

吳傳頤編著

比
較
破
產
法

商務印書館印行

中華民國三十三年一月重慶初版
中華民國三十五年八月上海初版

(32617 滬報紙)

比較破產法一冊

定價國幣陸元貳角

印刷地點外另加運費

編著者 吳傳頤

發行人 李宣龔
上海河南路

印刷所 商務印書館
商務印書館

發行所 各地商務印書館

* 翻 印 權 所 有 *
* 究 必 印 權 *

寫在比較破產法前面

本書是我學術生活史中一個轉捩點，無須否認，在這以前我祇努力於法律技術以及技術理論底工作。當時我曾竭力希望趕上目前中國法律技術科學的最高水準。我不敢說這目的是完成的。若干勞作已成了劫灰，中國婚姻法原論的著作權很早就讓給上海法學編譯社，法國契約法論，商務印書館已允出版，等修正稿交去，已是八一三前夕。前者到現在還不能和世人見面，後者已和法蘭西第三共和國遭到同一毀滅的命運了。有些勞作由於戰爭的原因，沒有能夠完成，比較法上之權利濫用寫了差不多五萬字，完成了緒論和法國的一章惡國的一章底一部，關於英國日本這二章，原擬利用東京法學院圖書館的藏書，材料已搜集了一些，但是相差尚遠；戰爭開始了不久我就流浪到內地，那份稿件始終擱了起來。去年李祖蔭先生計劃出版一種比較法季刊，來函索稿，我就把這部殘稿寄去塞責，原想發表了後，讓三實來逼我設法把牠完成；可是比較法季刊終由於物質的困難，沒有實現；看來那稿也無法與世人相見了。因之，祇有那大部在法令周刊上發表了的二十餘萬言的論文，唯一可以提供給世人評價，唯一可以代表我前期的成績了。本書的編著的計劃還遠在民二十六年的春天，當時祇做了一些準備的工作，陸續定購了若干必須的參考書，同時利用打字機摘錄了好些材料。八一三淞戰後的一月我離開上

海，到漢口還祇九月下旬，那裏還如常地平靜。我開始寫本書，承吳學義先生的幫忙，在武漢大學圖書館和吳先生私人處得到了一部份補充的材料，又承薛雲峯律師的好意，借給我一些關於破產法的論文。在武漢三個月，大體寫了五六萬字。接着我流浪到了長沙，混了半年政界，沒有能寫好多。秋間承乏私立北平民國學院教授，主講破產法，因之，有機會繼續寫作本書。可是，就在這時候，殘酷的現實，使我從法律技術科學的泥淖中驚醒起來。原來，時代的測量器清楚地告訴我們，從高度金融資本主義國家抄襲而來的法典，是怎樣和廣大的山岳地帶的農村社會脫節，法律技術的產生和變更，實際沒有不和他們的社會有着有機的連繫的。捨棄了具體的社會，老到別人底技術理論中去鑽牛角尖，又何怪中國法律學者無力解決現實的中國問題，在大時代中，無聲無臭，竟被擠到社會科學以外去了呢？我痛心這種現象，覺得我有學習「新工具」，走上新的努力之路的必要。於是，我再度學習科學的社會科學，從世界與歷史的總聯繫上，來研究法學。最初的反動，就是極端地甚至過份地蔑視了技術。因之，本書的完成又一度被攔了起來。不消說，這是另一錯誤的見解。技術常是理論的前驅，也常是理論的檢證。誠然，社會科學與自然科學稍稍不同，但絕沒有本質的差別。隔離了技術的理論，是架空的理論，拋棄了理論的技術，是跛行的技術。三十年來中國的法律一味地維新是從，也許可說沒有違反社會發展一般的趨向，卻完全無視了國內社會特殊發展的條件。所以法學者誰都不能意識地指出社會問題的癥結，提供對症的方案。也就爲了技術的跛行，才無法走上合理之路。可是，理論

要沒有技術的合作，就不能在地上行動一步，而常爲天上的學問。那麼，本書依原有的體裁雖偏重技術和技術的理論，仍不是完全沒有用處。於是決計把牠編著完竣。我自信不比以前的東西更壞。修改的時候稍稍加入一些純理論的觀點，一方是不夠的，另一方是不成熟的。這當然有待於以後的努力。從本書脫稿以來，在報章雜誌上發表了十餘萬字的論文，從法學到哲學，從社會科學到自然科學，都是描繪輪廓的文字。不夠豐富，不夠具體，更不夠深刻，我是知道的。目下手裏正寫着一冊私法學大綱，也犯着同樣的毛病。可是，無論如何，在我個人學術生活中，這應有着劃時代的意義，在中國三民主義新法學的發達中，也許可能具有歷史的意識吧！現在讀者們可以明瞭我的起首這句話了吧！

本書的脫稿期是在民國二十九年初夏。爲了抄錄副稿，到三十年六月五日才和香港商務印書館正式訂立出版契約。香港的淪陷，又犧牲了一部原稿。最近承該館重慶分廠的好意，答應在那裏繼續印行，醜媳婦終於要見翁姑了！

三十一年九月八日在貴陽花溪。

目次

寫在比較破產法前面

緒言——我國破產法之公布與施行 第一次大戰戰後各國破產之頻繁 破產法研

究之重要 破產法研究之困難

緒論

第一章 破產之目的……………三

特種私權實行之手段 維護債權人間均衡之原則 損失分擔之社會政策

破產之外國語

第二章 破產於經濟上之效果……………四

對債權人給以平等滿足免少數人遭至不幸 對債務人受多數訴訟追精神財

產均受加重之負擔 對社會避免破壞經濟現狀陷於連續破產

第三章 破產預防……………五

破產警害 誘引債務人之詐偽 財產於不當價格下脫售 釀成信用萎縮

目次

經濟不振 預防破產之方法 司法清算 支付猶豫 和解 英日兩國破
產和解成效之比較

第四章 破產之本質……………七

非訟事件說 特殊程序說 中間說 訴訟程序說 我們的見解

第五章 破產法之性質……………〇

實體手續公私之混合

第六章 破產法之適用範圍……………一

第一節 關於時間的適用範圍……………一

適用當時法律之原則 經過規定

第二節 關於空間的適用範圍……………一

原則適用全國領土 例外

第三節 關於人的適用範圍……………二

原則適用服從國權之人民全體 例外

第七章 破產與其他法律之關係……………三

與民商法之關係 與刑事法之關係 與民訴法之關係 與刑訴法之關係

與和解等法之關係 與家資分散法之關係

第八章 破產法之沿革……………一四

第一節 大陸法……………一四

羅馬法之身體執行 十二銅表律 *Conorum venditio cessio Bonorum*

Distractio Bonorum 中世意大利法 北部之債權人私力扣押 都市條例

例 法蘭西法 里昂破產律 商事條例 拿破侖商法典 西班牙法 十

七世紀之官憲主義 *Salgado de Samoa N Labyrinthus Crediturum*

德意志法 普魯士破產法 德意志帝國破產法 修正破產法 大戰時暫

行和解法 和解法與新和解法草案 奧大利法 新意大利法 新西班牙

法 瑞士法 追索債務與破產 非常延期付款 比利時法 和解制度之

創立 匈牙利法 葡萄牙法 羅馬尼亞法 丹麥法 挪威法 荷蘭法

芬蘭法 瑞典法 盧森堡法 捷克斯拉夫法 南斯拉夫法 保加利亞法

波蘭法 蘇聯法 帝俄與蘇聯 國營企業與官民合營公司之特別法 土

耳其法

第二節 英美法……………二二

英吉利法 亨利八世與伊利薩伯十三世法律 破產條例 統一破產法

美利堅法 四次統一破產法 加拿大法 財產讓與 一九一九年破產法

愛爾蘭自由邦法 羅馬法化與英國法之區別

第三節 東亞法……………二四

日本法 德川時代家資分散制度 明治身代限規則 舊商法第三編 新

破產法與和解法 暹羅法 債務人法 破產法 菲律賓法

第四節 我國法……………二五

第一款 破產法形成之客觀條件……………二五

社會經濟之凋敝 資本主義之萌芽 債主的高壓

第二款 破產法編訂之沿革……………三〇

沈家本的舊破產律 內容與評價 廢止之原因 民國破產法草案 內

容與評價 民二三司法部破產法草案 商人清理債務暫行條例 現行

破產法編纂之經過 概觀與總評

第九章 各國破產法之大較……………三四

第一節 英美法與大陸法之區別……………三四

程序之區別 原因之區別 解除命令之特制 商務部之參與

第二節 拉丁法系與日耳曼法系之異同……………三四

商人破產與一般破產 複制主義 榮譽權之喪失 詐害觀與不幸觀 否

認權與嫌疑時期

第十章 破產制度之立法主義及各主義之優劣……………三七

第一節 立法主義……………三七

商人破產一般破產與復制主義 普通強制執行之區別 優先與平等分配

未來之趨勢 自助與官憲主義 清算與強制執行主義 懲戒與非懲戒主

義 溯及與不溯及主義 普及屬地與折衷主義 和解先試與和解分離主

義 普通與特別破產 免責與不免責主義 程序法式編纂法與破產規定

總括編纂法 現行破產法編纂法之批評

第二節 各主義之優劣……………四一

制度之地方適應性 一般觀的較優主義 免責主義之批評之批評

第十一章 現代破產法之趨勢……………四四

和解制度之確立 創立經過與其最新演化 非懲戒主義之抬頭 法國學

者之轉向

第十二章 我國破產法之特徵……………四六

和解制度之儘量採用 免責主義之無條件創訂

第十三章 破產及和解之統計……………四七

統計的重要 經濟的理由 法律的理由 統計項目 新破產統計與終結
破產統計 細目 和解的統計 重要 項目與細目

第十四章 參考書……………四九

關於比較破產法者 關於各國破產法法條者 關於我國破產法者 關於
德意志破產法者 關於法蘭西破產法者 關於英吉利破產法者 關於美
利堅破產法者 關於意大利破產法者 關於奧大利破產法者 關於瑞
士破產法者 關於匈牙利破產法者 關於南斯拉夫破產法者 關於比利時
破產法者 關於埃及破產法者 關於日本破產法者

本論

第一編 總則……………五九

第一章 破產及和解之要件……………五九

第一節 能力要件……………五九

當事人能力權利能力與破產和解能力 自然人均有能力 立法例之例外
例外之理由 法人 公法人無破產和解能力 反對之學說 私人一般有
破產和解能力 清算中法人之破產和解能力 學說 判例 我見 設立
無效之公司之破產和解能力 無限公司或兩合公司無破產能力說劉朗泉

之謬見 我們的批評 遺產之破產能力 法例 判例 學說 遺產之和
解能力 法例 學說

第二節 實質要件……………六一

大陸之概括主義 英美之列舉主義 列舉主義之理由及其概況 支付不
能 停止支付意義及法例規定之不同 債務超過 立法之疏漏

第三節 形式要件……………六五

裁定之必要

第四節 經濟要件……………六五

債務人無資產之場合 或者之主張與批評 程序不開始對於刑事方面

第五節 理由要件……………六六

債權人僅一人之場合 法例 學說 判例 我們的見解

第六節 其他要件……………六七

和解不成立 和解無可能 不幸及善意 判例

第二章 破產及和解之管轄……………七六

事務管轄 商事法院 民事法院 特別法院 初級 地方 高等 最高
土地管轄 英法之特則規定 主營業所所在地 住所地 批評 財產所

在地 專屬管轄 管轄錯誤之移送批評

第三章 破產或和解關於應負義務及應受處罰規定之人的適用……………八一

股東 董事 法定代理人 經理人 清算人 繼承人遺產管理人及遺囑

執行人

第四章 破產或和解關於債務人或破產人財產之效力……………八三

普及主義 屬地主義 折衷主義 理論上的優劣與事實上之利便 蒂倫

會議及第五次國際法會議 現行中國破產法之規定與其效果

第五章 破產或和解對於民事訴訟法之準用……………八六

準用事項 特別規定 任意言詞辯論 職權調查程序上之一切調查 送

達及公告 公告效力發生之時期 學說及批評 登記之囑託

第二編 和解……………九一

第一章 概論……………九一

破產之社會原因 債務人之善意 支付猶豫 意義內容與法例 司法清

算 意義內容與法例和解 經濟恐慌與戰時之和解制度及其使命

第一節 和解法之編纂……………九二

單行法 破產一部法 法例 現行我國法之體裁及其批評

第二節	和解之意義	九三
破產原因	預防破產	強制和解
第三節	和解之本質	九四
判決說	學說	特種行為說
學說	契約說	學說
我們的見解		
第四節	和解程序之性質	九五
訴訟程序說	非訟程序說	不確定和解債權
無執行名義	特別程序	
理由及根據		
第二章	和解之聲請	一〇一
第一節	聲請權	一〇一
性質	公法上之請求權	
第二節	聲請權人	一〇一
債務人與同等地位之人	債權人得為聲請人之法例與學說	
第三節	聲請之時期	一〇二
支付停止後十五日內	破產前	同時收到破產和解聲請之場合
第四節	聲請之內容	一〇二
和解程序之開始之申請	和解方案	

第五節 聲請之方式與添附書類……………一〇三

書面與口頭 財產狀況說明書 法例與學說 債權人債務人清冊 和解

方案 我破產法之規定及其批評

第六節 聲請之效力……………一〇三

逾越通常範圍行為之禁止 法例 我破產法之規定 學說與我人之見解

破產和解聲請之競合 法例與我破產法之解釋

第七節 聲請之撤回……………一〇五

聲請之撤回 裁定前 提供之撤回 可決前 效果 法例及我破產法之

解釋

第八節 聲請之費用……………一〇五

法例及我國法

第三章 和解之審理……………一〇九

審理期日 調查事項 任意言詞辯論

第一節 和解聲請之撤回……………一一〇

立法例關於期限成數之規定 我破產法上之駁回原因 學說與我人之見

解 駁回之效果

第二節 和解聲請之許可	一一一
許可裁定與應爲事項	
指定監督人及監督輔助人	
監督人與監督輔助人	
之人選	
公告及送達關於和解事項	
許可聲請之要旨	
監督人監督輔助	
人之姓名住址及進行和解地點	
申報債權期間及債權人會議期日	
備償	
關於和解之文書	
必要保全處分規定之欠缺	
第三節 許可或駁回裁定之抗告	一一三
法例與我法之規定	
第四章 和解開始之效力	一一七
效力發生之期日	
第一節 和解監視財團	一一七
監督人與監督輔助人之監督	
第二節 債務人對於財產處分之限制	一一八
法例與我法之規定	
第三節 債權人執行權之限制	一一八
執行開始與繼續之停止	
擔保權優先權之例外	
判例	
學說	
第五章 和解程序之進行	一二一

第一節 監督人監督補助人債務人及債權人……………一二一

第一款 監督人……………一二一

監督人之地位 任務及其終了

第二款 監督補助人……………一二三

地位 資格選任及員數 報酬 職務 任務終了

第三款 債務人……………一二七

繼續業務有受監督之義務 服從檢查文件及財產并答復詢問 出席債

權人會議

第四款 債權人……………一二八

申報債權 申報主體 申報內容 申報債權有無中斷時效之效力

第二節 債權人會議……………一二八

會議之性質 召集 會議期日及辯論之指揮 會議之出席與列席 會議

爭議之裁定 會議之決議 會議之終結 司法院院字一六七三號解釋之

批評

第三節 和解之認可與不認可……………一三二

認可與否之裁定 裁定之公告 不認可之效力 認可之效力 學說 法

例 判例

第四節 異議與抗告……………一三五

對於債權爭執裁定之異議 會議通過和解決議之異議 法例 認可和解

裁定之抗告 抗告不停止執行 學說批評與我們之見地 不認可和解裁

定不得抗告 法例 學說與鄙見

第六章 和解之終結……………一四四

終結之原因 破產法四〇條之規定 王家駒之意見 現行法規規定與王比

修正條文之批評

第七章 商會之和解……………一四七

第一節 概論……………一四七

商會和解創設之理由 學者之意見 與我人之批評

第二節 和解之請求及許可……………一四八

請求人 請求要件 請求手續 請求效力 請求調查 駁回請求效果

許可及程序之開始 許可時應為之事項 許可之效力 立法之疏漏 學

說與我人之意見

第三節 程序中商會債權人與債務人……………一五一

商會及其委派人員 債權人 債務人 破產法四五條之規定 學說與我見

第四節 債權人會議……………五二

出席與列席 主席 監督權能 學者補充解釋與我見

第五節 和解之成立……………五三

成立要件 成立效力 立法之疏漏

第六節 和解之終止……………五四

終止意義 終止原因

第八章 和解及和解讓步之撤銷……………六一

第一節 和解之撤銷……………六一

和解撤銷之意義 撤銷之原因 偏重其他債權人利益有損債權人時 詐欺和解之行爲 對大多數債權人不爲和解之履行 撤銷和解裁判上之程序 撤銷和解之效果

第二節 讓步之撤銷……………一六四

撤銷之意義 與和解撤銷之區別 原因 效果

第三編 破產……………一六九

第一章 破產之宣告	一六九
第一節 破產程序之開始	一六九
職權主義 聲請主義 法例與破產觀念 現行法規定與社會政策	
第一款 破產之聲請	一七〇
聲請之本質 聲請人 債權人 法例 期限附條件附債權人 立法例	
學說與鄙見 優先擔保債權人 立法例與鄙見 債務人 法人與繼承	
財產 聲請之時期 立法例 應釋明之事項 立法例 聲請之方式及	
添附書類 聲請之費用 聲請之效力 能否發生中斷時效之效力 聲	
請之撤回	
第二款 依職權宣告之破產	一七七
法定情形 學說	
第三款 破產聲請事件之審理	一七八
總說 聲請適法與否之調查 破產原因之有無 審理之方法	
第四款 宣告破產之裁定	一七九
裁定之必要 事實的破產 裁定之性質 裁定之時期 裁定之內容	
宣告破產之日 破產效力發生之時期 立法例與現行破產法 我人之	

見解 裁定之公告 公告事項 立法之疏漏與累疵 學說 裁定之執

行 裁定之抗告 法例學說與鄙見

第五款 破產宣告前之保全處分……………一八五

對於身份上之保全處分 法例與現行法 對於財產上之保全處分

第二節 破產程序之障礙……………一八六

第一款 債權人皆無之場合……………一八六

判例

第二款 破產財團之不足……………一八六

駁回破產聲請與終止

第二章 破產宣告之效力……………九五

第一節 總論……………九五

第二節 對於破產人身上之效力……………九五

第一款 破產人自由之限制……………九五

居住之限制 立法例 傳喚或拘提 羈押 立法例與現行法 通信秘

密之侵害 親屬及關係人之傳喚

第二款 公意榮譽權之喪失……………九八

第三款 復權……………一九八

復權要件 聲請復權之主體 復權裁定 復權效力 復權公告 復權

撤銷

第三節 對於破產人財產管理權之效力……………二〇〇

第一款 總說……………二〇〇

管理權移轉於破產管理人 管理人受任前之法院必要處分 破產人與

未成年人之擬制及其批評

第二款 喪失管理處分權之性質……………二〇一

產權移轉說 詐害行為推定說 物權說 擔保權說 學說立法例與現

行法

第三款 喪失管理處分權之範圍……………二〇二

須屬於財產的 須屬於破產人的 須破產宣告前或終結前屬於破產人

的 立法例 須非禁止扣押之財產 學說

第四款 喪失管理處分權之效果……………二〇五

破產人行爲之效力 債務人對破產人所爲之清償 訴權 繼續中之訴

認與行政訴訟 立法例學說判例與我見

第四節 對於破產人在破產宣告前所為行為之效力

第一款 破產人之未解決行為

- 法例 雙務契約 原則 立法例與現行法規定之疏漏 例外 租賃契約
- 約 承租人破產 出租人破產 立法例與現行法之疏漏 商品之定期
- 買賣 立法例 僱傭契約 僱傭人破產 受僱人破產 立法例 承攬
- 契約 定作人破產 承攬人破產 法例 保險契約 保險人破產 要
- 保人破產 立法例與我保險法 交互計算 片務契約 委任契約 委
- 任人破產 受任人破產 立法例代理權 消費借貸之豫約 要約 共
- 同行為 現行破產法之太空白

第二款 破產人之詐害行為

- 撤銷權之分化與法制沿革 英美法對於詐害行為之步驟

第一項 嫌疑時期

- 總說 目的 時期內行為之效力 無償行為 提供擔保 未到期債
- 務清償 與代物清償 擔保權之登記 到期債務之清償 票據 其
- 他有償契約 與撤銷權之比較 時期內行為宣告無效之效果 撤銷
- 權之並存

一一〇

一一八

一〇八

一〇八

第二項 否認權……………二二四

總說 意義及性質 行使之要件及場合 一般要件 否認場合 故

意否認 無償否認 危殆否認 立法例與我現行法之欠缺 特別否

認 否認權之行使 行使之客體 否認權之內容 否認權之效果

否認權之消滅 學說 判例

第三章 破產財團之構成……………二五四

第一節 總說……………二五四

法定財團當然財團 實在財團總人財團 分配財團

第二節 法定財團之範圍……………二五五

屬於破產人之財產 得爲扣押之財產 須破產宣告時或終結前屬於破產

人所有或取得之財產 膨脹主義 固定主義 兩主義之利弊

第三節 破產財團法律上之性質……………二五七

財團法人 破產人財產之二形態 破產債權人之非法人社團 創設的取

得處分管理權

第四章 破產財團之管理……………二五九

第一節 總說……………二五九

第二節 管理人法律上之地位……………二五九

破產人代理說 法定代理 學說判例 債權人代理說 學說 破產財團代

理說 判例學說 公的機關說 判例 受讓人說 學說判例 受託人說

學說 半債權人代理 半破產人代理說 學說 二重資格之法制沿革

第三節 管理人之選任……………二六一

債權人會議之選任 法院之選任 英美法之規定 大陸法規定 法院選任

之理由 監督或撤換 撤換之審訊 管理人之資格 法例及我現行破產

法 法人能否為管理人 管理人人數 數管理人之對內對外關係

第四節 管理人之職務及報酬……………二六四

第一款 職務……………二六五

破產財團之占有及管理 法例與管理之情況 破產財團權利之保全

營業之繼續 債權表與資產表之編造 破產法九四條規定之遺囑 應

得監查人同意之管理人行爲 我破產法規定之缺憾與疏漏 關於財團

狀況之報告 特種破產財團之管理 撤銷之行使 財團之變賣及分配

第二款 報酬……………二七二

確定數額之機關 確定數額之方法

第五節 管理人之監督及責任	二七三
監督情況 監督過當之抗告 提供擔保 善良管理人之注意 數管理人 共同行使之責任	
第五章 財團費用與財團債務	二七九
第一節 費用債務之性質	二七九
費用債務由破產財團而受清償 費用債務先於破產債權而受清償 費用 債務不依破產程序行使之	
第二節 費用債務之主體	二八〇
破產債權人團體說 學說 破產人說 學說 破產財團說	
第三節 費用債務之種類	二八一
概括規定與列舉規定 日耳曼法系之兩分支 費用種類 因破產財團之 管理變價及分配所生之費用 因破產債權人共同利益所需審判上費用 管理人之報酬 破產人及家屬之生活喪葬費 債務之種類 管理人對於 破產財團所為行為所生之債務 管理人為破產財團請求履行雙務契約所 生之債務或因破產宣告後應履行雙務契約而生之債務 判例 為破產財 團無因管理所生之債務 為破產財團不當利得所生之債務	

第四節 費用債務之行使……………二八三

行使之程序 法例 一般財團特別財團之費用債務負擔問題 學說與我

人之見解

第六章 破產債權人與破產債權……………二八七

第一節 破產債權人……………二八七

第一款 破產債權人之意義……………二八七

形式意義 實質意義

第二款 破產債權人法律上之地位……………二八七

第一項 對於破產財團之地位……………二八七

利益團體 法人人格之有無 訴權之歸屬 學說

第二項 破產債權人相互間之地位……………二八八

順位 優先範圍之漸狹 優先範圍之根據 立法例 學說 同一順

位之不敷清償 法例 從債權之順位 劣後債權 排他關係

第三項 對於破產人之地位……………二九一

個別請求權之禁止 清償期之到來 抵押債權之期限附 法例之不

同及其原因 利息發生之停止 法例 抵押債權之利息 學說 抵

銷權之行使 立法例之不同及其原因 學說

第二節 破產債權

第一款 破產債權之意義及要件

須爲對於債務人財產上之請求權 須爲對人的請求權 須得爲裁判上
訴求或強制執行財產上請求權 財產上請求權須在破產宣告前成立者
非破產債權 破產宣告後之利息 因破產宣告後不履行之損害及違約
金 參加破產程序之費用 罰金罰鍰及追徵金

第二款 破產債權之申報

申報期間之指定 申報方法 立法例 債權表之作成 申報債權之效
力 申報之變更及撤回

第三款 破產債權額之算定

附期限債權 利息附債權 無利息債權 加爾蒲佐式 雷蒲利智式
荷夫曼式 定期金債權 附條件債權 多數當事人之債權 共同債務
人破產之場合 三主義 保證債務 票據債務 法人及其社員破產場
合 繼承財產與繼承人破產場合 劉朗泉之謬誤與批評

第三節 別除權取回權抵銷權

別除權取回權抵銷權

第一款 別除權……………三二一

別除權之意義 與取回權之區別 與財團債權之區別 與破產債權之區別 與一般優先債權之區別 別除權之性質 二見解 別除權之種類 物上擔保權 留置權 立法例 學說 買回權 別除權之行使

第二款 取回權……………三一八

一般取回權 賣主取回權 源淵及立法例 性質 學說 賣主取回權 成立要件 賠償取回權 賠償取回權內容

第三款 抵銷權……………三二四

概說 抵銷權適用範圍 抵銷權要件 民法上抵銷權之擴張 民法上抵銷權之限制 學說 抵銷權之行使

第七章 債權人會議……………三四六

會議之召集 主席 出席與列席 任務 我破產法之大疏漏 調查債權確定之效力 學說 判例 選任監查人 決定破產人營業之是否繼續 接受管理人之報告 會議之決議 決議之方法 決議之效力 決議之執行

第八章 破產程序之終結……………三六四

第一節 調協……………三六四

第一款 總說……………三六四

調協之名義 名稱之沿革 性質 制度之溯源 學說 調協外之和解

立法例

第二款 調協之成立……………三六五

調協計劃之提出 提出之時期 提出之內容 提出之客體 調協之原

則 立法之缺憾 提出之撤回 調協內容之變更 債權人會議之議決

會議召集及日期之指定 應出席會議者 調協之可決 雙重多數 有

議決權者 立法例 調協認可與否之裁定 可決之呈報 不認可之裁

定 認可之裁定 裁定之公告 裁定之抗告 判例

第三款 調協之效力……………三七五

效力發生之時期 破產之終結 立法之缺憾 對破產人效力 財產方

面限制之消滅 判例學說 身分限制之存在 免除部份債務 自然債

務 學說 法人與調協 繼承財產與調協 對破產債權人效力 對保

證人效力 基於調協之強制執行

第四款 調協之撤銷……………三七八

第一項 概說	三七八
拉丁法系之契約觀	
日耳曼法系之裁判觀	
撤銷與解除	
讓步之撤銷	
立法例與我現行法	
第二項 一部撤銷	三八〇
原因	
效果	
第三項 全部撤銷	三八一
原因	
虛報債務等情形	
怠於履行調協	
效果	
第五款 破產程序之再施	三八二
程序再施之性質	
舊程序之繼續	
新程序之開始	
再施程序中分配比率	
德國主義	
法國主義	
奧國主義	
我破產法之疏漏	
再施程序之 終結	
第六款 調協與新破產宣告	三八五
新破產聲請	
撤銷調協與聲請新破產之關係	
調協履行完結前之新破 產效力	
第二節 分配	三八六
第一款 總說	三八六

第五款 分配之效果……………三九四

破產終結之裁定 終結效力發生之時期 終結破產裁定之效力 無

條件免責主義 英美免責規定之比較 學說及統計 舊破產律規定

我人之愚見

第四編 小破產……………四〇五

意義 小破產之作用 立法例 學說 小破產標準 我破產法添設小破

產之必要

第五編 罰則……………四〇七

第一章 總說……………四〇七

觀念之變遷 編纂之變遷 立法例

第二章 破產義務違反罪……………四〇九

總說明 財產報告及移交義務違反罪 條件主體及刑罰 說明義務違反

罪 條件主體及刑罰

第三章 詐欺破產罪……………四一一

目的罪 客觀條件 時間限制與立法例 第三人犯罪之場合 學說及鄙

見 刑罰

第四章	詐欺和解罪……………	四一三
	主觀條件 客觀條件 刑罰	
第五章	過失破產罪……………	四一四
	與詐欺產破之區別 條件 刑罰 學說	
第六章	和解及破產賄賂罪……………	四一六
	受賄罪 主體 贈賄罪 自首之免刑	

比較破產法

緒言

現行破產法，民國二十四年七月十七日經國民政府明令公布，同年十月一日施行。該法共一百五十九條，其第二七條於民國二十六年五月一日修正公布。內容似未盡善美，爰不揣其愚，博取外國立法以爲比較。倘不失爲將來改正本法之一助歟。

破產法爲一重要之法律，然學者研究之者，遠不如研究民刑諸法之夥；良以嚮者適用較少，興趣遂減。但年來經濟恐慌，日形尖銳。加以神聖抗戰，業已發動。將來戰事結束後，例以歐戰後德意志破產宣告數年達八九千件，英吉利年達萬件左右，（註一）可以預想。是破產法之研究，不容或緩。本書之作，殆爲椎輪。

破產法之研究，較他法爲難。蓋破產法不獨包括民法，商事法，民事訴訟法，強制執行法，抑包括刑事法規及行政法規。換言之，破產法爲上述諸法之混合法，錯綜而研究之，其難有不待言。（註二）

（註一）齋藤常三郎博士破產法大綱附錄統計表，同博士和議法論二四頁以下，同博士破產法研究六卷二二三頁其以

比較破産法

下，同博士日本破産法二頁。

(註二) 齋藤博士研究一卷二七頁以下，同博士日本破産法三頁。

緒論

第一章 破產法之目的

國家爲私權實行之手段，設立民事訴訟法與強制執行法等法規，以保護債權者。但此等法規不足爲多數債權人平等之保護。蓋普通的強制執行，債權人各自對債務人個別財產實施執行而得滿足。所謂各別的強制執行是。但如於債務人之財產不足清償總債權之場合，仍適用普遍強制執行法規，必至甲債權人以先實施執行而得全部之清償，乙債權人以知悉在後僅得一部之清償或遭全部之損失。殊反債權人平等之原則。故破產爲適應社會政策之要求。(註)保護多數債權人間之均衡，於債務人財產不足清償總債權時，對於各債權人給與平等之滿足。並責令分擔其損失爲目的。與保險制度相似之良好制度也。

破產在外國語爲：Concursus, Creditorum, Konkurs, Gant, Failliment, Bankerott, Crida
Faillite, Bankruptcy, N。

(註)加藤正治博士破產法研究一卷一〇八頁以下，井上教授破產法制度之精神與社會的立法，法學論叢三卷五號一九頁以下，齋藤博士研究一卷一頁以下同二九頁以下，同博士訴訟紀錄新訂破產手續一〇頁以下，同博士日本破產法六頁。

第二章 破產於經濟上之效果

破產制度於債務人債權人及一般經濟上之效果，均屬良好。述之如次：（一）因破產制度，總債權人各得平等之滿足，免除不公平之待遇，因而至少數債權人陷於悲慘境遇情形之發生。（二）債務人因破產開始，得免債權人各別之訴追及執行，至加重其負擔。使財產狀態，益形不良，精神方面，重感痛苦。且破產人尙得在破產程序中，取得債權人之讓步，完成調協以維持其經濟的經營。又在採固定主義之立法例下，破產人在破產宣告後取得之財產，不屬於破產財團，破產人因仍得繼續其經濟的活動。（三）因破產手續之實行，一般經濟社會所得利益，亦非淺鮮。蓋苟無破產制度，所有損失，實際全由少數債權人負擔，倘該少數債權人經濟狀況，原不健全，最易因此陷於破產，循序類推，社會經濟無有不因而有失均衡，乃至破裂者。爲禍之巨，未可想像，唯因破產制度使損失由多數債權人分擔。從而社會經濟，不至因一線之牽，擾及大局。其功績蓋不可沒者。

第三章 破產預防

破產手續對於債務人債權人及一般社會有種種之利益，已如上述。但一方亦有其弊害：（一）蓋債務人一經宣告破產，其財產之管理及外分權即被剝奪，經營者即不得繼續其商業。在絕對多數之立法例下，破產人且喪失其公私榮譽權，因之，瀕於破產之際，債務人必設法避免，甚至不擇手段，出以詐欺行為者有之，或慮及將來而隱匿財產者有之。（二）破產宣告後，債務人之財產常以不當的廉價脫售，特別於集合財產換價之場合，蓋以實行破產程序所需時間費用，均不在少。要與債權人以極大之痛苦。（三）破產人以破產之結果，不徒無資無產，且失其公私榮譽權，因而自暴自棄，不復有復興之時機與氣力。釀成信用制度之萎縮，經濟界不振之現象。故破產於經濟社會亦非可喜之象徵。

爲避上述破產所生之弊害，現代立法例概於破產制度而外，設立以豫防破產爲目的之和解制度，司法清算制度，支付猶豫制度。其中尤以和解制度，卓著成效。在債權人不獨能多受分配，抑能節省時間與經濟。（註一）（註二）在債務人尙得繼續其營業，管理其財產。且無喪失公私榮譽權之虞。足證和解制度無論由債務人或債權人方面觀之，抑由一般經濟社會方面觀之，均不失爲有利制度也。（註三）

(註一)在日本，依破產程序之分配額平均爲二成左右，手續期間平均爲一年上下。依和解程序之分配額爲四成左右，手續時間不過四月。(齋藤博士和議法論七四頁以下，同博士研究一卷二〇七頁以下，同研究四卷二頁以下。)

(註二)在英國一九三四年破產及和解分配額之百分比如下：

和 解	破 產
15.6	84.6
51.4	37.3
23.7	14.7
6.6	2.6
1.8	1.7
1.7	1.2

其費用在破產爲百分之三九・七。在和解爲百分之二〇・六。(Bankruptcy report, 1934, pp. 31, 33, 41, 43) 於此，吾人宜注意者，即債務人資產較多之場合，和解往往易於成立，若僅憑此而出量的方面以審定破產和解之優劣則誤矣。

(註三)齋藤博士研究一卷二〇四頁以下，加藤博士和議法要論二頁 T. N. Ién, La faillite dans le droit européen continental, p. 356; O. Marmol, La faillite en droit anglo-saxon p. 407 et 81.

第四章 破產之本質

破產事件之性質，學說紛紜，約分四說：（1）非訟事件說，（2）特殊程序說，（3）中間說，（4）訴訟事件說，茲依次分述之：

（1）非訟事件說 主張破產事件爲非訟事件，乃此說之共通點。然其說明之方法，又可分而爲二：（甲）清算說，（乙）行政行爲說，前說爲德、舊破產法理由書所首創，認破產爲非訟事件，乃停止支付之債務人與總債權人間所設之清算程序。其性質與法人及公司之清算無異。故非訴訟程序亦非強制執行程序。後說爲 Contes 所創，認破產之目的係在求債權人間平等之滿足，不得不以行政作用處理之。既不具備民事訴訟成立之要件，亦無強制執行之性質。

（2）特殊程序說 此說爲 Erasmus 等所主張，認破產爲一獨立之特殊程序，既非訴訟事件，亦非非訟事件。蓋破產乃有類似私人清算之性質，唯其清算須在法院指揮監督之下，始能行之。並無非訟事件運用國權，使私權發生變更及消滅之性質。破產爲對於債務人之總財產之執行，雖與普通之執行程序，有類似之處，然性質究亦不同，自亦不能認爲強制執行也。

（3）中間說 此說爲 Portzen 及 Witting 等所主張。認爲破產係在非訟事件與訴訟事件

限界線上之程序。唯潘氏以破產爲強制清算行爲，與強制執行行爲不同。故具有中間之性質，費氏則以爲破產與強制執行相類似。後者原爲中間性質之程序，故破產亦然。

(4) 訴訟事件說 此說爲通說，認破產爲訴訟事件。蓋因：(甲)破產聲請猶對於債務人之總財產爲假扣押之聲請，宣告破產之裁定，不啻命令假扣押之裁定。債務人即喪失對於其財產之管理占有及處分權而假扣押之命令與執行爲訴訟程序。此其一。(乙)債權人申報債權性質上相當於訴之提起。經調查後，如認其債權存在，即記明於債權表。亦與判決確定債權之存在情形彷彿，此其二。(丙)破產爲對於債務人之總財產包括的執行。與對於債務人個別財產之执行程序，性質上顯無不同，此其三。

以上四說，各有相當之理由。竊謂究以訴訟事件說較爲正當。蓋破產雖有類似清算之處，然其對於保護債權人權利之方法爲平等之分配，與清算以了結其業務並以債權人與債務人間所定之計算方法及交涉之結果，爲其終局目的者，究有不同。又雖其程序中有管理人之選任債權人會議之招集等行政行爲，然評定破產之性質應就其程序之大體決之。如其程序中之個別構成行爲，加以評定，無如何價值之可言。中間說則未免忽視破產程序保全處分確定私權之功用。又破產程序果較特殊。然以破產程序之大體性質而論，仍屬特殊民事訴訟程序之一種。故破產事件一般的已由非訟事件說遞嬗爲訴訟事件說矣。(註一)我破產法雖無確定債權之明文，然依一二五條一四四條之規定，破產債權須確定後方可享受分配。訴訟事件乃在保護私權之方法

得以確定私權並強制執行。我破產法一方既須確定私權，他方又爲一般的強制執行，應認爲訴訟事件，自不待言。（註二）

（註一）齊藤博士研究一卷七〇頁，阿部學士破產法原論四頁。

（註二）加藤博士研究一卷二〇四頁以下同三四五頁以下，齊藤博士研究一卷六二頁以下，日本破產法一三頁前紀錄訴訟手續一三頁以下，張知本破產法論八頁，婁瑛師破產法講義二頁，王去非氏中國破產法講義三頁，王仲栢氏中國破產法要論一六六頁。

第五章 破產法之性質

破產法之規定，有實體的手續的二種。其性質如何，視着眼於前者或後者抑等視二者而不同。使着眼前者，則破產法爲私法實體法，手續規定，不過爲實現實體的破產法上私人間之權利義務之手段而已。着眼後者，則破產法爲公法手續法；實體規定，止係關於破產手續之開始發展及終了之前提要件而已。等視二者，則破產法爲私法實體法公法手續法之混合法。以現行各國破產法觀之，編纂上縱有不同，但爲公私實體手續之混合法則初無二致。

第六章 破產法之適用範圍

破產法之適用範圍，爲說明便利起見，請分關於時間的適用範圍，關於空間的適用範圍，關於人的適用範圍三點，依次述之：

第一節 關於時間的適用範圍

破產事項，以適用裁判當時現行法律爲原則，破產手續開始於破產法施行後無論矣。即破產手續開始於破產法施行前，其未進行之部份，仍須適用新破產法。

破產手續繼續，破產法有改正時，適用前記原則。但一部依舊法，一部依新法，每易發生相反之效果。法律爲調和此種衝突起見，常設經過的規定，以資解決。

第二節 關於空間的適用範圍

破產法爲內國法之一種，自以適用於每一國全體領土爲原則。但亦有對於殖民地許其另訂破產法者。例如海峽殖民地有獨立之破產法是。亦有對於新領土之適用全部或一部破產法，須另以勅令定之者。例如朝鮮係大正十一年十二月七日制令十三號適用日本破產法是。

第三節 關於人的適用範圍

破產法爲國法，應對於服從本國國權之一般人適用爲原則。但在採商人破產主義之國家，則以對於服從本國國權之商人爲限。日本皇族相互間之破產，不適用一般破產法，另以法律定之。（皇典第四九條，第五〇條，大正十五年十二月一日皇室令第十六號皇室裁判令第一條以下，同第一四條以下）又領事裁判權未取消之國。對於居住本國享有領事裁判權國之國民，亦無其適用。居住埃及之外國人民，則適用所謂混合商法。（註）

（註）參照拙著『比較法律學』，法令周刊第三一九期。

第七章 破產法與其他法律學之關係

民商法與破產法 破產法關於實體之規定，爲民商法之特別法。苟無特別規定時，自須準用民商法原則之規定。

刑事法與破產法 破產法關於罰則之規定，自是刑事法之特別法。刑法總則之規定，有其適用，蓋不待言。

民事訴訟法與破產法 破產手續爲特別訴訟手續。故破產事件，限於有特殊明文外，準用民事訴訟法之規定。

刑事訴訟法與破產法 破產程序雖僅爲民事訴訟之特別程序，但其關於拘提傳喚。法律常令準用刑事訴訟法之規定。

和解法司法清算法支付納豫法與破產法 此等法規倘規定於破產法，即係破產法之一部。即分別規定，以關係密切，堪稱姊妹法，相互準用之規定，自不在少。

家資分散法與破產法 探商人破產主義之立法，尙有所謂家資分散法，其性質效用，與破產法完全相同。唯前者止適用於商人，後者適用於非商人之一般人而已。

第八章 破產法之沿革

第一節 大陸法

(一) 羅馬法 在古代，盛行自助主義，欠債不償者，債權人對於債務人得爲身體上之執行，不論債務人之生命，名譽，自由，均可爲執行之目的物，如債務人死亡，債權人取得其屍體。倘有多數債權人之場合，十二銅表律規定債權人得均分其屍體，管用債權人平等原則之先河。

時代進步，因身體的執行之過慘，於是發生財產執行之制度。此種財產執行制度，即管理財產命令之制度，啓後世所謂破產程序之端緒。在債務人隱匿逃亡，不應法院之傳喚，亦無代理人代爲抗辯之場合，大法官得依債權人一方之聲請，給與管財命令。此項命令必須公布。蓋一方予他債權人以參加管理債務人財產獲得清償之機會，一方藉脫有無抗辯者出而抗辯。經過一定期間，無人抗辯，債權人得大法官之許可後，選任管財人；令其將債務人財產爲總包之出賣。所謂總包出賣之程序 (Constitutio Venditio)，出賣時，由管財人公布出賣條件，以引起欲以最高償還比率償還債務而競賣總括財產者之投標。承買人卽爲債務人之總包繼承人，各債權

人對於承買人得請求依其競買所提出之最高償還率，清償其債務。

債務人在總包出賣之程序，喪失其公權。該程序旋分爲二種程序（一）債務人本人委託財產之程序（*Causa Bonorum*），（二）個別出賣之程序（*Distinctio Bonorum*）。

委託財產之程序，債務人自審不能清償其債務，主動的將全部財產讓與債權人由債權人爲總包的出賣以獲得其滿足。與今日制度中，債務人自行聲請破產之情形略當。債務人履行此種程序則可免公權之喪失。並得而受適當於生活上所必要之生活資料之利益。

個別出賣之程序，由管財人將債務人財產個別賣出。以其價金，平等分配於各債權人。在此種程序下，債務人亦不喪失其公權。自此種程序普遍通行，總包出賣程序，漸歸消滅矣。

又在羅馬法，由債權人自行實施執行之手續，其扣押及分配之方法亦均以債權人之意志爲準。

（二）中世紀意大利法 意大利北部所暢行之債權人私力扣押，至中世紀發達而爲裁判上之假扣押程序。至羅馬法復興學者將上述程序參酌羅馬制度，構成較完整之破產手續。其後商業隆盛之區與都市條例均以從來之破產手續爲迂遠。欲取簡易迅速之手段，乃採用所謂商人破產制度。其特色在以停止付款爲破產之原因並制定強制和解之制度等。中世紀初，破產制度爲保護公共利益之觀念，代羅馬法時代維護私人利益之觀念而興。（註一）故所有程序均由法院負責進行。苟一按全部破產程序之史實，不外交以二觀念爲中心而已。

(三) 法蘭西法 法一五三八年佛郎沙阿第一 (François Ier) 之法令與一六二九年魯意十三 (Louis XIII) 之法令，僅規定對於詐欺破產人之刑罰而已。『意大利破產程序輸入法國，一方由於商業城市之影響，一方由於意大利文學之效能。』(註二) 形成一六六七年六月二日之里昂破產律，爲破產成文法之嚆矢。以後一六七三年，魯意十四 (Louis XIV) 公布之商事條例，其中第九章至第十一章爲關於破產之規定，漸告完備。一八〇七年，拿翁商法典之第三卷破產編告成，爲近世破產法典。一八三八年曾大加修改，一八四八年一八七一年均續有損益。一八八九年三月四日法律設立司法清理制度，合爲法國現行之破產法。

(四) 西班牙法 十七世紀西班牙排斥羅馬時代所謂自助主義，實施其所謂官憲主義。債務人讓與其全部財產於法院，以免拘禁之處分。在此場合，法院即以職權一方管理財產並進行換價，一方確定債權而爲分配。該制度之特點，即一切程序均煩法院進行，一無煩複遲緩之嫌。在此制度下，債務人並不喪失占有與訴訟能力。但在債權人聲請破產之場合，爲 *litigium* 而非 *Concursus creditorum*，故不適用上述程序。該制度因著名學者 *Salgado de Sanoza* 著 *Labyrinthus Creditorum* 一書爲之揄揚，各國破產制度，頗受影響，尤以德意志爲最。

(五) 德意志法 德意志古代法中，尙難見到何種破產制度，祇是施行假扣押程序之固有法而已。此種假扣押程序，在債權人有不能滿足之虞時，爲保全權利起見，得拘禁債務人之身

體。並扣押其財產。在有多數債權人之場合，則以先實施此程序者爲優先者，所謂優先主義是。自十三世紀半以後，德意志北部商業都市，於債務者之死亡或逃亡時，盛行一債權人平等償還主義。遂開破產程序之端緒。此種平等償還主義，是否係意大利之影響，抑係從衡平觀念所發生，雖尙不甚明瞭，然德意志當時所施行之制度如公布債務人之無資力，以及使全體債權人參加某一種債權人已經開始之程序，則在未繼承外國法以前，似乎未曾行之者。

十五、六世紀之傾繼承羅馬法及意大利法，使與德意志固有法結合，而構成所謂普通法。嗣至十七世紀因受西班牙官憲主義之影響，漸棄羅馬法及意大利法之自助主義，此時德意志破產制度，謂爲屬於西班牙法系，亦非過言。

上述德意志普通法，因採官憲主義，故不免有程序遲延之弊。雖盛行於德意志各邦，十九世紀中頃受拿翁商法典破產編之影響，各邦先後編纂破產法。最先完成者，爲一八五五年普魯士破產法。該法與法蘭西法不同者，爲後者採商人破產主義，前者則不以商人爲限，即非商人亦可宣告破產。不過商人破產程序與非商人破產程序，雖同在一法律之中，但其程序則各有不同，即所謂複判主義是也。嗣後德意志統一而爲聯邦，國運日隆，開始就各部門之法律，編纂統一一法典。破產法亦未能例外。在一八七七年即有德意志帝國破產法之製訂，此法於一八七九年十月一日施行，後因民法法典與新商法法典之完成，破產法有修正之必要。於一八九八年公布修正破產法，於一九〇〇年一月一日施行。此即德意志現行破產法。

大戰時，聯邦國會頒布一九一六年十二月十四日暫行和解法。一九二四年二月八日法律予以若干之修正。卒形成一九二七年十月五日之和解法。(註三)一九三三年又完成新和解法案。

(六)奧大利法 奧大利統一破產法爲一七八二年約瑟第二(Josef II)之法律，旋受普魯士破產法之影響，構成一八六八年十二月二五目之破產法。該法頗多缺陷，一八八四年三月十六日法律加以補正。奧大利現行法爲一九一四年十二月十日之破產法及和解法。一九二五年二月二十日法律予以不少之修正。迄一九三四年又有局部之修正云。

(七)新意大利法 自意大利一八八三年一月一日施行新商法典，其第三卷爲破產法。一八六五年六月二五日破產法當然廢止。一九〇三年五月二四日法律公布。意大利始有和解制度。一九三〇年九月十日法律，又對於程序方面爲不少之修正。(註四)

(八)新西班牙法 西班牙現行破產法爲一八八五年八月二二日商法典，分兩部規定。關於實體之規定爲該法典第三卷第八七〇條至第九四一條。曾經一八九七年六月十日法律之修正。關於程序之規定，爲一八八一年二月三日法律第一三章第一三八一條至第一三八九條。至認商人支付猶豫，則爲一九二二年六月二十六日法律。

(九)瑞士法 十九世紀下半世紀瑞士各邦尙保存其獨立之法律。(註五)一八八九年四月十一日之聯邦追索債務與破產法爲最初之統一破產法。該法殆介於德意志制度與法蘭西制度之

間。商人與非商人適用不同之破產程序，但一律適用同一之和解制度。一九二四年四月三日聯邦立法院加以修改，同時設立非常延期付款之規定。

(十) 比利時法 拿翁商法典迄今尚適用於比利時，一八五一年四月十八日法律，仿法蘭西一八三八年修正案大加修改。此時法比破產法之異點，僅在後者承認延期付款之制度耳。嗣後一八八七年六月二十九日法律公布，比利時始創豫防破產之和解制度，漸為各國所仿效。

(十一) 匈牙利法 自現行一八八一年五月三十日匈牙利破產法施行，一八四〇年破產法即歸廢止。該法大部抄襲一八六八年奧大利法與一八七七年德意志法，和解程序始於一九一五年司法部明令暫行，一九二六年三月五日施行新和解法，於一九三一年二月十三日經過小部份之修改或補充。

(十二) 葡萄牙法 繼葡萄牙一八三三年九月一日舊商法而施行者，為一八八八年六月二十八日商法，其第三卷為破產法規，自第一一二一條至第一二八九條。旋一八九九年七月二十六日法律予以不少之增補。

(十三) 羅馬尼亞法 一八八七年四月十六日羅馬尼亞商法典全以意大利法為藍本，中經一八九五年六月二十日法律，一九〇一年三月三十一日法律，一九〇二年三月一日法律不斷的修正；後仿意大利商法草案制成一九二九年七月十九日之和解法。

(十四)丹麥法 現行丹麥破產法，爲一八七二年三月二十九日法律。與挪威破產法極相類似。嗣經一八九七年十二月十八日法律及一九〇一年三月二十日法律修正二次。一九〇五年四月十四日制定法律，認和解制度。後經一九二七年四月十二日變更其一部份。

(十五)挪威法 挪威舊破產法爲一八六三年六月六日法律，旋經一八九九年五月六日法律爲重要之改革。採豫防破產之和解制度。後經一九〇六年六月二日，一九一八年八月十四日一九二一年五月二十日各修改其一部。一九二三年三月二十四日法律對於股份銀行公司及儲蓄所之破產有所修訂。

(十六)荷蘭法 荷蘭舊破產法包括於一八三八年四月十日商法典，自第七六四條至第九二三條僅適用於商人破產，非商人不能清償其債務時，則適用民事訴訟法第八八二條以下規定之程序。一八九三年九月三十日法律廢止上述法規而代以一般破產主義。變更此法者，有一八九五年九月六日，一九〇二年六月九日各修正法。一九二五年五月十六日與同年十一月十三日法律始採支付猶豫制度。

(十七)芬蘭法 一八六八年十一月九日法律，爲芬蘭破產法之根本法。近於一九二二年三月三十日，同年六月一日一九二五年二月十四日爲數次之修訂。

(十八)瑞典法 現行瑞典破產法爲一九二一年五月十三日法律，翌年一月一日施行。另訂獨立之和解法。其一八六二年九月十八日舊破產法經新法施行歸於廢止矣。

(十九) 盧森堡法 盧森堡一八七〇年七月二十日破產法與一八五一年比利時破產法大致相同。一八八六年四月十四日法律創設和解程序，該法嗣經一九一一年二月一日法律予以修正。

(二十) 捷克斯拉夫法 捷克斯拉夫建國後，初仍分別適用奧匈破產法。迄一九三一年三月二十七日始制成統一破產法，於同年八月一日施行。

(二十一) 南斯拉夫法 一九二九年十一月二十二日南斯拉夫破產法一如德意志破產法，分實體規定（第一條至第六一條），程序規定（第六二條至第一九〇條）兩編。同時施行者，有南斯拉夫和解法。

(二十二) 希臘法 一八三五年五月一日希臘破產法全抄自拿翁商法典。旋於一八七八年十二月十七日二十五日有相當之修訂。一八九三年二月六日法律始設立司法清算之制度。

(二十三) 保加利亞法 一八九八年一月十二日保加利亞公布之商法典，其第三卷為破產法，內容與法蘭西法極少出入。

(二十四) 波蘭法 波蘭復國後，其所施行之破產法有五種之多。和解法有三種之多。至一九三四年十月二十四日完成統一破產法和解法。翌年一月一日同時施行。

(二十五) 蘇聯法 舊俄破產法原採用複制主義，規定於民事商事訴訟法中，蘇聯於一九二七年十一月二十八日制定破產法。對於在商業登記簿上已另為登記或有應登記義務之債務人而

適用之。一九二九年二月六日對此國營企業半官半民的股份公司及公共組合，制定特殊的破產法。（註六）

（二十六）土耳其法 一九二九年四月二十四日制定新破產法，同年九月四日施行，大體仿瑞士法。

第二節 英美法

（一）英吉利法 英國一般法律，概未受羅馬法及大陸法之影響。由該國本身之固有法律發達而來。即破產法亦未能例外。但破產法與其他法律稍異。比較的早有成文法之基礎。最初施行之條例，爲一五四二年亨利八世之法律，依此項法律不問商人與非商人，凡有詐害行爲者均適用之。以後即爲伊利薩伯十三世一五七一年法律，規定僅適用於商人之破產。非商人之破產人仍受民事禁錮規定之適用。爲避免此種嚴酷處分起見，於一八一三年在原有破產程序而外，復設債務不能清償法，適用於一般債務人。一八六一年伊利薩伯十三世法律與債務不能清償法同時消滅。同年所頒布之破產條例，又不問是否商人均適用之矣。

嗣後一八六九年之破產條例，認破產爲純粹有關私益之事項。取消官廳之監督；破產監督人一任債權人會議自由選擇，其名稱亦改爲破產受託人。降及一八八二年所頒布之破產條例，類其近世破產法之規模，施行至一九一四年，計達三十餘年之久。該法不復認破產爲純關私益

事項，置之商部監督之下，由商部指定一員，行使我破產法上監查人之職務。

英國復深感一個破產制度，而有許多各別之法律，適用上至爲不便。乃收集以前關於破產之一切法規，整理而統一之。一九一五年一月一日施行。即現行英吉利破產法。一九二六年復經部份之改正。

(一) 美利堅法 美利堅第一次聯邦破產法爲一八〇〇年四月四日法律。與當時英吉利法約略相似。該法僅限於商人有詐欺行爲時適用之。嗣於一八〇三年十二月十九日被廢，至一八四一年美利堅迄無統一之破產法。其中雖經一八二二年破產法草案之提出，但卒被否決。嗣因一八三七年經濟恐慌之需求，於是始有一八四一年第二次美利堅聯邦破產法之公布。該法受 Daniel Webster 之影響，保護債務人失之太甚。不久，於一八四三年二月三日又遭廢止聞矣。

南北戰爭後，美利堅聯邦政府於一八六七年三月二日公布第三次統一破產法。共通適用於商人非商人間，該法於一八七八年六月七日經立法機關通過廢止。

現行美利堅聯邦統一破產法（第四次）於一八九八年七月一日製定。立法者因社會經濟之需要，於一九〇三年，一九〇六年，一九一〇年，一九一七年，一九二二年，一九二六年，一九三三年，一九三四年爲不斷之修正。

(二) 加拿大法 舊加拿大破產制度頗形奇突。每省各有所謂財產讓與法。債務人不能清償

其債務時，將全部財產讓與省政府指定管財人。由該管財人接受清理之。逮至一九一九年加拿大現行破產法頒布，上述法規，遂告失效。

(四)愛爾蘭自由邦法 愛爾蘭自由邦以宗教關係，獨受羅馬法之影響。一八五二年白路根爵士 (Lord Brougham) 曾努力於愛爾蘭法之英吉利化。但終歸失敗。愛爾蘭每自誇其破產法為日常經濟生活經驗之結晶。與英吉利法最大之區別。(一)愛爾蘭破產法以付款不能為抽象的破產原因。(二)關於解除命令之規定，愛爾蘭法嚴格多多矣。

第三節 東亞法

(一)日本法 在德川時代，已有家產分散制度，姑置勿論。至明治五年即頒布所謂身代限規則，然尚未形成一種破產法典。其具備破產法典之體裁者，則當以舊破產法為嚆矢。舊破產法為德人海爾曼羅斯來 (Hermann Rostler) 起草。於明治二十三年，作為舊商法第三編頒布之。明治二十六年復以法律為多少之修正，於明治二十六年七月一日施行。嗣後當商法施行之際，在商法施行法中，又就第三編之舊破產法有若干修補增改之處。舊破產法採商人破產主義。屬於法國法系。當時對於無資產之非商人，另有一種家資分散制度。

逮民法法典及商法法典之完成，舊破產法實不能與之互相適應。於是迫於改正之必要，即由法典調查會起草草案，於明治二十五年公布之。以乞世人之批評。一般學者，律師公會，商

業團體紛紛提出意見。法律調查委員會，以此等意見爲基礎，重新着手起草一種草案。至大正十年十一月完成。自大正十二年一月一日起施行。此卽日本之現行破產法也。現行破產法，採一般破產主義。大體以德意志破產法爲模範。可稱之爲德國法系。

日本和解法與破產法同日施行，其內容則多仿效奧大利和解法。

(二)暹羅法 暹羅皇國紀元一一〇年制定債務人法，以處理債務人不能清償之事件。啓破產制度之端緒。紀元一二七年公布破產法。始有完備之法律。但不久卽被廢止。紀元一三〇年又頒布破產法典，卽暹羅現行破產法是。

(三)菲律賓法 菲律賓原係西班牙屬地。自改隸美利堅後，美利堅卽將其法律輸入之。一九〇九年五月二十日制定之，菲律賓破產法，純係以美利堅法爲依據者也。(註七)

第四節 我國法

第一款 破產法形成之客觀條件

破產法規，與我國舊俗，可謂殊少淵源，(註八)然其所以形成之由，蓋有數端。一曰：社會經濟之凋敝也。

洪楊戰後，兵燹創深，社會景象，驚心怵目。

曾文正集(奏稿二十一卷)迺覆陳疏云：『今(同治四年)風顛塗涸歸陳等羣，幾於千

里廢耕。而官兵又騷擾異常。幾有賊過如箠，兵過如洗之慘。』又東園齋日記（軍謀第四）云：『近年從事戎行，每駐紮之處，周歷城鄉。所見無不毀之屋，無不伐之樹，無不被之富家，無不欺之貧民，大抵受害於賊者十之七八，受害於兵者亦有二三。』陳康祺燕市雜錄（卷十三）云：『同治三四年皖南到處食人，人肉始貨三十文一斤，後增至百二十文一斤。勾容二漂八十文一斤，慘矣。』

益以歐風東漸，國家經濟命脈，悉入外人之手。如洋錢之排斥紋銀，洋貨之排斥土貨，皆其明證。

蘇楞額請嚴海禁：『近年（嘉慶間）以來，夷商賄通洋行商人，藉護回夷兵盤費爲名，每年將內地銀兩，偷運出洋，至百數十萬之多。該夷商已將內地足色銀兩私運出洋，復將低潮洋錢運進。任意欺賤商賈，以致內地銀兩，漸形短絀。』包世臣齊民四術（卷二十六）云：『松太在棉花棧布，近日（道光季年）洋布盛行，價才當棧布三之一。吾村專以紡織爲業，近聞已無紗可紡。松太布市，消滅大半。』

鼎革以還，民族經濟之凋殘有增無已。如農村之不景氣也。土貨之被淘汰也。流通資金之缺乏也。天災之相尋也。

大晚報（二十三年三月二十七日）云：『據上海金融界之估計，自民國十八年起，至民國二十二年止，江浙兩省主要城市，所吸收各地農村而轉流集中於上海之現銀，平均年達八千餘

萬元。夫農村血液自有限度。今則已到枯竭之時，殺傷農，蠶桑路絕。廉價之外國商品，深入農村之每一角。其不患乾血癆者幾希。『仰荃君云：『近年吾國國貨，因受洋貨之大量傾銷，銷路日見遲滯。辦工廠之最大困難，莫過於銷路問題。最近全國朝野，雖一再努力於提倡國貨運動。然外貨對於我國之傾銷，仍日甚一日。』（二十三年二月一日申報）哲明君云：『農村中高利貸之作威作福，乃非一般人所能想到。例如湖南之孤老錢，則每月按照算術級數而增加其利息。臨湘更有借銀一元，每日還利一角，十日後并以複利計算，因此本銀一元在一個月以後，便可得本息約八元。又如廣東之借穀債，青黃不接時，借銀一元，到收穫時，須償還白米四斗至五斗（約合銀三元）。海豐之圈仔利，借銀一元，在年之內，按照十日一結，加利一成。必須償還所有本利之外，每十元更迫繳白米一石。全國各省類此者甚多，惜不及枚舉也。』（新中華一卷八期中中國農村經濟之借貸問題）陳恭祿氏云：『民衆生活，言者謂爲牛馬生活，甚者不如牛馬。水旱大災之際情狀尤苦。就近事而論：陝西旱災，言者迄民二十年死亡三百萬人，此數不無疑問。死亡之多，青年婦女販賣之衆，固爲事實。斯年夏，長江大水，沿岸田禾淹沒，屋舍盡在水中，災民住於埂堤之上，一無所有。風雨無地躲避，乃特少數賑款得免餓死。罹此災者，約五十萬人，淮水一帶，災民食盡樹葉，死亡甚衆。黃河爲害，災情亦重。』

（中國近代史八三六頁）

數者互爲因果，藥之方，固非一端。破產制度之樹立，亦不可已之事歟？

二曰：資本主義之萌芽也。

清季我國尚滯於農業社會。但自開商埠，關稅之權，迅落人手。經濟之藩籬盡撤，洋商洋貨，蜂湧而入。落後生產，萬難與抗。當此之時，不問國人願與不願，更張之舉，勢在必然。鐵路船局，次第草創。企業公司由國人經營者，規模粗具。於是，物質享受之誘引，生存競爭之尖銳，使我國素所隱晦之權利觀念大張旗鼓，而農業社會，「穩健」「溫和」諸性，喪失殆盡。「樂業」爲賢，「逐利」爲恥之心理，爲之一變。

試觀：

宋書柳元景傳：「南岸有數畝菜園，守園人賣得錢二萬送還宅。元景曰：我立此園，種菜以供家人啖爾，乃復賣菜以取錢，奪百姓利耶？以錢乞守園人。」

宋書孔覲傳：「覲弟道存從弟徽，頗營產業。……覲正色謂道存等曰：汝輩忝預士流，何至還東作賈客耶？」

足證輕財賤商之風。然一至清季，人存「富而可求」之念。故

『薦紳之士，間爲別墅山莊，以求水竹之勝，人士往往竊嗤之曰：胡不置典肆，逐什一之利？』（謝肇淛西吳枝乘）

隨工商業之發達，於是，買空而賣空者有之，投機而失敗者有之，不勝托辣斯 (Trust) 之壓迫而倒閉者有之。破產法即因適應此項新事態而生。

清商部修律大臣會議奏訂商律續擬破產律摺云：『竊維商律之有公司一門，所以使已成之商業，咸得有所維護。乃或因經營不善，或因市價未齊，即不能不有破產之事。而狡黠者往往因緣爲奸，以致弊端百出，貽害無窮。故刑部議覆前兩江督臣劉坤一奏奸商倒騙，請照京城錢舖定例，分別辦理，摺內謂近來商情變幻，倒騙之局，愈出愈奇，必如此嚴懲，庶奸商知所畏服。然詐僞倒騙者之出於有心，與虧蝕倒閉者之出於無奈，雖皆謂之破產，而情形究有不同。詐僞倒騙，洵屬可恨，虧蝕倒閉，不無可原。若僅以懲罰示儆之條，預防流弊，而無維持調護之意，似於保商之道猶未盡也。茲經臣等……成商律之破產一門。』傅秉常破產法之制定及其內容云：『我國舊時法律，向無破產名詞，揆厥原因，殆亦以我國社會經濟組織，本與歐洲各國不同，破產事件，素屬罕見。因事實上既無所需求，故法律中自不爲規定，未可遽擬爲法制史上之缺點也。逮後海禁既開，都市商業，日趨繁盛。倒閉破產之事，漸亦時有所聞。破產立法，遂爲要務。』細味立法者之言，當恍然於破產法形成之主要因素也。

三曰：債主之高壓也。

富豪之剝蝕，債主之欺壓，其來已久。

鄭廉豫變紀略（卷二明崇正四年條）云：『時歲潦飢，邑宦艾氏，貸子錢，自成輒取之，逾則不能償。艾氏怒。曠邑令笞而枷之通衢烈日中。刑僕守之，俾不得通飲食。蓋欲以威衆也。諸驛卒哀其困，移諸陰而食之。艾僕呵罵，不許也。自處忿然曰：唉！我即死烈日中何』

害。則踰踉力荷其枷，仍坐烈日中，竟不稍食。雖饋甚不稍食也。衆益哀之，不勝其忿，遂闕然大譁。」

逮清之季，有加無已。

光緒間離陰百一居士天錄云：「紹興何君，世業賈，設染肆於滬上，少有蓄資，以好善聞，賙濟人急，尤汲汲焉。有某甲失業，索逋迫甚。擬鬻子女以抵。其鄰陸姓，言於何，何聞而惻然，往詢某甲：生有幾子，以一藥對，年十一矣。何曰：宗祧所繫，安可出此。甲曰：是亦得已而不能已者，不然，何以對人。何憫藉良厚。且云：汝需若干，可卽持去。立約毋再賣，女暫留養爲寄女，果欲其歸，卽來領，不汝靳也。甲涕零崩角。遂如約。何君旣完其嗣，又清其逋。慷慨之施，兼具仁厚。世宙茫茫，如某甲者不知凡幾。安得盡遇何君其人哉？」

索逋迫甚，而致賣妻鬻子者，卽今日內地，亦難言必無，何君之不易得，誠如作者言，此破產制度之創，所以不容或緩者也。

第二款 破產法編訂之沿革

有清末年，商部會同修律大臣沈家本、伍廷芳調查東西各國破產律，及各埠商人習慣。參酌考訂，成商律之破產一門。都凡九節，六十九條。自舉董清理以迄償債銷案，僉責成地方官握行法之關鍵，而以商會輔之。其適用範圍，雖以商人爲限，惟非商人亦得比照辦理。探展期清償，爲避免破產之制。有擷精摘華之功，無遷抄直襲之弊；不拘拘於舊習陳例，顧卓然爲自己

之法律。惜施行未久。卒以第四十條規定：『歸債成數，各債主一律辦理』云云。與先洋款後官款後華商分攤之向例不合。戶部行文商部反對，而京滬商人堅請維持原文。官民意見參差。遂於光緒三十四年十一月明令廢止。惜哉！至當時士大夫之缺乏法律常識，媚外性成，又不足道矣。

民國成立，各種法制，急待編定。破產法亦由前北京法律修訂館起草，是為民國四破產法草案，計分實體法程序法兩則三編，都三百三十七條。內容一依德破產法日舊破產法為藍本。論者每以粗製濫造，不合國情，為該案病。前大理院自民國四年至民國十六年間之判例，引用該規定，不過寥寥數點，而於已經廢止之破產律，頗詳觀和條例而採用之。寧非無故。其適用範圍，則不以商人為限。（愛斯加拉對於破產法草案意見書）

自國民政府奠都南京，重要法典，次第制定。於是，司法行政部復有民國二十三年破產法草案之擬訂。分實體法，程序法，復權，罰則四編。都三百三十三條。內容多取材於德日現行破產法，較諸民四草案，殆在伯仲之間而已。同年同部擬訂之商人債務清理暫行條例曾同實業部審查，呈經行政院通過，並經中央政治會議准予備案試行。該條例共六八條，不分章節，其主要目的，在採用強制和解制度，而於和解不成立時，並使債權人得利用清理程序，迅速實行其權利。（三屆六六次行政院會議關係文書）

民國二十二年春，立法院即有起草破產法之計劃。旋以審查憲草，中途停頓，二十三年秋

開始準備工作，積極進行。立法司法當局會商先決要點，并徵詢外籍顧問，在野名流之意見。同時遂譯各國破產法規爲參考材料。翌年春，正式起草。民法委員會以『遵守三民主義之立法精神，適應一般社會之實際需要，保存中國固有之優良習慣，採納各國法典之優點。』相標榜。前後開會三十餘次，歷時三月，完成初稿。計總則，和解，破產，罰則四章。和解破產二章又析爲十節。分別函送司法院，司法行政部各級法院，各省立法院彙輯各方意見書達五十三件之多。而初稿增刪各二條，修正者亦不過數十條而已。且均無關宏旨；章節次序，一仍舊貫。故全法雖視二次草案進步不少。然編纂之期未免過促。（自起草以迄公布，約歷時半載）因不能盡如所期。對於國內經濟狀況，似欠充分之研究。（例如小破產之未經規定）所謂優良習慣，或不免稍涉誇張。矧習慣常隨經濟之劇變而轉移，此項事實，恐未予適當之考慮。（例如無案件免責主義之創立）全法體系，誠係自裁。但創作究艱於模仿，從而程序上之缺陷遂多，技術上之瑕瑜互見。其詳容俟本論論之。

(註1) Kohler, Lehrbuch, S. 8 U. S. W.; Thaller, Des faillites, I. No. 5 à II; Purseron, Des faillites et des banqueroutes, No. 5 à 37.

(註2) Kohler, op. cit., S. 13.

(註3) Annuaire de législation étrangère 1916-1917 p. 585

(註4) Navarra, Le nove disposizioni in materia fallimentare crespolani. Il codice del fallimento, del concordato, del piccolimenti.

(註五) Thaller, op. cit., 1 No. 23 et S.; Perceron, op. cit., No. 65,

(註六) 齊藤博士研究五卷一百以下。

(註七) 關於各國破產法之沿革及現行法。加藤博士研究一卷七頁以下，齊藤博士研究一卷十五頁以下。P. Leh, op. cit., p. 11 et S.; C. Marnol, op. cit., p. 7-9。餘如菲洲大陸·摩各哥破產法爲一八七七年商法之第三編，以仿效法爲主。一九二〇年之商人和解法亦係承繼法一九一九年七月二日之和解規則。埃及之混合商法暨商法（一八八三年）第三編破產。均屬法系。一九〇〇年復以法律創設和解制度。

(註八) 前清刑律中，於侵蝕倒閉商民各款者，由官廳拘捕監禁，分別查封寓所資財及原籍家產。勒令家屬限兩個月將侵蝕各款完竣。此種法例，與宣告破產之情形，大不相同。

第九章 各國破產法之大較

第一節 英美法與大陸法之區別

英美破產法，比之大陸法實具有種種之區別，舉要述之。

(一) 英美破產法以破產程序分作兩個階段，即宣告破產前，一律試行和解，和解不成立始為破產之宣告。大陸法關於破產程序與和解程序各別分離，得選擇進行之。

(二) 關於破產原因，在大陸法依概括的抽象的觀念而規定之。英法則採取列舉的具體的各個行為為破產原因。

(三) 英法法具有一特殊制度，即對於具備一定條件之破產人由法院給與解除命令。免除其殘餘部份之債務，使之能成爲再興之企業家而自立於世。

(四) 大陸法關於破產機關，僅屬法院，而英法除法院以外，商務部亦得干預之。

第二節 拉丁法系與日耳曼法系之異同

東亞諸國之破產法，或襲自德法，或來自英美，尙不能自成體系。世界最大之英法法系或

大陸法系之主要區別，已如上述。但大陸法系之中，又得分爲拉丁法系與日耳曼法系。前者以法國西爲中堅，意比希羅西葡及拉丁美洲（註）屬之。後者以德意志爲領袖，奧匈南捷日屬之。兩者亦具有多少之異同，試伸言之。

（一）拉丁法系認破產爲一種商法之制度僅適用於商人，日耳曼法系則認破產爲一般之法，不問商人非商人均適用之。但此項分歧，並非絕對。如拉丁法系之西班牙，日耳曼法系之匈牙利，均並認商人破產制度與非商人破產制度。所謂複制主義者是也。

（二）在拉丁法系，破產人因破產而喪失之公私榮譽權，非經復權程序，不得恢復。在日耳曼法系則認破產制度僅係一種共同執行之程序，宣告破產後所採取之處分，不過爲便利迅速達到分配之目的。苟目的一經完成，所有破產效果均隨程序之終結而當然歸於消滅。顧此項區別，亦非絕對，是應注意者。

（三）在拉丁法系由刑事方面觀察破產，總認爲詐害之初階。故法院於債務人停止付款得隨時以職權宣告破產。日耳曼法系則以破產爲債務人被經濟壓迫之救濟。故原則須依聲請爲之。依職權宣告之破產，僅屬例外。

（四）又破產宣告前債務人所爲之法律行爲，拉丁法系採嫌疑時期（*Période suspecte*）制度，日耳曼法系則採否認權制度。至其他如抵銷之規定，優先權之性質，雖似互有出入，但此係兩法系民法不同之結果無與破產法者也。

(法)南美洲諸國如：墨西哥，其一八六九年九月十一日商法第九四五條以下及第一四一四條以下。哥倫比亞，其一八六九年十月十三日商法。厄瓜多爾，其一九〇六年七月三日商法第四編。秘魯其一九二二年二月十五日商法第四編。波利比亞，其一九〇五年十月十九日商法第三編。智利，一八六五年商法第四編。一九〇三年三月民事訴訟法加以修正變更者甚夥，烏拉圭，其一九〇〇年商法第三編。阿爾然丁，其一八八九年十月商法第四編。大抵仿自西班牙商法。

第十章 破產制度之立法主義及各主義之優劣

第一節 立法主義

(一) 商人破產主義與一般破產主義及複制主義 商人破產主義者，爲僅對商人宣告破產之主義也。採此主義之破產法，大概均非獨立法典，而祇是作爲商法中之一編而已。該主義始於拿破侖商法典，(註一) 羅馬法，中古意大利法，與古代法之破產程序，初無商人與非商人之別。(註二) 但自拿破侖商法典採商人破產主義後，即日耳曼法系亦不無受其影響。一八五五年普魯士破產法，一八六八年奧地利舊破產法，賽爾維亞舊破產法，均對於商人之破產，設若干特別之規定。但至今日，已經對採取一般破產主義矣。所謂一般破產主義者，不問商人與非商人均得宣告破產之主義也。採此主義之破產法，均於商法中之一部，通常製成獨立之法典。德法系及英法系均採此主義，中國現行破產法屬之。又有在商人破產主義或一般破產主義之中，對於商人破產程序與非商人破產程序，設立區別，而各異其程序者，此即名之曰複制主義或折衷主義。前者如西班牙商法破產編，後者如何牙利破產法是。

上述兩種主義，大概在對於普通強制執行，採用優先主義之國家，則有適用一般破產主義

之必要。反之，在對於普通強制執行，採用平等分配主義之國家，則適用商人破產主義，實用上尙無何種不便。蓋以普通之強制執行，既採平等分配主義，則於非商人縱不宣告破產，然在普通強制執行時，一般債權者，仍可加入於其中而獲得平等之分配，以達到與破產制度保護平等利益之同一目的故也。但破產程序究與強制執行程序不同。否則在採用平等分配主義之國家，即就商人亦無製定破產法之必要矣。又僅限於商人得宣告破產，理論上亦不可通。二十世紀公布之破產法，殆無採商人破產主義者。即法國現代學者，亦主張改採一般破產主義矣。

(註三) (註四) (註五)

(二) 自助主義與官憲主義 自助主義者，爲昔時羅馬法所用之主義，即債權人依其自力占有管理債務人之財產，而變賣分配是也。官憲主義者，爲中世西班牙所採之主義，即由法院占有管理債務人之財產，並變賣分配之。所有破產程序，均委之法院之公力是也。晚近立法者以極端主義，有私人權利濫用之危險，極端官憲主義，有官吏專斷之弊竇。若僅擇一而用之，往往發生阻礙。故現在各國破產法，大體酌採兩主義。其程度稍有不齊而已。

(三) 清算主義與強制執行主義 清算主義者，是以破產程序，認爲與普通商人停業或公司解散時，所行之清算相同，而在法院指揮監督之下所施行之清算程序也。此時破產管理人祇可謂係債權人團體之代理人而執行其職務者，破產事件之性質，亦可謂係法院之非訟事件。強制執行主義者，是以破產視爲一般的強制執行，爲全體債權人利益起見，而扣押債務人之財產，

以行其變賣分配之程序也。在此主義之下，其破產管理人與破產法院，在某種意義下，可謂祇是一種執行機關，而破產事件之性質，亦可謂祇是法院之共同強制執行事件。現行各國破產法多數探強制執行主義。吾破產法亦然。

(四)懲戒主義與非懲戒主義 懲戒主義者，即對於未能清償債務而受破產宣告者，賦以身分上之效力，以懲戒之。且欲藉以間接的強制清償債務之主義也。此主義導源於中世紀意大利法，當時商人階級於社會政治上勢力頗大，倘債務人一有破產原因，即行使其高壓之威權。(註六) *Venditio bonorum* 制度旋為拿破侖商法典所繼承，而為拉丁法系諸國所採用。(註七) 非懲戒主義者，即認破產為社會上一種不幸之現象。因不能清償債務而開始之程序，認為債務人與其全體債權人間所行之清算程序，或認為對於債務人全部財產之一般的強制執行。不得因宣告破產而賦予債務人以身分上之效力以懲戒之主義也。德法系諸國採之。我破產法及日本現行破產法均屬此主義。不過，在我破產法及日本現行破產法中，雖採非懲戒主義，不因破產之宣告，對於債務人賦以直接身份上之效力。然限制破產人之公私權散見各種法令者不少。而我破產法及日本破產法均有復權程序之規定。即云採懲戒主義，亦無不可。

(五)溯及主義與不溯及主義 破產溯及主義 (*Doctrine of relation back*) 即破產之效力，非僅從形式上有破產宣告時始行發生，而是溯及於有破產原因時，即發生其效力也。英國破產法採此主義。反之，破產不溯及主義，即破產之效力，僅從破產宣告時發生。大陸法系採之。

關於破產宣告前破產人有害債權人之行為之救濟方法，法法系與德法系雖互有出入。但不採溯及主義則一也。我破產法雖無破產效力發生始期之明文，然於破產宣告前之行為有害債權清償之公平者，特設撤銷權之規定。採不溯及主義，要無可疑。

(六) 普及主義與屬地主義及折衷主義 和解成立或破產宣告時，對於債務人在外國之財產，其效力如何，有三種主義：(1) 普及主義，乃破產宣告或和解成立之效力普及於外國，不問債務人在外國之財產與在國內之財產均視為屬於破產財團。採此主義，頗與一人一破產之旨趣相符。然以地域上之隔離，程序進行，每稽時日。實際上頗多不便。(2) 屬地主義，乃破產之效力僅能僅及於國內，惟債務人在內國之財產，始屬破產財團。採此主義，則對於一人須各國均宣告破產，在國際間所謂一人數破產也。(3) 折衷主義，乃對於債務人之動產，適用普及主義，而對於不動產則適用屬地主義。我破產法於在中國宣告之破產效力能否及於國外，尙無明文規定。第四條載和解成立或破產在國外宣告者，對於債務人或破產人在中國之財產不生效力。蓋消極地採屬地主義也。

(七) 和解先試主義與和解分離主義 和解先試主義者，乃於有破產聲請時，一概令其先試行和解，如和解不成立，始為破產之宣告。和解分離主義者，則和解程序與破產程序分別行之。英國法採和解先試主義，德國法採和解分離主義。我破產法及日本破產法亦採和解分離主義。但依我破產法及日本和議法之規定。(我破第三五條，日本和議法第九條)和解程序開始後，如和

解不成立，得依職權爲破產之宣告。因此，先有和解之聲請者，從實質上言之，彷彿卽爲和解之先試。換言之：與和解先試主義同一之結果也。（註八）

（八）普通破產（全部破產）與特別破產（一部破產） 普通破產，卽對於債務人之一切財產開始破產程序，並對各債權人予以平等的滿足之普通程序也。特別破產，卽對於債務人特別財產開始破產程序。換言之，卽從債務人之一部財產而構成破產財團是也。例如對於繼承財產之破產。卽特別破產也。（註九）

（九）免責主義與不免責主義 免責主義者，卽債務人受破產之宣告，對於債權人從破產財團而爲償還，如適合一定要件時，由法院之判定而免除其債務之殘餘部份是也。英美法及我舊破產律採之。不免責主義者，卽在破產程序中，由分配償還後所殘餘之債務額，依然存續，於債務人以後回復其資力時，仍負有清償之責任是也。大陸法採之。我現行破產法採免責主義。但破產人因犯詐欺破產罪而受徒刑之宣告者，則不得受此利益。（註一〇）

（十）程序法式編纂法破產規定總括編纂法 程序法式編纂法卽以破產視爲程序法而編纂，將破產開始至破產終結之全部程序規定構成之。其必要的實體規定，則分插於程序規定之中，破產規定總括編纂法，卽關於破產之實體規定與一切之程序規定及關於破產之刑罰規定，總括編纂而構成之。其內容多分爲實體法與程序法。英美法系及拉丁法系採前之編纂法，我舊破產律暨現行破產法同。（註一一）日耳曼法系採後之編纂法。我民四破產法草案及民二三破產法草案

從之。

第二節 各主義之優劣

破產制度之立法主義已詳前節，彼此各有短長。且因各國之社會經濟情形不同。在此國爲優者，或在彼國爲劣。但就大體上言之，則一般破產主義，強制執行主義，非懲戒主義，不溯及主義，屬地主義，和解先試主義，免責主義，均可謂較優之主義。(註一二)

(註一) Thaller, op. cit., No. 32. Perceon 取反對之見解，以爲一六七三年法令，破產制度，即已僅限於商人有其適用。(op. cit., No. 22) 但詳按法國法制史，以前說較可徵信。

(註二) 中世紀意大利破產法固不分商人與非商人。但當時居住意大利北部者，幾無人不商。La Rota 所謂 *est Genuensis ergo Mercator* 是也。

(註三) 兩主義之利害得失，參閱加藤博士研究第四卷一頁以下，齋藤博士研究第一卷一九頁以下。

(註四) Thaller, op. cit., 1 Chap. I. De l'extension possible de la faillite aux non-commerçants; Perceon, op. cit., Nos. 123 et 5.; Garrand, *De la déconfiture*.

(註五) 法國一八九三年八月一日法律賦與具有商形式之民事公司以商事性質。可謂修改商人破產主義之先聲。

(註六) Perceon, op. cit., No. 109.

(註七) Domergue, *De l'adoucissement progressif des mesures pénales frappant les faillite et les canquerentiers* Thèse, Montpellier, 1920.

(註八) 加藤博士研究第六卷一頁以下，齋藤博士研究七卷七二頁以下，同八卷六三頁以下，同博士日本和議法論四二三頁以下，同博士法學志林昭和八年度一卷二卷。

(註九) 齋藤博士研究第三卷一頁以下，同博士訴訟手續一〇一頁以下。

(註一〇) 加藤博士研究第四卷三三七頁以下，齋藤博士研究第一卷一八七頁以下，一九九頁以下，同博士法學志林昭和八年度一卷二卷。

(註一一) 立法者釋我現行破產法採程序法式編纂法之理由云：『實體與程序之區分，在學理上固甚爲允當，然必於法規中釐爲兩部，則採雜在所難免，適用輒滋困難。本法第二第三章關於和解及破產之規定，皆以程序進行之先後爲次第。』(『通常破產法之制定及其內容七頁)但學者對之仍多疵議。王家駒教授謂：『……破產法所以與民事訴訟法不同者，即在以實體法與程序法並列耳。民事訴訟法止有程序的規定，無實體的規定，故不妨依次論列……至於破產法規之內容，既有實體與程序之區別……在在俱有分別規定之必要。至於程序問題，比較的簡單，除有特別事項外，大率可以準用關係法規之規定。故從實體上言之，實體問題關係重，程序問題關係輕。即從適用上言之，如果實體問題已經解決，則關於程序者，不難迎刃而解。反之，實體規定與程序規定合而爲一，不免有混雜不清之嫌。不但學理之研究，難得系統，適用上亦不無相當之障礙。再從立法言之。特別法與普通法在在有息息相通之處，我國民法及商事法，既屬德國法系，則此種與民商法有關之破產法，似仍以仿照德之立法例，分別規定爲宜。』(我對於破產法草案初稿之意見載法律評論第六〇一期)斐瑛師謂：『各國破產法規多分爲實體法與程序法，綱舉目張，適用較便。在理論上則破產原含有類似民商法之實體規定與關於民事訴訟法之程序規定，釐爲兩部，最稱允當。……本法除和解程序外，其關於破產之規定寥寥不過百條……似不能不謂爲立法未臻完備。』(破產法講義七頁)

(註一二) 學者有竭力掙擊免責主義者，如：G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit moderne*, Paris, 1935, p. 183-187, 250. 平心而論，免責主義之本身，以社會立場言，原無可非議。第實際的評價猶有待衡量立法之如何規定，司法之如何運用耳。容於相當處分詳之。

第十一章 現代破產法之趨勢

一、和解制度之確立

和解制爲世界上一新穎之法制，各國對於清理無力償債人之債務，歷來沿用之方法，僅爲破產；但至一八八六年比利時首創和解制度，許無力償債之債務人於未經破產宣告之前在法院監督之下，與債權人以和解磋商之方法，清結其負欠。如此，則債務人因破產宣告而喪失資格及破產程序中之種種繁雜手續，均可避免。故瑞士於一八八九年四月十一日所頒布之「追訴債務及破產之聯邦法律」卽予以採納。（第二九三條至第三一七條）迨後丹麥，挪威，巴西，波蘭，德意志，奧大利等國亦相繼仿效，制訂類似之法律。一九〇三年意大利亦採此制，并加以妥善之修正。法國於一九一九年七月二日之法律中，亦曾暫時採用和解制度。羅馬尼亞仿意大利商法草案，制成其一九二九年七月十九日之和解法。此法足以代表意大利制度最新之進步。阿根廷一九三三年九月二十七日之破產法中亦有和解之規定。其內容與羅馬尼亞相彷彿。南斯拉夫一九二九年十一月二十二日之法律曾設介乎司法清算與和解之間的變像的和解制度。一九三二年八月二日秘魯所頒布之破產法（第一九二條至第一九六條）中更創造一種完全脫離司法範圍（卽不受法院管轄，監督，或認可）之和解制度。此制殆爲和解制度最新之演

化。(註一)

二、非懲戒主義之抬頭

現代破產法除拉丁法系外，殆多採非懲戒主義。蓋以破產爲犯罪之陳腐觀念，已漸就消滅，而以破產爲社會經濟不幸的自然現象之觀念，代之而興。(註二)卽法國學者亦漸多同意於非懲戒主義。(註三)是拉丁法系之更張，不過時間問題而已。

(註一) Padoux 清理債務法說略第二五三頁。

(註二) T. Loh op. cit., No. 35, p. 35.

(註三) Domergue, De l'adoucissement progressif des mesures pénales frappant les faillis et les banqueroutiers; Percerou, op. cit., Nos 107 et S.

第十一章 我國破產法之特徵

一、和解制度之儘量採用

我破產法關於和解，立有專章。條文之多，幾佔全法三分之一，並於法院之和解而外，更創有「商會和解」之制；姑緩論當否。但儘量採用和解制度，要不失爲我破產法制上一大特色。

二、免責主義之無條件創訂

大陸法基於債權人利益之觀點，至今仍多採不免責主義，英美法及我舊破產律雖較寬大，但破產人清償未及百分之五十或六十以上者。其債權全部仍不視爲消滅。（事實上尙有其他之限制）我現行破產法對債務人一貫的採取寬大主義，除詐欺破產外，無條件的採用免責主義。立法上是否盡當，容俟後論，然究不失爲我破產法上又一大特徵。（註）

（註）海汝整中國破產法草案之我見，東吳大學法學院講稿，載法令週刊二五二期及二五三期。

第十二章 破產及和解之統計

在吾國，破產法施行未久，尙無破產統計可言。（民國二十五年國民政府主計處所編統計年鑑即無破產統計項目）但破產統計，實至重要。不僅在一國經濟上爲然，即在法律上亦復如此。所謂在經濟上之必要者，即藉此可以探求國民經濟盛衰消長之跡。並可窺知企業成功與否之狀態。例如農村之衰落，商業凋敝。均可賴破產統計以證明之。所謂在法律上之必要者，即藉此可以探知現行破產制度所得之效果如何。換言之，即藉此以探知能否達到保護權利之目的。因就破產法改良及其他破產立法政策上之問題，提供極正確之資料。

破產統計之項目，可以大別爲新破產統計，與終結破產統計兩種。而兩種之中又可分爲詳細若干項目，茲分述如下：

（甲）新破產統計 新破產統計之細目，可分爲五種：（1）破產事件數，（2）破產宣告數，（3）破產職業別，（4）破產之地方及時期別，（5）有罪破產數。

以上所列項目，係就已向法院爲破產聲請之司法上破產統計而言。至於法院外之事實破產事件，則不能於司法統計中求之。須由內政部經濟部分別就特殊的破產原因，例如水災，火災，戰爭，投機，浪費等作成統計。上述係司法上破產統計，故僅列舉司法上統計之項目而

止。

(乙)終結破產統計 終結破產統計之細目，可分爲七種：(1)破產終結種別。(2)分配，調協，破產廢止。(3)債權人數及債權額等級。(4)破產財團等級。(5)債權額償還比率。(6)破產程序繼續時間。(7)破產程序費用額。(8)聲請復權數。

和解統計之必要，在經濟上之理由，除與破產統計相同外，並得藉以估計該制度給與社會經濟之影響。在法律上之理由，則藉此以測知預防破產之當否達到目的也。其項目亦如破產統計可分爲新和解統計與終結和解統計。細目大體同破產統計。不過和解事件數中，應別爲法院和解事件數，商會和解事件數而已。(註)

(註)歐美日本破產及和解統計，加藤博士講義三八頁以下，研究二卷二二一頁以下，三卷三二〇頁以下，四卷八〇頁九九頁三七四頁四七二頁，五卷一四一頁，八卷五〇一頁以下：「歐洲大戰中之破產統計」參照。

第十四章 參考書

研究比較破產法，必要參考之書籍，擇其重要者，列舉如次。

(一)關於比較破產法者：

1. Stellian, *La faillite en droit comparé*, Thèse, Paris, 1885.
2. Thaller, *Des faillites en droit comparé*, 2 vol. Rousseau, Paris, 1887.
3. Mangenart, *Le but de l'action Paulienne et sa réalisation, Etude comparative de droit français et de droit allemand*, Thèse, Paris, 1911.
4. Lambert, *L'enseignement de droit comparé, Sa Coopération au rapprochement entre la jurisprudence Française et la jurisprudence anglo américaine*, annales de l'université de Lyon, III^e série, fasc. 52. Ray. Lyon, 1916.
5. Léh, *La faillite dans le droit européen continental, comparaison des principes lois des groupes latin et germanique présentée dans le cadre de la plus récente loi européenne d'ensemble*, T. 29 Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon, 1932.

6. Marmol, La faillite en droit anglo-saxon, T. 42; Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon, 1938.

7. Liénard, Du sort dans les faillites des créanciers armés d'un droit de résolution, réfaction ou compensation. Thèse, Toulouse, 1904.

8. Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, Enke, Stuttgart, 1891.

(二)關於各國破產法法條者：

1. 立法院編譯處 各國破產法選編

2. 齋藤博士 奧大利破產法

3. 同上 獨逸破產法（即德意志破產法）

4. 同上 各國破產預防和議法

5. Oudin, Le Code de commerce mis en concordance article par article avec les principes législatifs étrangers, nanteseg. Paris, 1875.

(三)關於我國破產法者：

1. 張知本 破產法論

2. 劉則泉 中國商事法第七編

3. 婁琪 破產法講義

4. 王去非

破產法釋義

5. 王仲植

破產法要論

(四)關於德意志破產法者：

1. Fitting, Das Reichs Konkursrecht und Konkursverfahren, 1904.

2. Heifron, u. Pick, Grundriss des zivilprozess und Konkursrechts, Bensheimer, Mannheim, 1927.

3. Hoeninge u. Schultz, Konkurs Vergleichsordnung, Zwangsversteigerung(Ben
siners Sammlung deutscher Gesetz No. 107)Mannheim, 1927.

4. Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, Walter de Gruyter, Berlin, 1928
1930.

5. Loehr, Ueber die rechtliche natur des Zwangsvergleichs, Heymann, Berlin,
1891.

6. Mentzel, Kommentar zur Reichskonkursordnung, 1926.

7. Senffert, Deutsches Konkursprozessrecht, 1899.

8. Sydow u. Busch, Konkursordnung und Anfechtungsgesetz, Gutentag, Berlin,
1929.

(五)關於法蘭西破產法者··

1. Bédarride, Traité des faillites et banqueroutes. 3 Vol. Makaire, Aix, 1874.
2. Lacour-Bourterou, Précis de droit commercial, T. 3 et 4, Dalloz, Paris, 1929.
3. Lyon Caen, Traité de droit commercial, T. 7 et 8. Librairie gén. de droit et de jurisprudence, Paris, 1915.

4. Pererou, Des faillites, des banqueroutes et des liquidations judiciaires, 2 vol. Rousseau, Paris, 1909.

5. Pic, Traité théorique et pratique de la faillite des sociétés commerciales, Rousseau, Paris, 1887.

6. Thaller, Traité élémentaire de droit commercial, T. II. Rousseau, Paris, 1930.

7. Jan, La faillite civile, Thèse, Paris, 1921.

(六)關於英吉利破產法者··

1. Chalmers and Hough, The Bankruptcy Act and Rules 1883, and a commentary Thereon, London, 1884.

2. Potter, Adams and Dickson, The Elementary Principles of the Law of Bankruptcy and Deeds Arrangement, 1932.

3. Ringwood, Principles of Bankruptcy, 1930.
 4. Robson, Law and Practice in Bankruptcy, 1885.
 5. Williams, Law and Practice in Bankruptcy, 1932.
 6. Williston, Cases on the Law of Bankruptcy 2th ed, Harvard, university press. Cambridge 1915.
- (七)關於美利堅破產法著…
1. Gilbert's, *Colliers, On Bankruptcy* 2th ed. Malthew Bender Co., New-York, 1931.
 2. Gordon, *Law and Procedure under the Bankruptcy act*, 2 vol. Prentice-Hall, New-York. 1933-35.
 3. *Issay, Corporate Reorganisation Act, Municipal Relief Act, Farm Bankruptcy Act, General Orders in Bankruptcy, Form in Debtor Proceedings, General Bankruptcy Act, New-York, 1934.*
 4. Noel, *A history of the Bankruptcy Law*, C. H. Potter and Co., Washington, 1919.
 5. Remington, *A Treatise on the Elements of Bankruptcy Law*, 3th ed. 1926.

6. C. Black. on bankruptcy, 4th ed. 1916.

(八)關於意大利破産法者・

1. Crespolani, Il codice del fallimento, del concordato preventivo, dei piccoli fallimenti, Società tipografica modenese, 1930.

2. Navarini, Le nuove disposizioni in materia fallimentare, Foro Italiano, Rome, 1931.

3. Vidari, Corso di diritto commerciale, vol. 8-9 Hoepli, Milan, 1907 S.

4. Vivante, Trattato di diritto commerciale, Bocca, Turin, 1902.

(九)關於奧大利破産法者・

1. Bartsch, Grundriss des ausgleichs und Konkursrechtes, Hölder Pichler, Tempsky, Vienne, 1925.

2. Bartsch u. Pollak, Konkurs, ausgleichs anfechtungsordnung und deren Einführungsverordnung, 1927.

3. Griedlender, Die Novelle zur ausgleichs, und zur Konkursordnung mautz, Vienne, 1925.

4. Lehmann, Kommentar zur österreichischen ausgleichsordnung, Mautz, Vienne.

1925.

5. Rintelen, Handbuch des österreichischen Konkurs und Ausgleichsrechts, 1925.

(十)關於瑞士破產法者••

1. Jaeger, Kommentar(Bauh. 1911 f)

2. Blumenstein, Handbuch, 1911.

(十一)關於匈牙利破產法者••

1. Bernhard, Csökjeg.

2. Fehérvary, A Magyarországi rövid tankönyve.

3. Kutoia, A (Södtkorvény kézikönyve, Grill, Budapest, 1927.

4. Meszlény, A Södtkörvényi kényyszerűség és kényyszerelés ámulás, To'be,

Budapest, 1931.

5. Rakovitz, A Södtkörvényi kényyszerűség.

(十二)關於南斯拉夫破產法者••

1. Mitrovic, Stecajno pravo, Cojjanovic, Belgrade, 1925.

2. Pidrgratsky, Stecajno pravo, Skerlic, Belgrade, 1939.

3. Politeo, Stecajni zakon i zakon, lol priručnom poramanjuvam stecaja, T.

p. grafa. zagreb, I. 29.

4. Zuglia-Verona, Stecajni zakon i zakon o privatnom poravnanju, obnova, zagreb, 1930.

(十三)關於比列時破産法者：

1. Fredery, Principes de droit commercial belge, T. III. Gand, 1934.

(十四)關於埃及破産法者：

1. Abd El-Fattah El-sayed hay et mare Desserteaux, Traité théorique et pratique des faillites en droit égyptien, Rousseau, Paris, 1932.

(十五)關於日本破産法者：

1. 加藤博士 破産法研究 一卷乃至八卷
2. 同上 和議法要論
3. 同上 破産法講義
4. 同上 破産法要論
5. 齋藤博士 破産法及和議法研究 一卷乃至八卷
6. 同上 和議法論
7. 同上 日本破産法

15. 14. 13. 12. 11. 10. 9. 8.

金井學士	阿部學士	前野判事	同上	竹野判事	井上教授	青木博士	松岡博士
------	------	------	----	------	------	------	------

破產法手續詳解	破產法原論	破產法學粹	和議法原論	破產法原論	破產法綱要	破產法說明	破產法論
---------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	------

本論

第一編 總則

第一章 破產及和解之要件

對債務人宣告破產或進行和解，須具備特別條件。稱此條件為破產或和解要件。其數凡六：（1）能力要件，（2）實質要件，（3）形式要件，（4）經濟要件，（5）理由要件，（6）其他要件，依次說明如下：

第一節 能力要件

能力要件云者，即能受破產宣告或許可和解者之資格也。破產法為民事訴訟之特別程序，故有當事人能力者，應有破產或和解能力。又破產手續有一般而強制執行之性質，則有權利能力者，應有破產或和解能力，試析述之。

（1）自然人 依法理言之，凡屬自然人，不問是否為未成年人，為妻，以及他無行為能力

者，亦不問其人之職業如何，均具有能力要件。但在探商人破產主義之立法例，則以商人爲限。又即在探一般破產主義之立法例，亦不無一二例外。

美國破產法第四條二項規定工資勞動，其每年所得報酬在一千五百美元以下者，及農地勞作者無破產能力。（註一）

在英國破產法上，未成年人依原則無破產能力。（註二）良以未成年人有效負擔債務之場合至少故也。但未成年人如以詐欺手段負擔債務，則債權人得於未成年後聲請破產。

（註三）

又對於精神病患者，是否雖無監護法院之許可，亦得宣告破產，不無問題。蓋對於精神病患者，似未可能想像其能以詐害之故意爲破產之行爲也。但苟經監護法院之許可，要得對精神病患者宣告破產。在此場合，精神病患者由善意保佐人代理之。（英破第一四九條 A B A）

美國破產法規定之例外，想以工資勞動者與耕作地勞動者所入無多。僅足供其最低生活之用，即許有破產能力，亦全無實益可言也。英國破產法規定之例外，則全由其所定之破產原因：以犯有破產行爲爲限。未成年人及精神病患者通常無犯破產行爲之可能。故不含有破產能力。至德意志法系及我破產法以支付不能爲破產之原因。即未成年人或精神病患者，不能謂無支付不能之狀態，因無例外之可言。又拉丁法系既僅限商人始有破產能力，則未成年人及精神病患者，原不得經營商業，故亦不成問題。（註四）

(2) 法人 法人通常分公法人與私法人兩種：

(A) 公法人 對於國家或省、市、縣等自治團體以及公共團體，不能宣告破產。在國家或自治團體爲私法上之權利義務當事人時，雖可爲訴訟當事人而擔任訴訟，但不能成爲受破產宣告之當事人，蓋苟對於國家及自治團體，進行破產程序，實有妨統治上及政治上之活動，至不能達其本來之目的。且於必要時，尚可依其監督作用，以其他方法救濟，亦無須宣告破產。至公共團體，情形亦復相似。非真謂此等公法人無破產能力也。(註五)

(B) 私法人 民商法上之法人，有破產能力。(註六)(註七)似無可疑。但亦未便一概而論。在英國有法人人格之公司(Companies)，僅得依法院命令施行一種類似破產之清算程序。(註八)其無法人人格之人的組合(Partnerships or firm)，反有時得被宣告破產。(註九)美法則列舉：種植企業，鐵路公司，保險公司，銀行，建築或抵押企業有團體(註一〇)形式者，均無破產能力，而在探商人破產主義之拉丁法系，又限於對商事公司，始得宣告破產焉。

如上所述，私法人除一、二特殊立法例外有破產能力，則已因破產以外之原因而解散，在清算範圍中，視爲存續之法人，應亦有破產能力。至清算中之法人是否有和解能力？外國判例學說，尚不一致。日判例採肯定說。(昭和九年七月九日大審院決定，判例集一三卷一六號一三一頁)學者多非議之。(加藤博士法協五三卷一號一五四頁)我人以和解目的既在預防破產，故凡有破產能力，均應認有和解能力。清算中之法人，殊無列爲例外之理由。

又在設立無效之公司，因事實上尚認爲公司存在，其有施行破產程序之必要時，亦認爲有破產能力。（註一二）依上述同一理由，其有和解能力，有不待言。

（C）繼承財產 繼承財產有無破產能力，不無問題，多數立法例均直接間接規定得對之宣告破產。（破第五九條，德破第二一四條，奧破第六九條，南破第六八條，日破第一二九條，我民四破草第三條）但日本大審院則作否定之判例。（昭和六年十二月十二日決定，判例集第十卷一二二五頁）加藤博士根據成文法上之解釋，指其不當。（法協第五〇卷第八號一七一頁以下）我人以爲不論從法理言，或從實用言，均以肯定說爲便。（註一三）

繼承財產有破產能力固矣。又是否有和解能力，立法例頗不一致。奧和解法一條三項，向和解法一條五項，比和解法一條二項，採積極之規定。日和解法一二條二項採消極之規定。（註一四）我破產法對於繼承財產之破產，不規定之於第一章「總則」，而規定之於第三章「破產」，想亦否認繼承財產之有和解能力。（註一四）爲貫徹和解程序之目的計，我人殊未敢以爲是也。

第二節 實質要件

關於破產及和解之原因，英美法採列舉主義，大陸法採概括主義。（註一五）學者試求英法採列舉主義之理由，以爲古代法原認破產爲一種犯罪。固有詳細規定其行爲之必要。嗣後破產程序之刑事性質雖歸消滅。但此主義仍爲法律所維持。（註一六）其說是否可信，姑不具論，請一述

英美法規定之梗概。

英破產法第一條規定之破產行爲凡八。美破產法第三條所規定者爲六。加拿大破產法第三條爲十。巴力斯坦破產法第三條爲七。學者通常分之爲三類：(1)關於債務人本身積極或消極之事實。(2)關於債務人移轉其財產之事實。(3)關於債務人信用動搖之事實。(註一七)但列舉主義不獨欠缺彈性，又不免有掛一漏萬之譏，用爲我破產法所不取。(註一八)本書因亦不復作更詳細之討論焉。

大陸雖一般的採取概括主義，但亦有程度上之差別。在採商人破產主義之立法例，唯以停止支付爲破產及和解之原因。(法商四三七條司法清算法一條，意商六八三條，比商四三七條和解法三條，西商八七四條，摩商一九七條，暹破七條，埃商一九五條混合商二〇二條。)在採一般破產主義之立法例，則以支付不能爲破產及和解原因，停止支付者推定其爲支付不能。(德破一〇二條和解法一條，奧破六八條和一條，南破六七條和一條，日破一二六條和一條，我民四破章第一條現行破一條。)在採複制主義之立法例，以停止支付爲商人破產之原因，而以支付不能爲一般人破產之原因。(匈破二四四條債務清理法八四條)請先釋明支付不能與停止支付意義之大概，更進而論立法不同之理由。

支付不能者，即債務人不能支付債務之客觀狀態也。詳言之，一般人之償還力，由財產，信用，技能三者合併構成之。盡此三者之力，而難於償還其所負債務，是其實際上之融通，已

陷絕境。即所謂支付不能也。

支付停止者，債務人以不能支付債務之意旨對於一般人所表示之主觀行為也。（註一九）例示之債務人向多數債權人以書面或口頭通知或揭示或倒閉逃亡以表示不能支付者，縱債務人具有技能，信用或可變易之財產，實際上之融通，本未陷於絕境，乃竟表示停止支付。仍非支付不能，仍不失為停止支付也。（註二〇）

商人得盡力發揮其信用，故融通力每較一般人為大。在客觀上不易窺知其支付不能之狀態。但一旦表示停止支付，實際上必已陷於支付不能無疑。故採商人破產主義之立法，唯以停止支付為破產之原因。至一般人之融通力類多不及商人，客觀上支付不能之狀態易於顯露，而表示停止支付，實際上卻又未陷於支付不能者，故採一般破產主義之立法，以支付不能為破產之原因。對於停止支付者，推定其為支付不能。俾債務人於相當場合得以反證推翻之。

按債務人不能以其財產償還所負之債務者，謂之債務超過。日耳曼法系原則上以支付不能為破產原因，而例外則及於債務超過。（德破二〇七條二一三條二一五條，奧破六九條，南破六八條，日破一二七條一二八條）（註二一）蓋在自然人之債務償還力本由財產信用技能三者構成，就令其債務已超過財產，尚可藉其信用技能籌措償還。故得僅以支付不能為破產原因，他如以物的資本為成立要件之法人（如股份有限公司股份兩合公司）或雖為人的團體，（如無限公司兩合公司）當解散後在清算範圍內視為存續之法人，以及繼承財產。其清償債務之基

健全在財產。債務一旦超過，而尚未陷於支付不能之狀態，倘不即宣告破產，債務人之損失，必無形增加也。我破產法五九條所謂遺產不敷清償被繼承人之債務，亦即以債務超過為繼承財產破產之原因。但對於法人則無相當之規定，不能謂非立法之疏漏也。（註三二）

日和解法一二條二項明定繼承財產無和解能力。我破產法依前述理論亦同。是對於繼承財產根本無和解原因之可言。

第三節 形式要件

債務人雖具有破產或和解之原因，不問為破產行為，支付不能，停止支付或債務超過，均不得謂已有破產或和解程序之開始。必經管轄法院以裁定宣告，始為手續之進行。而裁定之宣告，通常由於債權人或債務人之聲請，其依職權者，則屬例外。俟於相當處所述之。

第四節 經濟要件

破產為對於債務人所有財產為一般的強制執行，俾給予各債權人以平等分配之程序。和解為債務人提出方案及提供履行其所擬清償辦法之擔保，以請求債務人讓步，了結債務之程序。倘債務人一無積極之資產，則破產或和解均無進行之必要。蓋此等程序對於債務人之財產而開始，絕非對其自身而開始也。

或謂在關於破產財團探膨脹主義之立法，對於無資產之債務人宣告破產，不能謂無實益。良以宣告後破產人取得之資產應歸破產財團故也。此說似是而實非。蓋因債務人無資產而不爲和解或破產程序之開始，藉此可省無謂之費用與光陰。倘債務人一旦因繼承贈與或其他原因而取得財產，仍得對之進行程序，初無不便之可言。倘明知債務人全無財產，仍爲程序之開始，懸案不結，以癩待其或能取得資產，是眞守株待兔之流也。

和解或破產因債務人無資產而不開始者，關於刑事方面，應視爲開始。(註二三)

第五節 理由要件

債權人於債務人不能償還其債務時，原得依強制執行程序，以求滿足。但於債務人不能清償其總債權人之債權時，爲顧及多數債權者相互間之利害衝突，以保持其平等之滿足計，於有破產程序之適用。故債權人如僅僅一人，則適用強制執行法規已足。顯無開始破產程序之理由與必要。和解情形，亦復相同。立法例有明定以多數債權人之存在爲破產程序開始之要件者。如奧破產法七三條，匈破產法八七條，南破產法七六條之規定是。(註二四)有明定債權人雖僅一人，亦得開始程序者，如智利商法一三四二條一項之規定是。其他無明文之立法，判例學說不乏採前之解釋，(註二五)但亦有主張應從後之解釋者。(註二六)殆以多數國之法律，對於宣告破產者不僅就其財產上予以處分，此外尚須爲許多身份上之限制；不必以多數債權人之存在

爲必要條件者，欲以維持身份上之限制，且從實際上之便利歟。要與法理不相容也。

第六節 其他要件

英吉利破產法採和解先試主義，是以破產程序之開始以和解不成立爲要件。多數立法例規定和解經裁定開始後，不得爲破產之聲請。（日和解法一五條，南和一二六條，奧和十條，德和三一條，匈和二三條，波蘭預防破產法一〇條。）然則破產之開始，雖不如英法以和解不成立爲積極的條件，卻以未經許可和解爲消極的條件。我破產法規定，破產之聲請，雖在和解程序中亦得爲之。（五八條一項前段）是與其他立法例全不相同。但同法又明定如法院認有和解之可能時，得駁回破產之聲請。（五八條二項但書）是我法又以無和解可能爲破產成立之要件矣。和解目的既在預防破產，則和解之成立，須在前無破產之宣告。各國立法例，不問有無明文，均無容疑。（日和一六條）（註二七）

和解之適用，立法例有明定限於不幸及善意之債務人者。（埃及混合商二〇五條）（註二八）其他立法例雖未明定此旨，但於債務人因詐害行爲受徒刑宣告之場合，均規定不得享受和解之利益。（德和二三條二三條，奧和三條，匈和六條，日和一八條，羅和三條，意一九三〇年法律二三條，我破一〇條。）是顯以債務人善意爲和解成立要件也。

（註一）英破產法第四條原文爲：「除工資勞動者及農作地勞動者……依同法第一條二十七款解釋；工資勞動

者應指爲報酬額，每年不過一千五百元之工資，薪水或儲金而工作之人。』

(註二) *Rox V. Cole* (1709) 1 *Ld Raym* 419, *Holtsworth, A History of English Law*, VIII p. 257 所引
In Re A and M (1926) 1 ch. 274, *Annales de droit commercial*, 1930, p. 86.

(註三) *Per Jessel, M. R., in Ex parte Jones* (1881) 18 ch. D. 109, 120-121 (C. A.) *Gutteridge, contract and commerce* (Law Quarterly Review 1935 p. 99)

(註四) 比判時一八八九年十月十七日判決認未成年年人無破產能力。(Journal des faillites 1889 p. 508) 學者釋此判例亦以爲採商人破產主義之結果。(T. Léh op. cit., p. 117)

(註五) 學者具有主張得對公法人宣告破產者，唯爲公共利益計，不使之喪失人格而已。(T. Léh op. cit., p. 116)

(註六) 無限公司及兩合公司破產後，負無限責任之股東，是否當然的須宣告其破產？於此有相反之立法例：埃及商法二二條以下，混合商法二八條以下，瀛商法八四七條爲積極之規定，匈破產法二四九條，南破產法七四條，則爲消極之規定。法國學者多根據法商法四五八條二項：『如遇無限公司破產時，封條除在總公司黏貼外，並須於各股東之住所分別爲之。』之規定，爲商同一之解釋，(Lyon-Carnet *Traité de droit commercial*, T. VIII No. 1147; *Renault, Traité des faillites et des banqueroutes*, T. II, p. 133) 判例亦然。(C. Cass. 21 juin 1893, S. 1900. 1, 85.) 法最新學說，則力主應從匈南等法規定之旨趣。(Pic, *Faillites des sociétés commerciales* p. 2) 我破產法雖無規定，應從消極說，似無疑義。

(註七) 劉朗泉教授謂：『至法人中，是否不問其種類，概得受破產之宣告，立法例及學說上有肯定否定二說。但我破產法對此既無限制明文，自以解爲應從肯定說爲是。惟余則以爲法人在法律上雖有人格，可自爲權利義務之主體，但其對外債務之清償，仍未能概以其財產爲限。例如無限公司雖爲法人，其債權人所得求償之對象，不限於公司之財產。即無限責任股東私人之財產，亦得對之請求清償。苟認無限公司可以宣告破產，依破產法之原則。債權人之債權經由破產財團受分配後，尙未能受清償之部份者，其請求應視爲消滅。則無限公司債權人未能由公司財產受清償之部份，特無自由由公司股東受清償之可能。而本負無限責任之公司股東，亦將因破產法之規定，而不復負無限責任矣。但若以如

此解釋爲不可，而令債權人將其未能由公司財產清償之債權，得再向各無限責任股東，請求償還者，則此項破產程序，將變爲一種清算程序，不復有一般破產程序之效力矣。故余以爲與其用不合學理之說，勉強解釋現行法，尙不如民國四年之破產法草案及民國二十三年司法行政部破產法草案，逕以明文規定：無限公司及兩合公司不得宣告破產之爲愈也。

註四：民國四年北京法律編查會所編輯之破產法草案第二條：對於法人不能清償債務者，亦得宣告破產。前項規定適用於無限公司及兩合公司之存立期內（下略）。民國二十三年司法行政部破產法草案第二條：「對於法人之現存財產不敷清償債務者，亦得宣告破產。前項規定，於無限公司及兩合公司不適用之。（下略）案此種規定，顯然與公司法不合，公司法第四六條規定無限公司得因破產而解散；又第六三條規定無限公司財產不足清償其債務者，清算人應即聲請宣告破產。又第七一條規定除本章規定外，（按即關於兩合公司之規定）準用第二章之規定。（按即第二章關於無限公司之規定，無限公司可以因破產而解散，因財產不足清償債務聲請宣告破產，兩合公司應亦相同）唯公司法此種規定，是否妥善頗有問題，吾人不能因上述草案規定與公司法不合，即謂草案之規定無理由也。（中國商法五〇二頁至五〇五頁）劉氏於此，顯有重大之錯誤。查民四破產二條一項雖意義較晦，但立法之意，所云法人不能清償債務，係指債務超過而言。蓋在純以財產爲基礎之法人，債務超過，亦當爲破產原因之一。倘不如是解釋，則同案一條一項已規定對於不能清償之債務人得宣告破產。二條一項已成贅文。何必爲此雷同之規定乎？（參照本章下節註七）查二項規定，所云前項規定不適用於無限公司及兩合公司之存立期內。蓋以無限公司及兩合公司所謂人的公司，在公司之外，原有無限責任股東。因此股東之本身之償還資力，原可供於作償還公司債務之資料，故各股東之信用，每每於公司之償還力，能給以良好影響，而獲得金融上之周轉。因此，此項公司在尙未陷於清償不能時，縱已債務超過，亦無須宣告破產，但此項公司如已依他項原因解散，而在清算中時，其不能以現存財產清償債務者，與其進行普通之清算程序，毋寧採取嚴格的破產程序，以維債權人間之公平而完結債務。故在清算中之無限公司及兩合公司債務超過時，亦無妨宣告破產。（齊藤博士日本破產法六三頁四頁張知本氏前揭二四五頁）倘如劉氏主張該條二項規定無限公司及兩合公司無破產能力。試問「存立期內」將作何解釋？豈法律不許存立期內之無限公司及兩合公司宣告破產，卻許清算中之無限公司及兩合公司宣告破產乎？至民國二十三年司法行政部破產二條：「對於法人之現存財產不敷清償債務者」，字義明瞭，正指債務超過而

言。同條二項規定「不適用於無限期公司及兩合公司」，正言此等公司不以債務超過為破產原因也。日破產法第一二七條：「對於法人不能以其財產清償債務時，亦得宣告破產。前項規定，於無限期公司及兩合公司之存立中，不適用之。」使劉氏讀之，亦必為日破產法規定無限期公司及兩合公司不得宣告破產矣。日本學者卻未有作如此奇妙之解釋者。劉氏云：立法例與學說有肯定否定二說，惜劉氏未曾指出，至不能一廣見聞為憾。或謂一二學者曾主張在英國，人的公司不受破產之宣告，又英一九一五年之破產通則第二八八則禁止對於人的公司宣告破產。劉氏所謂否定的立法例學說，殆即謂此。竊云不然。蓋在英國，人的公司無法人人格，即有法人人格之財的公司，亦無破產能力。故主張人的公司不受破產之宣告，乃主張所有公司不受破產之宣告。通則禁止對於人的公司宣告破產，但究無法律效力。現行英破產法卻准許對於人的公司施行破產手續。（註八九參照）可知絕非所謂「在法人中是否不問其種類，概得受破產之宣告，立法例及學說有肯定否定二說」之否定的立法例及學說，彰彰明甚。第日破產法亦列入劉氏所謂否定的立法例否？則不得而知。至劉氏所以主張無限期公司及兩合公司不得宣告破產，其理由亦復奇妙。無限期公司及兩合公司有獨立之人格，與無限責任股東原係兩人。破產法上之原則，債權經由破產財團受分配後，未受清償之部份視為消滅。乃僅對無限或兩合公司視為消滅。何至有無自由由公司股東受清償之可能，以及本負無限責任之股東將因破產法之規定，而不復負無限責任之事乎？且自我公司法第一二五條：「公司財產不足清償債務時，由股東連帶負其責任。」之規定觀之。股東不過居於保證人之地位。（王效文師中國公司法一五三頁）充劉氏之說，保證之債，其債權人所得請求之對象，不限於主債務人，即保證人亦得對之請求清償。因之亦可不認主債務人有破產能力矣。爾竟許主債務人得宣告破產，依劉氏之意，必謂：「依破產法原則；債權人經由破產財團受分配後，未受清償部份，請求權視為消滅。債權人將無自由由保證人受清償之可能矣。本負保證責任之保證人亦將因破產法之規定而不復負保證責任矣。試問有是理乎？至劉氏謂：「今債權人將其未能由公司財產清償之債權，得再向各無限責任股東請求清償者，則此項破產程序將變為一種清算程序，不復有一般破產程序之效力矣。不知何所見而云然。我公司法第六二條「公司財產不足清償其債務時，清算人應即聲請宣告破產。」日破產法第一二七條二項我民四破產法第二條一項，反對解釋清算中之無限期公司或兩合公司債務超過時，得宣告破產。是原在進行中之清算程序，尚須變為破產程序。依劉氏之意，此種破產程序，不復有一般破產程序之效力，將為一種清算法程序，然則

法律又何苦必爲此一換湯不換藥」之舉乎。且施行破產程序，正所以維持債權人間之均平兼期促速了結公司之債務。不足之額，再向各股東請求償還，乃係另一問題。何嘗無一般破產程序之效力，又何嘗將變爲一種清算程序乎！

(註八) Perceon, A, Lois actuelles et projets récents en matière de sociétés par actions, (Allemagne, Angleterre Italie) Paris, 1933, p. 321-326; Ströckhemberger, J., Sociétés Anonymes de France et de Belgique, Paris, 1933, p. 229-276; De Mello, A., La législation des sociétés en droit anglais, Paris, 1931; Stichel, A., Company law and precedents, London, 1929, T. II, Lois britannique du 10 mai 1929 sur le sociétés par un groupe de membre de la société de législation comparée, Paris, 1933, p. 113-144; Smith J. W., A compendium of mercantile law, London, 1931, p. 130-137, 141; Curri A, manuel de droit civil et commercial anglais, II, p. 372-402.

(註九) Perceon, J. 於此持反對之見解，略謂：「在英國，破產不僅不能適用於無人格之組合，抑有不能適用於有人格之公司。不少的明文規定，無人格組合之各份子 (Partners) 各自獨立受破產之宣告。(Des failles, 2^e éd., T. I, No. 63 septimo, p. 112-113; 1^{re} éd. TII No. 1607 bis p. 610; Perceon, J., 並引英破產法一二六條。『管財命令不得對依一九〇八年公司法(現行公司法爲一九二九年)註冊之組合或合夥或公司頒發之。』以實其主張。『管財命令不得對依一九〇八年公司法(現行公司法爲一九二九年)註冊之組合或合夥而言。』至受一八九〇年組合法 (Partnership act) 支配之組合，證之英破產法一一九條：『股東二人或二人以上以組合名義 (Partnership name) 營業者，得以組合名義 (firm) 根據本法起訴或被訴』之規定。可知絕無不許對之頒布管財命令之理由也。(Williams, Law and practice in bankruptcy p. 443) 此種普通法之排斥，除立法外，亦有由司法爲之者。判例常認組合之財產爲完全獨立之財產，與組合各份子之財產無涉。(Ex parte Crowder (1715), 2 Vernon 703 Holdsworth, op. cit., VIII p. 243 所引, Ex parte cook (1788), 30. Wing 500, Williams, op. cit., p. 197 所引, Ex parte Sillibee (1760), 1 Gil and J., 374, Lord Hatherley in Manson v. Gordon (1876) 1 App. cas. 103-203 所引) 可以證明。至一九一五年英破產一般通則第二八八則「對於組合之破產，僅能對於其各份子爲之，」雖與普通法相合，要尚非

正式法律也。

(註一〇)所謂有團體形式 (corporation) 者，即具有有限性質之公司也。

(註一一)加藤博士研究三卷四〇三頁同五卷六五六頁以下，關於設立無效之訴與破產之關係。岡博士研究七卷四四頁以下，岡五四二頁以下岡博士對於大審院昭和五年六月十二日判決(判例集八卷五四三頁)之批評。研究八卷三二八頁以下，岡博士對於岡判決之批評，民事判例法十卷一八五頁以下。

(註一二)松岡博士破產法論三一八頁以下三二六頁，曾野氏原論下卷五二七頁，齋藤博士訴訟手續一〇〇頁以下。

(註一三)日本和議法排除遺產有和解能力，學者間頗多非難。藤藤博士日本和議法論上卷一九五頁以下。

(註一四)劉陸氏律師謂：「至關於遺產不敷清償被繼承人之債務，不規定於總則，俾得適用於和解。唯規定於破產章，視遺產之不敷清償被繼承人債務，僅得為破產原因。換言之，遺產不許適用和解。揣其理由，無非以和解應着眼於和解人之信用及誠實而決定之。遺產乃單純的財團，就如此而為和解，殊不合乎和解本旨。若果如是，則民法上的財團法人或股份有限公司皆非以個人信用及誠實為基本者，則其陷於支付不能或困難時，亦將不能利用和解之程序也。其不合理，更不待言。」(評破產法草案初稿載法學叢刊三卷五六兩期合刊破產法專號)王仲桓氏謂：「依我國破產法遺產既可宣告破產，而亦無排除遺產破產時，不得為調協之規定，是以如准其和解能力，亦無不可。」(破產法要論二)其說可供參考。

(註一五)土耳其破產法一七七條，有左列情形之一者，債權人得於提起訴訟以前請求宣告破產：(1)如債務人住所無所查考或有逃避作弊情事，或於訴訟中隱匿財產，足以損害債權人之利益者，(2)如債務人業已停止付款者，(3)如有第三〇一條之情形者，(4)如債權案業經判決並已發出支付命令而未予償付者。一七八條：債務人得聲明無給付能力請求管轄法院宣告破產。是對於債權人聲請之破產，採列舉主義；債務人聲請之破產，採概括主義。

(註一六) Marnol, op. cit., p. 103.

(註一七) Gordere, Modern law of real property, p. 392; Law of England, II. No. 19, p. 13; Lyon-cæen, Lois anglaise sur la faillite du 25 aout 1833, p. 3.

(註一八)劉即泉教授謂我破產法依職權而宣告之破產取列舉主義。其言曰：破產宣告必有一定之原因，此一定之原因在各國破產法上，有取列舉主義者，如英美諸國，有採概括主義者，如大陸諸國，殊不一致。我破產法對於因聲請而宣告之破產取概括主義，依職權而宣告之破產取列舉主義。下列七種原因中(1)(2)兩種皆以不能清償或不敷清償爲破產之原因，係屬概括之規定。(3)至(7)五種則爲列舉之規定。(1)債務人不能清償債務……(破一條五七條)(2)遺產不敷清償被繼承人之債務者。(五九條)(3)債務人在和解程序中有違反監督之情事，經監督人報告法院，復無正當理由不到場，或關於其行爲不能說明正當理由者……(二〇條)(4)債務人經通知後無正當理由而不出席債權人會議……(二四條)(5)法院駁回和解之聲請或不認可和解者，(三五條)(6)法院撤銷和解者，(五〇條)(7)在民事訴訟程序中或民事執行中法院查悉債務人不能清償債務。(六〇條)(前揭五三四頁三五頁)又未免遺誤。我人須知依職權宣告破產之條件與依聲請宣告破產之原因。絕對的爲兩事。我破產法於職權宣告破產之條件，縱得謂係列舉之規定。但與依職權宣告破產之原因，絕不相干。劉氏所舉(3)至(7)。實非關於破產原因之規定，又何從據爲採列舉主義之論據乎？

(註一九) Bartsch, Grundriss des Anzeigens und Konkursrechts, S. 7; Lehmann, Kommentar zur Osterreichischen Ausgleichsordnung, S. 19; Heilbron und Pick, Grundriss des Zivilprozess und Konkursrechtes II, S. 216; Sydow und Busch, Konkursordnung und aufhebungsrecht, ad. § 102. 加藤博士研究一卷一三九頁以下，二卷三一〇頁，四卷四四二頁，五卷三一八頁。梅博士法學協會雜誌二二卷三號五號，齋藤博士研究一卷五〇頁以下同博士訴訟手續一六五頁以下，松岡博士破產法論三五九頁以下，前野氏破產法學粹一五一頁以下。

(註二〇)不能清償或停止支付之債務，是否以金錢的爲限頗有爭論。主肯定說者，加藤博士說義二五頁，張知本氏前揭二四九頁王仲桓氏前揭一六頁，主否定說者，齋藤博士研究一卷五六頁，我人竊從後說。

(註二一)民四破產法草案二條：法人不能清償債務者。三條：繼承財產不能清償繼承債務者。依同案同條二項：前項規定不適用於無限公司及兩合公司之存立期內……之規定觀之，立法者之原意乃以債務超過爲法人與繼承財產之破產原因，終以措辭之不當，至與同案一條：債務人不能清償其債務……全無區別，不能無識。(張知本氏前揭二二頁二四

三頁二四四頁) 日破法一、二七條：法人不能以其財產清償債務……；民二十三年司法行政部破草二條：對於法人之現存財產不敷清償債務……現行破產法五九條：遺產不敷清償被繼承人債務……或增「以其財產」字樣，或云「不敷清償」。詞明意晰，絕無混淆之虞矣。

(註二二) 曼英師謂商揭八頁，劉陸民律師前揭論文，羅蓉生氏論破產法草案初稿規定的和解與破產原因。(法學叢刊三卷五期六期合刊)

(註二三) T. Ish. op. cit., p. 51. 民四破草三四條。但約法則與此相反，Katona, A Szatorvény-kezikonyve, ad. § 87. p. 193.

(註二四) 兩破產法於規定以多數債權人存在為必要條件之原則，設有例外：即雖僅有債權人一人，如債務人行為有可撤銷之場合，亦得開始破產程序。蓋撤銷之結果，被撤銷之相對人，亦往往取得債權人之資格故也。但如撤銷之訴被駁回時，破產程序應依同法一七八條結束之。

(註二五) 松岡博士破產法論上卷三七九頁以下，竹野氏破產法原一五二九頁以下，齋藤博士研究一卷四三頁以下，日本破產法六五頁以下，破產手續三〇頁以下，日本橫濱地方裁判所大正十三年五月八日決定(法律新報二四〇二號四頁)，大審院萬三民事部大正十四年三月二十四日決定(法律新報二四〇二號一八頁)，鹿兒島區裁判所大正十五年五月三十日決定(法律新報二五八三號一六頁)，王仲桓氏前揭五三頁一七一頁。

(註二六) 德 Kolber, Lehrbuch des Konkursrechts, S. 63; Heitpon und Pick, op. cit., § 216; Sydow und Fensch op. cit., ad. § 102 note 1 及其所引判例。

法 Lyon-Caen et Renaut, Traité, T. VII. No. 96; Perceron, Les faillites No. 276. 米朗高等法院(Cour d'Appel de Milan)一八八二年六月二十八日判決(Journal de droit international privé, 1883 p. 476).

日加藤博士研究一卷一一六頁以下，同八卷二八〇頁以下，(批評上引橫濱大審院等決定)二二七頁以下(批評上引鹿兒島之決定)，二七五頁以下。大審院昭和三年十月二日決定(判例集七卷一一號七六九頁)，井上教授法學論叢十九卷八八二頁以下。

(註二七)加藤博士和議法要論四五頁。

(註二八)埃及混合法院判例，認不幸及善意爲必要的條件，如不具備此項條件，雖當事人雙方之利益，仍不得爲和解之開始。(21 MARS 1903 XVIII 183)

第二章 破產及和解之管轄

(一)事務管轄 破產或和解事件應屬何種法院管轄？立法例原不一致。在無商事法院之國家或以之歸民事法院管轄。(意商六八五條，(註一)日破一〇五條和三條。)或以之歸特別法庭受理。(英一八七五年八月十一日法律九條(註二))其他有商事法院之國，其採商人破產主義者，則規定專屬商事法院管轄。(法商四四〇條，土破一五六條，羅和一條)其採一般破產主義者，有使之專屬於民事法院者，如德破產法七一一條是。有依債務人之性質使之分屬於商事或民事法院者，如匈破產法七二條，奧破產法六十四條，南破產法六三條六四條是。我國既未設有商事法院，又採一般破產主義，應歸民事法院處理，自不待言。

又該項事件應歸何級法院管轄，立法例亦復紛歧。規定由區法院管轄者，如德，日，波斯，摩洛哥法是。(德破七一條，日破一〇五條和三條，波商四一三條，摩商一九八條)規定由地方法院管轄者，如巴力斯坦法及日舊法是。(巴破八八條，日舊破九七八條，舊裁判所構成法二八條)規定由高等法院管轄者，如英法是。(英破九六條)規定由最高法院管轄者，如海峽殖民地加拿大法是。(海破八六條，加破一五二條(註三))在劃歸上級法院管轄之理由，以爲破產事件，程序複雜，關係重大，自應屬於上級法院管轄，以昭慎重。在劃歸下級法院管轄之理由，

以爲破產事件，貴乎迅速處理。否則破產人之財產，不免有隱匿或消失之弊。故應屬於下級法院，以期速結。我國自實行三審三級以後，即無所謂初級法院，關於破產或和解事件，我破產法規定由地方法院管轄之。（二條）（註四）

（二）土地管轄 關於破產或和解事件，英破產法第一百條規定：「各法院有破產事件之最初裁判權者，應有全英國之裁判權」是無所謂土地管轄。（註五）但多數立法均有明白規定，分述於左：

（甲）主營業所在地 債務人爲營業者時，（註六）以管轄主營業所所在地之法院受理破產或和解事件。（註七）（註八）所謂主營業所者，即債務人經營營業之本據地，亦即債務人之經濟生存之中心點。依其所在地定破產或和解審判籍者，蓋因和解或破產均以債務人之總財產爲對象，而非以債務人所有各支店之營業狀態爲對象也。若在外國有主營業所時，依在本國主營業所定之。若債務人經營數種不同之營業，得由其中一業之主營業所所在地法院管轄，一旦經該法院受理宣告後，其效力及於該債務人全部營業之資產。（註九）

（乙）住所地 債務人無營業所者，由住所地法院管轄。（註一〇）良以人之經濟生活，通常皆以其住所爲本據地也。

（丙）財產所在地 無前述管轄法院者由債務人主要財產所在地之法院管轄。（註一一）（註一二）（註一三）（註一四）至其財產是否主要，應依交易觀念定之。

以上關於破產或和解之土地管轄，立法例除小有出入外，大體具相同也。(註一五)

(二)專屬管轄 破產和解事件之管轄，係專屬管轄；不得依當事人之管轄合意而左右之。(南破一八五條二項)因之法院對於該事件，有依職權調查其管轄權之必要。其管轄權之有無，以聲請和解或破產時為準。(註一六)

至於和解或破產之聲請，爲管轄錯誤時，無管轄權之法院，是否應依職權裁定移送有管轄權之法院？在日本依破產法一〇八條民法三〇條之規定，應予移送。(南破一八四條我舊民法二八條同)依我現行破產法五條民法二八條之規定，則必須依聲請人之聲請，始得爲移送之裁定；此其不同也。(註一七)

又依我破產法規定有法院之和解與商會之和解之區別，此處既係定和解法院管轄之標準，則所謂和解，當然專指法院之和解而言，不包括商會之和解在內。

(註一)意一八八八年一月二十五日法律取消商事法院。

(註二)英一八七五年法律施行至一八八三年止。參照 Lyon-caen, La loi anglaise sur la faillite, introduction, p. 34.

(註三)加拿大若干省破產事件之管轄歸高等法院。(加破一五二條)

(註四)劉蔭民律師謂：「在三級三審制下之地方法院，即上所謂初級法院。則我破產法初稿，關於和解及破產的法院管轄制度，自採取德日之制，即亦與吾人之主張相違。我人姑無論現在我國地方法院之推事，非盡老練可靠，即就處理之事件論之。假令有法人破產，而法人之事業，遍布全國，或遍布各大都市，其關係於社會經濟，何等重要。必欲以一人而當處理之衝，決非善良之制。故予主張於總則章第二條，應有因事務大小而異其管轄的規定。」(前揭論文)

此種考慮，不能謂無參酌之價值。第六「必欲以一人而當處理之衝」，似嫌無據。蓋依我法院組織法三條：「一地方法院審判案件以推事一人獨任行之，但案件重大者得以三人之合議行之」之規定觀之。重大破產事件，未始不可由合議庭處理也。

(註五) *Journal de droit international privé* (Muntz) 1887, p. 511.

(註六) 竹野氏和議法原論(二)一頁，齋藤博士和議法原論(下卷四頁註一)：「營業者，即經營廣義之業務，廣以之爲財源之收入者，是以不專限於商人農人工人，亦可謂經營人者也。」

(註七) 若干立法例雖未規定主營業所之「主」字樣，但判例則探同一之見解。埃及混合法院 A, 6 Mai 1908 B, XX 205.

(註八) 南破產法六三條：對於無限責任股東破產事件，其宣告或與公司破產同時或在其程序進行中爲之者，對於公司有管轄權之法院有管轄權。

(註九) 法 (註字) *Cass. civ. 13 déc. 1911 Journal des faillites, 1912, 5. 埃及 Comm. Alex. 18 déc. 1911, Gaz. II-45.*

(註一〇) 德破產法七一條後段：若無此項營業所時，以其共同債務人之普通法院管轄之初級法院管轄之。日破產法一〇五條後段：如非營業人或無營業所時，專屬管轄普通審判籍所在地之區法院管轄。我民四破產法草案一一一條後段：若無營業所時，以債務人普通審判籍所在地之地方審判廳管轄之。均不如現行法二條規定由債務人住所所在地法院管轄，其故安在？良以債務人如無住所，依普通審判籍，尚得由居所地法院或首都地方法院受理。倘僅規定專屬住所地法院管轄，試問債務人，祇有居所時，將何以濟其窮乎？以立法，不能謂非粗疏也。

(註一一) 日破產法一一七條：「……專屬於管轄財產所在地之法院管轄。……二個以上之法院有管轄權時，專屬於先受破產聲請之法院管轄。」我民四破產法草案一一一條一一三條規定略同。但如債務人在甲地有不動產甚多，在乙地僅有少數動產。而乙法院先受破產之聲請。在此場合，必云甲法院無權管轄，必須由乙法院管轄，不徒於理難通，事實上亦多困難。我現行破產法二條二項規定專屬主要財產所在地法院管轄，允稱進步之立法。

(註二)民四破草一二條二項後段：以債務人所有或利益貸借之不動產所在地之地方審判廳管轄之。然則如爲僅有動產債權而無不動產者破產時，將何以定其管轄乎？現行法易以「主要財產」字樣，實較允洽。

(註三)我現行破產法以財產二字總括動產不動產債權等，唯債權乃係無形之物，究以何地爲其所在地，似以明文規定爲宜。故日本破產法一〇七條二項特定明以得爲裁判上請求之地，視爲債權所在地。我破產法未有相當之規定，似欠周備。

(註四)日破產法一〇六條。關於繼承財產之破產事件，專屬於管轄繼承開始地之區法院管轄。我民四破草一二條規定略同。我破產法雖否認繼承財產之和解能力，但究認有破產能力。乃竟未爲管轄之規定，結果祇得依財產所在地定之，又欠妥當。

(註五)法商法四四〇條司法清算法二條，意商法六八五條，摩洛哥商法一九八條，波斯商法四一三條，埃及混合商法二〇二條，埃及商法二一八條，德破產法七一條以下，奧破產法六三條，匈破產法七二條，南破產法六二條，土破產法一五四條，巴力斯但破產法八八條，日破產法一〇五條以下和議法三條。

(註六)日破產法一〇七條三項：……二個以上之法院有管轄權時，專屬於先受破產聲請之法院管轄。我民四破草一一三條規定相同。南破產法六二條三項：有數個法院有管轄權時，由最先宣告之法院管轄。我破產法無同樣之規定，適用上不免困難。

(註七)立法初意，似未必須依聲請始爲移送之裁定，至因費時而失達成破產目的之機會。但以疏漏，終形成如是之結果。洵如斐埃師云：「法典雖不宜去涉繁複，要未可過於疏略也。」（前揭七頁）

第三章 破產或和解關於應負義務及應受處罰規定之人的適用

依我破產法規定，和解之債務人或破產人應負之說明等義務。及詐欺破產，和解，或不履行法定義務時，應受之罰則。在通常之自然人聲請和解或宣告破產時，適用上自不發生問題。唯在法人或無行為能力人或其他之商業團體或商業團體在清算中或繼承財產宣告破產時，此等規定能否適用及究應對何人適用，法律宜有明文規定，蓋在各別的強制執行事件，關於法人代表無行為能力人之法定代理人商業團體之經理人清算人遺產之繼承人管理人或遺囑執行人所負義務與責任與債務人本人不必盡同。而此等之人於破產程序或和解程序其地位與和解之債務人或破產人實無二致。假使法定和解之債務人或破產人應負之義務及應受之處罰，不能拘束伊等或將置身事外，甚且敢於為某種之違法行為，從而和解或破產之目的必無由達到。此我破產法之所以特設明文，使和解之債務人或破產人應負義務及應受處罰之規定於無限公司或兩合公司依和解清理債務或破產時，適用於其執行業務之股東，股份有限公司適用於其董事，股份兩合公司亦適用於其執行業務之股東，其他法人適用於其董事或與董事同等地位之人，無行為能力人或限制行為能力人商業團體或在清算中之商業團體依和解清理債務或破產時，適用於法定代理人經理人清算人，遺產宣告破產時，適用於其繼承人遺產管理人或遺囑執行人也。（破三條一

至六款)

所謂應負義務：略如和解債務人就所提出之和解方案，財產狀況說明書，應補充陳述及提出關係文件；對於監督人詢問之答復及接受檢查。又如破產人非經法院許可不得離開其居住地。經破產管理人之請求，應提出書冊，應移交其所管有之一切財產及其關係文件於債權人會議應答復其諮詢均是。所謂應受處罰，略如：破產人拒絕提出財產說明書，或故意於說明書內不開列其財產之全部或一部，或拒絕移交財產及簿冊文件，應處一年以下有期徒刑，破產人無故不答復詢問或爲虛偽之陳述，應處一年以下有期徒刑，破產人無故不答復詢問或爲虛偽之陳述，應處一年以下有期徒刑拘役或五百元以下罰金，又和解債務人之詐欺和解，破產人之詐欺破產，各所應受之處罰均屬之。（日破三七六條一五二條一五三條一五四條和二三條三七條七〇條，民四破章三三二條一五一條參照）

第四章 和解或破產關於債務人或破產人財產之效力

和解或破產對於債務人或破產人財產之效力如何？立法例頗不一致。法國名義上雖採普及主義，但事實則不認外國破產宣告之效力。唯在法國有執行判決時，始認之。故在外國宣告破產之效力，非自宣告時發生，乃自執行判決時發生也。（註一）意國判例殊不一致。但一八八〇年蒂倫會議及一九二五年所開之第五次國際私法會議，對於普及主義，主張頗力。（註二）德破產法二三八條規定：在德宣告破產之效力，不及於破產人在他國之財產。同法二三七條規定：在他國宣告之破產，對於破產人在德之財產亦不發生效力。日破產法三條一項二項之規定同。所謂屬地主義是也。南破產法六六條及英美判例對於動產採普及主義，不動產則採屬地主義。（註三）惟美最近若干洲判例不問動產不動產，均用屬地主義。若就純理論言之：普及主義，最稱完善。因破產債權人立於同等地位，不應因國境之不同，使受不平等之分配也。但權事實上之便利，吾人又不能不認屬地主義，較為切當。何則？蓋行屬地主義時，證據之搜集，甚為簡便。和解或破產程序，易於終結。反之，若採普及主義，則不惟內國或外國債權人有跋涉重洋，曠日持久之勞。有時所得，不償所失。抑近世諸國有認某項擔保物權有優先權者，有不認之者，今因行普及主義之結果，或須喪失某項債權人之優先權，亦多阻礙。故現代立法，尙多

數採屬地主義也。

我民四破章未有規定，（註四）現行破產法四條則採屬地主義。（註五）和解在外國成立或破產在外國宣告者，卽生下列之效果。

（一）對於債務人處分權之效果 和解在外國開始者，對於債務人在中國之財產不能歸併和解財團；破產在外國宣告者，對於破產人在中國之財產亦不能歸併破產財團，是以債務人或破產人對於在中國之財產不受此項外國開始之和解或宣告之破產之限制。故仍有自由處分之權。

（註六）

（二）對於債權人執行權之效果 債權人對於外國開始之和解或宣告之破產，亦不受其拘束。對於債務人或破產人在中國之財產仍得以其債權之全額，聲請執行。至外國之監督人或破產管理人，對於中國之財產，亦不能行使其監督管理之權。

（三）對於和解及破產聲請權之效果 債務人雖在外國已有和解及破產程序之開始，在中國仍不妨另有和解及破產之聲請。債權人亦不妨在中國對於債務人另行聲請破產之宣告。良以屬地主義，原許在國際間一人不妨有數和解或破產。

和解在國內成立或破產在國內宣告，我破產法雖未規定其效力僅及於在國內之財產；然一國之司法權，僅對國內有其支配之效力，本不及於國外，自爲當然之解釋，無待明文也。

(註一) 29 *Chinet* 110

(註二) 齋藤博士研究二卷一〇二頁。

(註三) *Dacey*, p. 472-474.

(註四) 關於外國領事館宣告破產之效力參照前大理院民四年判例上字第七四二號。

(註五) 俾乘常破產法之制定及其內容九頁。

(註六) 竹野氏和議去章論一九二頁以下。

第五章 破產或和解對於民事訴訟法之準用

破產程序就狹義言，爲宣告破產以後之程序，就廣義言，包括破產宣告程序與宣告破產以後之程序。宣告破產程序與假扣押之訴訟程序相當。宣告破產以後之程序，則同於共同訴訟與共同執行之程序。因此，在廣義之破產，如破產法無特別規定，即可準用民事訴訟法之規定。（破五條，德破七二條，日破一〇八條，民四破草一一四條）破產前之和解與民事訴訟法上之和解相當。故亦得準用民事訴訟法（日和二條二項），日準用而不日適用者，則以民事訴訟法所規定者，依普通訴訟程序，而破產或和解屬於特別訴訟程序也。準用範圍略如下述：

（1）關於普通審判籍之規定，（2）關於法院職員迴避之規定，（3）關於當事人能力及訴訟能力之規定，（4）關於訴訟代理及訴訟輔佐之規定，（5）關於共同訴訟之規定，（6）關於訴訟費用救助或擔保之規定，（7）關於言詞辯論訴訟指揮等規定，（8）關於期日及期間之規定，（9）關於裁判更正之規定，（10）關於調查證據之規定，（11）關於回復原狀之規定，（12）關於抗告之規定，（13）關於中斷中止之規定，（註一）（14）關於訴訟紀錄之規定，（15）關於權利拘束之規定等皆是。（註二）

和解或破產程序既準用民事訴訟法，對於裁判法院之組織所施行之法院組織法，亦得適

用，自無待言。

和解破產準用民訴法，已如上述。然和解或破產因其性質上並非如民事訴訟之單純，而為多數債權人參與之特別程序，故不得不有特別之存在。現行破產法雖未如民四破產法草案在程序法編之總則中，設有種種特別之規定。（註三）然各條文中尙可見此項特別之精神，茲分別述之如次。

（一）任意言詞辯論 和解及破產程序之裁判，均非判決之形式為之。破產法中之裁判類皆為裁定之性質。其探任意言詞辯論之主義，自為當然之結果。且破產法尙有以明文規定，得為言詞辯論，傳訊債務人後再為裁判者。（破八條六三條二項）此項言詞辯論，顯非必要，是否應為言詞辯論，均由法院裁量決之。且雖有此項言詞辯論，法院之裁判亦不以該言詞辯論所蒐集之資料為其基礎，仍得以該言詞辯論外之資料而為之。

和解及破產之裁判，凡法院所為之一切意思表示均屬之。和解之許可，破產之宣告，和解破產聲請駁回等裁判，固不待論。即監督輔助人，破產管理人之選任，保全處分之命令日期間之裁判等亦包含在內。但法院之不作為，準備行為之裁判，債權人會議之決議，則不能屬之。（註四）此外雖有破產之起因而生之訴訟，例如因取回權而生返還財產之訴訟，因別除權而起之請求給付之訴訟，因撤銷權而生之撤銷債務人行為之訴訟，因異議而生之債權確定之訴訟等，均與破產或和解程序無關之獨立民事訴訟，不能認為和解破產之裁判。

(2) 職權調查 和解及破產程序上之一切調查，並不爲當事人聲明之事項及提出之訴訟資料所囿。法院得以職權自爲必要之調查。此蓋因和解及破產有關多數競合人之利益，自不得不採干涉之主義以期敏捷明確，破產法雖未有明文規定斯旨。然以第八條之後段，第六三條二項第七〇條之規定，均可見職權調查之精神者也。

法院認爲必要時，其調查不論以任何方法均可爲之。至調查之必要及程度，自當一任法院之裁量定之。

(3) 送達及公告 凡裁定未經宣示者，應爲送達。此爲民事訴訟法之通則。(民事訴訟法第二三六條一項) 唯破產法對於和解之許可及破產宣告之裁定，均規定除公告宣示外，尚須爲送達。(破一二條六五條) 然此項送達在和解之程序，則以已知之債權人；在破產之程序，則以已知之債權人債務人及財產持有人爲限。蓋和解破產之程序，利害關係人入數衆多，若一一調查其所在而爲送達，勢所不能，然公告實際上能否達週知之效果，亦屬疑問。是以規定對於已知之利害關係人，尚須爲送達。一方含蘊保護已知利害關係人利益之旨也。

破產法一二條六五條一項各款所規定之事項，均爲開始及進行和解破產程序之重要事項。故除公告外，尚須另爲送達。道此項事項一經週知，則債務人已有和解之許可或破產之宣告，此後對於此項利害關係人共同有關之事項，自無再行送達之必要。故破產法尚規定有裁判經公告後，無須爲送達者。例如法院認可和解與否之裁，上協議認可與否之裁定分配表之認可裁定。

(破一一九條—三三九條)

公告之方法，依破產法三三條之規定，應黏貼於法院之牌示處，並登載於公報及新聞報。如法院管轄區域內無公報新聞紙者，應并黏貼於商會或其他相當處所。所謂其他相當處所者，例如債務人之營業所，債務人爲農人時，黏貼於農會，爲漁人時，黏貼於漁會，有同業公會時，黏貼於債務人所營業之同業工會等處是也。

我國破產法，對於公告發生效力之時期，並無規定。頗滋疑問。論者有主張準用公示送達之法例，以定其效力發生之時期者，(註五)唯按公告爲使和解及利害關係人週知之方法，其性質上因其爲使不特定多數人之週知，自不能與民事訴訟法對於特定人之公示送達相提並論。故民事訴訟法之公示送達，自難以之準用，而定公告效力發生之時期，且和解及破產程序，皆應速結，若依公示送達之規定，須俟牌示日起及最後登報日起經二十日始發生效力，則和解破產規定公告之處甚多，其程序將窮年累月，不能終結，自非立法之本意。以我國破產法條文觀之，除和解之許可及破產之宣告，規定雖經公告尙須對於已知之債權人及聲請人以通知書送達外，對於其他可爲公告之規定，有訂明「無須送達」之字樣者。既爲無須，亦可知公告尙較送達爲簡捷，況破產法二二九條規定對於分配表有異議者，應自公告之日起十五日內向法院提出，可見公告之效力，並非須經相當期間後，始行發生。故公告效力，依破產法之各條文之義觀之，應解如自公告之日起，即可發生。

(4)登記之囑託 法院爲破產宣告時，就破產人或破產財團有關之登記應即通知該登記所囑託爲破產之登記。(破六六條)此當於後文再述之。

(註一)關於此點學者間有爭論：加藤博士研究七卷一二四頁以下，齋藤博士訴訟紀錄八〇頁以下。

(註二)參考舒承猷關於和解或破產程序之規定是與舊法規定是甚懸殊的。其甚懸。法學叢刊三卷五六期合刊。

(註三)民四破草一五條至一二三條，破一〇九條至一二五條。

(註四)竹野氏和議法原論二一五頁二一六頁。

(註五)王去非前按二四頁。

第二編 和解

第一章 概論（註一）

破產在道德方面之結果，立法例對於因破產之宣告，破產人喪失其財產管理權，且為社會的無行為能力人使與共同生活相隔離，則大體相同。唯於無行為能力之期限則微有差別而已。

吾人知羅馬時之破產，以債務人是否委託其財產，待遇亦因之而不同。（註二）中世紀時，不問債務人之動機或品行如何？凡不能清償債務者，均受同一之待遇。但最近以還，法制不斷的變遷，立法者均認對於純粹因經濟不景氣而至破產之人，有予以特別待遇之必要。於是對於善意破產人之種種救濟即漸次產生；或關於破產人之身份，或關於破產人之清理，即同在破產程序中，亦往往以破產原因由於經營之拙劣，或行為之詐害，而異其處分。抑遇經濟恐慌之時，每有債務人一無過失，已陷於不能清償之狀態。在此場合，其善意與不幸，法律宜如何設法避免其傾滅，而予以適當之援助。於是，在破產程序以外，創設不同之制度。

（一）支付猶預 一八三八年荷蘭商法，（一八九三年修正）一八五八年比利時法，一八八

三年意商法，（八一—一九條至八二九條經一九〇三年和解法四二條規定廢止）一八八五年西班牙商法（八七〇條至八七四條迭經一八九七年六月法律一九二二年七月二六日法律修正）規定支付猶豫制度。（註三）債務人爲發現到期不能清償，但估計所有財產尙足清償總債務時，經多數債權人之同意，法院得宣告支付猶豫。猶豫期間，依通常情形，爲時甚暫。蓋支付猶豫乃假定債務人經濟狀況一時的困難。苟形成真正的支付不能，應即拒絕其猶豫之聲請。（註四）（註五）

（二）司法清算 法國一八八九年三月四日司法清算法亦以和緩破產程序之嚴酷。清算之結果，大致與破產相同。但債務人不因清算之宣告，喪失其財產管理權；並得依清算人監督推事或法院之同意，爲保存行爲，繼續營業或出讓價值千五百法郎以上之財產，清算應否許可，由執行法院斟酌事實定之。

（三）和解 英法以和解爲破產之先試程序，因之和解之進行爲機械的。債務人不能支付之動機如何，平日之品行如何，均非所問。但在其他各國，和解程序之進行爲自由的。其旨趣端在維護不幸的善意的債務人之利益。恰與破產程序在保障債權人之利益相反。和解制度，創自比利時一八八三年六月二十日法律，頗著成效，各國爭相仿效，遂如今日之通制。

第一節 和解法之編纂

和解法典編纂之體裁，大別爲二：（一）以和解法與破產法及其他法律完全分離而獨立之單

行法。(2)以和解法規定於破產法中而爲其法之一部是。採前之體裁者：如比利時，意大利，挪威，丹麥，匈牙利，奧大利，德意志，瑞典，捷克斯拉夫，南斯拉夫，羅馬尼亞，日本，波蘭，盧森堡。採後之體裁者，如英吉利，瑞士，荷荷牙，埃及。我破產法即規定和解制度於破產法中。學者毀譽不一。(註七)竊按英法原認和解爲破產之一部，規定和解於破產中，不能謂無理由。我國必違絕對多數之立法例，而從英法編纂體裁，實非我人所能解者也。

第二節 和解之意義

和解者，債務人有破產原因，爲預防破產之宣告起見，而爲之強制和解也。折述如次：

(一)破產原因 各國法律規定和解之原因與破產原因，全然同一。(註八)故必須於得開始破產程序之場合，始得開始和解程序也。

(二)預防破產 債務人不能清償債務之場合，苟不進行和解手續，即不免爲破產程序之開始。至對債權人債務人社會經濟發生種種不良之結果。爲避免此不良之結果計進行和解手續，以阻却破產程序之開始。

(三)強制和解 債務人提出和解方案後，一經多數債權人之同意，和解即告成立。無債權人全體同意之必要，是爲強制和解。

第三節 和解之本質

關於和解之性質，有種種不同之見解，大別之有三：即判決說，特種行爲說，及契約說是也。

(甲) 判決說 據此見解，則以爲和解既依多數人之議決而強制少數人，復須經過法院之認可而成立，自難認爲一種契約關係，寔是實在法院之認可。此種認可裁定之確定，不問在形式上或是實質上各債權人請求權之內容，俱因之而受其確定，其所謂多數債權人之議決，並非契約之意思表示，而祇是法院之裁判資料而已。並有時債權人對於和解，即令全體一致贊同，而法院亦得爲不認可之裁定。更足證明和解，唯以法院之認可裁定爲主。(註九)

(乙) 特種行爲說 據此見解，則以少數人之所以受多數人議決之拘束者，既非由於契約，亦非由於判決，乃由於法律之力而使然。故和解祇是一種特別法律行爲，而未具有單一的法律行爲之性質。[Festschr. 氏謂：「和解，爲裁判上之契約，債權人之債權受實體上之變更，則基於國家之裁判。」(註一〇) Oehler 氏謂：「和解乃由債務人之提出，債權人會議之議決，以及法院之認可，三種混合而成之特別行爲，既非契約，亦非裁判」(註一一)云。

(丙) 契約說 據此見解，則以爲和解，是由於債務人之提出(要約)與債權人之承諾而成立之契約行爲，而法院之認可，不過就其所爲之提出與可決，究明其已否依據適法之方法

而已。至關於多數債權人議決而強制少數債權人一點，則可依強制代理權之觀念以說明之。
(註一三)

上述三說，各有相當之理由，但為人採特種行為說。蓋若謂債權人全體與債務人成立合意，則背事實，若謂強制代理，則背理論。故吳尚說為不足採。至僅注意於法院之認可裁定，而完全忽視債權人會議之議決之判決說，亦復牽強難通也。

第四節 和解程序之性質

和解程序原為預防破產而設，非如破產程序，對於債務人之財產為一般之強制執行。是以和解程序，與破產程序性質非能盡同。蓋破產因其為強制執行之程序，可認為民事訴訟之特別程序。和解對於債務人之財產並無強制執行之機能，其性質上是否亦得認為民事訴訟，頗滋疑問。學者間有認之為民事訴訟程序者，亦有認之者為非民事訴訟程序者，議論紛紜。茲述之如下：

(1) 和解程序為訴訟程序 和解與民事訴訟法上之和解並無區別，同為對於債權之內容與效力，互相讓步而訂立之和解契約，況和解，法律上明定如另有規定外準用民事訴訟法之規定，尤足證和解程序亦為訴訟程序矣。(註一四)

(2) 和解程序為非訴訟程序 和解程序並非確定及實行債權。有和解債權之人，僅得參與

和解，對於其權利並無確定，雖和解程序有準用民事訴訟法之規定，然不能僅以有此規定即認之爲訴訟程序也。蓋若僅以形式爲論據，於實質如何，不加審究，似有未當也。（註一四）

和解程序對於參加之和解債權，並無確定之效用，至其對於和解債權之調查，僅在審查是
否有和解議決之權及其得行使議決權之數額多寡而已。（註一五）蓋和解程序，並無分配，故對於債權之存在及範圍並無確定之必要。是以和解債權人，並不因和解而取得執行名義，與訴訟上和解亦顯有不同。對於其債權如須得執行名義，尙須經訴訟手續。（註一六）因之和解之開始，並不中止已進行之訴訟程序，其所中止者，僅爲確定私權判決後之执行程序而已。（破一七條）且和解程序終結外，除應受和解拘束之範圍外，仍得進行执行程序，此當與後文論述之。

和解並無強制執行之性質，和解之債務人對於其和解之條件如有違反，除依法得請求撤銷和解外，和解程序上並無其他足以積極強制其履行之方法，對於債務人僅有此間接及消極之救濟。故和解程序亦不能如破產程序因其爲一般之強制執行而認爲民事訴訟之特別程序。

和解程序在保護債權人方面而言，則在防止債務人財產價值之減損，而以公開之和解以求公平之妥協。在保護債務人方面而言，使其免除破產之執行，仍繼續其業務，而不致經濟崩潰。和解程序本身並無確定及執行債權之效能，僅以和解而定債權之限制，以達原有保護雙方共同利益之目的而已。換言之，即國家機關參與私權機關之形成。以此而論和解程序祇爲一特別之程序。（註一七）至該程序準用民事訴訟法者。因主程序不無可準用民訴法之處，僅爲便利，故設

此規定耳。

再以我國破產法而論。除法院之和解外，尚有商會之和解以法院所有監督調查之職務委之於商會，則商會之和解，更非可視為訴訟之程序，尤足證和解為非訟程序矣。

(註一)在一九三三年三、四年時，美國遭遇空前之經濟恐慌，多數企業之倒閉，農工階級之債務超漲，使當軸者不得不採取緊急之步驟，以解決此為恐慌中心之債務問題。迅速通過一新的章節，以補聯邦破產法之不足。增訂之章為第八章「債務人之救助」第七三條至七七條，第七四條為和解與展期清償，第七五條為「農民之救助」，第七七條為從事州際商業之鐵路之改組（一九三三年三月三日法律）同條書為公司之改組（一九三四年六月七日法律）一九三四年六月二十八日頒布之 Frazier Lankke Act 為債務人之救助章之補編。其中關於第七五條之內容似有一途之必要。蓋自大戰終結而後，美國在大陸之農產市場，幾全為蘇聯所佔，於是農村經濟一落千丈。政府為防止其陷於不可收拾之境，於是有一九三三年三月三日法律之訂定。該法曾以五年為限。在此期內，除農民自動聲請破產外，債權人概不得為破產之聲請。各部農民十五人以上得聯名請求法院指派一人或一人以上為調解委員。於無力清償債務時，須提供和解方案或展期清償方案。由調解委員轉送法院，進行調停。在法院認可前一切對於農民之訴訟概歸停止。此種預防程序，苟無農民之同意，無論如何，不得轉入破產或清算程序。Frazier Lankke Act 除對於調解委員之選派，必經農民聲請之點，予以修正，改為法院於有五百以上農民之鄉村，須依權指派一人或數人為調解委員。並為必要之補充：即抵押債權人，如其債務人已依法支付相當息金者，於該法施行期內，不得實施扣押或拍賣抵押物。該補辦自經美國最高法院於一九三五年五月二十七日 Louisville Joint Stock Land Bank v. William R. Radford 案件列為違憲。(The New York Times 28 May 1935 pp. 1-14) 上述第七五條因不得不附其固有之缺陷而存在矣。日本亦農村經濟不況，於昭和七年九月七日公布金融債務臨時調停法，同八年三月二十八日又公布農村負債整理組合法，該法之目的，如其第一條所明定。為居住於農村漁村之人民，圖經濟的更生，基於鄰保互助之精神，組織負責整理組合，組織須訂立組合員負債償還計劃及經濟更生計劃。對於債務人的組合員及其債權人間負債的金額，利率，償還期限，方法等，為緩和協

定之斡旋，對於組合員負債整理資金之貸借；若組合與市鎮村債整理會斡旋無效時，聲請區域裁判所依債權整理臨時調停法而為調停。各國類此之立法，例不勝舉；如德國一九三三年六月一日法律（Reichsgesetz über den Landwirtschaflichen Schuldverhältnissen）第十一九三四年九月二十八日法律（Er. Gesetz），Protection des agriculteurs dans le gène Journal des tribunaux (Lansanne) 1935, II, p. 180，羅馬尼亞一九三三年四月法律（J. L. Georgino, La théorie de l'imprévision et le problème de l'assouplissement des dettes privées, La Roumanie économique 1932, p. 163; P. Demetrescu, Nouvelle Modification apportée à la loi sur le concordat préventif, La Roumanie économique, 1932 p. 154，南斯拉夫一九三三年十一月二十二日法令（J. Tanibert, Les bases juridiques de l'assouplissement des banques en Yougoslavie, Annales de droit commercial français 1935 p. 136）皆以安定一般社會經濟的動搖應為職責。我國社會經濟，旱澇危機，抗戰以來，更形深刻。殆有另行訂定一特別法規之必要。深盼我法律學者與經濟學者予以注意焉。（參照北平民團學院出版文化動員創刊號著債務人之救助與戰時社會經濟）

（註二）參照緒論第八章第一節。

（註三）羅馬優司底尼帝，征發意大利及西西里後，頒布延期五年清償的命令。法國為一六一八年十字軍的將士頒布延期清償令。德意志三十年戰爭之役，法國於普法戰爭之役，協約國於一次歐戰，均曾採用非常之支付猶豫制度。但與破產法上之支付猶豫制度，明有程度之別。

（註四）瑞士追索債務及破產法第二三九條，設置免除契約的標額而承認支付猶豫與債務免除，一九二四年四月三日法律為部份之變更及補充。

（註五）波蘭一九二七年破產預防法一至二九條為支付猶豫之規定，三〇條至六八條為關於和解之規定。於此支付猶豫似係之和解之先試程序，故該法三〇條規定在獲得延期付款之頭三個月內，債務人預料不能全部償還時得聲請法院開始和解程序。

（註六）法國於一九一九年七月二日一度公布和解法。以救濟戰後經濟之恐慌。旋於一九二二年廢止。

(註七)王家駒教授謂：「和解法與破產法在外國立法例恆分別規定。茲則合爲一編。不爲別個獨立之問題。故在適用上較爲便利。」(我對破產法草案初稿之意見裁判評論六〇一期)未經說明理由，無從懸揣。婁煥帥謂：「現行破產法於破產前設有和解一章，將和解程序一併列入破產法中。據不佞所見，似難謂爲至當。蓋和解與破產之性質，根本不同。不能以破產名詞該括和解之規定。如標題爲破產法，而內容却有破產外和解程序之規定。未免名實相違。且和解爲預防破產之制度，定爲獨立法規，足以引起一般人之注意。間接可使破產事件減少。茲僅定爲破產法中之一章，無形中將減殺其推動社會之效力。又和解與破產並無不可分之關係，在和解中祇須依和解之程序進行。在破產中亦祇須適用破產程序進行。若以合併於一法典，徒滋混淆。殊鮮實益也。」(前揭七頁)其說是供參考。

(註八)參照本論第一編第一章第二節。

(註九)此說爲 A. F. Schmitze 所首創，參照齋藤博士日本和議法論上卷一二四頁以下竹野氏和議法原論一一頁。

(註一〇)此說亦名國權處分說，參照竹野氏和議法原論一二頁，齋藤博士日本和議法論上卷一二九頁以下。

(註一一)此說亦名事實集合說，除 Oehler 主張之三個月行爲結合說外，(Zincker 主張四個月行爲之結合，(一)和解之聲請，(二)和解之提供，(三)債權人會議之決議，(四)法院之認可。(參照齋藤博士日本和議法論上卷一三一頁至一三六頁)

(註一二)加藤博士和議法要論五頁六頁，民事法判例批評集二卷一一八頁，竹野氏和議法原論一三頁，王仲桓氏前揭四三頁。

(註一三)加藤博士謂：「和解，雖對於各債權主觀上，並不確定，但因其爲裁判上之和解，客觀上各和解債權之內容及效力，乃以互讓之協定定之。可謂已生既判力，且和解程序如和議法別無規定，因準民事訴訟法，故和解事件亦可同解爲訴訟事件也。惟查和解客觀上變更債權之內容及效力，非僅裁判上之和解有之。即普通民法上之和解亦對於債權之內容及效力有創設之效果。雖其承認可後客觀上可謂已有確定，然因主觀上對於各債權本身之存否及範圍，尙未確定，尙不能認爲債權已有確定，尙可踰執行，故認和解程序即爲訴訟程序尙覺未當者也。」(和議法要論七頁)

(註一四)齋藤博士日本和議法論上卷一七二頁。研究一卷二二八頁二二九頁及註。

(註一五)我破產法第二六條二項雖規定主席對於債權人或債務人所提出對於和解債權人所主張權利或數額之爭議，應即爲裁定。並未如我商人債務清理暫行條例第一三條二項日和議法第四八條二項明定裁定之事項以被異議人可否行使議決權及得就如何之金額行使爲限。但我人仍不能解爲此項裁定對於債權之存否，有具體確定之意義。蓋以和解原非一般之強制執行，則上項裁定，終不過就其權利之存在與否及數額幾何，予以調查；從而定其是否有議決權及就若干金額方得行使而已。

(註一六)竹野氏和議法原論一八頁。

(註一七)齋藤博士日本和議法論上卷一七〇頁。竹野氏和議法原論一九頁。

第二章 和解之聲請

第一節 聲請權

債務人於不能清償債務之場合，而其不能清償之形成，並非由於債務人之故意或過失，爲避免破產之不利計，有聲請法院開始和解程序之權利。此項聲請權有釋爲訴權者，乃誤認和解事件爲訴訟事件連帶之錯誤。其性質屬於公法上之請求權，則無可疑。

第二節 聲請權人

和解制度既重在維護不幸與善意的債務人之利益。(註一)故多數立法例僅規定債務人有權爲和解之聲請。(註二)(註三)(註四)又和解在預防破產，因之，採商人破產主義之立法，和解聲請權當然僅屬於商人。(意和一條，羅和一條，西商八七〇條，埃混合商二〇五條)其餘採一般破產主義之國，則不問商人與非商人，祇須有負擔義務能力者，均得爲和解之聲請。

法人有和解原因時，其聲請由理事或與理事同等地位之人爲之。(日和三二條後段)無行爲能力人則由法定代理人代爲聲請。在否認妻有行爲能力之立法，妻爲和解聲請時，須得其夫

之許可。又在是認繼承財產有和解能力之立法，其和解之聲請，則由繼承人遺產管理人或遺囑執行人爲之。

第三節 聲請之時期

關於聲請之時期，法法系規定僅得於停止支付後十五日內爲之。（法一八八九年三月四日法律二條，埃及混合商二〇五條）（註五）其他立法例則初無限制。但依其目的，既屬破產之預防，則和解之聲請，應在破產宣告前，乃係當然之結論。（德和一條，意和一條，奧和一條，匈和一條，南和一條，羅和一條，日和一六條，商人債務清理暫行條例五條，我破六條）管轄法院設同時收到債權人破產之聲請與債務人和解之聲請，應先就後者爲許可與否之審查。立法例雖均無明文，解釋上當然同一也。

第四節 聲請之內容

和解之聲請，包括和解程序之申請，與和解方案提供之申述而言。債務人既熟知其財產之狀況，已瀕於不能清償總債權或到期不能支付之境地。爲避免破產之恥辱與不利，聲請開始和解程序，以猶預破產之宣告。同時提供和解方案，請求債權人免除一部份之和解債權或相當時期之猶預。以爲債權人會議決議之基礎，倘得多數債權人之同意，和解即告成立。

第五節 聲請之方式與添附書類

聲請之方式，少數立法例規定須以書面提出外，（英破一六條一項，美破一二條二項，法及混合商二〇二條）其他立法例均不限於書面，亦得以口頭爲之，我破產法雖無規定，但依同法第五條準用民訴法第四二六條，結果相同。

聲請和解時應添附之書類，依我破產法第七條之規定。（德和一六條，奧和二條，匈和三條四條，意和二條，南和二條三條，羅和二條，日和二三條，商人清理債務暫行條例三條）爲：
（1）財產狀況說明書 財產狀況說明書，應將債務人在聲請和解時所有積極的及消極的財產之種類數額以及其他事項，詳細開示。（註六）

（2）債權人債務人清冊 債權人債務人清冊所應開列者，即債權人債務人之姓名，商號，住所，營業所，債權債務之種類及數額，債務人之清償力等是也。

（3）和解方案 和解方案，即債務人擬清償其債務之計劃其重要內容，如：清償成數，清償預預，清償方法，如可提供擔保者其擔保等是。（註七）

第六節 聲請之效力

債務人不能清償債務而爲和解之聲請時，於其財產之管理，權利之處分，以不受影響爲原

則。但有害於和解條件之行爲，自不能予以禁止。日和解法第三一條概括規定：「自聲請和解開始時起至裁定時止，債務人不得爲不屬於通常範圍之行爲。」奧和解法第八條一項爲列舉之規定：「(1)不動產與其他重要財產之轉讓及負擔之增加。(2)對於財產爲別除權之設定，(3)爲他人債務之保證，(4)無償行爲均所禁止」。我破產法第一六條規定：

「債務人聲請和解後，其有償行爲逾越通常管理行爲或通常營業範圍者，對於債權人無效力。」

同法第一五條規定。

「債務人聲請和解後，其無償行爲，無效力。」

「配偶間直系親屬或家屬間所成立之有償行爲，及債務人以低於市價一半之價格而處分其財產之行爲，均視爲無償行爲。」

立法理由，與日奧等法頗屬一致。規定則折中於概括列舉之間。但第一六條苟刪「有償」二字，則第一五條之規定，即可包括在內，似無別立專條之必要。以立法技術言，較諸日法，殆有遜歟。(註八)(註九)

又和解之聲請與破產之聲請競合時，則和解之聲請發生中止破產程序之效力。(u和一七條)唯依我破產法第五二條二〇項規定觀之。解釋上不能產同等之效力。除法院認爲有和解之可能時，得爲破產聲請之駁回，其他場合僉無妨於破產程序之進行。

第七節 聲請之撤回

日和解法規定和解之聲請，在裁定前得自由撤回，和解之提供，在和解可決前亦得撤回。但和解聲請之撤回與和解提供之撤回其後果不同。撤回和解之聲請後更爲和解開始之聲請時，法院依日和解法第一九條三款駁回其聲請。而撤回和解之提供，依第五九條一款廢止和解之程序，並依第九條爲破產之宣告。我破產法雖無規定，和解之聲請與提供，應解釋爲在裁定前可決前得分別撤回。唯聲請雖經撤回，因準用民訴法之關係視同未聲請。縱爲第二次和解之聲請，亦不得逕予駁回。而撤回提供之結果，和解無從成立，應由債權人會議主席，宣告終結和解程序。此與日法之效果不同也。

第八節 聲請之費用

關於聲請費用，立法例有規定，須預納裁判認爲相當之金額，如日和解法是（一四條）。有規定在債務人所付與債權人之和解金額及各債權人折減總額上徵稅百分之三。（前者徵百分之一後者徵百分之二）如羅馬尼亞和解法是（八條）。竊謂日法於此，比較妥善。良以費用之多寡，除事件之大小外，常與手續之繁簡互爲比例。自以授權裁判所斟酌情形定之爲當。若以法律先行規定，難免無過高過低之弊也。

我破產法於此未有規定，和解事件既屬非訟事件。自應依非訟事件徵收費用暫行規則第二條之規定徵收費用。其他有關因和解事件代當事人所墊支之費用，則準用處理民事調解應行注意事項第九事項，開明實數，命當事人分別繳款歸墊。

(註1) Lehmann, op. cit., S. 51.

(註2) 德和一條，奧和一條，意和一條，匈和一條，南和一條，羅和一條，日和一二條，埃及混合商二〇五條，我破六條，規定愈日。但一八九六年 *Haut* 法律規定多數債權人而其代表之債權額佔總債權額四分之三以上得為和解之聲請。(Michel, concordat preventif de faillite, p. 191 所引)

(註3) 英美法系亦多規定僅得由債務人提出和解計劃。(英破一六條，美破一二條，加拿大破一一條，巴力斯坦破一六條，菲律賓破二條，香港破一八條) 但海峽殖民地破產法一八條，規定：「債權人如經第一次會議或任何繼續會議之特別決議，得提議和解，以清償債務人所欠彼等之債務；或建議協議計劃以清理債務人之事務。」是許債權人提議和解。唯須注意者：即英美法系之和解提議，每在法院頒發管財命令之後，顯不能與大陸法系僅因清償不能之狀態，而為和解之聲請，相提而並論也。

(註4) 學者有主張應畀債權人以聲請權者，其理由為：「原稿規定聲請和解之權，祇屬於債務人一方。(第七條第四二條「現行破第六條第四一條」) 債權人無此權利。按和解程序乃為避免破產而設。故破產實係不得已之辦法。不獨於債務人不利，且於債權人亦有不利之處；若以為債務人不願進行破產，即可先為和解之聲請。即債權人有時亦有不願債務人即行破產者，如破產後其債權必不能得十足之清償。是債權人似應許其有聲請和解之權。始為相宜。且於避免破產程序之立法本旨，亦能契合。故鄭意和解聲請之權應畀諸債權人債務人雙方，不應專屬於債務人也。」(黃俊氏破產法草案初稿內容之商榷法律評論十二卷三期三四月)

(註5) 債務人違反此十五日期間之限制者，依法學者一般意見，謂應駁回司法清算之聲請。(Thaller et Perceyron, Des faillites, T. 1, 228; Wahl, Traité, No. 2137)

(註六)與和解法二條規定聲請人於財產狀況說明書內，應說明各個財產(積極)及債務(消極)之數額及價額。債務人債權人之姓名，及債權債務成立之原因，與清償時期及其擔保。其關於債權，有無收回之希望，及其可收回之數額。債權或債務有爭執時，其對此爭執之意旨，有別除權之債權者，其不足清償其債務之預定額債權或債務者，為和解債務人之使用人時或與和解債務人有團體關係或其他共同關係時，均須予以說明。其有團體關係或共同關係者，應將其關係釋明之。其關於所有債權人債務人之姓名及住所，亦應一併記載。並應記明聲請前最後二年間債務人及其親屬間，曾否分析財產？更於同期間，債務人曾否為其親屬為財產處分？如為財產處分，其處分如何？其償處分如非依據破產法第二九條一款被承認者，不斟酌之。我破產法上財產狀況說明書，其聲述事項之範圍決無如是廣泛。關於債權債務之額，及其發生原因與債務負擔狀態。財產狀況說明書中必然載明，可無問題。債權之能否收回，債務之有無爭執，債權人債務人與聲請人之關係等項縱不載明。依我破產法八條「法院認為必要時，得傳喚聲請人令其對於聲請前條所規定之事項補之陳述，並得隨時令其提出關係文件或為必要之調查。」亦無問題。唯關於聲請前最後二年間為親屬所為之財產處分，顯不為相當或適當之規定。劉陸民律師謂：「然上述立法例第五項：規定聲請前最後二年間為親屬所為之財產處分，以及法律者於此規定外所焦慮將於聲請前最後二年間為親屬故舊所為之財產處分，則破產法初稿和解章，無任何規定能包含之，亦無任何之規定能補救之，固至即之事。且據破產法初稿八條「按現行法七條」規定和解債務人聲述之範圍，更觀附稿十六條十七條(按現行法一五條一六條)關於防止財產減少之規定，倘若和解債務人在聲請和解之一轉瞬間，就自己財產所為不利益於債權人之無償行為或其他任何處分財產之法律行為皆屬有效。而從另一方面觀察之。又不規定債務人對於債權人應償之最低成數，則債務人又何所畏忌而不以有害於債權人之方法濫用和解耶？此其影響於交易之安全，良非淺鮮。立法院所謂惡意債務人不得享受和解利益者，結果將適得其反。予是以主張於和解章關於和解債務人聲請和解時，其聲述範圍，應即擴大，凡(一)債權人中有親屬故舊時，應聲述其關係，並和解聲請前最後一年內，曾否就其財產而為如何之處分。(二)和解債務人與其債權人間有合夥或其團體關係時，其關係，亦應聲述。債務人聲述之情形，法院認為有隱匿財產虛報債務之情事時，固得以職權宣告破產。即不為聲述時，亦屬違反義務，而予以同一制裁。」(前揭論文)其批評與建議，大可傾聽。

(註七)我破產法七條後段：並附具所擬與債權人和解之方案，及提供履行其所擬請償辦法之擔保。與商人債務清理暫行條例三條後段：並添具所擬與債權人和解之方案，開載請償辦法，如可供擔保者，並其擔保辦法……不同。晏瑛師謂：「按和解方案即和解條件，本包括請償辦法之擔保併其他種種條件（如債權人監督營業，監督會計之類）在內，茲本法第七條以和解方案與所擬履行請償辦法之擔保並列，似認所擬履行擔保辦法為和解方案外之事項，殊欠妥協。」（前揭一四頁）王仲桓氏謂：「惟查上述之擔保，僅為確保和解之履行，與和解方案並非有必要之關係。如債務人之財產，並無不能確保和解清償之虞時，則債務人如能預期債權人可同意者，自可無庸提出。我國破產法第七條後段，似宜改訂為「及有請償辦法之擔保者，其擔保。」以資明確。不致因債務人未有擔保者之提出，即有被認為請償不合法之虞。」（前揭五九頁六〇頁）其言均是參考。

(註八)劉朗泉教授謂：「和解之聲請，經許可後，發生如次之效力：(1)……(2)行為能力之限制（所引條文為第一五條第一六條）」（劉著前揭下冊五二〇頁）竊為未免稍有誤會。蓋我破產法第一五條第一六條雖未如日和解法第三一條規定「裁定前」。但「和解聲請後」字樣究與第一四條之「和解程序進行中」，第一七條之「聲請經許可後」字樣不同。苟從劉氏之說，則債務人於聲請和解後許可裁定前，儘可為詐害之行爲。揆諸立法之本意，詎有當乎？

(註九)晏瑛師謂：「唯法文於此規定，以低於市價一半之價格，處分財產，始視同無價行爲。如其當時處分財產之價格，不與市價同等而略高於市價之一半，即不在限制之列。似覺有失公允。余意宜用不與市價相當之價格處分，較為合理。」（前揭二〇頁）其言至有理由。第我人主張第一六條刪去「有價」二字，則第一五條可以全刪，轉較簡潔。

第三章 和解之審理

法院受理解之聲請時，對於和解聲請之是否具備和解聲請之要件及於法是否適合，須開始調查。此項調查，無須經言詞辯論，法院逕以職權爲之，（註一）但法院認爲必要時，得傳喚聲請人爲任意之言詞辯論。（破八條）至審理期間，依多數立法無一定期限之限制。而我破產法以和解事件，務期迅速。因規定法院應於收到聲請之日起七日內（註二）爲准駁之裁定。（破九條一項）

關於和解聲請，適法與否之審理，其調查事項有如下列：

（1）法院管轄權之有無？

（2）聲請人有無和解能力，訴訟能力？其無和解能力者，曾否由法定代理？其由訴訟代理人代爲聲請者，則其代理權有無欠缺？

（3）聲請適合法定程式否？

法院認聲請爲適法後，應即進而調查和解原因及其他和解要件。根據審查之結果，以爲許可或駁回之標準。

第一節 和解聲請之駁回

和解原爲法律對於債務人之一種恩惠制度，如債務人有可認爲欠缺誠信者，則其和解之聲請及有貽害債權人之嫌，自應不予准許。故我破產法規定如遇有下列情形之一時，開始和解之聲請，應駁回之。（十條）（註三）（註四）

（1）聲請人不合第七條之規定，未提出各種必要之書件，經限令補正而不補正者 在此場合，不獨聲請顯不合法，卽和解原因之有無，亦無從調查。另一方面足證聲請人並無和解之誠意。（註五）

（2）聲請人以前曾因另件和解或破產依本法之規定而受有期徒刑之宣告者 聲請人在昔曾犯詐欺和解或詐欺破產等罪；可預知不能取得債權之信任。（註六）（註七）

（3）聲請人曾經法院認可和解或調協而未能履行其條件者 聲請人前經另件和解或調協中已失信譽，難獲債權人之諒解，顯而易見。（註八）（註九）

（4）聲請人經法院傳喚，無正當理由而不到場或到場而不爲真實之陳述或拒絕提出關係文件者。

凡此皆可見債務人之無意和解縱或許可，結果無非稽延時日，毫無實益也。

法院駁回和解之聲請時，應依職權宣告債務人破產。（破三五條）羅馬尼亞和解法第六條

規定略同。但羅法爲得的規定，我法爲應的規定。頗不相侔也。

第二節 和解聲請之許可

法院爲和解許可之裁定後，和解程序，即因而開始進行。爲保護債權人之一般利益起見，對於債務人之經濟行爲，應有監督。同時債務人之財產，即成爲和解監視之財團，亦須爲調查。並應將和解開始事項公告所有債權人，使其得依法參加程序。故法院爲許可和解裁定時，應爲下列三項：

(1) 指定監督人及監督輔助人 和解聲請經許可後，法院應指定推事一人爲監督人，並選任會計師或當地商會所推舉之人員或其他適當之人一人或二人爲監督輔助人。以監督債務人之行爲，而防其財產之散佚。(破一一條)(註一〇)

(2) 公告及送達關於和解之事項 法院裁定許可和解，應即對於多數不特定之利害關係人，以公告方法，告知左列事項：(破一二條，德和二七條，奧和四至六條，南和七至十條，匈和八至十三條，意和五條，西一九二二年七月二十六日修正法八條，日和二八條，羅和七條九條)

(一) 許可聲請和解之要旨 許可和解聲請之要旨，即法院據債務人聲請和解裁定予以許可之大略情形。一方傳債權人知悉俾使參加和解，一方使一般人知悉該債務人已陷於清償不能之

狀態，僅於通常營業或通常管理範圍內與之交易。（參照破一六條）（註一一）

（二）監督人之姓名，監督輔助人之姓名，住址，及進行和解之地點。意在使債權人參加和解程序接洽有人，不致茫無適從。

（三）申報債權人期間及債權人會議期日。法院許可和解聲請後應速使各債權人參加和解程序，申報債權即為債權人參加此項程序之開始。其中報期間，由法院視和解事件之繁簡與參加和解債權之多寡，於自許可和解聲請之日起十日以上二月以下之範圍內，如聲請人為商人而有支店或代辦商在遠隔之地者，得酌量延長之，其指定期間之方法或示以最終之期日或指定為若干日以內均無不可。債權人會議期日，應在申報債權期間屆滿後七日以上一個月以下之期間內，由法院酌定之。（破一二條二項）（註一二）（註一三）（註一四）

又按和解程序中報債權之期間為一種調示規定，債權人申報債權雖已逾越此項期間，仍得加入和解，與我破產法上之破產程序，債權人不於法院所定申報期限內申報債權即不得就破產財團受清償者之除斥期間，異其性質。

法院除對於多數不特定之利害關係人為上述公告外，對於已知之債權人及聲請人，應另以通知書記明前述公告事項通知之。對於已知之債權人，並應將聲請人所提出之和解方案繕本，一併送達之。（破一二條二項後段三項）

（3）備置關於和解之文書。法院於許可和解後和解程序終結前。應備左列文書之原本或繕

本於法院，以供利害關係人閱覽或抄錄。

甲、關於聲請和解之文件及和解方案。

乙、債務人之財產狀況說明書及其債權人債務人清冊。

丙、關於申報債權之文書及債權表。（破二一條）

此與民事訴訟程序之當事人得聲請閱覽或抄錄卷宗情形略同。聲請和解之文件即聲請書與其附件和解方案即聲請人所擬要求債權人關於債務清償讓步之準則。財產狀況說明書，即表明債務人財產現實情況之書件。債權債務清冊，即表明債務人人欠欠人情形之記載。申報債權之文書，即債權人之申報書與其附屬證件管口頭申報之筆錄等。債權表即由法院書記官或監督輔助人所製加入和解程序之債權人姓名住址，及債權種類數額及其他關係事項之登記表冊。所謂利害關係人，不以債權人與債務人爲限。凡與和解事件有利害關係人均屬之。蓋和解事件，範圍既廣，牽涉甚多。應使利害關係人均得明瞭其事件之內容，如僅準用民事訴訟法兩造當事人及其代理人得聲請閱覽或抄錄卷宗之規定，尙有未洽。必須有此特別規定，始足應此等特別情事也。

第三節 許可或駁回裁定之抗告

立法例於此頗形錯綜，羅和解法對於駁回聲請和解之裁判准以上訴救濟，而對於許可聲請

和解之裁判則不准抗告。(五條七條)日和解法與之相反：關於駁回和解聲請之決定，不得抗告，而對於許可和解聲請之決定，許爲即時抗告。(七條二七條二項)殆前者以保護債務人爲職責，而後者以保護債權人爲主旨歟？波蘭預防破產法兩許債權人債務人對於和解准駁之裁判，提起上訴。(二四條)我破產法又與之不同，關於許可或駁回和解聲請之裁定，一律不得抗告。(九條二項)以示公平而期簡捷。

(註一)日和解法規定法院於審查和解之適法與否及有無和解原因外。同時須選任整理委員定期期間，令對於債務人之財產賬簿及和解之條件爲必要之調查，且使於應否開始和解，提出意見書。(二一條)

(註二)南和五條規定整理期間爲十日。

(註三)南和解法四條，奧和解法三條，德和解法二二條二三條，匈和解法六條，意和解法三條，一九三〇年，修正法二三條均爲駁回和解開始聲請法定原因之規定。其中有一項堪注意者，即債務人苟不能於短期內清償最低分配額者，亦爲駁回聲請原因之一。南法規定須於一年內付百分之四十或一年半內付百分之三十五，二年內付百分之五十。德法規定最低額爲百分之三十。意期限於六月內清償百分之四十，其過六月者，須提供人的或物的擔保。匈法似較嚴厲，限於八月內清償百分之五十。羅馬尼亞和解法第三條規定與我法頗相近似。

(註四)日和解法一八條所規定之駁回和解聲請之法定原因至夥。分應駁回得駁回二種：所謂應駁回者凡五：(1)以迴避破產之目的而爲聲請時(立法院編譯處譯作「以避免破產……」(各國破產法選編日本和議法)在文義上固無出入。第在法語習慣上迴避二字當含有惡意。避免二字則否，和解程序之設，其目的原在避免破產，是譯者一不經意，最易令人發生誤會。)(2)和解聲請人之所在不明時，(3)認爲有犯詐欺破產之罪之行為時，(4)和解條件違反和解債權人一般之利益時。得駁回者凡五：(1)未預納和解程序之費用，(2)於債權人會議已經否決和解時，(3)已經撤回和解開始之聲請或和解之提出時，(4)已爲和解不認可之裁定時，(5)已爲和解撤銷之裁定時。大半爲我法所未規定，錄之

以供參考。

(註五)劉朗泉教授於此謂：「聲請人不合第七條之規定，未提出各種書件，經限期令其補正者。」(前揭五一八頁)既乏下文，又欠說明。不免令人誤會經限期令其補正，不問補正與否均須駁回之處。

(註六)聲請人雖受有期徒刑之宣告，如因再審而宣告無罪者，則不許可之原因業已消滅，自仍應許可。但所科之刑，經大赦特赦免除者或同時受緩刑之宣告者，均不足為消滅此項駁回原因之理由。(竹野氏和議法原論二五九頁)

(註七)王仲桓氏於此謂：「唯我國破產法僅規定聲請人受有期徒刑之宣告，為駁回之原因，對於本法第三條各款所規定之人均未作予規定。處罰時則對於此等人皆有適用，而對於和解之聲請則僅限於和解聲請人殊有窒礙。依此規定之結果則未成年及法人聲請和解時，則雖法定代理人或其股東董事等有該項徒刑之宣告，因其非聲請人，即不能駁回和解之聲請，且法人無犯罪之能力，亦有無從適用之虞。」(前揭六五頁)竊謂不然。法定代理人股東董事，縱會因另件和解或破產而受徒刑之宣告，似尚無從證明無行為能力人與法人之欠缺善意，而遽剝奪其和解之利益，又法人雖無犯罪能力，若因其和解，而股東董事受徒刑之宣告，則法人自身十九已依破產法二〇條之規定宣告破產而解散。倘原為破產，更屬不生問題。因根本無第二次聲請和解開始可能，似亦無須有本條之適用矣。

(註八)我破產法既以法院之和解與商會之和解並立。似應於本款「經法院認可和解或調協」下增「或經商會主席簽署和解。」否則聲請人經商會和解後，縱未履行條件，仍得享受和解之利益，即難謂當。

(註九)王家駒教授謂：「原文第一一條(按現行法第十條)規定和解之聲請，遇有左列之情形之一時，應駁回之。而其第三款則又謂聲請人曾經法院許可和解或調協而未能履行其條件者云云。依此規定，是債務人曾經許可調協而未能履行其條件者，即不許和解。但調協在聲請破產以後(參照第三章三二條)按現行法一二九條)而和解則在破產聲請以前(本案七條)按現行法六條)既經許可調協。即無再行聲請和解之可能，抑且亦無此必要。如係指第一次宣告破產，經調協而未能履行其條件。似又與第二次聲請和解無關，不應列為限制條件之一。」(前揭論文)竊謂調協當然係指第一次破產而言。和解亦然。否則和解後不履行條件，亦祇生撤銷和解或轉移破產程序之問題。亦少再行和解之可能，且亦無其必要。且第一次之不自譽，當然影響及於第二次。對由此可知債權人之聲請和解，不易得債權人之責任。

列爲限制條件之一，尙非過當。王仲柯氏謂：「此項和解或調協，自係指聲請前已經過之和解或破產之調協而言。」（前揭六三頁）與鄙見相同。

（註一〇）日和解法上之整理委員其資格雖未明定，依其學者之見解，亦認爲由會計師充之爲當。（加藤博士和議法要論六九頁）

（註一一）日和解法二八條一款爲和解開始之裁定之主文，較之我法所求之「要旨」，尤爲簡約。

（註一二）斐英帥謂：「至期日爲一確定之日期，期日與期間不同，且實際上更宜於期日之下，標明時刻，以免遲延及俄延，又此項期間與期日，均列爲應公告之事項，凡以使不確定之債權人易對於周知也。」（前揭一六頁）其言直有理由。羅馬尼亞和解法七條二款後段：「……債權人會議之地點日期及時間，」較之我法，堪稱周備。

（註一三）羅和解法九條，日和解法八條均規定法院應爲和解登記之囑託，我破產法付諸缺如，似有缺漏。

（註一四）德和解法五二條至五八條，日和解法三〇條，規定和解開始前得對債務人之財產令爲必要之保全處分，我法於此，亦無明文，又屬遺憾。

第四章 和解開始之效力（註一）

和解程序之開始，其目的在使債權人及債務人締結和解契約，與破產程序之開始，在爲一般的強制執行不同。故對於債務人之財產，允宜暫時維持其現狀。因之，對於債務人方面不得嚴於監視其一切之經濟行爲，以免財產之隱匿或者有激烈之變更。對於債權人方面亦須暫令停止其實行權利之行爲，故和解開始之效力可分爲：（一）對於債務人財產之效果，（二）對於債務人財產處分之效果，（三）對於債權人之效果。試分節述之如次。

第一節 和解監視財團

和解開始後，債務人在程序開始時，及程序繼續中所有在國內一切可能扣押之財產，形成和解監視財團。置於監督人在監督輔助人監督之下。（破一四條一八條）以維持財產之狀況。和解監視財團並非如破產財團，必須由破產管理人占有及管理。蓋和解債務人對於其財產原則上仍可繼續管理并處分。僅在和解成立前，其管理或處分均受監督人等之監督而已。一旦和解成立，監督即應解除，唯依照和解所定限制條件而爲管理及處分。反之，和解未能成立而受破產之宣告時，則和解監視財團即轉成爲破產財團。

第二節 債務人對於財產處分之限制

和解程序乃在締結和解，而清理債務人之債務。是以並無如破產程序由破產管理人占有及保全債務人財產之必要。故債務人對於其財產以不失管理處分權爲原則。然當亦不能漫無限制。各國立法例均設有例外限制之規定，以保護債權人之利益。（德和五〇條五一條，奧和八條，南和一二條，匈和二〇條，日和三二條，羅和一二條一三條）我破產法一五條一六條之限制，雖始於和解之聲請，但許可裁定後當繼續存在。有不待言。

第三節 債權人執行權之限制

和解程序在締結和解，倘債務人之財產迭有變更，和解條件，卽難制定。故法律一方限制債務人之處分權，一方並限制債權人之執行權。俾債務人之財產得以公平的維持保全，庶和解之目的可達。故和解聲請經許可後，對於債務人不得開始或繼續民事執行程序。（破一七條，羅和一四條，日和四〇條，波蘭預防破產法一八條）唯此係指單純債權而言。其曾設定擔保或有優先權之債權，則因法律原賦與優越的效力。相當於破產程序之別除權，得以單獨進行不受和解之拘束。（破一七條但書）（註二）（註三）（註四）（註五）

我破產法雖未如其他立法例對於正當所有權人，在其財產有併入和解監視財團之虞時，認

其有取回權。但不妨依民法之普通規定，請求取回；其取得確定判決者，仍得進行執行程序。良以債權人執行權之限制，僅對債務人之財產而言。倘係經財產經確定判決認為正當所有人所有，自不應受限制之拘束也。至賣主之追及取回權等之特殊取回權，則因我破產法無規定，祇得以其價金，為普通和解債權而行使其權利。

(註一)和解效力，於何時產生？立法例有不同之規定，有規定公告時始產生者，如：南和一一條，例和一九條，奧和七條是。有規定於裁定時始產生者，如：德和二五條，日和二條是。所謂裁定時，究係何指？或謂在裁定經言詞辯論而宣告者，應為宣告之時，未有宣告者，應為推事在作成裁定上署名蓋章之時。(加藤博士和議法要論一八頁)或謂在推事將裁定時交付書記官時，(齋藤博士日本和議法論下卷一一四頁)我破產法未有規定，和解效力，究於何時發生，適用上將成重大問題也。

(註二)外國判例學說認和解程序中之執行無效。(日昭和四年十一月十九日大法院判決法律新聞三〇六六號九頁加藤博士研究八卷四六一頁以下)

(註三)埃及混合法院判例認停止執行程序之規定。不適用於有擔保或優先債權。(11 *prim* 1925 *Bulletin de l'etabl. et de jurists*, XXXVII 390; 20 mars 1929 *R. XII*, 312)並不適用於拒絕、僅書(28 dec. 1912, *B. XXV*, 174)出租人請求返還租賃物之訴。28 janv 1914, *B. XXVI*, 188; 28 janv. 1929, *B. XII*, 187)

(註四)妻瑛師謂：「按本法第三三條規定和解不影響有擔保或有優先權之債權人之權利，但經該債權人同意者不在此限。是除有擔保或有優先權之債權人自己同意於和解所有之不利以外，凡擔保債權或優先債權本不因和解而受影響。即十一條所定和解請經許可後對於債務人不得開始或繼續民事執行程序云云。有擔保或有優先權之債權，亦當然不受拘束，不必更以明文揭載。同條但書，有擔保權或優先權之債權人不在此限，似嫌重複。」(前揭二〇頁)其言固有理由。但該項但書，乃注意規定之一種，似尙未可厚非也。

(註五)強制執行之限度，原爲保全債務人之財產而設。故如對於債務人以外之第三人，例如連帶債務人保證人承擔人所爲之強制執行，應不受其拘束，要不待言。(竹野氏和義法原論一三二頁)

第五章 和解程序之進行

第一節 監督人監督輔助人債務人及債權人

債務人聲請和解，經法院許可後，和解程序進展，事務至繁。不可無人主持，用有監督人與監督輔助人之設。之二者與和解主體之債權人債務人同其重要。茲分款述之。

第一款 監督人

(一)監督人之地位 監督人乃和解聲請經許可後，法院就推事中所指定者也。其性質為一獨立的公的機關。以監督債務人之經濟行為並保全其財產，其地位與訴訟程序上之受命推事，破產程序上之破產管理人，調解程序上之調解人均不相同。蓋受命推事乃以法院之名義行使其職務。而監督人則屬獨立的機關，故對法院負報告與陳述之義務，又破產管理人為執行的機關，而和解程序並無一般強制執行之性質，至調解人之任務，僅在謀雙方之妥協，而監督人則重在監督債務人之行為與財產。

(二)監督人之任務 監督人所應執行之任務，略述如左：

(1)充任債權人會議之主席 債權人會議內容法院雖無用過問，但會議之外部事項，則須

法院爲之指揮，故我破產法明定，以監督人爲債權人會議主席。(二二條一項，羅和一六條)俾代法院以行使指揮權。至監督人由於主席身份而產生之職務頗稱繁瑣。爲敘述便利計，容於下節「債權人會議」中論之。

(2) 指揮監督輔助人之執行職務 和解程序之進行，其實際上一切事務，因由監督輔助人爲之處理。但監督人對於監督輔助人之執行職務，實居於指揮監督之地位。(破一八條二項)

(3) 監督債務人之業務並制止其損害債權人之行爲 債務人之財產管理權，在和解程序中，並不完全喪失。除流通資金之保管外，其通常管理行爲及通常業務仍得繼續處理或執行。但監督人對之須爲必要之監督。(破一四條一項)倘竟逾越通常之程度而有害於債權人時，自得以制止。又監督人爲便利監督計得檢查與債務人業務有關之一切簿冊文件及財產，並詢問債務人執行業務之情況。(同條二項三項)

(4) 查報債務人之違法行爲 監督人如查得債務人有，(甲)隱匿簿冊文件或虛報債務，(乙)拒絕答覆監督人或監督輔助人之詢問或爲虛偽之陳述，(丙)不受監督人或監督輔助人之制止於業務之管理有損債權人利益之行爲之一時，應卽向法院報告。(破一九條)由法院傳訊債務人如其無正當理由不到場或到場而不能說明正當理由，卽予宣告破產。(同法二十條)又債務人受通知後無正當理由而不出席債權人會議，監督人亦應報告，由法院宣告債務人破

產。(同法二四條二項)(註一)

(5) 報告債務人財產業務之狀況並陳述對於和解之方案之意見。監督人於債權人會議時除充任主席外，並應依據調查結果報告債務人財產及業務之狀況；並陳述對於債務人所提出和解方案之意見。(破二五條一項)俾全體債權人，知其究竟，藉為讓步之準則。

(三) 監督人之任務終了。監督人任務終了之事由，可列舉如下：(註二)

(1) 監督人之死亡。

(2) 監督人之迴避。

(3) 監督人之解任。

(4) 和解程序之終結。

(5) 和解認可之裁定。

(6) 不認可和解之裁定。

第二款 監督輔助人

(一) 監督輔助人之地位。監督輔助人為輔佐監督人行使職務之輔助機關。其行使之職務，大致與監督人相同，雖對於其職務範圍內之行為不無可獨自裁量，但均須受監督人之指揮與監督。

(二) 監督輔助人之資格選任及員數。監督輔助人雖為輔助之機關，但監督人僅處於指揮監

督之地位，事實上和解程序中之重要任務皆由監督輔助人直接行之。非有一定技能與信用，不克勝任。自以會計師充之爲最當。唯吾國除通都大邑外多無會計師，倘必定限以會計師爲監督輔助人或至扞格難通。我破產法爲適應環境計，許選任其他適當之人爲之。所爲適當之人由法院自由裁量定之。大抵須熟悉商情，素著信譽之人，始得將監督輔助之事，信任托付。法院認爲必要時並得命監督輔助人提供相當之擔保。（破一一條二項）良以監督輔助人於和解程序權限至大，責任尤重。命之提供擔保，以促其事之謹慎也。

監督輔助人之人數，則定爲一人或二人，由法院視事之繁簡，臨時定之。法院定爲二人時，其行使職務，除監督人將職務使監督輔助人分享外，以共同爲之爲必要。至第三人對於監督輔助人中之一人所爲之意思表示，卽爲有效。

（三）監督輔助人之報酬 監督輔助人既非公職而服勞務，自應給與報酬。其數額由法院審酌：（1）事件之繁簡，（2）債務人可供清償財產之價值，（3）監督輔助人之勞績，（4）監督輔助人因受任監督輔助職務所失之收益（註三）等事項定之。（破一一條三項）此項報酬有優先受償之權。（同條同項）俾勞力與報酬相等，庶監督輔助人得以安心奉職也。（註四）

（四）監督輔助人之職務 監督輔助人之職務。我破產法一八條一項有列舉之規定。但並不以此爲限。蓋監督輔助人係監督人之輔助機關，故除監督人基於債權人會議主席所生之職務及破產法十九條之報告等職務外，均須其參與輔助。一八條一項之特爲規定，僅以執行此等職務

時須受監督人之指揮而已。(破一八條二項)茲將其重要職務，述之如次：

(1) 監督債務人業務之管理并制止債務人有損債權人利益之行爲。債務人於和解程序中，雖許其繼續營業，但不得爲無償行爲，其有償行爲亦不得逾越通常管理範圍或通常營業範圍，至債務人是否恪遵法律，舉動不越常軌，監督輔助人應切實協助監督人予以監督。爲貫徹其任務起見，法律特許監督輔助人檢查與業務有關之一切簿冊文件及財產暨詢問債務人以業務上之實況。如監視中債務人竟爲無償行爲或逾越通常管理或通常營業範圍之有償行爲致有損債權人利益者，監督輔助人應秉承監督人積極予以制止。(破一八條一項一款)

(2) 保管債務人之流動資產及其業務上之收入。和解程序中債務人雖不必如破產程序中須將其財產之占有移交。唯流動資產易於藏匿處分，業務上之收入亦然；均爲債權之擔保，若一任債務人自行保管，不免有所損失，害及債權人之利益。故應由監督輔助人爲之管理。但既許債務人繼續業務，則關於管理業務必需之費用。自不得併予限制，至增困難。又債務人家庭生活，亦無因和解開始而使窘困之理。故其生活上必需之費用，監督輔助人亦無庸予以保管也。(破一八條一項二款)

管理業務之費用是否必需，自應以一般交易觀念決之。至家庭生活費用是否必需，則視債務人平日經濟地位決之。(註五)

(3) 完成債權人清冊。債務人聲請和解當時應提出債權人債務人清冊。此處以完成債權人

清冊爲監督輔助人職務之一，一若重複。實則債務人聲請和解當時提出之債權人清冊，僅足供調查之根據。實際上債權人與債權數額，尙應由監督輔助人翔實核定，完成清冊。（破一八條一項三款）

（4）調查債務人之業務財產及其價格 債權人會議時，監督輔助人依據調查結果報告債務人財產業務之狀況，并陳述對於債務人所提出和解方案之意見。故對於債務人之業務財產及價格，監督輔助人應予調查，俾收集爲報告及陳述之資料，又監督輔助人應監督債務人之業務。此項調查，乃係當然之結果。（破一八條一項四款）（註六）

（5）製作債權表 債權表者，依和解債權人之申報，所製作之表格也。其記載內容通常爲：申報債權之年月日，和解債權人之姓名，債權人之原因及數額，擔保債權行使後之不足額。債權表之製作，在外國立法例，係法院書記官之任務。（日和四五條）我破產法雖未規定，應解爲由監督輔助人編造。（王仲桓氏前揭一〇五頁）編造完竣，應連同申報債權有關文書呈由法院備供利害關係人之閱覽與抄錄。（破二二條三款）

（五）監督輔助人任務之終了 監督輔助人任務之終了，不外下述事由：（註七）

（1）監督輔助人之死亡。

（2）監督輔助人之辭職。

（3）監督輔助人之解任。

(4) 和解程序之終結。

(5) 和解認可之裁定。

(6) 不認可和解之裁定。

第三款 債務人

法律對於在和解程序進行中之債務人頗示寬大，既許其繼續執行業務，又許其自由支配管理業務及維持家庭生活之必需費用。但對於債權人之利益，亦絕未予以忽視。自聲請和解時起即課債務人以不為無償行為或逾越通常管理通常營業範圍之有償行為之義務。和解程序進行中，上項拘束，依然存在，並課以如下之義務：

(一) 繼續業務有受監督之義務 和解程序進行中，債務人固得繼續執行其業務。但不得利用管理業務之機會而為有損債權人利益之行為。為表明其誠意計，有受監督人及監督輔助人監督之義務。(破一四條一八條一九條)

(二) 服從監督人及監督輔助人檢查文件及財產並答復其詢問之義務 監督人及監督輔助人基於監督權而要求檢查有關文件簿冊及財產，債務人應即服從。不得有所隱匿或虛報債務，以圖混淆。為對於債務人之業務有所詢問，又應據實詳答，不得有拒絕答覆或為虛偽陳述之行為。(破一四條一九條)

(三) 出席債權人會議之義務 債務人聲請和解，原在求和解債權人諒解；則債權人會議

時，自應出席，以便說明其所提出之和解方案，俾債權人明瞭究竟而從事決議。倘遇監督人或監督輔助人有所詢問，並應答覆。此亦爲其出席中之義務。（破二四條一項）

第四款 債權人

和解程序，以締結和解爲目的；而締結和解之當事人爲債權人與債務人。故程序開始時，法院應以公告或送達通知和解債權人，令其參加；俾程序得向原有之目的進行。債權人參加和解程序，以申報債權之形式爲之。申報債權後，債權人即取得一切程序上所得行使之權利。如：二十六條之駁議權，二十七條之決議權，三十條之異議權，五十條之撤銷和解聲請權等。申報債權應向何人爲之，我破產法未有規定。但依法規全體之精神觀之，自得解爲：向監督輔助人申報，較稱妥適。至申報內容，不外開示：原因及數額，如有證明文件，則應同時提出之。

申報債權是否有中斷時效之效力，我民法雖未如申報破產債權之明白規定，但參加和解程序要亦爲行使其權利之請求，自有中斷之效力。其經撤回者，與未申報同。

第二節 債權人會議

（一）債權人會議之性質 債權人會議者，債權人團體以締結和解爲目的之意思機關也。
（註八）析述如次：

(1) 債權人團體者，蓋因和解程序之開始，以多數債權人之競合爲要件。且債權人如僅祇一人則債務人儘可直接告以和解計劃，以待其可否之答覆，無舉行會議之必要。故事實上必須爲他方和解當事人之債權人在二人以上，庶有會議之必要也。

(2) 締結和解爲目的者，蓋以和解程序上之債權人會議，僅爲和解可否之決議；非如破產程序上之債權人會議有監督之權能。

(3) 意思機關者：債權人團體對於債務人所提出之和解方案，表示接受與否之機關也。

(二) 債權人會議之召集 此項會議，由法院召集之。法院於許可和解開始之聲請後，應即定債權人會議期日公告，并就已知之債權人及聲請人通知之。(破一二條) 債權人會議期日，亦稱和解期日，應在中報債權(註九)期滿後七日以外一個月以內。(同條)

(三) 債權人會議期日辯論之指揮 債權人會議乃由監督人爲主席，(破二二條)關於會議之開閉，討論進行之督促，發言之許否，議事日程之編次，會議繼續或延期之宣示，議事筆錄之作成，會場秩序之維持等均由主席主持外，尚有法律賦與主席之特別權限，如爭議之裁定(破二六條二項)會議之解散。(破二四條二項)和解程序終結之宣告，和解事件終結之呈報。(破二八條二九條)不過債權人會議，實基於債權人自衛主義而成立。監督人爲之主席，僅能爲形式上之指揮而止。關於和解條件，應由債權人與債務人雙方自由磋商。主席除力謀妥協外，(破二五條二項)不得藉指揮權而干涉其內容。

(四)債權人會議之出席與列席

(甲)債權人 債權人會議原以債權人爲主體，債權人自得出席行使其決議權，唯債權人出席會議乃爲權利而非義務。其出席與否？一任自由，法律不加強制。申言之，卽債權人縱不出席，不過拋棄其決議權而已。故債權人因事故不能出席時，得委任他人代理。(破二三條，日和四九條，羅和一六條二項)(註一〇)亦以債權人之出席會議，既爲權利行爲，則因婚喪疾病或遠在他方，不克行使權利，應容許其委託代理人代爲行使以資救濟。至被委託者是否爲另一債權人抑係第三人均所不問。

(乙)債務人 債務人爲和解之主體，債權人會議時，自應令其出席，俾得充分說明和解方案之內容，直接磋商和解之條件。(註一一)務期取得債權人之諒解，迅速結束其所負之債務。故法律以出席債權人會議爲債務人義務之一。如債務人經法院通知後無正當理由而不出席時，卽違背義務。且事實上會議亦無從進行。主席應解散債權人會議，報告法院宣告債務人破產。(註一二)

(丙)監督人與監督輔助人 監督人依法充任債權人會議主席，其應出席會議，原不待言。卽監督輔助人亦應列席債權人會議，(破二二條二項)蓋依我破產法二五條監督人及監督輔助人應於債權人會議時依據調查結果報告債務人財產業務之狀況，並就債務人提出之和解方案申述其意見。所以監督人與監督輔助人均應出席或列席會議，方能完成其任務。(註一三)

(五)債權人會議爭議之裁定 債權人會議時，對於某債權所主張之權利或數額，債務人或
其他債權人得提出駁議。(破二六條一項，羅和一七條二項)對於此項駁議，主席應即為裁
定。(破二六條二項，羅和一七條三項)(註一四)此項裁定，僅為對於債權人有否參加和解程序
之議決權，及其議決權範圍如何之裁定。對於該債權及數額並無實體上確定之效力。此由和解
僅客觀上變更債權之態樣，主觀上對於各和解債權並無確定其存立之效力者也。

(六)債權人會議之決議 債權人之決議，為債權人對於債務人所提出之和解接受或拒絕之
共同行為也。前者為可決，後者為否決。可決及否決，應有出席債權人過半數之同意，而其所
代表之債權額並應占有無擔保總債權額三分之二以上。(破二七條)(註一五)(註一六)(註一七)即以
人數與債權額兩者定其標準。有一不及此最低限度，其決議於法不能成立。所謂重複的多數決
是也。於此尚應注意者數點：(一)出席債權人每一人有一決議權，不問其個人所有之債權額
為若干。唯一人而代表數人時可按其代表之人數而算為數權。(二)未申報債權之債權人或雖
已申報而未出席之債權人均不得算入決議之數。(三)債權人本人未出席而委託代理出席者，
其代理人所為之決議與本人有同一效力。(註一八)(四)有擔保債權人僅就行使擔保債權後之不
足額有決議權。(註一九)(註二〇)

(七)債權人會議之終結 債權人會議否決和解時主席應即宣告和解程序終結並報告法院。
{破二八條}和解原以雙方意思合致為必要。債務人所提出之和解條件，經與債權人磋商，並

由主席從中斡旋，力謀妥協。而仍遭否決時，其和解已無成立之可能，故主席應即宣告和解程序終結，藉以結束債權人會議，並報告法院。如和解經債權人會議可決時，主席亦應呈報法院，由法院與認可與否之裁定。（破二九條）

第三節 和解之認可與不認可

（一）認可及不認可之裁定 和解雖經債權人會議可決，非即發生效力，尙須經最後監督機關法院之認可。蓋以和解事件涉及一般的利益也。是以債權人會議主席於和解經可決時，應即呈報法院，法院據報後應對於和解之締結是否合乎法定程序，（註二）和解之條件是否公允，提供之擔保是否相當，予以審查。如認為適法公允相當時，應以裁定認可和解，否則應為不認可之裁定。（註二）（註三）所謂認可與不認可，自僅對於債權人會議可決之和解條件表示贊否而已。非可隨意變更其條件。故即因債權人之異議，認為應增加債務人之負擔時，必須經債務人之同意，法院始可將所增加負擔列入認可和解之裁定。苟不得債務人之同意，法院無強其同意之權，祇得為不認可和解之裁定。（破三二條三三條）

（二）裁定之公告 法院所為認可或不認可之裁定，應公告之。俾一般利害關係人得知，公告之方法，自得適用破產法第一三條之規定。又該項裁定，除公告外，無須送達。（破二九條二項，日和五二條）以期程序進行之簡捷。（註二四）

(三)不認可之效力 法院爲不認可和解之裁定，則和解目的，無從實現。程序即告終結。法院應以職權宣告債務人破產。(破三五條，日和九條，羅和三四條)

(四)認可之效力 法院爲和解認可之裁定時，目的實現。程序亦因而終了，從而和解之機關即無繼續存在之必要。然認可和解之效力，究自何時發生，破產法並無規定。依第三四條二項抗告仍有執行效力之規定，可知和解效力，一經認可，即行發生，不得確定也。(註三五)至和解效力，除終結程序外，其對於債務人債權人債務人之保證人或其他共同債務人者，分述如下：

(1)對於債權人之效力 經認可之和解，除破產法另有規定外，對於一切債權人，其債權在和解聲請許可前成立者，均有效力。(破三六條，日和五七條，羅和四二條，埃混合商二〇八條二項)普通審判上之和解，其效力雖僅及於和解當事人；而破產法上之和解異是。凡屬單純債權不問已否申報或曾否出席債權人會議，祇其成立時期在許可前者，均受和解裁定內容之約束。就中於有債權有利部份，如：因和解而第三人爲債權人設定擔保物權或負擔保責任。各債權人固得一律享受；不利部份如因和解而免除債務之一部或展期清償，各債權人亦應一律承認。(註二六)(註二七)

通常之各別和解關於和解條件應尊重當事人之意思表示，債務人如予特定之債權人以特別利益。他債權人固不得援例要求，亦不能主張其爲無效。唯破產法規定之和解則對於各債權人

以平等待遇爲要義。債務人而許特定之債權人以和解方案外之利益，顯違平等待遇之旨，不應認爲有效。（破三九條）

有擔保權或優先權之債權人，不受和解之影響。此爲破產法第三七條所明定。同法第三六條所謂「除本法另有規定外」，即指此而言。

又和解僅對於債權之內容有客觀之確定效力，並非執行之名義。故和解債權是否主觀存在，並無確定。如有爭執，債權人不得不另以訴訟或其他程序解決之。但此項訴訟，僅得於和解條件範圍內行之。蓋因和解債權，客觀內容，早經和解確定故也。（註二八）（註二九）

（2）對於債務人之效力 債務人對於其財產之處分權，因聲請和解即受種種之限制。和解經認可後，上項限制，除應受和解條件之拘束外，歸於消滅。其對於業務與財產之管理，除受和解條件之限制外，不再受和解機關之監督。

（3）對於債務人之保證人及其他共同債務人之效力 債務人之共同債務人，對於債權人雖共同負履行債務之責任。然其中之一人或數人與債權人間所成立之和解，不過該債務人自己對於債權人可以享受特別之待遇而已。其他共同債務人自無因此而受同一待遇之理。故債權人對於其他共同債務人所有之權利，不因和解而受影響。又債務人之保證人於債務人不履行債務時，原有代負履行之責任。今債務人之債務雖因和解而有所減輕或其清償期限有所延展。此乃債權人鑒於債務人之經濟窘困而所爲之特別讓步。保證人既負全責於先，自不能因由於債務人

所生之事實，而令其無故享受利益。故破產法明定債權人對於債務人之保證人之權利，並不因和解而受影響。（破三八條）（註三〇）

又主債務人因和解而免除其債務之一部則其保證人縱代清償全部債務，亦祇得就未免除部份主張求償。蓋以在此場合，保證人既代位原來之債權人而為債權人，自應受和解之拘束也。（註三一）

第四節 異議與抗告

（一）對於債權人會議主席所為關於債權爭執裁定之異議 債權人會議時對於債權人所主張之權利或數額，債務人或其他債權人（註三二）對於該裁定認為有偏頗或不利時，自可向法院提出異議。（破三〇條前段）蓋上項裁定雖非對債權實體或數額有何確定之效力，但決定債權人有否參加和解程序之議決權及其議決權之範圍如何，關係相當重大。倘一經主席裁定即不許債權人表示不服，難免無不公不當之弊，因許其有此救濟也。

（二）對於債權人會議所通過之和解決議之異議 債權人會議雖採多數取決之制。然和解債權人亦不免暗中通謀操縱投票，以通過不公平之決議，使其他債權人蒙其不利，故法律許債權人對之提出異議，以資救濟。（破三〇條中段）（註三三）

上述異議，應自裁定或決議之日起十日內向法院提出之。（破三〇條後段）此項期間為不

變期間，一經逾越，縱有不利利益，亦不得再有主張。俾程序得以迅速終結也。（註三四）

債權人所提出之異議是否正當有理，法院除就其證明釋明方法予以審查外，在裁定前，得開任意辯論，傳喚債務人債權人爲必要之訊問。並令監督人監督輔助人到場陳述意見，以爲裁定之資料。（破三一條）

（二）對於認可和解裁定之抗告 法院所爲認可和解之裁定以曾向法院提出異議或被拒絕參加和解之債權人爲限（註三五）得爲抗告。（破三四條一項）查法院裁定認可和解原係以債權人會議可決之和解條件爲基礎，債務人與列席債權人，就此和解條件或本屬同意或應服從多數之決議，自無反對之餘地。卽遇法院因債務人之異議變更債權人會議之決議，增加債務人之負擔而認可和解時，亦已先徵債務人之同意。均不應許其抗告，以免任意反覆，致利害關係人受其牽累。唯債權人曾依破產法三〇條規定向法院提出異議而被駁回者，與被拒絕參加和解者則始終未將其願望。對於認可和解裁定行爲不滿乃人情之常。且既拒絕參加和解，又於認可和解之裁定，不容置喙。法律保護該債權人之權益，亦有未周。故應使其得爲抗告。

關於認可和解之裁定，雖經抗告，仍有執行效力。（破三四條二項）此言和解一經認可，債權人及債務人卽應受其約束。債權人固不得因抗告而回復原債權主張其權利。債務人亦不得因有抗告拒絕和解條件之履行。然和解程序究非一般強制執行程序，債權人不得以認可裁定爲執行名義而爲強制執行之聲請，有不待言。至於對於抗告法院之裁定，不得再抗告。（破三四條

四項)良以和解事件利於速結也。(註三六)

(四)對於不認可和解之裁定不得抗告 又問債權人或債務人對於法院所爲不認可和解之裁定，不得提起抗告。(破三四條三項)蓋以法院如因和解不合法定程序或和解條件不公允或無相當之擔保，或認爲應增加債務人之負擔而未獲其同意陷於無可繼續和解之狀態。乃爲不認可和解之裁定并基此以職權宣告債務人破產。在債權人一方自可非難之理。即債務人亦不必使其得以再將異議。徒延滯破產程序上之開始。唯按債權人會議可決之和解，係出於債權人多數之意思。認法院認爲條件不公允擔保不相當或債務人不同意增加負擔除和解違反法定程序外，似無急於宣告破產之必要。對於不認可和解之裁定，許爲抗告。實非有何等弊害。況和解不僅有益於債務人，即於債權人及社會經濟，亦有重大利益，如法院不認可和解，出於正當，固無論矣。倘因一時陷於偏見或以下級法官學識之幼稚，而認識錯誤，裁判失宜。不有抗告人之救濟，則債權人債務人社會經濟三方面均將蒙其影響，似未可以等閒視之也。(註三七)(註三八)

(註一)埃及混合商法二(一)條「在和解程序進行中，如法院獲得債務人並非不幸與善，得隨時宣告債務人破產」如是規定，亦至爲扼要而簡捷。

(註二)監督人任務之終了之事由，學者有列爲「和解之撤銷」者。(王仲頌氏前揭九三頁)竊謂監督人之任務早經裁定認可和解而終結，則上項事由之添列，未免蛇足也。

(註三)竹野氏和解法原論二八四頁。

(註四)王去非氏於此謂：「又此項報酬，尚畀以優先權者，無非獎勵監督輔助人勇於赴職也。」(前揭二〇頁)竊

謂監督輔助人之報酬原在補償其勞力。故報酬之數額，由法院斟酌實際情形定之。而報酬之支給，則予以優先受償之權利，其意在確保報酬與勞力相適應，實未含有示恩獎勵之意在內，顯而易見。

〔註五〕此項費用，我破產法雖未如日和解法三五條，雖和解法一五條二項規定由監督人定之，但解釋無妨相同。

〔註六〕我破產法未令監督輔助人編造財產目錄，提供債權人會議審核，僅令其於會議時報告財產狀況，似欠周詳。

（參照蘇和一一條二項三項）

〔註七〕平仲氏復以「和解之撤銷」為監督輔助人任事終了事由之一（前揭九九頁）其不當已如前述。（註二參照）

〔註八〕齋藤博士日本和議法論下卷二五五頁竹野氏和議法原論二九一頁。

〔註九〕何者蓋和解債權，何者不為和解債權，我破產法竟未有規定，抑亦無準用破產程序中關於破產債權規定之明文。然則因和解程序開始後原因成立之債權，是否亦得為和解債權？又和解債權之如何算定？均成問題。（日和解法四一條至四五條參照）雖依一般法理，無妨準用破產債權諸規定，但自立法言，似未免粗疏也。

〔註一〇〕劉朗泉教授謂：「至債務人之應出席會議，則為答覆監督人，監督輔助人或債務人之詢問，並與債權人作和解條件之磋商，使其所提出之和解方案易為債權人所接受。故債務人之出席會議，實為必要。苟債務人經通知後，無正當理由而不出席債權人會議時，主席應解散債權人會議，並向法院報告；由法院宣告債務人破產。惟債務人不欲或不能親自出席會議者，得委託代理人出席，因代理人於代理權限內，以本人名義所為之意思表示，既直接對本人發生效力，無異債務人親自出席也。（破產法二二，二三，二四，二五等各條）」（前揭五二三頁）按所稱：「答覆監督人……或債務人之詢問」之債務人想係平民誤植。但其所謂：「唯債務人不欲或不能親自出席……無異債務人親自出席也」云云。依前後語氣並非指債權人，確係指債務人而言。而所指示之條文則為二三條，實深詫異。經吾人檢閱四種以上不同版本之破產法法典二三條均為債權人得委託代理人出席，絕非債務人。諒不至有何錯誤？然則劉氏云云。不識何時所據而云然。抑依陋見。債務人出席債權人會議係債務人之義務，實非債務人所得「不欲」。外國立法例誠有許債務人委託代理人出席者。（日和四九條）但究以有正當事由為限。未聞可任意「不欲」也。

(註一)關於和解條件在債權人會議中能否變更？立法例有限於有利債權人時，始許變更。(日 and 四五條)我破產法雖無相同或相反之規定。但就第二五條二項之規定觀之，應解為不獨有利於債權人時可以變更，即於有利於債務人時，祇須得債權人方面之同意，亦未始不可變更。

(註二)外國立法例於債務人違反出席債權人會議之義務，視為撤回其和解。(日和四九條，羅和一六條四項)

(註三)日和解法除規定管理人整理委員債權人債務人等應出席會議外，並明定須傳喚為和解之保證人並其他與債務人共同負擔債務或為和解債務人供與擔保者到場。(四六條)由此等人出席會議，確使和解易於可決成立後易於履行，值得仿效之規定也。

(註四)關於和解債權之原因，數額有爭執時，立法例有規定由法院裁定之者。(日和四八條二項我商人債務清理暫行條例四三條二項)有規定由主席裁定之者，(羅和一七條三項)蓋前者昭其慎，後者期其速也。

(註五)破產法二七條後段原為「並應占無擔保總債權額四分之三以上。」於二六年經立法院修正公布改為「三分之二以上。低於一般之立法例；日和解法定為代及總債權額四分之三以上出席債權人過半數之同意。(四九條)羅和解法定為應有無優先權或無正式抵押擔保權之總債權額四分之三之同意，如解請人提供之數額不足百分之八十時，應有債權人會議全體三分之二之票數，始可作為決議。(一九條)波積妨破產法定為須有債權人過半數參加會議並至少有出席人三分之二之贊成，和解始認為終結。如債務人欲減銷其債務在百分之三十以上至百分之六十時，應有債權人十分之九之投票，方可決議。(五六條至五八條)瑞士者實與破產法定為須出席債權人三分之二之簽字其所代表之債權額占總債權額三分之二以上。(三〇五條)埃混合商法定為須代表四分之三債權之債權人同意。(二〇七條)英破產法定為在債權人會議中，如其成接受此項提議者，人數過半數，而價值過四分之三者，認為正式接受。(一六條二項)俄破產法定為須投票之債權人三分之二同意並代表之債權至少達總債權額十分之三(八條一項五款)云。

(註六)王仲和氏於此謂：「我國和解法並無和解債權之字樣，且以破產法第二七條之規定觀之，有擔保之債權人亦得參與和解程序者也。則有擔保之債權人不論有否拋棄其擔保權亦將為和解債權人，與破產法第十七條之但書及第三七條之規定，似難貫徹。我國破產法對於有擔保之債權，即有第一七條但書及第三七條之變異規定。其無此項變異待過

之普通債權，即德日立法例所謂之和解債權，觀念上自非不能存在。故本書仍沿襲一經之學理，對於無擔保之債權名之爲和解債權，但此處須注意者，即破產法之擔保債權參與和解程序，與德日之法律之別除權，除拋棄其別除權外，不得參與者，不得不稍有區別。」（前揭八二頁至八三頁）此說竊未敢苟同。按破產法第二七條並無許有擔保之債權人參與和解程序。所謂古無擔保總債權云云。顯屬注意之規定，合第三七條規定觀之，正言有擔保債權人不得參與和解程序也。

（註一七）羅和解決法二一條：債權人對於債務人財產有優先權，而放棄其擔保或抵押權者，得參加表決，先行參加者，視爲放棄……在商之場合，我破產法得採同一之解釋。在後之場合，其表決爲無效，不得算入重複的多數決議內。

（註一八）日和解法規定代理人代理債權人行使決議權，須提出證明代理權之書面。（四九條）我商債清理暫行條例四四條二項規定相同。羅和解決法則規定委託書以私人署名在會議通知書內作成之。（一六條二項）我破產法亦有相當之規定。倘因代理權發生問題，（例如無權代理）而影響於決議之效力時，牽動既多，困難亦太。所望監督人予以注意，未始非補救之道也。

（註一九）立法例多規定不能依別除權之行使而受清償之債權額得爲和解債權，其債權人因亦得行使決議權。（日四八條）我破產法雖無直接規定，但依第三七條之規定觀之，解釋相同，有不待言。

（註二〇）司法院二十六年院字一六七三號解釋：「破產法關於駁回和解之聲請或不認可和解，應由法院以職權宣告債務人破產。若和解經債權人會議否決者，法院接到報告後毋庸依職權爲破產之宣告。」日和解法四九條規定法院得據和解提出人聲請或依職權定其續行期日，重行和解之談判與表決。自推行和解之見地言，似較我法爲優。

（註二一）關於此點，我破產法雖未如外國立法例訂有明文。（日四五條一款）「和解之程序及其決議，違反法律之規定而不能補正其欠缺時」被預防破產法六一條二款「召集會議不遵守規定程序者」但理論上須採同一之解釋也。

（註二二）立法例於法院爲認可與否之裁定應審酌之事項，多採列舉主義，其值得注意者，在英破產法爲公共的利益，商業的道德，（一六條九，十，Williams, 91, alexandres, annales de droit commercial, 1876-1887, 1, p.

856) 在波預防破產法爲和解條件有否違害善良風俗或公共秩序。(六一條六款)

(註二三) 日和解法規定對於和解之認可與否，管理人及整理委員得陳述意見。其他聲請人債權人及爲和解之保證人並其他與債務人共同負擔債務或爲和解債權人俱與擔保者亦同。(五〇條二項) 該項規定，似頗可採。

(註二四) 依外國立法例規定認可和解與許可和解同。除公告外，尙須將裁定送請登記機關登記。(羅和三五條二項日和八條)

(註二五) 王仲桓氏謂：「和解效力，雖爲終結和解程序，然非溯及和解程序之以往，是以和解程序中所發生之效力，並不因而消滅。故債務人無效力之無償行爲(破產法一五條)並不因和解効力之發生而重行生效。」(前揭一二二頁) 竊謂破產法一五條所謂無償行爲不生效力，當係指對債權人不生效力而言。其相對人間如原具備一般法律行爲有效條件時，初非無效。和解成立後，自應恢復其固有之效力。

(註二六) 英美法系雖亦規定和解有拘束一切債務人之效力。但關於債務人因貪婪罪之判決私生子扶養命令所負之債務或離婚給養費生活費之債務，除法院以命令規定其範圍條件外，則一律不得免除。(英破一六條一三，加破一八條巴力斯里破一六條一三)

(註二七) 斐漢師謂：「單純債權均應受和解裁定內容之約束……例外唯會向法院提出異議或暫拒絕參加和解之債權人對於認可和解之裁定，已爲抗告者則否。」(前揭二一頁) 未免稍有語病。蓋債權人縱因不服債權人會議所爲之決議或主席對於債權人存在或數額所爲之裁定而提出異議，如異議被駁回，自應受和解內容之約束。即異議勝利，在後之場合，異議人之和解參加權及其範圍乃至分攤成數，固有變更；然仍非不受和解內容之限制。在前之場合，或增加債務人負擔或不認可和解；乃和解內容本身之變更，亦非不受其拘束。至因被拒絕參加和解而抗告之債權人，抗告如果失敗，則既非和解債權人，自不必受和解之拘束。反之，明既爲和解債權人，即無不受拘束之理由。

(註二八) 加藤博士和議法要論一〇八頁一〇九頁，竹野氏和議法原論三二八頁三二九頁，齋藤博士和議法爲下卷二八五頁二八六頁。

(註二九) 依日和解法五七條認可和解對於債權人尙有一效力，即債權人不得再以從前債權聲請宣告債務人破產是。

(昭和六年九月一八日大審院判決判例集一〇卷一〇號一三三頁，許新債權人得基於新破產原因爲宣告破產之聲請。昭和七年二月十日大審院判決判例集一一卷二號一〇二頁，許新舊債權人共同爲破產宣告之聲請。加藤博士謂義法要論一一頁法協五〇卷六號一四二頁八號一七五頁認爲與和解法五七條破產法三四二條之明文相抵觸，頗加指摘。爲謂和解以預防破產爲目的。五七條規定之原則，固屬正當。但一旦有新破產原因發生，許新債權人據以聲請宣告破產，尙難謂與明文矛盾也。

(註三〇) 日和解法五七條規定除和解有特別規定外，關於法人之債務，負有責任之社員，祇對於破產債權人在和解所定之範圍內，負其責任。(昭和七年六月二十八日大審院判決判例集一一卷一四號一四四〇頁，法協五二卷九號一五三頁加藤博士稿) 是法人因和解之成立而享受同一之利益。我破產法無相當之規定，自不能存同一之解釋。

(註三一) 昭和五年一月二四日大審院判決判例集九卷一二號一二〇五頁加藤博士稿法協四九卷八號一四三頁。

(註三二) 債權人與債務人及其他債權人關於債權有所爭執。主席之裁定，未必不利於債權人，如不利於債權人時，債權人得依破產法三〇條提出異議，固無論矣。倘不利於債務人或其他債權人時，顯無救濟之可能。因我破產法三〇條僅言「債權人」也。說者謂：「規定唯債權人始能提出，此蓋防債務人以異議爲名拖延進行而設者也。」(王仲桓氏前揭一一五頁) 姑無論異議原不停止裁定之效力，因無拖延進行之可慮。且其他債權人依該條語氣，顯不包括於「債權人」字樣內，何以不許異議，亦有問題。之法例有與我規定相反。(羅和二八條) 不可謂非立法之粗疏也。

(註三三) 羅和解決法二七條：「債權人反對業經可決之和解，必須於決議之日起十日內，以書面陳述反對理由，呈送監督人……」同法三〇條：「法院自接受案卷日起……於二十日限內決定反對之審查與認可和解之日期。」三三條：「法院於審查反對意見及認可和解之期，傳訊反對者，由監督人組成會議，將一切反對意見，以一判決定之……」以期簡捷。並免除一方異議爲有理由，一方認可和解等類矛盾之發生。

(註三四) 西班牙一八九七年六月法律一九二二年七月二十六日修正法一六條，規定債權人得基於法定原因向決議之日起八月內提出異議。如無人異議，則法院必須爲支付猶豫之認可。(La vie juridique des peuples. Espagne, Public sous direction de Lévy-Ullmann)

(註三五) 日和解法五三條二項，凡無決議標之債權人應對於和解認可與否之裁定聲明不服者，應釋明其爲和解債權人。我破產法解釋自應相同。

(註三六) 墨漢師謂：「本法規定認可和解之裁定，抗告後不中止執行……查和解之效力其主要者，在債務人方面則爲一面解脫監督，一面遵照和解條件履行其義務，在債權人方面，則須受和解條件之拘束，而行使其權利。此等效力如在認可和解裁定不準確時，即使其發生。將來抗告法院仍維持原裁定自無何等問題。如須變更原裁定，實不免窒礙難通之事也。」(前揭一九頁) 其言不無有理。但程序宜於速結，凡經債權人會議可決並經法院認可之和解，抗告法院予以變更者，事實上必占少數。與其未必或偶然之窒礙，抑令無故遲滯，空耗光陰與經費，何如即令發生效力。兩弊取輕，本法之規定是也。

(註三七) 日和解法五三條不問認可和解與否之裁定均得即時抗告。論和解法二一七條規定聲請人得對於拒絕和解之裁判於十五日內提起上訴。意和解二二條許對於不認可和解之判決，爲上訴之救濟。比和解法一九條二一條二二條許爲抗告或上訴外，並許向最高法院提起上訴。我破產法於此不獨違反多數立法例，抑與創設和解制度之初旨，不已相去千里。

(註三八) 埃及混合商法二〇八條四項規定債權人未受合法通知參加和解之債權人得對和解認可之判決提出異議。學者釋之謂：「立法者欲判決所創設之法律狀態非常固定，如判決認可和解，受損害之利害關係人，儘可依其他方法救濟。例如請求廢止或撤銷和解是。反之，如判決不認可和解，通常即開始破產，債權人與債務人仍不乏成立調協之機會與可議。」(Abd El-Fattah El-Sayed Beg et M. Desserteans, Traité théorique et pratique des faillites en droit Egyptian, No. 139, p. 171.) 竊謂動輒廢止或撤銷和解，適足形成法律狀態之不固定。且各國立法例所以於調協而外另創和解制度，正因該制度具有特殊之使命。設以仍得成立調協爲理由，而任法院不當的不認可和解，何異抹殺和解制度之存在乎！

第六章 和解之終結

和解以債務人不能清償債務，聲請和解經法院許可而開始。至和解終結，則有種種之原因。

(1) 債務人無正當理由而不出席債權人會議時。

(2) 債務人有隱匿財產文件虛報債務或拒絕答覆監督人詢問或為虛偽陳述，或於業務管理損害債權等行為之一，經法院傳詢而無故不到場或到場而不能說明正當理由者。

(3) 和解經債權人會議否決時。

(4) 和解經債權人會議可決法院認為不適法或條件不公允擔保不相當為不認可和解裁定時。

(5) 和解經債權人會議可決並經法院裁定認可時。

上述(1)至(4)場合和解均未成立。除(3)之場合外法院應立即宣告債務人破產。使由和解程序進入破產程序。至(5)之情形，則和解成立。就債務人言，應遵照和解條件履行其義務，就債權人言，則應受和解條件之拘束行使其權利。如已經法院認可之和解，由曾向法院提出異議或被拒絕參加和解之債權人提起抗告。抗告法院廢棄原裁定自為裁定不認可和解者，或

和解全部經法院撤銷者，或因新原因宣告破產者，均於和解程序終結後經過相當期間始入破產程序。此時債權人有已依和解條件受全部清償者有僅受一部清償者，其已受全部清償者，不得再行加入破產程序領受分配，固無問題。其僅受一部清償者，應以其和解前原債權之未受清償部份加入破產程序。其已受清償部份，雖不必歸還破產財團，但亦應算入，俾定其應受分配之額。如果平均分配額超過履行額，得再受相差額之分配。但仍須俟其他債權人所受之分配與自己受清償之程度成同一比例後始得再受分配。（破四〇條）（註）

（註）王家駒教授謂：「原文第四一條（按現行法四〇條）規定：「在法院認可和解後，債務人尚未完全履行和解條件而受破產宣告時，債權人依和解條件已受清償者，（此處清償字面似宜改為償還，其餘類此之處仿此）關於其在和解前原有債權之未清償部份，仍加入破產程序。但於破產財團應加算其已受清償部份，以定其應受分配額。」其第二項又謂：「前項債權人應俟其他債權人所受之分配，與自己已受清償之程度成同一比例後，始得再受分配。」按此條之規定法意無非爲力求公允而設。但從法文上言之，似乎稍欠明顯。可否合兩項而爲一，改爲「在法院認可和解後，債務人尚未完全履行和解條件而受破產宣告時，債權人之一人或數人依和解條件已受償還者，其未受清償之部份，仍得加入破產程序。但須俟他債權人所受之分配，與自己已受償還之程度，成同一比例後，始得再受分配。」（前揭論文）殊不知此改，幾全悖原意。王氏於未受清償部份，刪去「和解前原有債權」字樣，安知無意中竟同刪去債權人權利之一部。例如和解前債權人原有債權百元，依和解條件免除百分之四十。債權人已受三十元之償還開始破產程序時，依王氏所改法文，祇能依以未能受清償之三十元加入破產程序。依原法文則可以和解前原有債權未受清償之七十元加入破產程序也。王氏又整個刪去原文一項但書，結果亦屬欠妥。蓋法律爲力維已受清償與未受清償債權人間之公平。並於不妨害已得權之原則下，雖不要已受清償之債權人以已受清償部份返還破產財團。但仍應算入，以便定其應受分配率。良以和解條件未必與分配額相當。倘不將已受清償部份算入破產財團，以爲分配率之標準。則於已受清償未受清償債權人間不免有畸輕畸

重之弊焉。但該條亦並非全無可議。日和解法六七條規定爲已受部份清償之債權人一方以從前和解債權之全額視爲應入分配額債權之額。一方以已受之額算入破產財團中，而定分配之標準。如此，條件機會，均屬均等。始有真正公平之可言。乃我破產法一方雖令以已受清償額算入破產財團，一方却僅命以和解前原有債權之未受清償部份加入破產程序，如此，條件機會，顯不均等。其結果尙有公平之可言乎？

第七章 商會之和解

第一節 概論

「商會之和解」，乃我破產法上之創作，然我破產法何以既有法院之和解，又有商會之和解？其理由據破產法草案初稿說明書謂：「我國社會習慣崇尚和平，對於債務人不能清償其債務而非出於惡意者，頗能寬恕矜憐，不為已甚，與歐洲各國視破產為犯罪者不同。而在債務人方面，無論其為商人或非商人每至經濟窘迫時，輒能多方設法，以暫了結。即至無法了結之時，每必請人排解，請求債權人為相當之讓步，而以對簿公庭為可羞。與歐西各國債務人視破產為常事者，亦頗異趣。且各地商人自動請求當地商會進行和解者，原為事所恆有。此種優良習慣，尤宜保存。」學者對之毀譽過半。（註一）立法初旨，原無可議，但所言中西對破產觀念之不同，未能於經濟狀況之差異點上，予以把握？從而於優良習慣之本質性與夫延續性均不宜估計太高。按唐律雜律門：「諸負債違契不償一疋以上達二十日笞二十……」是竟以遲延為犯罪，更無論不能清償矣。至「債務人每至經濟窘迫時，輒能多方設法」云云。固可釋為重信然諾，抑豈不能釋為被逼而然耶？我人此言，絕非否認我國固有之良俗，此乃封建社會經濟狀

況下所特有而應有者，然自今日中國之社會經濟狀況言之。此項良俗，尙得保存否乎？不無問題。且工商業發達而後，各業公會之組織，漸取商會而代之，個人之不能清償者，日增月多。設仍以昔日之維持良俗者，爲今日保存之工具能適當需要否乎？又有問題。故竊謂裁判外和解制度之設或有必要。顧殊非專志於保存良習，抑不必委諸商會，一任當事人自行進行或由國家試設（或依聲請）債務整理委員，主持其事，當不劣於商會和解也。

第二節 和解之請求及許可

(一) 請求人 得請求商會進行和解者，以債務人兼具有商人資格者爲限。是否必須爲商會會員法律未有明文。解釋上似應探否定說。但以非會員而得請求商會進行和解，能否達預期之效果？反之，若非會員即不得請求商會進行和解，則此項制度之適用範圍，未免太狹。

(二) 請求之要件 商會和解請求之要件與法院和解聲請之要件，大致相同。唯前者，除具備一般條件外，尙須具備下列二要件：

(1) 在有破產聲請前。

(2) 未向法院聲請和解 蓋商會和解原在避免破產暨法院和解而設。若已有破產或和解之聲請，即無請求商會進行和解之必要矣。（破四一條）

(三) 請求之手續 債務人向商會請求和解者，其手續與向法院聲請和解時同。須提出財產

狀況說明書，及其債權人債務人清冊，並附具所擬與債權人和解之方案，及提供其所擬清償辦法之擔保。（破四九條）（註二）

（四）請求之效力 債務人向商會請求和解後，即不得爲無償或類似無償行爲。其有償行爲亦以不逾越通常管理或通常營業之範圍爲限。（破四九條）

（五）請求之調查 商會接得商人和解之請求後，即應審查此項請求是否具備和解要件。有無管轄（註三）及是否適法。如要件欠缺或非商會所得管轄，及有左列情形之一者，商會得駁回和解之請求。（破四九條）

（1）請求不合第七條之規定，未提出各種必要之書件，經限期令其補正而不補正者。

（2）請求人曾因和解或破產，依本法規定而受有期徒刑之宣告者。

（3）請求人曾經法院認可和解或調協而未能履行其條件者。

（4）請求人經商會傳喚，無正當理由而不到場或到場而不爲真實之陳述或拒絕提出關係文件者。

（六）駁回請求之效果 向法院聲請和解者，駁回其聲請時，法院應依職權宣告債務人破產。（破三五條）但向商會請求和解者，其請求被駁回時，是否由商會宣告破產或由商會呈報法院再由法院依職權宣告破產，並無明文。學者謂：「應難爲同一之解釋」（劉勗泉教授前揭五二九頁）其言良是。又請求和解，被商會駁回者，是否尙得向法院聲請和解，亦無明文。然

依我破產法六條二項規定觀之，應解爲不得再向法院聲請和解也。（註四）

（七）和解請求之許可及和解程序之開始 商會和解程序，須經許可後始行開始。自無疑義。唯許可和解，是否須以書面爲之，並無規定。爲明瞭計，似以書面爲之爲宜。如商會對許可和解未有正式表示者，則以其決定使債權人參加和解程序。（例如公告或通知債權人會議期日是）爲許可和解之時。

商會許可和解之請求後，其應爲之任務如次：

（一）委派人員監督債務人 商會得委派商會會員，會計師，或其他專門人員，檢查債務人之財產及簿冊，監督債務人業務之管理，並制止債務人有損害債權人利益之行爲。（破四三條）（註五）

（二）召集債權人會議 商會許可和解之請求後，應就債權人簿冊或以其他方法查明（註六）一切債權人使其參加和解程序並出席債權人會議，債權人會議之召集，自接到和解請求之日起，至遲不得逾二個月。（破四二條四四條）（註七）（註八）（註九）

（三）備置關於和解之文書 許可和解後，商會應備置下列文書之原本或繕本，以備利害關係人閱覽或抄錄。（破四九條）

（A）關於請求和解之文件及方案。

（B）債務人之財產狀況說明書及其債權人債務人清冊。

(C)關於債權申報之文書及債權表 此項債權表在商會之和解，應釋爲由商會委派人員製作。

(八)和解許可之效力 和解請求經商會許可後，其所生之效力與法院和解經許可後大致相同。述之如次：

(1)債務人業務之繼續及管理應受商會委派人員之監督。

(2)債務人之行為能力仍受有限制。

(3)和解債權人對於債務人不得開始或繼續民事执行程序。(破四九條)

第三節 程序中之商會債權人及債務人

(一)商會 商會在和解之進行中，爲監督機關，直接負責監督債務人之責。但商會究係法人不能自爲財產之檢查，業務之監督不得不委派自然人爲之。其委派人員之性質與任務，略當於法院和解程序中之監督輔助人。

(二)債權人 在商會和解中，債權人有參加權。(註十)議決權等外，尚有會同檢查權，申言之，即債權人會議得推舉代表一人至三人會同商會所委派人員檢查債權人之資產及簿冊。(破四五條)(註十一)

(三)債務人 商會和解中之債務人應負之義務與法院和解中債務人所負者同，因不再贅。

第四節 債權人會議

(一)會議之出席與列席 債權人會議，請求和解之商人有出席之義務，(破四九條二四條)以便磋商和解條件並答覆商會委派人員(註一二)或債權人之詢問。如經通知後無正當理由不出席債權人會議時，則會議之主席，應解散會議，並呈報法院，由法院宣告該商人破產。(破四九條二四條二項)(註一三)至債權人有權出席會議，自不待論。債權人不能親自出席時，得委託代理人爲之。(破四九條二三條)

商會委託人員(註一四)於債權人會議時，應列席會議，依據調查結果報告債務人財產業務狀況，並陳述對於商人所提出和解方案之意見。(破四九條二五條)

(二)會議之主席 何人任商會和解會議之主席，破產法並未規定，解釋上應由商會主席任之爲宜。(註一五)主席對於會議有指揮之權。債權人債務人磋商和解條件，應力謀其妥協。(破四九條二五條二項)債務人無正當理由違反出席義務時，應解散會議，並呈報法院。凡此，均與法院和解會議之主席相同，唯對於債權人問或債務人與債權人問關於債權存在或數額之爭執有無決定權，不無問題。因破產法於商會和解，根本未令準用二六條之規定也。但在商會之和解，不能無權利或數額之爭議，爭議發生時，又焉能置而不同。否則議決權之計算，將漫無根據。乃我破產法竟未爲準用或特別之規定，實嫌疏漏。說者有主張由商會先期查明債權之存在

或範圍，會議時不得爭執者，其不當已如上述。竊謂於此不妨仍準用二六條之規定，爭執不能解決時，由主席決定之。（註一六）蓋以此項決定，僅爲對於債權人可否參加和解程序之議決權，及其議決權範圍如何之決定，對於該債權及數額並無實質上確定之效力，當不至有商會侵害司法權之嫌。

（三）會議之監督權能 商會和解會議，除爲和解之決議外，尙有監督之權能。因之債權人會議得推舉代表一人至三人會同商會委派人員，檢查債務人之財產及簿冊或監督和解條件之執行。（破四五條四八條）（註一七）

第五節 和解之成立

（一）和解成立之要件 商會和解之成立，須具備實質要件與形式要件；實質要件者，卽債權人多數之可決。（破四九條二七條）形式要件者，卽和解經會議可決時，並應訂立書面契約，由商會主席署名，並加蓋商會鈐記。（破四七條）要件倘有欠缺和解自不發生效力。（註一八）

（二）和解成立之效力 與法院和解之效力完全相同，卽：

（1）對於債權人 在商會所成立之和解對於一切債權人，其債權在和解許可前成立者，均有效力。但不影響有擔保或優先權之債權人之權利。

縱債務人對於債權人允許和解方案所未規定之額外利益，其允許不生效力。

(2) 對於債務人 商會和解成立後，債務人一方解脫監督，一方應遵照和解條件履行義務。

(3) 對於債務人之保證人及其他共同債務人 債權人對於債務人之保證人及其他共同債務人所有之權利不因和解而受影響。(破四九條三六條三七條三八條三九條)

商會之和解成立後，債務人尙未完全履行和解條件而受破產宣告時，債權人依和解條件尙未受全部償還者，關於其在和解前原有債權之未償還部份，仍得加入破產程序。但應俟其他債權人所受之分配與自己已受償還之程度成同一比例後，始得再受分配。(破四九條四〇條)

第六節 和解之終止

(一) 終止之意義 商會和解終止者，即商會遇商人違反法定義務時，終止和解程序進行之謂也。

(二) 終止之原因 終止之原因，即破產法十九條各款所列之情事：(破四六條)

(1) 債務人隱匿簿冊文件或財產或虛報債務。

(2) 拒絕答覆有調查監督權人員之詢問。

(3) 不受有調查監督權人之制止，而為損害債權人之行為。

(註) 學者反對特設商會和解者，如：黃漢氏謂：「按原稿關於本法適用之範圍，既採一體破產主義。不因商人非商人有所歧異。而又於和解一章，分爲法院之和解與商會之和解二種。不獨於所採主義，頗有矛盾之嫌。且實際上亦有治絲益棼，窒礙難行之慮。蓋原案所謂法院之和解，似爲一般債務而設。而商會之和解，則已明言爲商人而設。一則商人非商人之界限，不易確定。二則現時所謂商人，不必遽加入於當地之商會。即如北平商店，不加入商會者，實不在少數。三則除商會外，同業復有公會之組織，如銀行公會。則與商會對立。關係銀行之事務，概由銀行公會掌理。而商會無與焉。若銀行在有破產聲請前，定向當地商會請求和解，或向公會請求和解。然事實上則各銀行若遇有事故，多向公會接洽。與當地商會，初無關係。四則和解實爲破產與否之重要關鍵。其程序之繁重，幾不亞於破產。現時商會組織，雖較爲完善，然能否當此重任則尚屬疑問。且前請破產律即係將破產之處理，委之於地方官及商會，施行僅數閱月，卒因上海商會之反對而廢止。五則原案對於商人請求和解，並非限向專向商會，而可向法院請求之，足見商人之向商會請求，並非有必須之理由。正可不必多關歧途。歸意和解程序，似應專屬法院，俾得於破產程序一貫。且原案第五十六條。《現行法五十五條》規定：「法院撤銷其認可之和解，而宣告債務人破產時，以前之和解程序得作爲破產程序之一部。」此項解釋不應由商會辦理。以免和解不成立而宣告破產時，尚須將和解部份，移送法院，使法院多費手續。唯若以商會辦理商人之和解，有種種他種之處，則不妨對於商人請求和解時，由法院邀請當地商會協助之。且按諸破產法理，法院對於破產，亦可請官署或私人協助。和解當然可以準用。又況原案第十二條。《現行法一》條規定監督輔助人本定有當地商會所推舉之人員或一人，似更無向商會請求和解之必要矣。」(前揭論文)所言前請破產律經上海商會反對廢止，有違史實。商人亦得向法院請求，足見商會和解並非必要云云，更嫌武斷。此無易謂：人既肉食，何需菑荒，同一不遁。至言「和解不應由商會辦理，以免和解不成而宣告破產，尚須將和解部份，移送法院，使法院多費手續。」未免令人莫名其妙。蓋原案及現行法均云：法院撤銷其認可之和解，是商會和解並不包括在內，應無以商會和解部份移送法院之理。且即爲移送，法院亦得不以之爲破產程序之一部。即以之爲破產程序之一部，乃使程序簡單，何反至使法院多費手續。故漢氏之言，僅二三點可資斟酌而已。

璽瑛師謂：「但在民事法原有訴訟上和與訴訟外和解之分，訴訟外之和解屬於私人間之契約，亦無執行力，似不必以

法律明文定其進行方法。商會調解商人間之債務糾葛為訴訟外和解之一種。本法就其進行程序，加以規定，與法院之和解等視齊觀。按之法律，頗嫌未合。」（前揭八頁）竊按法院和解原非一般強制執行程序，並無執行力。商會和解在本質上與之亦無區別。且以多數決議而成立究與契約不同。因之法律規定其進行程序，尙難謂不當也。

贊成特設商會和解者，如劉陸民律師謂：「至認商會亦為和解機關，防止債務人拖延等規定，亦極合於實際之需要，值得贊許。」（前揭論文）

意籍法律顧問亞（A. Lavagna）云：「余認為第二章第一二兩節——尤以商會之和解為最——洵寬大而合實際，極堪贊許。」

上海新聞報社論謂：「商人清理條例雖亦採用和解程序，範圍尙狹。破產法初稿則雖採商會和解之制與法院和解，並行不悖，是為立法上之一大進步。」以上三說，均從需要之說，較得正鵠。

劉則泉教授謂：「至於我國破產法中，對於和解，除探法院之和解外，更有商會和解之制度，庶債務人與債權人，於商會監督調停之下，得以從容磋商其清理負欠之方法。這種制度，乃完全根據我國從來之善良習慣，實為我破產法上一大特色。……至於反對商會和解者，雖亦不乏人。但其所持理由，大都幼稚可笑，姑就上海美籍律師所舉之三大理由一論，讀者當知吾言非誣。某律師之第一理由，為商會不應有司法權，殊不知和解非裁判可比，稱之為司法權，實屬有失正鵠，至少我們亦僅能以準司法權稱之。然此標為中國歷來習慣及法律之所認許。不久以前各商會之商事調解處其行使之職權，正類於此。其第二理由，為商會和解時延時日，殊不知此種和解之聲請，必須於破產聲請前為之，並未經向法院聲請和解者為限。債務人如不願和解時，（按恐係債權人之誤）且可隨時向法院聲請宣告破產。以如此之制度，而懼其能稽延時日，是亦未免過慮。其第三理由，為外人在華並無商會，不使運用此種和解，殊不知商會和解，乃于商會份子一種特殊便利之制度，決非說一切的和解或破產案件都非先經過商會的和解不可。外人既無商會，自可逕向法院聲請和解或破產。中國破產法上之商會和解，於他們奚害？且中國法乃為中國人而立，我們決不能因某種制度，外人沒有運用的機會，而並是種制度亦棄置之。這是很明瞭的道理，不待多述。（見梅汝璈氏破產法草案各問題之檢討載武漢大學社會科學季刊五卷四號）」（前揭五一五頁至五一六頁註一）

王仲樞氏謂：「尚有商會之和解，此項商會和解之程序，乃在保存社會崇尙和平之優良習慣者也。蓋我國商人在不能講價債務時，自動請求當地商會，進行和解，數見不鮮。故破產法設有商會和解之特例，以適應此項社會之習慣。」（前揭一七八頁）以上二說，不過複述立法意旨而已。

（註二）法院之和解，法院認為必要時得傳喚聲請人令其對於所提出之財產狀況說明書，債權人債務人清冊和解方案及擔保等事項補充陳述。並得隨時令其提出關係文件或為其他必要之調查。（破八條）在商會之和解未有準用明文。但根據四九條準用十條四款之規定，商會得行使同條之職權，似無疑問。

（註三）破產法四一條謂和解得向當地，商會請求所謂當地，宜指商人之住所或營業所在地而言。不無問題。王仲樞氏謂：「解釋上應以第二條之規定解決之。即有住所之商人，則以其住所之商會行之。如有營業所者，則以其主營業所所在地決之。如營業所在外國，則由其主營業所所在地決之。」（按似遺「在中國之」字樣）不能依住所定管轄者，則由商人之主要財產所在地之商會處理之。」（前揭一三〇頁）尙堪以供參考。

（註四）法院對於和解聲請之許可或駁回。法律明定應於收到聲請之日起七日內為之。（破九條）而商會對於和解請求之許可或駁回，漫無期間之限制。在駁回之場合，則另稽延時日，在許可之場合，雖云間接有自接到和解請求之日起至遲應在三個月內召開債權人會議之規定。但商會倘於接到請求後四十五日始為許可之表示，則檢查財產簿等事項均將無法趨妥。似應令準用第九條之規定，庶較妥洽。

（註五）商會所委派之會員，會計師，或其他專門人員，既非公職，似應享有報酬，其報酬之數額由商會斟酌定之。並得享受優先受償之權。商會於必要時，得命其提供擔保。凡此破產法雖無規定，解釋上似得準用關於監督輔助人諸明文。

（註六）王仲樞氏謂：「條文既言須經查明，可見應對於就債權類應有之議決權，必須調查明確，使債權人會議時，可無爭執。蓋商會和解會議時，並無再有可提出異議之規定，且為避免臨時發生爭執致有解會議延遲起見，不得不鄭重將事也。」（前揭一三五頁）其言不無樹向之餘地。按破產法四二條：「商會應就債務人清冊或以其他方法查明一切債權人，使其參加和解並出席債權人會議」云云。初未含有查明債權之存在與數額之意向在內，顯而易見。況商債債務，每

較複雜。其營業所分佈各地者尤甚。爾須商會一一查明其在立之原因與數額，事實上斷難辦到。且既得避免爭執，迅速進行程序。何以法院和解，不令法院先事查明。最高法院破產商會更無能力。商會和解會議議未有嚴議之規定，要求能遠因之而作強附會之解釋也。

(註七)破產法四四條：「商會接到和解請求後，應即召集債權人會議，自接請求之日起，至遲不得逾二個月。」立法意旨，在使和解程序迅速進行。誠係事實。真個對照同法十二條三項：「前項第三款申報債權之期間。應自許可和解聲請之日起，為十日以上二個月以下。但聲請人如有宣佈或代為宣佈商在破產之地者，得酌量延長之，債權人會議期日，應在申報債權期間滿後七日以外一個月以內」之規定，即屬前述法條有欠完善。蓋法院和解，自許可迄會議期日，普通為三個月，在特殊情形下，並得酌量延長。而商會和解則自請求之日不得逾二月，縱假定請求至許可期間亦為七日，則事實上自許可迄會議期日，不過五十餘日，並無足夠之延長之規定，以我國幅員之廣，債權人恐難如期參加程序。又如商人營業範圍稍寬，則其籌辦財產，短則亦難檢索周詳。鄙意商會和解最好於許可後十日以上一月以內召集第一次債權人會議，討論緊急事項。(例如四五條之事項)和解會議，則準用一二條二項之規定，較有伸縮而合實需。

(註八)法院許可和解聲請後，應即公告，公告之目的，一方同在使一切債權人參加和解，他方亦在使一般公衆，知悉其事，俾不與債務人為法律禁止之行為。而於商會和解，本法僅令商會就債務人簿冊或以其他方法查明一切債權人促使參加程序。對於一般交易之維護，似嫌疏忽。

(註九)法院和解之監督輔助人其重要職務，為破產法一八條一至四款所規定，商會和解之商會委派人員其應盡職務，僅相當於該條一款四款。三款之完成債權人簿冊，既有債權表之製作，即可缺如，亦無關係。並二款之流動資產與業務上收入之保管，乃係防止債務人隱匿而設。商人關於此項資產及收入通常較多，隱匿可能性必更大。破產法於此，未為適當之處置，不無遺憾。竊謂應作為緊急事項，於第一次債權人會議討論之。良以一八條三條，於商會委派人員解釋上不能準用故也。

(註一〇)商會和解雖未規定債權申報程序。但依四九條準用二一條三款，自得解為亦須申報債權，為參加和解之條

件也。

(註一) 本法第四五條之規定。王去非氏謂：「法律於此認會同檢查權，其理由約有二端：(一) 債務人之財產及簿冊之情形與全體債權人之利害相關。故使之得以會同檢查，如此不但真象易明，且猶可補商會所派人員力之所弗逮，此其理由一。(二) 商會所派人員與法院指定之監督人及選任之監督輔助人，不能相提並論。在法院之召解中，監督人及監督輔助人之施行檢查，國家臨之以威權，得有所忌憚，其勢不敢常擅為非。故縱不推舉代表會同檢查，亦無變其不公。至於商會原為商人間團體之自治機關。雖其治事，亦有規律，可資選擇。究無如國家之威權，足以畏人。是以所派人員公正盡職者，所在而有，真無足慮。其不肖者，輒視商會為平耳，怠職玩法，即難保必無。斯債權人實受其害矣。雖日另有他途，堪可補救。然於其甚繁糾紛於將來，而終實無益。易若即於現在使債權人會議有推舉代表會同檢查，防遏隱憂之得計也。此其理由二。」(前揭四五至五六頁) 吳瑛卿謂：「在法院之召解，關於其查債務人財產及簿冊專由法院指定之監督輔助人任之。債權人僅能於債權人會議時取其報告為和解條件決議之基礎。此則自行推舉代表會同商會所派人員檢查債務人財產簿冊。兩者規定不同。蓋法院指定之監督人原為一種公職，根據法令為國家服務，自無廢偏頗不公。監督輔助人則係受監督人之指揮行事，有所秉承，亦不至怠忽其職務。至商會之召解，在法理上本係私人間行為。其所派出之人員能否公正恪盡職守，殊不可必。債權人代表則責難為切己。且之會同任調查債務人財產簿冊之責，易收真實明確之效。(前揭二九頁) 所言均平無理由。且商會所派人員常於商會許可和解後即履行檢查。而債權人會議可直接到和解決之自起二個月始行召集。此時縱推舉代表會同檢查，倘有「串捏為非」，則已「串捏為非」矣。倘有「怠荒職務」，則已「怠荒職務」矣。此我人所以主張召集第一次債權人會議，及時討論推舉代表會同檢查，庶本條之設，不至流為具文也。

(註二) 王仲桓氏於此謂：「惟第二四條規定之詢問，為監督人，監督輔助人；所發者，商會和解並無監督人監督輔助人，條文雖尚簡括，然如此規定，適用上即滋疑問。如言商會所委派之商會會員，會計師或其他專門人員，與監督人及監督輔助人相類似，是其即指此等人而言，則此等人員之委派，並非必要。非商會和解程序中之債權人會議，均一律通同具有，且無明文規定即係指此等人員而言，似嫌疏漏。」(前揭一三八頁) 此項批評，似失之苛。又商會和解

誠非一律具有會計師等人員，但如有之，正相當於監督輔助人。然則破產法四九條規定準用二四條，何至於適用上滋生疑問乎？

(註一三)商會和解，於商會駁回和解請求，並不依職權宣告破產，已如上述。債務人爲隱匿財產等行爲時，亦僅終止和解，如下所述。何以獨於此令主席呈報法院宣告破產，未免參差。且與商會和解之制，不盡融洽焉。

(註一四)王仲桓氏於此文謂：「是以此處又發生監督人監督輔助人究依何者之疑問，自推得解爲如商會所委派之商會會員等人員時，係指此等人員且併指商會主席或商會所指定調查債務人聲請和解是否應予准駁，大有查明一切債權人職務之商會代表，及會議時選舉之代表而言。此等人員有調查之權能，在債權人會議就調查之結果，報告陳述者，自應以有調查權能人爲限，故債權人會議，應有商會之代表列席。」(前揭一三八頁)此種解釋，實嫌煩瑣。報告陳述，限於曾行調查之商會委派人員，乃屬必然。否則何從爲報告陳述乎？

(註一五)王仲桓氏謂：「如商會未有委派者，自應依議會法之條例，由主席債權人會議之人推舉之。」(前揭一三七頁)竊謂依破產法四七條：「和解經債權人會議可決時，應訂立書面契約並由商會主席署名……」之規定，似應解爲由商會主席擔任會議主席也。

(註一六)劉朗泉教授謂：「在法院之和解，債權人會議時，對於債權人所主張之權利或數額有爭議時，主席應即爲裁定，而在商會之和解，則主席無此權限。」(前揭五三一頁)然則何如解決此項爭議乎？倘謂由法院裁定之，則不獨使程序遲延，抑與商會和解之本質不相容也。

(註一七)監督和解條件之執行。本身常爲和解條件之一。法院和解亦得有之，似無訂爲明文之必要。

(註一八)法院之和解，法律原許債權人對於債權人會議之決議，在一定期限內，提出異議。即認可之裁定，異議債權人或被拒絕參加和解程序之債權人得提起抗告。而商會之和解，可決後即訂立契約，由商會主席署名加蓋商會鈐記而成立。債權人如不服決議或被拒絕參加，絕無救濟之方法，似嫌疏漏。

第八章 和解及和解讓步之撤銷

第一節 和解之撤銷

(一)和解撤銷之意義 和解之撤銷者，即謂對於法院認可或商會簽署之和解予以全部之取消是也。其效力及於債權人全體，與各個債權人所為讓步撤銷之結果大異。

(二)和解撤銷之原因 和解撤銷之原因，依破產法之規定有三，分述如次：

(1)和解偏重其他債權人會議時，不贊同和解之條件，或於決議和解未曾出席亦未委託代理人出席。而能證明和解偏重其他債權人之利益，致有損本人之權利時，得自法院認可和解或商會主席簽署和解契約之日起十日內，聲請法院撤銷和解。(破五〇條)此純以偏頗為原因而聲請撤銷之。其究係如何之偏頗致他債權人受有利益損及本人應得之權利，聲請人自負積極舉證之責。至此項聲請不變時期，以十日為限，蓋期權利關係得以迅速確定也。又和解偏頗，固為撤銷之原因。但債權人行使撤銷權時，尚須具兩要件：(1)在債權人會議不贊同和解條件，如曾表示贊同，即不許有出爾反爾之行爲。(2)為和解決議時，未曾出席，亦未委託代理人出席，如經出席或委託代理人出席即未積極贊同，苟未明示反對，即應服從多數決議也。(註一)

(註二)(註三)

(2) 債務人有詐欺和解之行爲時，債權人如能證明債務人有虛報債務隱匿財產或對於債權人中一人或數人允許額外利益之情事者，得自法院認可和解或商會主席簽署和解契約之日起一年聲請法院撤銷和解。(破五、條，羅和四六條，目和六三條，埃混合商二〇八條五項三四一條)(註四) 債務人於法院之和解或於商會之和解與債權人協定和解條件時，虛報債務隱匿財產或私行允許特定債權人以額外利益，債權人未及覺察而與成立和解者，實爲一種詐欺之和解。被詐欺而爲意思表示，表意人發覺詐欺後依普通法原得撤銷其表示。(民法第九二條第九三條) 故此等詐欺和解許債權人向法院聲請撤銷。至虛報債務隱匿財產或對於特定債權人允許額外利益等情事，聲請人應就事實負積極舉證之責任。撤銷之最長期爲一年，蓋期權利關係之迅速確定也。又此項期間爲不變期間而非時效期間。

(3) 債務人對於大多數債權人不爲和解條件之履行時，和解成立後債務人不履行其條件，經債權人過半數而其所代表之債權額占無擔保總債權額三分之二以上者之聲請，法院應撤銷和解。(破五二條一項，目和六四條)(註五) 不問爲法院之和解與商會之和解，凡在和解經許可或簽署後債務人對於大多數債權人不按照和解條件而爲履行，債權人得連合聲請撤銷和解。其人數與債權額之計算，應合乎左列準則：

(甲) 依和解已受全部清償之債權人不得算入聲請人數。

(乙) 計算總債額應扣除已受清償之債權額。(破五二條二項，日和六四條) 實言之，凡已受全部清償之債權人不得參加聲明。受一部清償之債權人雖得參加聲明，仍應除其已受清償之債權額而以餘額歸入總債權計算是否達法定限度也。

如債務人對於少數債權人不履行和解條件時，各個債權人祇得分別聲明為和解讓步之撤銷。不得連合為和解撤銷之聲明。

(三) 撤銷和解裁判上之程序 撤銷和解，應經債權人之聲明，由法院為之。法院撤銷和解或駁回撤銷和解之聲明，以裁定行之。(破五三條一項) 和解撤銷之聲明，根據第三原因者，祇須達法定多數。法院應即為撤銷之裁定，無審量之餘地。其根據第一二原因者，撤銷與否，由法院審量實際情形定之。

對於撤銷和解之裁定，不得抗告。(破五三條二項) 以免債務人利用抗告程序，為拖延之計也。

對於駁回撤銷和解之聲請得為抗告。(破五三條三項) 蓋債權人之聲請，一旦為法院所駁回，若不許其抗告，則不足保護其利益故也。

(四) 撤銷和解之效果 和解之撤銷，整個和解歸於消滅。即對於未為聲請之債權人，亦有其效力。唯債務人依和解條件對各個債權人已為之清償，和解縱告撤銷，仍不因而無效。(破四〇條，日和六七條) (註六) (註七)

法院撤銷和解時，應以職權宣告債務人破產。（破五四條）法院以裁定撤銷之和解，如為經法院認可之和解，則所有程序於破產程序相同之部份，得作為破產程序，毋庸另行開始，以省時間與勞力。例如在和解程序債務人提出之債權人債務人清冊，財產狀況說明書，在破產程序均可適用也。（破五五條）有應注意者，撤銷和解原包括商會主席簽署之和解契約，在內如所撤銷為商會之和解時，其和解程序，不能作為破產程序之一部，無該條之適用。

第二節 讓步之撤銷

（一）讓步撤銷之意義 讓步撤銷者，各個和解債權人對於依和解條件所為之讓步予以撤銷是也。讓步者，一部債務之免除，利息債務之核減，期限之猶預（註八）以及即時得請求之債權變更為分期償還等均屬之。所謂讓步之撤銷，即對上述種種讓步予以取消，使之復活耳。

（二）讓步之撤銷與和解撤銷之區別 讓步之撤銷與和解之撤銷不同，後者之效力及於全體和解債權人。而前者則僅及於撤銷者本人而已。又讓步之撤銷，所撤銷者僅係讓步；故不因之而影響因和解而得之權利。而和解之撤銷，以我破產法未有如日和解法六五條之規定，除已受清償之債權人就其所受清償維持效力外，因和解而得之權利，亦因撤銷而歸消滅。又和解之撤銷，限由法院為之。而讓步之撤銷，債權人得於裁判外對債務人以口頭或書面為意思表示，亦無不可也。

(三)讓步撤銷之原因 債務人怠於和解之履行時，各個債權人得爲讓步之撤銷。(破五六條一項，日和六二條)然此爲對於少數債權人不履行之場合，如對於大多數債權人不履行之場合，則構成和解撤銷之原因。(註九)

(四)讓步撤銷之效果 讓步之撤銷，不影響於債權人因和解而得之權利。我破產法雖未有如日和解法六二條之規定，解釋上應無用疑。蓋日法該條規定，原不過一種解釋規定而已。

(加藤博士和議法要論一一九頁)

然因讓步撤銷而回復之權利，不得即時行使。否則債務人將對其他債權人失其清償財源，至不能履行和解也。故因讓步撤銷而回復之債權額，非俟債務人對於其他債權人完全履行和解條件後，不得爲即時履行之請求或爲即時全部履行之請求也。(加藤博士和議法要論一一九頁)

(註一)王家駒教授謂：「原文第五一條(按現行法五〇條)規定：債權人於債權人會議時，不贊同和解之條件，或於決議和解時，未曾出席，亦未委託代表出席而能證明和解係其他債權人之利益致有損本人之權利者，得自法院認可和解，或商會主席簽署和解契約之日起十日內聲請法院撤銷和解，此種立法之意旨，無非爲保護債權人而設。但在債務人負債不能清償時，其債權人人數眾多，其所提出之條件，豈能盡如人意。而其決議之方法，任憑如何公允，主觀上又安見不偏重他人之利益或有損本人之權利，如僅以不贊同和解條件或有損本人之權利而即可以聲請撤銷，將永無和解之可能。愚以爲或仿強制和解之規定，使少數服從多數，或仿破產廢止之規定，以得多數同意債權人之允許，對於少數不同意之債權人或清償，或提供擔保，以免阻礙和解程序之進行。否則和解制度，直成虛設矣。」(前揭論文)竊查基於此種原因和解之撤銷，一則須聲請人證明其事實，二則由法院裁量其情況，故王氏云云，未免過慮。但我破產法既許債

權人對於債權人會議所通過之和解決議提出異議。(三〇條)並許曾向法院提出異議或被拒絕參加和解之債權人對於認可和解之裁定，提出抗告。(三四條)復許債權人如能證明債務人對於債權人中一人或數人允許額外利益之情形，得聲請撤銷和解，(五一條)於債權人之保護，不謂不周。若祇限適用於商會之和解，俾爲未規定異議與抗告之救濟，尙有可說，於法院之和解，似無此種必要也。

(註二)王仲桓氏謂：「此項事實，雖和解以公允爲原則，亦屬恆有。該債權人恩怨不同，對於態度強硬之債權人在和解條件磋商時，債權人爲求和解成立起見，予以較優之利益，而其他債權人與債務人情誼較深者，顯予同意。使和解得以可決成立。然未參加會議之債權人，對於此項和解，並未有同意之表示，自應任其有救濟之道。」(前揭一四七頁)竊按此項撤銷之聲請，既不限於未參加會議之債權人，且須會爲極極之反對，不以單純未有同意之表示爲已足。

(註三)王去非氏謂：「本條爲關於和解撤銷法則之一。依本條之規定，撤銷之原因及其時期如左：(一)撤銷和解之原因，(甲)撤銷和解之原因，債權人撤銷和解之原因有二，即：(甲)債權人於債權人會議時，不贊同和解之條件者，……或(乙)債權人於決議和解時，未曾出席，亦未委託代理人出席，而能證明和解偏重其他債權人之利益，致有損本人之權利者……」(前揭六一頁)竊謂於此所稱撤銷和解之原因，僅有一個。王氏所稱，(甲)與(乙)之前段乃係聲請撤銷之條件，而非原因，讀者不可不辨。

(註四)劉陸民律師於此頗有批判，其言曰：「我破產法草案初稿四〇條(按現行法三九條)所謂：「債務人對債權人允許和解方案所未規定之額外利益者，其允許不生效力。」……同稿第九二條(按現行法五一條)規定：「自法院認可和解或商會主席簽署和解契約之日起一年內爲債權人能證明……或對於債權人中一人或數人，允許額外利益之情形者，法院因債權人之聲請，得撤銷和解。」是於認可確定後發見者得撤銷和解而爲破產之宣告。其於未確定前發見者，僅祇是合意之行爲爲無效，立法精神，得無前後不能一貫乎？……故予主張以允給債權人之特別利益爲內容之和解，應爲駁回和解聲請或拒絕和解認可之原因……」(前揭論文)

(註五)羅和解法四七條：「設債務商人與其保證人，及和解契約所載之保證，不照所規定之條件履行時，債權人均

得向法院請求和解之解除，及宣告債務商人之破產。」波預防破產法六五條；「爲確定債務人是否嚴格及善意履行和解之契約，法院得依債權人之申訴或代表之請求或依職權，於債務人之當場，並召集債權人，飭令審查，如證明債務人不履行契約或非出於善意者，除有擔保之部份外，由法院撤銷和解並同時宣告債務人破產裁定。」是經法不僅以債務人違反履行義務爲撤銷和解之原因，即保證人不履行規定條件，同樣爲和解解除之原因，波法則以債務人不嚴格或善意履行契約，經證明時，即由法院撤銷和解。並未如我破產法以聲請人人數及代表債權額爲兩重之限制。竊謂我法於此實較繩法等爲優。蓋和解成立後債務人苟已對於多數債權人履行義務。僅以實際的困難，對少數人未能如約履行。不獨事所恆有，抑亦情有可原。倘違許撤銷和解，宣告破產，則和解制度之功能，勢難盡量發揮，且足以影響法律，狀態之不安定。至少數未受滿足之債權人，既得請求撤銷和解之讓步，於其權利，已足充分保障。何必因一髮而牽動全身許其得請求撤銷全部和解乎？

（註六）日和解法六五條：「和解之撤銷，不影響於和解債權人因和解而得之權利。」即債務人因和解而提供之物的擔保，與人的擔保不因之而消滅是也。我破產法草案初稿五八條：「和解或和解讓步之撤銷，對於債權人依和解已得之權利，不生影響。」即應屬於此。但該初稿增讓步之撤銷，實則讓步之撤銷，撤銷僅至讓步而止，因和解而生之權利，當然不生影響。何必贅此蛇足。現行法刪去此條，是和解之撤銷，債權人因和解而得之權利，除已受之清償，根據四〇條維持其效力外，概因撤銷而消滅。

（註七）朗泉教授根據破產法四〇條主張撤銷和解有溯及之效力。其言曰：「已成立之和解，因撤銷而視爲自始無私。何以言此項撤銷有追溯的效力？可於破產法四〇條之規定中見之。」（前揭五二七頁）以下即錄原條文，別未有解釋。我人却以爲根據該條債權人已因和解條件所受之清償，維持效力。倘果有追溯的效力，則已受清部份，須返還之於破產財團矣。（同前揭藤博士和議法要論一二二、一二三、一二五、一二六頁，齋藤博士日本和議法論下卷三一〇頁，竹野氏和議法原論三五三頁，平仲和氏前揭一五二頁）

（註八）日本昭和五年二月二十日大審院判例（判例集九卷二號一二五頁）及井上教授（法學論叢二一卷二八九頁以下）均否認期限之猶預爲一種讓步。但權威學者則爲有力之反對。（如藤博士研究八卷四八八頁，齋藤博士研究七卷三〇〇

真)此後判例亦一反先例矣。(昭和六年五月十八日東京地方判決法律新報三二九一號九頁昭和七年二月二十日大審院判決判例集一卷一一頁同年六月二十八日大審院判決判例集一卷一四四〇頁)

(註九)日和解法六二條準用破產法三二九條之結果。日和解因不正方法而成立者，各債權人得撤銷和解之讓步。所謂不正方法如詐欺脅迫等是。我破產法未有相當之規定。倘因不正方法被詐欺脅迫而成立之和解，不妨依民總九二條撤銷其意思表示。

第三編 破產

第一章 破產之宣告（註一）

第一節 破產程序之開始（註二）

關於破產程序之開始，原有兩種主義：一曰職權主義，即法院不俟當事人聲請，依職權而宣告債務人破產之主義；一曰聲請主義，即法院僅依當事人之聲請而宣告破產之主義。（註三）現代破產法惟拉丁法系兼採職權主義外，（註四）英美法系與日耳曼法系幾均摒而不用。（註五）似易令人怪異者：即拉丁法系於破產程序之進行，不若日耳曼法系干涉色彩之濃；何以前者及兼採職權主義，而後者僅採聲請主義是也。但苟一按兩法系對於破產之觀念，上述問題，即不難迎刃而解。蓋拉丁法系視破產為債務人違反約言之制裁，而日耳曼法系則視破產為經濟生活偶然之現象，絕不視為犯罪。倘債權人不為聲請，即無理由擾害交易之平靜也。（註六）（註七）我前清破產律民四破產法案均仿德法，不採職權主義。（註八）現行破產法則以聲請主義為原則，惟於必要時，兼採職權主義以為補充，蓋以社會政策之使然也。

第一款 破產之聲請

(一)聲請之本質 各國法律類多規定債權人債務人均得聲請破產。(破五八條，清破產律一條六條八條，民四破草一五二條，商債清理條例一條，德破一〇二條，奧破七〇條七一條，匈破八二條，南破六九條七〇條，日破一三二條，法商四四〇條，意商六八四條，西商八七五條，埃商一九六條混合商二〇四條，英破三條，香港破四條，美破三條，菲律賓破一四條二〇條)但聲請之本質，自債權人觀之，爲一種私權保護請求權，屬於公權之範疇，因不得預以契約拋棄之。(註九)自債務人觀之，則爲一種處分行爲，從而無行爲能力者，不得爲自己爲破產之聲請也。(註一〇)

(二)聲請人 破產之聲請人爲債權人債務人二種，分述如次：

(甲)債權人 所謂債權人者，不包括自然債權人在內，蓋以聲請爲私權保護請求權之一，自然債權既不受法律保護，自不得據以聲請破產。其他債權人則不問其債權額之大小，(註一一)均得爲破產之聲請。

期限附債權人與條件附債權人能否聲請破產，不無問題，學者有謂：破產爲執行方法之一，上述債權，債權人既不能請求執行，即不得聲請宣告破產。(註一二)此說竊未敢贊同。破產確係執行方法之一，寧不知破產兼具扣押程序之性質。強制執行固必須就已屆履行期之請求，聲請開始也。(民訴五一八條二項)立法例因有明定此等債權人與普通債權人有同一聲請破產

之權利。(南破七一條一五條一八條)良以破產聲請爲私權保護請求權，倘債務人已達不能清償之程度，上述債權較之普通債權更有請求保護之必要。應不至迄期限屆滿或條件成就時，債務人財產已完全喪失也。(註一三)

優先債權人擔保債權人能否聲請破產，亦有問題。絕對多數立法例採肯定說。(註一四)但亦有一二立法例要求擔保債權人聲請破產時，應說明願放棄擔保或釋明擔保財產不足清償其債務，(暹羅破八條，奧破七一條，南破七〇條)外國判例認爲：優先或擔保，原爲債權人之利益而設。債務人之一切財產，既構成總債權人之一般擔保，卽應不問債權之係普通抑係優先或擔保，要有同樣之權利。不能因係優先或擔保之故，而剝奪其通常之權利。(註一五)學者不乏同唱。(註一六)以純解釋論我人固不敢持異議。但擔保債權人倘其擔保物足償債權而有餘，自無再昇以破產聲請權之必要。且債務人在爲金錢之融通時，對於關係較淺之債權人，誠恐信用未孚，故提供擔保，以堅其心。倘偶因經濟恐慌之波及，一時不能清償；普通債權人往往有因與債務人關係較深或信用素著，自願待其經濟好轉者。在此場合，必許擔保債權人聲請破產，於利害關係人乃至社會經濟，均無裨益。似以從少數立法例之解釋爲是。

至其同債權人，則不論其爲不可分債權或連帶債權，與普通債權並無區別。其得聲請破產，尙無疑問。

立法例有以債權人爲債務人之近親而限制其破產之聲請者。(註一七)此項限制，爲現代立法

所不採。(註一八)蓋現代立法非認「嫌疑時期」制，即認「否認權」制，不復有此必要也。

(乙)債務人 在債務人已有破產原因時，自進而為破產之聲請，乃為至善之辦法，蓋一方不問對於債權人償還期之先後，均可因破產而為平等之償還，足以維持交易上之德義。另一方面又可因破產而免除個別之強制執行，若再進而成立之調協，即可得保持財產之利益。

破產聲請在債務人既為一處分行為訴訟行為因之債務人為自然人之無行為能力人時，應由其法定代理人為之。為法人公司清算人時，應由無限責任股東董事清算人為之。(民四破草一五六條，日破一三三條)

債務人為繼承財產時，繼承人遺產管理人及遺囑執行人均得為之。(破五九條二項，民四破草一五七條，德破二一七條，日破一三六條)繼承人有數人，其中一人聲請破產時，立法例有規定法院應立即傳喚其他繼承人詢問。各繼承人意見如有不同，僅就繼承財產不足清償債務業經釋明者，始得宣告破產。(德破二一七條二項，奧破七〇條，南破六九條二項)(註一九)

一般立法例，債務人於原則上不負聲請破產之義務。唯事有關於公益者，始例外的令負聲請破產之責。即左列各事是也。

(a)民法上法人之董事在法人之財產不能清償債務時，應聲請宣告破產。此在我民法三五條已有明白規定，如違反此項義務時，其有過失之董事，即應負賠償之責。

(b)無限公司及兩合公司之清算人，在清算中，已查知公司財產不足清償其債務時，應聲

請宣告破產。(公司法六三條七、八條)

(c) 股份公司及股份兩合公司之董事或無限責任股東，在公司財產不能清償公司債務時，應聲請宣告破產。(公司法一四七條二項二一六條二項) 其清算人在清算中查知公司財產不能清償其債務者亦同。(公司法二一四條二一六條六二一條) (註三〇)

日破產法規定承繼財產管理人遺囑執行人或已爲限定承認或財產分離時之繼承人，如發見以繼承財產不能清償對於承繼債權人及受遺贈人之債務時，須即爲破產之聲請。(一三六條二項) 我民四破草仿之。(一五七條二項) 現行破產法以債務人死亡其遺產足敷清償債務與否，債權人自能注意，並爲適當之措置。倘必令遺產管理人遺囑執行人及限定繼承人負聲請破產之責，未免近於苛酷。因未採用。但遺產依民法第一二四八條之規定，繼承人自繼承開始時，除法律另有規定或權利義務專屬於被繼承人本身者外，承受被繼承人生前所負債務，不問遺產額之多寡，是否足供清償，均應由繼承人負責償還，遺產本身自不發生破產問題。唯遺產具有債務超過之原因而又有左列情事之一時，亦得對之宣告破產。

(1) 無繼承人時 遺產而無人繼承即通常所謂絕產，絕產不能清償被繼承人生前之債務，唯有宣告破產，以清理之，此當然之理也。

(2) 繼承人爲限定繼承或全體繼承人拋棄繼承時 在此場合，遺產而不敷清償被繼承人之債務。其債務必無人負責，與前述絕產相同，故亦應對之宣告破產。

(3) 繼承人全體有破產原因時 繼承人全體雖未拋棄繼承亦未限定繼承，但其本身苟具有破產原因，則自顧不遑，被繼承人之債權人對之責償，勢難如願。如果此際遺產不敷清償被繼承人之債務，亦以宣告破產爲宜。(破五九條)

(三) 聲請之時期 對於自然人，英美法規定聲請須於破產行爲發生後三個月或四個月內爲之。(英破四條一項三款，美破三條二項)大陸法則並無限制，在債務人死亡以前，無論何時，均得爲破產之聲請。在聲請破產後而繼承開始時，則破產程序，仍得對遺產繼續進行之。(日破一三〇條)

對於法人，在其解散以前，得爲破產之聲請，勿論矣。即在解散以後，祇要殘餘財產之交付或分配尙未終結，亦得聲請破產。日破產法一、二、八條我民四、破草一、五、三條均曾爲明白之規定。現行破產法雖無明文，然依民法總則四〇條明定法人至清算終了止，在清算之範圍內視爲存續。是則對於解散殘餘財產之交付或分配尙未終結之法人，得爲破產之聲請，爲理論上必然之結果也。

對於繼承財產，據法商四三七條(註三)規定：「應於商人死亡後一年內爲之」。(民四破草一、五四條，埃商二一〇條，波斯商四一二條，埃混合商二一八條則爲六月)日破產法一三〇條原則上則以民法所定得請求分離財產之期間爲限。(自繼承開始時起三個月內得請求分離財產)良以不能爲財產之分離時，則繼承財產與繼承人固有財產混合；若欲劃分繼承財產而開始

破產程序，極感困難故也。但例外在上述期間內，如已爲限定承認或財產分離，而繼承財產未與繼承人固有財產混合者，則於繼承債權人及受遺贈人尙未受得完全償還時，仍可聲請宣告破產。我破產法固無一定之限制，但事實上必須於繼承開始後短期內爲之。否則繼承財產倘與繼承人固有財產混合至不能識別時，縱繼承人有破產原因，欲單純聲請遺產破產，勢必發生無窮阻礙也。

在債務人方面，除依法律負有聲請破產義務者外，立法例原亦不予限制。破產聲請，不問何時，均得自由爲之。但法商法四三八條規定商人應於停止支付十五日內向住所所在地之商事法院書記室呈報，是蓋以停止支付日起十五日爲債務人之聲請時期也。

(四)聲請應釋明之事項 債權人爲破產之聲請時，通常須釋明其債權之存在及爲破產原因之事實。(見破一三二條，南破七一條，我民四破章一五五條二項)現行破產法六一條進一步要求敘明債權之性質，數額，及債務人不能清償其債務之事實。蓋以如上所述擔保債權人聲請破產，須釋明擔保物不能清償債務。並宜記明不足之預定期額，假設一切債權人均有聲請權，則釋明債權之存在爲已足，何必進而要求敘明其性質數額乎？

立法例尙有明白規定債權人應釋明多數債權人存在之事實。(見南破七六條)在無明文之立法例，學說紛歧。(註三)以鄙見言，願主肯定焉。

聲請人爲債務人時，不必爲何種事項之釋明。但準債務人。例如：法人之無限責任股東董

事或清算人，繼承財產之繼承人，繼承財產管理人或遺囑執行人爲聲請人時，須釋明破產原因之事實。例外法人之股東董事等全體爲破產聲請時，即無用爲上述之釋明。（民四破草一五六條以下，日破一三四條以下）（註二三）

（五）聲請之方式及添附書類 破產之聲請，在多數立法例得以書面或言詞爲之。我破產法六一條規定：「債權人聲請宣告破產時，應於聲請書……」云云。是債權人之聲請必須以書面爲之。至債務人聲請宣告破產，程式並無規定，自不妨以言詞爲之。（註二四）

債務人爲聲請時，須提出債權人清冊及財產一覽表。（破六二條，民四破草一六〇條，德破一〇四條，奧破七〇條，日破一三八條，法商四三九條）立法例有規定於此二者外尚須提出商業簿據，（意商六八六條，匈破二四四條）或支付一覽表。（埃混合商二〇三條）實則債權人債務人清冊及財產一覽表，爲法院審理破產事件之重要資料，不能不於聲請提出。至簿據與支付一覽表，不過程序開始後，調查破產人之業務及財產，有其需要。而破產一經宣告，破產人應即將有關財產之簿冊文件移交管理人。是以於聲請時，即不令提出，要無妨礙也。

添附書類以同時提出爲原則，若同時不能提出，應於聲請後迅速提出之。（日破一三八條）法商四三八條則限於聲請後十五日內提出，我民四破草則僅限三日。必令於聲請同時提出，未免侷促。以法律明定提出，又欠彈性。日破產法僅爲抽象的規定，俾必要時審判官得爲

具體之裁定，實較妥善。

(六)聲請之費用 關於聲請之費用，通常於債權人聲請破產時，由債權人預納法院認為相當之全額。債務人自為聲請或法院以職權為破產之宣告時，暫由國庫墊付之。(日破一三九條一四〇條，我民四破草一六一條一六三條)我破產法未有明文，事實上要不外由債權人預納或由國庫墊付而已。

(七)聲請之效力 破產不問由債權人或債務人聲請，法院均應就其聲請，為形式的實質的審理。是為聲請之基本效力。又債權人聲請破產時，其聲請是否能與報明破產債權(民總一二九條)同樣發生時效中斷之效力，學者間不無爭論。(註二五)但聲請破產，要為裁判上私權之實行，自以採積極說為宜。

(八)聲請之撤回 破產聲請，在宣告破產之裁定前，自得自由撤回之。(南破七五條規定為裁定公布前)如多數債權人共同為破產之聲請時，聲請之撤回，須由聲請人全體為之。然破產宣告一經裁定，即不得隨意撤回。(註二六)唯聲請人之債權如經清償或其他事由而消滅，雖已為宣告破產之裁定，以聲請權之消滅，不問他債權人參加與否，抗告法院得取消宣告破產之裁定。(註二七)債權人撤回破產之聲請後，立法例有禁止在一定期內基於同一債權為破產之聲請。(土破一五七條規定為一月，南破七一條三項規定為六月)我破產法似難為同一之解釋。

第二款 依職權宣告之破產

法院依職權宣告之破產，在現行法上之規定，其情形如下：

(一)債務人在和解程序中，有違背監督之情事，經監督人報告法院，復無正當理由而不到場或關於其行為不能說明正當理由者，已詳上述，茲不贅。

(二)債務人經通知後，無正當理由而不出席債權人會議者，已詳上述，恕不贅。

(三)法院駁回和解之聲請，或不認為和解者，業如上述，恕不再贅。

(四)法院撤銷和解者，已述不贅。

(五)在民事訴訟程序或民事執行程序中，法院查悉債務人不能清償債務者，(破六〇條)在民事訴訟程序，或民事執行程序進行中，查悉債務人不能清償其債務，此際法院不必待債權人或債務人之聲請，即得以職權宣告破產。是為我破產法規定純依職權宣告之破產。查第一至第四種以破產之宣告，為和解失效之當然程序，尙未可厚非。至第五種未經任何聲請方式，逕為破產之宣告，既不免與現代立法摒棄職權主義之潮流相違，抑與民事訴訟採當事人進行主義之旨相悖。誠未敢以為是也。(註二八)

第三款 破產聲請事件之審理

(一)總說 法院收到破產聲請後，須調查聲請適法與否以及破產原因是否存在。

(二)聲請適法與否之調查 法院須依職權，以調查破產之聲請是否適法，其應行調查事項如左：

(甲)聲請之合式與否？例如依書面聲請者，已否貼用印紙？

(乙)聲請人之聲請權，當事人能力，訴訟能力，以及法定代理與訴訟代理有無欠缺？

(丙)法院管轄權之有無。

(丁)對於債務人，內國法院已開始或繼續破產程序與否？

(戊)破產聲請所必要之敘明是否具備，以及所必要之文件，是否提出？

(己)破產聲請之提出，如在和解程序中，和解是否可能成立？

(三)破產原因有無之調查 破產之聲請，若係適法時，法院即須進而調查破產原因之有無。債權人爲破產之聲請時，須敘明破產之原因事實，已如前述。故除債務人自動聲請外，法院對於聲請人所敘明之破產原因是否存在，應爲詳細之調查。又多數債權人之存在，既爲聲請人必須釋明之事項，因亦有調查之必要。

(四)審理之方法 關於破產事件之審理，或依書面審理，或依言詞辯論，由法院斟酌情形行之。立法例有明定言詞辯論限於得及時爲之之場合，(南破七一條)倘不能即時爲言詞辯論，法院爲迅速計，得逕爲書面審理。(註二九)在爲言詞辯論之場合，當然準用民事訴訟法中關於言詞辯論之規定。唯破產事件之言詞辯論爲任意的而非必要的。故合意變更辯論日期，闕席判決，(即一造辯論判決)公示送達，中斷，中止及休止等規定不能準用。

第四款 宣告破產之裁定

(一) 裁定之必要 法院審理破產聲請後，如認聲請為適法並有理由時，應即為宣告破產之裁定。蓋必有宣告之裁定，而後有所謂破產。但若干國家關於此點，學說上有不同之主張：『謂破產應從兩點觀察：其一為商人停止支付之破產，其二為商人停止支付經法院宣告之破產。以為破產者，為自身存在之事實，裁定並不能創設破產之效果；破產事實之自身，即能發生法定之效力，祇較之裁判上之破產效力稍見狹小而已。』(Renouard, *Traité des faillites et des banqueroutes* I. P. 223. *Parcaon*, *op. cit.*, Nos. 231 et S.) 因之在法意商法祇須停止支付，即形成所謂可能的破產或事實的破產。(Faillite virtuelle ou faillite de fait)(註三〇)但現代學者對此理論，已予揚棄。(註三一)蓋以破產雖形成於破產的原因，但苟無明白而確定之形式，實不足以保障交易之安全。從而破產必伴裁定而存在。

(二) 裁定之性質 宣告破產之裁定與普通之裁定不同，發生 *erga omnes* 之效力，而具有一般的性質。(註三二)形成 *Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodessere potest* 原則之例外。其次，上項裁定，又係對於債務人所有財產之一種扣押程序。

基於裁定之一般性，因而對同一債務人不能同時進行兩個破產程序。於是發生所謂：「一人一破產」之原則也。

(三) 裁定之時期 立法例有規定破產經債務人自動聲請者，宣告破產之裁定，應即時為之，(南破六九條)(註三三)經債權人聲請者，尚無何等期間之限制。我破產法則不問係債務人

聲請抑債權人聲請，法院均應自收到聲請之日起七日內爲駁回或宣告之裁定。倘上項期間屆滿，調查尙不能完竣時，得爲七日以內之展期。（破六三條一項三項）由是以觀，裁定期間併合原有七日及展期七日，最長爲十四日。

（四）裁定之內容 法院以裁定宣告破產，應選任破產管理人，並決定左列事項：

（1）申報債權之期間，該項期間須在破產宣告之日起十五日以上三個月以下。（註三四）

（2）第一次債權人會議期日，但其期日須在破產宣告之日起一個月以內。（破六四條，民

四破草第一六八條，日破一四二條）（註三五）

（五）宣告破產之日 宣告破產之日，是否卽爲破產效力發生之日，立法例不一其致。若干立法規定破產效力之產生，或自宣告之日，或自宣告之時；（民四破草一六六條，商債清理條例十條二項，德破一〇八條，日破一四一條，法商四四三條，意商六九九條）顧其以宣告爲準，其理蓋同。而二三立法則以公布爲準，裁定之效力，不生於宣告之時，乃生於公布之日。（奧破二條，匈破一條，南破一條）在實用上，二者似無大異。蓋後之立法例同時規定公布應於宣告日爲之故也。（奧破七五條，匈破九〇條，南破八〇條）但在學理上，卽不能謂無差別；因後之立法認公告有創設之性質，未經公告，縱已宣告，亦不生何等之效力。而後之立法僅認公告爲一種宣揚之方法而已。

現行破產法雖未明言裁定效力始於何時。但依該法六五條規定：法院爲破產宣告時應公告

宣告之年月日。殆應與奧匈諸法採同一之解釋，卽：破產效力始於公告日，而公告須與宣告同時爲之。（註三六）以立法言，宜較德法等法爲優。蓋利害關係人必待公告而後週知也。且公告既限於宣告之日爲之，自可無慮債務人利用程序之時期而爲不利於債權人之行爲矣。

破產之效力發生於公告日之第一秒鐘。因之破產人於同日公告前所爲之行爲，均屬無效。

（註三七）（註三八）

（六）裁定之公告 法院爲破產宣告時，應公告左列事項：（破六五條）

（1）破產裁定之主文及其宣告之年月日。

（2）破產管理人之姓名住址及處理破產事務之地址。

（3）申報債權之期間及第一次債權人會議期日。會議期日，立法例有規定應於期日下標明時刻。（南破七九條）我破產法未有明文，實不免有遲誤或俄延之弊。

（4）破產人之債務人及屬於破產財團之財產持有人，對於破產人不得爲清償，或交付其財產。並應卽交還或通知破產管理人。此屬於公告事項之一，亦卽法院對於破產人之債務人及屬於破產財團之財產持有人之命令。學者稱之爲保全命令。前段所謂不得爲清償或交付，係消極的禁止命令，後段所謂應交付或通知，係積極的作爲命令。現行破產法未能如日破產法一四三條一項四款規定限制期間，則債務人與破產財團財產持有人終可延不通知或交付。未免減殺保全命令之功用。但此項疏漏，司法者不難予以彌補，尙無阻礙。又持有屬於破產財團之財產者

有別除權時，亦未如日破產法同條同款之規定，令其通知管理人，亦欠周密。

又應爲交還或通知之人，若故意怠於交還或通知，致破產財團因此而受有損害。立法例有規定應由懈怠者負賠償之責。（民四破草一六九條二項，日破一四三條四項）我破產法未有明文，應依普通損害賠償法則解決之。

（5）破產人之債權人應於規定期限內向破產管理人申報其債權。其不依限申報者，不得就破產財團受清償。此係我破產法之創作。外國立法例，申報縱在期間經過之後，祇須破產管理人或破產債權人均不反對時，得於調查時間審查之。否則使延誤者負擔費用爲其指定特別調查期間。關於業經調查之債權，延誤者無權指摘。（民四破草一八四條一八六條，德破一四二條，奧破一〇六條一〇七條，南破一二〇條，匈破一四三條，日破二三四條二三六條，法商五〇三條，意商七七〇條）乃我破產法竟別出心裁，規定債權人不依限申報者，即不得就破產財團受清償，未免過酷。（註三九）（註四〇）

公告之方法準用本法第一三條之規定：黏貼於法院牌示處並登載於公報及新聞紙，如該法院管轄區域內無公報新聞紙時，則應併黏貼於商會或其他相當之處所。（破六五條三項）對於已知之債權人債務人及財產持有人並應以通知書送達之。（破六五條二項）

法院爲破產宣告時就破產人或破產財團有關之登記所囑托爲破產之登記。（破六七條）所謂與破產人有關之登記。例如公司成立之登記，未成年入自營商業之登記或其法定代理人代營

商業之登記是。如該公司或未成年人破產，法院應速囑托爲破產之登記，以保持交易之安全。所謂與破產財團有關之登記，例如：破產人原就不動產，船舶，商業上權利，（如商標權）爲所有權之登記時，更爲破產登記，則此項權利因之可移屬於破產財團，交易者亦得直接回破產管理人接洽。至囑托方法，法無明文，不外提出囑託書並附以破產裁定之繕本，通知各該登記所爲之。

（七）裁定之執行 立法例有明定宣告破產之裁定予以假執行者。（南破一八五條，波斯商四一七條）其他無明文之國家，解釋亦同。蓋非此不足以適應破產程序務須迅速進行之要求。據普通民事訴訟，已有抗告之聲明，雖原則上不停止執行，而例外尙得停止之。唯破產宣告之裁定，即無停止執行之例外，蓋特別法有優於普通法之效力故也。

（八）裁定之抗告 宣告破產之裁定或駁回破產聲請之裁定，立法例有明定利害關係人得對之提起抗告者。（南破七八條，日破一一二條）有兩許破產人及利害關係人得提出異議而予後者以較長之期間者。（法商五八〇條）我破產法並無明文，然準用民事訴訟之結果，得爲抗告，應無疑義。故對於宣告破產之裁定，如聲請人爲破產人時，債權人得對之提出抗告，爲債權人時，債務人得對之提起抗告。（註四）對於駁回破產聲請之裁定，唯聲請人得爲抗告。唯破產法之宣告與駁回關係第三人之利益至大。例如公司或遺產之破產，未爲聲請之無限責任股東或共同繼承人應許其得爲抗告。（註四）又如駁回破產之聲請，聲請人外之其他債權人亦以許其

得爲抗告爲宜。(註四三)在外國立法用「利害關係人」字樣，固可不生問題。我破產法恐難爲同一之解釋，而實用上遂感困難矣。

對於抗告法院之裁定，以抗告爲不合法而駁回或以抗告爲有理由而廢棄或變更原裁定者，得再爲抗告。(註四四)

抗告法院宣告破產，應爲地方法院所應爲之手續勿論矣。該項裁定即時發生效力，亦屬理論之當然。(日破一一三條二項)第抗告法院廢棄原裁定，撤銷破產之宣告，是否即時發生效力，不無問題。立法例有否定之規定。(民四破草一二〇條，日破一一三條)我破產法無相當之明文，爲免除債務人利用時機，爲不利於債權人之行爲計，司法者允宜斟酌情形，如認爲必要時，應準用民事訴訟法以停止其執行，庶無流弊之發生。

撤銷破產裁定確定後，應採何種手續，我破產法亦付缺如。依日破產法一五六條之規定，法院應公告其主文，對於已知之債權人債務人及財產持有人以書面通知之，撤銷假扣押假處分及其他保全處分，並依職權送將囑託書附以撤銷破產裁定之謄本囑託登記所爲撤銷破產之登記。(日破一二二條)我破產法解釋上應從同也。

第五款 破產宣告前之保全處分

(一)對於身份上之保全處分 已有破產之聲請時，雖在破產宣告前，而債務人及準債權人，亦不能謂無逃走或隱匿毀棄其財產之虞。因之法律對於其身份上，亦承認得爲一種保全處

分。

所謂身份上之保全處分者，即法院於已聲請破產而尚未為破產宣告以前，因債權人之聲請或依職權，對於債務人及準債務人命為拘提或羈押也。（破七二條，民四破草一六四條，德破一〇六條，日破一五四條。）法法系於此相反，非破產宣告後，不得拘押債務人。（法商四五條，意商六九五條。）我破產法對於債務人一貫採寬大主義，乃有此項規定，似不能不認為憾事也。

（二）對於財產上之保全處分 已有破產之聲請時，如有必要，得因債權人（註四五）之聲請或依職權就債務人之財產（註四六）命為保全處分。所謂保全處分者，即假扣押假處分及其他必要處分也。（破七二條，民四破草一六四條，德破一〇六條，日破一五五條。）法商四五七條則僅規定若干場合，得施行假扣押，以防止債務人隱匿或毀棄其財產而已。

第二節 破產程序之障礙

第一款 債權人皆無之場合

破產宣告後，無人申報債權，致破產程序無法進行。在此場合，法院應撤銷裁定。蓋破產制度原為債權人之利益而設，既債權人全無，顯無不撤銷破產宣告之理由也。（註四七）

第二款 破產財團之不足

債務人之財產不足抵償破產程序之費用，日本破產法規定爲廢止破產之裁定。（一四五條三五三條）但依發見財產不足之早遲而有同時廢止異時廢止之區別。如在宣告前發見者，法院於宣告破產同時爲廢止破產之裁定。如在宣告後發見者，法院因破產管理人之聲請或依職權爲破產廢止之裁定。我破產法在前之場合，認破產未備經濟要件，以裁定駁回破產之聲請。（司法院二十五年院字一五〇五號解釋）在後之場合，因破產管理人之聲請，爲宣告破產終止之裁定。（破一四八條）

（註一）我破產法一條既明定：「債務人不能清償債務者，依本法所規定……破產程序，清理其債務。」同法五七條又謂：「破產對於債務人不能清償債務者宣告之。」似嫌重複。竊謂不如刪去五七條，而於五八條稍加修正爲：「債務人不能清償債務者，除另有規定外，得因債權人或債務人之聲請，宣告破產。」與第六條遙遙相應，立法技術，庶幾較整齊乎？

（註二）立法例有所謂預備程序者，即在破產程序開始前進行之一種預備程序是。（*Trade* 王國（南斯拉夫之一部））法曾有此種制度。南一九二九年破產法未加採用。良以此種制度易予債務人以隱匿或變賣其資產之機會。在牙利場合，消滅債務人獲得必要信用貸款之可能。雖原尚未達不能清償之程度，終因之而陷入此種境地者，且於時間費用，兩不經濟。故於一九二九年破產法初稿徵求意見時，Zagreb（*Quarta* 王國之首都）最高法院力主廢止此項制度也。（*Leh*, op. cit., No. 62 p. 63）

（註三）立法例有一種介於聲請主義職權主義之制度。即許檢察官爲破產之聲請是。（*埃商*一九六條，*埃混舍商*二〇四條，*波斯商*四一五條）此種制度，雖似奇特。但一念古代法以破產爲一種犯罪，當恍然大悟矣。

（註四）*法商*四四〇條，*意商*六八四條六八八條，*西商*八七七條，*摩商*一九七條，*埃商*一九六條混舍商二〇四條，*波斯商*四一二條，唯法法未爲特別條件之規定。而*意法*六八八條規定之職權宣告，須基於停止支付明顯之事實。*西商*八七

七條規定又不相同，法院明知債務人逃匿時，得依職權占據其商店，以待債權人爲破產之聲請。

(註五) 破一〇三條，與破七〇條七一條，均破八二條，均破二二六條。但均法有七五條二三六條二三二條之例外，均法有民法七〇條產業組合法六九條漁業組合五六條森林組合三六條，破一四〇條末項和議法九條之例外。

(註六) 法國學者頗多主張廢止職權主義者。Pareron, op. cit., No. 318, Thaller, Des faillites en droit comparé, T. II, No. 137.

(註七) 一九二九年，南破產法初稿原有職權宣告之規定，後彙集各方意見之結果，卒予摒棄。(Pollaco, Stecajini Zakon, p. 73) 與破產法起草時，Pollack 提議於短期內向債務人爲多數強制執行之請求。債務人不能即時清者，得依職權宣告破產。但與破產法終未予以採用。(Löh, op. cit., No. 63 p. 71)

(註八) 破產律一條六條八條，民四破草一五二條，商人債務清理暫行條例則與現行破產法同，以聲請爲原則。(一條) 職權爲例外。(八條)

(註九) 加藤博士研究二卷三二〇頁以下，齋藤博士研究三卷九一頁以下，同博士破產手續一九頁以下。

(註一〇) Löh, op. cit., p. 59, No. 55

(註一一) 英美法系於此，大不相同。英破四條規定聲請債權人之債權其數額須達五十鎊；如爲兩人或兩人以上之債權人連合聲請，則總債權須達上述數目。巴力斯坦破五條同。加拿大破四條規定聲請人之最低債權額爲五百元。香港破五條則爲一百元。美破五九條則規定須債權人三人或三人以上其要求之金額總數在五百美金以上者。暹羅破七條規定有一千或一千以上特庫金 (Ticals) 清算主張之債權人一人或共有一千特庫金清算主張之債權人二人或二人以上得總債務人之停止支付，申請法庭宣告其破產。

(註一二) Wahl, op. cit., No. 2, 158, Abul El-fartah et saved bey et marc Deserteaux, op. cit., No. 30 p. 34.

(註一三) Löh, op. cit., No. 59, p. 65.

(註一四) Pereron, op. cit., No. 303; Kohler, op. cit., S. 88.

(註一五)埃及混合商事法院一八八四年四月十二日判決 (Bor. 202, 8) 一八九七年三月二十四日判決。(B. IX 282, 8) 一九〇九年十二月八日判決。(B. XXXII, 29)

(註一六)松岡博士破產法論三九〇頁，加藤博士破產法要論二七一頁，王仲桓氏前揭一七四頁以下。

(註一七)意商六八七條二項：「債務人之直系尊親屬直系卑親屬或配偶，縱有債權不得聲請破產。」

(註一八) Pereron, op. cit., No. 303; Lyon-Caen et Renault, op. cit., VII No. 95; Kohler, op. cit., S. 88; Mitrowic, Stecajno pravo, S. 181.

(註一九)法商四三七條三項：「破產之宣告，不論法院以職權裁定或由債權人之聲請，僅得於債務人死亡後一年內爲之。」然在法商，繼承人得聲請宣告破產與否，頗有爭論。但近代學者，多主張極說。以爲法商雖未明定繼承人得聲請破產，然依一般法理，繼承人繼承被繼承人一切權利，則聲請破產權，自亦未能例外。Pereron, op. cit., No. 294 bis et 295; Liquidation du passif héréditaire en droit comparé, Revue trimestrielle de droit civil, 1905, p. 511; Faillite et liquidation judiciaire après décès en droit français, journal des faillites, 1. No. 25. 主反對說者爲：Lyon-Caen et Renault, ob. cit., VII. No. 89.

(註二〇) Croate 商一八七條 Serbe 公司法七九條，德商二四〇條，奧商一四〇條，匈商一八七條參照。

(註二一)法商四三七條原文爲：破產之宣告，不論其爲法院所裁定或由債權人所聲請，應於商人死亡後一年內爲之。立法院編譯處所編各國破產法選編誤爲「或由債務人所聲請」。諒係手民誤植，致糾正之。

(註二二)主權極說者：齊藤博士研究三卷九四頁同博士手續九四頁，岩本氏破產法概論一三二頁，加藤博士不以多數債權人存在爲破產要件，從而不認聲明多數債權人存在爲破產要件，但仍認聲明多數債權人爲不必要。(破產法論四三〇頁)理論上似嫌矛盾。

(註二三)王仲桓氏於此謂：「債務人聲請宣告破產……至聲請書之內容，依條文論理之解釋，自應叙明其所負之債務數額及破產原因之事實，但對於聲請書應叙明之債務惟須擇其與破產原因有密切之牽連關係者爲已足，固毋庸將其所

有之債務一一開明，蓋已有債權人債務人清冊，在聲請書中再行重複敘明，不啻贅疣。且使聲請書繁雜，於法院調查之便宜，無裨裨益也。」（前揭一七八頁以下）竊謂債務人聲請破產，必自審已達清償不能之程度。決不至如債權人或偶有濫行濫冒，無故聲請之慮。故亦不須如債權人須釋明債務之存在或破產之原因也。

（註二四）王法非氏謂：「債務人聲請破產之程式，爲用書面，抑言詞亦可爲之。法無明文，唯自本條所用附具二字之文義以觀：其爲必用聲請書，而上述書類即隨聲請書而附具之，概可想見。」（前揭七六頁）元善氏破產法釋義六七頁持同一之見解。實則以言詞聲請者，法院書記官應作成筆錄。上述書類，儘可隨筆錄而附具之。倘僅根據附具二字，即假定必用聲請書，未免速斷。

（註二五）日東京控訴院大正十三年六月十八日判決。（法律新開二二八一號一六頁）我妻榮教授總則六一四頁同法協五〇卷一二三八頁，近藤氏民法總論四四八頁以下，史尙寬氏民法總則釋義四五八頁均採中斷說。主反對論者爲：加藤博士研究八卷三二〇頁以下，同三七一頁以下，同民法昭和三年度三二五頁以下，富井博士民法原論六四九頁，中島博士民法釋義總則八五〇頁，胡長清教授中國民法總論四一九頁，張正學曹傑兩氏民法總則釋三一五頁。

（註二六）日昭和六年七月三十一日大審院決定。（判例集子卷六一九頁）加藤博士研究七卷一五四頁，齋藤博士研究三卷九一頁以下同博士手續二〇頁。

（註二七）松岡博士破產法論四四四頁，齋藤博士研究三卷九二頁，同博士手續二一頁。主反對論者：加藤博士研究七卷一五一頁以下，同八卷三〇〇頁以下，判事法新二八〇〇號四頁。

（註二八）胡養蒙氏謂：「法院在受理民事訴訟或辦理民事執行之案件時，有無權利及理由，直接宣告債務人之破產。不無疑義。查法院在受理民事訴訟或辦理民事執行之案件時，其職權僅在解決債務人與民事訴訟之原告或民事執行人之訴追人間之糾紛。對於未參加訴訟或訴追之利害關係人，無論其對於債務人之權利如何，債務人之狀況，對於其權利之安全，有何種危險，法院絕無權過問。故尙未提出民事訴訟或執行訴追之利害關係人，對於債務人縱有債權之存在，而債務人縱有破產之原因，苟債務人之破產，未經債權人或債務人之聲請，法院絕無權自動以團體程序，代替個別程序，而執行債務人之財產，若就破產之一般效力言之，一旦宣告破產，債權人對於債務人之個別訴訟行爲，即須停

止。且未到期之債權，亦因破產之宣告，而有即時求償之效力。是前者不免犧牲債權人因民事訴訟或執行程序所取得之既得權利；而令其受團體執行之分配。後者即置債務人於絕境，迫令其失去時效與條件上之利益，以及徐圖救濟之機會。綜上所述，第六二條（按現行法六〇條）之規定，既與法院職權之性質不符，復不利於各方當事人，自應刪去。」（對於破產法草案初稿破產章之意見載法叢三卷五六期合刊）其言足供參考。不寧惟是，此項規定且剝奪債務人聲請和解之利益，抑即蔑視設立和解制度，預防破產之至旨。其弊實不僅如胡氏所云而已也。

（註四九）同說 Zuglia und Verona, op. cit., S. 229; Podgratsky, Stečajno pravo, S. 14; Bastisch, Grundriss des Angeleiche und konkursrechts, S. 52. 富澤 Politeo, Stečajni Zakon i Zakon o prihodnom poravnanju von stečaj, S. 76.

（註五〇）法判例 rev. 1897, 25, S. 97. I. 113; S. 97, I. 233.

（註五一）Lyon-Caen et Renault, op. cit., VII No. 189; Bonnevass, La faillite virtuelle, p. 177.

（註五二）法判例最高法院聯合庭一八五七年三月二十一日（D. P. 57. I. 208; Pan 法院一八八四年五月七日 D. P. 86, 2, 82）

（註五三）債務雖以電報聲請破產，亦應即時宣告之。（奧一八八八年十二月十一日判例 Zuglia und Verona, op. cit., S. 227 所引）

（註五四）關於債權申報之期間，立法例有二：有僅規定最高限度者，如意商是。（意商六九一條五款期限一月）有同時規定最低限度最高限度者，如德破及多數立法是。（德破一三八條期限兩星期以上三個月以下，奧破七四條，南破七五條，匈破一三五條期限三十日以上九十日以下，日破一四二條期限二星期以上四月以下。）法商於此，獨樹一幟。其特點有二：（一）申報期間為法律直接明定。法院無斟酌之餘地。（二）期間不以宣告破產為起算點。（法商四九二條：「……債權人應於接到通知後，二十日內，親自或由其代理人向管理人呈繳債券，並索取清單，領取收據。」）

（註三五）學者於此頗有指摘，其言曰：「第六六條之規定，（按現行法第六四條）極不妥當。其條文云：「法院為破產宣告時，應選任破產管理人並決定左列事項。一、申報債權之時間，但其期間須在宣告破產後十五日以上四個月以

下。(按現行法明文爲三個月)二、第一次債權人會議期日。但其期日須在破產宣告後一個月以內。」若云我國疆域之廣袤，交通之梗塞，恐非四個月之期間，不足以使所有債權人皆得申報債權，而能確定，該債權人，在一個月之期間內，可以趕到赴債權人會議乎？此其一。若依第一二二條（按現行法一一九條）之規定言之。破產管理人於債權人會議時，應提示第九六條所定之債權表及資產表。（按現行法九四條）查第九六條規定云：「破產管理人於申報債權期限屆滿後，應即編造債權表及資產表。若申報債權之期限，定爲三個月或四個月破產管理人將以何表而履行九六條之義務乎？此其二。再依第一二八條（按現行法一二五條）之規定言之。對於破產債權之加入或其數額有異議者，應於第一次債權人會議終結前提出之。申報債權之期間尙未進至四分之一，一大部份債權之加入及其數額之申報，尙未達到管理破產之機關，何能以一個月以內之第一次債權人會議之終結，爲異議之期限乎？此其三。更有進者，即依第一四二條（按現行法一三九條）之規定。第一次債權人會議後，破產財團之可分配時，破產管理人應即平均分配於債權人。申報債權之期間未滿以前，債務人之債務總額，尙未得知，憑何根據而爲平均之分配。若僅就已知之債權人爲分配之標準，則未免減損尙未申報之債權人利益。故財產之分配，不特應在申報債權期間屆滿後，且應在審查債權之後爲之，方有真確之根據。若依草案初稿之規定施行之，不特不公，且最危險。此其四。（胡蓉蒙前揭論文）竊按此項評語，三四兩項，至爲精當。但該條之病源，不在規定之不妥，而在規定之疏忽。且以我破產法未如多數立法例明定債權調查之期日及程序，因之不得不以第一次債權人會議期日，爲異議（即調查）期限；既以之爲異議期限，又不得不以此期限後爲分配始期矣。一着之錯，全盤皆輸，信然。至胡氏所評第一二二點，則未見中肯。因第一次債權人會議原爲決議緊急事項而設。無須所有債權人完全趕到，亦不能待至申報債權期間屆滿後舉行。至債權表更無用於第一次債權人會議時提出，而資產表原應於管理人接任後立即編造，（明文於此，又係謬誤）當無慮其不能及時提出也。

（註三六）黃俊氏謂：「破產之效力，應由何時起始行發生，此點於債權人債務人及其他關係方面，均影響甚鉅。各國立法例有規定自宣告之日起，發生效力者，如法法系之破產法是。有規定自宣告時起發生效力者，如德日破產法是。日本破產法及民初破草均有明文規定：「破產效力，自宣告之時發生。」而原稿對此，則並無明文，僅於第七十七條規定破產人因破產之宣告，對於應屬破產財團之財產，喪失管理及處分權；此類權利之喪失，究應自宣告之日起算，抑應自

宣告之時起算，將來必生疑問。且破產宣告之效力，除破產人喪失管理處分其財產之權外，他如身份上之制限，除破產法應有之規定，如不得爲法人之清算人及破產管理人等項外，民法及其他法令，亦均有不少之規定。故破產法上對於破產之效力，應自何時起發生，不能不設明文也。一（前揭論文）竊按德日法以宣告之年月日時爲裁定，（德破一〇八條，日破一四一條，我民四破草一六六條，商債清理條例一〇條一項）我破產法未有同樣之要求，卻以宣告之年月日爲公告事項之一。（本法草案初稿六七條，未有此項規定，是可注意者。）是以縱未明示以何時爲破產效力發生之起點，我人不難了解立法之意，在以公告日爲破產效力開始之日也。

（註三十一）Zaglia und Uerowa, *op. cit.*, S. 2. 德破七條三項債務人於破產開始日所爲之法律行爲，推定爲破產程序開始後而爲之者。

（註三八）英法於此，有一特徵。即破產裁判溯及債務人爲破產行爲時發生效力是也。一五七一年法律已確定此原則：即破產不問何時均可宣告，而管財命令期滿及債務人，犯破產行爲之日有其效力。假定行爲後二十年前債務人犯破產行爲時所有之財產。其後立法常維持此原則，僅減少其時期而已。一六二三年法律減至五年（Holds-worth, A History of English Law, VIII, p. 240）一八六九年法律減至十二月，一八八三年法律終減至三月。（Lyon-Caen, *Introduction*, p. 41）一九一四年法律重述一八八三年法四三條：「破產，不論債務人自行聲請，或由債權人聲請，均有溯及之效力。視爲犯破產行爲時，即有管財命令之存在。如破產人犯有兩個或兩個以上之破產行爲時，於呈送破產聲請書前三個月內所犯之最初行爲時起算。」然則所謂破產開始時，即犯破產行爲之日是也。或誤三個月之期爲嫌疑時期，實不過破產聲請之時期而已。美判例則與英法不同。管財命令僅溯自呈送聲請書日有其效力。（Everett S. Zudson (1913) 228 U. S. 473, 83 sup. ct. 683）

（註三九）王家駒教授於此亦表不滿，其言謂：「實言之，即過期呈報之債權，不得受分配是也。在立法之意，唯恐債權人之延不呈報，妨礙破產程序之進行，故不得不加以限制。但我國地廣人稠，交通不便。如以過期申報之故，而即不許主張權利。於情於理，似均未得其平。愚以爲債權人固應如期呈報，不如期呈報者，不過不得加入未呈報以前之分配而已。至呈報以後之分配，不應有以異於其他債權人。但不過關於該債權之調查，及其他一切之費用，應由該債權人

負擔，不能取償於破產財團而已。」（前揭論文）

（註四〇）奧一八八〇年四月六日一八七四年七月一日最高法院判決：認可調協裁定確定後或全體債權人同意終結破產程序後不得再行申報債權。（Zuglia und Verona, op. cit., S. 277 所引）

（註四一）王去非氏謂：「此等裁定，爲民事裁定，而依民事訴訟法通例，對於裁定，除有特別規定不許抗告者外，概得抗告。故其結果如下：（1）對於宣告破產之裁定，限於破產人得爲抗告，（2）……」（前揭七八頁）王氏殆未計及債務人聲請破產之場合焉。

（註四二）Zuglia und Verona, op. cit., S. 286, Iahr, op. cit., p. 85.

（註四三）加藤博士研究七卷五二一頁以下（反駁日大審院大正十五年十二月二十二日之決定）同八卷二六四頁以下，（贊同昭和三年十月十三日大審院決定，判例集七卷七八八頁）反對說：松岡博士破產法論四九四頁五二〇頁以下。

（註四四）加藤博士研究七卷五三五頁八卷二四八頁。松岡博士前揭四九八頁判例反對說：日大正十三年六月十九日大審院民事部決定。（判例集三卷二八三頁）昭和二年四月二十一日大審院決定。（法律新聞二六九四號九頁）同年七月十二日同院決定。（同二七五五號一四頁）

（註四五）日破產法一五五條用利害關係人字樣。故該國學說判例均解爲債務人亦得聲請爲保全處分。（加藤博士研究八卷三三二頁昭和二年十二月三日大阪區裁判所決定，法律新聞二七八二號八頁）

（註四六）日破一五五條：「有破產之聲請時，法院雖在破產宣告前，依利害關係人之聲請或以職權得關於破產財團，命爲假扣押，假處分及其他必要之處分。」既明言破產宣告前，則所用「破產財團」字樣，似欠敲推。

（註四七）日大阪區裁判所決定，法律新聞二三〇〇號五頁加藤博士研究八卷二九七頁以下反對說：大審院昭和六年七月三十一日決定，判例集一〇卷六一九頁，加藤博士法協五〇卷三四四頁，加藤之說，研究與法協有其矛盾。

第二章 破產宣告之效力

第一節 總論

破產程序爲對於債務人所有財產爲一般的強制執行，俾給予各債權人以平等分配之程序。近代法上之執行，雖以債務人之財產爲限。但破產基其特殊之性質，往往對於債務人之身份，亦產生若干之效果。此項對債務人身份上之效力，隨法律進化之過程，而日趨缩小。但交易至活安全爲上。而信用乃所以達交易安全之手段。法律因之仍不能不於必要時對債務人之財產乃至身份，取適當之步驟，以防止有詐害債務人之行爲，亦以維交易之安全也。

以下分節說明破產宣告對於債務人之效力。至對於債權人之效力，爲敘述便利計，僅於其他相當處所論之。

第二節 對於破產人身上之效力

第一款 破產人自由之限制

法律爲遂行破產手續之必要起見，賦與破產人與準破產人以如下之限制：

(1) 居住之限制 破產人或準破產人負有提出財產說明書答復詢問等義務。法律爲確保其履行此項義務計，明定非得法院之許可，不得離開其居住地。(破六九條，民四破草一四六條，德破一〇一條，匈破一二〇條，日破一四七條，意商六九八條。)若不得許而擅離居住地者，日破產法定有相當之制裁。(三七七條二項)我破產法雖無規定，要可構成拘提或羈押之原因也。

(2) 傳喚或拘提 法院認爲必要時，得令傳喚或拘提破產人。傳喚在使破產人到場，拘提爲強制其到場之方法。傳喚或拘提準用刑事訴訟法之規定。(破七〇條，民四破草一四七條，日破一四八條，英破二三條)

(3) 羈押 破產人有逃亡或隱匿毀棄其財產之虞時，法院得以押票羈押之。(破七一條，民四破草一四八條，日破一四九條。)立法例有因貫徹看管之目的計，規定被看管人非得法院之許可，不得於外人接見與通信。(民四破草一四九條，日破一五〇條。)此項嚴峻之步驟，現代立法類以查封處分代之，即債務人有逃亡之情形時，亦不過令其喪失調協計劃提出之權利而已。(南破一五三條一項)(註一)我破產法捨此就彼未免失當。(註二)

羈押期間不得超過一個月。但經破產管理人提正當理由時，法院得准予展期。每次展期亦以一個月爲限。(破七一條二項)

上項羈押祇是爲豫防破產人逃亡隱匿財產之一種強制手段。倘羈押之原因消滅，無羈押之

必要時法院應依聲請或以職權撤銷破產人之羈押。(破七三條，民四破草一五〇條，日破一五一條)

(4) 通信秘密之侵害 依法人民有通信通電秘密之自由。無故開拆或隱匿他人封緘之函電，刑法且有適當之制裁。唯債務人因不能清償債務而宣告破產時，倘仍聽其保持上項秘密之自由，誠恐其反利用之以為損害債權人利益之工具。為防止此種流弊起見，法律特設一例外，即於必要時，法院得以職權囑託郵電局將寄與破產人之郵電送交管理人。(破六七條，民四破草二〇六條，日破一九〇條。)但與財產無關之件，破產人得要求返還。(民四破草二〇六條三項，日破一九〇條三項。)我破產法雖未明白規定，應作如是解釋，有不待言。

破產人為法人或繼承財產時，關於法人及被繼承人之電信，當然送交破產管理人拆閱。但董事、遺囑執行人，遺產管理人，繼承人之電信，是否亦須受上項限制，不無疑問，竊以從積極說為是。

立法例規定於撤銷破產或終結破產之裁定時，法院須撤銷轉交郵件或電報之囑託。(民四破草二〇七條二項，日破一九一條二項。)是為注意規定之一種。因縱不規定，理論上必然得同一之結果也。

(5) 親屬及關係人之傳喚 法院為明瞭破產人之財產及業務狀況計，傳詢債務人外，並得依職權或因破產管理人或債權人之聲請傳喚破產人之親屬或其他關係人，為必要之詢問。(破

七四條，法商四七七條）

第二款 公私榮譽權之喪失

債務人受破產之宣告，同時即喪失其公私榮譽權，各國立法例所規定之範圍不同，但其原則則一。我破產法並未直接爲此項之規定，唯散見於各法令者，不乏其例。如破產人不得爲：無限公司之股東，（公司法四一條）交易所之經紀人或會員，（交易所法一〇條二項二款）合作社社員，（合作社法一三條二款）商會會員代表，（商會法一三條三款）工商同業公會會員代表，（工商同業公會法八條三款）監獄官，（監獄官任用暫行標準七條七項）律師，（律師章程四條二款）會計師，（會計師條例四條）是。外國判例有認公私榮譽權之喪失，非始於破產宣告之日，而始自宣告破產裁定確定之日。（註三）至破產效力，不產生於同一時期，實難謂合。推其原因，大約恐抗告法院撤銷宣告破產之裁定發生困難；實際上縱先行發生，事後有裁定之撤銷；該項效力亦必因而消滅。根本無困難之可言也。

第三款 復權

懲戒主義於各國破產法中，尙未絕跡。不問認破產人爲毫無信義廉恥之人剝奪其公私榮譽權，以示制裁，抑爲顧全公益計，由於種種理由，對某種公私權之享有資格，予以限制。但若謂一經宣告破產，即須終身受此項制裁與限制不獨過苛，抑亦絕人向上之路，各國破產法每許破產人具備某種條件時，得恢復其應享之權利，即所謂復權是也。

(一)復權之要件 破產人欲聲請復權者，須有下列要件之一：(破一五〇條)

(1)破產人已依清償或其他方法解免其全部債務時 破產人之全部債務，既依清償或其他方法而解免，不僅信義已告恢復，即特種理由，亦即失其存在之根據，自得復權。(民四破草三二三條，日破三六七條，法商六〇四條。)所謂其他方法如：提存，抵銷，免除，混同，消滅時效等是。

(2)破產人雖不能解免全體債務，而未因犯詐欺破產罪，詐欺和解罪，(註四)受刑之宣告，且破產終結已逾三年或已履行調協之條件時，破產人能清償或其他方法解免其全部債務，固可聲請復權。即不能依前項方法解免其債務，亦應另有復權之途徑，始足予大多數破產人以復權之實益。立法例有規定非有罪倒閉之破產人自宣告破產十年後，當然復權，(法商六〇五條二項)獲得調協之破產人，完全償付所預計之數額，亦得復權。(同條一項)我破產法仿之，許善意破產人於破產終結三年後或已履行調協條件後聲請復權。較日破產法及民四破草大有寬嚴之別。惜猶未效法商六〇五條以債權人一致同意并為復權之條件也。

(二)聲請復權之主體 公私榮譽權之喪失以自然人之破產人為限。法人及準破產人均無其適用。由是復權之聲請，唯自然人之破產人始得為之。立法例雖無明文，理論上不得不作如是解釋。學者有主張繼承財產破產之場合，繼承人得聲請復權以一洗其祖先之恥辱者。(張知本氏前揭四七二頁)在今日言之，不免稍嫌陳腐矣。

(三)復權之裁定 法院認破產人之聲請爲理由時，應爲復權之裁定。我破產法果未如日破產法三六七條所言：「須爲復權之裁定」，但觀於同法一五一條末段：「撤銷復權之裁定」字樣，已間接示我人許可復權，應以裁定爲之矣。(註五)

(四)復權之效力 復權之效力，雖能解除身分上之拘束而回復其應享之權利。但不溯及既往，祇能向將來發生，此係當然之理也。

(五)復權之公告 立法例規定復權裁定確定後，應公告其主文。(日破三七二條，民四破草三二八條二項)此項公告，實有必要。我破產法未經採用，不無遺憾。

(六)復權之撤銷 破產人雖經裁定復權，但如其後發現有犯詐欺破產罪應受處罰之行爲者，法院於爲刑之宣告時，應依職權撤銷復權之裁定。(破一五一條)

第三節 對於破產人財產管理處分權之效力

第一款 總說

破產爲以債務人財產平均分配與各債權人爲目的之程序，爲防止債權人隱匿財產或對於少數債權人允許額外利益計，法律於程序開始之初，即令破產人喪失其財產管理及處分權；(破七五條，民四破草七〇條，德破一一七條，日破七條，法商四四三條。)此項權利，移轉於破產管理人。(註六)但破產人仍保留其所有權，倘清償各債權人之債權後，尙有剩餘，應返還破

產人。

宣告破產與管理人受任，其間不無間隔，法律爲避免債務人利用時機，爲某種之行爲，故規定法院書記官於破產宣告後，應即於破產人關於財產之賬簿記明截止賬目，簽名蓋章，並作成節略記明賬簿之狀況，（破六八條，日破一八七條）以便稽核而杜流弊。

破產因破產之宣告喪失其管理處分之權，一變而爲無行爲能力人或以擬之於未成年人。蓋後者亦乏管理處分之權，而法律所置設代其處理財產之監護人又與破產管理人相當也。（註七）但此種擬制，至不妥洽。兩制度之目的，完全相反，法律爲保護未成年人故不使有行爲能力，從而未成人之行爲僅未成人及其法定代理人得請求撤銷。而破產程序中破產人喪失其管理處分權，絕非爲破產人之利益，其目的在確保債權人之權利而已。因之破產人之行爲，亦僅對於債權人不生效力，其行爲本身，固未嘗無效也。

第二款 喪失管理處分權之性質

破產人財產管理處分權之喪失，在法律上之性質如何？學說上大有爭論。蓋謂破產之開始，破產人之財產物權的移轉於債權團。蓋此際假定債權人一致同意放棄其債權，並受領債務人之代物清償；間接的構成買賣契約也。在英破產法債務人之財產經破產之宣告，視爲管財人之財產。唯後者限於用以償還債權人之債權而已。（註八）

依法國通說，破產人管理處分權之喪失，乃基於破產人在破產宣告後所爲之行爲概係許害

破產財團之推定。(註九)若干學者則仍主張債權團自破產宣告日起對於破產人財產取得一種物權。(註一〇)在羅馬法則有債權人於破產人財產上所得擔保權之說。(註一一)南破產法五條二項：「破產管理人經債權人會議之同意，得在破產財團支給破產人及其家屬之必要生活費。」是蓋從羅馬法，視破產財團為總債權人之擔保物，因之非經擔保債權人之同意，不能減少之也。(德破五八條三款)曰破產法四七條則以破產人及依賴破產人所扶養者之贍養費為財團債權。是否為破產人對於破產財團已失其所有權之論據，非無問題。我破產法對此規定，未落他人窠臼；因之破產人喪失管理處分權在法律上之根據，得從容採合理之解釋，上述諸說，當推法通說為優，我人從之。

第三款 喪失管理處分權之範圍

破產為對於破產人一般可供扣押之財產實施執行，平均予各債權人以滿足之程序，為遂行程序之必要，法律使破產人喪失其管理及處分之權。然則上項失權，由其目的言之，絕非漫無限制，爰請言其準則如下：

(一)須屬於財產的 關於破產人之非財產權利，例如人格權姓名權身分權，本不含有財產性質，不足以供清償債權之用。自可聽由破產人自行處理，至以人格身分權為基礎而生之權利：如因名譽權被侵害而生之損害賠償請求權及因身分而生之扶養請求權等，以其有專屬之性，不得為讓與之標的。從而破產管理人即不得越俎代庖。唯破產人行使此等權利以後，其取

得之財物，不復更有專屬之性質，應歸屬破產財團。自此時起，破產人即對之喪失管理處分之權利也。

(二)須屬於破產人的 凡不屬於破產人之財產，雖為破產人所占有，但所有人得隨時行使取回權。即不得歸屬破產財團，因無喪失管理處分權之可言。反之，如實際係破產人之財產，雖破產當時，為他人占有，破產管理人得請求返還。破產人對之當然失去管理及處分之權。

破產人之財產如與他人共有時，破產管理人得請求分割，縱破產人當時有不分割之約定，不得對抗破產管理人。其他共有人僅取得損害賠償請求權，與一般債權人共同參加破產程序而已。在此場合，立法例有規定其他共有人得付相當之代價以取得破產人應有部份。(見破六七條二項)此項處置，堪稱適當，尤於事實上之不可分物，見其實益也。

配偶於婚姻關係存續中，除採分別財產制外夫妻財產多任聯合共同統一狀態之下，難分彼此。故民法一〇〇九條明定夫妻之一方，受破產之宣告時，其夫妻財產制，當然成爲分別財產制。俾明白認識孰爲破產人之財產，孰非破產人之財產，爲應否喪失管理處分權之標準。

在採屬地主義之立法，破產效力既不及於破產人在國外之財產，則破產人對於國外破產之管理及處分權，自不喪失。又採折衷主義之立法，則破產人對於國外之不動產，亦不喪失其處

分及管理權，自不待言。

(三)須破產宣告前或終結前屬於破產人的 各國立法例，於此有所謂固定主義，膨脹主義，固定主義者，即以債務人受破產宣告之當時所有財產爲此範圍，而構成破產財團。膨脹主義者，不僅以破產宣告當時之財產爲範圍，而破產人在破產程序進行中所取得之財產，亦屬破產財團。採前之立法例，如德破日破及Orate法是。(德破一條一項，日破六條，Orate法二條)採後之立法例，如我破產法及法商奧破等是。(破八二條，民四破草三二條，法商四三條，意商六九九條，奧破一條，註一二句破一條，南破二條，土破一八四條)立法主義之優劣，姑從緩論。唯苟採前之立法例，則破產人僅對於破產宣告時所有財產喪失其管理及處分之權。至破產程序進行中所得之財產，既不屬於破產財團，即無被隱匿毀棄以詐害債權人之虞。自不必令破產人對之喪失管理權處分權。反之，如採後之立法例，倘僅令破產人對破產當時所有財產喪失管理及處分權，顯尙不足以保全破產人於程序進行中取得之財產，故法律爲貫徹其探膨脹主義之政策，有令破產人同時喪失管理及處分程序進行中取得之財產之權利之必要也。

(四)須非禁止扣押之財產 唯得爲扣押之財產，方能構成破產財團，從而破產人始喪失其管理處分之權。倘某項財物，法律原禁止其扣押，即不得包入破產財團，以供執行。因之，破產人仍保持其管理及處分權。然法律禁止扣押之財產爲何？依民事執行規則一九條：「查封時，

應酌留債務人及其家屬一個月內生活必要之物品。」二〇條：「職業所必要之器具物品，不得查封；竊非成繭者，不得查封。」九七條：「債務人對於第三人之債權係維持生活必要費用者，不得爲強制執行。」禁止扣押財產之範圍，較之日民訴法已嫌太狹。（註一三）（註一四）乃最近公布之強制執行法規定仍極簡略。五二條：「查封時，應酌留債務人及其家屬二個月間生活所必需之物，前項期間執行推事審核債務人家庭狀況得伸縮之。但不得短於一個月或超過三個月。」五二條：「債務人及其家屬所必需之衣服寢具餐具及職業上及教育上所必需之器具物品，不得查封。遺像牌位墓碑及他祭祀禮拜所用之物，不得查封。」一二二條：「債務人對於第三人之債權係維持債務人及其家屬生活所必需者，不得爲強制執行。」並無值得稱揚之擴充，例如未公布之發明及著述，軍隊及遺族之恩給，均無不許扣押之明文，不可謂非憾事也。

第四款 喪失管理處分權之效果

喪失管理及處分權之效果，即破產人關於財產之行爲，對破產財團不生效力而已。（南破三條）違反管理處分禁止之制裁，並非無效。祇若干立法例之措詞，如法商法四四六條：「其行爲對破產財團爲無效」。句破產法六條：「對於債權人爲無效」。尤以意商法七〇七條：「破產人之行爲當然無效」等語，殊易令人發生誤會。蓋破產人原不因破產而喪失其行爲能力。故凡不屬破產財團之財產，破產人得爲完全有效之處分。即屬於破產財團之財產，破產人竟爲處分時，亦不過其履行不能對抗債權人，處分之財產，仍歸破產財團而已。其行爲仍繼續有效。

破產人於破產終結後，不能基於破產之理由，爲撤銷之請求。學者有主張破產宣告日破產人所爲之行爲，如破產管理人認爲有利於破產財團，得代表債權團承認，履行其義務並要求反對之給付。（註一五）（註一六）是又足以證明於此不生無效也。

破產人之債務人，於破產宣告後對破產人所爲之清償，不得對抗債權人。（破七六條反對解釋，德破八條，奧破三條，南破三條，匈破七條，日破五六條。）此亦破產人喪失管理處分權效果之一。但立法例於多設例外。即：（一）清償歸入於破產財團者，（二）債務人不知其事實而爲清償者，關於後者，德匈日法規定如清償在破產宣告公告之前，應推定第三人爲不知其事實，由破產管理人負舉反證之責任。在奧商法則爲相反之推定，第三人苟不能證明其清償爲善意，即不得對抗債權人。我破產法規定公告既須於宣告同時爲之。則於此解釋，應從後說，絕無疑義。

如破產人爲商人因破產之宣告，尙應喪失其繼續營業權。我破產法雖無直接明白之規定，但觀於第九一條之明文，可斷言而無疑者也。

因破產之宣告，而破產財團之管理權及處分權，既已專屬於破產管理人，則所有關於破產財團之訴訟，其正當當事人之資格，以及一切行使訴訟之權，亦當然屬於破產管理人，而非破產人所能享有。故在破產宣告後對於破產財團所提起之訴訟，當然自始即以管理人爲訴訟當事人。（註一七）此爲日破產法一六二條，所明定者也。

然在破產宣告前，就破產財團所屬財產所爲之訴訟而破產人因宣告破產，已無行使訴訟之權限時，將如之何？立法例類多規定當因破產之宣告而中斷。此項訴訟中斷後，破產管理人，破產人之共同訴訟人，相對人均得承受之。（德破一〇條一一條，奧破六條至八條，南破六條至八條，匈破八條至十條，意商六九九條，法一八〇條六九條，民訴二一四條。）我民訴法一七四條雖規定：「當事人受破產之宣告者，關於破產財團之訴訟程序，在依破產法有承受訴訟人或破產程序終結以前中斷。」然破產法關於訴訟承受人絕無規定，自是疏漏。但解釋上當由破產管理人承受，尙不至發生問題也。

訴訟中斷之效力，在原則上不及於破產人之共同訴訟人。唯訴訟標的之權利或義務本於同一之事實上或法律之原因者，其中斷之效力，及於全體。良以訴訟標的對於共同訴訟之各人，必須合一確定也。故奧最高法院判例認主債務人之訴訟因破產而中斷，中斷之效力，應及於保證債務人。（註一也）

破產債權，原應依破產程序行使其權利，以求得公平之償還。故各債權人在破產宣告前，對於破產財團所屬財產，已着手各別之強制執行，假扣押或假處分者，即當然喪失其效力。蓋不如此，則祇是各該債權人受得完全之清償，而此外一切破產債權人，即不得獲得公平之償還故也。（民四草案一〇八條，南破一〇條，日破七〇條。）至於第三人就強制執行提起異議之訴，以破產管理人爲被告。（日破七〇條二項）

在破產宣告時，就破產財團所屬財產而繫屬於行政官廳之訴願及繫屬於行政法院行政訴訟事件，亦因破產而中斷其程序。其得由破產管理人承受，與民事訴訟事件，應無二致。（日破七一條二項三項）

第四節 對於破產人在破產宣告前所爲行爲之效力

破產程序以執行債務人之財產，平均予各債權人以滿足爲目的。爲遂行此項目的起見，必先整理債務人積極的消極的財產，故債務人破產宣告前所爲之行爲，其尙未了結者，法律應謀適當之解決，倘其行爲出於詐害債權人之目的，則法律自應規定救濟之方法，容分款述之於次：

第一款 破產人之未解決行爲（註二〇）

（A）雙務契約 契約之效力，通常不得因破產而受影響。但破產人於破產後每不能爲契約之履行。基於雙務契約在法律上經濟上均具有互相牽連之特性。他造當事人能照常請求破產人履行否乎？於後者不履行時，仍得行使解除權否乎？立法例解決之方法，不無出入。

（1）原則 在日耳曼法系，破產管理人得依自己之選擇，或爲契約之解除，或履行破產人之債務而要求相對人爲債務之履行。（民四破草七四條，德破一七條，奧破二一條，南破二一條，匈破二一條，日破五九條。）解除云云，除日破產法外，實不如稱終止，以其效力，僅向

將來發生而已。(註二二)

相對人除特殊場合外，不得請求解除契約。(註二三)不過管理人如久不行使選擇權，相對人得定相當期間或請由受命推事定一時期，對管理人為選擇履行或解除之催告，如管理人不於期內為確實之答復者，視為解除契約。(民四破草七六條，南破八條二項，日破五九條)

如破產管理人選擇履行義務，此時須由財團完全履行之，蓋相對人之債權，即為財團債務也。(破九六條二款，德破五九條二款，南破四五條四款，日破四七條七款。)反之，如破產管理人選擇解除契約，德奧等法明定相對人縱已為一部之履行，不得請求返還，僅取得損害賠償請求權而已。(註二四)德破二六條，奧破二二條，南破一八條，日法則定為如對待給付尚現存於破產財團中，得由相對人請求返還，其不現存時，就其價額為財團債權者，行使其權利。(日破六〇條，我民四破草七七條。)是日破產法上之解除，為真正之解除，發生溯及既往之效力，與下述法通說同。蓋德法等在期債權人間之均衡，故僅使其就損害賠償為普通破產債權之主張。而日法在維持雙務契約之牽連性，不使因破產而受影響，故使其得請求返還給付或就價額為財團債權之主張。就破產法言破產法，竊以德法為是。

拉丁法系對此均無明文規定，依法儒通說，如契約當事人之一方因宣告破產而陷於不能履行，他方當事人得根據法民法第一一八四條行使解除權。解除之效力，溯及既往。因之他方當事人得為返還給付之主張。如破產管理人認履行契約為有利時，得代破產人履行之，並要求他

方當事人爲反對之給付；此際他方當事人即不得主張解除，僅就對待給付爲財團債權，先於一般破產債權受償而已。(Leh, op. cit., p. 214)

我破產於此，付諸缺如。僅於第九六條二款規定：破產管理人爲破產財團請求履行雙務契約所生之債務或因破產宣告後應履行雙務契約而生之債務爲財團債務。是破產管理人得履行債務而要求相對人履行債務，固無可疑。但管理人有權選擇解除契約與否，又成疑問，不得不期諸學說判解以補其疏漏矣。(註二)至破產宣告後應履行雙務契約而生之債務，乃指破產宣告前相對人已爲雙務契約之履行，而破產人尙未爲對待給付，破產宣告後，應由破產管理人代爲給付所生之債務。此項對待給付，在其他各立法例僅爲破產債權。(法通說和對人於破產管理人不能履行時，得行使解除權)而我破產法竟以之爲財團債權，似尙有斟酌之必要。

(2) 例外 在上述原則之外，尙有種種特則，試分述之：

(3) 租賃契約

(1) 法商法 在一八七二年二月十二日法律以前，承租人破產，租賃契約不受影響。出租人對於未到期之租金，一如附期限債權因破產之宣告視爲已到期。未免於出租人過厚，而於其他債權人過薄。一八七二年二月十二日法律修正法商四五〇條及五五〇條予破產管理人以八日之猶豫期間，(自債權調查完畢之日起)俾考慮繼續或終止租賃契約。如破產管理人選擇終止契約，出租人就宣告前兩年內到期之租金，本年度及下年度租金，損害賠償請求權，對於

租賃處所所有動產出賣時，得行使優先權。如破產管理人選擇繼續契約，出租人自接到通知日起十五日內得主張終止契約，（終止原因須係破產宣告前之其他原因）在此場合出租人就宣告前兩年內到期租金本年度租金以損害賠償請求權有優先受償之權利。

(2) 意商法 租賃契約不因破產而受影響。出租人之優先權直擴至所有未到期之租金。（意民一九五八條三項，意商七三三條二項。）祇意商七〇二條七〇三條規定如下之限制：
(1) 出租人之一切訴訟程序自宣告破產日起三十日內概歸停止，以俟破產管理人為繼續租賃與否之猶豫；(2) 如租賃期限在宣告破產後尚須三年以上始屆滿者，破產管理人得賠償損害而終止之。（註二五）

(3) 德破產法

(甲) 承租人破產 在此場合依佃租目的物已交付破產人與否而異其解決。（註二六）如尙未交付於破產人，則出租人得終止契約，出租人遲不表示時，破產管理人得催告之。出租人已受租金之支付而為契約終止者，僅須返還其租金，不負損害賠償之責任。如已交付於破產人，破產管理人得將租賃關係通知解除，通知時期如未約定較短期者，依法定期為之。此際出租人得要求損害賠償。（德破一九條二〇條，南破二三條，匈破三六條）

(乙) 出租人破產 在此場合，亦依佃租目的物已付予承租人與否而規定不同。（註二七）其已交者，租賃契約對破產財團亦為有效。關於租金收取，以破產開始時本季之租金或破產係在一

季最後半月開始時下季之租金之限度內得對抗破產財團。其未交付者，破產管理人得依原則爲繼續或終止之選擇。（德破二二條）（註二八）

（4）日破產法

（甲）承租人破產 依日民法六二二條規定承租人破產時，雖定有賃借期間，破產管理人得爲解除之申告。此際出租人不得因解約而請求所生之損害賠償。

又契約雖申告終止，但自申告時至終了之間，破產管理人得使用收益其租賃物，同時破產財團於該期間之租金應作爲財團債權而支付。（註二九）

（乙）出租人破產 出租人受破產宣告時，關於契約之解除，自可適用雙務契約之原則。（註三〇）租金之預付，以破產宣告時之本期及次期之租金限度內，得對抗破產債權人。（日破六三條）

（5）我破產法 我破產法未有相當於外國立法詳細之規定。第七七條僅云：「承租人受破產宣告時，雖其租賃契約定有期限，破產管理人得終止契約。適用於破產人爲承租人之情形，已見完備。倘破產人爲出租人時，處理將更感困難。（註三一）試一對照上述各立法例我法之疏漏，爲何如耶？」

（下）商品之定期賣買 定期賣買，非在一定時期而爲履行，卽不能達到買賣契約之目的。若時期尙未到來，而當事人之一方受破產宣告。此時管理人及相對人，均不能爲履行之請求。

在法律上當然視爲解除契約，而變爲差額交易。所謂差額交易者，卽以其差額作爲損害賠償，或由破產財團支付其差額於相對人或由相對人支付差額於破產財團也。關於差額之計算，每以其履行地或可爲履行地或指定爲價格標準之商業地同種貨物之市價與預約之市價比較。其相差之價額，卽爲前述之差額。算定此項差額之價值標準，日破六一條，德破法以破產宣告日之市價爲準。（日破六一條）德破法以破產程序開始後之第二營業日之市價爲準。（德破一八條，奧破二二條，南破二二條，匈破二二條。）我民四破產法草案以宣告破產日起至第三日止之平均市價爲準。（七八條）計算結果如相對人獲得差額，則以其差額參加破產程序，此因他造破產程序上之損失也。反之，破產人獲得差額，相對人應支付其全額於破產財團，不因破產而有所影響也。

（c）僱傭契約 此可分爲僱傭人破產與受僱人破產而說明之。（註三二）

（甲）僱傭人破產 依南破法規定受僱人得於宣告破產之次日，聲請解除契約，管理人僅得於約定（較短的）或法定通知期間通知解除。僱傭期未滿而爲解除者，受僱人得請求賠償損害。（五二條）德破法規定得由雙方通知解除，解除通知期間未曾約定較短期者，依法定期間爲之。破產管理人通知解除，他方得請求賠償損害。（二二條）日民法規定破產管理人得爲解除之申告，對於相對人，因解約所生之損害，不得請求賠償。（六三一條）日本關於承租人破產僱傭人破產等規定，均載之於民法。所有解約而生之損害，管理人固不得請求賠償，而出

租人受僱人亦不得請求之。此種立法，似欠允當。

(乙) 受僱人破產 受僱人雖經破產之宣告，然與工作上之自由，並無何等妨礙。僱傭契約此際儘可任其繼續有效。但立法例有規定凡特別法令關於破產效果及於僱傭關係之明文，有其效力。(南破二五條三項) 此即指特別法關於破產人喪失律師，會計師等資格之規定也。

(d) 承攬契約 此亦可分定作人破產與承攬人破產而說明之。

(甲) 定作人破產 定作人受破產宣告時，承攬人或破產管理人得聲請解除契約。關於承攬人已經完成事務之報酬及其他費用，承攬人得就其全額為破產債權者而行使其權利。至因破產管理人聲請解約而承攬人因之而受損害時，亦得以其損害賠償額為破產債權。(民四破草八五條八七條) 日本關於定作人破產，亦規定於民法中。(六四二條) 其雙方不得請求損害賠償，與前述同。仍難認為允當。

(乙) 承攬人破產 承攬人雖受破產宣告，然於工作之自由，並無妨礙。承攬契約，仍可存續。故破產管理人得供給其必要之材料，使之完成其工事，破產人所受之報酬，應歸之於破產財團。(民四破草八八條，日破六四條) 此蓋以工作之材料，係由財團供給，故所獲之報酬，應歸之財團也。

(c) 保險契約 保險人之破產與要保人之破產，其解決不同。茲分述之。

(甲) 保險人破產 保險人受破產宣告時，據日破產法三九〇條與日商法四〇五條改正之規

定，要保人得爲契約之解除，唯其效力僅及於將來，若要保人不爲契約之解除時，則經過破產宣告後三個月當然失其效力。一方便要保人以後免除支付保險費之義務，同時使保險契約及早結束也。

我舊保險法第二八條規定保險人破產時，除人壽保險另在同法第七九條規定外，其餘保險契約，於破產宣告後，經過一個月而終止。其終止後已付之保險費，要保人得請求返還。此項規定，並不認要保人爲契約之解除，唯其當然失效之經過期間，則較日法爲短，雖不認要保人於破產宣告時，可以解除契約，尚無大礙。又規定終止後已付之保險費，得請求返還。則終止前所付之保險費，不得請求返還可知。亦僅對將來發生效力之意而已。至同法第七九條關於人壽保險之規定，其終止契約之時期即爲破產宣告之日，而受益人亦得請求返還以前所付保險費。其應返還之金額，則按訂約時之保險費率比例計算。

我新保險法第三八條規定：保險人破產時，保險契約於破產宣告之日終止。其終止之保險費已給付者，要保人得請求返還。其效力亦僅及於將來也。至同法第九四條關於人壽保險之規定，受益人於保險人破產時，得請求之保險金額之債權。以其保險責任準備金按訂約時之保險費率比例計算之。

(乙)要保人破產 在日本適用雙務契約之原則，由破產管理人選擇解除或繼續契約。我舊保險法第二九條規定：保險契約仍爲破產債權者之利益而存在。但破產管理人及保險人皆得於

破產宣告後三個月內終止契約，其終止後之保險費已結付者應返還之。新保險法第三九條之規定相同。

又爲他人利益訂立保險契約之要保人受破產宣告時，據新保險法第九四條二項，仍爲受益人之利益而存在。此乃當事人之意思，因當事人訂立保險契約，原爲受益人之利益而成立故也。

(丁)交互計算 依破產法第六六條規定因宣告破產而終止契約後，各當事人得閉鎖計算，請求支付差額，其差額之請求權，如係破產者有之，則屬於破產財團，如係相對人有之，則爲破產債權。

(B) 片務契約

(1) 委任契約 此可分委任人破產與受任人破產而說明之。

(甲) 委任人破產 委任契約因委任人之破產而終止。此係因委任人受破產宣告後，已不得爲財產之管理及處分。受任人自亦不得管理及處分之。唯完全與財產無關之管理及處分無關之委任事項，即委任人破產後，亦得存續。(民四破草八九條，德破二三條，奧破二六條，南破二六條，法民二〇〇三條，日民六五三條)

委任契約，因委任人破產而終止固矣。然受任人在未接破產宣告之通知，且未知有破產宣告之事實時，所有爲委任人利益而處理之委任事務，則一切視爲委任存續，其因此而生之債

權，得爲破產債權者而行使其權利。（民四破草九一條，日破六五條）至於委任終止時，在破產管理人尙未接收交代以前，如有急迫情事，亦得繼續爲必要之處分，其因此而生之債權，卽爲財團債權。（民四破草九〇條）蓋以受任人既未知破產事實，卽屬善意之行爲，應予以保護。又破產管理人既未接收交代，而受任人迫於必要處理之，卽與管理人之行爲無異也。

（乙）受任人破產 受任人受破產宣告時，委任契約，隨之終止。（日民六五三條，我民五五〇條）唯南破產法第五六條二項規定不同。委任契約並不因受任人破產而生影響。蓋以受任人僅以委任人之名義而爲行爲，其本身原不受何等拘束也。至受任人偶然負責之場合，不構成破產債權，猶諸因破產人侵權行爲而生之債務，相對人不得參加破產程序也。

（2）代理權 委任契約，既因受任人之破產而終止，代理權自亦由於代理人之破產而消滅。（日民一一一條）

（3）消費借貸之豫約 消費借貸，爲基於當事人資力信用而成立之契約，如成立預約後，當事人之一方受破產之宣告，卽當然失其效力。（日民五八九條）

（4）要約 要約未經相對人承諾而受破產之宣告時，其要約依然有效。（南破二六條二項）反之，相對人未爲承諾而受破產宣告時，對於破產管理人不生拘束。蓋破產人喪失管理及處分之權，不得再爲承諾也。

（C）共同行爲 依奧商法二二三條一七〇條二〇〇條之規定，無限公司兩合公司股份兩合

公司因無限責任股東一人之破產而解散。

關於破產人之未解決行爲，我破產法除對於雙務契約租賃契約爲不完不備之規定外，皆略而不問。令人有「毋乃太簡」之感。

第二款 破產人之詐害行爲

在破產宣告後，所有破產財團之管理及處分權，已專屬於破產管理人，在事實上破產人已不能對於財團爲何等之行爲，縱令爲之，亦已不能對抗破產債權人。至在破產宣告前，債務人對於自己之財產自可自由管理處分而爲所欲爲，於將瀕破產危境時，或希圖隱匿財產以準備他日之生計，因而害及於一般債權人，或毫無理由的專對特別債權人予以償還及提供擔保因而不利於其他債權人，則爲世所常有。而撤銷權又不足爲破產債權人權利之保障，蓋以其在多數場合，要求聲請人爲第三人惡意之證明。事實上至感困難。且他如對特別債權人爲債務之清償，在通常情形，每不能構成撤銷之原因。因之立法例有規定一特別救濟方法之必要。俾破產債權人對於債務人以詐害債權爲目的之行爲，得爲無效之主張。

上項救濟方法，爲撤銷權之分化。我人苟一審此項法制之演進，須遠溯至羅馬共和時代之末季，十二銅表律關於債務之不履行，已由人的執行而變至物的執行。但此際有一危機：即債務人在管理人占有破產財團前尙得管理處分其財產，狡猾之徒，不免利用此時期爲隱匿財產或損害其他債權人權利之行爲。於是大法官有撤銷權之創設。然撤銷權之適用，以債務人之行

爲出於故意損害債權爲要件。申言之：必須具備兩項要素：(1)物件要件：即減少債務人之財產或增加其不能清償之狀態。(2)精神要件：即須債務人有損害之故意並第三人有損害之認識是。如其行爲爲無償行爲則有第一要素爲已足。逮撤銷權自各債權人個別的權利漸進而爲總債權人團體的權利，(債權成立於行爲後者亦包含在內)由管理人代理行使之，(Girard, Droit Romain, p. 432 et S.)始有所謂破產法上之撤銷權。然尙寄人籬下，未能獨樹一幟，及隨破產法制之進步，方克與普通法之撤銷權分庭抗禮，出見於二種不同之方式：立法例或於宣告破產前定一時期，凡在此時期內債務人所爲之行爲，設非無效，即得撤銷。或予破產債權人以否認權，得向法院否認債務人於破產宣告前所爲之行爲之效力。

意法學者最先採取第一制度，設所謂嫌疑時期，蓋直以瀕於破產之債務人擬諸破產人是也。(註三)法商法之濫觴，始於一六六七年六月二日里昂交易條例，其一二條云：「在破產公布前十日內債務人所爲之讓與或移轉一律無效。」(Benonard, op. cit., T. I. p. 64)一六七三年法令雖置而未錄，但一八〇七年商法起草人終重拾其墜緒。

西班牙關於破產法制，尙仍羅馬之舊，其中古時代之律例，不問破產宣告前之情事；破產財團移交前之清償，無可疵議，債權人唯悖撤銷權爲防止詐害之武器。(Loh, op. cit., p. 142)德破產法多受西國之影響，故如 Brüne, Lübeck 諸邦法律均無嫌疑時期相類之規定。(Köhler, op. cit., p. 5. 200)但社會狀況，漸趨複雜；普通撤銷權遂感不足適應實際之需要。於是破產

法上之撤銷權——否認權——依生存之原則而成長。

今日各國立法例殆無出此二者，(註三四)容分項述之如次。

第一項 嫌疑時期 (Période Suspecte)

(一)總說 嫌疑時期，通常分爲大嫌疑時期與小嫌疑時期：前者指法院所定停止支付日起至破產宣告日之期間。後者指自法院所定停止支付日起至破產宣告日之期間。債務人於此期間所爲之行爲。或爲強制無效，或得請求撤銷，各依其情形而定。

嫌疑時期之目的如何，法學者曾予說明：「苟吾人欲知何以法律於撤銷權之外，復有嫌疑時期之設。我人應從另一方面觀察。法院宣告一行爲出於詐欺，至少須查明債務人具有損害債權人之故意。但破產前夕債務人已喪失其經驗與智慧，所爲之行爲縱屬不利，但未必存意詐害。故嫌疑時期之設，僅在防止債務人不顧總債權人之利益或有欠審慎之行爲而已。」(Thaller, Des faillites, 1, No. 107)此項解釋，似未能令人滿意，竊意創設此項制度之理由，仍不外破產前夕債務人之行爲大抵出於詐害債權人之推定，而與普通債務人詐害債權人之情形不同故也。

(一)嫌疑時期內行爲之效力

(A)強制無效 強制無效者，債務人如於嫌疑時期內爲下列行爲，一經聲請，法院即應爲無效之宣告也。

(1) 無償行爲 法商法規定凡在法院所定停止支付日或該日前十日起至宣告破產日期由所爲之無報酬行爲無效。(法商四四六條，意商七〇七條二項，埃混合商二三五條，摩洛哥商二〇六條。)蓋以瀕於破產之際，財產之破綻已見，債務人尙爲無償行爲，例如：贈與物品或捐助款項，不問其善意惡意，其行爲性質，要皆於債權人有害，債務人不能謂無此項認識也。

債務人於嫌疑期內，以子女結婚而給與之遺產是否爲無償行爲，而有法商法四四六條之適用。抑僅視爲普通行爲適用同法四四七條之規定，頗有問題，學說主前說，(註三五)判例主後說。(註三六)以破產法之立場言，前說似較合理也。

(2) 提供擔保 法商法四四六條規定在上述期間內，對於債務人以前之債務，以其財產爲契約的或裁判的抵押，均屬無效。(意商七〇九條四項，埃混合商二三五條，摩商二〇六條。)蓋在將受破產宣告之時，對於以前的債務提供擔保，縱令主觀上無詐害之意識，客觀上要足以妨害債權人間之平衡，不得不予以制止也。

(3) 未到期債務之清償與代物清償 在上述期間內，對於未到期之債務而爲清償，或則債務雖已到期，但債務人以非債之標的物代替履行，依法商法四四六條亦應無效。(意商七〇九條三項，埃混合商二三五條，摩商二〇六條。)良以此種清償及清償方式僉非破產人之義務，而毅然爲之顯有偏頗也。

票據債務雖未到期，債務人因貼現而先期清償，其清償是否無效，頗有問題。通常應視發票時有無貼現預約而為不同之解決。如訂有預約，嚴格言之，貼現即非到期之履行。反之，則執票人正可犧牲少數利息，以避免重大損失。在此場合，總發生一平衡之結果，故仍應解為無效也。

(B)得為撤銷 債務人如在嫌疑期內為下列行為，雖非當然無效，然管理人得據以請求撤銷。

(1)擔保權之登記 法商法四四八條停止支付前十日內或停止支付後所為關於抵押權登記之登記，而其抵押權優先權成立之日期及登記日期相隔在十五日以上者，得聲請撤銷。法商二〇八條蓋法律認嫌疑期間之行為，難免無詐害之意思也。

(2)到期債務之清償 債務人於支付停止後所為之清償，其債務縱已到期，仍得聲請撤銷。法商四四七條、摩德一〇七條亦因假定其有詐害之故意，藉圖破壞債權人間之公平也。

為第三人利益之保險，於要保人破產之場合，第三人之利益不受影響，固無問題。即要保人於嫌疑期內支付未到期之保險費，其清償當然無效，亦無疑義。但要保人於此期內為到期保險費之支付，其效力如何？大有爭論。蓋保險金額既不歸入破產財團，而保險費之支付，倘須認其有效，不免於債權人之利益還有損害也。但法一九三〇年七月十三日法律六八條僅規定支

付之保險費數額與要保人地位不稱者，管理人得請求返還而已。

債務人對於到期匯票之付款，其效力如何？亦大有問題。蓋以適用通則，實際上甚多妨礙也。例如甲爲受款人，乙爲付款人。匯票債務到期日，甲即明知乙已陷於停止支付之境地，但仍不得不爲付款之提示，應不因懈怠而喪失其追索權。乃提示時，乙竟照常支付，甲自無可拒絕。數日後乙宣告破產，管理人基於甲明知乙停止支付而受債務之清償爲理由，請求撤銷。並返還票據金額。在此場合，甲蒙意外之損失，良以未經作成拒絕證書，無從向其他票據債務人主張也。此項難題解決之方法，立法例不無出入。有許受款人於被訴返還票據金額後一定期內向其他票據債務人行使追索權。（阿根廷商一〇一一條）但此際於其他票據債務人頗爲不利，蓋在法定期間屆滿後尙得行使追索權，每爲債務人意料所不及也。法一八三八年法律規定債務人對於到期匯票債務，未作成拒絕證書而爲清償者，其清償有效，亦所以力維證券之流通性也。

（3）其他有償契約 自停止支付後債務人所爲之有償契約均得聲請撤銷。（法商四四七條，意商七〇九條，摩商二〇七條，埃混合商二二六條。）其理由與前述同。

（二）與撤銷權之比較 嫌疑時期與撤銷權，二者目的之不同，已如前述。即行使之條件亦多出入。逃其要者如次：（甲）在前之制度，管理人攻擊破產人之行爲，必其行爲於一定期間內所爲者；而在後之制度，則毫無期間之限制。（乙）撤銷權之成立，以債務人詐欺爲必要，

而嫌疑期間內之行爲，不必出於詐欺，亦得宣告其無效。(丙)對於有償行爲行使撤銷權，須證明第三人有詐欺之同謀，而撤銷嫌疑期間內之行爲，祇須釋明第三人明知債務人不能清償而已。

(四)嫌疑時期內行爲被宣告無效後之效果。管理人得請求返還原物，不能返還時，請求賠償其損害對於轉得之第三人，管理人如能證明其明知破產人不能清償時，亦得撤銷轉得，請求返還原物或賠償損害。(註三七)至被宣告無效之行爲爲有償行爲時，其已履行之對待給付，應如何處理？法制例似尙無適當之解決。(註三八)埃及混合法院判例，管理人應返還其給付，不能返還時，相對人就其價額取得財團債權之權利也。(註三九)

(五)撤銷權之並存。嫌疑時期與撤銷權既各具其目的且並爲債權人之利益而設，自無互相限制之理。因之破產後，管理人除得依嫌疑時期請求宣告破產人之行爲無效，並得代表總債權人爲撤銷權之行使。(註四〇)如管理人不行使時，各債權人得獨立行使，亦不待言。(註四一)

第二項 否認權

(一)總說 日耳曼法系未採嫌疑時期制度，別創否認權制，俾總債權人得行使該項權利以否認債務人在破產前(註四二)之行爲。而法院亦得就其否認，充分爲事實之裁量，以決定債務人之行爲應否無效，庶幾債務人原非出於詐害之行爲，不至因破產之偶然現象而根本動搖；總債權人之權利，亦不因債務人故意詐害，而受損害或不平等之待遇也。

關於否認權之規定，德破產法二九條至四二條，南破產法二七條至四二條，奧產法二十七條至四三條，匈破產法二六條至三七條，日破產法七二條至八六條，我民四破產法草案九四條至一〇四條均在一〇條以上，乃我破產法僅寥寥四條缺漏可知矣。

(一) 意義及性質 否認權非基於不當得利或侵權行為之權利，乃基於回復破產財團詐欺的減少，並維持債權人間均衡之理由，依法律規定而直接產生之權利也。註四三

民法上之撤銷權，為保護債權人之制度；破產法上之否認權，旨趣大體相同。但前者為各債權人之權利而後者為總債權人之權利，前者為形成權而後者為以解除權為內容之形成權，斯其異也。

否認權為總債權人之權利，並非破產人之權利，亦非法律附與破產管理人之權利。(註四四) 蓋以否認之結果，在增加破產財團，因而增加總債權人之分配額故也。

(二) 行使之要件及其場合 考察如何之行為，始得否認。須分別研究一般得為否認行為之共同要件及個別得為否認行為之特殊事由。學者稱前之問題，為否認權之對象或否認權之一般要件。後之問題為否認權之原因，否認權之特別要件或否認之場合，余亦從之。

(1) 否認權之一般要件 否認權之成立與行使，須具備如左之條件：

(a) 須其行為損害破產債權人之利益 得為否認之財產移轉行為，以原來有效行為為限。倘係無效行為，即無否認之必要也。行為，不必所謂法律行為，即發生法律上效果之法律的行

爲亦包括在內。不論債務設定行爲或處分行爲，基本行爲或履行行爲，作爲或不作爲。（例如不爲繼承之承認（註四五）時效之中斷是）亦不拘私法上之行爲，即公法上之行爲亦得爲否認權之對象。例如：訴訟行爲及其他依訴訟法規發生法律上效力之行爲。（承諾拋棄，對假扣押之異議）又行爲雖有執行力之債務名義或其行爲係基於執行行爲者，亦無妨否認之。（註四六）（民四破產九九條，德破三三條，奧破三五條，葡破三一條，日破七三條。）唯行爲以財產上的爲限。故純然親屬法上之行爲，即不得爲否認之對象。

損害債權人利益之行爲者，乃債務人行爲直接或間接減少對破產債權之清償手段。至破產債權人目的上或時間上不能得最高可能清償之謂也。損害與否，以行爲當時爲準；否認權行使時不利益尙持續與否，在所不問。但損害與行爲間，以有因果關係爲必要。否則，破產債權人縱受損害，自無從對毫無關係之行爲，行使其否認權也。

(b) 須行爲相對人有財產上之利益。否認權以排除破產財產之損害并回復其完整爲目的。故必相對人因行爲而受利益，始有請求返還之可能。倘單純財產之委棄或毀損，誠與破產財產以重大之損失，但否認權仍無由成立也。（註四七）

(2) 否認之場合。否認之場合有三：

(甲) 故意否認 (De iksputana (註四八) Aist'risauf'hring (註四九)) 破產明知有害於破產債權而爲之行爲，受益人於行爲時明知此事實時，其行爲得否認之。（民四破九九條一款，

德破三一一條，奧破二八條，南破二八條二九條，匈破二八條二九條，日破七二條一款。）故意云者，不必達於詐害之程度，僅須破產人（註五〇）乃至相對人於可能損及債權人利益之情況，有其認識為已足。管理人行使否認權，亦祇須就此舉證而已。

立法例有規定在破產宣告前二年內之行爲，如第三人雖於債務人損害破產債權之故意並無認識；但其不認識原因於自己之過失者，得否認之。（奧破二八條二項，南破二八條二項）所謂過失者，當指是也。

破產人應盡破產宣告前一年內與其近親（註五一）所爲之行爲，法律推定相對人明知損害之故意，因而得行使否認之責任，此種近親所爲之行爲，必有其有效。必能證明其不知破產人損害之意思，且其不知非由於自己之過失。此種近親所爲否認權與破產法二八條三項，南破產法二八條三項，匈破產法二八條二項，德破產法三一一條二項所明定。唯後者縮短其期限為一年而已。日破產法七二條三款，我國破產法九四條三款，以破產人與近親之行爲，列入危殆否認，是否妥當，不無疑問。我破產法於此項否認，不若一年之近親間之行爲。在和解程序，尙設有此種限制。乃於破產程序，了不涉及。一若有民法上之撤銷權，卽足應付一切。似不免忽於事實之需要，味於法制之進化之嫌也。

南破產法二九條。奧破產法二八條四項規定。破產人於宣告破產前六月內所爲之賣買，互換，供給（註五二）契約，其相對人明知或應知破產人以低價出讓其財產而損害破產債權時，得否

認之。又南破產法三五條，奧破產法三四條，關於破產人商品之零賣，僅以損害故意爲唯一否認之原因。反之，商品之躉賣，則以損害故意，低價，明知不能清償並爲否認之原因。（註五三）（註五四）

(7) 無償否認 *Schenkungsparatama* (註五五) *Schenkungsanfechtung* (註五六) 破產人於宣告破產前二年內所爲之無償行爲或準無償行爲得否認之。（南破三〇條，奧破二九條，匈破二八條，德破三二條，日破七二條五款。我民四破草九四條四款，德破爲一年日破爲停止支付或申請破產後或其前六個月破草爲或其前三十日）此否認，以無償爲要件，破產人有無損害之意思，或相對人明知其事與否，均非所問。我破產法以無償否認，委諸民法上之撤銷權，有欠妥適。即較諸同法和解程序之規定，亦不無相形見絀之感矣。

破產人無償之行爲，得否認之固矣。但其行爲爲履行法律上或契約上之義務，不在此限。（德破三二條一項，匈破二八條一項，奧破二九條一項，南破三〇條一項。）

第三人以破產人之費用進行民事的或行政的執行程序而取得破產人財產者，得否認之。蓋防止破產人於執行之名義下爲無償之轉移也。立法例於此有設一推定。即第三人爲破產人近親時，視爲以破產人之費用爲之。（南破三〇條二項，奧破二九條二項）

破產程序開始前之最後一年中，破產人爲利益其配偶而爲之無償行爲，得爲否認。（德破三二條二款）立法例有視返還產或對妻之財產提供擔保爲無償行爲。此際自先假定夫妻財產

之解散。(註五七)法律並未規定應爲資產之返還或擔保之提供。又配偶間約定返還或提供擔保如在破產宣告前二年內爲之者，亦得否認之。(南破三〇條三項，奧破二九條三項，匈破二八條三項，德舊破二五條二項，德現行破無規定。)(註五八)

提供結婚贈與之擔保及孀婦用益權之擔保或移轉，均視爲無償行爲，得爲否認之客體。(奧破二九條四項，南破三〇條四項)(註五九)

(丙)危殆否認(Konkursanfechtung)(註六一)債務人在破產前夕所爲之行爲，雖免不由其真意，以增加不能清償之危殆，(註六三)此項否認，卽法律所予總債權人對抗危殆之武器也。

各國立法例於此種否認得大別爲二：德破產法向破產法爲一組，南破產法與破產法又爲一組。日破產法，我民四破草屬之。請先言其大體之同者，次復分述其細節之異者。

(A)大體之同者有三：

(1)危殆行爲之得否認者以破產宣告前六個月內所爲者爲限。(德破三三條，匈破二七條二項，南破三一條二項，奧破三〇條二項。民四破草一〇四條，日破八四條規定爲一年)其在宣告前六月以上所爲之行爲，縱因之而發生不能清償之危殆，亦不得否認。蓋以交易之安全，法律不能使權義關係永不確定也。

(2)立法例爲市場之安全與票據之流通計，均規定由破產人受票據之付款，若未受其付款

則對於其他票據債務人之一人或數人，將失其票據上之權利時，不得否認。但最終之償還義務人或委託發出票據者，於發票時知有停止支付或聲請破產之情事，或因過失而不知此情事時，管理人得請求償還破產人所支付之金額。（德舊破二七條，破三四條，支票法二四條，奧破三二條，南破三三條，匈破三〇條，日破七三條，民四破草九五條。）

(3) 凡因和解不成而開始之破產程序，如第三人知有破產之聲請或和解程序之開始或因過失而不知此情事，其與破產人所爲之行爲，得否認之。（德破八七條，法六三）奧破二條，南破一條，匈和八八條二項，法六四）日和二三條。）

(B) 細節之異者如次：

(a) 德破產法一組規定於已經停止支付（法六五）或聲請破產後債務人之行爲可得而否認者，計下列三種：（德破三〇條，匈破二七條）

(子) 行爲有損於債權人，其行爲時相對人又知有破產之聲請或不能清償之狀態者。

(丑) 債務人供與擔保或消滅債務之行爲，相對人當時早知業經聲請破產或不能清償者。

(寅) 債務人所供與擔保或消滅債務之行爲不屬其義務，或其方法異時期，不屬其義務；而相對人當時又知有停止支付或聲請破產及有害破產債權之情事者，在此場合，立法例擴充其危險時期至停止支付或聲請破產前十日（德）或十五日（匈）。

(b) 奧破產法一組於此立法技術較爲精湛，概別債務人之行爲爲二：

(一) 偏頗之意思 破產人在已經停止支付或聲請破產或其前六十日內(日破民四破草規定均祇二十日)縱令債務屬於自己之義務，且已屆履行期限，然對於特定之債權者提供擔保或為清償。大半出於債務人偏頗之意思得視為有害破產上平等償還之行為而否認之。(民四破草九四條五款，南破三一條，奧破三〇條，日破七二條四款。)

法律預見偏頗之方法有二：客觀的偏頗與主觀的偏頗是也。

客觀的偏頗者，即無與相對人之意思，自行為之內容與態樣觀之，可推知破產人有偏頗之意思也。例如清償自然債務；又如以證券擔保代替不動產擔保；以金錢支付，代替商品支付。又如供與擔保或償還期尚未屆到，提早供與或償還之。(註六六)

主觀的偏頗者，即客觀上供與擔保或償還債務雖屬破產人之義務，無可非難。但破產人為此行為係出於偏頗之意思，且該項意思，為相對人所明知或應知者也。如相對人為破產人之近親時法律推定明知破產人意存偏頗焉。

(二) 不能清償之認識 破產人於停止支付或聲請破產後供與擔保或清償債務或為其他行為，增加其不能清償之程度。如停止支付或聲請破產之情事為相對人所明知或應知者得否認之。(南破三二條，奧破三一條，日破七二條二款，民四破草九四條二款。)(註六七)

我破產法於故意否認，無償否認雖均付缺如。但於危殆否認，未全忽視；用有如下之規定：

「債務人在破產宣告六個月內所爲之左列行爲，破產管理人得撤銷之。

一、對於現有債務提供擔保，但債務人對於該項債務已於破產宣告六個月前（註六八）承諾提供擔保者，不在此限。

二、對於未到期之債務爲清償。」（七九條）

是我破產法僅以客觀的偏頗行爲爲破產法上撤銷權之客體。度立法之意，殆欲以主觀的偏頗與不能清償之認識等行爲委諸民法上之撤銷權。其爲不當，無待煩言。蓋以破產人於不能清償之前夕，以偏頗之意思，供與曾經承諾之擔保，或清償到期之債務，或爲其他行爲，增加不能清償之危殆，相對人對此事由，亦有明白之認識；但就行爲之客觀上，萬無可非難之理；更非民法上撤銷權所得反對，終不得不生債權人間不平衡之結果。又何貴乎有破產程序乎？

遺產受破產之宣告時，被繼承人繼承人遺產管理人及遺囑執行人所爲之故意行爲，無償行爲，危殆行爲均否認之。（日破八〇條，民西破草九六條）又對於受遺贈人所爲清償及其他消滅債務之行爲，如害及優先債權之破產債權人時，亦得否認之。（日破八一條）

（丁）特別否認 據日破產法規定在停止支付或聲請破產後關於權利之設定，移轉或變更而爲對抗第三人所必要之行爲。例如不動產之登記，動產之支付，營業權之登錄是。苟其行爲係從權利之設定，移轉或變更之日起經過十五日後而惡意爲之者，即得予以否認。（七四條）此項否認權之行使，係專對此種對抗要件之行爲而發，而非以產生權利之設定移轉或變更之原因

行爲爲否認之目的。其行爲未經過十五日者不得否認，即經過十五日而係善意爲之者，亦不得否認。（註六九）

（四）否認權之行使 否認權爲破產總債權人之權利，僅破產管理人得行使之。（德破三六條，奧破三七條，南破三六條，匈破三二條，日破七六條，我破七八條七九條，民四破草九八條。）行使之方法，立法例規定得依訴訟或意思表示爲之。（日破七六條）我破產法並無明文。依民二五年司法院院字第一五五九號解釋：「破產管理人爲破產法七八條之聲請與民法第二四四條債權人之聲請同，應以訴爲之。」民二六年同院院字第一六七三號解釋：「破產管理人行使破產法第七九條之撤銷權原可以其意思表示爲之。唯因債務人之此項行爲而受利益人如有異議時，自可訴請法院確認其撤銷權之無效。」是蓋與日破產法相同也。

破產管理人爲原告而提起否認之訴之場合，其訴之性質，究係形成之訴，（註七〇）確認之訴，給付之訴，（註七一）抑係形成兼給付之訴或確認兼給付之訴，（註七二）聚訟紛紜。竊謂否認之訴，旨在撤銷原係有效之行爲，變更其法律上之效果，自與確認之訴有別。且多數場合，固在回復破產財團之原狀，不得不兼以給付之訴請求返還屬於財團之財產。但有時僅撤銷債務人之法律行爲已足達其目的，無庸合併提起給付之訴。例如債務人爲免除時，若僅提起形成之訴，撤銷其免除行爲，卽足資保護。綜之，否認之訴本質上爲形成之訴，必要時得與給付之訴合併提起而已。

我破產法對於撤銷權之行使，並無如外國立法例得以抗辯或再抗辯。（註七三）（日破七六條）行使之規定。其以訴之方式爲之者，爲本訴，反訴，主參加，附帶民事訴訟，則均非所問。又依訴提出一定之申請，限於不變更其請求之基礎，得提出數種獨立之攻擊方法。例如於主觀的偏頗不成立之場合，無妨更主張客觀的偏頗之存在也。（註七四）

關於否認之訴之管轄問題，應依民事訴訟法之規定，蓋不待言。（註七五）

否認權，對相對人及其繼承人行使之。又因單獨行爲而受利益之第三人亦得對之行使。

相對人之轉得人，亦得對之行使。各國立法例規定之要件如下：（民四破草七七條，德

破四〇條，南破三七條，奧破三八條，匈破三五條，日破八三條。）（註七六）

（甲）轉得者在轉得之當時，明知有否認之原因者或因過失而不知者，如轉得人係破產人之近親時，法律推定其知有否認之原因。此時須轉得者，證明自己之善意，否則即遭否認也。

（乙）轉得人因無償行爲或可與同視之有償行爲而轉得時已有否認之原因者。

有多數之轉得人時，第二以下之轉得人不負大於讓與人之責任。詳言之，即須先事審究否認權對其讓與人可否成立？如爲可以成立，然後調查第二以下轉得人本身具否得爲否認之要件也。

我破產法八〇條關於撤銷權，祇限於轉得人於轉得時知有得撤銷之原因，始得對之行使，

而對於因無償行為或準無償行為轉得者未爲規定。按轉得人之惡意，事實上原不易證明。法律所以令破產管理人舉證者，爲保護交易之安全計，不得不爾。故於轉得人爲破產人之近親或轉讓行爲爲無償時，設推定其爲惡意之例外。我破產法置而不採，殊欠斟酌。使與客觀的惡意，亦必令破產管理人負舉證之責。則破產人或相對人儘可利用轉讓近親或爲無償轉讓，以避免撤銷，尙何撤銷之可言乎？

債權人基於民法所提起撤銷之訴，在破產宣告時尙在進行中時，於承受或破產程序終結前中斷。（我民訴法一七四條，日破八六條）但得由破產管理人或相對人承受之。（日破八六條二項六九條一項）此際其訴訟費用爲財團債權。（日破八六條二項六九條二項）學者有主張債權人所提起撤銷之訴，如破產宣告當時在繫屬中者，依民事訴訟法，破產管理人得參加訴訟。以爲中斷之規定，依民訴法得不受影響。（齋藤博士日本破產法二六一頁）此項見解，未免有誤。（同說加藤博士研究八卷一九二頁參照）

債權人在破產程序中，關於民法上之撤銷權，原則上亦僅得由破產管理人代爲行使。例外始得獨立行使也。（註七七）

（五）否認權之內容 否認權之內容爲何？學說紛紜。有謂否認權卽行爲之取消，溯及行爲當時，完全無效。（物權的效力說）（註七八）有謂被否認之行爲，依然存續。否認僅使因行爲而受利益者負返還其利益於財團之債務而已。（債權的效力說）（註七九）

依各國破產法之規定，類多令相對人返還其所受利益於破產財團。（德破三七條，奧破三八條，南破三九條，匈破三三條，民四破章一〇〇條。）蓋係債權的效果，唯日破產法七七條一項否認權之行使，須令對破產財團回復原狀。似爲物權的效果。然同法七九條相對人返還其所受之給付或償還其價額時，相對人之債權即因之而回復原狀。是仍屬債權的效果也。（註八〇）

（六）否認權之效果 因否認權之行使，破產財團恢復其原狀。破產管理人得向相對人要求返還原物。如不能返還時，則請償還其價格。其於無償否認，如相對人在行爲當時爲善意之場合，僅就現存利益返還爲已足。（日破七七條二項）無償轉讓被否認，轉得人善意者，亦同。（日破八三條二項）

破產人之行爲被否認之場合，其所受之對待給付，如尙存在破產財團中時，相對人得行使取回權。破產管理人僅要求返還原給付或價格而不爲對待給付之返還時，相對人得就原給付或價格主張留置。破產財團因對待給付所生之利益現存時，在其利益之限度內，相對人得行使財團債權之權利，現已不存在時，相對人對於價格之償還，僅得行使破產債權人之權利。（南破四〇條，奧破四一條，德破三八條，匈破三三條，日破七八條。）

遺產破產之場合，日破產法八〇條以繼承人，遺產管理人遺囑執行人關於繼承財產所爲之行爲，應與普通破產人之行爲相當。破產管理人得對之行使否認權。但於普通破產時，否認結

果所回之財產，應屬於破產財團，以供一切破產債權人之分配。而於遺產破產時，稍有例外。日破產法八二條規定，以之清償繼承債權人後，如有殘餘，分配於被否認行爲之相對人。蓋以受遺贈人，祇是欲因遺贈而得利，與其給彼以殘餘財產，何如保護蒙受損失者，而以之分配被否認行爲之相對人乎？我民四破草一〇二條二項規定有餘款時應即交還被繼承人。未免令人有不知所云之感。

否認之結果，相對人返還原物或價格於破產財團，相對人之債權即因之而回復原狀。（德破三九條，日破七九條）蓋以相對人既將所受給付返還於財團，即與未受償還之債權無異。權利當然復活，有不待言。

我破產法關於撤銷之效力，全付缺如。說者謂：「破產法上之撤銷權，非名之爲否認權，並非僅生否認其行爲之效力，故不生其債權效果之問題。依照上開民法之條文，自爲有物權之效果。」（按：指民法一一四條）（王仲桓氏前揭二一一頁）竊未敢苟同。蓋以我破產法上之撤銷權，雖未名爲否認權，然其本質，顯無二致，其效果自亦不應歧異也。

否認權之效果究於何時發生，說者紛紜。依余所信，應自是認其行使爲有理由或駁回原告之請求判決確定時發生效果也。（註八一）

（七）否認權之消滅 否認權因破產程序終結而消滅，即在程序中亦得因拋棄而消滅無論矣。此外尚有因時之經過而消滅。故否認權於破產程序開始二年後不得再爲行使。（破八一

條，日破八五條，德破四一條一年，奧破四三條一年，海破四二條一年，匈破三七條六月。）
德日破產法尙規定自行爲時起經過三十年或二十年者亦不得再爲行使。（註八）不過否認權，乃爲破產財團之利益而設。行爲後經過十年或二十年以上始開始破產程序，不問法律上事實上均未見行使否認權之可能與必要。在另一方面破產程序延長至三十年二十年者，亦爲罕見。我破產法未予採用，不無見地。

（註一）學者對於羈押破產人之規定，頗不滿意。其言曰：「然其對於債務人之行動自由，則未免過於剝削。依其規定一則曰非經法院之許可，不得離開其居住地。（第七一條現行法六九條）再則曰：法院得發給押票將破產人羈押。（第七三條現行法七一條）三則曰：雖在破產宣告之前，法院得因債權人之聲請或依職權拘提或羈押債務人。（第七四條現行法七二條）此種以羈押代替查封之辦法，殊與近代立法趨勢相左。依余觀察之所得，羈押祇得用之於預防破產人之逃亡。對於隱匿或毀棄財產之預防行爲，則應採查封之方式，不必因此剝削債務人之自由。且第七一條，（現行法六九條）既將破產人置於法院監視之下，預防其規避破產程序之義務。何必再爲羈押？故羈押非出於不得已之情形，且非有觸犯第一五三條第一五四條第一五五條及第一五七條。（按現行法一五二條一五三條一五四條一五六條）之事實或嫌疑，不應適用。因之羈押應根據破產人之刑事責任，而非宣告破產對於破產人之一般效力也。若於罰則章規定，則更爲合理矣。縱不加以規定，在事實上，亦無妨礙。蓋若破產人觸犯罰則章中之規定或有觸犯之嫌疑。依照普通刑事訴訟法提起訴追時，當依照該法之規定而羈押也。再者第七三條二項，（按現行法七一一條二項）雖限羈押期間爲一個月，但若破產管理人提出正當理由，尙可作無限次之一個月期限之展期。殊不知破產管理人此項權利，有何存在之必要。蓋因破產管理人一旦受任，應即依照第八九條及第九〇條（按現行法八七條八八條）之規定，點收破產人之一切財產及與財產有關之一切文件，而以一個月之期間，尙不能點收完竣乎？縱依草案初稿之規定，保留第七三條亦僅能以一個月之有定期間爲限，而刪去該條第二項之但書也。總而言之，第七三條第七四條關於羈押之規定，在羈押之性質上及草案初稿

之結構上，似應列入罰則章中，而第七五條（現行法七三條）之規定，既為必然之事，大可不必保留。應為刪去。」（胡叢蒙氏前揭論文）其言大體至堪傾聽。

（註二）英一八六九年 *Debtors Act* 雖廢止債務人之管收，但依同法二五條設有例外，凡收到破產通知後用詐害方法阻礙破產程序不利債權人者，或隱匿財產，或違反答復詢問義務者，得管收之。（*Ringwood* p. 211）其亦以管收債務人為例外，須債務人之逃亡，其目的在迴避公開詢問，而債務人之到場為必需，且無其他保證方法時，始得予以管收。（*Annuaire de Legislation étrangère* 1908, p. 751, Note 3）

（註三）日昭和三年五月十五日大審院判決。判例集八卷四八三頁，京都地方裁判所昭和七年第二六七號事件判決，法律新開三四七〇號五頁。

（註四）胡叢蒙氏於此謂：「第一五一條（按現行法一五〇條）規定云：「破產人未依第一五五條或第一五六條（現行法一五四條一五五條）之規定，受刑之宣告者，得於破產終結二年後（現行法為三年）或於調協履行後，向法院為復權之聲請。」查第一五六條（現行法一五五條）係規定詐欺和解罪，應與破產人無關。因各種法典，對於破產人，有喪失權利之規定，故此處有聲請復權規定之必要。然債務人雖有不能清償債務之情形，一旦成立和解，並不受破產人之待遇，原來喪失任何權利，除其犯有詐欺和解罪外，應與普通之債務人無異，有何聲請復權之原因。故主張將「或第一五六條」數字刪去。」（前揭論文）竊按債務人犯詐欺和解罪者，事實上常依第二十條受破產之宣告。此際，當然喪失其公私榮譽權。而破產程序中，又無再處以詐欺破產罪之可能。是依胡氏主張，則此等債務人將與善意債務人受同一之待遇。豈得認為正當乎？

（註五）劉朗泉教授謂：「法院許可破產人復權，應以裁奪為之。註一七：破產法一五一條雖未以明文規定法院應以裁定許可破產人之復權，解釋固屬如此。」（前揭五七六頁）實則依據該條後段觀之，未必無明文可據也。

（註六）股票之更換，其目的不在直接處分或管理破產財團。故在股份公司破產時，關於股票更換事項，不屬於破產管理人之職務。（日昭和四年五月三十日東京地方裁判所判決。法律新開三〇一〇號九頁）如藤博士研究八卷六五頁，對該判決頗加贊同。反對判例：昭和五年二月二十一日名古屋地方裁判所判決，法律新開三一〇〇號五頁，同年十月九

日本裁判判決，加藤博士法協五〇卷一九八二頁以下，對該判決予以指摘。並謂於該案失權手續及請求繳納資金，均屬破產管理人應為之事項，學說無異說。（昭和五年三月十四日大審院判決，判決集二卷二六四頁，昭和六年二月十四日大審院判決，法律新聞三三三七號八頁，加藤博士研究八卷九六頁以下，法協四九卷七二〇頁一〇七九頁以下。）

（註七）Soltes 民法五二〇條：『不能管理或禁止管理財產者，視為未成年。』（一）經宣告為精神病者，浪費者，（二）詐欺破產者，破產者。（三）妻（在其夫生存中）。』

（註八）Thaller, Des fallites, I, No. 57,

（註九）Thaller, Cours de droit Commercial, No. 1703, 最高法院一八六三年一月二十六日判決，一八九二年十一月十六日判決。D. P. 63. 1. 47; 93, 1. 68)

（註一〇）Pancron, Des fallites, No. 95 et S.; Lyon-Caen et Renault, op. cit., VII. No. 209; Kohler, op. cit., §. 22, Stellung der Gläubiger zum Konkursverwüger; Alérovic, op. cit., S. 45; Pedgratsky, op. cit., S. 9.

（註一一）Girard, Manuch du droit romain, p. 1061, note 1.

（註一二）奧最高法院一九二六年二月三日判決採同一見解。（Zuglia und Verona, op. cit., S. 15, No. 14 所引）

（註一三）日民訴法五七〇條：『左掲之物，不得扣押：（一）衣服，寢具，家具及廚具。但此物限於債務人及家族之不可缺時，（二）債務人及其家屬所必要之一個月間之食料，及薪資。（三）技術者及職工勞役者及穩濶其營業上不可缺之物。（四）農業者及農業上不可缺之農具，家畜，肥料，及次期收穫前，為續行農業不可缺之農產物。（五）文武官吏，神職僧侶，公立或私立教育場教師，律師，公證人，及醫師為執行其職業不可缺之物，並身份相當之衣服。（六）文武官吏，神職，僧侶，及公立教育場教師於六一八條規定之職務上收入或恩給。（七）藥舖，調藥不可缺之器具及藥品。（八）勳章及名譽證標。（九）私章及職業上必要之印。（十）供神體佛像及禮拜用之物。（十一）家

譜，(十二)債務人及其家屬未公表之資財及未公示之著述稿本。(十三)債務人及其家屬供於學術使用之書籍，然有債務人之承諾，除三款八款所揭之物外，得扣押之。同法六一八條：「左揭債權不得扣押：(一)法律上之資財，(二)債務人由義務建設所或因第三者之慈善所受繼續之收入。但以債務人及其家屬生活必要者為限。(三)下士，兵卒之給料並恩給及其遺族之扶助料。(四)出陣之軍隊，或役務之軍艦艦員軍屬職務上所收入。(五)文武官廳，神職，僧侶，公私立教育場教師職務上所收入，恩給及其遺族之扶助料。(六)職工，勞役，雇人為其勞力或役務之報酬，一款五款六款職務上之收入恩給或其收入，如一年間超過三百元時，得扣押其超過額之半數。」

(註一四)張知本氏謂：「……因此種禁止扣押之財產，其範圍太狹，故中國破產法草案第三七條，復就不能屬於破產財團之財產，為列舉之規定。除禁止扣押之財產外，復增設三項，一為專屬於破產者個人一身之財產，二為破產者，自破產宣告後因勤勞所得之財產，三為財產以外之權利，被人侵害。而請求損害賠償之權利。其意蓋以民事訴訟執行規則所規定之禁止扣押財產範圍，未能包括以上三項，若不於破產法中予以明白規定，則宣告破產時，必必發生許多事實上之困難故也。」(前揭四三頁)張氏顯未注意破產法於民國四年而民事訴訟執行規則公布於民國九年，破產起草人何由預知民事訴訟執行規則所定禁止扣押財產範圍太狹，先為增設三項規定乎？

(註一五) *Zuchta and Yerona, op. cit., p. 12.*

(註一六)王仲甫氏於此與鄭見不同。其言曰：「他國立法例內破產管理人在事實上尚對於破產財團實應占有管理時，破產人並不因破產之宣告，喪失其行為能力，尚可為法律行為；此項法律行為不能逆認為無效，故規定唯不得對抗破產債權人者，為破產法七條，自破產法五三條。我國破產法並無此項規定，自難為同一之解釋。同法第七五條既規定破產人對於應屬破產財團之財產，喪失其管理及處分權，此項行為自得認為唯破產管理人方得為之。雖破產宣告並不剝奪破產人之行為能力，故對於自由財產管理處分並無限制，然破產人對於破產財團如為此項行為不論其對於破產債權人是否有利，均應概予認為無效。雖其行為為債權人有利，破產管理人亦不能承認之，此蓋因破產人根本上無管理及處分權，非如他日破產法在特殊情形之下，尚可認其有效者也。」(前揭一九五——一六頁)竊謂破產人之行為，是否僅對債權人不生效力，抑應逆認為無效。不在破產法有無他日破產法相當之規定，乃在喪失管理及處分權之性質如何？我破產

法於此既應解釋爲：基於破產人在破產宣告後所爲之行爲概係有害或產財團之推定。自不宜逕認爲無效。又行爲苟有利於債權人，縱破產人根本喪失管理處分權管理人亦無不能承認之理。良以依普通法例：無權利人所爲處分，得經有權利人之承認，發生效力也。（民總一一八條）

（註一七）不關於破產財團之訴訟，破產人仍自爲當事人，例如股份公司總會決議無效之訴；由破產的公司董事清算人爲當事人。〔日大正四年二月十六日大審院判決同年判決錄一四五頁，加藤博士研究五卷三五〇頁，法協五〇卷一九八二頁以下〕

（註一八）法商於此，毫無規定；判例認相對人有權繼續訴訟，不問宣告破產與否？唯此時應以管理人爲當事人而已。（Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, VIII Nos. 219 et 220）

（註一九）一九二六年十二月十四日判決，Zuglia und Verona, *op. cit.*, 頁 35 附引。

（註二〇）英美法系於此與大陸法系大不相同。即管財人對於破產人之未解決行爲，如認爲履行困難或履行須負違背重條件得於法定期內否認該項行爲。（英破五四條一項）Potter, the elementary principles of law bankruptcy and deeds of arrangements p. 237) Jessel 推事謂：「立法之意，在不使管財人負必須取得附有苛重條件財產之責任。倘彼認爲該項財產代表之利益尚不足以履行對待給付時，得拋棄之而解除一切義務。」(Ex parte Walton (1851) 17. ch. D. 715) 但相對人因之而生之損害，得主張賠償。並應賠償額與破產財團應取得財產相抵銷後之產額參加破產程序。（五四條八項B A A）惟租賃契約之否認，則須法院之許可。（同條三項）美破產法雖未有如英破五四條之規定。但判例仍是認管財人得任意決定繼續履行契約或否認之。唯受害人對其決定得向法院提出異議耳。Sparhawk v. Yerkes (1881) 142 U. S. 1, 12, Sup. ct. 104, Atchison v. Hurley (1920) 218 U. S. 123, 29 sup. ct. 563) 關於租賃契約美法以未到期租金爲條件附債權，但一八九八年法律無關於條件債權之規定。一九三一年 Maynard v. Elliott 案雖許條件債權參加破產程序。唯最高法院對於繼續契約而生之未到期租金或讓與否認契約之損害賠償請求權仍斥之於破產程序之外。（Central Trust Company v. Chicago Auditorium Association (1916) 249 U. S. 581, 36, sup. ct. 412; Manhattan properties and Samuel Brown v. Irving Trust Company (1931) 291 U. S. 320,

31, sup. cit. 385) 出租人僅得於破產程序終結後向破產人主張權利而已。學說對之頗多指摘。自一九三三年三月三日法律一九三四年六月七日法律先後公布，該問題得小部份之解決。但在一般破產程序，上述債權尙無參加之可能也。

(註二一) 與一九〇四年二月十七日最高法院判決謂：「契約於宣告破產前雙方當事人均未履行經管理人表示不履行者，法律關係歸於破壞。相對人得爲損害賠償之主張。契約僅得於破產程序終結破產人恢復管理及處分後復活」(Zingha Verona, op. cit., §. 14, No. 5)

(註二二) 井上教授主張：相對人得以破產人履行遲滯爲理由，依日民法五四一條請求解除契約。(破產法綱要一四四頁) 又相對人於宣告破產前已爲履行，得以破產人之不履行或履行不能爲理由，解除契約。(日大阪地方裁判所判決法律新聞三三八八號一五頁)

(註二三) 相對人之損害賠償請求權僅爲破產債權。但南波一九條三項規定：相對人得以其對於破產財團之債務，與上項請求權互相抵銷。蓋此項請求權雖發生於宣告之後，唯原因遠存於宣告之前。自應其得爲抵銷之主張。與最高法院一九二六年十一月四日判決見解相同。該案內容爲：當事人之一方爲一部之履行後宣告破產，相對人尙未履行而破產，管理人選擇解除契約。因解除所生之損害賠償請求權，數額大於破產人所爲之一部履行。上述判決是認相對人就損害賠償請求權與返還破產財團之一部履行相抵銷。再以其殘額參加破產程序。(Zingha und Verona, op. cit., §. 39, No. 3)

(註二四) 王仲桓氏以爲：「依我破產法第九二條八款請求雙務契約之履行，應得監查人之同意觀之，則破產管理人如不願履行雙務契約，爲契約之解除時，則可無庸經監查人之同意，自爲當然之解釋，且破產管理人本有管理破產財團之職權，其解除契約亦爲其權限內可行使之事項。是以依我破產法之規定，亦可解爲破產管理人對於雙務契約有請求履行或解除之選擇權。……雙務契約經解除後，如對方受有損失者，此項損害賠償之請求權，是否可爲破產債權而行使其權利，我破產法並無明文規定。此項損害賠償之債權，乃在破產宣告後成立者，自難遽認爲破產債權，蓋德日法例認雙務契約解除之損害賠償請求權爲破產債權者，乃因其有明文之規定者也。我破產法既未有規定，自能爲同一之解釋。

(破產法一〇三條三款)「前揭一九九——二〇一頁爲契約解除後，相對人如言損害，其賠償請求權，當然得爲破產債權。蓋以此項債權縱成立於宣告之後，但其原因實早存在宣告之前；與宣告前成立者無異也。至我破產法一〇三條三款乃指不替代作爲義務或不作爲義務，於破產後不履行而生之損害賠償而言。否則破產法三八條二款規定與我破產法一〇三條三款完全相同，寧不與破產法六〇條一項：契約解除後，相對人得以損害賠償請求權，爲破產債權之規定矛盾乎？」

(註二五)於此，出租人因終止而受之損害，或諸總破產債權人因不終止而受之損害爲小。大利益應優於小利益。因有許一造片而解除契約之必要。[Mihari, Corso di diritto Commerciale, VII Nos. 75, 76.]

(註二六)與破二三條未嘗此項區別。

(註二七)而破二三條於承租人破產之規定，雖爲租賃物已否交付之區分。但同法二四條關於出租人破產之規定，卽未爲同樣之區別。

(註二八)同說：Bilow-Buelch, op. cit., ad. § 15; Heilbron-Rick op. cit., S. 189.

(註二九)同說：日昭和四年七月十日大審院判決。(判例集八卷六六六頁)加藤博士判例民事法四年版二七三頁以下，同博士研究八卷七五頁以下。

(註三〇)反對說：井上教授前掲二〇三頁。

(註三一)「按本條規定祇適用於破產人爲承租人之情形。若出租人宣告破產時，其與承租人間所訂租賃契約，究應如何辦理，未免缺如。論租賃契約之當事人宣告破產時，其所生之法律關係，出租人當較承租人爲繁複。且亦較承租人爲重要。在承租人宣告破產時，至多不過解約(退租)而已。而在出租人宣告破產時，如係按月收租，其契約亦未定有期限者，當然隨時終止契約，而以其所出租之物產或不動產歸入破產財團，尚不生問題。反之，如定有期限，或收有押租時，解約則爲承租人所不許，不解約又無以對抗破產債權人；其已收之押租認爲有效。則於破產債權人不利，不認爲有效，又爲承租人所不許。凡此種種，皆爲必須解決之問題，付之缺如，未免欠妥。」(王家駒教授前掲論文)

(註三二)德破二二條未爲此項區別。

(註用) Casergies, Discoursus Legales, 75 No. 2; Kohler, op. cit., S. 14; Perceron, op. cit., No. 593

註。

(註三四)英美法對於預防債務人在破產前爲詐害債權人行爲之法制；有其特殊之傳統，頗懸件入大陸法爲同一之研究，茲述其梗概：

(A) 無償行爲 債務人在破產開始前二年或十年內所爲之行爲。(在後之場合，主張行爲有效之當事人，須證明行爲時，其他財產尚能償付一切債務)得聲請撤銷。(英破四二條 In Re Brall (1883), 11 Q. B. 381)然非謂一切之無償讓與均可主張無效，法律之目的，唯在防止將來的讓與，預言破產時始履行，以對抗管財人之讓與而已。In Re Lowndes (1887), 18, Q. B. D. 677)故該條之適用，以讓與人意在使受益人保存讓與財產之原有狀態或可認識之變更爲限。(In Re Plummer (1900) 2 Q. B. 790 (G.A.))又此項撤銷，不能對善意第三人或有償取得之第三人而爲主張。(In Re Vansittart (1893) 2 G. B. 381)美破產法則未有相當於英破四二條之規定。

(B) 允許特別利益於債權人中一人之行爲 英破產法四四條一項明定在呈遞破產聲請書前三個月內債務人允許特別利益於任何債權人之行爲無效。但不影響於善意轉得人之權利。美破產法六〇條雖以允許優先權於債權人爲破產行爲，但不生撤銷問題。

(C) 詐害行爲 (Sharp, V. Jackson, 1899, A. C. 415) 以行爲出於詐欺而宣告無效，爲普通法上之法制，始創於伊阿沙伯時代，一九二五年財產法一七二條予以襲用。依該條規定，破產十年前債務人之行爲，有出於詐欺之動機。仍得請求撤銷，但不害於第三轉得人之利益。美破產法六七條五項：「於聲請書呈遞前四個月內，因故意欲阻礙或詐欺其債權人而爲之行爲。於對抗債權人時應爲無效。唯以善意並對價購買之第三人不在此限。聯邦法院其於 *Shermann* 案件，擴張意欲阻礙或詐欺債權人之解釋於允許優先權之行爲。(Shermann V. Inelharst (1903), 97 Kansas 682, 74 Pacific Reporter, 277; Albert Bell, nonvoidable Preference as a Fraudulent Conveyance, 29 Illinois Law Review (1935) 799) 於此問題，可參照井上教授英破產法上之否認權問題法最五卷七四一頁以下及六卷以下。

(註四五) Aubry et Rau, IV § 313, Note 27; Planol, *Traité Théorique et pratique* T. VIII, No. 116; Colin et Capitant, *Cours de droit civil*, III, 48; Thaller et Perceyrou, *op. cit.*, I, No. 5831 *Siq.*; Wahl, *op. cit.*, No. 2218.

(註四六) Reg. 25 fev. 1845. D. 5. 1173. 5. 45. 1. 417; 18 janv. 1887, D. 87. 1. 257, § 87, 1. 97, Reg. 16 Nov. 1910. D., II, 1, 500, S. 12, 1. 101.

(註四七) Lyon-Caen et Renault, VII, No. 369; Thaller et Perceyrou, I, No. 681.

(註四八) Pand. G. 1893, I, 389; Note Buchère sous cet arrêt; Lyon-Caen et Renault, VII, No. 368; Thaller et Perceyrou, I, No, 685.

(註四九) A., 26 Mai 1912, B., XXV 363.

(註五〇) 法最高法院一九一〇年五月四日判決。(S. 12, 5, 501)

(註五一) 法最高法院一九〇八年七月二十九日判決。(D. P. 1910, I, 409 Note de Perceyrou; S. 1909, I, 345, *Nota de Lyon-Caen*)

(註五二) 債務人某種行為得予否認，要不可漫無限制，立法例每依各種行為而定不同之時間。唯瑞士一八八九年破產法二八六條二八七條規定單一的期間。

(註五三) 日大審院昭和二年三月九日判決：「否認權之行使，至恢復破產財團原狀之結果。與檢銷權及解除權之行使同。」(評論十七卷諸法三七六頁)岡村判事探同一見解。(法學新報三八卷六號二三頁三九頁以下)井上教授於法學論叢一五卷四四六頁以下詳論否認權之性質，其結論以為否認權乃達成回復財團原狀爲目的之特殊權利。大審院昭和四年七月十日判決。(判例集八卷七二〇頁)見解相同，余亦從之。

(註五四) 同說井上教授綱要一四九頁以下，加藤博士則主張爲屬於各破產債權人之權利，研究一卷九〇頁以下，法協五〇卷一〇九四頁，前野氏學粹六九頁以下。日大審院昭和六年五月十五日判決同其旨趣。(判例集一〇卷三二七頁)王仲履氏則主張屬於破產管理人之權利。(前掲二〇四頁)

(註四五)何破產法二八條一款不爲繼承之承認。(拋棄)在破產宣告前二年內者，得否認之。(Zuglia und Verona, op. cit., S. 57)反之，德與破產法均不以拋棄繼承爲否認之對象。(Heilron und Piele, op. cit., S. 183; Bartsch, op. cit., §32-4)

(註四六)(一)執行行爲包含民事訴訟法之強制執行假扣押假處分，競賣法之執行行爲而言。(日大審院大正六年三月十六日判決判例錄二三卷五四五頁)又債權人於強制執行中扣押破產人之債權在破產宣告前基於轉付命令受第三債務人轉付債權之清償之場合，亦包括之。(同院大正六年六月二十九日判決同二三卷九九三頁)債權人於破產宣告前基於債務名義受領債務人之清償。如受領時知有停止支付或聲請破產之情形，其受領行爲，得否認之。(同院大正十四年十一月十二日判決判例集四卷五五五頁)又破產宣告前之分配要求於破產宣告後實施分配時，依分配而取得金錢所有權亦得爲否認之對象。(同院大正十四年十月十五日判決，判例集四卷五一二頁以下)

(二)否認權原則以破產人之行爲爲對象。但破產宣告前債權人以其所負破產人之債權，主張抵銷。其抵銷權行爲得爲否認。是以債權人爲抵銷之強制執行與清償發生同一之效果。(加藤博士研究八卷二一九頁以下。反對判例：高岡區裁判所昭和二年十月二十九日判決，法律新聞二七六四號七頁)

(三)破產人基於不法原因而爲之給付行爲，其給付行爲雖屬有效，但其行爲仍得爲否認之客體。(同院昭和六年五月十五日判決，判例集一〇卷三二七頁，加藤博士法協五〇卷一〇九一頁以下)

(四)執達吏對於債務人在停止支付後破產宣告前基於民事訴訟法五七九條領取動產賣得金，與同時債權人取得賣得金生同一之效力，其取得行爲不問強制執行終了與否，均得否認。(同院大正十四年十一月十二日判決。民事判例集四卷五五五頁)加藤博士對此判決頗多指摘。(研究七卷五〇一頁以下)

(註四七)參照井上教授綱要一五〇頁以下。

(註四八) Kohler, op. cit., S. 212 以下。

(註四九) Jaeger, op. cit., S. 583, 603-629.

(註五〇)奧最高法院一九二八年十月十一日判決：「可否認之行爲，並不以債務人有確定的損害債權意思爲必要。

僅須債務人知損害之可能發生而已。Juzgla und Verona, op. cit., 3. 95 No. 3 所云。

(註五一) 南破三四條，奧破三二條所定近視之範圍至廣醜偶，直系血親，直系姻親，旁系血親在四親等者，養子，養父母，姪度等，私生子女之親屬關係，視為婚生子女。奧最高法院一九二五年十一月十八日判決稱：凡有限公司或無限公司股東之近親，視為公司之近親。(Zuzgla und Verona, op. cit., 8. 123 所引) 德破三一條二項，匈破二八條二項規定之範圍，較之南奧狹多矣。

(註五二) 於此各種契約爲列舉而非例示。(Zuzgla und Verona, op. cit., 5. 98 以下)

(註五三) 信託契約，如行爲當時受託人明知委託人損害債權時；得否認之。依出信託法一二條一項受託人善意之場合，管理人尙得行使民法上之撤銷權。(加藤博士研究室七卷一〇二頁以下，參藤博士研究室四卷六六頁以下)

(註五四) 日本關於故意否認之判例擇要述之：

(一) 大阪區裁判所大正十五年六月十七日判決：「破產人於強制執行中因競賣之結果移轉所有權於原告。但行爲到底減少破產債權人之共同擔保。有害破產債權。除原告提出反證，其所有權取得行爲仍得否認。」(法律新聞二六六號一六頁) 大審院昭和五年十月二十日判決：「支付停止後，以不動產換取易於散逸之金錢，除在總債權人依公正方法之指導下，爲有害破產債權人之行爲。」(法協五〇卷一〇八八頁) 又同院同六年七月十一日判決：「破產人當財產狀態險惡時，借貸金錢，如確屬債務之清償，以自己之不動產設定抵押權，生不利益於一般破產債權人之結果。與破產人出賣不動產受取易於散逸之現金無異。如破產人及受益人爲惡意時，得依破產法七二條一號否認之。」(法律新聞三一〇號七頁) 大審院關於民法四二四條廢訴權之解釋，債務人於財產狀態險惡時，賣卻不動產換取易於消費之金錢，不問其代價當否，其賣買行爲，要係詐害行爲。(明治四十四年十月三日判決同年大判一五三八頁大正七年九月二十六日判決同年大判一七三一頁) 與前述大阪區裁判所判決及大審院二判決以所有權移轉行爲，賣買行爲，設定抵押權行爲，爲否認權之對象。同一旨趣。學者以爲大審院關於民法四二四條之解釋未免有誤。(鳩山博士民法債權法二〇九頁末弘博士現代法學全集債權總論八七頁) 余未敢贊同。蓋金錢得隨時自由消費，爲確實債權人之共同擔保，除依公正方法爲債權人保管其金錢，賣買行爲，設定抵押權行爲認爲詐害行爲爲妥。(磯谷氏債權法論三二六頁) 然則關於否認

權前述判例，尙難認爲不當。（同說齋藤博士日本破產法二四四頁，異說加藤博士研究八卷一一八頁以下，法協五〇卷九〇一頁以下同一九八八頁以下）

（二）昭和三年十二月二十六日東京控訴院判決：「於公司悲境之際，舉公司唯一之財產對債權人之一人設定抵押權；現公司宣告破產。是本件抵押權設定之結局，減少破產財團。至生不利於債權之結果。顯係破產法七二條一號所謂惡意損害債權人之行爲」按爲故意否認根據之債務人意思，採主觀主義。前述判例，卽屬正當。（但加藤博士研究八卷一五三頁以下，對之頗有批評）

（三）債務人承認債權讓與，受讓人以讓受債權行使抵銷權，因而有害一般債權時，如債務人預期此結果而爲承認，管理人得依破產法七二條一號之規定行使否認權。（大審院昭和七年五月二十一日判決，法律新聞三四三九號一三頁）

（四）債務人對於債權人爲期限到來之清償行爲，能否爲民法上撤銷權之對象，學說上不無爭論。（鳩山博士債權法二〇九頁以下，末弘博士法學全集債權總論八七頁，大審院判例採消極說，石坂博士日本民法七三一頁以下，加藤博士研究四卷三二四頁以下，採積極說）債務人於支付困難之際，對一部債權人爲清償行爲，顯害及其他債權，得爲否認之客體，自不待言。（昭和六年三月二十四日大阪地方裁判所判決，法律新聞三二六七號一〇頁）

（註五五）Kohler, op. cit., S. 224 以下。

（註五六）Jaeger, op. cit., S. 533, 620-51.

（註五七）德民一二六二條，Serle 氏七八六條，Owate 氏一二六二條，我民一〇〇九條均以破產爲解散夫妻財產契約之原因。

（註五八）向最高法院一九一二年七七七號判決，Katoná, A. (Solitorweg Kezkonngw, ad. § 28, 30, S. 71.

（註五九）日本關於無償否認之判例如次：

（一）昭和三年十二月二十六日東京控訴院判決：「無義務供與擔保之行爲，不得不云係與無償行爲同視之有償行爲。關於供與擔保，破產法七二條二號乃至四號定有否認原因。但此行爲應認爲構成同條五號之無償否認。」（法律新聞

聞二九七九號九頁)又寡少之被擔保債權額，供與過大之擔保物，此顯失均衡之行為，顯解爲有償行為，應與無償行為同視。(同號一一頁)加藤博士對於上述判旨，表示贊同。(研究八卷一三七頁以下，同七卷八〇頁以下。)

(二)昭和五年三月二十八日神戶地方裁判所判決：「第三人無義務清償他人之債務，因債權人權利之喪失，代位取得該項債權。尙不得解爲無償行為或與之同視之有償行為。苟債務人無資力，債權人之權利實質上無價值時，即係破產法七二條五號之無償行為或與之同視有償行為。」(朝山判事報告書五七四頁以下)

(註六〇) Kohler, op. cit., S. 212 以下。

(註六一) Jaeger, op. cit., S. 32, 604-29.

(註六二)學者於此有以「偏頗」代「危殆」字樣者，(最知本氏前揭一五三頁)但債務人行爲，增加不能清償之危殆者，不必定係偏頗行爲。而偏頗行爲常形成不能清償之危殆，故余採之以名此項否認。

(註六三) Jaeger, op. cit., ad. §30 ann. 66. S. 603.

(註六四) Merzleny, A Csödönkvüli Kenyozaregyszog és Kenyszerfelszámolás, ad. §88, S. 254 以下。

(註六五)債務人之行爲構成停止支付者，推定其爲清償不能。後者爲破產之原因。德破產法三〇條所謂停止支付後，即有破產原因之後也。(Jaeger, op. cit., ad. §30 ann. 1 und 3)

(註六六)由行爲之內容與態樣，測知當事人出於偏頗之意思者，加藤博士曾假定如下之場合：(1)於危殆時期中，爲從來之債務收回既存之擔保物，而易以新擔保物，即爲破產法七二條四號之「本旨」行爲。若清舊擔保物價格相當，得依同號但書免於否認。(研究六卷四〇二頁以下)(2)於危殆時期，明知債務人停止支付之事實，而受領其清償，該項受領行爲原依破產法七二條二號得爲否認。(同研究七卷八三頁以下)(3)於危殆時期，債務人受擔保物之返還，而爲未到期限債務之清償。其清償行爲即係同法同條四號所謂「本旨」行爲，得否認之。倘其返還之擔保物價格與清償額同等或在同等以上，依同條但書得免於否認。(同六卷七五頁以下)

(註六七)日本大審院關於危殆否認之判例如左：

(一)昭和四年三月二日大審院判決：「破產人於停止支付後爲清償，依破產法七二條二號破產管理人得否認之，

得以該項清償發生損害破產債權人之結果爲必要。如債權人對於清償前之債務，有不動產之抵押權，且曾爲假登記同時有本登記之請求權。此際債權人在破產宣告後，原得就上述不動產行使別除權。故其清償即不發生損害破產權之結果，即非前記法條之該當行爲。」（大審院裁判例三三七頁以下）

(二) 昭和六年七月十日大審院判決：「破產法七二條第二號第四號所謂擔保之供與。在借貸金錢而供與擔保之場合，應包括在內。」（法律折聞三三一〇號五頁）加藤博士表示贊同。以爲擔保供與之義務與債權同時發生於同一契約，金錢貸與與擔保供與同時履行之場合。應包含在同條第四號解釋內云。（法協五〇卷五〇五頁研究六卷四〇七頁八卷一三八頁）（同時履行之行爲得爲否認之目的爲德國通說。但 H. Lucas, Die Nenns, V. O. S. 187 ff 反對之）又日破產法七二條四號所謂：擔保供與其他消滅債務之行爲指支付停止前之行爲而言。至支付停止後借受金錢同時供與擔保依大審院判例，應適用同條第一號故查否認云。

(註六八)「破產法草案初稿八一條一項，（按現行法七九條）原爲破產宣告前六個月內。」一款則爲「破產宣告六個月前」以字義言，兩者解釋相同。提供擔保之行爲，依一項注文果得撤銷，但依一款但書則不得撤銷，未免詭異。乃現行法七九條一款但書仍用「破產宣告六個月前」字樣，竟將一項「破產宣告前六個月內」之「前」字刪去。就字義解釋兩者果可不生衝突。但稍稍一究撤銷之目的，不無使人有莫明其妙之概。幸司法院民二十五年院字第一一五九號解釋：「破產法第七九條所謂「破產宣告六個月內」係指在破產宣告以前六個月內而言。至同條一款但書所謂「破產宣告六個月前」則又係指破產宣告前六個月前而言。適用應無問題。」

(註六九)日大審院昭和六年九月十六日判決。判例集一〇卷八二三頁「物權變動之登記，其性質上如依七二條一號得爲否認。同時依七四條規定得爲否認時，許依七二條一號行使否認權。」但七四條係因無七二條一號之適用而特設之規定，即不應更適用七二條一號，不如排斥之爲當也。（加藤博士法協五〇卷二〇九頁以下）

(註七〇)日東京控訴院昭和五年三月十七日判決，（法律新聞三一〇三號一〇頁）大審院昭和七年六月二日判決。（法律新聞三四四五號一二頁）

(註七一)說者有謂：「否認權之訴訟，無庸提起形成之訴，僅以給付之訴爲之已足者，提起此項給付之訴，在訴狀

遂達於對造時，即發生形成之效果。……否則不得不俟形成之訴確定後，更請求給付之訴，未免迂迴。」（加藤博士要論一六九頁一七〇頁，前野氏學粹七二頁七三頁）

（註七二）加藤博士研究六卷四一三頁及四四一頁以下，八卷一三三頁以下，同一二八頁以下，八卷一三三頁以下，同一二八頁以下。法協五〇卷九〇五頁以下。齋藤博士日本破產法二五六頁，井上教授綱要一六七頁以下，岡村判事法學新聞三八卷六號三八頁，大審院昭和六年七月十一日判決。（法律新聞三三一〇號一〇頁）

（註七三）井上教授綱要一六八頁。

（註七四）昭和四年十月二十八日大審院判決：「破產法七二條第一號之規定，以破產人明知損害破產債權而爲之行爲爲否認之目的。並不排除外債務人消滅債務之行爲。對照第一號第二號即知前者，以行爲出於詐害之意思爲理由。後者不問惡意之有無，以行爲爲於停止支付或申請破產後爲理由。否認之條件各異。故二號所謂消滅債務行爲，如出於破產人詐害之故意，無妨成立第一號之該當行爲。不問其於第一號或第二號之理由，均得行使否認。」（法律新聞三一五號一〇頁以下）蓋一號二號之立場既異，立證責任，亦復不同。究竟屬於前者抑屬於後者，由客觀規定之，此際原告在不變更其請求之基礎下，以其一爲預備主張，當無不可也。

（註七五）日大審院昭和三年三月九日判決：「依破產法行使否認權，非民事訴訟法一八條（舊日民訴五條）所謂銷除廢體，因此不能適用同條之規定。」（法評一七卷三七三頁以下）加藤博士批判其不當云。（研究八卷一七六頁以下）

（註七六）昭和四年七月十日大審院判決：「依否認權回復之方法爲現物或金錢，回復責任者，爲受益人或轉得人（八三條）例如設定抵押權爲否認之對象之場合。若債權人即受益人尙保持其抵押權時，否認之結果。不過抵押權消滅，變爲無擔保債權而已。反之，抵押權已實施時，受益人即須對財團清償抵押物現時相當之價額之金團。如轉得人亦具備否認要件時，不得不返還抵押物自體。破產管理人對受益人請求返還金錢，或對轉得人請求返還原物，得自由定之。唯不得重複。與對連帶債務人請求相同云。」（民事判例集八卷七二一頁）加藤博士贊同之。（研究八卷一八三頁）

又受益人或轉得人於同一否認權訴訟中，所受判決之既判力，在關係上不及其他之一人。蓋該項訴訟非日民訴六二條所謂之必要共同訴訟也。（日大審院昭和四年五月十五日判決，法評一三卷諸法四七三頁）唯加藤博士對之有所批判。（研究八卷一四〇頁以下）

（註七七）東京地方裁判所昭和三年四月二十四日判決。（法律新報二八三九號一五頁）東京控訴院昭和四年六月一日判決。（同二九九九號一五頁）大審院昭和四年十月二十三日判決。（判例集八卷七八七頁）（加藤博士研究八卷一八七頁以下）但債務人宣告破產後依日信託法一二條之取消權，各個債權人得單獨行使之。（加藤博士研究七卷一〇三頁以下）

（註七八）於此有二說：（一）否認權與民法上之廢罷訴權同，爲絕對的無效。（竹野氏原論三六一頁以下）（二）否認權之無效，僅對於該產債權人，故爲相對的無效。（金井氏評解一五一頁一六九頁以下）

（註七九）此爲德國之通說。在日舊破產法下。加藤博士探之。（黨義二五六頁以下）

（註八〇）加藤博士解釋日現行法以爲否認權發生移轉的效力。破產人之行爲對破產財團爲相對的無效。（研究五卷二五三頁以下）然同研究八卷一六五頁以下及一七七頁以下又以破產人之行爲對破產財團爲關係的否認。與前說相對的無效，不無出入。

（註八一）同說：昭和二年二月二十三日東京地方裁判所決定。（法律新報一〇九號二四頁）昭和五年三月十七日東京控訴院判決。（法律新報三一〇三號一一頁）關村判事，法學新報三八卷六號三九頁，齋藤博士日本破產法二五八頁。

異說：昭和七年九月廣濱地方裁判所決定。（法律新報三四五八號五頁）同四年六月二十七日東京地方裁判所決定。（同三〇〇七號五頁）加藤博士研究六卷四二〇頁以下，八卷一六七頁以下，一四九頁以下，法學全集破產法一一七頁以下，主張以訴行使否認權之場合，爲訴訟發達時，依抗辯行使否認權之場合，爲向相對人日頭申述或送達準備書狀時，發生效果。倘依此說，於敗訴撤回訴訟或抗辯時，則否認權之效果，又將歸於無效，徒增手續之煩雜未見其可也。

（註八二）二十年之時期，井上教授謂係除斥期間，而非時效期間云。（綱要一八一頁）

第三章 破產財團之構成

第一節 總說

破產程序中，供一般強制執行，依分配而償還全體破產債權人之破產人財產謂之破產財團。究竟如何財產構成破產財團？由法律抽象規定其範圍者，斯稱之爲法定財團或當然財團。(Soll masse od Netto-Masse)至破產宣告時，破產人事實上占有管理之財產，斯稱之爲實在財團或總入財團。(Ist-Masse od Brutto-Masse)

法定財團與實在財團或相一致或不相一致。其不一致者，利害關係人得除去其不一致之事由，以圖二者之復歸一致。至破產繼續中，破產財團因天然之事由或增或減，例如果實之取得，物之滅失之場合，此際，則無圖其一致之必要也。

法定財團與實在財團一致後，除爲別除的清償外，即爲以之充平均滿足破產債權人之財團是爲分配財團。(Verteilung od Dilutions-Masse)

通常所謂破產財團實包括三者而言，法文亦不加區別。例如我破產法八二條所謂破產財團，乃係法定財團；又同法八三條所謂破產財團，則指實在財團，其一四七條之破產財團，又

指分配財團者也。

第二節 法定財團之範圍

法定財團者，破產宣告時，屬於破產人得爲扣押之財產及破產宣告後終結前破產人所得之財產也。分析說明如次：

一、屬於破產人之財產 唯有屬於破產人之財產，可以構成破產財團，此係當然之事。若第三人之財產，存在於實在財團中時，爲使其與法定財團一致起見，第三人可行使其取回權。蓋以法定財團之範圍，不得包括破產人以外他人之財產也。又此處所謂財產，自係指積極財產而言。

財產屬於破產人與否？依一般私法的規定定之，所有權及其他權利之取得，必須於破產終結前完成者爲限。期限附或條件附權利，當然屬於破產財團。但如破產手續進行中，終期到來或解除條件成就，該項權利即脫離法定財團之範圍，又現實雖不能行使而須將來行使之請求權，亦爲法定財團之構成份子，學者尙有以否認權爲法定財團之權利。Jaeger, *Komm. R. S.* 88) 以否認之結果言，固屬正當，但就否認權之本身言，似尙待斟酌也。

二、得爲扣押之財產 唯有得爲扣押之財產，方能構成破產財團。蓋以破產爲一般的強制執行程序，其在個別的強制執行程序時，不能扣押之財產，當然須置之破產財團之外。(註一)

三、須破產宣告時或終結前屬於破產人所有或取得之財產。關於此點，在立法主義上，頗關重要。有所謂固定主義與膨脹主義：固定主義者，即以債務人受破產宣告當時，所有財產為範圍，而構成破產財團之主義也。膨脹主義者，不僅以破產宣告當時之財產為範圍，而破產人在程序進行中所取得之財產，亦屬於破產財團之主義也。前者因係德國所倡行，故又稱之為德國主義。後者因係法國所倡行，故又稱之為法國主義。（註二）（參照本編第二章第二節第三款）

茲就上述兩主義之利害，比較考察之。膨脹主義之利益有三：（一）可以增殖破產財團使破產債權得到較多之償還。（二）可以防遏新得財產之浪費。（三）不必重複為第二次以下之破產。但亦有數種弊害：（一）不能保護破產宣告後新發生之債權者；（二）破產程序中破產者不能進行新事業而為經濟上之活動，并因之引起生活上之困難。（三）破產程序，不免因而延長。

至於固定主義之利益：（一）新得財產，可充償還新債權之資，而獲得相當之保護。（二）在破產程序中，破產人不僅可以進行新事業而為經濟上之活動，且可獎勵其勤勞而令得到生活之資料。（三）財團之範圍，既在破產宣告時即已確定，則管理人之職務較簡，而得迅速完成其程序。其弊則在不得不承認重複之第二破產，（註三）與減少破產債權之分配額，因而使信用制度，漸趨萎頓也。

上項兩主義價值之估定，均偏於觀念的。故我破產法採膨脹主義，是否妥當，難以遽斷。倘能就德法各國實際情況，一加調查，并與本國經濟狀態，縝密比較，應可得較確之結論耳。

第三節 破產財團法律上之性質

破產財團，依法律之規定，以供破產債權人一般的滿足之目的財產構成之。然非財團法人，更不得為權利之主體。破產人縱受破產宣告，但仍為財團財產所有人，僅喪失其管理及處分權而已。此際，破產人之財產，表見二個形態：一為財團財產，一即不得扣押之自由財產也。繼承財產在破產手續上誠係非法人之財團得獨立為破產之主體。但依實體法之見地言，繼承財產破產財團之所有人，仍為繼承人也。

破產債權人於破產宣告時，為全體利益計，形成一非法人之社團；對破產財團雖無質權或抵押權，但創設的取得管理及處分之權能云。

(註一)在探屬地主義之國，以內國之財產為限。我破產法四條雖規定破產在外國宣告者，在中國之財產，不構成破產財團。然在我國宣告之破產，破產人在國外之財產，究得歸入破產財團與否？不無疑問也。

(註二)英之 After acquired Property 學說，亦即膨脹主義。(參照英破三八條五三條一六七條)該學說並適用於破產人在程序中取得之不動產。(Copper Willis, after acquired property in bankruptcy, Law quarterly Review, 1894 pp. 240-253) 唯一九一三年前學者間尚多爭論。查一九一三年 Bankruptcy and Deeds of arrang

ement act 公布後，始趨一致。然英之膨脹主義，自 *Dyster v. Randall* 案件判決，(1923. 1 ch. 932) 徵收一國制，即破產人取得財產管理人應即參加，否則應叫破產人保留其取得。(Laws of England 11. No. 269 p. 164; *Colen v. Mitchell* 1890, 25, Q. B. D. 262 C, A.) 美破產法於此與英破產法不同。在程序中取得之財產，不得歸入破產財團。債權人亦僅得於破產人未獲解除命令時，依普通法訴訟而已。(Sparhawk v. Yerkes 1891. 142. U. S. 1. 12. Sup. ct. 104)

(註三)關於第二破產參照加藤博士研究四卷一〇七頁以下，齊藤博士研究六卷九二頁。

第四章 破產財團之管理

第一節 總說

如上所述，破產人於宣告破產時起即喪失其財產管理權，然此供一般債權人分配之破產人財產，斷不能令其陷入無政府狀態。法律因規定以破產管理人為破產人之代庖人，使其實現法定財團，並進而為實體的分配，俾破產程序得以迅速完成。

至管理人法律上之地位，管理人之選任，管理人之職務及報酬，管理人之監督及責任，當於以下各節述之。

第二節 管理人法律上之地位

破產管理人法律上之地位如何，為學說所聚訟，大別之約有六說：

(一)破產人代理說 主此說者，謂管理人除行使否認權或以債權人名義所為之行爲，為破產人之代理人。(註一)又因其權限，乃由法律所創定，故其代理為法定代理。

(二)債權人代理說 此說與前說相反，以為管理人非破產人之代理人而為債權人之代理人

云。(註二)又可分爲二說：認破產債權人各自獨立，並無法律上之結合體者，則謂爲各個債權人之代理人。認爲破產債權人爲一團體者，則謂爲團體之代理人。

(三)破產財團代理說 主此說者，謂破產財團具有法人人格，管理人卽爲此法人之代理人。(註三)

(四)公的機關說 此說否認管理人爲私人之代理人，應認爲在國家之強制執行上而負擔保護私權責任之公的機關也。(註四)

(五)受託人說 此說爲英國學者之主張，以委任管理人之證書等於財產之轉讓，管理人基此證書承受破產人一切之權利義務；其所處地位與破產人在破產前夕所處者完全相同。(註五)顧此說殊非絕對，管理人固明得拋棄負有苛重條件之財產，破產人本人顯無同樣權利也。(參照本編第二章第四節第一款註一)

(六)受託人說 此說亦爲英學者之主張，以爲管理人對於破產人之財產，僅係表見的所有人，「實際上爲他人處理財產以達某種目的者爲管理人」，(註六)是管理人與一般受託人同其性質。(註七)(註八)

以上六說除第五第六兩說與我破產法規定不同，不足採取。其餘各說，似均失之偏狹。不如採一半債權人一半破產人代理說。謂破產管理人管理處分破產財團，係前半代理破產人；行使否認權，係後半代理破產債權人或債權人團體。(註九)何以破產管理人具此二重相反之資

格？蓋基於沿革之理由：德普通法時代及一九二九年前 *Corporations* 法律均規定管理人有二：一為財產管理人，一為訴訟管理人。前者掌屬於破產財產團財產之管理及變價，後者則參加調查債權手續，申述異議並為訴訟之提出。初限於律師為管理人之場合，得兼二種職務。後漸以一人為管理人。於是一方為破產人之代表，而他方為破產債權人團體之代表也。

管理人於法為 *Syndic*，於意為 *Curatore*，於德奧為 *Konkursverwalter*，於英為 *Trustee*，於匈為 *Töningsconducter*。

第三節 管理人之選任

破產管理人之選任，應由債權人會議為之，抑由法院為之？似有問題，倘云破產程序原在一般的滿足債權人之權利，理論應任其自行選任為宜；但按諸事實，仍不無斟酌之餘地。南破產法案理由書云：「關於債權人自治一問題，應注意者，即自治通常未獲良好之成績。因經驗昭示吾人多數債權人未必熱心參與，債務人或少數債權人每利用此機會而損害多數債權人之利益。」(Politto Stecajini Zekon, p. 216) 其言洞中窺要。大陸法之所以規定破產管理人由法院選任，良非無故。(德破七八條，奧破八〇條，匈破九五條，南破八六條，日破一五七條，法商四六二條，意商七一四條，我破六四條，民四破草一二四條。)英美雖以選任之責，委諸債權人會議。(英破一九條，美破四四條)但英破產法一九條二項商務局仍有相當之保留；如該

局認為：(1)選任非出自價值上佔多數之投票債權人之誠意，(2)被選任之不適宜於充任管理人，(3)被選任之人與破產人或某一債權人有關係，至彼不能對於債權人之一般利益大公無私，得拒絕給與管理人證明書。在此場合，債權人應重行選任之。不失為精密之作。我破產法仿若干立法例許債權人會議得另選管理人，代替法院任命之管理人。(八三條二項，德破八〇條，南破九〇條。)(註一〇)以適當尊重債權人之意思，原無不妥。但在他國，法院仍保有任命之權。如認債權人會議所選管理人有不適於其職務或不能完成其職務，乃至其他事由，得拒絕任命。而我破產法無條件無保留予債權人會議以選任管理人之權，事實上有無流弊，大有問題也。

不問法院任命或債權人會議選任之管理人，要處於法院暨監查人監督之下，如有不能勝任或舞弊等情，法院自得依職權或據監督人之聲請予以撤換，債權人會議本其自治之旨，亦得為同樣決議。請由法院執行。(破八五條)第管理人之撤換，大抵於一般債權人之利益有害。假定新舊管理人之經驗技術完全相同，但異動之結果，新管理人於破產財團必須審查一過，即不能無影響於程序之進行。從而時間費用，兩受其損。故非至不得已，以不更動為原則。是以立法例於債權人會議決議撤換管理人之場合，法院須審訊管理人。(日破一六七條)我破產法未予仿效。唯八五條為得的規定，倘司法慎重將事，實際上當無困難。

關於破產管理人資格問題，南破產法八六條二項有較詳之規定：(a)積極的條件：(1)未

被褫奪私權者，(2)信用足著者，(3)通達商情者。(b)消極的條件：(1)須非破產人之近親，(2)須未因重大過失而被解除管理人任務者。至管理人之國籍，性別，職別及是否破產人之債權人均非所問。(註一)唯各國實際情況，以律師會計師，商人充任者爲多。如：德國凡律師，會計師，執達吏，市長，法院評價吏，商人皆可充管理人，但其占最多數者，則惟律師。至法人則不得充任之。奧國凡律師，公證吏，商人，工業家，土地所有人，官吏，技師，銀行總理等均得任之。亦以律師占最多數，如一九〇一年至一九〇五年，律師充管理人者占百分之八二；一九〇六年乃至十年，占百分之八〇·五；以後每年均在百分之八十以上。至法人不得充任管理人，與德同。日本破產人以外之人均得爲管理人，法人亦得任之。但仍以律師占最多數。法國在巴黎，里昂各處大都市，有以破產事務爲業之管理人組合，法院每就其組合中遴選之。英國通例選任特許會計師，不動產貨買賣業者，信託公司爲管理人。美國不問自然人或法人皆得充任，唯信託公司爲管理人者，殊不多見。而律師爲破產管理人，大概最爲普遍。我破產法八三條：管理人應就會計師或其他適於管理破產財團之人中選任之。同條二項：得就債權人中另爲選任。此項規定，尙無不當。

德破產法八一條二項：對於破產管理人應給予任命狀。日破產法一五九條：法院須將證明其選任之書面，交付破產管理人。英破產法一九條四項：管理人之指定，自給與證明書之日起發生效力。其目的在使管理人容易證明其資格，便利其職務之執行，兼定管理人負責開始之時

期，我破產法僅於六五條規定應公告：「破產管理人之姓名住址，及處理破產事務之地址。」是認公告之時間爲管理人職務開始之時間也。

破產管理人之人數，應以一人爲原則，蓋破產財團管理之單一，實際上較爲便利也。但例外破產人有幾種營業，（例爲兼營農業，工業，礦業是）或經營二個以上之大公司時，則有由法院選任數人爲管理人之必要。立法例於此頗多出入。以一人爲限者，如波斯商法是。（四四〇條）得選任一人或數人者如法商法美商法是。（法商四六二條，美破四四條）以一人爲原則，必要時得選任數人者，如德商日破產法是。（德破七九條，南破九二條九三條，日破一五八條。）我破產法未予明定，俾法院得自由斟酌事實之需要而爲一人或數人之選任，不可謂非計之得者也。至管理人有數人時，其對內對外之關係，爲分別掌管，抑爲共同進行？德日破產法爲相反之規定：德以獨立執行爲標準。（七九條）而日以共同行使爲原則（一六三條）竊查德日破產法設數人之管理人，均限於必要時，例如破產人有幾種營業或經營數個公司之場合。此際，共同行使，事實上既感困難，程序上又嫌遲緩，不如獨立執行之爲便。日破產法一六三條，但書雖規定經法院許可得分掌其職務。然勢必至以例外爲原則，以原則爲例外也。

第四節 管理人之職務及報酬

第一款 職務

破產管理人職務之範圍，以法律有直接規定或間接規定者爲限。析述如次：

(1)破產財團之占有及管理 管理人就職後，即須着手於破產財團所屬之財產及與財產有關之簿冊文件之占有。所謂占有，乃指事實上管領力而言。(破八九條，英破一八條一項，加拿大破三九條，日破一八五條，德破一一七條。)蓋破產宣告後，破產人即喪失其管理處分之權。管理人一旦就職，自應立時占有之。進而爲適當之管理，關於管理人之方法，每隨事實而不同。良以破產之終結，不外二途：(1)成立調協，(2)財團分配。如前者之可能較大，則管理人應努力於財團現狀之維持，爲履行破產前訂立之債務契約，繼續營業等，俾調協成立後，破產人之經濟生命，不至無法回復。反之，則管理人應將財團財產在有利條件下，變換價金，以適從事分配。管理人得自由酌定之。唯少數立法例，將破產程序分爲二個階段：(1)試行調協程序，(2)實施分配程序。(法商五〇四條五二九條，Ordn. 法一四三條，Gerbe 法八一條。(註一三)在前之階段中，除易瀕損壞或跌價或需費保管之物件，經受命推事許可後得爲出賣外，管理人不得爲處分財團財產及分配債權之行爲。(註一三)此種規定，在未行破產預防法制之國家。未嘗不堪稱頌。倘已有和解制度，則有調協之可能者，在破產前必已先行和解；殊不必於破產程序中更強其爲再度之嘗試，致遲延程序之進行。故多數立法例在和解破產程序中不再爲階段之劃分。同時，與管理人以廣大之職權，不問是否進行調協或調協前後，凡

經監查人，債權人會議，法院或受命推事之同意，或允許，隨時得變賣財團財產。（德破一三三條一三四條，奧破一二五條至一二三條，南破一二七條以下，匈破一六〇條，意商七九三條以下，一九三〇年法律五條，我破九二條。）俾管理人能斟酌實際狀況爲妥善之措置也。

（註一四）

（9）破產財團權利之保全 破產人之權利，屬於破產財團者，管理人應爲必要之保全行爲。（破九〇條）權利保全即權利有喪失之虞，先事以適當方法防止之謂。破產管理人有管理破產財團之專責。破產人之權利，屬於破產財團者，應保全之，以免有所損失。例如破產人之物權依法不爲登記，即歸無效者，宜爲之登記。又如破產人之債權，宜爲之追索或假扣押假處分及中斷在進行中之消滅時效是。

（3）破產人營業之繼續 管理人根據債權人會議之議決，得繼續破產人之營業，毋論矣。即在第一次債權人會議前如以營業鼎盛或待收之人欠基鉅；維持現狀爲有利益時，得經法院之許可於清理之必要範圍內，暫行繼續。（破九一條）

（4）債權表與資產表之編造 破產管理人於申報債權期限屆滿後，應即編造債權表並將已收集及可收集之破產人資產編造資產表。該項表冊，應存置於處理破產事務之處所，任利害關係人自由閱覽。（破九四條）本條規定，不勝遺憾。在其他立法例，宣告破產後，受命推事，管理人，或公證人應即編造財產目錄及貸借對照表，以供利害關係人之閱覽。（法商四八〇）

條，意商七三九條以下，德破一二二條，奧破九六條，匈破一一二條以下，日破一八九條。自宣告時起迄財產目錄作成時止爲防止破產人隱匿財產起見，立法例多明定對於財團財產得施以封印。（法商四六八條，意商七三三條，德破一二二條，匈破一一二條，日破一八六條。）至債權表乃由管理人或法院書記官根據債權人之申報登記之表冊，以爲債權調查之準備。（法商四九一條，意商七六〇條，德破一四〇條，奧破一〇四條，匈破一二七條，南破一一六條，日破二二九條。）是貸借對照表與債權表原係二物。關於財產目錄與貸借對照表應於宣告破產後立即編造。一以防止財產之散逸，一以供利害關係人之閱覽。唯恐編造期間，發生流弊，故有對於財團財產得施封印之規定。我破產法於封印制度，未予採用，且不令編造貸借對照表，已嫌疏漏。甚至資產表亦聽使於債權申報期限屆滿後編造。在此長期間內，不獨利害關係人對於破產人之財產狀況無法明瞭；抑且無從防止破產人或管理人爲舞弊之行爲，其爲不當，無待煩言。（註一五）（註一六）又資產表應將權利之評價併記入，誠係當然之理，不待明文。但評價方法關係債權人利益良多。立法例多詳加規定。（德破一二三條，南破一〇六條，法商四八〇條，日破一八八條。）我破產法竟付缺如，大欠周密。

立法例爲便利編造財產目錄起見，付與債務人以種種之義務。如提出書類，答復詢問之類，並令其爲公開之宣誓。（德破一〇〇條一二五條，奧破九九條一〇〇條，南破一〇九條一一一條，匈破八七條。）我破產法以宣誓於我司法習慣，尙乏傳統的根據，因摒而未採。僅於第

八七條規定：「破產人經破產管理人之請求應即提出財產狀況說明書及其債權人債務人清冊。前項說明書應開列破產人一切財產之性質及所在地。」良以破產如經債務人聲請或由法院以職權宣告者，則該項書類或早附具於聲請書中，或在和解程序中業經呈遞，固不生請求提出之問題。但聲請如由債權人爲之者，則管理人爲編造資產表之便利與迅速計，不得不請求破產人提出。又根據破產人提出之書類，管理人或監查人關於其財產或業務，不能完全明瞭時，得向破產人詢問，對此詢問，破產人有答復之義務。（破八九條）違反此義務者，立法例均定有制裁，亦所以便利管理人之執行職務，俾財產目錄得以早日正確完成也。

（5）應得監查人同意之管理人行爲 破產程序因兼採債權人自治主義，故對於有關債權人利益之重要行爲，破產管理人不能本其固有權限，逕自行使。應徵得債權人會議選任之監查人之同意。蓋所以防止專擅而確維債權人之利益也。我破產法規定應得監查人同意之行爲，有左列各項：（九二條，目破一九七條二）（六條）

- 一、不動產物權之讓與。
- 二、鑛業權漁業權著作權專利權等權利之讓與。
- 三、存貨全部或營業之讓與。
- 四、借款。
- 五、非繼續破產人之營業而爲百元以上動產之讓與。

六、債權及有價證券之讓與。

七、寄託之貨幣及其他貴重物品之收回。

八、雙務契約之履行請求。

九、關於破產人財產上之和解仲裁。

十、權利之拋棄。

十一、取回權別除權財團債務及第九五條第一款費用之承認。

十二、別除權標之物之收回。

十三、關於應行收歸破產財團之財產提起訴訟或進行其他法律秩序。

右列第一款至第三款，第五款及第六款均屬處分行爲，原來破產管理人不僅以管理破產財團爲已足。於債權調查完竣後，尤須着手於破產財團之變價，爲分配預備。變價通常以拍賣方法爲之，但拍賣每使財產貶價脫售，於債權人諸多不利，故如能以其他方法行之，亦爲債權人所深願。故債權人會議得以決議指示管理人以其他方法行之。（破一三八條但書）在未有決議時，如有善價而沽之機會，管理人自得將財團財產隨時讓與，爲慎防管理人之專斷營私計，法律特設應得監查人同意之規定。至不動產物權，蓋包括不動產所有權，地上權，永佃權，典權，抵押權而言。與鑛業權，漁業權，著作權，專利權之讓與，影響於破產財團，均極重大。且讓與此等權利時，其代價常無一定標準。每待臨時之斟酌。尤以集思廣益爲宜。其次關於存

貨全部及營業之讓與，情形與之相同；又債權及有價證券之讓與就其代價關係言之，雖比較簡單，然其數額鉅者，影響於破產財團亦大。此外破產管理人經債權人會議之決議繼續破產人之營業時，就營業範圍內所爲之動產讓與，無論價值若干，皆屬於通常交易行爲，可任意爲之，其未繼續營業而爲一百元以上動產之讓與時，則應由監查人參與以昭鄭重。第四款之借款，乃破產管理人因應管理上之需要，而使破產財團負擔債務。第九款之和解或仲裁破產人財產主之爭議，第十款之拋棄權利，第十一款之承認回權別除權，舉足以生權利之得喪變更於破產財團有甚大之利害關係，不可委諸管理人之專斷。第十一款後段之承認財團債務與第九條第一款之費用乃增加財團負擔行爲。第十三款於應行收回歸破產財團之財產提起訴訟或進行其他法律程序，宜於事先權衡至當，自亦有使監查人參與之必要。第七款之取回寄託貨幣有價證券及其他貴重物品。此等貨幣有價證券與貴重物品之寄託，通常委由銀行或信託公司爲之。例如委託銀行保管外國貨幣，寄存銀行保險箱安置契據首飾委託信託公司保管國內外股票公債。或須國外有代理商之聯絡，或須市場消息之靈通，或須特殊之設備。在收回前自不得不詳加考慮，故亦須有監查人之同意。第十二款之收回別除權標的物。如經清價後認爲剩餘數額鉅大，出資收回，固無不可，然此與破產財團有甚大之利害關係，不得不出以鄭重。(註一六)(註一七)第八款雙務契約之求對方履行者，其對待給付應作爲財團債務而支付之。(破九六條二款參照)故管理人請求雙務契約之履行，須得監查人之同意。(註一八)唯我破產法既無管理人於雙務契約之未

完全履行者，得行使選擇權之規定，則本款規定，稍欠根據，以立法論，似不無可議也。

〔日破產法一九七條六款關於繼承拋棄之承認。總括遺贈拋棄之承認及特定遺贈之拋棄，亦須得監查人之同意。我破產法九二條予以刪去，尚無不妥。蓋遺贈之拋棄得包括於同條第十款內，至拋棄繼承及遺贈之承認，我破產法既無〔日破產法九條十條之規定，管理人原不得爲之。如拋棄而出於破產人詐害之意思，管理人得行使撤銷權，則又一問題也。〕

上述管理人之各項行爲，須經監查人同意，純爲防止管理人之專斷而設。乃管理人與監查人間內部關係之規定，若管理人違反此項規定而任意爲之決不能以違法爲理由而對抗善意之第三人。蓋與管理人爲交易之第三人，必須一一調查其是否已得監查人之同意，實爲事實之不可能。此在我破產法雖無規定，要應認爲當然之解釋。（〔日破二〇一條參照〕）又監查人由債權人會議選任，在債權人會議未開會前或會議認爲不必選任監查人而不爲選任時，管理人爲上列各項行爲是否須經債權人會議議決或法院之許可，（〔日破一九八條參照〕）本法無規定，亦嫌疏漏。（註一九）

（6）關於財團狀況之報告 破產管理人應於債權人會議提示所編造之債權表及資產表並報告破產事務進行狀況，如破產人擬有調協方案，亦應提示之。（破一九條，德破一三一條，〔日破一三九條。〕此亦爲管理人應負之義務，所以便於衆多之破產債權人觀悉破產財團之內容與其進行之程度爲決議事項之基礎也。

(7) 特種破產財團之管理 法人破產時，破產管理人應不問社員或股東出資期限而令其繳納所認之出資。(破九三條，日破二〇七條) 註三〇 註三一 註三二 各種商事公司及其他法人之財產，原爲社員或股東出資之積體，在法人破產時，其現存財產既不足清償債務而其責任又已移屬於破產財團，故破產管理人得催告各社員或股東繳納其所認之出資。且法人破產，一切關係事項，均應迅速結束。是以不問出資期限已否到來，均應爲催告，即欠責之社員或股東亦不得以期限未到爲抗辯也。日破產法二〇八條規定：「無限責任或保證責任之相互保險社受破產宣告時，管理人須按照損失分擔之比例，將清償該社之債務必要之金額，向社員徵收之。」又同法二二五條規定：「隱名合夥契約，因營業人破產而終止時，管理人得以隱名合夥人應負擔損失之額爲限度使之出資」。我破產法未有相當之規定，第九三條又不能包括上述場合，適用時不免發生困難也。

(8) 撤銷權之行使 管理人於破產人之詐害行爲危殆行爲，得行使民法上或破產法上之撤銷權，以期增加分配財團。蓋此項權雖屬總債權人之權利，然在破產程序中，僅限於管理人代爲行使，以一事權而利進行也。

(9) 財團之變賣及分配 管理人於調協不能成立時，爲迅速了結破產程序計，應將財團財產變賣所得價金隨時分配於各債權人，(破一三九條) 其詳容俟後述之。

破產管理人之職務，既甚煩冗，而其責任，又極重大。自應給與報酬，庶足答償其勞苦。（破八四條，法商四六二條五項，比商四六一條，埃混合商二五六條，波斯商四四二條，德破八五條，南破一三七條，英破八二條，美破四八條，日破一六六條。）唯立法例對於確定數額之機關與確定數額之方法，頗有出入，試述之如次：

破產管理人報酬之數額，由法院自由斟酌定之者，如我破產法暨德日破產法是。由法院聽取受命推事之報告而定之者，如法比商法埃及混合商法是。由法院於司法部限制額內定之者，如波斯商法是。由受命推事於財政部所定最高額內定之者，如南破產法是。（一九三〇年四月五日法令則定管理人報酬之最低限度。）由債權人會議通常決議或由監督委員會依佣金或折扣之方法定之者，如英破產法是。管理人領受五元酬金，（該項酬金聲請人聲請破產時應預行繳納）外，經法院准許得領受法定佣金，（五百元以下百分之六，五百元以上一千五百元以下百分之四，一千五百元以上萬元以下百分之二，一萬元以上百分之二）者，如美破產法是。其由法院或受命推事定之者，利害關係人得提起抗告。（南破一三八條，埃混合商一五六條後段）我破產法於此雖無規定，解釋自應相同。（註三三）

第五節 管理人之監督及責任

破產管理人受法院之監督，（破八三條三項，日破一六一條，德破八三條，南破九一

條。)此項監督，以法律所定管理人之義務爲限。如其行爲違反義務時，法院得以命令或禁令督促或限制之。(註二四)如其事項，爲管理人自由裁量範圍內者，則法院不得指揮禁止。(註二五)故法院監督過當時，管理人得對之提起抗告。(註二六)

管理人經管破產人之財產，如數量至多範圍至廣。法院得斟酌情形，命提供相當擔保。(破八三條三項後段)蓋促其遇事妥慎，以免其他危險也。

破產管理人應以善良管理人之注意，執行職務。(破八六條，日破一六四條一項)若怠於注意，而致發生損害，對利害關係人負賠償之責。(德破八二條，日破一六四條二項)我破產法雖無明文，要可爲當然之解釋也。

管理人有數人時，如係獨立行使其職務，應各就其行爲負責，不成問題。但如係共同行使因怠於注意，發生損害。各管理人應如何負其責任，頗堪注意，立法例有規定應連帶負責。(日破一六四條二項)蓋認爲不完全連帶之債之一種。我破產法於此既無明文，不能認爲連帶之債。然無妨依不可分之債之法理解決之也。(註二七)

(註一) Jaeger, op. cit., ad, 33 p. 120-161 奧最高法院一九二七年九月六日判決 Zuglia und Verona. op. cit., p. 79 第三。

(註二) Porceron, op. cit., No. 1098 一八六八年舊破產法七六條 Kohler, op. cit., S. 399 以下。

(註三) Belgrade 最高法院判決 Code de commerce et procédure de faillite, Collection Niketic, 1914, ad. § 52, Alitovic, op. cit., S. 34

(註四) Bartsch, op. cit., §. 62. Navarini, op. cit., p. 47; 日大露院昭和三年十月十九日判決。(民事判例集七卷八〇六頁) 加藤博士研究二卷二〇〇頁以下，同卷卷三八三頁以下，判例民事法第三卷三九〇頁。

(註五) Re Wilson (1926) ch. 21; Chesire, The Modern Law of Real Property, p. 705; Williams, Law and practice in bankruptcy 14th ed. p. 228.

(註六) Mulholland, Equity 7th ed. 1932 Lesson IV p. 44.

(註七) 此說似不妥採，蓋英一八四三年 Bankruptcy act 委任管理人為 assignee，一八六九年法律雖改稱 Trustee，但管理人與破產人之關係終未變更，判例亦大抵持此見解。In Re Leadbitter (1878) 10 ch. D. 388 (O. A.); In Re Jones and Everett (1901) 2 ch. 368.

(註八) 關於英管理法律上之地位，參照 Walter Hart, what is a trustee? (Law Quarterly Review 1862 p. 301, Tapanite P., Les éléments essentiels du trust/Bulletin de la société de législation comparée 1929-1930 p. 467; traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international, Paris, 1932, Aghion, Le trust juridique anglo-saxon, (Bulletin de l'Institut belge de droit comparé 1930, 1931, 1932) Remo Franceschelli, Il trust nel diritto inglese, University Docecom of Milan, Oedam, Padone, 1935.

(註九) Lyon-Caen et Renaut's, op. cit., VII No. 324. 雖本博士大學講義及法學新報二五卷六號六六頁以下，石田博士法學新報三二卷二號。山田博士則採公的機關說兼私人代理說。(山田博士破產法五七頁)

(註一〇) 法商四六二條規定商事法院以裁判宣告破產時，應任命臨時管理人，關於確定管理人之任命，受命推事於債權人會議時，向出席債權人諮詢。債權人之意見，應記載於會議錄中，法院根據該項會議錄及受命推事之報告書得從新任命管理人或加委舊有之臨時管理人。意商七一七條規定相同。述一九三〇年法律廢止該條；自此不復有臨時管理人而選為管理人之選任矣。

(註一一) 何破九五條，Croatie 法八八條規定管理人之選任以律師為限，一八八二年意商七一五條(現已廢止)規

定商事法庭先就其認為適當之人預定若干，造成名冊。該項名冊三年一更之。一、三〇年法律一條在原理上准予變更，僅更新之期改爲五年而已。

(註二) 意一八八三年商法與法商同，但一九三〇年法律已予糾正。此後調協之批准或不成立均無與於破產程序之進行或破產債權人法律上之地位。Vidari (Corso di diritto commerciale, VII, No. 8285) 曰破產法於分配程序前雖未如法商規定，必須爲調協之嘗試。但其一九六條：「在一般債權調查尚未終了前，破產管理人不得破產財團之變價。其在一般債權調查未終了而有強制和解之提出者，至其歸結爲止，亦同。」(民國法律二二一條)其理由則以一般之債權調查之日期，尚未終了以前，債權即未確定，而應當加入分配之債權範圍，亦即無從決定。且因宣告破產而扣押之財團，必須債權確定後，始能發生最終執行之效力，而予以變價之處分也。

(註三) M. Attonio, op. cit., p. 205; Joffroy, op. cit., p. 121; Podgradski, op. cit., p. 70.

(註四) 蘇聯博士研究四卷五頁。

(註五) 胡適氏於此點與郭氏相同。略謂：「在宣告破產對於財產，對於第七七條(後現行法七五條)規定債權人要失其管理及處分權後，破產管理人接收調查清算之財產之必要，財產之緊要保全者爲，未加規定，此種缺憾，極爲顯著，無待詳述。所以法院爲破產之宣告時，應即時查封債務人之財產，俾破產管理人產出後，更由法院啓封，編造產目之財產清冊，點交破產管理人負責管理。如此，則手續更爲嚴密，更無產財團之虞，更減少對於債權人在破產宣告時之現有財產，發生爭議之機會。」(前揭論文)

(註六) 王去非氏於此謂：「既承認其別除權矣，而又收回，謂令各權利人不得不服從法律之拘束。然收回之時，程序煩雜，收回之後，保管維艱，又何異乎有此收回也。」(前揭一、三頁)而數言各何解釋，後段則似中學生國語作文。

(註七) 吳瑛師謂：「……即別除權者，拋棄其別除權，個人破產債權者收回其別除權之標的物……破產財團一方增加財產，他方增加財產變價後之分配，且收回後，必爲之保管變價，破產之古務既增，所需之費用時間，亦必因而俱增，結果於破產財團未必有利。」(前揭五四頁)竊意第九二條一二款之收回別除權標的物似未包括別除債權人拋棄別

除權之場合在內，良以別除權人拋棄別除權，乃屬其自由，此際管理人實祇有收回標的物之義務。唯認有剩餘，出資收回，則事同買賣，始有商徵監查人同意之必要也。

（註一八）王去非於此謂：「履行之結果，變為財團債權，而破產財團必因以減少。故不許任意為之，俾免管理人動輒締結無益之債務契約也。」（前揭一—三頁）不識王氏曾否知契約之履行與締結大有不同。履行之限制，似與締結無涉也。

（註一九）司法部民國二十五年院字一四二三號解釋，大意略謂，倘法院因該管理人之聲請，認為急須處理之情形，得本其監督權之作用，酌量核定，以促破產程序之進行。其在監查人未選定前或不設監查人之場合，得以法院之許可，替代監查人之同意也。

（註二〇）日大法註一一年一月二十八日東京控訴院判決：「破產會社股東之繳納額，管理人得斟酌將來破產手續必要之費用，自由決定之。第二次繳納請求之際，第一次繳納尚未繳清，管理人得不問發起人之責任如何，對股東請求為第二次之繳納。」（法律新報二〇二一號一七頁以下）加藤博士認該判決後段為不當，管理人應明了第一次繳納未完了及發起人不盡責任之理由，始得為第二次繳納之請求。（研究五卷二四三頁以下）

股份公司在破產程序中請求繳納股款之場合，於住所不明或無力之股東，習于除外，僅對住址明確或有資力之股東請求繳納。（大正八年十二月八日東京控訴院判決法律新報一六六九號一五頁，加藤博士研究五卷三五四頁）

股份公司破產之場合，管理人應對股東負繳納之催告。其繳納金額，管理人依其執行職務必要限度內決定之。決定之標準，以破產債權人之債權總額及破產手續費用合併計算。預見有不能繳納之股東時，得為破產債權總額及破產手續費用以上金額繳納之催告。（昭和四年一月二十一日大審院判決法律新報二九五七號五頁，加藤博士研究八卷三六三頁以下，同七卷二一七頁以下）

昭和六年十月二十三日大審院判決：「股份公司破產之場合，其現存財產不足清償債務，管理人對股東請求繳納未繳納股金時，請求額難以清償公司債務必要限度為限。管理人催告時，得預想債權總額，為當時已申報債權額以上金額繳納之催告。」（法律新報三三三八—七頁，加藤博士法協五〇卷三三四六頁以下）

大審院昭和六年五月二十九日判決：「股份公司破產之場合，得向股東請求繳納未繳納股金。公司發起人對於商法一三六條規定之第一次收金未繳納清楚者，與一般股東所負將來股金繳納之義務不同。前者爲確定債權與其他屬於破產財團之債權完全無異。因之管理人得不問公司財產是否足償其債務，逕向發起人請求繳納其殘款。」（判例集一〇卷四四七頁，加藤博士法協五〇卷一六三頁以下）

（註二一）昭和五年三月十四日大審院判決：「股份公司破產之場合，管理人得請求股東爲股金之繳納。股東如不應繳納股金時，管理人得依法爲失權之手續。」（判例集九卷二六四頁，加藤博士法協五〇卷七二一頁以下）大審院大正十四年一月二十六日爲相反旨趣之判決。（判例集四卷八頁，加藤博士批判其不當。民事法大正十四年度一七頁以下）前述判例爲合理之變更。

（註二二）股份公司受破產之宣告，管理人於股東以訴訟請求繳納未繳股金，訴訟繫屬中，破產取消時，其訴訟依民法二一五條而中斷。由公司之董事承受之。（加藤博士研究七卷二三〇頁以下，八卷三四八頁）

（註二三）關於管理人報酬參照齋藤博士研究二卷三八頁以下，七卷一〇三頁以下一五七頁，八卷七一頁八〇頁以下，一一八頁一二三頁一五八頁。

（註二四）加藤博士研究八卷三三四頁，齋藤博士研究五卷一八四頁以下，八卷八三頁以下。

（註二五）加藤博士要論二九六頁，阿部氏原論一八八頁。

（註二六）日大審院昭和三年九月八日決定。判例集七卷七四一頁，加藤博士研究八卷三三四頁以下。

（註二七）櫻井師謂：「破產管理人有數人時，應否連帶負責，頗有疑義。蓋數個破產管理人本係共同行使其職務，因怠於注意，發生損害，亦屬共同過失，自以連帶負責爲宜。惟連帶責任除特約外，應以法律有規定者爲限。本法於破產管理人有數人時，既無連帶負責之規定，要不能即認其責任爲連帶，是則數個管理人，究應負如何責任，誠足費吾人之研究也」云。（前揭五二頁）愚竊以爲共同過失，原不足爲連帶責任之說明。良以共同過失爲整個之損害，苟欲確定各個應負責部份，顯有未能，於此情形，僅可認爲不可分之責任耳。（參照拙著比較民法債篇連帶之債與不可分之債法令週刊三二七期以下）

第五章 財團費用與財團債務

第一節 費用債務之性質

宣告破產以後，破產管理人爲處理破產事務而生之費用與債務，應從破產財團，不依破產程序先於破產債權而受償還，析述其性質如次：

(一)費用債務由破產財團而受清償 費用債務之發生，多原因於破產財團之處分與管理。亦卽爲破產債權人全體之利益，由破產財團而受償還，乃理之當然也。

(二)費用債務先於破產債權而受清償 請求償還費用債務之權利，與別除權取回權相似，然別除權乃從破產財團特定財產受償還之權利，取回權乃取回不屬破產財團財產之權利，而上述請求權則係從屬於破產財團全體財產受償還之權利，其間顯有區別也。

(三)費用債務不依破產程序行使之 請求償還費用債務之權利，不與破產債權中之一般優先權相似，然一般優先權仍須依破產程序而行使。如債權申報調查等等，概須參加。而上述請求權則絕對毋庸履行此等程序，二者亦屬不同也。(破九七條，日破四九條)

第二節 費用債務之主體

財團債務，多爲破產管理人爲破產財團有關之行爲所生之義務；財團費用則有伴於其事務支付之性質，未嘗不可稱之爲財團債務。至孰爲此等債務之主體，大有爭執。

(1) 破產債權人團體說 此說謂破產債權人因宣告破產即組成團體，對於破產財團取得質權，從而有權管理處分屬於破產財團之財產。破產管理人爲債權人團體之機關，代理行使其權利，從而發生之費用義務，自應解爲屬於破產債權人團體之義務。(註一)竊按依此學說，破產財團不足清償財團債務時，破產債權人團體尙應負償還之責，情理上顯難爲允洽。故說者又主張破產債權人團體之責任，原以破產財團爲限。(註二)實則破產債權人因破產宣告並無組合團體取得質權之事實，卽認其僅有有限之責任，亦乏法律之根據，未敢謬加贊同也。

(2) 破產人說 主此說者謂費用債務原由以破產人所有財產組成之破產財團償還，正與普通強制執行之執行費用由債務人負擔無殊。況破產宣告後破產人對於其財產僅喪失其管理及處分權，對於其所有並無喪失，更可見此項費用債務之主體，仍係破產人。(註三)(註四)其說亦有未妥。蓋破產人之必要生活費，亦爲財團費用之一。倘以破產人爲該項債務之主體，則權義同屬一人，勢將因混同而消滅，於理顯不可通也。

(3) 破產財團說 此說謂費用債務之主體，卽爲破產財團之本身。良以破產財團原係類似

法人之財產集合體，於完成其目的之範圍內，負擔債務，安見其不可哉。

第三節 費用債務之種類（註五）

(A) 財團費用之種類 我破產法規定之財團費用有四，析述如次：

(1) 因破產財團之管理變價及分配所生之費用 此為屬於審判費用以外之維持破產財團公共利益所生之費用。例如財團中財產應納之賦稅（註六）保險費及財產變價分配時必需之手續費是。（註七）

(2) 因破產債權人共同利益所需之審判上費用 此如破產聲請費公告費羈押破產人費破產宣告前假處分假扣押費均屬之。惟必以破產債權人共同利益所生者為限。至特定債權人提出異議之費用或聲請破產被駁回之費用，不在此限。（註八）

(3) 破產管理人之報酬 管理人之報酬，多數立法例均未列為專款，解釋則或以之為管理費用或以之為審判上之費用。（註九）此蓋與管理人法律上地位有密切之關係。如認管理人為破產債權人或破產人之代理人，則其報酬當然為管理費用之一種。反之，如認：管理人為公的機關，則其報酬應為審判上之費用也。我破產法為明瞭計，特以專款定為財團費用之一。

(4) 破產人及其家屬之必要生活費及喪葬費 此等費用之支給，屬於道德上觀念。故雖非為財團之公益而生，亦視為財團費用提前支給之。生活費之標準，應斟酌社會生計狀況及受給

與者之身分從嚴核定。喪葬費更無一定之範圍，要應以必需者爲限。

(B) 財團債務之種類 我破產法上之財團債務亦係四種，依次述之：

(1) 破產管理人關於破產財團所爲行爲而生之債務 破產管理人對於破產財團爲管理及處分每與第三人之間發生各種法律行爲，例如締結買賣租賃委任雇用等契約均是。其因此而生之報酬代價等債務，皆屬財團債務。

(2) 破產管理人爲破產財團請求履行雙務契約所生之債務或因破產宣告後應履行雙務契約而生之債務 相對人履行契約之結果，增加破產財團。故法律明定因此而生之債務爲財團債務。至雙務契約相對人已於破產宣告前履行者，其所有之對待給付請求權，與通常破產債權，同其性質。我破產法乃以之爲財團債務，似不無可議之處。(註一〇)(註一一)

(3) 爲破產財團無因管理所生之債務 宣告破產後第三人對破產財團，未受委任亦無義務而爲有利之管理所生債務自應認爲財團債務。如在破產宣告前發生者，祇能認爲破產債權而已。

(4) 爲破產財團不當得利所生之債務 *Jure Naturae aequum est neminem cum alterius*

dehimento et injuria fieri locupletiorum (註一二) 破產財團無法律上之原因或原因已不存在

而受利益致他人受損害者，負返還之義務。該項義務，亦爲財團債務，普遍之事例爲：(1) 破產後破產人締結契約，相對人所爲對待給付之利益，歸入破產財團者，(2) 破產人破產前之行

爲已被否認而對方所爲給付之利益，尙存在財團之中者。（南破三條一項四〇條參照）

第四節 費用債務之行使

財團費用及財團債務，應先於破產債權，隨時由破產財團清償之。權利人得不依破產程序而爲主張，（註一三）已如前述，茲不再贅。但於財團不敷清償費用債務時，應如何分配，大有問題。立法例亦復不同。其規定儘先償還財團債務其次爲財團費用，而財團費用中最先爲現金費用最後爲同意給付共同債務人及其家屬之補助金者，如德何破產法是。（德破六〇條，匈破五〇條）有規定財團費用應先於財團債務受償者，如奧法是。（三四條）有規定財團之管理費用及有關財團之審判上費用應優先受償，其他則按未清償債權額比例分配者，如南奧破產法是。（南破四六條二項，奧破四七條）有規定雙務契約於宣告破產後已通知解約，至其終了間所生之請求權及破產人及其家屬之贍養費應後於其他財團債權者，如日破產法是。（五一條二項）我破產法竟未設規定，適用上不能不發生問題也。（註一四）

破產財團通常可分爲二種：一般財團與特別財團是。前者以債務人供普通債權總擔保之一切財產構成之，而後者則以債務人已設有抵押權質權之特定財產組織之。由此不同財團所生之費用債務，立法例有明定應由各該財團各負償還之責；唯不能確定其屬於某種財團時，則推定其屬於一般財團。（南破四六條一項三項）堪稱精密。未始不堪爲我破產法解釋上之一助

也。

(註一)齋藤博士日本破產法二五四頁，井上教授綱要一二八頁以下。

(註二)井上教授綱要一四一頁以下。

(註三)加藤博士研究一卷二七六頁以下，竹野判事法學新報三八卷一二號一頁以下，同三九卷五號六六頁以下，英師商揚四七頁，王仲桓氏前揚二四一頁，王去非氏前揚一三一頁。

(註四) Perceon, op. cit., No. 114 par; Koller, op. cit., S. 487; Mitrovic, op. cit., S. 119 奧最高法院一九一三年十月二十八日判決 (Zuglia und Verona, op. cit., S. 207 No. 1 所引) 認為管理人僅於財團限度內代表破產人。申言之財團財產不敷清償該項債務時，破產人不負無限責任也。反對說： Bartsch, op. cit., S. 495 以為該項債務主體誠非財團本身，亦非破產債權人團體而係破產人。但破產人之責任無限或有限，應視債權原因生於破產宣告前抑為破產債權人之利益而生者。管理人之報酬，屬於後者，故僅負有限責任。但奧最高法院一九二七年十二月二十日判決所採見解，與之相反。略謂：「於此問題，雖無明文，但本院認為縱破產終結後，破產人仍負債還管理人報酬之責。」

(註五) 法商五六五條：關於動產之金額，除破產程序上所需費用為救濟破產人或其家庭及支付優先債權人以外，其餘應由審經審查及認可之債權人攤分之。意商八〇九條：關於動產之金額，除管理費用審判費用及救濟破產人或其家屬之贈與費外，依受命推事之命，支付優先債權人，其餘由審查及認可之債權人比例分配之。均為概括之規定。日耳曼法系則採列舉之規定。但又可分為如下二種：(一) 德何破產法別作財團費用財團債務。(德破五八條五九條，何破四八條四九條) 我破產法從之。(九五條九六條) 奧南破產法則概稱為財團債權。(奧破四六條，南破四五條) 日破產法從之。(四七條) 英破產法無相當之規定。但判例認破產人之必要生活費應先給付。(Re Walker Spooner V. Official Receiver (1929) 1. ch. 647) 美破產法六四條。(甲) 法院應命令破產管理人於分發債金於債權人前，繳納破產人依法應付或所欠於合眾國，各州，各郡，各縣或各市之一切稅款。(乙) 除本法所規定者外，凡應有優先權並應全部

取償於破產財團之債務及其償還之次第如左：(1)於聲請書呈遞後保管該破產財團之實際與必要費用。(2)債權人於非自願之案件中繳之備案費，及遇有債權人一人或數人出力或出資為破產人財產之利益取回該破產人於聲請書呈遞之前或後所轉讓或藏匿之財產時，用於取回該項財產之正當開支。(3)管理費，包括依照合衆國法律之規定應付與證人之費用與旅費，及其正當之代辦人費。(4)應付與工人，書記，旅行城市之販賣人或僕役之工資，在訴訟手續開始日前三個月內已以勞力獲得者，其數每人不得過三百元。(5)所欠依合衆國或各州之法律應享有優先權者之債務。

(註六)外國立法例有認賦稅為破產債權者。(德破六一條二款)有認之為財團債權者。(日破四六一條二款)我破產法無規定。依民二十五年司法院院字一五二〇號解釋營業稅項不適用破產債權之規定。是一切賦稅，均難認為破產債權。然無妨認為管理破產財團之費用，良以管理人不納賦稅，即不得為破產財團財產處分而利用之也。(奧如本氏前揭一〇七頁)

(註七)關於管理財團之費用立法例多規定由法院定其數額。(德破八五條，日破一六六條)我破產法未予採取。是管理人得隨時在破產財團動用金錢，不必待法院之確定，難免無流弊之發生。(參照百明氏對於破產法草案初稿破產管理人規定之研究，法學叢刊破產法專號三卷五六期合刊)

(註八)管理人為財團進行法律程序，訴訟失敗時，所負擔之對造審判費用，是否亦為財團費用，不無疑問。奧法判例均作積極之解答。我破產法規定管理人提起訴訟或進行其他法律程序，須得監事人之同意，是從奧法判例亦難謂為過當。(奧一九〇二年最高法院聯合庭判決 *Zuglia und Verona, op. cit., S. 159 No. 7* 所引，法一八八〇年八月十八日判決 *D. P. 1880 I. 444 S. 1881. I. 60*)

(註九)前說者為齋藤博士日本破產法二九七頁，後說者為 *Ish, op. cit., p. 242, No. 201.*

(註一〇)日破產法四七條八款：「因破產之宣告，對於雙務契約，已有解約之通知時，至其終了之間所生之請求權。」我破產法無相當之專款，但解釋上似可包括於九六條二款之內。

(註一一)日大審院昭和四年七月十日判決(判例集八卷六六六頁)神戶地方裁判所同三年三月三十日判決(法律新開二八二五號一六頁)。

(註 11) Pomponius 206 de Regulis Juris I. 17.

(註 12) 管理人對於費用債務如有爭執，不予請償。其債權人自得爲求私權保護起見提起訴訟，以確定其私權之存在，並請求給付。但債權人不得請求強制執行。蓋如許對於因執行而占有之財產，更請求執行，理論上顯難貫徹。應解爲當由法院不其監督之作用處理之。(參照前野氏學粹三五頁) 管理人不能債賦稅時，收稅官亦不得強制處分。仍應由法院處理之。(參照加藤博士要論一一五頁一六頁)

(註 13) 賈俊氏謂：「原稿第九七條(按現行法九五條)規定財團費用之種類，第九八條(現行法九六條)規定財團債務之種類。第九九條(現行法九七條)規定財團費用及財團債務，應先於破產債權，隨時用破產財團清償之。按破產程序開始以後，因進行此項程序所生之費用，曰財團費用。又如破產財團所爲交易而發生之各種債務，曰財團債務。此種費用與債務由債權人方面觀之，則稱爲財團債權，此種債權，乃係全體債權人利益所生之費用，且亦係根據於法律行爲之債權而成立者，故應有優先受償之權。不能與普通破產債權同視。德國破產法分財團債權爲財團費用及財團債務。認財團費用有優先於財團債務而受請償之特惠。(竊按此處有誤會，請參照下文)日本破產法則除破產者及其家屬之贍養費外，對於一切財團債權受平等之清償。故日本破產法即無財團費用與財團債務之區別。原稿既對於此二者之清償，除均先於普通債權外，並未再爲先後之分，自無再爲區別之必要。似不如統稱爲財團債權之爲簡明也。」(前揭論文)王家駒教授則謂：「原文第九七條規定財團費用，九八條則規定財團債務。此種立法例仿自德國法，但財團費用與財團債務既皆先於破產債權而受請償，毋妨一律認爲財團債權。若謂財團費用與財團債務，性質互有不同，不應視爲一律，唯既分別規定，即應區別行使權利之先後。」(前揭論文)王仲植氏謂：「我國破產法既對於其清償之順位並無軒輊，此項名稱之區分，並無實益。不若按照日本法例概括名之爲破產債權」。(竊按「破產」二字想係「財團」二字之筆誤或誤植)(前揭二三四頁)王氏以爲費用與債務，既同其順位，毋寧總稱爲財團債權。殊不知統稱財團債權如南奧破產法仍設先後受償之順序。故竊願同王家駒教授後段主張「既經分別規定，即應區別行使權利之先後」也。

第六章 破產債權人與破產債權

第一節 破產債權人

第一款 破產債權人之意義

破產債權人，從形式的意義言之，主張有破產債權之存在，依破產手續以確定其存在。且請求爲包括之執行，破產程序中之積極主體也。與通常強制執行程序中之執行債權人相似。從實質的意義言之，則爲破產債權之所有人。至何謂破產債權，俟於下節述之。

第二款 破產債權人法律上之地位

第一項 對於破產財團之地位

破產債權僅得依破產程序由破產人之破產財團受平等之滿足。是破產債權人對於財團財產管理處分之適當與否，有共同之利益。自然形成一利益之團體，（井上教授綱要一四九頁參照）此項團體，有無法人人格，爲學者所爭論。（註一）但爲程序便利計，實不得不認其有形式上之權利能力與當事人能力也。

破產人依破產之宣告，即喪失其屬於破產財團財產之管理及處分權，從而有關該項財產之

訴訟，亦喪失其訴訟之權能，已如上述。但此項權能，在破產程序中，究屬何人所有？其說不一：或謂破產債權僅有從破產財團受排他的共同的清償之權利，非有其他之權能。故該項權能應歸爲公的機關之破產管理人所有云云。（註二）或謂破產債權人，因破產之宣告，對於破產財團，取得法定抵押權之結果。（註三）自同時取得該項權能云。或謂破產債權人團體，形式上既具權利能力及訴訟能力；然則破產人因宣告破產而喪失之權能，當然歸該團體所有而由其機關（管理人）代爲行使云。（註四）依吾人見解，管理人不能認爲公的機關，即認爲公的機關，是否當然取得上項權能，亦成問題。法定抵押權於我法全無根據。債權人團體形式上誠具有訴訟能力，然亦不足說明因此即取得該項權能。竊謂該項權能仍由破產人享有。不過法律因假定破產人破產後之行爲均係詐害行爲起見，責令其代理人（管理人）代爲行使而已。

第二項 破產債權人相互間之地位

破產債權人，對於破產財團希望獲得可能最大之分配，爲其共同之目的。而形成一利益之團體。如前所述。但該項團體具有反撥之特性。申言之：即破產債權人相互間，利益關係有時亦處於相反之地位。因發生順位與數額之問題。蓋每一債權人總盼他債權人之順位較自己爲劣，或他債權人之債權額，盡量減少，俾自己能獲得早期或多額之分配。於此因有就破產債權之順位與排他關係一述之必要。

(A) 順位 破產程序之目的，既在使各破產債權人得到平等之滿足。則各債權人之間，本

以無順位爲原則。然法律時因債權之性質或基於公平之理由，例外的承認其優先之順位，故優先債權，不過爲一般債權受優先之清償而已。（註五）與別除權大異其趣。但如優先債權之範圍愈廣，則普通債權之可能愈小，殊違破產程序之本旨。故十九世紀季年與二十世紀初年之法律，關於優先債權之範圍，較之十九世紀前中期之法律，狹多多矣。（註六）

優先債權之範圍，立法例可大別爲二：有根據民法規或其他法律之規定者，如法意日等國是。（法民二一〇一條至二一〇三條，意民一九五五條至一九六三條，日民三〇六條至三一〇條。）有選規定於破產法者，如德奧匈南士英美等國是。（德破六一條六二條，奧破五一條至五三條，匈破六〇條至六三條，南破五〇條至五二條，土破二〇六條，英破三三條，美破六四條。）各國優先債權之範圍及順序，互有不同。列舉之似嫌煩瑣。姑述其重要者四種如次：（1）共同利益費用，（2）破產人及其家屬之生活費醫藥費及喪葬費，（3）僱傭人某種限度內之工資，（4）一定限度內之稅款。我破產法關於優先債權，似仿法日等法，指私法上規定對債務人之財產，有優先受償之債權而言。例如工會法三五條所規定之工會對於其債務人破產時之優先權，海商法五七條一項各款所定之優先債權，破產法一一條所規定監督輔助人報酬之優先權等是。（註七）至僱傭人之工資，往往爲若輩及其家屬生活所依，與普通債權實難同日而語。蓋經濟弱者，不必限於債務人一方；僱傭人於此名爲債權人，有時較破產人更爲貧苦；法律既基於人道觀念，儘先支給破產人之生活費用，對於僱傭人之工資自有特設救濟之必要也。

破產財團不敷清償同一順位之優先債權時，立法例解決之方法不一：有規定須依法定次序先後清償者，如法意民法，匈 Croate 破產法是。（法民二一〇一條，意民一九五六條，匈 破六一條，Croate 破五條。）有規定平等比例分配者，如德 奧 南英 日 破產法是。（德 破六一條，奧 破五〇條，南 破四九條，英 破三三條二項，日 破四〇條。）我破產法從之。（二二二條後段）（註八）

從債權（利息，損害賠償，違約金）之順位如何？不失為一問題。若干立法例明定其產生於破產宣告前者應與主債權為同一之順位。（德 破六二條，奧 破五四條，南 破五三條。）解釋似可借鏡也。

優先債權以獲得滿足為原則，應不受調協之影響，從而該項債權人對於調協之決議，亦無參加表決之權利。多數立法例規定相同。（德 破一七三條，奧 破二二四條，匈 破二一四條二項，法 商五〇八條，意 商八三五條五項，日 破二九三條。）我破產法未為明文，依一三七條準用二七條之結果，僅有擔保債權不與表決之列。唯優先債權人於破產程序中享有優先而完全清償之利益，在調協時，忽令其與普通債權人受同一之待遇，則其主張否決，應無疑義。從而調協之可能益小，殊非得計。即使不妨調協之成立，則無形中奪去優先債權人法律所賦與之權利，要難謂當也。

在特殊破產之場合，於普通債權人之外，又有所謂劣後債權人。即指在普通債權受得償還

後僅就剩餘財產受得償還之債權人。例如遺產破產時之繼承人之債權人，繼承人破產時之被繼承人之債權人均屬劣後債權人是。（日破四四條四五條，民四破草二九條三一條）我破產法一五條：「遺產受破產宣告時，縱繼承人就其繼承未爲限定之承認者，繼承人之債權人對之不得行使其權利。」是在遺產破產之場合，無所謂劣後債權人。但繼承人未爲限定承認而破產之場合，被繼承人之債權人，對於繼承人之財產，能否行使權利，以及如何行使，法無明文，適用上將發生困難。

（下）排他關係 各債權人對於其他債權人債權之存否？數額之多寡？均有密切之關係，法律用許其得對之提出異議。（破一二五條）異議之結果，誠能排斥債權之加入或減少債權之數額則其分配自然增加。所謂債權人間之排他關係者，此也。

第三項 對於破產債務人之地位

（一）個別請求之禁止 破產債權，非依破產程序不得行使之。（破九九條）因而破產宣告後，對於破產人不得個別的行使其權利或爲強制執行。蓋以此際各債權人如尙得各自自由爲權利之行使或進行執行情序，不獨破產程序無完成之可能，即債權人間均衡之原則，亦將無以確保也。

破產債權人，如竟以破產人爲被告，於破產程序中，對屬於破產財團之財產，提起給付訴訟時，（註九）法院應以當事人不適格（被告）爲理由，予以駁回。如有關破產債權之訴訟已

在進行中者，應即中斷其程序。（民訴法一七四條）

破產債權非依破產程序不能行之，已如上述。然此限制，祇是對於破產人爲然。若從保證人或第三人之手而受償還，則無妨礙。又破產人以破產財團以外之所謂自由財產而爲任意償還，亦不妨收受之。但破產債權人卻不能對於此種自由財產而爲強制執行。如果允許如此，則各債權人將爭而行之，不僅無所謂自由財產，且已爲強制執行者與未爲強制執行者之間，亦甚欠缺公平。德破產法一四條對此曾爲明白之規定。我破產法雖無明文，解釋自應相同也。

（二）清償期之到來 屬於破產債權，而在破產宣告時，尙未到償還期者，視爲與到期者同，得即時行使其權利。（破一〇〇條）此蓋以未到期限之破產債權，如必須俟其期限到來而由破產財團中償還之，則破產程序，將不知何時可以終結也。

依法國判例附期限之抵押權債權未到期者，於宣告破產時，亦視爲已到期。（註一〇）日耳曼法系則與之相反，抵押權債權不因破產而受影響。此項異點，蓋基於拉丁法系與日耳曼法系。關於抵押權性質之不同，德民法以抵押權爲直接的債權，與人的債權迥然爲二物；而法民法則否認抵押權有獨立之地位，以爲不過人的債權之從權利而已。

（三）利息之停止 破產債權之有利息者，自破產時起停止產生。蓋所以維持債權人間之均衡並杜絕高利債權人利於延長程序之意念。（註一二）立法例有直接明白規定停止利息者，如法意商法，土破產法是。（法商四四五條，意商七〇〇條，土破九六條。）有間接規定破產宣告後

之利息不得爲破產債權者，如德奧南日破產法是。（德破六三條，奧破五七條，南破五六條，日破三八條。）竊謂後者較爲合理，我破產法從之。蓋以利息原基於破產前之原因，非法律所可隨意消滅，即根據上述理由，亦僅能令其對破產財團停止產生。俾破產人於程序終結後，家運再興，債權人仍得請求償還。若法商等遂令破產債權之利息停止產生，未免軼出立法要求之目的也。

抵押權債權之行使，既不依破產程序，自無因破產宣告而停止之理由。但債權人行使抵押權未能受清償之債權爲破產債權而行使其權利時，須否扣除其破產後之利息，頗成問題。意商法採積極說，（七〇〇條二項）法判例採消極說。主前說者，以爲當抵押債權人以普通債權人之資格參加程序時，應與其他債權人受同一之待遇，爲事理之當然。（註一三）主後說者則爲法律之禁止，僅禁止就其破產財團受利息之償還。除此場合而外，依法民法一二五四條規定債務之清償，先充利息。（吾民三二三條同）債權人以未受清償之原本參加程序，法律應無從扣除其利息也云。（註一三）（註一四）

（四）抵銷權之行使 破產債權人如對於破產財團負有債務，能否不依破產程序而爲抵銷，立法例不一其致。拉丁法系採否定說，日耳曼法系採肯定說，兩法系不同之理由，殆基於抵銷權理論根據上之分歧。前者以抵銷爲雙重清償之簡約，（註一五）破產宣告後之清償，原爲法律所不許，則抵銷宜無其可能。後者以抵銷爲一種準留置權。（註一六）有留置權之債權本享有別除權

之利益，則抵銷自亦無從例外也。我破產法從後之立法例，於一二三條明定：「破產債權人於破產宣告時，對於破產人負有債務者，得不依破產程序而為抵銷。」關於抵銷權之內容及要件，俟於相當處所詳之。

第二節 破產債權

第一款 破產債權之意義及要件

破產債權者，對於破產債務人在破產宣告前成立之人的且得為財產上訴求之請求權也。（破九八條註一七）基此定義，請分述之。

一、須為對於債務人財產上之請求權 財產上之請求權者，從債務人之財產得充給付目的之請求權也。故其給付，以可以金錢評價者為限。以外國貨幣定給付額者，須按市價折算國幣。（註一八此蓋與民法上所謂債權，（民法一九九條）異其旨趣。

破產債權，乃從破產人之財產以求滿足之請求權，故於破產財團中，取回不屬於破產人之財產之物的或人的請求權，不屬於破產債權。

破產債權以財產上之請求權為必要。從而（丁）純粹親屬法上之權利，不得為破產債權。例如：婚姻撤銷權離婚請求權是。至基於親屬關係之法定扶養請求權，則視情形而不同。扶養權利人在破產宣告時，對於以前破產人遲滯支付之部份，得為破產債權依破產程序而行使，唯關

於將來之部份，則須破產後時刻刻基於親屬關係而產生，當然不能構成破產債權也。(2)以破產人之作爲或不作爲爲標的之請求權，不得爲破產債權。(註一九良以破產人雖因破產宣告，而喪失其管理處分屬於破產財團之權利，但並不因而喪失其技能學識或活動力。依日本民法於作爲債權之中，其以所謂代替作爲爲目的之債務，乃係可由第三人代之者，債權人當執行此種代替履行時，因爲能向債權人請求其費用。(一四條二項)故視爲財產上之請求權，而爲破產債權。我民法無相當之規定，不能產在同等之結果。但此等債務，若在破產宣告前，已因不履行而發生損害請求權者，則以此種請求權，已得爲金錢之評價，即無妨其爲破產債權也。

破產債權，誠以財產上之請求權爲必要。至其發生原因基於法律行爲抑不法行爲，公法的規定抑私法的規定，均非所問。

二、須爲對人的請求權 對人的請求權，別於對物的請求權而言之。申言之，即無物的擔保之關係從破產人一般的財產以求滿足之請求權也。因之，有別除權債權，原則上僅就破產人特定財產而受償還，不得爲破產債權。(破九八條但書)反之，一般優先權雖亦享有優先清償之利益，但其滿足，仍由於破產人之一般財產，因仍不失爲破產債權也。

有別除權債權人得拋棄其別除權作爲破產債權而行使其權利，固不待言。即就不能依別除權之行使，而受清償之債權額，亦無妨作爲破產債權而爲行使。(破一〇九條，破九六條，

德破六四條。)破產債務人爲第三人之債務提供物的擔保，第三債權人對於破產債務人無人的請求權，故不得對之主張破產債權。

三、須得爲裁判上請求或強制執行財產上請求權。破產手續爲一種民事訴訟，以一般強制執行爲目的。從而債權人之權利須得依國家保護權利之方法以爲確定且實行者爲限。換言之，即破產債權限於得爲裁判上請求或強制執行之權利也。故因不法原因而取得之債權，以裁判上權利保護要件之欠缺，不得爲破產債權。

四、財產上請求權須在破產宣告前成立者。破產人於破產宣告後喪失其管理處分權，倘破產人仍就破產財團之財產爲法律行爲，當然不得對抗破產債權人。故在破產宣告後發生之新債權，不得爲破產債權。良以苟認新債權爲破產債權，則破產債權之範圍，勢必日益擴大，而破產程序，將不知延至何時矣。至所謂債權發生於破產宣告前者，乃指一切法律要件各構成要素於破產前已存在者而言。(全部完備說)學者有採一部關係說者，不足取也。(註二〇)

如上所述債權發生之原因，在破產宣告前者，既可成爲破產債權。則附有期限之債權勿論矣。即附有解除條件或停止條件之債權，(註二二)以及將來之請求權，(註二三)均一律可認爲破產債權。

五、某種債權，雖與破產債權之意義相合，卻基於特別之理由，不認爲破產債權者。茲分述如左：

(1) 破產宣告後之利息 此種利息，其發生原因早在破產宣告以前，似應認為破產債權。然利息之發生，乃因時間之經過，而為使用元本之對價，在破產宣告後之利息，正與所謂新債權者相似，應置之於新債權之列，因而即不認為破產債權。

(2) 因破產宣告後不履行之損害及違約金 債權本身，雖發生於破產宣告前，但不履行之事實，卻發生於破產宣告之後，故因此不履行而生之損害賠償及違約金，不得認為破產債權。原來破產宣告時，所已存在之財產上請求權，均依破產宣告當時之標準，為金錢之評價。使成為破產債權而行使其權利。唯關於非財產上請求權之不代替作為義務及不作為義務，即有因宣告破產後之不履行而發生損害賠償及違約金之事，此所以在破產法中明定不得為破產債權之必要也。

(3) 參加破產程序之費用 此種費用，為破產宣告後所生者，故不能視為破產債權。至聲請破產之費用，本為生於破產宣告前者，然因其係為共同利益所需之裁判上費用，故不為破產債權，而為財團費用。

(4) 罰金罰鍰及追徵金 此係發生於破產宣告前者，似乎得為破產債權而行使其權利。然在破產情形之下面徵收之，則感痛苦者不是破產人而是受減少分配額損害之破產債權人，此種與罰金等之精神相反，實難認為適當。故不能成為破產債權。(破一〇三條，日破三八條)但破產程序終結後，如有剩餘財產，則屬破產人自可從中徵收之。

上述不應爲破產債權之債權，立法例有規定對於法人或繼承財產宣告破產時，仍得爲破產債權者，（日破三八條但書）蓋在通常破產，此等債權，雖不能破產債權，但不妨俟至破產終結後，由殘餘財產或破產人之新財產而受清償，然法人或繼承財產，既無獲得新財產之可能，債權人唯一受償之機會，卽就殘餘財產而爲權利之行使，將不免程序重複費用浩大之虞。何如逕認爲劣後的破產債權，倘清償一般破產債權尚有殘餘財產時，卽以之分配此項債權，我破產法未予採用，似欠周密。

第二款 破產債權之申報

一、申報期間之指定 破產法院須於破產宣告時，指定債權申報期間。其期間之標準，則由法院於法定期間範圍內，斟酌破產事件大小，破產債權人之多寡，自由裁量之。申報期間不僅當在宣告破產時，隨同其他事項公告之。並須以通知書送達於其他債權人。（破六四條六五條）在一般立法例，申報期間非不變期間，亦非拒絕期間，如果懈怠其期間不許聲請回復原狀，但仍得爲有效之申報。我破產法竟以之爲拒絕期間，殊嫌未當。（參照本編第一章一節四款）

二、申報之方法 申報，由債權人及其代理人（註二）向處理破產事務之處所爲之。其方式以書面或口頭爲之均無不可。（註三）但用口頭時，由處理申報事宜之人員製成筆錄。其中報之要件，爲債權之債額及原因二種，債額如爲非金錢債權或非國幣債權時，須以其評價申報之若

債權係有一般優先權之債權時，亦須將其權利申報之。否則僅能爲普通債權而受不利益之待遇。此外申報時，須附具債權成立之證書原本或其謄本。（法商四九一條，意商七六〇條，德破一三九條，奧破一〇四條，南破一一五條，一六條，匈破一二七條，日破二二八條，民四破草一七八條。）至於破產債權在宣告破產之當時，尙在訴訟進行中者，其中報時，除申報債權之數額及原因外，並須申報訴訟繫屬之法院案由及號數。（日破二二八條三項，南破一一五條二項）別除權者，如果在不能依別除權之目標物及其行使而受完全之償還。必須申報其債權時，自與其他破產債權人無異。當申報其債權之全部及原因，不過在此等事項之外，尙須將不能依據標的物及其行使而受清償之債權額，即豫定不足額申報之。（南破一一五條三項，日破二二八條二項，民四破草一七八條二項。）我破產法對於債權申報之程序，竟無一字之規定，不可謂非疏漏也。

三、債權表之作成 債權表之編造，多數立法例規定由法院書記官任之。（法商四九一條，德破一三九條，日破二二九條，民四破草一七九條。）我破產法仿南破產法由破產管理任之。（破九四條，南破一一六條）不問由何人製作，要須記明申報日期於申報書中，藉以知申報是否在申報期間內以申報效力從何時發生。又須基於申報書而作成債權表，其表中應記載：（一）債權人之姓名住址，（註三五）（二）債權之債額及原因，（三）有優先權之優先權利，（四）有別除權人所申報不能依別除權之行使而受償還之債權額。

關於債權申報之文件及債權表，爲供利害關係人，即破產人，監查人，破產債權人等之閱覽起見，須備置於破產事務之處所。此在調查債權之準備上萬不可少之程序也。

四、申報債權之效力 債權之申報，與起訴訴相當。發生時效中斷之效力。第三卷至破產終結確定之時止繼續之。應注意者，時效因申報債權而中斷，乃係條件的效果而非單純的效果。譯言之必須經調查債權確定後，始真正發生中斷時效之效力。反之，倘調查債權之結果，發生瑕疵，經裁定不得參加程序時，自不應視爲中斷也。

五、申報之變更及撤回 申報事項之變更，正與新申報相似，須依同一之程序爲之。例如增加債權之債額，補報別種原因或優先權是。申報之撤回，在破產程序未終結前，均能自由爲之。不必經破產人或其他債權人之同意或承諾。撤回後，亦不妨爲再度之申報。不過已撤回者，則不發生時效中斷之效力。（我民一三四條）至債權申報經過調查而確定後，能否撤回？不無爭論。竊謂申報債權之確定雖與確定判決有同一之效力。但其撤回，於破產人或其他債權人愈有利而無害。似不如許之爲是。（同說齋藤博士日本破產法三四一頁，異說加藤博士研究七卷二七八頁）

第三款 破產債權額之算定

在破產程序中，其應給與以公平滿足之債權，既以財產上之請求權爲限，即須一律依金錢之評價而算定其債額，在債權之標的爲確定之金錢者，自可直接知其債額，若債權之標的爲非

金錢，或雖爲金錢而額數不確定者，又或以外國貨幣定其額數者，均須一律評價以確定其破產債權額，而其評價之時期，則以宣告破產時爲標準。（南破一三條一項，奧破一四條，日破二條，民四破草一三條。）此項評價，先由債權人自己爲之，當中報債權卽以此評定之額作爲債權額申報，如經債權調查會之調查，無人申述異議時，然若評價不當，卽不免有異議發生，故對於評價，自始卽須慎重爲之。關於破產債權額之算定，其最感困難者，爲附期限債權，附條件債權及多數當事人之債權，各國法律多有詳細之規定，茲特分述如次：

一、附期限債權 此項債權，有附利息債權，無利息債權，定期金債權三種：

(a) 利息附債權 在利息附債權，則合計其原本債權額與破產宣告前一日止之利息，亦爲債權額。而破產宣告日以後之利息，則不算入之。此蓋以利息爲使用原本之對價，係因時日之經過而發生者，而破產宣告後之利息，既係在宣告之後發生，卽在經濟上當與新債權同視也。故在破產程序中，原本一日未償還，而利息雖一日不能停止，然苟不能依破產程序而受清償。

(b) 無利息債權 在契約當事人間，雖爲無利息之債權。然在經濟上，則自債權成立至償還期止之期間內，仍然發生利息。換言之，卽在經濟上，若爲附期限之無利息債權，必係附加以償還期前之利息，而後成爲原本之名義額者，因之，卽不能依無利息債權之券面額，而使成爲破產債權額而受償還。如果依券面之名義額而償還之，則債權者未免遭受其損失。故立法例

除商法（四四五條）外，（註二六）關於無利息債權，均規定須於其債權額中，扣除自破產宣告時起至償還期滿時止之法定利息。（德破六五條二項，南破一三條二項，奧破一四條，匈破一四條二項，意商七六八條，法二七）且破一八條，民四破草一〇條，破一〇一條。）關於此項扣除計算法，向有三種。各國學說判例多採雷夫曼式，（註二八）其他加爾蒲佐式及雷浦利智式均辦而不採。茲述三種之算法如下：

（一）加爾蒲佐（Jarppowsky）式 此即從原本之名義額中，折扣破產宣告後償還期限前之法定利息之方法。此種方法雖係極通行之所謂銀行折扣方法，但債權之名義額，原為已到期限而後始可發生之債權額，茲以此為基礎而折扣之，則不甚妥當。試舉例言之：有一債權，原本額一千元，自宣告時起，至清償時止，其年限為二年，若以法定利息週年五厘計算，扣除百元，固無不可。然使距所附之期限尚有二十年，則扣除利息，其原本額，歸諸烏有。且萬一距所附之期限尚有三十年，則債權人豈不尙須倒找若干。以既存之債權，因扣除利息，致等於零或變為債務，豈非大謬。自不宜採為定式。

（二）雷浦利智（Leihritzsch）式 此係以應存破產債權額之某未知金額，加宣告破產時至償還期之法定利息，其數達於未來之無利息債權名義額時，即以其未知金額作為破產債權額。至於利息之計算，則採用複利法。然在我人日常生活中，現尙未盡採用此種複利法，故亦不足採。

(c) 荷夫曼 (Hoffmann's h) 式 其方法與雷蒲利智式相同，唯於利息之計算，雷氏用複利法，荷氏則用單利法。各國多採用之。假定未知債權額為 X，債權名義額為 S，法定利率為 P，破產宣告時至償還期之年數為 t，則所得公式如下：

$$X = S - XPt \quad X + XPt = S \quad X(1 + Pt) = S \quad X = \frac{S}{1 + Pt} \quad \text{此 } X \text{ 即為破產債權額。}$$

茲舉實例以明之。假定無利息債權名義額為二千元，償還期為二十一年，債權成立一年後宣告破產，法定利率為年利百分之五，依右公式計算結果其債權額為一千元。

$$X = \frac{2000}{1 + \frac{5}{100} \times 20} = \frac{2000}{2} = 1000$$

(c) 定期金債權 在定期金債權，亦有金額及存續期已確定者，與不確定者。例如於十年內，每年給與生活費一千元之債權，是金額及存續期間已確定者也。反之，如終身給與一千元生活費之債權，則為存續期間之不確定。又如十年內給與每年生活費之債權，則為金額不確定。此項定期金債權，如因債務人破產而即時給與之，究竟應給與多少金額為當。此即算定定期金債權之破產債權額之問題也。茲述算定方法如左：

先就金額及存續期間已確定之定期金債權言，即是以其每期待定期金，與附期限之無利息債

權爲同一之處理，而從各定期中定其應當折扣之額。再合計其已折扣之各期定期金，而以其總額爲破產債權額。卽以每期定期金爲 $S_1, S_2, S_3, \dots, S_n$ 而得下列之公式：

$$X_1 = \frac{S_1}{1+p_1^1} \quad X_2 = \frac{S_2}{1+p_1^2} \quad X_3 = \frac{S_3}{1+p_1^3} \quad X_n = \frac{S_n}{1+p_1^n}$$

$$X_1 + X_2 + X_3 \dots + X_n = S \quad \text{破產債權額}$$

不過此項定期金，如果涉於長期年月，則上面所計算之總額 S ，必達於巨額或超過原本額者，所謂原本額者，是在定期期間產生法定利息，恰與定期金額相當之原本額也。此時卽不以上面之總額 S 爲破產債權額，而祇以所謂原本額爲破產債權額。蓋以卽時償還此項可產生與定期金額相當之法定利息之原本額於債權人，則債權人卽可與按期獲得定期金無異而不受絲毫之損失。例如：有五十年內每年給與一千元之定期金債權，若依上述公式計算，各期定期金，則五十年之總額，勢必超過二萬元，此時應減至二萬元。而以二萬元爲破產債權額，因爲以二萬元依法定利率計算，每年利息恰爲一千元，在破產時，既給付二萬元於債權人，直與每年給與一千元之定期金，得到同一之結果也。（德破七〇條，奧破一五條，南破一四條，日破一九條，民四破草一〇五條二項。（註二九））至就金額及存續期間不確定之定期金債權言之，則是以破產宣告時之評價額爲破產債權額。評價之方法，不外就金額或存續期間，而綜合一切實際上之情事認定之。我破產法於此，均付缺如，未免遺憾。

二、附條件債權 此項債權，有解除條件附債權，停止條件附債權二種。立法例有不問條件爲停止條件，抑爲解除條件，概許以其全額爲破產債權者，如我國及日本破產法是。（破一〇二條，日破二三條）有有分別解除條件停止條件，而明定視前者爲無條件，後者僅爲依條件請求提供擔保者，如德奧兩國破產法及民國破產法草案是。（德破六六條註三〇六七條，與破一六條，南破一五條，匈破六八條，民國破草七條八條。註三一）雖其關於分配之規定，大抵相類，實際上無何等之不同。然依理論言，則以德立法例爲優。蓋停止條件附債權，在條件成就前，僅係期待權之一種。倘許其爲破產債權，卽不免與其性質相矛盾。破產法草案初稿一〇四條原爲：「附解除條件之破產債權，視爲無條件，」修正時仿日本立法例，竊未敢以爲是也。（註三二）

三、多數當事人之債權 於此得分爲：共同債務人破產之場合，法人及其職員破產之場合，及繼承財產與繼承人破產之場合三種。依次述之：

（一）共同債務人破產之場合 在數人就同一給付各負全部履行之責任者，例如不可分債務，連帶債務，保證債務，連帶保證債務，票據上之共同債務等。（註三三）其債務人之一人受破產宣告時，破產之效力，例如期限利益之喪失，祇及於破產人本人，債權人固得卽時以其債權全額爲破產債權而行使其權利，但於未到期前不得對其他共同債務人作同一之主張。倘共同債務人之全體或數人受破產宣告時，債權人待就其債權之總額，對於各破產財團行使其權利。

(破一〇五條，德破六八條，奧破一八條，匈破七〇條，南破一七條，法商五四二條，意商七八八條，日破二四條。)蓋此類共同債務之各債務人，本應負全部履行之責，故在債務人中之數人或全體受破產宣告時，債權人得以其債權全額對各債務人之破產財團為破產債權人而行使其權利，以期貫徹連帶之性質。唯債權人此時已受一部份之任意償還或破產分配。是否仍得以其固有之債權全額加入各破產財團，則有三種主義。

第一主義 債權人雖已受領一部償還，仍以其固有債權之全額為破產債權。瑞士遺案債務與破產法採之。(二一七條)

第二主義 債權人所受領之一部任意償還，應按額扣除後方許加入各破產財團。至所受領之一部破產分配則否。法意比商法採之。(法商五四四條，意商七九〇條，比商五七三條。)

(註三四)

第三主義 不同債權人所受領之債務人之任意償還，抑為破產分配，均應按額扣除之而以現存之債權額加入各破產財團。日耳曼法系採之。(德破一七條，丹麥破一八條，奧破一八條，匈破七〇條，南破一七條，日破二四條，民四破章二〇條二一條。)(註三五)

我破產法第一〇四條所謂債權人得就其債權之總額，對各破產財團行使其權利。似採第一主義。(註三六)對於債權人之保護，或不無過厚之嫌。

保證人除與主債務人連帶負擔債務或主債務者已受破產宣告各情形外，本有所謂先索抗辯

權。而債權人不得直接逕向保證人請求履行債務。（民七四五條參照）但保證人已受破產宣告時，若認債權人不得向保證人直接行使其權利，則破產財團將僅由其他債權人加入分配；殊於設定保證人以保證債權之旨，全然喪失。因此，在保證人受破產宣告時，債權人即得就破產宣告時所有保證人保證之債權全額，為破產債權而行使其權利。（目破二五條，民國破草二一條）我做產法一〇四條所謂就同一給付各負全部履行之責者，已包括在內，因不另為規定也。

又保證人之負擔，本以主債務之限度為準。（民七四一條參照）從而期限條件一以主債務人所訂者為轉移。但保證人受破產宣告時，因須適用破產法一〇四條之規定，縱主債務之期限尚未到來或條件尚未成就，亦當然適用本法關於期限附條件附債權之規定而行使其權利。

就同一給付各負全部履行責任之人於對債權人為全部清償或為其他得免共同債務責任之行為時，得向其他共同債務人行使求償權，與保證人就保證債務為清償或為其他消滅債務之行為時，亦對於主債務人有求償權。在民法均有規定。至於此種求償權，應使於其他共同債務人，主債務人破產時，得以預先行使。蓋就同一之給付，負全部履行責任之數人中一人或數人破產債權人勢必對於其他同負責任之人請求全部履行，即不得不發生求償權問題。此項求償權如依一般民法規定限於已為清償後，始得行使；設令斯時破產財團之財產業由他債權人分配淨盡，所謂求償權殆有其名而無其實。此法律所以認共同債務人相互間，可以將來之求償權為破產債

權。但債權人如已以其債權總額爲破產債權行使其權利者，即不許其他共同債務人以將來之求償權加入破產財團而受分配。（破一〇五條，南破一六條，奧破一七條，匈破六九條，日破二六條，民四破草二三條。）蓋以如果允許如此，即係對於同一債務，令其二重行使其權利，勢必減少他債權人應受分配額而損害其利益。但日破產法二六條二項規定，有將來求償權者，如對於債權已爲償還時縱令債權人已爲破產債權人而行使其權利，仍得按償還之比率，取得債權人之權利，而爲破產債權人。我破產法不能採同一之解釋。良以日法仿德立法例採扣除主義，許求償權人同時行使權利，固無不可。而我法仿瑞士法例採不扣主義，如許求償權人並爲破產債權人仍無異許就同一債權爲雙重之行使也。

又在爲破產人之債務曾提供擔保之第三人，即所謂物上保證人，亦因債權人在其擔保品上行使權利時，而發生求償之問題，此種求償權，在債務人破產時，亦有預先行使之必要。因上述之全部義務者相互間求償權之規定，在提供擔保之第三人，立法例有同定得準用之者。（日破二六條三項，民四破草二三條二項）我破產法以爲此乃解釋之當然結果，無待明文也。

以上所述，乃係數人就同一給付各負全部履行責任之情形，數人而爲全部債務之保證時，當然包括在內。若數人僅爲債務之一部而爲保證者，影響之何？此項情形，當然不同債權人與多數保證人之外部關係或保證人相互間之內部關係，均須準用上述全部責任之情形處理之。（日破二七條）蓋以數人所保證之債務一部，正與全部保證之義務同其狀態故也。多數人非就

同一之一部而爲保證，祇是各保證其各別之部份，則應各自負各別之保證債務。因之在其相互間，卽無何種關係，不儘不發生求償權之問題，而且債權人，亦祇能對於破產之保證人，就其各自負擔之各別部份，加入破產財團而受分配。

債權人以債權全額加入各破產財團，如受分配之結果，超過原有債權時，立法例有規定以其餘額返還於最後不應負責任之破產財團。（法商五四三條，意商七八九條，奧破一八條二項，南破一七條二項，匈破七〇條二項。）何如保證債務之保證人，票據債務之背書人以及連帶債務之清償，已超過其應負擔部份之債務人是。我破產法無規定，適用上不無困難。

又在匯票發票人或背書人受破產宣告時，付款人或預備付款人不知破產宣告之事實而爲承兌或付款者，其因所生之債權，得爲破產債權而行使其權利。（破一〇七條）此項債權，卽基於所謂資金關係者，在付款人承兌或付款，預備付款人參加承兌或參加付款前已預受資金者，自不生債權問題。如未受資金而先爲承兌或付款者，對於發票人或背書人應有一種求償權。至承兌或付款，在發票人背書人破產宣告前者，其求償權當然爲破產債權，承兌或付款在發票人或背書人破產宣告後者，依一般原則規定，其求償權利不得破產債權。唯付款人不知發票人或背書人破產之事實，而爲承兌或付款，亦不認其求償權爲破產債權，對付款人未免失之太酷。且有妨礙票據之流通。故法律特別規定，以善意之承兌付款爲限，得加入破產債權受領分配。關於善意惡意之舉證責任，法無明文，自應適用民訴法舉證之責任。

以上專就匯票言之，此外關於支票及其他以給付金錢或其他物件爲標的之有價證券，亦準用於匯票之規定。（破一〇七條二項）（註三七）

（2）法人及其社員破產之場合 在法人自身受宣告破產時，法人之社員或股東不得以自己之分子權或股東權，爲破產債權而申報之。是以彼等所出之資金，原爲造成法人破產財團即責任財產之基礎；如果此等權利，亦得成爲破產債權，則責任財產，殆將一無所有。故社員或股東，唯有於清償法人之債務後，如尚有剩餘財產，方得參與其分配耳。

法人自身在破產宣告時其有限責任社員或股東應出之資金，尚有餘額未清者，破產管理人得令其繳納，已如前述。因之法人之債權人，不得直接對於有限責任社員或股東行使其權利。（日破二九條，民四破草一七條）

法人之有限責任社員或股東破產時，如果投資已經繳清，即無責任可言。倘若尚有未繳清之餘額者，則當就其未繳清之部份，對於法人債權人直接負責。故有限責任社員或股東破產時，法人債權人似亦可成爲破產債權人。但此時社員或股東對於法人債權人之責任，須與一種間接責任同視。使之對法人繳付其未清之投資，即爲已足。且亦較簡捷。因之法人之有限責任社員或股東破產時，僅能由法人就其未清之投資額，爲破產債權人而行使其權利，而法人之債權人，不得加入破產之分配。（日破二九條，民四破草一七條）

法人之無限責任社員或股東，雖對於法人之債權人，爲直接之債務人，但必須不能以法人

財產，清償法人之債務時，而法人債權人始能對於社員或股東行使其權利。由此推之，如果法人爲有資力，則於無限責任社員或股東破產時，法人之債權人應不能直接行使其權利。不過法人以後由有資力一變而爲無資力，事所恆有。彼時縱能再對無限責任社員或股東行使其權利，然財團既爲其他債權人分配淨盡，卽有無從行使之勢。因之在無限責任社員或股東受破產宣告時，卽可不問法人之爲有資力與否，而法人債權人均得對於社員或股東直接爲破產債權人而行使其權利。（破一〇六條，日破二八條，民四破章一六條。）法人及無限責任社員或股東同爲受破產宣告時，須適用法律關於數人對同一給付各負全部義務者之規定。（日破二四條，民四破章二二條）法人之債權人，得就其債權之總額，加入各破產財團之分配。

（3）繼承財產與繼承人破產之場合 單純繼承財產破產時，繼承債權人及受遺贈人，當然可爲破產債權人而行使其權利，自不待言。唯限定繼承人對於被繼承人之債權以及因消滅被繼承人債務而爲準備之請求權，是否與繼承債權人有同一之權利，不無問題。立法例有是認繼承人有同一之權利者。（日破三二條，民四破章一八條二項）因之繼承人卽可爲破產債權人而參加其破產財團之分配。我破產法雖無規定，然依我民法繼承編一五四條二項規定觀之，解釋當然相同也。

至繼承人之債權人，則在繼承財產受破產宣告時，縱繼承人對於遺產未爲限定承認，（註三八要不得成爲破產債權者，而行使其權利。（破一一五條，民二三破章三八條，日破三四

條。)然據民四破草二九條規定：卻於繼承財產破產時，亦允許繼承人之債權人爲破產債權人，其意以爲繼承財產一旦受破產之宣告，財團即由破產管理人爲之管理。繼承人之債權人，不妨使成爲破產債權人。但應在被繼承人之債權人及受遺贈人之後領受分配。換言之，即遺產破產之財團所屬財產，固應先儘被繼承人之債權人及受遺贈人取得滿足。如有餘再分配於繼承人之債權人。唯此種立法例徒令破產債權人之數增加，因致破產程序，趨於複雜。且遺產債還其固有債務，如有剩餘，當然仍歸繼承人享有。此時繼承人之債權人可再向繼承人請求償還，亦無使之參加遺產破產程序之必要。現行破產法斷然加以修正，不爲無見。(註三五)

單純繼承人破產時，被繼承人之債權人及受遺贈人是否亦得爲破產債權人？立法例有以繼承人對於遺產爲單純承認爲限定承認而不同。在前之場合，繼承人對於被繼承人之債權人及受遺贈人，因須合繼承財產及自己固有財產二者，而負擔無限責任。故繼承人債權人及受遺贈人得對於繼承人之破產財團，就其債權之全部而爲破產債權人以行使其權利。(目破三〇條，民四破草三一條，民二破草三九條。)但應在繼承人之債權人之後受領分配。(註四〇)在後之場合，繼承人對於被繼承人債權人及受遺贈人，惟以繼承財產爲範圍，而負其責任。故繼承債權人及受遺贈人亦即不能就繼承人之固有財產，爲破產債權人而行使其權利。(目破三二條)我破產法雖均無規定，以解釋言，可得同一之結果。(註四一)

繼承財產及繼承人全部破產時，原與全部共同義務之情形相同。應許雙方債權人，對於雙

方之破產財團，以其債權之全額而行使其權利。唯關於繼承財產，繼承人之債權人應為劣後破產債權人，而於繼承人之財團，繼承債權人應為劣後破產債權人。日本破產法三一條僅許繼承債權人得加入雙方破產程序。我破產法雖無相當規定，然依一一五條規定觀之，解釋應相同也。

第三節 別除權取回權抵銷權

第一款 別除權

一、別除權之意義 別除權者，乃不依破產程序對於破產財團特定財產先於破產債權而受清償之權利也。此種權利，乃係基於破產宣告前，在破產者特定財產上所存在之擔保權而來。並非創設新權利。不過在破產程序為尊重此等擔保權之本來效力計，總括一切擔保權而賦與一定之名稱，以免就各個擔保權分設規定而已。

別除權與取回權，財團債權（即財團費用財團債務），破產債權以及一般優先權等，有何差異，分述其區別於左，藉明別除權之本質。

（甲）與取回權之區別 取回權乃對於不應屬破產財團之財產而行使之權利，別除權則為對於破產財團所屬特定財產而行使之權利。別除權人行使權利之結果，若其擔保物尚有剩餘時，該剩餘之額，仍當歸之破產財團以供破產債權人之分配。

又別除權人行使權利，既以破產財團所屬特定財產爲限。故第三人爲破產人債務提供物上擔保時，不生別除權問題。

(乙)與財團債權之區別 別除權爲對於特定財產之權利，例如對於某不動產，或動產之權利。財團債權雖亦先於破產債權而受清償，卻非對於特定財產之權利，乃從破產財團全部財產之上先受償還。又別除權之成立，必須在破產宣告前，而財團債權則通常發生於破產宣告之後。

(丙)與一般破產債權之區別 一般破產債權乃從一般破產財團受償之權利，別除權則爲從特定破產財團受償之權利。不過別除權人在對於破產人享有債權時，換言之，破產人非爲他人債務供與擔保時，尙得以行使別除權未能受清償之債權爲破產債權而行使其權利。至破產人爲保證他人債務而提供之物上擔保。其擔保權人祇有別除權，不能同時有破產債權。

(丁)與一般優先權之區別 一般優先債權雖於受優先的償還之點，與別除權無異。然從財團全部財產上而受優先的償還，則與別除權不同。並且一般優先債權必須依破產程序而行使其權利，又與別除權有別。

二、別除權之性質 關於別除權之性質，向有二種見解。第一見解謂別除權，爲破產債權人不依破產程序，而就個別的財產受得清償之權利。(註四三)第二見解，謂別除權，爲別權人在破產財團所屬特定財產上行使之別除的權利。(註四三)第一見解，以破產債權人爲中心，第二見

解，則以破產財團爲中心。由此所生之主要差異，據第一見解觀之，則不屬破產債權人，即非別除權人，據第二見解觀之，則別除權人，不一定爲破產債權人。依學理言，第二見解，較爲合理。如不然，則不屬於破產債權之擔保權人，對於其權利之行使，將完全不能適用別除權之規定，而破產法中又未有特別規定，此等擔保權人將因破產而喪失其權利乎？抑仍得依民法上擔保權效力之規定，與拍賣之規定，以求解決乎？前者固爲理論所不許，即後者亦必使破產程序更形紊亂而遲延。故認別除權以破產債權人爲中心之見解，實不足採。

再第一見解，又係以別除權爲破產債權人行使權利之方法。使此說果確，則關於各種別除權之效力，特別關於別除權相互間之順位，應如何處理，亦有一一規定之必要。然破產法上對於此等情形，一任各種別除權本來之效力。由此觀之，則所謂別除權者，在破產法中，固不無就其效力，有多少補充之處，要係指各種本來具有擔保權之人，在破產財團所屬特定財產之上，行使權利之作用而言，毫無可疑。故認別除權爲破產債權人行使其權利之方法，亦不妥當。

三、別除權之種類

(甲)物上擔保權 凡於債務人之特定財產上享有擔保權之人，於債務人受破產宣告時有別除權，此物上擔保權即民法所定之不動產抵押權與動產質權。所以賦與別除權者原以其擔保物本身之效力爲基礎。故別除權之效力，與其擔保權之效力相等。(破一〇八條一項，德破四七

條四八條，南破四七條，法商五四六條，日破九二條，（註四四）美破六四條二項五款。）

（乙）留置權 留置權者，即債權未受清償之前，得就所占之債務人動產留置之權利也。此項留置權是否得爲別除權，立法例有相反之規定。除商事上之留置權外，（德破四九條一項四款參照）認留置權對於破產財團失其效力者，如日破產法是。（九三條二項）認留置權於破產程序中視爲質權者，如南破產法是。（一〇條二項）竊謂留置權雖非如擔保物權爲可以從物上受優先償還之權利，然在債權未受償還以前既得留置其物，則當債務人受破產宣告時，自應就其所得留置之物有別除權，應與民法規定之精神一貫。我破產法從後之立法例（一〇八條一項）（註四五）是也。

關於不動產出租人之留置權，於承租人宣告破產之場合，立法例多設有限制。僅本期或最後年之租金，得就留置物取償。（註四六）其意蓋恐別除權之範圍過大，普通破產債權勢必遭受損失，故爲適當之限制。我破產法未予採取，似有商權之必要。

立法例尚有以買回權爲別除權者。（南破一〇條三項）按買回契約，拉丁法系原不認其效力。（註四七）即是認買回契約之日耳曼法系，以買回權爲別除權者，亦不多觀。我破產法因不從之。

據民法例，共有人之一人，對於其他共有人具有關於共有之債權（例如保存管理共有物所生之費用）者，當分割時，得就應歸債務人之共有部份而受清償。因此，此項共有人之債務

人受破產宣告時，立法例規定具有共有債權之共有人，得就分割後應歸破產人之共有部份而有別除權。（德破五一條，日破九四條，民四破草四五條。）立法理由，乃因應歸破產人之部份，原爲所負擔共有債務之擔保，從經濟上言之。應扣除其債務額後而以純粹之剩餘部份歸之破產財團。但我破產法無此規定。

四、別除權之行使 別除權，雖爲對於破產財團所屬特定財產之權利，但其權利之行使，卻不依破產程序而爲之。（破一〇八條二項，民四破草四六條，德破四條二項，奧破一條，匈破五四條，日破九四條，法商五四八條。）所謂不依破產程序而爲之者，即按照別除權之種類，基於其權利本身固有之效力，而在破產程序外行使之是也。（註四八）

別除權須以破產管理人作爲相對人而行使之。因別除權之標的財產，屬於破產財團，由管理人占有管理故也。（註四九）

別除權同時對於破產人享有債權之場合，行使其權利，是否亦須如普通破產債權人爲債權之中報，並經債權調查之手續？立法例規定不一：有爲積極之規定者，如日破產法是。（二二八條二四〇條）有僅使依別除權不能受清償之債權額爲破產債權而行使其權利時，須爲申報並經調查者，如德破產法等是。（德破六四條，奧破四八條三項，註五〇）匈破六六條，南破一一五條，法商五五二條，民四破草一七八條。）（註五一）我破產法未有明文。但合一〇九條與九八條但書觀之，解釋應從後之立法例，可無疑也。

日破產法規定破產管理人得對別除權要求提示其標的財產，並令評定其價額。(一九五條)我國破產法雖無規定，然在理論上，管理人當然有此要求之權。別除權人受償有剩餘時，其餘額當然應歸之破產財團。反之，依固有擔保權順序完全不能取償之別除權債權人，得以其債權總額爲破產債權而行使其權利。(法商五五六條)亦爲我破產法(一九條解釋當然之結果也。

破產之宣告固以不影響別除權爲原則。但立法例有加以某種限制者，如前破產法一一條二項三項規定是。依該條二項規定破產法院或受命推事(註五三)得命令別除權人展緩六十日爲標的物之拍賣，以免於不良時期或條件下出售擔保物，間接損及一般債權人之利益也。三項規定在破產宣告前六十日內依強制執行而取得之擔保權，不得行使之。良以在多數場合，破產人對其親屬或知友每於破產前夕，利用執行程序設定擔保權以確保其利益，因而損害其他債權人之權利也。(註五三)

第二款 取回權

(甲)一般取回權 破產財團當以專屬破產人所有財產組織而成，已不待言。但事實上，亦有不屬破產人所有之他人財產，而由破產人占有。例如：收受他人之寄託物(註五四)租賃物(註五五)等，至破產宣告即由管理人當作破產財團之財產，繼續占有有管理者，此時允許此項財產真正所有人之第三人得以請求取回財產，自屬當然之理。(註五六)在破產法上即稱此種請求權謂

之取回權。此種在破產的一般執行中所有之取回權，正與各別的強制執行中承認第三人對於執行標的物，得以提起異議之訴相似。不過，在各別執行中所提異議之訴，其主要目的在請求取消不當之執行行為，管理人既非國家之機關，因之，其以不屬於破產人財產組入財團之行為，不能與執行行為相提並論，故取回權不過對管理人要求返還財產之請求權而已。（註五七）

法律承認第三人有從破產財團中取回不屬於破產人財產之權利，乃以民法及一般實體法上之權利為基礎。為多數立法例所從同。（德破四三條，奧破四四條，匈破四二條，葡破四三條，日破八七條，破一一〇條。）（註五八）雖非破產法新創之權利，不過於破產程序中，賦以取回權之特別名稱耳。

取回權人行使權利不必依破產程序，而在破產程序外，對於破產管理人為之。至行使權利時不論以審判上或審判外之方法均可。如以審判上之方法，行使取回權，其訴應為給付之訴或確認之訴並得依抗辯主張之。而破產管理人對於此項訴訟，當然得使用破產人所有之一切攻擊防禦方法，倘破產管理人未以為取回權標的物之財產歸入破產財團，尙由破產人持有時，財產所有人祇能直接向破產人請求返還，完全與破產無關。

此外取回權人因破產人或管理人之行為所生之損害，當然隨同取回權之行使，依民法之規定請求賠償。不過其損害係生於破產宣告前破產人之行為，應為破產債權。生於破產管理人之行為應為財團債務。

(乙)賣主取回權 債務人將陷於支付不能之際，在當地已無法為信用之借貸，往往向外埠定貨，藉以稍濟眉急。但貨物尙未達到，而已受破產之宣告時，倘依民法原則此際買受人已為貨物所有人。出賣人無從請求取回。唯此項貨物，一方既尙未歸入破產財團，他方又未支付價金，或僅支付一小部份。而必令出賣人比於一般破產債權人負擔同一之損失，實欠公平。此破產法所以承認隔地交易之賣主取回權也。

此種制度最先發達於商業茂盛之英國。謂之「Right of stoppage in transitu」以後漸為大陸諸國所繼承。在法意謂之「Droit de revendication」(法商五七六條，意商八〇四條)在德奧謂之「Verfolgungsrecht」(德破四四條，奧破四五條)在匈謂之「Viss aközvétel」(匈破四四條)在南謂之「Pravo napatera」(南破四四條)在日謂之「取戻權」，(日破八九條)在我破產法謂之取回權云。(一一一條)(註五九)

關於賣主取回權之性質，頗多爭執。有主物權說者，(註六〇)有主解除權說者，(註六一)有謂為基於法律規定之返還請求權者，(註六二)依我破產法一一一條云：「出賣人得解除契約並取回其標的物」是賣主取回權之性質，在我國已不成問題矣。

賣主取回權之成立要件如下：

(a)隔地賣買之契約 此項取回權之發生，以隔地交易為限，良以隔地交易，則物品常需長期間之運送。其間買主之資產狀態，即難免不生變更而至於破產。因此，取回權始有適用

之機會，若現物交易或同地買賣，則爲期極促，貨款兩交，均感便利，自無適用取回權之必要。卽款未交楚，但貨物已由買主接收，現實占有，其或變賣其全部或一部，此際，卽欲行使取回權，事實上殆不可能矣。

(f) 價金未全數清償 此種取回權，原以買主破產，索取價金困難，而爲保護賣主起見所賦與之權利。故賣主已經清償價金後，當然不能行使此權利。卽破產管理人代償價金，請求交付貨物時，賣主已得固有之滿足，亦當然不能行使之。(日破八九條但書，破一一一條但書)

(g) 買主宣告破產時貨物尙在運送中者 在買主受破產宣告時各貨物送達目的地並已歸買主或其代理人現實占有者，則不能行使其取回權。蓋以貨物已經送達而歸賣主現實占有之後，社會大衆，特別買主債權人，均已認爲買主所有之財產，必將視爲擔保而繼續與之交易。如因以後宣告破產之結果，准予取回其貨物，顯有害交易之安全。故於貨物業經送達而爲買主現實占有後，卽不得再行使其取回權。不過，此「送達」與「占有」兩要件，必須同時具備，方可防止取回權之行使。若未送達目的地，買主或其代理人運至中途而爲占有者，或雖已送達，買主或其代理人尙未現實占有者，均仍可行使取回權，因此時尚未有成爲買主所有物之形跡也。此處所謂占有，乃指現實占有有其貨物而言。然則提單或載貨證券之交付，於通常情形，雖可與運送交付同視，然從取回權關係上言之，仍不能謂爲運送物之占有。(註六三)又所謂送達者，係

指運送終了而言，（註六四）不必係買主之營業所或住所也。

法律因變務契約當事人雙方尙未完全履行契約而破產宣告時，爲公平保護當事人雙方並迅速解決契約關係起見，而賦與管理人以選擇權，至取回權之規定，則因賣主已爲完全履行，若僅使爲價金之請求，而爲破產債權人，加入財團之分配，則未免涉於酷刻也。然使此時契約當事人之賣主，亦尙未完全履行，將如之何？我破產法雖無規定，依理論言之，當然適用變務契約之原則：卽由管理人爲解除或履行之選擇。（德破四四條二項，日破八九條三項）若選擇爲履行契約，則賣主已獲完全保護，自無行使取回權之必要。若選擇爲解除契約，自得請求返還已交付之貨物，正可與行使取回權達到同一之目的。至管理人遲滯其選擇時，賣主當然得行使其催告權也。

在德國等國尙有所謂行紀取回權之規定。（德破四四條，日破九〇條，法商五七六條，民四破章五〇條。）卽受購買貨物委託之行紀，已將其貨物送於委託人，而委託人受破產宣告時，該行紀人具備前述出賣人之條件者，亦得行使取回權。我破產法無規定，殆以我國行紀營業，尙未如何發展，暫無此必要之故歟。

（丙）賠償取回權 在一般取回權情形之下其取回權之標的財產原不能屬之於破產財團，又在賣主取回權情形之下，其取回權之標的貨物，亦應置之於破產財團之外。而取回權卽是以取回此項不應歸於財團之現物爲其目的。換言之，亦卽是以破產宣告時，其取回之標的，尙現存

於現有破產財團中爲其前提者。但事實上，亦有在行使取回權前，其標的已經讓與，而財團曾受其對待給付者，又有已經讓與，而財團未受領其對待給付者，總而言之，此等情形，均是所謂現物已不存於財團。如果僅以有取回權者認爲財團債權者而行使其權利，保護上似欠充分。此時實有保護取回權人使與取回現物得到同一結果之必要。此項保護上所賦與之權利，即稱之爲賠償取回權。我破產法於此未有規定，茲就民四破章及各國立法例略爲說明如次：

賠償取回權之內容 立法例規定因取回權標的物讓與在破產程序中抑在破產宣告前而不同，茲分述之。

(a) 破產管理人在破產程序中將取回權之標的物讓與他人受有對待給付時，立法例多規定取回權人得請求所受對待給付財產之給付。(德破四六條，匈破四三條，南破四三條，奧破四四條，日破九一條，民四破章五一條。)南奧日破產法及我民四破產法案並定明尙未受對待給付者，取回權人有請求移轉對待給付請求權之權利。唯民四破章用「當然」字樣，而南奧日等法用「得請求」字樣，斯不同耳。(註六五)

(b) 破產人在破產宣告前將取回權之標的物讓與他人時，應如何處理？立法例規定頗不相同。德何破產法令適用上述規定，因之，取回權人得爲賠償取回權之行使。申言之，得要求相對給付之給付。(前揭條文)南奧破產法則嚴守債務人於破產前之行爲，僅產生破產債權之原則，令取回權人與普通債權人同其待遇。(前揭條文)日破產法折衷其間規定破產人未受對待

給付時，取回權人得請求移轉對待給付之請求權。(前揭條文)至已受對待給付時，則未有明文。理論上自將與南奧等法同其解釋。我民四破產大體雖從德法，而規定較詳：如破產人已受對待給付時得請求交付對待給付或利益。如尙未受對待給付時，有請求移轉對待給付請求權之權利云。(五二條五三條)

此外取回權人，因破產人在破產宣告前所爲之讓與行爲而受損害時，得就其賠償請求權爲破產債權人而行使其權利，自係當然之理。至因破產管理人所爲讓與行爲而受損害時，則因其情形之不同，有得爲財團債權人而行使權利者，亦有應歸破產管理人自己負責者。

第三款 抵銷權(註六)

一、概說 抵銷之法，可以簡費用，省勞力，節時間，爲消滅債務方法之極便利者。並就維持當事人相互間之公平言，復爲良好之制度。故爲各國立法例所採取。但在破產程序中，破產債權人能否以自己對於破產人之債務，主張抵銷，立法例卻不一致。其原因蓋由於各法系關於抵銷權性質之不同。已如前述。不過破產法上之抵銷權較之民法上之抵銷權，尤有重大之意義。蓋在通常之情形，當事人雙方均有實力。縱於互負之債務，不爲抵銷，祇多費履行程序而已。若在一方破產之際，他方所有之債權每不能得受完全之清償，而所負之債務則非對於破產財團爲完全之清償不可，似失公平。(註六七)且對於破產人負有債務之債權人，每因有特無恐而不急急追索，亦屬人情之常。乃一旦破產，卽不許其主張抵銷，亦未免過酷。因此，卽拉丁

法系近創債務與收據連擊之說，以代昔日雙重清償簡約之說。其意以爲雙方債務之成立，即已相互完成清償，抵銷僅係收據之交換而已。此說於破產法中，雖尙未完全採用，但於交互計算，夫妻財產制之補償問題，已漸爲判例所採納。（註六）將有廣泛見用之一日，似無可疑。我破產法大體仿日耳曼法系，其是認抵銷權制度，又不待言。

債權人在破產時利用其抵銷權，不僅與別除權之利用同其目的。設比之別除權，尙爲特別較強的受得優先償還之權利。何則？因別除權之利用，係從破產財團中屬於擔保標的之特定財產而受得優先之償還者，而抵銷權之利用，則係債權人以自己對於破產人之債務，而直接供作償還自己債權之資料。從擔保標的之特定財產而受償還，則在擔保權競合時，尙有順位問題。順位在後者，未必可依別除權而受得完全之清償。至以自己之債務，償還自己之債權，則因不許就抵銷權之抵銷額而有其他債權人之競合。而債權人之債權，必可就抵銷額而受完全之清償。故從債權人所受利益上言之，則抵銷權實係比之別除權，其效用特別較強。

二、抵銷權之適用範圍 民法上有抵銷權之規定，破產法上亦有抵銷權上之規定，究竟何種債權，可以適用破產法上抵銷權上之規定，是則吾人所當研究者也。他人對於破產人所有債權原有破產債權與非破產債權之分。（非破產債權如破產宣告後所發生之新債權是）破產人對於他人所有債權又有屬於破產財團不屬於破產財團之別。（不屬於破產財團之破產人所有債權如他人對於破產人自由財產所負之債務是）其間有應適用破產法上抵銷權之規定，有不然者，

試析述之。

(甲)非破產債權與不屬破產財團之破產人債權間所爲抵銷，完全與破產無關，當然僅適用民法上抵銷權之規定，毫無問題。

(乙)非破產債權與屬於破產財團之破產人債權間所爲抵銷，爲破產法上所不許；蓋非破產債權原不能參加破產程序，而依破產財團之分配受得清償。倘使之得因抵銷而受完全清償，未免陷於重大之矛盾也。

(丙)破產債權與不屬破產財團之破產人債權間所爲抵銷，能否允許？頗有研究之餘地。就一般債權人利益方面觀之，若能允許此項抵銷，則可減少破產債權之額數，而其一般破產債權人，即可得受多之分配。自應以允許爲宜。然從破產人方面言之，則所謂非破產財團，即破產人之自由財產。既許以破產債權人之債務，而與此自由財產之債權互相抵銷，即不能在破產程序中維持破產人之自由財產，則又以不許抵銷爲是。故我人以爲破產債權人在破產宣告當時，已對自由財產負有債務者，則可允許撤銷。其在破產宣告後對於自由財產所負債務，即不許抵銷。此在維持自由財產上，以及維持破產債權人間之公平上，均屬當然之結果也。

(丁)破產債權與屬於破產財團之破產人債權間所爲抵銷。此正有破產法上規定抵銷之適用。詳言之即破產法上抵銷之規定，正爲此等情形而設也。惟破產法抵銷之規定，限於破產債權人主張抵銷時，始有其適用。若破產人或破產管理人主張抵銷時，則須依民法之規定，蓋破

產法上之抵銷權，非如民法上之抵銷權，可由債務人作為抗辯權而發生其效用，祇是破產債權人特有之權利也。

又財團債權（財團費用與財團債務）與所負財團之債務為抵銷時，亦祇能適用民法之規定。良以破產法上之抵銷，以破產債權人於破產宣告時對於破產人負有債務者為限也。

適用破產法上抵銷之時期，破產法上抵銷之規定，僅能在破產程序繼續中適用之。若在破產終結後，既不謂之破產財團，自無適用破產法抵銷規定之必要。然在破產程序中所為抵銷之效力，雖於破產終結後，依然繼續，自不待言也。

三、抵銷之要件 在民法上所規定抵銷之通例，原則上均可在破產時適用。如民法及其他法規有不得主張抵銷之規定，（例如我民三三八條至三四一條，公司法一一二條二項）在破產時，自亦不得主張。（註六）蓋破產法不過僅對於民事法上抵銷之通例，一方面擴張之，一方面加以限制之而已。茲分述之。

（一）對於民法上抵銷之擴張

（1）給付種類不同之債權 民法上得為抵銷之債權，須其給付種類相同。（我民三三四條）但在破產情形下，則已將民法之規定擴張之，雖為異種債權，亦得互相抵銷。此即不問主動債權與被動債權（註七）是否同種類，如一方為金錢而他方為不特定物而他方為特定物，均可抵銷。惟非金錢之債權或金額未定之債權，自應以破產宣告時為標準評定其價額，再為抵

銷。我破產法於此，雖未如日破產法及民四破產法訂有明文。（日破一〇二條，民四破產法六一條）然解釋當然相同也。（註七一）

（2）附期限之債權 民法上之抵銷，以雙方債權均屬清償期者為限。（我民三三四條）然在破產法中，縱為未到清償期之債權，亦許抵銷之。其所以擴張抵銷之範圍者，良以主動債權即附有期限，然在破產宣告時，已視為到期。若受動債權為附期限債權時，不妨拋棄自己債務之期限利益，而為抵銷之主張。

上項附期限主動債權，若為無利息時，自應扣除破產宣告後償還期前之中間利息，而以其扣除額抵銷之。若附有利息時，則僅以原本及宣告破產前一日止之利息之合計額互相抵銷，而破產宣告以後之利息，不得加入於抵銷額中，此因宣告破產後之利息請求權，原不許作為破產債權而行使其權利故也。（註七二）至附期限受動債權無利息時，則不得扣除中間利息。蓋以破產債權人如不願拋棄自己債務之期限利益，儘可不主張抵銷；仍以破產債權，加入分配也。然該項債權若附有期限時，則因在破產宣告時互相抵銷之故，原本已在其抵銷之當時，歸於消滅，以後即無利息之發生。因之，破產宣告後之利息，亦不得加入於受動債權抵銷額之中。又主動債權受動債權均附有期限時，破產債權人亦能主張抵銷，此時抵銷，自依上述同一理論而為解決。

（3）附條件之債權 主動債權附有解除條件受動債權為單純債權時，得互為抵銷。（破一

一三條，德破五四條，奧破一九條，南破一八條，匈破三八條，日破九八條，九九條，民四破草六〇條。）不過日後條件若得成就，則破產財團將蒙受抵銷額之損失。縱彼時尙能要求償還，而主張抵銷之破產債權人，一時或無資力，亦不可知。因此管理人於抵銷時，得要就抵銷額提供擔保或提存其金額。（日破一〇一條，民四破草六三條）我破產法未爲規定，似嫌疏漏。又主動債權爲單純債權而受動債權則附有解除條件或雙方均附有解除條件。各國法律以此種抵銷，結果於破產財團無損，故多許抵銷。我破產法雖無明文，自應釋爲得以抵銷爲宜。唯在受動債權附有解除條件時而爲抵銷，則日後解除條件如果成就，破產財團，卽成爲不當得利，不得不予償還。因此，破產債權人，一面主張抵銷，一面又可以此不當得利之請求權作爲財團債權而行使其權利。不過此時所謂財團債權，乃係以成就解除條件爲要件之停止條件附債權。則此項債權以後之效力，須依照附停止條件債權之效力，實不待言。

主動債權附停止條件時，立法例規定在對於破產人清償其債務之際，爲日後抵銷計，得在其債權額之限度內，請求清償額之提存。（德破五四條三項，日破一〇〇條，民四破草六二條。）若至最後分配之拒絕期內，其停止條件尙未成就者，視爲在破產程序中不能成立之債權，而拒絕其抵銷。卽以所提存之額分配於其他破產債權人，又主動債權爲單純債權，而受動債權爲附停止條件債權時，債權人得在條件未成就前，不爲抵銷。而以自己之債權作爲破產債權行使其權利。如果條件成就之程度甚強，亦不妨相讓而爲抵銷之主張。（日破九九條後段）

我破產法於附停止條件之債權，既無明文規定，自應解爲不得爲抵銷也。

(b) 對於民法上抵銷之限制 據民法上抵銷之通例，祇以雙方債務，在意思表示時，互相對立，即得爲抵銷。然在破產時，則因破產係爲破產債權人利益起見，而以公平分配破產財團爲目的之方法，若許某債權人在破產宣告後或已瀕於破產狀態之時期內，爲新債務之設定以製成對立形式，互爲抵銷，顯不足以保持破產債權人間之公平，自應斷然禁止之。此破產法對於民法上之抵銷，所以必須有限制之規定，更爲哲述如次：

(1) 宣告破產後負擔債務 破產債權人於破產宣告後對於破產財團負擔債務者，不得主張抵銷。此如破產債權人因拍賣所得破產財團之財產而負支付價金之義務。須將其價金，完全交付於破產財團，不能主張與其固有之破產債權相爲抵銷也。(註七三)

(2) 宣告破產後取得破產債權 破產人之債務人於破產宣告後，對於破產人取得債權或取得他人之債權，均不得爲抵銷。蓋以宣告破產以後，破產債權之價值，勢必一落千丈。例如銀行破產後，銀行存款之價值必然下落，此時若有人以相當之價格承買存款摺者，縱令其價格在存款額下，存款摺所有人必樂於出售。然對銀行負擔債務之債務人，此時以其在摺面額以下價額售得之存款債權，如允許以之對於所負銀行之債務，互相抵銷，則銀行之債務人即可獲得大利，而破產財團，益見減少。銀行資產狀態，益形惡化。此種抵銷之應加禁止，無待煩言。

(3) 停止支付或聲請破產後取得債權 破產人之債務人已知其停止支付或聲請破產後取得債權不得抵銷。(破一一四條，德破五五條，奧破二〇條，南破一九條，匈破三九條，日破一〇四條，民四破草六五條。)此時取得破產債權，不准與所負債務爲抵銷，理由與上述情形完全相同。因破產人既已陷於支付不能或已聲請破產，其破產債權之價格當然亦甚低落。若許與對於破產財團所負債務抵銷，財團將愈形減少。債權人間之公平，亦無法維持。但若其取得破產債權，係基於法定原因，(例如繼承原因)或基於知有停止支付或聲請破產前所生原因，仍得主張撤銷。(破一一四條三款但書，民四破草六五條三款，日破一〇四條三款但書。)至於惡意取得之破產債權，(即知有停止支付等事實)而基於宣告破產前之較長時期內所生原因者，是否可以抵銷，此在日破產法一〇三條三款但書後段，已有明文認爲可以抵銷。即基於破產宣告前一年前所生之原因者，可以抵銷之是也。其理由與對於否認權所設時期之限制相同，(註七四)我國破產法無相同之規定，解釋除得依民法或破產法行使撤銷權外債權之取得，既早在破產宣告之前，似無不許抵銷之理由也。(註七五註七六)

據日破產法一〇三條規定，出租人受破產宣告，而承租人爲破產債權人時，僅得就宣告破產時之當期及次期租金而爲抵銷。此項限制，係基日破產法六三條之旨趣而來。(出租人受破產宣告時租金之預付或租金債權之處分，除關於宣告時之本期或次期外，不得以之對抗破產債權人)如果對租金抵銷，漫無限制，則長期之租金，皆得依抵銷而消滅，未免消失可由財

團吸收之財源，我破產法於此未有明文，適用上不無困難。

四、抵銷權之行使 破產法上之抵銷權，爲破產債權人之權利。（註七七）其行使與別除權之行使相同。均以破產管理人爲相對人，而不依破產程序行使之者，（破一一三條一項後段，德破五三條，南破一八條一項，奧破一九條，日破九八條，民四破草六四條。）抵銷權爲屬於形成權之一種，得在裁判上或裁判外對於破產管理人以意思表示爲之。此項意思表示，溯及於雙方債務得爲互相抵銷之始而發生其效力。

破產債權人行使抵銷權時，破產管理人若於破產債權之存在及其債額有爭議者，破產債權人即須申報其債權，在破產程序中，以求確定其債權之存在及其債額。關於破產權債之確定，須於申報以後，經債權調查會之調查。其所確定之債額，即得成立有效之抵銷。（註七八）然此項破產債權之確定，並非必要程序，若破產管理人已承認其抵銷時，則不須如此也。不過，縱可得破產管理人之承認，而其他破產債權人不承認其債權之存在及其債額時，破產管理人仍不能承認抵銷。蓋以債權之確定，既以債權調查會之調查爲必要，此項有疑義之債權，自非經其調查不可。因此，破產管理人直接承認其抵銷者，實屬稀有之例。故破產債權人爲抵銷之進行順利起見，不如先申報債權以求確定後而爲抵銷，始較安妥。（註七九）

（註一）主法人說者爲 Pererou, op. cit., No. 85 et S., Lyon-Caen et Renault, op. cit., VII. No. 472;

Gambaux, Les Créanciers de la Masse en faillite, annale de droit commercial, 1917 p. 417 et S., 主及權
醫家說, Kohler, op. cit., p. 370 et S., Mitrovic, op. cit., S. 94 ff., Zuglia und Verona, op. cit., 21.
340, S. 166.

(註二)加藤博士研究一卷二五八頁以下。

(註三) Pereron, op. cit., No. 808; Lyon-Caen et Renault op. cit., VII No. 276

(註四)維本博士法學新報二五卷六號三三頁六五頁，齋藤博士日本破產法一六六頁。

(註五)羅馬之法說部，人的優先權，不過普通債權中之優先權而已。(Privilegium personale, privilegium
Iner (Hypotheca) Girard, op. cit., p. 975-977.

(註六) Leh, op. cit., p. 183.

(註七)劉高舉教授於此謂：「破產債權須依一定順序而行使，破產法亦有明文。(一一二條)此一定順序，即有優
先權之債權先於他債權而受清償。所謂有優先權之債權，不必即係破產債權，如前 有別除權之債權，財團費用，財團
債務，按其性質，雖皆與一般之破產債權有異。然對於破產財團，皆得受其清償，故不失為一種債權。唯此三種有優先
權之債權，依破產法之規定，皆得不依破產程序，隨時由破產財團而受清償，故彼此之間實不能確為分別，孰為第一順
位之優先權，孰為第二順位之優先債權。但有優先權之債權中，種類相同者，(如同為有別除權之債權)則不難定其先
後之順位。例如破產人有不動產一處，昔因向甲乙丙三人先後借貸現金，曾在此不動產上先後設定三個抵押權，則破產
時，應按甲乙丙三人取得抵押權之先後，就該不動產之實得價金，依次受其債權之清償。其次序相同者，換言之，即同
順位者，例如甲乙二人係同時取得抵押權，則依破產法一一二條後段之規定，各按其債權額之比例而受清償。設甲乙受
清償後，所餘之部份已不足清償丙之債權，丙得以其未能受清償之債權為普通之破產債權。依破產程序，與其他之破產
債權，同受分配。以上所論乃就有優先權之債權而言。若為無優先權或一般之破產債權，則分配時應不分先後之順序，
平均分配之。(一三九條參看)然此僅為原則。一般之破產債權中是否尚可分為優先及無優先之二種。學者尙無定見。至
少在破產法上並無此種區分。唯民四破產法草案，則對於破產宣告以前一年所用之醫師藥劑師產婆及看護人之治療費及

破產宣告以前或破產者之死亡以前一年以內所僱工人僕役之給付等，應較其他一切破產債權，受優先順位之清償，即不承認此種債權爲優先權之破產債權。（草案二七條）現行法律未申明文認許此種有優先權之破產債權之存在。然亦不能解爲定不許其存在。荷勞工法令或其他法令中認此種債權或某種特宜之債權優先於其他一切破產債權而受清償者，亦未始不可也。」（前揭五六頁以下）竊按我破產法一一二條所謂有優先權之債權乃指一般優先權而言。有別除權之債權，固爲特別優先權，但僅得就特別破產財團行使權利。一〇八條參照不生先於他債權而受清償之問題。劉氏云云，不免誤會。至云「三種有優先權之債權……故彼此之間實不能再爲分別，孰爲第一順位之優先債權，孰爲第二順位之優先債權」按諸立法例與理論，均係違誤。要嘆師謂：「法律上基於公平之理由對於一定之債權人承認其優先地位，蓋以民法及其他實體法規既承認某種債權有優先於他債權而受清償之權。如破產法無順位規定，在破產順序使與普通破產債權受同等之分配，顯失公平。於此可知破產債權之有順位仍必以民法或其他法律定有優先受償之債權爲基礎。我國民法除抵押權質權留置權人得就擔保物優先受償，而此等權利人在破產法已成爲別除權不屬破產債權範圍外並無其他優先債權之規定。又如保險法人壽保險，保險人破產時受益人僅得以其保險積存金比例計算請求保險金額之償還。（保險法九四條）亦非若他種保險法所定生命保險公司破產時，被保險人之儲蓄金在公司財產上有優先權之債權先於他債權而受清償云云，似借船舶所有人破產時，依海商第二七條一項有其適用。前揭六四頁以下張知本氏謂：「有一般優先權之破產債權，依據民法及其他法律之旨趣凡有一般優先特權及其他一般優先權之破產債權，對於破產財團之財產，應先於其他破產債權而受清償。」（破三九條，民四草案二六條）蓋以其具有一般先取特權之債權者，在債務人中之總財產上原有先取特權，故於債務人破產時，正宜在破產債權者中，成爲優先順位者，不宜如特別之先取特權而成爲別除權者。」（前揭九二頁）王去非氏謂：「本條規定有優先權之債權之順位，按財團費用及財團債務原係先於一般破產債權而行使。」（九七條參照）別除權又係就其特有財產而行使其權利。（一〇八條參照）取回權復爲收回不屬破產財團之財產之權利，故此三者，均與本條所謂有優先權之債權，其義不相該當。實言之，於此，所稱有優先權之債權者，自係指含有優先性之破產債權而言。故應於上開三種權利以外求之也。雖本法別無明文指示其種類，然余自事理上搜求之結果，不外下列二種：（一）屬於本法之解釋，即爲有別除權而不行使者，此即指別除權人拋棄其別除權之全部或一部。別就其債權之全部

或一部，認爲有優先權，蓋以其不惜犧牲一己之受越權利，而大有裨於破產財團，使一般債權人蒙其利益，此其盛意，至爲可感，故解釋上應認爲有優先權也。例如債權人甲欲破產財團之特定財產或不動產。有質權留置權或抵押權，即有別除權，倘不行使，而仍由破產管理人變賣之，則所得價金，自應儘先償甲，他債權人不能主張平等分配，必償甲而有餘，方能分配於其他債權人。是優先權之效果。若行使別除權，則別除權人將自由依一般強制執行拍賣之。即非此際所謂有優先權之債權矣。（此點學者罕有論及，唯松岡義正氏於其所著破產法講義說明之。余列仲其義如上）（2）屬於其他法律之規定，例如海商法第二七條第一項各款債權，亦爲有優先權之債權是。（前揭一四三頁以下）關於優先權債權與別除權債權之區別，均較劉氏爲清晰。唯我人對王氏以拋棄別除權之債權人爲優先債權人一層，未能同意。良以別除權人既表示拋棄其別除權，則其放棄就特定財產取償利益之意思，顯而易見。倘仍就該特定財產之價金，儘先償還其債權，寧不與債權人拋棄別除權之本旨，大相刺謬。倘予以一般優先權甚至有發生最不公平結果之可能。例如破產人甲曾向債權人乙借貸洋萬元，就價值五千元之不動產設定抵押權，於此場合，倘行使別除權，則僅能得五千元全部之清償，其餘五千元依法祇得爲破產債權而行使。倘債權人拋棄別除權，而取得一般優先權，反得就全部破產財團全部受優先之清償，試問有是理乎？

（註八）婁瑛師謂：「至同條後段同一順位之優先權債權則各按其債權額之比例受清償，即係按各優先權之數額平等分配之意。不過同一順位之債權，應各按照其債權額之比例受平等償還爲破產法之原則。凡同一順位者，固不問其爲優先債權抑爲普通債權均應受此原則之支配。本法乃就優先權特設明文，則無明文之普通債權，是否適用此項原則，將毋使人置疑耶。」（前揭六五頁）我人觀於若干立法例，關於優先債權，從合同一順位，亦有不令受平等滿足原則之拘束者；由知我破產法一一二條後段規定尚非無的放矢也。

（註九）破產宣告後，破產債權人，不能個別提起訴訟，僅以給付之訴訟爲限。至以保全行爲爲目的之確認之訴或形成之訴，則無妨個別提起。（法巴克控訴院一八五二年八月十九日判決 D. P. 1852. 3. 70. 相反判例，日昭和四年六月一日東京控訴院判決。法律時報二五九九號一五頁，但爲學者所指摘。加藤博士著研究八卷一八八頁以下）

（註一〇）法 Ager 地方法院一八六六年二月二十日判決云：「關於期限之到來，法律殊未爲普通債權與抵押債權或

爲先債權之區別。」(D. P. 1836. 2. 149; S. 1836. 2. 154) 最高法院一八九六年六月十九日判決，同院一八九七年十二月一日判決。(D. P. 89. 1. 377; D. P. 98. 1. 166) 同院，Pereyron, *op. cit.*, No. 775, 吳說 Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, VII No. 262.

(註一) 例破產法六四條許債權人申報破產後之利息，其未訂有利息者，得依法定利息而爲行使。例最高法院判例則認未申報之利息不得受償云。(參照 Katona, *op. cit.*, S. 121)

(註二) Ullari, *Corso di diritto comm.* VIII. No. 7308-7352.

(註三) Pereyron, *op. cit.*, No. 807 及其所引判例。

(註四) 我國學者有採債權說者。憲漢師謂：「此外尚有行使別除權而不能全受償還時，所有殘餘債權額之算定問題，應予說明。依民法三二三條規定債務之償還應先抵充利息後抵充原本，而在宣告破產時，破產宣告後之利息，原則上不能視爲破產債權，故以擔保物之變價償還時，祇能先抵充宣告前一日止之利息，次充原本，其原本還高而有餘款，始能抵充宣告後之利息，如抵充原本後而無餘款，固不能以此項利息爲破產債權，如原本不能受清償而爲破產債權時，此時利息亦不得算入破產債權額。」(前揭六七頁同說) 張知本氏前揭二〇一頁以下) 可謂別樹一幟。但解釋破產法，竊未敢十分苟同。良以依九八條但書，有別除權者，並非破產債權，因之，即無因破產宣告而停止其利息發生之理由也。

(註五) Pereyron, *op. cit.*, No. 862 à 889; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, VII No. 215; Colin et Capitant, *op. cit.*, II. p. 115 et S.; Appleton, *Histoire de la compensation en droit romain.*

(註六) Saleilles, *Theories générale de l'obligation l'après le projet de code civil allemand*, No. 45 et S.; No. 62.

(註七) 王家駒教授謂：「原文第一〇〇條按現行法第九八條規定對於破產人之債權，在破產宣告前成立者，爲破產債權。但有別除權者不在此限。本條但書取法於破產法草案第五條，而破產法草案原淵源於日破產法草案第七條(竊按日現行法一五條無但書)其責破產債權與別除權之差異，不過一期爲擔保債權，一期爲非擔保債權，而其成立之

時期，在破產宣告前期一。如係破產宣告後成立之債權，固不能承認其為破產債權，尤不能承認其為別除權。何期，擔保債權之成立，以普通債權存在為前提。破產宣告後成立之普通債權既不許為破產債權，則在破產宣告後取得之擔保債權，又安有成立別除權之規定？故本條但書以下之規定，似可以不設。此外尚有一言，即本案所謂破產債權，雖以成立於破產宣告前者為限。然對於債權之本身，其否以財產上之請求權為限，未經明定，將來恐不無爭議。」（前揭論文）竊謂我破產法一〇八條二項既明定：有別除權之債權人不依破產程序而行使其權利，顯認有別除權之債權為破產債權，唯不依程序行使權利而已。否則，有別除權債權原非破產債權，當然不能依程序行使，何待規定乎？王氏主張刪去九八條但書，不為無見。至債權本身，法八雖未明言以財產上之請求權為限，然此係當然之解釋，尚不至有何問題。

（註一八）德破六九條，奧破一四條，南破一三條一項，日破二二條，法一九二九年二月七日巴黎控訴院判決。（D. P. 1126. 29.）及 Lacour 之註釋。

（註一九）日東京控訴院昭和七年四月十一日判決：「破產債權以有金錢之價値之財產上請求權為限。從而作為不作爲債務賦得於破產程序外請求履行」（法律新聞三四二六號九頁）加藤博士為贊同之批評。（法協五〇卷二三九七頁以下）

（註二〇）探一部關係說者，如井上教授前揭三版六七頁採全部完備說者，如齋藤博士研究一卷一三〇頁以下。

（註二一）井上教授破產債權的現代化（京法四卷四號一頁以下）竹野判事期報附債權（法曹四卷九號十號）關於票據滿期日之到來，加藤博士研究一卷二二九頁以下。

（註二二）關於將來之請求權，請參照加藤博士研究七卷七頁以下，齋藤博士研究一卷一五二頁以下。

（註二三）關於代理人，準用訴訟代理之規定。（加藤博士研究七卷二一〇頁以下）如二人以上之代理人就同一債權為雙重之申報，記入債權表時，破產管理人與其他債權人均得提出異議，由債權人或代理人撤回一方之申報。（同八卷三一頁）

（註二四）法商四九一條，意商七六〇條，奧破一〇四條，匈破一二七條，南破一一六條三項均限以書面為之。德破

一三九條，日破一一四條，*Sarbo* 法二二條後段則兼許以口頭爲之。

(註二五) 依南破一六條四項債權人住於外國者，應於破產財團所在國指定送達代收人。如不爲指定者，受命推事得以債權人之費用任命之。

(註二六) *Perceon*, op. cit., No. 789; *Lyon-Caen et Berault*, op. cit., VII No. 259.

(註二七) *Vidari*, op. cit., VIII No. 791-792.

(註二八) 學說：在德國如 *Heifron und Pick*, op. cit., 5, 210; 在奧如 *Jahmann*, op. cit., 9, 99; 在南如 *Zuglia et Verona*, op. cit., p. 210. 在日如齋藤博士日本破產法一四四頁，井上教授破產債權之現代化，(京法四卷四號一一頁) 在吾國，如張知本氏前揭六八條，晏瑛師前揭五九頁，王仲何氏前揭二四九頁，王去非氏前揭二七頁。

判例：日大審院判決民事判例集五卷七一頁，平野氏判例民事法六正十五年慶五五頁以下，橫濱地方裁判所昭和六年八月十日判決法評二一卷六號七七頁，東京地方裁判所昭和七年六月二十二日判決，法律新聞三四三六號一二頁。

(註二九) 民四破草一〇條二項：「定期金債權，其金額及期間確定者，應以其破產宣告後所應給付之總債權額爲破產債權額。」是不必扣除中間利息，與普通定期附債權異致。與其母法日破產法一九條規定亦復不同。殊欠妥適。

(註三〇) 立法機關編譯處編各國破產法選解德破產法六六條：「已解同條約之債權，得主張與無條件者同。」應爲「附解除條件之債權……」想係手民誤植，用代糾正。

(註三一) 民四破草七條八條仿自德破產法六六條六七條；而同章一二條則仿自日破產法二三條；德破日破於此規定相左，破草乃兩仿之，未免矛盾。

(註三二) 破產法草案初稿一〇四條，「附解除條件之破產債權，視爲無條件。但須提供相當擔保，始得請求分配。」王家駒教授頗示不滿；但王氏以爲該條前段既視爲條件，後段又僞須供相當之擔保，始得請求分配，如其未免自相矛盾。蓋既視解除條件爲無條件，則此種債權人即應與無條件之債權人同視一律，從而主張但書以下可從刪。(前揭論文) 其言自覺合理，現行法已予以改正矣。

(註三三) 劉朗泉教授對於一〇五條之共同債務人，又有妙解，以爲「即連帶債務人似應與民法用語一致爲妥」(前揭五七頁) 殊不知共同債務人非即連帶債務人。且前者可以包括後者，後者卻不能包括前者，例如保證人即不能概稱之爲連帶債務人也。

(註三四) *Perceyon, op. cit., No. 883; Thalben, Droit commercial No. 1224; Lyon-Caen et Fenaut, op. cit., VIII. No. 929.*

(註三五) *Kohler, op. cit., §. 349* 以下, *Zonglia et Verona, op. cit., p. 59* 以下, *Bartsch, Grundriss, §. 51.*
(註三六) 同說漢瑛師前揭六一頁, 王仲仁氏前揭二五三頁, 王去非氏前揭一三二頁。

(註三七) 劉朗泉教授於此有所批評。略謂：「基於前述委託之關係，亦可以要求償還其所受之損失，但背書人對於付款人無委託關係之可言，付款人苟不知其破產宣告之事實而爲承兌或付款不能向背書人之破產財團行使權利，因承兌人或付款人非票據權利人，乃票據上債務人，對於其他票據債務人不能行使票據上之權利，破產法於此點規定顯與票據原則不合，似不甚妥。」(前揭五五九頁以下) 殊不知背書人雖與付款人無委託關係之可言，然依票據法三二條規定：背書人得爲預備付款人間不能謂無委託關係之可言。從而預備付款人苟不知其有破產宣告之事實而爲承兌或參加付款，自應許其得向背書人之破產財團行使其權利。破產法於此規定，我人未見其與票據原則有何不合也。

(註三八) 民二三破章三八條用語爲「縱繼承人承其繼承已爲單純之承認」，與現行法一一五條所用：「縱繼承人對於遺產未爲限定承認」不同。劉朗泉教授以此較此二語，以現行法上所用者爲佳。因依吾國繼承法，繼承因被繼承人死亡而開始，繼承自繼承開始時，即承受被繼承人財產上之一切權利義務。初不必於繼承開始時，由繼承人爲承認繼承之意思表示。故「縱繼承人就其繼承已爲單純之承認」一語，在他國或可適用，在吾國則無異蛇足。(前揭五六〇頁) 所稱良是。

(註三九) 王去非氏謂：「即令繼承人未爲限定承認時，繼承人之債權人對之，亦不得行使其權利。何則？蓋以此項遺產擔保被繼承人之債權之權利，比之擔保繼承人之債權人權利，其法力爲偉大。今遺產本因不敷清償被繼承人所負債務，方始破產。若使拘於普通法理，利用繼承人未爲限定承認而允許繼承人之債權人，亦得加入破產程序，主張權利。

則實際上豈非使被繼承人之債權人，於固有的損失分擔之外，而益令減少分擔額。負擔二重損失乎？此本條規定，於保護被繼承人之債權人之利益，所以極爲必要也。」（前掲一五二頁）王氏殆不知即在許繼承人之債權人行使權利之立法例，仍令其後於被繼承人之債權人及受遺贈人而受分配。並無使後者負二重損失之虞。因之王氏以爲不條規定，乃出於保護被繼承人之債權人，恐非立法之本意。

（註四〇）關於此點，民四破產與民二三破產不同。即在前者繼承人之債權人應完於繼承債權人及受遺贈人而受償，而後者則無此區別，自以民四破產爲是。乃劉朗泉教授持反對之見解以爲：「繼承人既承受被繼承人財產上之一切權利，此項權利義務與其自己之權利義務即無分別，清償時即不能有差別待遇。」（前掲五六三頁）殊不知民法原則，債務擔保以債務人之財產爲限。假定繼承人之破產財團較遺產財團爲富，則在被繼承人之債權人，殊不必以繼承人之財產加入，以厚其保護。在繼承人之債權，更不宜使繼承人之財產減低，致少受分配。於相反之場合亦然。故各國立法例於繼承法期有財產分攤之規定，於破產法則令彼此債權人相互有先受償還之利益也。

（註四一）劉朗泉教授謂：「遺產之債權人亦不能對繼承人之財產行使權利，（縱繼承人就其繼承未爲限定之承認）此爲當然之解釋，因遺產既經宣告破產，自應限以遺產清償一切，若遺產之破產債權亦可繼承人之財產行使權利，是與未受破產宣告無異，又何必多此一舉。但遺產若未受破產之宣告，繼承人就其繼承亦未爲限定之承認，或拋棄承認，則如一旦繼承人宣告破產，被繼承人債權人應能對之行使權利，亦不待言。」（前掲五六一頁）此種見解，實難疑義，我人如未爲限定承認之繼承人對於遺產之責任，大抵相當於無無限責任股東，對於公司之責任。依最新學說與多數立法例，則均主張無限公司及兩合公司破產時，無限責任股東不必同時宣告破產。（參照本論一編一章一節註六）然則公司債權人能對無限責任股東之財產行使權利？如爲肯定之答語，則劉氏必謂公司之破產爲「多此一舉」。如爲否定之答語，是使原負無限責任之股東，因劉氏理論之演繹，而不負無限責任，「詎有當乎？」

（註四二）井上教授綱要一〇九頁以下。

（註四三）加藤博士破產法法學全集一四一頁以下，齊藤博士日本破產法二七六頁。

（註四四）日昭和五年八月十八日東京地方裁判所決定認權利質權人有別除權之權利。（法律新聞三一七〇號三頁）

解藤博士之。 (研究八卷二〇二項以下參照)

(註四五) 黃俊氏於此有所不滿。略云：「若留置權亦認爲別除權之一種，則似有商權之處。因留置權就其在民法上之性質而言，似僅有留置其物之權利。並無直接於其物上有受償之權利。似不應即認其有別除權。自破產法草案，民事本無區別，故亦無此項分別之規定。而在破產法上，則祇有商權上之留置權者，可以主張別除權。其他留置權人，不僅不能主張別除權，即其固有之留置權，亦因債務人之宣告破產而喪失其效力。」(前揭論文) 殊不知破產法不認民事上之留置權人有別除權，頗爲彼邦學者所指摘。(井上教授講義一—二頁，藤博士日本破產法二七八頁) 我破產法不爲仿效，固屬正當。

(註四六) 法商五〇條，意商七七三條，奧破四九條，奧破四八條，南破四七條，匈破五七條。Traité, Droit commercial, p. 1193 et S.; Colin et Capitant *coms* *élémentaire de droit civil*, II, p. 810; Kohler, *op. cit.*, S. 161; Bartsch, *op. cit.*, S. 14; Katona, *op. cit.*, *art.* § 37 及所引判例。

(註四七) 法商二〇八八條最高法院一八五七年四月二十八日判決 P. P. 37. 1. 219)

(註四八) 加藤博士研究七卷二六一頁以下。

(註四九) 日大審院大正七年三月二十七日判決。「有破產宣告時，破產人之破產財團由管理人管理。因之，關於財團財產之訴訟或執行，應以破產管理人爲相對人。債權人對破產人所有不動產有抵押權，以破產人爲相對人依競賣法而爲競賣之申請裁判所基此申請而爲競賣時，破產管理人得爲異議或抗告」(大正七年度大判決錄二四卷民事五九三頁) 加藤博士贊成之。(研究五卷三〇一頁以下) 同院昭和四年八月二十一日判決：「競賣屬於破產財團財產時，依競賣法一七條三項所謂競賣時自受通知之利害關係人，非破產人而爲破產管理人。」(法律新報二〇號)

(註五〇) Bartsch *op. cit.*, S. 48.

(註五一) 民四草案一七八條規定不僅爲債權之申報，且認別除權人申報其債權之金額時，視爲拋棄其別除權。

(註五二) 依 Zugha et Verona, *op. cit.*, p. 45 法院僅於受命推事未執行職務前有其管轄，不服受命推事之裁

定，得向控訴院提起控告。

(註五三) 在破產宣告前六十日內使執行程序而取得之擔保權，僅不許於破產程序中為別除權之行使。倘破產程序一旦結束，該項擔保權依然有效，視為從未停止其存在。不過，為擔保權標的之財產如在程序中已變賣時，買受人不受擔保權之拘束。(一九二六年二月二十日奧最高法院判決 *Zuglia et Verona*, op. cit., p. 50. No. 39 所引)

(註五四) 信託關係是否因受託人破產而終了？抑須破產管理人將信託財產組入破產財團時，委託人始得行使取回權？學說不一。主前說者為加藤博士法學全集破產法一二九頁，三淵氏信託協會報二卷四號附錄五九頁以下，主後說者為：齊藤博士日本破產法二一九頁，前野氏破產法一七四頁。

(註五五) 不動產租賃，承租人在破產宣告前解除之場合，出租人依其解除有取回不動產之權利，並得申請令破產人或管理人撤去建築物。(加藤博士法協五〇卷三三九六頁以下)

(註五六) 妻之財產，非無由夫管理占有者，夫受破產宣告時，妻誠得如一般真正所有人行使取回權，但夫妻關係，異常密切，非無虛構事實，以圖隱匿財產者。故立法例對於妻行使取回權，有特別規定證明之方法者。南破產法五四條：夫管有妻之遺產，須提出在破產宣告二年前依法所為之證書，始能要求取回之。法商法舊五六〇條規定妻能以財產目錄或公證書證明者，始得行使取回權。但一九二四年四月二十九日法律已予廢止。此後一切證據方法，均所許可。意商法七三〇條至七八七條略似法商法舊五六〇條限以財產目錄或有確定日期之證書為證。德破產法四五條，與破產法四五條，例破產法四六條均容許適用普通證據法則。(例最高法院一九〇〇年一一八〇號判決 *Kotuna*, op. cit., p. 100 所引) 日破產法及我破產法均無規定，解釋上似不能不以德破產法為正說。

(註五七) 齊藤博士日本破產法二一二頁，井上教授綱要四二頁以下，反對說由岡博士破產法一一九頁。

(註五八) 法商五七四條至五七九條，意商八〇二條至八〇八條，波蘭商五二八條至五三三條列舉各種取回權。但依學者解釋，各該條規定為例示的而非限制的。是結果仍以民法及一般法律為基礎也。(Lyon-Caen et Renaut, op. cit., VIII, No. 792. Parcerou, op. cit., No. 883)

(註五九) 嚴格言之，取回權非肇源於英國，亦非託基於衡平。乃十六世紀時，一般商人之習慣，此項習慣之形成，

本以之爲一種私的懲罰。蓋違反信用之破產人，在當時原爲舉犯而應罰之於法。但考於世故之商人，深知此種私的懲罰，於出售貨物之債權人毫無利益。不如中止運送，取回貨物，反足以懲儆意存詐取之商人。英國爲商務發達之國，自先受其影響。一六九〇年 *Wiseman v. Vaulpatt* 案件。即立「運送貨物買受人未付款而破產時，於起送前由賣人得取回之」之原則。(2 *Vernon 203*, *Holdswoth*, op. cit., VIII p. 213 所引) 一七四三年 *Hartwicke* 爵士據其考察所得，以此習慣普遍的存在於商業界，乃提請製成文法規條參照 *Lord Rauling in Heath v. Steamship Co. Ltd. v. Cargo Elevator Iron Co. Ltd.* (1913) 2 K. B. 571, 579。查英法與大陸法在適用上不同之點。即前者買主陷於付款不能，即可適用。而後者必須形式上已有破產宣告時，始得爲之也。(參照加藤博士英法上之賣主運送高取回權，研究五卷一四九頁以下，宮本英雄氏關於英法之賣主引渡差主權，京法一二卷五號六號加藤博士發表當事人與破產法，國經一七卷三四號)

(註六〇) *Lehmann*, op. cit., p. 127 et seq.; *Colin et Capitant*, op. cit., II, p. 321 et seq.; 認賣主取回其貨物，乃恢復其暫時放棄之現實占有而已。

(註六一) 參照金井氏手稿詳解五五一頁五五二頁。

(註六二) 參照加藤博士日本破產法二二八頁以下，張如本氏前揭一八六頁。

(註六三) 法商法五七六條二項有相反之規定：「售品於未運到前，基於運送人之貨單或運送單若已運出售並無虛偽情事者，不得取回之。」

(註六四) 英 *Frost v. Hodgung* 案件。其紐約商人向英商定貨，約定送往紐約。由賣人御英至利物滿。經由買主駐處代理人載運美湖，買主卻於此時宣告破產。上層認爲賣人有取回權。以爲訂約時的約定運至利物滿，即不得取回之云。(3500, 15 app. cas. 301)

(註六五) 張如本氏謂管理人在破產程序中得取回權標的物讓與他人之場合，民四破產章尚無規定。(前揭一九〇頁一九一頁) 其質談第五四條規定「以情形準用破產人在破產宣告前將取回權標的物讓與他人之明文。」張氏應云，未受原讓。

(註六六)野中氏關於破產法之抵銷。(法學新報三八卷五號七頁以下)

(註六七)英法上之抵銷亦產生於衡平之觀念。(參照 Lester V. Hoeyon (1903) 1R. B. 174—178; Scott v.

Armstrong (1892) 148 U. S. 439. 13 sup. ct. 148.

(註六八) Leh. op. cit., p. 239

(註六九)日昭和二年九月十五日東京地方裁判所判決。(法律新報二七六四號一三頁)加藤博士研究八卷一九六頁

以下。

(註七〇)同說齋藤博士日本破產法二八八頁，妻英師前揭七一頁，王仲桓氏前揭二八〇頁，異說張知本氏前揭二一

七頁。

(註七一)日大塚控訴院大正十五年三月三十一日判決：「人壽保險公司對於要保人貸金之場合，要保人破產時，公司得以貸金債權與保險契約解除取之返還請求債權相抵銷。」(法律新報二五六七號一〇頁)關於返還請求債權，應適用破產法九九條而為評價。(加藤博士研究八卷九四頁以下)

(註七二)張知本氏以為破產宣告後之利息所以不能加入抵銷額，乃因元本既於宣告破產之能加入日，視為已到期，則元本即已消滅。以後當然不發生利息故也。(前揭二一二頁以下)竊謂已到期還期，元本未必即消滅，從而利息亦未必不發生也。因不從其說。

(註七三)日大審院大正十五年十二月二十三日判決：「破產法一〇四條一款(相當於破產法一一四條一款)所謂破產債權人對破產財團負擔債務，非指破產債權人對破產財團所屬物件租賃或買得而負擔之債務，乃指破產債權人與管理人依法行爲對財團所負之債務而言。」(法律新報二六六〇號一六頁)加藤博士對此判決，有所批判。(研究八卷二二頁以下)又破產債權人於債務人受破產宣告後對破產財團負擔不當得利之債務。(例如對財團並無質權之實行，變賣質物，受價金之請償是)不許抵銷。(日大審院大正四年八月二十四日判決，大判決錄二二輯一四一七頁，加藤博士研究二卷二八四頁以下)

(註七四)同題旨：加藤博士研究七卷一一二頁，齋藤博士研究三卷一八二頁一八七頁同四卷一三〇頁，昭和二年十

月二十九日高岡區裁判所判決。(法律新報二七六四號七頁，加藤博士批評研究八卷二一五頁以下)昭和三年五月八日名古屋地方裁判所判決。(同二八四五號六頁同博士批評八卷四四八頁以下)同四年五月十四日大審院判決。(判例集八卷五二三頁)同五年一月十五日同院判決。(法律新報三一八九號一四頁)反對說：松本博士(法律新報二七三〇號一八頁，安田同人會雜誌昭和三年九月十號)野中氏(法律新報三八卷五號四九頁)金井氏詳解五八一頁，淺沼判事(法律新報三六卷一一號八八頁)

(註七五)大審院昭和六年十二月八日判決：「破產人之債務人違反破一〇四條三款(相當我破一一四條三款)之規定，而爲抵銷。縱得破產人之承認，仍非有效。」(法律新報三三五三號一六頁)

(註七六)大審院昭和七年五月二十一日判決：「破一〇四條三款但書(相當於我破二四條三款但書)之場合，雖得爲有效之抵銷。但主動債權如爲讓受債權，而讓受以得債務人之承認爲要件；倘此項承認因其他債權人行使否認權而被否認，其抵銷與無主動債權同一結果。應自始無效。」(法律新報三四三九號一三頁)

(註七七)日京都地方裁判所昭和六年三月二十八日判決：(法律新報三二五七號七頁，加藤博士之批評法協五〇卷一六〇頁以下)

(註七八)日昭和七年七月一四日東京區裁判所判決。(法律新報三四五七號一〇頁)

(註七九)英美法上抵銷權，其行使之要件與大陸法不同，爰述之以供參考。

英破三一條規定：相互信用，相互債權，相互交易得以彼此抵銷。而英破六八條不及相互交易，因爲學者所詬病。Mark, Set-off in cases of immatured claims in insolvency and receiverships, 31 Harvard Law Review (1920) 178-185. 又主張抵銷之債權人須爲善意，詳言之，即如其給與產人債務時已知悉該破產人無力清償或已犯破產行爲而於聲請書呈遞之後或聲請書呈遞前三個月(英)或四個月(美)者，乃屬惡意，不得要求抵銷之利益。又雖爲破產法上之抵銷，仍以種類相同者爲限。(In Re Fenton (1931) 1. Ch. 85. Marnol, op, cit., p. 240)

第七章 債權人會議

債權人會議，爲債權人團體參與破產程序而設，蓋在債務人不能清償債務時，債權人得對於國家行使其破產請求權，而此請求權可分爲破產聲請權與破產參加權二種：前者即債權人向法院要求宣告債務人破產之權利，後者乃參酌債權人之自助主義集合多數債權人使得自由發表意見成立決議，或接受破產管理人之報告，以參加破產程序。其行使此項參加權之機關，是爲債權人會議。債權人會議之任務，召集，及決議方法均應依法律之規定，並且非在法院指揮之下所爲之會議，不能發生效力，茲析述如下：

一、會議之召集 債權會議之召集，必須由法院爲之，其召集有基於法律明定者，如第一次債權人會議是，有基於破產管理人或監查人之聲請（註一）者，或基於法院之職權者，（破一一六條）召集之方法，以公告爲之，其公告應載明預定之債權人會議期日及應議事項，（破一一八條）開會處所等。應議事項之公告，不能僅爲概括的表示，須標明特定事項。至開會處所之公告，於法雖無明文，唯就事實言，非預先指定開會處所列爲公告事項之一，則債權人縱欲到會參與，亦將無所適從。公告方法依我破產法六五條三項準用同法一三條規定，應黏貼於法院牌示處並登報於公報及新聞紙，如該法院管轄區域無公報新聞紙者，應併黏貼於商會或其

他相當之處所。

二、會議之主席 債權人會議應由法院指派推事一人爲主席。(破一七條)破產程序之債權人會議原應於法院指揮之下爲之。故我破產法定由法院指派推事一人爲會議之主席。執行下列各項職務，(一)宣告會議之開閉，(二)許可及限制發言，(三)督促討論會議事項，(四)有繼續開會之必要時，宣告其日期，(五)編製議事日程與會議紀錄，(六)行使會場警察權，但不得干涉議事之內容，至法院指派充任主席之推事，以一員爲限。同時或先後指派二人以上卽屬不適法。在通常某種會議，所謂主席團之制度，破產程序中之債權人會議，則不容有此觀念。

三、會議之出席與列席 破產債權人及其代理人自屬有權出席債權人會議，(破三七條)不過此爲債權人之權利而非義務。出席與否，一任債權人之自由，法律不加強制。其次爲破產人之出席，依我破產法一二二條規定，破產人應出席債權人會議，並答復主席破產管理人監查人或債權人之詢問。是破產人因負有說明義務，必須出席於債權人會議。(註三)故其出席，與其謂爲權利，毋寧謂爲義務。破產管理人與監查人得列席債權人會議。一方對於債權人有報告破產事件進行狀況之義務，一方對於破產人有詢問關於財團財產一切事項之權利。是其列席，可謂權利，亦可謂義務也。此外財團債權人取回權人別除權人我破產法雖無規定，然因適應事實上之必要，以解爲得以列席爲宜。

四、會議之任務 債權人會議可別爲第一次債權人會議，調查債權會議，與其餘債權人會議。第一次債權人會議原爲決議緊急事項而設，故其期日應與宣告破產同時決定，並須在破產宣告之日起一個月以內。（破六四條）調查債權會議則爲調查並確定破產債權之原因及債額而設。其期日亦應與破產宣告同時決定公告並須在債權申報期滿後若干日以內。（註三）其餘之債權人會議則因需決定某種特定事項（例如議決變賣破產財團之某種財產是）而有開會之必要時，法院依職權或依破產管理人或監查人之聲請而召集之。可知各種會議，各有其任務與使命，未可隨意相併。特別爲第一次債權人會議與調查債權會議，因其期日絕不相同故也。（註四）（註五）乃我破產法既未規定法院於破產宣告時，應同時決定債權調查會議之期日，乃於第二五條規定：「對於破產債權之加入或其數額有異議者，應於第一次債權會議終結前提出之。」一若調查債權即應於第一次債權人會議時舉行者，殊不知第一次債權人會議期日依六四條須在破產宣告日起一個月以內，而申報債權期間依同條須在宣告日起十五日以上三個月以下，是通常舉行第一次債權人會議時，債權尙未申報完畢，何由進行調查乎？第一二五條一項後段誠有「其異議原因知悉在後者，不在此限」之但書，調查債權似得分批於其餘會議時舉行，以資救濟。不知調查債權，原則上必須於同日爲之。使破產債權人均得參與並充分聽得調查之經過，以爲承認或提出異議之標準。如以第一次債權人會議調查債權爲原則，試問申報在後之債權人對於業務確定之債權，能否提出異議。如許提出，則前次之調查，未免多此一舉。如不許提

出，則申報在後之債權人無形喪失其參加權之一部，且少數債權人及破產人正可利用時期及早確定其不可靠之債權，流弊之大，何可勝言。按調查債權在破產程序中原為最重要之階段，而我破產法竟為最簡單之規定，既未明定其日期，又未釐定其手續。疏漏至此，殊足驚人。（註六）茲依一般立法例規定，稍予補充。茲將其他債權人會議之任務，分述如次：

（一）調查債權 調查債權之目的，在就申報之債權，以確定可否成為破產債權而於破產程序上行使其權利。故調查之事項不得不求詳盡，如債權之原因，數額，順位別除權之預定不足額，俱屬於應調查之事項。（日破二三二條，民四破草一八一條）又調查不僅以債權表為依據，尚須參照申報書為之，若債權表之記載有遺漏者，並須補充之。

調查債權日期，通常由法院於宣告破產同時決定，已如前述。又為調查遲滯申報之債權，尚得以該債權人之費用，為一特別日期之指定。亦如前述，茲不復贅。

破產管理人為調查債權之主任機關。（註七）（註八）出席會議，自屬必要。而破產人則為調查便利計，亦以令其出席為宜。至破產債權人之出席與否，非調查之必要條件，縱不出席，亦無妨程序之進行也。

調查之結果，破產管理人及其他債權人無異議或雖有異議已被消除者，（例如異議人已撤回其異議，或異議人之債權已確定為不存在或撤回債權之申報而喪失異議權是）債權即告確定。（德破一四三條，奧破一〇九條，南破一二一條一項，匈破一三九條三項，日破二四〇條，民

四破草一九〇條。）至破產人之異議則於破產程序上不能承認其效力。蓋以若承認破產人之異議有影響債權確定之力量，則破產人當爲無意識之申述，能使破產程序之終結，有遲延之慮。且破產人所述異議果有理由，則管理人與其他債權人，當從從而附會之。斷未有有理由之異議，聽使破產人一人申述者。故不認破產人之異議在破產程序上有其效力，亦無何種障礙。不過所謂在破產程序上無效力者，並非完全否認其效力，僅在破產程序之外，尚能有其效力耳。

債權之已經確定者，應記載其確定之旨趣於債權表。該項債權，原則上即不得對之再申述異議，其理論上之根據何在，各法系不一其致。拉丁法系認爲裁判上之契約。因之一經訂定，不得稍有變更。以爲苟不如是，則一切債權均將無從確定，破產程序亦勢必無從結束也。（註九）日耳曼法系則認爲有確定判決之效力，不得對於一部份破產債權人爲然，而對於全體均有此效力。所謂全體者，不問爲已否申報之債權人，亦不問已否出席調查債權會議者，均包括之。（註一〇）但此項效力，並非絕對。法例例認債權確定倘有嚴重錯誤，或由於詐欺，脅迫，不可抗力等事項仍得提出撤銷裁判上契約之異議，（註一一）德日學說則認債權表記載顯有錯誤時，得準用民訴法更正判決之規定聲請更正；其合乎再審條件者得準用民訴法提起再審之訴；（註一二）債權確定後有債權消滅原因者，（例如因第三人之償還抵銷，混同，免除等消滅債權全額者）得準用民訴法對於其請求提起異議之訴云。（註一三）

債權人如有人申述異議，即須將此項異議消除之，如果不然，則債權既未確定，即不能

加入分配。其消滅異議之方法，通常依訴訟程序行之。管轄該項爭議之法院自應裁判其曲直，俾有歸宿。此裁判之形式，多數立法例規定以判決行之。（德破一四七條，南破一二四條，日破二五〇條，民四破草一九九條。）而我破產法爲求其迅速起見，規定以裁定行之。（破一二五條二項）該項裁定，當事人得對之提起抗告，自不待言。

不過，依訴訟而消除其異議，立法例有因債權之性質不同而異其程序。所謂債權性質不同者，卽一爲有執行力之債務名義或終局判決之債權。（有名義債權）一爲無執行力之債務名義或無終局判決之債權（無名義債權）是。在無名義之債權，被異議之債權人爲消除其異議起見，當自動的對於異議者提起訴訟，以求其債權之確定；在有名義之債權當尊重既存執行力之債務名義或終局判決之效力。異議人若不依破產人所當履行之訴訟程序，以排斥其債權，則異議當然消除。（德破一四六條六項，奧破一一〇條，南破一二二條二項，匈破一四五條，日破二四八條，民四破草一九七條。）五。我破產法不問債權之有無名義，一經異議，概由法院裁判之，有墮執行力，債務名義或終局判決威信之嫌，抑長債權人忘主異議之風也。

關於異議訴訟之費用，其負擔之方法，應依民法之規定辦理，自不待言。然破產財團若因其訴訟而受利益時，則主張異議之破產債權人，在其利益限度內，得爲財團債權人，而請求訴訟費用之償還。（民四破第二〇〇條，日破二五一條，德破一四七條後段，南破一二四條三項。）所謂破產財團因其訴訟而受利益云者，如因對於一般債權之異議有理由，而以被異議

之債權人分配額返歸於財團；又如對於優先權之異議有理由，則作爲普通債權加入分配，致財團受其利益之類是，此時主張異議之債權人，原屬於勝訴人之地位，依民法通例，本得直接對於敗訴人請求償付其訴訟費用，唯既經向財團請求償還，則所有對於敗訴人之請求權，以後即應移歸於破產財團，否則，主張異議者，即屬不當得利。主張異議之破產債權人若敗訴時，則訴訟費用即歸異議者，自己負擔。唯破產管理人爲主張異議者而敗訴時，則訴訟費用，仍應當作財團費用而由財團支付之，若勝訴時，其請求權，爲財團之資產，自無容疑。

確定債權所爲之裁判，對於破產債權人全體發生效力。（德破一四七條，南破一二二條，日破二五〇條，民四破草一九九條。）蓋爲對於一人而使債權肯定，對於另一人又得否定之，則爲破產程序之性質所不許。故須在破產法上擴張其裁判之效力。我破產法雖無明文，解釋亦不能不爾。

確定債權之裁定確定後，破產管理人應改編債權表，提出於債權人會議。（破一二六條）良以被異議債權或被排斥而不得加入分配，或由不確定之狀態，變而爲確定之狀態，均非改變債權表不可。至改編之後，尙須提出於債權人會議者，則因依我破產法破產管理人原負有債權表提出之義務。（一一九條參照）而改編之後，與原提出債權表之情形，當然有異。爲使各債權人明瞭變動之情形，當然有異。爲使各債權人明瞭變動之情形，當然有異。爲使各債權人明瞭變動之情形，當然有異。爲使各債權人明瞭變動之情形計，爲將來分配之根據計，自應使之負此義務續行之責任也。（註一五）

(2) 選任監查人 破產機關除法院，受命推事，破產管理人外，多數立法例尚設所謂監查人。(德) *Gläubiger-Versammlung* 德破八七條至九二條，奧破八八條至九〇條，法 *Controlleurs* 一八八九年三月四日法律九條至十一條，意 *Delegazione dei Creditori* 七三三條至七二六條，一九三〇年法律。南 *Verovnickiobor* 九五條至九九條，匈 *Szótrolazmány* 一六〇條至一一條，英 *Committee of inspection* 二〇條，日監查員一七〇條至一七五條。) 我破產法亦然(一二〇條一款一二八條) 蓋以破產事件進行之程度如何是否順利適當，均與債權人之權益，至有關係，本於債權人之自助自治主義，應使其有監察監督之機會，惟債權人之人數衆多，意見紛歧，各人均直接行使其監督權，徒滋糾紛，無裨實際。故法律使債權人會議得選任監查人(註一六) 代表債權人團體，以行使其監督權也。

監查人一職，雖為法律所規定，然非必須設置者。(註一七) 有時即不設置，亦無不可。如在破產程序比較簡單或債權人人數不多之時，即可不必設置監查人，縱事實上必須監視管理人之處，而債權人各個人，亦得隨時加以考查，以便達到與設置監查人同一目的。

監查人之人數，應為幾人，立法例頗不一致。規定三人或五人者，如英南破產法是；規定三人以上者，如日破產法是。不予規定者，如德破產法是。規定一人或二人者，如法商法是，規定一人三人或五人者，如意商法是。我破產法則規定一人或數人要視破產事件之繁簡，由債權人會議自由酌定之也。

監查人被選之資格，法無限制。祇須爲有行爲能力者，不問男女，不問爲破產債權人與否，（註一八）不問爲自然人或法人均可選任之，要當視其能否稱職耳。若干立法，對監查人之選任，有須認法院認可之規定者。（南破九五條，日破一七一條二項）雖不無有違債權人自治主義之精神，但爲防止事實上之流弊計，不能不謂精到也。

監查人職務之範圍，以法律直接間接所規定者爲限。如爲管理人之輔助機關時，則對於管理人有法定之同意權。（破產九二條，德破一三三條、三四條，奧破一一六條、一七條，匈破一五四條以下，南破一三八條、二九條，日破一九七條。）註一九如爲監督機關時，則隨時可要求管理人爲關於破產財團之報告，或調查破產財團之狀況。（法一八八九年三月四日法律十條，意商七二三條七二六條，德破八八條，南破九七條，匈破一〇八條，日破一七三條，破一二一條。）監查人有數人時，其執行職務，依多數可決行之。其有特別利益之監查人，對該事項，不得加入表決，此爲當然之結果。

監查人須以善良管理人之注意，行使其職務，若怠於其注意時，各監查人對於利害關係人，負全部損害賠償之責。（註二〇）至報酬之額則由法院定之，此均與前述破產管理人無異者也。（破一二八條）註二一監查人既由債權人會議選任，則其解職，自得依會議之決議行之。（註二二）（註二三）如有重要事項，法院因利害關係人之聲請，似亦得解除其職務。（參照日破一七四條二項）至監查人自動引退，宜無不許之理。但須聲請法院召集債權人會議後，在債權人會

議爲辭職之聲請，俾多數債權人得以明瞭某監查人辭職之情形，並另行選任適當人物繼任其職務也。（註二四）

（3）管理破產財團之方法 債權人會議得議決破產財團管理之方法。（破一二〇條三款）破產財團之管理不外對於財團所屬財產爲改良修繕保存利用保全等及其他有益行爲而已。唯實施此等管理行爲之方法，貴有適當之標準，尤其珍貴物品之保管，需事先詳爲計劃，明定辦法。俾誠恪之管理人知所適從，狡黠者亦可不因漫無限制之故，逞欲營私，致財團財產蒙受損失；而影響於破產債權人應得之利益也。

（4）決定破產人營業之繼續或停止 債權人會議得議決破產人營業之繼續或停止。（破一二一條三款）債務人之營業，如有盈餘，爲破產債權人全體之利益。倘有虧負，亦爲債權人全體之損害。故鼎盛之營業，若使之停止，固屬可惜，衰敗之營業，仍舊繼續，亦非得計，且而業盈虧，變化莫測，權衡至當，斷非少數人所克負荷，與其間接由破產管理人代爲主持，毋寧直接委之破產債權人全體自行決定之爲愈也。

（5）接受破產管理人之報告 破產管理人於債權人會議，應提示債權表及資產表並報告破產事務之進行狀況。（破一一九條）此爲破產管理人對於債權人會議應負之義務，而自債權人會議一方面言之，則爲權利。蓋各個債權人於破產人負欠何人之債務，種類何如，數額若干？屬於破產財團之財產現有若干？負債額與資產額之比較，結果相差若干？其他破產事務進行狀

況，如財產之調查，收益之計算等均屬未能前知，故於會議中聆取管理人之報告，並閱覽其依法編著之債權表與資產表，藉以明晰底蘊，為決議其他事項之準備。又如破產人擬有調協方案者，亦由破產管理人提示於債權人會議。（破一九一條後段）所謂調協方案殆即一二九條之調協計劃。破產人預擬有此項方案者，管理人應向債權人會議為前列之報告，同時提出之，以促債權人之審核，其詳俟於下章論之。

上述監查人之選任，破產人營業之繼續或停止，與管理人報告之接受等，在外國立法例有列為第一次債權人會議所應為之必要事項，如德日破產法是。（德破八七條一三一條，日破一七〇條一九三條一九四條）我破產法於此並無明文。然此等事項實具緊急之性質，事實上以在第一次債權人會議為之為宜。如第一次債權人會議未經議決者，於其後之債權人會議為之，在法既無限制，自難否認其效力。

五、會議之決議 債權人會議決議之事項，不無輕重之別，故其決議程序亦有嚴寬之分，大別有二：（一）普通事項之決議方法，（二）特別事項之決議方法。後者姑從緩論。關於前者，立法例可分為三類。（一）拉丁法系須出席之破產債權人過半數之同意，其議決即為有效。（法商五三〇條，意 Bonelli, Del fallimento, II, No. 481）（二）日耳曼法系則要求同意之破產債權人其所代表之債權額佔總債權額之多數，決議即告成立。（德破九四條，奧破九一條，匈破一〇六條，南破一〇一條。）（三）日破產法及我民四破產法草案則須人數與債權額兩者均

有出席破產債權人之過半數議決方生效力。(日破一七九條，民四破草一四二條)乃我破產法要求之多數，竟超越一切立法例。即第一二三條規定債權人會議之議決應有出席破產債權人過半數并其所代表之債權額超過總債權額之半數者之同意是也。竊按日破產法在原則上，其人數及債權額，均須過半數，固矣。然有時對於應議決之事項，因意見紛歧，不能依據此項原則而為議決者，祇須同意者債權額已超過出席債權人總債權之半數，法院即得以裁定認為已經議決。(一八〇條)換言之，即債權額已有過出席破產債權總額過半數時，雖尚未過半數，亦得以已經議決視之。所以救濟議決不能成立之窮，而免妨礙事務之進行。而我破產法所要求者為總債權額二分之一以上，絕非出席債權人之總債權額二分之一以上，(註二五)顯較日破產法為高，又未如日破產法之設有救濟方法，恐難免不因議決之無法成立而有程序陷於停頓之虞也。

依日破產法一七九條二項：「對於債權人會議之決議，有特別利害關係者，不得行使其議決權。」我破產法於此雖無明文，解釋自應相同也。(註二六)

當計算多數可決時，其人數以出席破產債權人為準，已如前述。唯因債權人得以代理人行使其議決權之故，若有代理人出席時，仍與本人出席有同一之效力。又破產債權人一人具有多數債權時，亦祇能算為一人，若一人而代理多數破產債權人時，則按照所代理之債權人人數，算為數人。

在債權人會議中，僅破產債權有議決權固矣。且議決權之行使，又祇能按照確定債權額而定之，所謂確定債權者，指破產程序中已確定之債權而言。換言之，即在債權調查會中，無人申述異議之債權，謂之確定債權。關於未確定債權，附停止條件債權將來請求權以及不能依別除權之行使而受償還之債權額等破產債權人，立法例多規定由受命推事或法院定其可否行使其議決權，及可就如何金額行使其議決權。（德破九五條，南破一〇二條，日破一八二條，民四破草一四三條。）又第一次債權人會議既須自破產宣告日起一月內召集之，因之在債權之一般調查終了前而開第一次債權人會議者，自係常有之事。此時所有債權，均非確定債權，其議決權究如何定之乎？關於此點，就理論上言之，亦不外由受命推事或法院就其未調查未確定之債權而決定其議決權。但此項裁定，法院因利害關係人之聲請，可隨時變更之。關於決定議決權之裁定及其變更之裁定，已宣示者，不必送達。並為迅速確定其議決權之有無起見，對於此等裁定，自以不得抗告為宜。（註二七）

議決對於一切破產債權人均有效力。申言之，凡屬有效之議決，不問出席破產債權人之為同意議決者，或未同意議決者，亦不問為缺席破產債權人，均當受其羈束。關於此點德破產法九七條後段曾定有明文。我破產法雖未明定，當然可為同樣之解釋。

債權人會議，為債權人團體之最高機關，得以其議決代替監查人對於管理人之同意。並且其議決若與監查人意見不同時，則議決有優先之效力。

至債權人會議非經法院召集而有事實上之議決時，或係未曾公布之議決事項時，或會議違反法院之指揮時，又或議決之方法違法，未經法定多數同意時，法院須以職權斟酌之。並得禁止執行，而利害關係人，亦得隨時主張無效。

債權人會議，乃爲債權人團體發意思之機關，破產法係參酌債權人團體自治主義而規定者，對於會議中所議決，原則上本應尊重之。但有時參與議決者，雖爲多數而其議決之不適當者，或亦勢所難免，因之法律上允許法院對於債權人會議議決之執行，有最後之決定力。此即所謂議決執行禁止權是也。換言之，即債權人會議之議決，有反乎破產債權人一般利益之利益時，法院因破產管理人，監查人，破產債權人之聲請，得禁止其議決之執行。（破一二四條一項，民四破草一四四條，目破一八四條，德破九九條。註二八）前項聲請，應自決議之日起五日內爲之。（破一二四條二項）否則歷時過久，再加干涉，亦有不便也。

禁止執行之聲請，如法院駁回時，聲請人得對駁回之裁定，提起抗告。其禁止執行者，利害關係人亦得對禁止之裁定提起抗告。此係理論上之當然解釋，無庸稍疑者也。

（註一）立法例有規定聲請代表申報總債權額或總債權額五分之一以上之破產債權人之聲請，法院應召集債權人會議。（德破五三條，目破一七六條，民四破草一四〇條。）現行破產法一一六條未予破產債權人以聲請召集之權，似欠斟酌。

（註二）劉朗泉教授謂：「破產人不但應出席債權人會議，並有答復主席，破產管理人，監查人或債權人詢問之義務。（破產法一二二條）但破產人不親自出席者，得委任代理人出席。（破產法二三條一二七條）」（前揭五六四頁）

劉氏始終誤會二三條之債權人爲債務人，誠不失爲一貫之錯誤矣。（參照本書前編五章二節註三）

（註三）關於調查債權之日期，在破產法二三〇條規定，債權登記期限屆滿後，主管機關開始審查債權，商法四九三條規定於申報債權期間屆滿後三日內開始不得中止。審查之起點日期及鐘點，由受命推事指定之。（波斯高四六三條同）其他立法例則與之相反。多規定由法院於宣告破產時就申報債權期間過後之法定期間內酌定之。該項法定期間在德爲二星期以上二月以下，（一三八條後段）在意爲二十日，（六九一條六項）在奧爲四十日，（七四條）在何爲三十日，（八九條六項）在日爲十五日，（七九條後段）在日爲一星期以上一個月以下。（一四二條三款及波四條一六八條三款同）

（註四）商人債務清理暫行條例一一般三項規定：債權人會議期日，須在申報債權期間屆滿後七日以外一個月以內。亦未另行規定調查債權會議期日，然此項規定，仍較現行破產法爲優。良以所定日期已達可能審查債權之階段。不無使緊急事項應於第一次債權人會議時解決者，遲延其解決而已。若現行破產法六四條僅規定第一次債權人會議。參以一二五條之規定，則至爲不妥。因第一次債權人會議時，尚未達可能審查債權之階段也。

（註五）王家駒教授謂：「債務人資產之多寡與債權人有密切之關係。反之，債權預數之多寡，不僅於債務人有關，於全體債權人之權利，亦不無影響。是以普河立法例，對於債權人呈報之債權，必經債權調查會之調查，認爲無異議。夫然後可以記載於債權表，而認爲確定債權。申言之，記載於債權表之債權，與確定判決之債權，有同等之效力。在破產程序進行中，可請求分配，在破產程序終了後，可請求執行。若一任債權人之自由呈報，不加調查，即許其加入分配，恐不無因是而發生流弊。本案僅有債權申報之規定，而無債權調查之規定，似乎欠妥。」（前揭論文）劉明泉教授答之云：「王氏所慮者現破產法二五條已有規定，對於破產債權人之加入或其數額有異議者，應於第一次債權人會議前提出之。但其異議之原因知悉在後者，不在此限。前項爭議由法院裁定之。當不致成爲問題。」（前揭五五一頁）竊謂王氏所云申報債權必經調查無異議夫然後記載於債權表。固不無諸病。固立法例規定申報時，即須記載其申報額於債權表。（德破一四〇條至一四六條，奧破一〇四條以下，何破一〇七條以下，日破二二九條至二四九條。）以備調查之根據。調查確定後，復記載其確定額於債權表，以爲確定也。至王氏批判我破產法未爲債權調查之規定，確有見地。劉

氏竟以一二五條爲言，認爲不成問題，殊不知第一次債權人會議時，通常債權申報尚未完畢，何從提出異議？如云異議原因知悉在後者，亦得於第一次債權人會議後提出之。試問債權究竟於何時始告確定，可謂漫無標準。依一二五條但書，破產程序終結前，債權人隨時可提出異議，試問程序將如何進行，以達迅速終結之目的，「不成問題」云乎哉。

(註六)王仲桓氏謂：「我國破產法對於債權調查之期日，並無規定，唯以破產法一二五條及一二六條之規定觀之，對於債權人之加入或其數額有異議者，應於第一次債權人會議前提出之。如不提出者，嗣後自不能再行爭執則債權即可因而確定，則第一次債權人會議期日，又似重有債權調查期日之性質矣。……但申報在第一次債權人會議後者，又當別論。」(前揭二八四頁至二八九頁)別論云者，對申報在後之債權得在第一次債權人會議後異議固矣。申報在後之債權人對以前之債權何如？別論耶？期以前之債權不能因第一次債權人會議終結前無異議而確定矣。不別論耶？期法律既許人於較遲之時間內申報，何爲剝奪其異議權乎？於此欲爲立法想，尙可得乎？

(註七)德破一四四條，與破一〇五條，南破一一七條，匈破一三九條，法商四九三條二項，盧齊商六〇三條，破二三三條。其規定由主管機關主持者，如破二三〇條是。由受命推事主持者，如一八八三年，應商七六一條一項是(Villard, op. cit., No. 7868-7871)

(註八)關於破產管理人自己之債權，立法例有規定由助理管理人調查之者，如南奧匈破產法是。(南破一二一條，破一〇九條，匈破一四〇條)規定由受命推事調查之者，如法商法是。(四九三條二項)

(註九)法最高法院一八五五年五月一日判決 D. P. 55. 1. 311。一八九五年十一月十二日判決。(D. P. 97. 1. 617) 一九〇五年三月六日判決。(D. P. 03. 1. 512) Lyon-Caen et Renaut, op. cit., VII. No. 510 反對說：Pererou, op. cit., No. 1255 et 1257 bis.

(註一〇) Bartsch Grundriss, §. 69. Heilbron-Pick, op. cit., §. 222.

(註一一)巴黎控訴院一八九三年六月二十一日判決。(D. P. 93, 2. 470)

(註一二)奧最高法院一九二七年二月一日判決「破產管理人確定債權爲訴訟行爲之一種，不得取消。但得依民訴法

五三〇條七款（我民訴法四九二條一一款）以再審之訴聲明不服。」

（註一三）加藤博士研究七卷二七八頁以下，齋藤博士日本破產法三五〇頁以下，昭和六年四月二十二日大審院判決，判例集一〇卷三八三頁以下，山田博士批評，法學論叢二六卷九七八頁。

（註一四）法商法無此區別。（Phaller Des faillites, II. p. 226）

（註一五）劉劍泉教授於此又有創見，略云：「破產管理人應改編債權表，重行提出債權人會議由其可決。」（前揭五六五頁）債權表之改編，乃依法院裁定爲之。法律規定應提出於債權人會議者，蓋欲使一般債權人知爭議之結果而已。劉氏主張尚須經會議可決，不知是何意義，更不知何所根據。

（註一六）意一九三〇年法律六條規定，監查人由受命推事任命之。

（註一七）相反之立法例爲·Croatie 舊法八九條（Polites, op. cit, p. 94）意商法七二三條一九三〇年法律六條·（Vidari, op. cit, VIII No. 724）

（註一八）法一八九九年三月四日法律九條，意商法七二三條均規定監查人須於破產債權人中選任之。

（註一九）依法一八九九年三月四日法律一〇條，意商七二三條七二六條監督人僅爲監督機關而已。

（註二〇）依南破產法規定：監查人原則上爲無給職，唯負特殊職務時，得享受報酬。（九八條）至監查人墊付費用，有償還請求權。（同法一三九條）自不待言。

（註二一）英破產法二〇條六項監查委員連續缺席五次者，其職務即告解除。

（註二二）監查人由受命推事任命之國家，當然由受命推事撤換之。

（註二三）南破產法九七條規定監查人不得買受破產財團之財產。如得債權人會議之同意，則得依拍賣方法取得之。奧破產法八九條規定原則相同。唯依德商法程序取得財團財產時，無須得債權人會議之同意。其依其他方法買受財團之財產，始以會議之同意爲必要云。

（註二四）王去非氏於此似有誤解：「依本條規定之決議方法，係以人數與債權額數兩者爲標準而決定之。則（一）……（二）決議之債權額數，須其所代表之決議意見相同之債權額超過出席總債權額之半數者。」（前揭一六五頁）實則一

二三條「總債權額」字樣前面初末有「出府」二字也。

(註二五)日昭和三年十一月十九日東京地方裁判所決定認破產債權人同時爲破產公司之股東時，爲一七九條二項之差別利害關係人，不得參與決議。(法律新報三〇八七號一五頁以下)加藤博士爲贊同之批評。(研究六卷二五〇頁以下)

(註二六)依南破產法一〇三條規定在宣告破產後讓受破產債權之債權人無決議權。蓋以防止收受債權額藉決議權之增厚從中操縱之流弊耳。

(註二七)破產法一二四條：「債權人會議之決議，與破產債權人之利益相反者。」未如德日法例「利益」上冠以「一般」字樣，學者對之，有所指摘。王家駒教授云：「夫所謂與破產債權人之利益相反云云，究指與何種債權人之利益相反而言。且所謂債權人，爲一人，抑爲數人似均應有明確之表示。如僅與某一債權人之利益相反，而即可以聲請禁止決議之執行，竊爲未可。」(前揭論文)劉朗泉教授亦謂：「如僅與某少數債權人之利益相反，即可聲請禁止決議之執行，是與決議之原則有背。因既未規定全體之同意，始能決議。則少數人之不同意乃極尋常之現象，豈能因此即禁止決議之執行哉。」(前揭五六六頁)實則本條之弊，止在啓債權人濫行聲請之風。其禁止決議之執行與否？法院固自有權衡也。

(註二八)依南破產法一〇四條規定，法院得變更其決議或代以其他辦法。是超過監督範圍而與債權人自治主義以某種限制矣。

第八章 破產程序之終結

第一節 調協

第一款 總說

調協，(Zwangsvergleich, Zwangsausgleich, Nachlassvertrag, Altkonk., Konkordat, Composition or Scheme of arrangement, Concordat de majorite) 民四破草(第五章第二節)依日破產法稱之爲「強制和解」。蓋在宣告破產後破產人與債權人互相調解以終結破產程序之一種方法也。此即先由破產人盡量提出清償之條件，再依債權人會議之多數可決，終經法院之認可而後成立之。在依分配而終結破產，本是終結破產最普通之情形，但變賣全部破產財團，以求易得金錢而分配於各債權人，常需較多之時間與費用，且將財產各別一一變賣，復不能充分發揮其價值，而祇能獲得比較的低價，比於債權人方面，已是不利。又破產人方面，當破產程序繼續期內，既未能回復財團財產之管理及其處分之權能，而家運亦乏再興之機會。更從社會經濟方面言之，對於破產財團而爲各別之變賣處分，致令其事業歸於倒塌，亦爲極大之不利益。唯和解與調協，可以減除此等弊害，祇是和解旨在預防破產之發生，故常在其前；調

協則旨在避免破產之效果，故常在其後，其同爲社會政策則一也。

關於調協之性質，與和解完全相同。有判決說特種行爲說契約說等。（註一）已詳前述茲不贅。

調協之制，說者每溯源於羅馬，（註二）我人固不否認羅馬法曾有類此之規定。但破產法之發達，實在商業大盛之後；而調協制度之興，應又在破產法相當發展之後。或謂近世「調協」大半濫觴於意大利，西班牙，中世紀之都市條例。（註三）（註四）其說近似。

第二款 調協之成立

調協之成立，須由破產人先提出調協之內容，再有債權人會議之法定多數者之可決，後經法院之認定裁定。茲分別說明之：

第一、調協計劃之提出

（一）提出者 得爲調協之提出者，是否限於破產人，立法例於二十世紀初期，尙有出入，蓋若干國家以調協爲一般利益之制度，故破產人而外有許法院受命推事提出者，如舊Code de Commerce法是。（六六條至六八條）有許多破產管理人，總債權人代理人或代表總債權額四分之一之已確定債權人提出者，如意商法舊八三一條是。（註五）自南斯拉夫一九二九年破產法暨意大利一九三〇年七月十日法律施行後，關於調協提出者一點，立法例殆告一致：以破產人爲限。此外，不問法院受命推事，破產管理人，監查人，以及破產債權人均不得爲調協之提出。（破一

二九條，民四破草二七一條，德破一七三條，日破二九〇條，奧破一四〇條，南破一五二條一項，匈破一九九條，意一九三〇年七月十日法律一六條。）良以調協須破產人誠意履行，始見其實益。他人提出，一方既難懸調協之方案，他方又難期履行之可靠，與其徒費無謂之手續，不如已也。至法人與遺產破產時，則須以法人之代表或繼承人之一致爲之。（註六）（德破二一一條二三〇條，奧破一六四條一項，南破一七六條一項，匈破二〇六條，日破二九一條二九二條，民四破草二七二條，二七三條。）蓋以意見若不一致，調協條件，卽難望圓滿履行也。關於此點，我破產法無規定，適用上應取同一解釋，似無可疑。

雖然如此，但法律認爲無履行之誠意，或已有不正當行爲時，卽破產人亦不許爲調協之提出，其場合如下：

（一）破產人所在不明者 立法例尙有以不提出真確之財產目錄或拒絕宣誓視爲所在不明，關於前者，我破產法似有仿行之必要。

（二）詐欺破產尙在訴訟進行中者 在此場合，南與兩國破產法並不以爲調協提出之障礙。其意無非在期程序之迅速，但訴訟結果，破產人無罪，固不生問題。倘受有罪之判決，則不獨程序完全虛耗，關係益趨複雜。故其他耳耳曼法系諸國法律規定均與我破產法同。如訴訟在進行中者，卽不得爲調協之提出；調協先經提出，而開始訴訟時，則調協程序應卽中止。

（三）因詐欺和解或詐破產受有罪之判決者 在此場合，僅意一八八三年商法未以之爲調協

之障礙。蓋在意立法者，心目中認爲調協非僅爲破產人之利益，同時爲破產程序結束之良好辦法，因其對破產債權人，亦屬有利故也。（註七）竊謂調協成立，有利於破產債權人，固屬事實。但破產人業經受有罪之判決，身繫囹圄，實際已無從再管理其財產而爲調協之履行，與其將來因不履行而撤銷調協，何如及早逕由管理人進行正常破產程序乎？故現代立法例對此已一致定爲調協提出之消極條件矣。（破一三二條，德破一七五條，奧破一四一條，匈破二〇〇條，南破一五三條，日破二九五條，法商一五〇條，民四破草二八七條唯該草對上項情形無規定。）（註八）（註九）

至於法人或繼承財產之破產，其法人之代表人或繼承人逃亡無踪或已受詐欺破產之公訴或詐欺和解決詐欺破產之有罪判決，已經確定時，雖法人未有明文，不許提出調協，然亦當然可以其提出爲不適法。（註一〇）

二、提出之時期 依法商法五〇四條：受命推事於調查債權期限屆滿後三日內，令書記官召集曾經確定或暫時認可之債權人開會，以便討論關於和解之成立，是認調協爲破產程序必經之階段。意舊商法六一五條相同。然以程序之遲延，並無費用之犧牲，經驗示人以改革之需要。故意一九三〇年七月十日法律一六條明定調查債權完畢後程序終結前，不問何時，均得爲調協之提出。日耳曼法系除奧破產法一四〇條亦許於程序未結束前提出外，其他則均以最後分配許可前爲限。（德破一七三條，日破二九〇條三〇三條，南破一五二條，匈破一九九條，民四

〔草案二七一條二八〇條。〕良以此際破產手續，原將告終，倘尚許提出調協，徒使關係複雜，程序延長而已。我破產法一二九條限於分配認可前，提出調協，較之德日等法，又稍稍嚴矣。

三、提出之內容 調協之提出，其計劃中應記載左列事項：

(1) 清償之成數 即對償還額要求免除幾成是。

(2) 清償之期限 即對於償還期要求若干時之猶豫或分期攤還是，德日等法以上述二項併稱償還之方法。(德破一七四條，日破二九四條，民四草案二七四條。)似較簡潔。

(3) 有可供之擔保其擔保 擔保不問爲物的或人的擔保，爲履行確實可靠計，以使第三人提供爲宜。(破一三〇條)

四、提出之客體 調協之提出，有規定向法院爲之者，如日破產法是。(二九四條)有規定向受命推事爲之由受命推事移送監查人審查者，如匈破產法是。(二〇三條二〇四條)我破產法則規定應送交破產管理人審查，然後由管理人，提出於債權人會議也。(一三二條)

五、調協之原則 調協之提出必須適法，(註一)固爲當然之理，無待明文。但應不妨害有別除權或優先權債權人之權利。在外國立法例多有直接間接之規定。(德破一七三條，日破三二三條)我破產法於破產前之和解，訂有明文。(三七條)而於破產後之調協，竟付缺如，且未設準用之規定，似欠斟酌。

調協應依破產債權人之平等利益爲之。(註三)立法例多設有是項強制之規定。(德破一八一條，奧破一四九條，匈破二二二條，南破一六一條，日破三〇四條，民四破草二八二條。)蓋以調協不問已否申報債權之債權人亦不問是否贊成決議，均須令其服從其效力。且債權人間之均衡爲破產法一大原則。唯債權人自願受不利益，以促調協之成立者。法律亦不必予以禁止。我破產法雖未以明文揭此原則，然理論上要難爲不同之解釋也。

調協程序進行中，破產人與各個債權人(註一三)所爲之契約，使該債權人取得優先之利益者無效。(破三九條一三七條，德破一八一條，匈破二二二條，南破一六二條，奧破一五〇條，日破三〇五條，民四破草二八二條二項。)亦所以維持債權人間之均衡也。

六 提出之撤回 南破產法一五七條四項則定調協之提出，在債權人會議前得撤回之。其在會議前撤回者，破產人得重擬調協之計劃。倘在會議中，則祇得請求變更調協之內容而已。

七、調協內容之變更 破產人於調協計劃中，所擬償還方法及擔保，雖在會議中，亦得請求變更之。但原則以有利債權人爲限。(日破三〇二條，南破一五七條四項)我破產法於此未有明文，理論上似尙得爲相同之解釋也。

第二、債權人會議之議決

一、會議之召集及其日期之指定 已有調協之提出者，既經認定提出之適法，法院應即召

集債權人會議，並指定會議之日期而公告之。（德破一七九條，南破一八六條二項，奧破一四五條，匈破二〇五條，日破二九九條，法商五〇四條，意商八三一條，民四破草二七八條。）我破產法既規定調協逕向管理人爲之，故每爲法院所不知，又未定有調協會議召集之方法，適用上不免發生困難。縱令管理人得依一一六條聲請召集，但此不屬管理人之義務；然則欲求調協之順利進行，不其難乎？

二、應出席會議者 在債權人會議應出席者爲已確定之破產債權人，破產人於調協之保證人，與破產人共同負擔債務人（如應負連帶債務者）或爲破產人供與擔保者，破產管理人及監查人（日破二九九條二項，南破一五七條，奧破一四五條，匈破二一〇條，德破一七九條，法商五〇五條，意商八三二條，民四破草二七八條二項。）我破產法於此除令適用二五條外，未有明文，不可謂非疏漏也。

三、調協之可決 調協固不須債權人一致之同意，祇以多數接受爲已足。但倘僅以債權額爲準，卽難免不爲代表巨額債權之少數債權人所操縱。反之，僅以債權人人數爲準，又難免多數小債權人之上下其手。爲防止上述流弊計，立法例均要求雙重之多數。我破產法一三七條準用二七條須有出席債權人過半數之同意，而其所代表之債權額應占無擔保總債權額三分之二以上。德破一八二條一項，奧破一四七條一項，南破一五九條一項，日破三〇六條一項，民四破草二八三條，規定須有有議決權之破產債權人之過半數而其債權又足以代表總債權額四分之三以上。

之同意。法一八八九年三月四日法律一五條，意商八三三條規定協定非有曾經確定或暫時認可之債權人過半數之同意而其代表之債權額應為曾認確定或暫時認可之總債權額四分之三者不得成立。匈破二二二條規定須有出席債權人三分之二又足以代表確認債權總額五分之四之同意，舊 *Code* 法一九八條規定須有出席債權人過半數之同意而其所代表債額為確認總債權額五分之四。舊 *Code* 法六九條規定須有出席債權人三分之二並代表出席債權總額四分之三之同意。內容雖互有出入，然要求雙重多數以期防止流弊則一也。

上述雙重多數有一不及最低限度時，於法固不能成立。立法例有為調協易於成立計，規定如僅獲一項多數，法院得依調協提出人之聲請或職權定其續行期日。（民四破草案二八四條，日破三〇七條，南破一五九條二項三項，德破一八二條二項，奧破一四七條二項三項，匈破二一三條一項，法商五〇九條，意商八三五條參照。）我破產法對此良好之規定，竟置而未採，未免可議。

四、有議決權者 何種債權人有議決權？多數立法例殆採一原則，即唯調協效力所及之債權人有權表決而已。（南破一五五條一項，奧破一四三條一項，匈破二〇七條。）我破產法雖如德破產法於此未有明文，但就關係條文解釋（二七條三七條九八條但書一〇八條一二條）當然得同一之結果也。（註一四）

有別除權或優先權之債權人，依上述原則應無表決權。法意商法規定如此等債權人竟為表

示，視爲拋棄其別除權或優先權。(註一五) (法商五〇八條，意商八三四條) 我破產法雖不得爲同樣之解釋，但此等債權人所爲表決，要非有效。又此等債權人如果明白表示放棄其特殊權利則與普通債權人無異，應許其有表決權，自不待言。

又南奧破產法均規定於支付不能後取得破產債權之讓受人如其他有議決權之債權人對之提出異議時，不得參與決議。(南破一五五條，奧破一四三條) 但該讓受人能證明下列事項，即得排斥異議。(一)讓與人曾以書面要求異議債權人於現受讓人同一移轉條件下受讓其債權，逾八日之考慮期間，而異議債權人未爲受讓者，(二)移轉條件與移轉當時破產人之經濟狀況相當者，立法之理由，一方在限制受讓人之表決權，藉免破產人串通債權人令其出讓多數債權，俾可決一不利於其他債權人利益之調協。他方則對於受讓人之表決權，又不欲完全予以剝奪，庶幾調協不因之而難於成立，其精密至堪稱頌，惜我破產法未能仿效之也。

若干立法例有對於破產人配偶(註一六)或近親之表決權，加以限制者，如贊成調協，其表決權，於法定多數不計算之。爲貫徹此項立法起見，此等債權人之受讓人如其受讓於破產宣告後或宣告前一年或六月內成立者，其表決權亦不計入法定多數之內。(德破一八三條，意一九三〇年法律一六條，南破一六〇條，奧破一四八條，匈破二二二條一項三款。) 所以防止流弊之發生也。

在繼承財產或繼承人破產時，日破產法規定前者惟繼承債權人得加入調協之議決，後者則

限於繼承人之債權人有表決權。(目破三一三條三一四條三一五條，民四破草二九〇條二九一條)我破產法並無明文，在前之場合，依一一五條解釋，當然得同一之結果，在後之場合，如繼承人已爲限定承認或拋棄繼承，亦可獲同樣之解釋也。

第三、調協認可與否之裁定

一、可決之呈報 調協經債權人會議可決，主席應卽呈報法院由法院爲認可與否之裁定。(破二九條一三七條)蓋調協之成立，以法院之認可爲必要。我破產法雖未如其他立法例訂有明文，(南破一六四條，民四破草二八六條)然依一三七條解釋，結果當然相同也。

二、不認可之裁定 法院收到呈報後，自應審查調協之提出有無違反強行規定或不適法事項，然後進而爲實體之審理，同時得斟酌破產管理人，監查人，債權人，破產人，債權人會議之主席所陳述之意見，及有權對調協決議提出異議者之異議，並得向之爲必要之詢問，(破一三三條一三四條)我破產法從多數立法例與法院以廣泛不認可調協之權。(法商五一五條，意商八三六條，奧破一五三條一五四條，南破一六五條一六六條。)民四破產法案則仿少數立法例，(德破一八七條一八八條，匈破二一七條，日破三一〇條。)列舉不認可之原因：(1)強制和解之議決或程序違反法律之規定其欠缺不能補正之時，(2)詐欺破產之公訴進行時，(3)詐欺破產之有罪判決業已確定時，(4)因不正方法而有強制和解之可決時，(5)強制和解反於破產債權人通常利益時，似不若概括規定之富有伸縮性也。

我破產法亦未效一二立法例規定調協之最低償還額與最短償還期爲調協認可與否之標準。
(註一七)竊謂此項限制，大可不必，調協條件，似應聽諸當事人開誠磋商，倘預爲規定每足以減殺調協之功用也。

三、認可之裁定 法院如認爲債權人會議可決之調協條件公允或因債權人之異議認爲應增加債務人之負擔並經破產人之同意時，應爲調協認可之裁定。其所增負擔，並應列入認可調協裁定書內。(破三三條一三五條一三七條)蓋法院自己雖不能知其內容，但如徵得破產人之同意，增加其負擔，俾調協得底於成，亦未始非偉事也。

四、認可與否裁定之公告 調協認可或不認可之裁定，須公告之。但不必送達。(破一一九條二項一三七條，德破一八五條，日破三一八條。)俾利害關係人得知調協之已否成立也。

五、對認可調協與否裁定之公告 曾向法院提出異議或被拒絕參加調協之債權人，對於認可調協之裁定，自得提起抗告。唯此項抗告，並不停止執行效力。至對於不認可調協之裁定，則不得抗告，又對於抗告法院之裁定，不得再抗告。(破三四條一三七條參照，南破一六四條，奧破一五二條，匈破二一九條，法商五一二條，意一九三〇年法律一七條，德破一八九條，日破三一九條三二〇條，民四破草二九二條二九三條。)其理由與批評，已詳和解編中，茲從略。(註一八)

第三款 調協之效力

一、效力發生之時期 日破產法三二一條規定：調協從認可裁定確定時起發生效力，我破產法規定與之不同，依一三七條準用三四條二項之規定，調協認可之裁定，雖經抗告，仍有執行效力，是調協效力，始於裁定之宣示，非始於裁定之確定也。

二、破產之終結 調協既與破產人以便利之條件，但欲其能依約履行，非恢復其經濟生活不爲功，而恢復其經濟生活，必先終結破產之手續。於此，拉丁法系與日耳曼法系異其旨趣，前者僅令破產機關停止其作用。（法商五一九條一項，意商八四一條一項）後者則以裁定宣告破產之終結。（德破一九〇條，奧破一五五條，匈破二二〇條，南破一六七條，日破三四條，民四破草二九五條。）並公布其要旨。我破產法既未規定破產機關應停止其作用，又未規定應以裁定宣告程序之終結。令人詫異於調協成立後，何以破產程序尚須進行。雖依一般法理，不至作如此之解釋，以立法言，其缺漏爲何如耶？

三、對於破產人之效力 破產人於破產終結，即回復破產財團之管理及處分之權能，此蓋以破產終結後管理人對於破產財團之權限，即當消滅故也。不過，調協之條件不認破產人對於財團有自由管理及處分之權而加以某種限制時，則當然須從其限制。（德破一九二條，日破三二五條，民四破草二九七條。）

又管理人在破產程序中所爲之行爲係基於法定權限而爲之者，在破產終結後，亦當然對於

破產人繼續其效力。卽所爲訴訟行爲亦然。(註一九)至關於否認權之行使在管理人已於破產終結前行使終了者，固可仍舊保持其效果，但尙未行使終了之否認權，則因破產終結而消滅，破產人不得繼續訴訟或再行使之，蓋以否認權，爲謀增殖破產財團之一種權利，破產財團本身既已消滅，自無再行行使之必要。(註二〇)

破產人雖因調協而終結破產，然破產人之身份，仍然繼續存在，故欲脫卸破產人之身份關係，必須履行復權之程序，至其因調協所免除之債務部份若于立法例雖則定必須全部清償始免責任。(奧破一五六條，南破一六八條一項，匈破二二三條。)但多數學說(註二一)僉認免除部份不過作爲自然債務而存在而已。我破產法一四九條進而規定其依調協受清償者，未受清償部份之請求權，視爲消滅云。

法人受破產宣告因調協而終結破產者，理論上以法人之繼續爲限，故調協認可之裁定確定後因破產所解散之法人，卽可爲法人之繼續，其對於法人債務負責任之社員，於調協所定之限度內負其責任。(德破二一一條二項，奧破一六四條二項，匈破二二七條，法破三二七條，民四破草三〇〇條。)

繼承財產破產，因調協而終結破產時，則繼承人卽回復其繼承財產之管理及處分之權能。立法例有恐其與固有財產混合，難保調協之履行，因明定於未完結調協之履行前分離其財產。(日破三四五條)我破產法於此，均無明文。在法人之場合，不難爲同一之解釋，在繼承財產

之場合，適用上不免發生困難矣。

四、對於破產債權人之效力 調協，對於破產債權人全體，不問其是否已參加破產程序或參加調協之決議或對於調協表示反對者，均一律發生效力。（破一三六條，德破一九三條，法商五一六條，意商八四〇條，奧破一五六條，南破一六八條，匈破二二四條，日破二九三條。）蓋以不如此，則一部之破產債權尙得繼續其破產程序，而以終結破產爲目的之調協之本旨，即難達到故也。然具有一般優先權者，別除權者，取回權者，及財團債權者，不受調協效力之拘束，自不待言。

五、對於保證人之效力 調協雖然成立，而破產人之保證人共同債務人提供擔保人，其所負債務不受何種影響。（破三八條一三七條，德破一九三條後段，日破三三六條二項，民四破草二九八條二項。）蓋其所以設置保證人等者，卽爲防主債務人之破產以爲償還之確保。如果主債務人破產時，其保證人等，亦能與主債務人無異，或免除一部債務或猶豫支付期限，則已沒卻豫設保證人等之本旨矣。如繼承人爲繼承人之限定承認時，而被繼承人之保證人等，非在限定承認之範圍內負其責任，而仍負無限之責任。亦以限定承認專爲保護繼承人之制度，故在解釋上，保證人等不得援引此項利益也。（註二三）

至就法人債務而負責任之社員，如上所述，祇對於調協所定限度內負其責任。此因法人雖依調協而能得一部之免除，然使社員仍負全部之責任。則自社員觀之，卻與完全未免除者爲同

一之結果，而調協之法人，即絲毫未有實益也。（註二三）

六、基於調協之強制執行 確定債權人在依調協而終結破產後，對於破產人，保證人，及擔保提供者，均得基於調協而以強制執行爲許多國家破產法所明定。（德破一九四條，日破三二八條，民四破章二九九條。）蓋以此時之調協，已變成債務名義故也。唯對於保證人等若以調協爲債務名義而爲強制執行時，則在調協之債權人日期，必須此項保證人曾經出席，不然，則保證人等於會議日期前在裁判外所負之保證責任，雖可以發生實體上之效果，但不能對於彼等取得債務名義也。

第四款 調協之撤銷

第一項 概說

關於調協撤銷之原因，各國法律規定頗多出入。大抵拉丁法系視調協爲契約。（註三四）因之，於撤銷外，尙得爲調協之解除。日耳曼法系則視調協爲裁判，從而不得以不履行爲理由，訴請解除其調協。匈日兩國及我國雖屬日耳曼法系，但仍以不履行爲撤銷之原因，茲請類別而討論之。

一、法意法 法意商法對於調協分撤銷之原因與解除之原因。分述之。

（1）撤銷之原因 調協成立後如發現破產人曾以不正之方法，虛報債務隱匿財產或破產人受詐欺破產有罪之判決者，（註三五）得撤銷其調協。（法商五二〇條一項，意商八四二條）爲調

協而提供擔保之保證人，當然因調協之撤銷，而失其效力。

(2) 解除之原因 破產人如不履行調協條件時，法定多數（與表決調協同量之多數）債權人得請求法院解除其調協。（法商五二〇條二項，意商八四三條）該項解除，保證人關於調協之擔保，不得免除其責任。

二、德奧法 日耳曼法系於此有二特徵：即（1）直接間接以不履行爲撤銷調協之理由。（德破一九五條參照）（2）無論何種場合，破產債權由於調協而受之利益得以始終保留。故嚴格言之，在德奧南諸國，並無調協之撤銷，僅有讓步之撤銷而已。至廢止讓步，係對於特定之債權人抑一般債權人則隨其原因而異。

(1) 對特定債權人讓步之廢止 調協因不正方法或允許非法利益於某種債權人而可決時，無過失之債權人得於不妨害其因調協而受保護之權利下，廢止其讓步。此項廢止權之行使，限於裁定認可後三年內爲之。（德破一九六條，奧破一六一條，南破一七三條。）

(2) 對一般債權人讓步之廢止 破產人因詐欺破產受有罪之判決確定時，依法當然（法二〇）於不傷害一般債權人因調協而受之利益下，廢止一切調協上所爲讓步。（德破一九七條，奧破一五八條，南破一七〇條一項。）其有罪判決，未確定前，破產法院應對破產人執行保全之方法，此項廢止以有有限罪判決爲已足，即同時宣告緩刑或不赦免，亦不受其影響。唯經再審宣判無罪時，調協仍當繼續有效。良以廢止原因已不存在故也。

〔破產法二二六條，日破產法三三〇條三三二條規定破產人如怠於履行，得構成廢止讓步或撤銷調協之原因。顯與德法等異其旨趣。但日破產法二二九破二三〇條，日破產法三二九條三三三條規定內容與德法仍全相同。無另述之必要。我破產法規定，似介於德法之間，俟於以下述之。

第二項 一部撤銷

一、一部撤銷之原因 對於各個破產債權人不履行時，則未承受履行之各破產債權人即得就調協所定之讓步撤銷之。（破五六條一三七條）其僅能為讓步之撤銷者，實際上大概係對於少數破產債權之不履行，否則將形成調協全部之撤銷。

二、一部撤銷之效果 讓步一經撤銷，則各該債權人，自當與自始即未為讓步之效力無異。但各該債權人因調協所得之權利，則不生影響，此以撤銷讓步，並非全部調協撤銷，理論上當然之結果也。

讓步為關於支付期限之猶豫者，（註三八）一經撤銷，破產債權人即時得為支付之請求。蓋以撤銷期限之猶豫，若不得即時請求履行，則與未撤何異。反之，如撤銷讓步為關於債權額一步免除，則債權額雖可回復原狀，但關於此種回復之債權額，卻非至調協終了後，即對於其他未撤銷讓步之調協，未履行前，不得行使其權利。（註二九）（破五六條二項一三七條，日破三三一條一項）如果不如此，則其尙未撤銷讓步之債權人債權，將受其影響。結果，使調協全部履行

陷於困難，勢必引起調協之撤銷。

第三項 全部撤銷

一、全部撤銷之原因 調協之撤銷，與前述讓步之撤銷不同。即調協本身之撤銷是也。其原因有二，試分述如次：

(甲)破產人有虛報債務隱匿財產，或對於債權人中之一人或數人允許額外利益之情事者，(破五一條一三七條) 有此情形時，法院得因各債權人之聲請撤銷其調協。(註三〇)

(乙)怠於履行調協者 破產人對於大多數之債權人怠於調協之履行時，有過半數之債權人其代表債權額占無擔保債權總額三分之二以上者之聲請，法院應即為調協撤銷之裁定。(破五二條一項一三七條) 蓋以既對可決調協所必要之多數債權人怠於履行，即無須再維持調協。彼等一經共同聲請，即應撤銷。關於上述聲請之債權人人數之計算，所有已依調協所定而受領全部清償之債權人，不得算入上述聲請所必要之人數即過半數中。以此等債權人已脫離利害關係故也。(破五二條二項一三七條) 故從人數言之，即須將此等受領全部履行者，從聲請撤銷調協之贊成人中扣除之，而以所餘之破產債權人之過半數為聲請撤銷贊成人之多數。至關於債權額中扣除其受領之數額，以餘額為債權額。(破五二條三項一三七條) 蓋以調協撤銷後即以所餘之債權額為破產債權額也。故受領全部履行者，關於人數及債權額之計算，均須扣除之。而受領一部履行者，雖可算入過半數之人數中，然所受領之一部債權額，則須從債權額中扣除之。

二、全部撤銷之效果 調協之撤銷，與讓步之撤銷不同，即全體債權人回復依調協讓步之權利，換言之，整個調協，一若未經成立然。

撤銷調協之裁定，依破產法一三七條準用五三條二項之結果，不得抗告。而即行確定，破產程序，因以再施。

第五款 破產程序之再施

一、再施程序之性質 所謂再施程序者，簡單言之，即因調協之撤銷，而更新其程序之謂。但其性質究竟如何，卻有種種見解之不同。或謂再施程序為舊破產程序之繼續，或謂再施程序為舊破產程序之繼續同時又為新破產程序之開始。以純理論言，則再施之程序，似宜釋為舊破產程序繼續之性質。但當繼續舊破產程序之際，破產者在調協成立後再施之程序開始前之中間時期，因回復財團之管理及處分之權利，其就財團所為之行為，自不得不放棄撤銷權之適用。而一律認為有效。且在再施程序前之中間時期之新債權人亦必然須使之參加破產程序。關於此等情事，在再施程序中，實不得不與行使新破產程序為同一之處理。因之，舊破產程序之繼續，已非單純之繼續，祇可謂為具有與新破產開始而併行同一程序之特別的繼續。因有由兩方面考察之必要。試分述之：

(甲)舊程序之繼續 再施程序，為舊破產程序之繼續，結果，則管轄權當然仍屬於舊破產法院；舊破產管理人及舊監查人回复其資格而繼續其職權。舊破產債權人以前之債權申報

及以前之債權調查，亦當繼續有效。此爲程序繼續之性質使然，且實際亦爲較爲便宜之方法也。

(乙)新破產程序之開始 既依調協而終結破產，則破產人在調協撤銷裁定前之中間時期，自得自由進行其營業及其他交易，因之，即不免有新債權之發生。爲顧及交易之安全計，對於此中間時期之交易及由此所生之新債權，務使承認其效力。如不承認此種行爲爲有效，而認調協撤銷有溯及力，勢必妨害交易之安全，以後雖有依和解而終結破產者，恐將無人敢與破產人爲交易。良以調協何時被撤銷，舊破產程序被繼續原屬難測也。如此，仍沒卻調協制度在使破產人恢復經濟生活之旨趣。故中間時期之交易，必須承認其有效。因之，亦須承認新債權人債權之效力而使之參加於再施程序之中。不過，從中間時期之交易關係及新債權人關係言之，調協之撤銷裁定，即與新破產宣告爲同一之情形，故不得不施行與新破產程序相同之程序。

二、再施中分配之比率 在再施程序中能加入分配者，有舊破產債權人有新破產債權人，且在舊破產債權人中復有於調協後已受全部或一部之履行者，然則此等各種債權人，必須如何規定分配比率，方可維持公平。於此問題有德國法主義法國法主義奧國法主義三種：

(1) 德國法主義 德國法主義係就調協撤銷裁定時之現存債額而爲平等比率之分配。換言之，不問破產債權人有否受全部或一部之清償，均令以撤銷調協當時所有之債權額參加破產程序者也。(德破二〇〇條)依此主義，在新舊債權人間，尙可維持公平。何則，因其均係以現

存債權額加入分配故也。然實際上所謂中間時期，每每極短，而新債權人原不多有，以此之故，仍以保持舊債權人相互間之公平爲主要。而此種主義，對於舊債權人於調協成立後之已受履行與未受履行者，毫無區別，在舊債權人間，必發生不公平之結果，故未全當。（註三一）

（2）法國主義 法國主義雖對於新舊債權人爲平等比例之分配，然舊債權人中已依調協而受全部之履行者，則完全不許參加再施程序之分配，而受一部之履行者，則僅以未受履行之一部，比例而參加再施程序。例如關於千元之債權，依調協免除二百元，以後受八百元之償還者，則完全不許加入。而受四百元之償還者，則以四百元作爲對原債權五百元之履行，僅許以剩餘原債權額五百元而參加之。至完全未受履行者，則許以全額千元參加，（法商五二六條）此種主義，在調協既經撤銷，使已受全部或一部之履行者，不能復活其免除額，在理論上已屬失當。因之，事實上對於已受全部或一部履行與完全未受履行者之間，即不能得到公平矣。（註三二）

（3）奧國主義 奧國主義，在舊債權人中未依調協而受清償者，固然得以全額加入分配，即已受履行者，亦得以從前破產債權之全額加入分配，此即不問舊債權人已否受償，均能以其全額視爲債權額而與新債權人債權額相合併以定一平等比率之分配額，舊債權人所受全部或一部履行之額，雖不實際返還於分配財團，但計算上，則視同返還。而以之算入於分配財團之中，以定分配率之標準。如果平均分配額，超過於舊債權人所受履行額以上，則舊債權人，

即可再受其相差額之分配。反之，若所受履行額，超過平均分配額以上時，則不能再受分配，而其所履行之一過額，亦不必返還於破產財團。（奧舊破產法二四四條）但一九一四年奧新破產法已改採德國法主義。唯日破產法三四〇條尙採奧國法主義，以純理論言，此種主義，似較適當。（註三三）

我破產法四〇條似仿日法採奧國法主義，但以規定未善，至有兼採法國法主義之嫌。乃於調協箇中既未列作規定，亦未設有準用明文，其疏漏爲何如耶？

（二）再施程序之終結 再施程序，亦與普通之破產終結方法相同，因分配或破產之廢止而終結。不過既有調協之撤銷，即不得再爲調協。因之，再施程序中，再依調協而終結者，可謂事實上所無有。

第六款 調協與新破產宣告

一、新破產之聲請 在依調協終結破產後復發生新破產原因者，債權人自可爲新破產宣告之聲請，然受調協效力之舊債權人，對於從前之債權，應不許爲破產之聲請。（日破三四二條參照）良以對於舊債權人能依調協履行完結時，則調協之目的已達，而舊債權亦皆受清償，自不生新破產聲請之問題。若破產人怠於調協之履行時，則強制執行，撤銷讓步，撤銷調協等，救濟方法已足盡其保護之能事，且調協已告成立，如許舊破產債權人基於從前之債權更爲新破產之聲請，亦與成立調協之旨趣相乖戾。乃民四破草三〇九條一項竟許受調協效力拘束之舊破

產債權人得爲破產之聲請，不能謂非適當。現行破產法，予以刪除，自有見地。

二、撤銷調協聲請與新破產聲請之關係 對於破產財團之範圍，若採固定主義，（例如日破六條）則第一破產程序進行中，又得開始第二破產程序。故從理論上言之，則於調協撤銷而繼續再施程序時，如爲第二破產之聲請，自不能認爲違法，且亦有第二破產程序開始之可能。然亦如膨脹主義（例如破八二條）則對於同一破產人，即不許同時爲二個破產程序之開始，從而調協撤銷程序再施時，即不得再爲第二破產之聲請矣。

三、調協履行完結前之新破產效力 在調協履行完結後之新破產，因與舊破產全無關係，自應適用一般破產之規定，若在調協履行完結前之新破產宣告時，則以破產人之財產，已悉吸收於破產財團，而調協之履行，已成爲不可能。此時舊破產債權人之救濟方法，即應與撤銷調協而開始再施程序者相同。使一切讓步復活，而參加於新宣告之破產程序中。

第二節 分配

第一款 總說

一、分配之意義 分配爲終結破產原因之一，乃由破產管理人將分配財團分撥各債權人，以清償債權之謂也。破產程序爲一般強制執行程序，乃以多數債權人之競合爲其要件。猶通常之強制執行，如遇債權人爲多數時，應以分配行之。（強制執行法三一條至四一條）破產程序

之分配，爲消滅破產債權之原因，唯分配乃由管理人強制行之。嚴格而論，與民法上之清償似有不同。但自債權之滿足視之，亦得謂廣義之清償。（註三四）

二、分配之時期 分配須於一般債權調查完畢後行之，（德破一四九條，奧破一二八條，匈破一七八條，南破一四〇條一項，日破二五六條，民四破草二三六條。）（註三五）蓋以分配前對於各債權額之多寡，順位或優先權之有無，必先予以確定也。我破產法一三九條明定分配於第一次債權人會議後實施，而第一次債權人會議期日爲破產宣告後一月以內，此際債權申報尙未完畢，遑言調查，而遽行分配，誠如胡養蒙氏所謂：「不特不公，且最危險」者也。

三、分配之要件 破產管理人爲分配時，立法例或須得監督人之同意，（德破一五〇條）或規定如無監督人時，須經法院之許可。（日破二五七條，民四破草二三七條）我破產法則規定唯法院有認可分配之權。（一三九條三項）以期劃一耳。

四、分配之種類 分配，可依其階段，分爲三種：一、中間分配，二、最後分配，三、追加分配。中間分配，乃破產管理人在破產財團之財產可分配時，所爲之分配也。破產法一三九條所規定之分配，卽屬之。最後分配，乃以現存之財團財產，全數分配淨盡之分配也。同法一四五條所稱之最後分配，卽屬之。追加分配，卽破產財團於最後分配表公告後，發現復有可分配之財產時，所爲之分配也。同法一四七條所定之分配，卽屬之。

第二款 加入分配之債權

得加入分配之債權述之如次：

一、確定債權 已確定而無異議之債權自得加入分配，至有名義債權，在異議有理由判決確定前原應與確定債權等視齊觀。唯我破產法則不問債權之有無名義，一經異議，必須裁判確定後債權始得確定破產管理人為中間分配時，倘異議訴訟尚在進行，僅得按照分配比例提存相當金額而已。（破一四四條）

二、條件附債權及將來行使之請求權 破產管理人為中間分配時，對於條件附債權及將來行使之請求權，或令其提供相當之擔保，或為分配額之提存。唯為最後分配時，如停止條件附債權或將來行使之請求權於除斥期間內，不能行使其權利時，即不得加入分配。

三、行使別除權後未能受清償之債權 此項債權，如已證明曾着手於權利標的之處分並釋明不能依其處分而受清償之債權額，可以加入分配。

四、拋棄別除權之債權 有別除權之債權，倘自動表示拋棄別除受償之意思，應即回復至一般破產債權同等之地位，得加入分配，又係當然之結果。

第三款 分配之準備

一、換價 換價云者，即處分破產財團所屬之財產，而使變成金錢或金錢的價值之謂。（註三六）其換價之時期，我破產法從多數之立法例委諸管理人職務上之裁量。（一三八條前段）

已詳前述。(註三七)至變價之方法，除特種財產之讓與，須經監督人之同意外，依拍賣之方法爲之。但債權人會議另有決議指示者，不在此限。(同條後段)此所以尊重債權人之意思也。又別除權之標的財產，除償還別除權者外，尙有剩餘時，管理人自得將其變賣。若干立法例有特別規定其變價之方法(拍賣)者，(南破一三二條，日破二〇三條，民四破草二二三條。)良以各該立法通常換價，均任之管理人認定之方法行之，未有限制。若我現行破產法，顯無此必要矣。

二、分配表之製作 破產管理人對於分配應作成分配表，(德破一五一條，日破二五八條，民四破草二三八條。)我破產法對於分配之製作，僅對於中間分配，有明文規定。(一三九條二項)對於最後分配及追加分配，未有明文。但其應作成分配表，自亦可謂當然之解釋。至中間分配表之認可公告及異議，自亦可爲類推之解釋，對於最後分配及追加分配，亦當準用。

分配表之內容，應記載分配之比例及方法。(破一三九條二項)至債權之有否優先權，其分配之順位如何，亦包括於分配方法之中，應併行記明。德日破產法均規定管理人應將分配表存放於法院書記課，以供利害關係人之閱覽。(德破一五一條，日破二五九條，民四破草二九九條。)我破產法未有相當之明文，稍欠周密。

分配表須經法院之認可並公告。(破一三九條三項)公告事項外國法有明定，爲(1)加入分

配之債權總額，(2)可分配之金額（德破一五一條，日破二六〇條，民四破草二四〇條。）我破產法於此雖付缺如，但須公告分配之比例及方法，則加入分配之總債權額及分配金額，當然間接公布矣。至公告方法未有規定，自應解釋準用同法一三條之規定。

破產債權人，對於分配表有異議者，應自公告之日起十五日內向法院提出之。（破一三九條四項）此項十五日之期間，爲異議拒絕期間。（註三八）詳言之，如遲誤此項期間者，分配表之記載，即屬確定，應依其記載而受分配。因之縱令分配表中，實有不當之記載，另屬管理人之責任問題外，而分配較少之債權人，不得對分配過份之債權人，請求不當得利之返還。（註三九）對於此項異議，法院當爲裁定，對於裁定不服，異議人或管理人自可抗告，裁定經確定後，如異議有理由，管理人自當依裁定之指示，更正分配表。此項裁定書，立法例有規定不必送達，備法院書記課以供利害關係人之閱覽。（德破一五八條二項，日破二六四條二項）我破產法於分配表除公告外，尙未定有供利害關係人閱覽之辦法，則於異議裁定，不爲同樣之規定，已不足怪。

第四款 分配之實施

第一項 中間分配

一、分配額之分配 分配表公告後經十五日之期間無人提出異議時；或經提出異議後其異議裁定業經確定時，則分配表即告確定。破產管理人應即將分配表中所定之分配比例分配額分

配與各債權人。(註四〇)如分配表經異議裁定後而有更正者，則應將更正之分配比例分配額分配之。自不待言。

二、分配額之提存 對於特殊破產債權之分配額，(註四一)在其未能行使或其行使狀態尚未確定前應，爲之提存者，述之如次：

(甲)附解除條件之債權 附解除條件之債權，於條件成就時，失其效力。是以此項條件所附之債權，如受分配，將來尙有因條件之成就，有應返還之情事。如確保其將來能返還起見其受分配時，應提供相當之擔保，無擔保者，即提存其分配額。(破一四〇條參照，日破二六六條，德破六六條，奧破一六四條，南破一五條，南破六八條。)

(乙)附停止條件債權 停止條件附債權，在條件未成就時，原不發生效力。故祇將其分配額提存之。(破一四一條，日破二七一條四款前段參照，德破一五四條。)

(丙)將來行使之請求權 將來行使之請求權，其分配額應否提存，我破產法並無規定。唯對於其除斥分配，則於一四二條設有明文。可知在除斥期間前有分配時，決無不予分配，並不將其分配額提存之理。日破產法二七一條四款後段有明白規定，我破產法似尙應設明文，免滋疑義。

(丁)有異議或涉訟之破產債權 關於破產債權有異議或涉訟致分配有稽延之虞時，管理人得按照比例提存相當之金額，而將所餘之財產分配於其他各債權人，(破一四四條)蓋以破產

債權一經異議或涉訟，在未奉裁定或判決前，其債權究未臻確定也。（註四三）

第二項 最後分配

一、最後分配之施行 所謂最後分配者，即在財團全部變價後所施行之分配也。（德破一六一條，日破二八一條，民四破草二四九條。）至於關於破產財團所屬財產之訴訟，固須俟其結束。然關於破產債權異議或訴訟，管理人得提存其分配額，（破一四四條）無俟其結束之必要。

二、最後分配拒絕期間經過前不能確定之債權 債權於最後分配之拒絕期間經過後，尙未達於確定狀態者，究應如何處置，我破產法仿德日立法例，爲迅速終結破產程序起見，採取截止主義，說明如左：

（甲）附停止條件債權或將來請求權 此等債權如在最後分配表公告後十五日內，尙未成就其條件或不能行使其權利者，則在破產程序上，即以該債權視同不存在之債權，而拒絕其分配。（德破一五四條二項，日破二七五條，民四破草二五五條，破一四二條。）蓋以對於停止條件之成立與否，或權利行使之可能與否，必待其確定後而後決定其分配額，則破產程序不知延至何時，始能結束故也。此項未確定之債權，此時既應拒絕分配，則在中間分配時，爲該債權所提存之金額，即應編入於分配財團，而分配於他債權人。然破產程序終結後，而停止條件成就或得行使權利時，將如之何？此時該債權人唯有對於破產人請求償還而已。

(乙)解除條件之債權 此項債權在最後分配表公告後十五日內尚未成就其條件者，亦爲迅速終結破產程序起見，而在破產程序上，即與無條件之債權同視。因之，其中間分配時，所提供之擔保，(日破二七六條，民四破草二五四條，破一四三條。)即當失其效力而返還於債權者，其未提供擔保時所提存之金額即當支付於其債權者，然在破產程序終結後，而解除條件成就致該債權歸於消滅。此時破產人對於該債權人，可就其分配額請求返還之。(註四三)

第三項 追加分配

一、追加分配之必要 關於破產債權之異議訴訟，在俟其全部結束，而後爲最後之分配者，自無追加分配之必要。此在日本舊破產法即係如此立法。但因少數債權之未確定遂不得爲最後之分配。一方便多數債權人不能受領分配，他方又使破產程序遲滯不能終結。此不但有損債權者之利益，抑且使破產人受其拖累，不如在此財團一經變賣完結時，縱令關於債權之異議訴訟尙未結束，亦當爲最後之分配，以終結破產。其對於此項債權分配額，不妨暫時提存之，視訴訟結果如何分別辦理。債權人勝訴，則交由債權人受領。債權人敗訴，則歸還破產財團。唯歸還財團者，卻又有分配之必要。此追加分配制度之所由生也。

二、追加分配之財產 可供追加分配之財產，如何構成，約有下述數種：

(甲)對於異議訴訟之分配額所提存之金額，債權人敗訴之結果應返還於財團時。

(乙)因管理人之錯誤等事由，償還於財團債權者，或分配於破產債權者之款項，應返還

之。

(丙)破產終結前屬於破產財團之財產新發見時，但以破產終結裁定公告日起三年內發見者爲限，否則不能加入於追加分配之中。(破一四七條)

三、追加分配之許可 追加分配，須得法院之許可。(破一四七條，民四破草二六三條) 因關於破產事項，法院須始終行使其監督權也。

第五款 分配之效果

一、破產終結之裁定 破產程序以對於總債權人爲平等滿足之分配爲目的，從而實施最後分配後破產手續，實質上已告終結。然多數立法均要求一破產終結裁定，(註四四)爲破產手續形式上之終結。是以破產管理人在最後分配完結後即須向法院提出報告，法院接得上項報告後，應即爲破產終結之裁定。(破一四五條一四六條一項)法院對於此項裁定，雖云應即爲之。但如發現有相當之財產，可資分配者，亦可暫緩裁定。命令破產管理人變價分配後，再爲裁定。

二、破產終結效力發生之時期 對於破產終結之裁定，不得抗告。(破一四六條二項，德破一六三條一項，日破二八二條二項。)此項裁定，一經宣示，即可發生效力。破產法對於宣示之方法，並未定明。但觀於該法一四七條但書破產終結之裁定公告之日起云云，應依公告爲之，殆無可疑。

又在破產終結之裁定後，所有關於破產終結登記之囑託，並對於郵電機關囑託之撤銷應同時爲之。

三、破產終結裁定之效力 破產終結裁定之效力可分爲（一）對於破產人之效力，（二）對於破產機關之效力，（三）對於破產債權人之效力。

（一）對於破產人之效力 破產程序終結，破產人所喪失之管理及處分權，即可回復。破產人所有身分上之拘束，例如郵件電報之送交破產管理人，住居之限制，破產人之羈押及必要處分等亦即解除。但破產人之身份，並不因而回復。破產人如回復其身分關係起見，尙須經復權之程序。

（二）對於破產機關之效力 破產管理人監查人及債權人會議之任務，即歸終了。但破產管理人之追加分配任務，尙屬殘留。

（三）對於破產債權人之效力 我破產法對於破產債權清償後，係採無條件免責主義。其四九條規定謂：「破產債權人依調協或破產程序已受清償者，其債權未能受清償之部份請求權視爲消滅。但破產人因犯詐欺破產罪而受刑之宣告者，不在此限。」或謂仿自英美，（註四五）或竟譽爲創例。（註四六）我人要未敢苟同。蓋若從法的立場，以研究此項主義，已難免疵議——至少在今日私法學之見地。若從其他立場，則此項主義之在英國，有其特殊之環境，良以英人素善經營兼崇實際，貸款於人，未嘗不審慎預計其危險，即因破產而免除某債務人部份之債務，絕少

未嘗在此債務人身已獲得相當之利益，而爲單純之犧牲者。在破產人確無餘款之場合，亦確不願徒擁空債權，從事無益之訴追。故縱許違反其約言，而交易信用並不因而萎縮。(註四七)且英破產法上之免責程序，仍爲周密。如債務人爲免責之聲請後，法院爲裁判免責許可之資格有無起見，爲破產人財產狀況之調查。在公開審問破產人終結後，復聽取管財人關於破產人行動及財產狀況之意見，而爲免責許可，拒絕，條件附許可或效力發生停止等判決。如英國一九二四年至一九二九年之商務部年報所載，在此期中對於免責聲請所爲之裁判達五千五百二十件，其爲許可者，百四十餘件，爲拒絕者，百五十七件，爲條件附許可者千二百六十八件，爲效力停止發生者，三千九百五十五件；可知爲免責許可之判決，僅百分之二強。此項制度，在彼邦之得以推行無弊，豈偶然哉。美之仿效英法，自其民族性情，商業狀況言之，尙稱自然。唯美之免責程序，不及英法規定之周密。且未積極的規定許可免責的要件，只消極的列舉免責拒絕之事由。故法院非爲免責之拒絕，卽爲免責之許可。美國自一九二六年九月一日至一九二九年三月一日所爲關於免責聲請裁判，許可數爲八五二五一件，拒絕數爲七七六件，前者約佔總件數百分之九九·一，後者僅佔百分〇·九。其成績顯不能若英國於同時期所爲關於該項裁判之有適應各個事件之特殊性，深爲各方所不滿。(註四八)此項不滿，是否僅基於片面之理由，姑不深論。但 Douglas 教授之批評，仍有一述之必要。「美國免責數目之多，其原因在於不就免責聲請而行強制的組織的審理之點。故有就免責聲請，如英國法修正爲強制的組織的審理之必要。」

又宜仿效英法而修改爲使法院得以自由裁量，適應各個事件，而爲免責許可，拒絕，效力停止發生或條件附許可的裁判。」然按之美破產法一四條關於免責拒絕事由的規定，如(1)破產人犯本法規定應處徒刑之罪者，(2)有掩飾其經濟狀況之故意，而湮滅隱匿或不保存足以確定其經濟狀況之賬簿或紀錄者，(3)破產人以書面爲虛偽陳述，騙取他人之信用，因而取得金錢或財產者，(4)在其狀態請宣告破產前四個月內移轉搬動，毀壞或隱匿其財產，或允許移轉搬動，毀壞或隱匿其財產，並有妨礙遲延或詐欺人之惡意者，(5)自有免責之許可之時，六年內更爲免責之聲請者，(6)破產人在破產程序中，不服從法院之命令或對於責問不爲答復者，誠不如英法之能適應各個事件之特殊性。然得許可免責，亦非易事。乃在破產法上之免責制度，竟無所用其聲請，無所用其審理。因亦無所用其裁判。除犯詐欺破產罪而受刑之宣告之破產人外，(相當於美法(1)(2)(4)款)不問爲善意破產人抑爲惡意破產人，凡經調協或破產程序已爲清償者，其未能清償之部份，應即免責。雖云與我國固有之寬大習尚相符。(註四)即不言自經濟恐慌以來此種習尚，已呈衰頹。然飄搖中之信用制度，豈許置而不問。俾不然，立法之欲以保護債務人者，事實上或反令其無法取得信用借貸或竟被迫而支付鉅款高利。愛之適以害之，又何取乎？總之，免責之制，並非不善。要視立法之善爲規定，司法者之善爲運用，庶乎有考。嘗讀前清破產律第六六條載：「倒閉之商，如查明情節，實有可原，且變賣之數足敷各債至少十分之五，可准其免餘額。」能無令人慨然與「古今人不相及」之感乎？

(註一) 主契約說者爲…… *erecerou*, op. cit., No. 1289; Lyon-Caen et Renauld, op. cit., VII No. 681 bis; Angéle, *Nature juridique du concordat en matière de faillite*, Thèse; Rouast, *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, Thèse; Vidar, *Cours de droit commun*, IX, No. 817i; 主特種行爲說者…… *Lehmann*, op. cit., S. 15. 主判決說者…… *Kohler*, op. cit., S. 452 以下。

(註二) *Kohler*, op. cit., S. 445 以下; *Garrand*, *De la déconfiture*, p. 45 et 8.

(註三) *Jehl*, op. cit., p. 294 et 8.

(註四) 日耳曼法系於調協之外，尚有一種和解，經債權人全體同意而成立。(南破二〇二條二〇三條，奧破一六七條，匈破一六六條，南破一七九條。) 意商八三〇條似曾爲間接之許可，頗語焉不詳。學說判例漸次予以補充，規模粗備。*Vidari*, op. cit., IX No. 8303-8317. 此種和解，爲法一八八九年三月四日法律所否認。唯法商五四一條規定得成立拋棄財產之和解，則又爲其他立法例所未有也。

(註五) *Crespolani*, op. cit., p. 33. *Navarini*, op. cit., p. 35.

(註六) 法人董事中有離職時，在未爲離職登記前，經其他董事之一致得提供調協計劃。但依加藤博士之解釋，法院如認此事實爲可信，得即時進行調協手續，俟登記完了後，正式成立。如否認此事實，則在登記完了前，不得爲調協手續之進行。(研究七卷三五八頁) 但我破產法對調協之計劃，並不令經由法院，逕送管理人提出債權人會議，此際管理人或債權人會議，得依上述指示斟酌調協之進行與否。

(註七) *Vidari*, op. cit., IX No. 8325.

(註八) 若干立法例規定合作社不能訂立調協，但無妨爲和解之提出。(南破一五二條二項，奧破一四〇條，匈破一九九條三項，總合作社法一一六條一項。)

(註九) 我破產法於此如法商意商對調協之提出，未有先事審理之規定，其他立法例殆均予法院以先事審理之權，並列舉其駁回調協提出之原因。茲述其供參考者：(一) 調協內容對於三頭位債權人之債還額不及百分之十(南百分之二十) 償還期逾二年者，(二) 如破產人關於財產之簿籍有瑕疵者，(三) 撤回調協之提出者，(四) 破產人在五年內曾經和解

或破產或因財產不足而廢止破產者，(5)已裁定不認可或撤銷調協時。(南破一五四條，風破一四二條，一九二四年七月一日法令。Lehmann, op. cit., §. 44 以下，德破一七六條，匈破二〇三條二〇四條「唯何審理權不屬於法院而屬於監查人。」日破二九六條，民四破草二七六條)

(註10) Vidari, op. cit., IX No. 8321; Creppolani, op. cit., p. 23, Navarrini op. cit., p. 98. No. 64.

(註11)關於調協條件定破產宣告後之利息償還方法，是否適法，依加藤博士之意，應視普通破產，法人破產而不同。在前之場合，破產後之利息，既不能作為破產債權，如定其清償辦法，當然無效。在後之場合，破產後之利息，尚得作為破產債權，則定其償還方法，自屬適法。(法協五〇卷五六九頁，研究八卷四一四頁)我破產法關於破產法之利息對法人並無例外之規定。苟調協計劃定有破產後利息償還方法，均非適法。但調協計劃，倘不以破產前個別所訂利息為標準，從新創定一同樣之利息，從而定其清償之方法，即不能謂非適法。(同說加藤博士法協五〇卷五七〇頁，法學新報四二卷一二七六頁，日大審院昭和六年十二月十一日決定裁判例(五)民事二七六頁)

(註12)平等云者，對破產債權人與以平等滿足之意味。(加藤博士研究七卷四二六頁)東京高等法院大正十五年二月二十七日判示謂：「平等乃條件關於金圓支付之場合，於一定日期按各債權人債權額比例計算支付金錢之意味。」(法律新開二五一九號四頁)是平等不以對一切債權人一樣為必要，而以內容實質之平等為已足。例如對於某種債權者，付還三成，對於其他債權人付還二成。此雖償還之比率各有高低，但受二成之償還者，如比之受三成之償還者，為期較早，即足以償還期之早晚，調節比例之高低，使之獲得實質上之平等。(岡博士破產法法學全集二九〇頁，註釋書一八一條註二)

日昭和三年四月二十三日東京地方裁判所判示：「和解條件各債權人拋棄其迄調協認可確定後所生之利息債權，但無利息債權人因無何等利息債權可以拋棄，從而受全額債權之清償，顯與利息附債權人間失其平衡云。」(法律新開二八三〇號八頁)

(註13)此外所謂債權人，依奧最高法院一九一七年十一月六日判決意旨指宣告破產時，對破產人有財產上請求權

者而言，申報與否在所不問。(Zuglia et Verona, op. cit., p. 358 所引)

(註一四)奧破一四三條一項，匈破二〇七條，南破一五五條一項均有明文規定。德破雖無直接規定，然就同法九五條九六條一七九條二三〇條規定觀之。應得與破等同一之解釋。(Kohler, op. cit., S. 479. ff.)

(註一五)意商八三四條四項規定如調協不能成立或被撤銷，拋棄當然失其效力。法國則與之相反。多數判例承認此種拋棄為絕對而確定，調協縱未成立或被撤銷均無影響。(一八九四年三月六日最高法院判決，D. P. 1894. I. 489 來納 (Tennes) 地方法院一八九三年一月二十三日判決 D. P. 1894. 2. 533. Penonart, op. cit., II. p. 28. 異說 Bedarride, op. cit., II. No. 544)

(註一六)德破一八三條原為「共同債務人(破產人)之配偶」，乃立法院編譯處所輯各國破產法編譯為「共同債務人之夫」。豈差破產夫之表決權受限制，夫破產，妻之表決權，獨不受限制耶。

(註一七)依奧破一四一條二項最低償還額為百分之十，最短償還期為一年。匈破二〇〇條五項一九二六年破產預辦法(即和解法)六條九六條修正規定最低償還額為百分之五十，最短償還期為八月。如償還額在百分之五十以上償還期得延至一年半。反之，償還額如少於百分之五十而在百分之二十五以上者，破產人須以書面連同半數以上債權人同意文件始得為調協之提出。此種限制，大體上已可疵議，匈修正案又令調協與和解受同一之拘束，其不善使前者完全喪失其作用也。

(註一八)日大正十五年八月二十一日大審院決定。(法律新報二六六號一五頁)昭和六年二月二十五日東京地方裁判所決定。(法律新報三二三五號六頁)認調協和解認可受審裁定確定後，如有民訴法所定再審事由得提起再審之抗告。加藤博士贊同之。(研究八卷二五二頁，法協四九卷二〇五四頁)法巴黎地方法院一九〇三年五月二十七日判決。認調協完全成立後，如經債權人全體之同意，仍得變更調協之內容。D. P. 1906. 2, 1, et Note de M. Pic)

(註一九)日大正十五年六月十九日東京地方裁判所判決：「股份有限公司之破產管理人提起股東繳付之訴，在緊要中，因調協成立而破產終結，其訴訟雖告終了，股份有限公司之法定代理人自得續行之。」(法律新報二七二〇號九頁)同十四年十二月十四日同裁判所為中間判決回其旨趣。同二四九六號六頁。但在日現行民訴法，訴訟因破產終結而中斷者，

破產人或對遺得承受之。(加藤博士研究八卷三三七頁以下，三四二頁以下)

(註二〇) 加藤博士研究六卷四二五頁以下，破產法法學全集三〇三頁以下，齋藤博士日本破產法四〇五頁。

(註二一) Heitron, op. cit., S. 331; Lehmann, op. cit., S. 235; Mitrovic, op. cit., S. 156; Zanglia et Verona, op. cit., p. 364.

(註二二) 主債務人因調協而免除其債務之一部，關於保證人之求償權範圍如何，日大審院著有判例。該院昭和五年十二月二十四日判決云：「依破產法三二六條二項強制和解不影響於破產債權人對於破產人之保證人及其他與破產人共同負擔債務人所有之權利，破產債權人依強制和解免除其債權之一部，但對於保證人等仍得請求爲全額債務之清償。誠不待言。然保證人等對破產人之求償權依三二六條一項亦應受強制和解之拘束。因之，保證人等僅能依強制和解之條件行使求償權。其依強制和解而免除之部份，保證人等應無何等求償權之存在。」(判例集九卷一二〇五號) 神戸地方裁判所有同趣旨之判決。(法律新報三二一〇號一七頁) 加藤博士深然云。(法協四五卷一四六頁以下)

(註二三) 日昭和六年五月十八日東京地方裁判所判決：「負有限或無限責任之社員，於法人成立強制和解時，依和解所定之限度，對法人債權人負其責任。」(法律新報三二九一號九頁) 同七年六月二十八日大審院判決同其旨趣。(判例集一一卷一四四〇頁) 加藤博士贊同之。(法協五〇卷七一頁二三九二頁)

(註二四) Vilari, op. cit., IX No. 8471.

(註二五) 意商八四二條僅以隱匿財產虛報債務爲撤銷之原因。有罪判決，不足影響調協之效力。(Vilari, op. cit., IX No. 8465)

(註二六) Heitron, op. cit., S. 233; Selow-Busch, op. cit., ad. § 147; Lehmann, op. cit., S. 235.

(註二七) Lehmann, op. cit., S. 265.

(註二八) 日昭和六年五月十八日東京地方裁判所判決。(法律新報三二九一號九頁) 昭和七年五月二十日大審院判決。(判例集一一卷一四四〇頁) 加藤博士法協五〇卷一五四五頁二三九四頁，齋藤博士研究七卷三〇〇頁，均採用一之見解。但日昭和五年二月二日大審院判決。(判例集九卷一二五頁以下) 井上教授法學論叢二二卷二八九頁以下，

則採反對說。

(註二九) 調協讓步之內容，如爲債務分期清償，則讓步雖經撤銷。債權人一時仍不得爲債權全額之請求。(加藤博士研究八卷四九二頁以下，齋藤博士研究七卷三〇〇頁)

(註三〇) 本條規定與多數立法例相違卻與憲商法同。即不以有罪判決爲撤銷調協之原因也。

(註三一) 松岡博士破產法論八四九頁至八五一頁，加藤博士要論四五三頁至四五四頁。

(註三二) 松岡博士前揭八五一頁至八五三頁，加藤博士要論四五四頁。

(註三三) 松岡博士前揭八五三頁至八五四頁，加藤博士要論四五五頁至四五六頁。

(註三四) 前野學粹二三九頁。

(註三五) 法商五六六條，憲商八〇九條規定管理人每月應向受命推事報告寄存金庫之金錢，由受命推事核定分配與

否。

(註三六) 日昭和六年十一月三十日東京地方裁判所判決：「管理人打使屬於破產財團之股份請求權，不包含於一九六條換價行爲之內。」(法律新聞三三八八號一三頁)

(註三七) 參照本編四章四節一款。

(註三八) 立法例於異議拒絕期間外，尙有所謂分配拒絕期間。(德破一五二條一五八條，日破二六一條二六四條，民四破章二四一條二四四條。)前者假設被異議之債權人，須在該期內證明曾經提起訴訟或承受訴訟，否則即拒絕加入分配。我破產法關於異議規定，迥由法院裁定，自無不提起訴訟或承受訴訟之事，因而未爲規定，尙非疏漏。

(註三九) 加藤博士要論三八九頁，研究七卷三三四頁，反對齋藤博士日本破產法三六九頁。

(註四〇) 立法例於此每分二步驟；管理人先作成分配表記載債權總額與可分配之金額公布之。俟聲明異議期間經過後，再以分配率通知各債權人(德破一五九條，日破二六五條，民四破章二四五條。)我破產法旨在簡約程序。故規定於分配表中記載分配之比例，以爲分配時即可由此比例算定分配率。殊不知分配表中之金額，未必即爲實施分配金額。良以分配表公布後，如因新的費用發生，或以前未曾想到之財團債務現已想到。而有償還之必要時，實施分配金額自必

小於公布之分配金額，倘先規定分配比例，即歸固定。一有上述情形，實施分配時，仍有重行決定分配率之必要。未有利便也。

(註四一)王仲恒氏於此稱：「對於特殊之破產債權，破產法定有其分配額……此項分配額應提存之債權如下。」(前揭三二二頁)措詞含混，頗易引起誤解。

(註四二)立法例尚有規定別除權不能清償之預定額應提存者。(德破一六八條三款，日破二七一條四款，民四破草二四七條二款。)我破產法未為規定，自應實施分配。分配後如別除權人行使別除權之結果，並非不能清償或雖係不能清償，但較預定額為小。則別除權人預受分配額，即屬不當得利，自得請求返還。若先令提存其分配額，可免周折而期妥穩。

(註四三)立法例尚規定呈報預定額之別除權債權人，在最後分配之拒絕期同經過前，未向管理人表示拋棄其別除權之意思。或證明行使別除權實際確定不占額者，則由分配中拒絕之。(民四破草二五六條，日破二七七條)

(註四四)在拉丁法系破產手續係有實質上之終結。法院無須為破產終結之裁定云。

(註四五)王家駒教授前揭論文，劉陸民律師前揭論文，王仲恒氏前揭三二七頁。

(註四六)梅汝璈氏前揭演稿。

(註四七)Marmor, op. cit., p. 399-407.

(註四八)美國某劇團，某次播音，曾諷刺破產謂係教人匿錢於褲袋，而以外套給債權人之制度。

(21 American Bar Association Journal 1935, 279)

72d. Congress, 1st Session, Senate, Document No. 65 Strengthening of procedure in the judicial system. pp. 12. 3c.

(註四九)傅秉常破產法之制定及其內容一二頁。

第四編 小破產

以前所述之普通破產程序極爲複雜，並且需要較多之時間與費用。因此之故，其在經濟上之利害關係，比較輕微之破產事件，即當以特別之簡易程序處理之，較爲適宜。此英意匈奧南日諸國所以設置小破產制度之由來也。（註一）

就美國破產情形觀之，美國乃不採用小破產制度國家之一，一九三〇年六月三十日結止的會計年度中所終結的全美總破產事件內，其破產財團爲無資產者，達總破產數百分之六十五，變賣財產在五百元美金以下者，達百分之十七。至管理及變賣費用：（一）變賣財產價值一元至百元者，須八成五分，（二）價值百〇一元乃至二百五十元，須七成三分，（三）價值二百五十一元乃至五百元者，須六成三分。（註二）足證低額破產財團，除支付管理費用外，所餘無幾，實反破產之目的，爲害於社會之經濟，故 Douglas 教授力主大破產與小破產事件，應異其程序，對於後者其程序應力求簡單。

更就設置小破產制度之英國觀之，其一九三四年小破產事件，達總破產數百分之八十。（註三）足證輕微破產之夥，在產業落後之我國，因社會財富不裕，破產事件比較輕微者，勢必十居八九。此項小破產制度，實有設置之必要。破產法闕而不備，未免遺憾。經學者與實務家

一致主張。(註四)增設之期，當不在遠也。

關於小破產之標準如何，各國原不一致，最普通者，以破產財團額為標準。(註五)(註六)且亦最為適當。此蓋以破產程序目的在分配破產財團，而破產債權人之利益，亦以破產財團之多寡為斷故也。

(註一)英一八八三年之 Small bankruptcy 意一九〇三年之 Piccoli fallimenti 何一八八一年，與一九一四年，南一九二九年之簡易程序 Procedure sommaire 日大正十一年破產法中之小破產是。

(註二)劉陸民律師前揭論文所引。

(註三) Bankruptcy Report, 1934, p. 11.

(註四)劉陸民律師前揭論文，張知本前揭四六二頁，會計師潘序倫錢適徵李鴻壽呈司法院咨立法院增訂小破產云。

(法令週刊三三一則法訊)

(註五)意一九〇三年法律三六條以破產債權額為標準。

(註六)破產財團額為小破產之標準。在英為三百磅，在意為二千里耳 (Lire)，在南為十萬那 (Dinare)，在俄為五百吸令 (Schilling)，在日為一萬日元以下，在何則未規定。

第五編 罰則

第一章 總說

破產爲犯罪之觀念，至今已成歷史之陳跡。唯和解與破產程序，均爲裁判上之程序，其進行之公正與誠信，自須極端維持，（註一）如關係人違反法定義務或營私舞弊，卽屬破壞裁判程序，且亦妨害社會經濟，自不得不規定罪刑，予以懲罰。（註二）唯此項規定最新立法如奧，如何，如南，均以之納入普通刑法，（註三）（註四）以示統一云爾。

關於破產犯罪，在原則上，亦能適用刑法總則之規定。（刑一一條）又關於破產犯罪事件之管轄，當依據刑事訴訟法，而屬於刑事法院。至所有關於債務人及破產人罰則，犯罪之主體，非僅以和解債務人及破產人爲限，對於破產法三條規定之人亦適用之。（註五）

（註一）竹野氏和議法原論三五五頁。

（註二）自破產爲不幸的社會現象後，破產犯罪，爲數無幾，證之英一九三三年四千一百十件破產事件中僅三二件爲犯罪破產。（Bankruptcy Report, 1933, p. 13）可見一斑。

（註三）Jeh, op. cit., p. 348.

（註四）日舊破產法關於罰則讓諸舊刑法三八八條三八九條予以規定，日現行破產法則規定罰則於破產法中，恰與此

趨勢相左。抄

(註五) 日昭和七年十一月十九日合體高等法院決定同其旨趣。(法律時報三四九號一六頁)

第二章 破產義務違反罪

一、總說 我破產法對於破產人科以關於其調查上種種之積極及消極之義務。對於和解債務人亦規定有相類似之義務。但破產法對於和解義務之違反，未有處罰之明文。此蓋恐因破產法對和解債務人違反此項義務時，已有法院可宣告債務人破產人之規定，以剝奪其利益，無庸再設處罰之明文，故未予規定歟。(註)

我破產法關於破產義務違反之罪可分爲二：(一)財產報告及義務違反罪，(二)說明義務違反罪。

(一)財產報告及移交義務違反罪 財產報告及移交義務之違反，即破產人拒絕提出第八七條所規定之說明書及清冊，或故意說明書內不開列其財產之全部，或拒絕第八八條所規定之財產或簿冊文件移交破產管理人是也。(破一五二條，英破一五四條三款)此項義務之違反，即爲一種消極之不作爲，是以本罪爲不作爲犯。

本罪之刑爲一年以下有期徒刑。

(二)說明義務違反罪 說明義務違反者，即依第七四條第八九條及第一二二條之規定，有說明或答復義務之人，無故不爲說明或答復或爲虛偽之陳述是也。(破一五三條，日破三八二

條，英破一五四條一款。）違反此項說明義務，須屬無故。如有正當理由，不爲說明或答復，例如因疾病或因重大事故不能到場應訊者，自不能構成本罪。

本罪之罪刑範圍，爲一年以下有期徒刑，或五百元以下罰金。

（註）日和議法七〇條對於和解債務人違反說明義務，仍爲處罰之明文。良以違反義務之結果，因債務人並非善意，遂不令其享和解之利益，與其侵害公益而科以刑罰，原係兩事，無庸混爲一談也。

第三章 詐欺破產罪

詐欺破產罪，即在破產宣告前一年內或在破產程序中，以圖利自己或第三人或損害債權人爲目的，而減少破產財團所屬財產或增加債務或混淆財產狀況之行爲而成立。（破一五四條，法商五九一條，意商八六〇條，德破二三九條，奧刑二〇五條一項，匈刑四一四條，南刑三四四條，日破三七四條，英破一五六條。）

本罪卽所謂目的罪，而以破產人有意圖利益自己或他人之目的，或自損損害債權人之目的爲必要。此與後過失破產罪不同之要點。而此點，亦卽本罪構成之主觀條件也。所謂目的云者，不僅以知其行爲之效果之發生爲已足。尙須行爲者有期其發生之特定意思，然其目的，卻不必爲終局的或唯一的目的，卽中間的或併存的目的，并爲本罪之目的也。

本罪之客觀要件，則爲左列之行爲：

- 一、隱匿或毀棄其財產或爲其他不利於債權人之處分者。
- 二、捏造債務或承認不真實之債務者。
- 三、毀棄或捏造賬簿或其他會計文書之全部或一部致其財產狀況不真實者。
- 四、關於本罪之適用，不僅宣告破產者，卽調協之撤銷，亦當視爲破產之宣告，而適用

之。

上開行爲我破產法限於破產宣告前一年內或破產程序中爲之，爲其他立法例所無，德破產法則規定債務人已停止支付或破產程序開始後之時間限制，竊謂上開行爲，須有時間之限制者，乃在求其與破產之宣告，有所牽連。若以一定之時間之限制，反無柔性之伸縮，不若仿德立法例，適用上較有彈性，且亦合理也。

本罪之刑罰，爲五年以下之有期徒刑。（註）

（註）劉陸民律師謂和解程序與破產程序，雖係無惡意之債權人與爲三人，如債權人將真正不屬於自己之所有之權利，以破產上行使之目的，向申報虛偽之債權或申報虛偽之順位者，皆屬犯罪之行爲也。至爲三人爲債務人隱匿賄賂或與或毀損財產或以給與特別利益予債務人或爲三人之目的，申報虛偽債權者，或以影響債權人會議的表決爲目的給與債權人以特別利益者，是皆應予處罰之行爲也。我破產初稿謂則章竟皆遺漏，予以是主張增補規定。（前揭論文）修正時，未予訂增，尙無不當。蓋爲三人將真正不屬自己之債權以破產上行使之目的向爲虛偽之申報或虛偽申報其順位除得構成詐欺取財罪外似難目爲犯罪。至如債務人隱匿財產等，此際債務人本人當成立本條之罪，該爲三人即爲共犯，得適用刑法二八條三〇條加以處斷。不必另爲規定也。

第四章 詐欺和解罪

詐欺和解者，即在和解經許可後，以損害債權爲目的，使應構成和解監視財團之財產減少或虛假債務，使財產趨於不正確是也。（破一五五條，羅馬尼亞和五二條）

詐欺和解罪之主觀條件，亦須以損害債權爲目的，可參照前章之說明。至其客觀要件，亦爲前章所開列之行爲，其刑罰與詐欺破產相同，亦爲五年以下之有期徒刑。

本罪與詐欺破產罪之不同者，即在本罪乃在和解經許可後，而未有破產宣告之一點耳。如本罪經起訴後，有破產之宣告時，則犯罪事實，全屬同一。而罪刑之重輕，又屬相同。自可不再以詐欺破產罪論科。

第五章 過失破產罪

詐欺破產罪在條文中定明「詐欺破產」字樣，過失破產罪，則無過失破產之文句。此因在調協與財團之分配章中，曾用「詐欺破產」四字，而過失破產，則未嘗用之。故在罰則中，一則必須定明，以便對照，一則無定明之必要也。

本罪與詐欺破產罪不同，不必要有圖利自己或第三人或損害債權人之目的。換言之，即不必要有此項之故意，祇須在宣告破產前一年內，^(註)有左列行為時，即構成本罪。茲列舉其行為如左：破一五六條參照，法商五八五條五八六條，意商八五六條八五七條，德破二四〇條，奧刑四八六條，匈刑四一六條，南刑三四五條，日破三七五條。

(1) 浪費賭博或其他投機行為致財產顯然減少或負過重之債者。

(2) 以拖延受破產宣告為目的，以不利益之條件，負擔債務或購入貨物或處分之者。

(3) 明知已有破產原因之事實非基於本人之義務，而以特別利益於債權人中之一人或數人為目的，提供擔保或消滅債務者。

本罪之刑罰為一年以下有期徒刑。

(註) 黃俊氏於此微有指摘：「原稿八一條（現行法七九條）規定債務人在破產宣告前六個月內對於現有債務提供擔保」

保及對於未到期之債務，爲清償時，破產管理人得撤銷之。本條之用意，旨在對撤銷權之行使加以時間上之限制，因撤銷之設，本在保護破產債權人之利益。然若該項提供及清償行爲之成立在破產宣告以前之相當時期，即不能推定債務人准知將來必致破產而於事先即故意爲該項之提供或清償。於此，若不加以時間上之限制，則轉恐有害於債務人爲交易之安全。故法律爲雙方利益計，對於宣告前六個月以前債務人之行爲，破產管理人即不得撤銷。即係此意。唯原稿一五七條（現行法一五六條）規定在破產宣告前一年內，是撤銷權之行使，僅限於宣告前之六個月，以內之行爲，而處罰則以宣告前一年以內之行爲爲限。不獨此二種時間上之限制，相阻有半年之差。立法上前後有不一致之嫌。且現今各國破產法對債務人均取寬大主義，倘非情無可原，多不加以刑罰。又況宣告前一年以內之行爲，即就原告列舉者，是否善意或惡意，已苦無准定，稍一不慎，即有失出入之處，是本條爲保護債權人而設。然於債務人則不免過於嚴刻。故不如以宣告前六個月內爲限，尙屬折衷之辦法。且於法文上前後亦一致矣。」（前揭論文）

第六章 和解及破產賄賂罪

和解及破產賄賂罪，可分爲受賄罪及贈賄罪二種：

(一)受賄罪 (1) 和解之監督輔助人破產之破產管理人或監查人對於其職務上之行為要求期約或收受賄賂，或其他不正利益者，處三年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。(破一五七條參照，法商五九六條，意商八六四條，南刑三五五條二項三五六條三項，日破三八〇條。)

(2) 債權人或其代理人關於債權會議決議之表決要求期約或收受賄賂或其他不正利益者，處三年以下有期徒刑得併科三千元以下之罰金。(破一五八條參照，法商五九七條，意商八六六條，德破二四三條，奧刑四八六條二項，南刑三五五條，日破三八條。)

(二)贈賄罪 行求期約或交付第一五七條或第一五八條所規定之賄賂或不正利益者，處三年以下有期徒刑得併科三千元以下罰金。(破一五九條，日破三八一條)

日破產法三八一條二項規定此項罪自首者，得免除或減輕其刑，依贈賄罪之性質論，自宜仿效。以便此項犯罪之發覺較易也。