

上海遠東出版社
法學叢書

破產法論

張知本著

上

上海法學



書 叢 學 法

論 法 產 破

著 本 知 張

冊 上

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

第三項	繼承人及繼承財產之破產	八二
第四節	不應爲破產債權之債權	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
第四章	財團債權	一〇三
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
第五章	破產對於法律行爲之效力	一一六
第一節	破產宣告後破產者之行爲	一一六
第二節	破產宣告前破產者未解決之行爲	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，即成為反比例而互相消長。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，始稱為私權保護請求權。

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，祇可謂為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，乃一方便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