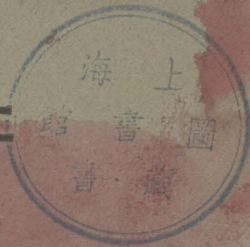


一之書叢學法

# 論 法 產 破

著 本 知 張

冊 上



社 譯 編 學 法 海 上

行 發 局 書 記 新 堂 文 會

法學叢書  
**破產法論**

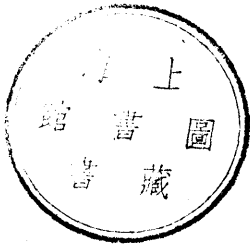
張知本著

上海圖書館藏書



A541 212 0002 2457B

上册



張道樞

# 例言

一 中國破產法規，尙未完備，每有破產事件發生，法院無從依破產程序受理，由是債權債務兩方，均蒙其害，從事法律學者，爲促進中國破產法規臻於完善起見，實有急於研究破產法之必要。本書卽係適應此種必要而編撰者。

二 前北京司法部公布之中國破產法草案，多係譯自日本破產法舊草案編訂而成，其中翻譯錯誤之處，姑且勿論。然日本此種舊草案，在日本曾經過多少修正，始改爲日本現行破產法，其所採之立法例，多有不當，已可想見。故本書之編撰，未能盡採中國草案之法例，多以日本現行破產法爲根據。

三 加藤正治氏爲日本最著名之破產法學者，兼日本破產法研究會會長，其最近出版之破產法，內容豐富，理論新穎，本書係以該著爲藍本譯編而成。

四 本書雖多以日本法例爲根據，然於中國破產法草案，亦盡量編入之，並曾就立法上失當

之處，加以許多之批判。

五 日本法例之中，間有爲吾國制度上所無者，如家長繼承制度之類，然因其在破產法上。其理論不無可以參考之處，故一併編入。

六 書中所有論列各事，爲中國破產法草案所規定者，則註以中國破產法草案條文數字，爲日本破產法所規定者，則註以日本破產法條文數字，此外對於德，法，諸國法律所規定者亦然。

七 吾國法院既因破產法規未備，尙未開始依破產程序受理破產事件，其破產程序中之文書方式，如宣告破產公布式，破產債權表式，債權呈報書式，破產終結裁定公布式，強制和解許可裁定公布式等等，自爲一般人所罕見。特就日本法院關於此類文書方式，擇其最主要者一一附錄於與各該文書有關係之章節中，以資考證。

八 本書倉卒譯編而成，其中乖誤之處，自所難免，深望閱者加以指正。

中華民國二十年六月二十日

編者識於滬濱

# 破產法論上冊目錄

## 緒論

第一節	私權之保護	一
第二節	破產之概念	四
第三節	破產法之沿革	一〇
第四節	破產法之各主義	二二
第五節	破產統計	三〇
第一編	實體規定	三三
第一章	總則	三三

第二章	破產財團	三三八
第一節	破產財團之意義及範圍	三三八
第二節	破產財團立法主義	三四四
第三節	破產財團之管理及處分	三四七
第四節	破產財團與繼承及遺贈	三四九
第五節	繼承財產破產之破產財團	三五四
第三章	破產債權	三五八
第一節	破產債權之意義及其行使	三五八
第二節	破產債權額之算定	三六五
第三節	多數當事人之破產債權	三七三
第一項	不可分，連帶，保證，票據等全部義務者之破產	三七三
第二項	法人或社員之破產	三七九

第三項	繼承人及繼承財產之破產	八二
第四節	不應為破產債權之債權	八八
第五節	破產債權者之順位	九〇
第六節	法人及繼承財產破產之特例	九七
第七節	破產債權者之地位	九九
<b>第四章</b>	<b>財團債權</b>	<b>一〇三</b>
第一節	財團債權之意義	一〇三
第二節	財團債權之範圍	一〇五
第三節	財團債權之行使及其順位	一一三
<b>第五章</b>	<b>破產對於法律行為之效力</b>	<b>一一六</b>
第一節	破產宣告後破產者之行為	一一六
第二節	破產宣告前破產者未解決之行為	一二四

第一項 雙務契約·····	一二四
第二項 公務契約及其他法律關係·····	一三七
第三節 訴訟行為及執行行為·····	一四一
第六章 否認權·····	一四八
第一節 否認權之性質·····	一四八
第二節 否認行為之範圍·····	一五二
第三節 否認權之行使·····	一六二
第四節 否認權之效果·····	一六六
第五節 繼承財產破產之特例·····	一六九
第六節 否認權之消滅·····	一七一
第七章 取回權·····	一七四
第一節 一般取回權·····	一七四



第二節	隔地交易之賣主取回權	一八〇
第三節	賠償取回權	一八八
第八章	別除權	一九二
第一節	別除權之意義	一九二
第二節	別除權之種類	一九七
第三節	別除權之行使	一九九
第四節	準別除權者	二〇二
第九章	抵銷權	二〇四
第一節	總說	二〇四
第二節	對於民法上抵銷之擴張	二一二
第三節	對於民法上抵銷之限制	二一七

第二編 程序規定……………二二三

第一章 總則……………二二三

第一節 破產事件之管轄……………二二三

第二節 程序之總則……………二二七

第一項 民事訴訟法之準用……………二二七

第二項 破產法上之特例……………二二九

第三節 破產之登記，通知及否認之登記……………二三五

第二章 破產宣告……………二四二

第一節 破產宣告之要件……………二四二

第一項 破產原因……………二四二

第二項 破產當事人之要件……………二五二

第三項	破產之聲請	二五六
第二節	破產聲請事件之審理	二六六
第三節	宣告破產之裁定	二六八
第四節	對於破產者身分上之效力	二七七
第五節	破產宣告前之保全處分	二八一
第六節	破產之撤銷及其效果	二八三
第三章	破產管財人	二八五
第四章	監查員	二九五

破  
產  
法  
論

# 破產法論上冊

張知本著

## 緒論

### 第一節 私權之保護

(一) 自力救濟 在昔野蠻時代，所有人類私權之保護，惟有自力救濟之一法。於是對於保護私權之自救權，即不得不視為私權之附屬權而承認之。降至後世，國家權力，已臻強大，保護私權之公共機關，亦漸完備。所謂自力救濟，已無必要。並且強者每每濫用私人權力，致予弱者以難堪。故對於此種自力救濟，亦即從而禁止之，而否認所謂自救權矣。

(二) 國家保護 保護私權之公共機關，既漸完備，而關於此種私權之保護，國家即可自任其責。因此，自力救濟與國家保護二者，即成爲反比例而互相消長。換言之，即屬於私權之

自救權範圍，漸次縮小，而國家保護私權之範圍，乃代之而增大。人民對於國家請求保護私權之權利，屬於公權，此即名之曰私權保護請求權。

就私權保護請求權言，本來在請求依警察及其他行政作用而保護私權時，亦可謂係此權之行使。但現今學術用語上，却祇對於請求依民事訴訟法及破產法所定之方法而保護權利者，始稱爲私權保護請求權。

現代國家，所有保護私權之制度及機關，本已大概完備。然其保護之確實與迅速，尙不可期。因此，即在現代，仍有多少感於自力救濟之必要。換言之，即現代社會，尙未達於理想的真正文明時代，祇可謂爲正在走向真正文明時代之中途而已。不過關於私權之保護，專賴法律之力，總有不能完全達到目的者，欲求各個人私權之保護周至，惟有國民道德之進步，相與輔助而後可。

(三) 保護私權之方法 所謂私權保護請求權者，乃人民得對於國家請求保護私權之概括的權利名稱，其中因保護私權之方法不同，原包含有許多之權利。茲就民事訴訟法及破產法中

所規定保護私權之方法，依其必要之順序，而列舉之，則可分爲證據保全，假扣押，假處分，判決，強制執行。破產程序等數種。要求依證據保全而保護私權之權利，謂之證據保全請求權。要求依假扣押或假處分而保全執行之權利，謂之執行保全請求權。要求依判決而保護私權之權利。謂之判決請求權。要求依強制執行而保護私權之權利，謂之強制執行請求權。其在多數債權者之競合時，要求對於債務者之總財產，爲一般的強制執行，以使各債權者得到公平之保護與滿足者，則謂之破產請求權。

以上各種權利，均各爲私權保護請求權中之一部分，乃係對於國家之權利。而非對於相對人之私權也。相對人是萬不能就此等權利，直接使之滿足者，惟有國家，方能令其滿足之。假使相對人，即債務者，能對債權者如約任意清償，則是此等權利，已失其存在之理由，而自然歸於消滅。此亦不能謂爲相對人已直接就此等權利予以滿足也。

(四) 破產請求權 破產請求權，亦可稱之爲因破產而生之私權保護請求權。此種權利，如上所述，既爲對於國家之公權，而非對於相對人之私權，因之即不得不與對於相對人之私權

，即破產債權區別之。

破產請求權，可分為破產聲請權與破產參加權二種。破產聲請權者，乃向法院為破產之聲請，要求對於債務者宣告破產之權利也。破產參加權者，乃債權者於破產程序開始時，得呈報其債權而參加破產程序之權利也。此二種權利之作用，容在後面詳述之。

## 第二節 破產之概念

(一) 破產之意義 破產云者，即在債務者陷於不能清償其債務之狀態時，為防止互欲獲得清償之競合的多數債權者間之不公平，而對於債務者所有財產，進行一般的強制執行，以冀給與各債權者以平等的滿足之裁判上程序之謂也。基於此種意義而分析之，約有四種。一，多數債權者之競合，二，平等之滿足，三，債務之清償不能，四，裁判上之程序。試順次說明之。

(二) 多數債權者之競合 此乃從債權者方面以觀察破產也，債務者不能就其債務為任意之



履行時，則有強制執行以保護債權者。規定此種強制執行程序者，別有強制執行法。然強制執行法，乃係在債權者與債務者關係之下，使各別之債權者，就債務者各別之財產，依強制執行而得到清償之法律，故稱此種強制執行，謂之各別的執行。至於破產，其主要目的，則在顧及多數債權者相互間之利害衝突，以保持其平等之滿足。而其所以於強制執行法外，必須有破產法之立法者，即因多數債權者之競合而互欲獲得清償故也。如果債權僅爲一人，則適用強制執行法，即爲已足，然多數債權者之競合時，則非適用破產法不可。破產，係爲一般債權者之利益，而對於債務者之全部財產而爲強制執行之程序，故稱之爲一般的強制執行。以上係就破產法之一般法理而言。然多數國家之法律，對於不能清償債務而宣告破產者，不僅就其財產上予以處分，而此外尚須爲許多身分上之限制（如選舉權，官吏權等之限制）。並且亦有從實際上之便利立論，而認債權者即爲一人，如有破產原因，亦可因聲請而宣告破產，不必以多數債權者之競合爲必要條件者。此又係破產法一般法理外之特別法理也。

(三) 損失分擔 此乃從社會方面以觀察破產也。破產一事，從社會方面觀之，不外與火災

震災等現象相同，祇是社會經濟上之一種不幸的自然現象。就令在有罪破產之立法，亦不能以法律禁止破產現象之發生，而法律畢竟祇能就已發生之破產，講求善後之策而已。債務者之破產，既應視為社會上之不幸現象，則因財產不足，而各債權者難以獲得清償之損失，必須使多數人平等分擔，方與社會政策相適合。因之破產制度，乃一方使債權者就其殘餘財產為公平之分配，以獲得平等之滿足，同時又為使債權者就其損失部分，負共同之責任，而為平等之分擔。就此點言之，則破產制度，正與保險制度等無異，亦可認為社會的立法政策之一，而以實行社會經濟之損失分擔主義為目的者也。

(四) 債務之清償不能 此乃從債務者方面以觀察破產也。人類對於債務之償還力，由財產，能力，信用三者而構成，合此三者之償還力全部，不能清償債務時，則有所謂破產。然則債務者之財產狀態，究應達於如何程度，方能開始破產？關於此點，自來有列舉主義與概括主義之分。列舉主義者，即列舉各個行為以為破產原因之主義也，此為英美法所採取。概括主義者，即以概括的方法而規定破產原因之主義也，此為大陸法所採取。大陸法概括的規定

之破產原因，有付款停止，付款不能，債務超過三種。

所謂付款停止者，如銀行對於存款之提取，已至不能付款時，是為最顯著之例。再就一般金錢債務言，如以閉店，逃亡等行為而顯示不能付款者，亦可認為付款停止。

所謂付款不能者，即債務者已至不能支付一般的金錢債務之狀態是也。

所謂債務超過者，即專以財產作為償還力之基礎，而債務者之財產，不足清償債務之謂，簡言之，即債務超過於財產之謂。

付款停止與付款不能二者。固然均係以財產，能力，信用之償還力全部，而亦不能為債務之支付者之謂。但付款停止，係指債務者之行為本體而言，其判斷為主觀的，付款不能，係指債務者之財產狀態而言，其判斷為客觀的。日本舊破產法，是以付款停止為破產原因，新破產法，是以付款不能為破產原因（日破產法一二六條），而於僅以財產為償還力基礎之股份公司，則以債務超過為破產原因。中國破產法草案所定之破產原因，與日本現行破產法同（中破產法草案第一條）。惟於法人之破產原因，亦定為與一般債務者之破產原因無異（中破產

法草案第二條)此則不能認為適當之立法也。

(五) 破產事件之性質 法院所處理之事件，有訴訟事件與非訟事件之分。破產事件，有主張應屬於訴訟事件者，亦有主張應屬於非訟事件者。據主張屬於非訟事件者之見解，則以為破產程序，係在法院指揮監督之下，而由債務者與債權者間所成立之清算程序，原與商人廢止營業取消商號之清算程序無異。然據吾人見解，則以屬於訴訟事件，較為適當。蓋以全體債權者，呈報債權而參加破產程序，正與訴訟之提起相當。嗣經債權調查會之調查，而無人申述異議者，則債權確定，正與確定判決有同一之效力。因此，則謂呈報債權者，俱在共同訴訟關係之中，原無不可。又破產宣告，正與各別執行之假扣押相當，在宣告破產後，則破產管財人，即可占有管理破產者之全部財產，在債權確定後，復可就破產財團而變賣分配。由此點觀之，則各債權者，又均在共同執行當事人關係之中。故在破產程序中，其債權者相互之關係，實係在共同訴訟及共同執行關係下之一種團體，而以破產事件，謂為屬於訴訟事件，實無何等不合之處。況且就法律上言，亦有『關於破產程序，本法無特別規定者，準用

民事訴訟法」之規定（日破產法一〇八條，中破產法一一四條），即此亦可證明破產事件，屬於訴訟事件矣。

（六）破產程序之概要 宣告破產程序，略與各別強制執行之假扣押程序同其性質，在債務者已有付款不能等之破產原因時，則因債權者或債務者本人之聲請而宣告破產。此時一方面則選任破產管財人，所有債務者之財產，悉視為破產財團，而由管財人占有管理之。他方面，則定呈報債權期間，由債權者為債權之具報，復召集債權調查會以調查其債權。無人發生異議者，而債權即屬確定，否則依各別之訴訟程序確定之。

債權確定後，管財人即變賣財團，而進行其分配程序。

然而破產者在破產程序進行中，却又能為強制和解之聲請。強制和解云者，即係不依分配以終結破產程序之一種方法，而由債權者團體與破產者間所成立之裁判上和解也。此種強制和解，通常是由債務者要求債務一部之免除，或償還期間之猶豫，而定出由自己整理財產以償還債務之方法，一併向法院提出。若在債權者會議得法定多數者之贊成時，則經法院之許可

而成立強制和解。和解一經成立，而債務者即自己管理財產，對債權者而為債務之償還。至法人受破產宣告者，其強制和解之成立，係以法人之繼續為條件，因而即可恢復普通狀態而繼續營業。

又破產程序，復可依破產廢止而終結。破產廢止，在已經呈報之全體破產債權者，拋棄破產程序之繼續時，或在破產財團過少，不足償破產程序之費用時，均得為之。

## 第二節 破產法之沿革

(一) 羅馬法 在古代羅馬社會，自助主義 (Selbsthilfe) 盛行，欠債不償者，多由債權者對於債務者為身體上之執行，此即所謂人的執行 (Personalexekution) 之時代。不論債務者之生命，名譽，自由，肉體，均可為執行之目的物。即如多數債權者，就債務者之肉體，而寸割分取之極殘酷極野蠻行為，亦間有行之者。至於拘捕債務者而監禁之，奴隸之，則為極尋常之事矣。

時代進步，因人的執行之過酷，於是發生財產執行(Vermögensexécution)之制度，此已開後世所謂破產制度之端緒矣。當時此種財產執行制度，即管理財產命令之制度。在債務者隱匿逃亡，不應法院之傳喚，而且無代理人代為抗辯時，則依債權者一方之聲請，由大法官給與以管理財產命令。債權者得此命令，即可占有債務者之全部財產而管理之，而其他之債權者，亦得參加管理而獲得債務之清償。因此，則此項命令，即須公布，一方予他債權者以參加之機會，同時復藉此以覘有無抗辯者出而抗辯。如果經過一定期間無有出而抗辯者時，則債權者得大法官之許可後，即選任管財人，令其將債務之財產為總包的出賣，此即謂之總包出賣(Conorum Venditio)之程序。在總包的出賣時，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買總括財產者之投標，其中何人提出之償還率最高，即由何人承買之。此項承買財產人，即為債務者之總包承繼人，各債權者對於承買人，有請求其依競買所提出之最高償還率，而償還其債務之權利。

在債務者財產總包出賣情形之下，而債務者之身分，亦即陷於剝奪公權之地步。不過入於帝

政時代，此種總包出賣之程序，已有重大之變更，而分爲二種程序矣。二種程序爲何？卽一爲債務者本人聲請委託財產 (Cessio Bonorum) 之程序，一爲個別出賣 (Distictio Bonorum) 之程序。

委託財產之程序，與今日制度中所謂債務者自己聲請破產之情形相當，卽債務者自動的將財產全部提供於債權者，而債權者爲總包的出賣以獲得其清償也。債務者履行此種委託財產之程序者，則可免公權之剝奪，並且有領受適應於生活上所必要之生活資料之利益。

個別出賣云者，不是如總包出賣者而總包的出賣財產，乃是個別的出賣財產之程序也。此種程序，財產管理人能將財產一一分別賣出，而以其賣得之金錢，平等分配於各債權者。在此種程序之下，亦無剝奪公權之事，以後此程序普遍通行，而總包出賣程序，遂歸於消滅。

(二) 中世之意大利法 在意大利北部所暢行之債權者私力扣押，至中世已發達而爲裁判上之假扣押程序。卽此亦可見到由自力救濟而轉移到公的保護之過程。所謂裁判上之假扣押程序者，卽依債權者一方爲債權及扣押原因之證明，而由審判機關對債務者發出假扣押命令，



債權者基於此項命令，得就債務者之身體或財產而為執行是也。對於財產之假扣押，有各別的假扣押與一般的假扣押（即對於全部財產之假扣押）之分。一般的假扣押，固然對於逃亡之債務者始能行之，然於不能清償債務之債務者，亦多援引逃亡之例，故債務者在付款不能時，仍然是施行一般的假扣押。不過一般的假扣押，必須俟債務者不肯出頭時，方得進而完成其執行。此種執行之實施，昔時係由債權者之手行之，於後已歸之於審判機關矣。

迨至羅馬法復興，注釋派法學者，即將上述之一般的假扣押程序，解為與羅馬之管理財產命令制度相似。羅馬之管理財產命令，係對於全體債權者均有效力，而能以其財產出賣之所得，就全體債權者而為償還者也。因之此種思想，遂由注釋派之解釋，亦移植在意大利一般的假扣押之中。此外如債務者不肯出頭，即由假扣押而進至執行，又如選任管財人負擔變賣財產及分配之責，俱從羅馬法中襲取而來者也。

嗣後意大利北方自由諸國，商業漸躋隆盛，而商人之間，已感覺簡易迅速之破產程序之必要，於是乃發生商人破產制度。此項商人破產制度之程序，以付款停止為破產原因，而後世之

商人破產主義，即濫觴於此矣。

(三) 法蘭西法之發達 法國最初之破產規定，是由對於詐欺破產者所爲之刑罰規定發達而來。然嗣後以里昂爲中心而與意大利交通頻繁之際，已漸次承繼羅馬法及意大利法矣。一千六百六十七年關於里昂之破產法律，爲破產成文法之嚆矢。以後一千六百七十三年，路易十四世發布有名之商事條例，其中第九章至第十一章關於破產之規定，已漸見破產成文法之整理。迨至一千八百〇七年，拿破崙商法法典之第三卷破產編告成，遂形成爲近世破產法典，並且即爲法國破產法之根本法。及一千八百三十八年大加修正後，乃成爲法國之現行破產法。然現行破產法中，却於一千八百三十八年，亦會有許多不少之小修正。

拿破崙商法法典之破產編規定，是以付款停止爲破產原因，卽是所謂商人破產主義，僅爲對於商人而宣告破產者也。如係非商人而不能清償債務者，則須爲家產分散之宣告。

(四) 德意志法之發達 在德國古代法中，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，在債權者有不能受其清償之虞時。爲保全權利起見，得拘禁

其債務者，並得差押其財產。在有多數債權者之債務時，則先行此程序者爲優先者，此卽所謂優先主義。自第十三世紀半以後，在德國北部商業都市，於債務者之死亡或逃亡時，盛行各債權者之平等償還主義，遂開破產程序之端緒。此種平等償還主義，是否係受意大利法之影響，抑係從衡平觀念自發的發生，雖尚不甚明瞭。然德國當時所施行之制度，如公布債務者之無資力，以及使全體債權者參加某一債權者已經開始之程序等，則在未繼承外國法以前，似乎未曾行之者。

降及十五六世紀之頃，乃繼承羅馬法及意大利法，使與德國固有法結合，而構成所謂普通法。並因羅馬法及意大利法係自助主義，故德國普通法之內容，亦依自助主義形成之。嗣至第十七世紀，因受西班牙官權主義及吸收主義之影響，又繼承此兩主義而形成爲德國之普通法。由是基於羅馬法及意大利法之自助主義發達而來者，遂至歸於中斷。此時德國破產制度，謂爲屬於西班牙法系，亦非過言。

德國普通法，此時既係繼承西班牙法之主義而形成，於此卽有就西班牙法系特色說明之必要

。在第十七世紀，西班牙宮中顧問官又爲法律家之薩摩札(Salgado de Samozá)氏，曾著有名之破產法一書，而鼓吹官權主義。所謂官權主義者。即在破產程序開始後，所有破產財團之管理，變賣，分配，悉由法院之官權行之，不承認債權者自助效力之主義也。此外西班牙法之另一特色，卽爲吸收主義。所謂吸收主義者，卽關於破產財團之訴訟，一切悉由法院裁判之主義也。在取回權，別除權，財團債權及否認權之訴訟，固應如此，卽在破產債權確定之訴訟，亦應如此。西班牙法之特色，卽如斯而已矣。

大受西班牙法之影響而形成之德國普通法，在十九世紀之中頃以前，曾盛行於德意志各州。此項普通法中，分破產程序爲五個階段。第一階段，爲破產程序開始，破產之開始，依聲請而爲之，以債務超過爲破產原因。在破產決定書中，選任兩種管財人，一爲普通破產管財人，職司財團之管理及變賣，一爲參與呈報債權之調查，擔當債權確定之訴訟者，此又可稱之爲異議擔當人，兩者均係法院之補助機關也。第二階段，爲確定債權程序，此卽進行呈報債權之調查及確定也。第三階段，爲確定次序程序，卽確定債權者間之順位也。第四階段，爲

變賣程序，此即破產管財人，依法院之指揮而變賣財團也。第五階段，則爲分配程序。

上述之德國普通法，因係採用吸收主義及官權主義，故不免有程序遲延等弊。因此，在十九世紀之中頃，又受法蘭西法之影響，而在德國各州，編纂破產法焉。其最初編纂者，爲一千八百五十五年，普魯士之破產法。此項破產法，却與法蘭西法不同，法蘭西法，是商人破產主義，而普魯士破產法，則不僅以商人爲限，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，雖然同在一種法律之中，但其程序則各不相同，即所謂複制主義是也。此外在巴愛倫及堡丁等處，亦有關於破產法律之編纂。

嗣後德國統一而爲聯邦，國運漸次隆盛，已從商法法典開始而依次就各部門之法律，悉作成爲統一之法典。破產法亦然，在一千八百七十七年，即有德意志帝國破產法之製訂，此法於一千八百七十九年十月一日已經施行，是爲德國之基本法。後因民法法典與新商法法典之完成，而破產法復有修正之必要，遂於一千八百九十八年頒布修正之破產法，從一千九百年一月一日起施行之，此即德國之現行破產法。

(五) 英國法之發達 英國一般法律，大概悉未大受羅馬法及大陸法之影響，而為英國本身之固有法發達而來。其在破產法，亦是如此。不過一般法律，通常是由所稱為普通法 (Common Law) 之不成文法發達而來，而破產法，却比較的早有成文法之基礎。最後頒行之條例，為一千五百四十二年亨利八世之法律，此法律不問商人與非商人，凡有詐害行為者均適用之。以後即為伊利薩伯十三世之法律，此法律僅為商人所適用之破產規定。但至一千八百六十年之終，即已失其效力。而一千八百六十一年所頒布之破產條例，則又通於商人與非商人而均適用之矣。嗣後復有一千八百六十九年破產條例之製訂。降及一千八百八十三年，其所頒布之破產條例，則已粗具近世破產法之規模，而多年見其施行。雖中經一千八百九十年法律之修正，然仍以此項條例為基本法而繼續有其效力。隨時代之進步，高唱破產法之改正者，不乏其人，遂組織改正委員會，徵集各方面之意見，於一千九百十三年，另以法律大加修訂增補之。復以一個破產制度，而有許多各別之法律，在適用上深感不便。乃又收集以前關於破產之一切法律，整理而統一之，即名為破產整理法，於一千九百十四年頒布，一千九百十

五年一月一日施行，此即英國現行之破產法也。

英國破產法，比之大陸法，實具有種種之特色，在立法上，大可藉資參考者也。其特色主要之點，第一爲破產程序，分作兩個階段，（一）在宣告破產前，一律試行和解，（二）和解不成立，始爲破產之宣告。第二爲破產原因，在大陸法，是依概括的觀念而規定破產原因，在英國法，則係採取列舉各個行爲之列舉主義。第三是債務免除主義，此即以法院之命令，對於具備一定條件之破產者，免除其不能清償之殘餘債務，以使之能成爲再興之企業家而自立於世。第四爲破產機關，不僅屬於法院，即商務部亦能干預，且破產管財人之選任，亦由債權者根據債權者自助主義，在債權者會議中選任之。第五爲公司破產，係由官選清算人執行其職務。第六係關於破產財團之範圍，其破產之效力，能溯及於已有破產原因之前，此即採取所謂破產溯及主義者也。

（六）日本破產法之沿革 在德川時代，已有家產分散制度，姑置勿論。至明治五年，即頒布一種傾家規則，以後並時有關於此類傾家規則之布告，然尙未形成一種破產法典。其具備

破產法典之體裁者，則自舊破產法始。舊破產法，爲德人赫爾曼·羅哀斯列爾起草，於明治二十三年，作爲舊商法第三編頒布之，不是認爲一種獨立法典。明治二十六年，復以法律爲多少之修正，自明治二十六年七月一日起施行之。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，有許多修改增補之處。舊破產法，係採取商人破產主義，屬於法國法系之法律。在此種舊破產法之外，對於無資產之非商人，另有一種家產分散之制度。

然因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，卽由法典調查會起草草案，於明治三十五年公布之，以乞世人之批評。一般學者，因爲此係一種草案，亦多加以深刻之研究，而以其意見，用學會，律師公會，商業團體等名義提出於司法部。法律調查委員會，復以此等意見爲基礎，重新着手起草一種草案。至大正十年十一月，此種草案已告完成，卽於次年一月提交國會議決，於同年四月頒布之，自大正十二年一月一日起已經施行，此卽日本之現行破產法也。現行破產法，係採取一般破產主義，不問商人與非商人均能適用之。此項破產法之組織，大體上是以德意志法爲模範，可以稱之爲德國法



系之法律。

(七) 中國破產法之沿革 中國昔時舊律，無破產之規定，亦無破產之名詞。惟前清刑律中，對於侵蝕倒閉商民各款者，可由官廳拘捕監禁，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，仍與現時所謂宣告破產之情形大不相同。前清末年，因中外交通頻繁，商業日盛，乃由修訂法律大臣沈家本起草破產律計九節，共六十九條，而專注重於商人破產方面。然因第四十條規定『歸償成數，各債主一律辦理』云云，與向章先洋款，後官款，後華洋商分攤之例不合，遂由商部行文戶部財政處反對之。但上海北京等處錢商則贊成新律，堅請維持第四十條之規定。彼此相持之下，以故全部破產律，雖經奏准施行，而不久即行廢止。民國成立，各種新法律漸漸先後製訂，而破產法已有迫於不得不編纂之勢，於是北京前司法部從事於破產法之起草，名曰破產律草案。內容計分三編，一，實體法，二，程序法，三，罰則。此項草案已由前司法部公布，其組織與內容，多依據於日本破產法舊草案(久已改訂施行，成爲現行破產法)而來，其中亦間有與日本舊破產法之內容相

似者。此項草案雖已備具破產法之大概，然錯誤失當之處，則所在皆是。即如第二條第一項所規定之法人破產原因，爲不能清償債務，此與第一條第一項之一般債務人破產原因，並無差別。第二條第一項所謂法人，因有同條第二項之規定，當然僅指股份有限公司而言。此項股份有限公司，原以財產爲其償還力之唯一基礎，其債務超過財產，亦當爲其破產原因之一，此在日本現行破產法第一二七條所謂「法人不能以其財產清償債務時，亦得宣告破產」云云，已經明定者也。草案起草者未加「以其財產」四字，則意義迥異，而與第一條第一項之規定相同矣。若起草者認爲第二條第一項之法人，不必另有債務超過財產之特別破產原因，而應與一般債務人無別，則第二條第一項，即已成爲贅文。又何必有此雷同之規定乎。總之無論如何，而草案第二條第一項之規定，實不能不認爲一種重要之錯誤。此外在全草案中，所有錯誤失當之處，尙難枚舉，應當大加改正，方可實行。

#### 第四節 破產法之各主義

(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，爲僅對於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。法國法系採此主義，日本之舊破產法亦屬之。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，不是屬於商法中之一部，通常是製成爲獨立法典。德國法系及英國法系採此主義，中國破產法草案及日本現行破產法屬之。又有在一般破產主義之中，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。前述之一千八百五十五年普國破產法，採此主義，奧國舊破產法，匈牙利，那威，丁抹，西班牙諸國破產法屬之。

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，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，而適用商人破產主義，却無何種不便之處。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分配，以達到與破產制度保護平等利益

之同一目的。法國係對於普通強制執行，採取平等分配主義者，故法國之破產法，至今仍然適用商人破產主義。

(二) 自助主義與官權主義 自助主義 (*Selbsthilfe* *der gläubiger*)，為昔時羅馬法所行之主義，即債權者依其自力占有管理債務者之財產而變賣分配是也。官權主義 (*Amtliche Beit des Gerichts*) 為中世西班牙法所行之主義，即由法院占有管理債務者之財產，並變賣分配之，所有破產程序，均委之法院之公力是也。現在則以極端自助主義，有私人權利濫用之弊，極端官權主義，有官吏專斷之弊，若僅擇其一而採用之，每每窒礙難行。故現代各國破產法中，大概均以兼採此兩主義為主。

(三) 清算主義與強制執行主義 清算主義 (*Vermögensliquidation*) 者，是以破產程序，認為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。在此主義之下，其破產程序之完成，每多委之於債權者之自衛自治，而破產管財人，祇可謂係債權者團體之代理人而執行其職務者，破產事件之性質，亦可謂係法院之非訴事件。

強制執行主義者，是以破產視爲一般的強制執行，爲全體債權者利益起見；而扣押債務者之全部財產，以行其變賣分配之程序也。在此主義之下，其破產管財人與破產法院，均可謂祇是一種強制執行機關，而破產事件之性質，亦可謂祇是法院之共同強制執行事件。

中國破產法草案及日本現行破產法，固可謂爲均係採取一般的強制執行主義者，但其中如債權者會議選任監查員之制度，如基於債權者會議而處理事務之規定等，則又可謂爲於強制執行主義之中，已參酌債權者自治之精神矣。

(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。因而在此主義之下，則債務一有破產原因，即可不問債權者之爲一人或數人，亦可不問破產財團之多寡，均有宣告破產之必要，並且尚得依職權而爲破產之宣告。元來在羅馬法昔時之法律觀念，是採用人的執行之方法，所有債務者之生命，自由，名譽等等，均視爲清償債務之擔保，故未能清償債務而受破產宣告者，即以剝奪公權爲原則。現今法國法系諸國，依然是因破產之宣告，而直接

就其公權加以限制。日本舊破產法亦然，我國破產法草案第六十六及六十七等條，亦可謂係通用懲戒主義而規定者。在此種主義之立法例，如破產者已清償其債務而欲脫離破產者之身分，即以復權之程序爲必要（中破產法草案六九條）。

非懲戒主義者，即以破產程序，認爲債務者與其全體債權者間所行之清算程序，或認爲對於債權者全部財產之一般的強制執行，不得因宣告破產而賦予債務者以身分上之效力以懲戒之主義也。德國法系諸國採此主義，日本現行破產法屬之。

不過在日本現行破產法中，雖係採取非懲戒主義，而不因破產之宣告對於破產者直接賦以身分上之效力。然此外許多法令，如衆議院議員選舉法及其他諸單行法，則於受破產宣告而不清償債務者，各基於其特別理由，或不賦與以選舉權，或就其他公私權設定幾多之限制，正與剝奪公權者陷於同一之狀態。此種公權之剝奪，因非依破產宣告而直接剝奪，故非破產宣告之直接效力，而祇是間接之效力。對於破產者間接所生之身分上效力，在破產程序中，固然是有效，即在破產程序終結後，亦依然是繼續有效。故爲脫離破產者身分起見，必須有復

權之程序，此日本現行破產法中，所以仍有復權程序之規定也。總而言之，日本雖於破產法本身之中，未採懲戒主義，然其他一般法令，仍舊間接的對於破產者發生身分上之效力。此從日本國法全體觀之，可云是採取懲戒主義者也。

(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，非僅從形式上已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，破產之效力，僅從破產宣告時發生者，謂之破產不溯及主義。因之關於破產宣告前之行爲，有害債權者之公平者，則設否認權之規定，而藉以維持平等之利益。德國法系之破產法，採此主義，吾國破產法草案(第四條)及日本新破產法(第一條)均屬之。

(六) 普及主義與屬地主義 普及主義 (Universalprinzip) 者，即破產宣告之效力，亦能普及於外國，不問債務者在外國之財產與在內國之財產，均視爲屬於破產財團之主義也。若採此種主義，則在國際間，祇是所謂一人一破產。屬地主義 (Territorialprinzip) 者，即破產宣

告之效力，僅能及於內國，而債務者惟有在內國之財產，始能屬於破產財團之主義也。若採此種主義，則對於一人，勢必各國均須宣告破產，而在國際間，即是所謂一人數破產矣。日本現行破產法採屬地主義，中國破產法草案尚無規定。

(七) 普通破產(全部破產)與特別破產(一部破產) 普通破產，又稱之為全部破產(Gnivert al oder Generalkonkurs)，即對債務之一切財產開始破產程序，並對各債權者予以平等的滿足之普通破產程序也。特別破產，又稱之為一部破產(Sonder Particular Specialkonkurs)即對於債務者特別財產開始破產程序，換言之，即從債務者之一部財產而構成破產財團是也。此種特別破產，其目的，即在使債務者之特種債權者，就其特別財團，而優先於他債權者獲得償還，如對於相續財產之破產是。

(八) 和解先試主義與和解分離主義 和解先試主義(Vorkonkurs)，乃於有破產聲請時，一概令其首先試行和解，如和解不成立，則為原有之破產宣告之主義，此即破產聲請，同時兼和解開始之聲請之形式也。和解分離主義反是，其和解程序與破產程序，完全各別分開行



之，因之破產法與和解法，即須成爲各別獨立之法律。英國法，採和解先試主義，德國法及日本法採和解分離主義。不過據日本和解法之規定，在和解程序開始後，如果和解不成功，亦得依職權而爲破產之開始（日和解法第九條）。因此，則先有和解之聲請者，從實質上言之，彷彿即爲和解之先試，換言之，即與和解先試主義生同一之結果也。

（九）免責主義與不免責主義 免責主義（Discharge）者，即債務者受破產之宣告，對於債權者從破產財團中而爲償還，如適合一定要件時，由法院之判定，給債務者以免責命令，而免除其債務之殘餘部分是也。例如英國法，在債務者對於債權者能爲五成以上之償還，且債務者之營業情形屬於實在時，即可免除殘餘之債務。不免責主義者，即在破產程序中，由分配償還後所殘餘之債務額，依然存續，於債務者以後回復其資力時，仍負清償之責任是也。大陸法及日本破產法採此主義，中國破產法草案亦屬之。

（十）程序法式編纂法與破產規定總括編纂法 此係從破產法編纂方法所爲之區別也。程序法式編纂法者，即以破產法視爲程序法而編纂，以破產開始至破產終結之全部程序規定構成

之，此外關於破產之實體規定，則納之於民法，商法等之中是也。例如日本舊破產法，其中固然亦有不少之實體規定，然正確的言之，仍可謂是屬於程序法式編纂法之破產法。破產規定總括編纂法者，即關於破產之實體規定，不分定於民法或商法之中，而在破產法中規定之，此外一切之程序規定，以及關於破產之刑罰規定，亦一併歸納於其中是也。德國法系破產法之編纂法，均係如此，日本現行破產法及中國破產法草案亦然。

(十一) 各主義之優劣 上述各種主義，彼此各有長短，且因各國之社會情事不同，在此國爲優者，或亦在彼國爲劣。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，均可謂爲較優之主義。吾國破產法草案。未採和解先試主義與免責主義，且亦未採非懲戒主義，此不能不有待於詳加改正者也。

## 第五節 破產統計

(一) 破產統計之必要 在未實行破產制度之中國，自無破產統計之可言。但破產制度一旦

實行，則破產統計，實有必要。

破產統計之必要，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不成功之狀態也。例如農村之衰微與否，商業之凋蔽與否，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收之效果如何，換言之，即藉此可以探知能否達到保護權利之目的也。因此，即可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。

(二) 破產統計之項目 破產統計項目，可以大別爲新破產統計與終結破產統計兩種，而兩者之中，又可各分爲若干詳細項目茲分述於下。

(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)破產之地方別及時期別，(5)有罪破產數。

以上所列五種項目，係就已向法院爲破產聲請之司法上破產統計而言。至於法院外之事實上破產事件，則不能於司法統計中求之。此非由內務部或農商部分別就特殊的破產原因，

例如水災，火災，戰爭，投機，浪費等等，而作成統計不為功。本節所述者，係司法上之破產統計，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，可分為七種。(1)破產終結種別(分配，強制和解，破產廢止)，(2)債權者數及債權額等級，(3)破產財團額等級，(4)債權額償還比率，(5)破產程序繼續期間，(6)破產程序費用額，(7)聲請復權數。

# 第一編 實體規定

## 第一章 總則

(一) 破產效力發生之時期 破產效力發生之時期，據中國破產法草案第四條規定，「破產效力，自宣告之時發生」(日破產法第一條)。此項規定之意義，即是對於破產宣告之裁定，雖許依即時抗告而聲明不服，然不必待其確定，並且就是在公布破產宣告前之宣告當時，即已發生破產之效力者也。此乃因破產宣告，與個別執行之假扣押相同，應使之迅速發生其效力，以便管理與處分其破產財團，以及實施其他關於破產之一切處理故也。但因此而害善意之第三者致有發生苛刻之結果時，則設有例外之規定(日破產法第五條乃至五八條，中破產法草案五八，七三等條)。關於此點，以後當說明之。又在破產決定書中，須書明破產宣告之年月日時，以免發生爭執，例如載明在某日午前或午後某時已爲破產宣告是也。

(二)外國人之地位 外國人或外國法人，關於破產時之地位如何，在中國破產法草案中，尚無規定。據日本現行破產法第二條所載，則外國人或外國法人，關於破產事件，與日本人或日本法人，具有同一之地位，但以依其本國法承認日本人或日本法人能有同一之地位者為限，此即所謂法定相互主義是也。因此，在外國人或外國法人，如能證明其本國法如何對於日本人或日本法人為同等待遇者，即可在日本為破產債權者，別除權者，取回權者等而行使其權利。又在外國人或外國法人為債務者時，如能為上述同樣之證明，亦可在日本法院為破產之聲請。

(三) 國際破產 關於破產宣告之國際的效力，原有普及主義與屬地主義之分，已在緒論第四節述之矣，此外尚有依動產與不動產不同而其效力亦異之一種折衷主義。現在一切交通機關，漸次完備，廣大之世界，已縮短其路程，而呈天下一家之美觀。以故人民之國籍雖異，而在商業交易上或財產關係上，對於各國之債權者，俱以根據平等之精神，給予以保護與滿足為適當。因之在破產程序上，亦應當基於普及主義，由債務者主要營業所所在地之國家宣

告破產，而在國際間成爲一人一破產而處理之。此種理論，從前世界國際學會等團體，亦曾極力主張者也。不過在理論上，固然是以一人一破產之普及破產主義爲妥善，並且吾人亦甚願此主義之早日見諸實行者。然實際上則有許多國家，因地理上之特殊關係，而不能遽然容納此種主義。例如中國日本，尙與歐美之國際市場，相隔遼遠。一旦在本國宣告破產，與其費許多之時日往返，而從相隔遼遠之外國進行其調查，不如僅就現在本國之財產，開始破產程序，較爲簡單與敏捷，而使債權者可以得到相當之保護與滿足。故日本現行破產法，卽不採普及主義而採極端的屬地主義，其在日本宣告之破產，不使發生效力於外國，在外國宣告之破產，亦不使發生效力於日本（日破產法第三條一項二項）。惟依民事訴訟法得爲裁判上請求之債權，因爲屬於無形之權利，不能辨別屬於何處，故又規定與在日本者同視，以明其債權之所在地（日破產法第三條三項）。中國破產法草案，現雖對於國際破產尙無規定，然將來如有規定時，自以屬地主義爲宜。

（四）破產中法人存續 法人因解散而在普通之清算程序中時，其清算尙未終結者，在清算

目的之範圍內，仍應視為存續（中民法四十條二項，公司法五十二條）。此蓋以法人資格，如果隨同解散而消滅，則清算程序，其進行上即有許多困難之處。至法人因破產而解散，或因其他原因解散，在入於普通清算程序後而宣告破產時，亦可依據上述同一理由而存續之。故中國破產法草案（第二條二項）與日本現行破產法（第四條），均有明文規定，認解散之法人，在破產目的之範圍內，仍應視為存續。

（五）破產與限定承認及財產分離 在繼承開始後，對於繼承人或繼承財產已宣告破產時，因其破產財團，須由破產管財人，為特別之管理及處分，其能為限定承認或財產分離與否，不無疑問。然破產程序之開始，與限定承認或財產分離，原為兩者各別之事，因之縱令對於繼承人或繼承財產已有破產之宣告，亦不妨為限定承認或財產分離之請求。故各國破產法中，多明定此旨，以釋其疑（日破產法第五條）。蓋以破產之目的，原在使債權者於相互關係之下，而從破產財團中獲得公平之償還。限定承認，是以繼承財產為範圍，而繼承人就被繼承人之債務負擔責任者。財產分離，是使被繼承人之債權者，就繼承財產而受優先之償還，或



使繼承人之固有債權者，就繼承人固有財產而受優先之償還者，此均未與破產之公平目的相違背。

又限定承認與財產分離，依民法之規定，原有期間之限制（中民法一一五六條，日民法一〇二六條及一〇四一條），如果於破產宣告後而怠其請求者，能否在已有破產撤銷，破產廢止等情形時，而再為其請求，亦不無疑問。

然破產與限定承認或財產分離，雖為兩不相妨之程序，但與其在繼承人或繼承財產之破產程序繼續中，同時完成限定承認或財產分離之程序，實不如依嚴格的破產程序，先行處理繼承財產，較為適當。故日本現行破產法（第五條但書）對於此點，亦有明文，即在破產撤銷或破產廢止之裁定確定前或在破產終結之裁定前，中止其限定承認或財產分離之程序是也。此處所謂破產終結之裁定者，乃係專指破產因分配或強制和解而終結者而言。

限定承認或財產分離之程序既經中止，則於破產撤銷或破產廢止之裁定確定後，或於依強制和解而終結破產後，自可再進行其限定承認或財產分離之程序。不過依分配而終結破產後，

則在破產程序中，已了結財團之管理及變賣而分配於債權者，事實上多已無可進行限定承認或財產分離程序之餘地，惟依分配終結破產後而尚有殘餘財產者，始得依據民法上之規定而進行此種程序。然而此種事實，大概是極稀有之例也。

## 第二章 破產財團

### 第一節 破產財團之意義及範圍

(一) 總說 破產財團云者，從形式的意義言之，即在破產程序中，依分配而償還全體破產債權者之破產者財產之謂。至於據破產法所定，以破產者所屬之某某財產，構成破產財團，而充作償還破產債權者之資力者，此即破產財團之實質的意義，亦即所謂破產財團之範圍。然則就實質的意義言之，破產財團，究以如何財產而構成？若綜合破產法所規定者說明之，則破產者在破產宣告時，所有得為扣押之一切財產而在國內者，均可構成破產財團（日破產

法第三條及第六條等，中國破產法草案第三二條，不限於破產宣告時，即破產程序中所獲得者（亦屬之）。並且因爲此種規定，即爲法律所定破產財團之範圍，故學者即稱之爲法定財團，如日本破產法第六條等，中國破產法第三十二條等所使用之破產財團字樣，即是所謂法定財團也。至於破產管財人認定爲破產財團，而爲事實上之占有管理者，學者對於此種財團，則稱之爲現有財團。元來破產管財人，本可認定法定財團爲破產財團而占有管理之者，因此，則法定財團與現有財團，當然是可歸於一致。然破產管財人，却每有因其認定之錯誤，而以他人之財產，視爲破產者所屬之財產而管理之者，又或有因第三者與破產者或管財人之間，就是否屬於財團之財產發生爭執，而尚在訴訟進行中者。在此等情形之下，主張爲真正所有者之第三者，得對於破產管財人，爲裁判上或裁判外之請求，而從管財人現正管理之現有財團中，取回自己之所有物。此時第三者之此項權利，即稱之爲取回權。如日本破產法第八十七條等及中國破產法草案第一百零五條等所使用之破產財團字樣，即所謂現有財團也。又現爲破產者所屬之財產，而不能屬於破產財團者，雖在債務者宣告破產以後，仍得由破產

者自由管理與處分，此種財產，學者稱之爲自由財產。

(二) 法定財團之範圍 破產者在破產宣告時所有之財產而得爲扣押並且在國內者，可以構成法定財團，前已言之，茲就此點分析說明之。

(甲) 屬於破產者之財產 惟有屬於破產者之財產，可以構成破產財團，此係當然之事。若第三者所屬之財產存在於破產財團中時，則第三者即可行使其取回權。此點當在後面詳述之。此處所謂財產，自然係指積極財產而言，不是連消極財產一併包括在內之總括財產之意。

(乙) 不在外國之財產 破產者之財產而在外國者，不能屬於破產財團，中國破產法草案，雖尙無規定，然在日本現行破產法第三條，已明定破產之效力，不能及於在外國之財產，此在本編第一章國際破產項下已略言之。

(丙) 得爲扣押之財產 惟有得爲扣押之財產，方能構成破產財團者，是蓋以破產爲一般的強制執行之程序，其在個別的強制執行時不能扣押之財產，當然須置之於破產財團之外。

所謂不能扣押之財產，即是法律禁止扣押之財產。然則法律禁止扣押之財產爲何？茲就日本法律所定言之，如日本民事訴訟法第五百七十條及第六百一十八條所規定之財產，以及貴族世襲財產，捐給寺廟之保存金，尙未發行或排演之著作物原本及其著作權等是也。其第五百七十條所規定不得扣押者，爲（一）衣服，臥具，家具，廚具，但以限於債務者及其家族所必不可缺者爲限，（二）債務者及其家族一個月內所必需之食料燃料，（三）技術家，職工，勞動者，產婆等營業上所不可缺之物，（四）農業家在農業上所不可缺之農具，家畜，肥料，以及在次期收穫前，繼續經營農業所不可缺之農產物，（五）文武官吏，宗教師，僧侶，公私立學校教師，律師，公證人，醫師等執行職業所不可缺之物，（六）藥商製藥所不可缺之器具及藥品，（七）勳章，私印及其職業必需之印章等，（八）神體佛像及其他供禮拜之物，（九）家譜，（十）債務者或其家族所發明之物未公於世者，（十一）債務者及其家族之書籍而供學校使用者。又第六百十八條所規定不得扣押者，爲（一）法律上之扶養料，（二）債務者以後之繼續收入，係由於義捐建造所或由第三者之慈惠得來者，但以債務者及

其家族之生活所必需者爲限，(三)兵士之薪餉，恩給及其遺族之扶助費，(四)在出陣之軍隊軍艦服務所得之收入，(五)文武官吏，宗教師，僧侶，及公私立學校教師等職務上之收入恩給及其遺族之扶助費，(六)職工，勞動者等，依勞力所得之報酬。

不過上述日本民事訴訟法第五百七十條第四款及第六款所列舉之農業家及藥商，如在破產時，已不能繼續營業且其物品成爲大宗者，則可以屬於破產財團。又上述第五百七十條各款，除第三款之物及第七款之勳章外，如有債務者之承諾時，亦可屬於破產財團。此外在宣告破產時不得扣押而以後又變爲可扣押者，自然亦能以破產財團之財產視之，例如未發行或未排演之著作物原本及其著作權等，以後已發行或已排演者是也。惟德國破產法第一條，對於可否扣押之財產，統於破產宣告時定之，而宣告後所發生者不得扣押，此點與日本不同。

以上已就日本法律所禁止扣押之財產列舉之矣。中國現行之民事訴訟法及民事訴訟執行規則，均無此種詳細之規定。惟民事執行規則中之第十九條『查封時，應酌留債務人及其家

屬一個月內生活必要之物品』，第二十條『職業所必要之器具物品，不得查封，蠶非已成繭者不得查封』，以及第九十七條『債務人對於第三者之債權，係維持生活必要費用者，不得爲強制執行』等，可云係就禁止扣押之財產，曾爲極簡略之規定。然因此種禁止扣押之財產，其範圍太狹，故中國破產法草案第三十七條，復就不能屬於破產財團之財產，爲列舉之規定，除禁止扣押之財產外，復增設三項，一爲專屬於破產者個人一身之財產，二爲破產者自破產宣告後因勤勞所得之財產，三爲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，未能賅括以上三項，若不於破產法中予以明白規定，則宣告破產時，勢必發生許多事實上之困難故也。不過破產法草案第三十二條既規定屬於破產財團者，以得爲扣押者爲限，所謂得爲扣押者，當然係指不禁止扣押者而言。從反面言之，卽是不得爲扣押（禁止扣押）者，不得屬於破產財團。第三十七條又於禁止扣押者外增設三項，與第三十二條未免抵觸。據吾人見解，若將來能改訂民事訴訟執行法規，如日本法律爲詳細列舉之規定，已將所增設之三項，規定在不

得扣押之內，則破產法中，當然止須第三十二條有「得爲扣押者皆屬於破產財團」之規定，卽爲已足。如果尙未能改訂時，卽應將不能屬於破產財團之財產，列舉於第三十二條之條文內，不必另有第三十七條之規定。

(丁) 破產宣告時屬於破產者所有之財產 能屬於破產財團者，惟以宣告破產之當時爲破產者所有財產爲限。(中國破產法草案認破產程序進行中之財產亦屬之)若在破產宣告以後，而破產者新取得之新得財產，則不屬於破產財團，此卽所謂自由財產是也。此點爲規定破產財團範圍之立法主義上最重要之點，留待下節再爲說明之。

## 第二節 破產財團立法主義

(一) 固定主義與膨脹主義 固定主義者，卽以債務者受破產宣告之當時所有財產爲範圍，而構成破產財團之主義也，此又可稱之爲非膨脹主義。膨脹主義者，不僅以破產宣告當時之財產爲範圍，而破產者在破產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



係在德國所倡行者，故又稱之爲德國主義，後者因係在法國所倡行者，故又稱之爲法國主義，中國破產法第三十二條規定，係採取法國主義之膨脹主義，日本現行破產法，則採德國主義之固定主義（日舊破產法及破產法舊草案，又係採膨脹主義）。

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或隱匿，（三）不必重複爲第二次以下之破產。然亦有數種弊害，（一）不能保護破產宣告後新發生之債權者（因破產宣告後破產者新取得之財產，已陸續被吸收於破產財團中之故），（二）破產程序中，破產者不能進行新事業而爲經濟上之活動，並且因之引起生活上之困難，（三）破產程序，有延長之弊。

至於固定主義之利益，（一）新得財產，可充償還新債權者之資，而獲得相當之保護，（二）在破產程序中，破產者不僅可以進行新事業而爲經濟上之活動，且可獎勵其勤勞而令得到生活之資料，（三）財團之範圍，既在宣告破產時即已確定，則可使破產管財人之職務較簡，而迅速完結其破產程序。然而固定主義，既以新得財產，認爲在破產財團以外，即不得不承認重

複的第二破產，此又係此種主義之一弊也。

在採取固定主義之下，基於破產者宣告破產前之原因所生之將來可以行使之請求權，能否屬於破產財團，不無疑問。日本新破產法既係採取固定主義，故於破產法第六條第二項明定此項請求權，應屬於破產財團。此項請求權，如保證人對於債務者之請求權，就他人債務為物上擔保者之擔保者請求權，連帶債務者，不可分債務者，連帶保證人，票據上之債務者等相互間之請求權之類，其原因均係存於破產宣告之前者也。

(二) 第二破產 規定破產財團之範圍，既採固定主義，即不得不承認第二破產之存在，已如前述。所謂第二破產者，即對於債務者已開始為第一次破產程序。而在其破產程序尚未完結期內，對於同一債務者再開始第二次破產程序是也。其所以能有此種事情發生者，蓋以法律對於破產財團之範圍採取固定主義，而僅認破產者破產宣告當時之財產屬於破產財團，則破產宣告後所取得之財產，即成爲自由財產而立於破產自由管理與處分之下。此時破產者以其自由財產經營事業，即可再引起付款不能之恐慌，於是第二破產，遂可於此時發生之。在

第二破產時，參加第一破產之舊破產債權者，僅得以第一破產中不能獲得償還之殘額參加於第二破產，此日本破產法第九十七條第一項末段所明定者也。惟中國破產法草案第三十二條，既於破產宣告時之財產外，又認破產程序進行之財產，亦屬於破產財產，即無爲第二次破產之必要，前述膨脹主義之利益時，已經言明。因之在草案中，即不必就第二破產而爲何等之規定。

### 第三節 破產財團之管理及處分

(一) 破產財團之管理及處分之權限 雖有破產之宣告，然破產者對於破產財團之所有權仍未喪失，換言之，即破產財團，依然屬於破產者之財產也。不過自宣告破產之當時起，而破產者對於破產財團之管理及處分權，即須令其喪失，而委之於破產管財人之手，以便管財人專就財團管理處分之。換言之，即管財人有依法律規定而管理處分財團之法定權限也（日破產法第七條）。關於此項管財人在法律上之地位，學說極不一致，以後當在破產管財人節詳

述之。茲僅就吾人所信之見解簡單爲之一言，即管財人，爲與承發吏等相同之公的執行機關，應以解作係在破產程序中負一般的強制執行責任之國家機關爲正當，因此，則以管財人認爲破產者或破產債權者團體法定代理人之私的機關者，乃係不當之見解也。

(二) 破產者之地位 既有破產之宣告，而管財人於就職後，即須着手於財團之占有及管理（日破產法一八五條，中破產法草案二〇四條），以後破產者對於財團之管理及處分，即不能爲之。但對於財團之管理及處分雖不能爲，而破產者在破產程序中，如權利能力，行爲能力，訴訟能力等各種能力，依然存在。故不僅對於不屬破產財團之財產，即所謂自由財產，可以自由處分。即爲關於破產財團所屬財產之行爲，亦祇是不得對抗破產債權者，而並非爲絕對無效（日破產法五三條，中破產法草案五八條二項）。換言之，即是在不損害破產債權之利益範圍內，則仍屬有效也（中破產法草案五八條三項）。又如不關破產財團之人事訴訟，即在破產宣告後，亦得由破產者自爲當事人而擔任之。再就公司言之，如關於設立無效之訴，亦非破產管財人所得處理，必須由公司之代表者。（例如股份公司之經理人）爲訴訟當事人。

如上所述，破產者於破產宣告後，在能力問題上，仍不喪失其權利能力，行爲能力或訴訟能力固矣。但破產宣告如已確定，而其身分上却要被給與以所謂身分上之效力，而不能在公法上參與何等之公務，以致正與剝奪公權者無異，此在以後復權編中當詳論者也。

## 第四節 破產財團與繼承及遺贈

(一) 總說 在僅以破產者之固有財產構成破產財團時，則不問關於破產者之繼承開始在破產宣告之前後，本均不生問題。然在以繼承或遺贈所取得之財產，歸屬於破產財團時，則其承認或拋棄之效力如何，則有說明之必要。茲特分爲三種情形而述之於下：

(甲) 繼承開始在破產宣告前，而破產者並已於破產宣告前承認或拋棄者。此項承認或拋棄，縱令對於破產財團爲不利益，亦爲勢不得已之事，其關於遺贈之承認或拋棄亦然。蓋以繼承與遺贈之承認或拋棄問題，專屬於破產者本人之固有權利，應當認爲有取捨之自由故也。關於此點，在日本破產法舊草案，如承認或拋棄係與破產財團爲不利益者，破產管財

人得基於其否認權而否認之。現行破產法已將關於此項否認權之規定予以刪除，中國破產法草案亦無此項規定，即因繼承或遺贈之取捨問題，專屬於破產者一身之權利，故不能就破產者此種取捨之行爲，而成立否認權也。

(乙) 繼承開始在破產宣告後，而破產者承認或拋棄者。此項承認與拋棄，在採固定主義以定破產財團範圍之法律，因破產宣告後所取得之財產，應認爲新得財產而置之於破產財團以外，故不有何種規定之必要。在採膨脹主義以定破產財團範圍之法律，則因破產程序中取得之財產，亦應吸收於破產財團之中，其承認或拋棄，如有害破產財團之利益者，破產管財人得基於否認權之規定而否認之。

(丙) 繼承開始在破產宣告前，而破產者之承認或拋棄則在破產宣告後者，關於此點，中國破產法草案尙無規定，遇有此項情形發生，仍祇有由破產管財人視其與破產財團之利害關係如何，而斟酌應否行使其否認權。惟日本現行破產法，則特設明文（日破產法第八條至第十一條），茲特另項分述於下，以資參考。

(二)家長繼承(中國繼承法無家長繼承) 在破產宣告前已有關於破產者之家長繼承開始，而破產者於破產宣告後爲單純承認(即單純承認繼承)者，其對於破產財團有限定承認之效力。如前所述，繼承或拋棄之問題，原爲破產者之專屬權利。其行使可出之於自由，而非破產管財人所得容喙。故破產者就家長繼承而爲單純承認，當然可以自由爲之。惟破產者在自己已受破產宣告而不能對於債權者完全償還時，若聽其無限承受被繼承人之債務，以增加破產者固有財產之負擔，即有害於破產者固有債權者之權利。故法律遂就破產者所爲之單純承認附加一種限制，而使對於破產財團之關係上，有限定承認之效力(日破產法第八條)。此時關於承繼財產之處分，即由管財人負其責任(日破產法二二七條)。此項效力，既係以對於破產財團之關係爲限，而破產財團以外之關係，自然依於單純承認之故，仍由破產者負無限責任，特別是在破產程序終結後爲然。

以上係就破產者爲家長繼承之承認者以言。至於破產者爲家長繼承之拋棄時，則不問爲對於破產財團之關係以及爲對於破產財團以外之關係，其效力均屬相同。蓋以法定家長繼承人，

原不能爲繼承之拋棄，而直系尊親屬爲家長繼承人者，雖得拋棄繼承，然不能謂對於破產財團之關係，則有限定承認之效力，對於破產財團以外之關係，則視爲已拋棄其繼承。此即以家長繼承，乃爲繼承戶主權者，不能謂僅在財團關係之下爲戶主，而於財團以外之關係，則非戶主也。故關於家長繼承之拋棄，則視爲破產者專屬權利之行使，而對於各方面發生同一之效力。

(三) 遺產繼承 在遺產繼承方面，其關於繼承之承認，應與家長繼承相同。如在破產宣告前已有遺產繼承之開始，而破產者在破產宣告後爲單純承認者，則對於破產財團之關係，有限定承認之效力。(日破產法第八條)

然關於繼承之拋棄，則與家長繼承之情形不同，此即因遺產繼承，僅爲財產之繼承故也。故在破產宣告前已有遺產繼承之開始，而破產者雖在宣告後爲繼承之拋棄，亦對於破產財團有限定承認之效力(日破產法第九條一項)，此時繼承財產之處分，即由管財人負其責任。

不過依管財人之判斷，以拋棄繼承，比有限定承認之效力，較爲簡便，並且對於破產財產較



爲利益時，則可由管財人承認拋棄之效力。然管財人對於拋棄之承認，應以迅速爲必要，故日本現行破產法第九條二項，又規定須自知有拋棄之事實起，三個月內向法院申述其意旨。又關於此項拋棄之承認，須得監查員之同意（日破產法一九七條六項）。

（四）總括遺贈 在日本民法（一九二條）之規定，總括受遺贈人，原與遺產繼承人有同一之權利義務。故總括遺贈，可準用法律關於繼承之規定（日破產法一〇條），其結果，當然與前述之遺產繼承相同。即在破產宣告前，已有關於破產者之總括遺贈，而破產者在破產宣告後爲單純承認或拋棄時，對於破產財團之關係，有限定承認之效力，而此時管財人亦得經監查員之同意而承認拋棄之效力。

（五）特定遺贈 在繼承之承認或拋棄，固然可認爲破產者專屬權利之行使，然在特定遺贈方面，則因完全屬於財產權上之問題，其承認或拋棄，却不妨令破產管財人代行之。故在破產宣告前已有關於破產者之特定遺贈者，如破產者於破產宣告時尚未表示承認或拋棄之意思，而破產管財人，即可代破產者而行其承認或拋棄。管財人如不迅速決定爲承認或拋棄時，

遺贈義務者及其他利害關係人，並得依據民法通例，而定一相當之期限，要求管財人於其期限內爲之，若期限屆滿尙無表示者，則視爲承認特定遺贈。此時管財人如爲拋棄者，亦須得監查員之同意。

## 第五節 繼承財產破產之破產財團

(一) 繼承財產破產之性質 中國破產法草案及日本現行破產法，均承認所謂特別破產之繼承財產破產者也。特別破產，卽爲一部破產，乃係對於全部破產而言者。然則繼承財產之破產，何以應稱之爲一部破產？此卽因繼承財產，自繼承開始時，已歸之於繼承人所屬。其對於繼承財產之破產，並非對於繼承人所有之全部財產而爲之，祇是對於繼承人所繼承之一部財產之破產。故從繼承財產破產與繼承人之關係言之，可在學理上稱繼承財產之破產，爲特別破產或一部破產。然法律既已對於未有法律上人格之繼承財產，允許其破產而視爲有破產能力，則其破產程序上之處理，自然須與具有法律上人格者之破產相同。因之卽不得不謂繼

承財產已與繼承人分離，而以繼承財產本身認爲破產當事者（即破產者）。故對於繼承財產之破產，雖能稱之爲特別破產或一部破產，然此不過係從兩者之關係考察之，而就其性質上加以如斯之斷定。其實從破產程序上言之，繼承財產之破產，係與繼承人之破產完全各別獨立之破產也。因之繼承財產，雖非法人，然繼承財產之破產，則可謂與法人之破產，具有同一之地位。關於繼承財產破產時之地位既明，同時對於繼承財產破產之破產程序全部，卽能爲適當之理解矣。

(二) 繼承財產破產之破產財團 在繼承財產破產時，則以屬於繼承財產之一切財產爲破產財團（日破產法十二條一項，中破產法草案三四條）。此處所謂財產者，自然僅是所謂積極財產之意。

繼承財產受破產宣告時。被繼承人對於繼承人所有之權利，以及繼承人對於被繼承人所有之權利，視爲不能消滅（日破產法一二條一項，中破產法草案三五條）。蓋以繼承已開始後，此等相互間之權利，原應由於混同而消滅（中民法三四四條），惟在繼承人爲限定承認時，而繼

承人對於被繼承人所有之權利義務，却視爲不能消滅者（中民法一一五四條三項）。因之在繼承財產破產時，此等相互間之權利，亦視爲不能消滅，以便一方保護繼承債權者及受遺贈人之利益，一方保護繼承人固有債權者之利益。此亦可云是以繼承財產視同法人之一表徵也。故繼承人在繼承財產破產時，得與繼承債權者行使同一之權利（日破產法三三條，中破產法草案一八條二項）。

（三）死亡外繼承財產破產之破產財團 因家長退位或入贅婚姻之家長繼承，其繼承財產受破產宣告時，所有保留財產，亦屬於破產財團（日破產法一三條）。蓋以退位之家長或爲入贅婚姻之女戶主，雖能保留其財產。然此種保留財產，乃屬於元來之繼承財產，乃繼承債權者及受遺贈人視爲擔保之財產，故亦應屬之於破產財團。

至於因國籍喪失之家長繼承開始時，則與家長退位等情形不同。繼承人除繼承特留分及前戶主特別指定之繼承財產外，不過對於戶主權及屬於家長繼承之特權有繼承之權利。換言之，即繼承雖已開始，而財產之大部分，依然爲前戶主所有也。因之此時之繼承財產受破產宣告

者。即以繼承開始時之前戶主所有全部財產爲破產財團（日破產法一三條二項）。此即以繼承債權者及受遺贈人，係就此項全部財產視爲擔保也。

在上述之繼承財產破產時，其發生於繼承開始後破產宣告前之前戶主（退位者，前女戶主，國籍喪失者）債權者，亦得爲破產債權者而行使其權利，惟其順位，則後於繼承債權者之債權（日破產法三五條，四二條）。

中國民法繼承編，關於繼承之規定，僅有遺產繼承，並無家長繼承。其遺產繼承之開始，是以被繼承人死亡爲惟一原因。因此，即無所謂死亡外之繼承財產，亦即無所謂死亡外繼承財產之破產，而破產法中，當然不必有關於此項破產之規定。上述死亡外繼承財產破產之破產財團情形，係專就日本破產法而言，乃欲藉此以作研究破產法者之參考也。

（四）繼承財產處分後之破產財團 繼承財產之破產，並非以繼承開始後，即刻宣告破產者爲限，而繼承開始後經過若干期間始宣告破產者往往有之。在此期間內，其繼承人對於繼承財產有管理處分之權，除其行爲有可適用於否認權者外，均應認爲有效。惟於處分全部或一

部後，而繼承財產受破產宣告時，其繼承人因處分繼承財產所生之權利，應否屬於破產財團？關於此點，中國破產法草案未有規定。日本破產法認為應屬於破產財團。其第十四條云，繼承人就處分後所有關於對待給付之權利屬於破產財團，其對待給付已經受領者，即須返還於破產財團。惟受領時，繼承人不知已有破產原因之事實或破產之聲請而為善意之受領者，其已經消費之部分，不予追究，祇以返還現存之利益為已足。

## 第三章 破產債權

### 第一節 破產債權之意義及其行使

(一) 破產債權之意義 破產債權之意義，從形式上言之，即在破產程序中將債權呈報之，而能由破產財團公平的受得共同償還之債權是也。而所謂破產債權者，即為具有此項權利之

債權者。若從實質上言之，究竟限於如何債權者，始有此項權利？茲爲簡單之解答曰，即對於破產者基於破產宣告前之原因而發生，具有得以強制並爲財產上之人的請求權之債權是也。此種解答，即爲破產債權實質上之意義，同時亦即破產債權之範圍（日破產法一五條，中破產法草案第五條）。試就此種意義，分析說明如左。

（甲）破產債權，以對於破產者之人的請求權爲限。債務者之責任，原所有人的責任與物的責任兩種。所謂人的責任者，即債務者以其全部財產而負人的責任之謂。若債務者不如約任意履行其債務時，其全部財產，均皆成爲執行之目的。破產，乃係對於破產者全部財產爲一般的執行者，故當然祇有此種債權者，可爲破產債權者而行使其權利。至於物的責任則反是，此正如物的本身負責者然，物一消滅，則責任亦消滅，例如倉單持有人之責任與被救助之積貨所有者之責任是也（參照日本商法第二百六十七條及第六百五十二條）。債權者

對於此種物的責任，雖有得從物的本身受得償還之權利。然破產財團，為破產之一般的執行之目的物，此種債權者，自不能從此項破產財團中而受償還。因之此種債權者，即不能屬於破產債權者。

又破產者以自己之財產，就他人之債務而為物上擔保時，此為單純之物的責任，其債權者僅有別除權，亦當然不能為破產債權者而行使其權利（中破產法草案第五條但書）。

(乙) 破產債權，以財產上之請求權為限。所謂財產上之請求權者，即金錢上以及其他可以金錢評價之請求權也。破產程序，乃係對於破產者之全部財產，為一般的強制執行，而以變賣破產財團，使債權者得到金錢上之滿足為目的者，故由破產程序以冀得到滿足之破產債權者，亦當以具有金錢價值的財產上之請求權者為限。蓋以債權之目的，千差萬別，或者為請求交付商品之債權，或者為請求交付不動產之債權，或者為請求給與勞力之債權。若欲按照此等各債權之本來宗旨，為現實上之履行，且欲保持各債權者間之公平，以使各個得到滿足，則有非破產程序所能如願者，而破產程序，不過僅能給與以金錢上之滿足而



已。因此，故破產債權，亦祇能以可以金錢評價之財產上請求權爲限。其非金錢債權之破產債權，應以破產宣告時爲標準而評定之金錢價額呈報之（日破產法二二條，中破產法草案一三條）。

在作爲債務之中，其以所謂代替作爲目的之債務，乃係可由第三者代行之者。債權者當執行此種代替履行時，因爲能向債務者請求其費用，故可視爲財產上之請求權而爲破產債權。然作爲債務之中，亦有不能由第三者代行之者，此即係以不代替作爲爲目的之債務，例如醫生，律師，畫工，教師，音樂家，著述家等之作爲債務是也。此等作爲債務，因係一種不能以金錢評價之請求權，故非破產債權。但此等債務，若在破產宣告前，已因不履行而發生損害賠償請求權者，則此種請求權，亦可爲破產債權。惟在破產宣告後，因不履行而發生損害賠償及違約金之債權，仍不能爲破產債權也（日破產法三八條二項，中破產法草案無規定）。又不作爲債務，亦係不能代替之者，自與不代替作爲之債務相同，而不能視爲破產債權。

(丙) 破產債權，以得以強制之債權爲限。破產程序，爲一般的強制執行程序，故能參加此種程序之債權者，須以具有得爲強制執行債權之債權者爲限。然所謂得爲強制執行者，並非謂在破產宣告時，須具有強制執行之形式上要件之債務名義與執行公文，祇是指債務之性質，得爲強制執行而已。然則所謂不得強制之債權爲何？此卽所謂自然債務是也。此項自然債務，不得爲強制執行，例如超過法定限制利率之超過利息卽是。

(丁) 破產債權，以基於破產前之原因而發生者爲限。在破產宣告後所發生之新債權者，不得爲破產債權者。蓋以採取固定主義所定破產財團之範圍，祇限於破產宣告時之財產，而新債權者，係以破產者新得之財產視爲擔保，自以從新得財產中而受償還爲得當，當然不能認爲破產債權者，令其受破產財團之償還。假使新債權者，亦可認爲破產債權者，則破產債權之範圍，勢必日益擴大，而破產程序，殆將不知延至何時矣。故破產債權之範圍，必須以基於破產宣告前之原因而發生之債權爲限，方爲允當。至於採取膨脹主義以定破產財團範圍之法律，雖破產者在破產程序中新取得之財產，亦當編入於破產財團，然新債權

者，亦可依他法而受償還，仍不能認爲破產債權者。總之關於破產財團，雖得採用膨脹主義，而破產債權之膨脹主義，則爲立法上所萬不可承認者也。

如上所述，債權發生之原因，在破產宣告前者，既可視爲破產債權，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，以及將來之請求權，均一律可認爲破產債權。

#### (中破產法草案第六條至第八條)

(二) 破產債權之行使 破產債權，非依破產程序不得行使之(日破產法一六條)。蓋以各個債權者，在債務者受破產宣告後，尙得各自自由行使其權利，則破產程序，將無完成之可能。故破產債權者在破產程序中，不僅不能對於債務者爲各別之強制執行，且亦不能提起訴訟。如有關於破產債權之訴訟已在進行中者，應即中斷其訴訟程序(中民事訴訟法一七二條)。然破產債權者於呈報債權參加破產程序後，若破產者在債權調查會申述異議時，亦可對於破產者提起新訴訟(日破產法二四四條，中破產法草案二〇二條)。總之非已參加破產程序後，則不能對破產者提起訴訟也。

破產債權，非依破產程序不能行之，已如上所述矣。然此種限制，祇是對於破產者爲然。若從保證人或第三者之手而受償還，則無妨礙。又破產者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，其對於作爲債務之任意履行亦然。不過不代替作爲之債務，以其不屬於破產債權，卽不成爲問題，因之關於此項債務之訴訟，亦不因破產之宣告而中斷。

破產者能以自由財產爲任意之償還固矣，然破產債權者却不能對於此種自由財產而爲強制執行。如果允許如此，則各破產債權者，皆將爭而行之，此不僅無所謂自由財產，而且已爲強制執行者與未爲強制執行者之間，亦甚欠缺公平。此所以不許各破產債權者對於自由財產而爲強制執行也。德國破產法第十四條，關於此點，曾有明白之規定。

又別除權者，得不依破產程序而行使其權利（日破產法九五條，中破產法草案四六條）。其不能依別除權之行使而受償還之債權殘額，得爲破產債權者（日破產法九六條）。

（三）償還期之到來 屬於破產債權，而在破產宣告時尚未到償還期者，視爲與到期者相同（日破產法一七條，中破產法草案第六條），而可以即時行使其權利。因此，若爲票據債權。

則對於破產者，即視爲已屆『到期日』。關於此點，在日本法律，不但破產法中有此規定，即在民法中，亦會規定已受破產宣告之債務者，不得主張期限之利益（日民法三七條一項）。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。故因破產之宣告，而償還期，當然須隨之而變更。

## 第二節 破產債權額之算定

(一) 總說 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。在債權之目的爲確定之金錢者，自然可以直接知其債額。若債權之目的爲非金錢，或雖爲金錢，而額數不確定者，又或爲以外國貨幣定其額數者，均須一律評價，以確定其破產債權之額，而其評價之時期，則以宣告破產時爲標準（日破產法二二條，中破產法草案一三條）。此項評價，先由債權者自己爲之，當呈報債權時，即以此評定之額，作爲債權額呈報，如經債權調查會之調查，無人申述異議時，其債權額即爲確定

。然若評價不當，即不免有異議發生，故關於評價一事，自始即須務求正當，不可草率。關於破產債權額之算定，其最感困難者，為附期限債權及附條件債權等。各國法律對於此等債權，多設有詳細之規定，茲特分項說明於左。

(二) 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。

(甲) 附利息債權 在附利息債權，則合計其元本債權額與破產宣告前一日止之利息，作為債權額。而破產宣告日以後之利息，則不算入之（日破產法三八條一款，中破產法草案第九條一款）。此蓋以利息為使用元本之對價，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，即在經濟上當與新債權同視也。故在破產程序中，元本一日未償還，而利息雖一日不能停止，然却不能依破產程序而受其清償。

(乙) 無利息債權 在契約當事人之間，雖為無利息之債權，然在經濟上，則自債權成立至償還期止之期間內，仍然發生利息者也。換言之，即在經濟上，若為附期限之無利息債權，必係附加以償還期前之利息，而後成為元本之名義債權額者。因之即不能依無利息債權

之券面額，而使之成爲破產債權額而受償還。如果直依券面之名義額而償還之，則債權者未免過受其利矣。故關於無利息債權，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（日破產法一八條，中破產法草案一〇條）。關於此項扣除之計算法，向來有三個方法。

（1）加爾蒲佐式 此即從元本之名義額中，折扣破產宣告後償還期限前之法定利息之法。此種方法，雖係極其通行之所謂銀行折扣方法，但債權之名義額，原爲已到期限而後始可發生之債權額，茲以此爲基礎而折扣之，則不甚妥當。現在假定債權之名義額爲一千元，其破產宣告時至償還之期間爲二十年，若以年五分之法定利息扣算之，則恰爲一千元，結果，破產債權，即等於零。由此觀之，可知依此方法所扣算之利息，即不免有失於過多之弊。

（2）雷蒲利智式 此係以應作破產債權額之某未知金額，加破產宣告時至償還期之法定利息，其數達於本來之無利息債權名義額時，即以其某未知金額視爲破產債權額。至於利

息之計算，則採用複利法。

(3) 荷夫曼式 其方法與雷蒲利智式相同。惟於利息之計算，雷氏用複利法，荷氏則用單利法，彼此稍有差異耳。雷蒲利智式，本亦可認為正確者，然在吾人日常生活之中，現尚未盡採用此種複利法，故在破產法上，多以荷夫曼式之單利法為根據（日破產法一八條，中破產法草案一〇條）。茲特舉例說明之。假定應作破產債權額之未知金額為  $x$ ，無利息債權之名義額為  $n$ ，破產宣告時至償還期限之年數為  $a$ ，利息為年利五分，則所得公式如左：

$$x + \frac{x5a}{100} = n \quad \text{故 } x = \frac{100n}{100+5a}$$

茲以中國文譯之，則為

破產債權額 + (破產債權額 × 法定利率 × 年數) = 無利息債權名義額

$$\text{破產債權額} = \frac{100 \times \text{無利息債權名義額}}{100 + (\text{利率} \times \text{年數})}$$

如果用日數列為公式，則如左，茲假定日數為  $d$



$$x + \frac{x \cdot 5d}{100 \times 365} - n \quad \text{故 } x = \frac{36500n}{36500 + 5d}$$

就法定利率言，中國爲年利百分之五（卽年五分），在日本，則民事債權，爲年五分，商事債權，爲年六分。

以上所述，係無利息債權而期限確定者。若期限爲不確定時，卽不能依據上述之扣算方法行之，必須以破產宣告時之評價額爲破產債權額（日破產法二〇條）。不過此種評價，仍須綜合一切實際上之事情，特別是有統計者，則須依據統計。而期限一事，亦關重要，大概是以先爲期限之評定，而後依上述扣算方法以算定其債權額爲得當。關於此項算定，首由債權者自己算定呈報，再由債權調查會加以調查，如無異議，卽行確定，有異議時，卽依訴訟確定之。此不僅關於期限爲然，其於他項情事有異議時，亦是如此。

（丙）定期金債權 在定期金債權，亦有金額及存續期間已確定者與不確定者。例如於十年內，每年給與生活費一千圓之債權，是金額及存續期間已確定者也。反之，如終身給與生活費一千圓之債權，則爲存續期間之不確定，又如十年內給與每年生活費之債權，則爲金

額之不確定。此項定期金債權，如因債務者破產而即時給與之，究竟應給與以若干金額為得當？此即算定定期金債權之破產債權額之問題也。茲述其算定方法如左。

先就金額及存續期間已確定之定期金債權言，其算定方法，即是以其每期定期金，與附期限之無利息債權為同一之處理，而從各定期金中定其應當折扣之額，再合計其已折扣之各定期金，而以其總額為破產債權額（日破產法一九條，中破產法草案一〇條二項）。例如以定期之金額為  $n$ ，未知之金額為  $x$ ，定期之期間為  $a$ ，法定利息為年利五分，則所得公式如左。此處所謂定期之期間，不是指存續期間而言，是指每一期之期間而言。如云每一年給與若干圓，或每二年給與若干圓，所謂定期期間者，即指此每一年或二年之期間而言也。

$$x + \frac{x^5 a}{100} = n$$

$$\text{第一期爲 1) } X = \frac{100n}{100 + 5a}$$

$$\text{第二期爲 2) } X = \frac{100n}{100 + (5 \times 2a)}$$

$$\text{第三期爲 } 3) X = \frac{100n}{100 + (5 \times 3a)}$$

合計以上三期而成之總額，即以之作爲破產債權額。如左列公式是也。

$$\frac{100n}{100 + 5a} + \frac{100n}{100 + (5 \times 2a)} + \frac{100n}{100 + (5 \times 3a)} \dots = S (\text{破產債權額})$$

不過此項定期金，如果涉於長期年月，則上面所計算之總額  $S$ ，必有達於巨額或超過元本額者，所謂元本額者，是指在定期期間內產生法定利息，恰與定期金額相當之元本額也。此時即不以上面之總額  $S$  爲破產債權額，而祇以所謂元本額爲破產債權額（日破產法一九條但書，中破產法草案一〇條二項但書）。蓋以既以此項可產生與定期金額相當之法定利息之元本額，即時償還於債權者，則債權者即可永久與獲得定期金無異，而不受絲毫之損失故也。例如有五十年內每年給與一千圓之定期金債權，若依上述計算方法以扣算各定期金，則合計五十年之總額，勢必超過於二萬圓，此時應減爲二萬圓，而以二萬圓爲破產債權額。因爲以二萬圓依法定利率五分計算利息則每年恰爲一千圓。在破產時，既給付二萬圓於債權者，而以後即永與每年給與千圓之定期金，得到同一之結果矣。

再就金額及存續期間不確定之定期金債權言，則是以破產宣告時之評價額爲破產債權額（日破產法二〇條後段）。此時亦須由債權者就金額或存續期間，而綜合一切實際上之情事認定之。基於此項認定而爲扣算後，再評定其債權額而呈報之。若債權調查會無異議時，則爲確定，有異議者，即依訴訟確定之。

(三) 附條件債權 關於此項債權，如爲金錢債權，則以其全額爲破產債權額。此即不必計算條件成否之確度，而直以債權全額爲破產債權額之意。如果條件成否之確度，亦須計算後而爲評價，則債權之額，究爲若干，必至因各個情形不同而有差異。現在之所以以其全額爲破產債權額者，即是將條件置之於計算以外，換言之，即是以全額爲破產債權額而認爲加上條件也。若債權之目的爲非金錢，或金錢之額不確定，或以外國貨幣確定之者，則以破產宣告時之評價額爲破產債權額。

又對於破產者之將來請求權，其原因如在破產宣告前者，亦與附停止條件之債權相同，當依同樣之方法而算定其破產債權額（日破產法二三條，中破產法草案第八條二項）。

### 第三節 多數當事人之破產債權

#### 第一項 不可分，連帶，保證，票據等全部義務者之破產

(一) 債權者與全部義務者之外部關係 在數人應各負全部履行之義務時，例如在應負不可分債務，連帶債務，連帶保證債務，票據上之共同債務，以及其他全部債務時，其全員或其中之數人或一人受破產宣告者，債權者得以宣告破產時所有之債權全額，對於各破產財團而為破產債權者以行使其權利(日破產法二四條，中破產法草案二〇條及二二條)。茲所謂全部義務者，不必如保證或連帶等共同之債務關係，有多數義務者相互之內部關係存在，苟因契約或法律之規定，數人各應就同一債務負全部履行義務時，即包括於此所謂全部義務之中。關於此等債務者受破產宣告時之辦法，亦有在民法中規定之者。如日本民法第四百三十條及四百四十一條，曾就不可分債務者與連帶債務者受破產宣告之情形加以規定，其大旨與破產

法所規定者相同。不過在民法中所規定者，係已明定爲不可分債務者與連帶債務者，而破產法，則係就一切負全部義務者而爲廣泛之規定，此可謂民法各條所規定者爲普通法，而破產法本條所規定者爲特別法。兩者雖有重複之嫌，却亦不能謂爲立法上之缺點也。中國民法，未有此項規定，一律讓之於破產法中，已無此項問題發生矣。

關於破產時連帶債務之效力，原有三種主義。第一主義，是債權者在未受全額償還前，縱令已有一部之任意償還或破產分配，仍得以其債權成立時之全額，加入各破產財團之分配，瑞西破產法採此主義（瑞破產法二一七條）。第二主義，是債權者所受領之一部任意償還部分，雖可消滅其債權，然債權者所受領之一部破產分配，則不得消滅其債權，法國破產法採此主義（法商法中關於破產之五四二條至五四四條）。第三主義，是所受一部之償還，不問爲任意償還與破產分配，一律須就其部分消滅債權，而以破產宣告當時之現存額加入各破產財團之分配，德國破產法（德破產法六八條）及日本現行破產法，我國破產法草案採此主義。我破產法草案第二十條及二十二條後段云，「債權者得就宣告破產時所有債權之全額爲破產債權者

而行使其權利』，即此意也。例如在連帶債務者中之一人宣告破產時，有五萬圓之債權存在，當時以五萬圓全部加入分配，在其破產程序中，已分配一萬圓。嗣後其他連帶債務者宣告破產，即須扣除一萬圓，祇以四萬圓加入分配之類是也。此係就連帶債務者而言，在其他全部義務者破產時，亦當與此相同。

據日本破產法及我國破產法草案規定，應以宣告破產時之債權全額加入財團之分配固矣，如果於既經加入財團之分配後，復因其他財團之分配或其他全部義務者之任意償還而受償還者，然則將如之何？關於此點，吾以為雖於加入分配後而受其他之償還，但在未受償權全額之償還時，仍可始終以與當初加入時之同一金額加入分配，蓋以破產債權之額，係以破產宣告當時之額而定之故也。

(二) 債權者與保證人之外部關係 保證人除與主債務者連帶負擔債務或主債務者已受破產宣告各情形外，本有所謂催告之利益與拒絕之利益，而債權者不得直接向保證人請求履行。(參照中民法債編保證節，日民法四五二條至四五四條)。但保證人已受破產之宣告時，若認

債權者不得向保證人直接行使其權利，則破產財團僅由其他債權者加入分配，殊於設定保證人以保護債權之旨，全然喪失。因此，在保證人受破產宣告時，債權者得就破產宣告時所有保證人保證之債額全部，為破產債權者而行使其權利（日破產法二五條，中破產法草案二十一條）。此項規定，在中國草案第二十條及二十二條所謂全部責任債務者中（日破產法二十四條全部義務者中），本已包括保證債務在內，而草案二十一條之規定，似乎屬於一種贅文。但因主債務者未受破產時，如上所述，保證人原有催告或拒絕之利益，故須特設此條，以免適用時發生疑義。

又保證債務之期限，本以按照主債務之期限為通例。但保證人宣告破產時，既須適用破產法本條之規定，故主債務之期限雖未到來，亦當然要適用破產法關於附期限債權之規定而視為已經到期（日破產法一七條，中破產法草案第六條）。

又主債務者若同時破產，債權者對於主債務者之破產財團，亦當然可以行使其權利，此則毫無可疑者也。



(三) 全部義務者相互間之內部關係 連帶債務者，不可分債務者，及其他全部義務者，已就各自負擔部分而為清償，或為其他得免共同債務責任之行爲時，對於其他義務者有求償權，又保證人就保證債務而為清償，或為其他消滅債務之行爲時，亦對於主債務者有求償權，此均為民法所規定者也。至於此種求償權，可否於破產時豫先行使，在吾國民法，則一概未有規定。在日本民法，亦僅對於保證人允許之，此外亦付闕如。

然民法雖可不必為明白之規定，而破產法中，則非詳加規定不可。故日本破產法(二六條)及中國破產法草案(二三條)，均許就同一債務負全部責任之共同義務者，在其他共同義務者受破產宣告時，得以將來可行使之求償權之全額，為破產債權者而行使其權利。蓋以全部義務者之全體或其中之數人或一人受破產宣告時，債權者因不能從某一破產者受得完全清償，勢不得不對於其他共同義務者請求其履行。因為如此，故此一共同義務者，對於本人以外之共同義務者，即不得不發生求償權之問題。然此項求償權，如果限於已為清償共同債務時而後始可行使，不能於未清償時加入破產財團，則彼時受破產宣告者，其破產財團，已因其他破

產債權者分配淨盡，所謂求償權者，殆已無行使之可能矣。此破產法中，所以認共同全部義務者相互之間，可以豫行其求償權也。

不過債權者如果已以其債權全額爲破產債權者而行使其權利時，所有將來可以行使之求償權，即不許同時以之作爲破產債權而行使之（日破產法二六條一項但書，中破產法草案二三條一項但書）。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，勢必減少他債權者應受之分配額而損害其利益矣。

不過據日本破產法二六條二項規定，在前述但書情形之下，其有將來之求償權者，如對於債權者已爲償還時，則可按照償還之比率，取得債權者之權利，而爲破產債權者。

又在爲破產者之債務會提供擔保之第三者，即所謂物上保證人，亦因債權者在其擔保品之上行使權利時，而發生求償權之問題。此種求償權，在債務者破產時，亦有豫先行使之必要，因之上面所述全部義務者相互間求償權之規定，在提供擔保之第三者，亦可準用之（日破產法二六條三項，中破產法草案二三條二項）。

(四) 數人爲一部之保證時 以上所述，乃係數人各負全部義務之情形，其數人而爲全部債務之保證時，亦包括在內。若數人僅就債務之一部而爲保證者，將若之何？此項情形，當然不問債權者與多數保證人之外部關係，或保證人相互間之內部關係，均須準用上述全部義務之情形處理之（日破產法二七條）。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。例如於一萬圓債務之中，有數人就其半額五千圓而爲保證，雖五千圓祇是一萬圓中之一部，但無論債權者與數個保證人之外部關係，或保證人相互間之內部關係，均與全部義務之情形無異，此所以必須準用法律關於全部義務之規定也。若夫數人非就同一債務之一部而爲保證，祇是各保證其各別之部分，則應各自負擔各別之保證債務，因之在其相互之間，即無何種關係，不僅不發生求償權之問題，而且債權者，亦祇能對於破產之保證人，就其各自負擔之各別部分，加入破產財團之分配。

## 第二項 法人或社員之破產

(一) 法人破產 在法人受破產宣告時，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呈報之。蓋以彼等所出此項資金，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，殆將一無所存矣。總之此等社員與股東，惟有於清償法人之債務後，如尚有剩餘財產，方得參與其分配而已。

法人受破產宣告時，其有限責任社員應出之資金，尚有餘額未清者，破產管財人得直接令其將餘額繳付之（日破產法二〇七條，中破產法草案二二三條）。因之法人之債權者，不得直接對於有限責任社員行使其權利（日破產法二一九條，中破產法草案一七條）。然對於無限責任社員，法人之債權者，則可直接行使其權利，自不待言。

(二) 無限責任社員破產 公司之無限責任社員，雖對於公司之債權者，爲直接之債務者，但必須不能以公司財產，清償公司之債務時，而公司債權者，始能對於社員行使其權利。由此推定之，如果公司爲有資力，則於無限責任社員破產時。似乎公司債權者，不能直接行使其權利矣。不過公司以後由有資力一變而爲無資力之事，原所世所恆有，彼時縱能再對無限

責任社員行使其權利，然財團既爲他債權者分配淨盡，卽有無從行使之勢。因此，在無限責任社員受破產宣告時，卽可不問公司之爲有資力與否，而公司債權者，均得對於社員直接爲破產債權者而行使其權利（日破產法二八條，中破產法草案一六條）。故就公司債務言，縱令期限尙未到來，然亦可適用附期限債權之規定（中破產法草案六條）。視爲已經到期而直接加入分配。

又據日本產業組合法及住宅組合法之規定，其無限責任組合員破產時，組合之債權者，對於組合員之破產，得直接行使其權利。又據日本保險業法之規定，相互保險公司之社員，因爲不直接對於公司債權者負責，故無限責任社員縱然破產，而公司債權者，却不能爲破產債權者而加入分配。

(三) 有限責任社員破產 兩合公司之有限責任社員破產時，如果投資已經繳清，卽無責任，倘若尙有未繳清之餘額者，則當就其未繳清之部分，對於公司債權者直接負責。故有限責任社員破產時，公司債權者，似亦可成爲破產債權者。但此時社員對於公司債權者之責任，

須與一種間接責任同視，使之僅對公司繳付其未清之投資，即爲已足，且亦比較簡捷。因此，故在兩合公司之有限責任社員破產時，僅能由公司就其未清之投資額，爲破產債權者而行使其權利，而公司債權者，不得加入破產之分配（日破產法二九條，中破產法草案一七條）。據日本產業組合法等規定，在有限責任組合員受破產宣告時，基於前述同一理由，其組合之債權者，亦不得對於有限責任組合員行使其權利。至於相互保險公司社員破產時，因社員既不對於一切公司債權者直接負擔責任，自無公司債權者能否行使權利之問題。

（四）法人及無限責任社員同受破產宣告 此時須適用法律關於全部義務者之規定（日破產法二四條，中破產法草案二二條），在法人及無限責任社員同受破產宣告時，法人之債權者，得就破產宣告當時所有債權全額，加入各破產財團之分配。其在多數之無限責任社員同時或依次破產時亦然。

### 第三項 繼承人及繼承財產之破產

(二) 繼承人之破產 在繼承人破產時，有就繼承財產爲單純承認者，或爲限定承認者，須就此點而分別考察之。

(甲) 繼承人爲單純承認者 此時繼承人對於被繼承人之債權者，卽繼承債權者及受遺贈人，因爲須合繼承財產及自己之固有財產二者，而負擔無限責任，故繼承債權者及受遺贈人，得對繼承人之破產財團，就其債權之全部而爲破產債權者以行使其權利（中破產法草案一九條），卽在財產已分離時亦然（日破產法三〇條）。蓋以在爲繼承債權者及受遺贈人利益而分離財產時，此等債權者，除就繼承財產得先於繼承人固有債權者而受償還外，尙得就繼承人之固有財產行使其權利，不過此時須承認繼承人之固有債權者，對於繼承人之固有財產有優先權耳。又在爲繼承人固有債權者之利益而分離財產時，雖繼承人固有債權者，能就繼承人之固有財產獲得優先之償還，而結果，繼承債權者及受遺贈人，仍得就繼承人之固有財產行使其權利。故不問其因任何情形而分離財產，雖繼承債權者及受遺贈人之順位在後，總得就繼承人之固有財產而行使其權利。此所以於繼承人破產時，繼承債權者

及受遺贈人，均得以其債權全額，而為破產債權者也。

(乙) 繼承人為限定承認者 此時繼承人對於繼承債權者及受遺贈人，惟以繼承財產為範圍而負其責任。故繼承債權者及受遺贈人，亦即不得就繼承人之固有財產，為破產債權者而行使權利。其依據法律上之規定（日破產法八條或九條）而有限定承認之效力者，繼承債權者及受遺贈人，亦不得行使之（日破產法三二條）

(二) 繼承財產之破產 繼承財產破產時，繼承債權者及受遺贈人，當然可為破產債權者而行使其權利，自不待言。惟繼承人對於被繼承人之債權，以及因消滅被繼承人債務而為墊償之請求權，是否與繼承債權者等有同一之權利，不無問題。據中國破產法草案第十八條二項規定，是認繼承人有同一權利者，日本破產法第三十三條亦然，因之繼承人即可為破產債權者而參加其破產財團之分配。此即因法律上是將繼承人對於被繼承人之權利義務視為不能消滅故也（中破產法草案三五條）。

至於繼承人之固有債權者，則在繼承財產受破產宣告時，不得成為破產債權者而行使其權利



(日破產法三四條)。然據日本破產法舊草案規定，却於繼承財產破產時，而允許繼承人固有債權者爲破產債權者。其意以爲繼承財產一受破產宣告，財團卽由破產管財人特別管理，此時與財產分離情形正相彷彿。彼繼承人固有債權者，原係就繼承財產而可後於繼承債權者受得償還者，故繼承財產破產時，亦不妨使之居於後順位而爲破產債權者。然而此種立法，不過徒令破產債權者之人數增加，致破產程序趨於複雜。故日本現行破產法，斷然加以修改，而規定繼承人固有債權者，不得對於繼承財產而爲破產債權者行使其權利。蓋以繼承財產於償還繼承債權者及受遺贈人後，如有剩餘，當然歸之於繼承人之手，此時繼承人之固有債權者，再對繼承人而求償還，原無不可，又何必使之參加於破產財團，以增長破產程序之煩雜乎。中國破產法草案二十九條『繼承財產受破產宣告時，繼承債權者及受遺贈人，先於繼承人之債權者而受清償』。此項規定，與日本破產法舊草案完全相同，將來成爲正式法規時，亦當然有修改之必要。

(三) 繼承財產及繼承人之破產 繼承人爲單純承認時，繼承債權者及受遺贈人，得以其債

權全額，參加繼承人之破產財團，而行使其權利，又於繼承財產破產時，亦當然可為破產債權者而參加破產財團之分配，均已說明於前。因此，故繼承人及繼承財產破產時，即與前述全部共同義務者之情形相同，而繼承債權者及受遺贈人，得對於雙方之破產財團，以其債權全額而行使其權利（日破產法三一條）。惟關於繼承人之破產財團，其繼承人固有債權者，應受優先之償還（日破產法四十四條，中破產法草案三一條）。

以上已就繼承人與繼承財產之破產情形說明大概矣。不過在日本繼承制度，原有家長繼承一項，因之在破產法方面，即有幾種特別之規定，茲列舉於下。

（一）在繼承財產破產時，如因家長退位及入贅婚姻或國籍喪失之家長繼承，而有退位家長及女戶主之保留財產，或國籍喪失者在繼承開始時所有之財產在內者（參照日破產法一二條），其於繼承開始後宣告破產前之間，對前戶主取得債權者，得以其債權全額為破產債權者而行使其權利（日破產法三五條）。不過此等債權者，僅係以前戶主之保留財產等為取得債權之擔保，而加入財團之分配，亦祇能以財團所屬之保留財產等一部分為限。

(二) 在繼承財產及前戶主破產時，其繼承財產有保留財產等在內者，繼承開始後之前戶主債權者，得以其債權全額，對於繼承財產及前戶主之各破產財團而為破產債權者以行使其權利(日破產法三二六條)。其前戶主債權者之所以對於雙方破產財團有此權利者，亦因與前述全部義務之情形相似故也。又繼承債權者，於此種破產情形之下，亦得對於雙方之破產財團，以其債權全額行使其權利。

(三) 在繼承人及前戶主或繼承財產繼承人及前戶主破產時，其繼承債權者，得以其債權全額，對於各破產財團為破產債權者而行使其權利(日破產法三一一條後段)。

(四) 在繼承人破產時，如有前戶主之保留財產等在內者，前戶主得以將來求償權之全額為破產債權者而行使其權利(日破產法三七條)。此蓋以繼承債權者，雖於繼承人承繼前戶主之一切權利義務以後，祇可對繼承人請求清償。然法律為保護繼承債權者起見，亦許對前戶主為償還之請求(參照日民法九八九條)，使前戶主負擔一種附加的擔保義務。因此，前戶主在履行此種附加的擔保義務時，即對於真實債務者之繼承人，發生一種求償權。於是對於繼承

人之破產財團，即不得不豫先行使其分配之權利。不過繼承債權者已以其債權全額呈報者，即不得再爲行使之。然已爲償還之部分，仍得按其償還之比率，取得繼承債權者之權利而爲破產債權者。

## 第四節 不應爲破產債權之債權

(一) 緒言 何者爲破產債權，業於前述破產債權意義時闡明之矣。然亦有一種債權，雖與破產債權之意義相合，除法人或繼承財產破產外，却基於特別之理由，亦不應認爲破產債權者，茲分述於左。

(二) 破產宣告後之利息 此種利息，本係在破產宣告前已有發生之原因者，故認爲應當加入於破產債權之中，似亦未始不可。然利息之發生，乃因時間之經過，而爲使用元本之對價，在破產宣告後之利息，正與所謂新債權者相似，應當置之於新債權之列，因而即不能認爲破產債權（日破產法二八條一款，中破產法草案九條一款）。然在元本未消滅之範圍內，雖宜

告破產以後，而利息仍然照常發生，債權者仍有利息債權。苟破產者於破產程序終結後，家運再興，已有財產，當然可向破產者請求償還。因此，債權者，即須注意不使罹於消滅時效。

然別除權者或財團債權者，則於破產宣告後之利息，却不妨受得償還。惟別除權者，須適用民法上償還抵充之規定（中民法三二三條），先以擔保物抵充破產宣告前之利息，次抵充元本，若能還清元本而有剩餘者，再抵充破產宣告後之利息。

（三）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，却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（日破產法三八條二款）。元來破產宣告時所已存在之財產上請求權，均依破產宣告時之標準，為金錢之評價，使成為破產債權而行使其權利。故關於非財產上請求權之不代替作為義務，例如畫工，醫師，律師等作為義務之不能由他人代行者，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（參看本書第三章第一節破產債權之意義）。此所以在破產法中明定

不得爲破產債權也。

(四) 參加破產程序之費用 此種費用，爲破產宣告後所生者，故不能視爲破產債權（日破產法三八條三款，中破產法草案九條二款）。至聲請破產之費用，本爲生於破產宣告前者，然因其係爲共同利益所需之裁判上費用，故不爲破產債權，而爲財團債權（日破產法四七條一款，中破產法草案三八條一款）。

(五) 罰金，刑事訴訟費用及追徵金 此係發生於破產宣告前者，似乎得爲破產債權而行使其權利。然在破產情形之下而徵收之，則感苦痛者不是破產者，而是受減少分配額損害之破產債權者。此種與罰金等精神相反之徵收，實難認爲適當，故不能成爲破產債權（日破產法三八條四款，中破產法草案九條三款）。但破產程序終結後，如有剩餘財產，或破產者新取得財產，則國家可從中徵收之。

## 第五節 破產債權者之順位

(一) 總說 破產程序之目的，既在使各破產債權者得到平等的滿足，則各債權者之間，本以無順位之優劣爲原則。然在法津上，則因公平之理由或公平之立場，而對於某債權者，却例外的承認其優先順位。

破產債權者之順位，在學理上，可分爲三階段考察之。第一階段爲一般優先權者，此即有一般先取特權及其他一般優先權之破產債權者，彼等在破產程序中應受優先之償還。第二階段爲普通破產債權者，此即在普通之破產程序中占大多數之債權者，在是等債權者間，則本乎破產程序之目的，而各得平等之償還。又關於強制和解，以其僅爲此階段債權者之利害關係，而立法上則惟一委之於此等債權者之議決，而他債權不與焉（參照以後強制和解）。第三階段爲所謂劣後的債權者，在普通破產債權者受得償還後，惟有剩餘財產時，始能受得償還。例如繼承財產破產之繼承債權者，繼承人破產之繼承人債權者，均屬於普通之破產債權者，此外則爲劣後之債權者。換言之，即對於固有之財產，而固有之債權者，即爲普通之破產債權者。然此，不過是一種概括的說明，而在法律規定上，尙因各種情形不同，而有種種特例

者。例如在法人或繼承財產破產時。前節所述之不應爲破產債權之各債權，又可作爲破產債權而行使其權利，不過爲一種劣後的債權，須後於法人之債權或繼承債權者等之一切債權受其清償而已。再第二階段之普通的破產債權者，又可謂爲原則的破產債權者，第一階段之優先的破產債權者與第三階段之劣後的破產債權者，又可謂爲例外的破產債權者。

(二) 有一般優先權之破產債權 依據民法及其他法律之旨趣，凡有一般先取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（日破產法三九條，中破產法草案二六條）。蓋以具有一般先取特權之債權者，在債務者，總財產之上，原有先取特權，故於債務者破產時，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者而成爲別除權者。如據日本保險業法規定，生命保險公司破產時，被保險者之貯蓄金，在公司財產之上有優先權，此卽有一般優先權之破產債權之一例。至於優先權者間之順位，則依據民法及其他法律定之。例如日本民法第三百零六條所定優先權之順位，則爲（一）共同利益費用，（二）喪葬費用，（三）雇傭人工資，（四）日用品。



又據日本破產法第四十一條規定，如一般先取特權之優先權，其債權額有一定期間之限制者，則自破產宣告之時起，向前溯及計算之。蓋以破產債權之計算，係截至破產宣告當時止之故也。例如日本民法規定，雇傭人工資，其優先權之存在，是在五十圓之範圍內，而以最後六個月為限。如在破產宣告前，已停付七個月，即從宣告破產時起溯及之，認六個月工資之債權，有優先權，其餘一個月工資之債權，則作為普通破產債權是也。

(三) 同一順位者之平等償還 在同一順位者間之債權，各按債權額之比率，為平等之償還（日破產法四〇條，中破產法草案二六條二項）。此即破產程序之目的，故在法律中，特將此種目的之大原則，予以明白之規定。所謂同一順位者，則不問為優先權者之間，或為普通的破產債權者之間，或為劣後的破產債權者之間，皆包括在內也。

(四) 繼承財產破產之順位 在繼承財產破產時，破產債權者，通常為繼承債權者及受遺贈人，而繼承人之債權者，不得為破產債權者，前已說明。然此時繼承債權者與受遺贈人之間，究竟誰先受其清償？關於此點，在法律，則使繼承債權者先於受遺贈人而受清償（中破產

法草案二九條後段)。蓋以受遺贈人，是受特別利益者，縱令不能受領清償，亦祇是未得利益，並無損失之可言。繼承債權者若不能受領償還，即須蒙受一種損失。與其保護享受特別利益者，不如保護蒙受損失者，此法律所以使繼承債權者先於受遺贈人之理由也。

又據日本破產法第四十二條後段規定，在繼承財產破產時，其有前戶主之保留財產或前戶主（國籍喪失者）之繼承開始時財產在內者，雖繼承開始後之前戶主債權，得加入破產財團而為破產債權者，但繼承債權者，應先於此種前戶主債權者而受清償。此蓋以繼承債權者，為繼承財產之固有債權者，其繼承財產，自始即為繼承債權者視為債權上之擔保財產，故受償之順位，應在繼承開始之前戶主債權者之先（因係生前繼承，故無受遺贈人）。

(五) 在能就繼承財產聲請破產期內之繼承人破產之順位 此時對於繼承財產，既尚未宣告破產，而繼承人之破產財團，即係由繼承人固有財產及繼承財產兩者組織而成。若已為限定承認者，則繼承債權者及受遺贈人，不得對於繼承人之固有財產行使其權利，若為單純承認，則得以其債權全額，對繼承人之破產財團而為破產債權者。因之繼承債權者受遺贈人與繼

承人之固有債權者，雖此時均對繼承人之破產財團而爭相行使權利，但因其尚在能就繼承財產聲請破產之期間內，故應與已就繼承財產有破產之宣告者相同，而將繼承人破產財團分而爲二處理之，即關於繼承人之固有財產，在繼承人之固有債權者，應先於繼承債權者及受遺贈人，關於繼承財產，在繼承債權者及受遺贈人，應先於繼承人之固有債權者（日破產法四三條）。

又所謂能就繼承財產聲請破產之期間云者，在中國破產法草案第一百五十四條，係定爲承繼開始後一年，在日本破產法第一百三十一條，係與民法所定得爲分離財產請求之期間相同，爲繼承開始後三個月。

(六) 繼承財產及繼承人破產之順位 此與前項繼承人破產之情形不同。前項僅在能就繼承財產聲請破產之期內，而繼承財產尙未破產，其破產財團，乃由繼承人固有財產與繼承財產兩者合組而成。此項則係繼承財產與繼承人均已宣告破產，其破產財團，乃係彼此分離，而各別獨立組成。惟兩者情形雖不相同，而所定順位，則與前項無甚差異，即關於繼承人之破

產財團，在繼承人債權者之債權，應先於繼承債權者及受遺贈人之債權。所不同者，在日本破產法，僅關於繼承財產之破產財團，而繼承人之固有債權者，因不得為破產債權者而行使權利（參看本章第三節第三項），即無所謂順位之規定耳。然中國破產法草案，却仍與前項相同，在繼承財產之破產財團中，則繼承債權者及受遺贈人之債權，應先於繼承人之固有債權者（中破產法草案一九條）。

(七) 繼承財產及前戶主破產之順位 此係日本法律承認家長繼承者特有之規定，而中國則無此項破產之順位可言也。在日本此項破產情形之下，繼承財產之破產財團，為繼承財產，前戶主之破產財團，為保留財產或繼承開始時前戶主（國籍喪失者）之財產。所有繼承債權者（因係生前繼承，故無受遺贈人）及繼承開始後前戶主債權者，均得對於雙方破產財團行使其權利。其受償之順位，在繼承財產之破產財團，則使繼承債權者，先於繼承開始後前戶主債權者，在前戶主之破產財團，則使繼承開始後前戶主債權者，先於繼承債權者。

## 第六節 法人及繼承財產破產之特例

(一) 不適用中間利息扣除之規定 所謂中間利息扣除之規定者，在中國破產法草案，即係第十條所規定之情形，在日本破產法，即係第十八條至二十條所規定之情形。此項規定，是謂在破產程序上應扣除宣告破產後之中間利息，以便確定得即時行使之破產債權。並非謂在破產程序外，而此項中間利息不得成爲債權也。換言之，即並非使此項扣除額之請求權歸於消滅，而是在破產程序外，尙得請求償還也。在一般債務者宣告破產時，其能於清償全部債務後尙有剩餘財產者，本屬稀有之事。然在法人或繼承財產破產情形之下，除對於一般破產債權者完全清償之後，或許尙有剩餘財產之存在。因此，則扣除額之請求權，即可對於此項剩餘財產而行使之。但在破產程序外而行使此項請求權，勢必又須再定分配程序，致費周折。故法人及繼承財產破產時，即不適用中間利息扣除之規定，而許在同一破產程序中，亦得以扣除額請求權，作爲破產債權而行使其權利，（日破產法二一條）。不過此項扣除額之請求

權，係居於劣後的順位，必須對於其他普通破產債權者已為清償而有剩餘財產時，始得受其分配耳（日破產法四六條）。中國破產法草案。僅於繼承財產破產時，承認此項特例，而法人破產，仍須與一般債務者破產同視（中破產法草案第一一條及三〇條）。關於此點，以後似有依日本立法例改正之必要，因法人破產，應與繼承財產破產設同一之特例也。且分配順位，既居於劣後，即與其他普通破產者之利益，毫不發生何種影響，在事實上，亦不妨設此特例。

（二）不適用宣告破產後之利息等不得為破產債權之規定 此在日本破產法，係規定於第三十八條，在中國破產法草案 係規定於第九條。惟中國破產法草案，僅限於繼承財產破產不適用之，且亦祇以破產宣告後之利息一款為限，其餘仍與一般破產者無異，此兩國立法例不同之點。

元來破產宣告後之利息與參加破產程序之費用以及罰金刑事訴訟費追徵金等，原係基於特別之理由，不許與普通之破產債權在破產程序中共同行使其權利，並非消滅其債權，此與前項

所述之扣除額請求權相同者也。因此，在法人及繼承財產破產時，自可基於同一理由而作為一種特例，許其在同一破產程序中以行使其請求權。中國破產法草案，僅以宣告破產後之利息一款，在繼承財產破產時而適用此特例，未免範圍太狹，以後亦必有以修正之為宜。

關於此項請求權受償之順位，亦與扣除額請求權相同，應後於其他普通之破產債權者，故於普通破產債權者之利益，亦不發生何等影響。（日破產法四六條，中破產法草案三〇條）。

## 第七節 破產債權者之地位

(一) 總說 破產債權者地位之問題，為破產法理解說上之根本問題，因其解說之不同，則關於破產管財人之地位及其他種種實際上之適用問題，即發生相異之結論。茲將破產債權者地位之問題。分為破產債權者對於破產財團之關係與破產債權者相互之關係而考察之。

(二) 破產債權者對於破產財團之關係 一般學者對於此種關係之見解，可分為二派，(一)是主張破產之效力，而破產債權者團體，對於破產財團取得實體上之權利者，(二)是主張破

產之效力，而破產債權者團體，非對於破產財團取得實體上之權利者。在第一見解，從前所倡行者，有總括承繼說及資產承繼說等，近世則有帥費爾特 (Seuffert) 氏一派所主張之質權取得說與柯勒兒 (Kohler) 氏所主張之扣押權取得說。總括承繼說云者，即總括的承繼資產與負債之謂也。資產承繼說云者，即僅對資產一項而承繼之之謂也。質權取得說云者，即債權者團體對於破產財團取得質權之謂也。扣押權取得說云者，即取得扣押權之謂也。元來在德國法例，對於普通之各別強制執行，其扣押債權者，在扣押物之上，本係可以取得質權者。從此點推論之，而主張德國破產法對於破產之一般強制執行，係認破產債權者團體，在破產財團之上，亦可取得質權，自不能謂為毫無理由之見解。中國破產法草案第五十五條，認破產債權者之共同行為，對於破產財團有扣押權，可云係依此見解而立法。然中國法例，對於普通之各別強制執行，却不認扣押債權者，有何等優先權利（參照中民事訴訟執行規則四七條）。是破產之一般強制執行與普通之各別強制執行，在立法上，不免有彼此矛盾之嫌矣。至第二見解，原為德國破產法理由書所採取之學說，其在德國破產法之解釋上，亦惟此說為



最有力。據此見解，則以破產債權者，不過是從破產財團中，得到排他的而且共同的滿足，其對於破產財團之關係，不外爲一種訴訟上之關係而已，毫無取得實體上權利之可言也。日本破產法，無破產債權者對於破產財團有扣押權之規定，而多數學者之見解，亦不替成取得扣押權之說。蓋以日本法例，對於普通之各別強制執行，原與我國相同，不認扣押債權者，有何等質權及其他優先權之取得。若就破產之一般執行事件，而依取得權利說之見解以解說之，不惟無必要，而且亦無根據故也。

(三) 破產債權者相互之關係 關於此種相互之關係，換言之，即關於破產債權者團體之性質，有種種不同之學說。(一)法人說，(二)組合體說，(三)訴訟的法律關係說。

(甲) 法人說 此說是以破產債權者團體認爲法人，而以破產管財人認爲此種法人之代表。但法人之成立，須有法律上之根據，而破產債權者團體，則在法律上，實無可以成爲法人之根據也。

(乙) 組合體說 此說爲主張破產債權者團體對破產財團取得質權或扣押權者所採取。以爲

質權或扣押權所屬之主體，不是各個債權者，而是各債權者之組合體，故認破產債權者相互之關係爲一種組合體。關於此種組合體之性質，在帥費爾特氏，則主張合有團體說 (*Gesellschaft zur gesamten Hand*) 在柯勒兒氏，則主張變態組合體說 (*Gesellschaft mit wechs elnden Beteiligungs rechten*)。

(丙) 訴訟的關係說 此說爲吾人所贊同。蓋以破產債權，在破產程序中，須經過確定之程序。此種確定，不僅是對於破產者必須如此，即在破產債權者相互關係之下，亦非確定不可。既然如此，則從破產者方面觀之，即爲普通的共同訴訟，而從破產債權者相互關係之方面觀之，即爲偶然的共同訴訟。換言之，即在確定債權一點，而破產債權者相互之關係，乃係共同訴訟之關係也。又在破產程序中，按照破產宣告程序，先就破產財團，爲全體破產債權者利益而假扣押，後隨債權之確定，又爲全體債權者之利益而開始共同的執行，此就破產之執行一點言之，而破產債權者相互之關係，又爲共同的執行當事者之關係也。總之債權者相互之關係，不外是立於共同訴訟及共同執行關係下之團體，而所謂實體上之

組合體云者，實不能認爲允當者也。

## 第四章 財團債權

### 第一節 財團債權之意義

(一) 總說 從破產程序開始以至終結，其間所需費用，爲數當然不少，特別是關於破產財團之管理，保存，處分，尤需較多之費用。此等費用，均爲完成破產程序所不可不需要者，因之卽須在破產債權者未受償還以前而如數支付之，此正與普通強制執行之共同利益費用，有不得不作爲一般先取特權而提前支付者相同者也。在破產程序中，此種債權，則稱之爲財團債權，此種債權之債權者，則稱之爲財團債權者。如前所述，發生在破產宣告前之債權，既爲破產債權，則財團債權，在原則上，當然是屬於破產宣告後所發生之債權。惟基於特殊之理由，而在破產宣告前之債權，而例外的亦有視爲財團債權者。

(二) 財團債權之意義 財團債權者，即從破產財團中，不依破產程序，先於破產債權者而受償還之權利也，茲為分析而說明之。

(甲) 從破產財團受償還之權利 後面所述之別除權，是從破產財團所屬之特定財產中而受償還之權利，而財團債權，則係從破產財團全體之中而受償還之權利，就此點言，則與別除權不同。又取回權，是因本不能屬於破產財團之財產，在事實上偶爾被包括於破產財團之中，而一同占有管理之，故能由財產所有者取回之，是即謂之取回權，而財團債權，則與此完全不同者也。

(乙) 不依破產程序先於破產債權者而受償還之權利 因與在破產債權者中居優先順位之一般先取特權者及其他一般優先權者不同，即無須按照破產債權者之同一規定而受償還。例如關於債權之呈報及調查等等，即無必要。又此種債權，因為不服從強制和解，自然亦無債權者會議之議決權。

(三) 財團債權之債務者 財團債權，為不依破產程序，而從破產財團中，先於破產債權者

而受償還之債權，已如前述。然則此項債權之債務者，究爲何人？關於此點，則有種種學說。(一)是主張破產債權者團體爲債務者。此說主要的是爲主張債權者團體對於財團取得質權者所採取，彼等以爲財團債權之償還，屬於破產財團有限之責任。(二)是以破產財團視爲法人，而主張破產財團本身爲債務者。據此學說之見解，亦以爲財團債權之償還，屬於破產財團之有限責任。(三)是主張破產者爲債務者。此說極爲適當。蓋以財團債權，原爲以破產者所屬財產組成之破產財團而爲償還者，此種財團債權之償還，正與普通強制執行之執行費用，由債務者負擔無異。故認定負擔此種債權之債務者爲破產者，實無何種不妥之處。據此學說之見解，則以爲不能以破產財團清償財團債權時，而破產者本人，仍須負無限責任。

## 第二節 財團債權之範圍

(一) 一般財團債權 此項財團債權，即中國破產法草案第三十八條及日本破產法第四十七條所列舉之各債權是也。除日本破產法所列舉之國稅徵收上之請求權爲中國破產法草案所無

外，其餘均係大同小異，茲特分述於左。

(甲) 爲破產債權者共同利益之裁判上費用 此項費用，如聲請破產費用，公布破產宣告費用，押送及看管破產者等費用，債權調查費用，破產終結費用等均屬之。但聲請破產已被却下時之費用，以及在特定日期調查有異議之期後呈報債權費用（中破產法草案一八四條二項）因非共同利益之裁判費用，則不在其內。

(乙) 國稅及其他課稅 此項賦稅，有對人稅（即人的賦稅）與對物稅（即物的賦稅）之區別。在破產宣告前所發生者，不問爲對人稅或對物稅，均視爲財團債權，在破產宣告後所發生者，則以對物稅爲限，換言之，即以關於破產財團之物的賦稅爲限。因爲在破產宣告後所課於破產者本人之人的賦稅，既不能認爲破產債權，即亦不能認爲財團債權，故不能從破產者之破產財團而受償還，而祇有取之於破產者之自由財產。中國破產法草案，既未有規定此項賦稅之請求權爲財團債權，則在破產宣告前發生者，當然作爲破產債權行使之，惟其受償之順位如何，不無問題。據吾人意見，此項請求權，乃爲應一般社會公益所必需而

來之權利，本以作爲財團債權爲得當。茲既不作爲財團債權，而在破產債權中，即應置之於優先順位而清償之。至於在破產宣告後所生之物的賦稅，則須視同管財人對於破產財團之管理費用，而作爲財團債權，因管財人不納各項賦稅，即不得就破產財團之財產而處分利用之也。惟將來改正破產法草案時，余意以爲就各項賦稅，（不問破產宣告前後），明定專款而認爲財團債權，實較允當。

（丙）破產財團之管理變賣分配等費用 此等費用，如在管理變賣分配上所必需之費用，以及管財人之報酬，使用承發吏時之報酬等均屬之。

（丁）破產管財人所爲與破產財團有關之法律行爲而生之請求權 破產管財人對於破產財團之管理及處分，每每與第三者之間，須發生許多法律行爲，例如締結其承攬，委任，雇傭等契約是也。此時對於相對人所生出之報酬及其他之請求權，皆爲財團債權。

（戊）對於破產財團因管理事務或不當得利所生之請求權 因管理事務或不當得利所生之債權，亦有在破產宣告前發生者，此項債權，祇能作爲破產債權。此處既是所謂對於破產財

團而生，自然是以破產宣告後所發生者爲限。即破產財團，因他人管理事務而負報償義務，或因本身之不當得利而負返還義務時，始能認爲財團債權而履行之。

(己) 對於破產財團因委任終了或代理權消滅後迫於必要所爲之行爲而生之請求權 一般法例，大概對於委任，則因委任者或受委任者之破產而消滅（參照中破產法草案八九條中民法五五條，日民法六五三條），對於代理權，則因代理人之破產而消滅（參照日民法一一一條）。在此時也，苟受委任者或代理人，因爲迫於情事必要，而繼續處理其事務，則處理此項事務之行爲，即係有關於破產財團之利益者，自然應與破產管財人自身所爲之行爲同視。故因此項行爲所生之債權，必須作爲財團債權。如受委任者所爲之行爲，並非迫於必要，而祇是不知宣告破產之事實者，其因此而生之債權，即爲破產債權（日破產法六五條，中破產法草案九一條）。

(庚) 因管財人未解除雙務契約，而破產宣告後應履行契約時，其相對人所有之請求權 當事人締結雙方負擔義務之雙務契約後，而一方已受破產之宣告。如在宣告破產時，雙方均



尙未履行契約者，破產管財人，得選擇其一，或爲契約之解除，或雙方履行契約，（中破產法草案七四條）。此時選擇者若爲契約之履行，則對於已爲履行之相對人，卽有一種對待給付。相對人對於此種對待給付之請求權，須視爲財團債權而由破產財團完全履行之。

（辛）對於雙務契約因破產宣告而通知解約時，在宣告時起至解除時止之間所生之請求權

在破產管財人通知解約時，其契約並非即時解除，亦須依據法律所定，經過一定之期間，例如中國民法第四百五十條三項，關於不動產之租賃契約，其解除時，須於通知後經過半月或一月之類是也。自宣告破產後之通知時起，至實行解除契約止，既須經過一定之期間，而破產財團，卽得於其期間內獲得契約上相當之利益。其因此所生之相對人請求權，例如租金、報酬等，卽應視爲財團債權。

（壬）破產者及依賴破產者扶養者之養贍費及喪葬費 養贍費，卽生活資料之謂，如不給與之，則破產者及依賴破產者爲生者，卽有不能生活之虞。喪葬費，爲中國破產法草案所規定，而日本破產法無之。其扶養者之範圍如何，則依民法法例之規定。其養贍費之給與程

序，則依中國破產法草案第二百十八條及第二百二十條之規定。至於喪葬費之範圍，則無明文可以依據。在德國破產法，則以破產宣告前死亡者為限，復有破產者與家屬之分。破產者之喪葬費，視為財團債權，家屬之喪葬費，視為破產債權。據吾人意見，此項喪葬費，應不問破產者與家屬，一律視為財團債權而支給之，蓋以喪葬一事，不能使之因無資而久延也。又喪葬費之給與程序，草案亦無規定，將來應當加入於第二百十八條及第二百二十條之中。

(二) 特別財團債權 在上述之財團債權外，尚有依各種特別情形而認為財團債權者，此在各國立法例上亦不一致，茲列舉於下而說明之。

(甲) 曾被解散之法人受破產宣告時，其清算費用及其他因清算人之行為所生之債權 此項費用及債權，在中國破產法草案第三十九條，承認為財團債權，因其雖在宣告破產以前所發生，而所耗之費用與其所為之行爲，均為與破產財團有利益者，故應與破產管財人在破產程序中所處分者同視，而認為財團債權。日本從前破產法草案，亦與中國草案為同一之

規定。嗣後改訂定草案爲現行法規時，因此項費用及債權，係因共同利益而生，應包含在一般先取特權之中，故將草案中此項規定刪除。

(乙) 繼承財產受破產宣告時，其管理並處分繼承財產等費用以及其他因繼承財產管理人與遺囑執行者之行爲所生之債權 此項費用及債權，在中國破產法草案第四十條，亦承認爲財團債權。日本從前破產法草案，曾有此項規定，後改爲現行法規時，亦經刪除。其理由均與甲項同。

(丙) 在管財人已受附有負擔遺贈之履行時，其應受負擔利益之請求權 管財人既受附有負擔遺贈之履行，則其所受遺贈履行之財產，卽已歸之於破產財團，當然須由財團完全履行其負擔。惟此項請求權，雖日本現行破產法(四八條)已明定爲財團債權，而中國破產法草案，則無此項明文。據吾人意見，此項請求權，與履行雙務契約時之請求權相似，將來改正草案時，不妨以財團債權視之。

(丁) 雙務契約被解除時，其相對人所爲對待給付已不存在於破產財團者之價額請求權 破產

管財人就雙務契約而爲解約之選擇時，破產者所受之對待給付現存於破產財團中者，則相對人可以直接請求交還。如現已不存在者，即可就其價額爲財團債權者而行使其權利（中破產法草案七七條，日破產法六〇條二項）。

（戊）破產者之行爲被否認時，因相對人所爲對待給付而生之利益現存於破產財團者之請求權，破產者之行爲已被否認時，其所受對待給付現存於破產財團中者，相對人得請求返還。至因對待給付所生之利益現存時，則在其利益限度內請求如額清償。此項請求權，在日本現行破產法，則認爲財團債權（日破產法七八條），在中國破產法草案，則認爲破產債權。（中破產法草案一〇一條二項）

（己）破產管財人承受破產者之訴訟與繼續進行之強制執行，以及破產債權者有利於財團之異議訴訟等之費用，此項費用，均得作爲財團債權而行使其權利（中破產法草案一〇七條，一〇八條，一〇九條，日破產法六九條二項，七〇條二項，二五一條）。

### 第三節 財團債權之行使及其順位

(一) 財團債權之償還 財團債權，係不依破產程序而隨時償還者（日破產法四九條，中破產法草案四一條）。換言之，即是不依破產程序之所謂呈報，調查及其他分配程序，而每至償還之期，即應隨時償還之謂，此點正與別除權相同（中破產法草案四六條）。至破產債權，若非由呈報而參加破產程序，即無償還之必要。蓋以財團債權，係管財人負有責任，而應從財團中先為償還之債權，故凡屬管財人所已知之財團債權，在破產債權者未受分配之前，即須為適當之準備，以便隨時償還之。

財團債權，應歸管財人負責償還固矣。然則管財人如果不為償還時，在賦稅及其他課稅之財團債權，可否為滯納處分？在其他財團債權，可否提起訴訟或為強制執行？關於此項問題，據吾人見解，則為確定財團債權而提起訴訟，原無不可。但滯納處分與強制執行，即可不容許。因為管財人係在法院監督之下者，如有不合之處，尚可依監督作用而解決之也。

(二) 財團債權與破產財團之關係 財團債權，須先於破產債權者由破產財團中而受清償（中破產法草案四二條，日破產法五〇條），此為破產法設置財團債權之一特殊債權階級之主要目的。蓋以財團債權，多為破產債權者之共同利益而生，故不得不有此先受償還之規定也。在採破產債權者團體為財團債權之債務者之見解者，自然是主張財團債權，先由破產財團償還，而後始以剩餘財產分配於破產債權者。然吾人原不採取前項見解，而祇認財團債權之債務者係破產者。因之若在不能以破產財團償清財團債權時，而破產者，尚須以其自由財產或破產程序終結後所取得之財產負無限責任（參看本章第一節）。

(三) 財團債權之順位 在破產財團之財產充足時，原不發生順位之問題。若破產財團不充足，而於財團債權，亦不能完全償還時，其償還之順位究如何排定乎？關於此點，在中國破產法草案第四十三條規定，則除破產者及其家屬之喪葬費應先於其他財團債權而受償還外，其餘均按財團債權各債權額之成數，而受平等之償還。在日本破產法第五十一條一項，原則上亦係按未受償還各債權額之比率，而平等償還之，不過就財團債權而設定有留置權，特別

先取特權，質權及抵押權等之物上擔保權者，仍當尊重其效力。

上面所謂平等償還者，在日本破產法，既已明定「按未受償還各債權額之比率」，自然祇以未付部分爲限，而不能溯及於已付之部分。在中國破產法草案，僅云「按財團債權各債權額之成數」，則是否可以溯及已付部分，本不十分明瞭。然財團債權，原係按期隨時償還者，管財人在未發覺財團不足以前，自然是可毫不顧慮而爲支付。既然如此，則已付部分，即無可以溯及之理，草案雖未明定，在解釋上，當然認爲不能溯及。

又據日本破產法五十一條二項，復有平等償還外之例外規定。據此規定觀之，是以該法第四十七條第一款至第七款之財團債權（即本章第二節所述一般財團債權之（甲）項至（庚）項），先於其他財團債權而爲償還。其惟一理由，不外以此等財團債權，是爲保全或管理財團而生，特別是賦稅及其他課稅，尤有優先償還之必要，故認爲應當先行支付之。至於第九款（即本章第二節（壬）項）之扶助費，因其爲恩惠之給與，置之於後，固無不可（此點正與中國破產法草案特別置之於後者完全相同）。然第八款（即本章第二節（辛）項）及特別財團債權，亦一律

認爲應在後償還，却無何種特別理由。

在德國破產法中（五八條至六〇條），是就財團債權而分爲財團債務與財團費用兩種，使財團債務先於財團費用而受償還。然財團債務相互間，或財團費用相互間，原則上仍依平等償還之，不過財團費用中之現金墊款，應最初支付，破產者及家族之生活費，應最後支付而已。其財團費用中所包含者，爲（一）共同程序上之裁判上費用，（二）財團之管理變賣及分配費用，（三）破產者及其家族之生活費。財團債務中所包含者，爲（一）由破產管財人所爲之行爲而生之請求權，（二）由雙務契約而生之請求權而應由財團履行者，（三）因不當得利而生之請求權。

## 第五章 破產對於法律行爲之效力

### 第一節 破產宣告後破產者之行爲



(一) 原則 因宣告破產後，所有破產財團之管理及處分權利專屬於破產管財人，且從宣告破產時起，應由其占有管理之。故以後破產者本人，對於破產財團所屬之財產，即不能爲何等之行爲。但在管財人事實上尚未占有管理財團時，或財團所屬財產有爲管財人所未知時，則破產者在此種情形之下，尚有得爲法律行爲之機會。然則此時破產者行爲之效力如何？此因破產者雖在破產宣告後，尚不失其所謂行爲能力，且其行爲，復在事實上有效形式之下而爲之者，故不能謂破產者此種行爲，爲絕對的無效。唯法律爲保護破產債權者計，則以此種行爲，不得對抗於破產債權者（中破產法草案七一條，日破產法五三條）。換言之，即可由破產債權者方面，主張其行爲無效是也。其此種行爲，如爲破產者之代理人所爲時，亦與破產者所爲相同。

茲所謂法律行爲者，從廣義言之不僅爲買賣，贈與，借貸等行爲，即交付財物，登記，登錄承認債務，拋棄權利，以及優先權之設定，期限之猶豫等，均包含之。不過關於財團以外之自由財產之行爲，却無論對於何人，悉爲有效，或雖爲關於財團之行爲，然在破產程序終結

後，亦當然以有效論。至於與財產無關之身分權上之行爲，則無論何時，原爲有效者也。

上述所謂不得對抗破產債權者云云，祇是破產者不得對破產債權者主張其有效而已，而破產債權者方面，却不妨援用其行爲之效力。例如破產者於宣告破產後，賣却破產財團所屬之某種財產，其賣却之時期得當，而比之管財人所欲賣之價值尙較高昂，此時管財人可以承認其賣却行爲爲有效，而取得其價金，又如破產者所爲之保存行爲，特別是時效中斷之程序等，而管財人亦得認爲有效。總之所謂不得對抗破產債權者一事，卽是所謂不得害及破產債權者之意也。

再從與破產者爲法律行爲之相對人言之，若相對人在不知爲破產者以及不知有破產宣告事實。而爲善意之交易時，一旦以其行爲認爲無效，卽不免對於相對人太涉苛刻。因此，故例外亦有承認爲有效者，關於此點，俟以後論述之（日破產法五五條等，中破產法草案七三條等）。

破產者之行爲既認爲無效以後，例如買賣行爲認爲無效以後，在相對人方面，固然須以其買

受物品返還於財團，而財團方面，亦須以其所已受得之價金返還於相對人，否則財團即爲不當得利。此時相對人之此種請求返還之權利，即可基於不當得利之原因，而成爲財團債權（中破產法草案三八條五款）。

破產者在破產宣告之行爲無效圍矣，然則破產者在破產宣告日所爲之行爲，是認爲在宣告前之行爲乎？抑認爲在宣告後之行爲乎？此亦一疑問也。故法律爲解決此項疑問起見，即以明文規定『破產宣告日所爲之行爲，推定爲破產宣告後所爲』（日破產法五三條二項，中破產法草案七一條二項後段）。若於此而有反對之主張者，必須舉出反證以證明其行爲確在破產宣告之前而後可。

以上已就破產者對於破產財團所屬之財產，在破產宣告後所爲法律行爲之效力說明矣。然亦有第三者不因破產者之法律行爲而取得破產財團所屬財產上之權利者，例如因法律上當然之效力而取得先取特權留置權及其他優先權之類是也。關於此種權利之取得，在法律上亦認爲不許對抗破產債權者。蓋以破產財團，乃因破產之宣告，而與破產債權者全體所扣押者無異

，故不得不防止在宣告破產後，而有新別除權者或收回權者之繼續發生。因此，故此種權利之取得，雖非基於破產者之法律行為，而亦常與由破產者法律行為而生者同視（中破產法草案七二條，日破產法五四條）。至於因破產管財人之行為而取得之權利，則當然有效。故管財人就財團債權而設定物上擔保權時（日破產法五一條），即不能蔑視其效力也。又不因破產者行為之權利取得，若在破產宣告之日，則推定為在破產宣告之後（日破產法五四條）。

（二）例外 上述破產宣告後之破產者行為，不得以之對抗破產債權者，乃係一種原則。然此項原則，因其對於不知破產宣告事實而為善意交易之相對人，不免發生苛刻之結果，故為保護善意者起見，而認左列之例外。

（甲）善意之登記及登錄 關於必須登記或登錄之權利，例如不動產，船舶，及其他各種專用權等，因其屬於登記登錄原因之行為而為破產者在破產宣告後所為時，既不得以之對抗破產債權者，則基於此種行為而為之登記或登錄，亦即不得對抗，自不待言。然登記或登錄原因之行為，已存在於破產宣告之前，而在破產宣告後，始為登記或登錄者，則以登記

或登錄權利者不知破產宣告之事實爲限，可以對抗破產債權者。

本項例外，爲日本破產法第五十五條所規定，中國破產法草案現尙無此規定也。

(乙) 對於破產者善意之清償 關於破產財團所屬債權之清償，其在破產宣告以後，必須向破產管財人爲之，此原則也。然破產者之債務者，在不知其債權者已受破產宣告之事實（即善意的）而對於破產者履行其清償時，則能視爲有效而以之對抗破產債權者（日破產法五六條，中破產法草案五八條二項）。蓋以債權者對於債務者之財產狀態，雖多常常加以注意，然債務者對於債權者之財產狀態，則多不予注意故也。債務者對於債權者之財產狀態，既多不予注意，若在已爲償還後，而因債權者受破產之宣告，致令其償還爲無效，則債務者勢必要爲二重之清償，此不免對待債務者太酷矣。故法律設例外之規定，而認此善意之清償爲有效。至關於善意惡意之舉證責任，則因破產宣告公布之前後而不同。在破產宣告之公布前者，則推定爲不知其事實，而舉證責任，屬於破產管財人或破產債權者，如能證明其已知有破產事實，即爲惡意，否則爲善意。在破產宣告之公布後者，則推定爲已

知其事實，而舉證責任，屬於破產者之債務者，如能證明其不知有破產事實，即為善意，否則為惡意（日破產法五八條，中破產草案法五八條一項二項）。

對於破產者善意之清償，得對抗破產債權者固矣。然債務者縱為惡意（即不知債權者已受破產宣告）之清償，亦不能全屬無效。假使在債權者即破產者受得此項償還之後，而以其償還之目的物，移交於管財人，則此時破產財團，即絲毫未受損失。因之縱為惡意之清償，然在破產財團所受利益之範圍內，仍得對抗破產債權者（日破產法五六條二項，中破產法草案五八條三項）。

（丙）對於票據及其他有價證券而為善意之承兌或付款 在匯票發票人或背書人已受破產宣告時，付款人或豫備付款人不知其破產宣告之事實，而付款人為之承兌或付款，豫備付款人為之參加承兌或參加付款者，其因破產宣告後所為此項行為所生求償權之債權，得為破產債權者而行使其權利（日破產法五七條一項，中破產法草案尚無此規定）。此項求償權之問題，是基於所謂資金關係者。在付款人等已於承兌或付款前預受資金時，自不發生此項

問題。其在未受資金而以契約定於日後受領時，則爲之承兌或付款者，即對於發票人或背書人，發生一種求償權。若於不知發票人或背書人之破產事實時而爲之承兌或付款，祇因其行爲屬於破產宣告以後，即不認其求償權（資金之請求權）爲破產債權，則對於付款人等未免過酷。因此，故日本破產法，承認善意之承兌或付款，可以對抗破產債權者。此即所以保護票據之流通及交易之安全也。至關於善意惡意之舉證責任，亦依破產宣告之公布前後定之，與（乙）項所說明者相同。

又由承兌或付款而發生求償權時，則因承兌與付款之情形不同，而有即時發生者與將來可行者。在付款之情形，其求償權，固然即時發生，在承兌之情形，則爲將來可以行使之請求權。

以上係就匯票言之。此外關於支票，以及以金錢，物品或有價證券之給付爲目的之有價證券，亦準用關於匯票之規定（日破產法五七條二項）

（丁）破產者對於票據債務之清償 第三者在破產宣告前，不知有破產宣告之事實，而承受

破產者所發行之票據，如係不受其清償，即將喪失權利者，則破產者在破產宣告後，對於此種票據債務，予以清償，仍可對抗破產債權者（參閱否認權第二節第六項）。此項規定，其主要理由，亦不過為保護票據之流通及交易之安全而已（中國破產法草案七三條，日本破產法無此規定）。

## 第二節 破產宣告前破產者未解決之行爲

### 第一項 雙務契約

（一）原則 在雙務契約當事人之一方受破產宣告前，已有一方當事人完全履行其義務，而僅有一方之義務殘存者，此時一方之義務，即與片務契約之情形相同。如破產者，係負擔殘存義務之當事人，則相對人即可以其權利呈報之而為破產債權者。反之，如破產者係享有債權之當事人，則相對人殘存之義務，即為債權者（即破產者）破產財團所屬財產之一種債權。



然在雙務契約尚未由契約當事人之任何一方爲完全之履行時，如果一方宣告破產，其將如何解決乎？元來在雙務契約，所有當事人雙方之債務，在法律上（契約行爲）經濟上（有價之反報給付），均具有互相牽連之性質，而彼此互相擔保者。故在民法上，大概均係承認同時履行之原則，並且復承認相對人不履行時之解除權。從理論言之，此等權利，即令當事人之一方破產，似亦不能因之而有所妨害。然在破產法中，則於當事人一方破產時，因爲一面固須對於當事人雙方爲公平之保護，同時復須使破產程序迅速終結，故設有一種特別之規定所謂特別規定者，即雙務契約當事人之一方受破產之宣告時，其宣告之當時，雙方均未完全履行契約者，破產管財人，得依自己之選擇，或爲契約之解除，或履行破產者之債務而要求相對人爲債務之履行（日破產法五九條，中破產法草案七四條），不過選擇履行債務時，須得監察員之同意，或法院之許可（日破產法一九七條九款及一九八條，中破產法草案二二五條七款及二二六條）。又此時管財人若選擇履行債務，即須由財團完全履行之。故相對人之債

權，即爲財團債權。

管財人若選擇解除契約，則相對人不無因之而受損害者，其損害賠償請求權，即作爲破產債權而行使之（中破產法草案七六條，日破產法六〇條）。例如某種商品買賣契約，在其商品價格暴騰時，因賣主破產，而管財人解除契約，不能交付物品，買主即失却商品暴騰之利益而蒙損害，此時須認買主之損害賠償請求權是也。

至相對人於管財人解除契約時已爲一部之履行者。如果相對人之對待給付，尙現存於破產者之破產財團中時，則可由相對人請求其返還，其不現存時，則可就其價額而爲財團債權者行使其權利（日破產法六〇條，中破產法草案七七條）。

如右所述，法律雖使管財人對於雙務契約，有或爲解除，或爲履行之選擇權。然從相對人方面言之，則權利狀態，長此處於不確定之中，未免有不利益之苦。故相對人亦得定一相當之期間，對相對人爲選擇履行或解除之催告。如管財人不於期內爲確實之答覆者，即視爲解除契約。其因不答覆而視爲解除契約時所受之損害，亦得就其損害賠償額爲破產債權者而行使

其權利(日破產法五九條，中破產法草案七六條)。

(二) 例外 在上述原則之外，尚設有種種例外之規定，試分述於下。

(甲) 商品之定期買賣 定期買賣，非在一定時期而為履行，即不能達到買賣契約之目的。若時期尚未到來；而當事者之一方，已受破產之宣告，此時管財人及相對人，均不能為履行之請求，而在法律上，當然視為契約之解除。蓋以此項定期買賣，若依前述之原則處理之，則有遷延時日之弊，故為迅速完結當事者間之權利義務起見，即不得不視為當然解除，而變為差額交易。所謂差額交易者，即以其差額作為損害賠償，或由破產財團支付其差額於相對人，或從相對人取回差額而歸之於破產財團之謂也。並且此時相對人之當事人，亦無必須從破產者而受履行，或對破產而為履行之必要，彼於契約解除後，原可即時向交易所而為買進或賣出，而變為與其他有資力者間之買賣契約，以便到期而為現實之交割。換言之，即相對人之當事人一方，於解除契約後，即時可以回復破產前之原狀也。

關於差額之計算，在法律上亦有規定，即以其履行地或可為履行地市價標準之地之同種貨

物而且同一時期應履行者之市價，與預約之市價比較，其相差之價額，即爲前述之差額。算定此項差額之標準價值，在中國破產法草案，是以宣告破產之日起至第三日止之平均市價爲標準（日本破產法舊草案亦如此），在日本現行破產法，則以宣告破產日之市價爲標準，蓋以此項買賣契約，即因破產宣告時而當然解除，其差額之標準價值，即當以宣告日爲標準也。例如甲與乙締結買賣契約，約定買米千石，每石十元，由乙於三月末日交付。乃尙未到期，而乙已於二月十日宣告破產，十日之米價爲十一元，十一日爲十二元，十二日爲十三元。依中國破產法草案之規定，三日平均，市價爲十二元，按千石計算，則生差額二千元，此差額即爲買主之利潤，而買主即可以二千元之差額，對於賣主之破產財團。爲破產債權者而行使權利。反之若十日之米價爲九元，十一日爲八元，十二日爲七元，則所生差額二千元，即爲破產者賣主之利潤，而買主即須以二千元支付於破產財團。若依日本現行破產法之規定，則僅以十日之市價爲標準，即以其所生差額之一千元，依照前述辦法，分別處理之。

上述市價上之損益，每每與破產程序上之損失不能一致，尙應略爲分別說明之。如右例所述，買主在市價上得二千元之利潤時，則以二千元參加破產程序，祇能對於二千元而受分配，在破產財團不能完全清償時，當然不能完全獲得二千元，此即因相對人之破產而受破產程序上之損失也。反之買主在市價上受二千元之損失時，則以二千元交付於破產財團，而相對人却不因破產，而在破產程序上受絲毫之損失。故市價上之損益，每有與破產程序之損失而不能一致者。

又所謂差額者，係指因解除契約而賠償損害之法定額而言，縱令能證明實損額在法定額以上，亦不能請求增加。或能反證其實損額在法定額以下，亦不能請求減少。

又據中國破產法草案規定（七八條三項），尙有一種例外之例外，即自宣告破產日起算，至第三日止，無同種之市價者，不適用前述例外是也。既不適用前述例外之規定，當然須適用雙務契約之原則，此即例外之例外，又復返於原則也。

（乙）租賃契約 此可分爲承租人破產與出租人破產而說明之。

(1) 承租人破產 承租人受破產宣告時，雖定有租賃期間者，出租人或破產管財人，得聲請解約（中破產法草案七九條）。此種解約，本是對於將來消滅其效力者，但亦並非一經聲請解約，而契約即刻終了。故自宣告破產至租賃終了之間，破產財團使用租賃物所生之租金，須視為財團債權而償還之（中破產法草案二八條六款後段）。至關於此項解約之損害賠償，惟管財人聲請解約時，相對人得請求之，而以其損害額為破產債權者而行使其權利。（中破產法草案八一條）。若出租人聲請解約，則管財人不得請求賠償。因此項解約之事由，發生於承租人之破產，而不是起因於出租人，且承租人既已破產，即有必須解約之勢，雖聲請解約者為出租人，而承租人亦不能有何種損失可言。故管財人不得為損害賠償之請求。至管財人聲請解約時，如出租人因此而生損害，則因解約之事由，發生於承租人，而出租人當然可以請求賠償。惟日本關於承租人破產之規定，係載之於日民法第六百二十一條之中，所有因解約而生之損害，管財人固不得請求賠償，而出租人亦不得請求之，此種立法，殊欠允當。

上述契約之聲請解除，爲迅速了結契約關係起見，又使出租人可以催告管財人爲是否有意解約之答覆，而管財人亦得對出租人催告之，其不爲答覆者，即視爲聲請解約（中破產法草案八〇條）。

(2) 出租人破產 出租人受破產宣告時，其關於契約之解除，自可適用雙務契約之原則（中破產法七四條至七六條）。惟出租人在其破產宣告前收受預付租金或爲租金債權之讓與抵押等處分時，往往有與承租人通謀，以消失破產財團應有之財源者，故關於租金之預收或租金債權之讓與等，僅以宣告破產時之當期及次期爲限，得對抗破產債權者，此外則不得對抗之（日破產法六三條，中破產法草案八二條）。此蓋以長期之預收或讓與，若承認可以對抗，則有害破產債權者之利益，故不得不設此限制。至於破產宣告後或破產宣告日之預收及讓與，則爲破產宣告後對於破產財團之法律行爲，其不能對抗破產債權者，更不待言（中破產法草案七一條）。

不過在實際上，不問通謀與否，常有就租金爲長期之預收或讓與者，此時承租人因不得對

抗破產債權者之故，勢必又爲二重之繳納，或受其他之損害。其所受之此等損害，當然可就其全額，爲破產債權者而行使其權利。

此外尚有承租人以租賃物合法（如得出租人之承諾）轉租於他人時，承租人與出租人間之租賃關係，雖仍繼續存在，然轉租人對於出租人，亦有直接繳付租金之義務。因之在出租人破產時，其租金之請求權，即屬於破產財團，而破產管財人，不問對於轉租人及承租人，均得請求繳付租金，縱令轉租人已向承租人已爲租金之預付，不得以之對抗管財人。惟對於出租人之預付，轉租人仍得以當期及次期之預付者爲限，對抗管財人。

至於地上權及永佃權之設定，其性質與租賃契約相似，在土地所有人破產時，所有關於地租之預付及讓與等，亦應與租賃契約之規定爲同一之處理。此在日本破產法第六十三條二項，已有準用之明文。中國破產法草案雖未明白規定，當然可以援用之，將來修改爲正式法規時，或許加以明文，免費解釋也。

（丙）僱傭契約 此可分爲僱傭人破產與受僱人破產而說明之。



(1) 僱傭人破產 僱傭人受破產宣告時，雖僱傭期限未滿，受僱人或破產管財人得聲請解約（中破產法草案八三條）。其聲請解約時至契約終了之間，管財人爲破產財團利益而使用受僱人之報酬，按照中國破產法草案第三十八條第六款後段（日破產法四七條八款）。應作爲財團債權而支付之。至關於因解約而生之損害，則援用前述承租人破產之例，在管財人聲請解約時，受僱人得就其損害額，爲破產債權者而行使其權利（中破產法草案八四條）。惟日本關於僱傭人破產之規定，亦載在民法（六三一條）之中，所有此項損害賠償，雙方亦不得請求之，其立法上之不當，與前述同。

(2) 受僱人破產 受僱人雖受破產宣告，然與工作上之自由，並無何等妨礙，因之僱傭契約，即可不必解除。此雖法無明文，而理論上當然如此。

(丁) 承攬契約 此可分爲定作人破產與承攬人破產而說明之。

(1) 定作人破產 定作人受破產宣告時，承攬人或破產管財人，得聲請解除契約。其關於承攬人已經完成事務之報酬及其他費用，承攬人得就其全額爲破產債權者而行使其權利

。至於因破產管財人聲請解約，而承攬人因此而受損害時，亦得以其損害額為破產債權者（中破產法草案八五條八七條）。惟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，亦與前述相同，不能認為允當。

（2）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，而承攬契約，依然可以存續。故破產管財人，得供給其必要材料，使之完成其工事。並且破產者本人不願為此項工作時，尚得使第三者代為之。惟破產者所受之報酬，應歸之於破產財團（中破產法草案八八條，日破產法六四條）。此蓋以工作之材料，係由財團供給，故獲得之報酬，即應屬財團所有。如果並未由財團供給工作之材料，而僅由破產者本人勞動所獲得之報酬，則不能屬於破產財團。

（戊）保險契約 此可分為保險人破產與要保人破產而說明之。

（1）保險人破產 保險人受破產宣告時，據日本破產法第三百九十條對於商法第四百零五條改正之規定，要保人得為契約之解除，惟其效力僅及於將來。若要保人不為契約之解

除時，則經過破產宣告後三個月者，當然失其效力。其所以僅對將來生效力者，以在受破產宣告前之期內，保險人曾經擔負危險故也。其所以經過三月後當然喪失效力者，乃一方使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。

中國破產法草案，無保險人破產之規定，惟保險法中，已有此項明文。據保險法第二十八條規定，保險人破產時，除人壽保險，另在同法第七十九條規定外，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，惟其當然失效之經過期間，則較日本爲短，此雖不認要保人於宣告破產時可以解除契約，亦無妨礙。又在條文中既明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，此亦僅對將來發生效力之意也。至同法第七十九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此例計算。

(2) 要保人破產 要保人受破產宣告時，在日本，則適用雙務契約之原則，由管財人選

擇行之（或解除契約。或履行義務）。中國保險法第二十九條規定，保險契約，仍為破產債權者之利益而存在，但破產管財人及保險人，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給付者應返還之。此雖承認雙方均有酌量之自由，但保險契約，須為破產債權者之利益而存在，如為無利益者，管財人當然可以即時終止其契約。至終止後已付之保險費所以應返還者，蓋以未來之時期，保險契約既已終止，而保險人即無危險之可負擔，當然須返還之，而使之成為破產財團所屬之財產。

又為他人訂立保險契約之要保人受宣告破產時，究應如何處理，在中國法律尚無此項規定。據日本商法第四百零六條，則認保險人得對被保險人請求其保險費，此乃從當事者之意思推論而來，因當事者所訂保險契約，原為被保險人之利益而成立故也。但被保險人如果拋棄因保險契約所生之權利，則不得向其請求之。

（己） 交互計算契約 交互計算契約者，當事者間彼此各賦與以信用之契約也。據中國民法第四百零三條規定，此項契約，當事者之任何一方，均得隨時解除。惟當事者一方破產時

，如何處理，則破產法草案中，尚無規定。不過理論上，當然可以認爲一有破產宣告，而契約即應當終了也。至於契約終了後雙方所有之請求權如何行使，因中國法律既無關於此項契約當事者破產之規定，亦即無從爲之說明。惟日本破產法（六六條），則規定因宣告破產而終止契約後，各當事者得閉鎖計算，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。

## 第二項 片務契約及其他法律關係

(一) 委任契約 委任契約，以片面義務爲原則，故在本項說明之。茲分爲委任人破產與受任人破產而述之於左。

(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，而受任人自亦不得管理及處分故也。惟完全與財產之管理及處分無關之委任事項，即委任人破產後，亦得存續（中破產法草案八九條）。至於股份公司破產

時，而現任經理，亦當退職，因公司與經理之間，爲委任關係，且經理之主要任務，即係關於公司財產之管理及處分也。惟公司雖破產，而於管理財產以外之事務，尚須有經理以處理之。故退職之經理，在新任經理未就任前，仍具有經理之權利義務。

委任契約，因委任人之破產而終止固矣。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（中破產法草案九一條，日破產法六五條）。至於委任終止時，在破產管財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（中破產法草案九〇條）蓋以受任人既未知破產事實，卽屬善意之行爲，應予以特別保護，又破產管財人既未接收交代，而受任人迫於必要代爲處理之，卽與管財人之行爲無異故也。

（乙） 委任人破產 受任人受破產宣告時，而委任契約，亦當然隨之終止（中民法五五〇條）。元來委任關係，是基於當事者之信用而發生者，當事者既已破產，卽失信用，故委任契

約當然終止。

(二) 代理權 委任契約，既因受任人之破產而終止，而代理權，自亦應由代理人之破產而消滅。惟中國民法與破產法草案，均無此項明文，而日本民法(一一一條)，曾將此旨明白規定矣。

(三) 消費借貸之豫約 消費借貸，為基於當事者資力之信用而成立之契約。此項豫約成立後，如當事者一方已受破產宣告，即當然喪失其效力。此在日本民法(五八九條)，已有明文規定。中國法律，雖尚無此種明文，在理論上當然可以作如是之解釋。

(四) 共有財產權之分割 在數人共有所有權及其他財產權時，其共有人中一人受破產宣告，而其應有部分，當屬破產財團，自不待言。惟據中國民法規定(八二三條)，雖原則上各共有人得隨時請求分割共有物，然亦有各共有人間約訂於一定期內不分割者，關於此項情形，在破產時仍能分割，中國破產法草案，已有規定。在日本破產法(六七條)，則管財人可不依破產程序，而依破產外之分割程序分割之。此項分割，其比較妥當之方法，則在將財產變賣

爲金錢，一面支付其他共有人相當之代價，一面取得破產者應有部分（日破產法六七條二項）。至於在法律上不能分割之共有物如牆壁，溝渠，界標之類，此即附屬於其主財產中變賣，而使之仍舊爲共有物可耳。

（五）妻之財產管理 夫依法律或契約管理妻之財產而受破產宣告時，其妻得向法院請求自行管理，（中破產法草案九三條）。此蓋以夫因破產而不能管理自己之財產，其信用既經喪失殆盡，即不能再使之管理妻之財產。故妻對於自己財產，本於法律可以隨時取回管理權之規定（中民法一〇四五條二項），當然可以請求自行管理。此時如有關於夫妻共有財產而屬夫管理者，亦得請求分割。惟關於此項管理權之變更及共有財產之分割，須經登記後，方得對抗第三者（參照中民法一〇〇八條）。

至於妻受破產宣告時，因夫之財產，據中國民法所定，未有由妻管理者，當然無請求自己管理之可言。惟據中國民法第一千零九條規定夫妻一方破產時，其夫妻財產制，成爲分別財產制。此種規定，在妻破產時，即應劃妻有之財產，屬於破產財團，另由破產管財人管理處



分之，而夫有之財產部分，即可免受其影響也。

此外關於子女之特有財產，其父或母，均有管理之權，已爲我國民法所規定（一〇八八條）。如果管理此項財產之父或母受破產宣告時，將如之何？此在中國破產法草案及民法則均無明文者也。惟日本法律（日破產法六八條後段，民法八九七條），則法院可因子女之親族或檢察官之請求，而宣告管理權之喪失，此亦以破產者關於財產之管理失墜信用故也。其在父受管理權喪失之宣告時，則由母行使其管理權。

## 第二節 訴訟行爲及執行行爲

（一）總說 因破產之宣告，而破產財團之管理及處分權，既已專屬於破產管財人，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，亦當專屬於破產管財人，而非破產者所能享有。故在破產宣告後對於破產財團所提起之訴訟，當然自始即以管財人爲訴訟當事人，而破產者祇是居於第三者之地位，此則毫無可疑者也（參看日破產法一六

二條)。

然在破產宣告前，就破產財團所屬財產所爲之訴訟，而破產者因宣告破產，已無行使訴訟之權限時，將如之何？此據民事訴訟法規(中民訴法一七二條)，當因破產之宣告而中斷。其關於中斷後之訴訟承受，則在破產法中有詳細之規定，以下當說明之。

在民事訴訟法一七二條之條文中所謂「關於破產財團之訴訟程序」云云，是將破產宣告前所已進行之破產債權之訴訟，亦包括在內，此項訴訟，亦當因破產宣告而中斷。因爲破產債權訴訟之所以提起者，原係欲從破產財團所屬之財產中獲得償還，故從廣義之意義上言之，此種關於破產債權之訴訟，亦可謂之爲關於破產財團之訴訟。此項債權訴訟中斷後之承受辦法，亦分別規定在破產法中，如中國破產法草案第一百九十五條，一百九十六條，二百零二條等是也。

再破產者因破產宣告而中斷之訴訟，既是以關於破產財團之訴訟爲限，當然以中斷其財產上之訴訟爲限，而與婚姻及其他人事訴訟，毫不發生何種影響。在法人方面，其公司設立無效

之訴，亦不中斷。

(二) 破產財團所屬財產之訴訟承受 在破產宣告前所有關係破產財團之訴訟，須因宣告破產而中斷，已述於前矣。此項訴訟中斷後，在破產管財人及相對人，均得承受之（中破產法草案一〇五條，一〇六條，日破產法六九條）。關於此項訴訟之承受，大概總是希望訴訟迅速確定者，首先行使承受之程序。至於中斷之時期，原無一定，凡在承受或破產程序終止以前，均繼續中斷之效力。茲所謂終止者，係指破產撤銷之確定及其他一切破產程序之終結而言。

在此項訴訟承受之程序，不必依據民事訴訟法第一百七十四條之程序，祇須基於管財人之選任及資格之證明（中破產法草案一二七條）。向受訴法院申述承受之旨，而由法院通知相對人爲已足（中民訴一七三條）。至相對人亦得承受訴訟者。因依民訴通例，一般訴訟中斷後之承受，相對人均得爲之，並且法院尙得以職權命其承受（中民訴一七五條），故因破產而中斷時，相對人當然可以承受其訴訟。

在我國破產法草案第一百零五條及一百零六條，本有破產者所爲訴訟與對於破產者所爲訴訟之區別。前者專由管財人承受之，後者管財人或相對人均得承受。此與德國破產法及日本舊破產法草案相同，（不過日草案微有不同，後者僅相對人可以承受）。惟此種區別，在立法上無多大意義，且與一般訴訟承受通例不合，故無分別加以說明之必要。

訴訟承受之結果，乃係管財人與相對人之間，爲訴訟上之進行，而破產者祇是居於第三者之地位。故此時破產者得自進而爲從參加入，並得爲證人而受法院之訊問。

關於此項訴訟之訴訟費用，管財人如果勝訴，則應行取得之訴訟費用，當歸之於破產財團，如果敗訴，則應由財團支付之訴訟費，相對人可爲財團債權者而請求之（中破產法草案一〇七條，日破產法六九條）。至於管財人業經允許相對人之請求權，雖訴訟敗訴，當然不負訴訟費用之責，此依據民事訴訟法第八十三條，可以顯然無疑者也。因此，在破產法中，即不必爲重複之規定。故日本破產法無之，而中國破產法草案第一百零七條第二項，可謂爲一種衍文。

(三) 雙務契約相對人請求權之訴訟承受 此項請求權，即中國破產法草案第三十八條六款前段之債權，(日破產法四七條七款)乃係破產宣告前由破產者所締結之雙務契約而生者，相對人爲請求其履行起見，已在破產宣告前開始訴訟之進行，因其亦係向破產財團請求償還者，故亦因破產之宣告而中斷其訴訟。然此項請求權，雖係成立於破產宣告之前，而以屬於雙務契約上請求權之理由，不作爲破產債權，而作爲財團債權。故關於訴訟承受，雖中國破產法草案，未有特別規定，應包括在一般破產債權之訴訟承受中，然日本破產法(六九條一項後段)，則於破產債權之訴訟承受外，另就此項財團債權之訴訟承受，特別標明之。不過所有應承受之當事人及承受之效果，仍與前項關於破產財團所屬財產之訴訟承受無異耳。

(四) 各別強制執行之失效 破產債權，原應依破產程序行使其權利，以求得公平之償還者，故各個破產債權者在破產宣告前，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。蓋以不如此，則祇是各該債權者受得完全之清償，而此外一切破產債權者，即不能獲得公平之償還故也(日破產法七〇條，中破產法草案一〇八條)

。不過破產撤銷之裁定如已確定，則上述之強制執行等，仍然不失其效，此又係當然之事。然當強制執行已進行到相當程序，例如已進行到拍賣程序時，若完全認為無效，則於財團或有不利益者，此時破產管財人，即得為財團利益起見，而繼續其程序，此項程序之繼續，既是為財團之利益起見，而所需之執行費用，即係為謀財團之利益而生，故應以之視為財團債權（中破產法草案一〇八條一項後段及二項）。至於第三者就強制執行提起異議之訴訟，即可以管財人作為被告（日破產法七〇條二項）。

以上關於強制執行失效之說明，在一般先取特權者就破產財團所屬財產開始拍賣程序時，亦可援用（日破產法七〇條三項）。蓋以一般先取特權者，不過為破產債權者中之優先位者，能從財團全體之上受優先之償還而已，其在破產程序中進行之程序，仍當與其他破產債權無異也。

至於取回權者或別除權者，即令在其債務者已受破產宣告時，仍不妨繼續其执行程序，此即因此等權利者，與破產債權者不同，破產債權者須依破產程序行使權利，而此等權利者，不

必依破產程序而得行使之故（中國破產法草案四六條，四八條）。

此外財團債權者，對於破產財團所屬之財產，能為強制執行與否？原有積極說與消極說之主張，予係主張消極說者，蓋以破產管財人，原負破產的一般執行之責，而應視為國家之公的機關，關於財團債權之清償，如發生問題時祇可由法院之監督作用行之，毋庸財團債權者為強制執行之必要。

（五）行政處分之失效 行政處分，如國稅及其他賦稅之滯納處分等是也。此項賦稅等，在我國破產法草案，既未如日本破產法認為財團債權，其關於滯納處分，當然與一般訴訟事件相同，因破產之宣告而失效，另依破產程序償還之。惟日本破產法既認為財團債權，則不妨仍舊繼續其處分（日本破產法七一條）。蓋以縱認處分為無效，而使所受處分之財產，歸之於破產財團，結果，仍須作為財團債權而首先償還，實不如使之仍舊繼續其處分，尚較簡便也。在日本舊破產法，則與中國破產法草案相同，關於此項處分，亦因破產而認為無效。惟已明定國稅及其他賦稅等，為破產債權者之優先位者而先行償還之。中國破產法草案一切俱無規定

，本可與一般破產債權爲同一之處理。惟此項債權，如前而所述（參看第四章第二節財團債權之範圍）係爲社會公益所必需而來者，在處分無效後，亦應與日本舊法相同，而置之於破產債權中之優先順位。然據吾人意見，此項債權，尙以作爲財團債權爲宜，將來草案如能照此改正，則關於此項賦稅等之滯納處分，亦可不必因破產而失效矣。

（六） 行政訴訟事件之中斷及承受 在破產宣告時，就破產財團所屬財產而繫屬於行政官廳之行政訴訟事件，亦因破產而中斷其程序，其承受及訴訟費用之負擔，一切均與民事訴訟事件相同（日破產法七一條二項三項）。

## 第六章 否認權

### 第一節 否認權之性質

（一） 總說 在破產宣告後，所有破產財團之管理及處分權，已專屬於破產管財人，而管財



人就職後，復已即時着手於財團之占有及管理，在事實上，破產者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者。至在破產宣告前，債務者即破產者，對於自己之財產自然是可以自由管理處分而爲所欲爲。惟於將瀕破產危境時，或希圖隱匿財產以準備他日之生計，因而害及於一般債權者，或毫無理由的專對特別債權者予以償還及提供擔保因而與不利益於其他債權者，則爲世所常有。此種行爲，從維持公平之見地言之，誠非允當，故進於破產程序以後，即須予以否認，而使破產者之財產狀態回復原狀。法律之所以承認否認權之制度者，即爲達到公平保護債權者之目的，而其否認權之行使，即爲關於破產者在破產宣告前所爲之行爲也。

在中華民國法（二四四條），曾規定有債權者撤銷權，即學者所謂罷廢訴權一種。上述否認權之目的及性質，正與此種罷廢訴權相同。此可云債務者破產時，更有感於維持公平與保護債權者之必要，故擴張民法上之罷廢訴權，而使得以否認者比較加多。總之在破產上之否認權與民法上之罷廢訴權，其性質及效力，實爲一而二，二而一者也。

(二) 否認權之性質 否認權，既與取回權，別除權，抵銷權並列，其爲實體上之私權也無疑。又否認權，既因其行使而生權利狀態之變更，其爲形成權也亦無疑。然在德國學者，其對於德國破產法之見解，則有以否認權，係成立於法定要件下之債權請求權者。據此見解，則否認權，即非形成權，而自始即屬於請求權矣。此項見解，則爲吾人所不甚贊同者也。

在成立否認權制度之初，或亦以爲否認權，是國家依破產程序而保護私權時，由國家自身否認破產者在破產宣告前之不當行爲，依其權力取回其財產而歸於破產財團，以公平保護債權者之方法者。既是如此，則否認權，即非私人所享有之實體上之私權，而是國家依其權力作用所實現之效果矣。然則國家又在何時可以發動此種權力作用以保護私權呢？此又可云即在國家允許私人聲請破產後，而開始破產程序之時。因之否認之作用，即可云是胚胎於私人向國家聲請破產開始後之公權作用，換言之，即可云是國家公權之一部分作用，而不是私權之作用。此不僅否認權如是，即民法上之罷廢訴權亦然，均爲國家之執行權力作用所實現者也。然據吾人觀之，現在民法上之罷廢訴權與破產法上之否認權，實是認爲附屬於債權之實體

上之私權，即形成權。

(三) 否認權之主體 否認權既爲實體上之私權，而權利之主體爲何，即不得不加以說明。關於此點，原有三說。

(甲) 破產管財人主體說。其理由，以爲否認權，是由法律給與破產管財人之權利。然管財人，是負擔破產上一般執行責任之公的機關，而非私人之代理人，其能行使否認權者，是基於法定管理權而來。因此，則管財人之非實體上之當事人可知，故不能認爲否認權之主體。

(乙) 破產者主體說。其理由，以爲否認權行使之結果，其所收回之財產，須歸之於破產財團。增殖破產財團，即是增殖破產者所屬之財產，故此項增殖財產之否認權，即屬於破產者之權利。然破產財團之增殖，並不能成爲破產者之利益，所謂否認權者，祇是在破產關係上之否認，以冀增多債權者之分配，而破產者之責任，並不見有何等之減輕，故謂破產者爲否認權之主體，亦不得當。

(丙) 破產債權者主體說。此又因承認債權者團體爲法人或組合體與否而有兩種主張。承認爲法人或組合體者，則以否認權爲屬於破產債權者團體之權利，不承認爲法人或組合體者，則以否認權爲屬於各破產債權者之權利。據吾人見解，在民法上所定之債權者撤銷權，原爲屬於各債權者之權利者，因之對於破產法上之否認權，亦可作同一之解釋，而認爲屬於各破產債權者之權利。不過在破產情形之下，各個破產債權者，不能自己行使其否認權，惟有破產管財人，始能代表債權者全體而行使之耳。

## 第二節 否認行爲之範圍

(一) 惡意之行爲 破產者明知於破產債權者有害而故意爲之之行爲，得否認之。此項情形，正與民法第二百四十四條之債權者撤銷權完全同其實質。否認權之行使，既注重於破產者損害破產債權者之意思，其根據，卽是一種主觀主義也。在管財人行使否認權時，僅以證明破產者之惡意爲已足，而受益人，卽相對人之惡意，不必一併證明之。如果受益人欲避免否

認，則應由受益人自進而證明其行爲當時，實不知有可害破產債權者之事實，否則須遭否認（中破產法草案九四條一款，日破產法七二條一款）。此項否認權行使之時期，雖無限制，然在如後述之否認權消滅後，自然不能行使之也。

至於應被否認之行爲，其範圍不僅以所謂法律行爲爲限，凡屬可以發生法律上效果之行爲皆包含之。又不問爲設定債務之基本行爲，抑爲履行行爲，並不問爲私法上之行爲，抑爲公法上之行爲（如訴訟行爲，特別是裁判上之和解，承諾，拋棄，自認等），復不問爲積極行爲，抑爲消極行爲（如怠於時效中斷，訴訟防禦，執行異議，票據保存行爲等），都屬於否認行爲之範圍。

（二）偏頗之行爲 破產者在已經停止付款或聲請破產，將受破產宣告之時期，縱令其債務屬於自己之義務，並且已屆履行期限，然對於特定之債權者提供擔保，或爲清償，以及其他消滅債務之行爲，而在客觀上足以損害其他破產債權者之權利者，均得視爲有害破產上平等償還之行爲而否認之（日破產法七二條二款，中破產法草案九四條二款）。

中國破產法草案第九十四條第二款，第三款，第五款之行爲，均爲有害破產上平等償還之行爲。學者對於此種行爲之否認，有因其屬於破產上特有之否認，而稱爲特別破產否認者，或有因其屬於已瀕破產危殆時期所爲行爲之否認，而稱爲危殆行爲否認者，第二款之行爲，即所謂偏頗之行爲，本不問其爲供與擔保行爲與消滅債務行爲，均是推定屬於破產者之義務，並且已屆履行期限者，但因其爲停止付款後或聲請破產後之行爲，故客觀上有有害債權者時，即須否認之。至付款停止之意義，已在本書緒論第二節述之，茲不贅及。

第二款之行爲，與第五款之行爲正相反對。第二款之行爲，如前所述，爲屬於破產者之義務者，而第五款之行爲，則爲不屬於義務者。第二款之行爲既爲屬於破產者之義務，故承受履行之相對人，是當然應受其履行者，如果屬於善意而不知停止付款或聲請破產，則完全不能追究之，此但書所以有『以相對人於其行爲之當時，已知其停止付款或聲請破產者爲限』之規定也。相對人知有停止付款或聲請破產之事實而承受其履行，即爲惡意，關於此種惡意之舉證責任，應由破產管財人方面負擔。蓋以此處之但書，不是例外，而是否認之要件，與一

種例外之但書規定不同。在主張適用例外規定者，固須自己證明其事實，然但書之規定，既是要件而非例外，則主張否認之管財人，即有不得不證明其要件之已經具備者也。又此處既以知其停止付款爲否認權之基礎，則停止付款與宣告破產之間，須有因果之關係。如果雖曾停止付款，然後又已回復，而宣告破產，則在回復付款之後，即不能以知其停止付款爲否認之原因。

(三) 對於親屬之偏頗行爲 此爲破產者以其直系血親夫妻兄弟姊妹或同居之親屬爲相對人，而所爲有害破產上平等償還之偏頗行爲也。在破產者之親屬，大概一般的均能知悉破產者之財產狀態，故當推定親屬等在行爲之當時，爲已知破產者停止付款或聲請破產之事實者。因之此時之管財人，即無須證明親族等之惡意。如果親族等欲免否認，却非自己證明其善意不可，否則不能避免其否認也(中破產法草案九四條三款，日破產法七二條三款)。

(四) 無義務之偏頗行爲 此項行爲，雖與上述(一)(三)兩項之情形相同，均爲有害破產上平等償還之偏頗行爲，但行爲之內容或態樣，却非屬於破產者之義務者。換言之，即供與擔

保或消滅債務之行爲，不屬於破產者之義務，或供與及消滅之方法或時期，不屬於破產者之義務是也。例如不應供與擔保而特別供與之，是供與擔保不屬於義務。又如屬於他人之債務而代爲償還之，是消滅債務不屬於義務。又如以證券擔保，代替不動產擔保，以金錢支付，代替商品交付，是方法不屬於義務。又如在供與擔保或償還債務之期限未到以前。而提早供與或償還之。是時期不屬於義務。在德國破產法（三〇條）。稱此種在內容或態樣上不屬於義務之償還。爲變態償還。而在內容或態樣上屬於義務之償還。則稱爲本旨償還。

本項之偏頗行爲。既與第二項不同。而爲不屬於義務者。因之限制之期間較長。在第二項行爲之否認。僅以停止付款或聲請破產後者爲限。而本項則除停止付款或聲請破產後之行爲外。其在停止付款聲請破產前之三十日以內所爲者。亦當適用否認之例（日破產法七二條四款。中破產法草案九四條五款）。

破產者既在財產上已露破綻後。或在將露破綻三十日內之所謂危殆時期。而爲不屬於義務之行爲。即應推定破產者實有特別優待其相對人（即債權者）而給與利益之意思。因此。即與第



二項之情形不同，而管財人無證明相對人惡意之必要。如果相對人欲免否認，即須證明自己之善意，換言之，即須證明自己在其行爲之當時，實不知有停止付款或聲請破產，以及有害於其他破產債權者之事實。至於此項可以否認之行爲，有時不僅被其否認而止，並且尙可構成破產犯罪者，以後罰則編當論及之。

(五) 無償行爲 破產者於停止付款或聲請破產後，或其前三十日內（日破產法爲六個月內）所爲之無償行爲及可與此同視之有償行爲，均否認之（中破產法草案九四條四款，日破產法七二條五款）。蓋以破產者在其財產上之破綻已露後，不能爲無償行爲及與此同視之有償行爲，固無論矣。即在停止付款或聲請破產前三十日內之將近破綻時期。如果贈與他人物品，或捐助他人款項等，則不問其爲善意或爲惡意，則其行爲之性質上，皆足有害於債權者，故得予以否認，此即以客觀主義爲否認之根據也。至所謂可與無償行爲同視之有償行爲云者，例如形式上雖屬買賣，而實際上所得代價，不及普通市價十分之一，與贈與者無甚差異之類屬之。學者稱此類否認，謂之無償否認。再本項行爲，在法律上當然否認，不必舉證，故不

規定舉證責任。至於對本項行爲否認之特別效果，另在中國破產法草案第一百條後段（日破產法七七條二項）規定明白矣。

（六） 票據付款之例外 以上所述各項行爲，在原則上均應予以否認固矣。然關於票據之付款，則例外尙可認爲有效（中破產法草案九五條一項，日破產法七三條一項）。蓋以在普通之償還遭受否認，則所受償還之目的物，固須返還於財團，然亦不過回至未償還前之同一地位而止。若票據之付款遭受否認，則較之未受付款前之地位，勢必更加惡劣。何也？在票據法之規定，應行付款之人不爲付款時，執票人須於滿期日，（即付款日）或滿期後二日，作成拒絕證書，以便對於前手保全其償還請求權，否則喪失票據上之權利（中票據法八四條二項）。但在破產者已爲付款，因無保全手續之必要，即亦不須製作拒絕證書。如果以後因破產者受破產之宣告，而以其所受付款認爲無效，則斯時業已經過作成拒絕證書之法定期間，而執票人即已對於前手喪失票據上之權利。故法律上對於此種情形，即設有一種例外之規定。惟各國立法例，則彼此不同，有於破產法中，例外承認破產者所爲付款始終有效者，有於票據法

中，例外承認債權者對於前手可以恢復償還請求權者。德法日諸國法例（德破產法三四條，法商法四四九條），俱在破產法中，例外承認破產者之付款有效，我國破產法亦仿此例。不過對於票據之付款，若是例外的認爲當然有效，則人人必將因普通之償還，有被否認之虞，而以之視爲索債之良方者。如此，則基於已知停止付款或聲請破產之惡意（或雖不知而爲過失）。而自己發出票據或委託他人發出，藉圖間接受得完全償還者，必不乏人。例如債權者本人以破產者爲付款人而以自己爲受款人發出匯票，或委託他人以破產者爲付款人而以自己爲受款人發出匯票，又或使破產者以自己爲受款人而發出本票，債權者對於此等票據，均得依背書轉讓他人以獲得其償還，而使執票人從破產者之手受其最終支付之類是也。因此，法律對於此種情形，遂設有一種限制，即對於在發出票據當時之有惡意者——最終之償還義務者或委託發出票據者，得令其償還破產者所支付之金額（日破產法七三條二項，中破產法草案九五條二項後段有誤。應改正）。所謂最終之償還義務者，即指匯票發票人或本票第一背書人而言。如前例，自己發出匯票時之發票人，或使破產者發出本票而第一次背書轉讓之

人，均屬最終之償還義務者，應令其負債還之責。又如前例，在委託他人發出匯票時，雖發票人爲最終之償還義務者，然惡意者則爲委託發出之人，故此時不以最終之償還義務者負責還之責，而使從破產者獲得最終付款之委託發出票據者償還破產者支付之金額。然此處所謂委託發出票據者，並不問其是否爲票據上之當事人，凡是爲自己之利益起見，而事實上委託發票人發出者均屬之。

茲就本屬委託發出票據者，而又不是票據上之當事人（即非發票人，非收款人，並且非付款人），祇是爲自己之利益而委託發票人發出之情形，舉例以明之。如破產者之債權者某甲，委託某乙以乙爲發票人，破產者爲付款人，第三者某丙爲收款人而發出匯票，某甲在票據上毫無何種名義，而以其所發出之票據出賣於第三者某丙，某丙提示其票據於破產者而受支付時，而債權者某甲，即與憑票據而間接從破產者受得清償者有同一之結果。故在此種情形之下，必須使委託發出票據者某甲負債還之責。

（七）對抗第三者之必要行爲 關於此種行爲，亦得否認，在日本破產法（七四條一項），已

有明文，而中國破產法草案尚無此項規定。所謂對抗第三者必要之行爲者，即關於權利之設定，移轉或變更，而爲對抗第三者所必要之行爲也。例如不動產之登記，動產之交付，船舶之登記，鑛業權特許權商標權著作權等之登錄等均屬之。據日本破產法規定，在停止付款或聲請破產後而爲此等對抗第三者之行爲，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。此即否認權之行使，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也。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。

(八) 執行行爲結果之否認 否認權，對於可以否認之行爲，雖相對人已具有執行力之債名義，因隨時可以強制執行之故而受得任意之償還，或係基於強制執行行爲而受得償還，均可行使之（日破產法七五條，中破產法草案九九條）。蓋以此等情形下所得之清償，其所生私法上償還之效果，仍與普通任意償還之情形並無何等差異，且財團因之所受之不利益，又復完全同一，因此，即不得不有否認之必要。

(九) 對於轉得者之否認權 民法第二百四十四條之罷廢訴權，是對於轉得者可以行使之者，故破產法上之否認權，亦對轉得者可以行使之（中破產法草案九七條，日破產法八三條）。茲列舉其要件如左。

(甲) 轉得者在轉得之當時，明知有否認之原因者 此時轉得者之惡意，須管財人證明之。  
(乙) 轉得者係破產者之直系血親夫妻兄弟姊妹或同居之親屬者 此時須轉得者證明自己之善意，否則即遭否認，其理由參看本節第三項。

(丙) 轉得者因無償行為或可與同視之有償行為而轉得時已有否認之原因者 此係基於客觀主義之否認，故不問轉得者知有否認之原因與否，皆得行使其否認權。惟管財人須證明其前手已有否認之原因。此款在日本破產法已有明文，中國破產法草案尙無規定。

### 第三節 否認權之行使

(一) 行使專屬於管財人 如前所述，否認權雖屬於破產債權者之權利，然各個債權者，却

不得行使之，而其行使之權限，則依法律之規定，專屬於破產管財人（日破產法七六條，中破產法草案九四條前段）。此正與破產財團相同，破產財團，在破產宣告後，固然仍屬破產者之財產，但破產者却不得管理處分，須由管財人依法定管理權而行使之。

(二) 行使之方法 否認權行使方法之立法例有二，(一)由管財人對相對人以意思表示行使之，(二)由管財人依訴訟或抗辯行使之。在中國破產法草案(九八條)及日本破產法舊草案，是採取第一項之立法例，蓋以破產程序，原貴簡捷，若依裁判上訴訟或抗辯之方法行之，則需要費用與時間，實不如在裁判外自由行使之為得也。不過民法第二百四十四條撤銷權之行使，係在裁判上為之(日民法四二四條亦同)，破產法上之否認權，既與民法上之撤銷權同其性質，其行使之方法，即應趨於一致。故日本現行破產法，已改採第二項之立法例，而在裁判上行使之。我國破產法草案既與民法上撤銷權行使之方法相衝突，將來修正時，亦以採用第二項之立法例為宜。茲特就第二項之立法例，詳加說明於下。

在依訴訟而行使否認權時，應以給付之訴為之乎？抑應以形成之訴為之乎？又或應兼以兩者

而爲之乎？其學說極不一致，而關於民法上撤銷權之訴訟，亦與之相同，而有許多之學說。在日本大審院（與我國最高法院相當），曾有關於民法上撤銷權訴訟之判例，其意以爲撤銷權之訴訟，可用形成之訴，以求某行爲之撤銷，亦可用給付之訴，以求財產之返還。惟不能僅用給付之訴，必須隨同形成之訴而一併提起之耳。至於關於破產法上否認權之訴，究竟如何？則尙無判例可尋。

據吾人見解，關於民法上撤銷權之訴訟，可不必用形成之訴，僅以給付之訴爲之可耳。元來撤銷權之訴訟，是以增殖債務者之執行財團爲主要目的，僅以請求財產返還爲已足，而債務者與相對人間所成立之行爲，無絕對撤銷之必要。且形成之訴，非經判決確定後，不能發生形成之效果，在理論上，亦不能基於形成判決，同時而爲給付判決。若以撤銷權之訴訟，應一併提起形成之訴，則必須俟撤銷某行爲之形成判決確定後，方可提起給付之訴，如此，則是一訴訟而以雙重訴訟爲必要矣。此種情形，未免大不經濟。故據吾人見解，以爲撤銷權之訴，自始卽應提起給付之訴，其於破產法上之否認權，亦當如此。



固然，民法上之撤銷權與破產法上之否認權，本均爲一種形成權。然此種形成權之行使，並不必要依形成之訴而發生效力。其在提起給付之訴時，依訴狀之送達於相對人，即已發生形成之效果，法院再以之作爲請求原因而予以給付判決，即完成形成權之行使矣。總之此等形成權之行使，以在裁判上之公的方法行使之爲已足，毋庸依法院之形成判決行使之。因之形成權之行使，祇是成爲給付之訴之請求原因，而對於形成權之存否及其行使所生之效果，僅須在判決理由中給與以判斷，其判決主文上，唯載明給付判決可耳。此即撤銷權訴訟與否認權訴訟最正當之程序也。

至於破產法上之否認權，據日本破產法規定，並且特別可以不依訴訟而依抗辯行使之。所謂抗辯者，就原告言，則是依攻擊方法而爲維持其請求所提出之訴訟材料，就被告言，則是依防禦方法而爲排斥原告請求所提出之訴訟材料也。抗辯，不論在第一審或第二審，均能提出者，其理由之有無，祇須在判決理由中予以判斷，而判決主文中，不必記載之。因之否認權在依抗辯行使時，不得如形成判決之情形一樣，須依判決之確定，而後始謂爲行使，即在提

出抗辯，或於相對人之前以口頭演述，或以準備書狀送達於相對人時，亦可謂已經行使其否認權也。否認權既不依形成判決之確定，而單依抗辯可以行使，故在依據所謂訴訟形式而行使否認權時，亦可云於送達訴狀（記載否認權之請求原因之訴狀）之際，即已行使之，不必待其判決確定後，始視為行使之也。

況且從實際上言之，其依訴訟而行使否認權之目的，原在請求判斷返還財產之給付判決，僅僅受得否認之形成判決，則毫無何種實益，且亦不見有何種必要，此否認權所以祇須依裁判上之公的方法行使之為已足，而不必要受得一種形成判決也。

#### 第四節 否認權之效果

(一) 效果之性質 否認權行使之效果，為債權的效果？抑為物權的效果？學說原不一致，即關於民法上之撤銷權，亦有此兩種學說。在民法第二百四十四條，明明稱之為撤銷權，若就文字上言，則撤銷也者，其行為自始即應視為無效，而發生物權的效果者也（中民法一一

四條)。依此解釋，則民法上撤銷權之效果，是物權的而非債權的明矣。

然在破產法中之否認，祇是為破產財團之利益，而否認其行為之效力，並非撤銷其行為。故避免撤銷權之文字，而改稱為否認權。因此，則否認權之效果，祇可謂為債權的而非物權的也已無可疑。且中國破產法草案第一百條云「相對人經破產管財人行使否認權者，其所受之對待給付或利益，應負償還於破產財團之義務」，其為債權的效果，更徵明顯。不過日本破產法，（七七條一項）所謂「否認權之行使，須令對破產財團回復原狀」云云，則又可認否認權，有物權的效果矣。然否認權既是避免撤銷而改稱否認，其效果當然與撤銷不同，畢竟是以解釋為債權的效果為妥當。

(二) 無償行為之否認 無償行為，乃係不問相對人之善意或惡意，均應基於客觀主義而予以否認者，因之在相對人為善意時，則不免待之太刻。例如受贈與者，已將贈與之物消費後，因贈與者於三十日內（日本為六個月）宣告破產，必須全部返還，則非從自己財產中特別支出不可，如果自己未有財產，即祇有另向他人借貸，如此情形，實有難堪之苦。因此，在相

對人爲善意時，則僅以返還其現受之利益（如現金或物品上現存之利益）爲已足（日破產法七條二項，中破產法草案一〇〇條後段）。其在轉得者因無償行爲而轉得時，亦可準此適用之（日破產法八三條二項）。

（三）相對人之權利 否認權之行使，原以使破產財團獲得正當之新的利益爲目的，而防止不當之減少者。若於否認雙務契約時，僅令相對人返還其所受之給付或利益於破產財團，而破產者所受者，却不爲返還，則財團即陷於不當得利之地步。故法律上承認相對人對於破產者所受對待給付，或因此所生之利益，而現存於破產財團中者，均得請求其給還（中破產法草案一〇一條一項）。如現已不存在時，並得就其應償還之價額，爲破產債權者而行使其權利（同條二項）。其在請求給還現存之利益者，在日本破產法，係以此種請求權作爲財團債權。中國破產法草案僅云『得請求其給還』，固欠明瞭。但亦係隨時得給還之意，釋爲財團債權，亦無不可。將來改正時，仍以明定爲財團債權較妥。

至於因對待給付所生之利益，現時雖尙存在，然其對待給付之價額，却比現存之利益較大。

然則對於此項較大之差額，又將如何？此在中國破產法草案，未有明文規定，日本破產法（七八條二項末段），則已明認相對人得就此項差額爲破產債權者而行使其權利，此卽所以使相對人之權利得到公平之保護也。

（四）相對人之債權復活 否認之結果，則相對人當返還其所受之給付於財團，或償還其債額，此時相對人之債權，卽因之而回復其原狀。蓋以債權者既將所受償還者返還於財團，卽與未受償還之債權完全無異，權利復活，自屬當然。因而債權者卽得在其破產程序中呈報債權，成爲破產債權者而行使其權利。關於此點，日本破產法曾有明文規定（七九條），中國破產法草案雖無明文，在解釋上，當然可以使相對人之債權回復原狀也。

## 第五節 繼承財產破產之特例

（一）與破產者同視者之行爲 在繼承財產破產時，其依中國破產法草案第九十四條第九十五條規定所否認之破產者行爲，究竟應以何人之行爲比擬之？不無疑問。蓋以繼承財產破產

時，原非以自然人作爲破產者之人，因之法律對於繼承財產之破產，即不得定明被繼承人，繼承人，繼承財產管理人，或遺囑執行人等，關於繼承財產所爲之行爲，應與普通破產時之破產者行爲相當，以便管財人對於是等行爲而行使其否認權（中破產法草案九六條，日破產法八〇條）。所謂與普通破產時之破產者行爲相當者，如繼承開始前，被繼承人之行爲可與破產者之行爲相當，繼承開始後，繼承人，繼承財產管理人或遺囑執行人之行爲可與破產者之行爲相當是也。

(二) 對於受遺贈人所爲償還之否認 在繼承財產破產時，繼承債權者之債權，應先於受遺贈人之債權。又在破產以外，而爲限定承認或財產分離時，亦非對於其他繼承債權者清償之後，不得向受遺贈人而爲償還，此爲破產法與民法所分別規定明白者也。故於繼承財產受破產宣告後，對於受遺贈人所爲償還或其他消滅債務之行爲，如有害及優先債權之破產債權者時，則不待其他條件之成立，即得予以否認（日破產法八一條）。

(三) 對於被否認相對人之歸還 否認結果所收回之財產，應屬之於破產財團，而成爲破產

債權者之利益，固不待言。但亦不必即因之而使受遺贈人受其利益。蓋以受遺贈人，祇是欲因遺贈而得利者，即令否認處分遺產者以前之行爲，亦無給彼以利益之理，甯是以保護蒙受損失者，即被否認之相對人爲得當。故被繼承人，繼承人，繼承財產管理人或遺囑執行人等之行爲被否認時（即中破產法草案九四條，日破產法八〇條之行爲），在償還繼承債權者之後而有剩餘者，不能以之充作遺贈之用，須對於被否認之相對人，按其權利之價額而歸還之。（日破產法八二條，中破產法草案一〇二條二項有誤）。

## 第六節 否認權之消滅

（一）六個月前知有停止付款之行爲 中國破產法草案第九十四條第二款第三款第五款第九十六條九十七條等之規定（日破產法七二條二款至四款，七三條二項，七四條，八〇條，八三條），均是以知有停止付款之事實爲理由而得以行使其否認權者。此時既以知有停止付款爲否認權之基礎，則停止付款與宣告破產之間，必須有一種因果關係。縱令會有停止付款之

事實，然其停止狀態業已消滅，即不能成立否認權，前已述之矣。既然如此，則其所爲之行爲，雖係知有停止付款之事實，然已經過六個月之久始行宣告破產，其間破產者之財產狀態，多有變更，停止付款之危機，或已除去，縱令不然，而因果關係，亦多不甚明確。若許以舊時知有停止付款爲理由而否認之，勢必有害社會上交易之安全。因此，爲避免有效行爲長處於不安之狀態計，故從破產宣告時起六個月以前所爲之行爲，不得以知有停止付款爲理由而否認之。（中破產法草案一〇三條）此六個月之期限，係依據日本破產法舊草案而規定者，日本現行破產法（八四條），已修改爲一年矣。

（二）時效 凡否認權，自宣告破產時，二年內不行使者，則因時效而消滅，自行爲時起，經過十年以上（日本爲二十年）者亦同（中破產法草案一〇四條，日破產法八五條）。此與民法上撤銷權之時效，本屬同一旨趣。不過否認權，是爲破產財團之利益起見，而僅在破產程序中可以行使之權利。實際上，破產程序，延長至十年之久者，恐不多見，本條後段之規定，大概適用之時甚少，而日本規定爲二十年，更鮮適用之機會矣。



(三) 民法撤銷權訴訟之中斷 民法第二百四十四條撤銷權之訴訟，原爲債權者所提起，其訴訟進行中，債務者已受破產之宣告時，所有此項訴訟程序，是否中斷，在中國破產法草案，與日本破產法舊草案相同，均無明文規定，而日本現行破產法第八十六條，則已明定破產債權者所提起之撤銷權訴訟，在破產宣告時尚在進行中者，其訴訟程序，在承受或破產程序終止前中斷之。蓋以民法上撤銷權訴訟之當事人究屬何人，學說固不一致，然債權者實是在以受益人爲被告而提起，而非以債務者爲被告也。因此，則債務者即非訴訟當事人，在債務者受破產宣告時，撤銷權應否中斷，僅有民事訴訟法之規定（中民訴一七二條），尙難解決此種疑問。於是在破產法中，卽有再設專條以明白規定應行中斷之必要。中國破產法草案，雖尙無明文規定，在解釋上亦應認撤銷權訴訟，當因破產宣告而中斷之。

元來民法上撤銷權之訴訟，雖爲債權者所提起，然當債務者受破產宣告時，卽與中國破產法草案第九十四條第一款所定之否認權同其性質。故在債務者宣告破產後，此項權利之行使，應當專屬於管財人。因此，則宣告破產時正在進行之撤銷權訴訟，卽應因之而中斷，而其訴

訟之受繼，亦當與破產財團之訴訟爲同一之處理，此日本破產法第八十六條第二項所以又有準用之規定也（準用日破產法六九條）。

## 第七章 取回權

### 第一節 一般取回權

(一) 總說 破產財團，當以專屬破產者所有財產組織而成，已不待言。但事實上，亦有以不屬破產者所有之他人財產，當作破產財團之財產，而由管財人占有管理者。此時允許此項財產真正所有主之第三者得以請求取回其財產，自屬當然之理。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，本正與在各別的強制執行中，承認第三者對於執行之標的物，得以提起異議之訴相似（參照中民訴執行規則五四條）。不過在各別執行中所提起之執行異議，是想排除執行之程序者，而取回權，則並不是想排除管財人占

有及管理財團之程序，是從其性質上言，則兩者却不能謂之完全同一。固然如此，但兩者原均為基於實體上之權利，而主張將特定之財產，置之於執行以外者，而從其主張上言，則兩者之根本精神，又毫無疑義的是歸於一致。

在下章所述之別除權，原為對於破產財團所屬特定財產之權利，本與此處所述之取回權相類似。然在行使其權利之破產財團一點，則兩者却有不同。取回權，固然亦為由破產財團而取回其財產之權利，但行使其取回權之破產財團，乃指管財人現時占有管理之所謂現有破產財團而言，而行使其別除權之破產財團，則係所謂法定破產財團也。關於現有財團與法定財團之意義，已在破產財團章詳述之，茲不贅及。

(二) 取回權之基礎 取回權，雖如上面所述，為從破產財團中取回不屬於破產者財產之權利。但其實體上權利之基礎，却與後述賣主之取回權有別，而不是在破產法中所新創之權利。取回權發生之實體上的基礎，乃係為民法商法等一般實體法所設定者，而破產法，不過因其在破產財團之範圍內而主張其權利，遂以取回權之特別名稱給與之耳。

取回權發生之基礎，既爲一般私法所規定，則取回權，即係在無破產宣告時，已能行使之權利者也。惟宣告破產時，取回權是否因之而受影響，換言之，即是否成爲如破產債權或財團債權一類人之權利，不無問題。因此，破產法爲解決此項疑問起見，特設明文，承認三者有從破產財團中取回不屬於破產者財產之權利（日破產法八七條，中破產法草案四八條）。於是取回權即在破產法上，既非破產債權，復非財團債權，而是更高於此等權利之權利矣。蓋以破產債權，僅得按成分配，固無論矣，即財團債權，在財團不足時，亦祇能受得平等償還而止。若取回權，則可將其取回權之標的物，完全獨自取回者也。例如對於破產者爲借款擔保，而提供某財產時，如已還款於破產者，則擔保權即行消滅，當然可以取回其擔保品。又如基於委任，寄託，承攬，租賃等契約關係，曾交其財產於破產者時，亦得因契約之終了而取回之。

取回權，既不受破產之影響而得繼續行使之，則權利成立之基礎，本可不問破產宣告之前後，而祇以其行使之時爲標準以決定其權利之存否。不過破產財團之範圍，是以宣告破產時爲

標準而依客觀的情形定之者，而管財人斷無不需何等之代價，而使之新成立取回權之理。並且因其尚有草案第七十二條規定之限制（日破產法五四條），更不能使減少財團價額之取回權，新成立於破產宣告之後。因此，則真正減少財團之一般取回權，實祇可在破產宣告前成立之（管財人出賣財產時，買主付代價而取回財產，並未減少財團價額，不能算為真正取回權）。

取回權者，隨同取回權之行使，對於因破產者或管財人之行為所生之損害。得請求賠償之。其損害如在破產宣告前因破產者之行為所生者，則為破產債權（日破產法一五條，中破產法草案第五條）。如因破產管財人之行為而生者，則為財團債權（日破產法四七條四款，中破產法草案三八條三款）。

（三）取回權之行使 取回權，不依破產程序，而在裁判上或裁判外，對於破產管財人行使之。取回權之訴，應屬於給付之訴或確認之訴，並且亦不妨依抗辯主張之。而管財人對於此項訴訟，得用破產者所有之一切防禦方法對抗之，自不待言。

至於管財人未以取回權之標的財產，編入於破產財團，而尙存破產者之手中時，則取回權者，祇能對於破產者行使其權利，此時即完全與破產無關係。

此外關於取回權之承認，管財人須得監查員之同意（中破產法草案二二五條六款，日破產法一九七條一三款）。

（四）售賣擔保 所謂售賣擔保者，即債務者以擔保債務爲目的，讓與自己所有之財產於債權者，例如讓與不動產，而在未爲所有權移轉之登記前，清償其債務之謂也。此種情形，在日本從前法院判例，是認在外部關係上，雖已移轉所有權，而在內部關係上，則所有權未曾移轉，因此，在讓受人即債權者破產時，讓與人即債務者，亦可以行使其取回權。然而社會大眾原以前項售賣擔保之財產，信爲破產者名下之財產，而以此項充分之信用，與之往來交易者。若認讓與人即債務者可以取回，則有害交易之安全。故讓與人即債務者，在破產宣告前對於破產者讓與財產，應當不能以擔保之目的爲理由，取回其財產。此在中國破產法草案雖無規定，而日本現行破產法，則已有明文者也（日破產法八八條）。

不過此種規定，雖足以保護讓受人即破產者之債權者而有餘，然對於讓與人之地位，須如何而後可以保護，亦有考慮之必要。蓋以讓與人自己所負之債務，必須償還，而擔保品物又不得取回，正與爲雙重之償還相似，實已陷於不利益之境地，故不得不另有一種救濟方法，以保護讓與人之利益。在讓與人以擔保之目的讓與財產時，因所有權完全移轉，且公示方法（如登記）亦經完成，其財產固不得取回。但讓受人即破產者，以擔保之目的，保管並處分其財產，實是立於債務關係之下。破產之結果，破產者不能如所豫期而保管其財產並自由處分之，致使此項債務關係不能履行，必然要發生損害賠償之義務。因此，讓與人即債務者，即得因自己所負之債務與讓受人即破產者所負之損害賠償義務可以抵銷之故，而依抵銷權之作用，以解脫與雙重償還相似者之不利。然則讓與人所讓與之擔保物，如比自己所負債務之價額較大，而其較大之差額，不能享受抵銷權之救濟時，又將如何？據吾人見解，關於此項差額，則祇有視爲普通之破產債權者而加入破產之分配。

以上僅就售賣擔保之情形而言（日破產法亦祇有售賣擔保之規定），此外亦有以寄託之目的而

移轉者，或以索取目的而讓與票據者，均可依據售賣擔保之情形而類推之。

(五) 信託財產 信託財產，一般債權者，不得扣押之，許多國家法律，均有明文規定（如日本信託法一六條）。故在受託者受破產宣告時，即不屬於破產財團（中破產法草案三二條），而得由委託者取回之。蓋以破產者既因宣告破產而不能為受託者，則信託關係，即已終了故也。

## 第二節 隔地交易之賣主取回權

(一) 總說 據我國民法第六百四十二條，託運人在運送物到達目的地後，受貨人尚未請求交付運送物前，得對運送人請求中止運送，返還運送物或為其他之處分。此時在買主破產時，賣主即託運人，即可依此權利，而為相當之救濟。但於運送物達到目的地，而受貨人已請求交付者，則不得行使此種權利。因此種權利，僅為對於運送人之特定權利，而賣主與買主間之問題，則不能依此解決也。故在此種情形之下，為於買主破產時而保護賣主起見，即有



在法律上特設規定之必要，此破產法所以承認隔地交易之賣主取回權也（中破產法草案四九條日破產法八九條）。

此種賣主取回權之制度，在英國最先完全發達，以後漸被法國承繼，其他大陸諸國，特別是德國，亦陸續採用此制。英國法之法理，在大陸諸國如此普及傳播者，當以此種制度為最。因此，欲知賣主取回權發達之跡，即當究明英國之法律，惟詳論應俟之於專著，茲僅就英國法與大陸法及日本破產法我國破產法草案在適用上最重要差異之點略言之。據英國法律規定，買主陷於付款不能時，賣主即可適用此項取回權，不必形式上已有破產宣告時，始得為之。故在英國法，乃係承認此種取回權，為一切動產買賣法上之權利，其適用極廣。至德，法，日本破產法及我國破產法草案，則惟在已有破產宣告時，賣主始能適用此項取回權，換言之，即破產法上之權利，其適用較狹。兩者相較，則以英國法為優，蓋以英國法於買主在財產上已露破綻時，即承認賣主可以行使其取回權，其於保護賣主實較周到也。

(二) 成立之要件 賣主取回權成立之要件如下。

(甲) 隔地之買賣契約 據破產法草案條文中所用之「送於買主」，「送到之地方」等文字觀之，自然是以隔地交易爲限，方能適用此種取回權。並且從實際上言，隔地交易，則物品常需長時間之運送，其間買主之資產狀態，即難免不發生變更，而至於破產，因此，則取回權卽有適用之機會。若現物交易或同地交易，則爲期極促，貨款兩交，均感便利，自然不能取回權之適用。

(乙) 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，故買主已經償清價金後，當然不能行使此種權利。並且不但買主償清價金已也，卽管財人代償價金，請求交付貨物時，因賣主已得到相當之滿足，亦當然不能行使之。此在中國破產法草案第四十九條中雖無明文，而由草案第七十四條雙務契約之規定推論之，自無可疑者也（日本破產法八九條但書曾經明定）。此項價金之清償，不必限於現金支付，卽抵銷，免除，混同等一切消滅價金債務之方法均可行之。

又行使此項取回權時，祇問其價金是否清償，未清償者，卽可行使之。而價金清償期限，

是否到來，以及是否會與以清償之猶豫，則一概可不問也。

(丙) 買主宣告破產時貨物尚在運送中者 在買主受破產宣告時。如貨物已送到目的地，並且已歸買主或其代理人現實占有者，則不能行使其取回權。蓋以貨物已送到目的地而歸買主方面現實占有之後，而社會大眾，特別是買主之債權者，均已認爲買主所有之財產，必將以之視爲擔保而繼續其交易故也。如果以後因宣告破產之結果，准予取回其財產，卽是近於欺騙社會大眾，而有害交易之安全，故於送到目的地而爲買主方面占有之後，卽不得再行使其取回權。不過此『送到目的地』與『買主方面占有』兩要件，必須同時具備，方可防止取回權之行使。若在未送到目的地前，而買主或其代理人迎至途中而爲占有者，或雖送到目的地，而買主或其代理人尚未現實占有者，均仍可以行使其取回權，因此時尚未顯然有成爲買主所有財產之形跡也。

此處所謂占有，既是指現實占有其貨物而言，則提單或載貨證券等之交付，雖可與運送物之交付同視，然從取回權之關係上言之，仍不能謂爲運送物之占有，又所謂送到目的地者

，係指運送終了之地域而言，而不是指履行地及營業所或住所而言。至由代理人代買主占有貨物時，則當依事實上之情形定之，如委託倉庫營業人受領貨物而保存於倉庫者，則倉庫營業人納於倉庫時，即可謂係買主之代理人而占有其貨物。

關於取回權之有無，是以買主之占有與否為標準固矣，而買主之占有與否，又應以破產宣告時為標準，此我國破產法草案及日本破產法所共認者也。因此，凡在破產宣告時，尚未歸買主方面占有者，均可成立其取回權。縱令以後係因運送上之阻隔，在實際上無效期內即破產宣告後，而貨物始到達目的地且歸買主方面占有，其取回權亦不妨行使。

(三) 與管財人對於雙務契約選擇權之關係 在中國破產法草案第七十四條（日破產法五九條），是因雙務契約當事人雙方尚未完全履行契約時，為公平保護當事人雙方，並迅速解決契約關係起見，而賦與管財人以選擇權。

在本條之規定，則是因賣主已為完全履行，若僅使為價金之請求，而為破產債權者。加入財團之分配，則未免涉於酷刻，故為保護賣主計，特賦與取回權。假使此時契約當事人之賣主

，亦尙未完結履行，將如之何？此在中國破產法草案雖無規定，然從理論上言之，當然可以適用第七十四條雙務契約之規定，由管財人爲解除或履行契約之選擇（日破產法八九條二項，曾有適用明文）。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，則因此所生之損害，可依草案第七十六條，爲破產債權者請求賠償之。並且賣主已交付之貨物現存於財團中者，亦得依草案第七十七條請求交還，正可與行使取回權達到同一之目的。其貨物現已不存在者，又得就其價額爲財團債權者而行使其權利。故管財人選擇履行時，固勿論矣，即選擇解除時，其保護賣主方面，亦可云與賦予取回權無甚差異。至於管財人遲滯其選擇時，賣主得依草案第七十五條而行使其催告權，亦屬當然之理，此於保護賣主方面，更形周至矣。

不過此時（在賣主亦尙未完結履行時）之賣主，亦不必利用其催告權以保護權利，而仍可行使其取回權以資保護，（就已有一部之履行者而言）。換言之，即賣主此時或爲催告或爲取回，可以自由選擇其一而行之，此亦可以謂之賣主選擇權。但賣主之選擇權，不能與管財人之

選擇權衝突，在管財人已爲履行或解除之選擇時，賣主已不能再爲自由選擇，固無論矣，即在賣主已選擇行使取回權時，而管財人仍得依法而爲履行或解除之選擇。因此種情形，原不妨害賣主之利益故也。

(四) 賣主取回權之性質 如上所述，本條之規定，是於賣主已爲完全履行時而適用者，換言之，即賣主已完結其履行，而貨物之所有權已移轉於買主，在法律上允許其取回是也。此時請求返還貨物所有權之權利，即可謂爲債權的請求權。

或有謂此時之請求權，原是基於貨物之所有權而請求返還者，所有權既爲物權，即不能不以此項請求權，謂爲基於物權的效力。然此時得以請求返還者，却不是基於所有權之物權效力，乃是基於法律所賦予之取回權而來。因此，則取回權之爲物，即不得不謂爲法律所賦予之債權的請求權。

(五) 取回權之效果 賣主已爲完全履行時，惟依取回權以資救濟，其尙未完結履行時，亦得於催告權與取回權之間而選擇取回權以救濟之，已在上面述之矣。然則行使此項取回權時

，究竟其效果如何？或者謂爲取回權行使之結果，可與解除買賣契約之原因行爲同視者，然據吾人見解，則殊不謂然。若以爲與解除相同，則有破產法草案第七十六條解除之規定足矣，又何必另於第四十九條（日破產法八十九條）設一與解除略同之規定乎。此種取回權之規定，並不是關於解除效果之規定，故取回權行使之結果，卽不是解除原因行爲，而祇是物權契約之履行行爲恢復原狀——卽所有權及占有權之返還。

取回權行使之結果，既不是解除買賣契約之原因行爲，而是所有權及占有權之返還，則賣主對於管財人請求交付其所發送之貨物後，如果貨物現存於財團，管財人卽當按數交付之。此時賣主之權利，其效果比之財團債權，尙較強大。蓋以財團債權，在破產財團不足清償其財團債權之全體時，祇能受到平等分配之償還，而取回權者，則可完全就其全部貨物而受得其交付也。至於貨物已不存於財團時，其救濟之法，則有後述之賠償取回權。

再此時既不是原因行爲之解除，卽無因解除而生損害之事，因之亦無適用破產法草案第七十六條規定之必要。惟此時賣主於行使取回權之外，尙有損害之發生，將如之何？關於此種損

害，就理論上言之，亦似可以使之就其賠償請求權，爲破產債權者而行使權利。但法律上賦予賣主之取回權，原爲保護過信買主自己首先完結履行之賣主起見，而賦予之特別救濟權，其能完全受到貨物之返還，已是享受特別之利益矣。此外所受損害，卽令比之其他破產債權者，少受保護，亦於理論上無大違背。故賣主於行使取回權之外，縱使再有損害，亦當不令其加入財團之分配。如果賣主以所受此種損害無從賠償爲慮，則惟有自始卽不過信買主，發送貨物以爲一方之履行完結而後可。

(六) 行紀之取回權 受購買貨物委託之行紀，已將其貨物送於委託者，而委託者受破產宣告時，則行紀如具備前述賣主情形之條件，卽可行使其取回權（日破產法九〇條，中破產法草案五〇條）。此以行紀與委託者間之關係，雖不是買賣關係，然從經濟上言之，則宜與買賣同視。

### 第三節 賠償取回權



(一) 總說 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者。換言之，亦卽是以破產宣告時其取回之標的物尙現存於現有破產財團中爲其前提者。但是事實上，亦有在行使取回權前，其標的物已經讓與，而財團曾受領其對待給付者，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，則保護上不能認爲充分。此時實有保護取回權者使與取回現物得到同一結果之必要。此項保護上所賦予之權利，卽稱之爲賠償請求權。

(二) 賠償取回權之內容 關於賠償取回權之內容，在中國破產法草案及日本現行破產法，則彼此規定不同，茲特別舉於下。

(甲) 破產者在破產宣告前將取回權之標的物讓與他人曾受對待給付者。此在中國破產法草案，則以所受對待給付之物品，是否現存於破產財團而爲分別之處理。現存於財團中者，

取回權者得請求給付原物，物品已不存在而利益尚存於財團中者，取回權者得請求給付利益（中破產法草案五二條）。在日本破產法，則無此種規定，蓋以此時破產者所受之對待給付，無論現存財團與否，總是破產者由他人財產而生之不當得利，此項得利，既在破產宣告之前，即應作為破產債權，故不必另有特別保護之規定。

(乙) 破產者在破產宣告前將取回權之標的物讓與他人未受對待給付者。此在中國破產法草案及日本破產法，取回權者均有請求移轉對待給付請求權之權利。惟中國定為『當然』日本定為『得請求』，此又兩者不同之點也（中破產法草案五三條一項，日破產法九一條前段）。

(丙) 管財人在破產程序中將取回權之標的物讓與他人未受對待給付者。此在日本破產法，取回權者亦得請求移轉對待給付之請求權，（日破產法九一條末段）中國破產法草案亦有此項規定（五四條）。

(丁) 管財人在破產程序中將取回權之標的物讓與他人已受對待給付者。此在日本破產法，取回權者得請求所受對待給付財產之給付（日破產法九一條二項），中國破產法草案亦有此

項規定。但在此項情形之下，管財人所受對待給付之財產，若爲金錢，已與其他金錢混同，或雖非金錢，而管財人已經變賣，又或因其他事由，已與其他財產難以判別。則是此時所受對待給付之財產，早已不能認爲存在，而取回權者，即已無由行使其取回權，其救濟之法，則因破產財團基於對待給付而來之利益，完全是不當得利，而取回權者即可爲財團債權者而行使其權利。

此外破產者在破產宣告後，將取回權之標的物讓與他人時，其已受對待給付者，則因此項行爲不得對抗破產債權者之故，而管財人即可收回其標的物，取回權者亦即可以對之而行使其取回權。其未受對待給付者，取回權者，得請求對待給付請求權之移轉。此雖在法律未有明定，而在理論上當然可作如是之解釋也。

(三) 其他權利之競合 破產者或管財人將取回權之標的物讓與他人，在一般取回權之標的物，固無論矣。即在賣主取回權之標的物，如所有權尙未移轉於破產者時，則正與破產者或管財人將他人所有物售賣於第三者相同。此時取回權者對於第三者，即得基於所有權以行使

其追索權而取回其標的物。因此，此時取回權者，遂具有兩種權利，一為基於自己所有權之追索權，一為破產法上之賠償取回權。然而併行此兩種權利，却為不當得利之法理所不許，祇可於兩者之中，任擇其比較有利之一而行之。且從實際上言，取回權者若能對於第三者行使其追索權而取回其目的物，即已無行使賠償取回權之必要。反之，若已行使賠償取回權而承認破產者或管財人之讓與行為時，即不得再對於第三者行使其追索權。

此外取回權者，因破產者在破產宣告前所為之讓與行為而受損害時，得就其賠償請求權為破產債權者而行使權利，自係當然之理。至因管財人所為之讓與行為而受損害時，則因其情形之不同，有得為財團債權而行使權利者，亦有應歸管財人自己負責者（中破產法草案三八條三款，一、二、八條）。

## 第八章 別除權

### 第一節 別除權之意義

(一) 別除權之意義 別除權者，對於破產財團所屬之特定財產，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，在破產者特定財產之上所存在之擔保權效力而來，並不是破產法上所創設之新權利（至於在破產宣告後所設定擔保權之財產，固應編入於破產財團。然於擔保權之效力，却有尊重之必要，故擔保權者，仍能與未破產時之所為相同，可在擔保之標的財產上行使其擔保權，而受別除的清償）。而其所以在破產法上有此名稱者，即在破產程序之作用上，為使此種擔保權者，不失其本來之權利起見，有不得不總括一切擔保權者等而賦與以此項名稱者也。並且從立法上言之，就各種擔保權，總括在此項別除權名稱之下而規定之，實比之一一規定在破產法中者亦較簡便。

(二) 別除權之性質 關於別除權之性質，向來有二種見解。第一見解，謂別除權，為破產債權者不依破產程序之一般的程序，而能個別的受得清償之權利。第二見解，謂別除權，為別除權者在破產財團所屬特定財產之上所行使之別除的權利。第一見解，以破產債權者為中心，第二見解，以破產財團為中心。由此兩見解所生之主要差異，據第一見解觀之，則不屬

破產債權者，即非別除權者。據第二見解觀之，則別除權者，不一定為破產債權者。在此兩種見解之中，予亦以為別除權，係在破產財團所屬特定財產之上而行使之權利，第二見解（即以破產財團為中心之見解），實較合理。如果不然，則不屬破產債權之擔保權者，對於其權利之行使，將完全不能適用別除權之規定矣。既不能適用別除權之規定，而破產法中，又未有另定辦法，於此，即唯有依民事法上擔保權效力之規定與拍賣之規定以求解決，其不便孰甚於此。故認別除權者以破產債權者為限之見解，則為吾人所不取。

再第一見解，所謂別除權為破產債權者個別的受得清償之權利云云，又係以別除權為破產債權者行使權利之方法者。果係如此，則關於各種別除權之效力，特別是關於別除權相互間之順位，應當如何處理，亦有一一規定之必要。然破產法上，對於此等情形，乃係一任各種別除權本來之效力者。由此觀之，則所謂別除權者，固在破產法中，不無就其效力有多少補充之處，然係指本來具有各種擔保權之人，在破產財團所屬特定財產之上行使權利之作用而言，則毫無可疑者也。因此，則第一見解認為係破產債權者行使權利之方法，亦不妥當。

固然，從實際上言，破產者爲他人債務而提供所謂物上保證者極少，而別除權者，亦卽同時是破產債權者之情形較多，茲以法律上係就此種實際情形，而規定別除權者以破產債權者爲限，本亦不能認爲失當。然予總以第二見解，較爲合宜。何則？因破產者不能絕無爲他人提供物上擔保之事故也。

(三) 與其他權利之區別 別除權，與取回權，財團債權，破產債權，以及一般優先權等，有如何差異？茲特分述其區別於左，藉以究明其別除權之本質。

(甲) 別除權爲對於破產財團所屬財產而行使之之權利，此點與取回權不同。蓋以取回權，是對於不應屬破產財團之財產而行使之之權利故也。別除權對於破產財團所屬財產行使權利之結果，若以其擔保物償還別除權者而有剩餘時，當然以其剩餘之額，歸之於破產財團，以供破產債權者分配之資。又第三者爲破產者之債務供與物上擔保時，則不生別除權之問題，因此項擔保之財產，係第三者之財產，而不屬於破產者之破產財團也。

(乙) 別除權爲對於特定財產之權利，例如對於某種動產或不動產之權利，此點與財團債權

不同。蓋以財團債權，固亦爲先於破產債權而從破產財團受得清償之權利，然而却非對於特定財產之權利，而是從破產財團全部之上受得優先的清償之權利。又別除權之成立，必須成立於破產宣告之前，而財團債權，則通常發生在破產宣告之後。

(丙) 別除權爲從破產財團所屬特定財產而受償還之權利，破產債權爲從破產財團全部之上而受償還之權利，就此點言，是別除權亦與破產債權不同。不過別除權者，在對於破產者享有債權時（如破產者非爲他人債務供與物上擔保時），同時亦屬於破產債權者。在此情形下之破產債權者，得先以別除權者之資格，就擔保物而受償還，其未能還清之殘餘部分，則爲破產債權者而行使其權利。然別除權者如果拋棄其別除權時，則得直接就其拋棄之額，爲破產債權者。

至於破產者保證他人債務而供與所謂物上擔保時，其擔保權者不能同時爲破產債權者，而祇是別除權者。

(丁) 一般先取特權者以及其他一般優先權者，雖於受優先的償還之點，與別除權者無異，



然從財團全體之上而受優先的償還，則與別除權者不同。並且一般先取特權者等，必須參加破產程序，在破產程序中受領清償，而別除權者，則可不依破產程序而行使其權利。

## 第二節 別除權之種類

(一) 物上擔保權者 凡具有物上擔保權之人，均為別除權者，而對於破產財產所屬之該擔保物，有別除權。中國破產法草案第四十四條，『有質權抵押權者，其權利之標的物屬於破產財團時，對於其標的物有別除權』云云，已就此點明白規定矣。在破產法中，其所以對於此等權利賦與以別除權者，當然是基於其擔保權本身之效力而來，因之此時別除權之效力，亦即與其擔保權之效力相等。

據日本破產法規定，除質權抵押權認為有別除權外，其特別之先取特權與商法上之留置權，亦認為有別除權。元來在日本民法之中，本有先取特權之規定，而先取特權，復分為一般的與特別的二種。一般先取特權（如前述共同利益費用等債權），係於債務者全部財產之上而受

優先的償還之權利，在債務者破產時，祇是破產債權者之優先位者，不能有別除權。特別先取特權（如店主就旅客食宿費債務而對於其行李之優先權等），係於債務者特別財產之上而受優先的償還之權利，故在債務者破產時，即有一種別除權。

留置權。即債權未受清償之前，得就所占之債務人動產留置之之權利也（中民法九二八條，日民法二九五條）。此項權利，是否有別除權，在中國破產法草案尚無規定，而日本破產法，則以債權者在破產財團所屬特定財產上之留置權，如係依商法而發生者，即視同特別之先取特權，可以行使其別除權，而此外之留置權，則對於破產財團喪失其效力。蓋以留置權，原不過可以留置其標的物而止，並非可以從其物上而受優先的償還之權利。故原則上在債務者破產時，即應對於破產財團喪失其效力而以其留置物交付於破產管財人。惟商法上之留置權，是基於商行爲而生，與其他一般留置權不同（如運送人因運送報酬之債務而留置其運送品之類），當特別尊重其效力，而與特別之先取特權同視。不過留置權，既是效力較弱之擔保權，故雖能視同特別先取特權而行使其別除權，然其順位，則應後於其他之特別先取特

權而受清償（日破產法九三條）。

(二) 共有人關於共有債權之別除權 據民事法例，共有人之一人，對於其他共有人具有關於共有之債權者，當分割之時，得就應歸債務者之共有部分而受清償。因此，此項共有人之債務者受破產宣告時，其具有關於共有債權之共有人，即得就分割後應歸破產者之共有部分而有別除權（中破產法草案四五條，日破產法九四條）。所謂關於共有之債權者，如保存或管理共有物費用以及關於共有物訴訟費用等，而為共有人中之一人預為支付之類是也。此項債權之所以認為有別除權者，乃因應歸破產者之部分，原為所負擔共有債務之擔保，從經濟上言之，實應扣除其債務額後，而以純粹之殘餘部分歸之於破產財團故也。

### 第三節 別除權之行使

(一) 破產程序外之行使 別除權，雖為對於破產財團所屬特定財產之權利，但其權利之行使，却不依破產程序而為之（中破產法草案四六條，日破產法九五條）。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。其行使之方法，普通是依拍賣方法之拍賣，其間亦有因係基於商行爲之質權而依所謂『滿當』之方法者，又有依民事訴訟法之執行方法者，並有由管財人收回別除權之標的物者（中破產法草案二二五條六款，日破產法一九七條一四款）。

別除權須以管財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，現由管財人占有管理故也。在破產宣告時，破產者與別除權者之間，關於別除權有無之訴訟在進行中時，其訴訟中斷之，由管財人或別除權之主張者承受其訴訟（中破產法草案一〇六條，日破產法六九條）。

至在管財人方面，管財人得對別除權者，要求提示其標的財產，並令其評定其價額（日破產法一九五條）。中國破產法草案雖無此項明文規定，然在理論上，管財人當然有此要求之權。又別除權者若怠於其權利之行使時，管財人並得依民事訴訟法，變賣別除權之標的財產。而此時別除權者，即得於價金上行使其權利（中破產法草案二二三條，二二四條，日破產法

## 二〇三條)。

(二) 別除權者之破產債權額 破產者保證第三者之債務而提供所謂物上擔保時，其擔保權者，僅能對於破產者之財產行使其別除權，原無問題。但別除權者，同時對於破產者又為破產債權者時，可否同時行使此兩種權利？此在理論上是萬不能允許者也。因為一面許其行使別除權，一面又許其以破產債權全額加入財團之分配，則對於其他債權者，未免太不公平。故別除權者，惟有就其不能依別除權之行使而受償還之殘餘債權額，始能為破產債權者而加入財團之分配。然拋棄其別除權者，却又不妨就其債權全額為破產債權者而行使其權利。

(日破產法九六條)

尙有言者，在行使別除權而不能全受償還時，所有此項殘餘債權額之算定，究竟如何適用民法關於抵充債務之規定？據中國民法第三百二十三條觀之，債務之償還，若有利息與元本者，本應先抵充利息，次抵充原本。然在宣告破產時，則因破產宣告後之利息，原則上不能視為破產債權(中破產法草案二八條)，故以擔保物而為償還者，祇能先抵充破產宣告前一日止

之利息，次抵充元本，其元本還清尚有餘款時，始能抵充破產宣告後之利息。總之在民法上應先抵充利息者，而在破產時，却不能以破產宣告後之利息，先於原本而抵充之。並且此項利息，亦不能算爲破產債權之額，而由擔保物受其清償。惟擔保物之價額如果充足，亦可於還清元本後，而償還宣告破產後之利息。此時既有餘額可以償還宣告後之利息，當然已無可爲破產債權者而行使權利之殘餘債額，自屬無疑。

此外關於別除權之破產債權呈報，已規定於中國破產法草案第一百七十八條（日破產法二二八條第二項）之中。

#### 第四節 準別除權者

（一）總說 中國破產法草案，未有準別除權者之規定，在日本現行破產法則有之，所謂準別除權者云云，即本非破產財團之別除權者，而可準用關於別除權程序之規定是也（日破產法九七條），茲略述於下，以資參考。

(二) 非財團所屬財產之債權者 不屬於破產財團之財產，即所謂自由財產，特別是禁止扣押之財產是也。在此等財產之上，而具有特別之先取特權，質權，抵押權者，自然無所謂別除權。然在基於擔保權而由破產者財產受得償還一點，則與一面為別除權者，同時又為破產債權者之情形相似，故不能以其債權全額加入財團之分配，而祇能就其不能清償之殘餘部分加入分配之。此種債權者，以其與前述之別除權者相似，故可準用別除權之程序規定。

(三) 貴族世襲財產之債權者 據日本法例(日本貴族世襲財產法)，貴族世襲財產，本係不能扣押者，然因管理財產或不法行為而生之債權，其債權者得扣押之。此項扣押權，雖不能以擔保權視之，但在得對世襲財產而受償還一點，亦與擔保權相似。故可就不能受清償之殘額，為破產債權者而加入財團之分配。因之亦得認為準別除權者之一種。

(四) 前破產債權者 同一破產者前後受二次以上之破產宣告時，前破產債權者，能以前破產財團未受清償之部分，加入後破產財團而為破產債權者。此為日本現行破產法關於破產財團之範圍，採用固定主義之結果，而採用膨脹主義之中國草案，當然未有此項問題，已在

前破產財團章述之矣。此等前破產債權者，在其能以在前破產財團中不能受清償之殘額，而加入後破產財團之分配一點，因與前述之準別除權者相似，故亦認爲準別除權者。

## 第九章 抵銷權

### 第一節 總說

(一) 抵銷權之必要 抵銷之法，可以簡費用，省勞力，節時間，爲消滅債務方法之極其便利者，並且就維持當事人相互間之公平言，復爲一種必要之方法，此固毋庸多言。但在破產時，却更有不得不承認抵銷權之理由。蓋在普通情形之下，縱不承認其抵銷權，然當事人雙方均有償還資力，其問題，不過多費履行手續，而所受履行有遲有速而已。若在破產之際，則對於破產者之債權，卽成爲死活之問題。比如一面爲破產者之債權者，同時又爲債務者時，其所享有之債權，既不能從破產者完全受得清償，而所負擔之債務，又非對於破產者完全



清償不可，此從債權者與破產者相互間之關係言之，未免太失其平衡。因此，在破產之際，破產者之債權者，誠有利用抵銷權之必要。而抵銷權，實爲債權者在債務者破產時而使死債權變爲活債權之一種抗辯權也。

又在同一之人，對於破產者爲債權者，復爲債務者時，其債權債務之發生，雖不必如雙務契約之債權債務，有一種牽連性。但在經濟上，債權者以自己對於相對人之債務，而視爲自己債權之擔保，實爲自然之勢。因之在破產時，須以承認其抵銷權而使之互相抵銷爲宜。債權者在破產時利用其抵銷權，不僅與別除權之利用完全同其目的，並且比之別除權，尙爲特別較強的受得優先償還之權利。何則？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的償還者，而抵銷權之利用，則係債權者以自己對於債權者之債務，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債權，則因不許就抵銷權之抵銷額而有其他債權者之競合，而債權者之債權，必可就抵銷額而受完全之

清償。故從債權者所受利益上言之，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 民法上有抵銷之規定，破產法上亦有抵銷之規定，然則破產法上抵銷之規定，究在如何範圍內可以適用？實有說明之必要。在破產宣告時，破產者之全體債權者，可以分之為破產債權者與非破產債權者，破產者之全部財產，又可分之為破產財團與非破產財團。在抵銷權之利用，本不問破產者之債權者，屬於前債權者中之何種，亦不問破產者所享有之債權，屬於前財團中之何項，均可行之於其間。然何者僅適用民法？何者應受破產法之適用？則却有分別，試加以檢討如左。

(甲) 在非破產債權者與非破產財團所屬破產者債權間，所為之抵銷。此種抵銷，完全與破產無關，當然僅依民法上抵銷之規定，毫無問題。

(乙) 在非破產債權者與破產財團所屬破產者債權間所為之抵銷。此種抵銷，則在破產法上所不許。蓋以非破產債權者，係指破產宣告後所發生之新債權者而言。此種新債權者，原為不能參加破產程序，而依破產財團之分配受得清償者。若以不能參加破產程序之人，而

使之得因抵銷而受完全清償，未免陷於重大之矛盾。並且可使清償破產債權者之資源益加減少，復有損於一般破產債權者之利益，此法律上對於此種抵銷之所以不能許可也。

(丙) 在破產債權者與非破產財團所屬破產者債權間所爲之抵銷。此項抵銷，能否允許，頗有研究之餘地。就一般債權者利益方面觀之，若能允許此項抵銷，則可減少破產債權之額數，而其他一般破產債權者，即可得到較多之分配，自應以允許爲適宜。然從破產者方面言之，則所謂非破產財團者，即破產者之自由財產也。既許以破產債權者之債務，而與此自由財產之債權互相抵銷，即不能在破產程序中，維持破產者之自由財產，此又以不許抵銷爲得當。況且此項自由財產之債權，如許抵銷，則各破產債權者，勢必於破產宣告後，人人均欲對於自由財產，爭得可以抵銷之機會，幸而爭得之，則可因抵銷而獲得完全之清償，不幸而不能爭得，即不免有向隅之歎，其間之不公平也孰甚。故破產債權者在破產宣告當時，已對自由財產負有債務者，則可允許抵銷，其在破產宣告後對於自由財產所負之債務，即不許抵銷，此在維持自由財產上，以及維持破產債權者間之公平上，均屬當然者。

也。

如上所述，破產債權者在破產宣告當時，已對自由財產負有債務者可許抵銷，否則不許，本屬當然之理。惟據破產法規定，破產債權者在宣告破產後對於破產財團負擔債務者，不得互相抵銷（中破產法草案六五條一款，日破產法一〇四條一款）。既曰破產財團，似乎對於破產財團所負之債務雖然不得抵銷，而對於自由財產所負之債務，却又可以抵銷者。然對於破產財團之債務，尙與破產程序有關，且不得互相抵銷，而對於破產財團以外之自由財產之債務，其不能抵銷，自然更不待言。且所謂自由財產者，原爲不許編入破產財團之財產，茲許就其債務與破產債權抵銷，何異將自由財產編入破產財團而償還破產債權乎。因此，卽不能以條文中僅載破產財團之債務不能抵銷之故，而謂自由財產可以抵銷也。惟德國多數學說及判例，就德國破產法第十四條之解釋，認爲破產債權者雖對自由財產不許強制執行，却可以互相抵銷，此項見解，吾人不甚贊同。

(丁) 破產債權者與破產財團所屬破產者債權間所爲之抵銷。此項抵銷，有關於破產債權者

間之公平，有關於破產財團之增減，此正入於破產法特別規定抵銷之適用範圍以內，換言之，即破產法中抵銷之規定，正以此項抵銷爲主要目的而規定者也。

破產法上之抵銷權，原與別除權之效用相同。別除權，是以特定財產作爲償還資料，抵銷權，是以自己債務作爲償還資料，已如前述。故破產法上抵銷之規定，僅爲破產債權者主張抵銷時，而適用者，至破產者與破產管財人主張抵銷時，則須依民法之規定。蓋以民法上之抵銷權，乃係作爲債務者之抗辯權而發揮其效用，而破產法上之抵銷，則不是雙方債權者互有之，祇是破產債權者特有之權利也。

又破產債權者中，雖有一般先取特權等之優先位者，然關於抵銷權之行使，則爲優先位者與否，當然不加區別。不過優先位者在不行使抵銷權亦能受得完全償還時，如自願不行使抵銷權而願依優先位受領償還，亦可任之破產債權者之自由。然對於破產者所負之債務，須爲完全之償還，其所得結果，仍與行使抵銷權無異。

(戊) 財團債權與財團債務之抵銷。此項抵銷，祇能適用民法上之規定。例如會替財團墊付

某項費用之財團債權者，依拍賣方法而買得財團所屬之某項財產，而以其價金與墊付費用之債權相抵銷。此時因無關破產財團之增減，而破產債權者之權利，不受何等之影響。故祇能適用民法上之規定，而非破產法上之抵銷。

(己) 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，仍應繼續之。

(三) 抵銷權之行使 破產債權者行使抵銷權，與行使別除權相同，均是以破產管財人爲相對人，而不依破產程序行使之者(中破產法草案六四條，日破產法九八條)。抵銷權，屬於形成權之一，得在裁判上或裁判外對於管財人依單純之意思表示行使之(不附條件或期限)。其意思表示，溯及於雙方債務得爲互相抵銷之始而發生其效力(中民法三三五條)。

破產債權者行使抵銷權時，管財人若於破產債權之存在及其債額有爭議者，破產債權者即須呈報其債權，在破產程序中，以求確定其債權之存在及其債額。關於破產債權之確定，須於

呈報以後，經債權調查會之調查。其所受確定之債額，即得成立有效之抵銷，然此項破產債權之確定，並非必要之程序，若管財人已承認其抵銷時，則不須如此也。

不過縱可得管財人之承認，而其他破產債權者不承認其債權之存在及其債額時，管財人仍不能承認抵銷。蓋以債權之確定，既以債權調查會之調查為必要，此項有疑議之債權，自非經過其調查不可。因此，則管財人直接承認其抵銷者，實屬稀有之例。故破產債權者為抵銷之進行順利起見，必須豫先呈報債權以求其確定後而為抵銷，始較安全。

(四) 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，而破產法上，不過僅對於此項民法上抵銷之通例，一方面擴張之，一方面加以限制而已。茲分節說明於下。

此外尚有一言者，中國民法第三百三十八條至第三百四十一條以及公司法第一百十二條第二項等處所有不得主張抵銷之規定，自然在破產時亦不得主張之。

## 第二節 對於民法上抵銷之擴張

(一) 附期限債權 據民法上抵銷之通例，未到清償期之債權者，不能以其債權互相抵銷。(參照中民法三三四條)。然在破產法中，縱為未到清償期之債權，亦許抵銷之(中破產法草案六〇條，日破產法九九條)。其所以必須擴張抵銷之範圍，而使債權者受抵銷之清償者，即因附期限債權，在破產宣告時，須視為已經到期故也(中破產法草案第六條，日破產法一七條)。

此項附期限債權，若為無利息時，當然適用草案第十條第十三條等之規定(日破產法一八條至二〇條)，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。此在中國破產法草案雖無規定，而日本現行破產法(一〇二條)，却已有明文者也。反之，其債權若附有利息者，則僅以元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，則不加入於抵銷額之中。此因元本既於宣告破產之日，視為已到償還期，則元本即已消滅，以



後當然不發生利息故也。

以上係就主張抵銷之破產債權者債權即主動債權之附期限者而言。若破產財團所屬破產者債權即受動債權，爲附期限債權時，則破產債權者認定以破產債權加入分配較爲有利，即可加入分配，以加入爲不利，則行使其抵銷權亦無不可（日破產法九九條後段）。不過此時破產債權者若行使其抵銷權，必須拋棄自己債務之期限利益。蓋以在法律上中間利息扣除之規定，僅就主張抵銷之主動債權可以適用，而破產者之債權無利息時，即不得扣除破產宣告後償還期前之中間利息也。然而破產者之債權若附有利息時，則因在破產宣告時互相抵銷之故，而元本已在其抵銷之當時歸於消滅，以後即可無利息之發生。因之破產宣告後之利息，亦不能加入於受動債權抵銷額之中（民法三三五條一項後段）。

再破產債權者之債權及破產者之債權，雖雙方均皆附有期限，而破產債權者亦能主張抵銷（日破產法九九條，中破產法草案六〇條）。此時之抵銷，得以上述之同一理論，而適用於雙方之債權，即主動債權無利息時，則扣除中間利息，受動債權無利息時，則不扣除之是也。

(二) 附解除條件債權 主張抵銷之破產債權者債權附有解除條件，而受動債權爲單純債權時，亦得互相抵銷(日破產法九九條，中破產法草案六〇條)。不過日後條件若得成就，則破產財團即蒙受抵銷額之損失，縱彼時尙能要求償還，而主張抵銷之破產債權者，一時或無資力，亦不可知。因此，管財人於抵銷時，即須就其抵銷額令提供擔保或提存其金額(中破產法草案六三條，日破產法一〇一條)。但至最後分配之拒絕期間內，尙未見解除條件成就時，則附解除條件債權者所提供之擔保，即失其效力，應以之返還於其債權者，若爲提存時，亦須以其提存之金額返還之(中破產法草案二五四條，日破產法二七六條)。此即因最後分配之拒絕期間內，破產程序已經截止，以後破產者本人與債權者間之關係，即當聽其自由處理，日後解除條件若能成就，而破產者本人，原可自己請求償還也。

再主動債權爲無條件，而受動債權附有解除條件時，或者主動債權與受動債權雙方均附有解除條件時，亦得互相抵銷(日破產法九九條，中破產法草案六〇條)。關於主動債權附有解除條件者之效力，可依前述同一理由而適用之。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，即成爲不當得利，而有不得不予償還者。因此，破產債權者，一面主張抵銷，一面又可以此不當得利之請求權，作爲破產債權而行使其權利。此時所謂破產債權者，乃係以成就解除條件爲要件之附停止條件破產債權也。至此項破產債權以後之效力，須依照附停止條件債權之效力自不待言（中破產法草案二五五條，日破產法二七五條）。

（三）附停止條件債權或將來之請求權 主動債權爲此等債權時，不得主張抵銷。不過此等債權者，在對於破產者清償其債務之際，爲<sub>L</sub>後可以抵銷計，得在其債權額之限度內，請求清償額之提存（中破產法草案六二條，日破產法一〇〇條）。若至最後分配之拒絕期內，其停止條件尙未成就者，則視爲在破產程序中不能成立之債權而拒絕其抵銷，即以所提存之金額分配於其他破產債權者（中破產法草案二五五條，日破產法二七五條，二七八條）。至債權者所以請求提存者，原爲後日保留抵銷之地步，若債權者當清償其債務時，並不請求提存，僅爲單純之償還，則日後屬於主動債權之停止條件，縱有成就，亦已不能主張抵銷矣。

再主動債權爲單純債權，而受動債權爲附停止條件債權時，債權者得在條件未成立前，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，亦不妨相機而爲抵銷之主張。至關於將來之請求權，亦得準此（日破產法九九條後段）。

若主動債權及受動債權均爲附停止條件債權或將來之請求權時，可基於上述同一理論而對於雙方適用之。即主動債權，在其條件已成就者，則可抵銷之。受動條件已成就者，則其債務者即主動債權者，固然須爲清償，但彼時主動債權之條件如已成就，得互相抵銷，如未成就，得請求清償額之提存（中破產法草案六二條，日破產法一〇〇條）。

（四）異種之債權及額不確定之債權 據民法上抵銷之通例，所可抵銷之雙方債權，須其給付種類相同（中民法三三四條）。並須彼此之債額確定（日民法五〇五條），原毋待言。但在破產情形之下，則已將民法之規定擴張之，雖爲異種債權，或額不確定之債權，亦得互相抵銷，（中破產法草案六〇條，日破產法九九條）。不過破產債權者之債權即主動債權，不問爲金錢以外之債權，或爲額不確定之債權，或爲以外國貨幣爲準之債權，均須依宣告破產時之標

準評定爲金錢債權後，再依其確定額而爲抵銷。

關於此點，在上述之附期限債權，附解除條件債權，附停止條件債權，亦是如此。如爲金錢以外之債權，或額不確定之債權，或以外國貨幣爲準之債權，均依宣告破產時之標準，而評定爲金錢債權，依其確定額而抵銷之。

似上係關於主動債權之說明，至受動債權即破產者之債權，則不適用之（參照日破產法一〇二條，中破產法草案一三條）。故受動債權之能抵銷者，須爲元來之金錢債權，且其債權額已確定者，否則破產債權者不能與之互相抵銷。

### 第三節 對於民法上抵銷之限制

（一）總說 據民法上抵銷之通例，債務之能互相抵銷者，祇以雙方債權，在意思表示之時互相對立，得爲抵銷爲已足。然在破產時，則因破產係爲破產債權者利益起見，而以公平分配破產財團爲目的之方法，如對於較別除權更能得到優先之滿足之抵銷權，使某債權者在破

產宣告後或危殆時期內而能爲新的設定，即不足以保持破產債權者間之公平。因此，在破產法上之抵銷，其雙方債權之對立，即以宣告破產時業已存在者爲必要。若在破產宣告後，或在形式上雖未宣告破產而可與破產同視之破綻時期內，而取得新債權，或負擔新債務，或讓受他人債權，以製成對立形式，冀圖適於抵銷者，則須絕對禁止之，此即破產法對於民法上抵銷所設立之限制也。

(二) 宣告破產後負擔債務 破產債權者於宣告破產後，對於破產財團負擔債務者不得抵銷（中破產法草案六五條一款，日破產法一〇四條一款）。例如當破產財團所屬財產拍賣時，破產債權者獲得拍賣之選而負支付價金之義務者，務須將其價金完全交納於財團。若對於偶爾獲買財團財產之破產債權者允許互相抵銷，則不但僅可使此等債權者得到完全之滿足，而陷於不公平之弊，而且破產財團，益加減少，有損一般破產債權之利益。故此種抵銷，即爲破產法上所不許。

(三) 破產宣告後取得破產債權 破產者之債務者，於破產宣告後，對於破產者取得之債權

，不許抵銷，固無論矣。即取得在破產宣告前所發生之他人破產債權，亦不得抵銷（中破產法草案六五條二款，日破產法一〇四條二款）。蓋以宣告破產以後，破產債權之價值，勢必大爲低減。例如銀行受破產宣告時，銀行存款之價值，必然下落，此時若有以相當之價格承買存款摺者，縱令其價格在存款之摺面額以下，而存款者亦必多有出賣之者。然對於銀行負擔債務之債務者，此時以其摺面額以下之價格而買得存款債權，如果允許以其存款之摺面額對於所負銀行之債務，互相抵銷，則銀行之債務者，即可獲得大利，而破產財團，益見減少，銀行資產狀態，益成惡化矣。此種抵銷之應當禁止，即此已可瞭然。

（四）停止付款後取得破產債權 破產者之債務者，知有停止付款或聲請破產之事實，對於自己之債權者即破產者取得破產債權時，不得抵銷（中破產法草案六五條三款，日破產法一〇四條三款）。此種抵銷禁止之理由，與上項破產宣告後取得破產債權之情形完全相同。即在破產者，雖然尚未宣告破產，但於已經停止付款，或聲請破產後，其破產債權之價值，亦必大爲低減。例如銀行已經停止付款或受破產宣告，其銀行存款債權之價值，必將日益下落

，銀行之債務者，若買得此項下落之存款債權，以其存款之摺面額，而與所負銀行之債務互相抵銷，自然是與前述情形無異，必至銀行之資產狀態，日益成爲惡化，而有損破產債權者之利益。

以上所述，乃爲對於買得廉價債權而人爲的備具抵銷要件，以圖抵銷之行爲，而禁止抵銷者。若其取得之破產債權，係基於法定原因（例如繼承原因），或基於知有停止付款或聲請破產前所生原因者，仍得主張抵銷（日破產法一〇四條三款但書，中破產法草案六五條三款但書）。至於雖爲惡意取得之破產債權（即知有停止付款等事實），而是基於宣告破產前之較長時期內所生原因者，是否可以抵銷？此在日本破產法（一〇四條三款但書後段），已有明文認爲可以抵銷，即基於破產宣告時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（日破產法八四條，中破產法草案一〇三條），故兩者之時期均爲一年。中國破產法草案第一百零三條，已就否認權不得溯及於宣告破產時起六個月以前之行爲，設有一種限制之規定，而於此處則付闕如，實屬有失權衡。



(五) 租金之抵銷 關於租金之抵銷，中國破產法草案，尙無規定。據日本破產法第一百零三條一項，出租人受破產宣告，而承租人爲破產債權者時，僅得就宣告破產時之當期及次期租金而爲抵銷，但有押金者，卽關於以後之租金亦得抵銷。此項限制，係基於日本破產法第六十三條之旨趣而來（中破產法草案八二條）。如果對於租金抵銷，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取者之財源。至承租人已經繳付押金時，則押金之金額，曾有益於財團者，故不必加以上述之限制，卽令爲次期以後之租金，亦許互相抵銷。此外關於地上權之地租及永佃權之佃租，據日本破產法第一百零三條二項，亦可準用租金抵銷之規定。

破產法論

# 第二編 程序規定

## 第一章 總則

### 第一節 破產事件之管轄

(一) 事務管轄 所謂事務管轄者，依事件之性質，而分屬於何級法院管轄之謂也，在第一審案件採取初級與地方法院分別管轄之審判制度之下，破產事件，究應歸初級法院管轄乎？抑應歸地方法院管轄乎？其立法例原不一致。即就日本一國而言，在從前舊法時代，是屬於地方裁判所管轄，現行破產法（一〇五條至一〇八條），已改爲屬於區裁判所（初級）管轄矣。在劃歸地方法院之立法理由，以破產事件，程序複雜，關係重大，自應屬於地方法院管轄，以昭慎重。在劃歸初級法院管轄之立法理由，以破產事件，貴乎迅速處理，否則破產者之財

產，恐有隱匿消失之弊，故應屬於初級法院管轄，以便容易了結。吾國自初級廳合併地方廳以後，所有第一審案件，雖在地方法院，附設簡易庭，以向屬初級管轄案件歸其處理，其餘則由地方本法院受理之。然就其全體範圍言之，則可云第一審事件係統歸地方法院管轄，已無初級地方之分。因此，則破產事件，自然是屬於地方法院管轄，而不發生事務管轄之問題。中國破產法草案所定破產事件，由地方法院管轄之（一一一條，一二二條），在現在審判制度之下，原係當然之理。不過現在地方法院內，尚有所謂單獨制與合議制之分，破產事件，應由單獨推事受理？抑應由合議庭受理？予以爲此係法院本身之職權，可由法院依其事件性質之複雜與否，重大與否而斟酌行之。惟據立法院所通過之法院組織法立法原則，係採三級三審制度，而於第一審之地方法院，完全採取獨任制，將來如果依此立法，則更不生單獨推事受理抑合議庭受理之問題矣。

（二）土地管轄 關於破產事件之土地管轄，在破產法中已經明白規定（中破產法草案一一一條至一二二條，日破產法一〇五條至一〇七條），茲分述於左。

(甲) 營業所所在地 債務者爲營業者時，以管轄營業所所在地之地方法院受理破產事件。所謂營業所者，係指主要之營業所而言，若在外國有主要營業所時，則依本國之主要營業所定之。中國破產法草案中雖未定明主要字樣，雖未定明外國有主要營業所者之辦法，然日本現行破產法，則已一一明定之矣。

(乙) 普通審判籍所在地 債務者爲非營業者，或無營業所時，其破產事件，以管轄債務者普通審判籍所在地之地方法院管轄之。何處屬於債務者之普通審判籍，則依民事訴訟法之規定。

(丙) 繼承開始地 關於繼承財產之破產事件，以管轄繼承開始地之地方法院管轄之。何處屬於繼承開始地，據中國民事訴訟法觀之，應屬於被繼承人之住所地（中民訴二條及一六條）。

(丁) 財產所在地 無前述之管轄法院時，卽無營業所，無普通審判籍，以及無開始繼承地之管轄法院時，則以管轄其財產所在地之地方法院管轄之。

所謂財產者，原有不動產，動產，債權之分，中國破產法草案第一百一十一條二項，僅云不動產所在地（並且未包括繼承財產破產者在內），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？此點似欠妥當，應以不專指明爲不動產，而以財產二字總括之。惟財產中之債權，乃係無形之物，究以何地爲其所在地，又須以明文規定爲宜，故日本現行破產法（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。

至財產在兩處以上，而數個之法院有管轄權時，則以最先受破產聲請之法院管轄之（中破產法草案一一三條）。

（三）專屬管轄 破產事件之管轄，係專屬管轄，不得依當事人之管轄合意而左右之。因之法院對於各破產事件，有依職權調查其管轄之必要。惟審判籍係因破產之聲請而決定，其管轄之有無，即應以聲請破產時爲標準。此就中國破產法草案第一百一十三條以最先受破產聲請之法院有管轄權一點觀之，即可明瞭。故在聲請破產之後，關於管轄基礎之事實（如營業所，住所，財產所在地），縱有變更，而破產事件之管轄，毫不發生影響。

不過在聲請破產當事，其受理破產聲請之法院，自始雖然無管轄權。但在繫屬於第一審或抗告審之際，繼而發生管轄原因，使最初受理破產聲請而無管轄權之法院，又有管轄權者，則可以最初之管轄爲正當。此即因抗告審得以新事實及證據爲裁判之根據（中民訴四五六條），其在事件之繫屬中，若發生管轄原因，而管轄已臻於適法故也。

至於破產之聲請爲管轄錯誤時，無管轄權之法院，是否能移送有管轄權之法院？據中國民事訴訟法第二十八條規定『訴訟之全部或一部認爲無管轄權者，應以裁定移送於管轄法院』云云。因此，則破產事件管轄錯誤時，亦當以裁定移送之。

## 第二節 程序之總則

### 第一項 民事訴訟法之準用

(一) 破產程序之性質 破產程序，就狹義言，爲宣告破產以後之程序，就廣義言，則包括

宣告破產程序與宣告破產以後之程序二者。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。故總括全部言之，破產程序，可謂為極複雜之特別訴訟程序。因此，在廣義之破產程序，如破產法中無特別之規定者，即當準用民事訴訟法之規定（中破產法草案一一四條，日破產法一〇八條）。其所以定為準用而不曰適用者，即民事訴訟法所規定者，係普通訴訟程序，而破產事件，則屬於特別程序故也。

(二) 準用之範圍 關於破產事件，其準用民事訴訟法之範圍如何？茲述其大要如左。

(甲) 準用民事訴訟法第一編總則之規定者，為(一)關於法院職員迴避之規定，(二)關於當事人能力及訴訟能力，訴訟參加，訴訟費用之規定，(三)關於言詞辯論時之規定，特別是關於訴訟指揮權，法庭警察權等之規定，(四)關於裁判更正之規定。

(乙) 準用民事訴訟法第二編之規定者，為關於證據調查之規定。

(丙) 準用民事訴訟法第三編之規定者，為關於即時抗告之規定。



## 第二項 破產法上之特例

(一) 總說 廣義之破產程序，既是包括宣告破產程序與宣告破產以後之程序，而程序規定之總則，則此兩種程序，當然均能適用，自不待言。其在破產法中關於廣義之破產程序無特別規定，而應準用民事訴訟法之程序規定各事項，已略述於前矣。茲特就破產程序中關於破產程序所設之特例列舉於左。

(二) 法律之輔助 關於破產事件，法院得互求法律上之輔助（中破產法草案一一五條，日破產法一〇九條）。此即基於法院編制法第一百五十四條而為規定者也。

(三) 任意的言詞辯論 關於破產程序之裁判，應為言詞辯論與否，得由法院自由選擇，即所謂任意的言詞辯論主義（Freigestellte Mündlichkeit der Verhandlung, Facultative mündliche Verhandlung）是也。但在普通民事訴訟，其判決，必須經過言詞辯論，即所謂必要的言詞辯論主義（Notwendige, mündliche Verhandlung）。然則破產程序，何故採取任意的言詞

辯論主義？此即如後面所述，破產事件，關乎公益，所有裁判基礎之資料，悉採職權調查主義，故毋須經過言詞辯論，得由書面審理爲之。總之法院對於破產事件，或依書面審理，或爲言詞辯論，抑或兼用此兩者方法而審理之，均得任法院之自由選擇。

裁判之形式，不問經過言詞辯論與否，通常均是裁定形式。其經過言詞辯論之裁定，應宣示之（中破產法草案一一四條，中民訴二二六條）。又爲言詞辯論時，其審理務須公開。

此處所謂裁判者，係指法院明示的一切處分行爲而言，其裁判之種類如何，則不問也。惟法院之單純準備行爲等不屬之。至債權者會議或監查委員之決議，當然不是裁判。

（四）職權調查 在普通民事訴訟，因採行辯論主義，其可爲判決基礎之訴訟資料，原則上僅以當事人所提出者爲限。然破產事件，則以有關公益，而採行職權主義（*Offizialprinzip*），法院得以職權爲必要之調查。至於職權調查之方法及時期。則毫無何等之限制，可以對於某一官廳或某一私人要求報告或調取記錄及帳簿等等，可以隨時訊問當事人，證人或鑑定人。總之法院關於破產事件，不僅可以自動的爲證據之調查，並可就其事實之資料而調查之。

(五) 職權送達 關於破產事件之裁判，雖爲宣示，仍須以職權送達（中破產法草案一一七條，日破產法一一一條）。蓋以破產程序，其利害關係所及範圍，至爲廣繁，僅依宣示，每有不能普及於一般利害關係人者，故職權送達，卽所必要。惟於利害關係人爲不定多數之時，一一調查其住所而爲送達，事實上常有不能，卽得以公布代替之。蓋以既可減少送達之困難，復可使一般住所不明之多數人，容易周知其實事也。

至於公布之外，尚須兼爲送達者，如破產之宣告（中破產法草案一七〇條一七一條，日破產法一四三條）撤銷破產裁定之確定（日破產法一五六條，中破產法草案僅一七五條規定公布，未規定送達），債權調查特別期日之裁定（中破產法草案一八七條，日破產法二二七條），債權調查期日之變更及債權調查之延期並繼續之裁定（中破產法草案一八八條，日破產法二三八條）等是也。關於此類送達，得以文書交郵政局爲之。此時爲使公布與送達發生同一之效力起見，又在法律上規定公布有送達之效力（中破產法草案一二三條，日破產法一一八條）。因此，其在兼行公布與送達時，可解爲注重在公布，而送達祇是一種訓示之意義而已。

關於送達之方法，在破產法中無特別規定者，則依民事訴訟法關於送達之規定。其交郵政局爲送達者，可依民事訴訟法第一百二十五條第二項及第一百三十四條第三項之規定辦理。不過在破產法院所在地，無住所營業所事務所者，雖已指定送達代收人，亦得交郵政局而爲送達，此即因破產法中關於郵政局送達之規定，是對民事訴訟法送達之規定，爲特別之規定故也。

(六) 公布 破產程序之開始，即影響於破產債權者及其他不定多數利害關係人之權利，並且對於破產者在破產宣告前所爲之行爲及其他一切實體上之權利關係，亦有種種影響。故於破產程序之裁判，在許多地方，均規定須依公布爲之，因之破產法中即對於公布有許多特別之規定。

公布在公報及可掲載登記事項公布之報紙上爲之，此時之公布，自最終掲載日之翌日發生效力（日破產法一一五條）。若在破產法院管轄區域內無上述報紙者，則以公布揭示於法院及破產者之營業所，或住所所在地之分店，或管轄區域內公共揭示場等而爲之，此時之公布，自

揭示之日起，經過三日後發生效力（日破產法一一六條）。中國破產法草案第一百二十二條，僅限於法院指定之報紙掲載公布，如在未有報紙之地方，則事實上即不能以公布行之，此誠立法上之大缺點。

（七）不服之聲明 關於破產程序之裁判，不是判決，乃係裁定。因破產為一般之強制執行，得不經口頭辯論而為裁判，故對於此項裁判聲明不服，係依即時抗告行之。然法律亦有特以明文禁止聲明不服者。此種禁止規定，不過為一種例外，其無此禁止規定者，原則上對於一切裁定。均得聲明即時抗告（中破產法草案一一九條，日破產法一二二條）。

得聲明即時抗告之人，為對於裁判有利害關係者，然則如何之人，始有利害關係？則在各個情形之下，以法律上之利益在裁判上所受損害如何而定之。破產管財人，破產者，各個破產債權者或財團債權者，均得聲明抗告，惟債權者會議及監查員，則無此權限。

即時抗告期間，在日本破產法，亦有特別規定（一二二條），在裁判已為公布時，則自公布日起算，為二星期。其未為公布僅有送達者，則依日民事訴訟法之規定，自己為送達日起，為

一星期。中國破產法草案，既無此種特別規定，則裁判不問爲公布，爲送達，自然是依中國民事訴訟法第四百五十三條第二項，一律以七日爲其期間。

此外即時抗告之程序，悉依民事訴訟法所規定抗告之程序辦理。若爲再抗告者非以違背法令爲理由不得爲之。

已有抗告之聲明，雖原則上不停止裁定之執行，而例外尙得停止之（中民訴四五八條）。惟在破產宣告之裁定，據破產法規定（四條），係從宣告之時起，即發生效力者。因此，則對破產宣告裁定而聲明抗告者，即無停止執行之例外。此即破產法對於民事訴訟法第四百五十八條二項三項之特別規定，而破產法之特別法，有優於民事訴訟法之普通法之效力也。

至抗告法院之裁定，則非於確定之後，不生效力。此即以此項裁定，尙得依再抗告而變更之。若即刻使之發生效力，則依再抗告而再遭變更，又須回復執行，反覆無定，徒增程序之煩雜故也。但抗告法院，亦得以其職權，在裁定上定爲即時發生效力（中破產法草案一二〇條，日破產法一一三條）。

若抗告法院所爲裁定，係破產宣告之裁定，則又當然即時發生效力（日破產法一一三條二項），此即基於破產效力自宣告時發生之同一理由也（日破產法一條，中破產法草案四條）。

（八）口頭陳述 關於破產程序之聲請，陳述及抗告，或以書面，或以口頭，均得爲之（日破產法一一四條，中破產法草案無規定），其以口頭爲之者，法院書記，須作成筆錄。

### 第三節 破產之登記，通知及否認之登記

（一）法人破產之登記 對於法人宣告破產時，法院須速以職權送交囑託書並附以破產裁定書之謄本，囑託各營業所或各事務所所在地之登記所，爲破產宣告之登記（中破產法草案一七二條，日破產法一九條）。此即以法人因破產而解散，須登記之以保持社會上交易之安全故也。登記所接收前述囑託書後，須迅速履行其登記。其登記，則不收取登錄費（日破產法一二二條，中破產法草案一七四條）。此因對於破產之登記課收費用，則減少財團之財產，未免於破產債權者有損之故。

(二) 破產者或破產財團之破產登記 法院知有關於破產者之登記時，例如知有未成年人或妻之商業登記，未成年人法定代理人或監督人之商業登記等時，須速以職權送交囑託書並附以破產裁定書之謄本，囑託登記所為破產之登記（中破產法草案一七三條，日破產法一二〇條）。

上面所述，是關於破產者本身已有登記時之規定，至於非破產者本身之登記，例如無限公司股東破產時，對於無限公司登記中所為股東姓名，股款等之記載，因係屬於公司內容之登記，而非股東本身之登記，則無囑託為破產登記之必要。惟此時股東之破產，已有退股之原因，可由公司就以前登記事項而為變更之登記。

又法院知有屬於破產財團之權利已經登記者時，亦當與前述相同，而為登記之囑託（中破產法草案一七三條二項，日破產法一二〇條二項）。此種破產登記，至為切要。例如就已為不動產或船舶登記者而為破產之登記，則此項財產，即可因之而屬於破產財團，且既以公示方法（登記）表明此項財產，已屬於破產的扣押之財產，則欲就此項財產而為交易者，即可直接



與破產管財人交涉之，以保持交易之安全。

(三) 破產撤銷及破產廢止或強制和解撤銷之裁定確定時之登記 破產宣告，因不俟其確定而發生效力，故破產宣告後，即須爲其登記，已如前述。但破產撤銷或破產廢止之裁定，則因確定時而破產即因而終止，故確定時又有爲登記之必要。至於強制和解之撤銷，其裁定確定時，正與宣告破產相似，而有續行破產程序之必要，故亦非登記不可。其登記之程序，則一律準用前述之規定（日破產法一二一條，中破產法草案一七六條，僅有撤銷破產裁定確定時之準用）。

(四) 破產終結之登記 關於破產終結之裁定，以其不許聲明不服，故即時確定之。因之在破產終結已爲裁定後，應即刻爲登記之囑託（日破產法一二一條）。此與破產撤銷之裁定等相同，彼則俟確定後而破產終止，此則一有裁定後而破產終止，均有以登記方法而公示之之必要也。

(五) 拋棄已爲破產登記之權利時之登記 就破產財團所屬權利已爲登記者，而爲破產之登記

，原爲表明該財產屬於破產財團之權利，已如前述。若破產管財人，將此項財產從財團拋棄，而使屬於財團以外之財產時，則由破產者等利害關係人爲囑託登記之聲請（此時非法院之職權，而是由於有聲請後爲之）。破產管財人，本不能輕於將已登記爲財團所屬之權利而無故拋棄者。但關於繫屬在訴訟中之財產，或附有負擔之財產，或需要較多保存費用之財產等，則可以善良管理者之注意而爲自由之判斷。如以置之財團以外較爲有利，自然可以拋棄之（日破產法一二一條）不過關於此項權利之拋棄，須經監查員之同意。至已經拋棄之財產，以後即屬於破產者之自由財產。

（六）破產財團所屬權利已爲登錄者之破產登錄 上述登記各事項，在財團所屬權利已爲登錄者時，當爲同樣之處理，故日本破產法（一二四條）即有準用之規定。明白言之，即破產宣告時，法院須依職權而爲破產登錄之囑託，撤銷破產裁定確定時，亦須依職權而爲破產撤銷之登錄囑託，其破產管財人拋棄已爲登錄者之權利而置之於財團以外時，又須依聲請而爲拋棄之登錄囑託。至於不收登錄費一事，亦與登記囑託之時相同。

又否認登錄原因之行爲時，或否認登錄本身時，亦與登記被否認時爲同一之處理（日破產法一二四條）。

（七）否認之登記 否認權爲管財人所行使，在否認登記原因之行爲時，例如否認所有權移轉登記原因之買賣等行爲時，管財人須基於其判決確定證明書，爲否認原因行爲之登記，其僅否認所有權移轉之登記本身時，亦然（日破產法一二三條）。蓋以在破產者移轉所有權後，而已爲移轉之登記者，若否認其移轉行爲，以使該財產復歸於破產財團，依照普通辦法，本應就所有權移轉之原因行爲或登記，而爲註銷登記。然在破產法中，則特別新設否認之登記制度，使管財人基於否認權行使之結果而爲之，以達到與就移轉之原因行爲或登記而爲註銷登記者之同一目的。

何故要新設否認之登記制度？蓋以若爲普通之註銷登記，以後遇有破產撤銷，在其裁定確定之時，否認權即被溯及而歸於消滅，此時又非爲回復其原狀之登記不可。然在爲否認之登記者，則以後爲破產撤銷之登記時，其否認權之登記，自當隨之而失其效力，僅有破產撤銷之

登記，即可與已爲回復登記者達到同一之目的。

否認權之行使，結果必須爲否認之登記。故欲因否認之訴而否認不動產所有權之移轉行爲，使之返還於財團時，即當求其可就不動產移轉之原因行爲而爲否認登記之給付判決，以便基於此項確定判決，而履行否認原因行爲之登記程序。若不否認所有權移轉之原因行爲，僅否認所有權移轉之登記時，即當求其可就所有權移轉之登記而爲否認登記之給付判決，以便基於此項確定判決，而履行否認登記本身之登記程序。

在已爲否認之登記後，而發生所謂破產撤銷，破產廢止，強制和解撤銷等登記原因時，當然是如前述，須爲登記之囑託（日破產法一二三條二項）。其中破產撤銷一項，能溯及於宣告破產時而消滅破產之效果，故破產撤銷之裁定確定，而否認權，亦即當然失其效力，因之否認之登記，亦可基於此理，認爲應隨破產撤銷之登記而喪失其效力。至於破產之廢止，則係不能溯及於已往而消滅破產之效果者，故否認之登記，仍可持續其效力。其餘強制和解撤銷之登記及破產終結之登記時亦然。

又破產管財人因行使否認權而收歸於破產財團之財產，當然亦有拋棄於破產財團以外者，此時法院亦須依聲請而爲登記囑託（日破產法一二三條二項）。

否認之登記，亦不收登錄費（日破產法一二三條二項），

（八）破產之通知 已爲破產宣告時，除公布外，尚有須通知者。

（甲）通知主管官署 法人受破產宣告時，關於法人之設立或其目的事業，曾經官署之許可者，法院須以破產宣告之事實，通知於當該主管官署。其破產撤銷，破產廢止，或強制和解撤銷之裁定確定時，以及已爲破產終結裁定時亦然（日破產法一二五條）。所謂關於法人之設立須官署之許可者，如民法上之公益法人等是，所謂關於法人之目的事業須官署之許可者，如銀行業，保險業，信託業等是。

（乙）通知檢察官 法院已爲破產宣告時，須以其事實迅速通知於檢察官（日破產法一四四條），此卽爲使檢察官調查有無有罪破產行爲故也。

（丙）通知本籍公署 破產法院，於破產裁定確定後，須通知破產者本籍之縣市公署。此卽

因破產宣告之裁定確定後，即對於破產者，發生身分上之效力故也。其復權許可之裁定確定時，亦須通知之。

## 第二章 破產宣告

### 第一節 破產宣告之要件

#### 第一項 破產原因

(一) 總說 國家當開始破產程序以保護債權者權利之際，自不得不有保護權利之要件，換言之，即不得不有開始破產程序之必要理由，此即破產開始之實質的要件，而稱之為破產原因。

關於破產原因，在英美法，是採列舉主義，即就破產者之各個破產行為而列舉之之主義，(

如列舉債務者讓與或委任其財產於受託者，以及債務者以其財產之全部或一部為詐欺之讓與，贈與，交付，移轉等等各個破產行為）。在具有各個破產行為時，即許聲請破產，而為破產之宣告。至大陸法，則採概括主義，即依概括的觀念而定破產原因之主義。

依概括的觀念所定之破產原因，有付款不能，停止付款，超過債務三種，在採商人破產主義之法國法系立法例，是以停止付款為破產原因，日本舊破產法亦然（日舊商法九七八條）。在採一般破產主義（不問商人非商人均得破產）之德國法系立法例，則以付款不能為破產原因，日本現行破產法及我國破產法草案亦然。

（二）破產原因 日本現行破產法及中國破產法草案，均係採一般破產主義，而關於破產原因，亦仿德國法系之法例，已如前述。惟日本破產法，原則上是以付款不能為破產原因，而例外尚有認超過債務為破產原因者。中國破產法草案，在原則上是與日本一致，而於例外之規定，則太欠明瞭，如草案第二條之法人破產，在日本係例外的以財產不能清償債務（即超過債務）為破產原因，故有「以其財產」四字。（日破產法一二七條）中國破產法草案則刪去此

四字，即與草案第一條以付款不能（原文係「不能清償」）為破產原因者無異矣。此點曾在本書緒論中論中國破產法之沿革時詳述之，茲不贅及。至草案第三條之繼承財產破產，在日本亦係以超過債務為破產原因，故條文中定為「不能以繼承財產清償云云」。中國破產法草案未如此明白規定，亦太含混，不能即認定是以超過債務為破產原因。茲以日本現行破產法為依據，而分述其原則與例外如左。

（甲）原則 不問債務者為自然人抑為法人，在陷於付款不能之狀態時，法院可依聲請而以裁定宣告破產。此即原則上是以付款不能為破產原因。其停止付款者，即推定為付款不能（日破產法一二六條，中破產法草案第一條）。故在不能舉出應當停止之反證，而停止付款者，即當以付款不能論之也。

（乙）例外 關於例外，有左列兩種情形。

（1）對於法人，在上述付款不能之外，尚有在不能以其財產清償債務時，即所謂超過債務時，亦得宣告破產。此即對於法人之破產原因，則有付款不能與超過債務之二者。



不過在存立期間內之無限公司及兩合公司，則不包括在上述法人之內，而不以超過債務爲破產原因。蓋以無限公司及兩合公司，是所謂人的公司者，在公司之外，原有無限責任股東。因此等股東本身之償還資力，原可供作償還公司債務之資料，故各股東之信用，每每對於公司之償還力，能給與以良好影響而獲得金融上之周轉。因此，則此項公司在尚未陷於付款不能時，縱令從現在之財產狀態觀之，已經超過債務，却亦毋須宣告破產。此又係由例外而返於原則，其在存立期間內之無限公司及兩合公司，不以超過債務爲破產原因，而僅以付款不能爲破產原因矣（日破產法一二七條二項），但無限公司及兩合公司，如已依他項原因解散，而在清算中時，其不能以其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，以維持債權者間之公平而完結公司之債務。故在清算中之無限公司及兩合公司，其有超過債務者，又無妨宣告破產。

在無限公司及兩合公司外之商事公司（股份有限公司，股份兩合公司），民事公司，以及其他一切法人，乃係以財產爲償還力之基礎，若財產超過債務，則有宣告破產之必要，故以

超過債務爲破產原因。不過在股份兩合公司，亦有無限責任股東，本不妨與兩合公司採取同一之辦法。然法律上對於股份兩合公司，却偏重財產之償還力，其在超過債務時，則認爲有宣告破產之必要。

(2) 對於繼承財產，在不能以其財產清償繼承債權者及受遺贈人之債務時，得依聲請宣告破產(日破產法一二九條)。此即以超過債務爲唯一之破產原因，因繼承開始後，僅以繼承財產爲償還力之基礎故也。至關於超過債務之計算，因繼承人之固有債權者，不得對於繼承財產行使權利，即不必以其債權額加入計算之。

(三) 停止付款 債務者停止付款者，即推定爲付款不能，此爲法律所規定者也(中破產法草案一條二項，日破產法一二六條二項)。究竟何謂停止付款？此不僅在宣告破產上，須明瞭其意義，即在不認權及抵銷權之適用上，亦有明瞭其意義之必要(如中破產法草案九四條二款等否認權之適用，六五條三款抵銷權之適用)。

所謂停止付款云者，即債務者以不能支付一般的金錢債務之旨，對債權者表示之主觀的行爲

之謂。茲分析說明於左。

(甲) 行爲 此處所謂行爲者，不是如私法上所謂法律行爲之狹義的行爲，凡基於債務者意思之決定，以不能支付之旨表示於外部之行動皆屬之。此項不能支付之表示的行動，有明示者，亦有默示者。例如於債權者索債時，以書面或口頭通知，或揭示於店外，或以傳單及廣告等而表示不能支付者，皆屬於明示的行動，又如倒閉，逃亡，隱匿，以及爲免除債務或展緩期間等運動，皆屬於默示的行動。然其不能支付之決意，若在表面之行動上不能認識者，却不能謂爲停止付款。故於已到償還期之債務，其未按債務本旨而爲償還者，即不能視爲停止付款。祇能認爲係一種不履行。蓋以償還期雖已到來，而債權者對於債務者不爲急迫催索時，則因債務者對於債權者尙能保持多少信用，而可以空空渡過履行期之難關，故不能即視爲停止付款。

如上所述，停止付款之本質，爲債務者之行爲固矣。然其行爲之效力，必須連續至宣告破產之時而未中斷，方可認爲停止付款之行爲。若一時不爲支付，而效力並未連續至宣告破

產時者，不能以停止付款之行爲視之。例如星期日國慶日以及其他循例休息之日，不能向銀行取款，自然不能認爲停止付款，即是一時因周轉欠靈而停止付款，然因債權者允許展期再付，而解除停止付款之效力者，則停止付款之行爲，即已歸於消滅。故此項過去之停止付款，即不能認爲破產原因，而在行使否認權時，亦不能認爲否認之原因。

(乙) 表示不能支付之主觀的行爲 停止付款既爲行爲，則其行爲之決意基礎，必須爲主觀的，此係自然之理。此項主觀的行爲，而在客觀上，不能謂爲實已陷於絕對的付款不能之狀態。例如某債務者尙有可易變賣之財產，或具有一種才能或信用，其於金錢上之融通，本未陷於絕境。然而某債務者却爲悲觀人物，竟於此時倒閉店鋪，或逃亡無跡。致使付款停止。此即在主觀上雖已停止付款，而在客觀上尙不能謂付款不能也。不過債務者之財產狀態，惟債務者本人最能深知。茲既出於倒閉逃亡等極端行爲，以暴露其付款之停止，而在客觀上，總有十分之八九，實已陷於付款不能之狀態。故法律上，即以明文規定此項停止付款，應推定爲付款不能（中破產法草案一條二項，日破產法一二六條二項）。若於此項

停止付款，能舉出應當停止之反證者，即不能推定爲付款不能，而作爲破產原因。

停止付款，既屬於表示不能支付之行爲，故爭執債務之成立，或提出時效，抵銷，以及其他抗辯而拒絕付款時，則不能視爲停止付款，又不待言矣。

(丙) 不能支付金錢債務 破產，是對於債務者給與以金錢的滿足之程序。故停止付款之意義，亦以金錢債務爲標準而定之。例如對於商品之現物交付，不能履行其義務時，若能以金錢的賠償代替之，即不能認爲付款停止。故在請求依商品券兌交商品時，不能以商品之現物應兌。而有以金錢代兌之資金準備者，即未陷於付款停止之狀態。

(丁) 不能爲一般的支付 停止付款，須爲一般的不能支付，非單就不能爲一種債務之支付而言也。所謂一般的不能支付者，並非謂一切債務，一時羣集請求付款，不能支付之謂。

一切債權者，在同一時候而爲請求，事實上原所罕有，當然不須有一切債權者之同時請求，始可認爲一般的不能支付。就銀行之停止付款言之，在相當的多數債務之一時索兌，或雖非多數，而爲一種巨額債務之索兌時，如不能應其請求而支付之，則以後其他債務，亦

必當然不能支付。此種情形，即是陷於一般的不能支付之狀態，而可視為停止支付。

(四) 付款不能 所謂付款不能者，即債務者不能支付一般的金錢債務之客觀的狀態也，茲分析說明之。

(甲) 不能支付之狀態 停止付款，為行為，付款不能，為狀態，此係兩者不同之點。停止付款，係一定時日內之行為，而付款不能，則指繼續的財產狀態而言，難以指定其時日。

(乙) 不能支付之客觀的狀態 一般人之償還力，係由財產，信用，才能三者合併而成，曾在本書緒論中言之矣。所謂付款不能者，即指應用此三者之償還力，而仍然難於償還之客觀的財產狀態而言，在此點上，則與超過債務不同，又停止付款，屬於主觀的，而付款不能，則屬於客觀的，在此點上，復與停止付款有別。停止付款，本即拒絕支付之行為，故在尚未至償還期而拒絕債務之支付時，即令賤價出賣物品，或高利借入款項，以及其他極無理之籌款行為，自不能謂為停止付款。然在客觀上，則從其籌措支付資金之拙劣手段觀之，已可認定為付款不能矣。

又一時暫行停付，與不履行債務，以及對於債務提出抗辯理由而拒絕償還，當然亦非付款不能。

(丙) 不能支付一般的金錢債務 此點與停止付款相同，已在前面詳言之矣。

(五) 超過債務 超過債務云者，即單以財產爲償還力之基礎，而債務之總額（消極的財產），超過於積極的財產之總額之謂也。日本破產法第一百二十七條所謂「不能以其財產清償債務」云云，即是超過債務之意。在停止付款與付款不能之觀念，不僅以財產爲償還力之基礎，而信用及才能亦包含之。在超過債務。則單以財產爲償還力之基礎，此即與停止付款及付款不能之觀念不同之點。如股份有限公司，乃所謂物的公司者，其償還力之基礎，僅爲財產一項，假使該公司之財產一旦超過債務，即有宣告破產之必要。至於自然人，雖然財產已超過債務，然憑藉本人信用及才能而能籌措償還之資金時，仍然無須爲破產之宣告，此係當然之理也。

(六) 破產原因存在之時期 破產原因，須在宣告破產之當時，尙爲存在者，此即因裁判基

礎之事實，是以宣告破產時之事實爲標準故也。因此，縱令在聲請破產時，有破產原因之存在，然以後若因得到延期償還等機會而使其原因歸於消滅者，即不得爲破產之宣告。又在第一審縱因破產原因之存在而宣告破產，然至抗告審如已消滅破產原因者，亦得撤銷其破產。反之，在第一審因無破產原因，而致破產之聲請被却下者，若於抗告審審理中，忽有破產原因之存在，又得爲破產之宣告。

## 第二項 破產當事人之要件

(一) 破產能力 破產宣告之主觀的要件。即能受破產宣告者之資格，稱之爲破產能力，茲分述於左。

(甲) 自然人 自然人在普通訴訟上，有當事人能力，其在破產時，亦有破產能力。換言之，即不問是否爲未成年者，爲妻，以及其他無行爲能力者，亦不問其人之職業如何，均有破產能力。在採商人破產主義之破產法，雖僅以商人爲限，可以宣告破產，然在採一般破



產主義者，則不問商人與非商人，均能爲破產之宣告。

外國依本國法律，可與本國人受同一之待遇時，亦得宣告破產（日破產法二條）。

(乙) 法人 法人可分爲公法人與私法人兩種。

(1) 公法人 對於國家，或市，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。蓋以對於國家及自治團體進行破產程序時，其妨害統治及行政事務之行使，已不待言。況且國家本身，於必要時，尚可依其監督作用，而對債權者爲公平之償還，原無須爲破產之宣告。至對於公共團體，其情形亦復相似。所謂公共團體者，如商會，水利協會，農會，水產協會之類。

(2) 私法人 民法上之法人（即公益法人及營利法人）及商法上之法人，特別是商事公司，其有破產能力，自無可疑。又依公司法之規定而組織公司者，即非商事公司（如經營鑛業，漁業，畜牧業，農業等民事公司），在採一般破產主義法律之下，亦有破產能力。

至於依特別法而組織之法人，如保險公司等，自然亦有破產能力。

法人已因破產以外之原因而解散，其在算清之中，而殘餘財產之交付或分配尙未終了時，亦得爲破產之聲請（日破產法一二八條）。並且在其破產目的之範圍內，仍視爲存續（日破產法四條，中破產法草案二條二項）。

又在設立無效之公司，因事實上尙認爲公司存在，其有施行破產程序之必要時，亦能認爲有破產能力。

至寺觀廟宇等之特別公益法人，雖非適用民法上之規定而組織之，亦可解釋爲有破產能力

。又外國法人，能依本國法律而與本國法人受同等待遇者，亦有破產能力（日破產法第二條）

（丙）繼承財產 在破產法中，既承認繼承財產之破產，因之對於繼承財產本身，即不得不認爲有破產能力者。此即以繼承財產本身爲破產當事人即破產者，而與繼承人破產時以繼

承人爲破產者不同。然繼承財產本身，却不是法人，故在爲破產當事人時，不能直以法人稱之。惟對於繼承財產之破產，因與法人爲同一之處理，又可謂爲與法人之地位相當。此外關於繼承財產破產之性質，已於本書第一編第二章中詳述之矣。

至於已有破產聲請或破產宣告之後而開始繼承者，其破產程序，仍須對於繼承財產繼續進行之（日破產法一三〇條）。此項情形，即與對於債務者已開始強制執行後而債務者死亡，仍須就其繼承財產繼續執行者之情形相同。

再繼承財產之所以有破產能力者，其理由，亦能與民事訴訟法上之規定，互相適合。據中國民事訴訟法第四十一條第三項規定，「非法人之團體而設有代表或管理人者，亦有當事人能力」。既規定非法人團體能有當事人能力，則依此類推之，而認繼承財產本身有破產能力，亦無不可（固然有訴訟當事人能力者，如國家及自治團體等，不盡有破產能力）。

(二) 多數債權者之存在 從破產法理言之，則多數債權者之競合，本爲破產所不可缺之前提要件，此在本書緒論第二節已詳言之。然考察各國破產法之立法例，則並未明定多數債權

者之競合，爲破產要件之一。其是否屬於開始破產之要件，自然不無研究之餘地。據吾人見解，則以多數債權者之存在與否，實不必認爲破產之前提要件。

蓋以債務者備具破產原因時，事實上，必有多數之債權者存在，即令債權者僅爲一人之情形，不能謂爲無有，然法律上亦不必就此項情形而設立一種限制。若在法律上明定債權者有多數人時，始可宣告破產，則於多數人中之多數者不呈報債權參加破產程序，而呈報債權者僅爲一人者，勢非廢止破產不可，試問已經開始之破產程序而中途廢止之，又有何種實益？因之在呈報債權者縱爲一人，然既已開始破產程序，仍須繼續完成之，較爲適宜。如此，則債權者自始即爲一人者，亦不妨對於債務者爲破產之宣告，況且在承認一人可以宣告破產者，而事實上，真正僅爲一人時必少，其中十分之八九，當然是有多數債權者存在也。故各國破產法上，多未以多數債權者爲破產宣告之要件。我國破產法草案亦然。

### 第三項 破產之聲請

(一) 總說 關於破產之宣告，原有兩種主義，一曰職權主義，即依職權而宣告破產之主義也。一曰聲請主義，即依聲請而宣告破產之主義也。在昔一般訴訟，多採干涉主義，故關於特別訴訟之破產程序，亦依職權進行之。現代一般訴訟，多採辯論主義，故關於特別訴訟之破產程序，不依職權而依聲請進行之。日本現行破產法，對於破產之宣告，以依聲請為原則，而據民法之規定(日民法七〇條)，例外亦得依職權為之，此即因法人不能清償債務時，為維持公益起見，有不得不設此例外耳。中國破產法草案，完全採聲請主義，而民法上亦無例外之規定，如法人財產不能清償債務時，董事應即向法院聲請破產，否則債權人受有損失，董事應負賠償之責(中民法三五條)。關於申請，有債權者之聲請與債務者或準債務者之聲請。

(二) 債權者之聲請 凡屬破產債權者，均得為破產之聲請。其債權者是否為優先權者，抑為附期限債權者或附條件債權者，均在所不問。關於繼承財產，因繼承債權者及受遺贈人悉為債權者，當然亦得聲請破產(日破產法一三六條，中破產法草案一五八條)。在債權者聲請破產時，毋須已有確定判決或債務名義，唯釋明其債權存在及破產原因之事實為已足(中破

產法草案一五五條，日破產法一三二條）。不過冒稱債權者而為破產之聲請，致使他人受損害者，應負不法行為之責任。至於聲請破產時，已在外國受破產之宣告者，則破產聲請人，不必釋明破產原因之事實亦可（日破產法一三七條，中破產法草案一九五條）。

破產聲請人之債權，在抗告審之裁定確定前，是否必須存在，本屬一種疑問。不過宣告破產，原為全體債權者之利益起見，據破產法規定（日破產法一一二條），關於破產程序之裁判，既許所有利害關係人為即時抗告，則已經宣告破產之後，即令破產聲請人之債權歸於消滅，而為全體債權者利益所開始之破產，當然不能消滅其效力。故抗告法院，即令在聲請人之債權消滅時，亦不能撤銷其已經有效的開始之破產。且在民事訴訟法中，原有允許第三人為參加當事人而參加訴訟之規定，在已有破產宣告時，其他一切債權者，既經呈報債權而參加破產程序，此正與依此等參加債權者之聲請而為破產之宣告無異。此時縱令當初聲請人之債權，因償還及其他事由而消滅，而此外與當初聲請人有同一地位之債權者，尚屬不少，此所以認為抗告法院，不能撤銷其破產也。

別除權者，乃係不依破產程序而能行使其權利者，惟於不能由行使別除權而受償還之債額，方能為破產債權者而行使其權利。因此，則為破產之聲請時，必須釋明其不能由別除權而全受償還之旨，始得為之。其拋棄別除權時，亦須釋明拋棄之旨，始得為破產之聲請。

又財團債權者，多為發生於破產宣告後之債權，其不能聲請宣告破產，自無可疑。惟亦間有發生於破產宣告前者，如管財人對於雙方契約選擇履行時應負之債務（中破產法草案三八條六款），又如日本破產法所定國稅及其他賦稅之債權（日破產法四七條二款）等是也。此等財團債權，固然發生在破產宣告前，然以其為不依破產程序而得行使之債權，故仍不許為破產之聲請。

（三）債務者之聲請 在債務者已有破產原因時，自進而為破產之聲請，乃為至善之辦法。蓋以一方面不問對於債權者償還期之先後，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，若再進而成立強制和解，即可得到保持財產之利益。

在債務者自己聲請破產時，不必釋明破產原因之事實（中破產法草案一五五條，日破產法一三二條），此即以破產者自己之財產狀態，自己最能知之，既已自己聲請破產，卽是就自己之財政狀態不良而爲自白，而於破產原因之事實，已無須令其再爲釋明故也。惟法人之代表人等，其代表債務者方面而爲破產之聲請時，亦尙有須爲破產原因之釋明者（中破產法草案一五六條二項，日破產法一三四條）。

債務者聲請破產時，須同時提出記載財政概況之書狀及債權者並債務者之一覽表。若聲請時不能提出者，須於聲請後迅速提出之（日破產法一三八條，中破產法草案一六〇條）。

（四）準債務者之聲請 民法上法人之董事，及公司法上公司之無限責任股東，董事等，均得對於法人或公司聲請破產。其在清算中時，清算人亦得爲破產之聲請（日破產法一三三條，中破產法草案一五六條一項）。

在董事，無限責任股東，經理，清算人等聲請破產時，如係全體一致而爲聲請，卽無須釋明破產原因，否則必須釋明之（中破產法草案一五六條二項）。蓋恐因意見之不同，而發生內部



之紛爭，在本無破產原因時，而一部分希圖解散而聲請破產者，或亦在所必有，故設此種規定以限制之。

關於繼承財產，其繼承債權者及受遺贈人，當然得爲破產之聲請，已不待言。而此外繼承人，繼承財產管理人，遺囑執行人，亦得聲請之。其聲請時，並須釋明破產原因之事實（中破產法草案一五七條，日破產法一三六條）。

又一切準債務者聲請破產時，當然與債務者聲請破產時無異，須同時提出前述之書狀及一覽表。

（五）破產聲請義務者 在昔時之立法例，債務者於自己財產狀態不良時，應負聲請破產之義務，如日本舊商法，債務者當停止付款時，應負呈報之義務，違者即作爲過怠破產者而處罰。不過此種立法，未免近於苛酷，就一般人情言，自己不利之事實，每多不願自己向外暴露，今使債務者負呈報停止付款之義務，即是強制債務者呈報於自己不利之事實矣。故近世之立法例，則以不採此種債務者義務主義爲原則。惟於事關於公益者，始例外的令其負

擔聲請破產之義務，即左列各事是也。

(甲) 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。此在中國民法第三十五條，已有明白規定，如違背此項義務時，其有過失之董事，即應負賠償損害之責。至在日本民法，則更有對於違背此項義務者科以五元以上二元以下過怠金之規定，其清算人在清算中違背之者亦然(日民法七〇條，八一條)。

(乙) 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(中公司法六三條及七一條)。

(丙) 股份有限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(中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(中公司法二一四條，二一六條，六三條)。

(丁) 繼承財產管理人，遺囑執行人，或已為限定承認或財產分離時之繼承人，發見繼承財產不能清償繼承債權者及受遺贈人之債權時，即須為破產之聲請(日破產法一三六條二項)

，中破產法草案一五七條二項）。

(六) 破產聲請之時期 對於自然人，在其死亡以前，無論何時，均得為破產之聲請。不過在聲請破產後而繼承開始時，則破產程序，仍得對繼承財產繼續進行之（日破產法一三〇條）。所不同者，繼承財產之破產原因，原為超過債務，此時對於繼承財產宣告破產，既在繼承開始時，即不能以付款不能為破產原因，而應以超過債務為破產原因。

對於法人，在其解散以前，得為破產之聲請，勿論矣，即在解散以後，祇要殘餘財產之交付或分配尚未終結，亦得聲請破產（中破產法草案一五三條，日破產法一二八條）。

對於繼承財產聲請破產之期間，據中國破產法草案第一百五十四條規定，『得於繼承開始時起一年內為之』。在日本破產法第一百三十條，原則上則以依民法所定得請求分離財產之期間為限（自繼承開始時起三個月內得請求分離財產）。此即以在不能為財產分離時，則繼承財產與繼承固有財產即已混合，不僅劃分繼承財產而開始破產程序，極感困難，並且尚須害及繼承人固有債權者之利益故也。不過尚有一種例外，即在上述期間內，如已為限定承認或財

產分離，而繼承財產未與繼承人固有財產混合者，則於繼承債權者及受遺贈人尚未受得完全償還時，又可聲請宣告破產。

(七) 破產聲請之拋棄及撤回 債權者得豫與債務者締結契約，以拋棄其破產聲請權與否，本屬一種問題。但據吾人見解，則應從消極方面解答之，而認為不能拋棄。就債權之態樣言，固然有可以附以期限或附以條件者，然破產聲請權之拋棄，却不能當作一種條件而附加於債權之上。因破產聲請權，原為私權保護請求權中之一，而屬於公權之一種，豫以契約拋棄之，則為法律所不許也。

至於破產之聲請，是否可以撤回，應分作兩層言之，其在破產宣告尚未裁定前，得自由撤回之。若已為宣告破產之裁定者，則不問其裁定是否已經確定，均不得撤回。因破產之宣告已經裁定，即已對於全體破產債權者之利益，發生其效力故也。

(八) 破產程序費用之豫納 破產聲請人為債權者時，須依法院就破產程序費用所決定之金額豫納之。故已有破產之聲請後，即當以裁定指定相當之期間，命債權者為破產程序費用之

豫納，如果違反裁定而不爲豫納，法院即可却下破產之聲請。決定豫納金額之標準，依破產事件之大小定之。所謂事件大小者，如破產債權者人數之多寡，破產財團財產之大小及管理處分之難易等是也。此項裁定，不許聲明不服（中破產法草案一六一條及六二條，日破產法一三九條）。再費用之豫納，並不必限於聲請之債權者，即第三人亦可豫納之。在日本法院所定破產程序之豫納額，普通是自然人三百圓，法人五百圓，然因事件之大小，可按此或增或減。

破產聲請人非債權者時，換言之，即爲債務者或準債務者（法人之董事等）時，則破產程序之費用，暫由國庫墊付之（中破產法草案一六三條）。又破產聲請人爲債權者而不豫納費用時，法院亦有不却下破產聲請而宣告破產者，此時亦須暫由國庫墊付。至豫納金不足額時，法院自可令其再行補納，然既已爲破產之宣告，如有不肯補納者，自未便因之而撤銷其破產，此時亦非由國庫墊付不可。其因職權而宣告破產者亦同（日破產法一四〇條）。

破產程序費用，係爲破產債權者共同利益之裁判上費用，據破產法所定，以後當作爲財團債

權而清償者。關於此點，不問爲債權者豫納，亦不問爲國庫暫墊，均係相同。

## 第二節 破產聲請事件之審理

(一) 總說 已有破產之聲請時，法院須調查聲請適法與否以及破產原因之有無。

(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) 破產聲請之合式與否，即依書面聲請者，已否貼印紙於書面，依口頭聲請者，已否貼印紙於書記所作成之筆錄上(日本破產事件之聲請，應貼印紙一圓)。

(乙) 破產聲請人之聲請權，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) 破產聲請所必要之釋明是否具備，以及所必要之文件是否提出。

(戊) 債務者破產能力之有無。

(己) 債權者爲破產聲請人時，已否豫納破產程序費用。

按照上述各節調查之結果，如爲不適法時，應即却下其聲請。

(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。如前所述，除債務者爲破產聲請以及法人代表人等全體而爲破產聲請時，毋須釋明破產原因外，其餘聲請破產之人，均須爲破產原因之釋明。法院對於此等聲請者所釋明之破產原因，究竟是否存在，應爲詳細之調查。如審理之結果，認爲無破產原因者，即以破產之聲請爲無理由而却下之。

至於多數債權者之存在，不是宣告破產之要件，故於有無多數存在，即無調查之必要。

(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，抑或二者兼用，均得行之。在爲言詞辯論時。當然準用民事訴訟法中關於言詞辯論之規定，惟合意變更辯論日期，闕席判決，公示送達，中斷，中止及休止等規定，則不能準用。此即因破產事件之言詞辯論，係任意的，而非必要的，不能爲言詞辯論時，即可改爲書面審理，且能依職權調查

而爲裁判故也。不過關於中斷之效力一項，應分爲兩點言之，在當事人及法院行爲之效力一點，因事實上可以不依言詞辯論而依書面審理進行其事件，其行爲自然可以繼續有效而無須中斷。至於遵守期間特別是不變期間之效力一點，如因天災或其他不能歸責於己之事由，致當事人在事實上不能爲訴訟行爲時，若不中斷之，即不足以保護當事人之利益，因之關於遵守期間之效力，實以準用民事訴訟法上中斷之規定爲宜。

### 第三節 宣告破產之裁定

(一) 破產裁定及同時處分事項 認定破產之聲請適法，且已具備破產原因者，應以裁定宣告破產（中破產法草案一五二條，日破產法一二六條），此即稱之爲破產裁定。在破產裁定書中應當記載者爲何？法律上雖無規定，然宣告破產主文之爲必要，自不待言。至事實與理由，在以判決形式而爲裁判者固所必需，然以裁定形式爲之，在法律上却無必須記載之規定。不過在允許聲明不服之裁定，一方面，當事人須明瞭裁判之理由，始可作爲不服之根據，同



時，上級審就其不服之聲明而爲審理時，亦須明瞭下級審所爲裁判之理由。因此，法院關於宣告破產之裁定，通常均當記載其理由，並且爲推事在職務上之當然義務。

在破產裁定書中，須記載破產宣告之年月日時（中破產法草案一六六條，日破產法一四一條），此即因破產自宣告之時起發生效力故也。所謂宣告之時云者，在裁定爲宣示者，即爲宣示時之時，不爲宣示者，則可解釋爲推事作成裁定書而署名蓋章時之時。

其次與破產裁定同時處分之事項，在破產法中，亦有明白規定（中破產法草案一六八條，日破產一四二條），即選任破產管財人並定明左列各事項是也。關於破產管財人之選任，在後章當詳述之。

（甲） 呈報債權期間 此項期間，自宣告破產時起，須在十四日以上四個月以下。

（乙） 第一次債權者會議日期 此項日期，自宣告破產時起，須在三十日以內。

（丙） 調查債權日期 此項日期，自呈報債權期間之末日起算，須有七日以上三十日以下之期間。

上述第一次債權者會議日期與調查債權日期，得合併之。再第一次債權者會議期日，既規定在宣告破產時一月以內，故欲出席於此次會議之破產債權者，縱令所定之呈報期間較長而在一月以上，務須於一月以內呈報之，始可享受參與第一次會議之權利。

破產裁定書式

裁 定

債務者 某甲 年若干歲 某省某縣住某處 業商

右債務者某年某字第幾號之破產事件，本法院裁定如左。

主 文

債務者某甲，應視為破產者。

理 由

本院據債權者某丁對於債務者某甲所為破產之聲請加以審查，得悉債務者某甲除負

有債權者某丁之匯票債務三萬五千圓外，尚負有其他債權者之債務不少。因各債權者之擠兌，而一時以資金缺乏，周轉不靈。遂於民國二十年三月二十五日午後六時全部停止付款，因即推定債務者之財產狀態，實陷於付款不能。上列事實，徵之甲字第一號至八號之證書，以及證人某丙之供述，已無可疑。故本院認本件之聲請為有理由，特依破產法某條（中破產法草案一條及一五二條，日破產法一二六條）裁定如主文。

此外對於本件尚應決定之事項，依破產法某條（中破產法草案一六八條，日破產法一四二條）決定如左。

- 一 破產管財人 律師某戊 住某處
- 一 呈報債權期間 民國二十年十一月三日以前
- 一 第一次債權者會議期日 民國二十年十一月五日午前十時
- 一 調查債權日期 民國二十年十一月十三日午後一時

民國二十年十月十一日午後一時宣告

某地方法院

推事 某乙

(二) 宣告破產之公布及通知 法院爲破產之宣告後，即須公布左列事項（中破產法草案一六九條一七〇條，日破產法一四三條）。

- 一 破產裁定之主文（中草案係裁定之要旨）。
- 二 破產管財人之姓名住址。
- 三 債權呈報之期間，第一次債權者會議期日及債權調查期日。
- 四 破產者之債務者與破產財團所屬財產之持有者，不可對破產者而爲清償或交付其財產，並應將所負擔之債務或所持有之財產，以及持有者有別除權時之債權，於一定期間內呈報於破產管財人之命令（此項命令，即所謂保全命令。其中含有消極的與積極的兩個命令。前段所謂不可清償或交付，係消極的禁止命令，後段所謂應將債務，財產或別除

權之債權按期呈報，係積極的呈報義務之命令。由此命令所生之呈報義務，務須注意履行，若怠忽其義務者，其破產財團因此所受之損害，須負賠償之責。

以上一至四之事項，除公布外，而對於已知之債權者債務者及財產持有者，並須以載明此類事項之文件送達之。其上列之各事項，如中途有變更時，又須再為公布，並須載明其變更事項而為同樣之送達。

此外法院於宣告破產時，須速通知於檢察官，已在前面言之。

(三) 宣告破產時之破產廢止 法院認定破產財團不足償破產程序之費用時，須與宣告破產同時而為破產廢止之裁定。此即因破產程序中之費用，尚且不足補償，即令完成破產程序，於債權者毫無實益故也。此時法院須公布破產裁定之主文並破產廢止裁定之主文及理由之要

#### 破產公布式

旨。惟前述公布破產時之

#### 破產宣告

主文以外之事項，則無須公布，亦不必送達及通知

## 破產法論

債務者 某甲 年齡籍貫住址職業

右債務者某年某字第幾號破產事件，本法院已為破產宣告之裁定，特公布如左。

一 債務者某甲應視為破產者。

一 破產管財人，律師某戊，住某處。

一 全體債權者對於破產者之債權，須於民國二十年十一月三日以前之呈報期間內呈報於本法院，其呈報書中應附以證據書類或其謄本，並備具呈報書副本二份一併提出之。

一 破產債權者第一次債權者會議日期，於民國二十年十一月五日午前十時在本法院召集之，其會議日期應行討論之事項如下。

## 二七四

。其裁定書中，無須附帶決定管財人之選任及會議呈報調查等時期，更屬當然之事。

不過在無限責任或保證責任之相互保險公司及產業組合等法人，在受破產宣告時，雖財產不足償其費用，亦應完成其破產程序。因此等法人之社員或組員，應負擔其擔保責任，而破產程序之費用，亦

---

一 應否設置監查員，若可決設置時，其監查員三人以上之人數及選任。

二 破產者之營業廢止或繼續。

三 貨幣，有價證券及其他貴價物品之保存方法。

四 應否給與破產者及其家族之生活費。

一 債權調查之日期，爲民國二十年十一月十三日午後一時。

一 破產者之債務者及持有破產財團所屬財產者，不可對於破產者而爲償還或交付其財產。並須於民國二十年十一月三日以前，以其所負擔之債務或所持有之財產，以及持有者之別除權債權，向破產管財人呈報之。

民國二十年十月十一日午後一時宣告

第二編 程序規定 第二章 破產宣告

---

得向彼等徵收故也（日破產法一四六條，二〇八條至二一四條）。又聲請人豫納破產程序費用者，亦不必同時爲破產廢止之裁定，因既已豫納，則費用有着，而國庫即得不受其損失，故無廢止破產之必要（中破產法草案一六五條，日破產法一四六條後段）。關於破產廢止之裁定，如有不服者，原可爲

破產法論

二七六

某地方法院

推事 某乙

即時抗告，此項抗告之結果，或亦有撤銷其廢止裁定者。此時即應準用普通

宣告破產之程序，而再為公布送達及通知（日破產法一四二條）。

宣告破產同時廢止破產之公布式

破產宣告及破產廢止

債務者 某甲 年 齡 籍 貫 住 址 職 業

右債務者某年某字第幾號破產事件，本法院於民國二十年十月十五日午後一時已為破產之宣告，同時以破產財團，不足償破產程序之費用，特裁定如左。

主 文

一 債務者某甲，應視為破產者。



一 本件破產程序廢止之

特公布如右

民國二十年十月十五日午後一時宣告

某地方法院

推事 某乙

## 第四節 對於破產者身分上之效力

(一) 破產程序中，其身分上應受左列保全處分。

(甲) 居住之限制 破產者非得法院之許可，不得離其居住地（中破產法草案一四六條，日破產法一四七條）。此即因破產者負有後面所述之說明義務，實有不得不如此也。若不得許可而擅離居住地者，即受相當之處罰（日破產法三七七條二項）。

關於居住之限制，不僅對於破產者爲然，即對於破產者之法定代理人，董事及可準於董事者並經理人等。亦是如此。又在繼承財產破產時，其繼承人並法定代理人及經理人等亦同（日破產法一五二條）。

(乙) 拘攝或看守 法院認爲必要時，得命拘攝破產者。拘攝爲強制到場之方法，須發拘票爲之，其拘攝之方法，準用刑事訴訟法關於拘提之規定（中破產法草案一四七條，日破產法一四八條）。

至破產者有逃走或隱匿毀棄財產之虞時，法院得命看管之（中破產法草案一四八條）。在爲看管時，法院應以裁定書正本送至檢察官，由檢察官命令管轄破產者居住地之警察署執行看管（日破產法一四九條）。其被看管之破產者，非得法院之許可，不得與外人接見或通信（中破產法草案一四九條），違者應受處罰（日破產法三七七條一項）。

看管，祇是爲豫防破產者逃走及減少財產起見而對於將來行爲之一種強制手段，並非對於過去行爲之處罰。故對於破產者已無此項看管之必要時，法院須依破產者或破產管財人之

聲請或依職權撤銷看管之裁定（中破產法草案一五〇條）。此時法院應以裁定書之正本送至檢察官，由檢察官命令警察署解除其看管（日破產法一五一條）。

上述拘攝或看管之情形，不僅對於破產者如是，即對於破產者之法定代理人等，以及繼承財產之繼承人等亦然（日破產法一五二條，中破產法草案一五一條）。

（二）說明義務 破產者及其代理人，董事，及可準於董事者，因破產管財人，監查員或債權者會議之請求，負有關於破產之必要的說明之義務。茲所謂關於破產之必要的說明者，即指關於破產財團，破產債權，別除權，取回權，財團債權，否認權等事項而言。在強制破產者等履行此種義務時，可以為前面所述之拘攝。

關於上述之說明義務，在繼承財產破產時，繼承人及其代理人，繼承財產管財人，遺囑執行人等，均應負擔之。

此外在以前曾具有上述之資格者，例如股份有限公司破產時之退任董事或經理人等，亦負有說明之義務（中破產法草案一四五條，日破產法一五三條）。

負有上述之說明義務者，如無故不爲說明，或爲虛偽之說明時，應處罰之（中破產法草案三三七條，日破產法三八二條）。

（三）破產者公私權之限制 因破產之宣告，而喪失破產財團之管理及處分之權利，此係由宣告破產之結果，直接予以私權之限制，曾在本書各處言之矣。此外尚有關於其他公私權之限制，除中國破產法草案第六十六條及第六十七條之規定外，多有規定於其他法令中者，此即所謂破產之間接效力也。蓋以其他法令所規定者，並非直接剝奪破產者之公私權，而祇是破產者因破產之結果，不適合於其他法令所定之資格，遂致不能享有其公權或私權之故。茲將公私權所受之限制略述於下。

（甲）私權之限制 關於私權限制之範圍，各國立法例原不一致。中國除破產法草案第六十六條及第六十七條定有破產者不得爲親屬會會員及法人之清算人（尙有不得爲破產管財人一項，然破產管財人之資格，不屬於私權）外，其餘在草案中以及在其他法令中，均無限制。至於日本，雖在破產法中未直接予以何等限制。而在其他法令中則予以限制者頗多。

例如監護人。監護監督人，親屬會員，遺囑執行人，交易所之經紀人等，破產者均不得充任之。

(乙) 公權之限制 關於公權限制之範圍，就中國各種法令所規定者言之，如破產者不得應文官法官考試，不得爲司法官及其他官吏，不得爲律師等等皆是。

關於上述公私權之限制。除破產撤銷之外，並不因破產程序終結之結果而當然回復之，必須於債務之清償或免責後，再經過復權之程序，始能回復。關於此點，以後當詳述之。

## 第五節 破產宣告前之保全處分

(一) 對於身分上之保全處分 已有破產之聲請時，雖在宣告破產以前，而債務者及準債務者，亦不能謂爲無逃走或隱匿毀棄財產之虞，因之法律對於其身分上，亦承認得爲一種保全處分。

所謂身分上之保全處分者，卽法院於已聲請破產而尚未爲破產宣告以前，對於債務者及其法

定代理人，董事及可準於董事者，經理人，又繼承財產破產時之繼承人及其法定代理人，經理人等，命爲拘攝或看管是也（中破產法草案一六四條，日破產法一五四條）。其拘攝或看管之方法，與在宣告破產後所爲之方法相同。

（二）對於破產財團之保全處分 已有破產之聲請時，雖在宣告破產以前，得就破產財團命爲保全處分，所謂保全處分者，卽假扣押，假處分等之保全處分是也。此項處分，以後得變更或撤銷之。其命爲處分及變更或撤銷之裁判，則用裁定之形式（中破產法草案一六四條，日破產法一五五條）。

上述保全處分，既是所謂假扣押假處分等，自然是準用民事執行法規上關於此等之規定而行之。惟此項保全處分，却不是專爲保全處分聲請人之債權而爲保全，乃是爲全體債權者之利益而爲保全，並且是對於將來應屬破產財團之全部財產而爲之者，此與民事執行法規上之假扣押假處分不同之點也。至於裁判此項保全處分之權限，完全屬於破產法院，卽令破產聲請事件，繫屬在抗告審中者亦然。

再在破產宣告以後，所有上述之保全處分，即已無須爲之。因爲既已宣告破產，則以破產之效果，而破產管財人，即得對於破產財團，完全行使其管理及保全，當然無所用其假扣押假處分也。

## 第六節 破產之撤銷及其效果

(一) 破產撤銷之公布及送達 對於破產宣告依即時抗告而撤銷破產者，其撤銷之裁定，或因經過再抗告期間，或因拋棄再抗告，或因撤回再抗告等事由而確定時，破產法院，即須公布其裁定之主文(日破產法一五六條，中破產法草案一七五條係公布其要旨)。並須對於已知之債權者，債務者及財產持有者，送達載明此項主文之文書(日破產法一五六條二項，一四

### 破產撤銷

債務者某甲 籍貫住址

三條二項)。至於對於破產撤銷

之裁定，不僅破產聲請人得爲即時抗告，而已經呈報債權之

破產者某年某字第幾號破產事件，本法院所為撤銷破產之裁定，已於民國二十年十一月五日確定，特公布如左

式 布 公 之 銷 撤 產 破

一 主文

一 原裁定廢棄之

一 相對人破產之聲請却下之

一 聲請費用，由相對人負擔

特公布如右

民國二十年十一月五日

某地方法院

推事 某乙

債權者，亦得爲之。因其關於破產程序之裁判，凡有利害關係之人，均得聲明不服故也。

(二) 破產撤銷之通知及登記  
破產撤銷之裁定確定時，法院須速通知於檢察官（日破產法一五六條二項一四四條），並對於主管官署，亦須通知之（日破產法一二五條），而登記登錄之程序，亦有必要（中破產法草案一七六條，日破產法一二一條一二二條一四四條）。



(三) 破產撤銷之效果 破產撤銷之裁定既經確定，即對於破產者以及可與破產者同視之人，已無看管之必要，應即解除看管（中破產法草案一五〇條，日破產法一五六條二項一五一條）。又在宣告破產前，對於破產者之郵件電報，囑託轉送於破產管財人者，此時亦當撤銷其囑託（日破產法一九一條二項）。

破產撤銷，有溯及於已往之效力，在撤銷之裁定確定後，所有以前之破產效果，均歸消滅。惟管財人基於管理及處分破產財團之權限所爲之行爲，則仍繼續有效，因之所發生之財團債權，在管財人移交財團於破產者以前，須視爲正當之義務而償還之（日破產法一五六條，三五五條）。其因償還而有變賣財團之必要時，亦可在其必要程度內行之。

至關於破產財團之訴訟因宣告破產而中斷者，則因破產撤銷之確定而終了。惟其撤銷之效力，不能溯及於已往之訴訟中斷之效果，而使之歸於消滅。

## 第三章 破產管財人

(一) 破產管財人之選任 破產管財人，由破產法院於宣告破產時選任之（中破產法草案一二四條，一六八條，日破產法一四二條，一五七條）。其管財人之人選，係由於法院之自由選擇，苟爲具有行爲能力及訴訟能力之自然人，則不問爲男子抑爲女子，又不問爲破產債權者抑爲破產者之親屬，均可選任爲破產管財人。惟破產者或可與破產者同視之人，則因與破產管財人居於矛盾之地位，自然不能選任之。

選任破產管財人證書式

破產管財人證書 某年某字第幾號

茲選任律師某戊爲破產者某甲破產事件之破產管財人此證

民國二十年十月十一日

某地方法院

法人特別是信託公司，可否選任爲破產管財人？本屬立法論上之一種爭執，然管財人之勝任與否，原以其個人之信用及才能爲標準。法人是以代表人而代表其意思者，其代表人之更替無常，今

日可以勝任管財人之職者，明日更替代表後，又未必可以勝任。茲以此代表人更替無常之人選任爲管財人，實難認爲允當。因此，在現代破產法上，故均無承認法人爲管財人之規定。

又管財人之人選，凡屬律師，會計師，以及富於經濟知識之實業家，本均可以選任之。惟實際上，因管財人須爲富有法律知識者，故通常是從律師中選任。

管財人之人數，原則上本爲一人，但法院認爲必要時，亦得選任數人（中破產法草案一二五條，日破產法一五八條）。

法院選任管財人時，應交付選任證，而被選任之管財人，則依明示或默示之承認而就職。管財人當行使職務時，若有利害關係人之請求，須以其選任證出示之（中破產法草案一二七條，日破產法一五九條）。

管財人之選任，須公布之（中破產法草案一七〇條二款），其有變更時亦同（日破產法一四三條三項）。至利害關係人認管財人之選任爲不當時，自然可以爲即時抗告（中破產法草案一一

九條)。

(二) 管財人之辭職及解職 管財人就任以後，非有正當之理由，不得辭職，如必欲辭職時，須向法院聲請之(中破產法草案一二六條，日破產法一六〇條)。

法院得因債權者會議之議決或監查員之聲請，或以職權，解除破產管財人之職務，此時應質訊管財人後爲之(中破產法草案一三二條，日破產法一六七條)。不過對於管財人之解職，雖已有債權者會議之議決或監察員之聲請，然果應解職與否，其裁量權，則屬於法院，若法院就解職之聲請而爲却下之裁定時，則可爲即時抗告。

(三) 管財人之監督 破產管財人，屬於法院之監督(中破產法草案一三〇條，日破產法一六一條)。其監督權之範圍，僅以管財人之行爲，違背法律上義務之事項爲限，不能及於管財人自由裁量範圍內之事項。蓋以管財人爲獨立執行破產之機關，非隸屬破產法院之下級執行機關，故關於管財人自由裁量範圍內之事項，法院不得指揮命令之。至關於監督權範圍內之事項，如管財人對於法院所發之命令不欲服從者，亦得爲即時抗告，此在日本大審院(與

中國最高法院相當)，已有此項判例也。

法院對於管財人監督權之範圍，以管財人違背法律之行爲爲限固矣。但法院爲明瞭破產程序中  
中之狀況起見，則有令管財人報告一般管財事務之必要。因此，對於管財人，即得令其就所  
處置之事項，時常向法院報告之，而此項報告，且爲管財人在服從監督權外之一種義務。

(四) 管財人之責任 破產管財人，須以善意管理人之注意，行使其職務，若怠於注意時，  
其管財人應對利害關係人連帶(指非一個管財人時而言)負賠償損害之責(中破產法草案一二  
八條，日破產法一六四條)。茲所謂利害關係人者，指與破產程序有關係之當事人而言，如  
破產者，破產債權者，財團債權者，別除權者，取回權者，強制和解之保證人等均屬之。  
管財人爲數人時，是以共同行使其職務爲原則，惟得法院之許可後，可對於特定之事務，各  
自分別掌管之(中破產法草案一二五條二項)。又第三人在有管財人數人時而表示意思者，不  
必分向各管財人爲之，僅對於一人表示之爲已足(日破產法一六三條)。

(五) 代理管財人之設置 管財人爲在臨時發生故障時得以行使其職務起見，可事先由自己

選任代理人豫備之。惟此項選任，須經過法院之許可，而法院就其人數及資格，得行使其裁量權而決定其可否。

(六) 管財人之報酬 管財人當行使職務時，必須相當之費用，如旅費，書記費，通信費，筆墨紙張費，事務所費等均屬之。此等費用，得請求預先支付。又破產管財人得受報酬，其額由法院定之(中破產法草案一二九條，日破產法一六六條)。以上之費用及報酬，均作為財團債權而由財團支付之。至關於報酬額之標準及支付時期，法律上多無特別規定。其標準，大概須斟酌財團之大小，管理之難易，地方之狀況等定之。其支付時期，在日本舊法，是定為每屆分配期支付一次，現行法已無明文，大概係依舊慣例辦理。

(七) 管財人之地位 關於管財人法律上之地位，原有種種見解，然可大別為代理說(Vorbereitungslehre)與公吏說(Amtslehre)兩種。在代理說之中，又可細分為破產者代理說，一半破產者一半債權者代理說，各個債權者代理說，債權者團體代理說，破產者及債權者代理說，破產財團代理說等。破產者代理說，謂破產管財人為破產者之代理人，因其權限基於法

律規定，並可認為法定代理。一半破產者一半債權者代理說，謂破產管財人管理處分破產財團，是前半代表破產者，行使否認權，是後半代表債權者。各個債權者代理說，謂破產管財人，為各個破產債權者之法定代理人。破產者及債權者代理說，謂破產管財人同時為兩者之代理人。破產財團代理說，謂破產財團具有法人人格，破產管財人，即此項法人之代理人。總之以上各種之代理說，均是以破產管財人為私的機關，而認為係行使私法上之代理權者也，至公吏說反是，則以破產管財人，乃係負破產上一般執行責任之公的機關。

從前對於各個強制執行上之承發吏，亦曾盛行所謂債權者代理人之說，然近來一般人之見解，已多認為是在國家之強制執行上而負擔保護私權責任之公的機關，故對於破產管財人，亦當作如是之同樣解釋，此在日本大審院，並已有此項判例可尋也。

破產管財人，既非私法上之代理人，既是負破產上一般的強制執行責任之公的機關，因之管財人行爲之效果，其所以能直接及於各當事人者，即不必依私法上代理權之法理而說明之，而認為係基於法律所賦與之職權而生之效果，則極為妥當。蓋以管財人在法律之範圍以內，

依其職權而行使職務，其行爲之效果，則依法律之力量而當然及於各當事人故也。故關於破產財團之訴訟，並非管財人自身爲原告或被告之訴訟代理人，而是基於法律所賦與之職權而行使之，因之在此項訴訟中，破產者或破產債權者。均得爲參加人或證人，如果管財人係代理破產者或債權者而爲之，則當然不能如此也。並且此項訴訟之管轄法院，當依管財人職務上之住所而定，亦足證明管財人非破產者或債權者之代理人矣。

(八) 管財人之任務終了及計算報告 管財人之職務，因破產程序之完結及自己之死亡，辭職，解職等而終了。在其任務終了時，管財人須速向債權者會議爲計算之報告，如任務終了係由於管財人死亡者，其繼承人亦當速爲之。因此，法院即應於此時招集債權者會議（中破產法草案一三三條，日破產法一六八條）。在計算報告之準備上，管財人或繼承人須於債權者會議三日以前，以其計算報告書及監查員之意見書，提出於法院以供利害關係人之閱覽。計算報告書，從其文字上言之，似乎祇是一種收入支出之計算書，然而不僅此也，必須在其報告書中，涉及於管財事務之全班，使之可以窺見其大概。因此，在此項報告書中，首先應



說明破產財團之範圍，其次說明管理及處分之實況，如破產者在破產宣告後所爲之行爲以及破產宣告時尚未解決之行爲係如何處理，關於財團之訴訟係如何解決，以及取回權別除權等主張之程序如何，否認權行使之結果如何，均須一一說明之。

管財人在執行職務之中，監查員得隨時要求管財人爲關於破產財團之報告（中破產法草案一三七條，日破產法一七三條）。法院基於監督權之行使，一方面得命提出報告書於監查員，同時亦得命其對法院本身提出之。

法院對於管財人任務終了後所爲之計算報告書，如認爲草率不備者，尤其當基於監督權之行使，督令在債權者會議之日期以前，豫先提出完全之報告書。蓋以不如此，卽不免要使債權者會議延期故也。

法院須豫先審查管財人之報告書，或使用鑑定人審查之。監查員須於審查後提出其意見書，並須在債權者會議時以口頭陳述意見，而給與破產債權者等以申述異議之機會。

在債權者會議中，得就其計算報告有申述異議之權者，爲破產者，破產債權者及後任破產管

財人。別除權者，取回權者，財團債權者，因為在債權者會議無發言權，故亦不有異議權。然別除權者等，縱不申述異議，却於彼等之權利義務不生絲毫影響。至有異議權之破產者破產債權者等，若不申述異議，即視為承認其計算報告（中破產法草案一三三條，日破產法一六八條），因而管財人之責任，即可解除，以後縱有異議，亦不能請求賠償損害。不過此項範圍，當然祇能以計算報告書中所已記載之報告事項為限，而未為記載者，仍不能免其責任。例如管財人怠於票據之行使，而喪失其票據上之權利，在其報告書中，並未記載其事項，管財人仍當負責是也。

申述異議，是應以口頭在其會議日期為之者，故申述異議之人，僅以出席者為限。至管財人對於申述之異議，不能充分釋明，且不能得異議者之諒解，此即不能在會議時解決之，惟有再依通常訴訟程序以求解決。此項訴訟，通常是對管財人提起請求賠償損害之訴，其中亦有請求移交物品於後任管財人者。

(九) 管財人之急迫處分 管財人在任務終了時，若有急迫情事，管財人或其繼承人，在後

任管財人或破產者得管理財產之前，須爲必要之處分（中破產法草案一三四條，日破產法一六九條）。此項立法，係與民法上承認受任人在委任人未接受事務前繼續處理其事務者同一旨趣（中民法五五一條）。其處分所需之費用，可作爲財團債權請求支付之。

## 第四章 監查員

（一） 監查員之地位 監查員乃監督且輔助破產管財人者，其地位，不是國家機關，而是債權者團體之機關。此種制度，係基於債權者自治主義之精神而來，而以實現債權者團體在破產程序中，受到最公平最利益之共同償還爲目的者也。

在日本舊法時代，無監查員之設置，而以破產主任官任指揮監督破產管財人之責。破產主任官，係由破產法院之合議庭推事選定一人充之（從前日本破產事件係地方裁判所合議庭管轄）。其地位與現在之監查員完全不同，不僅屬於國家機關，且得對於管財人指揮而命令之。即關於管財人自由裁量範圍之事項，主任官若有命令，而管財人亦不得不完全服從。從此

點言之，亦可謂管財人係隸屬於主任官之下級破產機關。然日本現行法上之監查員，其不得對於管財人指揮命令固矣，即其監督及輔助之範圍，亦惟以法律所規定者為限。中國破產法草案所採取之監查員制度，亦係仿照日本現行法之例。

(二) 監查員之設置及選任 監查員一職，雖為法律所規定，然亦並非必須設置者，有時即不設置，亦無不可。如在破產程序比較簡單或債權者人數比較不多之時，即可不必設置監查員。縱事實上有必須監視管財人之處，而債權者各個人，亦得隨時加以考查，以便達到與設置監查員之同一目的。

監查員一職，如上所述，既是破產債權者團體之機關，故監查員之應否設置，即當委之於債權者會議之選擇。此項應否設置之選擇，不能涉於遲延，須在第一次債權者會議議決之。但無論所議決者為設置與否，以後之債權者會議，均不妨變更其議決（中破產法草案一三五條，日破產法一七〇條）。

監查員由債權者會議選任之（中破產法草案一三六條），其人數應為幾人，在中國破產法草案

雖未規定，然觀第一百三十七條所謂各監查員之「各」字，其非限於一人可知。日本破產法（一七一條），則已明定爲三人以上，即至少須爲三人也。究竟應選任三人，抑應選任三人以上，自然由債權者會議議決行之，其選任之決議，須經法院之認可（日破產法一七一條二項）。法院當行使認可時，就其人數及資格，均有裁量之權。

監查員被選之資格，在法律上原無何等限制，祇須爲有行爲能力者，不問男女，不問爲破產債權者與否，均可選任之。唯如信託公司等法人，是否有被選資格，不無問題。然監查員既非公的職務之機關，而祇是保護債權者團體私益之機關，如法律無特別禁止之規定者，則認爲對於法人亦可選任之。

（三）、監查員之職務 監查員職務之範圍，以法律直接或間接所規定者爲限。如爲管財人之輔助機關時，則對於管財人有法律上所規定之同意權（如中破產法草案二二五條二三〇條二三七條等等），如爲監督機關時，則隨時可要求管財人爲關於破產財團之報告，或調查破產財團之狀況（中破產法草案一三七條）。監查員執行職務時，依過半數可決行之，其有特別利

害關係之監查員，不得加入表決（日破產法一七二條），

如後面所述，債權者會議，是比監查員地位較高之機關，故得以債權者會議之決議，代替監查員之同意。並且所為決議，如與監查員意見相反時，則當以其決議為依據（日破產法一七四條）。

（四）監查員之解職 監查員之解職，得隨時依債權者會議之議決行之（中破產法草案一三九條）。如有重要事項時，法院因利害關係人之聲請，亦得解除其職務（日破產法一七四條二項）。

監查員雖亦可以自行辭職，但須聲請法院召集債權者會議後，而在債權者會議中為辭職之聲請。因監查員係債權者會議所選任，故辭職時，亦須向債權者會議聲請之。

（五）監查員之責任及報酬 監查員須以善良管理人之注意行使其職務，若怠於其注意時，各監查員對於利害關係人，當連帶負賠償損害之責。至於費用及報酬之額，亦由法院決定之。此均與前述之管財人無稍異者也（中破產法草案一三八條）。

# 法學大綱

著原遠重積穗士博學法本日

譯 谿 陽 歐

## 目 要 書 本

第第第第第第第第第  
 十一十九八七六五四三二一  
 二章章章章章章章章章

法法法法社比歷哲分法法  
 律律律律會較史學析理理  
 之之之之學法派派派學學  
 本形內之本進派學之法理學  
 位式容質化 法理學  
 學學學

本書對於法學之派別法律之本質法律之內容  
 法律之形式法律之地位法律家必需之參考書也  
 法律之深而辭顯誠爲法學家必需之參考書也  
 法律之深而辭顯誠爲法學家必需之參考書也

元一價定 冊一裝洋

折九售實

分三角一 加另費寄

上海图书馆藏书



A541 212 0002 2457B



