

法學名著
民法要義

債權編

商務印



日本梅謙次郎原著
陽湖孟森譯述

債權編

法學
名著
日本民法要義

上海商務印書館印行

民法要義第二卷目錄

第三編 債權

第一章 總則

第一節 債權之目的

第二節 債權之效力

一 履行

二 賠償

三 對於第三者之債權者之權利

第三節 多數當事者之債權

第一款 總則

第二款 不可分債務

第三款 連帶債務

一 債權者與債務者之關係

二 債務者間之關係

.....	一
.....	五
.....	五
.....	二二三
.....	二二三
.....	二二三
.....	二二三
.....	三〇
.....	四二
.....	五〇
.....	五〇
.....	五一
.....	五一
.....	五七
.....	六〇
.....	七一

第四款 保證債務.....七八

一 總則.....七八

二 債權者與保證人之關係.....八八

三 主債務者與保證人之關係.....一〇〇

四 保證人間之關係.....一一三

第四節 債權之讓渡.....一一五

第五節 債權之消滅.....一三一

第一款 辨濟.....一三一

一 應為辨濟之人.....一三二

二 應受辨濟之人.....一四〇

三 辨濟之目的.....一四三

四 辨濟之場所.....一四七

五 辨濟之費用.....一四八

六 受領辨濟者之義務.....一四九

- 七 辨濟之充當.....一五一
- 八 辨濟之提供.....一五八
- 九 辨濟目的物之供託.....一六一
- 十 代位.....一六八
- 第二款 相殺.....一八五
- 第三款 更改.....一九八
 - 一 更改之條件.....一九八
 - 二 更改之效力.....二〇六
- 第四款 免除.....二一〇
- 第五款 混同.....二一二
- 第二章 契約.....二一四
 - 第一節 總則.....二一六
 - 第一款 契約之成立.....二一六
 - 第二款 契約之效力.....二三五

第三編 目錄

一	雙務契約	二三五
二	為他人所為之契約	二四七
第三款	契約之解除	二五三
一	解除之方法	二五三
二	解除之條件	二五六
三	解除之效力	二六〇
四	解除權之消滅	二六二
第二節	贈與	二六五
第三節	賣買	二七一
第一款	總則	二七二
第二款	賣買之效力	二七九
一	買主之權利	二七九
二	賣主之權利	三〇七
第三款	買戻	三一四

第四節	交換	三三三
第五節	消費貸借	三三六
第六節	使用貸借	三五—
第七節	借貸借	三六一
第一款	總則	三六一
第二款	借貸借之效力	三七—
第三款	借貸借之終了	三八八
第八節	雇傭	三九七
第九節	請負	四〇八
第十節	委任	四二二
一	委任之定義	四二四
二	受任者之義務	四二五
三	委任者之義務	四三〇
四	委任之終了	四三七

五 準委任	四四四
第十一節 寄託	四四四
第十二節 組合	四五五
一 組合之定義	四五七
二 組合之效力	四五九
三 組合之終了	四七一
第十三節 終身定期金	四八四
第十四節 和解	四九二
第三章 事務管理	四九六
一 管理者之義務	四九八
二 本人之義務	五〇二
第四章 不當利得	五〇五
第五章 不法行爲	五一六

民法要義

第三編 債權

債權^① (Créance, Forderung) 云者。使或人為某事或不為某事之權利是也。向例雖以與 (dare) 及為 (facere) 不為 (non facere) 三大別。為債權之目的。然與字即包於為字之中。余故甯以為不為二者當之為妥。即如移轉權利與也。然亦即為也。無可疑者。但除移轉權利之外。自有為之之義務。例如築屋旅行等皆是。又其不為之義務。例如在同町內。按譯者本之町。如我國之小街。鑄與債權者不為同一之營業。除屬於債權者所有之劇場以外。不為演劇。使用貸主。譯者按言以己物貸與人使用者。因使借主得使用其物。不行使其所有權。即於己物不為使用。收益或處分。此等皆是。故謂債權之目的。乃行為。不行為。二者耳。或有謂債權之目的。常在行為。但其行為有積極消極之別者。是亦不誤。

債權一謂之人權。(Droit personnel, persönliches Recht) 是蓋對物權而言。物權固直接行之於物。債權則常對人行之。縱在間接以物為目的之時。債權者亦不得行其權利於此物之上。必需債務者之行為。故謂之人權。然人權字樣。亦用於各人天賦之權利之一義。依日文之慣例。與債權同用。極為不妥。故新民法常用債權字。不用人權字。然其意義。則與舊民

法所謂人權無異。

債權爲財產權。既如所論。一故縱係爲不爲之義務。其目的不在債權者之處分者。不得謂之債權。例如夫有使妻同居之權利。七八九雖以妻之行爲爲其目的。而不可謂之債權。又未成年之子。不得定居所於行親權之父所指定之場所以外。一八〇〇人是有不爲之義務。而亦不得以之爲債權。此類是也。

債權所以異於物權者。一則得直接就物行之。一則止得直接對債務者。求其積極或消極之行爲。而間接則有多處。得令債權者施其行爲於物之上耳。由此性質之差異。所生兩種權利之區別。(一)物權生優[◎]先[◎]權。債權則不生之。故各債權者。以有平等權利爲原則。若債務者財產不足償其債務。則各債權者。皆應其債權之額。止受二分之一、三分之一、四分之一等之辨濟。蓋無物上擔保之債權者。於債務者財產之上。無直接之權利。故因債務者抗不辨濟。若欲就其財產爲強制執行。則各債權者之間。不能爲甲乙之區別。其勢除平等攤算之外。無他辨濟之法矣。反之。而有物上擔保之債權者。於某物之上。若一般之先取特權則全財產之上有直接之權利。故物權者必就其權利之目的物。有優先權。當先於他債權者受其辨濟。是謂物上擔保之效用。(二)物權生追[◎]及[◎]權。債權則不生之。故債務者若以其財產讓渡他人。

則通常之債權者。不得就此復行其權利。反之、而有物上擔保之債權者。就債務者已讓渡於他人之財產。亦仍得行其權利。其事既有詳論矣。二卷總目二百九十五條下、第八卷先條下蓋就物有直接之權利者。縱債務者讓渡其物於他人。亦不因是妨自己之權利。固不待言。然通常之債權者。則非有物上之權利。不過對於債務者。得求其積極或消極之行為耳。故縱其行為。有關某物。或以其不履行債務之結果。就債務者之財產。當為強制執行。然不得就債務者已讓渡於他人之財產。行其權利。蓋債權者即得行權利於債務者之財產。然對於已非債務者財產。固無何等權利也。

債權常為人與人之關係。依前所揭之定義自明。其債權之名。乃由權利者之側面觀之。若由義務者之側面而觀。則謂之債務 (Dette, Schuld) 或義務 (Obligation, Verbindlichkeit) 而義務字樣。乃廣用以對權利之詞。如各人有不侵他人所有權之義務。妻有與夫同居之義務。皆是。故新民法。常用債務字對債權焉。但依行文之便。亦往往有用義務字樣於債權之義務。則以債務字樣為例。由是遂生債權者 (Crancier, Gläubiger) 債務者 (Débiteur, Schuldner) 之名稱矣。

舊民法認羅馬法以來歐洲諸國所行之自然義務 (Obligation naturelle Naturalobligati-

ion) 所生效力。比於法定義務 (Obligation civile, Klagbare Obligation) 爲薄弱焉。雖然。此特如羅馬法之極泥於形式。法律所應保護之權利。徒以形式稍缺。法律卽不能保護之。於是欲矯正其法律之不備。縱不能認其效力爲完全之權利。而因聊勝於無。乃生自然義務。付之以幾分不完全之效力。以見其不得已。蓋無足怪。然從法律之進步。凡法律應保護之權利。既悉以相當之方法保護之。此外無庸認所謂自然義務者。此新民法所以於法律所定之普通義務。卽法定義務之外。不別認一種異樣之義務也。但若如舊民法、新民法等。以所謂原因者爲法律行爲之要素。則其因無原因而爲無效之法律行爲。必當不尠。欲以之爲有效。往往必認自然義務之存在。新民法則不認原因爲必要。一卷第九十五條 意思之欠缺 益不必認自然義務矣。

債權發生之原因。大別之爲法律行爲不當利得不法行爲法律之直接規定四種。其法律行爲之種類。雖不一而作。然以契約爲其最重者。第二章 遺言雖亦發生債權之一大原因。然此係第五編所規定。至其他法律行爲。則於總則之一般規定外。無庸更置特別規定。不當利得。則除純然之不當利得。第四章 外。有所謂事務管理者。其規定不同於普通之不當利得。故新民法別規定之。第三章 此二者。乃組成所謂準契約 (Quasi-contract) 者。不法行爲。第五章

則所謂犯罪準犯罪 (Malign quasi-delict) 者是。而法律之直接規定。則散在法律之各部。不得包括而規定之。今言其二三例。則如扶養之義務。後見人之義務。納稅之義務等。皆是。本編除揭右所揭之各種原因所生債權之特別規定外。別置總則一章。第一揭通於各種債權之一般規定焉。請順次說明於左。

第一章 總則

本章別爲五節。第一節爲債權之目的。明債權目的之範圍。第二節爲債權之效力。定債權者之權利義務。第三節爲多數當事者之債權。揭債權者。或債務者。有數名時之特例。第四節爲債權之讓渡。詳其債權果得讓渡否。又得讓渡者。其讓渡時必要之條件爲如何。第五節爲債權之消滅。列舉債權能消滅之原因焉。

第一節 債權之目的

債權之目的。常在債務者積極或消極之行爲。既如所論。其所決之問題。惟其行爲之性質如何。或在以某行爲爲目的之債權。其當然之結果。不惹起某行爲否。又其行爲在物之給付時。當給以何等之物。又債權之目的。在以數個行爲中之一爲之時。應以何者當之等是矣。

第三百九十九條 債權雖不得估計金錢。然得以之爲其目的。財二九三三二三一項取二六六

債權之目的。果得估計金錢與否。學者間未有一定之說。蓋在羅馬法。學者動言要估計債權目的之金錢。即至今日。凡屬羅馬法系之法律。大抵皆依此主義。雖然。此實無理之制限。何則。人生非必止以金錢爲利益。其需要亦非止有形之事物。故債權之目的。亦無庸必爲金錢所可估計。例如教師醫師辨護士等之勤勞。難以金錢估計。而遽不得爲債權之目的。則頗不便。終不適用於文明國之需要。故即如日本舊民法。其原則固不得以此爲債權。究亦以種種間接之法。冀保護以此爲目的之債權。是何如顯然保護此債權之爲愈也。且如人之名譽痛苦等無形之物。若損害及之。非亦估計其金錢而使爲賠償者耶。若然。則天下之事物。殆無有不可估計金錢者。故以此廣義言之。當謂債權之目的。以金錢估計。殆亦無害。然即此亦可見前說之以金錢爲估計者。頗爲不當。本條所以斷言債權之目的。無庸以金錢爲估計也。

第四百條 債權之目的。若爲引渡特定物。則債務者迄於爲此引渡。要以善良管理者之

注意。保存其物。

財三三四四六二一四

本條以下至四百五條。就債權之目的。在引渡或讓渡其有體物時。爲之規定。而本條則規

定負引渡義務之債權者。有保存其物之義務。併定其爲保存。當爲何等之注意者也。蓋注意之程度。有種種之標準。古來羅馬法中。有三種過失之程度。因其情事。而負重過失 (Culpa lata) 輕過失 (Culpa levis) 最輕過失 (Culpa levissima) 之責任。此爲一般之學說。然其不合學理。則已有定論。即在羅馬法。亦似非採用此區別者。惟輕過失別抽象的成形的 (Culpa levis in abstracto vel in concreto) 爲一。則非無若干理由。例如賣主保存其所賣出之物。固當加以善良之管理者 (Bonus paterfamilias) 別家譯作 所常加之注意。無償而受寄託者。保存其受寄物。則但加以平生所加於自己財產之注意。卽爲已足。是也。九六五 卽甲爲抽象的而乙爲成形的。問其理由。則曰。賣主乃常因賣買契約而可受利益者。故迄其以所賣却之物。引渡於買主。必以充分之注意。保存其物。縱平生於自己之財產。有付之等閑之癖。其所賣却之物。則不得等閑視之。然無償而受寄託者異是。乃爲他人之利益。無償而保存其受寄物者。故視此寄託者爲專察受寄者平日之注意如何。不過欲其人以加於自己財產之注意。加此寄託物。最無疑也。雖然。所謂以成形的過失。爲注意之程度。在今日之法律。全屬例外。故甯以抽象的過失。爲注意之程度。爲其原則。例外情事。皆以揭於特別規定爲至當。此本條中一般規定。所以當以善良管理者之注意。爲物之保存也。

第四百一條 指示債權之目的物。止以種類之時。若依法律行為之性質。或當事者之意。而不能定其品質。則債務者要給付其有中等品質之物。

於前項之情事。債務者若為物之給付。完了其必要之行為。或得債權者之同意。指定其應給付之物。則爾後以其物為債權之目的物。財三三二、四六〇。三項舊商三〇三。

本條規定以不特定物為目的之債權。(第一)其物要為何等品質之物。(第二)於何等時期為特定物。請順次說明之。

第一 關於不特定物之品質。向凡分三主義。(一)債權者固不得請求最上等之物。債務者亦不得給付最下等之物之主義。(二)給付中等以上之物之主義。(三)必給付中等之物之主義。是也。舊民法做法國法系之例。取第一主義。新民法則採用第三主義。是蓋出於債權者債務者兩不偏愛之主義。雖然。若為立法論。余於三主義皆所不採。甯信為債務者縱以最下等之物。苟為包含於目的物之種類中者。即無不可。然此屬立法論。茲不深言。

以上祇適用於當事者間無特約。又不因法律行為之性質而自定其品質之處。例如當事者言武藏之上米。則必不得不為上米。是蓋債權目的物之種類。不在止言武藏米。而

在武藏之土米也。譯者按武藏乃日本之一國又或製精舍之屏障。定購唐紙。縱不明定其品質。推定必爲上等者。又可以法律行爲之性質上明之也。

第二 債權在以不特定物爲其目的時。必其不特定物有竟爲特定物之時期。蓋不容疑。何則。履行此債權。必有引渡之物。而引渡則必以其物爲特定。惟其時期如何。則稍屬可疑。若無本條第二項之明文。必不免於實際上生種種疑問。於是立法者以本條第二項定其時期。而本條所採用之主義。則除債務者與債權者。合意指定應給付之物。因其指定而不特定物遂爲特定物之外。以債務者爲物之給付。完了其必要之行爲時。爲其變化之時期。蓋債務者既爲物之給付。完了必要之行爲。此時在履行債務之人。已爲盡其權力以內之事。故給付其物之意思。不得不謂其全然確定。若然。則以此時期爲目的物性質變化之時期。可爲最得其當矣。

或曰。右之問題。學理上論之。固有必要。其實際果何如乎。曰。此有二種實用。(一)物權可因當事者意思而移轉。一七苟確定爲其物。固卽於確定之時。當移轉其物權。故不特定物之爲特定物。卽確定其債權之目的物。則物權固當於其時爲移轉。(二)在雙務契約。當事者之一方。其債務之目的物。若因天災而滅失。其他一方。仍有履行其債務之責。此

後之第五百三十四條所規定也。是之謂危險債權者。(Res perit creation)蓋物之債權者。雖實未受其物。亦應給付其對償故也。然此所謂危險問題。止從特定物而起。若債權之目的。初爲不特定者。則不得不謂由其變爲特定物之時。乃移轉於危險債權者。此不特定物變爲特定物之時期。所以必需一定也。

右之問題。不可與引渡之問題相混。蓋引渡也者。非止因債務者之行為而成立。必兼有債權者之行為。故僅言債務者完了其自己權力內之行為。未可謂必有引渡。止可謂債權者受其給付之時。始有物之引渡耳。故在遠隔之地。債務者當發送其物時。其物已爲特定物。固無疑義。然其引渡。則不能不謂到達債權者之處時始有之。故第一百七十八條第三百四十四條等之規定。乃由到達之時。始適用之者也。

第四百二條 債權之目的物若爲金錢。則債務者得從其選擇。以各種之通貨爲辨濟。但以給付特種之通貨爲債權之目的者。不在此限。

爲債權目的之特種通貨。於辨濟期若失強制通用之效力。則債務者要以他通貨爲辨濟。

前二項之規定。以給付外國之通貨。爲債權之目的者。準用之。財四一六三至四六六。舊商

二十五年三月二十六日
 二號同日告一〇八號
 十年三月二十六日
 一六號貨幣法
 九年三月四日
 九年三月五日
 九年三月六日
 九年三月七日
 九年三月八日
 九年三月九日
 九年三月十日
 九年三月十一日
 九年三月十二日
 九年三月十三日
 九年三月十四日
 九年三月十五日
 九年三月十六日
 九年三月十七日
 九年三月十八日
 九年三月十九日
 九年三月二十日
 九年三月二十一日
 九年三月二十二日
 九年三月二十三日
 九年三月二十四日
 九年三月二十五日
 九年三月二十六日
 九年三月二十七日
 九年三月二十八日
 九年三月二十九日
 九年三月三十日
 九年三月三十一日
 九年四月一日
 九年四月二日
 九年四月三日
 九年四月四日
 九年四月五日
 九年四月六日
 九年四月七日
 九年四月八日
 九年四月九日
 九年四月十日
 九年四月十一日
 九年四月十二日
 九年四月十三日
 九年四月十四日
 九年四月十五日
 九年四月十六日
 九年四月十七日
 九年四月十八日
 九年四月十九日
 九年四月二十日
 九年四月二十一日
 九年四月二十二日
 九年四月二十三日
 九年四月二十四日
 九年四月二十五日
 九年四月二十六日
 九年四月二十七日
 九年四月二十八日
 九年四月二十九日
 九年四月三十日
 九年五月一日
 九年五月二日
 九年五月三日
 九年五月四日
 九年五月五日
 九年五月六日
 九年五月七日
 九年五月八日
 九年五月九日
 九年五月十日
 九年五月十一日
 九年五月十二日
 九年五月十三日
 九年五月十四日
 九年五月十五日
 九年五月十六日
 九年五月十七日
 九年五月十八日
 九年五月十九日
 九年五月二十日
 九年五月二十一日
 九年五月二十二日
 九年五月二十三日
 九年五月二十四日
 九年五月二十五日
 九年五月二十六日
 九年五月二十七日
 九年五月二十八日
 九年五月二十九日
 九年五月三十日
 九年六月一日
 九年六月二日
 九年六月三日
 九年六月四日
 九年六月五日
 九年六月六日
 九年六月七日
 九年六月八日
 九年六月九日
 九年六月十日
 九年六月十一日
 九年六月十二日
 九年六月十三日
 九年六月十四日
 九年六月十五日
 九年六月十六日
 九年六月十七日
 九年六月十八日
 九年六月十九日
 九年六月二十日
 九年六月二十一日
 九年六月二十二日
 九年六月二十三日
 九年六月二十四日
 九年六月二十五日
 九年六月二十六日
 九年六月二十七日
 九年六月二十八日
 九年六月二十九日
 九年六月三十日
 九年七月一日
 九年七月二日
 九年七月三日
 九年七月四日
 九年七月五日
 九年七月六日
 九年七月七日
 九年七月八日
 九年七月九日
 九年七月十日
 九年七月十一日
 九年七月十二日
 九年七月十三日
 九年七月十四日
 九年七月十五日
 九年七月十六日
 九年七月十七日
 九年七月十八日
 九年七月十九日
 九年七月二十日
 九年七月二十一日
 九年七月二十二日
 九年七月二十三日
 九年七月二十四日
 九年七月二十五日
 九年七月二十六日
 九年七月二十七日
 九年七月二十八日
 九年七月二十九日
 九年七月三十日
 九年八月一日
 九年八月二日
 九年八月三日
 九年八月四日
 九年八月五日
 九年八月六日
 九年八月七日
 九年八月八日
 九年八月九日
 九年八月十日
 九年八月十一日
 九年八月十二日
 九年八月十三日
 九年八月十四日
 九年八月十五日
 九年八月十六日
 九年八月十七日
 九年八月十八日
 九年八月十九日
 九年八月二十日
 九年八月二十一日
 九年八月二十二日
 九年八月二十三日
 九年八月二十四日
 九年八月二十五日
 九年八月二十六日
 九年八月二十七日
 九年八月二十八日
 九年八月二十九日
 九年八月三十日
 九年九月一日
 九年九月二日
 九年九月三日
 九年九月四日
 九年九月五日
 九年九月六日
 九年九月七日
 九年九月八日
 九年九月九日
 九年九月十日
 九年九月十一日
 九年九月十二日
 九年九月十三日
 九年九月十四日
 九年九月十五日
 九年九月十六日
 九年九月十七日
 九年九月十八日
 九年九月十九日
 九年九月二十日
 九年九月二十一日
 九年九月二十二日
 九年九月二十三日
 九年九月二十四日
 九年九月二十五日
 九年九月二十六日
 九年九月二十七日
 九年九月二十八日
 九年九月二十九日
 九年九月三十日
 九年十月一日
 九年十月二日
 九年十月三日
 九年十月四日
 九年十月五日
 九年十月六日
 九年十月七日
 九年十月八日
 九年十月九日
 九年十月十日
 九年十月十一日
 九年十月十二日
 九年十月十三日
 九年十月十四日
 九年十月十五日
 九年十月十六日
 九年十月十七日
 九年十月十八日
 九年十月十九日
 九年十月二十日
 九年十月二十一日
 九年十月二十二日
 九年十月二十三日
 九年十月二十四日
 九年十月二十五日
 九年十月二十六日
 九年十月二十七日
 九年十月二十八日
 九年十月二十九日
 九年十月三十日
 九年十一月一日
 九年十一月二日
 九年十一月三日
 九年十一月四日
 九年十一月五日
 九年十一月六日
 九年十一月七日
 九年十一月八日
 九年十一月九日
 九年十一月十日
 九年十一月十一日
 九年十一月十二日
 九年十一月十三日
 九年十一月十四日
 九年十一月十五日
 九年十一月十六日
 九年十一月十七日
 九年十一月十八日
 九年十一月十九日
 九年十一月二十日
 九年十一月二十一日
 九年十一月二十二日
 九年十一月二十三日
 九年十一月二十四日
 九年十一月二十五日
 九年十一月二十六日
 九年十一月二十七日
 九年十一月二十八日
 九年十一月二十九日
 九年十一月三十日
 九年十二月一日
 九年十二月二日
 九年十二月三日
 九年十二月四日
 九年十二月五日
 九年十二月六日
 九年十二月七日
 九年十二月八日
 九年十二月九日
 九年十二月十日
 九年十二月十一日
 九年十二月十二日
 九年十二月十三日
 九年十二月十四日
 九年十二月十五日
 九年十二月十六日
 九年十二月十七日
 九年十二月十八日
 九年十二月十九日
 九年十二月二十日
 九年十二月二十一日
 九年十二月二十二日
 九年十二月二十三日
 九年十二月二十四日
 九年十二月二十五日
 九年十二月二十六日
 九年十二月二十七日
 九年十二月二十八日
 九年十二月二十九日
 九年十二月三十日

本條就債權之以金錢爲目的者爲之規定。蓋金錢之爲物。從各國之幣制。固不一律。然有金貨。有銀貨。有銅貨。白銅貨。又或有紙幣。法律上皆同一視之。其中并非舍支付額之有制限者此所以有本條之規定也。故例如金本位之國。因消費貸借而受取金貨值百圓者。至期即返濟以銀貨百圓。貸主亦不得拒之。我邦初採金本位之制。明治十一年以來。暫爲可稱兩本位國之狀態。其實殆成一銀本位國。至明治三十年。乃復純然金本位之制。貨幣法二又負百圓之義務者。付十圓十枚。或付二圓五十枚。均無不可。惟補助貨則有強制通用之制限而已。雖然。此不過一般之通則。若當事者有異此之意思。則其意思固必爲有效。例如前例中貸主若必欲金貨。則可明言其必以金貨爲返濟之旨。又後例中若必欲得十圓者。亦可明言之。此在舊民法。本非所許。然此禁制。在外國未聞其例。實爲無理之制限。蓋法律於任何種之貨幣。皆視爲同價。並無歧異。但從當事者之便宜。時喜金貨。時便銀貨。如其所預期。而製爲種種貨幣。以便之耳。故兌換爲極要之事。爲法律所公許。然自行兌換。固無不可。欲避兌換之勞。且欲於一定之時期。得某貨幣一定之額。特與某人約。合給付某種類之貨幣。於理亦何不可。

之有乎。此新民法所以舍舊民法之主義。以本條第一項之但書。認特約之自由也。

譯者按此段文氣。從我邦初採以下至注語貨幣法二云。橫插不貫。蓋本書創稿。在日本用金銀兩本位時。故立論皆合兩本位之制。後日已改其幣制。因加添數語。似本夾注而誤入正文者。至理論之不改。則以幣制本不一定。法理本可兼通。但與當時事實不相應耳。直捷言之。債權以不特定之金錢爲目的。則通用之貨。皆可互用。惟補助貨有法定之制限。自不得違法以濫用耳。然有特約時。則以特定之金錢爲目的。卽盡用補助貨。亦無不可。其餘本係無制限之通貨。更無論矣。舊民法不許以特定之金錢爲目的。新民法糾正之。本文乃深言其糾正之故云。

既得以特種之通貨。爲債權之目的。如右所述。則其所指定通貨之種類。辨濟期內。已失強制通行之力者。亦可偶然有之。此時又將如何。據余所信。由純然之法理言。此其債權之目的。乃某種類之通貨。非止以金錢爲目的者。謂其視此爲一種商品。而以之爲債權之目的。亦無不可。故卽失其強制通行之力。債務者可依然給之。若因政府已收盡此種貨幣。卽欲得之而已不能。則債務者至不能履行時。自可免其義務。然雖有是理。而多無此事。蓋多與當事者之意思相反也。夫當事者非止以金貨爲金。以銀貨爲銀。而欲得之。實亦以之爲貨。

幣。不過比於他種貨幣。於己爲便。故至其強制通用之效力以後。即得之而無用。甯以得通貨爲便。此其常也。法律推測此意思。特設本條第二項之規定。使債務者以他通貨爲辨濟焉。但若當事者表示其相異之意思。則可從其意思。不待言也。

貨幣之爲物。本依法律之結果而有效力。止於其法律所及之地域內爲有效。是外國之貨幣。不得視爲真貨幣也。雖然。在今日交際之頻繁。貿易之絡繹。不能株守此狹隘之法理。例如欲遊外國者。非齎外國之貨幣。則不能行。故其人視外國之貨幣。亦爲有貨幣效用之物。固不容疑。於是文明國之間。互認貨幣之流通。在商業及其他取引。漸覺外國貨幣之必要。殆同於內國貨幣。惟外國貨幣。不若內國貨幣之有強制通用之力。故日日生相場之變動。譯者按相場即行情所不能免。但於實際。多不悟外國貨幣爲非真貨幣。此本條所以有第三項之規定。適用於內國貨幣者。即準用於外國貨幣也。例如言英貨若干鎊。通常則任給何種英貨皆可。然若有特約。則必供特定之貨種。而其貨種在辨濟期內。若英國自失其強制通用之力。則以其現存之貨種辨濟之。此類皆是。

第四百三條 若以外國之通貨。指定債權額。則債務者得依履行地之爲替相場。譯者按情以日本之通貨爲辨濟。財四六一七五。舊商

第三編 債權 第一章 總則 第一節 債權之目的

本條情事。乃債權之目的。不在外國之貨幣而汎在金錢。惟以外國之貨幣。指示其額者耳。此純然爲金錢債權。非視貨幣爲商品者。故無庸必以外國之貨幣爲辨濟。得依履行地之爲替相場。以之換算於日本之通貨。而爲辨濟。例如定購法國書籍。其價爲法貨千佛郎。若於東京付價。則東京之法貨相場。每一圓設爲二佛郎六十生的。則付日本貨幣三百八十四圓六十一錢五釐卽足。此類是也。但此時竟以外國貨幣爲辨濟。固隨債務者之意。舊商法第七五四條。於手形譯者按即票據有同樣之規定。今則爲當然以民法適用者。商法不別以明文揭之。

第四百四條 應生利息之債權。若無別段之意思表示。則其利率爲年五分。取一八六三

四新商二七六十年九月十一日
告六六號利息制限法三

債權往往有生利息者。利息謂專應債權之額。付與債權者。以爲使用其金錢及他物之對價也。民法中雖以不生債權利息爲本則。然法律若有特別規定。四四二二項五五二項六五〇一項六六九六七或當事者有特約。則當附之以利息。此其利率。法律有特別規定者。勿論。新商二七六即當事者有特定時。亦固當依之。若并無所定。則以年五分之息率相付。譯者按蓋法律依通常之利用方法。金錢等可生年五分之利息而然也。至今日雖尙設

五
分
即
五
蓋
週
息

有利息制限法。十年九月十一日告示第六號然信其早晚即當廢止。但其未廢止間。則當事者之特約。止

於不過乎此制限之範圍內。有其效力。若過之。則可以制限額迫令減少。其制限額。百圓未

滿二分。百圓以上千圓未滿一分半。千圓以上一分二釐。利息制限法更據利息制限法第三條。

法定利率固爲六分。是已隨民法施行而廢止矣。五二民施

第四百五條 利息延滯至一年以上。債權者縱爲催告。債務者不付其利息時。債權者

得_{財三}以之組入元本。_{九四}

本條乃關於重利 (Anatocisme) 之規定。譯者按重蓋重利乃外國所大忌。而力圖妨害之。

新民法概認爲契約之自由。故利息制限法。既豫期其廢止。同時即重利亦當不禁遏之。故

依當事者之自由契約。月月從利上加利。亦無不可。雖然。若無特約。則不許濫重其利。是無

他。以其多反於當事者之意思也。雖然。若債務者雖怠於支付利息。而債權者則決不能附

之以重利。則債權者被害已甚。不能不謂頗失公平。又因此而債權者之於利息。生督促苛

嚴之結果。適爲債務者釀成不利益之事。容或有之。故本條於延滯之利息。未達一年分以

上者。固不許附以重利。若其利息既及一年以上。則債權者既爲一應催告之後。債務者

仍不支付其延滯利息。得以之組入元本。令更生利息焉。例如應年年付息者。至其應付利

息之時期。由債權者既循例爲催告。債務者尙不支付。此時得卽以重利附之。又月月付息者。在十二個月以內。縱債務者不支付之。亦不得竟附以重利。雖在十二個月以前。月已到期。得每爲督促。固無論已。或止就利息爲強制執行。亦無不可。此不待言。然延滯利息既及十二個月分。債權者爲一應催告之後。債務者尙不支付之。此時乃得直以之組入元本。更以利息附之矣。

第四百六條 債權之目的。若於數種給付之中。依選擇而定之。則其選擇權屬債務者。四財

二八 舊商
三二二

本條以下至第四百十一條。乃所謂選擇債務 (Obligation alternative) 者。選擇債務。在債權之目的爲數種給付。而選擇其中之一者是也。選擇債務之性質。從來學者之議論。雖不一定。然據普通學者之所唱。則似謂債權本止一個。惟其目的爲在數個給付中之一耳。雖然。據余所信。則所謂選擇債務。實由數個條件附債務而成。其各債務。如云債務者、債權者、或第三者。若不能爲他種履行債務時。此所繫者不得不謂爲停止之條件。蓋債權之目的。以應確定爲其要素。如云以馬或牛。而均不確定。則不能不謂此爲缺債權之要素。故一債權則以馬爲目的。他債權則以牛爲目的。其甲之所繫。必爲一條件。卽云。若債務者或他人。不履行以牛爲目的之債務。是也。其乙之所繫。亦必爲一條件。卽云。若債務者或他人。不履

行以馬爲目的之債務。是也。

或曰。新民法以條件成就之效力。不遡既往爲本則。故若以選擇債務爲條件附債務。則選擇之效力。亦必爲不遡既往者。然依第四百十一條。其效力遡及既往。是新民法不以選擇債務爲條件附債務。有明證也。余曰不然。條件成就之效力。遡及既往與否。乃專關當事者之意思。新民法不過就一般情事。以爲當事者之意思。多在使條件成就之效力。不遡既往耳。然選擇債務一事。當事者之意思。止以選擇效力能遡既往爲最多。故不足以此爲選擇債務之性質。非條件附債務之理由。但以本條以下之規定。多不合於條件之一般規定。故其性質縱爲條件附。然此非普通之條件附債務。固所不容疑也。而其所以然者。專推測當事者意思而然耳。

或又曰。若以選擇債務爲條件附債務。則選擇權在債務者云云。其條件當止係債務者之意思。豈不當爲無效乎。^{四一三}曰不然。債務者若不選擇一種給付。則必爲他種給付。故此非止係於債務者之意思也。

選擇債務。不可與任意債務 (Obligation facultative) 相混。任意債務云者。謂債務之目的。縱極確定。然得由債務者以他物代之。例如言債務者雖負以馬與之之義務。若不欲與之。

則與之以牛亦可。此類是也。甯可謂此爲代物辨濟之豫約。故新民法於此不別設規定焉。選擇債務之性質。不問其果爲條件附與否。數個給付中而選其一。果在何人之權內。則最要研究之問題也。蓋當事者若特定其應爲選擇者。固無論已。若當事者不自定之。則果如何。於此其選擇權。當然屬於債務者。此古來各國法律所同然。又不得不謂爲最適於法理者。夫債權之爲物。常以債務者之行爲爲其目的。既如所論。之本卷首則凡與以馬或牛爲債務之目的。此其行爲。當出於債務者。故依債務者之選擇。既與以馬或牛。債權者不得以爲未履行之債務。此各國法律。所以皆以選擇權屬於債務者爲本則也。

第四百七條 前條之選擇權。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。三財四〇

爲選擇者。無論其爲債務者、債權者、或第三者。要皆依意思表示行之。而其意思表示。則以書面、口頭、及他任何方法皆可。惟其意思表示。應對於何人爲之。則本條第一項及第四百九條第一項之所定也。而本條則就當事者之一方爲選擇時。爲之規定。依本條之規定。當事者一方。因其對於相手方爲意思表示。而後可行其選擇權。是固當然之事。無復用其說明。但相手方若有數名。則要對數人而各自爲其意思表示耳。

當事者之一方。既爲選擇之意思表示以後。相手方因此而信其權利或義務之確定。往往爲種種之準備。或有處分其目的物中之一者。惟然而選擇者若得隨意變其選擇。則相手方因此當被損害。夫固宜然。此本條所以於第二項。謂苟無相手方之承諾。不許取消其選擇之意思表示也。

第四百八條 債權在辨濟期。已由相手方定其期間而爲催告。然有選擇權之當事者。若於其期間內不爲選擇。則其選擇權屬於相手方。

從前二條之規定。未選擇前。當事者之權利義務爲不確定。固無論已。然或因欲爲準備。或欲得處分其目的物中之一。必速確定其權利義務者不少。故未至辨濟期以前。其債權可有不確定之狀態。固爲當事者之所豫期。既至辨濟期以後。其不特定辨濟期者。且債權發生之時。已當爲辨濟期。俟第四

百十二條論之。則無選擇權之當事者。對於有選擇權之當事者。得定相當之期間而促其選擇。若相手方於其期間內不爲選擇。則視之爲拋棄其選擇權。得自爲其選擇之事矣。

第四百九條 於第三者應爲選擇之時。其選擇。依對於債權者或債務者之意思表示而爲之。

第三者若不能爲選擇。或不欲爲之。則選擇權屬於債務者。

本條就使第三者爲選擇時。爲之規定。蓋選擇債務之令第三者爲選擇者。事頗不少。例如購買某物品。自己於其物之品質。無識別之明。故依賴其有鑑識者。使爲選擇。又或以贈與第三者之目的。欲購買某物品。使其第三者選擇二物中之一。此亦常有之事例。夫此選擇之意思表示。究應對誰爲之。曰應對於債權者或債務者爲之。蓋債權者及債務者。共爲債權之利害關係者。必對之爲選擇之意思表示。殆不容疑。然(第一)應對其雙方爲之耶。抑對其一方爲之而已足耶。(第二)若以對於一方爲之爲已足。則究應對何人爲之耶。此稍有所疑。故於本條。(第一)無庸對雙方爲之。以對其一方爲之爲已足。(第二)其一方無庸必偏爲債權者或債務者。以任對何方爲已足。否則恐選擇不易適法。將有因不適法而不生選擇之效力者。則實際之不便良多也。

依前條之選擇。於當事者一方應爲選擇之時。若其人怠於選擇。他人得代爲選擇焉。故毫無不便之患矣。然若由第三者不爲選擇。則果如何。曰以純理言之。則既以由第三者選擇爲條件。第三者若不爲之。則因條件之不成就。而債權必且爲全不生其效力者。雖然是多反於當事者之意思。故本條於此情事。以選擇權爲屬於債務者焉。是無他。如第四百六條所述。債權之目的。常在債務者之行爲。故可以由債務者選擇之爲本則也。

當事者有選擇權。則決無不能爲選擇之事。何則。當事者即死亡。得由其相續人爲選擇。又當事者即爲無能力。得由其法定代理人爲之。反之。而於第三者爲選擇時。大抵必第三者自爲選擇。故若第三者死亡。或其精神錯亂。則有竟不能爲選擇。於此亦當以選擇權屬於債務者。亦本條第二項所規定也。

第四百十條 應爲債權目的之給付中。若有自始即爲不能者。或至其後而爲不能者。則債權就其餘存者存在之。

若因無選擇權之當事者之過失。而爲不能給付。則不適用前項之規定。一財四二九四三
 本條就應爲債權目的之數個給付中。有自始不能者。或有至後不能者。爲之規定。此以純理言之。應爲選擇者。似可任選擇其尙餘存者。或已不能者。然似此則選擇者常選餘存之物。債務者常選不能之物。多反於當事者之初意矣。故本條第二項。仿舊民法及他外國法典。債權常以存於餘存之物爲原則。惟因無選擇權之當事者之過失。而爲不能給付時。其相手方。既可選擇此已爲不能者。且並令付其賠償。亦有時無不可也。舊民法中其細目有與本條稍不同者。
 例如可以馬或牛與之之時。其馬若偶然罹病而死。則不問其選擇權。屬於債務者。屬於債權者。抑屬於第三者。爾後債權之目的。則爲止存於牛。又如畫工可酬以描畫亦可付金百

圓之時。其畫工若不幸罹病。失其手之自由。則不問選擇權之誰屬。爾後其畫工當止負百圓之義務。雖然。若無選擇權之債務者。因其過失而致馬死。則有選擇權之債權者。以其馬爲有價。乃選擇其馬。得以此價額或他損害賠償。請求於債務者矣。又畫工有選擇權。而債權者若以暴行加其畫工。使其手負傷。以至不能描畫。則畫工本選擇描畫。因債權者之過失而爲不能。故得主張全免其義務。且因不法行爲。債權者有損害賠償之責。固所不待言也。七〇

第四百十一條 選擇遡債權發生之時。生其效力。但不得害第三者之權利。財五四

本條乃定選擇之效力者。凡一種行爲。事實上本止向將來。生其效力。故若無本條之明文。則選擇之效力。當止生於將來。卽據普通之學說。亦謂未選擇前。債權之目的。當全爲未定者。又從余說。則從條件之一般規定。七一亦於未選擇前。爲條件附法律行爲之目的之債權。全未發生。止生不妨發生其債權之一種債權而已。然此甚不便於實際。且多反於當事者之初意。故以本條。特令選擇之效力。遡於既往。選擇債務發生之時。已與其既有選擇。生同一之結果。例如應與以馬或牛時。選擇權者於選擇及馬之前。若其馬已產子。則其子亦當屬債權者。又其馬不由選擇時始視爲歸於債權者所有。視爲由債權發生時業已屬之。

此類是也。但不得有害第三者之權利。故例如應與以不動產或金若干時。選擇權者將選擇其不動產。若於以前。債務者已就其不動產。設定地上權、永小作權、質權、抵當權等。則不能蔑視是等之權利。否則第三者必被意外之損失矣。但因登記法之作用。若就其不動產。豫登記其選擇債務。則得以之對抗第三者。登二二項故就不動產言。則本條之規定。止後於第三者之登記而為登記時。有適用耳。

第二節 債權之效力

本節定債權之一般效力。(第一)規定履行之時期及方法。(第二)規定不履行之制裁。卽賠償之事。(第三)規定債權者對於第三者之權利。以保護之。

一 履行

第四百十二條 履行債務。若有確定期限。則債務者由其期限到來時。任遲滯之責。

履行債務。若有不確定期限。則債務者由知其期限到來時。任遲滯之責。

履行債務。若不定期限。則債務者由受履行之請求時。任遲滯之責。財三三三〇三六三

六一

本條定履行債務之時期。併定債務者若怠其時期。則應任遲滯之責之事。蓋履行債務之

時期。雖依當事者之意思或法律之規定而定之。然大別之則生三種情事。

第一期◎限◎附◎債◎務

期限有確定期限 (Terme certain) 不確定期限 (Terme incertain) 二種。確定期限者。其時期爲確定。如某年某月某日。並幾年或幾月之後等。此項債務者。豫確知其當爲履行之時期。故必於其期限到來時。乃爲應履行者。若怠之。則必立任遲滯之責。

不確定期限云者。如人之死亡。今後始降雨時等。雖其必到來也甚明。然究應何時到來。則不確定。此項債務者。雖知履行時期之必來。而不知其究爲何時。故若於期限到來之即時。立爲履行。則往往有到期而不自知者。因此可生意外應負責任之事。是不得不謂爲頗失之酷。故本條第二項。於債務者知其期限到來時。乃爲當履行者。若怠之。則於此始任遲滯之責。例如人之死亡。除居於死亡之處者外。非特受其通知。常不知之。又卽如降雨。若居隔地。則多不知某地果有雨否。故此等情事。由知其死亡降雨等時。爲有責任。

第二期◎單◎純◎債◎務

單純債務。謂並無期限條件等一切情狀之債務。而若債務原因。法律之規定。法律行為等。無別種之情狀。則其債務。常爲單純者。此雖於理論上。債務者當卽爲履行。然不免稍嫌其苛酷。於是本

條第三項。債務者苟尙未受履行之請求於債權者。則縱不爲履行。不視爲怠慢。惟受履行之請求時。則當卽爲履行。不然。卽任遲滯之責。但此情事。其債務之辨濟期。本與債務發生爲同時。故若債務者先於債權者之請求。任意自爲履行。是可謂極自重其義務者。債權者固不得拒之也。雖在有限期時。若其期限止爲債務者利益而設。則債務者得於任何時拋棄其利益而立爲辨濟。依一三六之規定。可以明之。

第三條附債務

條件附債務。卽停止條件附債務。依第二百二十七條之規定。以條件成就時始能發生爲原則。七卷下故於條件成就之前。無履行之責。固不待言。然一旦若條件成就。則其債務爲單純。正如前項之情事。若於受債權者履行之請求時。不爲履行。則不得不任遲滯之責。此爲當然適用本條第三項。無庸特揭明文矣。

依以上所述。債務者應任遲滯之責時。果有何等制裁。此爲第四百十四條至四百二十二條所規定。於此時。債務者爲不履行者。所生損害。當爲賠償。且於以特定物爲目的之債務。則債務者未任遲滯之責之前。其物若因天災而滅失。債務者固毫不負其責任。參觀四一五至四一四至既爲遲滯者以後。縱因天災而滅失其物。其天災。除早履行亦不能免者外。債務者必就其滅失。負責任焉。例如火災盜難等所謂天災。債務者遇此。以不負責任爲原則。然若債務

者已爲遲滯者之後。而遭火災或盜難。則債權者得主張債務者若速爲履行。或可不生此天災。故債務者就此天災。亦爲必負責任。雖然。若如不動產。可云任何人占有之。亦必遭此火災。又卽爲動產。若債務者債權者同時共遭火災。共不暇搬出其貨物。則得云縱速履行。然其物終不得免於火。故此等情事。例外得免債務者之責任。但此本爲例外。故當由債務者提出其證據。有固然也。且既因債務者言縱速履行。仍同受災害。據此理由。而生例外。故其物雖因天災而明爲消滅。若債權者果速受履行。則立時讓渡於他人。猶有得免於災之事。則債務者亦必任其責焉。但此時。債權者所云立可讓渡第三者。其事應有說明。固無論已。

第四百十三條 債權者拒不受債務之履行。或不能受之。則其債權者。由已有履行之提

供時。任遲滯之責。財四五。一項四七。四至四。七六。取八。〇。舊商三。〇。四。

本條規定債權者有遲滯之責之情事。蓋債務者欲爲履行。若債權者不受之。則因此生債權者之損害。債權者必自負擔之。固已。若因此而又加損害於債務者。則債權者亦必任其賠償之責。例如債務者於適當之時期。提供其履行。因債務者不受之。不得已而仍保存其目的物。其物若因天災而滅失。則由此所損害。債權者固必自負擔之。若債務者以債權之

目的物。搬運至債權者之處。因債權者不受之。而更搬回己宅。此必有所費用。其餘更或有保存之之費用。或充塞店鋪倉庫等場所。而被損害。則其損害。得令債權者賠償之。蓋此爲債權者毫無過失。債權者却有不受履行之過失也。

右爲止就債務者欲爲正當之履行。債權者以不當拒之。或債權者別有情事。而不能受之之情事。以言之者。若債務者之履行。不適債務之本旨。因而難謂爲眞履行時。債權者以此爲理由。而拒其履行。則其責固在債務者。故債權者無何等責任。甯以債務者爲有責。所不待言。

債務者無過失。而債權者拒其履行。此時除其惡意者。亦有不問債務者之提供其履行爲正當。已自信其爲不當而拒之者。又債權者有不能受之之事。因天災地變或疾病。債權者不能達履行之地。遂不能受債務者履行之提供。其事亦最多也。

後於第四百九十四條。除債權者不受履行之時。及不能受之之時外。別揭不能確知債權者之時。本條則不揭之。故此項當視爲不在本條內者。曰否。是雖或爲法文之缺點。然不能確知債權者之時。卽爲債權者不能受履行之時。殆不俟論。此本條之所以不特揭此項乎。

第四百十四條 債務者若任意不履行其債務。則債權者得以其強制履行。請求於裁判

所。但債務之性質。若不許之。則不在此限。

於債務性質不許強制履行時。其債務。若以作為爲目的。則債權者得請求於裁判所。以債務者之費用。使第三者爲之。但在以法律行爲爲目的之債務。則得以裁判代債務者之意思表示。

在以不作爲爲目的之債務。則得請求以債務者之費用。除却其爲之者。且爲將來爲適當之處分。

前三項之規定。不妨其損害賠償之請求。三財三八二。民訴七
〇至七三六

本條乃定債務者任意不爲其履行。得強制之使爲履行與否者也。蓋在西洋。沿襲古來重視各人之自由。債務者若任意不履行其債務。則止得對之而求其賠償。不得強制之使爲履行。是爲本則。然從法律之進步。漸悟其謬。蓋債務一物。已爲奪債務者幾分自由之物。到底有債務者。不得謂爲全然享有自由者。若然。則間接已甘於強制之方法。更進而直接強制之。使爲履行。是不過程度之問題耳。且從法律之日益發達。各種權利。將愈厚其保護。以期力完其效力。故雖債權。其亦得竟強制債權者而達其目的。以至充分生其效力。蓋不能不謂爲自然之勢矣。本條於是舍舊民法、法國民法等之主義。其原則則無論如何債權。皆

許其強制履行。惟其性質。若爲終不可以此許之者。則自不得不求他種之制裁。例如使俳優演藝。使畫工描畫。究非任意爲之。則且爲無如之何者。故債務者若任意不爲履行。則惟有求其賠償損害而已。但在作爲之義務。其作爲之性質上。亦有無庸債務者自爲之者。則使第三者代爲之。以充履行。惟令債務者負擔其費用可也。但此亦非眞履行。謂爲一種之賠償方法。最爲妥適。例如木工修繕房屋。轉使他木工爲之。當由東京至大阪爲旅行者。若不爲之。則使他人爲其旅行。此類皆是。

法律行爲。亦需意思。若債務者不肯有其意思。則終不可望其履行。雖然。債務者負有爲法律行爲之義務時。債權者多非欲其法律行爲之本物。實欲得由是所生之效力。故於此時。得請求於裁判所。使認債務者有爲其法律行爲之義務。直卽以其裁判。代債務者之意思焉。例如甲約爲乙作保證。而對於乙之債權者。拒其締結保證契約。此時乙卽請求裁判所。使認甲之有此義務。同時得竟以其裁判。代甲之意思而成立其保證契約矣。民訴七三六
登二七三五

二項
參觀

卽在不作爲之義務。其性質若能容強制履行。固得強制而使履行之。例如俳優約不至某劇場演藝。而犯之。當其至某劇場。債權者得假公力以妨之。雖然。有多處。債務者雖有不作

爲之義務。往往於既爲其事以後。始爲犯債權者之權利。得求救濟於裁判所。故真求強制履行之事。蓋爲極少。其債務者既爲此事時。債權者得以債務者之費用。除却其所已爲者。且得請求於裁判所。令將來爲適當之處分。例如債務者約不於其所有地。建築房屋。乃建築之。債權者得使自撤除其房屋。且得使自聲明。將來不可爲此建築。以便於後日竟爲強制執行。又例如俳優優約不至某劇場演藝。乃至某劇場演藝。則債權者得使之中止其演藝。且得由裁判所。定其將來若至此劇場演藝。則每一日當付若干金額於債權者。更觀本條第三項。止言得爲請求。不似前二項言得請求於裁判所。則知其爲非必訴於裁判所者。如上所述。於債務之性質。許其強制履行時。債權者得請求之。又卽其性質不許之之時。亦有可代履行之強制方法。是皆然矣。雖然。於此等處。債權者多不無損害。例如因履行之遲延。或因可代履行之方法。不與真履行同其利益。且在不作爲之義務。債務者既犯其義務而爲某行爲時。債權者尤多被其損害。此損害。當使債務者賠償之。雖似無容疑矣。設萬一不免於疑。則於本條第四項明言之矣。

二 賠償

第四百十五條 債權者若不爲從其債務本旨之履行。則債權者得請求其損害之賠償。

若因應歸債務者之責之事由。而至於不能履行時。亦同。三財三三八三、三八四、舊海

本條以下至第四百二十二條。乃關於因不履行所生損害之賠償。蓋債務者若不履行其債務。則從前條之規定。雖以得求強制履行爲原則。然因其情事。有視債務性質而不許之者。又有時即遂其強制履行。尙可有已生之損害者。亦已如前條所論矣。更如求其強制履行。雖已得使爲之。然遲延之履行。已非與債權者以充分之利益。故有以甯請求損害賠償而不求履行爲便者。至契約上之債務。若債務者於正當之時期。不爲履行。則亦有可解除契約。止求損害賠償者。此爲後之所論。五四一、五四五

右無論何種情事。皆可惹起賠償之問題。茲所論則通於右之各情事者也。

履行若爲不能。則法律無從責其不能。故當消滅其債務。本不待論。雖然。若其履行之所以不能。乃因債務者當任其責之事由。則即債務者自致此履行之不能。是純然即不履行之情事。故於此情事。亦必由債務者任損害賠償之責。例如債務者。其爲債務目的之特定物。若因故意或過失而毀滅。則其債務。雖以不能履行而致消滅。然固因債務者當任其責之事由。故由此所生之損害。必賠償之於債權者矣。至若債務者遲滯其履行。而其物已因天災而滅失。則限於不得證明其雖速履行。債權者當同被其損失。亦當謂爲因債務者有責

之事由。而致不能履行者。由是債務者爲有損害賠償之責焉。

債務者不際於遲滯之時。而其爲債權目的之特定物。若因天災而滅失。則債務者固當全免其責。然舉證之責。果在何人。當由債權者證明其物。因債務者之故意或過失而滅失耶。抑當由債務者證明其物。因天災而滅失耶。曰債務者爲負保存之義務者。^四故非由債務者證明其爲天災。則不得免其責。

本條以下之規定。乃就債務者不履行其債務時爲規定者。固不待言。然債權者依第四百十三條而負責任時。亦得適用之否乎。曰得適用之。蓋債權者負受其履行之義務。此義務。卽不外於一種債務。但法律不明言之。或當爲缺點乎。

第四百十六條 損害賠償之請求。其目的乃使賠償其因債務之不履行。通常所可生之損害。

雖因特別事情。所生損害。然當事者若豫見其事情。或得豫見之。則債權者得請求其賠償。^{財三八五商三三二四三}

本條乃定賠償義務之範圍者。其原則。要於不履行與損害之間。有原因結果之關係。夫以法理言。既有原因結果之關係。債務者似當賠償一切之損害。然在本條。與債務者以幾分

之保護。於是加制限焉。其制限如何。則曰。縱有原因結果之關係。若其損害。全生於特別之事情。爲當事者所不能豫見。則債務者無庸賠償之。其一般之規定。止賠償通常因不履行所生損害足矣。例如業製造者。定購其製造之原料。若受其定購之約者。至期不履行之。則製造業者。將因此而不得已停其製造。其所受若干損害。乃通常可生之損害。實當事者所當豫見。以故債務者常必任其賠償之責。固不容疑。然若業製造者。對於製造品之買主。以過分之違約金爲特約。受此定購之約。而不履行其債務。竟至不得已而付其違約金。則其損害。全生於特別之事情。又爲債務者所不能豫見。故定購之當時。非特以此事情告債務者。卽非常事者。雙方豫見其事情。則債權者。不能使債務者任此損害之賠償也。由特別事情所生損害。其爲當事者所得豫見者。例如遭水旱則米價必昂驟貴是也。此時買米者若干石之債務者。若賠償損害當付其所騰貴之米價。

右雖爲本條所規定。余據立法論則不取之。蓋無論損害之通常與非常。當事者之豫見與否。苟由不履行之不法行爲。所生損害。信其悉爲當使賠償者。夫使債務者賠償不豫見之損害。雖似稍酷。然債權者當此。自己無毫末之過失。止因債務者之過失。負擔其所受損害之全部或一部。不得使有過失之債務者償之。則保護無過失之債權者。實有所未盡。是則所認於債權之效力者。竟不充分。決不得爲完全之法律矣。然此自屬立法論。故不深論。

世之學者。動謂直接之損害。固得使之賠償。間接之損害則否。此實非也。縱其損害爲間接。既有原因結果之關係。則過失者當賠償之。乃當然之理。例如因債務者怠其履行。債權者亦對於第三者。將以不得已而怠其債務之履行。此其損害雖爲間接。然非使有怠慢之債務者。爲分內之賠償。將轉使無過失之債權者。被意外之損害矣。惟不履行與損害。其間本難認原因結果之關係者。則本不生賠償之責。例如債權者在病中。因債務者不履行其義務。大激其神經。竟致精神之錯亂。或緣是病勢危篤。終致死亡。此其不履行債務。於債權者之精神錯亂或死亡。謂有幾分之加力。雖亦無誤。然此不得爲止因不履行之損害。何則。若債權者當其時非病體。決不生此結果也。故此損害不生於不履行。乃生於不履行與疾病之二者。故不得以此損害之責。歸於債務者。是殆爲學者之所謂間接損害乎。雖然。其用語極爲曖昧。往往致誤解之虞。余故不取之。

第四百十七條 損害賠償。若無別段之意思表示。則以金錢定其額。財三六 一八

本條規定損害賠償之定法。蓋此賠償。雖得由當事者豫約定之。然若無特別之約定。則必定之以金錢焉。無他。金錢之爲物。乃最便利之商品。易於以此充一切需要也。

第四百十八條 關於債務之不履行。若債權者爲有過失。則裁判所就其損害賠償之責

任及其金額。斟酌定之。八財七

本條乃定債權者有過失時。果爲債務者獨有賠償之責與否。此時損害雖由不履行而生。然其不履行。則非止由債務者之過失而生。亦因債權者之過失有以招之。故若止因債權者之過失而生不履行。則債務者全無賠償之責。又債務者即稍有過失。然主重在由債權者之過失。而致不履行。則債務者亦無賠償之責。若債務者與債權者。共有過失而爲不履行之原因。則債務者固必有賠償之責。而就其金額。債權者亦必負擔其一部。例如債權者因其過失。而毀滅其爲債務目的之特定物時。債務者無賠償之責。此即由債務者置其物於易顛覆之處。因債權者之過失。顛覆之而竟毀滅之。則債務者亦無賠償之責。又若易毀壞之物。當其爲債權目的之時。債務者持之疾走。債權者亦疾走而與債務者相撞。落其物而竟至毀滅。則兩人爲共有過失者。其過失之程度相若。故裁判所得以爲應各負擔其損害之半額者。又若債權者橫其足於債務者經行之處。以妨債務者之通行時。債務者竟躓而仆地。因毀壞其手持之債務之目的物。則雖以債務者爲有過失爲主。債權者亦非無幾分過失。故裁判得或使債務者負擔損害三分之二。使債權者負擔其三分之一也。

第四百十九條 以金錢爲目的之債務之不履行。其損害賠償之額。依法定利率定之。但

約定利率。若超過法定利率。則依約定利率。

前項之損害賠償。債權者無庸爲損害之證明。又債務者不得以不可抗力爲抗辨。財三九一

三九二。舊商三二四三二五三三四

本條規定。以金錢爲目的之債務。其不履行之情事。此事一則以金錢之用途。千種萬類。怠其支付。則債權者任何用途。皆爲有礙。究其損害之所被。困難已極。不但此也。更一則以金錢之爲物。付以相當利息。既甚不難。又得之者貸與他人。取相當之利息。常爲極易。故由怠其支付所生損害。多在其利息額。此本條所以於此賠償額。以法定利息卽年五分者。四〇

爲標準也。商二七六定商事之法。定利率爲六分。故商事債權中。損害賠償之性質。有所謂遲延利息者。亦爲六分。

債務若爲無利息。或應生低於法定利率之利者。則債權者於其可受履行之時期而不得履行。當立時得改爲相當之利息。卽法定利息。此其常也。然因債務者怠其履行。債權者乃不能得此利息。故必以由當爲履行之時期。使付法定利息。爲賠償最妥之法。雖然。若債務所生約定利息。貴於法定利息時。設由不履行之時。亦使付法定利息。以爲賠償。則債務者反因不履行而受利益。債權者常因之而受損害。故甯以接付其約定利息。以爲賠償。較爲妥適。蓋此種當事者間。可視其金錢之價。恰爲相當於約定利息者。因而認債權者因不履

行之所損。至少當認爲被損其利息額也。

本條第一項所云法定利息。非必止言以契約定之者。雖定以單獨行爲。亦在其內。例如定以遺言。亦得謂遺言者與應受利息者相約當以此與之也。但法文不免稍有批難耳。

依以上所述之理由。於金錢債務之不履行時。視爲常必生利息之損害。并視爲常不生多於此之損害。故債權者無庸別爲損害之證明。即得請求右之利息。又其原則。則不得主張所被之損害。實多於是。但其例外。於利息之外得求賠償時。正不少也。二四四二二項四五九

七項六四七六六九六
一九四〇二項

就金錢而付以恰相當之利息。常爲易事。故債務者不得主張其因不可抗力而怠履行。例如債務者準備應支付於債權者之金錢。忽因遇盜失之。將不得已而怠履行。法律亦以其不立付相當之利息。而借入可代之金錢。爲有過失。仍使之付利息以爲賠償也。

第四百二十條 當事者就債務之不履行。得豫定其損害賠償之額。於此情事。裁判所不得增減其額。

賠償額之豫定。不妨其履行或解除之請求。

違約金。推定爲豫定賠償額。財三八八至三九〇。舊商
三三二。三七至三四〇。

本條之規定。乃舊民法所謂過^①怠^②約^③款^④ (Clause pénale, Konventionalstrafe) 者也。過怠約款。謂約定當事者一造不履行時。當付一定金額於相手方。或爲他種給付。以爲其賠償。此本條所謂豫定賠償額是。蓋不履行其債務。通常可生損害於相手方。故得請求裁判所。求其損害之賠償。理論上似無疑矣。然於實際。或不易證明其損害。或卽易證明其有損害。而所受果爲幾何之損害。最以評定爲苦。裁判不外據極不確實之標準。以定賠償額。故所謂損害賠償。可謂爲眞賠償者實罕。於是當事者豫料債權者因不履行之所被損害。於其不履行時。無庸至裁判所證明其有損害。且爭其損害之達於何額。常定爲付一定金額。或爲他種給付。以充賠償。其事頗夥。此約定之爲有效。雖不待言。止就其約定之效力言。則從來立法例。大別爲五。(第一)一切不許其增減者。(第二)限於履行其一部時。許其減額者。(第三)許應實損害之多少。增減其額者。(第四)限於顯然不當之時。許增減之者。(第五)證明其實際不生損害時。無庸爲其給付者。本條則採用第一主義。此余所大贊成。蓋當事者卽任意贈與。亦所得爲。故縱無損害。約付若干金額。或爲他種給付與相手方。亦未見其不可。況需論其損害之多少乎。且得於裁判所爲證明之損害額。其爲極不確實。殆盡人同以爲然。甚至實際卽明受損害。竟有因無法證明於法廷。不得已而廢其請求者。又況證明

損害。及評定其額之多少。極爲困難。若不豫定賠償額。則當事者間。動生無益之爭訟。因此而雙方共被甚大之損害。其事良多。故卽不當實損害時。欲以豫約定之金錢及他給付。避此不利益。乃當事者極正當之意思。法律當遵守此意思。其不費多辯明矣。此余所以贊成本條之主義也。

卽如四一八之情事。裁判所亦不得變更其豫定賠償額。但不履行若全因債務。債權者之過失。或以此爲主因。則非債務者之不履行。故一切無賠償之義務。

就賠償額之豫定。頗生困難之問題。則在當事之爲此豫定。果以之代契約之履行乎。或既以此爲請求。更不得據其不履行。而求契約之解除乎。抑俱不然乎。是固爲事實問題。以據約定時之事情。探究當事者之眞意。爲第一要義。雖然。人之意思之爲物。極不易從其外部知之。故探究約定時當事者之意思。實爲難中之難。且當事者一造之意思。卽已明瞭。他當事者意思相同與否。仍不能知。其事尤夥。於是法律設一定之推定。若於當事者意思不判然時。法律上必爲有一定之意思者。其原則。賠償額卽已豫定。然求其履行契約。或解除契約之權利。推定其並非因此而拋棄。是蓋以損害賠償之爲物。本止因遲延其履行而得請求之。又雖解除其契約。然既生之損害。本得求其賠償。三四五故卽於當事者豫定賠償額時。亦不視其性質爲已變。猶推定其意思。在併得以履行或解除。爲請求焉。雖然。不但當事

者之得以特約。破此推定也。據契約當時之情事。可認為有異於此之意思時。卽不在適用本條第二項之限。固不待言。例如賠償額爲非常之多額。超過其契約目的物之價格時。當事者之思意。多非欲更請求其履行。或解除契約而免自己之履行。其故明甚。於此等處。固不能適用本條第二項之規定也。

以上所論。雖爲當事者止以某金額或他給付。定爲損害賠償之情事。然當事者往往有豫想債務之不履行。特約定違約金。以強制債務者。所定略等於契約上之刑罰焉。是果爲有效與否。學者中或非無主張其爲無效者。然如前論。當事者卽贈與亦得爲之。故不能以之爲無效。惟其違約金。止爲違約之罰而當付之耶。抑又不然。而實爲賠償額之豫定者耶。是往往有難於判別者。故法律特設推定。其原則。視違約金爲純然之豫定賠償額。當適用豫定賠償額之規定。雖然。當事者往往有欲以之爲懲罰者。故本條第三項。止設一應之推定。當事者若明有反對之意思時。自不依此規定。若違約金之外。尚有實際之損害。則別使之賠償可也。

第四百二十一條 前條之規定。於當事者豫定其可以非金錢之物。充損害之賠償時。準用之。

前條中。余雖不分其爲金錢與他物而論之。然在法文。當謂爲止就金額而規定者。何也。損害賠償。以金錢定其額爲本則。此爲第四百十七條所規定。然其約當用金錢以外之物充賠償時。仍當用前條之規定。理有固然。故特置本條云。

以非金錢之物。充損害之賠償。其情事。除當與以米穀及他財產之外。并含有當以廣告或其他某行爲。爲賠償之約者。

第四百二十二條 債權者若已受其爲債權目的之物或權利之價額之全部。以爲損害賠償。則債務者就其物或權利。當然爲債權者之代位。

債權者既因損害賠償。而受其債權目的之物或權利之價額全部時。其債權者。不能不謂爲於所失之物或權利。已得損害全部之償還者。故若此時於右賠償之外。更得回復其物或權利。則其債權者竟受二重之利益。實可謂爲不當之利得。故即無本條之規定。前所已爲賠償之債務者。必可請求債權者。償還其所曾付與之物或權利之價額。此依不當利得之原則。雖亦所不容疑。^{三七}○然若債權者爲無資力。則債務者不無竟被此損失時矣。故於本條。債權者既以賠償。而已受其物或權利之全價額。則視爲已以其本有之物或權利。拋棄於債務者。債務者當然爲債權者之代位。令得取回其物於他人。或行使其權利焉。例如

受他人寄託之物者。因其過失而紛失其物時。債權者雖得以賠償而受其物之全價額。然既受之。則後日即發見其物。債權者亦不得更請求之。而受寄者則必視爲代其債權者。得物之所有權矣。又例如租屋之經理人。因其對於賃借之租金。請求較怠。以致賃借人竟不能付其延滯之租金。此時債權者。固得以延滯租金之全額。請求經理人賠償之。然從此則經理人取得對於賃借人之權利。若後日賃借人已有資力。則得對之而請求其所延滯之租金矣。

三 對於第三者之債權者之權利

第四百二十三條 債權者因保全自己之債權。得行其屬於債務者之權利。但專屬於債務者一身之權利。則不在此限。

債權者於其債權之期限未到來間。非依裁判上之代位。不得行前項之權利。但保存行為。不在此限。財三三九。二十三年十月三日法九三號。裁列上代位法。非訟事件手續法七二至七九。

本條定債權者。因保全自己之債權。得對於第三者而行使其債務者之權利。蓋債權本不過債權者與債務者之關係。故其效力。以不及於第三者爲本則。例如子即對於他人。而負債務。亦不得向其父而求其債務之履行。又如甲即於對乙已負債務之後。讓渡其所有之

不動產於丙。乙亦不得以其債務之履行。請求於丙。是也。雖然。其例外。債權者得對於第三者而行權利。其情事蓋有二。一。代債務者而行其權利時。一。得取消債務者所爲之行爲時。是也。本條乃定右之第一例外。謂之間接訴訟權 (Action oblique)

債權者「因保全其債權」云者。謂據之以確保債權之履行也。例如債務者所取得之不動產。怠於爲登記時。若非速爲其登記。則其後難保無更由讓渡人。讓受其不動產之所有權者出。忽登記其讓渡。以奪其債務者之所有權。然若其不動產。在債務者之所有。則債權者於不得任意履行其債權時。得差押其不動產。以其代價。充自己債權之辨濟。故債權者代債務者而請求其登記。非保全自己債權而何。又例如債務者亦有債務者之時。謂之第其債務者。對於第三債務者。若怠於請求其債務之履行。則債權者必得代其債務者。對於第三債務者爲請求焉。何則。若第三債務者爲辨濟。債權者即得以之充自己之辨濟。然若不爲其請求。第三債務者亦不爲其辨濟。則債權者因之而不能得其債權之履行。其事固恆有之。

對於右之規定。有二制限。

第一 其權利若專屬債務者之一身。則債權者不得行使之。例如債務者對其雇人。有爲

自己而使執役務之債權。其時債權者不得代之使役其雇人。又例如債務者有受他人教授之債權。此時債權者不得代行其債權。而請求自受其教授。是無他。(第一)右之雇人教師等。雖負為某^者債務。執役務為某為教授之義務。然不負為他人執役務為他人為教授之義務。(第二)是等債權。即由債權者行之。常不能遠保全自己債權之目的。惟或有欲評其勞役教授等之價。以充自己債權之辨濟者。然非法律之所許也。又例如對於債務者負扶養義務之人。月月當付以金若干。又有因遺言契約等。欲充債務者之膳費。負付金若干之義務者。即有此情事。債權不能代債務者。請求其金額之支付也。

第二 債權者雖於其債權之期限到來前。猶得行本條之權利。惟以此時之債權者。多未必定需行此權利。故特請求於裁判所。得裁判所許可。而為債務者代位之後。始得行其權利焉。蓋債權之期限既到來時。債權者固欲速受其辨濟。亦可謂極正當之希望。故直代債務者行其權利。亦所可許。其期限未到來時。則債權者本未能行使自己之權利。而求債權之履行。乃欲代債務者行其權利。豈非計之已早。特有必行此權利之故。則當請求裁判所而受其許可。蓋恐債權者濫干涉債務者之權利。遂累及債務者。欲以此矯其弊也。此本條第二項所規定。其手續。更於非訟事件手續法第七十二條至第七十九條

定之。

右之規定。有一例外。無他。債權者雖於期限前。得不俟裁判上之代位。而爲保存行爲。是也。蓋保存行爲之性質。其一方。既以非速爲則無效。又一方。則事體概爲單簡。故特無庸由裁判所調查其當否。例如爲^{聲去}債務者爲登記。當債務之權利將罹時效而爲登記之。此等皆是。

第四百二十四條 債權者得請求於裁判所。取消債務者所爲之知其害及債權者之法律行爲。但因其行爲而受利益者或轉得者。其行爲或轉得之當時。若不知其可害債權者之事實。則不在此限。

前項之規定。不以財產權爲目的之法律行爲。不適用之。至財三四〇

本條至第四百二十六條。乃關於所謂廢罷^{廢罷}訴權^{廢罷} (Actio Pauliana, Actio Paulienne ou revocatoire, Paulianische oder Anfechtungs-Klage) 之規定。廢罷訴權云者。債務者爲能害其債權者之法律行爲。由其債權者取消之之權利是也。此要有四條件。(第一)其法律行爲能害債權者。例如債務者之資產與負債。略爲同額。此時其債務者。因其所有之不動產。讓渡他人。遂爲無資力時。或雖已爲無資力。因此讓渡。益加其無資力時。(第二)債務

者之惡意。即知其能害債權者。(第二)因其法律行為而受利益者之惡意。即知其行為能害債權者。(第四)請求於裁判所。蓋若得私自取消。則往往不能無弊。例如債權者債務者及法律行為之相手方。難保無特地通謀。謬為本條條件之已備。而取消其法律行為者。似此則第三者往往有被其損害矣。

右第二第三條件。債務者之惡意。與受益者之惡意。稍有異其趣者。無他。債務者之惡意。非證明之不可。此所以云知其為害債權者而為之。反之而在受益者之惡意。則甯由法律推定之。特非由受益者證明其不知有害債權者之事實。則不免適用本條。蓋債務者若為惡意。則以得取消其行為為本則。惟受益者若證明其為善意。則特為保護之之故。乃不許其取消耳。又況受益之惡意而欲有證明。則恐即為真惡意。亦因難於實際證明之。而不能行其取消權之情事。不幾於無事而不然乎。

本文所云受益者。雖大抵為相手方。然在以第三者之利益為目的之契約。則受益者乃其第三者矣。

在無相手方之行為。則本條第一項但書。可無適用。因而可無庸右之第三條件。例如知其害債權者而放棄其所有物。是也。廣告雖亦無相手方之行為。然其生效力之際。常有相手方。遺贈雖亦本為無相手方之行為。然此不能害及債權者。

在舊民法。雖未必然。在新民法。則為當然。蓋由一〇三三。

一○四七三項一○五○二項也。破產法中相續之破產，有非從被相續人債務辨濟之後，不可履行其遺贈之規定，可以信之矣。故無相手方之行為，其應適用本條者蓋甚少矣。

對於由法律行為受益者，更讓受其目的物者，果得取消其法律行為否乎？依本條之規定，則此人亦非於讓受之當時，證明其不知為能害債權者之事實，則亦不得免本條之適用。蓋受益者與此人之間，無可設差別之理也。或問此在轉得者為惡意，而法律行為之相手方初非惡意之時，果得行本條之訴權乎？曰然。蓋本條之規定，乃對於惡意者得採用之。故若轉得者為惡意，即必得對之而行本條之訴權。而其中間之法律行為之受益者，固無庸問其為善意為惡意也。或又曰：法律行為之受益者為善意，轉得者為惡意，此時若轉得者可遭廢罷訴權之行使，則其轉得者，因賣買或其他有償契約，當讓受其物之時，以其可對讓渡人而請求擔保，即得令返還其物之代價。五五九故善意之讓渡人，若不為讓渡，必不遭廢罷訴權之行使。不幸因一讓渡於他人之故，雖不自遭廢罷訴權之行使，亦將同受其結果。豈非不當之事。曰不然。當此時，法律特對於轉得者而與以訴權，故其轉得者因自己之惡意，不得以所受訴之結果，影響於其讓渡人。故此時而欲適用賣買之規定，決非事理。由是法律上之規定，毫不患其能生不公平之結果。而在法文之解釋，足以見余說之不謬。

者。則如本條但書所云。因其行爲而受利益或轉得者。若不知其可害債權者之事實。則不論何人。但對於惡意者得行其廢罷訴權。其旨固甚明也。故若兩人共爲惡意。則對於兩人得行之。止其一人爲惡意。則止得對其惡意者行之而已。

舊民法及他外國之法律。雖分有償行爲與無償行爲。或於法律行爲之相手方與轉得者之間。不同其規定。此例雖夥。然新民法。則以爲無理而不取之。

本條之權利。亦爲一種取消權。故除規定於此者外。可從取消之通則。即第二百十一條之規定。亦可適用於本條之取消權。惟總則編第四章第四節之規定。性質上多難適用於此。本條之規定。本止欲保護財產上債權者。故不許因此而以其影響。及於財產以外之事項。故在不以財產權爲目的之法律行爲。即如隱居及家督相續之承認等。縱其影響及於財產。而債務者又知其害及債權者而爲之。亦不得取消其隱居承認等。項二但是等處之可以保護債權者之規定。則設之於親族編及相續編焉。七六一九八八九〇四一至一〇五〇

第四百二十五條 依前條之規定而爲取消。爲總債權者之利益。生其效力。財三

廢罷訴權之效力。止當爲行之者而生耶。抑當并爲他債權者生之耶。此一問題也。然在本條。則其效力。乃爲總債權者而生者也。例如債務者因讓渡其所有之不動產。而爲無資力

時。其讓渡之取消。固由當時已爲債權者之一人請求之。然其取消之效力。則不但徧及於當時已爲債權者之全員。併於其後始爲債權者之人。皆爲應受其利益者。是無他。廢罷訴權。不過以其債務者財產中所不當渡出者。收回之使復入債務者財產中耳。初非因此而以特權與某債權者。故尋常之債權者。就其財產。皆可爲平等得行其權利者也。

第四百二十六條 第四百二十四條之取消權。由債權者覺知其取消之原因時。二年間

若不行之。則因時效而消滅。由行爲之時若經過二十年。亦同。財三
四四

本條乃定廢罷訴權之時效者也。蓋法律行爲。於得行取消之時。常對於第三者亦可生其效力。又即在當事者間。涉數十年之久。則生既定之關係於其間。若變更之。頗致意外之紛擾。故非速行其取消權。則所生結果。必至保護債權者之規定。適令第三者被意外之損失矣。且如債務者或其相手方等。證明其善意惡意於數十年之後。尤爲困難。若許其證明。往往有惹起無限之訴訟之患。於是立法者以取消權爲當權二年之時效。但其起算點。則在債權者覺知其取消之原因時。卽覺知其有此能害自己之法律行爲時也。

本條固特別之時效。要亦爲時效。故適用時效之通則。固當從其關於中斷停止等之規定也。

本條之規定。乃以普通時效爲失之太長。特以短縮之爲目的而設此。然若止如右之所論。則萬一可有縱經過普通之時效。卽二十年之期間。其取消權仍不罹時效者。卽債權者遲覺知其取消之原因。由行爲之時垂二十年。或并過二十年。始覺知焉。則其時效。必經過二十年之後。非再經若干歲月。不可完成。是豈立法者所以設本條前後之規定之目的乎。故於本條後段。特明其爲適用普通之時效。而當從其短者焉耳。

第三節 多數當事者之債權

本節乃設關於債權者或債務者有數名時之規定。於此時。先就各債權者或各債務者債權之全部。而有權利義務耶。抑各就其一部。而有權利義務耶。此不可不定。是爲第一款。總則。其次。關於債權之目的不可分時。有特別之規定。是爲第二款。不可分債務。其次。規定數人之債務者。各如惟一之債務者而負義務之時。是爲第三款。連帶債務。其次。主債務者之傍。當其不自履行其債務。有可代爲履行之從債務者焉。名此從債務爲保證債務。是爲第四款。

第一款 總則

第四百二十七條 有數人之債權者或債務者。若無別段之意思表示。則各債權者或各

債務者以平等之分數。有其權利或負其義務。財四四〇、舊商二八七、新商二七三、一項
二二、二五、八年四月
二十日告六三號

在日本。從來於債權者或債務者有數名時。其本則。可由其總員或對於其總員。而請求債務之履行。而其結果。乃對於債權者之一人。或由債務者之一人。可辨濟其債務之全部。文例二三、二五、八年四月
月二十日告六三號雖然。在歐洲。羅馬法以來。大抵取反對之主義。於債權者或債務者有數名時。則其權利義務。於其間當然為可分者。是為原則。是或以其便於實際乎。而當事者若不欲之。則可特約為連帶。此本條所規定也。

一旦既以權利義務分於數人之間為主義。則苟無特別之事情。或當事者別段之意思表示。自當各以平等之分數。有權利而負義務。殆不待言。雖然。若無明文。有時不無疑義。故本條明定之焉。

第二款 不可分債務

債權者及債務者若各止一人。則債權之目的。無庸問其為可分。(divisible, teilbar)為不可分。(indivisible, unteilbar)若無別段之規定。或當事者別段之意思表示。必於一時履行其債務之全部。惟債權之目的。若其性質上為不可分。則即當事者欲分割之而為履行。事實

上亦不可得。故其別段之意思。亦終於不能實行之而已。反之而於債權者或債務者有數人時。雖依前款之規定。其原則。各債權者或各債務者。皆足以受一部之辨濟。或爲其一部之辨濟。然若因債權之目的。其性質上或當事者之意思表示。爲不可分。而不許其一部之履行。是雖債權者或債務者。本不過各有一部之權利義務。然不可不各求其全部之履行。或各應其全部之求。是不可分債務。與可分債務之所以異也。例如屋一間。馬一頭。物之性質上爲不可分。如地役權之設定。權利之性質上爲不可分。故若以之爲債權債務之目的。則其債權債務。乃不可分者也。故債權者卽有數人。得各自求其全部之履行。又債務者卽有數名。亦不可不各自履行其全部。然如金錢、米穀、土地等。皆有形上可分之物。又房屋及他所有權。縱其目的物不得分之。然得分其權利之性質。爲數個之共有權。又金錢米穀及他可分之物。其引渡作成等。亦作爲之可分者。若以此等爲債權債務之目的。則其債權債務爲可分。故若債權者或債務者有數名時。可各自止求其債權一部之履行。或止負其一部履行之義務。

譯者按此段文義當知其爲渾括本款內法文四條而設前言必有數人爲債權者或債務者乃成不可分之債務此括西二八四二九四三〇三條後

言若變其債權債務之目的則不可分者亦仍爲可分乃爲四三一一條言也

第四百二十八條 債權之目的。因其性質或當事者之意思表示。而爲不可分時。若有數

人之債權者。則各債權者得爲其總債權者請求履行。又債務者得爲其總債權者對於各債權者而爲履行之事。財四六一、撥八四六

本條就不可分債務而豫想其爲債權者有數名時者也。從來於此有三主義。(一)止債權者之全員得共同以爲請求。又債務者止對於債權者之全員得爲履行之事。(二)得由各債權者求其履行之全部。或由債務者對於各債權者得爲全部之履行。(三)止得由各債權者以應對於債權者之全員爲履行之旨爲請求。三者中據余所見。以右之第二主義爲最適法理。且便於實際。蓋此時各債權者雖本止有一部之債權。然因其實際不得爲一部履行。不得已而遂致欲完其履行。非完其全部。卽不能完其各自。而其各自之權利。乃各各獨立而生存。故或以爲非債權者之全員不得請求其履行。又止對其全員爲當爲履行。此如第一主義者是。或以爲各債權者固得獨立請求其履行。然所求於債務者。則不得以對於債權者之一人。應爲全部履行之旨。止得以對於全員。應爲履行之旨。此如第三主義者是。是皆不能謂無背於不可分債務之性質。卽論實際。覺似此必釀無窮之煩雜。不便頗多。故本條專取第二主義也。

第四百二十九條 不可分債權者之一人。與其債務者之間。卽有更改或免除之情事。他

債權者得請求其債務之全部履行。但其一人之債權者若不失其權利。則要以其應分與之利益償還債務者。

此外不可分債權者之一人之行爲。或就其一人所生事項。對於他債權者不生其效力。
財四四五四六五〇一四項五一五二項
五二一四項五三六撥八九二項九一一一項

不可分債權之一事。債權當分於各債權者之間。既如所論。故各債權者之行爲。或關於各債權者所生事項。對於他債權者以無效力爲原則。固爲當然。雖然。立法者據債權之目的爲不可分。又思實際之便宜。與當事者之意思。設有債權者之一人。與債務者。其間有更改或免除之情事。此在他債權者。固仍得請求債務全部之履行。然其既爲更改或免除之債權者。所應受之利益。則當以之償還債務者。是無他。因債權之目的爲不可分。債權者不得求一部之履行。故必求其全部之履行。然若已更改或免除之債權者。仍得保留其所受。則當爲不當利得。故始不得以其一部之利益。分於他債權者。而由理論言之。則已爲更改或免除之債權者。宜若亦爲當受其分配者。然此債權者業已因更改或免除而失其權利。若更受其分配。自不能不謂爲不當利得。而在債務者一面。對於某債權者。徒云因更改或免除而免其義務。仍由他債權者。求全部之履行而無以相抗。遂致所得於某債權者之利

益歸於泡幻。以故立法者使此受履行之債權者。以某債權者所應受之利益。償還債務者。一交互間。遂不必別爲求償焉矣。例如一債務。以建築價值一萬圓之屋爲目的。雖債權者之任何人。皆有求其全部建築之權利。然設是債權者共爲三人。其中一人。業已爲更改或免除。而失其築屋之債權。則其債權者。各當受平等之利益。不并其爲更改或免除之債權者。亦當受三千三百三十三圓三角三分三釐之利益乎。故不得不由求其履行之債權者。以右之金額償還債務者。此類是也。而其債權之目的。止因當事者之意思。爲不可分。此尤易爲右之計算矣。

混同之結果。與右述者無異。殆不容疑。然此不揭之於本條者。無他。混同之在理論上。非真消滅債務之原因。故於債務者承繼某一債權者之權利。或某一債權者承繼債務者之義務時。其人已爲債務者。雖不得不爲全部之履行。然又爲某一債權者。則當與以其一部利益之分配。有固然矣。雖然。第五百二十條。明言債權因混同而消滅。則此就更改免除。既要明文。就混同似亦不可少此明文矣。但據不當利得之原則。可有同一之結果。則余所信而不疑者也。^{三七〇}

相殺一事。在新民法。因一方之意思表示而始生。故債務者對於某一債權者。卽有相殺之

第三編 債權 第一章 總則 第三節 多數當事者之債權 第二款 不可分債務

原因。不得對於他人援用之。可不待論。惟既受有相殺原因之債權者之請求。乃以相殺爲對抗。則其債權者。當以其債權之利益。分與他債權者。亦不待言也。譯者按他債權者既分得其利益仍償還債務

者上文已明此故於言下含之

第四百三十條 於數人負擔其不可分債務時。則準用前條之規定。及關於連帶債務之

規定。但第四百三十四條至第四百四十條之規定。不在此限。財四四一、四四二、四四三、四四四、四四五、四四六、四四七、四四八、四四九、四五〇、四五二

本條就不可分債務而豫想爲債務者有數人時者也。此其原則。當準用關於連帶債務之規定。例如債權者得對其某一債務者。求全部之履行。四三 不因一人之法律行爲。有無效或取消之原因。遂左右他債務者債務之效力。四三 債權者得加入各破產債務者之財團之配當。四四 從第四百四十二條至第四百四十四條之規定。得由既爲履行之債務者。求償於他債務者。又在因當事者意思而爲不可分時。債權者若對於一人而免除其不可分。則當準用第四百四十五條之規定。是也。但(第一)第四百三十四條至第四百四十條之規定。不得準用之。(第二)關於債權者有數人時之更改免除等前條之規定。亦當準用之於此也。

第四百三十一條 不可分債務若變爲可分債務。則各債權者得止就自己之部分。請求履行。又各債務者止就其負擔部分任履行之責。

不可分債務。時而有變爲可分債務者。例如債務之目的。在引渡其一個特定物時。雖其目的爲不可分。然若於債權者有數名時。因債務者之過失而滅失其物。則各債權者。除對於債務者求損害賠償之外。無他道矣。然金錢爲極易分之物。故各債權者可以平等之分數。各別爲其請求焉。又於債務者有數名時。各債務者已至期限而未爲履行。其間因天災而滅失其物。則債權者亦除求損害賠償之外而無他道。此其損害賠償。各債務者當以平等之分數負擔之。是在歐洲羅馬法以來殆無致疑者也。

第三款 連帶債務

連帶 (Solidarité, Gesamtschuldverhältnis) 向分勵方 (Solidarité active) 及受方 (Solidarité passive) 二種。勵方連帶。乃存於債權者間之連帶。受方連帶。則存於債務者間者也。雖然。卽在西洋。今日實行勵方連帶者亦少。殆已不見其必要。況如日本。向無爲該約定之慣習者耶。法文故無需特規定之。新民法中。止就債務者間之連帶。卽止就連帶債務爲規定焉。

連帶債務。向分完全連帶(Solidarité parfaite)不完全連帶(Solidarité imparfaite)二種。在舊民法。止謂甲爲連帶。謂乙爲全部義務。而二者之所由分。則在代理之有無。然在新民法。不以連帶爲必有代理。而於某種情事。生幾分類於代理之關係。故可謂其性質。在舊民法之連帶與全部義務之中間。而當事者若約以舊民法所謂全部義務之義務。則固爲其自由也。然據余之所信。特約以此種義務者。蓋必極少。實當止以純然之連帶爲約。又立法者於法律上欲使數人之債務者。各自就全部債務負責之時。並不言其有所謂全部義務。實止爲有連帶義務。故新民法不於連帶債務之外。別規定所謂全部義務者。但偶有自生之全部義務。不待法文之特定。其關係自爲明白者耳。例如第七百十四條、第七百十五條及第七百十八條等處。有監督無能力者之義務者。及代之而監督無能力者之人。使用者。者譯

按即使用他人者及代之而監督其事業之人。動物占有者。及代之而保管其動物之人。皆各就損害之全部。任賠償之責。被害者任對其何人。得請求之。故舊民法之所謂全部義務。已具於是。雖然是等情事。被害者由其一人而受賠償。即可無復損害。故不得更對他人而求其賠償。是固然矣。又於其義務者相互之關係。有監督義務者。使用者。占有者。對於代自己爲監督保管等者。當有求償權。其事更不待特以明文明之。此本條所以止就連帶債務爲規定。

也。連帶之性質。諸說紛然。外國之立法例亦不一。然在新民法。則似以各連帶債務者由債權者視爲惟一之債務者。爲連帶之性質。而不視爲其間有代理者。僅於某情事。因便宜之故。或推測當事者之意思。生幾分均於代理關係之效力而已。至其詳細。尙當就本款之各條有所說明焉。

連帶債務。果應視爲單一之債務。而有數人之債務者耶。抑當視爲各債務者。負擔其一個之債務耶。蓋在羅馬法。雖似有幾分視爲單一之債務者。然在今日。羅馬法之方式。已收其跡。而力圖重當事者之意思。大實際之便利矣。故雖連帶債務。在各債務者亦止生一個債務。惟其間有一種之關係而已。蓋債務之要素。在當事者與目的二項。此固盡人謂然者也。然今債務者既有數人。其各自所負擔之債務。必不得不別異。而直無庸如羅馬法。以形式令一個方式中。包含其各自之債務。故謂其債務爲單一。牽強附會。所不免也。債務生非單一之結果。乃以債務之原因目的情狀等。皆無庸同一故也。此雖與舊民法有所不同。然一旦既悟債務之非單一。是等皆不得不爲必然之結果。而於實際。亦毫不見其弊害焉。

連帶雖以生於契約爲本則。亦往往有生於法律之規定者。例如第四十四條第二項、第七百十九條、第九百十三條第二項。此外則規定之於法律者極多。新商六三一、三六、一四六、二九、刑四七舊民法亦較多。法律上之連帶。又如舊民法所云。因遺言而生之連帶。雖未必絕無其事。然可謂極少。故不論之。

本款所規定。若大別之。則爲債權者與債務者之關係。債務者間相與之關係。二者請逐序說明之。

一 債權者與債務者之關係

第四百三十二條 數人若負擔連帶債務。則債權者得對於其債務者之一人。並同時或

順次對於總債務者。而請求其全部或一部之履行。擔五四、六年七月十七日告
二四七號訴答文例二五

本條明連帶之性質。由是而示各連帶債務者。當由債權者視爲惟一之債務者。蓋依第四百二十七條之總則。在普通之處。債務者若有數人。則於其間。分債務爲平等。然於連帶之時。則各債務者。以一人而負責任於債務之全部。債務者受債權者之請求。不得謂自己之外。尚有他債務者。以冀免其責任之一部。但其視各債務者爲惟一之債務者。則全屬債權者之權利。若債權者以爲有不利利益。則無庸據此假定。故債權者同時對於債務者全員。得

爲請求。況先請求甲。次請求乙。又次請求丙。本聽債權者之自由。是從今日之法理觀之。殆有不待言者。然在以羅馬法爲主之尙未十分發達之法律。則往往對於一人而起訴。卽不得復對於他債務者而爲請求。故本條明其不取右之主義焉。

第四百三十三條 就連帶債務者之一人。存有法律行爲之無效或取消之原因。不因以

妨他債務者債務之效力。擔五七。一
項五八。

在連帶債務。各債務者各負其一個之債務。既如所論。故就其一人。所以爲連帶債務之原因之法律行爲。卽有無效或取消之事由。影響亦不及於他債務者之債務。例如連帶債務者之一人。於法律行爲之當時。以精神錯亂而不成立其行爲。其人卽無有債務存焉。然若他債務者有完全之意思。則他債務者之債務。仍全爲有效者。又例如因一人於法律行爲之當時。爲無能力。固得取消其行爲。然若他債務者爲能力者。則其人不得免其義務。是也。而此外之債務者若尙有數名。則止於其間爲有連帶。蓋所不容疑也。

本條以下。每條言連帶債務者之一人云云。非必定爲一人。惟每一人可適用本條以下之規定。故止言一人也。

第四百三十四條 對於連帶債務者之一人請求履行。則對於他債務者亦生其效力。六擔

六一項

依第四百三十二條。債權者對於連帶債務者之一人。有請求其履行全部債務之權利。然若對其一人所爲之請求。對於他人爲無效。往往非同時對於各自爲請求。有不利於債權者矣。故各國之法律。大抵皆以對於一人之請求。爲對他人亦有效焉。

本條規定之結果。債權者若對於連帶債務者之一人。爲履行之請求。則（第一）於債務不定期限時。則由其請求之日。各債務者因以生遲滯之責。不但利息及其他賠償。從而生當付之之義務。且即其後因天災而滅失債務之目的物。若非證明其物。雖交還債權者以後。仍當滅失。則各債務者。不得不任其滅失之責。（第二）爲時效中斷之原因。一四七號 依本條對於一人之請求。同時爲各債務者。生時效中斷之效力。

第四百三十五條 連帶債務者之一人。與債權者之間。若有更改。則債權爲去聲總債務者

利益而消滅。財五〇一。一項。擔五七。二項。

本條與前條。略依同一之精神。有幾分認債務者間之代理。蓋由純理言之。則各連帶債務者之債務。當各別存在。即使債權者與其一人爲更改。債權當止爲其一人而消滅。他債務者似依然存矣。然法律則推測當事者普通之意思。此其更改。無論債權者之意思。債務者

之意思。總之就債權全部爲更改。舊債權中自免其各債務者之責。但不得以一人之意思。令他人負新債務。故前債務即消滅。因更改而生之新債務。止存於爲更改之一人之債務者。而他債務者。則當全免其義務焉。

第四百三十六條 連帶債務者之一人。對於債權者而有債權時。其債務者若援用相殺。則債權爲總債務者之利益而消滅。

有右債權之債務者。不援用相殺時。得由他債務者。止就此債務者之負擔部分。而援用其相殺。財五七二二項

本條就連帶債務者之一人。與債權者之間。有相殺之原因時。而爲規定。蓋相殺一事。當於第五百五條以下詳論之。故茲但定其在連帶時之效力。此其有相殺之原因者。或爲受債權者請求之債務者。或爲他債務者。就其前一種而言。債務者恰受債權者全部之請求。故對之而援用自己之債務。欲與連帶債務之全部爲相殺。有固然矣。若其債權額。與連帶債務之額同。或又過之。則連帶債務。當因相殺而全然消滅。而此消滅當爲總債務者之利益。恰與債務者之一人爲辨濟無異。

債權對於無相殺原因之債務者。而爲請求。若他債務者對於債權者有相殺之原因。則由

理論上言之。相殺止因對抗而生效力。^{六五}故該債務者似不得援用相殺而免其債務之全部或一部。然似此則於實際。既釀無益之煩勞。且恐動生不公平之結果。故本條第二項。該債務者。得以他債務者所存相殺之原因。對抗於債權者焉。但此時若就其債務之全部。得以相殺爲對抗。則與受請求之債務者不自辨濟。而令他債務者代爲辨濟。當生相同之結果。故有相殺原因之債務者。畢竟止就應負擔之部分。得援用其相殺。蓋此時若不以相殺爲對抗。而先了其全部之辨濟於債權者。然後對於他債務者行其求償權。則有相殺原因之債務者。必與他債務者同爲辨償於前之債務者。償還其負擔部分。乃再以自己對於債權者所有之債權。請求其履行。是以本可因一次辨濟。而代其消滅兩個債權者。而此債權者乃必先受其所當受。更付出其全部或一部。又其爲辨濟之債務者。亦必對於債權者。付以不得不付之物。而更由有相殺原因之債務者。求其償還。又此債務者亦必以其所當受於債權者之物。先付於辨濟者。而更對債權者請求其支付。此非但釀無益之煩勞。且若其間有一無資力者。則尤必有一人被不公平之損失。此所以有本條第二項之規定也。

第四百三十七條 對於連帶債務者之一人。而爲債務之免除。止就其債務者之負擔部分。即爲他債務者之利益。亦生其效力。^{財五〇六二項。擔五七二項。}

本條亦爲實際之便宜而設之之規定。各連帶債務者之債務。各別存焉。故以純理言之。其一人縱得免除債務。他債權者。則毫無因是而可受之利益。似債權者得對之而爲全部之請求。然此不但釀無益之煩勞。且恐動生不公平之結果。故恰與前條之規定。依同一之精神。以本條設一簡便法。無他。債權者若對於債務者之一人。免除其債務。則就其人終須負擔之部分。不但本人。並他債務者。亦爲當被其利益者。故例如甲乙丙三人。負一萬圓之連帶債務。於就其債務受平等利益之時。若債權者免除甲之義務。則此債權者。對於所免除之甲。雖一錢亦無從請求。對於他之乙丙。則止得各以六千六百六十六圓六角六分七釐。請求之而已。蓋對於乙丙若依然得請求一萬圓。則例如乙遭債權者之請求。既付一萬圓後。當對於甲丙兩人。各求其償還三千三百三十三圓三角三分三釐。然甲已得免除。故當更轉而對於債權者。得求其返還三千三百三十三圓三角三分三釐。此不但手數至三倍之煩。且若債權者爲無資力。則甲竟不免損失。若然。則債權者名爲免除其債務於甲。實則與不免除者情節殆相類矣。是謂不當之甚。所以有本條之規定也。

第四百三十八條 連帶債務者之一人。與債務者之間。若有混同。則視其債務者。爲已爲

辨濟者。財五三五一項
撥五七二項

混同之性質。雖當至後第五百二十條論之。然要爲債務消滅之一原因。故連帶債務者之一人。與債權者之間若有混同。其債務者之債務。當爲消滅。不待言矣。然以純理言之。他債務者之債務。各別存焉。故當不被其影響。雖然。是可生最不當之結果。何則。債務者之一人。同時爲債權者。故不能不謂其人得以債權者之資格。對於他債務者。求債務全額之履行。然此人爲債務者。則當與他債務者。平等負擔其債務。今因混同而消滅其債務之故。乃至他債務者被其損失。亦可謂不當已甚。故當先扣除其爲債務者所應負擔之部分。殆不俟論。雖然。此尙非卽爲得當也。若其人得以連帶請求其他二人。則在其一人爲無資力時。他一人將負擔兩人負擔之部分。是亦不免爲不公平。^{四四} 故此以債權者資格爲請求之債務者。亦不得不爲負擔其無資力之一部者。然一旦對於他債務者之一人。既得除其自己之負擔分。請求其下餘之全額。則以他債務者爲無資力之故。不得不以一旦受取之一部分。返濟於辨濟者。若於其間。受取之者又爲無資力。則辨濟者竟至不得不以一人負擔其損失。實可生不公平之結果。是名訴權之輪回 (Circuit Actions) 焉。^{前二條之情事亦} 有訴權之輪回。抑以混同爲債權消滅之原因。因視其本爲債務者之債權者。爲已立時爲辨濟之故。此爲後之所說明。故於此情事。亦視其因混同而爲債權者之債務者。或爲債務者之債權者。爲已

立時自爲辨濟。從第四百四十二條以下之規定。以使對於他債務者。行其求償權爲至當。此所以有本條之規定也。

第四百三十九條 若因連帶債務者之一人。已完成其時效。則就此債務者之負擔部分。

他債務者亦免其義務。一增六

本條之規定。亦不拘泥於各連帶債務者。負各別債務之理論。專以公平爲旨而設焉者也。蓋以純理言之。卽因連帶債務者之一人。完成時效。若他人之時效爲未完成。則受其時效之利益者。全免義務。未受時效之利益者。似當就債務之全部而負其責。雖然。此其結果。當爲極不公平。何則。若一人因時效而免義務。則其人不但對於債權者不負義務。卽對於他債務者。亦無一切之責任。故債權者若對於他一人。而請求其債務之全部。則其人不得不爲全部之辨濟。而當其對於他債務者爲求償。其一人已全免其義務。故若爲二人。其餘一人當負擔全部。爲三人。則其人本應負擔三分之一者。今不得不負擔二分之一。而於第二說。若第三連帶債務者爲無資力。則竟儘其全額。不無併爲負擔之事矣。似此則無過失之債務者。因他債務者時效完成。至被不慮之損失。尤不免不公平之已甚。抑時效之爲物。多因債權者之怠慢而生。一卷第六章時效下之總說明甯使債權者負擔其結果。較爲允當。故本條以他債

務者爲亦當免其責焉。例如甲乙丙三人連帶而負義務。其負擔部分本爲均一時。甲若受時效之利益。則債權者不但不得對於甲而求其債權之履行。即對於乙丙亦止得請求其債務之三分之二矣。

或問連帶債務。當同時發生。故一人之債務者若時效完成。則他人似亦當完成矣。曰不然。(第一)連帶債務。不必同時發生。(第二)其發生即爲同時。然或一人加期限而負義務。他人則無期限而負義務。又或各連帶者。即皆加期限而負義務。然其各自期限有不同時。條加

件者亦同。時效之起算日即有異。故其完成日亦當然可有異矣。六(第三)即時效之起算日

爲完成者。一四七至一六一此本條之規定。所由生也。因請求之中斷。則對於全員爲有效。此則於四三四既論之矣。

第四百四十條。除前六條所揭之事項外。就連帶債務者之一人所生事項。對於他債務者不生其效力。財五〇九。一項。撥五七。二項。五九。六〇。六二。七一。一項。

前六條。皆對於各連帶債務者負各別之債務之原則所設之例外也。而於本條。則明言例外止於前六條。其他皆從原則。而就連帶債務者之一人所生事項。其效力不及於他債務者焉。例如對於連帶債務者之一人。所下判決。其效力不及他連帶債務者。雖在訴訟法及他手續法未始

無若干之例外。然原則則一人所為之自白。對他人為無效力等是也。反對者如本文其反對者撥五九

第四百四十一條 連帶債務者之全員。或其中之數人。若受破產之宣告。則債權者得以

其債權之全額。加入各財團之配當。撥六七至六九。舊一商

本條就連帶債務者之全員或其中之數人。同時受破產之宣告時。為之規定。蓋債務者漸次受破產之宣告。而終其手續。則當先從第一破產者。受應其資力之辨濟。漸次而下及他債務者。固不待言。然若債務者同時破產。或即不同時全為破產。而甲之破產。手續未終。乙丙等亦皆受破產之宣告。則債權者雖既以全額加入甲之破產。尙得以全額加入他乙丙等之破產焉。是在連帶之性質則然。無足怪也。惟由各破產所受之總額。不得超於債權額。則又不待言者。例如甲乙丙三人。負一萬圓之連帶義務時。三人皆為應平等以負擔此債務者。若甲先破產。其資力足償各債權之半。則連帶債務之債權者。亦得受一萬圓之半額五千圓。其後乙亦破產。其資力僅足償各債權之十分之三。則連帶債務之債權者。當受餘額五千圓之十分之三。即千五百圓。而其後丙亦破產。若其資力不過各債權之十分之二。則連帶債務之債權者。得受扣除其所受於甲乙二人之餘額之十分之二。即三千五百圓之十分之二。即七百圓。此時債權者併其三項。不過受七千二百圓。更於此時。甲比自己之

負擔部分。多付千六百六十六圓六角六分七釐。從次條以下之規定。固得請求於乙丙也。前例中之甲乙丙。若不順次以爲破產。而皆於同時爲破產。即不全然同時而於一破產未經清算期內他人已爲破產時亦同。債權者得以全額。加入於各破產。故受五千圓於甲。受三千圓於乙。受二千圓於丙。得終受其債權之全額。如拔速那特氏之流。雖以此爲不當。然連帶之性質。固又不得不然。蓋普通之債權者。於債務者無資力時。雖必失其債權之一部。然連帶債務之債權者。特有連帶之利益。故可因此利益而受多額之辨濟於他債權者。卽如上云云。竟至受其全額。亦不足怪。但依前例。若乙有十分之四之資力。則連帶債務之債權者。所受三人之破產之全額。過於其債權者千圓。故此千圓。不得不返還之。否則必由破產管財人。扣除之而付與債權者而已。而此千圓。甲乙所出。皆多於自己之負擔分。故必以此充其償還。然據第四百四十四條。甲乙當平等負擔丙之無資力之結果。故此千圓。不得不全以與甲。使各負擔其四千圓也。

依右之第一例。甲所出多於自己之部分者。千六百六十六圓六角六分七釐。對於乙丙。自必有求償權。然對於破產之財團。則既就債務之全額而有請求。故不得更行其求償權。止對於破產者後日有取得之財產。得行之耳。且其對於後日之財產。卽如第二例之甲乙。當

有六百六十六圓六角六分七釐之求償權焉。

二 債務者間之關係

第四百四十二條 連帶債務者之一人。若辨濟其債務。或以其他自己之出捐。得共同免於其責。則對於他債務者。就其各自之負擔部分。有求償權。

前項之求償。并包含其從有辨濟及其他免責之日。以後之法定利息。及不得避之費用。並其他損害之賠償。三 擔六

本條以下至第四百四十五條。定債務者間之關係。蓋連帶債務者。雖對於各債權者。負恰如惟一之債務者之義務。然於其各自之間。則多為應分任其債務之負擔者。而苟非有特約或特別之事情。則從第四百二十七條之通則。當各以平等之開派分擔之。故債務者之一人。若辨濟債務之全部。即不全部。但所辨濟者多於自己負擔部分時。即以同理攤之。以下做此。或縱非辨濟。而因更改相殺和解等。消滅其債務之全部。則對於他債務者。得就其各自之負擔部分。為求償焉。

右之求償。不但就所辨濟者及其他出捐之元本。得為此事。且從有辨濟及其他免責事由之日。以後之法定利息。年五分。商則六分。及不得避之費用。例如被訴於債權者之訴訟費用。債權者在隔地時之送款之匯費。其他應辨濟金錢以外之物時之運費等。亦包含之。而此外若

尙有損害。則得求其賠償。例如受訴之債務者。無辨濟所必需之金額。即謀於他債務者。亦不能供此。於是不得已而付其高於法定利息之利息。以借入金錢。則此利息亦得爲求償者。又例如前言之情事。不得已而賣却其所有之不動產。以其代價充辨濟時。因欲速賣其不動產。有不得已而特以廉價賣之者。並其他因此賣却而受有損害。則其一切損害之賠償。得請求於他債務者焉。

第四百四十三條 連帶債務者之一人。不以受請求於債權者之事。通知他債務者。而以辨濟及其他自己之出捐。得共同免責之際。他債務者若有得對抗於債權者之事。由則得就其負擔部分。以之對抗於其債務者。但若以相殺對抗之。則有過失之債務者。得對於債權者。請求其履行因相殺而可消滅之債務。

連帶債務者之一人。因其怠於以其辨濟及其他自己出捐。所得共同免責之事。通知他債務者。若他債務者。善意而爲辨濟於債權者。或其他有償而得免責。則其債務者。得視自己之辨濟及其他免責之行爲。皆爲有效。增三二、三
三六五

本條規定既爲辨濟等事之債務者。因有過失而可以失其求償權之情事。此其情事有二。第一 連帶債務者之一人。方受債權者來相請求。不以之通知他債務者。而自爲辨濟。或

以其他方法。使消滅其債務之情事。於此而他債務者。若有對於債權者。可拒其履行債務之理由。則當其自爲辨濟等事之債務者。來爲求償。可卽以前項理由對抗之。例如甲乙丙三人爲連帶債務者。甲因受債權者之請求。已直行辨濟矣。若乙對於債權者。有同種之債權。得以相殺對抗之。當此之時。非能對抗債務之全部。不過就自己負擔之有限而對抗之。此不待言也。於此而以甲爲應負擔乙之部分。不免失平。何則。債權者一方既受全部之辨濟於甲。他一方又因乙就其負擔之分。以相殺對抗於甲。以致就此部分。債權者當免其義務。而受兩重之利益焉。故卽無本條第一項但書之規定。甲亦能對於債權者。求不當利得之償還。固不言而可決矣。然止於如是云云。則其利得。果因初時之辨濟而受之耶。抑因相殺而受之耶。此不能無疑。惟以相殺之效力。爲能遡及既往。二五〇六則因其相殺既生效力。甲所既爲之辨濟。却歸無效。所已辨濟者從而可以追回。亦非無理矣。雖然。當甲之受請求而爲辨濟之時。不但未經相殺。且在甲對於債權者。自有債務存焉。毫無疑義。由是而遽以此項辨濟爲無效。豈爲得當。其勢不得不以在後之相殺。止對於甲則爲有效。而未必能以之對抗債權者。故以本條第一項但書。與甲以對於債權者。得求其履行乙所自有債權之權焉。惟甲依法律之規定。而有此權利。非爲乙之代理

人以行使之。止可以自己之名義行使之。或曰。使甲追回自己已辨濟之部分則可。使其請求債權者。履行乙所自有之債權則不可。應之曰不然。相殺云者。必其目的物爲同種。故卽謂爲同一之目的物。亦無不可。若然則卽以甲爲乙之代位。殆亦不爲不當。而甲則以爲乙代位之利益。用其債權。爲有附隨之擔保。是以若乙之對於債權者。有就其債權之擔保。則甲卽得利用其擔保也。

以上雖專就相殺而論。然關於他事項。亦與略同。例如乙得債權者許其免除時。若以之對抗於甲。則甲得對於債權者。求返還乙之負擔部分焉。蓋依第四百三十七條之規定。對於一人而爲免除。則就其負擔之部分。爲能有利於他債務者。是以債權者若仍得其債權全額之辨濟。則就其一部分。已爲不當利得矣。若債權者爲惡意。直可謂之不法行爲。當參觀七〇四之

第二 債務者之一人。若既爲辨濟或其他行爲。須立時以此通知他債務者。若因怠於通知。而他債務者乃不俟債權者之請求。竟已出於善意而爲辨濟或其他行爲。則其善意之債務者。得視自己之辨濟或其他行爲爲有效。卽得對於他債務者爲求償。當此之時。先爲辨濟等事之債務者。已視其行爲爲無效。故對於債權者。得視之爲不當利得。如已辨濟。得取回其已辨濟之物。如因相殺而失其債權。得行使其因相殺而已失之債權。如

因更改而爲新負之債務。則若未履行。得使之將來無效。若已履行。得使之償還其所已履行。但此債務者。若因債權者之請求。而爲辨濟等事之時。豫以通知他債務者。則罕見爲他債務者之善意。又他債務者。因債權者之請求。而爲辨濟等事之時。不以之豫通知初時之債務者。則當適用本條第一項之規定。若已通知。則恆可知初時之債務者。已爲辨濟等事。但初時之債務者。若不立時答明其辨濟等事之已爲。則亦可適用本條之第二項矣。

善意之債務者。當爲辨濟之時。可依本條第二項而受保護。固也。然於其他情事。則必需有償而得免責。乃可援例。如更改、相殺、和解等是。若遇以無償而得免除之時。則不得援用本條第二項矣。是無他。此項善意之債務者。不得爲曾被損失。而債權者既爲應消滅之免除債務。其免除不得不爲當然無效。蓋在其他情事。由理論上言之。善意之債務者與債權者。其間之行爲。雖可皆爲無效。然法律特以欲使善意之債務者。不被損失。乃設本條第二項之規定。至當無償而得免除之時。善意之債務者。惟自信爲已得意外之利益。後其利益並無實際。亦不過大失所望而已。故此時已爲辨濟等事之債務者。對於善意之債務者。直得爲求償焉爾。

第四百四十四條 連帶債務者中。若有欲爲償還而無資力者。則其不能償還之部分。求償者及他有資力者之間。應其各自負擔之部分而分割之。但求償者若有過失。則不得對於他債務者請求分擔。六六

本條定連帶債務者之一人。依辨濟或其他方法。而消滅其債務之全部以後。當其對於他債務者而爲求償。其中若有無資力者。則果應如何。蓋於此時。若令求償者負擔無資力者所不能償還之部分。可謂極不公平。何則。各債務者本負同樣之義務。適因債權者對於其一人而爲請求。其人負擔。乃即多於他債務者。豈非無理。彼求償者所爲之辨濟或其他行爲。乃因債務者全體之利益而爲之。以故若有損失。當由債務者全體負擔之。此當然之理也。是以無資力者所不償還之部分。求償者及他有資力之債務者。其間當視其各自負擔之部分而分擔焉。但因求償者之過失。而後有此無資力者不能償還之情事。則對於他債務者。不得請求分擔。亦固其所。例如求償者既爲辨濟之當時。債務者皆有資力。因求償者遲延其求償。他債務者中始有無資力者發生。則是所謂因求償者之過失。而致其人之負擔部分。有不得償還之全部或一部。故不得以其過失之結果。使他債務者爲之代負也。

第四百四十五條 連帶債務者之一人。得免除其連帶之時。若他債務者中。有已無辨濟

之資力者。則債權者就無資力者所不能辨濟之部分。自爲已得免除連帶者。負擔其應負擔之部分。二擔七一項一。

本條定債務者之一人。既得免除連帶之後。他債務者中若發生無資力者。則其無資力者所不能負擔之部分。果應誰爲負擔者也。在外國。此種已得免除連帶之債者。仍使負擔其一部分。雖不尠其例。然我新民法與舊民法。則均令債權者自負擔之。是無他。已得免除連帶之債務者。止就其自己負擔之部分。爲有義務。就他債務者負擔之部分。乃毫無義務者也。故即使他債務者中。發生無資力者。在已得免除連帶之債務者。可謂痛痒不相關矣。不然。債權者一旦免除。是人之連帶。而仍以其人負擔義務。依然如連帶債務之時。是實生反於當事者初意之結果。雖然。以無資力者所不辨濟之部分。使歸他連帶債務者之負擔。亦不可不謂爲失當。蓋以債權者之意思。免除債務者中一人之連帶。不得因此而加重他連帶債務者之義務。實所不待言也。故於此時。債權者自就無資力者所不辨濟之部分。爲已得免除連帶之債務者。負擔其應負擔之部分。實爲當然之事。此所以有本條之規定也。但本條乃以當事者普通之意思爲解釋。若當事者確有與此相反之意思。則固可從其意思爾。

當爲履行之責。此古來各國所皆同。惟如何情狀而爲主債務者不履行其債務。當使保證人盡其義務。則古來各國規定不一。當專於次段講究之。在本條。止明保證人有爲從之性質而已。

因保證債務有爲從之性質。所生結果甚多。如以下三條之規定。亦不外此結果。雖然。以其不待煩言。而不揭於法文者仍不少。例如主債務爲無效時。保證債務亦爲無效。主債務爲取消。保證債務亦自然取消。主債務有期限。保證債務亦自有同一之期限。其附有條件者。保證債務亦帶同一之條件。此類是也。蓋依本條之規定。保證人止在主債務者不爲履行時。任其應爲履行之責。故於主債務爲無效時。其債務者已無應履行之債務。故決無不履行其債務之事實。於主債務爲已取消時。其始即使成立。今將視爲自始即不成立。故能與上一端生同一之結果。又於主債務附有期限時。儘其期限到來以前。其債務尙未至應履行之時期。即不能謂債務者之不履行其債務。因而保證人尙未有應履行其義務之責。不待言也。其主債務爲附有條件者亦同。

擔二
五

第四百四十七條 保證債務。關於主債務之利息、違約金、損害賠償、及其他一切。悉以其爲從於債務而包含之。

保證人止就其保證債務。得約定違約金或損害賠償之額。擔四 五八

本條定因保證所擔保之債權。蓋保證債務。乃為主債務之從。以其目的同於主債務為原則。此不但主債務之本款也。於其債務應生利息時。則其利息。其有違約金之特約時。則其違約金。主債務者應負損害賠償之義務時。則其損害賠償。以及其他一切從債務。例如訴訟費用等等。皆擔保之。此為保證與連帶相異之一例

保證債務。因其目的當與主債務相同。若以異於主債務目的之目的。約定保證債務。此非真保證債務。甯謂為以主債務者不履行其義務為條件。而生一種獨立之債務。此債務固為有效。然非保證債務。故本款之規定。殆非可適用之也。

若然。則其債務之性質如何。是為獨立之附條件債務。蓋所謂保證人。乃以主債務者不為履行為條件。而負異其目的之債務。惟債權者則以所謂保證人之辨濟為條件。而免除主債務者之債務者也。且於所謂保證人與所謂主債務者之間。當依第七百三條。為不當利得之返還焉。

保證債務之目的。不得大於主債務之目的。為次條所規定。雖然。於主債務者。不約定違約金或損害賠償之額時。得止由保證人約定之。此不得云所約在主債務之目的以外。蓋違

約金及豫定賠償額。皆所以確保債務之履行。若保證人能保其履行債務。原無庸自爲支付。故與抵當及質等相同。不可以此爲增加保證人之負擔。且損害賠償。當然爲保證人所應負擔。故於不履行時。裁判所且從不確定之標準而定其損害賠償之額。易之以與債權者豫約其額。其無妨礙。又何待言。而違約金亦爲原則視等豫定賠償額。三、四二〇。故亦可從豫定賠償額之同一規定。又不得不謂爲的當。再進一步論之。保證人在主債務者不履行時。負與有同一目的之債務。故因確保此債務。而於損害賠償以外。得約定違約金。又何足怪也。

第四百四十八條 保證人之負擔。就其債務之目的或體樣。若重於主債務。則以主債務之限度減縮之。六

本條亦緣保證債務乃爲從之性質。所生之結果。其目的不得大於主債務之目的。又其體樣不得重於主債務之體樣。例如主債務爲千圓之債務。保證人不得負二千圓之義務。又如主債務爲附有期限或附有條件。保證人不得負單純之債務。又如主債務爲應履行於一年之後者。保證人不得爲六個月之後應履行其義務者。凡此情事。大抵由當事者之錯誤。致此舛錯。故法律尋繹當事者普通之意思。以保證債務爲與主債務有同一之目的或

體樣焉。即如前例。保證人當如主債務者但負千圓之債務。但負附有期限或附有條件之債務。且其期限或條件亦全爲同一者。又保證人亦如主債務者。一年以後始爲有履行之責之人。但當事者若明有相反之意思時。則或以保證債務爲無效。或應別成獨立之債務。然謂當事者果有如此之意思。蓋極少矣。

保證人雖不得負重於主債務者之債務。然負較輕之債務。則固無妨。例如主債務爲二千圓之債務。保證人可祇負千圓之義務。主債務爲單純。保證人可祇負附有期限或負有條件之義務。主債務爲應履行於六個月之後者。保證債務可至一年之後而始履行。是蓋保證人得就主債務之一部分爲保證也。此外如主債務應加利息。保證人止就清本爲負義務。主債務有違約金。保證人不負此項義務。或保證人就損害賠償及一切爲從之債務。爲無責任者。固皆所無妨也。

主債務爲無他擔保。保證債務則有質或抵當等之擔保者。又或在主債務。以止有私證書而不得徑求其強制執行。然保證債務則有依公正證書。從其所證而有執行力者。此等皆非加重其債務之目的或體樣。故不爲應受本條之適用者。

第四百四十九條 因無能力而應得取消之債務。爲之保證者當立保證契約之時。若已

知其有取消之原因。則就其債務者之不履行。或其債務之取消時。推定爲負擔有同一目的之獨立債務者。增九二
五二項

主債務已取消時。保證人亦應免其義務。既就第四百四十六條論之矣。然余尙進一步焉。即使主債務者不取消其債務。而保證人受債權者之請求。自爲抗辯。固得以其取消爲對抗。是無他。保證人爲負應爲履行主債務之責者。六四若其債務爲無需履行。則保證人亦不任其履行之責。蓋就其債務而論。保證人乃所謂特定承繼人也。惟然。故依第二百二十條。得取消之行爲。其有取消權者之承繼人。亦得而取消之。再依第二百二十二條。追認得取消之行爲。不得以之害及第三者之權利。惟然。故彼得取消之行爲之特定承繼人。就其追認觀之。則爲第三者。是以保證人即遇主債務者拋棄其取消權。尙得以其取消權對抗於債權者。況於主債務者未爲追認耶。不如是者。保證人當其既辨濟於債權者之後。對於主債務者而爲求償。主債務者得藉其債務之取消。補一聲明之語。而遂免保證人之求償矣。又或主債務者。得以一己之意思。左右保證人之權利矣。豈不生甚不當之結果。如第一項情事。保證人雖得對於債權者。求返還其所不當利得之物。然若債權者爲無資力。則保證人終不免於損失。且債權者每以偵悉債務者爲無能力。或自爲施詐欺或強迫者。却得請求

於善意之保證人。其損失遂致被於其保證人焉。夫如是。不得不謂爲不當之甚者也。

以上乃豫想保證人之爲善意。然保證人往往有知取消之原因者。當此時。因其原因之如何。而分其或爲仍負義務。或爲不負義務。其負義務者。乃其取消之原因爲無能力者是也。此蓋自始卽知主債務之得以取消。故其意思。直可明言之曰。彼主債務者之不取消其債務。乃以已負其保證義務而然耳。若不明言及此。而止負保證之義務。則是其負此義務之意思。不得不推定爲主債務者卽自取消。已實有終負之之意思矣。然則純然之保證債務。原不得存在於主債務業已取消之後。獨前項情事。則所謂保證人者。非眞保證人。必認爲負擔其有同一目的之獨立債務者。是所以有本條之規定也。

若其取消之原因。乃爲詐欺或強迫。則因此而許其取消。乃公益之規定。設立一豫約。謂卽有詐欺強迫。債務亦不可取消。此實同於不法。所謂保證人者。卽不得爲此不法之約。而謂我自應負此義務。不問主債務者因此原因而取消債務與否。何則。此爲確保債權者以詐欺強迫所取得之債權。亦得履行。不得不謂其間接之影響。卽爲詐欺強迫之獎勵。故其契約之目的爲不法。卽其契約爲全然無效。而非可從本條之規定矣。

第四百五十條 債務者於負應立保證人之義務時。其保證人要具備左之條件。

一 爲能力者。

二 有辨濟之資力者。

三 有住所或已定之假住所。於管轄債務履行地之控訴院之管轄內者。

保證人至缺乏前項第二號或第三號之條件時。債權者得請求其以具備前項條件者代之。

前二項之規定。於債權者自指定保證人時。不適用之。增一五
四七

本條定凡依契約或法律又或裁判上之命令。債務者有應立保證人之義務時。當立具有何等資格之保證人也。蓋債務者於有立保證人之義務時。其保證人固必不可有名無實。惟然而保證人常債務者不爲履行之際。實爲應代之爲辨濟者。故其保證人。必爲負有效之義務。具能爲辨濟之資力。且易於對之爲請求者。此本條所規定也。由是請略言本條所規定之保證人之資格。

第一 保證人要爲能力者。例如未成年者、禁治產者、準禁治產者、妻。皆不得立爲保證人。何則、此等之人。縱使獨斷而結保證之契約。後日亦得取消之。故債權者亦不得以之爲保證人。是通例也。但右之無能力者。若得法定代理人、保佐人、或夫之同意。則其無能力。

可視爲已補成能力完全者。故於此時。無能力者亦得爲保證人。殆不俟論。蓋若以右之條件爲承諾。則無能力者亦可負完全之義務矣。

第二 保證人要有辨濟之資力。而其資產。則不問爲動產。爲不動產。或爲債權。但由實際財產中扣除負債之後。尙有足以履行其保證債務之資力。即可充之。蓋以保證爲目的之主債務者。在當不爲辨濟之時。可使保證人代其辨濟。故若其保證人自始卽爲無資力者。是明乎其終不能達此目的矣。似此則雖立保證人。亦必無效。是此項條件之所以必要也。

第三 保證人要有住所或已定之假住所。在管轄債務履行地之控訴院之管轄內。是無他。保證人若住於遠隔債務履行地之地。則當主債務者之不爲履行。欲立爲請求於保證人而有所不能。因此必費時日。並其種種不便於使之履行者。必不少也。

右之第二第三要件。皆非確定而不動者。今日卽有充分之資力之保證人。明日因商業損失等情。忽爲無資力者不少。又如住所。亦有時時變更之事。惟然而一旦必以有右之二條件者爲保證人。卽不能以偶當爲保證時具備其條件。而卽爲已足。必於凡有應對保證人爲請求時。苟非具備此條件。卽爲無效。故以本條第二項。定保證人若至右二條件中缺其

一時。債權者得請求其以他有資格之保證人代之。但右之第三條件。保證人縱移其住所於他處。若依然定假住所於原地。亦尙無礙。故本條第二項之適用。限於不定假住所於向來住所地者。

或問曰。保證人若至缺第一條件時。果無需更易乎。曰然。方保證人之初負義務。苟非能力者。其義務不能有效成立。故以此條件爲必要。是爲至當然。一旦既生義務之後。縱保證人爲無能力。其義務不因而消滅。得其法定代理人、保佐人、或夫之同意。不能不爲辨濟。又法定代理人。亦可代無能力者爲辨濟。故債權者無需以更易此保證人爲請求也。

上爲一般之規定。於此不能無一種例外。無他。債權者若自行選擇保證人。指名用之。而以其所以爲保證人者爲請求。則其保證人。縱不具備右之條件。債務者亦毫不負責。況於初爲有資格。後乃爲無資格者耶。是爲債權者所自招之禍。不能以責債務者也。

債務者有應立保證人之義務時。例如方由債權者借以金錢。有約定必立相當之保證人者。又法律上有應立保證人之明文時。固無論矣。縱使無此明文。但於應供相當之擔保時。若欲立保證人。則必不可不以具有本條資格者。參觀上文本條解說之第三項下。又於裁判所曾有明文。得特命以應立保證人之旨時。亦無論矣。卽於僅得命供相當擔保時。裁判所亦得卽以應

立保證人命之。於此時亦不得不立具有本條資格者。同上且此等情事。商法及民事訴訟法等尤多。

第四百五十一條 債務者若不能立具備前條條件之保證人。得供他擔保以代之。六、據一

七、

債務者於有應立保證人之義務時。若不能立具備前條條件之保證人。則供他擔保。如質或抵當等皆可。但需擔保其應保證債務之全額而有餘者。此不待論。蓋在客居之人。或其他狹於交際之人。往往不能得具備前條資格之保證人。然物上擔保。大概比於保證人尤為確實。故其價格若果足額。債權者取之多有利益。本條所以特設此便宜之法也。

二 債權者與保證人之關係

第四百五十二條 債權者若以履行債務。請求於保證人。則保證人得以應先催告主債務者之旨。請求於債權者。但主債務者若受破產之宣告。或不知其行方。則不在此限。一、據

八、八年六月八日告一〇二號。金
發貸借請人證人辨債規則一、二。

在債權者以履行債務。請求於保證人。要用何等條件。各國之法律。殊不一定。各從其國。其學者間各有議論。在舊法。如德意志民法、瑞西債務法等。止於先對主債務者為強制執行。

而尙不得其履行時。得對於保證人爲請求焉。依八年六月八日告一〇二號金銀貸借請
人證人辨償規則一、二、限於主債務者之身

代限逃亡死去而無相續人
之時保證人乃爲有義務者此以保證爲從之性質考之。雖頗有理由。然似此則保證效力極爲薄弱。在諸事貴於迅速之開明國。不得認此爲充分之擔保。是蓋向來連帶多而保證少之一原因。且就當事者之意思。亦非通常願似此之迂遠者。故於本條。如舊民法及澳大利民法等之債權者。雖得直對證人爲請求。然保證人亦得以應先催告主債務者之旨。轉而爲請求焉。蓋保證人若既爲辨濟。得直對於主債務者爲求償之事。故主債務者而有資力。則甯由主債務者辨濟於債權者。此無論爲保證人計宜然。卽爲主債務者計。亦以此爲便。因此而債權者亦可得迅速之辨濟。故不可謂被有損害。而債務者則以此免其債務。保證人又以他人既爲辨濟。得免更求償於本人之煩。在各利害關係人。止爲有利。殆無所害。然若主債務者爲無資力。或卽有資力而無立爲辨濟之準備。不能速應其催告。則債權者得更請求於保證人。而使爲是辨濟焉。是可謂爲債權者與保證人。共得合宜之保護。故於本邦。不取法意西等國之主義。彼蓋爲直請求於保證人。保證人卽不得或拒焉。在法意等
國學者間

亦非無議論。然余
則解釋之如本文。

右爲原則。於此有二例外。一主債務者受破產之宣告時。一不知其行方之時。是也。蓋於此

等時。即對主債務者而催告之。亦無實效。其事顯然。故對之爲催告。眞可謂不過徒勞。當此之時。自得逕請求於保證人矣。蓋在破產之時。大抵主債務者。不但爲無資力而已。即其不完全之攤付。亦非經數月或數年之後。不得受之。苟不問其已有保證人。而當靜待其攤付。實不得不謂爲太酷。又在主債務者不知其行方時。恆非有代爲辨濟者。故終難望有辨濟。但依第二十五條以下之規定。於有管理人時。其管理人爲不在者之代表。故不在者雖本人不知其行方。然既有管理人代之。則法律上不得謂爲不知其行方矣。且即論實際。管理人亦自有能爲辨濟之權限。故可對之而爲催告。殆不待言。而債權者固爲利害關係人。故即自行請求其選任管理人。亦無不可。^{五二}且於保證人與主債務者連帶之時。得逕請求於保證人。此第四百五十四條所規定也。

不知其行方者。非止外出而不知其現時所在地之謂。蓋無論世俗所謂出家、夜遯、逃亡等事。皆所包括也。

第四百五十三條 債權者從前條之規定。雖既爲催告於主債務者之後。然保證人若證明主債務者有辨濟之資力。且爲容易執行者。則債權者須先就主債務者之財產。爲執

行之事。擔一九二一八年六月八日告一〇二
號金穀貸借請人證人辨債規則一三

本條規定關於所謂檢索之利益 (Benefice de Discussion) 蓋非主債務者資產既盡之後。不得對保證人而為請求。則誠無庸別設本條之規定。然如本法止於催告主債務者之後。即得請求於保證人。則所謂檢索之利益者為必要矣。檢索之利益云者。謂保證人當受債權者之請求時。得以一說對抗之焉。若曰。當先就債務者之財產。試其執行之後。尙有不足。乃可向我請求也。惟論其條件。各國之規定不同。但在本條。則(第一)須主債務者有辨濟之資力。(第二)須對之執行為容易者。保證人非證明此二條件。不得以檢索之利益為對抗。何謂有辨濟之資力。乃言其有辨濟全部債務之資力。又何謂容易執行。則言其財產。不在遠隔之地。且不生爭執。並於其上。不存他人之優先權等。是也。在舊民法及外國多數之例。雖規定細密之條件。然在新民法則不取之。止以一般之原則。期其不加損害於債權者而已。故主債務者果否有辨濟之資力。或果否對之容易執行。欲加裁判。惟在裁判所之認定矣。

○增二

第四百五十四條 保證人若與主債務者。連帶而負債務時。則不有前二條所定之權利。本條之規定。乃對於前二條所定之權利。認有一種例外。即保證人於與主債務者連帶而

第三編 債權 第一章 總則 第三節 多數當事者之債權 第四款 保證債務

負擔債務之時。債權者即不催告主債務者。亦得逕請求於保證人。而當債權者請求於保證人。保證人並不得以檢索之利益爲對抗。是無他。保證人若與主債務者爲連帶。則連帶之結果。可令各人皆如獨一之債務者而處理之。故保證人若爲獨一之債務者。債權者即逕向請求。別無可以支吾之語。此所以必設本條之例外也。

所謂連帶保證人。蓋有二種。(一)保證人與主債務者爲連帶時。(二)保證人之間有連帶時。是也。其第一種固適用本條。然於第二種則否。蓋保證人與主債務者爲連帶時。保證人亦視爲獨一之債務者。故可由債務者逕向請求。然止於保證人間有連帶時。對於主債務者。仍用純然爲保證人。故尙爲有前二條之權利者。

第四百五十五條 保證人依第四百五十二條及第四百五十三條之規定。不拘爲何種請求。但債權者自怠於催告或爲執行。其後遂不得由主債務者爲全部之辨濟。則保證人得於債權者逕行催告或逕爲執行。所得辨濟之限度。免其義務。二

本條乃以一定之制裁。加於第四百五十二條及第四百五十三條所定保證人之權利者也。蓋保證人依此二條之規定。不拘其或以應催告主債務者之旨爲請求。或以應就主債務者之財產爲執行之旨。以爲請求。但債權者不逕應其請求。設以後縱對於主債務者再

爲請求。主債務者已失其全部辨濟之資力。則此時債權者應自負擔其怠慢之結果。固當然也。故保證人於債權者逕行催告或逕爲執行。所得辨濟之限度。免其義務。例如債權者若由保證人以應催告於主債務者。或應爲執行於主債務者之旨。來相請求。此時若逕爲催告。當可得全部之辨濟。因其怠於爲此。主債務者遂爲無資力焉。竟不過得半額之辨濟。則債權者不得復以其餘半額。請求於保證人。何則。保證人得以當時逕對於主債務者。爲請求或爲執行。自可得全額之辨濟。相對抗也。又例如保證人以對於主債務者。應催告或爲執行之旨。請求於債權者。此時若逕行催告或爲執行。當可得半額之辨濟。因其怠於爲此。竟不能得一錢焉。則保證人止就半額爲負責任。何則。就此半額。縱債權者爲無過失。主債務者終亦不能辨濟。故此半額爲保證人有責者。然此外半額則債權者苟無怠慢。可得之於主債務者。故保證人當免其責於該半額也。或曰。據第五十四條之情事。保證人不可不證明主債務者有辨濟之資力。然此所謂辨濟之資力。乃本謂全額辨濟之資力。故於此時。若債權者爲有過失。保證人常可免全額之責。殆非就其一部分。依然爲負責者。應之曰不然。保證人在受債權者之請求時。即使得證明主債務者有辨濟之資力。然至債權者著手執行。需經若干時日。固不待言。本條所謂逕行者。非必即時之謂。止謂不超過著手執行

所必需之時日耳。故在保證人受請求之日。主債務者即尙有全部辨濟之資力。至債權者著手執行之當時。往往有已爲無資力者。此不得謂債權者爲有過失。於此時。保證人就其不足之額。不得不負責也。

第四百五十六條 在有數人之保證人時。其保證人雖以各別之行爲。負擔債務。仍適用

第四百二十七條之規定。三增二

本條乃規定所謂分別之利益 (Benefice de division) 者也。分別之利益云者。保證人有數人時。各人不負全部債務之責。止依其人數而負一部之責之謂也。在舊主義之法律。保證人以各有全部責任爲原則。惟至抗辯時有分別之利益之一名詞。得爲對抗耳。雖然。法律既於保證人一旦認此權利。則所謂分別之利益。甯視爲分別之權利。而不可視爲恩惠之意。且於第四百二十七條。既以爲各債務者可以平等割合而負擔之。則豈有保證人獨不從此同一規定之理。是以新主義之法律。在有數人之保證人時。其保證人。可各以平等之割合分擔債務。由是保證人中縱有無資力者。在他有資力者。不復負擔其無資力者所負擔之部分焉。惟稍有可疑者。保證人在不以同一行爲。負擔一債務。而各別負擔之時。如一人今日他一人明日負擔債務。其各自或一人。大抵信其有全額之責任而爲

保證。故於此時。或疑其無分別之利益。然保證人本皆任履行同一債務之責。則共同債務者 (Codebiteurs) 卽爲連合債務者 (Débiteurs Conjoints) 既無連帶等之約。卽不得不從第四百二十七條之總則。此所以有本條之規定也。

第四百五十七條 對於主債務者請求履行。或其他中斷時效。則對於保證人亦生其效力。

保證人得因主債務者之債權。而以相殺對抗於債權者。財五二一、一項擔二七四四

本條定關於債務者之事項。其利害爲可及於保證人者也。蓋保證人爲從債務者。至主債務者不爲履行。始有爲履行之義務。故與主債務者。有幾分命運相共之理。

第一 對於主債務者請求履行。或其他中斷時效。則對於保證人亦生效力。蓋債權者非先對於主債務者請求履行之後。不得對保證人爲請求。故縱債權者毫無怠慢。而自其希望言之。本欲對於主債務者及保證人同時請求。然不得不先請求於主債務者。此而以爲其所請求。對於保證人毫無效力。則無過失之債權者。不免被不測之損失矣。例如由既爲履行之請求時。因不履行而生損害。得以賠償爲請求。不定期限者則然則此時之債權者。縱已先請求於主債務者。然因其不卽履行。而於既被損害之後。再請求於保證人。於

時保證人若得拒之曰。汝已請求履行於主債務者。故有求其賠償損害之權。然對我未有何等之請求。即無權索我賠償此損害。則是債權者雖從法律之所命。而為請求。然對於應負擔賠償損害之保證人。七四 卒生不得求其賠償之結果。實可謂不當矣。又請求履行。即為中斷時效之方法。一四七 惟然而債權者及時效之尙未完成。以對於債務者為履行之請求。而中斷其時效。然更轉而請求於保證人。則已經過時效之期間。此而謂其第一次之請求。對於保證人。無中斷時效之效。於時保證人為已免其責。則其結果。亦能使無罪之債權者。被不當之損失。至其他中斷時效之方法。一四七 其理由雖不盡同。然先對於主債務者。為差押等情。或使之承認其債務。而後徐請求於保證人。在債權者為當然之順序。殆可獎為至當。惟然而苟使對於主債務者中斷其時效。對於保證人為無效焉。則債權者縱非出於本心。亦不得不忍而為可憎之行。為。一面對於主債務者。為差押等情。或使之承認其債務。他一面必逕對保證人。為請求或差押等事矣。此本條第一項。所以定對於主債務者請求履行或其他中斷時效。對於保證人亦生效力也。

第二 保證人因主債務者之債權。得以相殺對抗於債權者。例如保證人方為千圓債務之保證。而主債務者則對於債權者。亦有同額之債權。此時主債務者。縱不因其債權。而

以相殺爲對抗。然保證人則必得以此對抗之。何則、依後之第五百五條規定。主債務者於此。法律上當然有以相殺爲對抗之權利。如不自行之。却使保證人償其債務。此豈可許爲法律之所宜。主債務者若明知之而然也。是非惡意即怠慢。保證人則因以代他人辦濟債務。其爲不當。孰有甚於此者。主債務者若不知之而然也。保證人代爲辦濟之時。自應得向主債務者爲求償之事。四四九而主債務者則不能不更向債權者。求其履行債權。是非但繁複實甚。若主債務者或債權者爲無資力。則保證人或主債務者必更蒙其損失。方之法律所以設相殺之本意。可謂背馳。今幸而保證人知相殺之原因。於是逕使之以相殺爲對抗。則此有保證之債務。即時消滅。若兩個債務爲不同額。則止就其少額。爲可相殺。今以便宜之故。姑設一

同類者爲主債務者與保證人。兩俱免其義務。且其債權者對於主債務者所負之債務。亦消滅於同時。大省實際之煩雜。並於其間設發生無資力者。能使先爲辦濟者受損失時。苟得以上之相殺爲對抗。則此損失亦免。有資力者。無資力者。共盡其義務。可得最公平之結果。此所以有本條第二項之規定也。於保證人有檢索之利益時。則其適用此利益。亦可謂有本文之權利者。

此外於主債務應得取消之時。保證人亦得取消之。及主債務爲消滅時。保證債務亦應從而消滅。前已論之。茲不復贅。

第四百五十八條 主債務者於與保證人爲連帶而負擔債務之時。適用第四百三十四

條至第四百四十條之規定。二八二項

本條就連帶保證而爲規定。連帶保證有二種。前既論之。第四百五十一條之解釋一爲主債務者與保

證人爲連帶。一爲止於保證人間爲有連帶。是也。在第二種情事。保證人對於主債務者。爲純然之保證人。雖當悉從本款之規定。然在保證人間。則爲純然之連帶債務。當悉從前款之規定。此最明瞭。所不容疑。故不特揭明文。本條乃就上言第一種情事而規定之者也。於此時。主債務者與保證人間。生二種之關係。蓋一面雖互爲連帶。一面又生保證之關係。故不得全依本款或前款之規定。據本條之規定。則第四百三十四條至第四百四十條所定之連帶規則。尙可適用於此。卽凡有就保證人請求履行及其他事項。其效力亦及於主債務者焉。至於就主債務者所有請求履行及其他事項。當不待連帶之規定。依保證之性質。對於保證人。自亦生其效力。既於前數條論列而可以稍明。惟本條雖不揭明文。然此保證人。乃較通常之保證人爲有異。蓋卽依第四百三十二條。請求履行。爲與主債務者同時。或并先之。亦不得辭辨濟之責。此第四百五十四條所暗爲規定也。雖然。保證人究爲保證人。當不失保證之特質。例如依第四百三十三條。固云就連帶債務者之一人。存有法律

行爲之無效或取消之原因。不因以妨他債務者債務之效力。然依第四百四十六條所暗定保證之性質。於主債務應得無效或取消時。其保證人亦當然爲免責。又以之爲可免。皆無異於普通之保證人。又依第四百三十四條及第四百四十條。對於他債務者之一人。凡以請求履行以外之方法。中斷時效。對於他債務者固無效力。然對於主債務者之中斷時效。則皆對於保證人亦生效力焉。此依第四百五十七條第一項而可明者也。而此規定。卽連帶保證人亦適用之。又如連帶債務者。一人所約定之違約金。或由一人之行爲。所生損害賠償之義務等。他人亦負其責任。此固非保證人所適用。反之。而就主債務者之違約金。或損害賠償等。則其應負責。乃第四百四十七條所規定。此規定則連帶保證人亦適用之。又連帶債務者固得以互異之目的或體樣。而負義務。保證人則不能以重於主債務者之目的或體樣。負義務焉。依第四百四十八條之規定。此理甚明。卽此規定。在連帶保證人亦爲適用矣。

據以上所論。本條之規定。乃專定連帶之結果。主債務者。因關於保證人之事項。而能受影響之事。其關於主債務之事項。而影響及於保證人。則不在本條當適用本款之規定矣。惟茲所應注意者。於連帶債務者之間。尋常各債務者。固皆應負擔債務之一部。然保證人則

即與主債務者爲連帶。亦不有負擔之分。故當其以連帶之規定。適用於本條之情事時。不可忘此保證人爲皆無負擔分。而主債務者之負擔分。則爲債務之全額焉。但此亦非必保證人特別之效果。即在連帶債務者間。其一人應負全部之債務者亦不少也。

三 主債務者與保證人之關係

第四百五十九條 保證人於受主債務者之委託而爲保證之時。並無過失。而受應辨濟於債權者之裁判言渡。譯者按裁判言渡。言由裁判以判詞交下也。此句之意。謂由裁判官判令代債務者償清債權者。或自代主債務者爲辨濟。及其他以自己之出捐。爲能令債務消滅之行爲。則其保證人。對於主債務者有求償權。

第四百四十二條第二項之規定。於前項之情事準用之。增三一號

保證人或受主債務者之委託。而爲保證。亦或有不受其委託而爲之者。甚至有反於債務者之意。而亦爲保證者。對於債權者則三種保證人。雖皆負同一之責任。然其與主債務者之關係。則此三種保證人。不能不有各殊之權利。蓋受主債務者之委託而爲保證者。苟自己實無過失。則因保證而受毫末之損害。亦無此理。反之。而不受主債務者之委託而爲保證。乃以自己之隨意而爲保證者。則不得因是而以毫末之損害。加於主債務者。由是而此

保證人所求於主債務者。不能不止求其不爲不當之利得矣。況至反於主債務者之意而爲保證。則其權利。不得不更加薄弱。本條至第四百六十一條。乃規定保證人受主債務者之委託而爲之者。第四百六十二條。乃規定保證人受主債務者之委託而爲之者。并反於主債務者之意而爲之者。請先由本條之說明爲始。

保證人之受主債務者所委託而爲保證者。若爲辨濟。則對於主債務者得求其賠償。殆不俟言。而此請求之額。視彼連帶債務者。一人獨爲辨濟。得對於他連帶債務者爲請求。蓋無以異。惟亦如前條所述。凡爲保證。保證人毫無負擔部分。主債務者應負擔債務之全額。故其實際。兩者之間。固自多差異也。

以上雖專述保證人之爲辨濟時。然保證人不爲辨濟。而依更改相殺和解等方法。令主債務者免其義務時。固亦有同一之求償權。惟保證人若以無償而得消滅其債務。卽得債權者之單純免除。則保證人不受毫末之損失。故亦不能對主債務者而求其賠償。此本條所以云以自己之出捐也。

以上雖就債務真存在時。而豫想其使之消滅之情事。特偶有於債務既消滅之後。保證人若爲未消滅而足以使之消滅之辨濟。或其他行爲。其對於主債務者亦有求償權焉。是無

他。主債務者既自消滅其債務。因其過失而致保證人以其善意。爲辨濟等之行爲。如四百六十三條第二項之情事是也。惟此情事。必須主債務者有過失。而保證人無過失。乃可如此。例如保證人方受債權者之請求。對於主債務者。初未確知其不爲辨濟與否。而竟爲辨濟。此則保證人爲有過失。若主債務者辨濟已了。卽不得對於主債務者爲求償。惟對於受雙倍辨濟之債權者。則得以不當利得之退還。爲請求焉已耳。而其債權者若爲無資力時。不得不由保證人獨擔其損失。四六三一項此在本條。所以云代主債務者爲辨濟。及能令債務消滅之行爲。並須無過失也。

以上所豫想。雖在保證人爲辨濟及其他能令債務消滅之行爲時。然保證人卽未及爲其行爲。而已受應爲辨濟之裁判言渡。則對於債權者。應負立受其執行之債務。故保證人對於主債務者。亦爲有求償權。但就此情事。至第四百六十一條。有保護主債務者之規定。當於後文論之。

第四百六十條 保證人若受主債務者之委託而爲保證。則其保證人於左之情事。對於債權者。得豫行其求償權。

- 一 主債務者受破產之宣告。且債權者不加入其財團之配當時。

二 債務在辨濟期時。但在保證契約之後。債權者所許與於主債務者之期限。不得以之對抗於保證人。

三 債務之辨濟期爲不確定。且卽其最長期亦不能確定者。在保證契約之後經過十年時。撥三

本條所定。乃受主債務者之委託。而爲保證之保證人。縱未嘗自爲辨濟及他行爲。得先對於主債務者而爲求償之情事也。是雖驟見似奇。然此保證人。本爲主債務者之委任者。對於主債務者。有從委任契約所生之權利。三六四 故此保證人。亦不當因保證而被何等之損失。惟然而本條所定之情事。保證人現雖未爲辨濟或其他行爲。然對於主債務者。若非及今行其求償權。有不得復行其求償權。或雖行之而直爲無效者。此所以設本條之規定也。請就左之各情事論之。

第一 主債務者受破產之宣告時。

於此一端。主債務者大抵爲無資力。故債權者大抵應對於保證人而爲請求。其理明矣。惟然而債權者若於破產之手續終結以後。乃對於保證人爲其請求。此時之保證人。卽爲求償。主債務者之財產則已盡矣。蓋一錢之辨償。有不能得。其事頗多。故於此時。保證人因豫

行其求償權。得加入破產財團之配當焉。但債權者若已加入其財權之配當。則如其債權額所應受之金額。已可受之於破產財團。故保證人之義務。亦應就其部分而消滅之。假令債權者於未受配當前。已請求於保證人。保證人於辨濟之後。亦得為債權者之代位。而加入其配當。五〇〇。然此時之保證人。若亦得豫加入其財團之配當。則其財團將以同一之債權。而受雙倍之請求。故當其時之保證人。尚為不有本條之權利者。

主債務者受破產之宣告時。即應失期限之利益。一三七。是此情事。亦可謂為包於第二號情事之中者。雖然。此以債權者未加入其財團之配當為條件。故特明言之。

主債務者受破產之宣告時。應失期限之利益。雖如右所述。然保證人初不為破產。故其期限之利益。不與之俱失也。蓋往往有主債務為無期限。而保證債務則有期者。既於第四百四十八條論之。本條第一號之情事。則法律上主債務已在辨濟之期。而保證債務則猶有期限之利益。其一例也。故方主債務者受破產之宣告時。債權者或不之知。或厭其加入破產財團配當之煩勞。多有專信用保證人之資力。俟保證人所有期限之到來。而始為請求者。而保證人則於辨濟之後。縱欲求償於主債務者。無奈其破產手續業已終結。此亦事所恆有。此本條第一號之規定。所以特為必要也。

第二 債務在辨濟期時

債務雖至辨濟期。債權者對之不爲請求。且對於保證人亦不請求。則似毫無損害於保證人也。豈知人之資力。可以一朝耗盡。現時債務者雖有資力。若放棄至數月或數年之久。安保不終爲無資力者。然債權者則因有保證人。主債務者縱爲無資力。仍得請求於保證人。可有安然儘數月或數年間。不爲請求之事。且在附有利息之債務。債權者因欲得其利息。雖故意不爲請求。亦難保其無此事。然保證人之欲速免其義務。乃人情之當然。亦不可謂非正當之希望。且主債務者果有將爲無資力之虞。則及今不令主債務者辨濟其債務。必且有竟至不能辨濟者。以故保證人保護自己之利益。可不拘己之曾爲辨濟與否。而直對於主債務者爲求償也。

債權者往往有以猶豫期限。與彼主債務者。當此時。主債務者儘其期限之到來。無庸先爲辨濟。因而保證人亦間接受其利益。儘其期限之到來。殆無慮請求之及已。是驟視之若止有益而無損害矣。然退而思之。主債務者雖現有資力。安知儘猶豫期限之到來。不或爲無資力乎。故於此時。保證人得不認猶豫期限。而以債務爲已在辨濟期。遂行本條之權利焉。

第三 債務之辨濟期爲不確定在保證契約之後經過十年時

例如無期年金、終身年金、以他人之終身爲期而應辨濟之債務、附條件之債務等是也。於此情事。保證人於債務未消滅之間。似依然應負義務。然此有失之太酷之嫌。蓋保證乃多出於好意而爲之者。且保證人死亡之後。其相續人對於主債務者。初無何等之關係。事亦正多。然而經幾十年之久。若仍不能免其義務。或難保不反於當事者之初意。且不確定債務之存在於長日月間。不但債務者之因以不利。間接且於國家之經濟上。亦有不良之結果。故應力與避之。然則保證人之債務。其性質既爲不確定者。若主債務者於辨濟期。爲有資力。保證人固無實際之義務。若主債務者而無資力焉。保證人往往至有不得不支付債務之全額者。以如此不確定之債務。且爲之多出於好意。而爲保證契約之後。又已經過十年。猶不至辨濟期。則保證人得求一能免其義務或不被其損失之擔保。不得不謂爲極允當之規定矣。

本條第三號所謂卽其最長期亦不能確定云者。無他。如保證未成年者之後見人者。其後見人對於未成年者。應負擔其債務與否。爲不確定。故其辨濟期爲本不確定者。固也。然未成年者之後見。達於未成年者之成年。應卽同時消滅。故其後見人之義務。亦與之同時消滅。

滅。或既已發生之義務。已立在辨濟之期。有必然矣。故此情事。尙得確定債務之最長期。固未許行本條之權利。反之。而更舉前所例示之情事以外。例如禁治產者之後見人。其義務應俟幾十年之後而始消滅。有不可知。此保證人。則依本條第三號之規定。保證契約之後。經過十年。欲免其義務。固得行本條之權利矣。參觀八二二五

第四百六十一條 依前二條之規定。主債務者對於保證人果爲賠償之時。於債權者未受全部辨濟之間。主債務者得使保證人供其擔保。或以應使自己得以賠償而免責之旨。請求之。

於右之情事。主債務者。得以使爲供託。使供擔保。或使得免保證之責。以免其賠償之義務。擔三四三五

本條乃對於保證人而保護主債務者也。蓋主債務者。於依前二條之規定。對保證人爲賠償之時。若保證人未爲辨濟。則雖受賠償於主債務者。而或消費之。竟不辨濟於債權者。此亦可有之事也。於此時。債權者則對於主債務者。得爲請求。故主債務者。動將不得不爲雙倍之辨濟。故於本條。使主債務者得免此危險焉。

其方法如何。則曰是有五者。(一)主債務者於爲賠償時。同時使保證人供其擔保。(二)保

證人受賠償時。同時使主債務者得免其責。(二)使主債務者。於保證人不爲賠償。止爲供託。(四)使止供賠償之擔保。(五)使得以免保證人之責。爲同於賠償者以代之。是也。蓋於本條之情事。以保證人未爲辨濟。不必卽爲賠償。惟使保證人不被損失足矣。又縱使卽爲賠償。若主債務者至不得已而爲雙倍之辨濟時。是轉被保證人之損失。故力使保證人。以供擔保或更改等之方法。令主債務者得立免其責任。固至當之道也。

第四百六十二條 不受主債務者之委託而爲保證者。若辨濟債務。或以其他自己之出捐。令主債務者免其債務。則主債務者。於其當時所受利益之限度。要爲賠償。

反於主債務者之意思而爲保證者。止於主債務者現受利益之限度。有求償權。但主債務者若主張其於求償之日以前。有相殺之原因。則保證人對於債權者。得以其因相殺而應消滅之債務。請求其履行。增三〇
二號

本條規定保證人不受主債務者之委託而爲保證之情事。而此規定。又併有二種。蓋有雖不受主債務者之委託而不反其意思者。有并反其意思而爲之者。卽第一項爲第一種情事。第二項爲第二種情事。於此二種情事。保證人非受主債務者之委託。故不有因委任而有之權利。惟以不令主債務者爲不當之利得。乃與保證人以求償權焉。雖然。第一項之情

事。類於管理事務。第二項之情事。乃爲純然之不當利得。二六九〇三七〇故於第一情事。雖不能如有委任之保證人。止因無過失而受應爲辨濟之裁判言渡。或代主債務者爲辨濟及其他行爲。而遂有求償權。然保證人在爲辨濟或其他行爲之當時。主債務本爲存在。若因保證人之辨濟及其他行爲。而消滅其債務。則主債務者。於其當時因此所受利益之限度。爲有賠償之義務。蓋於此時。與保證事務管理者。爲有同一之理由。故利息費用及其他之損害賠償。皆不許以此爲請求也。此外之例。保證人在爲辨濟之當時。主債務者既了其一部之辨濟。則止應就其餘額。有賠償之義務。又例如保證人於爲辨濟以前。主債務者若對於債權者。曾取得同種之債權。則就其債權額。應得相殺之利益。即因保證人既爲辨濟。而於此額亦無利益之可被。故止就其餘額。爲應爲賠償者。但於此時。依次條之規定。大抵由保證人代主債務者以行使其債權。可於已所對於債權者應爲辨濟之中。因相殺而消滅之。得與債權額之追回。生同一之結果。反之。而在保證人既爲辨濟之後。主債務者所對於債權者取得同種之債權。則對於保證人不得拒其求爲賠償矣。

於本條第二項之情事。保證人爲反於主債務者之意而爲之者。故主債務者不可絲毫因此而被不利益之事。蓋在保證人爲辨濟或其他行爲之當時。縱使其行爲爲有益。然於保

證人求償之日。主債務者若現未因保證人之辨濟而受利益。則爲無庸賠償。例如保證人在爲辨濟之當時。縱債務正當成立。且主債務者並無何等抗辯方法之際。然至保證人爲求償之當時。主債務者若已取得相殺之原因。則以此對抗於債權者。自可無庸辨濟。故保證人之爲辨濟。不得云有益於主債務者。於此時。主債務者即無庸爲賠償於保證人。但其因相殺而可消滅之債權額。若不及所有保證債權之總額。則就其餘額。固當爲之賠償矣。主債務者。如於保證人之辨濟後。更爲辨濟。此時保證人固不得求償。然對於債權者。得求其退還主債務者之所辨濟。殆所不容疑也。惟主債務者若取得相殺之原因。則雖得以其對抗於求償之保證人。而其保證人。斯時對於債權者。果有何等之權利乎。詳言之。則債權者就其債權。受雙倍之利益。應以其一償還保證人。固無論已。然此保證人。果應就已所辨濟於前者而求其退還乎。抑以主債務者之得以相殺爲對抗。而當求其履行債權乎。蓋據理而論。保證人所辨濟。本爲有效。而主債務者。既以相殺之原因爲對抗。而免其責。故由其相殺之原因。似應得求債權者退還其所得之利益。雖然。是不但不確實而已。債權者所有因相殺而可消滅之債務。不保其無附著擔保。故於此時。未嘗直接受相殺之對抗之債權者。其債務爲應即履行。即以保證人代主債務者。而得請求其履行。爲頗便利。且爲無害於

各方面之人。此本條第二項。所以採用右之規定也。

第四百六十三條 第四百四十三條之規定。保證人準用之。

保證人受主債務者之委託而爲保證者。若以善意而爲辨濟。或爲其他因免責之出捐。

則第四百四十三條之規定。主債務者亦準用之。三三二

本條就保證人或主債務者有過失時而爲規定。蓋關於連帶債務。既有第四百四十三條之規定。今卽以之準用於保證焉。故受債權者所請求之保證人。不以此通知主債務者。而爲辨濟等事。或既爲辨濟等事之後。不以此通知主債務者。則保證人當視爲有過失者。反之。而在主債務者。則自有應爲辨濟之義務。方其受債權者之請求。或既爲辨濟等事之後。均無特地通知保證人之義務。是爲原則。惟保證人之受主債務者所委託而爲保證者。主債務者因其毫不加損於保證人。故自己受債權者之請求。或既爲辨濟。皆有通知保證人之義務。若主債務者而不爲此通知。則對於善意而爲辨濟或其他行爲之保證人。當負第四百四十三條之責任焉。

第四百六十四條 爲連帶債務者或不可分債務者之一人。爲保證者。對於他債務者。止

就其負擔部分爲有求償權。七三

本條之規定。與舊民法之規定。全爲相反。蓋爲連帶債務者或不可分債務者之一人。爲保證者。則稍有兩種可疑。(第一)對於他債務者有求償權否。(第二)若有求償權。則應就債權之全額而有之耶。抑止應就各債務者之負擔部分而爲之耶。蓋第一之解釋。保證人所保證。乃債務者中之一人。並無保證他債務者之意思。故即使爲全額之辨濟。似亦惟對於自己之主債務者。得爲全額之求償。對於他債務者。則無一切爲求償之權。較爲妥當。雖然。他債務者現因保證人之辨濟而受利益。若對於保證人而不爲賠償。則將爲不當之利得。故於本條。先定保證人對於他債務者有求償權焉。第二之解釋。在其求償之額。從舊民法。得以其債務之全額爲求償。尋其所據。無他。蓋以此保證人。不得以自己之名義。對於他債務者爲求償。止得代位於債權者而爲請求故耳。雖然。以余所見。(一)謂保證人無固有訴權者謬也。他債務者果有爲不當利得。卽保證人得求利得之賠償。(二)代位訴權。如後之所論。止不過確保其固有訴權。故若保證人由固有訴權。止能得一部之辨濟。則由代位訴權。亦必止得一部之辨濟。(三)保證人對於他債務者之固有訴權。止存乎其各自負擔之部分。是無他。主債務者乃連帶或不可分之債務者之一人。即使自爲辨濟。他債務者爲當專就其一部分而爲賠償。則保證人代右債務者爲辨濟時。他債務者。各專就其負擔之部

分。不能不認爲不當之利得。故於本條。保證人無論依固有訴權。依代位訴權。皆爲專就各債務者之負擔部分而有求償權者。但止對於主債務者。則可爲全額之請求。是無他。以保證人曾爲其人爲全額之辨濟也。

四 保證人間之關係

第四百六十五條 有數人之保證人時。因主債務爲不可分。或因各保證人有應辨濟全額之特約。其間一保證人。若所辨濟已達全額。其他如或已過於自己之負擔部分者。則準用第四百四十二條至四百四十四條之規定。

其非前條之情事。以不互爲連帶之一保證人。若所辨濟已達全額。其他如或已過於自己之負擔部分者。則準用第四百六十二條之規定。增三八
至四〇八

本條定保證人有數名時。其間之關係。蓋於此時。或保證人間有連帶。或主債務有不可分。或保證人間即無連帶。而有各保證人應辨濟全額之特約。或保證人間全無以上各種關係。而若其間一保證人。所爲辨濟已達於全額。其他如或已多於自己負擔部分之額者。則他保證人。應免其義務之全部或一部。即可對之而有求償權。固不俟論。然止就其求償權之範圍。自不能無差等。蓋右之自一至三各情事。皆保證人在法律上。不得已而爲之者。

所爲辨濟。亦爲不能不及債務之全部。或所多於自己負擔之額。故特力行保護。期其不被損失焉。而其第一種情事。純然爲有連帶。故無庸特著明文。自能適用關於連帶之第四百四十二條至第四百四十五條。至其餘二種情事。則以並無連帶。當然不能適用連帶之規定。然保證人自有辨濟全額之義務。與連帶之情事相同。故以本條第一項。特指爲準用關於連帶之第四百四十二條至第四百四十四條之規定也。

於右之第三種情事。豫想爲各保證人。有應辨濟全額之特約。是無他。保證人之一人。縱有應辨濟全額之特約。若他人止就一部分爲有義務。則自他保證人觀之。其既爲特約之保證人。乃任意爲之者。由是。而其所爲全額之辨濟。亦畢竟同於任意爲之。是止應入於第四種情事。而非可入於第三種情事焉。此所以必言各保證人云云也。

於右之第四種情事。並無以上三種情事之關係。故一保證人所爲全額之辨濟。及其他多於自己負擔部分之辨濟。全爲出於其任意。毫非受法律上之強制。故即因此而被損失。亦可謂自作之孽。惟他保證人。須不爲因此而享不當之利得。故止比於不受主債務者之委託而爲保證者。其有求償權。亦同於彼之所爲辨濟等事。對於主債務者所有之求償權。乃準用第四百六十二條之規定焉。而就保證人之不受主債務者委託而爲保證時。則有反

於主債務者之意者。有不反之者。此保證人間亦如之。一保證人。有反於他保證人之意而付其全額者。有不反其意而付之者。故於前一種。則準用第四百六十二條第二項。於後一種。準用是條之第一項也。

第四節 債權之讓渡

本節乃規定一切債權。可得讓渡與否。於得讓渡之之時。以其讓渡。對抗於第三者。須有如何之條件等情者也。其關於指圖債權。無記名債權等規定。亦於本節中網羅之。在舊法典。雖以之規定於商法。然此不必關於商事。甯以收之民法中爲至當焉。

第四百六十六條 債權得讓渡之。但其性質所不許者。不在此限。

前項之規定。於當事者表示其反對之意思時。不適用之。但其表示意思。不得以之對抗於善意之第三者。取一六九一七〇九年七月六日告九九號

本條乃規定債權之原則。爲得以之爲讓渡者。蓋權利之原則。皆得讓渡之。此事毫無所疑。在他權利。常不於法文明言之。惟至債權。則爲人與人之關係。故或爲性質上不得以之讓渡者。或爲當事者之意思所不許讓渡者。非無多種之學說。故特明言之焉。且如我邦。向以不許讓渡債權爲本則。參觀九年七月六日告九九號而他權利則以當事者之意思。不得爲不能讓渡者。

此當然明白之事。無煩特揭明文。惟然而債權乃以本條第二項之規定。許當事者自認爲不得讓渡焉。蓋在外國。并不許有此反對之意思者。其例最多。然債務者之意思。有對於某人而負義務。則承諾之。對於他人而負義務。則不承諾者。其事亦往往不少。此意思爲有相當之理由。公益上似無必應禁遏之故。況在我邦。既如前述。向以不許讓渡債權爲本則。故今若全不認當事者之反對意思。則頗反於慣習。不無實際難行之慮。此本條所以以債權許其讓渡爲原則。而認當事者之反對意思爲例外也。

當事者之反對意思云者。果爲當事一方之意思耶。抑爲當事者雙方之意思耶。蓋如遺言等之單獨行爲。則當事者爲一人。故可以其意思定之。誠不待論。然在契約。則亦可止從債權者或債務者一方之意思而定之乎。曰不然。凡法文止言當事者之處。苟其規定之性質上。無一方之當事者之意味。則皆爲雙方當事者之意味。而本條之爲雙方當事者之意味。殆不言而可喻。蓋以債權爲不得讓渡。乃於債權之性質。與以重大之變動。故其債權。既以債權者與債務者。雙方之意思而成立。則其不得讓渡。亦需雙方之意思。爲自明之理也。當事者之反對意思。於法律雖認其效力。然不得害及第三者之權利。蓋債權依第一項之規定爲原則。而得讓渡之。故第三者於通常之時。信其債權爲應得讓渡者。或讓受之。或於

其債權之上。取得質權。參觀四三而遇後日當事者有反對意思之明證。將至失其利權。則其第三者之被損害明矣。由是而礙及債權之融通。本條第一項所定債權應得讓渡之原則。依然有相背而馳之慮。故以當事者之反對意思。為不得對抗於善意之第三者焉。

以上為本條第一項之原則。所生之例外。止就當事者之反對意思論之。然若債權之性質。為不許讓渡者。則固不得讓渡之。例如甲於負教授乙之債務時。債權者之乙。以其權利讓渡於丙。丙不得受同樣之教授。是無他。如教授之義務。其性質為著眼於人。故若異其應受教授之人。則其債權亦不可謂不異。易一說以明之。所教授者為乙。與所教授者為丙。其債權之目的。不得不謂為全異。故此債權。性質上為不得以之讓渡者。六二五其他以明文不許讓渡之債權。亦正不尠。五九四二項六一更就明文所無者示其一例。則如甲雖法律上無扶養乙之義務。而自負擔其扶養之義務時。乙不得讓渡其權利。是蓋亦著眼於人者也。右雖皆所不待言者。然一旦既規定一切債權。皆得讓渡。則使不置此但書。往往不保其不為解釋者之惑。故特置之。

第四百六十七條 指名債權之讓渡。讓渡人非以之通知債務者。或債務者承諾之。則不得以之對抗於債務者及其他之第三者。

前項之通知或承諾。非以有確定日附之證書。譯者按確定日附之證書。謂證書中附有確定之日期者。不得以之對

抗於債務者以外之第三者。財三四七一項。三項。四項。九年七月六日。告九九號。

本條及次條。爲關於指名債權 (Créance nominative) 之讓渡。指名債權云者。謂確定債權者之爲誰某。蓋對於指圖債權 (Créance à ordre) 及無記名債權 (Créance au porteur) 而言者也。而債權則普通以指名爲本則。

指名債權之讓渡。雖亦同於他債權之讓渡。止於當事者間。因當事者之意思而完成。然對於債務者及其他之第三者。則須特爲通知於債務者。或要債務者承諾其讓渡焉。蓋債務者若不知讓渡之事實。則依然信讓渡人爲正當之債權者。止應對之而爲辨濟。爲其他關於債權之種種行爲。苟以讓渡之效力。其對於債務者。亦止從當事者之意思而生。則此債務者之於讓受人。不能不謂更有應爲辨濟之義務。如此。則其人雖毫無過失。亦將不得不爲雙倍之辨濟矣。能不謂失之太酷乎。是以非對於債務者。通知其讓渡。或得其承諾。不能生其讓渡之效力。或問曰。對於債務者而要此手續。雖似有理。然對於他之第三者而必須此條件。則果因何故而然。曰。所謂他之債權者。殆卽債權第二之讓受人。或於其債權之上取得質權者。或差押其債權之債權者等。注意較深之人焉耳。是其人。非先對於其債權之

債務者。確知讓渡人等。對於其人。果有債權與否。即應不爲讓受或其他行爲。或如差押時之債務者。若直述異議。則差押債權者。應有就他財產而爲強制執行之便。○民訴六此所以對於是等之第三者。總之以右之條件爲必要也。雖或有批難之者曰。若債務者而爲僞言。則第三者可被其欺。而本條之規定。實際終歸於有名而無實。然一則特債務者之爲惡意。其事當不甚多。二則他無適當之公示方法。故終採用此法焉。在外國。雖間有使爲登記之例。然此不但實際所難行。且就登記之場所。設一定之規定。亦極不易。何則。設於債務者之住所爲登記。則債務者於何時變更其住所。有不可知。故於變更以後。卽至債務者住所所在地之登記所。確查其債權讓渡之果有登記與否。亦尙不得就其債權。安然而爲取引。雖然。於此時而以爲非於債務者新住所之登記所爲登記。其對於第三者爲無效。則使於債權者不知之間。債務者已移其住所。是時債權者。動將於不知之間。恆遭失其權利之禍。此所以本條之規定。縱不完全。各國大抵尙皆採用之也。

或曰。債務者於承諾其讓渡之時。當必在既受讓渡人通知之後。故止以應通知於債務者之旨。爲之規定足矣。更問債務者之承諾與否。似可不必。曰不然。通知與承諾。其效力不同。觀次條自見。故豫規定其要具此二條件之一。最爲允當。況債務者於未受讓渡人通知之

時。或自他處傳聞其讓渡之事。亦有對之而表示其承諾之旨者乎。且確定口附亦止就通
知或承諾之一端爲所

有此
事耳。

依本條之規定。通知必由讓渡人爲之。是無他。非由讓渡人爲通知。卽未能信其真有讓渡否也。例如讓受人因讓渡而爲應受利益之主。由此點觀察之。似令讓受人通知爲妥。現時舊民法及其他。凡使讓受人爲通知者。其例正多。然所謂讓受人。當其讓受實未定局。而因讓渡之通知。發於債務者。可以橫領債權。或於讓渡成立之後。可得第一位之權利。將有豫發通知之弊。蓋不待言。故必使讓渡人爲其通知焉。而若讓渡人怠此通知。則其讓渡人未可視爲肯履行其因讓渡所生之義務者。故讓受人得促之。使通知於債務者。若不聽。則訴之於裁判所。以其判決。代讓渡人之意思。送達債務者。以代本條之通知。四一四二
項債書 若因此被其損害。則并使爲賠償可也。

右之通知或承諾。於當事者間。任以如何方法爲之皆可。例如書簡或其他書面。譯者按凡
見之於紙

片者皆謂
之書面

固無論矣。卽以口頭或容態等爲之。均無不可。惟對於第三者。則以有確定日附

(Date certaine) 之證書爲要。是無他。就此通知或承諾。極易行詐。債務者與讓渡人通謀。有提早通知或承諾之時日。以謀害第三者之權利者。例如在明治二十九年十一月五日。受

讓渡之證書。或爲其承諾。然其前日。卽十一月四日。已就同一之債權。先有讓渡之通知或承諾焉。後之讓渡。不能不全然無效。由是而債務者與債權者通謀。以五日之所通知或承諾者。僞言十一月三日既有之。而第三者不能舉其反對之證據。其事多有。故於本條第二項。定爲右之通知或承諾。欲以之對抗於第三者。必須有確定日附之證書焉。蓋確定日附云者。謂附一準日。儘是日起。至後日不能行其詐欺。以是爲確定者也。至其方法。則依民法施行法第五條以下定之。非以公正證書或具有四條件之一之私署證書。不爲有確定日附者。何謂四條件。(一)於登記所或公證人之役場。押捺有日附之印章。(二)其署名人之中有死亡者。(三)曾引用於有確定日附之證書中。(四)於官廳或公署。記入某事項。而因載其日期者。是也。

於本條第二項。所以云『債務者以外之第三者』者。無他。債務者其人。由讓渡觀之。雖爲第三者。然由通知或承諾觀之。則爲當事者。故於第二項之情事。雖止言第三者。亦或可視爲除去債務者而言。然既於第一項。以債務者包於第三者之中。故此而不言債務者以外。或且疑是亦可於第三者中包之矣。

第四百六十八條 債務者若不留異議而爲前條之承諾。則雖有得對抗於讓渡人之事

由亦不得以之對抗於讓受人。但債務者若因消滅其債務而有所付還於讓渡人。則不妨追回之。又因此而對於讓渡人。別有負擔之債務。則不妨視為不成立者。

讓渡人若止為讓渡之通知。則債務者儘受其通知以前。得以對於讓渡人所生事由。對

抗於讓受人。財三四七二
項五二七

在本條。所以明通知與承諾。其效力為有差異者也。先於第一項。定承諾之效力。債務者不留異議而為承諾。則雖有得對抗於讓渡人之事由。亦不得以之對抗於讓受人。是無他。債務者之承諾。即承諾爾後之讓受人。應認為自己之債權者。故若有可對抗於讓渡人之事由。而欲以之對抗於讓受人。當時不可不特留保之。譯者案留保謂存留而不棄也不然。即不能不認讓受人為完全之債權者。例如債務者對於讓渡人。有相殺之原因。而於承諾之際。不特為留保。則後日不得以之對抗讓受人。又讓渡人嘗為全部或一部之免除。而不為關於承諾之際之留保。則讓受人得就其全部之債務。求其辨濟。但讓渡人不應為不當之利得。故若債務者嘗因欲消滅其債務而有所付還。則得追回之。又若因欲消滅其前債務。而對於讓渡人別有負擔之債務。則得視為不成立者。此不能不然之事也。例如債務者既對讓渡人而為全部或一部之辨濟。則對於讓受人。雖應任辨濟全部債務之責。然對於讓渡人。則已得求

其退回所辨濟。又例如債務者於與讓渡人爲和解。因消滅其債務。而更負擔新債務之時。其因和解而消滅之債務。對於讓受人。雖依然負擔之。然對於讓渡人。則得免其因和解而免其所負擔之債務。或曰。於此情事。似當然爲應免其所負擔之債務者。而依本條第一項之末文。不過云不妨視爲不成立者。此何也。曰。此於大多數場所。債務者雖必以免其債務爲有利。然間有依然負擔其債務爲有利者。蓋其所負擔之債務。與他債務相牽連者是也。例如甲對於乙。主張有金千圓之債權。而乙則主張無此債務。卒由和解。而甲則拋棄其債權。乙則同時以係其所有價值千五百圓之不動產。讓與於甲。由甲轉付以千圓。當此時。以常情論。乙可免其不動產應讓與之債務。而千圓之請求權。亦拋棄之。以爲有利。然若乙竟不欲復其不動產。爲自己所有。又或有必需此千圓。甯不顧價值上之損失。而以履行其和解爲利者。況不動產之價格。更有低落時耶。此時讓渡人。決不得視其和解爲無效。且讓渡人若有惡意或過失。則依不法行爲之一般規定。應任損害賠償之責。固所不待言也。九七。或問曰。債務者對於讓渡人。若有相殺之原因。則應竟失其相殺之利益。然乎。曰。雖然。於此時。對於讓渡人。得求其履行自己之債權。故債務者不當視爲被損失者。蓋在新民法。以相殺爲因一方之意思表示。而始生其效力者。六五。故債務者對於讓渡人。若不表示其相

殺之意思。而為讓渡之承諾。則不得不全視為已拋棄其相殺之權利者也。

止由讓渡人為讓渡之通知。則與債務者為承諾時有異。蓋債務者尚未認讓受人為自己之債權者也。故債務者雖不得以受通知後所生事由。對抗於讓受人。然其以前所生事由。仍得對抗之。不然。因讓渡在債務者不知之間。將有失其對於讓渡人之權利者矣。

第四百六十九條 指圖債權之讓渡。非於其證書為讓渡之裏書。譯者案裏書者。就其證書。即曰裏書。蓋言不另立契也。而以之交付於讓受人。則不得以之對抗於債務者及其

他之第三者。財三四七五項。舊商三九四至三九八。新商二八二。四五七。四六一。四六三。

自本條以下至第四百七十二條。乃揭關於指圖債權之規定者也。指圖債權云者。乃有證書之債權。於證書定對於所指定之債權者。或其所指圖者。應為辨濟之旨者也。例如左之所圖。即一種指圖債權。

證

米 百石

以上之物。無論何時。任從台駕或台駕之指圖人。來取即付。

年月日

某人

某某先生

債權之性質上。有當然為指圖式者。例如為替手形。商四五。譯者案即匯票。日本謂票

後於證券。尚蒙此稱也。約束手形。商五二九。譯者案即期票。小切手。商五三七。譯者案即支票。倉荷證券。商三六四。譯者案即棧單。等。

是也。其他凡非法律上之當然指圖式。依其明文得為指圖式者。則如貨物引換證。商三三

者案此當即吾國之包票。船荷證券。商六二九。譯者案此當即吾國之擔載等。是也。又法律雖不揭明文。苟無反對之規定。

得以其一切之債權。為指圖式者。於此情事。若讓渡其債權。要有所謂裏書 (Endorsement)

者。裏書常以記載於證書之裏面者當之。故有此名。雖然。即以之記載於證書表面之空白。

亦有效力。而其裏書之體裁。大概如左。

表面之金額。或表面所記之米等某某先生或其指圖人。可以照付。

年月日

某人

於第一之裏書。署名者必需所指定於證書之債權者。而其裏書文內之人名。則為其第一之讓受人。此第一讓受人。若欲更為裏書之讓渡。則自為署名者。以應為第二讓受人者指定於裏書文內。而於第一裏書之次。為其裏書焉。他可類推。其裏書之所最緊要者。所指定於證書之債權者。為第一裏書之署名者。所指定於第一裏書之債權者。為第二裏書之署

名者。以下順次以債權者之氏名。連絡於各裏書而無間斷。因是權利移轉之順次。一目瞭然。使爲債務者其人。檢閱其順序。得知現在權利者之爲誰。爲甚便也。

雖然。指圖債權之讓渡。未可止以債權也。必需讓渡人以其證書交付於讓受人。蓋此債權以證書爲重。不能於證書之外。認其成立。故非讓渡人以其證書交付於讓受人。則第三者不能確知此讓受人。果爲正當之讓受與否。且裏書之順序。無間斷而證明其證書之所持人。及其他中間之讓受人。皆爲得正當之權利者。亦必不能不以證書。故此種之讓渡債權。非爲裏書於證書之後。以之交付讓受人。則不得以其讓渡。對抗於債務者及其他之第三者。是固但爲對於債務者及其他第三者。所存之條件。在讓渡人讓受人兩當事者之間。則縱無裏書及交付。止因雙方之同意而亦爲有效。故此時之裏書及交付。可以當普通債權之通知或承諾焉。

第四百七十條 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。然不負其義務。但債務者若有惡意或重大之過失。則其辨濟爲無效。財三四七
五項 舊商

指圖債權。本以使之容易流通爲目的。故其債務者。非如尋常債務者。必既詳債權者眞僞

之後。始爲辨濟。若使信爲債權者其人。實非眞債權者時。必令債務者負其責焉。則其有妨於債權流通者不少。故指圖債權之債務者。雖不調查其證書之所持人。及其署名捺印。果爲眞債權者。及爲其人之署名捺印與否。而爲辨濟。其辨濟亦爲有效。但（第一）若債務者有若干疑竇。則有調查其所持人及其署名捺印之眞僞之權利。是蓋指圖債權之債務者。辨濟於非眞債務者。固亦可免其義務。然究無應辨濟於非債務者之義務也。（第二）債務者若有惡意或重大之過失。則其辨濟爲無效。例如明知其非債權者而爲辨濟時。是出於惡意者。又如不發見裏書之有間斷。而爲辨濟。或所持人爲乞丐及其他類於乞丐之貧人。攜數千圓之指圖證券。來求其辨濟。於此。而對之爲辨濟時。是爲有重大之過失者。蓋債務者知其相手方之非債權者。或雖未知而必可知之。此時若過爲辨濟。則不得以其辨濟之有效。對抗於第三者也。

第四百七十一條 前條之規定。證書有雖指名其債權者。而仍附記其應辨濟於證書之所持人之旨時。亦準用之。

本條就證書指名債權者。而仍記載應辨濟於所持人之旨時。爲之規定。例如送金手形及政府之支拂命令等。譯者案如吾國解單及批回之類此類甚多。就此種證書之性質。從來實際爲有疑問。

第三編 債權 第一章 總則 第四節 債權之讓渡

又學者間亦無一定之說。卽在外國。就此情事。設特別之規定者亦不少。而其實際。此種證券及其他類似之者。殆必不少。且在我邦。慣習上尤多此項證券。故設關於此之規定。最爲必要。而於本條。此證券之性質。依然以爲記名證券。不視爲無記名證券。雖然。債務者而有應辨濟於證書所持人之約。則辨濟於所持人。不得不爲己免其責。蓋其意曰。吾雖承諾對某人而負債務。或於某無一面之識。或某不自來從爲辨濟。使其代理人受辨濟時。其請求辨濟者。殊難明知其果爲某或某之代理人與否。故於凡持證書而來者。卽視爲某或某之代理人。向之辨濟而吾卽免其義務。而債權者則從其證書。而知債務者止負如上之義務。故亦可不生異解。此所以本條準用前條之規定。其債務者。雖得調查所持人之果否爲債權者或其代理人。又其署名捺印之果眞與否。然不負必應調查之義務。但債務者若有惡意或重大之過失。則辨濟於所持人爲無效。不能不更爲辨濟於眞債權者焉。

第四百七十二條 指圖債權之債務者。除所記載於其證書之事項。及由其證書性質所生當然之結果外。不得以可對抗於原債權者之事由。對抗於善意之讓受人。財三四七
五項 齋商

三九九、四〇一、新
商二八二、四四一

指圖債券。本列爲有價證券之一。債權之價格。殆卽存於證券。雖云證券之爲物。卽有債權

之價格者無不可也。故得有指圖債權者專從其證書所記載。得知其權利之性質及範圍等。非是則指圖債權之用何在。故除所記載於證書之事項。及由其證書性質所生當然之結果外。縱令債務者對於債權者。有何等之抗辯。其讓受人若爲善意。則不得以其抗辯而對抗之。例如證書所記載者。爲某人或其指圖人。持若干之運賃而來。則當以某貨物交付之。斯時其債權之讓受人。非支付其運賃。自不得對於債務者請求其交以貨物。又或證書縱不記明。而但載其先交運賃之旨。則其證書之最後讓受人。非付其運賃。卽不能受貨物之交付。此依第二百九十五條及第三百十八條。意義明甚。故不得不云由其證書性質所生當然之結果。雖然。證書中若不載應以運賃換其貨物。亦不揭明其運賃之已經先付。債務者自與初之債權者立有特約。言貨物應與運賃換交。則其債權之讓受人。可逕請求其交付貨物。而無支付運賃之義務矣。但其讓受人。若自始卽知有右之特約。則其讓受之際。乃豫期如此而讓受其債權者。故當不得受本條之保護。固所不待論也。且據商三二四三
四九六〇六二項

運送營業人若發行本文之債券。則非受運賃於受貨人。無庸交付其運送品。是亦可謂由其性質所生當然之結果也。

第四百七十三條 前條之規定。於無記名債權準用之。商四

本條乃關於無記名債權者也。蓋無記名債權。其價格爲全然存於證券者。故既於第八十

第三編 債權 第一章 總則 第四節 債權之讓渡

六條第三項。視之爲動產。

三訂一卷本條
文解釋之內

若以第一百七十八條適用之。則因其交付證書。對

於第三者。亦可生其完全讓渡債權之效力。

再訂二卷本條
文解釋之內

故就無記名債權之讓渡。似不

必於此特揭明文。惟其債權之價格。全然存於證券。故於便宜上。其債權亦如其證券。視之

爲動產。適用關於有體物之規定。然其性質之爲債權。則無或改。此由此性質。所以必需本

條之規定者也。蓋債權之性質及範圍等。隨地而異。故止依證券。往往有不能確知之者。由

是苟無明文。不無惹起可疑問題之慮。而在無記名債權。則債權之價格。存於證券。其事較

指圖債權而尤甚。故於本條。以之準用前條關於指圖債權之規定。(第一)其債權之性質

範圍等。依證券所載爲定。(第二)縱證書所不載。而由其證書性質所生當然之結果。凡此

無記名證券之各所持人。皆不可不認之。(第三)其他事項。方初作成證券之時。債務者與

債權者之間。縱有何等約定。亦不得以之對抗於善意之所持人。例如鐵道之切符。

譯者案
即車票

爲無記名證券。此證券若揭明限於一日爲有效。則至翌日欲用此切符而乘車。鐵道會社

得不允之。又縱不以之明記於證書。若依法律之明文。或從其習慣。其切符止能有一日間

之效力。固亦不得不從之。雖然。爲債務者之鐵道會社。縱未受取汽車賃。而以其切符。交付

於初之債權者。然其後以善意讓受其切符者。得不付汽車賃於鐵道會社。而求乘車焉。此

類是也。

第五節 債權之消滅

債權消滅之原因。於本節所揭者之外。雖尙不尠。然既他有規定。自應不揭於此。例如因無能力或意思之瑕疵。所致法律行爲之取消。以下○解除條件之成就。二項七消滅時效。六下^七以能害其債權者之行爲之取消。四二契約之解除。以下四○等是也。以上種種。其取消云者。自始卽不視爲法律行爲。故其債權亦自始卽視爲不發生者。故此非純然之債權消滅。又解除云者。其效力往往及於既往。此卽與取消無異。但契約之解除。在當事者間。其效力雖及既往。然對第三者則不然。故於此情事。可謂有純然之債權消滅之原因者。本節所定。(第一)辨濟。(第二)相殺。(第三)更改。(第四)免除。(第五)混同是也。此外有不能履行等當然不待言之消滅原因。在新民法。認此爲不必設別段之規定。但以此事有前定之第四百十五條。第五百三十四條至五百三十六條等規定。自明之矣。

第一款 辨濟

辨濟(Solutio, payement, Erfüllung)云者。謂因履行而消滅其債務。故從理論上言之。辨濟與履行。全爲同物。毫無所異。故辨濟之規定。卽履行之規定。履行之規定。卽辨濟之規定。

惟履行乃由債權之效力而觀。辨濟則由其消滅而觀。以爲言耳。雖然，此本同爲一物。故若履行之規定。與辨濟之規定並揭。自不能免於重複。故卽外國之法典。亦多規定之於一處。間亦不無兩處規定之例。然其區別。毫不適於理論。亦無益於實際之便宜。故新民法於辨濟款下。網羅履行之規定。卽於債權之效力節。不復揭此規定焉。惟第四百十二條至第四百十四條之規定。雖亦關於履行之規定。然此殆無關於債權之消滅。故特以之揭於債權效力之節之下。但由理論上言之。本款所規定。多應就債權效力之點。著眼爲妥。然其專關於消滅之規定亦不尠。故竟以之包括於本款焉。

一 應爲辨濟之人

第四百七十四條 債務之辨濟。第三者得爲之。但債務之性質所不許可時。或當事者表示反對之意思時。不在此限。

不有利害關係之第三者。不得反於債務者之意思。而爲辨濟。財四五三

債權本爲人與人之關係。既如所論。故其履行。卽辨濟者。非債務者自爲之。似應無效。由是學者中非無持此說者。而予之所信則異是。夫債權爲人與人之關係。固毫無可疑。然有不必定爲某人某人者。是無他。債權之人與人關係。甯以爲存於其權利人行爲之上。若其行

爲任何人爲之。其取得債權無異。無庸必屬於某人之行爲。故其辨濟。亦與他法律行爲同。得使代理人爲之。此人人所無異詞也。若然。則雖不在債務者之位置。苟完了其債權目的之行爲。不得不視爲已足。而如支付金錢。或移轉其他有體物之上之權利。是等行爲。任何人爲之。其爲取得債權。毫無所異。故債權而在以此等行爲爲目的時。卽平常之時。則其辨濟。任何人爲之。不得不皆爲有效。此在本條。所以以第三者得爲之爲原則也。惟此原則。尙有三種例外。

第一 債務之性質不許第三者爲辨濟時

例如繪畫之義務。人之服於使役之義務等。其性質爲不許第三者爲辨濟者。蓋甲畫與乙畫不同。殆不俟言。故若在甲爲債務者時。而使乙代己繪畫。是直不可爲履行其義務。因而不得云已有辨濟。況乙自任意作畫。而欲代甲充債務之辨濟。亦何可得耶。又婢僕等在負有服主人使役之義務時。其義務之目的。在某僕某婢之勞務。非他人之勞務。故亦爲不許他人代爲辨濟者。六一五二 項參看

第二 當事者已表示其不許第三者爲辨濟時

例如債權者有不欲受債務者以外之金錢者。自始卽與債務者相約。定爲必由債務者自

行辨濟時。又或因債務者不屑他人代已辨濟。約定即使有他人代爲辨濟。債權者不可受之之時。是也。

本條之所謂當事者。在單獨行爲。則謂其行爲者。在契約。則謂其雙方。蓋新法典中之用語。其稱當事者之時。據其前後法文。凡當事者有二人以上之處。除各自明指者之外。一例如六項總含有一切當事者之意。故在單獨行爲。當事者本止一人。卽其意味爲一人之當事者。然在契約。則當事者必有二人以上。其意味卽爲全員。從可知矣。

第三 不有利害關係之第三者。方其欲爲辨濟。而債務者反對之之時。

例如債務者一面不識之人。或債務者爲不欲受人恩義者。方其欲代債務者爲辨濟。而債務者不之屑。又或有慮其人將來轉行其求償權。更苛酷於債權者。故不欲其代爲辨濟。遇此情事。其人不得爲辨濟。若強爲之。其辨濟爲法律上爲無效。此在外國。大抵取與是相反之主義。然在我邦。則因所謂武士氣質。其向來習慣。似已認本條第二項之規則。故於新民法。特設此規定焉。但債務者若不表示何等之意思。則任何第三者。皆得代爲辨濟。惟債務者縱不明表示其反對之意思。其並無利害關係之第三者。而欲爲辨濟。則仍適用本條第二項之規定也。

有連帶關係之第三者。若連帶債務者。保證人。以自己財產供其債務擔保之第三者。擔保財產之第三取得者。爲他債權者。而以爲辨濟爲有利者。此等皆是也。凡此等人。得反於債務者之意思。而爲辨濟。蓋其辨濟。不但關於債務者之利害。乃關於自己之利害也。此在前二者爲辨濟時。其所辨濟。舉凡自己之債務。及他連帶債務者。或主債務者之債務。同時皆爲辨濟。若無上述之各關係。則爲無利害關係之第三者矣。

凡第三者於爲有效之辨濟時。債務者因此而免其債務。故對於爲辨濟者。必不可不爲賠償。惟其賠償之程度。隨時不同。例如在連帶債務者爲辨濟時。可依第四百四十二條而爲求償。在保證人爲辨濟時。可依第四百五十九條及第四百六十二條而爲求償。而保證人則又視其受主債務者之委託與否。反於主債務者之意思與否。各不同其程度。既如所論。在以自己財產供其債務擔保之第三者爲辨濟時。可依第三百五十一條及第三百七十二條之規定。與保證人有同一之求償權。至其他之人。或可有事務管理者之求償權。二七〇

第四百七十五條 辨濟者若以他人之物爲引渡時。非更爲有效之辨濟。不得取回其物。

財四
項五
一
項
二
項
四
項
六
項

七〇三
財四
參
觀

債權之目的若爲有體物。則既稱辨濟。必令債權者於其物之上得有權利。例如在以支拂金錢爲目的時。非以屬於自己所有之金錢爲引渡。殆無辨濟之效。此必然也。故非辨濟者更以自己之金錢爲支拂。殆不能消滅其債權。但其初所引渡者。爲他人之金錢。不能謂不得取回之物。雖然。若辨濟者未爲有效之辨濟。其間卽令所引渡之物。得以取回爲請求。則債權者之不利。益實可想見。何則。債權者縱不於其物之上得有權利。然當有因占有而得向所詳論之種種權利。一九〇八至一九一五。而今則失其物之占有。且未受辨濟者更爲有效之辨濟。則債權者爲失其既得之利益。又未受可以相代之利益。故其地位之不利。有不得言。此在本條。所以定辨濟者未更爲有效辨濟之先。不得請求前所引渡之物之返還也。

在前項。余雖假定爲金錢義務。然此不過取其實際最多之債權種類。以爲例耳。其實適用本條之情事。以金錢爲目的之債務爲最少。蓋金錢乃最能互替之物。卽使以他人之金錢爲辨濟。若另以金錢償還其人。其人必不容有異議。而彼受此金錢之債權者。殆亦無所利於更爲取換。至就理論上言之。債權者因所謂卽時時效。卽得其金錢之所有權。最爲恆事。又卽使其金錢爲盜品等。非可受所謂卽時時效之適用。然其本主既受他金錢之償還。當無必欲取還原有金錢之事。以故輒因滿二年間無人請求。止適用第一百九十三條。其債權

者或其轉得者。就此金錢。取得完全之所有權焉。況金錢之爲物。大概爲無目標者。故某金錢果屬某之所有。又果爲某所盜取。均屬極難判別乎。是以實際上適用本條之最多者。其債權恆在以米穀及他商品爲目的之處。雖此等處。亦適用所謂即時時效。其必須適用本條者。殆亦本無多也。

或云。設辨濟者雖出自己之所有物。其前既引渡他人之物。殆亦不得取還。何則。辨濟者於其物之上。並無何等權利也。曰不然。辨濟者於其上有占有權。苟既引渡其自己之所有物。以了其辨濟。則前所引渡之物。何能不令取還。況對於眞所有者。尙有速返還之義務耶。或問辨濟者於引渡他人之物時。債權者既因所謂即時時效。而取得其所有權。在辨濟者。可另以他物爲引渡。而請求其物之取還乎。又債權者可自還其物。而請求於辨濟者。更以屬其所有之物爲引渡乎。曰不然。依第百九十二條之規定。凡動產以具備該條所揭之條件而占有者。卽於其動產之上。取得權利。然則辨濟者既由自己之過失。以他人之物爲引渡。後欲不顧債權者已得有權利於此物之上。而隨意取還者。在理爲不能。又債權者縱於後日。知其物不屬於辨濟者。而以應另換他物之旨。向辨濟者要求。辨濟者必答之曰。吾稱或他債務者對於汝。負移轉其權利之義務。今此權利已移轉於汝矣。則辨濟以前。此物不屬於吾。

汝不能以責我。若債權者又曰否。吾非由汝取得權利。乃由法律之力。直接取得權利者。則辨濟者必又答之曰。吾若不以物之占有權移轉於汝。汝未必能取得此權利。故吾既以占有權移轉於汝。即汝之所以得此權利。其原因在吾之行爲。汝止爲取得權利者而已。故當此之時。以雙方協議而交換其物。固無不可。若一方有不願時。不能由他一方強之交換也。據本條之明文。本條之所謂物。似亦可指本來特定之物。然其規定之性質。乃止應適用於不特定物焉。不然。債權之目的物若爲有一無二。則非就其物之上移轉權利。必不得爲辨濟之事。故如取還之而更爲有效之辨濟。將卒爲事實之所無矣。

第四百七十六條 無讓渡能力之所有者。於引渡其物以爲辨濟之時。若取消其辨濟。則

其所有者。非更爲有效之辨濟。不得取還其物。財三項四五。一項四。

辨濟亦一種法律行爲。故其爲之也。要有相當之行爲能力。不待言矣。惟然而無讓渡其債權目的物之能力者。號四九。一四。一項一。一項三。若引渡其物以爲辨濟。則其辨濟。固爲得取者。故辨濟者若取消其辨濟。則應更爲有效之辨濟。固不容疑。即謂辨濟者尙爲無能力者時。其爲辨濟。必需或得法定代理人。保佐人或夫之同意。或由法定代理人代爲之。雖然。於此情事。若債權者於未受有效辨濟之先。即不得不返還其前所受取之物。則又恰如前條所論。

債權者必專立於不利益之位置。故於本條。儘其未受有效辨濟以前。無庸返還其他所受取之物也。

本條雖於以特定物爲目的之債權。亦可適用。但其取還一層。則主在不特定物之債權。就其應辨濟之物。而於物之品質或數量。適用本條。則或止見於無能力者曾以過當之物與人時耳。

第四百七十七條 於前二條之情事。債權者若以所受辨濟之物。因善意而消費或讓渡之。則其辨濟爲有效。但債權者若因此受第三者之請求。須有所賠償。則對於辨濟者。不妨爲求償之事。財四五六項

本條乃就前二條之情事。債權者以所受辨濟之物。因善意而消費或讓渡之之時。爲之規定者也。於此時。若令債權者有返還之義務。則債權者不但被非常之轉轄而已。蓋已消費之物。或已歸他人所有之物。有卽欲返還而不可得者。故於此時。法律以其辨濟爲有效。令債權者直無庸返還其已受之物。債務者亦無庸更爲辨濟焉。雖然。不得以此害第三者之權利。又屬當然之事。故債權者可有受第三者請求賠償之事。殆不容疑。例如債權者以其物善意讓渡之後。因原所有者未喪其所有權。對於其讓受人請求返其原物。使竟得返之。

則其讓受人止有對於自己之讓渡人。即債權者。以賠償爲請求而已。又例如債權者雖以善意而消費其物之時。然因其消費。多有得受利益之處。此時其物之所有者。對於此債權者。至少亦得以不當利得之賠償爲要素焉。凡此等情。若債權者竟爲賠償。則因辨濟而得之利益。必失其全部或一部。亦不待言。故其債權者對於辨濟者。不容不得求償。此所以有本條但書之規定也。

二 應受辨濟之人

第四百七十八條 爲辨濟於債權之準占有者。則限於辨濟者爲善意時。有其效力。五財七四

辨濟以對於債權者或其代理人而爲之爲本則。固不待言。故辨濟者對於非債權者或非其代理人。誤爲辨濟。必仍無效。但此有二例外。本條乃就其一爲規定焉。則曰對於債權之準占有者爲辨濟時是也。夫依第二百五條。凡以自爲之意思行使財產權者。則爲準占有者。是蓋可準用占有之規定者也。故此所謂債權之準占有者云者。乃以自爲之意思行使其債權者。例如無相續權者。誤行相續人之權利。或乘他人之不在。橫領其財產。對於世人。爲恰如其所有之動作。凡對於此等人而爲辨濟。則限於辨濟者爲善意時。爲有效焉。是無他。欲辨濟者熟知他人之相續權。及他人與人間之關係。極爲難事。故若於此等情事而

以辨濟爲無效。往往將被不測之損失。況債權之準占有者。方其持債權證書。來催辨濟。辨濟者信爲正當之債權者。誠當然之事耶。然則凡債權而有準占有者。殆多由其債權者自爲怠慢。故於此時。甯助善意之辨濟者。而不保護債權者。較爲妥當。且債權者對於債權之占有者。自有求償權。故從其多數言之。債權者亦罕有全被損失之事也。

第四百七十九條 除前條情事之外。凡爲辨濟於無權受領之人。其辨濟止於債權者因

此受益之限度。有其效力。

財一三五一一七
財四五六四一五八

本條乃規定第二例外。無他。卽債權者因辨濟而受益之時是也。例如債權者從債權之準占有者。受取其所受辨濟之物之全部或一部時。或事務管理者。受其辨濟。爲債權者之利益而使用之之時。是也。此等情事。理論上雖以辨濟爲無效。然若竟以爲無效。則債權者必返還其物。而辨濟者亦必更爲辨濟。徒生無謂之周折。以故甯於債權者所受利益之限度。視辨濟爲有效。若債權者未受其全部之利益。則止就其不足之部分。得更請求其辨濟焉。而在此部分內之辨濟者。對於先時受我辨濟之債權準占有者。或其他之人。得爲求償。固所不待言也。

第四百八十條 攜收據而來之人。視爲有權受領辨濟者。但辨濟者明知其無權時。或因

過失而不知之時。不在此限。舊商五
五二項

本條於請求辨濟之人。既非債權者。又非其代理人之時。因保護善意之第三者所設之規定也。蓋於此時。其人既非債權之準占有者。則辨濟似應全然無效。然辨濟者若無過失。亦不可不保護之。故其請求辨濟之人。若攜收據而來。則縱非債權者親手交付以委任其人。來受辨濟。但就事論事。百中有九十九。可信其有委任。辨濟者信其人爲正當之代理人。而爲辨濟。不得謂之過失。故於此時。法律特以其辨濟爲有效焉。況於此種情事。其人卽不能證明其實際有權。受此辨濟。要自以有權爲多乎。但此規定。本爲保護善意無過失者而設。故若辨濟者明知攜收據而來之人。無應受辨濟之權限。或當得知之。因過失而不知。則亦不能受本條之保護。例如債權者之所用人中。有竊取其所置之自製收據者。債權者卽對於其債務者。發一通知。警告以所用之人。卽請求辨濟。亦不可與之云云。債務者而不讀其書面。則縱爲善意。亦有過失。故不能受本條之保護也。

第四百八十一條 已受止付之第三債務者。若爲辨濟於自己之債權者。則差押債權者。

譯者按差押。謂收他物以抵己之損失。差押債權者。卽收債務者自己所有之債權。而以其債務者爲第三債務者。止其支付。以抵己之所有債權也。 得於其所受

損害之限度。以應更爲辨濟之旨。請求於第三債務者。

前項之規定，不妨由第三債務者，對於其債權者，行使其求償權。財四五九，民訴五九八

本條於特別之時，規定債務者不得爲辨濟於其債權者，卽其債務者受人止付之時是也。於此時，債務者若不顧債權者之債權者，曾依法律所許之手續，來阻止其辨濟，但自認己之債權者而辨濟之，則彼既爲差押之債權者，必得於因此受損之限度，令債務者更爲辨濟。此蓋其債務者因自己之不法行爲，而負賠償之責任者也。九七〇

雖然，債務者既對於自己之債權者，爲已辨濟，畢竟已爲二重之辨濟，而其付款於差押債權者，間接仍爲自己債權者之利益，故使之對於自己債權者，得爲求償，固所不俟論也。

三 辨濟之目的

第四百八十二條 債務者若以債權者之承諾，於其所負擔之給付，代爲他之給付，則其給付，與辨濟有同一之效力。財一四六一

本條就所謂代物辨濟(Datio in Solutum, dation en payement, Angabe an Zahlungsstatt)而爲規定。代物辨濟云者，謂其爲債權目的以外之給付，充其辨濟。例如於有應付金一萬圓之義務時，代之以不動產之所有權，此類是也。就代物辨濟之性質，古來大有議論，或謂之爲賣買，或謂之爲辨濟，或謂之爲更改。余從其第三說，夫賣買云者，一方欲得某權利，他

一方則對於此而欲得其金錢。因成此舉。代物辨濟。則當事者之意思。專在欲令其債務消滅。惟債務者以債務之目的給付爲不便。欲代之以他便利之給付。以消滅其債務。債權者亦採用其意思。承認其債務之爲消滅而已。故不得不謂當事者之意思。於兩者之間。判若逕庭。雖然。至謂爲辨濟。則亦甚謬。夫辨濟云者。履行之謂也。卽由債務之目的給付。使其債務消滅之謂也。然則代物辨濟。乃爲債務之目的以外之給付。故不能謂爲履行其原債務。此雖三尺之童。亦能知之。若然。則非謂之爲更改。終不能說明之矣。蓋卽當事者先變更原債務之目的。例如代金錢以不動產。然後直履行其第二債務。則所謂代物辨濟也。故除本條所規定者之外。悉適用關於更改之規定。例如第五百十七條之規定。卽爲應適用於代物辨濟者。雖然。在本條。考當事者之意思。且圖實際之便利。却與辨濟有同一之效力。故第四百九十九條以下。關於代位之規定。及其他辨濟之規定。凡其性質得適用於此者。皆可適用之也。

代物辨濟。本來從有更改性質而生之一種結果。在以代物爲所給付之權利。屬於他人之時。依第五百五十九條以下之規定。債務者與賣主。爲有同一之擔保義務。蓋更改之爲有償契約。固已人無異言。然賣買之規定。乃應以之準用於其他有償契約者。故關於賣主擔

保義務之規定。亦當以之準用於更改。若謂爲純然之辨濟。則斷難以同一之規定適用之矣。

當事者往往有爲代物辨濟之豫約者。其名謂之任意債務 (Obligation facultative) 例如債務者方其負擔債務之初。卽與債權者相約曰。吾照約當與汝金一萬圓。然若到期不以此相與。則當與以某不動產。充其辨濟。是卽所謂任意債務。而探究其性質。亦不過代物辨濟之豫約。此無煩多辨而可明也。頁三〇

第四百八十三條 債權之目的。若爲引渡其特定物。則辨濟者要如應爲引渡時之現狀。

引渡其物。財四六
二一項

本條規定債權之目的爲引渡特定物時。辨濟者果應以何種狀況爲之引渡。此事至少可分三說。一曰應以債權發生時之狀況爲其引渡。二曰應以應爲引渡時之狀況爲之。三曰應以現爲引渡時之狀況爲其引渡。是也。雖然似以第二說爲最妥。殆不俟論。蓋在法律或當事者。定應以某物爲引渡時。其所著眼。本應以引渡時期爲主。故旣不特定爲應以債權發生時之狀況爲其引渡。則應以應爲引渡時之狀況爲其引渡。殆不俟論。又實際上。有後於應爲引渡之時而始爲之者。在法律或當事者。無豫爲債務者想像其怠於引渡。或將後

時而始爲之之理。故不能以實際引渡時之狀況爲引渡。其理甚明。但本條之規定。殆非命令的規定。故當事者得隨其意。爲反於此之特約焉。

以上乃假想當事者爲無過失者而言。若夫當事者而有過失。因其過失而變物之狀況。則過失者不得不任其責。至如因債權者之過失。而變物之狀況。則不但其事爲極少。且此事恆無損於債務者。故恆不生賠償之責。但在債務者尙留保其權利。於其應引渡之物之上時。則債權者對之有賠償之責。亦不待言。惟因債務者之過失。而致變更物之狀況。其事頗多。今爲示其一例。有如債權發生之時。其目的物純然爲無瑕疵者。因債務者怠於注意保存。以致其物生有瑕疵。債務者雖除引渡其有疵之物以外。別無他法。然債權者因此瑕疵而受損害。不可不令賠償。反之。而若其瑕疵。由天災而生。則債務者毫不負責。故卽引渡其有疵之物。可不更任賠償之責也。

以上雖常以物之狀況。以變更爲不利者。爲之假想。然往往非無反對之事例。例如應以樹木爲引渡者。在債權發生之時。尙未著花或未結實。若至應爲引渡之時。已著花或結實。則又不得以債權發生時。本無花實。據此理由。遽欲摘取其花或實。然後爲之引渡也。

債務者因怠於引渡。而致其物變更狀況。則如何。曰。物之以變其狀況爲利益者。例如未實

之樹而結實。則當如其現狀以引渡之。所不待言。蓋使以適當之時引渡。即在債權者之家。亦應結實故也。然若物之以變狀為不利益者。例如花時以前。本應引渡。乃至落花以後。始引渡之。因此而有損於債權者。則債權者得求其賠償損害。事有固然。且有時并得拒此樹木而不受之矣。

四 辨濟之場所

第四百八十四條 凡應為辨濟之場所。若無別種之意思表示。則引渡特定物。要於債權

發生時其物存在之場所為之。其他辨濟。要於債權者現時之住所為之。財三三三一項七項四六八一

項舊商三一七至三二〇新商二七八

辨濟之場所。當因當事者之意思定之。是為本則。凡依法律之規定。直接所生之債務。固當由立法者示辨濟之場所。其事甚少。雖然。當事者特定辨濟之場所。實際上正不多見。故立法者於本條。推測

當事者之意思。於其意思不明瞭之處。定一應適用之原則焉。此有二義。第一、在以引渡特定物為目的時。其引渡當於債權發生時其物存在之場所為之。第二、除前一義之外。常應於債權者現時之住所為辨濟。

以上第一原則。雖為各國法制所大抵一致。惟至第二原則。則各國法律不一。在法國。其原

則當於債務者之住所爲辨濟。是或據其習慣歟。抑因欲偏於保護債務者乎。舊民法雖採此主義。然在我邦從來之習慣。似相反對。故於本條。竟以爲辨濟於債權者之住所爲原則焉。舊商三二七八一項新商二七八一項蓋此等事項。原得以當事者之反對意思而左右之。故劃一之規定。任如何定之。殆亦無甚弊害。然當事者往往無心定及此等之事。故雖係劃一之規定。亦勉從習慣。或相宜耳。

五 辨濟之費用

第四百八十五條 凡辨濟之費用。若無別種之意思表示。則其費用。債務者負擔之。但若因債權者之移轉住所。或其他行爲。增加辨濟之費用。則其增加額。債權者負擔之。三財三

一項二項四六八二項三
項舊商三〇三三二一

辨濟費用之負擔者。其原則雖亦當以當事者意思定之。然當事者往往有不思及此等之事者。此時則其費用。當由債權者負擔之乎。抑當由債務者負擔之乎。在本條。則以爲當由債務者爲負擔焉。蓋辨濟本專爲債務者之行爲。故若無別種規定。則以當由債務者負擔其費用。較合乎當事者之意思。但此爲尋常之規定。若因債權者之行爲。而增加辨濟之費用。則其增加之額。當由債權者負擔之。所不待言。蓋債權無得以一人之意思。特重債務者

負擔之理。例如在債權發生之時。債權者住近債務者之住所。其後移轉其住所於遠隔之地。因此而有旅費搬運等之費用。是宜由債權者負擔之。但如金錢或其他得由銀行及運送業者。輕輕送致。即可給付者。而債務者故用莫大之旅費。齎往債權者之家。此實爲無益之費用。非可指爲債權者移轉住所之結果。而使債權負擔之。又例如債務者方提供其辨濟。因債權者無故拒不受之。辨濟之目的物。一旦運至債權者家之後。更返還於債務者之住所。乃至不得已而煩重運以致諸債權者之家。則其第二第三次運費。當由債權者負擔。固其所也。

六 受領辨濟者之義務

第四百八十六條 辨濟者對於受領辨濟者。得請求其交付收據。

本條規定受領辨濟者之第一義務。即交付收據於辨濟者之義務也。蓋辨濟者若就已爲辨濟與否。有所爭執。則必提出其證據。然若不從受領辨濟者取有收據。則辨濟者欲提出辨濟之證據。其事極難。而在受領辨濟者。則不過在方受取時。付一收據。無可拒之之理。此在本條。所以令受領辨濟者。負交付收據之義務也。

辨濟者得言非與收據互換。即不爲辨濟乎。曰然。收據本爲辨濟之證據。故辨濟既了之後。

縱請求其交付收據。債權者竟言未受辨濟。亦且無如之何。故於本條。辨濟者即「爲辨濟者」。受領辨濟者。即「受辨濟者」。固得對之而請求其交付收據也。

第四百八十七條 於有債權之證書者。辨濟者若既爲全部之辨濟。則得請求其返還證書。

本條規定受領辨濟者之第二義務。即返還債權證書之義務也。蓋債權若有證書。則債權者可因是而證明其債權之所由生。對此以觀。若無辨濟之證明。債務者將有不能免於二重之辨濟者。惟然則僅憑收據。往往有遺失等情。且如分幾次辨濟者。失其一二。事更最多。況收據之爲物。人人不皆視如債權證書之貴重。故稍經歲月。多已不復收存。而彼債權證書。在債權者既受全部辨濟之後。則已毫無必需之處。或以爲債務者方其以此證書。交付債權者。本止以債權存在之時爲限。其理亦通。故辨濟者於既爲全部辨濟之時。對於債權者。得以返還此債權證書爲請求。實可謂之至當。若夫辨濟者而僅爲一部之辨濟。即不得求此證書之返還。則又不待言矣。

或曰。既有本條之規定。則前條之規定。似可不用。何也。債權者既不復持有證書。自不復能請求其辨濟也。曰不然。此有三義。第一。有無需債權證書。而亦得證明其債權之發生者。此

而不另有收據。辨濟者無從證明其辨濟。第二、辨濟者即持有債權證書。未足證爲必由債權者所交付。故若無收據。或因詐欺錯誤等。得占有其證書。不無可疑之處。第三、於辨濟一部之時。債權者自應不還其證書。若無收據。辨濟者又何恃而得證明其辨濟。此所以不問有無本條規定。必需有前條之規定也。

返還債權證書。必於辨濟既了之後。始得請求。是無他。既有收據。自無難證明辨濟之事實。故即使債權者謬主張其未受辨濟。以收據對抗之。自可證明其非實。此本條所以云既爲全部之辨濟也。

七 辨濟之充當

第四百八十八條 債務者對於同一之債權者。而有同種目的之數個債務。均爲負擔之時。其因辨濟所提供之給付。若不足消滅其總債務。則辨濟者於給付之時。得指定其辨濟所應充當之債務。

辨濟者若不爲前項之指定。則受領辨濟者。於其受領之時。得以其辨濟。爲之充當。但辨濟者對於其所充當。若即持異議。則不在此限。

於前二項之情事。其所爲辨濟之充當。依其對於相手方之表示意思爲之。財四七一〇。

本條以下至第四百九十一條，乃關於所謂辨濟之充當 (Imputation des paiements, Amrechnung der Zahlung) 者也。辨濟之充當云者，於同一債權者及債務者之間，有同種目的之數個債權。斯時債務者，若為不足消滅其全債權之辨濟，則果應消滅何債權之問題是也。蓋於此時，若當事者協議既調，則從其協議，因為任如何定之皆可。然若當事者協議不調，則果應如何，此所以有本條以下之規定也。

就辨濟之充當，從來有種種主義。或云，債權者與債務者，應有同等為此充當之權。或云，債權者應全無為此充當之權。然在新民法，則做舊民法及其他多數之例。第一位為債務者，先有充當權。第二位為債權者，得為充當。第三位為以法律之規定，定充當之順序。蓋辨濟本為債務者之行爲，雖債權者與此非無關涉。然債權之以債務者行爲為目的，固已人無異言。因欲完了其行爲，故為履行，即為辨濟。其以債務者之行爲為主，蓋不容疑。惟然而一行爲之性質，當因行爲者之意思定之。是以第一依債務者之意思，定其當以辨濟充當何項債務，實為理所當然。但行爲之性質，在行爲之當時已定之。故當從辨濟時之債務者意思。有固然者，蓋若得至於後日，而任為充當，則債務者往往有以非辨濟時之意思，為充當者。故於本條第一項，應於辨濟之當時為充當焉。惟充當元本，不得在利息之先。此後之第

四百九十一條所規定也。

債務者若不自爲充當。則債權者得爲之。蓋債務者既不爲充當。得視爲拋棄其充當權者。若然。則在受辨濟之債權者。得以適當之性質。附其辨濟。可謂頗得其當。雖然。本應由債務者自定其性質。故若債務者對其辨濟。應陳異議。則是表示其並非拋棄此充當權。故於此時。債權者即失其充當權。又一行爲之性質。當定於行爲之當時。故債權者之充當。亦非於辨濟時卽爲之。則爲無效。此蓋除英美法之外。各國凡認債權者之充當權者。其法律所盡同也。

當事者雙方若均不爲辨濟之充當。則法律取最近於債務者意思之充當方法。以定其順序。此次條所規定也。

有同種目的之債權云者。例如以任何種金錢爲目的。或以同質之米穀爲目的之類。此債權以同一種類之不特定物爲目的者爲多。但如泥水木作之計工而作之義務。亦不無適用。但在以特定物爲目的之債權。則決不惹起充當辨濟之問題。固所不待喋喋也。

余因說明之便宜。雖就平常之以債務者爲辨濟於債權者。而論列之。然於辨濟者非債務者。受領辨濟者非債權者之時。亦同。此不待言。

債務者或債權者。方爲充當。果應取何方法乎。曰。止應依對於相手方表示意思以爲之。蓋當事者僅以己意。不足爲此充當。此可不言而喻。然不但此而已也。縱令曾發表其意思。若不對於相手方爲之。則非但相手方不得知其意思。并其意思之果否確定。亦極不易知。故於本條第三項。定爲應對於相手方表示其意思焉。

第四百八十九條 當事者若不爲辨濟之充當。則從左之規定。充當辨濟。

一 總債務中。若有在辨濟期者。與不在辨濟期者。則以在辨濟期者爲先。

二 總債務若均在辨濟期。或均不在辨濟期。則以債務者之因辨濟而多得利益者爲先。

三 債務者若因辨濟之所得利益相同。則以先至辨濟者。或可以先至者爲先。

四 前二號所揭之事項。盡行相同。此債務之辨濟。則應各債務之額而充當之。七財二

本條於債務者及債權者皆不爲充當時。所揭充當之法定順序也。

第一 若有在辨濟期之債權。與不在辨濟期之債權。則當先以在辨濟期者爲充當焉。是無他。不在辨濟期之債務。尙未應爲辨濟。故非特拋棄其期限之利益。卽未可望有辨濟。而債務者既未特表示其拋棄期限利益之意思。故推定其辨濟爲以在辨濟期者爲先。

此不能不謂之最當。

第二 任何債務皆在辨濟期。或任何債務皆不在辨濟期。則當以債務者因辨濟而利益最多者爲先。例如有有利息者。有無利息者。則當先以有利息者爲充當。有有違約金之約束者。有無此約束者。則大多數當以有違約金者爲先。此類是也。二〇〇 參觀四是無他。法律本推測債務者之意思。而定充當之順序。故當以債務者之利益最多者爲充當。固爲當然之事。而於任何債務。均未至辨濟期者。則就其利益最多。推定爲已拋棄其期限之利益焉。或曰。然則期限若爲債權者利益所存。似不應適用本條第二項之規定。曰不然。於債務者不爲充當時。債權者固得自爲充當。故方其受未至期限之債務之辨濟。無論其或以期限爲有妨利益。自得爲債務之充當。并可謂爲已拋棄此權利。故隱欲從法定之充當順序者。由是而期限卽爲自己利益所存之債務。然視爲已拋棄其期限者。毫不能謂爲失當。是本條第二號。所以從其廣義。定爲以債務者利益最多而先之也。

第三 債務者之利益全同。則應以先至辨濟期者或當先至者爲先。是無他。在利害相同之際。甯由較久之債務。爲順次之辨濟。是爲人情。卽由公益上言之。亦以舊債務之留存。慮有證據湮滅等事。若生爭執。卽難解決。有此不利益之見端。故以舊債爲先。最爲當然。

但在外國所取主義。惟以債權發生時期之舊者爲先。然以人情言之。則當以辨濟期之前後爲區別。且概言之。則辨濟之前者。債權之發生期亦前。可謂爲多數皆然也。

第四 由以上任何點觀之。皆爲同樣之債務。則當應各債務之額而爲充當。而於一辨濟應同時消滅二個以上之債務時。其一爲前三號中所指爲應先充當者。餘則爲同樣之債務。果如此。則止就餘債務適用本號之規定。此卽前三號亦同此例。

第四百九十條 一個債務之辨濟。應爲數個之給付時。辨濟者所爲給付。若不足消滅其債權之全部。則準用前二條之規定。

本條就債務雖爲一種。而以數個給付爲目的時。爲之規定。此時所惹起之問題。全然與有數個債務者相同。例如按月按年所應支付之利息。租賃。攤派等情是也。凡此當悉從前二條之規定焉。蓋有全然同一之理由也。

第四百九十一條 債務者於一個或數個之債務。元本之外。有應付之利息及費用時。辨濟者所爲給付。若不足消滅其債務之全部。則費用利息及元本。要以之順次充當。

第四百八十九條之規定。前項之情事準用之。四財四七〇二項
四七二二號

本條就元本之外。應付費用及利息者。爲規定焉。於此時。蓋應先償費用。次付利息。最後乃

辨濟元本。例如爲賣買者。賣主暫墊買主應付之費用。且買主於其正價應加付利息。於此而買主所支付之金額。若不足辨濟其全額。則當先扣費用。次取利息。以其所餘。充元本之一部。蓋如費用。大抵止爲暫墊。非可延其辨濟之期。又利息則由元本所生之果實。其果實當爲債權者之平常收入。故此亦非可久怠於辨濟者。以是任何國之慣習。付息應先於還本。全出一轍。故在債務者爲充當時。縱欲充當元本先於利息。債權者固得拒之。又於當事者不自爲充當時。則不問第四百八十九條之規定。但當爲適用本條者。惟債權者若拋棄本條之利益。而欲先於費用利息。受領元本。則是自甘少此利益。固隨其意耳。

本條雖就費用利息元本三者。定其順序。然於止應付利息及元本者。亦當以利息爲先。所不待言。而於實際。則以止有利息與元本者爲最多也。

以上於債務之有一個者。與有數個者。皆同。故於甲之債務有費用利息。乙之債務亦有費用利息時。總之當先於元本。以爲充當。而其所給付。若不足辨濟費用利息之金額。則從第四百八十九條之規定。更爲定其先後。例如甲債務之利息。有明治二十八年分。與明治十九年分之兩年。乙債務之利息。止有二十九年分一年。若同時支付。則先充當甲之二十八年分利息。其餘額若不足兩債務之二十九年分利息之全部。則當應其各利息之額而

分配之。

第三編 債權 第一章 總則 第五節 債權之消滅 第一款 辨濟

或問本條止準用第四百八十九條。而不準用第四百八十八條。何也。曰。費用利息。若關於別異之債務。則當然適用第四百八十八條。若關於同一之債務。乃適用前條。但費用與利息之間。則不適用前條。當適用本條第一項。有固然也。若夫明言應準用第四百八十九條者。無他。以有關於甲債務之費用利息。與關於乙債務之費用利息。而利息之中。又有數期之分。此固難於當然以第四百八十九條為適用也。

八 辨濟之提供

第四百九十二條 辨濟之提供。由其提供之時。免其因不履行而生之一切責任。四四七七

六

本條及次條。乃專言辨濟之提供。(Office de paiement)者也。辨濟之提供云者。謂就履行債務。以完債務者自己權內之事項也。例如應以金錢支付於債權者。則以其金錢。持往債權者之住宅。又例如承攬工事。承攬人以其工事完成。通知債權者。任何時可交割其工事之目的物。皆是也。蓋債務者方欲履行。債權者若拒其履行而不受。則以嚴格言之。未得遽謂為已有履行者。雖然。此其結果。令債務者負擔之。頗為不當。蓋債務者履行其債務。即已

完其自己權內之事。故於本條。謂債務者一經提供辨濟。則從其提供之時。即可免因不履行所生之一切責任。例如債務之目的物。有滅失毀損之危險。在方其辨濟即可移轉於債權者時。其危險亦即於提供辨濟時立移轉於債權者。又債務者若應付遲延之利息。由提供辨濟時。即不負此義務。抑豈惟如是而已。此時若債權者不受辨濟。則債權者即為怠慢者。故若因是而令債務者被其損害。債權者且不得不賠償之。^{三四}一例如債權者應至債務者之肆中。受取其商品時。若不顧債務者業為催告。而不為受取。則其商品。不無因閣置債務者之肆中。而妨害債務者之商業。似此則債權者就其所妨害。不得不任賠償之責矣。債權者於不受辨濟一事。可因種種之理由而不受之。第一、有因辨濟為不適法而不欲受之者。第二、有因債權者之怠慢而不受之者。第三、有因事實上之故障而不能受之者。第四、有因債權者為無能力。而無法定代理人。法律上不得受之者。第五、有因不知債權者之行蹤。而無可為之代表者。第六、有因債權者死亡之後。未確定相續人。不能確知應受辨濟之權利者。其他更有稍稍稀有之各情事。一經想像。竟覺不遑枚舉。就此等各事之中。又分三種。(一)債權者為有過失。(二)債權者縱無過失。然從其意思。而致債務者不能為辨濟之事。(三)債權者不但並無過失。且非有不受辨濟之意思。然不幸而不能受之。此三種情事。

債權者常應負遲滯之責任否乎。是雖未有一定之學說。然據余之所信。以上無論何種情事。債權者必負遲滯之責。蓋債務者若至辨濟期而不為辨濟。縱其原因全出於債務者之不幸。猶不得不負不履行之責。此為人所共信。若然。則債務者既於自己權力所屬之範圍以內。已完其履行之必要行為。則債權者之不受。縱使由於不幸。其遲滯之責。亦不得由債權者負擔之。要之無論債務者與債權者。不能以其自身之不幸。嫁之於無過失之他人也。

以上所述。凡債權者以有正當理由。而拒不受其辨濟。則不適用。此固在所不待論。

第四百九十三條 辨濟之提供。要從債務之本旨而現實為之。但債權者豫拒其受領。或履行債務而必當債權者之行爲。則以通知其已為辨濟之準備。而催告其受領。即為已足。財四七四七五二十三年十月八日勅二一七號辨濟提供規則

本條所以定提供辨濟之必要條件者也。而其本則。則要從債務之本旨而現實為之。例如金錢債務。債務者以其應支付之金錢。持往債權者之住宅。承攬工事。其工事如約完成。以其作成物持往債權者之處。此類皆是。此原則。不能無二種例外。第一、債權者豫拒其辨濟而不受。第二、履行債務。要有債權者之行爲。是也。於此時。縱現實為提供辨濟。債權者亦明

明不受之。或無債權者之行爲。卽不得爲現實之提供。故債務者僅爲辨濟之準備。以之通知債權者。若既以應受辨濟之旨。催告其人。卽不得不視爲業已提供辨濟者。例如債權者應往債務者之處。受其債務目的物之引渡者。債務者若已爲任何時得爲引渡之準備。而以之通知於債權者。催告以應速取物云云。則卽爲已有辨濟提供者。又例如洋服縫工。既準備材料。因欲從速著手於裁縫。促令定製者開示身材。則亦視爲已有辨濟提供者。

九 辨濟目的物之供託

第四百九十四條 債權者若拒不受領其辨濟。或不能受領之之時。辨濟者得爲債權者供託其辨濟之目的物。而免其債務。辨濟者並無過失而自不能確知債權者時。亦同。四財

七四四七七
項四七八一

依前二條之規定。債務者雖提供辨濟。卽得免因債務所生之一切責任。然僅止提供。固尙未能免其義務。苟欲免之。必須供託其辨濟之目的物。供託(Consignation)云者。以辨濟之目的物。寄託於以法令或裁判所所指定之場所。令債權者得至此受取之之謂也。蓋債權者若無故不受辨濟。則債務者不得久爲應擔義務者。何則。債務者之欲免其債務。能早一刻亦佳。此人情皆然。亦其利益之所迫也。然則債務者若無過失而不得速了其辨濟。固不

足爲能保護此債務者矣。

由以上所述。供託不過爲債務者速免其義務之方法。其理甚明。夫所謂債務者之無過失云者。第一。債權者無故拒不受其辨濟時。第二。因無能力及其他原因。不能受之之時。第三。債權者無過失而不確知債權者時。例如債權者死亡而其相續人未確定時。是也是故。債權者縱拒不受其辨濟。若其辨濟。本非悉從債務之本旨。因此見拒。則曲在債務者。故債務者縱爲供託。仍不能免其債務。止有更爲適當之辨濟而已。又使債權者縱無能力。然有法定之代理人。則債務者止有應爲辨濟於其法定代理人而已。又如債權者死亡之後。其正當之相續人。特以自己之業爲相續。通知債務者。債務者因不注意。而不讀其通知書。竟濫爲供託。此亦不足令其得免義務也。

本條所規定之供託。凡債務者欲免其義務。所可任意爲之者也。此外依法令之規定。應爲供託者不少。遇此等處。亦可因供託而免其義務。有固然矣。例三六七三項三九
四二項五七八等

以上云云。余雖常就債務者爲辨濟者論之。然正當得爲辨濟者。縱非債務者。亦得從本條之規定。爲供託焉。參看四
七四

第四百九十五條 供託要於債務履行地之供託所爲之。

凡供託所。法令苟別無規定。則裁判所要因辨濟者之請求。為之指定供託所。及選任供託物之保管者。

供託者要無遲滯。通知其供託於債權者。財四七七。取二二五。至二二八。二十三年七月

一月二十四日大藏省一三號。同年七月二十一日。同省訓三二號。預金保管物及供託物。金庫出納

事務規程。三十二年二月十七日。大法一五號。供託法。同年三月十六日。大藏省六號。供託物取扱規程。同月十七日。大藏省告示九號。非訟事件手續法。八一。八二。

本條所以規定供託之手續者也。為供託之要素之手續。惟在以辨濟之目的物。寄託於法

律所定之場所。而其場所。凡金錢或有價證券。公債。股票。票據等。及商家儲棧所保管之物品。

則有明治三十二年二月七日法律第十五號所設之供託法。即金錢及有價證券。應寄託

於金庫。供託法一。商家儲棧所保管之物品。應寄託於司法大臣所指定之商棧。供託法五。

依右之規定。供託當於中央金庫及各地之本分各金庫或商家儲棧為之。雖然。供託本所

以代辨濟。故務要使債權者。得與辨濟相同之利益。惟然。而辨濟既應於一定之場所為之。

即供託亦應為之於應為辨濟之地之供託所。而各金庫自有一定之所管區域。二十二年

一月勅一。二六號。金庫規則三二。項二十三。年一月四日。大藏省告示一號。金庫位置

及出納區域。此後改正出納區域。不違枚舉。二十八年九月二十四日。勅一。二九號。故當

從其區域為供託焉。

凡金錢及有價證券。定一定之供託所。其事極易。又卽爲之保管。事亦無難。然至其餘動產不動產。則無論其不能寄託於金庫。并極難設一定之供託所。至商棧所保管之物品。雖應寄託於司法大臣所指定之商棧。然如司法大臣并未指定何。故在現時。右之規定。可謂全屬空文。況至其他動產不動產。有終不能設一般之供託所者。故於本條第二項。裁判所當指定供託所。且選任供託物之保管者焉。而如不動產。本來不能移轉。故其場所。無庸指定。惟定其保管者卽可。加之裁判所卽以債務者爲新設之保管者。固亦無妨。於此時。債務者已離爲債務者之地位。更占保管者之地位。由是免其義務之後。與他人之保管其物者無異。惟在動產。雖多應令保管者於其住宅保管之。但依便宜。有置於他所。止令其保管者負保管之責者。例如米穀藏之於一定之儲棧。而其保管者多以儲棧主人或管理人。又或無關係之第三者爲之。其供託所之必需指定。不但令物之保管。得以安全。并在債權者有受取之便也。

以上爲供託之要素之手續。此手續之外。有附屬之手續。蓋卽供託者要無遲滯而以供託通知債權者也。夫供託者。令債務者免其債務之舉也。債權者於此最有利害之感。以速令知之爲有利益。故以此通知之。實爲至當之手續。但此手續。爲保護債權者而設之一種附

屬手續。故即使缺之。亦無妨於供託之成立。且供託之效力。非生於爲此通知之日。直生於有適當之供託所之日。惟債務者若怠此手續。因而損害於債權者。則當任賠償之責而已。第四百九十六條 債權者不承諾其供託。或宣告供託有效之判決。未確定時。辨濟者得取回其供託物。於此時。視爲不爲供託者。

前項之規定。其因供託而消滅其質權或抵當權者。不適用之。財四七八二項三項二十
三十四號供託規則五、二十六年九月二十日大藏省二一號供託物取扱規程一〇、一三
三十二年二月七日法供託法八、同年三月十六日大藏省六號供託物取扱規程十五

本條所以規定供託得以取消之旨者也。據余之所信。供託爲有消滅債務之效力。故債務者不得僅依自己之意思。而取消之。蓋消滅債務。往往不止債權者與債務者間之關係。亦有關於第三者之利害者。例如債務者有連帶人或有保證人時。又或債權有質或抵當之擔保時。皆是也。故供託而得取消。其取消之效力而并及第三者。則往往有害及第三者權利之慮。雖然。若其取消之效力。不及第三者。而惟對於債權者爲有效。則債權者被其損害。固不待言。故理論上凡債務一旦消滅。不但不可再生。且於實際。供託一經取消。足致權利義務之紛雜者不少。故余由立法論之意。或可不許取消此供託。然本條之規定。則殆以人

情爲準。立法者若謂債權者不承認其供託。或判決未定爲有效之間。則供託爲辨濟者純然之單獨行爲。除其人表示意思之外。與他人之行爲無涉。故卽不以供託羈束辨濟者。不可爲有損於他人。而在辨濟者往往有悔其供託之事。要其取消此供託之結果。債務者必且再負擔債務。止爲自甘受其行爲之不利而已。故卽許其取消供託。亦毫無不可。蓋此由人情而論。卽在外國所設之類於本條之規定。其例亦最多也。

右之所言。在第三者就其債務。無何等利害之感時。卽無連帶保證質或抵當等情時。固無論已。卽有連帶保證等情。若止有對人之關係。則連帶者乃自始卽甘與其債務者共同利害之人。保證人乃諾爲其債務者擔負義務之人。故因取消供託。而此等之人。卽依然爲義務者。亦無不可。反之。而在有質或抵當等情時。則無論供其質或抵當者之爲第三者。卽使由債務者供之。然質權抵當權。實係物權。故其利害之關係。常及第三者。例如他債權者。因其已有供託。而知其質權抵當權。爲已消滅。則因此而可見已等之共同擔保。爲已增加。又如有第二位之質權抵當權時。因第一位之質權抵當權。爲已消滅。而其質權者抵當權者。卽當代之而占第一位。然則一朝隨辨濟者之意。而取消其供託。令既消滅之質權抵當權。得以再生。則右所揭之一切利害關係人。實不能不受意外之損失。雖然。右之質權抵當

權。不問其爲取消供託與否。但既永久認爲消滅。則債權者必受最甚之損害。故於此時。特做瑞士之債務法。以供託爲不能取消者焉。蓋有此規定。故本條第一項之規定。乃可爲無甚弊害也。

第四百九十七條 辨濟之目的物不適於供託。或其物易有滅失或毀損之虞者。辨濟者

得受裁判所之許可。而競賣之。以其代價爲供託。其物之保存要過分之費用者。亦同。認非

事件手續法
八一、八三

本條乃許辨濟之目的物爲難於供託之物。得賣却其物而供託其代價者也。是不無稍嫌其失之干涉。然於此情事。債務者自己並無過失。而無免其債務之方法。不無因此而被其損害之虞。而其大多數。債權者得受辨濟目的物之價額。殆與受辨濟之利益相等。故特設本條之規定焉。

本條規定之出於不得已。如右所言。故必須辨濟之目的物。爲難於供託之物。卽第一。『辨濟之目的物爲不適於供託。』例如材木裝修等。容積甚大之物。且其數量甚多之時。極難得適當之供託所及保管者。故以此爲不適於供託之物也。第二。『其物易有滅失或毀損之虞。』例如動物。或有逸失之虞。或極難飼養。動有倒斃之患。又如植物。有易於枯死之物。

有如魚菜等慮其腐敗之物。此等皆難於供託之物。第三。『其物之保存要過分之費用者。』例如雖易於飼養之家畜動物。然就其飼養。比其價格。要莫大之費用。或以糠灰等。容積甚大。而其價格極賤之物。若保存之。有需等於其物之價之費用者。是等之物。亦得賣却之而供託其代價也。

右之賣却。不得濫由辨濟者爲之。必也。第一。得裁判所之許可。第二。要由競賣之手續。而其詳細。則於非訟事件手續法八一、八三、及競賣法。規定之。

第四百九十八條 債務者應對於債權者之給付。爲辨濟時。債權者非爲其給付。不得受取供託物。

本條乃定債權者之受供託。可有必要之條件者也。蓋本款所規定之供託。乃爲債權者而爲之。^{四九}其原則。債權者無論何時。得受取其供託物。惟於債權者應爲反對給付^(Verzicht, Leistung)時。則非先爲其給付。不得受取供託物。例如賣主於供託其賣却之物時。若買主未付其代價。則非支付其代價。多不得受取其供託物。又例如定製者於供託其工事之報酬時。承攬人非引渡其工作物。多不能受其報酬。更於此類之手續。定之於供託法焉。

十 代位

第四百九十九條 有對債務者而爲辨濟者。與其辨濟同時。得債權者之承諾。得爲代位。

第四百六十七條之規定。準用之於前條之情事。財四七九二
項四八〇

本條以下至五百四條。規定其所謂代位 (subrogation) 焉。夫代位之性質。雖諸說不一。然在新民法。於第五百一條。明其性質。蓋辨濟者。在根據自己權利得爲求償之範圍以內。得代債權者而行其權利焉。詳言之。則債權既因辨濟而消滅。然欲確保辨濟者之權利。縱債權者之權利。未爲消滅。已令辨濟者爲行此權利者也。代位有二種。一曰任意之代位 (subrogation conventionnelle) 一曰法定之代位 (subrogation legale) 是也。本條乃規定任意之代位焉。在舊民法及多數之外國法律。任意之代位。雖有因債權者之意思而代位。與因債務者之意思而代位。爲二種區別。然在新民法。止認因債權者之意思而代位。不認因債務者之意思而代位。蓋因債務者之意思而代位。不但以非權利者處分權利。爲不合條理。并其實際之弊害。亦正不尠。故不認之。惟因債權者之意思而代位。債權者以辨濟者之辨濟爲條件。乃對其人而處分自己之權利。故卽論條理。固已極爲穩固。且於實際。亦覺既附以相當之條件。毫無弊害之可言。故於本條。特認此種之代位焉。蓋債權者既得辨濟。其權利爲不必存。而辨濟者則尙對他人而爲辨濟。僅依不當利得之原則。不過對於債務者

得行其求償權。此求償權因無擔保。動有可被損失之虞。即不盡依不當利得之原則。然債權者所有之擔保多已無有。今

債權者所有之權利。爲債權者計。既已不用。則即令他人行使之。亦於債權者無損。若辨濟者而得行此權利。則其人之便利。乃不待言。而爲債務者計。縱使其人不爲辨濟。其債務當依然存在。故債權者自行其權利。與辨濟者代行其權利。均無痛癢之感覺。故爲此代位。任何人皆無所害。而獨有利於辨濟者。而因有此代位。乃有獎勵其辨濟之結果。故債權者亦得容易受此辨濟。間接於一般之信用上。能與以重大之利益。故債權者而承諾之。則辨濟者得行債權者之權利焉。惟此非讓渡其債權。但以使辨濟者不被其損失。故依法律之假定。爲辨濟者之利益計。則以其債權爲未消滅者。不過令其易於求償焉耳。由此所生之結果。請於說明第五百一條時論之。

如以上所述。若代位而無弊害。其便利所不待言。然若不附以相當之條件。則其弊害亦當不尠。例如第三者初信債務者爲有資力。自代爲辨濟之後。其債務者遂爲無資力焉。因是而有債務者通同債權者。於辨濟時。飾爲因債權者之意。而爲其代位。以害他債權者之利益者。故於本條。其辨濟必與辨濟同時爲之。蓋即按理論。既消滅之權利。更令再生。其事爲法理上所不可。故非與辨濟同時。即在債權將消滅之瞬息間。依債權者之意。移轉其

權利於辨濟者。則終不能有代位之事。又此代位之爲物。能令第三者因此而生重大之結果。故僅能於辨濟者與債權者之間。逕自行之。至爲債務者或其他第三者計。若不取公示之方法。則債務者不知其有代位。將爲辨濟及其他行爲。至其他第三者。更不知有代位。而與債權者爲取引。多有因以受甚大之損害者。是殆與讓渡債權時無異。故於本條第二項。準用關於讓渡債權之第四百六十七條。當得債務者之承諾。或爲之通知焉。

第五百條

凡爲辨濟而有正當之利益者。當然因辨濟而代位於債權者。

財四八二。繼三
六一項六四。一

五項二

本條乃規定法定之代位。蓋代位之爲物。如前條所述。殆止有利而無害。故爲辨濟而有正當之利益者。於爲辨濟時。當然爲代位於債權者。實爲至當。此代位之爲至當。不費多辨而自明。卽在羅馬法。亦不過不純然認此法定代位。而此不認之法意。亦既不盡可拘。辨濟者對於債權者。往往得求爲代位。雖然。苟旣以代位爲正當。卽無取自向債權者請求之迂路。直依法律之力。使爲代位。實較便利。故於法國法系之各國。乃皆認法定代位焉。惟舊民法及其他外國之法律。則於此爲辨濟而有正當利益者。列舉之以限制其範圍。然在本條。則泛言爲辨濟而有正當利益者。不復示其適用。蓋若列舉其適用。動輒有掛漏之患。其規定

往往不能無膠柱之憾故也。但其重大之適用。則已於次條列舉之。

爲辨濟而有正當之利益者。若由辨濟以外之行爲。而使債務者免其義務。則卽亦許其代位。似無不可。在舊民法。凡連帶保證等。皆規定之。然在新民法。則僅規定之於辨濟蓋辨濟乃履行債務。欲令其債務消滅。此最爲正當之行爲。反之。而如和解更改等情。能令債務者免其債務。雖亦一道。然此非消滅債務之正道。故法律不必如辨濟之保護歟。但就立法而論。則凡辨濟以外之行爲。或亦非無許其代位之理也。

第五百一條 依前二條之規定。代位於債權者。其人於根據自己權利得爲求償之範圍以內。凡債權之效力及擔保。得行其債權者所有之一切權利。但要從左之規定。

一 保證人、非豫於先取特權、不動產質權或抵當權之登記。附記其代位。則對於其先取特權。及不動產之質權或抵當權。其目的所在之不動產之第三取得者。不爲代位於債權者。

二 第三取得者。則對於保證人。不代位於債權者。

三 第三取得者之一人。非應各不動產之價格。則對於其他第三取得者。不代位於債權者。

四 前號之規定。於以自己財產供他人債務之擔保者之間。準用之。

五 保證人於以自己財產供他人債務之擔保者之間。非應其人數。不代位於債權者。但以自己財產供他人債務之擔保者。若有數人。則除保證人所負擔之部分。其餘額非應各財產之價格。則不得對之為代位。

於右之情事。其財產若為不動產。則準用第一號之規定。八財四七九一項四八三四

本條所以定代位之效力者也。其效力無他。即代位者。於根據自己權利能為求償之範圍以內。得行債權者之權利。即如債權者若有保證人。則得對之而為請求。其有留置權。先取特權。質權。抵當權。解除權等者。皆得行是等之權利。其餘則債權者若有公正證書時。得因其證書而即為強制執行等是也。

就代位之性質。從來在學者間大有議論。或曰。此即債權之讓渡。或曰。不問前債權為已消滅。但以其擔保。特移於辨濟者之求償權。然雖有以上二說。而均為本條所不取。依本條。債權本因辨濟而消滅。誠無異詞。然法律特欲確保辨濟者之求償權。乃以其債權。恰視為未消滅者。所以令辨濟者得行使之也。故不但辨濟者無求償權。決不能得代位。即令自有其求償權。其因代位而得為請求之範圍。僅限於根據自己權利而得為求償也。例如保證人

因有過失。依第四百六十三條第一項之規定。不有求償權。此即從該條之規定而不能爲代位。又如保證人在辨濟債權之全額時。若依第四百六十二條之規定。止就其一部有求償權。則即因代位。亦止就其部分。得對於主債務者而爲請求。此類是也。惟代位本爲代行債權者之權利。故即使代位者根據自己權利。所得爲求償之範圍。較大於債權者所得爲請求之範圍。然因其代位。仍止於債權者之權利範圍以內。得爲請求者焉。例如保證人於既爲辨濟時。雖依第四百五十九條第二項之規定。即請求賠償損害。亦得爲之。然債權者則恆無如此之權利。即保證亦因代位而不得爲損害賠償之請求。是也。

由是觀之。代位者或以行其自己固有之權利爲有利。或以因代位而行權利爲有利。此不惟右之所述而已。第一代位者固有之求償權。有有特別擔保者。第二。雖債權者之權利。因時效而消滅之後。然代位者固有之權利。有未罹時效者。蓋債權者之權利。雖由其辨濟到期之時。始起算其時效。然代位者固有之權利。則非但當由辨濟時起算時效。且彼債權者之權利。應罹特別時效者。其期間有六個月商四三一年一七四二四三二四五商三二八一七五七五三六一八二年三商七二一七三年二四商四四三七五年六六商二八五四九等種種。然代位者固固有之權利。平常止以十年之普通時效爲應消滅者。故代位者從其利益。或行固有之權

利。或行債權者之權利。爲有選擇之權。若固有權利之範圍。較大於債權者權利之範圍。此則可就其一部。行其代位權。就其餘部。則行其固有之權利也。

以上爲關於代位之效力之原則。請由是更就特別之處。述法律之所規定。

第一 保證人。乃前條所謂爲辨濟而有正當之利益者。故當然爲應代位於債權者之人。然其代位之範圍。從一般之原則。止於其固有求償權之範圍。其因一部之辨濟而得全部之免除時。則止就現所辨濟之數額。得行代位權。又其債權。於有先取特權及不動產之質權或抵當權時。則非於此等權利之登記。附記其代位。其對於是等權利目的所在之不動產之第三取得者。即對於買主或受贈者或其他凡於不動產之上取得權利者。不得行其代位權。蓋保證人與擔保不動產之第三取得者之間。應互有代位與否之問題。爲自羅馬法以來。學者間。輿然大有議論之問題。學說及立法例。雖均不一定。然在本條。則如舊民法。舊民法之第一草案以保證人對於擔保不動產之第三取得者。爲當爲代位焉。而右之第三取得者。則對於保證人而不爲代位。乃如下之所論。是無他。在今日登記法已備。第三取得者從觀覽登記簿之後。既取得其權利。雖無復被損失之虞。然保證人則一旦遭債務者之無資力時。常有被其損失之慮。故於保證人與第三取得者利

害相反之時。甯以保護保證人而不顧第三取得者爲妥。詳言之。則保證人行債權者之擔保權。縱得免其損失。然若不得行其權利。則於主債務者爲無資力時。常不免被其損失。而第三取得者。其初既閱覽登記簿。豫知其不動產爲擔保權之目的。故無償而取得之者。可豫知其未必能無論何時。爲債權者奪去其不動產。有償而取得之者。既不卽付其代價。殆無被其損失之虞。且得由滌除而消滅其擔保權焉。三三七至三八六 又如交換者雖無支付代價之義務。然於有滌除權之外。又有解除權。五五九 故多得免其損失。又卽使有被其損失之事。亦得由登記豫知之。故不必特加保護。酷論之。則其被損失也。不得不謂爲自取之禍。此於本條。所以令保證人對於第三取得者爲代位也。

故以原則言之。雖以保證人對第三取得者爲代位爲至當。然一旦既以正當而保護保證人。則於不害其正當利益之範圍以內。亦保護第三取得者。蓋立法者所應勉也。抑第三取得者。比於如右所論之保證人。雖其應受保護之理由較少。然而先取特權、質權、抵當權等。多僅行於債務者無資力時。十有七八。可豫想其不動產。多有因此而被奪者。持此豫想而讓受其不動產之第三者。若不幸而因行使右之權利。其不動產有被奪時。則不但當盡力所能爲。以保護之。乃爲公允。且苟不保護。將使爲擔保權目的之不動產。取

引艱難。大有妨其融通之慮。是爲法律所以設滌除之理由。又本條之所以保護對於保證人之第三取得者也。蓋第三取得者。因登記而知先取特權質權抵當權等之存在。亦當計及因滌除等之方法。能消滅此等權利。雖爲當然之事。然一旦其債權者。既爲辨濟等情而消滅是等之權利。又因其他爲一部辨濟之保證人之代位。應有更行是等權利者。此無論其非所豫料。且既聞是等權利。因辨濟而消滅。則第三取得者。自不意是等權利。復遭行使。有安然以不動產之代價。付於賣主等情者。惟然。而以其辨濟爲保證人所爲。更遭其行使此等擔保權。第三取得者。於是當被意外之損失。故本條第一號。令保證人豫在右之擔保權之登記。附記其代位。庶令第三取得者。知債權縱因辨濟而消滅。保證人仍有能據代位權。以行使是等權利者。若怠於爲此附記。則對於第三取得者。不得爲代位焉。而此附記。卽爲保證人計之。亦頗可謂之有益。何則。第三取得者於爲滌除時。止於爲登記之債權者。應爲其滌除之提供。^{三八}故無保證人之附記。則僅對於債務者。應爲滌除之提供。既經爲此登記。卽保證人亦爲已爲登記之條件附債權者。故第三取得者對之亦應爲滌除之提供。而債權者自思當受辨濟於保證人。第三取得者縱爲不當之提供。猶非無承諾之之弊。然於此時。由保證人爲增價競賣之請求。固得以相當之

價額。賣却其不動產也。

在保證人之間。常於其間當然分各別之債務。故以其一人而爲全部之辨濟。並無正當之利益。因而常無代位。惟保證之間有連帶者。及第四百六十五條所言者。則其爲全部之辨濟。爲有正當利益。因而當有代位。乃其固然。而其求償之範圍。同於固有訴權之範圍。與其他情事無異。四四二至四四四

第二 第三取得者。既如所述。對於保證人不爲代位。其理由既已論之。故茲不復贅。

第三 第三取得者有數人時。卽擔保不動產有數個時。其各不動產。若不歸於同一之取得者。或一個不動產。若於爲擔保權之目的時。分割之而讓渡於數人之取得者。則其各人。在平等之位置。故於其一人爲辨濟時。各取得者。當應其不動產價格之分率。而分擔其債務焉。蓋無本條第三項之規定。則各取得者。就債務之全額。對於債務者爲有求償權。故擔保其債務之先取特權。質權。抵當權等。亦得就其全部行之。由是而對於他第三取得者。似可爲全部之代位。抑知第三取得者。皆在同一之位置。既如所論。則因甲先爲辨濟。甲卽得不被損失。而盡以其損失。嫁於其他乙丙人等。頗爲不當。況有多處。甲每以債權者隨意訴追而偶先及之。乃不得已而爲此辨濟乎。故卽此一端。自羅馬法以來。卽

頗有議論。然在本條。則如舊民法。第三取得者。皆當被平等之損失。以此範圍。限各自之代位權焉。

第四 物上保證人 (Caution réelle) 卽以自己之財產。擔保他人之債務者。其性質頗有

類於保證人。既於第三百五十一條。及第三百七十二條。對於債務者。爲與保證人有同

一之求償權焉。此所以有物上保證人之名然以自己之全財產。負其義務。而使之如保證人。應其人

數而分擔債務。斷無此理。故於此點。有甯類於第三取得者之位置者。蓋無本條第四項

之規定。則從一般之原則。各物上保證人。對於債務者。當就其所辨濟之全額。有求償權。

而於此求償權之範圍內。可爲代位。故卽對於他物上保證人。亦當就其全額。得行其權

利。雖然。此如前段所述之第三取得者。可生頗不公平之結果。故於本條第四號。乃以關

於第三取得者之規定。爲應準用於此情事焉。卽各物上保證人。以其供擔保之財產。爲

應視其價格之分率。而分擔損失者。卽止就此分率。得互爲代位而已也。

第五 保證人有數人時。則限於無別種契約。可應各自之人數。分擔債務。四五由是。而保

證人之一人若辨濟其全額。或辨濟其超過自己負擔部分之額。則當以各自平等之分

率。互有求償權。既如所論。五六故於代位時。亦當以右之分率爲求償。有固然也。然於保

證人與物上保證人並存時。果得以何種分率爲代位乎。是頗爲困難之問題。蓋一方爲以全財產負義務之全身義務者。他一方又爲以特定財產供擔保之第三者。而不自負義務者。故於其間定公平之分擔法。事本至難。雖然。關於此事。若無別種明文。則從一般原則。爲辨濟者對於他人。得就全部行其代位權。是固難言公平。既如前二段之所論。於是本條第五號。於保證人與物上保證人之間。爲當應其人數而互爲代位。而於物上保證人間。更從前號之規定。當應財產價格之分率而互爲代位焉。以例示之。茲有千五百圓之債權額。其間有甲乙兩名保證人。又有以價值千圓之不動產爲抵當之丙。及以價值五百圓之鐘表爲質物之丁。此則不問其孰爲辨濟。若已有一人辨濟其全額。則因代位而應畢竟各自分擔之額。第一。先於甲乙丙丁之間。假定爲各自平等。分擔三百七十五圓。而甲乙卽實行負擔此額。第二。於丙丁之間。三分其兩人應負擔之總額七百五十圓。丙負擔其二。卽五百圓。丁負擔其一。卽二百五十圓也。

於右之情事。物上保證人所供之財產。若爲不動產。則非保證人於其擔保之登記。附記其代位。不得對於其人而爲代位焉。是與第一號所已論。有同一之理由也。

在連帶債務者間。則從第四百四十二條至第四百四十四條之規定。得互爲求償。因而於

其求償權之範圍以內。可爲代位。此依本條文而自明。故不別設明文焉。

第五百二條 就債權之一部。若有代位辨濟。則代位者應其所辨濟之價額。與債權者共行其權利。

於前項之情事。因不履行債務而解除契約。止債權者得請求之。但於代位者要償還其所辨濟之價額。及其利息。財四八五
四八六

本條就一部之代位辨濟爲規定焉。蓋辨濟者若不過辨濟債權之一部。則依西國古來之格言。所謂勿視債權者爲能使反於自己而爲代位者 (*Nemo contra se subrogasse censetur*) 云云。代位者固多循此例。非於債權者已行其權利之後。恆不得行其代位權矣。然苟已認代位爲正當。則卽於一部辨濟之時。亦有一部之代位。庶爲妥當。蓋債權者於普通情事。一部辨濟。尙非眞履行。故得拒而不納。又卽不拒之。亦可用特約。約定止能於債權者行其權利之後。乃行其代位權也。惟其法律上當然有代位者。保證人或其餘他人。若有數名負義務之債務者時。債務者當然剖分於其間。因而不能不受一部之辨濟。斯時則債權者失其一部之擔保。非不嫌稍失之酷。然而於此情事。債權者初約定連帶時。卽可約定其他一人。應爲全額之辨濟。且卽無此約定。果欲不因代位而失一部之擔保。則可先行其他擔

保權。然後對於保證人等。再爲請求。此於本條。所以於一部辨濟。斷然許爲有一部代位者也。例如千圓之債權。以有五百圓價格之不動產爲抵當。此而代位者若辨濟其債權之半額五百圓。則抵當不動產之價額。債權者不能受其全部。不得不與代位者各分其半額二百五十圓。是也。

以上爲債權者之權利。宜於分割而行之者。則可如此。然若不宜於分割行之者。則果如何。本條第二項則答之曰。遇此情事。止債權者得行其權利。而代位者則當償還其所辨濟之金額。及其利息。此其適用。實際止在於因不履行債務之契約解除權。故於本條第二項。止就此解除權爲規定焉。例如甲以一萬圓之價。將其所有之不動產。賣却於乙。乙以擔保其付價。而以丙爲保證人。後日乃因乙不付價。甲對於丙。請求支付。丙不能支付其全額。僅支付其半額五千圓。甲雖尙有受五千圓支付之權利。然與其請求支付。不如解除賣買契約而收回其不動產之爲有利。如欲行此解除權。則應得就契約之全部而解除之。惟甲應償還先所受於丙之五千圓。並加以年五分之法定利息耳。見法定利息四〇四

第五百三條 因代位辨濟而受全部辨濟之債權者。要以關於債權之證書。及其尙在占有之擔保物。交付於代位者。

於一部債權有代位辨濟時。債權者要以其代位。記入債權證書。且要令代位者。監督其尙在占有之擔保物之保存。財四八七

本條定代位辨濟時。債權者對於債務者所負擔之義務也。蓋在已受全部辨濟之債權者。其關於債權之證書。及其尙在占有之擔保物。既爲無用。而在代位者。則爲行其代位權時最要之物。故於本條第一項。令債權者以右之證書及擔保物。交付於代位者焉。

右於代位者爲全部辨濟時則可。若代位者僅爲一部之辨濟。則債權者尙行其債權之餘部。依然必需其證書及擔保物。故不能以之交付於代位者。雖然。代位者亦不得利用之。故於本條第二項。債權者當以其代位之旨。記入債權證書。即證明其債權存在之主要證書。且當令代位者。於保存其債權者所占有之擔保物。爲之監督。例如債權者於保存其擔保物。若缺於注意。則代位者得以特定可信用之保管者。使之保管。爲請求焉。

第五百四條 依第五百條之規定。而有應爲代位者時。債權者若因故意或懈怠。而喪失或減少其擔保。則應爲代位者。於其因喪失或減少而至不能得受償還之限度。可免其責。財五一二。擔三六。三項。四五。七。二。九。一。二項。

本條爲保護第五百條所規定之法定代位者。所設之規定也。蓋在舊民法及外國之法律。

雖未設等於本條之概括的規定。止就保證人或連帶債務者。存此同樣之規定焉。然一旦經法律定爲當然有代位權者之辨濟者。則其爲辨濟。皆爲有正當之利益者。則其間保護苟分厚薄。頗難了解。且如本條之規定。又爲極公平之規定。縱擴充其適用。亦不患生不當之結果。此所以本條不仍他例。而特設概括的規定也。請由是說明其規定。

第五百條所揭者。爲法律上當然有代位權者。故在債權者。苟在不害於自己正當利益之限。不可不全其代位者之權利。惟然而債權者若因故意或懈怠。而喪失或減少其擔保。則代位者方爲辨濟。因其債權者之故意或懈怠。於代位之利益。可失其全部或一部。故於此時。其應爲代位者。凡因擔保之喪失或減少。竟不能得受償還。可於不能得受之限度。爲應免其責者。蓋卽債權者拋棄其擔保。亦止有損而無利。又其應注意於保存。爲自己利益計。亦所當然。然則因故意拋棄其擔保。或不注意其擔保之保存。而至喪失其全部或一部。則其不得因此而害法律上有代位權者。實不可不謂爲至當。又況債權者往往以可受辨濟於保證人或其他法定代位者。本爲確實。故不覺他擔保之必要。於是或以故意拋棄其擔保。或於其擔保之保存。自有不注意之弊乎。要之本條規定。凡能爲普通注意之債權者。卽無所害。而可以保護代位權者。故不得不謂爲至當之規定也。

本條本以公平爲宗旨。故債權者即使有故意懈怠等之責。而初不許代位權者爲不當之利得。蓋因債權者故意或懈怠之結果。止於代位權者能被損害之限度。爲應免其責者焉。例如金千圓之債權者。僅有價值五百圓之抵當。而拋棄之。在代位者縱無此拋棄。亦終不免餘額五百圓之損失。故債權者之拋棄。僅以五百圓爲害於代位者。故代位者止免五百圓之義務。餘額五百圓。乃不得不應債權者之請求而支付之。又例如抵當不動產。有各值五百圓之兩所房屋。若因債權者之不注意。而燒失其所。則代位者亦同免五百圓之責。其餘額五百圓。可因代位而得其餘存房屋之抵當。故此五百圓。對於債權者爲不得免其責。此類是也。

第二款 相殺

相殺^① (Compensatio, Compensation, Aufrechnung) 云者。於二人互爲債權者或債務者之時。各以其債權。充其債務之辨濟。因而使其雙方之債權債務。消滅於同時之謂也。蓋當事者以任意之契約爲相殺。本爲隨意。止要無害於第三者之權利。例如既以其債權爲質入者。譯者按質入猶言押款。因質而有所入也。縱以之與其債務爲相殺之契約。然其契約。固不得以對抗於質權者。此一條件。得於契約上之相殺。自由爲之。故法文無所特用其規定。惟其法律上當然爲

有相殺者。或止因當事者一方之意思。而得爲相殺者。應特需法律之規定而已。本款卽就此情事而設爲規定焉。在舊民法。雖以爲法律上當然有相殺者。然新民法。則需當事者一方之表示意思。至其詳細。尙請於第五百六條說之。

以上不問其取何種主義。要皆於當事者契約以外。特認其相殺。果因何等理由而然乎。則曰。以相殺爲實際所便利。且其結果爲公平也。何以言實際所便利乎。由甲爲辨濟於乙。又由乙爲辨濟於甲。此有二重之煩勞。今代之以各止其辨濟。而與爲二重之辨濟者有同等之效力。其爲便利。固不待言。何以言結果之公平乎。若無相殺。則因一方既速了其履行。他一方或有不爲履行者。此不無有損於誠實者。而有益於怠慢者。或狡猾者。此豈不可謂之不公平乎。今認其相殺。則任何人皆不爲履行。而與雙方同時履行。得同一之結果。故得避去右之所謂不公平焉。故其主義雖非一樣。而自羅馬法以來。各國皆無不認相殺者。凡以此也。

第五百五條 於二人互擔負其有同種目的之債務時。若雙方之債務均在辨濟期。則各債務者得因就對當額而相殺。而免其債務。但債務之性質所不許者。不在此限。

前項之規定。於當事者表示其反對之意思時。不適用之。但其意思表示。不得以之對抗

於善意之第三者。財五〇一九

本條蓋定相殺之條件者也。蓋即相殺之條件。各國亦不一。舊法典亦與新法典不同。然據余之所信。本條所定之條件。似可爲最得其當。請列舉其條件如左。

第一 要雙方目的之種類爲同一者。例如彼此均以金錢爲其目的。或均以同質之米穀爲其目的。此類是也。而如一方以金錢爲目的。一方以米穀爲目的。或一方以土地爲目的。一方以勞役爲目的者。則終不能行相殺。蓋於此而欲強行其相殺。則必致所得之結果。同於應得金錢者令得米穀。應得米穀者轉得金錢。或應得土地者令得勞役。應得勞役者轉得土地矣。雙方履行其相殺。其目的在兩有利益。反其趣意。徒以法律干涉當事者之法律關係。致當事者動輒被意外之損失。則頗爲不當矣。

依舊法典及其他外國多數之例。應相殺之債權。其目的要必爲代替物。是雖仍不外乎本條所謂同種之目的。抑代替物 (res fungibiles, choses fungibles, vertretbare Sachen) 之爲文字。其意義稍有所不明。往往易招誤解。故於新民法。一切避不用此文字焉。而於多數條文。雖用不特定物字樣。然在本條。則以僅言不特定物爲未足。必要同種之物。故特云同種之目的。或曰。甲之以土地爲目的之債權。與乙之以土地爲目的之債權。非共

有同種之目的者耶。然則其間亦得行相殺耶。曰不然。在普通之場所。土地與土地。雖爲同種之物。然在本條。則不可不以探究當事者之意思爲主。故就當事者目中視之。甲土地與乙土地。不爲同種之物。恰如土地之與米穀。故本條所謂同種目的之文字。其意義要爲當事者意思之中。任所得者爲甲爲乙。全然認爲同一者。故指其爲債權之目的。則卽以米穀。在當事者之意思。若不過以其米穀之額。爲表明其價額之標準。則與以金錢爲目的之債權。得爲相殺。又卽使雙方共以金錢爲目的。然於一方必欲得金貨。他一方必欲得銀貨時。其間卽不得爲相殺。但此等固爲例外之情事。故非當事者之意思。最爲分明者。則不得爲如此之決定。在外國。則右之第一例。頗爲頻繁。故如舊法典。乃以法律之明文。一般許其相殺焉。二財二五

第二 要雙方之債權。共在辨濟期。不然。則將致以一方之意思。奪其相手方期限利益之結果。其爲不當。不待言矣。但在新民法。凡相殺。因當事者有一方對抗之。可生效力。故爲此對抗之當事者。卽得以不甘拋棄自己期限之利益。對抗其相殺。又所本不待言也。參看

六一三

第三 要雙方之債權性質。均許其相殺。例如甲乙二農民。互以助其田地之力作爲目的。

各相約每年應供若干日之勞力時。此設言不明定其勞力時期者不然若行相殺。則全不能達契約之目的。又例如至兌換之錢鋪。欲以甲種之貨幣與乙種之貨幣爲兌換。縱此錢鋪對於其人。有他債權。亦不得於其間爲相殺。是蓋以其債權之性質。爲不許相殺故也。

第四 要當事者不表示反對之意思。蓋相殺特爲計當事者之利益。所設之制度。故若有特別之理由。當事者不欲如是。是無可強之之理。例如甲以金錢寄託於乙。無論其何時取用。均得求其全部或一部之返還。由是而特約此債權。不可爲相殺之目的者。又或以一定之期日。有一定金額之用度。故甲有應受於乙之債權時。有因此而特約其不爲相殺之目的者。是等特約。皆不但不害公益。且有特別之理由。而爲當事者便利之特約。故其爲有效。固不待論。惟須不因此特約而害第三者。然則第三者若不知此特約。則信其以此債權。得爲相殺之目的。而或讓受其債權。或爲之保證。此等善意之第三者。就其債權。有利害之關係。於此時。則爲不得以其特約。對抗於善意之第三者焉。

第五 要法律不特禁其相殺。是雖本不待言。然於後之第五百九條及第五百十條。見其有重要適用。故豫爲揭出其條件焉。尙有關於商法所特別規定之交互計算。是亦相殺

之限制。或即視為一部之禁止可耳。商二九六一至二九六

在舊民法及其他外國之法律。猶不尠其他必要條件之例。且要雙方之債權爲明確。(Circ.

三)者焉。此明確字樣。意義頗爲不明。學者往往不一其說。然若以條件附債務。或選擇債務等。據余前說選擇債務亦即條件附爲不明確。是或以未至辨濟期。或難言有同種之目的。

皆與他條件自己不合。又若以債權之成立與否爲尙有爭論。及損害賠償之債權等。爲不明確。是則頗爲無理。縱使在當事者間。不能即時確知其債權之成立或數額。然既一旦確定之於法廷。即毫不妨其爲相殺。否則僅因當事者之一方。有爭論於相手方之權利。即至不得行其相殺可也。若或不然。則以債權之成立或數額。其所據爲何種標準。有所爭論。由是得區別其爲明確不明確耶。又豈知本法所取之主義。既要當事者一方之意思表示。則其當事者。自己可主張其有債權。且即其債權之數額。亦可有一定之主張額。又其相手方之債權。亦復如是。故若相手方爭之。則勢不得不煩及法廷。若法廷判決其債權爲雙方成立。則就其判決所認之數額。不得不視爲有相殺者。此在本法。所以不以債權之明確。爲相殺之一條件也。

雙方之債權。不能必爲同額。故若其額不同。則就其寡額。得行相殺。

第五百六條 相殺依當事者一方對於其相手方之表示意思爲之。但其表示意思不得附以條件或期限。

前項之表示意思。雙方之債務。均溯其適於互爲相殺之始。而生其效力。○財五一九五三二

本條規定行其相殺之方法。關於此者。從來有三主義。第一。如舊民法及法國民法等。有以相殺爲法律上當然行之者。第二。如羅馬法。有以對抗之於法廷而始行之者。第三。如德國民法。有依當事者一方之表示意思而行之者。第一主義。雖爲最便利且最公平。然往往不保無反於當事者之意思。第二主義。雖最爲正確無謬。然其必不得不訴於裁判所。則頗爲不便。且狡獪者。苛酷者。速受相殺之利益。循良者。寬大者。動輒不受其利益。頗有不公平之弊。第三主義。專因當事者之意思。故雖似極爲便利。然同有利於狡獪者。苛酷者。不利於循良者。寬大者之弊。要之以上三主義。雖各有一利一害。然余就立法論之。則以第一主義爲最合。雖然。新民法竟採用第三主義焉。是雖愈於第二主義者。萬萬。然余則不能全然表同意於是。但以有本條第二項及第五百八條之規定。則實際殆與第一主義。歸於同一之結果。在我邦今日之程度。或非無應以本條主義爲可之理由也。

相殺之意思表示。要必由當事者一方對於其相手方爲之。蓋此意思表示。爲變更當事者間之法律關係者。故當然應由一方對於他一方爲之。殆所不待言矣。而於相手方有數名時。則應對於其各自爲之。是爲原則。

右之意思表示。要必爲單純者。不得以條件或期限附之。蓋相殺爲速令債務消滅之便法。若許其附以條件或期限。則當事者間之關係。未可由之確定。與立法者所以設相殺之本意。爲有背馳故也。

右之意思表示。爲必要之方式。故由純理言之。則相殺之效力。不得不由表示意思之時爲始生者。雖然。如此則狡猾者計算自己之利益。可或以相殺爲對抗。或故意遲延之。而循良者之利益。將動輒爲狡猾者之所左右。例如在甲對於乙之債權。爲有利息。乙對於甲之債權。則無利息之時。在甲務以遲其相殺之對抗爲有利。故甲爲狡猾者。乙爲循良者。則儘未受乙之請求以前。可不以相殺爲對抗。以謀可貪之利息。乙爲狡猾者。甲爲循良者。則乙俟其債權至辨濟之期。可卽以相殺爲對抗。以謀免其利息之負擔。故於本條第二項。相殺之意思表示。可追溯雙方債務。具備相殺之必要條件之初。生其效力。例如甲對於乙之債權。以明治三十年一月三十一日爲其期限。乙對於甲之債權。以是年二月二十八日爲其期

限。則以是年三月一日。爲雙方債權可爲相殺之日。假令當事者之一方。表示其相殺之意。思爲是年三月三十一日。亦仍以是年三月一日。視爲已有相殺者也。

第五百七條 凡相殺。雙方債務。雖履行之地不同。亦得爲之。但爲相殺之當事者。對於其

相手方。要賠償其因此而生之損害。財五

本條所以定雙方之債務。雖異其履行之地而不妨相殺者也。蓋債務若異其履行之地。則其利益自有不同。故以嚴格言之。或難全視爲有同種之目的者。然以平常言之。則僅以其履行地之有異。當事者所可受之便利。比於因相殺而得受之利益。非可同年而語。故各國之法律。大抵皆於此情事。亦許其相殺。但因其履行地之有異。當事者之利益。明有若干之損害。故於此時。以相殺爲對抗之當事者。對於其相手方。當賠償其因此所生之損害焉。例如甲對於乙。應在東京爲履行。乙對於甲。則應在大阪爲履行。若甲以相殺爲對抗。則乙於東京受取。恰與受取於大阪。可得同一之結果。故乙於其債權之目的。不得不更以由大阪輸送東京之費用償之。且目的而爲金錢。更有因匯兌行情之不同。而致受損害者。於此時。固應賠償其差額矣。又有特別之情事。有應并賠償其他損害者。例如援前例。乙應以東京所受取之金錢。即在東京辨濟於他人。因甲以相殺爲對抗。乙不得不特由大阪。以其金錢

送致於東京。由是而數日之遲延。不無由他債權者。徵收其違約金或遲延利息之事。似此則甲亦不得不賠償其違約金或遲延利息也。

第五百八條 因時效而已消滅之債權。於其消滅以前。適於相殺。則其債權者。得爲相殺。本條所以定因時效而消滅之債權。得以之爲相殺目的與否者也。蓋由理論言之。以既消滅之債權。卽欲與他債權爲相殺。似乎終不可得。然在本條。則計及實際之便利。與其公平。特以之爲得爲相殺目的者焉。例如甲對於乙。有金千圓之債權。乙對於甲。亦有同額之債權。甲之債權。於明治三十年一月三十日。至其期限。乙之債權。於是年十二月三十一日。至其期限。此從明治三十一年一月一日。雙方債權。雖已互適於相殺。然雙方皆不爲履行。又不爲相殺。直至明治四十年二月。其時甲對於乙。方求其履行債權。則以乙債權未罹時效。甲固當有履行之責。而甲債權已於期限到來之後。經過十年。爲因時效而消滅。一項六七故無本條之規定。則甲不得以相殺對抗於乙矣。又例如甲乙之債權。雖同時均至辨濟期。然甲債權爲應以一年之時效而消滅者。四一七乙債權爲應以十年之時效而消滅者。斯時甲債權於已罹時效之後。乙尙得爲請求於其債權。此種情事。頗爲不少。設於此而亦無本條之規定。則甲竟不得以相殺對抗於乙。然則相殺殆如陷穽。狡猾者往往俟自己債務。罹於

時效。然後爲其債權之請求。從而使相手方有不得以相殺爲對抗者。豈不可謂爲最不公平乎。此所以有本條之規定也。蓋依本條之規定。在以相殺爲對抗之時。一方之債權。縱已消滅。然及其未消滅時。果曾有一日。具備相殺之條件。猶爲得以相殺爲對抗者也。

第五百九條 債務若因不法行爲而生。則其債務者。不得以相殺對抗於債權者。六。財五二號
 本條及次條。乃規定相殺之條件。雖已具備。然因特別之理由。而不許相殺者也。而本條則爲關於不法行爲所生之債務焉。蓋債務若因不法行爲而生。則令債務者速履行其債務。被害者不受毫末之損失。此爲不可不計及焉者。若其債務者對於被害者而幸有債權。即欲以之爲相殺。法律亦不許之。蓋相殺之爲用。乃一便法。特因保護當事者而設之。惟然。故因不法行爲而負債務者。毫無應受法律保護之價值矣。

右之所言。乃謂因不法行爲之債務者。不得以其債權。與其債務爲相殺。若因不法行爲之債權者。方其債務者以履行他債務爲請求。而甯以自己債權。與之相殺爲便利。則固不礙其爲相殺也。不然。是欲保護此因不法行爲之債權者。而設本條之規定。却轉爲其人之不利益矣。

第五百十條 債權若爲禁差押者。則其債務者。不得以相殺對抗於債權者。六。財五二號

本條爲關於禁差押之債權。蓋禁差押之債權，其履行特爲債權者所必須者。是以禁之使不得爲差押。然則以此而得與他債權爲相殺。則有此種債權者。因此覺有非常之困難。恰與差押其債權。同陷於一般之苦境。此非法律之所欲也。故於本條。其債務者縱欲以他債權與此爲相殺。亦不可得。例如法律上受扶養之權利。或勞役者應受之報酬等。民訴六 一八不得由其債務者。以他債權與此爲相殺也。

本條之債權。亦同於前條之債權。債權者由其債務者以他債權來請求時。卽以此爲相殺。固所不妨。蓋於此時。其債權者當已自認爲因相殺而失自己之債權。却比於履行自己之債務。爲便利也。但受扶養之權利。則依第九百六十三條之規定。爲不得自爲處分者。故不得以之爲相殺也。

第五百十一條 受止付之第三債務者。不得就其後所取得之債權。以相殺對抗於差押債權者。財五 二八

本條所以定止付之債務。得爲相殺之目的與否者也。蓋債權者若從民事訴訟法之規定。已止其債務者之債權。不得支付。民訴五 九 四以下則其債務者。自己之債權。失其能受辨濟之權利。其受辨濟之權利。乃由其債權者代有之。故其對債務者爲債務者之第三者。於曾經

止付之後。對於自己之債權者。即有取得之債權。不得以之與自己債務爲相殺。殆不待言。惟其人於未受止付以前。若已取得對於其債權者得爲相殺之債權。則雖至已有止付之後。亦仍得以之與自己債權爲相殺。蓋止付一事。非能使爲其目的之債權之當事者。變更其向來之法律關係也。

第五百十二條 第四百八十八條至第四百九十一條之規定。於相殺準用之。三財五

本條以關於充當辨濟之規定。爲準用於相殺者也。蓋相殺爲等於二重辨濟之所生效力。故得以之準用關於辨濟之規定。固爲當然。而其得爲相殺之債權。若有多種。則因相殺而可令消滅其何種。有必須知其究竟者。此則與充當辨濟。無從設相異之規定。故悉以充當辨濟之規定。準用於是焉。蓋即可分爲三義。第一。爲相殺之意思表示者。若負數個債務。則於表示此相殺意思之時。得指定其就何種債務爲相殺。四八 第二。若其人不自指定應相殺之債務。則相手方亦得從自己之便宜。充當其某種債務。同上 第三。若雙方共不爲右之指定。則當從第四百八十九條。定其應相殺之債務。但元本之外。若有利息及費用。則先消滅其費用。次及利息。最後乃消滅其元本。四九 若夫以相殺爲對抗者。若有多種之債權。則其債權。苟已具備相殺之條件。則無妨任以何種爲相殺。何則。相殺乃本可止因當事者

一方之意思表示而行之者。故其人雖就甲債權表示相殺之意思。亦容有就乙債權而不欲為之者。此時即不能適用第四百八十八條之文字。夫決之於辨濟之意思表示者。當依辨濟者之意思。照此則決於相殺之意思表示者。亦當依其表示者之意思。此準用之所以為準用也。若其人不指定以何種債權為相殺。則得逕由相手方自為其充當。四八八項若相手方亦不為其充當。則亦當準用第四百八十九條。且第四百九十一條之規定。於此時亦可準用。固所不待言矣。

第三款 更改

更改 (Novatio, novation, Neuerung) 云者。消滅其舊債。以新債代之之謂也。惟至其條件。則各國法律不一。新民法所取之主義。請至說明第五百十三條時論之。本款分為二段。第一更改之條件。第二更改之效力是也。

一 更改之條件

第五百十三條 當事者若已為變更其債務要素之契約。則其債務。因更改而消滅。

以條件附債務為無條件債務。或附條件於無條件債務。又或變更其條件。則皆視為變

更其債務要素者。發行為替手形。譯者按即匯票以代履行。亦同。財四八九

更改之條件。自羅馬法以來。雖各國法律。不能一樣。然在本條。則以變更債務要素之契約。謂之更改。故更改之要素。第一爲契約。第二爲變更債務之要素。是也。契約之爲何物。請於次章論之。惟不必特有方式。故任以何種與契約相同之方法。表示其意思。亦無不可。是所謂諾成契約 (Contract consensuel) 者也。而其契約之結果。要當事者皆與之同意。例如在變更債權者而爲更改時。要有三方意思之合致。(一)舊債權者。(二)新債權者。(三)債務者。是也。

債務之要素。果何謂乎。是雖不免有種種之議論。然通覽新民法之全文。而求其意義。蓋可得一定之解釋焉。卽一爲債權者。二爲債務者。三爲債務之目的。是也。此外皆爲債務之附隨事項。非其要素。由是而可得更改之種類。凡三。(一)因債權者交替之更改。(二)因債務者交替之更改。(三)因變更債務目的之更改。是也。在舊民法。曾加一因變更原因之更改。蓋凡物無無原因而生者。故謂原因亦其要素。雖非不可。然無論其發生之方法如何。但既生之債務。若有一定之債權者債務者及其目的。則其債務。儼然爲成立者。多無庸復問其原因矣。若夫從原因而有變其債務之效力。是固爲附隨之事項。恰如債務之有期限。有擔保。有履行之場所。故於新民法。不以原因之變更。爲債務要素之變更。因而於此情事。不認

爲有更改。更進一步論之。凡一債務。既由一定之原因而生。後日卽欲變其原因。亦不可得。例如以因貸借而生之債務。爲因賣買而生者。是不謂爲一種詐欺而不可。蓋一旦因貸借所生之債務。後日不得變爲因賣買之所生也。而法律則關於貸借。設一定之規定。關於賣買。又別設一定之規定。其中往往有命令的規定。蓋因公益上之理由。而認保護甲契約之規定。與保護乙契約之規定。有不能同一者也。然則今欲止以當事者之意思。而以貸借所生之債務。與賣買所生者生同一之效力。其不能左右此命令的規定。炳焉甚明。若然。則不得因債務原因之變更。而爲更改。亦明矣。若夫因賣買或其他契約。而負以金錢或其他消費物爲目的之債務者。與其債權者結爲契約。更以貸借之名義。約爲應負擔其債務。此雖爲法律所不禁。然此非更改。乃消費貸借之一法。而於五百八十八條規定之焉。在舊法典。以原因之變更。爲更改之一法者。蓋據法律行爲。本以原因爲其要素。雖然。第一。新民法已不以原因爲法律行爲之要素。既如所論。參照總則第九十五條下之說明 第二。不但法律行爲之要素。與債務之要素。大有不同。卽所謂法律行爲之原因。與債務之原因。亦其名同而其實全異。有如甲爲當事者。所以爲法律行爲之理由。其例如在賣買。賣主因欲得代金。約以關於賣買之目的物之權利。移轉於買主。買主因欲取得其權利。約以代金相付。是也。乙爲債務發生

之原因。而大抵卽其法律行爲之本物。故縱使以甲爲法律行爲之要素。而要不得以乙爲債務之要素。此不待多辨而可明也。

法律行爲之要素。與債務要素。不可強同。如右所論。蓋欲法律行爲之成立。固以當事者爲

最要。然其當事者之爲某人。於其成立。概無影響。故不視此爲要素。舊嘗論之。參照總則第九十五條下

之說。反之。而在債務之成立。則必需有一定之債權者與債務者。法律行爲其當事者頗多

告通也。若變更之。則非復同一之債務。故謂債權爲不得讓渡之學說。自古來以至近世。人

無異言。雖然。讓渡一事。新債權者。爲承繼舊債權者之資格者。故法律上可視之爲同一之

人。於其他事。則債權者若有變更。舊債務必爲消滅。而必發生一新債務。此法律行爲之要

素。與債務之要素。所以不得爲同一也。

更改與債權讓渡。(Cession, de créance Uebertragung der Forderung)頗爲相肖。如德國

民法。卽止認債權讓渡與債務引受。(Schuldübernahme)而不認更改。然當事者之意思。

則大有不同者。在更改。則當事者所欲。乃消滅其前債務而更生新債務。在債權讓渡及債

務引受。則僅就向來之債務。爲讓受或引受者。故卽至其效力。亦不得不全然相異。蓋其甲

項。則以前債務之性質。及附隨於此之權利義務。盡皆消滅爲本則。惟例外設有第五百十

八條之規定而已。其乙項。乃於向來債務之性質。及附隨於此之權利義務。絲毫不受變更。全然仍其向來。而移轉於讓受人或引受人焉。而其關於債權讓渡者。既有前節之規定。至債務引受。則不甚頻繁。其效力即專依當事者契約定之。亦毫無障礙。且無弊害之可憂。故不特置明文。但從契約之尋常規定足矣。

目的。(Objet Gegenstand)之字樣。如前在法律行為所論。參照總則第九十
五條下之說明至少可有一

種意義。即甲種言債務所包含之物之全體。乙種僅言由履行債務所能生之利益也。亦即以甲之意義言。凡條件附債務。於某事實發生。則債務者當負以某權利移轉於債權者時。即言「某事實若發生。當移轉其某權利。」是爲目的。以乙之意義言。止言「某權利之移轉是也。如余前之所論。同上雖信其以甲之意義爲正確。然世之學者。不取此說。皆依乙之意義。甚至指其權利之目的物。直曰債務之目的。故如以條件附債務爲無條件債務。或附條件於無條件債務。又或變更其條件。殆視之爲目的變更。由是而學說及立法例。最多認此爲無更改者。雖然。條件附債務。其究能成立與否。尙爲未確定者。以此而逕確定爲應成立之無條件債務。或結反對之契約。又或以甲事實發生。可以成立之債務。乃以乙事實發生而爲應成立者。諸如此類。比之僅僅變更其債權者或債務者。又或以千圓之債務爲千二百

圓之債務。更或以金千圓之債務變更爲價值相等之不動產。實爲加甚之變更。此而尙不謂之更改。則右所述之各種變更。殆亦非可謂爲更改矣。故於新民法。則以之爲更改焉。夫此目的之意義。一切學說。皆與余說不合。故非特與明言以上之更改情事。往往可招疑義。且於舊民法及其他多數之立法例。皆以之爲無更改者。此所以設本條第二項之規定也。但在羅馬法。則以是爲更改。然又於期限之變更。亦並以之爲更改焉。則又以爲期限之不同。僅異其履行之時期。而未致變更債務之要素。以此爲更改。稍有不當。故於新民法則不取之。

在舊民法。雖以變更其目的物之數量或品質爲非更改。然此明爲變更其目的物。若尙不謂之更改。則凡目的之變更。不得不以爲皆非更改矣。何則。以千圓之債務。爲二千圓。以武藏上米之債務。爲相模下米。譯者按武藏相模爲日本封建時代之二國名往往比於以土地爲房屋。以金錢爲米穀。可有更大之利害。但數量之變更。往往有僅爲加一新債務於舊債務之上。或僅約定消滅其原債務之一部。此須探究當事者之意思。乃可決之。

債務者爲債權者發行一種票據。果爲更改與否。此爲向來學者間所議論。亦爲各國法制所不能一律。則以發行匯票爲更改。發行期票或支票爲非更改。是無他。匯票乃將以付款

人譯者按猶言經匯之莊家爲主債務者。而出款人則不過於不履行時。應受償還之請求。故於此時。以

附條件而交替其債務者。故可謂爲更改。反之。而爲發行期票。則止爲發行其表明自己爲有義務之證書。雖其效力。與向來略有不同。而非全變其性質。向來之債權者。依然爲債權者。向來之債務者。依然爲債務者。且其目的亦爲同一。終不能認之爲更改。若夫支票。其性質雖甚似匯票。然支票多係以當事者之意思。利用之爲支付金錢之方法。故不以之爲更改。以適於當事者之意思。凡爲便於實際而已。此所以於第一事視爲有更改。而第二第三事則不爲更改也。而使於此不見明文。又恐惹起議論。故特設本條第二項末文之規定焉。第五百十四條 因債務者交替之更改。得以債權者與新債務者之契約爲之。但不得反

於舊債務者之意思。財四九六
四九七

本條就更改之因債務者之交替者。爲規定焉。依前條之原則言之。則於此時。亦需當事者有合致之意思。卽第一。債權者。第二。舊債務者。第三。新債務者。此三種人皆爲當事者。要有合致之意思也。雖然。此在實際。並不必然。蓋一則辨濟債務。任何人皆得爲之。四五又一則免除一事。得止因債權者之表示意思而爲之。四五故苟於債權者與新債務者之間。既有合致之意思。則卽無庸有舊債務者之意思。亦無不可。且由取引之便利言之。債務之消滅。

以速爲貴。又由舊債務者之利益言之。免其債務。亦爲有利而無害。故於本條。從舊民法及外國多數之例。以此爲無庸舊債務者之意思者焉。惟照辨濟之例。四七四 舊債務者若表示反對之意思。則不許置之不問而自爲更改。此雖未聞有外國之成例。然其理由。實與辨濟條文。取同一之主義。故於本條。亦置右之但書焉。

第五百十五條 因債權者交替之更改。非以有確定日附之證書。不得以之對抗第三者。

○財五
○五

本條就更改之因債權者之交替者。爲規定焉。此更改要有各當事者合致之意思。卽第一。舊債權者。第二。新債權者。第三。債務者。要皆有合致之意思。既如所論。惟因此更改。往往有害及第三者之虞。例如甲以其債權。約明讓渡於乙之後。可更以丙爲債權者云云。而行更改。此而倒填其證書之日附。則卽飾爲債權未讓渡前已有更改者。其債權之讓受人及其他第三者。亦不能看破其詐欺。縱能看破。亦不能證明之。由是其讓受人及其他第三者。因甲丙之詐欺。將被不慮之損失。卽云對甲而求損害之賠償。然甲若爲無資力。將不能復奈之何。本條欲防此詐欺。遂以更改之由債權者之交替者。爲必用有確定日附之證書者焉。確定日附之爲何物。既如第四百六十七條所論。凡證書要有確定日附。卽不能行如右所

述之詐欺。此所以有本條之規定也。要之因債權者交替之更改。與債權之讓渡及質入。乃互由其確定日附之先後。以定權利之甲乙。而其他第三者。乃各從其權利之關係。當與或為更改後之新債權者。或為讓受人。或為質權者。受同一之保護也。

二 更改之效力

第五百十六條 第四百六十八條第一項之規定。準用之於凡因債權者交替之更改。四財

五九

本條乃規定凡因債權者交替之更改之效力。蓋此事準用關於讓渡債權之規定焉。依第四百六十八條。則債務者若不留異議。而承諾其債權之讓渡。則縱有得對抗於讓渡人之事由。亦不得以之對抗於讓受人矣。至於因債權者交替之更改。則亦準之。債務者若不留異議。而承諾其更改。則縱有得對抗於其舊債權者之事由。亦不得以之對抗於新債權者。其餘凡在第四百六十八條第一項者。悉以之準用於此。蓋因債權者交替之更改。與債權之讓渡。雖於當事者之意思。大有逕庭。然其結果。殆為同一。故於此適用同一之規定。固為理所當然耳。

第五百十七條 凡由更改所生之債務。因不法之原因。或因當事者所不知之事由。而為

不成立。或被取消。則舊債務爲不消滅。財四九四

更改本爲惟一之法律行爲。舊債務之消滅。與新債務之發生。不可以此區別而視爲有獨立之二行爲者。故新債務發生。自當爲舊債務消滅。舊債務若不消滅。新債務亦不發生。本條則示其較重之適用者也。蓋新債務若不成立。或被取消。則其債務爲不發生。或視爲不發生者。故以舊債務爲不消滅者焉。此其債務。在因不法原因而不成立者。雖絕對有然。然於其他情事。則有需稍加區別者。無他。在更改之當時。當事者若知有不成立或取消之原因。而相約當爲更改。則或者非純然之更改。當視爲僅相約消滅其舊債務。不過就此而加以法律上無效力之一種約束而已。又或爲舊債務無可以取消之性質。而特相約以得取消之債務易之者。其行爲之效力。不可因新債務之不成立或取消而妨之。故於此時。舊債務不得不全爲應消滅者。此本條所以言因當事者所不知之事由。而不成立或取消云云也。

或問新債務因不法之原因而不成立之時。縱當事者知其原因。舊債務猶爲不消滅者。其理如何。曰。新債務若有不法之原因。則更改恰爲惟一之行爲。故不得不謂其更改之全部。爲皆有不合法之原因者。例如新債務以殺人爲其目的。則非僅其債務有不合法之目的。本條所言

因不法之原因乃對於不成立而言之。即謂不成立之原因而不成立者。蓋其更改之全部。不謂爲故債務目的之爲不法。即其債務爲因不法之原因而不成立者。蓋其更改之全部。不謂爲皆有不法之目的而不得矣。故其更改爲無效。其更改既爲無效。則爲更改效果之舊債務消滅一端。自爲不可有之事爾。

因右所述之理由。在舊民法及其他外國法律。新債務若附條件。則非其條件成就。舊債務尙爲不消滅者。此例雖多。然此屬於當事者意思之解釋。若當事者之意思。真有如此。固當從其意思。然不得止。因新債務附有條件。而推定當事者爲有此意思者。若當事者欲以條件附之新債務。代無條件之舊債務。則舊債務雖即時消滅。新債務乃止能於條件成就時始爲成立。但所欲其因更改而生之債務。其本體雖於條件成就時始能發生。然於其以前。則既生一種債務。已如所論。參照一卷條件節之說明故更改之性質上。舊債務之消滅。與新債務之發生。雖必應相並。然於右之情事。亦爲有效之更改者。

第五百十八條 更改之當事者。於舊債務目的之限度。得以其所供擔保債務之質權或抵當權。移於新債務。但於第三者供之之時。要得其承諾。財三

更改爲消滅舊債務而發生新債務。既如前所屢論。然則債務之所以爲擔保者。其債務若消滅。則必爲應共此消滅之爲從者。非可不問其債務之消滅。獨餘存其餘之債務擔保也。

故由純理言之。舊債務之擔保。皆必因更改而不得為消滅。而其對人擔保之保證。因債務性質而存之留置權先取特權等。皆為當依此原則而消滅者。蓋不得因當事者之意。而移之於新債務也。但保證既由保證人承諾之。則雖在新債務。固亦可存。蓋此非同一之保證。不過保證舊債務者。更於新債務亦為保證焉爾。反之而為質及抵當。則其例外。亦得由舊債務而以之移於新債務焉。是雖本不適於嚴格之理論。然立法者則計實際之便宜而許之。蓋舊債務若無更改。因為依然可存者。當事者之為更改。因欲得同一之利益而然耳。然則擔保舊債務之質及抵當。若必因更改而當為消滅。是為不以與舊債務同一之利益。界之新債務。有大不副當事者之希望者。且更改之性質。有類於債權之讓渡。由是獨自為制。即止認為債權之讓渡。而不認為更改。其例亦未嘗無之。惟然而在債權讓渡之時。擔保亦可從而移於讓受人。有固然者。故即其性質與此相類之更改。亦可生同一之效力。或曰。比照保證之情事。亦得就新債務。設定其同於擔保舊債務之質或抵當。不知此決非能生同一之效力者。蓋同一之目的物。多有為數個質或抵當之目的者。惟然而舊債務之質或抵當。縱在第一順位。若當更改之時。更欲擔保新債務。而設定其質權或抵當權。往往有其所得之權利。比於他質權者。或他抵當權者之權利。為不逮者。此本條所以特以舊債務

之質權或抵當權。得直移於新債務也。惟其平常之處。雖得由更改之當事者。隨意定之。卽如因債務者交替而更改。定之於債權者與新債務者之意思。因債權者交替而更改。定之於新舊債權者與債務者之意思。因目的變更之更改。定之於債權者與債務者之意思。然在由第三者供其質或抵當之時。則其第三者。本就舊債務。固承諾以其財產。供此擔保。而非承諾於新債務者。故欲移之於新債務。則特須得其第三者之承諾。固所不待言也。

第四款 免除

免除 (Remise de dette Erläss) 云者。債權者拋棄其債權之謂也。而其免除。有有償者。有無償者。若爲有償。則往往能構成他法律行爲。例如更改和解等皆是。雖然。在新民法。法律行爲。不以原因爲必要。故實際縱爲有償之免除。然應報償之行爲。與免除之本體。得各各視之。爲別個之行爲。而於此時。當事者之意思。姑置弗言。由法律之眼觀之。則免除猶不得不謂爲無償者矣。此外有純然之無償免除。則債權者所欲特以恩惠。施於其債務者是也。免除之在舊法典及其他外國之法律。皆要債務者之承諾。因此常能爲一種契約焉。故如舊民法。特謂爲合意上之免除也。是蓋以債務之免除。爲直接以利益與債務者。故以無其承諾而強之。爲不妥當。雖然。凡利益。任何人得拋棄之。此爲法家之格言。無俟特別言之者。

新民法所以不復揭此義也。惟如第三百三十六條第二項。需有但書之規定者。乃特揭之。故物權皆得以權利者一人之意思。而拋棄之。此自來人無間言。并爲各國法律所皆認。又即使有關於債務。如期限之利益。苟專爲債權者而存此。則亦得因其一己之意思而拋棄之。此亦人無異言。而爲第三百三十六條第二項所明認。若然則債權亦一種權利。若謂物權得拋棄之。卽債權亦得拋棄。此不免權衡未當。非論者所可主持。惟債權之拋棄。乃直接利其債務者。此非如地上權永小作權之拋棄。直接利其所有者。地役權之拋棄。直接利其承役地之所有者乎。吾未聞彼之拋棄。要得所有者之承諾。至謂期限之利益。要不過爲債權所生利益之一部。此一部得止以債權者之意思而拋棄。其全部則不得拋棄之。則亦非權衡得當之語。此在新民法。所以改向來之立法例及學說。而於此乃專以債權者之意思。得爲債務之免除也。

第五百十九條 債權者若對於債務者而表示其免除債務之意思。則其債權爲消滅。五財

○四
五
○五
○七

債務之免除。得專以債權者之意思爲之。既如所論。然此意思。要如他事情之表示。固無論矣。要其表示。尤必對於債務者爲之。是無他。以免除爲變更債務者在法律上之位置。故非

對之而表示意思。即不足爲法律之所謂表示意思。且於實際。債權者對於債務者。既不表示其意思。則其意思。恐多未爲決定。此所以特設本條之規定也。但本條之表示意思。亦如他事之表示意思。雖默示亦無不可。此則本不待言。例如債權者以債權證書。返還於債務者。即其事矣。

第五款 混同

混同 (Confusion, Vereinigung) 云者。本不得併有之兩資格。歸於同一人之謂也。此在物權。已見其例。九一七而就債權言之。則債權者與債務者之資格。同歸一人是矣。例如債權者相續於債務者。或債務者相續於債權者。又或債務者讓受債權者之權利。讓受特定之債權。雖爲絕無稀有之事。然讓受一括之權利。其中對於自己之債權。亦所包。含則殊不。或債權者讓受債務者之包括財產。包括財產更併當務而包含之此當記切。此類是也。於此情事。由理論上言之。則債權非可視爲當然消滅者。例如其債權在已爲質權之目的時。消滅其債權。其質權非可於同時亦消滅者。此殆所不容疑。又有因相續而以所得之財產。一旦悉數而讓渡於他人者。縱於此時。其本爲債務者之相續人。不能因其債務之消滅。以爲果受其價格相當之利益。其本爲債權者之相續人。亦不能因其債權之消滅。以爲果失其價格相當之利益。此亦一般所公認也。雖然。若專拘泥於此種理論。則實

際之不便。實不可言。例如其債務爲有抵當者。若不問其既有混同。但以債務爲依然未嘗消滅。則其抵當。亦不得不謂爲依然存在者。又其債務爲有保證人者。亦不得不以其保證人。爲依然不免其義務者。然則債權者兼債務者。自己爲辨濟於自己。此事可以無有。由是此抵當及保證。除因時效而消滅之外。當永無消滅之期。似此則徒令存此無用之抵當或保證。於意外之時。將有遭債權之行使。而被不慮之損失者。例如其債權者兼債務者。又以其債權讓渡於他人之時。是也。故於便宜上直以法律之力。其債權者兼債務者。有混同時。立即視爲己爲辨濟者。令消滅其債權。此爲各國法律所大抵皆同。但其說明。則不必以上述之理由。然余則信如上所述者爲最正確矣。參看四三八

第五百二十條 債權及債務。若歸於同一之人。則其債權爲消滅。但其債權若爲第三者

權利之目的。則不在此限。三四五

本條卽所以明右所論之主義者也。因混同而消滅之債權。債權者兼債務者。乃自己視爲己辨濟於自己。故不得以之害第三者之權利。殆不俟言。蓋卽其債權若爲第三者權利之目的。則縱有混同。亦不因以消滅焉。例如其債權在第三者爲質權之目的時是也。但設定債權者。若同時卽爲債務者。則無論其爲質此債權之債權者。抑爲債務者。皆爲有辨濟之

義務。實際不能立區別於此二資格之間。即不能適用本條但書之規定。故當假想爲此質權乃由第三者所設定焉。又因與右相同之理由。凡債權在依第三百四條之規定。爲先取特權之目的時。亦爲不適用本條之但書者。

於一括其相續財產。而以之讓渡於他人時。其中所存之債權債務。不因混同而消滅。此爲古來一般所同認。在外國之法律。即往往明言之。然本條則不設此規定。是無他。如相續財產之讓渡。乃應以當事者之意思爲解釋。而定其效力。故即使其債權債務。爲已因混同而消滅。然因當事者得以意思解釋之。即無異許其與不消滅此債權債務。有同一之利益。蓋於此時。依法理言之。債權債務。雖依本條之規定而消滅。然因當事者之意思解釋。苟其當事者。既云一括其相續財產而爲讓渡。則但以爲因混同而消滅之債權。其價額可由讓渡人償之。或因混同而消滅之債務。其價額可由讓受人償之。無不可也。但當事者之意思。若反乎此。則本爲應從其意思者。而於此則本條之規定。則自全然爲應受其適用者耳。

第二章 契約

契約字樣。其通例由拉丁語之「肯托拉庫脫司」(Contractus) 法國語之「肯托拉」(Cont-
 (三) 德國語之「微而托拉額」(Wechsel) 所譯而成焉者也。此等字樣。自羅馬法以來。固專

指創生其債務之合致之意思。然至近世。即僅以當事者之意思。設定或移轉其物權。亦得爲之。其例頗多。因此自擴充契約之意義。凡以創生權利爲目的之合致意思。皆以之爲契約。據余所信。即以物權之設定。或移轉爲目的之契約。亦必爲債務之所生也。加以近世之法律。以創生權利爲目的之契約。與其他合致意思之間。無相異之規定。故學者中。有以「肯托拉」爲一切合致意思之意味者。如意大利民法。即明以此意義。用「肯托拉之脫」(Contratto)之文字焉。雖然。由語原言之。則凡不以創生債務爲目的之合致意思。可用法國語「肯文西因」(Convention)之總稱。舊民法謂之合意。如德國則夙以「否而托拉哥」之文字。爲一切合致意思之意味。在我邦向無上項之區別。又至今日。亦無必設此區別之故。故以契約之文字。爲一切合致意思之意味。於本章規定之焉。蓋向來所使用之合意二字。果可謂爲一定之用語否。此不但甚有可疑。且二人之意思。偶然符合。似亦可謂爲合意。又如約束。或約定等字樣。雖爲極妥當之文字。然爲向來俗語。通用者多。即法律上不生效力者。亦常用此語。故於新民法。選其稍有嚴格之意義者。而用契約之文字焉。

要之新民法之所謂契約。乃以使生法律上之效力爲目的。所表見之二人以上之合致意思也。例如賣買、贈與、期限之許與、辨濟、更改等是也。

契約爲法律行爲中之最重要者。此事無煩喋喋。故於本章。惟揭關於契約之特別規定。此外當悉依關於法律行爲之一般規定焉。

本章分爲十四節。其第一節。揭通於一切契約之總則。第二節以下。則設關於贈與、買賣、交換、消費貸借、使用貸借、賃貸借、雇傭、請負、委任、寄託、組合、終身定期金及和解種種契約之特別規定也。

第一節 總則

本節分爲三款。第一款。揭關於契約成立之一般規定。第二款。定關於契約效力之通則。第三款。設關於契約解除之普通原則焉。

第一款 契約之成立

本款於凡關契約成立之一般規定以外。特規定因廣告所生之義務焉。五二九至五三一

第五百二十一條 定承諾期間。所爲契約之請訂。則不得取消之。

請訂者若不於前項期間內。受承諾之通知。則請訂失其效力。二財三〇八二項三項舊六

九一二
〇一七

契約爲二人以上之合致意思。故必由某人發議而他人承諾之。乃能成立。是爲固然。甲謂

之爲請訂 (Offer, antrag) 乙謂之爲承諾 (Acceptation, annahme) 契約之當事者。往往有多至二人以上者。且在組合尤然。雖然。其中一人或數人爲請訂。其餘人爲承諾。此與當事者爲二人時無異。故自本條以下。苟無必要。常以當事者爲二人而立論焉。但當事者爲三人以上時。縱有二人之合致意思。若他當事者不爲承諾。則契約常不成立。雖然。此畢竟屬於當事者意思之解釋。若當事者之意。果欲令僅有二人。其餘人不爲承諾。亦成立其契約。此意既明。固可從其意思也。

請訂與承諾。共爲一個表示意思。苟無特別之規定。當適用表示意思之通則。固不待言。^{二九}至九且兩者共有同一之目的。故常無庸區別之。雖然。僅僅請訂。未見契約之成立。若以承諾加之。則契約可即時成立。由是而性質自有不同。從而法律之規定。亦不能無異。本條則就其請訂以爲規定者也。蓋請訂爲性質上不得單獨成立者。必逢承諾。始成完全之一行爲。此所謂可以致契約之成立者。蓋由理論上言之。請訂在未逢承諾之間。全無羈束之力。不能不謂請訂者任何時得取消之。而苟無特別之明文。必當從此理論。此爲余所不疑。然被請訂者。從受請訂以後。至爲承諾以前。往往有要爲特別之調查。或一定之準備者。加以若同時受二人以上同種之請訂。則因欲承諾其一。對於彼一者有不爲承諾之事。若然則

特遭取消其請訂。被請訂者每可被意外之損失。似此則在取引頻繁之今日。最爲不便。且在商業界。尤不堪此不便。於是請訂者多先定一定之期間。以其應於期間以內爲承諾之旨。附言之而爲請訂。此時請訂者縱不明言。然其意味。卽含有期間內不取消其請訂之約。意謂不如此恐有前述之弊害也。故於本條第一項。卽明此趣旨焉。

請訂亦一種表示意思。然則從表示意思之通則。對於隔地者之表示意思。乃由到達之時。生其效力。^{七九}故關於請訂。苟無反對之規定。則請訂固亦應由到達之時。生其效力。由是而於請訂之到達以前。其取消若已到達。則其取消爲有效。蓋所不待言也。

雖然。請訂者定其期間。不可以爲專爲被請訂者之利益而定之者。甯視爲爲自己之利益而不得不定此。其意若曰。汝若爲承諾。必於若干日以內爲之。若後此縱爲承諾。其承諾卽爲無效。蓋卽謂其請訂。僅於期間內爲有效力者。過此期間。則當然失其效力也。而旣以此爲爲請訂者之便利而定之。則被請訂者僅於期間內發承諾之通知。固未爲可也。必其通知。要到達於請訂者。不然。請訂者欲免其一切羈束於期間之後。則旣至期間已過。自信爲免於羈束之時。始受承諾之通知。慮有因此而生意外之結果者。蓋此由表示意思之通則言之。則在第九十七條。已採用受信主義。故似爲當然而不待言。然在後文第五百二十六

條。就契約之承諾。特採用發信主義。故於本條。必需明言請訂者應於期間以內。受承諾之通知。但本條之規定。非必專適用於隔地者間之契約。此固亦不待言。

以上所述。僅於無特別之表示意思時。所當適用。若請訂者自不拘所定期間。而以縱在期間以內。猶可取消其請訂之旨。附有成言。或以雖受通知於承諾之後。苟請訂者不明予取消其請訂。其承諾猶當有效之旨。豫爲通告。又或被請訂者。於期間內發承諾之通知。若自定爲縱其到達在期間以後。猶爲有承諾之效者。則皆當從其意思。是蓋以其不害於公之秩序。故從第九十一條之適用。自可明之。

第五百二十二條 承諾之通知。縱到達於前條之期間以後。在通常之情事。若有可知其發送之期間內。可以到達之時。則請訂者要無遲滯。對於相手方而發遲到之通知。但其遲延之通知。已發於到達前者。不在此限。

請訂者若怠於發前項之通知。則承諾之通知。視爲非遲到者。財三〇八六項
舊商二九九

本條對於前條規定之適用。設一例外。以保護被請訂者。無他被請訂者。既發承諾之通知以後。其通知果於期間內到達請訂者與否。有不能知。雖然。電信。郵信。專人等。於一定之時期間。應到達於相手方。自有普通之標準。故據其標準。而發承諾之通知。因信其通知。於適

第三編 債權 第二章 契約 第一節 總則 第一款 契約之成立

當時期。爲能到達於相手方者。乃以將履行其契約。常爲相當之準備。然則因意外之故障。而其通知有遲到時。雖依前條之規定。無承諾之效。本不待言。然請訂者正不能置其通知於度外。必要無遲滯。發遲到之通知於相手方焉。是蓋在請訂者爲極易之手續。而爲相手方計。則極爲有益。故特以此義務。令請訂者負之。但尙有三義。第一。限於請訂者在受此承諾之通知時。因書面之日附等。得想像爲若在通常場所。當爲期間內。必可到達者。第二。若請訂者及其未受承諾之通知。豫以其業因空過期間。已失請訂之效。通知於相手方。則既受承諾之通知後。無庸更通知其遲到。此固所不待論。第三。請訂者所應爲之通知。無庸依表示意思之通則。必究其到達於相手方。但發送之足矣。蓋請訂者既已發送通知。卽爲無過失者。故無復應負責任之理由也。

請訂者若怠於爲右之通知。則爲不盡法律上之義務者。故若因之而於相手方有所損害。則依不法行爲之一般規定。^{九七}應爲賠償。固已。然損害賠償爲不確實之事。既屢屢論之。故於本條。設一可代賠償之便法焉。無他。於此時。承諾之通知。雖爲遲到。恰視爲不遲到者。使其契約竟成立焉耳。蓋因請訂者怠其義務。其相手方所能被之損害。要不過誤信爲正已成立。而契約設竟不成立。遂以請訂者並無通知。自爲履行契約之準備。甚至或已著

手於履行。此皆可有事實也。

第五百二十三條 遲延之承諾。在請訂者得視之爲新請訂者。新商二七

依第五百二十一條請訂者定其期間而爲請訂之時。其承諾之通知。非於期間以內到達。則契約明爲不得成立者。雖然。請訂者往往有期間已過之後。尙不變前之意思者。於此時。雖不得云直以遲到之承諾爲有效。遂成立其契約。然使請訂者視之爲新請訂。得對之而與以自己之承諾。俾成立其契約。此其便利於請訂者固無論矣。卽相手方亦旣爲承諾之通知。明乎其於此契約。大概本希望其成立。故本條之規定。在雙方皆止有便利。而無絲毫弊害。但遲延之承諾。本應爲無效者。故當然不有請訂之效力。惟在請訂者得視之爲新請訂者焉爾。

第五百二十四條 不定承諾之期間。而於隔地者所爲之請訂。則請訂者受承諾之通知。

在相當之期間。不得取消之。財三〇八一項舊商二
九七新商二七〇一項

前三條。雖皆假想爲請訂者已定其承諾之期間者。然在本條。則假想爲請訂者不定期間者焉。此在對話者間。因無特別之規定。自依請訂之當然性質。一得承諾。卽可致契約之成立。及儘相手方爲承諾以前。任何時得取消之。固皆明甚。惟在對於隔地者爲請訂時。則其

請訂者。受承諾之通知。在相當期間。爲不得取消者焉。是蓋在對話者間。立時得以其意思。示知相手方。故無庸特別之規定。然在隔地者間。則不能立時示知其意思。故如第五百二十一條所述。未免有所不便。故設本條之規定。令被請訂者。不被意外之損失也。但此亦爲許其表示反對之意思者。固不待論。例如請訂者之爲請訂。當時若卽以此請訂不定其何時取消之旨。附言在先。則固無庸待其受承諾之通知所必要之期間。而皆得取消其請訂矣。

受承諾之通知。在相當期間云者。非但謂受承諾通知之必要期間也。又必多少加以能爲斟酌之時間焉。例如由東京發電報於大阪。而爲請訂。其電報。通常當於一點鐘之後。到達於相手方。而相手方若立發回電。則亦當一點鐘到達於請訂者。若此則雖止需二點鐘。然大阪之被請訂者。受請訂之電報以後。多少應略爲斟酌。故依其契約之性質。不得不與以一日或半日之猶豫。又若以書簡爲右之請訂。則書簡通常當於一日之後。到達於相手方。而相手方立發答書。亦當一日到達於請訂者。故似止須二日之間。然大阪之被請訂者。多少應加斟酌。當得半日或一日之猶豫。若此者皆是也。

第五百二十五條 第九十七條第二項之規定。請訂者若表示反對之意思。或已知其相

手方死亡或喪失能力之事實。則不適用之。財三〇
八五項

依第九十七條第二項。表意者既發其意思之通知以後。縱死亡或失能力。其意思表示。不因之而妨其效力焉。此規定爲原則。雖當以之適用於請訂。然在本條。則認有二種例外。第一。請訂者表示反對之意思時。例如請訂者爲病人。自知其命迫於旦夕。因附言若死亡於相手方不爲承諾之前。則契約當不復成立。又如請訂者因動輒喪失心神。既請求爲禁治產之宣告。此時若慮自己爲禁治產者以後。後見人不得不履行其契約。附言若至其時。甯以不成立此契約爲便利。則相手方不爲承諾以前。果已有禁治產之宣告。其請訂爲應失效力者。第二。若相手方不爲承諾以前。已知請訂者死亡或失能力。則其請訂不復有效。但於實際。由其相續人或後見人。通知其死亡或喪失能力之事實。而成立其契約。固無妨也。第五百二十六條 隔地者間之契約。於既發承諾之通知時爲成立。

依請訂者之表示意思。或取引上之習慣。有不必得承諾之通知時。則契約於有可認爲表示其承諾意思之事實時。卽爲成立。財三〇七二項三〇八舊商二
九二二九四一九五二九八

本條就契約之承諾。規定其不採用表示意思通則之受信主義。而特採用發信主義之旨也。蓋發信主義受信主義之利害得失。在第九十七條既已論之。一卷第九十七
條下之說明故前不復

費。然就契約之承諾言。因取引貴乎迅速。有必須特取發信主義者。所以設本條之規定也。蓋若依受信主義。則承諾者縱發其承諾之通知。果到達於相手方與否。不但不能確知之。且即已到達於相手方。亦不能知其實在何時到達。因而契約之何時成立。有不可知。而於契約成立以前。若發生前條之事實。則契約當竟不成立。又因契約成立之時期。不但影響及於期間之計算利息之計算等。且承諾之通知。若不到達於相手方。則以契約之可不成立。承諾者固尙在不確定之位置。取引上多所不便。此實不待煩言。故實業家之多數。皆希望發信主義之獲採用焉。

依第五百二十一條。則請訂者若定承諾之期間。而爲請訂。是非於其期間內受承諾之通知。契約爲不成立者。夫果限於此際。就契約之承諾。亦應視爲已採用受信主義者耶。曰否。此於契約之成立。雖其承諾之通知。必須在期間內到達。然其通知。一旦既已到達。則契約固依本條之規定。由發承諾之通知時。爲已成立者。此以本條與第五百二十一條相比照。而解釋之。殆所不容疑也。

依本條之規定。隔地者間之契約。先由甲對於乙爲請訂。乙於受其請訂之後。對之而發承諾之通知。因爲成立。其節次甚明。故雙方於同時。就同一之契約爲請訂時。其契約不得於

右之請訂中。因已有後發者適相吻合。即視為成立者。但以契約為必要之合致意思。果應僅以當事者雙方之意思。偶然吻合為已足耶。抑必需有他一方之表示意思。對於此一方之表示意思耶。此為向來學者間所有之議論。雖兩說均非無理。然依本條之規定。契約於既發承諾通知於請訂者時。乃為成立。故明明為要有他一方之意思表示。對於此一方之意思表示而為之者。僅以同一契約之請訂。互不相照。而雙方齊發。亦未得為契約之成立焉。於此時。受其請訂之一方。當因發承諾之通知。而契約始為由此成立者。若雙方共發承諾之通知。則與先發之承諾通知。同時為契約之成立時焉爾。

縱在隔地者間。因請訂者特別之意思表示。其為承諾。不必以之通知請訂者。往往有之。且於商業上。尤多以不必需此為習慣。若此則契約果應成立於何時乎。本條第二項則答之曰。契約於有可認為表示其承諾意思之事實時。即為成立。例如被請訂者。著手於契約之履行。或以商品或代金。發送於請訂者。或著手於契約目的物之製造。當於其時為成立也。第五百二十七條。取消其請訂之通知。縱到達於已發承諾通知之後。然通常之情事。若有可知其發送之時。為能於其前到達者。則承諾者要無遲滯。對於請訂者而發其遲到之通知。

第三編 債權 第二章 契約 第一節 總則 第一款 契約之成立

財三〇八、一項六
項舊商二九、九

承諾者若怠其前項之通知。則視其契約爲不成立者。項舊商二九、九
 本條爲與第五百二十二條。出於同一精神之規定。在第五百二十四條。凡請訂。請訂者於受承諾通知之相當期間後。任何時得取消之。即在第五百二十一條之情形。依特別之意思表示。亦有如本文者。而其請訂之取消。則以無別種之規定。乃依表示意思之普通規定。當於到達其相手方之時。始爲生其效力者。七、九其承諾則依前條之規定。當於發信之時。卽生其效力。故使請訂者。縱於承諾通知之發送前。發其取消請訂之通知。然若到達於承諾通知之發送後。則固已明爲無效。雖然。請訂者或爲不知其已有承諾。而爲其請訂之取消。故其取消。果爲到著於承諾通知之發送前否。既不可知。由是而契約果爲成立與否。多有不可知者。而平常在能信其取消之通知。應到達於承諾通知之發送前者。請訂者信其到達於取消之適當時期。由是而多有自計爲契約之不成立者。故本條於此情事。承諾者負無遲滯而以取消通知之遲到爲通知之義務焉。若承諾者怠此義務。則取消爲已生其效力者。而契約則竟視爲不成立矣。其餘與第五百二十二條之所論者同。故茲不再論。

第五百二十八條 承諾者若於其請訂。加以附條件。或其他之變更。而承諾之。則視爲拒

絕其請訂。並已爲新請訂者。舊商二九、六

本條所以定承諾者於其請訂。加以附條件或其他變更。而承諾之時。其承諾之性質如何者也。蓋真爲承諾者。謂不變更其請訂而與之同意也。若加以附條件或其他之變更。則非真承諾。卽未有合致之意思。雖然。承諾者已表示其條件及其他變更。卽目其與請訂者爲契約之意思。故前之請訂。不得不視爲已拒絕之。然其加以條件或其他變更之意思。則又不得不視爲新請訂者。由是先請訂者更立於承諾者之地位。得對於新請訂者爲承諾。而遂成立其契約焉。例如甲對於乙。請訂以金千圓之代價。賣米百石。乙若曰。現已對於丙爲買米之請訂。設丙不承諾。則吾可承諾甲之請訂。或答以千圓之價。雖不欲買之。然若爲九百圓之價。則可買此。此時可先視乙所請訂於甲。爲已被拒絕。而視甲爲以右條件或變更。而爲新請訂者。故甲若欲如其條件或變更而賣米於乙。則當更以承諾之旨。通知於乙。以令其契約之成立焉。

第五百二十九條 凡以能爲某行爲者當與以一定之報酬之旨。爲廣告者。則對於爲其行爲者。負以其報酬與之之義務。

本條以下至第五百三十二條。所以揭關於廣告之規定者也。蓋至近世。廣告之用。大有進步。藉此爲種種之取引。此爲各國所皆同。而就廣告之性質。則向來有種種之學說。蓋其大

凡可別之爲三主義。曰單獨行爲說。即以廣告爲一種單獨行爲。乃獨立成立。而爲義務之原因者是也。曰請訂說。即以廣告爲契約之請訂。覽之者若爲承諾。即可因以成立其契約者是也。曰誘起請訂說。即以廣告爲不過誘起他人請訂之方法。覽之者更對於廣告者爲請訂。因廣告者承諾之而契約始爲成立者是也。第一說。現爲德國民法所採用。第三說。亦學者間贊同其說者甚夥。然在新民法。則似採用第二說者。而余則以之爲最妥當也。蓋廣告之爲一種意思表示。人無間言。苟既云意思表示。則已爲決意者。故不得爲僅爲誘起他人請訂之方法。雖然。廣告者之意。多待相手方出現而始負義務。故爲單獨行爲。若以爲僅依廣告之事實。即負義務。似頗不常。然則以此爲契約之請訂。其爲至當。殆所不待言矣。但廣告而即爲請訂。則其目的要爲確定。故如言某種酒一樽。價若干可賣。則因其目的之確定。固可即成契約之請訂。然如言某屋需房金若干可租。則因其目的未爲確定。不得爲契約之請訂也。蓋借貸借契約。通常非僅以其目的物。與租金金額。爲可即定。必就修繕之義務。支付租金之時期。契約之存續期間。押租之有無多少等。豫爲約定。故即在貸主。譯者按貸者

與借爲相對此古義也。近世以貸與或混乃與借爲同義此吾國文字之失真日本乃猶存古訓其貸主即出借之家名詞諸當勝於我矣。

告。即爲表示其無論何人。但能付如額之租金。即可貸之之意思。又在覽此廣告者。亦不能

因僅覽其廣告。即可決意。必約定其他條款以後。始爲確定其取結賃貸借契約之意思。故其廣告。不過爲誘起請訂之方法。借主於租金以外。當於定其他條款。而表示其情願租屋之時。始見爲請訂之成立。貸主惟對之而爲承諾。乃始見爲契約之成立焉。故各依各處之事情。止可探究當事者之意思。以定廣告之性質。而本條以下所規定。則非關於一切之廣告。乃止關於以請負爲目的之廣告焉。卽廣告者表示其應以一定之報酬。畀與曾爲某行爲者之旨者是也。於此時。若覽其廣告者。爲此所廣告之行爲。則契約由此成立。對於廣告者。得請求其先所廣告之報酬。例如廣告載明尋獲已走失之畜犬者。當與以金若干圓。此時若有尋獲其犬者。則當與之以所廣告之金額。此類是也。

類於廣告者。其數頗多。例如以標明不二價之商品陳列店頭者。以出租之招帖貼於房屋者。以汽車之價目及開與到之時刻。揭示於鐵道停車場者。此等皆是。凡此種種。果應視爲契約之請訂與否。學者間雖亦多所議論。然據余之所信。則以爲第一例及第三例。固有契約之請訂。然第二例則因與前所論之廣告爲同理。不過爲誘起其請訂契約之方法。凡此皆事實問題。新民法所不揭其規定也。

第五百三十條 於前條之情事。廣告者於尙無完了其所指定之行爲者時。得依與前廣

告同一之方法。而取消其廣告。但其廣告中。若已表示其不爲取消之旨。則不在此限。在不能依前項所定之方法。而爲取消之時。得依他方法爲之。但其取消。止對於已知之者。有其效力。

廣告者若已定其應爲所指定行爲之期間。終推定爲已拋棄其取消權者。

本條就廣告之取消爲規定焉。蓋依前條之規定。廣告之卽爲請訂。雖已甚明。然其請訂。果得取消之否。是稍不能無疑。蓋廣告固確非對話者間之行爲。而與普通之隔地者間之行爲。其趣亦有所異。故第五百二十一條及第五百二十四條之規定。果應以之適用於廣告否。是頗可疑。雖然。由理論上言之。則廣告可視爲一種隔地者間之行爲。惟不定其相手方。故無庸如第五百二十四條。於爲請訂之廣告者。束縛其取消之自由。惟其定承諾期間者。則因與第五百二十一條同一之理由。於其期間內不得取消之。於是第五百二十一條之適用。將可見之於實事。此則推測廣告者之意思而然者也。故廣告者若表示反對之意思。則當從其意思。亦與第五百二十一條之情事同。

據以上所述。不定承諾之期間而爲廣告者。無論何時。得取消其廣告明矣。雖然。就其取消之方法。不能不稍有限制。蓋欲世人覽其廣告而直承諾其請訂。而此所規定之廣告。則應

以爲其所指定之行爲。表示其承諾之意思。故因爲其行爲。當有費勞力出費用等事。然則如以路旁貼紙爲廣告者。縱於新聞紙爲廣告而取消之。其初覽此貼紙者。殊未可必其亦覽此新聞紙。故著手於其行爲者。往往不知其取消。而可有完了其行爲之事。似此則可以甚有害於其人。故於本條第一項。取消廣告。必須以同於其初廣告之方法焉。卽如前例。用貼紙而爲廣告者。亦當用貼紙取消之。由某新聞紙爲廣告者。亦當由同一之新聞紙取消之。此類是也。蓋如此則從前覽廣告者。亦常有覽其取消之便利矣。

雖然。有時有不能以同一之方法。爲取消者。例如從前張貼廣告之場所。當其爲取消時。此場所已禁招貼。又曾由某新聞紙爲廣告。其後因此新聞紙已經停發。或受禁而停止發行。由此而不能復爲取消。凡此等情。廣告者得用他方法爲取消焉。例如曾貼紙於甲之場所而爲廣告者。得於乙之場所。爲取消之貼紙。或於新聞紙爲取消之廣告。又曾爲廣告於甲之新聞紙者。得於乙之新聞紙或官報。廣告其取消。或用貼紙爲其取消。此類是也。但於此事。覽廣告於其初者。不覽其取消之廣告。當必不少。故若以此爲任何人皆得對抗。必多有被其損害之人。故於本條第二項之但書。僅以對於知其取消之廣告者。爲有效力焉。爾。

以上雖爲一般之規定。然廣告者欲確保其廣告之效力。有特以不爲取消之旨。明言於廣

告中者。於此時。則從其特別意思。不許後日之取消。有固然矣。

第五百三十一條 爲廣告所定之行爲者。若有數人。則止爲其行爲於最初者。有受報酬之權利。

於數人同時爲右之行爲時。則各以平等之成分。有受報酬之權利。但報酬若於性質上不便分割。或廣告上止有一人爲應受之者。則以抽籤定之。

前二項之規定。廣告中若表示其異於此之意思。則不適用之。

廣告所定之行爲。往往有數人同時得爲之者。例如人或犬失其蹤跡之時。廣告中僅言有報知其所在者。當與以若干之報酬。此類是也。於此時。同時可有數人爲此行爲。蓋必不少。此其人。果皆應各受廣告之報酬乎。抑應由其一人受之乎。或應由數人共同受之乎。此本條之所規定也。其原則。惟最先爲其行爲者。爲應受廣告之報酬。但數人若悉於同時爲其行爲。例如報知其人或犬之所在之書面。同由郵信到達之時。將不能分權利之先後。雖然。廣告者非有各各與以廣告之報酬之意思。其勢非令此數人。皆以平等之成分而受報酬。此外更無他道。但其報酬之性質。若不便於分割。或廣告內明言止可以報酬與其一人。則當以抽籤。定其應受報酬者焉。蓋除此無適當之方法也。其報酬之性質。所以不便於分割

者。例如以一個器具或賞牌爲報酬者卽是。

以上爲止在廣告中不表示其別種意思時。所應適用。廣告者若以異於此之意思。爲廣告時。則當從其意思。固所不待論也。

第五百三十二條 爲廣告所定之行爲者。有數人時。若止以報酬。與其優等者。則其廣告。限於曾定其應募之期間者。爲有效力。

於前項之情事。應募者中。何人之行爲爲優等。以廣告中所定之人判定之。廣告中若不定其判定者。則由廣告者判定之。

應募者對於前之判定。不得持其異議。

數人之行爲。若被判定爲同等。則準用前條第二項之規定。

本條規定其廣告之曾就爲廣告所定之行爲者中。定其優等者。而止以報酬與此優等者之情事。例如以一定之條件。投寄最優等之小說者。或發明有一定目的之最便利器械者。當與以若干之報酬。以此意爲廣告。卽其事也。凡此情事。以時有長短。卽判定其優劣之範圍。爲有廣狹。故若其初不定應募之期間。則漫因廣告者之意思。伸長其期間。將有不知其待至何時。始能判定其優等者。似此則不足以爲發生權利義務之原因。故於本條第一項。

必限定此種廣告爲應定其應募之期限者焉。

於本條之情事。優等者固爲應與以報酬者。然其定何人之行爲爲優等。則當用何等方法乎。是固應以定之於廣告中者爲多。而其最應注重者。則何人當判定之是也。然廣告中若不定其判定者。則廣告者不得不自爲應判定之者。而應募者則不問廣告中所定之人爲判定。與廣告者自爲之。要必對於其所判定。不得持其異議。此本條第二項及第三項之所規定也。

又數人之行爲。往往有被判定爲同等之優等者。於此時果當如何。本條第四項則答之曰。當準用前條第二項之規定。蓋其原則。卽當以各自平等之成分。而受報酬。惟其報酬之性質。若不便於分割。或廣告中止定爲應與其一人。則當以抽籤定其應受之者。例如最優等之小說。若有二篇。其報酬金爲千圓。則兩小說之著者。可各受五百圓。若其報酬爲一金牌。或廣告中定爲必以金千圓應與一人。則當以抽籤定其應受之者之類是也。

如右所述。廣告中若不定其優者爲一人。而定其可以二人或三人。遞爲差等。而與以報酬者。則不得適用之。例如定最優等者應與甲賞。其次應與乙賞。又其次應與丙賞。此類是也。於此時。悉應從廣告之趣旨。而與以報酬。有固然矣。

第二款 契約之效力

本款乃所以定契約之一般效力者。第一。揭通於一切雙務契約之規定。其二。揭關於爲他人所爲之契約焉。

一 雙務契約

雙務契約 (Contrat synallagmatique, gegenseitiger Vertrag) 云者。謂因其成立。卽令當事者雙方。負擔債務者。例如賣買借貸借組合等是也。使用貸借。雖古來以之爲片務契約。然余則信爲雙務契約。卽在舊民法。雖其初草案之理由書。亦以之爲片務契約。然終認爲雙務契約焉。又委任或寄託。於其有報酬者。亦爲雙務契約。此外則羅馬以來。有名爲不完全雙務契約 (Contrat synallagmatique imparfait) 者。是蓋謂其初雖止生一方之義務。然後日則他一方亦能有發生義務之事。例如質契約。無報酬之委任及寄託等卽是。向來雖以爲使用貸借。亦屬於此種。其爲舛謬。則已由所論而明之矣。

對於雙務契約者。謂之片務契約 (Contrat unilatéral, einseitiger Vertrag) 謂因其成立。但令當事者之一方。負擔債務者。例如贈與、消費貸借、免除債務之契約等。卽是。其餘所謂不完全雙務契約。則亦爲片務契約。在羅馬法。雖有特別爲不完全雙務契約一種。在今日

則毫不見其必須區別矣。

第五百三十三條 雙務契約之當事者。其一方儘相手方未提供其債務之履行以前。得

拒不履行自己之債務。但相手方之債務。若不在辨濟期。則不在此限。四一〇七三項七

本條爲關於雙務契約同時履行之規定。蓋雙務契約。乃因契約而卽於當事者之雙方。均

生義務者。其一方雖履行之。他一方若怠於履行其債務。則就同一之契約。其爲履行。在守

義務者則有損。在怠義務者則有益。有不公平之慮焉。故於本條。做德國及其他之例。若當

事者之一方不履行其債務。則他人亦得不履行自己之債務。蓋其究竟。非一方提供其履

行。則他一方亦無庸爲應履行者。是蓋與留置權二九及因不履行之解除權。一四爲同一之

理由而據之也。參照二卷留置權之說明

履行之提供。卽爲辨濟之提供。要從第四百九十三條之規定爲之。不然。當事者之一方。僅

以聲明其應履行債務之旨。促相手方之履行。而其所聲明之履行。實際或有終不爲之者。

似此則本條之規定。却徒生不公平之結果而已。故從第四百九十二條之規定。欲免其不

履行之責任。不得不要爲充分之提供也。

以上爲假想其雙方之債務。共在辨濟期者。若一方之債務。未至辨濟期。則其不爲履行。固

所當然。因之其相手方不得辭自己之履行。所不待言。否則非令一方所有期限之利益。因其相手方之意思而成畫餅。即令其相手方本無期限之利益者。竟無端占其利益。明明爲極不公平之事矣。若一方之債務爲附條件者。則其不在辨濟期固不待言。然此事嚴格言之。當謂其債務爲未發生者。當更參看第二百九十五條。本條之規定。乃關於雙務契約之規定。故若契約之上。不直接生債務於當事者之雙方。則縱至於後日。雙方共負擔債務。亦不能直接適用本條之規定。況乎由契約以外之關係。甲乙兩人之間。尙有互發生其債權債務者耶。雖然。本條之規定。極爲公平。縱於雙務契約以外之情事。亦往往有從同一之規定。而爲至當者。此第五百四十六條。第五百七十一條。及第六百九十二條。所以準用本條之規定也。

第五百三十四條 關於特定之物。以設定或移轉其物權。而爲雙務契約之目的者。其物若因不可歸其責於債務者之事由。而滅失或毀損時。則其滅失或毀損。歸債權者負擔之。

凡關於不特定物之契約。由其依第四百一條第二項之規定。而確定其物之時。適用前項之規定。財三三五。○五。○五。○五。

本條以下至第五百三十六條。乃關於所謂危險 (Risques, Gefahr) 問題者也。危險問題

云者。在雙務契約。其當事者之一方。至不能爲履行之時。則其相手方。果有爲履行之責與否。是也。在本條及次條。則爲以設定或移轉關於特定物之物權。而爲雙務契約之目的者焉。蓋羅馬法以來有名之危險問題。卽生乎此。關於本問題之向來所行立法例及學說。大別之得爲二種主義。(一)危險之負擔。爲在債權者者。(二)爲在債務者者。是也。而此第二主義。又得分之爲二。(甲)危險之負擔。在所有者。(乙)儘引渡其物以前。在債務者。是也。凡以法國民法爲主之向來多數立法例。皆取第一主義。卽在羅馬法。亦既採用之。卽在新民法。亦仍舊民法而據此主義。其第二主義中之甲。爲英國法之所取。乙則爲日耳曼法之主義。卽德國新民法之所取。請由是而說明我新民法之所以採用第一主義之故。

在債權者負擔危險云者。例如甲於買受其所有之房屋於乙之時。其契約成立以後。其房屋縱因連燒水害等情。賣主爲無過失而滅失或毀損焉。其買主甲。猶不得不支付其約定之代價。卽此之謂也。蓋已買受其房屋之後。其房屋之命運。利害共歸爲買主之甲。屋價增加。甲不因是而增加其代價。故其利益悉屬甲之所得。若其價減少。甲亦不得因是而減少其代價。故其損失亦當歸之於甲。是蓋從羅馬法以來。所謂利之所歸害亦歸之。(Ubi ius iumentum ibi onus)之原則也。今姑不從其無關毀損而自減房屋之價之情事。爲之想像。

即在因毀損而減其房屋之價時。苟賣主爲無過失。則亦不得不由買主負擔其損失。而其毀損之極。則爲滅失。減少之極。則爲消滅。故即於物之全部。因天災而滅失。由是而其全價額。即爲消滅之時。買主亦不能不負其損失。蓋如房屋。雖覓其有形之增殖。然至若禽獸草木等生物。常爲與時俱長。而爲實質上之增殖。然則因其增殖而生之利益。當悉歸之買主甲。即其減少及減少之極。而爲消滅之損失。亦不得不歸買主甲之負擔。此爲羅馬法以來外國多數立法例。所以採用第一主義之故。亦即新民法所以設本條規定之故也。向來危險問題。大抵皆就以移轉所有權爲目的之契約論之。然其設定或移轉他種物權。亦不得不相同。例如地上權、永小作權或地役權。以其設定或移轉爲目的之契約。是也。但在設定此等權利之時。地上權者。大抵應定期而付地代。永小作人。則必付定期之小作料。地役權者。亦當應付定期之償金。凡此等處。其地代小作料及償金。皆爲其對於各期間之使用或收益之對價。而當支付之。故至因其物之滅失。而不得爲使用或收益之時。則此等之權利。忽爲消滅。同時即其與此相伴之報酬。亦無庸復付於將來矣。又於毀損之時。亦不得請求其減額爲原則。固無論已。^{二七六}然至其已甚。則亦特許解除其契約焉。^{二七五}但在地役權。則以無何等規定。故依本條之規定。爲可依然付其約定償金之全額者。

不特定物。至履行契約之時。必能變爲特定物。此事蓋不容疑。是無他。欲設定或移轉其物。必不能不確定其目的物也。而試問不特定物。由何時而始變爲特定物乎。則於第四百一條第二項規定之。蓋曰債務者若完了其給付此物之必要行爲。或得債權者之同意。而指定其應給付之物之時。是也。蓋於此時。債務者之意思。或債權者及債務者之意思。爲已確定。因而其物亦爲確定也。卽在危險問題。亦依此規定。凡物皆由確定之時。其危險之負擔。爲在債權者焉。

本條之規定。與以下二條之規定同。皆推測當事者普通之意思而定之者。若當事者表示其與此相異之意思。則固當從其意思矣。

第五百三十五條 前條之規定。凡附停止條件之雙務契約之目的物。於條件之成否未定間。已滅失時。則不適用之。

凡物。若因不應歸其責於債務者之事由。而致毀損。則其毀損。歸債權者負擔之。

凡物。若因應歸其責於債務者之事由。而致毀損。則債權者於條件成就之時。得從其選擇。而以契約之履行或解除爲請求。但不妨請求其賠償損害。四四一九

本條所以規定附停止條件之雙務契約。其所有之危險問題也。據余之所信。縱於此情事。

似亦不必謂與他情事異其規定。然據外國立法例及學說之多數。皆採用反對於前條之主義。即在新民法。亦與舊民法同據此多數之說。蓋其意曰。附條件之法律行為。當於條件成就之時。生其效力。故其行為之要素。必存在於條件成就之時。即必存在於其行為可生效力之時。而於物之有滅失者。既無此目的物。故可謂已缺其法律行為之要素。從而其行為不得不歸於無效。此而為滅失其物之全部者。關於其物之債務者。所以不得對於債權者而請求其對價也。是在法理上。雖非無大可批難之處。然恐徒驚於立法論。故於茲不具論矣。本條之規定。因本文之理由。雖為余所信而不疑之事。然外國之立法例及學說。亦不得謂為必因此理由者。

因以上所論之理由。物苟非全部消滅。而止毀損其一部之時。則其毀損。歸債權者負擔之。其債權者。蓋受物之一部。而不得不辨濟其對價之全部。是無他。縱令毀損。然其目的物既尚為存在。則行為之要素。固尚無所缺也。雖然。其毀損之程度甚高。殆近於全部毀滅時。則債權者必付全部之對價。至物為全部滅失。則無庸復付一錢。其於實際。足生不公平之結果。固不待余之喋喋。亦可以知本條規定之為不得其當矣。

以上就物因天災而滅失或毀損者。為之規定。請由是而進論物因應歸其責於債務者之事由。而致毀損者。蓋物因應歸其責於債務者之事由而滅失時。其損失當然歸債務者負

第三編 債權 第二章 契約 第一節 總則 第二款 契約之效力

擔之。殆不俟言。然在本條。則即使物因天災而滅失時。亦爲應以損失歸於債務者者。故無庸特就其因過失而滅失者。設爲規定。但由理論上言之。則物因天災而滅失者。固生純然之危險問題。物因債務者之過失而滅失者。債務者對於債權者。亦當爲損害賠償之支付。蓋有多處。應賠償其物之價格。卽其代價。及物之價格以外債權者所被之損害焉。於此時。物之價格。若貴於約定之代價。債務者除失其代價之外。若已受取則返還之。不得不償還其由物之價格之中。所扣除右之代價之餘款。物之價格。若賤於約定之代價。其爲損害之賠償。僅償還其物之價格足矣。假價格以外之損害。雖然。於此情事。依第五百四十三條之規定。債權者得爲契約之解除。以免其支付代價之責。或收回其已支付之代價。卽其價格以外。所受損害之賠償。亦得請求之。該四五三項若已支付代價者。則依該條之二項。并得請求其利息焉。故於其實際之上。無論右述之何種情事。均可致同一之結果。此在本條。所以不特設關於此各情事之規定也。

在本條第三項。就物之因應歸其責於債務者之事由。而致毀損者。爲規定焉。於此情事。若其條件成就。則從其選擇。或求其契約之履行。僅以因其毀損所生之損害。請求賠償。或解除其契約。併請求其賠償。由此所生之損害。均無不可。此依第五百四十三條之規定。而顯然也。惟本條第三項。所以又明言之者。不過與前二條之情事爲對照。欲其一目瞭然焉爾。

附有解除條件之雙務契約。其所以負擔危險者如何。是爲本條所不規定。蓋此非純然之危險問題。夫危險問題云者。由雙務契約所生之雙方債務中。其一方已爲不能者時。其他一方得請求其履行債務與否。是也。惟然而附有解除條件之雙務契約。因條件之成就而失其效力。若其目的物先因天災而滅失。則當有請求返還其物之權利。謂當事者果有返還其對價之義務與否。此非雙務契約所生之履行債務。乃由其終了所生之履行債務也。故於此不能適用前條之規定。蓋所不容疑矣。

或曰。附有解除條件之雙務契約。其中各當事者。能負附有停止條件之債務。卽附有解除條件之買主。當負附有停止條件而返還其所買取之物於賣主之義務。其賣主亦當負附有停止條件而返還其代金於買主之義務。故當以本條適用於此。此說非也。本條乃關於附有停止條件之雙務契約。不能以之適用於附有解除條件之雙務契約所生之附有停止條件之債務。且由附有解除條件之雙務契約。非必能雙方皆生附有停止條件之債務。若賣主未引渡其賣買之目的物於買主。而條件業已成就。卽買主不因條件之成就。而負何等應履行之義務。其權利雖一時恆移轉於買主。然因條件之成就。乃當然復歸於賣主者。不甯惟是。此節固自始卽以買主爲儘條件未成就之時。爲取得其權利者。故因條件之

成就。而當然消滅其權利。賣主直復其爲權利者而已。或買主未付其代金而條件業已成就。即賣主亦不因條件之成就而負何等應履行之義務。然即於此等情事。其買賣之目的物。既滅失於條件成就之前。則買主之應付代金與否。或應失其既付之代金與否。猶爲有問題焉。故終不能適用本條之規定也。

據以上所論。則本問題除依一般之原則而決之之外。更無他道。即解除條件之成就。爲已消滅其契約之效力。故賣主於其將來。不能收代金之利益。既受取之代金。當速返還之。未受取之代金。則不能復爲受取。而在買主亦然。使物不滅失。則固當返還之。或當失其受取之之權利。然以今既滅失。縱業經受取。亦止可別無返還之義務矣。其賣主之所以不得對之而鳴其不平者。則以若本未嘗賣。其損失固當歸己。而此解除條件成就之結果。自今以往。恰復於自始即無契約之一般狀況焉。要之此事之危險。不得不謂爲賣主之所負擔也。第五百三十六條 除前二條所揭者外。若因當事者雙方皆不能歸責之事由。而至不能履行其債務。則債務者無受其反對給付之權利。

若因不能歸責於債權者之事由。而至不能爲履行。則債務者不失其受反對給付之權利。但若因自己之免其債務。而得利益。則須以之償還債務者。財五 四二

本條就不以設定或移轉其特定物之物權爲目的之一切雙務契約爲規定焉。卽以不特定物及作爲不作爲爲目的者是也。例如賣米若干石者。借貸動產或不動產者。約定於一定之土地。不爲一定之營業。而應受相當之酬報者。凡此等情。若因不可抗力。而致一方不能履行其契約。則他一方亦無庸履行其契約矣。卽如有應以產於一定土地之米爲給付者。因年歲不登。是年其地竟不產米。陳米亦全然絕迹。則賣主固當因不能履行而免其義務。買主亦可免付其代價之義務矣。但此情事在買際爲極少又如借貸物因天災而滅失。致借貸人不能履行其義務時。其義務之當免。固無論矣。然即在賃借人。亦可免其支付租金之義務。但於此事。如第五百三十四條所論之地役權。永小作權等。雖依當事者之意思爲解釋。然賃借人則亦無庸付其租金焉。又如約定於一定之土地。不爲一定之營業者。若依政府之命令。而不得不爲此營業。則其人雖可免不容爲此營業之義務。然相手方亦當免其報酬之義務。此事亦於實際爲極少此外如請負契約。譯者按即承攬請負人因疾病或傷痕。不能完成其約定之工事。卽亦無受報酬於定製者之權。是無他。凡此等情。不得比於特定物之契約。蓋特定物之契約。其爲契約目的之物之運命。已存於債權者之掌中也。例如請負一事。定製者於工事之目的物。未受引渡以前。果於何等之物之上。能取得其權利。所不可知。縱云請負人爲定

第三編 債權 第二章 契約 第一節 總則 第二款 契約之效力

製者製造某物。然請負人並無必引渡其某一物之義務。即更製作同一之物。以與定製者。亦無不可。故定製者未受其物之引渡以前。不因其物或其價格之增加。而受利益。即亦不因其物或其價格之減少。而受損失。由是而至欲為製造而有不能時。無從言定製者有應支付之報酬矣。同種之物若增加其價格則定製間接能受其利益固無論已然因定製而製造之物僅增加其價格則雖增加而尙未引渡之前定製人固未為受其利益者

以上就契約之不能履行。因債權者及債務者均不任責之事由者而論之。若因債務者應任責之事由。而致不能履行。則債權者不但無應為反對給付之義務。且得對於債務者請求損害之賠償焉。四一五五四三 惟若因債權者應任其責之事由。而致不能履行。則債務者又不僅免其義務。并有受反對給付於債權者之權利。可無疑也。蓋在雙務契約。雖同時生雙方之義務。然其義務既生於一旦。即各有獨立之存在。非必為相牽連者。此依第五百三十四條之規定。業已明甚。故因債權者之過失。而致債務者不能履行其義務。在債權者初不能亦免其義務也。惟債務者若因免其債務而多少得有利益。則其利益。因與反對給付之利益相重複。非以之償還債權者。則債務者竟將為不當之利得矣。故於本條但書規定其應以此償還債權者焉。例如甲託乙於一定期間之內。繪成一畫。斯時甲若毆乙而使

之負傷。遂不得於其期間內畫畢。則乙因不能繪畫而固可免其義務。而其對於甲所得爲請求者。於因負傷所生之損害賠償以外。並可請求其對於繪畫所約定之報酬額。惟乙若已購畫具。已買畫絹。則其畫具畫絹之價額。既包含於報酬之中。即乙爲受雙層之利益。故不得以畫具畫絹之代價。償還於甲。此類是也。

二 爲他人所爲之契約

第五百三十七條 依契約。當事者之一方。若對於第三者。約定應爲某給付。則其第三者。對於債務者。有直接請求其給付之權利。

前項之情事。其第三者之權利。發生於此第三者對於債務者表示其享受契約利益之意思之時。二財三

爲第三者所爲之契約。羅馬法以來。視爲無效。此爲學者之通說。而尋其理由。則曰無利益者無訴權。(Sans intérêt, point d'action) 故爲不爲自己利益之契約。其當事者自不能有訴權。既無訴權。即可謂之爲無權利。故右之契約。當事者不因此而生權利。而第三者則又不預於其契約。故從格言所云。或人之間所爲之事。不得爲他人之利或害。(Res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodessse potest) 一語。不能由其契約而得權利。即其究

竟。右之契約。法律上爲無何等效力矣。然近世之學者。則漸悟此說之謬。雖爲第三者所爲之契約。亦爲法律上有效力者。更進而宜認其爲第三者發生權利焉。蓋無利益則無訴權之說。依向來之學說。必須爲有形之利益。此其謬蓋不待言。何則。人非必專爲有形之利益而有動作也。若此格言而并及無形之利益。則爲第三者所爲之契約。必於當事者之一方。有無形之利益。而後結之。例如其第三者。爲自己之近親或親友。因愛情而欲結爲其利益之契約。或富於慈善心者。欲令貧困者得其利益。特締結此契約。亦非必無之事。凡此等情。當事者雖並無有形之利益。然如因愛情或慈善心等之無形利益。而欲締結其契約。其目的非但毫無不法。并有可加獎勵之理由。若法律不保護之。則此等契約。皆爲極不確實者。動輒令不德義之徒。有可以不守其約之弊。故即依古來之學說。若當事者所結之契約。無論若何些少。但與自己以直接之利益。而其中條件。則以能爲第三者利益之事項。爲約定時。或當事者之一方。約定爲若不履行其爲第三者所爲之契約。其制裁爲當付違約金或其他豫定賠償額。則其契約亦爲有效。雖其中有直同兒戲之學說。謂吾不過以此等契約。其目的雖在利及第三者。因欲付以法律上之效力。不得已而附加此附屬之條件。卽由是而以其契約爲有效。如是云云之法理論。其牽強附會。爲羅馬法及其餘後世之心醉羅馬

法者。所樂於利用之說。要其真目的之所在。究以右等爲有益之契約。乃使之於法律上得生效力。蓋不容疑。若然。則即斷然以凡爲第三者所爲之契約。爲亦當受法律上之保護者。夫何不可之有。

故在當事者間。右之契約。應爲有效。爲余所深信而不疑。然獨有一問題焉。其契約對於第三者。亦爲能直生其效力者否。此不能不大有可疑。據余所信。則由純然之法理論言之。據格言所云。或人之間所爲之事。不得爲他人之利。或害一語。在第三者但依右之契約。殆必爲不得權利者。雖然。其契約之履行。本未嘗直接利及當事者。却止爲利及第三者。故若令第三者受此契約之利益。即可竟爲已得受其利益。是即於法理論爲有未合。然於實際之便宜上。不但簡單而毫無弊害。且可謂適合於當事者之意思。是在本條。所以視右之契約。直爲對於第三者生其效力也。而此契約。固於當事者間爲有效力。實已不言而喻。無庸特爲明言之矣。

即一旦以右之契約。爲對於第三者生其效力。然果要第三者之意思與否。是更屬應研究之問題。夫法律上無何等關係之第三者。不得強與以其所不欲之利益。不但在法理上爲甚明。即在實際。亦所當然。故此契約而欲生利益。必需第三者之承諾。蓋不容疑矣。惟此契

約之對於第三者能生效力。果在締結契約之時而然耶。抑在第三者表示其受此契約利益之意思時而然耶。是又有紛歧之學說。在德國民法。雖以爲從締結契約之時。卽對於第三者爲生效力。但以當事者之意思。特定其發生效力之時期者。則當從之。而第三者之意思。則非其所必要者。然既以他人間之契約。對於第三者能生效力。尙爲未合於一般之法理。則第三者於不與知之時。卽取得某權利。其距一般之法理。豈不更遠。而由實際之便益上計之。實亦不必從爲契約時。卽發生第三者之權利。故於本條。以第三者爲由其承諾之時。契約之效力始及之焉。蓋當事者之一方。固爲第三者之利益而結契約。第三者若承諾受此利益。則於當事者與第三者之間。已生類於契約之關係。而由當事者之意思觀之。恰應視爲互相連屬之二個契約。蓋不容疑。故如本條之規定。可謂適合於理論與實際者矣。

第三者之表示意思。應對於何人爲之乎。曰。應對於債務者爲之。蓋第三者與債權者之間。若有贈與。則第三者似甯對於債權者。爲應表示其意思。然贈與爲一種契約。苟債權者對於第三者表示其意思。而第三者對於債權者。非表示其承諾之意思。則不能成立。九五此第三者之權利。本不由贈與而生。明矣。若然。則應對於因其權利之發生。尤能感覺其利害之債務者。表示第三者之意思。可謂最得其當。此本條第二項之所規定也。

從以上所述。以使第三者能獲權利爲目的之契約。其爲有效。則既明矣。反之。而使第三者能負義務爲目的之契約。其爲無效。乃不待言。惟無代理權而爲他人爲應爲負擔之契約。則其契約。有因追認而生其效力者。一一七三至五。又在他人。於所令負擔之義務。爲應與盡力之契約。則固以自己之行爲爲目的者。其爲有效。所不待言。而此所謂他人者。若不肯負擔其義務。則相約應爲相當之賠償。亦爲有效。此等皆當然之事。不待煩言。故不特置明文也。本條之適用。雖本不一而足。然可示最頻繁之一二例如左。

第一例 甲與乙爲契約。今年年支付若干圓之金額於丙。若乙不履行其契約。則甲得迫乙令履行之。此不但與他契約無異。即丙亦苟承諾受此契約之利益。則由其承諾之時。對於乙爲直接取得債權。故丙亦得對於乙而求其履行此契約。

第二例 甲與乙保險公司爲契約。甲若死亡之後。當支付若干圓之保險金於丙。則非但甲之相續人。得迫令乙保險公司。支付其保險金。即丙亦苟表示其受保險契約之利益之意思。則由其表示意思之時。對於保險公司爲直接取得債權。故甲死亡之後。丙亦得迫令保險公司。支付其保險金。論實際。本文之丙。多即爲相續人。固不待言。然使丙即非相續人。亦可有本文之權利。故本文之於丙。不區分其爲與否。若據向來之學說。以爲他人所爲之契約爲無效。則尋常之生命保險契約。皆不

得不爲無效。故世之學者必力逞其種種牽強附會之說。而始以此契約爲有效。然一旦若認本條之主義。則不必復爲牽強附會之說矣。

第五百三十八條 依前條之規定。而第三者之權利發生以後。當事者不得變更之。或消

滅之。財三
二五

在前條。一旦既認第三者爲直接取得權利。則縱有當事者雙方之同意。亦不復能一旦左右。第三者已取得之權利。不待言也。故於本條。定第三者一旦表示其受此契約利益之意。則當事者即不得復變更其權利。或消滅之矣。

第五百三十九條 根據於第五百三十七條所揭之契約之抗辯。債務者得以之對抗於應受其契約利益之第三者。

第三者非另與當事者之一方爲契約者。故其權利。乃由當事者間之契約。所生之權利。由是而根據於其契約之抗辯。總之得以之對抗於第三者。有固然者。例如當事者之契約。若因債務者之無能力。而爲可以取消者。則方其第三者欲行此權利。債務者即得取消其契約。又例如契約中若就第三者之受利益。定其應爲反對給付之事。第三者非爲此反對給付。即不能行自己之權利。此類是也。

第三款 契約之解除

契約之解除。(Resolutio, Resolution, Rücktritt)云者。謂一旦廢止其所取結之契約。於當事者間。恰如未締結此契約者也。此解除有種種之不同。或因當事者之意思。或依法律之規定。卽其依法律規定之情事中。或有當然解除者。或有因當事者之表示意思者。或有於裁判所言渡之者。譯者按言渡卽裁至其原因。又爲千差萬別。不能悉網羅於一款之中。故於本條。就其得以當事者之意思而解除其契約者。爲揭一般之通則。且就其因法定情事中最重之不履行而致解除之各種契約。爲設通共之規定焉。此外則除其因條件成就而致解除其契約者外。二項七更有各種特別解除其契約者。請讓他條文說明之。本款分爲四段。(一)解除之方法。(二)解除之條件。(三)解除權之效力。(四)解除權之消滅是也。

一 解除之方法

第五百四十條 依契約或法律之規定。若當事者之一方有解除權。則其解除。依對於相手方表示其意思而爲之。

前項之表示意思。不得取消之。財四二二項四二
三五六一取八一

第三編 債權 第二章 契約 第一節 總則 第三款 契約之解除

本條所以示有解除權者。行其權利之必要方法者也。蓋當事者之一方。而有解除權時。其權利有生於契約者。又有生於法律之規定者。即就生於契約者而論。亦有僅因當事者一方之意思而得解除之者。有於某事實之發生時。例如相手方不履行其債務之時。而得爲解除者。至論其解除權之生於法律規定。則其原因甚多。而以第五百五十七條、第六百零一條、第六百一十一條第二項、第六百二十一條、第六百二十八條、第六百三十一條、第六百四十一條、第六百四十二條、第六百五十一條、第六百六十二條、第六百六十三條第二項、第六百七十八條、第六百八十三條等。所規定者爲最要。在本款則以解除權之生於法律規定者爲最重。即揭其因不履行之解除權之通則也。更有各種契約特別之規定。則別於各處揭之。而此因不履行之解除。向來有三主義。一則若過一定之時期而不爲履行。即爲可解除者。一則要以解除請求於裁判所。一則僅以對於相手方之表示意思爲已足。是也。此三主義。各有長短。其第一主義。雖似極爲便利。然從此主義。則當事者雖欲稍後於時期。而仍履行其契約。然因契約之必解除。往往有戾於當事者之意思者。抑不但此而已也。多少容有怠慢。人情之常。以有少時之怠慢。其契約即必爲解除焉者。則當事者多被意外之損失。却於實際爲不便矣。第二主義。似最爲確實。且有時有保護不幸之債務者之利。然不得

不一一皆由裁判所。則不但其煩勞不能堪。且如以法官而左右其契約。濫以猶豫期限與之。蓋可謂過於干涉者矣。惟第三主義。似可爲補前二主義之短處。最便利於實際。是卽本條之所以取此第三主義也。而除契約不履行之情事外。凡法律之以解除權畀當事者時。悉因類似之理由。而取同一之主義焉。又當事者雖因契約而有解除權。然若不表示其特別之意思。則猶推定爲當依同一之方法而爲解除者。

解除之意思表示。雖亦如他事之意思表示。任以何等方法爲之。皆無不可。惟需對於相手方爲之。蓋解除其已成立於相互間之契約。而欲絕其關係。其應對於相手方而表示意思。固所當然。且使相手方而有數名。則應對於其各人而表示意思。此蓋仍如第四百七條第五百六條等也。

右之意思表示。爲能生重大之效力者。故有解除權者。止應於有十分之決意時爲之。固不俟論。故一旦既爲此意思表示。即不得復取消之。是固當然之理也。蓋此意思表示而若得取消。則相手方於權利上之位置。因以甚爲攪亂。爲常事矣。且如第四百七條第二項。關於選擇債務。其選擇之意思表示。尙以爲苟有相手方之承諾。則得取消之。而於本條。則并不認此例外。是無他。一旦既爲解除。則當事者間。全消滅其契約上之關係。故卽有相手方之

承諾。不能令已解除之契約。一旦再生效力。當此之時。若結其有同一目的之新契約。則固隨其意。然欲令舊契約爲復蘇。不可得矣。

二 解除之條件

第五百四十一條 當事者之一方。若不履行其債務。則相手方定相當之期間。而催告其

履行。若於其期間內終不履行。則得爲契約之解除。財四二一、四二二、取八
一、舊商三二、三五、四五

本條以下至第五百四十三條。爲定因不履行而解除之一般條件。而本條定其本則。以下二條。乃定其例外之情事者也。依本條之規定。契約當事者之一方。縱不履行其債務。相手方初不能即解除其契約。必定相當之期間。而催告其履行。若於其期間內不受履行。則由此始得爲契約之解除者焉。蓋解除云者。其性質與契約之履行。正相反對。故使當事者之一方。不問其債務之已在辨濟期。而不履行。自有不履行之責。然立即爲契約之解除。則不但對於其人。爲失之酷。且恐反於當事者締結契約時之意思。當甚多也。

本條之規定。與第二百九十五條、及第五百三十三條之規定。同其精神。蓋當事者之一方。不履行自己之債務。而使相手方獨爲履行。未免有失公平矣。

相當之期間云者。隨情事而不同。有固然者。依契約之性質。其履行自有難易。各設一定之

法定期間。必有膠柱之嫌。故使當事者就各情事。定其適當之期間焉。但當事者若不定適當之期間。而爲催告。則相手方得訴於法廷。令延長之。而卒爲相當之期間矣。

第五百四十二條 依契約之性質。或當事者之意思表示。非履行於一定之日時。或一定之期間以內。即不能達其所爲契約之目的者。當事者之一方。若不爲履行而經過其時期。則相手方得不爲前條之催告。而卽爲其契約之解除。

本條乃定對於前條規定之一例外也。蓋依契約之性質。或當事者之意思表示。非履行於一定之日時。或一定之期間以內。即不能達其所爲契約之目的。似此情事。各當事者之一方。怠其履行。則其遲延而所爲之履行。當已能不利於相手方。故更令其相手方。定相當之期間。而爲催告。不過悉爲無用之手續。故於此時。得逕爲契約之解除焉。例如丁一定之吉事或凶事。應使用之衣服食物等。非於其應行吉事或凶事之日得之。則多可全然無用。又欲爲旅行者。定製其旅裝時。非於出發前受其履行。則全不能達契約之目的。於此等情事。對於其已過時期不爲履行之相手方。而爲催告。其相手方卽應其催告而爲履行。亦不能因此而畀定製者以契約之利益。故甯可以之爲得逕解除其契約者。此所以有本條之規定也。

第五百四十三條 履行之全部或一部。若因債務者應任其責之事由。而不能爲。則債權者得爲契約之解除。

本條亦對於第五百四十一條之通則。而揭其例外者也。蓋履行之全部或一部。若因債務者應任其責之事由。而不能爲。則縱由債權者爲催告而求其履行。亦終全不能履行。或爲完全之履行矣。故其催告。畢竟止於形式。實不過無用之手續。故於此情事。亦得逕爲契約之解除焉。例如甲對於乙。負應引渡其某房屋之義務時。甲若因過失而燒失其房屋之全部或一部。則乙得逕爲契約之解除。是也。

第五百四十四條 當事者之一方有數人時。則契約之解除。止由其全員。或對於其全員。乃得爲之。

於前項之情事。解除權若就當事者中之一人爲已消滅。則就其他人亦爲消滅。

本條爲應適用於有解除權之一切情事者。所以定當事者之一方有數人時。得分割其解除權與否者也。夫解除權之性質。爲可分者耶。抑爲不可分者耶。古來學者。雖頗有所議論。然余則以其性質爲可分。信爲原則。蓋契約之目的。若爲可分。則其一部。就其目的之一部而在。其他一部。得就其目的之他部分而消滅矣。若夫契約之目的。本不可分者。則契約不

得就其一部而存。故亦不得解除其一部。有固然者。是以向來學者之所有議論。惟存於契約目的爲可分時。例如契約以土地或金錢爲目的時是也。於此時。若解除其契約之一部。則得於土地之一部或金額之一部。爲成立其契約。而於他部分則爲消滅其契約也。

以上爲由理論上言之者。然於實際上。則解除契約之一部。多反於當事者之意思。或不免有所不便於實際。故於本條。特以行使解除權。爲不得分者焉。卽所謂有解除權者。若有數人。當由其全員爲解除。又有解除權者之相手方。若有數人。則當對於其全員爲之。且解除權。若因一人之拋棄。或對於一人之拋棄。而爲消滅。則他解除權者。或對於他相手方。亦不得爲解除。因其他有解除權之一人。中斷其時效。固猶得行其權利。然若因他有解除權者。不爲中斷。就其人爲消滅解除權。則第一解除權者。亦當不得行其權利。又有解除權者之相手方。若有數人。縱對於其一人爲中斷時效。若對於他人不爲中斷。則不復得對其全員而行解除權。此外則總之爲解除權。若就當事者中之一人。爲已消滅。則就其他人亦爲消滅云爾。但解除權之不可分。止於此之所論。不能以此與純然不可分之債權。視爲同一。則又有固然者。第四百二十八條以下。不得適用於茲。固無論已。解除權行使之後。其效力仍分於當事者間。此亦所不待言。更於第五百六十三條第一項之情事。明爲一部解除之情

事。然欲避其誤解。乃不用一部解除之文字。故於民法若僅稱解除。則常爲解除契約全部之意義。此不可不知者也。

三 解除之效力

第五百四十五條 當事者之一方。若行使其解除權。則各當事者。負使其相手方復於原狀之義務。但不得害第三者之權利。

於前項之情事。若應還返其金錢。則要由受領之時。附以利息。

行使解除權。不妨其損害賠償之請求。財四〇九二項四二一一項四二四五六一
一項取八一一項八二一八三舊商三三六

解除之效力。如款首所述。在使當事者。復於與無契約之初。同一之位置。例如甲若受物之引渡於乙。則當返還之。又乙若受金錢之支付於甲。則亦當償還之。而其物若生果實。則其果實亦當返還。此固不待言矣。而在金錢。縱令受取之乙。並未更貸與他人而取利息。然仍當由受取於甲之日以後。直至返還之時。附以其應得之利息焉。是無他。金錢之爲物。不拘自使用之。與他人使用之。均視爲當然生法定利息之利益者也。參看四一九其餘則苟依嚴密之理論言之。凡使用其物者。似亦不得不付其使用之對價。如德國民法。現即令付此對價。然此實爲過密。非但實際多所不便。且金錢以外之物。非必一使用而必得一定之利益。

如金錢者。故於本條。以之爲無庸支付者焉。

當事者之一方。若因其不履行而於相手方生其損害。則必當賠償之。此第四百十五條之所規定也。而此規定。非能因契約之解除而受變更者。故於當事者一方之不履行。而相手方因行其解除權之際。其解除之一般效力以外。相手方得令賠償其因不履行所生之一切損害焉。

行使契約上之解除權者。即非因不履行而由其他情事以致解除。然若同時於契約之全部或一部有不履行之事實。則固爲有賠償之責者。

以上定解除之當事者間之效力者也。對於第三者。則不得爲解除效力之所及。例如甲受房屋所有權之移轉於乙。其後若以之轉賣於丙。則再至後日。甲因乙不付其代價。固得與乙解除其契約。然丙所得之所有權。則毫不被其侵害。蓋在解除之效力。向來立法例。雖各有不同。然由解除之性質論之。則以爲能涉及第三者之權利者。頗不乏其例。卽如舊民法。亦取此主義者。雖然。似此則往往令第三者被不虞之損失。由是而缺取引之安全。實際頗多不便。故於本條。則以此爲不得害第三者之權利焉。

第五百四十六條 第五百三十三條之規定。於前條之情事準用之。

本條以第五百三十三條之規定。爲準用於解除之情事者也。蓋於當事者雙方互有應返還之物之時。若止其一方爲履行。他一方不爲履行。則其結果之不公平。不待言矣。故非一

方提供其返還。即彼一方亦不得不為無庸為返還者。雖然第五百三十三條之規定。乃關於履行雙務契約之規定。故於因契約之解除。當事者各自有應返還其不當利得之義務時。則不能適用此第五百三十三條。此本條所以特以此條為準用也。

四 解除權之消滅

第五百四十七條 解除權之行使。若不定其期間。則相手方對於有解除權者。得定相當之期間。以應於其期間內。確答其為解除否之旨。為之催告。若於其期間內不受通知。則解除權為消滅。二取三

解除效力之不可易視。既依第五百四十五條而明之。故有解除權者之相手方。欲從速確知其解除權之果否行使。固所當然。然則依一般之原則言之。權利者無論何時。均得行其權利。故解除權苟未罹時效。則果何時行使其解除權。不可知也。是不但對於相手方為已酷。且其妨取引之安全。亦殊不少。故於本條。解除權之行使。若不特定期間。則相手方得定相當之期間。而以應確答其為解除與否之旨。為之催告。而此有解除權者。若於其期間內不為解除。則解除權應為消滅焉。其解除之意思表示。亦從一般之原則。當依受信主義。七九故其解除之通知。要必於期間內到達於相手方也。

本條之相當期間。亦爲事實問題。其所定之期間。要於審度其解除之有利與否。有十分足敷之時限。若定過短之期間。則解除權者。得對之述其異議。以防其解除權之消滅也。

第五百四十八條 有解除權者。因自己之行爲或過失。以致顯然於契約之目的物。毀損

或不能返還之之時。又或因加工或改造。而以之變爲他種類之物時。則解除權爲消滅。

契約之目的物。若不因有解除權者之行爲或過失。而滅失或毀損時。則不消滅其解除

權。財四一九二項
三項四二〇項

解除。以使各當事者復其原狀爲目的。故有思想其契約之目的物若已滅失。似不能復爲解除者。抑知此僅爲不足取之謬見。蓋解除雖本以令各當事者復其原狀。然物之滅失。若不因有解除權者之行爲。則當視爲縱不結此契約。其滅失猶爲可發生者。故縱其目的物之債務者。不得因契約之解除而收回其物。而可以謂爲是即原狀也。於本條第二項。明此原則焉。此即於全部滅失之時。亦無消滅其解除權之事。故其一部之滅失。即所謂毀損云者。其影響亦不及於解除權。固所不待言也。

反之而滅失其契約之目的物。若因有解除權者之行爲或過失。則自己因解除而當受其目的物之返還時。解除即爲自己之不利益。故當必不爲解除。從而解除權之消滅與否。亦

不必論。但理論上則解除權爲不消滅然有解除權者。於其因解除而當以契約之目的物返還於相手方

時。若因其行爲或過失。使之滅失。以致不能返還之。則由理論上而言。其人依然爲有能爲

解除之權利。但因滅失其物。當負損害賠償之責。九七。然如向所屢言。損害賠償之爲物。乃

據極不確定之標準。以金額估計其損害者。故不如令彼失其解除權之爲愈。轉得使其賠

償眞損害之全部也。而其以此爲說明。則亦自有法理存焉。無他。有解除權者。若故意滅失

其物。則且弗論。即使因其過失而滅失之。然其不注意於保存此物。是必因其自念行解除

而返還其物於相手方。爲不可有之事也。由是得視爲以其行爲。拋棄其解除權者焉。

右之所論。雖在有解除權者。滅失其契約之目的物時。然若因有解除權者。以其物讓渡於

第三者。而致不能返還於相手方時。此外則顯然毀損其契約之目的物時。及因加工或改

造而變之爲他種類之物時。亦不得不與同論。例如買受房屋者。拆倒其房屋之一間或數

間。或讓受金塊者。以之製爲戒指。或讓受戒指者。以之造爲印章。則可視爲已拋棄其解除

權者也。或曰。有解除權者。若毀損其契約之目的物。則縱使其毀損爲不甚顯然。其解除權

非亦可使之消滅乎。然如於所買受房屋之壁。穿一小孔。或於所讓受之戒指。加一小疵。此

不得視爲已拋棄其解除權者。固無論矣。即相手方受其已毀損之物之返還。以其非甚受

損害。但依一般之規定。而受損害賠償。則亦無必拒絕其解除契約之理。故於本條。特以顯然之毀損。爲必要焉。

第二節 贈與

論贈與 (Donatio, donation, Schenkung) 之性質。爲古來各國之法律及學說。所不一定。或不以之爲契約。卽遺贈亦包含於其中。或以贈與爲贈與者之單獨行爲。卽無受贈者之承諾。既有贈與之行爲。卽爲成立。又或雖以之爲契約。然以爲不生義務者。僅爲移轉權利之方法。雖然。在新民法則與舊民法同。第一。以贈與爲契約。第二。以之爲發生義務之原因。此所以規定之於債權編。且揭之於契約章。而規定之爲各種契約之第一種也。

第五百四十九條 凡贈與當事者之一方。表示其以自己之財產。無償而與相手方之意

思。因相手方之爲承諾而生其效力。取三四九三五八

本條所以揭贈與之定義者也。夫贈與之定義。依右所述之諸種學說而有所異。固無論矣。然就贈與之性質。一旦卽取同一之主義。其定義猶有不同者。(第一)以贈與爲要式契約。在古來歐洲諸國。大抵皆然。是蓋以贈與之爲物。在贈與者出之。爲止有損而無益。且因此於其相續人。爲極不利益之行爲。故各國之立法者。極力鄭重之。而使不得輕易爲之者也。

雖然。任如何之贈與。皆要方式。此終非可行之於實際。因各國之法律。皆認有例外。而可知矣。而其必要此方式。則其有妨於有益之贈與。其事良多。而有害之贈與。果比之而得防止之效否。此其不能無疑者。且如因保護當事之利益。而干涉其自由契約。爲文明國法律所最忌。故於新民法。斷然改舊民法之主義。卽贈與亦以之爲諾成契約焉。但於下條。非無多少之限制。然此固非成立其契約之所必要者也。

(第二)卽在贈與之目的。亦有廣狹之別。或有以一切無償行爲。爲贈與者。然此與普通之觀念相反。故於本條。則如舊民法。限於其以「當事者之一方以自己之財產無償而與相手方」爲目的者。謂之贈與焉。例如無償而移轉或設定其所有權、地上權、永小作權等。固無論已。卽新與以債權。或因既存之債權。無償而與以質權抵當權等。亦爲贈與。反之而因相手方之利益。拋棄其物權或債權。或無利息而貸與金錢。及其餘無償而以自己之勞力供他人之用等。則皆非贈與也。

第五百五十條 不用書面之贈與。則各當事者得取消之。但在其履行已畢之部分。則不

在此限。取三五八

本條爲以贈與爲要式契約之學說之遺物。余於立法論雖不取此。然欲強爲之說明。則不

作書面之贈與。或不保無贈與者之意思。尙爲未確定者。且以苟無書面。易生後日之爭也。此理由雖不限於贈與。然贈與由一時惻隱之心。約當爲此。忽焉悔之。事所恆有。由是而以此爲易生後日之爭。爲人情所不免。故特以此爲必需書面者。

因右之理由而在本條。則贈與卽不依書面。固亦爲成立。然其未履行之間。則得由各當事者取消之焉。而若已履行其贈與之一部。則就其已履行之部分。不得取消之。然就其未履行之部分。亦當爲得取消者。例如約定年年應與以金百圓時。一年已履行之之後。在贈與者若悔其贈與。則由翌年取消其贈與。卽不復與受贈者以一錢可也。又若在受贈者受其一年百圓之後。不屑復受金錢於贈與者。則亦得取消其贈與。而不復受取翌年分以後之年金焉。

第五百五十一條 贈與者就其贈與之目的物或權利。不任其瑕疵或欠缺之責。但贈與者若知其瑕疵或欠缺。而不以告受贈者。則不在此限。

在負擔附之贈與。贈與者於其負擔之限度。任其擔保之責。與賣主同。財三九五三九六取三五五三九

本條定贈與契約之有擔保義務者也。蓋由理論言之。則贈與爲能生義務者。故贈與者若僅約爲應與以某物。則似當認爲已約定應與以無瑕疵之物。或應與以關於此物之完全

權利者。雖然。溯贈與之由來。大抵出於贈與者之好意。專以利益與受贈者之恩惠的行爲。故若約爲當與以某物。則不問其物之有瑕疵與否。當視爲有儘現狀而與之之意。又若約爲當與以某權利。則當視爲有儘自己所有之權利而與之之意。若所有之權利不全。則專就其可信爲有之者爲贈與。其所不有者。則必視爲並無更以他權利代之之意思。此在本條。所以做舊法典及其他各國之例。凡贈與者。以無擔保之責爲原則也。

右之原則。有一例外。無他。贈與者於贈與物之瑕疵。或所贈與之權利之欠缺。若明知而不告受贈者。而爲贈與。則爲當任其責者焉。蓋於此情事。贈與者之行爲。稍有類於詐欺者。與人以自己所不有之權利。或贈人以有瑕疵之物。而貌爲與以完全之權利。或贈以完全之物者然。實令受贈者因此而誤以爲既受過實之利益也。參看五七二但於此情事。其擔保義務

之效力。有不與賣買之情事相同者。於賣買之情事。多解除其契約。且令賠償其損害。然於贈與。則受贈者即解除其契約。亦毫無利益。故止得請求其賠償損害而已。此因本條第一項。對於本文所云不負其責之但書。直云不在此限。其意即云應任其責。可以明之。蓋任其責之云者。通常即謂爲有賠償之責。如本條。則尤爲其意之最明者也。

以上就純然之贈與而論之。然於贈與之中。有所謂負擔附贈與 (Donation avec charge)

者。據余所信。其性質爲有償契約。然在當事者之意思。則視之爲贈與。故限於苟其性質之所許。以贈與之規定適用之。例如關於前條書面之條件。及關於次條消滅贈與效力之規定。即在負擔附贈與。亦爲應適用者。雖然。其他事項。則應適用雙務契約之一般規定。此第五百五十三條所規定也。卽其擔保。亦如其他之有償契約。固應歸其責於贈與者。惟於本條第二項。則推測當事者之意思。止於負擔之限度。爲與賣主負同一之擔保義務者焉。例如甲以一種不動產之所有權與乙。乙則約年年應付金百圓於甲。爲其負擔。於此情事。若其不動產。爲他人之所有物。由是受贈者不得爲其所有者。則不但將來無庸付其所負擔之百圓。且若有已支付之款。得求其附以利息而返還之。項五四五二而其不動產。縱有數千圓之價。亦不得對於其價而請求此損害之賠償也。又例如甲所贈與乙之馬。有嚙人之病。若無其病。則有二百圓之價。然因有此病。乃止價值百圓。然則受贈者於甲或第三者。而有應支付其金額之負擔。則其金額。若爲百圓以下。則對於贈與者。雖一錢不得請求。若超過百圓。則限於其超過於此之金額。得或免其負擔。或求其附以利息而返還其所已付之款焉。

第五百五十二條 以定期給付爲目的之贈與。則因贈與者或受贈者之死亡而失其效

力。

本條之規定。亦推測當事者之意思而定之者也。故當事者若表示其反對之意思。則固當依其意思。蓋以定期給付其金錢或其他之物爲目的之贈與。多爲視其受贈之生活。又多係割其贈與者定期收入之幾成而給之。又即使不然。亦大抵依贈與者與受贈者身上之關係而給之。是爲最多之例。故限於當事者不表示其反對之意思。則於贈與者或受贈者之死亡時。其贈與爲當向將來而失其效力者。

第五百五十三條 在負擔附之贈與。於本節之規定外。適用關於雙務契約之規定。六取三

本條爲暗定負擔附贈與之性質者也。蓋負擔附贈與之性質。從來雖於學者間尙有議論。然於本條。則明言本節規定之外。當適用關於雙務契約之規定。故其性質之爲雙務契約。卽爲有償契約。蓋可明矣。惟推測當事者之意思。不過爲應適用本節之規定者。卽應適用前三條之規定者。而余則信此之所據。爲最得正鵠之學說也。蓋贈與者以自己之財產與相手方。相手方亦對之而負一種之義務。則此固爲有報償者。且當事者爲雙方皆有義務。其事甚明。惟當事者若用贈與之名稱。則不得不視其意思。爲已有幾分當依贈與之特別規定焉者。故特以贈與之規定。適用於此。亦所至當。但於實際。往往於負擔附之贈與。與其

他純然之有償契約。區別頗難。固未必能盡依當事者所附之名稱。以爲區別之準。然此全屬於事實問題。宜一任法官爲公平之認定。而爲法官者。則當探究爲契約時當事者之意。思而定其性質。固所不待言也。

第五百五十四條 因贈與者之死亡而能生效力之贈與。則從關於遺贈之規定。八取三
 在新民法。亦如舊民法。以贈與爲契約。故遺贈之非贈與。固爲明甚。雖然。惟有一種贈與。其性質甯與遺贈相近。故與其適用贈與之規定。有不如適用遺贈之規定爲較妥者。無他。因贈與者之死亡而能生效力者是也。例如贈與者與受贈者相約。定於其死亡之時。當以其所有之不動產。移爲受贈者之所有。是也。在外國之法律。雖往往以此種贈與爲遺贈。然其性質。乃純然之贈與而非遺贈。惟當以其效力爲同於遺贈。較妥當耳。

第三節 賣買

賣買[Ⓔ] (Emptio-venditio, vente, Kauf) 爲各種契約中之最頻繁者。即契約之總則。亦於賣買爲最多見其適用。且賣買爲有償契約之最。於第五百五十九條。乃以賣買之規定。準用於其他之有償契約焉。故本節之規定。爲最重要者。

本節分爲三款。第一款爲總則。揭賣買之定義。及其他關於賣買成立之規定。第二款爲賣

買之效力。定其由賣買所生之賣主及買主之權利義務。第三款爲買戻。規定其賣主得返還其代金於買主。而解除其賣買之特約焉。

第一款 總則

第五百五十五條 凡賣買。因當事者之一方。約以某財產移轉於相手方。相手方約以其

代金付之。而生其效力。財二四
二五

本條揭賣買之定義。併定其成立之時期者也。蓋賣買之性質。自羅馬法以來。雖有多少之議論。然於本條。則先以之爲諾成契約。明其物之引渡。代價之支付等。毫無必要於賣買之成立焉。次以賣買爲以財產權之移轉爲目的者焉。就此則生二派之議論。其一。則以賣買爲不過或移轉其權利。或生其移轉之義務者。例如賣買之以移轉特定物之所有權爲目的者。所有權即時移轉。毫無暇復生義務。反之而在以移轉不特定物之所有權爲目的者。則僅爲生其義務者焉。又其一。則以賣買爲常生移轉權利之義務者。卽如右之第一例。亦以爲先生移轉所有權之義務。其義務爲履行於俄頃。而賣主之所有權。遂卽移轉於買主焉。六一七而本條則爲取此第二說者。余蓋信其至當。蓋賣買卽在以移轉特定物之所有權爲目的者。若其所有權不屬買主。則卽無權利之移轉。雖爲固然。然賣主有移轉權利之義

務。則爲第五百六十條所明爲規定。所謂追奪擔保之義務者。其實不過移轉此權利之義務。然則賣主買主若共爲善意。則在當事者之意思。視此情事。與視所有權屬於賣主之情事。毫無所異。若然。則認爲常生移轉權利之義務者。不得不以之爲較妥也。

凡設定地上權、永小作權、地役權等。爲移轉其所有權之一部於他人者。故得以之爲賣買之目的。所不俟論。

以上止就賣買之一種目的而論之。卽止就賣主之義務。亦卽移轉其權利之義務而論之。然賣買必更有一目的。爲使買主負支付代金 (Pretium, prix, preis) 之義務也。代金之義。如其文字。要必以金錢定之。是爲賣買之所以異於交換。由理論上言之。賣買不過爲交換之一種。以廣義言之。則交換云者。其目的爲一方移轉其權利。他一方對之而移轉其他權利者也。而賣買則就其中之一方。爲必以移轉其金錢之所有權爲目的者。雖然。在今日。賣買最爲頻繁。他交換則實際甚少。故特分之爲二節。先規定賣買。次規定他交換。卽狹義之交換焉。而於賣買。則必要有金錢之代價。此在羅馬法卽有議論。至今日亦尙未息。然於本條。則明爲要有金錢之代價。若當事者無應給與金錢之一方。則皆以之爲交換焉。

要之賣買有二義。第一。令賣主負移轉財產權之義務。而其財產權。則所有權、地上權、永小

作權、地役權、債權、特許權、工匠權、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。則不得以爲賣買之目的而已。第二。令買主負支付代金之義務。但代金之額。不必自始卽爲確定。若示以定之之標準。卽至後日定之。亦無不可。

第五百五十六條 賣買之一方所豫約。由相手方表示其完結此賣買之意思時。生賣買之效力。

前項之意思表示。若不定其期間。則豫約者得定相當之期間。而以應於其期間內。確答其完結此賣買與否之旨。催告於相手方。若相手方於其期間內不爲確答。則豫約失其

效力。財四一五取二六至二八
三一三二舊商五三二

本條爲關於賣買之豫約。(Promesse de vente) 就賣買之豫約之性質。雖向來於學者間爲有議論。要之此不過當事者意思之解釋。而於向來所譯爲豫約者之中。有非眞豫約而僅爲約束 (Promesse synallagmatique) 者。卽賣主買主相互之約束。是爲純然之賣買契約。縱其履行之期。尙待將來。然契約則可卽時成立矣。夫賣主買主相互之契約。實際可謂極少。由是不必規定。反之而僅僅賣主或買主之豫約。則爲實際所頻繁。此其解釋。多少恐不無疑義。故於本條。設關於此情事之規定焉。蓋由理論上尋豫約之性質。賣主或買主

之一方。負其以某條件而締結賣買契約之義務。相手方則不過於其賣主或買主。對於自己而負右之義務者。與以承諾。故欲實行此豫約。當更締結賣買之契約。雖然。此不過無益之煩勞。故於本條第一項。特定豫約之相手方。若表示完結其賣買之意思。則賣買即爲成立者焉。蓋於此時。以豫約爲生等於請訂之效力者。但此豫約。其性質上與請訂爲異。則固無煩喋喋。夫請訂者。僅止一方之表示意思。未有相手方之表示意思者也。反之而爲豫約。則爲因雙方之表示意思。而生一種契約。即一方以應負義務之事。類於請訂。對於此之他一方。則爲承諾其相手方之負此義務者也。然豫約者比於請訂。爲有加倍有力之意思表示者。此意思表示。苟無相手方之承諾。則終不得取消之。故相手方若欲完結其賣買。即以爲無庸其人特表示新意思焉。亦不可爲有背於理。而因計實際之便利。故特設本條第一項之規定也。

據以上所述。豫約者無相手方之承諾。則不得取消其豫約。而相手方則無論何時。得表示其完結賣買之意思。而成立其賣買之契約。然則此豫約者之位置。甚屬可憐。何則。自己不能破其豫約。而相手方之實行與否。則有自由之選擇權。其權利果何時行之。乃又不可測知。故豫約者常不能不爲實行其豫約之準備。然其畢竟不與實行。又未可知。例如甲對於

乙。豫約以一定之代價。賣米千石。於時甲即無論何時。得有以米千石引渡於乙之事。因此常不得不爲其準備。此於甲頗有不利。於是以本條第二項。定爲豫約者得定相當之期間。而以應於其期間內。確答其完結此賣買與否之旨。催告於相手方。而又定爲相手方若於其期間內。不爲確答。則豫約失其效力焉。但就相手方之意思表示。爲特定期間。限於其期間內。得完結其賣買者。則於其期間以內。固不得爲右之催告。蓋於此情事。豫約者非立於永久不利益之地位也。例如甲對於乙。豫約以一定之代價。賣米千石。而附加之曰。乙非於一個月之內。請求右之豫約之實行。則其豫約當失效力。斯時甲於尙未經過一月之中。即欲催告於乙。而速完結其賣買。亦不可得矣。

第五百五十七條 買主若以手附交付於賣主。譯者按手附即定錢手則當事者之一方。儘其未著手

於契約之履行。買主則得拋棄其手附。賣主則得償還其倍額。而爲契約之解除。

第五百四十五條第三項之規定。於前項之情事。不適用之。取二九

本條乃關於手附 (Arrhes, Draufgabe) 者也。手附之性質。古來各國之慣習。均不一致。蓋當事者之意思。或以之爲解約之方法。或僅爲完結其賣買之憑徵。又即以之爲解約之方法。有僅爲其一方爲解約之方法者。有爲其雙方爲解約之方法者。故法律止設推定之原則。

若當事者表示其異於此之意思。則固從其意思。此各國所皆同也。惟其原則從何而定。則正需研究。而各國之法律。亦不能一其揆。在我邦。則據余之所調查。古來手附。似以爲當事者雙方爲解約之方法。乃最多之慣例。此所以有手附損倍戾之諺也。譯者按手附與倍戾。謂賣主苟悔約而損既付定錢之買主。則須倍還之而爲解約也。故於本條。採用此主義以爲原則。其餘則爲當依當事者之特別意思焉。例如甲欲買受一種不動產於乙。若先以若干金與乙爲手附。則苟無特約或特別之慣習。九二甲得拋棄其手附。而拒不買受其不動產。乙得倍其手附以返還於甲。而拒不賣渡其不動產也。

右止在各當事者未著手於契約之履行時爲然。若一方著手於履行。例如買主付其代價之全部或一部。或賣主引渡其賣買之目的物以後。則雙方均不得爲解約。是又習慣之所夙認也。

本條亦爲解除契約之情事。故依第五百四十五條之通則。若當事者之一方。因解除而受損害。似得求其賠償矣。雖然。似此則將以手附爲解約方法之精神。殆必全成泡幻。當事者各甯沒收其手附爲己物。或受手附倍額之返還。則認爲無復受有損害。固無不可。此本條第二項。所以特定爲不適用第五百四十五條第三項者也。

第五百五十八條 關於買賣契約之費用。當事者雙方平分而負擔之。四取三

本條所以定買賣契約之費用之負擔者。此固因當事者之特約而定之者爲多。然若當事者於此。不爲何等之特約。則於本條。以之爲應由當事者雙方平分負擔焉。此無他。在有償契約。則通常當爲雙方共受平等之利益者。且於買賣。其當事者相互之關係上。賣主則可視爲得其價格相當於可代所失賣買目的之權利之代金。買主則可視爲得其相當於所支付之代金之權利者也。

第五百五十九條 本節之規定。於賣買以外之有償契約。準用之。但其契約之性質。若不許之。則不在此限。財三九五

本條乃以如上所述。賣買之規定。準用於其他之有償契約者也。蓋手附之規定。追奪擔保。瑕疵擔保等之規定。其適用於賣買爲最多。故新民法即據古來外國所行多數之例。就賣買爲之規定。然於他有償契約爲其所規定之事項。亦能見其適用。夫賣買與他有償契約之間。苟無應設差別之故。則以賣買之規定。準用於其他之有償契約。最所當然。但依契約之性質。往往有不許爲右之準用者。除負擔附贈與之本有特別明文者外。五五二在組合契約。甲組合員。以不動產之所有權爲出資。乙組合員。以若干金額爲出資。於此時。縱其不

動產之引渡。爲有期限。然金額之支付。不得推定爲有同一之期限者。^{三七}在和解契約。甲以係爭物之所有權。全然拋棄於乙。更由乙受取其金若干之後。其係爭物判然爲第三者之所有。縱至甲竟不得不以係爭物。返還於第三者。然不得以和解爲解除。而求返還其所與乙之金額。此類是也。

第二款 賣買之效力

本款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。卽賣主之義務。專在移轉其爲賣買目的之權利。故於本段。止就此爲規定焉。但權利移轉之通則。依第一百七十六條至第一百七十八條。第四百六十六條至第四百七十三條等。而已明之。故不於賣買特爲規定。且若以關於不特定物之權利。爲賣買之目的。則以第四百一條至四百三條。第四百七十五條等。爲已足。又雖於以關於特定物之權利爲目的時。就所謂危險問題。亦有第五百三十四條至第五百三十六條之規定。故茲不再贅。其餘則在賣主。雖有以賣買之目的物。引渡於相手方之義務。及儘其引渡以前保存之義務。然此爲移轉權利之當然結果。不但無庸別有明文。且以既有第四百條。第四百八十

三條、第四百八十四條等之規定。亦爲已足。又其他謂賣主有擔保義務云者。爲通常學者之所唱。舊民法及其他外國多數法律之所規定。雖然。此其實。亦不過移轉權利之義務。所生當然之結果。蓋但有移轉權利之義務。若賣主不能移轉之。或不能移轉其不違乎所約定之權利。斯時賣主卽有擔保之義務。卽如權利之全部或一部。屬於他人時。目的物之數量爲不足時。物之一部既消滅時。賣買之目的物有負擔時。賣買之目的物隱有瑕疵時。凡此等情。在賣主爲有擔保之義務。故余不以之爲獨立之義務。認爲包含於移轉權利之義務中者焉。

要之本段雖就移轉權利之義務。爲之規定。惟止以前二編及債權與契約之總則中。所未規定之事項。規定之焉。卽共分其規定爲九端。第一。他人之物之賣買之效力。五六一 第二。亦就他人之物之賣買。若賣主竟不能移轉其權利。其時買主果有如何之權利。則卽所謂追奪擔保之本義。五六一 第三。關於數量不足及物之一部滅失者之規定。五六 第四。關於賣買目的物另有負擔者之規定。五六七 第五。於強制競買時前三種之規定。五六 第六。債權中賣買之資力擔保。五六 第七。所謂瑕疵擔保。五七 第八。因前各種規定之結果。爲契約之一部解除時。或應由賣主爲損害賠償時。特保護其買主之規定。五七 第九。無擔保之特

約之效力。五七是也。

第五百六十條 若以他人之權利為賣買之目的。則賣主負取得其權利。而以之移轉於

買主之義務。取四二六二舊商
五二五二六

他人之物之賣買。為有效耶。為無效耶。向來學者間為有議論。各國之法律為不一揆。蓋在羅馬法。以他人之物之賣買為有效。毫無所疑。其後直至近世。殆亦無以之為無效者。至法國民法。因特定物之所有權。一經契約之效力。即為當由賣主移轉於買主者。遂誤信即時移轉其所有權。為賣買之要素。竟以他人之物之賣買。為目的之不能。故致以為無效。而嗣後凡本於法國民法所編纂之法典中。則多傳此謬種。我舊民法亦從此謬說。以他人之物之賣買為無效焉。至其說明。則余雖信為必因所有權之不能移轉。而視為目的之不能。故以其賣買為無效。然學者則往往又以他種理由說明之。是可謂謬誤之中。又有謬誤。蓋所有權之即時移轉。非賣買之要素。此事如拔速那獨所云。得以特約。延其移轉於後日。縱尚非吾所取。參照一卷期
限節之說明然以不特定物之所有權。為賣買之目的時。其所有權。必於賣買成立之後。始能移轉於買主。多有經若干之時
日而始移轉者即關於特定物。以所有權以外之權利為目的者。其權利之移轉時期。亦得延至後日。蓋無論何人。皆無異言。又僅因契約之效力而認權

利之移轉。此係近世法律所創作。古時之法律。決不認之。卽在今日。凡德國法系之各國。大抵皆所不認。但買賣之爲物。皆爲契約之最。明明當因此而認之。若然。則縱在契約之當時。其爲賣買目的之權利。尙屬他人。以此不能卽時移轉於買主。然賣主若負取得其權利而以之移轉於買主之義務。則爲賣買要素之移轉權利之義務。正可成立。夫取得他人之權利。非決不可能之事。現在不特定物之賣買。其賣主悉從締結契約之後。始取得其物於他人。而以之爲其所有。再以之給付買主。其事至多。所謂供給契約。大概皆然。此在本條。所以以他人之物之賣買爲有效。惟亦如他種情事。賣買爲有移轉其權利之義務者。由是而賣主更必有取得其權利之義務也。

第五百六十一條 於前條之情事。賣主若不能取得其所賣却之權利。而以之移轉於買主。則買主得爲契約之解除。但若於契約之當時。已知其權利之不屬於賣主者。則不得爲損害賠償之請求。財三九五取
五六至五九取

本條以下。乃關於所謂追奪擔保 (Garantie d'éviction) 之規定。而本條則所以定凡以他人之權利爲賣買之目的者。若不能取得之而移轉於買主。則買主得爲契約之解除者也。蓋於此時。賣主爲不果其義務者。故依第五百四十一條之通則。買主自然應有解除權。惟

苟無本條之明文。則從第五百四十一條。雖亦得爲解除。而非於定相當期間以爲催告之後不可。夫既爲賣主不能取得其權利。以移轉於買主。則縱由買主爲催告。亦當無何等之效力。故於本條。令買主得逕爲契約之解除焉。而賣主果應取得此權利與否。則全屬於事實問題。若有爭言。除一任法官之認定外。無他道矣。但就其實際。若見爲賣主雖對於權利者。求其讓渡此權利。而權利者不之應焉。則即認爲不能取得其權利者可也。

在賣買之當時。賣主雖有此賣買目的物之權利。然後日因無能力或強迫等原因。賣主之取得行爲。遭其取消。因而買主亦將失其所買受之權利。若此。則取消本遡及既往。而可令其行爲爲無效。是與最初即無此行爲。爲有同一之結果。一、二故此賣主。可視爲在賣買之當時。已不有此權利者。即依本條之適用。買主固得爲契約之解除也。

論解除之效力。當適用一般之規定。且當用第五百四十五條之規定。故買主非但得求其加利息於所已支付之代價。而爲返還。且若受有損害。并得請求其賠償焉。雖然。損害賠償。限於相手方有過失時。得請求之。故若賣主爲無過失。則當不任損害賠償之責。夫買主而於契約之當時。若不知賣買目的之權利。爲不屬於賣主。則賣主於自己所賣之權利。有不知其果否屬於自己。而混賣之之過失。故不得不任損害賠償之責。然使買主於契約之當

時。明知其權利之不屬於賣主。則賣主之果能取得此權利。而以之移轉於買主與否。本不分明。則因其爲買主所豫知。縱至後日。賣主竟不能取得其權利。以移轉於買主。亦不得謂賣主爲有過失者。故於此時。買主不得爲損害賠償之請求也。

第五百六十二條 賣主於契約之當時。不自知其所賣却之權利。不屬於自己。於此情事。若不能取得其權利。而以之移轉於買主。則賣主得賠償其損害。而爲契約之解除。

於前項之情事。若其買主。於契約之當時。轉知其所買受者爲不屬於賣主之權利。則賣主對於買主。得僅以不能移轉其所賣却之權利。通知其旨。而卽爲契約之解除。六取六一〇。

本條爲保護以他人之物爲賣買之善意之賣主。所設之規定也。蓋賣主若不知其所賣却之權利。屬於他人。而賣却之。則必爲有過失者。乃其原則。故損害賠償之責。通常不得免之。雖然。不能取得其權利以移轉於買主。則其賣買終不能履行。然則賣主若於其所賣却之權利。雖發見爲不屬於自己。而仍於其目的物。或新引渡於買主。或以其所既引渡之物。依然留之於買主之手。則賣主不得不對於真權利者而負其責。而使賣主雖以此事。注意於買主。買主乃已滅失或毀損其物。則買主亦應對於真權利者。而負責任。固無論已。然賣主既以有賣及他人之物之過失。真權利者得對之而請求損害之賠償。而賣主之對於買主。

雖亦得請求其賠償損害。^{九七}○然而已有二損焉。第一。先負爲損害賠償於真權利者之責。第二。若買主爲無資力。則應竟歸於賣主之損失。故賣主或欲拒不引渡其物。或欲收回其所引渡之物。實不得不謂爲正當之希望。而此賣主。縱使爲有過失。究爲善意者。故有特加保護之理由。此所以於本條之第一項。以此賣主爲得賠償其損害而爲契約之解除者也。右雖就買主亦爲善意者而言。若買主於契約之當時。已知其所買受之權利。不屬於賣主。則賣主不負損害賠償之責。既如前條之所論矣。故於此時。賣主對於買主。僅通知其不能移轉所賣却之權利。以爲契約之解除。卽爲可爾。

第五百六十三條 爲賣買目的之權利。若因其一部屬於他人。而賣主不能以之移轉於買主。則買主得應其所不足部分之成數。而請求其代金之減額。

於前項之情事。若僅此餘存之部分。買主將不買受之。則善意之買主。得爲契約之解除。代金減額之請求。或契約之解除。善意之買主。爲損害賠償請求之事。不爲所妨。^{財三九}
四三六
五取六

本條規定關於一部追奪之情事。一部追奪云者。爲賣買目的之權利。因其一部屬於他人。賣主不能以之移轉於買主之謂也。例如賣主爲共有者之一人。而賣其完全之所有權時。

物之一部。屬於賣主之所有。而賣其全部之時。爲賣買目的之權利能因期限或條件之到來而消滅者。而賣其永久之權利時。皆是。凡此情事。得適用全部追奪之事之原則。解除其契約之一部。應其不足部分之成數。而請求其減此代金之額焉。例如賣買之目的。爲完全之所有權時。若賣主爲半分之共有者。則使其賣買之代價爲一萬圓。買主得請求其減去五千圓之額。又如賣千坪之土地時。賣主若爲七百坪之所有者。則使其代價爲一萬圓。買主得請求其減去三千圓之額。又如賣五十年間之地上權時。其權利若因解除條件之成就。十年後已爲消滅。則使其賣買之價爲千圓。得請求其減去八百圓之額也。

以上言賣買之一部解除。然此往往爲學者所不認。蓋解除權爲不可分之說。爲通常人之所唱也。雖然。余則信其爲謬。蓋爲賣買目的之權利。若爲可分。則賣買即得就其一部而成。立。故即使解除其一部。得就他部分而爲賣買之餘存。實所不容疑也。而此代價之減額。正不得不謂爲契約之一部解除。何則。爲賣買目的之權利。其一部不能移轉於買主。即對之而求減此代價之額。則謂此爲即於賣買之構成成分及其代金。求爲一部之消滅者。無不可也。故余從理論。信本條爲認此一部之解除者。惟與以下所論全部解除之情事。欲明爲區別其用語。故特用代金減額之字樣。而不用一部解除之字樣焉。參看五四四

或曰。在第五百二條。解除權之不許一部代位。則豈非以解除權爲不可分者耶。此非也。解除權之性質。未爲不可分。但在契約之全部。本有解除之原因。乃欲置之不問。以爲其一人得就其一部。行此解除。他一人則得就其他部分。而不行之。是必致成立其反於當事者意思之契約矣。

以上不過爲以關於全部追奪之原則。適用於一部追奪而已。然於此有在一部追奪之所特別者。無他。一部追奪之結果。其僅存之部分。所與買主以利益者蓋尠。買主因有不欲保存之者。於此情事。若其買主爲善意。則非令其得於契約爲全部之解除。非但買主被其非常之不利。並其所得之權利。在買主之手。殆成無用。故於經濟上亦頗有不利。此所以有本條第二項之規定也。例如買主欲建百坪之房屋。而附之以相當之庭園。因買千坪之地。乃其九百坪全係第三者之所有。竟遭追奪。所餘僅不過百坪。則買主終不能建築適於住居之房屋。故其初苟卽知之。決不買受此土地明矣。似此情事。則買主不但得請求其代金之減額。當爲得解除其契約之全部者。

或曰。右之情事。買主以得爲損害賠償之請求。當無被損失之事。又其土地。在買主卽全爲無用。再賣却於他人亦無不可。何必定須解除其契約之全部乎。則應之曰。其然。豈其然乎。

夫損害賠償之爲物。常據不確實之標準定之。故罕有能眞償損害者。此既屢屢論之矣。又買主縱欲賣其土地。若不能卽得此適當之買主。則其土地。非久不爲用。卽買主將以不當之廉價。而不得不賣之。必致益被其損失。此所以甯不如令此買主。得解除其契約之全部之爲愈也。

契約全部之解除權。限於善意之買主爲有之者。蓋惡意之買主。在買賣之當時。既知其所買受之權利。其一部有終不能得之之事。故至後日而以不能得此爲藉口。固無令其得解除契約全部之理矣。但第一項所規定一部解除之權利。雖惡意之買主亦有之。是無他。其買主所不能得之之部分。若竟爲不得請求其代價之減額者。則賣主將僅以權利之一部與買主。而受其代價之全部。能生至不公平之結果也。

買主若爲善意。則不問其爲一部解除之情事。爲全部解除之情事。總之得對於賣主。爲損害賠償之請求。此雖可依前二條之所說明。而略明其意。然尙有二義。第一。必明言限於善意之買主。有此權利。第二。代金減額之請求。雖據余所信。卽爲契約之一部解除。然在世之學者中。有疑之者。且因其字樣之不同。或疑第五百四十五條之通則。殆不能適用於是。故特於本條第三項明言之耳。

第五百六十四條 前條所定之權利。其買主若爲善意。則由知其事實之時。若爲惡意。則由爲契約之時。要於一年內行使之。取四三三
項五四三

前條所定之權利。或可測定其權利所不足之部分。應其成數而減代金之額。或可僅就餘存之部分。由買主調查其應買受之與否。夫此等調查。多困難於事實。故使之於長日月之後。得行前條之權利。則將不易得事實之證據。因而有慮其生困難之爭者。故於本條。定其應行使右之權利之時間焉。而若依其爲期間之普通時效。以之爲二十年。一六七則可謂失之大長。故於本條。則又定之爲一年。而其起算之點。則因買主之善意惡意分之。若爲善意。則在賣買之當時。買主固不知有前項之權利。故其不行使之。不得以爲買主之怠慢。卽其起算之點。爲買主知其事實之時。卽知其權利之一部屬於他人之時。若爲惡意。則其初早知所買受之權利。其一部屬於他人。故起算於契約之卽時也。

右之期間。乃所謂豫定期間。而非時效。故不得以時效之中斷或停止之規定。適用於此。但買主若爲善意。則當由知其事實之時。爲起算點。故右之期間。往往有超過普通之時效期間者。於此情事。買主之權利。旣因普通之時效而消滅。故縱在本條之期間以內。亦爲不得復行之者。

或問第五百六十一條及第五百六十二條之情事。即全部追奪之情事。其行使買主之權利。初不定別段之期間。故因普通之時效。即二十年之時效。始能消滅其權利。乃於前條一部追奪之情事。則特爲短縮其期間。其所以然之故若何。是無他。全部追奪之情事。其賣主或買主。均爲得解除其契約之全部者。故但能證明其賣買目的之權利。屬於他人。即可爲之。無庸令於特別之短期間。行其權利。反之而在一部追奪之情事。則如前所述。應證明以難於證明之事實。故特以之爲應於短期間內。行其權利者焉。

第五百六十五條 指示其數量而爲賣買之物有不足時。及物之一部在契約之當時已

滅失時。若買主不知其不足或滅失。則準用前二條之規定。三四三、四四八至五四、舊商五

本條就物之數量之不足及物之一部滅失時。爲之規定。此等情事。在舊民法。雖置之於擔保問題之外。然第一情事。以之爲瑕疵擔保之問題。最爲妥當。第二情事。則雖全非擔保問題。然關於此之規定。以爲與一部追奪之情事相同。實爲至當。蓋因物之一部。屬於他人。而買主受一部之追奪。此與物之一部。自始即爲滅失。物之數量。計有不足。其損害所加於買主之程度。殆無所異。故此三種情事之規定。似毫無區別之理由。此本條所以以一部追奪之規定。準用於右之二種情事也。但此情事。必須善意之買主。否則謂賣買之目的物。即在

此已滅失一部之餘部、或已缺之數量、亦無不可矣。

或問。物之數量不足時。即謂爲瑕疵擔保之情事。然則但準用前二條一部追奪之規定。而不適用第五百七十條瑕疵擔保之規定。果何故歟。余答之曰。依學理上之性質言之。問者之疑。洵爲有理。然成法不必拘泥於理論。當考實際之便否。而設規定。故或就其性質之異者而同其規定。此例不遑枚舉。如本條卽其一例也。蓋在瑕疵擔保之情事。理論上以爲與一部追奪。可設同一之規定。雖無不妥。然因物有瑕疵。而能減其價格之幾分。頗爲困難之問題。從而以之爲準用第五百六十三條之規定。頗有所不便。反之而在數量不足之情事。則以不足之部分。與餘存之部分相比較。卽可知其成數。故依第五百六十三條之規定。爲最容易者。此所以前者不依第五百六十三條之規定。而後者則依之也。

第五百六十六條 賣買之目的物。於爲地上權、永小作權、地役權、留置權、或質權之目的時。買主若不知之。則限於因此而不能達其爲契約之目的時。買主得爲契約之解除。於其他情事時。則止得爲損害賠償之請求。

前項之規定。於本稱存於其賣買目的之不動產之地役權。有不存時。及就其不動產已有登記之借貸借時。準用之。

於前二項之情事。其契約之解除。或損害賠償之請求。買主要於由知其實事時之一年以內爲之。財三九五。取六五。

本條就一種之一部追奪之情事。爲之規定。卽就他權利附著於賣買之目的物時。及爲賣買目的物之利益。所存之地役權。有不存時。爲之規定者也。此等情事。由理論言之。亦不得不謂爲一部追奪。蓋欲買完全之所有權者。而僅不過得一共有權。與欲買完全之所有權者。而僅不過得一扣除地上權。永小作權。地役權等之不完全所有權。學理上無毫末之差異。卽與欲買完全所有權。又加一地役權者。而僅得一所有權。亦不得不爲相同。其他如就其賣買之目的物。存有留置權。質權。賃借權者。是等權利。固非所有權之支分權。參照二卷條下之說明然或妨所有之占有。或生妨其使用收益之結果。故亦可謂爲滅殺其權利之一部者。若然。則是等皆爲一部追奪。似當以第五百六十三條及第五百六十四條之規定。適用於此。雖然。由實際之便益觀之。則因是等權利。存於賣買之目的物。能減其物之價格之幾分。極難量定。故於本條舍理論而從便益。若因有右之欠缺而不能達其所爲契約之目的。則得由買主爲契約之解除。至其他情事。則僅不過得求其賠償損害而已。蓋買主所現在之損害。多易於評定其權利欠缺之成數也。且損害額之評定。縱非甚易。然此事有終不能

免者。三五六三項故以權利欠缺之成數。難於評定。若更以此加之。則有益重其困難者矣。

本條止保護善意之買主。蓋於權利之一部。屬於他人之情事。則當事者之意思。當往往有以此爲應由賣主先取得之。而以之移轉於買主者。故雖惡意之買主。亦得請求代金之減額。然本條所規定之權利欠缺情事。明知之而尙爲賣買。此買主。苟非以有相當於其欠缺之廉價。殆必不爲此賣買。故惡意之買主。毫無庸復保護之。況於本條。并爲不認代金之減額者耶。故終不得依第五百六十三條第一項之類之規定也。

因本條之權利。亦與一部追奪之情事。爲同一之理由。故短縮其權利之行使期間。爲一年焉。而本條之買主。常爲善意。故右期間之起算點。卽爲買主知其事實之時爾。賃貸借。特止就已登記者言之。是無他。無登記之賃貸借。本不得以之對抗於爲第三者之買主也。

第五百六十七條 有先取特權或抵當權。存於賣買目的之不動產之上。若因行使之而買主失其所有權。則其買主得爲契約之解除。

買主若爲出捐而保存其所有權。則得對於賣主而請求其出捐之償還。

無論右之何種情事。買主若受其損害。則得請求其賠償。財三九五。取六六。

本條乃亦可謂爲條件附全部追奪之情事。理論上則加之於一部追奪之中。無他。賣買之目的物。若有先取特權或抵當權存焉。則買主非必應受追奪者。惟債務者若不履行其債務。則先取特權者或抵當權者。行使其權利。可竟致失其物之所有權。此余所以謂之爲條件附之全部追奪也。雖然。右之權利。因債務者之履行。忽消滅之。竟不累及買主。亦事所恆有。又即使右之權利。有畢竟不能出於行使者。然其儘行使權利以前。買主爲純然之所有者。固得使用其所買受之物。故不得與他人之物之賣買。同一視之。有固然者。此余所以謂之爲一部追奪也。雖然。一旦若行使此等之權利。則其結果。與全部追奪無異。故與第五百六十一條。從同一之原則。而與買主以契約之解除權焉。惟此情事。有二特別之點。

第一 縱使買主不因行使右等之權利。而失其所有權。然若有所出捐而保存之。例如對於債權者行其滌除。或辨濟其債務之全部。以止其行使右之權利。則雖本無解除契約之理由。然其出捐之償還。固應得請求於賣主。不然。賣主將能爲不當之利得矣。三三七

至三八四

第二 在本條之情事。不問買主之善意惡意。仍如全部追奪之情事。然在全部追奪。則惡意之買主。固不得爲損害賠償之請求。五六一然在本條。則雖惡意之買主。亦得請求其

賠償損害。而此則無論爲契約解除之情事。爲前項之情事。皆所同然。是無他。先取特權抵當權之性質。非必需行使者。債務者若能辨濟其債務。則竟可不行使此先取特權或抵當權。故買主卽正知有是等權利存焉。猶以取得完全所有權之意思。而爲賣買。其事正多。於此情事。以賣主能速辨濟其債務。務者亦非自必令買主安全得其權利。然則因賣主不盡此義務。買主所有權竟行被奪。或爲出捐而僅得保存之。故對於其有過失之賣主。而得請求損害之賠償。固所當然者也。

在本條。止言不動產上之先取特權。而不言動產上之先取特權者。是無他。動產之先取特權。在已引渡於第三取得者之物之上。不得行之。三三而動產之買主。則非受其引渡之後。固不得以其權利。對抗於第三者也。八一七但在理論上。則引渡爲對於第三者之條件。在當事者間。則縱無引渡。賣買亦正可成立。故卽就動產之先取特權。亦非不得想像其本條之適用。然此固罕有之事例。故法律不特設此之規定也。

本條更於二點。似爲稍不完全。

第一 止言以所有權爲賣買目的之情事。不言以他權利爲其目的之情事。故本條之規定。凡存於地上權或永小作權之上之先取特權或抵當權。則不能適用之。此似當稍爲

缺點。雖然本條之規定。本爲當然。殆不待言。故縱無明文。然於右之情事。亦可適用等於本條之原則。即在動產之先取。特權亦可用之蓋買主若失其所買受之權利。則有移轉其權利之義務。之賣主。未可謂爲已履行其義務者。故因賣主之不履行而有解除權。固所當然。夫在通常之情事。雖於一旦爲催告以後。始得爲解除。一五四然於此情事。其履行因賣主應任其責之事由。而不能爲。故買主得從第五百四十三條之規定。逕爲契約之解除焉。又買主若爲出捐而始保存其所買受之權利。則買主常爲不當之利得。故以對於買主負償還之義務。爲其通例。而於右之無論何種情事。買主皆有不履行其債務之責。故有損害賠償之義務。亦所不待言也。

第二 止言先取特權及抵當權之事。不言質權之事。是亦可謂缺點。然在質權。既有前條之規定。故買主若爲善意。則得依前條之規定。而解除其契約。或請求其損害之賠償。惟買主而爲惡意。或買主雖爲善意而不欲行前條之權利。或因既行前條權利之後。始生本條之事實。欲再行本條之權利時。則全無其規定。故不得不從前段之所述。以此爲依一般之原則。而有同一之權利者焉。或曰。不動產質。則可準用關於抵當權之規定。一三六又在動產質。則非買主受其物之引渡以後。不得以其權利。對抗於第三者。故大抵可依

前條之規定。而解除其契約。從而其所須於本條規定之適用者。蓋必甚稀。然亦有二說。
 (一) 在不動產質。非能準用關於抵當權之規定。止能準用抵當權之章所規定。三六故
 於第五百一條第一號、第五百七十七條等。皆於抵當權之外。列舉質權焉。是可明質權
 之不包含於本條中矣。其初以不動產質。爲當準用關於抵當權之規定者。因而不列舉
 仍儘原案之權。而
 存焉。故貽此缺點。(二) 在動產質。則或者之所言。雖大抵中肯。然買主得令質權者爲自
 己而爲占有。故有既受其物之引渡。而不消滅其質權者。但此爲稀有之情事。故即等於
 動產之先取特權。不特設規定。殆亦難爲缺點也。

第五百六十八條 於強制競買之情事。競落人依前七條之規定。得對於債務者爲契約
 之解除。或請求其代金之減額。

於前項之情事。債務者若爲無資力。則競落人對於受代金之配當之債權者。得請求其
 返還代金之全部或一部。

於前二項之情事。債務者知其物或權利之欠缺。而不聲明。或債權者知之而請求其競
 賣。則競落人得對於其過失者。而爲損害賠償之請求。七取六

本條乃定強制競賣時之擔保義務者也。蓋強制競賣。亦爲一種賣買。此事雖人所不疑。然

何人果應立於賣主之地位。則向來爲學者所有之議論。據余所信。則賣主爲債務者。而非債權者。蓋債務者不待受此強制。固自應履行其債務。若當以支付金錢而爲履行者。其囊中苟無此項金錢。則須從速賣却他財產。以得金錢。而充其債務之辨濟。然則債權者至於不得已而用強制執行。此事必由債務者不自盡其應盡之義務。故債權者。不過依同於第四百二十三條所認權利之權利。代債務者而賣却其所有之財產。若然。則債權者於藉執達吏而爲競賣之時。非自爲賣主而爲競賣。即不得不視爲代債務者而爲之者。此則本條之所認也。

在本條就普通之情事爲規定。即就債權者競賣其債務者之財產時爲規定焉。然其例外。競賣者之目的。有不屬於債務者者。即第三者供其擔保之時。所謂物的保證之情事。是也。於此情事。其財產不屬於債務者。故賣主非債務者。而爲以其財產供此擔保者。即物的保證人是也。蓋本條止豫想普通之情事。而用債務者 (Lex Statuit de eo quod Plerumque) 之字樣。然此不過就多數之情事而爲之規定。不憶及極爲例外情事之物的保證一事。而此情事。惟當以物的保證人代債務者而適用本條。所不容疑。但在法文。則或不免有幾分之未備矣。

一旦既以債務者或物的保證人爲賣主。則當以前七條之規定。適用於此。似不待言。然論其實際。此其人非自爲賣却。蓋多反於其意思。而由債權者爲此競賣。故不可令其因此而收不當之利得。雖無論已。然亦不能以過失責之。故競落人雖得從前七條之規定。爲契約之解除。或請求代金之減額。其實際爲可請求償還代金之一部。初不得對於債務者而請求損害之賠償也。但其人若知其物或權利之欠缺。則應爲之聲明。乃當然之義務。若不爲之而坐視競落人受其損害。則與欺之者殆無以異。故不得不對之而賠償其損害也。

前條之規定。於強制競買之情事。可不見其適用。何則。先取特權及抵當權。能因競落而消滅。此爲民事訴訟法之所規定。民訴六四九二項至四項民施五一。故前七條三字。甯可改之爲第五百六十一條至第五百六十六條十五字。庶較合乎。

以上雖就債務者或物的保證人之義務而論之。雖債權者亦有時而不能不負責任。蓋於理論上。則以債務者或物的保證人爲賣主。固不容疑。蓋其實際。債權者爲自己之利益而爲競賣。固所不能諱者。故其原則。債權者雖無責任。然若債務者爲無資力。則對於受此代金之配當者。譯者按配當二字係日本名詞謂照其所應取之額而由代金內支配以當其數也。即對於債權者。得請求其返還代金之全部或一部。有不得不然者矣。蓋債權者於物或權利有欠缺時。則不外乎以此債權者

爲就其全部或一部。受不當之代金於競落人者。何則。物若全然不屬於債務者之所有。則此時之債權者。原無就其物而可受辨濟之理。故方其競落人爲契約之解除。卽應返還其所受取之代金。有固然者。又物或權利之一部。屬於他人之時。或數量爲不足之時。則債權者爲受其代金而得過當之金額者。故應返還其一部。固無論已。若競落人言明苟知其有欠缺卽不買受其物。則此時竟得解除其契約。而求其返還代金之全額。亦爲理所當然。而於債務者有資力時。債權者本爲辨濟其債權而受取其代金者。故當令以債務者之他財產。償還其代金之全部或一部於競落人。若債務者爲無資力。則勢不能不令其對於債權者而得求返還也。

因以上所述之理由。債權者之返還其代金之全部或一部。雖一不外乎不當利得之返還。然若債權者知其物或權利之欠缺。則或不當請求其競買。或應明示其欠缺而請求其競買。乃不爲之而漫請求其競買。此時殆與欺此競落人者相等。故對之而應任損害賠償之責。所當然矣。

第五百六十九條 債權之賣主。若擔保債務者之資力。則推定爲擔保其契約當時之資力者。

未至辨濟期之債權之賣主。若擔保債務者將來之資力。則推定爲擔保其辨濟期日之資力者。取六

債權之賣買。固亦如他之賣買。賣主爲有擔保之義務。例如賣主若誤賣却其屬於他人之債權。則務必取得其債權。而以之移轉於買主。若不能移轉之。則買主得請求其解除此賣買。且有多處。得請求其損害之賠償。又若以屬於賣主與他人共有之債權。爲屬於自己一人者而賣却之。則買主得視其情事。或請求其契約全部之解除。或解除契約之一部。僅請求其代金之減額。又債權之額。若少於賣主所明言之額。則買主亦常有同一之權利。又於債權爲質權之目的時。多爲買主得請求其解除契約之情事。雖世之學者及立法者。大抵尙以債權全不成立之情事。爲一種擔保之情事。然此恰與普通賣買之目的物不存者相等。故不生擔保之問題。惟爲賣買因無目的物而不成立之情事而已。

以上爲當然而不待言者。故於新民法。不別設明文。惟於債權之賣買。有特別之擔保問題焉。無他。即資力擔保之問題是也。蓋債務者之有資力與否。恰與土地之有收穫與否。同爲不可知者。通常固賣主之所能擔保。雖然。債權之賣主。往往有欲其賣主保證債務者之爲有資力者。是蓋買主於債務者。多不相知。故一信賣主之言以買此債權。故於賣主謂債務

者爲有資力之時。則欲其負此言責。固不能不謂爲至當。故於債權之賣買。頗多有資力擔保之特約者。於此時。其特約之效力果如何。是本條之所規定也。

由理論言之。則賣主既言擔保債務者之資力。買主方求其債權之履行。似必保證其債務者。果有履行之資力矣。然此非常事者之意思。可謂爲過重其賣主之義務者。夫人之資力之爲物。譬猶浮雲。今日有巨萬之富者。明日不保無失路之事。故言某人有資力。乃謂在今日爲有資力。如保證將來之某人。決不爲無資力者。則畢竟有所不能。故於本條。計事物之常理。推測結約者普通之意思。若當事者僅止於擔保債務之資力。則此惟推定爲止於契約之當時。擔保其資力者。然賣主若特爲擔保其債務者將來之資力。則亦無以此契約爲無效之理。惟於此情事。不得不於其債權。依既至辨濟期與否爲區別焉。債權而既在辨濟期。則買主得即時請求辨濟。此而猶令賣主爲擔保債務者將來之資力者。故卽至幾年之後。買主請求其辨濟。若債務者於其時爲無資力。賣主不得不任擔保之責。但於此時。亦應斟酌事情。而推測當事者之意思。未必能以賣主爲有永久之義務者。蓋亦不少。此義務亦當權務

一六七一項之時效固無論已。若債權未至辨濟期。而言債務者將來之資力。則於最多之情事。當謂債務者至辨濟期必有資力。此於本條第二項。所以推定爲擔保其資力於辨濟之期日者也。

資力擔保之義務。果謂如何之義務乎。曰。於債務者無資力時。其債務所不能辨濟之部分。賣主當代之爲辨濟者是也。其通常之情事。如因債務之不履行。所生利息。及其他損害之賠償。亦可於其中包含之。

第五百七十條 賣買之目的物若隱有瑕疵。則準用第五百六十六條之規定。但於強制

競賣之情事。則不在此限。

取九四五一〇三商
三四五四四新商二八八

本條乃關於瑕^⑤疵^⑥擔保 (Garantie des vices cachés) 者也。蓋賣買之目的物若隱有瑕疵。則買主所取得之權利。不能有所期望之價值。故因此而買主當受損害。固不待言。然則己所欲賣之物。賣主必較買主爲稔悉。故若隱有瑕疵。則不可不告之買主。而使得確審其可買與否。不然。卽視賣主爲保證其物之無瑕疵者。亦不可謂之過酷。此瑕疵擔保之所由生也。夫各國之於此事。雖皆有細密之規定。然在新民法。則以本條僅準用第五百六十六條之規定。若其買主有可認爲知其瑕疵。即不買其物之情事。買主得爲契約之解除。於其他之情事。則止得爲損害賠償之請求而已。蓋在外國之法律。雖多於此情事。許爲代金減額之請求。然因有瑕疵而減代金。其減額應減至幾成。極難算定。往往不得不一任法官之擅斷。此恰如賣買之目的物。有地上權永小作權等之物權。附著其上之情事。殆無二致。故

甯準用第五百六十六條。於解除權之外。僅一切認其損害要償權焉爾。

瑕疵擔保。於強制競買之情事。則不認之。蓋至強制競買之後。如行其擔保權。不但惹起極煩雜之結果。且於競賣時買物者。常於其物。豫期其多少必有瑕疵。特以幾分之廉價而買取之耳。故即使不認其瑕疵擔保之權。殆亦不至有甚不公平之結果也。

第五百七十一條 第五百三十三條之規定。於第五百六十三條至第五百六十六條及前條之情事。準用之。

於買主得請求其損害賠償時。即於有第五百六十三條至第五百六十六條及前條之情事時。其買主雖得爲損害賠償之請求。然仍負支付代金之義務。故若賣主而爲狡獪。當有先受取代金於買主。而不爲損害之賠償者。若買主而爲狡獪。又當有先受損害之賠償。而不支付代金者。是不得不謂爲兩俱有失公平。故準用第五百三十三條之規定。雙方均得爲儘其相手方未提供其債務之履行以前。拒不履行自己之債務者焉。而第五百三十三條。爲關於履行雙務契約之規定。故如損害賠償之不由契約而生之義務。則當然不能適用是條之規定。又於契約解除之情事。則雖有第五百四十六條之規定。然於契約不解除之情事。則不得不別置明文。至代金減額之情事。在理論上雖已如前此所論。即爲契約之

一部解除。然既因便宜之故。不用解除字樣。遂致不見明文。則必將生適用上之疑問。容有以不能適用解除規定之說。爲至當者。此所以要有本條之明文也。

第五百七十二條 賣主雖以前十二條所定不負擔保責任之旨。爲特約時。然於其知而

不告之事實。及自爲第三者設定或讓渡之之權利。則不得免其責。財三九六取
七一七七

以上除第五百六十九條之情事以外。雖無當事者之特約。法律上悉定爲當然由賣主負擔其義務者。然此初非公益之規定。故當事者得或重以義務。或則輕之。即於五六九之情
事固亦得以特約

增減賣主
之義務者 例如有追奪時。賣主得於以代金返還買主之外。更以應付等於代價之金額爲

違約金之旨。相約定。或亦可約定即有追奪。僅止返還其代價。可不復賠償其損害。又或有約定買主雖有應遭追奪或發見瑕疵等事。賣主可一切不任擔保之責者。本條則就此最後一種之情事。而設爲規定者也。蓋賣主不任擔保之責。而由約定。此固隨當事者之意。然不能因此而免其詐欺之責。蓋自行詐欺。而曰不任其責。乃不法之最甚者。此種契約。以其目的之爲不法。不得不謂爲全然無效。夫賣主或自無權利。或其權利之一部屬於他人。或其數量爲不足。或物之一部既爲消滅。或物有瑕疵。凡此等情。若可以明知而不相告。而特約爲不任擔保之責。則是明知法律上自己當有責任。而隱蔽其事實。故以不負擔保之責

之旨爲相約者。是非詐欺而何耶。故於此等情事。則縱有無擔保之特約。其特約亦爲無效。賣主不得任以上所定擔保之責。若夫賣主於既爲賣買以後。自於其目的物之上。爲第三者設定其權利。或以其所既賣之權利。讓渡於第三者。因之而令買主失其權利之全部。或一部。則此雖爲契約以後之事實。然實爲因賣主之行爲。而令買主失其權利者。故於此應負責任。固所不待言也。然而本條則猶必明言之者。無他。一旦既就賣主知而不告之事實。明言其有責任。則併此情事而明言之。不但欲以明賣主之責任。且於此情事。當不與普通不法行爲之情事。同其結果。甯與賣主知其事實而不告之之情事。生同一之結果。故特於本條明言之。蓋甲之情事。爲純然擔保之情事。乙之情事。則等於因賣主之所爲。奪買主之權利。故於理論上。則此二者雖有不同。然無論何種情事。皆可視賣主爲不盡其移轉權利於買主之義務者。故其責任。亦不得不爲同一也。蓋賣主有移轉其權利於買主之義務云者。非謂移轉於一時而可即奪之。固謂全然移轉之。而更不收回之也。故若雖移轉之於一旦。而旋更奪之。則猶當謂此賣主爲不盡其移轉權利之義務者爾。

或曰。賣主不盡移轉其權利之義務。或由不法行爲而負義務。於其結果。當無所異。曰不然。於不法行爲之情事。僅由被害者。得以現被損害之賠償。請求於加害者而止耳。然賣主若

不盡其義務。則買主得解除其契約。或免其支付代金之義務。或求返還其所已支付之代價。而其額乃往往有多於現在之損害額者。例如賣買目的物之時價爲千圓時。買主若以千二百圓買之。則因不能取得其權利之所受損害。雖爲千圓。然若因賣主不履行其義務。買主解除其契約。則得免其千二百圓之義務。或求返還其所已支付之千二百圓矣。

或又曰。賣主既一旦移轉其權利於買主。則縱使爲第三者。設定權利或讓渡以所既賣之權利。亦爲無權利者空設定或讓渡權利。故於法律上無何等之效力。當爲無害於買主之權利者。曰亦不然。在當事者間。雖已移轉其權利。然若買主未爲登記。或未受讓渡。則不得以其權利。對抗於第三者。一七七 七八於此情事。其賣主與買主之關係。雖爲賣主已失其權利。買主已取得其權利。然對於第三者。則賣主依然爲權利者。故其所設定或讓渡之權利。若登記之或爲物之引渡。則買主亦不得不認其權利。此所由起右之問題也。

二 賣主之權利

賣主所主要之權利。在對於買主而請求其代金之支付。而其代金。有應附以利息者。五二七此外雖買主有受其物之引渡之權利。然甯以此爲附屬於賣主引渡其物之事項。關於第四百十三條。所謂債務者遲滯之責之一般規定。足以明之。在本節不別設此規定矣。

第五百七十三條 引渡其買賣之目的物。若有期限。則其支付代金。亦推定爲附以同一

之期限者。取七四舊商
五四一、二項

本條爲代金支付之定其時期者。蓋此時期。雖以定之於契約爲通例。然若不定之。則其原則。賣主爲任何時得請求其支付者。四一三。雖然。若賣主引渡其物之義務。爲有期限。則代金之支付。卽無何等期限。亦推定其支付。爲當於其物應爲引渡之時期而爲之者。是無他。賣買爲雙務契約之最著者。從第五百三十三條之趣旨。不能不以雙方之義務同時履行爲本則。否則不但惟買主卽時支付其代金。賣主則不於卽時引渡其物。且卽至其期限。猶不保無怠之者。似此則爲僅有買主忠於契約之履行。而賣主則不盡其義務。頗不免於不公。故卽論習慣。亦常以支付代金。與物爲卽時之交換。又當事者之意思。亦多於此存焉。故於本條。爲一般之推定。而於應引渡其物之時期。卽亦爲應支付其代金者。但本條之規定。不過一種推定。若當事者明有與此相異之意思。則固爲當從其意思者。卽物之引渡。縱應於一年後爲之。然代金爲當卽時支付。或六個月以後支付之。皆其類也。

第五百七十四條 若與賣買目的物之引渡。同時當支付其代金。則要於其引渡之場所

支付之。取七
五

本條蓋定支付代金之場所者也。此場所。若依第四百八十四條之通則而無特約。則當於債權者之住所。即賣主之住所爲之。而若物之引渡。與代金之支付。其時期爲不同。則當爲當從此原則者。然若物之引渡。當與代金之支付同時。即依前條之規定。在普通之情形。爲當於引渡其物之場所。而支付其代金者。即若依第四百八十四條。而無別種之規定。則其物若爲特定物時。當於賣買之當時。其物所存在之場所。其物若爲不特定物時。當於債權者現時之住所。即賣主現時之住所。與受其物之引渡。同時爲應支付其代金者。是蓋因與前條同一之理由。而從同時履行之原則者也。

第五百七十五條 未引渡之賣買目的物。若生果實。則其果實。屬於賣主。

買主由引渡之日。負付其代金利息之義務。但代金之支付若有期限。則儘期限之到來。無庸付以利息。六取七

本條蓋定賣主於物之果實。及代金之利息。所有之權利者也。

第一 果實

果實本爲成其物之一部者。物之所有者。當然應取得其果實。所不待言。故由純理言之。則賣買目的物之所有權。當由移轉於買主之時。果實始爲亦屬於買主者。賣買之目的物。固非必爲所有權。即

地上權、永小作權、使用借權等，若為賣買，亦生同一之問題。然欲避其煩，暫止就所有權言之。且於新民法，則依舊民法及羅馬法等之主義，以物之危險，為由賣買之時，即移轉於買主。是為本則。^{四五}故欲令其與此得其權衡，亦以使果實歸於買主，為當然之事。而由此理由言之，則縱使物之所有權，依特約而不即移轉於買主，其果實似猶當屬於買主。然此於實際多所不便，其故如何。蓋有三義：第一，賣主對於買主，不得不與以請求保存其物之費之權利。第二，不得不令買主，由契約之當時，即付其代金之利息。第三，更進一步論之，物於生有果實之時，既以為當以果實與其買主，則假使其物不生果實，而由賣主使用之，亦不得以其使用之對價，付於買主。不然，則其結果之為不公平，更不煩喋喋矣。雖然是之極其煩瑣，殆為實際所難行。故於本條，以便宜之故，令其儘物之引渡以前，以果實屬於賣主。於其引渡後，始以之屬於買主焉。而此為不隨所有權為移轉之問題。故所有權在賣買之當時，即移轉於買主。與物雖引渡而所有權尙未移轉，皆為非所拘焉者也。

第二 利息。

依一般之規定，買主若不為應付利息之特約，則苟無遲延之責，不得不謂為毫無庸付其利息者。而其支付代金，若有期限。^{參照五}則過其期限而仍不支付代金，即有遲延之責。^{一四}

項三 故由期限到來之時。當生支付代金之義務。若無期限。則當由受支付代金之請求時。乃任遲滯之責。三四 項一 二 故由受其請求之日。爲應付其利息者。然賣買之目的爲有體之物。於賣主應引渡其物之時。則如前項所論。欲保公平。當由其引渡之日。爲應支付代金之利息者焉。蓋買主當由引渡之日。取得其果實。故若不就代金而付以利息。則利專在買主而不利專在賣主矣。然於引渡以前。則果實當屬於賣主。故若於其時而以買主爲即有支付利息之義務者。則利又專在賣主而不利專在買主矣。故買主在應於物之引渡前支付代金之時。賣主固得請求其代金之支付。若買主任意不支付之。則雖得對之而爲強制執行。然不得依第四百十九條之通則。而令買主支付其利息。欲與是保其權衡。則代金支付之時期。雖在物之引渡以後。然似猶當從引渡之日。爲應付代金之利息者。然於本條第二項。則特推測當事者之意思。其代金支付之時期。在物之引渡時期以後者。以爲當事者有與買主以特別利益之意思。買主雖取得物之果實。儘其期限之到來。爲無庸付其代金之利息者焉。是果能適合於當事者之意思與否。雖稍稍不能無疑。然畢竟本條之規定。不過爲推測當事者之意思。而設大概之規定者。故若當事者有與此相異之意思。則可以之爲特約。故無庸深論本條之當否也。

第五百七十六條 就買賣之目的。若有主張其權利者。而買主於所買受之權利。有失其全部或一部之虞。則買主得應其危險之限度。而拒不支付其代金之全部或一部。但賣主若供相當之擔保。則不在此限。取七

本條就買主支付代金之義務。應特加保護之情事。為規定焉。蓋買主有支付代金之義務者。為其應取得權利於賣主也。然則買主取得其所買受之權利。若不確實。則止其支付代金。以謀免其損失。實不得不謂為至當。故於本條。若有就買賣之目的。主張其權利者。則買主以其所買受之權利。將因此而失全部。或失其一部。是以或得拒不支付代金之全部。或得拒不支付其一部焉。例如有自稱為賣買目的物之所有者出。則買主於其所買受之權利。有將失其全部之虞。故得拒不支付其代金之全部。若有第三者。自主張為以賣買目的物之半分之共有者。則物即有失其半價之虞。故得拒不支付其半額。第三者若於其賣主之目的物之上。主張其地上權。因此而其價額。因失去三分之一之虞。則得拒不支付其代金之三分之一。若第三者賣買目的之上。主張其抵當權。其物之價為一萬圓。而第三者之債權為七千圓。則買主就其所買受之權利。有失七千圓價額之虞。故得主張為可拒不支付其七千圓。僅支付其三千圓也。但賣主若供相當之擔保。如第一例。供其全部價格之相當

擔保。如第二例。供其半額之相當擔保。如第三例。供其三分之一之相當擔保。如第四例。供其七千圓之相當擔保。則買主不得拒其代金之支付矣。

或曰。若買主竟失其權利。則依第五百六十一條之規定。以爲請求。當得免其損失。然則今卽有主張其權利者。乃及其買主所買受之權利。尙未確知其失否之時。遽拒不支付其代金。豈非不當乎。曰不然。在第五百六十一條以下之規定。所認買主之權利。則誠如或者之言。然買主若一旦支付其代金。則有二種不便。第一。更對賣主而爲請求。多少不得不厭煩雜之手續。第二。賣主往往有無資力者。於此情事。則使買主必先付其代金之全部或一部。此甚不利於買主。故於本條。與之以拒不支付其代金之權。令得避右述之危險焉。而若賣主供其相當之擔保。則卽時可得受其代金之支付。故不得謂爲專厚於買主而薄於賣主也。

第五百七十七條 就所買受之不動產。若有先取特權、質權、或抵當權之登記。則買主儘其滌除手續之未終。得拒不支付其代金。但賣主對於買主。得以無遲滯應爲滌除之旨。爲請求。取七
八

本條之規定。乃關於賣買之目的物爲不動產。而就上有先取特權質權或抵當權之登記

者。於此情事。常有前條所論之危險。故買主常得拒不支付其代金。雖然。買主自有滌除權。三三、三六、三七八以下。故若買主而行此權利。即得消滅其右之權利。故既行滌除權以後。買主除其因行此滌除所當請求於賣主之金額。五六、七二項三項。當以其餘額支付於賣主。而因買主之行此滌除權與否。一隨其意。其果否行此權利。及縱使畢竟當行。而究於何時行之。則全不確定。賣主有長不能受代金之支付者。於是本條乃以對於買主。得以無遲滯應為滌除之旨。為請求焉之權。與賣主焉。

第五百七十八條 於前二條之情事。賣主得對於買主。而請求其代金之供託。九取七。依前二條之規定。則買主有得拒其支付代金之情事。是畢竟欲免損失之危險耳。雖然。若買主為得漫然拒其支付者。則今日雖為有資力之買主。不保無明日即為無資力者。在本條。則以對於買主。請求其供託代金之權利。與賣主焉。似此則買主賣主。均無被其損失之虞。故兩者之保護並行。可謂最得公平者矣。

第三款 買戻

譯者按買戻之意義。在吾國契約之習慣。為聽其回贖者也。故亦可譯之為回贖。

買戻 (Reméré, Wiederkaufl) 云者。謂依賣買當時之特約。以賣主之意思。為契約之解除者也。蓋關於買戻之規定。各國不一。或如德國法為真買戻。即前賣買為無所解除。惟云由買

主以其所買受之物。更賣渡於賣主而已。然果如此。即無庸有特別之規定。而其契約之爲有效。即毫無所疑矣。雖然。如法國法及我邦之習慣等。買戻之效力。其實即原賣買之解除。此不但需特有明文。且其爲利害。均爲不尠。故於一方。令此契約生充分之效力。同時即於他一方。不可不限制此契約於適度之範圍以內。以力矯正其弊害。此所以要有本款之規定也。但買戻之效力。若果如此。則其文字頗爲不當。然既爲向來一般通行之用語。此其效力。依本款之規定而自明。則亦不必別用新名稱矣。舊民法雖名之曰受戻 (Retrait)。然據我邦之慣用語。則受戻字樣。常用於質或抵當爲合。故新民法則不取之。

買戻之特約。於何等情事爲必要乎。曰。專在物之所有者雖不欲賣却之。然因一時有金錢之需用。不得已而出於賣却。至數月或數年之後。以有能得此項金錢之目的。欲至其時而以代價償還買主。以解除其賣買。是爲必要有此買戻之情事。而此必要。殆止存於不動產之上。在動產則因有第九十二條之規定。既一旦賣渡之於他人。縱使附以買戻之特約。亦無由仿照不動產。用登記以告示第三者。故其特約。終不免有名無實。此在新民法。所以反於舊民法及其他外國多數之例。止就不動產而認其買戻之特約也。但如德國法。既以買戻爲再賣買。則任如何廣其適用。亦毫無弊害。故縱其必要爲甚少。固亦可認動產之買

戻矣。然如我邦。則既以買戻爲原賣買之解除。是大害取引之自由。其弊害爲不少。故限之於必要而不得已之範圍以內。於其他則不認之焉。但如德國法之眞之買戻。則亦得爲之。又依一般之規定。賣主亦得留保其解除權。惟於此情事。則不得適用本款之規定。蓋於眞之買戻之情事。則當與新賣買生同一之效力。又於留保其解除權之情事。則從第五百四十條以下之通則。止得爲契約之解除焉。由是而其解除。爲不得害第三者之權利者。五、四一

買戻果有如何之弊害乎。曰。買戻權存在之間。不得謂買主爲已得完全之所有權。何時當失其權利。未可知也。故買主不能就其所買受之物。投莫大之費用。以圖充分之改良。又卽欲處分其權利。第三者又未知其何時遭賣主之買戻。因而不肯輕易讓受之。似此則在物既不能受充分之改良。而在人又極難於融通。不得由無用之手。移於有用之手。以致其充分之效用。是於國家之經濟上。爲最可憂。且在法律不完全之時代。則第三者往往不知有所謂買戻權。而就其物讓受其權利。後日一遭買戻。有被不慮之損失者。從而無遠謀者。則往往被意外之損失。有深慮者。則不肯輕易買受其物。至此則害及一般取引之安全。非尠少矣。然此弊害。在今日可謂已絕其迹。何則。在不動產。以有登記之制。得使第三者知買戻

之特約。在舊登記法，因不認買戻特約之登記，故有反對之裁判例。由是多有被不慮之損失者。此人所共知者也。然於本法第五百八十一條，則明言當以之爲登記，故可不復見此弊害。又在動產，則有第九十二條之規定。故善意而無過失者，決無被其損害之虞也。買戻之特約，有因欲潛脫第三百四十九條之適用而用之者，即債務者於以質物供於債權者，而欲借其金錢之時，債權者至於期限，若債務者不爲辨濟，則縱欲即爲其質物之所有者，然以爲第三百四十九條之所禁，故兩人協議之後，先由債務者以其物賣於債權者，數月或數年之後，若以其代價返還於債權者，則債務者得復爲其物之所有者。此時其名雖爲買戻之特約，其實與爲第三百四十九條所禁之關於質契約之特約無異。余雖以第三百四十九條之規定爲不得其當，然一旦既存其規定，則爲潛脫其適用之契約，固爲不法。即不得不以之爲無效。然若從表面違背其規定，則爲無效。若云假其名於買戻之特約，而可潛脫其適用，則法律之禁制，乃無毫末之價，固已了然。假令其名雖假爲買戻之特約，其實乃欲潛脫第三百四十九條之適用，竟得認定之據，則其契約之無效，固不待言。然似此之證據，欲於實際舉之，最爲困難。因是而當事者即有右之意思。然以實際不能舉其證據，竟不得以其契約爲有效。其事最多，是亦可謂買戻特約之弊害。更於利息制限法尙存之時，亦常有欲依買戻之特約，潛脫其利息制限法之適用者。例如債權者於表面上，以

其所有物賣於債權者。至數月或數年之後。若返還其代金。則債務者得更爲其所有者。而或借金千圓者。於一年之後爲買戻。若定爲當以千二百圓之代金。則是暗附以年二分之利息。是亦可謂買戻特約之弊害。但於前例。則苟得以當事者之意思證明之。固以之爲無效。又於後例。恰不但有右述之弊害。即在真正之買戻。賣主亦常返還其所受取之代金。而爲契約之解除。故於第五百七十九條。不得於代金及契約之費用以外。定賣主所應支付於買主者焉。且利息制限法。雖不得與民法之實施。同時廢之。然信其至終不能長保其效力。故若僅以此弊害爲慮也。則於買戻之特約。或亦不必附之以制限矣。

第五百七十九條 不動產之賣主。依其與賣買契約同時所爲買戻之特約。得返還買主

所付之代金。及契約之費用。而爲其賣買之解除。但當事者若不表示其別段之意思。則

不動產之果實。與代金之利息。視之爲相殺者。取八四一項。五項。二九。

在本條。先明言所謂買戻之特約。必限於不動產之賣買。是爲第一限制。次規定買戻之特約。必與賣買契約同時爲之。是爲第二限制。終則由賣主應支付於買主之金額。爲決不得超過其代金及契約之費用者焉。是爲第三限制。其設第一及第三限制之理由。則既已論之。故今止說明其設第二限制之理由。是無他。賣主依賣買契約而留保其解除權。此事固

各隨其意。然一旦既不保留此權利而爲賣買。則其權利全移轉於買主。賣主不復有何等之權利。就賣買目的之權利言之故賣主與買主若更爲契約。以解除其原賣買。而一旦以其所移轉於買主之權利。更移轉於賣主。固無不可。然似此則其解除之效力。初不能遡及既往。而令賣主如未嘗失其權利者。買主如未嘗取得其權利者。由是而非但不得依第五百八十一條之規定。而以其解除之結果。對抗於第三者。并不得依第五百四十五條。而僅於當事者間。以解除之效力。遡及既往。此不得不然者也。但其事若止爲當事者之關係。則得以特約。令與第五百四十五條所規定。生同一之結果。然對於第三者。則任如何皆不復能之。此所以右之第二限制爲必要也。

本款所規定之買戻權。固卽爲解除權。有不待言。故於本款所規定者之外。固當適用第五百四十條以下之規定。故有三義。第一。買戻當依對於買主所表示之意思爲之。且其意思表示。當爲不得取消者。五四第二。於當事者之一方有數人時。則買戻當止由其全員或止對於其全員得爲之。又買戻權若就當事者中之一人爲已消滅。則就其他人亦爲消滅。四五第三。賣主若爲買戻。則各當事者。當負令其相手方復於原狀之義務。五四五。即五四八似亦當適用於買戻。然以其適用在實際爲甚少。故茲不論。雖然就右之第三點。則依第五百四十五條之通則。雖不得

害第三者之權利。然買戻則得以之對抗於第三者。此其差也。至於各當事者令其相手方復於原狀之結果。買主若受其物之引渡。則其果實當不得不返還於賣主。又依是條第二項。則賣主所應返還之代金。不得不由其受領之時。附以利息。雖然是頗覺其煩雜。蓋又有二義。(一)物之果實。通常與代金之利息。大抵常有同一之價格。(二)物雖不生果實之時。買主爲使用之而受其利益者。故若受代金之利息。則可謂受二重之利益。故於本條。依與第五百七十五條同一之精神。規定爲物之果實。當與代金之利息。視爲得以之爲相殺者焉。但此爲推測當事者之意思而定之者。故若當事者表示其與此相異之意思。則固爲當從其意思者矣。

第五百八十條 買戻之期間。不得超過十年。若定其長於此之期限。則以十年縮短之。

已就買戻定其期間。則後日不得伸長之。

未就買戻定其期間。則要於五年內爲之。取八四二項至四四二項

本條就買戻特約之第四限制所限制之期間。爲規定焉。蓋買戻既如所論。於經濟上爲頗有弊害者。故限制其期間。以期其弊害不至甚長焉。而於本條。則以十年爲最長期。在舊民法。就不動產。以五年爲最長期。政府草案仍之。由衆議院伸長之爲十年。蓋在我邦。買戻特

約之習慣。行之最廣。故專期其不生激變於此習慣也。雖然。買戻既有弊害。則縱爲有妨習慣。亦以限制之爲有利。故余爲立法論。則以最長期縮短至五年爲宜。

若當事者以長於十年之期間。爲買戻之特約。則爲當以之縮短爲十年者焉。是蓋以右之特約爲違法。而與其全以之爲無效。猶以十年之期間。爲保持之。蓋將適於當事者之意思也。

當事者若一旦就買戻定其期間。則縱使其期間爲不滿十年。亦不得至後日而伸長之。是無他。買戻之特約。其留保解除權之事。既如所論。而解除權之留保。不可不與原契約同時爲之。亦已詳論。故當事者依新契約而由買主更移轉其權利於賣主。固無不可。然欲以買戻之效力付之。則不可得矣。

以上就當事者已定買戻期間之情事而論之。然若未之定焉。則果無論何時得爲買戻乎。曰否。既以買戻爲有弊害而限制其期間。則縱使當事者不定其期間。猶不得不爲應於相當之期間內。行此買戻權者。而當事者即以特約定其期間。亦爲決不得超過十年者。故當事者而不爲何等之特約。則不得謂爲固得於最長期間爲買戻者。故於本條。以爲當於最長期之半。即五年之內行之。

第五百八十一條 若與賣買契約同時登記其買戻之效力。則其買戻對於第三者亦生其效力。

已為登記之賃借人之權利。限於其殘期之一年間。得以之對抗於賣主。但以害其賣主為目的而為賃貸借。則不在此限。取八五

本條就買戻之特質。即其對於第三者之效力為規定焉。其事為反於此效力之一般通則。既如所論。而其適於當事者之意思。同時亦多有弊害隨之。亦所已論。故於本條。則附之以一條件焉。無他。當與賣買契約同時登記其買戻之特約是也。蓋欲以不動產權。對抗於第三者。則當登記之。此事殆所不待言者。但在一七七條云關於不動產之物權。其得喪及特約為應登記與否。必生疑問。且於登記法三八更明為規定之焉。依登記之通則。則買戻當由登記之時。得對抗於第三者。要其登記。不得不謂為無論何時。皆可為之。然就賣買之特約。則大有弊害。既如所論。故若從此通則。則即賣買之當時。其實無此買戻之特約。亦可有賣主與買主通謀。而造為賣買之當時。已有買戻之特約。以請求其登記者。故於本條。特以為當與賣買契約同時登記其買戻之契約焉。

本條所謂不動產。乃謂更買受其不動產於買主者。受其贈與者。取得其地上權。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。其他有一般之債權者恐涉於煩而省之。而本條第一項之規定。雖爲可適用右之各種第三者。然惟就賃借人。則有第二項之特別規定。是無他。不動產在不自使用之者。苟非以之賃貸於他人。必不能爲其效用。故賃貸爲利用之普通方法。不得不認之也。然賣主於買戻之期間內。無論何時。得爲買戻。以特約定某時期之間不爲買戻者固隨人意。然此於實際上當爲甚少。而賣主若爲買戻。則賃借人之權利。當爲忽屬於泡幻者。似此則誰肯安然爲賃借其不動產者乎。縱若有賃借之者。自非以低廉之租金。必不願借。似此則買戻之弊害。不得不謂爲極深。故於本條第二項。則以短期而且無惡意之賃借。爲得對抗於賣主者焉。卽賃借人之權利。限於既爲買戻後一年之間。對於賣主爲有效者也。但賃借人之權利。非登記之。則不得以之對抗於第三者。五六。故欲以其權利對抗於賣主。固必要爲登記矣。或曰。買主及賃借人。若以害其賣主爲目的。而爲賃貸借時。例如特以低廉之租價。爲賃貸借。以謀加損害於既爲買戻之賣主時。則縱無本條之明文。亦得因第四百二十四條之適用而取消之。故本條第二項但書之規定。得非全涉於重複者乎。曰不然。此有二義。第一。賣主果爲第四百二十四條之所謂債權者否。是頗不能無疑。蓋賣主於既爲買戻之意。表示以後。則固爲其債權者。然於未爲買戻之意思表示間。則止有一種條件附之權利。故無

本條之明文。則多少不無可惹起之疑問。此殆明甚。第二。依第四百二十四條。不得不特以法律行為之取消。請求於裁判所。然依本條。則若有害其賣主之意思。即當然以其借貸。爲得對抗於賣主者。無庸特以其取消。請求於裁判所焉。此本條第二項但書之規定。所以不與第四百二十四條之規定爲重複也。

第五百八十二條 賣主之債權者。若依第四百二十三條之規定。欲代賣主而爲買戻。則買主得從裁判所所選定之鑑定人所評之價。依其不動產現時之價額。儘其達於賣主所應返還之金額。扣除之餘額。辨濟賣主之債務。尙有餘剩。則返還之於賣主。而消滅其

買戻權。六取八

買戻權爲一種財產權。故賣主之債權者。得依第四百二十三條之規定。而行使此權利。殆所不容疑也。而於賣買之代價。有爲過於廉者。若爲買戻而更以相當之代價。賣却其物。則多少可有餘剩。因之而債權者得受其辨濟。此爲事所恆有。雖然。在債權者本不過欲依此權利而受其辨濟。故無庸必爲買戻而解除其契約。惟因此而得其所應受之利益。即無餘事。故於本條。買主得從鑑定人之評價。儘其達於由不動產之時價。扣除賣主應返還之金額。即代金及契約之費用。利息則非有特約無庸付之所餘殘額。以辨濟賣主之債務。若尙有餘剩。則以

之返還於賣主。以消滅其買戻權焉。例如賣買之代金爲一萬圓。契約之費用爲三百圓。而不動產之時價爲一萬五千圓。債權者應受之金額則爲五千圓。則買主得以四千七百圓與債權者。得消滅其買戻權。若債權者應受之金額爲三千圓。則買主以三千圓與債權者。尙以餘額千七百圓。返還於賣主。得消滅其買戻權。此類是也。

右雖爲極公平之規定。然欲全其公平。則尙需一種條件。無他。卽不動產之評價確實是也。而其因欲評價之確實。在本條乃定爲必當從鑑定人之評價者。更規定其鑑定人。要爲由裁判所所選任者之旨焉。而依民事訴訟法之一般規定。裁判所於鑑定人之意見。採用與否。雖一任其自由。參看註一然於本條之情事。則鑑定人之選定。乃全在裁判所之自由。有時得半途改選之。或一旦於已爲鑑定之後。亦得更命鑑定。非訟事件手續法一九八四。又民訴三二四。一項三三〇。四號參觀但裁判所若以鑑定人之評價爲不當。則不得增減之。蓋本條之情事。乃一種非訟事件。難適用訴訟之一般規定者也。

第五百八十三條 賣主非於期間內提供其代金及契約之費用。則不得爲買戻。

買主或轉得者。若就不動產出其費用。則賣主要從第百九十六條之規定而償還之。若但償有益之費。則裁判所得因賣主之請求。以相當之期限許與之。取八

賣主行買戻權。必當返還買主所付之代金及契約之費用。此事既爲第五百七十九條所規定。則就其賣主。果於表示其買戻之意思以後。乃返還其代金及契約之費用爲已足耶。抑將爲買戻之意思表示。當先爲返還而後定之者耶。蓋若以賣主爲表示買戻之意思以解除其賣買。然後爲代金之返還。卽爲已足。則因賣買而移轉之權利。雖復歸於賣主。然買主未受其所付代金等之返還。故往往有不易受其返還者。甚至遭賣主之無資力。有竟至失其代金等之全部或一部者焉。雖然。若以賣主爲當先爲代金等之還返。則買主又往往雖受取其所應受取者。而不肯返還其不動產。甚至有拒不登記其契約之解除者。於是本條爲雙方設最公平之規定。賣主非提供其代金及契約之費用。則不得爲買戻焉。似此則一方而在買主。雖失其所買受之權利。然當可有受其代金返還之事。他一方而在賣主。則亦於未返還其代金等之時。已得爲表示其買戻之意思。故縱失其代金等。亦無不得取戻其不動產之事。且買主於此情事。尙有留置權。五二九故賣主若僅止提供其代金等。而不即時爲其辨濟。則卽使權利已復歸於賣主。買主猶得拒不返還其不動產也。

本條第一項之規定。尙有一重大之必要。無他。買戻之必有期間。既爲第五百八十條之所規定。故賣主若不於其期間內爲買戻。則當失其權利。固已。然賣主有實未準備其返還代

金等事。而當其期間之將過。慮失其買戻權。因此而可有漫然止表示其買戻之意思。初不爲代金等之提供者。是雖爲賣主計則便利矣。然其反於所以定此買戻期間之精神。則明甚。蓋縱使爲買戻之意思表示。然若賣主不能爲代金等之返還。則至幾經歲月之後。果能眞見買戻之實乎。未可知也。故於本條第一項。定爲必應於買戻期間內。提供其代金及契約之費用焉。

買主或由買主而取得其不動產者。於其占有此不動產之間。有加以以費用者。如設建物於土地。施修繕於房屋。此類是也。於此情事。則其買主或轉得者。固得從第九十六條之規定。求賣主償還其費用。惟就同條之適用。其買主或轉得者。果爲善意之占有者乎。抑爲惡意之占有者乎。其有可疑。恰無異於留置權者。二九余於理論上。則信其不得不謂爲善意之占有者。蓋買主或轉得者。乃不動產之所有者。賣買之目的雖非必爲所有權。然其爲所有權者最多。故姑就所有權言之。故就不動產爲建築修繕等。則全然聽其隨意。雖然。就第九十六條之適用。則有不得不視等惡意占有者之理由焉。夫既有買戻契約之情事。斯買主或轉得者。雖無異於不動產之所有者。然實豫知其將來遭賣主之買戻。可有失其所有權之事。故如投莫大之費用。而爲建築修繕等於不動產。則未可必視爲穩當之所爲。而於實際。則如以買戻之特約。賣却

其不動產。此賣主多爲無金錢之蓄者。故若令其非償還買主所投莫大之費用。卽不得取戻其不動產。則當至竟不能爲買戻矣。此所以由裁判所。視此買主或轉得者爲惡意之占有者。得因賣主之請求。許與以相當之期限。就有益之費而爲償還之也。蓋賣主誠亦不可爲不當之利得。故既爲買戻之後。於相當期限之內。爲應償還其費用者。則在賣主之一方。因此而不得爲買戻蓋尠。而在買主或轉得者之一方。固亦當令其不被損失矣。

因右之理由。買主或轉得者。就其費用。爲止有與惡意占有者同一之權利者焉。故有二義。第一。就必要之費。得卽時以其全額。請求於賣主。而就此則亦得行其留置權。五二九 第二。就

有益之費。則爲從賣主之選擇。應償還其全額。或因此所生之增價額者。惟其償還。則不必一時爲之。例如因其全額之甚巨。或因其賣主之乏於資力。得請求其半年至一年等之猶豫期限。且裁判所視其情事。不必一時付之。得令其數次分付。亦無不可。而若裁判與以此猶豫期限。則有益費不以卽時爲辨濟之期。故買主或轉得者。亦不得就此而行其留置權矣。二九五。一項但書一

要之買主或轉得者。若以費用加於不動產。則賣主必於代金及契約費用之外。非償還其必要之費。則不得取回其不動產。至其有益之費。則其不得與以猶豫期限者亦同。非償還

之。不得取回其不動產。然若爲得與以猶豫期限者。則取回其不動產以後。於其期限內爲之辨濟足矣。

第五百八十四條 不動產之共有者之一人。若以買戻之特約。賣却其持分以後。其不動

產有分割或競賣時。賣主就買主所受或所應受之部分。或其代金。得爲買戻。但不通知於賣主而爲之分割及競賣。不得以之對抗於賣主。九取九〇。

本條及次條。就共有者之一人。以買戻之特約。賣却其持分時。爲規定焉。蓋卽不動產之共有權。固亦爲得以買戻之特約。賣却之者。若各共有者共同以其權利。賣却於一人之買主。則與普通之情事。毫無所異。若欲爲買戻。則各共有者亦不得不共同爲之。固所不待言也。又共有者之一人。於以買戻之特約。賣却其持分時。若買主爲依然止有其持分者。則亦依一般之規定。由爲賣主之共有者。得對於買主而爲買戻。更所不俟論也。惟於此情事。當未爲買戻之時。不動產若有分割或競買。則買戻權不得有多少之變更。此所以必有本條及次條之規定也。

在本條。以爲不動產因分割或競賣。買主既得不動產一部之全所有權。又於已受取其代價之一部時。或雖未受取。而其權利既爲確定時。則賣主不得就其所既賣却之共有分。而

爲買戻。而得就因分割或競賣、買主所已受、或所應受者、爲買戻焉。此由純然之理論言之。似稍爲不當。何則。買戻卽爲賣買之解除。故賣主爲當復於初爲賣買時之狀態者。而此效力。卽對於第三者、亦可發生。^{一五八}然在賣買之當時。則不動產爲共有之現狀。賣主乃其有一分共有權者也。雖然。此理論到底不能採用。請陳其理由有二。第一。共有物之分割。乃無論何時得請求之者。故即使賣主始終不失其權利。猶未必能免於分割或競賣。^{六二五}但此理由。難適用於買主自以分割爲請求之情事。故不能無第二理由。第二。法律許無論何時。請求其共有物之分割。其所以然者無他。共有之爲物。乃經濟上所最忌。故欲其速行消滅者也。然則一旦既據此權利而爲分割之後。如因賣主行其買戻權。更復歸於共有。其背馳於法律之精神。最爲顯然。且以此之故。若消滅其因分割而生之權利義務。更復於共有之舊形。則不得不謂於利害關係人之權利義務。能生重大之攪亂。然其共有。且無論何時。得因分割而消滅之者。故今日復於共有。明日多不得不復爲分割。是不能不謂爲錯雜之中。復有錯雜。弊害之上。又加弊害矣。況買主縱將來可有遭遇解除之事。亦無失爲有純然之共有權者耶。故此與他共有者之間。所行之分割或競賣。乃正當者。至後日可不遭取消等事。他共有者所當確信之。若不然。則於買戻權尙在之時。殆不得爲此分割。何則。縱與現爲

共有者之買主爲分割。其分割當有因後日解除而取消者。而賣主則現非共有者。故不得與之爲分割。又爲固然。故本條之規定。不得不謂爲最妥當者矣。

以上雖於分割或競賣。豫想爲正確公平者而論之。然分割或競賣。往往有不正或不當者。然雖不正不當之分割競賣。亦得以之對抗於賣主。則因此而害其賣主之權利者當非鮮少。而欲避此不正不當。則惟令賣主參加之。此於本條但書。定爲分割及競賣。必當通知於賣主。若其不通知而爲之。則不得以之對抗於賣主焉。但雖以此通知於賣主。而賣主若不爲參加。則此賣主。或爲拋棄其權利。或爲信買主及他共有者之公明。故至後日而復有異言。則固不可得矣。

第五百八十五條 於前條之情事。買主若爲不動產之競落人。則賣主得付其競賣之代金。及第五百八十三條所揭之費用。而爲買戻。於此情事。賣主取得其不動產之全部所有權。

若因他共有者請求其分割。而買主爲競落人。則賣主不得止就其持分爲買戻。取八

在前條。蓋其買主。乃爲因分割而受不動產之一部。或由競賣而以他人爲不動產之競落人。就其買主受代金之一部時。爲之規定。而在本條。則與之相異。乃豫想爲買主自爲不動

產之競落人之情事焉。於此情事。其原則。賣主止就其所賣却之持分。而爲買戻。故與買主得合爲共有者。然此於實際。不便甚多。無煩喋喋。故有二義。第一。賣主若欲不動產之全部爲買戻。則付其競賣之代金及契約之費用。並其他第五百八十三條第二項所規定之費用。爲可取得其不動產全部之所有權者。第二。若買主自請求其分割。則賣主固有右之選擇權。然於他共有者請求其分割之時。則賣主不得止就其持分而爲買戻。必就不動產之全部爲之。是無他。其第一種情事。乃由買主自求爲不動產之競落人。且如前條之情事。不以直接之影響。及於第三者之權利。僅爲欲於賣主與買主之間。保存其向來之共有關係者。故不得不令其賣主。爲止得就其所賣却之持分爲買戻者。反之而在第二種情事。則非買主所自求。方其因他人之請求而爲競賣。買主僅欲無失其權利。故自爲其競落人。當此之時。賣主若不必就其不動產之全部爲買戻焉。則買主常有自己毫無過失。而被其意外之損失者。又於一方。雖在買主自請求其分割之時。固得曰賣主若自己爲共有者。未必請求之。然在他共有者請求其分割之時。則無論買主爲共有者。與賣主爲共有者。皆必不得不爲分割或競賣。故若無買戻之特約。則共有當消滅於其時。乃因偶有買戻之特約。而其一且消滅之共有。不無更蘇生者。是與法律所許無論何時請求分割之精神。恐有背馳之

處矣。此本條第二項之規定，所以爲不得已也。但由賣主買主之協議而更爲共有者，則固無所妨焉。

第四節 交換

凡交換 (Permutatio, echange, Tausel) 若以廣義言之，則取引之大多數，皆包含於此中。然自創定貨幣以來，以貨幣與他貨物爲交換，特名之曰賣買。惟外此者，乃謂之交換焉。而在古代之各國，賣買以外之交換，皆爲最盛。即至近世，在國際之商業，亦往往多由此者。由是例用交易貿易等之名稱焉。譯者按在吾國謂之互市雖然，泊乎今日，國內無論已，即在國際，商業亦概以金錢爲其媒介。如以金錢以外之貨物，與他貨物互爲交換，實屬異例。其在民事之取引，亦大抵罕用狹義之交換，而用賣買。此所以文明國之法律，關於賣買，雖設詳密之規定，然關於狹義之交換，則大抵止準用賣買之規定也。

於新民法，其第五百五十九條，以賣買之規定，準用於其他有償契約，故於交換，不特言當準用賣買之規定，然常準用賣買規定之最多者，其莫如交換乎。

第五百八十六條 交換因當事者約以非金錢而爲所有權之財產標，互爲移轉，而生其效力。

當事者之一方。若約以金錢之所有權。與他權利共爲移轉者。則就其金錢。準用關於賣買代金之規定。至取一〇〇七

本條第一項。乃暗揭交換之定義者也。蓋本節所論之交換。固爲狹義。故以他貨物與金錢爲交換。則是賣買而非此所謂交換。然於此外。則與賣買不異其性質。故其定義。自不得不與賣買。用略略同一之文字。蓋依右之定義。得推交換之性質如左。

第一 諾成契約

第二 有償契約

第三 雙務契約

第四 以移轉其金錢以外所有權之財產爲目的者。

依右之定義。則金錢與金錢爲交換。似非茲所謂之交換。而就此則可生三種學說。一則曰。是交換也。何則。當事者於以某種類之金錢。與他種類之金錢爲交換時。則不視其金錢爲純然之金錢。而視之爲一種商品也。二則曰。是賣買也。何則。當事者之一方。欲得某種類之金錢而視之爲商品。自己則出純然之金錢。而欲買受之者也。三則曰。是無名契約也。何則。賣買爲金錢之所有權。與他權利爲交換。而所謂交換。乃交換其金錢以外所有權之財產。

權。至金錢與金錢之交換。則法律中未見附以特別之名稱。而設特別之規定也。此各說皆非無一理。然余信其第一說爲最當。雖然。此問題之於新民法。則爲純然之空理問題。故於本條。亦不敢決此問題。即余亦不欲深論之。何則。依第五百五十九條。則賣買之規定。爲當準川於他有償契約者。而若當事者雙方所應給付者皆爲金錢。則不能以本條第二項之規定。適用於是。固無論已。且如賣買之先取特權。於此情事。固亦不能適用者也。

譯者按格氏之意。蓋惜金錢與金錢之交換。於法無可附麗。而揭其本旨。則欲於此節增補條文。以定其名稱焉爾。其增補之文若何。蓋本條第一項之約以非金錢五字。當作約以兩俱金錢或兩俱非金錢十二字。則法律庶無漏義。

凡交換。其當事者之一方所給付者。與他一方所給付者。其價格全然相同。實不多見。大抵一方之所得。爲不如他一方之所得者。於此情事。當事者往往有以金錢爲補足。以充填其差額之事。似此則其契約。猶當謂之爲交換乎。抑當名之爲賣買乎。此爲古來學者之間所不能一定之說。各國之立法例。亦均不一其揆。在外國。於一方以金錢與他物爲給付時。若他物之價。不及金錢之額。則以之爲賣買。不然。則以之爲交換。似此之學說及立法例頗多。即於舊民法。亦爲取此主義。然據此主義。則苟他物之價。與金錢之額。全爲同一。斯時將不

能知其賣買交換之果何屬矣。而理論上。則似應以當事者所視為主要之部分。定其契約之性質。較為妥當。雖然。在新民法。既於第五百五十九條。以賣買之規定。為應準用於其他有償契約者。故無庸強決此問題。即止就先取特權之賣買而論。亦有關於代金及其利息者存焉。則補足金 (Boutle) 之額。無論如何。至少亦可以先取特權之規定。安然適用。此所以有本條第二項之規定也。更如相手方由引渡其交換目的物之日。應付其補足金之利息。五七五 則即無本條第二項之規定。亦可因準用賣買之規定而自明矣。

第五節 消費貸借

貸借有消費貸借 (Mutuum, pret de consommation, Darlehen) 使用貸借 (Commodatum, commodat, Leihe) 賃貸借 (Locatio-conductio, louage, Mietho und Pacht) 三種。其性質自絕然不一。故在西洋。無若我國之泛用貸借。為廣義之文字者。法國之二種。其初亦止為有二種之通用者。即在新民法。亦與舊民法。同分此三種貸借。各別其節以規定之。蓋以其規定頗有不同故也。

西洋既無泛稱貸借之文字。然反之而如賃貸借之文字。乃亦用之於雇傭及請負。謂普通之賃貸借。為物之賃貸借。謂雇傭請負。為人事之賃貸借。此例最多。 (Locatio rerum avi

operis faciendi, louage des choses, de services, D'ouvrage ou D'industrie, Sachen-Dienst- oder Verdingungsmiethe.) 然此反於本邦之慣例。故於新民法亦與舊民法同。均不取右之名稱及其類別也。在舊民法之法國文草案則於雇傭請負亦用賃貸借之文字。

本節則於右各種賃借中之消費賃借設為規定者也。但本節所不規定者。固當悉從債權或契約之一般規定。就中如第四百二條至四百五條。第四百十九條。第五百五條等。於消費賃借尤多見其適用。又於借主不付其約定之利息時。則當適用第五百四十一條。更無論矣。蓋消費賃借與賣買並為最頻繁之契約。且債務由消費賃借而生者。尤為最多。是在我邦。俗謂貸為債權之總稱。謂借為債務之總稱。甚至謂資產為貸。方謂負債為借。方以此可知債權債務之由消費賃借而生者。為最多也。

第五百八十七條 消費賃借。因當事者之一方。約以同其種類或品等及數量之物。為返還之事。由相手方受取其金錢或其他之物。而生其效力。取一七八。舊法五八〇至五八三。

本條蓋揭消費賃借之定義。併定其成立之時期者也。依本條之規定。而舉消費賃借之性質如左。

第一 踐成契約。

消費貸借之爲踐成契約。在羅馬法以來之西洋各國。蓋所同然。卽在我邦。亦例不言於未爲金錢或其他之授受以先。可以已爲貸借。故如瑞士之債務法。則以此爲諾成契約。此在法理上。或可爲進步之主義。然在本條。則從舊慣。以之爲踐成契約焉。故儘金錢或其他之物。未爲授受以前。卽無所謂消費貸借。因而不能適用本條之規定。雖然。消費貸借之豫約。固爲有效之契約。當以契約之一般規定。適用於此。所不待言。且於本節。亦特設關於此之第五百八十九條條文。並於其初爲豫約者。至因物之授受。而爲純然之消費貸借。可盡適用本節之規定。所更不待言也。故於新民法。以消費貸借爲踐成契約。其由此所生之結果。殆止理論上爲然。可謂無實際之利害者矣。

要之消費貸借之成立。必需有物之授受。雖然。因代理占有之結果。其實際頗多無庸實物之授受者。例如甲方爲乙占有金錢或其他之物。乙若以其物貸與於甲。則雖實際不爲物之授受。而甲則改其向來爲乙占有。爲爲自己占有。以此得成立其貸借。一項又例如丙以爲乙占有之物。貸與於甲。而甲有不即時受取其物。依然以丙爲代理人。而暫使之保管其物者。於此情事。則雖無實物之授受。而丙則改其向來爲乙爲代理占有。爲爲甲爲代理占有。以此得成立其消費貸借。同上又例如甲雖由乙借之以物。然實際有不即時受取。

暫令乙爲自己保管之者。而亦不妨其消費貸借之成立。此更不待言矣。三一八 並於次條。有應得視爲本條例外之情事。當以次論之。

第二 貸主負移轉物之所有權於借主之義務。

凡消費貸借。其借主以消費其物爲其目的。故此非移轉其所有權。則不足以達其目的。故在外國之法律。往往有明言之於消費貸借之定義中者。舊民法則不言消費貸借之爲踐成契約。然却言其爲因移轉所有權而能成立之契約。雖然。有二義。第一。所有權依第一百七十六條及第四百一條第二項之規定。在當事者間。應由指定其物之時。卽移轉於借主。然消費貸借則爲踐成契約。故非借主受取其物。則不成立。第二。貸主雖負移轉所有權之義務。然非必於引渡其物之當時。卽移轉之。蓋貸主負卽時移轉其所有權之義務。故若不能於引渡之當時移轉之。則不得謂貸主因貸借之豫約。而已履行其所負之義務。然或因第一百九十二條之適用。或因其他情事。後日亦由貸主已償其物之所有者。借主既無復遭所有者請求之事。卽無妨達其消費貸借之目的。故消費貸借。於此等情事。亦猶可因物之引渡而成立。此本條之所以不言移轉所有權之事也。惟借主爲得以消費物之同種類物品等同一數量之物。爲返還者。故當知爲自有移轉所有權於貸主之義務者而已。

第三 片務契約

消費貸借爲踐成契約。故在其契約成立之當時。則惟借主有返還之義務而已。貸主則無負何等義務之事。余於前段言貸主有移轉所有權之義務者。是非由所謂消費貸借契約所生之義務。實由其豫約所生之義務也。故豫約卽爲雙務契約。消費貸借則爲片務契約。故貸主若不以物之所有權移轉於借主。則賣主雖得據必應存於貸借契約前之豫約。責貸主之不履行其義務。然往往因貸主不履行其豫約而更求其履行。卽當令以其所有物代前所既與之非其所有物之物。於此情事。則前所既與之物。非常事者之所以履行其豫約者。故不由是而成立其消費貸借。於其後與以貸主所有物之時。始視爲消費貸借之成立。蓋不得不然者也。而其初之消費貸借。則爲陰解除焉者矣。參觀四七五

右雖爲普通之情事。然有時貸主以現所占之物。爲消費貸借之目的。而其物有不在貸主之所有者。於此情事。若有利息之約定。依新商二七五在商事之消費貸借。卽無約定亦爲應付利息者。則依第五百五

十九條之規定。爲當準用第五百六十條以下之規定者。而其無利息者。則無特別之規定。故不得不探究當事者之意思。以定貸主責任之有無及其廣狹。而其最多之處。當事者爲與第五百五十一條所規定。當有同一之意思者。然此爲稀有之情事。故法文不認爲必與

特置明文也。

第四 借主負返還。其與所受之物同種類同品等數量之物之義務。

此說自舊民法以至世之學者及外國之法律。均謂當以爲消費貸借之目的物之代替物焉。然此爲余之所不取。蓋代替物有二義。或云。在當事者之意思。並不必爲特定之物。但以同其種類品等及數量者爲足之物。或云。如金錢米穀等。通常本爲無庸特定之物。夫就此第二義言之。則代替物之語。法理上殆爲無意味者。雖金錢米穀等。若特定之而以爲法律行爲之目的。則與土地家屋等無異。又雖土地家屋等。若當事者以爲無庸特定焉者。僅以種類數量等爲應指定之物。如云在某地方以幾町步之土地。與某種之構造。成幾坪之建物等。則亦與金錢米穀等無異。故以代替物之字樣。欲於法理上多少爲有意味。則必不能不取第一義。雖然。消費貸借之目的物。在返還之時。固必爲第一義之代替物。然在契約成立之當時。則當云必爲特定物。甚至如前所論。在貸借之豫約時。亦已不無爲特定物者。故如舊民法所云。當事者之一方。以代替物之所有權。移轉於他一方云云。則不得不謂爲謬誤之最甚者矣。此於本條。所以不言代替物。或以類之之物爲消費貸借之目的云云也。

消費貸借之目的。以金錢爲之者。十居八九。而在金錢。則以既有第四百二條及第四百三

條之規定。故非特別爲消費貸借之物。蓋所謂同種類同品等同數量云者。假如借十圓金貨百枚。非謂必返還以十圓金貨百枚。苟爲通用之貨幣。則用任何種類皆可。雖然。在以金錢以外之物。爲消費貸借之目的時。則其同種類同品等同數量之物云者。當讀如其字。例如借武藏之上米百石者。當返還其相同之武藏上米是也。

在利息貸。則以加利息於元本之外。或似難謂爲同一之數量。然此爲以金錢等按合其使用之價值而支付之者。縱其支付與元本之支付同時。是亦偶然之事。嚴正言之。則此不當入返金之一部。但利息制限法尙存時。所約利息。不得超過於定率。即不得過於百圓未滿之年二分。百圓以上千圓未滿之年一分半。千圓以上之年一分二釐也。十年九月十一日
告六六號利息制

限法
二四

第五百八十八條 在不因消費貸借。而有負以金錢或其他之物爲給付之義務者時。當

事者若約以其物爲消費貸借之目的。則視爲消費貸借因此而成立者。財四八
九二號

本條所規定者。若依前條之定義。則非純然之消費貸借。固無論已。雖然。當事者乃欲與所謂消費貸借。生同一之效力。故法律特視之爲消費貸借。而以此爲可適用本節之規定者焉。例如買主以應付之代價。而負金千圓之義務時。若特與賣主相約。爾後當以此爲消費

貸借而負其義務。則依前條之規定。以無物之授受。似不能成立其消費貸借。然依本條之規定。則視爲爲右之契約之當時。已成立其消費貸借者。夫其以此爲消費貸借之利益。則專在得依第五百九十一條之規定。與並無先取特權。三二二且於實際。買主若欲稍怠於支付其賣買代價之事。則自有甯與賣主之間。爲貸借契約爲快者。蓋當然於若干時期之間。可無庸付其金額也。

在舊民法。則以本條之情事爲更改之情事。

財四八九二號。本卷第五百十三條下。

然其不當。則既論之矣。依

本條規定。則於前例。當謂買主履行其支付代價之義務。更以同一之金額爲消費貸借。而

與受取相同。則前債務因當事者之意思而消滅。

是即免除

買主乃更爲借主而負新義務已耳。

第五百八十九條 消費貸借之豫約。爾後若當事者之一方。受破產之宣告。則失其效力。

本條就消費貸借之豫約爲規定焉。此豫約。當從契約之一般規定。既如所言矣。然本條則就此而設惟一之特別規定焉。蓋由契約之一般規定言之。則一旦當事者既爲契約。縱至於後日。當事者之位置。有所變更。其影響亦不及於契約之效力。故爲消費貸借之豫約。以於後日。當事者之一方。縱爲破產。似猶當履行其豫約。雖然。此在其人或相手方。不免有非常之利益。何則。借主受破產之宣告時。當以貸主所約定金額之全部。引渡於破產管財人。而

破產管財人代表其債主而爲返還。大抵不能復付其全額。或則半額。或則三分之一。甚至十分之一。二十分之一。止可得如此之返還云爾。然則其所以處貸主者。最爲苛酷。不免太不公平。且於破產宣告之時。債務者當失其期限之利益。三一七故貸主得忽而貸與。忽而求其返還。是無甯以自始卽不貸之。令其得免於煩勞。又得免於不公平之爲愈乎。又於貸主受破產宣告之時。則貸主多不得引渡其因豫約所負貸渡義務之金額之全部。是亦當止能引渡其半額或三分之一。十分之一。二十分之一等。似此。則借主多不能如其自始所豫期之用途。而使用之。由是而不能達其契約之目的。故卽依契約之一般規定。借主亦得解除其契約。五四且破產者畢竟以應受返還之金額。引渡於借主。而動輒有借主爲無資力之危險。況貸借之期限。若爲甚長。則破產管財人常有出於不得已而競賣其債權。以其代價。分配於債權者間之事。似此。則不但爲手續之煩雜。并能爲破產財團釀甚大之損失。此在本條。所以以消費貸借之豫約。爲因當事者一方之豫約。而能當然失其效力者也。第五百九十條。於附以利息之消費貸借。其物若隱有瑕疵。則貸主主要以無瑕疵之物代之。但不妨其損害賠償之請求。

於無利息之消費貸借。借主得返還其有瑕疵之物之價額。但貸主若知其瑕疵。而不以

之告其借主。則準用前項之規定。八取一

本條乃關於一種瑕疵擔保之規定。蓋純然之瑕疵擔保問題。止在以特定物爲目的之契約之所生者。且其擔保之目的。恆在解除其契約。或賠償其損害。五七然消費貸借。則方其爲豫約之初。多以不特定物爲目的。又其擔保之目的。亦有異於普通之瑕疵擔保者。請分別其有利息之消費貸借。與無利息之消費貸借而論之。

第一 附利息之消費貸借

同附利息之消費貸借。爲有償契約。故若無本條之規定。則依第五百五十九條之明文。爲當準用第五百七十條者。而是條所規定。則如次所言。第一。爲以特定物爲目的之契約。第二。爲關於契約之解除或損害之賠償。然依本條第一項之規定。則第一。消費貸借之目的。雖極多爲不特定物。然仍就此而定其類於瑕疵擔保之責任。第二。縱使其目的物爲特定物之時。然不僅解除其契約。爲當以無瑕疵之物。而代其有瑕疵之物者焉。據余所信。則在不特定物爲目的之契約。雖無純然之擔保義務。然能生本條第一項所規定之結果。蓋不容疑。夫負給付其不特定物之義務者。雖不特地明言其無瑕疵。然當事者之意思。不能不推測爲應以無瑕疵之物爲給付者。故若給付以有瑕疵之物。則非真履行也。故不能不

令債權者得迫之而使以其他無瑕疵之物爲給付。以履行其義務。故即在賣買。其僅云賣買之目的物者。雖不明言特定與否。亦爲當豫想其爲特定物之情事者。蓋不容疑。而其以不特定物爲目的之賣買。則因右所述之理由。爲無庸別有明文者矣。參看四〇故本條第一項之規定。若僅在不特定物爲有適用。直可以不明揭之爲妥。然本條之規定。縱於消費貸借之目的物。爲特定物之時。亦爲能見其適用者。故非僅適用其一般之原則。蓋以特定物爲消費貸借之目的。其事本不甚多。且於此情事。當事者之意思。有與普通契約大異其趣者。何則。在消費貸借之當時。固已。在消費貸借之當時。則其目的物常爲特定者。既如前論矣。即在其豫約之時。貸主或約以特定物爲貸與。然借主則爲欲即時消費之者。故其物若決爲特定之物。即非借之者之本意。在借主之眼中。不過爲欲借其金若干圓或米若干石焉耳。故貸主於引渡其物之後。借主若發見其隱有瑕疵。則有返還之而可更請求其以無瑕疵之物。重爲貸與之權。而於此情事。則視其初所與之物。不爲履行其貸借之豫約。故消費貸借。當於給付其無瑕疵之物之時。始視爲成立者。且貸主若以隱有瑕疵之物。恰如無瑕疵之物而爲貸與。即爲不履行其豫約者。故當賠償其因不履行所生之損害。殆所不待言也。

第二 無利息之消費貸借

在無利息之消費貸借。恰如贈與。一五五二其物卽有瑕疵。以不使貸主負責任爲本則。是無他。貸主無利息之貸借。卽爲恩惠的行爲。於此情事。多欲其恰如占有此目的物者。以貸之耳。縱使不然。然若以爲應負其隱有瑕疵之責任者。則貸主除其初欲割與之自己利益之一部於借主。而爲之出捐之外。將更被意外之損失。由是而所生結果。必比當初所欲施之恩惠。其恩惠爲更大矣。但因右之理由。而無利息之貸主。將爲無復有關於瑕疵之責任者。故若貸主知其瑕疵而不以之告於借主。則貸主卽非惡意。亦不得不視爲有過失者。故於此情事。則準用本條第一項之規定。第一。得令以無瑕疵之物。代其有瑕疵之物。第二。得令賠償其損害。是蓋與第五百五十一條第一項。同其精神者也。

以上爲一般之規定。若以當事者之特約。定爲與此相異。則固聽人隨意。例如附利息之貸借。言明貸主不擔保其瑕疵。或無利息之貸借。言明貸主有關於瑕疵之責任。均無不可。但貸主知有瑕疵而不告借主。若就此亦相約不負瑕疵之責任。則往往當視爲有詐欺者。由是而多爲得取消其特約者焉。但於以右之特約。成其貸借契約之一部者。則多應并取消其貸借之全部矣。

第五百九十一條 當事者若不定其返還之時期。則貸主得定其相當之期間。而爲返還

之催告。

借主則無論何時得爲返還。取一七
九一七項。

本條蓋定其由消費貸借所生最重要之義務者也。蓋由消費貸借所生當然之義務。是爲借主返還之義務。而其應返還之物。既有第五百八十七條之規定。故茲不復贅。然其應爲返還之時期果如何。此則本條之所規定也。蓋當事者若特定其期間。則當從之。固不待論。然若不定其時期。則依債權之一般規定。其爲債權者之貸主。似應無論何時。均得請求其返還。三四一三項。雖然。貸借之爲物。本在欲令借主得使用其物。故若以右手爲貸與。以左手促其返還。固非適合於當事者之意思者。且在消費貸借。借主當即時消費其目的物。故欲返還之。必不能不更準備其能代之物。故非於一定期間之後。則不得求其返還。此蓋可謂當然之理。雖然。於當事者不定其返還之時期者。轉以法律定其應於一定期間之後。乃爲返還。則頗不能無膠柱之病。故於本條。貸主爲得定相當之期間。而以應於其期間內返還之旨。爲催告焉。蓋僅云相當之期間。雖頗非無泛然之嫌。然既如前所屢論。就種種情事。設一定之期間。其事極難。故令當事者定其自認爲相當之期間。此不得不謂爲最副於實際之便宜者矣。惟貸主縱定其認爲相當之期間。若借主認之爲不相當。則得請求其伸長之。

而貸主若不應其請求。則或得由裁判所伸長其期間。例如金額爲巨大。而借主爲乏資力者。則當以一月至二月之期間爲相當。其金額爲寡少。借主有相當之資產。則當以一週至十日爲相當。是也。

以上雖就貸主之請求權論之。其借主則果無論何時得爲返還否乎。依一般之規定。於此情事。則以期間之不定。借主苟隨時爲返還焉。貸主固不得拒之。此似不待言矣。（縱使期間利益似應無論何時得爲返還。可並觀一卷第一三六條下之說明。惟就此有多少之疑問。無他。借主突然受返還之催告。而有覺爲難之事。則貸主若亦突然受其返還。則因其難於保存及利用。不無受其損害之事。亦復與之相等。且在附利息之貸借。貸主多不能即以其所受取之物。貸與或寄託於他人。而得相當之利息。故立法例及學說。不無以借主爲亦於相當之期間以前。非先爲豫告。則不得爲返還者。雖然。貸主突然受返還之困難。究不能比借主突然受返還催告之困難。而借主欲爲返還。大抵爲已了然達其貸借之目的。故縱許其卽爲返還。亦不能爲有反於貸借之性質。故於本條第二項。從我邦向來之習慣。借主爲無論何時得爲返還者焉。

第五百九十二條 借主若至不能依第五百八十七條之規定。而爲返還。則要償還其時

此物之價額。但第四百二條第二項之情事。則不在此限。取一八〇。舊商五八三。

本條雖爲實際適用極少之規定。然於其有適用之時。則頗爲必要之規定。蓋貸主有不能令返還之物。與前所借受之物。爲同種類同品等數量之物者。例如定金錢之種類而爲貸借之時。此種類竟失其通用之效力。有屏絕於市場者。又古物等稀世之商品。縱搜索於全國中或世界中。有終不能得之者。於此等情事。借主果負何等之義務乎。由純然之理論言之。則借主似當因不能履行而免其義務。雖然。似此則不能不謂借主爲不當之利得。故無論用何等方法。借主不能不以其因貸借所受之利益。返還於貸主。而在金錢。以既有第四百二條第二項之規定。爲可從之。而以他通用之貨幣。返還其相同之金額。在其他之情事。則爲當從本條之規定。至不能爲返還時。償還其物之當時價額焉。或曰。於此情事。借主當償還其貸借契約時之價額。或曰。當償還其應爲返還時之價額。是兩者皆非也。在貸借之當時。借主非即應爲返還者。故若貸借契約。無變故而獲履行。貸主原不能受相當於貸借當時之物之價額之利益。止能受相當於返還時之價額而已。雖然。於本條之情事。在應爲返還之時期。則其應返還之物。業已無存。故不能評定其價格。至爲非賣品。則不問存於何人之手中。然皆不能得之於市場者。其評價極爲困難。往往不免費過當之高價。故不得

已而止如本條。爲應返還其物之不能爲返還時之價額。卽爲應返還其物之消滅於市場時之價額焉。其物雖尙有少量存焉若借主不能得其所借受之分量則與此同

第六節 使用貸借

本節所規定之使用貸借。與次節所規定之賃貸借。共以使用特定物爲目的者。惟使用貸借爲無償。賃貸借爲有償。爲其差異。且依古來之習慣。使用貸借。以之爲踐成契約。而以賃貸借爲諾成契約焉。其餘所有兩者規定之異。則視本節及次節之規定而可知矣。

第五百九十三條 使用貸借。因當事者之一方。約以無償而爲使用及收益之後。爲返還之事。而由相手方受取其某物。乃生其效力。取一五

本條所以揭使用貸借之定義者也。依本條之定義。使用貸借之性質如左。

第一 無償契約

使用貸借之爲無償。乃其與賃貸借之所以異。惟卽有如何之報酬。其必能構成賃貸借與否。則欲於以後論之。

第二 踐成契約

由純理言之。則限於使用貸借爲踐成契約。而賃貸借則爲諾成契約。初無理由之可言。雖

然。依諸國古來之習慣。使用貸借。乃由貸主以物引渡於借主之時。而為成立。賃貸借則既有雙方意思之合致。即能成立契約。是為通例。蓋在使用貸借。貸主即有貸與之義務。然此義務。通常因引渡而履行之。借主止於既受其物之引渡以後。始生其返還之義務。若云未受物之引渡。已有返還之義務。則可謂為反於普通之觀念者。然在賃貸借。則一方負以物供其使用之義務。他一方負支付其租金之義務。故雙方之義務。自始即為成立。且即債主尙未經用其物。其租金多從契約之日。即應付之。如返還之義務。有不過視為附隨之義務者。至物之引渡。當完成於何時。請就占有權所論觀之。二卷第一八之說明

第三 雙務契約

因使用貸借而貸主負必令借主。於其所有物為使用及收益之義務。借主負為其使用或收益之後。返還其物之義務。據古來一般之學說。則使用貸借。惟借主負返還之義務。貸主則為不負何等之義務者。蓋使用貸借。概因貸主之好意。故在古代之法律。借主非有使用其物之權利。惟限於不變貸主之好意。不過於德義上。令借主為使用其物者耳。即貸主為無論何時。得求其物之返還者。故使用貸借。真可謂令其借主。專負義務而不與以權利者。雖然。及法律漸漸進步。則貸主亦不許無故而求其物之返還。惟自己若有需用。則為得求

之者。其究也。并至於雖有普通之需用。亦未許求其返還。惟限於有臨時之必要時。爲得促其返還者。且於新民法。則貸主卽爲自己有何等之必要。亦不得蔑視契約而求其物之返還。故借主有純然之權利。殆無疑義。但於法國法及舊民法等。在某情事。令貸主得求其物之返還。然余則夙信借主爲有一種債權而不疑之。而在法國學者中。如拔速那特氏之亦能認此。則實可謂卓見。蓋所有者得自由使用其所有物。而令他人不使用之。固屬當然。然貸主以其所有物貸與借主。則貸主於一定之時間。自不能使用其物。不得不令借主使用之。是非貸主之義務借主之權利而何乎。而於此情事。既不認爲物權。卽不得不謂爲發生債權債務者。若夫返還之義務。爲古來學者所皆認。從古來之學說。甯以返還之義務。爲由使用貸借。所生惟一之債務。卽使用貸借之性質。爲片務之契約。而借主若加費用於其物。或因物之瑕疵而受損害。則多應由貸主賠償之。於此時。貸主爲有義務。故或又以之爲不完全之雙務契約。然亦因使用貸借所生必然之義務。惟專爲借主之返還義務而已。

使用貸借。從來如其名稱之所示。令借主爲僅得爲其物之使用者。然如土地有一定之收穫者。則借主當然得取其所收穫。善不待言。故於新民法。特言使用及收益焉。蓋古以使用貸借。限於動產。動產則有收益者。蓋尠。雖亦許其不動產之使用貸借。然於實際。其適用爲

極少。縱使有之。亦常以房屋宅地等無收穫之物。令爲使用。則所或有。至如以田畑等譯者按田也。有一定收穫之物。爲使用貸借之目的。可爲絕無稀有之事。此所以向來之立法例及學說。僅言使用之事。而卽在新民法。其契約之名稱。亦依然止用使用貸借之文字也。

使用貸借所有返還之義務。與消費貸借之返還義務不同。在消費貸借。則以與所借受之物。同其種類品等及數量之物。以爲返還。然在使用貸借。則必不能不返還其借用物之本物。故可知使用貸借之目的。常爲特定物也。

第五百九十四條 借主要從其因契約或其目的物之性質。所定之用方。而爲其物之使用及收益之事。

借主非有貸主之承諾。則不得令第三者。於其借用物爲使用及收益之事。

借主若爲反於前二項規定之使用或收益。則貸主得爲解除契約之事。取一 九七

本條以下至第五百九十六條。所以定借主之權利者也。而本條則規定借主之主權利。卽規定物之使用收益之權利焉。先於第一項。定其使用收益之方法。爲當從其因契約或其目的物之性質。所定之用方者。例如甲以書籍貸與於乙。乙則因欲謄寫而借受之。乃既借受之之後。如不爲謄寫而僅閱讀其書籍。則可爲違反於契約。又契約雖不特示其目的。然

書籍則本來應供讀之或謄寫之之用。若以之代枕。或以之爲腳踏。則固爲違反其性質。又不得不謂爲違反於契約矣。

使用貸借爲無償契約。貸主無受其報酬之事。而令借主就其使用物。爲使用及收益。以此之故。大抵爲信其借主之性行。而貸與之者。然物縱爲從其用方面而使用之。依其使用之方法。亦多少終有破損之危險。故平生粗暴之人。不以貴重之物品貸與之。乃人情之常也。故借主非有貸主之承諾。則必當自使用此借用物。不得令他人使用之。不然。信其借主之深於注意。而貸與以貴重之物品。乃彼竟令其子弟婢僕等爲其使用。則其子弟婢僕等。往往非能如借主同深注意之人。因此而有破損其物之虞。是多能反於貸主當初之意。但貸主之承諾。亦不必隨時隨事而得之。若於契約之初。或至其中頃。許可其一般之第三者。令得使用其借用物。或許可其限於某第三者。得使用之。則卽不在應適用本條第二項規定之限矣。在法律本文言使用或收益。而余則僅言使用之事。是無他在借主爲收益之情事。大抵因貸主之明示或默示之承諾。多令其第三者得爲其使用之事者也。但如榨取牛乳。或刈取羊毛。則自有巧拙。若濫使第三者爲之。則多少非無危險。故有無貸主之承諾。借主當爲自權取而自刈取者焉。

借主若違於物之用法。而爲其使用收益。或不得貸主之承諾。而使第三者爲物之使用收益。則是爲其權利以外之事。固當賠償其由是而生之損失矣。然於本條第三項。則特以解

除契約之權與貸主焉。蓋此種借主。若令其久爲物之使用收益。頗爲多所危險。故不能不令貸主得即時解除其契約。而請求其物之返還。此雖與第五百四十一條。不同其精神。惟於此情事。其借主乃非不履行其債務。實爲爲其權利以外之事者。故當然不能以第五百四十一條爲適用。因而特設本條第三項之明文焉。且在第五百四十一條。尙應先爲催告。然後解除其契約。然於本條。則以對於既爲權利以外之事之無法之借主。若以將來當止其無法行爲。爲催告之旨。豈不等於兒戲。故以貸主得卽爲契約之解除者。

第五百九十五條 借主負擔借用物通常之必要費。

此外之費用。則準用第五百八十三條第二項之規定。取一九九二
四一項

本條所以爲借主於借用物加以費用之時。定其求償之權利者也。依第九十六條之原則。爲占有者之借主。得求其必要費全額之償還。惟借用物若生果實。則通常之必要費。不能不令借主負擔之。又於有益費。則限於其物所增加價格之現存者。而從貸主之選擇。或費用額。或增價額。當擇一以償還之。而借主在理論上。爲善意之占有者。故裁判所就此有益費之償還。不能以期限許與貸主。再訂二卷第二九
九條下之說明 似此原則。有二點焉。難以之適用於借主。

第一 借主之借用物。縱爲不生果實者。然以使用之而受利益。故通常之負擔費。以悉令負擔之爲至當。例如借用馬者。應負擔其馬之食料。殆不容疑。又借用房屋者。應負擔其座之換席屏之換紙等費用。殆亦所不容疑也。

第二 至於有益費。則似當視借主爲惡意之占有者。較爲正當。何則。借主之使用其物。雖爲善意。然畢竟非自己之所有物。明知其達於一定之時期。必不能不以其物返還於貸主。故若濫加有益費於此。不可謂爲當然之行爲。況投莫大之費用。而爲借用物之改良或裝飾等。是應爲所深畏者。或由是而使貧困之貸主。負擔還其不勝負擔之費用之義務。若不償還之。則行其留置權。以拒不返還其物。竊謀橫領此借用物焉。此亦事實所不保其必無者也。故於本條第二項。做留置權買戻等之例。令裁判所得因貸主之請求。而以相當之期限許與之焉。二九九二項
五八三二項

第五百九十六條 第五百五十一條之規定。於使用貸借準用之。取二項

本條所以規定貸主之擔保義務者也。蓋貸主與贈與者。同爲無償而以利益與他人者。故不能與賣主或貸與人等。視之爲同一。故於本條。爲常準用關於贈與之規定者焉。無他。貸主於貸與物或其所有權之瑕疵或缺。以不任其責爲原則。惟貸主若知其瑕疵欠缺而

不告借主。則當賠償其由是而生之損害耳。

第五百九十七條 借主要於契約所定之時期。返還其借用物。

當事者若不定返還之時期。則借主要從契約所定之目的。於使用及收益既終之時。爲返還之事。但雖在其使用收益以前。若已經過足爲使用及收益之期間。則貸主得即時請求其返還。

○三〇二
○三〇三
當事者若不定返還之時期。或使用及收益之目的。則貸主得無論何時請求其返還。二取

本條規定借主之返還義務。此義務。殆爲借主惟一之義務。又爲由使用貸借所生之主義務。此事既如所論。蓋當事者爲有隨意定返還時期之自由者。其時期若已定。則貸主於其時期以前。不得請求其物之返還。此事亦既論之。是雖似爲當然而不待言者。然與向來各國法律之所認。則有不同。此事又爲所已論。惟當事者若不定其返還之時期。則果何時當爲其返還。不能不稍有疑問。依債權之一般規定言之。則不定履行時期之債權。似可由債權者隨時求其履行矣。然貸借之爲物。本爲欲令借主得使用其物而爲之者。故即使不明定返還之時期。在借主使用其物之必要時期。亦不能不爲不得促其返還者。惟物之使用

云者。一日使用之。亦爲使用。十年使用之。亦爲使用。故於如何之時期。乃得求其返還。是爲所最難定者。於本條第二項。先令借主於從契約所定之目的。既了其使用及收益之時。爲當爲返還者焉。例如因試驗之準備而借書籍者。其試驗既了之後。卽當返還之。因招人讌飲而借器具者。其讌飲既了之後。卽當返還之。雖然。借主往往有不爲使用收益之事。而因此遂有經甚長之日月。不爲返還者。此其貸主之不利益且勿論。實可謂有違於締結契約時之當事者之意思。故借主雖未爲物之使用收益。但若已經過足以爲之之期間。則貸主得卽請求其返還焉。例如因讀書一過而借之者。縱使自己怠惰而未終其一讀。遂亘許久。然若已經過通常人一讀之之充分期間。則貸主得卽請求其返還矣。又因一次往反於某土地而借船者。縱使依自己之便宜。數日至數月間不使用之。然若已經過通常爲出帆準備之必要時間。以通常之速力抵到目的地之時間。在目的地了其一定事務之必要時間。及由目的地歸至出發地之必要時間。貸主卽得請求其船之返還。此類是也。以上所云。當事者卽不確定其返還之時期。然以契約已示其使用收益之目的。爲得暗知其返還之時期者。乃若當事者於返還之時期。使用收益之目的。均爲不定。則一刻使用。亦爲使用。千日使用。亦爲使用。故於此適用債權總則之規定。貸主爲得無論何時。請求其物

之返還者焉。蓋使用貸借常爲無償。故如右之情事。當事者之意思。欲推測而無由。則寧可爲貸主之便宜。而解釋其契約矣。

第五百九十八條 借主得復其借用物之原狀。而收去其附屬之物。

本條專定借主所伴於返還義務之權利。蓋借主欲物之便於使用。往往有以他物附屬之而使用者。於此情事。其所附屬之物。以非貸主之原物。得收去之。殆不容疑。或依添附之規定。不無疑其不得收去者。然依第二百四十二條之規定。則於依權原而以物附屬於不動產之時。固爲不能適用添附之規定者。而借主則只得爲使用收益之權利。其結果乃得因使用收益。而以他物附屬之。故於此不適用添附之規定明矣。又於動產。限於其所附合之物。非直至毀損不能分離者。乃適用添附之規定。故若僅止以他物附屬於借用物。則不能復適用添附之規定。以故借主得收去其所附屬之物。有不待言。惟於此情事。借主本爲據自己之使用收益之權利。而以其物爲附屬者。故收去之之結果。使用物卽與原狀有多少之不同。借主殆亦無使之復於原狀之義務。此不能無疑者。是於本條。所以以借主於借用物復其原狀。乃得收去其附屬之物之旨。爲規定也。在地上權。永小作權。土地之所有者。雖與以買取工作物及竹木之權利二七九。然使用貸主。則爲不有同一之權利者焉。是無

他。使用貸借。殆常爲止就動產而存焉者。如以他物附屬之。極爲例外之事。而若分離之。則其能爲大害於國家之經濟者。當爲極少故也。其於貸借亦不爲同一規定之理由。尙當於後論之。

今試示借主以他物附屬於借用物之一二例。右如土地之借主。於以竹木植於其土地之情事。固得收去其竹木。然若因收去之之跡而使地有穴。則須填平之。又如借物爲裕者。若以綿裝之。則固可取出其綿。然必不能不縫紉以復於元裕。而返還於貸主。此類是也。

第五百九十九條 使用貸借。因借主之死亡而失其效力。

取一六

本條爲關於使用之終了而規定焉。卽使用貸借。於因返還時期之到來。而爲終了之外。因借主死亡則爲終了者也。蓋使用貸借。常爲無償。不能不以爲特爲借主一身之利益而爲之者。加之據第五百九十四條第二項。借主以不得令第三者爲物之使用收益。爲其本則。今於借主死亡之情事。若使用貸借猶當爲存續者。則勢不能不令借主之相續人。爲物之使用及收益。是可謂反於第五百九十四條第二項之原則者。此所以設本條之規定也。但以特約。定借主死亡之後。其使用貸借關係之應繼續者。則固無所不可爾。

第六百條 因反於契約本旨之使用或收益。所生損害之賠償。及借主所出費用之償還。

要由貸主受其返還之時。於一年內請求之。

本條乃欲於返還義務之外。負由使用貸借所生之債務關係。速於了結者也。蓋貸主因反於契約本旨。而爲物之使用收益。所生之損害。及應由貸主償還借主之費用。其額常均不甚多。且若經過一定之期間。則欲爲其確實之證明。極爲不易。因之有惹起難於裁判之訴訟之虞。故於本條。則爲當由貸主受其返還之時。於一年內爲是等之請求者焉。

反於契約本旨之使用收益云者。專謂不從用方之使用收益。及不經貸主承諾而使第三者爲之之使用收益也。四九

第七節 借貸債

向來之借地借屋借損料等。皆爲當入此中者。乃契約中最頻繁之一種。在舊民法。則因是而生物權。新民法做外國多數之例。不生物權。惟就不動產。若登記之。則爲得以對抗於第三者者。令得因是而生等於物權之效力焉。其詳尙當論之於後。五六

本節分爲三款。第一款爲總則。規定借貸借之定義。及其關於成立之事項。第二款爲借貸借之效力。定貸貸人及賃借人之權利義務。第三款爲借貸借之終了。規定借貸借終了之原因及其結果焉。

第一款 總則

第六百一條 借貸借因當事者之一方，約其相手方，為某物之使用及收益。相手方則約以其借貸付之，而生其效力。一財一七五

本條揭借貸借之定義，併明其成立之時期焉。請示借貸借之性質如左。

第一 諾成契約

借貸借與消費借貸及使用借貸皆不同，無庸物之引渡。止因當事者雙方意思之合致，而契約止為成立者焉。是於各國之法律，殆為一律。其所以然之故，既已論之。故茲不再贅。

第二 有償契約

是專為借貸借與使用借貸之所以分歧。即在使用借貸，借主固毫不付其報酬。而在借貸借，則為必當付以借貸者。於本條則云，金故似當必以金錢為借賃。然此蓋於大多數之處所，以金錢付其借賃。故云爾耳。在土地之貸借，則往往以收穫之一部與地主，以為借賃。借者按借賃二字，即租金之義。前文皆譯作租金，以後從文義之便，仍其原文而加注於此。蓋從本條為始也。其例蓋不為少，而以收穫之一部為借賃。其情事又有二種。一則以米若干斗麥若干石等一定之額充借賃者。一則隨年年之收穫，以全收穫之幾分與地主者。其後一種，學者謂之為分果小作 (Colontage partiaire)

云。

第三編 債權 第二章 契約 第七節 貸貸借 第一款 總則

有償之貸借。果皆爲貸貸借乎。曰不然。如一時與以金若干圓。以取得其數年間爲物之使用之權利。或如供其勞役。以爲使用房屋之報酬。則卽非貸貸借。是等契約之爲有效。固不待言。然不能以本節之規定適用之。惟當適用契約之一般規定而已。但於右之第二例。則往往有存於雇傭契約者。

然則卽此之所云借。果爲有如何之性質者乎。曰應於定期支付其金錢及其他之物是也。惟其支付時期。或有每年付之者。或有每月付之者。甚至每日付之。亦容有之事。要必於一定之時期間。對於物之使用。以一定之金額及其他之物。爲支付焉而已。

第三 雙務契約

貸貸借之爲雙務契約。蓋不待論。何則。當事者之一方。負令他一方爲物之使用收益之義務。因此之故。不但不自使用自己之所有物。而使賃借人使用之。更有進焉。蓋併爲負爲必要之修繕。以便於賃借人使用其物之義務者。而其他一方。則又不但於貸貸借終了之時。負返還其物之義務。蓋併爲負定期支付其借賃之義務者焉。

第六百二條 不有處分之能力或權限者。於其爲貸貸借時。則其賃貸借。不得超於左之

期間。

一 以樹木之栽植、或採伐爲目的之山林之賃貸借。十年。

二 其他土地之賃貸借。五年。

三 房屋之賃貸借。三年。

四 動產之賃貸借。六個月。財三一九三

凡賃貸借。爲於物之所有者不自使用之之時。最普通之利用方法。又在不得以土地房屋夜具等爲所有者。則賃借之。此於其生活上爲必要之行爲。且於各人之處理財產上。爲最頻繁之行爲焉。故其性質之爲管理行爲。殆爲人無異言。雖然。若於長歲月之間。爲賃貸或賃借。則不但因第一賃借之時值。後有高低。貸主、或借主、因此而多有非常之不利益。且所有者即自己有必需時。亦不能使用其物。而借主則其物已無所用。亦仍不得不付其借賃而依然借受之。似此、則其財產上所有其他之不利益。實非尠少。故於各國之法律。大抵以長期間之賃貸借。視爲處分行爲焉。惟至其期間之長短。則各國不一其揆。在本條。則先分動產與不動產。又在不動產之中。亦分土地與房屋。更就土地之中。於以樹木之栽植、或採伐爲目的之山林。設爲特例。蓋動產之賃貸借。其期間常爲極短。故其期間若超於六個月。

則動產之爲借貸借。殆不得不爲異常之長期者矣。反之而爲不動產。則爲稍稍長期者不少。然房屋之借貸借。又大概短於土地之借貸借。如自始即以三年以上之期間。爲房屋之借貸借。在實際爲稍稀。反之而爲土地之借貸借。則三年至四五年者殆非少矣。惟非永小作。而自始即以五年以上爲期者。則亦稍稀。而在以樹木之栽植。或採伐爲目的之山林。則其借貸借之期間。非巨稍稍之長期。則不能達其目的。故十年以外者。猶視之爲管理行爲焉。而於山林中。所以特指示其樹木之栽植。或採伐爲目的焉者。無他。山林中。頗多以採取下草落葉芝蕈等爲目的者。且於爲山林之借貸借時。有此種之目的爲尤多。然此類之山林借貸借。無與耕地牧場之借貸借。異其期間之理。因而在實際之習慣。亦多爲短其期間者也。

本條之適用。在視其能力與權限。其視能力者。則依第十二條第一項第九號之準。禁治產者。若爲超於本條期間之借貸借。爲必要保佐人之同意者焉。而其視權限者。則謂第三百三條第二號所謂「於不變其物之性質之範圍內。以其利用爲目的之行爲」云云。其借貸借。爲不超於本條之期間者。參看二八又依第八百二條。夫若超於本條之期間。而爲妻之財產之借貸。則必要妻之承諾。又依第九百二十九條。則不超於本條期間之借貸借。後見人得以

其專斷爲之。而超於本條期間之借貸。則爲必要親族會之同意者矣。

因本條之能力與權限而有適用者。雖如右之所論。然至其制裁。則自不能無差異。蓋無能力者。即德國學者之所謂限定能力者。其行爲本非無效。惟得取消之而已。第一二、三項。一卷第二節法論及

第九條下之說明 反之而爲無權限者之行爲。則本來應爲全然無效者。惟依第百十三條以下之

規定。在新民法。則以便宜之故。得由追認而以之爲有效者焉。由是而雖在其無追認之間。但在相手方既不取消之。則其行爲。不過仍視爲假成立者耳。五一且因促其無能力者。無

權限者。行爲之追認或取消。得定相當之期間而爲催告。則尙爲第十九條及第百十四條所規定。但後見人之越權行爲。則不以之爲無效。惟由無能力者或其代理人。得取消之。又

當準用第十九條之規定焉。九三六。更依八八七。在行親權之母亦有同樣之規定

第六百三條 前條之期間。得更新之。但要於其期間之滿了以前。土地則一年內。房屋則

三個月內。動產則一個月內。爲更新之事。財一〇

前條之規定。雖爲因保護無能力者。或本人而設之規定。然其無能力者。或代理人之權限。在繼續於長年月之間時。既經過前條所規定之一期以後。猶必繼續而爲借貸者。其事正多。然一旦於前契約既終以後。即欲更結其契約。在當事者之一方。亦既有不欲爲之者。

故及其期間未盡滿了。欲就次期更新其契約。當亦不少。雖然。若此更新爲無論何時皆得爲之者。則前條之規定。殆止爲死文而已耳。何則。今日卽以三年之期間。貸貸房屋。明日若更約以經過三年之後。當再以三年之期間爲賃借。則是與六年之期間爲賃借者。殆爲相等。或如次條之由更新之時。爲不得超於前條之期間者。則雖得畧矯正其弊之幾分。究未足爲貫徹全條之精神也。何則。據此主義。則由更新之時。不能復超過三年。故無前例之弊害。然若每年爲此更新。則可更於三年間羈束其契約。然立法者所以設前條之規定者。無他。在一方。以借貸之時。值爲有低昂。故以同一之借貸。亘長年月之間。其借貸借爲不利益。在他一方。則於貸主有需用此物之時。或借主有不用此物之時。恐經數年月之間。有不能使用其物。或不得不空付借賃之不利益之事。然則苟爲前例之每年一更新。則於五年間繼續其賃借者。事當不少。然方其初三年之期間將滿時。若俄而生借賃之低昂。或生土地之需用與不需。則猶於二年有餘之間。有不能不繼續其賃借之不利益焉。故於本條。則苟一旦於前條之期間內爲賃貸借。非至其期間之將滿後。爲不得爲更新者也。而其土地房屋動產之各不同其期間者。則以欲更別爲貸與。或別有借受。於數者蓋有難易之別焉。第六百四條 賃貸借之存續期間。不得超於二十年。若以長於此之期間爲賃貸借。則其

期間。以二十年爲之短縮。

前項之期間。得更新之。但由更新之時。不得超於二十年。財一
二五

本條所以定貸貸借之最長時期者也。蓋一切之契約。皆不許永久繼續之。此爲文明國法律一般之所認。故卽在雇傭及組合等。皆就期間有多少之限制。六二六至六二八且貸借在其期間之不甚長者。固於經濟上爲極有益。然若其期間失之過長。則爲經濟上之大大不利益焉。蓋如貸主不自爲其物之使用收益。而能改良其物。實屬例外之事。而借主則固罕施改良於他人之物者。惟貸主得要求借貸。故改良其物。則其價格因以增加。因其價格之增加。常得增加其借貸。故貸借之期間若不甚長。固無妨其物之改良。然若其期間失之過長。則竟不能無不顧其物之頹敗毀損之弊。此所以設本條之限制也。其最長期之所以爲二十年者。無他。永小作權。必爲二十年以上。八二七又地上權。亦多爲二十年以上者。六二八故若當事者有必以長於二十年之期間。賃借其土地之故。則可設定永小作權或地上權。因而可無必爲貸貸借之道矣。或曰。既以超於二十年之賃貸借。爲公益上所不可許者。則卽設定超於二十年之永小作權或地上權。非亦當禁之乎。曰不然。永小作人或地上權者。皆於土地之上。爲有物權。地主則無復有負其義務之事。故第一先不因契約而拘束

其自由。又永小作人或地上權者。殆視其土地爲自己之所有物。施改良於此者恆不爲少。且在地上權者。則以其在他人土地之上。建築房屋。或栽植竹木。固以己所必需之故。已就其土地施多少之改良。此所以貸貸借之超於二十年者則禁之。而永小作權地上權之超於二十年者則不禁也。

以上固專就土地言之。然在房屋或動產之貸貸借。則雖以五年或十年之期間者。亦殆所未聞。故本條之規定。視爲不適用於是等之貸貸借者可也。

本條之期間。其初政府所提之案。則定爲十年。由衆議院伸長之爲二十年焉。余亦信二十年爲稍失之太長者。卽以向來之習慣。十年以上之小作。似亦多以之爲永小作之例。民事慣例

類案五五二頁以下然在衆議院。則以爲非有二十年以上。有不得視爲永小作者。故於本條。因亦改十年爲二十年也。

在本條。以貸貸借之存續期間。爲不得超於二十年者。在第二百七十八條。永小作權之存續期間。則爲二十年以上五十年以下。故耕地之貸借。若其期間有二十年者。則有或爲貸貸借。或爲永小作之二種。此或爲立法者之疏漏乎。曰是不然。永小作與貸貸借。其性質全然不同。故兩者卽同爲有用二十年之期間者。亦何不可之有。此立法者所以不定以貸貸

借爲不滿二十年者。或以永小作爲起於二十年者也。二卷第二七八條下之說明本條之規定。與第二百七十八條及第三百六十條。同其性質。故說明讓之該兩條。再訂二卷第二百七十八條及第三百六十條下之說明

第二款 借貸借之效力

第六百五條 不動產之借貸借。若登記之。則爾後就其不動產。即對於取得其物權者。亦

生其效力。財三二項三號三四八一號

本條定不動產之借貸借。若爲登記。則得以此對抗於第三者之旨也。蓋借貸借爲止生債權債務之關係者。故以不得以此對抗於第三者。爲其原則。雖然。在不動產。若不得以之對抗於第三者。則實際之不便良多。故若由登記而公示之。則恰如物權。得以之對抗於第三者焉。蓋登記雖本以當就物權爲之爲其本則。七七然在本條。則從便宜而設例外。令於債權亦爲登記之事。蓋借貸借雖不過生有債權。而其債權。乃間接以不動產爲目的。由登記而公示之。極爲易事。夫既由登記公示之矣。則第三者即得以知之。故即以此對抗於第三者。亦萬無合第三者因此而被其不虞之損害也。

第六百六條 借貸人於借貸物之使用及收益。負其爲必要修繕之義務。

貸貸人若欲爲保存其借貸物之必要行爲。則賃借人不得拒之。財一 二八 一
二九 一 項

本條所以定借貸人修繕之義務及權利者也。蓋借貸人對於賃借人。負使爲使用收益之義務。故於其使用收益。爲必要之修繕之義務。爲必件之而生者焉。但依特約或習慣。而以其修繕之全部或一部。爲賃借人之負擔。其事非尠。例如浚濶井及水溝水管。座之換席。屏之換紙等。依特約或習慣。當由賃借人負擔之者頗多。在本條。則惟示其原則而已。

賃貸人既負右之義務。同時又有爲修繕之權利。蓋賃貸人爲借貸物之所有者。雖亦有非
其所有者然此固屬於例外。且即非其所有者。要亦多於保存其借貸物。爲有正當之利益者也。故欲保存之。而施必要之修繕。其有保護自己

利益之權利。固爲當然。然若因此而妨害賃借人。爲物之使用收益。則賃借人往往有不欲之者。且當借貸借之臨了。賃借人爲自己計。甯忍物之破損。而欲目下不妨其物之使用收益。尤爲人情之常。雖然。爲賃貸人計。則一日怠於修繕。有益甚其物之毀損者。故欲卽時爲其修繕。此亦人情所當然。不能不謂爲最正當之希望。故於本條第二項。賃借人爲不得拒其修繕者焉。但以次條保護此種情事之賃借人之權利。亦可無不公平之患矣。

或曰。賃貸人之有此權利。此事可不待明文。曰不然。賃貸人負使其賃借人爲物之使用收益之義務。故若修繕而有妨賃借人之使用收益。則賃借人非無應得拒之之理。此所以有

本條第二項之規定也。

第六百七條 賃貸人欲反於賃借人之意思。而爲保存行爲之時。若因此而不能達賃借

人所以爲賃借之目的。則賃借人得爲其契約之解除。九財一二項

本條乃以賃貸人欲反於賃借人之意而爲修繕。將保護賃借人之權利。所設之規定也。蓋依前條之規定。賃貸人雖有不願賃借人多少能釀其不便。而決爲修繕之權利。然因此而賃貸借之目的。有歸於泡幻者。則不能不謂法律之保護。獨厚於賃貸人而薄於賃借人矣。故於本條。限於賃借人因修繕而不能達其所以爲賃借之目的時。賃借人爲得爲契約之解除者焉。例如房屋之壁。有破損之一處。若賃貸人欲修繕之。則通常在賃借人。雖不無多少覺有不便之處。然因此而致不能住其房屋。則固甚少。故賃借人依前條第二項之規定。不但不得拒其修繕而已。即因此而被損害。亦不得求其賠償。況得爲契約之解除乎。雖然。若賃貸人欲改造其房屋之壁之全部時。賃借人常有因此而不能住其房屋者。於此情事。賃借人爲不能達其賃借之目的。故不能不令其得解除契約。以免其支付借賃之義務也。第六百八條 賃借人若就賃借物。出其屬於賃貸人所負擔之必要費。則得對賃貸人而即時請求其償還。

賃借人若出有益費。則賃貸人要於賃貸借終了之時。從第九十六條之規定。爲其償還。但裁判所得因賃貸人之請求。以相當之期限許與之。財六九一項二項一、二、六。

本條規定賃借人出有費用時。對於賃借人得請求其償還之旨焉。蓋修繕以當由賃貸人爲之爲本則。故若賃借人一時以自己之費用而爲修繕。則得以其償還請求於賃貸人。固也。此在賃借人負擔修繕之一部時。若并爲不屬其負擔之修繕。則亦同之。但其費用若爲過當。則儘正當之額。雖得以之請求於賃貸人。然其殘餘。固爲賃借人之所應負擔。是蓋非必要之費用也。

有益費。亦得以其償還請求於賃貸人。固不待言。惟其與必要費之所異。有三。第一。必要費。得請求其全額。然有益費則從賃貸人之選擇。或償還其全額。或償還其由此而增加其物之價之額。第二。必要費。雖賃貸借尙在繼續之間。亦得於已出其費用之後。卽時請求於賃貸人。然有益費則不然。於賃貸借終了之時。始得請求其償還而已。第三。必要費。若由賃借人請求其償還。則賃貸人不得以猶豫爲請。而賃貸人則就此可有留置權。反之而爲有益費。則因賃借人之請求。就其償還。得於裁判所。許與以相當之期限。因而賃貸人若請求其物之返還。賃借人固不得留置之。蓋於此點。則其賃借人。當視爲同於留置權者。二九項九。附

有買戻特約之買主^{二五八三}及使用借主^{二五九五}各項之惡意占有者也。

第六百九條 以收益爲目的之土地之賃借人若因不可抗力而得少於借賃之收益。則

得請求其借賃之減額。儘減至於其收益之額。但在宅地之賃貸借。則不在此限。^{財一}

本條規定賃借人於因不可抗力而得僅少之收益時。請求其借賃減額之權利。蓋借賃爲賃貸借之要素。其事既爲第六百一條之所論。而其額則爲當因契約而定者。故由純理言之。則即使賃借人因荒歉及其他一切之不可抗力而得何等寡少之收益。或并不得一錢之收益。然所約定之借賃。似猶不得不照付。但在分贖之農佃每年應其收穫之數。以其幾成爲借賃而納之於地主。故於此情事。則可不用

見本條之適用矣。雖然。小作人常爲細民。家無儋石之餘蓄。若適遭凶歉。則以僅免飢餓爲幸。往往

多乞哀於地主。賴其恩惠而僅得維其生命者。故此而令付約定之借賃。則殘酷已甚。於實際多不可行。或曰似此情事。賃借人一時乞猶豫其借賃之支付。至豐年而仍爲當辨濟者。似亦可矣。何必竟免除其義務乎。應之曰。全國中各隨其地方。似非無存此習慣之處。然若以之爲一般之規定。則猶多過酷之時。蓋在凶年。賃借人縱得一時猶豫其借賃之支付。然自己及家族之生活費。頗多不能得之者。當此之時。多一時負巨債。而僅免其危急。然則翌年若爲豐收。而前年之借賃。即使之爲當辨濟者。此賃借人儘其前年因生活費而借用之

金額。亦尙罕有能爲辨濟者。因而賃借人不無常陷於負債之慘境。凶歉止於一年。猶且有然。況其在遭遇比年不熟之不幸者耶。故一般之規定。則爲遭甚歉之年。必不能不令得爲請求其借貸之減免者。在西洋。亦自古卽於賃借人。大抵與以請求減免借貸之權利焉。惟至其減免之程度。不但各國不一其習慣。卽同在日本國中。其習慣亦有種種。而其向來之沿用習慣者。大抵一任德義之宗旨。法律上令賃借人有請求減免之權利。則似無之。然迫於實際之必要。凡遇凶年。必常由賃貸人承諾其減免。惟至其標準。則本不視之爲法律問題。故從時宜而定之。其設一定之標準者。似甚少矣。在本條。則一方力重當事者間之自由契約。自非至不得已。不得以一方之意思。左右其效力。又一方則賃借人若陷於不幸。至實際不能付其借貸。則限於其由悲境中救濟之。所有必需之程度。爲得請求其減免借貸者焉。卽所謂賃借人因不可抗力而得少於借貸之收益。則得請求借貸之減額。儘減至其收益之額。是也。蓋賃借人既爲無餘財者。則非由本年之收益中付其借貸。將終不復能付之。此殆不得不然之事。故賃借人苟得相當於借貸以上之收益。則固不得請求其減免。然若止得少於此之收益。或并全不得其收益。則得請求其儘實際所得收益之額。爲借貸所減之額。或得全然請求其免除焉。夫卽如此。賃借人亦尙恐有難得其自己及家族之生活費

用者。然此可借一時之債以彌之矣。此即所以保貸貸人也。若不然。貸貸人即遭何等之豐年。不能得其多於約定借貸之額之收益。而稍值凶歉。即忽焉不能不減其借貸之額。則可謂法律之保護。又止厚於賃借人而薄於賃貸人焉。即亦可因以生反於當事者結約當時之意思之結果矣。

以上殆爲專就田畑之小作。所存之習慣。至宅地之賃貸借。則未嘗聞有如右之習慣焉。此於本條。所以限於以收益爲目的之土地之賃借人。而更設一例外。如但書所云也。

第六百十條 於前條之情事。賃借人若因不可抗力。而引續二年以上。得少於借貸之收

益。則得爲契約之解除。財一三項

凶歉若止一年。則止用前條所規定。已足保護賃借人。然若其凶歉繼續至二年以上。則因上述之理由。賃借人終不能繼續其賃貸借矣。蓋既以賃借人爲無餘財者。則以一年間收益之全部爲借貸。其支付於賃貸人者已所難堪。若二年以上繼續而負此義務。則終多難免於飢餓矣。故於此情事。先解除其賃貸借。更賃借比此利益較多。或比此較爲安全之土地。否則改其職業。蓋舍此無他望也。此在本條。所以於賃借人特認其解除權焉。但本條。止於自始即以超於二年之期間爲契約者。所能見其適用。若在我邦。一般所行之契約。乃限

以一年者。惟當事者不表示反對之意思。則每年而爲小作。於此情事。初不待本條之適用。賃借人於一年之後。卽止其前此之賃貸借。更賃借他土地。或改操他職業。固爲隨意。惟於實際。則賃借人於習慣上。若不繼續其賃貸借。則多應以其旨通知於賃貸人耳。

第六百十一條 賃借物之一部。若不因賃借人之過失而滅失之。則賃借人得應其所滅失部分之分數。請求其借賃之減額。

於前項之情事。若止其餘存之部分。賃借人不能達其所以爲賃借之目的。則賃借人得解除其契約。財一三一、二
項一四六

本條就其因天災而滅失賃借物之一部時爲規定焉。蓋借賃之爲物。本爲使用賃借物之對價。故借賃之額。大抵爲應其賃借物之大小多少而定之者。若賃借物雖已滅失其一部。而約定之借賃。則爲當付其全部者。是多爲反於當事者契約當時之意思矣。此於本條第一項。所以於賃借人。先與以應其所滅失之物之部分。請求如其成數。以減借賃之額之權利。例如一町步之田地。以年五石之借賃爲借受時。其一反步因震災水害等。若已崩壞。則賃借人爾後可付四石五斗之借賃。譯者按日本畝
法以十反爲町畝但借賃減額之程度。不能必其專依土地廣狹之成數。若依土地之部分而不同其價。則不能不應其價而爲減額。例如在宅地之

賃貸借。表坪常貴於裏坪。譯者按日本地六尺方爲一坪。表坪謂緣市街者。而裏坪則其不緣市街在宅後者也。故於以千坪之地面。月二十圓之地代爲借受者。裏坪卽崩壞二百坪。亦不得必請求其減借賃二成之額。卽不能定減四圓。假如表坪有二百坪。其借賃爲每坪三分。則裏坪二百坪之相當借賃。乃三圓五角耳。

右之規定。未足爲賃借人充分之保護。何則。賃借人自始卽需有一定面積之土地房屋等。乃貸借之。其事頗爲不尠。於此情事。若滅失其一部。則縱使減其借賃之額。亦有全不能達其契約之目的者。且所滅失之部分。若爲甚大。則止其殘部。不能達契約之目的。其情事尤爲最多。當此之時。賃借人卽繼續其契約。亦不能得最初所豫期之利益。故不可不令得速解除其契約。此所以有本條第二項之規定也。參看五六三至五六六

第六百十二條 賃借人非有賃貸人之承諾。則不得讓渡其權利。或轉貸其賃借物。

賃借人若反於前項之規定。使第三者爲賃借物之使用或收益。則賃貸人得爲其契約之解除。財六八一三

在本條。所以定賃借人之權利。果得讓渡之與否。或賃借人得以賃借物爲轉貸與否者也。在舊民法。則做外國多數之例。以許其讓渡及轉貸爲本則。然在新民法。則做我國多數之

慣例。其原則爲不許之者焉。蓋爲物之使用收益者。自有巧拙。其注意又有精粗之別。故於欲使甲爲使用收益而貸其物之時。以其權利讓與於乙。或使乙爲其物之使用或收益。在我邦之習慣。多認爲反於當事者之意思者焉。且至於田畑。則尤往往以收穫之一部。供其借貸。故因小作人之勉不勉。才不才。而不同其收穫之額。故於此情事。卽在外國。亦多不許其讓渡或轉貸之之例也。

本條之規定。同於本款大多數之規定。許當事者爲反對之契約。所不待言。又當初卽無此特約。然方其賃借人欲爲讓渡或轉貸。而特經賃借人之承諾。則其讓渡或轉貸爲有效。又於本條第一項所可明也。

違反於本條規定之制裁。先在讓渡或轉貸之無效。此不待言。然本條則以此制裁爲未足。更以第二項與賃借人以契約之解除權焉。是無他。賃借人不得賃借人之承諾。而欲以其權利讓渡於他人。或欲以賃借物轉貸於他人。一有見端。將來復出於同樣之不法行爲。不能無慮。故賃借人爲得解除其契約。而令其返還此賃借物者焉。但此制裁。非止因約爲讓渡或轉貸。而卽有其適用。必俟賃借人令第三者。實爲其物之使用收益。始能適用之。蓋若僅爲其契約。則並不爲第三者生何等之權利。故若賃借人實際不令第三者爲其物之使

用收益。則不得謂爲侵及賃貸人之權利者也。

第六百十三條 賃借人若適法而轉貸其賃借物。則轉借人對賃貸人。直接而負義務。於此情事。則不得以借賃之先付。對抗於賃貸人。

前項之規定。不妨賃貸人對於賃借人行使其權利。按財一五〇二項

本條就賃借人適法而轉貸其賃借物之情事。爲規定焉。卽就其因其初之特約而得轉貸之權利之情事。或特經賃貸人承諾之情事。爲規定也。於此情事。則若無本條之規定。賃貸人當專對賃借人而有契約上之權利義務。轉借人則專對於賃借人而有之。此固無容疑者。雖然。果如是。則有時而非無不便。蓋當此時。必多賃借人對於賃貸人而不盡其義務。而轉借人獨對於賃借人履行其義務者。若此。則爲專利益於賃借人。而賃借人則有大被損害之虞矣。而其所有物。則以轉借人爲其使用或收益。而爲當收關於此物之利益者焉。是豈可謂之公平乎。於是本條。乃以對於轉借人之直接權利與賃貸人。卽令轉借人對於賃借人。因賃貸借契約所負擔之義務。有應賃貸人之請求。對之而爲其履行之責。例如轉借人當以其借賃付於賃貸人。又轉借人若有己所負擔之修繕。則應賃貸人之請求。不得不得爲其修繕。此類是也。但此轉借人之義務。有兩種限制。第一。限於其對賃借人所負義務之

範圍。第二。限於賃借人對於賃貸人所負義務之範圍。何則。轉借人既已適法而取得其權利。則不可謂其所負擔之債務。應較多於其因契約所負擔之債務。又賃貸人若乘賃借人適為轉貸。遂取得其較多於對賃借人所得權利之權利。亦為無理。例如轉借人應付每月十圓之借賃時。縱在賃借人為每月應付十二圓。亦可僅付十圓。又轉借人即以十二圓之借賃為賃借。若賃借人對於賃貸人。止應付十圓之借賃。則轉借人亦可付以十圓。而必不能不以其餘二圓。付之於賃借人焉。又轉借人之不引受其一切修繕之負擔者。則即使賃借人有負擔其修繕之全部或一部之情事。亦無復有為修繕之義務。此類是也。

或曰。縱使無本條之規定。然因第四百二十三條之適用。賃貸人亦得代其賃借人。對於轉借人而促其為履行債務之事。然猶特設本條之規定者。則果如何。答曰。依第四百二十三條之間接訴權。則賃貸人仍非行自己之權利。故有二不合之點。第一。由其轉借人所得之者。不得已獨專之。必與為他債權者之賃借人。不能不共分之。但有三一四之規定。故賃貸人。上。有先取特權。而其先取特權。為最有力者。故本文所云。禁止。關於理論而已。惟仍有二處。必需本條之規定。其一。在動產之賃貸借。則不有先取特權。其二。在以果實為借賃時。則依三三〇。三項之規定。更有力於賃借人之先取特權。第二。轉借人往往有得一事由。可對抗者。不致於此等情事。固皆必有本條之規定焉。

於賃借人者。於此情事。若賃貸人依間接訴權而為請求。則轉借人固得以其事由而為對

抗。然於依本條之規定而爲請求之時。則其無病於對抗者。又有二義。(一) 貸貸人以自己之權利。爲請求於轉借人。故由是而得之者。當全歸己之所有。其賃借人。不過能因此而免其債務之全部或一部而已。(二) 轉借人不得以其得對抗於賃借人之事由。而爲對抗於賃貸人之事。例如轉借人對於賃借人爲有債權。是固得與其借貸之義務。互爲相殺。然雖有此情事。若受賃貸人之請求。則固不得對抗之。是矣。

據以上所述。則賃貸人對於轉借人。直與有直接訴權者無異。然其權利之範圍。決不能脫賃借人所對於轉借人之權利範圍。惟於此有一例外。無他。轉借人不得以借貸之先付。對抗於賃貸人者是也。蓋轉借人若以其借貸。支付於賃借人。則其義務爲消滅。故無更受請求於賃貸人之理。而轉借人若於約定之時期。或習慣上及法律上之時期支付其借貸。則固可適用此原則。然若爲先付。即於約定之時期前。已爲支付。則爲不得以之對抗於賃貸人者焉。是無他。既於本條。以直接訴權與賃貸人矣。轉借人即不得濫以其意思。左右其賃貸人之權利。且先付之情事。往往有因欲加損害於賃貸人。而由賃借人與轉借人通謀以爲之者。故特以之爲不得對抗於賃貸人者也。或曰。似此情事。則賃貸人可依第四百二十四條之規定。而得取消其先付。雖然。通謀之事實。爲實際所極難證明者。故於本條。則斷然

塞其詐欺之路焉矣。

本條之規定。不過特以對於轉借人之直接訴權。與其貸貨人。非奪貸借人之權利。以與貸人也。故除先付借賃之情事外。貸借人自得對於轉借人而求其履行義務。而轉借人則亦不得拒之而不履行。而至後日。若貸貨人對於轉借人而求其履行義務。則轉借人因已對於貸借人爲其履行。而既免其義務。可卽以此答之。此依本條第一項末文之規定。而略略明焉者也。何則。本條第一項之末文。特言不得以借賃之先付。對抗於貸貨人之旨。卽暗示其若非先付。則得以借賃之支付。對抗於貸貨人之旨。故也。

本條本爲欲保護貸貨人而設焉者。故非因有本條之規定。而貸貨人遂失其對於借借人之權利。蓋貸貨人爲信其借借人。乃以其所有物貸貸之者。故雖有本條之規定。若對於轉借人而止不復爲請求。欲依然對於借借人爲之。固爲可隨其意者。而若借借人爲不乏於資力。或住址相近。或特供其擔保。於此情事。則貸貨人爲請求於借借人。大概比之爲請求於轉借人爲有利。又卽使於此等之點。皆無差異。然若轉借人所應支付之借賃。少於借借人所應支付之借賃。則使由轉借人受取其一。又由借借人受取其一。不免稍涉煩勞。況貸貨人所對於轉借人之權利。當與借借人之權利。共爲消長。故貸貨人方對於轉借人

而爲請求。轉借人則已對於賃借人。已了其有效之履行。此情事當非尠少。此所以有本條第二項之規定也。

本條不過特以權利與賃貸人。而非使之負義務者。故轉借人雖對於賃貸人。負直接之義務。然不得對之而直接行其權利。惟得依第四百二十三條。代行其賃借人之權利而已。本條專就轉借之情事。爲規定焉。故於讓渡之時。固不得以之爲適用也。是無他。賃借人於得其賃貸人之承諾。其自始卽有特約者。則可謂其業已以總括之承諾與之。而讓渡其權利之時。則其與此牽連之義務。亦可謂已共讓之者。故不俟本條之規定。而讓受人對於賃貸人。止當與讓渡人負同一之權利。但因特約而讓渡人對於賃貸人。擔保其賃借人所應履行之支付借賃及其他各義務。其事正多。於此情事。是則可謂賃貸人於對於讓受人之權利以外。其對於讓渡人。猶留保其權利者矣。

第六百十四條 凡借賃。在動產、房屋及宅地。則要於每月之末。在其他之土地。則要於每年之末。付之。但其有收穫之季節者。則要於其季節後。無遲滯而付之。財一三八

本條就借賃之支付時期。爲之規定。蓋借賃之支付時期。通常當以契約定之。若不以契約爲之特定。則大抵有一定之習慣而當從之。此爲最多之事。雖然。在無契約之明文及確實

之習慣者。則果當何時付之。此本條之所規定也。

在本條。先分動產、房屋及宅地。與其他之土地。其甲種。以於每月末付其借貸爲原則。其乙種。則爲當於每年末付之者焉。是無他。動產房屋宅地之借貸。多在市中之行。其慣習上。最多爲每月當付其借貸者。反之而在宅地以外土地之借貸。則多行於田舍間。其借貸。年一回支付之。爲實際之最多者故也。而其所以應於月末或年年末付之者。無他。借貸爲物之使用之對價。故以先使用然後付之爲通例。故若於使用之前。付其借貸。則甯以爲屬於例外者焉。在房屋之借貸。則雖往往有先付一個月分之借。實爲押租者。然此甯以爲押租。而不得以爲借貸也。

以上雖爲一般之規定。然在本條。則更就土地之借貸。其有收穫季節者。設爲特例。蓋於此情事。爲當於其收穫節後。無遲滯而付其借貸者焉。是無他。如田畑等有一定之收穫季節者。則固當以其收穫。付其借貸。故在收穫季節前。無庸付其借貸。不待言矣。然一旦既了其收穫以後。則在賃借人。或即時付其借貸。或於後付之。通常殆不異其利害。有時却并有以即時付之爲便者。而在賃貸人。則固必以速受其辨濟爲便。故於習慣上。亦大抵常於收穫季節後。速付其借貸焉。此所以設本條之但書也。例如米之收穫。大抵當了之於十月至十二月。故田地之借貸。當於十一月至十二月付之。至於畑地。則非無多少之疑。然一切收

穫皆了之期。大抵當在田地相等之時期。故又以十一月至十二月。爲支付借賃之常例也。第六百十五條 賃借物若要修繕。或就賃借物有主張其權利者。則賃借人要無遲滯而

以之通知於賃貸人。但賃貸人若已知之。則不在此限。財一四
二二項

賃借人負返還之義務。故其結果。當以善良之管理者之注意。保存其物。固已。四○惟負普通保存之義務者。則不得不自爲修繕。而在賃貸借。則以賃貸人負擔之爲本則。故賃借人常無庸自爲修繕之事。雖然。若於物需修繕之時。而放棄之。則將有破損其物之虞。故爲善良管理者之人。縱不自爲其修繕。亦必不能不促之。故賃借人當無遲滯而通知其旨於賃貸人焉。蓋賃借人計自己之利益。即無本條之規定。亦當以促其修繕爲通例。然或因修繕而一時有妨其物之使用。或因賃借人之懶怠。或因賃貸借之已臨終了。則修繕未必爲賃借人之利益。故不無不對於賃貸人而促其修繕者。於此情事。若因怠其修繕而致物有破損。則賃借人對於賃貸人。不得辭其損害賠償之責也。

善良管理人之義務。又於其賃借物。若別有主張權利者。賃借人亦當無遲滯而以之通知於賃貸人焉。蓋賃借人正占有其賃借物。故第三者欲就其物而主張其權利。不行於賃貸人之前。而行於賃借人之前。其事非尠。於此情事。賃借人若自與其人爲談判。則以賃借人

未必悉知借貸人之權利。不能充分保護其利益。且於必需受理於法廷時。除占有訴權之外。賃借人不能自爲當事者而陳身於法廷。而若荏苒彌久。不無令賃貸人因以生不能回復權利之損害。故於此情事。當無遲滯而通知賃貸人。令速施相當之處置。實不能不謂爲善良管理者當然之義務。此所以有本條第二段之規定也。

第六百十六條 第五百九十四條第一項。第五百九十七條第一項。及第五百九十八條之規定。於借貸借準用之。財五一。五八至六六。六九三項。七〇。一。二六。一。三三一。四一。四三。一四四。

在本條。所以定賃借人之使用收益權。與返還之義務。及伴此之收去附屬物之權者也。而凡此等之事。無分借貸借與使用貸借之理。故止於本條。使準用關於使用貸借之規定。即第五百九十四條第一項。第五百九十七條第一項。及第五百九十八條之規定是也。而第五百九十四條之第二項。與第五百九十七條之第二項及第三項。自爲使用貸借之所特別者。故不復準用於此。若夫以第五百九十四條第三項之規定。爲是條第一項之制裁。其亦應準用。固所不待言也。

第三款 借貸借之終了

在本款。於借貸借。規定其特別之終了原因。併就其終了之效力。規定其借貸借之所特別

者焉。而本款所不規定之終了原因。猶爲不少。例如目的物全部滅失之情事。固爲借貸借終了之一原因。然其不特以明文揭之者。無他。借貸人負使其賃借人爲物之使用收益之義務。其物若因天災而滅失。則其義務爲不能履行。故當然爲免其義務者。而在借貸借。則依第五百三十六條第一項之規定。借貸人乃反對給付者。卽爲不有受借賃之權利者。但在普通之契約。則債務者固不得以反對給付之全部爲請求。然在借貸借。則當事者之意。常對於日日之使用收益而付其借賃。故借貸人必得請求其儘賃借物滅失之日之借賃。惟不得請求其將來之借賃耳。然此爲當事者意思之解釋。故若於當事者有異於此之意思。判然明瞭之時。則固當從其意思。所不待論。且在立法論。或尙當置特別之明文。而後可焉。

借貸借尙當因約定期間之滿了。而爲終了。又當因不履行而解除之。固不待論。其他則通於他契約。亦有普通之終了原因。茲不一一揭出之。

第六百十七條 當事者若不定借貸借之期間。則各當事者。無論何時。得聲明解約。於此情事。則借貸借於聲明解約之後。因經過左之期間而終了。

一 在土地則一年。

二 在房屋則三個月。

三 在貸席及動產則一日。

譯者按貸席猶言借座因貸借之本義不能通用故仍其原文。

在有收穫季節之土地之借貸借。則要於季節之後。下次耕作著手之前。聲明其解約。一財

四五一項五號。一四八一四九一五。

本條於當事者不定借貸借之期間時。定借貸借之當於何等時期爲終了者也。蓋於此情事。依純理言之。則由當事者之一方。無論何時。得促其物之返還。或爲其返還而即時終了其契約。然借貸借之爲物。在一方。本因賃借人得爲物之使用收益。在他一方。則又本因賃借人得受借貸。故締結之。然則因一方之意思。忽致終了其契約之關係。則其相手方。不無被不慮之損失者。而此之反於當事者當初締結契約時之意思。固亦不少。此在本條。所以先規定當事者無論何時。得聲明其解約之旨。而猶於此情事。不以借貸借爲因解約之聲明。即時終了。當更經過相當期間之後。始爲終了者焉。而其期間。則在土地房屋及動產。各各不同。是無他。依其物之種類。欲更貸與他人。或由他人借受。自有難易故也。在房屋。從東京及其他大都會之習慣。則三個月非不覺其過長。故於政府草案。本爲一個月。而衆議院以爲太短。延長之爲三個月焉。至於貸席。理論上雖與房屋之借貸借。無或相異。然以其易

爲貸借。故以其期間爲一日。使僅同於動產也。

在土地。則止有右之期間。猶以爲未足。何則。收穫有期日者。如有未了其收穫之中。終了其貸借之事。則實際之不便良多。故必不能不勉令於收穫季節之後。下次耕作著手之前。乃爲終了。因此而并不能不以聲明解約之時期。亦爲需在右之季節後。下次耕作著手之前。蓋貸借之終了。當在聲明之後一年故也。

或曰。使用貸借。亦爲以物之使用收益爲目的者。然此固因貸主之意思。無論何時。得爲終了。三五九七項惟貸借。何以不因解約之聲明而卽爲終了乎。是無他。使用貸借爲無償。故既不反其目的。則不得不力保護其貸主之利益。反之而貸借則爲有償。故不能不平等保護雙方之利益。是二者之所以異也。且在貸借。尙可懸斷其爲無若第五百九十七條之所規定之事者焉。在耕地之使用貸借。則因五九七二項之適用。借主之未終其收穫以前。不得由貸主請求其土地之返還也。

第六百十八條 當事者卽定貸借之期間。若其一方或各自留保其爲解約於期間以內之權利。則準用前條之規定。財一五四

當事者一旦卽定貸借之期間。然從其便宜。亦有留保其解約於半途之權利者。例如貸主一旦卽以三年之期間。貸與其房屋。然於三年以內。有慮其房屋自有必需使用之故。特

留保其解約權者。或借主有慮其必有移居他處之事。而留保其解約權者。又或有雙方共慮其有右述之情事。而各各留保其解約權者。於此等處。當事者若不特定其條件。則立法者推測當事者之意。從前條之規定。應於相當之期間前。為解約之聲明焉。蓋因前條所論之理由。當事者之一方。當其為解約之聲明。若立時即得免其義務。則相手方可有被不慮之損害之情事也。

第六百十九條 借貸借之期間滿了之後。賃借人若繼續其賃借物之使用或收益。其時賃貸人若知之而不述異議。則推定為與前借貸借。以同一之條件。而更為借貸借者。但各當事者。得依第六百十七條之規定。而為解約之聲明。

在前借貸借。其當事者若供擔保。則其擔保因期間之滿了而消滅。但押租則不在此限。

財一四七一
九至一五一

本條乃所謂默示之再借貸借也。(Tacite reconduction) 蓋借貸借期間滿了之後。賃借人有依然繼續其物之使用收益等情。賃貸人若知之而不述異議。則可推定其各當事者。為皆欲繼續其賃借關係者矣。惟於此情事。果應推定為有以何等條件為借貸借之意。思者耶。是雖多少不無可疑。然於大多數之情事。則認定為安於向來之條件者。可為最得其當。

惟就其期間。若亦以爲當與前貸貸借。更以同一之期間。繼續其貸貸借之關係。則其多數。當爲反於當事者之意思。故於此情事。則以他條件爲悉與前貸貸借相同。惟就期間。則甯推定爲以無定之期間。而爲新貸貸借者。乃依第六百十七條之規定。令各當事者。得於無論何時爲解約之聲明焉。

前貸貸借若有擔保。則其擔保。於新貸貸借。亦爲附著者否。曰。此爲不附著於新貸貸借者。何則。擔保乃從於債權。債權消滅之時。必不能不共以消滅。故初之貸貸借若已終了。則於其終了之霎時間。不能不謂其擔保爲已消滅者。即使以同一之條件。立時成立其新貸貸借。亦以此爲自生新債權。故不謂爲前債權之擔保。當然應附著之。且如保證人。尤爲約於一定之期間內。應負義務者。若於其期間終了之後。由前貸貸借所生債務。雖已悉數履行而全爲消滅。然由新貸貸借所生債權。猶以爲當負義務者。則將負當初所爲保證契約之目的以外之義務。其不當固不煩喋喋。又如抵當權質權等。縱非由第三者供之者。然其涉於他債權者。他第三者之權利。爲有莫大之影響。故不能僅因貸貸人與賃借人之意思。而由舊債權移之於新債權。實爲當然之理。惟押租雖亦爲擔保之一種。然此在當事者之意思。若賃借人既不於前貸貸借終了之時。促其返還。卽爲依然欲爲新貸貸借。而以之存於

借貸人之手明矣。而此本不過爲借貸人應支付於賃借人之金錢。故無就此而第三者取得其物權之事。固無論已。且卽任何種權利。能取得於其上者。亦當極少。故於本條。則就押租設特別之例外焉。二卷第三百十條下之說明

第六百二十條 於解除借貸借之時。則其解除。止向將來生其效力。但當事者之一方若有過失。則不妨對之而請求損害之賠償。附一項四

凡契約解除之效力。既於第五百四十五條定其原則。今欲據之。則解除之效力。對於第三者。雖止發生於將來。然於當事者間。則可遡及既往。然則在借貸借之解除。有難適用此總則者。無他。以借貸借爲目的之一方。在繼續爲物之使用收益。其他一方。則在定期受取借賃。故若令解除之效力遡及既往。則賃貸人不能不於其所受之借賃。附以利息而返還之。賃借人亦不能不返還其所受取之果實。是不病其過於煩雜乎。更進一步論之。則在解除之通則。固爲不付其物之使用之對價。然在借貸借。則其物之使用收益之對價。本爲借賃。故若賃借人自爲物之使用。則縱使不收果實。其於借賃。亦不能不謂爲已收相當之利益。然則賃貸人雖於其所受取之借賃。附以利息而返還之。而賃借人則於其因物之使用所受利益。業已不及償還。此則不能不謂爲最不公平之甚者。雖然。欲評定其使用之對價。而

使之償於借貸人。則非但需甚煩之手續。且動輒有能生不公平之結果之虞。是無他。借貸借之當事者。在其雙方間。其物之使用收益之價。恰爲相當於借貸。而其契約。卽由此締結焉。蓋不能不作如是觀也。然則在解除之時。借貸人既附利息於所受取之借貸。而爲返還。賃借人則當受評價所定物之使用之對價。其評價之標準。乃爲實際所收取之果實。或其價額。以及多少不確實之方法。因而將致其所受金額。或多於借貸。或少於借貸。似此。則當事者所一致評定之物之使用收益之價額。定爲借貸。乃不以爲可據。轉據異於此之標準。別爲其物之使用收益之評價。是不但反於當事者之意思而已。且於實際。能得不公平之結果。爲最多焉。此於本條。所以特令借貸借之解除。爲止向將來生其效力者也。在外國。置如此之明文者。其例甚尠。然於實際。必爲同於本條。無可疑者。卽在舊民法。亦往往就借貸借之解除。用終了之字樣。蓋亦暗示此意矣。財一四
五二項

借貸借一旦解除。既止向將來生其效力。則向來所生之損害。當有疑其亦無庸賠償者。雖然。其損害爲依然存在。故欲將來消滅其損害。則必不能不爲其賠償。故於本條但書。規定爲當事者之一方若有過失。則固得對之而爲損害賠償之請求也。

本條之規定。乃應適用於一切之解除情事者。如第三百九十五條但書。第六百十七條。至

第三編 債權 第二章 契約 第七節 質貸借 第三款 質貸借之終了

六百十九條、及第六百二十一條之情事。固無論矣。其因不履行而解除者。五四三并其屬於第六百七條、第六百十條、第六百十一條第二項、及第六百十二條第二項之情事者。亦皆爲當適用本條之規定者也。

第六百二十一條 質借人若受破產之宣告。則於質貸借雖定有期間。質貸人或破產管財人、得依第六百十七條之規定。而爲解約之聲明。於此情事。則各當事者、不得對於相手方、請求其賠償因解約所生之損害。舊商九三九

質借人既爲破產。則質貸人於將來。常不得受取其借貸之全額。又破產管財人、卽以此質借權存於財團之中。亦多難利用之。故卽使全然不付其借貸。在破產財團。仍多無所利於質貸借關係之繼續焉。此於本條。所以令質貸借雖定有期間。然質貸人或破產管財人。仍得爲解約之聲明也。但其質貸借若立時卽爲終了。則相手方當被不慮之損害。故應遵守第六百十七條之豫告期間焉。惟於此情事。乃爲法律特以此解除權。與各當事者。故卽使相手方因之而被損害。亦無庸爲其賠償。蓋若令爲應賠償其損害者。則往往有不能利用本條之權利者在也。

第六百二十二條 第六百條之規定。於質貸借準用之。

本條爲準用關於使用貸借之第六百條條文者。蓋損害之賠償及費用之償還。當由貸借物返還之時。一年內請求之也。

第八節 雇傭

雇傭 (Locatio operarum, louage de services, Dienstvertrag) 與請負者。勤勞之借貸借也。此已於前文備論之。而雇傭則以勤勞之本物爲目的。請負則以勤勞之結果爲目的。此其差異之所在也。夫古來如教師醫師辯護士等。其勤勞有無形之價值。不得以金錢爲之估計。故多以爲不得爲契約之目的者。此說之不足取。既如前論。三九故於新民法。則此等勤勞之借貸借。亦以之爲雇傭焉。因而本節之規定。亦爲當適用於此者。

第六百二十三條 凡雇傭。因當事者之一方。對於相手方約爲服其勞務之事。相手方則約以其報酬與之。而生其效力。二六二六〇。一項

本條乃揭雇傭之定義。併定其成立之時期者也。因此而所生雇傭之性質如左。

第一 諾成契約

雇傭與物之借貸借。同爲諾成契約。此事爲羅馬法以來。人所共信。故若有雙方合致之意。則勞務者對於使用者。當負服其勞役之義務。使用者對於勞務者。當負與以報酬之義務。

務。

第二 有償契約

是亦與物之借貸借。所同其性質者。所以有勤勞之借貸借之名也。但此報酬。不必限於金錢。且無庸於定期與之。所不待論。故以一定之金額。支付於一時。而令相手方服某勞務。固爲雇傭。卽以勞務易勞務。亦雇傭也。故如技術師教人以其技術。而同時卽以相手方之勞務。供自己之利益。亦爲雇傭。卽如商工業學習契約。亦爲雇傭之一種。無可疑者。六二六項但書

在舊民法。固爲之特設規定。然在新民法。則除第六百二十六條有一特別規定之外。爲應悉從雇傭之通則者。不別爲之規定焉。或問。於以勞務易勞務之時。孰爲使用者。孰爲勞務者。是固爲事實問題。難示一定之標準。然於學習契約。則學習者爲從師匠之命。而服勞務者。故師匠爲使用者。學習者爲勞務者。此事蓋不容疑。惟如甲以教乙英語。乙以教甲法語。互爲報酬之時。其孰爲使用者。孰爲勞務者。極爲難定。惟能以當事者間之爲主者。爲以雇傭爲目的之勞務。而以其他爲報酬而已。且於此等情事。則因當事者之特別意思。多有難以本節之規定。爲必適於用者焉。

第三 雙務契約

此亦與物之借貸借同。一方負服其勞務之義務。他一方負與以報酬之義務。故其爲雙務契約。炳然如觀火也。

第六百二十四條 勞務者、非終其所約之勞務以後、不得以報酬爲請求。

以期間定其報酬。則於經過其期間之後、得請求之。

本條蓋定勞務者所得請求其報酬之時期者也。蓋僱傭之結果。爲雙務契約。若無本條之規定。則依第五百三十三條之通則。勞務者得曰。非使用者提供其報酬。則不服其勞務。使用者亦得曰。非勞務者提供其勞務。則不與以報酬。然此爲反於當事者普通之意思。所不待言。而據普通之習慣。則勞務者常先服勞務。然後請求其報酬。此所以設本條第一項之規定也。

雖然。僱傭有繼續於某時期之間。而於其間。當定期付以報酬者。於此情事。則當事者以各期之報酬。應合其每一期之勞務。固不容疑。故了其各期之勞務以後。得即時請求其期之報酬焉。二項例如每月當付給料之婢僕。得於每月末請求其月之給料。或於每月初請求其前月之給料。以若干報酬所雇入之雇人。以當於每年末受其報酬爲本則。是也。但在我邦。則縱以年定其報酬之額。其支付亦於每月末爲之者不少。卽在西洋。亦以每三個月一付

爲最多之例。此等情事。總當從當事者之意思。或當事者意思所應認之習慣。蓋無論已。本條則不過於當事者之意思有不明時。爲應適用之通則耳。

第六百二十五條 使用者非有勞務者之承諾。則不得以其權利讓渡於第三者。

勞務者非有使用者之承諾。則不得令第三者代自己而服勞務。

勞務者若反於前項之規定。而使第三者服其勞務。則使用者得爲契約之解除。

本條蓋定由雇傭所生之債權。能否讓渡於他人。或託他人爲其履行者也。蓋雇傭之爲物。常著眼於當事者之身上而締結之。故欲令甲服其勞務之契約。必非可令乙服其勞務之契約。以甲之勞務爲目的之契約。必非以乙之勞務爲目的之契約。故若欲令乙代甲。以乙之勞務代甲之勞務。則契約之目的爲全異。必不得爲履行其當初之契約。故在雇傭契約而中易其人。則於契約之要素。爲有錯誤。而其雇傭爲不得成立者焉。五九

因以上之理由。在本條乃生二義。第一。使用者非有勞務者之承諾。則不得以其權利讓渡於第三者。而勞務者若於當初卽以此承諾與之。則是異於普通之雇傭。當視其契約之目的。爲不在於定服某人之勞務。而在於對任何人。皆可服此一定之勞務者。若至後日而始得勞務者之承諾。則因其情事。可視爲當初契約之解釋上。不必定以服某人之勞務爲目

的者。或可視爲因債權者與目的之變更而有更改者焉。第二。勞務者非有使用者之承諾，則不得令第三者服其勞務。而若當初卽有使用者之承諾，則其雇傭之目的，當視爲不在某之勞務。雖無論何人之勞務。惟以有一定之性質之勞務爲已足焉。若至後日而始有承諾。則與前之情事同。因其情事。或可視爲契約之解釋上。不必以其人之勞務爲目的者。或可視爲因債務者與目的之變更而更改者。且此更改。多爲卽時履行。卽多爲所謂代物辨濟者是也。二四八

第三項、乃定第二項之制裁者也。故若勞務者不得使用者之承諾。而使第三者服其勞務。則使用者得爲契約之解除焉。是蓋雖非純然之不履行其契約。而其事情則爲酷似。無煩喋喋。故做第五百九十四條第三項、第六百十二條第二項等之例。認使用者之解除權也。蓋於此情事。不但現在第三者之勞務。多不能如勞務者之勞務。與使用者以同一之利益。且於將來。似此之勞務者。動輒可使他人以代自己。尤有能害使用者利益之虞也。

或問本條雖定第二項之制裁。然未定第一項之制裁。其理由如何。則應之曰。第一項爲專定使用者不得以其權利讓渡於第三者。故若使用者反此規定。而讓渡其權利。要其讓渡。法律上全爲無效。其權利決不移轉於第三者。勞務者可依然對於使用者而服其勞務。故

無庸爲他制裁也。

第六百二十六條 雇傭之期間若超過五年。或應繼續於當事者之一方或第三者之終身間。則當事者之一方。於經過五年之後。無論何時。得爲契約之解除。但此期間。就商工業學習者之雇傭。則爲十年。

依前項之規定。而欲爲契約之解除。要於三個月前。爲其豫告。

取二六一。二六八。舊商五九二項五年十月二日告

二五號

本條以下。蓋揭關於雇傭終了之規定者也。夫雇傭之終了。通常當以契約所定之期間。因其滿了爲終了。惟此期間若失之太長。則束縛當事者之自由。因人之品位上及經濟上之理由。不得不認爲反於公益者。故於本條。則其期間若超過五年。或應繼續於當事者之一方或第三者之終身間。則當事者之一方。於經過五年之後。爲無論何時。得爲契約之解除者焉。惟商工業學習之契約。向來之習慣上。涉於十年者不少。故此種之雇傭。十年之內。爲不得解除之者。

明治五年以來。雖限之以七年。然似仍其舊慣。多有十年以上。繼續其學習者。

右之規定爲本於公益。既如所述。故超過五年或以終身為期之雇傭。自始卽爲無效。或經過五年之時。當爲當然終了者。似也。雖然是却於實際上能爲不便。何則。所以有本條之規

定者無他。如右所言之契約。爲束縛當事者之自由。不但有傷人之品位。且受似此之束縛者之勞務。比於其自由之時所得爲之勞務。當爲較劣。又其雇主。亦於受束縛而使用其人之時。則不得令其爲充分之勞務。因而在經濟上爲不利益故也。然雖經過五年之後。若當事者之雙方。共以其雇傭契約爲便。而不欲解除之。則此蓋當事者以其契約爲有利益。而任意遵守之者。故毫無傷其品位。又於經濟上亦無所謂不利益。且如婢僕。則多年雇用。殆可視爲家族。至其時而無論在雇主。在婢僕。多有均以其雇傭契約爲有利者。若強以法律解除之。則非但反於當事者之希望。却并有可爲反於公益者焉。故於本條。縱使經過五年。亦不以其契約爲當然應解除者。惟以爲當事者之一方。無論何時。爲得解除之者耳。以此之故。苟至以其契約爲不便。則卽與以立時得免其束縛之便。蓋止此固已足矣。

從右之規定。當事者之一方。卽於經過五年之後。爲契約解除之時。若令得突然爲其解除。則相手方之不利益。實爲非尠。故於本條第二項。設三個月之豫告期間。凡表示其解除之意思之後。非經三箇月。固不爲終了其雇傭者也。

第六百二十七條 當事者若不定其雇傭之期間。則各當事者。無論何時。得爲解約之聲明。於此情事。雇傭因解約聲明後經過二週間。而爲終了。

在以期間而定報酬之時。則解約之聲明。得對於次期以後爲之。但其聲明。要於當期之前半爲之。

在以六個月之期間而定報酬之時。則前項之聲明。要於三個月前爲之。取二六〇、二項 舊商五九一

本條就當事者不定雇傭期間時。爲規定焉。於此情事。可知當事者非必欲永久繼續其雇傭關係。抑即法律而論。則固不許其有如此之意思矣。故各當事者。爲無論何時得爲解約者焉。但即此情事。若許其突然解約。則相手方固亦能被其不利益。故亦定相當之豫告期間。惟其期間。則隨其情事而不同耳。

第一 不以定期付其報酬者。或一總付其報酬。或即分數次。而並不依一定之期間。以與其一定之報酬。凡此情事。其豫告期間爲二週間。

第二 以期間定其報酬者。即應以每日、每月、每三月、每六月、每年等。支付其若干之報酬。於此情事。則其解約。要先於一定之時期以前爲之。即不得於期間之半途。爲此解約。必於一期完了之後焉。而其豫告期間。則要於一期之半。例如定爲每月報酬若干者。則有二種限制。(一)不得於一月之半途爲解約。(二)不得於應爲解約之月之前半月。爲解約之聲明。即大月儘十六日正午。小月儘十五日。而二月分則平年儘十四日。閏

年儘十五正午是也。譯者按此指陽歷而言。陽歷之六月爲三十一日。小月爲三十日。而每年之二月分則平年爲二十八日。閏年爲二十九日也。但以超過六個月之期間而定報酬者。例如定爲每年報酬若干者。則無庸必於其一期之前半。對於次期以後。爲解約之聲明。以爲之於三個月以前。卽爲已足。是無他。既於前條。定爲超於五年之期間者。猶止以三個月之豫告期間爲已足。故如本條之情事。當事者既不定其期間。則其豫告期間。亦可爲無庸更長於三個月者。以與前條保其權衡也。且於多數之場所。其豫告期間。有較短於前條所定者。此爲大有理由之事。在前條之情事。當事者本欲特繼續其長期間之雇傭。故以一方之意思而終了之。固必需特長其豫告之期間矣。

第六百二十八條 當事者雖已定其雇傭之期間。然若有不得已之事由。則各當事者得卽時爲契約之解除。但其事由。若因當事者一方之過失而生。則對於相手方面任損害賠償之責。取二六二、二六三、舊商六、一六、三、六、四。

本條蓋不問當事者曾否定雇傭之期間。又不論其期間是否超於五年。凡有不得已之事由。則各當事者得不守豫告期間。而卽爲契約之解除者也。是蓋在一方。則重勞務者之自由。以保其品位。務使之爲經濟上最有利益之勞務。而在他一方。則務令使用者利用其尤

爲有益之勞務者之勞務。所謂不得已之事由云者。固爲事實問題。然今試舉一二之例。如雇人雇父母之病時。因別無爲之看護者。欲解除其雇傭契約而歸其所居。以看護其父母。又如勞務者罹病。於數日月之間不能供其勞務時。使用者欲解除其雇傭契約。以他人代之。是也。於此等情事。則爲實不得已而解除其契約者。故縱於相手方有所損害。亦以無庸賠償爲原則。惟其事由。若因當事者一方之過失而生。則對於相手方。不得不任損害賠償之責焉。例如雇人即以罹病而爲雇傭之解除時。若其病之原因。在放蕩暴飲暴食等。則是因自己之過失而生病者。故對於雇主。不能不爲相當之賠償。又雇人縱因罹病而由雇主爲契約之解除時。若其病因雇主與以不良之飲食。或於不健康之場所。使服勞務而生。則是因雇主之過失而生病者。故雇主對於雇人。不能不付以損害賠償。是也。

第六百二十九條 雇傭之期間滿了以後。於勞務者引續服其勞務之時。使用者若知之而不述異議。則推定爲以與前雇傭同一之條件。更爲雇傭者。但各當事者得依第六百二十七條之規定。爲解約之聲明。

前雇傭之當事者。若供擔保。則其擔保。因期間之滿了而消滅。但身元保證金則不在此限。譯者按身元保證金。乃關於人之本身之押信也。吾國於押信之款項。如租賃之押信。譯之押租。又名頂首。人身之押信。依習慣。凡商店學習之生徒。有先供一押信之款。

者謂之押櫃。以從前之商店恆有櫃臺。故得此名。今既不能通用之於各種雇傭。則舊無專名。止可仍其原名。詞而已。

本條乃與關於借貸借之第六百十九條。全然同其精神者也。蓋即以勞務爲默示之再借貸借之情事。惟於借貸借。則知賃借人之繼續其使用收益。而賃貸人不述異議時。爲有默示之再借貸借。而於雇傭之時。則爲知勞務者之繼續其勞務。而使用者不述異議時。爲有默示之再借貸借。夫勞務者爲勞務之賃貸人。則與賃貸借之賃借人。地位相反。是雖驟見之不無奇異。然在借貸借。則其契約關係。因賃借人爲物之使用收益而見之。在雇傭。則其契約關係。因勞務者服一定之勞務而見之。故異而實同。而其前者。則有押租之規定。即賃借人以擔保供於賃借人之規定。今則有爲勞務之賃貸人之勞務者。所供擔保之規定。即身元保證金之規定。是無他。賃借人動輒有不付借貸之虞。勞務者亦動輒有消費使用者之財產。或其他因其過失。而加損害於使用者之虞。至於賃借人則本占有其物。故賃借人之於物之使用收益。不盡其義務者蓋尠。又使用者以大概言之。恆爲比於勞務者爲不乏於財產者。故其不付報酬之事亦尠也。

第六百三十條 第六百二十條之規定。於雇傭準用之。

雇傭關係。亦如借貸借關係。否則竟得謂爲勞務之借貸借關係。其爲甚複雜之事。有不待

言。故方其爲此解除。若以其效力遡及既往。則其不便之非細。蓋不俟多辨而自明矣。故於本條。準用第六百二十條之規定。雇傭之解除。亦如借貸借之解除。爲應止向將來生其效力者焉。

第六百三十一條 使用者若受破產之宣告。則雖於雇傭定有期間。勞務者或破產管財人。亦得依第六百二十七條之規定。而爲解約之聲明。於此情事。各當事者對於相手方。

不得請求其因解約所生損害之賠償。

舊商九三九

本條亦爲與關於借貸借之第六百二十一條。全然同其精神者。若於第六百二十一條。不引用第六百二十七條之規定。則此處直得準用之。故本條之說明。讓之第六百二十一條之說明。茲不復贅。

第九節 請負

請負[◎] (Locatio operis faciendi, louage d'ouvrage, Werkvertrag) 之文字。無論在日本。在西洋。均非必有一定之意義。而在日本。則向來似多謂用一定之報酬。以完成其業務爲目的者。此定義卽爲舊民法之所採用。而在外國。亦採用此義者不尠。然在新民法。則擴張其意義。縱不約以豫定之酬報。完成其業務。苟以業務之結果爲目的。約爲對於此而應付其報

也。酬則皆爲有所請負者焉。蓋法律之規定。無因報酬之確然豫定與否。而遂有歧異之理由也。

第六百三十二條 凡請負。因當事者之一方。約爲完成其某業務。相手方則約爲對於其

業務之結果。乃與之以報酬。而生其效力。七取五

本條蓋揭請負之定義。併定其成立之時期者也。依本條所生請負之性質如左。

第一 諾成契約

是亦與雇傭借貸借等無異。信其無庸說明。

第二 有償契約

是亦與雇傭借貸借等無異。信其無庸說明。

第三 雙務契約

是雖亦與雇傭無異。惟雇傭則一方約服其勞務。他一方約與以報酬。因而成立。而請負則不以勞務之本物爲目的。乃對於其結果而約爲與以報酬者。此爲兩者之所以異。既如所述矣。例如婢僕奉雇主之命而爲勞働。則爲雇傭無疑。然如請負師請負其房屋之建築時。則其爲請負亦無庸疑也。惟依其情事。果爲雇傭。抑爲請負。亦非無難於分別者。例如運送

契約。即非無疑。其或爲雇傭之事。何則。運送人乃奉送貨人之命。而爲運送者也。雖然。余則不疑其爲請負。蓋運送契約。固非僅以行船走車爲目的。乃以令其貨物。由一定之地。到達於他一定之地。爲其目的。故其契約之目的。在使貨物達於到達地者也。而更就其最可疑者言之。則如雇人力車是已。於此情事。則據余所信。若其約爲由甲地至乙地。或由甲地經乙地而至丙地者。則爲請負。若其約僅爲應乘客之命。隨其所欲而行之者。則爲雇傭。其他可類推矣。

請負有與賣買相混者。依法律或學說。請負人於供其業務之材料時。是非真請負。但爲賣買。在舊民法卽如是。新民法則不取此說。而專從當事者之意思。當事者之意思。苟在本條之所規定。則不問其業務爲有材料與否。亦無論其材料。由當事者之何人供之。亦偶有由

其材料者皆爲請負。而余則信此爲最當。蓋賣買之爲物。乃僅由賣主以移轉其權利於買主爲

目的者。反之而爲請負。則爲請負人以欲爲下定人完成其業務爲目的者也。故依其業務之性質。雖有應由請負人供其材料之時。然下定人決非以取得其材料之所有權爲目的。乃以由請負人以此施之於業務。然後引渡於自己。爲其目的者也。例如製靴師方令其製靴。皮及其他一切材料。雖常由製靴師供之。然下定人決非以取得其皮及其他之所有權

爲目的。惟以令製靴師能製造適合於自己之足之靴爲目的者也。故其契約。非賣買而爲請負。但依其情事。則亦非無難判別其性質之果何屬者。例如由陸軍省。以有一定之品質。形狀。大小等之靴若干足。下定於製靴師時。則與其另以一定之條件而使製靴爲目的。甯以爲欲取得其具一定條件之靴之所有權者。故此非請負而爲賣買。然於實際。則於此一事與前一事。欲有別焉。多極爲不易。惟在執法家探究當事者之意思。而決其問題。此外蓋無他道矣。

第六百三十三條 報酬要與業務之目的物之引渡。同時與之。但若無庸爲物之引渡者。則準用第六百二十四條第一項之規定。

本條蓋定報酬之支付時期者也。蓋請負爲應對於業務之結果而與以報酬者。故非業務完成之後。則不得請求之。固所不待言矣。惟在業務之需引渡其目的物時。此蓋爲最止完成其業務。未得爲可以報酬爲請求者。必需實以此爲引渡焉。蓋請負之目的。其原則雖僅在業務之完成。然其業務。爲有目的物時。則非引渡之。未可謂履行之盡了。故即依第五百三十三條之適用。請負人亦非於引渡其目的物之同時。不得以報酬爲請。若引渡以前而滅失其物。則依第五百三十六條之適用。固不得復以報酬爲請求也。

其無庸爲物之引渡時。卽如在以人之運送爲目的之契約。以房屋之修繕爲目的之契約等。「則不得適用右之規定。而於此情事。請負人究以何時而可謂爲履行之既了。則惟其了此運送了此修繕等」時是已。故於其時。則準用關於雇傭之第六百二十四條第一項之規定。於了其運送修繕等事之時。卽爲得請求其報酬者焉。

第六百三十四條 業務之目的物若有瑕疵。則下定人對於請負人。得定相當之期限。而請求其爲瑕疵之補修。但於瑕疵之不爲重要時。其補修若需過分之費用。則不在此限。下定人得代其瑕疵之修補。或與其修補相並。而爲損害賠償之請求。於此情事。則準用

第五百三十三條之規定。取二項七

本條以下至第六百四十條。悉爲擔保其業務之瑕疵之規定。而本條則定其原則者也。蓋請負之目的。在完成其一定之業務。故其業務若爲有瑕疵。則是爲未了其履行者。故於本條。先令請負人爲當應下定人之請求。而修補其瑕疵者焉。其爲修補。則必若干之時日。故於此情事。下定人當定相當之期限。而請求其修補。惟其所定期限之果爲相當與否。若有爭論。則必需由裁判所決之。

依右之原則。則修補雖何等困難。雖需何等多額之費用。似亦不得不爲之。然此於經濟上

爲不利益。卽爲請負人計。亦可謂失之太酷。故於本條第一項但書。其瑕疵之不爲重要者。而修補則需過分之費用。則以爲無庸爲之者焉。例如煉瓦所造之房屋。其中有一枚煉瓦。與他煉瓦異其品質。是固不可謂非瑕疵矣。然其瑕疵不爲重要。而苟爲修補。則往往不能不拆毀房屋之全部。故於此情事。爲無庸修補其瑕疵者焉。又例如織物中有些細之織疵。欲修補之。則有不能不全然重織者。故此亦無庸修補者也。

請負人僅負修補之義務。亦未得爲己足。蓋雖修補其瑕疵。然或其物不得復爲完全。或以修補之故。有需時日。因有損害加於下定人。皆難免之事。且依本條第一項但書之規定。於無庸修補之時。若卽令其請負人爲不負何等之義務。則其爲不當。實無甚於此。故於本條第二項。以請負人爲負損害賠償之責者焉。且雖瑕疵之應修補者。若下定人不欲之。而甯爲損害賠償之請求。則請負不得強爲修補。例如下定時約明以無節之板。羈其屋底。請負人若改用有節之板。則下定人固得令其以無節之板重羈。然若下定人不要求重羈。僅請求其因此所生之損害。卽請求其以無節之板重羈。與用有節之板之差額。斯時請負人不得拒不支付。此亦本條第二項之所規定也。

凡請負人於應付損害賠償之時。若尙未受取其報酬。則準用第五百三十三條。雙方爲同

時常履行其義務者。即其實際。爲當於報酬之中。除去損害賠償。而以其餘額付請負人。蓋五百三十三條之規定。乃由雙務契約所生雙務之義務。故特以明文。令於本條之情事。準用之焉。至其精神。則與第五百三十三條毫無所異。專以公平爲本旨而已。

本條以下。常豫想爲有瑕疵於業務之目的物者。是無他。在業務之無目的物時。縱有瑕疵。終亦無從修補。故不適用本條以下之規定。僅得從一般之規定。請求其賠償或解除耳。一四

五至四二二五
四一至五四七

第六百三十五條 業務之目的物爲有瑕疵。因此而不能達其所以爲契約之目的。則下

定人得爲契約之解除。但在建築物及其他土地之工作物。則不在此限。取二七
八一項

依前條之規定。下定人對於請負人。雖有求其修補瑕疵及賠償損害之權。然止藉前條之規定。往往有未足受充分之保護者。何則。或其所修補之物。終不能爲其始所豫期之用。或因修補需莫大之時日。遂不能達下定人之目的。皆爲可有之事。例如使裁縫師裁縫上等之衣類。裁縫師若誤將其最易見之一處割裂。則縫合之。而雖非全不爲用。然下定人不能以之爲上等之衣類而著用之。設欲更以同一之衣料。造成此服。而其衣料有不可復得者。於此情事。下定人當得解除其契約。又例如同上之情事。雖得更以同一之衣料。造成衣服。

然下定人若欲於一定之時期。用此衣服。則縱使更爲裁縫。有不能儘其時期而了此者。於此情事。則下定人亦得爲契約之解除也。

右之規定。乃依第五百四十一條之原則。惟不必定需催告。故爲得立時爲解除者。此其差耳。故此規定。無論何等處所。皆適用之。雖然。在請負人以建築物及其他土地之工作物爲目的者。若爲契約之解除。則請負人不得不承受其所不用之建築物及其他工作物。而其土地。則爲下定人之所有。或其所借受之土地。故請負人不得不撤除其建築物或其他工作物。是不但爲請負人釀莫大之損失。卽由國家之經濟上論之。亦甚爲不利。且依建築物之構造。及其他工作物之性質。若撤除之。其價往往有什僅減爲一者。故於本條但書。此等情事。不許爲契約之解除焉。故從前條之規定。止得請求其修補與賠償而已。

第六百三十六條 前二條之規定。其業務目的物之瑕疵。若因下定人所供材料之性質。或因下定人所與之指授。而生焉者。則不適用之。但請負人若知其材料或指授爲不適當。而不告之。則不在此限。一取二項八

前二條之規定。乃以請負不爲完全業務之過失。而使之負其責任者也。故請負人若無過失。則固不能責之。惟然而業務目的物之瑕疵。若因下定人所供材料之性質。或下定人所

與之指授而生。則請負人爲無毫末之過失。故不使之任責。固不得不謂爲至當。例如建築房屋之請負。下定人供其一切之材料。因其黏嵌之品質不良。地震之際。忽然崩壞。請負人可不負其責。固不待言。又例如同一之情事。下定人若命請負人用此不良之黏嵌。則請負人亦爲不任其責者。但雖此等情事。若請負人知其材料或指授之爲不適當。而不以告之。下定人。則亦不得不任其責。是蓋下定人於其業務。常不能有必要之知識。故果用何等之材料。從何等之計畫。則能生瑕疵。未必詳悉。反之而在請負人。則以熟於此等之事。而可知其材料或指授之爲不適當。乃默從下定人之命。不以其不適當之故相告。則固可認其請負人之爲有過失矣。

第六百三十七條 前三條所定之修補瑕疵或賠償損害之請求。及契約之解除。要由引渡其業務之目的物時。一年以內爲之。

於無庸引渡其業務目的物之時。則前項之期間。由業務終了之時起算之。取九二七
八二項三項瑕疵之修補。損害之賠償。及契約之解除。若不速請求之。則不但就其瑕疵之有無大小性質等。將極難舉其確證。而惹起不明之訴訟。大有可虞。且於履行契約之後。經甚長之歲月而受其請求者。不自覺其於意外之時。受意外之請求。更有虞其人之經濟上位置。忽被攪

亂者。故此等權利。要於極短之期行使之。即本條之所以於契約履行後之一年內。當爲其請求也。惟以何時爲履行之時。則與第六百三十三條同。其應引渡業務之目的物者。則爲其引渡之時。其無庸引渡業務之目的物者。則爲業務終了之時焉耳。

第六百三十八條 土地工作物之請負人。就其工作物或地盤之瑕疵。則於引渡之後。五年間任其擔保之責。但此期間。就石造、土造、煉瓦造、或金屬造之工作物。則爲十年。

工作物若因前項之瑕疵。而滅失或毀損。則下定人。要由其滅失或毀損之時。於一年內行使其第六百三十四條之權利。取二七九

本條爲關於土地工作物之特例。先以土地工作物之請負人。就其工作物或地盤之瑕疵。爲當於引渡之後五年間。任其擔保之責者焉。是爲對於前條規定之例外。蓋土地之工作物或地盤。其瑕疵爲不易於發見。多至於因其瑕疵而滅失或毀損其工作物。乃始發見其瑕疵。故僅僅一年之後。請負人即爲不負其責者。則請負人殆可謂無責任矣。故以其責任期間爲五年焉。但此期間。在木造家屋或其他之工作物。則固可矣。然在石造、土造、煉瓦造、或金屬造之工作物。則其發見瑕疵。尤爲加倍困難。故以五年爲未足。特延長之於十年焉。以上雖爲關於土地工作物之原則。然亦不能無例外。無他。工作物若因瑕疵而滅失或毀

損。則其實有瑕疵。最爲明白。故卽以下定人爲應立時爲擔保之請求者。亦無不可。故於此情事。則由其滅失或毀損之時。爲當於一年內行使其第六百三十四條之權利者焉。但此規定。乃應行於本條第一項期間之範圍以內。故若已經過第一項之期間。則縱未在第二項之期間內。亦不得復爲擔保之請求。例如木造之工作物。若於引渡後四年十一個月。因瑕疵而工作物滅失或毀損焉。則下定人必於一個月內。爲擔保之請求。不然。則縱使在滅失或毀損之時之後一年以內。亦不得復行使其第六百三十四條之權利矣。

第六百三十九條 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。

前二條之規定。乃所以定權利之行使期間者。其性質頗類於時效。因公益上之理由而設之。蓋不容疑。故從一般之原則。則雖以特約定爲不從前二條之規定。亦不得不以之爲無效。而前條第二項之規定。則又實爲不得不如此者。然前條第一項及第六百三十七條之規定。乃專爲保護請負人而設。故若經常事者之雙方協議。以爲可有較此更長之期間之擔保責任。則亦隨其意。夫依業務之性質。有必需特爲長期之擔保者。例如時計。有保證其數十年間。機械並不損傷之事。而下定人則以其有保證爲便。因有付其加倍多額之報酬。

而欲得其保證者。此實爲正當之希望。固無庸必以法律妨之。惟其期間若失之太長。殆將漫無限制。則當與所以設一般時效之同一理由。可因而有公益上之弊害。故於本條。則限於普通之時效期間內。爲得伸長之者焉。而普通之時效。在債權則爲十年。一項六七故於前條第一項但書之情事。雖不得延長其法定期間。然於右之本文之情事。則當得於五年間延長之。於第六百三十七條之情事。則當得於九年間延長之。其初政府原案。普通之時效。悉定爲二十年。故卽於前條第一項但書之情事。亦有本條之適用。然今則遭衆議院之修正。而爲如右所述者矣。

前二條之期間。雖類於時效。然非真時效。故不得適用時效規定中之尤特殊者。若中斷停止等之規定。皆非所適用也。

第六百四十條 請負人雖以不負第六百三十四條、及第六百三十五條擔保責任之旨。定爲特約。然就其知而不告之事實。則亦不得免其責。

本條爲與第五百七十二條。同其精神者焉。蓋第六百三十四條、及第六百三十五條、所定擔保之責任。爲認其下定人當然之權利者。雖然。凡權利。得拋棄其全部或一部。故下定人與請負人爲特約。或以爲所負責任。當與法律所定之責任相異。且當負其較輕之責任。似

此定之可也。或即令其全不負擔保之責任。亦無不可也。雖然。契約之當事者。若以特約。就自己之惡意。而使無責任。則反於公之秩序而爲不法。故凡惡意。則當事者必不得不負其責任。於是爲無擔保之特約之請負人。若隱祕其所有能生責任之事實。而不以之告下定人。則不得爲免其責任者焉。例如煉瓦造之房屋。當以黏料塗附於各個煉瓦相切之部分之全面。爲當然矣。乃以其僅僅塗附於四方之緣邊。於地震之時。明知其必忽然崩壞。然請負人並不以此告之下定人。此卽已爲無擔保之特約。然若不出十年而下定人發見其瑕疵。則請負人爲不得辭其責。又例如雖知時計之機械中。有不足之物。到底不能完全運轉。乃不以之告下定人。而結無擔保之特約。則請負亦不得免其責。是也。

第六百四十一條 請負人未完成其業務之間。下定人無論何時。得賠償其損害。而爲契約之解除。

八取二

本條及次條。乃關請負契約之解除之規定。而本條則就其因下定人之意思而解除者。爲規定焉。依一般之原則言之。則請負契約。亦因當事者雙方之一致而成立者。故不能以一方之意思。滅却其效力。固有所不待言。而請負人則縱於履行其契約。有何等之不利。亦不得不履行之。惟下定人則以本條之規定。爲有無論何時。解除其契約之權利者焉。是無他。

爲請負契約之目的之業務。乃專爲下定人之利益而爲之者。故若下定人而不欲之。則請負人縱加莫大之費用與勞力而完成之。在下定人亦不爲何等之效用。或雖多少非無效用。亦終不能達下定人其初所豫期之目的。而其業務之效用。乃多應止在下定人。故有不能讓於他人者。或卽讓之。在他人之不爲何等效用。或比於在下定人。其效用爲更少。此爲常事。故於此時。必令完成其業務。實於國家之經濟上爲不利益。故甯中止其業務。而可免其將來。不至徒費其費用與勞力焉。此所以於業務未完成之間。以無論何時。可賠償其損害而解除其契約之權。與下定人也。而請負人則能得損害之賠償。亦非有被其損失之事。故本條之規定。亦非必爲偏愛於下定人。例如房屋之請負人。僅砌成平地之時。若由下定人解除其契約。則請負人得對於下定人請求二事。第一。平地之費用。第二。請負人由因此工事所得之利益之中。扣除其請負人將來引受他工事所得受之利益。且請負人若已買入石材木材等。則因其不得不更賣却之。於其因賣却之所需費用。及賣却之代價所應低於買入之代價等情。其差額亦爲損害之賠償。皆爲所得請求於下定人者。

第六百四十二條 下定人若受破產之宣告。則請負人或破產管財人。得爲契約之解除。於此情事。則請負人就其所既爲之業務之報酬。及其報酬中所不包含之費用。得加入

財團之攤配。

於前項之情事。則各當事者對於相手方。不得請求其因解約而生損害之賠償。九三商九

本條蓋與關於借貸借之第六百二十一條及關於雇傭之第六百三十一條之規定。爲同其精神者焉。惟在請負之情事。則以不得請求其報酬爲原則。三六三故若無關於此之本條特別規定。則請負人不能不爲一切報酬。皆不得請求焉者。雖然。其爲不當。殆不俟論。似此則卽以解除權與請負人。其實際亦多爲不能行使權利者而已。故於本條。則請負人就其既爲之業務之報酬。及其報酬中所不包含之費用。爲得加入於破產財團之攤配者焉。例如工事之已了其半者。以下定人已受破產之宣告。而由當事者之一方。解除其契約。則請負人當受其報酬之半額。而在當事者初定其報酬時。或有以材料之代價及其他費用。包含於其中者。或有不包含之者。其在以此包含於報酬之中。則固不得於報酬之外。別請求其費用。而若不包含於報酬中者。則其費用。亦得加入於財團之攤配。殆所不待言矣。例如請負房屋之建築者。若實費之外。應受若干報酬。則應其所既爲之業務之成數。於其報酬之外。得就其關於業務所出之費用。加入財團之攤配也。

第十節 委任

凡委任 (Mandatum, mandat, auftrag) 之範圍。古來學說及立法例。均不一致。在羅馬法。則其原則。不認有純然之代理。故委任而以代理爲目的者。殆爲無有。而其範圍則極廣。殆得包含一切之事項焉。然其實際。則亦無於法律範圍之外。認其委任者。在法國法系之各國。則反於羅馬法而認爲代理。其結果竟於委任。限於以代理爲目的之事。遂至代理關係。與因委任所生契約之關係。混同無別。在德國法系之各國。則雖同認爲代理。然仍區別代理關係與委任關係。而委任爲任何事項。皆得包含者焉。如德國民法。則其所以區別委任與僱傭者。惟以無償爲委任。有償爲僱傭。而爲其目的之事項。則固極爲廣汎者也。

在舊民法。則仿法國法之主義。混同委任與代理。其契約之名稱。至直用代理之字樣焉。在新民法。則改之而明明區別其委任與代理。既於總則編規定之。而於本節。則規定其委任契約之關係。至其範圍。則以法律行爲限之。蓋使委任之目的而包含一切之事項。則於其有償者。多與僱傭難別。是與法律之所以分僱傭與委任而爲規定之本旨。未免相反。動輒有能起實際之爭論之患。雖然。若如德國民法。其委任必爲無償。則與向來沿用之委任字樣之意味。又有不同。而僱傭之範圍。亦似難免有過大之誼。而如法國法系之各國。混同委任與代理。從來委任目的。則或專在法律行爲。或以使爲法律行爲爲主。故於新民法。特限

其委任契約之範圍於法律行為。惟於以法律行為以外之事務爲委託時。定爲應準用本節之規定者。因此而一方可明委任之性質。又一方則可無實際之不便也。

本節分爲左之五段。曰委任之定義三四。曰受委任者之義務六四四至。曰委任者之義務六四八至。曰委任之終了六五五至。曰準委任六五五是也。

一 委任之定義

第六百四十三條 凡委任。因當事者之一方。以爲法律行為委託於相手方。相手方承諾之。而生其效力。取二二九舊商三四一一項

依本條之定義。則委任契約。

第一 爲諾成契約。此爲羅馬法以來所已然。

第二 通常爲無償契約。此本條之所以不言委任者有應與報酬之義務也。至第六百四十八條。則言委任者當負此義務焉。

第三 通常爲片務契約。即在無報酬者。止有受任者負處理其委任事務之義務。委任者則不負何等之義務是也。但此乃所謂不完全之雙務契約。若委任契約成立之後。受任者因履行委任而出其費用。則得向委任者求其償還。此外則受任者應有第六百四十

九條及第六百五十條所定之權利。故於此情事。始與雙務契約。生同一之結果。在羅馬法。則雖因此而生重大之效果。然在今日。殆無必需認之之故。雖然。委任之爲有償者。是謂純然之雙務契約。蓋委任者。負付其報酬之義務。受任者。負處理其委任事務之義務也。但無特別之明文。則當適用第六百四十八條第二項之規定。而於第六百四十八條。則設對於此之例外之規定。故其實際。委任契約。在片務契約之情事。與雙務契約之情事。其間所應適用之規定。固無大不同之處也。

第四 以法律行爲爲目的。是既如所說明矣。惟於代理以外。其以委任契約爲目的之法律行爲。莫如保證。四五九。蓋保證他人。使以金錢或他物貸與之。此等皆是。但其能生代理之關係者。若非特以委任者之名。爲法律行爲。而以受任者自身之名爲之。則其事爲無代理。然可有委任。夫此固於實際爲最頻繁者矣。

二 受任者之義務

第六百四十四條 凡受任者。負從委任之本旨。以善良管理者之注意。而處理其委任事務之義務。取二三七。二三九。舊商三四一。二項。

本條所以定受任者義務之原則。併定其應爲注意之程度者也。蓋受任者應從委任之本

旨。處理其委任事務。則已因其契約之目的而自明。夫以受任者之義務概括言之。則可謂爲有從委任之本旨。處理其委任事務之義務者。例如受任者若受買入某商品之委任。則有務以廉價買入無瑕疵之商品之義務。有不待言。是已。惟受任者應以如何之注意。處理其委任事務。則爲重要之問題。各國之法律。所未必能同一者。在本條。則定爲受任者應於無論何時。爲善良管理者之注意焉。蓋在新民法。除特別例外之外。債務者對其債務之目的。以爲善良管理者之注意爲本則。此事既如所論矣。第四百條下之說明夫就有體物之引渡。雖已有第四百條之規定。然難以之適用於委任。故特於本條。定受任者爲應爲善良之管理者焉。例如買物之時。儘自己知識之程度。以深於注意者通常應爲之注意。而選擇其物品。爭論其代價等。是也。夫受任者縱爲平生於自己事務。不甚注意之人。然不得據此理由。以爲抗辯。蓋必爲善良管理者通常應爲之注意。卽必爲深於注意者通常應爲之注意焉。本條以下之規定。皆爲立法者推測當事者之意思。而設之者。故當事者若表示反對之意。則當從其意思。蓋所不容疑矣。一九

第六百四十五條 受任者若有委任者之請求。則無論何時。要報告其處理委任事務之狀況。又委任終了之後。要無遲滯而報告其顛末。四取二〇

本條之規定。或謂爲即前條之結果。亦可。蓋爲他人處理事務之人。非以其顛末報告於本人。則本人於受任者。果從委任之本旨。而以善良管理者之注意。處理其委任事務與否。有不能知。且其事務。爲後日之省憶計。而欲知其顛末。可謂至當之事。更進一步論之。則委任事務之有若干期間爲繼續者。委任者於委任事務之終了以前。欲知其事務在何等之狀況。亦爲正當之希望。其爲受任者之人。爲當應其請求而爲報告者。固所當然。蓋委任者不但必需知自己之事務。在如何狀況而始安其心。且依其狀況。容有需解除其委任。而自行處理其事務者。或則有覺其必使他人處理之者。此外之從其狀況。當爲適當之處分者。亦正不少。此所以設本條之規定也。

第六百四十六條 受任者當其處理委任事務。要以所受取之金錢及其他之物。引渡於委任者。其所收取之果實亦同。

受任者以自己之名。爲委任者所取得之權利。要以之移轉於委任者。四取一

在前條既定受任者有報告之義務。然此尙爲未盡。殆不俟言。蓋受任者當其處理委任事務。所受取於委任者或第三者之物。乃本爲委任者之利益而受取者。故終須以之引渡於委任者。固也。惟所受取於委任者之物。通常非於委任事務處理既畢之後。常不能遽返還

之。是無他。委任者固於其處理委任事務。認爲必需此物而交付之者也。在本條。則不過泛定受任者所受取之物。當引渡於委任者耳。此外則爲當悉依契約之本旨而定者焉。而受任者所受取於第三者之物。苟其物非處理委任事務之所必需。則當速以之引渡於委任者。蓋所不待言也。且受任者若由所受取之物。生有果實。則其果實。固亦明爲當以之引渡於委任者。例如受任者爲其委任者。由所受取之土地。生有果實。則當以之引渡於委任者。又受任者若受取委任者之土地房屋等借賃。或爲委任者受取其所有金額之利息。則當速以之引渡於委任者也。

在新民法。乃以委任爲不必以代理爲目的者。故受任者爲其委任者所爲之行爲。而生權利。皆非能即時移轉於委任者。在受任者以自己之名取得權利之時。則縱爲其委任者而取得之。亦當由受任者一旦自爲權利者。固不待論。雖然。此本因委任之履行。而爲其委任者所取得之權利。故當速以之移轉於委任者。亦所無煩喋喋者也。例如受任者以自己之名。爲其委任者與第三者締結契約。其因契約而有取得之權利。則不得不速以之移轉於委任者。是也。

第六百四十七條 受任者所當引渡於委任者之金額。或爲其利益所當用之金額。若爲

自己而消費之。則要付其消費之日以後之利息。且若有損害。尙任其賠償之責。取二

本條乃關於受任者不履行前條之義務時。爲之設一制裁者也。蓋受任者爲其委任者所受取之金額。苟非速以之引渡於委任者。則當存之於確實之銀行。以圖其安全。與其利殖。此爲善良管理者之注意。固所當然。惟然而受任者若不盡此義務。則爲不爲善良管理者之注意者。此當負擔其不履行義務之結果。爲相當之損害賠償。蓋所不必有特別之明文者。四一

雖然。受任者若不但圖其金額之利殖。乃并爲自己而消費之。則其不當爲更甚。故不能不對於委任者。負擔其充分之責任。而所謂損害賠償云者。則既如所屢論。乃由法官據不確實之標準而認定之。故其眞足賠償其所被之損害額者。甯爲罕有。故於本條。則設一特例。先使受任者於其委任者所被之損害。不問其曾爲證明與否。且可更從極端言之。則在受任者縱能證明委任者之不受損害。亦必以其金錢爲當付其消費之日以後之法定利息者。若委任者已證明其所受之損害。爲更大於是。則更令受任者賠償之焉。此雖驟見似嫌其酷。然金錢之爲物。若從普通之利用方法。本當視爲常能生等於法定利息之利益者。故因受任者消費之。則本應受等於此利息之利益之委任者。當視爲失其等於此之利益者矣。而本條之規定。本爲保護委任者而設之規定。故若委任者證明其所被之損

失。更比法定利息之額爲多。則其當賠償全部。固所不待論也。參照四一九七〇四

三 委任者之義務

第六百四十八條 受任者非有特約。則不得對於委任者而請求其報酬。

受任者於應受報酬之情事。非於履行其委任以後。則不得請求之。但若以期間定其報酬。則準用第六百二十四條第二項之規定。

凡委任。若因受任者不應任責之事由。於其履行之半途。已爲終了。則受任者得應其所既爲履行之分數。而請求其報酬。五取二三二四七

本條蓋定委任者之第一義務。卽其應付報酬之義務。蓋委任契約。雖以無償爲原則。然若有報酬之特約。則此義務。乃直接從契約而生。異於委任者之他義務。必從契約成立之後而始生者。此委任者之第一義務。所以揭關於報酬之規定也。

本條先明委任契約之原則。爲無償者。惟限於有特約時。受任者爲得請求其報酬者焉。而於受任者應受其報酬之情事。果於何時得爲其請求。此本條第二項之所定也。就此可採用與關於雇傭之第六百二十四條同一之原則。惟彼所謂終其所約之勞務以後。果能卽爲本條所云履行其委任以後之意味否。此稍稍不能無疑。故於本條。以非於履行其委任

以後不得請求其報酬爲本則。爲之明明規定焉。例如委任以對於第三者。爲催促貸金之談判。於此情事。惟能結了其談判。或受第三者貸金之返還。以之引渡於委任者之後。或與第三者取結契約。作爲證書。而使第三者署名。以此證書。引渡於委任者之後。始得請求其報酬。是也。

若以期間定其報酬。卽如所謂月若干圓年若干圓之報酬。則其報酬。於經過每期間之後。得請求之。此因本條但書。所謂準用第六百二十四條第二項。而可明矣。

凡委任。有時而有因受任者不應任責之事由。而於半途終了者。例如因委任者或受任者之死亡。委任者之破產。受任者之禁治產。或由委任者解除其契約。而有終了其委任之事。於此等處。若適用前項之規定。則履行其委任以後。始爲應受其報酬者。當其未及履行而終了其委任。遂以爲一錢之報酬。亦莫得而請求。其對於受任者可謂頗失之酷。卽與當事者當初之意思。亦多違反。故於此等情事。受任者爲得應其所既爲履行之分數。而請求其報酬者焉。例如受任者。於終其履行之半之時。則可受約定之報酬之半額。於終其三分之一之時。則可受其報酬之三分之一。此類皆是。若夫因受任者應任其責之事由。而終了其委任。例如受任者解除其契約。及受任者受破產宣告之大多數之例。則雖一錢之報酬。皆

非所應受。固爲當然。可無庸復說明之矣。

或問。在雇傭。無若本條第三項之規定。而惟委任則有之。其故若何。答之曰。在雇傭。以期間定其報酬者爲最多。否則其勞務之性質上。多不爲繼續於長日月之間者。因而縱於勞務之半途。竟終了其雇傭。而不能受其報酬。由是而勞務者遂被莫大之損失。是蓋極少之事。反之而在委任。則其以期間而定報酬者實尠。又其事務之性質。動輒能繼續於長日月之間。若於半途終了其委任。受任者卽一錢之報酬而不能得。則於長日月之間。空費其時與力。而竟被莫大之損失者。必不少矣。

第六百四十九條 處理其委任事務。若需費用。則委任者要因受任者之請求。而爲先付。

取
四六

本條及次條。乃委任者之義務。以期其委任事務之受任者。不被一切損害之旨。而定之者。而本條則令委任者應受任者之請求。先付其委任事務所必需之費用者也。蓋依次條之規定。委任者應償其受任者所出之費用。固已。然無特約之受任者。令其墊用。頗爲不得其當。此所以設本條之規定。例如受任者於因處理委任事務之故。應爲旅行之時。則得以其旅費。請求於委任者。受任者若當爲委任者購買物品。則其代價爲若干之金額。得以當爲

引渡之旨。請求於委任者。是也。

第六百五十條 受任者處理其委任事務。若出有應認爲必要之費用。則得對於委任者請求其償還此費用。及由支出之日以後之利息。

受任者處理其委任事務。若負擔其應認爲必要之債務。則得令委任者代自己而爲辨濟。又其債務若不在辨濟期。則得令供以相當之擔保。

受任者因處理其委任事務。若自己無過失而受損害。則得對於委任者而請求其賠償。

取二四五
商三四八

在本條。則以三種事項。規定爲委任者之義務焉。

第一 費用之償還

受任者處理其委任事務。若已出其應認爲必要之費用。則得對於委任者請求其償還此費用。及由支出之日以後之利息。例如受任者於因履行委任之故。當爲旅行之時。若出相應於其身分之旅費。則得求其償還此旅費之全額。及其支付之日以後之法定利息。卽年五分之利息。譯者按年五分之利息。卽吾國所謂週年五釐之利息也。此費用。無庸由後日之結果爲觀察。而證明其眞爲必要。但考當時之事情。凡有普通之鑑識者。能認爲必要。卽已可矣。例如受任者應對於

第三者爲一談判之時。訪問其第三者。則不在室。現方旅行於大坂。若據其家族之言。則非數月之後。不能歸宅。斯時受任者即整其旅裝。逕到大坂。乃其第三者因有急務。與受任者相左。已發自大坂而歸其宅。由後日之結果觀之。受任者之旅行。固全然無益。然由當時之事情言之。則無論何人。當認其旅行爲必要者。故此旅行之費用。得對於委任者而請求其償還之矣。

或問。在本條。則言應認爲必要之費用。在第七百二條。則言關於管理事務之有益之費用。然則受任者於必要費。固有求其償還之權利。然於有益費。則無求之之權利。却令任意管理他人之事務者。雖至有益費。亦得請求。其故如何。曰不然。依本條之規定。則雖實際不爲有益。但依當時之事情。若應認爲必要之費用。則固悉得請求其償還。然在第七百二條。則非眞爲本人有益之費用。乃無庸償還之。故如前揭之情事。若在事務管理之項下。本人即可無此償還之義務矣。蓋受任者於委任之範圍以內。乃爲從委任者之意思。而處理其事務者。故凡應認爲履行委任之結果之事項。委任者固不能不悉任其責。然在事務管理。則僅以不使本人爲不當之利得爲主眼。故苟於本人不爲有益之費用。縱應認爲事務管理中當然之結果。亦不使本人任其償還之責焉。但事務管理者。本不爲因本人之意思而爲

此管理者。故無論何等事項。但於有益之限度。固常得對於本人而爲償還之請求。而受任者乃止於委任之範圍內。爲對於委任者有契約上之債權。故於其委任之範圍內。則不問其事項。實際爲有益於委任者與否。均得令委任者償還其一切之費用矣。然若一出委任之範圍。則對於委任者爲全無關係之人。故從不當利得之一般規定。或事務管理之規定。對於委任者而取得債權則有之。然契約上之債權。則決乎其無有。例如委任者僅令受任者買一房屋之時。若受任者因恣於其所買之房屋。施其裝飾。而出莫大之費用。是爲在委任之範圍以外。故委任者對於受任者。不負契約上之任何債務。惟能視受任者之於委任者。爲事務之管理者。故以第七百二條之規定適用之。於因其費用而增加其房屋之價之限度。得對於委任者請求其費用之償還而已。且其費用。所增加其房屋之價。若多於其全額。則委任者可僅付其全額。固所不待言也。又例如受任者於保管其房屋之間。因自己之便利。而加以造作。則此非所以爲本人者。故僅從第七百三條。限於因此所生之增價額。現存之時。得於其限度請求償還而已。反之。而若加裝飾或造作於房屋。在委任之範圍以內。則苟以相當之注意。加裝飾或造作焉。不拘其增價額之有無多少。常得以其費用之全額。請求於委任者矣。故於委任之範圍內。則受任者之權利。比於事務管理者之權利。實爲廣

大。此不費多辯而可明也。

第二 債務之辨濟

受任者處理其委任事務。若負擔其應認爲必要之債務。則得使委任者代自己而爲辨濟。是因與前項同一之理由。固所當然。例如受任者在爲委任者購買物品之時。若不以現金付其代價。則生支付代價之義務。固已。而受任者若以自己之名。締結其買賣。則支付代價之義務。自當由受任者負之。其於賣主之關係。受任者並不負支付代價之義務。雖然。在受任者與委任者之關係。則委任者固必當支付之。又例如就其處理委任事務。有必需金錢。而以無利息或相當之利息。借入金錢之時。縱其借主爲受任者。亦當由委任者代之而爲辨濟。是也。而其債務。則無庸證明其於實際眞爲必要。惟據當時之事情。以常識所能認之爲必要者。則已可矣。

以上於債務之既在辨濟期者。則固可矣。然若債務而未在辨濟期。則不得令委任者卽爲辨濟。固已明甚。雖然。委任者於現在固有資力。安保其將來不爲無資力者。故受任者不得令供相當之擔保。以圖至於期限。若委任者不爲辨濟。則卽受任者自爲辨濟。亦可不被其損失焉。此所以有本條第二項末文之規定也。

第三 損害之賠償

右之外。受任者因處理其委任事務。若自己無過失而受損害。則得對於委任者而請求其賠償。例如受任者因履行其委任。有必需用之金錢。而以自己商業資本之金錢。爲之使用。以此之故。若滅殺其商業上之利益。則於其所滅殺之限度。得求委任者償還之。以爲賠償損害。但若受任者不使用其金錢。亦易於求委任者自行付與。則於其時。當以其使用金錢爲有過失。故委任者不任賠償。其由是所生之損害之責。又例如不受報酬之受任者。日由其固有之職業。得若干之報酬。乃因休其職業。以處理其委任事務。遂不能得此報酬。則得以相當於此之金額。請求於委任者。以爲賠償其損害。但如普通人一日所能畢之事務。而費二日之時。則其一日爲因受任者之過失而費之者。故委任者但付其相當於一日分之報酬。以爲賠償可矣。

四 委任之終了

委任終了之原因。於本節所定者之外。可依普通之原則而明之者不少。例如當事者若定委任之期間。則可因其期間之滿了而消滅。其因一定之事務而爲委任者。則可因其事務之結了而爲終了。當事者之一方。若不履行其義務。則他一方得解除其契約。五四此等皆

是。

第三編 債權 第二章 契約 第十節 委任

以委任契約爲特別。而於本節所規定之終了原因。則有三種。(一)任意之解除。一六五(二)委任者或受任者之死亡或破產。三六五(三)受任者之禁治產。同上是也。

在本節。不僅揭委任之終了原因。并設關於其終了之結果之特別規定焉。四六五二六五
第六百五十一條 委任之各當事者。無論何時。得解除之。

當事者之一方。若於不利其相手方之時期。而解除其委任。則要賠償其損害。但若有不得已之事由。則不在此限。取二五二五二五四至二五六二

本條乃關於因任意解除之委任終了。而爲規定。蓋當事者之一方。若不履行其契約。則相手方得解除之。此依一般之原則而自明。既如所論矣。又當事者若不定委任之期間。則其契約。固不得視爲必能繼續於永久者。或可因當事者一方之意思。而終了之矣。然即使因契約而確定委任之期間。或雖委任事務未終之際。然當事者之一方。無論何時。得任意解除其契約。此則可謂委任契約之特質。夫古來委任契約。所以認此特質者。無他。凡委任乃專據當事者間之信用。故不能令自己所不信任者處理其事務。又設以自己所不信任之人。處理其事務。實爲受任者人情之所難堪故也。但此不能無兩種限制。第一。在外國。且勿

問其有反對之立法例。即本條之規定。亦非可認爲公益之規定。故當事者得特約於一定之期間。當互不解除其委任契約。第二。當事者之一方。無論何時。雖以得解除其契約爲原則。然若於相手方特爲不利之期間。而爲此解除。則爲當賠償其因此所生之損害者焉。蓋委任契約之性質上。雖許其任意解除。然此不能不謂爲因當事者一方之便宜而爲此解除焉者。若然。則於因此而能特生損害於相手方之時期。因行其權利而生損害。則以爲解除者賠償之。爲至當焉。例如受訴訟之委任者。若於訴訟之中途。俄而辭其委任。則依賴者往往因不即得能代其人之辯護士。而其權利大被影響。此恆事也。當此之時。則辭其委任者。爲有賠償其損害之責任。但若當事者之一方。實有不得已之事由。而爲解除者。則不能適用之。例如受任者以甘受其第一審之判決爲有利益。而委任者則必欲爲翻控時。即是於此情事。受任者不欲反於自己之良心。而爲訴訟。固爲至當。故縱因其人之辭此委任。而於委任者有所損害。亦不能使之賠償其損害矣。

第六百五十二條 第六百二十條之規定。於委任準用之。五取三

本條所以定委任契約之解除之效力者也。蓋契約之解除。若依一般之原則。則爲當令各當事者復於原狀者。五 四雖然。若以此適用於委任。則往往需錯雜之計算。且令受任者向

第三編 債權 第二章 契約 第十節 委任

來已爲委任者所供之勤勞。則爲全無報酬。而其所已受取之報酬。却不能不附以利息而返還之。二五四五此不可不謂爲甚不公平矣。故仿借貸借六二雇傭六三等之例。委任之解

除。僅爲應向將來生其效力者焉。六八四故就向來所已經過之事項。無庸更遡及既往

而爲計算。卽如向來受任者所受取之報酬。亦無須以此返還之於委任者焉。惟受任者將來應受取之報酬。則不得爲受取。受任者所應爲委任者處理之事務。則得停止其將來之

處理。其餘受任者所因處理委任事務。而受取於委任者或第三者之物。則還付於委任者足矣。六四五且依第六百五十四條。則雖向將來。受任者亦有不得卽免其義務者焉。

第六百五十三條 凡委任。因委任者或受任者之死亡或破產。而爲終了。受任者若受禁

治產之宣告時。亦同。取二五一。舊商四三一。項三四六。新商二六八。

本條以委任者或受任者之死亡或破產。及受任者之禁治產。爲委任終了之原因焉。蓋委任專基於信用。既如所論。故委任者而死亡。則其相續人。非復受任者所信用而受其委任之人。受任者而死亡。則其相續人。亦非復委任者所信用而爲委任之人。又委任者或受任者。若受破產之宣告。則卽其相互之信用。亦應大減。固無論已。且於此情事。破產者多爲不能履行其義務者。故如委任等契約。有應繼續於若干期間之性質者。設不問其相手方之

破產。依然保維其契約關係。乃爲極不利益。故於此時。以即時終了其契約關係爲便。況委任者或死亡者若已破產。則於財產上之關係。破產者殆與死亡相等。由代表債權者之利益之管財人。掌握其破產者之權利義務。故由實際之狀況言之。則與委任者或受任者之死亡之情事。相距亦不遠。又受任者若受禁治產之宣告。則當失其能力。故欲自行處理其委任事務。乃實際之所不能。不得不以其法定代理人代之而爲處理。然法定代理人。固非委任者所信任之而爲委任者。故以委任契約爲當然終了。最爲妥當。此所以有本條之規定也。

或曰。在第一百十一條。既列舉代理權之消滅原因。爲本人或代理人之死亡。及代理人之禁治產破產。故就其同焉者。則不能無重複之嫌。而就其所不同焉者。則又有前後不得其平之象矣。曰不然。此有二義。第一。代理權卽爲消滅。委任契約。不必卽爲應終了者。蓋受任者得以自己之名。處理委任者之事務也。且委任者與第三者之關係。與夫委任者與受任者之關係。自爲各別之事項。縱無甲之關係。而其僅存乙之關係者。自當不少。第二。在代理之一般規定。則不能以本人之破產。爲代理權消滅之原因。蓋如後見人。乃被後見人之法定代理人。然非能因被後見人之破產。而失其代理權者。此於本條。所以特規定委任終了之

原因。而以不為代理權消滅之一般原因之本人破產。為委任終了之原因也。依一、二

任終了之結果代理權固亦當消滅矣。

依商法第二百六十八條之規定。則因商行為所委任之代理權。不因本人之死亡而消滅焉。是雖本就代理權而為此規定。於委任關係。在立法者殆亦豫期其能生同一之結果。是蓋因商法上之必要。乃對於民法而設此例外。雖然。在民法之一般規定。則以因委任者或受任者之死亡。而為委任終了。是為本則。惟當事者若表示其反於此之意思。則固當從其意思矣。

第六百五十四條 於委任終了之時。若有急迫之事情。則受任者或其相續人。或法定代理人。要直至於委任者或其相續人或法定代理人。得處理其委任事務以前。仍為其必要之處分。取二五九

凡委任。不問因何等之原因而終了。苟既為委任終了。則當事者總之互不負何等之義務。此殆理之所當然。雖然。若拘泥此理論。則委任者往往有被其不測損失之患。蓋委任者於以其事務委任於受任者之時。多全然依賴於受任者。而不復視為己事。動輒於其處理事務所必需之書類或財產。悉存於受任者之手。且於受任者在遠隔之地時。委任者尤有即

欲立時自執其事務而不能者。惟然而受任者若以終了其委任爲名。一切不顧委任者之利害。雖有急迫必需之事項。亦得袖手以旁觀。則是現在之受任者。縱無復爲委任者處理事務之義務。然對於向來之委任者。亦不能謂爲完全履行其所負之義務。蓋此可謂爲既著手之委任事務。自有此當然之結果也。例如在受任者行使委任者之權利時。其權利之一種。於委任終了之後。有忽罹時效之情事。若袖手旁觀。則委任者竟將被不可救之損失。故於此情事。委任雖已終了。受任者不能不仍取時效中斷之方法。是也。

第六百五十五條 委任終了之事由。不問其出於委任者。與出於受任者。非以之通知於相手方。或相手方爲已知之。則不得以之對抗於其相手方。五取七二

委任與他契約之所以異。特在異於終了。此既由前所說明而可明矣。然苟以爲有此原因。則相手方縱尙未知之。亦在法律上爲已無委任者。是善意之相手方。將動輒有損害被焉矣。例如在委任者已死亡時。其相續人若不以之通知於受任者。則受任者多不能知之。故信其委任爲尙未終了。當有爲其委任者爲權限內之種種行爲者。然受任者既因委任之終了而失其權限。則縱其行爲。在委任之範圍以內。而其委任尙未終了。固爲得依第六百五十條。令委任負關於此之充分之責任者。然若已無其權限。則僅得依事務管理之規

定。對於委任者之相續人。止能令於因此而有益之限度。負其責任矣。^{二七}○又受任者若受破產之宣告。則苟不特以此通知於委任者。委任者多不能知之。故委任者依然依賴於受任者。而不自顧其事務。而受任者則既受破產之宣告。不能復盡其義務。則因此委任者之事務。若陷於不利益之狀況。是其委任雖爲終了。然受任者不能以終了爲主張。而免其責任。必不能不對於委任者。恰如繼續其委任。而負充分之責任。是也。

五 準委任

第六百五十六條 本節之規定。於非法律行爲之事務之委託。準用之。

本條乃如前之所已說明。以委任之規定。準用之於非法律行爲之事務之委託者也。例如使他人述慶事之祝詞。爲病人之慰問。致死者之弔詞等。是也。卽於此等情事。在受其委託者。亦當以善良管理者之注意。處理其事務。又若因此而出其必需之費用。則得以其償還。求於委託者等。悉無異於純然委任之情事也。

第十一節 寄託

寄託 (Depositum, Dépot, Verwahrung) 乃羅馬法以來。所數爲踐成契約之一種者。僅爲寄託之約束。未足成其所謂寄託契約。必爲物之引渡。始爲成立者焉。如瑞士之債務法。則以

之爲諾成契約。然此外未聞有同其例者。故於理論上。雖以瑞士債務法之主義爲正當。然仍仿一般之立法例。而以之爲踐成契約焉。

旅店飲食店浴場及其他凡以客之來集爲目的之場屋之主人。其受客所寄託之物。及客攜帶於其場屋中之物。固有必需負特別之責任者。然此自屬於商法之規定。故於本節中不揭之。蓋以其爲商業中營業之結果也。新商三五四至三五六

第六百五十七條 凡寄託。因當事者之一方。約爲其相手方爲保管之事。以受取其某物。而生其效力。二〇七

本條蓋揭寄託之定義。併定其成立時期者也。依本條之規定。而舉寄託之性質。則

第一 爲踐成契約

是爲前所已論。而其寄託之成立。所必需之實踐行爲。則爲物之引渡是也。其物之引渡。應成立於何時。則以其爲前所已論。故茲不復贅。二卷第百七十八條下之說明

第二 爲有償契約或無償契約

在舊法典及其他羅馬法以來歐洲各國之法律。大抵以寄託爲無償契約。雖然。至於今日。則求其報酬而保管他人之物者。殊爲不少。故以之爲非寄託。頗非無理。而於實際則徒爲

不便。故於新民法。則以寄託爲不必無償。卽有償亦未嘗不可焉。惟原則則亦如委任爲無償者。故若報酬之約。則受寄者不得爲請求報酬之事項。六四八但於商法。則採用關於

商人之與此相反之原則焉。七四二

第二 爲片務契約或雙務契約

以寄託爲無償行爲之結果。向來雖以之爲無償契約。然在新民法。則認寄託有可爲有償之事。故在有報酬之約者。則不得不以之爲雙務契約。卽受寄者當負爲其相手方爲物之保管。且寄託終了之後。返還其物之義務。寄託者當負對於受寄者付其報酬之義務。惟在無報酬者。則其爲片務契約。固不待言。夫寄託乃以無償爲原則。故亦當以片務契約爲原則。殆無容疑者。卽止由受寄者負爲其相手方爲物之保管。且於寄託終了之時。返還其物之義務。而寄託者則不負何等之義務。爲原則也。但在羅馬法。則此片務契約。謂之爲不完全之雙務契約。有若干之異於其他片務契約者。是無他。依其契約。乃止生一方之義務。故以爲片務契約。然於締結契約之後。若受寄者加費用於物。或因此物而受其損害。則得令寄託者償還其費用。或賠償其損害。故其後將至雙方生其義務者。爲不少也。雖然。如前所論。在今日則無庸認此所謂不完全之雙務契約。僅謂之爲片務契約可矣。第六百四十三條

寄託之目的物。要必爲動產。其例最多。雖然。此亦爲乏於理由者。雖在不動產。亦非無必使他人保管之之事。此而不名之爲寄託。因而不適用本節之規定。則不但不得其平。且於實際大爲不便。故在新民法。則不問其目的物之爲動產與不動產焉。蓋在舊法典及外國多數之法典。其以寄託限於動產者。無他。凡不動產。僅以之爲保管者極少。其爲此保管者。大抵皆不得不爲爲其本人。爲某法律行爲者。故甯謂之爲委任也。雖然。數日或數月之間。止爲土地或房屋之保管。不受其應爲修繕或利用等之委任。既爲恆有之事。又況卽於數年或數十年間。爲土地或房屋之保管。亦偶有代其本人。並無爲法律行爲之權限者耶。

第六百五十八條 受寄者非有寄託者之承諾。則不得使用其受寄物。或使第三者保管之。

受寄者於得使第三者保管其受寄物之時。則準用第五百五條、及第七百七條第二項之規定。取二一三卷
商六八一八

自本條以下至第六百六十條。乃專定受寄者保管中之義務者也。此外則依第六百六十五條。準用關於委任之規定焉。而於本條。則先定受寄者於保管中。無使用其受寄物之權。

併定其保管必自爲之。不得使第三者代己爲之。蓋寄託之目的。在爲其寄託者之利益計。而保管其物。不在爲受寄者之利益計。而使用其物。若僅爲受寄者計。以使用其物爲目的。則是非寄託而爲使用貸借矣。又寄託乃由受寄者信任其人而爲之。故不得令寄託者所不信任之第三者代爲保管。乃可謂副其寄託契約之性質。惟此規定。非公益規定。故若寄託者自始即許之。或至後日而許之。則受寄者亦得使用受寄物。或使第三者保管之矣。惟於其第一種情事。則須常以保管爲主目的。不然。則如前所言。非復寄託而直爲使用貸借。又於第二種情事。代受寄者爲此保管之第三者。理論上似與寄託者無何等之關係。然此於實際。種種多所不便。故恰如復代理之情事。第三者對於寄託者。爲有直接爲受寄者之權利義務者焉。二項 七。又就第三者之行爲。受寄者所負擔之責任。亦與代理人所負擔於復代理人之責任相同。即其原則爲止。應負選任及監督其第三者之責任。其例外爲若由寄託者指名其可使爲保管之人。則受寄者僅於知其人之不適任或不誠實時。爲有意爲通知於寄託者。或怠於爲之解任之責任也。五一。

第六百五十九條 無報酬而受寄託者。就其受寄物之保管。任其與自己財產爲同一之

注意之責。四〇 〇七 〇六 〇八 〇新商 三五 〇舊商 六

凡受寄者之保管責任。以有償寄託與無償寄託爲區別。在有償寄託。則從一般之原則。受寄者自當爲善良管理者之注意矣。^{○四}惟在無償寄託。則以爲當與自己財產爲同一之注意者焉。此與新民法不因法律行爲之有償無償。而區別其責任之主義。似乎相反。然於寄託。則自有特別之理由。以爲此之區別。蓋寄託者知受寄者之平生。爲深於注意之人與否。乃鑑其人之平生。而以自己之財產託之。故受寄者而爲與自己財產同一之注意。則其大概。卽此固已能副寄託者之意思矣。雖然。寄託之爲有償者。受寄者乃就保管而受報酬。故其對於報酬。自不得不爲特別之注意。故於此時。卽依普通之原則。以之爲應爲善良管理者之注意者。亦不能爲失之過酷。卽其人雖於自己財產。爲極不注意之人。然於受寄之物。乃不能不爲深於注意之人之注意焉。但本條以下。皆許爲反對之契約者。故當事者若有異於右之所述之意思。則固可以之爲特約也。

新商
三五

在商法。則關於商人取反於本條規定之注義。是蓋於商業上。自有特重其責任之理由也。第六百六十條 就寄託物主張其權利之第三者。若對於受寄者而提起其訴。或爲差押。

則受寄者要無遲滯而以其事實通知於寄託者。<sup>取三一
八三號</sup>

第三者就寄託物而主張其權利。若竟對於受寄者提起其訴。或爲差押。則受寄者當無遲滯而以之通知於寄託者。蓋受寄者常不能詳知其寄託者之權利。故若不通知於寄託者。而自答辯其訴。或對於差押而不述異議。則寄託者將竟至失其權利。必爲恆有之事。反之而速以之通知於寄託者時。若其訴或差押爲不當。則寄託者乃得即時參加於訴。或就差押而述異議。以保存其權利也。民訴五三至五八五四五

第六百六十一條 寄託者於因其寄託物之性質或瑕疵所生之損害。要賠償於受寄者。

但寄託者無過失而不知其性質或瑕疵時。或受寄者知之之時。則不在此限。取二一九

本條蓋定受寄者於因其寄託物而受損害之時。得求其賠償於寄託者焉。蓋寄託乃常爲寄託者之利益計。而爲之者。故即無特約。亦不可令受寄者因寄託物而受其損害。是爲本則。惟於此設三種之限制。

第一 其損害要由寄託物之性質或瑕疵而生。故寄託物若爲易於爆裂之物。受寄者因其爆裂而受損害。指性質言或寄託物爲犬。其犬有狂疾而嚙受寄者。指瑕疵言則寄託者固有賠償之責。然若寄託物爲有重量之物。受寄者置之於高處。因地震而墜落。以致受寄者負傷。或碎壞受寄者之所有物。則寄託者無賠償其損害之責也。

第二 寄託者要知其寄託物之性質或瑕疵。或因過失而不知之。故寄託者新由他處買入之物。不知其物之有瑕疵與否。或寄託者一時一併取得多數之財產。而即時寄託之。當時並不詳其各財產之性質。則縱使其瑕疵或性質而受寄者受其損害。寄託者亦爲無過失。而無賠償之責者焉。反之而寄託者若知其性質或瑕疵。則且勿論。即使不知。然以通常人所得知其性質或瑕疵者。自己特以迂闊而不知。則對於受寄者。爲有賠償其因此所生之損害之義務者矣。

第三 受寄者要不知其受寄物之性質或瑕疵。若已知之。則得拒其寄託。若自不拒之。則不能不謂爲自甘受其損害者。故不得以其賠償請求於寄託者也。

以上爲本條之所規定。雖然。在立法論。則對於受寄者。或非無稍失之酷之嫌。且與第五百七十條、及第六百五十條第三項之規定。尤似爲不得其平矣。

第六百六十二條 當事者雖已定其寄託物返還之時期。然寄託者得無論何時。而請求其返還。取二〇六一項
舊商六六一項

自本條以下至第六百六十四條。乃定受寄者之返還其寄託物之義務者也。而在本條。則先規定其原則。爲寄託者無論何時。得請求其寄託物之返還焉。夫此蓋不問寄託物之已

定返還時期與否者也。誠以寄託乃常爲寄託者之利益計而爲之者。故即使定其寄託物返還之時期。亦視爲專爲寄託利益計而定之之期限。在寄託者固無論何時。得拋棄之。而請求其物之返還焉。但此惟爲推測當事者意思而設之之規定。故若當事者表示反對之意。則固爲當從之者。例如受寄者爲有使用其物之權利者。且勿論已。有時而有遭返還之請求於意外之時。將由倉庫中取出其物。或於使他人保管其物之時。將由其人處取返之。皆能致非少之混雜。亦爲可厭。故有確定其寄託物返還之時期。於其以前。定爲不爲其返還之事者矣。

第六百六十三條 當事者若不定其返還寄託物之時期。則受寄者無論何時。得爲其返還。

若返還時期有定。則受寄者非有不得已之事由。不得爲返還於其期限以前。一 舊商 六 一二
 本條蓋定受寄者爲受寄物之返還之權利者也。蓋寄託。通常不過爲受寄者之一種負擔。故以其速爲返還爲希望。固所當然。而受寄者通常爲不受報酬。或即使受其報酬。其額亦常不甚多。故寄託物苟不定其返還之時期。則爲無論何時得爲返還者。以是而得與寄託者之權利爲相平也。

反之而爲當事者定其返還時期。則受寄者以不得於其期限前爲返還爲原則。惟據右所述之理由。若有不得已之事由。則雖於其期限前。亦得爲返還焉。例如受寄者本以住大廈而受寄託。然因營業上之損失。意外之不幸等。若至不得已而賣却其住宅。則受寄者有苦於寄託物無能容之處者。於此情事。則雖在返還期限以前。亦得爲返還受寄物之事矣。

第六百六十四條 寄託物之返還。要於其應爲保管之場所爲之。但受寄者若因正當之

理由。而轉置其物。則得於其現在之場所返還之。一取七

本條蓋定返還寄託物之場所者也。而其場所。則要在應爲物之保管之場所焉。是無他。寄託物乃常爲應在其場所者也。惟受寄者因正當之理由。而轉置其受寄物。則得於現在之場所返還之。不然。則受寄者之負擔過重。或於實際。可有不能於應爲保管之場所。爲此返還之事也。例如寄託物當於受寄者之倉庫保管之。則亦當於其倉庫爲返還。固爲本則。然若因受寄者修繕其倉庫。有必需以受寄物移置於他處者。則卽於其場所爲返還。亦無不可。但究應以何等場所爲應爲保管之場所。又以何等理由爲應移置其物之正當事由。則固爲事實問題。而不得豫爲之明定矣。

第六百六十五條 第六百四十六條至第六百四十九條。及第六百五十條第一項第二

項之規定。於寄託準用之。二〇六、二項二一三、二一四、
二一九、商六六一〇、六一四。

本條乃以關於受任者或委任者之義務之規定。準用之於寄託者也。即如受寄者見受寄物之易於腐敗。不耐保存。而賣却之之時。則當以其所受取之代價。引渡於寄託者。若未受取之。則要以其權利。移轉於寄託者。又寄託物若生果實。則當以之引渡於寄託者。又受寄者受右之代價。若爲自己而消費之。則當付其消費之日以後之法定利息。並於寄託者若有損害。則當爲之賠償。又報酬苟非有如前所論之特約。則不得由受寄者對於寄託者請求之。又於應受之時。則必寄託終了之後。始得以此爲請求。但若有應受每月或每年若干圓報酬之約。則得於其每期之終了後請求之。又寄託若無受寄者應任其責之事由。而於其期限前已爲終了。則受寄者得應其期間之分數。請求其報酬之一部。又因保管物之故。若需費用。則寄託者要因受寄者之請求。而豫付與之。又受寄者若不豫受其費用。自爲墊款。則對於寄託者得求償還其費用額。及支出之日以後之法定利息。又受寄者因受寄物爲必要之修繕。若對於他人而負擔其修繕費之債務。則得令寄託者爲其辨濟。或供其相當之擔保。是也。

第六百六十六條 受寄者於依契約而得消費其受寄物之時。則準用關於消費貸借之

規定。但契約若不定其返還之時期。則寄託者無論何時得請求其返還。一七六一 九五六

二〇六

本條乃所謂消費寄託(Dépôt de consommation)即所謂不規則寄託(Dépôt irrégulier)是也。蓋寄託之普通性質。受寄者不能消費其受寄物。必當儘其現物以爲返還。然有特約。則即消費之亦可。而此在實際。則就金錢米穀等爲多見其例。有如所謂存款。即若無特約。皆許其消費者也。於此情事。其契約之性質。學者間多有議論。立法例亦頗有不同。然據余之所信。則契約之性質。依然爲寄託而非消費貸借。而其差異。則爲因當事者之意思而生焉者。即消費寄託。以保管其物或其價額爲目的。消費貸借。乃以其使用爲目的也。惟其適用法律之規定。則二者多能爲同一。因而在本條即以關於消費貸借之規定爲準用。然亦可以證其不失寄託之性質矣。若契約不定其返還之時期。則寄託者爲無論何時得請求其返還者焉。蓋消費貸借。固爲借主之利益計而爲之者。然寄託則視爲爲寄託者之利益計而爲之也。與五九一、六六二、六六三相對照但即於此點。亦與普通之寄託有異。若已定其返還之時期於契約。則寄託者不得於其期限之到來以前。爲請求其返還之事矣。

第十二節 組合

凡組合或會社 (Societas, société, Gesellschaft) 之意義，則有種種之議論。而未爲一定。然就其重者而言之。則有二別。一則以組合爲限於以攤配利益爲目的者。一則以共同之事業爲目的者之總稱也。羅馬之速西愛達司。明明有此第二義。然在近世之法律。則取第一義者頗多。舊民法乃亦採此義焉。一取一五然以利益之攤配爲目的而營共同之事業。與以他目的營之者全然區別。使之一則於民法置特別之規定。一則僅依關於一般契約之規定。此不但於學理上爲不得其當。卽於實際。亦往往有覺其不便者。故於新民法。則做羅馬法德國法等之主義。總稱其以營共同事業爲目的者。而謂之組合焉。惟本節之規定中。亦非無專關於利益之攤配者。四六七然此外則盡爲能適用於一切之情事者矣。

茲之所規定者。向來多謂之會社。故其始政府之草案。卽謂之會社。乃於衆議院則改之爲組合焉。余殆不能知其何故。以意度之。似不過以會社之意味。爲有嫌於商社會社之類之法人耳。譯者按商事會社。吾國沿舊習謂之公司。雖然。向來之會社。本悉非法人。此事爲人所盡知。又於組合中。如水利組合。卽非無組成法人者。此亦有若干議論故甯謂其組合之字樣。比於會社之字樣。或因其適於立法者之嗜好。而舍彼取此耳。

組合或會社之字樣。向來多以團體爲其意味。然於本節之標題。則以創設其團體之契約

之意味。而用組合之文字焉。但於條文中。則組合乃團體之意味。契約乃特謂之爲組合契約焉。

組合往往有以之爲法人者。而其目的若在公益。則當從民法第三十四條之規定。若以營

利爲目的。則從民法第三十五條。當依關於商事會社之規定。於此情事乃立法者所欲稱之爲會社者於此等

之情事。則法人與第三者及社員之關係。固無論已卽社員間之關係。亦爲當適用關於民

法中法人之規定。或關於商法中商事會社之規定者。但商事會社。則準用於本節之規定

中者。亦不尠也。新商五四

本節分爲左之三段。第一組合之定義。七六六 第二組合之效力。六六八至 第三組合之終了。

六七八至六八八 是也。

一 組合之定義

第六百六十七條 凡組合契約。因各當事者。約爲出資以營共同之事業。而生其效力。

出資得以勞務爲其目的。取一一五。一七。新商四二五。四七。一。

在新民法。廣其組合之範圍。凡以共同事業爲目的者。悉網羅之。而使包含於此中。則既如前所論矣。故組合之要素有二。第一。各當事者圖共同事業之成功。第二。爲出資之事。是也。

第一要素之結果。惟以從契約之本旨。直接或間接。力求其事業之成功。與不爲一切能妨其成功之行爲。爲各組合員之義務而已。又其爲第二要素之出資。或亦得謂爲第一要素之結果。然此乃各組合員常負其積極之義務者。故必須特論之。而其出資之目的。則有多種。或以不動產之所有權。或以動產之所有權。或以不動產之使用權。或出金錢。或出版權、特許權、意匠權、商標權等之財產權。或以勞務供會社之用等。皆是。惟信用則果得以之爲出資之目的否。此向來所頗有議論。而於新民法。則從民法之一般規定。以信用爲出資。其事無必需承認之故。雖然。在新商法則且明許其以是爲出資焉。新商七今僅就以信用爲出資。說明其當爲何等之事。蓋謂凡能博世人之信用者。爲組合員。以其名列於組合之名簿。雖與他組合員有同樣之權利義務。然惟普通之組合員。納其金錢或其他之出資。而右之組合員。則但以其信用爲出資。不別以金錢及其他之物或勞務。出於組合之謂也。故或有謂右之組合員。爲並無何等之出資。有缺於組合契約之一要素者。甚至以此爲一種詐欺之行爲。亦非無之。然此不過爲未知人之信用有如何之價值者。所發之愚論而已。惟除商事會社等。在僅從本節規定之組合。則非必認其以信用爲出資。但以本條第二項。認其以勞務爲出資者而已。

組合之人數。毫無限制。故二人共同而營漁業農業等。亦爲組合。有數千人之會員之學會。亦爲組合。惟人數之尤多者。則最多以之爲法人焉。

二 組合之效力

第六百六十八條 各組合員之出資。及其他之組合財產。屬於總組合員之共有。取一商

七四九三新
商四四一項

本條蓋定組合財產之屬於組合員所共有者也。蓋在法人會社。則會社財產。固屬於法人之所有。在普通之組合。則組合財產之當爲共有。其事殆不俟言。惟因是而暗示各組合員之出資。於組合解散之時。當然不能復歸於出此之組合員之所有耳。但以特約。定爲可復歸於各社員之所有者。則固亦無所妨也。

本條規定之結果。各組合員之出資。乃既以關於此之一部之權利。讓渡於他組合員者。故於此而應適用關於讓渡之一切之規定。即其不動產當爲登記。其動產當引渡於組合之業務執行者。其債權當通知於債務者或受其承諾。不然。則不得以之對抗於第三者矣。七一
四七
六七八

在本條之情事。似難適用關於共有之一般規定。蓋於本節有特別之規定也。惟於各組合

第三編 債權 第二章 契約 第十二節 組合

員之出資額。有不明之時。似當適用第二百五十條之規定。然此甯爲紙上之空論。如各組合員之不知其出資之額者。實際蓋未嘗有也。

第六百六十九條 在以金錢爲出資之目的時。組合員若怠於爲其出資之事。則要於付

其利息之外。並爲損害之賠償。取一二。二項。商九。五。新商五。五。

本條蓋定怠於金錢之出資者之責任也。蓋依一般之規定。則怠於金錢債務之履行者。其

損害賠償。僅爲當付其法定利息者矣。九。四。一此在普通之情事。雖以此爲已可。而在組合。則

因組合事業。有必需此金錢。乃所以爲此出資。故僅以使付其法定利息。多未足償組合之

損害。且在以營利爲目的之組合。則尤罕以欲得其法定之利息。而組織其組合者。故於本

條。特爲例外。定於法定利息之外。並爲損害之賠償焉。九。四。一。二。三。四。五。九。二。項。四。

第六百七十條 組合之義務執行。以組合員之過半數決之。

以組合契約。委任其業務之執行者。若有數人。則以其過半數決之。

組合之常務。則不拘前二項之規定。各組合員或各業務執行者。得專行之。但於其結了

以前。他組合員或他業務執行者。若述其異議。則不在此限。商取一二。四。一。二。五。一。二。八。舊

自本條以下至第六百七十三條。乃關於組合之業務之執行者也。而本條則先定其何人。以何等權限。執行此組合之業務焉。

第一 不以組合契約定其業務執行者時。

於此情事。爲當以組合員之過半數。決其業務之執行者焉。蓋就此雖有或以必需組合員之一致。或以各組合員得以專斷執行其業務之二說。然此皆極不便於實際。又多不副於當事者當初之意思。何則。若無論瑣瑣之小事。亦需組合員之一致。則組合之事務。不免常爲澀滯。而頗有妨其事業之成功。雖然。各組合員若得以專斷而無事不可爲之。則各自之行為。動相矛盾。不但多有不能決行之情事。且一組合員。往往可爲全反於他組合員之意思之行為。而將亦得以其行為爲有效矣。惟決於過半數。則可謂最適於實際。且最多副於當事者當初之意思。但其得以過半數爲決者。惟有組合之業務執行而已。卽惟有所定於組合契約之事業。實行時所必需之行為而已。若夫變更其組合契約。或決其所不包含於契約中之事項。則必需總組合員之一致。此又其所不待言者矣。

法然此頗有所危險。動輒有反於當事者當初之意。思者。故其難於採用。有不負責。而未文。亦不復論之矣。

右之外。非無以比較多數決。爲其執行業務之多。

本條之所謂過半數決。固依其人數者也。雖外國之法律中。或非無以出資之額而定之者。

且於商法亦見其例。然在普通之組合。則常不必依出資額。故於本條。不取此主義也。但當事者若以特約。定爲當依出資額以算其多數。則固無所妨耳。

過半數決。固爲便法。然若每事而必爲當依總員之過半數決者。則又往往不勝其煩矣。且組合之數若甚多。則亦有終不能行於實際者。故組合員以其過半數所決。由組合員中。或組合員外。選任其一名或數名之業務執行者。或以關於業務執行之一切行爲委任之。或限其行爲之種類而委任之。均無不可。是卽爲關於業務執行之行爲。故亦當依本條第一項。以過半數決之。

第二 以組合契約定其業務執行者時

於此情事。則以業務執行者之過半數決。爲可執行其業務者焉。雖就此亦非無要業務執行者總員之一致。或得以其各自專斷而執行之主義。然於新民法。則因與前段同一之理由。而取過半數決之主義焉。

以上雖豫想其爲業務執行者爲有數人之情事。然其爲一人者亦不少。於此情事。則組合之業務執行。常常以其人之獨斷決之。固所不俟論矣。

業務執行者。不必定需組合員。惟因其爲組合員與否。而有當適用其第六百七十二條與

否之別。然至於其權限。則毫無所異。在舊商法。雖似爲必以社員充之者。然於新商法。則不取之。惟會社之代表者。乃爲必當以社員充之者焉。新商法五六六。六一六。六一七。〇九一。〇二四。〇但在組合一般之規定。則多以爲此限制爲不便。故於新民法。不復如舊民法而設一切之限制也。舊民法驟觀之似取反對之主義其實亦不然。

以上爲一般之原則。雖然。若事事物物。必須依此原則。則其不便。實不可言。故以本條第三項。定爲組合之常務。則不問曾以組合契約。定其業務執行者與否。無庸必依右之原則焉。其不定業務執行者。則由各組合員專行之。其已定業務執行者。則由各業務執行者專行之。無不可也。然此不無動輒流於擅斷之弊。故以本條第三項但書。定爲於其行爲之結了以前。若他組合員。指第一種情事而言或他業務執行者。指第二種情事而言述其異議。則爲不得專行之者焉。故於此情事。則爲仍當用過半數之意見。而處分之者。

所謂組合之常務。果爲何等事務。是固事實問題。蓋謂凡營其組合之事業。所日日應行之小事也。例如在漁業之組合。則日日放出漁船。或賣却其漁獲之魚等是也。又如學會。則在定期發行雜誌。或定期應開研究會之時。其雜誌之發行。及其研究會之開會等。苟從既定於前之規約以爲之。則當以之爲常務。可勿論也。

第六百七十一條 執行組合之業務組合員。準用第六百四十四條至第六百五十條之

規定。

一取一三〇至一〇三新商五四。
一三三至一〇三舊商九二。

本條乃以業務執行者爲準用關於委任之規定者也。蓋業務執行者之爲純然之受任者與否。則於學者間稍有議論。蓋若以組合員以外之人爲業務執行者。則其爲受任者。固無論何人皆不疑之。然若以組合員充之。則往往有不以之爲受任者者。現如德國民法。卽因此理由。而特明言其關於委任之規定。當準用於組合之業務執行者焉。今尋其理由之所在有二。一則在組合員執行其組合之業務時。可謂爲兼行自己之事務與他人之事務者。故謂不能當然直以關於委任之規定適用之。其一則在組合成立之後。若特以組合員中之一人或數人。爲業務擔當者。則其爲受任者固已。然若以組合契約定之。則於當事者間。別無委任契約存焉。乃僅以組合契約之結果。而以其組合員爲執行其業務者。故謂當然不得爲能適用委任之規定者。此其第一理由。固薄弱而不足取。何則。組合之業務。固合自己之事務與他人之事務。而無所別。然其爲自己之部分。固非因委任。餘部分則以爲因委任者。亦何不可。譬如甲股東兼爲乙股東之代理。而臨股東總會之時。甲得以自己之名義投一票。又以乙之代理之名義。更投一票。當此之時。一票固爲自己。餘一票卽爲他人。故就

此投票言之。固已爲委任之成立矣。組合之業務執行者。方其執行業務時。亦何以異此。惟一則以各投一票。得爲區別。一則以同一之行爲。爲自己卽爲他人。而生其效力。故有難於區別之差而已。在理論則固毫無所異也。

至第二理由。則多少有可味者在。據余所信。則從理論上言。若以組合契約定其業務執行者。則似可謂爲純然之組合契約與委任契約相合併者。然業已區別委任契約與組合契約。而各爲規定矣。則其依組合契約之規定。而使某組合員有執行其組合之業務之權利義務。此而謂爲仍非委任契約之結果。亦組合契約之結果。未爲不當。要之。組合契約中。包含委任契約與否。則爲一種疑問。故置本條之明文。最爲實際所必要。其不云適用。而云準用者。蓋不必視爲組合契約中。包含委任契約也。

第六百七十二條 若以組合契約。委任其一人或數人之組合員。執行業務。則其組合員。非有正當之事由。不得爲辭任之事。又無被解任之事。

因正當事由而爲解任。則要有他組合員之一致。取一二七六。

組合之成立後。所選任之業務執行者。則不問其是否組合員。皆當從委任之一般規定。得隨意解其任。或爲辭任矣。一六五然若以組合契約定其業務執行者。則未必得如是爲之。先

就其以組合以外之人爲業務執行者之情事而論。其人固得爲辭任者。蓋其人與組合之關係。非因組合契約而爲當然所生。乃別據組合契約之趣旨。於其人與組合之間。當成立一種委任契約而已。故其人與組合之關係。乃一依其委任契約而定之者。因而其人以得任意辭任爲本則。此依第六百五十一條之規定而自明也。惟其由組合而爲解任。對於業務執行者。無論何時得爲解任。固也。然於組合員間。則此爲變更其契約之一條項。故非有組合全體之同意。則不能決行之。但若同以組合契約。定爲得依過半數決。或其他方法。解其業務執行者之任。則固當從其規定。又所不待言矣。

惟在以組合契約。定爲以組合員之一人或數人。爲業務執行者時。則此常爲組合契約之一條項。故據理論。則非業務執行者及他組合員爲皆同意。不能罷其業務執行者。雖然。其業務執行者。縱有何等事由。亦非得他組合員全體之承諾。則不得爲辭任。是於其人之自由。束縛已甚。必致反於文明國近世法律之主義。且如組合之業務執行。苟非任意爲之。究不能令其組合之事業。得滿足之結果。再者。因正當之事由。而由他組合員之全體。欲罷其業務執行者。此時若令其人得頑踞業務。自欲繼續其執行。他人卽無如之何。則甚害他組合員之利益。將有竟不能貫徹其組合之目的者。故於本條。若有正當之事由。則第一。業務

執行者。得不問他組合員之意思如何。而爲辭任之事。第二。他組合員之全體。若一致而欲解其業務執行者之任。則其人不能抵抗之。若夫正當事由云者。固爲事實問題。除任法官認定之外。蓋無他道。然例如業務執行者之意見。與他組合員之意見。甚爲衝突之時。或業務執行者。因疾病或公務等。至不能執其業時。或其人爲不正當之行爲時。皆不能不謂爲有正當之事由者也。

本條之規定。固非公益規定。故以組合契約。而設異於此之規定。固無所妨也。

第六百七十三條 各組合員。雖不有執行其組合之業務之權利者。亦得檢查其業務及

組合財產之狀況。

舊商九〇・一二二・二七三・新商五
四一・一一一・一九一・二二項三〇四

本條蓋欲保護其不與執行業務之組合員。而設者也。蓋若已特定其業務執行者。則他組合員。固不能妄干與於組合之業務。然而組合之事業。則爲各組合員全體之事業。故其事業之成功與否。則固爲各人利害之所關。故常不可無監督其業務執行之權利。而欲監督業務之執行。則必須得檢查其業務。及組合財產之狀況。此所以有本條之規定也。

第六百七十四條 當事者若不定其損益分配之成數。則其成數。應各組合員出資之價額而定之。

若止就利益或止就損失，定分配之成數，則其成數推定爲共通於利益及損失者。三取一
二一、二六、九、新商五四、一〇、五、七

本條所以定各組合員分配損益之成數者也。蓋當事者若明定其成數，則固當從之。然當事者往往有不定之者，又或有止定利益或損失之一種成數，而不定他種之成數者。在本條則第一，當事者若不定何等之成數，則其成數爲當應於各組合員出資之價額者。第二，若止就利益或損失之一種，定其成數，則其成數推定爲通於利益與損失者焉。故當事者若欲主張其結約當時之意，與此相異，則必不得不舉其反證也。

凡損益分配之成數，非各國皆用本條之主義。在羅馬法及德國法，則以人數劈分爲原則。此從以組合業務爲著眼於人者之趣意而推之，似頗爲妥當。然有二說。第一，依出資之量，而其組合因於所與利益之程度，爲有多少。此爲不可爭之事實，故全然度外置之，甚爲不得其當。第二，以人爲著眼之處，從世之漸趨於開明，漸減其注重於此之程度，將大注重於出資額焉。故至今日，則其原則，甯以出資額爲分配損益之成數爲標準，較爲妥當。此爲法國法之主義。我新舊民法之所採用也。並於商法，亦取此主義焉。一、新商五四、九、七

第六百七十五條 組合之債權者，若於其債權發生之當時，不知其組合員所分擔損失

之成數。則得對於各組合員。就其均一之部分。行其權利。取一四三二頁舊商
一四三二頁新商六三

組合本止生契約之關係。故於組合員之外。無對於債權者而負義務者。而其組合員間爲無連帶。故其原則。爲當應其組合契約所定之成數。而負擔其對於組合之債權者之義務。雖然。組合契約。本爲組合員間之行爲。第三者乃無知之之義務者也。且業務執行者若不以實告之。則其債權者。往往可有受欺之事。而不得以之對抗於他組合員。參觀七
一五故組合之債權者。於取得其債權之當時。若不知各組合員分擔損失之成數。則視組合員爲各自就其均一之部分。當分擔其損失者。得對之而行其權利焉。

第六百七十六條 組合員若就組合財產而處分其持分。則其處分。不得以之對抗於組合及與組合爲取引之第三者。

組合員。不得於清算前求分割其組合之財產。取一四三二一四八二項三項一五三舊商
九九一四三二一四三三二一六二四九新商

五九八五九
五二三四

組合財產。屬於組合員全體之所共有。此既爲第六百六十八條所規定。然則依共有之一般規定。各共有者。無論何時。得爲處分其持分之事。雖然。在組合則其共有財產。恰爲組合事業所應使用者。故若於半途而以之讓渡於他人。則將至不復能繼續其組合。故組合員

就組合財產處分其持分。明爲反於組合契約之目的者。故於本條。則雖非必絕對禁其處分。然若處分之。則爲不得以其處分。對抗於組合及與組合爲取引之第三者者焉。故於組合之存續中。當以其財產依然供組合之用。又組合之債權者。得就其財產行自己之權利。共有財產。又以無論何時。得求其分割爲原則。六二五雖然。組合之締結。乃恰爲由共通之出資。而營一種事業者。故若分割其組合財產。則全然能生反於組合目的之結果。故以本條之規定。特反於共有之一般規定。而以組合員爲在組合之清算以前。不得求其分割組合之財產者焉。

各組合員之債權者。雖得行其組合員之權利。三四二然固不得行其組合員所不有之權利。故代組合員而對於組合。求其利益之分配。則得爲之。又得於組合清算之後。求其組合財產之分割。雖然。未至組合之清算以前。就其組合財產。不能於其組合員之持分。差押或公賣之。以受自己之辨濟。況得求其財產之分割耶。但組合員之權利。固爲一種財產權。故其債權者。無不得以之充其辨濟之理。故此權利之本物。得由公賣而得其相當之代價。由是而受辨濟。蓋所不容疑也。惟其權利。則不外乎二者。一則代組合員而受其利益之攤配之權利。一則當組合清算之時。受其組合財產之一部之權利。且於破產之時。組合員爲當然

脫退。故其結果。當遭持分之付還。而破產管財人。則當以其所受自付還者。算入破產財團之內。固所不待論也。六七九、二

第六百七十七條 組合之債務者。不得以其債務與對於組合員之債權。爲相殺之事。商

八一

組合不成爲法人。其結果爲組合之債權。卽各組合員之債權。組合之債務。卽各組合員之債務。就其一部分而言。故其債權者。若對於一組合員而負義務。似得依是而以相殺爲對抗。其債務者。若對於一組合員而有債權。似當依是而受相殺之對抗。雖然。是頗於組合爲不利益。何則。其結果必至於以組合事業所用之財產。爲一組合員而用之矣。於是本條乃定爲不得由組合之債務者。主張以其債務。與對於組合員之債權爲相殺焉。

在本條。不言組合員不得對於爲其債權者之組合之債務者。主張其援用組合之債權。而爲相殺。則法律果爲許之者耶。曰否。其不許之之故。依前條之規定而自明。故不於此特爲明言之耳。夫組合之債權。乃一種組合財產。故因是而以相殺爲對抗。卽爲處分其組合之財產。此固前條之所不許也。

三 組合之終了

組合契約終了之原因有二。一爲組合員之脫退。一爲組合之解散。甲爲某組合員之組合契約所由終了。乙爲各組合員之所由終了者也。在羅馬法以來之外國。雖多認第一種之終了。然此於實際頗有所不便。且在我邦之習慣。似亦多不認之者。在商法。既就商事會社。破歐洲一般之成例。而認其退社。故於組合亦認之。似不得謂爲新民法之所新發明也。據余所信。則法律之進步。不緣些小之事由。而爲解散組合之事。在某組合員。不得依然爲組合員之時。則甯可脫退其人。而止以他組合員。爲得繼續其原組合者。即在歐洲。以特約認其組合員之脫退。其例不尠。以此可知今日社會之需要。誠在認其脫退。若然。則卽無特約。亦可以法律之原則認之矣。此新民法所以認脫退爲一般之法也。

第六百七十八條 若不以組合契約定組合之存續期間。又定某組合員之終身間。當存續其組合。則各組合員。得無論何時。爲此脫退。但除有不得已之事由者外。不得於有所不利於組合之時期爲之。

雖既定組合之存續期間。然各組合員若有不得已之事由。則得爲脫退。

取一四五二號
三號舊商一一

○一七三〇一
新商六八三〇一

自本條以下至第六百八十一條。乃關於組合員之脫退者也。而在本條。則定組合員所任

意得爲脫退之情事。蓋若以組合契約。定組合之存續期間。則不能不於其期間。以不得任意脫退爲本則。惟若定爲組合應存續於某組合員之終身間者。則是其組合員終身之自由。將爲此而受其限制。若定爲組合應存續於長歲月之間。且其組合。究應存續於幾年間。亦多爲不能豫知者。故於此時。以爲之爲恰與不定組合之存續期間者爲同一。因卽於此一端與不定組合存續期間之一端。均令各組合員。爲無論何時得爲脫退者焉。蓋組合若不定存續期間。則其契約之性質上。似欲其組合。爲能存續於永久者。然此於束縛組合員之自由。實爲已甚。故在歐洲。大抵得請求其組合之解散焉。但在新民法。則力避解散。而取自由組合員自爲脫退之主義。故以本條之規定。認組合員之脫退權。其第六百八十三條。雖亦認請求解散之權。要惟限於有不得已之事由者耳。

組合員請求脫退之權利。以其必要而認之。雖無異說。然脫退本出於組合員之便宜。故若因是而大有損害於組合。則不可許之。卽在有所不利於組合之時期。以不得爲之爲本則。例如在已定決算期之組合。則於決算期以外。組合員爲脫退。大抵爲組合之所不利益。故其原則。當於決算期之終。爲脫退焉。又例如在熟於組合事業之組合員。以一人擔當組合之業務者。若突然爲脫退。則不能卽時發見其可代之人。因有於組合事業釀爲大不利者。

於似此之情事。則未發見可代之人。不能不姑令猶豫其脫退。是也。但若有不得已之事由。則亦得即時爲脫退。例如脫退員與他組合員意見相衝突。脫退員以爲爲某種行爲。於組合極爲危險。他組合員則欲斷然行之。於此時。脫退員非速爲脫退。則其行爲。動有累及自己財產之虞。遂有立時欲爲脫退之事。似此情事。則不拘時期之如何。固得卽爲脫退矣。如右所云。乃於不以組合定組合之存續期間。或當準之者之情事。定其組合員得爲一般脫退之旨者也。然此未可爲已盡。蓋雖定其組合之存續期間。亦非無應爲脫退之不得已事由。例如組合員與組合員意見常相衝突。有終不能融洽以繼續其組合之事業者。於此情事。則其組合員雖以組合契約。定其組合之存續期間。亦不得不爲脫退。又例如某組合員。爲以其勞務爲出資者。若因疾病傷痍等。至不能以其勞務供組合之用。則不得不於半途脫退其組合。此所以有本條第二項之規定也。

第六百七十九條 於前條所揭情事之外。組合員因左之事由而脫退。

一 死亡

二 破產

三 禁治產

四

除名

取一四四五號一四七
舊商一二一號新商六九

本條所以揭組合員當然脫退之普通事由者也。

第一 死亡

組合乃本以信用而成之者。故組合員之一人若已死亡。自不能如他種法律關係。以相續人爲當然承繼其死亡者之權利義務者。故在外國。大抵以之爲組合解散之原因焉。舊民法亦

然因前所既論之理由。在本條乃僅令脫退其死亡者。以應由其餘存者繼續其組合爲原則。並以其因死亡之脫退。爲不關於公益者。故若組合員特約其可以死亡者之相續人。爲組合員之時。則其死亡者之相續人。當然得爲組合員。以繼續其先人之權利義務焉。

第二 破產

破產者於財產上。殆已等於死亡。既所屢屢論之。故以之爲脫退之原因。既一旦認其脫退矣。則覺其實所當然。而不待言者。在舊民法。則此亦爲解散之原因。

第三 禁治產

禁治產者。殆已失其行爲能力之全部。故如本於信用之組合契約。因社員之禁治產而當然失其效力。極爲至當。惟不以之爲組合解散之原因。而止其組合員之脫退。則同於前就

死亡之所論。但於此情事。組合員若以特約。令後見人可代禁治產者。行組合員之權利義務。亦可不致其人之爲脫退也。舊民法 同上

第四 除名

除名一事。在被除名者。不但害其財產上之利益。且其名譽。亦往往有被其污辱者。故不可輒許之。所不待言。而其條件。則於次條定之。

第六百八十條 組合員之除名。限於有正當之事由時。得以他組合員之一致爲之。但非以其旨通知除名之組合員。則不得以之對抗於其組合員。舊商九四九五。一〇四。一〇八。六。一。二。七。二。項。新商七〇。八。三。

本條乃於組合員之除名。定其必要之條件者也。凡除名。在除名者。其財產上及名譽上。有生其重大損害之虞。此事如前所論矣。故其條件。特鄭重之。

第一 要有正當之事由。例如一名之組合員。特爲剛愎。與他組合員不相和熟之時。或一名之組合員。因其疾病。不能以其所以爲出資之勞務。供組合之用之時。即是也。

第二 要有他組合員之一致。蓋組合關係。乃因契約而成。故使之終了此關係。亦要有當事者全體之一致。爲當然之理。然組合員中。其有應被除名之原因者。多不肯自脫退於

組合。故於本條。則以既有他組合員之一致。爲得以之爲除名者焉。而其應除名之組合員。同時有數名時。則得止由其他組合員。對其數人爲除名之事。但應除名之組合員。若甚多時。則實際亦多以其組合。爲不得已於解散者矣。六八三。

若已具備以上二條件。則除名在法律上正爲成立。而若其有無正當事由。有爭論時。則止能出訴之於裁判所。而使判其曲直而已。其確定爲真有正當事由者。則可於他組合員一同表示其意思時。爲除名之成立。惟若欲以之對抗於除名者。則必以其所以除名之旨爲通知焉。是固可謂當然之事。蓋除名之於除名者。爲有重大之利害。要之欲於實際。使其除名生充分之效力。其勢固不得不以其旨通知於除名者也。

第六百八十一條 脫退之組合員。與他組合員之間之計算。要從脫退之當時。組合財產之狀況爲之。

脫退之組合員之持分。不問其出資之種類如何。得以金錢付還之。

於脫退之當時。所未了結之事項。得於其結了後爲計算。取一四七。一項舊商一四七。二四新商五四七。

本條所以定脫退之效力者也。蓋脫退乃以其向來爲組合員者。失其將來爲組合員之資格。故脫退之原因發生以後。脫退員固不有組合員之權利義務。然以向來之組合員。其脫

退前爲組合員之權利義務。則無脫退之事。故由理論上言之。則於脫退之當時。而爲清算。其脫退者。若有利益。則當受其利益。有損失。則當償其損失。且組合財產。當於其權利之限度。受其分配。似也。雖然。果若此。則法律所以許其脫退之趣意。殆不能貫徹。蓋與一旦解散。其前組合。而更組織新組合。殆無以異。故於本條。僅止爲帳簿上之計算。而以組合財產。估計金錢。以相當於脫退者之持分之金額。付還其人足矣。而其脫退當時。有未了結之事項。則許其以此留至結了後。姑爲計算焉。例如脫退當時。其組合若有着手之事業。於其事業之成績未明時。得姑延其計算之期。俟其至成績既明。然後爲計算也。故於此情事。先假以其事業。置之度外。而計算其脫退之持分。後日若有利益。則攤配其一部於脫退者。若有損失。則以其一部令歸於脫退者之負擔。可也。

以勞務爲出資之脫退員。果得與於財產之分配乎。曰然。組合財產。本爲組合員之共有財產。^{八六六}且依各組合員出資之協合。保存或增殖之者也。故苟無特約。則卽以勞務爲出資之組合員。亦當與於財產之分配。殆不俟論。惟通常之出資。在組合成立之當時。全行付入。而勞務則大抵於組合之存續間。漸次以供組合之用。故應其所供勞務之年數之成數。於其出資之價額。爲有多少。是爲實際所不易評定者。然若當事者不評定之。則不得不斟酌。

種種事情。爲之評定。惟卽在當事者評定之之時。其評價通常亦當就組合所應存續之全期以爲之。故其組合員若半途脫退。則當儘其脫退之歲月。應其成數而定其價額焉。是在解散之時。則有第六百八十八條之規定。故爲所不待言者。然在脫退之時。亦不得不爲同樣。蓋得依第六百八十八條第二項之規定。於脫退時之脫退員權利。亦默爲推測而知之矣。在舊商法雖有反對之規定。其爲不當。由前所既論而自明。故於新商法置相反之明文焉。且在新商法。則其以信用爲出資者。亦適用同一之規定也。舊商一四二四二

第六百八十二條 凡組合。因其目的之事業之成功或不能成功。而爲解散。取一四四二

六二號一四二七一項二三〇一號四號二七
一
新商七四二號二二一〇一號三〇二一號

自本條以下至第六百八十八條。爲關於解散組合之規定。而本條及次條。乃所以定其原因者。本條則關於當然解散之情事。次條則關於因請求而解散之情事也。蓋組合解散之原因。除本條及次條所揭者之外。殆不遑枚舉。然大概皆當然而不待言者。故茲不規定。例如以組合契約定爲存續期間之滿了。或解除條件之成就。或組合員全體之一致等。是已。本條所定組合目的之事業。成功或不能成功。亦或可爲無庸明文者。然多少非無可疑之處。故特定之。例如因欲於某地架一鐵道。而設某道期成同盟會之組合。若因此組合之盡

力。竟至於其地架設鐵道。則其組合爲已達其目的。故雖或假定其存續期間。亦不俟其存續期間之終了。止可解散其組合。而況其存續期間之未嘗豫定者耶。又例如以本國之商品。輸出於外國。更裝還其國之產物。以之販賣於日本國內。欲如是者一度。而設組合。則因了其航海。賣盡其由外國裝還之商品。爲已達其組合之目的。故其組合應當然解散。又如欲以某人全集數千部爲出版。而締結其組合。此時若由內務大臣禁其出版。則因組合目的之事業。不能成功。其組合爲當然解散。又例如組合因損失之故。痛耗失其財產。僅其餘額。終不能望事業之成功。於此情事。組合亦因是而當然解散。卽是也。

第六百八十三條 若有不得已之事由。則各組合員得請求其組合之解散。

取一四五二
號三號舊商

一二七一項新商
八三三〇一二項

本條乃規定其因請求而解散之情事者也。蓋在新民法。則以第六百七十八條。許其組合員之任意脫退。又以第六百八十條。許組合員之除名。故似無必需因一人之請求。而解散其組合者。然在脫退與解散。以其效力有不同時。則卽解散亦有不得不許者。例如組合員中。多有不正之行爲者。他組合員縱爲脫退。亦不易得有公平計算之望。於此情事。則有必需全然解散其組合。以爲公平之清算者。又卽使組合員無不正之行爲。而組合之帳簿。太

不整頓。非全然解散之而爲清算。則組合財產上之狀況。有不能明者。於此等之情事。則組合員不僅得爲脫退。而得請求其組合之解散焉。至所謂不得已之事由。雖與第六百七十八條無殊。然僅於脫退爲不得已者。固未必卽爲解散之不得已事由也。

第六百八十四條 第六百二十條之規定。於組合契約準用之。一取一四四一號。一四四三號。

自本條以下至第六百八十八條。則定其解散之結果者也。而於本條。先定其解散止能向將來生其效力。蓋組合之解散。卽爲契約之解除。故據一般之原則。則其效力。在當事者間。不得不遡於既往。五四。在關係錯雜如組合者。若其解散之效力。能遡於契約之初。則非但需錯雜之計算。且動輒有能生不公平之結果之虞。故以本條。定組合之解散。如借貸借與雇傭及委任等。止能向將來生其效力焉。卽各組合員因組合之事業而出資。所付出之動產。不動產及其他財產。若以組合事業之結果而爲減少。則無庸返還其所付出於組合之物之全部價額。又各組合員以利益而已受攤配之金額。則無庸返還之。況於其所附之利息乎。且依次條以下之規定。而當爲清算。故其清算之結果。各組合員。原不能必於自己所付出於組合之財產。儘其原物而取還也。

第六百八十五條 組合若已解散。則清算由總組合員之共同。或其所選任者。爲之。

清算人之選任。以總組合員之過半數決之。取一五〇。舊商一。二九。二。三。二。二項。二。三。三。如前條所述。於組合解散之時。則爲應爲清算 (Liquidation) 者。清算云者。處理其組合事業之結末。組合之財產。速履行之。組合之債務。速辨濟之。其餘賸之財產。則以之分配於各組合員之謂也。^{七八六}蓋若以組合契約。豫定其不爲清算而可結組合之局。則固當從其契約。然苟無此特約。則必爲應爲清算者。而卽以清算論。若以組合契約。或定清算人。或規定清算之方法。則亦當從之。固已。但若不以組合契約定之。則總組合員。爲應共同而爲清算。或以其過半數所選任者爲之。

第六百八十六條 清算人若有數人。則準用第六百七十條之規定。舊商一。三〇。一。三。二。二。四。〇。新商九。三。二。

四三

總組合員。在共同而爲清算之時。則清算人必有二人以上。又雖特定其清算人之時。其有二人以上者。殆亦不少。於此情事。清算人果非一致而卽不能執其清算事務乎。抑當以過半數決之乎。此爲本條之所規定。而以其與組合之業務執行者有數人時。毫無相異之理。故準用第六百七十條之規定。其原則爲當以過半數決之者。惟清算之常務。各清算人得專行之。但於其結了以前。若有他清算人述其異議。則非有過半數之同意。不能決行之焉。

清算之常務云者。果何謂乎。曰清算之所日常必要之事務。即是也。例如督促其組合之履行債權。或爲無庸爭執之債務之辨濟。是也。

第六百八十七條 若以組合契約。由組合員中。選任其清算人。則準用第六百七十二條

之規定。舊商一三一。二四〇。新商九六。二二八。二四九。

如前所論。往往有以組合契約。豫定其清算人者。於此情事。則無異於以組合契約。選定其業務執行者之情事。卽如所選定者若別在組合員以外。則固依委任之一般規定。無論何時。得解其任。清算人亦無論何時。得爲辭任矣。然若在組合員間。則欲解其任。要有組合員全體之一致。是無他。以此爲改其組合契約之一條項者也。反之而若由組合員中。選定其清算人。則非有正當之事由。不得爲之改任。清算人亦不得爲辭任。至若有正當事由。則欲解其任。但與其他組合員之一致足矣。至其理由。則同於以組合契約定其業務執行者之情事。故茲不再贅。

第六百八十八條 凡清算人之職務及權限。準同第七十八條之規定。

餘賸財產。應各組合員出資之價額。而分割之。取一三四。三九一。五一。五一。四。舊商一三〇。二七二。二九二。三四。

五四九。九四。九五。二。

本條定清算人之權限。併定其餘賸財產之分割成數者也。而就清算人之職務及權限。則準用關於法人之清算人之規定焉。蓋組合不組成法人。故其性質。有大不同者。然至清算之目的。則毫無所異。因而就清算人之職務及權限。無特設爲差異之理。即清算人之職務。(一)爲了結其現務。(二)爲收取其債權。且辨濟其債務。(三)爲分配其餘賸之財產。是也。而其權限。則在得爲其因行右之職務所必需之一切行爲。惟其餘賸財產之處置。則有與法人之情事爲大不同者。蓋法人之財產。卽在社團。亦非社員之財產。況在財團。法人之外。更不能有其財產之主體。反之而在組合。則組合財產。乃組合員之共有財產。故清算之結果。則餘賸財產。當以之分割於各組合員。而其分割之成數。以應其各組合員出資之價額爲本則。其爲公平之故。既如第六百八十一條所論。惟餘賸財產之分割成數。得爲別定。固不待言。卽就清算人之職務權限。亦得以組合契約。或組合員之一致。定爲與本條相異之規定也。

第十三節 終身定期金

終身定期金之契約 (Contrat de rente viagère, Leibrentenvertrag) 在我邦。猶乏其例。然在歐美。則頗爲頻繁。卽我邦亦逐漸當生其需要無疑。蓋我邦向來以家名爲重。有餘財者恆

欲傳之子孫。即無親子。亦恆欲迎養子而以財產讓之。譯者按日本每以養子繼其家氏族之譯名稱故謂之家名吾國則更以血統爲重立嗣必以同姓爲貴由親而及疎是家族主義爲更甚又故以自己財產之全部。或不僅重家名已也。習俗不同。即家名二字之義爲難曉。故釋之。

其大部分讓於他人。而欲得受其人終身若干之年金。或其他之定期金。因是而送其安樂之餘生者。殆爲未有。且邦人概乏於遠慮。豫爲老後之計者。可謂實爲少數。故如終身定期金之契約。未能發達。然個人獨立之風漸行。又因生活之困難。勢不得不爲其老後計。故如終身定期金之契約。當漸赴頻繁。此爲自然之勢。即在現今。欲結此種契約者。已非無有。故於民法中設此規定。決不可謂之蛇足也。

向來不謂之終身定期金。而謂之終身年金。此其常也。蓋在外國。大抵爲當年年支付者故耳。雖然。在我邦。則每月應付若干金之契約。頗爲頻繁。又每半年付若干金之契約。亦不爲少。故云終身定期金也。參觀一六八三七四

定期金有非終身者。如月賦金、年賦金、亦爲定期金。是即在我邦。亦頗爲頻繁。又在西洋。則所謂無期定期金。直至子子孫孫付其定期金者。亦甚不少。然則惟就終身定期金而置特別之規定如何。曰如月賦金、年賦金、則通常不過定一種債務履行之方法。無期定期金。則即在西洋。除公債之外。亦有逐漸減迹之傾向。況在我邦。本無似此之習慣。又邦人之性質。

若負此等無際限之義務。亦爲其所不欲。惟至終身定期金。則因前所論之理由。今後當漸赴於頻繁。而其欲得終身定期金之債權。特意結此契約者當不少。故特設其規定焉。但此契約。亦多有牽連於他契約而結之者。且以賣買之代價爲終身定期金。在西洋頗謂頻繁。故或非無不以爲一種契約。而以爲可於債權總則中規定之者。然因右所述之理由。當以特種契約爲之規定。較爲要當。但本節之規定。即終身定期金之遺贈。亦當準用。此依第六百九十四條之規定而可明矣。

第六百八十九條 終身定期金契約。因當事者之一方。直至自己或相手方或第三者之死亡。約於定期。以金錢或其他之物。給付於相手方或第三者。而生其效力。至取一六八四

本條蓋下終身定期金契約之定義。併示其爲諾成契約者也。而本條之意義。則極爲明瞭。故不復說明之。惟揭應注意之二點於左。

第一 卽謂之終身定期金。亦無庸必以金錢爲目的。其用金之字樣者。在實際。以金錢爲目的者爲最多。而契約之名稱。則謂之終身定期金。以其簡而易曉故耳。然如以米穀爲目的之情事。則必不爲少也。

第二 終身定期金契約。或有償。或無償。皆得爲之。例如甲若僅約於乙之終身。年年應以

金若干圓與之。則其契約爲無償。反之而若約爲乙以其所有之不動產。讓渡於甲。或以稍稍多額之金額與之。對於此而由甲年年應付其金若干圓。則其契約爲有償。在西洋。則往往爲讓渡其不動產。由其收益之中當付以年金者。而以其不動產擔保其權利。此事爲頗頻繁。至其無期者。則往往以之爲一種物權焉。

第六百九十條 終身定期金。以按日計算之。七取一

終身定期金。不問其以年爲期。與以半年或月爲期。其計算以應按日爲之爲原則。例如由明治三十年六月一日。以債權者之終身爲期。而結年金契約。債權者若於明治三十二年一月三十一日爲死亡。則縱其支付時期。定於每年之末。然於明治三十年。當付其年金之三百六十五分之二百十四。於明治三十一年。當付其全額。於明治三十二年。當付其三百六十五分之三十一也。但此爲推測當事者普通之意思而定之者。故若當事者有異於此之意思。例如有以按月計算其年金之意思。則固當從其意思矣。

第六百九十一條 定期金債務者。於受此定期金之元本之時。若怠於其定期金之給付。或不履行其他之義務。則相手方得請求其元本之返還。但要由其所既受取之定期金中。以扣除其元本之利息之餘額。返還於債務者。

前項之規定。不妨其損害賠償之請求。取一七五三。

本條乃關於終身定期金契約。因不履行而解除。爲之規定者也。依一般之原則。則定期金債務者。若不履行其債務。債權者先定其相當之期限。而催告其履行。若於其期間內債務者不爲履行。則始得從此而解除其契約。一五四而若解除之。則當於自己所受取之定期金總額。附以利息而返還之。而其所與於相手方之元本。若爲金錢。則亦均得以應附利息而爲返還之旨。爲請求焉。若其元本爲他種動產或不動產。則止得請求其返還。若生果實。則亦僅得請求其返還。然果如此。則多能生頗不公平之結果。何則。第一。在元本爲金錢者。於定期之中。自不得不視爲包含其利息者。然以定期金債務者。更請求其元本之利息。而其債權者。乃更當於所受取之定期金總額。附以利息而爲返還。是定期金之債務者。因自己之不履行其義務。轉得受取其自己所付利息之利息矣。第二。元本若爲金錢以外之物。則債務者僅能返還其所受取之物。而債權者則當以利息。附於所受取之定期金。而返還之。故有不履行之責之債務者。將比前段之情事。倍博多額之奇利。是豈能不謂之不公平乎。或曰。若依本條之規定。則定期金債權者。當於定期金中。收其相當於所包含之元本之利息之利益。是則誠如或者之言。欲計算此利息。則頗涉於繁。而定期金之債務者。乃本有不

履行之責者。故甯忍其繁雜。而無庸保護之。如本條之所規定焉。

本條所云利息。固謂法定利息。即謂年五分之利息。四一〇四而其元本若爲金錢以外之財產。則必爲之評價。就其價額。以五分之利息爲計算也。

在外國。則終身定期金之契約。不得因不履行而解除之。其例頗多。即在舊民法。亦採用此主義。今爲尋其理由。則曰。終身定期金契約。乃射倖契約。(Contrat aleatoire, gewager

Vertrag) 其爲定期金債權者之利乎。抑爲定期金債務者之利乎。所不能豫知者也。然則定期金債務者。若已於數年間。冒其不利益之危險。一有不履行之責。則忽然奪其將來所獲利益之希望。向來所冒之危險。均歸無效。是爲頗不公平。且以定期金中。包含元本與利息。若許解除。則其計算。當爲極其困難也。雖然。此未足爲不許其解除之理由。蓋因不履行之故。定期金債務者。即失其利益之希望。則眞如論者之言。然此實自貽伊戚。有過失之債務者。固不能有鳴其不平之權。且即在何種契約。當事者亦常常冒多少之危險。例如普通賣買之並非射倖契約。此事爲人無異言。然賣主因物之市情之騰貴。有將來失其應受利得之危險。買主因物之市情之下落。承受其利益之希望。以此爲賣買契約。其事最多。然於一方之不履行時。他一方非得解除其賣買者耶。且在條件附契約。當事者之冒其危險

爲尤甚。然猶因不履行而許其解除焉。然則惟此終身定期金。無獨不許其解除之理。又定期金中包含元本與利息。雖如所既論。然就此而苟如本條之所規定。則其計算。殆不可謂甚爲煩雜。故於新民法。斷然許其終身定期金契約之解除焉。

本條第二項。似乎不待煩言。然於第一項。以不明言其契約之當有解除。難逕適用第五百四十五條第三項。故置此明文焉。

第六百九十二條 第五百三十三條之規定。前條之情事準用之。

在本條之情事。定期金債務者。負返還其定期金之元本之義務。相手方則負返還其相當於定期金中之元本之額之義務。且相手方於受其損害之時。則定期金債務者。有爲賠償之義務。然則一方即履行其義務。他一方若不履行自己之義務。其結果之不公平。固不俟言。故依本條之規定。一方若未提供其義務之履行。他一方亦得爲拒其自己之履行者焉。蓋前條之情事。若明爲解除之情事。則可適用第五百四十六條。故本條爲非必要。然如前所述。前條之規定。其實雖與認其解除權者無異。然以其不明言之。故特需本條之規定焉。且前條之規定。與第五百四十五條所定。稍稍有所不同。故學理上或得謂非純然之解除權也。

第六百九十三條 死亡若因定期金債務者所應任責之事由而生。則裁判所因其債權者或相續人之請求。得宣告其以相當期間爲債權之存續。

前項之規定。不妨其第六百九十一條所定權利之行使。取七一

本條之情事。卽謂爲亦一債務不履行之情事。亦無不可。故得適用第六百九十一條。固也。雖然。此未足爲充分之制裁。蓋本條之情事。因定期金債務者所應任責之事由。卽有時爲因其故意之所爲。以定期金之債權所繫。爲短縮其人之生命者。故若僅適用第六百九十一條之規定。則止能卽時求其定期金元本之返還。債權者則亦返還其相當於所已受取之定期金中元本之額。故若所已受取之定期金已達於多額。其時債權者之利益。當爲甚尠。然若其死亡得其正命。則猶當於數歲月之間。由債務者付以定期金。故依第六百九十一條之規定。債權者所得利益。往往比於因履行契約之所得利益爲少。此爲恆有之事。而於理論上。雖得以損害賠償之名義。估計其將來所應受定期金之額。令債務者償還之。然若無本條之規定。則法官動能躊躇於發此損害賠償之命。故以本條。使定期金債權者。於有解除權之外。並測定其未至天然應死之期間。於其間。猶視其人如未死亡者。得以依然應付定期金之旨爲請求也。

以上雖就定期金債務者受取定期金之元本時論之。然本條則即於無償而爲之契約。亦得以之爲適用。於此情事。則無第六百九十一條之解除權。故債權者爲止能依本條而受其保護者矣。

測定人之生命。蓋爲裁判所之所難。然惟斟酌其體格之強弱。年齡之老少。及其他之事情。而測定之。此外無他道矣。

第六百九十四條 本節之規定。於終身定期金之遺贈準用之。項一七六四二項一七七三二

項三

本條蓋定本節之規定。當準用於終身定期金之遺贈者也。此爲前所既論。蓋遺贈雖與契約大異其性質。然本節所規定。則遺贈亦不得不同。是以置本條之規定。避其更於相續編。置同於本節之規定之煩也。

第十四節 和解

和解 (Transactio, transaction, Vergleich) 與裁判。同爲決其爭執之方法。而依裁判決爭。則爲戰鬪之方法。依和解決之。則爲平和之方法。故苟以相當之條件爲之。則不能不比於請其裁判爲有利益。且訴訟多需莫大之費用。與不少之時日。故和解之條件。即多少有不

利益亦多比於用裁判決爭爲有利益。又況用裁判決爭。則當事者間。永有遺其怨恨之患。然和解者則合其互相乖刺之當事者。而有再敦其交誼之利。故於當事者之權利不明時。尤以和解爲有利。蓋訴訟之結果。其一方多全然歸於敗訴。故卽有一旦欲起訴者。亦得先試爲和解。因於區裁判所。召喚其相手方焉。民訴三 又卽一旦既爲訴訟之後。法官亦得試其和解。一二 此法律所以特爲和解。設一節而規定之也。

第六百九十五條 凡和解。因當事者間互爲讓步。而相約止其所存於其間之爭端。而生

其效力。一取一

本條下和解之定義。併示其爲諾成契約焉。蓋和解之要素有二。(一)決爭之事。(二)互爲讓步之事。是也。羅馬法以來。和解之定義。各國不一。學者亦不同其說。然於本條。則採用最正確之定義。以爲非具右之二要素則非和解焉。蓋不爭而互爲讓步。普通之有償契約。大抵皆然。例如債務者已至逾限而不爲辨濟之時。以一種擔保供於債權者。債權者則與以若干之猶豫期限。是卽互爲讓步者也。然不爭在當事者間。故不爲和解。又假使能決其爭。然非當事者雙方互爲讓步。則亦無和解之事。例如原告於一旦已提起其訴訟之後。復取下之。或被告認諾原告之權利。則訴訟皆能因是而告終局。然止爲一方之割捨。而非互爲

讓步。故此爲取下與認諾。而不爲和解。且爭之爲義。不必定需訴訟。於法廷以外。爭其權利。亦得爲爭。而可以之爲和解之目的。例如甲以乙所占之不動產。爲屬於自己之所有者。對於乙而以其收回爲請求。乙則主張爲自己之所有者而不肯返還。於此情事。兩人乃結一種契約。甲則拋棄其權利。承諾其以乙爲不動產之所有者。而其報酬。則由乙約爲當以金千圓付甲。是卽和解。又甲對於乙。主張其有千圓之債權。乙對於甲。主張其不負一錢之債務。竟爲訴訟。乃於訴訟中。甲乙間爲一種契約。甲以金五百圓付乙。因是而甲之債權。視爲應消滅者。則是亦和解也。

似和解而非和解者。則爲仲裁契約。於有爭之當事者間。指定其第三者。相約因其人之判斷。而當定其當事者間之關係者也。例如卽就前例。當事者不自決其爭。而使第三者決之。其第三者。以乙爲所有者。惟以爲應對於甲。付其千圓。或以爲甲對於乙。僅得請求其五百圓。則其結果。雖與和解無異。然固不能以之爲和解。蓋以其非必互相讓步者也。夫就前例之第三者。僅以乙爲所有者。對於甲而一錢亦無庸相付。或以甲之債權。爲全部有效而成立。而乙當以其全額付之。當事者亦不得不從。卽仲裁契約。不必爲當事者雙方互爲讓步。往往有以其一方爲全然有理者。此與和解之所以異其性質也。

和解乃有償契約。而爲雙務契約。蓋以當事者互爲讓步。其爲有償。殆不容疑。又其爲雙務契約與否。雖非無可爭執。然余則斷之爲雙務契約。蓋當事者方其互爲讓步。則必當互負義務。其事殆已明甚也。惟其義務。往往履行於即時。由通常人之眼觀之。似不遑生其義務。然由法律家言之。則不得不謂爲一旦發生其義務者。如前例。甲認乙之所有權。其報酬爲受金千圓於乙。於此情事。則依次條之規定。乙以和解之結果。有即時取得其所有權者。然不得不謂甲先對於乙。負視之爲所有者之義務。其義務履行於即時。遂以乙爲所有者。又甲方主張其千圓之債權。約爲乙但付其五百圓。則當拋棄其權利。於此情事。則同依次條之規定。不得不謂乙之和解之結果。爲失其債權之半者。然實止甲對於乙。就其所主張之債權之半額。一旦負不主張之義務。其義務履行於即時。竟消滅其債權之半額而已。故和解常爲雙務之契約也。

第六百九十六條 當事者之一方。由和解而認爲有「所爭之目的」之權利者。或認其相手方爲不有之者。於此情事。若能出其人從來不有此權利之確證。或相手方有之之確證。則其權利。爲因和解而移轉於其人。或爲已消滅者。取一四一

本條所以定和解之效力者也。蓋其和解之效力。爲認定的 (Declaratif) 耶。爲付與的 (At-

tribuit) 耶。學者間雖大有議論。然據余之所信。則和解之必爲認定的。抑付與的。不能明言。其性質以全然不明爲原則。惟至後日。當事者之權利既明。則和解有爲認定的者。有爲付與的者。然若當事者不出其權利之確證。則其性質爲終於不明而已。惟若有必需明其性質時。則要據是而由主張其權利者。證明其和解之爲認定的。或付與的。此本條之所規定也。例如就前例。甲雖認乙之權利。然當時非認自己爲全無權利者。不過欲受金千圓於乙。乃因是而拋棄其所主張。雖然。後日若出乙爲其真爲所有者之確證。則不得視乙爲取得甲之權利者。即和解爲認定的也。又爲甲主張債權千圓。因受五百圓而拋棄其主張。後日若出甲並無一文債權之確證。則不得不謂甲因和解而取得五百圓之債權。即和解爲付與的也。反之而就第一例。甲若出其爲所有者之確證。則其權利。因和解而不得不認爲移轉於乙。故其和解亦爲付與的。又就第二例。甲若出其有千圓債權之確證。則就其半額五百圓。爲拋棄其權利者。故亦可謂爲付與的。而其餘半額。則爲甲之權利。因和解而消滅者。於此情事。則學者往往謂和解爲消滅的。(extinctif) 矣。

第三章 事務管理

事務管理 (Negotiorum gestio, gestion d'affaires, Geschäftsführung ohne Auftrag) 者。無

義務而爲他人管理其事務者也。蓋依契約而爲他人管理其事務者。爲受任者。依法律上之義務而管理其事務者。爲法定代理人。是等委任或代理等之規定。爲有權利義務者。惟事務管理者。不依契約。亦無法律上之義務。乃任意爲他人管理其事務者。故自與他受任者或代理人等不同。今示事務管理者之義務與本人之義務之概要。如左。

第一 事務管理者之義務

- 一 事務管理者。要以最適本人之利益之方法。而爲管理。
- 二 事務管理者。一旦既開始管理。要儘本人得爲管理以前繼續之。
- 三 事務管理者。要以爲其本人所受取者。引渡於本人。其餘則要就其管理。爲報告於本人。

第二 本人之義務

- 一 事務管理者若爲本人出有益之費用。則要由本人償還之。
 - 二 管理者若爲本人負擔有益之債務。則要由本人辨濟之。或供其擔保。
- 在舊法典。則以事務管理爲不當利得之一種情事。學者亦多從此說。此於學理上爲毫無駁難。蓋管理者非以爲其本人所受之物。爲之引渡。則當爲不當之利得。故此義務。可謂爲

以不當利得爲其源者。又本人於管理者爲出有益之費用時。若不償還之。則亦爲不當之利得。故此義務。亦得爲以不當利得爲其源者。惟事務管理之情事。與普通之不當利得之情事。大異其結果。在通常之不當利得。則債務者返還其現受之利益爲已足。而在事務管理。則本人當償還其有益費用之全部。而不問其利益之現存與否。且其管理者。有以其所受取之物之全部。引渡於本人之義務。故卽有不幸而失之之事。苟不能謂之天災。卽不得以其全部。引渡於本人。又況管理者之義務。不僅在以其所受取之物。引渡於本人。其可謂之爲主義務者。却在一旦開始其管理。卽當以適當之方法爲繼續。此或可以不法行爲之原理。爲之說明。然決非關於不當利得者。此在新民法。所以特爲事務管理。專設一章。以與不當利得爲相別也。

一 管理者之義務

第六百九十七條 無義務而爲他人開始其事務之管理者。要從其事務之性質。依最能適於本人利益之方法。而爲其管理。

管理者若知本人之意思。或可得而推知之。則要從其意思而爲管理。六財三

本條蓋暗示事務管理之性質。併定管理者之第一義務者也。在新民法。爲他人所爲普通

之注意。乃所謂善良管理者之注意。四〇四〇惟在本條。則云能適於本人利益之方法。並加於此而云從事務之性質。云從本人之意思。是果與善良管理者之注意。為異其程度乎。曰不然。在保存其應引渡之物。則其目的極為明瞭。故僅言善良管理者之注意。即得略知其注意之程度。又於委任之時。則以事務之目的。從契約而定。既從其契約之趣旨。即足以為所謂善良管理者之注意。反之而在事務管理之時。則其目的為不一定。而並無契約。故當然不得為明其本人之意思者。故僅云善良管理者之注意。其意義亦非無頗涉於曖昧之恐。此於本條。所以詳細定其注意之程度也。

第六百九十八條 管理者若對於本人之身體名譽或財產。欲免其急迫之危害。而為其

事務之管理。則非有惡意或重大之過失。不任賠償其因此所生損害之責。財三六項

本條乃對於前條之例外。蓋在特別之情事。欲獎勵其事務管理。乃大輕其管理者之責任者也。蓋若有對於本人之身體名譽或財產之急迫之危害。則以有人管理其事務。以免其危害。其事極為必要。然則若於此情事。亦猶令管理者負前條之責任。則甘於管理其事務者。蓋亦稀矣。而本人之身體名譽或財產。遂將受不可回復之損害。故於本條。則限於此情事。其管理者。止就其惡意或重大之過失。為當負其責任者焉。例如本人於罹急病之時。有

因夾抱之而損污其衣類者。苟無惡意或重大之過失。則不負其損害賠償之責。又例如本人不在之時。有以損其名譽之記事。揭於新聞紙者。管理其財產者。若任意費其財產之一部。以詳細之反駁文。廣告於新聞紙。則苟無惡意或重大之過失。對於本人。亦不負其損害賠償之責。又例如在火災之時。本人之房屋。因連燒而將歸於灰燼。有毀壞其房屋之一部。以免其連燒者。本人縱因此而受莫大之損害。苟無惡意或重大之過失。亦不負損害賠償之責。即是也。

第六百九十九條 管理者要以其管理之開始。無遲滯而通知於本人。但本人若既知之。則不在此限。

事務管理。本為不得已之事。法律雖特保護之。有時且獎勵之。然其反於本人之意思者實不少。故管理者若開始其管理。則必須無遲滯而通知於本人。若其管理不適用於本人之意。則令其得有速定適當之管理者之便。其本人於受此通知之後。若不更設適當之管理者。是即以事務管理者之管理。為有益於己。或為不發見其比此更良之管理者。此所以必有本條之規定也。但若不俟管理者之通知。本人已知其管理事務之事實。則固為無庸通知者矣。

本條之制裁。蓋爲損害賠償。卽管理者若怠於爲本條所定之通知。則因此而有賠償其所及於本人之損害之義務。惟此其適用。則爲極少。例如本人若能證明其早受通知。則卽時定其更適任之代理人。因此而能比於此事務管理者。多得若干之利益。則此事務管理者。爲有應付其相當於右之利益額之損害賠償之義務也。

第七百條 管理者要儘本人或其相續人、或法定代理人、得爲管理以前。繼續其管理。但

其管理之繼續。若明爲反於本人之意思。或不利於本人。則不在此限。二財三六
二項

本條蓋定管理者之第二種主義務者也。卽儘其本人、或其相續人、或法定代理人、所得爲管理以前。繼續其管理之義務是已。蓋管理者本非負應爲管理之義務。故自始卽不爲管理則可。然若已開始其管理。苟半途而放棄之。則本人將多被加倍之損害。何則。若其人不爲管理。則他人或爲之管理。亦未可知。又有時而自始卽不著手於管理。損害却少。若一旦已著手之管理。放棄於半途。則有能生更大之損害者矣。

右爲一般之原則。於此更有二例外。

一 其管理之繼續。若反於本人之意思。則不得不放棄之。例如本人知管理者開始其管理。若卽刻以應放棄其管理之旨命之。則不得不從其命。

二 其管理之繼續。若明爲不利於本人。則不得不速放棄之。例如本人之不在中。其債者。對於本人之家族。爲嚴重之督促。是時其友人以其好意。插身其中。計欲令債權者儘本人未歸以前。稍爲猶豫。於此情事。債權者若不快於其友人之干涉。有將益爲嚴重處置之形勢。則其友人。甯中止其談判。儘本人歸宅以前。有以不如傍觀之之爲愈者。

第七百一條 第六百四十五條至第六百四十七條之規定。於事務管理準用之。財三六二
 本條乃以管理者計算之義務。爲準用其關於委任之規定者也。即管理者要應本人之請求。無論何時。報告其事務管理之狀況。又管理終了之後。要無遲滯而報告其顛末。六四又管理者爲其本人所受取之金錢及他物。要引渡之。爲其本人而以自己之名。所取得之權利。要移轉之。六四又管理者若以應屬於本人之金錢。爲自己而費之。則負付其消費之日以後之法定利息之義務。且若因是而有損害。則負賠償之之義務也。

二 本人之義務

第七百二條 管理者若爲本人出有益之費。則得對於本人而請求其償還。

管理者若爲本人負擔其有益之債務。則準用第六百五十條第二項之規定。

管理者若反於本人之意思而爲管理。則止於本人現受利益之限度。適用前二項之規

定。六財三

管理者若爲本人而出有益之費用。則本人負償還之之義務。例如管理者若適當以修繕本人之房屋。則本人要償還其修繕之費用。然若管理者出過分之費用。而爲其修繕。則止於其適當金額之範圍內。本人爲有償還之義務者。若夫管理者出無益之費用。則本人一切不負償還之義務。固所不待言也。

或問。在本條。則言爲本人之有益費用。然關於委任。則言處理委任事務所應任爲必要之費用。六項五。然則受任者止有求其償還必要費之權利。而管理者轉得迄於有益費而使之償還耶。曰否。此有二義。第一。處理委任事務所應認爲必要之費用云者。無庸爲事實之必要。惟依當時之事情。通常人所應認爲必要之費用。委任者皆不可不償還之。故於其中。由後日之結果觀之。爲非有益之費用。亦其所包含者。第二。受任者雖於其費用之利息。亦得請求。然管理者則僅得請求其費用額而已。故法律爲厚待受任者而薄待管理者。其事固一目瞭然也。

或又問。在本條。僅言有益之費用。故必要費轉似不得令其償還者。曰不然。必要費若不出之。則能致其物之滅失或毀損。故是可謂有益中尤有益之費用。故於本條。則不特言必要

費之事。蓋本條所謂有益之費用。不可以之與所謂有益費者相混也。一九六二項二九六
二項五八三二項六

二〇八項

要之在如前所論委任之情事。則事務之性質。因契約而自定。故其事務非必要之事項。卽不屬於其契約之範圍。雖然。此其必要。無庸必於結果上爲必要。以普通知識所得認爲必要者足矣。事務管理之情事則異是。管理之目的。非因契約而定。惟管理者爲其本人之所欲爲者。皆可屬於其管理之範圍。故以必要二字爲一定之目的。不能定其權利之區域。此則所以僅以有益於本人爲標準也。若夫受任者於委任事項。出其不能認爲必要之有益費。則此爲契約以外之事項。故因其意思之如何。或以之爲事務管理者。當受本條之適用。或以之爲占有者。當受第九十六條之適用。即第七用。○此事既如前所論矣。第六百五十一條下之說明。

管理者若爲其本人負擔有益之債務。則如關於委任之第六百五十條第二項所定。得令委任者爲辨濟。又其債務若未至辨濟期。則得令供其相當之擔保。惟其有益與必要之關係。則與前段所述者同。故茲不復贅。

以上就本人不表示其反對之意思時之爲管理者之所定也。反之而管理者若反於本人之意思而爲管理。則無應受同一保護之理。故於本條第三項。僅欲其不爲不當之利得。乃

止於本人現所受利益之限度。爲當適用其右之所述者焉。例如管理者在出其費用之時。雖其費用爲有益。然當管理者對於本人而求其償還之時。其費用所加之物。既因天災而滅失。本人毫無現受之利益。故卽一錢之償還。亦無庸復爲之。又因出右之費用。管理者爲其本人借財以爲之。本人亦均無辨濟之責也。

或曰。如右之情事。但有不當利得之問題。無所謂事務管理矣。是又非也。事務管理云者。乃如前所述。無義務而爲他人管理其事務之謂。故卽反於本人之意思。亦不得謂非事務管理。惟法律所保護之之點。自有厚薄之差而已。

第四章 不當利得

不[◎]當[◎]利[◎]得[◎] (Enrichissement indû, ungerechtfertigte Bereicherung) 云者。無法律上之原因。而因他人之財產或勞務。受其利益。由是而卽以損害及於他人之謂也。於此情事。依羅馬法。則生利得賠償訴權 (Actio de in rem verso) 並於此外。認爲非債取戻訴權 (Condictio indebiti) 卽事務管理。亦能生不當之利得。此事如前所述。在外國。則事務管理與非債取戻之外。不認一般之利得賠償訴權。亦非無其例。然此固不得不謂爲缺點。夫事務管理。既於前章別規定之。所餘卽非債取戻及其他一切不當利得賠償之情事。是已。其關

於非債取戻之情事。雖非無特例。然其原則。則與他不當利得之情事。無應爲區別之理。故於本條。除事務管理之外。網羅其一切不當利得之情事焉。

第七百三條 無法律上之原因。而因他人之財產或勞務。受其利益。由是而以損失及於

他人者。於其利益所存之限度。負返還之之義務。財三六一、六四一

本條所以揭關於不當利得之原則者也。卽以受益者爲於利益所存之限度。負返還之之義務者焉。蓋縱以損害及於他人。然既無不當利得。卽非能受本條之適用。例如於自己之所有地。造建築之物。因害鄰地之眺望。有從而損其價格者。雖然。是非不當利得。故不生賠償之義務。惟無故以損害及於他人。因之而受其利益者。若保有其利益。則無法律上之原因。卽爲不當而受其利益者。此爲當返還其利益者也。夫此固最爲公平之道。蓋卽在不以本條之原則。揭於法文之國。如法國之類。其學者亦往往務欲採用本條之原則焉。故此原則之公平。可知其至當矣。但若雖受利益。而損失不及於他人。則不復能受本條之適用。例如有因於鄰地設下水道。譯者按下水道卽埋於土中洩瀉活水之水管受其利益者。然鄰地之所有者。不得因而令其負擔費用之一部。是無他。因鄰地之下水道而受益者。不害於鄰地之所有者也。余嘗以通常之情事而想像之。似當謂受益者應返還其所受利益之全部。然往往有不然

者。蓋因不當利得而所以生其債務者。無他。以不令返還其利益。則當生無故而害甲以利益之結果也。然一旦雖受利益。若已失之。則不能復爲返還矣。設不問受益者現已不受其利益。以爲當返還其自始所受利益之全部。則勢不能不出其自己財產之一部以償之。似此。則對於普通之受益者。則爲頗失之酷。又不合於不當利得之原則。故於本條。則止於其利益所存之限度。爲有返還之義務者焉。例如受益者受其物之當時。其市情固有百圓之價。然當其爲此返還。若價格已減爲止有九十圓。則賠償其九十圓可矣。但本條之適用。非必同於第二百二十一條之但書。彼之但書。蓋法律欲保護無能力者。而許其取消。故其取消之結果。要令無能力者。不被毫末之損失。且未成年者。禁治產者。準禁治產者。因其知能之有不發達。或多少有不完全。故動輒恐其爲不利益於自己之行爲。而特附以法定代理人或保佐人。故其一旦所受之利益。忽然失之。竟至不存其利益。其事最多。例如未成年者爲借財時。一時固受取其金錢於貸主。而增加其財產。固不待言。然若浪費已盡。則方其取消此貸借。已毫無利益之存焉者。故雖取消其貸借。然未成年者對於貸主。無庸爲一錢之返還矣。反之而在普通之情事。則一旦所受之利益。當視爲有直接或間接之留存者。例如成年者無故而受取金錢於他人時。其人雖卽時浪費其金錢。亦不得免其返還之義務。是

無他。其所受之利益。雖已即時浪費。似無復餘存者。然其人苟既已成年。則若不浪費此金錢。可信其必將浪費自己所有之其他財產。故其所受之金錢。已間接與其人以利益而其利益。不得不視爲尙存焉者。此在本條。其原則雖止於利益所存之限度。爲有返還之義務。然就第七百五條以下之非債取戻。則所稱爲最初債權者。規定其當返還其所受取之物焉。然其原則。不能不謂止於利益所存之限度。有返還之義務。今示其應適用本條而無可疑者。則如受益者雖受取百石之米。然其所受取之米之一部。因火災而燒失。現所餘存之石數。不過爲七十石。則返還其七十石而已足爾。

本條有以爲在僅受他人所有權之移轉。或受其物之引渡時。則不能適用之者。是實謬也。若所有權一旦移轉於受益者。則受益者非再以之移轉於原主。卽當爲不當之利得。又受物之引渡者。非返還之。卽亦當同爲不當之利得。故其人從本條之規定。不得不謂爲負義務者。若夫在此等情事。或有謂其卽不依本條之規定。視爲有債務者。然依所有物取戻之訴。或占有之訴。亦能受適當之保護者。余則答之曰。若受益者留存其所有權或占有。則當爲不當之利得者。故於所有權或占有權之外。以別生一種債務爲妥當。此就次條。所能特覺其必要也。

在本條。則謂因他人之財產或勞務。受其利益云云。故即使不直接減他人之財產。然若因他人之勞務而受其利益。則不能不返還之。例如甲並不受乙之倚託。亦無爲乙爲之之意思。而以勞力加於乙之財產。以增加其價。則乙對於甲。不能不返還其因其勞力所生之價額。蓋其勞務若用之於他事。乃必能受相當之酬報者。故因乙受其利益。得謂爲已以損失及於甲也。六一九六二四
六二四八

第七百四條 惡意之受益者。要以利息附於其所受之利益而返還之。若有損害。則並任

其賠償之責。

財三六四三六
七一項三六八

本條乃關於惡意之受益者也。蓋惡意之受益者。於不當利得之外。乃亦爲不法行爲者。故僅返還其所受之利益。猶以爲未足。必須賠償其所生之損害。此由關於不法行爲之第七百九條之規定。雖爲當然所生。然若僅言損害賠償。則判事往往無可依之標準。令賠償其實際之損害額。其事實稀。然於本條之情事。則其爲不法行爲之根本之不當利得。卽有一定之財產上利益。故由此而至少得視爲有相當於法定利息之損害。卽有相當於其價額之年五分利息之損害者。並於得證明其有多於此額之損害時。則當併使之賠償焉。例如他人之金千圓者。其千圓。假定爲年五分之利。卽一年以後爲返還者。當加五十圓。共爲千

五十圓。此其所必不能不返還者。然被害者因失其金。或釀商業上之損失。或不得履行自己之債務。而不能不付其違約金。或其他之賠償。則爲當賠償此損害。其事與他之情事無異。又例如由知其非自己之債務者。來履行其債務。而受取其百石之米者。不但不能不返還其米。且假定其價格爲四百圓。若半年之後返還之。則其利息。不能不付以十圓。若此外尙有辨濟者所受之損害。則亦不得不賠償之也。

第七百五條 以債務之辨濟而爲給付者。若其當時知無債務之存在。則不得以返還其所給付爲請求。財三六五
五六三五

自本條以下至第七百七條。則專關於非債取戻焉。又謂之不當辨濟取戻而本條則定其雖知無債務而爲辨濟。以有某給付者。不得請求其返還也。蓋於此情事。苟非喪心之人。其爲欲以由其給付所新生之利益。與相手方也無疑。然在新民法。則不以原因爲契約之要素。故於此情事。其所謂辨濟。雖非純然之辨濟。然可生一種新契約之效力。卽爲無償之契約。故能構成一種贈與焉。辨濟者。雖非無受反對之給付。而爲所謂辨濟之情事。然此當爲極少。故於本文。則常假想爲無償者而論之。是以辨濟者。不得以無債務爲理由。而請求其所給付之物之返還也。

第七百六條 債務者若辨濟其不在辨濟期之債務。而爲給付。則不得請求其所給付之

物之返還。但債務者若因錯誤而爲其給付。則債權者要返還其因此所得之利益。六財三

項二

本條就債務者誤爲辨濟於辨濟期前之情事。爲規定焉。於此據古來有勢力之學說。則債務正爲成立。故非非債之辨濟。因而謂爲不得請求其返還。雖然。據余所信。則此說謬也。債務非從其本旨而履行之。卽非眞辨濟。故於期限之有定者。於期限前所爲之履行。卽非辨濟。縱以其時爲不有應辨濟之債務。而謂爲非債之辨濟。無不可也。故債務者若誤於期限前爲辨濟。則不能有不得請求其返還之事。或曰。債務者若於其期限前爲辨濟。則是爲拋棄其期限者。夫債務者雖知其期限之尙未到來。而已爲辨濟。則誠如論者之言。六一三然若債務者因錯誤而爲辨濟。則決不能爲拋棄其期限之利益者。債務者雖知其期限之尙未到來。而爲辨濟。於此情事。其期限之利益。若存於債權者。則似不得爲拋棄。其期限然債權者若無異議。而受其給付。是卽由債權者拋棄其利益。故於此情事。無所謂非債之辨濟也。

或又曰。債務者誤於期限前爲辨濟。則不得不謂其疎漏。然債權者。則信債務者爲拋棄其期限。而受其辨濟。當爲常事。故後日若遭其返還之請求。則往往有被其意外之損失者。是雖可爲令債務者賠償其損害之理由。然不得據此而拒不爲返還之事。而如債務者誤前於期限數年。卽爲辨濟。則此時縱付些少之賠償於債權者。亦當以取戾其所給付之物爲

有利矣。且以有次條之規定。債權者畢竟無被其損失之虞也。

債務者之爲無資力。雖亦自有之事。然此乃債權者所自

始即當
豫期者。

以上之立法論。不過爲余於本條之規定。不表贊成之意之故。在本條則不幸而採用反對之主意焉。卽辨濟期前之辨濟。亦以之爲辨濟而有效。卽其誤爲之者。亦不得請求其返還也。惟以但書。防其債權直接之不當利得而已。蓋卽債務者因錯誤而爲辨濟期前之辨濟。債權者爲要返還其因此所得之利益者焉。例如金錢債務之債權者。若前於期限者一年。而已受其辨濟。則當利其一年分之利息。故不得以其法定之五分利息。返還於債務者。又前於期限者六個月。而受不動產之引渡之債權者。若受其引渡之後。卽以之借貸於他人。則當以六個月分之借賃。支付於債務者。是也。

本條就期限附債務而於其期限到來前爲辨濟者。爲規定焉。故不得以之適用於條件附債務。夫條件附債務。乃儘條件之成就以前。未爲成立者也。定一八至一三〇所
定事項則爲別種。故若於條件成就前爲辨濟。則此眞爲非債辨濟。故得取戻之。所不待論也。

第七百七條 非債務者之人。於因錯誤而爲債務之辨濟之時。若債權者以善意而毀滅其證書。拋棄其擔保。或因時效而失其債權。則辨濟者不得爲返還之請求。

前項之規定。不妨其辨濟者對於債務者而行使其求償權。二財三六五
項三項

在非債辨濟之情事。苟債權者既爲善意。則其過失。實在債務者。故不可因此而以損害加於債權者。固然債權即正爲存在。而非債務者之人若誤爲其辨濟。則債權者往往自料其證書爲無用。而毀滅之。又料其擔保亦當然爲消滅。而以保證契約書返還於保證人。以免除其義務。返還其質物。承諾其抵當之抹消。或債權於應罹時效之時。亦既信爲已受有效之辨濟。不爲時效之中斷。竟令其得完成之。此後辨濟者若主張其辨濟之無效。而得請求其返還。則債權者因此而對於眞債務者。失其證據。失其必要之擔保。或并失其債權之本物。故當被其損失。固無論已。然此本由辨濟者之疎漏。而爲辨濟者。故令債權者被其損失爲不當。故於本條。則辨濟者爲不得請求其返還者焉。

以上乃定債權者與辨濟者之關係。其眞債務者。則固不當因此而受其利益。故辨濟對於債務者得爲求償之事。殆所不待言矣。此本條第二項之所規定也。即其因辨濟者之辨濟。而免其債務之債務者。應以其債務之價額。償還於辨濟者。此亦可謂第七百三條之適用也。

第七百八條 因不法之原因而爲給付者。不得請求返還其所給付之物。但不法之原因。

第三編 債權 第四章 不當利得

若止存於受益者。則不在此限。財三六
七項

本條乃定其因不法原因所爲之給付。爲不得取戻者也。尋其理由。則曰。凡爲此給付者。若欲取戻之。則必不能不證明其債務。因不法之原因而不成立。夫自爲不法之事。而敢以此主張於法廷。其厚顏不亦已甚乎。故法律不保護此人。而本條之原則。卽據此理由。故若不法之原因。止存於受益者。則爲得請求其返還者焉。例如二人爲賭博。輸者若引渡其賭物於贏者。則不法之原因。存於雙方。故不得請求其返還。反之而如乙知甲欲殺人。乃以金錢與之。以絕止其殺人之意思。則不法之原因。止存於受其金錢者。而與之者。則不過欲防止其惡事。故就此不得爲有不法之原因。惟債務則於此亦爲無效。此事固所嘗論矣。第一卷
第一百條

三十二條
下之說明

故於此情事。則乙爲得取戻其所支付之金錢者。

如右之本條所規定。外國之立法者及學者中。以此爲然者不尠。卽舊民法亦取此主義。在我國之裁判例。所謂有名之角石事件。亦竟採用此說焉。雖然。余則不能與之同意。夫不法債務之無效。此固人無異言。故由理論言之。於此情事。明有非債之辨濟。從第七百三條之原則。不可有不得取戻之事。雖偶有不以辨濟之名義。而爲給付者。然於此情事。亦與非債辨濟無異。惟據希圖爲不法之事者。自以此主張於法廷。而仰法律之保護。爲太厚顏。乃竟生本條之主義。然似此云云。法律

上實鈔其例。假如甲對於乙。以應與以金千圓之證書交付之。因不履行。乃由乙訴之於法廷。而甲則證明其千圓。全爲賭博上之債務。以此而得拒其履行。則此豈非以自己之不法行爲爲主張。而仰法律之保護者耶。然謂未爲履行之間。則可仰法律之保護。一旦既爲履行之後。即不得仰之。此實苦於無從索解。更進一步論之。則於本條之情事。其請求返還者。不主張其不法之原因。而相手方却主張之。其事不鈔。即如原告僅對於被告。證明其無債務而誤爲給付。則被告轉將證明其不法之原因。主張其因此而可受給付矣。例如甲對於乙。若證明其曾無借用金錢之事。此外亦不對之而負何等之義務。但誤付以金錢。云云。則乙將證明其因賭博之結果。故對之而受取其千圓。以此而拒不返還焉。似此情事。則不能不謂此被告更比原告爲厚顏矣。要之本條之規定。以立法論。雖爲余所不取。然以法律論。則因其文意顯然。竟不能復如之何也。

惟余所不堪其疑訝者。則在後之第七百十九條。於共同不法行爲者間。規定其有連帶。因而一人若爲辨濟。則對於他人。皆爲有求償權者。蓋不容疑。^{二四}是固可謂當然之事。何則。法律使共同不法行爲者負連帶之義務。而若於其間不許其求償。則雖爲對於不法行爲者而然。而法律之規定。究未免爲不公平也。雖然。若以之對照於本條之規定。則頗不能無

不平之謗。何則。若因數人共同之不法行爲。而加損害於他人。則於其間。據不法行爲。得仰法律之保護。於他之情事。乃初不能受其同一之保護也。

倘令採用余之主義。則以有第七百五條之規定。主張其不法之原因。而求返還其一旦所爲之給付者。其事蓋當不甚多。何則。給付之當時。辨濟者若知其無債務。則固不得請求其返還也。但本條非與第七百五條之規定相重複者。何則。此有二例。第一。有不以爲辨濟債務。而用不法原因以爲給付者。例如以害其債權者之意思。有以自己之財產。爲他人之名義。而引渡之者。第二。縱以辨濟而給付之。亦有當時不知其爲不法原因者。彼格言所云。凡法律。無論何人。均不視爲不知之者。非能適用於此處也。

第五章 不法行爲

不法行爲 (Unrechthabte Handlung) 1曰犯罪或準犯罪 (Délit ou quasi-délit) 其債權發生之原因。乃羅馬法以來所夙認也。

民事上之犯罪。與刑事上之犯罪。不可相混。刑事上之犯罪。有不爲民事上之犯罪者。又民事上之犯罪。則多不爲刑事上之犯罪。例如未遂犯。大抵爲未生損害。故爲民事上之犯罪者甚少。而其爲刑事上之犯罪。則有當受處刑者。又例如因故意或過失。而妨他人權利之

行使。有因而釀莫大之損害者。於此情事。則雖有民事犯罪。而無刑事犯罪。故不受刑事上處罰。而有當負民事上責任之事。

犯罪。乃以故意加損害於他人之謂。準犯罪。乃因過失怠慢而加損害於他人之謂。例如故意毀壞他人之所有物。則爲犯罪。因自己之不注意而毀壞他人之財產。則爲準犯罪也。

第七百九條 因故意或過失而侵害他人之權利者。任賠償其因此而生之損害之責。三財

○七

本條所以定因不法行爲而生之債權之原則者也。關於此則大凡有二主義。一爲英國法之主義。苟有侵害他人權利之事實。則縱實際不生損害。加害者猶當負損害賠償之責。一爲歐洲大陸之主義。非有損害。則不令賠償。而我新舊民法。皆取第二之主義。蓋侵害他人之權利。其爲不法行爲。固無論已。然此自有制裁。苟以金錢爲賠償。則被害者非被其損害。何能賠償。此於本條。所以斷然要分侵害權利與損害爲二者也。

第七百十條 不問其害於他人之身體或自由。又或名譽。與害財產權。但依前條之規定。而任損害賠償之責者。即對於財產以外之損害。亦要爲其賠償。

在前條。泛言侵害他人之權利者云云。而其權利。初不謂之財產權。故應包含一切之權利。

夫其害人之身體或自由又或名譽。此情事固無論已。卽其害於財產權之情事。亦不僅財產上之損害。對於財產以外之損害。亦應爲其賠償者焉。例如設以不法而拘束人之自由。縱其人不因此而受金錢之損害。亦爲當爲賠償者。故如其人因奪其自由之間。至不得已而休其職業。因而損其賃金者。則雖爲財產上之損害。並得以因奪自由所生不愉快之感。估計其金錢而使之賠償。且雖直接害他人之財產權時。亦有不以損害及於財產上者。而對於其無形之損害。則不得不爲其賠償。例如竊盜奪其必要之書籍時。若返還其書籍。則所有者固於財產上不受一錢之損害。然因無此書籍。或缺於公務。或不得爲必要之研究。有因此而被其無形之損失者。於此情事。則以此損害。亦得估計其金錢。而令其爲賠償也。

第七百十一條 害他人之生命者。對於被害者之父母或配偶及子。則卽爲不害其財產權者。亦要爲損害之賠償。

人於自己生命。爲有權利。固已。然若因他人之故意或過失。殞其生命。則其人業已死亡。不復能對於加害者求損害之賠償。而相續人則於被相續人之生命。非有其權利者。故不得代死者而請求其損害之賠償。於此情事。則加害者似不負一切賠償之責。雖然。被害者之

死亡。往往對於父母或配偶者或子等。有加以有形或無形之損害者。例如此等之人。於受死亡者扶養之時。則因其死亡而將不得受其扶養。財產上有被莫大之損失者。於此情事。對於加害者。得令賠償其損失。殆不俟言。惟父母或配偶者及子。即不受似此之財產上損害。然對於加害者。猶不能有不得請求其賠償損害之事。何則。此等之人。因被害之死亡而大陷於悲哀。由其悲哀所生損害。亦不得不以之賠償於加害者。是名曰慰藉金 (Schmerzensgeld)。蓋悲哀大釀無形上之損害。此事殆不俟言。若得金錢以爲此賠償。則或以此而買其他之快樂。稍稍得遣其憂悶也。

以上若無明文。則往往有惹起疑惑之恐。且於生命權之存否。學者間頗不無異論。此所以設本條之明文也。

第七百十二條 未成年者。以損害加於他人之時。若其所具知能。不足辨識其行爲之責任。則就其行爲。不任賠償之責。七財三六

自本條以下至第七百二十條。所以揭關於不法行爲之責任者之特別規定者也。而本條則爲關於未成年者之責任。蓋未成年者。就法律行爲。則爲無能力。然就法律行爲。則未必爲無能力。換其語以言之。則未成年者。若無法定代理人之同意。而爲法律行爲。其法律行

爲。固得取消之。然未成年者若加損害於他人。則不得免其因此而生之責任。惟行爲必要意思。無意思之行爲。非眞行爲。因而其行爲即害他人之權利。加損害於他人。亦不得爲不法行爲。故未成年者若甚幼稚。未具足辨其行爲之責任之知能。則就其行爲爲不負責任者。且此情事之責任者。並於第七百十四條規定之焉。

第七百十三條 於心神喪失之間。以損害加於他人者。不任賠償之責。但因故意或過失。而招一時之心神喪失者。則不在此限。

本條所以定心神喪失者之無不法行爲之責任也。蓋如前條所言。行爲必要有意思。故心神喪失者之行爲。非眞行爲。因而其行爲即害他人之權利。加損害於他人。亦不能以之爲不法行爲。故心神喪失者。就其行爲爲無責任者。而其心神喪失之原因。不問其因疾病。與因他原因。例如因治療之故而用麻醉劑。致喪失其心神者。其害他人之權利。加損害於他人之時。則於此不負責任。雖然。若其心神喪失。爲因其人之故意或過失而生者。則已就自己之喪失其心神。爲有責任。故於其心神喪失中。有以損害加於他人之事。則不能不爲其所豫期。故於此情事。不得不負其充分之責任。例如因欲招其一時之心神喪失。而特飲多量之酒。或即無似此之意思。然其飲多量之酒之結果。若已一時喪失其心神。則於其心神

喪失間。加損害於他人。不得不賠償之矣。但其初即因故意或過失。而招其心神之喪失。然其心神喪失非一時者。於長長繼續之間。若加他人以損害。則是不得爲故意或過失之直接之結果。故就此亦爲不負責任者。例如火酒之結果。全喪失其心神。而爲純然之狂者時。或喫鴉片煙之結果。竟喪失其心神時。是也。

雖禁治產者。於其本心已復之間。所爲行爲。亦不能不負十分之責任。又即未受禁治產之宣告。然喪失其心神者。所爲行爲。亦悉爲當受本條之適用者。

第七百十四條 依前二條之規定。於無能力者無責任時。其有應監督之之法定義務者。爲其無能力者。任賠償其所加於第三者之損害之責。但監督義務者若不怠於其義務。則不在此限。

代監督義務者監督此無能力者之人。亦任前項之責。三財三七二

本條所以定監督者於二條之情事。所應負其責任之旨者也。蓋未成年者。當在行其親權之父或母或後見人之監督之下。又禁治產者。則常在後見人監督之下。於此等情事。無辨識力之未成年者。或全失其心神之禁治產者。若加損害於他人。則其父母或後見人。爲有監督之而使不以損害加於他人之義務者。故不得不自負其損害賠償之責。但此原因意

其監督之義務。而負此責任。非就無能力者之不法行爲。而負其責任者。因而右之監督義務者。若證明其不怠於其義務。則固爲無賠償之責者。又監督義務者。往往有不自監督其無能力者。而使他人監督之者。例如在未成年者入於學校。或禁治產者入於瘋癲病院之時。則其校長或院長。爲受監督義務者之依賴。而監督其人者。然則此等人因怠其義務。而致無能力者加損害於他人。則同於監督義務者。不得不負其損害賠償之責任。但於此情事。若監督義務者。不問其爲不足託於校長或院長之監督者否。而概託之。則亦不得謂監督義務者爲已盡其義務。故監督義務者亦不得不負本條第一項之責任。於此情事。在監督義務者與校長或院長等之間。則校長或院長等。對於監督義務者。固當負契約上之責任。然對於被害者。則兩人皆不得不負責任。故於此情事。則被害者得從其選擇。向監督義務者。或校長院長等。爲賠償之請求焉。而若其一人已爲全部之賠償。則爲無復損害。故不得更對於他人而爲賠償之請求。固無待言。但一人若止賠償其損害之一部。則就其餘部。爲請求於他人。亦無不可。以下皆同。

以上雖止就民法而有法定之監督義務者論之。然亦非無依他法律而負監督之義務者。例如未成年者因父或母之請求。有以之入於懲戒場者。於此情事。則懲戒場長。當定爲

有監督其未成年者之義務者。殆不容疑。又不受禁治產宣告之瘋癲者。亦以之入於瘋癲院。其事極多。而瘋癲病院長。常常爲有監督其患者之義務者。亦爲必要。若此等之特別法。業經制定。則其場長院長。即可謂有法定之監督義務者。而於此等情事。其受場長院長之命。實際監督其無能力者之人。則當適用本條第二項之規定。固所不待言也。

第七百十五條 因某事業而使用他人者。就於被用者爲其事業之執行。任賠償其所加於第三者之損害之責。但使用者就被用者之選任。及其事業之監督。既爲相當之注意。或卽爲相當之注意。亦應生損害者。則不在此限。

代使用者而監督其事業者。亦任前項之責。

前二項之規定。不妨由使用者。或監督者。對於被用者之求償權之行使。財三七一、三七七、二四項、五項

本條與前條之規定。略同其性質。就他人之不法行爲。定其應負責任者焉。卽因某事業而使用他人者。以被用者爲應就其事業之執行。賠償其所加於第三者之損害也。例如車夫於曳車之際。若因其不注意而加損害於他人。則其車夫。對於被害者。固當負其賠償之責。然主人則亦既選任此等不注意之車夫。且於其曳車之際。有加損害於路人之虞。則應特

與以注意。乃不爲之。遂致以損害加於第三者。故就自己之不注意。亦不得不負賠償之責。但此亦非就車夫之不法行爲。而負責任。乃就自己之誤其選任或怠其監督。而爲負責任者。故若其選任及監督已爲相當之注意。或證明其卽爲相當之注意。猶應生此損害。則爲可免其責者。例如方主人之雇其車夫。已就其性質或伎倆等。爲充分之檢點。似已毫無欠缺。而竟雇用之。則就其選任。可謂已爲相當之注意者。又車夫曳車之間。業以在稠人中行走。不可加損害於路人之旨。令其注意。且方其損害加及路人之時。亦告以危險。命以速止其車云云。然竟至生其損害。則亦不得爲怠於監督者。又使雇人以貨物裝載於貨車。運至他人之處。斯時其雇人於途中誤傷路人。則卽使使用者毫不爲其監督。然就此等之事。爲監督者相當之注意。亦爲應有之事項。故苟於選任雇人。已爲相當之注意。卽爲不負損害賠償之責者矣。

主人之用掌櫃也。其掌櫃若因怠於監督其夥友學徒。以致其夥友學徒爲不法之行爲。則其掌櫃亦不得不負其責任。故於此情事。則主人與掌櫃。共負賠償之責。其事頗多。惟如前條所述。被害者若由一人而已受其全部之賠償。則不得更對於他人而爲賠償之請求。固所不待言者。且其主人與掌櫃之關係。則掌櫃當對於主人而負其責任。亦所不容疑也。

於前條之情事。無能力者爲無責任。故監督義務者。或受其委任而爲監督者。不得全負擔其損害之賠償。反之而於本條之情事。則被用者亦當負其責任。故第一。被害者若已得損害之賠償於被用者。則不得更對於使用者。或監督者。求其賠償。固無論已。第二。被害者若已受損害賠償於使用者。或監督者。則其使用者。或監督者。得對於被用者而爲求償之事。而此屬於委任及其他契約關係所生之權利。故似無待於明文。然本條特以使用者或監督者爲責任者。故或疑被用者對於是等之人。爲無責任。以既有此嫌。乃特置本條第三項之規定焉。

第七百十六條 請負人就其業務。以損害加於第三者。下定人不任其賠償之責。但就其下定或指授。下定人爲有過失。則不在此限。

前條之被用者。乃受使用者之命。而爲某事業者。如請負人之就其事業之執行。爲在獨立之地位。則不能適用之。所不俟論。惟被用者之字樣。在文義上。有并包含及請負人之嫌。故特置本條之規定焉。且如本條但書所云。若就業務之下定或指授。其下定人若有過失。則下定人不得任其責。故特要有本條焉。例如雇路旁之車夫。曳車由甲之場所。抵於乙之場所。此雖爲一種請負。然乘客若於其初。卽以應疾走於稠人中之旨命之。或在途中。當其

應通行於稠人中時。以應極力疾走以爲通行之旨命之。則乘客不得不負此項情事之責任。但於此情事。車夫固亦有責任。故被害者得對於兩人中之一人求其賠償也。

第七百十七條 設置或保存其土地之工作物。因有瑕疵而致損害於他人。則其工作物之占有者。對於被害者任損害賠償之責。但占有者若已爲防止其發生損害之必要注意。則其損害。要所有者賠償之。

前項之規定。於竹木之栽植或支持。有瑕疵時。準用之。

於前二項之情事。就其損害於他之原因。若有應任其責者。則占有者。或所有者。得對之而行使其求償權。財三七五

前數條。乃就他人之不法行爲。定其應負責任之情事。與不負責任之情事。在本條。則就地之工作物或竹木。定其應有責任之情事焉。蓋占有物。或所有物。即加損害於他人。亦不因此而於其占有者。或所有者。當然生損害賠償之事。然若占有者。或所有者。爲有過失。則不得不任其過失之責。在本條。則其土地之工作物之設置或保存。若因有瑕疵而致損害於他人。則其原則。其工作物之占有者。對於被害者。當任其損害賠償之責焉。是蓋以工作物之設置或保存。其有瑕疵。直接或間接。究爲占有者之過失也。占有者若無過失。則當不

負其責任。即其防止損害之發生。若已爲必要之注意。則其損害。占有者不賠償之。而當由所有者賠償之矣。蓋於此情事。則其本來之所有者。方其設置工作物時。以不爲充分之注意。而致生其損害。爲可知也。例如房屋之基礎脆弱。因小小之地震。遂已崩壞。致加損害於他人。則不問其占有者。爲偶然之占有者。與爲賃借人或使用借主等之依權原而占有其房屋者。皆對於被害者。不得不任其損害賠償之責。又房屋之建築。即爲堅牢。但於已朽腐垂頽廢之時。若不施支柱或其他豫防之工事。則其房屋。將動輒崩壞。而有加損害於他人之虞。然則若缺此注意。至損害遂及他人。則其占有者。亦不得不任賠償之責。雖然。於前二例。占有者縱已施其支柱或其他適當之豫防工事。然其房屋。因基礎之脆弱。或因已朽腐損害遂及於他人。則占有者無毫末之過失。而所有者則以建築基礎脆弱之房屋。或於未至朽腐之前。怠於爲適當之修繕。有此過失。當任其賠償之責矣。

以上雖就土地之工作物論之。然於竹木。亦不得不同。即植之之法。不得其宜。或方其傾倒。不爲施適當之支柱。因以損害及於他人。則其原則。由占有者任其責。若占有者爲無過失。則所有者當任其責矣。

以上雖論對於被害者之占有者或所有者之責任。然占有者。或所有者。不自建築其工作

物。或不自栽植其竹木。及此外不爲此等物之保管。其事甚多。故於此等情事。則他人有對於占有者、或所有者、而應負其責任者。例如令請負人建築其房屋之時。有因請負人就其工事。不爲十分之注意。而其房屋之基礎爲脆弱者。或竹木。多使橐駝師植之。然橐駝師就其栽植。有缺於注意。竟招其傾倒者。又有使雇人保管其房屋及竹木。而於此情事。若因其雇人之過失。不施必要之修繕於建築物。或不施必要之支柱於竹木。竟傾倒而加損害於他人。則占有者、或所有者、對於被害者而負其責任。雖如所既述。然其占有者、或所有者、對於右之請負人、或橐駝師、或雇人。得責其不履行義務。而使之對於自己爲賠償也。

第七百十八條 動物之占有者。其動物加損害於他人。則任賠償之責。但從動物之種類及性質。若已以相當之注意。爲其保管。則不在此限。

代占有者而保管其動物者。亦任前項之責。七財三
四

本條乃就動物。定其應負責任之情事者也。蓋僅因動物加損害於他人。其占有者、或所有者、雖不必負其責任。然若因缺於相當之注意。而加損害於他人。則不得不爲其賠償。而占有者苟非特證明其業從動物之種類及性質。以相當之注意。爲其保管。則常視爲有過失者焉。例如虎噬人時。則虎本猛獸。非特與注意其保管。其有噬人之患。雖三尺童子而可知。

然因容之於粗造之檻之中。而不晝夜監視之。虎破其檻而走出。遂至傷人。則占有者爲有過失無疑。又犬雖非通常皆噬人者。然其有狂病者。則非特與注意其保管。卽動有噬人之患。然則因放置之而噬及路人。是亦占有者之過失。固無論已。於此等之情事。占有者不得不任損害賠償之責。雖然。若占有者監禁其虎於堅牢之檻之中。且時時巡視其檻。而仍由檻中傷人。則此不得爲占有者之過失。又以鐵鎖繫其狂犬。置之於通常人所不入之場所。會有至其處者。而犬若噬之。則不得爲占有者之過失。從而在此等之情事。占有者爲不負其損害賠償之責者。

在前條。則有時而所有者爲有責任。在本條。則僅占有者常當負其責任。其故維何。曰。在前條之情事。則所有者因設不堅牢之工作物。或不注意其保存。而損害及於他人。當其時。占有者有縱爲相當之注意。猶加損害於他人者。因而所有者非無損害賠償之責任。然在本條之情事。則動物非所有者造之。其損害之及於他人。乃多專坐保管之注意。不得其宜。故以之專爲占有者之責任。乃理之所當然也。

占有者。往往有使他人代自己爲動物之保管者。於此情事。則其保管者亦不得不負其責任。例如前例之虎或犬之占有者。在使其雇人保管之之時。則其雇人亦對於被害者而不

得不負其責任。惟此情事。依第七百十五條之規定。其占有者亦當負其責任。固不待言。因而被害者得從其選擇。對於占有者。或其雇人。而爲請求焉。且其占有者與雇人之關係。雇人對於占有者。尙當負賠償之責。此依第七百十五條第三項之規定而自明也。

於本條之情事。此占有者若使他人造其檻或鎖。其人反於契約之旨趣。造不堅牢之檻或鎖。竟因而奔逸其動物。則對於被害者。固當任賠償之責。然其占有者。則得更對於檻或鎖之製造人。爲求償焉。是固所不待言者。故不置明文也。若夫前條第三項。乃置類似之規定。則以其適用之最頻繁耳。

第七百十九條 數人因共同之不法行爲。而加損害於他人。則各自連帶而任其賠償之責。若共同行爲者中。不能知其孰加損害者。亦同。

教唆者及幫助者。視之爲共同行爲者。財三 七八

本條於數人共同爲一種不法行爲之情事。定其各自負連帶之責任者也。例如數人共謀而毀他人之房屋。則其各自當應被害者之請求。賠償其房屋之代價。及其他損害之全部。此外並爲應悉負連帶債務者之責任者。是無他。於此情事。則各加害者之行爲。皆爲損害之原因。故被害者對於其中之任何人。得請求其損害之全部。殆所不待言也。法律乃特計

被害者之便。於加害者間。定爲有連帶之責任者焉。

右爲就因數人共同之不法行爲。而加以一種損害者而論之。然往往因數人之不法行爲。雖有一種損害。加於他人。然究爲何人之行爲。生此損害。恆有不能知者。例如數人同時向他人之房屋投石。其一命中房屋。而毀壞其一部。其石雖必爲一人所投。然不能知其誰投此石。而同時投石者既有數人。則法律恰視如因其共同之行爲。而生此損害者。爲當同任其連帶之責也。此在理論上觀之。似稍難索解。然於此情事。而不以爲有連帶之責。則被害者得竟向誰人而請求其賠償乎。故立法者特保護被害者。以右之行爲者之全體。令其負連帶之責任焉。蓋縱其實際。爲因其一人之行爲。而生損害。要爲各自皆有生其損害之意思。故使之負連帶之責任。亦不爲失之太酷矣。

本條之責任。爲連帶責任。故悉當適用第四百三十二條至第四百四十五條。因而依第四百四十二條以下之規定。各債務者。皆對於他債務者。爲有求償權。此與採用第七百八條之主義。雖非無不相容者。然於本條之解釋上。則不得不然。既就第七百八條論之詳矣。第七百二十條。對於他人之不法行爲。爲防衛自己。或第三者之權利。不得已而爲加害行爲者。不任損害賠償之責。但不妨由被害者。對於爲不法行爲者。請求損害賠償。

前項之規定。因欲避他人之物所生急迫之危難。而毀損其物者。準用之。

本條就正當防衛之情事而規定焉。蓋正當防衛。卽在刑法。亦爲不論罪之原因。刑一三四故於民法。亦無不法行爲之責。例以甲打乙而乙乃不得已打甲。因而致甲受負傷之損害。則乙可不負其責任。又例如甲向乙投物。在其旁之丙。不得已而揮其手中所持之杖。以抵其物。其物飛而破損丁之器物。則丙對於丁。不負賠償之責。惟丁對於甲。得求其損害之賠償。蓋其損害。甯可視爲由甲之所爲而生者也。

以上就對於他人之不法行爲。不得已而爲損害行爲者而論之。然使其人無不法行爲。以防衛自己或第三者之權利。不得已而爲損害行爲。則其情事。不得不爲悉同。例如在他人之家。適值地震。其架棚上之器物。將墜落自己或他人之頭上。不得已而向旁拋擲之。則卽使毀損其物。其所有者已受損害。然不任其賠償之責。是也。

第七百二十一條 胎兒之於損害賠償之請求權。則視爲既生者。二人

依民法第一條。私權之享有。爲始於出生者。故從此原則。則胎兒固不有損害賠償之請求權。雖然。就不法行爲。則有必須認胎兒之權利之處。例如甲爲乙所殺。甲有遺腹之子。則其子對於乙。不得不爲有損害賠償之請求權者。蓋其子不但有生而無父之悲。且因此而無

適當之扶養者及教育者。故有形上及無形上。皆能受莫大之損害也。

雖然。胎兒於尚在胎內之間。非已有損害賠償之請求權。蓋即視胎兒爲既生者。是亦不過一假定耳。其真享有權利。則當在出生之後。故若生死體之胎兒。則竟無此享有之權利矣。惟若無本條之規定。則其父之被殺者。於其殺害後。既經數月而生之子。不能必爲因其殺害而受損害者。何則。其父縱不被殺。然直至其子之出生時。或已自死亦未可知。加之其殺害之行爲。固不能云其損害直接及其子也。

以上爲想像其胎兒之父遭殺害之情事。然僅其父或母因他人之不法行爲而負傷時亦同。蓋所不待言者。

第七百二十二條 第四百十七條之規定。因不法行爲而損害之賠償。準用之。

被害者若有過失。則裁判所得就其所賠償之額。爲之斟酌。財三七〇。二項。三八六。三。八七。

本條乃就損害賠償之方法。爲之規定者也。而先以第四百十七條所規定。債務不履行之時。其損害賠償之方法。以爲常準用於此焉。蓋即謂應以金錢定其額也。第四百十七條。雖以有別段之意思表示爲除外。然於不法行爲之情事。則難謂當事者有豫表示之意思。故此自爲不適用於本條之情事者。

被害者於因他人之行為而受損害之時。自己若有過失。則裁判所就其損害賠償之額。得斟酌之。例如甲罵詈乙。乙因而毆打甲。使之負傷。則乙固負損害賠償之責。然甲亦有罵詈乙之過失。故裁判所得不使乙償甲所受損害之全額。而以其一部。令甲自負擔之。余於立法論。雖不之取。然在本條之解釋。則絲毫不容疑者也。

依第四百十八條。債權者若有過失。則裁判所不專就其損害賠償之額。而於定其責任。亦當斟酌之焉。是無他。債務之不履行。未必盡因債務者之過失。若過失在債權者。則債務者不無全不負責之事。反之。而在不法行為。則加害者常不得免其所爲不法行為之責任。故被害者即有過失。加害者亦不得全免其責。又於第四百十八條。固必不能不斟酌債權者之過失。然於本條。則但以之爲斟酌焉。蓋若加害者之過失大。被害者之過失小。則固無庸必爲之斟酌矣。

第七百二十三條 對於毀損他人之名譽者。則裁判所得因被害者之請求。命以代其損害賠償。或與損害賠償相共之回復名譽之適當處分。

在本條。則定名譽之被毀損者。得以損害賠償以外之方法。而受其保護焉。蓋名譽之爲物。極難以金錢爲估計。又有雖得任如何多額之賠償。不能回復其一旦被傷之名譽者。故於

此情事不得不許以其他救濟之法。例如由法廷使爲謝罪。或使於新聞紙登謝罪之廣告。凡此等皆是也。而此或單獨命之。亦可。或與損害賠償共命之。亦無不可。其單獨命之。抑與損害賠償共命之。雖當因被害者之請求。然於當認爲因名譽已傷。而受有損害之時。則固得因被害者之請求。而於他方法之外。命以損害賠償。然若未能視爲已受顯著之損害。當認爲止可以他方法爲充分之救濟者。則固可不命以損害賠償也。

裁判所對於被告。命以應於法廷之上爲謝罪之旨。然若被告不之聽焉。則果應如何。此自爲民事訴訟法之問題。或卽科以罰金。其亦可乎。

裁判所命以應用謝罪文爲廣告之旨。然若被告不從其命焉。則果應如何。曰於此情事。原告得以被告之費用。爲其廣告。此第四百十四條第二項之適用也。

若由新聞社不肯掲載其廣告。則果應如何。曰於此情事。則以屬於事實之不能。其判決爲終於不受執行而已矣。蓋裁判所之命令。止對於當事者爲有效力。故對於爲第三者之新聞社。則固不有強制之效力。故新聞社從其營業之自由。縱不引受其自己所不欲之廣告。亦不能如之何也。但欲其無如此之事。而以新聞紙條例或其他特別法。強制其新聞社。或亦可耳。

第七百二十四條 因不法行爲之損害。其賠償之請求權。被害者、或法定代理人、若由知其損害及加害者之時。三年間不行之。則因時效而消滅。若由不法行爲之時經過二十年。亦同。○財三七九。證一五

本條乃定因不法行爲之損害賠償。其請求權之時效者也。此權利固爲債權。故若無本條之規定。則依第六十七條第一項之通則。當因十年而罹時效。雖然。果有不法行爲與否。又其不法行爲。果生何等之損害。久經歲月之後。欲證明之。極爲困難。往往有提起曖昧之訴訟者。此事所宜力避。故於本條。特置三年之短期時效焉。惟其起算點。非爲不法行爲之時。而爲被害者、或法定代理人、知其損害之事實及加害者之爲誰之時。蓋欲被害者、或法定代理人、不至於不知之間。而已失其請求權也。雖然。被害者、或其法定代理人、知此損害之事實。與加害者之爲誰。不無已在爲不法行爲之時之數十年以後。於此情事。若猶從其時起算。而止於三年之間。爲有損害賠償之請求權。則當全反於本條之精神。故由不法行爲之時。既經過二十年。則其請求權。乃爲應以時效而消滅者。但於第六十七條第一項。既以債權之普通時效爲十年。則本條末段之二十年。或可改之爲十年乎。

依刑事訴訟法第九條以下之規定。則刑法上當以爲罪之行爲。其私訴亦與公訴爲當權

同一之時效者焉。即重罪十年。輕罪三年。違警罪六個月。是也。刑訴八惟公訴若既有刑之言
譯者按言渡則當從民法之所規定者。刑訴九是固為特別規定。故苟未改正刑事訴訟
謂與以判詞渡法。則刑法上應以為罪之行爲。除既有公訴之判決者外。宜適用刑事訴訟法。非可適用本
 條者矣。



