

法政講義

庚冊

民

289078

上海图书馆藏书



A541 212 0024 5573B

民法財產

緒物
論權

(第二十二册)

國立貴州
大學校贈

1543158



民法第二編總目

財產編

編首

緒論

第一節 占有

第一款 總論

第二款 占有之取得

第三款 占有之效力

第一款 占有者之權利

第二款 占有者之義務

第四款 占有之消滅

民法第二編 總目



289078

第二節 共有

第一款 共有之原因

第二款 共有之效力

第一 共有者之權利

第二 共有者之義務

第三款 分割

第四款 入會權

第三節 財產權之種類

編上

第一章 物權

總論

第一節 所有權

第一款 所有權之限界

第二款 所有權之取得

第一 先占

第二 遺失物之失得

第三 埋藏物之發見

第四 添附

第二節 地上權

第三節 永小作權

第四節 地役權

第一款 地役權之性質

第二款 地役權之設定

第三款 地役權之効力

第四款 地役權之消滅

附 入會權

編中

第二章 債權

緒論

第一節 總則

第一款 債權之要素

第一 得爲債權之目的者

第二 關於物之債權

第三 選擇債務 附隨意債務

第二款 債權之効力

第一 履行

第二 賠償

第三 對於第三者之債權者之權利

第三款 多數當事者之債權

第一 總則

第二 不可分債務

第三 連帶債務

第四 保證債務

第四款 債權之讓渡

第一 總論

第二 指名債權

第三 指圖債權

第四 無記名債權

第五款 債權之消滅

第一 辨濟

第二 相殺

第三 更改

第四 免除

第五 混同

第二節 契約

總則

第一 契約之効力

第二 契約之解除

第一款 贈與

第一 總則

第二 贈與之効力

第三 特種之贈與

第二款 賣買

第一 總則

第二 賣買之効力

一 買主之權利

二 賣主之義務

第三 賣買之解除

一 買戻之特約之條件

二 買戻之特約之効力

三 共有者之一人以買戻之特約而賣却其持分之場合

第三款 交換

第四款 消費貸借

第五款 使用貸借

第六款 賃貸借

第七款 雇傭

第八款 請負附懸賞廣告

第九款 委任

第十款 寄託

第十一款 組合

第十二款 終身定期金

第十三款 賭事

第十四款 和解

第三節 事務管理

第一款 事務管理之要素

第二款 事務管理之効力

第四節 不當利得

第一款 通則

第二款 非債取戻

第三款 不法原因之給付

第五節 不法行爲

第一款 不法行爲之要素

第二款 不法行爲之責任者

第三款 求償權者

第四款 賠償義務

第五款 時效

編下

第三章 擔保

總論

第一節 留置權

第一款 總論

第二款 留置權之効力

第三款 留置之消滅

第二節 先取特權

總論

第一款 一般之先取特權

第二款 特別之先取特權

第一款 動產之先取特權

第二款 不動產之先取特權

第三節 質權

第一款 總則

第二款 動產質

第三款 不動產質

第四款 權利質

第四節 抵當權

第一款 總則

第二款 抵當權之効力

第一 總則

第二 優先權

第三 追及權

第三款 抵當權之消滅

民法 第一編

財產編首及編上

例言

一 本講義爲日本法學博士梅謙次郎先生所授。講義之順序一、總則。二、財產。三、親族。四、相續。本編次於第二。就中分爲四部。編首（即財產緒論）編上（即第一章物權）編中（即第二章債權）編下（即第三章擔保）編者不揣從事於編首及編上、兩部分之編輯。其編中、編下、別屬之於他氏。

二 本講義基於筆記。證以先生之著書（即民法要義）以釐正其訛誤。務期無舛。其有爲著書所詳。而講授時從於簡括者。則從著書。故本講義較之筆記。增益十之三四。至其講授所未及者。復於著書採其關要之點。特設參考一闌。以收納之。

三 本講義較之筆記。既略有增益。抑亦不無刊落者。特難於割愛。母寧存之。故復拾

其餘再經選擇以爲附案。其有間識已意，或參照其他相關之法文者，亦歸入附案、闌中。

四

日本舊民法多仿佛蘭西法，新民法多仿獨逸法。本講義當講授時，於獨佛兩派之學說，梅先生皆或有所主張，或兩折衷之。然與他之學者究不無異同之見。自應旁徵他氏之著書，以廣其解。如富井博士政章、岡松博士參太郎、橫田學士秀雄，皆爲日本民法名家。其關於編者所從事之部分，亦各有其著書，欲便於比較，因譯取其要者，更不使其羸雜本文，故別之爲附錄焉。

五

本講義所據以爲參考及附錄之本，列左（其主要者以○○○○表示之）。

民法要義 卷之二物權編 日本法學博士梅謙次郎著 明治三十九年

十二月四日發行 訂正增補第二十四版

民法原論 第二卷物權上 日本法學博士富井政章著 明治三十九年

九月十八日發行 第一版

民法理由 物權編 日本法學博士岡松參太郎著 明治三十一年十二月

月五日發行 第六版

物權法 日本法學士橫田秀雄著 明治三十八年七月八日發行 第二版

物權法講義 第一部 同前人講述 明治三十六年度東京法學院大學

(今中央大學)講義錄合本

六 本講義所據之筆記有兩本如左。

編者手錄本

溫州許壬氏手錄本

七 本講義所附錄者。既係譯文。以時間倉促。不無簡直之嫌。擬加修改。以期條達。姑俟二版。謹先誌其歉。

八 本講義之範圍中。其關於他之單行論文。可採者不少。本欲以便加入。因無多暇。晷。暫置闕如。

九 關於本講義中之用語。擬爲解釋別刊之。

十 本講義之細目已屬詳晰其尤細者應標題於眉上當益瞭然亦俟二版加入。

十一 本講義講授時於立法論特詳是爲學理講義之體裁惟既以日本講義爲基礎故所引法文不能不獨偏於日本於其無甚理論之處以僅加解釋爲已足又半屬於逐條講義之體裁是純爲吾國學者計便宜故無容以體裁爲拘束也至應欲參他國法文依岡松博士民法理由之體例（又奧田博士義人日本親族法論及相續法論亦然）於日本法文之下備載應參何國何法何條本講義急欲仿之可信爲至當者但各國法文現無譯本備錄之亦非倉猝可能茲姑從略儻吾學中有爲此業者國人引領咸同斯望。

十二 關於法律上之文字與普通用文及文學上政治上之用文皆不能同一其在吾國久成別派非老於其業卒不得當況以世界淵深之法理猥以淺人執筆其嚅囁不能舉夫何待言若以論理的規則衡之更無足算也當世達者幸賜匡益。

民法第二編目次一

財產編之首

緒論 三

第一節 占有 三

第一款 總論 四

壹定義 四

甲廣義 五

乙狹義 五

貳性質 一二

甲以所有之意思爲占有不以所有之意思爲占有 一二

乙善意占有惡意占有 一四

丙平穩占有強暴占有	一五
丁公然占有隱秘占有	一五
戊繼續占有不繼續占有	一六
參占有保護之理由	一七
甲推定	一八
乙怠慢	一九
丙秩序	一九
第二款 占有之取得	一九
壹原則	二〇
甲原始取得	二〇
乙繼受取得	二〇
貳代理占有	二一
甲普通之代理占有	二二

乙簡易之引渡……………二五

丙占有之改定……………二六

丁代理之移轉……………二七

戊容假占有(狹義)……………二八

參占有之承繼……………三二

第三款 占有之効力……………三五

第一 占有者之權利……………三六

壹權利之推定……………三六

貳果實之取得……………三七

甲善意之占有者……………三七

乙惡意之占有者……………四〇

參權利之取得……………四二

肆費用之請求……………五〇

甲必要費	五〇
乙有益費	五二
丙徒冗費	五六
伍占有之訴	五七
甲占有之訴之種類	五七
一占有保持之訴	五七
二占有保全之訴	五八
三占有回收之訴	五九
乙占有之訴之期間	六一
丙占有之訴與本權之訴之關係	六五
第二 占有者之義務	六八
第四款 占有之消滅	七〇
壹原則	七〇

貳代理占有之消滅……………七三

甲本人之意思之消滅……………七四

乙代理人之意思之消滅……………七四

丙所持之消滅……………七五

第二節 共有……………七七

第一款 共有之原因……………八一

壹相續……………八一

貳組合……………八二

參夫婦財產契約……………八二

肆共同契約……………八三

第二款 共有之効力……………八三

第一 共有者之權利……………八三

壹權利之範圍……………八三

貳持分 八五

參共有物之利用 八六

甲處分 八六

乙管理 八七

肆權利之膨脹 八九

第二 共有者之義務 九二

壹費用之負擔 九二

貳基於特約之債務 九三

參對於特定承繼人之債務 九三

第三款 分割 九六

壹原則 九六

貳例外 九七

甲當事者意思 九七

乙物之性質……………九九

叁方法……………一〇一

甲原則……………一〇一

乙共有者有債務時……………一〇三

肆參加……………一〇五

伍効力……………一〇七

甲遡及既往否乎……………一〇八

乙擔保……………一一四

陸證書……………一一六

第四款 入會權……………一一八

第三節 財產權之種類……………一二〇

壹物權……………一二〇

貳債權……………一二〇

參 無形財產權

..... 一一〇

甲 著作權

..... 一一〇

乙 特許權

..... 一一一

丙 意匠權

..... 一一一

丁 實用新案權

..... 一一二

戊 商標權

..... 一一二

己 商號權

..... 一一三

肆 漁業權

..... 一一三

伍 道錢權 橋錢權

..... 一一四

民法第二編

貴筑 姚 華編輯

財產編之首

本編所述爲私權中關於財產權之事項。就中論其關於物權及債權者。而以擔保附著於後。

附案 日本民法編別之次第。(一)總則。(二)物權。(三)債權。(四)親族。(五)相續。梅謙次郎先生謂未盡善。當爲(一)總則。(二)親族。(三)財產。(四)相續。而於財產編中又分爲二部。(第一)物權之部。(第二)債權之部。擔保附焉。此論法典編別次第應爾也。至講義純爲便利上計。故其次第則爲(一)總則。(二)財產。(三)親族。(四)相續。與上所擬之法典編別次第不同。其以財產置第二者。因親族相續關係於財產者至多。非先明其義。則親族相續於授受兩方均屬困難也。至財產編之分章。第一章物權。第二章

債權第三章擔保。其所以如此分章者。因債權由物權而生。故次於物權。而擔保則非有物權固不能生。且非有債權亦不能生。不得不獨居於末也。（已詳總則）故本講義之次第。悉依於此。

附錄 橫田學士秀雄物權法講義第四葉第五葉

財產權之名稱。由獨逸學者間所用而傳來者。即獨逸語所稱『フェルメーゲンスレヒト』者是也。而其所謂『フェルメーゲン』之語。本來意義。爲能力之意味。凡有此權利者。取得未生之能力。乃就其權利。而付以『フェルメーゲンスレヒト』之名稱也。雖佛蘭西法。不別認財產權權利之差別。然佛法所謂財產者。即『ビヤン』之語。與獨法之財產權相當。蓋佛法之財產。包含有體物（即有體物之所有權也）。及有金錢上價格之無形權利故也。日本民法。亦從獨逸法之規念。採用區別財產權與其他之權利之主義。示此區別之實益。有數多之規定。例如民法第百六十三條。有『以爲自己之意思平穩且公然行使所有權以外之財產權者。從前條之區別。十年二年後。取得其權利。』又第百六十七

條第二項。有『非債權又非所有權之財產權。因二十年間不行使之而消滅。』第四百二十四條第二項。有『前條之規定。於不以財產權爲目的之法律行爲。不適用之。』之類是也。但財產權之定義。學者間頗有議論。民法中關於財產權之爲何。別無所規定。故此問題。不外基於學理決之。

附案 以橫田氏之說觀之。是日本民法。於財產權採用獨逸法之觀念。故於財產權與其他之權利。示其區別。本講義所以不別爲財產權權利之差別者。蓋本於佛法派之學說。所以生如是之差異也。

緒論

緒論所述。爲通於一切財產權之事項。特以其關於占有及共有之事項論之。

第一節 占有

附案 置占有於緒論者何耶。在日本民法以占有列入物權編中。本講義既合物權債權爲財產編。而別置占有於緒論者。蓋依梅先生之說。主張廣義占有。謂一切財產權皆得占有之。故置之緒論。民法法典。係採狹義占有。於一切財產權

之占有。尙不認之。僅以其一部分規定於章末（第二章第四節）準用狹義占有之規定。而稱爲準占有。狹義占有者。但限於有體物。故列入物權編中。此其所以不同也。

占有因何而發生乎。蓋一切財產權中之權利。與其權利行使之事實。各自爲物行使之事實。有伴於權利者。有不伴於權利者。於其伴之者。除權利而言其行使之事實。則爲占有。於其不伴之者。固無權利之可言。然姑不問之。但言其行使之事實。亦爲占有。而占有又與占有權各異。何則。占有者爲其權利行使之事實。占有權者。則因其權利行使之事實而生之權利。所謂「占有之體樣」者。占有也。所謂「法律付與爲之保護之權利」者。占有權也。二者之區別如此。

第一款 總論

於總論中所當言者。可分爲三。(壹)定義。(貳)性質。(參)占有保護之理由。

(壹)定義

占有 (Possessio, possession, Besitz) 之定義。有廣義狹義之不同。分言之。(甲)廣義。(乙)

狹義。

(甲) 廣義

占有者以爲自己之權利行使某財產權之謂也。占有者不過權利之行使。一切之財產權皆得占有之。試言物權。例如或人有物而使用之。是爲其所有權之結果。就其權利之行使言。即爲物權占有。試言債權。例如或人以金錢貸人而請求其辨濟。是因債權爲或人之權利。故其權利之行使。即爲債權占有。此定義爲近今最進步之學說。然尙未實行。日本民法采用者。猶係狹義之占有也。

(乙) 狹義

占有者以爲自己之權利所持某物之謂也。依此定義。云某物者。必要有體物。若債權爲無體物。即不能爲占有。債權之例。自不適用。而所謂狹義之占有者如何。例如家屋所有者。對於家屋而任意使用。(如居住)固係以爲自己之權利。即非家屋之所有者。然因賃借家屋而使用之。亦係以爲自己之權利。均以家屋爲其物之所持(Derelictio, aetention, Inhabung.)也。因於此點(所持某物)言之。即爲占有。在法律用語。稱之

爲純然占有。純然占有。必要有所持。是爲日本民法所採用者。第一百八十條云。『占有權者。以爲自己之意思。因所持之物。而取得之。』蓋普通（即狹義）所稱占有者。必要物之所持之權利行使。本法係採用普通之學說。於占有之範圍。限於有體物之所持。其他稱爲準占有。

附錄 橫田學士物權法第八十五葉至第八十八葉

物權者。使有體物直接服從於權利者之權力之權利也。得區別之爲所有權。他物權。及占有權。而所有權及他物權者。於法律上得支配有體物之一切關係。又或關係之權利也。占有權者。因占有（即事實上支配有體物）而生之權利也。蓋所有者。他物權者。法律上雖得爲支配有體物之權利（即從其所欲。有使有體物服從於自己之權力之能力）。然此等之物權。從其權利之本旨。有事實上支配目的物者。亦有不支配之者。其所支配物之權利。與事實上之支配。非必常同歸於一人。而占有權者。即因此事實上之支配而生之權利。在物權中屬於特種之權利者也。（案此就日本民法解釋之。故以占有權屬於物權中之特種權利也。）

占有者於廣義則一般關於物之現實之支配也。詳言之。使有體物事實上服從於吾人之實力之謂。即謂吾人得排斥他人於有體物上。施有形的行爲之事實上之狀態也。（案此所謂廣義與本講義之廣義不同。其範圍仍係狹義占有所包含也。）

如右所述。或人保持有體物於事實上自己之實力範圍內時。指此狀態。稱爲物之自然占有。或物之所持物。所持人。以爲自己之意思而占有物時。其占有稱爲法律上之占有。占有權者。即從此種占有而生者也。

關於法律上占有之定義。古來學說及立法例。甚不一致。或曰（第一）受法律保護之占有。必要以所有之意思。而保持有體物於自己實力之範圍內者。或曰（第二）占有受法律之保護。在占有者。僅以有爲自己之意思足矣。或曰（第三）占有者保持物於自己之實力範圍內。不論意思之有無。其占有即應受保護。佛國民法。及日本舊民法采第一主義。獨逸民法采第三主義。日本新民法。采用介在第一第三間之第二主義。而就受法律保護占有之範圍言之。第二主義。較第一

爲廣。第三主義更較第二爲廣。第一主義係羅馬法以來所行者。經種種變遷。而產出第三主義。以至漸次擴張其範圍。蓋法律所以保護占有者。其主要之理由。因或人保持物於自己之實力範圍內時。使他人不得猥以私力。動此實力關係。故自此點觀察之。苟於人與物之間。限於實力關係之存在。不論其人所以爲物之所持者之意思如何。皆有保護（不使他人侵害之）之必要。雖然。日本民法於無爲自己之意思。而爲物之所持者。就其物之所持。若不感何等之利害。則認爲無保護之必要。蓋以此意思爲受法律保護占有所必要之條件。缺此條件。即無保護之之必要也。

據日本民法。在法律上之占有。必要有爲自己之意思。故唯於以爲或權利之行使而所持物之場合。始有法律上之占有。何則。以爲自己之意思而占有物者。即常要以爲關於物之或權利之行使而占有物者也。除此而外。無別以爲自己之意思而爲占有之場合。至於占有者欲行使之權利。爲物權與爲債權。不必問之。雖然。占有權之成立。在占有者僅以爲或權利之行使而所持物爲己足。至占有

者於實體上有權利與否。亦不問之也。故物之真所有者。因所持目的物。而於其物之上取得占有權。自不待論。即如於物之上。不有何等權利之竊盜。亦因竊取之。而於其上取得占有權者也。何則。竊盜於其所竊取之物。有爲自己所有之意。而竊盜所持之物。即不外非物之所有者。而行所有者之權利故也。

準占有(Quasi-possessio)者。不必要所持某物。祇須以爲自己之權利。而爲財產權之行使。於日本民法亦可適用占有之規定。第二百五條云。『本章之規定。於以爲自己之意思而爲財產權之行使者。準用之。』據此。則日本民法。亦不得謂其不採用廣義之占有矣。故論民法上宜采之主義。應以逕用廣義爲當也。法文上所謂以爲自己之意思者。易致朦朧。不如云以爲自己之權利之明確。故定義中不曰意思而曰權利也。總之。占有不論廣義狹義。必要有二要素。一謂意思。即心素(Anjims)一謂事實。即體素(Corpus)心素者。謂爲自己行使權利之意思也。體素者。謂權利行使之事實也。例如或人所持之物。爲或人使用之。是權利行使之事實。即體素也。(在純然占有。謂之爲物之所持)當其使用時。必有以爲自己之權利之意思。即心素也。就狹義言之。如

此再以廣義言。例如債權者對於債務者。行使請求辨濟之權利。是權利行使之事實。即體素也。當其行使請求辨濟之權利時。必有以爲自己之權利之意思。即心素也。此二要素爲凡占有所有必具備者。二者缺一。則占有不成立。例如對於某物。雖己以爲自己之權利。然不有權利行使之事實。則體素缺。僅有心素。不得爲占有。又如代人管理某物。本有權利行使之事實。然物並非其所有。其意固謂此物者某人之所有也。自己特爲之管理而已。是無爲自己權利之意思。則心素缺。僅有體素。亦不得爲占有。故取得占有者。不可不具備此二要素也。

占有之性質。學者間議論不一。關於此點。有一疑問。即占有者爲事實乎。抑爲權利乎。實則或以爲事實。或以爲權利。兩者皆非也。蓋占有其物。雖爲一事實。然法律爲保護此事實。而付與種種之權利。故僅以占有爲祇係事實者不可也。雖然。遂以占有其物。即爲權利。亦不免誤謬。何則。占有者爲占有之體樣。與法律付與以爲之保護之權利。自別爲一物。而民法中所謂占有權者。固總括法律爲保護占有所有付與之一切權利而言也。

附錄 橫田學士物權法第八十九葉第九十葉

占有者爲事實。抑爲權利乎。羅馬法以來。學者之議論歧出。各國立法。皆以爲單純之事實。唯採用就其事實付與法律上多少重要之效果之制度。蓋占有者本不過一事實而已。然因此事實而生法律上重要之效果。占有者關於占有物得享受法律上種種之利益。同時以法律保護其占有。若第三者妨害之。或侵奪之之時。則依占有訴權之方法。保持其占有。或以回復之權利付與占有者。使占有者得享受因占有而生之利益。故由此點觀察。則占有者於自己占有物之上。得依法律而受保護之利益。即所謂權利。而此權利亦與所有權。及他物權相等。能直接行使於物上。故屬於物權之一種明矣。（案此依日本民法解釋之。故以爲物權之一種。）然此權利但基於占有之事實而已。非爲實體上之權利。基於本來之能力。有可支配其物之權利者。且占有訴權。以保護人與物之實力關係爲目的。故其主要之効力。在於制限私力。使不得侵害行於物上之實力關係。若占有權與實體上之權利。不得並立時。則占有權對於實體上之權利。不可不讓

步。例如甲爲時計之所有者。設乙無權利而占有之。假定甲有所有權。乙有占有權。於此場合。甲乙之關係如何乎。曰甲不得乙之承諾。固不得以私力取還其時計。然乙不過事實上占有之。在法律上。乙不有占有之權利。對於所有者(甲)之請求。有返還之義務。因而乙不應甲之請求。則甲可依法定之手續。有使乙引渡時計之權利。故占有權者。以爲自己之意思所持物之人。欲繼續其所持。對於私力得維持占有之權利是也。

(貳) 性質

占有之性質。可分爲五。(甲)以所有之意思爲占有。不以所有之意思爲占有。(乙)善意占有。惡意占有。(丙)平穩占有。強暴占有。(丁)公然占有。隱秘占有。(戊)繼續占有。不繼續占有。

(甲)以所有之意思爲占有。不以所有之意思爲占有。

所有之意思。如其文字讀之。謂行使所有權之意思也。(梅先生民法要義卷一總則

編第三百六十八葉參照)依廣義言之。二者似不必區別。然其性質究竟不同。例如

或人所有土地。於登記後。即以爲自己之所有權。因以所有者之資格占有之。是以所

有之意思爲占有也。又如或人行使地上權。因以地上權者之資格占有之。與或人借物使用。因以賃借權者之資格占有之。皆於自己而外。尙不能不信他之一人爲所有權者。是不以所有之意思爲占有也。就上例觀之。表面似同。性質則異。此皆以有·意·思·占·有·者·。惟於其意思上。有或以所有。或不以所有之別耳。於不以所有之意思爲占有外。尙有純無意思而爲占有者。即普通之代理占有是也。舉例言之。設有土地於此。自己代理他人管理。於登記後。而以土地所有者之資格占有之。自己對於此土地。並不存如何之意思於其間。是純無意思而爲占有也。以所有之意思占有。不以所有之意思占有。二者之區別。最爲必要。蓋以所有之意思爲占有。與不以所有之意思爲占有。於適用取得時效。(取得時效詳總則中)大有差別也。

附案 地上權等爲狹義之容假占有。所謂爲自己之意思則有之。然無所有之意思。(民法要義卷二。物權編第三十四葉)是也。故地上權等。當然屬於不以所有之意思爲占有之範圍內。○以所有之意思爲占有者。於日本民法。可適用第一百六十二條之取得時效。不以所有之意思爲占有者。則適用第一百六十三條之

取得時效。○第六十三條爲財產權之規定。與廣義占有之定義相合。故從廣義似不必區別。而其性質不同。適用遂異。所以必要區別之。民法要義（卷二物權編第三十六葉）謂「依其性質。而關於時效之差別。於前編論之」者。即第六十二條第六十三條之解釋是也。（占有者之義務參照）

（乙）善意占有惡意占有

善意者何。不知權利之非屬自己。信爲有正當之權利而占有之也。惡意者何。明知權利之非屬自己。而仍占有之也。例如一物。本隸屬於他人所有權之下。因其似自己之物。即信爲自己之權利而占有之。是即善意。如盜竊品。已明知其物本隸屬他人所有權之下。非自己所有之權利。乃盜竊而占有之。是即惡意。善意與惡意之區別。亦爲必要。因取得時效。善意占有。於無過失時。經過十年。即屬時效完成。惡意占有。要經過二十年。始能時效完成。又果實問題。善意占有。爾後知非己有。而返還其物時。其物上果實。不必返還。惡意占有。於返還其物時。須並其果實而返還之。倘已消費。要償其代價。蓋善意占有。有猶得以過失爲說。故可不負賠償之責。惡意占有。並不得以過失爲說。凡

因其占有而生之損害。皆要賠償也。但占有雖爲惡意。仍視爲占有。例如竊物者。物雖非其所有。而爲其所持。故亦爲占有也。

(丙) 平穩占有強暴占有

此二者已於取得時効中言之。(詳總則)所謂平穩占有者。自其占有之時。並非以強暴之手段而爲奪取。及其占有之中間。亦未嘗以同一之手段而爲保持也。(平穩者對於強暴之詞。謂非因暴力而得。又非以暴力僅能維持之也。)(民法要義第一卷總則編第三百六十八葉)反之。即強暴占有。強暴者。包含脅迫及暴行之意。凡占有者。其平穩與強暴。皆以現時爲定。雖占有之始。由強暴手段奪取。而現時之保持。並無用強暴手段者。即爲平穩占有。或其占有之中間。以強暴手段保持。而現時不復用強暴手段者。亦爲平穩占有也。

(丁) 公然占有隱秘占有

公然者。視爲普通所有物。可公示於人者也。隱秘者。恐人知覺。藏匿之。不以示人者也。公然隱秘。皆一時者。而非永久者。故占有之始。本爲公然。旋隱秘之。即爲隱秘占有。雖

經隱秘。旋復公然。亦爲公然占有。公然隱秘。不問人果知覺與否。但問自己之公示於人與否。而分別之。例如一時占有動產。儲於倉庫。猶向人矯飾而匿其占有之意。是亦動產之隱秘占有也。公然反是。公然隱秘。亦要區別。就取得時效言之。必於時效期間內常爲公然。(平穩同)其時效始得進行。而後能享受時效之利益。若有一時之隱秘。(強暴同)則時效中斷矣。

(戊)繼續占有有不繼續占有

繼續占有者。自某時起。至某時止。中間毫無間斷。而占有之也。不繼續占有則反是。以時效言之。如十年時效。中間無或間斷。即爲繼續。經過十年。則時效完成。若或間斷。即爲不繼續。而時效中斷矣。

以上五種。一種中各有兩方面。其反面(不以所有之意思。惡意。強暴。隱秘。不繼續)皆爲瑕疵占有。有法律上保護之力。視無瑕疵占有較爲薄弱。蓋因占有之性質不同。法律之保護。遂隨之而異。此占有之性質。所以必要區別也。雖然。於實際占有果帶有如何之性質。多難證明。故法律上不能不設一應之推定。其推定亦惟以普通最多者爲標

準。但限於無別段之證明者耳。日本民法第百八十六條。即其規定。其第一項云。『占有者推定爲以所有之意思。善意。平穩。且公然爲占有者。』第二項云。『於前後兩時。有爲占有之證據時。推定其間爲繼續者。』觀此規定。則占有之性質。難以證明者。皆推定爲無瑕疵占有。無瑕疵占有者。普通最多者也。惟於繼續之場合。須證明占有之起初。及其最後之時。方可推定。例如自今年爲始。以某屋爲住所。後至若干年爲止。仍以某屋爲住所。其間大抵未嘗遷徙。故可推定爲繼續。而法律於其間。常推定占有爲繼續者。何。是無他。法律以普通之場合。假定事實。其異乎此者。爲例外之事實。有主張者。須提出其證據。倘有反證時。則依其反證。所謂一應之推定者。決非絕對看做之。故以反對之意思。得擊破此推定。於新民法看做云云。限無別段之明文。決不許反證。至推定云云。則常得以反證擊破之。

(叁) 占有保護之理由

法律之保護占有。多滋疑問。夫占有。或伴於其所占有之權利。或不伴之。於其伴之之場合。其權利既歸屬自己。於其占有之事實。則有保護之必要。無論何人。亦無爭論。於

其不伴之之場合。其權利既非歸屬自己。於其占有之事實。法律反爲之保護。得非保護無權利者乎。此始從事於法律者所不能無疑也。雖然。占有之保護。亦未嘗無理由。其理由如何。可分爲三。(甲)推定。(乙)怠慢。(丙)秩序。

(甲)推定

於大多數之場合。占有者即有權利者。於法律上。可推定其占有係伴於所占有之權利者也。蓋自社會實際上觀之。其以強盜奪取。或以暴行橫領。而占有他人之物者。誠不無其事。然於社會一般之比較上觀察。果以爲自己之權利而占有之爲多乎。抑以奪取或橫領而占有之爲多乎。後者究居少數也。且因占有而欲證明權利之確屬其人與否。最爲困難。例如甲有或物。乙詢此物自何人移轉。甲必告以某年月日。買受於丙。設又詢賣渡人果否爲所有者乎。甲不能答。於此場合。即係不能證明。而法律上以爲凡權利之行使。大抵係其人之真實權利。故當不能證明占有者之果否確爲權利者時。惟有推定其人係爲自己之權利而占有之者。倘果非其權利。至發生事實上之問題。則可訴之法廷。既無事實上之問題發生。自宜推定其占有係伴於所占有之權。

利者矣。

(乙) 怠慢

即令可證明占有者爲非權利者。別有他之權利者存在。然權利者不主張其權利而行使之。至爲非權利者所占有。是權利者之怠慢也。由怠慢所生之結果。即當由怠慢者擔任之。故法律寧保護占有者。而不保護怠慢者也。

(丙) 秩序

即令權利者亦無怠慢。而竟被非權利者占有之。於此場合。使不保護占有權利者得訴以腕力。而侵他人之占有。則爭奪必多。是紊亂社會之秩序也。故法律保護占有權利者。但宜訴之法廷。踐其他適法之手續。而主張其權利。俟調查後。乃能證明其權利歸屬何人耳。於占有之當時。固應保護之。法律固不僅爲保護占有起見。實爲社會之秩序起見。是占有之保護。所以尤爲必要也。

第二款 占有之取得

占有之取得。可分爲三。(壹)原則。(貳)代理占有。(參)占有之承繼。

(壹)原則

原則可分爲二。(甲)原始取得。(乙)繼受取得。

(甲)原始取得

所謂原始取得者。非從他人取得。而占有者最初取得之之謂也。據日本民法第一百八十條(見前)所揭示占有之要素。並取得之方法。已可知占有有二要素。一即心素。有爲自己行使權利之意思是也。一即體素。行使權利之事實是也。而在純然占有。(即狹義占有)則謂體素爲物之所持。第一百八十條爲純然占有之規定。故謂爲自己之意思者。即心素。謂爲所持者。即體素。(至謂爲占有權者與占有自別。即因占有之體樣而法律上與以爲之保護之權利也。)心素體素。不可缺一。前已詳之。故取得占有。必要取得此二要素。而原始取得者。固具備此二要素者也。例如臨川投網。豫想如得魚。即爲自己之所有。而任意處分。是有爲自己行使權利之意思。心素具矣。既而果得魚處分之。是有權利行使之事實。體素具矣。故原始取得爲占有取得之原則也。

(乙)繼受取得

所謂繼受取得者已爲他人所持。因他人之引渡而取得之之謂也。據日本民法第八十二條第一項云。『占有權之讓渡。依占有物之引渡而爲之。』此項所規定者。爲純然占有（即狹義占有）。故必爲有體物之引渡。若廣義占有。則云權利之行使足矣。不必云引渡也。引渡云者。即心素體素之移轉。蓋當讓渡之一方與讓受之一方。爲讓渡行爲時。其心素同時由讓渡人移轉之於讓受人。固不待言。至體素亦即依於引渡而移轉之。若廣義占有。則於無體物之體素。不可得而見。其移轉時。即以意思之移轉。爲權利之移轉。因既無物之所持。即不必要以所持爲移轉也。例如債權之移轉。不在體素而僅在心素是已。

(貳)代理占有

自普通言之。代理占有亦爲容假占有（廣義）。因自己全無所有之意思。以代理他人之故而占有之也。容假占有（廣義）（即代理占有）可分爲二。（一）狹義之容假占有。例如地上權、賃借權等。對於其地上權、賃借權之行使。雖爲自己占有其家屋。或其土地。而對於自己占有之範圍外。應屬於所有權者之權利。由此點言之。乃爲他人占有者也。

(二)普通之代理占有並非爲自己之意思占有。亦非僅對於自己範圍外之權利兼爲他人占有。乃純然爲他人占有者也。代理占有亦爲容假占有(廣義)者。因其受本人之許可而占有之也。分之爲五。(甲)普通之代理占有。(乙)簡易之引渡。(丙)占有之改定。(丁)代理之移轉。(戊)容假占有(狹義)。

(甲)普通之代理占有

據日本民法第百八十一條云。『占有權得依代理人取得之。』如甲委乙購物。乙因委任而受取目的物之引渡。乙非爲自己之利益。實代甲取得其利益也。此與普通代理同。法律上既認普通代理。故亦認普通之代理占有。例如後見人代被後見人受物引渡時。後見人非爲自己之利益。乃爲被後見人之利益也。是爲普通之代理占有。但有宜注意者。法文上於占有。往往云以爲自己之意思。而定義中亦往往云以爲自己之權利。據右之所述。普通之代理占有。並無以爲自己權利之說。豈非前後矛盾乎。不知代理人以代理人之資格爲取得時。仍以爲己之利益。特於取得後。以其効力及於本人。使本人取得占有而已。當代理人之占有時。固不啻以爲自己之權利而占有。

之也。

參考 民法要義第二卷物權編第二十五葉至二十七葉

世之學者。往往誤解心素體素之意義。謂心素必要占有者。有自己占有之意思。惟體素得使代理人行之。信其說者甚衆。是大謬不然者也。蓋在羅馬。不認純然的代理。前既論之。（民法要義再訂第一卷第二百二十二葉）故就占有之取得言之。因亦不認純然的代理。然實際不堪其不便。故於意思雖不得代表之。而事實得代表之。僅認爲代理占有而已。至於後世。一般雖認純然的代理。而關於占有。依然墨守羅馬法之舊套。於意思必要本人有之。唯事實得委之於代理人。所以令人苦於了解也。日本民法於占有之取得。亦認純然的代理。特於第一百八十一條明爲規定之。

或曰。依前條之規定。（第一百八十條）於占有必要有爲自己之意思。故不能認純然的代理占有。是說不免謬誤。不知代理人於代理人之資格。爲自己取得占有。然後其効力及於本人。因而能使本人取得占有權也。

或又曰。代理人以自己之意思。視爲取得占有者。與以本人之意思。視爲取得占有者。於實際應毫無所異。若然。則子之所論。得無不過爲空論乎。曰不然。若必要本人之意思時。則（第一）無意思能力者。一切不能取得占有。（第二）本人當爲委任於代理人時。有取得占有之意思。若代理人當始爲物之所持。本人已失意能力。遂不能取得占有。（第三）本人於代理人爲不特定物之買入。而委任爲占有之旨時。本人尙不知占有之物。故代理人於買入之物。本人不得爲有占有之意思。尤以占有權爲物權以上。（案此依日本民法之編別解釋之。故以占有權爲物權。）其目的之確定固不待論。故於此場合。本人之占有權。不因代理人從賣主受物之引渡之當時而始。尙須代理人以買入其物之旨。通知於本人時。始爲占有權之取得。是雖反對論者。亦不聞有主張之者也。然則占有權亦同於他之權利取得之。不必要本人之意思。而占有權取得之法律行爲。亦如他之法律行爲。單以代理人之意思得爲之。故占有權之取得。亦依於代理人得爲之。（依以上所述。執第一百八十一條之主義。無區別法定代理人與他之代理人之

必要可知也。

(乙)簡易之引渡

所謂簡易之引渡 (Traditio brevi manu) 者。雖未引渡而已與引渡者等也。日本民法第百八十二條第二項云。『讓受人或其代理人於現所持占有物之場合。其占有權之讓渡。得僅依當事者之意思表示而爲之。』凡占有權之讓渡。心素體素不能缺一。惟簡易之引渡。則僅以心素爲移轉而已。蓋於欲讓渡占有權之場合。讓受人既以其物代讓渡人占有。例如受寄者買受受寄物是也。於此場合。體素已存於讓受人之手。僅移轉心素足矣。故占有權之讓渡。得僅依當事者之意思表示爲之也。又讓受人雖不自爲物之所持。而委之於代理人。其代理人同時爲讓渡人占有其物時。亦得僅依當事者之意思表示爲引渡也。例如甲以物託丙管理。繼以之賣渡於乙。甲爲讓渡人。乙爲讓受人。乙不自持其物。仍託丙管理。於此場合。丙不啻爲乙之代理人。因甲既讓渡其占有權。即代乙占有之。故不必有體素之移轉。僅移轉其心素。而爲意思之表示可也。

(丙) 占有之改定

占有之改定 (Constitutum possessorium) 與簡易引渡爲正反對。日本民法第一百八十三條云。『代理人以自己之占有物表示爾後應爲本人占有之意思時。本人因之取得占有權。』據此規定。是讓渡人。不以體素直爲移轉於讓受人。而自爲讓受人之代理人。表示爲其人占有之意思也。例如賣主暫時借受其所賣之物。其心素業已於有讓渡行爲之時。移轉於讓受人。其體素亦因讓渡人爲讓受人之代理人而移轉之。蓋於此場合。讓渡人係爲讓受人之利益。而占有權正不得不視爲移轉也。(日本民法第一百八十三條與第一百八十二條第二項所規定之場合。皆爲羅馬法以來各國法律之所認也。)

附案 所謂賣主暫時借受其所賣之物者如何。例如甲爲賣主。即讓渡人。乙爲買主。即讓受人。甲乙爲讓渡行爲。其所賣之物。即應屬乙所有。然乙猶未受物引渡。而甲仍爲物之所持。於此場合。甲尙借受其所賣之物爲使用。特已明言。自今日讓渡始。爾後應爲乙所占有。是甲已非占有者。現時於物之所持。不過爲乙之

代理人而占有之耳。

第八十三條之代理人。就條文觀之。頗費解。然讓渡人(借主)已爲讓受人(貸主)之代理占有。故曰代理人也。

(丁)代理之移轉

日本民法第八十四條云。『依代理人爲占有之場合。本人對於其代理人。命爾後可爲第三者占有其物。第三者已承諾之。其第三者取得占有權。』此條爲規定依代理人爲占有之場合。占有權讓渡於第三者必要之條件也。蓋於此場合。因本人非自己爲占有。不能從本人引渡其物於第三者。往往使代理人爲其引渡。是第三者亦得依代理人而取得占有權乎。曰。若以此代理人直爲第三者之代理人。因之得移轉占有權。其便利固不待言。惟須有讓渡人與讓受人雙方之承諾。若有雙方之承諾時。占有權之移轉。固無論矣。雖然。甲之代理人變爲乙之代理人否乎。於此場合。則以本人先爲第三者之代理人。更得第三者之承諾。而以自己之代理人爲復代理人。視爲第三者使其占有者。是仍必要得代理人之承諾否乎。曰。不必要其承諾。何則。其代理人

從本人之意思。於占有本有代理權者也。故今本人有停止其爲自己占有。而命其可爲第三者占有之旨時。苟代理人不辭其代理。即從其命。爾後得爲第三者占有其物也。惟於此場合。本人與代理人間之直接關係雖於是止。然依第一百七條之規定。代理人與第三者間。亦因復代理而可生一般之關係耳。

附案 於第一百八十四條之場合。其例如何。設如甲乙丙三人。甲以所有物委託丙爲之占有。丙即甲之代理人。甲欲將其占有權讓渡於乙。依普通之手續。須由丙歸還於甲。甲以心素體素。依法定形式移轉之於乙。然嫌其過於曲折。取引繁而費用多。若欲簡省手續。則由丙移轉之亦可。然猶非其至簡省者。至簡省之移轉。祇須甲乙間爲讓渡之約束。甲既信用丙而委託其代理。此時甲亦可通告於乙。謂仍令丙代理占有之。乙復信用丙而承諾。即不必自爲占有。遂以丙之代理占有而取得占有權。

(戊)容假占有(狹義)

狹義之容假占有 (Possession preaire) 者。謂爲自己之意思占有之。同時又爲他人

占有之也。從代理一般之規定（日本民法第九十九條）代理占有之効力。係單爲本人而生者。（即僅爲本人占有者）是代理人非占有者也。雖然代理人亦有爲自己爲占有時。即占有者爲自己於占有物上行使或權利。與同時又爲他人行使或權利者。是也。例如行地上權者。自其地上權觀察之。爲純然之占有者無疑。然自所有權觀察之。可謂其人代所有者爲占有也。（其他如永小作權、賃貸權、質權等。皆一方爲自己占有。一方爲所有者占有也。）

容假占有（狹義）往往有重層之場合。即於同一之土地。占有者可存三人也。例如甲爲土地所有者。乙爲地上權者。甲以土地設定地上權與乙。乙不行地上權。復以貸之於丙。於此場合。丙有三種之資格。（一）對於賃借之關係觀察之。爲自己占有。（二）對於地上權之關係觀察之。爲地上權者代理占有。（三）對於所有權之關係觀察之。爲所有權者之代理占有。甲爲完全占有。乙與丙皆容假占有。

附案 容假占有之用語。容假占有。或云不完全占有。蓋非全部占有之也。或云擴充占有。此自所有者一方觀察之。甲之所有物而乙占有之。不啻擴充甲之占

有也。又曰間接占有。此亦自所有者一方觀察之。所有者爲直接。故從所有者占有之。爲間接也。所謂容假占有者。即謂見容於他人而使假爲占有也。凡用容假占有。多從狹義。若從其廣義。則用代理占有。

容假占有（狹義）固爲不完全占有。因行使地上權、永小作權、賃借權、使用借權、質權等之人。雖爲自己之意思則有之。然無所有之意思。是固不待論。第自理論言之。隨時可變爲完全占有。蓋占有本因意思與事實之合體而成。故其意思之變更。則占有亦得變更其性質。然如此。則於實際上不堪其弊。何則。所有者。其他行使所有權者。信用地上權者。永小作人。賃借人。使用借主。質權者。等。委任其爲占有。其人或背其信任。而竊變更其意思。得爲自己所有權之行使。則占有之一切利益。皆不歸所有者。亦不歸所有者之意思者。而歸於容假之占有者。是於所有者甚爲不利。故法律不可不特加制限。日本民法第百八十五條云。於權原之性質上。占有者無所有之意思之場合。其占有者。非對於使自己爲占有者。表示所有之意思。或因新權原。更以所有之意思而始爲占有。則占有不變更其性質。此立法者定容假之占有者。不得僅以自己之

意思變更其占有之性質。恣爲所有權之行使也。雜然其可得變更者。亦未嘗無之。惟限於二個場合而已。(一)對於所有者。更自稱所有者。表示爾後爲自己行使所有權之旨。(二)由新法律上之原因。以取得所有權。更始爲所有者之占有。其占有始變其性質。否則不變。以例言之。前者如稱爲真所有者之相續人。後者如稱從真所有者買取其物。是也。於是等之場合。非單以容假占有者之意思而變其占有之性質。尙依他之一權原。始得認爲新取得占有者。是即完全占有矣。

附案 權原者何。即權利之根原也。如地上權之設定。即地上權之根原。若不設定。則地上權即無從發生矣。借貸借。即借貸權之根原。若無借貸借。則借貸權即無從發生矣。使自己爲占有者何。所有者是也。表示所有者之意思者何。表示爾後以所有者之資格行使其權利。是也。

以權原之性質而論。則地上權者。借貸權者。本不能爲權利之行使。因於所有者之許與。始占有之。是以爲自己之意思占有。非以爲所有之意思占有也。然其所以得爲自己占有者。果何故乎。曰是因所有者使之然耳。故必要對於使自己爲

占有者表示意思稱自己本爲眞所有者。今回復自己之所有矣。於此場合。則占有之意思事實皆變更。占有之性質亦從而變更。

新權原者何。因新法律之原因取得所有權也。如因地上權之設定。及借貸借之根原。發生地上權及賃借權。而地上權者。賃借權者。忽稱從他之眞所有買得其物。則新權原發生。乃更以所有之意思始占有之。於此場合。占有之意思事實皆變更。占有之性質亦變更。

容假占有。必如是始成爲完全占有。若單以容假占有者之意思。自由變更其性質。則爲法律之所限也。

(參) 占有之承繼

既以占有權爲一種權利。則與他之權利同。均可承繼。故占有權之讓渡。法律亦認之。讓渡之方法。如前所述者是已。惟於占有之承繼。有一問題。即占有爲一事實。法律爲保護此事實。而與以權利。故承繼人(包含包括承繼人。特定承繼人。及讓受人)承繼前占有者之權利。據自己占有之事實。不可不有仰法律保護之權利。然此占有者。僅

依自己之占有而可仰法律之保護乎。抑僅可主張前占有者之權利乎。或得併前占有者之權利與自己之權利而主張之乎。此問題於各國立法例及學者間之議論甚不一致。日本民法則避錯離而取簡單。故於第一百八十七條規定之。其第一項云。『占有者之承繼者得從其選擇。僅主張自己之占有。或主張以前主之占有併於自己之占有。』其第二項云。『主張併合前主之占有之場合。其瑕疵亦承繼之。』法文之意。蓋以就第一百八十六條所論占有之性質言之。除第五之繼續不繼續外。皆關於占有者一身之事項。故新占有者（即承繼人）不得不就自己一身定占有之性質。是爲原則。雖然新占有者（承繼人）既可承繼前占有者之權利。則主張以前主之占有併合於自己之占有固自當然。惟於前占有者之占有有惡意強暴又隱秘之瑕疵時。其瑕疵亦不得不承繼之。或前占有者爲容假之占有者時。假令新占有者有所有之意思。而以前占有者之容假占有加於自己之占有。欲據所有之意思以受此占有之利益。不可得也。例如甲以惡意於十五年間爲不動產之占有。甲死亡後乙爲其相續人以善意繼續其占有。若乙占有五年。其後因眞所有者請求返還。僅以乙之占有對抗之。

不過五年。故於日本民法。不能依第六十二條第二項之規定。取得時効。反之。以自己占有之五年。加入甲占有之十五年。則滿二十年。甲之占有雖有惡意。得依第六十二條第一項之規定。取得時効。於此。則乙主張以自己之占有併甲之占有爲利也。若使甲之惡意占有五年。乙之善意占有十年。其後有眞所有者請求返還。乙得僅主張自己之占有爲善意占有。故得依第六十二條第二項之規定。取得時効。於此。場合設乙以自己之占有加甲之占有。而甲之占有爲惡意。要依第六十二條第一項之規定。不經過二十年。不能取得時効。今不過十五年。卒底不能取得時効。於此。則乙得僅主張自己之占有爲利也。故法律上與乙以選擇權。

附案 時効之規定。於善意占有。以經過十年爲取得。適用第六十二條第二項。惡意占有。以經過二十年爲取得。適用第六十二條第一項。依第一百八十六條之例。如甲以善意無瑕疵爲占有五年。乙以善意無瑕疵承繼占有五年。若僅以乙之五年計算。不能依第六十二條第二項之規定。取之時効。必要併甲之五年。始能取得之。是當主張以甲之占有併合於自己之占有爲利也。若主張

併合承繼前主之瑕疵者而得從其選擇之例。尙有可說明者。即甲以惡意占有十年。乙承繼之。以善意占有五年。若依第六十二條第一項之規定。似各得其半。兩相併合。當可取得時効。其實不然。乙仍要占有十年。方能併合甲之占有而取得時効。但於乙已占有十年時。乙僅主張其占有。以十年計算之。已可依第六十二條第二項之規定。取得時効。即併合甲之占有。以二十年計算之。亦可依第六十二條第一項之規定。取得時効。此亦可任乙選擇也。反之。則甲以善意占有五年。乙承繼之。以惡意占有十年。則不能取得時効。乙仍要占有十五年。然後能併合甲之占有。依第六十二條第一項之規定而取得者。是以併合爲有利也。又甲以善意占有九年。乙承繼之。以惡意占有一年。亦不得依第六十二條第二項之規定取得時効。乙仍要占有十一年。然後能併合甲之占有。依第六十二條第一項之規定而取得之。是亦以併合爲有利也。

第三款 占有之効力

占有之効力可分爲二。(第一)占有者之權利。(第二)占有者之義務。

第一 占有者之權利

占有者之權利可分爲五。(壹)權利之推定。(貳)果實之取得。(參)權利之取得。(肆)費用之請求。(伍)占有之訴。

(壹)權利之推定

日本民法第百八十八條云。『占有者於占有物上行使之權利推定爲適法有之者。』此爲占有之第一效果。爲權利之推定而規定之也。蓋就占有之大多數言之。占有者大抵係有其行使之權利者。若奪取或橫領他人之物者。實屬罕見。例如以所有之意思爲占有者。大抵爲真所有者居多。行地上權者。大抵爲真地上權者居多。故法律從其多數。限於無反對之證據時。以占有者視爲權利者。而此推定最重之適用。則在關於所有權有相爭之時。(即占有者當行使其權利時)設有他人稱爲真權利者。占有者不必先證明自己爲所有者。但須相手方證明其所有權。及證明自己(占有者)之不當爲占有耳。於此而果有反對之證據。則從其反證。若無反證。占有者固依然得以無證據而有其行使之權利也。是以占有者不必自爲原告提起訴訟。而待他人之訴。

自己可也。但占有者雖被原告提起所有權確認之訴時。於日本民法。猶得有第一百八十八條之適用。是即占有者所得適用推定之效果也。夫法律上何以爲權利之推定。因權利之證明。非常困難。自羅馬時。即有法律格言云。『權利之證明。鬼證明也。』可知其難。此法律之所以必要推定也。

附案 鬼證明之意。謂幽昧難知。非鬼無從爲其證明者耳。

(貳) 果實之取得

日本民法第一百八十九條。第一百九十條。即占有第二之效果。爲果實之取得。而規定之者也。關於此分爲二項言之。(甲)善意之占有者。(乙)惡意之占有者。

(甲) 善意之占有者

第一百八十九條第一項云。『善意之占有者。得取得占有物所生之果實。』於此有一問題。即善意從何時起算乎。依時効言。其善意必須從占有之當時起算。茲但指取得果實時言。其善意祇須從取得果實之當時起算。不問占有之當時爲善意爲惡意也。例如地上權之占有。於其地上收取果實之當時爲善業者是也。然此言天然果實。其

取收有一定之時。起算尙易。若法定果實其收取無一定之時。惟有以日割計算之。例如今日收取之當時。若爲善意。則今日以前之爲善意與否無論也。若爲惡意則反之。善意占有者。有果實取得之效果。自淺薄之思想觀察之。尠不謂占有雖爲善意。其果實尙有真權利者存。其權利返還真主時。亦必併果實而返還之。似不能以善意占有之故。沒却真權利者。果如所云。是第百八十九條第一項之規定。頗乖於理。然法律之所以爲此規定者。其理由有二。

第一 懲真權利者之怠慢。蓋真權利者若主張其權利而行使之。何至被他人占有。今以怠慢之結果。至令占有者取得其果實。怠慢者不得不自負其責。法律即奪其果實。而認占有者取得。以懲警之。不爲過也。

第二 憐善意之占有者。蓋善意之占有者。概爲無過失者。大都因真權利者之怠慢。占有者始得爲其占有。於占有後。必投資經營。因而生出果實。故雖因真權利者之請求。不得不返還其占有物。然占有者豈可因之而受損失。若並其果實返還之。損失孰甚。况自事實上言之。果實之取得者。通常消費之以供日常生活之用。故若謂占有

物所生之果實。占有者不可不返還。則既以之消費。即不得不從自己之固有財產中償還之。如此則占有者不無因占有而反被損失之虞。故立法者特憐之。其善意所收之果實。不要返還於真權利者。是於羅馬法以來。西洋各國之法律皆然。特其條件。則因國與時而異耳。

或曰。法律使善意之占有者取得果實。其理由既如右述。其既消費之果實。不必要返還之。固已。然尙未消費者。豈不應使之返還乎。曰不然。占有者雖尙未消費其果實。然已信爲自己之所有物。故或不消費之。而反消費自己固有之財產者。或雖未消費之。而因有其果實。特增高生活之程度者。亦恆情也。若尙未消費之果實。必使其返還。則占有者被意外之損失者不少。且消費之有無。因偶然之事實而異。若必要使之返還。果實。則占有者之權利。頗欠穩固。故於日本舊民法。與其他國之民法。區別視消費之有無爲返還與否之例。雖屬不尠。而日本新民法決不采之。

第百八十九條第二項云『善意之占有者。於本權之訴敗訴時。自其起訴之時。看做爲惡意之占有者。』於此項所規定之場合。似一見瞭然。不必爲之特設。然無此明文。

亦甚不便。蓋事實上占有者大都因敗訴之時始生果實返還之義務。何則？占有者雖受訴後，仍信爲自己之權利。且思量原告必應敗訴者，亦事所常有。若於受訴之始，即認爲自己無權利者，甚屬罕見。故或於訴訟進行中，依原告之證據方法等，僅至不得不認他方之權利，或已至敗訴後，始不得已而認自己之無權利。甚至雖敗訴後，尙有確信爲自己之權利者，但因法律上裁判確定之後，看做他方爲適法者。於自己一方，不復許其自信有權利耳。然訖至其敗訴時，若無本項之規定，即不得不專就事實分其善意與惡意矣。因此必要有本項之規定，而本項所以看做占有者自起訴之時爲惡意者，亦有所據。(一)因訴訟之原則爲訴訟者於其起訴之始，確定當事者雙方之位置。起訴之後，當事者之位置生變更，影響不及於訴訟之關係。(民事訴訟法第九十五條)故裁判常遡於起訴之時而生其効力。(二)因占有者受訴時，雖確信爲自己之權利，亦未嘗不豫想訴訟之結果，自己或有敗訴之虞。故遡於起訴之時，亦係采本人之意思。據此二理由，所以爲如是之規定也。

(乙) 惡意之占有者

日本民法第九十條第一項云。『惡意之占有者。負返還果實。且償還其既消費。因過失而損毀。或怠於收取之果實之代價之義務。』第二項云。『前項之規定。因強暴。或隱秘。而占有者準用之。』此爲惡意之占有者規定之也。就第一項之規定言之。法律對於惡意之占有者。使負種種之義務。誠爲得當。蓋眞權利者雖屬怠慢。而惡意之占有者。即當初知爲他人之權利。自己不當行使之者也。故毫無保護之必要。却對於眞權利者。有保護之必要。而占有者之責任。則不外爲不法行爲者之責任。（日本民法第七百九條）是以本項於惡意之占有者。（一）使返還現存果實之全部。（二）使償還其既消費之代價。（三）使償還因於過失而毀損之果實之代價。（例如因怠於保存。使償還所腐蝕米穀之代價。是也）（四）使償還怠於收取之果實之代價。（例如因怠於摘取既成之樹果。使償還所腐敗者之代價。是也）就第二項之規定言之。強暴、隱秘、之占有者。往往有出於善意者。例如占有者信爲自己所有之物。他人求其返還而不允。因而竟訴以腕力奪取之。是即強暴占有。又或占有物確信爲屬於自己之所有。而他人有主張爲其所有者。謀奪其占有時。占有者因欲避其煩累。故隱秘之。是即隱秘

占有也。若此者其占有雖爲善意。然以既有訴於腕力或隱秘之之過失。即不能如普通之占有者。有保護之必要。蓋法律所以保護善意者。爲防他人侵害之耳。自己苟屬善意。既應受法律之保護。設被他人之侵害。則可赴裁判所爲確認之訴。何用訴之於腕力。亦何用隱秘其占有乎。今不出此。而歸於強暴隱秘於權利確定之證明。即不免致生混雜之感。況乎他人因其物之占有。非訴於腕力不得取之。或就其物有主張權利者。非隱秘占有。即有被人奪還之虞。如此。則占有者即當警覺。而認識其未必爲自己固有之權利。乃猶頑然固信爲自己之權利而不可動。迂矣。因此之故。法律視爲惡意。固自當然也。

強暴隱秘。此瑕疵爲一時者。前已言之。故關於此項之規定。但要其強暴隱秘之手段停止時。仍視爲善意占有也。

(參) 權利之取得

占有効力。於取得時効中。總則亦既揭載。彼處所言者。似可歸入於此。然彼之時効。必經過一定期間。始發生効力。此則即時發生効力。爲畧異耳。故特分別言之。至先占。

亦即時取得。從理論上言。亦可歸入於占有之効力。然先占乃專爲所有權取得之原因。(俟所有權中言之)非占有之効力也。

關於占有權利之取得。於日本民法第百九十二條云。『平穩且公然始爲動產之占有者。善意且無過失時。即時取得行使於動產上之權利。』此即瞬間時效。(或曰即時時效) (Prescription instantanée) 之規定。其條件與第百六十二條取得時效同。所不同者。彼爲十年。此爲即時。彼爲不動產。此爲動產耳。夫動產何以要取得即時時效。因動產之所在。極不確定。且其取引。亦最頻繁。設由甲轉乙。由乙轉丙。輾轉不已。別有意外之人。突出而主張動產上之權利。竟不得不返還之。則商業及其他一切取引。甚不安全。因之有妨商業發達。害社會進步之虞。故無論何國。於動產必設特例。使速以占有者得視爲權利者也。

參考 民法要義第二卷物權編第五十二葉

本條之條件。與關於不動產取得時効之第百六十二條第二項規定同。(再訂。第一卷第三百六十一頁) 蓋受特別保護之占有者。無論動產不動產。當然同。

一也。於外國不同條件之例雖多。然無正當之理由。故新民法不采之。

第九十二條之規定。雖多數國僅爲所有權設之。然所有權以外之權利。亦要設同一之規定。固無容疑也。故法律之明文。雖在僅就所有權規定之國。其解釋上亦常擴充之於他權利。日本新民法。爲欲顯明此點。單云權利而不云所有權。惟實際之應用。所有權之外。惟質權可適用本條之規定。（於旅店宿泊之先取特權、運輸之先取特權等。亦非全無適用者。故特有第三百十九條之明文。）即債務者以他人之動產爲質物。債權者善意受取之。其債權者立時取得質權。不然。則質權者往往受不測之損失。故與取得所有權者之間。不設區別者。職是故耳。

第九十二條所謂動產者。即有體物。是狹義占有之規定也。若廣義之占有。則包含無體物矣。又此規定爲即時時效之原則。惟從文字上論之。甚未適當。蓋時效云者。必有一定時間之經過。既曰即時。則並無時間之經過。又何足爲時效乎。但沿用既廣。改之亦未得其當。故仍之耳。對於此原則。有二例外。

第一例外 關於盜品及遺失物。不適用即時時效。日本民法第九十三條云。

『前條之場合。占有物爲盜品或遺失物時。被害者。或遺失主。自盜難。或遺失之時起。二年間得對於占有者請求其物之回復。』此條之規定。對於前條之規定爲例外也。夫動產之性質上。不能輕易認爲眞權利者。故法律特爲保護占有者。實出於不得已。然保護善意之占有者。固自必要。而眞權利者。亦應有保護之之場合。即被害者。或遺失主。反其本意。而失占有之場合是。故盜品。遺失物。不能適用即時時效之原則。法律上當然有此規定也。試思當權利者任意以其占有委於他人時。復由他人輾轉委於他人。固得適用前條之規定。例如權利者寄託其物於他人。由寄託者移轉於善意占有者之手中時。與權利者逢詐欺引渡其物於他人。詐欺者移轉於善意占有者之手中時。其占有者可立時取得其權利。是無他。以出於權利者之任意。故當使之失其權利耳。若權利者反於自己之意。思而失其占有。與任意者本非一例。假令無此規定。必致與任意者一例視之。則實際上一旦失占有之動產。不易回復矣。夫占有被盜。或遺失時。在權利者實爲意外之災難。因之使遂失其權利。不無失於過酷之嫌。是以本條做外國多數之例。設一例外者。實由於此也。

參考 民法要義第二卷物權編第五十四葉

於被害者、或遺失主、失其占有之場合。如依不動產、於十年間得請求其物。則害取引之安全實甚。故法律短縮之爲二年。惟此應注意者。就不動產之取得時效言之。受時效之利益者。自占有其物起。必要十年。若就第九十三條言之。則善意之占有者。自爲占有時起。不要二年。(案此從占有者一方計算)但自盜難、或遺失之時起。經過二年。(案此從被害或遺失主一方計算)現在之占有者。具備前條之條件後。即可於其物上取得行使之權利。是也。

第二百九十三條、爲保護第一權利者(即被害者或遺失主)之規定。然善意占有之第二權利者(即買得盜品或遺失物者)亦不得不保護之。故對於此條。有一制限。漸復歸於第九十二條之本則。日本民法百九十四條云。『占有者以善意從競賣、或公市場、或販賣與其物同種之物之商人。買取盜品、或遺失物時。被害者、或遺失主、非辨償占有者所付之之代價。則不得回復其物。』此規定之意。蓋以盜難或遺失物之所有者。與其他之權利者。雖有受特別保護之正當理由。然尙不及占有者有受特別

保護之重大理由。故於所有者等之保護。不得制限幾分。即如占有者之一方。因競買其物。或於公之市場。又由販賣與其物同種之物之商人。善意爲買受時。可謂無毫末之過失。蓋以其爲正當購買物品之方法也。若於此場合。眞權利者尙得充分主張其權利。則取引之危險不可勝言。然權利者之一方。亦應特受保護。故立法者保護雙方之利益。權利者於此雖得取還其物。惟須辨償占有者所支拂之代價。若此。則於一方。使權利者得取還其祖傳之物品等類。於他之一方。使最可憐之占有者不致受金錢上積極的損失。是實至當之法也。

附案 盜品及遺失物之用語。盜品屬於刑法中言之。日本現行刑法附則第十五條。有其規定。遺失物屬於本法所有權中言之。

販賣同種之物之商人之例。如布商之於布。米商之於米。骨董商之於骨董。荒物商之於荒物等。是也。

第二例外 關於家畜外之動物。不適用即時時效。日本民法第百九十五條云。『占有他人所飼養之家畜以外之動物者。其占有之始爲善意。且從逃失之時起。一

未受飼月內養主回復之請求者。取得行使於其動物上之權利。』此示關於動物之一特例也。蓋動物若爲家畜。亦與他之動產毫無所異。以其非可離人而生活者也。且一旦逸走。容易捕獲。反之。而爲家畜以外之動物。原不常爲人所飼養。偶有飼養者。一旦逸走。復不易捕獲之。故逸走之後。落於善意占有者之手。倘使其飼養主立時失其權利。頗嫌失之過酷。故特與以一箇月之期間也。

或謂此動物。以本不屬於人之所有爲本則。是當然較他之動物。及其他之動產。使之速失其所有權。故苟落於善意者之手時。宜以第百九十二條之規定適用之。是不然。他之動物。與其他之動產。常隸屬於人之所有。故往來之際。不能於捕獲拾得之當時。爲其所有者。盡人知之。反之。而爲家畜以外之動物。本不隸屬於人之所有。故於山野及其他道路發現之時。多誤解爲野生。而信爲得立時爲其所有者。若以之適用第百九十二條之規定。將見屬於人所飼養之家畜以外之動物。因一旦逸走。而頓失其所有權者。比比皆是矣。故爲保護飼養主。必要設此條之規定也。

說者謂家畜外之動物。非純然所有權之目的物。不過在人之占有間。假認之爲其所有物。若所有者一旦失其占有時。則其所有權應忽歸於消滅耳。(案換言之。則占有依然存在)依此說以說明本條之規定。則是依法律之假定。自逃失之時。一個月內。尙視爲原所有者不失其占有。且對於惡意之占有者。則逃失之後。經幾許之日月。更可視爲原所有者不失其占有矣。然本條不采此說甚明。何則。於如何爲法律之假定。而失占有後。一個月內。視爲其占有繼續者。既甚遠於事實。且對於惡意之占有者。經幾許之歲月。尙不至失其占有。亦反於自然之最甚者也。

附案 第九十五條之要件。(一)要爲動物。又在家畜以外者。(二)要爲一個月家畜以外之動物。例如狐狸、虎、熊、鶯、金、絲、雀、鯉、鮒、鯛等是。反之。如牛、馬、犬、貓、家、鴿、雞、鴨、金魚等。皆家畜之動物也。

第九十五條爲第九十二條例外規定之一。然由立法之精神上看之。尙可爲第一例外之例外也。

(肆)費用之請求

占有者返還占有物於權利者時。得爲償還費用之請求。蓋占有者於占有物上加以費用。因之而生利益。受返還其物之權利者。無因而享受之。可乎。故不問其占有之爲善意。與爲惡意。其費用之全部。或一部。要償還之。固所當然。唯應從費用之種類。以爲償還之限度不同耳。西洋古來。於費用分爲三種。甲)必要費。乙)有益費。丙)徒冗費。

(甲)必要費

必要費 (Dépenses nécessaires) 者。關於管理行爲必不可缺之費用也。管理行爲。兼保存利用而言。故又曰保存費。凡因保存及利用。而生之費用。皆屬必要費。如修繕費、租稅等是也。於此等費。若不用之。即不能爲其管理。故占有者於用之之後。受物返還之權利者。不得不償還其金額。日本民法第九十六條第一項云。『占有者返還占有物時。爲保存其物所費之金額。及其他必要費。得令回復者償還。但占有者取得果實時。通常之必要費。歸其負擔。』此即關於必要費之規定也。惟必要費中之金額。若出於過分時。則僅於其必要部分認爲必要費。當償還之。其他部分屬於冗費者。(即

所謂徒冗費。則不要償還也。

附案 管理行爲兼保存利用而言。所謂關於保存之必要費者如何乎。舉例言之。如家屋修繕費。今有家屋一部損壞。若不修繕。將有損壞及於全部之虞。即不爾。亦不能爲原狀保存。欲保存之。必加修繕。於是有修繕之費。又如動產看守費。今有動產。恐其紛失。須雇人看守。方能保存。於此雇傭。必有報酬。於是有看守費。又如動物飼養費及植物栽培費。欲保存動植物。必加飼養栽培之料。於是有飼養費及栽培費。是皆關於保存之必要費也。所謂關於利用之必要費者如何乎。舉例言之。如開墾消耗費。今有土地。若不耕作。則荒蕪可惜。欲開墾而耕作之。必須費用。於是有消耗費。又如租稅。凡所有物上。無不有租稅之負擔。故爲利用一日之家屋。即應納一日之家屋稅。租稅得非費用乎。是皆關於利用之必要費也。餘可類推。

本項本文之規定。爲關於費用之原則。其屬於稍爲特別者。則於但書規定之。蓋必要費細別之爲通常臨時二種。通常必要費者。例如更換疊表（日本室中鋪地之簾。與

更換障子之張。(日本室中有扞壁。可以左右推動之者。謂之障子。以紙糊之。所謂障子之張者。即其所糊之紙也。)及其他物之使用。通常所生之小費。若由其物生出果實時。可於其果實中支拂之。是也。臨時必要費者。例如因天變地異等。至須將其物大爲修繕。而生出費用。及其他費用之額較大。難以果實支辦之者。是也。一般之原則。占有者得併此兩種。使由權利者償還之。雖然。通常必要費。既以果實支辦。則占有者取得果實。於此費即不得不自辦之。不然。則權利者必至受不當之損失矣。是以依第一百八十九條之規定。善意占有者。可取得果實。則於其取得相當之期間。不得對於權利者請求通常必要費之償還。此本項所以有但書之規定也。

(乙)有益費

有益費 (Dépenses utiles) 者。雖於物之保存不必要。然有此費用。亦可以增其物之價值者也。又謂之改良費。例如於土地之上。築造建物。及其他之工作物。或於其建物之上。施以裝飾。是也。關於有益費之規定。日本民法第百九十六條第二項云。『占有者爲占有物之改良。所費之金額。其他之有益費。限於其價格之增加現存之場合。從

回復者之選擇。得使償還其所費之金額。及增價額。但對於惡意之占有者。裁判所得。因回復者之請求。許相當之期限。夫有益費。既可以增加物之價格。若權利者不償還之。必至受不當之利得。所以當爲償還者。是基於不當利得之原則。蓋法律雖保護權利者。然使之受不當之利得。則不可也。雖然。因其費用所生之增價額。若當物之返還時。已不存在。權利者毫無利益之可受。因之即無償還費用之必要。例如占有者施裝飾於家屋後。其家屋因火災而燒失時。裝飾亦燬。不得以其費用請求於權利者。固自當然。故法文云「限於價格之增加現存之場合」也。

有益費於物之保存原不必要。惟因增價之理。而生償還之責。故若其所增價額。不及費用之額。權利者亦不必償還其全額。或者因其費用特爲有益。因而所生之增價。却較費用之額爲多時。權利者尙可償還其增價額。否則但償還其所費之金額亦可。夫使有益費之償還。雖基於不當利得之原則。然所謂不當之利得者。原無正當之理由。特爲不得利已害人。因之發生義務耳。（日本民法第七百三條）故使物之增價額較費用爲多。權利者償還其費用額於占有者時。占有者固毫無損失。雖權利者儘有

利得。決不得謂其不當。故於本項所以有從權利者之選擇。或償費用之全部。或返物之增價額。之規定也。

法律使權利者償還有益費之全部或一部。既如所述矣。又何以有但書之規定耶。蓋權利者若立時賣却其物。大抵可得其增價額。以之償還於占有者。毫無受不利益之虞。然權利者多無立時賣却其物之事。倘任占有者隨意濫施費用於他人之物。即得請求其費用。或其增價額。於權利者。使償還之。則權利者一時無償還其費用之準備。不免大感困難。甚至惡意之占有者。保無冀得其物之留置權。因使權利者不能行使物之回復權。特施莫大之費用。而請求其償還者乎。若此。則法律本爲求公平之故。而使爲費用之償還。反致生出不公平之結果矣。故立法者有見於此。對於惡意之占有者。使裁判所因權利者之請求。得與之以相當之猶豫期間。以防此弊。是即但書之意也。至本項所謂惡意之占有者。謂於加費用時爲惡意耳。

除因惡意而始爲占有外。占有者於未受本條所定費用之償還時。得繼續占有其物。是第二百九十五條所規定也。由此以觀。益知本項之規定爲必要。蓋於惡意而加以

有益費之占有者。非必以惡意而始爲占有者也。是與第二百九十五條第二項相當。僅依本項之規定。於裁判所許與期間時。而與第二百九十五條第一項但書相當。故於有益費不有留置權也。

附案 第二百九十五條第一項云。『占有他人之物之占有者。有關於其物所生之債權時。以受其債權之辨濟爲止。得留置其物。但其債權不在辨濟期時。不在此限。』第二項云。『前項之規定。因不法行爲而始爲占有之場合。不適用之。』所謂限於其價格之增加。現存之場合者。例如於土地上設建物。若建物已被燒燬時。其價格之增加。固非現存者。若燒失其半。現存其半。此現存之部分。設於其土地之價格仍可增加。尙得請求權利者使償還其費用也。

所謂從回復者之選擇。償還其所費之金額。或增價格者何。自實際上觀之。往往償還其增價格。而不還所費之金額。因增價額常較所費之金額少也。但有增價額反較所費之金額爲多時。如以至少之費用。築造建物於土地上。其築造時。材料價格甚廉。築造之後。材料騰貴。而建物之貸金因之增加。則土地之增價額。自

較所費之金額爲多。此等之事雖屬少數。亦不可謂絕無其例。於此而償還其增價額固可。然但償還其所費之額亦可。是即從回復者之選擇也。

所謂對於惡意之占有者。裁判所得。因回復者之請求。許相當之期間者。何。蓋因占有者所費之金額雖少。而生出之增價額。却超過數倍。若回復者不償還其費用。則占有者應有留置權。而留置其物。此於善意之占有者有然。然因占有者應有留置權之故。若回復者無力即能償還之。則其物即被留置。因此而惡意之占有者。欲得留置權以留置其物。故意加多費用。使回復者卒底不能償還者。亦屬常有之事。故但書之規定。爲對於惡意占有者。預防其留置權之利用。而爲之設制限也。

(丙) 徒冗費

徒冗費 (Dépenses voluptuaires) 者。於物之保存無必要。又於物價亦不能增加。不過應於占有者之嗜好。供其快樂而已。故又曰奢靡費。例如變更庭樹之位置。改換建物之模樣之類。是也。如此等費。於權利者毫無利益。若必要償還之。則權利者受其損

失矣。故一切冗費不能對於權利者請求償還也。

(伍) 占有之訴

占有之訴 (Action possessoire) 可分爲三：(甲) 占有之訴之種類、(乙) 占有之訴之期間、(丙) 占有之訴與本權之訴之關係。

(甲) 占有之訴之種類

日本民法第七十九條云。『占有者從後五條之規定得提起占有之訴。爲他人占有者亦同。』爲他人占有者即代理占有。在代理權限以內可提起訴訟也。占有之訴之種類可分爲三：(一) 占有保持之訴、(二) 占有保全之訴、(三) 占有收回之訴是也。

占有之訴。一切之占有者皆得提起之。於代理人占有之場合。代理人亦得爲本人提起。固不待論。雖然若法文上僅言占有者得提起占有之訴。則代理人非占有者似不得提起。是不能無疑也。因此特於本條明言之。

(一) 占有保持之訴

占有保持之訴者。占有者受他人之妨害。爲保持現在之占有物而提起之訴之謂也。

日本民法第九十八條云『占有者其占有被妨害時得依占有之訴請求其妨害之停止及損害之賠償』此對於現在之障害而爲之規定也其目的在停止其妨害且使賠償因其妨害所已生之損害例如自己之占有物他人竟稱爲彼之所有欲以腕力奪取之者可訴於裁判所而請求使停止其暴行或使賠償因其暴行所生之損害是也。

(二) 占有保全之訴

占有保全之訴者占有者於將來之妨害有必要預防時而提起之訴之謂也日本民法第九十九條云『占有者有被妨害其占有之虞時得依占有保全之訴請求其妨害之豫防或損害賠償之擔保』此對於將來之障害而爲之規定也其目的在於豫防其妨害或就於將來有可生之損害於其賠償使供相當之擔保例如隣地之所有者與占有地不隔相當之距離而欲爲建築（日本民法第二百三十四條）當其尙未建築之始得請求其存相當之距離又如隣地之家屋於既朽廢而將傾倒時得請求其施相當之支柱以防其傾倒或豫想因其傾倒可生如何之損害而必要賠償

者。使豫供擔保。是也。日本舊民法之急害。告發訴權及新工告發訴權。亦多屬於此種。

(三) 占有回收之訴

占有回收之訴者。占有者於已經被奪其占有之場合。而提起之訴之謂也。日本民法第二百條第一項云。『占有者既被奪其占有。得依占有回收之訴。請求其物之返還。及損害之賠償。』第二項云。『占有回收之訴。對於侵奪者之特定承繼人。不得提起之。但其承繼人知侵奪之事實時。不在此限。』此對於過去之障害。而爲之規定也。其目的在於其物之返還。及由其侵奪所生之損害之賠償。例如侵奪者逐家屋之占有者。而使離其家屋時。占有者至受損害。固不待言。故侵奪者不但要返還其物。即占有者所受之損害。亦不得不賠償之。第一項之規定如是。自理論上言之。占有物業已被奪。則已失其占有。何得仍有占有之權利。然如此。則占有者甚不安穩。法律所以有保護占有之必要者。即防其被他人侵奪耳。若以爲被奪後。即不得有其占有之權利。是豈法律保護占有之意乎。是以本項特爲如是之規定者。亦以占有之被奪。實出於他人之意。甚反乎占有者自己之本意也。故占有者於被奪而提起訴後。法律於其占有。

即視爲繼續。於時效亦不使歸於中斷。此第一項規定之所以然也。

至占有回收之訴。不得對於侵奪者之善意特定承繼人提起。若是者何也。蓋占有之訴。本爲救護占有權之財產權（狹義則爲物權）而設。無論對於何人。皆得行之。是其原則。（但損害賠償。惟對於使生損害之人得請求之。是不待言。）而占有保持之訴。及占有保存之訴。皆全從此原則者也。惟占有回收之訴。對於侵奪者善意之特定承繼人不得提起。是無他。占有者之占有。既已被奪。事實上業已移轉於他人。故原占有者（即侵奪者）以之引渡於善意者。善意者信爲正當得其占有。固屬當然。若以原占有者曾行侵奪之不法行爲。舊占有者（即被侵奪者）得向善意之現占有者（即侵奪者之特定承繼人）取回占有。是背保護之本旨。必致不保護占有者而保護非占有者。（日本民法第二百三條但書參照）（即謂現占有者。仍係承繼侵奪者所侵奪之物。似同於侵奪者。可以提起訴訟。然就占有之事實規之。則已確係特定承繼人。而非爲侵奪者。雖過去之舊占有者。固應保護。而現爲占有之善意第三者。尤當保護。故對之不得提起訴訟。使受意外之虞。）此第二項規定之所以然也。雖然。承繼人

若知其事實。則不得受此保護。例如承繼人爲買主。知其物由侵奪而來。尙復買受之。之場合。是也。

參考 民法要義第二卷物權編第七十一葉

舊民法。他人以詐術奪取而爲占有時。舊占有者雖得行回收訴權。然若因於詐術。占有者失占有之意思時。其占有權應歸消滅。故決不能提起回收之訴。反之。而不失其占有之意思。因其占有爲被奪者。應有本條之適用。決不待言也。

(乙) 占有之訴之期間

占有之訴之期間。以一年爲原則。日本民法第二百一條第一項云。『占有保持之訴。自妨害存在間。或已停止後。須於一年內提起之。但因工事而使占有物生損害者。自其工事著手之時起。經過一年。或其工事已竣之時。不得提起之。』第二項云。『占有保全之訴。妨害之危險存在間。得提起之。但因工事使占有物生損害之虞時。準用前項但書之規定。』第三項云。『占有回收之訴。須從侵奪之時。一年內提起之。』是規定得提起占有之訴之期間也。蓋占有之保護。在保護其事實。故若他人妨害占有。或

欲妨害占有時。須在妨害或危險存在之間。提起占有是訴。是爲本則。又占有者。其占有被奪時。非速提起占有之訴。則侵奪者。或其承繼人之占有確定。舊占有者占有之事實。全歸消滅。故占有回收之訴。有須從速提起之理由。立法者有見於此。特爲提起占有之訴訟。設短期間。倘於此一定期間內不請求之。則無保護之必要矣。此本條之精神也。

就第一項言之。占有保持之訴。須於妨害占有之存在間。或其妨害之既止後。一年內提起之。所謂於妨害之存在間提起之者。即請求停止其妨害也。所謂於妨害既止後提起之者。即請求其損害之賠償也。占有保持之訴。於一年內得提起之。一年以外。則不得提起。例如有主張爲占有物之所有者。突出而以暴行欲奪還其物。於此場合。自其暴行之繼續間。及其暴行之既止後。非在一年以內。不得提起占有保持之訴。是無他。已在一年以降。其人不爲妨害時。則其人爲妨害之意思已經斷絕。故無須使停止其妨害。即無提起訴之必要也。又一年以降。雖至於損害賠償。然非現今受妨害以上。不許以單爲占有者之故請求之。惟得爲他之請求。即占有者就於其物證明有真權。

利則從一般之原則。得求賠償。故就妨害之既止後言。經過一年時。不須許其得提起占有保持之訴也。至占有者就於其占有物不有真權利。從關於不法行爲一般之規定。得爲損害賠償之請求。於此場合。雖至一年之後。祇須不罹於其權利之時效間。得爲其請求。亦不須許其得提起占有保持之訴也。（日本民法第七百九條第七百二十四條參照）

第一項本文之規定。本爲保護現在之障害而設。於普通之場合。可謂極得其當。然因於占有妨害之性質不同。則起訴之期間亦異。故尙有雖在妨害之存在間。或妨害且及於永久。與妨害之既止後。不許其以一年之期間提起此訴者。即因工事而加妨害於占有物之場合是也。例如隣地之所有者。當築建時。占領占有地之一部。或其疆界綫不存相當之距離。當其建築將落成時。突然提起占有保持之訴。使取除其建築物。不惟隣地所有者。生莫大之損害。於國家經濟上。實不得不謂爲暴殄天物。況於其建築已全落成後。而使取除之耶。故第一項但書之規定。於是等之場合。其工事竣成之後。不許復提起此訴。固不待論。即其竣成之前。自工事著手時起。已經過一年時。不許

復提起此訴者。即此旨也。

就第二項言之。占有保全之訴。於妨害占有之危險存在間。得提起之。固不待論。若已無危險之存在以上。則不得復提起此訴。不特此也。其危險已變而爲妨害之事實。於占有保持之訴。雖得提起。於占有保全之訴。則不得復提起之。例如隣地之家屋。將就傾倒。隣地之所有者。改築其家屋。或其家屋已傾倒時。不得復提起此訴。是也。

第二項本文。爲保護將來之障害而設。於普通之場合。爲當然之規定。雖然。占有保全之訴。亦猶占有保持之訴。有因於工事而被損害之訴者。其在工事中勿論已。即工事落成後。雖妨害之危險常存。倘無論何時得提起此訴。使爲其妨害之豫防。或損害賠償之擔保。則施其工事者。不免受莫大之損失。故就於保全之訴。亦與保持之訴設同一之制限。例如隣地之所有者。於占有地之近傍。築造建物。因構造不完全。而有傾倒之虞時。以提起占有保全之訴。得使變更其建物。或施防其傾倒之工事。然其提起訴時。必在建物落成前。自著手之日起。不經過一年內。是也。

就第三項言之。因占有回收之訴所論之理由。故須自侵奪時起。一年內提起之。而一

年內提起此訴時。依日本民法第二百三十條規定。占有者視爲未嘗失其占有者。此爲保護過去之障害而設也。

(丙) 占有之訴與本權之訴之關係

占有之訴。但保護占有而已。不問占有者爲權利者與否也。本權之訴 (Action pétitoriale) 即於其所占有之權利。以其物之主張爲目的者。兩者目的不同。故各自獨立。日本民法第二百二條第一項云。『占有之訴。與本權之訴。互不相妨。』第二項云。『占有之訴。不得基於關於本權之理由裁判之。』第一項所規定者。謂以占有者之資格。提起占有之訴。同時復以所有者之資格。提起本權之訴。或一方以占有者之資格。提起占有之訴。同時他之一方。以所有者之資格。提起本權之訴。互不相妨。是也。蓋於普通之場合。占有者雖爲權利者時。有僅提起占有之訴。不提起本權之訴者。或有僅提起本權之訴。而不提起占有之訴者。至占有者於不能證明其爲眞權利者。或全非權利者之場合。則僅得提起占有之訴。固已。然於占有者即權利者。如爲提起占有之訴。不得提起本權之訴乎。或已提起本權之訴。更不得提起占有之訴乎。或雙方提起時。

必待一方已有落着。然後爲他方之訴之裁判乎。果爾。則大背於占有之訴之性質。故於日本舊民法與其他各國之法律。非無反對之例。然新民法決不采之。以占有之訴。與本權之訴。毫不相妨也。

第二項之規定。則因第一項之理由。不得據占有之事實。以決本權之訴。固不待論。但占有者先受爲權利者之推定。如日本民法第八十八條所規定。又因於占有而即得權利。又歷歲月而始得之。固自然也。而基於本權之理由。以決占有之訴。亦斷不許。例如甲占有乙所有之不動產。乙訴以腕力。自甲追取其不動產時。若甲對於乙提起占有回收之訴。而乙即對之主張自己爲眞所有者。以圖制勝於法廷。是所不許。不然。權利者必常蔑視占有者之權利。不以適法之方法而濫奪占有。如此。則占有其物之保護。全歸有名無實。所謂占有之保護。不過爲本權之保護而已矣。是豈爲保護占有之精神耶。此第二項之所以爲如是之規定也。

附錄 橫田學士物權法第七十葉至第七十三葉

占有訴權者。基因於占有。以保護關於物之實力關係爲目的。本權訴權者。基因

於實體上之權利。以定關於物之實體上之權利關係爲目的。此二訴權相互之關係如下。(一)占有之訴與本權之訴。其訴訟手續不同。占有之訴。專以維持現在之狀態爲目的。且望其迅速完結。故不論其訴訟物之價格如何。必屬於區裁判所。其手續簡易。本權之訴則不然。從其目的物之價格。有時屬區裁判所。有時屬地方裁判所。其手續煩重。(二)本權之訴與占有之訴。得兩立。是即民法第二百二條之所規定。蓋占有權與實體上之權利。得兩立者也。物之所有者。同時爲物之占有者。則所有者得兼有所有權。占有權。其他以物之占有爲必要之物權。(案此論於占有主狹義)者亦然。本權之訴與占有之訴。其目的異。故其效用亦異。權利者得兼此二訴權而行使之。不因行其一而失其一也。故占有者基於其占有。提起占有回收之訴爲敗訴時。更得以所有權爲基本。提起本權之訴。(即所有權回復之訴)或於本權之訴雖敗訴。然於占有之訴。不妨爲勝訴者。(三)占有之訴。不得基於本權之理由以裁判之。占有之訴。以保護占有爲目的。不問其占有爲正當與否。無關於占有訴權之行使。故占有之訴之提起。被告不得以關於

物之實體上之權利屬於自己爲理由。而拒其請求。是以有「兩訴權不能合併」之格言。兩訴權不能合併審理。自不待言。本權之訴未定以前。占有之訴不得中止。雖本權之訴在前提起。亦然。蓋占有之訴。以迅速完結爲必要。若完結遲延。占有訴權之効力。必大減殺。故舊民法規定本權之訴。在占有之訴完結以前須中止。此出於保護占有之精神。然新民法則無此規定。兩訴得同時繫屬於裁判所。各獨立進行。本權之訴。先占有之訴完結。亦不妨也。

第二 占有者之義務

占有者之義務。即賠償之責也。日本民法第九十一條規定之云。『占有物。因有須歸責於占有者之事由滅失。或毀損時。惡意之占有者。對於其回復者。負賠償其損害之全部之義務。善意之占有者。因其滅失。或毀損。於現受利益之限度。負賠償之義務。但無所有之意思占有時。雖爲善意。亦須全部賠償。』此明關於占有者所占物之責任也。蓋自純理言。若占有者非真權利者時。固負返還其占有物於真權利之者責。因此。若由其所爲（故意）或過失。致占有物之滅失。或損毀時。當負賠償之責。就惡意

之占有者言。固當依此原則也。至善意之占有者。已如日本民法第百八十九條所述。法律概視爲無過失者。反以真權利者認爲怠慢者。故占有者不可因於占有物而受其損失。若然。則占有者自信爲真權利者。當然可於其權利之目的。隨意處分。無論何人。亦不能咎之。故雖故意滅失、毀損其物。或怠於保存之注意。以致滅失、毀損。可謂一切無責任者。不然。則不得以固有之財產償還之。而至於受其損失矣。雖然。善意之占有者。亦不許其爲不當之利得。故因滅失、毀損。而現受利益時。於其利益之限度。應爲返還於真權利者。固自當然。(日本民法第七百三條)例如家屋之占有者。毀損其家屋。而尙占有其木料石料等時。則當返還其木料石料等。又或賣却其木料石料等。而占有其代價。或以之使用於有益時。不得不返還其木料石料等之代價。如此類者是也。

右之所述。專以所有之意思爲占有者適用之。他之占有者不得適用。故無所有之意思者。雖爲善意之占有。單於行使地上權、賃借權等之場合。既信其物爲他人之所有物。決不可滅失毀損之。若滅失毀損之時。則於本人。不問其所有者之爲誰。信爲滅失

毀損他人之物。故使之負責任。是以有但書之規定也。

第四款 占有之消滅

占有之消滅。可分爲二。(壹)原則。(貳)代理占有之消滅。

(壹)原則

日本民法第二百三條云。『占有權。因占有者拋棄占有之意思。或失物之所持。而消滅。但占有者提起占有回收之訴時。不在此限。』此揭關於占有權消滅之一般規定也。蓋占有者從心素與體素二者而成。已於前論之。(日本民法第一百八十條以下)故占有者若於此二要素失其一時。則失其占有。此理之所當然也。(即占有者失其占有之意思。或失其物之所持。則占有權不得不歸於消滅也。)

占有者失心素時。則失占有權。原則也。雖然。占有者要不失其心素。是決不必要占有者意思之繼續。不然。則占有者之睡眠中。亦可謂爲占有權消滅者矣。故惟要占有者不有反對之意思。(即謂出於占有者之本意)而任意拋棄之。則爲失其心素。例如以拋棄自己之所有物之意思。而棄於往來之途。是失心素與體素。故可失占有權。至其

物雖爲所持。然並無爲自己占有之之意思。而以爲他人之物。有爲其人爲占有之意思時。則其占有權消滅。可移轉於他人。已如前論矣。（日本民法第八十三條以下）若夫占有者雖喪失心神。然尙未有法定代理人。決不失其占有權。又占有者死亡。暫未確定相續人。決不得謂占有之中斷。（日本民法第六十四條參觀）雖純理上一旦失其占有者則占有消滅。因之於占有者死亡。不得不謂爲占有之中斷。然相續之効力。乃遡於死亡之時者。故不得爲占有之中斷也。

心素如是。至於體素。亦不必要繼續。如占有者已經他行。雖於自宅之器具。與其他之動產。雖云所持。然苟未移於他人之占有間。即令自宅無監守人。或無代理占有之場合。其他行者決不失其占有。又占有者即因他人奪其占有之場合。提起占有回收之訴而返還之時。嘗視爲不失其占有。不然。法律許與占有者以占有回收之訴。爲占有者不能受充分之保護矣。如占有者於善意之場合。雖一時（瞬間）被他人奪其占有時。非更經過十年。或二十年。則不能受時効之利益。是豈得爲充分之保護乎。

依第二百一條。占有回收之訴。當自侵奪之時起。一年內提起之。故於本條但書之場

合。常爲自侵奪之時起。一年內爲提起占有回收之訴。可知。雖然。占有者爲不失占有。果必提起占有回收之訴否乎。換一語言之。即一年內。侵奪者任意返還其物時。則如何。自法文上觀之。或見爲必不可不提起訴。然立法者之精神則不然。蓋立法者一年內提起其占有之訴。而回復其所占有時。注重於其回復。雖事實上一旦失其占有。然仍視爲未嘗失者。是實法律上急欲言之之旨。特於其事實上之回復以前。已被侵奪。而任意返還之場合。不及思耳。是或得云法文之不備。至其精神。毫無可疑之處也。如非法律上本有視爲未嘗失者之意。而但有事實上之返還。則於原占有者一旦失其占有。當從侵奪者受返還時。固可承繼其占有。於此場合。即並承繼侵奪者之占有之瑕疵。與未嘗失占有者。其效果大不同也。

或曰。本條但書云。占有者爲提起回收之訴。不在此限。依此規定。是占有者苟提起訴訟以上。必不要其勝訴。更可不要回復。占有皆可不失其占有矣。此實爲拘泥於法律文字上之曲解。殊知單提起訴。若裁判以前不繼續之時。於訴訟法上。其訴直與並未提起者一例耳。至一旦勝訴時。自應據其判決。得回復占有。（若占有者不行使此

權利時。則竟直失其占有。固不待論。不然。則不得以現占有者視爲其人之代理人。〔案惟其回復後。方不至失其所占有。故可以現占有視爲其代理人。否則反是。〕故其人既不行使權利。猶以之爲占有者而保護之。是全反於占有之觀念者也。例如善意之占有者。於一年間爲占有。其後以他人奪其占有。始經過一年。而後提起占有回收之訴。竟爲勝訴。而不行使權利。其後八年餘。當眞權利者欲取戻其物時。雖自己已於十年間爲占有。亦不得主張取得時效之利益。無容疑也。又動產之占有者。於占有回收之訴。爲勝訴後。而不行使權利。善意者欲自侵奪者。買取其物。舊占有者尙以爲不失其占有。而現占有者將受第百九十二條之利益。不得妨之。亦無容疑也。

(貳)代理占有之消滅

日本民法第二百四條第一項云。『於依代理人爲占有之場合。占有權因左之事由而消滅。』第一號云。『本人拋棄使代理人爲占有之意思。』第二號云。『代理人對於本人表示爾後爲自己。或爲第三者。以占有物爲所持之意思。』第三號云。『代理人失占有物之所持。』第二項云。『占有權不得僅因代理權之消滅而消滅。』此於

代理占有之場合。而定本人失占有之原因也。於此場合。占有之心素體素。與他之場合。毫無所異。雖然。若本人失使爲代理占有之意思時。即令代理人有心素與體素兩者。本人之占有權。必不得不消滅。故於代理占有之場合。占有消滅之原因有三。(甲)本人意思之消滅。(乙)代理人意思之消滅。(丙)所持之消滅。

(甲)本人意思之消滅

即第二百四條第一項第一號所規定者是也。因此規定之結果。而占有消滅。

(乙)代理人意思之消滅

即第二百四條第一項第二號所規定者是也。此規定之意。因自理論言。只須代理人拋棄爲本人占有之心素。本人之占有已可消滅。然有危險之虞。使本人信用代理人。倘代理人竟以爲自己(即代理人)占有。危險孰甚。故必待代理人對於本人表示意思而後消滅也。此與第百八十五條之規定。似覺重複。然彼爲容假占有(狹義)之規定。此爲普通代理占有之規定。(廣義容假占有之一)彼爲特別規定。必先適用之。若不能適用時。方適用本號之規定也。

(丙)所持之消滅

即第二百四條第一項第三號所規定者是也。此規定即因乏體素而占有消滅。以上三者皆爲代理占有消滅之原因。甲乙因乏心素而消滅者。丙因乏體素而消滅者。但占有之消滅。只代理權消滅。而占有權不消滅。蓋代理權與占有權性質各殊。不分離之。則使占有權者無故而消滅其占有。可乎。或曰。代理占有。因代理關係而本人有占有權。固已。若代理關係消滅。則代理占有亦應消滅。故代理人或因本人之死亡。與委任契約之解除。等代理權消滅時。則本人之占有權亦應即時消滅。是說非也。蓋理論雖或如或人之所主張。然果如此。則於代理占有之場合。因代理權消滅。以致占有中斷。不能受時效之利益。占有之保護。往往至於不全。故於本條第二項。規定代理權之消滅。不即爲占有權消滅之原因。蓋代理權消滅。代理人。或代理人之相續人。應返還物之占有於本人。或本人之相續人。代理之當然之結果也。而欲返還其占有。當未返還之先。不可不繼續之。亦爲當然。是即代理之結果也。

附案 本講義所論占有之事項於此完結。而日本民法（物權編第二章第四

節) 第二百五條云。『於以爲自己之意思而爲財產權之行使之場合。準用之。』是尙有準占有之規定。本講義不復論之。此其差異之點。蓋日本民法係採狹義占有。故於廣義之場合。有入於準占有者。本講義既主張廣義占有。宜無準占有之說也。(參觀占有之定義)

參考 民法要義第二卷物權編第八十六葉八十七葉

如本章之首所論。新民法以占有有限於要物之所持之權利行使。而於其他場合之權利行使。不可謂之爲眞占有。雖然。其性質無所異。故於本節認爲準占有。即準用占有之規定也。

第二百五條(文見上)包含一切財產權之行使。但必要物之所持之權利行使。爲純然占有。已如前述。(不包含於準占有)即所有權、地上權、永小作權、留置權、質權、使用借權、及賃借權等之行使。亦不入於此中。故本條之適用。爲主者乃地役權。先取特權。(於此中有純然占有之場合。既於五十二葉言之。抵當權(包含於債權上所述物權之取得、變更等爲目的者)。於版權、特許權、意匠權、商標

權等亦有之。

於舊民法人事篇。(人事編第九十三條至第九十五條第九十七條)其他各國之法律。往往有認爲身分之占有 (Possession de fait) 者。雖然是與本章所謂占有大異其性質。因之不能適用準占有之規定。即於親族篇亦不必要其規定。故不置於此。

準占有者。準用占有之規定。本文甚明。雖然。依規定之性質。有卒底不能適用於準占有者。是準用之所以爲準用也。例如第九十二條乃至第九十五條之規定。皆關於動產占有之規定。決不能以之適用於債權及其他不必爲物之所持之權利行使者。蓋無容疑也。

第二節 共有

共有 (Condominium, copropriété, Miteigentum) 者。數人所有一種財產之狀態之謂也。日本民法。但於所有權之共有有其規定。此外於他之權利有數人之場合。準用之。第二百六十四條云。『本節之規定。數人有所有權以外之財產權者。準用之。但

法令有特別之規定者。不在此限。』是也。

附案 共有列入財產編緒論中者何耶。日本民法法典。本規定共有於所有權章。本講義則置之於財產緒論者。是亦猶之占有。因意義廣狹之不同耳。日本民法上之共有。爲狹之意義。故規定於所有權章。本講義之共有。爲廣之意義。故置之於此。以富井博士政章之說證之。可知其然矣。（富井博士說錄如右）

附錄 富井博士政章民法原論第二卷物權上第一百五十九葉

就近世之立法例觀之。於共有之觀念。及民法中所規定之位置等。不無大相異之處。獨逸民法。以一般財產之共有。爲債權關係之一原因。而規定之於債權編中。（獨逸民法第七百四十一條至第七百五十八條）別於所有權之部。規定其一種狀態之共有。（獨逸民法第千八條至第千十一條）而其債權編所揭一般共有之通則。以基於羅馬法爲主。凡關於日本民法共有之規定。殆皆於其中編入之。佛蘭西民法。關於相續其他之事項。規定共有之事。與獨逸民法之一部相當。而不設一般之規定。可謂一缺點也。伊太利、西班牙等之民法。及日本舊

民法補此缺點。於所有權之部。置其規定。是蓋以他之財產權雖亦有共有者。然畢竟以認其有所有權之故。是以其位置如此。（日本舊民法財產編第六條第三十條。取得編第二十四條。草案理由書參照。）日本新民法。關於所有權。不采如斯廣濶之觀念。（詳見本書第一卷二百六十三頁。）特以數人共同所有之權利。屬於所有權者最多。故便宜上採用同一之編制法也。但於民法共有之語。亦非無使用廣義之條文耳。（日本民法第六百六十八條第一千二條等）。

附錄 橫田學士物權法第二百七十葉至二百七十二葉

共有者。數人共同有一所有權之狀態也。蓋一物不容二主。故數人不能同時於同一物之上。有完全之所有權。此於所有權之性質上。固毫無容疑。然於一物之上。本來得成立一所有權。同時其一物共屬於數人。數人共同有一所有權。亦非反於所有權之本質。雖然於此場合。各共有者。與所有權屬於單獨主體之場合不同。不得僅以其一己之意思。任意支配目的物。何則。他之共有者。亦為權利之主體。有支配目的物之權利者也。故目的物之支配權。必不可不與他之共有者

分之。因而目的物之支配。（即所有權之行使）常須基於共同者一同之意思也。故共有者中之或人於目的物上欲僅以自己之意思行使時。他之共有者有反對之之權利。共有者於相互間之關係能互制其權利之行使。無論共有者中之何人不得行完全之支配權也。（案此認共有屬於所有權者）

附錄 富井博士民法原論第二卷物權上第一百五十六葉第一百五十七葉

共有者。謂數人有一所有權之狀態也。却不外所有權存在之一狀態。非共有權有一種特別之所有權也。又於一物之上不可解爲有數個之所有權。蓋所有權如曩述對於物而爲一般支配之權利。故於同一物之上不許有數個之所有權。唯數人以一定之分前。（即持分之意）共同有一物之所有權。則於其性質毫無相妨也。

共有爲一個所有權分屬於數人之狀態。非謂數人區分物而爲所有也。蓋區分所有與共有正相反對。又以關於物之一部爲一般之原則。不得認爲所有權之存立也。（詳本書第二十一葉）又所有權分屬於數人者。非謂其內容作用分

配於數人之間。乃分其分量範圍之謂也。各共有者所有權之內容。與所有權專屬一人之場合。毫無相異。即從於一般之關係而支配物。不俟言也。唯其支配權。因爲他共有者之同一權利而受制限。行使於一定之範圍內者。關於共有者權利義務之規定。殆皆基於此觀念也。（案此亦認共有屬於所有權者。）

第一款 共有之原因

共有之原因雖多。約之可分爲四。（壹）相續。（貳）組合。（參）夫婦財產契約。（肆）共同契約。

（壹）相續。相續有二。曰家督相續。曰遺產相續。二者皆爲共有之原因。家督相續。如戶主死亡及其他原因。必有承繼其戶主權者。遺產相續。如家族死亡。必有承繼其財產權者。是也。共有之原因。即隨相續而發生。然從家督相續觀之。似不能發生財產共有之原因。以家督相續常歸於一人耳。實則不然。設被家督相續人。有遺言行爲時。以財產三分之一贈與他人。是相續人與受遺者。即發生共有被相續人財產之原因也。至遺產相續。可以發生共有之原因。較家督相續。尤屬常見。蓋遺產相續。由家族均分。往往爲多數。

人承繼財產故也。(家督相續。日本民法第九百七十條以下。遺產相續。日本民法第九百九十四條以下。)

(貳)組合

組合者。數人出資經營或種事業之謂也。出資云者。以出金錢爲最普通。然有時但服勞務而不出金錢者。亦爲出資。組合成立。組合中之各種財產。即爲組合員所共有。故組合爲財產共有之原因也。日本民法第六百六十八條云。『各組合員之出資。其他之組合財產。屬於總組合員之共有。』

(參)夫婦財產契約

夫婦財產契約者。於婚姻前。男女雙方。協議其所有財產。於婚姻繼續中爲定如何之財產關係之約束是也。於日本即所謂共產制 *Communauté*。蓋據日本民法觀之。凡婚姻前於夫婦財產關係。設無如何之契約。則視爲各有。歐洲各國反是。設無如何之契約。則視爲共有。蓋歐洲以夫婦財產常爲共通也。然日本民法所取主義固屬如此。近時競慕歐風。寢成慣習。於實際上。采共產制而表見之於契約者實多。是亦爲財產

共有之原因也。(案於日本親族法。法定者爲無共定制。故約定者爲共產制。)
(肆)共同契約

凡二人共同買取一物而有之之約束。即共同契約也。例如甲賣却不動產。乙丙約束共買取之。其結果即歸於乙丙共有。故其契約亦爲財產共有之原因也。
右之四者爲共有之大原因。他姑從略。

第二欸 共有之効力

共有之効力可分爲二。(第一)共有者之權利。(第二)共有者之義務。

第一 共有者之權利

共有者之權利可分爲四。(壹)權利之範圍。(貳)持分。(參)共有物之利用。(肆)權利之膨脹。
(壹)權利之範圍

共有者對於目的物之一部而有其權利乎。或於全部而有其權利乎。且其權利分量之多少如何。是有一定之範圍也。日本民法第二百四十九條云。『各共有者就共有物之全部得爲應其持分之使用。』是規定各共有者使用目的物之權利也。持分者

何謂所持之部分也。凡數人對於一物不能同時使用。故共有者不得如完全所有者之使用。固也。但各所有者於不侵害他共有者之權利範圍內。則可使用之。其使用之程度。雖有一主義。謂不必論其持分之率。得以使用。然頗不公。故本條規定各共有者得應其持分而使用之。雖然。共有權本存於物之全部之上。各共有者非僅得使用物之一部而已。且得使用物之全部也。例如二人共有一屋。各共有者非僅得使用其一室或數室。而不得使用家屋全部也。唯不得以一人而常獨占家屋之全部耳。若共有者之持分不同。設甲有三分之二。乙有三分之一。則甲有二倍於乙使用家屋之權利。如甲爲自己之居室、書齋等。得占領二室。即客堂及其他各處。甲得二倍於乙而使用之之類。是也。又如三人共有一乘馬。各共有者得對於馬之全部行使其權利。非僅得行使其一部已也。但亦不得以一人常獨占之。當應其持分而爲使用。雖然。共有乘馬。非如共有家屋。得爲同時之使用也。惟按期輪流。各共有者於輪到期間時。得使用之。如於一月三十日間。得使用十日。是也。此就理論而言。然實際上多有不便。往往由各共有者間協議。特設規約以定其使用之方法。如家屋。則由各共有者協議。各指定一

室以爲居室。而食堂、客堂及其他各處。則歸各共有者共通使用。又如乘馬。則由各共有者協議。隨意訂期。且於合意時。得於自己所使用之時期。讓與他共有者使用。或於非自己所使用之時期。亦可請於他共有者而爲讓與也。此就共有物之以使用爲目的者言之如此。至共有物之以收益爲目的者。則如共有家屋。賃借與人。所得貸金。各共有者可以均分之。又如共有土地。售其果實。所得代價。各共有者亦可以均分之。然或時各共有者對於共有之土地而爲耕作。多感不便。欲救濟之。特設一假分割法。如共有土地爲三人時。則假定分割爲三段。按段耕作而各收其利益。歐洲各國。多適用之。

(貳)持分

權利分量之範圍。因持分而定。然則持分因如何之方法而定乎。原則持分者因共有之原因而定者也。如遺產相續之持分。則因法律而定。於法律無如何規定之處。則因遺言而定。如組合之持分。則因組合契約。或出資之多寡而定。然有因其原因而令持分不明時。如共有之年月過遠。原因已忘。不能明知其持分者。又如夫婦財產契約。

共同契約未曾明定。其所有物之持分。亦有不分明者。是不可不以明文規定之。日本民法第二百五十條云：『各共有者之持分。推定爲相均者。』是固當然之推定。相均云者。如二人共有。則各有二分之一。三人共有。則各有三分之一。令其持分相等也。是於歐洲各國。雖明文之有無。判然各異。然實際皆采此推定。但於此推定之規定。若有確實反證。可證其共有原因者。則從其反證。

參考 民法要義第二卷物權編第七十六葉第七十七葉

共有之持分。原則因共有之原因而定。然其原因不無特別之規定。即有不能適用第二百五十條之處。例如其原因爲組合財產。若無別段之定時。則應其出資之率。而定組合員之持分。(日本民法第六百七十四條、第六百八十八條二項。但於共產制。若無別段之契約時。則以夫婦平等之率。而共有其財產。

(參)共有物之利用

共有物之利用。可分爲二。(甲)處分。(乙)管理。

(甲)處分

處分者就現存之目的物消滅之或變更之之謂也。消滅之處分必喪失共有者之權利。爲法律所不許。變更之處分雖共有者或可因之而得利益。然法律亦不許其得自由變更。日本民法第二百五十一條云。『各共有者非得他共有者之同意。不得加變更於共有物。』蓋不如是規定。則各共有者對於物之各部有所有權。即可謂各自對於其各部有所有權之特質之處分權。故共有者之意見衝突時。若依甲之意見。則傷乙丙等之處分權。若依乙丙等之意見。則傷甲之處分權矣。是以須得共有者之同意。法律爲保護各共有者。特爲如是之規定。非惟不許爲消滅之處分。即自由變更之處分。亦在所不許。抑亦以他共有者權利之保護爲重耳。變更云者。例如開墾荒地。或以金塊製爲器具及裝飾品之類。是也。

(乙)管理

管理有廣狹二義。廣義謂利用是也。兼處分言。(處分中之變更亦包含之)狹義則除處分。茲所述者。僅指狹義。(管理行爲見日本民法第三百二條。總則詳之)狹義管理與處分不同。蓋處分重大。管理輕微。管理之結果。於收益之多少甚有關係。故於不傷

害他共有者之權利範圍內。雖得爲管理行爲。亦須從各共有者持分之價格得過半數之決議。日本民法第二百五十二條云。『關於共有物管理之事項。除前條之場合外。從各共有者持分之價格。以其過半數決之。但保存行爲。各共有者得爲之。』是即關於管理共有物之規定也。蓋共有物非以適當之方法管理之。則有破壞耗盡之虞。故不須有共有者一同之同意。得以過半數決之。過半數云者。非以人數取決。乃應共有者持分之價格而定之也。蓋當持分相等時。即以人數取決。亦不生如何之疑問。若持分不相等時。即不能以人數爲定。故必依其持分之價格。以過半決之。例如於持分相等爲三人共有時。則以二人決定之。於持分不相等爲五人共有時。甲有三分之一。乙有四分之一。丙有五分之一。其殘餘者爲丁戊所有。甲乙之意見與丙丁戊相衝突時。依人數。則當從丙丁戊之意見。然依持分之價格。則不可不從甲乙之意見。蓋共有者對於共有物有應其持分之權利。故於利用之時。各共有者亦得有應其持分之權利。其意見不能一致時。則從有過半權利者之意見。最爲得當。至加變更於其物上。即令其目的雖在管理（保存、利用、改良）亦必要有共有者一同之意思。不待論也。

以上所述。乃其原則。至於保存行爲。若必須多數決議。各共有者不得專斷。則共有物往々有毀耗之虞。故於本條特爲但書之規定。例如修繕爲保存行爲。設共有家屋。牆壁傾圮。或將有傾圮之虞時。若不從速修繕。必至大壞。凡欲保存其權利者。自必爲保存行爲。故不待共有者之多數決議而行之也。又如時效中斷。亦保存行爲。設共有或物。已爲他人占有。將就時効完成之頃。共有之權利。即有消滅之虞。不能不主張權利。而爲保存行爲。使占有之時効中斷。此亦不必問各共有者之意思。得獨斷行之。又如不動產登記。亦保存行爲。設共有不動產。於引渡後。無論以何原因取得之。必須登記。始能對抗第三者。倘共同買受不動產而不登記。則共有之權利。即有喪失之虞。故不必共有者之多數決議。而得爲保存行爲也。

(肆) 權利之膨脹

日本民法第二百五十五條云。『共有者之一人。拋棄其持分。或無相續人而死亡時。其持分歸屬於他之共有者。』此規定共有者之一人於失其持分之權利時。其持分不爲無主物。宜應歸屬於他之共有者也。蓋若無此規定。則共有者之一人拋棄其持

分時。即爲無主物。依普通之方法。其物爲動產。則先占者爲其所有者。其物爲不動產。則歸於國有。（日本民法第二百三十九條）然如是頗戾乎人情。且實際亦無須乎此。何也。其物爲動產。理論上固可因先占而取得所有權。然實際已有共有者在。他人不能先占。自不待言。即共有者雖非無先占之意思。然因業已有權利於其物上。故就拋棄之持分。更表示占有之意思者。甚稀。且共有者之數人。同時生占有之意思者。殆所難免。則欲知何人先具占有之意思。實際上頗爲困難。其物爲不動產。雖可依第二百三十九條之規定。然此規定本出於不得已。若可無須適用。寧避其適用爲要。且以共有物歸國有。於實際上。不便多而利益少。故寧以之與他共有者爲便也。又況無主物之不動產。使其屬於國有者。蓋以避關於先占之爭鬪爲主。若如本條之場合。已有他共有者可占有其不動產。故不屬國有。亦無弊害也。又共有者之一人。無相續人而死亡時。其物雖爲動產。既成相續財產之一部。似可依相續編之規定。屬於國有。（日本民法第一千五十九條）雖然。此亦如上所述。不動產同一之理由。以歸於他共有者爲至當也。若共有物爲二人時。則依本條之規定。以共有物爲專有物。以經濟上言之。

其結果亦甚為良好。何則。共有制度。本因經濟不充。乃不得已而為之。法律於此等場合。寧可變為專有。故特規定歸屬於他之共有者。是即謂之共有權利之膨脹。然尙有一問題。即共有為三人以上。共有者之一人拋棄。或無相續人而死亡時。而各共有者原有之持分。又各不相同。其歸屬時即有多寡。當應其持分均分之。例如甲乙丙三人之共有。甲為二分之一。乙丙為四分之一。乙拋棄時。則以六分之一加甲。共得三分之二。以十二分之一加丙。共得三分之一。如左式。

三分之一

丙 四分之一 加十二分之一

乙 四分之一 拋棄

甲 二分之一 加六分之一

三分之二

案上式甚

明。茲再以

圖證之如

下。

甲	甲	乙	丙
甲	甲	乙	丙
甲	甲	乙	丙

此漸次進行變共有而為專有之方向者也。共有之數漸少。則共有之弊害亦漸少。故本條之規定。無論從何點觀察之。真可謂為至當者也。

第二 共有者之義務

共有之義務。可分爲三。(壹)費用之負擔。(貳)基於特約之債務。(參)對於特定承繼人債務之効力。

(壹)費用之負擔

日本民法第二百五十三條第一項云。『各共有者。應其持分。拂管理之費用。任其他共有物之負擔。』此即定共有者費用負擔之義務也。管理云者。指廣義言。(變更亦包含之)。蓋以物之管理。需相當之費用。又就不動產言。亦不可不拂租稅。其費用。與租稅等。爲物之全部拂之者也。故各共有者。當應其持分之率。而爲拂出。固當然也。然共有者。不履行右之義務時。即爲債務。固可依普通之方法。(即債權之規定)強制其履行。(日本民法第四百十四條至四百二十二條)然手續繁重。且共有者對於共有物。常有不得不同爲之之事。若有一人不履行義務。卒底不能望其能永久維持共有。況共有制度。不便殊多。其有害於經濟。人所共認。若有不履行義務者。則於共有者間。決不能融和。是於共有之害。更加一層。故同條第二項云。『共有者。於一年

內不履行前項之義務。他之共有者。得出相當之償金。取得其持分。』是蓋以法律之力奪其權利。故不得輕易行之。僅許對於一年間怠於履行義務之怠慢者行使而已。至因償金不相當而生爭時。可請求裁判所定其持分之價額。除應拂之費用外。其餘金額。仍以償怠慢者。

(貳)基於特約之債務

基於特約之債務者。謂因特別契約而生之結果。法律上無直接之規定。即如前述共有家屋。共有乘馬。其如何使用。分割。任共有者協議約定之。是即特約。因此特約所發生之債務。即基於特約之債務也。

(參)對於特定承繼人債務之効力

日本民法第二百五十四條云。『共有者之一人。就共有物對於他共有者所有之債權。得對其特定承繼人行之。』此條爲關於共有者之一人。就共有物對於他共有者之債權之規定也。蓋就普通言之。債權之性質。不得對抗第三者。若無本條之規定。則共有者之一人。以其持分。讓渡於他人。他之共有者對於讓渡人所有之債權。不得以

之對抗於讓受人。(即特定承繼人)果如是。則共有者之一人。以自己之持分讓渡於他人而得免其義務。他之共有者必因之而受損害。故關於共有物之債權。得對抗特定承繼人。爲特別例外也。

本條規定之特定承繼人。以共有者之持分讓受人爲主。所謂特定承繼人者。(特定承繼人。如買主、受贈者、債權讓受人、抵當權者、質權者之例)對於包括承繼人而言者也。(包括承繼人。即相續人。與包括名義之受遺者。於法律上。包括承繼人與承繼人之本身。視爲同一。無論何時。債權之効力。皆能及之)本條規定之債權。皆關於共有物而發生者。例如關於物之管理。又使用方法。之契約而發生者。關於定管理之費用。與其他負擔分擔之率。之契約而發生者。又如關於他之共有者立替(即墊付)之費用。與其他負擔。及訂定或期間不爲分割之契約而發生者。(日本民法第二百五十六條第一項但書)或關於分割之契約而發生者。是也。法文之意。決非以揭示於此之債務。移轉於特定承繼人。不過以他共有者之權利。對於特定承繼人。得求其債權之履行而已。讓渡人固非能免其義務者也。而他之共有者。從其選擇。或對於讓渡

人或對於讓受人或同時對於兩人得求其債權之履行。是惟因關於共有物之契約而生之債權。其性質上不得對於已非共有者之讓渡人行之。則不得不對於現爲共有者之特定承繼人行之。以保護共有者之權利。故効力所及。雖覺待特定承繼人不免稍酷。然苟不如是。設關於特約之共有。因特約而生利益。共有者之一人。以其持分讓渡於他人。即爲特定承繼人。如其人不依特約管理。則共有者之利益。必不能保存。又設關於費用之負擔。共有者之一人不負擔之時。一年後即喪失其持分。倘於將喪失之前。以其持分讓渡於他人。希圖免除費用之負擔。其讓受之特定承繼人。不承認其負擔。是共有者皆受其損害。故法律須特別規定。使他之共有者對於特定承繼人得生債務之効力也。

或者曰。「讓渡人無因讓渡而免其義務之事。讓受人亦無承繼義務之事。」然亦既讓渡。即非共有者。關於共有物之債權。對於已非共有者。多不得行之。故於此場合。讓渡人之義務。單止對於特定承繼人負賠償其損害之責而已。不能使他之共有者。充分行使其權利也。故若對於現共有者之讓受人得行其債權。則他共有者之便利。固

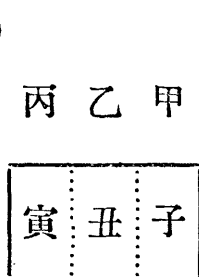
不待言。而讓受人若詳知讓渡人之義務後始讓受之。亦毫無受損害之虞。其因不注意而不知其義務之存在者。雖在所不免。然其對於讓渡人固自有求償權。其損失大抵鮮有全歸於特定承繼人者。是本條之所以特設規定也。

第三款 分割

關於分割。可分爲六。(壹)原則。(貳)例外。(參)方法。(肆)參加。(伍)効力。(陸)證書。
(壹)原則

日本民法第二百五十六條第一項本文云。『各共有者得隨時請求共有物之分割。』此規定爲共有物分割之原則也。蓋共有制度。自經濟上言之。頗不利益。何則。共有者對於共有物。非意見合致。不能充分使物之利用改良。例如狹義管理行爲。亦必從持分者之價格。以過半數決議。其不利益者一。且對於共有物。不能如自己專有物之利害相關。故往往不熱心於其物之利用改良。亦人情之常態然也。例如數人共有一土地。共有者必不肯力爲耕作。往往易致荒蕪。而所得之利益。因之減少。其不利益者二。共有物所以不能多受充分之利用改良者此也。以是之故。各國立法者。必使共有之

効力。速於終了。而變爲專有。本條之規定。亦即採用此精神。特欲使共有易於分割也。故各共有者以一人之意思。無論何時。得請求共有物之分割。是爲原則。未分割時。共有者對於目的物之全部。有一部之權利者。即至分割。則爲對於目的物之一部。有全部之權利。例如甲乙丙共有一物。各有三分之一。即對於全部有三分之一之權利。是一部之權利也。以三分之一各自分割。得於所分割之三分之一。有全部之權利。如左圖是也。



(貳) 例外
 分割之例外。可分爲二。(甲)當事者之意思。(乙)物之性質。

(甲)當事者之意思

共有之分割。法律亦既許之。假令反於法律而爲不分割之契約。可謂無効。然原則固

係如此。亦非無例外之規定。蓋當事者之意思。亦不可絕不采之。故於例外。得由當事者之意思。約定不分割之年限。此從理論上言也。然日本民法有第二百五十六條第一項但書。及第二項之規定。特爲制限。範圍頗小。惟五年以下之期間內。許爲不分割之契約耳。故法文第一項但書云。『但不妨爲不超過五年期間內。不爲分割之契約。』第二項云。『此契約得更新之。但其期間自更新之時起。不得超過五年。』此規定之意。蓋從共有者之需要。又因共有物價格之高低。須一時不爲分割。始爲有利。於此場合。約定於短期之間。不爲分割。既無大害國益之虞。而於當事者間亦頗便利。故特許之。若期間過長。恐本條之精神。竟致失却。故以五年爲最長期。若超過此期間而爲不爲分割之契約時。則爲不法。其約直歸無効。但其契約成立後。欲更新 (Renouvellement) 之。固自無妨。惟其更新亦不得超過五年之期限。且其期間之計算。須從更新之時起算。決不得俟前期終了後始起算。例如初結之契約。以五年間爲限。不許分割。於結約後之第二年。或第三年。更訂一約。即於重訂之期起算。最長期以五年爲限。是也。若俟前期終了後始爲起算。則先爲五年間之契約。翌日更得爲五年間之契約。實

際爲十年間之契約矣。因此所以有二項之規定也。（關於遺產分割。日本民法第一千一百一十一條之規定與第二百五十六條之精神相同。）

參考 民法要義第二卷物權編第八十八葉

就更新之性質言。非無多少之議論。然是當以從當事者之意思爲主。殆不俟言。惟於當事者之意思不分明時。寧視爲解除前契約。更結爲新契約者。

(乙)物之性質

共有物有必因共有而始生效用者。其物之性質不可分割。是對於分割爲例外。日本民法第二百五十七條云。『前條之規定。於第二百八條及二百二十九條所揭之共有物。不適用之。』是因物之性質不得爲分割者也。（第二百八條及二百二十九條之規定。屬於所有權。俟後詳之。）又如組合契約之共有財產。不能因一人之意思請求分割。組合員雖可脫組。然組合財產。因其物之性質。不得爲分割。又如夫婦財產契約之共同財產。亦不得隨時請求分割。日本民法雖無直接明文之規定。然因其物之性質。自不便於分割。故同法於第七百九十六條爲間接規定之。蓋婚姻繼續中。其財

產關係不得變更。必待婚姻解除始可變更。是亦因物之性質而不得爲分割也。

附案 第二百八條第一項云。『數人區分一棟之建物各所有一部時。建物及其附屬物之共有部分。推定其屬於共有者。』第二項云。『共用部分之修繕費。其他負擔。應各所有部分之價格分之。』第二百二十九條云。『設於疆界綫上之界標。圍障。牆壁。及溝渠。推定屬於相隣之共有者。』

又第七百九十六條云。『夫婦之財產關係。婚姻屆出後。不得變更之。』

參考 民法要義第二卷物權編第八十九葉第九十葉

本條定對於前條之規定之例外也。蓋揭於第二百八條及第二百二十九條之共有物。皆因共有之而爲有用者。若分割之。反爲無用。故前條之規定。不可適用。固當然也。然苟無本條之明文。則解釋上。有不得不適用前條之虞。是以必要有本條之規定也。例如區分一棟之建物。而以之爲各人之所有。於此場合。欲分割其中間之牆壁。在實物上固不能分割。因欲賣却之而分其代價。有誰欲買之耶。又如界標。亦多不能分割。欲賣却之。非自土地分離之後。殆無買之者。然疆界因

一方所有者之意思而設界標。得使隣地之所有者分擔其費用。（日本民法第二百二十三條）若因欲分割而取除之時。更不可不復設界標。故於是等場合。實際上殆非不能分割。然經濟上因之極不利益。與通常之不利共有而利分割者。爲反比例。故特以之爲前條之例外也。

（參）方法

分割之方法。可分爲二。（甲）原則。（乙）共有者有債務時。

（甲）原則

日本民法二百五十八條第一項云。『分割。因有共者之協議不調時。得請求於裁判所。』第二項云。『前項之場合。以現物不能爲分割。或因分割顯有損害其價格之虞時。裁判所得命其競賣。』此示分割方法之原則也。蓋分割以共有者之協議行之爲原則。若協議調和時。不論用何方法皆可。或儘實物而應其持分之率分割之。例如二人共有土地。分割時可用抽籤方法。各取其一。是也。然有不容易分割者。例如甲乙丙。共有子丑寅三不動產。其價格不相等。分割頗難平均。即不能用前之方法。又如遺產

相續有三人分割時。則甲得動產。乙得不動產。丙得金錢。其數設有不相等。即不平均。亦不能用前之方法。此猶未足爲分割困難之極者也。若甲乙丙三人對於或財產有同等之權利。其財產假定爲三千圓。分割時。甲得其不動產。值二千圓。乙丙得其動產。僅值一千圓。甚不平均。欲使其平均。而值二千圓之不動產。又不能分割。於此場合。當令甲補出一千圓。以補助乙丙。使平分之。是謂補足金。至於三人對於共有物有同等之權利。直不能分割者。(株券之類)當令共有中之一人。拂出相當金錢三分之二。歸於他之二人。而專有其物之全部。不然。則逕直賣却其物。而以所得之值平分之。以上各方法。祇須共有之當事者間之協議調時。即可分割。若協議不調。(當事者間一人有反駁時)則可請求於裁判所。使裁判所代當事者分割之。裁判所以現物分割爲原則。惟就共有者所受之部分。力求公平。便益而已。然實際因現物不能分割者。(機械之類)或雖非不能分割。然雖分割之。而其價格顯然有減少之虞者。(如土地)既不多。復分之爲數小區之類。裁判所得適用競賣法之規定。特命競賣其物。(不動產由區裁判所競賣。動產由執達吏競賣)而平分其代價也。

參考 民法要義第二卷物權編第九十二葉第九十三葉

共有者中有無能力者時。必請求於裁判所而爲分割。各國有此規定者。雖不乏其例。然在無能力者有法定代理人。保佐人等。充分保護其利益。故若法定代理人等。從法律所定之條件。於分割與承諾時。鮮有不爲無能力者謀其利益。故本條於此場合。亦不必要於裁判所而爲分割也。但無能力者無法定代理人時。往往不得自與於協議。因此竟不得不爲裁判上之分割者。固甚多耳。

又共有者之一人爲不在者時。亦與右之所述同。然於是等之場合。先使選任法定代理人。試爲協議上之分割。限於不能之場合。乃爲裁判上之分割。是爲本則。但就不在者之財產管理人爲分割。不在其當然之權限內。須受裁判所之許可。(日本民法第二十八條)若其管理人爲不在者。主張於分割爲不必要時。決不請求其許可。因而致共有者之協議不調。乃不得已而竟依裁判上之分割者。亦甚多也。

(乙) 共有者有債務時

日本民法第二百五十九條第一項云。『共有者之一人。對於他之共有者。有關於共有之債權時。當分割之際。得以應歸於債務者之共有物之部分爲其辨濟。』第二項云。『債務者因受右之辨濟。有以賣却應歸於債務者之共有物之部分爲必要時。得請求賣却。』此於共有者間有債務之場合。當分割之際。爲確保其債務之履行。而設之規定也。蓋於此場合。從一般之規定。則債權者可使債務者履行其債務。若債務者無資力。則債權者不僅有被損失之虞。即令其不破損失。亦須費不少之手數。往往不能迅速辨濟。故爲保護債權者計。則不可無相當之方法。其方法有二。其一。以先取特權與共有者間。爲債權者之共有者。對於爲債務者之共有者。所當受之物。得以優先權受其辨濟。其二。當分割之前。得以其共有之一部。令其辨濟。日本舊民法做佛國法。采第一方法。然此方法頗嫌繁雜。往往不便。且於不動產。卒不能用此方法。故佛國法及舊民法。僅就不動產。認此先取得權。新民法則做獨逸法。采第二方法。蓋此方法最簡便。而保護債權者亦極確實也。例如甲乙丙共有土地。其共有費用。假定爲三百元。由甲一人立替（即墊出）乙丙各應負擔百圓之費用。因而負債於甲。丙已辨濟。乙獨

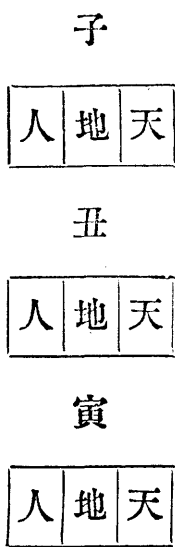
未履行其債務。際於分割之時。可於乙持分之範圍內。分割其可值百圓之土地。歸於甲有。而爲其辨濟。此就土地之毗連者言之也。設其土地畸零隔絕。雖於乙持分之範圍內。分割其可值百圓之土地與甲。然卒歸無用。則應於乙之持分所分割之土地。可由甲賣却其全部。於其代價內取除百圓。而返其殘餘之額與乙。又如因共有費用。乙對於甲負百圓之債務。而際於共有時。應於乙之持分所共有之物。雖可分割其與債務價額相當之部分。歸於甲有而爲其辨濟。然其物若分割之而減其價格者。甲即得之。亦歸無用。亦可由甲賣却之。而取除乙負債之額數也。

(肆) 參加

日本民法第二百六十條第一項云。『對於共有物有權利者。及各共有者之債權者。得以自己之費用。參加分割。』第二項云。『依前項之規定。有參加之請求者。若不待其參加而爲分割時。不得以之對抗請求參加者。』參加者乃對於共有物。有利害關係者。於其共有物分割時。而陳述其意見之謂也。分割方法有二。(一)由當事者之協議。(二)由裁判所判斷。協議分割。固易使第三者受損害。裁判分割。亦不免爲共有者所欺。

罔。或不便干涉。而認當事者之所主張。在共有者固出於願意。而使利害關係者間接受不利之影響。故特有參加之規定。以保護第三之權利者。

對於共有物之利害關係人。謂對於共有物有權利者是也。例如對於共有物有抵當權者。即利害關係人也。設甲乙丙三人。共有子丑寅三地。價值相同。甲先以子地抵當於丁。甲乙丙三人分割時。各得一地。甲即可以所得之地。歸屬於丁之權利。頗為便利。若甲乙丙協議。於子丑寅三地中。各得天地人之一部。（假定甲得天部）。此在協議時。或於共有者有益。然於有抵當權之丁。如前說之分割。祇須一次手續。即可行使其



權利。如後說之分割。則須用三次手續。始能行使其權利。於抵當權頗不便利。於此場合。利害關係人（丁）可

參加述其意見。請求用何方法。以免多費手數。（如請以子地分割與甲之類）。抵當權始完全無缺。得為便利行之使矣。再就遺產相續之共有物言之。其分割効力。遡及既往。（其他分割。不遡及既往）。如被相續者之財產。為不動產。動產。金錢三項。於其

死亡時。甲乙丙爲相續者。得其遺產而分割之。當未分割時。甲以不動產抵當於人。及際於分割。適以不動產分割與甲。則因効力之遡及既往。其抵當權仍完全存在。固不待言。若不動產不分割與甲。則於抵當權者有礙。即可請求參加。請以不動產歸甲。以保全其抵當權也。

又如對於共有物有債權者。亦爲利害關係人。共有者之一人。往往以共有物之持分。向人結借貸契約。當契約時。債權者甚希望債務者於共有物上。得其應有之權利。即關係于債務辨濟之確實。若共有者（債務者）於分割應主張之權利。有不能主張之處。債權者因利害關係。亦可請求參加。而代爲主張也。

凡參加爲保護利害關係人之權利。故參加費用。須有其權利者負擔。若有可以參加之資格者。欲參加時。共有者不待其參加。遽爲分割。法律上有制裁。即不得以分割對抗參加者是也。

(伍) 効力

關於分割之効力。可分爲二。(甲)遡及既往否乎。(乙)擔保。

(甲) 遯及既往否乎

日本民法第千十二條所規定。關於遺產之分割效力遯及既往。其餘以不遯既往爲原則。追遯既往之問題。在歐洲議論頗多。自沿革上規之。當歐洲封建時代。諸侯爲謀人民之重稅。於土地讓渡。每次必須納稅。例如甲乙丙有子丑寅三地。分割時各得其一。彼此須以子丑寅三者所有之部分。互相讓渡。讓渡一次。即須納稅一次。手續繁重。稅額滋多。故當時學者倡遯及既往之說。因其所分割者。遯於未分割以前。即視爲分割。以避讓渡稅也。且不僅此而已。即對於共有物有利害關係者。亦頗便利。例如甲乙丙共有子丑寅三地。各以抵當於人。甲以子抵當於乾。乙以丑抵當於坎。丙以寅抵當於艮。分割時。即以子地屬甲。丑地屬乙。寅地屬丙。既可免讓渡之煩。而在有抵當權者亦甚便利。蓋不遯既往。則於共有物之抵當實行其權利。本須就子丑寅三地中。各取三分之一。倘甲不履行債務。乾必競賣子丑寅三地之各一部。坎與艮之抵當權因之不完全。且必受不利益之影響。倘爲坎與艮計其利益。則乾之抵當權又將蒙其損失。故不如遯及既往。即以子地視爲甲之所有。是乾之債權較爲確實。就甲之債務者言。

將已所分得之地辨償其債務。亦爲適當。此就事實上言之。其便利固如此。然就理論上言之。共有者於共有物全部之上有一部之權利。而分割則於一部之上有全部之權利。是遡及既往。不過爲法律上之擬制（即假定）而已。故日本民法採折衷主義。惟遺產相續較爲複雜。詐僞滋多。不能不用遡及既往主義。其他不適用也。

參考 民法要義第五卷相續編第三百二十七葉至第三百二十九葉

分割之効力。就法理的實益的論據言之。爲付與的 (attributiv) 而非認定的 (ackarativ) 從法理上言之。固然。從分割之性質言之。亦無容疑。蓋分割者。甲乙本各有一部之權利。在於物之全部之上。迨分割之。各有完全之權利。在於物之一部之上也。故甲所得之部分。即乙原來所有一部之權利。乙所得之部分。亦即甲原來所有一部之權利。其性質爲付與的明也。惟從實際之便宜上論之。則有種種錯雜之問題。無他。甲就其持分設定各種之權利。分割之後。仍附着於乙之部分。乙就其持分設定各種之權利。分割之後。亦仍附着於甲之部分。故雖已分割之權利。或再陷於共有之結果。例如甲於其持分之上設定抵當權。分割之後。

其抵當權仍存在於物之各部。甲若不履行其債務。抵當權者因分割之結果。於歸於甲乙部分之上。就甲舊有之部分。行其抵當權。因而競賣共有。分以受自己之辨濟。如是。則甲乙及競落人（買受競賣物者）必俱爲共有。是分割之結果。徒增加一共有者。不能達分割之目的。故認定主義。由法理上論之。雖全反乎事實。今日尙有採用之者。據此主義。不論何時分割。而在法律上。則視爲自共有之初已分割也者。故甲設定之權利。惟存於甲之部分上。乙設定之權利。亦惟存於乙之部分上。而在於第三者。與其就存於物之全部上之共有分。取其一部之權利。毋寧取存於一部上之完全之權利爲利。且侵害第三者之權利亦甚少也。日本舊民法仿佛國民法。分割之効力。取認定的主義。（其規定不完全。頗多批難之點。）新民法。共有之原則。取付與的主義。惟遺產分割。取認定的主義。有明文規定。共有一般之原則。別無明文。蓋認定的主義。不合乎普通之法理。故欲採用之。必有明文。付與的主義。合乎法理的自然分割之効力。視爲付與的。故關於共有之規定。不必有明文。但如第二百六十一條之規定。可謂暗認付與的主義也。

附錄 富井博士民法原論第二卷物權上第八十一葉至第八十四葉

分割之效果。在使共有關係終了。使各分割者於其所受共有物之部分。爲其單獨所有者。然此效果果自何時而生乎。從來有二種法制。其結果顯著最大之差異。第一主義。在以分割爲生權利移轉之効力者。蓋在分割前。各共有者就共有之全部。不過有想像上之持分。因於分割。始就特定之部分。取得專屬之所有權者也。故分割之效果。不外各共有者就他之共有者所受共有物之部分。讓渡自己之持分。又就歸於自己之部分。由他人讓受其持分。於此點即分割與賣買交換。無相異之處。所謂生付與的効力者是也。是爲羅馬法之原則。獨逸學者。向來一般亦肯認之。第二主義。在以分割爲生權利認定之効力者。即依法律之擬制。各共有者就因分割而得之部分。視爲由共有之始。即爲專屬的有其所有權者。是日本舊民法。其他屬於佛法系之立法制。所采之主義也。（舊民法取得編第一百六條第一項。第二百二十五條。第四百十七條。佛民法第八百八十三條。第一千八百七十二條。伊民法第六百八十四條。第一千三十四條）以上二主義。共有者之一

人於分割前讓渡其持分於他人。又於其上如設定抵當權之物權之場合。大異其結果。即於此場合。分割之結果。共有物之全部。又一部。歸於他共有者之所有。依權利移轉主義時。則分割前之讓渡。又抵當權之設定。本來有效。故讓受人。又抵當權者。對於因分割而取得所有權者。得實行其權利。是不外當然之結果。然因之害分割之平等。且抵當權實行之結果。更於共同分割者與競落人之間。更見其生出共有關係。不無不便之處。佛國民法。即爲避此結果。以分割爲有宣言的效力者。於前例之場合。分割者之一人。於分割前處分其持分。視爲處分他人之財產者。因而保護共同分割者之利益爲必要也。故依此主義。讓受人。又抵當權者。因於分割而爲失其利益之結果。對於爲右之處分者。不過爲得損失賠償之請求。是以就相續財產爲主。欲達平等分配之目的。在革命當時之思想。可謂與有大力者。然此法制。不僅反於分割之性質。且爲保共同分割者之利益。而以第三者之利益視爲度外。害法律關係之安穩者不少。一旦各共有者認爲其持分之處分權以上。寧使全其處分之効力。以保護第三者之權利爲當然。若夫爲

共同分割者、或因第三者而至失其取得之權利。則於爲其原因之處分者。應負擔保之責耳。故原則、取得共有物之所有權者。依於分割之爲一人、與其爲以外之人、於法律上之效果、非有異也。日本民法、就此問題、不設何等之明文。故從分割之本質。采付與的主義之趣意。毫不存疑。惟遺產之分割。倣佛法系之立法例。遡於相續開始之時爲生其効者。（日本民法第千十二條）此點屬於相續法。故今不論述之。然就遺產相續之場合。特以有右之規定。可知其反對一般之原則也。

附錄 橫田學士物權法第三百六葉

共有者因分割、於共有中歸於其所有之部分上、新取得所有權。例如甲乙二人共有一地。分割之、各有其一部。甲對於所有之部分、讓受乙之持分、而爲單獨之所有者。乙亦讓受甲之持分、而爲完全之所有者。故甲乙各因分割、於其所有部分之上、取得所有權者也。依日本舊民法、及佛國民法、分割以追溯共有之始生其効力爲原則。如前例、甲乙非分割於其共有部分之上取得所有權。乃推定自

共有之始歸於各自之所有者也。是以有「分割者非移轉（付與）權利不過宣言（認定）權利而已」之格言也。新民法分割之效果無遯及既往之明文。故以各共有者讓受他共有者之持分。新取得所有權爲正當。

(乙) 擔保

日本民法第二百六十一條云「各共有者就於他之共有者因分割而得之物與賣主同應其持分而任其擔保之責。」此規定各共有者間擔保之義務也。蓋分割於共有者間就甲者所得之部分由乙丙等讓渡其持分於甲。就乙丙等所得之部分亦由甲讓渡其持分於乙丙等。如賣買其他之雙務契約。各共有者對於他之共有者負讓渡其持分之義務。故若完全不履行此義務者。因之負充分之責任。此責任謂之擔保之義務（Obligation de garantie）擔保之意義甚難猝言。而此所謂擔保者有追奪擔保（Garantion d'éviction）瑕疵擔保（Garantie De vices cachés）之二種。何爲追奪擔保。其所讓渡之權利之全部或一部。就不得讓渡負責任之謂也。（謂就於不得讓渡者而讓渡之。要負其責任是也。）例如甲以物讓渡於乙。甲對於其物原無所有權。或

僅有其一部之權利。恐有第三者（眞權利者）出而抗議。當由甲負追奪擔保之責也。何爲瑕疵擔保。因恐有瑕疵隱於物中。就其瑕疵而負責任之謂也。例如甲以物讓渡於乙。初雖不知其有瑕疵。恐以後其瑕疵發見。當由甲負瑕疵擔保之責也。追奪擔保。與瑕疵擔保。於普通之讓渡讓受（買賣）間。適用最多。而共有之分割亦適用之。例如甲乙丙分割共有之土地。設以子地歸甲。而子地並非眞共有物。實爲共有以外之丁所有。甲即不免被丁追奪。不能取得其所有權。則甲實與未與於分割同。乙丙當對於甲賠償其因追奪而生之損害。是適用追奪擔保也。又如甲乙丙三人共有土地。相約各有同等之利益。倘分割之而歸於甲所有者。或發見有損害及於土地之狀況時。（如不宜衛生。地價因之低減。）是即隱匿之瑕疵。乙丙就此瑕疵。當應其持分之多寡負責任。是適用瑕疵擔保也。乙丙之對於甲。正如讓渡人（賣主）之對於讓受人。（買主）此其所以能適用之故。蓋擔保之義務。就於一切之有償讓渡契約而存在者也。第其適用。多在於賣買。故日本做外國大多數之例。於新民法。則於賣買之部規定之。（日本民法第五百五十九條至第五百七十三條）

就關於擔保而爲追遡。既往觀之。如甲乙丙共有子丑寅三地。未分割時。甲以子地抵當與人。而分割時。即以子地歸甲所有。若不溯及既往。則子地不能視爲甲之所有。若抵當權者行使其權利時。必就子丑寅三地中各割其一部分。而歸屬於乙丙之丑寅兩地。即有瑕疵。爲此之慮。則甲對於乙丙。須爲瑕疵擔保。若溯及既往。則以子地視爲甲之所有。與乙丙無關係。甲所設定抵當權之土地。即歸於抵當權者之權利行使矣。日本民法關於遺產相續。既遡及既往。似無擔保之問題。然相續開始之前。或以其他之事由。有必要時。仍有擔保之義務。就追奪擔保言之。如分割時。以子地歸屬甲有。而分割之先。乙已以之讓渡與人。則甲對於分割之子地。即有被追奪之虞。不能不爲追奪擔保也。本法第一千十三條。有其規定。可以參照。

(陸) 證書

日本民法第二百六十二條第一項云。『分割了結時。各分割者。須保存關於其所受物之證書。』第二項云。『共有者一同。或其中之數人。關於分割之證書。受其物之最大部分者。要保存之。』第三項云。『前項之場合。無受最大部分者。則以分割者之協

議定證書之保存人。若協議不調時，則裁判所指定之。』第四項云：『證書之保存者，須應他之分割者之請求，俾得使用其證書。』此就關於共有物之證書而爲規定也。蓋證書者，欲就共有物主張權利時，其證據多有需用之必要，而其證書通常不過一通，不能同時爲各共有者之所持。分割之後，共有者間之關係於此告終，若無本條之規定，於實際上，所持證書之共有者，關於證書對於他之共有者，不負何等之責任，而他之共有者，往往因欲證明自己之權利，覺其證書爲必要，故不可不就於證書而明其責任者，此本條之所以必要也。

第一項就共有物有數個，而各有證書存在之場合，設想者，例如甲乙丙共有子丑寅三地，各有一證書，則分割時，各取關於所受之地之證書可也，而各分割者關於其所受之證書，以爲將來爲其人之所有物，似得隨意處分之，然如此，則他之共有者，至後日覺其證書之必要，而證書之所有者，若或喪失之時，復不能如之何，故第一項規定關於其所受物之證書有保存之義務也。第二項就共有一個之物，而設想者，於分割時，其證書僅有一通，何人可保存之乎，則以受物之最大部分者，負保存之義務，是固

當然之規定。蓋其人對於此物有最大之利害者也。但以其物平等分割之場合。則無受物之最大部分者。故依第二項之規定。不能定證書之保存者。又將如何。曰以分割者之協議定之。是爲本則。若協議不調時。則由裁判所指定之。此第三項之所規定也。依以上之規定。有保存之書證義務者。即爲他之分割者。負保存之義務。故他之分割者。有使用其證書之時。證書之保存者。不可不應其請求。此第四項之所規定也。（日本民事訴訟法第三百六十六條第二號、第三百四十三條參照）

第四款 入會權

入會權者。一村或一字（較村爲小）之人。約同於或地（山林等）爲其共有。而各人會權者。以相當之條件之場所。對於其所約定之目的物。得行使權利者也。此在慣習上。本甚普通之事。自法律認之。乃爲一種權利。入會權有種種。其性質亦不一。可約之爲二種。（一）共有權之入會權。（二）地役權之入會權。前所言者。爲共有性質之入會權。凡一村或一字之人。共買一山。共同依各地慣習。而爲刈草、採薪、伐木、拾取落葉等。皆是日本入會權之由來。已屬數百年來之慣習。不能一朝改變之。亦毫無改變之之必要。設

其慣習爲全國同一者。則民法中可設一定之規定。若各地不同一者。民法倘仍設一定之規定。勢必戾於或地之慣習。不免有不便之苦。故法律惟有專從各地方之慣習。其慣習不明時。若有共有之性質者。則適用共有之規定。日本民法第二百六十三條云。『有共有性質之入會權。從各地方之慣習外。適用本節之規定。』

附錄 民法要義第二卷物權編第二百三葉

所有權以外之共有。第二百六十四條之規定。條文見前。所謂本節之規定者。本在所有權章中。即關於所有權之一狀態之共有也。然數人共有權利。必不限於所有權。故所有權以外之財產權。於有數人之場合。亦生類於共有之法律關係。於此場合。雖非所謂眞共有。然尙可準用共有之規定。亦理之所當然。是有第二百六十三條規定之所以也。但因權利之種類。於他之法律。又命令有別段之規定。則可從特別規定。例如不可分債權（日本民法第四百二十八條。第四百二十九條）鑛業權（明治二十年九月二十日法律第八十九號鑛業條例。第六十七條）等是也。

附案 日本民法共有係狹義。本講義共有係廣義。故民法要義依據日本民法解釋之如此。於本講義正相反對。然比照之。亦可以知其差異之各有理由也。

第三節 財產權之種類

財產權之重要者有五。(壹)物權。(貳)債權。(參)無形財產權。(肆)漁業權。(伍)道錢權。橋錢權。

(壹)物權

別詳專章。

(貳)債權

同上。

(參)無形財產權

無形財產權分爲六。(甲)著作權。(乙)特許權。(丙)意匠權。(丁)實用新案權。(戊)商標權。(己)商號權。

(甲)著作權

著作權者。關於文藝學術或美術之生產物之發行及複製之專權也。例如民法要義

即學術上之生產物。以人之知力從學術發生者也。發行者。包括發賣、頒布、陳列、而言。發賣者。發行而賣出也。頒布者。贈於人而分布之也。陳列者。非賣非贈而陳設之也。複製者。以一物而生出多數之同樣者。如一民法要義。以之刷印多部。又多次。是也。專權者。他人不能以其物發行及複製。其權歸於一人所專有也。他如小說、即文藝之生產物、書畫、即美術之生產物。著作權。規定於明治三十二年法律第三十九號著作權法。其第一條。即定著作權之意義者也。

(乙) 特許權

特許權者。關於工業上物品之製作、使用、販賣及擴布之專權也。工業上物品。如機器等類。擴布。猶頒布。但於物品不可用頒布。故曰擴布。即賣買以外之方法。是也。工業上之方法。如染色等類。是特許權。規定於明治三十二年法律第三十六號特許法。其第一條。即定特許權之意義者也。

(丙) 意匠權

意匠權者。謂關於可應用於工業上物品之形狀、模樣、色彩。或關於其結合之裝飾的。

考案之專用權也。工業上之物品甚多。凡他人所未想見。而其一入想見之。而就物品之形狀、模樣、色彩、別出心裁者。或就此三者。或二者。別出心裁配合者。是皆謂之意匠。他人不得襲用之。意匠權。規定於明治三十二年法律第三十七號意匠權法。其第一條。即定意匠權之意義者也。

(丁)實用新案權

實用新案權者。關於工業上物品之形狀、構造。或關於其結合之實用的。考案之專用權也。實用考案云者。如一器具。本爲方形。因其不便。而易爲圓形之新式。此即形狀之考案也。如本爲木質。因其不堅。而改爲金屬之新品。此即構造之考案也。又如就形狀構造二者。使其改觀。適用。此即結合之考案也。實用考案權。與意匠權之異點。即彼爲裝飾的。此爲實用的。故不同也。實用新案權。規定於明治三十八年二月十五日法律第一號實用新案法。其第一條。即定實用新案權之意義者也。

(戊)商標權

商標權者。因表彰商品專用一定之文字、圖形、記號之權利也。表彰一種商品。欲顯其

出於何人、何地、而專用一定之文字（如天地）、圖形（如人物花鳥）、記號（日本亦謂之爲喚名、隨自己之意思製作之。是日本所慣用者。喚名如カネ代以 Γ 、マル代以 \circ 。二者聯合爲 \square 、即爲カネマル。又如ヤマ代以 \wedge 、加以マル之 \circ 、則聯合爲 \triangle 、即ヤマ \circ マル等是）皆爲商標。他人不得襲用之也。商標權規定於明治三十二年法律第三十八號商標法。其第一、第二、兩條、即定商標之意義者也。

（己）商號權

商號權者、商人爲表彰其商業上之人格、使用一定名稱之權利也。凡人皆有姓名。以其姓名表彰其商業上之人格、或不使用自己之姓、而別用一種名稱、亦可。例如日本之三井吳服店、三井其姓也。今易爲三越。以店主易人故也。日本慣習、喜用屋字。如三河屋、伊勢屋、是更有用樓館堂亭舍家閣者。是皆商號也。參觀日本商法第十六條。

（肆）漁業權

漁業權者、於一定之場所、爲營業之故、採捕水產動物、或養殖水產動物之權利也。自普通言之、無論何人、得在公海、公河、隨所欲爲。無所謂權利可專有者也。若在一

定之場所。出於營利之目的。採取水產動植物。其採取之權。即漁業權。更如養殖水產動植物之權。亦含於此。水產動物。如鰾臍、介類、臘虎、海豹等。水產植物。如海草、海苔、昆布（即海帶）等。是也。採捕。無待解釋。養殖者。即以人工培養之之謂也。又如於公海中安置漁具。入漁具者。即爲其所有。亦漁業權也。或指定一水面。無論用何方法採取之。又分割水面。歸其界內者。即爲其所有。是皆漁業權也。漁業權。規定於明治三十四年法律第三十四號漁業法。其第一、第三、第四條。即定其意義者也。

（伍）道錢權、橋錢權

道錢權、橋錢權者。自通行於私設道路及私設橋梁之人。徵收一定金額之權利也。自普通言之。道路、橋梁。由國設。則支自國庫。由公設。則支自地方稅者居多。然仍不能普及。故任以私人之資格。開通道路。建築橋梁者。往往有之。雖非必盡以徵收通行金爲目的。然有可請求徵收之權利。法律從而保護之。是即道錢權、橋錢權也。私營之道路、橋梁。不必鄉村。即都市亦有之。日本東京昔有昌平橋。即私設橋梁而徵收橋錢者。特鄉村爲尤多耳。此不獨日本爲然。即各文明國中亦有之。道錢權、橋錢權。見明治四年

十二月十四日布告。

歐洲尙有一種財產權。曰渡船權。於河川隔越之處。設有舟楫。渡者必納金錢。是也。日本亦有之。然視爲債權。以欲渡者必與言定而後渡。即每次之契約也。法律無明文規定之。歐洲則視爲特別財產權。以渡船之設置有一定之處。有一定之設置法。（例如電車之自行）故特別列於財產權之後也。

五公用徵收·····	一七
六法律其他之規定·····	一七
乙對於第三者之效力·····	一八
一不動產船舶(登記)·····	一八
二動產(引渡)·····	二二
肆物權之消滅變更·····	二八
甲原因·····	二九
一法律行爲·····	二九
二目的物之滅失·····	二九
三消滅時效·····	二九
四混同·····	三〇
五法律其他之規定·····	三九
乙對於第三者之效力·····	四〇

第一節 所有權	四〇
第一款 所有權之限界	四〇
壹所有權之定義	四一
甲使用權	四二
乙收益權	四二
丙處分權	四二
附支分權	四九
貳所有權之範圍	五五
參區分所有	五八
肆隣地權	六〇
甲隣地立入權	六一
乙通行權	六三
丙水權	七〇

一流水權	七〇
二工作物之破潰阻塞請求爲修繕又豫防之權	七三
三防雨水注瀉之權	七六
四關於水流之水路及幅員之權	七八
五使水通過之權	八三
六設堰之權	八七
丁疆界權	八八
一經界權	八八
二圍障權	九〇
三互有權	九三
戊關於竹木之權	九八
己關於建物之權	一〇〇
庚觀望權	一〇二

辛關於有害工事之權

一〇四

第二款 所有權之取得

一〇六

第一 先占

一〇八

第二 遺失物之拾得

一一二

第三 埋藏物之發見

一一六

第四 添附

一二二

壹附合

一二三

甲不動產

一二三

乙動產

一二六

貳混合

一三二

參加工

一三三

肆因於添附而生之權利義務

一三七

甲物權

一三七

乙債權……………一四〇

第二節 地上權 附永代借地權……………一四一

壹定義……………一四二

貳地上權者之義務……………一四七

參存續期間……………一五三

肆地上權消滅之結果……………一五七

附永代借地權……………一六一

甲永代……………一六三

乙所有權之規定準用……………一六三

丙不課登錄稅……………一六四

丁歸於日本人則爲所有權……………一六四

第三節 永小作權……………一六五

壹定義……………一六五

貳永小作人之權利	一七〇
甲土地之變更	一七一
乙讓渡轉貸	一七二
參永小作人之義務	一七四
甲小作料	一七五
乙永小作權之拋棄	一八〇
丙永小作權之消滅請求	一八一
肆存續期間	一八四
伍永小作權消滅之結果	一八八
第四節 地役權 附入會權	一八八
第一款 地役權之性質	一八九
壹定義	一八九
甲地役權	一八九

乙人役權.....一九〇

一 用益權.....一九一

二 使用權.....一九一

三 住居權.....一九二

貳 從性費.....二〇二

甲 伴於要役地之所有權.....二〇三

乙 不許分離.....二〇三

參 不可分之性質.....二〇五

甲 不許一部之消滅.....二〇六

乙 不許分割.....二〇七

第一款 地役權之設定.....二〇九

壹 法律行為.....二一一

貳 時效.....二一三

甲原則	二一三
乙不可分之結果	二一五
第三款 地役權之効力	二一八
壹用水地役權	二一九
貳承役地之所有者之義務	二二三
參工作物之使用	二二六
第四款 地役權之消滅	二二八
壹拋棄	二二八
貳豫定原因	二二八
參要役地又承役地之消滅	二二九
肆混同	二二九
伍公用徵收	二二九
陸時效	二二九

甲取得時效之結果	一三〇
一原則	一三〇
二中斷	一三一
乙獨立之消滅時效	一三二
丙共通規定	一三四
一不可分之結果	一三四
二部分消滅	一三六
附 入會權	一三七

民法 第二編

貴筑 姚 華編輯

財產編之上

第一章 物權

本章爲說明關於物權之種類取得消滅等之事項而論所有權地上權永小作權地役權尤爲特詳。

總論

物權總論可分爲四。(壹)物權之定義。(貳)物權之種類。(參)物權之設定移轉。(肆)物權之消滅變更。

(壹)物權之定義

物權者對於物上可以直接施行自己之行為之法律上之力之謂也。所謂直接施

行自己之行爲者。例如所有權。亦物權之一種。所有權者對於所有之物。不待他人之許可。可直接以自己之意思行使其權利。（如自己有一書籍。或使用之。或變更之。或破壞之。皆可直接任意爲之。是也。）所謂法律上之力者。凡權利爲法律上所付與之力。（見梅先生法學通論權利之定義。）物權亦然。其對於其物上行使之權利。亦爲法律所付與。設有他人侵害之者。可以法律之力排斥之。

附錄 橫田學士物權法第一葉至第三葉

物權者何耶。於此問題。學者間頗有議論。或以爲直接行於物上之權利。或以爲目的。物之權利。或以爲就於物受利益之權利。或又以爲無論何人可得對抗之絕對的權利。雖然。予就於物權。則信左之定義爲穩當。

物權者。支配物之權利也。

研究權利之爲何。屬於法學通論之範圍。茲無詳論之必要。然凡權利則必常要有其主體。此不待論。其尤不可無者。則爲權利之內容。而物權則以物之支配。爲其權利之內容者也。物權於權利中形成特別之種類。實因於此點而存在者。所

謂物之支配者。即使物服從於人之意思之意味。故有此權利之物。權者。就於權利之目的物。得行自己之意思。對之而爲任意之行動。有法律上之能力者也。蓋物權自其最完全之所有權起。以至最薄弱之占有權（案就狹義占有言）止。其種類不一而足。其內容亦因而有區別。然無論何者。皆以物爲目的而爲支配之權利則一。唯於其支配之方法、範圍、有差異而已。

權利之成立。於權利之主體、及權利之內容外。又不可無受其權利對抗之客體。蓋權利者。吾人對於他人所享有之法律上之能力。依於不使他人干涉權利之目的之事項而成立者。若然。則常必有對手人。若無對手人。則權利即不得而想像之。故一般權利。總以人爲客體。同時於物權。亦可知以人爲其客體。雖然。有物權則就於權利者與物之關係。直接而爲權利之目的之支配。不要他人之介入。故關於物權。無特定之對手人。唯以一般之人爲其客體者也。換言之。有物權。則權利者得任意支配權利之目的物。就支配其物言之。決無要求協力之必要。惟如一般權利。權利者以外之人。不問其爲何人。須尊重存於權利者與權利之目

的物之間之支配關係。無對於物干涉權利者之行爲，及妨其行爲而已。故物權非使特定之人負特定行爲之義務者。僅使一般之人，負對於物不侵害權利者之支配關係之消極義務焉耳。

(貳) 物權之種類

物權雖爲財產權之基礎。然其制得宜。則大爲增進國富之助。其制不得宜。往往害取引之安全。其影響有及於國家經濟之虞。故文明國之法律。無不於物權之種類。嚴加制限。使不得濫爲設定異樣之物權。其制限之方法。則以法律明定之。日本民法第七十五條云。『物權。於本法及其他法律所定之外。不得創設之。』本法。即謂民法。其他法律者。謂民法以外之法律。如鑛山權。定於鑛業法。是他之法律所定之物權。須應於社會之必要而隨時定之。不能豫定其種類也。

債權之種類。不必法律明定之。但以不害公之秩序爲限。可由當事者以自由意思。依法律行爲創設之。物權則否。蓋債權爲一定之人對於一定之人之行爲。於原則上。其効力不及於第三者。物權則直接對於物上可行使其權利。而間接對於人亦可行使。

其權利。無論其物在於何處。皆可對之行使其權利。故學者間稱物權有追及權。(Droit de suite)者。職是故耳。

追及權者。無論何人。對於物。取得如何之權利。得凌駕之之謂也。以動產言之。例如甲乙丙三人。甲爲質權者。乙爲第一所有者。乙以其所有物質於甲。其後復以之讓渡於丙。而變更爲丙之所有物。然甲仍可追及其物而行使其權利。以不動產言之。例如甲爲地上權者。乙爲土地所有權者。乙以土地設定地上權與甲。其後復以之讓渡於丙。物之所有者雖有更迭。而甲對於丙。仍可追及而行使其地上權之權利。今世動產之追及權。甚少其例。如上述質權之例。甲對於丙之所有物。於有形上不能追及而行使其權利。特自無形上言之。乃得對於丙有追及權耳。若羅馬時代。則無論有形。無形。皆可追及也。

追及權之効力如此。是爲物權之特質。故物權之種類。必由法律明定之。因其與債權之効力不及於第三者。大異也。故使物權得以當事者之自由意思創設。則有害於取引之圓滿。(取引者。經濟上之法律行爲也。不限於買賣。惟親族相續。則不得爲取引)

耳。例如甲賣物於乙。乙必以爲可得完全所有權。設甲已於物上。以自由意思設定物權。則乙必不能安享其所有物。甚至有使乙返還其物於他人之結果。故不能不設其制限。當歐洲前世紀時。物權之制頗紊。不動產所有權能完全者殆稀。取引爲之不安。遂大釀經濟上之不利。故今世紀之立法例。大抵皆痛制限物權之種類。以謀矯此弊害。然非以法文明定之。往往因之而生疑義。使物權之制有不確實之憾。即如佛國是也。

參考 民法要義第二卷物權編第一葉第二葉

物權以直接行於物上之結果。而生優先權。(Droit de préférence) 與追及權。(Droit de suite) 之一效力。所謂優先權者。比通常之債權得先行其權利之謂也。所謂追及權者。無論何人對於物取得權利。得凌駕之之謂也。蓋物權爲直接行於物上之權利。故於其權利之範圍。不復許他人權利之存在。因是對於債權者之所有物。有一物權存在時。其所有權業已於其物權之範圍內而被滅殺。而債權者僅得就債務者現在之財產行其權利者也。故僅得就其被滅殺之所

有權行其權利。是生優先權之所以也。又因同一之理由。所有者以其所有權之全部、或一部、讓渡於他人。其存在於以前之物權。毫無所礙。是生追及權之所以也。但如先取特權得凌駕抵當權（日本民法第三百二十九條）第三取得者得滌除抵當權（日本民法第三百七十八條）爲稍屬於例外者耳。

附錄 橫田學士物權法第六葉至第十二葉

物權之特質。物權因爲直接行於物上之權利。而生左之效果。

第一、物權、必要、有爲、權利、目的、特定、有體物。日本民法稱爲物者。僅謂有體物。（動產不動產）物權爲直接行於物上之權利。故於其成立。必要有權利所目的之有體物。固不待論。其有體物又必要爲特定。何則。因於權利者與權利之目的之有體物間。生直接之關係。要其有體物之特定故也。債權異之。其權利之目的。不要有體物。雖其目的偶有在於以有體物爲給付之場合。然其有體物有爲特定者。有爲不特定者。且權利之目的。不在其有體物。而常在對手人之行爲者也。是物權對於債權之異點也。

第二物權、生物上請求權於物權無特定之對手人。不過使一般之人負不行爲之義務。而因有侵害之者。始對於特定之人。生要求特定行爲、不行爲之權利。故有物權者因於場合得對於侵害者請求目的物返還、原狀回復、妨害排除、損害賠償、謂之物上請求權。又稱爲物上訴權。是與自成立之初對於特定之人。要求特定行爲、不行爲之權利之債權相異之處也。

第三物權、生追及權、吾人所有之權利爲物權時。權利之目的物。無論輾轉歸於何人之手。亦得追隨其物而行權利。稱之曰追及權。例如甲有一家屋。乙冒認之爲自己所有之家屋。而以之賣却於丙。丙更以之賣却於丁。丁亦以之賣却於戊。假令戊占有之家屋之真正所有者之甲。依追及權之作用。對於戊得直接主張其權利。請求其返還。又再舉他之一例。如甲（債權者）對於乙（債務者）有金壹萬圓之債權。以屬於乙之所有地上。設定抵當權。爲其債權之擔保。其後乙以其地賣却於丙時。甲不論土地所有者之更迭。得主張其權利於該地之上行抵當權。反之。吾人所有之權利爲債權時。僅對於對手人（債務者）得行其權利。對

於債務者以外之人，不得行之。例如甲對於乙，約賣渡越後（地名）米百俵（量名）時，乙對於甲，有要求其引渡之債權甚明。於此場合，甲以其現所持之越後米讓渡於丙，其引渡完結時，則乙對於丙，不得求其引渡。何則？乙爲債權者，祇對於債務者之甲，有使爲米之引渡之權利。對於非債務者之丙，則不有何等之請求權。蓋於其物（米）不有何等之權利故也。

第四，物權，生優先權，吾人於或物之上有物權時，後來之他人，不得於最先之同一之物上，取得與吾人同一之物權。亦不得取得與吾人之物權不相容之權利。故於同一之物上，異時而認定數個之物權時，其優劣，以依設定之先後爲定。前所設定之權利，得優先於後所設定之權利。是爲原則。稱爲優先權。蓋既於一切關係，及或種關係，服從於或人之支配權。於最先之同一之關係，不可得服從於他人之支配權。是於事物之性質上，最爲明白者。故有所謂「一物不容二主」之格言者。爲此故耳。例如（一）甲所有之一地，於其地上爲乙設定地上權。其後更爲丙設定永小作權時，前所設定之地上權，應優先於後所取得之永小作權。何者。

乙完全取得地上權。此地上權丙不可不尊重之。因而丙不得蔑視乙之地上權。而於其地之上行使永小作權也。(二)甲對於乙爲借用金。而以其家屋供擔保。設定抵當權。其後更由丙借用金。而於其同一之家屋上。假定亦設定抵當權。前所設定之抵當權。應優先於後所設定之抵當權。而非乙先於其家屋之上實行抵當權。受其債權之完全辨濟後。丙對於該家屋不得行抵當權。但物權之一種。如先取特權。亦生優先權。先取特權者。因法律之規定而生。法律設先取特權之理由。以存於其特權所附隨爲主債權之原因。故於其相互之間。優先之順位。亦如普通之場合。不依權利發生之先後。而依爲主債權之原因而定。債權異之。其効力爲同等。無論何之債權。不享有優先之利益。是爲原則。因而不如物權依其發生之先後而別其強弱。例如甲由乙借用金千圓。其後更由丙借用金千圓。乙丙之債權。於其効力全爲同等。其間毫無差異。前所發生乙之債權對於後所發生丙之債權。無享有優先權。故對於同一之債務者。有數個之債權者時。各債權者不論其人同爲他人之債務者。得以自己債權之履行。請求債務者。無顧慮其

債權發生之時日如何之必要。因而各債權者就於其債權得滿足與否。則一係其對於債務者請求之遲速如何耳。但當債務者爲無資力。而差押其財產。賣却之以配當於總債權者之場合。其賣却之代金。不論債權發生之日時如何。須應其債權額。分配之於債權者間。是因債權同等之原則而生之結果。債務者之總財產。總債權者之共同擔保也。故其結局。不外此意義。

要之。物權直接於目的物。債權與物無何等直接之關係。而目的在於對手人之行爲。於此兩者間。其本質已如前述。雖有效力之差異。然此差異。非爲絕對的者。亦有數多之例外。例如物權與其成立同時生追及權及優先權爲本質。然物權者不必得常行此權利。即因日本民法第一百七十七條、第一百七十八條之規定。而生之結果。於有物權設定移轉之場合。物權之取得者。關於關於不動產之物權。非爲登記手續。關於關於動產之物權。非爲引渡。則對於第三者不得主張其權利。又於他方。不動產之賃借權。從賃借權本來之性質。不過爲一債權。於登記之得對於第三者。且以特定物爲目的之債權。直生物權。故關於特定物之債權與

物權於理論上異其効力。於實際上其効力畧相等。雖然以特定物以外之給付爲目的之債權與物權之間。如上所述。常有性質及效果之差異也。

以今世之法律觀之。凡取得物權。關於動產。以占有爲標準。此可從兩方面觀察之。其一。苟非占有。則喪失其動產之權利。其二。於或條件完備之後。即爲取得其動產之權利。依後之觀察點。於權利行使。甚爲穩固。以其可以對抗第三者也。因此。而學者間有謂關於動產上之權利。可無待法律之明定者。至於不動產。既有登記制度。則亦不至受損害。是亦可無待法律之限定者。果如其說。是動產以占有爲標準。不動產以登記爲標準。皆不必有法律上之明文也。不知法律上苟不限制之。則關於動產。於物權上。有何種權利關係。權利者無由知之。以主張其權利矣。日本民法。於動產物權。規定有四。一。所有權。二。質權。三。先取特權。四。留置權。有法文規定。則權利者即知於此四者之中。有其一種之權利。若無法文規定。則權利者對之有何種權利。無從推測之也。不動產亦然。法律上有明文。則登記如何。可以知之。若無明文。則無一定之標準。至生種種之疑義。一。登記之方式。如何乎。二。何者。應爲登記。何者。不必登記。以何爲據乎。且應登

記而不登記者。又將如之乎。三、登記時應以簡單明瞭爲主。然法律既未明定其範圍。即如抵當權登記時。必詳細記載。頗爲繁難。若逕趨簡單。則抵當權之如何焉能明瞭乎。此法律所以有明定之必要也。今世各國於動產重占有。不動產重登記。法律仍設範圍爲之制限。以明定其種類。所以保持取引而保護權利者也。

(叁) 物權之設定移轉

物權之設定移轉。可分爲二。(甲)物權設定移轉之原因。(乙)對於第三者之効力。

(甲) 物權設定移轉之原因

原因甚多。括之爲六。(一)法律行爲。(二)相續。(三)占有。(四)添附。(五)公用徵收。(六)法律其他之規定。

(一) 法律行爲

法律行爲之可以爲設定移轉之原因者。以契約及遺言爲最多。日本民法第一百七十六條云。『物權之設定及移轉。僅由當事者之意思表示。生其効力。』蓋羅馬法拘定形式。僅有當事者之意思表示。不生効力。其法律上之保護。頗不完全。近世法律進步。

凡物權之設定移轉。不必要履別段之形式。亦不必要爲引渡。僅有當事者之意思表示。已可成立。例如賣買行爲。甲以動產賣渡與乙。乙承諾之。當事者雙方意思合致。契約成立。其所有權即時移轉。又如甲於自己所有地之上。爲乙設定地上權。且約定從結約之日起。經過一年後。始發生此權利之効力。迨既經過一年。當事者不必再爲意思之表示。其地上權即爲已設定者。遺言亦然。如甲與乙約。自己死亡之後。設定地上權與之。甲於何日死亡。乙即於何日有地上權之權利。皆僅依當事者之意思表示。不必更有他之行爲也。

參考 民法要義第二卷物權編第五葉第六葉

第一百七十六條。明關於物權之設定及移轉。係采用新主義。蓋因於法律之進步。一方使當事者之意思。得生法律上極充分之効力。於他之一方。爲矯正其自由意思所生之種種弊害。有設適宜方法之傾向。法律史上不可爭之事實也。如羅馬法。尙未爲充分發達之法律。甚拘於形式。僅以當事者之意思而動者。不能使生法律上之効力。而於其所認之効力範圍內。却不能矯正所生之種種弊害。因

而一方妨取引之發達。於他之一方。使奸黠之徒。得以逞其惟利是嗜之謀。而良民反被其損失。是法律上之保護頗不完全。近世因法律進步。漸脫羅馬法之羈絆。至生上述之新主義。日本新民法力依此主義。重當事者之意思。同時力矯因其意思所生之弊害。故於本條物權之設定移轉。不須履別段之形式。又不須爲引渡。僅因當事者之意思表示。即可生其効力也。但於當事者間雖絕對有其効力。然欲以之對抗第三者時。從第一百七十七條及第一百七十八條。不得不取相當之公平方法。是爲保護第三者而設者也。

(二) 相續

相續。有家督相續、遺產相續之別。然皆可爲物權設定移轉之原因。以家督相續言之。一方承繼戶主之資格。取得戶主權。於他之一方。承繼戶主之財產。取得財產權。以遺產相續言之。家族死亡後。其所有財產。由其相續人承繼之。故可謂之爲物權設定移轉之原因。(雖非物權之設定。然可謂之移轉。)

(三) 占有

占有之所以可爲物權設定或移轉之原因者。蓋所有權往往可因於占有而取得之。例如先占即可因之設定所有權。又普通占有具備一定條件之後即可取得動產之所有權。故無論爲先占、爲普通占有皆可因之取得所有權。故爲物權設定移轉之原因。

(四) 添附

因添附亦可取得所有權。例如乙於甲之土地上建築家屋。是以乙之材料添附於甲之土地。而其家屋之所有權仍歸屬於甲。惟當償還其材料之代價耳。又如甲使貴金屬商店製一指環。店主以乙之寶石添附於甲所有物之上。而寶石之所有權仍歸屬於甲。特償還其寶石之代價耳。是因添附可使物權設定或移轉也。茲再舉最明晰之例。如甲乙各携瓶沽酒。其分量甲多而乙少。苟賣主誤以甲之分量貯入乙之瓶中。亦爲添附。其酒即歸屬乙有。而以酒之代價償還於甲。又如名畫家誤以他人之紙絹繪物。亦爲添附。其紙絹仍爲畫家所有。而償還紙絹之代價於其人。（是不得謂畫添附於紙絹。當爲紙絹添附於畫。詳見總則。）是添附所以爲物權設定或移轉之原因。

也。但關於此有二學說。一以添附爲物權之設定者。二以添附爲物權之移轉者。尙未有定論也。

(五) 公用徵收

公用徵收。詳見土地收用法。是因於公用而徵收私人土地之事。例如國家修築鐵道。必徵收私人所有之土地以供其用。是也。因徵收之結果。其土地之所有權。或歸會社。或歸國家。故亦可爲物權設定移轉之原因。

(六) 法律其他之規定

法律其他之規定。此範圍包含甚廣。茲舉其重要者。

- 第一 遺失物之拾得。於途中拾得遺失物者。雖不能即時取得權利。而申告於官署。自申告時起。一年內無人請求之。即取得所有權。故亦爲物權設定移轉之原因也。
- 第二 埋藏物之發見。於地中發見古金銀等物。而申告官署。自申告時起。六個月內無人請求之。即歸發見者取得所有權。故亦爲物權設定移轉之原因也。
- 第三 留置權。日本民法第二百九十五條云。『他人之物之占有者。有關於其物

所生之債權時。至受其債權之辨濟止。得留置其物。但其債權不在辨濟期時。不在此限。』依此規定。當然取得留置權。故亦爲物權設定移轉之原因也。

第四 先取特權 依日本民法第三百三條以下。及他之法律所規定者。一定條件完備之後。即可有先取特權。故亦爲物權設定移轉之原因也。

(乙)對於第三者之効力

物權之設定移轉。僅因當事者之意思表示。即有効力。然其効力祇及於當事者間。而不及於第三者。至欲對抗第三者。必具備一定之條件。茲分動產。不動產。說明之。

(一)不動產船舶(登記)

於不動產船舶。欲對抗第三者。必須登記。不特因法律行爲而設定移轉之物權有然。即法律行爲以外之原因。凡可以設定移轉物權者。皆須登記。特以法律行爲之原因爲設定移轉而登記者。最多耳。登記者。於一定之場所。載明其不動產。及船舶。於一定之公用帳簿也。如不動產。當載明其在何府。何縣。何市。或何村。及其番號。與關於不動產所有之權利。如船舶。當載明何名稱。何人所有。及何番號。與關於船舶所有之權利。

登記此等事項之簿記。謂之登記簿。有登記。則凡欲新取得物權。及有權利關係者。無論何時。一覽登記簿。即知其不動產（船舶）一切之權利。故近世各國法律。無不設登記制度者。

登記制度。專爲當事者對抗第三者而設。詳言之。即當事者因第三者之請求權利時。乃適用之也。故當事者間請求權利。或第三者對於當事者請求權利。皆不以登記爲必要之條件。例如甲對於乙。爲意思之表示。以其所有之土地。賣渡於乙。雖未爲不動產之登記。然甲乙間不能因未登記之故。而不認其設定或移轉之物權。假令於未登記時。政府徵收租稅。甲代納之。乙不能因未登記而不償還。此當事者間。不重登記之例也。又如甲對於乙。已設定。或移轉。物權。而未登記時。乙之債權者（第三者）因乙不履行其債務。而以甲所讓渡於乙之土地。請求差押。甲乙之當事者。不能以雖經讓渡。尙未登記。爲詞。而妨止其差押。以差押之手續而論。必在登記以後。始可差押其土地。然未登記時。第三之債權者。固有請求之權利。此第三者對於當事者。請求權利。不重登記之例也。然則當事者欲對抗第三者。必不可不登記明矣。茲舉例以證之。其一甲

以不動產賣渡與乙。而未登記。甲之債權者。(第三者)因甲不履行債務。而差押乙新得之土地。以理言之。似既歸乙有。不能差押。然因未登記。自第三者觀之。仍屬甲之土地。(登記簿仍係甲名也)可不認爲乙之所有。甲乙之當事者。不能出而對抗之也。若已登記。則可以對抗之。甲之債權者。即不能行使其權利。其二。甲爲賣主。乙爲第一買主。丙爲第二買主。甲以其土地賣渡於乙時。尙未登記。甲又以之賣渡於丙。丙最先登記。自事實上觀之。甲已非真正所有者。即不得爲賣主。然乙未登記。亦不得爲真正所有者。於此場合。則真正所有者。應爲已登記之丙。乙如有所請求於丙。丙固可以對抗乙。乙却不能對抗丙。惟乙對於甲。可要求賠償耳。其三。甲爲賣主。乙爲買主。丙爲地上權者。甲以土地賣渡於乙。其登記在後。同時以土地設定地上權與丙。則登記在先。自丙之一方言之。必認甲爲真正所有者。而不疑其已讓渡於乙也。自乙之一方言之。本以爲可得完全之所有權。殊知丙已取得地上權。故丙雖承認乙之所有權。但所認者。僅係除去地上權以外之所有權耳。乙登記在後。即不能不認丙之地上權也。

以上爲當事者對於第三者之例。至第三者對於第三者。亦可以登記爲對抗必要之

條件也。例如甲爲賣主。乙爲買主。賣買關係固已生其効力。特尙未登記。事實上其不動產雖已賣渡於乙。然從登記簿觀之。仍爲甲之所有。假令甲之債權者。因欲實行其債權。而差押乙未登記之土地。同時乙之債權者。亦因甲乙賣買關係業已成立。而認爲乙之所有。欲實行其債權。而差押乙未登記之土地。是爲甲乙債權者間之生爭。然甲雖以土地賣渡與乙。乙既未登記。乙之債權者。不能以事實上之理由。而對抗甲之債權者也。

登記之原則。必有登記權利者（買主）登記義務者（賣主）聯名請求之。登記之場所。多在區裁判所。及其出張所。是謂登記所。任其事者爲區裁判所判事。然判事多委任書記代理之。

關於不動產登記之規定。日本民法第一百七十七條云。『關於不動產物權之得喪變更。非從登記法之所定爲其登記。不得以之對抗第三者。』關於船舶登記之規定。日本商法第五百四十一條云。『船舶所有權之讓渡。非爲其登記。且記載之於船舶國籍證書。不得以之對抗第三者。』又同法第六百八十六條第三項云。『船舶之抵當

權。準用關於不動產抵當權之規定。』蓋商法第五百四十一條。爲船舶所有權之登記。第六百八十六條。爲船舶抵當權之登記也。然此二條。限於以商行爲爲營業者。乃適用之。其範圍甚小。日本船舶法第三十五條云。『商法第五編之規定。雖不以商行爲爲目的。而供航海用之船舶。亦準用之。』(下畧)『此不限於商行爲之一部分也。關於船舶貸借權之登記。日本商法第五百五十六條云。『船舶之借貸借爲登記時。爾後雖對於就其船舶取得物權者。亦生其效力。』至登記之手續。不動產登記法。及船舶登記規則。規定之。

(二) 動產(引渡)

動產。僅有當事者意思之表示。尙不能對抗第三者。故必要有引渡之事實。船舶亦動產之一。似可引渡。然究以適用不動產登記之方法爲宜。故引渡與否。可不問之。而動產之必要引渡。與不動產之必要登記。有同一之理由。日本民法第一百七十八號云。『關於動產物權之讓渡。非有其動產之引渡。不得以之對抗第三者。』

不動產所以必要登記。動產所以必要引渡。方能對抗第三者。歐洲各國。莫不採用此

制者。其理由何也。蓋不動產之登記。必於不動產所在之區裁判所。及其出張所。船舶之登記。必於船舶港籍之區裁判所。及其出張所。登記之後。其權利關係。極爲分明。使人得一覽而知。（於登記所檢視登記簿）取引上可以安全。必不至爲狡猾者流所欺。而蒙意外之損失也。至動產本亦可與不動產爲同一之登記。特以動產爲流動而不一。一定之物。與不動產大異其性質。如依不動產爲登記。則其權利關係。不能明瞭。故其方法。即不得不因之而變。而從社會之情形論之。凡爲人所持之物。大抵認爲其所有。故引渡可爲動產上對抗第三者必要之條件。例如甲以所持之物。賣渡於乙。因未拂代價。故未引渡其物。甲復以其物賣渡於丙。丙已拂代價。而受物之引渡。乙即不得以已與甲有賣買關係。與丙對抗。反之於丙。固可以對抗於乙也。

參考 民法要義第二卷物權編第十四葉至第十六葉

例如甲移轉一動產所有權於乙。復以之移轉於丙。丙何由知其所所有權之已移轉於乙乎。若丙信甲之言。則丙與甲今日爲契約。必致後日知之而被意外之損失。故有遠慮者。不輕易爲動產之取引。是以關於動產物權之讓渡。非引渡其動

產。則不得以之對抗於第三者。故無論何人。當其就動產爲取引時。可即時請求物之引渡。若相手方不即爲物之引渡。或有第三者之權利附著之時。不可輕易信相手方之言。若得物之引渡。即令第三者於其物上有如何之權利。其權利非可對抗於已受物之引渡者。故受物引渡者。毫無被損失之虞。如此。則人人皆得安全。而爲關於動產之取引。凡爰始商業及其他一切之取引。皆得圓滑行之。是以必要引渡。不得僅依當事者意思之表示。即得對抗於他人也。

於如何之場合認爲有引渡乎。此爲事實問題。日本新民法。一切不規定之。故法官不得不就各場合。斟酌實際之事情而定之也。例如在倉庫中爲動產之引渡。不必要各個交付於讓渡人之手中。但鎖其倉庫。交付其鑰於讓受人。則倉庫中之動產。其全體即可視爲已引渡者。以外尙有可疑之點。仍不可不示明之。即於其引渡之動產。發送於離隔土地之場合。將於其發送之時。認引渡之成立乎。抑於其到達之時。認引渡之成立乎。此問題古來學者頗有議論。據予之所信。則認爲從事於運送者。因發送者之委任而爲運送者也。故於未交付其物於受取人

以前。尙不得云爲引渡也。

關於登記及引渡之性質。各國之立法例。及學說。尙未一定。然大別之可分爲三主義。(一)以登記引渡爲物權設定移轉絕對必要之條件。具此條件。無論何人皆得對抗之。否則非獨不得對抗第三者而已。即當事者之相互間。亦不得對抗之也。此主義自表面觀之。於實際頗爲便利。蓋必有明確之事實。而後確定其權利。似可保取引之安全。實則爲必不可采之主義。蓋以動產言之。假令甲已以其所有物賣渡於乙。尙未引渡。甲忽反覆。至起訴訟時。甲即以未引渡之故。而主張並無賣買之關係。則乙必大受損失。反之於乙亦同。以不動產言之。登記爲登記義務者(賣主)所應爲之事。苟因賣主未盡義務。而反與之以可得對抗他人之利益。是法律專爲保護不盡義務之人。依此主義。必生出不良之結果也。

爲前說之辯護者曰。物權者。無論對於何人皆得行使之權利也。使對於此(如當事者之一方)能行之。而對於彼(如第三者)不能行之。頗有反於物權性質之嫌。又同一權利。有得對抗者。有不得對抗者。其間之法律關係。頗極錯雜。於法律之適用上。

大感不便。由此主張言之。似此主義於物權之性質上頗爲穩當。然仍爲不可采之主義。何則。凡法律關係絕對的極少。而以相對的爲多。故同一行爲對於甲則爲有效。對於乙則爲無效。此法律上常不能免之顯象也。例如甲乙二人爲虛偽之意思表示。甲以不動產賣渡與乙。從表面觀之。似以乙爲所有者。設有與乙有關係之第三者主張權利時。則必辨其爲善意爲惡意。而後能定其所有權之屬於何人。自保護第三者方面言之。法律上即以乙爲真所有者。若爲惡意之第三者（即明知其虛偽者）法律上仍以甲爲真所有者。此法律多相對之證也。又如裁判上亦非純然絕對者。如關於同一之不動產。至提起訴訟。於確定判決時。以甲爲所有者。而乙非所有者。設又有丙出而主張甲之土地當屬於己之所有。則裁判之後。或必以丙爲所有者。而甲非所有者矣。然則關於物權之設定移轉。於未登記引渡時。在於當事者間爲有效行爲。對於第三者爲無効行爲。稍示區別。亦何不可。至其法律關係。雖稍覺錯雜。然按之實際。殊無此慮。蓋此僅限於對抗第三者。至當事者間。則不必以登記引渡爲必要。故無庸爲絕對的主張也。

參考 民法要義第二卷物權法第九葉

就前條（日本民法第一百七十六條）所述。限於實際無弊害。必使當事者之意思貫徹。乃爲法律之進步。苟當事者之意思確定。於其欲設定物權。又移轉之。消滅之。變更之。無以法律強防之必要。特於保護第三者。其設定移轉。不得對抗之。法律上。實際上。皆無不可也。

（二分第三者爲善意與惡意。對於善意之第三者。非有登記引渡。不得對抗之。對於惡意之第三者。即未登記引渡。亦可對抗。）此與第一主義正相反對。蓋以登記引渡。不過公示方法之一。其權利因當事者之意思而設定移轉。無論對於何人。皆得對抗。惟爲保護善意之第三者。不得對抗之而已。此亦似爲適當之主義。然日本民法不采之者。有二理由。其一。區別之困難。蓋實際上。善意惡意。頗難區別。其奸黠者。雖明知之。而可詐爲不知。使人弗覺其爲惡意。若不能行詐者。使人一望而覺其爲惡意。是同爲惡意之第三者。而於前者可以不認當事者之設定移轉物權。（以其詐爲善意之第三者。當事者不能對抗之故。）於後者則不得不認之。（以其既屬惡意。當事者可以對

抗之故。頗有不公平之結果。其二手續之繁難。欲一一區別其是否善意、惡意。頗感手續之不便。反不如第一主意之直捷也。

(三)未登記引渡時。當事者之設定移轉。已可成立。至對於第三者。法律上推定。無論何人。於其權利之內容。皆不知之。故不問第三者。爲善意、惡意。必以登記引渡爲公示之方法。使人得明確知其權利果屬何人。始可以對抗之。此主義於法理上。原則充分。認當事者意思之効力。無論對於何人。其權利自然可爲設定移轉。惟爲保護第三者。對之不得援用。於實際上。可謂能補第二主義之缺點。最爲便利。是以日本民法採用此主義也。

(肆)物權之消滅變更

因物權設定移轉之結果。而至消滅變更者。往往有之。以消滅言。例如賣買。因物之移轉。一方取得物權。他之一方。即消滅物權。此因移轉而消滅者也。以變更言。例如地上權之設定。一方取得地上權。他之一方。即變更其所有權。(因被設定地上權而所有權不如原來之完全也。)此因設定而變更者也。就於此分爲二言之。(甲)原因。(乙)對於

第三者之効力

(甲)原因

原因可分爲五。(一)法律行爲。(二)目的物之滅失。(三)消滅時效。(四)混同。(五)法律其他之規定。

(一)法律行爲

法律行爲可以爲設定移轉之原因者即可爲消滅變更之原因。例如拋棄對於土地而有地上權者表示拋棄之意思時其物權即時消滅。又如契約地上權者與所有權者爲年年支拂地代金百圓之契約後改爲年年支拂地代金百五十圓其物權即爲變更。拋棄及契約爲法律行爲之一種皆爲物權消滅變更之原因。

(二)目的物之滅失

物權者對於物行使權利者也。故必有目的物。若滅失之則權利無可行使。當然消滅。故爲物權消滅之原因。

(三)消滅時效

凡財產權以二十年爲時效。經過二十年不行使其權利。即消滅。時效故亦爲物權消滅之原因。

(四)混同

混同之意義。有廣狹之別。廣義混同者。不可兼有之二資格集於一人之頭上之謂也。於物權外。就債權舉例以明之。例如債權者與債務者之二資格。本非一人所能專有。苟債權者死亡。而債務者爲其相續人。是債權者債務者之二資格集於一人。即混同也。狹義混同。即物權上之混同。於同一之物。其所有權及其他物權。又所有權以外之物權。及以此物權爲目的之權利。集於一人之謂也。以上狹義之意義。可分爲二段。舉例明之。

第一 所有權及其他物權集於一人。例如甲於所有之土地。設定地上權與乙。乙對於甲所有之土地。僅得有地上權。苟甲死亡。而乙爲甲之相續人。甲之所有權集於乙一人之身。倘各自獨立。無異對於自己之土地。行使其地上權之權利。故爲混同。

第二 所有權以外之物權。及以此物權爲目的之權利。集於一人。例如甲對於或

土地有地上權。乙對於其土地有抵當權。設甲死亡後。乙爲其相續人。則兼有地上權及其抵當權之二資格。蓋無自抵當已物之理。故亦爲混同。

夫兩種權利之資格既集於一人。則必消滅其一種之權利。依第一例。則當消滅地上權。依第二例。則當消滅抵當權。日本民法第一百七十九條第一項云。『同一物。而有所有權。及他之物權。歸於同一人時。其物權爲消滅。但其物。又其物權。爲第三者之權利之目的時。不在此限。』第二項云。『所有權以外之物權。及以之爲目的之他之權利。歸於同一人時。其權利爲消滅。於此場合。準用前項但書之規定。』第三項云。『前二項之規定。占有權不適用之。』關於占有權。不能謂之特別權利。各種權利中。皆有之。占有權與所有權並立時。不能消滅占有權。是爲混同之例外。苟不使之並有。則正當之占有權不能受保護。有單保護不正當占有之虞矣。

附錄 橫田學士物權法第八十四葉

占有權不因於混同而消滅。例如假定甲爲占有者。乙爲所有者。甲從乙讓受地之所有權。不因於混同而消滅。蓋占有權者。因占有之事實而生之權利。不拘其

物爲他人之權利目的與否而成立。因以他人之所有權、又物權、爲前提之他之物權。全然異其性質也。

以混同消滅物權之制。各國法律皆認之。即古代羅馬法亦然。特其規定略有不同耳。然學者謂一人兼有二資格。爲法律之所許。故一人可以兼有二種之權利。無混同之必要。(混同本不得謂其爲完滿之制)例如代理人。即法律認其有二資格者。一爲自己之資格。一爲代理人之資格。又如相續亦然。一爲本人之資格。一爲承繼人之資格。是也。混同雖有種種之原因。而最多者莫如相續。故於法律認二資格並存不消滅。(即不混同)時。亦不乏其例。茲僅就相續言之。

關於相續之規定。其大者有二。

第一 限定承認 相續人負擔被相續人之債務。其辨償。但以被相續人之財產爲限。此時有二資格。一爲固有財產之主體。一爲相續財產之主體。此二資格不能混同而消滅之。日本民法第一千二十七條云。『相續人爲限定承認時。對於被相續人而有之權利義務。看做不消滅。』是法律明認其不混同。即適用此不混同之原則。依前所

舉第一例言之。就其爲承繼人言。即係有所有權者之資格。就其爲本人言。即係有地上權者之資格。二者並存。固毫無不可也。

第二 財產分離 關於此有二場合。

(一) 被相續人之債權者。請求財產之分離。如被相續人死亡。而相續人承繼之。就普通之場合言。其財產應爲混同。但有時被相續人之財產甚富。而相續人之財產僅屬少有。或竟一無所有。則被相續人之債權者。必大不利。蓋被相續人有債權者。相續人亦有債權者。若二者混而爲一。則被相續人之債權者。本可望其全數之辨償者。或因之轉致減少。蓋爲相續人之債權者所分也。於此場合。被相續人之債權者。可請求分離其財產。先以被相續人之財產。辨濟於被相續人之債權者。然後以其殘餘者。辨償相續人自身之債權者也。

(二) 相續人之債權者。請求財產之分離。此與一之場合正相反對。乃因相續人之財產甚富。而被相續人貧無財產。則相續人之債權者必大不利。故可請求其分離。先辨濟相續人之債權者。然後以其殘餘。辨償於相續人之債權者也。

財產分離。適用限定承認之規定。此二資格並存不消滅之例也。

夫權利之因混同而消滅者。乃由於權利者之隨意。苟權利者不欲消滅之。其權利不因於混同而消滅。又第三者就於同一之目的物。亦有權利時。若因混同而消滅。可釀權利者之不利益。故權利者不欲消滅之。其權利亦不因混同而消滅。例如甲爲土地所有者。乙爲第一抵當權者。丙爲第二抵當權者。普通言之。設所有者未履行債務。抵當權者可以以其土地賣渡於人。其賣渡所得之代價。先償乙。餘者乃償丙。此最普通者也。倘於甲死亡而乙爲其相續人時。則甲之所有權者。與乙之抵當權者。之二資格。若混同爲一。則因混同之結果。丙遂爲第一抵當權者。丙可以以其土地賣得代價。先受辨濟。然後以其餘歸之於乙。是乙以混同之故。而蒙意外之損失。丙以混同之故。而享不當之利得。（設如甲之土地。祇值一萬五千圓。而乙丙之抵當。各一萬圓。若不混同。乙本可以將甲之土地賣却後。自己受萬圓之辨濟。其五千圓始歸之丙。乃因混同。遂令丙受萬圓之辨濟。其餘五千圓乃歸之乙。是其例也。）是有不公平之結果。斷非其人之所欲者也。故於此場合。乙當視爲不拋棄其第一抵當權者之資格。故先受辨

濟。餘乃償丙也。然有當注意者。本文所謂所有者。以非債務者爲前提。蓋如上例。甲雖爲土地所有者。而非必即債務者。不過以其土地供他人（丁）債務之擔保。故不混同之。若甲爲債務者。則仍因混同而消滅也。又如甲爲土地所有者。乙爲地上權者。丙爲地上權之抵當權者。甲死亡。而乙爲其相續人。如依混同之原則言之。地上權與所有權混同。乙之地上權即因之消滅。丙之抵當權。因地上權消滅之故。客體不存在。其抵當權亦當因之而消滅。是於第三者大有損害。故不當使之混同也。

如上所述。是有可混同者。有不可混同者。故混同非絕對爲物權消滅之原因。特因法律采便利方法。故法文有此規定。（非經法定者。不混同之。）如所有權即包含地上權。不必強立二資格。且推當事者之意思。無不欲消滅之者。若強使之分爲二資格。反與權利者以不利。例如甲有所有權。與地上權。二資格。經久未行使其地上權。一旦設定地上權與人時。必謂此地上權非新設定者。乃以舊有之地上權讓渡於人。是反使人生疑忌之感也。

所有權與他之物權混同。其消滅者必爲他之物權。其故何也。蓋所有權爲最完全之

物權。他之物權皆包含其中。故他之物權。決不能與所有權並立也。

參考 民法要義第二卷物權編第十七葉至第二十一葉

第一百七十九條。爲關於混同之規定也。蓋不得並存之二資格。集於同一人之頭上時。則必當失其一資格。於古來法律上。殆爲人所不爭之原則。而適用之於物權上之所有權。與他物權。同歸於一人時。則所有權原爲最完全之物權。他之物權皆被包含於其中。故所有者欲併有他之物權。不可得也。於此場合。僅僅所有權存在。而他之物權。不得不歸於消滅。但學理上於所有權中。控除他之物權。而以所有權。與他之物權。二者並存。蓋若合之。則爲完全之所有權矣。故雖其人同時兼有二資格。然其二種之權利。須視爲各別者。乃爲適當。其人以一資格讓於他人時。則二種之權利。分屬於二人。毫不留混同之跡也。雖然。實際上應用此學說時。不便實甚。何則。權利。以權利者之意思常得使消滅之。故所有者取得他之物權時。多欲使之消滅。非對於他人而消滅之。乃對於自己而使消滅之者也。故使之消滅。大抵非由他人可見之行爲。是權利或使之消滅。或尙不使之消滅。他

人一切不得知之也。果如是。則所有者從自己之便益。或云已使消滅之。或云尙未使之消滅。誰得而與之爭乎。故立法者一刀兩斷。於所有者取得他之物權。或有他之物權者。自取得所有權時。直視爲歸於消滅者。

雖然。此消滅乃因權利者得隨意消滅其權利而生者。故苟於不得僅以權利者之意思使消滅之之範圍內。其權利無因於混同而消滅者。又於爲第三者就於同一之目的物有權利。因混同而權利消滅。可釀權利者不利益之場合。權利者有不可使其權利消滅之意思。因之其權利亦不因於混同而消滅。例如於其物權爲第三者抵當之場合。不得僅以所有者之意思。使消滅其物權。因而不得間接使第三者消滅其抵當權。固不待論。（日本民法第三百九十八條參觀）故雖有混同。其抵當權。及其目的之權利。無共爲消滅者。又他之物權。於一抵當權之場合。尙以第三者之故。有第二抵當權時。第三者抵當權之不消滅。又無論也。然僅第一之抵當權消滅時。則僅第三者有抵當權。至得僅以一人就於其物受辨濟。如此。則所有者爲抵當權者。至因混同而受意外之損失。而其人萬不欲生如

此之結果。故於此場合。因不使第二之抵當權者壟斷不當之利益。故視爲不拋棄其第二抵當權者。當欲就公賣物而受辨濟。則已先有第一抵當權受辨濟。若有殘餘。始不得不分之於第二抵當權者。（是於設定地上權。又永小作權。後設定抵當權。亦同。惟於此場合。所有權與抵當權之間。因於混同。於地上權。永小作權。無何等之響影及之。故抵當權因混同而消滅。於此點似法文有缺遺。）是本條第一項但書之所以規定也。（本文之所有者。以非債務者爲前提。）

以上就所有權。與他之物權。混同之場合言之。雖然。所有權以外之物權。例如以地上權。永小作權。等。爲目的之他之權利。與質權。抵當權。等。爲混同之場合。亦不得不與上述之場合爲同樣者。即原則。其質權。抵當權。等。應消滅。若質權者爲轉質之場合（第二百四十八條）又就同一之地上權。永小作權。等。第三者亦有抵當權之場合。則起初之質權。抵當權。等。尙不消滅。是本條第二項之所規定也。因以上所述。可論究一切之物權而爲適用。然惟占有不得適用之。蓋占有權者。多與他之物權並有之者。若不得併有之。則正當之占有者全無受保護之場合。

僅至保護不當之占有權。故占有權所以無混同也。

混同雖從種種之原因而生。然因於相續而生者爲最多。

(五) 法律其他之規定

以上四項爲物權消滅變更之原因。適用之範圍頗廣。由其爲特別之原因也。法律其他之規定。雖各可爲消滅變更之原因。而適用之範圍甚狹。故統括之以爲原因之一種。茲舉其重要者。

第一 永代借地權 關於以外國人之資格而有日本之地上權者。即永代借地權也。(日本有外國人居留地。與中國之租界差同。劃分土地。與以永代借地權。規定於明治三十四年法律第三十九號。又同年勅令第一百七十八號。)其性質與地上權相類。惟地上權由日本人相互間之法律行爲而成立。永代借地權。專屬之外國人。日本人則不適用。故遇有日本人買受永代借地權之土地者。即受地券之抹消。而一變爲所有權。(明治二十四年勅令第一百七十九號參照)故可爲物權消滅變更之原因也。(詳見於後)

第二 留置權 關於債權者因債務者不履行其債務。於未受辨濟前。得有留置其所有物之權利。即留置權也。日本民法第二百九十五條規定之。(條文見前)依第三百二條「留置權因占有之喪失而消滅」之規定。則留置權者(債權者)至喪失其占有。留置權當因之消滅。亦爲消滅變更之一原因也。

(乙)對於第三者之効力

關於不動產物權之得消滅變更。苟非登記。不得以之對抗第三者。日本民法第一百七十七條規定之。(條文見前)蓋消滅變更。與設定移轉爲同一之理由也。

第一節 所有權

所有權爲物權中最完全之權利。故往往有用財產權之意味。而不用所有權之文字者。雖然。日本新民法。限於爲物權之最完全者。名之爲所有權。他各從其固有之名稱表示之。關於所有權。分爲二款。第一款。所有權之界限。(明所有權之範圍及限制)第二款。所有權之取得。(規定其取得方法)

第一款 所有權之限界

所有權之境界可分爲四。(一)所有權之定義。(二)所有權之範圍。(三)區分所有。(四)隣地權。
(壹)所有權之定義

所有權者。於不抵觸法律及他人權利之範圍內。最能自由處置物之權利之謂也。例如甲持一物。對於其物有所有權。無論如何處置(拋棄、毀損等)皆可自由。然或委棄於特定之場所。爲警察法規所不許。即不得任其拋棄。因出於法律之範圍。而有所抵觸故也。又或拋棄其物時。若侵犯他人之身體。是有害他人之身體權。亦不得任其拋棄。因入於他人權利之範圍。而有所抵觸故也。反之。則除此二限制外。皆得自由處置之。日本民法第二百六條云『所有權於法令之限制內。有自由使用、收益、及處分。其所有物之權利。』法文之精神。與此定義同。惟文字略有差異。而此定義實較法文爲簡賅。蓋使用、收益、處分、皆可包含於定義處置二字之中。然法文何以不曰處置。必曰使用、收益、處分者。其由來甚遠。自羅馬法以來。凡所有權之內容。無不備此三項之權能。否則覺所有權有不完全之憾。蓋以所有權由此三項構成。而成者也。故日本民法用語亦沿之耳。以下逐項說明之。(甲)使用權。(乙)收益權。(丙)處分權。

(甲) 使用權

使用權 (Jus utendi) 者不毀損物體而供自己之用之謂也。例如書爲其所有物。即以其書供誦讀。又如杯爲其所有物。即以其杯盛茶或水。皆使用也。

(乙) 收益權

收益權 (Jus fruendi) 者取得物之果實之謂也。例如耕作者自其田畑采取米穀。爲直接收益權。又貸地者。因他人之耕作而受取其貸賃。即間接收益權也。

(丙) 處分權

關於處分權 (Jus abutendi) 學者間之定義不一。據其可信者。即毀損又變更物之全部。或一部之謂也。例如以火焚書。滅其形迹。此爲處分。無可疑也。即如開墾荒土。使變爲田。但就其固有之形狀。加以多少之變更。亦得謂之處分也。

處分之意義。於對物處分之外。又有所謂對於權利之處分者。即消滅又變更權利之全部。或一部也。不獨所有權有權利處分。即一切財產權。亦莫不有之。例如所有者以其權利讓渡於人。或拋棄之。是所有者處分其權利之全部也。又或所有者於自己土

地上。設定地上權。或永小作權。與人。即不能復使用其土地。是所有權處分其權利之一部也。又如地上權者。以其全部。或一部。讓渡於人。或拋棄之。是所有權以外之他物權。得爲權利之處分也。推之物權以外之債權。其原則上。可以自由讓渡。或拋棄之。是亦得隨意處分之也。據以上各例言之。所謂權利之處分者。實不外讓渡。或拋棄之意義。而日本民法第二百六條所云「處分」則無此意義。蓋其要素爲對物處分。非指對於權利之處分而言也。所有權爲物權中之最強有力者。既以處分權爲其構成分。此即與他物權不同之特質。故毀損其物體。變更其性質。皆可自由。以「有自由處分其所有物之權利」之條文證之。可瞭然矣。日本學者往往誤解處分文字之意義。故致生疑問。是不可以不注意也。

參考 民法要義第二卷物權編第九十葉第九十一葉

世人往往誤解處分文字之意義。以讓渡權利。或拋棄之。爲處分。在一般言之。決不得謂爲不當。雖然。所有權構成分之處分權。非有此意義。抑處分者。謂如意處置也。故云「處分物」則如意處置物之謂。即毀損之。又變更其性質等。是也。云

「處分權利」則如意處置權利之謂。即讓渡其全部、又一部、或拋棄之等是也。今所有權既爲物權。而爲存於物（即有體物）上之權利。則云「所有者、有爲物之處分之權利」即如意處置物之謂。蓋無容疑。不然、財產權大抵皆以處分權爲其構成者。皆得以之讓渡或拋棄矣。（案是就一般言之）故本條所云處分（案爲物權特言之）可知非有讓渡權利、或拋棄之之意味也。

有反對日本民法第二百六條之規定者。謂所有權內之使用、收益、處分、諸權能。事實上有不能併存者。條文列舉之。是有可批難點也。今先就使用、權、證之。例如土地所有者。設定地上權與人。其土地之使用權。即屬之地上權者。所有者因爲人設定地上權之結果。遂不復有使用權。而所有者雖不復有使用權。然於其所有權完全無缺。是有所有權而不必有使用權也。次就收益權證之。如上例。地上權者可採取其土地之果實。即有收益權。而土地所有者。不能同時有此權。或謂地上權之設定。大半受取地代。仍不失間接收益權。不知此間接收益權。乃另生之問題。而直接收益權。早不存在。且設定地上權。未必盡爲受取地代者。尤不得認此爲收益權也。況所有者對於其土

地。有時不能爲收益之事。例如以所有土地爲質權之目的物。則收益權全屬之質權者。非屬之所有者。不惟無直接之收益權。並間接之收益權亦無之。是有所有權而未必有收益權也。終以處分權證之。所有物亦往往有不能處分之時。例如於所有之土地。設定地上權。或永小作權。與人。即不能消滅。或變更。其土地。以侵害地上權者。及永小作權者。之權利。是有所有權而不必有處分權也。更於物權外就債權之關係而論。所有者亦不備有使用。收益。處分。諸權利。例如以家屋貸人。所有者既不能使用。又不得收益。雖有時受取貸賃。亦屬間接之收益權。或有不收貸賃。（民法上所謂使用貸借者。得以無賃金而使用貸借物。）是並無間接收益權。至於處分權。亦斷無以貸與他人之家屋行使其處分權。使賃借權者失住居之利益。是不有處分權。又無待言矣。今條文乃列舉之。殊嫌名與實不相符。是可知爲不當也。

右反對之說。認第二百六條列舉使用。收益。處分。之權爲謬點。不知條文列舉此三項權利。實無甚錯誤。特不如定義以處置二字包含之。尤爲適當耳。且反對說者所舉之例。所有權者所以不能並存使用。收益。處分。之權者。不外出於與他人權利相抵觸之

結果。皆非完全之所有權也。而以定義衡之。凡爲所有權者於不牴觸他人權利時。固皆爲完全之所有權。即皆有完全之使用、收益、處分、權。況以廣義言之。不完全之所有權。亦得曰所有權者。是廣義所有權也。所謂所有權不能併存此三項權利者。不過一時爲他人之權利所制限。設一旦他人權利關係消滅。則此三項完全之權利。當然同時回復。學者所稱所有權之反歸力。蓋指此也。

參考 民法要義第二卷物權編第九十葉

所有者。有往往以其使用權、及收益權、與人之事。於此場合。所有者可謂僅存有處分權者。故所有權之特質。寧謂在處分權可也。但嚴正言之。所有權有完全者。有不完全者。其完全者。則併使用、收益、處分、三者。其不完全者。則除使用、收益之全部、或一部、者也。而其使用、收益、或屬於地上權者。或屬於永小作人。或屬於地役權者。或屬於質權者。名之曰支分權。（留置權、先取特權、及抵當權、非支分權、質權、動產質、非支分權、不動產質、自其爲主之効力言、亦非支分權、此等之權利、寧視爲存於所有權之上者。如後所論。）要之物權之最完全者。及除他權利所

殘餘之全權利。謂之爲所有權。

定義所謂不牴觸法律者。當爲最廣義之解釋。包含命令言之。非日本憲法上狹義之法律也。蓋是不問其爲法律、爲命令、凡有法律之効力者。皆得謂爲法律。而日本民法第二百六條法令云者。則分別法律命令而言。其所謂法。正與日本憲法上狹義之法律相當。非廣義之法律也。（法文之法令。與定義之法律。爲同一之範圍。特法文之法。與定義之法律。其意義有廣狹之不同耳。）法文所以必云法令者。亦有理由。蓋日本臣民之權利。依憲法上之保障。必以法律定之。而當時學者謂所有權之制限。固當以法律規定。然有時由法律委任行政命令定之。殆無不可。故法文特以法令二字括之。（當編纂民法法典時。於此點不著死語。使以法令之文字得爲活動。此法文之所以不滯於法律之文字也。）若關於所有權之制限。必一一由法律定之。即須一一經帝國議會之協贊。頗感不便。且亦甚費時日。例如家屋內之大掃除。及廁所距離。警察隨時干涉。亦屬制限家屋所有者之所有權。此等瑣事。勢難久待議會之協贊。而後定其限界也。日本當民法起草時。所有權之限制。不盡由法律規定。而以命令制限之者爲

多。迨民法編纂二年後。另頒有行政執行法。關於制限之規定。大半包含其中。然尙有遺漏之點。自必以命令爲補助。故第二百六條並列法令二字。信爲適當。蓋自解釋論言之。謂所有權之制限。以法律可。即以命令亦可。起草時實屬此意。今反對者不察立法者之意思。遂有謂制限所有權。惟當由法律定之。至於命令。則不生其効力。竊未見其當也。凡權利悉依法律之規定。使其有一定之範圍。無論如何有強力之權利。決不能行於法律之外。故雖所有權。亦當然受法律之制限。尙有因或種之關係。悉以命令爲制限之必要者。蓋所有權爲物權中最完全。且最普通者。故必要附以多少之制限。而其制限不必要以法律定之者。視其情形。認爲以命令制限之亦可。惟行政官須於不得已時而後行之。不得任意制限。致有戾於法律上之精神。而此命令。謂即爲日本憲法第九條所云「爲保持公共之安寧秩序及增進臣民之幸福之必要之命令」可也。故又不得以第二百六條之規定。視爲以命令變更法律。又法令云者。雖慣習法亦包含其中。（例如依於地方植竹木須自經界線存若干之距離等之類是也。慣習之効力。於法例第二條。設一般之規定。）而自立法論言之。當用法律二字。而又使其文

字足以包含一切意義。於應用時，再以命令補之。乃爲至當。

(附) 支分權

支分權 (Démembrements de la, propriété) 者。自所有權全部中，分其一部，使成爲獨立之權利也。何種權利可爲支分權。如地上權、永小作權、地役權、三種。爲今世學者所公認。無容或疑者也。

自羅馬法所有權之定義言之。凡爲完全所有權。必包含使用、收益、處分、三項權利。而自此中分出之支分權。如地上權。因有欲保存土地上所有之工作物、或竹木者。而爲之設定地上權。此地上權者。即有使用土地之權。是由所有權而成立地上權。由地上權而得有使用權。其權利實自所有權分出。故謂之支分權。如永小作權。永小作人得於他人之土地上。有爲耕作、牧畜之權利。亦即有其土地之使用權。此自土地所有者之所有權內。分其一部分之權利。(使用權) 以與永小作人。亦一支分權也。如地役權。其種類甚多。今就通行地役權言之。土地所有者。既設定通行地役權與人。即不能使用其土地。或不得同時使用。而通行地役權者。却有其土地之使用權。此無非分所有

權一部之權利，使成爲獨立之通行地役權也。故又可謂之支分權。支分權之用語。佛法系學者多采用之。而獨法系學者則不稱支分權。而稱爲他物權。謂於他人之物上有其權利。非自所有權分出。乃本爲一種獨立之物權也。日本民法。從解釋論言之。以采用佛法系說爲斷。蓋支分權云者。即以自己所有權之一部權利讓渡於人也。日本民法中既時有權利讓渡之文。即係采用支分權之學說。如此解釋。信得其當。

附錄 岡松博士參太郎民法理由第二卷物權篇第三百二十三葉至第三百三十

八葉

所有權之意義

(一)學說。所有權之定義爲古來學者間議論之所存。沿及今日。尙分數多之學說。而不一。今舉其重要之學說凡四。(甲)所有權者。處分物之實質之權利也。(普國國法第一編第八章第三條)是僅舉所有權作用之最重要者。若以此說爲正當之見解。則所有者於設定質權之場合。可謂無所有權。何則。既設定質權。

即因之不能行使處分物之實質之權利也。(乙)所有權者。絕對之權利也。(チ)ボウト第五百五十八章。ベーキング第二卷第三百四十四章七葉)是雖表明所有權之性質。爲獨立而無制限者。然所謂絕對之文字。其意義漠然。尙未表明所有權之爲何。故亦不得謂爲適當。(丙)所有權者。無制限之權利也。(ウ)インドシヤイド第一卷第六十七章注第三號)在近世之立法例。關於所有權。認法律上之制限。故所有權爲無制限之說。與此觀念相衝突。(丁)所有權者。自由使用、收益、處分、物之權利也。(普國國法第一編第八章第九條第十條第十一條)是爲近世多數之立法例及學說所唱。然此定義有^(天)二大謬誤。一此定義。以因所有權而生之效果。與其所有權相混同。是欲以結果而說明原因也。蓋所謂使用、收益、處分、三者。皆爲所有權之作用。而非所有權之本體也。(ウ)インドシヤイド第一卷第六十七章注第二號)地因此定義。物之使用、收益、處分、爲所有權之支分權。所有權有以此三者爲其成立要素者。(佛國法典普國國法ポアソ一ナド)是自法理上言之。不可不謂甚陷於謬誤。何則。以右三權爲所有權之成

立要素。則欠缺其一。即可惹起所有權之消滅。此論理當然之判決。然所有者。以其所有物貸於他人。與以使用之權。亦爲許可關於其物之收益權。所有者決非失其所有。是足證明其論決之謬誤而有餘矣。（參照ウインドシヤイド第一卷第五百十九葉）

以上所揭諸家之定義。僅舉所有權或其作用。皆不得其當。近世學者之所批難也。惟テルンフルヒ氏其近著之近世羅馬法論及普國私法論述所有權之定義。可謂善表明所有權之性質者。余參酌氏之說。而舉近世學者所認爲最正當之定義如左。

(二)定義。分物權爲占有權及狹義之物權。…占有權者。謂物之事實上之支配關係也。狹義之物權者。謂物之法律上之支配關係也。故物之事實上之支配。屬於占有。物之法律上之支配。屬於狹義之物權。狹義之物權有二種。即所有權及他物權是也。…所有權者何。爲物權中最重要之權利。即關於物爲總轄的支配之權利也。換言之。於法令範圍內。關於物爲完全支配之權利也。他物權者何。關

於他人所有之物。限於一定之目的及方法。爲支配之權利。即地役權、地上權、永借權、質權等是也。凡此等者。僅於一定之目的。一定之方面。有支配他人之物之權而已。於其他之目的及方面。則不能支配之也。故所有權之性質有二。((甲)所有權者。物之完全之支配也。完全之支配者何。謂總轄的支配。即不限於一定之目的。一定之方面者。是也。而物之總轄的支配。細別之。又有二方面。((天)所有權者。關於物得以自己之意思自由左右之。((積極的內容)他人關於物。而反於自己之意思。不得左右之。((消極的內容)是也。蓋所有權之積極的內容者。進而從於自己之意思爲支配之謂。消極的內容者。以自己之意思而排斥他人之謂。要之物之總轄的支配云者。除他人惹起關於物之關係外。且積極的造種種之關係。依自己之意思而爲處分也。如此則所有權。如於使用權、收益權、地上權。不祇對於物之支配關係之一部分。得完全惹起全部之支配關係。茲分析其支配權之作用如下。((子)得使用物。使用者何。從其物之用法。而供自己之用。使滿足吾人之缺乏之謂。例如住居家屋。著用衣服。乘馬。是也。((丑)得收益物。收益者何。因物所

生天然之果實。又法定之果實。爲自己所有之謂。例如取得樹木之果實。取立屋賃而收賃金之利子。是也。(寅)得處分物。處分有事實上者。有法律上者。事實上之處分。即變更消費物之實體。破壞物之全部或一部之謂。法律上之處分。即關於物之權利移轉或設定之謂。例如讓渡賃貸所有權於他人。或設定地役權於他人是也。(卯)得占有物。所有者於所有關係之物品。有事實上爲支配之權。故第三者妨害事實上之支配時。則依本權之訴。及占有之訴。得要求其妨害之除去。及其取戻。以上四項權利。屬於所有權主要之作用。即因所有權而生之結果也。故不可以之與所有權之要素混同。蓋所有權之體。即總轄的支配關係。而上所列之四項權利。即其用也。(ウインドシヤイド第一卷第五十八頁テルンフルヒ第一卷第四百四十葉) (乙)所有權者。於法令範圍內而享有之權利也。凡權利者。法律之創定物也。於法律以外。不能認權利。雖近世歷史派之學者。主張權利非法律之創定物。然是乃辨明法律非因獨斷的空想。而作爲權利者。實則權利非素自爲法律所認。則不得成立也。然則所有權者。於法令之範圍內。而爲享

有其利益之權利。固不待辨。由是而所有權之內容。因於法令而被限定。自不待言。故曰。所有權者。於法令之範圍內而享有之權利也。エーリング駁擊沿革的所有權爲無制限之說曰。私權中尤以所有權受吾人人類共同生活之影響。則爲公益蒙法律之制限。固當然之事也。而各國之歷史。於所有權全不置制限之例。未嘗有之。(エーリング法律精神論第一卷第五百二十葉)蓋所有權於法令之範圍內。而受其制限。不得已之事也。

(貳)所有權之範圍

所有權之範圍者。即所有權對於其目的物之如何部分。可有効力之謂也。就普通言之。則對於其目的物之全部。及其附屬物。皆有効力。例如茶瓶之所有權。對於茶瓶之全部。可生効力。即對於瓶蓋。其効力亦及之。此盡人而知。無容或疑者也。惟土地所有權之範圍。往往易生疑問。蓋土地可界劃爲三層。一、地表(土地之平面)二、地表以上之空間。三、地表以下之部分。其所有權之効力。應及於何處。爲止乎。是一問題也。故若僅以地表爲所有權之範圍。則其權利幾無効用。蓋人履平地。其身當然出於空間。即

蟻伏而行。必不能密著於平面。故須占地表上之空間。又如建築家屋。更不得不占有空間之地位。此土地所有權之効力。必及於地表以上。方爲適用。無論何人。亦不能置一議也。至地表以下。倘爲土地所有權之効力所不能及。則他人於土地所有者之下。可爲任意穿鑿。於所有者亦頗有不利益之虞。然地表以下。果當屬土地所有權範圍之內否乎。就各國法律觀之。土地之下。殆皆爲所有權之範圍所及者也。惟是關於地上地下之制限程度。各有不同。日本關於土地所有權制限之範圍。有明文之規定。於民法第二百七條云。『土地之所有權。於法令之制限內。及其土地之上下。』依此規定。即知土地所有權之効力。能及其上下。但行使所有權。不得受法令之制限耳。其制限如何。

第一 對於地上之制限 例如於自己所有土地之範圍內。建築家屋。雖其高達於如何之程度。在所不禁。因地表上之空間。皆爲所有權所支配也。但苟欲銃取通過其所有地上之飛鳥。則不得不依狩獵法之規定。是地上當受法令之制限也。

第二 對於地下之制限 各國法律。於此制限不同。最顯然者。則爲鑛產。其立法例

大別爲二。其一爲國家所有。不得爲所有權之目的物。其二可得爲所有權之目的物。但於採取時。有一定之制限。日本法律采第一主義。礦物屬於國家所有。其他地下之產物。盡爲所有權之目的物。佛國及其他數國。則采第二主義。惟當人民採取礦物時。須得政府之許可。而其許可亦不限於所有者。即他人亦得因許可而有採掘權。至地下之泥土等。其採取時仍有制限。特不如采礦之嚴耳。

日本民法關於土地所有權。除法令制限外。以及其上下爲範圍。然其上下究達於如何之程度而止。學者間議論尙不一致。有謂以所有者必要之部分爲定者。有謂以所有者之相當程度爲限者。不知民法既有法令制限之明文。凡不爲法令所制限者。皆爲所有權之効力所能及。若必欲規定明確。當言上以至空氣所存之間際全部爲止。下以至地球之中心爲止。即據現行民法解釋之。亦不得不作如是之論決也。故就地上之例言之。設有乘輕氣球者經過土地所有者之地上。須得其許可。否則所有者家屋內之狀況。皆被其窺見。甚不便利。即得行使其所有權。以禁止其通過。然此猶非習見之例。試再舉其普通者。設如甲乙丙三地相連接。甲地之所有者與丙地之所有者。

各於其土地上。架設電桿。以通電話。因乙地居中。而其線必經由乙地上之空間。倘未得乙地所有者之許可。而侵入其權利之範圍內。所有者以未得同意爲理由。切斷其電線。亦爲有効。因乙地之所有權。固足支配其地上之空間也。就地下之例言之。設有甲乙丙三地相連接。甲地之所有者。與乙地之所有者。欲使兩地相通。於地下鑿隧道。經過乙地。若不得乙地所有者之許可。乙固可行使其權利而拒絕之。然此亦非習見之例。試再舉其普通者。如甲於所有地之下。掘取泥石。賣與他人。漸進而於斜面侵入乙所有地之界內。是即有害乙之所有權。故乙得行使其權利。而禁止其掘取也。

(參)區分所有

區分所有。乃關於家屋所有權而爲適用者。夫使家屋爲獨立所有。毫無他人之關係。是無所區分。固已。若不爲專有。亦不爲共有。於此場合。何者爲何人之所有乎。是有區分之必要也。例如有一家屋。以三階屬甲。二階屬乙。其下屬丙。是區分所有也。又如有一平屋。以東室屬甲。西室屬乙。其餘屬丙。亦區分所有也。

區分所有。與共有不同。共有者對於共有物之全部。皆得有其權利。特以抽象的觀察

之。於其共有物之全部中，各有其或部分之權利。當其行使權利時，仍得及於全部。而區分所有，各自分有其一部，僅能對於所有之部分，行使其權利。決不得及於全部。此二者不同之點，不可不注意也。但區分所有中，亦常有一部分爲共有部分者。自其直線（由上及下）言之，如家屋之階梯、及屋極（屋之頂）等，皆屬共用部分。自其橫線言之，如家屋內之隔障、牆壁、及長家之共用便所等，亦皆屬於共用部分。此共用部分，至不能確證明爲何人所有者，即推定爲共有物。但此推定，尙未必適合於事實。得以他種之反證擊破之。日本民法第二百八條第一項云：『以數人區分一棟之建物，各所有其一部時，建物及其附屬物之共用部分，推定之屬於共有。』是也。尙有宜注意者。普通共有物，可以自由分割。而區分所有中之共有，則不許分割。何則？此等物因以共有而始著爲有其効用。若分割之，則成爲廢物。例如分割家屋內之隔障、牆壁，必致失隔障牆壁之功用。是也。故一般共有物分割之規定，在區分所有中之共有，不得準用之。此日本民法第二百五十七條所明言也。

區分所有中之共有部分，欲爲修繕時，其費用以各所有者負擔之。而應其各自所有

部分之價格爲標準。例如修繕牆壁。甲所有之部分其價格較高。乙所有之部分其價格較低。則其負擔即屬甲多而乙少也。至於交納租稅與其他公用費等。其分擔之計算方法亦如之。同條第二項云。『共用部分之修繕費。其他之負擔。應各自之所有部分之價格分之。』本項所謂其他之負擔者。以租稅爲主。蓋家屋稅。通常就於一棟定其額。故於本項。各所有者不得分擔之也。

(肆) 隣地權

隣地權者。於二個土地相隣接。各所有者之權利行使時。有調和之必要。因於法律設一定制限之方法也。

附錄 橫田學士物權法第九十九葉

異所有者之二個土地相隣接時。各所有者之權利行使。可影響於他之所有者之權利行使。故關於所有權之行使。相隣者間。可生牴觸之結果。以是爲調和相隣者間權利之牴觸。所有權於固有權能之行使。生設一定制限之必要。而對於相隣者之權利行使之法理上之限界。則所有權之行使。必要於不侵害相隣者

所有權之範圍內爲之是也。

關於隣地權。可分爲八。(甲)隣地立入權。(乙)通行權。(丙)水權。(丁)疆界權。(戊)關於竹木之權。(己)關於建物之權。(庚)觀望權。(辛)關於有害工事之權。

(甲)隣地立入權

立入者何。即由此地逕入於彼地之謂也。(立入與直入意近)土地所有者欲於隣地之境界。或其近傍之場所。築造建物(家屋)及壁牆。或欲修繕之時。勢非使用隣地之一部不可。於此場合。非有隣人之承諾。不得立入於隣地。以至實際上。不能於隣地之疆界。又其近傍。新爲建物。與修繕既存之建物。或至空存土地之一部。而徒費其築造。與修繕之用。且於疆界線。往往有設牆壁之必要。然若不得立入隣地。或至不得設之。是於經濟上甚不利益。而土地之所有權。不得爲充分之效用矣。故法律於或範圍許其有立入權於所有者必要之場合。得使用隣地。日本民法第二百九條第一項云。『土地之所有者。於疆界。又其近傍。爲築造牆壁。或建物。又修繕之。於必要之範圍內。得請求隣地之使用。但非有隣人之承諾。不得立入其家。』本條之規定。僅爲土地所有者

之利益。然因此而致受其損失。則土地所有者。對於隣人。應負其賠償之責。所以法律又與隣人以償金之請求權也。同條第二項云。『於前項之場合。隣人受損害時。得請求其償金。』是也。

參考 民法要義第二卷物權編第九十七葉第九十九葉

使用隣地。第二百九條所規定之制限有四。(第一) 隣地之使用。須於牆壁、建築物之築造、修繕爲必要。故單圖便利。而爲築造修繕。或不必立入於隣地。亦得爲築造修繕者。決不得立入隣地。其他關於使用之時期、場所等。亦惟於必要之範圍內許之。(第二) 使用時。須請求隣人之許可。凡欲使用隣地。須對於隣人申述其旨。而請求其許可。若隣人不允時。惟訴於法廷。使下其命令於隣人而已。苟不拘無隣人之承諾。或竟妄訴以腕力。而闖入隣地。則法律之所決不許也。(第三) 非有隣人之承諾。不許立入其住家人之住居。最不可侵者。憲法及刑法已有明文。(憲法第二十五條。刑法第七十一條。第七十二條) 不得承諾而立入隣人之住家。是侵人住居之最甚者也。此與使用庭園、田畑等。大有差異。故因

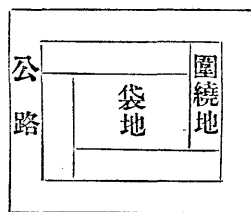
甲地所有者。欲爲築造、修繕等。有立入於住家之必要。若不待承諾。而法律許之。則不無厚於保護甲地所有者。而薄於保護乙地所有者之感。故於如此之場合。若得其隣人之承諾。固自可也。倘無其承諾。即令所有者因是不能達築造、修繕之目的。至空存其他之一部分。而歸於無用。亦不可不忍之。(第四)對於隣人所受之損害。須拂償金。隣地使用權之付與。實出於不得已。抑亦可謂有害於他人所有權之甚者矣。故法律使因此而得利益者。爲損害之賠償也。

(乙) 通行權

土地所有者。必如何而後有通行於他人土地之權乎。如左之二個場合。

第一 袋地。袋地者。即或土地爲他土地所圍繞。不通公路時。被圍繞之土地。稱曰袋地。(Fonds enclavé) 設欲自袋地通於公路。必由圍繞地經過。此經過即通行權(Droit de passage) 也。倘不許其通行。則袋地與公路。內外不能互達。而此土地因無出入之路。其效用大爲減殺。或竟有廢棄之虞。於經濟上頗生不利益之結果。是以法律與袋地所有者得於圍繞地有通行權。此各國之所同也。若圍繞地所有者拒絕

其通行時。法律得強制之。但此通行權。因不通於公路之袋地而生之權利。故其土地若不爲袋地時。則此權利當即爲消滅。日本民法第二百十條第一項云。『或土地爲他土地所圍繞。而不通公路時。其土地之所有者。爲至公路。得通行圍繞地。』是也。



第二 準袋地 準袋地者有二場合。

(一)土地非由水路(池沼、河渠、或海洋)不能通於他之場合。前項之公路。即公共道路之謂。是水路亦包含於公路之中。固也。特是水路非假舟楫之便。不能得通於他道。且有時因風浪險惡。最爲不便。故雖通於水路。法律亦視爲不通於公路者。故準於二百十條袋地之規定。亦適用之。使得假道於圍繞地也。

(二)依土地之形狀、道路與所有地之間顯著爲高低之場合。是因有崖岸故。而於其較公路爲高者。非切下所有地之一部。造爲階級。或於其較公路爲低者。非於所有地一部之上。設備階級。則不能通於道路。是頗不便。於前者。則至以土地爲無益之使用。

於後者。又必興莫大之工作。勞力費財。皆足生經濟不利益之結果。故於其土地。亦視爲不通於公路者。而準用袋地之規定。使得假道於圍繞地。而通於他之公路也。

關於右之二場合。日本民法第二百十條第二項云。『非由池沼、河渠、或海洋、則不能通於他。又有崖岸。而土地與公路、顯爲高低時。亦同。』是其規定也。

純袋地（即袋地對於準袋地而言者）準袋地。皆因土地所有者爲自己土地之利益。而通行於他人土地之上者。但不得損害及於他人。若他人因之受其損害時。要負賠償之義務。日本民法第二百十一條第一項云。『於前條之場合。通行之場所。方法。要選其爲有通行權者所必要。且爲圍繞地損害之最少者。』第二項云。『有通行權者。有
必要時。得開設通路。』第二百十二條云。『有通行權者。對於通行地之損害。要拂償金。但除對於爲通路開設所生之損害外。得每一年拂其償金。』第二百十三條第一項云。『因分割生不通公路之土地。其土地之所有者。爲至公路。僅得通行於他之分割者之所有地。於此場合。不要拂償金。』第二項云。『前項之規定。土地之所有者讓渡其土地之一部之場合。準用之。』皆規定關於通行權行使之條件也。

參考 民法要義第二卷物權編第一百一葉第一百五葉

第二百十條之權利。本出於不得已而害他人之所有權者。故不得不力求其負擔之輕。是所以第二百十一條第一項之規定。亦與第二百九條單限於爲袋地之必要者同。例如於有庭園與田畑之場合。則寧可選田畑爲通行地。又如通行地爲普通人而設。即無乘車之必要。僅有道路可供徒步通行爲已足之類。是也。雖然。苟爲袋地之必要時。得定平生可以通行之場所。或拓荆棘。或鋪砂石。以備通行之便。例如袋地爲廣大之畑地。年年生莫大之作物。於此場合。若僅由人肩。卒底不能運搬之。或有應需用車馬爲運搬之時。勢非設通路。則行通行權即不免陷於困難。故同條第二項所以爲如是之規定也。

通行權亦甚有害於圍繞地之所有權者。故因之而使受利益之袋地所有者。爲損害之賠償。固自當然也。惟是圍繞地所被之損害。本因日日通行而生者。非一朝夕之故。故爲袋地之所有者。欲一時（即一回）拂巨額之償金固可。若不欲一時拂之。而每年應於圍繞地所被之損害拂其償金。亦無不可。但於開設道路之

場合。往往除去隣地之竹木。或刈取其作物等。以致生出特別之損害者。甚多。此等損害。乃生於一時者。與年年通行所生之損害。不可視爲同一。故對之當一時拂其償金。此第二百十二條之所由規定也。

法律於通行權。本因通行者之必要。乃出於不得已而與之者。故若因土地所有者之行爲。致其土地成爲袋地時。（謂於原非袋地之土地。因所有者之行爲而生袋地之結果者。）則不得對於圍繞地求通行。固理之當然也。故如當分割共有地。若以其各部分。不依通於公路之形狀而分割之。致或部分爲不通公路者時。即不得求他之土地之通行。於此場合。即令其不得不爲多少之迂回。亦僅能通行於分割之他部分。以通於公路也。又或土地之所有者。當讓渡其一部分。若其部分及殘餘之部分。皆不依通於公路之形狀分之。致其部分及殘餘之部分。爲不通公路時。則其袋地之所有者。亦無通行他之土地之權。即令爲多少之迂回。僅可通行於原屬於同一所有者之他部分也。如上所述。於爲分割。或讓渡之場合。甲部分之所有者。可通於乙部分之所有者。是依據法律之規定所定者。

也。故當其爲分割或讓渡時。當事者必預期之。而定分割之部分。或定代價等。總之。於其分割讓渡之行爲。不得不視爲已經著眼於此通行權者。故其通行地之所有者。不得謂因此而權利特被損失。故通行權者。對之不要拂償金。此第二百十三條之所由規定也。

附錄 橫田學士物權法第七十五葉至第一百七十七葉

通行權行使之條件。(一)通行之場所及方法。要擇其爲有通行權者之必要。且於爲圍繞地損害最少者。袋地之所有者。不得隨意通行隣地。通行之場所及方法。以袋地之必要爲標準。不得超過之。例如爲往來於收獲少之田畑。則以徒步通行有必要之通路足矣。又通行權於他之一方。有害圍繞地所有者之權利。故通行權之行使。務要不及損害於圍繞地之所有者。例如於圍繞地有通路。或空地。則利用之。否則先田畑後庭園。非於萬不得已之場合。不得變更家屋。與其他之建物。使供通路也。通行權之行使。以袋地之必要爲標準。如上所述。故袋地之所有者。或爲其一家之需要。或爲其土地之利用。有特別通路之必要者。得開

設之。如爲收穫物、又荷物、之運搬、與住居人之出入、必要人馬車輛之往來之場合。是也。(二)通行權者、對於通行地之損害、要一時支拂賠償金之金額、或支拂一定之金額、從其選擇、之圍繞地之所有者、因於通行權之行使、當然受多少之損害、因此之故、而此賠償金、因其可視爲使用他人土地之對價、故得從通行權者之選擇、一時支拂其全額、或案每年支拂一定之金額、至於開設道路所生之損害、係生於一時者、其賠償金、因非土地使用之對價、通行權者須直支拂其全部。

於此原則、有例外、即袋地由土地之分割、或讓渡、而生時、通行權者不要支拂償金、得通行於圍繞地、蓋於是等之場合、袋地之發生、基於當事者之行爲、而當事者因其行爲、使生袋地以後、而爲之供通路、是屬於其當然之義務者也、但當事者間有反對之特約時、通行權者、基於其特約、須支拂償金、此爲例外之例外、要之、就通行之場所、方法、及償金額、於當事者間協議調時、從其協議、協議不調時、則出訴於裁判所、受訴裁判所、基於前記之標準決定之。

(丙) 水權

關於水權。可分爲六。(一)流水權。(二)工作物之破潰阻礙。請求爲其修繕。又豫防之權。(三)防雨水注瀉之權。(四)關於水流之水路及幅員之權。(五)使水通過之權。(六)設堰之權。

(一) 流水權

流水權細別爲二。

第一 土地所有者。於從鄰地自然流來之水。不得拒之。例如兩地隣接。高地自然之流水。必經過低地流出。低地之所有者。對之有承水之義務。不得妨害之。是法律所與高地所有者之流水權也。日本民法第二百十四條云。『土地之所有者。不得妨從隣地自然流來之水。』此規定最爲適當。蓋自高就下。乃流水自然之法則。高地自然流來之水。低地必承受之。理所當然也。設無此規定。則低定之所有者。得阻礙高地流來之水。高地因之而不疏通。即反乎水之自然性。是不特高地之耕作不便。其住居亦生出多少之妨害。或至使高地幾於不得爲何等之用。是從衛生上、經濟上、觀察之。皆足招不利益之結果。且土地相接而爲生活。於相互間亦必要無此等之事。故法律特

爲之規定。使低地負承水之義務也。以上係預想土地有高低之場合而論之。是普通之例。然有時土地雖無高低。仍有從隣地自然流來之水者。亦不乏其例。甚至隣地雖屬低下。却有從其土地流水於高地之事。例如隣地有噴水之場合。是也。故於本條。不分土地之高低。而汎云隣地也。尙有宜注意者。所謂不得妨害從隣地自然流來之水者。乃指自然之水流而言。如雨水、泉水等。係天然落於隣地。又由隣地所出之水。不得妨害之。固也。若隣地因於人工而生之水。決不容受之。例如於隣地因人工設噴水。其他設人工之泉、池之場合。而其噴水或泉、池之水溢流時。固無承受之義務。其他由隣地撒布過量之水。亦同。

附錄 橫田學士物權法第二百八葉

低地之所有者。於高地之雨水。與其他自然流來之水。通過其地時。雖負承受之義務。然必要其水常自然流來者。故高地所有者。於其水流下於低地。不得施以人工。例如因疏通雨水、井泉之水。特設溝渠。流下其水於低地。高地所有者爲此種工事時。低地所有者。對之有主張異議之權利。

第二 水流因事變而於低地爲阻塞時。高地之所有者。得以自費爲其疏通。必要之工作。使高地之流水容易流下之義務。故因地震、洪水及其他不可避之事變。其水流爲泥砂木石等所阻塞。不得流通。而停滯於高地時。雖在高地所有者。有足大釀其損害之虞。而低地所有者。無以自己之費用。除却其障礙物之義務。惟高地所有者。以自己之費用。施工作於低地。以疏通其水流。低地所有者。不得禁止之而已。日本民法第二百十五條云。『水流因事變而阻塞於低地時。高地之所有者。得以自費爲其疏通必要之事。』是也。

附錄 橫田學士物權法第二百九葉

低地所有者。關於自然流來之水。僅負不作爲之義務。非使負疏通其水之作爲義務者。故低地所有者。因其所爲。妨害水之自然流下時。高地之所有者。對於低地所有者。有求排除妨害之權利。不待論也。若水流因地震、洪水。其他不可歸責於低地所有者之事變。而停滯於高地時。低地所有者。對之不負何等之責任。故

於此場合。高地所有者之權利。僅得以自費爲其疏通必要之工事。對於低地所有者。無求排除妨害之權利。但對於費用之負擔。有反對之慣習時。基其慣習。於低地之所有者。應負擔因疏通所需之費用。

(二) 工作物之破潰阻塞請求爲修繕又豫防之權

是有關係於水權之事。日本民法第二百十六條云。『因於甲地爲貯水、排水、又引水、所設之工作物之破潰、或阻塞、而損害及於乙地、又有及之之虞時、乙地之所有者、得使甲地之所有者、爲修繕、或疏通、又在必要時、得使爲豫防之工事。』依此規定、得分爲二。

第一 修繕之請求權 以貯水之例言之。如甲乙兩地相隣。甲地所有者。鑿池瀦水。以供耕作灌溉之用。乙地所有者。不能阻止之。固無論也。然或因雨澤浸淫之結果。至令池口破潰。則水橫溢及於乙地。於乙地頗不利益。乙地之所有者。可要求甲地之所有者。速爲修繕之。以排水之例言之。如甲地濱海、或河。乙地居其後。設甲於其疆界之隄防。不事修築。而任其破潰。則水患之來。甲地臨衝。當然蒙其損害。因之而及於乙地。

乙地之所有者。亦得要求甲地所有者修繕之。以引水之例言之。如甲地所有者。因耕作而謀灌溉之用。由遠處引水。入於其土地之內。經過乙地。於乙地無其損害時。乙地所有者。固不得阻止之。然或因有障礙物阻塞水道。水流橫溢。乙地因之蒙其損害。乙地所有者。亦得要求甲地所有者爲疏通之工事。是皆於工作物破潰。或阻塞。得有修繕（或疏通）之請求權也。

第二 豫防之請求權 以貯水之例言之。如甲地鑿池。雖未至破潰。然豫想一旦雨降。其池水恐至奔溢。有流入乙地之虞。乙地所有者。即得要求甲地所有者。別開水道。使水得於適當之方向流下。（如引入於河海）以排水之例言之。如甲地濱海。或河。雖其隄防未至破潰。然不甚堅固。或不無稍低之嫌。豫想水流暴漲時。必有決溢之患。而損害可及於乙地。乙地所有者。亦可以請求甲地所有者。豫施以改良之工事。而防其水患。以引水之例言之。如甲以竹筒引水。其質頗嫌脆弱。易致破潰。又或易於阻塞。可使生水流橫溢之結果。於乙地有將蒙損害之虞。乙地所有者。亦得要求易以他種之引水管。或使豫爲疏通。以防損害。（日本鄉村中多有以半剖之竹筒引水。而上不設

覆蓋者。因之砂塵堆積。易致阻塞。則水橫溢於平地之上。於將受損害時。皆得要求所有者。設一覆蓋。以豫防之。是皆於工作物尙未破潰。或阻塞時。欲防禍於未發。得有豫防之請求權也。

日本民法第二百十五條。乃就因事變而生障礙物之場合爲規定。第二百十六條。則就本來特設之工作物而生障礙物之場合爲規定者。而此權利。依於第九十八條及第九十九條之規定。得以占有之。訴行之。唯所有者不爲占有。亦得以普通之。訴行此權利耳。

關於修繕。疏通。及豫防工事之費用。往往因契約關係。及慣習。定之。夫爲是等之工事者。雖爲甲地所有者之利益。乙地所有者。亦同時受其利益。故日本慣習。往往由兩方分擔其費用。蓋第二百十六條之規定。爲極有益且公平之結果也。然是等之事。以因於地方之地勢。與其他之理由。不免生出與此規定相異之慣習。於有如此慣習之場合。無強打破其慣習。必使之依此規定之理由。故其慣習。倘於修繕。疏通。有不得爲之。或不得使爲之之時。則反於公益。決不得從其慣習。若僅就其費用之負擔。而依於第

二百六十條之場合。各自分擔其費用。甚至其費用之負擔。或全與第二百十六條之規定反對之場合。是決無關於公益者。若其慣習分明時。當然從其慣習。即於第二百五十五條之場合。亦與第二百十六條爲同一之理由。就其費用之負擔。法律一任其慣習。不爲干涉。日本民法第二百十七條云。『於前二條之場合。就費用之負擔。有別段之慣習時。從其慣習。』是其規定也。依此規定。則乙地所有者。既從慣習上。與甲地之所有者。分擔其費用。但於爲是等之工事。乙地所有者。僅得有請求權。不得於甲地上代爲之。因其地爲甲地所有者之目的物。乙地所有者。固不得侵及他人所有權之範圍。若僅請求使甲地所有者爲其工事。是當然爲乙地所有者權利之所在也。

(三) 防雨水注瀉之權

依第二百十四條之規定。落於隣地之雨水自然流來者。不得妨之。雖然。隣地之所有者。亦不得設屋根（與屋檐相當）及其他之工作物。使因之集雨水於一處。而注瀉其土地。例如甲乙相屋。甲之屋根甚高。且密接於乙屋。有雨水時。必注瀉於乙屋。固爲有害乙之疆界權。即甲屋與乙屋相距數尺。因甲爲斜面之屋根。又不設雨樋。（與溜筒

相當) 雨水即不能依直線落下。仍必注瀉於乙之地內。乙可要求甲於建築時。勿爲是等之構造。以豫防其患。防備之方法。最善者。莫若使甲多留餘地。然於甲之土地利用上。不免過加制限。惟有使甲之屋根。勿爲斜面之形。或設雨樋。引雨水至於平地。則甲地既不廢棄。乙地亦不至受其注瀉。誠雙方之便利也。日本民法第二百十八條云。『土地之所有者。不得設可使雨水直注瀉隣地之屋根。其他之工作物。』是其規定也。

附錄 橫田學士物權法第二百十二葉

土地之所有者。接於隣地之境界。而設家屋。其他之工作物。時。其家屋及工作物。必要構造可使落下雨水於自己之所有地內。若家屋。及工作物。有構造可使落下雨水於乙地之時。爲防雨水之直瀉於隣地。不可不爲相當之設備。蓋因雨水之直瀉。有毀損隣地之虞也。

第二百十六條。第二百十八條。皆規定隣地所有者。不得以其所爲。使以水流下於隣地之事。是無他。土地之所有者。以其所爲。使水流下於隣地。則侵害隣地之所有權。故於此場合。隣地之所有者。於其所有地得施防其水流下之工事。自然

對於侵害者有要求侵害行爲之停止，又損害賠償之權利。從此原則，所以生第二百零十六條第二百零十八條之結果也。

(四)關於水流之水路及幅員之權

廣義之水流。凡屬國有及市町村公有者，皆包含其中。茲所述者爲狹義之水流。即僅指私人所有者而言也。關於水流有二說。第一說謂水流地所有權之目的物僅在床地（即河底）而水流（即河面）不包含之。第二說謂水流地所有權之目的物包含二者而言。世之論者大率主張第一說。其說甚謬。第二說則ボワツソナード氏所倡。日本新民法採用之。觀各條有「水流地」之明文。可以知之矣。

水流有止水、流水之別。既爲流水，即當利用其性質。使之善爲流通。否則與流水之性質不合。惟是水流地之所有者得隨意變更其水流否乎。從理論上言。所有者隨意變更其所有物。當然屬其權利之範圍內。雖然。水流者。本自山而達於海。必得流行無滯。始能完其效用。故甲地之所有者。若得隨意變更其水流。則水流之他部分之所有者。往往因之失其固有之利益。或不免蒙不測之損失者。是甲地之所有者。行使自己之

權利。同時即害他土地所有者之權利。故法律不得已而設特別之規定。因而豫想。關於水流之權。有二場合。

第一 水流之兩岸異於所有者時（水流之全幅員又其一部屬於甲之所有。其對岸又他之一部屬於乙之所有之場合）。於此場合。又分爲二。

（一）例如甲地所有者兼有其水流所有權。於對岸則自岸以外。即屬於乙之所有。倘甲變更其水路。使水流直奔於乙岸。由水勢過激之結果。乙岸之所有地。將被衝損。又甲變更其幅員。於其水流（即河面）或變廣爲狹。即水流能自淺而深。倘乙岸之地形低下。亦恐有被侵害之虞也。

（二）例如甲乙各有其一岸。且中分其水流之所有權。依法律上論之。本可以傍甲岸者爲甲所有。傍乙岸者爲乙所有。然流水同源。法律上雖能區分。事實上究不能確定其水流之分量。往往一方變更。他方即受影響。倘甲利用其水流。開一水口。或以水管引至他處。同時乙因甲變更水路之結果。其所有部分之水流。立見減少。又或甲於其岸傍之原地。開出若干部分。以爲水流地。使水流加寬。乙亦受甲變更幅員之影響。水

流必因之更淺。又或甲於水流中之疆界線止，修築隄防時，乙亦有因甲之變更而蒙水流減少之損失也。

以上甲變更水流之行爲，皆有損乙之權利。苟非甲乙間自有特約時，法律上固不許甲得有此自由變更之權。日本民法第二百十九條第一項云：『溝渠其他水流地之所有者，對岸之土地屬於他人之所有時，不得變更其水路，又幅員。』是其規定也。

第二 水流之兩岸均屬於同一之所有者時（即水流地之兩岸全屬一人之所有者，且其兩岸之地亦歸其所有之場合）此類之所有者，關於水流之變更，似絕無他人關係之問題。故原則，其變更水流及全幅員，皆屬其自由。然甲乙兩岸固全屬於其所有者，而丙丁兩地居其水口之傍，又屬於他之所有者，有時因水流之變更，亦足生他人利害關係之結果。故當受一定之制限，即須於水口之下口，存其固有之形狀是也。若因變更其水路之遠近，及幅員之廣狹，並其水口而亦狹小之，則上流之水，壅滯難通，固有不利於丙之所有者（是假定丙地居水流之上口），同時下流之水，來源亦減，不得爲充分利用。又甚有傷害於丁地之所有者（是假定丁地居水流之下口）。

蓋水流之性質。以能流下爲効用。若使水流失其性質。即不能完其効用。故水流地所有者。於其所有之疆界內。雖得如意變更其水流。而其水口之廣狹。不可失其固有之形狀。否則他部分之所有者。不無失水流之利益。或被不測之損害。而以行使自己之權利。同時傷害他人之權利矣。因此之故。故於日本民法同條第二項云。『兩岸之土地。屬於水流地之所有者時。其所有者。得變水路及幅員。但於下口。要復自然之水路。』是其規定也。

以上於日本民法爲一般之規定。通用於無特別慣習之場合者也。若於慣習明爲相異之場合。寧可不依第二百十九條一項二項之規定。而從其慣習。故於同條第三項云。『有異乎前二項之規定之慣習時。則從其慣習。』是也。

附錄 橫田學士物權法第二百十二葉至第二百十四葉

日本舊民法。關於水流地所有者之權利。設數多之規定。而新民法於此等之規定中。僅存第二百十九條之規定。他悉削除之。是不僅因關於水之使用。設一般之原則。頗爲困難。且日本之慣習。各地亦甚歧異。因於此點。總不如任學理上之

解釋爲適當也。然當解釋第二百十九條之規定。於水流之性質。有一言之必要。從學理上言。土地所有者。若係有從其土地湧出水流之所有者。是爲水源地之所有者。則從其意之所欲。於所有地內。有使用、收益、處分、水流之權。不待論矣。然水流一旦從其土地之境域。流出於他之土地時。水源地之所有者。於其水流地之上。不有何等之權利。而其水源。雖有發源於自己境域內之理由。然不得妨他人使用之。蓋水源地所發之水流。從於自然之法則。漸次下流於低地。與從他之水源地之水流相合。通過異於所有者之數個土地。而投至於河海者也。於是分離其水源地後。同時成一無主之狀態。則關於水流。有定水流通過土地所有者之權利之必要。是無他。水流從於自然之法則。求其通路。確定其流域。則位於其流域之土地所有者。無論誰何。皆有利用其水流之權利者也。換言之。土地所有者。因附隨其土地所有權之權能之一。沿於其土地。又通過其土地。所流自然之水流。有使用之權。位於上流之土地所有者。於地勢上。有先於下流之土地所有者。利用其水流之權利者也。然水流地之所有者。當於利用水流時。地勢上。得

用其水流。不得害下流所有者之利益。民法第二百十九條之規定。即從此原則而生之結果。而同條即區別水流兩岸。爲同一之所有者與否。即關於水流定水流地所有者之權利也。

(五)使水通過之權

此從表面上觀之。似與第一種之流水權相同。何以特區別之爲一種乎。蓋第一種之流水權者。僅指自然流下之雨水。茲所謂使水通過之權者。乃指以人工使之通過之水。故兩者實有區別也。以理論言之。高地之所有者。其土地自然之水。得使流下於低地。然不得故以人工使之流下。是土地所有者。本不得有使水通過他人所有地之權利。然於事實上殊多窒礙。故法律特許於制限之範圍內。得有此權利。其制限範圍如何。

第一 爲使乾其濕水地。又排泄家用或農工業用之餘水之必要時。所謂使乾其濕地者何。即於土地被浸水之害之場合。使之乾燥。是也。例如甲爲高地。乙爲低地。甲地本爲濕地。不接於公路或公流。若不施相當之工事。使其水流下於低地。則高地之

經濟及衛生上，有陷於甚不利益之狀態。故得以引水管及其他之排泄器，使水通過乙之低地，而後達於公路或公流也。（公流雖多爲公路，然不通舟楫者，決難言公路。故別言公流。）此特指天然之積水而言也。至所謂排泄家用，或農工業用之餘水者，何。以家用言，如日常家屋中之用水，又沐浴用，漸米用，洗濯用，等之污水，於應排泄之必要上，若不得使之流下於低地，殆不能謀其生活。故可適用使水通過之權。俾得由低地達於公路或公流也。以農工業言，於農業上，如田水，及對於水車，與其他用水力之機械等，所使用之水，於工業上，如洗濯業，及色染業，繅絲業，等，所使用之水，若不得使之流下於低地，亦殆不能爲其營業。故於排泄之必要時，亦得適用使水通過之權。俾得由低地以達於公路或公流也。又若公地，公流，雖與高地相接，却高出於高地之上。則其地形更高，於疎水之勢不順。惟有向下排泄，以達於他之公路或公流。倘他人所有之低地介在其間，亦得有使水通過之權也。以上所述，皆關於高地不直接於他之公路或公流之場合。得有使水通過低地之權。即在有下水道之場合，亦同。例如高地不直接於下水道，必經過低地而後得達，亦不妨適用此權利也。

第二 於水道之敷設，不使生有害於低地所有者之結果時。如以上所述，使水通

過權，專爲保護高地所有者之利益而設。同時爲低地所有者計其利益，以使其少受損害爲必要。蓋高地所有者爲排水而設水道於低地，本侵害低地所有者之權利，特爲經濟上、衛生上之必要，不得已而付與此權利於高地所有者，故其權利之行使時，務要不使生有害於低地所有者之結果。故就其場所及方法，要附以一定之制限。此與第二百十一條通行權有同一之理由者。言其場所，例如家屋之牀下（即地層板下）庭園之中央等，須力避之。而選田畑及其他離於住宅，且不害邸宅之裝飾者。言其方法，例如設置陰溝等是也。關於是等之規定，於日本民法二百二十條云：『高地之所有者，爲乾濕水地，又爲排泄家用，或農工業用之餘水，至公路、公流，又下水道，得使水通過於低地，但場所及方法，要爲低地選其損害最少者。』

依第二百十條之規定，低地所有者，仍不免少受損害，故法律又爲設相當之保護，即付與以得使用高地所設之工作物之權利也。例如高地爲使水之通過，在低地特設一溝，低地之所有者，亦得利用之。蓋此種工作物，一人使用之，與二人使用之，決不加

損。而在高地既不關痛癢。在低地亦多得利益。故法律所以許其得爲共用。即以調和高地低地間所有者之權利關係也。反之。低地所有者所設之工作物。高地所有者因使水通過。亦得有使用之之權。此自高地所有者觀之。可省去設置同一工作物之勞。誠已受非常之利益。即自低地所有者觀之。可不必以自地有用之土地之一部。供給高地設置工作物。亦爲比較的少受損害。要之。法律上爲此規定者。不外基於經濟上之理由而已。至其設置及保存之費用。常由使用此工作物者分擔之。是爲原則。其負擔額之輕重。亦當依所受利益額之多少。而決定之。日本民法第二百二十一條第一項云。『土地之所有者。爲使通過其所有地之水。得使用高地。又低地之所有者。所設之工作物。』第二項云。『於前條之場合。使用他人之工作物者。要應其所受利益之割合。分擔工作物設置及保存之費用。』是也。

如右所述。是單就甲乙二地之場合（即甲地所有者之餘水通過乙地之場合）而論之。至於甲、乙、丙、丁等。數多之土地。互成高低之場合。甲地所有者。亦得使用乙地所有者之丙地、丁地等。所設之工作物。其理由亦同。

(六) 設堰之權

此亦有關於水流之權利者。而設堰權之行使。有二場合。

第一 水流地全部之所有者於有設堰之必要時。例如甲岸所有者兼有水流地全部之所有權。其對岸則屬乙之所有。甲欲利用其水流。導之而入於自己所有之地內。是有設堰之必要。特不得不附着於對岸。而對岸又屬於他人。自理論上言。是有侵害他人之權利。非得其人之承諾。不得設堰而附着之。然或因其人不承諾。遂至不得爲是等之施設。即至不能充分達其利用水流之目的。經濟上所最不利益者也。故法律上付與甲以設堰權。乙之承諾與否。可勿問之。此專爲保護甲之利益。不得已遂害乙之所有權。故法律上又使甲對於乙。應於其損害而負賠償之義務。日本民法第二百二十二條第一項云。『水流地之所有者。有設堰之需要時。得使其堰附着於對岸。但對於因此所生之損害。要拂償金。』

第二 水流地之一部屬於對岸之所有者。亦有設堰之必要時。如上所述。甲爲水流地全部之所有者之場合。乙不得使用其水。自不待言。若乙亦有其水流地之一部

之場合。即有可以利用之權利。同時或至生設堰之必要。倘再於水流中。設與甲同樣之堰。是徒多一種無益之費用。於經濟上甚不利益。且有時再無適當之場所。足容乙添設一堰者。故法律使乙得使用甲堰。至爲便利。此與日本民法第二百二十一條。同出於經濟上之理由也。故關於費用之負擔之規定。亦準用之。同條第二項云。『對岸之所有者。水流地之一部。屬其所有時。得使用右堰。但依前條之規定。要分擔費用。』

(丁) 疆界權

關於疆界權。可分爲三。(一)經界權。(二)圍障權。(三)互有權。

(一) 經界權

異於所有者之二個土地隣接時。各所有者。關於其土地之疆界。自表面上言之。似可一見瞭然。實則易相混淆。而致紛議之叢生。法律欲豫防之。必要明定經界權 (Bornage) 故於相隣者。使各標示其土地之疆界。而立一界標 (Bornage) 者。即標示其疆界之物也。其種類不一。或以石。或以木。或以樹 (自然者樹。加工者木) 或以圍障 (牆壁) 或以溝渠。凡一見可以認識兩地疆界之物。皆可爲之。故不限定界標之種

類得基於地方之慣習及相互之利益。隨意定其界標之物。蓋界標之設置。所以豫防疆界之爭議者。因而生出雙方之關係。倘任單方自由設立。不得相手方之承諾時。終不免於爭議之結果。故法律必使其共同設置。而其費用。亦即分擔之。第此費用。不僅指設置時而言。即其後保存之一切費用。亦須平均負擔。因界標爲相隣者相互之利益。故同時即爲相互之義務也。但在設立界標時。於確定兩地之疆界。往往生測量土地形狀及坪數等之必要。關於此等之費用。可不依平均分擔之原則。自宜應各所有者之土地之廣狹。以定其負擔額之差也。日本民法第二百二十三條云。『土地之所有者。與隣地之所有者。得以共同之費用。設足以標示疆界之物。』同法第二百二十四條云。『界標之設置及保存費用。相隣者平分而負擔之。但測量之費用。應其土地之廣狹分擔之。』

參攷 民法要義第二卷物權編第二百一十一葉

經界者。所以明兩地之區域。定兩地平生所有權之範圍。且預防後日之爭議。而爲必要者也。故於西洋。古來以經界權爲關於土地所有者之一大要義。

(二) 圍障權

圍障權(Droit de clôture)之圍障與經界權中所述之圍障不同。蓋彼之圍障其目的僅在標示。此之圍障其目的全在實用。其效用各別。故圍障權亦爲疆界權之一種也。圍障之效用如何。其一。爲使外人不得窺視家屋內之情況。其二。爲與外界有別。可禁止他人之侵入。例如甲乙兩家相隣。不設圍障。則彼此皆得相窺。多感不便。又於不設圍障之時。或致令他人得侵入土地權利之範圍內。且無以預防盜難之虞。故爲生活及對於他人而保護其土地之必要上。不能不於其土地之周圍設置圍障。既足以明其限界。同時又獲住居之安寧。此法律所以認有圍障權也。至其設置及保存之費用。因圍障多爲雙方相互之利益。故當以平分負擔爲斷。而其材料及高低。先由當事者之協議。至不調時。乃使就法定之範圍。倘當事者有別段之意見。更爲良好之設備。苟能自擔費用。亦不爲法律所禁。以上爲一般原則。於無反對之慣習時。得適用之。日本民法自第二百二十五條。至第二百二十八條。是其規定。於第二百二十五條第一項云。『二棟之建物。異其所有者。且其間有空地時。各所有者與他之所有者。得以

共用費用。設圍障於其疆界。』第二項云『當事者之協議不調時。前項之圍障。要爲板屏、或竹垣、而高爲六尺者。』第二百二十六條云。『圍障之設備、及保存、費用、相隣者平分負擔之。』第二百二十七條云。『相隣者之一人、得用比第二百五條第二項所定之材料良好者、或增高、而設圍障。但要負擔因此所生費用之增額。』第二百二十八條云。『有異於前三項規定之慣習時。則從其慣習。』

參攷 民法要義第二卷物權編第二百二十三葉至第二百二十七葉

(第二百二十五條)自本條以下至第二百二十八條。皆關於圍障權之規定也。夫圍障權者。爲邸宅之安全。與家內之情況。從他處不能窺視。及因其他之理由。爲必要。故甲乙兩人之家屋。其他之建物。除全行接着之場合外。各所有者於疆界線上設圍障。得使他之所有者分擔其費用。雖然圍障有土屏、有板屏、有竹垣、有生垣。又其高之度限。有高低之別。而其間費用之差。即因之顯異。故若各所有者得從心之所欲。用如何之材料。及設如何高之圍障。其費用又得使隣人分擔之。是踰越隣地間必要之畛域。單從所有者一方之嗜好。至使他人不幸而負擔

多額之費用。蓋此費用在他人視之甚爲不必要者也。故於本條專委之於當事者間之協議。若協議不調時其材料則以板屏或竹垣爲之。其高則要及於六尺。而於板屏與竹垣兩者任受請求之所有者得選其一。蓋法律無論板屏與竹垣皆可。故受請求之所有者但擇其一即可謂已盡法律上之義務者。據本條第二項之規定。隣人不協議所設圍障之費用不能使隣人分擔之。必應自辨其全部也。

(第二百二十六條)本條定關於圍障權分擔費用之割合(即費用之率)者也。而圍障亦與界標同。(圍障亦爲界標。惟界標不必要圍障。有可標示疆界之物足矣。)兩地又兩建物之所有者應各各平等受利益。故應平分而分擔其費用。固自當然也。

(第二百二十七條)依於第二百二十五條之規定。若當事者協議不調時。則圍障要板屏或竹屏。其高爲六尺者。是無他。於普通之場合。認此爲已足也。雖然。依當事者之身分。建物之構造等。有以板或竹之材料與六尺之高之圍障。尙有不

足者。例如貴顯紳士。必要土屏。或石屏。而其高達於丈餘者。又因建造二階之家屋。其圍障之高。非特高於尋常者。殆無設圍障之効。於是等之場合。依當事者一方之需要。特設高價之圍障。而使隣人分擔其費用。固自不當。亦爲法律之所不許。雖然。若有其需要之當事者。負擔其費用之增加額。於他之一方。終無所妨。故於本條。許當事者之一方。以用比第二百二十五條第二項所定之材料良好者。又增高。而設其圍障之權。唯因於用此材料。及其增高。所生費用之增加額。總於其當事者負擔之。故於此場合。則隣人負擔第二百二十五條第二項所定圍障費用之半分。此外皆其當事者應爲負擔之。

(第二百二十八條)前三條所定之圍障權。爲謀便益而設者也。雖然。於經界權通行權等。於無此等之圍障。不可謂爲害公益者。故若地方之慣習。有明不認圍障權時。則可依其慣習。況就於圍障之材料。與其高之度限。及費用負擔之義務等。有異於前三條之慣習者。亦可從其慣習。是所以有本條之規定也。

(三) 互有權

界標圍障等物。皆法律上強制其執行。倘設立在數十年之前。日受相隣者間之使用。竟不辨其係何人所有。至互有爭議時。法律非設有一定之推定。實際上殊難證明其所有權之何屬。因而相隣者間之爭論不絕。非所以保公共之安寧也。法律故爲之規定。限於無反對之證據。皆推定爲相隣者之共有。即學者所稱爲互有權（Mitoyenne-
可）者是也。西洋各國。大都設此規定。日本亦倣各國立法例。而認互有權極爲適當。蓋自民法施行以前。界標等物。是否由公共設置。雖不得而知。民法施行後。往往由一方強請他方爲相互之建設。從未有由一方單獨爲之者。故此推定。最合乎事實。且界標爲標明兩地之區域。此必在疆界綫上無疑。即如圍障、墻壁、溝渠、等。爲供兩家之利用。亦恒存乎疆界綫之上。此即單就地形論之。當可斷定爲互有之物。實可謂理之當然也。日本民法第二百二十九條云。『設於疆界綫上之界標、障圍、墻壁、及溝渠、等。推定屬於相隣者之共有。』是其規定也。

於互有權之共有物。亦適用一般共有物之規定。惟關於自由分割之規定。不適用之。觀於日本民法第二百五十七條云。『前條之規定所揭於第二百八條及第二百二

十九條之共有物。不適用之。』是可見也。

第二百二十九條。爲一般之規定。乃預想普通之場合而設者。故因特別之事情。限於屬於相隣者之共有。不分明之物。不適用之。故關於牆壁之互有權。尙認有一二之例外。

第一 疆界綫上之牆壁。爲一方建物之部分之場合。於此場合。其建物爲供一方之用。甚屬分明。故此牆壁。僅屬於其建物之所有者。固自當然也。或曰。依日本民法第二百零三十四條之規定。則築造建物。必自疆界綫存一尺五寸以上之距離。故疆界綫上之牆壁。爲一方建物之部分。似不得有之事也。抑知不然。蓋因有三種理由。可得有之。其一。第二百零三十四條。因第二百零三十六條。容反對慣習之規定。故若有反對之慣習時。不在適用之之限。其二。得隣人之承諾。必不要依於第二百零三十四條之規定。其三。於雙方之土地。當初屬於同一之所有者。其後分割之。而讓渡於他人之場合。不無以牆壁爲疆界綫者。基於此三種之理由。故於日本民法第二百零三十條第一項云。『疆界之牆壁。成一棟之建物之部分者。不適用前條之規定。』

第二 於雙方之建物接着而一方之建物比他之建物尤高之場合。於是等之建物。其牆壁之高。因可隨其建物之高。爲同一之度限。而其牆壁高出之部分。僅爲一方建物之用。不屬於雙方之共有。殆無容疑。故其高出之部分。屬於高建物之所有者。若其爲雙方建物所用之部分。尙屬於雙方共有。此其理由如何。蓋於此場合。法律推定其牆壁。訖於低建物之限度而止者。係當初以共同之費用造成。其後他之建物之所有者。從而加高其部分耳。否則當初依雙方之協議。於其牆壁爲雙方共用之部分。以共同之費用造之。同時於加高之部分。以一方之費用造之者。是固可謂得其當也。基於此理由。故於同條第二項云。『介乎高低不同之二棟建物之牆壁。其踰於低建物之部分。亦同。但防火牆壁。不在此限。』夫防火牆壁。所以難爲同一之規定者。無他。防火牆壁。若不比多少之屋根尤爲高聳。殆難爲其效用。故即令於雙方之建物。有高低不同時。然其防火牆壁。不得不直視爲以雙方之共同費用造之者。是以有第二項但書之規定也。

雖然。相隣者之一人。從自己之需要。得增高其現時共有之牆壁否乎。夫共有物。凡共

有者皆有使用之之權利。日本民法第二百四十九條之規定如此。而增高共有之牆壁。即加以變更者也。故據二百五十一條。則得他共有者之同意。相隣者之一人。可得爲增高之事。苟不害隣人之利益以上。以許之爲便。故於法律。規定相隣者之一人。有增高共有牆壁之權利。惟增高時。往往致弱其耐力。因而有害隣人利益之虞。故若其牆壁不耐此工事時。則以自費。或加必要之工作。或須全改築其牆壁。日本民法第二百三十一條第一項云。『相隣者之一人。得增高共有之牆壁。但其牆壁不耐此工事時。要以自費加工作。或改築其牆壁。』

惟是其所增築之牆壁。係以一人之費用造之。故以其部分爲限。屬於出其費用者之專有。自不俟論。特於日本民法。因已有第二百二十九條之規定。法律上亦不能不特明言之。故於同條第二項云。『依前項之規定。牆壁增高之部分。屬於爲其工事者之專有。』

如上所述。於日本民法第二百三十一條所規定之場合。本爲謀相隣者一人之便益而設者。若因之有害於他人。是厚於一方之保護。而薄於他之一方之保護。故於隣人

因之而受損之時。則自增高牆壁者對之。須支拂償金。例如因改築其牆壁。隣人接於其牆壁之屋。一時不得使用。因而受損害。或爲施其工事。因喧囂而加妨害於隣人之營業。是也。故日本民法第二百三十二條規定之云。『於前項之場合。隣人受損害時。得請求其償金。』

(戊)關於竹木之權

土地所有者。不得踰越境界而種植竹木。特於在自己所有地範圍內。得完全行使其權利。故得自由種植竹木。但因此侵害隣地之所有權。亦當受多少之制限。其制限如何。

第一 關於竹木之枝之權 土地所有者。於自己疆界內種植竹木。至發達後。其枝葉蔓延。乃踰越疆界線而侵入隣地。從日本民法第二百八條之明文。隣地所有權之範圍。上可至天際。今其枝葉既占隣地之空間。是爲侵害隣地之所有權無疑。隣地之所有權者。得有請求竹木所有者剪除之之權。

第二 關於竹木之根之權 竹木所有者。於其竹木之根。蜿蜒侵入隣地時。亦從日

本民法第二百八條之規定。隣人之所有權。下可達於地心。亦爲侵其所有權之範圍。隣地所有者。並不待爲請求。即有自行截取之權。

根與枝之間。所以設如是之區別者。無他。以價格上言之。則枝恆爲貴。（於果樹成熟時。尤有然者。）而根恆爲賤。且欲剪除其枝。非立入竹木所有者之土地不可。反之。而欲截取其根。即可在自己之所有地行之。故一須請求。一不須請求也。日本民法第二百三十三條第一項云。『隣地之竹木之枝。踰於疆界線時。得使竹木之所有者。剪除其枝。』第二項云。『隣地之竹木之根。踰越疆界線時。得截取之。』

附錄 橫田學士物權法第二百三十葉第二三十一葉

關於竹木之權。立法例至不一定。（一）以爲相隣者。有自截取根枝之權。（二）以爲相隣者。原有對於竹木所有者得請求截取之權。（三）以爲竹木所有者受截取之請求。後不應之之時。相隣者得自截取之。（四）以爲竹木之枝。得要求其所有者。截取其根。則相隣者可自剪除之。日本新民法。即採第四主義。

竹木之枝。因相隣者僅有請求剪除之權。竹木之所有者。不應其請求時。可生出

訴於裁判所之必要。然爲細事而煩訴訟之手續。實際上頗屬不便。而相隣者定相當之期間爲催告後。無其效時。得自截取之。可信爲適當也。

(己)關於建物之權

關於建物之權。乃基於相隣者相互之利益而設之制限。蓋相隣者於自己之疆界線內。任意築造建物。不復留其餘地。自理論上言之。固無不可。然果如是。則其建築之工。事。易致間接侵害隣地之所有權。例如甲乙兩地相隣。雙方間初未設如何之建物。相隣者之甲。先爲建物時。若直接於邊界。固可利用乙地而爲外圍之粉飾。至其後乙爲同一之建物。因已與甲建物附着。不得粉飾其外圍。甚至不得爲其築造。因而欲存多少之距離。至不能不殘留其餘地。方能完其工作。此乙受甲建物之障礙。至不能充分利用其土地。頗生不公平之結果。故法律上特爲之規定。爲應甲乙將來使用之必要。上使之留相當之餘地。而存一定之距離。然因於此。而境界之兩側。相隣者不可得而利用之。使存爲空地。經濟上頗有不利。故其距離。必要縮少之。故於通常兩建物間之使用地。以存有三尺爲已足。則令甲乙兩地。各餘其半（即一尺五寸）所謂法定距離。

也。此距離之起算點。法律並未明定。自解釋上論之。必自兩地間之疆界線起。達於建物之邊線止。各存一尺五寸。足矣。日本民法第二百三十四條第一項云『築造建物。要自疆界線存一尺五寸之距離。』

因以上之原則而生之結果。則築造建物者。不得違法定之距離。倘違此距離而爲建物。隣地之所有者。則請求其變更。於必要之場合。則求其廢止。雖然。自純理言之。隣地之所有者。無論何時。得爲變更。廢止之請求。原則如此。但亦有例外。蓋自建築開始。已經過一年。或在落成之後。若亦許爲變更。或廢止之請求。必致招毀損建物之結果。於經濟上亦甚爲不利。故法律僅與以損害賠償之請求權也。日本民法同條第二項云。『有將違前項之規定而爲建物者。隣地之所有者。得使變更其建築。或廢止之。但自建築着手之時。經過一年。又竣成之後。僅得爲損害賠償之請求。』

或曰。於日本民法第二百三十四條之規定。得勿與第二百一條相重複乎。曰不然。第二百零一條。僅爲保護占有之規定耳。若無本條第二項之規定。則以所有者爲占有者。不得不從第二百零一條占有之訴權。經過一年之期間後。即不得爲如何之請求。而本

條第二項之規定。關於使建築物之變更及廢止之權利。固受期間之制限。而損害賠償之請求權。於未罹時效以前。皆得隨時行使也。

以上所述。立法者乃酌於普通之事實。而認爲最適當者。雖然。於特別之場合。如上述之制限。反於相隣者有不利益時。如市街之地。所有者務爲利用土地之全部。於必要上。不欲存一隙之棄地。亦事實上所恆見者。故無以法律之力強變更之之必要。其有反對之慣習。關於建物相隣者之關係。亦可從其慣習。於日本民法第二百三十六條之規定（條文見後）是也。

(庚) 觀望權

觀望權之名詞。本未適當。特已成通用語。故茲亦沿之。所謂觀望權者。自表面觀之。似許其有觀望之權。而其內容。實爲關於觀望權之制限。故觀望權者。乃自他方制限其觀望之權也。蓋土地所有者。於其所有地內。築造建物時。爲便於觀望。雖有任意設窓。又椽側之權。然其所有地隣接於他人所有之地時。因此權利之行使。生害隣地所有者安寧之結果。例如自甲屋之窓。又椽側。觀望乙屋。得盡見其內容。乙即被觀望者。必

生不愉快之感。是以法律爲相鄰者相互之利益。於此權利之行使。必要設一定之制限。而其制限。固爲被觀望者一方。保護其住居之安寧。同時於有觀望權者一方建設之權利上。須使其少受損害。方與法律上公平制限之精神相合。故較量雙方之利害。加以相當之制限。須具四個條件。其一。必要雙方皆爲宅地。如一爲田畑山林。則不受觀望之制限。其二。須在設窓或椽側之場合。如通空氣之穴。不得加以制限。果使故意觀望。任以種種方法皆得爲之。如鑿壁穿穴。甚或於隔離遙遠之地。探以最良之測遠鏡。亦屬可能。此乃道德上之問題。非法律所能防閑周密。蓋法律不過於不知不覺中。最易觀望之點。爲必要之制限而已。其三。須從疆界綫未滿三尺之距離內。方可適用。若在三尺以外。雖設窓或椽側。任意觀望。毫不受其制限。其四。要附以目隱。以上三條件具備。亦非禁止其設窓或椽側。僅使附以目隱。目隱所以蔽目之物也。其材料不由法律限定。慣習上以木版掩於窓或椽側之前者爲多。日本民法第二百三十五條第一項云。『於自疆界綫三尺未滿之距離。而設可觀望他人之宅地之窓或椽側者。要附以目隱。』

三尺距離之測算法。即以自窓或椽側最近鄰地之點爲基點。由此點至於疆界綫成一直角綫。然後就此綫以測其遠近。如未滿三尺。則須附以目隱。過此則否。大抵在直角上之對點。且又未滿三尺者。皆爲自然可觀望之處。故法律僅限於此必要之範圍內。乃稍加制限耳。日本民法同條第二項云。『前項之距離。自窓或椽側最近於鄰地之點。至疆界綫。以直角綫測算之。』

關於觀望權之制限。如上所述。不過爲一般之原則。於無特別慣習時適用之。若有特別之慣習。則從其慣習。日本民法第二百三十六條云。『有異乎前二條之規定之慣習時。則從其慣習。』

(辛)關於有害工事之權

土地之所有者。於疆界綫之近傍。關於地面。又地中。施工事之場合。往往有損害及於鄰地之虞。故立法者有見於此。使爲是等之工事者。自疆界綫起。與其工作物間。要爲相當之距離。然依於工事之種類而不一。

第一 於穿井戶用水溜下水溜肥料溜須自疆界綫存六尺以上之距離。蓋是等

之工事。皆所以崩壞土地。或因水分之漏洩。其濕氣可及於近傍。隣地因之而受損害之危險殊多。故其所存之距離。自較於他之工事爲多也。

第二 於穿池、地窖、厠坑等。須自疆界綫存三尺以上之距離。穿池、含塗池、養魚池等。地窖、含穴藏室等。凡於無水之處開掘一窖皆是。其效用不一。（日本普通於庫內設一地窖以藏食物等。）蓋是等之工事。無論因土之崩壞。與水分之漏洩。皆足以生損害及於隣地之虞。惟比第一之危險較少。故其距離亦減半也。

第三 於埋水樋。又穿溝渠。須自疆界存其深之半以上之距離。水樋即傳水器。以木或鐵爲之。其制不一。蓋爲是等之工事。因而生土地崩壞及漏水之危險者。因其深之程度不同。而危險之程度亦不同。故立法者不依第一第二之場合。使爲一定之距離。惟其距離達於其深之半以上時。認爲無危險者。但是等之工事。比第一第二之工事危險較少。故無論其深踰於六尺之場合。其距離亦不要其踰於三尺。（溝渠之深。無可疑者。惟水樋之深如何乎。則須自地面至水樋之下部爲測量也。）

關於以上之規定。日本民法第二百三十七條一項云。『於穿井戶。用水溜。下水溜。或

肥料溜、要自疆界線存六尺以上之距離。於穿池、地窖、或厠坑、要存三尺以上之距離。『第二項云。』於埋水櫃、或穿溝渠、要自疆界綫存其深之半以上之距離。但不要踰三尺。』

雖然。僅依於法定之距離。尙不得爲盡其義務。故法律猶以爲未足防隣地之侵害。又使之當爲工事時。設種種必要之設備。於應設備之範圍內。隣地所有者。可以有請求權。是法律所付與者也。日本民法第二百三十八條云。『於疆界綫之近傍。爲前條之工事時。爲防土砂之崩壞、或水及污液之滲漏、要爲必要之注意。』此規定爲僅於疆界綫之近傍。而施是等工事之場合。可適用者。若隔疆界綫甚遠之處而爲之之時。必不要依本條之規定。則以若干尺之距離以內。爲近傍乎。是爲事實問題。一任裁判官之認定。例如穿井戶在七八尺之距離。尙可謂之近傍。及於一丈。乃至二丈時。決不可認爲近傍之類。是也。

第二款 所有權之取得

關於權利取得之原因甚多。有爲一般權利取得之共通之原因者。已於總則中詳之。

有爲物權取得之共通原因者。亦於物權總論中詳言之。茲所論者。乃僅關於所有權取得之特別原因也。例如法律行爲中可爲取得原因者。以契約遺言爲多。此固可爲所有權取得之原因。同時又爲他物權及其他各種權利取得之原因。又如時効占有分割相續。雖各可爲所有權取得之原因。同時亦爲他物權取得之原因。故皆非所有權取得之特別原因也。關於所有權取得之特別原因有五。第一先占。第二遺失物之拾得。第三埋藏物之發見。第四添附。第五法律其他之規定。

右之五種原因。如第五種。凡不能包含於前四種之中者。皆歸屬之。然徵諸法律上之規定。實居少數。故先就此種而說明之。如無主之不動產。屬於國庫所有之場合。是也。蓋所有者死亡。其不動產無人承繼。即依於日本民法第二百三十九條之規定。（條文見後）應歸國庫所有。此由國家所定之法律取得其所有權。故爲所有權取得之特別原因也。

尙有宜注意者。法文中。有似爲所有權取得之特別原因。而實非爲特別原因者。茲舉例以證明之一。關於土地收用。似屬所有權取得之特別原因。然依日本土地收用法

第七條「本法之規定。於關於水權之使用之權利。及關於其他土地所有以外之權利。收用。又使用之場合。準用之。」之規定。則他之權利取得。亦可適用。即不謂爲特別原因也。二、關於狹義共有中取得所有權之原因。就日本民法第二百五十二條第二項及第二百五十五條（條文均詳共有中）之規定論之。亦似專屬所有權取得之原因。然關於他之權利。亦可適用此規定。故又不得謂爲特則原因也。以下再就前四種原因逐次就明之。

第一 先占

先占（Occupatio, occupation, Zu-oder Aneignung）者。最先占有無所有者之物之謂也。例如漁者捕魚於河海。魚之所有。並未歸屬於何人。設有最先捕得之者。即可先占爲其所有。又如獵者狩獵於山中。山中之鳥獸。本皆爲無所有之物。設有最先以銃取得之者。亦可以先占取得其所有權。蓋漁獵者專以漁獵爲生業。即不外以先占方法爲生業也。又如一物本有所有權者。因其拋棄所有權。而他人第一次占有其物者。可取得所有權。因亦爲先占故也。關於此種先占。有以之爲生業者。如日本層拾商。

即以最先拾取他人已拋棄之紙類。而取得其所有權者。

以上所舉三例。皆爲動產。即可適用先占規定。而取得其所有權。至不動產。則不適用先占規定。其結果當然歸之國庫也。日本民法第二百三十九條第一項云。『無主之動產。因以所有之意思占有之。而取得其所有權。』第二項云。『無主之不動產。屬於國庫之所有。』第一項之規定。所謂所有權取得最天然之方法也。古來一切之財產。大抵皆因先占而取得其所有權。至於今日。除捕魚、狩獵之外。殆無有適用之者。而捕魚、狩獵等。亦大受行政法令之制限。不得自由爲之矣。至於必要所有之意思。法文特規定此旨者何。無他。所謂先占者。以人類欲因使物從於自己之權力。而於其上取得權利。故非有所有之意思。不得取得所有權。固當然也。

關於動產之所有權。得以先占方法而取得之理由。若以社會學、哲學、研究之。其問題頗難解決。若以普通人類之生活及經濟之情況論之。則以先占爲取得之方法。最爲適當。故無論如何幼稚之法律。與近今西洋權利最發達之國。亦皆認之。殆爲世界各國共通之法則矣。茲言其理由。可分爲二。

一、凡有性之物。必須就其性而增進之、保全之。方得爲充分之發達。人類初生。雖有生命。皆甚幼稚。欲其形體日就發育。而又增長其智識。遂生食物上及其他種種之需要。動植物者。能充此等之需要者也。則吾人取而利用之。以達生存之目的。自然之理也。

二、同在人類社會之中。宜互相親愛。不宜互相殘害。而後可望社會之發達。然對於人類以外之動植物。不必存此觀念。凡有利於吾人者。即殘害之。殆無不可。由此立論。則吾人對於動植物。皆有取得之權利。如鳥獸、魚、介及其他之天然物。本爲無所有者之物。爲充吾人食料上之需要。皆得以先占方法取得。尤須在法律上明認其所有權。方足達利用之目的。否則取得之後。仍難免他人之侵奪。於先占者之生活上。即生損害。非但與取得動植物之目的不合。且將因此釀大紛爭。甚不當也。

基於右之二理由。是以對於動產。不能不認先占取得所有權也。

至關於不動產。能否以先占取得之乎。此問題得以國之開化。與未開化。解決之。大抵未開化之國。地廣人稀。其住民皆得選擇良好之土地。從事開墾。因其富於無主之不動產。不足見與動產區別之必要。故皆以先占取得。亦不至生爭奪之結果。蓋在古代

社會則然。固無足怪也。近今社會文明日進。有數之土地。殆皆爲人民間所分配。故無主之不動產。爲數極移。設亦適用先占爲取得。必因之惹起爭鬪。有害於社會之安寧秩序也。茲以動產不動產比較之。得二理由。

一、凡動產皆可隨地移轉。故先占後即能存置於安全之地。而爲善良之保護。使人不得侵奪之。不動產則異是。既不能爲實體之移轉。即難爲安全之存置。故以少數人守護之。仍不免被侵奪於他人。若以多數人爲防禦。又於生活上大不利益。故不動產不能爲現實之占有。足以見先占取得之困難矣。

二、動產中如鳥獸魚介之類。皆易蕃殖。甲以先占方法取得之。乙亦可以同一方法。取得同種或異類之物。蓋取之不盡。用之不竭。決不至因此而生爭。反之爲不動產。無論如何之國家。其土地不能增加於其所固有。故既有制限。則甲以先占取得爲其所有。乙羨其所有。未必能以先占取得。其結果必至訴諸腕力而奪取之。且謂已爲先占者。甲乙間孰爲真正先占者。往往難於證明。竟至以腕力報腕力。其爭端不知何所底止矣。

因以上最强有力之二個理由。故近時文明國之法律。關於無主之不動產。皆不認先占規定。而盡歸諸國庫所有。雖不得使人民直接利用其土地。尙可間接爲人民謀其利益。蓋即以土地爲國之基礎。無主之不動產。務使之盡屬於國庫。更自國庫轉擇適當之人而付與之。使得從事於開墾及其他之事業。則大有裨益於社會上之經濟。此又可謂附屬之理由矣。

第二 遺失物之拾得

遺失物者。非因占有者有拋棄權利之意思。又非因他人之奪取而偶然失其所占有之動產之謂也。關於遺失物之例甚多。而欲明其爲遺失物與否。必先要具備二個條件。一、非出於本人拋棄之意思。二、非因他人之奪取。此二個條件具備。無論爲其所。有或非其所有而爲其占有。皆爲遺失物。茲舉例以證明之。

(一) 例如甲於途中失却錢袋。當遺失時。甲本出於不覺。非有拋棄權利之意思。亦非因他人之奪取而喪失。其所失之錢袋。又爲動產。即可謂之遺失物也。

(二) 例如甲乙各有一袋。既屬同樣。又同置一所。設乙誤將甲所有之袋携去。甲因之

喪失其所有權。若推究其喪失之原因。既非乙有意竊取。又非甲有意拋棄。而袋又爲動產之一。在民法上亦可謂之遺失物。

(三) 例如生徒遺失書袋於校內。當未往校內取還之時。亦遺失物也。蓋書袋既爲動產。自生徒一方觀之。無拋棄權利之意思。而在學校一方觀之。又無奪取之事實。故皆與遺失物之條件相符合也。

(四) 例如家畜逸亡。亦可爲遺失物。因家畜爲動產。逸亡又出於自動。非飼養主拋棄所致。逸亡後即被人占有。亦非有奪取之事實。故亦無妨其爲遺失物也。

以上四例。在民法上論之。固皆可在遺物失範圍之內。自普通之觀念言之。前一例始爲真正之遺失物。而後三例不包含在內。然自日本明治三十二年法律第八十七號頒布以來。即後三例亦得準用其規定。故謂之準遺失物也。

又有或種物件。在民法上亦包含於遺失物之內者。可分爲二種。

(一) 漂流物。此可爲遺失物與否。雖不乏議論。然可以之爲遺失物者。固決無容疑也。例如海中時有船版漂流而來者。推其由來。必爲難破船舶之一部分。本屬所有者之

物。然遺失之各種條件。於此等之漂流物皆具備之。即一、船主必無拋棄其船舶之意。二、船舶難破。多基於不可抗力之事實。決不有人奪取之、又折毀之之事實。三、船舶既漂流於海上。即爲無主之物。且屬動產。是也。

(二)沈沒品。例如漁戶以網捕魚。而於水底取得鐵矛、刀劍。此種物品沈沒於海之原因。不外二種。一、爲投荷物。二、爲無意沈沒。後者可爲遺失物。固無疑義。而前者似有意投棄其物品。與遺失物之條件不合。不知投荷原出於不得已。決非本人有拋棄權利之真意。其沈沒於海也。非因人奪取。自不待言。鐵矛、刀劍。又皆爲動產。此於遺失物之條件。一無欠缺。則歸入遺失物之範圍中。固無不可。然比較二者尙須知其區別點之所在。蓋普通之遺失者。當時常不自知其喪失。而投荷者之喪失。當時非不明知之。特恨無回復之方法耳。然自法律上觀察之。其爲遺失物一也。(投荷者。商法上所用名詞。蓋海上遇風時。勢甚危險。欲保全船舶中人之生命起見。乃將荷物投棄也。)

漂流物與沈沒品。在民法上既可認爲遺失物。即就日本刑法第三編第二章第三節、關於遺失物之罪。第三百八十五條之規定。觀之。亦可知其應在遺失物之範圍內。但

其條文。僅言漂流物。而未及沈沒品者。因二者同一性質。故當起草時。以其一包含之也。

如上所述。漂流物與沈沒品。皆在遺失物範圍內者。蓋學理上自其根本觀之。認其性質與普通遺失物同。而實際上則分別其待遇。各國法律亦各別有規定。故日本於普通之遺失物。適用遺失物法之規定。漂流物與沈沒品。不受遺失物法之拘束。而適用明治三十二年法律第九十五號水難救護法第二章自第二十四條至第三十條之規定。要之就民法之範圍言之。固皆可包括於遺失物之中也。（以水難救護法第三十五條觀之。亦適用刑法第三百八十五條之規定。）

關於遺失物之拾得。既有特別法（遺失物法）之規定。則就其取得言。固可據特別法爲主。雖然遺失物之取得。爲所有權取得之一大原因。古來學者。即已認之。故其原則。揭之於民法中。惟其細目。詳之特別法。其原則如何。即拾得遺失物者。應爲公告。如經過一年。尙無人請求引渡其遺失物。是即不知其所有者時。拾得者可因此取得其所有權。至其公告以前之手續。及公告一切方法。一任之特別法（遺失物法）之所定。日

本民法第二百四十條云。『遺失物從特別法之所定。爲公告後。一年內不知其所有者時。拾得者取得其所有權。』

參考 民法要義第二卷物權編第一百五十一葉

漂流物。若無特別法之規定。亦應從本條之規定。惟現今於漂流物有明治八年四月二十四日第六十六號之布告。與關於遺失物之規定有不同者。因之漂流物不受本條之適用。雖然。自本條精神言之。明治八年之布告。宜施改正者也。
(明治八年四月二十四日布告第六十六號第二十九條乃至第三十三條)

第三 埋藏物之發見

埋藏物者。藏於人所不易見之場所。不知究屬何人所有之物之謂也。例如或人於

其所有地開掘時。發見古時金銀。是既埋藏於地下。即爲人所難睹之場所。其爲何人所有。亦決不能證明。故可爲埋藏物也。關於埋藏物。可分爲二。一。由人自由之意思而埋藏之者。二。因地震及其他事變而埋藏者。前者之埋藏物。斷不能知埋藏者果係何人。是認爲埋藏物。當然無疑。而後者之埋藏物。學者間有否認之者。然究宜認之爲埋

藏物。是不得謂其不當。何則。依理論言之。設謂埋藏物者必爲人有意埋藏之者也。信如是。則欲斷或物之爲埋藏物。即須先知埋藏其物之人。然若得知之。則不合於埋藏物之條件。即不得認爲埋藏物矣。故埋藏物者。其埋藏之人既不得而知。自不能辨其物爲人所埋藏乎。抑因地震及他之事變而埋藏乎。此對於後者宜認之爲埋藏物之理由。一也。再從法律之適用言之。欲分別其爲人埋藏與非人埋藏。必賴有一定之證據。而埋藏物之規定。固因無證據可證明。而後設之者也。既不能證明。猶必強爲之區別。謂以人所埋藏者。適用埋藏物之規定。非人所埋藏者。則不適用此規定。是必確知其若者爲人埋藏。若者爲非人埋藏。然後可以適用之。否則終難判斷。將有明明爲人埋藏者。由事實上不能證明之結果。亦視爲地震及其他事變。而埋藏之物。遂不得受埋藏物規定之適用。與立法之目的。豈不大相矛盾耶。此對於後者宜認之爲埋藏物之理由。二也。基於此理由。故認之爲埋藏物。毫無疑義已。

依普通之場合言之。埋藏物大抵藏於地下。然亦有不藏於地下。而藏於家屋之牆壁中。及其他場所者。如中國相傳漢時發見壁中藏書。其實例也。故定義不曰藏於地下

而曰藏於人所難覩之場所者。蓋取其渾括也。關於埋藏物之發見。日本民法第二百四十一條規定之云。『埋藏物從特別法之所定。爲公告後。六個月內不知其所有者時。發見者取得其所有權。但在他人之物中所發見之埋藏物。發見者及其物之所有者。折半取得其所有權。』依此規定。公告之後。經過六個月。尙未知埋藏物之所有者。即由發見者取得所有權。雖然。此就自己之所有地內發見時言之耳。若在他人所有之土地內。發見埋藏物時。不得獨自取得其所有權。須與其土地之所有者。折半分之。而各取得其所有權。其理由如何。蓋以是等之埋藏物。多係其土地所有者之祖先。或前所有者之所埋藏。則由前言之。土地之所有者。即埋藏物之眞所有者也。由後言之。土地所有者於讓受土地之時。固已取得附着於其所有土地之一切權利。埋藏物者。當亦包含其中。且凡所有者得自由處分其土地。故如開掘其土地之事。亦屬於其所有權中。假令發見若遲一日。所有者安知不自爲發見之乎。乃一旦因偶然之事實。被他人所發見。而即讓其人取得埋藏物全部之所有權。可謂不當。即其人亦無全奪所有權附隨之利益之權者也。況其人大抵爲因於所有者之命令。或經其許諾。而於其

土地爲施工作者乎。故法律規定土地所有者得折半取得其所有權。然則發見者亦得折半而取得其所有權者何。是無他。若無其人發見之。或卒底不能發見。亦未可知。故發見者之功亦不可沒。其受埋藏物半部之利益。不爲過也。

以上係豫想。在他人土地中發見埋藏物而說明之例。蓋就多數之場合而言者也。雖然。於動產中而爲發見者。亦不得謂絕無其例。如於古衣中發見之貨幣。於書籍中發見之紙幣。是也。故條文云「他人之物」者。亦渾括之也。

關於埋藏物。依日本遺失物法第十三條之規定。除遺失物第一條外。一切可準用之。民法上亦視二者同爲所有權取得之原因。但取得之期間。一限以一年。一限以半年。微有不同耳。又就日本刑法第三百八十六條之規定觀之。益可知埋藏物與遺失物之無甚差別也。

參考 民法要義第二卷物權編第一百五十二葉第一百五十三葉

埋藏物之性質。有稍似遺失物之處。於現行法亦同一視之。故政府案。欲以埋藏物與遺失物從同一之規定。然於衆議院。就於遺失物。則延長六箇月之期間而

爲一年。就於遺失物，則依六箇月之期間，即爲已足。是苦難發見，其設此區別之理由。雖此屬於立法論，茲不具論之。然其性質全然不同。蓋不容疑。何則？遺失物者，無遺失之意思，而埋藏物者，有埋藏之故意。此可以知其不同之故也。據舊民法，於第二百四十一條之規定，限於偶然發見之埋藏物，可適用新民法。決不要偶然之條件，但限於不分明其究屬何人所有之物，即謂之埋藏物。故雖偶然聞有埋藏物，因之搜索，後果發見之，是等之埋藏物，亦適用本條，可謂得當也。

附錄 富井博士民法原論第二卷物權上第三百三十葉至第三百三十二葉

關於埋藏物之性質，及所有權取得之理由等，有酷似於遺失物之處。故公告其他之事項，既於遺失物法中規定之，亦概準用關於遺失物之規定。（遺失物法第十三條）如獨逸民法，亦於「發見」之題目下，次於遺失物，而規定埋藏物之取得。（獨逸民法第九百八十四條）雖然，兩者間之法律規定，亦非無相異之點。（一）遺失物非拾得之，則不能取得其所有權，而埋藏物則唯發見之（即僅先於

他人認知其所在)爲已足。不必要現實占有之。故於發見物之小部分與要掘出物之時日之場合。其效果亦無差異。加之。下鍬之際。雖依於音響。知爲金筐。其他之物之埋沒。然尙以爲發見者。應得取得其所有權。

於羅馬法。不必要實際之占有。若所有權取得之原因存於占有者。於此場合。有因於眼力之占有。此觀念在後世之立法例及學說。尙多襲用之。現於獨逸民法。埋藏物亦與遺失物同。次於發見之事實。視爲必要占有之。(獨逸民法第九百八十四條)

(二)關於遺失物。須公告後經過一年。而在埋藏物。則以六箇月爲已足。是非別有深理由。蓋埋藏物。雖爲公告後。竟不能確知其所有者之場合最多。故不過襲用從來之制而已。若以立法論言之。可謂關於遺失物之期間有稍失於過長者。於佛獨諸國之法律。定公告及期間之要件。可見。

(三)供學術、技藝、其他好古之資料之埋藏物。給與發見者相當之價額。而歸屬於國庫之所有。(遺失物法第十三條二項)是除遺失物所規定外。特有之例也。

(四)遺失物。在拾得者取得其全部之所有權。而埋藏物。僅於屬於自己所有之物中發見之場合。發見者因之生同一之效果。若於他人之物中發見之時。與其他物之所有者。折半取得其所有權。此點於實際雖爲諸國法制一致之處。然立法之旨趣。全非同一。因而規定之方法。有多少相異之處也。(日本舊民法取得編第五條第二十三條。佛民法第七百十六條。獨民法第九百八十四條。)

第四 添附

添附。(Accessio)者。於一物之上。合同他人之物。或加他人之工作之謂也。(附民法要義第二卷物權編第一百五十五葉。添附者。謂有形之物。與他之有形之物。合併。又於有形之物。加以人工之場合。而其一物之所有者。又加人工者。取得其物之全部所有權之謂也。)

關於添附。可分爲四。(壹)附合。(貳)混合。(參)加工。(肆)因添附所生之權利義務。

(壹)附合

附合。(Adjunction, Verdingung)者。一物與他物附合。至非毀損。則不能分離之狀態。

也。(民法要義第二卷物權編第一百五十六葉。附合者。謂有形之物。與他之有形之物。相附着。殆至不可離時。其一物之所有者。取得物之全部所有權之謂也。) 關於附合有二。(甲)不動產。(乙)動產。

(甲)不動產

不動產之附合者。即一動產附着於不動產之上之謂也。例如甲於所有地上。以乙之材料。築造建物。或乙以其所有之材料。在甲之土地上。築造建物。築造之後。如欲使材料與土地分離。則必毀損建物而後可。此所謂至非毀損則不能分離之狀態。即爲不動產之附合也。又如甲於自己之所有地上。就固有之建物。以乙之材料增築之。或乙以其材料。在甲固有之建物上而爲增築。如使固有建物。與增築建物。分離。亦非毀損之不可。至有此等之狀態。亦爲不動產之附合也。此第一例。附合物之所有權。歸於土地之所有權者取得。第二例。附合物之所有權。歸於建物第一所有者取得。其理由何耶。就第一例言之。甲既於其所有地上。築造建物。落成之後。則所費之工作料。必已不少。若許乙得取回其材料。不特甲建築時工作之費用。歸於無效。且不免因爲其

毀損而生一重之負擔。此於甲受多大之損害。即非經濟上所希望者也。就第二例言之。則於建物增築之後。使任材料所有者之乙。得取回之。必於甲固有之建物。受其損害。且其所取回之材料。決不能保固有之價值。亦足與經濟上以不良之影響。故法律就上二例之固有不動產。與其附合物。視爲一體。不許其分離。而使土地之所有者。及建物之第一所有者。取得其所有權之爲便也。但材料之所有者。因而喪失其所有權。又蒙不利益之惡感。因之不免生不公平之結果。故欲調和兩方之利益。則使其取得其所有權者。對之負支拂償金之責。最爲得當也。（日本民法第二百四十八條參攷）

附合物上之所有權。原則上。歸不動產之所有取得。既如上述。但有一例外。即因權原。以物附着於他人之物上之場合。是也。例如乙於甲之土地上。有永小作權。地上權。賃借權。即以此等之權利爲其原因。而以自己之費用。於其土地上築造建物。及其他之附屬物。其所有權若亦歸土地所有者取得之。是亦陷於不公平之極。故有此等之權利者。於其權利消滅之日。得分離其土地之附合物而取去之。或賣却之。一任其隨意。惟對於其土地。須復於原狀耳。日本民法第二百四十二條云。『不動產之所有者。取

得附合於不動產之從物之所有權。但不得妨因權原而使其物附屬於他人之權利。』但書之規定。本屬理之當然。似不待明定。然以有本文之規定。難保無因之而生疑議者。故特設明文也。或謂本條不分不動產所有者之善意、惡意。皆使其取得附合物之所有權。其結果必至保護惡意者。不免爲不當之規定。是說也。乍觀之似甚有理。抑知於本條所規定之場合。其所附合之物。可謂已變其性質者。況此規定。又決非保護不動產之所有者。不過基於經濟上之理由。若使分離之。其不利益甚大。則不免爲國損。故特不許分離之耳。至對於惡意者。尙可依第二百四十八條所規定。而適用第七百四條之制裁。亦已足矣。

附案 日本民法第二百四十八條云。『因前六條之規定之適用而受損失者。從第七百三條及第七百四條之規定。得請求償金。』第七百四條云。『惡意之受益者。其所受之利益。要附利息而返還之。其有損害時。尙要任其賠償之責。』

附着於不動產之物。其果與不動產成一物乎。抑各自爲一物乎。自添附之性質立論。

及比較日本民法各條文。雖可視爲一物。而依慣習上之觀察。多認爲二物。故第二百四十二條。亦以二物視之。例如於土地上築造建物。及植栽竹木。此建物與竹木。對於土地仍別爲一物。但有不能視爲二物者。如使用木料。成爲家屋之一部之類。是也。故第二百四十二條所謂取得附合物之所有權者。其物（謂附合物）不必有獨立之存在。即有獨立之存在。亦得依從（從物）從主（主物）（*Accessorium seduitur principi*）之原則。與其主物之不動產。共爲處分。故從物。是否爲獨立之一物。可不必論。但家屋不得視爲土地之從物耳。

附錄 富井博士民法原理第二卷物權上第四百二十二葉

不動產上之附合。有種種之場合。因而佛蘭西民法。各就於其細密之場合。爲之規定。（佛民法第五百五十一條至第五百六十四條）反之。如日本民法。做獨逸民法之例。以單設一條。期應於諸般之場合。即第二百四十二條之規定。是也。

（獨民法第九百四十六條）

（乙）動產

動產之附合 (Adjunction) 者。即二箇以上之動產附着合併而成一物之謂也。例如甲爲金指環之所有者。或因故意。或因過失。以乙之寶石嵌入於其指環。乙如主張其寶石之所有權。則非分離之不可。此於乙之寶石。雖無所損。而於甲之指環。一因失其裝飾。其形狀必爲之殘缺不完。二、當時所費之工作。亦歸無用。法律爲維持經濟上之利益。不許其分離。即使其主部分之所有者。取得所有權。

惟是如右述之例。指環與寶石附合後。爲一物乎。抑爲兩物乎。關於此問題。學說頗多。依日本民法解決之。視爲一物。即法文上所謂合成物也。既認爲一物矣。而孰爲主部分。孰爲從部分。亦一問題也。此問題。但能從慣習上。及事實決之。而依於右例言之。原則。當認指環爲主部分。寶石爲從部分。其例外。如寶石係金剛石等。則應爲主部分。以金剛石爲極貴品也。關於此主從之區別點。法律一委爲事實問題。概不爲之規定。否則舉一種之標準。轉足羈束法官之認定權。大不可也。

參考 民法要義第二卷物權編第六十一葉至第六十三葉

所謂爲主物者。非第八十七條之所謂主物。前既述之。(民法要義再訂一卷之

第六百六十九葉）茲所謂爲主物者。則合成物爲主部分之物之謂也。此爲主物者。據如何之標準定之乎。惟一任法官之認定而已。於日本舊民法及其他國之法律中。定此標準之例雖多。然不免膠柱之譏。故新民法竄以之爲事實問題。但以法官所據而爲標準。故如舊民法於原則上所謂因物之便益、裝飾、又保管、爲附合者。爲爲從物。因之而得便益或受裝飾、保管者。爲爲主物。例如用爲裝飾書籍之革。附於指環之寶石。備置於竈之銅壺等。爲爲從物。而其假綴（未裝飾表紙者）之書籍。無飾之指環。不附銅壺之竈等。即爲爲主物。是也。然如是等。決非絕對之標準。而因物之便益、裝飾、保管所附之物。反有爲爲主物者。例如裝飾外觀之人。爲備附於書棚之書籍。不擇其種類之爲何。唯擇裝釘之美。於此場合。往往有附美麗之表紙。而使裝釘無價值之書籍者。或有爲利用高價之金剛石。特以之造指環者。若僅以物之價格爲區別主從之標準。有不適於普通之人情者。唯有依物之性質難別主從時。寧依價格之高低而定之。倘真如舊民法所云。徒以羈束法官之認定權。大爲不可。故法律上不當定一切之標準者。爲此故耳。

關於物之附合。其程度須如何而後足以當之乎。是亦爲事實問題。即如右例。於二個之物附著。至使分離之時。必生多少之毀損。之場合。固可受附合之規定之適用。即其附着之程度。不至如此之甚。然其分離之結果。至使物失其性質時。亦不可不謂之毀損。例如以屬於他人所有之裏地（即衣之裏料）而製衣服。之場合。雖可得使之分離。然分離之。即不能復其爲一切裏地之原狀。亦可適用附合之規定也。

以上所言。爲非毀損則不能分離之附合。然非毀損而即可分離者。將皆不適用之乎。是又不然。蓋有因分離而需莫大之費用。即較其物之價格更多。或與其物之大部分相當者。若分離之。亦因經濟上之大不利益。而各當事者亦往往因之不利益。倘法律使其適用附合之規定。例如裱紙於屏風之上。雇一裱工。使剝取之。欲不扯裂其紙。亦不毀損屏風。雖其事非不可能。而所費且多於紙之代價。不若從附合之本則。不必使紙與屏風分離。而其合成物之所有權。亦歸主部分之所有者取得。以省費用。日本民法第二百四十三條云。『數個之動產。屬各別之所有者。因附合至非毀損則不能分

離之時。其合成物之所有權屬主動產之所有者。爲分離而要過分之費用時亦同。』依右之規定。合成物應歸於主部分之物之所有者之所有。此一大原則也。尙有一例外。即主部分與從部分不能區別時。使各所有者共有合成物之所有權。是也。此多係指兩物價值同一之場合而言。故價值不同。則可依價值之多寡。以定共有部分之多寡。如甲物之價五圓。乙物之價十圓。則合成物之所有權。甲物所有者。有其三分之一。乙物所有者。有其三分之二。其價格高下之標準。不外依附合之當時定之。日本民法第二百四十四條云。『就附合之動產。不能爲主從之區別時。各動產之所有者。應其附合當時之價格之割合。共有合成物。』

(附案) 割合與率意相當。價格之割合。謂價格之率也。

(參考) 民法要義第二卷物權編第一百六十葉

關於物之附合之場合。立法者視其所有權之權利。爲一旦消滅者。更就合成物生權利。此合成物之所有權。或以之與其所有者之一人。或以之爲其共有物。二者必居於一。而取第一方法者。於其共有者。以誰爲合成物之所有者乎。取第二

方法。亦不可不定其共有之割合如何。是第二百四十四條之所由規定也。第二百四十三條所取第一方法爲原則。合成物之所有權。當於所附中。屬其爲主之所有者。是無他。共有最多不便。非經濟上之所希望。故務避之。寧使以一人爲其物之全部之所有也。

附錄 富井博士民法原論第二卷物權上第四百四十六葉

就附合之動產。亦有不能爲主從之場合。於此場合。各動產之所有者。於其附合之當時。應價格之割合而共有合成物。（日本民法第二百四十四條。舊民法取得編第十七條。佛民法第五百七十三條第二項。獨民法第九十七條第一項。）是於接合品質、尺度等。無大差之同種物（板布等）之場合。可謂最有其適用者。如舊民法。雖價格有些少差異之場合。亦可爲主從之區別。故鮮生共有關係。然於現行法。合成物之共有權。不妨顯異持分而爲存在。但與獨逸民法相異者。爲關於合成物所有權之問題。其以共有爲本則者。限於不能爲主從區別之場合。始生其結果。因不外認共有之弊害甚多。務欲避之也。

(貳) 混合

混合 (Confusion ou mélange, Vermengung oder Vermischung) 者。一物與他物相混淆。至於不能識別之狀態之謂也。分之爲二。

第一 液體之混合。關於此。又細別之爲二。一、天然液體之混合。例如甲所有之酒。與乙所有之酒相混合。不知何者爲甲所有。何者爲乙所有。是有不能識別之狀態。即混合也。二、作成液體之混合。例如甲以所有之金。與乙所有之銀。鎔成一體。欲分別之。則非用化學上之化分法不可。故當混合時。即屬不能識別之狀態。亦混合也。

第二 固形之混合。例如甲以所有之米。與乙所有之米。混合一處。即不能識別其孰爲甲之所有。孰爲乙之所有。至有此狀態時。亦混合也。

關於混合之場合。在學理上言之。一與附合無異。惟附合在有體上非不能識別。但基於經濟上之理由。不許其分離。故法律上視之不能識別者。反之。而爲混合之場合。事實上已不能識別。則與附合受同一規定之適用。殊多必要。且關於二者之間。又毫無差別之理由。故日本於法律上使其準用第二百四十三條、第二百四十四條之規定。

即混合時各得分其主從。即以其主部分之所有者爲混合物全體之所有者。如不能分別主從時。則應其物之價格爲各所有者之共有物。日本民法第二百四十五條云。『前二條之規定。屬於各別之所有者之物。至混合不能識別之場合。準用之。』

(參)加工

加工 (Specification Verarbeitung) 者。加工於他人之所有物上之謂也。例如甲於乙所有之木料上。加工作而爲器具。此製成之器具。與乙所有之原料。判然爲兩物。雖學說上尙不一致。而日本民法。固認爲別物。名曰加工物。加工物之所有權。應歸何人取得之乎。法律上亦不可不爲之規定。自物之性質上言之。就材料而加以工作者。多爲工作而用材料者少。故原則。必由材料之所有者。取得其器具之所有權。設因工作之結果。致其所生之價格。顯然超過於材料之價格時。審視爲爲工作而後用材料。特使其加工物之所有權。不屬之材料所有者。而屬於加工者。此爲一例外也。例如甲爲木料所有者。乙爲加工者。甲之木料。僅值一圓。因乙加工作。竟至值數十圓。是乙之工作之價格。顯然超過甲之木料之價格。即應由乙取得其加工物之所有權。而材料

之價格。其額數爲如何之割合（率）全屬於事實問題。一任法官之認定。惟工作之價格。僅能超過於材料之價時。（如工作爲一圓之價。材料爲九十錢之價。）審使之適用原則。不適用此例外。固無容疑也。日本民法第二百四十六條第一項云。『有加工工作於他人之動產者時。其加物之所有權。屬於材料之所有者。但因工作所生之價格。顯然超過於材料之價格時。加工者取得其所有權。』

附錄 富井博士民法原理第二卷物權上第四百四十八葉至第五百十葉

加工物之所有權屬於何人乎。關於此問題。羅馬法學者間有學派之爭議。吾人之所熟知也。在サビニアン派。則以加工爲不變物之本質。其所有權。依然屬於材料之所有者。反之。在プロキユリアン派。則以加工爲生出一種之新物。而置重其改造之原因。以加工物之所有權。屬於加工者。迄後生一中間說。則以其物可復於原形時。即屬於材料之所有者。否則屬於加工者。此說遂於ジュスチニアンの法典採用之。但於最後之場合。應以加工者之爲善意爲要件與否。則學說尙不一定也。

此折衷說。於後世之立法例。殆不見有襲用之者。惟兩派之學說。現今尙爲大陸法制之所分歧。屬於佛法系之諸法典。皆以加工物之所有權。屬於材料之所有者。但反於サビニアン派之論旨。一般認爲新物之形成。（日本舊民法取得編第二十條。佛民法第五百七十條。）反之。獨法蹈襲フロキェリアン派之觀念。加工物之所有權。屬於加工者。（獨民法第五百九十條。）但皆不過以爲一般之原則而規定之。同時容反對說。於原則所規定。殆無不制限其適用之例者。（日本舊民法取得編同條第二項。佛民法第五百七十一條。獨民法同條。）日本新民法。關於此問題。做舊民法之例。於加工物之所有權。以屬於材料之所有者爲原則。（第二百四十六條第一項。）是蓋以加工物。爲加工工作之材料之場合居多。故以材料視爲其主要素。可謂爲適合於普通之事實也。且自保護所有權之必要上。亦可說明此原則。今姑勿論。惟自理論上言之。縱令於物之形狀。生如何之變更。然不因之而生所有權之變動。（民法原論第七十九葉至第八十一葉）即於加工之場合。亦爲同一。而除加工者使取得其物之所有權之場合外。不必要

特別之規定。雖然民法之觀察，稍與之異。於上述之場合，以爲生出一種之新物（加工物）之結果。材料之所有權，一旦消滅（於二百四十七條）因之於定加工物之所有權者，所以必要也。

加工往往有與附合合併者。例如甲加工作於乙所有之木料上，製成器具。因裝飾又附以自己之象牙。是製器爲加工，而附象牙爲附合。其因加工，又附合所成之物之所有權，應屬何人取得，實一問題也。倘適用加工原則，當歸材料之所有者，而甲爲加工者。同時又附以象牙，亦即爲一部材料之所有者。故仍不得適用原則，以解決此問題。惟依價格之高下，以定其所有權之何屬。蓋合算甲之材料（象牙）之價格，與其工作之價格，較高於乙之材料（木料）之價格時，應歸甲取得其所有權。此以價格爲標準。似與加工之例外無異。但加工例外，必工作物之價格，數倍於材料之價格時，其加工物之所有權，方歸加工者取得。若加工者又附合以自己之材料，則但以加工之價與工作之價相加。雖僅得超過他人之材料之價格，亦可取得。此蓋不以他人之材料爲主。故與加工例外之超過額，必取在一倍以上者，又有不同之點也。雖然於實際上欲

區別此加工兼附合之場合。與單純附合之場合。甚爲困難。惟法官斟酌事情而爲之區別。則又與凡關於添附之其他規定。仍無以異耳。日本民法同條第二項云。『加工者供材料之一部時。以其價格。與因工作所生之價格相加。限於超過他人材料之價格時。加工者取得其物之所有權。』

(肆)因添附所生之權利義務

關於因添附所生之權利義務。分爲二言之。(甲)物權。(乙)債權。

(甲)物權

添附爲物權消滅之原因者甚多。先就添附中。因附合消滅物權言之。例如甲於乙所有地上建築家屋。所用之木石。歸乙取得。甲即因之喪失其木石之所有權。此不動產附合。足以消滅物權也。又如甲以所有動產。與乙之動產相附合。或乙以所有之動產。與甲之動產相附合。則甲乙間動產之所有權。均爲消滅。至合成物歸何人所有。乃別爲一問題。此動產附合之。足以消滅物權也。次就混和消滅物權言之。例如甲以所有之酒。與乙所有之酒混合。成爲液體混和。是混和物全體之新所有權。由是發生。同時

甲酒、乙酒之舊所有權。即因是消滅。是混和之足以消滅物權也。終就加工消滅物權言之。例如甲於乙所有之木料上加工作。而變爲器具。此製成之器具已全失乙所有木料之原狀。故乙因甲之加工。即喪失其木料之所有權。此加工之足以消滅物權也。以上各例。皆足爲消滅物權之原因。蓋卽由添附之效果。從部分之所有權。爲主部分之所有權所併。而因以消滅其被併之一物之所有權也。倘其物爲各種權利之目的物。（如留置權、質權、先取特權等）目的物之所有權消滅。附隨於其所有權之各種權利。亦必同時消滅。故由添附中之附合、混和、加工之結果。而消滅其物之所有權。設於此被消滅之物上。已與他人以留置權、質權、先取特權。則有是等之權利者之權利。亦惟隨目的物之所有權消滅以爲消滅而已。日本民法第二百四十七條云。『依前五條之規定。物之所有權消滅時。存乎其物上之他之權利。亦消滅。』

物之所有者。雖因添附消滅其物之所有權。亦有時因添附轉取得其合成物、混和物、加工物、全體之所有權。則於其前所有物之上。有留置權、質權、先取特權者。對於其後所有之合成物、混合物、加工物。更得以此爲目的。而行使其權利。例如甲乙所有之動

產因附合而變爲合成物。此即消滅甲乙兩物之所有權。更生一合成物之所有權。其先有以甲乙兩物之所有權爲目的之權利。如留置權、質權。先取特權。無不因之消滅。倘合成物後爲甲所有。則甲對於在其前所有物上。本有留置權、質權。先取特權。之各權利者。仍當於後所有之合成物上。與以同一之權利。蓋各種權利。因前之目的物之所有權喪失。而隨以消滅。仍可因後之目的物之所有權取得。而有其存在。故如丙爲甲前所有物之質權者。可一變而爲其合成物上之質權。反之。丁爲乙所有物之質權者。由乙物之所有權消滅之結果。其質權亦不能爲獨立之存在。即不能於甲所取得之合成物上。行使其權利。因乙物已變爲甲之合成物之一部。非丁之質權之目的物也。此指動產之附合而言。若在不動產之附合。被消滅物之所有者。斷不能復取得其附合物全體之所有權。因以己之材料。在人之土地上。建築家屋。其消滅所有權後。萬不有併人之土地所有權再爲取得之理也。

以上言合成物爲單獨所有者時。與各種權利之關係也。至合成物、混和物。依日本民法第二百四十四條。第二百四十五條。爲其各部分之所有者之共有物。則先取特權。

質權等。雖不得存乎其物之全部。而可於各債務者持分之上。行使其權利。例如丙丁爲甲乙之質權等之權利者。對於甲乙之共有物。就其持分之上。尙不失爲各種權利之目的物也。日本民法第二百四十七條第二項云。『右之物之所有者。爲合成物、混和物、又加工物之單獨所有者時。前項之權利。爾後存乎合成物、混和物、又加工物之上。其爲共有者時。存乎其持分之上。』

(乙) 債權

此債權多由不法行爲與不當利得而發生。就添附言之。無論爲附合、爲混和、爲加工、其結果必有一人取得其所有權。而他之所有者。亦必同時因之消滅其所有權。此在消滅者。即受損害。而在取得者。實爲不當利得。法律上所不許。故必使之對於受損害者。任賠償之責。仍區別善意與惡意。以定其責任之差等。例如不動產之附合。甲以乙之材料。於其土地上。建築家屋。乙之材料。歸甲取得其所有權。即受不當之利得也。乙因是消滅其材料之所有權。實受損害。故使甲對於乙任賠償之責。如甲爲善意者（即不知爲乙之材料而使用之）時。僅於利益現存之限度負賠償之責。（即適用日

本民法第七百三條) 若爲惡意者(即知而使用之)時。此非僅爲不當利得者。實爲不法行爲者。從純理上言。應使其受不法行爲之規定之適用。但立法者爲圖實際上之便益。使適用不當利得中惡意之受益者之規定。(即適用日本民法第七百四條。條文見前。)於返還材料代價之外。須附以利息。倘有受他項之損害。亦同時賠償。此畧同於不法行爲者之責。法律上之保護受害者。不可謂非厚矣。日本民法第二百四十八條云。『因前六條之適用而受損失者。從第七百三條。及第七百四條之規定。得請求償金。』

第三節 地上權 附永代借地權

地上權 (Jus superficies, superficis Erbaurecht) 者乃關於土地之物權。次於所有權而爲強力者也。是爲日本自來所行借地權之一種。借地權者。據日本新法典。得分之爲四。(第一)地上權。(第二)永小作權。(第三)賃借權。(第四)使用借權。是也。地上權與永小作權。爲物權。賃借權與使用借權。爲債權。其間之區別如何。俟於言各種權利時說明之。

關於地上權。分爲四言之。(壹)定義。(貳)地上權者之義務。(參)存續期間。(肆)地上權消滅之結果。(附)永代借地權。

(壹)定義

地上權者。因欲在他人之土地爲所有工作物或竹木。有使用其土地之權利之謂也。日本民法第二百六十五條云。『地上權者。於他人之土地爲所有工作物或竹木。有使用其土地之權利。』即其規定也。

地上權之設定。以在爲建物時居多。例如因築造家屋。借受他人之土地使用之。以達所有建物之目的。即地上權也。有時亦不限於建物者。即建物以外之工作物。如因構造假山、庭園等。使用他人之土地。亦一地上權。此日本舊民法僅言建物。新民法改爲工作物者。以其能概括也。又如以栽植竹木之目的。借人土地而使用之。亦爲地上權。要之。以所有以上各物爲目的。而使用其土地者。皆得爲地上權。故定義中所謂所有二字。不可不注意。蓋地上權者。但以所有工作物或竹木爲目的。不以其土地爲目的者也。

地上權之性質。古來之議論甚多。各國法律亦多有歧異之處。日本舊民法。采佛國一部學者之說。以地上權爲建物、或竹木之所有權。雖不得即謂其謬。然依此說。則不得視地上權爲異於所有權之一物權矣。若既以地上權爲所有權之支分權。則於建物、或竹木之所有權外。不可不認一種之權利。如於他人土地之上。欲爲所有建物、或竹木。勢不得不使用其土地。此土地之使用權。即謂之地上權。故新民法於第二百六十五條有「於他人土地之上。爲所有工作物、或竹木。有使用其土地之權利。」之規定。是即日本自來所行之宅地、或林地、之借地權也。

新民法既以地上權爲非建物（工作物）或竹木之所有權。故地上權之所在。自不以已有是等之物爲必要。即以將來之築造、或栽植、爲目的。亦可取得地上權。又設於建物（工作物）或竹木、周圍之外。有多少之空地。然地上權之範圍。亦必及其全面積。不待言也。

地上權以契約設定者爲尤多。然亦有不必要契約者。例如以遺言亦可設定之。是也。

附錄 富井博士民法原論第二卷物權上第九十葉至第九十二葉

關於地上權之性質。古來立法之觀念頗不一致。於羅馬古法。則存於土地之物。皆視爲其土地之一部。故不認與土地分離。而於地上物之上。得爲物權之存在。然隨於社會經濟之發達。土地之價格。漸爲騰貴。因而此等法制。甚感不便。遂至以屬於他人所有之土地。爲一種之受益物權。而認占有地上物之權利。（爲完全所有權之說者誤也。）是即地上權之起原也。佛國民法更進一步。暗示地上權者。得於他人之土地。有建物或竹木之權。（佛民法第五百五十三條）於是地上權愈爲明瞭。致成爲對於添附原則之一大例外。（プラニオル一卷四十二葉）然佛國民法中。關於地上權。別無何等之規定者。要不外視之爲通常所有權（即地上物之所有權。又一說則爲地表之所有權）而不視爲別種物權之故耳。獨逸民法。地上權爲「於土地之上下。使有建設物之權利。負擔於其土地者。」其意趣雖若稍異。然其置重地上物。尙有跡可見也。（獨民法第一千百十二條）

依右述之理由。地上權一面在他人之土地。爲所有地上物之權利。同時於他之

一面可視爲使用其土地之權利。而於羅馬法及歐洲大陸之觀念。凡定着於土地之物。置重爲其土地之一部。故依此觀念。而示明地上權之本質。亦以從地上物之方面觀察爲主。土地之使用權。恰視爲間接之結果也。日本舊民法所謂地上權者。爲「屬於他人所有之土地上。以建物或竹木爲完全之所有者而占有之權利。」是等之規定。終不外蹈襲右述之觀念也。（舊民法財產編第一百七十一條）

日本現行民法。不做上記之立法例。而自土地之方面爲觀察。故以地上權爲「於他人之土地。爲所有工作物或竹木。使用其土地之權利。」（第二百六十五條）蓋若以羅馬法系之觀念爲正當。則不得以地上權視爲與所有權相異之一物權。苟以之爲他物權之一種。則於地上物之所有權外。不可無制限所有權作用之權利。換言之。於他人之土地。而所有工作物或竹木。須有使用其土地之權利。此土地之使用權。即可視爲地上權之本質也。依日本從來之慣習。亦惟借地權之制度。最爲盛行。借地人所有地上物。寧可視爲當然之事。雖從前於地上

權之語未嘗聞之。然宅地或林地之借地權。實質上恰與地上權相當。是即民法以地上權爲土地使用權之所以也。

附錄 岡松博士民法理由物權編第二百四十二葉至第二百四十四葉

(地上權之性質)在羅馬法。凡存於土地上之定著物。皆視爲土地之一部。故土地所有。以所有及占有。其定著物爲原則。雖然。隨於社會經濟之發達。土地價格漸爲昂貴。併土地及其地上物而爲所有。甚非容易。因而土地之所有者。與定著物之所有者。生區別之必要。於是羅馬法遂至於他人土地之上。以家屋石木等。爲完全所有者。而認占有之權利。是地上權觀念之濫觴也。(テーゲンコルプ *Platzrecht und Mietflecht* シュミット 第三百二十二葉)故地上權於一面(自土地上之定著物言之)則所有者利用及處分。其定著物之權利也。於一面(就土地言之)則占有及使用。地表之權利也。而依羅馬法及歐州大陸之觀念。則以土地上之定著物。爲土地一部之思想尙盛。故地上權。關於就定著物。有完全所有權之觀念。固爲表明地上權必要之性格。然日本之習慣異之。不論工作物。

或竹木等爲土地上之定著物。皆視爲特立於土地之外者。而非爲土地之一部。故地上權者。得以土地上之工作物。或竹木等。爲完全所有。可謂爲當然之事。因而地上權之性質。以專由土地上觀察之。謂爲所占土地使用地表之權利。爲最適當。是日本民法以地上權採以其爲借地權之一種之主義也。（參照第二百六十五條）（本法所認借地權有四種。（一）地上權。（二）永小作權。（三）賃借權。（四）使用借權。是也。地上權。永小作權。爲物權之借地權也。賃借權。及使用借權。爲債權之借地權也。爲物權之借地權。有直接使用土地之權利。爲債權之借地權。不過對於土地所有者。有請求使用土地之權利而已。）

（貳）地上權者之義務

地上權者之義務。可分三場合言之。

第一 無償之場合 當設定地上權時。地上權者對於土地所有者。絕不與以報酬。即無所謂義務也。

第二 有償一時拂之場合 當設定地上權時。地上權者對於土地所有者。拂相當

之報酬。於設定之當時。一次履行其義務。則其後權利存續之期間內。不繼續負其義務也。

第三 有償定期拂之場合。普通之地上權皆屬此種。此地上權者。對於土地所有者。但在權利存續期間內。皆須繼續負其義務。不問其土地之所有者。即爲原設定之人與否。凡屆於所定之期日。須履行之。

關於地上權者之義務。可準用永小作人義務之規定。並可準用賃借人義務之規定。日本民法第二百六十六條第一項云。『地上權者。當拂定期之地代於土地所有者時。準用第二百七十四條乃至第二百七十六條之規定。』第二項云。『就於他地代。準用關於賃貸借之規定。』

地上權與永小作權。賃借權之區別。如何乎。今以其差異之點言之。

第一 義務上之區別。地上權有無償。有償（一時拂及定期拂）之別。惟有償定期拂之場合。地上權者。對於土地所有者。繼續負其義務。而永小作權。賃借權。無無償。及有償一時拂之種類。對於地主。及賃貸人。皆負義務。

第二目的上之區別。地上權以所有工作物或竹木爲目的。而永小作權則以耕作牧畜爲目的。至賃借權之目的。法律上並不設一定之制限。可由當事者自由結約。故不必限定所有工作物或竹木及耕作牧畜之兩種目的也。

第三權利之客體（目的物）上之區別。此地上權與永小作權同。而賃借權則獨異。蓋地上權及永小作權同以土地爲其權利之目的物。賃借權則不問土地與家屋及其他動產皆得爲其目的物也。

第四權利之性質上之區別。地上權與永小作權同爲物權。而賃借權則獨爲債權。故地上權及永小作權當然可對抗第三者。而登記亦不可少。賃借權原則上不足對抗第三者。惟登記後始能對抗之。此自理論上雖見差異。而實際上又殆爲有同一之效力也。

參考 民法要義第二卷物權編第二百五葉第二百六葉

第六百六十五條之規定。即日本宅地或林地之借地權。但無論於宅地或林地之賃借。若當事者之意思不在設定地上權。單在使生賃借之關係時。固可從其

意思。而於實際探知此意思。多據當事者使用之名稱。或登記之有無等。然言其法律上之差異。則地上權者。祇有使用他人土地之權利。決非對於土地之所有者。有請求使用其土地之債權。若賃借權。則就賃借權直接有使用其土地之權利言之。可謂有強迫土地所有者。而請求使用其土地之債權也。因此差異而生之結果。(第一)土地要修繕時。地上權者不能對於所有者。請求為其修繕。反之。賃借人。限無特約。或無別段之慣習。得使所有者為其修繕。(第二)地上權為物權。故當然得以之對抗第三者。唯欲對抗之。須為登記耳。反之。賃借權為債權。故原則不得以之對抗第三者。唯已登記後得對抗之。(第六百五條)但此點不過理論上之差異。實際上略有同一之效力也。(因無償之地上權甚少。故本文就就有償者言之。)

附錄 富井博士民法原論第二卷物權上第百九十四葉至第百九十六葉

(地上與土地賃借權之差異)於他人之土地。為所有工作物。或竹木。而使用其土地。不必要設定地上權。即依於土地之賃借權。亦可達同一之目的。然則兩者

之差別如何。蓋地上權爲物權。而賃借權則爲債權。是其最重要之點也。但雖爲賃借權。然登記以後。對於同一之不動產上取得物權者。亦可生其効力。故在賃借人與第三取得者之關係。較之地上權。其効力殆無以異。(第六百五條)雖然。其債權之性質。不因之而一變。賃借人對於賃貸人。僅有使得爲土地使用之權利。其結果限於先無特約時。賃借人得使賃貸人爲土地之修繕。(第六百六條)反之。而地上權者。除有特約之場合外。對於土地之所有者。不有此權利。(明治三十七年十一月二日大審院判決)又賃借人使用土地。不如地上權者與所有者有同一之權利義務。(第二百六十七條)其最要者。無賃借人之承諾。不得轉賃其土地。或讓渡賃借權於他人。可謂爲與地上權大相異之一點。(第六百十二條)此外地上權之存續期間。則無制限。而賃借權之存續期間。則不得超過二十年。(第六百四條)是兩者間法律規定之異點。固不少也。

(識別兩者之標準)今有人於此。有使用他人土地之權利。其權利將爲地上權乎。將爲賃借權乎。應依當事者之意思解釋而決定之。(明治三十三年十一月

十二日大審院判決。雖普通依地上權、又賃借權之用語。得推知其意思。然非僅依此方法而已也。又必要基於契約書之條項。探究其欲設定之權利關係之內容。（土地使用之目的、存續期間之長短、修繕義務之負擔等）於民法實施之際。就從來在他人之土地。而所有工作物、或竹木者。可以之視爲地上權者與否。頗生疑義。遂至以法律解決此問題。限於無反證。則推定爲地上權者。（明治三十三年三月法律第七十二號）民法實施後。至於今日。自不認如斯之推定。如不超過二十年之借地權。（尤要不經登記者）限於不明言爲地上權。寧視爲賃借權。是於最多之場合。可謂適當於當事者之意思者也。

地上權既與永小作權、賃借權、有如右之區別點。而仍準用其規定者。因如前所述。地上權與永作權。雖有目的上之差異。而性質上固同爲物權。其適用同一之規定者必多。故如日本民法第二百七十四條。關於小作料之免除、或減額之規定。於地代。可準用之。第二百七十五條。關於永小作權之拋棄之規定。於地上權者。亦得準用之。第二百七十六條。關於地主請求永小作權消滅之規定。土地所有者對於地上權者。亦準

用之。又如前所述。賃借權無一定之目的。苟以所有工作物。或竹木。爲目的。則亦與地上權同。故關於地代。亦可準用其規定。如地代之支拂時期。可準用第六百十四條。關於地代之先取特權。可準用第三百十二條。至第三百十六條之規定。是也。但不關於地代之事項。不必適用賃貸借之規定。如第六百六條。關於土地修繕之義務。在地上權則不適用。是也。

(參) 地上權之存續期間

地上權之存續期間。可分爲四。

第一 由設定行爲而定者。此以契約設定者。居最多數。而以遺言設定者。亦間有之。其期限或以五十年。或以百年。法律上。皆認爲有效。

第二 設定行爲。上未定時。而依慣習。上定之者。此由各地方之慣習不同。期間上亦大生久暫之差。如日本吉野地多山林。在其土地上營業者頗少。皆他人借其土地使用。名爲「立木一代限」。謂但以其森林剪伐一度爲限。不能再施栽植。是未剪伐以前。皆爲存續期間。

第三 無設定行爲及慣習可依而願拋棄者。此即設定行爲既未定有期間而又無慣習可依。則地上權者隨時得拋棄其權利。仍由法律上規定之。或謂人之權利無論何時皆得拋棄。何待法律爲之特設規定。其說甚謬。夫權利雖可即時拋棄。然欲不害他人之權利。則以有一定限制之規定爲最有益。蓋地上權如前所述。有無償及有償之別。而有償又有一時拂定期拂之別。若在無償及有償一時拂之地上權。無他人之權利關係。自不見規定之必要。若爲有償定期拂之地上權。地上權者一方拋棄使用土地之權利。同時即得免除定期支拂地代之義務。苟不豫爲拋棄之意思表示。則土地所有者。於其突然拋棄後。一時不得更以其土地貸人。遂失土地之收益。是因地上權者之拋棄權利。生侵害土地所有者之權利之結果。故法律使地上權者負一年前預告之義務。庶土地所有者得有轉覓新借主之餘地。否則應拂拋棄後一年分之地代。方使土地所有者不至受一時之損害也。日本民法第二百六十八條云。『於不以設定行爲定地上權之存續期間之場合。而又無別段之慣習時。地上權者。無論何時得拋棄其權利。但應拂地代時。要於一年前爲預告。或拂期限未至之一年分之

地代。』

第四 無設定行爲及慣習可依而權利者又不願拋棄者 此即於設定之後地上權者與土地所有者間。倘一旦認存續期間之確定爲必要時。則由當事者之一方或雙方請求裁判所。豫定一相當之期間。裁判所受此請求。不能濫定期間。非但應保護當事者之利益。同時又須不害公益。故於期間上之短長。不可不細爲較量。如定爲過長之期間。則地上權者終以其爲使用他人土地之故。無意改良。積久遂貽土地以將來之實害。是即生經濟上之不利結果也。反之而爲過短之期間。則地上權者往往因期限太促。至不能享有其土地所生之利益。其權利亦爲無用。殊戾於地上權設定之趣旨。故不可失之過長。亦不可失之過短。此法律所以有二十年至五十年之定限也。裁判官於此範圍內。又不得隨意定其期間。尙須參酌者。有如左之二點。

(一) 工作物及竹木之種類及狀況。就種類言之。例如石類之工作物。其期間宜較木類爲長。灌木之期間。宜較喬木爲短。就狀況言之。如新築之家屋。及新植之竹木。必較已屬廢朽之家屋。及將近採伐時期之竹木。其期間不可不長也。

(二)其他地上權設定當時之事情。此事情不一而足。姑就一時支拂地上權之價額之場合言之。如其價額多，則其期間宜長。其價額少，則其期間宜短也。

要之。右之事項。皆屬裁判官之認定權內。故雖實際如此。而裁判官認定如彼者。亦不爲上告之理由也。日本民法同條第二項云。『地上權者依前項之規定。不拋棄其權利時。裁判所因當事者之請求。於二十年以上、五十年以下之範圍內。斟酌工作物、或竹木之種類、及狀況、其他地上權設定當時之事情。定其存續期間。』

參考 民法要義第二卷物權編第二百十六葉

當事者設定地上權後。經過五十年。而爲第二百六十八條第二項之請求時。則將如何。曰。是雖爲將來極稀有之事實。然假令有之。則裁判所先於設定二十年。乃至五十年之範圍內。定其可存續之期間。其後視爲暗默有地上權之設定者。可於前期經過後二十年。乃至五十年之範圍內。定其期間。

據以上所述。依設定行爲所定之期間爲本則。此甚易明。但尙有一疑問。即其期間。果以何時爲終了乎。換言之。即明言設定永久地上權之旨。其行爲能有効乎。是不能認

爲有効夫所謂期間者必有始期有終期即無所謂永久故雖設定永久地上權仍爲期間未定權利者可隨時拋棄縱不拋棄亦可由裁判所定其相當之期間即與永久之性質相反而在立法上之理由永久地上權殆與所有權無異即斷爲法律上所不認然日本民法於永小作權(第二百七十八條)不動產質權(第二百六十條)皆有制限獨於地上權之存續期間不設制限爲立法論不可謂非一缺點也但爲解釋論如有以百年或二百年設定地上權者皆爲有效。

(肆) 地上權消滅之結果

地上權消滅之結果有三。

第一 土地 地上權消滅後須以土地返還於土地所有者此對於地上權者之結果也。

第二 地代 地上權消滅後即不能復受取地上權者之地代此對於土地所有者之結果也。

第三 工作物及竹木 地上權消滅後地上權者得收去其土地所有之工作物或

竹木。此對於其土地上之權利之結果也。但關於此點。歐洲多數國之立法例。有不許地上權者收去。而使歸屬土地所有者。惟由土地所有者給以報酬耳。然日本慣習。大都地上權者對於其工作物。或竹木。皆認爲獨立財產。倘採用歐制。於慣習上頗覺不便。故原則許地上權者得收去之。惟設有一制限。即須復土地之原狀是也。蓋當收去土地之工作物。或竹木。使與土地分離時。往往有致生損害及於土地之結果。故應回復其土地。不得少變固有之形狀也。

地上權消滅之際。以地上權者得收去工作物。或竹木。爲原則。既如上所述矣。但尙有一例外。即土地所有者。願以時價償地上權者。而留存其工作物。或竹木。地上權者不能無故拒絕。此等規定。表面上。似近壓制。而實際上。於地上權者大有利益。何則。自工作物言之。例如收去家屋。必至折毀。則建築當時之工作費用。已歸無效。且材料一經折毀。價格因之減損。故不如以賣渡於土地所有者。而取得其時價爲得計。又以竹木言之。其收去時。亦必與建物生同一之結果。因拔取其竹木。非特失常時培養料之効力。又須增收去之工作費之負擔。其他如運送料等。合計之當亦不少。故又必以歸土

地所有者買受之爲有利益。同時土地所有者。利在買取是等之物。自不容疑也。若不如是。豈惟雙方之不利益。實亦國家經濟上之不利益也。有以上種種之理由。故歐洲各國。不問地上權者之願賣渡與否。及土地所有者之願買受與否。皆使土地所有者。當然以有償取得其所有權。此種規定。實有過於壓制之嫌。蓋土地權者絕對不能拒絕。實必至地上權消滅之日。其工作物。或竹木之所有權。亦同時消滅。則法律待地上權者未免太酷。日本法律。於此場合。特於土地所有者已爲買取之通知。始使地上權者以所有之工作物。或竹木。爲讓渡。此視歐洲法律。較爲近情。然猶恐因是傷害地上權者之利益也。又爲之設保護之法。其一。使土地所有者。須提供時價。直爲買受時。支拂之準備。則地上權者。亦即時受取相當之代價。常可不受損害。故土地所有者。僅爲單純之通知。尙屬無效。其二。地上權者。如有正當之理由。不妨拒絕。例如地上權者別買一地。生建築。或種植之必要。即以所有之工作物。或竹木。移於新地。是必以保有是等物之所有權。爲最有利益。故受土地所有者買受之通知。得不爲承諾也。又如地上權者。於土地所有者。未表示買取之意思以前。已承諾他人高價買受之申入。結有契約。

雖其後土地所有者爲買取通知。又復提供時價。地上權者亦得以自己所受之特別利益。及與他人間約束之關係拒之。土地所有者固不能強其承諾也。日本民法第二百六十九條第一項云。『地上權者。其權利消滅之時。復土地原狀。得收去其工作物。及竹木。但土地所有者提供時價。通知以當爲買取之旨時。地上權者無正當之理由。不得拒之。』此規定是許地上權者得收去之爲原則。而例外則聽雙方之自由意思也。惟是此規定雖基於公益上之理由。然尙不以打破反對之慣習。適用此規定爲必要。故同條第二項云。『有異乎前項之規定之慣習時。則從其慣習。』

地上權者對於隣地之權利義務。殆與土地所有者。有同一之關係。蓋隣地權規定於所有權之限界中。（日本民法第二百九條。至第二百二十八條）以僅適用於土地所有者爲原則。但地上權者與土地所有者。有多少類似之點。故非準用其關於隣地權之規定。實際上殊多不便。至關於互有權之規定。其互有物之設置。非在地上權設定之後。則無與所有者下同。一推定之理。日本民法第二百六十七條云。『第二百九條。乃至第二百二十八條之規定。地上權者間。又地上權與土地之所有者間。準用之。但

第二百二十九條之推定。僅就地上權設定後所爲之工事。地上權者準用之。』

(附) 永代借地權

日本對於居留地(租界)之外國人。雖不許其有土地所有權。而特爲之設定永代借地權。即許其於居留地內。得有永久使用其土地之權利也。此從前永代借地權之起原如此。至明治三十二年。實行與外國人改正條約。載明改約之後。不許再設定永代借地權。以前所設定者。作爲既得權。而與以保護。然關於永代借地權。當時日本與外國訂正之條約。未甚完善。致後來生種種複雜之問題。如往年家屋稅之爭議。付於萬國仲裁裁判。日本卒歸敗訴。

永代借地權。由明治三十四年法律第三十九號。同年勅令第一百七十八號。及第一百七十九號。規定之。

關於永代借地權之性質。可視爲地上權。當時日本民法。亦以之屬於地上權中。而從地上權之名稱。後因各國公使抗議。屢向日本政府力爭。用語之不當。遂改名永代借地權。然以地上權之定義衡之。實有足包含永代借地權者。蓋地上權。爲所有工作物。

或竹木而設。永代借地權亦爲所有工作物或竹木而設。如居留地築造建物則類乎前者。公園內種植花木則類乎後者。故亦得爲地上權之一種也。而外國人有謂永代借地權非地上權者。其理由有二。

第一 外國人有時於其地可爲耕作、牧畜是與永小作權同。此種論據極爲薄弱。蓋普通地上權固非絕對禁止其耕作、牧畜。常有利利用其隙地爲是等之事者。特不過爲附屬目的。而於其主要目的。仍必在所有工作物及竹木也。由此以言。則外國人之於永代借地權亦僅以所有工作物或竹木爲主。雖間有於地內種植野菜、飼養綿羊等。然不過以供其食料。非以是爲生業也。故非其主要之目的。乃附屬之目的也。安得因其附屬之目的而消滅其主要之目的乎。此第一理由之不充分也。

第二 地上權有存續期間。永代借地權無之。此即性質上之差別。故非地上權。此說亦誤。夫存續期間之有無。本非地上權之要素。凡與地上權之定義相合者。即得爲地上權。期間之如何。乃一國立法之自由。不能以地上權之有存續期間而疑永代借地權不得與地上權有同一之性質也。況日本依慣習上。地上權亦非必有存續期間。

其性質亦有永久者。且權利皆依國內法認定。故即以永代借地權作爲地上權。亦無不可。考各國之設定各種權利。亦有定爲永久者。則期間之有無。自別爲一問題。豈能牽連於地上權之性質中言之。即各國之地上權。亦多與永代借地權相合。何獨於日本之永代借地權。謂非地上權乎。此第二理由之不充分也。

如右所論。可知永代借地權與地上權同一性質無疑。（當時日本政府所以不復爲反駁者。以關於此種之爭點及其他問題。除家屋稅外。皆事關細小。遂應各國之要求。）茲故附於地上權之後。雖然永代借地權亦自有其特色。可分爲四。

第一 永代 地上權亦有廣狹二義。自普通狹義之地上權觀之。則以設定行爲定存續期間。設定行爲未定時。則依慣習而定。倘再無慣習可依。權利者可隨時拋棄。即不拋棄。亦由裁判所定其存續期間。已如前述。是狹義之地上權。皆有期間。惟廣義之地上權。間有無期間者。而永代借地權。直無所謂存續期間。絕不受以上之制限。得永久有其權利。故曰永代。此其特色一。

第二 準用所有權之規定 永代借地權。雖與地上權同一性質。然依明治三十四

年法律第三十九號第一條「以政府之永代借地券爲外國人或外國法人所設定之永代借地權爲物權。準用民法中關於所有權之規定。」之規定。則不準用地上權之規定。其効力與普通地上權不同。此其特色二。

第三 不課登錄稅 普通物權之設定或移轉。爲對抗第三者。須爲登記。既登記則必課稅。反之。爲永代借地權。雖同爲登記。然依明治三十四年法律第三十九號第三條「就關於永代借地權及以此爲目的之權利之登記。不課登錄稅。」之規定。得免除其稅。又與普通之物權不同。此其特色三。

當時外國人向日本借地時。約上載有「除借地料外。不納他項之稅。」之明文。有此根據。故登記不能課稅。卒明設法律以免除之。此由約文不完備之所致。亦與關於家屋問題。陷於同一之弊。故與外人結約。文字須爲注意也。

第四 歸於日本人。則爲所有權 永代借地權爲世界僅有之制度。特由條約拘束力之結果。不得已爲外國人設定。故僅許外國人有此權利。若歸屬日本人時。依明治三十四年勅令第一百七十九號第一條第二項「依前項受永代借地券之抹消時。帝

國臣民、又法人、取得其所有權。之規定。則永代借地權。由移轉於日本人之結果。遂一變爲所有權。此亦爲各物權所無。其特色四。

依右之四種特色。是實際上亦有與地上權不同者。故不從地上權之名稱。亦未爲不可也。

第三節 永小作權

日本新民法之永小作權。略與舊民法中所謂永借權相當。惟其目的以耕作、牧畜爲限。是與永借權相差異耳。日本從來之永小作。大抵皆以耕作爲其目的。而以牧畜爲其目的者。已屬稀有。其他種之目的更無論焉。故新民法永小作權之目的。限於耕作及牧畜之二種。最能適合於慣習也。

關於永小作權。分爲五言之。(壹)永小作權之定義。(貳)永小作權之權利。(參)永小作權之義務。(肆)永小作權之存續期間。(伍)永小作權消滅之結果。

(壹)永小作權之定義

永小作權 (Jus emphyteuticum, emphytéose, Erbpacht) 者。拂小作料而在他人

所有之土地爲耕作、牧畜之權利之謂也。日本民法第二百七十條云：『永小作權、拂小作料於他人之土地、有爲耕作、或牧畜之權利。』依此規定、則永小作權、有以耕作爲目的者、有以牧畜爲目的者、又有同時以此兩種爲目的者、是與地上權目的相異之點。要之、耕作與牧畜、皆永小作權之要素也。此二要素外、尙有一要素、即小作料是也。今就小作料、耕作、牧畜、三者之意義、各別說明之。

第一 小作料 關於小作料之定義、學說頗多、簡言之、即年、年、或其他定期、應爲支拂之土地、使用賃之謂也。或以金錢、或以土地收穫之一部分、均可。要以定期支拂爲要素。是即與地上權中地代差異之點（但地上權之定期地代、亦相類似）故以一時支拂土地之使用賃者、雖在地上權之設定、間亦有之、然不能以之設定永小作權也。

第二 耕作 此欲於學理上、下一定義、極爲困難。普通言之、即因培養植物、施人工於土地之謂也。例如種穀、麥於田畑、穀、麥爲植物、其種之也。即爲施人工於其土地。故可謂之耕作。又如種蔬菜、以供食料、種木棉、以充衣料、種茶、以作飲料。其他農家種桑、以蠶飼、園丁種花卉、以爲生業、蔬菜、木棉、茶、桑、花卉等、皆爲植物。種是等之植物、亦皆

於土地上施以人工而爲培養者。故皆可謂之耕作也。至於林業。是否可爲耕作。換言之。即能以林業爲設定永小作權之目的否乎。此自理論上言之。應爲耕作。而自日本慣習上論之。則不謂之耕作。蓋造林之法未興以前。山林之所有者。單採伐天然之生木以供已用。或僅爲賣渡之目的。故因林地之貸借。而生地上權者。則有之矣。未聞以此爲目的而設定永小作權者也。故因一般之觀念。不曰耕作。而別名之曰造林者。固其宜也。

第三 牧畜 即利用土地而飼養畜類之謂也。此無甚疑義。略之。

附錄 岡松博士民法理由物權法第二百六十葉至第二百六十四葉

(永小作權之性質) 永小作權。即日本古來之永小作。與羅馬法之『エムピト
チイジス』(Emphyteusis) 相當。『エムピトチイジス』者。起源於羅馬古代之
『ウエクチガルレホト』(Vehigalrecht) 此權乃就羅馬市有。又羅馬寺院有
之未開土地。(Agrictegalas) 而爲存在者。蓋每年支拂一定之地代。永久爲耕
作而使用其土地之權利也。此權利既自古認其存在。羅馬之大法官。於此權利。

附與物上訴權。(Action punitives) 故爲物權。(ベルニツク第八十四葉レ
 ネル第四百十六葉。) 自此時起。關於此權利之性質。在法學者間大生議論。或
 以爲有借貸借之性質者。或以爲有賣買之性質者。(ガンス第四百十五章)
 此等爭論。於此權利之行使。已有不少之影響。何則。若以爲借貸借權之一種。倘耕
 作者因不可抗力而生損害於土地。因之於其收益有損失時。則有請求免除地
 代。又減額之權利。(唱導此說者以バビニアン爲主。近世アルント第八百六
 十二葉。至第八百六十四葉。シユミイト第三十二葉。至第三十四葉。ワンケロ
 一第三百五十九章。皆爲此論者。) 若以爲賣買之一種。則耕作者即爲買主。就
 其物而生之一切危險。不可不負擔之。理所當然也。故雖因不可抗力。有收益之
 損失時。然無請求減免地代之權利。此可爲論斷者。又在希臘古代。有稱爲『エ
 ムピトイジス』者。即爲播種葡萄而賃借土地之制。蓋『エムピトイジス』在
 希臘語。即播種之義也。(チツテンベルケル) 此制輸入羅馬。乃合『ウエクチ
 ガールレヒト』與『エムピトイジス』二者。而成同一之制。而羅馬法之『エ

ムピイトタイジス』之名稱。即由此而起。(レネル edictum 第四百十六葉。テルンアルヒ第一卷第六百二十九葉) 至エスチニアン帝之時。認『エムピイトタイジス』存立於私有權上爲最廣。(ヘルニツク第八十五葉) 自此以後。於羅馬法上。以『エムピトタイジス』爲重要之借地權。而重於所有權。至關於『エムピトタイジス』之性質。爲古來學者間所爭論。致成爲「賃借權乎抑賣買乎」之問題。逮ツエノ帝。乃決定『エムピトタイジス』之性質。非賃借權。亦非賣買。全爲一種特別之永小作契約。(Emphyten tichn Vertrag) 而就減免地代之請求言之。於其不利益之場合。亦決定使耕作者負擔。(蓋於永小作權之場合。其地代概爲低廉。必爲地主不論年之豐凶。使年年安全得一定之收入而設者。故雖因不可抗力而於收益有損失。然其損害。以使歸耕作者負擔爲當然也。) 此後關於『エムピトタイジス』之性質。學者之見解。乃有一定。在近世歐洲之『エムピトイジス』皆倣之。日本於古來永小作權名稱之下。認一種永遠無期之借地權。此權利雖概以耕作爲目的者。然亦有以牧畜爲目的者。日

本民法所謂永小作權。係採用日本古來永小作之慣習。及歐洲『エムピトイジス』之觀念。而其性質。實無異於歐洲之『エムピトイジス』之觀念。而其二個特異之權。其一。以永小作權爲借地權之一種。在歐洲則永小作權。土地之外。關於一般之不動產。亦認爲存在。然於日本之慣習上。未聞於土地之外。認建物。又樹木等。爲永小作者。故日本民法。僅限於土地上之使用。採以永小作權爲借地權一種之主義。其二。於永小作權之永續期間附限界。（五十年。或三十年。）（於日本之慣習。及外國之例。皆以永小作爲永遠無期。然於公益上不得其當。何則。以永小作爲無期。所有者至於子子孫孫。不得使用其土地。殆不過所有者之虛名而已。又土地之價格。大抵隨於人文之發達。人口之增加。漸次增高其價格。若以永小作權爲無期者。使定於數十年。又數百年前。之小作料。依然存續。則土地之所有者。有蒙不當之損失之虞。因是日本民法特就永小作權設其期間之限界。）是也。

(貳) 永小作人之權利

永小作人之權利。就定義上觀之。即可知其在他人之土地上。有爲耕作及牧畜之權利。其他各種權利。悉依當時之設定行爲而定。若於設定行爲中未有定明時。永小作人對於其耕作及牧畜之權利上。果應有如何之範圍乎。大別爲二。(甲)土地之變更。(乙)讓渡轉貸。

(甲)土地之變更

土地之變更者。處分行爲也。非爲所有者。固不能有此權利。故自理論上言之。永小作人非即所有者。僅有其土地之使用權。似無土地之變更權。而在實際上觀之。設絕對不許永小作人有變更土地之權利。則恐不能達其權利之目的。蓋推究永小作權在何時設定。以多數之場合言。必曰開墾。開墾者。即變山林原野而爲田畑之類。是也。關於開墾之永小作權。其權利之目的。與土地變更之行爲。幾有不可離之關係。若於此而禁止其變更。無異不許其有此權利矣。雖然。使任永小作人爲無制限之變更。則於土地之所有者。易生損害。故法律一方使永小作人達其目的。他方又爲土地所有者保護其所有權。是即採用折衷主義而爲之規定也。日本民法第二百七十一條云。

『永小作人對於土地不得加以可生永久損害之變更。』依此規定則永小作人對於其土地其一有爲無損害而變更之權。如前開墾之例。非特於土地毫無損害。且多利益。此得變更。固不待言。其二即有損害而非永久者。永小作人亦有變更權。換言之。即得爲一時損害之變更也。例如永小作人於其土地開鑿一池。面積頗小。將來權利消滅之際。以土填實。極爲易事。此決無生永久損害之虞。故亦許其變更。但返還土地時。須負復其原狀之義務而已。設開一大池。則極難回復其土地之原狀。是於地主之所有地。可生永久之損害之結果。故制限永小作人。使不有此變更之權利。然果得地主之承諾。(即由設定行爲認定者。或其後承諾者)則又非法律所禁矣。

(乙)讓渡轉貸

讓渡者謂以權利之一部或全部讓渡於他人。轉貸者謂以權利之目的物(即土地)貸於他人。永小作人是否有此權利。實一問題也。以讓渡言之。永小作權爲物權。亦即爲財產權。苟爲其土地之生產物。即從其權利上所產出之利益。均可賣渡於人。則其權利之自身。亦當可爲讓渡。故學者間謂處分爲財產權之特色。讓渡亦即處分之

一。法律上雖無許其得爲讓渡之明文。亦可推定其有此權利。況永小作權爲物權。尤較財產權中之債權爲有強力者。蓋債權固可由當事者之意思爲不許讓渡之約束。反之而爲物權。原則上並未嘗許以當事者之意思得爲禁止。則物權中之永小作權。當然受此原則之適用。而有讓渡之權利也。以轉貸言之。關於其權利之自身。既得讓渡。其目的物之轉貸。更當認爲有效也。但轉貸時不得爲自己權利以外之處分。是應受制限者。其一。限於同一之目的。如原以耕作及牧畜爲目的。即轉貸亦不許雜以他種之目的。或單爲耕作之目的而設定者。並不得爲牧畜之目的而行其轉貸。其二。轉貸之期間。不得超過權利之存續期間。如存續期間爲二十年。於設定五年後。轉行賃貸。其期間必限定十五年以下也。此讓渡及轉貸之兩種權利。乃永作人爲自己有特別之事情。致不能利用其土地時。可以行使。亦即爲一般之原則。例外。則可由當事者之意思禁止之。此殆爲物權中稀有之例外。故法律不可無一特別之規定。日本民法第二百七十二條云。『永小作人得讓渡其權利於他人。又於其權利之存續期間。爲耕作或牧畜得賃貸土地。但以設定行爲禁止之時。不在此限。』

右前段之規定爲一般之原則。而但書認由當事者之意思禁止之爲有效。乃一大例外也。關於地上權，因無右條前段同樣之規定。遂生學者之無數疑義。不知地上權既爲物權。原則上當然可爲讓渡及轉貸。此何待規定者。然則獨於永小作權設此規定何耶。夫物權以讓渡及轉貸爲原則。既屢如所述。其不許當事者以自由意思禁止之。尤爲物權之特色。故設於或種之物權。可以由當事者問之意思爲禁止者。若非法律上有認定之明文。則不生其効力。此右條但書之規定。爲特認從當事者禁止之意思。乃其主要之點。至前段之規定。實不過揭示永小作權性質上所生當然之結果而已。（此種規定。謂其因認有例外。遂併揭示其原則。亦可。）由此立論。地上權雖無特別明文。當然適用一般之原則。有自由讓渡及轉貸之權。換一方言之。因無與右條但書同一之規定。則可知其絕對適用物權中之原則。並不許以當事者之意思禁止其讓渡及轉貸也。至獨認永小作權可依當事者自由禁止之理由。則在多數之慣習上。往往於設定行爲中。約明不許讓渡或轉貸。此日本民法所以特定爲一例外也。

（參）永小作人之義務

關於永小作人之義務，可分爲三。(甲)小作料。(乙)永小作權之拋棄。(丙)永小作權之消滅。請求。

(甲)小作料

依普通言之。永小作人之各種義務。本可包含於小作料之中。茲特別爲一項論之者。乃單指支拂小作料時。永小作人對於小作料而負義務。是爲一般之規定。其特別者不與焉。如前所述。永小作人之支拂小作料。其以金錢。或以收穫物之一部。皆可不問。至此種義務之內容。如小作料額。(金錢則爲金額。實物則爲數量)又支拂方法。及其期限。皆以設定行爲詳定之。無設定行爲以爲之確定。則依其慣習。無慣習則應從日本民法第五章之規定。其他於第五章所未規定者。乃準用關於借貸之規定。日本民法第二百七十三條云。『就永小作人之義務。於本章之規定。及以設定行爲定之之外。準用關於借貸之規定。』何者可準用借貸之規定。請舉一二例以明之。例如關於小作料之支拂時期。無設定行爲及慣習。可依時。則應準用第六百十四條。即在月末。或待年終。或在收穫季節之後。悉依其土地之種類。以定其支拂之時期。又

如地主之先取特權。其對於永小作人。亦可準用第三百十二條。至第三百十六條。關於貸主對於賃借人不支拂借料時。有動產上之先取特權之規定。則當永小作料不支拂之場合。得有同一之權利。其他如第六百十三條。及第六百十五條之規定。皆可準用之。（各條文參照）

於此有一問題。即永小作人因不可抗力之事變。無所收益。或收益極少時。（例如因地震全無收益。因大雹收益較小。）對於其地主。能否有小作料之免除。或減額之請求權乎。依日本民法上之規定解決之。固不認永小作人有此權利也。於第二百七十四條云。『永小作人因不可抗力。雖就收益上有受損害時。不得請求小作料之免除。或減少。』此即不準用關於賃貸借之規定而特設明文者也。蓋依日本民法第六百九條。賃借人遇有不可避之事變。得有免除。或減額之請求權。各國立法例。亦皆有同一之規定。然於賃貸借則許之。於永小作則不許。何耶。其理由有二。

第一 就於永小作人與賃借人之觀察。自此一方面言之。賃借人所負擔之借料甚重。而永小作人所負擔之永作料則甚輕。（在開墾之場合。尤爲微少。）重則一遇歉

收。即不堪其過分之負擔。苟非免減之。賃借人必受意外之損害。輕則以常年之所得。足償凶歲之所失。雖如常取之。永小作人亦不爲大不利益。故一許其請求。一不許其請也。

第二 就於地主與賃貸人之觀察。自此一方面言之。在賃貸人。年年爲多數貸料之收益。即偶遇災變。許賃借人借料之免除。或減額。決不至生大損失。反之。小作料較普通借貸借之借料。恆爲低廉。治主寧棄多額之借料。僅受取極低廉之永作料者。無非較量各年豐歉不齊。恐收入因之每每生其大差。故寧舍彼取此。欲常爲安全之收益。今忽於凶年之場合。若許永小作人得爲永作料減免之請求。恐與地主於設定之初。甘受低廉永作料之精神。大相背馳。此第二百七十四條。所以設有與第六百九條反對之規定也。

以上爲最有強力之理由。此外尚有附屬之理由。即賃貸人有使賃借人得爲土地使用收益之義務。遇有天災地變。其土地生損害時。雖一歸賃貸人修繕。同時賃借人亦即不獲收益。已足爲請求之理由。且賃借人多係貧乏。故各利用其已開之土地。亦不

嫌其借料之較昂。即專恃當年收入以支拂之者。實爲恆情。則貸人於一方既明知其土地收益甚少。於一方又因賃借人萬難負擔。故必許其減免。若在地主。則不負與賃貸人同一之義務。自設定以後。一委諸永小作人之利用。故實際上。土地有無利益。地主常不聞知。故即生損害。固無受其請求之理由。且永小作權多在開墾時設定。永小作人所投之資本。必較賃借人爲大。故其小作料又甚輕微。是小作人多富於資本。即使於凶歲負擔之。其力既足以勝任。即可爲後來補償之計。固不慮其受損也。

參考 民法要義第二卷物權編第二百二十葉至二百二十二葉

永小作權與地上權。因其目的之異。而自有別。既如所述。至永小作權與賃借權之差。往往有不明者。蓋賃貸借其目的極爲廣汎。無論以各何之目的。賃借如何之物。皆爲賃借。故於此點。與永小作權大異其趣。固不待論。雖然。若以耕作、或牧畜爲目的之土地。於賃借權與永小作之間。果有如何之差異乎。此在理論上爲之區別。雖極容易。然實際則往往有難焉者。惟爲法官者。能探究實際之事情。搜索當事者真意之所在。據之而明其契約之性質。以甄別兩者而已。此外無他法。

也。今就理論上述兩者之差異。(第一)權利之客體。限於土地與否。(第二)其目的限於耕作牧畜與否。(第三)永小作權爲物權。賃借權爲債權。(第四)永小作權之存續期間。爲二十年以上。五十年以下。(日本民法第二百七十八條)賃借權之存續期間。必爲二十年以下。(同法第六百四條)。(第五)永小作權之設定。不必要以契約。例如以遺言亦可設定之。賃借權反之。必要以契約爲設定者。是兩者性質上之差異也。雖然。物權與債權之差異。當事者多不明言之。唯法官專觀察契約全體。或得定其性質耳。如由契約全體觀察。地主對於小作人。不負何等之義務者。則多爲永小作權。若對於小作人。負修繕土地。與其他義務之場合。則多爲賃借權。是也。又永小作權。爲二十年以上。賃借權。爲二十年以下。故兩者皆得以二十年之期間設定之。於此場合。區別兩者之差異。已覺甚難。設不以契約特定其期間時。則更不能由期間之短長區別之也。又永小作權定超過二十年以上之期間。若當事者之意思專在欲使生債權關係時。則其契約爲賃借。依日本民法第六百四條之規定。唯其期間可短縮之爲二十年。又永小作權。雖

以契約以外之行爲得設定之。然是殆屬於法律上之理論。於實際上，大抵皆以契約爲設定者。故欲依之以區別兩者。豈不難耶。況實際難區別兩者之場合。即在恰以契約爲設定其權利之場合耶。是余所以言實際區別兩者之難也。（又於當事者所用之名稱及登記之有無等，亦可資參考。）

(乙) 永小作權之拋棄

關於永小作權之拋棄。從表面言之。永小作權本爲財產權。無論何時。得拋棄其權利。當不至發生問題。且其拋棄亦似與義務無關。不見說明之必要。然自事實言之。永小作權與普通權利不同。即與地上權亦異。蓋皆爲有償設定。故有永小作權即有小作料。是即權利必與義務相伴。設永小作人一方欲拋棄其權利。於一方直得免除其義務。即於地主有所不利。不得任意拋棄。然亦非絕對不許其拋棄者。例如屢遇凶年。依日本民法第二百七十四條之明文。固不能免除義務。設又永久禁止其拋棄權利。則其初一二年間。雖於其土地上無毫末之收益。尙得勉罄平生所貯蓄者。履行小作料之義務。若繼續至三年。甚或四五年。仍無收益。猶使其固守契約。務盡義務。是殆強人

所難能也。故法律雖不許永小作人於保持權利之間，即免其義務。若一旦拋棄其權利，則義務亦同時消滅。但非若賃借人僅於二年間，爲較少於借料之收益，即許解除契約（日本民法第六百十條）必其一爲絕無收益，引續在三年以上。其二爲較於小作料更少之收益，引續在五年以上。方許其一方爲權利之拋棄。於一方即爲義務之免除也。日本民法第二百七十五條云：『永小作人因不可抗力，引續三年以上，全不得收益，或五年以上，僅得較小作料更少之收益時，得拋棄其權利。』

(丙) 永小作權之消滅請求

此自地主對於永小作人爲永小作權之消滅請求者，與前之權利拋棄之場合，正相反對。而其有關係於永小作人之義務則一也。蓋地主必於永小作人已怠於履行義務，或竟不堪盡其義務時，方爲權利消滅之請求也。日本民法第二百七十六條云：『永小作人引續二年以上，怠於小作料之支拂，或已受破產之宣告時，地主得請求永小作權之消滅。』依此規定，則地主爲權利消滅之請求，有二場合。

第一 永小作人怠於小作料之支拂時，此自理論上言之，永小作人支拂小作料

之義務。多依設定行爲而定。設定行爲。即地主與永小作人間之契約。故應準用日本民法第五百四十一條。關於契約之原則之規定。即永小作人依契約所定期間。如一次怠於支拂。地主固不妨要求解除契約。即以消滅其權利。但自實際言之。永小作權。大半在開墾時設定。既屢如所述。此永小作人往往投莫大之資本。改良土地。非數年後。不得收回其利益。倘偶因一次怠惰。而即消滅其權利。則永小作人特意投資之計畫。忽歸水泡。必生不平之感。同時亦非經濟上之利益。且無論逢如何之天災。及如何之凶作。又不能得免除其小作料。則有因事出於不得已。不無怠於小作料之支拂者。故法律不使其權利驟爲消滅。必限於引續二年以上也。

第二 永小作人已受破產之宣告時。此自地主一方觀之。一、永小作人既已破產。必不能完全支拂其小作料。二、即能支拂。但因破產手續上之關係。亦必不能依設定行爲之期限。故直得爲消滅之請求也。但於此有一疑問。解除永小作契約。較難於解除貸貸借契約。此就永小作人與賃借人怠於履行義務時。已可概見。獨於破產之場合。賃借人受宣告後。貸主不得直爲契約之解除。（日本民法第六百十七條及六百

二十一條)反之。永小作人雖受同一之宣告。地主竟得直消滅其權利。是頗覺可怪者。及比較兩者之性質。而後知其權利之消滅。所以緩於貸貸借而速於永小作者。非無理由也。

(一之理由)地主信任永小作人。常較貸貸人信任賃借人爲厚。惟其信任愈厚。即失信任亦愈甚。故地主欲消滅其權利之心較急。

(二之理由)通常貸貸借之借料貴。而永小作人之小作料廉。故貸貸借於破產之場合。往往破產管財人。先爲解約之申入。賃貸人轉可不必自爲請求。而地主正與之反對。故必先向永小作人請求消滅其權利也。

(三之理由)賃貸借之權利。以不得讓渡爲本則。(日本民法第六百十二條)故即在賃借人破產後。不慮其付諸公賣。反之。永小作權原則上本可讓渡。(同法第二百七十二條)設破產管財人或以之與永小作人之他財產。一並付諸公賣。其土地不知歸屬何人。故地主必時抱不安之念。不若早爲取還。轉貸與可信任之人。或自利用之。

如上所述。關於永小作人之權利義務。自日本民法第二百七十條。至二百七十六條。規定之。除第二百七十條外。其餘各條之規定。皆於無別段之慣習時方得適用。茲宜注意者。第二百七十條之規定。所以不認其從特別之慣習者。無他。同條即可爲下永小作權之定義。若亦認可有反對之慣習。將至以非新民法所謂永小作權者爲永小作權矣。故第二百七十七條又爲之規定云。『有異乎前六條之規定之慣習時。則從其慣習。』謂前六項之規定者。即指自第二百七十一條至第二百七十六條而言。而第二百七十條關於永小作權定義之規定。固不包含在內也。

法律所以必認慣習者何。蓋是等之事項。各地有一定之慣習者多。一旦欲打破之。使偏從法律之規定。惟見其有害。而毫不見其有利。故日本民法特託於第二百七十七條。以明其意也。

(肆) 永小作權之存續期間

關於永小作權之存續期間。可分爲三言之。

第一 當事者之設定。依當事者之意思於二十年以上。五十年以下。之範圍內。定

其存續期間時。則從其意思。或以三十年爲存續期間。或以四五十年爲存續期間。均無不可。

第二 法律之限定。依當事者之意思定明二十年以下、五十年以上之期間。例如以十年或二十年爲存續期間時。則與法律上二十年以上、五十年以下之規定相違反。故不能認爲有效。無論以遺言或其他方法設定。皆非法律所許。因二十年未滿之十年期間。不必以永小作權之物權設定。可以賃貸借之債權設定。法律亦僅以債權保護之。不以物權保護之也。至超過五十年之六十年期間。自表面上論之。因其違法。應爲全體無效。若自實際上言之。不必拘泥。可僅就違法期間之部分。不認其有效。如六十年中除去十年。其餘五十年。仍生効力。推當事者之意思。不過利在久長。若因設定行爲之不適法。即全然無效。是並使其不能得法律上所定之存續期間。即於當事者之意思。未免大相刺謬。故寧使其期間短縮。但能就法定之範圍。皆可成立。此雖不免有左右當事者之意思之嫌。然視當事者受全部之取消。絕對不能達其目的者。其爲便利固已多矣。然則何以於二十年未滿。如十年之期間者。認其全體爲無効。此乃依

當事者之意思。利在短期。法律固不能強其延長。惟作爲別種權利以保護之。或謂法律不許設定長期之永小作權。過於干涉。不知如不設一制限。必於經濟上生大不利益之結果也。蓋短縮其期間之理由有二。

(一、爲防土地之効用減殺)永小作人因使用他人之土地。決不如地主對於自己所有之土地之親切。故改良之念。極爲薄弱。同時地主受僅少之小作料外。不思再收他項之利益。亦放任永小作人之使用。並不思充分改良其土地。甚有永小作人阻礙其改良者。時久地荒。必貽將來以不可挽回之實害。此於土地利用上不便。即於國家經濟上有損。故必限定期間。使不至永遠不加改良。則土地之効用。可以保全矣。

(二、爲免權利者義務者間生不公平之結果)小作料爲土地之對價。必應土地之價格。及生產力而定之。方爲公平。故亦不許其期間之過長。就以金錢爲小作料言之。土地之價格。常伴時代之進步。逐次增長。而小作料仍依舊日所定之額支拂之。於地主極不利益。就以收穫物之一部爲小作料言之。農學發達。土地之生產力日以膨脹。永小作人之收穫漸增。而地主之利益如舊。則土地價格與小作料。失其相當之權衡。

由此結果。必至地主與永小作人。不能辨明。換言之。即永小作權與所有權。竟至無可別擇也。蓋無一定之存續期間。即至百數年。或數百年。皆無不可。以數百年前終久不變之小作料。使當數百年後日就增高之地價。雖僅存少數之額數。亦屬有名無實。是則永小作人所受之利益過多。而地主所得之利益（小作料）反少。兩者間殆生易位之狀態。雖法律上非不能應若干期間之經過。即增以相當之小作料。然此過於干涉當事者契約之內容。殊覺不便。故法律力避其弊。寧於期間上加一制限。即足以保護其公平也。

法律雖設有不得超過五十年之制限。然當事者如希望延長。亦得輾轉使達其目的。即於五十年期間滿了之際。由當事者雙方之合意。得更新其契約。故實際上亦無甚不便。但期滿後。地主意變更。或自爲耕作。或因小作料過少。欲行轉貸。永小作人不得以土地返還地主。即爲法律上所不許也。更新之設定。或增加小作料。或特別附加條件。使地主與永小作人共同改良其土地。均無不可。至其存續期間。自更新之時起算。亦不得超過五十年。又不待言也。日本民法第二百七十八條第一項云。『永小作權

之存續期間。爲二十年以上、五十年以下。若以視五十年較長之期間。設定永小作權時。其期間短縮之爲五十年。『第二項云。』永小作權之設定。得更新之。但其期間自更新之時起。不得超五十年。』

第三 未定期間者。當事者未定其期間時。則依慣習以定其存續期間。但以不違反法律二十年以上、五十年以下之規定爲限。如再無明確之慣習。則以三十年爲其存續期間。此屬不得已之規定。無理由之可言也。日本民法第二百七十八條第三項云。『以設定行爲而不定永小作權之存續期間時。其期間除有別段慣習之場合外。爲三十年。』

(伍)永小作權消滅之結果

永小作權消滅之結果。準用關於地上權消滅之規定。日本民法第二百七十九條云。『第二百六十九條之規定。於永小作權準用之。』

第四節 地役權 附入會權

關於地役權。分爲四款。第一款。地役權之性質。第二款。地役權之設定。第三款。地役權

之効力。第四款。地役權之消滅。附入會權。

第一款 地役權之性質

關於地役權之性質。可分爲三。(壹)定義。(貳)從性質。(參)不可分之性質。

(壹)定義

地役權 (Servitus praediorum) 者。以他人之土地。供自己土地之用之權利之謂也。

日本民法第二百八十條云。『地役權者。從以設定行爲所定之目的。有以他人之土地。供自己土地之便益之權利。但要不違反第三章第一節中關於公之秩序之規定。』是即下地役權之定義也。例如甲地所有者。爲自己土地之便利。欲以乙地供其經過之用。則乙地爲甲地所有者之目的物。雙方間從而設定通行之權利。即爲通行地役權。準之定義。無一不合也。

地役權。即學者間所稱役權 (Servituten) 中之一種。役權者何。其定義。即以他人之物。供自己之用之權利也。大別之爲二。(甲)地役權。(乙)人役權。

(甲)地役權

地役權之定義。已如前述。所謂地的地役。(Servitus rerum aut praediorum, servitute réelle ou pr' diale, Grunddienstbarkeit) 爲自己土地之便益。而以他人之土地供其用。如通行地役權是。但通行地役權。非自己無土地而單爲普通通行之謂。必須自己居住於其土地。欲以他人之土地供其通行之用。乃得爲通行地役權。故地役權必於自己有土地之關係也。

(乙) 人役權

人役權者。其定義謂以他人之物供自己人之用之權利也。所謂人的地役。(Servitus personarum aut personarum, servitute personelle, persönliche Dienbarkeit) 是屬於爲人之利益。與地役權爲土地之利益者。有別。例如地上權者。爲所有工作物。或竹木。有使用他人土地之權利。此非以他人之土地爲自己土地而使用之。乃爲自己人之便益。以使用其土地。故不爲地役權。而爲人役權。又如永小作權者。於他人之土地上有爲耕作。或牧畜之權利。耕作。牧畜。乃人之行爲。即爲自己人之便益。而使用其土地。決非爲自己土地而使用之。故亦爲人役權。非地役權也。又如普通通行權。亦一

人役權。非地役權也。

地役權、人役權之名稱。本於羅馬法。當時地上權、永小作權、皆歸入人役權之中。近時歐洲各國、皆以地上權、永小作權、爲特種之物權。但羅馬法所謂人役權者。至今遺留於歐洲各國。尙有三種。(一)用益權。(二)使用權。(三)住居權。

(一) 用益權

用益權 (Ususfructus, usufruit, Nießbrauch) 者。以他人之物爲使用收益之權利也。無論動產、不動產、皆得爲其目的物。就不動產言之。對於土地、與家屋、皆可有其權利。此即與地役權不同。蓋地役權專以土地爲限也。但事實上、以土地爲用益權之目的物者、爲最普通。此又與所有權相似。然所有權中含有處分權。而用益權無處分權也。

(二) 使用權

使用權 (Usus, usage, Gebrauchsrecht) 者。使用他人之物之權利也。故使用權僅能使用。不能收益。自與用益權又不同也。

(三) 住居權

住居權 (Habitatio, habitation Wohnungrecht) 者。住居他人之家屋之權利也。此不待說而自明。

以上三種權利。皆羅馬法所謂人役權。而歐洲各國至今猶有存者。此三種權利。大足釀經濟上之弊害。爲歐洲學者所公認。惟拘於古來之慣習。未之能改。僅特設法規以防閑之。日本幸無是等之慣習。當編民法法典時。雖曾認此三種權利。至新民法仍廢除之。故今日本無所謂人役權也。但入會權亦屬人役權中使用權之一種。且日本今日是等之慣習頗盛。學者昧於是等之沿革。往往不知其所由來。殊足怪也。

依右所述。役權分地役權、人役權兩種。而人役權。依羅馬法原始之分類。尙有種種。至今日各國。除用益權、使用權、住居權三種外。皆已不認。他若地上權、永小作權。雖羅馬同認爲人役權。現歐洲及日本。亦均作爲獨立物權。而歐洲所認之三種人役權。爲日本民法所不認。故在日本言之。所有者惟入會權而已。

(一) 役權之定義……役權 (Servitius) 者。爲他物上權之一種。爲一定之土地。或一定之人。借用他人所有物之權利也。……他物上權。除役權外。有質權。(廣義抵當權亦包含之) 地上權。永小作權等數種。今舉其權利間所存主要之差別。(子) 役權與質權之差異。質權之爲主効力。在剝奪其所有權。然役權則僅限制所有權之行使。(丑) 役權與地上權。永小作權之差異。役權。地上權。永小作權。雖皆不過限制所有權。然其範圍各有不同。役權之限制所有權。其範圍不廣大。常對於所有權有主從之關係。若地上權。永小作權之限制所有權。其範圍頗爲廣大。殆有欲與所有權同等者。是爲其差別主要之點。……故役權之用。有以使用他人之所有物爲主者。而其使用。因役權之種類。有種種之別。或(甲)有爲一種之收益權。如收益果實。其他之生產物。(例如用益權是也) 或(乙)有爲單純之使用權。(例如通行權) 或(丙)有爲一種之禁令權。如爲使觀望。或光線。得完全使用。禁於隣地設立一定之建設物。(例如眺望權是也) (三) 如眺望權之一種禁令權。(謂禁建物之建設) 就爲使用權與否之問題。雖唱消極說(以爲非使用權之說)之學

者不少。(例如ブツフホルツ)然近世之學者。概採用積極說。蓋其一、對於他人之土地行禁令權。畢竟以其土地爲供觀望上。或光線之利用上者。亦屬於一種之使用也。其二、使用非必積極的。僅限於使用物。有因消極的禁止他人妨害之行爲。而享受利益之場合。(エルウエルス第三十二葉。テルンブルヒ第一卷第五百五十七葉。ケルレル第六十三章。)又役權。爲一定之土地。或人之利益。而存在。其利益因爲土地。與爲人。而性質上自有差別。即一、爲土地之場合。(是云地的役權。或地役權。)以增進有役權之土地之利用爲目的。二、爲人之場合。(是云人的役權。或人役權。)以對於一定之人。使終身間得定期之收入爲目的。是也。(ウイントシヤイト第一卷第二百零章。テルンブルヒ第一卷第五百五十七葉至第五百五十八葉。)

(二)役權之性質。役權之爲主要素有三。(一)役權爲使用權。故役權得使用物。(二)役權爲物權。故役權對於物爲直接之支配。(三)役權爲他物上權之一種。故役權僅於他人所有權之上而爲存在。凡使用他人之物。或有依債權者。或

有依物權者。即貸貸借、使用貸借、使用物之債權也。使用權之遺贈。在附與使用權之債權。此債權的使用權。僅拘束契約之當事者。及其一般承繼人。對於第三者則不及其効力。反之。地上權、永小作權、役權、物權的使用權也。地上權、永小作權、爲使用土地之權利。而役權爲使用物之權利。此物權的使用權。與債權的使用權。舉其所異。其主要者有二。(甲)物權的使用權。爲物上直接之支配。故無論對於何人得對抗之。非如債權的使用權。祇拘束契約之當事者。及其一般之承繼人。當然對於第三者。(總稱原始的、及繼受的、承繼人、又於其他物之上、主張權利、或利益者。)亦不及其効力。(乙)物權的使用權。所有者(占有者亦然)對於使用權者。僅有不妨物之使用之義務。(Duldempati nichttunnon facere)無如債權的使用權。負使使用物之義務。(Thun-facere)故物之所有者。於得使用物之狀態。不有保持之義務。因而不負物之修繕、及保存之義務爲原則。(反之。在債權的使用權。物之所有者。以負物之保存、及修繕之義務爲當然。)「注意。於物權之使用權。以所有者不得負擔物之修繕、保存之義務者。謬誤也。在羅馬法

已就役權之一種。所有者有負保存、又修繕之義務者。(例如 *Servitus oneris ferendi*)。於近世大陸之法典、其例頗多。因是說明獨逸普通法之學者中、有以物之保存之義務、爲役權之一部、而當然爲所有者之負擔者。(テルンブルヒ第一卷第五百六十一葉) 要之、物權之性質、因其義務者以負不作爲之義務爲原則、而爲此論結者也。故有反對之習慣時、或當事者以設定行爲特定之時、則物之所有者、負保存、修繕之義務、固自當然也。」又役權、他物上權之一種也。故於自己所有之物上、不得設定役權。因是有役權者、得其役權所目的物之所有權時、因於混同、當然使其役權消滅。(他物上權雖須存在於他人所有物之上、然所謂他人之所有物之意義、爲消極的、以非自己之所有爲己足、非必以現爲他人所有爲要件、因而於無主物之上得設定役權、爲羅馬法以來學者間不存疑之處、テルンブルヒ第一卷第二百零三十七章、ウイントシャイト第一卷第六百三十八葉)

(三) 役權之種類……分役權爲人的役權。(人役權) (*Servitus personalis*) 及地的

役權(地役權)(*Servitus praediorum*)之一種。地的役權者謂爲一定之土地之利益而存在之役權。人的役權者謂爲一定之人之利益而存在之役權。如通行、流水、觀望之役權。爲地役權。如用益權、住居權、則人役權也。日本之慣習不認人役權。故日本民法所認役權之種類。僅地役權而已。

地役權有二要素。一、要役地(*Fonds dominant*)。二、承役地(*Fonds servant*)。要役地云者。要求他之土地之使役之土地也。承役地云者。承受他之土地之使役之土地也。以要役地爲要素。故地役權必爲土地。以承役地爲要素。故地役權必存乎土地之上。謂之要、謂之承者。亦不過極形容其土地有如是之性質耳。非土地能自爲要、自爲承也。地役既有要役承役之關係。則兩地須相連屬。然此非要素。雖事實上往往爲連屬者。然以理論言之。即中間隔有一地。亦無妨地役權之成立也。

地役權以通行地役權爲多。然通行地役權之外。尙有多數之種類。今略舉之。

第一 引水地役權 例如甲地無水。而乙地有泉。甲於乙土地引泉水以供己地之用。是甲地爲引水要役地。乙地爲引水承役地。即地役權也。

第二 汲水地役權 例如甲地有井。乙地汲甲地之井水。以供自己土地之用。亦一地役權也。

要之。第一之引水地役權。第二之汲水地役權。皆可包含於用水地役權中。但有時於此則見爲用水地役權。於彼則僅見爲引水地役權者。例如甲乙丙三地。甲地於丙地引水經過乙地。就甲地對於丙地觀之。固可謂之用水地役權。就甲地對於乙地觀之。祇得謂之引水地役權也。又有時於彼並不見爲用水地役權。而於此仍不失爲引水地役權者。如上例。丙地爲公地。甲地對之。即無所謂用水地役權。乙地爲私有。則甲地引丙公地之水。經過乙私地。仍爲引水地役權也。

第三 觀望地役權 觀望權之用語。本不適當。惟學者間沿用甚多。故茲仍之。論其內容。乃於自己土地建築家屋。不許他人於彼之土地建築家屋之權也。例如甲乙兩地相連屬。甲於其土地建築家屋。其前林木繁盛。可以任意觀望。因與乙特立契約。不許其建築。或建築至何程度而止。務使不妨害其觀望。即觀望地役權也。地役權之種類。法律概不爲限定。一任設定行爲自由設定。凡以他人之土地供自己

土地之用者。皆可認爲地役權。此日本民法第二百八十條之前段。所以爲概括的規定也。然必以適法之目的爲限。而地役權之不適法。以變更關於所有權限界之規定爲多。（即日本民法第二百八十條但書所謂第三章第一節中。關於公之秩序之規定。）然變更所有權限界之規定。不得盡謂之不法。換言之。非悉違反關於公之秩序之規定也。例如設定袋地之所有者。不通行圍繞地上之地役。得妨從隣地自然流下之水之地役。不設界標之地役等。皆有害公之秩序。可以認爲不法。反之而設定非袋地。而可通於他人之土地之地役。爲牆壁或建物之築造。及修繕。不立入於隣地之地役。及使雨水注瀉於隣地之地役等。是即無關於公之秩序。故當認爲有效。要之。認地役權之有效與否。一以公之秩序有無。違反爲斷。此即第二百八十條但書之所規定也。

附錄 岡松博士民法理由物權編第二百八十六葉至二百八十九葉

（四）地役權之性質……地役權（*Servitus praediorum*）爲役權（*Servitutes*）之一種。

而爲一土地之便益。使用屬於他人之土地之物權也。（ワンケロ―第一卷第

三百四十章。ウイントシヤイト第一卷第六百六十二葉。テルンブルヒ第一卷第二百三十八章。舉其特性。則(一)地役權。要二箇之土地。(子)依地役權而被使用之土地。(是云承役地 Dienedegruestuek)(丑)依地役權而享受利益之土地。(是云要役地 Herrschende grueluek)是也。(一)地役權。本法所認祇一役權。(本法不認人役權。故本法所認之役權。亦僅爲地役權。)(二)地役權。爲存於土地上之役權。(於羅馬法及歐洲之法律。關於建物。已認地役權之存在。是因在彼之建物。當然爲土地之一部也。本法(子)從日本之慣習。不以建物爲土地之一部。)(丑)因無離土地僅爲建物設定役權之必要。唯限於土地之地役權。(四)地役權。爲一定之土地之便益而設之役權也。(非如人役權爲人而設者)以是地役權不得離土地而單獨存在。(其結果(子)地役權之買賣。讓與。其他讓渡。皆須隨於要役地。)(丑)地役權之實行。亦非隨於其土地。則不得委之於他人。(寅)地役權以爲要役地之從物。而隨於要役地之所有權爲移轉爲原則。就地役權之性質。學者之見解多歧。而其主要者凡有四。(一)地役權

者。要役地所有權之擴張也。ウイントシャイト第一卷第六十二葉。夫要役地所有權。爲要役地之完全支配權。僅以要役地爲其目的。故爲要役地設定地役權。但要役地之完全支配權。不因之增減。唯就要役地外之他物（即承役地）之支配權。不過使爲附從而已。然則以地役權爲要役地所有權之擴張者全非也。（シエホマン第百五葉）（二）地役權。使附屬於要役地之一性質也。（テルンブルヒ第一卷第五百六十六葉）夫地役權與要役地所有權。必然隨伴。而非與其所有權共爲移轉者。故因設定行爲。或習慣。地役權不伴所有權之移轉而消滅。往往有之。（日本民法第二百八十一條參照）然則以地役權爲附隨於要役地所有權之一性質者。失當也。（三）地役權。要役地所有之權利也。（即以要役地爲地役權之主體）（ベーキンク第一卷第三十八章）是以要役地視爲法人。爲地役權地主體者。雖然。若以要役地爲地役權之主體。則要役地之所有權。與地役權之所有權。同屬一人之場合（即混同）地役權亦依然不可不爲存續者。然羅馬法以來。近世之立法。皆以地役權爲他物上權之一種。其結果。

要役地歸於地役權所有者之所有時。因於混同。當然爲消滅者。故此說爲近世法理之所不認也。(テルンブルヒ第一卷第五百六十七葉)(四)地役權承役地所有權之一部也。(ブユヘル物權論。ベツハオーヘエン質權論。第一卷第六十七葉)若以此說爲正當。則地役權之設定。不可不謂爲使分割承役地所有權者。因而所分割承役地之一部。再復歸於承役地。要更就其一部有取得之行爲。是地役權之消滅。當然不得使完全承役地之所有權矣。是此說之所不當也。(ワンケロー第一卷第六百八十九葉)要之。地役權非要役地所有權之擴張。非要役地之一性質。非要役地之權利。又非承役地所有權之一部。實即承役地之制限也。是近世學者一致之說。(エルウエル第四十一葉。ワンケロー第一卷第三百三十八章。ウイントシャイト第一卷第二百零三章注第三號。テルンブルヒ第一卷第五百六十三葉)蓋地役權以他物上權之一種。爲所有權之限制。(或負擔)乃當然之事也。

必有要役地而後見地役權之成立。此地役權實爲其土地而存。若離其土地，即不得爲獨立之存在。故土地爲主，而地役權常爲其土地之從。因其性質而生之結果有二：(甲)伴於要役地之所有權。(乙)不許分離。

(甲)伴於要役地之所有權

日本民法第二百八十一條第一項云：『地役權爲要役地之所有權之從，與之共爲移轉。又爲存於要役地之上之他權利之目的。但設定行爲有別段之規定時，不在此限。』此即從性質之第一結果之規定也。依此規定，不但要役地所有者，以其所有權讓渡於人，地役權應同時移轉（不待如何之宣言，當然隨之），即於要役地所有權以外，設定地上權，或永小作權，與人，地役權亦隨之。否則地上權、永小作權之權利，亦不能適用。又如以要役地設定質權、抵當權，先取特權，與人，地役權是否亦爲其權利之目的。學者間雖不無議論，然實可與地上權、永小作權之義，下同一之論決。因設定後，若不履行其債務，則質權者、抵當權者，先取特權者，皆得以其土地付諸公賣，即生所有權移轉之結果。故附隨於所有權之地役權，不能獨自留存，亦伴之而移轉也。但地

役權不以永久爲必要。倘設定之時。約定限於要役地之現所有者。得有其權利。或承役地所有者變更時。其權利即因之消滅。則雖不伴所有權爲移轉。或不爲他種權利之目的。此殆無害公之秩序。可放任當事者之隨意。是第二百八十一條第一項但書之所由規定也。（但設定行爲有別段之規定。在登記法。非登記後不得以之對抗第三者。參照不動產登記法案第百十三條。）

(乙) 不許分離

日本民法第二百八十一條第二項云。『地役權。不得與要役地相分離而讓渡之。或爲他之權利之目的。』此即從性質上所生之第二結果也。例如甲乙丙三地。乙地爲甲地之承役地。甲地即爲乙地之要役地。設甲以其從乙地上所得之地役權。讓渡於丙。使爲丙之地役權。此即非法律所許。蓋甲地所得之地役權。苟非與所有權相伴。固不能爲單獨之讓渡。亦其性質使然也。又如以地役權爲質權之目的物。亦爲法律所不認。因地役權專供要役地之使用。一旦與要役地分離。爲人設定質權。倘其後不能履行債務。質權者得以其權利之目的（地役權）賣渡與人。因之要役地與地役權分

離。即失其土地之便益。故地役權不能單獨爲質權等權利之目的。又可以知之矣。
(叁)不可分之性質

自羅馬法以來。即有「地役權不可分」之名言。此即其第二之性質也。蓋既設定權利。則其權利之全部。即須得爲完全之行使。例如通行地役權。惟有欲通行則全爲通行。不通行則全不通行。若行使其半。或三分之一。皆實際所不能也。又如行使汲水地役權。亦惟有汲則全汲。不汲則全不汲。若行使其半。或三分之一。亦實際所不能也。茲宜注意者。所謂地役權之不可分者。乃權利之不可分。非其內容之不可分也。例如自來設定通行地役權之道幅。本爲一間(六尺)後乃減去三尺。或分爲各有三尺之二個通行地役權。此即權利內容之分割。是亦不過自事實言之耳。若自法律上言之。前者之三尺減少。僅視爲權利之範圍稍狹。後者之一個通行權。亦視爲狹其範圍。而他之一個通行權。則視爲新爲設定。故僅有所謂變更。或消滅。毫無所謂分割也。試更舉例以明之。例如甲與乙約束。以其初設定地役權一丈二尺之地。減半爲六尺。此不過消滅地役權之一半。非分割也。又如甲就其固有地役權六尺之地。與丙各分有三

尺法律於一方見甲消滅其地役權之半於他之一方即視爲丙新設一地役權亦非分割也。

地役權之性質不許分割而行使之故(甲)不許一部之消滅(乙)不許分割茲分言之。

(甲)不許一部之消滅

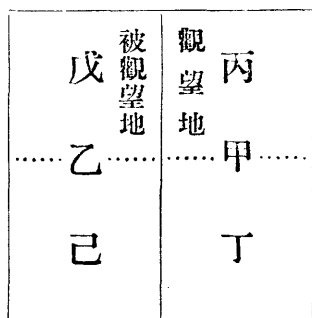
日本民法第二百八十二條云。『土地之共有者之一人就其持分關於爲其土地或存其土地之上之地役權不得使之消滅』此條所謂爲其土地之地役權者指要役地言所謂存其土地之上之地役權者指承役地言故無論要役地承役地皆可適用就要役地言之例如甲乙共有一要役地對於丙地有其地役權此存於丙地之上之地役權乃爲甲乙共有要役地之全部而設故必以全部行使其權利設甲對於丙表示拋棄爲其持分之土地之地役權之意思則乙地由一部消滅之結果遂亦不得行使其權利故法律不許甲之拋棄因地役權固非爲甲乙各部分而設也就承役地言之甲乙共有之土地爲丙地之承役地則爲丙之要役地所設之地役權實存於甲乙共有全部之土地之上非分存於甲乙各持分之土地之上也倘甲對於丙特約爲自

已持分承役義務之消滅。同時丙對於承役地之乙，即不能行使其地役權之權利。故法律亦不許承役地之甲，獨消滅存其持分上之地役權也。

(乙) 不許分割

所謂不許分割者，就要役地言之。例如甲乙兩地，甲爲要役地，乙爲承役地。乙爲甲之土地設定用水地役權後，而甲地分割爲丙丁所有，然存於乙地上之用水地役權，不因甲地之分割，亦生權利分割之結果。故丙丁均可完全行使其權利。蓋法律視丙丁二人，一如甲之一人也。設甲以要役地之或部分讓渡於丙丁二人，而他部分仍爲自己所有，則甲與丙丁對於存乎乙地上之地役權，與甲地未讓渡時同，決不能以爲甲一人設定之地役權，分爲甲丙丁各有一部之權利也。就承役地言之。例如甲爲要役地，乙爲承役地，設乙地分割爲丙丁二部，則甲地對於丙丁二部，其地役權存乎各部之上，仍爲一個地役權，不能謂存乎丙部之上者爲一地役權，存乎丁部之上者，又有一地役權也。設乙以其承役地之一部讓渡於丙，而他部分爲己利用，則對於甲地所負擔之義務，與前無異，固不能以乙地爲甲地負擔一地役權，而丙地可因讓渡以消

滅義務。又不能僅以丙地爲甲地負擔一地役權。而乙地不負擔承役之義務。蓋爲甲地所設之地役權。依然存於乙丙各部之上。其讓渡固不足生何等之影響也。右爲關於地役權不許分割之原則。但尙有類乎例外者。即依於其地役權之性質。本僅關於土地之一部。倘因分割或讓渡之結果。惟就其一部。依然見地役權之存在。而他之一部。不妨因之脫離地役權之關係也。今先圖示於左。而後加以說明。



如右圖。甲爲要役地。乙爲承役地。有爲甲地之或家屋之觀望權。存於乙地或部分之。甲地因分割或讓渡。爲丙丁所有。乙地亦因同一關係。歸於戊己所有。甲地有家屋

之部分。適爲丙地（觀望權）同時乙地承受觀望之部分。適爲戊地（被觀望權）是觀望權專屬於丙。承役義務專屬於戊。反之甲地之他部分之丁地。既無家屋。乙地之他部分之己地。又無可觀望。則丁地對於己地。不生地役之需要。己地對於丁地。亦無地役之承受。故甲乙二地。既各分割。或讓渡。以上。其結果。爲丙地之觀望權。雖尙行於戊地之上。而丁地與己地之關係。已脫地役權之範圍矣。

關於地役權不可分割之原則及例外。規定於日本民法第二百八十二條第二項云。『於土地之分割。或其一部之讓渡之場合。地役權爲其各部。或存於其各部之上。但地役權因其性質僅關於土地之一部時。不在此限。』

第二款 地役權之設定

地役權設定之原因。有二。壹。法律行爲。貳。時效。學者間有謂於此兩種外。尙有一種之地役權。即法定地役（即法律上之地役（*Servitudes legales*））是也。是殆指新民法所認所有權中之隣地權而言。因其與地役權有多少類似之點。故名爲法定地役。實則誤認隣地權爲地役權也。今就通行權言之。有所謂純正地役權。有所謂非純正地

役權而爲隣地權者。此二者僅爲表面上之觀察。頗難區別。往往招學者之誤解。例如袋地通行權。雖酷似地役權之狀態。而實屬隣地權之一種。以其非純正地役權也。純正地役權者。必如乙地爲供甲地之便益。特於自己土地之上。設定通行權。方足當之。蓋即從乙地完全所有權中。割其一部。爲甲地使役之用。故由設定行爲所生之結果。非乙地之所有權之性質上。當然供甲地之用者也。反之。袋地通行權。袋地之所有者。不待圍繞地之設定。本可通行其地上。同時圍繞地之性質。亦本有供袋地所有者使用之關係。乃兩地間所有權當然之狀態也。故前者由當事者自由意思設定。而後者則否。日本舊民法及佛國法系之國。皆認後者爲地役。規定於地役章。故有法定地役之名稱。新民法倣獨逸法系國之立法例。認爲隣地權。規定於所有權章。

依舊民法及其他多數國之立法例。可由所有者之用方 (*Destination du pé famille*) 設定地役權。如兩地屬於同一之所有者。其間與已設有地役權有同一之狀態。則至兩地分屬於二人時。視爲當然設定地役權。然此不過以當事者之意思解釋。果使當事者實有其意思。不須明文。當然爲地役權之設定。當事者不有意思。無強其設定之

理由。故新民法亦不認爲地役權設定之原因。現時地役權設定之原因。實不外二種。即法律行爲與時效而已。

壹) 法律行爲

法律行爲之一般原則。前已說明。(總則)至法律行爲中之契約。當讓後講述。茲關於地役權之設定。因無特別之法律行爲。略之。

參考 民法要義第二卷物權編第二百四十七葉

地役權以人之意思設定之。而十之八九以契約與地上權永小作權同。但以遺言設定者。亦非絕無之事也。

附錄 富井博士民法原論第二卷物權上第二百六十五葉第二百六十六葉
地役權設定之原由。一爲設定行爲。此所謂設定行爲者。以地役權之設定爲目的之法律行爲之謂。即契約及遺言是也。

地役權。以可爲要役地之土地所有者與可爲承役地之土地所有者之契約設定之爲多。此契約或爲有償。或爲無償。固皆不要何等之方式。僅因於兩地所有

者合致之意思表示。而生其効力。(日本民法第七十六條)但以之對抗第三者。則必要登記。不待言也。(同法第七十七條。登記法第一條)又土地所有者之外。地上權者。或永小作人。亦得於其權利之存續期間內。爲其使用之土地。或於其土地之上。設定地役權。

附錄 橫田學士物權法第三百七十七葉三百七十八葉

以地役權之設定爲目的之法律行爲。亦細別之爲二。即契約及遺言是也。

一、契約 土地之所有者。於其相互之間。得任意定土地之關係。於兩者間以一土地。供他土地之便益。之契約成立時。則此契約即發生地役權。而民法第七十六條第七十七條之規定。以地役權之設定爲目的之當事者間之意思表示。可適用之。勿待論也。

二、遺言 土地之所有者。爲屬於他人之土地之便益。得以遺言於自己之土地上。設定地役權。於此場合。土地所有者之遺言。隨其死亡而生其効。要役地之所有者。依於遺言之効力。取得承役地上之地役權。

(貳)時効

關於時効可爲爲二。(甲)原則。(乙)不可分之結果。

(甲)原則

地役權之取得時効。日本民法第二百八十三條云『地役權限於繼續且表現者。得因時効取得之。』

地役權爲財產權之一。關於取得時効。於日本民法應適用第六十三條之規定。固不容疑。惟何種之地役權。方因時効而取得。此右條所以特爲之規定也。依此規定。可因時効取得之地役權。須具有二條件。

第一 繼續 繼續地役權者。自設定後。無間斷行使其權利也。例如甲地無水。而乙地有之。甲因於乙地上置一引水管。使水引至己地。雖間有不引水之時。然引水管既設置以上。固繼續存在。可無間斷行使其引水之權利。故爲繼續地役權也。

第二 表現 表現地役權者。地役權之行使現於外者也。如前例。引水管置於乙地之上。使人易見。即表現地役權也。

以右之二條件。再從其反面言之。何者爲不繼續之地役權。如通行地役權是。（但特設通路者爲繼續。）此由其性質而分。蓋當通行時。爲行使權利。既通行後。即或至他地。或在自己之土地上。非能時時履其土地爲無間斷之行使。故不爲繼續地役權。何者爲不表現之地役權。如引水地役權者。以引水管埋於他人土地之中者是。蓋既埋於地中。即爲權利之行使。亦不爲人所見。故爲不表現之地役權。前者（通行）雖表現而不繼續。後者（埋引水管）雖繼續而不表現。皆不得因時效而取得地役權。故必爲繼續且表現之地役權。方可適用。（此條文之且字。不可不注意也。）

法律上不許不繼續而表現者。因時效而取得其地役權之理由。自立法上論之。倘使不繼續而表現之地役權。得因時效取得。則待承役地之所有者。頗失之醜。例如乙地所有者。偶在甲地上經過。甲地所有者。往往因無甚不便之處。且欲保持隣地間平和之關係。任其出入。設經過十年。許乙地之所有者。因時效取得甲地之通行地役權。是甲地所有者。本爲善隣之好意。乃反生承役義務之結果。於理未當。又如許不表現而繼續之地役權。因時效而取得。亦於承役地所有者有所不利。例如甲地所有者。埋

引水管於乙地之心。乙地所有者。每多不知其事實。倘經過十年。許甲地所有者。因時效取得乙地之引水地役權。是乙地所有者。因不知而傷害其所有權完全之權利。於理亦覺不合。況就法律設立時效之理由論之。其原因不一端。要不外因權利者怠於行使權利之故。如第一例。甲地所有者專謀隣地間之平和。默許其通行。斷無自拋棄其土地之一部。爲之設定地役權之意思。故不得視爲權利行使之怠慢。如第二例。乙地之所有者。既不知甲地所有者埋引水管於乙地之事實。即對之無可行使其權利。〔如請撤去引水管〕尤不得認爲怠慢。故可適用取得時效者。必以繼續且表現者爲限。蓋受此種地役權之行使。惟其繼續。必可釀難堪之煩累。惟其表現。又必可明知其事實。而承役地所有者。於十年。或二十年間。竟甘受其煩累。或默許其設置。絕不爲時效之中斷。〔如阻止其通行。及請撤去其水管〕是真欲拋棄自己之權利者也。亦即爲法律所不必保護者也。故一方使要役地所有者。因時效取得地役權。於他之一方。即加承役地所有者。以怠慢於權利行使之制裁。方不背法律設立時效之精神也。

(乙) 不可分之結果

地役權有不可分之性質。於取得時效亦適用之。蓋依此性質。則因時效而取得地役權者。不能限於一部。欲取得則全部取得。否則一部亦不能取得之。例如一要役地。屬甲乙二人之共有。甲在承役地行使其權利。已經過十年。乙於此十年間。未嘗行使。從時效之一般原則論之。則甲可因時效取得地役權。乙以未嘗行使地役權。不得受取得時效之適用。然地役權爲甲乙共有之要役地全部而設。今甲僅取得其一部。而乙未取得。即反乎不可分之性質。近世各國之立法例。關於此點。分二主義。第一主義。二人中一人雖已行使。因他之一人未曾行使。則取得時效。不完。第二主義。二人中苟有一人行使其權利。則他之未行使權利之一人。亦得同時因時效而取得。日本民法採第二主義。於要役地屬於數人共有時。可因此時效而取得地役權。其適用之場合有三。

第一 關於取得時效之必要條件。如占有公然、平穩、善意、十年、惡意二十年、是也。但須共有者中之一人。具備此等之要件。他之共有者。雖要件全然欠缺。或稍未完備。因共有者利害之共通。故法律保護占有者之利益。使未備有要件者。同時受要件具

備者時效之利益。共取得其地役權。日本民法第二百八十四條云。『共有者之一人。因時效而取得地役權時。他之共有者。亦取得之。』

第二 關於時效中斷之原因。如請求、差押之類。是也。時效中斷。其效力僅及於本人。而不及其他。（日本民法第四百十八條）此一般之原則也。設承役地之所有者。對於要役中之一人爲請求。以中斷其時效。則他之共有者。因不受其請求。固不生中斷之原因。即得爲時效進行。至十年。或二十年。共有中之未受請求者。固當然取得地役權。然不使受請求之人同時取得。則一已取得。一不取得。亦與地役權不可分之性質不合。故雖有中斷之原因者。得因不中斷者時效之完成。同受其利益也。同法第二百八十四條第二項云。『對於共有者之時效中斷。非對於行使地役權之各共有者爲之。不生其效力。』

第三 關於時效停止之原因。共有者中之一人。雖以或原因發生。停止其時效。然因他之共有者時效之進行。至完成之日。同爲取得。因而其一人雖有停止之原因。實際上不生何等之效力。例如甲乙丙三人。共有要役地。甲因適爲承役地所有者之後

見人於或時期之間。時效不爲之完成。(同法第一百五十九條。詳前時效停止之原因中)而乙丙不拘於甲發生停止之原因。得自進行時效。至一旦時效完成。非惟乙丙可取得地役權。即甲亦同時與乙丙共取得地役權。若認乙丙時效已完成。而甲以受停止之故。不完成時効。則乙丙取得。甲獨不能取得。亦有戾於地役權不可分之性質矣。因此故亦同時取得。同法第二百八十四條第三項云。『於行使地役權之共有者。有數人之場合。對於其一人雖有時效停止之原因。時效仍爲各共有者進行。』

第三款 地役權之效力

地役權之設定。應發生何種之效力。此不外依設定行爲之內容定之。設定行爲所設之地役權。要皆以法律行爲設定者。而因時效設定地役權者。亦不得謂絕無其例。倘設定行爲。未定地役權有如何效力。法律上不可不明爲規定。若因時效取得地役權。則當依占有之內容而定其效力。例如甲設引水管於乙之地上。因時效完成而取得地役權。其效力。自當以甲當時在乙地占有之內容爲限。如初在乙地設引水管。則效力僅及於乙地。而不及於丙丁等也。夫以法律行爲設定者。既依設定行爲之內容而

定以時效設定者。又可依占有之內容而定。故日本民法上無關於地役權效力一般之規定。僅有一二特別之規定而已。分爲三言之。(壹)用水地役權。(貳)承役地所有者之義務。(參)工作物之使用。

(一) 用水地役權

用水地役權。可包含汲水地役權、引水地役權二種。前已言之。用水地役權。與引水地役權。不同其範圍。例如甲乙丙三地。甲於丙地引水。經過乙地。而後至於自己之地。則甲地對於丙地言之。既有用水地役權。復有引水地役權。因引水地役權。可包含於用水地役權。故得單謂之用水地役權。自甲地對於乙地言之。僅以丙地之水。引過其地。而未嘗以乙地之水。供甲地之使用。故僅謂之引水地役權。不得謂之用水地役權也。關於用水地役權。法律上所以設特別之規定者。因水爲人之生活上必要之物。要役地與承役地之所有者。可同時使用其水。苟水量足供二地之需要。固無甚問題。至二地需要額。超過水之分量時。則要役地、承役地之所有者間。應依如何之割合。定各地需要額之多寡。實生至困難之問題。法律特爲之規定。使以供家用爲先。家用之水。如

飲用、洗滌用等皆是。蓋飲用缺則至不能生活。不洗滌則有害於衛生。故必以此爲第一之必要也。定家用之水之多寡。應以每家人口之多少爲正比例。例如甲乙兩地。甲爲要役地。乙爲承役地。甲家族十人。乙家族五人。則當分全水量爲三分。甲取三分之二。乙取三分之一。

承役地之水。除供承地役。要役地之家用外。尙有餘水。乃得供其他之用。如農業之灌田。工業之洗濯所。商業之菜店。酒家。皆得先後使用。但關於後之二者。於兩地之所有者。爲同一之營業者。絕少其例。惟前之一者。兩地均係田畝。因灌溉致生用水之爭議者。乃時有之事。其應如何分配之法。不可不明爲規定。即以其土地之大小。定其需要額之多少。例如甲地五町。乙地十町。則以水之全量爲三分。甲之所有者。取其三分之一。乙地之所有者。取其三分之二。如尙有餘水。亦可供各地農業及商工業之用。仍依同一之標準。以定其各地之需要額。此固可以類推矣。

以上所述。關於用水種類之先後及其標準。然是非爲命令之規定。故必於設定行爲未定明時。方得適用。設當事者有別段之意思表示。如言以供農工商業之用爲先。而

以家用爲後。或言不論人口多少，及土地大小，皆得平均使用。則當從當事者之意思。如前例，甲乙二地，於地役權之目的水以外，尙各有一井，已有以供家用。則以地役權目的之水，先供他項之用。固爲法律所認許者也。日本民法第二百八十五條云。『於用水地役權之承役地之水，因要役地及承役地之需要，至於不足時，應其各地之需要，先供家用。其殘餘，供他之用。但設定行爲，有別段之規定時，不在此限。』

右之規定，不過豫想一承役地上僅存有一個地役權者。倘於同一承役地上，設定數個地役權，則不但生要役地所有者，與承役地所有者之關係，且要役地所有者，與他之要役地所有者，亦生關係。如兩個之地役權，同時設定，則一依右之規定之標準，爲用水之分配，不成爲問題。例如甲地之上，同時爲乙丙兩地，設定地役權，依右之原則，應以供家用爲先。設甲地之人口五，乙地之人口三，丙地之人口二，則以水量爲十分，甲地取其五，乙地取其三，丙地取其二，尙有殘餘，乃可供他之用，亦依各地之大小計之。反之，兩個之地役權，非同時設定，前之地役權者，對於後之地役權者，於權利行使上，有無受其制限，法律上不可無明文之規定。日本民法第二百八十五條第二項云。

『於同一承役地之上設定數個之用水地役權時。後之地役權者。不得妨前之地役權者水之使用。』依此規定。雖同爲地役權者。因其設定之先後。其結果不得不異。如承役地所有者。初爲一人。設定地役權。此要役地所有者。與承役地所有者間。從第二百八十五條第一項之規定。可得有完全之權利。至其後承役地所有者。於同一承役地上。爲他之一人。再設定地役權。則後之地役權者。僅對於承役地所有者所分得之水量。有其權利。故對於前之地役權者。不得妨其完全之權利。否則承役地所有者。既爲人設定地役權之後。得從自己一人之意思。減殺其地役權之効力。再移以與他之地役權者。實生不公平之結果。亦即有戾於不得以自己。所無之權利。讓渡他人。*(Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet)*之確言。此第二百八十五條第二項所不許也。然則承役地所有者。與先後之地役權者間。其權利關係果如何。請舉例以明之。例如甲於自己之所有地上。爲乙設定用水地役權之後。復爲丙設定同樣之地役權。若於水量不足之場合。先供家用。亦依人口爲標準。如甲人口五。乙人口三。丙人口二。應先分水量爲八分。甲取其五。乙取其三。而甲所取之五

分。化爲七分。再以甲丙人口爲比例。即甲取其五。丙取其二。故丙對於乙所分取全量八分之三。固不能侵害之也。至其殘餘之水。供其他之用。亦不外依其地之大小以分配之。而先之地役權者。不計後之地役權者。得有充分之用水與否。得完全行使其權利。蓋地役權爲物權。應有優先權。乙之地役權設定在先。故可排斥丙而行使之。反之。丙之地役權設定在後。固不得主張各權利爲平等之行使。而與乙對抗也。

(貳) 承役地所有者之義務

地役權爲物權。地役權者對於承役地。當然可自由爲其行爲。而承役地所有者。因爲人設定地役權之結果。轉不得於其承役地之上。有爲或種行爲之權利。然依地役權之性質。欲爲權利之行使。以使承役地之所有者。爲或種之設備爲便利。則以設定行爲爲定之。或於設定後特立契約認定。均無不可。例如通行地役權。即使承地役所有者開設通路。或地役權者已設通路。使承役地所有者爲修繕。法律上皆認爲有效。所以謀雙方之便也。蓋就承役地所有者言之。設許地役權者。於自己（指承役地者）土地之上。爲工作物之設置。修繕。實不堪其煩累。故不如由自己爲之。以供其使用。較合於

自己之意思。再就地役權者言之。對於他人所已設置、或修繕之工作物。即可供自己之使用。亦較自己爲之尤爲便利也。關於此等工作物之費用。雖其初由承役地所有者負擔之。而地役權者每年支拂相當之償金。自不待言矣。

由上言之。承役地所有者。對於地役權者。負設置工作物、或修繕之義務。同時地役權者。對於承役地所有者。即可有其權利。此義務似生債權。而不生物權。但此義務爲地役權之從。與之有密切之關係。又與普通之債權不同。例如甲有地役權存於乙之所有地上。且依設定行爲。或其後特別約束。使乙負修繕之義務。設乙以其所有地讓渡於丙。從普通債權之一般原則上言之。甲對於乙。雖有債權關係。而對於丙。即無債權關係。此即於甲大有不便。甲當時取得乙地上之地役權。必認由乙修繕。方爲利益。今由乙以土地讓渡於丙之結果。不使丙負同樣之義務。雖可要求乙爲損害之賠償。斷難使丙爲義務之履行。即不能充分貫徹甲之意思。不免失望。且丙僅受取甲每年支拂之償金。而不負擔修繕之義務。亦足生不公平之結果。故法律不拘於修繕義務之性質。爲僅足生債權關係。而特以物權同一視之。即使丙爲乙之特定承繼人。一切依

甲乙間當事者設定行爲，或其後特別約束之所定，負擔其義務。然此皆爲保護甲（地役權者）之權利。而丙（特定承繼人）亦應受法律上之保護。故甲因與乙契約上所發生之債權，必俟登記後，方可與丙對抗。否則丙於讓受時，僅知乙地上有承役之義務，不知更負擔他人義務，終恐受意外之損害也。日本民法第二百八十六條云：『因設定行爲，或特別契約，承役地之所有者，爲地役權之行使，負擔以其費用設工作物，或修繕之義務時，其義務，承役地之所有者之特定承繼人，亦負擔之。』

承役地之所有者，對於地役權者，既可由設定行爲，或特別約束，負擔設置工作物，或修繕之義務。有時亦至不堪其負擔者，或因無償金而單負義務，或因少有償金而工作費極大，或因其初雖推測義務之輕易，至負擔後始知其重大者。於此而強令承役地之所有者，永久負擔其義務，則承役地之所有者，非但不能以土地所有權爲有利益，轉足增其煩累。故法律特爲之規定，使承役地之所有者，得一方拋棄其土地之所有權。於他之一方，即免其義務。但此所謂拋棄土地所有權者，非指全部而言，乃指爲地役權必要之部分之所有權而言也。例如通行地役權，爲免修繕通路之義務，但就

通路所存之土地拋棄之。又如引水地役權。爲免修繕引水管之義務。亦僅於存置引水管之部分拋棄其所有權。足矣。故日本民法設此規定。與第二百八十六條有同一之精神。亦爲謀雙方之便利也。自承役地之所有者觀之。僅拋棄其土地之或部之所有權。即得免永久之負擔。固所深願。即自地役權者觀之。亦得以承役地所有者所拋棄之土地。任自己之意思。設置工作物。或修繕。又無有不利者。同法第二百八十七條云。『承役地之所有者。無論何時。得以爲地役權所必要土地部分之所有權。委棄於地役權者。免前條之負擔。』此條之義務。謂之依物義務。(Obligatio propter rem)言因所有物始負此義務也。

(參)工作物之使用

爲地役權之行使。於承役地上設工作物。此常有之事也。例如通行地役權。往往於其承役地之上。開設道路。使之便於出入。不論爲地役權者所設。爲承役地所有者所設。自純理言之。既爲地役權行使所設之通路。則地役權者。得有使用之權利。固不待言。而承役地所有者。似不得以其通路供自己之用。然實際上。承役地所有者。亦適以開

設通路爲必要。使不許其使用。必開設同樣之通路。此實可謂不經濟之極者矣。故法律使承役地所有者。亦有使用之權利。但須具有二條件。

第一 不得妨害地役權之行使。蓋此種工作物。既爲地役權之行使而設。則承役地所有者。僅得於不妨其行使之範圍內。有使用權利。乃當然之事也。例如甲爲乙設定通行地役權。並開設通路。倘乙之家族。經過通路。同時甲之家族。亦經過同一之通路。此即有妨乙通行權之權利行使。非法律上所許也。

第二 須爲費用之負擔。承役地所有者。或使用原屬他人所有之工作物。（由地役權者自設之場合。）或使用他人所應使用之工作物。（由承役地者設置。而供要役地使用之場合。）則因此所受之利益。對於其工作物之一切費用。爲相當之負擔。此又當盡之義務也。

於第一之條件。日本民法第二百八十八條第一項云。『承役地之所有者。於不妨地役權之行使之範圍內。得使用爲其行使於承役地上之工作物。』於第二之條件。同條第二項云。『於前項之場合。承役地之所有者。要應其利益之割合。分擔工作物之

設置及保存之費用。

第四款 地役權之消滅

地役權消滅之原因有六。(壹)拋棄。(貳)豫定原因。(參)要役地或承役地之滅失。(肆)混同。(伍)公用徵收。(陸)時效前五者與他種權利之消滅爲共通之原因。而後一者爲特別原因。故於前五者稍略。而於後一者特詳焉。

(壹)拋棄

凡財產權皆可拋棄。地役權亦財產權之一。無不可拋棄之理由。但拋棄有數多之種類。有爲有償之拋棄。有爲無償之拋棄。有爲契約之拋棄。有爲單獨之拋棄。(由要役地所有者單獨意思拋棄。)

(貳)豫定原因

豫定之原因不一。例如定明一期間。自今日始。以至十年爲限。或以甲死亡、乙死亡爲消滅。則因十年間之經過。及甲乙死亡時。地役權因之消滅。凡或條件之成就。及一定事實之發生。皆足爲消滅之原因也。

(參)要役地或承役地之滅失

要役地滅失。則承役地爲供其使役之目的。因以消滅。承役地滅失。則要役地要求其使役之目的。亦爲消滅。故皆可爲消滅之原因。

(肆)混同

混同前已述之。即要役地之所有者。因相續或其他原因。取得承役地之所有權。或承役地之所有者。因相續或其他原因。取得要役地之所有權。此地役權與所有權相混同。因地役權爲所有權之支分權。故由混同之結果。使歸併於所有權之內。而因之消滅。亦爲一原因也。

(伍)公用徵收

地役權之權利。全存乎承役地之上。設一旦承役地因公用而被徵收。即地役權失其存在。當然因之消滅。例如爲鐵道之公用。徵收承役地。承役地既被徵收之後。地役權者因目的物之不存在。自不能行使其權利。故又爲消滅之原因。

(陸)時效

關於時效消滅地役權。分爲三。(甲)取得時效之結果。(乙)獨立之消滅時效。(丙)共通規定。

(甲)取得時效之結果

取得時效之結果。又分爲二。(一)原則。(二)中斷。

(一)原則

日本民法第二百八十九條云。『承役地之占有者。具備取得時效必要之條件爲占有時。地役權因之消滅。』依此規定。則承役地之占有者。若具備取得時效之必要條件。可取得其承役地之所有權。同時存乎承役地之上之地役權。因占有者取得承役地之所有權之結果。爲之消滅。蓋地役權原爲土地所有權之支分權。亦可謂爲所有權之一部。承役地之占有者。因時效取得其完全所有權。而地役權當包含在內。則一方由占有者取得他之一方。即使地役權者之權利歸於消滅。例如甲於乙之地上有一地役權。(乙爲真所有者與否。可以不問)後乙以其土地讓丙。丙因登記官吏於登記簿之謄本上。脫落其地役權。遂不知甲有地役權存其土地之上。十年間具備定於第六十二條之條件而爲占有。即取得其土地完全之所有權。甲之地役權。當然因

此消滅

(二) 中斷

依日本民法第二百八十九條之規定。就承役地之占有者言之。爲取得時效。就地役權言之。則爲消滅時效。時效中斷之原因。已如前述。請求、差押等皆是。但地役權者對於承役地之占有者。依以上中斷之方法。實際上殆不適用。設不有他之方法。足以中斷其時效。則地役權者。必坐視占有者取得時效之進行。即自己權利終不免歸於消滅。頗不利益。故法律認其權利之行使。亦足爲中斷原因。使免地役權之消滅。例如於乙地之上爲甲地設定地役權。則甲對於乙地有使役之權利。設有丙占有乙地。甲如不行使其權利。則由丙於時效之必要條件具備後。取得乙地之所有權。同時存在乙地上之甲之地役權。當然因之消滅。若甲於丙之取得時效未完成之前。對於丙占有之承役地上行使其權利。亦可生時效之中斷。由是言之。地役權之消滅時效。與普通之消滅時效相同。蓋各因權利者於一定之期間內。不行使其權利。始罹時效而消滅。所異者。普通之消滅時效。區別爲二十年。而地役權之消滅時效。則獨限於十年耳。日

本民法第二百九十條云。『前條之消滅時效。因地役權者行使其權利而中斷。』此條之規定。所以爲地役權者謀其便利。而爲第二百八十九條之救濟也。

(乙)獨立之消滅時效

日本民法第二百九十一條云。『規定於第六十七條第二項之消滅時効之期間。就不繼續地役權。自最後行使之時起算之。就繼續地役權。自可妨行使之事實發生時起算之。』地役權之消滅。於日本民法。既適用第六十七條第二項。關於非債權。又非所有權之財產之消滅時効之規定。而又必別爲之規定者。因各種權利。於一定之期間不行使。始權時効而消滅。而地役權中有繼續、不繼續之別。不繼續地役權。何時始得爲權利之不行使。固易斷定。至繼續地役權。乃可時時行使者。果至有何種之事實發生時。方能謂爲權利之不行使。因之定其消滅時効進行之起算點。實一大問題也。自有羅馬法以來。關於此問題。即爲學者爭點之所集。故日本民法。特設條文以解決之。

先就不繼續地役權言之。例如通行地役權。汲水地役權。其性質上萬不能繼續。倘通

行地役權者、或汲水地役權者、於何年、何月、何日、何時、爲通行、或汲水後、經過二十年間、不再爲行使。則自其年、其月、其日、其時、起算爲權利之不行使。可使消滅時效。由是進行至二十年。其地役權當然消滅。條文所謂最後行使之時起算之。乃最易明瞭者也。

反之。在繼續地役權。例如引水地役權。引水地役權者自理水管於承役地之後。應以何時始爲權利之不行使。頗多疑問。或學者有謂何時不引水。即爲不行使權利。可自其不引水之時。起算消滅時效之期間者。不知引水地役權之存在。係屬於引水管之存在。苟引水管存在之間。引水、不引水、與權利之行使。毫無關係。因有引水管。苟欲引水。即時得行使其權利也。故必承役地之所有者。以善意、或惡意、爲妨其權利之行使。掘取引水管。此時地役權者。欲行使其權利。非別設新引水管不可。而竟默然認容承役地所有者之妨害行爲。（地役權者自除去引水管。多作爲權利拋棄。）則當自其掘取引水管之時。作爲權利之不行使之起算點。使進行消滅時效。經過二十年間。引水地役權。即因之消滅。又觀望地役權。亦爲繼續地役權。例如甲於自己之所有地建築

家屋。因使乙不得於其地上爲建築。此即甲有觀望權存於乙地之上。其果以何時爲不行使權利。亦一疑問。或學者又有謂此種權利。既爲觀望而設。應以自其不觀望時爲起算點者。此實爲不通之學說。蓋觀望權者。欲時時觀望。事實上有不能。或因旅行他地。或雖在自己家屋之內。因其他之故障。皆不能無間斷之觀望。且觀望權乃不許他人建築高之家屋。妨害自己觀望。於他人未爲建築之間。隨時得自由觀望。雖暫不觀望。不得認爲權利之不行使也。故必自乙地爲建築以妨害甲之觀望起算。設甲許乙爲建築。即當自乙建築之時。爲觀望權者不行使權利。以定消滅時效期間之起算點也。以上皆指以人爲的妨害其權利而言。即自然的事變。如因天災地異。致地役權者不能行使其權利時。亦當自其事變發生之時起算。而爲消滅時效之進行也。

(丙) 共通規定

共通規定。可分爲二。(一)不可分之結果。(二)部分消滅。

(一) 不可分之結果

日本民法第二百九十二條云。『於要役地屬數人共有之場合。爲其一人有時效之

中斷或停止。其中斷或停止亦爲他之共有者生其效力。此不可分之結果。與地役權取得時效相同。例如甲乙二人共有要役地。甲有時效中斷或停止之原因。乙無時效中斷或停止之原因。就原則上言。甲因中斷或停止消滅時效不完成。反之。乙不中斷或不停止。則應完成其消滅時效。然甲不消滅而乙獨爲消滅。即反乎地役權不可分之性質。故甲乙之消滅時效。若完成則各爲完成。若不完成則皆不完成。此乃不可分性質當然之結果也。日本民法所採主義。與關於取得時效之規定。同出於保護地役權之共有者之精神。如上例。乙雖無中斷停止之原因。得因甲乙已爲時效之中斷停止。不使其消滅時效之完成。

或有疑日本民法第二百九十二條。與第二百八十四條（取得時效）之規定相矛盾者。謂第二百八十四條爲一人時效之完成。他之共有者亦視爲完成。反之第二百九十二條爲一人不完成。他之共有者亦視爲不完成。是何先後之牴觸也。然爲此說者。不免皮相之誚。蓋第二百八十四條之規定。以一人之權利行使。視爲他之共有者。同爲行使權利。故在取得時效。使共取得地役權。第二百九十二條消滅時效。因一人之

權利行使（權利行使可中斷時效已詳前）同時使他之共有者亦皆妨地役權之消滅。此一則使易於取得。一則使難於消滅。實不外保護各共有者之權利之唯一精神也。設第二百九十二條爲一人時效之完成。使他之共有者亦爲完成。是即不保護共有者之權利。却與第二百八十四條所採之主義適相矛盾已。

（二）部分之消滅

日本民法第二百九十三條云。『地役權者不行使其權利之一部時。惟其部分。因時效而消滅。』例如甲有通行地役權。存乎乙地之上。就其權利之性質上言之。甲或甲之家族。對於乙地。本可通行其全部。乃甲僅通行乙之或部分。而他之部分。二十年間未嘗行使其通行之權利。則其後更不得於他之部分通行。而存乎他之部分之上之地役權。當權時效而消滅。故可爲部分之消滅。就表面言。似與地役權不可分之性質相矛盾。不知所謂地役權之不可分者。乃不變地役權之性質。不得單分爲三。分爲四之謂。非如上例。變更地役權之性質（變更權利之內容）以關於承役權全部之地役權。而爲關於或一部之地役權之謂也。換言之。前所謂不可分者。（日本民法第二百

八十二條及第二百八十四條)即欲以通行承役地全部之權由數人間分割之則爲地役權性質之所不許也。

附 入會權

入會權前已於共有中詳述之。日本入會權慣習頗盛。故民法不能爲一定之規則。而一以各地方慣習爲主。至無慣習可從時。乃使之從民法之規定。大別爲二。

第一 爲有共有(狹義共有)之性質之入會權。例如甲乙二人於一定區域內共

有一山。各有特別權利。亦依其慣習而定。設慣習不明確時。適用共有所有權之規定。

(日本民法第二百六十二條詳前)

第二 爲不有共有之性質之入會權。自廣義言之。亦爲共有之入會權。茲謂之不

有共有之性質者。乃別乎狹義共有而言也。例如一山爲他人所有。而專於其山上掘

筍伐薪。此乃爲人之利益。使用他人之土地。非爲土地之利益。使用他人土地。與近今

地役地之性質不合。似難適用其規定。然如上所述。地役權自學理沿革上。非僅認爲

土地之利益而設者。亦有認爲人之利益而設者。故此種入會權。於從各地方慣習外。

雖不得云適用而不妨認爲地役權之一種。使之準用其規定也。日本民法第二百九十四條云。『就不有共有之性質之入會權。從各地方之慣習外。準用本章之規定。』

光緒三十三年四月十九日
明治四十年五月三十日

發行

編輯者

姚

華

印刷者

長谷川辰二郎

日本東京市神田區
錦町三丁目一番地

發行所

丙午社

中國天津河北公園

印刷所

小川印刷所

日本東京市神田區
錦町三丁目一番地

發賣所

中國各省各書肆
日本東京各書肆



民法債權
甲

(第二十三册)

民法第二編

財產編之中

例言

一本講義爲日本法學博士梅謙次郎先生所授。本編（財產編）於順位次於第二。而分爲四部分。本講義爲債權之章。屬於第三部分。而債權章又分爲二。前者爲債權緒論及債權總則。後者爲債權各論（即契約）及事務管理、不當利得、不法行爲、後者屬之他氏。編者則擔任其前者。

一本講義講授既詳盡無餘。故於筆記而外。不過就梅先生之著書。略加參考。是亦足矣。

一本講義於文字務趨明易。不免有不當於理者。然欲求其當。又恐失之於艱晦。比較之。寧從前者。

一本講義既依於筆記爲基礎。故從其口述。有稱余者。即梅先生之自謂也。
一本講義編者雖力求完善。然不敢即信能如其意之所期。或有一時不能發見之謬
誤者。應亦不少。姑俟二版。當爲訂正。

編 者 識

民法第二編目次

財產編之中

第一章 債權

緒論

第一章 債權	一
緒論	一
一 定義	一
二 與物權之差異	三
甲 優先權	三
乙 追及權	四
三 自然義務法定義務	六
四 債權發生之原因	一二
甲 法律行爲	一二

乙 事務管理……………二二

丙 不當利得……………二二

丁 不法行爲……………二二

戊 他之法定原因……………二三

第一節 總則……………二三

第一款 債權之要素……………一三

一 債權者……………一四

二 債務者……………一四

三 目的……………一四

第一 得爲債權之目的者……………一五

第二 關於物之債權……………一七

一 關於特定物之債權……………一七

二 關於不特定物之債權……………二四

甲	通則	二四
子	應給付如何之品質之物乎	二四
乾	不可求最上品亦不可給最下品	二五
坤	中等以上之物	二六
屯	中等之物	二六
丑	於何時爲特定物乎	二九
乾	在債務者完了給付必要行爲之時	三一
天	引渡主義	三一
地	發送主義	三一
坤	在債權者得債權者之同意	三四
乙	金錢債務	三四
子	原則	三五
丑	以特種之貨幣爲目的時	三五

寅	以外國貨幣爲目的時	三八
卯	以外國貨幣指示債權額時	三九
丙	利息	四〇
子	附利息之場合	四一
丑	利率	四二
寅	重利	四四
第三	選擇債務附隨意債務	四五
一	定義	四五
二	選擇債權者	四七
三	選擇之方法	四九
甲	當事者之一方爲選擇時	四九
乙	第三者爲選擇時	五〇
四	選擇債權者不爲選擇時	五一

甲 當事者之一方不為選擇時……………五一

乙 當事者當為選擇時……………五二

五 目的不能之時……………五二

甲 各目的皆不能時……………五三

乙 僅一不能或二者異時而不能時……………五三

子 自初不能時……………五四

丑 至於不能時……………五四

乾 因天災時……………五四

坤 因選擇權者之過失時……………五五

屯 因無選擇者之過失時……………五六

六 選擇之効力……………五六

附 隨意債務……………五九

第二款 債權之効力……………正九

第一 履行……………六〇

一 可爲履行之人……………六一

甲 本則……………六一

乙 變則……………六二

丙 能力……………六七

二 應受履行之人……………七〇

甲 本則……………七〇

乙 例外……………七二

子 對於債權之準占有者所爲之履行……………七二

丑 債權者受利益時……………七三

丙 條件……………七五

子 能力……………七五

丑 無支拂之差止……………七六

三 履行之目的……………七七

甲 強制履行……………七七

乙 代履行者……………七九

乾 作爲之義務……………八〇

坤 不作爲之義務……………八二

丙 關於物之引渡之規定……………八四

子 當於債權發生之時之狀態而爲引渡者……………八四

丑 當於履行期之狀態而爲引渡者……………八四

寅 當於履行之時之狀態而爲引渡者……………八四

丁 以他人物爲履行……………八七

子 債務者得取戻其物乎……………八七

丑 債權者得返還其物乎……………八九

戊 代物辨濟……………九一

子 賣買說	九一
丑 辨濟說	九二
寅 更改說	九二
四 履行之時期	九四
甲 單純債務	九四
乙 期限附債務	九五
子 確定期限	九七
丑 不確定期限	九七
丙 條件附債務	九八
五 履行之場所	一〇〇
甲 原則	一〇〇
乙 例外	一〇一
子 特定物之引渡	一〇一

丑 商法(指圖債權及無記名債權).....	一〇二
六 履行之費用.....	一〇三
甲 原則.....	一〇四
乙 例外.....	一〇四
七 履行之充當.....	一〇五
甲 債務者之意思.....	一〇六
乙 債權者之意思.....	一〇九
丙 法定順序.....	一一三
八 履行之提供.....	一一八
甲 條件.....	一一九
子 原則.....	一一九
丑 例外.....	一一九
乾 債權者豫拒其領受時.....	一一九

坤 就於債務之履行要債權者之行爲時	一一〇
乙 效力	一一〇
子 使債權者免不履行之責	一一〇
丑 就於遲滯債權者	一一一
九 供託	一一三
甲 場合	一一四
子 債權者拒履行之受領時	一一五
丑 債權者不能受履行時	一一五
寅 債務者無過失不能確知債權者時	一一六
卯 於法律有特別規定之場合	一二七
乙 條件	一二八
子 供託地	一二八
丑 保管者	一二九

乾	金錢有價證券倉荷	一二九
坤	他物或於無法定供託所之地	一三〇
寅	通知債權者	一三二
丙	効力	一三三
子	原則	一三三
丑	例外	一三四
丁	特別之場合	一三八
子	難供託之物	一三八
丑	有反對給付時	一三九
第二	賠償	一四〇
一	賠償之場合	一四〇
二	賠償之範圍	一四四
甲	原則	一四四

乙 例外……………一四五

子 因特別事情而生之損害……………一四五

丑 債權者有過失時……………一四六

寅 金錢債務……………一四七

乾 原則……………一四七

乙 例外……………一五一

天 利息外之損害亦使賠償……………一五二

地 當事者之反對意思……………一五二

卯 當事者之預定……………一五二

乾 絕對認豫定之効力者……………一五二

坤 認一部履行者可減額者……………一五三

屯 豫定止於有推定之効力者……………一五三

蒙 有最著之不當時許減額者……………一五四

需 無損害即無豫定之適用者……………一五四

三 賠償之方法……………一五七

甲 原則……………一五七

乙 例外……………一五八

四 賠償之效果……………一五八

第三 對於第三債權者之權利……………一六〇

一 原則……………一六〇

甲 當事者……………一六〇

乙 承繼人……………一六〇

子 包括承繼人……………一六〇

丑 特定承繼人……………一六一

丙 第三者……………一六三

二 例外……………一六三

甲 債權者之効力不及於承繼人之場合	一六四
乙 債權之効力及於第三者之場合	一六五
子 間接訴權	一六五
乾 條件	一六六
天 保全債權者權利之目的	一六六
地 不專屬債務者一身之權利	一六六
元 對於第三者之權利	一六七
黃 裁判上之代位(辨濟期前)	一六七
坤 効力	一六八
丑 取消訴權	一六九
乾 條件	一七〇
天 害債權者之行爲	一七〇
地 債權者之惡意	一七一

元	受利益者又轉得者之惡意	一七一
黃	財產上之行爲	一七四
宇	裁判上之請求	一七四
坤	効力	一七五
天	僅原告有効力	一七六
地	僅有取消權者有効力	一七七
元	總債權者皆有効力	一七七
屯	消滅	一七八
第三款	多數當事者之債權	一七九
第一	總則	一七九
一	全部主義	一八〇
二	分屬主義	一八一
第二	不可分債務	一八二

一 總論……………一八二

甲 定義……………一八三

乙 僅於多數當事者之場合有適用……………一八四

子 債權者多數之場合……………一八四

丑 債務者多數之場合……………一八四

丙 効力……………一八四

子 共同請求共同履行之主義……………一八五

丑 由各債權者得請求履行於全員或對於各債

務者請求由全員履行之主義……………一八五

寅 得各自爲全部之請求又履行之主義……………一八五

二 債權者多數之場合……………一八七

甲 原則……………一八七

乙 例外……………一八八

子	更改	一八八
丑	免除	一八九
寅	相殺	一九〇
卯	混同	一九一
辰	時效	一九二
三	債務者多數之場合	一九三
甲	原則	一九三
乙	例外	一九三
四	共通規定	一九三
第三	連帶債務	一九四
一	總論	一九四
甲	債權者間之連帶	一九四
乙	定義	一九五

丙 原因……………一九七

子 法律行爲……………一九七

丑 法定連帶……………一九七

二 連帶之効力……………一九七

甲 債權者與債務之關係……………一九七

子 視一人之債務者爲唯一之債務者……………一九八

乾 全額請求之原則……………一九八

坤 破產之場合……………二〇〇

天 辨濟前一人破產……………二〇〇

地 一部辨濟後一人破產……………二〇〇

元 二人以上同時破產……………二〇一

金 僅可選一人者……………二〇一

石 雖得加入總破產由破產手續先終者

之中滅殺而計算者……………二〇二

絲 同上之方法但其殘額應各破產財團

所拂之額而返還者……………二〇三

竹 以債權額爲終止與債權者有殘額則

於求償權之範圍返還於產破財團者……………二〇五

艮 關於一人之事項不影響於他……………二〇六

丑 類於代理之關係……………二〇七

乾 請求……………二〇八

坤 更改……………二〇九

屯 相殺……………二一〇

蒙 免除……………二一一

需 混同……………二一二

訟 時效……………二一三

乙 債務者間之關係	二二四
子 求償權之原則	二二四
丑 無資力之結果	二二六
乾 原則	二二六
坤 連帶免除之場合	二二七
三 連帶之消滅	二二八
甲 拋棄	二二九
子 對於一人者	二二九
丑 全部之拋棄	二二九
乙 擔保之減滅	二二九
第四 保證債務	二二〇
一 總則	二二〇
甲 定義	二二〇

子	要主債務之存在	二二一
丑	主債權可取得取消時從債務亦可取得取消	二二二
寅	目的要同一	二二四
卯	體樣之重同之	二二五
乙	原因	二二五
子	契約	二二六
乾	依於法律之規定	二二六
坤	任意	二二六
丑	法律上之保證	二二七
丙	資格	二二八
子	能力	二二八
丑	資力	二二八
寅	住所	二二九

一一 保證之効力……………一三二

甲 債權者與保證人之關係……………一三一

子 後訴之利益……………一三一

乾 原則……………一三一

天 使強制執行之後請求於保證人……………一三一

地 亦可直請求於保證人……………一三一

元 使先請求於主債務者……………一三一

坤 例外……………一三一

天 破產之場合……………一三一

地 行方不明之場合……………一三一

元 連帶之場合……………一三一

丑 檢索之利益……………一三四

乾 條件……………一三四

天	主債務者有資力	一三五
地	執行容易	一三五
坤	例外	一三六
寅	分別之利益	一三七
乾	原則	一三七
坤	例外	一三八
卯	於保證債務與保證債務間互及之影響	一三八
乾	主債務及於保證債務之影響	一三八
天	請求	一三九
地	時效中斷	一三九
元	相殺	一三九
坤	保證債務及於主債務之影響	一四〇
天	原則	一四〇

地 例外……………二四〇

乙 保證人與主債務者之關係……………二四〇

子 有委任之場合……………二四三

乾 原則……………二四三

坤 履行前之請求權……………二四四

丑 無委任之場合……………二四九

乾 不反於債務者之意之場合……………二四九

坤 反於債務者之意之場合……………二五〇

丙 保證人間之關係……………二五二

子 有連帶之場合……………二五二

丑 不可分債務……………二五二

寅 因於特約各保證人超自己之負擔部分而證

濟之場合……………二五二

卯 他之場合……………二五二

乾 不反於他之保證人之意之場合……………二五三

坤 反於他保證人之意之場合……………二五三

附 代位……………二五四

三 保證之消滅……………二五四

甲 直接消滅……………二五四

乙 間接消滅……………二五六

附 物上保證……………二五六

第四款 債權之讓渡……………二五七

第一 總論……………二五七

一 債權得讓渡之乎……………二五八

二 不得讓渡之債權……………二五九

甲 性質不許之者……………二五九

子	有明文者	二六〇
丑	無明文者	二六〇
乙	有反對意思之場合	二六〇
第二	指名債權	二六一
一	讓渡之要件	二六一
甲	原則	二六一
乙	對於第三者之要件	二六三
二	讓渡之效力	二六六
甲	原則	二六六
子	讓渡人不有之權利讓受人亦不有之	二六六
丑	不反影響於債務者之權利	二六六
寅	讓渡後讓渡人與債務者無關係	二六七
乙	例外	二六七

第三 指圖債權……………二六九

一 讓渡之要件……………二七〇

甲 原則……………二七〇

乙 對於第三者之要件……………二七〇

子 裏書……………二七〇

丑 證書之交附……………二七一

二 讓渡之効力……………二七一

甲 原則……………二七一

乙 例外……………二七一

子 無調查債務者之義務……………二七二

丑 不記載於證書之事項不得對抗者多……………二七三

第四 無記名債權……………二七四

一 讓渡之要件……………二七六

甲 原則	二七六
乙 對於第三者之要件	二七六
二 讓渡之効力	二七七
甲 原則	二七七
乙 例外	二七七
第五款 債權之消滅	二七八
第一 辨濟	二七九
一 辨濟受領者之義務	二七九
甲 受取證之交付	二七九
乙 證書之返還	二八〇
二 代位	二八一
甲 總論	二八一
子 定義	二八一

丑	代位之便	二八二
寅	與債權讓渡之差	二八三
乾	代位限於求償權之範圍	二八三
坤	代位者之債權之性質依於求償權	二八四
天	依於利息求償權	二八四
地	時效亦同	二八四
屯	對於代位者無擔保之責任	二八四
乙	代位之場合	二八五
子	約定代位	二八五
乾	因於債權者之意思者	二八五
坤	因於債務者之意思者	二八六
丑	法定代位	二八七
乾	保證人	二八七

坤	物上保證人	二八七
屯	連帶債務者	二八八
蒙	不可分債務者	二八八
需	抵當權者	二八八
訟	質權者	二八九
比	先取特權者	二八九
小	債權者	二九〇
履	第三取得者	二九〇
泰	受債務者之委任而爲辨濟者	二九〇
丙	代位之效力	二九一
子	原則	二九一
乾	質權	二九一
坤	抵當權	二九二

屯 先取特權……………二九二

蒙 留置權……………二九二

需 保證……………二九二

訟 執行力……………二九二

師 解除權……………二九二

丑 特例……………二九三

乾 保證人第三取得者……………二九三

天 保證人對於第三取得者有代位……………二九三

地 第三取得者對於保證人不代位……………二九三

坤 第三取得者間……………二九五

屯 物上保證人間及物上保證人與第三取得

者間……………二九六

蒙 保證人物上保證人間……………二九六

天 頭數割……………二九六

地 物上保證人間價格割……………二九七

寅 一部辨濟之場合……………二九七

乾 原則 一部代位……………二九八

坤 例外 解除權……………二九八

卯 證書及擔保物之引渡……………二九九

辰 擔保之消滅……………三〇〇

第二 相殺……………三〇一

一 總論……………三〇一

甲 定義……………三〇一

乙 相殺之利益……………三〇二

子 簡便……………三〇二

丑 公平……………三〇二

丙	相殺之主義	三〇三
子	裁判上之相殺	三〇三
丑	因於意思表示之相殺	三〇三
寅	法律上之相殺	三〇三
二	相殺之條件	三〇四
甲	實質上之條件	三〇四
子	同種之目的	三〇四
丑	在於辨濟期	三〇五
寅	債權之性質許相殺者	三〇六
卯	當事者無反對之意思	三〇八
辰	一方之債權非於他之一方之債權差押後取得者	三〇九
巳	法律無反對規定	三一—

乾 因於不法行爲之債權……………三一—

坤 禁差押之債權……………三一—

屯 組合之債權……………三一—

蒙 株金之債權……………三一—

乙 形式上之條件……………三一—

三 相殺之效力……………三一—

甲 原則……………三一—

乙 效力遡於既往……………三一—

子 除有時效亦可……………三一—

丑 於讓渡之通知權者有相殺之原因亦可……………三一—

第三 更改……………三一—

一 總論……………三一—

甲 定義……………三一—

子 廣義……………三二七

丑 狹義(日本民法之意義)……………三二七

乾 債權者之變更……………三一七

坤 債務者之變更……………三一七

屯 目的之變更……………三一八

乙 更改與他之行爲之別……………三一八

子 與債權讓渡之差……………三一八

乾 性質異與否……………三一八

天 爲商事債權與否……………三一九

金 連帶與否……………三一九

石 利息異……………三一九

絲 取引時間之有無……………三二〇

竹 時效異……………三二〇

地	時效之長短	三三一
元	留置權先取特權之有無	三三一
坤	執行力之有無	三三一
屯	時效起算點之差異	三三一
蒙	要債務者之承諾與否	三三一
需	擔保權之移否	三三一
丑	與債務引受之差	三三一
寅	與代物辨濟之差	三三一
乾	對於債務之準占有者而爲之其有效與無效	三二四
坤	有受取證書交付之義務與否	三二四
屯	有證書返還之義務與否	三二五
蒙	代位之有無	三二五

二 更改之要件	三二五
甲 原則	三二六
子 契約	三二六
丑 要素之變更	三二六
乾 債權者之變更	三二六
坤 債務者之變更	三二七
屯 目的之變更	三二九
乙 因債權者之交替之更改之特別條件	三三一
丙 因債務者之交替之更改之特別條件	三三一
三 更改之效力	三三三
甲 原則	三三三
乙 例外	三三三
子 一般之例外	三三四

丑 因債權者之更替之更改之特別者	三三五
第四 免除	三三五
第五 混同	三三七
一 債權爲第三者之權利之目的時	三三七
二 限定承認	三三八
三 財產分離	三三九

民法第二編目次終

民法第一編

溫州 許 壬 編輯

財產編之中

第二章 債權

緒論

(一) 定義

債權者。可使一定之人爲一定之財產上之行為之法律上之力也。例如甲與乙結約。贈與乙千金。乙對於甲有其債權。可使甲履行千金之義務。即可使一定之人爲一定之財產上之行為也。法律上認乙對於甲有債權而加以保護。同時認甲對於乙有債務而使之履行。即法律上之力也。茲就定義分釋之。

第一 須對於一定之人。此與物權有別。物權亦可使人不爲或種行為。例如土地

之所有者。可以消極的不許人通過。即使人對於其土地不爲或種行爲也。然非對於一定之人。乃對於一般之人。而債權則必以對於一定之人爲要素。據前例證之。乙但可要求甲爲贈與千金債務之履行。不能以要求甲者要求丙或丁也。

第二 必一定之財產上之行爲。就他之權利言之。例如父使子居何地入何學校。亦可謂爲一定之行爲。然非爲財產上之行爲。至債權必以爲一定之財產上之行爲爲限。據前例證之。乙可使甲爲千金之支拂。支拂千金。即財產上之行爲也。行爲有二。(1)積極行爲。如前例甲必有支拂百金之行爲者是。

(2)消極行爲。如甲與乙約。於某市內不許乙爲或種營業是。

債權之裏面。即爲債務。債權與債務。同一法律關係。特觀察方面不同。而債權爲表。債務爲裏。一爲自權利方面觀察之名稱。一爲自義務方面觀察之名稱也。如銀圓一方鑄國名及年月。一方鑄銘價。雖兩方所鑄文字不同。而其爲銀圓則一。據甲贈與乙千金之例言之。乙方有要求甲支拂千金之權利。故曰債權。甲方負支拂千金之義務。故曰債務。於是法律認有權利者爲債權者。認有義務者爲債務者。名雖異而關係則同。

也。

(二) 與物權之差異

物權乃直接對於物上行使其權利。間接對於一般之人行使其權利。學者有名爲對世權者。其名稱之當否。姑不必論。可知物權不要人之行爲。得直接於物上之權利也。反之債權。不過有要求或人行爲之權利。非敢對於物上行使。雖有時對於物上行使權利。乃間接之行使。而直接必在一定之人之行爲也。因此二者性質上之差異。遂生如左之結果。

(甲) 優先權

物權有優先權。債權無優先權。優先權者。乃先他人行自己權利也。例如甲乙丙三人。甲以所有物寄存於丙。同時乙貸丙千金。至丙受破產之宣告。各債權者對於破產財團。不外以平等之割合。受相當之辨濟。然甲爲有物權者。由優先權之結果。可先於他之權利者。取還其所有物。乙僅爲有債權者。故無優先權。即不能阻止甲行使其先取所有物之權利也。

(乙) 追及權

物權有追及權。債權無追及權。追及權者。對於物不因他人已得其權利而碍己之行使權利也。例如甲於其所有土地上先設定地上權。與乙。後又爲丙。設定永小作權。兩者雖同爲物權。然乙之地上權設定在先。丙之永小作權設定在後。乙決不因丙取得永小作權。以妨其地上權之權利行使。此自物權之追及權所生之結果也。反之債權則無此權利。例如乙對於甲有千金之債權。同時甲於其所有地上設定地上權與丙。乙僅爲甲之債權者。但有要求甲履行債務之權利。由非爲物權之結果。自無追及權。即不能阻止丙行使地上權。而以甲爲丙。設定地上權之土地付之公賣。自己受千金之辨濟也。追及權之用語。乃形容權利之性質者。即無論其物在何處。被何人取得。皆可追及之。而行使其物權之權利之謂也。就不動產言之。頗難解釋。因不動產不能爲實質之移轉。故亦無現實追及之權利。若就動產言之。極相符合。例如甲以其杯設定質權與乙。乙對於其杯即有物權。後甲又以其杯賣渡與丙。或丁。乙可不問杯爲甲所有。爲丙丁所有。皆得追及其物而行使質權之權利。

物權所以有優先權。而債權無優先權者。因一則可直接對於物上行使其權利。一則雖有時可對於物行使其權利。而直接必在人之行為也。如前所舉甲存物於丙。乙貸金與丙之例。甲不必經丙之行為。即可取回其物。而乙必先要求丙賣却其物。然後受其辨濟。故僅有債權之乙。不得不讓有物權之甲先一步矣。

物權所以有追及權。而債權無之者。亦由對於物上可直接行使權利與否之區別而已。例如甲以其所有物。爲乙設定質權。丙因過失而取得其物。同時丁對於甲有其債權。則乙由爲物權之結果。對於物權之目的物。不必要求甲之行為。即可自丙處追回。所謂直接對於物行使權利也。反之。丁由爲債權之結果。不能直接對於丙追求其物。但能要求甲向丙取回。而以其物賣渡與人。方得受債務之辨濟。所謂直接對於一定之人。使爲一定之財產上之行為。即爲其權利之行使也。

債權者對於債務者之物。有時可行差押。然差押不足爲優先權。因差押債務者之物。以爲辨濟。仍以不侵害人之物權爲限。故於其物上已設定物權與人。當差押時。必使人之物權依然存在。僅得以殘餘部分之權利。受其辨濟。即在差押後設有他之債權。

者。其權利各爲平等。當應各債權之額而受辨濟。決無一人先受辨濟之理。故差押之結果。與債務者自己賣却其物。爲債務之辨濟相同。又破產時不要差押。但由破產管財人處分其財產。分配各債權者。然不能侵害人之物權之權利。亦與差押無異。蓋僅能於保存人之物權以外。處分財產。以辨濟各債務而已。

(三) 自然義務法定義務

自然義務。法定義務。學者或謂爲自然債務。法定債務。特義務之範圍。較債務爲廣。茲從慣例。仍言義務。即債務之意義。可包含之。

自然義務者。不能以訴權而受制裁之債務也。自然義務。在今日日本爲學者間之用語。非法律上之用語。凡有債權者可要求相手方履行義務。至其不爲履行時。得訴諸裁判所。使強制其履行。然自然義務。不能以訴權強令履行。唯債務者任意爲履行時。亦作爲債務之辨濟。有其效力而已。

法定義務者。有完全制裁之債務也。即由法律上明認之。倘不履行義務。得以訴權強制其履行也。

日本新民法上之債務。但認有法定義務。不認有自然義務。而自然義務。自羅馬法以來。及歐洲德法兩國。皆由法律認定。即日本舊民法。亦認自然義務。且特規定一章。

「濮華索那氏曰。法定義務。自人定法而生。自然義務。自自然法而生。此說一見似近正當。實則全然誤謬之見解也。蓋自然法之存否。尙爲學者間最有議論之問題。然余固認自然法之存在者。而與濮氏頗異其見解。依愚所見。一切之義務。皆可謂由自然法而生。例如借受人之金錢。必負返還之義務。是爲自然法所認。同時爲人定法所認。故謂法定義務由人定而生。自然義務由自然法而生。既足見根本上之錯誤。即令自然法與人定法併稱。而謂自然義務。僅由自然法而生。亦不免於欠點。蓋自然義務。非僅由自然法而生。又可由人定法而生者。今舉示最確之證據。即自然義務。非明規定於舊民法之中乎。舊民法非人定法乎。故謂自然義務。由自然法而生。其立論之謬。不待煩言而決矣。（梅氏民法原理債權總則二二頁至二四頁參照）

關於自然義務。於何時始見適用其効力。除無訴權外。尙有何等程度。此爲民法中最難解決之問題。蓋羅馬法與德法所認不同。而德法兩國又各異其規定。且德法學者

間所說。亦不能一致。茲舉各國及各學者所公認之例以明之。例如債務經過十年。應罹時效而消滅。設債務者仍對於債權者爲辨濟。在法律上雖消滅其債務。而辨濟之行爲。認爲有效。特此種辨濟行爲。出於債務者之任意。不能由債權者以訴權強其履行。即自然義務也。其他之例尙多。或有認爲自然義務者。或有認爲非自然義務者。頗多紛議。故茲不備舉焉。

自然之義務之發生。(一)由羅馬法不完全之結果。羅馬法制定之初。僅有十二表法爲其基礎。則當時法律之不完備可知。其後雖多所補充。然自表面反對十二表法。非後世立法者所敢出。唯間接破壞之而已。故未爲十二表法所明認。自後世進步之法律上觀之。非不知當認其義務。特恐認之。即有反對十二表法之嫌。不得已認爲自然義務。使其行爲有效。(二)由羅馬法偏重形式。凡缺其形式時。裁判所可不受理。即使一切行爲。歸於無效。伴世之進步。漸知煩雜之手續。不適於實際。且有時不能踐行者。故就欠缺形式之行爲。雖不認爲法定義務。使之有完全之效力。而亦非全然不認其義務。於是遂發生一種之自然義務。由此言之。羅馬法自然義務。較德法爲有強力。前所下之

定義。爲德法所認之自然義務。其效力稍爲薄弱。

近時各國仍有自然義務之規定者。其故與羅馬法之認有自然義務略同。(一)因法律不完全之結果。蓋各國皆沿用舊法典。故不能完全。遂生認自然義務之必要。如法國民法爲百年前之法典。荷蘭民法亦係八十年前所編纂。伊太利民法較新制定。又在四十年以前。故皆未完備。尙須認自然義務以補其缺。(二)因歐洲各國法律。雖不如羅馬法之拘泥形式。仍不免有所偏重。務必作爲自然義務。付與以不完全之效力。即矯正法律所不備。(三)因沿革上之關係。歐洲法律。皆導源於羅馬法。羅馬法既認自然義務。各國心醉羅馬法之結果。遂覺不認自然義務。却爲法律之缺點。故相率沿用之。而特爲規定。

自然義務。既由以上各種原因而發生。在新制定法典之國。應不認自然義務。此問題極易解決。蓋就第一原因言之。自然義務爲補助不完全之法律而生。可使法律完全。即無是弊。蓋法律所應保護者。一切爲相當之保護。設不必保護者。即絕對認爲無效。故無特認自然義務之必要。又就第二原因言之。凡行爲因形式不備。不能受法律

上之保護。遂以自然義務爲補救。此甚爲無謂。蓋法律所應保護者。不必拘定形式。不應保護者。雖具形式。亦屬無效。去形式亦無認自然義務之必要也。由此之故。日本當編纂新民法。斷然不認自然義務。如前所舉履行已罹消滅時效之債務。不必認爲自然義務。可看做債務者之贈與行爲。使之有效。蓋依日本新民法。凡贈與但須出於善意。而受贈者承諾後即生效力。故債務者於因時效消滅後。仍爲履行。而債權爲受其辨濟。則一方爲贈與。一方爲受贈。固無不可也。即就日本民法中重形式之遺言論之。推立法者之本意。欲防偽造遺言之弊。或恐遺言者在精神錯亂之中。可爲其相續人之不利益。故不得已稍重形式。倘形式不合。遺言即歸無效。似欲實行其遺言。非認自然義務不可。然不認之。實際上亦無甚不便。蓋相續人一依遺言履行之。法律上雖不看做遺言之執行。而可看做相續人之一種新行爲。仍得達遺言之目的。故又無認自然義務之必要也。

日本舊民法與法國及法國法係國之民法。所以認自然義務者。尙有一種之原因。即關於法律行爲。認有原因爲要素。原因即所謂法律之理由者。設無原因之法律行爲。

應歸無效。而實際上又不可不使之成立。故須認自然義務爲原因也。例如履行已因時效而消滅之債務。若推究其原因。在債務者之意思。必謂追認從前之義務。然關於因時效而消滅之債務。法律上本不許追認。則其義務爲無原因之義務。即爲無效之義務。然竟使此種行爲終歸無效。皆明知其不合。於此遂不得不認自然義務爲其原因矣。日本新民法既不以原因爲法律行爲之要素。但在當事者意思真實法律行爲之目的。一定以上。直可生法律上之效力。蓋即採法律行爲之自由主義故也。例如贈與以使受贈者受無償之利益爲理由。此其自然之性質。固有不待言者。而在法國乃認慈惠爲贈與原因。不知贈與原因。其複雜不能以一言概括。有先受恩惠而後以贈與爲報酬者。有先自爲贈與而爲最後之求償者。要皆不失爲贈與。故單認慈惠爲原因者。反失之隘。法律上既不論其原因之如何。如上例債務雖因時效消滅。而債務者仍自履行。此可看做當事者有負義務之真意。其行爲應爲有效。又如相續人履行其先人不合形式之遺言。而以財產贈與他人。則法律上看做相續人新爲贈與之行爲。決不至於無效。凡一切行爲。幾盡可以法定義務保護之。又何必於其外復認自然義

務耶。(梅氏民法原理債權二七八參照)

(四) 債權發生之原因

(甲) 法律行為

已於總則中詳之。其中關於因契約發生債權之效力如何。當俟講述契約時詳論之。
(遺言亦足為發生債權之原因。但亦須讓相續編之講義。)

(乙) 事務管理

無義務而以善意為人管理其事務者。即事務管理也。後當另節論之。

(丙) 不當利得

無故受金錢上之純正利益。此為不當利得。自無待言。即無故因人之勞働而受利益者。亦得為不當利得。凡不當利得者。應負返還之義務。於後詳之。

(丁) 不法行為

因不法行為。使人受損害。則對於受損害者。應任賠償之責。就賠償者言為債務。就受償者言為債權。故亦為發生債權之原因之一。其詳當亦另節論之。

(戊) 他之法定原因

此種原因。不一而足。姑舉一二例以明之。例如後見人對於被後見人所負擔義務。非因法律行為事務管理不當利得不法行為而發生。乃因法律上之規定而發生者。故爲法定原因。又如扶養義務。親對於子。子對於親。及夫婦間之扶養義務。皆因法律直接之規定而發生者。又如官吏之俸給。地方團體之公課徵稅。或學者不認有債權之關係。而余則確信爲債權者。要之第一例須研究關於後見人之規定。第二例須研究親族制度。第三例須研究行政法。方能了解。茲以其非屬於講述民法債權之範圍。故不詳之。但揭其足爲發生債權之原因而已。

第一節 總則

凡關於債權全體。皆可適用之規定。即債權之總則也。以下分款講述之。

第一款 債權之要素

債權之要素。與法律行為之要素。有別。即債權由法律行為而生。兩者之要素。亦不同。一。蓋依余所取之主義。法律行為之要素。畢竟歸著於目的。但或種之法律行為。如贈

與。等。於。目。的。之。外。尚。包。含。當。事。者。之。人。格。而。通。常。則。不。必。以。當。事。者。爲。要。素。反。之。債。權。之。要。素。必。包。含。當。事。者。故。債。權。有。三。要。素。即。一。債。權。者。二。債。務。者。三。目。的。是。也。〔民法原理債權二四頁參照〕

(一) 債權者

何人可爲債權者。此關於能力上之問題。已於總則中詳之。

(二) 債務者

何人可爲債務者。即何人爲此法律行爲。方爲有效。此亦關於能力之問題。已詳於總則中。

除能力以外。關於債權者債務者之各規定。應就各條文詳之。不能合併於此。(一)(二)兩項中講述。

(三) 目的

目的者。即要求爲一定之行爲之財產也。例如債權者要求債務者支拂千金。支拂此千金。即爲債權之目的。關於目的。所當論述者有三點。

第一 得爲債權之目的者

何者可爲債權者之目的。自來學者間最有議論之問題也。其爭點在單以金錢見積（估價）者。得爲債權之目的乎。抑不必以金錢見積者。亦皆可爲債權之目的乎。如以金錢爲債權之目的。其金錢之自身。得以金錢見積。毫不容疑。即關於不動產動產所有權之移轉。何一不可以金錢見積者。他如人之行爲中。亦有可以金錢見積者。如雇傭人因服勞役日受若干金之支拂。此其勞力。即足以金錢見積。故可爲債權之目的。皆不至發生問題。茲爲疑點之所存者。（一）爲教師。古來學者謂教師爲高尚事業。且以自其教授上所生之利益。不得以金錢見積。故不能爲債權之目的。日本舊民法設有特別之明文。以不許爲債權爲目的爲原則。（財產取得編第二六六條第一項同項兼規定醫師辯護士）而以得爲其目的爲例外。（第二六六條第二三四項）故必就原則上言之。教師雖已承諾教授生徒。可以背約不教。同時生徒雖已受業於教師。亦可不與以授業料。余頗不贊成此說。蓋可以金錢見積者。固爲債權目的。即不得以金錢見積者。亦可爲債權目的。定義中所謂財產上之行爲者。非專指金錢而言。凡可

處分者皆財產上之行爲也。就教師之例證之。教師與生徒結約。有授業之義務。同時有授業之權利。故教師可不授業。反之生徒與教師結約有受業之義務。同時有授業之權利。故生徒亦可不受業。不授業不受業即處分也。應爲財產權。即應爲債權目的。其不能處分者。如夫婦同居。由法律爲之規定。彼此欲不爲同居。即非法律所許。故不足爲財產權。亦當然不足爲債權目的也。至謂教師爲高尚事業。乃程度問題。亦不足爲非可以金錢見積之根據也。例如某家特聘請一人。管理幼者。且使兼教導之責。果如學者所言。則一方之勤勞。可以金錢見積。他方之勤勞。又不可以金錢見積矣。(二)爲醫師。即謂其爲人治病之勤勞。不得以金錢見積。然看護婦因雇傭契約而服勞務。可爲債權之目的。又盡人所不疑者。究之自根本上立論。醫師與看護婦爲同一治療病者。使其健康回復。而其職業之高低。亦不外程度上之差別。何得以此認一爲可以金錢見積。一爲不可以金錢見積者乎。

依上所述。可以金錢見積與否。其標準頗不一定。故古來不得以金錢見積。而今則可以金錢見積者。不尠。如人之名譽被害。得以金錢見積。而定損害賠償之額。其最著之

例也。是無形之名譽。可以金錢見積。即尙足爲債權目的。而有形之教師醫師之勤勞。反不可以金錢見積。又何說耶。又如親或夫被殺。對於子或妻所感之苦痛。以金錢見積而定損害賠償之額。是苦痛亦可以金錢見積爲債權目的。則天下之事物。舉無一不可以金錢見積者。故德國民法。明定爲雖不得以金錢見積者。皆爲債權之目的。此爲最進步之主義。日本新民法亦採用此主義。特明言債權之目的。不以金錢見積者爲限。即第三九九條云『債權雖不得金錢見積。得以之爲其目的。』

第二 關於物之債權

民法上所謂物者。以有體物爲限。即於人之觸官有感者也。債權中以金錢爲目的者。爲多。金錢即物也。故金錢債權。可爲關於物之債權。他若動產不動產之所有權之移轉。及於動產不動產上設定之權利。皆關於物之債權。

(一) 關於特定物之債權

特定物之定義。已詳於前。即不許以他物代之者。如指定此書此時計。是故可不問其同種類之書。或時計之內容外形相同。而必以現指定物爲限也。茲所謂關於特定物

之債權。乃關於引渡之事。至特定物上之各種權利之設定及其移轉。皆於物權中詳之。即以當事者之意思表示爲成立。往往當時履行。直見物權之設定移轉。不至生債權之關係。設以法律行爲設定物權或移轉物權。而又附以期限。則當期限未到來之間。雖不足發生物權。已可發生債權。即玆所謂關於物之債權也。不動產之移轉。必登記始能對抗第三者。亦已於前章說明。又有時由法律直接規定之結果。直可爲物之權利之移轉或設定者。但其間不存要求移轉或設立之債權。故於此無講述之必要。又有因不當利得而應以物之權利設定或移轉與人者。當另於不當利得中詳之。即關於特定物引渡時之手續。如爲不動產則須登記。如有關於其物之證書。則須交付。皆無甚問題。亦俱從略。故玆所宜論述者。爲物在特定以後引渡以前其間債務者對於特定物應如何保存之問題也。蓋不有保存。即其後必至無可引渡。但既云保存。其應加注意當至如何程度。始得不負責任。如債務者對於特定物。絕不爲收藏。因此遂遭盜難。是爲不注意。毫不容疑。倘債務者亦嘗收藏之矣。而特定物仍不免被人竊取。則果以加何種之注意。方爲盡其責任。古來關於此問題。遂見三過失說之發生。(1)

因重過失而負責任。(2)因輕過失而負責任。(3)因最輕過失而負責任。不注意即爲過失。故注意與過失相關。連右三過失皆關於保存未注意之謂。自羅馬法以來已有之。然頗有說謬。三過失中如認於保存上全不注意者爲重過失。固不爲錯。而輕過失最輕過失。現時學者因其不合學理。皆不認此種之區別。蓋過失中有分一爲抽象的過失。(二)具體的(成形的)過失。而當時學者誤解其意義。強分爲輕過失最輕過失也。抽象的過失者。乃由法律上想像通常所應注意之程度爲其標準。不有此程度者。即爲抽象的過失。羅馬法上有良家父注意之語。無良家父之注意者即爲過失。因羅馬重家族制度。凡事皆由家長管理。與日本戶主相當。其注意於管理者。謂之良家父。不注意於管理者。謂之非良家父。故以良家父注意爲名。此實由理想上發生者。設債務者對於其特定物。不以人之理想上所謂良家父之注意爲注意者。皆不免爲抽象的過失也。

具體的過失者。缺平生對於自己之財產上所加之注意之謂也。此即以本人固有注意之程度爲標準。而定其有無過失。例如甲以物寄託於乙。乙但以保存自己財產之

注意。以保存甲物。即可免其責任。固不問其爲良家父注意爲非良家父注意也。

據右所述。抽象的過失之責任。常較具體的過失之責任爲重。蓋具體的僅以自己之注意爲注意。即可免過失。反之爲抽象的。一依人之理想上所當之注意。常須於自己注意外。另加以幾分之特別注意。乃學者反謂具體的過失爲最輕過失。謂抽象的過失爲輕過失。實大謬也。因抽象的與具體的之區別。既所取之標準不同。即無程度可爲比較。(一)則以羅馬無數之家父中之所謂良者爲標準。(一)則以本人爲標準。其本人注意之程度。有過於良家父者。有不及良家父者。則果以何爲標準。而分別其孰爲輕過失孰爲最輕過失耶。故現時不認有最輕過失。但有重過失與輕過失之區別而已。何謂重過失。學者間議論不一。余意謂凡不以通常人所注意者爲注意者。爲重過失。例如居住東京。夜不閉戶者是。何謂輕過失。就抽象的言之。例如兩戶上下有門。夜間兩門皆閉者。方爲羅馬良家父之注意。設僅閉一門者。未盡良家父之注意。即輕過失也。就具體的言之。例如本人素性疏忽。對於自己財產。頗不注意。於其家之兩戶。夜間常兩門不閉。或僅閉其一。設保存他人之物。因同一之故而失去者。此雖未足當良家

父注意之程度。在抽象的固負責任。而在具體的則不負責任。因其爲與本人同一之注意。尚不爲輕過失也。今日之各國法律。以具體的過失爲注意之程度。殆全屬例外。而多以抽象的過失定其注意之程度。乃一般之原則也。日本新民法倣歐洲多數之立法例。亦以使之負善良管理者（良家父）注意之責任爲原則。換言之即負抽象的責任也。故關於特定物保存之義務。亦採此原則。即揭於四百條云。『債權之目的爲特定物之引渡。債務者至爲其引渡止。要以善良管理者之注意保存其物。』

此明採用抽象的過失說之規定也。又依第二九八條第一項『留置權者要以善良管理者之注意占有留置物』之規定。則關於保存留置物。亦適用此原則。

關於物之引渡之債權。表面上範圍似狹。實則極爲廣泛。例如有報酬而受他人之寄託物。受寄者於寄託期間內。對於其受寄物。有保存之義務。期間滿即有返還寄託者之義務。返還即物之引渡也。即關於物之引渡之債權。又如借貸借。甲以土地貸乙。乙於借受期間內。應以善良管理者之注意。保存其土地。期滿乃以其土地返還貸主。亦關於物之引渡之債權也。又如使用貸借。借主於使用期間內保存其物。應爲善良管

理者之注意。期間滿了。乃以借受物返還。又如賣買當賣買之目的物。尙存於賣主時。賣主對於其物。應以善良管理者之注意爲保存。而後引渡與買主。又如贈與贈與者於未引渡贈與之目的物之先。保存其物。亦須爲善良管理者之注意。而至期乃以目的物付諸受贈者。以上各例。債務者當負有引渡之義務。故爲關於物之引渡之債權。即各受此原則之適用。故四百條之規定適用之範圍頗廣。此外即不關於物之引渡。而關於人之行爲。如受委任者亦宜以善良管理者之注意代行委任之事。則此原則廣適用於委任矣。即第六四四條規定『受任者從委任之本旨。負以善良管理者之注意處理委任事務之義務。』此項規定。凡有委任關係者皆得適用。故特列一條。對於第四百條之規定。不嫌重複。此原則適用之廣。益可見矣。

對於此原則。民法中尙認有多少之例外者。即適用具體的注意也。具體的注意者。即對於自己財產或爲自己之行爲所加注意之程度也。以下列舉各條文證之。

(1) 第六五九條 『無報酬而受委託者。就受寄物之保管。任與自己之財產爲同一之注意之責。』但參照商法第三五三條 『商人於其營業範圍內受寄託時。雖不受

報酬。要爲善良管理者之注意』之規定。雖同爲無償之受寄者。對於其受寄物之保存。在民法則適用例外。在商法則不適用例外。而仍適用原則也。

(2) 第八〇五條 於夫管理妻之財產。或妻爲夫之代理之場合。要爲與「爲自己」同一之注意。

(3) 第八八九條第一項 行親權者之父又母。要以與爲自己同一之注意。行其管理權。

(4) 第一〇二二條第一項 相續人要以與對於其固有財產同一之注意。管理相續財產。(但書略)

(5) 第一〇二八條第一項 限定承認者要以與對於其固有財產同一之注意。繼續相續財產之管理。

(6) 第一〇四〇條第一項 爲相續之拋棄者。以至因其拋棄而爲相續人者。得開始相續財產之管理爲止。要以與對於自己財產同一之注意。繼續其財產之管理。

(7) 第一〇四四條第一項 相續人雖爲單純承認之後。有財產分離之請求時。爾後

要以與對於其固有財產同一之注意。爲相續財產之管理。(但書畧)

(8) 第一〇五〇二條第二項。按此項適用各條文均與管理之事無關想譯述時寫錯番號姑附識於此以存疑點

以上各條文。皆適用具體的注意之例外。按日本民法因或場合。僅就重過失使負其責任。對於原則上。亦一例外也。即第六九八條『管理者爲使本人得免對於身體名譽又財產急迫之危害。管理其事務時。非因惡意或重大罪失所生之損害。則不任賠償之責。』之規定是也。(又商法第五九二條之規定亦適用此例外同條文可參照)

(二) 關於不特定物之債權

(甲) 通則

(子) 應給付如何品質之物乎

不特定物者。即指定或種類而品質未指定者也。例如同一米類也。而其中之品質則甚差異。又如同一六法全書也。而其品質又有區別。故應以如何品質之米如何品質

之六法全書爲給付。乃最切要之問題。因其與債務者負擔之輕重頗有關係也。發生債權之原因。以契約爲多。設契約中已定明不特定物之品質。即依其所定明者給付之。固不生問題。若未定明其品質。則當給付其不特定物時。應爲如何之品質。此不可不研究之問題也。關於此問題有三主義。

(乾) 不可求最上品亦不可給最下品

此主義日本舊民法及法國荷蘭伊太利三國民法均採用之。據此主義觀之。大約推測當事者之意。思以爲既不明定品質。債權者無要求最上品之意。同時債務者亦料無給付最下品之意。設債權者爲最上品之要求。債務者可不給付。債務者爲最下品之給付。債權者亦可不受取。此即其主義之精神也。然適用此主義。其範圍頗不明瞭。蓋既云最上品與最下品。皆爲不可。其歸着必以中等品爲可。然欲適用於實際。必世間之物品。僅有上中下三種。而後可不知普通之商品。實有數多之種類。例如米日本細別爲十三等。(一)無砂米五等。(二)混砂米五等。(三)外國米三等。由此主義。除以無砂米中之第一等爲最上品外。國米中之第三等爲最下品外。尙餘有十一等。應以其中何

等米給付。無由知之。即債權者可以要求無砂米中之第二等。債務者亦可給付外國米中之第二等。欲於此十一等之中。明定其或等之米以爲給付。誠大困難之事也。

(坤) 中[△]等[△]以上[△]之物[△]

此主義瑞西債務法索遜舊民法（德聯邦中之一國德意志未統一時各聯邦皆有民法至一千九百年廢止故云舊也）採用之。依此主義。凡中[△]等[△]以上[△]之物。皆可給付。就日本十三等米證之。以七等爲中[△]等[△]。則自七等以上。皆得給付。然究在七等以上。各等中之何等。仍難確定。與第一主義同蹈於不明瞭之弊。故適用此主義。其結果不外由債務者應債權者之要求。即使其於七等以上各等中指定一種。而履行其債務也。

(屯) 中[△]等[△]之物[△]

日本現行民法德意志民法皆採此主義。德無統一民法時普魯士國法亦採用之。日本民法第四〇一條第一項云。『於僅以種類指示債權之目的物之場合。依法律行爲之性質。又當事者之意思。不能定其品質時。債務者要給付有中等品質之物。』此主義實爲公允。蓋債權者必以要求最上[△]等[△]者爲有利益。債務者則以給付最下[△]等[△]者

爲有利益。今折衷於其間。給付中等之物。則自債權者觀之。雖不能如應其所要求者之滿足。然較之受取最下等者爲優。自債務者觀之。雖不得給付最下等之物。亦較之給付最上等者爲便利。余謂此主義於適用上。仍爲不便。因世間商品之多。非必皆爲奇數（單數）亦有偶數（雙數）例如米有十三等奇數也。固可以第七等爲中等。設米僅有十二等偶數也。則果以何等爲中等。無從指定。故實際上債務者因欲避債權者之紛議。寧以中等以上之物給付。同時債權者既受取中等以上之物。較之僅得中等者已爲有利益。自屬合意。此其結果與適用第二主義又有何區別哉。

余對於右三種主義。皆不贊成。以各主義實際上既覺不便。即論理上亦嫌未合。故余謂債務者即給付最下等之物。亦無不可。就米之一例證之。當結約時既僅言米而未指示何等米。則雖給付最下等之米。不能謂之非米。故亦得爲履行。且就不特定物之債權發生原因中言之。以契約遺言爲多。此二者當時皆可明定其品質。既未明定。又未許債權者之選擇。其結果不外一任債務者之隨意。故無論如何品質。無不能給付之理由。此說與第一主義相比較。適用上幾至同一。縱詳爲分別。亦不過一等之差。而

已。如上所舉米十三等之例。實行第一主義。惟第十三等之米（最下品）不可給付。而第十二等之米。殆無不可給付者。實行余說。并第十三等之米。亦得給付。僅此一等之差。於債權者未必有重大之損害。而於適用上實得充分之便利。余亦自信最爲妥當。當編纂新民法時。曾極力主張此說。結局因少數而敗。故新民法仍採用第三主義。爲其較近於人情也。

新民法雖採第三主義。但於債權發生之原因中。不明定其品質時。方得適用。如以當事者之意思。明爲指定。則當依其指定者給付。或上等或下等皆可。固不必限定中等也。就今日實際。上觀之。不特定物之債權。大半依法律行爲。明定其品質。而未明定者。殆屬稀有。故此主義適用時亦甚少也。有時法律行爲。雖未確指不特定物之若何品質。而依其性質。可以推定之者。亦當從其推定。例如甲與乙結約。謂以丙所食之米。給付百石。此雖未明定其品質。而丙所食之米。必有一定之品質。故可推測而得之。又如甲與乙約。使乙代備某家屋中所用棹椅。雖未明定其品質。而棹椅當用何等材料。不可不與某家屋之構造相當。如某家屋爲上等之建築。則陳設其中之棹椅。決非中下

等之物。此依法律行為之性質上自可分明者。於此場合。雖依余之主義。且以選擇權與債務者。仍必給付最上等之物。故余主義一見雖似酷待債權者。而實際上決不至生不利益於債權者之結果也。(末四行參照民法原理債權第七五頁)

(丑) 於何時變為特定物乎

凡不特定物。非永為不特定物。必有變為特定物之時期。例如甲與乙約。送付米百石。當未指明其米之品質時。固為不特定物。一旦履行契約。必指定何種品質之米。而後可為引渡。蓋即自不特定物變為特定物矣。惟其特定之時期。稍屬可疑之問題。但欲解決此問題。必先問何故以研究此問題為必要。換言之。關於此問題。必於如何之場合而見其實益也。此在外國雖有種種之實益。在日本民法之適用上。其實益不外有如左之二點。

(1) 權利移轉。即自不特定物為特定物時。以存乎其上之權利。移轉於債權者。蓋在不特定時。何者為債權之目的物。不得豫決。一旦確定其物。同時為物權之移轉。使歸於債權者之所有。

(2)危險移轉。自不特定物變爲特定物時。危險亦爲之移轉。就賣買言之。例如甲以家屋賣渡與乙。其屋未移轉時。因鄰火延燒而滅失。此時乙苟未支拂代價。雖不得受取家屋。亦須給付代價。因家屋爲特定物。凡關於特定物之危險。常在物之債權者。故乙負擔之也。又如甲與乙結買米契約。未指明或種米。即爲不特定物。而甲(賣主)豫定或米引渡於乙(買主)適其米被火燒失。則債務者(甲)須再以他米履行其債務。即兩米僅受取一代價。故其危險爲債務者所負擔。(但通常不作爲危險單爲債務者米之所有權消滅而已)反之在爲特定物之後。其米被焚。則損失歸於債權者(乙)之負擔。此因米爲特定物時。即生危險移轉之結果也。

以上說明二箇之實益。可知不特定物何時可變爲特定物。實大切(至急)之問題也。民法第四〇一條第二項特規定之云。『於前項之場合。債務者爲物之給付所必要行爲完了時。或得債權者之同意。指定其可爲給付物時。爾後以其物爲債權之目的物。』依此項規定。不特定物爲特定物。實有兩條件。但其一條件即可爲物之性質變化之時期。

(一)在債務者完了給付必要行爲之時。普通言之。給付之行爲完了。與物之引渡。大略相同。然或場合給付行爲完了時。未必即爲引渡時者。如隔地者間。是已。關於此有二主義。

(乾) 引渡主義

依此主義。隔地者間。雖由債務者發送其物後。尙不得爲給付行爲之完了。必俟債權者受取時。始變爲特定物。日本舊民法德國民法第一草案(共有之草案)皆採用此主義。

(坤) 發送主義

此主義但以給付物發送。即爲必要行爲之完了。同時不特定物。亦變爲特定物。日本現行民法與德國民法皆採用此主義。余亦深以此主義爲妥協。因履行屬債務者之行爲。即債權之目的。亦不外債務者之行爲。今既爲物之發送。是實行債權之目的。即屬於債務者之行爲。實已完了。凡發送以後。使之到達債權者。乃運送人之行爲。非債務者之行爲也。或謂運送人爲債務者之代理人。殊爲謬見。蓋其物既在發送。以上債

務者固不能以自己意思變更其物之性質。應即以其時爲成爲特定物之時期也。

「隔地者間物之發送與隔地者間契約之成立不可混視。因兩者不有何等之關係也。蓋就物之給付雖採發信主義而契約之成立則亦可兼採受信主義。在日本兩者固皆採發信主義而德國不拘如何之場合均採受信主義。獨關於物之給付採發信主義。可知在日本非因契約既採發信主義就不特定物之給付遂亦採同一主義者。第四〇一條第二項起草之際契約之成立果採用如何主義實未可知而物之給付斷然採用發送即爲現行法第四〇一條第二項之規定則二者又相關連。概足見矣。又德國民法關於此問題頗生紛議。蓋在第一草案採引渡主義。既如上所述。後仍因實際上難爲適用。仍認有種種之例外。至起第二草案時力改爲發信主義亦不用「發送」字樣。而與日本現行民法第四〇一條第二項前段爲同樣之規定。即成一確定法文矣。

第四〇一條第二項之適用實際上易生困難之問題。無他「完了爲給付所必要之行爲」之文字頗涉廣泛。果正當解釋之。雖非不足爲適當之用語。同時亦不無漠然

之嫌。今舉例以明之。例如住於麴町區之甲。對於住於芝區之乙。負給付米百石之義務。甲依契約上所定之品質。備米百石。使雇人運搬之。於此場合。果何時始可看做給付必要行爲之完了乎。余謂甲使雇人運搬。決非與以荷物委託運送業者相同。蓋雇人畢竟代甲爲運搬。無異甲自爲運搬也。故百石之米。雖自甲家發送時。尙不足爲給付必要行爲之完了。必其米到達於乙（債權者）時方爲完了。一旦在到達於債權者以上。雖常可爲行爲之完了。然使債權者不受取。則果如何。直爲供託。或不至發生問題。苟再持歸自家。藏諸倉庫。則又如何。即此等之場合。得已爲完了必要之行爲否乎。余嘗以此爲大學之試驗問題。然未得多數滿足之答案。關於此問題。雖存多少之疑點。據余所信。似尙不得爲完了。即強留之債權者之家。或爲供託。或特別再持歸自家時。皆未完了其給付之行爲也。以上係隔地者間之行爲。即非隔地者亦無所異。例如以金錢給付爲目的之債務。債務者常自持金錢至債權者之住所。欲爲履行。設因債權者不受取。仍特歸自家。此場合亦未完了給付之行爲。唯有反對說者。謂爲給付必要之行爲云者。僅指債務者之行爲而言。債權者受其引渡與否。毫不相關。故如右之

場合。債務者明明已盡所當盡之行爲。在債權者竟未受取。雖欲爲供託。或因場合而不能爲之者。或因物之性質不得直爲供託者。例如金錢其他有價證券。雖得直爲供託。而米穀之類。非請求裁判所不可。故此時債務者雖完了必要之行爲。而因債權者未爲受取。尙當不免債務。故再持歸藏於倉庫。而爲之保管。實屬不得已之故。決非過失也。蓋反對說者雖主張如是。但終未爲滿足之說明耳。以上四十四行直譯梅氏民法原理債權自六七頁至七〇頁

(二) 在債務者得債權者之同意指定其給付物之時。此被指定之物。當然自指定之時。成爲特定物也。實際上以適用此條件爲多。蓋關於不特定物之債務之履行。債務者爲避債權者後來之紛議。往往以其當爲給付之物。請求債權者之認可。而後即以所認可之物給付之也。

(乙) 金錢債務

金錢債務者。以金錢給付爲目的之債務也。詳言之即以金錢所有權移轉爲目的之債務也。金錢爲不特定物。例如以百圓給付爲目的之債務。此百圓但爲金錢以上。皆可給付。然與普通商品中之不特定物又有不同。蓋金錢爲法律上附以強制通用力。

之物也。

(子) 原則

關於金錢債務。以不論何種通貨皆可給付爲原則。日本現爲金本位國。金貨當然爲通貨。即兌換銀行券亦爲通貨。皆有絕對的強制通用力。至銀貨爲補助貨幣。不有絕對的強制通用力。故在十圓以內。可以銀貨給付。若逾十圓之債務。仍以銀貨給付。債權者可拒絕之。使債務者改付金貨。其他如白銅貨青銅貨亦皆爲補助貨幣。無絕對的強制通用力。僅以一圓爲限。超過一圓之額者。如仍以銅貨給付。債權者亦不妨拒絕。此皆明治三十年三月法律第十六號貨幣法第七條所規定也。依此規定。但有銀貨有十圓之制限。銅貨有一圓之制限。除此制限以外。皆得自由給付。如在十圓以內。給付銀貨。可即給付金貨或兌換銀行券亦可。又如在一圓以內。則不論銅貨銀貨等之區別。皆可任意給付者矣。

(丑) 以特種之貨幣爲目的時

此多由契約上明定之。例如甲乙結約。給付時或以金貨。或以兌換銀行券。或以銀貨。

或以白銅貨青銅貨。皆無不可。又如約給付時。或以十圓金貨若干枚。或以或種兌換銀行券若干枚。或以五十錢銀貨若干枚。或以數錢銅貨若干枚。則履行債務時。一依其契約上所特定之種類。而給付之。毫不加以制限。故債務銀貨之通用。限以十圓。銅貨之通用。限以一圓。皆指法定而言。設由當事者之特約。則雖以百圓爲目的之債務。亦可以銀貨給付。以數圓爲目的之債務。亦得以銅貨給付。關於原則及特種之契約。民法第四十二條條一項規定之云。『債權之目的爲金錢時。債務者從其選擇。得以各種之通貨爲辨濟。但以特種之通貨之給付。爲債權之目的時。不在此限。』此明認任當事者特約之自由。與舊民法所採主義不同。蓋舊民法爲矯複本位之弊。明治十一年至二十九年名爲金銀兩本位國、實則爲銀本位國、三十年乃爲純然金本位制度國、遂設苛酷之規定。即使當事者結指定以或種貨幣給付之契約。皆歸無效。此實爲無理由之制限。而實際上仍不收効力。故新民法斷然舍舊民法之主義。爲計當事者之便宜。即採用自由主義。此右項但書規定之精神也。詳梅氏民法原理債權總則乃七六頁至八五頁因文冗不譯可就原書參照當事者既可自由結約。指定或種貨幣。設至履行時。適或種貨幣。由貨幣制度變更之結果。已失其強制通用力。則應以何種貨幣給付。實

一問題也。例如結約以給付五十錢銀貨爲債權之目的。定一期限履行。今假定期限到來之前。適日本政府禁止五十錢銀貨之通用。則履行債務時果如何乎。此自純然理論上言之。債權之目的。既在五十錢銀貨。其目的非單在金錢。寧視五十錢之銀貨爲特種之商品。與以指定或種商品爲目的無異。故債務者在辨濟期。不問其五十錢銀貨有無通用力。僅依契約所指定者履行足矣。倘因政府已引換五十錢銀貨。不能得其金額。亦以所得額爲辨濟。而其殘額看做履行之不能。使得免債務。雖然。果如此拘泥契約。多不合當事者之意思。蓋當結約時就債權者言之。其欲得五十錢銀貨。畢竟爲其有通用力之故。今既失其效力。即無願受取此五十錢銀貨之意。寧以得他種通貨爲有利益。即就債務者言之。當時約負五十錢銀貨給付之義務。亦因其有通用力。將來履行時。不難爲現實提供。今五十錢已爲失效之銀貨。往往因政府引換以上。全歸消滅。每至無從履行。即不得免債務。故亦無必給付五十錢銀貨之意。不如以他種通貨履行爲便利。民法爲推測當事者之普通意思。即規定於第四〇二條第二項云。『爲債權之目的之特種通貨。於辨濟期失強制通用之效力時。債務者要以他之

通貨爲辨濟。』

(寅) 以外國貨幣爲目的時

外國貨幣與內國貨幣不有同一之價值。蓋一國貨幣乃由貨幣制度附以強制通用之力。即法律之結果也。但一國法律之力僅及於一國之內。不及於國外。故由內國法律所附之強制通用力之貨幣。在外國則失其效力。同時由外國法律所附之強制通用力之貨幣。在內國亦失其效力。此就法律之性質言之。外國貨幣非直貨幣也。直爲一種之普通商品而已。然在今日各國交際頻繁貿易絡繹。不得株守此狹隘之法理。甯從當事者之意思。如認以外國貨幣爲必要時。不妨看做貨幣。使得爲債權之目的。皆可準用關於以內國貨幣爲目的之規定也。即民法第四〇二條第三項云。『前第二項之規定。以外國之通貨之給付。爲債權之目的之場合準用之。』例如以英貨若干磅。或法貨若干佛郎。爲債權之目的時。則凡依英或法之貨幣法所認之通貨。不論如何。英貨法貨。皆可給付。倘有制限。亦應受其制限。此準用第四〇二條第一項本文之規定也。設當事者以特約指定英貨中之金貨。或必限於若干磅金貨。則履行時亦

依其特約。即給付以金貨或若干磅金貨。此準用第四〇一條第一項但書之規定也。又如約定英國或種之貨幣爲債權目的。至辨濟期因英國貨幣制度之變更。失其強制通用力。則應以英國中他種之通貨。辨濟其債務。此又準用第四〇二條第二項之規定也。

(卯) 以外國貨幣指示債權額時

此與(三)以外國貨幣爲目的不同。一則債權之目的。以外國貨幣爲限。一則但以外國貨幣指示債權額。而其目的非即在外國貨幣。此殆爲純然金錢之債務。不論何種貨幣。皆可給付。故民法關於以外國貨幣爲目的之債權。規定於第四〇二條第三項。而關於以外國貨幣指定債權額時。又必另條爲之規定也。即第四〇三條云。『以外國貨幣指定債權額。債務者依在履行地之爲替相場。得以日本之通貨爲辨濟。』例如日本人在英法兩國定購商品。必以英貨若干磅佛貨若干佛郎指定英商品。有幾多之價額。倘其後在東京履行。不必給付英貨法貨。可給付日本之通貨。要與其額相當。不外依東京(履行地)之爲替相場(兌換時價)定之。何謂爲替相場。請舉例以明之。

例如自日本寄金錢於英國倫敦。若直以日本通貨寄去。恐無通用力。因在日本銀行取爲替手形。寄至倫敦。由友人支取。此在日本給付者爲日本貨幣。在倫敦支取者爲英國貨幣。欲使日本貨幣與英國貨幣之價額相合。其間必有一定之標準。此標準即爲替相塲也。新聞上每日登有每日貨若干圓。當法貨若干佛郎者皆是。故其相塲每日變更。與內國貨幣有固定之價值不同。又如日本人自法國買入書籍。其代價額以法貨指定。而履行地則在東京。應依當日在東京之爲替相塲。每日貨一圓當法貨若干佛郎。即可換算之以辨濟其債務。

(丙) 利息

利息不限於金錢債務。即金錢以外之債務。亦有附利息者。例如借受他人之米百石。附以一分(一割)利息。其後應還百十石之米。即以十石米爲利息也。利息者。即消費他人之財產。或應屬他人之財產。爲可得利益之對價。而給付之者。是也。所謂消費他人之財產。爲可得利益之對價。而給付之者。因借受他人之金錢而使用之。必可得多少之利益。於因此可得利益之限度。而支拂於債權者。即爲可得利益。

之對價。所謂消費應屬他人之財產爲可得利益之對價而給付之者。例如甲借受乙百圓。約某月履行。卒至遲一月返還。此一月中看做甲消費應屬乙之財產。乙因之不能利用。即甲因之可得利益。甲以與此相對之額。給付與乙。乃可得利益之對價也。所謂可得者。因其人其地而不同。設消費者即善營業者。其可得利益必多。所給付之對價亦多。反之消費者爲尋常人。其可得利益必少。所給付之對價亦少。此因人不同者也。設消費他人財產。以買受物件。其時物價低廉。則可多得利益。反之其時物價昂貴。則常少得利益。因而所給付之對價。亦來多少變更之結果。此因時而不同者也。應附利息之場合。一依當事者之意思而定。設當事者未定明時。乃依法律規定。不外以通常可得利益爲標準。以下當詳述之。

(子) 附[△]利[△]息[△]之[△]場[△]合[△]

如何場合。始可附以利息。自沿革上言之。古時通常不附利息。在昔歐洲一時由耶教勢力強。抑壓其附利息之慣習。在實際上或秘密附之。或假他種名目以相授受。即抑壓殆全爲無效。此由利息伴經濟上之進步而生。乃自然之趨勢。強抑遏之無當也。日

本昔時亦多不附利息。後漸改其慣習。至今日不特商業上當附利息。即民事上之取引如貸金。常有附利息者。在近今西洋。竟尙有妨害附利息之弊習。如法國民法在舊法典上設有種種之制限。依余所信。亦不外受耶教之影響。致生此謬誤之觀念。彼蓋謂金錢。雖以至長之歲月貯藏之。未嘗生子。故不當收利息。殊不知金錢因利用而可得利益。是昧於經濟上原理之結果而已。故歐洲新式法典。多認附利息之自由也。

(民法原理債權總則九三四頁參照)

在日本附利息之場合。或由法律規定。或由當事者之特約。既無法律上爲之認定。又無當事者間之特約。則可不附利息。依特約而附利息之場合。如結借貸契約時。定明利息若干。於何時給付。應依其契約履行。如未明定。即可不附利息。因法律規定而附利息之場合。其最爲普通。且適用最廣者。即爲遲延利息。

(丑) 利率

利率可分爲二種。(一)約定利率。(二)法定利率。利率原則上依約定利率。但當事者僅約定當附利益。而未定其率。致生爭議時。不外使之依法定利率。法定利率。既有時適用。

實不可無明文之規定。即民法第四〇四條云。『就可生利息之債權。無別段之意思表示時。其利息年五分。』此明定每年以五分（合中國五厘餘依次遞推）爲率也。蓋法律依通常之利用方法。如金錢等。每年必可生五分之利益。故應此限度。定以爲率。但民法之法定利率爲五分。而依商法第二七六條『關於因商行爲所生之債務法定利率爲年六分』之規定。則又較民法上之法定利率多一分。因商事與民事不同。宜爲各別之規定也。（舊商法法定利率爲七分）

約定利率。原則上依當事者之自由意思。例外則受利息制限法之制限。故雖自由約定。不能超出其制限範圍之外。即依明治十年九月布告第六十六號利息制限法。第二條之規定。其制限須每年百圓未滿。二割。（合中國二分餘類推）百圓以上千圓未滿。一割五分。千圓以上。一割二分。但專指金錢借貸。方可適用。故金錢以外之借貸。如普通商品。當然不受此制限矣。

利息制限法。爲有害無益之法律。大可爲引取之障礙。蓋正直者不貪法律所禁之利息。同時亦不肯以低利貸人。反之狡猾者流。巧脫法律之禁制。得收高利。遂使法律制

限之目的。卒不能達。不如廢止之爲愈也。唯今日因對於高利貸無相當之制裁。故仍存之。然民法編纂之際。豫期利息制限法早晚可以廢止。故絕不設相應之規定。（民法原理債權總則九百九頁參照）

（寅）重利

重利者重利息於利息之上也。或以一年利息。再加附利息。或以一月利息。再加附利息。必當事者間有特別約束方可。否則應依民法之規定。即第四〇五條云。『利息於一箇年分以上延滯之場合。雖自債權者爲催告。債務者尙不拂其利息時。債權者得以之組入元本。』此即關於重利之規定也。重利爲歐洲人所嫌忌。多設法禁止。不知負擔附利息之債務。一旦至應爲利息之支拂。而終未履行。此與新自債權者再借入金錢無異。設債務者直爲請求不應時。即可依強制執行。以取立債權。則債務者亦必向他人借用以償之。其對於他人。亦當附利息。而今於不拂所應拂利息之場合。不許其再附利息。頗乏理由。蓋債務者本屬怠慢。債權者亦已被損害。設不許附重利。使債權者爲嚴酷之督促。反可釀債務者之不利。益故日本民法使債務者於怠於利息

之支拂至一年以上。受債權者之催告後。仍未履行。則利息可看做元金。再附利息。但純自理論上言之。苟債務者支拂怠惰以上。即可附重利。何待一年。然此殊苛待債務者。且多反當事者之意思。故須在一年以上。而又以債權者之催告爲必要。然後使之負擔重利。此固可爲公允者矣。

第三 選擇債務附隨意債務

(一) 定義

選擇債務者。於數箇目的中。給付其一之債務也。例如甲與乙約。以牛或馬與之。至履行債務時。或給付以牛。或給付以馬。皆可。此即於牛馬之中。選擇其一而給付之。故爲選擇債務。關於此定義。即民法第四〇六條規定之云。『債權之目的數個之給付中。可依選擇而定時。其選擇權屬於債務者。』關於選擇債務之性質。學者間頗多議論。(第一說)謂選擇債務。即債權之目的。在二個以上。所謂牛又馬者。即牛馬得共爲債權之目的。然此說誤也。果如此說。雖有二個之目的。而一個之目的。可不履行。故知其說之不當。若既有兩個目的。必云牛及馬。否則單給付牛爲履行。單給付馬亦爲履行。

是明々給付一個債務。可全爲之消滅矣。尙得強謂爲有二個目的乎。(第二說)謂選擇債務。於牛又馬之中。雖以其一爲目的。然其目的均不確定。即於馬或牛二者中。以其一爲目的之債務也。然此說謂均不確定。亦未解債權之性質。因債權之目的。必不可不確定者也。(民法原理債權總則第一〇六七頁參照)

余既不採右二說。更欲主張第三說。然未聞有與余同主張一說者。依余所信。選擇債務。乃抱合數個解除條件而成。詳言之。即抱合數個解除條件附債務而成之債務也。就前例證之。給付牛爲一個債務。給付馬亦一個債務。然其意謂給付牛則馬之一個債務。爲之消滅。給付馬則牛之一個債務。爲之消滅。故爲數個解除條件附債務也。或有難余者曰。旣以選擇債務爲條件附債務。不宜設與一般條件異樣之規定。然就選擇効力言之。依一般條件之規定。應不遡旣往。何以第四一一條設反對之規定。(詳後)此非法律上不認爲條件附債務之明證乎。然余欲答辯之理由有二。(一)由法律上推測當事者之意思。故異其規定。在一般條件附之場合。當事者多不願遡及旣往。反之在選擇場合。常以溯及旣往爲多。遂各爲之規定。(二)法律上同其性質。而異其

規定者不少。此由有特別之理由而然者。如保證人受債務者之委任。爲之保證。是純然委任契約。然因特別之理由。不使適用一般委任之規定。而爲之設關於保證債務之規定。然則選擇債務。不適用一般條件之規定。又何足疑耶。蓋選擇債務。雖有條件附性質。然與普通條件附債務之性質。固有不同。則自第四〇六條至第四一一條設特別規定。非無理由也。故依余說解釋選擇債務之性質。決不至與新民法所採之主義相矛盾。

或又謂選擇債務雖爲條件附。其條件爲隨意條件。應爲無效。即擇牛擇馬。皆屬債務者之隨意。故不足爲條件也。然隨意條件所以無效者。因單係債務者之意思之條件。即唯從債務者之所欲。故不認爲條件。而選擇債務。決非單從債務者意思之所欲者。如不欲給付牛。則不得不給付馬。不欲給付馬。則不得不給付牛。蓋有一方之選擇權。即足失他方之選擇權。故非隨意條件也。（以上兩段民法原理解義債權一〇八二九
九頁參照）

(二) 選擇權者

原則上選擇權屬債務者。此民法第四〇六條所明定也。（詳前）此規定最爲適當。是各國法律所同者。因履行爲債務者之行爲給付即爲履行。履行既屬債務者。則關於給付目的物。亦應由債務者爲之。如上例或給付牛。或給付馬。不外債務者之行爲。即選擇牛或選擇馬。亦當由債務者自定。然此但於未指定選擇權者。方適用之耳。若有特別約束由債權者或第三者爲選擇權者。固皆有效。

由債權者選擇目的物。而債務者依其選擇爲履行。此即以債權者爲選擇權者。其理由在債權者爲有利益。故可由其選擇。不待言而可知。至以第三者爲選擇權者。其理由何在。尙要多少之說明。例如甲與乙約。任乙於兩種畫之中。選擇其一。乙因不辨其優劣。使丙（第三者）代爲選擇。即以第三者爲選擇權者。又如甲欲買乙之綢緞。種類頗多。因供丙衣服之用。遂與乙約。即由丙選擇。乙承諾後。有任丙選擇之義務。此亦以第三者爲選擇權者。蓋前一例於甲爲無損害。而於乙爲便利。故可任丙代乙選擇。後一例目的物終屬於丙。可使丙選擇也。

有時因法律之規定之結果而定。或人爲選擇權者。如民法第一一七條第一項之規

定。即關於無權代理之行爲。不能得本人之追認。其相手方或要求其履行。或請爲損害賠償。均從其選擇。此即法律上以選擇權與之也。

(三) 選擇之方法

選擇之方法。依意思表示行之。應對於何人。爲意思表示。須先定何人爲選擇權者。

(甲) 當事者之一方爲選擇時

此必對於相手方爲之。方生效力。即民法第四〇七條云。『前條之選擇權者。依對於相手方之意思表示行之。』前項之意思表示。非有相手方之承諾。不得取消之。依此規定。債務者爲選擇權者。須對於債權者爲意思表示。債權者爲選擇權者。須對於債務者爲意思表示。皆當然之事也。但相手方有數人時。應各別對之爲意思表示。表示之方法。法律上既未明定。以口頭。可以書面。亦可。極端言之。即以容態表示。無不可也。第二項之規定。不許其自由取消者。因在一度表示意思以上。相手方必信爲權利義務之確定。往往爲種種之準備。或有處分目的物中之一者。使選擇者隨意變更其選擇相手方。有被損害之虞。故非既得其承諾。固不得取消之也。(民法要義債權第三

二頁參照)

(乙) 第三者爲選擇時

此場合無所謂相手方。即不能適用第四〇七條。故又特定於第四〇九條第一項云。『於第二二者當爲選擇之場合。其選擇依對於債權者或債務者之意思表示爲之。』依此項規定。不論其對於債權者對於債務者意思表示。皆爲有效。設無此規定。必生無數疑義。即(第一)爲應對於債務者爲意思表示之主義。因債務必由債務者行之。故對之爲意思表示。此已非無理由也。(第二)爲應對於債權者爲意思表示之主義。因選擇之結果。歸於債權者所得之利益。故對之爲意思表示。此又一理由也。(第三)爲應對債權者及債務者爲意思表示之主義。因雙方共爲債務之利害關係者。故各對之爲意思表示。此亦有理由也。設不明爲之規定。第三者果從何主義而爲之乎。民法乃採最便之方法。不論對於何方。皆可爲意思表示。即第四主義也。其理由在採第一主義。則應對於債務者。誤對於債權者。反之採第二主義。應對於債權者。誤對於債務者。其選擇同爲無效。至採第三主義。第三者實不勝其煩。設缺其一方。即至無效。依此

三種主義。每至選擇無數債務。即不得履行。實際上甚覺不便。故皆爲民法所不取。蓋民法所採主義。爲最便利亦最適當。因利害之點。債權者與債務者兩不相讓。故也。尙有要注意者。第三者爲選擇後。不許變更。若在當事者選擇時。既得相手方之同意。不妨變更其選擇。此二者不同之點也。

(四) 選擇權者不爲選擇時

(甲) 當事者之一方當爲選擇時

此時選擇權在債務者。債權者將無論至於何時。不得爲請求乎。選擇權在債權者。債務者將無論至於何時。不得免其義務乎。是其債權之目的。永爲不確定之狀態。決非當事者之所期。故民法規定於第四〇八條云。『於債權在辨濟期之場合。自相手方定相當之期間爲催告。有選擇權之當事者。於其期間內尙不爲選擇時。其選擇權屬於相手方。』例如債務者有選擇權。至辨濟期不爲選擇。則債權者可定一相當期間。以促其選擇。可由債權者選擇之。又如債權者有選擇權。至辨濟期未爲選擇。則債務者得定一相當期間。使其速爲選擇。設債權者仍不選擇。可由債務者選擇。此皆因有

選擇權者不行使其權利。故看做權利拋棄。使之歸屬於相手方也。

(乙) 第三者當爲選擇時

民法第四〇九條第二項云：『第三者不能爲選擇或不敬之時。選擇權屬於債務者。』
第三者有選擇權。與當事者有選擇權不同。當事者之有選擇權。同時有一定選擇之義務。故可催告之。反之第三者有選擇權。則不必有一定選擇之義務。不得催告其選擇。故第三者因死亡或疾病不能爲選擇。或避後來之煩累。當時即不願選擇。皆可聽其自便。不能以當事者羈束其意思也。第三者既不爲選擇。自純理言之。本以第三者選擇爲條件。當其不爲之時。因條件不成就。債權全不生效力。然多反當事者之意思。故於此仍適用原則。使選擇權歸屬於債務者。以債權之目的。本在債務者之行爲故也。

(五) 目的不能之時

例如選擇債務之目的物爲牛或馬。而牛馬死亡。又如目的物爲某畫工之畫。而某畫工之手。受傷甚重。皆目的之不能也。可分爲數場合。

(甲) 各目的皆不能時

例如甲與乙約給付牛或馬。設牛馬皆死。即爲各目的之不能。亦分數場合。

(一) 債務發生時。各目的皆已爲不能。此應爲無效。

(二) 債務發生時。各目的雖皆存在。而給付前同時各爲不能。此在(イ)當事者皆無過失時。則與(一)之場合同。其債務消滅(ロ)若由當事者一方之過失。使其各目的不能時。應負賠償之責。此指(二)債務發生後而言。毫無疑問。而在(一)債務發生前。無所謂當事者之過失。似不至發生賠償問題。不知(1)當事者之一方。明知其各目的之不能。故意與他方結約。以各不能者爲其目的。此即爲有過失。即(2)不明知其不能。而應有可知之事實時。亦爲過失。故又當負其責任。

(乙) 僅一不能或二者異時而不能時

僅一之不能者。如以牛或馬爲債權之目的物。或牛或馬死其一是也。二者異時而不能者。如以牛馬爲目的。(1)一死於債務發生之前。而一死於債務發生之後。(2)二者雖皆死於債務發生之後。實非同時。或牛先死而馬後死。或馬先死而牛後死是也。此種

二者不能之場合。本亦爲各目的之不能。所以下復歸入(甲)類者。因彼之不能爲同時。而此之不能有先後也。

(子) 自初爲不能時

此即指債務發生時。二者已有一不能也。如以牛馬爲目的。設牛於債務發生時已死。則應以殘存之馬給付。倘馬仍至不能。此(1)由天災所致。不負責任。(2)若由當事者之過失。應爲賠償。就賣買言之。例如賣買之目的物有二。其一之目的物。早已不能。而他之目的物。復因天災而不能。此時賣主未受取代價。買主仍須支拂。若因賣主過失而不能。此時買主雖已支拂代價。賣主仍須返還。

(丑) 至於不能時

此在債務發生以後。二者有一不能也。可分三場合言之。

(乾) 因天災時

二個目的物中。因天災而死其一。則以未死者給付。選擇權者遂無選擇權。例如以給付牛或馬爲的目的。設牛因天災而死。不問其選擇權在債務者。在債權者。在第三者。必

當以其殘存之馬爲債權之目的物。於此場合。純自理論言之。一目的因天災而不能選擇權者仍未失選擇權。然選擇權屬之債務者。常選擇其不能者。選擇權屬債權者。常選擇其殘存者。此即反乎當事者之初意。蓋選擇多在利益不分明時。方使爲選擇。今已有一目的不能。倘仍使其選擇。一方見爲利益。他方即見爲損失。皆不與當事者初意相合。故法律使其以殘存者爲目的物。雖於債務者稍有不利。益而常可適於當事者之意思。且其先一目的罹天災而不能。其結果必歸債務者負擔。實爲至當也。

(按此場合當適用第四一〇條第一項。民法原理一三二
要義三七頁參照)

(坤) 因選擇權者之過失時

此亦無所謂選擇權。即由選擇權者之過失。使一之目的。至於不能時。則以他之目的爲給付。蓋兩者之中。選擇權者本可自由選擇其一。今既因其過失。使一爲不能。即當以一之能者爲債權之目的物。例如以牛或馬爲目的物。債務者有選擇權時。設牛因其過失而斃。當然以馬給付。反之債權者有選擇權時。雖牛因其過失而斃。債務者仍當以馬履行債務。但對於債權者得爲損害賠償之請求。(因牛斃所生損害)此又另

爲一問題耳。故此場合與(イ)之場合合同適用一原則也。即民法第四一〇條第一項規定之云。(民法原理參照)『在債權之目的當爲給付中。有自始不能者。或至後爲不能者時。債權就其殘存者而存在。』

(屯) 因無選擇權者之過失時

此因無選擇權之當事者之過失。使一目的至於不能。則有選擇權之當事者。仍有選擇權。例如以牛或馬爲目的物。債務者有選擇權時。設因債權者之過失。殺斃其馬。此應聽債務者之選擇。即以被債權者殺斃之馬給付。亦得免其債務。反之債權者有選擇權時。因債務者之過失。殺斃其馬。應由債權者選擇。如選擇在牛。當然以牛給付。若選擇在馬。因債務者已斃其馬。雖爲履行之不能。應以其馬之代價給付。再由債權者另購之。凡此場合。不能適用前之原則。故第四一〇條第二項又規定云。『因不有選擇權之當事者之過失。爲不能給付時。不適用前項之規定。』

(六) 選擇之效力

關於選擇之效力。可分爲二。

(一) 不遡及既往。即自選擇時始發生效力者。在未選擇時。對於各目的物。皆有效力。
(二) 遡及既往。即自債務發生時發生效力。此對於所選擇之目的物。可遡及未選擇以前。生其效力。

余既謂選擇債務之性質。係抱合數個解除條件附債務而成。則依條件之一般原則言之。不當使其遡及既往。然關於條件之效力。當事者有遡及既往之意思。法律亦認許之。故在選擇債務之選擇效力。法律上推測當事者之意思。多在遡及既往者。對於一般條件之效力。爲之設特別之規定。即一般條件効力。雖以不遡及既往爲原則。而關於選擇效力。直使之遡及既往也。

選擇之效力。所以必遡及既往者。因不許遡及既往。則未選擇時。對於各目的物。有其效力。例如以牛馬爲目的物。對於牛馬皆有效力。即對於牛馬所生之子。亦可因選擇時發生效力。一併取去。如選擇馬而馬之子當然有效。即馬之子亦能取去。(唯牛不在其內)以選擇前目的均未確定故。一時選擇馬之效力。於及馬之子外。并可及於牛之子也。此殊與當事者意思不合。反之使其遡及既往。如選擇爲馬。其馬不自選

擇時屬債權者之所有。直看做債權發生時。已屬其所有。同時牛亦早非屬其所有。故對於馬之子雖可取去。而對於牛之子不能取去。此必較副當事者之意思也。

選擇之效力。雖以遯及既往爲原則。而有時須認爲例外者。即不得因之傷害第三者之權利是也。例如甲以牛馬爲乙之債權之目的物。同時又以馬設定質權與丙。設選擇權在乙。適選擇爲馬。依原則。上丙之質權爲無效。是於丙有大損害。故法律上使其不遯。既往丙之質權。仍可存在。此特就理論上而言。事實上頗少其例。因就買賣而言。於買主未指定目的物時。賣主可自由於其物上設定質權與人。質權爲物權。取得者由有優先權之結果。當然不受人之侵害（即謂不受選擇效力之影響）今極力想像其場合。大約關於物之引渡。已由買主指定數個之目的物。但因未選擇仍存於賣主。賣主竟於其物上設定質權與第三者。此第三者仍得行其權利。而買主（債權者）有時不能充分達選擇之目的。可對於賣主請求爲損害賠償。甚有因此而解除契約者。關於選擇效力之原則及例外。即規定於民法第四一一條云。『選擇遯債權發生之時。生其效力。但不得害第三者之權利。』

附 隨意債務

隨意債務者。給付非債務之目的之物（民法上之物，限於有形物，此「物」字原文爲「モノ」凡無形有形皆包含之）得以免債務者是也。例如甲與乙約給付以馬。是馬即爲債務之目的物。然甲又言如無馬。當以牛給付。牛原非債務之目的物。但以牛給付後。甲亦得免債務。即謂爲隨意債務。此與選擇債務相似。而寔有不同。蓋在選擇債務之目的。或以馬或以牛。當未選擇時目的尙未確定。不過於二者中必可擇其一耳。反之爲隨意債務。其初以馬爲債務之目的物。牛爲非債務之目的物。乃豫爲確定者。然不欲給付馬。牛可代馬。結局給付馬可。給付牛亦可。又與選擇債務難立判然之區別。然隨意債務。多適用於目的不能時。正以發見與選擇債務差異之點。即選擇債務之目的不能時。必以其殘存者給付。如以馬或牛爲目的。馬死必以牛給付。反之爲隨意債務。本僅以馬爲目的。故馬死即債務之目的消滅。無一定以牛給付之義務。此二者不同之點。一見可瞭然也。

第二款 債權之效力

第一 履行

履行者。實行債務之目的也。例如負千圓之債務。千圓即爲其目的。支拂千圓。爲實行債務之目的。即履行也。

履行與辨濟。用語異而實體則同。辨濟者因履行而消滅債務者也。履行自債權效力。側面觀察。辨濟自債務消滅。側面觀察。二者之實體上。殆至不能區別。惟理論上。余所信爲正確者。於履行之場合處。僅論債權者之權利與債務者之義務。於辨濟之場合處。即在因履行而消滅債務時。乃論其消滅後對於債權者與債務者之權利義務。生如何之效果。此應屬辨濟之問題。德國民法。略依此理論爲編纂。然同一用語。一作爲履行。一又作爲辨濟。是嚴格的學理上之區別。尙不能應用。故學者及立法例。履行辨濟混而爲一。不足怪也。茲講述債權之效力。當然採履行之用語。即民法規定於辨濟中。而應屬履行之範圍者。余不拘法文之順序。關於揭於辨濟一款之多數規定。均於此履行中一併說明之。

履行爲實行債權之目的。故履行問題。與債權之目的問題。有不可離之關係。故德國

民法關於債權之目的之規定。同時即以決履行之問題。而日本新民法。關於債權目的、履行、辨濟、三者爲各別之規定。蓋債權之目的與履行爲體用之關係。而履行與辨濟更難區別。要之自學理上區別之。非不可能。如上所述。不外依各方面之觀察。各異其用語。即債權之目的。自債權發生時其效力正存在之狀態上觀察之。此時尙未履行。更無所謂辨濟。至將爲履行或正在履行之際。皆應屬履行之範圍。此亦自效力方面觀察之。由履行之結果。所謂債務消滅問題。乃爲辨濟問題。故此專自消滅方面觀察之。果能爲如是嚴格之區別。可信爲最適於學理。然現今尙未充分應用。此予所有遺憾者也。（以上民法原理債權總則第三七六頁及第一三五頁參照）

(一) 可爲履行之人

(甲) 本則

以債務者與其代理人爲履行之人爲本則。債務之目的。在債務者之行爲。故債務者應爲履行者。毫無疑義。惟以代理人爲履行者。或有疑債務爲人與人之關係。其履行非債務者自爲之。即爲無效。似不許代理人爲履行者。然依余所信。債權固爲人與人

之關係。竊謂其權利存乎人之行為之上。其行為爲何人所爲。在債權者。可以不問。故無限定某某之行為之理由。故履行亦與他之法律行為同。許其使代理人爲之。此依其債務事項之性質。常不要債務者自己爲之。如負權利移轉之義務。即以權利移轉於債權者爲已足。固可使人代理之也。（民法^{原理一}第三^{要義二}三六頁參照）

(乙) 變則

以第三者可爲履行之人。即變則也。此第三者不受債務者之委任。即非其代理人。而代爲履行者。自理論上言。似嫌未合。而自實際上言。頗爲便利。凡關於債務之履行。以金錢爲多。因即就金錢授受言之。此金錢由甲給付。與由乙給付。毫無差異。即給付米亦然。但須爲同等之品質及分量。無論何人。皆得給付。蓋在普通之場合。因債務者至履行期。無金錢或無米。而第三者通有之。即可代爲履行。此自債權者觀之。得受履行。固無異議。即自國家方面觀之。使債務早爲履行。於經濟上亦有利益也。反對說者。謂許第三者代爲履行。於國家及債權者。誠皆爲便利。然於債務者。反不便。因債權者或即爲債務者之友人。對之負其義務。固心之所安。反之。第三者爲債務

者素所不知之人。一旦因代爲履行之結果。亦使債務者對之負義務已足。生大不快之感。設第三者與債務者不睦。則爲債務者平日所不屑受恩義之人。於此更覺一層之迷惑。況第三者代爲履行。無以無償之利益與債務者之意。即對之有求償權。是債務者對於債權者之義務。雖已消滅。對於第三者之義務同時發生。果使第三者與前之債權者。同爲好意之人。或不至日受催告。反之第三者爲刻薄之人。日行使其求償權。則彼不代爲履行。或未必屢受債權者之催告。今雖代爲履行。轉時受其苛刻之督促。是詎非有大不利於債務者乎。此反對說者。殆不知法律上設例外之規定。即不許第三者濫代爲履行。同時於債務者不至受損害。即有時於債權者及國家。各有利益。而於債務者雖少有不利益之點。亦無可如何也。

關於第三者代爲履行之例外有三。

第一 爲債務之性質所不許時。詳言之。第三者履行之性質與債務性質不同之時也。例如以使畫工之甲描畫。爲債務之目的。是即爲甲之特定行爲。設以畫工之乙（第三者）代之。因畫之性質。專取其人之能力。故目的在甲而不在乙。法律上斷不許

以乙之畫代甲之畫也。雖乙代甲描畫。其履行應爲無效。

第二 當事者表示反對之意思時。即第三者代爲履行。不合於當事者之意思之時也。例如甲爲債權者。乙爲債務者。於結約當時。或其後。特立一約。不許第三者代爲履行。即甲不欲自乙以外之人受取金錢。因與乙約定。必由乙自爲履行。或乙不屑他人代爲履行。因與甲約定。必由自己履行。皆可有效。由此觀之。無論債權者債務者如欲不許第三者履行。盡可豫約。故無如反對者所論之弊害。（當事者在契約。則指其雙方在單獨行爲。如遺言則指其行爲者。）

第三 不有利害關係之第三者反乎債務者之意思時。反面言之。有利害關係之第三者。雖反乎債務者之意思。亦可代爲履行也。例如保證人爲使主債務者免其義務。而代爲履行。自債權者及債務者觀之。保證人即有利害關係之第三者。因至債務者不履行債務時。自己即不代爲履行。結局必受債權者之請求。不如早乘自己正存有金錢。先爲債務者履行。以免後來之煩累。此即爲有利害關係者。故可違反債務者之意思。而代爲履行。但保證人尚非爲純正第三者。因其一方代主債務者履行。同時

甯謂其爲自己履行也。此民法中雖未明爲規定。余意謂保證人必可代爲履行。何謂純正第三者。再舉例以明之。例如甲對於乙負債務。同時爲債務擔保。於其所有家屋上。爲乙設定抵當權。此家屋爲抵當不動產。可以賣却。設甲又以家屋賣渡於丙。丙卽爲有利害關係之純正第三者。因甲不履行其債務。乙可行使抵當權。可以甲賣渡於丙之家屋。自受其辨濟。丙卽因之失其家屋。故此丙甯代甲履行。以保存家屋。雖違反甲意爲之。亦無不可。設無利害關係之第三者。雖以好意代爲履行。至債務者有異議時。應卽歸於無效。

有此三例外之規定。愈知反對者之說。毫無根據。蓋無利害關係之第三者。代爲履行。自債務者得知之時。適用第三之例外。可爲拒絕。卽或恐於不知之間。代爲履行。亦可適用第二之例外。卽豫約不許第三者履行其弊。自絕。至謂第三者爲債務者不識面之人。或極爲殘酷者。而於不知間代爲履行。足爲債務者之不利。益殊不知今日進步之法律。皆明許債權可以讓渡。且可以相續讓渡。與相續皆爲債權者之交替。則債權者本爲債務者交好之人。或極爲溫厚篤實之人。反之其讓受人及其相續人。爲

債務者不識面之人或其人極爲苛刻者時有之事債務者於此決不得以此爲口實否認其讓渡與相續然則於許第三者代爲履行之場合亦不過生同一之結果又何獨爲債務者病耶蓋反對說之理由甚爲薄弱可以見矣且果欲主張其說極端言之必債權者對於債務者之請求非自爲之不可何者一許其用代理人則代理人非即爲債務者所知之人或其人亦不免爲苛刻者亦可爲債務者之不便然今日法律催告許用代理人則前弊皆不能免又何得於許第三者代爲履行疑之耶蓋自法律之眼見之既無當事者間禁止第三者代爲履行之特約以上看做使生債權債務之一般效力故無不許他人代爲履行之理由余謂依反對者之所說爲人情論則可若爲法律論未見其能自完其說者也（以上民法原理債權總則第一三九頁至第一四二頁）

關於以上所述之變則及變則之例外均規定於民法第四七四條云『債務之辨濟。第三者得爲之。但其債務之性質不許之時。或當事者表示反對之意思時。不在此限。』不有利害之關係之第三者。不得反債務者之意思而爲辨濟。』

(丙) 能力

凡履行債務者。必有能力者。方可爲之。因給付金錢或米。皆屬法律行爲。故必有行爲能力之人。可爲履行。設未成年者或禁治產者。因履行債務。引渡其物於債權者時。(但限於不特定物。若在特定物。舍引渡其物外。更無履行之途。故不生取戻問題)依理論上言。應取消其行爲。同時直取戻其所已引渡之物。然實際上。於債權者頗有損害。因債權者當受取其物時。必信爲正當履行。亦即爲債權之目的。倘因履行者無能力之故。而不認爲有效。遂使債權目的。亦因之失其存在。則債權者未免太酷。故法律上。使其目的物。存於債權者之手。倘欲取消。無能力者之行爲。非更爲有效之履行。債權者不必負返還之責。即債務者無取戻之權也。民法第四七六條規定之云。『於無讓渡能力之所有者爲辨濟。而爲物之引渡之場合。取消其辨濟時。其所有者非更爲有效之辨濟。則不得取戻其物。』或疑此條規定。取消與不取消相等。然合之事實。此規定實有正當之理由。例如關於金錢債務。未成年者不知金價之高。即以金給付。此於無能力者頗不利益。故可由法定代理人取消其行爲。更以銀履行債務。同時取戻

其金較爲利益。又如關於米之債務。依原則上可以中等米給付。因無能力者不能辨別品質。以上等米給付。此在無能力者。亦不有利益。可由有取消權者取消其行爲。更以中等米給付。即取戾其上等者。此亦取消之實益也。又如代物辨濟。即本爲千圓之金錢債務。而以土地代之。設無能力者。以值二千圓之土地代千圓之金錢。以履行其債務。此又必大受損害者。故可取消其行爲。更以與千圓價格相當之土地給付。或直以金錢履行。即以取戾其值二千圓之土地。則因此取消。固可保存千圓之利益也。故法律特規定之。以保護無能力者。

以上所述者。關於取消無能力者之履行行爲。乃原則也。對於此原則。尙認有一例外。即債權者以善意受取其物。自消費之。或讓渡與人。可不必返還是也。就消費言之。例如債權者以善意受取無能力者給付之米。以供食用。固爲消費。即受取其金錢。但一旦因他用離債權者之手。雖金錢之自身。尙流通於市場。並未消滅。而自債權者言之。即得謂爲消費也。又就讓渡言之。凡以物讓渡他人者皆是。顧或疑金錢但有消費。不有讓渡。故讓渡於金錢則不適用。不知爲買物給付代金。實即金錢之讓渡。

所謂債權者之善意者。即不知履行者。即爲無能力者。或即知之。而信其確得法定代理人之同意。因之受取其物是也。

以善意消費或讓渡之物。債權者自不負返還之義務。因如米已供食料。萬不能回復。即已消費之金錢。不知究在何人之手。往往難於取回。縱強爲取回。是否即爲原物。亦無從區別。然嚴格言之。例如米。除已供食用外。即讓渡他人。皆可設法取回。又如金錢。更易以同樣之金錢交付。事實上非不能返還者。而法律上不認債權者負此義務者。(一)因欲取回原物。如爲重量之物。即須雇人運搬。要多少之費用。(二)因債權者苟以其物爲賣買之目的。則一旦自買主取回其物。更須對之爲損害賠償。凡此皆足使善意之債權者生迷惑之感。故不認有返還之義務以保護之。

債權者無返還之義務。但以善意爲限。若出於惡意。即不受法律上之保護。應使負返還義務。於此即生一疑問。蓋已消費或讓渡。事實上萬不能取回者。往往有之。法律上既特定惡意之債權者。負返還義務。如米之讓渡。於讓受人未供食用之間。雖因委託而負擔費用。固可強令惡意者設法取回。倘讓受人已以其米供食用。實際上原米萬

不得取回。果如何而後免返還之責。然此亦可使其支拂米之代價。與返還原米無異。故前之履行行爲。仍得取消之也。民法第四七七條云。『於前二條之場合。債權者以善意消費或讓渡爲辨濟所受之物時。其辨濟爲有效。』(但書詳後)

(二) 應受履行之人

(甲) 本則

債務者與其代理人。可爲履行之人。債權者可爲受履行之人。因債權本爲債權者有請求債務者履行之權利。故當然可受其履行行爲也。即有時債權者不欲親受履行。使代理人代受履行。亦屬有效。其理由與前所述以代理人可爲履行之人同。故茲不贅馬。惟何者始可爲受履行之代理人。即應所研究者。換言之。即如何之人。方爲有受履行之代理權之問題也。法律上依普通之場合。凡受取證書之持參人。實際上大半即有受履行之權限者。故看做爲代理人。因對於受履行之人。必一一問其代理權之有無。實不勝其煩。且有時不能斷定。例如商店中之使用人。代店主受取金錢。其究有此代理權與否。無從懸揣。故不如一以取受證書爲憑。苟持參此證書者。皆信有代受

履行之權限。故雖後日因他之證據。明知其無代理權。而當時債務者對於其所爲履行。法律上亦認爲有效。但此專爲保護善意之債務者而設。倘債務者明知其無代理權。或有可知之理由。而不知之者。仍對之爲履行。此非爲惡意。即爲過失。皆不得受法律之保護。故其履行無效。例如某店之受取證書。必以有某店印章爲憑。設債務者對於無印章之受取證書之持參人。明知其無代理權。而向之履行。即惡意也。又如某店之受取證書。於蓋有其店印章之外。尙須以加一受取人之印。倘債務者對於此種受取證書之持參人。不問其爲真正受取人與否。亦不問其人是否已於證書上加印直對之爲履行。亦無效也。」又如某店作製之受取證書。被其店中使用人竊去。店主對於債務者。直以封書爲通知。附以勿對於此證書之持參人履行債務之旨。乃債務者已受其通知。而未覽其書狀。遂不知持參受取證書人。即爲竊取受取證書人。因與之爲履行。此即債務者爲有過失。故履行亦歸無效。」又如某店本與其使用人以代理權。已交付受取證書。後因取消其權限。特爲債務者申述其旨。乃債務者忘却其申述。仍對於已被取消之受履行之代理權者。單信其持參受取證書。履行其債務。此又

爲不注意。即可因過失而失履行之效力也。民法第四八〇條規定之云。『受取證書之持參人。看做有辨濟受領之權限者。但辨濟者知其無權限時。或因過失而不知之時。不在此限。』

(乙) 例外

非債權者。又非債權者之代理人。其受履行。法律上亦認爲有效。故云例外。可分爲二。
(子) 對於債權之準占有者所爲之履行

準占有者。與普通占有者不同。普通占有者之權利行使。以所持物爲必要。準占有者之權利行使。則不以所持物爲必要。蓋物之占有者。即爲普通占有。至債權之占有者。因債權爲無物可持。僅得謂之準占有者。設債務者對之信爲真正之債權者。因而履行其債務。亦屬有效。例如甲。自稱爲債權者。對於乙。請求利息。乙。因。或理由。信甲爲債權者。故每受其請求時。即給付利息。此就事實上言。甲雖非即債權者。就其權利之行使。上言。甲已累受乙利息之給付。不妨認爲債權之準占有者。故雖其後發見甲非真正之債權者。其所受乙之履行。仍有效力。又如財產相續時。往往見債權準占有者之

發生。即甲有子乙丙二人。甲死亡。乙雖爲正當之相續人。然遠在他方。因丙在家中。即承受甲所有之財產。遂自稱爲甲之相續人。對於甲之債務者。爲履行之請求。債務者不熟知乙丙間相續順位之關係。常信丙爲甲之真正相續人。即應對於丙履行其債務。縱其後因乙已歸。以正當的繼受甲之一切權利。對於債務者爲請求時。債務者亦得以由丙受其履行之理由。與乙對抗。即自免其債務也。以上二例。皆由債務者之善意。對於債權之準占有者履行債務。故皆使之有效。其理由(一)在他人間權利承受之關係。常非債務者所得詳知。故不得認爲過失。(二)在債權被他人占有之場合。大半因債權者之怠慢之故。在法律上與其保護怠慢之債權者。寧保護無過失之債務者。方合立法之精神。且實際上債權者雖不得向債務者請求。尙可對於其準占有者行使其求償權。更可不慮其被重大之損害也。民法第四七八條規定之云。『對於債權之準占有者所爲之辨濟。限於辨濟者之善意時。有其效力。』

(丑) 債權者受利益時

此於債權者所受之利益之限度內。其履行爲有效。例如乙對於甲負擔債務。乙欲履

行時。應對於甲爲之。乃乙誤對於丙履行其債務。此自理論上言。其全部應屬無效。然丙以所受履行全部之金額交付與甲。則乙所履行之全部亦皆有效。故債務可全然消滅。倘丙以所受履行半部之金額交付與甲。自己亦橫領其半部。則乙之履行就由丙交付與甲之半部認爲有效。他之被丙橫領。即未交付與甲之半部。仍須由乙再爲履行。方得免其債務。關於此等之場合。多由丙之錯誤。自認爲債權者。受乙之履行。或丙本爲甲之親友。因甲不在時。代受履行。法律上因丙不有履行受領之權限。雖不直認爲有效。於甲所受利益之限度。不妨看做乙已爲有效之履行。否則甲有時已受取其物。果爲無效。即不可不返還。同時乙雖受其返還。又直須爲履行。頗招無用之煩雜。故僅使其於不足之部分再爲補償。蓋爲當事者謀便利也。至乙就被丙所橫領之部分。即向甲再爲履行之部分。對於丙有求償權。又可不待言也。民法第四七九條云：『除前條之場合外。對於不有辨濟受領之權限者。所爲之辨濟。僅於債權者因之所受利益之限度。有其效力。』按第四七八條之規定。與代理一般之規定。極有關係。如關於無權代理之行爲之規定。在無代受履行之權限者。殆皆可以適用。（詳見梅氏

民法原理債權總則第一六三頁至第一六六頁文冗不備譯可參照原書)

(丙) 條件

依右所述。凡受履行之人。必爲真之債權者。及有法律上受履行之資格者方可。然其在受履行時。尙須具二條件。

(子) 能力

受履行之行爲。亦一之法律行爲也。故不可無法律行爲之一般能力。苟無能力。無論如何權利者。不得受債務之履行。例如未成年者禁治產者準禁治產者。學者間謂之限定能力者。皆不能受履行。未成年者非必數歲之幼者。即略具智識者。受履行之行爲。亦可取消。禁治產者非必精神喪失時。即其回復時所受之履行。亦可取消。取消後履行既爲無效。限定能力者。必當以所受之利益返還。但止須在現存限度以內。負此義務。如未成年者或禁治產者所受履行之金額爲千圓。果已全部消費。即可不必返還。或僅消費五百圓。其殘餘之五百圓。應負返還之義務。『按關於此能力問題。舊民法設有特定之明文。而新民法則使其適用一般能力之規定。』

(丑) 無支拂之差止

即債權者欲受履行先對於自己之債權者以無差押爲必要也。例如甲爲乙之債權者。乙又爲丙之債權者。甲當乙不履行債務時得請求裁判所命令丙勿對於乙履行。是爲差止。丙之支拂亦即差押乙之債權。故乙雖對於丙爲債權者。因差止丙之支拂之結果。即被差押已失受履行之資格。同時丙對於乙。雖認其爲自己之債權者。由受支拂之差止之結果。亦不得對於乙爲履行。設丙仍對於乙履行。自甲觀之。與未履行同。因甲恐自己之債務者(乙)到底無履行之資力。故欲使債務者之債務者(丙)不對於其債權者(乙)履行。而直接由自己受其履行。今丙仍對於乙履行。甲或至不能受乙之履行。則因此所生之損害。須使丙賠償。如甲對於乙爲千圓債權。同時乙對於丙亦有同金額債權。而乙更無他之財產。甲既請求裁判所差止丙爲千圓之支拂。丙不拘已受其命令。仍支拂千圓與乙。甲因此不能受乙千圓之履行。此種之損害額。必使丙爲全部賠償。設丙以千圓支拂與乙。乙自己消費五百圓。以所餘五百圓支拂與甲。則甲所未受履行五百圓之金額。仍使丙任賠償之責。因丙直接對於甲履行。甲斷

不生五百圓之損失也。

由右所述。丙往往爲二重之支拂。不免有受損害。故法律使丙對於乙有求償權。如重拂千圓。即共爲二千圓。應即向乙取返千圓。如重拂其半。即共爲千五百圓。亦即向乙取返五百圓。但乙爲全無財產之人。一時常不易取返。然其求償權固依然存在。可俟後來行使之也。民法第四八一條云。『受支拂之差止之第三債務者。對於自己之債權者爲辨濟時。差押債權者。於其所受損害之限度。得以更當爲辨濟之旨。請求於第三債務者。』前項之規定。不得妨自第三債務者對於其債權者行使求償權。』

(三) 履行之目的

履行之目的者。即債務目的之實行也。如以使人支拂千圓爲債務目的。支拂此千金。即爲目的之實行也。又如以使人建築家屋爲債務目的。建築此家屋。亦即爲目的之實行也。履行之目的。嚴格言之。即債權之目的也。故曰實行債權之目的。即爲履行。關於履行目的之問題有四。

(甲) 強制履行

強制履行者。債務者任意不爲履行時。債權者可請求公力之保護。使債務者實行其債務也。例如甲借受乙千圓。至甲任意不爲履行時。乙可請求裁判所強制甲履行。裁判所爲公之機關。乙請求其保護。故曰公力。裁判所差押甲之財產。以返還乙之千圓。故曰使實行債務。又如甲對於乙。應負給付家屋之債務。至甲任意不給付家屋時。乙可請求裁判所以強制力使甲離此所應給付之家屋。而別謀居住。亦爲債務目的之實行也。

關於債務。是否可強制履行之問題。羅馬法以不許強制履行爲原則。其理由在人之自由。無論以如何法律。不得束縛之。故於任意不履行之場合。亦不許強制履行。但得使爲損害賠償。然此實誤甚。(一)由於債務也者。既足奪債務者自由之幾分。苟債務關係存在以上。即債務者須對於債權者爲一定之事。其自由當被羈束。故任意不履行時。僅許爲損害賠償之請求。設至損害賠償債務者再任意不履行。必更當差押債務者財產以充其履行。是由間接爲強制履行進而爲直接強制履行。畢竟程度之問題而已。在羅馬對於身體。亦間有許強制執行。野蠻時代。常以債務者爲奴隸。甚至切斷

其身體而分取之者。至債務轉不許強制履行。最難了解者也。依余所信。凡債務之性質。許爲強制以上。皆當強制履行。蓋害自由爲債務之性質。如以害自由爲不當。不如自初即勿論債務也。故束縛自由。不足爲不許強制履行之理由。(二)由法律之進步。各種之權利義務皆愈厚。其保護務必完其效力。即在債權爲使得生充分效力。不外強制債務者方足達其目的。乃自然之勢也。今日各國立法例。大半以許強制履行爲原則。然設有種種制限。而日本法律毫無制限。止須事實上得強制履行者。皆許債權者請求之。但債務之性質。有不許強制履行者。方認爲例外。蓋所謂債務之性質。所不許者。概言之。常在要債務者意思之場合。債務者不有此意思時。殆無可如何也。例如畫工不履行作畫工之債務。即不能強不有作畫意思之畫工。使之作畫也。(民法原義債權總則第一七〇至一七四頁參照)民法第四一四條第一項云。『債務者任意不爲債務之履行時。債權者得請求裁判所爲其強制履行。但債務性質不許之之時。不在此限』

(乙) 代乙行者

關於代履行之規定。適用之場合有二。(1)債務性質上不許強制履行者。(2)可履行之時已經過者是也。

(乾)作爲之義務

作爲債務之性質。既不許強制履行。自不得不求他之制裁。要不外爲損害賠償。但作爲義務常不必債務者自爲之者。故雖不能強制債務者。可以第三者之作爲。代其履行。例如甲與乙約。使乙建築家屋。而乙不履行。即不能強制其建築。又如甲與乙約。使乙同爲旅行。而乙不願往。亦不能請求裁判所使執達吏強之與甲同行。皆其性質使然也。於此場合。甲對於乙。依普通方法。不外請求爲損害賠償。然有可代履行之方法。即前一例可使丙代乙建築。後一例亦可使丙代乙旅行。但債權者(甲)對於代履行者(丙)所應支出之費用。即由債權者(乙)負擔。設債權者本與以報酬。可使與費用相殺。以代履行。至前之報酬少而後之費用多。不足相殺時。亦由債務者補其不足額。如甲本僅許乙千圓報酬。使建築家屋。後由丙代爲履行。增加五百圓。此費用之增加額。應由乙負擔之。此皆以第三者行爲代履行者。自理論上言之。此場合非眞履行。

也。蓋債權之目的。全在債務者之作爲。今以第三者之作爲。以代其作爲。不過防止因不履行所生損害。故竊謂爲一種之賠償方法爲妥當。（民法原理債權總則第一七五要義）

頁參照）

作爲義務。往往有關於法律行爲者。法律行爲亦要意思。設債務者不有此意思。到底無望其履行。然亦可間接強制之者。元來債權者使債務者爲法律行爲。非欲其法律行爲之本體。其目的乃在欲得因此所生之效力。故不拘債務者意思之有無。可用他之方法。代其意思。使法律行爲之成立。得達債權者之目的。即一代履行也。例如甲有應爲乙之保證人之義務。設甲不履行其義務。此爲保證之意思。在甲固不能強甲表示。惟有請求裁判所定甲應有爲乙之保證人之義務。法律上看做甲自爲保證之意思。表示有同一之效力。此即以裁判所裁判。代債務者意思。與強制履行同。（民法原理二七六要義三二二頁參照）民法四一四條第二項云。『於債務之性質。不許強制履行之場合。其債務以作爲爲目的時。債權者對於裁判所。得請求以債務者之費用。使第三者爲之。但就以法律行爲爲目的之債務。得以裁判代債務者之意思表示。』尙有要注意

者。作爲義務中。亦有可強制履行者。即以物之引渡爲目的之債務是也。引渡爲作爲義務。可不必債務者之意思。故其債務之性質上。可強制履行。即債務者任意不引渡時。得使執達吏差押其物。引渡於債權者。此雖爲羅馬法所不認。而今日各國法律。始皆認爲可強制履行者。蓋不問權利是否與物之引渡同時移轉。單就其引渡作爲絕對可爲強制者也。（民法原理債權總則第一七五頁參照）

（坤）不作爲義務

其性質多許強制履行者。即謂全許之亦可。例如乙與甲約於其土地上不建築家屋。是甲對於乙即有不作爲義務。倘違反此義務。而爲建築時。乙可請求甲除却家屋。其費用亦由甲負擔。且可約將來如再爲義務不履行之作爲。即再爲建築。當爲相當之處分。其處分方法不一。或支拂過怠金。或求公力防止之。皆可。民法第四一四條第三項云。『就以下不作爲目的之債務。得請求以債務者之費用。除却其所爲者。且爲將來爲相當之處分。』但要有所說明者。第四一四條第一項第二項均云。『得請求於裁判所。』而第三項單云。『得請求。』此場合可否不請求裁判所。直接請求債務者。實一

問題也。余對於此問題。以得直接請求債務者爲正當解釋。蓋前第二項均加裁判所三字。而此項無之。故云可直接請求債務者。况據新民法之文例。單云請求。不問方法之若何乎。然則前第二項之場合。皆以請求裁判所爲必要。而後第一項何獨爲不必要。此依其事項之性質而異者。即前第二項之場合。或至幾度請求。債務之仍不履行。或不欲爲契約上作爲。單對之爲請求。債務者必不之應。即以後三者代之爲請求。亦未必應之。故皆有以使裁判所干涉爲必要。反之在後第一項之場合。加前建築家屋之例。債權者雖不藉裁判所之命令。直對於債務者請求其取毀家屋。債務者欲對抗之。殆無利益。即任其訴訟。裁判所又當敗訴。故常服其請求。自以費用除却家屋。此固可不煩裁判所而已。達強制履行之目的者。故法文特不加裁判所三字也。（民法原理債權第一八三頁參照）

依右所述。債務不履行。固可依強制方法及準強制方法（代履行）得於法律所許之範圍內爲之。然右第三項之場合。或因強制而至遲延。或因代履行方法。不與真履行得同一之利益。或因債務者已死。其義務而爲或行爲時。皆足使債權者受其損害。債

權者至以強制履行及準強制履行爲未足。尙得請求賠償。此殆不悞言者。然民法爲避萬一之疑義。故又特規定於第四一四條第四項云。『前第三項之規定。不妨損害賠償之請求。』

(丙) 關於物之引渡之規定

債權之目的。既在物之引渡。債務者應以何種狀態。引渡其物。即茲所研究之問題也。此問題。惟特定物之引渡。有之。而在不特定物引渡之場合。指定時多即爲引渡時。但引渡有通常一定之性質之物皆可。故不至發生爲何時狀態之問題。反之爲特定物。即不許以他物代之者。關於其物之狀態。隨時變更。故必於何時狀態。方可爲引渡。即一大問題。關於此狀態之變更。有三時期觀察之必要。遂亦發生三主義。

(子) 當於債權發生時之狀態而爲引渡者

(丑) 當於履行之期之狀態而爲引渡者

(寅) 當於履行之時之狀態而爲引渡者

試舉一例以明右三種主義分別適用之必要。例如特定物引渡。債權之目的。即爲債

務者所住居之家屋。實行第一主義。則當債權發生時家屋之形式甚新。設因債務者住居中使用之。故至引渡期。其內容頗受損壞。應由債務者修繕其損壞之部分。一復債務發生當時之狀態。然後可以引渡。實行第二主義。如債權發生時。爲一月一日。履行期爲十二月一日。則自其間無論生如何損害。債務者皆可不修繕。直以履行期之現狀。引渡其家屋。倘遲滯至次年二月一日。始爲履行。自十二月一日至二月一日之間家屋內所生之損害。應由債務者修繕。即負賠償責任。實行第三主義。不但自債權發生時至履行期之間所生損害。可不賠償。即自履行期至實際履行之時。其間所生損害。亦不負其責任。蓋但須以實際履行當時之現狀。引渡家屋。即得免其債務。日本民法採用第二主義。即規定於第四八三條云。『債權之目的。爲特定物之引渡時。辨濟者要以當爲其引渡時之現狀。引渡其物。』條文上所謂當爲其引渡時者。即履行期之意義也。故謂爲採用第二主義。余於三主義中。亦以第二主義爲適當。依家屋引渡之例言之。債權發生時。家屋雖新。明知住居後決不能保一定之狀態。設依第一主義。必使之不變。債權發生時之狀態。未免責債務者以難能之事。故但以當爲履行之

期之現狀。可引渡其家屋。一方爲債權者所豫期。同時又爲債務者所可能者也。若依第三主義。更乏理由。蓋既定履行期以上。債務者至期。應有引渡義務。乃因其怠慢而不履行。致使家屋增其損害。於此而不令賠償。是法律豫想債務者怠於引渡。而反特爲之保護。此甚無理由。不可言也。故應適用第二主義。使債務者負遲滯之責。方爲平允。

「第一主義之適用。於物之狀態。爲不利益之變更。皆可發見其必要。如上之家屋一例。因債務者之怠於引渡。增加其損壞之部分。應負賠償義務是也。反之。因債務者之怠慢。致物爲利益之變更。則果如何。例如於當爲動物之引渡之場合。至履行期。尙未生子。因遲滯之故。始生一子。則實際引渡時。應併其子爲引渡否乎。關於此問題。或以機械的解釋。第四八三條之法文者。謂動物之子。因履行期經過而出生。故不必與動物一併引渡。然此說誤也。蓋依適當之履行期。引渡於債權者。因當時子既存於動物之胎內。仍得在債權者處出生。故債權者應併其子而引渡之。否則。因其懈怠而反受利益。有是理乎。」
民法原理要義 債權第一九〇頁參照

(丁) 以他人之物爲履行

關於以他人之物爲履行之問題。專指不特定物而言。特定物不包含之。因物既特定以上。即不問物屬於何人所有。必以其物給付。方得謂爲履行。故不至發生問題。而不特定物則否。例如給付金錢千圓。金錢爲不特定物。若此千圓爲他人之物。則其所有權不隨之移轉。故不成爲履行。又如給付米百石。設米亦屬他人之物。其所有權不能因之移轉。故其履行無效。此應由債務者以自己所有之物。再爲履行。固無可疑。但因此可生如左之二個問題。

(子) 債務者得取戻其物乎

或謂有物之所有權者。方可取戻其物。債務者以他人之物爲履行。既無所有權。即不能取戻。但可由物之真正所有者。爲取戻之請求。然依余所信。債務者對於其物。雖無所有權。而實有占有權。占有權受法律上之保護。故債務者得享有占有之利益。今以自己占有之物。無故引渡於債權者。則對之請求返還。欲回復其占有權。不可謂非正當之希望。此自理論上言之。固無不可許之者。但有時亦不許債務者取戻其物。故對

於原則。尙認有三個之例外。

(1) 債權者以善意且無過失受取其物。而其物非盜品又非遺失品時。則依民法第一九二條之規定。以即時時效取得其所有權。於此場合。債務者履行。看做有效。同時對於其物。亦不必請求返還。(按債務者對於物之所有者負其責任。)

(2) 即非債權者以即時時效取得物之所有權。而債務者仍不得取戻者。如於債務者未更以自己之所有物。爲完全履行之間。債權者得拒絕返還之請求。即民法第四七五條云。『辨濟者引渡他人之物時。非更爲有效之辨濟。則不得取戻其物。』右規定之理由。在債權者未受純然履行。先返還前之履行之目的物。則債務者或竟不再爲履行。亦未可知。果是則實爲債權者之不利益。故於此時法律許債權者暫得占有其物。一方既有占有權。當有權利取得之望。又一方債務者對於物之所有者。尙負返還之義務。故可爲間接使債務者以自己之物。進而爲純然履行之一方法。此於債務者未爲純然履行之間。債權者固不負返還之責。即債務者無取戻之權。所以又認爲一例外也。

(3) 債權者以善意受取其物。已爲消費或讓渡。即不負返還之義務。於此看做前之履行爲有效。債務者可不爲取戻之請求。亦無再爲履行之必要。此民法第四七七條本文所規定也。(詳前)

關於此之場合。尙有要論述者。如債權者受履行時。雖出自善意。然其物實爲盜品。則由消費或讓渡。常可傷害第三者之權利。此第三者對於債權者。固有損害賠償之請求權。但其損害賠償。其最後究歸何人負擔。實一問題也。此先由債權者暫任賠償之責。更自債權者以因賠償所生之損害。請求債務者爲相當賠償。因債權者所生賠償之責任。皆基於債務者以他人之物爲履行之過失。故不宜因此累債權者。結局應歸債務者負擔也。即民法第四七七條但書規定之云。『但債權者受自第三者賠償之請求時。對於辨濟者不妨爲請求。』

(丑) 債權者得返還其物乎

此債權者於不受債務者返還之請求時。知所受履行之物。不屬債務者所有。而屬他人所有。因自進而欲爲物之返還。使債務者再以自己所有物爲履行。原則上可許返

還。因受債務之履行。必欲永久享有權利。今既知債務者所履行之目的物。爲他人所有。設物之所有者爲返還請求時。即不得享有權利故也。

於此有一疑問。即債權者不拘其可以即時時效已取得其物之所有權。仍返還其物。更使債務者另以自己所有物履行。果爲適當否乎。或學者謂此場合可以返還。其理由有二。(一)謂即時時效本爲債權者所受之利益。自己既不願受此利益。可看做拋棄。固不能強其享受者。故可返還。(二)債務者對於債權者負擔。使取得權利之義務。今以他人之物給付。是不使債權者享有此物之權利。即債權者可爲返還。更請求再爲債務之履行。然余反對此說。即主張不許返還。其理由亦有二。(一)即時時效之設定。固爲債權者之利益。同時又爲保持公益。故果用時效規定。與不適用其規定。皆不能任債權者意思之自由。(二)債權者既受取其物。以上對於其物。必可有其權利。故債務者已盡移轉權利之義務。同時債權者雖因法律之力。取得其物之所有權。然使債務者不先與以占有權。亦不能取得。即謂債權者之權利。因債務者之行爲取得。亦可故由雙方協議。或可爲物之交換。若單由債權者強爲物之返還。更請求債務者自己之所有

物。余固信其無此權利。至對於物之所有者所生之責任。又另爲一問題。決不得以此爲可返還其物之理由也。(民法原理要義債權總則第一九八七頁參照)

(戊) 代物辨濟

代物辨濟者。即爲與債務之目的物相異之給付充其債務之履行之謂也。例如甲對於乙本有千金債務。而以所有之土地給付。此債務之目的。本在千金。因無可爲履行之千金。遂以土地代之。即爲與千金目的相異之給付。以充其履行。故可爲代物辨濟也。關於代物辨濟之性質。自羅馬法以來。頗多議論。大別之爲三說。

(子) 賣買說

如前例依此說解釋之。謂不啻債務者以千金賣渡土地。於債權者。同時債權者自債務者以千金買受其土地。然余不取此說。蓋推測當事者之意思。而知其不合者。在普通賣買之場合。當事者之一方。欲得甲物。而引渡乙物。他之一方。欲得乙物。亦願出捐甲物。因互欲得自己所欲之物。爲賣買之成立。反之在代物辨濟之場合。就前例證之。在債務者不過因無金錢可爲履行。不得已以土地代之。非必有賣渡於債權者之意。

思即在債權者因債務者猝難爲金錢履行亦不得已認容其代以土地非必有自債務者買受之意思故此場合其唯一之意思在使債務之消滅自與賣買當事者間之意思大異其趣強爲附會殊失當也。

(丑) 辨濟說

謂債務之目的雖爲金錢而給付非債務之目的之土地以代金錢之履行既可消滅債務即不妨謂爲辨濟然此說亦爲余所不取因屢如所述所謂履行即辨濟者即債務目的之實行也今債務之目的在金錢而以土地代之即非實行債務之目的故亦非可謂辨濟也。

(寅) 更改說

謂代物辨濟即變更金錢債務爲土地債務此時看做消滅金錢之舊債務更發生土地之新債務而又即爲履行也惟普通之場合多另結契約即謂金錢債務已爲消滅而土地債務新爲發生後更當履行此債務此方爲純正更改若代物辨濟金錢債務代以土地更不待另結契約直爲履行此與純正更改不過有即時履行與否之差故

不妨認爲更改。余即以此說爲妥。因債務目的之變更。固得爲更改之一種。代物辨濟。明變更債務之目的。故最適於更改之意義也。日本民法。雖無明認之法文。然就關於履行及辨濟各條文解釋之。寧以採用更改說爲斷。唯第四八二條不拘代物辨濟之性質。近於更改。不推測當事者之意思。使與辨濟生同一之效力也。同條云。『債務者以債權者之承諾。代其所負擔之給付。而爲他之給付時。其給付與辨濟有同一之效力。』右之規定爲「與辨濟有同一之效力」。而不規定爲「看做辨濟」或「爲辨濟」。愈知可不採辨濟說。或曰使代物辨濟與辨濟有同一效力。非即因其二者本爲同一性質乎。然法律僅就其效力特與辨濟同視而爲之設有規定。却可證明其性質非即辨濟也。既非辨濟。又非賣買。則舍更改說。更無從說明矣。（以上民法原理二〇三至二一四頁參照）

終尙要附以一言者。即隨意債務是也。隨意債務。亦代物辨濟之一種。特爲代物辨濟之有豫約者。例如甲與乙約以牛給付。又謂至期如以牛給付爲不便。則以馬代之。故隨意債務。亦即代物辨濟。但一出於豫約。而一在臨時發生。唯有此區別點而已。

(四) 履行之時期

履行時期。依債務之性質而定。倘爲期限附債務。則依期限履行。倘爲即時履行者。亦以即時履行。但適用上頗生疑問。故分別各種之債務言之。

(甲) 單純債務

無條件又無期限者。即爲單純債務。例如甲與乙約。給付千圓者。是此種務債之性質。理論上應謂爲即時履行。法文中有云辨濟期者。亦即指即時爲其辨濟期。反言之。不即時履行。即生不履行之結果也。然欲絕對貫徹此理論。殆至不能實行。蓋依場合。常不得知債務之發生者。即或知之。亦決不能同時履行。於此即使之負不履行之責任。則待務債者未免過酷。故當債權者未爲請求時。雖不履行。不得咎債務者之怠懈。必俟債權者請求後。發生不履行問題。方得使負遲滯之責。債權者請求之方法。外國探舊式之主義。常要一定之條件者。即或依差押方法爲請求。或依執達吏爲請求。否則僅爲單純之督促。債務者尙不因之生遲滯責任。然此主義。爲日本新民法所不取。蓋請求之方法。毫不設制限。債權者或以書面。或以口頭。皆無不可。因而債務者既受其

請求以上。尙任意不履行。即爲遲滯。當使之負其責任。民法第四一、二條第三項規定之云。『就債務之履行。已不定期限時。債務者自受履行之請求時。任遲滯之責。』但有當注意者。債務者有不必受債權者之請求。而亦負遲滯之責者。如(一)不作爲之義務。此但違犯義務作爲。自其所不當作爲時。敢不待債權者請求。當已負其責任。(二)由債務者之過失毀壞其目的物時。此即有債權者請求。亦必不能履行。故亦不待其請求。而已任不履行之責。

(乙) 期限附債務

期限附債務。其期限是否可代人催告。實爲學者間之一大問題。關於此問題。有二說。(1)代人催告說。謂以契約發生債務。既定有期限。必謂期限到來。債務者當直爲履行。債權者可同時受其履行。故不必另爲催告。即於期限之到來。看做債權者之催告。倘債務者於其到來時。不即爲履行。即負遲滯之責任。(2)不代人催告說。謂期限附債務。債務者至其期限到來。固應履行。然不受催告。而驟於使負怠慢之責。又未免與人情不合。蓋有時債務者因他事過多而忘却期限到來者。未必果爲怠慢。故必另由債

權者催告。方使負遲滯之責任。因學說不同。各國之立法例遂亦不能一致。日本民法則採用第一說。反對第二說。其理由在反對說謂因忘却而經過期限。乃人情之常。固然既定有期限。於何時可以到來。自當注意。得忘却即爲不注意。故不得謂非怠慢。法律上則不能保護怠慢之人也。然各國立法例。多保護債務者。爲憐其貧乏也。不知債務者不盡爲貧乏者。蓋亦有富者而爲債務者。如富者因買物。一時借入巨額之金錢。或因信用素厚。每購物品。皆不付現金。即負重大債務。故以債務者盡爲貧乏。實爲謬誤。不過債務者中。自以貧乏者爲多。若因保護其貧乏而設不利益於債權者之規定。決非善策。此種規定。表面上似於債權者頗不利益。而實際乃於債務者有不利益。蓋債權者因不得法律上充分之保護。往往不肯以金錢貸人。已不啻絕債務者告貸之途。而債務者窘即有貸之。或加重其利息。或短促其期限。終且嚴酷其督促。而債務者亦窘。是法律基於債務者偏愛主義。不惜設過度之保護。終至招正反對之結果。而立法當時之目的分毫未達。故近世文明國之立法例。雖採用反對說。仍許當事者特結契約。故當事者謂至期不另爲催告。法律上亦從其意思。此固非不知反對說之不

盡適用者。何不即採催告說。由法律上直接認定。更爲簡捷。而必間接認之者。其結果不過使當事者多結一特約而已。殊爲無意味之法律。且法律爲保護債務者之貧乏。竟設不利益債權者之規定。就令得達其目的。亦極爲不公。蓋法律對於社會一般之人。皆當爲平等之保護。不宜因保護或種人獨厚。遂謂保護他種人不妨稍薄。故欲保護貧乏之債務者。不惜犧牲債務者之相手方（即債權者）之利益以爲之。此決非立法上平等之精神也。由是之故。日本民法採期限代人催告說。於適用時再分確定不確定兩種論之。

(子) 確定期限

例如約定某年某月某日。或今後幾年幾月幾日。履行債務。故其期限之到來。皆可豫知。即爲確定。設債務者於期限到來時。不爲履行。即任遲滯之責。民法第四一二條第一項云。『就債務之履行。有確定期限時。債務者自其期限之到來時。任遲滯之責。』

(丑) 不確定期限

其期限必可到來。但於何時到來。則不得豫知。如以死亡爲期限。人必有死亡。故期限

終可到來。惟死亡果在何日。殊不可知。又如以地震時爲期限。地震固必有之。然何日地震。又未確定。此必自債務者已知其期限到來之時。仍不履行。始使負遲滯之責任。即民法第四一二條第二項云。『就債務之履行。在不確定期限時。債務者自知其期限到來之時。任遲滯之責。』或疑此規定。不拘期限之已到來。必待債務者知之。而後負其責任。爲不適用期限代人催告主義。不知期限既不確定。即不知果於何日到來。故實際上期限雖已到來。而債務者不知之間。固不能使負意外之責任。知之即當爲履行。是亦以期限代人催告也。如上以地震爲期限之例。東京地震。而債務者之適在大阪。常不知之。故必待其知有地震之事實。同時不爲履行。即應負遲滯之責。蓋自債務者知之之時。看做期限到來之時。於此時即使負責任。此固與期限代人催告主義。不至相戾者也。

(丙) 條件附債務

就條件附債務而起履行時期之問題者。唯停止條件附債務有之。而解除條件附債務。無此問題。固不待煩言也。唯停止條件之到來與否。殊不可知。到來者爲條件成就。

不到來者爲條件不成就。例如以甲之死亡爲條件。是甲之死亡。必可到來。即其條件必可成就。與期限附債務無異。若以今年甲死亡爲條件。則今年中甲之死亡不死。實未可知。甲今年不死。即爲條件不成就。甲今年果死。即爲條件成就。蓋至一旦條件成就以上。其債務之性質。爲無條件。即單純債務也。故債務發生。即時履行。當然可受第四一二條第三項之適用。故不要特揭明文。即自條件成就債務發生之時。如不履行。應負遲滯之責任。但亦須在受債權者請求之後耳。如條件不成就。債務且不能發生。更無履行時期之問題。

有時於條件附債務之上。再附以期限者。例如以甲今年死亡後一年爲履行時期。則自今年甲死之日爲條件成就。其債務之性質。一變爲確定期限附債務。又如以甲今年死亡後地震時爲履行期。則自甲今年死亡時。一變爲不確定期限附債務。就此二例而言。無論其確定不確定。皆可適用第四一二條第一項第二項之規定。

關於條件附又期限附債務。當條件成就以上。不至生効力遡既往與否之問題。蓋條件雖已成就。効力雖遡既往。其時尙附期限。果何時應爲履行。尙未可定。故僅就條件

成就之効力言之。遡既往與不遡既往等也。

法律上對於遲滯之債務者。果有如何之制裁。是即看做債務之不履行。凡債權者。因此不履行所生之債務損害。對之不可不負賠償之責。後當詳論之。茲姑先舉一例。如關於特定物引渡之債務。於未爲遲滯之前。因不可抗力而致目的物之損失。法律上認爲無過失。可不負責任。反之在債務者爲遲滯者之後。雖同因不可抗力而消滅其目的物。除不遲滯而爲履行。仍不免罹天災之場合外。皆當負其責任。

(五) 履行之場所

履行之場所。依債務者之性質及當事者之意思定之。例如關於家屋引渡之債務。家屋爲不動產。不能移動。故其履行之場所。應即在家屋之所在地。此以債務之性質而定之者。又如以契約發生債務。往往於契約上定明。以債權者或債務者或第三者之住所爲履行之場所。皆無不可。此依當事者之意思而定之者。但當事者間無特約時。果應在何場所履行。不可不明爲規定。茲分原則例外言之。

(甲) 原則

當事者無特約時。原則上應以債權者之住所爲履行場所。但債務發生時之債權者之住所未必與履行時之債權者之住所相同。應於履行時債權者之現住所行之。民法第四八四條後段定之云。『就應爲辨濟之場所。無別段之意思表示時。』(中畧)其他之辨濟。要於債權者之現時之住所爲之。』關於此原則。各國固有右之規定。唯法國以在債務者住所履行爲原則。此或由慣習而定。或由債務者偏愛主義之結果。日本舊民法曾採用之。然最不適於慣習。故經新民法之改正。仍以在債權者住所履行爲原則。於慣習亦較合也。

商法有與右條同樣之規定。即第二七八條第一項。『因商行爲生債務之履行。其可爲履行場所。不能因其行爲之性質。或當事者之意思表示而定時。』(中畧)其他之履行。要於債權者現時之營業所爲之。若無營業所時。於其住所爲之。』之規定是也。

(乙) 例外

(子) 特定物之引渡

原則上以債權發生當時特定物所在地爲履行場所。民法第四八四條前段規定之

云。就可為辨濟之場所。無別段之意思表示時。特定物之引渡。於債權發生當時其物之存在之場所為之。(後段詳前)關於右之例外之規定。各國之立法例。皆相一致。日本商法。亦有同樣規定。即第二七八條第一項前段。特定物之引渡。於行為當時其物之存在之場所為之。(首末兩段詳前)之規定是也。

(二) 商法(指圖債權及無記名債權)

何謂指圖債權。無記名債權。先列其證券如左。而後加以說明焉。

指圖債權證券

證
金千圓也
右貴殿又ハ貴殿ノ指圖人
ニ支拂可申候
年月日
甲
乙殿

無記名債權證券

證
金千圓也
右此證書ノ持參人ニ支拂
可申候
年月日
甲

指圖裏書

表記ノ金額丙殿又ハ指圖
人ニ即支拂可被成候
年月日
乙

以證券表明債權者。爲指圖債權。指圖即指示之意。或支拂與債權者。或支拂與其指圖人皆可。至無記名債權。則不問何人。但持參此證書者。即支拂之。關於此兩種債務之履行場所。依商法第二七八條第一項之規定。『要於債務者之現時之營業所爲之。若無營業所時。於其住所爲之。』此項規定甚當。蓋指圖債權。明許從債權者之指圖。如上之裏書。即定生債權者交替之結果。而其住所。債務者常不知之。無記名債權。其證券究在何人之手。更不可知。自不得明其住所之所在。於此決不能適用原則。故應以設例外規定爲必要。即使在債務者之營業所或住所履行方爲便利。

(六)履行之費用

凡履行債務。常不能無實用。如金錢債務之履行。自甲處送致乙處。或由銀行爲替。皆要多少之費用。至商品分量果重。則運搬費亦大。是等費用。應由何人負擔。不外依當事者之意思而定。如契約上定明歸債權者。歸債務者皆可。如當事者意思不明瞭時。則不外依其慣習。既無當事者之特約。又無可依之慣習。法律上之規定。又爲必要矣。亦分原則與例外。

(甲) 原則

原則上由債務者負擔之。即民法四八五條本文規定之云。『就辨濟之費用無別段之意思表示時。其費用債務者負擔之。』右規定實爲至當。蓋履行行爲。債務者有爲之義務。關於自己所應爲行爲之費用。無對於債權者請求其償返之理。苟無特約時。由債務者自負擔之。乃理之當然也。

(乙) 例外

因債權者之行爲。使履行費用增加時。其增加之部分。應由債權者負擔。此即對於以債務者負擔費用之原則爲一例外也。費用之增加。多由債權者住所變更之結果。如債權者於轉居後未通知債務者。債務者至其舊住所履行不成。復至其新住所。凡因此往返所增加之費用。即歸債權者負擔。或債權者雖已通知債務者。然其舊住所離債務者住所頗近。履行費不過十圓。新住所相離較遠。所費須二十圓。其中有十圓爲增加額。亦專屬債權者之負擔。顧或疑債務之履行。原則上。既在債權者之住所。縱因其住所之變更。增加費用。亦仍屬債務者之義務。似無責債權者分擔之理。不知債務

之內容必依發生當時而定。故從來費用之增加。常非當時內容所包含。法律上決不使債務者爲過分之負擔。同時由債權者一人之意思。使債務者負擔之過重。亦爲法律所不許。此即民法四八五條有但書規定之所以也。但書云。『但因債權者住所之移轉及其他之行爲。增加辨濟之費用時。其增加額債權者負擔之。』試再舉一例以明之。例如期限附債務。至期限到來時。債權者不拘自己有應在宅內受履行之義務。又不告知家人。遂任意他適。致債務者至其住所。爲受其家人受取之拒絕。不得已持歸自家。翌日復往。始見履行之終了。其第一費用。固應債務者負擔。而第二持歸費用。與第三再送費用。實由債權者過失而生。故必使其負擔之也。但論理上。以第三費用爲眞履行。應由債務者負擔。而第一第二兩次費用。則歸之債權者。設第三費用較第一費用爲多時。仍由債權者多擔其增加額。

(七) 履行之充當

履行之充當者。即於同一之當事者間。有同種之目的。二個以上之債務存在之場合。債務者所爲之給付不足。爲其全部之履行時。其給付應充當孰之債務之履行之問。

題也。例如甲對於乙負二個之金錢債務。其金額同爲千圓。設甲因欲履行二千圓債務。有所不足。僅給付一千圓時。則此一千圓爲履行第一之債務乎。抑爲履行第二之債務乎。即充當之問題也。

充當之問題。必起於有同種之目的之債權。故在特定物之場合。不生此問題。因特定物指有箇箇特別性質之物而言。法律上無所謂同種者。亦無同一物而有二箇以上者故也。作爲義務其人。既在特定以上。其行爲亦無同種。當不見此問題之發生。然行爲義務。非絕無同種者。如單謂數人間爲或種行爲。不特定行爲者爲何人。不論爲甲爲乙爲丙。但得爲普通或種行爲皆可。是即與不特定物之給付無異。理論上亦可生履行充當之問題。然此問題。非泛指普通之不特定物。必在同種類以上方可。因而受關於履行充當之規定之適用者。金錢債務。殆十居其八九矣。（民法原理三三三頁參照）

(甲) 債務者之意思

如前例債務者支拂千圓。或充當第一債務之履行。或充當第二債務之履行。皆當從

之。但有須注意者。債務者充當意思。須與履行同時表示。而英美法律。認後日可定其充當。甚不適合於理論。蓋履行既以債務之存在爲前提。必有對於一債務而後得爲履行。定其對於何債務。即充當之本旨也。故充當者。明履行之意義也。自不得不與履行同時爲之。即債務者十圓之支拂。其意思果在履行第一債務乎。抑在履行第二債務乎。須當時即爲指定。非能以後日之意思變動之也。民法第四八八條第一項云。『於債務者對於同一之債權者。負擔有同種目的之數個債務之場合。爲辨濟。所提供之給付。不足使總債務消滅時。辨濟者於給付之時。得指定其辨濟所應充當之債務。』余謂此規定最爲正當。則屢如所述債務之履行。屬債務者之行為。行爲之基礎。在乎意思。關於其行爲之性質。自宜依行爲者（即債務者）之意思而定。但債務者之意思。惟債務者自知之。而他人無由知之。故必採使他人可知之方法。即法文上所謂指定。

關於充當。應依何人意思而定之問題。學者間所說不一。（第一說）謂債權者與債務者有同等之權利。依此說則當事者間意思不一致時。即不能定其充當。其結果無論

對於何種債務。皆不生消滅之效力。德國ヴキンドシヤイド氏之說。稍近乎此。氏之言曰。債權者對於債務者所定之充當。得述異議。既許債權者亦有述異議之權。即不得僅依債務者意思指定。結局舍使債務者同時履行各債務外。無他之方法。此在債務之性質。不許爲一部之履行時。或可依此說。反之在各爲獨立之數個債務。對於總債務。決無必爲同時之履行之理。由故此說不足採也。(第一說)債權者不爲充當時。債權者亦得爲充當。但須從債務者之利益爲之。然此實爲奇妙之論。又無採取之價值也。故日本新民法。關於充當問題。第一以依債務者之意思定之。亦即爲各國立法例及學說多數所認者也。(民法原理債權總則第二三五頁參照)

充當之指定。固以依債務者意思爲原則。但亦有一制限。即民法第四九一第一項云。『債務者就一個或數個之債務。於元本之外。應拂利息及費用之場合。辨濟者所爲給付。不足使其債務之全部消滅時。要以順次充當費用利息及元本。』前言充當。由債務者隨意指定者。指各債務者無費用及利息之場合而言耳。如有之。即當受一定之制限。蓋因債務發生原因不同。常有一個之債務無費用。又無利息。他個之債務。則

有其一。或兼有之。如附利息之債務。一爲元本債務。一爲利息債務。共有二個債務。此外因債務所生之費用。應由債務者負擔。即并此費用債務而爲三矣。試以賣買場合證之。買主於代價（元本）上常附利息。又其所應支拂之費用。一時由賣主立替。（墊付）是即發生三個之債務。設債務者巧圖自己之利益。欲以所給付者先充當元本之履行。反置費用及利息於後。即非法律上所許。因元本可生利息。而費用不能生利息。利息雖有時再可生。利息亦受限制。加以費用不過爲一時之立替。固不能久使債權者代爲負擔。利息爲債權者之果實。多屬債權者通常收入之部分。亦不容債務者久不支拂。故法律爲定充當之順次。先費用。次利息。最後元本。如前之賣買。設買主不足爲總債務履行時。必先控除費用。次利息。後乃以其殘餘充當元本（代價）債務一部之履行。然費用利息二者。非必相附隨。如無費用。即先利息。次元本。或無利息。先費用。次元本。又不待言而明矣。日本慣習上亦以費用利息爲先。元本爲後。與法律上規定之順次同。（民法原理 債權第二三八頁參照）

(乙) 債權者之意思

債務者不行使充當權時。應依何人之意思指定。關於此問題。大別爲三主義。

第一 主義。絕對否認債權者之充當權。德國民法採用之。其結果直從法律之規定而爲充當。（但依ヴキンシャイド氏之說稍爲反對）

第二 主義。極端認債權者之充當權。正與第一主義相反對。乃英美所採用者也。依英美法律。不但許於履行完了後。可由債權者隨意爲充當。甚至債權已經過出訴期限。尙得許爲履行之充當。（但出訴期限之經過與因時效而消滅權利不同。不過喪失起訴權而已）此主義實爲不當。因債權者於履行後。既可任意定其充當。勢必圖自己之利益。爲充當已經過出訴期限之債務之指定也。

第三 主義。債務者無異議時（不爲指定時）得認債權者之充當權。此主義最爲盛行。德國、意大利、日本舊民法皆採用之。即日本新民法亦採此主義。蓋認債務者之意思在第一位。債權者之意思在第二位也。民法第四八八條第二項本文云。『辨濟者不爲前項之指定時。辨濟受領者於其受領之時。得爲其辨濟之充當。』自理論上言之。履行之性質。不外依債務者之意思而定。即債務者所爲之行爲性質。債權者

無代定之理。故學者間對於右之規定。有詆爲不當者。則於債務者意思。既爲不明時。寧以法律推測其意思。定相當之充當。故第一主義。似得理論上之正鵠。但法律上。僅能想像普通之場合之設。概括的規定。而實際上之事項。千差萬別。決難盡適合立法者之所豫想。故即不能直接使以債務者之意思爲充當。亦務必以間接之方法。使得達其意思。此實第三主義之精神也。蓋法律於債務者。既不自爲指定時。即推測其意思。在使債權者代定爲履行之充當。故直接認債權者之意思。間接亦不背債務者之意思。徵諸第四八八條第二項。但書之規定。可以明矣。即同項但書云。『但辨濟者對於其充當直述異議時。不在此限。』依此規定。既認債務者有述異議之權。以上仍不外以債務者之意思爲主眼。例如有甲乙二個之債務。同爲千圓。設債務者僅爲千圓之給付。不指定充當某債務之履行。則債權者受其給付時。固可從自己之所擇。假定爲充當乙債務之履行。設債務者受其通知。直對於債權者。謂前所給付千圓。欲充當甲債務之履行。因而債權者所定充當乙債務之履行。即爲無效。若不述異議時。法律上看做債務者默認爲合意。即不妨認債權者之充當權也。此較債務者不爲充當。

必使之直依法律上規定。於理論上非有不合。而實際上且多便利也。有時債務者既不指定。又不許債權者爲充當。其結果必至債務不能履行。即可生債務者之遲滯之責。反於債務者有利益。故法律認由債權者意思而定。同時不至背債務者之意思。又足免不履行之責任。此皆便利之點也。（以上民法原理債權第二三九至第二四二頁參照）

「以上甲）依債務者乙）依債權者之意思。應如何爲充當。亦一問題也。意思爲行爲之要素。意思爲必要。固不待言。而表示之方法。果以何者爲適當。依法國派之通例。單得推測其意思即可。似謂表示爲不必要。然此頗可生不確定之結果。因當時雖有或種意思。而後日往往難爲證明。故意思不可不表示。然單表示猶爲未足。對於第三者表示意思。常有虛僞之弊。即無虛僞。亦難於證明。故充當之意思。又不可不對於相手方表示。即債務者爲充當時。須對於債權者爲意思表示。使之受履行時。絕不爲躊躇。債權者爲充當時。須對於債務者爲意思表示。此場合更爲一層之必要。因僅依其意思。尙未定充當行爲。又必認債務者述異議之權。故應即對之表示充當意思。使債務

者得早決其有無異議。至一旦債務者默然受之。即看做債權者之充當爲有效。(民法原理債權第三四三頁參照)「民法第四八八條第三項規定之云。『於前第二項之場合。辨濟之充當。依對於相手方之意思表示爲之。』」

(丙) 法定順序

債務之充當。債務者與債權者。皆不有何等之意思表示時。決不能任其性質不定。使履行歸於無效。於是生法定之必要。蓋決定必於債務者債權者皆無意思表示。方能適用。即在第三位者也。關於此規定順序。各國立法例不一。大別爲四主義。

第一 英國主義 此主義極爲簡單。即依履行期限之先後以定充當。至債務之種類。一切置之不問。故限定以期限先到者爲先。他之後到者。不拘其有何理由。絕不許爲充當。

第二 法國主義 此主義在理論上不遑評論。唯以機械的說明之。即(第一)唯債務者利益是視。充當其有利益者。(第二)視期限之到來與否。充當其到來者。(第三)以何債務爲最古。即充當其古者。(第四)以上三種之關係皆同時。則應各債務額以

平等之割合爲充當

第三 德國主義 依此主義(第一)期限有已到來者有未到來者則先到來者

(第二)以擔保最少者爲先例如無抵當附債務與抵當附債務則先無抵當者(第

三)以負擔最重者爲先例如無利息債務與利息附債務則先利息附者(第四)以

債務之最古者爲先(第五)以上之條件皆同亦不外以平等之割合爲各債務之充

當。

第四 日本舊民法主義 此主義(第一)與德國主義同(第二)先充當費用次利

息終元本(第三)先充當於債務最有益者(第四)總債務期限皆已到來則充當

其已先到來者如皆未到來時則先其可先到來者(第五)以上諸點爲同格時亦應

各債務之額爲充當(以上民法原理債權第二四五六頁參照)

新民法所採主義即爲第四主義除費用利息之充當另條規定外皆與舊民法爲同

一之規定即第四八九條云『當事者不爲充當時從左之規定充當其辨濟』

(一)在總債務中有在辨濟期者與有不在辨濟期者時則以在辨濟期者爲先 此

號規定。仍以推測債務者意思爲主。眼無他期限爲債務者之利益。故非其表示拋棄之意思。法律當推定履行期限先到之債務。方爲妥當。例如甲乙兩債務。其金額同爲千圓。甲債務期限到來。乙債務未到來。當債務者僅給付千圓。其意思在充當甲債務之履行。不充當乙債務之履行。法律上固應作如是之推定也。

(二)總債務皆在辨濟期。或皆不在辨濟期時。則爲債務者計。以其辨濟之利益多者爲先。例如二個債務。一有利息。一無利息。應先充當有利息者。則債務者可得負擔較輕之利益。又如一爲有抵當債務。一爲無抵當債務。亦宜先充當有抵當者。蓋早得利用抵當物。或更設定與人。皆於債務者有利益。此號規定。亦依債務者意思而定。蓋履行爲債務者之行爲。亦應從其行爲之意思。此時雖未表示何等意思。因主張自己之利益。乃普通人之意思。故法律上推定債務者之意思。亦必當如是也。

(三)爲債務者辨濟之利益相同時。則先辨濟期之已先至者。或可先至者。此從直接觀之。無論以何者爲先。似皆利害相等。然從間接觀之。於債務者皆有利益。蓋先充當最古之債務之履行。即足保全債務者信用。以爲期限最先到者。既首爲履行。而他

之○期○限○到○來○未○久○者○亦○必○能○繼○續○履○行○故○必○不○至○生○債○權○者○危○險○之○心○同○時○亦○愈○見○債○務○者○信○用○之○厚○即○先○充○當○期○限○之○應○先○至○者○亦○同○爲○保○全○信○用○因○今○總○債○務○期○限○雖○皆○未○到○來○然○就○其○中○可○先○到○來○者○先○爲○履○行○固○當○然○之○順○序○也○但○期○限○原○則○上○爲○債○務○者○之○利○益○故○不○先○充○當○其○可○先○到○來○者○而○先○充○當○其○可○後○到○來○者○亦○爲○有○效○例○外○期○限○爲○債○權○者○利○益○設○承○諾○其○充○當○後○亦○看○做○拋○棄○其○充○當○同○爲○有○效○故○皆○不○生○問○題○也○

法律上所以設如是順序者。於保全債務者信用之利益外。尙有多少之理由。即(一)適合人情。蓋債務者對於期限最先至之債務。受督促愈多。則欲履行之情亦當愈急。同時債權者亦以欲先受最古債務之履行。爲最普通。此先其已先至者之能適人情也。又債務者對於期限可先至之債務。亦必先受督促。不欲受督促者。乃人之普通意思。故先其可先至者之。又足適於人情也。(二)保持公益。債務愈古。則證據愈少。不先履行。必至有起爭議之一日。此非債權者所利益。同時又非債務者所甚願。此定先其已先至者。實大半爲公益計也。至先履行其可先至者。亦欲使債務早爲消滅。此必爲公益上所最希望。又可不俟煩言矣。(民法原理權債第二五二頁參照)

(四)債務之辨濟。就揭於前二號之事項爲相等。則應各債務之額充當之。此就辨濟何之債務。於債務者既皆不見利益。而其期限又已同時到來者。或雖未到來。而將來亦可同時到來者。此不外依各債務之額。平均分配。即爲最後之順序。亦各國法律所同也。例如甲乙之二個債務。其金額皆爲千圓。債務者僅給付千圓。則甲乙兩債務。應各充當五百圓。倘甲債務爲二千圓。乙債務爲千圓。債務者仍僅給付千圓。不外以平等之割合爲充當。即以六百六十六圓餘。充當甲債務之履行。以其餘三百三十三圓餘。充當乙債務之履行。

右法定順序。於附費用及利息之債務。亦可適用。蓋數個債務。皆有費用及利息。設債務者所給付。不足爲費用及利息全部之履行時。即與第四八九條所規定之順序相牽連。是可依前第四號所揭之標準。以定充當。民法第四九一條第二項云。『第四八九條之規定。於前項之場合準用之。』依以上所述。第一位爲債務者之意思。第二位爲債權者之意思。第三位乃爲法定順序。此皆就數個之債務。不足使總債務全部消滅之場合而言。即僅一個之債務。而仍須分爲各個之給付者。亦得依以上三段之順

序而定履行之充當。民法第四九〇條云。『於爲一個之債務之辨濟。而可爲數個之給付之場合。辨濟者所爲之給付。不足使其債務之全部消滅時。準用前第二條之規定。』例如附利息之債務。有以月計者。有以年計者。於數回延滯後。而僅支拂一回分之利息。此爲何回分之利息債務之履行。即生充當之問題。又如供給商品中。於戰時約供給軍用米若干石。分數回送付。則在數回遲滯之後。僅供與一回相當之石數。亦須定其充當。於此皆適用前三段之方法。即第一從債務者意思。第二從債權者意思。第三從法定順序是也。顧或疑同一利息。同一軍米。不論充當何部分。似皆無利害之關係。故未見特爲規定之必要。然於有利息之場合。可生法定約定之差。有時又見重利之別。於數回給付軍米之場合。對於其各給付之不履行。依需要之緩急。得以特約定各別之制裁。因而充當之決定。亦大有關係。此第四九〇條之規定之所以也。

(八) 履行之提供

履行之提供者。即債務者爲履行之必要事項。僅完了自己之分所當爲者之謂也。例如甲對於乙負千圓債務。甲以千圓置於乙前。請求其受領。即甲於自己所應爲之必

要事項。至是完了。蓋受領乃屬於乙之行爲。非應屬於甲之行爲。故可謂履行之提供。又如甲與乙約。使乙建築家屋。乙但於工事竣成時。通知於甲。請求受領其家屋。亦即履行之提供也。

(甲) 條件

(子) 原則

履行之提供。不可不現實。現實即原則上之必要條件也。例如履行千圓之金錢債務。債務者必攜千圓至債權者之住所。置其面前。使得直爲受取。是可謂現實之提供也。關於此原則。民法第四九三條本文規定之云。『辨濟之提供。要從債務之本旨。現實爲之。』(但書詳後)

(丑) 例外

原則上必現實。方得爲提供。然有時因債務者單爲準備。通知相手方。(即債權者)使速爲受取。此不必現實爲之。亦可爲提供者。故曰例外。關於此例外有二。

(乾) 債權者豫拒其受領時

例如甲對於乙負千圓債務。因乙之誤解。認爲千五百圓。而甲實自信僅負千圓之債務。此時雖欲實攜千圓至乙處履行。明知乙必不肯受領。然甲爲免不履行之責。但須準備千圓。通知乙以可隨時受領之旨。不問乙肯受領與否。甲已可不負遲滯之責。

(坤) 就債務之履行要債權者之行爲時

此債務之目的物。須債權者自爲受領方可。例如存米百石於倉庫。當時約定履行時。須債權者自至倉庫。受領百石之米。此欲履行米之債務。非債務者至倉庫不可。即以其行爲必要也。設履行時債務者雖自至倉庫。已爲米之給付之準備。而率因債權者不至之故。遂不克完了其履行。亦可不負責任。蓋不履行基因於債權者之怠慢。不關於債務者之過失也。

右例外之條件。即民法第四九三條但書規定之云。『但債權者豫拒其受領。或就債務之履行。要債權者之行爲時。則以通知爲辨濟之準備。而催告其受領爲已足。』

(乙) 効力

(子) 使債務者免不履行之責

債務已爲履行。債務者當然免其責任。即未爲履行而已爲現實提供時。或雖非現實而已爲提供準備。催告債權者受領時。皆與已履行同。故亦可不負其責。即民法第四九二條規定之云。『辨濟之提供。自其提供之時。使免因不履行所可生之一切之責任。』普通言之。因不履行所生之責任。即損害賠償是也。例如金錢債務。如不履行。應附遲延利息。然自債務者提供之日始。可不必負此義務。又如特定物之引渡。即債務者應給付家屋。實已爲履行提供。適於債權者未受領間。罹火災而燒失。依一般言。此特定物於未引渡時所生之危險。應歸債務者負擔。然自其提供後。因天災而滅失其目的物。於危險同時已移轉於債權者。而債務者可不負賠償之責。況其家屋之燒燬。實由債權者怠於受領所致。於此仍由債務者負擔其損失。甚不當也。

(丑) 就於遲滯債權者

前言債務不履行。債務者可生遲滯之責。茲言債務者已爲履行之提供。而債權者不爲受領。即轉付以遲滯之責。蓋就債務者債權者間關係言之。一方有爲履行之義務。他方即有受履行之義務。故債務者爲提供時。已盡自己所應爲履行之義務也。反之

債權者不爲受領。是未盡其義務。故爲怠慢。法律謂怠慢之債權者爲遲滯者。使之負其責任。如債務者爲現實提供。而債權者無故拒絕其履行時。此可爲遲滯無疑。即債權者因事實上之故障。遂至不能受領履行時。仍不妨看做遲滯者。同負其責任。例如爲履行一債務。須債權者自至債務者之住所。受領其目的物。方得爲履行之完了。債權者意非不欲如期而往。乃因交通機關破損。終至違期受領。此亦法律上所謂遲滯者。民法第四一三條云。『債權者拒受債務之履行。或不能受之之時。其債權者自有履行之提供時。任遲滯之責。』

債權者因事實上不能受履行。而法律上仍使負遲滯之責。驟見之似以爲待債權者過酷。實則非酷也。蓋遲滯責任問題之發生。必在已有損害發生之場合。即因不受履行所生之損害。如損害在債權者。由其自爲負擔。固不待言。倘損害在債務者。不拘債權者不受履行。出於事實上之不能。亦必使爲賠償。例如債務之目的物。爲米百石。其履行地不在債權者與債務者之住所。而在第三之場所。債務者爲履行提供。已以目的物運至履行地。乃因債權者不能來受履行。遂不得已運歸己家。是其兩次運搬費。

歸於水泡。實由債權者不受履行所致。故應使負擔其費用。又如借受倉庫儲米。必拂倉敷。(賃金)設於適當時期。債權者果來受取。凡履行前應拂之倉敷。自歸債務者負擔。若因債權者不能受履行之後所生之倉敷。仍由債務者支拂。實爲不當。故必使債權者負擔之。然或有疑債務者固無過失。而債權者因事實上不能受履行。亦不得謂爲有過失。何能使負遲滯之責。不知事實上之不能。即債權者之不幸。以因債權者之不幸所生之負擔。嫁於無過失之債務者。殊爲無理。通常因不幸而生損害。即歸不幸者自任。故使債權者負遲滯之責。決非酷待之也。

凡義務不履行者。始負遲滯之責。債權者不受履行。不問事實上之不能與否。看做義務之不履行者。亦即謂爲遲滯者。凡債務者因此所生之損害。債權者對之。不可不負其賠償之責任。

(九) 供託

供託者謂債務者因欲免債務。使爲債權者保管其目的物也。

所謂使爲債權者保管之人。有時在債務者以外之人。有時即在債務者。但此保管之

債務者之資格。與前不同耳。

依右定義觀之。凡供託必有二要素。(1)必有目的物。故無目的物者。即無所謂供託。有目的物與存乎目的物上之權利。同時供託者。又有權利已歸屬他人。單供託其目的物者。姑不問權利是否同時供託。而目的物則必不可少。(2)債務者必欲爲自己免債務。而以目的物使擇人代債權者保管之。方得爲供託。至何人應爲保管者。於後詳之。而供託之目的。必在債務者爲免自己之債務。蓋如前所述履行之提供。僅生使債務者得免不履行責任之効力。仍未定使債務者得自免其債務。故於非由債務者之怠慢。而不得完了其履行之場合。欲全免其債務。不可無一保護之方法。此法律認有供託之所以也。供託者即寄託目的物於適當之場所。使債權者得隨時受取之謂也。苟在供託以上。看做債務已爲履行。債務者對於其目的物。絕無責任。是較提供之効力爲尤強也。

(甲) 場合

可爲供託之場合。約分爲四。

(子) 債權者拒履行之受領時

前於(八)提供中所述債權者受領之拒絕。出於豫定。而茲所述債權者受領之拒絕。則包含豫定臨時二者而言。例如債權者於履行期前。先告債務者曰。汝若僅爲千圓之給付。則斷不受取。此拒絕之在豫定者。設債務者於履行時。已持參目的物於債權者之住所。不知債權者何故竟不願受取。是拒絕之在臨時者。不論其拒絕出於豫定。出於臨時。於此債務者固已盡其所當盡之途。不幸遭債權者之無故拒絕。不獲終了其履行。亦即未免其債務。殊爲困苦。法律上爲保護債務者。使得用供託方法。但須以目的物使有人爲之保管。同時債務者可全免其責任。

尙有要注意者。於債權者無故拒絕之場合。爲供託時。方得免債務。反之債務者欲爲不適法之履行。而債權者之拒絕。爲有正當之理由時。是曲在債務者。故雖爲供託。仍未得免債務。(民法原理要義債權第二五九頁至二六〇頁參照)

(丑) 債權者不能受履行時

此場合甚多。畧舉如下。(1)如前所舉。因交通機關損壞。至於不能之例是。(2)債權者持

參目的物。至債權者之住所。因債權者不在。或並其家族皆不在。或其家族雖在。雖在而仍無受領之能力時。皆爲受履行之不能。(3)債權者自己無受履行之能力。而法定代理人欠缺時。於此等場合。債務者不能完了其履行。即難免其債務。故亦許爲供託。即以目的物使人保管。債務者可不負責任。此又指債務者爲無過失而言。若(3)之場合。明知有法定代理人。乃不對之履行。而濫爲供託。即不能免其責。(民法要義第二八五頁參照)

(寅) 債務者無過失不能確知債權者時

例如債權者死亡。而債務者不能知何人爲相續人時。雖欲履行債務。因無受履行之相手方。不得已供託其目的物。使債權者之相續人確定後。即可受取。債務者得免債務。此亦指債務者無過失而言。若相續人已以書狀通知債務者。因債務者之不注意。未閱覽其書狀。徒欲速爲供託。以免債務。即非法律所許也。(民法要義第二八五頁參照)

以上三場合。同規定於民法第四九四條云。『債權者拒辨濟之受領時。或不能受領

之之時。辨濟者得爲債權者供託辨濟之目的物。免其債務。辨濟者無過失不能確知債權者時亦同。

(卯) 法律上有特別規定之場合

此種規定。散見於各法律中者甚多。不遑杖舉。茲畧示之如左。

民法第三六七條第三項 第三七八條 第三九四條第二項 第四六一條第二項 第五七八條

商法第一六一條第二項(會社) 第一六三條第三項 第一六八條(監查役)

第一七八條第二項 第一八七條第二項 第二八一條 第二八六條第一項及

第三項 第二八九條第一項 第三四五條第一項 第三八〇條第一項(倉庫

營業者) 第四七七條 第四八五條 以上各條文避煩不譯可參照原文

關於供託地之問題。後當講述。右商法條文中指定會社監查役倉庫營業者。應各從其規定。不得任意供託。

除以上民商兩法。各定有明文外。尙有明治三十三年勅令三號五條。即關於外國保

險會社。在日本營業者。於供託金錢及有價證券時適用之。

茲尙有要附論者。舊民法以提供爲供託之豫備行爲。故非爲提供之後。不許爲供託。而新民法不取此主義。蓋提供不過爲使免遲滯責任之方法。而供託乃爲使全然免其債務之方法。二者實異其目的。故無必以提供爲供託之前提條件之理由。即以上四場合。不拘眞已爲提供與否。皆可供託。如上所述。供託多在因不能確知債權者或債權者爲受履行之拒絕之場合。實有不能提供。或即爲提供。亦屬無益。故不若直許爲供託之手續也。況由供託之結果。殆同時可看做已爲提供。即由債務者以爲其供託之旨。通知債權者。無異乎第四九三條所謂通知已爲辨濟之準備者也。（民法原理債權總則第二六四頁參照）

(乙) 條件

供託之條件者。即供託所應踐之手續也。可分爲三。

(一) 供託地

以債務履行地爲供託地。即民法第四九五條第一項規定之云。『供託要於債務履

行地之供託所爲之。』供託地之效用。(一)爲保管供託之目的物之安全。(二)便於債權者之受取供託物皆不可無適當之場所。故右項規定最爲正當。因供託爲代履行方法。務使債權者受與履行同等之利益。設履行地在東京。而供託地則在大阪。債權者爲受取供託物。須往大阪。此足生迷惑之感。故必仍以東京爲供託地。於債權者之供託物之受取上。方爲便利。

(丑) 保管者

依供託之目的物而定。

(乾) 金錢有價證券倉荷

金錢即爲貨幣。可不俟說明。有價證券。如公債證書株券等皆是。倉荷即倉庫營業者所可保管之物也。何物可爲保管。何物不可爲保管。法律上無明文規定。但實際上如米穀薪炭。皆屬於倉庫營業者所可保管。而保管木材牛羊等物者甚稀。

關於金錢及有價證券之供託所。依明治三十二年二月七日法律第一五號供託法第一條『依法令之規定所供託之金錢及有價證券於金庫保管之』之規定。即以

金庫爲法定供託所。所謂金庫者。即日本銀行支店或支店及其所委託之銀行皆是。關於倉荷之供託所。依供託法第五條「依法令之規定所供託之物品非金錢又非有價證券爲倉庫營業者所可保管者。得由司法大臣指定之規定。則當以在或地被指定之倉庫營業者爲法定供託所。倉庫營業者。現時日本都會開始有之。即廣設倉庫。以受各物件之供託。同時得取倉敷。因此種營業者多。必由司法大臣指定其有信用者。即爲法定供託所。但以倉庫爲法定供託所。固可不生疑義。而言以倉庫營業者爲法定供託所。用語似嫌不當。然倉庫營業者。必有營業所。以其營業所。看做法定供託所。實無不可。至有時地非都會。無倉庫營業者時。其供託之目的物。又適應屬倉庫營業者所保管。即生無法定供託所之結果。不外依下所述（口）之方法。以行其供託。

(坤) 他物或於無法定供託所之地

所謂他物者。即金錢有價證券倉荷以外之物也。何者爲倉荷以外之物。法律上雖無明文。而事實上亦有一定者。如動物木材。多爲倉庫營業者所不願保管。可看做倉荷以外之物。即茲所謂他物也。所謂無法定供託所之地者。如上所述倉庫營業者。唯繁

盛之區有之。而偏僻之地。往往無此種營業者。則欲爲應屬於倉庫之供託物。即爲無法定供託所。以上二者。一則其物倉庫營業者所不願保管。一則其物雖可屬倉庫保管。而因其地無倉庫營業者。皆必擇一適當之場所。方得供託其目的物。故民法第四九五條第二項爲之規定云。『就供託所於法令無別段之規定之場合。裁判所依辨濟者之請求。要爲供託所之指定及供託物保管者之選任。』依此規定。裁判所有供託所之指定權。債務者依裁判所之指定而爲目的物之供託。方爲適法。然裁判所指定之範圍。必以債務履行地爲限。有時關於不動產之供託。其目的物既不能移動。即不要指定場所。單選任保管者足矣。要之指定供託所。尙受履行地之制限。至保管者之選任。蓋屬裁判所之自由。故由信任債務者之結果。即以債務者爲保管者。亦無不可。但此時債務者已去債務者之地位。而新占保管者之地位。蓋非如前之債務者。負保管債務目的物之義務。不過更以供託物保管者之名義。負相當之義務。故因保管之結果。常可受多少之報酬。若果以債務者之資格。保管其目的物。決不能受此報酬也。

關於供託物保管之報酬。依理論上宜規定於非訟事件手續法中。現同法尙未有明文。改正時當可補入。

(寅) 通知債權者

債務者以目的物供託於供託所後。即得免其債務。同時應使債權者可即至供託所受取。然不有債務者通知。債權者常不知其已爲供託及供託物之所在地。即無由受取。此於債權者頗不便利。故通知亦最有關係於債權者與債務者間之權利義務。爲供託中手續之一。舊民法雖不置規定。而新民法則指定於第四九五條第三項云。『供託者要無遲滯對於債權者爲供託之通知。』要無遲滯者。因爲供託之後。債務者即免債務。惟債權者所感之利害關係。最爲深切。常以速得知之爲有利益。此法律命債務者負無遲滯爲通知之義務也。但此爲供託中之附隨手續。非成立條件。故即不爲通知。亦無妨供託之成立。蓋供託之効力。非自通知之日而生。乃自供託於適當之供託所之日。即生其効力者也。然債權者因債務者怠於此手續所生之損害。債務者仍不免賠償之責耳。

(丙) 效力

(子) 原則

供託後得使債務者免其債務。即與履行生同一之效果。此民法第四九四條所規定也。(條文詳前)蓋適法之供託。必已置目的物於安全之地。任債權者隨時受取。即在債務者責任全盡。故可免其債務。大抵供託之方法發生。多在債權者因誤解而拒絕受領。或債權者因事實上之故障。不能受領之場合。債務者皆毫無過失。苟供託目的物於供託所以上。誠足使債權者無論何時。可依自己之便利。受取其供託物。故此時債務者當然全免其債務。雖有時債權者為受領供託物。要踐一定手續。常不得任意為之。此不過依法律規定所生之結果。固不關於債務者之過失也。

由此效力。在債務者言之。不但可不負因不履行所生之一切責任。即關於目的物之保管。亦得不負此義務。因而附隨於債務上之擔保。如抵當權質權等。自皆同時消滅。是恰與為完全履行場合作同一之觀。在債權者言之。不拘其未受履行。而債權者之權利。是已對於債務者不見其存在。不過新對於供託所。即供託物保管者。有請求供

託物之引渡之權利而已。(民法原理債權總則第二七〇頁參照)

(丑) 例外

即債務者取消其供託行爲之場合也。蓋債務者一度供託以上。復自取戻其物。即爲供託之取消。凡因供託所生之效力。至是全失。故債務者仍須負其債務。自不待言也。供託取消之結果。往往不僅及於債務者一人。法律上特爲之設相當之制限。(一) 債權者已表示就供託所受領其物之意思時。供託不得取消。即其物不能取戻。此制限頗合於供託「爲債權者」之精神。不許債務者任意取消。但在債權者受供託之通知後。尙未爲何等之意思表示。亦不妨取戻供託物後。仍負擔債務。(二) 不拘債權者受領意思表示之有無。倘因供託致生爭議。在訴訟上已受有效之確定判決時。其供託又不得取消。蓋裁判所判決之確定力。當然可羈束債務者之意思。故生此制限也。但判決未確定之間。債務者但自擔其債務。則爲供託物之取戻。亦非法律所禁矣。(三) 即無債權者受領之意思表示。又無裁判所供託有效之確定判決。而仍不許其取戻者。即有抵當權附或質權附債務之場合是也。蓋此等之擔保。已由供託後債務消滅之結果。

同時消滅。設任債務者取戻供託物。必復見債務之發生。而爲債務之擔保之抵當權質權。前因債務之消滅而消滅。今果不因債務之發生而發生。則原有擔保之債務。由一度供託。又一度取消之結果。變爲無擔保之債務。此專由債務者之自由意思使債權者常立於不利益之地位。故法律必制限之也。反之是等之質權抵當權。既因債務之消滅而消滅。復因債務之發生而發生。此於債權者固不生利害之關係。而於第三者又大感迷惑。蓋前以因供託而消滅抵當權質權爲有利益者。即後以因取消而發生抵當權質權爲不利益。其結果實足來權利義務之紛雜。此法律所以爲保護債權者及第三者。又制限債務者也。然本不有擔保之債務。於以上二個制限之範圍內。又可爲供託行爲之取消。而取戻其供託物矣。蓋取戻供託物後。法律上看做未爲供託。故供託之效力消滅。同時債務者之債務發生。皆須與未供託前負同一之責任。關於許債務者供託之取消之規定。各國固皆有之。然余謂供託後專關於債權者受取之利益。苟爲債權者計。利益以上。不宜任債務者取戻供託物。故爲立法論。就理論上言之。一旦消滅之債務。斷無再爲蘇生之理。此因供託而消滅債務。又聽其取消而

復生債務。已見論理上之不合。又自實際上觀之。不但傷害債權者之權利。同時第三者之權利亦被其傷害。例如關於金錢債務。自債務者供託金錢於金庫後。債權者縱不即時受領。常安心以金錢存之金庫。亦得生相當利息。設債務者無故取回金錢。債權者可因之失既得之相當利息。此供託之取消。足以傷害債權者之權利也。又如保證人於主債務者之不履行時。原對於債權者負相當之責任。一旦由主債務者爲適法供託以上。主債務者既生與履行同一之效果。同時保證人亦得釋其負擔。設債務者於保證人不知之間。任意取戻其供託物。則主債務既復見存在。即保證債務勢必同時存在。故保證人常生意外之責任。此供託之取消。又足以傷害第三者之權利也。依余所見。畢竟不許債務者取戻供託物。於理論上既爲適合。即於實際上亦見便利。但外國殆無其例。於日本新民法編纂之際。余曾主張斯說。不幸而未採用。故新民法仍許供託之取消。唯加如上所述之三箇制限而已。第四九六條云。『債權者未受諾之間。或宣告供託爲有效之判決未確定之間。辨濟者得取戻供託物。於此場合。看做不爲供託者。』第二項云。『前項之規定。於質權又抵當權因供託而消滅之場合。不

適用之。』

「右項之規定。殆基於人情論者也。唯立法者之意。謂於債權者未承諾供託。或依判決而未定爲有效之間。則供託一事。純係債務者之單獨行爲。即於其意思表示外。未加他人之行爲。故供託不足羈束債務者。苟於損害不及他人之範圍內。得許其取消。」有時債務者深悔其供託。欲爲取消。且由取消之結果。債務者仍至再爲債務之負擔。此其單自甘受取消之行爲。爲不利益。故許爲供託之取消。毫無不可也。

就債務之性質上觀察。無第三者何等之利害時。自人情上立論。固如立法者之所言矣。而有抵當質連帶保證等債務。往往生第三者之利害關係。果亦任其取消供託乎。立法者於此。又謂抵當質二者。欲變消滅而爲存在。最易攙亂第三者之權利義務。故於右條第二項。設規定以禁止之。至於連帶者。自始即甘與債務者共其利害之人。而保證人亦願爲主債務者負其義務之人。故不拘連帶者保證者立於第三者之地位。使因供託之取消。依然負其連帶保證之義務。不爲過也。〔民法

原理要義

債權總則第二

七〇至二一九四頁參照）

(丁) 特別之場合

(子) 難供託之物

又可細別爲三種。

(イ) 不適於供託者。如保管動物。稍不注意。即致死亡者是。

(ロ) 有滅失或毀損之虞者。此種物中。有即時者。有稍久者。前者如冰之易于溶解。鮮

魚野菜之易于腐敗。是後者如鹹魚之類是。

(ハ) 就保存要過分之費用者。如紙屑價格甚廉。而分量則夥。設保存於倉庫。要占至廣之場所。即必拂多額之倉敷。茲所謂保存要過分之費用之物也。故法律亦看做難供託之物。

右三種物。債務者已爲現實之提供。因債權者不受履行。法律既因物之性質。不許供託。而不另認與供託相等之方法。必難使債務者即免債務。於保護之道。仍嫌未盡。故此等場合。許債務者得裁判所之許可。依明治三十一年六月十五日法律第一五號競賣法第三條以下之規定。競賣其物(動產)而以所得之代價。供託於金庫。亦得免

其債務。民法第四九七條云。『辨濟之目的物。不適於供託。或就其物有滅失或毀損之虞時。辨濟者得裁判所之許可。得競賣之。供託其代價。就其物之保存。要過分之費用時亦同。』

此規定最當。因難於供託之物。就令許其供託。於債務者固爲便利。而於債權者常被損失。反之許爲競賣。以其所得之代價。供託金庫。轉可生相當利息。一方既認與供託原物同一之方法。使得免債務。故於債務者有數多之便利。又一方不但使供託物不生損害。且因此可得利益於債權者。亦厚爲保護也。

(丑) 有反對給付時

例如賣買。賣主欲受買主代價之給付。自己亦須給付或物。買主欲受賣主或物之給付。自己亦須給付代價。日本民法有同時履行之規定。一方不提供。他方即可不履行。茲即就賣買關係證之。賣主因買主未支拂代價。亦可不引渡或物。買主因賣主未引渡或物。亦可不支拂代價。適用同時履行之規定。以雙務契約爲多。然亦不必限於雙務契約。凡有反對給付時。皆適用之。故如遺言雖非爲契約。然使依遺言以財產幾分

之幾。給付與某。某亦以金錢若干給付。是亦爲反對給付。即可適用同時履行之規定。故有反對給付之場合。一方提供給付。因他方不受領。至爲供託。則他方欲受領供託物時。必先以反對給付物與之方可。此與普通之債權者。以無條件直得受取供託物者有別。就米之賣買言之。賣主供託其賣却之米時。則買主欲受取某米。必以給付代價爲條件。買主供託其應拂之代價時。則賣主欲受取其代價。必以給付米爲條件。申言之。買主非給付代價。則不能爲供託米之受取。賣主非給付米。則不能爲供託代價之受取。民法第四九八條規定之云。『於債務者對於債權者之給付方當爲辨濟之場合。債權者非爲其給付。則不得受取供託物。』

第二 賠償

賠償者。即因不履行之損害之填補也。例如甲與乙約。送付米百石。至期甲不給付米。由相場變更之結果。乙可因之生其損害。甲爲乙填補其損害。即賠償也。

(一) 賠償之場合

賠償之場合。即不履行之場合也。民法第四一五條規定之云。『債務者不從其債務

之本旨爲履行時。債權者得請求其損害之賠償。因當歸債務者之責之事由。至於不能履行時亦同。』不履行之範圍極廣。全部不履行。可勿論矣。即一部之履行。或遲延之履行。均爲不履行。因其爲與債務內容不合之履行。即不完全履行。皆廣義之不履行也。故不履行。可大別爲二。(一)全不履行。(二)不完全履行。一部及遲延。皆包含之。要之以上二種之不履行。可統括於法文上所謂不爲從債務之本旨之履行中。

又法文上所謂因可歸債務者之責之事由。至於不能履行者。亦一不履行也。例如債務者應以家屋引渡於債權者。於未引渡之間。當以善良之管理者保存其家屋。乃因不注意。致家屋毀壞。遂至不能引渡。此即有可歸債務者之責之事由。法律上仍看做不履行也。法律家有二格言。一曰法不責不能。一曰債務因履行之不能而消滅。此二語必於因天災地異。至於不能履行時。方得適用。如前例則因過失而致目的物之消滅。非真不能也。乃不履行也。故單論其結果。雖同爲履行之不能。而推其不能之原因。一則由債務者之不意。即過失所致。一則出於不可抗力。其責任亦因之不同。所謂可歸債務者之責之事由者。與過失常同其範圍。然亦不限於過失。蓋有時由債

務者之行爲者。如相續人。不知被相續人之權利義務。或代理人不知本人之權利義務。因而不履行債務。其行爲固非爲過失。僅爲錯誤。而其爲可歸債務者之責之事由。則均也。

如上所述。因天災地異而至履行之不能者。固不得認爲債務者之過失。似不至生賠償之問題。然有時雖因天災地異。分爲可歸債務者之責之事由者。即遲滯後。因災異而消滅其目的物是也。例如約定某日引渡或物。債務者至期不履行。遂以債務之目的物。置於已物之中。乃由天災之結果。目的物消滅。不拘其因不可抗力之事變。仍使債務者負其責任。因果能如期履行。斷不至招目的物消滅之結果也。

然債務者能證明。即不遲滯其目的物。仍不免歸於消滅時。則亦可免其責任。例如債務者住家與債權者住家相隣。同罹火災而燒失時。則債務之目的物。縱早爲引渡。離債務者住家。而置於債權者住家。終不免燒失。自有此證明後。債權者即不得向債務者爲損害賠償之請求也。以上爲動產之例。於未爲遲滯前。單由債務者證明其由天災而消滅。即可不負責任。在爲遲滯之後。僅證明其由天災而消滅。猶爲未足。必再證

明目的物即歸入債權者之手。亦歸消滅。方得免賠償。反之在不動產之引渡。不拘其在遲滯之後。因不動產不能爲實質上之移轉。單證明其由天災而消滅。即可不負責任也。

債權者於此。又能對於債務者舉反對證據。則債務者仍須負其責任。就動產言之。謂早受引渡。不置於自己住宅。或存於倉庫。或存於友人家。斷不至罹天災而消滅。則關於其動產之損失。必由債務者負擔之。又就不動產言之。原則上遲滯與不遲滯無關係。然債權者謂於適當時期受取。直引渡於第三者。縱遭天災。亦歸第三者之損失。已與債權者無關。今回遲滯而使債權者蒙其損害。故必由債務者賠償之也。要之此等之證據。屬於事實問題。法律上概不爲之規定也。

右關於賠償之規定。於債權者不受履行。使債務者生其損害時。亦得適用否乎。余對於此問題。以可適用爲解釋。蓋法律認債權者有受履行之義務。以上苟不受履行。不問其原因。若何皆爲不盡義務。受履行之義務。實屬財產上義務。自亦爲債務之一種。單自此點觀之。其時債權者卻立於債務者之地位。然則因不履行其債務。使相手方

生損害當然任賠償之責因而應同受第四一五號之適用。此從其規定上之精神上而見之者也。（民法原義債權總則第五二八頁至五二九頁參照）

(二) 賠償之範圍

(甲) 原則

原則上凡因債務不履行所生損害之全部皆要賠償。但不履行與損害之間必有原因結果之關係。否則不必賠償。然世之學者有以爲直接所生之損害要賠償。而間接所生之損害不必賠償者。此大誤也。假令其損害雖爲間接。苟有原因結果之關係。其賠償出於理之當然。例如甲乙丙三人。甲爲賣主。乙爲買主。其賣買契約中言明一定期日引渡貨物。商人間素重信用。乙以爲至期必能引渡。遂以其物轉售於丙。甲至期不履行。乙對於丙亦遂不能履行。是乙之不能履行實甲有以致之。「其損害雖全爲間接。然畢竟因甲不履行而生。甲當然要賠償之何者。以其有原因結果之關係也。」反之如債權者本罹重病。因債務者之不履行債務。大爲心痛。病勢因之危篤。馴至死去。是亦間接之損害。不能使債務者賠償。何則。使債權者當時絕無病體。必不生此結

果故此損害。非祇因不履行所生。乃合疾病與不履行之二者而生。不得全歸咎於債務者。則以其原因結果之關係。有不完全者在也。

(乙) 例外

(子) 因特別事情而生之損害

日本民法。凡因特別事情所生之損害。苟當事者豫見其事情。又可豫見者。債權者得請求其賠償。例如值隣國交戰之際。甲乙二人結約。使乙於某日供給米若干石。乙至期違約。以普通言之。甲因乙不履行之結果。其損害乙當賠償。然因戰爭之故。米價騰貴。其所損較鉅。此即所謂因特別事情而生之損害也。苟當履行之場合。而隣國已交戰。是已豫知其米價之必增。即未交戰。而已有不能不戰之勢。是謂可豫見其事情。則其所增之價。固不能不賠償之也。又如甲與乙結約。以商品賣渡於乙。乙又與丙結約。即以甲所賣得之商品。轉賣於丙。並附有違約金之約。假如商品之值。不過千金。而其違約金亦千金。甲至期不履行。苟不豫知其有違約金之事。止當賠償其商品千金之償。不必代乙賠償違約金也。然使甲已知乙有違約金之約。或已由乙告知欲與丙

結違約金之約。則乙丙間之有違約金。甲已可揣度而知。故甲不履行時。不特商品應爲賠償。即乙對丙所付之違約金。亦當由甲賠償也。民法第四一六條云。『損害賠償之請求。以使爲因債務不履行而通常可生損害之賠償。爲其目的。』第二項云。『雖因特別事情而生之損害。當事者豫見其事情。又得豫見時。債權者得請求其賠償。』關於右之規定。各國法律多採用之者。余謂自立法論言之。則無取焉。蓋不論損害之爲通常爲非常及當事者之豫見與不豫見。苟因不履行之不法行爲所生之損害。皆當賠償之。夫使債務者賠償不豫見之損害。似失之酷。然債權者自己毫無過失。因債務者之過失。而使其負擔損害之全部或一部。則於保護無過失之債權者之道。或有未盡也。(民法要義債權第六〇至六一頁參照)

(丑) 債權者有過失時

債務之不履行。出於債權者之過失時。得免除其所生損害賠償之全部或一部。此因損害雖由債務者之不履行。而其不履行。乃債權者之過失所致。其責任不當全歸債務者。例如甲於所有土地上。使乙建築家屋。限以某月某日完成。乃因甲不速行交出

土地。至建築完成。不能如期。此似爲乙之不履行。而實在因甲不速引土地之結果。其過失在債權者。而不在債務者。故其所生之損害。當由甲負擔也。但債權者之過失。與債務者之過失。共成不履行之原因時。債務者有賠償之責。因不待言。債權者亦不得不負擔其一部分。如前之例。雖因債權者不引渡土地所致。然使債務者自引渡之日始。晝夜工作。尙可如期完成。則債務者不能不與債權者分任其責也。第四一八條云。『關於債務之不履行。債權者有過失時。裁判所就賠償之責任及定其金額斟酌之。』

(寅) 金錢債務

(乾) 原則

原則上金錢債務賠償之範圍。即付利息是也。債務者對於定期之債務。於應履行之時。而不履行。或雖未定期。已受債權者之催告。而怠於支拂。皆當任損害賠償之責。其賠償則以利息爲原則。而定利率之方法。不可不依法定。法定利率。民法上爲五分。商法上則爲六分。然有時當事間有約定者。則以約定利率與法定利率比較之。視其孰爲輕重。約定利率較法定利率輕時。則依法定利率。較法定利率重時。則依約定利率。

且其給付利息。不必債權者實有損害。即債權者未被損害。債務者亦當賠償。極端言之。債務者可證明債權者未受損害時。其賠償仍不能免也。

關於金錢債務之賠償。債務者不能以不可抗力為抗辯。例如因債務者所居之地有戰爭之事。交通斷絕。不能辨濟其債務。此在普通之債務。可免不履行之責任。而金錢債務。則不得以不可抗力為口實。而不付利息。其理由有二。

第一 自正面言之。金錢之為物。無論在何人之手。必可生利息。如存儲銀行買受公債等是也。反面言之。借受金錢。必付利息。即吾人有金錢上之需要。而向他人借入。必支拂一定之利息是也。故就債權者言。如無不可抗力。必得受其履行。其所受之金錢。應收相當利息。反之。因不可抗力。至於不受履行。或不免因金錢之需要。至於向人借入。致負多少利息。又就債務者言。為有金錢時。履行則無可生利息。不履行。則可生利息。如故為無金錢時。至履行則不向人借金錢。尙當付擔利息。不履行則可免此負擔。故因不可抗力不履行之結果。法律上看。做債權者一方。失其相當之利益。一方又生意外之負擔。為回復其利益。或免却其負擔。認有可受利息之權利。不要損害之證。

明同時雖認債務者無過失。然必使負支拂利息之義務。不得以不可抗力爲抗辯。縱有時債權者證明自己無受損害。而法律因其不得受履行必無利益。即可看做損害。使對於債務者受利息之支拂。又有時債務者謂債權者受履行後。亦置金錢於箱篋內。不能生息。即不受履行。亦無損害。然法律對於債務者。姑不與辨債權者損害之有無。但向債權者應支拂之金錢。其因不履行而生利息者。是謂不當利得。須使對於應得此利益者（即債權者）爲利息之支拂。即不然。債務者無金錢可存銀行生息。然因不履行可不必向他人借入。即免此利息之負擔。此又應使對於債權者爲同等之負擔也。

第二 金錢與普通商品不同。商品可爲特定物。則因其特定商品所生之損害。易於計算。至金錢則無特別目標（符號）因不履行所生幾多之損害。亦難證明。是不外以通常可生之利息。爲其賠償額之推定。例如甲乙丙三人。甲與乙約某日以商品付給。乙與丙約亦同。設甲對於乙不履行。即乙對於丙亦不得履行。使丙因之受重大損害。乙須爲賠償。同時甲對於乙亦應負同一責任。反之爲金錢債務。甲雖不履行。乙可

先向銀行借貸。以付丙。其對於銀行所支拂之利息。可歸甲爲負擔。然甲負擔之範圍。亦以此爲限耳。即令金錢爲何人之物。可以證明。如乙對於丙以甲所給付之金錢。履行債務。設至期甲不履行。因金錢雖可限定。而其效用則同。故乙以甲所給付之金錢。與丙。與以非甲所給付之金錢。與丙。在丙固無所不可。則乙應另爲借貸。向丙履行。因借金所生之利息。自必要求甲賠償。設因甲對於自己不履行。同時對於丙亦不履行。丙或因特別之理由。生重大之損害。則乙對之固應爲相當賠償。而甲就乙對於丙爲特別之賠償。則可不負其責任。因金錢與他之債務不同。不能因時與場合。確證其如何之損害。其結果僅於通常可生損害之部分。任其賠償之責。即付利息是已。又如甲與乙約。以某種值千金之商品。於某日給付乙。與丙約亦如之。設甲不履行。即乙亦不能履行。以其爲特定商品。因無他物可充之者也。反之甲於某日以金千元給付乙。乙以所受取之千元。於同日與丙結買物之約。可得五百元之利益。設至期甲不能履行。乙亦不能與丙買受物件。遂失其五百元之利益。乙若以此爲理由。向甲求償。即爲法律所不許。蓋乙雖不受甲之履行。尙可借受他人之金錢。買丙之物品。斷不至生五

百元之損害。但因此應付利息，不妨使甲賠償。除此以外，甲固不負何等之責任也。依第一理由言之，債權者不要爲損害之證明，債務者當然負支拂利息之義務。依第二理由言之，債權者亦但可受債務者所付之利息，而無特別賠償之請求權。此實關於金錢債務賠償之原則也。茲尙有當注意者，所謂約定利率者，一見似專爲依契約所定之利息，實則此約定之約字，當以最廣義解釋，不專指契約，凡以遺言其他法律行爲所定者，皆爲約定。假如當事者約定利率爲一割或二割，雖民法有五分之規定，商法有六分之規定，然債務者固不能不依其所約以支拂之。蓋約定利率，其較法定利率爲輕者，大都出於當事者間之信用及交誼上之感情，債務者期至而不履行，是債務者已有過失，債權者已無所用其情誼，故法律上使之依法定利率也。民法第四一九條云：『以金錢爲目的債務之不履行，其損害賠償之額，依法定利率定之。但約定利率超於法定利率時，依約定利率。』第二項云：『前項之損害賠償，債權者不要爲損害之證明，又債務者不得以不可抗力爲抗辯。』

(坤) 例外

(天) 利息外之損害亦使賠償

債權者苟能證明於利息之外。尚有損害。亦得要求利息外之賠償。但此必限於法律有明文者。其場合頗多。如民法第四四二條第二項第四五九條第二項(準用)第四六五條第一項(準用)第五四五條第二項第三項第六四七條第六五〇條第二項第三項第六六五條(準用)第六六九條第六七一條(準用)第六九一條第七〇一條(準用)第七〇四條第九四〇條第二項第一一一四條第二項(準用)是其例也。所謂準用。以本條大都準用某條之規定也。

(地) 當事者之反對意思

苟當事者結約。以實在所受之損害。爲賠償之標準。法律固無不許之。例如當事者間有豫約。除賠償利息之外。所受損害。仍須一律賠償是也。此與第一例外似同而實異。蓋利率外損害之賠償雖同。而彼限於法律有明文。此出於當事者之自由約束。其不同一。彼之利率。必爲法定利息。而此之利息。可由當事者自由約定。其不同一。

(卯) 當事者之豫定

以上所述皆法律上明有規定者。茲專以當事特定賠償額之場合言之。關於當事者豫定賠償額之効力。有數多之主義。舉其重要者有五。

(乾) 絕對認豫定之効力者。

依此主義。絕對認當事者間之豫定爲有効。苟一旦有不履行之事實。必不可不支拂其所約定之金額。詳言之。債權者實際之損害較約定額少時。或較約定額多時。皆不必問之。甚或債權者不能證明其有損害。亦不可不依約定額以爲賠償也。

(坤) 認一部履行時可減額者。

債務者已履行其一部分。則其所已履行之部分。可以減其豫定賠償之額。例如甲對於乙有供給米百石之義務。豫約若不履行時。當以千元賠償。設債務者至期已付五十石。則可減去五百金之賠償也。

(屯) 豫定止於有推定之効力者。

此以豫定僅爲推定之基礎。與第一主義爲正反對。債務者雖不可不賠償。但債權者實際之損害額較豫定額多時。可請求豫定額之賠償。反之實際之損害較豫定額少

時。則可請求減額。設債權者全無損害。即可不必賠償也。

(蒙) 有最著之不當時許減額者

豫定之賠償額。與實際之損害。過於懸隔時。許其增減。例如豫定額爲千元。而實際損害爲百元。或豫定額爲百元。而實際損害爲千元。裁判官得增減之。其無甚差異者。則應如其定額。

(需) 無損害即無豫定之適用者

此主義不問損害額之多少。但有損害。即當依豫定額賠償之。苟債務者證明債權者未有損害時。即不適用此預定。可以不必賠償。

日本新民法采第一主義。一切不許增減。予以爲最得其當。蓋今日文明諸國無不認契約之自由。但於不害公益秩序之範圍內。無論如何契約裁判官皆不得干涉之。此余之所以贊成第一主義也。茲就第二以下主義而略批評之。第二主義似甚公平。不知損害賠償者。緣因於債務之不履行。而所謂不履行者。不必全部不履行。即一部不履行。亦可謂之不履行。且欲實行此主義。必當事者間豫有減額之契約而後可。當事

者既無減額之豫約。雖履行其一部。自法理上言之。固與全部不履行同也。第三主義。欲以現實之損害爲標準。實則損害之多少。往往不能明確知之者。欲以與普通人同一之裁判官。使之明定損害額之多少。固屬力所不及。即使果能明確知之。必費多少之手續。與當事者豫定時根本之觀念全相背馳。蓋當事者所以設預定額者。所以圖手續之便利。因損害實額不能確知之故。而至於仰裁判官之判決。非當事者之意也。第四主義。所謂最著之不當者。其程度甚不確定。無一定之標準。夫不確定者。法律上所最忌也。第五主義。以無損害即不必適用豫定。然就日本民法。關於贈與。尙可任意結約。若以爲相手方毫無損害。即不必支拂豫定之額。然則贈與之契約。將更爲法律所不許。且假令豫定額爲千元。而所損害爲百元。則此九百元者。亦爲無損害而受之賠償。相差者只百元。而無損害者。即可不必賠償。損害百元者。即當負千元之賠償。是何理也。

當事者請求豫定賠償額之場合。同時得請求債務之履行及契約之解除乎。是極困難之問題也。例如甲乙結引渡商品之契約。約定甲若不履行契約時。當支拂萬元之

賠償。至期甲不履行。乙得請求此一萬元。固不俟言。同時能否再請求引渡商品。此第一問題之例也。又如乙向甲買受不動產。約定其代價於一定時期不支拂時。當賠償一萬元。至期乙不支拂代價。甲得請求賠償萬元。此不待言。同時能否再請求不動產解除賣買之契約。此第二問題之例也。此畢竟以當事者意思解除之。然使當事者之意思。可由事實上推測。則其問題不生。而不然者。常易惹起困難之問題。自羅馬以來。學者同有種種之議論。各國之法律亦不同。日法民法。凡當事者不表示反對意思。則皆不妨同時爲履行或解除之請求。此規定極爲正當。蓋債務之不履行。大都因當事者之遲滯。苟雙方合意。其債務仍可履行。且民法中關於契約之規定。一方請求賠償。一方即可解除契約。因損害賠償而使相手方失解除權。甚無理由也。然有當注意者。當事者有反對意思時。則從其意思。但此意思。不必要明示。即默示亦無不可。凡當事者因不履行而賠償時。有時作爲賠償額之豫定者。有時作爲違約金者。故違約金之性質。不可不說明之。從文字上解釋之。似爲違背約束之金。有類於契約上之刑罰。與損害賠償之性質。頗有區別。似於違約金之外。尙可要求損害賠償。然此與當

事者之意思相反。當事者之豫約。違約金即以之填補損害。非欲於違約金外更以損害請求裁判所判決賠償。日本民法推定違約金爲賠償額之豫定。當事者無反證時。即以違約金爲賠償之費也。但此不過一種推定。苟當事者反對意思時。仍可於違約金之外。請求損害賠償。第四二〇條云：『當事者就債務之不履行。得預定損害賠償之額。於此場合。裁判所不得增減其額。』第二項『賠償額之豫定。不妨履行又解除之請求。』第三項『違約金推定爲賠償額之豫定。』但對於此條。有一例外。即關於金錢貸借。應適用利息制限法第五條是也。條文云：『違返還期限時。雖由負債主對於債主約定差出若干之償金罰金違約金科料等。概看做損害之填補。裁判官思量該債主之事實。所受損害之賠償爲不當時。得爲相當之減少。』是對於不得增減之原則爲一例外也。

(三) 賠償之方法

(甲) 原則

凡損害必以金錢賠償。其意非以損害皆屬金錢。特以金錢爲賠償方法。甚爲便利。蓋

債務之目的物。大半爲財產權。財產上之損害。以金錢賠償。必能填補也。

(乙) 例外

當事者有豫定時。即依當事者之豫定。爲損害賠償。例如當事者豫定將來有損害時。以土地所有權爲賠償。或以服勞務爲賠償。皆依其豫定之意思行之。民法四一七條云。『損害賠償。無別段之意思表示時。以金錢定其額。』當事者豫定之効力。與前述豫定賠償額同。絕對認爲有效。不能任意變更。即第四二一條云。『前條之規定。當事者於豫定以非金錢可充損害賠償之旨之場合準用之。』

(四) 賠償之効果

賠償之効果。即消滅債務者不履行之責任也。然有時債務者爲債權者之代位。蓋損害賠償。大都爲目的物消滅而發生。債權者既受其目的物。(非金錢賠償之場合)及權利價額之全部。(金錢賠償之場合)是其所受之損害。已不啻失而復得。若於此場合。於既得賠償之外。尙可回復其目的物及權利。是債權者受二重之利益。其爲不當利得。明甚。假令無本條之規定。則爲賠償之債務者。必請求其前日所支拂之目的物。

或權利之返還。萬一債權者爲無資力時。得其賠償之後。業已視爲已物。而消費之於消費後。復使重爲返還債權者。旣感不便之苦。債務者亦有損失之虞。故依本條規定。債權者一旦受債務者之賠償。即看做拋棄其目的物及權利。當然由債務者爲之代位。例如甲以物寄託於乙。乙因過失致其物被人竊去。受寄者即應對於寄託者負賠償之責。倘至後日發見贓物。此物即由受寄者取得。不必返還於寄託者。而寄託者亦不得更請求其物也。又如甲爲家主。乙爲借家之差配人。丙爲借主。甲以家屋賃借於丙。而以每月之賃金。託乙代取。是甲乙間已成委任之契約。設乙於應代取賃金之時。怠於向丙請求。即爲違背委任之義務。應由乙賠償賃金。若其後丙支拂賃金時。其賃金即由乙取得。不必返還於甲也。倘法律上無明文規定。則必使甲對於乙先返還其賠償之費。然後乙再以所取丙之賃金。返還於甲。手續煩重。法律上爲便利計。使差配人爲家主代位。即可因賠償之結果。而取得借主之支拂金。民法第四二二條云。『債權者因損害賠償。受爲債權之目的物。又權利之價額之全部時。債務者就其物又權利。當然代位債權者。』

第三 對於第三者債權者之權利

(一) 原則

債權者一定之人與一定之人間之關係。換言之。即債權者與債務者之關係。故其効力不及於第三者。是爲原則。例如子對他人負債務時。不得向其父要求債務之履行是也。

(甲) 當事者

以債權關係言之。債權者與債務者。即爲當事者。

(乙) 承繼人

凡承繼權利義務之人。皆爲承繼人。與當事者同視之。承繼人又分爲二。

(子) 包括承繼人

其定義謂併或人財產上之權利義務而承繼其全部又一部也。依此規定。凡對於財產上權利義務。必合併承繼之者。方可爲包括承繼人。如僅承繼其權利。或僅承繼其義務。即不得謂之包括承繼。所謂財產上權利義務者。無論爲物權之權利義務。爲債

權之權利義務。皆包含之。包括承繼人中之最普通者。莫如相續人以家督相續言之。日本之家督相續。限於一人爲之承繼。凡被相續人財產上之權利義務。皆合併承繼之。以遺產相續言之。家族死亡。即由其子承繼其家族之財產。例如甲死亡而有三子。平分其財產。則各承繼三分之一。此不特承繼其財產上之權利。即財產上之義務。亦各承繼其三分之一也。（見家督相續見第九八六條遺產相續見第一千一條）包括承繼人之中。又有所謂包括受遺者。被相續人以遺言表示。讓渡自己之財產全部或一部於他人之意思。是謂遺贈。亦有用包括名義者。其以全財產相贈者。固不待言。即以財產半額爲遺贈者。受遺者讓受其權利之半額。同時亦即讓受其義務之半額。以事實上言之。以全部財產爲遺贈者甚稀。其常有者。莫如一部遺贈。日本爲財產承繼時。常以一部分財產上權利義務。由相續人承繼。而以一部分歸遺者承繼。就身分言之。一以相續人身分。一以受遺者身分。而其合併承繼財產上權利義務則同。故皆可爲包括承繼人。凡財產上無論有債權有債務。均由包括承繼人承繼之。

(丑) 特定承繼人

其定義謂一定之權利。又義務之承繼人也。凡承繼或種權利及義務者。關於其所承繼之權利義務。與被承繼人常爲相等。承繼權利之最普通者。莫如債權讓受人。以其專承繼權利。故爲特定承繼人也。承繼一定義務者。是謂債務引受人。法律雖無特別規定。然亦非絕對禁止之。日本民法關於引受債務。亦非無効。例如甲爲債權者。乙爲債務者。而對於甲自願引受乙之債務。任履行之責。甲苟承諾。未始不可爲有効也。惟日本民法既有更改之規定。故無規定之必要而已。（民法原理債權總則三四三頁參照）

但特定承繼義務。必先有他之關係之存在。例如保證人因主債務者不履行之結果。即發生承繼債務者履行之義務。是先有保證關係之存在也。又如連帶關係。甲乙同負千金之債務。雖各負五百金。實則各負有千金之債務。設甲不履行。乙則承繼甲而負千金之債務。是先有連帶關係之存在也。關於保證人及連帶債務者。其爲特定承繼人否。頗有議論。但或於範圍內亦得爲特定承繼人。

特定承繼人。或專承繼權利。或專承繼義務。然有時因承繼權利。而亦附隨承繼義務。

者。例如賣買關係。賣主將權利移轉。有時併存於其權利上之義務。亦移轉之。是買主因承繼其權利。而并承繼其義務。然與包括承繼不同者。包括承繼人所承繼之權利義務。雖爲合併。而原因未必同一。而特定承繼之因承繼人權利附隨承繼義務者。則必出於同一之原因也。

(丙) 第三者

第三者謂非當事者非承繼人而當事者承繼人以外之人也。換言之。當事者即債權者與債務者。除此之外。皆爲第三者。債權原則上惟當事者間有其効力。然承繼人自其繼承權利義務之方面言之。與當事者立於同一之地位。故承繼有時與當事者同一資格。有時仍爲第三者。例如甲爲債權者。乙爲甲務者。其間有種種契約之關係。甲以其契約中一部分之債權。讓渡於丙。是丙爲甲之債權讓受人。就一部分之契約言之。丙爲甲之承繼人。與乙同爲當事者。然此部分之外。其他部分之契約。惟甲乙可爲當事者。而丙仍爲第三者。甲乙間之關係。對於丙不生効力也。

(二) 例外

(甲) 債權者之効力不及於承繼人之場合

依原則言之。債權之効力。可以及於承繼人。然有不相及之場合。即權利義務專屬於債權者或債務者一身之時也。例如甲與乙結約。與以終身受甲扶養之債權。是乙即爲甲之債權者。然甲之意思。專爲扶養乙之一身。不能以此權利移轉於其相續人。及其他之承繼人。此就權利專屬於債權者之一身言之也。如上之例。自甲之方面言之。亦即爲甲之義務。設甲死亡。甲之相續人。其他承繼人。對於乙即無扶養之義務。此就義務專屬於債務者之一身言之也。日本民法惟關於贈與有明文規定。即第五二條云。『以定期給付爲目的之贈與。因贈與者又受贈者之死亡。失其効力。』除本條外。別無明文。然皆與贈與爲同一之結果。或謂雇傭契約。其効力亦不及於承繼人。例如勞務者爲人使用。此專屬於使用者一身之權利。設使用者死亡。使用者之相續人。即不能承繼此權利。反面言之。亦即爲專屬於勞務者一身之義務。設勞務者死亡。絕不能使其相續人代服務。此自理論上言之。固爲專屬於一身之權利義務。然所以不及於承繼人之原因。非盡由於專屬一身之結果。乃因目的消滅而爲目的之

不能。蓋使用者死亡。使用之事項。因之消滅。勞務者死亡。供使用之勞力。亦因之消滅也。

(乙) 債權之効力及于第三者之場合

(一) 間接訴權

間接訴權者。債權者代其債務者行權利之權利也。換言之。債權者爲保全自己之債權。對於第三者行使其權利也。例如甲爲乙之債權者。乙爲甲之債務者。而乙又爲丙之債權者。丙又爲乙之債務者。甲對於乙有千元債權。乙對於丙亦有千元債權。倘乙對於甲不履行債務時。甲可代乙行使債權。使丙以千元還付于乙。復使乙以丙所返還之千元。辨濟其債務。蓋甲對於丙無直接債權債務之關係。而其性質。又與強制執行之權利爲同一。故曰間接訴權。民法第四二三條云。『債權者爲保全自己之債權。得行屬於其債務者之權利。但專屬於債務者一身之權利。不在此限。』第二項云。『債務者其債權之期限不到來時間。非依裁判上之代位。不得行前條之權利。但保存行爲。不在此限。』

其條件有四。

(乾) 間接訴權之條件

(天) 保全債權者權利之目的

以金錢債務言之。如上例甲使丙以千元返乙。又使乙以丙返還之千金。辨濟其債務。是甲即以保全己之權利爲目的。又以商品債務言之。例如甲與乙約以某日給付或種商品。而乙與丙亦有給付商品之約。設乙不履行。甲可差押丙所應交付于乙之商品而使乙爲辨濟。亦以保全己之權利爲目的。此目的即爲間接訴權必要之條件。反之不能保全其債權之權利者。即不能爲間接訴權。例如甲對於乙有債權。丙對於乙有建築家屋義務。乙對於丙有給付報酬義務。設乙不履行其債務。甲代乙行使對於丙之債權。使丙爲建築之事。是甲徒代乙任報酬之債務。而于己之債權。終不能保全也。

(地) 不專屬債務者一身之權利

如爲專屬於債務者一身之權利。債權者即不得代行之。例如丙對於乙有終身扶養之權利。而乙對於甲負債務時。乙雖不履行。甲不能使乙以扶養丙之權利。移轉于己。

何則。自甲之方面言之。於保全自己權利上。固甚便利。而丙因失其權利之故。將有餓死之憂也。又如甲對於乙有債權。而丙對於乙有服勞務之義務。設甲因乙不履行之故。而使丙以對於乙所服之義務。對於已履行。此不特專屬於乙一身之權利。甲不能代之行使。且亦未必能保全其債權之權利。與第一條件亦不相合也。

(元) 對於第三者之權利

債權者所行使之權利。必爲對於第三者之權利。反是者即不能爲間接訴權。例如乙對於甲有債務。甲因乙不履行。欲于其土地上建築家屋。賃借與人。而收其賃金。以爲抵償。此雖足保全己之債權。然非對於第三者行使其權利。故不得爲間接訴權。

(黃) 裁判上之代位

此非必要之條件。如有辨濟期間之債權。欲于辨濟期前行使其權利。始適用之。所謂裁判上之代位者。即請求裁判所許可其代債務者行使權利也。非訟事件手續法第七二條云。『債權者于自己之債權期限前。非行債務者之權利。不能保全其債權。又爲保全之有生困難之虞時。得申請裁判所上之代位。』但關於保存行爲。即在辨濟

期前亦不必請求裁判上代位。例如債務者所有之債權將因時效而消滅，則債權者可代債務者對於其債務者催告履行，以中斷之。雖在辨濟期前，亦不必請求裁判上代位。其理由（一）僅請求保存己之債權，爲有利無害之行爲。（二）請求裁判上代位手續甚爲繁重，輾轉費時，將有遲延不及之憂也。

（坤） 間接訴權之効力

關於間接訴權之効力，學者之說不一。余謂凡因間接訴權之結果，其所得利益必歸于債務者財產之中。例如甲對於乙有千元債權，丙對於乙有千元債務，甲因乙不履行，而行使間接訴權，必使丙以千元返還于乙，由乙返還于己。此時甲所得之利益，即屬丙之財產也。

于以上之場合，甲有時不必行使間接訴權，但行使差押，亦可保全債權之權利。惟差押必裁判所判決確定後始可執行，且請求差押手續煩重，而行使間接訴權，則較差押尤爲便利。關於此，有反對之說，謂依間接訴權而行使權利，設丙還乙千元，而乙不返還于甲，仍不能達保全權利之目的。苟甲欲使乙返還，除用腕力之外，殆無方法，不

知乙對於甲果有債務之關係。乙不履行。甲必對之起訴。是乙徒受差押之強制執行而終歸于敗訴也。且甲要求乙之履行。乙苟在無金錢時亦未必有濟。今既由代乙向丙行使間接訴訟權在乙以爲可藉此以了自己之債務。斷無不欲返還之理。況乙果不辨濟。則甲可請求執達吏代爲差押。不必再費訴訟之手續。設其債務非金錢而爲商品。則差押之後可依競賣而得其代價。其行使權利尤爲便利。反對之說固無甚理由也。

差押與間接訴訟權差異之點。差押於辨濟期間前不能行使。間接訴訟權則于辨濟期前亦可行使。此其不同也。

(丑) 取消訴訟權

其定義謂債權者有取消債務者可害債權者（詐害行爲）之權利行爲之法律也。例如甲對於乙有萬金之債務。而其財產權僅五千元。已屬不足給付。而反以千金贈與于丙。此即有害債權者權利之法律行爲。債權者即有取消訴訟權。所謂可害債權者權利之法律行爲。亦曰詐害行爲。蓋此種行爲。屬于惡意者爲多。蓋羅馬法認取消訴訟

權爲不法行爲之一。佛蘭西法其他之外國法及日本舊民法亦規定之。但舊民法不曰取消訴權。而曰廢罷訴權。蓋恐與普通之取消權相混。學者間亦有有用之者。（詐害行爲亦日本舊民法用語例）云訴權者。以其非一人私有之權利。必請求于裁判所。而後有此權利也。

（乾） 取消訴權之條件

（天） 害債權者之行爲

所謂害債權者之行爲者。如上舉萬金債務。僅有五千金資產之例。其爲害債權者行爲。固不待言。然即使債務亦有現實資產。而將來有不足辨濟之虞時。亦可行使取消訴權。例如甲亦有萬金資。而以二千金贈與于丙。此其債權債務。僅可相當。一經贈與。即與債權者之權利有害。仍可行使取消訴權。然此猶曰無償行爲也。即有償行爲。亦同。例如債務者之財產。適與其債務相當。而以值五千金之不動產。賣渡于人。僅得代價三千金。亦屬有害債權者之行爲。仍可行使取消訴權。然猶曰賣買之代價。不相當也。即使其代價相若。亦將得行使取消權。蓋就價格言之。雖無損害。然不動產難於變

更而金錢易于消費。恐債務者因易不動產爲金錢之故。而濫消費之。與債權者仍有損害之虞也。

(地) 債務者之惡意。

明知其法律行爲。可以害債權者而爲之。是即惡意。如以上各例。債務者明知己之資產。不足辨濟債務。而故爲贈與。明知其賣渡價格之減損。而故爲賣買。明知金錢之易消費。而故賣渡其不動產。皆惡意也。推債務者之意。必以爲資產終非已有。而故意處分。使債權者無可行使其權利。或明知財產不足辨濟。而故爲贈與。與賣買。使他人受其利益。而債權者受其損害也。

(元) 受益者又轉得者之惡意。

受益者謂因詐害行爲而可受利益之人。如前贈與及賣買之例。買主及受贈者皆可爲受益者。普通言之。受益者大都爲相手方。故各國法律。皆以受益者爲相手方。然受益者有時不必爲相手方。故日本民法不曰相手方。而曰「因其行爲而受利益者」。例如甲乙丙三人。甲與乙約。使乙以其財產中之千金。贈與于丙。是甲之相手方爲乙。而

自受利益之方面言之。則非乙而丙也。又如相續拋棄。有時亦可爲詐害行爲。設債務者本無金錢。可償債務。而有可相續之財產。適足與其債務相抵。債務者知相續之無實益。遂請求裁判所拋棄其相續。而以其弟爲相續。是債權者之相手方。爲債務者。而其受益者則爲債務者之弟。相手方與受益者。亦不必同一資格也。

轉益者。謂因受益者轉得其利益也。例如甲與乙結契約。取得乙之所有權。乙得所有權之後。又以之讓渡於丙。則現受利益者。非乙而丙也。非取消丙之行爲。不能達保全債權之目的。

對於受益者轉得者行使取消訴訟權。必以受益者轉得者之惡意爲一要件。受益者轉得者欲免取消訴訟權之行使。必不可無反證。否則裁判上但有此事實。即以惡意推定之。余謂此條件極爲正當。倘無此條件。債權者對於受益者轉得者。可任意行使其權利。受益者轉得者受人贈與之後。或已消費之。或轉贈與于人。是因無過失而負賠償之責任于受益者轉得者。未免不利。但受益者轉得者欲免債權者之行使取消訴訟權。不可無反證之證據。而債權者固不必舉出證據也。關於此點。日本與各國之法律。

大異其主義。各國法律。必債權者證明受益者轉得者之惡意。然後可行使其權利。且分法律行爲有二。(一)有償行爲。(二)無償行爲。有償行爲之可取消。古來之所認。然必要債權者之證明。無償行爲。羅馬法及法蘭西法系諸國。皆以惡意之條件爲不必要。雖善意亦可行使取消訴權。余謂自立法論言之。日本所採之主義。較爲正當。蓋此爲斟酌實際之狀態而規定者。實際上受益者轉得者之爲惡意與否。甚難證明。且取消訴權行使之時。大抵知受益者轉得者之惡意。惟一時不能證明其事實。法律爲保護債權者計。不必證明受益者轉得者之惡意。而受益者轉得者却不可不爲善惡之證明。是爲實際上便利之問題。但債權者不必提出證據。苟受益者轉得者實爲善意。而無可證明時。即不免損害其權利。且債權者有濫行使取消訴權之恐也。

關於此有疑之問題。即受益者與轉得者必雙方皆爲惡意。然後能行使取消訴權乎。抑僅一方有惡意。即可行使取消訴權乎。可分爲二場合。

(1) 初取得者爲惡意而轉得者爲善意之場合。於此場合。對於第一次取得者。可以行使取消訴權。但不得取戾其財產。蓋轉得者既爲善意。即不能侵其權利。債務者雖

不可不負返還之義務。然事實上其物既歸于轉得者。不能取還。止任損害賠償之責而已。苟第一次取得者十分有資力時。債權者或可不被損害。若爲無資力者。雖不至毫無賠償。然欲十分滿足。到底不可望也。

(2) 轉得者爲惡意而初取得者爲善意之場合。此場合甚稀。不過一種之想像。依漢華索那氏民法草案註釋。於此場合。不能行使取消訴權。羅馬法佛蘭西法亦同。依民法第四二四條但書之規定。第一取得者及轉得者。但有一方有善意時。不能取消其法律行爲也。

(黃) 財產上之之行爲

取消訴權。可爲保護財產權上之債權而認。若爲身分上行爲。即不能提起取消訴權。如上相續拋棄之例。必爲遺產相續。倘爲家督相續。即不得干涉之。又如隱居。有時亦可傷債權者權利。然以其爲身分上行爲。故對之不能提起取消訴權。

(字) 裁判上之請求

以上四者。爲實質上之條件。此則爲形式上要件。蓋取消訴權。直接間接。可影響于第

三者使無裁判之請求。而可取消。設債權與債務者通謀。故意爲詐害行爲。以欺第三者。而裁判復許其取消之。于第三者大不利益。故必由裁判所調查之。察其是否詐欺。抑于以上之條件。有無具備。故以上第四條件之外。不可不有此要件也。民法第四二四條云。『債權者得以債務者爲知害其債權者而爲之法律行爲之取消。請求于裁判所。但因其行爲而受利益者。與轉得者。其行爲與轉得之當時。不知可害債權者之事實時。不在此限。』第二項云。『前項之規定。不以財產權爲目的之法律行爲。不適用之。』

(坤) 取消訴權之効力

原則上不遡及既往。其被取消之行爲。依民法第一二一條之規定。看做自始即未成立。此取消訴權。對於債權債務者及債務者之相手方。皆有効力。蓋取消者之行爲。自債權視之。已爲自初無効。故債務者賣却(或贈與)之財產。視爲尙存在者。而自債務者觀之。其法律行爲。依然成立。故其結果。債務者與其相手方間已成立之行爲。債務者對於其相手方。不可不履行。例如甲爲債權者。乙爲債務者。乙以其資產贈與于丙。

甲以乙之贈與爲有損于己之債權。得取還其贈與之目的。然丙對於乙。則仍可要求其債務之履行。詳言之。以贈與而言。得請求其目的物之返還。以賣買而言。得請求代價之償還也。夫法律行爲。惟當事者間有其効力。是爲本則。而債務者與其相手方之行爲被取消後。尙有効力。此對於原則爲一大例外。是亦有理由存焉。蓋取消訴訟權。爲債權者之利益。苟于債權者之利益無損。何必毀他人已成立之行爲。換言之。即不能因謀債權者之利益。而損害第三者之利益也。如上例甲已取回乙贈與于丙之目的物。是已可保全己之權利。至乙丙間之贈與行爲。不妨存在也。以上爲普通原則。當然所生之結果。故法律不別規定之。而有可爲疑問者。行使取消權之後。僅與原告之債權者有利益乎。抑他之債權者。亦得與以利益乎。有左之三說。

(天) 僅原告有効力。

依此說取消訴訟權。僅爲行取消者之利益。蓋以取消權爲法律與或債權者之特權。債權者不行使之。是自棄其權利。故債務者贈與于第三者之物。惟行取消之債權者。得受其返還。而決不能充他之債權者之辨濟。

(地) 僅有取消權者有効力。

此則不特行取消者有効力也。凡因其法律行爲被害之債權者。皆得請求取消。所云有取消權者何。蓋爲可以取消之法律行爲之當時之債權者。皆爲取消權者。反之爲可以取消之法行爲之後之債權者。皆非有取消權者。即不得因右之取消而受其利益。其理由以可取消之法律行爲成立時。爲債權者皆受其害。故甲之債權者。可以取消。乙之債權者。亦可取消。甲偶行使取消權。無獨浴其利益之理。凡同有取消權者。不可不與以利益。如因甲提起訴訟之故。而僅甲獨得其利益。民法上固不認有此優先權也。至在于可以取消之法律行爲以後。所生之債權者。是明知債務者之無資力。而甘受其不利益。故法律上不使有効力也。

(元) 總債權者皆有効力。

依此說。凡先取得債權者。及後之取得債權者。皆有同等之權利。蓋取消訴權之主義。在於警告債務者。使不得爲侵害債權者之行爲。有侵害之者。可因取消權而回復其原狀。例如債務者有萬金。各債權者本可同享其利益。因有侵害債權者之行爲。而

或債權者取消之。苟僅行使取消訴權一人。得受其利益。而他之債權者。反因之損失。是即不能達取消訴權之目的。此說較爲正當。日本民法即採用之。第四二五條云。『依前條之規定。而爲之取消。爲總債權者之利益。生其効力。』

(屯) 取消訴權之消滅

取消訴權。亦一種之財產權。故財產權普通之消滅原因。皆適用之。而其最着者拋棄是也。債權者拋棄取消權之後。即不得再行使其取消權。與普通財產權之拋棄同。故法律不別爲規定。惟取消權因時効而消滅之場合。則有特別規定。第四二六條云。『第四二四條之取消權。債權者自覺知取消之原因時。一年間不行之時。因時効而消滅。自行爲之時。經過二十年者亦同。』

所謂覺知取消之原因者。(一)知有債務者之法律行爲。(二)知其法律行爲。侵害己之債權。(三)知有可取消之條件。知此三者而不取消。則因時効而消滅。但取消訴權之効。所以較一般時効短促者。有二理由。

(第一)因取消訴權而被取消之行爲。視爲自初無効。利害關係人。必受重大之不利。

益蓋取消他人之行爲。在法理上爲非常之例外。基于公益之必要故。不得已而設此規定。如隔數十年之久。而尙可行使此權利。則必不能保取引之安全。

(第二)取消訴權。惟債務者及法律行爲之相手方。共有惡意時。乃許其行使。然其爲善意。爲惡意。頗難證明。況至數十年之後。其爲善意惡意。證據大半湮滅。更難證明其原因。故各國法律。對於此種權利。皆有特別短期時效之規定。此日本民法所以設二年時効之精神也。

然有當注意者。關於取消訴權之訴訟行爲。皆于民事訴訟法中定之。不適用民法。詳民事訴訟法第五一條第二項第四七四條第四八三條。

第三款 多數當事者之債權

其定義謂于一債務有二人以上之債權者。或二人以上之債務者是也。換言之即債權者債務者有數人之場合也。

第一 總則

債權者又債務者有數人之場合。以債權有數人之場合言之。以一人行使全部之權

乎。將以全部之債權者。行使全部之權利乎。抑各自行使其權利乎。反之以債務者有數人之場合。言之。以一人履行全部之義務乎。將以全部之債務者。履行全部之義務乎。抑各自履行其義務乎。各國之慣習不一。然大別有二主義。

(一) 全部主義

債權者債務者有數人之場合。當事者須同時行使其債權。或同時履行其債務。是謂全部主義。然又可細分爲二。就債權之方面言之。有以全部之債權者。共同行使全部之權利。有以一個之債權者。行使全部之權利。就債務之方面言之。有以全部之債務者。共同履行全部之義務。有以一個之債務者。履行全部之義務。所謂一個之債務者。履行全部之義務。即連帶債務。是也。蓋連帶債務。雖對於一人請求。而對於他之債務者。亦生効力。商法中以連帶債務爲本則。即債權者債務者有二人以上時。非一人各別有權利。負其義務。而二人以上共同有其權利。負其義務也。外國法律。採此主義者。是爲英國。日本之舊法亦然。(見明治六年第三四七條布告(亦名訴答文例)第二二三條第二五條又明治八年第六三號布告同)

(二) 分屬主義

債務有數人時。各自分擔其一部。債權者有數人時。則各請求其一部。此本于羅馬法主義。歐洲大陸諸國及日本新民法。皆採用之。規定于第四二七條云。『有數人之債權者。又債務者之場合。無別段之意思表示時。各債權者。又各債務者。以平等之割合。有權利。負義務。』

但債權者或債務者有別段之意思表示時。則仍從其意思。以債權言之。或於債權者之中。擇一人以行使。或但爲債權者以上。無論何人。皆可行使。以債務言之。或于債務者中。擇一人爲履行。或但爲債務者以上。無論何人。皆得履行。故當事者欲結連帶及其他類於連帶之契約。法律上固任其自由也。

分屬之方法。原則上爲平等的。然當事者以別段之意思表示。爲不平等之契約。亦非無効。例如債權者有二人時。甲得三分之一。乙得三分之二。債務者有二人時。甲負三分之一。乙負擔三分之一。雖不平等。其契約仍有効力。又當事者雖無特別意思表示。而以法律之力。使之多得債權。多負債務者。如組合員之權利義務。即應其出資之割

合定之。(第六七四條)債權者不知其割合時。得對於各組合員。就均一部分。行使其權利。(第六七五條)又如遺產相續。嫡出子庶子私生子所得不能均一。庶子及私生子僅受嫡出子相續分之二分之一。例如嫡出子一人。庶子一人。而其相續財產有萬金。嫡出子應得六千六百六十金有餘。庶子僅得三千三百三十金有餘。負擔債務時。亦同。(嫡出子者因正當之婚姻而生者。庶子私生子。謂婚姻以外之原因而生者。已認知者爲庶子。未認知者爲私生子)設當事者無別段意思表示。法律又無規定。則必以平等之割合。分配之。例如債權者債務者有二人時。其權利義務。各爲二分之一。有三人時。各爲三分之一是也。

(附言)新民法施行以前。日本民事訴訟法。已採分屬主義。因而有一疑問。即日本之採分屬主義。自民法始乎。抑始于民事訴訟法乎。然解釋上當以民事訴訟法施行之年爲始。(即明治二十四年)見民事訴訟法第四八條第一項第二項。

第二 不可分債務

(一) 總論

(甲) 定義

不可分債務之定義。謂因性質。又當事者之意思。有不許分割。給付之目的之債務也。依此定義。不可分債務。凡有二種。

(一) 性質上不可分者。例如物之引渡。于引渡之半途而中止者。不得謂之引渡。家屋建築亦然。建築家屋之半。不得謂之建築。以地役權言之。如汲水權。不汲水則已。不能云有二分之一之汲水權。此言其性質上不可分者。及之以所有權移轉爲目的者。則多爲可分。蓋物雖僅一。而所有權則可分。即共有是也。如以家屋所有權爲共有。則各有其半。況舊民法所謂定量物。大都可以分割。如金錢債務。可定若干次返還。米穀亦然。百石之米。可分二次給付。此種有形上之所有權。固無不可分者。(債權總則第四〇九頁)

(二) 因當事者之意思不可分者。此雖其性質上本爲可分。而當事者有不許分割之意思。則亦爲不可分。如金錢本可分割。苟當事者欲以全額一時支拂。亦爲不可分債務。

(乙) 僅于多數當事者之場合適用 此有二場合。

(一) 債權者多數之場合
(二) 債務者多數之場合

不可分債務。僅當事者有多數之場合適用之。蓋普通可分割之債務。就債權者言之。可對於債務者請求其一部之權利。就債務者言之。可對於債權者履行其一部之義務。若不可分債務。則債權者當爲全部之請求。債務者當爲全部之履行。故當事者止一人時。則無不可分之問題也。何則。當事者僅有一人之場合。以全部請求。全部履行爲多。以債權言之。今日請求其一部。明日又請求其一部。債務者亦惡其煩瑣而拒絕之。反之。債務者日履行其一部。債權者亦必不堪其擾。故無不可分之問題。然仍有區別。其爲可分之債務。苟有當事者之同意。仍可爲一部履行。或請求。若不可分之債務。雖有相手方之合意。亦不能爲一部之履行。或請求也。但因當事者意思之不可分。大都爲當事者之利益。苟當事者自願拋棄其利益。固未始不可也。

(丙) 不可分債務之効力 凡有三主義。

(子) 共同請求共同履行主義

依此主義。債權者非全員合同。不得爲履行之請求。債務者非對於債權者一同履行。不可謂有效之履行是也。

(丑) 由各債權者得請求履行于全員或對於各債務者請求由

全員履行之主義

依此主義。多數債權者中之一人。亦可爲履行之請求。但不得請求專對於自己履行。當請求對債權者全員爲履行。例如甲乙爲債權者。丙爲債務者。丙對於甲乙。當引渡家屋。爲不可分之債務。甲請求丙履行時。不得請求以家屋引渡于己。當請求以此家屋引渡于己及乙也。據同一理由。自債務者爲履行時。必不可不對於債權者之全員。例如乙丙爲債務者。甲爲債權者。甲請求履行時。當對於乙丙。不能單對於乙或丙也。獨逸法採用之。

(寅) 得各自爲全部之請求又履行之主義

依此主義。各債權者得爲總債權者請求履行。例如甲乙爲債權者。丙爲債務者。甲可

代表總債權者。向乙請求對於自己爲全部之履行。反之。債務者得爲總債權者。對於各債權者爲履行。例如甲爲債權者。乙丙爲債務者。乙可對於甲履行其債務之全部。此主義爲法國意大利瑞西等國之所認。日本舊民法新民法均採用之。即第四二八條云『債權之目的。于其性質上又因當事者之意思表示。爲不可分之場合。而有數人之債權者時。各債權者得爲總債權者請求履行。又債務者得爲總債權者對於各債權者而爲履行。』余謂日本民法採第三主義。于理論上最爲穩當。且于實際上亦便宜。蓋不可分債務之用語。于理論上極不正確。凡爲債務。無不可分者。其有不可分者。非債務之不可分。而債務之目的之不可分也。以此爲前提。取第一第二主義而批評之。第一主義以全部之債權。爲債權者全員合同而有者。故債權者全員。不可不合同求其履行。又合同受之。此似非無理由。然各債權者非待他之債權者之協同。不能一人請求。則債權者中有一人不欲請求時。他之債權者。必不能獨爲請求。結局將有因互相妨害而不能請求者。其保護債權者。極不完全。反之債務者。必協同而爲履行。實際上亦有多少之不便也。第二主義與第一主義有同一之結果。因他債權者怠于

自己權利之行使。使無怠慢之債權者。不得受其履行。亦甚無理由也。第三主義。債務者一人。可以履行全部。而債權者對於一債務者。亦可請求其履行。其爲便利。蓋無容疑。或曰。一人之債權者。請求履行。苟受履行之後。直消費之。他之債權者。將有迷惑之虞。然使各債權者無怠慢。以受其履行。必無如斯之弊。其有怠慢之債權者。因怠慢而生多少之危險。亦不必保護之也。（民法債權總則第四一五至第四一八頁參照）

(二) 債權者多數之場合

(甲) 原則

日本民法關於債權者多數之場合。原則上。採各自得爲全部請求。又履行之主義。即第三主義也。第四二八條規定之。（條文見前）

關於債權者多數之場合。除各債權者得爲總債權者請求債務履行外。其債權者與債權者之間。即無他之關係。故各債權者之行爲。及關於各債權者所生之事項。對於他之債權者。即不生効力。是爲原則。民法第四二九條第二項云。『此他不可分債權者一人之行爲。又就其所生一人所生之事項。對於他之債權者。不生其効力。』

(乙) 例外

民法第四二九條第一項云。『不可分債權者之一人。與其債務者之間。雖有更改。又免除之場合。他之債權者。得請求債務全部之履行。但要以其一人之債權者。若不失其權利。則可分與之利益。償還于債務者。』關於此例外。本條有明文者二。其無明文者三。分別說明之。

(子) 更改

更改者。以新債務代舊債務也。例如甲乙爲債權者。丙爲債務者。對於甲乙有引渡家屋之債務。設甲與丙爲更改契約。使丙履行時以千元給付。是甲丙間引渡家屋之舊債務消滅。而千金給付之新債務發生也。然丙對於乙其前之債權債務關係。仍有効力。故丙仍應以全部家屋引渡于乙。特因甲已得千金之故。乙不可不以甲應得一部分家屋之代價。還付于丙。蓋債權之權利。可分而其目的物(家屋)不可分。故丙不能不引渡其全部。惟乙不能因甲之更改。而得意外之利益。故必以甲可得半部之代價。還付于丙。假如其家屋值二千金。乙以千金還丙。即可取得此家屋也。

(丑) 免除

免除者債權之拋棄也。債權者有數人之場合。其中一人拋棄己之權利。然其所拋棄者。僅其一人之權利而已。他之數人。其債權依然存在。仍可行使其權利。然以目的不可分之故。他之債權者。仍可請求債權之全部。惟不能因一人之拋棄。致他之債權者。有不當之利得。故當以其應得之部分之代價。返還于債務者。

本條但書規定之理由。試舉例以明之。假如有甲乙丙三人。爲債權者。有三千金之不可分之債務。甲雖一人更改或免除。然乙丙二人之權利。仍然存在。債務者即不可不對於乙丙履行全部。設受此履行者爲乙。則受取之後。不能不分配其利益于甲及丙。然因甲更改免除之故。丙可與其分配。甲即不得與其分配。苟使甲之部分。由乙取得。是不當利得也。設法律無明文時。乙仍當分配于甲。由甲更返還于債務者。然如此奚啻手續之煩雜而已。且易生不公平之結果。設乙于未分配于甲以前。而已爲無資力者。甲即不得與其分配。即使乙果分配于甲。苟甲于未返還于債務者以前。已爲無資力。則債務者又必蒙其損害。故直由乙返還于債務者。所以避煩雜與不公平之弊也。

(債權總則第四二〇至第四二三頁參照補入)

(寅) 相殺

以上爲法律有明文者。自相殺以下。法律無有規定。相殺者何。例如甲對於丙有千金債權。丙對於甲亦有千金債權。即互相殺而不履行是也。然有當注意者。不可分債務之相殺。必以目的同一爲限。設一方爲金錢債務。一方爲引渡家屋債務。即不能相殺。性質上不可分之債務。不能適用相殺。故適用相殺者。以因當事者意思不可分之債務爲多。如千金債務。限于一時拂込之類是也。但不得因相殺而破壞不可分之債務。蓋普通所謂相殺。不必價額相等。例如甲負乙千金。乙負甲二千金。仍可相殺。其半。然不可分債務則否。例如丙對於甲乙有二千金債務。約必同時履行。即爲不可分債務。雖甲對於丙有千金債務。亦不能相殺。何則。苟如是而可相殺。則丙他日止再給付千金。即可免其債務。不啻一部之履行。于不可分之債務之性質相反。即于當事者之意思不合。故適用相殺。必其相殺之額。與不可分債務之額相等。或較多時。例如丙對於甲乙有千金之不可分債務。甲對於丙亦有千金債務。是爲價額同等。可以相殺。或甲

對於丙有二千金債務。則較不可分債務之額稍高。亦可相殺。但此千金爲甲乙二人所共有。甲必以乙應得部分之利益返還于乙。即甲對於乙應給付五百金是也。以上所舉之例。爲甲對於丙自爲請求。而甲對於丙適有債務時。始可適用相殺。設甲對於丙未有債務。而第二債權者（即乙）對於丙有債務時。甲雖請求履行。丙亦得執相殺以爲對抗。日本舊民法有此規定。而新民法無之。故甲受請求之後。仍當履行全部債務。然後由丙向乙請求債務之返還。不能通用相殺。

(卯) 混同

例如丙爲債務者。對於甲乙有不可分債務。甲爲丙之承繼人。或丙爲甲之承繼人。即爲混同。此混同之結果。甲之債權。雖因消滅。然乙之債權。固依然存在。因目的不可分之故。乙仍可請求全部之履行。惟受履行之後。當以其利益之一部返還于甲。或丙。民法上關於此無有規定。蓋債權者與債務者之二資格。歸于一人。不至有經二人之手之煩雜。又不至有生危險及不公平之虞。故更改免除有明文。而混同無規定也。然有以此爲民法之缺點者。

(辰) 時效

時效爲對於權利而設。故經過時效。其全部權利。即當消滅。然有時二人共有之權利。甲之權利消滅。而乙之權利存在者。則以有時効中斷與停止之故。設甲之權利。已因時效而消滅。乙之權利。因時效中斷或停止而存在。苟其目的爲不可分。則乙仍可要求全部之履行。即債務者不能不以全部返還于乙。似屬不公平之結果。現行民法。無有規定。是其缺點。余謂甲之權利。已因時效而消滅。乙受全部履行之後。應以甲所應得一部分之代價。返于債務者。與免除。即不然。債務者亦可對於甲援用時效。求其部分之償還。新民法所以不規定者。時效雖爲債務消滅之原因。可受利益者。苟非援用之。即不生効力故也。(債權總則第四三二及第四三三三頁參照)

(三) 債務者多數之場合

(甲) 原則

債務者多數之場合。原則上準用連帶之規定。後當于連帶債務中詳之。但各自爲全部履行之主義。亦適用之。債務者中之一人。亦可爲全部之履行也。

(乙) 例外

關於債務者間相互之關係。則適用不可分債務之規定。即第四一九條之規定也。(條文見上)于此場合。不適連帶債務之規定。例如甲爲債權者。乙丙爲債務者。其債務目的爲不可分。甲對於乙爲更改或免除契約。其債權因之消滅。復向丙請求履行時。丙不能不履行債務之全部。但甲當以乙所負擔之一部。返還于丙是也。第四三〇條云。『于數人負擔不可分債務之場合。準用關於前條之規定。及連帶債務之規定。但第四三四條至第四四〇條之規定。不在此限。』

(四) 共通規定

債務之目的。有初爲不可分。而至後日變爲可分者。今想像其場合。頗少其例。僅有一種事實。可舉以爲例者。即債務變爲損害賠償之場合是也。例如有引渡物之債務。因可歸責于債務者之行爲。致目的物消滅時。債務者對於債權者。當任損害賠償。是以不可分之債務。而變爲可分金錢債務也。但關於場合。必爲債務者全體之過失。如期間到來之債務而不履行。其目的物因天災而滅失者。是即各債務者之怠慢。當任賠

償之責。反之二人以上之債務。其債務之目的物。因一之債務者之過失。至有消滅時。應由有過失之債務者。負全部賠償之責。他之債務者。不必任其責也。此就債務者多數之場合言之。若債權者多數之場合。因可歸責于債務者之行爲。致目的物滅失時。亦可適用此規定。于此場合。債權者可各爲其一部之請求。即民法第四三一條云。『不可分債務。變爲可分債務時。各債權者僅就自己之部分。得請求履行。又各債務者。僅就其負擔部分。任履行之責。』

第三 連帶債務

(一) 總論

(甲) 債權者間之連帶

連帶本分爲二種。(一)債務者間之連帶。(二)債權者間之連帶。此種區別。自羅馬法以來。即有之。各國立法例。大都有此區別。日本民法。于債權者間之連帶。無何等之規定。僅認有債務者間之連帶而已。各國雖有債權連帶之規定。而效力則各不相同。不能合而言之共通之點。換言之。一個債權者。兼有多數債權者資格。行使債權者之權利。

也。此在羅馬時代。適用頗爲頻煩。至今日則行使者殆稀。其理由。因羅馬法不認代理制度。一人不能兼有數個資格。實際上頗覺不便。故不得不用連帶之方法。至于近世各國。皆認代理之自由。不感債權連帶之必要。例如二人以上之債權。其他各債權者。欲行使其權利。可以一個之債權者。爲其代理人。實際上毫無不便。反之債權連帶。反與債權者以不利益之結果。何則。債權者中一人之行爲。因連帶之故。往往可以拘束他之債權者。其不便實甚。且連帶債權。尙有種種之効力。例如多數債權中之一人。與債務者爲更改契約。其全部債權。因之消滅。此在各債權者與以若是之權限。猶之可也。設因法律上認連帶債權之結果。因一個債權之更改。致他之債權者。喪失其權利。甚爲危險。則人必無結連帶契約者。歐洲基于沿革之理由。故有債權連帶之規定。然事實上亦以連帶債務爲多。日本關於連帶債權。絕少其例。故法律上無認之必要。但當事者願結債權連帶契約。法律亦不禁止之也。

(乙) 連帶債務之定義

曰債權者。得看做債務者之一人。如唯一之債務者也。例如二個以上之債務。債權者

得以一個之債務視之是也。連帶債務之効力。因各國而不同。專以日本之連帶効力爲定義。似近于排斥各國連帶之制度。茲所下定義。則爲共通的。律以各國連帶制度。固無不符合也。

與連帶類似而不同者。即全部義務是也。全部義務者。例如甲乙二人。僅有一個之債務。不論爲甲爲乙。但有一人履行。他之一人。即得免除其責任。又如商業之主人。使用數多之丁稚（小使）其丁稚因不法行爲。加損害于第三者。主人之當負擔賠償責任。不待言。丁稚屬於番頭監督之下。因番頭監督之不周至。故番頭與主人負同一之責任。于此場合。但有一方賠償損害之全部。他之一方。即得免其責任。又如主人平素命其車夫監督其家之犬。因車夫怠于保管之責任。致其犬加他人以損害時。被害者可對於車夫又主人求損害之賠償。于此場合。無論爲主人或車夫。但有一人履行全部之義務。其義務即因之消滅。不得受一人賠償之後。復向他之一人請求賠償。何則。其原因雖爲二人以上之不法行爲。而實際僅生一個之損害。故一人爲履行他之一人。即得免義務也。（債權總則四四五至四四六頁參照）民法中關於全部義務之例。不

勝枚舉。如四四條一項、二五八條、七一四條、七一五條、七一八條、七六〇條一項、九八九條等可以參照。

(丙) 連帶之原因

大別爲二。

(一) 法律行爲

連帶之原因。以基于契約爲多。然亦有因遺言定之者。例如甲爲遺言以其遺產贈與于乙丙。使乙丙代償丁之債務。即因遺言發生連帶債務之關係也。

(二) 法定連帶

因法律之規定。而生連帶之關係者。如民法四四條二項、七一九條九一三條二項、商法六三條一三六條一四六條二項、二一六條二七三條二九九條三三九條又刑法四七條是也。

(二) 連帶之効力

(甲) 債權者與債務者之關係

(子)視一人之債務者爲唯一之債務者。

(乾)全額請求之原則

依此原則。一之債權者。可對於一之債務者。請求債務之全額。蓋債務者雖在二人以上。而自債權者視之。僅爲一個之債務者。故當債權者請求時。債務者不能以與多數債務者共爲履行爲拒絕。即債務者爲此言。債權者可不承認之。此言債權者可對於債務者之一人爲請求也。然有當注意者。(一)債權者對於總債務者之請求。不妨同時爲之。例如有甲乙丙三債務者。債權者同時對於三人。皆可請求全額。非對於甲請求之後。不能再對於乙而請求也。此三人之中。有一人履行債務全額時。債權者即不能再向他之二人爲請求。故絕無不公平之結果。(二)債權者對於總債務者之請求。不妨順次爲之。例如甲乙丙三債務者。債權者始向甲請求全額。甲未履行。或僅履行一部。債權者可復向乙請求。乙未履行。或僅履行一部。債權者又可向丙請求也。

債權者對於債務者。請求全額。乃債權者之權利。非債權者之義務。故債權者僅請求一部之履行。亦法律之所許。蓋連帶債務。除特別場合外。大抵以平均負擔者爲多。往

往有請求全額履行。不如各請求一部履行之便者。前舉定義。謂債權者得看做債務者之一人。如唯一之債務者。所謂「得」者。即以此爲債權者權利之意。苟債權者不看做唯一之債務者。於法律上固無不可也。夫依連帶債務之關係。債權者可對於債務者之一人。請求其全部。依普通債務之關係。債務者有數人時。可各自請求其一部。此在債務者皆不能無故拒絕。反是者則債務者可拒絕而不履行。例如債務者甲乙丙三人。其對於債權者之真正關係。爲三千金之債務。依連帶債務。債權者無論對於甲或乙或丙。皆可請求三千金之全部。三人不能拒絕之。又依普通債務。債權者對於甲乙丙各請求一千金。債務者亦不能拒絕。（此係第四二七條之總則）反之三人負擔三千金債務。而債權者請求千五百金。則債務者可以拒絕而不履行。蓋既非行使連帶債務之權利。又反乎普通債務平等割合之原則也。但債權者有一部分消滅時。仍可請求。例如債務爲三千金。其千五百金。已因他之原因而消滅。則請求其千五百金。仍爲請求全額。債務者不得拒絕之。即民法第四〇三二條云。『數人負擔連帶債務時。債權者得對於其債務者之一人。又同時或順次對於總債務者。請求全部或一部』

之履行。』

(坤) 破△產△之△場△合△

(天) 辨△濟△前△一△人△破△產△

債權者未受何等之辨濟。而債務者中之一人已受破產之宣告。例如債務者甲乙丙三人。有三千金債務。已受破產之宣告。其財產即為破產財團。於此場合。債權者對於甲為全部之請求。以此三千金債務。加入破產財團之配當。此不待言者。然破產之場合。往往不能得全額之辨濟。假定其僅得半額。即千五百金。尙有殘額千五百金。可對於乙丙為請求。(債權總則第四五二頁)

(地) 一△部△辨△濟△後△一△人△破△產△

債務者之一人已辨濟其債務之一部。而有一人宣告破產。於此場合。可以其殘額向破產財團及他之債務者為請求。如前舉之例。甲先受債權者之請求。任意支拂千五百金。其後乙宣告破產。債權者得對於乙之破產財團。請求千五百金。或對於甲丙亦亦請求。但甲支拂其超過負擔部分。有求償權。則又為別一問題也。各國立法例有反對

之規定。辨濟後一人破產。有不請求殘額。而得請求全額于破產財團者。(參照同上)

(元) 二人以上同時破產

例如甲乙丙三箇之債務者。同時受破產之宣告是也。對破產之宣告。非必同時。而三人之破產。同時成立。亦可爲同時破產。於此場合。頗生錯雜之問題。例如甲先受破產之宣告。其手續之繼續中。乙亦受破產之宣告。此兩人破產手續未終了之時。丙亦受破產之宣告。關於此場合。債權者如何請求之問題。有四主義。

(金) 僅可選一人者

依此主義。債權者於甲乙丙三箇之破產財團中。選其一以請求之。故對於甲之破產財團。已以全額加入配當者。則對於乙丙之破產財團。即不得加入。對於乙之破產財團。已加入者。對於甲而即不得加入。此雖羅馬法所採之主義。而今日歐羅巴多數之法律。日本之新舊民法。皆不採用之。蓋債務者未破產以前。依第四三二條。債權者得對於債務者之一人。又同時或順次對於總債務者。請求其全部。是無論對於債務中之何人。皆有請求之權利也。夫未破產以前。對於各債務者可爲同時或順次請求。豈

有破產以後。反不能同時及順次請求之理。此於今日之法律論。殆無價值也。(債權總則第四五五)

(石)

雖得加入總破產由破產手續先終者之中減殺而計算者

例如甲乙丙三人。有三千圓之連帶債務。三人同時破產。甲之破產手續先終了。債權者先以債權之全部。加入甲之財團之配當。設甲之資力。僅足償債權額之十分之五。則債權者即可受千五百圓之支拂。乙之破產手續次終了。債權者對於乙之破產財團。控除已受甲財團辨濟千五百圓之外。以其殘額千五百圓。向乙之破產財團。加入配當。設乙之資力。僅足辨濟債權額十分之三。債權者得受四百五十圓之支拂。丙之破產手續最後終了。債權者復以其殘額千五百圓。向丙之破產財團請求。設丙之財產。僅足償債權額十分之二。則債權者得受二百十圓之支拂。合之得二千一百六十圓。即債權者應交支拂之總數也。依此主義。必有不公平之結果。其不可採用之理由有二。(一)破產手續終了之有先後。不過偶然之事實。依此主義。往往破產手續先終

了者被損害。而破產手續後終了者得利益。如前之例。假如前之破產手續先終了。其財產當債權額十分之二。以三千金割合計之。丙應辨濟六百圓。以前之二百十圓較之。相差至四百九十圓之多。乙之破產手續次終了。債權者得以其殘額一千四百圓。向乙之破產財團請求。乙之資力。僅足償債權額十分之三。則乙當辨濟七百二十圓。以四百五十圓較之。多二百八十圓。甲之破產手續最後終了。債權者以殘額一千六百八十圓。向甲之破產財團請求。甲之資力。足償十分之五。則應辨濟八百四十圓。以千五百圓較之。少六百六十圓。是雖同時破產。而手續先了者。受其損害。後終了者。得其利益。甚不平等也。(二)自立法論言之。如採用此主義。破產保財人之狡猾者。爲債務者之利益。務必延緩其手續。其弊將至互相觀望。爭爲遲緩。法律上務期破產手續之速了。如是則終不能達其目的。

(絲)

其方法同上。但其殘額應各破產財團所拂之額而返還者。

依如甲乙甲三人連帶債務。爲三千圓。甲之財產。當總債務額十分之五。假定爲千五

百圓。乙之財產。當其總額十分之三。假定爲九百圓。丙之財產。當總額十分之二。假定爲六百圓。其後因破產手續之先後。甲先終了。辨濟千五百圓。乙次終了。辨濟四百五十圓。丙最後終了。辨濟二百十圓（例與前同不贅述）於此場合。除甲本應辨濟五割（千五百圓）外。乙本應辨濟三割（九百圓）者。僅辨濟四百五十圓。丙本應辨濟二割（六百圓）者。僅辨濟二百十圓。以乙所受利益之四百五十圓（由九百圓中控除四百五十圓）丙所受利益之三百九十圓（由六百圓中控除二百十圓）合爲八百四十圓。以之攤還於甲乙丙三人。其攤還之法。甲依一千五百圓之割合。乙依九百圓之割合。丙依六百圓之割合。而計算之。如法國即採用此主義者。ボアソナート氏盛稱其爲良法。夫此主義。意欲矯正第二主義之弊。而實則毫無矯正之實。蓋既依殘額計算。破產手續先終了者。仍不免損失。後終了者。仍可得利益。實際上。已不免故爲遲緩之弊。且自理論上言之。債權者對於各債務者。本有請求全額之權利。絕不能因破產之故。而縮小其請求權之範圍。依此方法。債權者於已受甲支拂千五百圓之後。僅能以殘額千五百圓。向乙之破產。請求。即反乎連帶債務者之性質。何則。債權者對於各

債務者。本可同時或順次各爲金額之請求。因破產之故。而止能請求其已受辨濟之殘額。是因破產而請求權範圍。爲之縮小。於理論上大有不合也。

(竹)

以債權額爲止與債權者有殘額則請求債權之範圍返還于破產財團者

依此主義。債權者受取之額。超過債權額時。其超過部分。不可不返還之。故曰「以債權額爲止與債權者」。例如甲乙丙三人。有三千圓之連帶債務。而同時破產。甲乙之資力。當債權額十分之五。各應辨濟千五百圓。丙資力當債權額十分之三。應辨濟六百圓。(因用前例則無殘餘故另易一例)除償還債權者三千圓之外。尙殘餘六百圓。債權者當以此六百圓。返還於破產財團。於此場合。而對於此六百圓無求償權。甲乙本各負擔千圓。因丙無資力之結果。每人損失五百圓。故對於此六百圓有求償權。即每人可由應辨濟之千五百圓中。控除三百圓。止辨濟千二百圓。結局每人不過二百圓之損失。此主義極爲正當。其債權者與債務者間之關係。可對於各債務者爲全額之請求。(對一甲乙丙各請求二千圓)仍不背于視一人之債務者爲唯一之債務者。

之原則也。至債務者間之關係爲多額之辨濟者。對於其殘額。仍有求償權。既不因破產手續完了之先後。而生不公平之結果。又無故爲遲緩之弊。現今歐羅巴諸國。大都採此主義。日本舊民法採第三主義。而新民法亦採第四主義。即第四百四十一條云。『連帶債務者之全員又其中之數人。受破產之宣告時。債權者就舊債權之全額。得加入各財團之配當。』舊商法破產編關於此亦有規定。即千三十條云。於主債務者之破產。而屆出之債權。雖在協諧契約之場合。對於保證人其他之共同義務者。就其全額。得主張之。又保證人或共同義務者。於主債務者之破產。雖得屆出其償還請求。然當從爲主債務者協諧契約之效果。又第千三十一條云。二人以上之共同義務者爲破產時。於其各義務者之破產。得屆出債權之全額。第二項云。於各自之破產財團間之償還請求權。不得主張之。然債權者受取割前之額。超過合爲主及爲從者債權之總額時。其超過額歸於共同義務者中。對於他之共同義務者。有償還請求權之範圍財團。其說明當讓之破產法。姑譯其條文。以供參攷云。

(良) 關於一人之事項不影響於他

凡連帶債務者。其債權者得視一人之債務者。爲唯一之債務者。前所已言。故受請求之債務者。不得以他債務者所生之事項爲口實而推諉。此爲原則。第四百四十條定之。『除揭于前第六條之事項外。就連帶債務者之一人所生之事項。對於他之債務。不生其効力。』連帶債務者中有一人。其法律行爲無效或取消時。不得以之影響於他人。例如甲乙丙三人爲連帶債務者。對於債權者負三千圓之債務。甲於法律行爲之當時。精神錯亂。因之其行爲不成立。然乙丙不受其影響。故當負擔二千圓之債務也。又如甲爲未成年者。其法律行爲之當時。未得法定代理人之同意。因之得以取消。然乙丙亦不受其影響。當負擔三千圓之債務也。於此有一疑問。甲之行爲。既無效或取消矣。則甲所負擔之部分。可否除去。不使乙丙加其負擔乎。此爲法所不許。以効力不相及也。其所以然。則因債權者得視一人之債務者。爲唯一之債務者故也。第四百三十三條定之。『就連帶債務者之一人。法律行爲無效或取消之原因之存。不因之而妨他債務者之債務之効力。』

(丑) 類於代理之關係

前言以一人之債務者。視爲唯一之債務者。此則言類於代理之關係。觀念相反。各國立法例。有認代理關係者。有不認者。即認之而其程度若何。各不相同。德國民法絕對不認代理。舊民法則絕對認之。（債權擔保編第五十二條第一項）現行民法則採折衷主義。認類于代理之關係者凡六。

（乾） 請求

債權者對於連帶債務者之一人。請求履行時。事實上祇對於一人者請求。而法律上認爲對於總債務者而請求也。第四百三十四條定之。對於『連帶債務者之一人請求履行雖對於他之債務者。亦生其效力。』

凡債務之無期限者。自債權者之請求時。債務者當任遲滯之責。如甲乙丙三人爲連帶債務者。其債權者僅對於甲而爲請求。自甲負遲滯之責時。乙丙亦同負其責也。此一例也。

時效因債權者之請求而中斷。如十年時效。祇差一月。即已完成。迨債權者對於甲而爲請求。則甲之時效中斷。乙丙亦同時中斷。此二例也。

民法要義論此條文之理由曰：依於第四百三十二條債權者對於連帶債務者之一人有請求其債權全部之履行之權利者也。然使對於一人為請求而對於其他則無效，則往往同時對於其各自為請求，此債權者之不利也。故各國之法律大抵皆對於一人之請求而對於其他人亦皆有效。

(坤) 更改

更改後將詳之。要之更改者，以新債務代舊債務也。

法政大學講義云：以新債務代舊債務之契約也。

如本為家屋

引渡之債務，今以三千圓代之是也。例如甲乙丙三人為連帶債務者，甲與債權者為更改，則全部債務皆因之而消滅。第四百三十五條定之：『連帶債務者之一人，與債權者之間為更改時，債權為總債務者之利益而消滅。』例如甲乙丙三人負三千圓之債務，甲與債權者為更改，以不動產所有權代之。於此場合，甲一人負擔新債務，而舊債務則全消滅。

(民法要義言其理由曰：自純理而言，各連帶債務者之債務，各存於別個。假令債權者與其一人為更改，則債權僅為此一人而消滅，他之債務者，仍然尚存也。雖然，法律推測當事者之普通之意思，於此場合，為更改之債務者之意思，及債權者之意思，皆就債權全部為更改。故就舊債權，各債務者自得免其責也。然不得以一人之意思，使

他人負新債務。故前債務雖消滅。因於更改而生之新債務。唯爲更改之債務者負之。他之債務者。共免其義務也。設債權者不欲其一人負擔。則可附之條件。須乙丙亦承諾負擔同一之新債務。然後與爲更改也。

(屯) 相殺

相殺爲何。後當詳言之。即同一當事者之間。皆有債權債務。彼此皆不履行。而消滅其債權債務之關係也。如前甲乙丙連帶負三千圓之債務之例。斯時若甲對於債權者亦有三千圓之債權。則甲可採用相殺。故學者有以相殺爲二次之辨濟者。如甲辨濟三千圓於債權者。而債權者又以三千圓辨濟於甲。是也。使債權者向乙爲請求。則乙可以甲之負擔部分一千圓。與債權者相殺。祇辨濟二千圓。已消滅全部債務。『(按)於此有極當注意者二點。(一)乙雖知甲對於債權者有三千圓之債權。然當債權者之請求時。祇能以甲對債權者之債權一千圓。與甲之連帶債務負擔部分之一千圓相殺也。(二)若甲對於債權者。其債權額祇有千圓。則乙可以其債權全額。與其負擔部分之千圓相殺。』

據此規定。極爲正當。(一)以省手續之繁。不然則乙對於債權者當辨濟三千圓。債權者對於甲又當辨濟三千圓。而乙對於甲。又當求償一千圓。是費三度之手續也。(二)以保公平。使乙對於債權者既爲辨濟。而債權者不對於甲爲辨濟。或債權者雖對於甲爲辨濟。而甲對於乙不爲償還。是皆甚不公平者也。第四百三十六條定之。『連帶債務者之一人。對於債權者。而有債權之場合。其債務者援用相殺時。債權爲總債務者之利益而消滅。』有右之債權之債務者。不援用相殺間。僅就其債務者之負擔部分。他之債務者得援用相殺。』

(蒙) 免除

免除謂債權者免除債務者之債務也。關於連帶債務免除之效力如何。不可不研究。債權者對於連帶債務者之一人。爲免除之意思表示。其結果不僅此債務者。免除負擔之部分。他之債務者。亦被其利益。例如甲乙丙三人連帶而負三千圓之債務。其負擔部分。各一千圓。若債權者對於甲而免除其債務。則對於甲不得復請求。而對於乙丙爲請求時。當控除甲所負擔之部分。祇受二千圓之辨濟也。夫自原則而言。則關於

一人之事項。不影響於他。債權者對於甲爲免除。乙丙無從受其利益。然所以設此例外者。亦所以防不公平之弊及手續之繁也。債權者既免除是之債務。倘復對於乙丙請求全部之履行。則乙丙辨濟後。當對於甲求償還一千圓。而甲又當對於債權者求返還一千圓。其手續固已繁矣。設甲不肯償還。或債權者不肯返還。則釀不公平之結果也。故爲此規定。其精神亦與前條相同。第四三七條定之。『對於連帶債務者之一人。爲債務之免除。則就于其債務者之負擔部分。爲他之債務者之利益。亦生其効力。』

(需) 混同

混同之性質。後當言之。要之即債權者承繼債務者。或債務者承繼債權者。以二資格合於一人之身也。於此當研究者。爲連帶債務者之一人。與債權者之間。有混同時。其連帶債務消滅與否之問題也。例如甲乙丙三人。連帶三千圓之債務。其後甲與債權者混同。則甲之債務。歸于消滅。固不待言。然法律看做甲已辨濟債務。故乙丙之債務。亦因以消滅。而甲對於乙丙。得行使求償權也。法律所以爲此規定者。亦所以避手續之繁及不公平之結果也。使乙丙債務尙不消滅。則甲得以債權者之資格。對於乙丙

爲請求。斯時乙當爲全部之履行。而履行之後。甲又當以其所負擔部分之一千圓。償還於乙。設丙而無資力。則丙之負擔部分。甲乙當分負擔之。於此場合。甲更當以五百圓返還於乙。其手續固已繁矣。使甲不爲償還。則使乙一人獨受其損也。是尤不公。故法律爲此規定。使連帶債務歸於消滅。而甲對於乙丙行使求償權也。第四三八條規定之『連帶債務者之一人。與債權者之間。有混同時。其債務者看做已爲辨濟。』

(訟) 時效

連帶債務。其時效完成之期日。各債務者往往有異。例如甲之債務無期限。附乙之期限爲一年。丙之期限爲二年。則甲當十年。乙當十一年。丙當十二年。然後時效始得完成也。凡時效中斷之原因。除請求外。不能對於總債務者而有效力。如承認是已。甲因承認而時效中斷。乙丙不因之而中斷也。時效停止之原因亦然。例如債權者爲未成年者。甲爲其法定代理人。甲與債權者之間。六月之內。時效停止。乙丙不因之而停止也。故甲乙丙三人中常有一人最先時效完成。而消滅債務。斯時若許債權者對於甲或丙爲全部之請求。則必生不公平之結果。蓋甲乙丙之連帶債務。平均負擔。本各得

三分之一。今乙時效完成。而債權者猶請求全部。則甲丙當各負擔其半也。設丙而無資力。則甲不得不負擔全部。夫甲本無過失。徒以因他之債務者時效完成而躬被損失。若此殊不公矣。況時效者由債權者之怠慢使然。故所生之結果亦當使債權者自受之。是以第四三九條規定云。『連帶債務者之一人。時效完成。則其債務者之負擔部分。他之債務者亦免其義務。』依此規定。則甲對於債權者為辨濟時。得控除如言扣除乙之負擔部分也。

(乙) 債務者間之關係

(子) 求償權之原則

自債權者與債務者之關係以觀。則可以債務者之一人。為唯一之債務者。而自債務者間之關係以觀。則固各有負擔之部分。其分量若何。多以契約定之。有時雖甲乙丙三人連帶負三千圓之債務。而甲獨消費之。則甲獨負擔之。或甲乙共消費之。則亦甲乙共負擔之。然普通以各有負擔為多。特其負擔非必平均。或甲負擔一千五百圓。乙一千圓。丙五百圓。此等契約。皆可自由也。設無特別之約束。則以平等之割合。而各負

擔之一。且甲對債權者辨濟其債務之全部。（民法要義云即使非全部辨濟而其
所辨者多於自己之負擔部分時亦同以下仿此）則對於乙丙得使其各償還所應
負擔之部分。是曰求償權。又甲一人爲出捐時。對於乙丙亦有求償權。出捐者或直
以財產與人。或間接以財產上之利益與人。如甲與債權者爲更改。以讓渡土地所有
權易三千圓之債務。亦出捐也。估價之後。對於乙丙得使償還。相殺亦然。

求償權之範圍。不止元本而已。法定利息亦得求償。民事年五分。商事年六分也。利息
之起算。自辨濟時始。更改相殺亦各自其時始。其他不可避之費用及損害賠償亦皆
得請求。不可避之費用。則如履行之費用是。當應於債務之負擔部分而分擔之也。所
謂損害賠償者。如債權者來請求而無以應。謀于乙丙亦無己以應。不得已而求貸
於人。其利息往往不能依法定而依約定。有一年九分者。凡此可以求償也。又如不求
貸而賣其所有之商品。以其代價爲辨濟。因欲速售之故。所得代價。不如豫期。此亦損
害。可以求償也。第四四三條定之。『連帶債務者之一人。辨濟債務。其他以自己之出
捐。得免共同之責時。對於他之債務者。就其各自之負擔部分。有求償權。』第二項云

『前項之求償包含爲辨濟其他免責之日以後之法定利息及不得避之費用其他損害賠償。

關於求償權有爲固有訴權。謂此爲債務者固有之權利也。有爲代位訴權。謂此乃債權者對於債務者而有之權利。而債務者代於債權者之位。以行使其權利也。如甲乙丙爲連帶債務者。甲不信用乙。乙乃供擔保權。此固有訴權也。如乙對於債權者供擔保時。甲辨濟後。代於債權之位。對於乙行使擔保權。此代位訴權也。又如債權者得乙之公正證書。(有公正證書不必待裁判所之許可而得爲強制執行)其後甲已辨濟。即得代債權者之位。對於乙而行使公正證書之權利也。代位訴權。舊民法於連帶債務中定之。新民法於辨濟中定之。

(丑) 無資力之結果

(乾) 原則

連帶債務者之一人。既爲全部之辨濟。則對於他之債務者。有求償權。如上所述。然使他之債務者中有一人無資力。不能償還時。則必有受其損害者。例如甲乙丙三人。甲

既辨濟。而乙無資力。不能償還。則不能令甲獨任之也。蓋甲之辨濟。爲債務者全體之利益。若有損失。亦當債務者全體負擔之。故乙不能償還之部分。甲與丙當分擔之也。分擔之方法。各應於其負擔部分而分割之。如甲乙丙負三千圓之債務。其負擔部分。各一千圓。則乙無資力之結果。甲丙當各負擔一千五百圓也。然使乙之不能償還。乃由於甲之過失。則不能因甲之過失。而使丙受其損害。例如甲爲辨濟之時。乙尙有資力。乃甲遲遲不爲求償。迨至乙無資力之時。始不得已。而求與丙分擔。則是因甲怠慢之結果。而累及丙也。此於理論爲不合。故於此場合。甲當一人負擔之。第四四四規定之云。『連帶債務者中有乏償還之資力者時。其不能償還之部分。求償者及他之有資力者間。應於其各自之負擔部分而分割之。但求償者有過失時。對於他之債務者。不得請求分擔。』

(坤) 連帶免除之場合

債權者對於連帶債務者中之一人。得免除其連帶。如甲乙丙三債務者。甲得債權者免除其連帶。則對於債權者僅當辨濟自己之負擔部分而已。債權者不能向之請求

爲全部之辨濟也。然使乙無資力不能辨濟。則乙之負擔部分。豈能令丙獨負擔之乎。於是有一主義。一以爲甲與丙分擔之。然甲之連帶既已免除。復令分擔乙不能償還之部分。無理由也。一以爲債權者與丙分擔之。此爲民法所採用者。蓋連帶債務。所以防債務者中有無資力者時。而債權者將受其損害也。故原則所規定。欲寧使各債務者自受其損害。不以累及債權者。今債權者既對於甲而免除其連帶。是不欲其坐受損害也。然又豈能以債權者一人之意思而重丙之負擔。故規定以本甲所當負擔者。還令債權者負擔之也。第四四五條定之。『連帶債務者之一人。得連帶之免除之場。合他之債務者中。有無辨濟之資力者時。債權者就其無資力者不能辨濟之部分。負擔得連帶之免除者當負擔之部分。』此非關於公益之規定。故當事者有反對之意思時。從其意思。例如債權者免除甲之連帶之際。附以條件云。若他日之債務者無資力不能辨濟時。不負擔甲所當負擔之部分。固無不可也。

(三) 連帶之消滅

此之所云。非連帶債務之消滅。乃連帶之消滅也。連帶債務之消滅。與一般債務之消滅。

滅同。可不竝言。今惟論連帶之消滅而已。

(甲) 拋棄

債權者對於連帶債務者免除其連帶也。復分爲二。

(子) 對於一人者

如甲乙丙有連帶債務。債權者對於甲免際其連帶也。

(丑) 全部之拋棄

債權者對於總債務者免除其連帶。是爲全部之拋棄。各債務者各應于其負擔之部分。以爲辨濟。債權者不能復對之請求全部之履行也。設各債務者中有無資力者。亦債權者負擔之。不能累及他之債務者也。

(乙) 擔保之滅滅

例如甲乙丙三人有連帶債務三千圓。甲爲有資力者。乙丙則供擔保于債權者。甲既爲辨濟。則對於乙丙。可以代位訴權。行使擔保之權利。使債權者先已滅滅其擔保。則甲對於乙丙。至于不能受其償還。故于此場合。甲當消滅其連帶關係。對於債權者祇

辨濟其負擔之部分而已。然此爲全部之消滅。雖想像上所應爾。然事實絕鮮。更就事實上舉二例言之。第一乙丙皆供擔保。債權者僅對於乙而拋棄時。則甲與乙之間。消滅連帶關係。而甲與丙之間連帶關係。未嘗消滅也。以甲爲辨濟後。仍可對於丙而行使代位權故也。第二債權者對於乙丙喪失其擔保。而乙丙尙有資力。各能償還其負擔部分之半額於甲。則所餘之半額。債權者當負擔之。以擔保之滅滅。由債權者所致故也。第五〇四條定之『依于第五百條之規定。而有當爲代位者之場合。債權者因於故意又懈怠而喪失或減少其擔保時。當爲代位者。於因於其喪失又減少而至於不能受償還之限度免其責。』

第四 保證債務

(一) 總論

(甲) 定義

謂於他人不履行其債務之場合。而爲其履行之義務也。第四四六條定之『保證人於主債務者不履行其債務之場合。任爲其履行之責。』例如甲爲債權者。乙爲債務

者。乙不履行其債務。丙履行之。則丙謂曰保證人。丙之債務。謂曰保證債務。丙之債務。從於乙之債務者也。故謂乙之債務曰主債務。而謂丙之債務曰從債務。在羅馬法時代。保證債務。凡有三種。(一)陪約謂主債務發生時。保證債務陪之而同時發生也。(二)貸金委任謂保證債務。先主債務而發生者。(三)他債引受謂保證債務後主債務而發生者。以上三種。近日各國立法例。多不認此區別。祇認保證債務。不區別其是否與主債務同時發生及其發生之先後也。日本民法亦然。且貸金委任。非必發生保證。必有爲保證之意思表示。然後保證債務。乃得成立。他債引受。亦非必發生保證。蓋保證債務。必具一定之條件。乃得成立也。

丙爲甲之保證人。而丁又爲丙之保證人。是曰保證人之保證人。舊民法特別規定名曰引受人。然此亦一種之保證債務而已。故新民法不採之。

就定義觀之。則知保證債務之性質。乃從債務。必主債務之不履行。乃爲履行也。分析言之。

(子) 要主債務之存在

例如因錯誤無主債務而有從債務時。則從債務亦不成立。如甲未負乙債。而丙乃爲甲之保證人是也。然於此場合。不得成立保證債務。祇成爲一種之條件附債務而已。民法施行前。有所謂根抵當者。自現行民法觀。與抵當權同。然民法施行前。其適用之區域甚廣。用於信用契約尤多。如甲對於乙。將來於一萬圓以內。爲借貸。甲供擔保。或以丙爲保證人是也。東京控訴院判決例以爲無効。謂保證債務爲從債務。今主債務尙未發生。雖有信用契約。亦歸無効也。此雖關於根抵當之判決例。然自其理論以言。則甲乙之間。債權債務之關係。尙未發生時。雖有信用契約。亦決不認有保證債務矣。然大審院駁之。認爲有效。以爲此各國所皆認者也。特其認之之理由。則各有不同。以余之意。則認爲條件附保證債務。因已有信用契約之存在故也。設債權債務之關係。全未發生。則保證債務之無効。不待言矣。又使信用契約之當事者。爲無能力者。或錯誤時。則無効。而保證債務。亦因以無効。

(丑) 主債務可取消時。從債務亦可取消。

例如主債務者爲未成年者。則其行爲可以取消。而保證債務。亦可因以取消也。詐欺

或強迫之場合亦然。然有宜知者。則主債務雖未取消而已。有可以取消之狀態時。保證債務亦得而取消也。蓋不知是。則保證人將大受損害。自理論上言。保證債務。因主債務之不履行。而負履行之義務。若其主債務而不須履行。保證人固不必任履行之責也。故即使主債務者拋棄其取消權。而保證人固得以取消權對抗於債權者也。且不如是。則債權者易售其奸。或明知主債務者之無能力。或以詐欺。或以強迫。而主債務尙未取消之際。得請求於善意之保證人。則保證人將大被其損害矣。

其時保證人明知主債務有取消之原因。而故爲保證契約時。斯時保證人意思。不出二種。(一)主債務取消與否。尙未可知。使其取消。則已亦免責任。(二)即使主債務取消。已亦負責任。若保證人未明言爲第一意思時。則法律上推定爲第二意思。蓋第一意思。既未明言。則所可知者。惟負保證義務而已。故不得不爲此推定也。然保證債務於主債務已被取消之後。既不復存在。故不能謂爲保證債務。而成爲獨立債務也。右之所言。惟因無能力而得取消之債務。乃適用之。若其取消之原因。爲詐欺。或強迫時。則不能適用此規定。何也。彼主債務者。既因詐欺或強迫之原因。而取消其債務矣。

若保證人尙出而任履行之責。是確保債權者。因詐欺或強迫而取得之債權。也是徒獎勵人之爲詐欺強迫而已。故其契約之目的爲不法。當然無效也。

右之所言第四四九條定之。『保證因無能力而得取消之債務者。保證契約之當時。知其取消之原因時。付於主債務者之不履行。或其債務取消之場合。推定爲負擔有同一之目的之獨立債務。』

(寅) 目的要同一

保證債務之目的。當與主債務同一。由保證債務爲從債務故也。例如主債務之目的物爲金錢。則保證債務之目的物。亦當爲金錢也。使主債務之目的物爲二千圓。而保證債務之目的物爲一千圓。則視爲保證人僅就主債務之一部而爲保證。固有効也。使主債務之目的物爲一千圓。而保證債務之目的物爲二千圓。則反於從債務之性質。然與其作爲無效。不如使之減縮於主債務之限度。使其範圍相等也。第四四八條定之。『保證人之負擔。就債務之目的或體樣。較主債務重時。減縮之於爲主之債務之限度。』

(卯) 體樣之重同之

體樣謂條件附期限附等體樣之重。如無條件之債務。較有條件附者爲重。無期限之債務。較有期限附者爲重。同爲有期限。而期限之長者。較期限短者爲重。是也。保證債務之體樣。若較主債務爲重時。必減縮之使之相等。如保證債務爲無期限。而主債務有期限。保證債務無條件。而主債務有條件時。必使之與主債務同一。不如是則反於保證債務之性質。以保證債務俟主債務之不履行。而負履行之義務。故於主債務不當爲履行之先。無當爲履行之義務也。故依理論言。於上舉之場合。本當以爲無效。但法律以爲凡此場合。大抵因當事者不知法律之故。是以第使之減縮。爲與主債務同等而已。或有以此爲侵債權者之利益者。不知以之爲同等而不以爲無效。正所以保債權者之利益也。

又如主債務之體樣。較保證債務爲重時。則全爲有效。以之爲無形之一部保證。例如保證債務有期限。而主債務無期限。或保證債務期限短。而主債務期限長。皆有效也。

(乙) 原因

(子) 契約

保證債務。因契約而生毫無疑義。其中有因法律之規定而生者。有由於任意者。以次論之。

(乾) 依法律之規定

日本民法。此種規定極少。外國立法例則多有之。然日本民法當有「要供擔保」之語。則保證之事。亦包含其中也。設定質權抵當權。亦在其內。

又有以裁判所之命令。使之供擔保者。民法商法及民事訴訟法皆有此規定。民事訴訟法謂爲「供保證」。然其所謂保證。與民法所謂擔保。同一意義。如民事訴訟法第八十七條。所謂保證即民法所謂供擔保也。觀所云「供託現金或有價證券」可知。此解釋不誤。然保證之事。亦含於其中。故民法所謂擔保。與民事訴訟法所謂保證意義相同。特用語乖異耳。

尙有宜注意者。此非強制規定。乃許債權者得使之爲保證而已。

(坤) 任意

大抵皆自債權者使之爲保證。其出於債務者之意思者甚稀。然不能謂非債務者之任意也。

(丑) 法律上之保證

此種之保證甚少。有以爲無之者。以余之意。則以爲合名會社之社員。及合資會社之無限責任社員。依商法第六十三條之規定。以會社之財產。不能完濟會社之債務時。各社員連帶而任辨濟之責。此與保證之定義甚合。故亦得以之爲保證之一種也。蓋會社與社員。各有人格。會社不能履行債務。則社員負履行之責。自學理上言之。不得不謂爲保證債務耳。然商法既有規定。則不適用民法保證債務之規定。

於此有當附論者。所謂保證。乃保證人與債權者之關係。非保證人與主債務者之關係也。第二之關係。多爲不當利得及委任之關係。所謂委任。民法第六四三條定之。當事者之一方。以爲法律行爲委託於相手方也。主債務者委任保證人。使對於債權者爲保證。與第六四三條之定義相當也。使主債務者未嘗委任。而保證人自進而爲保證時。即生不當利得之關係。

(丙) 資格

以債務者之任意而立保證人時。則無保證人資格問題。然於債務者有立保證人之義務之場合。則其保證人有一定之資格。但債務者非立保證人不可之規定。日本民法無之。惟有立保證人之義務之規定。二者不可混同也。如債務者與債權者約。當立保證。此即債務者當負義務也。此種保證人之資格。有三要件。

(子) 能力

此條件甚正當。蓋無能力者之法律行爲。可以取消。苟非有此規定。則其保證行爲。於受取消之場合。與不爲保證同也。故未成年者。禁治產者。準禁治產者。妻皆不得爲保證人。然苟其得法定代理人或保佐人或夫之同意而爲保證時。其保證契約。與有能力者所爲。同爲有效。以有法定代理人或保佐人或夫之許可。足以補足之故也。

(丑) 資力

保證人之財產。足以辨濟其主債務之金額之謂。此條件亦甚重。蓋保證債務。於主債務者不爲履行之場合。要爲辨濟。故不可不具此條件也。

(寅) 住所

保證人之住所。要於債務履行地之近傍或相去不遠之地。以債權者於主債務者不爲辨濟時。須對之請求故也。法文以爲於管轄債務履行地之控訴院之管轄內。有住所或定假住所。日本全國控訴院凡七。東京大阪函館廣島名古屋宮城長崎是也。何以須於控訴院管轄之地有住所。蓋以日本採三級制。其事之重大者。至控訴院爲第一審。而事之輕小者。至控訴院爲終審。然事之經大審院者甚稀。多至控訴院而止。故爲此規定也。保證人非具此資格。不可似甚不使。然不感其不便者。以有假住所之制故也。假住所者。本非住所而看做住所也。例如債務履行地爲東京。而保證人之住所。乃在大阪。於是假東京友人之家爲假住所。無不可也。

以上說明保證人之資格。然此三種資格。皆隨時有變更。如有能力者變爲無能力者。於保證債務。無所影響。蓋苟其行爲當事。爲有能力。後雖變爲無能力。其行爲固不失爲有效也。(民法要義云保證義務既生之後。假令保證人變爲無能力。其義務不能消滅。不可不得其法定代理人或保佐人或夫之同意而爲辨濟。又法定代理人。可代

無能力者而爲辨濟也。故債權者無請求更代保證人之必要。若資力住所之變更。則常及影響於債權者。故債權者得對於主債務者。請求變更保證人也。資力變更之場合。如保證人初有充分之資力。其後忽至於無資力。住所之變更。如初居東京。繼遷於大阪。皆失其保證人之資格者也。然住所變更。而設有假住所時。仍於保證人無所影響。

上之所述。若保證人爲債權者所指名。其保證人之資格。雖有變更。債務者亦無更換之義務。蓋保證人爲債權者所指名。則其具上之三要件與否。債務者初不必問。從而日後資格之有變更。亦與債務者無關係也。

以上第四五〇條定之。『債務者於負立保證人之義務之場合。其保證人要具備左之條件者。』(一)能力者。(二)有辨濟之資力。(三)於管轄債務履行地之控訴院之管轄內有住所或定假住所。『保證人至於缺前項第二號或第三號之條件時。債權者得請求以具備前項之條件者代之。』前二項之規定。債權者指名保證人之場合。不適用之。

債務者有立保證人之義務。而不能得具備前條之條件之人時。可供其他之擔保以代之。第四五一條所定也。保證人若甚有信用。則較之他之擔保。自爲確實。然通常之場合。終以擔保爲穩。蓋保證人之資格。或有喪失。而抵當權質權等。則無是也。故於債務者不能立保證人時。則使供擔保以代之。第四五一條云。『債務者不能立具備前條之條件之保證人時。得供他之擔保以代之。』

(二) 保證之效力

(甲) 債權者與保證人之關係

債權者與保證人之關係。爲真正之保證關係。

(子) 後訴之利益

謂使債權者須先對於主債務者爲請求也。更分言之。

(乾) 原則

凡債權者對保證人請求時。保證人得主張使之先對於主債務者爲催告。第四五二條本文定之。『債權者請求債務之履行於保證人時。保證人得請求先爲催告於主

債務者之旨。』

關於此有三主義。

(天) 使強制執行之後請求於保證人

此主義謂保證人得使債權者對於債務者爲強制執行。不得乃代爲履行也。日本民法未定之前。採此主義。明治八年第一〇二號布告。金穀貸借請保證人辨償規則第一條第二條第六年第一九五號布告第一條第二條（六年第一九五號之布告因八年第一〇二號之布告而見廢然第一條第二條尙仍之也）德意志瑞西民法亦採此主義。

(地) 亦可直請求於保證人

此主義行則後訴之利益歸於有名無實。蓋依此主義。則債權者可直對於保證人爲請求故也。佛蘭西民法是否采此主義。學者間有議論。以余之意。則以爲采此主義也。伊大利西班牙亦然。

(元) 使先請求於主債務者

此主義與第一主義不同之點。在於不必俟諸強制執行之後。與第二主義不同之點。在於要先對於主債務者爲請求。日本新民法舊民法（舊民法擔保編第一八條一項規定之）壞大利民法皆採之。或謂法國民法亦采此主義者誤也。

(坤) 例外

(天) 破產之場合

主債務者破產之場合。其財產歸於破產財團。一切債務均由破產管財人依破產手續以爲辨濟。不能先對於某種債務而爲辨濟也。斯時債權者雖欲爲請求。而法律不許其履行。故不必先對於主債務者爲請求。得直請求人保證人之辨濟。斯時無後訴之利益也。

(地) 行方不明之場合

於主債務者行方不明之場合。無以對之爲請求。故得直對於保證人爲請求。斯時亦無後訴之利益。

(元) 連帶之場合

連帶保證有二種。(一)主債務者與保證人之連帶。(二)保證人間之連帶。第二種自保證人之方面以觀。誠爲連帶。然以其債務仍爲保證債務。故不失後訴之利益。至於第一種。則失後訴之利益。以此場合。其二人間既如連帶債務者。而連帶債務。無後訴之利益。故此亦失其後訴之利益也。

第一、第二之例外。第四五二條但書定之。『但主債務者受破產之宣告。或不知其行方時。不在此限。』

第三之例外。第四五四條定之。『保證人與主債務者連帶。而負擔債務時。不有定於前二條之權利。』

(丑) 檢索之利益

求先就主債務者之財產受辨濟之權利也。如保證人遇債權者之請求時。對之請求其先向主債務者受其辨濟。以主債務者尙有資力。且執行容易故也。此與後訴之利益不同。後訴之利益。止請求債權者先向主債務者爲請求。而檢索之利益。則以爲主債務者尙有資力。且執行容易。故使之先對之而受辨濟也。故行使後訴之利益以後。

尙得行使檢索之利益。

其要件有二。

(天)

主債務者有資力

蓋立法者之意思。以爲債務者之所以要保證者。不過慮主債務者之無資力。而然設其尙有資力時。無使保證人履行之必要故也。但於此所謂有資力者。指全部之資力而言。非言一部資力。一部之資力。法律上看做無資力。蓋債權者無受一部分履行之義務故也。

(地)

執行容易

凡金錢債務。皆容易執行。以他之物爲目的之債務。則其執行有難有易。例如主債務者於履行地近傍有不動產。即容易執行之例。於此場合。債權者對之爲差押。及爲其他之手續。如競賣等。皆甚易也。又如記名之公債證書。或記名株券等。亦爲容易執行。蓋公債證書及記名株券。雖如動產。易爲流轉。然此二者。於公債原簿。或株主原簿。皆有記載。苟差押之。亦甚易也。又如無記名之公債證書。及無名株券。置於一定之場

所。主債務者不能自由處分時。亦爲容易執行者。所謂一定之場所。如供託所是。又如預金於銀行。若爲定期預金。則亦容易執行者。

至於難於執行之財產。例如係爭財產。主債務者以爲自己之財產。而第三者又同時主張。相爭不決。未知何屬。故難於執行也。又如主債務者於其財產上設定質權於人。則亦爲難於執行。以須先向質權者爲辨濟故也。第四五三條定之。『債權者雖以前條之規定。爲催告於債務者後。保證人證明主債務者有辨濟之資力。且執行容易時。債權者要先就於主債務者之財產爲執行。』

(坤) 例外

所謂例外者。雖具備上之二條件。亦不得行檢索之利益也。連帶之場合是已。而此所謂連帶。指主債務者與保證人之連帶。第四三四條定之。(條文見前)

破產之場合。所以不爲例外者。以破產後其財產皆爲難於執行故也。但債權者若對於主債務者有特別之擔保。(如質權抵當權等)其價值足以辨濟債權之總額。則仍可行檢索之利益。蓋債權者之債權。既甚安穩。無奪保證人檢索之利益之理由故也。

行方不明之場合。所以不爲例外者。蓋主債務者之行方雖不明。而對於其財產。仍可執行故也。

(寅) 分別之利益

保證人有二人以上之場合。主張應於其頭數。可僅辨濟其一部之旨之權利也。例如保證人有二人時。則各辨濟全額之半。有三人時。則各辨濟全額三分之一也。

(乾) 原則

第四五六條定之。『於有數人之保證人之場合。其保證人雖以各別之行爲。而負擔債務時。亦得適用第四百二十七條之規定。』於保證人有二人以上時。其二人以同一行爲負擔。勿論。即以各別之行爲負擔之時。亦得適用第四二七條之規定。蓋民法原則。采分屬主義。故於保證人二人以上。爲同一行爲時。無規定。所規定者。惟因於各別之行爲。而負擔債務之場合耳。蓋於此場合。若無明文規定。則易生疑慮。例如甲今日約爲保證。乙明日又約爲保證。於此苟無規定。則甲或付就全部爲保證。乙或付就一部爲保證。此不合法理者也。故規定其適用第四二七條。各以平等之割合。有權利。

負義務也。蓋立法者之意思，以爲既有二人以上，則無不采分屬主義之理由也。然此條非公益規定，故於特別之意思表示時，從其意思。

(坤) 例外

即於連帶之場合也。前言連帶之場合有二：(一)主債務者與保證人之連帶。(二)保證人間之連帶。此之例外，二種連帶皆包含在內也。蓋保證人間之連帶，依於連帶關係，債權者得以其一人爲惟一之債務者，故不能有分別之利益。此不待言。即主債務者與保證人之連帶，亦不能有分別之利益也。如主債務者爲一人，而保證人有二人，主債務者與保證人固有連帶關係，而保證人相互之間，亦有連帶關係也。設保證人甲與主債務者爲連帶保證人，乙亦與主債務者爲連帶，則甲乙之間，當然生連帶關係。債權者得以其一人爲唯一之債務者也。第四五八條定之。『主債務者與保證人連帶而負擔債務之場合，適用第四百三十四條乃至第四百四十條之規定。』

(卯) 於主債務與保證債務之相互及之影響

(乾) 主債務及於保證債務之影響

主債務無效。則保證債務亦無效。主債務取消之場合亦然。于此不再述。僅付于下三項言之。

(天) 請求

債權者對主債務者請求時。對於保證人亦生效力。看做保證人亦受請求也。如連帶債務者有一人受請求時。對於他之債務者亦生效力也。自普通債務言。債務者自受請求時。任遲滯之責。故對於主債務者為請求時。保證人亦同時任遲滯之責也。因請求而時效中斷。保證人亦受其影響。

(地) 時效中斷

時效中斷。總則既言之。主債務者時效中斷時。保證人亦同時中斷。請求差押承認等。各場合皆然。第四五七條一項定之。『對於主債務者履行之請求。其他時效之中斷。對於保證人亦生其効力。』

(元) 相殺

保證人逢債權者之請求時。得以自己之債權主張相殺。不俟言。即以主債務者之債

權。亦得主張相殺也。第四五七條第二項定之「保證人得依于主債務者之債權以相殺而對抗于債權者」

(坤) 保△證△債△務△及△於△主△債△務△之△影△響△

(天) 原△則△

自原則言之保證債務無及影響于主債務之場合蓋主能及影響於從而從無及影響于主也。此主從關係使之然也

(地) 例△外△

自例外言之則連帶保證之場合。保證債務得及影響于主債務。連帶保證有二種。如上述。今所言者。唯指主債務者與保證人間之連帶而已。以其爲連帶之性質。故保證債務得及影響於主債務。例如債權者對於保證人爲請求時。主債務者亦受其影響。保證人與債權者爲更改。則主債務消滅。或保證人與債權者混同時。則主債務亦消滅。保證人辨濟之場合亦然。

(乙) 保△證△人△與△主△債△務△者△之△關△係△

其關係即求償權之關係也。求償權之原因有二。(一)委任。(二)不當利得。因委任而生之場合如主債務者對於保證人求爲己之保證者是因不當利得而生者。如保證人自進而爲債權保證之場合。是求償之行使。不外依于固有訴權與代位訴權。固有權謂行使自己之權利。代位權謂代于他人之位而行使之權利。所以加訴字者。于訴訟時用之。固有權者。保證人以因于委任或不當利得之原因。而行使其權利之謂。代位權者。保證人對於債權者爲辨濟後。代于債權者之位。而行使其權利。故必先對於債權者爲辨濟之後。乃得有代位訴權。連帶債務及其他之債務。債務者之一人爲辨濟後。其辨濟者對於他之債務者皆得行使此權。後當論之。於此所當言者。羅馬法時代。于保證債務。有所謂讓權利益。如保證人變請求時。對於債權者表示須以對於債務者之權利讓渡于己。然後爲辨濟。是也。其後則雖無此種表示。亦得代于債權者之位而行使其權利。因而他債務亦皆有此制。其適用之範圍廣矣。

關於保證人與主債務之求償權。有一大問題。即保證人保證連帶債務或不可分之債務之場合是也。于此場合苟保證人爲保證連帶債務。或不可分債務之全部。則

不生問題。以保證人于辨濟後。得對於各債務者爲償還之請求也。其所以起問題者。保證人爲連帶債務者中之一人。或不可分債務者中之一人。而爲保證時。例如甲乙丙三債務者。保證人僅爲甲之保證也。然保證人對於受保證之甲。得請求全部。此亦不生問題。問題所在。保證人對於乙丙之求償權之關係也。得求償與否。若得求償。其範圍如何。古來關於此有三主義。(一)謂于此場合。保證人對於他之債務者(乙丙)無求償權。以保證人僅爲甲之保證。而與他之債務者無關係也。然此說大誤。蓋于保證人爲辨濟時。他之債務者。亦消滅其債務。故于此不能求償。不適于理論。(二)謂保證人對於各債務者。得請求全額。其理由爲以保證人祇對於一之債務者(甲)爲保證。而與他之債務者無關係。故對之無固有權。止可行使代位權。既有代位權。當則就于債權之全額。得爲求償。此說以爲保證人不得以自己之名義爲請求。代債權者之位以爲請求也。此說亦誤。代位權不過所以確保固有權者。無固有權而有代位權。理論上爲不可通。且保證人於此場合。確有固有權。蓋固有權發生之原因。在于委任或不當利得。既如上所述。而于此場合。其固有權。即因于不當利得而生者也。(三)謂對於他之

債務者之負擔部分。有求償權。其說以爲保證人對於其所保證之債務者。得請求全額。而對於他之債務者。得請求負擔部分。此其理由。學者解釋各異。余之主張。則以爲債務者之一人。(詳言之。則爲連帶債務者之一人。或不可分債務者之一人)自爲辨濟時。對於他之債務者。亦僅就其一部分。請求償還。故保證人爲辨濟之場合。他之債務者。就于其負擔部分。各消滅其債務。不得不認爲不當利得。故保證人得對於其負擔部分以爲求償。而對於主債務者。則得請求全額。以保證人爲主債務之故。而辨濟全額。是以爲此規定也。

日本民法亦採第三主義。第四六四條定之。『爲連帶債務者或不可分債務者之一人爲保證者對於他之債務者就其負擔部分有求償權』

(子) 有委任之場合

此場合以委任之結果而有求償權。不俟言。至其求償權之範圍。則次述如下。

(乾) 原則

受委任者無過失時。對於因辨濟而生之損害之全部。有求償權。如保證人爲辨濟。及

其他之出捐。而消滅債務之場合是也。即使其債務既已消滅。而保證人因不歸責之事由而不知之時。因之而生之損害。對於主債務者。亦得求償。又就利息及其不可避之費用。不可避之損害。皆有求償權。第四五九條一條第一項定之。『保證人受主債務者之委託。而爲保證之場合。無過失而受當辨濟于債權者之裁判言渡。或代主債務者爲辨濟其。他以自己之出捐而消滅其債務之行爲時。其保證人對於主債務者有求償權。』

(坤) 履行前之請求權

謂於履行之前所有之求償權也。凡四場合

第一場合 保證人無過失而受當辨濟於債權者之裁判言渡之場合。保證人無過失而受既辨濟於債權者之裁判言渡之場合。所謂裁判言渡。謂確定判決。不得上告控訴。即不可搖動之判決也。于此場合。保證人雖在辨濟前。仍有求償權。蓋保證人受裁判言渡。則不得不履行。否則將被強制執行故也。然必須保證人無過失。始可即使裁判不當。而保證人若無過失。仍可行使求償權也。例如保證債務實已消滅。而裁

判認爲未消滅是也。

第二場△△ 主債務者受破產之宣告。且債權者不加入於其財團之配當時。主債務者受破產之宣告。且債權者不加入於財團之配當時。於此場合。主債務者大抵無資力。故債權者多對於保證人爲請求。然使債權者於破產之手續終結後。始對於保證人爲請求。則保證人辨濟之後。不能求償。以斯時主債務者。已無財產。故也。故於此場合。保證人得豫行使其求償權。而加入於財團之配當也。但債權者既加入於財團之配當時。則應於其債權之額而受之金額。既得之於破產財團。故保證人之義務。就于其部分而當消滅。假令債權者於未受配當以前。直對於保證人爲請求。保證人辨濟之後。亦得代位于債權者。而加入其配當。倘于此場合。保證人亦得豫加入于財團之配當。則其財團必至就于同一之債權。受一重之請求。故于此場合。保證人不得豫行求償權也。故保證人得豫行求償權。當以債權者不加入財團之配當爲條件也。第四六〇條定之。『保證人受債務者之委託爲保證時。其保證人左之場合。對於主債務者得豫行求償權。一主債權者受破產之宣告。且債權者不加入於其財團之配

當時』

第三場合。債務在辨濟期時。債務之無期限者。雖何時皆得爲辨濟期。其期限附者。則以期限到來爲辨濟期。夫債務雖至於辨濟期。債權者或對於主債務者不爲請求。對於保證人亦不爲請求。似于此場合。保證人不必定須豫行求償權也。然人之資力。往往盛耗無常。當於現時主債務者雖有資力。而其日後或至于無資力。債權者因有保證人之故。即使主債務者無資力。亦得對於保證人爲請求。故其地位安穩。往往雖至於辨濟期。亦不爲請求。其利息附之債務。債權者欲得利息。故意不爲請求。尤常有之事。然保證人之欲免其義務。人情之當然也。使其慮及主債務者或至於無資力。儻于現時不爲辨濟。則至于日後或竟至不能辨濟。斯時保證人當受其損害。故當債務之在辨濟期時。保證人爲保護自己之利益。得對於主債務者行使其求償權也。

債權者往往與主債務者以猶豫豫期限。於此場合。主債務者雖在辨濟期。亦不必爲履行。此于主債務者甚有利。於債權者亦無所苦也。然保證人則甚危。蓋現時主債務

者雖有資力。而他日猶豫期限到來時。或竟至於無資力。斯時當蒙其損害。故于此場合。保證人得不認猶豫期限也。第四六〇條第二號定之。『債務在辨濟期時。但保證契約之後。債權者許與主債務者之期限。不得以之對抗于保證人。』

第四場合。債務之辨濟期爲不確定。且其最長期亦在不確定之不能之場合。保證契約之後經過十年時。債務之辨濟期不確定。且其最長期亦不能確定之場合。保證契約之後經過十年時。例如禁治產者之後見人。其義務或數十年而始消滅。則爲之保證者。其義務亦將亘數十年。又如無期年金。終身年金。其最長期亦不能確定。爲之保證者。或負義務以終其身。于斯場合。爲剝奪人終身之自由。民法所不許也。如雇傭契約之規定是已。然因此而令保證契約爲無效。亦爲侵害人之自由。故保證契約之後。經過十年。則保證人如豫行其求償權。不得不謂爲至當之規定也。第四六〇條第三號定之（條文如上）

以上四場合。皆所以保護保證人者。然使保證人行求償權。對于主債務者得豫受賠償。而不以之對于債權者爲辨濟。則債權者終至于向主債務者爲請求。斯時主債務

者又不得不履行。是重累主債務者也。故又當有保護之方法。(一)保證人當供擔保。蓋保證人行求償權。則主債務者當爲賠償。而同時得使之供擔保。或立保證人。或設定質權抵當權也。依此方法。雖日後保證人無資力。而主債務者不被其損失。(二)主債務者對於保證人得請求免自己之責。如從來債權者與主債務者之間之債權關係。於因於更改。變爲保證人與債權者間之債權關係。保證人對於債權者爲債務者。而至債務者消滅其債務也。又如主債務者賠償于保證人之後。保證人對於債權者。以自己之債權。與之相殺。(三)主債務者不賠償于保證人。而以之供託。債權者請求時。則以供託物爲辨濟。而保證人不得自由處分供託物。(四)主債務者對於保證人。供賠償之擔保。依此方法。則日後主債務者雖無資力。而保證人不被其損失。(五)主債務者使保證人得免其責。主債務者與債權者談判。或以供他之擔保。得債權者之承諾。以免保證人之義務。以上五方法。皆足使保證人及主債務者無利害衝突之虞。雙方皆受均一之保護。第四六一條定之。『依前二條之規定。主債務者對於保證人爲賠償之場。合。債權者不受全部之辨濟間。主債務者得使保證人。供擔保。又對之得請求自己得』

免其責之旨。『於右之場合。主債務者得爲供託供擔保或使保證人得免其責。而免其賠償之義務。』

(丑) 無委任之場合

(乾) 不反於債務者之意之場合

保證人雖自進而爲保證。而非違反主債務者之意思。于此場合。比于不當利得之保護爲重。稍類事務管理。其理由以此債務非保證不可之場合。有保證人自進而爲保證。于債權者及債務者所利甚多。且其保證人亦多爲善意。法律所宜獎勵者。故保證人爲辨濟。或以其他之出捐。而消滅其債務時。主債務者于其當時受利益之限度。負賠償之義務。至于利息費用其他之損害賠償。則皆不許請求也。又如保證人爲辨濟之當時。主債務者既爲一部之辨濟時。則僅就其殘額。負賠償之義務。又如主債務者對于債權者。得主張相殺。而保證人爲之辨濟時。不得視爲主債務者所受之利益。(按民法要義云。保證人于爲辨濟前。主債務者對于債權者取得同種之債權。付于其債權額。得相殺之利益。從而保證人雖爲辨濟。付于此額不能謂被利益。故僅付于

其殘額而爲賠償。但于此場合。依次條之規定。大抵保證人代主債務者而行使其債權。於自己對於債權者爲辨濟之中。得取回因於相殺而消滅之債權額也。反之保證人爲辨濟後。主債務者對於債權者雖取得同種之債權。不得因之對於保證人拒其賠償。又如債務將罹于時效而消滅。斯時有保證人爲之辨濟。仍爲主債務者所受之利益。以其當時債務尙未消滅也。故法文當時云云。宜留意也。第四六二條一項定之。『非受主債務者之委託而爲保證者辨濟債務其他以自己之出捐而使主債務者免其債務時。主債務者於其當時受利益之限度。要爲賠償。』

(坎) 反於債務者之意之場合

自理論上言之此場合不必與以保護。以其違反債務者之意思也。然全不保護亦非正當。以此場合主債務者有不當利得也。故僅於主債務者現受利益之限度。有求償權。例如債權將罹于時效而消滅。保證人自進而爲辨濟。則債務者得以現在不受其利益之故而拒絕其求償。又如主債務者不知保證人已爲之辨濟。而再爲辨濟時。亦得以現在不受其利益之故而拒絕其求償。又如主債務者於求償之日以前。對於債

權者取得相殺之原因。則保證人雖自進而爲辨濟。主債務者亦得以現在不受利益之故。而拒絕其求償。第其時保證人得代主債務者請求債權者履行其因相殺而消滅之債務。蓋債權者不能受二重之利益。故爲此規定。且於保證人暨主債務者皆無所損也。第四六二條二項定之。『反於主債務者之意思而爲保證者於主債務者現受利益之限度有求償權。但主債務者主張於求償之日以前有相殺之原因時。保證人對於債權者得請求因於相殺而消滅之務債之履行』

(按)尙有二注意之點。(一)何者謂之反於債務者之意。何者謂之不反於債務者之意。觀民法原理所云。則所謂不反於債務者之意者。雖非受債務者之委任。亦不受其反對而立保證人之場合。即不受委任又不被拒絕之場合是也。(二)事務管理之場合。被管理者要返還受利益之當時之利得不當利得之場合於請求償還之當時現存之利益之限度而爲返還也。例如甲於乙之所有物。施有益之費用。其財產因之大增價格。甲對於乙欲請求其償還其財產。忽遇天災而至于消滅無餘。若其增加爲不當利得。則無絲毫之償還。若因於事務管理。則於其工事之當時所受之利益。不可不償還。

之。此其大差也。(見民法原理)

(丙) 保證人之關係

保證人中有一爲辨濟者時。對於他之保證人之關係如何。此因於場合而不同。後分論之。

(子) 有連帶之場合

保證人中有一爲辨濟者時。對於他之保證人就其負擔部分。有求償權。此爲準用連帶債務之規定。

(丑) 不可分債務 此亦與連帶關係同。

(寅) 因於特約各保證人超自己之負擔部分而辨濟之場合

例如有三人保證三千圓之債務時。依原則。每人當負擔千圓。各保證人因于特約。當超過于自己之負擔部分。而爲一千五百圓之辨濟是也。亦準用連帶債務之規定。

(卯) 其他之場合

非前三者之場合。例如保證人之一人由于特約。(按此指保證人與債權者之特約。

非保證人間之特約也。與第三場合不同者在此。爲金額或多額（詳言之，則超于自己負擔部分之額）之辨濟是也。所以與第三場合不同者，此爲個人之任意。非保證人全體之合意也。復分二場合。

（乾）不反于他之保證人之意思。

于此場合。其辨濟者多爲善意。不可不有以保護之。故與非受主債務者之委任。亦非反于其意而爲保證人者。受同一之保護。即準用第四六二條第一項之規定也。

（坤）反于他之保證人之意之場合。

他之保證人有反對之意思。而故反于其意以爲辨濟。于此場合。本不當保護。然他之保證人。有不當利得之嫌。故與非受主債務者之委任。且反于其意以爲保證者。受同一之保護。即準用第四六二條第二項之規定也。

保證人間之關係。第四六五條定之。『於有數人之保證人之場合。因主債務爲不可分債務。或因各保證人有當辨濟全額之特約。一人之保證人辨濟全額。其他超自己之負擔部分之額時。準用第四百四十二條乃至第四百四十四條之規定。』非前

項之場合。非互連帶之保證人之一人辨濟全額。其他超自己之負擔部分之額。時準用第四百六十五條之規定。』

(附) 代位

保證人間亦有代位訴權。代位訴權者。于辨濟有正當利益者方得有之。故上言(一)(二)(三)之場合。皆有代位訴權。第四場合。則當分別言之。其由于特約者。則有代位訴權。(按此指保證與債權者之特約也。講義深言特約。當審觀之。不然。易與第三場合混也。)他之場合無代位訴權也。

(三) 保證之消滅

(甲) 直接消滅

保證消滅之原因。第一辨濟。保證人爲辨濟時。保證債務直接消滅。而主債務間接消滅。ボワソナート氏則謂保證債務間接消滅。其說以爲因主債務消滅之結果。而保證債務由之消滅也。然誤也。如其所言。則保證債務非眞之債務。凡債務皆得以辨濟而消滅。保證人之爲辨濟。即履行自己之債務。決非主債務者之代理人爲之履行。主

債務也。第二更改。例如其初保證金錢債務。其後改爲保證不動產債務是。又如保證人之變更。亦爲更改。第三免除。如對於保證人免除其債務。因之保證債務消滅。第四相殺。保證人以自己之債權與債權者爲相殺。其爲直接消滅。不俟言。至於保證人以主債務者之債權與債權者相殺。有謂爲間接消滅者。余則謂爲直接消滅。其理由與上之論辨濟場合同。第五混同。保證人相續于債權者。或債權者相續于保證人。則保證債務直接消滅。而主債務依然存續也。第六履行不能。保證債務履行不能之場合。實際甚稀。然亦不能謂其絕無。如甲對於乙約爲繪畫。丙保證之。其後甲不履行。丙之手負傷。亦不能履行。斯時保證債務當然消滅也。第七時效。保證債務與主債務皆時効完成。則亦爲直接消滅。又有保證債務先主債務而消滅者。如主債務之時効有停止之原因。而保證債務無之。則先主債務而完成時効也。（按民法原理云。對於主債務者時効之中斷之效力。保證債務亦受其影響。（第四五七條第一項）而時効停止之原因。不及影響於保證債務。例如第一五九條之場合。未成年者對於其財產管理者父母及後見人。而有債務之場合。從其爲能力者或渡任之法定代理人就職時。六

箇月內時效不完成。然其效力不及于保證人。故對於保證人非有時效中斷之行爲。於右之六箇月內。時效不妨完成。第六〇條及第六〇一條之場合亦同。第八債權者拋棄其代位權時。保證人因辨濟之不能行使代位權得因以消滅其債務。

(乙) 間接消滅

因主債務消滅而消滅也。

(附) 物上保證

物上保證者。謂爲他人之債務設定質權或抵當權者也。如甲對於乙有金錢之債務。而爲甲之債務之擔保。于自己之所有物定質權或抵當權於乙。是曰物上保證。丙非保證人。所謂物上保證。形容之詞耳。故丙非負保證之義務者也。故甲不履行。乙不得對丙爲請求。不過得以擔保之目的物付于競賣。以充辨濟耳。此時甲之債務。因以消滅。故丙對於甲有求償權。再舉一例。甲不履行之場合。乙可以擔保之目的物付于競賣。然丙苟不願其競賣。而代甲爲辨濟時。對於甲亦有求償權。後例物上保證人與普通之保證人同。保證人受請求後。當即履行。物上保證人既提供其目的物。苟不履行。

其物將即消滅。因亦爲履行。故曰相類也。第三五一條規定之。『爲擔保他人之債務。設定質權者。辨濟其債務。或因質權之實行。而失質物之所有權時。從關於保證債務之規定對於債務者有求償權。』依於第三七二條之規定。抵當權準用之。條文所謂從關於保證債務之規定者。準用第四五九條至第四六二條也。然物上保證人與保證人。究不相同。將來論代位時當詳之。第五〇一條第一號至第四號。當參攷也。

第四款 債權之讓渡

第一 總論

債權讓渡。與更改相似。德國民法認債權之讓渡。不認更改。更改之爲何。後當述之。大要有三。(一)債權者之變更之更改。(二)債務者之變更之更改。(三)目的之變更之更改。今所云與債權讓渡相類者。指第一種之更改也。然此二者實不相同。債權者之讓渡。其債務關係。全不及影響。不過其債權有變更耳。若更改。則其債務關係消滅後。更發生新債務。此其不同之點也。故日本民法二者皆認之。

又代位與債權之讓渡亦略同。如辨濟者得代位于債權者以行使權利。此點與債權

之讓渡相同也。然亦滋疑議。後言代位時詳之。其不同者。讓渡人之權利。讓受人皆可行使。此于債權讓渡之場合惟然。而代位惟于固有訴權範圍內行使其權利。此其所以異也。

與債權之讓渡相對者。爲債務之引受。德國民法認之。日本民法無此規定。以既有債務者變更之更改故也。然以契約得自由之原則。此種契約亦得認之。然不能與之全同。以效力上原有差別也。但事實上則更改契約居多。以此已足達其目的也。

(一) 債權得讓渡之乎

古代不許債權讓渡。羅馬法不許之。日耳曼法原則不許。而有例外。近今各國皆許之。惟英國尙以不許讓渡爲原則。日本從前要有債務之承諾。方得爲讓渡。明治九年第九十九號布告是也。其條文與余所論不同。然其判例則同也。新民法以許讓渡爲原則。第四六六條第一項本文定之。『債權得讓渡之。』

債權當許讓渡與否。議論甚繁。或曰。便宜上當許之。而性質上不當許。蓋債權乃一定之人。與一定之人間之關係。苟許之讓渡。是破壞此性質也。此說誤也。物權亦一定之

人與一定之物間之關係。如人之對於其所有物是也。如其言則物權不能讓渡。胡于彼許之、而斬于此耶。

學者又謂自實益方面觀之。則債權不當許其讓渡。蓋債權者之仁酷。于債務者及影響故也。此說亦誤也。如其言。則相續亦不可行。以被相續人仁惠。而相續人殘酷者。往往而有也。不特此也。如其言將併代理而不認之。以債權者仁惠。而代理人殘酷。亦往往而有也。夫權利在法律上既認其有效力。則行使其權利之全部或一部。爲權利者之自由。而義務者宜豫備人之行使權利之全部。不當僥倖於人之行使權利之一部也。彼權利者雖殘酷充類至盡。亦不過行使其權利之全部。然此固義務者所當受也。苟出溢於全部之外。則法所不許。彼雖殘酷。不能有所苦于義務者也。

主張債權不當許其讓渡者。其說之誤。如上所述。故日本立法時代。雖議論藉藉。終認債權爲得讓渡也。

(二) 不得讓渡之債權

(甲) 性質不許之者

此言債權之性質不許讓渡也。第四六六條第一項但書定之。『但其性質不許之者不在此限。』分二項言之。

(子) 有明文者

第五九四條第二項第六一二條第一項第六二五條第一項第九六三條皆是。又商法第四二八條第二項爲關於保險金額之規定。雖非不許讓渡。然法律限定其讓受人之資格也。

(丑) 無明文者

法律上之扶養債權。第九六三條定之。至于契約上之扶養債權。如甲對於乙約爲扶養。是此種債權。雖無明文規定。然亦不許讓渡。以許之。則反于當事者之意思。故性質上不許讓渡也。

(乙) 有反對意思之場合

當事者表示反對之意思時。法律認其有效。故因于契約而生之債權。得明示其不許讓渡。法律所以認之者。以日本慣習。對於不相知之人負擔債務。爲不快也。因遺言而

生債權。當事者有反對之意思時。亦不得讓渡。蓋當事者欲其債權常存在于親族之間也。（民法要義云。當事者反對之意思云者。果當事者一方之意思耶。將當事者雙方之意思耶。如遺言等爲單獨行爲。當事者唯一人得以其意思而定之。不待言。若夫契約。則不能僅因於債權者意思或債務者之意思以定之也。凡法文單言當事者之場合。其規定之性質上。非指一方之當事者。皆指當事者雙方也。而於本條則指當事者雙方。尤明白無疑。蓋債權不得讓渡於債權之性質上。生重大之變動。故其債權既因于當事者雙方之意思而成立。則定其不得讓渡。亦要雙方之意思。自然之理也。）當事者表示反對之意思之場合。其意思表示。得對抗于第三者乎。夫性質上不許讓渡之債權。第三者得知之。且當知之者也。若其債權之性質可以讓渡。則第三者得讓受之。得於債權之上取得質權。設日後忽遇當事者有反對意思之證明。而失其權利。則第三者當受損害。故使第三者爲善意時。則當事者不得以反對之意思表示對抗之。第四六六條第二項所定也。『前項之規定。當事者表示反對之意思之場合。不適用之。但其意思表示。不得以之對抗于善意之第三者。』

第二 指名債權

指名債權云者。謂債權者確定之債權也。

與指圖債權不同。指圖債權。甲得以乙爲指圖人。乙又得以丙爲指圖人。其債權者不確定也。又與無記名不同。無記名債權。其債權者初爲不確定者。而指名債權。則自初其債權者已確定也。

指名債權。其債權者爲確定。然非謂不許讓渡。于讓渡之場合。要通知于債務者。故其債務者常爲確定也。

債權以指名債權爲最多。亦謂之記名債權。以其記債權者之氏名於證書也。

(一) 讓渡之要件

(甲) 原則

前言物權之讓渡。以當事者之意思表示。即生效力。債權之讓渡亦然。當事者之意思。爲即時讓渡。則即時可以讓渡。一年後讓渡。則一年後可以讓渡也。當事者之意思。在遺言。則依於遺言者之意思。在契約。則依于讓渡人讓受人之意思也。凡債權之讓渡。

皆適用此原則。

(乙) 對於第三者之要件

所謂要件。即通知及承諾也。指名債權之讓渡。欲對抗于債務者其他之第三者。當時爲通知於債務者。蓋債務者若不知讓渡之事實。將依然信讓渡人爲正當之債權者。對之爲辨濟。及遇讓受人之請求。又當負辨濟之義務。失之酷矣。故當對於債務者爲通知也。然使未爲通知。而債務者自爲承諾。則亦對之而生效力。故曰通知或承諾也。通知于債務者。或得其承諾。則其他之第三者。亦得間接知之。(其他之第三者。對於爲第三者之債務者而言)所謂其他之第三者。(一)第二讓受人。如甲乙間有債務關係。甲爲債權者。先以其債權讓渡于丙。丙爲第一債權讓受人後。甲復以讓渡于丁。則丁爲第二債權讓受人。于此場合。苟甲讓渡于丙。特通知于乙。則丁欲讓受時。就問于乙。不得受甲之欺矣。聞者或疑此種之弊。他之場合。固亦有之。例如債務者既爲辨濟。而不取其證書。則債權者得於債權消滅之後。以證書讓渡于第三者。則第三者亦或受其欺也。然雖有證書。第三者仍宜就問于債務者。苟其不爲是。第三者之過失。法

律不能保護。與此場合不可同日而語也。(二)質權者。如甲乙間有債務關係。甲爲債權者。以債權讓渡于丙。又于債權上設質權于丁。使讓渡于丙時。通知于乙。則丁就問于乙。當得其實也。(三)差押債權者。(謂差押債務者之債權)如甲乙間有債務關係。甲爲債權者。以債權讓渡于丙。其後甲之債權者丁。欲差押甲之債權時。依差押手續。裁判所必詰問于乙。使甲讓渡于丙時。通知于乙。則乙得以實對。而丁不致受甲之欺也。其他之第三者甚多。今舉三例。足知其理由矣。

通知承諾。法律明文謂之通知或承諾。此有二理由。(一)于未通知前。有債務者先知之。而爲承諾者。(二)二者雖皆爲對抗要件。然其效力不同。于後論之。

爲通知者舊民法規定讓受人爲之。新民法規定讓渡人爲之。驟觀之似舊民法當也。(一)受利益者讓受人也。(二)讓受人新債權者也。然其實不然。蓋讓受人與債務者素不相知。而來通知。恆不得其信用也。故不如使讓渡人爲之。第四六七條第一項規定之『指名債權之讓渡。讓渡人非通知於債務者。或債務者承諾之。則取得以之對抗于債務者其他之第三者。』通知或承諾。欲對抗于債務者以外之第三者。須其證書有

確定日附。所以防詐欺也。例如債權者甲于四月十一日以債權讓渡于丙。而與債務者乙通謀。繰上（此言倒填）通知或承諾之時日爲四月十五日。則差押債權者丁。欲於四月十五日差押甲之債權時。必受其欺矣。故當以確定日附爲要件。民法施行法第五條以下。規定確定日附之方法。于公證人役場。或登記所。以其帳簿與證書。合而捺印。各存其半影。故其日附不能作僞也。然以其手續繁瑣。故往往託執達吏爲之。執達吏亦一之官吏也。其所爲必有確定日附。亦可以防作僞也。第四六七條第二項定之。『前項之通知。或承諾。非以有確定日附之證書。則不得對抗于債務者以外之第三者。』

以上所言。其原則也。尙有例外。如株式是。株式爲債權否。有議論。日本民法則視爲債權。株式之讓渡。須記載讓受人之氏名住所于株主名簿。且記載其氏名於株券。非是不得對抗於會社。其他之第三者。商法第一五〇條定之。社債亦債權也。社債之讓渡。亦須記載讓受人之氏名住所于社債原簿。且記載其氏名於債券。非是則不得對抗于會社其他之第三者。商法第二〇六條定之。關於公債。有整理公債條例。第一六條

第一八條。整理公債取扱順序。第一四條第二〇條。又明治三十九年。四月法律三十四號。公債之讓渡。要爲登錄。始得對抗于政府其他之第三者。登錄之方法。大藏大臣定之。今尙未發布也。

(二) 讓渡之效力

(甲) 原則

以讓渡人所有之權利。移轉于讓受人也。因發生三問題。

(子) 讓渡人不有之權利。讓受人亦不有之。

例如讓渡人付于其債權。已受一部之辨濟。則讓渡之後。讓受人僅能請求剩餘之部分。對于既辨濟於讓渡人者。不得爲請求。又爲發生債權之行爲。爲得取消者。則雖讓渡之後。亦只爲得取消之債權而已。

(丑) 不及影響於債務者之權利。

例如讓渡人對于債務者。與之期限。是爲債務者之利益。讓渡之後。若讓受人即時請求。債務者可以有期限對抗之也。又如讓渡以前。債務者對于讓渡人。得主張相殺則

讓渡之後。讓受人雖對於債務者無債務。然不能因之侵債務者之相殺權。故債務者仍得主張相殺。第四六八條第二項定之。『讓渡人止爲讓渡之通知時。債務者得于受其通知以前。對於讓渡人而生之事由。對抗于讓受人。』（案）民法要義云。讓渡人單爲讓渡之通知時。與債務者爲承諾之場合異也。債務者未認讓受人爲自己之債權者也。故債務者雖不得以受通知後所生之事由。對抗於讓受人。而其以前所生之事由。則得以對抗也。不然則因讓渡于債務者不知之時。而至于債務者失其對於讓渡人之權利。未爲當也。）

(寅) 讓渡後讓渡人與債務者無關係

讓渡後云者。通知承諾之後也。于此時。債務者對於讓渡人。不得爲辨濟。讓渡人亦不得受其辨濟。又如更改。于讓渡後亦不得對於讓渡人爲之。事實上雖往往有之。然大率由于錯誤。法律上認爲無效。

(乙) 例外

自原則言。讓渡人所有之權利。移轉于讓受人也。而其例外。則讓渡人所不有之權利。

讓受人亦得有之。例外之發生。由于債務者爲承諾之場合。前言對抗之要件。一爲通知。一爲承諾。通知之效力於原則中論之。留異議之承諾。其效力亦與通知同。所謂留異議者。例如債務者對於讓渡人。已爲一部之辨濟。或有更改之契約。得以對抗於讓渡人者。欲以之對抗於讓受人。特留保之。是也。若不留異議。而但爲承諾。則發生例外。于此場合。不得以對抗于讓渡人之事由。而對抗于讓受人。不有之權利讓受人亦得有之也。蓋斯時債務者。恰如認讓受人爲完全之債權者。而讓受人亦認之爲完全之債務者。以爲債務者對起。無得以對抗之事由。倘日後得爲主張。則讓受人迷惑甚矣。故于此場合。債務者雖已對於讓渡人。爲全部之辨濟。而讓受人仍得對於債務者爲全部之請求。但債務者得對於讓渡人請求其返還前受之一部辨濟也。又如債務者與債權者已爲更改之契約。其後債權者以惡意。或過失。以舊債權讓渡于人。斯時債務者對於讓受人仍負債務。特對於讓渡人。得消滅其因更改而生之新債務耳。第四六八條第一項定之。『債務者不留異議。而爲前條之承諾時。雖有得對抗于讓渡人之事由。不得以之對抗于讓受人。但債務者爲消滅其債務。有拂渡于讓渡人時。不妨

取返之。又對於讓渡人。有負擔之債務時。不妨看做不成立。」

第三 指圖債權

指圖債權者。債權者記載讓渡之旨于債權證書。而可讓渡之債權也。普通以手形爲多。證書亦有之。其式如左

證

一金千圓也

右貴殿又ハ貴殿ノ指圖人ニ支拂可申候

明治三十九年四月十四日

甲

乙殿

右式。甲爲債務者。所云貴殿。指債權者也。所云貴殿之指圖人。指債權者之指圖人也。債權者欲讓渡其債權于人。則記載讓渡之旨於證書之裡面。而債務者對於債權者之指圖人而負債務。故指圖人之證明。必于裏書。以其書於證書之裏面。故名。式如左。

表記之ノ金額丙殿ニ御支拂可被成候

明治三十九年四月十四日

乙

乙債權者也。丙債權者之指圖人也。債務者對之而負支拂之義務。然記載于證書之裏面者。不過指普通之場合。若記載于證書之表面亦非無效也。

關於指圖債權。商法中有特別規定。如手形貨物引換證。倉荷證券。(中分預證券質入證券二種)皆是。苟依于指圖之方式。不獨金錢債務得爲之。其他之財產皆可也。

(一) 讓渡之要件

(甲) 原則

與指名債權同。依于當事者之意思表示而成立

(乙) 對於第三者之要件

(子) 裏書

如前所述。

(丑) 證書之交付

雖有裏書。然非證書交付。尚非完全之讓渡行爲。不能以之對抗于第三者。

觀夫指圖債權之讓渡。所以須此二要件者。以其性質。與他種債權不同。如指名債權讓渡時。須通知債務者。以債權者爲確定故也。若指圖債權。則債權發生之當時。已豫見其有讓渡之事。故于讓渡之場合。不可不明確。是以須此二要件。以上第四六九條定之。『指圖債權之讓渡。非于其證書爲讓渡之裏書。交付之讓渡人。則不得以之對抗于債務者其他之第三者。』

(二) 讓渡之效力

(甲) 原則

與指名債權同。讓渡人所有之權利。移轉于讓受人。債務者得對抗于讓渡人之權利。亦得以之對抗于讓受人也。

(乙) 例外

(子) 無調查債務者之義務

指圖債權之讓渡。以裏書爲要件。故易于流通。被裏書人常有僞爲裏書以給債務者。于此場合。其爲眞權利者與否。常不易知。故債務者無調查之義務。不止此也。其所持人爲被裏書人與否。債務者亦無調查之義務。然雖無義務。固有調查之權利。例如債務者以所持人爲可疑。則可質問于債權者。又如核其署名之字跡。或查其捺印之眞僞。凡戶主之印影。區役所皆備之。可以調查也。但債務者雖無調查之義務。然苟有惡意。或重大之過失。則其辨濟無效。所謂重大之過失。例如裏書不連續之場合。債務者不調查之。而遽爲辨濟是也。所謂裏書不連續者。如其裏書。甲移轉于乙。乙移轉于丙。丙移轉于丁。其連續有序者也。若甲移轉于乙。乙移轉于丙。丁移轉于戊。則爲不連續。戊來請求。債務者當爲調查。若漫然辨濟。則當無效。又如證書之金額爲千元。而所持人爲車夫。若不調查。而漫爲辨濟。亦重大之過失也。第四七〇條定之。『指圖債權之債務者。雖有調查其證書之所持人。及其署名捺印之眞僞之權利。而不負其義務。但債務者有惡意。或重大之過失時。其辨濟爲無效。』

(丑) 不記載于證書之事項不得對抗者爲多

指圖債權。不可不注重于證書。(案民法要義云。指圖債權。其債權之價額。殆存于證券。謂證券其物。有債權之價格。無不可也。故得指圖債權者。專從其證書所記載。以得知其權利之性質範圍。非是。則指圖債權失其用矣。) 故有謂指圖債權。爲有價證券之一者。故除證書所記載之事項。及自其性質當然而生之結果外。不得以對抗于原債權者之事由。對抗于善意之讓受人。例如甲乙因賣買行爲。發生指圖債權。甲對於乙。先拂商品。然後乙對於甲。支拂千元。若以此旨記載于證書。則甲以債權讓渡于丙時。乙對於丙。得以先拂商品爲對抗。不待言也。若其證書。只記載乙支拂千元於甲之旨。則乙對於善意之丙。不能對抗。此指圖債權之性質所當然也。然使丙有惡意。則可以對抗。例如丙明知甲對於乙。有拂付商品之約束。而故爲讓受。是也。再舉一例。其事項雖不記載于證書。而由其證書之性質上。當然而生之結果者。債務者亦得以對抗于讓受人。例如保險證券。無論其爲運送保險與損害保險。皆由其證書之性質上。可得而推知者。苟債權者有得對抗于原債權者之事由。則亦得以對抗于讓受人。是故

可得而對抗者。(一)記載于其證書之事項。(二)從其證書之性質。當然而生之結果。此外須分別讓受人之善意惡意。異其善意。則不得對抗也。第四七二條定之。『指圖債權之債務者。除記載于證書之事項。及從其證書之性質。當然而生之結果外。不得以得對抗于原債權者之事由。對抗于善意之讓渡人。』

第四 無記名債權

無記名債權者。以債權證書之所持人。看做債權者之債權也。定義中所云所持人。有廣義。有狹義。廣義。凡曾所持證書者。皆為所持人。狹義。則現所持證書者。為所持人。或謂之持參人。無記名債權。其債權者為何人。不得而知。故以所持人看做債權者。故無記名債權證書。較諸指圖債權證書。尤當重視。以指圖債權。猶有裏書。此則並此不必也。凡債權與證書有別。債權為權利。證書為表彰其權利者。然無記名債權。為有價證券之一種。其證書所表彰之權利。幾與權利本作同一。故民法第八六條第三項云無記名債權看做動產也。』

無記名債權。以手形為多。然亦有用證書者。如酒切手是。其式如左

證

上酒 一升

右此證書(切手)持參人(持參ノ方)ニ相渡可申候

明治三十九年四月十四日

甲

今日酒切手之流用甚稀。其盛行者如吳服切手砂糖切手之屬。與無記名債權相似而不同者。爲持參人拂記名式債權。如左式

證

金千圓也

右貴殿又ハ證書持參人ニ支拂可申候

明治三十九年四月十四日

甲

乙殿

所謂乙殿。債權者也。是爲記名式。所謂證書持參人。則又爲所持人拂。故其性質。頗有以論日本民法。以之爲無記名債權。蓋以爲既記名而復所持人拂者。由債務者欲免其調查之義務故也。故體當事者之意思。供準用第四百七十條之規定。第四百七十一條定之。『前條之規定。雖于證書指名債權者。而附記可辨濟於其證書之所持人之旨之場合準用之。』

無記名債權。流用甚廣。無所限制。其有限制者。惟商法第四四九條。而商法第五二七條準用之。但昔者付于以金錢爲目的之債權。不得爲無記名即時拂。（或曰無記名一覽拂）然在今日。則無以限制也。

(一) 讓渡之要件

(甲) 原則

與指名債權同。依于當事者之意思表示而成立也。

(乙) 對於第三者之要件

民法以無記名債權。看做動產。故其讓渡。亦與動產之讓渡同。必引渡之後。始得對抗

于第三者。

(二) 讓渡之効力

(甲) 原則

與指名債權同

(乙) 例外

準用第四七二條之規定。第四七三條定之。『前條之規定。無記名債權準用之。』例
如甲乙爲賣買行爲。發生無記名債權。然其證書唯尺記載甲支拂金千元于持參人
之旨。而未記載乙對於甲。有給付物品之義務。則乙讓渡于丙時。甲不得以證書不記
載之事項。對抗于丙也。但丙爲惡意之讓受。則得對抗之。又如證書雖未有記載。而爲
其證書上當然產生之結果者。亦得對抗于讓受人。如汽車切符。爲無記名式。雖示記
載滿員不能乘車之事項。然依鐵道法第一五條第二項所規定。故亦得以對抗也。又
關於動產一切之規定。無記名債權。得適用之。如動產以善意而且無過失。可取得即
時時效也。

無記名債權。在有價證券中至爲重要。依明治三十九年四月十二日發布之公債條例。凡公債皆爲無記名債權。必要求記名。始爲記名。而公債有以一證書表彰數百萬元之權利者。又如社債亦然。故無記名債權其用至溥也。

第五款 債權之消滅

債權之消滅有五種。辨濟、更改、免除、相殺混同是也。以外尚有之第一取消。亦供債權消滅。然取消非純然之消滅。消滅者。自初有債權之存在。以或原因而至于消滅也。若取消則溯及既往。債權自初而不存在。故非純然之消滅。第二解除。有二種。(一)爲解除條件附之債權。(二)契約之解除。解除者自原則言。對於將來而失其效力。此與消滅同。然亦有溯及既往之場合。故亦非純然之消滅也。第三消滅時效。前既述之。第四履行不能。爲以特定物爲目的之場合。其特定物消滅時。以人之行爲爲目的之場合。其人死亡或負傷時。法律不責不能者。於其債權亦因而消滅。第四一五條第五三四條乃至第五三六條定之。第五法律其他之規定。例如第一〇五九條第二項。無相續人之財產。歸于國庫。于此場合。被相續人之債務。歸于消滅也。又商法第一〇三條合名會

社。社員之責任。於爲解散之登記後。經過五年而消滅。此爲較著之例。其他尙多。不能一一枚舉也。

第一 辨濟

辨濟。謂因履行而使債務消滅也。例如負金錢債務者。因履行而消滅。負房屋建築債務者。因落成而消滅。皆謂之辨濟。辨濟與履行。本爲同一。自觀察之方面而異。履行自其效力而言。辨濟自其消滅而言。辨濟大抵在履行之後。各國立法者。于履行辨濟之別。極不明瞭。必如此所述方得其當也。故以下言辨濟。皆自履行以後而言。

(一) 辨濟受領者之義務

(甲) 受取證之交付

受取證。謂辨濟受領者。表明既受辨濟之證據也。此爲辨濟受領者之第一義務。不然。則辨濟者不能提出辨濟之證據也。故對於辨濟受領者。得請求交付受取證。此各得立法例所同然者。日本民法未施行以前亦有此慣習也。第四八六條定之。『辨濟上對於辨濟受領者。得請求受取證書之交付。』

(乙) 證書之返還

證書所以證明其債權之發生存在。債權已消滅。則無所用其證書也。後須返還于辨濟者。此爲辨濟受領者第二之義務。各國立法例皆有之。設無規定。而慣習固爾。日本民法未施行此前。亦有以慣習。第四八七條規定之。

於債權有證書之場合。辨濟者爲全部之辨濟時。得請求其證書之返還。

辨濟者既得受取證書。則得強制其返還債權證書矣。然受取證書。凡有辨濟。皆須交付。債權證書。則必于爲全部辨濟時。始返還之。蓋苟爲一部之辨濟。則債權非全部消滅。無返還證書之理由也。交付受取證及返還證書。皆所以防債權者之再爲請求。然有起疑問者。以爲斯二者以其一爲債權者之義務。已是。兩存之。徒覺其重複也。是自然。所以爲此規定者。因有二理由。(一)債權者非必有證書。或有之。而後滅失。于此場合。不得不爲受取證之交付也。且即使有證書。或貯于遠方。驟不可致。苟不交付受取證。則辨濟此不能爲辨濟。終至于雙方皆受損害矣。故不如先交付受取證。受辨濟之後。乃返還證書爲得其當也。且即不然。而證書須于全部辨濟後。始得返還。設于一部

辨濟之場合。不有受取證。辨濟者能無危乎。且即使證書已返還于債務者。然苟無受取證之交付。則債權者尙得以他之方法。主張債權之存在。終至于起訴也。（案此數語不易猝解。民法要義云。辨濟者雖所持債權證書。然未足證其爲由債權者之交付。故若無受取證書。則有疑于因詐欺錯誤而占有其債權證書之嫌也。）此受取證必須交付之理由也。（二）日本慣習以負債務爲可證。故于爲辨濟時。多請求返還證書。以滅其跡。此爲一原因。債權者爲詐欺。或其子及其親侶爲詐欺。利用證書。以設定質權。抵當權于人。使證書返還。則足以防此弊。此爲二原因。辨濟者得受取證後。或遺於地。或燬于火。使不返還證書。則債權者于此場合。將再爲請求。終至爲二回之辨濟矣。此爲三原因。證書不返還。則債權者之相續人。或由于不知被相續人已受辨濟。而據證書以主張權利。斯時將至于起訴。訴訟之費用與其時日。由之而棄擲不少。此爲四原因。故證書之必須返還。亦有其理由也。是以日本民法兩皆規定之。

(二) 代位

(甲) 總論

(子) 定義

代位謂辨濟者代債權者而行其權利

債權因辨濟而消滅。故其權利。辨濟者得代之行使也。代位之場合。如連帶債務。保證債務。前已述之。代位有廣義。有狹義。自廣義以言。凡代爲辨濟者皆得代位。第三九二條第二項。第四二二條。第四二三條第二項是也。若其狹義。則第四九九條以下所定者。學者有謂之代位辨濟。自羅馬法讓權之利益。脫胎而出。羅馬法時代無代位。但有讓權之利益。如保證人令主債務者爲辨濟時。對於債權者請求讓權是也。其後代位之範圍。日日擴充。各國法律皆然。但範圍之廣。無若日本民法者。德國新民法未制定以前。其民法仍用讓權利益之語也。

(丑) 代位之便

凡法律上認一制度。必非偶然。代位之所以適用。由感其利便故也。舉例言之。保證人于主債務者。不履行之場合。要代之爲履行。而辨濟之後。得代位于債權者。此保證人之利。固不待言。自債權者之方面觀之。債權者既受辨濟。其權利當然消滅。有他人代

之行使。于已無所與也。是無論由法律之規定。或由當事者之意思。皆無所告于債權者。且保證人因有代位之故。定于速爲辨濟。是債權者且間接而得利益也。自債務者之方面觀之。亦爲有利。已因不能履行。而日受債權者之請求。必不安于中。保證人因有代位之故。樂于辨濟。足以救一時之窘迫也。且已若終不履行。則債權者必行使其權利。今保證人代之行使。行使之人不同耳。行使之權利則一也。是亦決無所苦也。代位之制有利無害若此。故民法採用較廣也。

(寅) 與債權讓渡之差

代位與債權讓渡。有相類者。讓渡之場合。讓渡人之權利。移轉于讓受人。代位之場合。債權者之權利。移轉于辨濟者。其相類者也。至其差異之點。列舉如下

(乾) 代位限于求償權之範圍

債權讓渡之場合。讓受人全承繼讓渡人之權利。例如其債權額爲千元。讓受人以五百元得之。則對于債務者得爲千元之請求。代位則不然。債權額爲千元。而辨濟其半額。則其求償之額。亦祇五百元而已。但亦得爲利息及損害賠償之請求。

(坤) 代位者之債權之性質依于求償權

債權讓渡之場合。讓受人之權利之性質。與讓渡人全然相同。代位則不然。雖依于代位。以行使其權利。而其權利之性質。爲求償權而已。因是生二結果。

(天) 利息依于求償權

如因商事發生債權時。利息年六分。苟其代位者。爲民事行爲時。則變爲民事上之債權。利息年五分也。

(地) 時效亦同

讓渡之場合。其時效不變。若代位則不然。如債權者因民事行爲。而取得債權。時效爲十年。後代位者因商事行爲而取得之。則時效五年也。反言之。債權者因商事行爲而取得者。其時效五年。後代位者因民事行爲而取得者。則其時效依然五年而已。蓋初爲短期時效。不能目偶然之事實。而變爲長期時效也。故曰依于求償權也。

(屯) 對於代位者無擔保之責任

有償債權之讓渡。有擔保之責任。讓渡人負之。而代位之場合。則對於代位者。無擔保

之責任。所謂擔保。即追奪擔保瑕疵擔保是也。如債權讓渡時。設其債權爲他人之權利。或得取消時。讓渡人付之負責任。即解除契約。且損害賠償是也。而代位之場合。則無擔保之責任。故如前例。苟其債權者（案此假定稱）爲善意時。不得對之爲損害賠償之請求。止依于不當利得之原則。請求其返還耳。

(乙) 代位之場合

(子) 約定代位

日本舊民法及各國立法例。皆分之爲二種。

(乾) 因于債權者之意思者

辨濟者於爲辨濟時。得債權者之承諾。得代位之。換言之。即與辨濟同時成立者也。何則。以苟于辨濟後。其債權已消滅。不能使爲代位也。法律假定于辨濟之當時。債權者之權利。尙未消滅。故得使辨濟者行其權利也。

約定代位。雖與債權讓渡不同。而亦有相類之點。故債權讓渡之弊害。代位亦常有之。如債權者已對於債權者爲辨濟。而代位者可對於債務者爲請求。是也。故代位之場

合。亦當通知於債務者。或得其承諾。對於債務者以外之第三者。亦與債權讓渡之場合同。第四九九條定之。『爲債務者爲辨濟者。與其辨濟同時。得債權者之承諾。得代位之。』第四百六十七條之規定。前項之場合準用之。』

(坤) 因于債務者之意思者

債務者表示意思。謂有能爲已辨濟者。則承認其代位權是也。此種爲民法所不許。其理由有二。(一)惟權利者乃得處分權利。債務者非權利者。故不能由其意思。以發生代位。(二)許之則多生惡弊。蓋因於債權者之意思。而約定代位者。其辨濟與代位同時。可無流弊。若因于債務者之意思。則一方爲辨濟。一方債務者表示意思。事實上往往不能同時。且證明其爲同時亦甚難。因之而生種種之弊害。如辨濟者。本以辨濟與債務者表示意思非同時之故。不能代位。而其後與債務者狼狽爲奸。僞爲同時。則第三者易被迷惑也。且即使同時。而惡弊仍不能免。例如債務者負數多之債務。知苟爲辨濟。則自己之財產立盡。因與其友暗約。代辨濟其一債務。因而得代位以差押其財產。陰實共分其利益。如是則他之債權者必受其損也。既不合於理論。而事實上又易滋弊。

害。故民法不認之。

(丑) 法定代位

各國立法例及日本舊民法。關於法定代位。多取列舉主義。如列舉于某之場合。有代位權是也。新民法則用概括的規定。蓋列舉主義。易生不平衡之結果。甲之場合。既爲法典所認矣。而乙之場合。其理由與甲之場合同一。徒以未爲法典所列舉之故。不能援用代位。是不平衡也。故凡付于辨濟有正當之利益者。皆得代位。第五百條規定之。『付于爲辨濟有正當之利益者。因于辨濟。當然代位于債權者。』此條文。所謂概括的規定也。至于何者得爲付于爲辨濟有正當之利益者。以下逐一說明也。

(乾) 保證人

保證人不爲辨濟。則債權者得對之行使權利。故保證人爲付于辨濟有正當之利益者。

(坤) 物上保證人

物上保證人。不爲辨濟。則債權者得對於其物上。行使擔保權。故亦爲付于爲辨濟有

正當之利益者。

(屯) 連帶債務者

債權者得以連帶債務者之一人爲唯一之債務者。故使其一人不爲辨濟。則將受強制執行。是亦付于爲辨濟有正當之利益者也。

(蒙) 不可分債務者

不可分債務者。有全部辨濟之義務。故亦付于爲辨濟有正當之利益者也。

(需) 抵當權者

付于此場合。其前提必抵當權者。有二人時。第二抵當權者。得辨濟于第一抵當權者。而代于其位。以行使權利。例如債務者於一定土地。設定抵當權于人。第一抵當權者。有五千元之債權。而其地價可值萬元。然地價漲落不定。第一抵當權者。急於受辨濟。而競賣其土地。只求足以辨濟五千元之債權。斯時第二抵當權者。得對於第一抵當權者爲辨濟。而當然代位。則其地價始得充其辨濟之全部。是亦付于爲辨濟有正當之利益者也。聞者或疑抵當權取消滅。則第二抵當權者。依于順位。自爲第一之順位。

何必代位耶。然第一抵當權者。受五千元之辨濟後。其所餘之地價。或不足以辨濟第二抵當權者之債權。是第二抵當權者將受其損也。或競賣者得之地價。僅足以辨濟第一抵當權者之債權。則第二抵當權者之目的物已喪失。只能對於債務者爲求償。而依通常之債權之方法。而行使其權利。比于代位。其力至薄。蓋代位則付于代爲辨濟。有求償權。而自己之債權額。亦得請求履行。其結果得盡有一萬元之土地也。

(訟) 質權者

質權者得代位之理由。與抵當權者所述同。其前提質權者有二人時。第二質權者得辨濟于第一質權者。而代其位也。關於不動產。有質權與抵當權並存者。于此場合。依登記之先後以定其順位。而後者得代位于前者。

(師) 先取特權者

先取特權者。得代位之理由。與抵當權者所述同。其前提先取特權者有二人時。後者得辨濟于前者。而代其位也。又質權者抵當權者。時有優于先取特權者。于此場合。先取特權者。得對之爲辨濟而代其位也。

(比) 債權者

此亦以債權者有二人爲前提。例如甲乙皆丙之債權者。其債權額皆爲五千元。惟甲有不動產抵當權。其地價本值一萬元。甲以急于辨濟之故。將競賣之。不恤賤價。只求足以辨濟其債權之額。斯時乙得代爲辨濟。而代位于甲。以行使權利。是亦付于爲辨濟有正當之利益也。于此場合。使債權者僅有甲乙二人。則代位與否。尙無實益。若尙有他之債權者時。則乙必代位之後。乃得對於債務者有求償權。而自己之債權。亦得以辨濟也。

(小) 第三取得者

第三取得者。謂取得質權抵當權之目的物者也。例如甲爲乙之質權者。而丙取得質權之目的物時。丙得爲辨濟于甲而代其位。是亦付于爲辨濟有正當之利益者也。于此場合。設祇有甲。而無他之質權者時。則代位與否尙無實益。否則第三取得者。必代位然後不失自己之權利也。

(履) 受債務者之委任而爲辨濟者

受債務者之委任而爲辨濟者。亦得當然代位。以自付于爲辨濟。有正當之利益也。
（案梅先古生答質問云。此場合與約定代位第二種不同者。以其既受委任而爲辨濟。有正當之利益也。反言之。既受委任而不爲辨濟。則生不履行之結果矣。故與約定代位第二種不同也。且約定代位第二種。爲債務者處分代位之權利。而此場合。則自付于爲辨濟。有正當之利益。故法律許其代位。此又其所以不同也。）

(丙) 代位之效力

(子) 原則

于求償權範圍以內。有代位權。以代位本爲求償權之保障。故于求償權以外。不能行使其權利也。第五〇一條本文定之。『依前第二條之規定。代位于債權者者。于基于自己之權利。得爲求償之範圍內。其債權之效力及擔保。得行其債權者所有一切之權利。』

(乾) 質權

質權者之代位者得行使質權。

與質權同

(坤) 抵當權

與抵當權同。

(屯) 先取特權

與先取特權同。

(蒙) 留置權

(需) 保證

代位者得對於保證人。請求其辨濟。蓋債權原有保證。此則代位者亦爲有保證之債權。

(訟) 執行力

債權者有公正證書。或確定判決。得直爲強制執行者。代位者亦得行使此權利。

(師) 解除權

解除權後當論之。當事者一方。有懈怠于履行時。其相手方。得爲契約之解除也。債權

者若有解除權。代位者亦得有之。

(丑) 特例

(乾) 保證人第三取得者間

保證人與第三取得者。皆得法定代位。如債務者得擔保于債權者時。保證人爲辨濟後。對於取得其擔保之目的物之第三取得者。得行使代位之權利否。以下述之。

(天) 保證人對於第三取得者有代位

保證人對於第三取得者。有代位權。然有條件。于先取特權不動產質權抵當之登記。須附記其代位。于辨濟前爲之。非是則對於第三取得者不得代位。蓋債權因辨濟而消滅。若不附記代位之旨。則第三取得者。于債權消滅後。多不知有代位者。而其後有保證人之代位時。不得受損害。爲不平衡也。

(地) 第三取得者對於保證人不代位

第三取得者。對於保證人得代位否。爲一難問題。有三說。(甲)謂保證人先爲辨濟。則對於第三取得者得代位。第三取得者先爲辨濟。則對於保證人得代位。此說以偶然之

事實。而使當事者之權利義務。生大差異。其理由不正確。不足采也。于是更生乙丙二說。(乙)保證人對於第三取得者。無代位。而第三取得者對於保證人。有代位。(丙)保證人對於第三取得者。有代位。而第三取得者對於保證人。無代位。二說皆有理由。乙說之理由。以爲保證人有保證債務。而第三取得者無債務。不過慮不爲辨濟。則不免擔保權者之追及耳。故二者相較。宜保護第三取得者。丙說之理由。以爲保證人之債務。乃從債務。法律以其負擔他人之債務。當加以保護。且于代爲辨濟之場合。其意本以爲可有代位。以取償。尤當使之不失其權利。若第三取得者。則于登記簿上。既如其物上有擔保權之存在。苟爲注意稍深者。則宜俟擔保權消滅之後。乃爲支拂。今因不注意之故。遽爲支拂。其後復慮擔保權之相妨。而爲辨濟。此不必保護者也。即爲保護亦當後于保證人。不能因之妨保證人之權利也。二說皆有真理。以余論之。此當視登記制度完備與否以爲定。羅馬法時代。登記制度未完備。故采乙說。各國法律。其登記制度未完備者。亦概宜采乙說。若登記制度完備。則丙說最宜適用。故日本民法亦採丙說。保證人對於第三者有代位。第五〇一條第一號定之。『保證人非豫于先取特權不

動產債權或抵當權之登記。附記其代位。則對於其先取特權不動產權或抵當權之目的之不動產之第三取得者。不代位于債權者。『第三取得者對於保證人。不代位于債權者。』

(坤) 第三取得者間

如債務者有子丑二不動產。皆設定抵當權于債權者。其後債務者以子不動產讓渡于甲。以丑不動產讓渡于乙。則甲乙皆第三取得者也。使孰先爲辨濟。孰得代位。則其不權衡。既如上所論。然此場合。二人皆爲第三取得者。則又不能爲優劣之區別。故不可不設定方法。使先爲辨濟者。與後爲辨濟者。皆在于同一之地位。是以規定爲各應于不動產之價格。而爲代位。例如債權額爲三千元。甲乙丙皆爲第三取得者。甲所得之不動產爲三千元之價格。乙所得之不動產。爲二千元之價格。丙所得之不動產。爲一千元之價格。時甲代爲辨濟。則對於乙得爲一千元之請求。對於丙則爲五百元之請求也。第五〇一條第三號定之。『第三取得者之一人。非各應于不動產之價格。則對於他之第三取得者。不代位于債權者。』

(屯) 物上保證人間及物上保證人與第三取得者間

物上保證人與第三取得者本相類。其不負債務相類也。第三取得者不爲辨濟。則將喪失其取得之財產。物上保證人不爲辨濟。則將喪失其所供擔保之目的物。又相類也。故物上保證人間。準用第五〇一條第三號之規定。而物上保證人與第三取得者間。亦準用之第五〇一條第四號定之。『前號之規定。以自己之財產。供他人之債務之擔保者之間。準用之。』

(蒙) 保證人物上保證人間

關於此場合。不能適用保證人與第三取得者間之規定。蓋物上保證人。以自己之財產。供他人之債務之擔保。其性質與保證人相類。然非如保證人。以自己之全財產。而負履行之義務也。故付之有特別之規定。

(天) 頭數割

如保證人有甲乙二人。物上保證人有丙丁二人。則應于其頭數。各負擔四分之一。例爲債權額爲三千元。則一人負擔七百五十元。是保證人負擔一千五百元。物上保證

人。亦負擔一千五百元也。第五〇一條第五號本文定之。『保證人與以自己之財產。供他人之債務之擔保者之間。非應于其頭數。則不代位于債權者。』

(地) 物上保證人間價格割

如前之場合。苟其物上保證人間。其財產之價格。各不同時。應于其價格之割合。而負擔是也。如前例丙之不動產。其價格二千元。丁之不動產。其價格一千元。則丙當負擔一千元。丁當負擔五百元也。第五〇一條第五號但書定之。『但以自己之財產。供他人之債務之擔保有數人時。除保證人之負擔部分。付于其殘額。非應于財產之價格。則對之不得爲代位。』

(寅) 一部辨濟之場合

外國立法例。有不認一部辨濟者。日本民法則認之。例如債權額一千元。而辨濟五百元。是爲一部辨濟。于此場合。代辨濟者于五百元以內。得代位否。爲一問題。行使債權額與擔保額相等。則其債權者不感利害。亦可生問題。若擔保之額。較債權額爲少時。

例如債權額一千元。而擔保額五百元是也。又使擔保之額。初與債權額相等。後乃減少時。如其目的物爲家屋。價值一千元。忽燬于火。夷爲平地。只值五百元。是也。于此場合。若許辨濟者得以代位。則於債權者感重大之利害。接二部代債。可許與否。爲一問題。今先言原則。

(乾) 原則 一部代位

外國立法例。爲保護債權者故。不認一部代位。此大誤也。蓋債權者本無受一部辨濟之義務。苟其不欲受。可以拒之也。設使受之。不能拒代位之辨濟明矣。設債權者先行使其抵當權。猶不足充辨濟之場合。始對於保證人請求餘額之辨濟。未爲不可也。今先請求於保證人。而受其一部之辨濟。則果以何之理由。拒人之代位耶。故日本民法認一部代位。使代位者應于其辨濟之價格。而與債權者共行其權利也。第五〇二條第一項定之。『付于債權之一部。有代位辨濟時。其代位者應于其辨濟之價額。與債權者共行其權利』

(坤) 例外 解除權

一部代位之場合。代位者不得行使解除權。蓋苟承認之則生不良之結果。使債權者與代位者共行使解除權。則就無大害。設一方不欲。而一方得行使之。則其結果。或至于同一之土地。或與債權者爲債權者所共有。或爲代債者與債務者所共有也。以此之故。代位者不得有解除權。而債權者爲解除時。當償還其辨濟之價額。及其利息于代位者。第五〇二條第二項定之。『于前項之場合。同債務之不履行而解除契約者。惟債權者得請求之。但要償還辨濟之價額。及其利息于代位者。』

(卯) 證書及擔保物之引渡

代位辨濟後。債權者當引渡其證書于辨濟者。是所以使代位者易行使其權利也。普通有證書之債權。行使其權利時。須呈示其證書故也。擔保物亦當引渡於代位者。第五〇三條一項定之。『因代位辨濟。而受全部之辨濟之債權者。要以關於債權之證書。及在其占有之擔保物。交付于代位者。』

此爲全部辨濟之場合之規定。若一部辨濟則債權者得不交付其證書。以債權尙未消滅故也。擔保物亦然。然于此場合。債權者仍得以證書。對於債務者。爲全部之請求。

一不便也。債權者因不注意而滅失其證書時。其自作之孽。無須保護。然代位者將因是而蒙其損害。二不便也。故于此場合。得使債權者記入代位之事於債權證書。而其占有之擔保物。得監督其保存。例如有不注意之事實時。得請求裁判所特定保管者。或以自己爲保管者。第五〇三條第二項定之。『付于債權之一部。有代位辨濟之場合。債權者要記入其代位于債權證書。且代位者監督在于其占有之擔保物之保存。』

(辰) 擔保之消滅

是關於法定代位之規定。即于擔保滅滅時。當如何保護代位者之問題也。債權者以故意或過失。減少其擔保或喪失之時。代位者得付于其相當之限度免其責。所謂故意。如拋棄其擔保權之全部或一部是。所謂過失。如因不注意而消滅其擔保權之全部或一部是。所謂減少。一部之消滅也。所謂喪失。全部之消滅也。法定代位人。如前所舉。保證人。連帶債務者。不可分債務者。皆有履行之義務。故其代爲辨濟時。得以代位者之資格。行使其權利。足以取償也。苟其擔保滅滅。則將無以取償。故目之得免其義

務例如債權額爲一萬元。其供擔保之不動產。亦爲一萬元。債權者因于不注意。而被燬于火。其殘餘者。只有五千元之價格。則代位者得僅爲五千元之辨濟也。又設使債權者拋棄其全部時。苟債務者尙有五千元之資力。代位者得僅爲五千元之辨濟也。第五〇四條定之。『依第五百條之規定。而爲代位者之場合。債權者因故意或懈怠。喪失或減少其擔保時。當爲代位者于因其喪失。或減少。至于不能受償還之限度。免其責。』

第二 相殺

(一) 總論

(甲) 定義

相殺者。于同一之當事者間。互有債權債務之關係時。其目的之數額。于互相當之範圍內。不爲辨濟。而使雙方之權利義務消滅之謂也。

例如甲對於乙。有千元之債務。乙對於甲。亦有千元之債務。因于相殺而皆消滅。甲乙即所謂同一之當事者也。千元之債務。即所謂相當之範圍也。試舉一例。甲對於乙有

二千元之債務。乙對於甲。有千元之債務。則于千元之範圍內。因于相殺而皆消滅。換言之。則甲對於乙爲千元之辨濟。而得免其責也。相殺爲法律上之用語。俗語謂云差引勘定。

(乙) 相殺之利益

(子) 簡便

如前例。設不爲相殺。則甲乙須各豫辨濟之額數。一不便也。各須耗履行之費用。相距遠者費用尤夥。二不便也。此自私人言之也。若爲社會經濟計。則資本不至于停滯。不至于虛耗。其便尤多。

(丑) 公平

如上所言。甲乙須皆爲履行。雖感不便。就不失于公平。設有一方不盡履行之義務時。則他方之爲履行者。雖有義務。而不蔭法律之保護。殊不公平也。聞者或疑苟其一方不盡其義務時。可依于強制執行之方法。不必定須相殺。然強制執行。手續繁重。耗時費財。所損已不少矣。且使其無資力。而至于不能爲全部之辨濟時。則所損尤鉅也。

(丙) 相殺之主義

(子) 裁判上之相殺

此爲羅馬法之主義。依此主義。當事不能自由主張相殺。須請求于裁判所。而依其命令以爲之也。自此主義之長處觀之。則其爲相殺。以不至于有錯誤之事。而自其短處觀之。則消耗時日與費用。使當事者深感其不便。

(丑) 因于意思表示之相殺

因于當事者之一方。對於爲相手方之意思表示。而相殺成立。此較第一主義爲便利。日本民法德國民法皆採用之。

(寅) 法律上之相殺

相殺之條件。法律上定之。條件具備。即得相殺。此主義。極爲簡便公平。較之第一主義。蓋遠勝之。第一主義。須裁判後始得相殺。往往因裁判官之勤怠。以爲遲速。而此則無如斯流弊也。日本舊民法佛蘭西民法皆採之。而新民法不採之者。以其條件成就。即爲相殺。往往當事者尙未之知。或致大反其意也。然相殺者於當事者間。有利無害固

亦無妨。故自立法論言。則余取第三主義案（民法要義評第二主義之缺點。謂其利于狡猾者。苛酷者。而不利于循良者。寬大者。又云依于第五百六條第二項反第五百八條之規定。其實際殆與第三主義歸于同一之結果也）

(二) 相殺之條件

于此當先言者。雖不具以下之條件。然因于契約。亦得爲相殺也。如法律上規定須同種之目的之債權。然基于契約。雖非同種之目的。亦得爲相殺。例如甲對于乙。負米百石之債務。乙對于甲。負一千元之債務。此非同種之目的也。然苟依於契約。而主張相殺。則亦許之。然契約上之相殺。仍不能害第三者之權利。如甲之債權。既受差押。則不得援用相殺。以其傷害差押債權者之權利也。又如甲于債權上設定質權于人。則亦不得相殺。以傷害質權者之權利也。此因法律上之條件。然契約之相殺。亦不得不依此規定也。以下言法律上之條件。

(甲) 實質上之條件

(子) 同種之目的

如金錢債務可與金錢債務相殺。而不能與以商品之給付爲目的之債務相殺也。蓋于此場合許其相殺。雙方之目的皆不可達故也。同種之目的。或謂爲代替物者。此大謬也。如金錢即代替物。以十元之銀行兌換券。可代十元之金錢。然許其相殺。則皆不能達其目的。甲欲輕齋。而以銀行兌換券爲目的。乙欲散用。而以金錢爲目的。許其相殺。反于其目的明矣。若用同種之目的之語。則無不當。如上舉例。旣以當事者之意思。定或種之通貨。則不得謂爲同種之目的也。故第五〇五條規定云。『同種之目的』也。尙有宜注意者。債權之目的。不必限于有體物。如甲有供十人之勞力。于乙之債務。乙對于甲亦有此債務。則可爲相殺也。

(丑) 在于辨濟期

辨濟期云者。第四一二條定之。前所已言。相殺要雙方之債務皆在于辨濟期。于此得分爲三場合。(一) 雙方之債務皆無期限者。以債權之發生期爲辨濟期。若二者有先後。則以後之債權發生時期爲辨濟期。(二) 一有期限一無期限者。則以期限附債務期限到來時爲辨濟期。(三) 二者皆有期限者。以期限到來時爲辨濟期。若二者有先後。則

以後之債務期限到來時爲辨濟期。第五〇五條規定即其義也。至于條件附之債務。則不許相殺。以條件之成就與否尙未可知。隨而債務之確定與否亦未可知故也。（案民法要義云雙方之債權。皆在辨濟期。乃得爲相殺。不然。則因一方之意。思而奪相手方之期限之利益爲不當也。但新民法相殺者因當事者之一方對抗之而生其效力。故對抗之當事者。得拋棄爲自己之利益之期限。而對抗相殺。固不俟言也。）

(寅) 債權之性質許相殺者

此條件自積極之方面說明之。則極難。自消極之方面說明之。則易了然也。例如不可分債權。即爲債權之性質。不許相殺者。甲對於乙有三千元不可分債權。而乙對於甲有二千元債務。苟許其相殺。則以不可分之性質。變爲可分矣。蓋既于二千元之範圍內。爲相殺。又須辨濟一千元。則毀不可分之性質。明也。再舉一例。甲對於乙有千元之債權。約于某日某場所爲履行。于是甲遂振出爲替手形于丙。則于此場合。乙對於甲雖其後取得千元之債權。亦不許相殺。蓋甲以爲乙必辨濟。故振出爲替手形于丙。設

其後甲復主張相殺。是反乎甲之目的也。再舉一例。甲乙二人皆農業者。甲約供十人之勞力于乙。其後乙亦約供十人之勞力于甲。此場合亦不許相殺。蓋其契約之目的。在互相助其耕作。其時日有先後。其需要有緩急。若許相殺。則契約之目的全不能達也。此外法律有示反對之規定者。後當論之。尙有一疑問。履行地相異時。得爲相殺乎。自理論上言。不得相殺。（案大理論如何。不得聞之。民法要義則云。債務之履行地相異者。其利益自不同。故嚴格言之。難云同種之目的也。）日本民法仿照各國立法例。許其相殺。此于以相殺爲對抗之當事者無所不利。特受對抗之當事者。或有所不便耳。然相殺之利益（即簡便公平）既如上所述。則雖少有所不便。亦不妨認許之也。但于此場合。受對抗之當事者。若有所損害。以相殺對抗之當事者。當賠償其損害。例如甲乙皆在東京。甲之債權以東京爲履行地。乙之債務以大阪爲履行地。苟乙既以其履行之目的物。送運于大阪。造甲之代理人之住所。使受履行。而甲始爲相殺之主張時。甲對於乙。要賠償其損害也。（案此場合宜分別觀之。乙之債務既以大阪爲履行地。則自東京運送至大阪之費用。乙固須負擔之。但甲以相殺對抗之後。乙不得不

以履行目的物。由大阪而復運回東京。此時之費用。乃由甲而生之損害。得責其賠償耳。第五〇七條定之。『相殺雖雙方之債務。履行地不同亦得爲之。但爲相殺之當事者。對於其相手方。因之而生之損害。要爲賠償。』

(卯) 當事者無反對意思

相殺爲當事者之利便計。故當事者表示反對之意思時。不能適用。例如甲欲於一定之期限。得一定之金額。而對於乙有使之于其期限支拂其金額之債權。其後乙對於甲。亦有同種之債權。倘乙主張相殺。是反於甲之豫期也。故得以當事者之表示意思。而禁止相殺。(案民法原理云。所謂當事者。指當事者之全部。唯如遺言之場合。僅遺言者爲當事者。故得以一方表示反對之意思。至于多之場合。當以契約而生。故反對意思之表示。要當事者雙方之特約。)但于此場合。不得以之對抗於善意之第三者。蓋第三者有不知其曾爲反對之意思表示。若得以對抗。往往至于無過失而招意外之損害也。第五〇五條第二項定之。『前項之規定。當事者表示反對之意思之場合。不適用之。但其意思表示。不得以之對抗于善意之第三者。』又如交互計算於一定

之期間內。不得爲相殺。交互計算之定。又曰於二人間。就于由一定之期間內之取引。而生之債權債務之總額爲相殺。而支拂其殘額之契約也。例如甲商人與乙商人結交互計算契約。於六箇月以內。以債權債務之總額爲相殺。則六個月以內。不得以一之債權額與一之債權額爲相殺也。此於相殺加大制限者。苟於未違于一定之期間。雖相殺之條件具備。亦不得相殺也。商法第二九一條乃至第二九六條規定之。

(辰) 一方之債權非于他之一方之債權差押後取得者

例如甲對於乙。有債權。其後乙對之。亦有債權。而甲對於丙。又有債務之場合。若甲對於乙之債權。既爲丙所差押。然後乙對於甲。始有債權。則不能以之相殺。苟乙對於甲之債權。與差押同時發生。則不妨主張相殺。於此當起疑問。乙對於甲之債權。有期限。附期限未到來。而甲對於乙之債權。既受差押。及其後期限到來時。得以相殺否乎。是當分三場合言之。(一)甲乙之二債權。期限同時到來者。於此得相殺。不待言。(二)乙之債權。期限先到。甲之債權。期限後到。亦得相殺。(三)甲之債權。期限先到。乙之債權。期限後到。于此場合。則不許相殺。蓋甲之債權。期限已到。而不爲請求者。不過偶然之事實。乙

不能以之而對於甲爲相殺也。又有疑問者。謂甲之債權。既爲丙之質權之目的。可以爲相殺否。于此場合。乙得對於甲。而以相殺對抗之。蓋不能因甲之質權。設定行爲。而傷害乙之相殺權也。惟甲則不能提議相殺。蓋甲既設定質權於丙。則不得侵質權者之權利故也。第五一一條定之。『受支拂之差止之第三債務者。不得依于其後之債權。以相殺而對抗於差押債權者。』

右之條文規定之理由。出於保護債權者所不得不然也。丙差押甲之財產依之而受辨濟。至于其後。其債權之債務者乙。對於甲而取得同種之債權。若因於相殺。而差押無效。丙將甚被其損害。且自理論言之。凡差押於其目的物。有以債務者之一般財產中除去之之効力。即債務者甲。對於乙而有之債權。爲丙所差押時。以後法律上殆視爲非甲之財產。故于其後。乙對於甲。雖取得債權。終究與對於非自己之債務者。而取得債權無所擇也。是恰與甲讓渡其債權于他人之後。而取得之。同一也。即對於自己之債權。讓渡之後。對於爲讓渡人之舊債權者。而取得債權。其不得爲相殺。明也。（以上譯民法原理）

(巳) 法律無反對規定

(乾) 因於不法行爲之債權

例如甲對於乙而負債務。其後乙因于不法行爲。對於甲亦負債務。于此場合。甲得主張相殺。乙不得主張相殺。其理由因以爲因不法行爲而負賠償之責任者。法律之制裁也。若許其相殺則法律之目的。將不可達矣。不特此也。若許其相殺。適足以使人肆無忌憚而敢於爲不法行爲。例如乙對於甲。而有債權將恣加甲以不法之損害。毀壞其屋宇器具。其結果雖負賠償之責任。不過以之相殺而已。則人何所憚而不爲惡耶。故法律爲此規定。乃關於公益者也。第五〇九條定之。『債務因不法行爲而生者。其債務者不得以相殺而對抗於債權者。』

(坤) 禁差押之債權

禁差押之債權。民事訴訟法第六一八條規定之。關於此種債權。其債務者不得以相殺而對抗於債權者。例如扶養料是已。至于債權者得主張相殺與否。當分二場合言之。(一)法律上之養料。例如父子間之扶養之義務。是此雖債權者。亦不得主張相殺。(二)

契約上之養料。依于第九六三條之規定云。受扶養之權利。不得處分之。而契約上遺言上之養料。則無法律上之規定。又依第五一〇條之裏文。而解釋之。當採積極說也。第五一〇條云。『債權禁差押者。其債務者。不得以相殺而對抗于債權者。』

(屯) 組合之債權

組合者。二人以上共同出資以營事業之謂。所謂出資。不必限于財產。甲以財產。乙以勞力。概謂之出資也。例如甲乙爲組合。而丙對於組合負債務。其後丙對於爲組合員之甲。雖有債權。不得以之與對於組合之債務爲相殺也。或疑組合與法人不同。其財產爲甲乙所共有。故使丙對於組合與法人不同。負一千元之債務。而對於甲負五百元之債權。則於五百元之範圍內爲相殺。未嘗不便。然此誤也。組合之財產。雖甲乙所共有。然既爲組合。則不可不維持之。苟許其相殺。則組合或竟因之瓦解。非法律之本旨也。故法律設明文以禁止之。六七七云。組合之債務者。其債務不得與對於組合員之債權相殺。

(蒙) 株金之債權

商法第一四四條之二項之株式會社。株主對於會社有拂込株金之義務。不得以他之債權對抗之。其理由有二。(一)株式會社爲物的會社。不可不注意于資本。而會社株金以外。無資本許其相殺。則其資本。或至于不能維持。(二)許其相殺。則爲薄於其他之債權者。而厚于株主。其株主之債權。與他之債權者之債權。者爲同等。許其相殺。則株主無異受充分之辨濟。而至于後日。會社之財產。不足以辨濟債務時。則其他之債權者。至於不能受全部之辨濟。比于株主。爲不平衡也。

(乙) 形式上之條件

即爲相殺之當事者之一方。對於其相手方。爲意思之表示也。于此場合。不得附以條件或期限。以其爲之。則束縛相手方之相殺權也。第五〇六條第一項定之。『相殺依于自當事者之一方。對於其相手方之意思表示而爲之。但其意思表示。不得附條件或期限。』

(三) 相殺之效力

(甲) 原則

相殺者。以之看做二之辨濟。凡債權之消滅。以辨濟爲原則。而相殺者。不過以爲二回之辨濟。徒費無益之手續。故以之相殺。使皆不辨濟。而其結果與爲二之辨濟同也。但其相殺。要付于對當額爲之。例如一千元之債權。與五百元之債權爲相殺。則僅于五百元之範圍內。有其效力。即第五〇五條第一項所云「付於其對當額」是也。充當之規定。相殺亦準用之。第五一二條定之。即準用第四八八條乃至四九一條之規定是也。于是有當注意者。充當之場合。一方爲債權者。一方爲債務者。而相殺則雙方互有債權債務之關係。故準用充當之規定時。當以受相殺者看做債權者。而以爲相殺者看做債務者。又充當之規定。不云債權者債務者。而云辨濟者。辨濟受領者。此不過以別其理由而然。其義前者即指債務者。而後者即指債權者也。

(乙) 效力溯于既往

相殺因于當事者之一方之意思表示。而生效力。如前述而其效力于何時發生乎。是溯于法律上條件具備之時。換言之。即可爲相殺之時。而生其效力。(案民法原理云。法定相殺主義。以相殺爲法律上當然行之。故以其條件具備時。直得爲之。大抵以辨

濟期之到來。而爲相殺之效力發生時期。然於新民法。則相殺須依當事者之意思表示而行之。自理論上言。則相殺之效力惟向于將來而生。然如此則生甚不公平之結果。蓋當事者非必有同等之法律上智識。其聰慧不相等。其貪慾不相等。故優于是者。得利用之。若以相殺爲不利益。則故爲遷延。祇求一己之壟斷。往往生不公平之結果。故德國民法。雖付于總之場合。多不認效力溯及既往。唯于相殺則認之。而日本民法。亦爲此效力溯及既往之規定也。第五〇六條第二項定之。『前項之意思表示。溯于雙方之債務。適于互爲相殺之始。而生其效力。』

(子) 雖有時效亦可

因于時效而消滅之債權得爲相殺與否。自理論而言。似不能以既消滅之債權。與他之債權相殺也。然甲乙本互有債權。甲之債權。既罹于時效而消滅。則對於乙請求履行之場合。不得以相殺而對抗。其不公平。不待言也。故在于以相殺對抗之當時。一方之債權雖既歸于消滅。而其消滅以前。苟具備相殺之條件時。猶得以相殺對抗于相手方也。(案民法原理云。第五〇六條第二項及第五〇八條之規定。皆因采用於意

思表示而爲相殺之主義。又防其足生不公平之結果。而設此之規定也。苟如法國民法及舊民法。采法定相殺主義。則無如是之繁矣。德國民法所以不認法定相殺者。其沿革使然也。羅馬法不認法定相殺。德國於新民法施行以前。以羅馬法爲普通法。故亦不認相殺主義。然自實際上之便利言。則法國民法實優於德國民法。日本無沿革之理由。以認法定相殺爲宜。然既有此之規定。則實際不致釀不公平之結果耳。第五〇八條規定之。『因時效而消滅之債權。於其消滅以前。適于相殺之場合。其債權者得爲相殺。』

(丑) 於讓渡之通知前有相殺之原因亦可

如甲乙間有債權債務之關係。而甲以其債權讓渡於丙時。于爲通知前。苟乙對於甲。亦有債權。而得爲相殺者。亦得以相殺對抗之。于此有疑者。以爲乙主張相殺時。甲既非債權者。何由以相殺對抗之。然苟不許相殺。則當生不公平之結果。以乙本對於甲。有相殺權。不能因甲有讓渡之行爲。而奪其權利也。從前日本裁判所判決例。有付于此場合不許相殺者。余爲論文難之。今日判決例。多許相殺矣。至其對於何人爲相殺。

之意思表示。大審院判例。以爲對於丙。即現在之債權者。爲之。余亦以爲然。關於此之規定在第四六八條第二項。(條文見前)

第三 更改

(一) 總論

(甲) 定義

(子) 廣義

使舊債務消滅以新債務代之之契約也

(丑) 狹義(日本民法之意義)

因債務之要素之變更。以新債代舊債之契約也。此日本民法之所采者。債務之要素有三。(一)債權者。(二)債務者。(三)目的。此三者依于當事者之契約。一有變更時。則爲更改。合述於下。

(乾) 債權者之變更

甲爲債權者。乙爲債務者。其後與丙結約。丙爲新債權者。而債務者如故。目的如故。

也。

(坤) 債務者之變更

甲爲債權者。乙爲債務者。其後與丙結約。丙爲新債務者。而債權者如故。目的如故也。

(屯) 目的之變更

初爲三千元之債務。其後依于契約。變爲土地所有權之債務。而債權者債務者。皆如故也。

以上第五一三條第一項定之。『當事者爲變更債務之要素之契約時。其債務因更改而消滅。』

(乙) 更改與他之行爲之別

(子) 與債權讓渡之差

更改與債權讓渡之差。在當事者之意思。有不同也。債權讓渡。其債務不消滅也。而更改則消滅舊債務。以新債務代之。故有新陳代謝。此二者之別也。因而生左之結果。

(乾) 性質異與否

更改爲新陳代謝。故其新債務與舊債務不同性質。而債權讓渡。則債務之性質不變。其實用上分左諸項。

(天) 爲商事債權與否

更改之場合初爲商事債權者變爲民事債權。而讓渡之場合則爲商事債權如故也。因是復生左之結果。

(金) 連帶與否

商事債權。以連帶爲原則。商法第二七八條規定之。民事債權。則限于特別之場合。乃爲連帶。故如甲因商事行爲。對於乙丙而有債權。則依第二七八條之規定。自爲連帶。然苟以民事行爲。更改以丁爲債權者。則變爲民事債權。若無特別之約束。乙丙當然消滅連帶關係也。若讓渡之場合則丁所讓受之債權。固爲連帶債權。未嘗少變也。

(石) 利息異

民事債權利息年五分。第四〇四條定之。商事債權。利息年六分。第二七六條定之。如甲對於乙。有商債權。年利息六分。其後因于更改。而丙爲債務者時。以爲民事債權。故

年利息五分而已。若讓渡。則仍不失商事債權之性質。而利息年六分也。

(絲) 取引時間之有無

商法第二八三之規定。商行爲之取引。有一定之時間。其取引時間。有以法令定之者。如銀行條例第六條。取引時間。每日自午前十時。至午後四時。是有以慣習定之者。如會社取引時間。自午前八時。至午後四時。是欲爲債務之履行者。須於其取引時間內爲之。而民事債權。則民法無此規定。設如甲對於乙。有商事債權。得依商法第二八三條之規定。有取引時間。其後因於更改。而爲民事債權時。即無此限制。若讓渡之場合。商事債權之性質如故。仍得適用第二八三條之規定。

(竹) 時效異

商事債權之時效。商法第二八五條。定爲五年。民事債權之時效。民法第一六七條。定爲十年。如爲更改。則初爲商事債權。時效五年者。後爲民事債權。時效十年。若讓渡。則無論讓受人是否以商事行爲取得債權。而其債權之性質不變。仍爲五年時效也。此外尚有別論時效之長短。乃非因于商事債權與否而異者也。

(地) 時效之長短

同一商事行爲。而時效有不同。民事亦然。例如元本與利子之時效不同。由元本而生之利子時效長。由利子而生之利子時效短。又如雇傭有十年時效。有一年時效。故如甲對於乙。有不動產借貸權。其時效爲五年。其後因于更改。爲其他一般之債權。其時效爲十年。若讓渡則其時效。仍爲五年。性質不變也。

(元) 留置權先取特權之有無

此二者皆債權之擔保。後再述之。甲之債權。有留置權或先取特權。因于更改。而當然消滅。若讓渡則仍然有之也。

(坤) 執行力之有無

債權者有公正證書。或確定判決時。可直對於債務者。爲強制執行。于此場合。苟爲更改。則執行力歸于消滅。若讓渡則仍然有之也。

(屯) 時效起算點之差異

更改之場合。新舊之債權。雖同爲民事債權。而其時效之起算點。自爲更改之時起算。

若讓渡則繼受其時效。如十年時效經過五年。始爲讓受時。則再經過五年。即罹于時效也。

(蒙) 要債務者之承認與否

更改之場合。因債權者債務者新債權者間之契約而成立。讓渡則因讓渡與讓受人間之契約而成立。特須通知於債務者。或得其承諾。以爲對抗之要件耳。此由更改有新陳代謝之觀念故也。

(需) 擔保權之移否

更改之場合。其主債務消滅。擔保爲從債務。亦因以消滅。如留置權先取特權質權。抵當權保證等是也。設當事者間有特約。則限于抵當權質權。得移轉之。其他之擔保。雖有特約。不得移轉也。其詳在第五一八條。讓渡之場合。擔保權隨主債權而移轉於受人也。

(丑) 與債務引受之差

債務引受。謂引受他人之債務而負擔之也。與債權讓渡略同。債權讓渡。債權者所有

之權利。移轉之于讓受人。債務引受。則債務者所有之義務。移轉之于引受人也。（民法原理第八三二頁論債務引受與債權讓渡之差。可參照。）更改與債務引受不同之點。與異于債權讓渡之點相類。蓋更改為新陳代謝。而彼則盡其現狀以移轉也。但二者亦有相似者。蓋自債務者變更之點而觀之也。故日本民法。認更改而不認債務引受。獨逸民法。認債務引受。而不認更改。日本民法。所以不認債務引受者。有其理由。（一）因于慣習。日本習慣。有更改而無債務引受。（二）債權之目的。在于債務者之行爲。債務者既有變更。不得謂爲同一之債務也。以上爲不認債務引受之理由。然亦非絕對不認之。如貸借權對於貸主。有負貸金之義務。而于賃借之場合。即認債務引受。又如地上權之讓受之場合。亦有債務引受之事。永小作權之讓受之場合。亦有之。

（寅） 與代物辨濟之差

代物辨濟。謂爲異於債務之目的之給付。而充其債務之履行也。

代物辨濟與因於目的之變更之更改相類。例如甲對於乙。負千元之債務。而與之相約。以商品爲辨濟。謂之代物辨濟。換例以言。初負千元之債務。其後依于契約。變爲負

給付商品之債務也。斯二者實爲同一。不過代物辨濟。即時履行。而更改則負爲履行之義務耳。然自當事者之意思以言。則大有異。更改之場合。當事者有負擔新債務之意思。代物辨濟之場合。則唯有消滅其債務之意思而已。故日本民法。推測當事者之意思。特設代物辨濟之規定。於第四八二條。使與辨濟有同一之效力也。二者相異之點。列舉於下。

(乾) 對於債權之準占有者而爲之其有效與無效

對於債權之準占有者而爲之辨濟。其辨濟者爲善意時。有效。第四七八條之規定也。而代物辨濟。依于第四八二條之規定。得適用之。故其辨濟爲有效。若更改。則無適用之明文。不得不斷爲無效也。

(坤) 有受取證書交付之義務與否

辨濟者依于第四八六條。對於辨濟受領者。得請求受取證書之交付。此辨濟受領者之義務也。而代物辨濟得適用之。更改則新債權發生有其證書。唯于其上記舊債務消滅之旨已足。不必有受取證書之交付也。此爲第一理由。代物辨濟。依于第四八二

條。得適用辨濟之規定。而更改則無適用之明文。此爲第二理由。

(屯) 有證書返還之義務與否

代物辨濟適用第四八七條之規定。辨濟受領者。對之有返還證書之義務。更改之場合。無適用之明文。且於新債權證書。記載舊債權消滅之旨已足。不必返還證書也。

(蒙) 代位之有無

代位辨濟與辨濟有同一之效力。故有代位權。代位第四九九條以下定之。更改之場合。無代位權。

以上論更改與他之行爲之別。以下更括論之。

更改如上所述。(一)因于債權者之變更。(二)因于債務者之變更。(三)因于目的之變更。而債權讓渡類于第一之場合。債務引受。類于第二之場合。代物辨濟。類于第三之場合。日本民法。更改。債權讓渡。代物辨濟。皆認之。獨不認債務引受。獨逸民法。債權讓渡。債務引受。代物辨濟。皆認之。獨不認更改。適與日本相反。而其實際上。則無大異也。

(二) 更改之條件

(甲) 原則

(子) 契約

新舊債務關係之當事者之全部作成之。是爲原則。如因於債權者之變更者。則新舊債權者與債務者。其爲之。因於債務者之變更者。則新舊債務者與債權者共爲之。因於目的之變更者。共當事者無變更。亦共爲之。關於其契約。與一般之契約之理論無異。條件亦同。例如要當事者之意思合致是也。第一種之更改。須新舊債權者與債務者意思合致。然後成立。第二種之更改。則有例外。于後詳之。第三種之更改。無問題。但當注意者。其當事者有數人時。仍要意思之合致也。

(丑) 要素之變更

此言債務之要素。非法律行爲之要素也。法律行爲之要素。總則中詳之。債務之要素。(一)債權者。(二)債務者。(三)目的也。更改因債務之要素之變更而成立。第五一三條定之。

(乾) 債權者之變更

無可述者略之。

(坤) 債務者之變更

此有難問題。即爲替手形之發行。得爲債務者變更與否是也。關於此。日本民法。采積極說。第五一三條第二項云。代債務之履行。而發行爲替手形。亦同。例如甲爲乙之債務者。又爲丙之債權者。甲振出爲替手形於乙。甲爲振出人。(發行者)丙爲支拂人。(具名者)使乙對於丙。請求支拂。此與債務者之變更。無所異也。然設無明文之規定。則不得謂爲更改。(一)支拂人不欲爲支拂時。得拒絕支拂。(二)支拂人自初無同意。然不拘有此理由。而日本民法以之爲更改者。(一)以于此場合支拂人。大抵盡支拂之義務。(二)以之看做債務者之變更也。然條文僅關於爲替手形之規定。則約束手形之小切手之發行。不得謂之更改。此自條文之裏面解釋之。不得不爲此論定也。其理由以爲約束手形。不過有將來爲辨濟之意思。當事者與目的。皆無所變更也。至于小切手。雖與爲替手形相彷彿。然二者間之當事者之意思不同。以小切手不過如使人至銀行爲引出。以充辨濟。無使他人代負義務之意思。其當事者與目的。亦無所變更也。故爲替手形之發行。可看做更改。而約束手形小切手。則不能。但有以小切手發行爲更改

之裁判例。其意以爲凡新債務發生。而舊債務消滅者。即得謂爲更改。故以新發生手形上之權利。而消滅其舊權利者。亦不得不謂爲更改。然此大誤也。手形上之權利。雖新發主。而其舊債權。固未嘗消滅。不過以發生之權利。確保其效力耳。蓋約束手形小切手之發行。不過與設定抵當權以擔保其債權同。不得謂前之債務關係。因是消滅也。

手形之裏書（約束手形爲替手形小切手之裏書）得爲更改與否。是當采積極說。但非純然之更改。祇代物辨濟而已。更改之廣義。範圍廣大。代物辨濟亦在其間也。

附 論

債權者債務者雙方同時變更。謂之囑託（狹義）例如甲爲乙之債權者。乙爲丙之債權者。于此場合。苟乙囑託于甲。使直接對于丙爲請求。更囑託于丙。使直接對于甲爲辨濟。此即債權債務雙方之變更。丙本乙之債務者。乃變爲甲之債務者。此債務者之變更也。甲本乙之債權者。乃變爲丙之債權者。此債權者之變更也。于此場合。多用囑託之方法。亦有用其他之方法者。但實例甚鮮。如甲對于乙有債權。丙對于丁有債權。

而四人相約使丁對甲爲辨濟是也。（于此場合乙丙之關係別爲問題。）

（屯） 目的之變更

如千元之債務變爲不動產引渡之債務是也。然非必全然變更其目的。例如給付武藏米之義務變爲給付下總米之義務。僅變更米之品質。亦爲變更也。又如以無條件變爲條件附。或以條件附變爲無條件。亦爲變更。如甲對於乙。初約于或期間內結婚。則給付千元。其後更爲單純之債務是也。換例以言。甲對於乙。初約于或期間內。乙結婚。則給付千元。其後改爲于或期間內。乙爲丙結婚。則給付千元。是也。從前學者不認此爲更改。日本民法則認之。第五一三條第二項云『以條件附債務。爲無條件債務。附條件于無條件債務。或變更條件者。看做變更債務之要務。』

此外數量之變更。似亦當爲更改。但當事者之意思。多不以之爲更改。故不認之。例如千元之債務。二千元當事者不過以爲加千之元債務而已。又如前例。減爲五百元。當事者不過免除其一部而已。至於期限之加減。亦不得謂爲目的之變更。以期限不過履行之方法非債務之目的也。

附論

新民法不認原因之變更。余之學說亦不認之。舊民法則明認原因之變更。如甲乙間因賣買行爲而甲對於乙負千元之債務後更爲以貸貸借之名義而負債務。此契約之有效。不俟言。ボワソナート氏以之爲原因之變更。而以爲更改契約。新民法則以爲消費貸借之契約。以之看做甲對於乙。已爲辨濟。復對於甲。以消費貸借之契約。而貸千元也。第五八八條規定之。若如舊民法之學說。則借主對於貸主。有千圓之債務。以後苟對之發行千元之約束手形。亦爲更改。以此亦爲改貸借原因所生之債務。而爲手形行爲原因所生之債務也。故自此學說。當生此結果。其爲當否。非一言所能解決。今舉一例。如初爲貸借之原因所生之關係。後改爲買賣原因所生之關係時。得許之乎。夫由買賣關係。而改爲貸借關係。可以有效。如前所述。至於由貸借關係。而爲賣買關係。則易爲詐欺。此ボアソナート氏亦不認之者也。然既不認其有效。而舊民法又認原因變更。何以貫徹其理論耶。故其根本的錯誤。在於認原因之變更。蓋彼以原

因爲債務之要素。從而認原因之變更。夫債務之必有原因。不俟言也。而認原因之變更。則無異以甲所生之子。而登記爲乙之子也。

(乙) 因債權者之交替之更改之特別條件

所謂特別條件。即確定日附證書也。確定日附證書。前既述之。要而言之。于確定日附之時。即有證書。非其後始繰上(倒填)以遡及于既往也。于債權之讓渡。欲對抗于債務者以外之第三者。當以確定日附證書爲要件。于此場合。亦以之爲特別條件。例如甲爲債權者。乙爲債務者。甲以債權讓渡于丙時。苟其前已因更改契約而丁爲新債權者。則丁必有確定日附證書。始得以對抗于丙。否則不能對于丙。而主張更改之效力。蓋無確定日附則新舊債權者與債務者。得共爲姦詐。繰上其更改之時日。以對抗于讓受人故也。第五一五條規定之。『因債權者交替之更改。非以有確定日附之證書。則不得以之對抗于第三者。』

又債權讓渡之場合。欲對抗于債務者。須爲通知。或得其承諾。而更改無此規定者。以此場合。債務者亦爲契約之當事者故也。

(丙) 因債務者之交替之更改之特別條件

于此場合。得因於債權者與新債務者之契約而成立。要不反於舊債務者之意思。第五一四條定之。

因債務者之交替之更改。得以債權者與新債務者之契約而爲之。但不得反於舊債務者之意思。

因於務債者之交替之更改。其原則須由於債權者新債務者舊債務者之三人間之契約而成立。然此非必要。蓋于此場合。免除舊債務者之義務。而有新債務者在。債務原則許第三者代爲履行。既付于債務之履行。許第三者代債務者以爲之。則其約束爲不即時履行。而後日代之履行。亦不得不許之明矣。例如甲對於乙。而負債務。丙欲甲之免其債務。而又即時不能履行。則請于乙。免除甲之債務。而已代之履行。乙承諾之。是即因於債務者之交替之更改也。若于此場合。丙直爲支拂。則是以第三者而爲辨濟。固有効也。夫第三者爲辨濟。既認其時效。則右之更改。決無不認之理由也。是故設第五一四條之規定也。隨而但書亦爲必要。反於舊債者之意思。不得爲更改。亦與

關於第三者辨濟之場合之第四七四條第二項之規定。同其趣旨也。（以上譯民法原理第八五七頁）

(三) 更改之効力

(甲) 原則

即消滅舊債務。而發生新債務之謂。故其結果舊債有執行力。（如有公正證書或確定判決）。而新債不能有之。又如舊債有擔保權。新債亦不能有之。惟限于質權抵當權。依當事間之特約得移轉之。又舊債消滅。與新債發生。要有連鎖。舊債未消滅。新債不能發生。新債未發生。舊債不能消滅也。第五一七條定之。『因更改而生之債務。因不法之原因。或當事者不知之事由。而不成立。或被取消時。舊債務不消滅。』就右之條文。可分三場合。（一）新債因不法之原因。而不成立時。如舊債以金錢爲目的。而新債以殺人爲目的。于此場合。新債不能成立。從而舊債亦不能消滅。（二）因目的之不能。而不成立。如新債爲變銅幣爲金幣之債務。亦不能成立。從而舊債亦不能消滅。上之二場合。更改之効力。皆不能發生。但（一）之場合。不問當事者一方雙方知之與否。

皆絕對不能發生。(二)之場合。必要當事者雙方或一方不知之時。苟雙方皆知之。其舊債消滅而新債以目的不能之故。至于不能履行也。(三)因無能力而受取消時。其更改亦不生效力。但限于當事者雙方或一方不知之時。設使知之。則其舊債消滅。而新債取消與否。與舊債無關係。蓋當事者知而故爲之。或由於希冀其不被取消故也。

(乙) 例外

(子) 一般之例外

即移轉其抵當權或質權之謂。前言舊債消滅。則擔保權亦消滅。然當事者有特約。則質權抵當債可以移轉。即從前爲擔保舊債權者。移轉而爲擔保新債權也。若留置權先取特權。則不能移轉。此二種之擔保權。乃因於其主債權之性質而有者。而舊債權既消滅。則其性質上當然因以消滅也。又如保證亦不能移轉者。以其爲保證舊債務之契約。保證人對於新債務。未必欲爲保證也。即使欲爲保證。亦不能移轉。以其可以爲新之保證契約也。然聞者或疑質權抵當權何以許其移轉。彼獨不能新設定乎。然法律所以許其移轉者。固有其理由。設定質權抵當權。不可不依于順位。移轉則保存

昔日之順位。新設定。則從其設定之時。以爲順位。其先後有大差異也。然其移轉必有二條件。(一)於舊債之限度內有効力。例如舊債千元新債爲米百擔。其價值或達千元以上。然擔保須於千元之限度內。有効力。(二)第三者供擔保之場合。要得其承諾。蓋第三者供擔保所以擔保舊債。今移轉之於新債。不可不得其承諾也。第五一八條定之。『更改之當事者。於舊債務之目的之限度。供于其債務之擔保之質權或抵當權。得移于新債務。但于第三者供之之場合。要得其承諾。』

(丑) 因債權者之更替之更改之特別者

前言債權讓渡。債務者不留異議。而爲承諾時。雖有對抗之事由。不得對抗于債權讓受人。第四六八條第一項所規定也。而第五一六條準用之。更改之場合債務者不留異議。故雖有對抗于舊債權者之事由。不得以之對抗于新債權者也。

第四 免除

免除。謂債權之拋棄也。舊說以爲免除當得債務者之同意。日本民法。則僅因債權者一方之意思表示。而生其効力。但其意思表示。要對於債務者爲之。以債務者爲直接

之利害關係人也。凡財產權皆可拋棄。債權亦一之財產權。故得僅因于債權者之意思而拋棄之。第五一九條云『債權者對於債務者表示免除債務之意思時。其債權消滅。』

免除有二。(一)有償免除。債權者受債務者他之報酬。而免除其債務。(二)無償免除。出于債權者之恩惠也。(案免除僅因債權者之意必表示而爲之。民法原理第八七三頁以下。言其理由甚詳。大略謂權利之拋棄。得依於權利者之自由意思而爲之。蓋權利者一之利益也。利益得拋棄之。付于財產權。所不容疑也。而因于權利者之拋棄而消滅其權利。亦不待言。乃各國之例。付于物權之拋棄。無問題。付于債權。拋棄其附隨之利益。亦無問題。獨於債權之拋棄。則加以限制。以爲必要得債務者之同意。此甚可怪也。付于他之權利之拋棄。亦有相手方在。何以許其不問相手方之意思如何。惟依于權利者之一方之意思。以爲之。而獨於債權。乃設此限制耶。是不免於矛盾也。凡法律上之問題與道德上之問題。非同一也。故不欲因債權者之拋棄而受利益者。非別無處分之途。而債權者固得以自由意思。拋棄其權利也。

第五 混同

混同謂債權者債務者雙方之資格屬於一人也。(案民法原理云不得兼之二資格歸于同一人也。)混同之原因甚多。而行之最繁者。爲相續。如債務者之相續人。或爲債權者之相續人。或債權者爲債務者之相續人。是也。于此場合。不能對於自己行使權利。不能對於自己履行義務故。其債權當然消滅。從而附隨於債權之擔保權等。亦因而消滅。第五二〇條定之。『債權及債務歸于同一人時。其債權消滅。』

但付于此。有例外。(一)債權爲第三者之權利之目的時。例如甲對於乙而有債權。其後甲乙混同。其債權可消滅。然甲之債權。爲丙之先取特權之目的。若甲之債權消滅。則丙之先取特權之目的。亦對因以消滅。是傷害丙之權利也。故于此場合。債權不得消滅。先取特權有二種。(甲)一般先取特權如上所述。(乙)特別先取特權。例如甲之所有物。爲丙之特別先取特權之目的。後甲以其物。因買賣而移轉于乙。乙對之負支拂代金之義務。苟此時甲乙混同。其債權不能消滅也。蓋特別先取特權。不僅以其物爲目的。即其物之代價。亦以爲目的。苟乙因混同。而消滅其義務。則侵害丙之權利。故法律爲

保護丙之故。其債權不許消滅。右之場合。不獨先取特權爲然。質權抵當權亦然。聞者或疑于此場合。債權未嘗不可消滅。特乙對於丙。負償還之義務可耳。然此說之不可行者。有二理由。(一)例如丁對於丙。而有債權。甲以對於乙之債權爲其擔保。設甲乙因混同而債權消滅時。則丁之擔保權。不得不歸於消滅。是傷害其權利也。(二)例如甲對於乙。而有質權擔保之債權。其後甲對於丙。而有債務。以對於乙之債權。供其擔保時。其後丙乙若有混同。而債權消滅。則於丙之權利。大有影響。蓋乙對於甲。所供擔保。丙對之。有優先之權利。設乙之債務消滅。則擔保亦從而消滅。丙之權利。必因是而被損也。故於第五二〇條之但書曰。其債權爲第三者之權利之目的時。不在此限。所以保護第三者之權利也。(二)限定承認於相續法中詳之。被相續人之財產少而債務多之場合。相續人得於因相續而得之財產之限度。辨濟被相續人之債務。謂之限定承認。於此場合。苟被相續人對於相續人。而有債權時。其債權不由于混同而消滅。蓋若許其消滅。則其他之債權者。(被相續人之債權者)愈受損害。蓋彼既不幸。僅能依於被相續人財產之限度。而受辨濟。若更因混同而消滅其財產之一部時。不可謂不失之。

酷也。反之被相續人對於相續人而負債務時，亦不許混同。例如被相續人債務額二萬元，而財產祇一萬五千元。若許其混同，則其財產將至於增加，亦不合於限定承認之性質者也。第一〇二七條定之。(三)財產分離與限定承認相類，所不同者，限定承認由于相續人之請求，財產分離由於被相續人之債權者，或相續人之債權者所請求也。分二種言之。(一)被相續人之債權者請求之場合，此由於被相續人財產多而債務少，財產少而債務多，被相續人之財產足以辨濟其債務而有餘，設其混同，則被相續人之債權者，本得充分之辨濟者，或至於僅得十分之辨濟，而相續人之債權者，本得十分之六之辨濟者，或亦竟得十分之八之辨濟，此被相續人之債權者所不利也。故請求分離被相續人與相續人之財產。(二)相續人之債權者請求之場合，此由於被相續人財產少而債務多，相續人財產多而債務少，故相續人之債權者，於相續人不請求限定承認之場合，亦請求財產之分離，否則相續人之債權者所不利也。其理由恰與上所述，反而有合也。關於財產分離之場合，不得混同。第一〇五〇條第二項定之。

民法第二編 財產編之中 第二章 債權

民法第二編終

上海图书馆藏书



A541 212 0015 5733B

三四〇

光緒三十三年九月二十二日
明治四十年十月二十八日
發行

編輯者 許 壬

印刷者 長谷川 辰二郎

日本東京市神田區
錦町三丁目一番地

丙午社

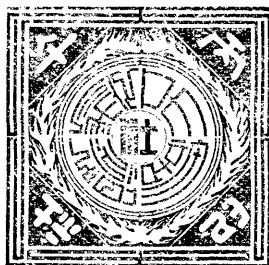
中國天津河北公園

小川印刷所

日本東京市神田區
錦町三丁目一番地

發賣所

中國各省各書肆
日本東京各書肆



社告

法政講義第一集 嗣出

頃在編輯中不日付印陸續出版發行茲特先爲通告其種數如左

比較憲法 日本法學博士美濃部達吉講述

地方制度 日本法學士吉村源太郎講述

教育行政 日本法學士吉村源太郎講述

商業政策 日本法學士河津暹講述

農業政策 日本法學士山内正瞭講述

工業政策 日本法學士山内正瞭講述

財政學 日本法學博士高野岩三郎講述

刑法各論 日本法學士菱谷精吾講述

民法財產 契約各論及擔保章 日本法學博士海謙次郎講述

民法親族 日本法學博士梅謙次郎講述

民法相續 日本法學博士梅謙次郎講述

商法 日本法學博士松波仁一郎講述

破產法 日本法學博士加藤正治講述

外交史 日本法學博士立作太郎講述

銀行講義

貴筑姚 華編輯

全書紙數千餘頁編輯頃將告成秋間付印陸續出版
其種類如左

一 理論

日本法學士 山內正瞭講述

二 實務

日本法學士 勸業銀行員 多賀義三郎講述

三 簿記

日本商業學士 三菱銀行員 田村秀實講述

民法債權 乙

(第二十四册)

(附擔保)

上海图书馆藏书



A541 212 0024 5573B

民法第一編

財產編之中

例言

一本講義爲日本法學博士梅謙次郎先生所授。本編（財產編）於順位次於第二。而於財產編原分四部分。一、即財產緒論。二、即第一章物權。三、即第二章債權。四、即第三章擔保。於第二章又分爲二。前者爲債權緒論及總則。後者爲債權各論（即契約及事務管理、不當利得、不法行爲）編者之所擔任。爲其後者。

一本講義於講授時。甚爲簡略。梅先生原擬於補修科補講之。今卒不獲補講。故本講義編輯社同人。乃起編輯之議。而以編輯之事責之編者。編者淺薄。前所擔任之財產緒論及物權。已不勝其責。自咎無已。今復辭之不得。再污筆墨。惶恐彌甚。

一本講義因講授過簡。勢不得不加以參考。於契約總則。則以梅先生明治三十六年

法政大學講義錄（此本雖舊，然後無嗣出者）爲基本。於契約各論之贈與、賣買、亦然。於賣買以下，則無所參考。（同上之講義錄，於此後爲他氏所講述者，梅先生於此講義錄以外，又無有其他之講義）無已，姑取志田博士、鉀太郎之債權各論講義案（明治二十八年九月二十八日發行）補之。而同講義案，單據日本民法，逐條提示，爲各學者共同之說。應與梅先生無所參差，亦無厯雜之嫌也。但中賭事一款，爲梅先生之所原授者，本欲以之列於和解之末，使不與依據志田氏之部分相錯。然梅先生手訂之目次，則在和解前。是因日本民法無賭事之規定，依梅先生之意見，大約於規定上，宜次於此，故不敢變其順位。（志田氏則一依日本民法之順位者也）茲特於此識明。至事務管理、不法行爲、不當利得，則以梅先生明治三十九年法政大學講義錄爲基本，以正其訛誤。因時間短促，不遑參考，單就筆記整齊之而已。至其文字，有失之過直者，然恐以己意變更，或失原意，故寧不避此失。且兼以上述之諸難點，故實有未能愉快者。此則編者之大爲抱歉者也。

一 契約總則，依梅先生自來講義，皆有契約之成立一章。茲因講授時，已以之入於總

則之法律行爲中。言之纂詳。故讓之總則之編輯者。茲避重複。寧從筆記。一本講義之文字應有修改者。及交換以下。應加例示者。又於名詞。有應加說明者。姑俟二版。當再以梅先生民法要義訂正之。

編 者 識

民法財產編目次三之下

財產編之中 (續前)

第二節 契約

總則

第一 契約之効力

一 僅於當事者間有効力

甲 從契約而生之義務

乙 從契約而生之權利

子 於當事者間

丑 對於第三者

乾 從契約之時有効力

坤 從第三者承諾之時有効力……………七

一一 有等於法律之効力……………八

甲 同時履行之原則……………九

乙 危險問題……………九

子 以特定物上之權利設定移轉爲目的之契約……………九

乾 危險在債權者……………一〇

坤 危險在所有者……………一〇

屯 危險在債務者……………一一

丑 以不特定物之給付爲目的之契約……………一二

乾 不特定物間……………一二

坤 變爲特定物之後……………一二

寅 以作爲爲目的之契約……………一三

第二 契約之解除……………一三

一	總論	一三
甲	定義	一三
乙	解除之種類	一三
子	當然解除	一四
丑	解除權	一四
乾	約定解除權	一四
坤	法定解除權	一四
二	解除之方法	一五
甲	當然解除主義	一五
乙	法廷解除主義	一五
丙	意思表示主義	一六
三	解除之條件	一六
甲	僅因不履行之解除權之條件	一六

子 原則	一六
丑 例外	一七
乾 有特約時	一七
坤 過一定之時期則履行爲無用時	一七
屯 因可歸責於債務者之事由全部或一部之履行不能時	一七
乙 通於一切之解除條件	一七
四 解除之効力	一八
五 解除權之消滅	一九
甲 催告	一九
乙 目的物之毀滅	一九
第一款 贈與	二〇
第一 總則	二〇

一	贈與之性質	一一〇
甲	含遺贈者	一一〇
乙	單獨行爲說	一一一
丙	權利移轉契約說	一一一
丁	債務發生之契約說	一一一
二	贈與之定義	一一二
甲	諾成契約	一一二
乙	以與財產爲目的	一一三
丙	無償契約	一一三
三	成立條件	一一四
第二	贈與之効力	一一五
一	擔保義務	一一五
二	以定期給付爲目的之贈與	一一六

第三 特種之贈與	二七
一 負擔附贈與	二七
甲 有償契約(雙務契約)	二八
子 同時履行之規定適用	二八
丑 危險在於債權者	二八
寅 因於不履行之解除之適用	二九
乙 在當事者之意思以為贈與	二九
子 無書面則得為取消	三〇
丑 以定期給付為目的	三〇
寅 擔保義務	三〇
二 死亡關係贈與	三一
三 夫婦間之贈與	三一
第二款 賣買	三三

第一 總則……………三三

一 定義……………三三

甲 諾成契約……………三四

乙 從一方生移轉金錢以外之財產權之義務……………三四

丙 從他之一方生移轉金錢之所有權之義務……………三五

二 賣買之豫約……………三六

甲 雙務豫約……………三七

乙 片務豫約……………三七

子 賣却之豫約……………三七

丑 購買之豫約……………三八

三 手附……………四〇

甲 爲契約之確證……………四〇

乙 爲解約權之留保……………四一

子 僅爲一方之權利者……………四一

丑 爲雙方之權利者……………四一

四 費用……………四三

五 他之有償契約準用賣買之規定……………四四

第二 賣買之効力……………四五

一 買主之權利……………四五

甲 關於讓渡之規定適用……………四五

乙 關於目的物之規定適用……………四五

丙 危險問題之適用……………四六

丁 引渡保存之義務……………四六

戊 擔保義務……………四六

子 全部追奪……………四八

乾 從買主之解除……………四九

坤 從賣主之解除……………五〇

丑 一部追奪……………五二

乾 原則(一部解除)……………五二

坤 例外(全部解除)……………五四

寅 數量不足一部滅失……………五七

卯 賣買之目的物有負擔之場合……………五八

乾 有地上權永小作權地役權留置權質權賃借

權之場合……………五八

坤 缺地役權之場合……………六〇

屯 有先取特權抵當權之場合……………六一

辰 強制競賣……………六四

乾 賣主爲誰……………六四

坤 義務之內容……………六五

屯 亦包含依於競賣法之賣買……………六八

巳 債權之賣買……………六八

乾 債權不存則同於目的不存……………六九

坤 資力擔保……………六九

午 瑕疵擔保……………七一

未 同時履行之規定準用……………七二

申 無擔保之特約……………七三

二 賣主之權利……………七五

甲 代金支拂之時期……………七六

乙 代金支拂之場所……………七七

丙 關於果實及利息之規定……………七八

子 引渡後果實歸於買主……………七八

丑 利息以引渡後拂爲本則……………七九

丁 代金支拂之拒絕……………八〇

子 有全部又一部追奪之虞時……………八〇

丑 有擔保權時……………八二

第三 賣買之解除……………八四

一 因於特約之解除……………八四

甲 解除條件之成就……………八四

乙 解除權之留保……………八四

二 因於不履行之解除……………八五

甲 賣主之不履行……………八五

乙 買主之不履行……………八六

三 買戻……………八七

甲 買戻之特約之條件……………九一

子 不動產……………九二

丑 與賣買同時之特約	九三
寅 僅應返還代金與費用	九四
卯 期間	九五
辰 登記	九七
乙 買戻之特約之効力	九八
子 對於第三者之効力	九八
丑 買戻由於意思表示	一〇一
寅 債權者之間接訴權	一〇三
卯 買戻之効力	一〇四
乾 通例	一〇五
坤 特別	一〇五
天 果實與利息之相殺	一〇五
地 對於第三者之効力	一〇六

元 費用之償還……………一〇六

丙 共有者之一人以買戻之特約而買却其持分之場

合……………一〇八

子 共有者全員爲賣却之場合……………一〇八

丑 一人賣却而買主依然爲共有者之場合……………一〇九

寅 有分割之場合……………一〇九

卯 有競賣之場合……………一一一

乾 他人爲競落人之場合……………一一二

坤 買主爲競落人之場合……………一一二

天 因於他人請求之場合……………一一三

地 因於買主請求之場合……………一一四

第三款 交換……………一一四

第四款 消費貸借……………一一五

第五款 使用貸借……………一九

第六款 借貸借……………二四

第七款 雇傭……………四〇

第八款 請負 附懸賞廣告……………四七

第九款 委任……………五八

第十款 寄託……………六五

第十一款 組合……………七二

第十二款 終身定期金……………九〇

第十三款 賭事……………九三

第十四款 和解……………九三

第三節 事務管理……………九五

第一款 事務管理之要素……………九五

一 他人之事務……………九五

二	以爲他人之事務而管理之	一九六
三	無管理之義務	一九六
第二款	事務管理之効力	一九六
一	管理者之義務	一九六
甲	管理之注意	一九七
子	原則	一九七
丑	例外	一九七
乾	本人之意思	一九七
坤	有急迫之危害時	一九七
寅	附隨義務	一九八
乙	管理之繼續	一九八
丙	計算之義務	一九八
二	本人之義務	一九九

甲 費用之償還……………一九九

乙 債務之負擔……………二〇〇

丙 反於本人之意思而爲管理時……………二〇〇

第四節 不當利得……………二〇一

第一款 通則……………二〇一

一 要素……………二〇二

甲 利得……………二〇二

乙 損害……………二〇二

丙 無原因……………二〇二

二 効力……………二〇三

甲 原則……………二〇三

乙 例外……………二〇三

第二款 非償取戻……………二〇四

一	原則	二〇四
二	給付者惡意之場合	二〇四
三	期限前之辨濟	二〇五
四	善意之債權者保護	二〇五
第三款	不法原因之給付	二〇六
第五節	不法行爲	二〇七
第一款	不法行爲之要素	二〇八
一	權利侵害	二〇八
二	損害	二〇八
第二款	不法行爲之責任者	二〇八
一	無能力者	二〇九
甲	未成年者	二〇九
乙	心神長失者	二〇九

二 被用者·····二〇九

甲 原則·····二〇九

乙 請負人·····二一〇

三 因工作物或竹木而生之損害·····二一〇

甲 占有者之責任·····二一一

乙 所有者之責任·····二一一

四 動物所加之損害·····二一一

五 共同不法行爲·····二一一

六 正當防衛·····二一一

甲 對於他人之不法行爲·····二一一

乙 對於從他人之物而生之急迫之危難·····二一一

第三款 求償權者·····二一一

一 原則·····二一一

二 特例 二二二

甲 間接被害者 二二二

乙 胎兒 二二三

第四款 賠償義務 二二三

一 賠償之範圍 二二三

甲 原則 二二三

乙 例外(被害者有過失之場合) 二二三

二 賠償之方法 二二四

甲 原則 二二四

乙 例外(名譽毀損之場合) 二二四

第五款 時效 二二四

一 原則 二二四

甲 從被害者知之時起二年 二二四

乙	從行爲之時二十年	一一五
二	例外	一一五
甲	刑法上之犯罪	一一五
乙	不當利得	一一五

民法 第二編

貴筑 姚華 編輯

財產編之中（續前）

第二節 契約

本節論關於爲債權發生原因最重者之契約之效力解除等之事項及各種契約之特別事項。（即贈與、買賣、交換、消費貸借、使用貸借、借貸、僱傭、請負、委任、寄託、組合、終身定期金、賭事和解等）

關於契約分爲二部。一總則。二各論。

總則

於總則論契約之效力及契約之解除。

附案 據梅先生自來之講義於契約總則其順序爲緒論第一款契約之成立。

第二款契約之效力。第三款契約之解除。茲以緒論及成立已於民法總則中詳之。爲避重複。故於此單論其效力解除而已。

第一 契約之效力

「契約於當事者雙方有等於法律之效力」是從來學者一般之所倡。殆如格言。然因其意義動輒生誤解。遂有最不可不加以注意者。即「於當事者間有效力」於其裏面。則爲對於第三者不有效力之意也。故關於效力。當就其僅於當事者間有效力及有等於法律之效力言之。

(一) 僅於當事者間有效力

僅於當事者有效力者何。即原則從契約而生之義務於第三者無其負擔。又從契約而生之權利不爲第三者之利益之謂也。所謂當事者中。包含承繼人。不可不注意。承繼人者。謂承繼權利義務之人也。有包括承繼人與特定承繼人之二種。惟是契約雖以僅於當事者間及其承繼人有效力。第三者無因之而得權利。負義務。爲本則。然亦非絕對的。從於本則者。試分別說明之。(甲)從契約而生之義務。(乙)從契約而生之權利。

(甲) 從契約而生之義務

就於從契約而生之義務言，即契約能及効力於第三者而使之負義務乎之問題。是對於本則無例外。即斷然不負如何之義務者。例如不得因於甲乙間之契約而使丙負義務是也。惟相續人爲全然承繼當事者之權利義務者。自屬格外。苟既爲第三者。斷無因於他人間之契約負義務之事。在於昔時。法律幼稚時代。有對於在自己權力之下者。得使負擔法律上義務之場合。然在今日文明之世。則不認之。例如無所謂因於親之行爲而使子負義務之場合。是也。惟親權者有代未成年之子爲法律行爲之權限。故僅因於代理關係而未成年之子。有因親權者之行爲而負義務者。又成年者亦有因代理關係而有受人之行爲之結果者。固不待論。然於代理關係以外。例如因於甲乙間之行爲。使全無關係之丙負義務。則決無也。但有多少類似之場合。例如甲約乙以將盡力使丙爲或事之場合。其盡力固自爲當事者之行爲。故其契約爲有效。蓋其契約爲甲負義務。非使丙負義務也。(甲所負者爲盡力使丙爲或事之義務。若使丙負義務。則爲無效。)雖然。若丙不爲承諾時。則無何等之効力。又例如甲對於乙。

約以使丙任受爲乙爲或行爲。若丙不爲之之時，則應負損害賠償之責。於此場合，其契約固爲有效。以此等，非使第三者負義務之契約。第三者不因之而負何等之義務也。若乙因以爲甲可得第三者任受之承諾，而信其言。例如爲關於契約之履行之準備，而有受其他財產上之損害者，亦不可知。於此場合，甲約應賠償其損害。是無論何國之法律，亦認爲有效。如日本舊法典，特明言之。然是固不要爲其規定者也。

(乙) 因契約而生之權利

所謂因契約而生之權利，即契約能及効力於第三者，而使得權利乎之問題也。茲分爲於當事者與對於第三者之二點言之。

(子) 於當事者間

於當事者間如何乎。蓋就於因契約而生之權利。昔時之法律，大抵以使第三者得權利之契約爲無效。而據其所可信者，如以爲契約之效力，宜爲第三者而生權利。法理上不可得有。惟立法者因於爲公益之必要上而認之，亦無妨害。是則理論上雖不得當然認之。然猶謂如此之契約，於當事者間爲無效。是欲求其解而苦於不得者也。例

如於甲依賴乙，對於丙之生存，每年與之以金千圓，而乙承諾之之場合，謂此契約於甲乙間爲無效。終不能令人承服。蓋乙基於其契約與金千圓於丙，丙承諾之，於公益上毫無妨害也。然反對論者曰：「無利益則無訴權」是古來之格言。故無訴權時則無權利亦爲同一之理。今與利益於第三者之契約，於當事者間毫無利益。拂金錢者惟見其不利益。其相手方自己亦毫不受利益。故若右例，於乙不履行契約時，甲不得對之起訴。因而使第三者得權利之契約爲無效。是說也。爲從來最廣行之學說。如日本舊法典亦明言之。然可謂其誤。蓋彼所謂無訴權者無利益。雖不得不謂其利益之現於契約之表面上者，必爲金錢上之利益。然苟限於非狂人，應無無故而結契約者，故不可不謂其必爲自己之利益。而其利益，雖非金錢上之利益。然或爲加一層高尚之利益。亦不可知。例如丙爲甲之親族，或親友，又或赤貧者時，甲自己雖不受金錢上之利益。然爲圖親族、或親友、之利益。又或圖赤貧者之利益。於精神受一種之快樂。亦同爲無形之利益也。又於間接，亦必不無金錢上之利益者。即令無金錢上之利益。然或實行慈善心，或滿足其愛情。於直接當受無形之利益。如此等之利益，不僅決無害於

公益。有時且比金錢之利益。於社會尤爲必要之利益。法律無不保護之之理由。故假令以無利益則無訴權之語爲正當。於此場合。亦因有無形之利益。而與之以訴權。可也。基於此理由。故使第三者得權利之契約。於日本新民法。及獨逸民法。於當事者間。皆以爲有效。若當事者一方不履行。相手方得強制之。

(丑)對於第三者

對於第三者如何乎。是如上所述。契約之目的爲第三者之利益。直可發生以爲第三者之權利否乎之問題也。即如前例。甲有使乙拂年金千圓之權利。乙負對於甲負拂年金千圓於丙之義務。是無論已。雖然。丙直可取得受其千圓之權利否乎。此問題。從純然之理論上言。第三者(即前例之丙)欲得其權利。不可不爲新行爲。於多之場合。要丙與乙之間成立第二之契約。不然。亦要丙與甲之間成立第二之契約。例如非甲以自己之權利與丙。則丙乙間不生効力。換言之。即契約者。無因於當事者間之關係。而無關係之第三者可得權利。負義務者也。然取便宜之法。甯以第三者取得權利。而省無用之手數。信於實際有益。何則。苟甲乙間之契約。認爲有效以上。其契約之速於

履行。固爲當事者間之所望。亦法律之所希望也。而是又決非如使第三者負義務之問題。而爲使第三者得權利之問題。故通常於第三者應爲有利而無害。若第三者爲表示受其利益之意思時。宜使取得權利可也。決不要使締結契約。是以日本新民法采右之便宜主義。

尙有一問題。即無論何國之法律。斷無第三者雖不欲。而強使取得其權利者。因而第三者表示不欲受其利益之旨時。則其契約不爲第三者之利益。於此場合。其結果如何乎。就於此點。頗有議論。得分之爲左之二主義。

(乾)從契約之時有効力

從契約之時有効力者。即因其契約。而第三者直取得權利。唯後日得拒絕之。獨逸民法取此主義。甲乙間之契約成立。同時。第三者得其權利。若第三者表示不欲之意。則其權利消滅。

(坤)從第三者承諾之時有効力

從第三者承諾之時有効力者。即於第三者表示受其利益之時。始可爲生其權利者。

日本新民法取此主義。其承諾之意思表示。則使對於債務者爲之。

右之二主義。因時之不同。而多少之利害。亦因之不同。例如以所有權之移轉爲目的之場合。當爲所有者。以日之不同。因之而生種種之結果。又就於果實等。無別段之定時。則從權利取得之日。果實上之權利。屬於原物上之權利者。故從契約成立之時而生權利。與從第三者表示意思時而生權利。大異其結果。是此問題。非徒爲空理。而有實際上利益之問題也。然其可信者。以日本新民法之規定爲穩當。

(二) 有等於法律之効力

所謂契約有等於法律之効力者。不可誤認爲法律與契約同。於佛國則有如此之誤認。其裁判例之可招人譏評者。即法律有錯誤。可爲上告。契約有錯誤。亦有可爲上告者。其誤認甚明。夫所謂契約有等於法律之効力者。亦不過一形容之詞。因法律規定當事者有權利無義務。與定於契約者同。故爲此語以形容之。契約者。當事者間之事實而已。法律之適用錯誤。可得上告。而事實之錯誤。不得上告。故法律與事實不同。其所同者。義務不可不盡。權利不可不尊重而已。然此原則。仍有例外。如債務契約。甲不

盡義務。因之乙亦不盡義務。此與法律不同。法律之規定。甲不盡義務。乙仍當盡之也。故例外有二。

(甲)同時履行之原則

雙務契約之當事者雙方皆負履行之義務。故法律定若一方未提供。則他之一方可以不履行也。例如賣買。若買主不提供其代價。則賣主不引渡其物。反之。若賣主請求代價。則買主得請求其引渡。而後履行。故多爲同時履行。然是爲皆在辨濟期者。設一方在辨濟期。而一方有期限。尙未到來。則不能適用也。

(乙)危險問題

所謂危險問題者。即當事者之一方之義務之履行。因於天災而不能時。相手方應履行其義務否乎。於此當研究契約之目的而解決之。如左之三點。

(子)以特定物上之權利之設定移轉爲目的之契約

以特定物上之權利之設定或轉移爲目的之雙務契約。關於其物之義務之全部。或一部。不能履行時。相手方應履行其義務之全部乎否乎。例如特定物遇天災而被燒

失時。買主對於賣主。須支拂其代價乎。所以名爲危險問題者。即其物之遇天災地變之危險也。此危險應爲何人負擔。有三主義。

(乾)危險在債權者

何爲危險。在債權者。雙務契約。雙方皆爲債權者。今所云債權者。即關於物之債權者也。就於賣買言。則買主爲債權者也。此主義自羅馬法來。各國多采之。日本亦采此主義者。是由於羅馬法「益之所歸。損之所歸」之格言傳來者也。例如賣買以土地爲特定物。土地價格騰貴。其利益爲買主之所得。故其價格低落。其損害仍買主之所受。賣主未嘗與聞之。設其物本體有增減。譬如牛之生犢。仍買主之利益。雙雛而死其一。仍買主之受損也。減少之極端。至於消滅。則賣買之目的滅失。不能爲履行。買主雖未受其物之引渡。應支拂代金。若既支拂之。不得爲其取戻。

(坤)在於危險所有者

何爲危險。在危險所有者。據此主義。不問其物之引渡與否。要之。以所有權之移轉爲標準。移轉。則買主受危險。未移轉。則賣主受危險也。此英吉利法所采主義。因羅馬法

有「物爲所有者而死」之格言。誤會之以適用於此。例如所有家屋爲火燒失。其損害爲所有者之所受者是也。贈與亦然。故曰物爲所有者而死也。夫危險問題。非止滅失其目的物而已。此外尙有義務之存在。故當適用益之所歸損之所歸之格言。而不當適用物爲所有者而死之格言也。

(屯)危險在債務者

何爲危險。在債務者。此以引渡之義務爲標準。以爲物之未引渡。則所生損害。當引受之。始不失損害之責任。其根源。以爲雙務契約。必此方盡義務。然後他方乃盡義務。今尙未引渡。是未盡義務也。故其危險當負擔之。此主義爲獨逸所采者。以爲雙務契約。其義務必互相關連也。然此主義亦不可采。夫義務雖互相關連。然非附條件者。故一方因於不能而不履行。相手方不能因而亦不履行也。此主義爲日耳曼之主義。恰與益之所歸損之所歸之格言相反。可謂失其公平之甚者。歐洲諸國多不采之。右之三主義。日本雖采第一主義。然民法之規定。非公益規定。故當事者有特別之意思表示時。可從其意思。

(丑) 以不特定物之給付爲目的之契約

關於以不特定物之給付爲目的之契約。可分爲不特定物間與變爲特定物之後論之。

(乾) 不特定物定間

所謂不特定物間者。謂其物尙爲不特定物也。如甲乙結約。甲給付米百石。乙支拂金千圓。其後突遭火災。甲可請求支拂代金否乎。此即以常識言。亦可定爲不能請求。且不但如是。買主尙可請求其義務之履行。以被災者果爲此之目的物與否。不得而知。是非危險問題。蓋非因於天災而至於不能履行。故任爲如何之米百石。皆可指充之。是以關於不特定物。可起危險問題者甚少。然亦非絕無其例。如武藏米百石。其遭火災後。無從再得之。之場合。則爲不能履行。於此場合。賣主亦不得對於買主請求支拂代金。以其爲不特定物故也。不然。買主不能受其利益。而徒受其損害。則大不公平矣。

(坤) 變爲特定物之後

所謂變爲特定物之後者。即得債權者之同意。變爲特定物。如與債權者有特約。給付

米百石。其一切之行爲已經完結之場合。例如就於物之運送已裝置封固時是。於此場合。不特定物變爲特定物。準用特定物之規定。

(寅)以作爲爲目的之契約

以作爲不作爲爲目的之契約。同於以不特定物之給付爲目的之契約。危險在於債務者。

第二 契約之解除

關於契約之解除。分總論。解除之方法。解除條件。解除之效力。解除權之消滅等論之。

(一) 總論

總論分爲二。(甲)定義。(乙)解除權之種類。

(甲) 定義

契約之解除者。謂使契約之効力消滅。復於未嘗爲契約之狀態也。例如買賣契約。賣主引渡物。或買主支拂代價之後。其賣主返還其代價。或買主返還其物。是也。

(乙) 解除之種類

解除權之種類分爲當然解除、法定解除之二種。

(子) 當然解除

當然解除種類甚多。示其較著之例。如契約附解除條件。條件成就。當然解除。不必當事者之表示意思也。更如二人爲契約。附言若有一人不履行時。則當然解除。此與解除條件附同。其與普通解除條件不同者。即以其不履行為條件也。是通常爲最頻繁者。

(丑) 解除權

解除權者詳言之曰。因行使解除權之解除。可分爲二。即約定解除權及法定解除權。

(乾) 約定解除權

約定解除權者以契約定之。契約自由。故約定解除亦任其自由。如賣買契約。附言雖引渡後。若不適宜。可解除之。是也。

(坤) 法定解除

法定解除權者。示其最著之例。如法律契約之原則。一方不履行。當然解除。是也。法定

解除。其用最廣。如賣買契約，已定於某日支拂代價，過期不拂，則賣主得以解除，而復於未嘗爲契約當時之狀況。

法定解除權，所以保當事者之公平。猶之雙務契約之同時履行，故一方不盡義務，則他方亦可以不盡義務。夫法律原望其契約之各各履行，但不得用強制其履行之方法。蓋因強制履行，耗財費時，所以不如使之解除之爲愈也。

(二) 解除之方法

解除之方法有三主義。

(甲) 當然解除主義

當然解除主義者，自表面觀之，似與當然解除同。其實包括當然解除與解除權二種。是以謂之當然解除主義。以此主義，凡契約過一定之時間，則當然解除，不必當事者之意思表示也。日本民法，於例外采此主義者不少。

(乙) 法廷解除主義

法廷解除主義者，謂欲解除之，不可不訴於裁判所，而受解除之宣告也。佛國民法，及

日本舊民法采之。

(丙)意思表示主義

意思表示主義者以爲不必於法廷解除。亦不能當然解除。以當事者之意思表示爲之。獨逸及日本民法采此主義。因於契約當事者之一方對於其相手方爲解除之意思表示。解除成立。日本民法第五百四十條規定之云。『依於契約、又法律之規定、當事者之一方有解除權時、其解除、依於對於相手方之意思表示爲之。』

(三)解除之條件

解除之方法。當然解除、解除權、皆被包含。至其條件如何。當分論之。

(甲)因不履行之解除權之條件

因不履行之解除權之條件有原則及其例外。

(子)原則

原則。須於催告之後。催告者、定一定之期間。使相手方爲履行。期間經過。則行使解除權。

(丑) 例外

例。外。有。三。之。場。合。於。左。言。之。

(乾) 有特約時

有。特。約。時。者。如。其。契。約。有。不。必。催。告。得。直。行。解。除。權。或。須。爲。一。次。以。上。之。催。告。後。始。得。行。解。除。權。之。特。約。則。依。其。特。約。爲。之。不。須。意。思。表。示。也。

(坤) 過一定之時期則履行無用

過。一。定。之。時。期。則。履。行。無。用。者。例。如。約。定。某。日。開。歡。迎。會。設。備。酒。食。過。期。而。所。設。備。之。酒。食。不。至。則。不。必。催。告。自。然。履。行。歸。於。無。用。也。

(屯) 因可歸責於債務者之事由全部或一部不能履行時

因。可。歸。責。於。債。務。者。之。事。由。全。部。或。一。部。不。能。履。行。時。者。例。如。特。定。物。之。引。渡。既。約。定。矣。因。賣。主。之。過。失。毀。損。其。全。部。或。一。部。之。場。合。是。於。其。毀。損。全。部。不。俟。論。之。即。一。部。亦。非。如。其。契。約。之。所。定。者。故。於。此。場。合。不。必。催。告。得。依。於。意。思。表。示。以。行。使。解。除。權。

(乙) 通於一切之解除權之條件

通於一切之解除之條件者即解除權之性質爲不可分故解除權之行使亦不可分。即如解除者二人或受解除者二人不能以一人行使之。須全部行使之。是因不可分之結果。故一人喪失解除權則他人亦喪失之。或對於一之相手方喪失解除權。則對於他之相手方亦喪失之。不許其於一部分得行使解除權也。例如甲乙二人共有家屋內欲買之。其後因丙不履行而甲行使解除權。乙則仍與之爲買賣。一則契約解除。一則契約成立。此於丙之目的不能達（以祇得其半部故也）即不得行使。

（四）解除之効力

解除之効力定義已詳。一言蔽之曰原狀回復是也。如買賣契約之例。賣主引渡其物。買主既支拂代價。其後買主返還其物。賣主返還其代價。是曰原狀回復。又如代價支拂其一部亦得解除。惟須附利息而返還之。有利益者對於相手方要爲損害之賠償。原狀回復有二主義。一其物或其代價法定爲即時回復。二以爲買主有返還物之義務。賣主有返還代價之義務。此二主義結果相同。日本民法采第二主義。其結果當事者雖負擔義務然不得傷害第三者之權利。例如甲爲賣主。以土地賣之於乙。乙於土

地上設定質權、或抵當權、於丙。其後契約解除。乙倘以土地返於甲。則丙受其損害。故此時丙之權利、不因而消滅。惟甲對於乙。得以求償耳。若第一主義。則傷害第三者之權利已。

(五) 解除之權消滅

解除權之消滅如何。蓋解除權爲財產權。財產權之規定。得適用之。如得爲拋棄是也。但有特別消滅之原因。如左之二點。

(甲) 催告

催告者。何凡經過約定期間。不能行使解除權。經過法定期間亦然。然有期間者。不生催告之問題。惟未定期間者。乃爲催告。如當事者之一方有解除權者。不行使。亦不拋棄。其相手方催告之。若爲解除。須於相當之期間內。爲其解除。否則視爲消滅。

(乙) 目的物之毀滅

目的物之毀滅者。以解除權者之行爲。或過失。毀滅其目的物時。則解除權消滅。以其不能原狀回復也。若因於天災地變。則不在此限。又如目的物雖不損害。而以之讓渡

於第三者則亦消滅其解除權。又如目的物之種類變更亦然。（如以金戒指變爲金箸或以金戒指鑄以圖印亦消滅其解除權。）例如甲乙爲買賣後毀滅其目的物。若以其行爲或過失毀滅之時不能原狀回復故爲解除權之消滅。以上爲契約之總則以下爲契約之各論。

第一款 贈與

關於贈與分爲三第一總則第二効力第三特種之贈與

第一 總則

於贈與總則所當論者爲其性質定義成立條件等。

(一) 贈與之性質

就於贈與之性質有四主義（甲）含遺贈者（乙）單獨行爲說（丙）權利移轉契約說（丁）債權發生契約說

(甲) 含遺贈者

第一主義曰贈與中包含遺贈者之主義遺贈云者以遺言而贈物是於相續編詳之。

此爲佛蘭西法文所採用之主義。載於同國民法贈與之目下。謂贈與包含生者之贈與（在生者間之贈與）與遺贈（依於遺言之贈與）之二者。其法文明言之。

（乙）單獨行爲說

第二主義曰單獨行爲主義。謂依於贈與者表示贈與之意思。雖無受贈與者之承諾。贈與之行爲亦成立。是以一方之意思成立者也。此爲獨逸民法之主義。

（丙）權利移轉契約說

第三主義曰權利移轉契約主義。謂贈與雖爲契約。然異於數多之契約。不使生債務。有直移轉權利之性質。是單爲權利移轉之方法而已。

（丁）債務發生契約說

第四主義曰債務發生契約主義。謂贈與爲契約。且以使發生債務爲目的者。是有使發生債務之性質也。

日本新民法於右之四者。採最後之主義。蓋第一主義既不得其當。第二主義又拘泥於理論而非實用者。第三主義亦爲不適合於日本民法總原則之主義。故新舊民法。

同取於第四之主義爲穩當。即一、以贈與爲契約。二、以之爲發生義務之原因。故於債權編、規定之於契約之章。且於其所揭各種之契約、以之爲第一、之所以然也。

(二)贈與之定義

贈與者因於當事者之一方表示無償而與自己之財產於相手方之意思相手方爲受諾而生其效力之契約之謂也。是於日本民法第五百四十九條所下之定義如此。關於贈與如前所述之諸種學說、各各不同。是姑勿論。即就於贈與之性質。雖取同一之主義者。其定義亦有不同。即其一、於其行爲以爲要式。或諾成之別。其二、於其目的以爲與財產或否之別。惟其三、於其契約以爲無償。則古來各國之所同耳。茲於定義依此三點分析說明之。

(甲)諾成契約

以贈與爲要式契約。古來歐洲諸國。大抵皆然。蓋以贈與於贈與者僅有損而無益。尤於其相續人爲極不利益之行爲。故各國之立法者。務取鄭重。使不容易得爲之。雖然。無論如何之贈與。皆要方式。到底不行於實際。觀於各國之法律。皆認例外。可知。而方

式之必要。多有妨於有益之贈與。至於有害之贈與。果得而妨之乎。尙不能無疑。且因欲保護當事者之利益。而干涉其自由契約。是爲文明國之法律所最忌者。故日本新民法之主義。雖贈與亦以爲諾成契約也。

(乙) 以與財產爲目的

贈與以與財產爲目的者。是即以移轉財產權爲目的之謂也。蓋贈與之目的。亦有廣狹之別。或有以一切之無償行爲爲贈與者。雖然是反於日本之普通人之觀念。故於新民法。以限於當事者之一方。無償贈與自己之財產於相手方。爲目的者。爲贈與。例如無償而移轉所有權、地上權、永小作權等。或設定之。自無待論。即爲新債權。或既存之債權。無償而與質權、抵當權等。亦爲贈與。反之。而因相手方之利益。拋棄物權。或債權。或無利息而貸與金錢。其他無償而以自己之勞力。供他人之使用等。皆非贈與也。

(丙) 無償契約

贈與爲無償契約。殆不待言。於日本民法。以爲原則規定。亦似無爭論。惟所謂負擔。附贈與。亦爲贈與乎。或爲他之種類之契約乎。此點爲稍有疑之問題。於外國之法律及

學說。則曰是亦爲贈與。縱令其有負擔。然不因之而爲有償契約。其負擔亦不過爲附隨者耳。是殆爲行於一般之說。雖然。吾輩信其爲誤。俟於特種之贈與詳論之。蓋是不爲純然之贈與。而爲一種之有償契約。毫無疑義。故依於新民法所采之主義。贈與爲絕對無償者。是所謂純然贈與者。可斷言其不爲無償則不可。

(三) 成立條件

贈與之成立條件如何。於外國之法律。關於贈與之成立。設種種之制限。其例甚多。於日本民法。既以爲一種之諾成契約。已如上所說明之原則。並無何等之條件。唯與他之契約有一異點。即就於作成證書之場合。與不作成證書之場合。而贈與之效力。有強弱之差而已。日本民法第五百五十條云。『不依於書面之贈與。各當事者得取消之。但就於履行已終之部分。不在此限。』依此規定。雖非無多少之制限。然於契約之成立。決非其必要者也。

第五百五十條。爲以贈與爲要式契約之學說之遺物。於立法論不取之。雖然。姑強爲其說明。蓋以不作書面之贈與。贈與者之意思。或不保無尙未確定之虞。且無書面時。

後日尤易生爭。因此理由。故不作書面時。贈與固自成立。其未履行之間。各當事者得取消之。

第二 贈與之効力

關於贈與之効力。於各國尙有種種之規定。然大抵爲出於沿革的規定者。日本不與歐洲有同一之沿革。故無採用之價值。在舊民法。於如此之規定。尙存幾分。新民法。則關於贈與既無特別之規定。且關於贈與之効力之規定。殆不存之。皆嵌入於契約一般之通則。不遑悉舉。惟贈與於法律間有特別之規定者。即關於擔保義務與以定期給付爲目的之贈與。皆推測當事者之意思而設之者是也。

(一) 擔保義務

於贈與契約。有擔保義務否乎。自理論言之。贈與不生此義務。何則。原來贈與大抵出於贈與者之好意。單與利益於受贈者之恩惠的行爲。故約可與以某物時。不問其物有瑕疵與否。視爲有儘現在而與之之意思者。又於約可與以某權利之場合。視爲與以限於自己所有之權利之意思者。即不得不視爲若全不有權利時。或信爲有之而

以爲贈與。則於不有之者。決無以他之權利代之之意思。故日本民法。仿各國之例。以爲贈與者。原則。不任擔保之責。同法第五百五十一條第一項云。『就於贈與者贈與之目的物或權利。有瑕疵。又欠缺。不任責。』是其規定也。擔保義務。俟於賣買言之。對於右之原則。而有一例外。無他。贈與者雖知贈與物之瑕疵。或贈與權利之欠缺。不告之受贈者。而爲贈與時。應任其責。蓋於此場合。贈與者之行爲。始有類於詐欺。故不得不使之任其責。(同法第五百七十二條參照)但其擔保義務之効力。與賣買之場合。有不同者。於賣買之場合。則以使解除契約。且賠償其損害爲多。雖然。於贈與。受贈者雖解除契約。亦毫無利益。故以僅得請求損害之賠償爲已足。是於日本民法第五百五十一條第一項但書云。『但贈與者知其瑕疵。又欠缺。而不以之告於受贈者時。不在此限。』所謂不在此限者。對於本文之不任責而言。即使之任其責也。

(二)以定期給付爲目的之贈與
以定期給付爲目的之贈與。如何乎。是於推測當事者之意思而定之。蓋以定期給付金錢。其他之物。爲目的之贈與。常以爲受贈者之生活。或割贈與者之定期收入之幾

分而給付之者爲多。即令不然。亦大抵依於贈與者與受贈者身上之關係而給付之者。又其最多者也。故當事者表示反對之意思。固自可依其意思。若不表示之。則於贈與者或受贈者死亡時。其贈與爲失其效力者。是於日本民法第五百五十二條云。『以定期之給付爲目的之贈與。因於贈與者或受贈者之死亡而失其效力。』

第三 特種之贈與

於特種之贈與中。言其稍重者。有三。是因其中有非眞贈與者。或性質雖爲贈與。而効力則異於贈與者。故曰特種之贈與。即擔保付贈與。死亡關係贈與。夫婦間之贈與。是也。

(一) 擔保附贈與

擔保附贈與。古來以之爲純然贈與。已如前述。雖然。就其性質而論。不得爲贈與。竊以之爲雙務契約。(即有償契約)不過推測當事者之意思。適用關於贈與之規定耳。日本民法第五百五十三條云。『就於負擔附贈與。本節之規定外。適用關於雙務契約之規定。』是也。試分言之。

(甲) 有償契約(雙務契約)

擔保附贈與。所以爲有償契約(即雙務契約)者。蓋贈與者與自己之財產於相手方。相手方亦對之而負一種之義務。例如甲贈與乙以萬圓之不動產。約以須對於第三者丙。任每月與以十元之負擔。是固有報償。且爲生雙方之義務者。最爲明顯。可於左之三點明之。

(子) 適用同時履行之規定

同時履行之規定。在於雙務契約爲原則。即非當事者一方提供其履行。相手方得拒自己債務之履行。依日本民法第五百五十三條之規定。則負擔附贈與。亦適用之。例如贈與不動產之所有權。然要爲負擔千圓之現金。斯即所謂負擔者。若受贈者不出千圓。則贈與者得拒不動產之引渡及登記。贈與者若不爲不動產之引渡及登記。則受贈者亦得拒千圓之負擔。是即有償契約(即雙務契約)之結果也。

(丑) 危險在於債權者

關於危險問題。於贈與契約成立後。贈與之目的。雖不動產亦與動產同一理由。如其

物固天災而滅失時。其危險在於債權者。即就於不動產之債權者（即受贈者）要負擔危險。是爲一般雙務契約之規定。於日本民法第五百三十四條。所謂因不可歸於債務者之責之事由。而滅失毀損時。則歸於債權者之負擔。即規定此事項者也。依同法第五百五十三條。於負擔附贈與。亦適用之。

（寅）因於不履行之解除之適用

因於不履行之解除之規定之適用。即受贈者不履行約束之負擔。（其全部、或一部之不履行。）贈與者解除贈與契約。假令爲與以不動產時。得爲取還。若可逆料贈與者有不履行之事。受贈者亦得解除之。是曰負擔附贈與之解除。各國於此設特別之規定者。不乏其例。於日本民法。依第五百五十三條。總適用雙務契約之規定。於不履行之解除。亦嵌入之。

（乙）在當事者之意思以爲贈與

負擔附贈與。於當事者用贈與之名稱時。得視爲有依於贈與特別規定之意思者。故特以之適用贈與之規定。亦爲至當。於左之三點明之。

(子)無書面則得爲取消

不○作○書○面○時○於○履○行○前○由○當○事○者○之○一○方○得○取○消○之○是○日○本○民○法○第○五○百○五○十○條○之○所○規○定○者○負○擔○附○贈○與○亦○適○用○之○即○適○用○關○於○書○面○之○條○件○也○

(丑)以定期給付爲目的

以○定○期○給○付○爲○目○的○之○贈○與○縱○令○爲○負○擔○附○者○亦○因○當○事○者○之○一○方○死○亡○而○失○其○効○力○是○於○日○本○民○法○第○五○百○五○十○二○條○所○規○定○者○於○負○擔○附○贈○與○亦○適○用○之○即○適○用○關○於○贈○與○効○力○消○滅○之○規○定○也○

(寅)擔保義務

於○負○擔○附○贈○與○之○擔○保○義○務○是○與○一○般○之○贈○與○少○有○不○同○即○與○一○般○之○雙○務○契○約○亦○異○僅○推○測○當○事○者○之○意○思○單○於○負○擔○之○限○度○內○與○賣○主○負○同○一○之○義○務○者○例○如○甲○約○與○乙○以○一○不○動○產○之○所○有○權○而○乙○以○年○年○拂○百○金○於○甲○爲○其○負○擔○之○場○合○其○不○動○產○若○爲○他○人○之○所○有○物○則○受○贈○者○不○得○爲○其○所○有○者○將○來○不○僅○不○要○拂○其○所○負○擔○之○百○圓○且○於○其○既○支○拂○時○可○得○對○之○求○附○利○息○而○爲○返○還○(日○本○民○法○第○五○百○四○十○五○條○二○項○第○五○百

六十一條參照。假令其不動產爲數千圓之價。亦得對於其價而請求損害賠償。又例如甲所贈與於乙之馬有嚙人之病。是若無其病。固有二百圓之價。然既有其病。則不過有百圓之價。而乙所對於甲。或第三者。應支拂之金額。其金額爲百圓以下。則對於贈與者。雖一錢亦不能請求。苟超過百圓時。則限於其超過之金額。得免負擔。或於其既拂者。得求附利息而爲返還。於日本民法第五十一條第二項云。『就於負擔附贈與。贈與者於其負擔之限度內。任與賣主同一之擔保之責。』是蓋爲防受贈者之受損失而設之規定也。

以上爲負擔附贈與之說明。但於實際。往往有負擔附贈與。與他之純然有償契約。難於區別者。僅依於當事者所附之名稱。必不可得。雖然是全爲事實問題。宜一任法官之公平認定者。而法官當探究契約當時之當事者之意思。而定其性質。固不俟言也。

附案 負擔附贈與。雖爲有償契約。似與賣買交換同。然亦不得直謂爲有償契約。蓋其所以爲贈與之目的。有爲極高之價格。而所負擔。爲極低之金額者。兩者懸殊。若賣買交換。則必其目的之價格。支拂之金額。相等也。故不得不單謂之爲

負擔附贈與。即令其報償相等。亦有不得直謂之爲有償契約。不得不單謂之爲負擔附贈與者。如甲約與乙以千圓之贈與。而乙對於甲負擔八百圓之義務者。是無他。其性質本爲贈與。其所負擔之義務。非直爲其代價故也。故因其性質而適用之法律各別。所以爲特種贈與之一也。

(二) 死亡關係贈與

死亡關係贈與者。亦曰死亡原因贈與。蓋因於贈與者之死亡而發生其効力也。日本新民法。以贈與爲契約。若遺贈非贈與。甚明。(遺贈者單獨行爲也。)雖然。死亡關係之贈與。雖爲契約。而其性質。寔近於遺贈。故不以之適用關於贈與之規定。而以之適用於遺贈之規定。爲妥當。無他。以其爲可因於贈與者死亡而發生効力者。例如贈與者。與受贈者。約定其死亡時。以其所有之不動產。可移轉爲受贈者之所有。是也。他之法律。往往有以此種之贈與爲遺贈者。雖然。其性質爲純然之贈與。非遺贈。惟其効力當以之同於遺贈爲妥當而已。日本民法第五百五十四條云。『因於贈與者之死亡而可生効力之贈與。從關於遺贈之規定。』

(三) 夫婦間之贈與

於夫婦間之贈與。西洋有關於此之特別規定者甚多。日本民法則不別置其規定。其理由。因日本無如西洋有關於此之慣習。雖有爲夫婦間贈與之事。亦不如西洋之頻繁。故惟設一箇條極概括的規定。即於第七百九十二條。所謂「於夫婦間爲契約時。其契約。於婚姻中。無論何時。得從夫婦之一方取消之。但不得害第三者之權利。」者是關於各種之契約皆嵌入之。故關於夫婦間贈與之契約。於婚姻繼續中得取消之。惟不得對抗第三者耳。

第二款 賣買

於賣買。分爲三。第一、總則。第二、賣買之効力。第三、賣買之解除。

第一 總則

總則所當論者。爲其定義。豫約。手附費用。及他之有償契約。準用於賣買之規定。

(一) 定義

於賣買之定義。自羅馬法以來。有種種之學說。各國之立法例。亦不一致。例如有謂賣

買爲權利移轉之方法者。然與之正反對者。則謂賣買惟於當事者間生義務。是皆極端之主義。其他於其中間尙有種種之學說。及立法例。暫措勿論。茲就日本新民法所采之主義述之。

賣買者因當事者之一方約移轉或財產權於相手方。相手方約對之拂其代金而生其効力之契約之謂也。是爲日本民法第五百五十五條所下之定義。今就此定義分析之。則於賣買有三之性質。

(甲) 諾成契約

賣買爲諾成契約者。蓋不要踐別段之方式。亦不要物之引渡、代價之支拂等。單以當事者之意思合致。即成立契約。故諾成契約云者。謂因於當事者之承諾而契約成立者也。賣買爲取引上最必要、最頻繁之契約。爲便實際之適用。以之爲諾成。固自得當。

(乙) 從一方生移轉金錢以外之財產權之義務

賣買當事者之一方。即名之曰賣主。爲賣主之一方。生移轉財產權於相手方之義務。就於此事。有說明之必要。蓋此於從來有二派之議論。即以賣買爲直移轉權利者。或

以賣、買爲不過生其移轉之義務者。以前者言之。例如賣買於以移轉特定物所有權之場合。所有權直爲移轉。毫無生義務之暇。反之。於移轉不特定物所有權之場合。單以生其義務而止。而後者。則以賣買常生權利移轉之義務者。即如上示之第一例。先生移轉所有權之義務。其義務直爲履行。則賣主之所有權移轉於買主。日本民法。即采此第二說。可信其爲至當者。蓋賣買於以特定物之所有權之移轉爲目的之場合。其所有權不屬於賣主時。固無直移轉權利者。雖然。賣主有權利移轉之義務。於日本民法第五百六十條明定所謂擔保義務者。其實不過此權利移轉之義務。即於當事者。皆爲善意時。當事者之意思。無論於此等之場合。與於所有權屬於賣主之場合。亦毫無所異。若然。則不得不以認賣買爲常生權利移轉之義務爲妥當也。

要之。賣買者使賣主負財產權移轉之義務。而其財產權者。如所有權、地上權、永小作權、地役權、債權、特許權、意匠權、商標權、著作權等。皆可。惟財產權以外之權利。例如親權、後見權等。不得以之爲賣買之目的。

(丙) 從他之一方生移轉金錢之所有權之義務

上所述者爲賣買目的之一。雖然賣買尙有一目的。無他。從當事者之他一方生移轉金錢所有權之義務。即使買主負支拂代金之義務是也。（所謂代金者。要以金錢爲定。）是賣買與交換之所以不同者此也。蓋從理論上言。賣買不過爲交換之一種。以廣義言之。交換者。以對於一之權利移轉。從相手方移轉他之權利爲目的者也。而賣買者就於其中。可謂以必要移轉金錢之所有權爲目的者。然於今日。賣買最爲頻繁。他之交換。於實際並不爲多。故於日本民法。特先爲賣買之規定。次爲交換（即狹義交換）之規定。而於賣買。必要有金錢之代價。是自羅馬法以來。爲有議論者。即在今日。尙不免有多少議論。然於日本民法。明要代價之金錢。於當事者不與金錢之場合。則以之爲交換。

要之。賣買者使買主負代金支拂之義務也。但代金之額。不必要自初即爲確定者。即後日定之。或示定之之標準。可也。

（二）賣買之豫約

賣買之豫約之性質。古來學者雖有議論。要之。是不過當事者之意思之解釋。而從來

豫約中有非真之豫約而單爲約束者。故於豫約有雙務豫約、片務豫約之別。是何者爲真之豫約乎。不可不一論之。

(甲) 雙務豫約

雙務豫約者。即賣主買主同一以一定之條件。爲相互之約束。是純然爲買賣契約。即令其履行之時期。係於將來。然契約亦可直爲成立。是非真之豫約而單爲約束者。而賣主買主相互之豫約。實際應極稀。因之無規定之必要。故日本民法。不置其規定。而認爲雙方約束相互。負其義務。其買賣契約直爲成立者。(案是因其雙方以同一之條件爲約束而負義務。即雙方之表示意思爲合致者。故可認其契約直爲成立者。)

(乙) 片務豫約

片務豫約者。真豫約也。是僅賣主、或買主、一方之豫約。實際上最爲頻繁。細別之有二場合。

(子) 賣却之豫約

於賣却之豫約之場合。即當事者之一方。對於他之一方。表示意思。謂依於一定之條

件。可負締結賣却或財產之契約之義務。相手方承諾其負此義務時。則自己即立於賣主之地位。而爲賣却之豫約者。例如甲以金百圓、賣却米十石之意思。對於乙表示。無論何時。乙若欲購買之之時。自己應負締結其契約之義務。乙之購買與否。可得自由。並無如何之義務者。若豫約之相手方。表示完結其賣買之意思時。其契約直爲成立也。

(丑) 購買之豫約

於購買之豫約之場合。亦即當事者之一方。對於他之一方。表示意思。謂依於或條件。可負締結購買或財產之契約之義務。相手方承諾其負此義務時。則自己即立於買主之地位。而爲購買之豫約者。其相手方。並無必與之爲賣買契約之義務。惟於表示完結其賣買之意思時。其契約亦直爲成立。

就於右之二場合。恐其解釋。不免生多少之疑義。故日本民法。特設關於此等之場合之規定。即第五百五十六條第一項云。『賣買之一方之豫約。從相手方表示完結賣買之意思時。生賣買之効力。』蓋從理論上。尋豫約之性質。則僅賣主。或買主。以或條

件而負締結賣買契約之義務。相手方不過對於自己與承諾負此義務。故欲實行此豫約。更當要締結賣買之契約。雖然是徒爲無益之煩勞。故於法律上。特定爲相手方欲完結賣買之意思時。其賣買直爲成立者。蓋於此場合。以豫約共於申込而生其効力者也。但此豫約。其性質上與申込異。不待煩言。因申込單爲一方之意思表示而止。尙未有相手方之表示意思。反之。豫約因雙方之意思表示。而生一契約。（即一方申込可負義務。而他之一方承諾相手方負義務者）。然豫約者。爲比申込更有強力之意思表示者。此意思表示。到底無相手方之承諾。不得取消之。故相手方欲完結賣買之意思時。特不要新之意思表示。決不反於條理。而於實際亦大爲便利也。

如上所述。豫約者無相手方之承諾。不得取消其豫約。而相手方無論何時。得爲完結賣買之意思表示。而成立賣買契約。然此豫約者之位置。亦甚可憐。何則。自己不能破其契約。而相手方實行之與否。有自由之選擇權。其權利何時行之。不可豫爲測知。故豫約者常不可不爲實行其豫約之準備。是尙無論。畢竟實行之否乎。是亦難測。例如甲對於乙。豫約欲以一定之代價。賣米千石。時。甲因無論何時。將引渡米千石於乙。即

不可不常爲其準備。是於甲頗不利益。故法律不可不保護之。於日本民法第五百五十七條第二項云。『就於前項之意思表示。不定期間時。豫約者得定相當之期間。催告相手方。應於期間內確答完結賣買否乎之旨。若相手方於其期間內不爲確答時。則豫約失其効力。』但就於相手方之意思表示。限於定期間得完結賣買之場合。則於其期間內。不得爲右之催告。蓋於此場合。豫約者非永久立於不利益之地位者也。例如甲對於乙。豫約以一定之代價。賣米千石。而附加以乙非於一個月內請求實行。右之契約。則豫約失其効力之旨。時。甲未經過一個月中。雖欲催告乙。速完結賣買。不可得也。

(三) 手附

手附者。契約之際。從當事者之一方。交付他之一方之金錢。或有價動產之總稱也。關於手附之性質。古來各國慣習不一致。蓋依於當事者之意思而不同。如左之二點。』

附案 手附與中國類似之用語。於動產。則定錢。於不動產。則定銀。略爲相當者。

(甲) 爲契約之確證

以手附爲契約完結之憑徵者。是依於當事者之意思。明示此手附金之交附。爲使確證其契約時。即以之爲契約之確證。

(乙) 爲解約權之留保

以手附爲解約之方法者。是依於當事者之意思。不明示此手附金之交附。爲使確證其契約時。即以爲解約權之留保。但於此點。亦有歧異。即有以爲僅一方之權利者。亦有以爲雙方之權利者。

(子) 僅一方之權利

僅一方之權利者。即單爲一方面而爲解約之方法也。是多屬於賣主有其權。如於買主解約之時。則以之爲解約之罰金。不要從賣主爲償還。

(丑) 雙方之權利

雙方之權利者。即爲雙方而爲解約之方法也。是於賣買雙方均有其權。如於買主解約之時。則如前述。若於賣主解約之時。則從賣主倍額而爲償還。

因以上之歧異。故法律單設原則之推定。若當事者表示異之之意思時。固宜從其意。

思。是各國之所同者。惟是其原則當依何者爲定乎。則必要研究者。故各國法律亦不一其揆。於日本則據其所調查者。古來以手附爲當事者雙方而爲解約之方法。其慣例最多。所以有「手附損倍戻」之諺。（即就於手附之損害。當倍其額而返戻之之意。）故於同民法。以採此主義爲原則。他則可依於當事者之特別意思。例如甲欲從乙買受一之不動產。先以手附金若干與乙時。於無特約。又無特別之慣習以外。（日本民法第九十一條、第九十二條參照。）甲拋棄其手附。得拒不動產之買受。乙倍其手附而返還之於甲。得拒不動產之賣渡。即日本民法第五百五十七條第一項云。『買主交附手附於賣主時。當事者之一方。於着手契約之履行前。買主拋棄其手附。賣主償還其倍額。得爲契約之解除。』依此規定。僅於各當事者未着手於契約之履行之場合爲然。若一方着手於契約之履行。例如買主拂代價之全部。或一部。或賣主引受賣買之目的物。後。雙方皆不得爲解約。是又慣習素來所認者也。

右之規定。亦契約解除之場合也。故雖要依於同法第五百四十五條之通則。（即關於解除權行使之規定者。已詳前。）當事者之一方。因解除而受損害時。得求其賠償。

然如是。殆使以手附爲解除之方法之精神。歸於水泡。且當事者受相手方拋棄之手附。或受手附之倍額之返還。時。可認爲無復受損害者。是以同法同條第二項云。『第五百四十五條第三項之規定。於前項之場合。不適用之。』即基於上述之理由而設之規定也。

附案 日本民法所以僅取手附以爲解約之方法者。一、依於其本國之沿革、慣習、手附帶有如此之性質。二、於今日以文書其他證據之方法。足爲契約完結之證據。故無以手附爲契約確據之必要也。

(四)費用

賣買契約之費用。以何人負擔之乎。是固宜因於當事者之特約而定之者。爲多。雖然。若當事者不爲何等之特約時。則如何。曰宜當事者雙方平分負擔之。是無他。以在於有償契約。通常雙方應受平等之利益者。且於賣買當事者相互之關係上。可視爲賣主失賣買目的之權利。而得代其價格之相當代金。買主則得其所支拂之代金之相當權利者。故平分負擔。最爲得當。於日本民法第五百五十八條云。『關於賣買契約

之費用。當事者平分負擔之。」

(五)他之有償契約準用賣買之規定

賣買之規定。準用於他之有償契約者何也。蓋如手附之規定。追奪擔保。瑕疵擔保等之規定。其適用於賣買者最多。因而日本新民法。據古來行於各國多數之例。亦就於賣買規定之。雖然。其所規定之事項。於他之有償契約。亦見爲可適用者。而賣買與他之有償契約之間。因無設差別之理由。而以賣買之規定。準用於他之有償契約。是最爲當然者也。但依於契約之性質。往往有不許右之準用者。如於負擔附贈。與除有特別之明文者。(日本民法第五百五十一條第二項)於組合契約。於甲組合員以不動產爲出資。乙組合員以若干之金額爲出資之場合。假令就於不動產之引渡。有期限。就於金額之支拂。亦可得推定爲有同一之期限者。(同法第五百七十三條)於和解契約。如甲全然拋棄係爭物之所有權於乙。更從乙受取金若干後。其係爭物判然係於第三者之所有。甲竟至不能不返還係爭物於其第三者。決不得解除和解除。而求返還其全額於乙。(同法第五百六十一條)是也。是於日本民法第五百五十九條云。『本

節之規定。準用之於賣買以外之有償契約。但其契約之性質不許之時。不在此限。

第二 賣買之効力

關於賣買之効力。分爲買主之權利及賣主之權利二段。

一 買主之權利

買主之權利。即賣主之義務也。欲詳論之。可分爲(甲)適用關於讓渡之規定。(乙)適用關於目的物之規定。(丙)危險問題之適用。(丁)引渡保存之義務。(戊)擔保義務之五點。

(甲)適用關於讓渡之規定

賣買在於移轉賣買之目的之權利。而權利移轉之通則。於日本民法。依於第一百七十六條。乃至第一百七十八條。(物權之讓渡)第四百六十六條。乃至四百七十三條。(債權之讓渡)等。關於讓渡之規定。甚明。故於賣買不特設其規定。即就其規定而適用之。

(乙)適用關於目的物之規定

關於以不特定物之權利爲賣買之目的時。於日本民法。以適用第四百一條。乃至第

第四百三條、第四百七十五條等。關於目的物之規定爲已足。

(丙)危險問題之適用

關於以特定物之權利爲賣買之目的時。即所謂危險問題者。於日本民法。因第五百三十四條。乃至第五百三十六條。有其規定。即適用其規定。

(丁)引渡保存之義務

於賣主雖有引渡賣買之目的物於相手方之義務。及至其引渡爲止。有保存之義務。然是爲權利移轉當然之結果。不惟不別要明文。且於日本民法。既有第四百條、第四百八十三條、第四百八十四條之規定。亦已足矣。以上四點。皆不必要爲詳細之說明。

(戊)擔保義務

於賣主有擔保義務。是通常學者之所倡。雖於日本舊民法。及其他各國多數之法律。有所規定。然是實不過爲權利移轉之義務當然之結果。故不必以之爲獨立之義務。而認爲包含於權利移轉之義務中。而此義務於賣主爲最重者。竝就於擔任義務。先

論其關於以他人之物爲賣買之効力。

以他人之物爲賣買有效乎無效乎。從來學者有所議論。各國之法律亦不一其揆。蓋於羅馬法得以以他人之物爲賣買爲有效者。毫無容疑。其後至於近世。斷無以之爲無效者。於佛國民法。因於一契約之効力。而特定物之所有權。應直從賣主移轉於買主。是誤信所有權即時移轉爲賣買之要素。竟至以以他人之物爲賣買。因目的不能而無効。而於佛國民法後。所編纂之法典。多沿襲之。日本舊民法亦從此謬說。以以他人之物爲賣買爲無効。至說明其謬點。則第就所有權即時移轉之不能言。雖因目的不能而賣買無効。固自可信。然他之學者。往往以他之理由說明之。是可謂誤謬之中。又生誤謬。殊不知所有權之即時移轉。非賣買之要素。依於特約。得延其移轉於後日。於以不特定物爲賣買之目的之場合。其所有權亦必於賣買成立之後。始可移轉。（其經若干之時日。始可移轉者。甚多。）於以關於特定物所有權以外之權利爲目的之場合。亦得延其移轉之時期於後日。是無論何人。亦在所不爭者也。又僅認因契約之効力。而移轉權利。係近世之法律所創作。於昔日之法律。決不認之。且於今日獨逸

法系之各國。大抵亦不認之。是且無論。若明因於以賣買爲契約之最者而認之。則假令在於契約之當時。賣買之目的之權利。因屬於他人。而不能直移轉之於買主。然若賣主負取得其權利。而以之移轉於買主之義務。則爲賣買要素之權利移轉之義務。正可成立。而取得他人之權利。決非不能之事。如現在不特定物之賣買。賣主純以其物爲所有。其締結契約之後。始從他人取得其物。以之給付於買主者。殆爲常事。所謂供給契約。大抵皆然。故日本民法。特認以他人之物爲賣買爲有效。於同法第五百六十條云。『以他人之權利爲賣買之目的時。賣主負取得其權利。而以之移轉於買主之義務。』惟於他之場合。賣主因爲有移轉其權利之義務者。而至於爲有取得其權利之義務者。

(子) 全部追奪

全部追奪者。爲追奪擔保之一。是因於以他人之物爲賣買。賣主竟不能移轉其權利時。而生者。於此場合。得爲契約之解除。而其解除。有從買主解除者。有從賣主解除者。

(乾) 從買主解除者

於以他人之物爲賣買之目的之場合。因於不能取得之。而移轉於買主。買主得爲契約之解除者何也。蓋於此場合。賣主爲不果其義務者。於日本民法。買主固自依於第五百四十一條之通則。而有解除權。惟依此通則。則非定相當之期間爲催告後。不得爲解除。然賣主既不能取得權利。而移轉之於買主。即由買主爲催告。亦無何等之效力。故必特爲規定。使買主得直解除契約。於同法第五百六十一條云。『於前條之場合。賣主不能取得其所賣却之權利。而移轉之於買主時。買主得爲契約之解除。』至賣主果得取得其權利否乎。全屬事實問題。若有爭時。除一任法官之認定外。無他法也。但於實際。賣主雖求其權利者之讓渡。權利者不應之之時。即可認爲不能取得其權利者。

在賣買之當時。賣主雖有爲賣買之目的之權利。然後日因於無能力、強迫之原因。而賣主遭其取得行爲之取消。因之而買主亦失買受之權利時。則因取消遡於既往。以其行爲無効。使與自初無其行爲。生同一之結果。於賣主。視爲自賣買之當時。已不有

其權利者。即依於右之規定之適用。買主得爲契約之解除。

就於解除之效力。可適用一般之規定。且可依於日本民法第五百四十五條之規定。故於買主所已支拂之代價。得附利息而求其返還。不特此也。若受損害時。得請求其賠償。雖然。損害賠償。限於相手方有過失之場合。可得請求之。若賣主無過失。則決不任賠償之責。故買主於契約之當時。不知爲賣買之目的之權利。不屬於賣主時。賣主不究其自己所欲賣之權利。果屬於自己與否。而賣之。是爲有過失者。故不得不任損害賠償之責。若買主於契約之當時。知其權利不屬於賣主者。則賣主果得取得其權利而移轉之於買主否乎。無不顯然。是既爲買主所豫知。則後日賣主不能取得其權利。而移轉之於買主。於賣主決不得謂爲有過失者。故於此場合。買主不得爲損害賠償之請求。是於日本民法第五百六十一條但書云。『但契約之當時。已知其權利不屬於賣主時。則不得爲損害賠償之請求。』

(坤) 從賣主解除者

於如何之場合。賣主得爲契約之解除乎。蓋賣主不知其賣却之權利。爲屬於他人。而

賣却之原則，必爲有過失者。故損害賠償之責，通常不得免之。而其權利不能取得之。而移轉於買主時。到底不能履行其賣買。然若賣主雖發見其賣却之權利，不屬於自己。或未引渡者，從新引渡其目的物於買主。又已引渡者，依舊以其所引渡之物，留於買主之手時。則賣主對於真之權利者，不得不負其責。而賣主於買主，要使其爲注意。固自當然。故買主於其物之滅失、毀損時，買主亦應對於真之權利者負其責。是勿待論。惟是，賣主既有過失而賣他人之物時，真之權利者，得對之爲損害賠償之請求。而賣主又對於買主，得爲損害賠償之請求。然而賣主（第一）要先對於真之權利者，負爲損害賠償之責。（第二）若買主無資力時，不得不竟歸其損失於賣主。因而賣主或欲拒其物之引渡，或欲取戻其引渡之物，實不得不謂爲正當之希望。而此賣主假令無過失而爲善意者時，益因之特有可受保護之理由。故於日本民法第五百六十二條第一項云。『賣主於契約之當時，不知其所賣却之權利，不屬於自己之場合，不能取得其權利。而移轉於賣主時，賣主得賠償其損害。而爲契約之解除。』以上爲就於買主亦爲善意而言也。若買主於契約之當時，知其所買受之權利，不屬於賣主

時。賣主不負損害賠償之責。於此場合。賣主對於買主。單通知其不能移轉其所賣却之權利之旨。得爲契約之解除。同法同條第二項云。『於前項之場合。買主於契約之當時。已知其所買受之權利。不屬於賣主時。賣主單對於買主。通知不能移轉其所賣却之權利之旨。得爲契約之解除。』是皆爲保護善意之賣主而設之規定也。

(丑) 一部追奪

一部追奪者。亦追奪擔保之一。是因於爲賣買之目的之權利。其一部屬於他人。而賣主不能以之移轉於買主。而生者。例如賣主爲共有者之一人。而賣爲完全之所有權時。物之一部屬於賣主所有。而賣爲其全部時。於爲賣買之目的之權利。因於期限。或條件。到來之場合。而賣爲永久之權利時。是也。於此場合。得爲契約之解除。對於此。有原則及其例外。

(乾) 原則 (一部解除)

於一部追奪之場合。亦適用全部追奪之原則。而解除其契約之一部。應於其不足之部分。得請求代金之減額。例如於賣買之目的。爲完全所有權之場合。賣主爲半分共

有者時。其賣買之代價一萬圓。買主得請求五千圓之減額。又於賣千坪土地之場合。賣主爲七百坪之所有者時。其代價爲一萬圓。買主得請求三千圓之減額。又於賣五十年間之地上權之場合。因其權利解除條件之成就。將於十年後消滅時。賣買之價爲千圓。得請求其八百圓之減額。於日本民法第五百六十三條第一項云。『因爲賣買之目的之一部。屬於他人。買主不能以之移轉於買主時。買主得應於其不足之部分之割合。而請求代金之減額。』以上謂之爲賣買之一部解除。是雖往往爲學者之所不認。謂解除權不可分。是通常人之所倡者。然可信其謬。蓋爲賣買之目的之權利爲不可分時。則賣買就其一部可得成立。故即令解除其一部。就於他之一部。得爲賣買之殘存。實無容疑。而代價之減額。正不得不謂爲契約之一部解除。何則。爲賣買目的之權利之一部。不能移轉於買主。而對之求代價之減額。可謂爲求賣買之構成之權利。及代金之一部消滅者。故於理論。信於第五百六十三條第一項認爲一部之解除。惟因於次論全部解除之場合。而明用語之區別。特用代金之減額之文字。決不用一部解除之文字而已。

或曰於第五百二條，不許解除權之一部代位。得毋非以解除權爲不可分乎。是不然。解除權之性質。雖決非無不可分者。然就於原來契約之全部。有其解除之原因存在。而一人就其一部。得行解除。若他之一人。就於他之部分。不得行解除。必至使成立反於當事者之契約也。

(坤) 例外(全部解除)

於一部追奪有爲特別者。無他。一部追奪之結果。其僅殘存之部分。尠有利益於買主。買主有不欲保存之者。於此場合。若買主爲善意時。非使其得爲契約全部之解除。則不僅買主被非常之不利益。且因其所得之權利。在於買主之手。殆爲無用。於經濟上亦頗有不利。故於日本民法第五百六十三條第二項云。『於前條之場合。僅殘存之部分。買主可不買受之時。善意之買主。得爲契約之解除。』例如買主建百坪之家屋。欲附以與之相當之庭園。而買千坪之土地。其九百坪全係第三者之所有。竟遭追奪。不過僅餘百坪時。買主到底不得建築適於其住居之家屋。故若自初知之。則決不買受其土地。甚明。於如此之場合。買主不僅得單請求代金之減額而止。可得解除其契

約之全部。或曰。於右之場合。買主可得爲損害賠償之請求。決不有被損失之事。又其土地雖全爲買主之所不用。亦可以之賣却於他人。何必解除契約之全部。是說也。其然豈其然乎。夫損害賠償。常爲據不確實之標準而定之者。故償眞之損害者殆稀。既屢如所述。又買主欲買其土地。不能即發見適當之買主時。非其土地久爲無用。即不得不以廉價賣之。因之而其損失益甚。是不如使之得爲解除契約之全部之爲愈也。

契約全部之解除。限於善意之買主有之者。蓋惡意之買主。於賣買之當時。既知其所買受之權利之一部。畢竟不能得之。故後日決無以不能得之爲口實。使得解除契約之全部之理。但第五百六十三條第一項之規定。一部解除之權利。雖惡意之買主。亦有之。是無他。就於買主畢竟不能得之部分。倘不得請求代價之減額。則賣主以權利之一部與於買主。而受代價之全部。可生至不公平之結果也。

買主爲善意時。不問其爲一部解除。爲全部解除之場合。總之。買主得爲損害賠償之請求。是於前（於全部追奪。從買主又從賣主解除之場合）已說明。茲不必再說明之。

雖然於第五百六十三條第一項之場合。限於善意之買主。有此權利。可不明言。於同條第二項之場合。代金減額之請求。雖可信爲契約之一部解除。然世之學者中。應有疑之者。是特因用語之不同。或疑不能適用第五百四十五條之通則。故日本民法。特於同條第三項明言之云。『代金減額之請求。又契約之解除。善意之買主。不妨爲損害賠償之請求。』

關於此之解除之行使期間如何。則於一年內得行使之。是因其測定應於其權利不足之部分之割合。或調查其僅殘存之部分。果可買受之否乎。等多屬於困難之事。故不得亘長日月之後。而行其權利。爲防其難得事實之證據。而易生困難之爭。故其權利之行使期間。當爲短期間。若依普通時效爲二十年。可謂失之過長。故以一年爲適當。其起算點。因於買主之爲善意。爲惡意。而分之。日本民法第五百六十四條云。『定於前條之權利。買主爲善意。則從其已知事實之時。爲惡意。則從其契約之時。要於一年內行使之。』一年之期間。所謂豫定期間。決非時效。不得適用時效之停止。又中斷之規定。

(寅)數量不足一部滅失

關於數量不足一部滅失之場合。日本舊民法。置之於擔保問題之外。以爲第一之場合。爲瑕疵擔保之問題。雖爲妥當。第二之場合。全非擔保問題。雖然。以關於此之規定。與一部追奪之場合爲同一。可謂至當。蓋無論因物之一部屬於他人。而買主受一部追奪。與物之一部自初滅失。物之數量不足。至加損害於其買主之程度。殆無所異。因而此三場合。毫無區別其規定之理由。故於新民法第五百六十五條云。『於指示數量而爲賣買。其物之數量不足之場合。及物之一部。於契約之當時已滅失之場合。買主不知其不足。又滅失時。準用前二條之規定。』於此場合。必要買主爲善意。不然。則可謂賣買之目的物。在於一部滅失之殘部。或在於缺數量者。

或問物之數量不足之場合。既謂爲瑕疵擔保之場合。然準用前二條一部追奪之規定。而適用於第五百七十條之瑕疵擔保之規定。果如何。答之曰。從學理上之性質言。問者之疑。洵爲有理。雖然。成法必不拘於理論。應考實際之便否而設其規定。故或有就於異性質而同規定者之例。不遑枚舉。如第五百六十五條之場合。亦其一例也。蓋

於瑕疵擔保之場合。理論上、雖可與一部追奪、從於同一之規定。然因有瑕疵而減物之價格之幾分、頗困難之問題。因而以之準用第五百六十三條之規定、頗感不便。反之、數量不足之場合、比較不足之部分、與殘存之部分、即可得知其割合。故依於第五百六十三條之規定、最爲容易者、甚多。是以前者不依於第五百六十三條之規定、後者依之、此其故也。

(卯) 賣買之目的物有負擔之場合

賣買之目的物有負擔之場合、可分爲三。(甲)有地上權、永小作權、地役權、留置權、質權、質借權、之場合。(乙)缺地役權之場合。(丙)有先取特權、抵當權、之場合。

(乾) 有地上權、永小作權、地役權、留置權、質權、質借權、之場合

於賣買之目的物、有地上權、永小作權、地役權、留置權、質權、質借權、附着之場合、從理論上言、亦可謂一部追奪者。蓋欲買完全之所有權者、不過得一共、有權、與欲受完全之所有權者、不過得從其中控除地上權、永小作權、地役權、等、之不完全所有權。學理上無毫末之差異。其他、就於賣買之目的物、有留置權、質權、質借權、等、存在之場合、是

等之權利（留置權等）雖非所有權之支分權。或者爲妨所有者之占有、或妨其使用、收益之結果而生者。故亦可謂爲滅殺其權利之一部者也。若然。則是等皆爲一部追奪。於日本民法。應適用第五百六十三條、及第五百六十四條之規定。然從實際之便益觀之。則就於賣買之目的物。因有是等之權利之存在。而滅物之價格之幾分。極難量定。故舍理論而從便益。因有上述之欠缺。不能達其所爲契約之目的時。得從買主爲契約之解除。若於其他。非不能達其目的。而僅受損害之場合。不過單得求其賠償。蓋以買主現受之損害。自權利欠缺之割合。而爲評定。多屬於容易者也。日本民法。第五百六十六條第一項云。『於賣買之目的物。爲地上權、永小作權、地役權、留置權、又質權之目的之場合。買主不知之時。限於因之不能達其所爲契約之目的之場合。買主得爲契約之解除。於其他之場合。得僅爲損害賠償之請求。』第二項云。『前項之規定。於爲賣買之目的之不動產（中略）有已爲登記之賃借權之場合。準用之。』所謂限於因之不能達其所爲契約之目的之場合者。例如買主不知或土地已設定地上權。而以欲得爲種植之目的。因爲賣買之契約。其後始知之。而不能達其目的。於

此場合即可行其解除權。所謂其他之場合。得僅爲損害賠償之請求者。如前例。其因欲得爲種植而爲賣買契約之土地。並無地上權之設定。但已設定地役權。而其土地爲鄰地之承役地時。則買主雖受其損害。然其欲爲種植之目的。仍可得達。故僅能求其賠償而已。於地上權、永小作權、地役權、抵當權、則僅不動產有之。留置權、質權、賃借權、則通於動產不動產。第僅賃借權特要登記者。是無他。無登記之賃借權。不得對抗於第三者之買主也。

(坤) 缺地役權之場合

於如何爲缺地役權之場合乎。是爲爲賣買目的物之利益而存之地役權不存之場合。於理論上、亦與有地上權等之場合同一。可得謂爲一部追奪者。蓋欲買完全之所有權而加以一之地役權者。僅得其所所有權時。亦爲殺其權利之一部者也。故於法律、可與有地上權等之場合爲同一之規定。於日本民法第五百六十六條第二項云。『前項之規。爲爲賣買目的之不動產而存之地役權。不存時。(中略)準用之。』於右之有地上權等、與缺地役權之二場合。亦因與一部追奪同一之理由。其行使之

期間短縮之爲一年。而於是等之場合。買主常爲善意者。故其期間之起算點。爲從買主知其事實時。日本民法第五百六十六條云。『前第二項之場合。契約之解除。又損害之賠償之請求。從賣主知其事實時。要於一年內爲之。』

(屯)有先取特權抵當權之場合

於有先取特權、抵當權之場合。可謂條件附全部追奪之場合。理論上、亦得加之於一部追奪中。無他就於賣買之目的。有先取特權、抵當權之存在時。買主非必受追奪者。惟債務者不履行其債務時。則先取特權者、抵當權者、得行使其權利。竟可使買主失其物之所有權。是所以稱之爲條件附全部追奪也。雖然。上述之權利。(先取特權、抵當權)因於債務者之履行而忽消滅。竟不累及於買者。亦爲常事。又雖有出於不得已而行使右之權利。於其權利之行使既止後。買主得純然以所有者之資格。使用其所買受之物。故決不得以之與以他人之物爲賣買者。同一視。固自當然。是所以以之爲一部追奪也。雖然。其一旦行使是等之權利時。則其結果。無異於全部追奪。故於日本民法。因之而與第五百六十一條。從同一之原則。與買主以契約之解除權。同法第

五百六十七條第一項云。『因存於賣買之目的之不動產上之先取特權，又抵當權之行使。而買主失其所有權時。其買主得爲契約之解除。』即其規定。惟於此場合。其特別之點有二。

第一 買主雖因於上述之權利之行使（先取特權抵當權）而不失其所有權時。

即買主爲出捐而保存其所有權也。例如因對於債權者行滌除。又辨濟其債務之全部。而妨上述之權利之行使時。固自無契約解除之理由。然得以其出捐之償還。請求於賣主。不然。則賣主爲不當之利得矣。是於日本民法第五百六十七條第二項云。『買主爲出捐而保存其所有權時。得對於賣主請求其出捐之償還。』

附案 滌除者。民法於抵當權之場合之用語也。抵當權之滌除者。抵當不動產之第三取得者。從法律所定之條件。提供不動產之價格於抵當權者。使存於其不動產上之抵當權消滅之方法也。

第二 不問買主之善意與惡意。於全部追奪之場合。惡意之買主。不得爲損害賠償之請求。於有先取特權抵當權之場合。雖惡意之買主。亦得爲損害賠償之請求。是

於契約解除之場合、與請求出捐之返還之場合、皆同者。無他。先取特權抵當權之性質。不必要行使之。苟債務者能辨濟其債務。竟可無先取特權抵當權之行使。故買主雖知是等之權利之存在。猶以取得完全所有權之意思爲賣買者。最多於此場合。賣主不可不速辨濟其債務。雖賣主自己不爲債務者亦然。使買主得安全得其權利。然因賣主不盡此義務時。買主竟至被奪其所有權。或爲出捐。僅得保存之。故賣主有其過失。得對之爲損害賠償之請求。固自當然也。是於日本民法第五百六十七條第三項云。『於右之何場合。買主受損害時。得請求其賠償。』

於上述之場合。其先取特權。僅爲不動產上之先取特權。決不得爲動產上之先取特權。無他。動產上之先取特權。於已引渡於第三取得者之物上。不得行之。而動產之買主。非受其引渡。決不得以其權利對抗於第三者。

於日本民法第五百六十七條之規定。猶有一點。即第一。僅云以所有權爲賣買之目的之場合。不云以他之權利爲其目的之場合。故關於存於地上權、永小作權、之上。之先取特權、抵當權、不能適用之。第二。僅云先取特權、抵當權、之事。不云質權、之事。是爲

稍不完全之處。

(辰) 強制競買

強制競買亦一賣買人之所不疑也。而於擔保義務如何乎。是當詳論之。分爲左之三點。

(乾) 賣主爲誰

關於強制競賣之擔保義務爲何人之負擔乎。之問題。即問果何人立於賣主之地位也。是於從來學者間有所議論。據其可信者。則債務者爲賣主。而非債權者。蓋債務者不竣強制而應爲其債務之履行。固自當然。若應以金錢之支拂爲履行之場合。於其囊中無金錢時。須速賣却他之財產。而得金錢。以充其債務之辨濟。而債權者至於不得已。依於強制執行之場合。債務者自不盡其應盡之義務。故債權者依於與日本民法第四百二十三條所認之權利同一之權利。不過代所有者賣却其所有之財產。若然。則債權者依於執達吏爲競賣之場合。非自爲賣主而爲其競賣。即不得不視爲代債務者而爲之。是日本民法之所認者也。

但有宜注意者。於普通之場合。則爲債權者就債務者之財產而付之競賣。然例外。則競買之目的物。有不屬於債務者。而爲第三者供擔保之場合。即所謂物的保證之場合。是也。於此場合。其財產不屬於債務者。故賣主非債務者。而爲以其財產供擔保者。即物的保證人是也。故於多數之場合。賣主常爲債務者。於例外之場合。則可爲代債務者之物的保證人。

(坤) 義務之內容

強制競賣之於擔保義務。其內容如何乎。日本民法第五百六十八條云。『於強制競買之場合。競落人依於前第七條之規定。得對於債務者請求爲契約之解除。又代金之減額。』此債務者。即於代債務者之物的保證人。亦適用之。夫一旦以債務者。又物的保證人。爲賣主以上。可於前七條之規定適用之。殆不俟論。惟是實際上此等之賣買。非自爲賣却。多反於其意思而被債權者爲競買者。故不可使之收不當之利得。勿論已。然而亦不能以過失責之。是以競落人雖得從前七條之規定。請求爲契約之解除。又代金之減額。(實際。則可請求代金一部之償還。)決不得對於債務者爲損害賠

償之請求。但其人知物、又權利之欠缺、而不申出之時、則不在此限。至於第五百六十八條、雖曰適用前七條之規定。然於強制競賣之場合、不見其適用。何則。先取特權、抵當權、應因於競落而消滅。是日本民事訴訟法之所規定者。（民事訴訟法第六百四十九條第二項、乃至第四項、民法施行法第五十一條、）故前第七條、寧當改爲第五百六十一條、乃至第五百六十六條。而於債務者、亦不及想於物的保證之場合。故法文亦不免有幾分之不備也。

以上就於債務者、又物的保證人之義務、而論之者。雖然、債權者亦依於場合、而不能無責任。蓋於理論上、賣主爲債務者、又物的保證人、決無容疑。而於實際、則債權者爲自己之利益而爲競賣、亦無可爭。故原則、債權者無責任。然若債務者無資力時、則對於受代金之配當之債權者、若不得請求其代金之全部、又一部、之返還、則不可也。蓋債權者於物、又權利、欠缺之場合、不外就其全部、又一部、從競落人受不當之代金。何則。於物全然不屬於債務所有之場合、債權者、原來無可就於其物受辨濟之理也。故於競落人解除契約、固應返還其所受取之代金。又物、或權利之一部、屬於他人之場

合。又於數量不足之場合。債權者以爲代金而受過當之金額。亦應返還其一。部。而於競落人若知其有欠缺。可斷言不欲買受其物。甚分明之場合。竟得求解除其契約。而返還代金之全額。理之所當然也。而於債務者有資力之場合。債權者原來爲於其債權之辨濟而受取代金者。故可使債務者以他之財產。而償還代金之全部。又一部。於競落人。若債務者無資力時。勢不得不對於債權者求其返還也。於日本民法第五百六十八條第二項云。『於前項之場合。債務者爲無資力時。競落人得對於受代金之配當之債權者。請求其返還代金之全部。又一部。』

因於上述之理由。債權者返還代金之全部。又一部。不外一種不當利得之返還。然債權者若知物。又權利之欠缺時。自應請求不競買。或應請求明示其欠缺而競賣。乃不爲之。而漫請求競賣時。殆與欺競落人同。故對之應任損害賠償之責。固所當然也。而債務者知其物。又權利之欠缺時。應申出之。當然之義務也。若不爲之。而坐視競落人受損害時。亦無異於欺之者。故不得不對之負其責。是於日本民法第五百八十八條第三項云。『於前二項之場合。債務者知物。又權利之欠缺。而不申出。又債權者知之。

而請求爲競賣時。競落人得對於其過失者。爲損害賠償之請求。』

(屯) 亦包含依於競買法之賣買

強制競買之文字。爲主者。爲民事訴訟法之強制競賣之意味。因民法非手續法。故不置重手續之云何。而着眼於實質之云何。以設規定。至其手續。於民事訴訟法所謂強制競賣。與依於競賣法之競賣。雖有所異。然其實質皆同。民法之規定。亦適用於兩方。故於此所謂強制競賣之賣買。亦包含依於競賣法之賣買也。

(己) 債權之賣買

於債權之賣買。亦如他之賣買。賣主固有擔保之義務。例如賣主誤以屬於他人之債權爲賣却時。其債權務要取得之。而移轉於買主。若不能移轉之時。買主可得請求賣買之解除。且於多之場合。可得請求損害之賠償。又賣主以屬於與他人共有之債權。爲屬於自己一人。而賣却之時。買主依於場合。或得請求契約全部之解除。或得單解除契約之一部。而請求代金之減額。又債權之額。較賣主明言之額。爲少時。買主亦可有同一之權利。又債權爲質權之目的之場合。多爲買主得請求契約之解除之場合。

是皆當然不誤言者。故日本新民法不別設明文。惟於債權之不存則尙有疑問。而資力擔保獨爲債權賣買之特別擔保問題。不可不一言之。如左所揭。

(乾) 債權不存同於目的不存

世之學者及立法者。大抵以債權全不成立之場合。爲擔保之一場合。雖然是恰同於普通賣買之目的。不存故決不生擔保問題。單爲因無目的物而賣買不成立之場合。故日本民法亦不設明文。

(坤) 資力擔保

資力擔保所以爲債權賣買之特別擔保問題者。蓋債務者有資力否乎。恰同土地有收穫否乎。皆不可知也。通常於賣主非可爲擔保者。雖然債權之買主。往往欲賣主保證債務者之有資力。是因賣主不知債務者居多。故信賣主之言而買其債權。因而賣主欲於稱債務者有資力之場合。負其言責。固爲至當。故於債權之賣買。爲資力擔保之特約者不少。於此場合。其特約之效力如何乎。是於日本民法第五百六十九條第一項云。『債權之賣主。擔保債務者之資力時。推定爲擔保於契約之當時有資力者。』

從理論言之。賣主既云擔保債務者之資力以上。買主求其債權履行之法。必要於債務者有資力而爲保證。雖然是通常。非當事者之意思。不過重賣主之義務而已。夫人之資力。猶浮雲耳。今日有巨萬之富者。不保明日不失路。故謂某有資力者。謂其今日有資力也。如保證某人將來必不爲無資力者。到底有所不能。故立法者應考事理之常。推測結約者普通之意思。若當事者單擔保債務者之資力而止時。則推定僅擔保於其契約之當時。有資力者。然賣主爲擔保債務者將來之資力時。決無以其契約爲無效之理由。惟於此場合。不得不因其債權已至於辨濟期與否。而爲區別。若債權既在辨濟期。買主直得請求辨濟。而猶使賣主擔保債務者將來之資力。故至幾年之後。買主請求其辨濟。若於其時債務者爲無資力時。賣主不得不任擔保之責。但於此場合。斟酌事情。而推測當事者之意思。不得以賣主爲有永久之義務者之場合。應爲不少。（此義務亦於日本民法可罹於日本第六十七條第一項之時效。勿論也。）若債權未至於辨濟期。則當事者稱將來之資力。於最多之場合。則至辨濟期日。猶將曰債務者有資力者。故日本民法第五百六十九條第二項。所以推定爲擔保於辨濟期日。

之資力也。同項云。『未至辨濟期之債權。賣主擔保債務者將來之資力時。推定爲擔保於辨濟期日之資力。』

資力擔保之義務。果爲如何之義務。曰於債務者無資力之場合。不得爲其辨濟之債務之部分。賣主應代之辨濟。是也。且於通常之場合。如因於債務不履行而生之利息。其他之損害賠償。亦包含其中。

(午) 瑕疵擔保

所謂瑕疵擔保者何也。蓋於賣買之目的物。隱有瑕疵時。買主取得其權利。不有其所期之價值。故可因之而受損害。固不待言。然通常。賣主於知其所欲賣之物有瑕疵時。不可不以好意而以之告於買主。使得確定其可買與否。不然。則視爲賣主保證其物無瑕疵者。亦不爲過酷。是瑕疵擔保之所由生也。就於此。各國大抵皆有細密之規定。然在日本。於新民法。單以準用第五百六十六條之規定爲已足。於認爲買主若知其瑕疵。決不欲買其物之場合。買主得爲契約之解除。於其他之場合。單得爲損害賠償之請求。而各國法律。於此場合。許其爲代金減額之請求者雖多。然因有瑕疵而應減

代金之幾分。極爲算定之所難。常不得不一任法官之擅斷。是恰與於賣買之目的。附着地上權、永小作權、等相同。故寧準用第五百六十六條之外。總以僅認損害賠償權爲當也。日本民法第五百七十條云。『於賣買之目的物隱有瑕疵時。準用第五百六十六條之規定。但強制競賣之場合。不在此限。』夫瑕疵擔保。於強制競賣之場合不認之者。蓋如至強制競賣之後而行擔保權。不僅可惹起極煩雜之結果。且於競賣而買物之人。通常豫期其物有多少之瑕疵。而以幾分之廉價買取之。故雖不認瑕疵擔保之權。決不生不公平之結果也。

(未準用同時履行之規定)

於如何之場合。得準用同時履行之規定乎。蓋於一部追奪之場合。又數量不足、一部滅失之場合。又於賣買之目的物。有地上權、永小作權、地役權、留置權、又質權、之目的場合。又目的物隱有瑕疵之場合。買主雖得請求損害之賠償。然負代金支拂之義務。故若有狡猾之賣主。先從買主受取代金。而不爲損害之賠償。若有狡猾之買主。先受損害之賠償。而不支拂代金。是兩不公平也。故於日本民法。當準用第五百三十三

條之規定。雙方皆可從相手方提供其債務之履行以前，得拒自己債務之履行。而第五百三十三條，爲關於雙務契約之規定。故就於損害賠償，如爲不從契約而生之義務，當然不能適用同條之規定。又就於契約解除之場合，雖有第五百四十六條之規定（亦適用第五百三十一條者），然契約不解除之場合，不得不別置明文，而代金減額之場合，雖理論上，爲契約之一部解除，既如所論，然爲便宜而不用解除之文字，故無明文，必可生適用上之疑問。或有以之爲不能適用解除之規定爲至當者。故於日本民法，所以不能不要明文。即第五百七十一條云：『第五百三十三條之規定，於第五百六十三條，乃至第五百六十六條，及前條之場合，準用之。』

（申）無擔保之特約

於無擔保之特約。如何日本民法於第五百六十九條外，自第五百六十條，至第五百七十一條，總無當事者之特約。法律上定賣主當然應負擔之義務者也。然是決非公益之規定。故當事者得就此義務而或輕重之。（第五百六十九條之場合，固可得以特約而增減賣主之義務。）例如有追奪擔保時，賣主特約於返還代價於買主之

外。更可以違約金等於代價而拂其金額之旨。或約有追奪時。單返還代價而止。決不要賠償損害。或約買主雖有遭追奪、發見瑕疵等事。賣主一切不任擔保之責。雖然。於最後之場合。賣主約爲不任擔保之責。固自爲當事者之隨意。然不能因之而免詐欺之責。蓋自行詐欺。而曰不任其責。是不法之最甚者也。如是。則契約因其目的爲不法。不可不謂爲無效者。而賣主知自己無權利者。其權利之一部屬於他人者。其數量不足者。物之一部已消滅者。物有瑕疵者等。不告之於買主。而以不任擔保之責爲特約。是明知法律上。於自己有責任。而隱蔽其事實。故約爲不負擔保之責之旨。是非詐欺而何。故於是等之場合。即令有無擔保之特約。其特約亦爲無效。賣主不得不任以上所定擔保之責。是於日本民法第五百七十二條云。『賣主雖以不負前第十二條所定之擔保之責任之旨爲特約時。然就於其知而不告之事實（中略）不得免其責。』是也。若夫賣主爲賣買後。於其目的物之上。爲第三者設定權利。又於既賣之權利。讓渡於第三者。因之。而買主失其買受之權利之全部。又一部。固自爲契約以後之事實。然爲因於賣主之行爲。而使買主失權利者。故就之應負其責。因不諉言。然有設明文

之必要者。無他。法律不明言賣主就於知而不告之事實有責任則已。一旦明言以上。即不惟欲併此場合。以明言明賣主之責任。且於此場合。不使與普通之不法行爲之場合。同其結果。寧與賣主知事實而不告之之場合。生同一之結果。故不能不特明言之。即甲之場合（知而不告之場合）爲純然之擔保之場合。乙之場合。寧等於因賣主之所爲而奪買主權利者。故於理論上。此二之場合雖不同。然無論何之場合。因得視賣主爲不盡移轉其權利於買主之義務者。其責任亦不得不爲同一。蓋賣主有移轉其權利於買主之義務。非僅一時移轉之。而得即奪之之謂。固爲全移轉之。更不取返之之謂也。故雖一旦移轉之。若更奪之之時。猶不得不謂爲賣主不盡移轉之義務者也。同條云。『賣主雖以不負前第十二條所定擔保之責任之旨爲特約時。然就於（中略）及從爲第三者設定。又讓渡之之權利。不得免其責。』

二 賣主之權利

賣主之權利。即買主之義務也。其爲主之權利。即在請求代金之支拂。故於此所當論者。即代金支拂之時期。又其場所。關於果實及利息之規定。代金支拂之拒絕。等此外

尚有有使買主受物之引渡之權利。然是寧以之爲附隨於賣主之義務中之物之引渡之事項。關於債務者無遲滯之責。則適用債權之效力之一般規定。（日本民法第四百十三條）足矣。

甲代金支拂之時期

代金支拂之時期以定之於契約爲通例。若不定之時。原則賣主無論何時可得請求其支拂。（日本民法第四百十二條第二項參照）雖然就於賣主之義務之物之引渡。有期限時。則就於代金之支拂。雖無何等之契約。其支拂。推定爲可於可爲物之引渡之時期爲之者。是無他。賣買爲雙務契約之最者。於日本民法。不可不從於第五百三十三條之趣旨。以雙方之義務。於同時履行爲本則。不然。將僅買主支拂代金。賣主不特不爲物之引渡。且至於期限。猶不保無怠其義務者。如此。則惟買主忠於契約之履行。而賣主不盡其義務。是不免頗不公平。故慣習上。常以支拂代金與物引換。又當事者之意思。亦多在於此。故日本民法第五百七十三條云。『就於賣買目的物之引渡。有期限時。則就於代金之支拂。推定爲亦附以同一之期限者。』是以爲一般之推定。

於可引渡之時期，爲可爲代金之支拂者。但此規定，不過一之推定。故若當事者明有異之表示時，因自可從其意思。即物之引渡，雖可於一年之後爲之。代金可直爲其支拂。或可於六箇月之後支拂之之類。是也。

(乙)代金支拂之場所

代金支拂之場所。於日本民法，依於第四百八十四條之通則。無特約時，則於債權者（即賣主）現時之住所爲之。物之引渡，與代金之支拂，不同其時間時。常從此原則。然若可與物之引渡，同時拂代金時（即依第五百十三條之規定），於普通之場合，可於物之引渡之場所，支拂代金。（或爲賣主之住所，或他之場所）蓋依第四百八十四條。其場所於無別段之契約時，於其物爲特定物之場合，則於賣主之當時其物存在之場所爲之。於物爲不特定物時之場合，則於債權者（即買主）現時之住所爲之。至可與受物之引渡，同時爲代金之支拂者，是因與第五百七十三條同一之理由，爲從於同時履之原則者也。日本民法第五百七十四條云。『於可與賣買目的物之引渡，同時支拂代金時，要於其引渡之場所拂之。』

(丙)關於果實及利息之規定

關於果實及利息之規定。即定賣主就於果實、及利息、而有權利者也。試分言之。

(子)引渡後果實歸於買主

果實原來成爲物之一部分者。而物之所有者、當然可取得果實。不待言也。故從純理言之。從賣買目的物之所有權、移轉於買主時。果實亦應屬於買主。(賣買之目的物。非必爲所有權。如賣買地上權、永小作權、賃借權、使用權等。亦生同一之問題。然以避煩。故暫僅就所有權言之。)且於日本新民法、依舊民法、羅馬法等之主義。物之危險。從賣買之時。以直移轉於買主爲本則。故苟以是爲得權衡乎。則使以果實歸於買主爲當然。而從此理由言。雖物之所有權。依於特約。不直移轉於買主時。其果實猶應屬於買主。雖然是於實際多所不便。其故若何。曰。若使買主取得果實時。(第一)不得。不與賣主。以對於買主。請求物之保存費。償還之權利。(第二)不可不使買主。從契約之當時。拂代金之利息。(第三)且更進一層論之。則於物生果實之場合。應與其果實於買主。假令生果實。然賣主使用之之時。不得不拂其使用之對價於買主。不然。其結

果之不公平。更不待煩言。雖然是極煩雜。殆爲行於實際之所難。故日本民法第五百七十五條云。『尙未引渡之賣買目的物。生果實時。其果實屬於賣主。』是爲便宜。而使於物之引渡爲止。其果實屬於賣主。於其引渡後。始使之屬於買主。

(丑) 利息以引渡後拂爲本則

從一般之規定。買主應拂利息。不爲特約時。苟無遲滯之責。毫不要拂利息。而就於代金之支拂有期限時。(日本民法第五百七十三條參照) 過其期限。仍不支拂代金。則有延遲滯之責。(同法第四百十二條第一項) 故應從期限到來之時。生利息支拂之義務。無期限時。應從受由賣主爲代金支拂之請求時。任遲滯之責。(同第三項) 故應從受其請求之日拂利息。雖然。賣買之目的物。於關於有體物。賣主應引渡其物。之場合。如前所論。爲欲保公平。應從其引渡之日。支拂代金之利息。蓋買主應從引渡之日。取得果實。故就於代金而不拂利息時。則利僅在於買主。不利僅在於賣主。而於引渡以前。果實應屬於賣主。故若於買主有利息支拂之義務。則利僅在於賣主。不利僅在於買主。是以雖在買主。應於物之引渡前。支拂代金之場合。賣主固自得爲其代金支

拂之請求。買主任意不支拂之時。可得對之爲強制執行。然於日本民法。決不得依於第四百十九條之則。使買主支拂利息。同時爲欲保權衡。故雖於代金支拂之時期。在物之引渡以後之場合。猶可爲應從引渡之日拂代金之利息者。然於日本民法。就於代金支拂之時期。在物之引渡之時期以後之場合。推測當事者爲有與特別之利益於買主之意思者。買主雖取得果實。於期限到來爲止。不要拂代金之利息。同法第五百七十五條第二項云。『買主從引渡之日。負拂代金之利息之義務。但就於代金之支拂有期限時。於其期限之到來爲止。不要拂利息。』是果適於當事者之意思否乎。稍不能無疑。雖然此規定。不過推測當事者之意。而設爲一應之規定。故若當事者有異之之意思時。則以之爲特約可也。故於此規定之當否。無深論之必要。

(丁)代金支拂之拒絕

法律許代金之拒絕者。蓋所以就於買主之代金支拂之義務而爲保護者也。而其拒絕。依於有全部又一部追奪之虞時。與有擔保權時而不同。

(甲)有全部又一部追奪之虞時

買主有代金支拂之義務者。以其可從賣主取得權利也。然買主取得其所買受之權利爲不確實時。以暫止代金之支拂。而謀免其損失。實可謂爲至當者。故若就於賣買之目的。有主張權利者時。買主可因之而失其所買受之權利之全部。或一部。因而或得拒代金全部之支拂。或得拒其一部之支拂。例如忽有稱爲其所賣買之目的物之所有者出時。則買主有失其所買受權利之全部之虞。故可得拒代金全部之支拂。若第三者主張爲賣買目的物之半分之共有者時。則有失其物之價額之半之虞。故可得拒半額之支拂。第三者於賣主之目的物上主張地上權。因之而有失價額三分之一之虞時。得拒代金三分之一之支拂。若第三者於賣買之目的上主張抵當權。其物之價爲一萬圓。第三者之債權爲七千圓。則買主就於其所買受之權利。有失七千圓之虞。故得主張拒其七千圓之支拂。可單支拂三千圓。但賣主供相當之擔保時。(即於第一例。供相當於全部之價格之擔保。於第二例。供其半額。於第三例。供其三分之一。於第四例。供相當於七千圓之擔保。)則買主不得拒代金之支拂。於日本民法第五百七十六條云。『有就於賣買之目的主張權利者。買主有失其所買受之權

利之全部、又一部之虞時。買主得應於其危險之限度。拒代金之全部、或一部之支拂。但賣主供相當之擔保時。不在此限。』

或曰。若買主竟失其權利。則於日本民法。得依第五百六十一條以下之規定爲請求。而免其損失。惟然。則今雖有主張權利者。尙不確知買主失其所買受之權利與否。而遽拒代金之支拂。豈非不當乎。曰不然。於第五百六十一條以下之規定。認買主之權利。誠如或者之言。然若買主一旦支拂代金時。則(第一)更對於賣主爲請求。不得不履多少煩雜之手續。(第二)賣主往往有爲無資力者。於此場合。買主竟不得不先失其所支拂之代金之全部、又一部。是爲買主之所最不利者。故法律與以拒代金支拂之權。以使得避上述之危險。若賣主供相當之擔保時。可得直受取代金之支拂。故不得謂僅厚於買主而薄於賣主也。

(丑)有擔保權時

就於賣買之目的物爲不動產。而有先取特權、質權、又抵當權之登記之場合。如前之所論。(有全部、又一部、追奪之虞時)危險常存。故買主常得拒代金之支拂。然因買主

有滌除權。(日本民法第三百四十一條、第三百六十一條、第三百七十八條以下參照)若行此權利得直使消滅右之權利。(先取特權等)故行滌除權之後買主雖因於行之而可請求賣主應除其金額(同法第五百六十七條第二項、第三項參照)而支拂其殘額。然買主之行滌除權與否在其隨意。因而果行此權利否乎。又雖終有行之之日。然何時可行之乎。全不確定。是賣主因之長有不能受代金之支拂之場合。是以法律特與賣主以得對於買主請求無遲滯爲滌除之旨之權。於日本民法第五百七十七條云。『就於所買受之不動產。有先取特權、質權、又抵當權之登記時。買主於完滌除之手續爲止。得拒代金之支拂。但賣主對於買主。得請求應無遲滯爲滌除之旨。』

以上之二場合。買主對於賣主。皆得拒代金之支拂。是畢竟爲免損失之危險而許之也。雖然。若買主得漫然拒其支拂。則今日雖爲有資力之買主。不保明日不失其資力。故法律又與賣主以得對於買主。請求代金之供託之權利。若此。則買主固無被損失之虞。賣主亦無被損失之虞。兩者之保護並行。可爲最得公平者也。日本民法第五百

七十八條云。『於前第二條之場合。賣主得對於買主。請求代金之供託。』

第三 賣買之解除

賣買解除之場合。大別之有三。即因於特約之解除。因於不履行之解除。買戻是也。

(一) 因於特約之解除

因於特約之解除。大別之又分爲二。(甲)解除條件之成就。(乙)解除權之留保。

(甲) 解除條件之成就

賣買之當事者。得爲解除條件之場合。如何。如賣主向買主云。若僕爲中央官衙之官吏。則解除此賣買。或買主云。僕爲地方之官吏。則解除此賣買契約。於附如斯條件之場合。關於賣買。無特別之效力。但生關於一般之法律行爲解除條件之效力。一言以蔽之。則至條件成就以前。賣買爲完全無缺者。條件一成就。其賣買對於將來。喪失效力。故賣主有取返賣買之目的物之權利。然因之對於買主。有返還其所取受之代金之義務。而此場合。因不當利得。乃生債權債務之關係。

(乙) 解除權之留保

解除權留保之場合如何。即當事者之一方。無論何時。留保得解除賣買契約之權利。例如賣主今以爲不用而賣或財產。然恐日後需用。預爲懸念。而保留其解除權。或買主今因入用。欲取得賣買之目的物而買之。然恐歸於不用。欲留保其解除權。如是之場合。是也。更於此解除權得附其期限。依契約之自由。或一年間留保解除權。或以爲一年不解除。而自一年以後始解除之。亦未可知。亦得爲如斯之解除權之留保。就於此。於契約總則。已有規定。即於日本民法第五百四十條以下之規定。是也。

(二) 因於不履行之解除

因。不。履。行。之。解。除。者。即。賣。買。契。約。當。事。者。之。一。方。不。爲。契。約。之。履。行。於。他。之。一。方。得。解。除。其。契。約。也。是。於。賣。主。之。不。履。行。與。買。主。之。不。履。行。亦。皆。有。之。

(甲) 賣主之不履行

所謂賣主之不履行者。即不移轉如其契約之權利於買主之場合之謂也。是大抵歸着於擔保問題。而爲因不履行所生解除之一變體。然即移轉其權利。而賣主怠於引渡之義務之場合。亦因契約之不履行。買主得爲其解除。或如不動產未完了登記。則

權利不確實。雖求其爲登記之申請。然無論如何。不爲申請。則亦爲不履行。是尙就於特定物申請之事而言。若就於不特定物論之。則賣主之契約不履行。頗爲頻繁。如云賣米百石。契約難成立。然賣主無論如何。總不給付米時。是米之所有權亦不移轉也。故在不特定物之賣買。賣主不履行之事。十分頻繁。此爲一般所謂因不履行而解除之原因。

(乙)買主之不履行

次爲買主不履行。是怠於代金支拂之謂。亦爲通常契約不履行之場合。竊以爲所謂因不履行之契約解除。最重要之適用也。蓋於賣主不履行之場合。非必無代金支拂之理由。或多少有數例。亦未可諒。而買主買受或商品。有於一定之時期來受取之約。然不來受取。則亦爲買主之義務不履行。如斯之場合。依因不履行一般之契約而解除之原則。賣主得爲賣買契約之解除。

關於因不履行之解除之規定。於日本民法。已詳於第五百四十一條以下。即於前述之場合。定一定相當之期限。而爲不履行之催告。於期間內不履行。即得解除其契約。

即因不履行者之相手方之意思表示，得解除其契約。其意思表示之事，規定於第五百四十條。此等之問題，皆爲重要之問題。實際，則就於賣買，爲每度所起之問題。然其義甚廣。或規定關於法律行爲，或規定關於契約。是當讓於法律行爲，又契約之總則。故此處不論外國之法典，或學者之著書等，就於此等之問題，特爲規定，又特論之者，其例甚多。然於法典之體裁，不得其當。又於講義之順序，亦不得其當。故此等問題，備論於他之部分。茲略之。又所謂擔保問題者，前已詳之。故茲亦無再言之必要。

(三)買戻

買戻者，依於賣買當時之特約，以賣主之意思，而協同爲契約之解除也。關於買戻之規定，各國亦不一致。或如獨逸法，以爲眞之買戻，即前賣買決不解除，惟從買主更於其所買受之物，賣渡於賣主，之謂。如此，殆不要特別之規定，而其特約之爲有效，毫無容疑。然如於佛國，及日本之舊習慣等，以買戻之解除，爲原賣買之解除。是不僅特要明文，且因其利益、弊害，皆爲不尠，故不可不於一方，使此契約生充分之効力。同時，於他之一方，制限此契約於適度之範圍內，以力矯正其弊害。所以於日本民新法，特爲

買戻之規定。但買戻之効力果如此。則其文字頗不穩當。然既爲從來一般所行之用語。而其効力依於買戻之規定而自明。因而決不用新名稱。於舊民法。謂之爲受戻。然據日本之慣用語。受戻之文字。甯爲就於質。或抵當之所用。故於新民法不取之。

買戻之特約。於何如之場合爲必要乎。曰。爲主者。於物之所有者不欲賣却之。然爲有一時金錢之入用。出於不得已而賣却之。數月。乃至數年之後。欲償還代價於買主。而解除其賣買之場合。有其必要。而此必要。殆僅就於不動產有之。且在動產。於日本民法。以有第九十二條之規定。一旦賣渡之於他人以上。雖附之以買戻之特約。然無如不動產。依於登記。而以之告示於第三者之便。故其特約。畢竟不免有名無實。是於新民法。所以反於舊民法。其他各國多數之例。僅就於不動產認買戻之特約也。惟如於獨逸國。以買戻爲再賣買。雖如何廣其適用。亦毫無弊害。故其必要雖稀。固亦可認動產之買戻。然如日本。以買戻爲原賣買之解除。大害取引之自由。其弊害不尠。因其必要。不得已而限其範圍。於其他。不認之也。但如於獨逸國法之眞買戻。可得爲之又雖依於一般之規定。而賣主得留保解除權。然於此場合。不得不適用買戻之規定。詳

言之。即於眞買戻之場合。可生與新賣買同一之効力。又於留保解除權之場合。於日本民法。從第五百四十條以下之通則。應於得爲契約之解除爲止。因其解除。決不得害第三者之權利。(同法第五百四十五條第一項)

買戻果有如何之弊害乎。曰。買戻權之存在間。買主尙不得謂爲得完全之所有權。而不知何時失其權利。故買主就於其所買受之物。不能投莫大之費用。而圖充分之改良。又雖欲處分其權利。然第三者不知何時遭賣主之買戻。因而不肯容易讓受之。如此。則物不能受充分之改良。又其融通極爲困難。而不得從無用之手。移於有用之手。以收充分之効用。是國家經濟最爲可憂者也。且在於法律不完全之時代。第三者常不知買戻權之存在。而就於其物讓受權利。後日有遭買戻。而被不測之損失之虞。因而無遠謀者。往往被意外之損失。有深慮者。不容易買受物。至害一般取引之安全者不少。雖然。此弊害至今日。殆可謂已斂其迹。何則。就於不動產。則有登記之制。得使第三者知買戻之特約。(於日本舊登記法。因不認買戻特約之登記。有反對之裁判例。因而被不測之損失者多。人之所知也。而日本新民法。於第五百八十一條。明言可登

記之。故應不復見此弊。又就於動產。於同法有第九十二條之規定。故善意無過失者。決無被損害之虞。

買戻之特約。有爲欲潛脫日本民法第三百四十九條之適用而用之者。即債務者於欲供質物於債權者。而借入金錢之場合。債權者欲至期限若債務者不爲辨濟時。則直爲質物之所有者。然第三百四十九條禁之。因而兩人協議上。先從債務者賣其物於債權者。數月乃至數年之後。返還其代價於債權者。則債務者可得復爲其物之所有者。時其名雖爲買戻之特約。其實與爲關於質契約中爲第三百四十九條所禁之特約。無異。彼第三百四十九條之規定。固爲不得其當。但其規定一日不改。則欲潛脫其適用之契約。自屬不法。不得不以之爲無効。夫從表面違背其規定。固爲無効。然假買戻特約之名。謂可潛脫其適用。則法律之制禁。將了無毫末之價。故得認定假買戻特約之名。其實欲潛脫第三百四十九條之適用者。其契約無効。固不踈論。雖然。如此於實際舉其證據。最爲困難。而當事者雖有右之意思。因實際不能舉其證據。竟不得以其契約爲有效者。應爲最多。是亦可謂買戻特約之弊害也。且也。於利息制限法。

之存在間亦應有依於買戻之特約欲潛脫利息制限法之適用者。例如債務者表面上賣其所有物於債權者數月乃至數年之後返還其代金時。債務者可更得爲其所_レ有者。而或借千圓之金者。定以一年之後應以千二百圓之代金爲買戻者。是暗付以年二割（與二分相當者）之利息也。是亦可謂買戻特約之弊害。但於前例得證明當事者之意思其無效固也。又於後例則不僅恰有如右之弊害。而在真正之買戻賣主亦常有爲返還所受取之代金而爲契約之解除者。亦爲常事。故法律特爲買戻契約之制限。即日本民法第五百七十九條規定賣主不得於代金及契約之費用外可支拂於買主者。且利息制限法雖與民法之實施同時不得廢之。然到底不能長保其效力。是可信者。故若僅防此弊害。決無附制限於買戻之契約之必要也。

關於買戻可分買戻之特約之條件買戻之效力共有之一人以買戻之特約賣却其持分之場合之三段論之。

（甲）買戻之特約之條件

關於買戻之特約亦爲一種契約。故適用一般之通則。自不待論。而就於此處特認爲

買房特約之必要者。其條件有五。即限於不動產與賣買同時之特約。僅可返還代金。與費用期間登記等。

(子) 不動產

買房之特約。以不動產爲目的。若非就於不動產爲賣買。則不得結買房之特約。日本民法第五百七十九條。明言「不動產之賣主」云云。是其第一之條件也。各國多不限於不動產。即動產亦許爲賣買之特約。日本新民法。則必限定之。其理由。因買房總爲有弊害者。故於務爲必要之範圍內爲止。而許與之。若非特別必要者。寧以禁之爲宜。是爲立法者精神之所在。而實際。則以動產之賣買。爲買房之特約者。甚稀。不惟日本如此。即各國亦然。蓋就想像上言。不動產爲祖先傳來之土地。或貴重之家屋者。甚多。而動產之貴重者。殆爲極稀有之場合。且動產。於實際若欲求買房於買主。亦多無應之者。故無爲買房之必要。雖禁止之。亦無不便。而不動產則否。故其賣買若爲祖先傳來之土地。或貴重之家屋。一旦賣却之。不勝其殘戀。是亦人情之不免者。就中於農民（土地之所有者。尤以農民爲多）尤以一定之田畑爲生活。若失却之。殆爲失其糊

口之途。且以小作人之地位。與地主相較。頗不利益。又就社會上之階級思之。於得喪之間。頓分霄壤。故雖一時困於金錢。然不得不先附買戻之特約。而賣其不動產。幸而於其期限內有金錢。則以買戻之爲快愉。故此特約。在今日爲必要。若禁止之。甚覺其非常之不便。故但就於防其弊害。而設相當之方法。以限制之外。得許不動產買戻之特約也。

(丑) 與賣買同時之特約

買戻之特約。必與賣買契約同時結之。若至後日始結之。則不得也。是於理論上。實際上。皆爲必要之條件。殆爲無論何國皆採用之條件。故日本民法第五百七十九條。明言「依於與賣買契約同時所爲之買戻之特約」云云。即第二之條件也。試言之。於理論。則所謂解除其賣買者。就中其解除。使効力溯於既往。得與自初無賣買同一之結果。之謂也。依此契約之性質。若於其賣買契約之初。非其特約成立。則全與自初無其賣買契約。有同一之體樣。理論上應不得如此。倘爲完全無缺。無條件而成立賣買契約。其後所新結之契約。無論如何。不得不爲純然之再賣買。苟謂從買主所得之完全

所有權。解除從前所結之賣買契約。得與自初無其契約爲同一之結果。則爲無理。理論亦不得如是也。若於實際。則此契約與賣買契約同時爲之。雖有弊害。然爲其必要。不得已而認之。倘於賣買契約之當時無必要。則無條件而爲賣買。後日解除之。極爲便宜。而前之賣主與買主間。新結契約。如上述弊害之多之契約。則無許之之理。雖再賣買可得自由。然於日本民法上之所謂買戻。則不可得也。

(寅) 僅應返還代金與費用

賣主求買戻。則拂所受取之代金。與契約之費用。得解除賣買。然其所應拂於買主之金額。決不得超過代金。及費用。是日民法第五七十九條。明言「返還買主所拂之代金。及契約之費用。得爲其賣買之解除」。即其第三之條件也。蓋如許其拂比代金多之額。而爲解除。則得潛脫於利息制限法之規定而結此契約。又於買戻之特約之場合。無論如何。要適當而達其目的。故爲買戻之場合之代金。務以從少之一方。爲容易達此目的者。蓋以廉價出賣者。亦得以廉價而買戻。是於此特約有必要者。若出多金而始得爲買戻。雖不必要爲買戻之特約。亦可買之。則欲達當事者當初之目的。其

金額以從少之一方爲善。故於此場合。非約束僅返代金與費用。而解除賣買。則不許爲此買戻。是亦制限的規定也。

以上三點。於日本民法第五百七十九條本文規定之。即『不動產之賣主。得依與賣買契約同時。所爲之買戻契約。得返還買主所拂之代金。及契約之費用。爲其契約之解除。』是也。但就於此尙有一問題。即利息是也。依同法第五百四十五條第二項所規定。則於解除權（買戻權即解除權。不待言也）之行使。應返還金錢。不得不從其受領時附利息。雖然（一）物之果實。通常與代金之利息。大抵可有同一之價格。（二）物雖不生果實。然買主使用之。而爲受利益者。若受代金之利息。是可謂受二重之利息。故於同法第五百七十九條。與第一百七十五條同一之精神。而有視爲物之果實與代金之利息。可以相殺之規定。但是爲推測當事者之意思而定之。若當事者表示異之之意。思時。固可從其意思。同條但書云。『但當事者無表示別段之意思時。不動產之果實。與代金之利息。視爲以之相殺者。』

（卯）期間

買戻既如前論。於經濟上頗有弊害。故制限其期間。而使其弊害不可長。是最所期望者也。日本舊民法。就於不動產。以五年爲最長期。政府案仍之。衆議院伸長之爲十年。蓋於日本買戻之特約之慣習。最爲盛行。因而專欲不使此慣習生激變。而爲此十年之期間。然買戻既有弊害。則雖打破此慣習。亦以制限之爲有利。故於立法論。最長期應爲五年。於日本民法第五百八十條云。『買戻之期間。不得超過十年。若定較之爲長之期間時。則短縮之爲十年。』是蓋以定較十年尤長之期間。爲違法。然將使之全爲無效。不如以十年之期間保持之。爲適於當事者之意思也。

若當事者已定買戻期間時。其期間雖十年未滿。至後日亦不得伸長之。是無他。買戻之特約。爲解除權之留保。既如所論。而解除權之留保。不可不與原契約同時爲之。亦如前論。故當事者依於新契約。更從買主移轉其權利。固無不可。然欲就之而有買戻之効力。則不可得也。同法同條第二項云。『就於買戻已定期間時。後日不得伸長之。』

以上所論。爲當事者已就於買戻而定期間之場合。然若不定之時。將無論何時。得爲

買戻乎。曰否。既以買戻有弊害而制限其期間。故雖當事者不定其期間。亦不得不應於相當之期間內行買戻權。而當事者就於期間爲特約。不得超過十年。是以當事者不爲何等之特約時。不得謂可得於最長期間爲買戻。法律特以最長之半。即應於五年內行之。同法同條第三項云。『就於買戻不定期間時。要於五年內爲之。』是爲第四之條件。

(辰)登記

登記爲買戻之特約之第五條件。此條件與他之條件不同。非絕對之條件也。蓋當事者間於以上之四條件具備。則買戻之特約。即爲有效。然欲對抗第三者。非爲登記。則無效。是或有疑問。蓋就於不動產上之權利要登記。依於物權一般之規定。甚明。特就於買戻之特約。以之爲一條件。非無理由。苟買戻爲一物權。誠如其說。然是非物權也。非物權云者。即(第一)於物權不列舉之。其一證據。(第二)是爲契約之解除。契約之解除云者。不外單使生債務之効力。即於日本民法。因第五百四十五條有「當事者之一方。行使解除權時。各當事者負使其相手方復於原狀之義務」之規定。是惟依

於解除而生義務者。買戻亦可謂契約之解除。是亦惟生債權而止。毫不容疑。債權者。其本則不要登記。故無明文。不得登記。即不得對抗第三者。則此買戻不能十分達其目的。故日本民法特設爲非爲登記。不得對抗第三者之規定。即第五百八十一條第一項云。『與賣買契約同時登記買戻之契約時。其買戻對於第三者生其効力。』此登記必要與賣買契約同時爲之。是亦一特別之點。普通之登記。於無論何時。皆得爲之。然買戻之特約。因其有大弊害。若依於通則。則其實賣買之當時。並無買戻之特約。賣主與買主通謀。而以爲於賣買之當時。有買戻之特約。而請求爲其登記。亦無不可矣。故法律特制限之。非於與賣買當時爲之。則無登記之權利。

(乙) 買戻之特約之効力

於買戻之特約之効力。可分爲對於第三者之効力。買戻由於意思表示。債權者之間。接訴權。買戻之効力。之四點論之。

(子) 對於第三者之効力

買戻之特約之効力。與賣買契約同時爲登記。對於第三者生其効力。此効力反於一

般之通則。已如前所述。即此契約。無可得對抗第三者之性質。因其不過生債權而止。故無特別之明文。則不得對抗第三者。即不能達買戻之目的。而不得以之對抗於第三者。於實際。至今日爲止。爲各國所行有禁買戻之結果。於日本民法。就於不動產。因有買戻之特約之規定。以不動產登記爲便利。依於極便利之方法。則此債權本來不得對抗第三者。故必使登記其權利而使第三者知之。第三者乃不至蒙不測之損害也。

所謂第三者何。即從買主更買受不動產者。受贈與者。取得地上權。永小作權。地役權。先取特權。質權。抵當權。等者。使用借主。賃借人等。（其他雖有一般之債權者。然恐其複雜。省之。）以上之各種第三者。於日本民法。即受第五百八十一條第一項之適用。惟就於賃借人。則有特別之規定。是無他。不動產。在自己不使用之者。必以之賃貸於他人。否則不能爲其效用。故賃貸賃。不得認之爲普通利用之方法。然賣主於買戻之期間內。無論何時。得爲買戻。而賣主爲買戻後。則賃借人之權利。忽歸於水泡。雖肯賃借其不動產。即有借之者。亦必爲低廉之借賃。否則不借之。如此。則不得不謂使買戻

之弊害益深。故法律於短期，且無過失者，之借貸，得對抗於賣主。即借人之權利，限於買戻後，一年間，對於賣主爲有效。但借人之權利，非爲登記，則不得以之對抗三者。（日本民法第六百五條）故其權利之得對抗賣主，必要爲登記，固也。同五百八十一條第二項云：『已爲登記之借借人之權利，其殘期，限於一年間，得以之對抗賣主。』是其本文之規定也。

於右之本文之規定，有不適用之場合，即以害賣主之目的而爲借貸時，是也。同項但書云：『但以害賣主之目的而爲借貸借時，不在此限。』是蓋買主及借借人，以害賣主之目的而爲借貸借者，例如於特以低廉之借賃而爲借貸借，以謀加損害於爲買戻之賣主之場合，或曰是無右之但書之明文，則因於同法第四百二十四條之適用，亦可得取消之。此但書之規定，得毋非全涉於重複乎？曰不然。（第一）賣主果爲第四百二十四條所謂之債權者否乎？頗不能無疑。蓋賣主既爲買戻之意思表示後，固爲其債權者。然於未爲買戻之意思表示間，不過有一種之條件附權利而止，故無此明文，至少亦可惹起適用上之疑問。（第二）依於第四百二十四條，特爲法律行爲之取消。

不得不請求於裁判所。然依於此規定。有害賣主之意思時。其借貸借當然不可得對抗於賣主。特不要請求其取消於裁判所。是右之但書。與第四百二十四條之規定。所以不爲重複也。

(丑)買戻由於意思表示

賣主行買戻權。必應返還買主所拂之代金。及契約之費用。既如前論。(日本民法第五百七十九條)惟是。買主果以於表示買戻之意思後。返還代金及契約之費用爲已足乎。將以於爲買戻之意思表示。即應先返還之乎。則以買主爲買戻之意思表示。而解除賣買之後。爲代金等之償還。爲已足。無他。一旦因於賣買而移轉之權利。雖復歸於賣主。然買主未受其所拂之代金等之返還。則常不容易受其返還。甚至遭賣主之無資力。竟至有失其代金之全部。又一部者。更自賣主一方視之。若賣主先爲代金等之返還。買主雖已受取自己之應受取者。而不肯返還不動產。甚至有拒契約解除之登記者。故法律不能不爲雙方設最公平之規定。賣主非提供代金。及契約之費用。則不得爲買戻。如此。則一方買主雖失其所買受之權利。而得受代金等之返還。於他

之一方賣主雖未爲代金等之返還中。既得爲買戻之意思表示。故雖失代金等之返還。然可得取戻不動產。且也。買主於此場合。因有留置權。（日本民法第二百九十五條。）賣主僅提供代金等爲止。不即爲其辨濟時。雖權利已復歸於賣主。猶得拒不動產之返還。日本民法第五百八十三條第一項云。『賣主非於期間內提供代金及契約。則不得爲買戻。』是其規定也。

依於右之規定。尙有一重大之必要。無他。買戻必常有期間。既如前論。故賣主不於其期間內爲買戻。則失其權利。固也。然實際。尙未爲返還代金等之準備之賣主。於期間將經過之時。爲不欲失買戻權。僅漫爲買戻之意思表示。而不爲代金等之提供者。當亦有之。是在賣主固爲便利。然反於就於買戻而定期間之精神。甚明。蓋雖爲買戻之意思表示。然若賣主不能爲代金等之返還。當至幾許歲月之後。而果見有眞買戻之實。亦不可知。故法律必定買戻應於期間內。提供代金及契約之費用。

附案 右之所論。爲實行其買戻之意思表示之方法。於日本民法。除條件外。無何等之規定。亦不外依於意思表示之通則也。

(寅) 債權者之間接訴權

債權者之間接訴權如何。蓋買戻權亦一之財產權。故賣主之債權者得依第四百二十三條之規定行使此權利。殆無容疑。而於賣買之代價爲不當(廉)之場合。則爲買戻。而更以相當之代價賣却其物時。遂生多少之剩餘。因之而債權者得受其辨濟者。應不爲稀。然債權者原不外欲依此權利而受辨濟。固非必要爲買戻而解除賣買。惟因之而得應受之利益即可矣。故法律使買主得經鑑定人之評價。由不動之時價而控除賣主應返還之金額。(即代金及契約之費用利息。非有特約。則不要拂之)以其殘額辨濟賣主之債務。尙有剩餘時。則返還之於賣主。而使消滅買戻權。例如賣買之代金爲一萬圓。契約之費用爲三百圓。不動產之時價爲一萬五千圓。債權者應受之金額爲五千圓。買主得以四千七百圓與債權者。使消滅買戻權。若債權者所應受之金額爲三千圓。則買主得以三千圓與債權者。尙有殘額千七百圓。以之返還於買主。而使消滅買戻權。此類是也。日本民法第五百八十二條云。『賣主之債權者。依於第四百二十三條之規定。欲代賣主爲買戻時。買主得從於裁判所所選定之鑑定人

之評價。由不動產現時之價額，控除賣主應返還之金額，達於殘額而止。辨濟賣主之債務。尙有餘剩時，返還之於賣主。而使消滅解除權。』是極公平之規定也。所以必從裁判所所選定之鑑定人之評價者，是爲欲全其公平必要之條件。無他。不動產之評價，必要確實。而爲欲其確實。故法律特定爲要從鑑定人之評價。且規定其鑑定人要裁判所所選任者之旨。而依於日本民事訴訟法一般之規定。裁判所於鑑定人之意見，採用與不採用，一任其自由。然於第五百八十二條之場合，鑑定人之選定，全在於裁判所之自由。而依於場合，得半途改選之。又一旦已爲鑑定後，得更命鑑定。若裁判所以鑑定人之評價爲不當，得增減之。蓋第五百八十二條之場合，爲一種非訟事件。有難適用訴訟一般之規定者也。

(卯)買戻之効力

以上，皆就買戻之特約之効力而論之者。雖間接爲買戻之効力，然究爲特約之効力。茲所論者，則爲直接買戻之効力。所謂直接買戻之効力者，即自有買戻後之効力也。關於此，有通則有特例。

(乾)通則

買戻之効力原則、亦依於解除之通則。依於解除之通則如何。即屢屢所引用之日本民法、第五百四十五條、「當事者之一方行使其解除權時、各當事者負使其相手方復於原狀之義務。」即賣主之一方、若不欲返還其所受取之代金及其他者、則買主之一方、不返還所受取之不動產、且不可不申請關之登記。

(坤)特例

至於據一般之規定所不認之事項、有特於買戻之場合認之者、有三。即果實與利息之相殺對於第三者之効力、費用之償還等。

(天)果實與利息之相殺

據日本民法第五百四十五條、買主若採其果實、不可不返於賣主、賣主則不可不從受取代金之時、附利息而返還之。然於買戻之場合、無特約時、則視爲果實與利息相殺者、即同法第五百七十九條但書、「但當事者無別段之意思表示時、不動產之果實、與代金、以之視爲相殺者。」之規定是也。

(地對於第三者之効力)

通常解除之場合。不得害第三者之權利。然於買戻之場合。依日本民法第五百八十一條。原則。買戻對於第三者生其効力。惟已爲登記之賃借人之權利。限於其殘期一年內。得以之對抗於賣主。但以害賣主之目的而爲賃貸借時。不在此限。是於解除一般所起之問題。然於解除之處。無特別規定。而就於買戻特有規定。

(元費用之償還)

於買戻之場合而生費用。償還之事。此費用爲如何乎。即買主。又從買主取得其不動產者。於占有其不動產間。有加以之費用。而設建物於土地。施修繕於家屋之類。是也。於買戻之場合。其買主。又轉得者。於日本民法。從第九十六條之規定。得請求費用之償還於賣主。固也。惟就於同條之適用。其買主。又轉得者。有果爲善意之占有者乎。抑爲惡意之占有者乎。之疑。恰與留置權者無異。(日本民法第二百九十九條)然理論上。誠不得不謂之爲善意之占有者。蓋買主。又轉得者。因爲不動產之所有者。(賣買之目的。雖不必爲所有權。然以其最多。姑就所有權言之)就於不動產爲建築。修繕。

等。全在其隨意。雖然。就於第九十六條之適用。特有不得不以之與惡意之占有者同一視之理由。夫於有買戻之契約之場合。買主。又轉得者。雖與物之所有者無所差異。然將來應遭於買主之買戻。而失其所有權。爲其所豫知。因而故投莫大之費用。於不動產爲建築修繕等。必不可視之爲正當之所爲。而於實際。則以買戻之特約。賣却其不動產之賣主。多爲蓄金錢者。故若使之非償還買主所爲莫大之費用。則不得取戻不動產。竟至不能爲買戻。是以買主又轉得者。視爲惡意之占有者。裁判所因於賣主之請求。就有益費之償還。得許與相當之期限。而賣主亦不可爲不當之利得。故爲買戻之後。於相當之期間內。應償還其費用。一方。於賣主因之而不得買戻者。應稀於他之一方。買主。又轉得者。亦決無可被損失之虞。因此理由。買主。又轉得者。就於費用。有與惡意之占有者同一之權利。故（第一）就於必要費。即得請求其金額於賣主。而就之得保留置權。（日本民法第二百九十五條）（第二）就於有益費。從賣主之選擇。償還其金額。或償還其因之而生之增價額。惟其償還。不必要即時爲之。例如因其金額之巨多。或賣主乏其資力。得請求半年。乃至一年等。之猶豫期間。且裁判所

依於場合。得使不必一時拂之。而以數回分賦拂之。而裁判所若與此猶豫期間時。以有益費不即在辨濟期。而買主。又轉得者。不得就之行留置權。(日本民法第二百九十五條第一項但書) 要之。買主。又轉得者。加費用於不動產時。賣主必於代金。及契約費用之外。非償還必要費。則不得取戻不動產。就於有益費。不得猶豫期間時。亦同。非償還之。則不得爲不動產之取戻。然若得猶豫期間時。於取戻其不動產後。以於其期限內爲辨濟足矣。日本民法第五百八十三條第二項云。『買主。又轉得者。就於不動產而已出費用時。賣主從第六十九條之規定。要償還之。但就於有益費。裁判所因買主之請求。得許與相當之期限。』

(丙) 共有者之一人以買戻之特約而賣却其持分之場合

關於共有者之一人。以買戻之特約而賣却其持分之場合。可想像有種種之場合。即共有者全員爲賣却之場合。一人賣却而買主依然爲共有者之場合。有分割之場合。有競賣之場合。是也。

(子) 共有者全員爲賣却之場合

不動產之共有權。亦得以買戻之特約而賣却之。固也。故各共有者。共同而以其權利賣却於一人之買主時。亦毫無異於普通之場合。若欲爲買戻時。各共有者亦不可不共同而爲之。是不竣論者。

(丑)一人賣却而買主依然爲共有者之場合

共有者之一人。以買戻之特約而賣却其持分之場合。買主依然僅有其持分時。亦依一般之規定。從賣主之共有者。得對於買主爲買戻。亦不竣論。

(寅)有分割之場合

於未爲買戻中。不動產有分割時。於買戻權。不得生多少之變更。而因於不動產之分割。買主既有不動產之一部之全所有權。或已受取其一部時。或於雖未受取之。然權利亦既確定之場合。賣主得就於其所賣買之共有。分爲買戻。夫賣主如因於分割。就於買主所既受。又應受者。得爲買戻。是純從理論言。稍有不當。何則。買戻者爲賣買之解除。故賣主應復於初爲賣買之當時之狀態。而此効力。對於第三者亦可生者也。(日本民法第五百八十一條)雖然。而在賣買之當時。不動產爲共有之狀態。賣主亦

有一之共有權者。則不得於未爲買戻中爲分割。而使賣主得就之爲買戻。惟是此理論到底不能採用之。請陳其理由。(第一)共有物之分割。無論何時。得請求之。雖賣主始終不失其權利。猶不能避分割。(同法第二百五十六條)惟此理由。難以之適用於買主自請求分割之場合。故不可不有第二之理由。(第二)法律所以許無論何時得請求共有物之分割者。無他。共有爲經濟上所最忌者。故欲使其速爲消滅。然如一旦據此理由而爲分割之後。賣主因行買戻權(就於共有物上之買戻權)更復歸於共有。是與法律之精神相背馳。最爲明顯。且如因之而使消滅。因於分割而生之權利義務。更復於共有之舊形。不可不謂爲於利害關係人之權利義務。使生重大之擾亂。而其共有。原來無論何時。得因於分割而使消滅之。則今日復於共有。明日復不得不爲分割者。應爲不少。是可謂爲於錯雜之中。又生錯雜。弊害之中。又加弊害者已。況買主雖於將來有可遭解除者。然現在要爲有純然之共有權者。故是與他之共有者間所行之分割。可信爲正當。而後日無可遭取消等。則他之共有者。亦可信爲正當。若不然。則買戻權之存在間。殆不能爲分割。何則。與爲現在之共有者之買主爲分割。其分割

後日可因於解除而被取消。而賣主又非現共有者。則因之竟不得爲分割矣。據如所述。則法律於未爲買戻中。許買主得爲分割。而賣主就於其所賣却之共有分。爲買戻者。信爲妥當。日本民法第五百八十四條云。『不動產之共有者之一人。以買戻之特約。而賣却其持分之後。其不動產有分割。或競賣時。賣主得就買主所已受。或應受之部分。或代金爲買戻。但不通知賣主而爲分割。及競賣不得以之對抗於賣主。』但書之規定。蓋因於本文規定之場合。乃就分割爲正確又公平而言。然分割往往有不正不當者。若不正不當之分割。亦以得對抗於賣主。則害賣主之權利者不少。而欲避其不正不當。須使賣主參加之。是必要通知於賣主。若不爲通知時。不得以對抗於賣主。但雖通知於賣主。而賣主不爲參加時。或拋棄其權利。或信買主及他之共有者之公明。至於後日。決不能述其異議。固自當然也。

(卯) 有競賣之場合

不動產有競賣之場合。如何。是於日本民法。依第二百五十八條第二項所規定。於前項之場合。以現物不能爲分割時。或因分割而顯有損其價額之虞時。則裁判所

得命其競賣。〔分割、不依於共有者之協議、則不得爲之。協議不調之場合、則請求於裁判所。所謂於前項之場合者、即此。〕之場合、即就於不動產而爲競賣之場合也。試細別爲他人爲競落人之場合、買主爲競落人之場合、論之。

(乾) 他人爲競落人之場合

買主因於競賣而他人爲不動產之競落人、買主受其代金之一部之場合、賣主得就其代金而行買戻權。是與因於分割而買主受其不動產之一部之場合爲同一者。故日本民法第五百八十四條云。『不動產之共有者之一人、以買戻之特約、賣却其持分之後、其不動產有分割或競賣時、賣主得就買主所已受、或應受之部分或代金得爲買戻。但不通知於賣主而爲分割及競賣、則不得以之對抗於賣主。』即與分割爲同一之規定也。前已詳之。茲從省畧。

(坤) 買主爲競落人之場合

於競賣之場合、使廣爲競爭而賣出之。故共有者亦得爲競落人、而爲現共有之買主。因之而有爲競落人之場合。自無待論也。於買主自爲競落人之場合、原則、賣主僅就

其賣却之持分爲買戻。而得與買戻爲共有者。雖然。是於實際多所不便。不待喋喋。故（第一）賣主若欲就於不動產之全部爲買戻時。得拂競賣之代金。及契約之費用。其他於日本民法規定於第五百八十三條第二項之費用。取得其不動產之所有權。同法第五百八十五條第一項云。『於前條之場合。買主爲不動產之競落人時。得拂競賣之代金。及第五百八十三條所揭之費用。而爲買戻。但於此場合。賣主取得其不動產之全部所有權。』（第二）於從他之共有者請求爲分割之場合。賣主不得僅就其持分爲買戻。應就於不動產之全部爲之。於買主自請求爲分割時。賣主有選擇權。得就其全部買戻。或僅就其持分買戻。再分論之。

（天）因於他人請求之場合

於因於他人請求之場合。即非買主自己之所求。因於他人之請求而爲競賣。買主單爲不欲失其不動產。而自爲競落人之場合。故賣主必應就於不動產之全部爲買戻者。不然。則買主自己毫無過失。而被意外之損失。且於一方。買主自請求爲分割時。賣主得曰。若自己爲共有者。則不請求之。然於從他之共有者請求分割之場合。不論買

主爲共有者、與賣主爲共有者、必不得不爲分割、或競賣。故若無買戾之特約、則共有可從其時消滅。爲有買戾之特約、則一旦已消滅之共有、更將復生。恐背馳於法律無論何時得請求分割之精神。是以日本民法第五百八十五條云。『因於從他之共有者請求分割、而買主爲競落人時、賣主不得僅就其持分爲買戾。』是亦不得已而爲之規定也。但賣主、買主、協議上更爲共有者、則固無所妨。

(地)因於買主請求之場合

買主自請求分割之場合、即買主自求爲不動產之競落人之場合、且如於日本民法第五百八十四條之場合、不及直接之影響於第三者(即此場合之賣主)之權利。惟賣主與買主之間、欲保存從來之共有關係、故賣主得僅就其所賣却之持分爲買戾。附案 於競賣、應於最高價格之呼上、而買取競賣物者、曰競落。此買取人、曰競落人。有買受人之權利義務。

第三款 交換

契約之當事者、約相互僅移轉非金錢所有權之財產權之契約、及當事者之一方、約

僅移轉非金錢所有權之財產權。相手方約移轉非金錢所有權之財產權及金錢（補充金）之所有權之契約。謂之交換。日本民法第五百八十六條第一項云：『交換、因當事者互約移轉非金錢之所有權之財產權而生効力。』第二項云：『當事者之一方約移轉他之權利與金錢之所有權時。就於其金錢。準用關於賣買之代金之規定。』

交換爲有償契約。已如前所述。依於賣買之規定（同法第五百五十九條）以之準用於交換。故其成立、効力及解除。無特爲說明之必要。但交換之當事者之一方。亦有以補足的約移轉金錢之所有權於相手方者。其金錢非代金。因而依第五百五十九條關於賣買代金之規定。得準用之。此五百八十六條。所以特明言準用之之旨也。

第四款 消費貸借

關於消費貸借就其目的、効力、豫約等論之如左。

第一 消費貸借之目的 契約當事者之一方（貸主）以使相手方（借主）依於一切之方法得爲物之利用爲目的之契約。謂之消費貸借。日本民法第五百八十七條

云。『消費貸借。因當事者之一方。約以同種類品等。及數量之物爲返還。從相手方受取金錢。其他之物。而生其効力。』第五百八十八條云。『於不因消費貸借而負給付金錢。或他之義務之場合。若當事者約以其物爲消費貸借之目的時。則視爲消費貸借。因此成立者。』

第二 消費貸借之効力。當事者之一方（貸主）於從相手方（借主）不因消費貸借而受金錢。其他物之給付之場合。若當事者約以其物爲消費貸借之目的時。則僅因於當事者之意思表示。而生消費貸借之効力。於此場合。前之債權。可因於如何之原因而消滅。則大有議論。於其他之場合。因於當事者之意思表示。及借主從貸主受取借用物。而生消費貸借之効力。故消費貸借。於前之場合。爲諾成契約。於後之場合。爲要物契約。（即踐成契約）日本民法五百八十七條、第五百八十八條。已見前。

消費貸借之目的。在使借主依一切之方法。得爲借用物之利用。此目的。雖借主或貸主不必有借用物之所有權。亦未嘗不得達之。故生消費貸借之効力。不必要從貸主移轉借用物之所有權於貸主。自勿待論。而借主亦不要取得借用物之所有權。

因於消費貸借。借主對於貸主，負返還與借用物同種類品質數量之物之債務。而當事者於僅爲借主之利益，不定返還之時期之場合，得於定相當之期間，爲返還之催告。以前得請求即時返還。而借主則不要爲無論何時，得爲返還之豫告。日本民法第五百八十七條，已見前。第五百九十一條第一項云。『當事者未定返還之時期時，貸主得定相當之期間，而爲返還之催告。』第二項云。『借主無論何時，得返還之。』於借主對於貸主，可給付利息之場合（利息附消費貸借）借用物已隱有瑕疵時，及於借主對於貸主，不要給付利息之場合（無利息消費貸借）貸主知借用物已隱有瑕疵，而不告之於借主時，貸主對於借主，負擔以無瑕疵物代之之債務。且負擔賠償其損害之債務。反之，而借主對於貸主，不要給付利息之場合，貸主不知借用物已隱有瑕疵時，貸主不負擔以無瑕疵物代之之債務。借主可得返還以有瑕疵物之價額。但貸主雖於負擔以無瑕疵物代之之場合，貸主不履行其債務時，應以使借主得返還有瑕疵物之價額，爲便宜。然日本民法不規定之。同法第五百九十條第一項云。『於利息附之消費貸借之物，既有瑕疵時，貸主要以無瑕疵之物代之，但不妨損害

賠償之請求。』第二項云。『於無利息付之消費貸借。借主得返還有瑕疵之物之價額。但貸主知其瑕疵而不告之於借主時。準用前項之規定。』

借主至於不能返還與借用物同種類品質數量之物時。要償還其當時之物之價額。無因不能履行而免債務者。然在以特種之通貨爲目的之場合。其通貨失強制通用之効力時。從日本民法第四百二條第二項。要以他之通貨爲辨濟。不得以已失強制通用之効力之通貨。而依於其時僅有之價額。得免其返還之債務。日本民法第五百九十二條云。『借主至不能依第五百八十七條之規定返還時。須償還其當時之物之價額。』第四百二條第二項已見前。

第三 消費貸借之豫約 消費貸借之豫約。於豫約後。當事者之一方。破產。或家資分散時。當然失其効力。日本民法第五百八十九條云。『消費貸借之豫約。爾後當事者之一方。受破產之宣告時。失其効力。』同民事施行法第二條。『於民法稱破產者。就於民事。謂之家資分散。』但茲所謂消費貸借之豫約者。僅指消費貸借一方之豫約乎。即消費貸之豫約。及消費借之豫約。抑並消費貸借相互之豫約而包含之乎。尙

無定說。然以解爲包含相互之豫約與一方之豫約爲通例。惟就不要物之消費貸借，（即不踐成之消費貸借）爲相互之豫約。爲民法之所不認。

附案 消費貸借爲踐成契約。故其自爲契約之時。至於未履行以前。謂之爲消費貸借之豫約。以其尙未踐成也。於既爲契約。未爲踐成之間。即爲在豫約中。借主有要求移轉其目的於貸主之權利。貸主負移轉其目的物於借主之義務。惟不得直謂之爲消費貸借耳。

第五款 使用貸借

關於使用貸借。就其目的及効力等。論之如左。

第一 使用貸借之目的。契約之當事者之一方（貸主）無償而使相手方（借主）得爲或物（借用物）之使用。收益爲目的之契約。謂之使用貸借。即一借用物。要非因於使用貸借。則借主不得以之爲使用收益之物。故當事之一方。無償而以爲相手方設定地上權。永小作權。爲目的之契約。則非使用貸借。二借用物僅得爲使用。不得爲收益之物時。則雖以僅使得爲使用爲目的。然其契約。不失爲使用貸借。惟於得爲

使用收益之物、而僅以使用爲目的之契約。則非使用貸借。三、無償者、指貸主不從借主受以爲對價之何等反對給付。然苟非對價、則不妨使借主負擔或債務。（負擔附使用貸借）日本民法第五百九十三條云、『使用貸借、因當事者之一方、約無償、於已爲使用、及收益、之後爲返還、從相手方受取或物、而生其効力。』

土地之使用貸借、與無償而以設定地上權、又永小作權、爲目的之契約。事實上非無不易區別之之場合。日本明治三十三年三月二十六日、法律第七十二號第一條、則以從同法施行前、以爲所有工作物、又竹木、而使用他人之土地者、推定爲地上權者。然此外就兩者之區別、無何等法律之推定。

第二 使用貸借之効力 使用貸借者、因於當事者之意思表示、及借主從貸主受取借用物、而生其効力者也。無如賃借貸、有借主不從貸主受取借用物、而可生其効力者。故使用貸借、皆悉爲要物契約。（即踐成契約）日本民法第五百九十三條、已見前。

因於使用貸借、使貸主對於借主、負擔使得爲借用物之使用收益之給付、之債務。

(於羅馬法不認貸主之債務。然近世之立法例，殆皆認此債務)然以貸主不受以爲對價之反對給付。而其債務之範圍，顯被制限。即原則，借用物，又關於借用之貸主之權利，有瑕疵或欠缺。因之，貸主不履行此債務，或不能履行此債務時，則對於借主，不任其責。惟當貸主表示使用貸借之意思，而知其借用物，又關於借用物之貸主之權利，有瑕疵或欠缺，而不告之於借主時，(依於與關於贈與同一之理由，所謂貸主不告借主時，較之謂爲借主不知時，却爲適切)則對於借主，就其瑕疵或欠缺，任其責。(就此責任之內容，日本民法中無所規定) 負擔附使用貸借，之借用物，又關於借用物之貸主之權利，有瑕疵或欠缺時，對於借主，於其負擔之限度內，任與賣主同一之擔保之責。但貸主自己以第三者之故，而設定權利，又以讓渡權利於第三者之故，關於借用物之貸主之權利，生瑕疵或欠缺時，亦使任與賣主同一之擔保之責，爲正當。然日本民法中無其規定。日本民法第五百九十六條云：『第五百五十一條之規定，於使用貸借準用之。』第五百五十一條，已見前。

借主無負對於貸主而爲借用物之使用收益之債務。(依於日本民法第四百條，以

保存之故。有要於或程度爲使用收益者。自屬格別。然因於使用貸借。而定有用方時。負擔不從其用方。則不爲使用收益之債務。因於使用貸借。而不定用方時。負擔不從因於借用物而定之用方。則不爲使用收益之債務。且負擔非有貸主之承諾。不使第三者爲使用收益之債務。若借主不履行此義務時。則貸主不爲履行之催告。直爲使用貸借之解除。日本民法第五百九十四條第一項云。『借主要從因契約。或其目的之性質。而定之用方。爲其物之使用及收益。』第二項云。『借主非有貸主之承諾。不得使第三者爲借用物之使用或收益。』第三項云。『借主爲反於前二項所規定之使用或收益時。貸主得解除契約。』

貸主使借主得爲借用物之使用收益之給付之義務。因然於五之事由而消滅。一、使用貸借之當事者。所定借用物返還時期之到來。而消滅。二、使用貸借之當事者。不定借用物返還之時期時。則從使用貸借之當事者。所定之目的之使用收益終了。而消滅。三、借主死亡而消滅。四、使用貸借之當事者。不定借用物返還之時期時。則由貸主對於借主。請求返還借用物。而消滅。但使用貸借之當事者。雖定使用收益之目的時。借

主從其目的。可足爲使用收益。非經過期間。不得請求返還。然不定使用收益之目的時。則無論何時得請求返還。五借主之借用物返還。而消滅。以上日本民法第五百九十七條、第五百九十九條規定之。第五百九十七條第一項云。『借主要於契約所定之時期。爲借用物之返還。』第二項云。『當事者未定返還之時期時。借主要從契約所定之目的。於終使用及收益時爲返還。但雖其以前。然已經過可足爲使用收益之期間時。貸主得直請求返還。』第三項云。『當事者不定返還之時期。又使用及收益之目的時。則貸主無論何時得請求返還。』第五百九十九條云。『使用貸借。因於借主之死亡而失其效力。』

右所述一至三之場合。貸主得請求借用物之返還。於一至四之場合。借主對於貸主。要即返還借用物。而無論於何之場合。借主當返還借用物。而復於借用物之原狀。得收去使附屬之物。日本民法第五百九十七條第一項、第二項已見前。第五百九十八條云。『借主復於借用物之原狀。得收去使附屬之物。』

借主要返還借用物於貸主。故於返還借用物於貸主而止。負擔以善良管理者之注

意。保管借用物之義務。借用物之通常必要費。亦應借主負擔之。而借主就借用物。已出其他之費用時。則區別必要費。與有益費。必要費。則返還借用物之際。得使貸主償還其全額。有益費。則於其價格增加現存之場合。於返還借用物之際。不過得從貸主之選擇。使償還費用之全額。或增價格。加之。就於有益費。裁判所得因貸主之請求。而許以相當之期限。日本民法第四百條。已見前。第五百九十五條第一項云。『借主負擔借用物之通常必要費。』第二項云。『就於其他之費用。準用第五百八十三條第二項之規定。』第五百八十三條第二項。第九十六條。已見前。』

因反於契約本旨之使用收益。而生之損害賠償。及借主所出費用之償還。雖遲。亦要自貸主受借用物返還時。一年內請求之。否則因不行使。而當事者之債權債務消滅。日本民法第六百條云。『因反於契約之本旨之使用收益。所生損害賠償。及貸主所出之費用。要自貸主受返還之時。一年內請求之。』

第六款 借貸借

關於借貸借。就其目的。及其成立效力。轉借貸借。等論之如左。

第一 賃貸借之目的。契約當事者之一方（賃貸人）以從相手方（賃貸人）受賃料（日本民法所謂賃金）之支拂（金錢其他之物、之所有權之移轉）而使相手方得爲或物（賃貨物、賃借物）之使用收益爲目的之契約。謂之賃貸借。即一、賃貨物。要非因賃貸借、則賃借人不得爲使用收益之物。故當事者之一方以爲相手方設定地上權、或永小作權爲目的之契約。雖應支拂地代、或小作料。然非賃貸借。二、賃借物。僅可得爲使用、不得爲收益之物時。則雖以僅使得爲使用爲目的。然其契約亦不失爲賃貸借。惟以得爲使用收益之物、而僅以物之使用爲目的之契約。則非賃貸借。三、賃料亦非必限於金錢。日本民法所用賃金之語。甚不穩當。（雖借賃之用語、亦當避之。）雖有謂非可於定期支拂之物、則不得謂之賃料者。然無何等之論據。如於實際屢見其例之貸席、又動產之賃貸借。其期間、雖有僅僅一日。其爲賃料之支拂、且僅僅一回。而止者。然無謂之爲非賃貸借之理由。以上日本民法第六百一條云。『賃貸借、因當事者之一方、約使相手方爲或物之使用及收益。相手方約拂其賃金於當事者、而生其效力。』

土地之借貸。與以可支拂地代之地上權、或永小作權、之設定爲目的之契約。事實上非無不易區別之之場合。日本明治三十三年三月二十六日、法律第七十二號第一條。從同法施行前、以爲所有工作物、又竹木、使用他人之土地者、推定爲爲地上權者。此外就兩者之區別、無何等法律之推定。

第二 借貸之成立。就借貸之成立。要說明者。則關於成立之推定之規定。即借貸借期間（其爲如何、以後當說明之）、滿了之後、於借借人繼續借借物之使用收益之場合、借貸借人知之而不述異議時。（借借人知之之後、應述異議、而於相當之期間內、不述異議時）則推定爲與前借貸借同一之條件、更爲借貸借者。就「更爲、借貸借者、與否乎」有爭之場合、使主張非更爲借貸借者、負證明之責任。但推定爲與前借貸借同一之責任、條件、而爲借貸借者。日本民法第六百十七條、至六百十九條、亦對之有二個之例外。即一、推定爲以與前借貸借同一之條件、而爲借貸借者。各自於其期間內、留保爲解約之權利。依於日本民法第六百十七條、使得爲解約之申入。同法第六百十八條云。『當事者雖定借貸借之期間、其一方、或各自、於其期間內、留

保爲解約之權利。準用前條之規定。』二、就前借貸借所供之數金。於後之借貸借，亦有效力。然其他之擔保，因於前借貸借之期間滿了而消滅。於後之借貸借，不有效力。同法第六百十九條第二項云。『就於前貸金當事者已供擔保時。其擔保因期間之滿了而消滅。但數金不在此限。』如此，則日本民法推定更爲借貸借者而止。然與於其他之場合之規定相對照時，則視爲更爲借貸借者。不許反證。可信也。日本民法第十九條第一項第二項，第二百二十五條，同商法第七十九條第一項等，參照。

第三、借貸借之効力。關於其効力，所當論者，即一、關於借貸借物之使用收益之効力。二、關於借貸借物之保存之効力。三、關於借賃之支拂之効力。四、借貸借之期間。五、借貸借之解除。六、借貸借物之返還等。

(一)關於借貸借物之使用收益之効力) 因借貸借，可使賃借人取得得爲借貸借物之使用收益之物權乎。抑僅使賃貸人對於賃借人，負擔使得爲借貸借物之使用收益之給付之義務而止乎。立法上有多少異論之所存。普魯士國法，爲使取得物權。日本舊民法亦倣之。奧地利民法，爲登記時，則使爲取得物權者。然羅馬法以來，多數之立法

例。則僅使取得債權而止。日本民法亦倣之。然不動產及船舶之借貸，則爲已登記之時。爾後就於其不動產或船舶。對於取得物權者，亦生其効力。以保護賃借人之權利。日本民法第六百五條云。『不動產之借貸，既經登記，則爾後雖對於其不動產取得物權者，亦生効力。』同商法第五百五十六條參照。

關於賃借物之使用收益，賃貸人對於賃借人，應負擔債務之目的之給付。有作爲者，有不作爲者，之場合，依場合而異。故以之爲一定，則頗屬難事。日本民法從來尙未聞有以之爲一定之例。惟就一二之事項，規定此債務之目的之給付而已。依於同法，賃貸人對於賃借人，負擔以自己之費用，而爲賃借人爲借用物之使用收益必要之修繕之債務。若賃借人於此修繕，已出必要之費用時，（賃借人無負出此費用之債務）因於賃借人之請求，負擔即償還之之債務。此費用之償還，從賃貸人受賃借物之返還時，要於一年內請求之。若不請求之時，因權利之不行使，而債權消滅。因而其他之修繕，賃貸人不負擔爲之之債務。又若此修繕之費用爲不必要者，無因於賃借人之請求，負擔即償還之之義務。日本民法第六百一條，已見前。第六百六條第一項云。

『賃貸人對於賃借物之使用收益所必要之修繕費，負爲其修繕之義務。』第六百八條第一項云。『賃借人就賃借物，已出屬於賃貸人所負擔之必要費時，對於賃貸人得直請求其償還。』第六百二十二條云。『第六百條之規定，於賃貸借準用之。』第六百條，已見前。

賃借人，不負對於賃貸人爲賃借物之使用收益之債務。（依於日本民法第四百條，有爲保存、要於或程度爲使用收益者，自屬格別。）然因於賃貸借而已定有用方時，則負擔不從其用方，不爲使用收益之債務。因於賃貸借而不定用方時，則負擔不從。因於賃借物之性質而定之用方，不爲使用收益之債務。若至於賃借人不履行此債務時，則有「賃貸人得不爲履行之催告，直爲賃貸借之解除否乎」之疑。於日本民法恐應伴於第五百九十四條第一項，而準用同條第三項者，則立法者之誤而脫漏之也。同法第六百十六條云。『第五百九十四條第一項，第五百九十四條第一項，及第五百九十八條之規定，於賃貸借準用之。』第五百九十四條第一項，第五百四十一條，已見前。

賃借人、除有賃貸人之承諾之場合外、對於賃貸人、負擔不讓渡其權利於第三者、又轉貸其賃借物於第三者之債務。此債務不履行之結果、而使第三者爲賃借物之使用、又收益時、賃貸人不爲履行之催告、得直爲賃貸借之解除。反之、雖有此債務之不履行、然其結果、未至於使第三者爲賃借物之使用、或收益時、賃貸人非定相當之期間、爲履行之催告後、則不得爲賃貸借之解除。但不讓渡權利、且不移轉賃借物、不妨使第三者爲賃借物之使用、又收益、是異於使用賃借者也。日本民法第六百十二條第一項云、『賃借人非有賃貸人之承諾、不得讓渡其權利、或轉貸賃借物。』第二項云、『賃借人反於前項之規定、使第三者爲賃借物之使用、或收益時、賃貸人解除契約。』第五百四十一條、已見前。

賃貸人於賃借人違反其負擔之債務、而爲反於契約之本旨之使用、收益、因之而生損害時、得請求其損害賠償。此損害賠償之請求權、雖於受賃借物之返還前、得行使之。然若於受賃借物之返還前、從受其返還時、一年內不行使者、則因於不行使而消滅。日本民法第六百二十二條、第六百條、已見前。

(二關於賃借物之保存之効力) 因賃貸借而賃借人對於賃貸人負擔以善良之管理者之注意而保存賃借物之債務。然於賃借物要修繕之場合。賃借人無負擔以自已之費用而爲修繕之債務。又於就賃借物有主張權利者之場合。賃借人無負擔爲賃貸人爲防禦之債務。於此等之場合。賃貸人不可不自爲修繕或防禦。然賃貸人自不爲物之所持。乏知有修繕之必要。又有權利之主張之機會。故賃借物要修繕。又就於賃借物有主張權利者時。賃貸人除已知之之時外。使賃借人負擔無遲滯。以之通知於賃貸人之債務。日本民法第四百條、第六百六條第一項、已見前。第六百十五條云。『賃借物須修繕。或有對於賃借物主張權利者。賃借人要無遲滯通知於賃借人。但賃貸人已知之之時。不在此限。』

賃貸人負使賃借人得爲賃借物之使用收益之給付之債務。故於賃借物之保存。爲必要之行爲。假令賃借人至不能爲其使用收益。尙得爲其行爲否乎。不能無疑。日本民法決定此問題。於一方。賃貸人欲於賃借物之保存。爲必要之行爲時。以賃借人負擔容認之債務。而保全賃貸人之利益。於他方。賃貸人苟反乎賃借人之意思。而欲爲

保存行爲。致使賃借人不能達賃借之目的時。賃借人得爲賃貸借之解除。以保全賃借人之利益。日本民法第六百六條第二項云。『賃貸人欲於賃貸物之保存行爲。爲必要之修繕時。賃借人不得拒之。』第六百七條云。『於賃貸人欲反乎賃借人之意思。而爲保存行爲。因之。賃借人不能達所爲賃借之目的時。賃借人得解除契約。』

(三關於借賃之支拂之効力) 因賃貸借。而賃借人對於賃貸人。負擔爲借賃之支拂之債務。就於此借賃之數額。雖依當事者之所定。然以收益爲目的之土地之賃借人。因不可抗力。而得較借賃爲少之收益時。除宅地之賃借人外。以至其收益額爲止。得請求借賃之減額。又賃借物之一部。不因賃借人之過失而滅失時。賃借人得應其所滅失之部分之割合。而請求借賃之減額。又就借賃支拂之時期。雖亦依當事者之所定。然當事者不定之之時。就動產、建物及宅地。則於每月末。就宅地以外之土地。則於每年末。有收穫季節者。則於其季節後。要無遲滯支拂借賃。日本民法第六百一條。已見前。第六百九條云。『以收益爲目的之土地之賃借人。因不可抗力。而得比借賃少之收益時。至其收益額爲止。得請求借賃之減額。但就於宅地之借賃。不在此限。』

第六百十一條第一項云。『賃借物之一部。不因賃借人之過失而滅失時。賃借人得應於其所滅失部分之割合。而請求借賃之減少。』第六百十四條云。『賃借。就動產、建物、及宅地。要於每月末。就於其他之土地。要於每年末。拂之。但就於有收穫季節者。要於其季節後。無遲滯拂之。』

(四賃貸借之期間) 賃貸借之當事者。定關於賃借物之使用收益之法律關係。可存續之期間。因此期間之滿了。得使消滅關於賃借物之使用收益之法律關係。謂此期間爲賃貸借之存續期間。又爲賃貸借之期間。

賃貸借之期間。無論於如何之場合。不得超過二十年。然當事者無論何回。得更新此期間。故更新之結果。不妨通於前後之期間。超過二十年。而賃貸借之際。所定期間。則從關於賃借物之使用收益之法律關係發生時。起算之。爾後所更新之期間。則無論前之期間已滿了與否。從更新時起算之。(從更新時起算之。故賃貸借之期間滿了以上。無論何時。得更新賃貸借之期間。賃貸借之期間滿了前。不限於一定之時期)但當事者定超過二十年以上之期間時。其期間短縮至二十年而止。無以其賃貸借。

又期間之更新爲無效者。就於此事。容或有疑者。然日本民法第六百四條第二項但書。於同條第一項之場合。亦可適用。是勿論也。同條第一項云。『賃貸借存續期間。不得超二十年。若以較二十年長之期間。爲賃貸借時。則其期間短縮爲二十年。』第二項云。『前項之期間。得更新之。但自更新之時起。不得超過二十年。』

不有處分能力之本人。或不有處分之權限之代理人。於爲賃貸借之期間之場合。一、以樹木之栽植、或採伐、爲目的之山林之賃貸借。其期間十年。二、其他之土地之賃貸借。其期間五年。三、建物之賃貸借之期間。三年。（土地之定著物。非建物者。就於其賃貸借之期間無規定。）四、動產之賃貸借之期間。六個月。皆不得超過。又不有處分能力之本人。或不有處分權限之代理人。於所更新賃貸借之期間之場合。則從前之期間滿了。起算後之期間。故一、土地之賃貸借之期間。非於前期間之滿了一年內。二、建物之賃貸借之期間。非於前期間之滿了三個月內。三、動產之賃貸借期間。非於前期間之滿了前一個月內。則不得爲期間之更新。而於超過法定限制之期間。以爲賃貸借。又爲期間之更新之場合。以無短縮其期間使適合於法定之制限之規定。而

其借貸、又期間之更新、以之爲無效乎。抑或僅使得取消之乎。依於各場合而異。無一定者。又於法定之時期以外、而爲期間之更新、之場合。以其期間之更新、爲無效乎。抑或僅使得取消之乎。亦依於各場合而異。無一定者。但日本民法、如第六百二條之期間之制限。關於僅爲借貸之場合、不及更新期間之場合。又如第六百三條之更新。僅關於依第六百二條而定之期間之更新、不及依第六百四條而定之期間之更新。是不過爲用語拙劣之故耳。其可遍適用於各場合者。勿論也。日本民法第六百二條云。『於非有處分之能力、或權限者、爲借貸時、不得超左之期間。一、以栽植、或伐採樹木、爲目的、之山林之借貸、十年。二、其他土地之借貸、五年。三、建物之借貸、三年。四、動產之借貸、六個月。』第六百三條云。『前條之期間、得更新之。但要於其期間滿了前、就土地則一年內、就建物則三個月內、就動產則一個月內、爲其更新。』借貸之當事者、不定借貸之期間時、則依於法律之規定。因其期間無一定。故關於借貸物之使用收益之法律關係、有可超於第六百二條、第六百四條、之最長限之期間存續者。而於當事者定借貸之期間之場合、不更新其期間、而得廢止期間

之定者。勿論也。

(五) 貸借之解除。貸借解約之中入。一、當事者不定貸借之期間時。則於各當事者。二、定貸借之期間者。其一方或各自於其期間內。留保爲解約之權利時。則於其有權利者。三、定貸借之期間者。貸借人受破產。又家資分散時。則於貸借人或破產管財人。(於家資分散之場合。雖無破產管財人。然闕關之之規定。) 四、定貸借之期間者。其貸借。推定爲依日本民法第六百十九條第一項而爲之者。時。則於當事者各得爲之。此解約之申込。無論何時。亦得爲之。就有收穫季節之土地之貸借。要於其季節後。次之耕作着手之前。爲之。此解約申入後。就土地之貸借。則經過一年。就借席以外之建物之貸借。則經過三個月。就貸席及動產。則經過一日。(就於船舶僅一日。應失於短)時。則關於賃借物之使用收益之法律關係消滅。日本民法。指此法律關係之消滅。謂爲貸借之終了。亦非穩當之用語。同法第六百十七條第一項云。『當事者不定貸借之期間時。各當事者無論何時。得爲解約之申入。於此場合。貸借人解約申入之後。因於經過左之期間而終了。一、就土地則一

年。二、就建物則三個月。三、就貸席及動產則一日。『第二項云。』就有收穫季節之土地，要於其季節後，次之耕作之著手前，爲解約之申入。』第六百十八條，已見前。第六百十九條第一項云。『於借貸借之期間滿了後，賃借人繼續賃借物之使用或收益，賃借人知之，而無異言時，推定爲以與前借貸借同一之條件，更爲借貸借者。但各當事者，得依第六百七十條之規定，而申請解約。』第六百二十一條云。『賃借人受破產之宣告時，雖於借貸借定有期間者，賃借人，或破產管財人，得依第六百七十條之規定，爲解約之申入。於此場合，各當事者對於相手方，得請求因於解約而生之損害賠償。』同民法施行法第二條，已見前。

凡一、於賃借人反於賃借人之意思，而於借貸借之保存，欲爲必要之行爲，之場合，因之而賃借人不能達爲賃借之目的時。二、以收益爲目的，而非宅地者，之賃借人，因於不可抗力，引續二年以上，得比借賃少之收益時。三、於賃借物之一部，不因於賃借人之過失而滅失之場合，則僅殘存之部分，賃借人不能達爲賃借之目的時，等。無論何者，得從賃借人爲借貸借之解除，賃借人不得賃借人之承諾，而讓渡其權利，或轉賃

其賃借物。因之已使第三者爲賃借物之使用或收益時。則賃貸人得爲賃貸借之解除。日本民法第六百七條已見前。第六百十條云。『於前條之場合。賃借人因不可抗力引續二年以上。得比借賃少之收益時。得爲契約之解除。』第六百十一條第二項云。『於前項之場合。僅殘存之部分。則賃借人不能達爲賃借之目的時。則賃借人得爲契約之解除。』第六百十二條第二項云。『賃借人反前項之規定。已使第三者爲賃借物之使用又收益時。則借貸人得爲契約之解除。』

於已解除賃貸借之場合（包含因解約之申入之場合與直爲解除之場合）其解除則僅向於將來生效力。若當事者之一方有過失時。不妨對之爲損害賠償之請求。然於賃借人受破產或家資分散之宣告之場合。而賃貸人或破產管財人爲解約之申入時。則各當事者對於相手方。得請求因解約而生之損害之賠償。日本民法第六百二十條云。『於解除賃貸借之場合。其解除僅向將來生效力。但當事者之一方有過失時。不妨對之爲損害賠償之請求。』第六百二十一條云。『賃借人受破產之宣告時。雖有賃借之期間者。然賃借人或破產管財人。依第六百十七條之規定。得爲解約

之申入。於此場合。各當事者對於相手方。得請求因於解約而生之損害賠償。』同民法施行法第二條。已見前。

（六貸貨物之返還）關於貸貨物之使用收益之法律關係消滅時。則賃借人對於貸貨人。要返還賃借物。當返還賃借物時。使賃借物復於原狀。得收去使附屬之之物。日本民法第六百十六條。第五百九十七條。第五百九十六條。已見前。

賃借人就於賃借物。已出有益費者。則於貸貨人。關於賃借物之使用收益之法律關係消滅之時。從日本民法第九十六條第二項之規定。要爲其償還。然裁判所因於貸貨人之請求。得許與之以相當之期限。而賃借人則從貸貨人受賃借物之返還時。要於一年內請求其償還。從貸貨人受賃借物之返還時。一年內。賃借人不請求其償還者。因於不行使。而賃借人之債權消滅。日本民法第六百八條第二項云。『賃借人已出有益費時。則賃借人於賃借之終了。要從第九十六條第二項之規定。爲其償還。但裁判所因於貸貨人之請求。得許與之以相當之期限。』第六百二十二條。第六百條。已見前。

第四 轉賃貸借 第一賃貸借之賃借人，就賃借物，以賃貸人之資格，而與第三者爲賃貸時，對於第一賃貸借，而謂第二賃貸借爲轉賃貸借，謂第二賃貸借之賃借人爲轉借人。

於賃借人轉賃之賃借物，要有賃貸人之承諾，已得賃貸人之承諾，而爲轉賃賃借物時，則轉借人對於賃借人而直接負債務，不得以借賃之前拂，對抗賃貸人。然因之而賃貸人對於賃借人，亦不妨其權利之行使。日本民法第六百十二條第一項，已見前。第六百十三條第一項云：『賃借人適法而轉賃賃借物時，轉借人對於賃借人而直接負義務。於此場合，不得以借賃之前拂，對抗賃貸人。』第二項云：『前項之規定，賃借人對於賃借人，不妨行使其權利。』

第七款 雇傭

關於雇傭，就其目的，成立及効力，論之如左。

第一 雇傭之目的 契約當事者之一方（勞務者）以從相手方受報酬而爲相手方服勞務爲目的之契約，謂之雇傭。即一勞務，要爲當事之一方之所服者，若以供給

第三者之勞務爲目的之契約。則爲勞務之請負。（日本商法第二百六十四條第五號）非僱傭也。二、報酬。要以爲服勞務之對價而受之者。若以爲因於服勞務而得一定之結果之對價。而受報酬者。則次款所謂請負。而非僱傭。但報酬亦非必限於金錢。其他之物。之給付。日本民法第六百二十三條云。『僱傭因當事者之一方。約對於相手方面服勞務。相手方約與之。以其報酬。而生其効力。』

第二 僱傭之成立。就僱傭之成立。要說明者。則關於其成立之推定之規定也。即於僱傭之期間（其期間如何。當於後說明之）滿了後。勞務者引續服其勞務之場合。使用者知之而不述異議時。（使用者知之之後。於述異議相當之期間。而不述異議時）則推定以與前僱傭同一之條件。更爲僱傭者。就更爲僱傭者乎否乎。有爭議之場合。使主張非更爲僱傭者。負證明之責任。但雖推定以與前僱傭之條件。而爲僱傭者。然對之有二個之例外。即一、雖推定以與前僱傭同一之期間。而爲僱傭者。然使各自於其期間內。得留保解約之權利。爲依於日本民法第六百二十七條解約之申入。二、就前僱傭已供身元保證金者。於後之僱傭。亦有効力。然其他之擔保。則因於其他

之期間滿了而消滅。就於後之雇傭，不有效力。日本民法第二十九條第一項云：「於雇傭之期間滿了後，勞務者引續服其勞務之場合，使用者知之而不述異議時，則推定以與前雇傭同一之條件，而更爲雇傭者。但各當事者，得依於第六百二十七條之規定，而爲解約之申入。」第二項云：「就於前雇傭已供當事者之擔保時，則其擔保，因於期間之滿了而消滅，但身元保證金，不在此限。」如上，日本民法推定更爲雇傭者而止。雖然，於與其他之場合之規定相對照時，則視爲更爲雇傭約者，不許反證，是可信者也。同法第十九條第一項、第二項、第二百二十五條、及同商法七十條第一項等，參照。

第三 雇傭之効力。關於効力，有關於勞務之給付之効力，關於報酬之給付之効力，雇傭之期間，雇傭之解除等。

(一)關於勞務之給之効力) 因雇傭，而勞務者負擔對於使用者服勞務之義務。此債務非有使用者之承諾，則勞務者要自履行之，不得使第三者代自己而服勞務。若雖無使用者之承諾，勞務者使第三者服勞務時，則使用者不爲履行之催告，得即解

除雇傭。日本民法第六百二十五條第二項云。『勞務者非有使用者之承諾時。則不得使第三者代自己服勞務。』第二項云。『勞務者反於前項之規定。已使第三者服勞務時。則使用者得爲契約之解除。』

使用者對於勞務者而有債權。非有勞務者之承諾。則不得以之讓渡於第三者。若雖無勞務者之承諾。以對於勞務者而有之債權。讓渡於第三者時。則以其讓渡爲無効。而勞務者對於讓受人。不要服勞務。日本民法第六百二十五條第一項云。『使用者非有勞務者之承諾。則不得讓渡其權利於第三者。』

(二)關於報酬之給付之効力) 因雇傭而使用者對於勞務者負擔與報酬之債務。而此報酬。有以期間定之者。有不然者。於以期間而定報酬之場合。勞務者於各期間之經過後。得請求其期間之報酬。各期間之經過前。不得請求其期間。或次之期間。之報酬。又於不以期間而定報酬之場合。勞務者勞務已終之後。得請求報酬。勞務終之前。不得請求報酬。日本民法第六百二十四條第一項云。『勞務者非終其所約之勞務後。則不得請求報酬。』第二項云。『以期間而定之報酬。其期間之經過後。得請求之。』

(三)雇傭之期間) 雇傭之當事者、定關於勞務之法律關係可存續之期間。因於此期間之滿了。得使消滅其法律關係。此期間謂之雇傭期間。

就雇傭之期間。無最長期之制限。又就期間之更新。亦無時期之期限。是因雇傭之期間超過五年。又當事者之一方、或第三者、可終身間繼續(例如服勞務者對於第三者謂自己死亡後、第三者可對於使用者繼續服其勞務、是也)。時。則經過五年後。無論何時。亦謂爲雇傭之解除。故無制限期間之最長期。又更新之時期之必要。日本民法第六百二十六條第一項云。『雇傭之期間超過五年。又當事者之一方、或第三者、可終身間繼續時。則當事者之一方、經過五年後。無論何時。亦得爲契約之解除。』下略』

(四)雇傭之解除) 於商工業見習者之雇傭之期間、超過十年。又當事者之一方、或第三者、可終身間繼續之場合。則各當事者超過十年之後。無論何時。亦得爲契約之解除。於商工業見習者以外者之雇傭期間、超過五年。又當事者之一方、或第三者、可終身間繼續之場合。則各當事者超過五年之後。無論何時。得爲雇傭之解除。然於此

等之場合。爲雇傭之解除。要於三個月前爲其豫告。不得因於解除之通知。即生解除之効力。日本民法第六百二十六條第一項云。『上略』但此期間。就於商工業見習者。以之爲十年。』第二項云。『依前項之規定。欲爲契約之解除時。要於三個月前爲其豫告。』

於當事者不定雇傭期間之場合。各當事者無論何時。亦得爲解約之申入。於使用者受破產。又家資分散之場合。雖已定雇傭期間時。然勞務者。或破產管財人。（於家資分散之場合。雖無破產管財人。然闕關之之規定。）無論何時。得爲解約之申入。於雖定雇傭之期間。然其雇傭。被推定爲依日本民法第六百二十九條第一項爲之者之場合。各當事者。無論何時。亦得爲解約之申入。然於以六個月以上之期間而定報酬之場合。則從期間之終了。要於三個月前。又於以六個月未滿之期間而定之報酬之場合。則要於當期之前半。爲解約之申入。於以期間而定報酬之場合。爲解約申入之當期滿了時。又於不以期間而定報酬之場合。於解約申入後。經過二週間時。生解除之効力。日本民法第六百二十七條第一項云。『當事者不定雇傭期間時。則各當事

者無論何時得爲解約之申入。於此場合。雇傭。因於解約申入後。經過二週間而終了。』第二項云。『於以期間而定報酬之場合。則解約之申入。對於次期以後爲之。但其申入。要於當期之前半爲之。』第三項云。『於以六個月以上之期間。而定報酬之場合。則前項之申入。要於三個月前爲之。』第六百二十九條第一項。已見前。第六百三十一條云。『使用者已受破產之宣告時。雖雇傭定有期間者。然勞務者。又破產管財人。依第六百二十七條之規定。得爲解約之申入。於此場合。則各當事者對於相手方。得請求因於解約而生之損害賠償。』同民法施行法第二條。見前。

不問當事者已定雇傭之期間與否。有不得已之事由。則各當事者得即爲雇傭之解除。勞務者雖無使用者之承諾。而使第三者服勞務時。則使用者得即爲雇傭之解除。日本民法第二百二十八條云。『當事者雖已定雇傭之期間。而有不得已之事由時。則各當事者得即爲契約之解除。』下略。』第六百二十五條第二項。第三項。已見前。』雇傭之解除。(包含解約之申入之場合。爲直爲解除之場合而言)僅向將來生其效力。非但當事者之一方有過失時。相手方對之不妨請求損害之賠償而已。即在因有

不得已之事由爲僱傭之解除之場合。其事由因當事者之一方之過失而生時。相手方得對之而請求損害之賠償。但使用者因受破產或家資分散之宣告。勞務者或破產管財人爲解約之申入之場合。各當事者對於相手方不得因解約而請求所生損害之賠償。日本民法第六百二十八條云。『上略』但其事由因於當事者之一方之過失而生時。則對於相手方任損害之責。』第六百三十條云。第六百二十條之規定。於僱傭之準用之。』第六百二十條見前。第六百三十一條云。使用者已受破產之宣告時。則僱傭雖定有期間。勞務者又破產管財人得依於第六百二十七條之規定。而爲解約之申入。於此場合。則各當事者對於相手方不得請求因於解約而生之損害之賠償。』同民法施行法第二條已見前。

第八款 請負

關於請負（與包攬相當）論其目的、効力、解除等。

第一 請負之目的 契約當事者之一方（請負人）以完成事業對於其事業之結果而從相手方（注文者）受酬報爲目的之契約謂之爲請負。即一就於事業則不要

有材料。又不要從注文者供材料。二、報酬須對於事業之結果而受之者。然不要豫定之。又限於僅以金錢爲支拂。日本民法第六百三十二條云。『請負因當事者之一方約完成或事業。相手方約對於其事業之結果。與之以報酬。而生其効力。』日本商法雖用作業。又勞務之請負之語。然該當於同民法所謂請負者。則爲作業之請負。而勞務之請負。非同民法所謂請負也。（日本商法第二百六十五號參照）

第二 請負之効力 關於効力。分爲關於事業之完成之効力。關於報酬之給付之効力。

（一關於仕事之完成之効力） 因於請負。請負人對於注文者。負擔完成事業之債務。因而於事業有目的物之場合。須使其目的物無瑕疵。若事業之目的物有瑕疵時。則注文者對於請負人。得定相當之期限。而請求其瑕疵之修補。又於此瑕疵之修補。或共其修補。得請求損害之賠償。然瑕疵不重要。其修補需過分之費用時。則不得請求瑕疵之修補。故得以請求損害賠償代之之外。無他也。而於請求瑕疵修補之場合。報酬之給付在辨濟期。各當事者雖於相手方提供其債務履行以前。不得拒自己債

務之履行。然於請求損害賠償之場合。報酬之給付在辨濟期時。則請負人於注文者提供其報酬給付之履行以前。得拒損害賠償之債務履行。注文者亦於請負人提供損害賠償以前。得拒報酬給付之債務履行。日本民法第六百三十二條、見前。第六百三十四條第一項云。『於事業之目的有瑕疵時。則注文者對於請負人。得定相當之期限。而請求其瑕疵之修補。但於瑕疵不重要之場合。其修補要過分之費用時。不在此限。』第二項云。『注文者得於代瑕疵之修補。或共於其修補。爲損害賠償之請求。於此場合。準用第五百三十三條之規定。』第五百三十二條、見前。

事業之目的物之瑕疵之修補。又因其瑕疵之損害賠償。須於一定之期間內請求之。若一定之期間內不請求之時。注文者對於請負人所有債權。因不行使而消滅。而此期間爲一年。從引渡事業之目的物時起算之。不要引渡事業之目的物時。以從事業之終了時起算之。爲通例。然事業之目的物。爲土地之工作物。而於其工作物。或地盤。有瑕疵之場合。則延長此期間。工作物因瑕疵而滅失。或毀損時。則從滅失或毀損之時起。爲一年。石造、土造、煉瓦（即甎）造、或金屬造之工作物。不因瑕疵而滅失或毀損。

時。從引渡之時起。爲十年。非石造、土造、煉瓦造、又金屬造、之工作物。不因瑕疵而滅失。或毀損時。從引渡之時起。爲五年。（不要引渡事業之目的物時。應從事業終了之時起算與否。則無其規定。）但此等之期間。限於普通之時效期間內。得以當事者之契約伸長之。然於普通之時效期間已伸長之場合。短縮之爲普通時效期間。則因無以其契約爲有效之規定。故除以其契約爲無效之外。無他也。日本民法第六百三十七條第一項云。『定於前三條之瑕疵修補、或損害賠償、之請求。又契約之解除。要從引渡事業之目的時。一年內爲之。』第二項云。『於不要引渡事業之目的物之場合。前項之期間。從事業終了之時起算之。』第六百二十八條第一項云。『土地之工作物之請負人。就其工作物。又地盤之瑕疵。引渡之後。五年間。任其擔保之責。但此期間。就於石造、土造、煉瓦造、或金屬造、之工作物。以之爲十年。』第二項云。『工作物。因於前項之瑕疵。而滅失。又毀損時。注文者從其滅失。又毀損之時。須於一年內行使第六百三十四條之權利。』第六百二十九條云。『第六百三十七條。及前條第一項。之期間。限於普通之時效期間內。得以契約伸長之。』

事業之目的物之瑕疵。因於從注文者所供材料之性質、或注文者與以指圖、而生之場合。除請負人知其材料、又指圖之不適當、而不以之告於注文者之外。請負人對於注文者、不要修補其瑕疵、或賠償因其瑕疵之損害。又於以當事者間之所定。約請負人不任修補瑕疵、或賠償因於瑕疵之損害、之責之場合。則除請負人知瑕疵之原因之事實、而不告之注文者之外。請負人對於注文者、不要修補其瑕疵、或賠償因其瑕疵之損害。但於後之場合。請負人知瑕疵之原因之事實、而不以之告於注文者。雖當事者有特約。然不得因其特約而免修補瑕疵、或賠償因於瑕疵之損害、之責。日本民法第六百三十六條云。『前第二條之規定。事業之目的物之瑕疵。因從注文者所供材料之性質、或注文者所與之指圖、而生時。不適用之。但請負人知其材料、或指圖之不適當、而不告之之時。不在此限。』第六百四十條云。『請負人雖特約不負第六百三十四條、及第六百三十五條、所定擔保之責任之旨時。然就其知而不告之事實。不得免其責。』

(二關於報酬之給付之効力) 因於請負、而注文者對於請負人、負擔與報酬之債

務。而要引渡事業之目的物者。則請負人完成事業。引渡目的物於注文者時。要與此報酬。在於不要引渡事業之目的之請負。則請負人非已完成事業之後。不要與此報酬。日本民法第六百三十二條、見前。第六百三十三條云。『報酬、要於與事業目的物之引渡同時與之。但不要物之引渡時。準用第六百二十四條第一項之規定。』第六百二十四條、見前。

第三 請負之解除。請負人未完成事業間。注文者無論何時。得以因於請負之解除之損害賠償於請負人。而爲請負之解除。又注文者受破產、或家資分散之宣告時。則請負人、又破產管財人、(受家資分散之宣告時。雖無破產管財人。然闕關之之規定)得爲請負之解除。於爲請負解除之場合。各當事者對於相手方、不得請求因於解約而生之損害之賠償。請負人、僅得就既爲事業之報酬、及不包含於其報酬中之費用。加入於財團之配當耳。日本民法第六百四十一條云。『請負人未完成事業間。注文者無論何時。得賠償損害而爲契約之解除。』第六百四十二條云。『注文者受破產之宣告時。請負人、或破產管財人、得爲契約之解除。於此場合。請負人對於既爲事業

之報酬，及不包含於其報酬中之費用，得加入財團之配當。』

日本民法，就於事業之目的物有瑕疵之場合，於一方爲因有瑕疵不能達爲契約之目的時，注文者得爲請負之解除。於他方，則爲事業之目的物，爲建物，其他土地之工作物時，則不在此限。此規定於非土地之工作物之事業之目的物有瑕疵，因之而注文者不能達爲契約之目的時，使注文者不爲履行之催告，得即爲契約之解除者，雖不容疑。然同時，於事業之目的物有瑕疵之場合，則不適用同法第五百四十一條，乃至第五百四十三條，土地之工作物雖有瑕疵，注文者不得爲請負之解除之說。（由此推之，則限於其他之事業之目的物雖有瑕疵，因之至於不能達爲契約之目的時，不得以注文者爲不得爲請負之解除者。）然法文上無容此解釋之餘地。日本民法第六百三十五條云，『事業之目的有瑕疵，因之不能達爲契約之目的時，注文者得爲契約之解除。但就於建物，其他土地之工作物，不在此限。』

依日本民法第六百三十五條，請負之解除，從引渡事業之目的時，要於一年內爲之。

於不要引渡事業之目的物之場合。從事業終了時。要於一年內爲之。若不於此期間內爲之。則因於不行使而解除權消滅。而於期間限於普通之時效期間內。得以當事者之契約伸長之。雖然。於普通之時效期間以上。已伸長之之場合。則除以其契約爲無效之外。無他也。但就於土地之工作物。不得依於第六百三十五條爲解除。故就於第六百三十五條之解除。則無第六百三十八條之適用。日本民法第六百三十七條。第六百三十九條。已見前。

於事業之目的物之瑕疵。因從注文者所供材料之性質。又注文者所供之指圖。而生之場合。除請負人知其材料。又指圖。爲不適當。而不以之告於注文者外。得依於第六百三十五條爲解除。又於當事者約不依於第六百三十五條爲解除之場合。則依於第六百三十五條不得爲解除。雖可勿論。然請負人知瑕疵之原因之事實。而不以之告於注文者時。則雖有特約。得依於第六百三十五條爲解除。日本民法第六百三十六條。第六百四十條。已見前。

附 懸賞廣告 於已爲或行爲者（不限於法律行爲）與以一定之報酬之旨對於。

不特定人而告知之謂之懸賞廣告。爲其告知者謂之廣告者。爲其告知所定之行爲謂之應募。爲其告知所定之行爲者謂之應募者。廣告者定可爲其告知所定之行爲之期間時。其期間謂之應募期間。日本民法第五百二十九條云。『廣告以爲或行爲者。與以一定之報酬之旨。對於其行爲者。負與其報酬之義務。』

懸賞廣告。僅基於其廣告。使廣告者負擔債務。是爲單獨行爲乎。抑或爲契約之申入乎。則大有議論。於應募者應募之際。不知有懸賞廣告之場合。即有決此問題之必要。獨逸民法採用單獨行爲說。雖應募者應募之際。不知有懸賞廣告時。然使廣告者負擔與報酬之債務。反之。日本民法以之爲契約之申入之結果。應募者不知有懸賞廣告而應募時。不使廣告者負擔與報酬之債務。日本民法第五百二十九條見前。

廣告者於懸賞廣告中。表示不爲取消之旨。得拋棄取消權。懸賞廣告中。已定應募之期間時。雖其中不表示不爲取消之旨。亦推定爲拋棄取消權。（主張不拋棄取消權者。要證明已表示留保取消權之旨。）然不拋棄取消權時。限於無應募者間。依於與懸賞廣告同一之方法。可得取消其懸賞廣告。不能依於與懸賞廣告同一之方法時。

則依於他之方法。得取消其懸賞廣告。但依於與懸賞廣告同一之方法之取消。雖無論對於何人。亦有其効力。然不依於與懸賞廣告同一之方法之取消。僅對於知其取消者有效。對於不知其取消而應募者。不有取消之効力。日本民法第五百三十條第一項云。『於前條之場合。廣告者於未完了其所指定之行爲者間。得依於與前之廣告同一之方法。取消其廣告。但其廣告中。表示不爲取消之旨時。不在此限。』第二項云。『於不能依於前項所定之方法爲取消之場合。得依於他之方法爲之。但其取消。僅對於知之者有其効力。』第三項云。『廣告者已定爲其所指定之行爲之期間時。推定爲拋棄其取消權者。』

廣告者得於懸賞廣告中。定應募之期間。僅於應募者中之優等者。可與以報酬時。則定應募之期間。僅就於其期間內之應募者。要判定何人之行爲爲優等。雖定應募之期間。若於其期間內無應募者時。則因其期間之滿了。當然失懸賞廣告之効力。日本民法第五百三十二條第一項云。『於爲定於廣告之行爲者有數人之場合。僅可與報酬於其優等者時。限於其廣告所定應募之期間。有其効力。』

懸賞廣告者，爲契約之申入。而應募者，則爲契約之承諾。因之而契約成立。使廣告者負擔與報酬於應募者之債務也。雖然，在應募者有數人之場合，就於何人有受報酬之權利乎。區別爲僅於優等者與報酬之場合與其他之場合二者。即一在僅優等者與報酬之場合。應募者中何人之行爲爲優等。於廣告中所定爲判定者。判定之廣告中不定判定者時。則廣告者判定之。僅被判定爲優等者之應募者。有受報酬之權利。而其判定，則羈束應募者。應募者對之不得述異議。日本民法第五百三十二條第二項云。『於前項之場合。應募中何人之行爲爲優等。則於廣告中所定者判定之。若廣告中不定判定者時。則廣告者判定之。』第二項云。『應募者對於前項之判定。不得述異議。』(二)於其他之場合。僅最初之應募者。有受報酬之權利。然廣告者於懸賞廣告中，表示異之之意思時。則從其意思。同法第五百三十一條第一項云。『爲定於廣告之行爲者。有數人時。僅於最初爲其行爲者。有受報酬之權利。』第二項云。『前二項之規定。廣告中表示異之之意思時。不適用之。』

於第一之場合。數人之行爲。被判定爲同等。又於第一之場合。數人同時爲應募。則以

各平等之割合。而有受報酬之權利。然報酬之性質上分割不便時。又於懸賞廣告中表示僅一人可受報酬之旨時。則以抽籤而就其數人中定可受報酬者之一人。但於第二之場合。廣告者表示異於懸賞廣告之意思時。則從其意思。日本民法第五百三十一條第二項云。『於數人同時爲右之行爲之場合。以各平等之割合。而有受報酬之權利。但報酬其性質上爲不便分割時。又於廣告爲僅一人可受之者時。以抽籤而定可受之者。』第三項已見前。第五百三十二條第四項云。『數人之行爲。被判定爲同等時。則準用前條第二項之規定。』

第九款 委任

關於委任論其目的及効力。

第一 委任之目的。以使契約之當事者之一方（受任者）爲法律行爲（委任事務）爲目的之契約。謂之委任。相手方謂之委任者。而受任者受報酬與否。則不問之。雖然僅爲爲法律行爲者之利益。而使爲法律行爲目的之契約。非委任。日本民法第六百四十三條云。『委任、當事者之一方。以爲法律行爲、委託於相手方。因於相手

方承諾之。而生其効力。

以使契約之當事者之一方，爲法律行爲以外之事務爲目的之契約。非委任。然關於此。於日本民法，準用關於委任（即第三編第二章第十節）之規定。故名之爲準委任。惟就於此與請負及雇傭之區別之標準。不能無疑耳。日本民法第六百六十六條云。『本節之規定。非法律行爲之事務之委託，準用之。』

第二 委任之効力 於効力，分爲關於委任事務之處理之効力。關於報酬之給付之効力。委任之終了等。

（一關於委任事務之處理之効力） 因於委任。受任者對於委任者，負擔處理委任事務之債務。此債任之履行，謂之委任之履行。而當處理委任事務。要從委任之本旨，爲善良之注意。且委任終了之後。要無遲滯，報告委任事務之顛末於委任者。雖於委任終了之前。然有委任者之請求時。無論何時。要報告委任事務處理之狀況於委任者。日本民法第六百四十四條云。『受任者從委任之本旨。以善良管理者之注意。而負處理委任事務之義務。』第六百四十五條云。『受任者有委任者之請求時。無論

何時。要報告委任事務處理之狀況。又委任終了之後。要無遲滯而報告其顛末。』
受任者當處理委任事務。而受取金錢、其他之物、或收取果實時。要引渡其物、或果實、於委任者。爲委任者有當用金錢、其他之物時。要爲委任者之利益而用之。若以引渡於委任者之金額、或以爲委任者之利益所當用之金額、以自己之故而消費之之時。要支拂所消費之日以後之利息。於委任者。且有損害時。要賠償之。但當引渡於委任者之物、或爲委任者之利益所當用之物。於非金錢之場合。受任者以自己之故而消費之時。則就其損害賠償。以從一般之規定爲已足。無論其損害之有無多少。不要支拂一定之利息。日本民法第六百四十六條第一項云。『受任者。要以其當處理委任事務所受取之金錢、其他之物、引渡於委任者。其所收取之果實、亦同。』第六百四十七條云。『受任者。以當引渡於委任者之金額、或爲其利益當用之金額、爲自己之故而消費之時。要拂其所消費之日以後之利息。且有損益時。則任其賠償之責。』受任者爲委任者。以自己之名而取得權利時。要以其權利移轉於委任者。然就不能移轉其權利於委任者之場合。則日本民法中。無何等之規定。日本民法第六百四

十六條第二項云。『受任者爲委任、而以自己之名取得之權利。要以之移轉於委任者。』

就處理委任事務要費用時。委任者因受任者之請求。要爲其前拂。受任者受其前拂時。則以之充認爲處理委任事務必要之費用。若有殘餘時。則要返還於委任者。（日本民法第六百四十九條云。『就處理委任事務要費用時。委任者因受任者之請求。要爲其前拂。』

於受任者不從委任者受委任事務之處理、所當要費用之前拂、之場合。或雖受其前拂。然認爲不足充處理委任事務必要費用之場合。受任者代出認爲處理委任事務必要之費用時。則委任者因於受任者之請求。要償還其所出之費用。及支出日以後之利息。於受任者負擔認爲處理委任事務必要之債務之場合。其債務在辨濟期時。委任者因於受任者之請求。要代之辨濟其債務。又其債務不在辨濟期時。則委任者因於受任者之請求。要供相當之擔保。於委任者因委任事務、自己無過失而受損害之場合。委任者因於受任者之請求。要賠償其損害。日本民法第六百五十條第一項

云。『受任者出認爲處理委任事務必要之費用時。對於委任者。得請求其費用。及於支出日以後之利息之償還。』第二項云。『受任者負擔認爲處理委任事務必要之債務時。得使委任者爲其辨濟。或其債務不在辨濟期時。得使供相當之擔保。』第三項云。『受任者因處理委任事務。自己無過失而受損害時。得對於委任者請求其賠償。』

於受任者就於處理委任事務。非認爲必要。單認爲有益。而出費用。或負擔債務之場合。委任者不要因於受任者之請求。而償還其費用。或代委任者辨濟其債務。然離事務管理。與不當利得之規定適用之問題。單就立法論言。則委任關係上。至少亦要於與利益於委任者之限度內。償還其費用。或辨濟其債務。信可認爲正當者。

(二關於報酬之給付之効力) 委任之當事者。約可從委任者給付報酬於受任者之旨時。委任者負擔給付其報酬於受任者之債務。然約不從委任者給付報酬於受任者之旨時。則委任無負擔給付報酬於委任者之債務。日本民法第六百四十八條第一項云。『受任者非有特約。則對於委任者。不得請求報酬。』

於受任者可從委任者受報酬之場合。有以期間而定報酬者。有不以期間而定報酬者。以期間而定之報酬。得經過其期間後受之。不以期間而定之報酬。得於處理委任事務之全部後受之。不得於其前受之。但委任因於不可歸於受任者之責之事由。而於前終了時。則受任者得應於其既經過之期間。或於其既處理之委任事務之割合。受報酬。日本民法第六百四十八條第二項云。『受任者當受報酬之場合。非委任履行之後。不得請求之。但以期間定報酬時。準用第六百二十四條第二項之規定。』

第三項云。『委任。因不可歸於受任者之責。而於其履行之半途終了時。則受任者應於其既爲履行之割合。得請求報酬。』第六百二十四條。已見前。

(二)委任之終了) 委任。於各當事者。無論何時。得解除之。其解除僅向於將來生其効力。而使消滅應處理事務之受任者之債務。然不僅於當事者之一方有過失時。不妨對之爲損害賠償之請求。且當事者之一方。無不得已之事由。而於爲相手方不利之時期。解除委任時。要賠償其損害。日本民法第六百五十一條第一項云。『委任於各當事者。無論何時。亦得解除之。』第二項云。『當事者之一方。於爲相手方不利益之

時期而解除委任時。要賠償其損害。但有不得已之事由時。不在此限。』第六百五十二條云。『第六百二十條之規定。於委任準用之。』第六百二十條。已見前。

應處理委任事務之受任者之債務。因於委任者或受任者之死亡。破產。家資分散。或因對於受任者禁治產之宣告。而消滅。然無因隱居。或對於受任者之準禁治產之宣告。而消滅者。日本民法第六百五十三條云。『委任。因於委任者或受任者之死亡。或破產。而終了。受任者受禁治產之宣告時。亦同。』同民法施行法第二條。已見前。

應處理委任事務之受任者之債務。因上述之事由而消滅。謂之爲委任之終了。而委任終了之事由。不問其出於委任者與受任者。非以之通知於相手方。或相手方已知之之時。則不得以之對抗於相手方。加之。於委任終了之場合。有急迫之事情時。委任者。其相續人。或其法法定代理人。至得處理委任者。其相續人。或法定代理人。所委任之事務。爲止。要爲必要之處分。『日本民法第六百五十四條云。『於委任終了之場合。有急迫之事情時。受任者。其相續人。或法定代理人。至得處理委任者。其相續人。或法定代理人。委任之事務。而止。要爲必要之處分。』第六百五十五條云。委任終了之

事由。不問其出於委任者與受任者。非以之通知於相手方。或相手方已知之時。則不得以之對抗於相手方。』

第十款 寄託

關於寄託論其目的、効力及消費寄託等。

第一 寄託之目的。以使契約之當事者之一方（受寄者）爲相手方（寄託者）爲物（寄託物、又受寄物）之保管爲目的之契約。謂之寄託。故以不動產之保管爲目的之契約。亦不失爲寄託。雖然。不保管物。而以爲權利之保管爲目的之契約。則非寄託。日本民法第六百五十七條云。『寄託。因當事者之一方。約爲相手方爲保管而受取或物。而生其効力。』

寄託非必要使受寄者保存受寄物。而返還之於寄託者。即依於寄託。使受寄者得消費受寄物。而以與之同種類品等數量之物。返還於寄託者。亦不失爲寄託。如此之寄託。稱之爲消費寄託。又曰不規則寄託。而與其他之寄託相區別。至其効力。亦當設別段之規定。如後所述。不適用關於寄託之規定。或有以此契約爲非寄託。而爲消費貸

借者。然消費貸借，則爲債務者之借主之利益。此契約，則爲債權者之寄託者之利益。於此點全異其目的。但論消費寄託，非寄託而爲準寄託者，非無法文上之根據。日本民法第六百六十六條云：『於受寄託者，依於契約，得消費受寄物之場合，準用關於消費貸借之規定。但不定返還契約之時期時，寄託者無論何時，得請求返還。』第六百五十六條，已見前。

第二 寄託之効力 寄託者，因於當事者之意思表示，及受寄者從寄託者，或第三者，受取寄託物，而生其効力。受寄者不受取寄託物，無生其効力之場合。故寄託皆爲要物契約。（踐成契約）於其効力，分爲關於寄託物保管之効力，關於寄託物返還之効力，關於報酬之給付之効力等。

（一 關於寄託物保管之効力） 因於寄託，而受寄者對於寄託者，負擔保管寄託物之債務。從而就於寄託物主張權利之第三者，對於受寄者提起訴，或爲差押時，受寄者負擔無遲滯，以其事實通知於寄託者之債務。又寄託物可生果實時，負擔爲其收益之債務。然非爲爲收益，而不得爲寄託物之使用。固勿論已。即單爲爲收益，亦不得

爲寄託物之使用。但有寄託者之承諾時。受寄者不妨爲寄託物之使用收益。日本民法第六百五十七條、已見前。第六百五十八條第一項云。『受寄者非有寄託者之承諾。則不得使用受寄物、或使第三者保管之。』第六百六十條云。『就寄託物主張權利之第三者。對於受寄者提起訴、或爲差押時。受寄者要無遲滯、通知其事實於寄託者。』

受寄者負擔以善良管理者之注意。爲寄託物之保管之債務。雖然。不從寄託者受報酬時。則以與自己之財產同一之注意。而爲寄託物之保管。足已。日本民法第四百條、已見前。第六百五十九條云。『無報酬而受寄託者。就受寄物之保管。任與自己之財產爲同一之注意之責。』

就保管寄託物要費用時。寄託者因受寄者之請求。要爲其前拂。受寄者受其前拂時。則以之充認爲寄託物之保管必要之費用。若有殘餘時。更返還於寄託者。而受寄者以所受前拂之金額。其他應用之於爲寄託者之利益之金額。以自己之故而消費之。之時。要拂其消費日以後之利息。且有損害時。則任其賠償之責。日本民法第六百六

十五條云。『第六百四十六條乃至第四百四十九條及第六百五十條第一項第二項之規定。於寄託準用之。』第六百四十七條等已見前。

於受寄者不從寄託者受爲寄託物之保管所必要之費用之前拂之場合。或雖受其前拂。而以充認爲寄託物之保管必要之費用不足之場合。受寄者出認爲寄託物之保管必要之費用時。則寄託者因於受寄者之請求。要償還其所出之費用。及支出日以後之利息。於受寄者負擔認爲寄託物之保管必要之債務之場合。其債務在於辨濟期時。寄託者因受寄者之請求。要代之辨濟其債務。或其債務不在辨濟期時。寄託者因受寄者之請求。要供相當之擔保。於受寄者因於寄託物之性質或瑕疵而受損害之場合。除寄託者無過失而不知其性質或瑕疵時。或受寄者知其性質或瑕疵時。外。寄託者要賠償其損害於受寄者。日本民法第六百六十一條云。『寄託者要賠償從寄託物而生之損害於受寄者。但寄託者無過失而不知其性質或瑕疵時。或受寄託者已知之時。不在此限。』

受寄者要自己保管寄託物。雖然。有寄託者之承諾時。得使第三者保管寄託物。於此

場合。保管寄託物之第三者。對於寄託者。有與受寄者同一之權利義務。然無因之使受寄者全免對於寄託之債務。而使受寄者就於第三者之選任及監督。對於寄託者任其責。但受寄者使寄託者所指名之第三者。保管寄託物時。非於知其不適任。或不誠實。而不通知之於寄託者。或怠於解任之。則對於寄託者不任其責。日本民法第六百六十八條第二項云。『於受寄者得使第三者保管受寄物之場合。準用第二百五條及第一百七條第二項之規定。』

(二關於寄託物返還之效力) 因寄託。受寄者對於寄託者。負擔返還寄託物之債務。當保管寄託物而受取金錢。其他之物。或收取果實時。負擔引渡其物。或果實之債務。受寄者為寄託者以自己之名所取得之權利。負擔移轉之於寄託者之債務。而受寄者以應引渡於寄託者之金額。為自己消費之時。負擔支拂其消費之日以後之利息。且有損害時。負擔賠償之之債務。日本民法第六百六十五條。第六百四十六條。第六百四十七條。已見前。

當事者不定返還之時期時。寄託者無論何時。得請求其返還。受寄者亦無論何時。得

爲其返還。若當事者定寄託物返還之時期時。則寄託者雖無論何時。亦得請求其返還。然除受寄者有不得已之事由之場合外。不得於其期限前。爲其返還。日本民法第六百六十二條云。『當事者雖定寄託物返還之時期時。然寄託者無論何時。得請求其返還。』第六百六十二條第一項云。『當事者不定寄託物返還之時期時。則受寄者無論何時。得爲其返還。』第二項云。『定有返還時期時。非受寄者有不得已之事由。則不得於其期限前爲返還。』

寄託物之返還。不問其現在之場所如何。要於可爲其保管之場所爲之。然受寄者因於正當之事由。而轉置寄託物時。得於其現在之場所爲之。日本民法第六百六十四條云。『寄託物之返還。要於可爲其保管之場所爲之。但受寄者因於正當之事由而轉置其物時。得於其現在之場所返還之。』

(三)關於報酬之給付之効力) 寄託之當事者。從寄託者約可給付報酬於受寄者之旨時。寄託者固負擔給付其報酬於受寄者之義務。然不約從寄託者。可給付報酬於受寄者之旨時。則寄託者無負擔給付報酬於受寄者之債務。日本民法第六百六

十五條、第六百四十八條第一項、已見前。

於受寄者可從寄託者受報酬之場合。其報酬以期間定者。得經過其期間後受之。其報酬不以期間定者。得於終了寄託物之保管後受之。然不得於其前受之。但因於不可歸於寄託者之責之事由。而於其前返還寄託物時。則受寄者得應於其既經過之期間。或既保管之程度之割合。受報酬。日本民法第六百六十五條、第六百四十八條第二項、第三項、第六百二十四條第二項、已見前。

第三 消費寄託 就於消費寄託（或不規則寄託）之効力。如前所述。不適用前關於其他之寄託之規定。準用關於消費貸借之規定。故有可爲要物契約（踐成契約）者。或有可爲諾成契約者。姑勿論之。而關於消費貸借一切之規定。皆可準用之者。但消費寄託。以爲寄託者之利益。而不定返還之時期時。則寄託者無論何時。得請求返還。不要定相當之期間而爲催告。日本民法第六百六十六條、已見前。

消費貸借之豫約。與消費貸借。別爲一物。故關於消費貸借之豫約。日本民法第五百八十九條之規定。非可準用之於消費寄託之豫約者。

第十一款 組合

組織社團之各人。以出資而營共同之事業爲目的。於日本民法從第三編第二章第十二節之規定而設立者。謂之爲組合組織。其社團之各人。謂之爲組合員。故如從於產業組合法。而設立之產業組合。從於重要物產同業組合法等。而設立之同業組合。水產組合。從於漁業法。而設立之漁業組合。雖無論何時。有組合名稱之存在。非日本民法所謂組合也。日本民法第六百六十七條第一項云。『組合契約。因各當事者。約出資而營共同之事業。而生其効力。』第二項云。『出資。得以勞務爲其目的。』以設立組合。或加入既設立組合爲目的。之法律行爲。謂之爲組合契約。是從來之通說也。日本民法。亦依之。就各本條中所用「組合契約」之語。可見。（依此通說。則一人之組合員與他之組合員之間。不可不有一個之契約。故以三人以上之組合員而組織以組合之設立爲目的之契約。不可不謂爲自應其員數之複數契約而成。然如是。徵之於事之實際。到底不免爲不通之論。故理論。不得不以設立組合爲目的之法律行爲。非契約。非單獨行爲。而爲共同行爲。）（日本民法第六百六十七條。第六百七十

條第六百七十二條、第六百七十八條等。皆有組合契約之用語。

當設關於組合之規定。又說明組合應從法律行爲之一方觀察乎。抑應從社團之一方觀察乎。則以便宜上之問題爲主。從民法規定之配列觀之。則雖宜從法律行爲之方面觀察。然從說明之便宜觀之。却宜從社團之方面觀察。

今就於組合論其事業、財產及債務、組合員之出資及損益分配、組合之設立及解散、組合員之加入及脫退等。

第一 組合之事業 組合所營之事業。總組合員之共同事業也。故組合契約中。限無別段之規定時。各組合員。有執行組合之業務之權利。而負義務。或組合員。不得排斥他組合員之干與。組合契約中。設別段之規定者。有二法。一則定委託組合之業務。執行於或組合員之旨者。他則定委託組合之業務。執行於非組合員之人者也。定委託業務。執行於或組合員之旨時。僅因於組合契約而生其効力。已受委託之組合員。有執行業務之權利。而負義務。然他之組合員。則不有執行業務之權利。而不負義務。反之。定委託業務。執行於非組合員之人之旨時。在組合員間。僅因於組合契約而生

効力。雖至於使各組合員不有業務執行之權利，且不負義務，然使非組合員之人負業務執行之義務，要因於組合與其人間之契約（委任）僅因於組合契約，不足使其人負業務執行之義務。日本民法第六百七十條見後。

從組合契約之所定，委託業務執行於非組合員之人，要因於其人與組合間之契約。（委任）故就其業務執行者與組合員間之法律關係，可適用關於委任之規定。且以適用之爲已足。反之，以組合契約而定委託業務執行於或組合員之旨時，則其契約非委任。且非併合委任與組合契約者。故就其組合員與他之組合員間之法律關係，不得適用關於委任之規定。（日本民法第六百七十條第二項、第六百七十二條第一項所用委任之語，乃用語之濫用也。）至因組合契約中無別段之定之各組合員於業務執行之場合，就執行業務之各組合員與組合間之法律關係，不得適用關於委任之規定。自不俟論。故執行業務之各組合員與組合間之法律關係，則準用關於委任（日本民法第六百四十四條，乃至六百五十條）之規定。且以組合契約委託業務執行於或組合員之場合，已受其委託之各組合員，非有正當之事由，不得爲辭任。

他之組合員。非有正當之理由。且非其一致。則不得爲解任。日本民法第六百七十一條云。『執行組合之業務之組合員。準用第六百四十四條。乃至第六百五十條之規定。』第六百七十二條第一項云。『以組合契約而委任業務之執行於一人或數人之組合員時。其組合員非有正當之理由。不得爲辭任。或被解任。』第二項云。『因正當之理由而爲解任。要有他之組合員之一致。』

於不以組合契約委託業務執行於或者之旨之場合。業務執行。以總組合員之過半數決之。於以組合契約委託業務執行於或者之旨。且業務執行者因數人而成之場合。則業務執行。以業務執行者之過半數決之。然組合之常務。於其結了前。限於他之組合員。或他之業務執行者。不述異議時。於各組合員。又各業務執行者。得專行之。於其結了前。限於他之組合員。或他之業務執行者。述異議時。僅要以過半數決之。但業務執行者爲一人時。則不問其爲業務與否。得專行之。組合員。又業務執行者。有二人時。則其過半數爲二人。故雖以過半數決之。亦與以全員一致決之。無所異也。日本民法第六百七十條第一項云。『組合之業務執行。以組合員之過半數決之。』第二

項云。『以組合契約委任業務之執行者有數人時。以其過半數決之。』第三項云。『組合之業務。不拘前二項之規定。各組合員。或各業務執行者。得專行之。但於其結了前他之組合員。或業務執行者。述異議時。不在此限。』

就於不以組合契約。定委託業務執行於或者之旨。之場合。以或組合員代表他之組合員之權限。於以組合契約定委託業務執行於或組合員之旨。之場合。以其組合員代表他之組合員之權限。於以組合契約定委託業務執行於非組合員之旨。之場合。以其人代表組合員之權限。日本民法。於其有無。及範圍。亦毫無所規定。依於當事者之意思表示。

各組合員雖不有執行業務之權利時。然得檢查其業務之狀況。又得檢查組合財產之狀況。依此檢查。而監督業務執行者。日本民法第六百七十三條云。『各組合員。雖不有執行組合之業務之權利時。然得檢查其業務。及組合財產之狀況。』

第二 組合之財產及債務 分財產及債務爲二言之。

(一 組合之財產) 因組合。非法。人不得離組合員獨立爲權利之主體。故組合之財

產，不外屬於總組合員之共有。又營組合之目的之事業，以組合之財產爲屬於總組合員之共有者，最爲適當。日本民法第六百六十八條，即以之爲屬於總組合員之共有者。惟以組合之財產，爲屬於總組合員之共有，則於權利之主體，與組合員之固有財產，無所區別。故當依於如何之方法分離之乎。又以之屬於共有，則於達組合之目的之必要上，可於如何之程度以內，禁請求組合財產之分割乎。是頗爲重要之問題。依日本民法，則（一）組合之債務者，對於其債務，與組合員之債權，不得相殺。（若許相殺之，則爲混同組合之財產，與組合員之固有財產，然組合之債務者，雖不知對於自己之債權爲組合財產，猶禁相殺。則對於組合之債務者，不免失於酷。又組合之務債者，不得相殺，以上，則組合員不得相殺，自無論也。日本民法第六百七十七條云。『組合之債務者，其債務，與對於組合員之債權，不得相殺。』（二）不問以組合契約而定組合之存續期間與否，又其期間之長短如何，各組合員不得於組合之清算前，請求財產之分割。於日本民法，即無第二百五十六條第一項本文之適用。但此規定，爲使加負擔於組合員之持分乎。抑或使組合員負擔不請求分割之債務乎。雖成疑問。然

認爲使負擔不請求分割之債務，從而不羈束對於組合員之債權者。又此規定，非依於組合契約，或法律之規定，而妨分配利益，或拂戾持分者。日本民法第六百七十六條第二項云：『組合員於清算前，不得請求組合財產之分割。』(三)各組合員，就於組合財產，不處分其持分之債務乎否乎。負此債務之立法例，雖非無之。然日本民法，則爲不負此債務者。惟其處分，不得以之對抗於組合，及與組合爲取引之第三者，但此規定。則有羈束處分之相手方乎否乎之疑。若羈束之，則使不知其財產爲組合財產之相手方，受不測之損失。可生不當之結果。日本民法第六百七十六條第一項云：『組合員，就於組合財產處分其持分時，其處分，不得以之對抗於組合，及與組合爲取引之第三者。』

雖如何之財產，可以之爲組合之財產，頗爲重要之問題。然日本民法中殆無所規定。僅明言爲組合員出資之目的之財產，爲組合之財產。而此財產，非絕對的爲組合之財產。惟限於以組合契約，不留保其權利於出資者時，爲組合之財產。日本民法第六百六十八條云：『各組合員之出資，其他之組合財產，屬於組合員之共有。』

各組合員之持分。於日本民法，依第二百五十條，第二百六十四條，第四百二十七條，推定爲同等者否乎。就於此點，直接無所規定。惟依第六百七十四條第一項，第六百八十八條第二項，認爲當應於各組合員之出資之價額而定之者。但以組合契約定損益之分配，又殘餘財產之分割，之割合時，不可及異動於持分之割合。以組合契約而定出資之中未爲出資者，當於定出資之價額，可不斟酌及之。不以組合契約而定出資之價格，或評價之標準時，則依於時價而定出資之價格。其結果，於出資之價額，當不免時時有異動。

(二組合之債務) 組合之債權者，可得受以組合之財產，爲債權之辨濟。又可得受以組合員之固有財產，爲債權之辨濟。而於以組合之財產受辨濟之場合，組合之債權者，對於組合員之債權者，不得先行其權利。同於以組合員之固有財產受辨濟之場合，對於組合員之債權者，不得先於組合之債權者，行其權利。故從此點觀之，則組合之財產，與組合員之財產之分離，非十分完全也。

於組合之債權者，受以組合員之財產，而爲債權之辨濟之場合，而各組合員負擔不

可分債務或連帶債務時。從於關之之規定。可得行其權利。各組合員雖無論不可分債務、連業債務、皆不負擔。且組合員之債權者、其債權發生之當時。不知組合員損失分擔之割合時。對於組合員、可得就於均一部分行其權利。至各組合員於不可分債務、連帶債務、皆不負擔。且組合之債權者、其債權發生之當時。不知組合員之損失分擔之割合。對於組合員、非從其割合則不得行其權利乎。抑或從其割合又就於均一之部分得行其權利乎。則爲疑問。日本民法第六百七十五條云。『組合之債權者、其債權發生之當時。不知組合員損失分擔之割合時。對於各組合員、得就於均一部份行其權利。』

於如何之債務。可以之爲組合之債務。日本民法中、就於此事無其規定。

第三 組合員之出資及損益分配 於此分出資及損益分配、爲二言之。

(一組合員之出資) 各組合員、要從於以組合契約所定爲目的之財產、或勞務、爲出資。又負擔可爲出資之債務。純不爲出資、且不負擔可出資之債務者、不得爲組合員。然爲出資、或負擔可爲出資之債務、以上。不問出資之多少。或可爲出資之期限之

遲速。但以信用爲目的之出資。及組合契約中無別段之定時。各組合員當爲同等之出資。皆日本民法之所不認也。日本民法第六百六十七條。已見前。

組合員可與組合契約。同時生效力。因於他之行爲。不爲出資時。則因於組合契約。而負擔爲出資之債務。此債務爲對於他之組合員。且就於出資之全部。負擔者。非僅就於出資之或部分（除應歸於出資者之持分之部分之殘部）。負擔者也。而於組合員。怠爲出資之場合。就於損害賠償。從關於債權之效力。之一般規定。雖然。於其出資以金錢爲目的之場合。無論損害之多少。必要拂其利息。利息之外。有損害時。要賠償之。日本民法第六百六十九條云。『於以金錢爲出資之目的場合。組合員怠爲其出資時。拂其利息之外。尙要爲損害之賠償。』

於以財產爲出資之目的場合。契約中有別段之定時。得留保其權利於出資者。而使總組合員利用其財產。然無如此之定時。則其財產爲組合財產。可屬於總組合員之共有。自不待論。日本民法第六百六十八條。已見前。

出資之價額。或爲損益分配之標準。或爲殘餘財產分割之標準。然此價額。可得以組

合契約而直接定之。或指示評價之標準而間接定之。於不以組合契約定之之場合。當依於生、必要、確定、其價額之時之價額。然於以組合契約而定之之場合。雖其後因於價額之變動。而以組合契約所定之價額。至顯爲不當。亦爲該當。不得從組合員。或從其他之組合員。請求其增減。但無論何者。於僅負擔可爲出資之債務。尙未履行者。限於組合契約中無別段之定。則當於出資之價額不加算之。日本民法第六百七十四條第一項云。『當事者不定損益分配之割合時。其割合應於出資之價額定之。』第六百八十八條第二項云。『殘餘財產。應於各組合員之出資之價額而分割之。』

(二) 損益分配) 以組合之利益、或損失、分配於組合員之割合。依於以組合契約之所定者。以組合契約僅就於利益、或損失、而定分配之割合時。其割合推定爲共通於利益及損失者。(許反對之證明) 不以組合契約、定利益、及損失、之分配之割合。或不定僅利益、或損失、之分配之割合時。則應於各組合員出資之價額而定之。(即人的要素。亦置重於物的要素) 但以組合契約而定或組合員全不受利益、或損失、之分

配之旨時。則認爲不得以爲組合目的之事業。定爲至於不爲總組合員之共同事業。日本民法第六百七十四條第一項已見前。第二項云。『僅就於利益。又損失。定分配之割合時。則其割合。推定爲共通於利益及損失者。』

當分配損益而算出其數額之方法。並分配時期之方法。等。依於以組合契約之所定者。故不明以組合契約而定可於一定之時期。或不定期。分配損益之旨時。則不問組合之存續期間之長短。各組合員不得請求損益之分配。又組合契約。無別段之定時。則損益之分配。惟增減各組合員之持分而止。不要爲填補損失而爲出資。

第四 組合之設立及解散 於此分設立及解散爲二言之。

(一) 組合之設立 組合。僅因於以其設立爲目的之組合員間之契約。而成立。其契約。稱之爲組合契約。而就於此契約。不要何等之方式。又不要爲設立之登記。

(二) 組合之解散 於解散之事由發生。及其清算。如何。於左言之。

一、解散事由之發生。爲組合目的之事業之成功。或至於成功之不能。又組合員之一人或全員之缺亡。無論何者。皆爲組合之解散事由。日本民法。不規定後之二者。以其

當然不待定也。但以組合法人。無以組合之破產。或家資分散。爲解散之事由者。又組合財產之缺亡。又減少。非因之使爲組合目的事業之成功不能。則無爲組合之解散事由者。日本民法第六百八十二條云。『組合因爲其目的之事業之成功。或其成功之不能。而解散。』

雖不以組合契約。定組合之存續期間時。又定非常長之存續期間時。無以或組合員之意思表示。爲組合之解散事由。又無因於或組合員之請求。而以裁判所之判決。命組合之解散者。然解散組合。因有不得已之事由時。則以組合契約。而定存續期間與否。又其長短如何。皆不問之。得從各組合員請求組合之解散。依日本民法起案者之意見。則以此請求。宜爲解散之事由者。然限於不明言以各組合員之意思表示。爲組合解散事由之旨。則各組合員之請求。要以對於他之組合員之訴。爲主張者。不得不認因其請求。而命組合解散之裁判所判決。爲組合之解散事由。日本民法第六百八十三條云。『有不得已之事由時。各組合員得請求組合之解散。』

總組合員之同意。以組合契約所定之存續期間之滿了。或解散事由之發生。亦爲解

散事由。以當事者條件成就之效果。使遡於其成就以前爲意思之表示。如解散條件。則爲以組合契約所定之解散事由之一。

組合契約之解除。僅向於將來生其効力。惟當事者之一方有過失時。則對之不妨爲損害賠償之請求耳。日本民法。依於起案者之意見。如組合之解散。爲組合契約之解除。故有設此規定之必要者。組合契約之解除。因有此規定。亦爲組合之解散事由。然組合之解除。亦非必爲契約之解除。但存關於組合之解散。及組合員之脫退之規定。以上依於日本民法第五百四十一條。應爲有許解除契約之必要。日本民法第六百八十四條云。『第六百二十條之規定。組合契約。準用之。』第六百二十條。已見前。二、清算於組合之解散事由發生之場合。有以組合契約選任之清算人（不問爲組合員與否）時。其清算人爲清算。於不以組合契約。選任清算人時。以總組合員之過半數決。而選任清算人（不問爲組合員與否）時。其清算人爲清算。無論以組合契約。以總組合員之過半數決。皆不選任清算人時。則以總組合員爲清算人。共同爲清算。而於以組合契約選任清算人之場合。其清算人。爲組合員時。其組合員非有正當之

事由。則不得爲辭任。他之組合員。亦非有正當之事由。且非有其一致。則不得爲解任。反之。於以組合契約選任清算人之場合。其清算人非組合員時。則非因於其清算人與總組合員之間之契約（委任）則不生選任之効力。故無論其清算人或組合員。皆無論何時。得爲委任之解除。不要有正當之事由。至以總組合員之過半數決而選任之清算人之解任。又辭任。則無何等之規定。然認爲總組合員以其過半數決。可得爲解任。清算人亦可得爲辭任。日本民法第六百八十五條第一項云。『組合解散時。則清算於總組合員共同。又其所選者爲之。』第一項云。『清算人之選任。以總組合員之過半數決之。』第六百八十七條云。『以組合契約從組合員中選任清算人時。準用第六百七十二條之規定。』第六百七十二條。已見前。第六百五十一條。亦見前。清算人之職務。在於結了組合之現務。取立組合之債權。辨濟組合之債務。分割殘餘財產於各組合員。就於此四種之事務之標準及順序。惟有殘餘財產應於各組合員出資之價額而分割之。之規定而已。日本民法第六百八十八條第一項云。『就清算人之職務及權限。準用第七十八條之規定。』第七十八條第一項。已見總則。

清算人爲組合員時。因代表他之組合員而行上述之職務。有爲必要之一切行爲之權限。非組合員時。則因代表總組合員而行上述之職務。有爲必要一切之行爲之權限。日本民法第六百八十八條第一項。已見前。第七十八條第二項。亦見總則。

清算人有數人時。則清算事務之執行。以其過半數決之。然常務限於其了結前。從他之清算人不述異議時。則於各清算人可得專行之。日本民法第六百八十六條。第六百七十條。已見前。

第五 組合員之加入及脫退 於此分加入及脫退爲二言之。

(一) 組合員之加入 日本民法。就於組合員之加入。雖不設何等之規定。然既許組合員之脫退以上。則認其反對之組合員之加入。自勿論也。而非組合員者加入於組合。要因於從已前爲組合員者之全員。與欲爲新組合員者。間之契約。組入於組合時。爲組合財產共有者之一人。於加入後。應生組合之損益。不待固論。即於加入前之組合之損益。未爲分配者。當分配與之。但對於加入前所生之組合之債權者。而分擔債務乎否乎。即組合員之加入。不及影響於組合之債權者之權利乎否乎。則尙爲疑

問。日本民法第六百七十五條已見前。

(二組合員之脫退) 於脫退事由之發生及其計算如何。於左言之。

一、脫退事由之發生。組合員之死亡、破產、或家資分散、禁治產、無論何者、皆爲其組合員之脫退事由。從而組合員死亡、亦無其相續人代之爲組合員者。日本民法第六百七十九條云。『揭於前條之場合外。組合員因於左之事由而脫退。一、死亡。二、破產。三、禁治產。』同民法施行法第二條已見前。

各組合員之脫退組合。有不得已之事由時。無論何時。得對於他之組合員表示脫退之意思。脫退組合。無不得已之事由時。則於不以組合契約、定組合之存續期間、之場合。限於組合不因之爲不利之時期。得對於他之組合員表示脫退組合之意思。此等之意思表示。爲其組合員之脫退事由。不要他之組合員之意思表示。又依於裁判所之判決。而受其承認。日本民法第六百七十八條第一項云。『不以組合契約定組合之存續期間時。又定或組合員之終身間不爲組合之存續時。各組合員無論何時。亦得爲脫退。但除不得已之事由外。於組合因之爲不利之時期。不得爲之。』第二項云。

『雖已定組合之存續期間時。然各組合員有不得已之事由。得爲脫退。』
他之組合員。以其一致。而對於或組合員爲除名。亦爲其組合員之脫退事由。而此除名。非有正當之事由。不得爲之。然當除名之組合員。不要表示其意思。惟非通知其旨於被除名之組合員。則不得以除名對抗於其組合員而已。日本民法第六百七十九條云。『上略』四、除名。』第六百八十條云。『組合員之除名。限於有正當事由之場合。得以他之組合員之一致爲之。但非通知其旨於被除名之組合員。則不得以之對抗於其組合員。』

二、計算已脫退之組合員。因於脫退之事由發生。而就於組合財產。失其所有之持分。故從於其組合之當時。若組合之解散事由發生。則應受支拂者。可得受支拂。又應支拂於組合者。要爲支拂。是日本民法。所以定爲已脫退之組合員。與他之組合員間之計算。要於脫退之當時。從組合財產之狀況爲之。就於脫退之當時。尙未結了之事項。得於其結了後爲計算也。但日本民法規定已脫退之組合員之持分。不問其出資之種類如何。得以金錢拂戾之。之旨。然是非僅限於脫退之場合之問題。即解散之場合。

亦不得不然。日本民法第六百八十一條第一項云。『已脫退之組合員與他之組合員間之計算。要從於脫退之當時。從組合財產之狀況爲之。』第二項云。『已脫退之組合員之持分。不問其出資之種類如何。得以金錢拂戾之。』第三項云。『就於脫退之當時。尙未結了之事項。得於其結了後爲計算。』

當於爲對於已脫退之組合員之計算。雖以從組合財產額所控除組合債務額之殘額爲標準。然其組合員。不得因於脫退。而對於組合之債權者。免其債務。故以所控除組合債務額之殘額爲標準。以上。他之組合員。不可不要使已脫退之組合員。免組合之債務。

第十二款 終身定期金

於終身定期金論其契約之目的及其效力。

第一 終身定期金契約之目的。契約當事者之一方（定期金債務者）以至於自己。相手方。又第三者之死亡爲止。於定期給付金錢。其他之物。於相手方。又第三者爲目的之契約。謂之爲終身定期金契約。定期金債務者。從相手方受定期金之原本與

否。在所不問也。日本民法第六百八十九條云。『終身定期金契約者。因當事者之一方。約至於自己。相手方。又第三者之死亡而止。於定期給付金錢。其他之物。於相手方。又第三者。而生其効力。』

爲遺言。而以至於相手方（受遺者）又第三者之死亡爲止。於定期給付金錢。其他之物。於相手方爲目的者。謂之終身定期金之遺贈。就於此遺贈。準用關於終身定期金契約（日本民法第三編第三章第十三節）之規定。日本民法第六百九十四條云。『本節之規定。終身定期金之遺贈。準用之。』

第二 終身定期金契約之效力 因於終身定期金契約。債務者負擔至於或人之死亡爲止。於定期給付金錢。其他之物。於債權者之債務（定期金債務）應給付之物之數額。以日割計算之。而或人之死亡時。因其死亡。定期金消滅。雖然。其死亡。因可歸於定期金債務者之責之事由所生時。則裁判所因於定期金債權者。或其相續人之請求。於相當之期間（若爲無可歸於定期金債務者之責之死亡事由。則於或人之可生存而爲期間）得宣告定期金債權之存續。但因之。不妨請求定期金原本之返

還。日本民法第六百九十條云：『終身定期金以日割計算之。』第六百九十三條第一項云：『死亡，因可歸於定期金債務者之責之事由而生時，裁判所因於債權者，或其相續人之請求，而於相當之期間，得宣告債權之存續。』第二項云：『前項之規定，不妨第六百九十一條所定之權利之行使。』

於定期金之債務者，已受定期金之原本之場合，怠於其定期金之給付，或不履行其他之債務時，終身定期金之契約之相手方，得請求原本之返還。請求原本之返還時，定期金債務者，亦可得請求從其既給付之物中，控除其原本之利息之殘額之返還。（第二者爲定期金債權者時，則對於何人，可請求返還乎，疑問也。）此等之債務之履行，從債權者於提供其債務之履行以前，可得拒之。但此規定，雖無限於爲終身定期金契約之解除之場合適用之旨之明文。然於此場合，以可適用爲正當者，勿論也。日本民法第六百九十一條第一項云：『定期債務者，於受定期金之原本之場合，怠於其定期金之給付，或不履行其他之義務時，則相手方得請求原本之返還。但要從既受取之定期金中，控除其原本之利息之殘額，返還於債務者。』第二項云：『前項之

規定不妨損害賠償之請求。』第六百九十二條云。』第五百三十三條之規定。於前條之場合準用之。』第五百三十三條、第五百四十五條、已見前。

第十三款 賭事

因契約之當事者對於未知之事實之未到來、或已到來者而各豫期之以至於確知其事實不如所期時乃爲何等之給付而生其效力之契約謂之賭事。日本民法無關於賭事之規定。蓋自日本法律上言。賭事爲不法行爲。而爲刑法上之所必加以制裁者。(同現行刑法第二百六十一條)但亦認限於不以金錢及其他之財產而爲賭事(即關於飲食物之賭事)無制裁之例外。而各國民法。大都有規定關於賭事之立法例。日本於民法起案時亦倣效之後因遭反對而被削除。實則以勞務爲目的而爲關於賭事之契約。非全然無效者。蓋既於社會上不能使之絕其迹。寧以法律規定之爲愈。是亦足爲立法者參考之說也。

第十四款 和解

於和解論其目的及効力等。

第一 和解之目的。契約之當事者以互爲讓步而止存於其間之爭爲目的之契約。謂之和解。其爭爲裁判上之爭與否。又其讓步。僅關於法律關係有爭與否。皆不問之。日本民法第九十五條云。『和解因當事者約互爲讓步而止其間之爭者。因而生其効力。』

依於日本民事訴訟法第二百二十一條。又第三百八十一條。於訴之提起前。或訴之提起後。爲裁判上之和解者。爲民法上所謂和解否乎。疑問也。

第二 和解之効力。就於和解。或不過爲有認定的効力乎。抑爲有附與的或消滅的効力乎。則有議論。雖然。日本民法則不一定之。而依於和解。有認爲當事者之一方所有之權利之確證出時。則其權利。因於和解而移轉於其人。（即有附與的効力）依於和解。有認爲當事者之一方不有之權利之確證出時。則其權利。因於和解而消滅。（即有消滅的効力）此等之確證不出時。則爲有認定的効力。日本民法第六百九十六條云。『於當事者之一方。依於和解。而認爲有所爭之目的之權利者。或認相手方不有之者。之場合。其人。從來有此權利之確證。或相手方有此權利之確證。出時。其權

利。因於和解而移轉於其人，或消滅之。』
就於錯誤影響不及於和解之效力，規定之之立法例，不尠。然和解，若以多少不明瞭之事實爲豫定者，則因於錯誤，不可不以和解爲無效。勿論也。惟就於當事者豫定之事實有錯誤時，因之，僅可以和解爲無效。

第三節 事務管理

事務管理○者○無○義○務○而○管○理○他○人○之○事○務○之○謂○。例○如○因○友○人○旅○行○，自○己○爲○之○管○理○其○事○務○。此○無○義○務○者○也○。故○謂○之○事○務○管○理○。
於○事○務○管○理○論○其○要○素○及○効○力○。

第一款 事務管理之要素

事○務○管○理○之○要○素○分○爲○他○人○之○事○務○爲○他○人○之○事○務○而○管○理○之○及○無○管○理○之○義○務○等○。
(一) 他人之事務

於○他○人○之○事○務○所○必○要○說○明○者○。因○其○爲○最○易○生○疑○之○場○合○。蓋○本○爲○自○己○之○事○務○。誤○以○爲○他○人○之○事○務○者○。不○得○謂○之○爲○他○人○之○事○務○。如○因○或○人○他○去○，自○己○爲○之○管○理○事○務○。於○其○人

死亡之場合。從相續之順位。自己當爲相續人。則相續之開始。當溯及其人他去時始。於此場合。不得受事務管理之規定。故事務管理。必要爲他人之事務。

(二)爲他人之事務而管理之

於爲他人之事務而管理之之場合。苟管理時。以之爲自己之事務而管理之者。亦非事務管理。如失踪是於失踪之場合。自己爲相續人而管理其財產。本爲自己管理之也。及因於失踪宣告之取消。而返還其財產。亦不得受事務管理之規定。故事務管理。必要爲他人之事務而管理之。

(三)無管理之義務

所謂無管理之義務者。例如後見人爲被後見人管理財產。不得謂之管理事務。以有義務故也。故事務管理。必要爲無管理之義務。

第二款 事務管理之効力

於事務管理之効力。可分爲管理者之義務。及本人之義務。

(一)管理者之義務

管理○者○之○義○務○如○何○分○爲○管○理○者○之○注○意○管○理○之○繼○續○計○算○之○義○務○言○之○

(甲) 管理之注意

管○理○之○注○意○有○原○則○及○例○外○

(子) 原則

原○則○以○最○適○於○本○人○之○利○益○之○方○法○爲○管○理○故○其○注○意○要○與○管○理○自○己○之○財○產○爲○同○一○

(丑) 例外

例○外○因○於○本○人○之○意○思○與○有○急○迫○之○危○害○時○而○不○同○

(乾) 本人之意思

於○本○人○之○意○思○如○何○蓋○管○理○之○方○法○與○本○人○之○意○思○不○合○時○須○依○本○人○之○意○思○而○爲○管○理○例○如○管○理○者○依○原○則○以○最○有○利○益○於○本○人○之○方○法○爲○之○而○於○或○株○式○低○落○之○場○合○爲○之○買○入○其○株○式○然○本○人○之○意○思○最○不○欲○株○式○寧○當○爲○之○買○入○公○債○證○書○是○也○

(坤) 有急迫之危害時

於○有○急○迫○之○危○害○時○如○何○如○本○人○被○傷○創○時○有○爲○之○延○醫○者○即○事○務○管○理○也○其○注○意○之○

程度不能依於原則。即爲延庸醫、費重價、亦不爲不可。然使其爲惡意、或重大之過失、時則不能免其責。如因彼庸醫爲其至友、故以重價延之。是所謂惡意。若隣有近醫、不爲延請、則重大之過失也。

(寅)附隨義務

附隨義務者。通知是也。事務管理多爲本人所不知。故當通知本人。不然則不免或有反於本人之意者。

(乙)管理不繼續

管理之繼續如何。蓋事務管理。無管理之義務。似得隨時不爲其管理。然亦既管理。則其好意當繼續。無他。自無義務之方面觀之。雖似可不爲其管理。然設使自初不管理之。則或有他之爲其管理者。惟他人既見其已爲管理。因之多不措意。故若中途不爲其管理。則以後之管理。必有大感其困難者。故不得不使其管理之繼續也。

(丙)計算之義務

計算之義務。包含甚廣。一、於本人請求時。須爲其報告。二、設本人既自爲管理。則要報

告其始末。三、管理者曾爲之收入金錢（如家屋之貸金等）須交付於本人。四、以自己之名義爲取得權利當以之轉移於本人（如於有廉價不動產之場合以非本人之代理人乃以己之名義爲之買入則須移轉其所有權於本人）。五、管理人曾消費本人之金錢時須返還之並要附利息且有損害要爲賠償（如本人有金額存於管理者之手乃耗費之使不能治產是也）。

（二）本人之義務

於本人之義務分爲費用之償還債務之負擔反於本人之意思而爲管理時言之。

（甲）費用之償還

所謂費用之償還者即如何之費用當爲償還耶。依法律之規定。管理人爲本人之利益所耗之費用當爲償還。然若無利益則不要爲其償還。而其利益以當時所受利益之限度爲標準。故試設二問題。即於本人有家屋當爲小修繕而管理者竟大修繕之。之場合。假定以千圓之家屋。加以千圓之修繕費。併合之。該當爲二千圓之價額。然若賣却之。祇得收回一千五百圓之代價。爲前提。又假定以修繕後。突遭火災。爲前提。本

人應如何償還乎。就於第一前提。則本人當償還五百圓。就於第二前提。則本人現時雖不受益。而當時則受益。故當償還五百圓也。

(乙) 債粹之負擔

所謂債務之負擔者。即管理者爲本人負擔債務。本人當負擔之乎。之問題也。例如管理。理者爲本人修繕家屋。因之負債。本人當負擔之乎。此當視本人當時曾受益與否。苟受利益。則要償還。其負擔額。與上述費用之償還同。於其當時所受利益之限度。負擔償還之義務。

(丙) 反於本人之意思而爲管理時

所謂反於本人之意思爲管理時者。即事務管理多屬於本人不知之場合。然亦有本人知之者。若知之。而本非其意之所欲。然猶爲之管理。是反於本人之意思也。或其初本人雖不知。然其後既知而止之。乃猶爲之管理。亦明反於本人之意思也。於此場合。法律不能視爲事務管理而保護之。且其時本無保護之理由。然使竟不保護之。則本人爲不當利得。故依於不當利得之原則。本人於現受利益之限度。負擔償還之義務。例

如管理者爲本人負債五百圓。而爲之修繕其家屋。後燒失之。本人以無現受之利益。無償還之義務。固也。若其家屋雖存在。而因於日久年湮。五百圓之修繕費。祇遺三百圓之價額。則償還三百圓可也。又於管理者爲本人負債五百圓。以修繕家屋。因年代久遠。祇值三百圓。而本人祇償還三百圓之場合。使期限未到。則供三百圓之擔保。可也。

第四節 不當利得

不。當。利。得。者。其。定。義。謂。無。法。律。上。之。原。因。因。於。他。人。之。財。產。或。勞。務。而。受。利。益。與。損。失。於。他。人。也。例。如。於。他。人。之。財。產。因。誤。認。而。占。有。之。以。之。賣。却。於。第。三。者。而。得。其。代。價。是。自。己。受。利。益。而。與。損。失。於。他。人。也。又。如。貸。家。者。於。其。家。屋。爲。大。修。繕。是。家。屋。所。有。者。受。利。益。而。與。損。失。於。他。人。也。夫。他。人。出。其。財。產。或。勞。務。而。自。己。得。利。益。使。他。人。受。損。失。是。曰。不。當。利。得。

於。不。當。利。得。論。其。通。則。非。債。取。戾。不。法。原。因。之。給。付。等。

第一款 通則

通。則。分。爲。要。素。及。効。力。

(一) 要素

於要素有三。不外於利得、損害及無原因而已。

(甲) 利得

利得不待煩言而明。即於他方之見爲損害者也。

(乙) 損害

損害即於他方之見爲利得者也。畧之。

(丙) 無原因

所謂無原因者。蓋利得、損害若有法律之原因。則不得爲不當利得。其無原因者。如前所示例。占有他人之財產而取得其代價。則我有利得。而他人受損害。是爲不當利得。此三要素完備。然設使於占有之後。不幸而損失其物。雖爲他人之損害。或法律上無原因。然自己不受利益。不得爲不當利得也。再示一例。利用他人之財產以得重價。是爲利得。然其後以之返還於本人。則雖爲自己之利得。或法律上無原因。而他人未嘗受損失。亦不得爲不當利得。又如後見人爲被後見人營業。因營業之結果。而被後見

人有利得。後見人受損失。然此爲後見人之義務。非法律上無原因。（即法律上有原因者）不得爲不當利得也。

(二) 効力

於効力有原則及例外。

(甲) 原則

原則於現受利益之限度內，負償還之義務。例如占有他人之財產，賣却之得千圓之利益。及後原主發見時，祇餘五百圓。即以其殘額償還之可也。然從前雖受利得。而現在無利得。則不要其爲償還。如前示修繕家屋之例。

(乙) 例外

例外於惡意利得者之場合。應以所受利益之全部償還之。如前例，占有他人之財產千圓，於爲善意者時。雖已費消五百圓。則可僅返還五百圓。然惡意者，則須償還全額千圓。並須給付法定利息。若相手方受損害時。須爲賠償。例如乙於甲之財產上受利得。因其効力之結果。乙須返還其財產。並給付利息。若甲以此金額用於商業。當得利

割二分。則於給付法定利息之外，並須給付一割五分，以爲其損害之賠償也。

第三款 非債取戻

非債取戻者，本無債務而辨濟之後，得爲取戻之謂也。如甲對於乙，本無債務，因誤認而爲辨濟，其後知之，則得爲取戻。不然，則其相手方爲不當利得也。此於事實上，甚少其發生之場合。若其初本負債務，後因他之原因而消滅，乃復爲辨濟者，則多有之。又如甲本對於乙而負債務，乃誤對於丙而爲辨濟，則丙爲不當利得，甲得取戻之。

於非債取戻，分爲原則給付者惡意之場合，期限前之辨濟，善意之債權者之保護，言之。

(一) 原則

原則凡非債取戻，皆適用不當利得之通則。若以善意受益，則於現受利益之限度，負償還之義務。若爲惡意，亦準用不當利得之規定。

(二) 給付者之惡意之場合

於給付者之惡意之場合。即明知非爲其債權者。而故對之爲辨濟也。此爲給付者之惡意。不許取戻。蓋已知其非債權者。而故以辨濟之名義。任意給付之。故不許取戻也。例如甲對於乙初負債務。其後債務已因時効消滅。而甲故對之辨濟。則其後不許取戻。

(三) 辨濟期前之辨濟

辨濟期前之濟辨者。即債務之有期限附者。未至辨濟期而爲辨濟。則亦不許取戻。是亦可得謂爲非債取戻者。蓋此時尙不成債務。即得爲取戻也。惟日本民法則採用不許取戻之制。其理由。一由於仿倣各國立法例。一由於羅馬法之沿革。以爲辨濟前之辨濟。雖期限未到來。而債務固存在也。然使債務爲有利息附者。則債權者爲不當利得。於此場合。當以利息返戻於債務者也。此就期限附債務之辨濟言。若爲條件附之債務。則作爲非債取戻。此其理由。以條件成就與否未可知。債務固不存在也。

(四) 善意之債權者保護

善意之債權者保護。如何即從非債務者而受益。固應取戻。然以善意受之。則因其取

戻。債權者或受損害。當如何保護之乎。之問題也。於此問題。則債權者甲。初以乙爲債務者。而受其辨濟後。乙復欲取戻之。則債權者甲有損害時。得不爲其返戻。例如債權者甲。當受辨濟時。以眞債務者丙。之證書還付之。且於其證書上。附記既受辨濟之旨。若非債務者乙。得爲取戻。債權者甲。對於眞債務者丙。不能爲其請求。受損孰甚。故於此場合。得不返戻之。換例言之。如債權者甲。對於債務者丙。有債權。且設定質權。其後因非債務者乙。爲其辨濟。而甲拋棄其質權。則乙爲取戻時。甲不能從質物受辨濟。又例如非債務者乙。爲辨濟後。而爲其取戻。竟使債權者甲。對於眞債務者丙。因時効而債權消滅。亦爲損害。於此場合。得不要爲其返戻也。

第三款 不法原因之給付

於其給付之原因不法時。如日本法律。既禁止賭事。設有爲賭事者。以賭事之結果。而敗者爲給付於勝者。即不法原因。自理論上言。亦爲不當利得。而自日本民法觀之。則不要爲其返還。其不許返還之理由如何。是無他。既因於不法原因之給付。至不返還其給付。雖訴於裁判所而請求保護。是以不法之原因請求保護也。故不許其得請求

返還。然此實不足爲理由。蓋依此方法。適足以獎勵賭事。人亦何憚而不圖倖獲。蓋賭事本於現行之時。則成犯罪。否則不成犯罪。若既爲賭事之後。民法上又不許返還其給付。則人皆趨於倖獲。使許其返還。或足以消其倖獲之心也。不特此也。於賭事往往以約束手形、或證書、作爲債權債務之關係。設其後不返還而起訴訟時。被告得以賭事爲對抗之原因。而裁判所得許其不盡義務。雖日本民法、及各國立法例、皆如此規定。然則於被告許之。而於原告不許之。抑又何耶。故就立法論言之。於此場合。當許其取戻。然日本民法雖以不許取戻爲原則。亦有例外。若僅一方爲不法原因時。則可以取戻。例如甲如欲殺乙。丙勸止之而不從。旣而丙約以如不殺乙則給付以百圓之旨。因而甲遂不殺乙。雖其契約成立。然於此場合。僅甲之一方爲不法原因。而丙則否。故得爲取戻。

第五節 不法行爲

不法行爲者。於廣義。則爲凡法律上所不得爲之之行爲之謂也。於狹義。則爲侵害他人之權利之行爲之謂也。於最狹義。則爲侵害他人之權利。且加損害之謂也。今就於

最狹義者而論其要素。責任者。求償權者。賠償義務。時效等。

第一款 不法行爲之要素

不法行爲之要素有二。即權利侵害及損害。

(一) 權利侵害

權利侵害於法律上之明文爲侵害他人之權利者。因故意或過失而爲之。是也。若因不得已而爲之之行爲。則不得謂之權利侵害。

(二) 損害

損害不專指財產。其他亦包含之。如侵害人之身體。亦爲最狹義之不法行爲。蓋侵害其身體權也。如因侵害之結果。而他人現負創傷。則所用之醫藥費。固爲財產上之損害。如因負創傷而不能執行業務。亦爲財產之損害。然尚有無形之損害。則痛苦是也。若奪人之生命。則死者之家族。可以請求損害賠償。一爲財產上之損害。如妻若子失其扶養。是也。二爲無形之損害。如悲痛。是也。

第二款 不法行爲之責任者

於不法行爲之責任者可分爲無能力者、被用者、因於工作物、又竹木而生之損害、動物所加之損害、共同不法行爲、正當防衛、言之。

(一) 無能力者

就於無能力者有責任否。因於未成年者、心神喪失者而不同。

(甲) 未成年者

於未成年者之責任。須問其有辨識自己所行爲之責任之智能與否。有之則任其責。否則對於未成年者而有監督之責者。負其責。至其有辨識與否。則爲事實問題。

(乙) 心神喪失者

於心神喪失者爲不法行爲時。須其心神回復。始負責任。否則不負責任。而對於心神喪失者爲監督者。須負責任。

(二) 被用者

於被用者(即被雇用之人)爲不法行爲時。其責任如何。分原則及請負人言之。

(甲) 原則

原。則。使。用。者。須。負。責。任。然。例。外。則。於。撰。擇。時。若。注。意。而。無。過。失。則。不。負。責。任。於。被。用。人。爲。使。用。人。所。委。任。之。事。時。則。使。用。者。負。責。任。

(乙) 請負人

請。負。人。者。即。爲。他。人。爲。事。業。對。於。其。結。果。而。受。報。酬。者。也。(如。請。負。家。屋。於。落。成。之。結。果。而。受。報。酬。是。也。) 自。廣。義。言。請。負。人。亦。被。用。者。其。不。同。者。惟。就。於。請。負。事。業。自。負。責。任。故。因。之。而。生。不。法。行。爲。時。則。請。負。人。自。負。其。責。任。也。

(三) 因工作物或竹木而生之損害

因。工。作。物。或。竹。木。而。生。之。損。害。者。如。於。土。地。上。建。築。家。屋。或。種。植。竹。木。因。其。傾。圯。而。生。之。損。害。及。於。他。人。除。天。災。地。震。不。負。責。任。外。若。因。於。人。之。行。爲。而。生。之。損。害。要。負。責。任。蓋。必。其。建。築。種。植。時。有。缺。點。也。夫。於。建。築。基。址。宜。求。鞏。固。於。種。植。根。抵。宜。求。蟠。深。否。則。其。傾。圯。之。結。果。須。負。責。任。此。就。自。初。不。注。意。言。之。也。若。因。其。後。之。缺。點。而。於。家。屋。之。將。崩。折。竹。木。之。已。就。老。朽。者。宜。支。柱。以。防。之。之。場。合。設。因。於。過。失。而。使。之。生。出。損。害。時。亦。負。其。責。任。雖。然。其。責。任。果。何。人。負。之。耶。就。於。占。有。者。所。有。者。而。不。同。

(甲) 占有者之責任

於占有者之責任。除占有以前缺點已生。至不可防止時。不負其責外。須負責任。

(乙) 所有者之責任

於所有者。要完全負責任。是不待說明。

(四) 動物所加之損害

於動物所加之損害。如何。夫動物非權利義務之主體。對於其所加之損害。占有者當負責任。若注意保管之。則可免其責。

(五) 共同不法行爲

於共同而爲不法行爲者。須連帶而負責任。

(六) 正當防衛

於正當防衛。分爲左之二點。

(甲) 對於他人之不法行爲

對於他人之不法行爲者。即他人欲殺害自己。爲防衛生命。而致殺害其人。則不任其

責。

(乙)對於從他人之物而生之急迫之危難對於從他人之物而生之急迫之危難者例如因於地震而他人之物自樓墜下可及損害於自己爲防衛計因而使毀損之亦不任其責。

第三款 求償權者

求償權者即對於所受之損害而有請求賠償之權利者也。求償權者爲如何人乎。有原則及特例。

(一)原則

原則求償權者即被害者。

(二)特別

特例有二。即間接被害者及胎兒是也。

(甲)間接被害者

間接被害者如殺人之子。則其父母爲間接被害者。殺人之夫。則其妻爲間接被害者。

有求償權。

(乙) 胎兒

胎兒本非權利之主體。於此場合得爲權利之主體而視爲既生者。乃例外也。然自事實上觀之。則胎兒之有求償權。必在出生以後。若爲死胎。則無之。

第四款 賠償義務

於賠償義務論其範圍及方法。

(一) 賠償之範圍

於賠償之範圍有原則及例外。

(甲) 原則

原則爲因不法行爲所生損害之全額。但有宜注意者。其所損害要爲與不法行爲有原因結果之關係者。

(乙) 例外

例外於被害者有過失之場合。裁判所得減少其賠償額。例如甲詈乙。乙因而毆傷之。

則裁判所對於甲得減少其賠償額也。

(二) 賠償之方法

於賠償之方法有原則及例外。

(甲) 原則

原則以金錢爲之。有形或無形之損害皆同。

(乙) 例外

例外於名譽毀損之場合。是不限於以金錢爲賠償。即金錢以外之特別方法皆可。最普通者。莫如於新聞上爲謝罪文。然有於金錢爲賠償外。尙須爲謝罪文者。

第五款 時效

於時效論其原則及例外。

(一) 原則

原則因於從受害者知之。及從行爲之時。而不同。

(甲) 從受害者知之時三年

於從受害者知之時其時效三年。即被害人知己受損害並知加損害之人是也。

(乙) 從行爲之時三年

於從行爲之時其時效三年。是不問受害者知之與否。自其行爲之時起算之。

(二) 例外

例。外。有。二。即。刑。法。上。之。犯。罪。及。不。當。利。得。是。也。

(甲) 刑法上之犯罪

刑。法。上。之。犯。罪。者。以。刑。法。犯。罪。之。原。因。而。有。不。法。行。爲。因。不。法。行。爲。所。生。之。損。害。依。刑。法。之。時。效。計。算。之。刑。訴。上。有。公。訴。有。私。訴。公。訴。時。效。未。完。成。私。訴。時。效。不。得。完。成。公。訴。時。效。完。成。私。訴。時。效。亦。完。成。(違警罪六月。輕罪三年。重罪十年)與民法不同。刑。法。上。非。犯。罪。行。爲。得。適。用。民。法。之。規。定。即。爲。犯。罪。行。爲。而。依。民。事。者。亦。適。用。此。規。定。

(乙) 不當利得

於。不。當。利。得。如。何。惡。意。不。當。利。得。者。合。不。法。行。爲。不。當。利。得。而。成。者。也。分。之。似。當。適。用。此。時。效。然。有。特。別。規。定。者。須。適。用。普。通。時。效。之。規。定。例。如。爲。竊。盜。而。受。利。得。爲。不。當。利。

得。其行為爲不法行為。依不當利得。則爲普通時效也。

民法財產編目次四

財產編之下

第三章 擔保

總論

一 各種之意義

二 對人擔保物上擔保

甲 對人擔保

子 保證

丑 連帶

乙 物上擔保

子 留置權

二二七

二二七

二二七

二二八

二一九

二一九

二一九

二二〇

二二〇

丑 先取特權 一一〇

寅 質權 一一〇

卯 抵當權 一一〇

三 法定擔保人爲擔保 一一一

甲 法定擔保 一一一

子 留置權 一一一

丑 先取特權 一一一

乙 人爲擔保 一一一

子 質權 一一一

丑 抵當權 一一一

第一節 留置權 一一一

第一款 總論 一一一

一 定義 一一一

甲	他人之物之占有	一一三二
乙	關於物之債權	一一三二
二	要件	一一三三
甲	占有爲因於不法行爲者	一一三三
乙	債權在於辨濟期	一一三三
三	與留置權之理由	一一三四
第二款	留置權之效力	一一三四
一	留置權者之權利	一一三四
甲	追及權	一一三五
乙	優先權	一一三五
丙	不可分權	一一三五
二	留置權者之義務	一一三六
三	妨消滅時效	一一三七

第三款 留置權之消滅……………二二七

一 擔保之供與……………二二八

二 占有之喪失……………二二八

甲 絕對之喪失……………二二八

乙 債務者以外之代理占有……………二二八

丙 債務者之代理占有……………二二九

第二節 先取特權……………二二九

總論……………二二九

一 限於法定者……………二二九

二 與優先權……………二二九

第一款 一般之先取特權……………二三〇

一 共益費用之先取特權……………二三一

二 葬式費用之先取特權……………二三一

三	雇人給料之先取特權	一三三
四	日用品供給之先取特權	一三三
第二款	特別之先取特權	一三二
第一	動產之先取特權	一三二
一	不動產賃貸之先取特權	一三二
二	旅店宿泊之先取特權	一三一
三	運輸之先取特權	一三一
四	公吏保證金之先取特權	一三一
五	動產保存之先取特權	一三一
六	動產賣買之先取特權	一三一
七	種苗肥料供給之先取特權	一三一
八	農工業勞役之先取特權	一三四
第二	不動產之先取特權	一三四

一 不動產保存之先取特權	一三四
二 不動產工事之先取特權	一三四
三 不動產賣買之先取特權	一三五
第三節 質權	一三五
第一款 總則	一三五
一 定義	一三五
甲 契約	一三五
乙 占有	一三五
丙 優先權	一三六
二 設定要件	一三六
甲 物之引渡	一三六
乙 得讓渡之物	一三六
丙 要有債權	一三七

三 効力……………二二七

甲 優先權……………二二七

乙 不可分權……………二三八

丙 留置權……………二三八

丁 轉質……………二三八

第二款 動產質……………二二九

一 要件……………二二九

甲 動產……………二二九

乙 占有之繼續……………二三九

二 効力……………二四〇

甲 實行方法……………二四〇

乙 順位……………二四一

子 應以後者爲先者……………二四一

丑	限於善意爲然者	二四一
寅	限於善意爲同等者	二四一
卯	依於設定之先後者	二四一
第二款	不動產質	二四二
一	要件	二四二
甲	不動產	二四三
乙	登記	二四三
丙	無利息請求之權	二四四
子	雖有利息之約者	二四五
丑	依於法律慣習等當拂利息之場合	二四五
寅	遲延應拂利息之場合	二四五
丁	準用抵當權之規定	二四五
子	實行方法	二四五

丑 順位……………二四五

三 期間……………二四六

第四款 權利質……………二四六

一 通則……………二四六

二 債權質……………二四七

甲 要件……………二四七

子 債權……………二四七

丑 證書之引渡……………二四八

寅 對於第三者之要件……………二四八

乾 指名債權……………二四八

天 原則……………二四九

地 例外……………二五〇

金 株式……………二五〇

石 抵押.....二五〇

坤 指圖債權.....二五一

屯 無記名債權.....二五一

乙 効力.....二五二

子 原則.....二五二

丑 例外.....二五三

第四節 抵當權.....二五三

第一款 總則.....二五三

一 定義.....二五三

甲 不動產又船舶.....二五三

乙 優先權.....二五三

二 目的.....二五四

甲 種類.....二五四

子 不動產所有權……………二五四

丑 地上權……………二五四

寅 永小作權……………二五四

卯 鑛業權……………二五四

辰 船舶所有權……………二五四

乙 範圍……………二五四

第二款 抵當權之效力……………二五五

第一 總則……………二五五

一 物權……………二五六

二 擔保之債權……………二五六

甲 原則……………二五六

乙 特例……………二五七

三 權利之讓渡……………二五七

甲 場合……………二五七

子 他之債權之擔保……………二五八

丑 抵當權之讓渡……………二五八

寅 順位之讓渡……………二五八

卯 抵當權之拋棄……………二五八

辰 順位之拋棄……………二五九

乙 効力……………二六〇

子 受益者間……………二六〇

丑 對於他之第三者……………二六〇

四 實行方法……………二六一

五 別土地與建物而爲抵當之場合……………二六一

甲 異所有者之場合……………二六一

乙 同所有者之場合……………二六一

子	自初有建物時	二六二
丑	於後築造之時	二六三
第二	優先權	二六三
一	對於普通債權者之優先權	二六三
二	抵當權者間之順位	二六四
三	就於數個之不動產有抵當時	二六四
四	對於他之財產之權利	二六五
第三	追及權	二六六
一	原則	二六六
甲	第三取得者任意辨濟之場合	二六六
乙	抵當權者請求辨濟之場合	二六六
子	對於所有權又地上權之所有者	二六六
丑	對於他之權利之取得者	二六七

二 滌除……………二六七

甲 定義……………二六七

乙 滌除權者……………二六八

子 原則……………二六八

丑 例外……………二六八

乾 債務者……………二六八

坤 條件附取得者……………二六九

丙 手續……………二六九

子 抵當權者之通知……………二六九

丑 滌除之時期……………二六九

寅 滌除之通知……………二七〇

卯 增價競賣……………二七一

三 競賣……………二七一

甲	原則	二七一
乙	競落人	二七二
丙	費用償還	二七二
四	借貸借	二七二
甲	原則	二七一
乙	例外	二七三
第三款	抵當權之消滅	二七三
一	時效	二七三
甲	取得時效	二七四
乙	消滅時效	二七四
子	對於債務者抵當權設定者之場合	二七四
丑	對於他者之場合	二七五
二	地上權永小作權之拋棄	二七五

民法第二編

財產編之下

例言

一本講義爲日本法學博士梅謙次郎先生所授。本編（財產編）於順位次於第二。擔保障則其最末之部分也。

一本講義講授時既甚簡畧。又倉促不能詳加參考。無已。僅就筆記整理之。雖間參以他之筆記。然缺略殊多。實深抱歉。

一本講義因上述之困難。故既不免失之簡略。且用語亦多有不當者。修正之事。期以二版。

編者識

財產編之下

第三章 擔保

擔保債權之物權。即論留置權、先取特權、質權、抵當權之事。分爲總論、第一節留置權、第二節先取特權、第三節質權、第四節抵當權。

總論

於總論分爲三段。(一)各種之意義。(二)對人擔保物權擔保。(三)法定擔保人爲擔保依順序言之。

(一)各種擔保之意義

於各種擔保之意義如何。如左之四點。

第一 對於一個法律上之事實負責任。如賣主謂或之時計、乃真金非鍍金。既有此表示。若以後果爲真金則已。否則當負責任。其見爲鍍金。則事實所存。其當負責任。則法律所定也。

第二 對於爲契約目的之權利及物之瑕疵負責任。如賣物與人必其所賣之物全爲已所有者。若其物非已所有。或僅其一部爲已所有。則既賣之後。原主可以取戻。必致買主受損害。此賣主所當負之責任也。是名爲追奪擔保。又如賣物與人必認定其無瑕疵。若有瑕疵。則賣主對於買主亦當負其責任。是名爲瑕疵擔保。（詳見債權買賣。）

第三 可以供債權者將來辨濟之用之財產。如借主與貸主約設將來債務不能辨濟時。即以或物爲給付。則此物即可以供債權者將來辨濟之用之財產也。但債務者所有財產均可以供債權者將來辨濟之用。故名爲公同擔保。

第四 一定之債權者爲確實得辨濟所有之權利。如設有抵當權之債權。將來債務者不能履行其債務。債權者可處分其抵當物。是抵當權即爲債權者將來確實得辨濟之權利也。但必於其物上爲一定之債權者。惟此一點與公同擔保不同。故名爲特別擔保。在本編所當論者。即此特別擔保也。

(二) 對人擔保與物上擔保

就於對人擔保與物上擔保分爲二言之。

(甲)對人擔保

對人擔保者謂一定之債權者爲確實得辨濟對於一定之人所有之權利也有保證與連帶之不同。

(子)保證

所謂保證者何。即有保證人以爲之擔保也。其所信者爲保證人。故以對人言之。

(丑)連帶

所謂連帶者何。設有一共同債務。若不依連帶之規定。必僅得向共同債務中之各個人。請求其各部分。若其中有赤貧者。則於其部分。將全歸損失。若依連帶之規定。則無論對於何之一人。皆可請求全部。是有擔保之性質矣。以其所信者爲連帶之人。故亦以對人言之。日本舊民法。置連帶債務於擔保中。於新民法。雖亦以爲連帶債務。然非完全獨立之擔保。故不別作擔保解釋。如同法第三百一條所云「供相當之擔保」者。乃專指保證人及物上擔保。並未嘗兼言連帶債務也。餘可類推。

(乙) 物上擔保

物上擔保者謂一定之債權者爲確實得辨濟對於一定之財產所有之權利也其種類有四如左。

(子) 留置權

於留置權俟後專節言之。

(丑) 先取特權

於先取特權亦詳後專節。

(寅) 質權

於質權詳後專節。

(卯) 抵當權

於抵當權詳後專節。

以上四者先就其一者比附定義略言之。即如質權借貸當事者之雙方爲貸借契約。而以或物爲質。設將來債務不能辨濟時。債權者即可得處分其所質之或物。是或物

即爲確實得辨濟之一定財產也。

(三)法定擔保與人爲擔保

於法定擔保與人爲擔保分爲二言之。

(甲)法定擔保

法定擔保者謂保護一定之種類之債權所有之擔保也。細別之爲二。

(子)留置權

留置權如何爲法定擔保乎。蓋何種債權得有留置權。法律已經明定。凡與法定相合之事實。即有留置權。不要有如何之特約也。

(丑)先取特權

先取特權於何種債權得有之。亦爲法律所明定者。故與法定相合之事實。亦即得有其權利。不待特約而生者。

(乙)人爲擔保

人爲擔保者謂不問債權之種類而爲確實其辨濟對於一定之人所有之擔保也。又

分爲二。

(子)質權

質權之爲人爲擔保。不待說明。蓋既無法律明定其種類。則無論何種。皆以人爲得爲之。

(丑)抵當權

抵當權亦如質權。不問何種債權。皆可爲使生抵當權者。

第一節 留置權

於留置權分爲三款。即其總論。効力。及消滅等。

第一款 總論

總論分爲三。(一)定義。(二)要件。(三)與留置權之理由。

(一)定義

留置權者謂占有他人之物者。至受關於其物所生債務之辨濟時。止得留置其物之權利也。如因飼他人之犬而生之費用。於返還之於原主時。凡爲之所生之費用。皆應

償還者。故於其不償還以前。即可得留置其犬。依定義觀之。有二點。一、犬爲他人之物。因而飼之。即爲占有他人之物者。二、其費用。即關於其物所生之債務。故未償還費用。得不返還之。即得於受辨濟前留置其物也。其規定見日本民法第二百九十五條第一項云。『他人之物之占有者。有關於其物所生之債權時。在受其債權之辨濟前。得留置其物。』

(乙)要件

要件如何。蓋欲行使留置權時。必具左之二要件。

(子)要占有非出於不法行爲

一之要件要占有非出於不法行爲者。如前例。使無故取他人之犬而飼之。則與竊盜無異。若許其有留置權。是爲獎勵竊盜。故不許之。同法同條第二項云。『前項之規定。於占有由於不法行爲者。不適用之。』

(丑)要債權在辨濟期

二之要件要債權在辨濟期者。如前例。犬爲友人旅行時所寄託。約以一年歸來。逾月

乃償還費用。是一年又一月。爲其債務之辨濟期也。既而未及一年。友人即歸。此時所有費用。友人固應償還。但於其犬。不得有留置權。同法同條第一項但書云。『上畧』但其債權不在辨濟期時。不在此限。』

(三) 與留置權之理由

法律所以必認留置權者。不外公平之理由。蓋因占有他人物而發生之債權。必此一方。有返還其物之義務。他之一方。有償還費用之義務者。若一方不履行其義務。則一方得對抗之。此留置權之所由規定也。他如同時履行及契約解除。(均見債權編。日本民法第五百三十三條、第五百四十一條、參照。)之規定。其意亦同。

第二款 留置權之効力

於留置權之効力。分爲留置權者之權利、留置權者之義務、及不妨消滅時効等言之。

(一) 留置權者之權利

何爲留置權者之權利。即當未受關於其物所生債務之辨濟時。不惟得留置其物。且得請求留置物之競賣之權利也。細別之爲三。即追及權、優先權、不可分權。是。

(甲) 追及權

如何爲追及權乎。留置權者之有追及權。特一般學說如是耳。其實留置權以占有爲要素。一旦受債務者之辨濟。則占有權消滅。不得仍主張留置其物。故普通之追及權。於留置權不有之。

(乙) 優先權

如何爲優先權乎。謂留置物之所有者。雖得讓渡。或競賣。其留置物於他人。然非讓受人。或競買人。償還留置權者所有對於其留置物之債權。不得使之移轉其留置物。(日本競賣法第三條參照)此非於留置物之代價上有優先權。特爲狹義之優先權者。(於留置物之代價上有優先權。謂之爲狹義優先權。反之。則爲廣義優先權。)

(丙) 不可分權

如何爲不可分權乎。蓋留置權之不可分。即當未受辨濟以前。不得於留置物之全部分中移轉其一部分也。除之右所述外。更有關於留置物之二種權利。

第一 有取得自留置物所生果實之權利。此其果實，非可無償取得者。必要以之充債務之辦濟。其充之之法。如日本民法第二百九十七條第二項所規定。即留置權者，收取從留置物所生之果實。先充當債權之利息。有殘餘時。要之以充原本。是也。

第二 有受因留置物所出費用之償還之權利。因留置物所生之費用有三。一、必要費。二、有益費。三、奢侈費。在留置權者。其於奢侈費。不得求償。得求償者。惟必要費與有益費。其規定見日本民法第二百九十九條第一項云。『留置權者，爲留置物所出之必要費。得使所有者償還。』第二項云。『留置權者，就於留置物所出之有益費。限於其價格之增加現存之場合。得使所有者從其選擇。或償還其所費金額。或僅償還其增價額。但裁判所得因所有者之請求。許與以相當之期限。』相當之期限。即猶豫期限也。

(二) 留置權者之義務

於留置權者之義務如何。如左之二點。

第一 要以善良管理者之注意。保存其留置物。蓋留置權者。對於留置物之地位。

不過暫時占有。一受辨濟。即當返還。故當加意保存其留置物。（見日本民法第二百零九十八條第一項）

第二 非經承諾不得使用其留置物。蓋留置權之目的。不過因留置物之占有。間接以促其債務之償還。故欲使用與借貸其留置物。或以之供擔保。必得債務者之承諾。但因留置物之保存。有不得不使用時。不在此限。（同條第二項）

（三）不妨消滅時効

留置權之効力。不妨消滅時効之進行。即債權之消滅時効。不因留置權者之占有留置物而中斷也。（見日本民法第二百零九條）

第二款 留置權之消滅

留置權之消滅。其原因其與他之物權同者。如因滅失其目的物而消滅。及拋棄其權利而消滅。是也。其與他之擔保權同者。如因其所擔保之主債權消滅（例如辨濟）而消滅。是也。此外關於留置權之特別消滅原因有三。

（一）擔保之供與

關於擔保之供與如何。蓋留置權者。於財產之流通、利用、改良、均有所妨礙者也。故法律上當設變例。以使其易於消滅。其規定見日本民法第三百一條云。『債務者得供相當之擔保。而請求留置權之消滅。』同條所謂相當之擔保者。如設定質權、或抵當權、及設定有資力之保證人、是也。

(二) 占有之喪失

關於占有之喪失。如左之三點。

第一 絕對之喪失。謂留置權者既拋棄占有之意思。或失占有物之所持。則占有權消滅。即留置權亦因而消滅。其規定見日本民法第三百二條云。『留置權。因占有之喪失而消滅。』

第二 債務者以外之代理占有。此疑於喪失而非喪失者。如得債務者之承諾。而以其留置物貸與或質入於他人。於此場合。因留置權者有代理占有者。(即賃借人或質權者)其占有權不消滅。即其留置權亦不消滅。此例外也。其規定見同法同條但書。『上略』依第二百九十八條第二項之規定。而為貸與或質入者。不在此限。』

第三 債務者之代理占有。如留置權者。因債務者之請求。暫以留置物與之。而約以他日不能如期履行債務。仍得由留置權者請求處分其物。於此場合。債務者以所有者之資格。而處於代理占有者之地位。則自留置權者言之。其占有權不消滅。此亦例外也。日本民法無所規定。而學者間主張之。

至於義務之違反。如留置權者不以善良管理者之注意。保存其留置物。或未經債務者之承諾。而使用其留置物。及以之爲借貸。或供擔保。皆不免違反義務。故在債務者得請求留置權之消滅。見日本民法第二百九十八條第三項。

第二節 先取特權

於先取特權分爲總論及一般之先取特權。特別之先取特權。言之。

總論

先取特權者。其定義。謂債權者。從法律之直接規定。對於其債務者之財產。有先於他之債權者。而受自己債權。辨濟之權利。見日本民法第二百三三條也。其中有二要素。一、限於法定者。二、與優先權。如家屋之賃貸借。於賃借人不納賃金時。得於範圍內處

分其所有家屋內之動產。雖他人對於其動產亦有債權。然較之家屋賃貸人之債權之力爲弱。故家屋賃貸人得排斥他債權者而先取之。此所謂從法律之規定而得優先權者也。

於先取特權有特例。蓋爲擴張先取特權之目的之範圍而設。如日本民法第三百四條所規定。『因先取特權之目的物之賣却、借貸、滅失、毀損、而債務者有所當受之金錢及其他之物。先取特權者對之得行使其權利。』是也。試以滅失之例言之。如先取特權之目的物。原附有火災保險。一旦竟罹火災。以通例論。則先取特權必從而消滅。而依同條之規定。則先取特權仍得行於其保險金之上。而不消滅。是其範圍較廣於他之權利。而成爲特例矣。

先取特權之種類。有一般及其特別者。以下分言之。

第一款 一般之先取特權

一般之先取特權者。謂對於債務者之一切財產上。皆有其權利也。其規定見日本民法第三百六條云。『有自揭於左之原因發生之債權者。於債務者之總財產上。有先

取特權。』茲依同條之規定列舉而釋之於左。

(一) 共益費用之先取特權

所謂共益費用之先取特權者，謂爲各債權者之利益起見，而於債務者之財產上，有保存、改良、清算等之行爲，因而生出費用者，其對於債務者之財產，有先取特權。

(二) 葬式費用之先取特權

所謂葬式費用之先取特權者，特因供給他人之葬式費用而代出之者，其對於死者，或其相續人之財產，有先取特權。

(三) 雇人給料之先取特權

所謂雇人給料之先取特權者，謂被雇而有應受之報酬者，其對於雇主之財產，有先取特權。

(四) 日用品供給之先取特權

所謂日用品供給之先取特權者，謂供給他人之日用品（如米鹽之類）而應受償還者，其對於被供給者之財產，有先取特權。

第二款 特別之先取特權

特別之先取特權者謂對於債務者之一定財產上有先取特權也就動產不動產分言之。

第一 動產之先取特權

於動產之先取特權其規定見日本民法第三百十一條云。『有自揭於左之原因發生之債權者於債權者之特定動產上有先取特權』依同條所列舉者而說明之於左。

(一) 不動產借貸之先取特權

所謂不動產借貸借之先取特權者謂不動產借貸人於不動產賃借人之不給付賃金時對於其動產有先取特權。

(二) 旅店宿泊之先取特權

所謂旅店宿泊之先取特權者謂旅店主人於旅客之宿泊料不給付時對於其行李有先取特權。

(三)運輸之先取特權

所謂運輸之先取特權者。謂運送人於旅客、或運送物、之運送賃、及附隨之費用、不給付時。對於其運送物、有先取特權。

(四)公吏保證金之先取特權

所謂公吏保證金之先取特權者。謂依賴人於因公吏之過失受損害時。對於其保證金、有先取特權。

(五)動產保存之先取特權

所謂動產保存之先取特權者。謂保存他人之動產者。於被保存者不給付其費用時。對於其所代為保存之動產、有先取特權。

(六)動產賣買之先取特權

所謂動產賣買之先取特權者。謂動產之賣主、於買主不給付代價、及利息時。對於其所買之動產、有先取特權。

(七)種苗肥料供給之先取特權

所謂種苗肥料供給之先取特權者。謂供給種苗肥料者。於被供給者不給付代價。及利息時。對於其用種苗肥料之土地上。所有次一年生出之果實。有先取特權。

(八) 農工業勞役之先取特權

所謂農工業勞役之先取特權者。謂農工業之勞役者。於其使用者不給付賃金時。對於其因勞役所生之果實。與製作物。有先取特權。

第二 不動產之先取特權

關於不動產之先取特權。其規定見日本民法第三百二十五條云。『有從揭於左之原因發生之債權。於債務者之特定不動產上。有先取特權。』依同條所列舉者。說明之於左。

(一) 不動產保存之先取特權

所謂不動產保存之先取特權者。謂保存他人之不動產者。於被保存者不給付其費用時。對於其所代為保存之不動產。有先取特權。

(二) 不動產工事之先取特權

所謂不動產工事之先取特權者謂工匠、技師、請負人等，於爲工事於他人之不動產上，而債務者不給付費用時，對於其所施工事之不動產，有先取特權。

(三) 不動產賣買之先取特權

所謂不動產賣買之先取特權者，謂不動產之賣主，於買主不付代價及利息時，對於其所買之不動產，有先取特權。

第三節 質權

於質權分爲四款，即總則、動產質、不動產質、權利質，是也。

第一款 總則

於總則就其定義、設定要件及効力言之。

(一) 一定義

質權者謂債權者爲其債權之擔保，而占有從債務者或第三者受取之物，且於其物有先他之債權者，而受自己債權之辨濟之權利（見日本民法第四百三十二條）也。其中有三要素：一、契約；二、占有；三、優先權。如因貸借而以或物爲質，非契約，則不得成。

立。而或物又必移轉於債權者而爲其所占有。且將來債務者不能償還。其債權者得先他債權者處分或物而受其利益。以完成其優先權。至並及第三者何。無他所質之物。有或係由第三者供出故也。在抵當權亦然。

(二) 設定要件

於設定要件如何乎。如左之三點。

(甲) 物之引渡

所以要物之引渡者。即必移轉其占有權是也。不獨與先取特權及抵當權之不必占有其所物者迥不相同。即與留置權之必占有其物者亦不同。蓋留置權之權利自然存在於占有物之上。質權之權利則必因占有移轉之行爲（即引渡）而成立也。其規定見日本民法第三百四十四條云。『質權之設定。因引渡其目的物於債權者而成立。』

(乙) 得讓渡之物

所以要得讓渡之物者。蓋債權者當債務者於債務之不爲辨濟時。以得競賣其目的

物而行使優先權於其代價之上。是爲質權最終之目的。若不得引渡之物。則不利於達此目的。故法律上之禁制物、及世襲財產之類。皆質權所不取者。其規定見日本民法第三百四十三條云。『質權者不得以不得讓渡之物、爲其目的。』

(寅)要有債權

所以要有債權者。如甲請求貸付於乙。乙承諾之。而實行貸付。甲因是而負返還之義務。即乙有受其返還之權利。而乙慮己之權利不確實。乃豫令甲以物質入而爲擔保。是乙對甲之取得質權。實由於有其債權而生者也。

(三)効力

於効力。可分爲優先權、不可分權、留置權、轉質之四點。論之。

(甲)優先權

何爲有優先權乎。即於賣却質物之代金上。得優先於他之債權者受辨濟也。但於動產。不可不繼續占有。於不動產。不可無登記。否則行使優先權時。不免於第三者間之權利相衝突。

(乙)不可分權

何爲有不可分權乎。質權之不可分。謂當未受辨濟以前。不得於質物之全部分中移轉其一部分也。

(丙)留置權

何爲有留置權乎。質權既因質物之引渡而成立。自應有一種留置權。然民法上之留置權。非以當事者之意思設定者。故不得謂質權（此以當事者之意思設定者）之中。本含有留置權。特因欲強質權之效力。乃設此規定耳。其規定見日本民法第三百四十七條云。『質權者。至受前條所揭之債權辨濟止。得留置其質物。』

但有例外。如質權取得之當時。先有保存質物之債權者在。是其對於質權者立於有優先權之地位。而質權者不得以留置權對抗之。明矣。其規定見同條但書云。『上略。』此權利者。不得以之對抗對於自己有優先權之債權者。』

(丁)轉質

何爲有轉質乎。蓋既爲以當事者之意思設定之權利。但使於設定者無所損害。不妨

處分之而移轉於他人。此文明諸國立法例之所公認。而日本則依習慣規定者。惟欲行使其權利。非具二要素不可。一必在自己權利之存續期間內。即不得於質權消滅時而行轉質。是也。二必以自己之責任。即因轉質所生之損害。應由質權者賠償。是也。其規定見日本民法第三百四十八條云。『質權者得以其權利存續之期間內。以自己之責任。轉質質物。其於因不轉質則不生不可抗力之損失。亦任其責。』

第二款 動產質

於動產質分要件及効力論之。

(甲)要件

要件有二。即動產與占有之繼續。是也。

(子)動產

第一要件要動產者。質權既以必引渡其物而成立。又以得讓渡其物爲目的。若非動產。則不便於引渡與讓渡。况指定其爲動產質。則必以動產爲其質物。明矣。

(丑)占有之繼續

第二要件要繼續占有者。蓋非占有則第三者不知其物之上有質權。非繼續占有則第三者於其物之上之有質權。知與否未可一定。此對抗第三者所以必要繼續占有也。其規定見日本民法第三百五十二條云。『動產質權者。非繼續占有質物。不得以其質權對抗第三者。』

(二) 効力

關於効力。分其實行之方法及順位而論之。

(甲) 實行之方法

實行之方法如何如左之二點。

第一 原則 競賣質物而受其代金。

第二 例外 以質物充辦濟。但於此場合。必具四要件。一、要有正當之理由。(如競賣則甚費手數。多需費用。且不能以時價賣却。又或與債務者有親密之關係。而不欲賣之之類。) 二、要從鑑定人之評價。三、要請求於裁判所。四、要豫通知其請求於債務者。其規定皆見日本民法第三百五十四條。

(乙) 順位

順位者。因法律之於質權。既許代理占有。故同一之動產上。常爲數個質權所存在而生之問題也。關於此問題之解決。其說有四。

(子) 應以後者爲先者

所謂應以後者爲先者。即後之取得質權者。得先於先之取得質權者。以行使其權利。

(丑) 限於善意爲然者

所謂限於善意爲然者。即必要後之取得質權者。不知他人已爲先之取得者。始得先行使其權利。若既知之。則其權利當遜於先之取得者。

(寅) 限於善意爲同等者

所謂限於善意爲同等者。即後之取得質權者。不知他人已爲先之取得者。則其權利與先之取得者爲同等。得各應於其質物之代價而均分之。

(卯) 依於設定之先後者

以上三說皆謬。故生出依於設定之先後者之說。即先之取得質權者。得以第一之順

位而行其質權。後之取得質權者，亦得以第二順位而行其質權。是也。此即日本民法所採用者。其規定見第三百五十五條云：『因擔保數箇債權，而於同一動產之上，設定質權時，其質權之順位，依設定之前後。』

第三款 不動產質

所謂不動產質者，在日本舊來習慣及羅馬法，皆屬純然質權。特其目的物爲不動產耳。近世抵當制度完備，用不動產質者，漸次減少。故歐洲今日，鮮有爲純然不動產質之規定者。惟有與之近似之用益質（如債權者占有債務者之不動產，得爲使用、收益，并有留置之權利，是也）之規定而已。日本則不認用益質，而認純然之不動產質。雖原則上與他之質權同，惟實際上，則不得不使不動產質權者，對於其所占有之不動產，爲使用收益之事。蓋爲便宜起見，且不能變從來之習慣也。

於動產質，以其要件效力期間等分論之。

（一）要件

要件有二。即不動產及登記是也。

(甲) 不動產

第一要件要不動產者。蓋動產質權者對於其所占有之質物。以不得使用收益爲原則。而不動產質權者反之者。則以不動產原與動產大異其性質也。故在不動產質。當然以不動產爲第一要件。

(乙) 登記

第二要件要登記者。蓋不動產質之成立。亦必要移轉其占有權。而於成立後之所以得對抗第三者。則不以繼續占有爲必要。所必要者登記耳。夫登記爲完全之公示方法。得使第三者不至受不測之損害。故得之以對抗第三者。

(二) 効力

就於効力分使用收益之權、費用負擔之義務、無利息請求之權、抵當權之規定準用等言之。

(甲) 使用收益之權

何以有使用收益之權乎。蓋不動產質權對於其所占有之不動產。得爲使用收益之

事。前已言之。但其中尙有要從不動產用方之一要件。所謂從不動產之用方者。如以家屋充工場。變水田爲陸地。則非不動產質權所得爲之者。是也。其規定見日本民法第三百五十六條云。『不動產質權者。得從爲質權目的之不動產之用方。而爲其使用及收益之事。』

(丑)費用負擔之義務

何以有費用負擔之義務乎。蓋不動產質權者。對於其所占有之不動產。既有使用收益之權利。則關於不動產之修繕費。與租稅等。皆當以己之費用負擔之。始爲公平。其規定見日本民法第三百五十七條云。『不動產質權者。任拂管理之費用及其他不動產之負擔。』

(丙)無請求利息之權

何以無請求利息之權乎。蓋不動產質權者。既因使用收益而得其果實。則從其果實之價額中。控除關於不動產之一切費用。所殘餘者。必足與其債權之利息相當。故法律爲便利上。使與利息相殺。而不動產質權者之不得請求利息。亦從可知矣。日本民

法第三百五十八條云。『不動產質、不得請求其債權之利息。』依此規定而可生疑問者。如左之三場合。

(子) 有利息之約

於雖有利息之約者。依於上述之規定。不得有請求利息之權。

(丑) 依於法律慣習等當拂利息之場合

於雖依於法律慣習等當拂利息之場合。然依上述之規定。亦不得有請求利息之權。

(寅) 遲延應拂利息之場合

於雖遲延應拂利息之場合。然如上述。亦不得有請求利息之權。

(丁) 準用抵當權之規定

於如何之點。準用抵當權之規定乎。其要點有二。

(子) 實行方法

實行方法之準用如何。於抵當權中論之。

(丑) 順位

就於順位亦詳抵當權中。

夫不動產質權中非包含純然之抵當權者故不曰適用而曰準用。

(三) 期間

於期間如何蓋不動產質之弊害易減不動產之價格無他質權者雖有使用收益之權終以其爲他人之所有物而不願以自己之費用謀改良是亦人情之常而於經濟界最不利益者也故不得許以長期間日本民法第三百六十條第一項云『不動產質之存續期間不得超過十年若以比十年更長之期間設定不動產質時當縮短爲十年』第一項云『不動產質之設定得更新之但其期間至更新時起不得超過十年』

第四款 權利質

於權利質分爲通則與債權質言之。

(一) 通則

前所言之動產質及不動產質皆直接以物爲其目的其爲物權無疑然彼雖直接以物爲其目的實則以物之所有權爲其目的夫既許以所有權質入亦即當許以他之

權利質入。況欲應取引界之需要。不得不使其資本易於流通。此近世文明諸國之法律。所爲認以權利爲目的之質權也。

權利質云者。以其得以一切財產權爲其質權之目的。故謂之權利質。所謂一切財產權。如地上權、永小作權、債權、著作權、特許權、商標權、意匠權等是也。而日本民法。於權利質一節。祇設關於債權之特別規定。至關於其他權利之不設特別規定者。（除地上權、永小作權、準用關於不動產質之特別規定外。加著作權、特許權、商標權、意匠權等。皆於本節不設特別之規定者。）及關於債權之不規定於本節者。一切準用第一節總則之規定。（日本民法第三百六十二條參照）

（二）債權質

於債權質分要件及効力論之。

（甲）要件

於要件分爲三。即債權證書之引渡。及對於第三者之要件是也。

（子）債權

第一要件爲債權者。蓋既別於地上權、永小作權、著作權、特許權、商標權、意匠權等，而成爲一種之債權質。故必具債權之要素（即債權者、債務者、目的）而後其質權得成立。

(丑) 證書之引渡

第二要件爲引渡證書者。蓋債權亦權利之無形者。雖非如有體物之得爲引渡。而可以引渡其證書。此以有價證券等（在日本如株券、公債證書等）爲質者。所必具之要件也。日本民法第三百六十三條云：『於以債權爲質權之目的。而其債權有證書時。其質權之設定。因其證書之引渡而生効力。』

附案 於日本民法第八十六條。有無記名債權以之視爲動產之規定。可參照。
(寅) 對於第三者之要件

第三要件爲對於第三者之要件。細別之。爲指名債權、指圖債權、無記名債權等。

(乾) 指名債權

於指名債權。有原則及例外。

(天)原則

於指名債權對於第三者之要件。其原則如何。如左之二點。

第一 對抗第三者。如甲對於乙而負債務。因作成證書（其證書上記載受取人乙之氏名，故爲指名債權）交付於乙。既而乙復引渡其證書於丙以爲質。於此場合。丙苟不通知甲而得其承諾。則甲仍可以對乙履行。故丙欲對抗甲（即第二債務者）所以必具通知承諾之條件也。

第二 對抗其他第三者。如前例。乙既引渡其債權之證書於丙以爲質。而乙又有以其債權讓渡於丁。或質入於丁之事。於此場合。丁必訪問於甲。以審察乙是否確實有其債權。倘丙於受取其債權之證書之當時。不先通知甲。則甲必僅以乙之債權確實告丁。丁遂依之而受乙之讓渡。或質入。若是。則丙雖欲不認丁之權利。終有所不能。此丙欲對抗丁（即其他之第三者）所以必具通知承諾之條件。且須有確定日附之證書也。

關於右之二點之規定。於日本民法第三百六十四條第一項云。『以指名債權爲質

權之目的時。非從第四百六十七條之規定。以質權之設定。通知第三債務者。而得其承諾。不得以之對抗第三債務者及其他之第三者。』

(地) 例外

對於前之原則有例外。分株式及社債論之。

(金) 株式

第一之例外爲株式。僅要引渡其株券。不必以質權之設定。通知第三債務者。(如記載其質權之設定於株主名簿是) 而得其承諾。即得以之對抗第三者及其他之第三者。同法同條第二項云。『前項之規定。記名之株式。不適用之。』

自保護第三者之點觀之。則右之規定。未爲適當。蓋以株式爲質權之目的物。而不記載於株主名簿。則第三者往往於已被質之株式。誤信爲完全屬於株主者。而取引上不免有大受損害之虞。然日本民法之爲此規定者。亦不過尊重舊時傳來之習慣。非法理之正也。

(石) 社債

第二之例外爲社債。日本所謂社債。即其株式會社所發行之一種信用證券也。關於社債之質入。非依社債讓渡之規定。而以質權之設定記入於會社之帳簿。則不得以之對抗會社。及其他之第三者。(日本民法第三百六十五條)是因其所必要通知而得其承諾者。乃法人。非自然人。故對於前條一項。亦爲例外。

(坤)指圖債權

於指圖債權如何。指圖債權之性質。惟當依裏書爲讓渡。故關於其權利之消長。必記載於證券之上。始生效力。即質權之設定亦然。其規定見日本民法第三百六十六條云。『以指圖債權爲質權之目的時。非以質權之設定。爲裏書於其證書。不得以之對抗第三者。』

(屯)無記名債權

於無記名債權如何。無記名債權。必有證券。即必於質入時引渡之。無疑。且於日本民法。既認無記名債權爲動產。(見同法第八十六條第三項)則關於其質入。又當適用動產質之規定。而以引渡爲要件矣。

(乙) 効力

於効力有原則及例外。

(子) 原則

原則。權利質之質權者。得直接取立爲質權目的之債權。(日本民法第三百六十七條)然亦因左之場合而不同。

第一 債權之目的物爲金錢時。於金額則其所質入之債權金額。同於質權者之債權金額。或更不及其金額。則質權者得受取其全部。以充其辨濟。若其所質入之債權金額。超過於質權者之債權金額。則質權者惟得於自己債權額之限度內。受其辨濟。其規定見同法同條第二項云。『債權之目的物爲金錢時。質權者惟對於自己債權額之部分。得取立之。』於辨濟期。若其所質入之債權辨濟期。在質權者之債權辨濟期前。其期間到來。質權者尙未得受辨濟。惟使第三債務者(即其所質入之債務者)供託其辨濟金額。因之而其質權爲存於其供託金之上者。(同法同條第三項)」

第二 債權之目的物非金錢時。以得受辨濟之物質入者。當辨濟期到來時。質權

者不得直取其物以爲己有。惟得競賣之，而以其代價充債務之辨濟。

(丑) 例外

例外如何。蓋於上述之方法外，更得依民事訴訟法所定之執行方法，以實行其質權。(同法同條第四項)則關於轉付及換價之處分，必請求裁判所之命令，而不得直接行之。(見日本民事訴訟法第六百條第六百十三條)是也。

第四節 抵當權

於抵當權就其總則及効力、消滅等論之。

第一款 總則

總則分爲二段。即定義與目的。是也。

(一) 定義

抵當權者謂債權者對於債務者或第三者所指定供擔保之不動產或船舶所關之權利有先他之質權者而受自己債權之辨濟之權利。(日本民法第三百六十九條、船舶見日本商法第六百八十六條)也。其中有二要素。一、不動產或船舶二、優先權

如因貸借而指定其不動產、或船舶、以爲擔保。則將來債務者不能辨濟時。其債權者得先他人處分此不動產、或船舶、而受其利益。是亦有優先權也。

(二) 目的

抵當權之目的。如何。就其種類、及範圍、分言之。

(甲) 種類

以其種類言之。於日本民法上有規定者三。無規定者二。先言有規定者。一、不動產。所有者。蓋抵當權雖以物爲其目的。實則以物之所有權爲其目的者也。二、地上權。三、永小作權。地上權、及永小作權、之爲抵當權目的時。其於以不動產所有權爲抵當之規定。可準用之。次言無規定者。一、鑛業權。二、船舶所有權。鑛業權、及船舶所有權、之得爲抵當權目的。蓋在新民法施行之後。故於此無所規定。

(乙) 範圍

抵當權之範圍。如何。有原則、及例外。

第一 原則。在抵當地上。除建物外。有附加而成爲一體者。皆抵當權之所及也。

其規定見日本民法第三百七十條前段云。『抵當權除存於抵當地上之建物外。直及附加於其所爲目的之不動產而與之成爲一體之物。下畧。』

第二 例外 其例凡四（同法同條第三百七十一條）一、設定行爲之特別約定時。其得依當事者之意思以定範圍者。以無關公益也。二、土地、上築造建物時。其範圍不及建物者。日本自從其慣習也。三、債務者知害他債權者而加工作於抵當不動產時。如債務者已無資力。猶施工作於不動產。以增加抵當權者之特別擔保。則他債權者必因而減損自己所當受之辨濟額。且是必出於抵當權者與抵當權設定者之通謀。故法律不許。而即以其工作物爲抵當權之目的。四、果實。抵當權之設定。本不妨所有之收益。若抵當權及於果實。則有背於設抵當權之意。此日本民法第三百七十一條。所以有果實不適用前條規定之制也。

第二款 抵當權之效力

於效力。分爲三。即總則。優先權。追及權也。

第一 總則

於總則就於物權擔保之債權權利之讓渡實行方法別土地與建物爲抵當之場合論之。

(一) 物權

抵當權亦一物權也。一經設定則於其範圍內已滅殺所有權之相當部分。故非第一抵當權者行使其權利之後則第二抵當權者不得行使其權利。又以其不以占有爲要素。故非登記不足以對抗第三者。此皆物權自然生出之結果也。

(二) 擔保之債權

抵當權擔保之債權原本之外兼及利息與其他定期金。惟於利息與定期金之期限不可無所限制。蓋所以保全他之債權者也。試言其原則並其及例外。

(甲) 原則

原則限於最後之二年。得以抵當權爲其擔保而行使之。如約定每年終給付利息之債權。而歷年尙未給付。及本年丁未八月實行抵當權。(即處分之而受其利益之謂)則并乙己丙午二年之利息算入可也。其規定見日本民法第三百七十四條云。『抵

當權者。有請求利息及其他定期金之權利時。僅得就於其期滿之最後二年分行其抵當權。』

(乙) 特例

於特例。則於前例之定期金。若於滿期後曾爲特別之登記。則自其登記時起算。亦得行其抵當權。同條但書云。『但就於其以前之定期金。雖滿期後。爲特別之登記時。則不妨從其登記時行之。』例如甲以甲辰年一月一日。得第一抵當權。乙以同年二月一日。於同一不動產上得第二抵當權。直至本年丁未年。甲未得一錢之利息。而曾於乙已一月一日爲未得利息之登記。則於本年實行抵當權時。甲先受原本。及乙已丙午二年之利息。若有殘餘。以償還乙。更有殘餘。則以償還甲辰年所負於甲之利息。

(三) 權利之讓渡

於權利之讓渡。就其場合及效力言之。

(甲) 場合

依於場合而各不同。如左之五點。

(子) 他之債權之擔保

所謂他之債權之擔保者。如甲爲乙之債權者。因使乙以其不動產設定抵當權。既而甲又對於丙負債務。而丙爲其債權者。因以己對於乙所有之抵當權。以爲丙對於己之債權之擔保。於此場合。若丙之債權額。超過於甲之債權額。則丙得僅依甲之債權額。以行其抵當權。又或丙之債權。其期間較甲之債權期間先爲到來。則丙必俟甲之債權期間到來。始得行其抵當權。

(丑) 抵當權之讓渡

所謂抵當權之讓渡者。如前例。甲丙同爲乙之債權者。而甲有擔保。丙無擔保。既而甲以其抵當權讓渡於丙。則甲以有擔保之債權。變爲無擔保之債權。丙以無擔保之債權。變爲有擔保之債權。

(寅) 抵當權之拋棄

所謂抵當權之拋棄者。如甲有第一順位之抵當權。丁有第二順位之抵當權。丙爲無抵當權之債權者。設甲讓渡其抵當權於丙。則丙當先丁而受辨濟。今甲祇爲丙謀利。

益。而拋棄其抵當權。則先行其抵當權者爲丁。而甲與丙同爲無抵當權之債權者。故必待丁受辨濟後。有殘餘時。而後甲與丙得以同等受其辨濟。

(卯) 順位之讓渡

所謂順位之讓渡者。如前例。甲讓渡其抵當權之第一順位於丁。使丁得先行其權利。是也。其與抵當權之讓渡不同者。彼對於非抵當權者讓渡。而權利之關係斷絕。此對於抵當權者讓渡。而權利之關係減輕也。

(辰) 順位之拋棄

所謂順位之拋棄者。如甲丙丁皆抵當權者。甲居第一順位。丁居第二順位。丙居第三順位。各有債權千圓。今甲因爲丙謀利益。而拋棄其抵當權之順位。則當以丁爲第一順位。丙爲第二順位矣。然丁之得居第一順位。非純然自甲讓渡者。畢竟祇能受取五百圓。而丙既居第二順位。則亦應受取五百圓。其殘餘五百圓。宜歸甲受取。蓋甲雖拋棄順位。其抵當權固在也。其與順位之讓渡異者。彼以甲無受一錢之權利爲結果。(如讓渡其順位於丙。其結果則丙受取千圓。丁受取五百圓。甲無所受取。)此以甲

有與丙同等之權利爲結果。其與抵當權之拋棄異者。彼之因拋棄而受利益者。非抵當權者。此之因拋棄而受利益者。乃抵當權者也。

以上見日本民法第三百七十五條云。『抵當權者。得以其抵當權爲他之債權之擔保。又得爲對於同一債務者之他債權者之利益。而讓渡或拋棄其抵當權。及讓渡或拋棄其順位。』

(乙) 効力

於効力如何。就於受益者間與對於第三者言之。

(子) 受益者間

於受益者間如何。蓋債務者受通知而爲承諾。則必服從於受抵當權處分之利益者。不得以獨斷而償還於前抵當權者。同法同條二項云。『主債務者受前項之通知而爲承諾時。無受抵當權處分之利益者之承諾。而爲辨濟於前抵當權者。不得以之對抗於其受益者。』

(丑) 對於他之第三者

對於他之第三者如何。抵當權之處分。非登記不足以對抗第三者。固也。然尤須令債務者知之。否則不獨恐債務者對於前抵當權者有辨濟等之行爲。且恐他之第三者因債務者不知。而轉生迷惑也。日本民法第三百七十六條第一項云。『於前條之場合。非從第四百六十七條之規定。通知抵當權之處分於主債權者。而得其承諾。不得以之對抗其債務者。保證人。抵當權設定者。及其承繼人。』

(四) 實行方法

於實行方法有原則及例外。

第一 原則 競賣其所抵當之不動產而受其代金。

第二 例外 於不害抵當權者之範圍內。而爲免除抵當權者實行之方法。(即辨濟、滌除、是) 所以保護第三取得者。即所以救濟抵當權之有妨於財產之流通也。

(五) 別土地與建物爲抵當之場合

日本常分土地與建物爲二。即以之爲抵當權之目的時。亦不合併。此其慣習然也。關於此。分爲左之二點。

(甲)異於所有者之場合

於土地與建物非屬於同一所有者之場合。在以土地爲抵當者。其關係不及於建物。以建物爲抵當者。其關係不及於土地。故雖土地與建物相連屬。亦不生困難問題。

(乙)同一所有者之場合

於土地與建物屬於同一所有者之場合。其問題所由生。即在僅單競賣土地。或僅單競賣建物時。如單競賣土地。土地既歸競賣落人所有。而建物仍屬舊所有者。若不爲建物所有者設保護之之法。必至廢去其建物。不惟建物所有者直接蒙損失。即抵當權者亦恆間接蒙損失。故非視建物所有者爲有地上權於其土地上不可。日本民法第三百八十八條云。『於土地及存於其上之建物。屬於同一所有之場合。而單以土地。或單以建物。爲抵當時。就於抵當權設定者競賣不動產之場合。則視爲設定地上權者。』然關於此。尙有問題。分爲左之二點言之。

(子)自初有建物之存在時

於自初有建物之存在時。使如上述。竟使視爲無報酬而設定地上權。則又不利於土

地所有者。故當使建物所有者給付地代。而其地代。則因當事者之請求。由裁判所定其相當之額。(同法同條但書)可也。

(丑) 於後築造之時

於後築造之時。如何。蓋如上述。乃於抵當權設定之初。即存有建物於其土地之上者。若於抵當權設定之後。始築造建物。則抵當權者得與其土地共競質之。特其建物原未抵當。故其競賣之際。抵當權者僅得於其土地之代價上有優先權(日本民法第三百八十九條)也。

第二 優先權

於優先權。分爲對於普通債權者之優先權。抵當權者間之順位。就於數個不動產有抵當時。對於他之財產之權利言之。

(一) 對於普通債權者之優先權

所謂對於普通債權者之優先權者。即抵當權者於所抵當之不動產。得排斥他之債權者而先受辨濟也。

(二) 抵當權者間之順位

所謂抵當權者間之順位者。謂以同一不動產擔保數個債權。而設定抵當權時。其抵當權之順位。一依登記之前後。(見日本民法第三百七十二條)而不問其設定之前後。如丙有可值八千圓之不動產。初以之抵當於甲。而借入五千圓。次以之抵當於乙。而借入三千圓。然乙實先甲登記其抵當權。設使丙之不動產。其價值低落至六千圓。雖甲之抵當權設定在前。亦終必以乙爲第一債權者。而於六千圓之價值。乙竟得先取三千圓。甲却不過受取其殘額三千圓而已。

(三) 就於數個不動產上設定抵當權時

就於數個不動產上設定抵當權時。有原則及其例外。

第一 原則 如丙先借入千圓於甲。而以子丑兩不動產之各值千圓者。設定抵當權。次借入千圓於乙。而以子不動產之值千圓者。設定抵當權。則抵當權實行時。必待甲於子丑兩不動產之價額中。各受取五百圓。而後乙於子不動產價額中。得受取殘餘之五百圓。所謂準各不動產之價額。分其債權之負擔。(日本民法第三百九十二

條第一項)而甲獨有優先權者也。

第二 例外 如前例。設定抵當權。而甲獨於子不動產之代價。豫定有受全額辨濟之權利。則抵當權實行時。甲可先受取子不動產之代價全額(千圓)而乙則惟於丑不動產之價額中。有受取其應得辨濟之金額(五百圓)之權利。可代位甲以請求之。(日本民法第三百九十二條第二項)是亦惟甲有優先權也。

(四)對於他之財產之權利

於對於他之財產之權利有原則及其例外。

第一 原則 抵當權者對於債務者之別種財產。不得置其所抵當之不動產。而先與普通債權者受平等之辨濟。(日本民法第三百九十四條第一項)是其優先權僅存於所抵當之不動產上也。

第二 例外 抵當權者當先於所抵當之不動產之代價。而配當別種之代價時。其對於債務者之別種財產。得置其所抵當之不動產。而先與普通債權者受同等之辨濟。(日本民法第三百九十四條第二項)夫曰受同等之辨濟。則亦無所謂優先權矣。

第三 追及權

於追及權就其原則滌除競賣貸借等論之。

(一) 原則

原則有二。即第三者任意辨濟之場合及抵當權者請求爲辨濟之場合。

(甲) 第三取得者任意合濟之場合

於第三取得者任意辨濟之場合在抵當權者惟認其所辨濟之一部分有效。而於其未辨濟之一部分仍得行使其抵當權。即所謂有追及權也。

(乙) 抵當權者請求爲辨濟之場合

於抵當權者請求辨濟之場合在第三取得者決非爲債務者辨濟之一部。實認爲抵當物之價格而支付之。故抵當權當因之而消滅。即追及權亦從而消滅。但亦因其對於所有權又地上權之所有者與對於他之權利取得者而不同。

(子) 對於所有權又地上權之所有者

如上述之場合。必第三者爲買受抵當之不動產之所有者。或地上權之所有者。始

能享其利益。日本民法第三百七十條云。『買受抵當不動產之所有權、或地上權、之第三者、應於抵當權之請求而辨濟其代價。抵當權因而消滅。』

(丑) 對於他之權利之取得者

於第三者取得之權利、爲所有權、地上權、外其他之權利、如永小作權、地役權者、則不得享有其利益。蓋以其對於所使用之不動產而出之對價額甚小。故抵當權者雖可對之請求代價、或小作料、然必不得遽因之消滅其抵當權也。

(二) 滌除

於滌除分爲四。即定義、滌除權者、手續、增價、競賣、等。

(甲) 定義

滌除者、謂第三取得者、提供抵當權者、承諾一定之金額、而使抵當權消滅也。夫滌除之法、自純理上論之、以第三取得者而得任意使優先之抵當權消滅、未爲得當。而自實際上之便宜觀之、既不失第三取得者謀爲取得之權利、又不害抵當權者之利益。且使附着於抵當權之不動產、有容易取引之利益。是不可不謂爲公私兩利者。日本

民法第三百七十八條云。『取得抵當不動產之所有權、地上權、或永小作權、之第三者。從第三百八十二條、乃至第三百八十四條、之規定、拂渡提供而得其承諾之金額於抵當權者、或未拂渡而供託之、得以滌除其抵當權。』

(乙)滌除權者

於滌除權者有原則及其例外。

(子)原則

原則滌除制度、原爲保護第三取得者而設。故正當得行滌除權之人、惟有第三取得者。

(丑)例外

例外又分爲二。即債務者及條件附取得者。

(乾)債務者

於債務者不問其爲主債務者、與保證人、或其承繼人、但既居於債務者之地位、即有辨濟債務金額之義務。倘許其得以一部辨濟行滌除權、則債權者於其未受辨濟之

部分不免失所擔保。此法律所當保護者。日本民法第三百七十五條云。『主債務者、保證人、及其承繼人、不得爲抵當權之滌除。』

(坤) 條件附取得者

於條件附取得者。專指停止條件附之第三取得者言。夫既附停止條件、自不得於其停止條件成否未定之間、竟行使其滌除權。(日本民法第三百八十條)蓋非正當之第三取得者、即不能有第三取得者之權利。亦其法律行爲所生之自然之結果也。

(丙) 手續

滌除之手續有三。即抵當權者之通知。滌除之時期。滌除之通知。是也。

(子) 抵當權者之通知

於抵當權者之通知如何。蓋非抵當權者豫爲通知。則第三取得者往往欲行滌除權而有所不及。此又立法者所宜慮及者也。日本民法第三百八十一條云。『抵當者欲實行其抵當權時。要豫通知揭載於第三百七十八條之第三取得者。』

(丑) 滌除之時期

於滌除之時期如何。得爲滌除之時期有三。一、於抵當權者未通知前。第三取得者得隨時行使其滌除權。二、抵當權者既通知後。第三取得者必於一個月內。送達書面。以爲滌除手續之開始。三、有於抵當者既通知後。而新取得權利之第三者。亦祇得行使滌除權於通知後之一月以內。以上三種時期之規定。日本民法第三百八十二條第一項云。『第三取得者自受前條之通知時止。無論何時。得爲抵當權之滌除。』第二項云。『第三取得者受前條之通知時。非於一月內。爲次條之送達。不得爲抵當權之滌除。』第三項云。『取得揭於第三百七十八條之權利之第三者。於有前條之通知後。其爲滌除以前項之第三取得者得爲滌除之期間爲限。』

(寅)滌除之通知

於滌除之通知如何。其通知須送達三種書面。一、關於取得之要領書。二、登記簿之謄本。三、提供之陳述書。以上三種書面送達之規定。日本民法第三百八十三條云。『第三取得者欲滌除抵當權時。要送達左之書面於爲登記之各債權者。一、記載取得之原因。年月日。讓渡及取得者之氏名住所。抵當不動產之性質。所在。代價。其他取得者

之負擔之書面。二、關於抵當不動產之登記之謄本。但關於既經消滅之權利之登記。不要掲載之。三、當債權者於一月以內。從次條之規定。不請求增價競賣時。第三取得者以所揭於第一號之代價。又所特指定之金額。（因欲取得其不動產而指定之。其額大抵不下於相當之代價）。可從於債權之順位而辨濟。又供託之旨之書面。

(卯)增加競賣

於增加競賣如何。蓋債權者受滌除之通知。而不承諾其提供之金額。乃於此後之一個月內。請求以在提供金額十分之一以上之高價。賣却其不動產。若不能賣却。則自以十分之一之增價買受之。此之謂增價競賣。此種競賣。不請求之於裁判所。而請求之於第三取得者。（日本民法第三百八十四條第二項）。

(三)競賣

於競賣。分爲三。即原則。競落人。費用償還等。

(甲)原則

原則競賣之性質。大概與賣買同。故苟無別段之規定時。無論何人。得爲競賣人。

(乙) 競落人

所謂競落人者。即於競賣場中與他人競勝之結果。因之取得不動產之所有權者。是也。凡競落人以許第三取得者爲之。最爲有利而無害。(日本民法第三百九十條)

(丙) 費用償還

費用償還如何。設第三取得者對於抵當不動產。曾出必要費。或有益費。在抵當權者既因之而受利益。倘不償還第三取得者而令其受損害。則抵當權者爲不當利得。故當從不動產之代價中。最先控除其金額以償還之。(日本民法第三百九十一條)

(四) 質貸借

於質貸借有原則及例外。

(甲) 原則

原則於短期之質貸借。雖登記在抵當權登記之後。亦得以之對抗於抵當權者。(日本民法第三百九十五條) 蓋以其最有益於不動產之生殖。而不至減少其價格。故深爲法律所保護也。

(乙) 例外

例外若質貸借者於抵當權有損害。則裁判所得因抵當權者之請求。而命其解除。(日本民法第三百九十五條但書)夫既爲質貸借保護。而又許抵當權者請求解除。則其保護亦徒有其名耳。且所謂有損害於抵當權者。非必有正當之理由。不過當賣却不動產之不得善價時。而以有質貸借爲借口而已。故此例外之規定。爲甚不得其當者。日本學者間不乏其議論。

第三款 抵當權之消滅

抵當權消滅之原因。有與他之擔保權共通者。如因其所擔保之債權消滅。抵當權之拋棄。目的物之滅失與混同。而消滅者是也。有爲抵當權所獨有者。如因取得代價之辨濟。及滌除。競賣。而消滅者是也。茲第就因時効及地上權。永小作權之拋棄。而消滅者言之。

(一) 時効

於時効分爲取得時効及消滅時効。

(甲)取得時效

取得時效者凡平穩且公然占有他人之不動產而其占有爲出於善意且無過失者(所謂必要之條件)得經過十年取得其不動產之所有權。此所謂取得時效也。夫在一方爲取得。即在他之一方爲消滅。就抵當權言之。如於設定抵當之不動產。有買取之者。經過十年。而抵當權者之對此不動產。尙未處分。則因買主取得所有權。而抵當權遂歸於消滅。是也。

(乙)消滅時效

消滅時效分爲對於債務者抵當權設定者之場合。對於他者之場合。

(子)對於債務者抵當權設定者之場合

於對於債務者或抵當權設定者之場合。則債權爲主。抵當權爲從。苟其所擔保之債權不因時效消滅。則其抵當權雖罹時效。而亦不消滅。故其消滅必與債權同時。日本民法第三百九十六條云。『抵當權者對於債務者及抵當權設定者。非與其所擔保之債權同時。不因時效而消滅。』

(丑)對於他者之場合

於對於非債務者及非抵當權設定者之場合。如買主買取有設定抵當權之不動產。已具備取得時效必要之條件。(日本民法第六十二條所規定者)因而主張其抵當權之當歸消滅。在抵當權者不得對抗之。日本民法第三百九十七條云。『非債務者、及非抵當權設定者、占有抵當不動產、而具備取得時效必要之條件時、抵當權因而消滅。』

(二)地上權永小作權之拋棄

設地上權者、或永小作人、以其權利之一部分爲抵當。則此一部分之權利、已爲抵當權者所有。雖欲主張拋棄其地上權、或永小作權、而不得。則抵當權之不因其拋棄而消滅可知。日本民法第三百九十八條云。『以地上權、或永小作權、爲抵當權、不得以拋棄其權利對抗抵當權者。』

民法第二編終

上海图书馆藏书



A541 212 0024 5573B

光緒三十三年九月二十一日
明治四十年十月二十七日
發行

編輯者

姚

華

印刷者

長谷川辰二郎

發行所

丙午社

印刷所

小川印刷所

中國天津河北公園
日本東京市神田區
錦町三丁目一番地

發賣所

中國各省各書肆
日本東京各書肆



