

破產法上收回權之研究

黃加昌

(作者爲本校法律研究所校友)

第一·一般收回權

壹：意義及性質

收回權分一般收回權與特別收回權，兩者均以對破產財團中之特定財產行使收回之權利爲共通之點，但其根據及構成要件却並不相同，故不宜爲同一之考察。

一般收回權，係第三人對不屬於破產人之特定財產（不屬於法定財團之範圍），自破產財團（現有財團）中收回之權利，亦即對破產管理人之支配有排除請求權（例如第三人對寄託於破產人之動產有移轉請求權）。此種收回權究其實質，自非破產法上新認之權利，乃破產管理人支配下，屬第三人之財產，因在破產宣告前即屬其所有之一般私法上之權利，則於破產宣告後，其權利人自不因之受影響，而於破產宣告後，仍得就此向破產管理人表明（註一）。

可知，收回權乃法定財團與現有財團比較結果在範圍上的不一致。故破產管理人對在第三人支配下之屬於破產財團之財產爲移轉之請求或第三人就此財產主張屬自己所有，而破產管理人對此請求之拒絕與否，亦均爲收回權之作用（註二）。但學者亦有認爲「一般收回權乃不屬破產人所有之第三人之特定財產，因破產管理人將之併入破產財團中，則權利受侵害之第三人就此特定財產，對破產的執行行爲之效力，請求予以排除之訴訟法上之形成權」，故與「強制執行程序上第三人異議之訴相當」（註三）。實則，破產管理人對破產財團財產之併入與國家機關之強制執行之扣押爲同解，自非允當（註四）。蓋破產管理人乃由破產法院所選任並受其監督以執行職務者，並不因之而取得公務員之身分，且亦不具有強制機關之何種強制權力，縱視破產管理人爲執行機關其執行權要屬個別非可與有包括執行權之國家機關同視（註五）。

從來，破產之執行往往與強制執行兩相比較，雖收回權與強制執行上第三人異議權之對象相同，即對不屬以破產人（債務人）之責任財產為主張。但破產扣押之效力及財產範圍係以屬破產人之財產為限，而收回權行使對象之財產，則本來即不屬破產扣押效力之所及（蓋非屬債務人之財產產」），而行使收回權亦不必以訴之方式為之，與第三人異議之訴，對強制執行效力之排除，必以「訴」之形式主張者異其旨趣。抑有進者，破產管理人並非執行機關，其占有、管理行為亦非可視為執行處分行為（註六）。

此外，第三人異議之訴，在性質上，通說均解為係形成之訴，但確認之訴亦為有力之學說（註七），即收回權之行使乃收回權人行使之實體法上之權利（給付請求權），而收回訴訟如有必要，亦應解為係給付之訴或確認之訴，無解為形成之訴之理由（註八）。但學者亦有認為，第三人向破產管理人主張收回權，而破產管理人承認之者，則無起提訴訟之必要，惟破產管理人不為返還時，則收回權人方須繼之以形成訴訟、併合給付之訴提起，若認係確認或給付之訴，反感不便（註九），此類學者主張之理由為：(1)若解為給付之訴，則在破產法上無特別規定之必要。而遇債務人對之無返還及移轉請求權之第三人如承租人於租賃物為破產財團併入時，則對之有無收回權，不無疑問。(2)破產管理人並非執行機關，與強制執行之扣押有異，從而破產管理人將之併入破產財團後，若有任意終止併入而返還權利人者自無不可，就此情形亦足證明，就執行既判力之排除，亦不以判決為限。

貳：收回權之基礎

一般收回權係破產人於破產宣告當時，不屬於破產人之財產，但因破產管理人將之併入破產財團，而由財產之所有人主張應屬其所有，至此類財產之內容如何，並不以破產法之特別規定為限，應依民法、商法及其他實體法之一般原則定之。

(1)收回權之行使一般係由財產及權利之所有人主張之。但在發生債權的請求權時，如與破產人間有使用借貸、租賃、寄託等基於契約而生之物之移轉或返還請求權之場合，亦得為收回權之基礎。惟破產財團成立後，破產管理人租借他人之財產，或接受他人寄託之情形，則出租人及寄託人之返還請求並非此之收回權。而對破產人所有之物之有用益權（如地上權、永佃權）

、占有權（占有及伴隨占有而生之擔保物權），在其權利範圍內，均得爲取回權之基礎。此外，破產人之自由財產而併入破產財團者，亦得爲取回權之基礎（註十）。

(二)破產宣告前取得之權利，但不能對抗第三人者，不能行使取回權。蓋此爲保護破產債權人而設。如破產前與破產人爲買賣行爲而取得之權利，未具登記要件，或契約解除所生權利回復之情形是（註十二）。但在不得對抗善意第三人之情形，因破產財團本身無所謂善意、惡意之間題，在解釋上應就財團受益人之債權人之爲善意、惡意爲斷，若破產債權人中之一人爲善意，即不得對抗之（註十二）。

(三)若債務人爲清償債務，或以擔保爲目的於破產宣告前將財產讓與破產人者，在解釋上亦認爲不能行使取回權（註十三）。蓋在讓與擔保，通常既已將所有權移轉，故具有公示作用，在外觀上讓與擔保目的物之受讓人（即破產人），應爲財產之歸屬者，在對第三人之關係上，即爲權利人，此乃着眼於保護破產債權人而爲之解說。基於此一見解，讓與擔保之設定人對破產人，有目的物返還義務不履行之損害賠償請求權，自可以之與被擔保之債務爲抵銷之主張（註十四）。此種看法，雖謂對設定人對破產人極端不利，但基於對財產占有事實支配而信賴之第三人之權益維護，不得不爾（註十五）。在日本判例上，亦同樣認爲擔保設定人正面不能行使取回權，但認破產財團應對讓與人負不當得利之返還義務（大判昭和一三・一〇・一二民集一七卷二一一五頁）。要之，爲尊重讓與擔保之擔保機能，取回權之行使因而須受限制，殆爲不爭之事實。惟「該設定擔保債務人之債權人若爲稅捐機關時，仍得追及讓與擔保之財產而徵收其滯納金」（註十六）。

此外，爲達成一定經濟目的，在法律上爲超過此法律效果而生之法律行爲，如信託行爲亦復如此，即受託人（債權人），已接受權利之移轉，其後破產者，爲信託人之債務人，即不得主張此一財產不屬破產財團。相反情形，若信託人破產，則受託人對之有取回權（如信託人（債務人）占有擔保之動產是）。但信託行爲如係爲徵收而讓與債權，爲寄託管理而將財產移轉時，則非如是（註十七）。

但上述情形，若依信託法作成之正式信託行爲，則認爲信託財產並不屬於債權之受託人所有（日信託法第一六條參照），則受託人破產時，自得爲不屬破產財團之主張（日破產法第六條參照）。

依德國學說，基於信託關係，對信託人與受託人之間之利益調整，可分非利己之信託 (*Uneigennützige Treuhand*) 與利己之信託 (*eigennützige Treuhand*)。二種情形述之，前者，如徵收原因之債權讓與，和解原因之財產移轉，在(A)受託人破產時，信託人有收回權。(B)信託人破產時，其破產管理人對此信託財產有返還請求權。後者(如讓與擔保)，一貫判例及多數認(A)受託人(債權人)破產時，若信託人(債務人)已對被擔保債權為清償者，則此時擔保之目的已達，從而為信託讓與所附之解除條件成就，對此擔保物可請求收回。(B)信託人破產者，受託人對此則無收回權(註十八)。德判例之理論要點認為在信託讓與，該信託財產在形式上及法律上係移轉於受託人，但在實質上及經濟上，則仍為信託人之所有，故在破產中，關於收回權之行使，似應重視後者(即以實質及經濟為重)之觀點。

又在日本，讓與擔保之設定人，請求公司重整，在重整程序開始後，讓與擔保權人之收回權行使，亦持否定看法，蓋「(1)公司重整開始，重整公司與債權人間(債權人基於讓與擔保契約並未取得該物之所有權)，所存續者為債權關係，故讓與擔保人，為物之所有人之主張，自屬不可。(2)前項情形，讓與擔保權人得準用擔保重整債務之規定，行使其權利」(最判昭四一・四・二八民集二〇卷四號九〇〇頁)。

此外，日判例中又有「為借款債權擔保，債務人將所有之不動產，與債務人締結讓與擔保之契約，債務人於到期為債務之清償時，對右不動產，自得請求返還，但不為清償，而當事人間復有就該擔保物即歸債權人所有之合意時，債權人對此不動產，為拍賣處分以受償，並將殘存之價金返還於債務人者，此為擔保目的實現之手段，自屬正當。但債務人若提出以清償金之交付，請求換取履行者，除有特別規定外，債權人不得拒絕」(昭和四六・三・二五民集二五卷一號二〇八頁)。

四讓與擔保設定人若破產時，「破產程序為終局的清算對讓與擔保權人之被擔保債權應予優先清償，清償後若有殘餘，始由其他債權人受償，方符破產公平清算之目的」，故此，讓與擔保權人對破產財團得行使收回權(註十九)。惟若重視讓與擔保物權之擔保性質，則行使此種收回權實頗有問題(註二十)(見上述三)。而學者中有謂此與擔保物權人之情形相同，應認其有別除權較為合理(註二十一)。

參：預告登記（日：假登記）及破產與取回權之關係

預告登記之意義，依我國土地登記規則第九十六條第一項第一款之規定「爲保全關於土地權利移轉或使其消滅之請求權，得聲請爲預告登記」，另於同條第二項規定，「預告登記於附有條件或將來之請求權亦得爲之」。日本，其不動產登記法第二條第一項第二款之規定爲關於權利之設定、移轉、變更、消滅之請求權之保全，同條第二項又規定，請求權附始期及停止條件或其他將來確定之請求權亦同。比較言之，中、日規定大致相同，即不論爲現在或將來取得之權利，均得預爲登記是。因此類登記，業已具有形式上登記之公示力，若其內容（如代物清償之預約或買賣契約預約）係對債權優先清償之確保，則應與擔保權同視，而與擔保權之構成同其法理，日本最高法院近年來對此案例，每以「假登記擔保」（或在中國可稱預約擔保）呼之。讓與擔保與假登記擔保之主要差異，即在前者業已具備權利移轉之形式，而後者則係對將來權利移轉以預約加以保留，而關於假登記擔保在破產法上有關之效力，應解爲準用讓與擔保之原則（註二十二）。

預告登記（假登記）之效力，乃確保債權人對代物清償預約、附停止條件之代物清償以及擔保買賣契約之預約，當事人間有爲登記之必要，即對此目的財產於債務不履行或預約完成或停止條件成就時，通常即移轉於債權人，此種法律關係，乃構成擔保權之一種。債權人（擔保權人），原則上對目的物有優先受償之權利，但同時對清償之殘餘額亦負對債務人返還之義務（此可謂爲債權人之清算義務）。若預約完成或條件成就，債權人爲拍賣處分，並於清算完畢之後，債務人（設定者）對爲清償之目的物亦有受取之權利。惟債權人於第三人請求強制執行於拍賣程序開始後，依本登記之承諾，提起第三人異議之訴，則非法之所許。但得參加分配而優先受償，此亦爲擔保權構成之法理。茲就預告登記之效力，再分述如下：

(A) 預告登記（假登記）擔保權人（債權人）破產時

此時，假登記擔保權屬破產財團，由破產管理人行使，但須對被擔保債權之差額清算對設定人負返還之義務，而設定人就此清算金債權，屬財團債權之性質。而且，設定人對被擔保債權清償後之目的財產有受領權。

(B) 設定人（債務人）破產時

破產財團所屬財產已爲預告登記（假登記）設定擔保權時，則取得此擔保權之債權人，應認其有別除權之存在。而在判例之法理，認第三人爲強制執行請求，於拍賣開始後，擔保權人原則上，祇能依此程序參加分配。

茲就日本判例中有關假登記擔保效力分別如下：

- (1)最判昭和四二・一一・一六民集二一卷九號二四三〇頁「〔一〕爲借款債權擔保，設定不動產抵押權，對右不動產並締結附停止條件代物清償之預約、訂約當時除對不動產價額、清償期及原本、利息金額有失其公平合理及特別情事爲限，債務人於到期不爲清償時，債權人得就目的之不動產，爲拍賣處分，並就賣得價金有優先受償之權利，惟對殘餘額對債務人負返還之責。
- (2)前項情形，應解爲債權人有清算之義務，又債權人對債務人所有之不動產爲其他債權人扣押時，對其他債權人在自己債權之範圍內，得主張優先受償之權利，而不能全面排除他人之執行」。

- (2)最判昭四五・三・二六民集二四卷三號二〇九頁「〔一〕爲借款債權擔保，締結不動產買賣之預約，此種契約有爲債權擔爲代物清償之形式，惟其實質則與擔保權同視，若債務人於清償期到來不爲清償時，則對目的不動產之所有權，得爲移轉，以達債權優先受償之目的，而債權人亦得對目的之不動產爲適當之評價，以賣得之價金受清償，但對殘餘額對債務人負返還義務。
- (2)前項內容若已爲所有權移轉並爲保全之假登記時，則對擔保目的之實現——爲本權登記上，視爲有利害關係之第三人，若因此承諾提起訴訟之場合，其他抵押權人，若已取得對目的不動產之優先受償地位時，則僅能就殘額部份主張有優先於債務人受償之地位，以換取本權登記承諾義務之履行，此在有假扣押債權人時準用之」。

- (3)最判昭和四五・九・二四民集二四卷一〇號一四五〇頁「爲借款債權之擔保，債務人將所有之不動產與債權人簽訂代物清償之預約且已爲假登記，債務人屆清償期時，提出清償金以代替原有之履行者，在客觀合理情形，應予認許」。
- (4)最判四八・一・二六民集二卷一號五一頁「爲擔保債權，債務人與債權人締結以代物清償預約，且業經保全之假債記，於屆期不獲清償時，債權人對目的之不動產爲拍賣處分時，債務人對此應爲假登記之塗銷」。

肆：所有權保留及破產與收回權之關係

所有權保留者乃在買賣中，目的物雖已移轉於買主，但其所有權於代金來完全清償前，並不移轉於買主之特約，此多在動產分期買賣時見之。所有權保留乃賣主以代金債權作為買賣目的物確保之手段，此非典型之擔保，但賣主將所有權直接移轉於買主與供讓與擔保之情形相似（註二十三），在效果上大體準用讓與擔保之規定，但在法律關係之基礎上，却有差異，關於此點，日本學者有如下之主張：

- (1) 所有權保留與破產法第五十九條適用之關係，所有權保留之買賣乃雙務契約，適用破產法第五十九條之規定（註二十四）。
- (2) 所有權保留及破產之實行，所有權保留之買賣，於當事人一方破產時，買賣契約解除（至破產宣告前之履行催告，以及催告期間經過亦可生法定解除權）準用讓與擔保之規定。

（甲）買主破產時 賣主基於保留之所有權（與擔保權同視）得行使別除權，而買主之附條件之所有權屬破產財團，賣主不能行使取回權。惟賣主於行使別除權時，破產管理人得對之請求清償金之支付以換取該目的物。

（乙）賣主破產時 破產管理人要求買主以殘存代金之支付以取得目的物之所有權，而買主不為殘存代金之支付時，破產管理人基於保留之所有權（擔保權）之行使，得為契約之解除（註二十五）。

按日本破產法第五十九條規定：破產人與他人所訂之雙務契約，於破產宣告時，雙方尚未履行完畢者，破產管理人得解除契約或履行破產人之債務，而請求對方當事人履行其債務，對方當事人得訂相當期間催告破產管理人確答究竟解除契約抑請求履行契約。破產管理人於相當期限內不為確答，即視為解除。對方當事人因契約解除而受之損害賠償得依破產債權行使之權利。破產人已受有對待給付者，如現存於破產財團時，對方當事人得請求返還，否則，以其價額依財團債權而行使之權利（日本破產法第五九、第六十條參照）。

我國破產法於此雖乏明文，但破產人於破產宣告前與他人訂立雙務契約所生之法律關係，於破產宣告後，亦非無解決之道，茲略言之（註二十六）。

①雙務契約於破產宣告時，破產人已履行完畢，而對方當事人尚未履行完畢者：(a)對方當事人所應履行之債務加為非財產上之給付，則與破產財團無涉，惟破產人因對方當事人不履行而生之損害賠償請求權及違約金請求權，則應歸屬破產財團（破

產法第八十二條第一項參照）。(b)對方當事人所應履行之債務加爲財產上之給付，則其給付請求權及不履行之損害賠償請求權並違約金請求權及其他從屬權利均屬破產財團。

(2)雙務契約於破產宣告時對方當事人已履行完畢而破產人未履行完畢者：(a)破產人應履行之債務如爲非財產上之給付，對方當事人祇能向破產人請求履行，其因破產人不履行而生之損害賠償請求權及違約金請求權，亦不得爲破產債權（破產法第一〇三條第三款）。惟對方當事人如依民法第二百五十四條或第二百五十五條、第二百五十六條而解除契約時，加在破產宣告前解除，其已爲之對待給付，得依民法第二百五十九條之規定請求返還，而依破產債權行使其權利。如在破產宣告後解除，則可依不當得利之規定，以之爲財團債務而行使之（破產法第九十六條四款）。(b)破產人所應履行之債務加爲財產上之給付，他方當事人得以之爲財團債務行使之權利。

(3)雙務契約於破產宣告時雙方均未履行完畢者：(a)雙方所應履行之債務如均爲非財產上之給付，則由破產人與對方當事人自行解決，惟如破產人因對方不履行而生之損害賠償請求權及違約金請求權時，該項請求權應歸屬破產財團（破產法第八二條一項二款），對方當事人因破產人不履行而生之損害賠償請求權及違約金請求權，則不得爲破產債權。(b)破產人應履行之債務如爲非財產上之給付，而對方當事人應履行之債務爲財產上之給付，則對方當事人祇能向破產人請求履行，而其所爲之對待給付則歸屬破產財團。如破產人於破產宣告後履行其債務而對方未履行對待給付，其給付請求權或不履行之損害賠償請求權及違約金請求權及其他從權利亦歸破產財團。但如破產人不履行其債務，則對方當事人不得以其損害賠償請求權或違約金請求權爲破產債權而行使權利。(c)破產人應履行之債務如爲財產上之給付，而對方當事人應履行之債務則爲財產上或非財產上之給付，破產管理人可於得監查人之同意後，以該項給付爲財團債務而履行之，以請求對方當事人履行對待給付（破產法第九十二條第八款及第九十六條第二款上段），對方當事人不履行時，所生之損害賠償請求權及違約金請求權及其他從權利，均歸破產財團。破產管理人亦可拒絕履行，而由對方當事人解除契約，而其因不履行所生之損害賠償及違約金，對方當事人則不得以之爲破產債權而就破產財團行使之權利。至如對方當事人於破產宣告後已爲對待給付，則可以破產人原應履行之債務爲財團債務而行使其權利（破產法第九十六條第二款下段）。

伍：收回權之行使

收回權行使對象，因不屬法定財團之財產，可排除破產管理人之支配，其方法、程序並無特別規定（註二十七），但此一財產，為破產管理人所管理，故須對破產管理人主張之，破產管理人承認其主張時，自不必以訴之提起為必要（但破產管理人對此承認依破產法第九十二條十一款之規定及院字第一四二三號解釋應得監查人之同意，如監查人尚未選出，應經法院之核定），惟破產管理人將該財產委之破產人自由處分，不復存在於破產財團時，收回權人須對破產人主張之。

又收回權人行使權利，如其財產團破產人或破產管理人之行為而受有損害，自得請求損害賠償，此種損害如發生在破產宣告前，因破產人之行為而生者，其損害賠償請求權為破產債權。如發生在破產宣告後，因破產管理人之行為所致者，則此一請求權為財團債權。

另外，關於收回權在和解程序中之效力如何？即收回權人是否得自和解監視財團中，行使收回權。對此問題向有正反兩說。主否定說者謂，破產法中就此既乏明文規定（即和解章中無準用破產法第一百十條及第一百一十一條之明文），且破產法第卅七條僅列有擔保或有優先權之債權，並無收回權在內，是法律顯係排斥該項權利，僅能以之為和解債權而行使之。

主旨定說者則認為，所謂和解監視財團，其範圍應指債務人在和解開始時及和解程序繼續中所取得或有扣押可能之財產。換言之，若和解不成立、被駁回、或不認可時，即進而為破產程序，將上述財產分配其債權人。若財產之真正所有人於此情況尚不能收回，豈非即以不屬債務人之財產供他人清償之用。

自各國立法例觀之，日本和議法第四條明定關於破產收回權之規定，均適用於和議法。德國和解法第廿六條一項亦明定「破產程序中，基於收回權或代償收回權而有請求權或追及權之債權人，在破產程序中有優先權之債權人，及依登記有擔保權利之債權人，均不屬於和解債權」，可見德、日均採肯定看法。

我國現行破產法雖乏明文，然按之常理，收回權人行使權利，乃基於實體法之之權源而生，初不限於和解程序或破產程序中方得行使，要屬當然之理，而毋庸法律另行規定。比較言之，自以肯定見解為是。

第二・特別取回權

壹・出賣人之取回權

(一)意義 出賣人已將買賣之標的物發送，買受人尚未收到，亦未付清價金而受破產宣告者，出賣人得解除契約，並取回標的物，但破產管理人得清償全部價金而請求標的物之交付（中破產法第一百一十條、日破產法第八十九條）。蓋在隔地買賣，買受人尙未付價或未付清金價，而出賣人已將貨物發送之際，買受人之財產狀態突生急變，致陷於無清償能力時，為平衡買賣雙方隔地交易之安全，自應承認此一制度存在之必要。考其由來，實乃源於英國法中所謂運送中賣主之禁止權（Right of stoppage in transitu），而由大陸法系諸出所繼受（註二十八），即所謂追及權（Verfolgungsrecht）（註二十九）。英國法之能影響大陸法者殊不多見，而此實為一大例外也。

另在日本，在動產買賣中，賣主尙有先取特權（日本民法第三一一條六項、第三一二條參照），買主破產時，若目的物尚存在於破產財團中，尙得行使別除權以資保護。於運送發達，運送時間縮短之今日，為貫徹保護物主之機能，則取回權之規，實有以賴之（註三十）。

二 各國之立法例

(1)英國・美國承認取回權之思想殆源於 D'aguia. Lambert (1761) 一案，即所謂 “the goods of one man Should not be applied in payment of another's debt”（血肉之財產非供他人清償之用），出賣人之取回權，即基此公平正義之理念而生，倘許買受人以未付價金之物，作清償債務之用，即不啻以他人之財產供自己清償債務，衡之常理，實難謂平。故許出賣人取回之。

此一思想初為衡平法院所承認，其後逐漸推至普通法院亦採之，最後復經由判例之累積於一八九三年成爲成文法 Sale of goods Act 1893。

除收回權外，英國法律為保護未受清償價金之賣主（unpaid Seller），亦承認其對出賣物有留置權（lien），即賣主雖已將物品發送，離開其占有，若此時買主陷於支付不能（insolvent）時，得行使禁止權，使物之占有復歸賣主，使買賣契約生自行解除之效（註三十一）。究之實際，此種留置權實源於出賣人所有權（Original ownership and dominion）之禁止權，此即係以支付價金為移轉占有權於買受人之停止條件，迄價金之支付時止，推定其占有權不移轉。

(2) 德國破產法第四十四條一項規定「出賣人或受託買入物品之行紀，已為買賣標的物之發送，買送人或其代理人尚未收到，亦未付清全價，而受破產宣告者，出賣人得請求收回」。同條第二項：「第十七條規定，於前項適用之」。而第十七條則規定雙務契約在破產程序開始時，當事人雙方均未完全履行者，破產管理人得代破產人履行，而請求對方履行。故破產管理人如支付價金後，出賣人收回即歸消滅。

(3) 日本：其破產法第八十九條第一項亦有對出賣人收回權之明文（見前述）。另於第九十條復規定行紀（問屋）之收回權（見後述）。

而我國破產法第一百十一條則僅對出賣人之收回權有明文。至行紀之收回權則付闕如。

二 性質

對出賣人收回權之性質，學者間議論紛紜，大別言之，可分為物權說與債權說兩種。（註三十二）

所謂物權說，認為收回權之行使乃基於所有權為主張，使該物直接復歸原主之謂。但亦非完全以賣主對目的物有所有權為前提，故縱在所有權已移轉於破產人（買主）之場合，亦承認其有收回權。惟物權說有時雖可以物權追及效力說明出賣人收回權之作用，但有時則無法自圓其說，如下述代償收回之情形是。

所謂債權說乃一種特別之契約解除權，因其行使結果；使賣主取得對所有權返還之人的請求權（註三十三）。亦有謂收回權乃賣主於物品發送後。所生履行前原狀回復之權利，此乃因買賣原因行為失效而生契約解除之結果也，此為現今一般之通說。

（註三十四）

其實，此種收回權之行使，實可視為賣主為阻止物之所有權之占有移轉於買主之撤回意思表示，於破產宣告後對破產管理

人行之者（註三十五）。

亦有謂此乃出賣人將占有權（或所有權）移轉之效果，因破產宣告，使其溯及消滅之形成權，惟須對買主以撤回之意思表示為之（註三十六）。

四要件

(1) 隔地買賣 蓋在同地買賣，為現物交易，銀貨兩訖，應無發生取回權之餘地。惟我國學者對此則頗有爭論，茲分誌如下：自法文中發送之字眼，認須指已成立之隔地契約（註三十七），或稱須為異地之買賣契約，其理由率之異地買賣始須相當時期之運送，其間買受人之經濟情況可能發生相當變化，若為同一地區之買賣交易，出賣人對買受人之經濟情況，知之較悉，買賣貨物可隨發隨到，自能貨款兩訖，故無此適用（註三十八）。按無論隔地或異地，其範圍均屬模糊不定，究以行政區域定之，或實際距離定之，而行政區域之大小、實際距離之長短，亦甚難定之，故貨物須發送，理論上只須非當場銀貨兩訖者，均可能有之，而本法之適用範圍亦同此廣泛（註三十九）。

余以為此類取回權之行使必也於「隔地」買賣方得發生，蓋在同地，出賣人對買方之經濟情況諒必知之甚詳，而於發送後之瞬間生巨變者，殆亦無從想像。既無所生，則斤斤計較於文義之解說，實無必要。揆之出賣人取回權之立法原意及比較外國立法例（英、日等國同），似應作如是解也。

(2) 買主未付清全數價金 所謂未付清價金包括全部未付或一部未付之情形，惟破產管理人行使此一權利，應得監查人之同意，如監查人未選出，應經法院之核定（我國破產法第九十二條及司法院院字第一四二三號解釋參照）。

至於價金之支付，自不限指現金而言，因抵銷、免除等債之消滅方法自應包括在內，惟價金之支付，若係附期限或僅僅為提供擔保者，賣主仍可行使取回權。

(3) 買主於目的地受領物品前 若買主在破產宣告前已將物品受領，則此物品在客觀上已屬買主之財產，蓋此時對第三人之信用已生，要屬破產財團而為破產債權人之共同擔保，出賣人行使取回權自屬不可。但所謂受領，除必須於目的地受領外，尚須由買受人本人或其代理人現實受領為必要。若於途中受領則應解為出賣人仍得行使取回權（註四十）。此外，所謂受領，應指

買受人現實占有標的物為必要。至買受人受領貨物交換證，船舶之貨載證券是否可視為現實之占有，一般認為為貫徹保護出賣人之意旨，應從嚴解釋，無可準用（註四十二），此類證券之交付與運送之移轉雖在法律上同視，仍非妨害取回行使之事由（註四十二）。

(4)此種取回權之行使，若當事人雙方於破產宣告當時並未履行完畢者，適用雙務契約有關之規定。

貳：行紀取回權

關於行紀於接受物品買入之委託，於物品發送後，委託人未付清價金且尚未到達目的地由委託人受領而受產宣告時，是否得行使取回權，通說均作肯定。關於此點，日本破產法因有明文（日破產法第九十條），而學者間亦每見論及，茲分述如下：一般均認行紀與委託人之間之法律關係，乃委任關係之一種，故準用代理有關之規定，此與上述買主與賣主間之法律關係顯不相同，惟就經濟觀點言，兩者則應同視也（在經濟上則與買賣關係類似）。因在代理，代理人在授權範圍內所為之行為，直接對本人發生效力，故買入之物品其所有權應歸委託人所有。因此之故，行紀於買入物品發送之後，於委託人有得行使一般取回權之要件發生時，為使行紀與委託人間交易關係之平衡，應允許之。故此非為確保交易安全而設之規定，惟在解釋上出賣人取回權有關之規定應可準用。

此種取回權之性質與上述出賣人之取回權相同，惟學者有認為此非買賣原因行為撤撤、解除之關係，而係法定要件具備時當然而生之取回權，與物品所有權是否移轉無關，其結果，所謂特殊之取回權，乃「法律規定直接而生之請求權」（註四十三）。亦有謂其行使之法理，乃因行紀買入之物品因已歸委託所有，而於履行占有移轉之際為確保費用及報酬之得實現乃對此物品予以留置，故可視為係該當物品之留置權，故其回復，若對破產財團為之時，則以別除權之形式出之也（註四十四）。比較言之，似以後說為是。

惟有爭論者乃此類買入委託契約，若於破產宣告當時尚未履行者，是否亦得適用雙務契約有關之規定，有正反兩說，肯定說認為自行紀取回權準用賣主取回權有關之規定視之，則有關雙務契約之規定自亦應比照準用（況雙務契約之規定乃任意規定

，自無排除適用之理由）（註四十五）。否定說有認為行紀之法律關係乃委任關係，適用同條之規定是否妥當，頗有疑問（註四十六），亦有認雙務契約有關規定為一般規定，而行紀則屬特別規定，同時準用，亦未見妥當（註四十七）。

在日本，判例有證券公司接受委託買入股票，於遲延移轉之際，公司受破產宣告之案例（最判昭和四三·七·一一民集二二卷七號一四六二頁）。其內容略謂「行紀乃為委託人之計算而取得之權利，其實質之利益乃委託人之所有，因行紀之性質即為以自己之名義為他人物品之買賣業者，……行紀於前述權利取得後未移轉於委託人而受破產宣告時，委託人對此權利應解為得行使之取回權」，按之法理，自應如是。

參：代償取回權

(1) 意義 破產人於破產宣告前或破產管理人將取回權行使對象之財產讓與他人，而使破產財團因此有所得利者，對此不屬破產人之財產，若以之供破產債權或財團債權之滿足，將使不能對現物行使取回權之第三人造成損失且欠公平，故承認其得對已處分之取回權之目的財產，在不失其對價之特定性而尚存在於破產財團中者（代位物），得請求代償取回。揆其立法用意，無非為保護取回權人之權利而設之規定（日破產法第九十一條參照），故學者間對此取回權往往以賠償之取回權稱之。認此種取回權在本質上屬不當得利返還請求權之性質（註四十八）。而行使代償取回權人以對原取回權目的財產之有歸屬權者為限。若係轉借他人，而為轉借之人破產時，則代償取回權之行使，應解為屬貨主（所有人）為已足，轉借人則無行使取回權之餘地。（註四十九）

(2) 若破產或破產管理人之因讓與所生之反對給付有請求權存在者，則請求權人得請求將此反對給付之請求移轉於自己。若破產人對此反對給付已受領者，則取回權就此所生之不當得利返還請求權，或損害賠償請求權，僅能作為破產債權行使之。若破產管理人已受領此反對給付，則取回權自得對此受領之反對給付而生之財產為請求。而破產管理人所受領之反對給付若為金錢，則取回權必須就金額為請求，而此金額之請求屬財團債權之性質。

代償取回權：性質可視為屬破產財團之反對給付請求權之移轉或所受反對給付之財產得請求之債權請求權，似不能解為係

占有之移轉（註五十）。自代償取回權得對財產本身之給付（代位物）為請求之點觀之，其效力似較財團債權為強。

(3) 代償取回權行使對象之財產，若為破產人或破產管理人因侵權行為而讓與以致造成債務不履行之情形，則由破產人讓與者可構成破產債權，由破產管理人讓與者，則構成財團債權（日本破產法第四十七條四款，我國破產法第九十六條一款參照），若遇有損害，自得行使損害賠償請求權。惟若行使代償請求權與取回權人基於實體法而生之返還請求權競合之情形，則無論如何，其得為選擇有利情形行使自不待言（朝高判昭一〇・七・二三詳論三四卷諸法七六九頁）（註五十二）。惟此種情形若選擇其中之一種權利行使而得滿足，另一權利自不能再行使。（註五十二）

(4) 破產人於破產宣告後，始將取回權目的之財產為讓與，且已受領反對之給付時，則因不能對抗破產財團，破產管理人自得對此為收回或返還之請求。但收回後原權利人亦得就此行使取回權。若破產管理人不為收回者，則應解為取回權人對讓與人（破產人）得為反對給付請求權移轉之請求（註五十三）。又若所受之反對給付在財團中因與其他財產混合而無法區別時，則取回權人就此債權得以財團債權而行使其權利（註五十四）。

附 註

一：加藤正治：破產法要論第一八三頁。（昭和二七年、有斐閣
以下簡稱加藤）債務人破產宣告後對財產已喪失管理權及處

分權，故取回權之行使自應對破產管理人以意思表示為之。
註

二：山木戶克巳：破產法第一四三頁（青林書院新社，一九七八

年以下簡稱山木）。同說見中田淳一：破產法、和議法第一

註
五：中田：破產法、和議法第一七七頁、一七九頁

一四頁，（有斐閣、昭和三四年以下簡稱中田）、齊藤秀夫

II 伊東，演習破產法第三二七頁以下（昭和四八年，青林書

院新社），均認此為取回權之消極機能。

破產法上取回權之研究

註
六：齊藤：破產法第九三頁

山木：破產法第一四四頁

菊井：破產法概要第八〇頁

註 七：兼子一：增補強制執行法第五八頁以下

註 八：齊藤：破產法第九三頁

齊藤：全集第一六九頁

註 九：菊井維大：「取戻權」法學セミナー五三號四〇頁以下

註十八：Vol. Schönke-Baur, § 54 CII 3 (S. 242, 243)

同說：山田正三：破產法第一一九頁

註十九：我妻榮：新訂擔保物權法第六一八頁。

坂本泰良：破產法講義第一四八頁。

袖木馨：擔保物權法第三九三頁

註十：山木：破產法第一四四、第一四五頁

註二十：中田：破產法和議法第一一七頁

齊藤：破產法講義第九五頁

註二十一：中田：破產法和議法第一一六頁。

中田：破產法、和議法第一一六頁

註二十二：中田：破產法和議法第一一六頁。

註十一：兼子一：新版強制執行法、破產法第一〇〇頁。

註二十三：小野木：破產法和議法第一一七頁

中野貞一郎：「讓與擔保と別除難」

註十二：兼子一：破產法第四四頁（昭和二八年弘文堂）

齊藤：伊東破產法演習第三四三頁以下

註十三：劉清波：破產法新論第一八九頁以下

中野貞一郎：「讓與擔保と別除難」

山木：破產法第一四七頁

齊藤：破產法講義第九六頁

齊藤：破產法講義第九六頁

齊藤：破產法講義第九八頁。

註十四：加藤：破產法要論第一八五頁

註二十一：竹下：「取回權の意義と種類」齊藤：伊東、演習三一〇頁以下參照。

註十五：小野木常：破產法概論第一一二頁（以下簡稱小野木昭和三

註二十二：竹下：「取回權の意義と種類」齊藤：伊東、演習三一〇頁以下參照。

二年，酒井書店）

註十六：柚木馨：「讓與擔保と新國稅徵收法との調整的評釋について」

註二十三：竹下：「取回權の意義と種類」齊藤：伊東演習三一〇頁以下參照。

註十七：加藤：要論第一八七頁

註二十四：山木：破產法第一五三、一五四頁

註二十五：竹下：「所有權保留と破產・會社更生」法曹時報二五卷二

註二十六・錢國成・破產法要論第九九頁、第一〇〇頁之註三

註二十七・竹下・「取戻權の行使」齊藤伊東演習三二七頁以下。即

在我國情形亦復如是。

註二十八・加藤・破產法研究五卷一四九頁以下「英法に於ける売主の

運送品取戻權」

註三十九・中野・「売主取戻權」強制執行・破產の研究第三一八頁以

下。

註三十・中野・前掲第三二五頁以下

註三十一・Sterens, Merchantile Law nth ed., p. 294

註三十二・中田・破產法和議法第一一一頁

中野・前掲三二九頁以下

註三十三・Jaeger § 44 Ann. 5—9参照

註三十四・中田・破產法、和議法第一一二頁

山木・破產法第一五七、第一五六頁。

註三十五・齊藤・破產法講義第一〇一頁

註三十六・兼子一・破產法第四五頁。

註三十七・劉清波・吳傳頤氏主張

註三十八・錢國成・劉令興氏主張

註三十九・李傳唐氏主張

註四十・菊井・破產法概要第八三頁、兼子一破產法第一一頁、反對

破產法上取回權之研究

說見岡村文治破產法要義第九四頁（昭和二九年明玄書房）

註四十一・齊藤・破產法講義第一五六頁。

註四十二・中田・破產法和議法第一二二頁。

山木・破產法第一〇一頁。

註四十三・兼子一・破產法第一一八頁。

註四十四・中田・破產法和議法第一二二頁

齊藤・破產法講義第一〇三頁。

山木・破產法第一五八頁。

註四十五・中田・破產法和議法第一一二一頁

註四十六・山木・破產法第一五九頁。

註四十七・齊藤・破產法講義第一〇三頁

註四十八・中田・破產法、和議法第一二三頁。

註四十九・山木・破產法第一五八、第一五九頁

齊藤・破產法講義第一〇三頁。

東大綠法會・演習破產法第六八、第六九頁

註五十・齊藤・破產法講義第一〇四頁。

註五十一・齊藤秀夫・櫻田・ケースズツク破產法六三事件

註五十二・加藤・破產法要論第二〇一頁以下

註五十三・齊藤・破產法講義第一〇四、第一〇五頁

註五十四・兼子一・破產法第一一九頁。