扱いも背景として、破産法案公表後から旧破産法立法時までの議論は、固定主義と膨張主義を比較する際に、どの財産を念頭に置くかについても次のような特徴を有する。①新旧債権者の平等という観点からは、特に相続財産を念頭に置いて議論がされていること、②債務者の生活保障について議論する際は、もっぱら破産者の新規事業立上げの場合を念頭に置いていること、③旧破産法立法時の質疑など、固定主義と修正された膨張主義との対比との文脈では、給与債権の処遇という論点は前面には出てこない、ということである。これらの特徴は、破産手続開始後の勤労による所得は固定主義の下でも修正された膨張主義の下でも破産財団から除外される以上、争点足り得ないことが背景にあるためと考えられる。

これと対比すると、現在の議論では、固定主義と膨張主義を対比する際の財産としては勤労所得が念頭に置かれている場合が多いと思われる[99]。しかし、（四）で詳述するが、立法史を踏まえる限りにおいて、やはり相続財産など勤労によらない所得を比較対象とした議論が望ましい可能性もあろう。

3　現行法下から見た固定主義

以上のように、旧法下以前の議論を踏まえると、固定主義と対比すべき膨張主義の内容、および対象財産について反省を迫るべきことが明らかとなった。その一方で、固定主義の意義についての議論は、大正時代から述べられている固定主義の利点をそのまま引用していることからわかる通り、旧破産法制定前後から現在に至るまで十分な議論の進展が見られないように思われる。しかるに、現行法下で固定主義の意義を検討するうえでは、やはり現行法下の制度を前提として検討しければならないのではないか、という疑問がある。

例えば現行の破産法では、債務者の生活保障に関する制度として、免責制度のほか、自由財産拡張制度がある。しかし、これらの制度の存在を踏まえたうえでの固定主義の利点をめぐる議論は十分にはされていないように思われる。(100)

（四）　固定主義の意義についての整理

1　検討の視点

以上の通り、本稿では、日本の破産法では、ロエスレル草案ないし明治二三年破産法の採用する厳格な膨張主義から、破産法案が採用する修正された膨張主義、そして旧破産法が採用する固定主義への変遷がみられること、そして、少なくとも旧破産法立法時までは後二者を対比する形で学説が展開していることを明らかにした。そして、比較の際の対象財産は、相続財産など破産者が偶発的に取得した財産(101)ないし新規事業立上げ時の収益や借入れであると考えられる。

しかるに、固定主義の意義を巡る従来の議論では、（三）1以下の通り、これら立法時の議論を踏まえた批評、その他免責など現行の制度を前提とした考察は不十分であるように思われる。

そこで以下では、以下の三つの視点から、固定主義の利点（前掲（二）参照）について再考したい。（ア）現行の固

定主義の規定は修正された膨張主義と対比しての議論の下で制定されたものであるという視点、（イ）（ア）に伴い、旧破産法制定時には、固定主義と膨張主義との対立軸として、新規借入れないし相続財産を特に念頭に置いて議論されていたという視点、そして（ウ）（二）で述べた固定主義の利点は、免責制度等を前提としても維持できるのかという視点である。

2　固定主義の意義再考

固定主義の意義につき、まず①破産者の生活や事業の再出発という点であるが、これはさらに①1破産手続開始後の勤労による所得に基づく生活の再出発と、①2破産手続開始後の破産者に対する新規の融資に基づく新たな起業の二つに分けて考える必要があると解する。そのうえで、①1については、旧法立法時の学説ではすでに固定主義・膨張主義いずれを支持するかにかかわらず、勤労所得は財団から除外されるということで一致しており、少なくとも立法の経緯としては固定主義の意義として重視されるべきものではないように思われる。[102]

他方、①2については、個人経営企業の経営者（取締役）が念頭に置かれているものと解されるが、確かに膨張主義の下で、新規の融資が旧債権者の引当てとなるおそれがある場合には、結果的に新規融資および新規事業からの収益が得られず起業の妨げにはなり得る。実際、大正期の旧破産法の立法時には、借入れの促進による新規事業立上げの易化が固定主義の大きな利点とされた。固定主義・膨張主義にかかわらず事実上金融機関から破産した債務者が借入れを受けることができるかは別論、膨張主義の下で新規事業立上げを促進するためには別途立法による解決が必要と思われ、[103]この点は固定主義の利点といえる。もっとも、新規事業立上げについても免責制度により債務者が保護されていると解する余地はありうる。[104]

次に②新旧債権者の平等について、確かに、膨張主義の下では、旧債権者は破産手続開始前の財産・開始後の財産と

もに引当てとできる一方、新債権者は開始後の財産しか引当てとすることができず、新債権者にとって不都合であるといえよう。もっとも、固定主義と膨張主義の対立はもっぱら相続財産の処遇であるという前提に立つと、破産草案公表後から旧破産法立法時までに加藤正治博士が立場を変化させたことに象徴される通り、固定主義の下、旧債権者は手続開始前の財産を引当てとし、新債権者は開始後の財産を引当てとすることで両者の扱いが平等となるか否かは微妙と思われる。手続開始後に破産者を相続人とする相続が生じた場合に、新債権者のみが（場合によっては多額の）相続財産を引当てとできることが平等といえるか、相続債権者の扱いも含めさらなる議論が必要と思われる。

③破産手続の迅速化については、旧法下以前の議論から述べられていた固定主義の利点であり、また現行法の下でも固定主義の利点として妥当し得ると考える。ただし、両主義で議論を分かつのが相続財産程度であるとすれば、固定主義が実際に手続の迅速化に資する場面がどこまで存在するかについては、議論の余地があるように思われる。[105]

④についても、確かに、膨張主義を採用したときよりも、固定主義を採用したときの方が、債務者のより早期の手続申立てを促すことができるといえよう。もっとも、勤労所得の財団除外は固定主義の利点とはならず、両主義の間ではもっぱらでは相続財産の扱いが異なりうるという前提の下では、より早期の申立てで再建可能性を高める再建型手続の場合や、早期の申立てにより所謂インセンティブ資産を残すことができる経営者保証ガイドライン[106]の場合とは、「早期申立て」の意味が異なると思われる。すなわち、固定主義・膨張主義にかかわらず債務者の勤労所得は財団に組み込まれないとすれば、同所得は申立ての時期に影響を与えないはずである。その一方で、固定主義の下では相続原因発生と破産手続の先後で相続財産が破産財団に帰属するか否かの帰結が異なる以上、破産者としては、相続が開始される前に早期に手続開始申立てを行うインセンティブが働くという意味で、固定主義は「早期申立て」を促すということができよう。むしろ、従来の意味で早期申立てにつながるものは、免責制度であるようにも思われる。

最後に⑤について、確かに現行破産法は破産債権を「破産者に対し破産手続開始前の原因に基づいて生じた財産上の

請求権…」と規定していることから（二条五項）、それと対応して破産財団も手続開始前のものに限るとする方が理論的に一貫している。そのため、固定主義のメリット⑤については、旧破産法立法時から現在に至るまで妥当すると考える。ただし、後掲六の通り、比較法的にみた場合、この理論的一貫性をどこまで重視すべきかについては検討の余地がある。

（84）ただし、同草案においても、生活に必要な賃金等を破産財団から除外する規定は存在した（前掲注（22）参照）。

（85）梅・前掲注（40）八頁。また、桜井・前掲注（6）一一〇頁も参照。

（86）梅・前掲注（40）四二頁。

（87）破産宣告後に破産者を相続人とする相続が開始された場合、旧債権者は相続財産からの弁済を受けられない一方で破産者ないし新債権者はそこからの弁済を受けることができること、新債権者は融資の時に破産手続が開始されていることを知りつつ融資をしているのであるから、新債権者の保護は薄くてもかまわないことを挙げる。

（88）前掲注（77）参照。

（89）前掲注（4）の各文献参照。

（90）特に一一〇頁以下参照。

（91）破産債権者の範囲と破産財団の範囲について平仄を合わせるべきという議論について、山本和彦「破産債権の概念について―『将来の請求権』の再定義の試み」徳田古稀・前掲注（4）七四三頁など。

（92）明治二三年破産法一〇〇一条「破産者ノ財産ニシテ民事訴訟法ニ従ヒ強制執行ノ為メ差押フルコトヲ得サルモノハ之ヲ財団ニ加フルコトヲ得ス」。

（93）比較法的にみれば、現在のドイツ法は膨張主義を採用し、債務者の生活保護については差押禁止により対処するという方針がとられているとされる（竹下守夫監修『破産法比較条文の研究』（信山社・二〇一四年）一六八頁）。ドイツ法の詳細については、後掲注（98）も参照）。

（94）加藤・前掲注（71）四一二頁。

（95）加藤・前掲注（7）九四頁。

（96）加藤・前掲注（7）五〇頁によると、オーストリア一九一四年破産法では、破産者が破産手続中に勤労により取得した財産については、破産者または破産者が扶養義務を負う者の生活の資料に供する範囲で破産財団に属しないものとされていた（五条一

項）。また、同じく膨張主義をとるフランスでは、当時から同国の学者は皆破産者がその勤労により取得する報酬はその生活の資料に供する範囲において破産財団に吸収されないと主張しており、また一八九五年の法律では債務者がその勤労により取得した報酬は、一定額を超えない限り一〇分の九は破産財団に吸収されないとされていた（加藤・前掲注（7）四四頁）。

(97) 加藤・前掲注（7）の文献は、固定主義と膨張主義の優劣について、破産手続開始後の勤労所得を破産財団に組み込む、厳格な膨張主義と固定主義とを対比した議論になっている点に注意を要する。

(98) なお現在のドイツでは、膨張主義を採用したうえで（ドイツ倒産法三五条）、給与債権の一部は差押不可とし破産財団から除外することで（同三六条一項、ドイツ民事訴訟法八五〇条以下）、膨張主義の修正を図っている（なお、免責を受けるためには差押可能部分を倒産終結後六年間裁判所が指定する受託者に譲渡しなければならない。ドイツ倒産法二八七条二項）。

(99) 特に近時の教科書は、勤労所得除外を固定主義の意義として掲げるものが多い。山本克己編著『破産法・民事再生法概論』（商事法務・二〇一二年）八六頁〔山本克己〕、倉部真由美＝高田賢治＝上江洲純子『倒産法』（有斐閣・二〇一八年）六九頁〔高田賢治〕など。

(100) 現在の固定主義の意義についての議論が、免責制度を踏まえた議論とはなっていないのではないかという疑問については、拙稿・前掲注（1）二三頁ですでに指摘している。

(101) 給与債権によらない財産としては、相続のほかに離婚に伴う財産の分与等の場合もありうるが、以下では便宜上主に相続財産について論じる。

(102) なお、破産法案公表時の議論以来、修正された膨張主義の下でも固定主義の下でも、給与債権を差押禁止財産として民事訴訟法（民事執行法）の下で保護するというスタンスはとられてこなかった、すなわち固定主義をとる現行法は当然のこと、膨張主義をとる破産法案も、破産法の条文の中で給与債権を保護するという規定を採用している点に日本の議論の特色がある。

(103) 立法論ではあるが、免責許可後の借入れは破産財団には組み入れない、または開始後の借入れを財団債権とする（民再一一九条五号参照）などの対応も可能であろう。

(104) 加藤正治博士は、「膨張主義ノ下ニ在リテハ破産財団トシテ破産宣告当時ノ財産ハ勿論爾後ノ新得財産ハ皆之ヲ吸収シ去ラレ破産手続ハ順次延長シテ破産者ハ其間何等経済的活動ヲ為スコト能ハス…」と述べる（加藤・前掲注（7）九七頁）。しかし、免責制度が用意されている現行法の下では、仮に膨張主義の下でも、債務者の経済的活動に大きな支障が出る場合は少ないように思われる。

(105) 破産手続開始前に成立した生命保険契約に基づき破産者である受取人が有する死亡保険金請求権の破産財団帰属を肯定した最判平成二八年七月八日民集七〇巻六号一六一一頁をふまえると、判例も固定主義の下で新得財産となり得るのは、給与債権を除け

ば、相続財産等に限られるとの理解に立っていると思われる。結局、給与債権を考慮しないとすれば、手続の迅速化に違いが生じうるのは、やはり破産手続開始後に相続が発生した場合など、限られた状況に過ぎないとも言えよう。

(106)「経営者保証に関するガイドライン」7(3)③参照。

六　おわりに

以上、日本法における膨張主義から固定主義変遷への過程を見ることにより、現行法下で固定主義にどのような意味を見出すべきかについて論じてきた。理論的ではない、独りよがりの考えであるという謗りは免れないことは承知しつつも、旧破産法下での固定主義成立に至る過程ないしそれに関連する学説、および、そこから導き出される検討の結果を簡潔にまとめると以下の通りである。

まず、近代日本における最初の破産に関する制定法は明治二三年破産法であるが、その原案となったロエスレル草案では破産財団の範囲につき膨張主義がとられており、手続開始後に破産者が勤労により取得した財産も原則として破産財団から除外されない。その根拠として、破産者の堕落を防止することとされており、この時期の破産法の懲戒主義的な発想を見てとることができる。明治二三年破産法においても、一定の文言や条文番号の修正は受けつつも、同草案の内容が維持されている。

しかし明治二三年破産法の懲戒主義的思想に対しては批判が強く、そのため、同法施行直後から改正の動きが生じた。梅謙次郎博士らが起草した破産法案は、このような批判を踏まえ、膨張主義は維持しつつも、手続開始後に破産者が勤労によって取得した財産については破産財団から除外するとした。そして、その後の破産財団の範囲について論じた学説に

も同法案の影響がみられる。すなわち、多くの学説は固定主義・膨張主義の優劣を論じるに際して、労働による債権よりもむしろ、相続財産ないし新規事業立上げによる利益や借入れの処遇に焦点を当てるなどの特徴を見てとることができる。

旧破産法立法時にも、やはり相続財産の帰属に焦点が当てられつつ破産財団の範囲についての議論がされていたが、同法立法後は破産財団の範囲についての議論は下火となったといえる。

以上の、特に破産草案公表後の議論は、現行法下においても示唆を与える点があると考える。現在、固定主義の意義について説明する文献は、勤労により取得した財産の扱いに焦点を当てるものが多い(107)。しかし、破産法案では膨張主義をとりつつも勤労により取得した財産は破産財団から除外するとしており、固定主義・膨張主義の採否と同財産の扱いについて切り離して論じる可能性を見出すことができる。むしろ、破産法案公表後の議論にみられる通り、固定主義と膨張主義の大きな違いは、破産手続開始後の相続財産など、債務者が労働以外の方法により取得した財産および新規事業立上げの後に取得した財産の扱いということになろう。

すると、固定主義の意義を論じるにあたっては、現在でももっぱら以上のような財産を念頭に置いた議論をすべきことになる。そのように対象財産をしぼり、また現行法下の免責制度等を念頭に入れると、少なくとも勤労所得を前提としての債務者の生活保障といった側面は固定主義のメリットとして妥当しない可能性もある。破産手続の迅速な進行・新規事業立上げの促進を挙げておくことが無難と言えるだろう。

もっとも、最後に、固定主義の利点とされてきたものの一つである、破産債権者の範囲と破産財団の範囲の理論的一貫性については、比較法的にみるとさほど重視すべきでない可能性がある、という点を指摘しておきたい(108)。例えば日本と同じく固定主義をとるアメリカ連邦倒産法（五四一条(a)(1)）では、破産債権（および破産債権者）の範囲も手続開始前に生じたものと規定されている（同法一〇一条(5)、(10)）一方で、その例外として手続開始の申立書提出後一八〇日以

内に相続や配偶者との財産分与契約等で取得した財産上の権利については破産財団に含まれるとされている（同法五四一条(a)(5)）。また、日本と異なり膨張主義を採用するドイツ法（ドイツ倒産法三五条）でも、破産債権者の範囲は「倒産手続の開始の時に成立している債務者に対する財産上の請求権を有する人的債権者」と規定されており[109]（同法三八条）、やはり破産財団の範囲と破産債権者の範囲について一貫性を持たせていない[110]。

以上を踏まえると、破産財団の範囲と破産債権者の範囲の一貫性の意義など[111]について比較法的研究が必要と思われ、今後の課題としたい。

本稿は、JSPS科研費（課題番号18K12682）の研究成果の一部である。

(107)　前掲注（99）参照。
(108)　以下の比較法については、竹下・前掲注（93）四六、五九、一五七頁以下を参照した。
(109)　訳については、法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典――二〇一一年一二月二一日現在――』（法曹会・二〇一二年）を参照した。
(110)　ドイツ法と同じく膨張主義を採用するフランス法でも、手続開始判決前の原因に基づく債権が倒産処理手続に服するとされている（フランス商法典六二二―二四条第一段第一文など。竹下監修・前掲注（108）五〇頁も参照）。
(111)　さらに、前述の通り、固定主義を採用するアメリカ法も含め、相続財産を破産財団に組み込むことは、現在比較法的にも珍しいともいえる。相続財産のように、破産者の勤労によらない、偶発的に得た財産をどのように扱うべきかについても、比較法的研究が必要となろう。