

法政粹編

〔

法政粹編第四種之二

民法財產

債權 湖南 彭兆璜 編輯

序

錢債之事。繩之以律。古無聞焉。惟唐律雜律。載關於錢債者六條。宋元因之。洎明併爲三條。復增官吏豪強之因私債准折強奪者。清律遂相沿而無所損益。當時治律學者。固以爲美矣。備矣。精當而無瑕隙矣。今日環球各國。法律進步。條分縷析。曲當事情。其定錢債交涉之權利義務關係者。名債權法。於日本現行民法。屬第三編。然視物權親族相續諸法。獨繁。兆璜自去夏來日本。學於其法政大學。至今夏而課畢。雖爲日甚淺。亦頗得於各種學科。窺其涂徑。姑勿論其他。但取吾國戶律之關於錢債者三條。以與日本債權法對鏡參觀。而優劣已見。其得遺失物一條。於日本法。宜從物權法規定。今牽牽錢債。未爲當也。其費用受寄財產一條。於日本法。僅契約十三種之一。其違禁取利一條。於日本法。僅屬利息制限法。（係特別法。但與債權法相關）未爲備也。惟所載官吏豪強之因私債准折強奪者。或免或追且坐罪。略與日本法之處理不法行爲者。用意隱相符合。然民刑事不分。輒於負欠私債違約不還者。予以笞杖。不知侮辱身體已爲環球各國法律所無。因財產而侮辱之。尤爲環球各國識者所議。未見其美也。其

必設裁判領事於吾國通商口岸。不肯服吾司法官裁判者。斯亦其極大之原因矣。故夫吾國而無意法權獨立。則已有意法權獨立。請自更舊律創新律。始債權法。特其一端耳。至取長補短以立法。秉公持正以司法。其化裁之妙。因應之當。則又存乎其人。邇者同學諸君子。瞻念吾國前途。憂其以法政思想不發達而愈增危急也。爰各哀集所聞於本校講師之說。旁參他籍。成法政粹編一書。以爲此學先路之導。而兆璜適任編輯債權法及擔保法之責。書成爲揭吾國此法不完全與其影響所及。弁諸簡端。以質諸學界同志。幸匡其不逮。

光緒三十一年乙巳七月望日

湘陰彭兆璜識於日本東京麴町區旅舍

凡例

一是編本日本法學博士梅謙次郎口授。其所未備。則據他書補入。至博士所主張折衷。獨伸已見處。則標明梅博士二字以別之。若編者偶有附識。則加按字。并另行低原文一格寫。不使混同。

一是編分上下二卷。上卷總論。揭其綱要。下卷各論。指事陳說。總論綦詳。各論略處。多所增補。然未能比附日本法律。逐條解釋。粹付剗。深用歉然。

一是編所引日本民法條文。悉從直譯。免致毫釐千里。所用法律名詞。亦仍其舊。惟意義滯晦難通者。略加注釋。以便省覽。

一是編所述。通係錢債交涉。關係最爲複雜。研究利弊。苦費腦力。編者祇期析理不誤。明白易曉。不以修飾詞句爲工。

一是編所用識別符號。條文作「」。條文省處作……。條文中所加注釋作「」。普通注釋作（）。

一是編立論。根據日本法律。間及西洋各國。雖錢債事件。不比親族關係。國異其制。不

凡例

二

相援用。然按之中國風俗習慣。不能全無鑿柄。但形式雖殊。原理一致。不以爲瑣屑而究心焉。抉其關於發達經濟界之奧旨。參究本國情事。成爲學科。以供他日立法司法者之採擇。是編者所有志。而尤所冀倖於吾國士夫者。

附錄奇字

按和文奇字。其義或與漢文懸殊。或與漢文略近。總之未免使閱者生厭。欲爲改正。猝難妥愜。且大抵出於其法典條文。一律變更。恐失真面。故姑仍其舊。而加以注釋。但注文每祇一見。終恐覽此書者難於檢閱。茲特錄諸篇首。以備參觀。

株主(股東)	拂渡(付過)	讓渡(付與)	手續(辨理)	引渡(交付)
株券(股票)	拂込(付入)	讓受(受領)	手形(票據)	引受(承認)
取戻(取還)	見積(估計)	支拂(支付)	差止(禁止)	割合(均分)
取引(交易)	辨濟(還清)	競賣(拍賣)	言渡(判決)	對當(相當)
組入(歸并)	緣組(結合)	方式(方法)	場合(情形)	日附(日子)
地代(地租)	請負(承辦)	届出(報知)	申込(陳請)	配當(分攤)
指圖(指導)	仕事(職業)	損料(賠費)	賃金(租金)	
代金(代價之金)	立替(替人給付)	切符(車船等票)		
代價(買物之價)	相殺(兩相抵消)	倉敷(租倉之金)		

附錄奇字

相手方（對手之意）

支配人（總經理人）

中介者（中間媒介者）

注文者（主請承辦者）

持參人（執持證書者）

民法財產編中債權目次

緒論

上卷 總則

第一章 債權之目的

第一節 何物能當債權之目的

第二節 關乎物之債權

第一款 特定物

第二款 不特定物

第一項 不特定物之通則

第二項 金錢債務

第三項 利息

債權目次 上卷

一 一 一

五

六

六

六

九

九

十二

十五

第三節 選擇債務

第一欸 定義

第二欸 有選擇權者

第三欸 選擇方法

第四欸 選擇者不爲選擇時

第一項 當事者不行使選擇權時

第二項 第三者不行使選擇權時

第五欸 選擇權之目的不能時

第一項 俱不能時

第二項 其一不能時

第六欸 選擇債務之效力 附論隨意債務

第二章 債權之效力

第一節 履行

二十

二十

二十一

二十一

二十三

二十三

二十三

二十四

二十四

二十四

二十五

二十七

二十七

第一款	何人應爲履行者	二十七
第一項	本則	二十八
第二項	變例	二十八
第二款	何人爲應受履行者	三十
第一項	本則	三十一
第二項	例外	三十一
第三項	條件	三十二
第三款	履行之目的	三十四
第一項	強制執行	三十四
第二項	關於交付之規定	三十六
第三項	以他人物履行已之債務時	三十七
第四項	代物辨濟	三十八
第四款	履行之時期	三十九

第一項 單純債務	三十九
第二項 期限附債務	四十
第三項 條件附債務	四十一
第五款 履行之場所	四十三
第一項 原則	四十三
第二項 例外	四十三
第六款 履行之費用	四十五
第一項 原則	四十五
第二項 例外	四十五
第七款 履行之充當	四十六
第一項 從債務者之意思指定	四十六
第二項 從債權者所自主	四十七
第三項 依法定順序	四十八

第八款	履行之提供	五十一
第一項	條件	五十一
第二項	效力	五十三
第九款	供託	五十三
第一項	何時可以供託	五十四
第二項	條件	五十五
第三項	效力	五十六
第四項	特別之供託	五十七
第二節	賠償	五十八
第一款	賠償之場合	五十八
第二款	賠償之範圍	五十九
第一項	原則	五十九
第二項	例外	五十九

第三款 賠償之方法

六十三

第一項 原則

六十三

第二項 例外

六十四

第四款 賠償之效果

六十四

第三節 債權者對於第三者之權利

六十五

第一款 當事者

六十五

第二款 承繼人

六十五

第一項 包括承繼人

六十六

第二項 特定承繼人

六十六

第三款 第三者

六十七

第一項 間接訴訟權

六十七

第二項 取消訴訟權

六十八

第三章 多數當事者之債權

七十五

第一節 總則

七十五

第一款 全部主義

七十五

第二款 分屬主義

七十五

第二節 不可分債務

七十五

第一款 主義

七十七

第二款 種別

七十八

第三節 連帶債務

八十一

第一款 名義

八十一

第一項 定義

八十一

第二項 原因

八十二

第二款 效力

八十二

第三款 消滅

九十三

第四節 保證債務

九十四

第一款 總論

九十四

第一項 性質

九十四

第二項 定義 附論保證債務之範圍

九十五

第三項 原因

百二

第四項 保證人資格

百四

第二款 效力

百七

第一項 債權者與保證人之關係

百七

第二項 保證人與主債務者之關係

百十三

第三項 保證人間之關係

百二十一

第三款 消滅

百二十四

第一項 直接消滅

百二十四

第二項 間接消滅 附論物上擔保

百二十六

第四章 債權之讓渡

百二十七

第一節 總論

百二十八

第一款 原則

百二十八

第二款 例外

百三十

第一項 於性質上不得讓渡

百三十

第二項 因當事者之意思不得讓渡

百三十一

第二節 指名債權

百三十一

第一款 指名債權讓渡之要件

百三十二

第二款 指名債權讓渡之效力

百三十六

第三節 指圖債權

百三十八

第一款 指圖債權讓渡之要件

百三十九

第二款 指圖債權讓渡之效力

百四十

第四節 無記名債權

百四十二

第一款 無記名債權讓渡之要件

百四十三

第二款 無記名債權讓渡之效力

第五章 債權之消滅

第一節 濟 辨

第一款 辨濟受領者之義務

第二款 代 位

第一項 總 論

第一目 代位之便利

第二目 代位與讓渡之差異

第二項 代位之種類

第一目 約定代位

第二目 法定代位

第三項 代位之效力

第一目 原 則

百四十三

百四十四

百四十五

百四十六

百四十六

百四十七

百四十七

百四十七

百四十九

百五十

百五十二

百五十三

百五十三

第二目 特例

百五十四

第三目 一部辨濟

百六十一

第四目 證書及擔保物之交付

百六十三

第五目 擔保之消滅

百六十四

第二節 相殺

第一欸 總論

百六十五

第一項 定義

百六十五

第二項 主義 附論相殺之利益

百六十六

第二欸 條件

百六十八

第一項 實質上之條件

百六十八

第二項 形式上之條件

百七十五

第三欸 效力

百七十五

第一項 原則

百七十五

第二項 相殺之效力可遯及

百七十五

第三節 更改

百七十八

第一款 總論

百七十八

第一項 定義

百七十八

第二項 更改類似之行爲

百七十九

第一目 更改與讓渡之差異

百八十

第二目 更改與債務引受之區別

百八十三

第三目 更代與代物辨濟之差異

百八十四

第二款 要件

百八十五

第一項 原則

百八十五

第二項 因債權者交替之更改之特別要件

百九十二

第三項 因債務者交替之更改之特別要件

百九十三

第三款 效力

百九十三

第一項 原則

百九十三

第二項 例外

百九十五

第四節 免除

百九十八

第五節 混同

二百

下卷 各論

二百三

第一章 契約

二百三

緒論

二百三

第一節 契約總則

二百七

第一款 契約之成立

二百七

第一項 當事者意思合致之內容

二百七

第一目 申込

二百七

第二目 承諾 附論廣告

二百九

第二項 契約成立之時期

二百十

第一目 對話者間

二百十二

第二目 隔地者

二百十二

第二欸 契約之效力

二百十三

第一項 契約惟在當事者間有效力

二百十四

第二項 契約有與法律相等之效力

二百十六

第三欸 契約之解除

二百二十四

第一項 總論

二百二十四

第二項 解除之方法

二百二十六

第三項 解除之要件

二百二十七

第四項 解除之效力

二百二十九

第五項 解除權之消滅

二百三十

第二節 契約各論

二百三十一

第一款	贈與	二百三十一
第二款	賣買	二百三十一
第三款	交換	二百三十二
第四款	消費貸借	二百三十二
第五款	使用貸借	二百三十三
第六款	借貸借	二百三十三
第七款	雇傭	二百三十四
第八款	請負	二百三十五
第九款	委任	二百三十五
第十款	寄託	二百三十六
第十一款	組合	二百三十七
第十二款	終身定期金	二百三十八
第十三款	和解 附論賭事	二百四十

第二章 事務管理

二百四十二

第一節 要素

二百四十三

第二節 效力

二百四十四

第一款 管理者之義務

二百四十四

第二款 本人之義務

二百四十八

第三章 不當利得

二百四十九

第一節 通則

二百五十一

第二節 非債取戻

二百五十二

第三節 不法原因之給付

二百五十三

第四章 不法行爲

二百五十五

第一節 要素

二百五十五

第二節 責任者

二百五十八

第三節 求償權者

二百六十四

第四節 賠償之方法
第五節 時效

二百六十五
二百六十六

民法財產編中

湖南 湘陰 彭兆璜

債權

緒論

第一 債權發生之原因

債權發生之原因有五。(一)法律行為。其種類亦多。所最重者契約。(二)事務管理。即未受委託。法律上亦未責其管理。而自爲管理者是。(三)不當利得。即無法律上之原因。而因他人之財產或勞務以受利益。致一面損害他人者是。(四)不法行為。即因故意或過失。而於債務不履行外。更侵害他人之權利。使受損害者是。(五)其他法律直接之規定。即散在法律各部。不得特爲包括之規定者。如親族扶養之義務。後見人之義務(此一方有義務。即彼一方有權利。故亦以債權論)之類是。五種債權。有特別之規定。亦有共通之規定。所謂共通之規定。總則(屬日本民法債權編第一章)是也。所謂特別之

債權 緒論

一



3 1772 2473 4

MG
D913.01
3



規定各論（屬日本民法債權編自第二章至第五章）是也。

第二 自然義務與法定義務

債權有雖不履行而不可強以裁判所之制裁者。自然義務也。債務有不履行即可訴於裁判所請爲完全之制裁者。法定義務也。皆自羅馬法認定相沿至今。法定義務學者無疑。惟自然義務學說不一。要以不履行而不可加制裁之債務當之最爲正當。例如未成年者。非得後見人同意而借債於人。以法律言。不償可也。而徃徃有至成年時償之者。又如債務越十年。債權者不請求履行。以時效言。消滅可也。而徃徃有出於不忍。或爲公益起見。依然履行者。皆自然義務也。

夫既曰自然義務即可聽其自然。故羅馬法及歐洲各國法律與日本舊民法皆認定之。而日本新民法獨爲刪去。然其債權編中定有贈與一項。贈與既有效。則自然義務之當有效無疑。特必定在法律反爲多事。蓋羅馬當時法律未完全。思以自然義務補法定義務所不足。故載諸法律。而法蘭西、荷蘭、意大利等國之法律仍於法定義務之外。認定幾分自然義務者。亦以其法律尙未完全也。若法律所當保護之權利皆有相

當之方法保護之。則其餘所謂自然義務不認定自無妨。且如法蘭西民法及日本舊民法皆以所謂原因者爲法律行爲之要素。究其立法之意亦謂無原因即無效耳。而無原因之法律行爲又不能使之無效。無已遂認定自然義務以爲之原因。如法國系法指定慈惠心爲贈與之原因。意蓋如此。若日本新民法則不以所謂原因者爲法律行爲之要素。但取當事者有真實意思即認其於法律有效。此其所以不載自然義務於法文中也。

第三 債權與物權之差異

物權所對抗之範圍廣。債權所對抗之範圍狹。物權所施之行爲爲直接債權所施之行爲。爲間接。有此差異之原因。遂生差異之結果。如下。說分甲乙。

甲 物權有優先權而債權無之。優先權者。先他人而行使其權利也。如甲所有土地。乙對之有地上權。丙對之有債權。依德意志民法。甲如以土地償丙。必先償乙。以所應得之值。依日本民法。乙更有時得保存其地上權。又如甲所有土地。乙對之有抵當權。丙對之有債權。甲如賣其土地。必先償乙。而以其餘償丙。甚至償乙無餘。

丙。訖無所得。蓋地上權。抵當權。皆物權。物權。可直接行使。其權利。故其力。強。債權。必間接行使。其權利。故其力。弱。力強。故有優先權。力弱。故無優先權也。

乙。物權有追及權。而債權無之。追及權者。不因其目的物。爲他人所有。遂不得行使已之權利也。如乙所有不動產。甲對之。祇有債權。丙對之。有債權。又有抵當權。其後乙賣其不動產於丁。丁雖取得所有權。而丙之抵當權。尙得行於其不動產之上。而追及之。若甲則不能取償於乙。即不能追及於丁。亦以丙之權利。物權。於物爲直接。甲之權利。債權。於物爲間接。因而所對抗之人。範圍有廣狹。故其異點如此也。

第四 債權之定義

債權者。謂從一定之人。要求一定財產上之行為之權利也。蓋債權者之權利。所及祇能對抗於債務者。與物權之可以對抗於一般人者不同。故曰一定之人。然債權者對於債務者之財產。不能直接行使其權利。祇得請求其以相當之財產。相給付。給付即積務者之行為。即如有質借權。歐洲各國。或以爲物權。日本舊民法。從之。新民法

改歸債權。之借主。必先請求貸主。以物相給付。然後得使用其物。初非直接於其物上。而行使權利也。故曰要求財產上之行爲。

既爲財產上之行爲之權利。則有自由處分之利益。如乙對甲有履行債務之義務。即甲對乙有受其履行債務之權利。而甲苟欲以其權利讓丙。則竟讓之。此可以自由處分者。賃借雇傭等亦然。至夫之於妻。父之於未成年子。亦有令其同居。與定其居所之權利。然夫與父。雖爲權利者。而不得視妻與子爲權利之客體。自由以其處分權利之目的物者。處分之。此則身分權之異於財產權者也。

上卷 總則

第一章 債權之目的

債權之要素。原包債權者。債務者。目的三項而言。債權者。有求償債務者之權利也。債務者。負償還債務之義務者也。目的者。債權債務間之行爲之內容也。就緒論所揭債權之定義觀之。有其權利者。爲債權者。其相手方（對手之意）即債務者。其行爲。即目

的。然三項中。畢竟歸重目的。故以下專就目的析言之。

第一節 何物能當債權之目的

債權之目的。自羅馬法以來。大率取可以金錢估計者當之。然此義太狹。非德意志民法所取。觀其民法草案與學說可見。亦非日本民法所取。其第三百九十九條云。凡債權。雖不得見積估計於金錢之物。亦得以之爲其目的。『觀本條所規定。則不獨動產。不動產。建築行爲。僕婢勞力等。可以金錢估計者。應得爲債權之目的。即教習。醫師。辯護士等。不可以金錢估計者。亦應得爲債權之目的。何則。蓋辯護士等。皆操其所學以爲業。倘法律不爲保護。任如何不得報酬。終不得訴訟。彼將何以爲生。故除不法行爲外。但屬確定且可能者。皆得以之爲債權之目的。但債權之目的。實屬於得金錢估計多。故其條文特爲包舉之辭。』

第二節 關乎物之債權

第一款 特定物

特定物者。謂所特指定之物。不能以其他同種之物易之者也。其關於特定物之權

利移轉。如讓渡所有權及地上權、抵當權等之規定均詳物權篇。茲惟就特定物之引渡（交付）言之。

凡引渡時之物貴不改特定時之狀態。故非注意保存。即蹈過失。至何等過失當負責任。學說亦多。謂因全不注意致有損失。乃負責任者。主張重過失之說者也。謂因半不注意致有損失。即負責任者。主張輕過失之說者也。謂因稍不注意致有損失。亦負責任者。主張最輕過失之說者也。日本法律有採重過失說者。如民法第六百八十九條。『若管理者意在使本人免身體名譽財產上之急迫危險。而爲之管理其事務。則非因惡意與重大過失而生損害。不任賠償之責。』及商法第五百九十二條。『船舶所有者。雖爲特約時。若因自己過失。暨船員或其他使用人之惡意與重大過失。以及因船舶不堪航海而生損害。皆不得免賠償之責。』所規定是也。至於輕過失與最輕過失。非有確定之標準。可爲區別。故其說無用。

現今所用學說有二。一抽象的過失。一具體的過失。抽象說主張格外加意。謂必以善意思保管其物。而仍生損害。乃得免責任。具體說主張通常保管。謂但以爲自己保

管之意思保管其物。而或生損害。即得免責任。格外加意者。如甲因乙有物寄存而特添設夜番（更夫）是也。通常保管者。如甲本設有夜番。及乙有物寄存。而夜番如故是也。若甲當乙有物寄存時。應添設夜番而不添設。致損害乙物。此爲抽象的過失。又若甲本設有夜番。至乙有物寄存時而撤去。致損害乙物。此爲具體的過失。然必謂抽象的過失。輕具體的過失。重則又失實。蓋不精細之人。雖添設夜番。已則全不注意。精細之人。雖夜番如故。已則甚爲注意。設如此。而皆不能爲完全之保存。豈得謂不注意者。過失輕。而注意者。過失重乎。

日本民法。大抵以抽象的注意爲原則。如第四百條所規定「若債權之目的。在於特定物之引渡。則自特定時起。至引渡時止。債務者。要以善良管理者。如羅馬法所謂「良家父」之注意。爲之保存其物。」是也。以具體的注意爲例外。如第六百五十九條所規定「無報酬而受寄記者。其於受寄物保管之責任。當與保管自己之財產同一注意。」是也。此外如八百八十九條。一千零二十一條。一千零二十八條。一千零四十條。皆探具體的注意主義者。其條文可參觀。

第二款 不特定物

第一項 不特定物之通則

凡結契約時未指定何等品質者皆謂之不特定物。如米判精粗。酒分醇薄。是其品質之不齊也。倘買賣結約之初未嘗確定。則臨時當以何等品質給付。易起爭端。故非爲之設定不可。說分甲乙

甲 不特定物之給付 給付者謂以權利給人。或以物引渡於人。簡言之。則爲以利益給人。切言之。則爲以所有權給人。雖在貸借亦有給付。要以給付所有權爲最普通。

說分子丑寅

子 日本舊民法。及法蘭西、荷蘭、意大利民法。其於不特定物之給付。主張債權者不得爲最上等之請求。債務者亦不得爲最下等之給付。

丑 瑞西債務法。及德意志聯邦之薩克森民法。其於不特定物之給付。主張中等以上之品質。

寅 普魯士民法。其於不特定物之給付。主張中等品質。

右所揭之三主義。皆不欲偏累債權者事實殊精神一也。但子主義太泛。丑主義亦稍偏。惟寅主義較確。定且適中。故日本新民法採之。如第四百零一條所規定「於僅以種類指示債權之目的時。若依法律行爲之性質。及當事者之意思。不能定其品質。則債務者。要給付以有中等品質之物。」是也。本條所謂法律行爲之性質。及當事者之意思。不能定其品質者。例如買賣貨物。其結契約。即法律行爲。其契約未明定給以何等品質。則是依其性質不能確定也。當事者亦未表示給以何等品質。則是依其意思不能確定也。如此者。臨時給以中等品質。既確定。且適中。雙方皆不受損。

梅博士以爲以法律定出中等。亦可不必。如定購酒麥。但使債務者(賣主)付酒不付水。付麥不付米。即其義務已盡。債權者(買主)更無所容其爭論。蓋其結約時。固不當不確定其品質也。此說尙未採用。

乙 不特定物應至何時特定 以時計(鐘表)言之。當未結買賣契約時。不過汎言之曰時計。或金或銀或銅。甚不確定。至指一時計以結約。則非金即銀。非金銀即銅。此

時計遂成爲特定物。凡不特定物變爲特定物。乃實用上最要問題。故亦當爲之設定。
說分子丑

子 關乎權利移轉 凡以物之所有權移轉於人。即其品質當初未定。至移轉時。萬無不定之理。如以米百石相給付時。必指明其爲百石何等米。不得但云給付百石米也。既經指明。即爲特定物。

丑 危險移轉 謂債務者遭危險損害。及於特定物而移轉。其負擔於債權者也。如乙賣其米於甲。未交付而失火。因喪失其米。依日本民法。甲應償以代價。(即貨物價)然、應、償、與、否、當、覈、其、物、曾、否、特、定、以、斷、之。設如乙米數倉。甲雖與結約買米。卻未指定某倉。此時乙喪失其米。雖原因在失火。甲亦不任償其代價。以其米。尙非特定物。即不成爲甲之目的物也。若經乙指定。而甲承認者。則不然。其規定見第四百零一條二項。『於前項之情形……若得債權者之同意。而指定其當給付之物。則爾後以其物爲債權之目的物。』

以上專就不隔地者言之。其隔地者。則如由日本橫濱濱輸送貨物於上海。而有海洋

覆舟。貨物滅沒之變。果當以何時爲特定物。而斷定其孰爲必要負擔損害之人。此又一應決之問題也。說分天地

天 引渡主義 如上例。其貨物必送達上海。債權者得以領取。方爲特定物。其不及領取以前。損失概歸債務者負擔。日本舊民法。及德意志民法第一章案皆探之。

地 發送主義 如上例。其貨物。但由橫濱發行。即爲特定物。發行後損失。概歸債權者負擔。德意志現行民法探之。日本新民法亦探之。如第四百零一條二項所規定「於前項之情形……若債務者。完了給付其物必要之行爲。則爾後以其物爲債權之目的物。是也。

按上二說。皆所謂完了給付其物必要之行爲。特其所探主義。於保護債權者。債務者間。有所軒輊耳。

第二項 金錢債務（即通貨債務）

金錢給付。似無疑義。然文明國之貨幣。其質既有金銀銅之別。（日本通謂之金錢）其

本位又有單複之殊。故其關於債務者。不可無所規定。說分甲至丁

甲 原則 凡通貨（謂貨幣之通行者）皆可以履行債務。如日本民法第四百零二條所規定。『債權之目的爲金錢時。債務者得從其選擇。而以各種通貨辨濟。還清之。』是也。然於補助貨幣不能無所限制。蓋其國以金貨爲本位給付。可以任意。如負百圓金額之債務。或付以十圓金十枚。或付以二圓金五十枚。無論何債權者。不得有異議。至於銀貨銅貨。不過爲補助貨幣。銀貨則限以十圓。銅貨則限以一圓。過此可以拒絕不受。如以二十圓金額爲目的之債務。而以多數銀貨湊集二十圓給付之。或以二圓金額爲目的之債務。而以多數銅貨湊集二圓給付之。則債權者雖不受。固非法律所得干涉而強制之者也。

乙 以特定通貨爲給付之目的時 無論本位與補助貨幣。皆須依特約以相給付。如特約爲金貨者。必給付金貨。特約爲銀貨銅貨者。亦必給付銀貨銅貨。反是則債權者得拒絕之。如日本民法第四百零二條之但書所規定（其但書之意。謂以特種通貨之給付。爲債權之目的時。債務者不得從己之選擇辨濟之）是也。

若通貨失其性質則何如。如日本前取複本位制度。金銀並重。後改單本位制度。所主在金。而以銀爲輔。是銀忽失其通貨之性質也。設銀本位未廢以前。曾結以銀貨相給付之契約。至償還時而銀本位廢。債務者仍主張以銀貨相給付。則法律不許。蓋所以保護債權者。使不受損害也。其規定見日本民法第四百零二條二項。『若債權之目的。爲特種通貨。而於辨濟期失強制通用之效力。則債務者要以其他貨幣辨濟之。』

丙 以外國通貨之給付爲債權之目的時 外國貨幣之在內國與一種商品無異。本無貨幣之力量。此在各國皆然。但在現今交通發達時代。交際頻煩。貿易絡繹。不能株守狹隘之法理。如遊外國者。非齎外國貨幣。不能購彼物品。至商業所關。需外國貨幣時尤多。惟不得如內國貨幣有強制通用力耳。

按中國銀行不立貨幣本位不定。市面銀錢雜糅。敗壞動形窒碍。各國乘間相率輸入其國貨幣。以與吾國貨幣價格競低昂。而常處優勢。利權外假。財政內困。亦太失計矣。欲圖補救。必自創立銀行。整頓貨幣始。

夫外國貨幣。既不能絕對禁止。則於其種別變動之關於債務者。不可不與本國貨幣

同一規定。見日本民法第四百零二條三項。『前二項之規定。準用之於以外國通貨之給付爲債權之目的時。』本條所謂準前二項之規定者。例如結約時。但云英貨若干磅。則以後給付。凡通常英貨皆可。若有特約。則當以所約之特種通貨相給付。然使至於償還時。其特種通貨。於英國失其強制通用力。則又當以現在有強制通用力者給付之是也。

丁 以外國貨幣指定債權之額時 設有一債務。云合英貨若干磅。是非債權之目的。在於外國之貨幣。乃債權之金額。準以外國之貨幣也。此種債務。應如何給付。其規定見日本民法第四百零三條。『以外國貨幣指定債權之額時。債務者得依履行地之爲替相場。謂銀錢交換之時價。而以日本之通貨辨濟之。』爲舉其例。如中國商人定購書籍於日本。其代價爲日貨一千圓。約於上海給付之。及給付時。上海日貨之時價。每一圓合中國銀元一圓一角。則合計而以中國銀元一千一百圓給付之。足以全償其代價是也。

第三項 利息

債務者取他人之財產或應屬於他人之財產之物而使用消費以獲利益因而以物給付其對價所謂利息也蓋因取他人之財產而獲利益者不能無故享受必有以報酬之其報酬之限度常與其所得利益之價值相對故曰對價其應此對價而給付之物是利息也如利息過期未付雖尚存之於己實爲應屬於他人之財產之物因此而轉得利益亦必有以報酬之其報酬之法又當應此一部分所得利益之對價以給付之其給付之物亦利息（即重利詳後）也。

至所以以給付利息之物大抵以與元本同種者最爲普通如元本金錢者利息亦金錢元本米者利息亦米是也。但亦非有必、要、之、限、制、耳。說分甲乙丙

甲 何種債務當付利息 在昔歐洲各國嘗因耶穌教之勢力。抑壓其付利息之習慣。而勢之所趨不可得已。故其被抑壓時。常有祕密託名以給付利息者。既不勝其弊。仍許其付利息。然其舊式法典。猶多方爲之限制。近世經濟思想發達。始悟從前觀念。謬妄。以爲樹木有自然之果實。禽畜有自然之孳乳。獨於金錢及使用物類。不許有利息。而絕其發生之機。是於經濟上爲不智也。故其新式法典。於債務付利息。莫不許人

以自由者。

其在日本。凡債務於法律有特別規定（見其民法四四二條二項、五四五條二項、六五〇條二項、六六九條、六七一條、六九一條一項、七〇四條、九二七條二項、九四〇條）或當事者有特約者。非付利息不可。然在民法。非有絕對之干涉。除有特別之規定及契約外。皆非所問。其有當初未約定付息之債務。後亦許債權者以付利息請求者。惟商法有此規定。見其商法第二百七十五條。一項云「於商人間爲金錢之消費貸借。則貸主得請求法定利息。」二項云「商人於其營業之範圍內。有爲他人立替「替人給付」金錢者。得請求其立替日以後之法定利息。」其商法之所以有此規定者。以商人之性質專在營利。固與民事不同也。

乙 利率 率者。限制也。標準也。所以爲限制利息之標準者。法律也。特約也。以法律定者。爲法定利息。以特約定者。爲約定利息。

以法定者言之。其在日本。則或爲五分（合中國五釐。餘倣此）或爲六分五分利率。見日本民法第四百零四條之規定。「當生利息之債權。無別段之意思表示者。其利率

爲年五分。六分利率。見日本商法第二百七十六條之規定。『關於商行爲而生之債務。其法定利息。爲年六分。』

按日本新商法所定之利率。較舊商法所定七分爲已低者。以其近日之經濟界較活動於曩時也。

以約定者言之。如以當事者之意思。取法定利息而增減之。但有契約或遺言。皆當有效。惟社會上之情形。減輕利率者少。增重利率者多。故歐洲昔時。創有利息制限法。其法爲百圓以下者。不得超過二割。合中國二分餘做此。百圓以上。千圓以下者。不得超過一割五分。千圓以上者。不得超過一割二分。然此法之結果。實有害而無益。蓋法律有所限制。彼狡猾者。流反得乘人於危急。巧脫禁制而收高利。則窮乏者之受損多矣。故今日歐洲各國。鮮有存此法者。日本亦非以此法爲善也。特以現今對於高利貸（謂貸人以金而增高其利者。別無制裁之適當方法。故且存之耳。見明治十九年勅令六十六號）

丙 重利 重利者。利上加利也。歐洲昔時。不取重利。甚至科以刑罰。近今雖不禁止。

然往往嚴加限制。日本舊民法尙如此。新民法則不然。蓋必其契約未定者。然後以法律規定之。見第四百零五條。『若利息在一年以上。雖經債權者催告。債務者尙不給付之。則債權者得組入「歸并」之於元本。』蓋既滿一年。尙不給付利息。則在債務者爲怠忽。已甚在債權者爲受損。已多。倘於此猶以其未嘗約定。不許重利。將債權者早慮及此。遂於應取利息之時。從嚴督促。以圖自保利權。因而反生不利於債務者之結果。此本條於不以契約定重利之債務。所以特有此規定也。

其以契約定重利之債務。不獨以年計者有效。即以月計者亦有效。蓋當經濟社會之大勢所趨。其於重利。不惟不能禁。亦不必禁。以例明之。如甲爲債權者。乙爲債務者。當其貸借契約成立之初。已定期給付利息。若及期乙以利息付甲。甲以其取於乙者。貸於丙。可轉從丙取得利息。今乙未還。是甲之不能取得利息於丙。乙實使之。故非重利。則甲有暗受損害之實。此一說也。又如及期乙不能以利息還之甲。甲遂從而強之。則乙雖窮乏。亦必轉借於丁以還於甲。而既借於丁。即當以利息給丁。今甲不強乙。是乙之得不轉借於丁者。甲實使之。故非重利。則乙有不當利得之嫌。此又一說也。

由上二說觀之。則重利主義於債權者有益。而於債務者無損。且出於契約。固債務者所甘心。即屬以月計之債務。亦得有所豫備。而重利之不爲苛待債務者可知。此法律所以不禁也。

第三節 選擇債務

第一款 定義

選擇債務者。謂數個目的中。當給付其一之債務也。如以牛馬爲同一債權之目的。是於一個債務中有二個目的也。且有出於自二以上者。故曰數個之目的。然以數個目的屬於一個債務則可。以數個目的履行一個債務則不可。是宜加選擇於數個目的之中。而取其一以相給付。但論選擇債務之性質。學說亦多。梅博士則以爲當屬諸條件附債務。謂凡債務之成立。非確定不可。今以牛馬爲同一債權之目的。其債務之爲牛爲馬。尙未確定。然履行時。爲債權者選擇牛給付之。則馬之債務消滅。選擇馬給付之。則牛之債務消滅。是其債務之契約雖不確定。謂牛馬均可給付。其契約之內容。固已確定矣。謂牛馬畢竟祇給付其一。此其所以爲條件附債務也。

第二款 有選擇權者

以原則論。則債務者有選擇權。如日本民法第四百零六條所規定「若債權之目的。爲可以選定於數個給付中者。則其選擇權屬於債務者」。是也。設以牛馬爲同一債權之目的。在債權者。不過限定債務者之給付。不得出於牛馬之外。至選定牛或馬以相給付。固債務者事也。

但選擇權有時亦屬於債權者。或第三者皆例外也。如結約時。債務者曾對債權者表示任其選擇之意。則其選擇權屬於債權者。又如甲購乙物。不能辨其品質。因使丙（第三者）爲之鑑別。則丙有選擇權。或乙將購物贈丁（第三者）因使丁於賣主處自擇。則丁有選擇權。

第三款 選擇方法

如前所述。選擇權之所屬。因不同矣。然必依意思表示。以行其選擇權。則同是意思表示。即選擇方法。所自出也。而異思表示之所對。又因選擇權之所屬而異。選擇權其屬於債務者乎。則必對於債權者爲意思表示。其屬於債權者乎。則對於債

務者爲意思表示。否則此一方有選擇之意。彼一方不知。則選擇之效力不生。此日本民法所以有第四百零七條之規定。『前條之選擇權。依對於相手方之意思表示而爲之』也。

夫當事者之一方。既爲選擇之意思表示。則相手方信其權利(屬債權者言)義務(屬債務者言)之確定。往往爲之豫備。或逆將其所已表示選擇之物處分之。倘表意者。忽不待相手方之承諾。而任意變更其所已表示選擇之物。則相手方必因之受損害。此日本民法所以有第四百零七條二項之規定。『前項之意思表示。非有相手方之承諾。不得取消之』。蓋保護相手方也。

若選擇權屬於第三者。則其意思表示之所對。有四個主義。(一)對於當事者雙方。(二)對於債權者。(三)對於債務者。(四)任對於債權者或債務者之一方。夫用第一主義。不惟過煩。且缺其一方即無效。恆反乎當事者之意思。用第二第三主義。則債權者債務者之利害點。勢本相均。今拘定一方。其相手方必不服。惟第四主義。取其便宜較爲穩。愜。此即日本民法第四百零九條所採用者。『屬第三者選擇時。其選擇法。依對於債權者

或債務者之意思表示爲之。』

至此等意思表示之方法。即日本法律。亦未規定。梅博士以爲或以書面。或以口頭均可。論其極端。則以手作勢亦可也。

第四款 選擇者不爲選擇時

第一項 當事者不行使選擇權時

選擇權如在權務者。則債權者於其辨濟期將到時。得以自己之便宜。與之商定相當之期間。(通例不過二三日)而促其選擇於所定之期間以內。倘債務者不應。則爲自甘拋棄其選擇權。而其權應轉屬於債權者。其選擇權之屬債務者。易地而觀。亦猶是也。其規定見日本民法第四百零八條。『若債權當辨濟時。自相手方定相當之期間以相催告。而有選擇權之當事者。不爲選擇於其期間內。則其選擇權屬於相手方。』

第二項 第三者不行使選擇權時

第三者之不行使選擇權。有不能與不欲之別。如遠適難歸。精神錯亂。本身死亡。是不能也。恐滋日後煩累。謝絕選擇。是不欲也。倘因其不能不欲。遽消滅其債務。殊與當事

者。本。意。相。違。反。故。當。以。法。律。保。護。之。此。日。本。民。法。所。以。有。第。四。百。零。九。條。之。規。定。『。第。三。者。不。能。選。擇。與。不。欲。選。擇。時。其。選。擇。權。屬。於。債。務。者。』。也。其。所。以。仍。歸。債。務。者。選。擇。從。原。則。也。

第五款 選擇權之目的不能時

第一項 俱不能時

有當結約時而目的俱不能者。如不知牛馬竝死。而相與約定是也。此在法律爲無效。有至結約後而目的俱不能者。如相與結約。尙未給付。而牛馬竝死是也。此在法律當消滅。然此特爲無過失者言之耳。

若其目的之不能。出於當事者之過失。則不得不任損害賠償之責。如取約定給付之牛馬故殺之。無論其爲債權者債務者。其於因故殺所生之損害。必應爲之賠償也。

第二項 其一不能時 說分甲乙丙

甲 因不可抗力 如約定給付之牛或馬。偶因天災病疫而死。此時牛存則給付之。以牛。馬存則給付之以馬。

乙 因有選擇權者之過失 無論選擇權之屬於債務者與債權者。抑或爲第三者。但因其不注意或故意。以致目的有一不能時。(目的物常歸債務者占有。故論選擇權者之過失。屬債務者較多。即當以所存之一給付之。亦如牛存則給付之以牛。馬存則給付之以馬是也。其規定見日本民法第四百一十條。『債權之目的在應給付中有自始即不能。或至後乃不能者。其債權存在於其殘存之物。』

丙 因非有選擇權之當事者之過失 如債務者有選擇權。本欲以牛相給付。而牛乃爲債權者所殺。倘此時亦援債權存在殘存物之例。而以馬相給付。則在債務者。爲反其初意而受損害。故莫如許其選擇於牛與馬之價以相給付。蓋牛雖殺。而其選擇牛之權自在也。易地觀之。於債權者有選擇權時。亦猶是耳。其規定見日本民法第四百零一條二項。『因非有選擇權之當事者之過失。至於給付不能時。不適用前項之規定。』

第六款 選擇債務之效力

選擇債務之效力。可以遡及如所選擇者爲馬。則自結約以來。其馬所產之子。亦應給

付債權者。蓋自債權發生之初。謂結約時。即視其爲債權者所有。此之謂有遡及力。其規定見日本民法第四百一十一條。『選擇者。遡及於債權發生之時而生其效力。』

但不得因其有遡及力。遂妨害第三者之權利。如選擇債務。本屬不動產與金錢。而有選擇權者。畢竟選擇不動產。然當選擇以前。結約以後。債務者於其不動產之上。爲第三者設定物權。如地上權、永小作權、質權、抵當權等是。彼第三者。初不知其不動產之上。存有選擇權。倘債權者因有遡及力。遂蔑視債務者所爲第三者設定之權利。則其結果。必致第三者受意外損失。此法律所當保護者。其規定見日本民法第四百一十一條但書。『……不得有害於第三者之權利。』

然亦有例外。如債權者於其債權發生之時。即爲假登記。則以後債務者所爲第三者設定之權利爲無效。而債權者得以之對抗於第三者。此以登記爲重者也。

附論

隨意債務

隨意債務者。謂本非債務之目的。而以之相給付。以求免其債務也。其性質。易與選擇債務相混。然其根據不同。如前所舉牛馬之例。在選擇債務。則二者皆爲債務之目的。而在隨意債務。則一爲目的。一非目的也。更以他例明之。如甲與乙約云。吾當以萬圓給付汝。或以不動產代之。此則萬圓爲債務之目的。而不動產非債務之目的。倘其萬圓一旦喪失。則債權者不得要求其以不動產相給付。以其債務之目的。僅在萬圓也。是故隨意債務。祇可謂之代物辨濟之豫約。特代物辨濟。由臨時商定。故效力及時發生。而隨意債務。由豫先約定。故效力終有變動耳。（參觀第二章第一節第三款第四項）

第二章 債權之效力

第一節 履行

履行者。實行債權之目的也。（如債權之目的爲一萬圓。自債務者移轉於債權者。謂之實行。）履行與辨濟同。但辨濟就消滅時言之。履行就給付時言之耳。

第一款 何人應爲履行者

第一項 本則

履行應屬於債務者或債務者之代理人乃本則也。

第二項 變例

履行之屬於第三者乃變例也。其規定見日本民法第四百七十四條。『債務之辨濟。第三者得爲之。』蓋債權者祇以取得爲目的。不必問履行者之爲誰。故第三者之履行。於法律亦有效。但更有第三者不能履行時。則變例中之例外也。說分甲乙丙。

甲 性質相反時 即債務之性質不容第三者辨濟是也。如某畫工負擔畫之義務。而忽欲令他人代描以塞責。則債權者可以拒絕之。他如僕婢等之爲主人服勞務者亦然。其規見日本民法第四百七十四條但書。『……債務之性質。不許他人辨濟時。第三者不得爲辨濟。』

乙 當事者有反對之意思時 即當事者於結約時曾表示不許第三者辨濟之意。思是也。如債權者不願受第三者之辨濟。或債務者不屑第三者之代已辨濟。但經表示。皆當有效。其規定見日本民法第四百七十四條但書。『……當事者表示反對之

意思時。第三者不得爲辨濟。』

丙 無利害關係之第三者債務者不願其履行時 設債務者不願其履行。而本爲利害關係之第三者。則其代爲履行。終當有效。如保證人。(有賠償之利害關係者)及連帶債務者。(有分擔之利害關係者)或代主債務者履行。或代他債務者以連帶法履行。此時主債務者及他債務者。皆不得拒絕之。則以其辨濟。不關債務者之利害。而關自己之利害也。至以無利害關係之第三者。而反乎債務者之意思。代爲履行。則在債務者。既不願受其情意。且恐因此生不利益之結果。故於法律爲無效。其規定見日本民法第四百七十四條二項。『非有利害關係之第三者。不得反乎債務者之意思而爲辨濟。』

丁 要有行爲能力 辨濟亦一法律行爲也。故無論債務者或其代理人爲之。皆宜有相當之能力。若無相當之能力。而爲辨濟之行爲。雖其物已引渡。仍得取消其辨濟。而使債權者反其所受引渡之物。然使債務者不更爲他物之引渡。即得將前所引渡之物取還。恐一旦失其資力。將使債權者不復能受辨濟。而獨立於不利益之地。故非

如日本民法第四百七十六條之規定「若所有者無讓渡之能力。一旦因辨濟而爲物之引渡。雖其辨濟可以取消。然非其所有者更爲有效之辨濟。不得取戻「取還」其物」不可。

夫辨濟可以取消。乃原則也。但觀日本民法第四百七十七條所規定。「於前二條之情形。債權者以善意而受辨濟之物。或已消費。或已讓渡。付與於人。其辨濟爲有效。則又有例外。此其立法之意。以爲債權者於所受辨濟之物。消費則不可復完。讓渡則不可復取。且本由善意取得。自不應受意外之損害。故於此特爲保護。雖出於無能力者之辨濟。而亦不取消之也。

第二款 何人爲應受履行者

第一項 本則

以本則論。應受履行者爲債權者。或債權者之代理人。然債務者對於持有受取證書（收條之類）者履行。亦不啻對於其本人履行。以其應有代理權也。其規定見日本民法第四百八十條。「受取證書之持參人。持證書相參照者」看做有辨濟受領之權。

限者』

但辨濟者。若受債權者之通知。明知持參證書者之無其權限。而故意履行。或受債權者通知之書札。未嘗啟視。因不知持參證書者之無其權限。而冒昧履行。如此者。其履行皆當無效。此日本民法第四百八十條。所以又有但書之規定『……辨濟者知其無權限。或因過失而不知之。不在此限。』也。

第二項 例外 說分甲乙

甲 非債權者之代理人亦有可受履行時 即對債權之準占有者履行而亦有效是也。此主義恆適用於相續之際。如甲爲債權者。乙爲正當相續人。適甲死而乙在遠方。丙因承辦相續之事。或居出（報知）於戶籍吏。或自爲占有。而稱爲甲之相續人。此時丙對甲之債務者請求履行。彼債務者。若實不知其無相續權。而善意履行。則法律當許其有效。其規定見日本民法第四百七十八條。『對於債權之準占有者爲辨濟。若屬善意。則其辨濟有效。』

乙 非債權之準占有者亦有可受履行時 即對債權者之親友履行而債權者因

之受利益則亦有效是也。如甲對乙負千圓之債務。乙對丙亦負千圓之債務。適乙遠遊。甲遂對其親友履行。而其親友即以甲所履行者。給付於丙。乙因得免其所負之債務。此在乙既受全部之利益。則甲所履行之全部。皆當有效矣。

若其親友自占有五百圓。第以五百圓爲乙履行債務。則在甲雖已償還全額。而在乙固僅受取半額。此獨於其既受利益之半額。爲有效之辨濟。而於其未受利益之半額。仍可向甲請求。而甲不得以已償還全額對抗之。不過對於其親友之曾受取全額者。有求償半額之權利耳。其規定見日本民法第四百七十九條。『除前條之情形外。對於無辨濟受領權限者之辨濟。惟於債權者因之受利益之限度內。有其效力。』本條所規定。其性質與追認稍異。彼在反無效者爲有效。此則於履行時。即認爲有效也。

第三項 條件 說分甲乙

甲 能力 蓋受履行亦一法律行爲也。若無行爲能力。即不能受履行矣。故此爲最要之條件。

乙 辨濟有時不可無裁判所之制定 蓋當債權債務複雜時。必經裁判所制定而

後。其條件得成立也。其規定見日本民法第四百八十一條。『受支拂給付』差止。禁止之第三者。若對自己之債權者爲辨濟。則差押債權者。得於其所受損害之限度內。更請求第三者再爲辨濟。本條文義隱雜。爲順次解釋之如左。

所謂支拂差止者。如甲對乙爲債權者。對丙爲債務者。當甲不能償丙之債務時。丙（差押債權者）訴之於裁判所。裁判所因命乙（第三者）以所負於甲之債務償丙。即差止乙對於甲爲支拂也。

乙既受裁判所之命。即對於丙負債務。倘仍對於甲爲支付。則丙必因之受損害。而可於其所受損害之限度內。請求乙再爲辨濟。然此特就甲所負者爲丙一人之債務言之耳。

設甲所負者爲丙丁二人之債務。其數同爲五百圓。而乙所負於甲者爲一千圓。則乙應以一千圓分還丙丁。倘或甲負丙五百圓。負丁一千圓。則乙亦祇應償丙三百三十圓有奇。償丁六百六十六圓有奇。以其所負於甲之數止此也。

若乙既受支付差止。仍以一千圓還之甲。而甲已全數用去。則裁判所可命乙再以其

千圓分還丙丁。如甲祇用去其半。則視甲爲有五百圓之財產。可自分還丙丁。而裁判所祇命乙再以五百圓分還丙丁矣。

夫爲丙丁保護。而乙不免受重爲辨濟之累。則又不可無法以濟之。此日本民法所以有第四百八十一條二項之規定。『前項之規定。不妨自第三債務者對於其債務者。行使其求償權』也。以前例言之。本條所謂第三債務者即乙。所謂其債務者（即乙之原債權者）即甲。蓋以乙因甲受重爲辨濟之累。故法律保護之。許其向甲求償。

第三款 履行之目的

第一項 強制執行 說分甲至丁

甲 原則 債務者不自履行。則以強制法行之。昔羅馬法不主張強制執行。近世歐美。法律思想發達。主張者多。其在日本。則如民法第四百一十四條所規定。『債務者任意不履行債務時。債權者得請其強制履行於裁判所』是也。所謂強制履行者。如債權者匿其金錢。不以履行債務。裁判所則出其金錢以與債權者。無金錢而有財產。裁判所則變其財產。而以其價與債權者。其對於購貨物而不給價者亦然。

二 例外 有債務之性質不能強制履行者亦必以法律規定之。見日本民法第四百一十四條二項。『債務之性質有不許強制履行。而以作爲爲目的者。債權者得請求於裁判所。而以債務者之費用。使第三者爲之。但屬以法律行爲爲目的之債務。得以裁判所代債務者之意思表示。』本條所謂性質不許強制。而以作爲爲目的之債務。如工藝之類是也。倘其債務不履行。不獨尋常工匠。可覓其同業者代之。即如日本名優爲市川團十郎。畫伯爲橋本雅邦。亦可覓其技藝足相頡頏者代之。惟其覓代所需工價等費用。一切應由前債務者負擔。此本條正文之意也。

至於性質不許強制。而以法律行爲爲目的之債務。其根本既在意思表示。倘本人不自認其意思。而不欲履行。則宜有法律以制之。如甲本約爲乙保證。乃對乙之債權者。不肯締結保證契約。乙因請求於裁判所。此時祇須裁判所認定甲有爲乙保證之義務。即可以其裁判代甲之意思。而使其保證契約成立。此本條但書之意也。

丙 不作爲之債務 如甲乙二人。比鄰而居。乙因欲保全光線。約甲勿在其屋之某一方面。再行建築。既而甲不如約。則乙可毀除其建築物。而毀除之費用。必歸甲負擔。

且得請求裁判所判決。使不再行建築。如再行建築。則由裁判所強制執行。其規定見日本民法第四百一十四條。『屬於以不作爲爲目的之債務。得以債務者之費用。除卻其所爲。且得爲將來請求爲適當之處分。』

丁 於前三項之規定。不妨爲損害賠償之請求（見日本民法第四百一十四條四項）。債務經裁判所強制履行。其期限勢必延長。在債權者。不無請求之費用。與利息之短少。此甲項所生之損害也。以已所專注一定之人之債務。而他人代爲履行。則債權者所受之利益。必較受於已所專注一定之人者有差。（如乙所描之畫。其價值較少於甲所描者是）此乙項所生之損害也。以營業之宅舍。因不作爲債務者。妄加作爲於其旁。致營業失利。（如甲店被乙店以建築物蔽其光線。致一切不便。有妨貿易是）此丙項所生之損害也。凡此損害。皆可請求賠償。

第二項 關於交付之規定

關於交付之規定。見日本民法第四百八十三條。『債權之目的。爲特定物之引渡者。辨濟者。要以當爲引渡時之現狀。引渡其物。』據本條文。如甲買乙屋。價已交訖。則其

屋已屬特定物。若當時即交付。自無疑義。設或乙有特約。必經三月。始行交付。此三月。中。屋之狀態。必有變更。似應臨時。再加修理。然後交付。其實不然。蓋甲之取得。所有權。當。以。應。交。付。之。日。為。始。故。應。交。付。前。雖。有。損。壞。乙。亦。不。任。賠。償。惟。應。交。付。之。期。限。到。來。再。有。遲。延。則。自。此。起。算。可。按。日。月。之。久。暫。以。請。求。損。害。賠。償。為。其。與。應。交。付。時。之。現。狀。不。符。也。

第三項 以他人物履行己之債務時

以他人物履行己之債務。其規定見日本民法第四百七十五條。『辨濟者若係引渡他人之物。非更為有效之辨濟。不得取戻（取還）其物。』據本條文。如乙本約以己之米償甲。至交付時。其米乃出於丙。此時甲若不認其履行。可將丙米扣留。必待乙輸米至。而後聽其將丙米取回。此因乙不如約履行。含有可以強制之性質。故其法律。如此主張。乃原則也。

其例外之規定。見日本民法第四百七十七條。『於前二條之情形。債權者所受辨濟物。既得自善意。又已消費。或已讓渡於人。此時之辨濟為有效。但債權者自第三者受

賠償之請求時。不妨對於辨濟者爲求償之舉。』據本條文。如甲（債務者）以丙之物辨濟於乙（債權者）乙不知其爲丙之物（所謂善意）而歸於消費。或更以讓渡於丁（讓受人即第三者）此時丁若被丙將所讓受（領受意）於乙之物請求取去。勢必向乙請求賠償。而乙既自丁受賠償之請求。即不妨復向甲求償。但此等規定。適用處甚少。蓋本條原專就動產言。凡動產之屬於以善意且無過失占有者。本可依即時取得時效。不復受他人請求。惟其占有雖出於善意。而不免有過失。（謂因不注意致不知其爲他人之物）以及必滿二年方能取得（時效法如此）之盜品與遺失物。含有受請求之性質。乃適用之。

第四項 代物辨濟

代物辨濟者。謂以與債權目的相異之給付而充債務之履行也。如乙對於甲之債權。其目的爲房屋。後甲之房屋被焚。乃請準其房屋之價額。改用與房屋相異之金錢給付之。而以當債務之履行是也。其與前所言隨意債務不同者。彼則當借債時。即約定以何物相還。故爲代物辨濟之豫約。此則當初未嘗約定。純從後來申込者。其規定見

日本民法第四百八十二條。『債務者以債權者之承諾。而以他之給付代其所負擔之給付時。其給付有與辨濟同一之效力。』

第四款 履行之時期

履行之時期。依債務之性質而成。立不可拘一定之程式。故無通例。茲特區別債務爲三種。論之如左。

第一項 單純債務

單純債務者。謂無一定之條件。亦無一定之期間。隨以金錢讓渡於人。而無他手續（辨理）者也。此等債務。以即時履行爲原則。

若論例外。則如消費貸借（金錢貸借。即其一種。蓋借錢原爲使用計。勢不能以原所借者相還。故有此名）。其物既歸借主使用。不能即時償還。自當別定期間。而爲催告。其規定見日本民法第五百九十一條。『若當事者未定返還之時期。則貸主得定相當之期間。而爲返還之催告。』

惟既經催告。及期仍不履行。乃當任遲滯之責。其規定見日本民法第四百一十二條。

三項。『債務履行之未定期限者。債務者自受履行之請求時。任遲滯之責。』據本條文。債務者之任遲滯之責。必自受履行之請求始。則知單純債務。不拘即時履行之原則。而以定相當之期間爲要素矣。且所謂任遲滯之責者。亦有不適用處。如甲乙比鄰相與結約。不得在某地再行建築。此則以不建築爲履行。以建築爲違約。更何遲滯之可言。是不作爲之債務。不任遲滯之責也。又如在某店購一時計。方給付而忽破損。無所用其催告。即無所謂遲滯。是目的物因過失而消滅。不任遲滯之責也。

第二項 期限附債務

期限附債務。即債務之定有期限者也。既定有期限。則期限到來。自應履行。否則自不履行之日始。不得任遲滯之責。以其當豫備不豫備也。然其中又有確定與不確定之別。說分甲乙。

甲 確定期限者。如一債務。豫定某年月日相還。其所定之年月日。即以代催告者。故不俟再行催告。祇期限到來。即負責任。其規定見日本民法第四百一十二條一項。『債務之履行。有確定期限者。自其履行之到來時。任遲滯之責。』

乙 不確定期限者 雖有期限。然不能豫定何時。如以某人死時爲期限。此不確定者也。以理論之。至其人死之日。即當負責任。然此種債務。常以不能豫知而先時不爲準備。若事件到來。即責令履行。必有因倉猝受累者。故當以債務者知事件到來之時。爲負責任之時。其規定見日本民法第四百一十二條二項。『債務之履行。有不確定期限者。債務者自知其期限之到來時。任遲滯之責。』

第三項 條件附債務

條件原判解除與停止。此則專就停止條件言之。如云某人現適異國。彼若歸來。我即如何。此以其人歸時爲條件到來者。條件到來。即當履行。理固如是。然此種債務。其性質大致與單純債務同。故必俟其人歸時。再行請求。猶有遲滯。乃負責任。在日本民法。準用第四百一十二條三項之規定。（見本款第一項）

但條件附債務。亦有兼定期限者。如云我得事後一月。即應如何。此以得事爲條件到來者。然至時得事。條件雖到來。履行之時期。尙未到來。故必待其得事後已滿一月。尙不履行。乃負責任。在日本民法。準用第四百一十二條一項二項之規定。（均見本款

第二項)原來條件之效力。本無溯及之理。惟有特約者。乃可溯及時以前。使生效力。此有特約之條件附債務。其任遲滯之責。即在其條件到來時。是又當別論者也。

附論

遲滯者之制裁

遲滯即屬怠慢。故法律上視之。如不履行者。凡遲滯者。自其不履行之日。始於債權者之損害。一應使之賠償。此所謂制裁也。凡特定物因天災滅失。惟在履行之期限前者。可不賠償。若已過履行期限。則非賠償不可。如定購一時計。約於某日交付而不交付。以致此時計因失火而歸於銷毀。此則宜爲賠償。何則。令其如期交付。必不至於銷毀也。

然有例外。如特定物爲房屋之類。其因天災滅失。雖當履行遲滯之時。在債務者尙可與債權者抗辯云。吾即如期交付。亦決不能免此災。此不任賠償者。但債權者於此。若執一說云。令如期交付。此房屋已賣與第三者。吾不至受此損害。此時債權者若確有第三者可賣之證據。則債務者仍不得不賠償之也。

第五款 履行之場所

履行之場所。一般學說。或謂宜在債權者處。或謂宜在債務者處。即各國法律所定。亦每不同。日本民法。則以在債權者處爲原則。以不在債權者處爲例外。析言之於左。

第一項 原則

原則之所注重者。在人如結契約時有指定之場所。自宜至其場所履行。若無指定之場所。則宜至債權者之住所履行。其規定見日本民法第四百八十四條末段。『…其他之辨濟者。別乎特定物之引渡而言。要於債權者之現時住所爲之。』本條文於住所指明現時者。如原在某住所結約。既而債權者遷徙。其所遷徙之處。乃爲現時住所。日本商法。亦同此規定。其第二百七十八條末段。『…其他之履行者。要爲之於債權者之現時營業所。若無營業所。要爲之於其住所。』可參觀。

第二項 例外

例外之所注重者在物。說分甲乙

甲 關於特定物履行之場所。其規定亦見日本民法第四百八十四條。『…特定

物之引渡。要依債權發生之當時。其物所存在之場所爲之。……」據本條文。亦指結約時無指定之場所者言。蓋特定物之引渡。其事有甚煩者。如必於債權者之住所履行。則債務者不勝勞費。故但視債務發生時。其物存在何處。即於何處履行可也。日本商法。亦同此規定。其第二百七十八條中段：「……特定物之引渡。有不依當事者之意思表示而定者。要於行爲之當時。其物所存在之場所爲之。……」可參觀。

乙 在債務者處履行 惟日本商法有此規定。見其第二百七十八條二項。『指圖債權』詳第四章第二節。及無記名債權。『詳第四章第四節』之辨濟。要爲之於債務者現時之營業所。若無營業所。要爲之於其住所。本條所謂指圖債權者。必有證書。其書表面。載明金錢或某物若干。其書裏面。則載明其表面所記之金額或物。當付於某人。（名曰裏書）此債權之可憑證書。以讓渡於一定之人者。所謂無記名債權者。如日本銀行之兌換券（即日鈔）是。此無論何人。皆可執之以爲據者。然此兩種債權。債務者自發證據後。不知其屬於何人。故不能至債權者處履行。而必待債權者至然後履行也。

第六款 履行之費用

履行之費用。如在結約時。曾經指定何方負擔。自宜如約。否則非依法律規定。不可。試論之於下。

第一項 原則

原則。歸債務者負擔。蓋履行債務。本屬債務者之義務。故凡特定物。當未交割於債權者以前。一切引渡費用。均應歸其負擔。其規定見日本民法第四百八十五條。『辦濟費用。無別段之意思表示者。其費用由債務者負擔。』

第二項 例外

例外。歸債權者負擔。此必其費用增加之原因。在債權者也。如結約時。債權者相距甚近。既而遠徙。債務者亦必將物引渡於其處。此時引渡費用增加。實債權者使然。故必歸債權者負擔。而後債務者不至格外受損。其規定見日本民法第四百八十五條。但書。『…因債權者住所移轉。及其他行為。而增加辦濟之費用。其增加之額。債權者負擔之。』本條所謂其他之行為。所包亦廣。如輸物至債權者處。未見領取。異日再輸。此

中往返費用必增。亦其例也。

第七款 履行之充當

於同一當事者間存有同種之目的在二個以上之債務中債務者不足使其全部消滅而有所給付其給付應充孰一債務之履行此即履行之充當問題也。如甲借乙一千圓於前。又借其一千圓於後。是其債務之額前後不同。而借者爲甲。貸者爲乙。則同故曰同一當事者。又皆係金錢。故曰同種之目的而前一千圓。後一千圓。故曰二個債務。若最後更借若干圓。則二個以上之債務也。設甲祇還乙一千圓。則爲不能使全部消滅。但所還之一千圓。應充當孰一債務之履行。決此問題。分三說如左。

第一項 從債務者之意思指定

以債務者之行爲。歸債務者指定。亦一定之理。要必指定之於給付時耳。其規定見日本民法第四百八十八條一項。『對於同一債權者。負擔目的同種之數個債務。有所辨濟。而其所提供之給付。不足使總債務消滅。則辨濟者於給付時。得指定其辨濟所應充當之債務。』

但歸其指定亦必有所限制。其規定見日本民法第四百九十一條一項。『債務者負一個或數個之債務。且於元本之外。當付利息及費用。而辨濟時所爲給付。不足使其全部債務消滅。此時要以其所給付者。順次充當費用利息及元本。』據本條文。如合費用利息元本成一千圓之債務。而債務者僅以百圓爲辨濟。是不能消滅其全部債務也。此時若純任債務者之意思。指定其所充當。則必先元本。以可減少利息也。次利息。以不至併入元本也。次費用。以無利息也。而適與債權者之意思相反。故法律爲加限制使之先費用。次利息。次元本。如無費用。則先利息。如無利息。則先費用。如無費用利息。僅有元本應充當。則從其意思指定。更無所謂限制矣。至充當之方法。則以由債務者之意思表示。最爲單簡。特其意思表示之效力。必對於相手方始生。其規定見日本民法第四百八十八條三項。『於前二項之情形。其辨濟之充當。依對於相手方之意思表示爲之。』

第二項 從債權者所自主

無論辨濟之爲債務者。或爲其代理人。但其辨濟時。不云充當何項債務。已爲自失其

指定、充當之權利。此時，可由債權者自爲主持。但債權者之主持充當，必至受領時始有此權利。其規定見日本民法第四百八十八條二項。『若辨濟者不爲前項之指定，則辨濟受領者，於其辨濟時，得爲其辨濟之充當。』

然使債務者以爲不便，則仍須從債務者之意思，因充當辨濟，固屬債務者之行爲也。其規定見日本民法第四百八十八條但書。『辨濟者對於其充當直述異議時，不在此限。』

第三項 依法定順序

債權者、與債務者、皆無意思表示，即依法律上之順序，以充當之。如日本民法第四百八十九條所規定，『當事者不爲辨濟之充當時，從左之規定，充當其辨濟。』是也。其規定分四項，列舉而釋之於左。

其一項云「總債務中，有在辨濟期者，有不在辨濟期者，則先其在辨濟期者。」此如甲乙二項債務，各一千圓，而甲項有辨濟期，乙項無辨濟期，及債務者辨濟，并未聲明充當何項債務，則先充當甲項之有辨濟期者。

其二項云「總債務或同在辨濟期。或同不在辨濟期。則應爲債務者計。而先其辨濟之利益最多者。」此如甲乙二項債務。或甲項附有利息。乙項未附有利息。或甲項有抵當權。乙項無抵當權。或甲項有公正證書。乙項無公正證書。或甲項已經裁判所決定。乙項本經裁判所決定。或甲項有押金。乙項無押金。如上所舉。或皆有辨濟期。或皆無辨濟期。而債務者之辨濟。并未聲明充當何項債務。則先充當有利息者。以其可免日後之利息也。先充當有抵當權者。以其可早取還抵當物也。先充當有公正證書者。以其可免即時強制也。（債務之有公正證書者。不必請於裁判所。即可強制其履行。）先充當已經裁判所決定者。亦以其可免強制也。先充當有押金者。以其不至扣除押金也。凡此皆所謂爲辨濟者計。而先充當其利益最多者。其三項云「爲債務者計。而辨濟之利益相同時。則先其辨濟期之先至與雖未至而當先至者。」此如甲乙二項債務。其辨濟之利益相同。而甲項之辨濟期爲八月一日。乙項之辨濟期爲九月一日。其辨濟適當八月一日。則先充當甲項債務。又如甲項之辨濟期爲八月一日。乙項之辨濟期爲九月一日。其辨濟尙在八月一日以前。

則亦先充當甲項債務。

其四項云「揭於前一號之事項相同時。其債務辨濟。應各債務之額而充當之。」此如甲乙二項債務。其辨濟之利益同。其所定辨濟之期限又同。則當視其債務之額以爲辨濟。設甲項債務一千圓。乙項債務亦一千圓。而債務者祇共還一千圓。則各以五百圓充當之可也。

以上四項規定。無論其爲元本。爲則息。爲費用。但不一項者。即宜依此法以充當之。其規定見日本民法第四百九十一條二項。『第四百八十九條之規定。準用之於前項之情形。』

日本民法第四百八十八條。及第四百八十九條所規定。大抵就數個債務而爲數個給付者言之。然一個債務而爲數個給付者。亦準用此二條。何謂一個債務爲數個給付。如租金之議定全年若干。而分爲幾月一給付者是。其在商品。則如特定米若干石。而分爲幾次引渡者是。此種債務。每以不能按期按次給付。生出問題。如以三月爲限。而按月分還之債務。已有兩月未還。此時在債務者。則以先充當第三月

之辨濟爲便利。因自是而前兩月之債務可以復緩也。在債權者。則以先充當第一月之債務爲便利。因自是而後兩月之債務可以急索也。究竟應如何充當。固宜以當事者之意思爲準。若當事者無別段之意思表示。則當依法律所規定以爲辨濟。見日本民法第四百九十條。『一個債務之辨濟。當爲數個給付時。若辨濟者不足使全部債務消滅而爲給付。則準用前二條之規定。』

第八款 履行之提供

履行之提供者。債務者爲履行必要之行爲。而但完了自己當爲之事是也。如引渡爲履行必要之行爲。倘債務者一面給付。債權者一面領受。此履行之完全者。無所謂提供。提供者。債務者祇顧自己之給付。而不顧債權者之領受與否也。然必如何而後其提供有效。是不可無條件。有條件則自有效力。析言之如左。

第一項 條件 說分甲乙

甲 原則 提供非現實者。不可何謂現實。如實在取金錢或商品。以安全交付於債權者是也。

乙 例外 提供亦有時不必送至債權者處。但須準備完全。而通知債權者。使可即時來取。即爲有效。金錢商品皆然。然果須何等情形。方適用此例外乎。說分子丑

子 債權者拒絕不受時 如因債務膠轕。債權者曰。非以若干圓給付不受。債務者曰。現祇完好豫備若干圓。任何時來取。又如商品。債權者曰。非以上等品質給付不受。債務者曰。現祇完好豫備中等品質。任何時來取。此種提供。尙俟後來決定。蓋直在債權者則無效。直在債務者則有效也。即使雙方無所爭論。而債權者因事拒絕。則亦祇須債務者豫備完好而通知之。即爲有效。

丑 債務之履行本須有債權者之行爲時 如寄存之物。債權者自應來取。若不來取。則亦祇須債務者豫備通知。即爲有效。

右之規定。見日本民法第四百九十三條。『辨濟之提供。要從債務之本旨。如原約千圓。今祇爲八百圓之準備。原約八月履行。今乃於七月準備。原約東京履行。今乃於上海準備。此皆非債務之本旨。不得成爲提供。商品亦然。』而爲之於現實。如甲但債權者豫拒其領受。『如子』又債務之履行。要債權者之行爲時。『如丑』則以通知既爲辨

濟之準備而催告其領受爲已足。』

第二項 效力 說分甲乙

甲 提供後債務者不賠償損害。蓋既爲有效之提供。即視爲其債務已履行。故不再負責任。如提供後之押金不可扣除。及目的物因天災滅失。不任賠償之類是也。其規定見日本民法第四百九十二條。『辨濟之提供者。自其提供時起。凡因其不履行所生之一切責任。均使免之。』

乙 提供後債權者反任遲滯之責。所謂遲滯之責者。因提供後。債權者不盡來取之義務。致債務者生出損害。自應賠償。如因其不來取。債務者之物。以無所安置而受損害。或因其不領受。債務者之運費。以反覆而增加。凡此皆須債權者負擔。其規定見日本民法第四百一十二條。『債權者拒受債務之履行。或不能受履行時。其債權者自有履行之提供時起。當任遲滯之責。』

第九款 供託

供託者。債務者求免其債務。因爲債權者別籌一保管之法。如債權者不受履行。即將

其目的物存於安全之處。(如銀行是)使債權者無論何時可取是也。既爲供託。即其債務免除。而不復負責任矣。

第一項 何時可以供託 說分甲至丁

甲 在債權者拒絕履行時 與提供同。

乙 在債權者不能受履行時 如有大故。膺重病。或其目的物與第三者有爭端。必俟裁判所判決。始能領受是也。

丙 在債務者無過失而不能確知債權者爲何人時 如債權者死。未知相續者爲誰。或債權者不一。必俟裁判所決定所屬之人是也。

右之規定。見日本民法第四百九十四條。『債權者拒絕辨濟之受領。如甲』又不能受領時。『如乙』辨濟者得爲債權者供託辨濟之目的物而免其債務。其不因辨濟者之過失。而不能確知債權者時。『如丙』亦同。』

丁 在法律有特別規定時 其事甚多。除民法外。商法等亦有之。茲就日本民法中略舉其例。如第三百六十七條三項。第三百九十四條二項。第五百七十八條。皆有供

託之規定。

第二項 條件 說分甲乙丙

甲 供託之場所 必在債務履行地爲之方有效。如債務履行地在上海。即其供託亦必在上海。否則無效。其規定見日本民法第四百九十五條。『供託者要爲之於債務履行地之供託所。』

乙 供託之保管者 各種物之保管者不同。說分子丑

子 金錢與有價證券（如日本公債證書、株券、手形之類）之保管者 此應屬於金庫。（以日本金庫言。有本與支之別。如日本銀行、本金庫也。其支店或出張所或代理所。支金庫也。）見日本供託法第一條。

丑 非金錢與非有價證券（如商品之類）之保管者 此應屬於倉庫、營業者。（日本倉庫營業者。必經司法大臣指定。見日本供託法第五條。

如遐陬僻壤。無法定之金庫。及司法大臣所指定之倉庫營業者。則請之於裁判所。由裁判所指定之。其規定見日本民法第四百九十五條二項。『於無法定供託所

時。裁判所因辨濟者之請求。要爲之指定供託所。及供託物保管者之選任。」

丙 供託後要通知債權者 其規定見日本民法第四百九十五條三項。『供託者要勿遲滯而爲供託之通知於債權者。』本條要勿遲滯云云。謂即供託。即通知。當毫無怠忽也。非必怠於通知。其供託即無效。特供託以後。通知以前。所生之損害。當歸債務者賠償耳。蓋供託之利息甚微。又必自供託之下。一月起算。若供託時即行通知。則債權者可以立時取還。今以怠於通知而受損害。此債務者之責任。故當賠償也。

第三項 效力 說分甲乙

甲 原則 自供託時起。其債務即屬免除。其規定見日本民法第四百九十四條。

(見本款第一項)

乙 例外 取消供託時。債務者仍負擔債務。其規定見日本民法第四百九十六條。『債權者不受諾供託。及宣告供託有效之判決不確定時。辨濟者得取戻其供託物。而看做未嘗爲供託者。』據本條文。債權者不承諾供託。與依裁判所之判決。其供託不定爲有效。則此時所謂供託。不過辨濟者之意思表示。故可以自由取消。而依然負

擔債務。以其尙未與他人有利害關係也。

若與第三者有利害關係時。則其供託不許取消。其規定見日本民法第四百九十六條二項。『前項所規定。不適用於因供託而使質權與抵當權消滅時。』本條之意。以爲供託以後。債務者之義務消滅。即附隨之權利之在債權者。亦從而消滅。例如附有質權或抵當權之債權。債務者既對之爲供託。則其質權或抵當權消滅。而第三者可以取得其所質或所抵當物之所有權。倘於此而辨濟者任意取消其供託。致使既消滅之質權或抵當權。再行發生。則第三者必受意外損失。故法律有所不許。

第四項 特別之供託 說分甲乙

甲 供託甚難時 其規定見日本民法第四百九十七條。『辨濟者之目的物不適於供託。或其物有滅失與毀損之虞時。辨濟者得裁判所之許可。可競賣「拍賣」之而供託其代價。其物之保存。要過分之費用者亦同。』據本條文。如物太笨重。是不適於供託者也。如水易消。如表易損。是有滅失與毀損之虞者也。如動物須飼養。是保存其物要過分之費用者也。此而必以現物供託。則債務者困。故法律許其競賣。而以其所

得代價爲供託。蓋期於債務者有益。而於債權者無損也。

乙 有反對給付時 例如買賣債務者(賣主)之一方。既提供其債務之目的物。而債權者(買主)之一方。不爲領取。並未給付代價。此時債務者。將其目的物供託。則債權者對之。反有給付代價之義務。若不盡其義務而給付代價。則不能受取債務者之供託物。此雙務契約所常有者。其規定見日本民法第四百九十八條。『於債權者對於債權者之給付而當爲辨濟時。債權者非爲給付。不得受取供託物。』

第二節 賠償

賠償者。填補其因不履行所生之損害也。

第一款 賠償之場合(情形)

債務不履行之應賠償。此爲原則。可不待言。茲但言其履行之不完全者。其規定見日本民法第四百一十五條。『債務者不從其債務之本旨爲履行。則債權者得請求其損害賠償。其因當歸債務者之責之事由。而至於不能爲履行者亦同。』據本條文。所謂不從其債務之本旨者。如應何地履行而不至其地。應何時履行而不當其時。與應

全部履行而祇履行其一部之類是。(皆所謂履行之不完全者)所謂因債務者之責。至於不能履行者。如因其過失或遲滯。以致目的物滅失之類是。凡由以上情形生損害者。皆應債務者負責任。此法律所以許債權者以求償權也。

第二欸 賠償之範圍

第一項 原則

其賠償應與因不履行所生損害之全部相當如損害千圓。即賠償千圓。此原則也。

第二項 例外 說分甲至丁

甲 因特別事情生損害時 如債務者方將履行。突起戰事。因而停止。而債務之目的物。以戰爭致非常騰貴。此時債權者深受損害。以理論之。似應賠償。以事實言之。則不任賠償。其不任賠償。雖無明文。然可從日本民法第四百一十六條所規定「損害之請求者。以使賠償因債務不履行。而通常當生之損害。爲其目的。」推得之。以本條文謂因通常事情所生之損害任賠償。即知因特別事情所生之損害不任賠償也。然所謂不任賠償者。亦自有限制。其規定見日本民法第四百一十六條二項。『雖因

特別事情所生之損害。若當事者預見其情事。或有可預見之機者。則債權者得請求其賠償。

乙 因債權者之過失生損害時。如債權者易其居所。而不通知債務者。致債務者欲履行不能。是純爲債權者之過失。債務者不當負責任矣。

然亦有雙方同蹈過失時。如倉庫寄存之物。債權者原定有來取期限。及期而債權者怠於來取。遲之又久。債務者仍不爲之提供及供託或引渡。則是債權者過。債務者亦過也。此時於因不履行所生之損害。當視雙方之過失輕重。以定分擔之金額部分。此宜斟酌者也。其規定見日本民法第四百一十八條。『關於債務不履行。而債權者有過失時。裁判所須斟酌而爲之定損害賠償之責任及其金額。』

丙 金錢債務 金錢者。法律認爲生息之物。倘金錢債務。不如期履行。自債務者觀之。有似複借於人。自債權者觀之。本當轉借取息。是債務者有一日遲延。即債權者受一日損害也。故當依利率爲賠償。但所依之利率。其輕重不可無權衡。如約定者不及法定。則當依法定者。如約定者超過法定。則當依約定者。即或原約不付利息。亦當依

法定者付之。無者使有輕者使重。蓋所以防債務者之任意遲延也。其規定見日本民法第四百一十九條。『以金錢爲目的之債務不履行。其損害賠償之額。依法定利率定之。但約定利率超過法定利率時。則依約定利率。』

大凡債務有所損害。其請求使賠償於裁判所。必證明其價格所值之多少。惟金錢債務不然。蓋以其純爲有利息之物。故其所生之損害。常如其相當之利息之分際。不得過多。亦不得過少。而價值一定。故無容證明。又凡因不可抗力生損害者。可持之以爲抗辯。金錢債務不然。如債務者本準備當付於債權者之金錢。忽焉被盜。若遂據此以與債權者抗辯。而主張不依利率賠償。則豫金之時常準備於銀行者。何爲不主張不依利率付利息乎。然則金錢之不得因一經準備。遂失其有利息之性質。明矣。故當應爲損害賠償時。不得執不可抗力以相抗辯。其規定見日本民法第四百一十九條二項。『於前項之損害賠償。債權者不要爲損害之證明。債務者不得以不可抗力爲抗辯。』

丁 當事者之豫定 其規定見日本民法第四百二十條。『當事者得於債務之不

履行。預定損害賠償之額。雖裁判所不得有增減其額之事。本條所謂預定損害賠償之額者。如債權者當與債務者結約時。即約以及期不履行。當賠償金錢若干是也。其所以必豫定者。蓋恐因上三條例外之限制。有時債權者受非常損害。亦不得全部賠償。又恐因債務膠轕成訟。被裁判所武斷。并生出多少費用。（如訴訟費辯護士給金之類）其在債務者亦有因訴訟而斷令格外賠償之虞。是故當事者。每以預定爲便利。且其豫定時。必出於當事者之同意。而斟酌適當。故以後即請之於裁判所。裁判所亦不得增減之。但在泰西法律。亦有許裁判官增減者。

但賠償額雖依當事者預定。其中尙有履行與解除之問題。如乙買甲米百石。相約某日不給付米。即應以二千圓充當損害賠償。及期甲竟不給付米。則乙可請求二千圓之賠償無疑。但乙於此時。更得請求其給付米乎。抑更得解除契約。不受其米。而已亦隨免給付代價之義務乎。欲決此問題。但問自始已定有不得請求履行或解除之契約否。如未結此種契約。則固可以請求。蓋履行解除之與賠償。其性質各別。不得謂債權者既受損害之賠償。即喪失其請求履行或解除之權利也。其規定見日本民法第

四百二十條二項。『賠償額之預定者。不妨請求履行或解除。』

夫賠償額之預定。即所謂違約金也。（日本民法第四百二十條三項云。違約金者。推定之爲賠償之預定。有意慢契約不履行者。必處罰之。違約金之設蓋以此。故既受違約金者。即不得再受賠償金。但有特約者。不在此限。

日本民法第四百二十條之規定。除金錢債務外。皆適用之。其與金錢債務之性質有不相宜者。如利息制限法第五條云。裁判官於該債主之事實。思量之而有不當受之損害賠償者。得酌其相當數而使之減少。此與本條第一項所載之裁判所不得增減其額相衝突者也。

第三款 賠償之方法

第一項 原則

原則以金錢賠償。無論何國皆然。以金錢之流通於債權者。債務者雙方皆便利也。其規定見日本民法第四百一十七條。『損害賠償者。若無別段之意思表示。則以金錢定其額。』

第二項 例外

例。外。準。當。事。者。之。預。定。謂。當。事。者。有。別。段。之。意。思。表。示。即。可。從。其。意。思。以。爲。賠。償。其。規。定。見。日。本。民。法。第。四。百。二。十。一。條。『前條之所規定於當事者預定以非金錢充當損害之賠償時亦準用之。』

第四款 賠償之效果

既經賠償則債務者不履行之責任消滅而有時代居於債權者之位置此其效果也其規定見日本民法第四百二十二條。『若債權者因損害賠償而受其債權之目的物。或受權利之價額之全部。此時債務者於其物與權利得代處於債權者之位置。』據本條文。如債務者將債權者之物遺失。債權者既以不復能得原物。而受其賠償價額之全部。既而債務者索得其原物。債權者若欲得之。非退還所受賠償之價額。不可然如此未免過繁。且恐債權者不能退還全額。致債務者反受損害。又因此構訟。費用層生於債權者。尤不便。即就債權者論。當受賠償之價額時。已視原有物爲烏有。今債務者一旦索得。即以爲其所買得可也。故此。時以許債務者代有其所有權。爲最便。

利。此當代債權者取得其目的物之說也。又如銀行支配人（總經理人）其對於銀行營業者因操權利遂負義務。蓋既得借給自由則使因不注意與怠於催告以致借非其人。或經過時效而受損害。自不得不任賠償之責。然使賠償之後。債務者忽又辨濟。若更以還之銀行營業者。是彼受兩次給付也。故不若即將其權利移轉於支配人。使得直受其債務者之辨濟。此當代債權者享受權利之說也。

第三節 債權者對於第三者之權利

以原則論。債權者惟對於債務者有權利。萬無關係第三者之理。如甲對乙有債權。祇能向乙請求。更不能向丙丁等請求。此甚單純之權利也。然就事實上言之。則不得謂相、手、方、以、外、即、絕、無、關、係、之、人。大別之爲三如左。

第一款 當事者

當事者有絕對之關係。此理之顯著不待言者。

第二款 承繼人

以其承繼權利義務而謂之承繼人。故亦具當事者之身分。爲別其種類如左。

第一項 包括承繼人 說分甲乙

甲 相續人 此不僅承繼其財產也。并前當事者之權利義務。胥承繼之。即間有承繼其一半者。亦是承繼權利義務之各半。非祇承繼其權利。或祇承繼其義務也。故稱之爲包括承繼人。

乙 包括受遺者 通常受遺者。不過因受遺言而得某物。此則因受遺言而并得權利義務。其規定見日本民法第一千零九十二條。『包括受遺者。與遺產相續人。有同一之權利義務。』

第二項 特定承繼人

特定承繼人者。祇承繼其權利或義務者也。雖有時承繼權利者。亦附帶承繼義務。然不得爲包括。如買賣然。有時賣主將權利移轉。并其未了之義務（如價未付畢）亦移轉之。此其所移轉之義務。不過於其物上。附帶一部分耳。非包括也。如甲乙皆買不動產於丙。而乙先爲登記。因取得其所有權。或以爲乙既承繼丙之所有權。即應并丙所負於甲之義務亦承繼之。此乃大謬。蓋此時甲之權利。獨存於丙之一身。初與乙毫

無關係也。特定承繼人資格之異於包括承繼人者如此。

若包括承繼人。則權利義務一并承繼。其資格純與當事者同。故當事者之他方。其效力得以及之。此原則也。

然論例外。則當事者他方之效力。有時亦不及於特定承繼人。如甲有受乙扶養之權利。甲死則其權利消滅。而效力不及於甲之承繼人。反之而乙有扶養甲之義務。乙死則其義務消滅。而效力不及於乙之承繼人。是其例也。

第三欸 第三者

除當事者與承繼人皆爲第三者。其無所關係。乃原則也。然有例外。分說於左。

第一項 間接訴訟權

間接訴訟權之規定。見日本民法第四百二十三條。「債權者爲保全自己之債權。得行使屬於其債務者之權利。本條之義。謂如甲貸錢於乙。乙無財產。惟對於丙（第三者）有債權。此甲所恃以無恐者。倘以後丙之財產減少。其影響將及於甲。甲對之施保全自己之行爲。固法律所許者。」

但使丙之財產除受人扶養之外別無長物。則甲不得對之而施保全自己之行爲。此限制之由第三者發生之例也。其規定見日本民法第四百二十三條但書……專屬於債務者一身之權利。不在此限。』

其限制又有由債權者發生時。如債權者欲於期限前行使前項之權利。則非先請之於裁判所。俟裁判所調查情形。得其許可不爲功。此所謂必依裁判上之代位。（參觀非訴訟事件手續法第七十二條以下）而後得行使其權利者也。其規定見日本民法第四百二十三條二項。『債權者於其債權之期限未到期時。非依裁判上之代位。不得行使前項之權利。』

然使第三債務者之財產爲人占有。而取得時效（就占有者言）消滅時效（就第三債務者言）之效力將發生。則債權者不得不速代債務者行使其權利。以處分第三債務者之財產。使其將近消滅之時效中斷。以自存保其權利。其規定見日本民法第四百二十三條二項但書……屬保存行爲者。不在此限。』

第二項 取消訴權

取消訴權（亦稱廢罷訴權）者。謂債務者之法律行為有害於債權者。則債權者有請求其取消之權利。如債務者之財產已至於不足還債。猶以其一部分贈與他人。此時債權者有不能受完全履行之懼。直可請求其將贈與取消。其所以又稱廢罷訴權者。謂請其將法律行為廢而罷之也。其義較取消二字爲狹。故日本舊民法用之。（見其舊民法財產編第三百四十一條以下）而新民法改用今名。說分甲乙丙

甲 取消訴權之要件 其規定見日本民法第四百二十四條。其一項云「債務者知有害於其債權者。而爲法律行為。債權者得請於裁判所而取消之。但因其行為而受利益與轉得者。其行為與轉得之當時。若不知有可害債權者之事實。則不在此限。其二項云前項之所規定。凡不以財產爲目的之法律行為。不適用之。」據本條文。可分取消訴權之要件爲五。如左。

- 一 必要所爲法律行為有害於債權者 如債務者之財產。僅與所負之債相當。一旦取其財產之一部贈人。或賤賣與人。致不能償還其債之全額。又或其財產已不足當其所負之債。一旦更取其財產之一部贈人。或賤賣與人。致不能償還其債。

之半額。凡若此者。債權者可請求其取消。而一般學者。謂本項所規定之事項。祇此。裁判所亦每持此說。其實不然。若比類參觀。則如債權者。以特定物存於債務者處。雖未引渡。亦不許債務者更以讓渡於人。蓋為保護債權者起見。其範圍固甚廣也。

二 必要債務者有惡意。如明知己之財產。僅與所負之債相當或更不足。而反以贈人。及賤賣與人是也。此種行為。理應使之取消。其因過失而有害於債權者。既非惡意。自當別論。

按以上二要件。或謂之詐欺行為。日本舊民法亦用詐欺二字。其實但須債務者知而為之。即為有害。如必為詐欺。未免過重。且恐其失實。蓋債務者之為此。固有出於不得已者。非必皆甘為詐欺也。

三 必要因其法律行為而受利益者及轉得者皆有惡意。如甲為債務者。以其所有贈乙。乙又以之贈丙。則乙為受益者。丙為轉得者。倘祇甲乙有惡意。而丙無惡意。或祇甲丙有惡意。而乙無惡意。皆不得使之取消。其行為。必其皆有惡意。方許取消者。所以保護第三者也。至欲辨其有無惡意。其在債務者。非得債權者證明不可。

而在受益者與轉得者。則無須債權者證明。蓋債權者既以債務者之惡意。訴之於裁判所。此時受益者與轉得者。見其影響將及於己。而已實無惡意。則必先出而自行證明矣。

四 必要財產上之法律行為 設不以財產爲目的之法律行為。則不得令其取消。如因隱居（日本稱謝絕家政者）入夫養子之行爲。而有害於債權者。債權者不得請求取消是也。析言之如左。

隱居者之使相續人爲政。常有害於債權者。（如以相續人之債務。與被相續人之債務合併。致不能完全履行。是使隱居者之債權者受損害也。）苟出於隱居者之惡意。論理似得取消其隱居。然以財產之故。而干涉人之身分。不可也。

入夫之代女戶主爲政。亦常有害於債權者。（如以入夫之債務。與女戶主之債務合併。致不能完全履行。是使女戶主之債權者受損害也。）倘出於女戶主之惡意。論理似得取消其入夫。然以財產之故。而干涉人之婚姻。不可也。養子與入夫同。但雖不許債權者干涉。究未嘗不爲債權者保護。如日本民法第一千零四十一條。

乃至第一千零五十條所規定之財產分離法。以及第七百六十條。第七百六十一條。第九百八十九條所規定之辨濟請求法。皆所以保護債權者也。要其所爲之法律行爲。不以財產爲目的。故皆不爲取消訴權之要件。然則取消訴權之必要財產上之法律行爲可知矣。

五 必要請求於裁判所 倘得私自取消。則杜弊爲難。如債權者與債務者。以及法律行爲之相手方。難保不互相通謀。致雖缺要件。而亦取消其法律行爲。則第三者。必不免受損害。此所以務得裁判所之判決也。

按一三三四號爲實體上的要件。五號爲形式上的要件。

乙 取消訴權之效力 此與通常取消之效力（見日本民法第一百二十一條）同。蓋皆具有遡及力。但通常取消之遡及力。能使當事者之行爲。自結約之初即無效。此則當初之行爲。仍有效。不過取消其損害債權者之行爲而已。如甲爲債權者。乙爲債務者。丙爲第三者。當乙以財產贈丙時。甲以其行爲有害於己之債權。亦祇可使之取消其所贈與之財產。而不得使之取消其贈與。何則。設乙別用一方法。以完全其贈與。

而無害於甲之債權。則甲固不得干涉之。

夫使取消訴權之效力完成防其害。正所以收其利也。然使當數個債權者間。有因取消而得之利益。其歸一人乎。抑歸數人乎。解此問題。各國法律無明文。日本立法之初。亦多異說。略舉如左。

或以爲數個債權者之中。有一人先行其取消訴權者。應獨得取消之利益。此不公平之說也。何則。彼先取特權者。其債權本分輕重。重者自應先取。此則共立於平等地位。而獨享先取之利益。可乎。

又或以爲當於數個債權者之中。區別其孰在詐僞行爲之前。孰在詐僞行爲之後。如取消在十一月十日。詐僞行爲在十月一日。而甲債權發生在九月一日。乙債權發生在九月十日。丙債權發生在九月二十日。丁債權發生在十月十日。戊債權發生在十月二十日。己債權發生在十月三十日。則甲乙丙在詐僞行爲前。應享取消之利益。丁戊已在詐僞行爲後。不應享取消之利益。此亦不公平之說也。何則。彼不過謂在前者有取消權。在後者無取消權。故其利益應歸在前者耳。不知在前者雖有取消權。仍無

先取特權。蓋取消權之設。祇許其將債務者所不應讓渡之財產取還。并未許取還者即據爲已有。且債務者除不應讓渡之財產外。尙有其他之財產。而所取還者。不過其中之一部分。則其取還時。自應歸之於債務者。使復其全部財產之原狀。以責其分還各債務者。而不應歸行取消權者之一人獨得。其理亦彰彰明矣。

以上二說皆不合。則有第三說。以爲凡總債權者。皆應享取消之利益。蓋除有先取特權者之外。凡債權者。皆平等。故必如此。方爲公允。日本民法採之。其規定見第四百二十五條。『依前條之規定而爲取消者。因爲總債權者之利益。而生其效力。』

丙 取消權之消滅 與通常財產權之消滅原因一切相同。姑就拋棄言之。如債權者既拋棄其取消權。則不得復行使之。而取消權之因此消滅。所不待言。故法律無特別之規定。其有特別之規定者。則取消權之因時效而消滅者也。見日本民法第四百二十六條。『第四百二十四條所載之取消權。自債權者知取消之原因。指惡意言。時二年間不行之。則因時效而消滅。自行爲。即出於惡意之法律行爲。時。經過二十年不行之者亦同。』通常消滅時效限二十年。（此債權與所有權外之財產權之

時效最長者。本條祇以二年爲限者。以其屬法律行爲。恐因遯及力而累及多人。故望債權者以速行使其取消權。且是否惡意。本難判決。若求判決於二十年後。則更難之難者。此所以爲定二年之短時效也。特通常者自事實發生時起算。此則自知取消之原因時起算。若不加以限制。則短期時效。有時更長於長期時效。設如經二十年始知取消之原因。又加二年。而爲二十二年。豈不與望其早爲取消之法律精神相背乎。故特規定自其行爲時。經過二十年不行使取消權。則亦因時效而消滅者。正所以限制之也。

夫本條所規定之特別時效。亦一普通時效之性質也。故一切適用時效之通則。凡關於中斷停止等之普通規定。皆準用之。惟根據於當事者之預定者。不在此限。

第三章 多數當事者之債權

多數當事者之債權。指債權者或債務者在二人以上而言。如三人共買一物。或共賣一物。及三人同以金錢貸人或同借金錢於人之類皆是。

第一節 總則

第一款 全部主義

全部主義者。謂債權者多時。人人有可以請求全部債務之權利。債務者多時。人人有應分擔全部債務之義務也。英吉利法與日本舊民法均採之。

第二款 分屬主義

分屬主義者。謂多數債權者之權利。或多數債務者之義務。應平均計算而分配之。如三人則每一人占三分之一是也。創此主義者爲羅馬法。現今歐洲大陸各國採之。日本新民法亦採之。其規定見四百二十七條。『於有數債權者或數債務者。而各無別段之意思表示時。則各債權者或各債務者。以平等之割合。猶言幾分之幾。而或有權利。或負義務。』但新民法雖採此主義。然必當事者無別段之意思表示。及與債務之性質不相妨碍者。始適用之。

按日本新民法未頒布以前。其民事訴訟法。已採分屬主義。(參觀民事訴訟法第四十八條一項) 蓋取其持平也。

第二節 不可分債務

不可分債務。有關於其性質者。有關於當事者之意。思者。如一所房屋之債務。履行時不可折給。此不可分之關於其性質者也。如一千圓之債務。本可數次分還。而有時債權者必要同時償還。或債務者必要同時給付。此不可分之關於當事者之意思者也。然此非債務之不可分。而履行債務之目的不可分也。不可分而強分之。則當事者有拒絕之權。(如債權者不受債務者之履行。債務者不應債權者之請求是)此原則也。其例外。則如商務之手形。(票據)本爲一千圓。而先以數百圓相給付。所持人(持手形者)不得拒絕之(參觀日本商法第四百八十四條)是也。夫不可分債務之問題。不起於單獨之當事者。而起於多數之當事者。其種別有三。其主義亦有三。試先明其主義。而後詳其種別如左。

第一款 主義

一 必總債權者同請求履行 如總債權者三人。請求時一人不在。債務者即不得對之履行是也。

二 各債權者得請求債務者對總債權者履行 如總債權者三人。無論其中何人。

皆可對債務者請求。但祇得請求其對二人履行。而不得請求其對一已履行也。德意志民法採之。

三 各債權者得請求債務者對已爲全部之履行。如以總債權者二人。對於三千圓之債務。無論其中何人。皆可請求債務者。令以三千圓一同給付於已是也。法蘭西意大利瑞西諸國。及日本新舊民法皆採之。蓋三主義中之最適法理。而又於實際最便利者。

第二欸 種 別

一 債權者多數 其規定見日本民法第四百二十八條。『債務之目的。因其性質或當事者之意思表示不可分。而有多數債權者時。其各債權者得爲總債權者請求履行。其債務者亦得以總債權而對於各債權者爲履行。』本條所規定。即採用上所言之第三主義。爲適用於債權者多數之原則。至有與其中一債權者有關係。而與其他債權者無關係之情形。則又別有所規定。列舉於左。

第四百二十九條二項云『其他不可分債權者一人之行爲。或屬於其所生之

事項對於他之債權者不生其效力。』本條所謂一人之行爲者。如總債權者之中。其一人與債務者訴訟是也。所謂一人所生之事項者。如總債權者之中。其一人因有他事。而承認以其持分(已所有之一分)讓渡於債務者是也。夫既爲一債權者與債務者之私交涉。則他之債權者對債務者自得仍爲全部履行之請求。故曰對於他之債權者不生其效力。於原則外。規定履行債務之目的不可分者。此其一。

第四百二十九條一項云「於不可分債務者之一人。與其債務者間。有更改或免除之情形。其他之債權者得請求全部之履行。但其一人不失其權利時。要償還其當分與之利益於債務者。」本條所謂更改者。如甲乙丙約令丁建築價值可三千圓之房屋。既而甲又私約令丁祇建築價值可二千圓者是也。所謂免除者。如甲乙丙對於丁共有三千圓之債權。而甲獨對於丁拋棄已分之一千圓是也。此等更改免除。他債權者無通同承認之理。故仍得對債務者請求全部之履行。但於債務者爲全部履行時。其應分與於債權者中之一人。而即爲其一人所曾許與於債務者之利益。仍當償還之於債務者。如甲乙丙對於丁共有三千圓之債務。而甲獨對於丁許與以已分之一

千圓。既而經他債權者索償三千圓。其中有應分與甲之一千圓。甲固不得自取。必仍以之償還於丁。是也。於原則外。規定履行債務之目的不可分者。又其一。

二 債務者多數 說分甲乙

甲 原則 一切準用連帶債務之規定。(詳本節第三款)

乙 例外 一切準用前第四百二十九條之規定。如甲乙丙共負擔三千圓之債務。而甲獨受債權者之免除。則其所負擔之一部分義務仍在。至履行時。仍當爲一千圓之給付。特債權者可於受領後。仍以其一千圓償還於甲耳。

日本民法第四百三十條云「數人負擔不可分債務者。準用前條之規定。」如例外及關於連帶債務之規定。如原則。但第四百三十四條。乃至第四百四十條之規定。不在此限。本條但書所舉七條。皆關於連帶債務之規定。而爲多數債務者所不適用者也。

三 雙方多數 其通用之規定。即不可分債務變爲可分債務之規定也。如甲乙丙三人與丁戊己三人結約。令其建築價值可五千圓之房屋。既而丁戊己三人不履行。而

甲乙丙三人責其賠償損害。則是建築債務變爲金錢債務。而可分矣。又如甲乙丙三人。令丁戊己三人。引渡其特定物。既而因丁戊己三人之過失。損害其特定物。而甲乙丙三人責其賠償。則是引渡債務變爲金錢債務。而可分矣。蓋債務之不可分。在於履行之目的。今其目的既變爲可分。則其債務亦變爲可分。理固然也。其規定見日本民法第四百三十一條。『不可分債務變爲可分債務時。各債權者得請求對於自己一部分之履行。即債務者亦任其所負擔一部分之責。』

第三節 連帶債務

第一款 名義

有連帶債務。即應有連帶債權。惟債權之連帶。於社會無甚關係。故在歐洲各國。僅學者著述存其名。法律上終鮮明文。日本民法。亦未明定連帶債權者。以其一般習慣。出於連帶債權者少。而出於連帶債務者多也。故祇爲連帶債務之規定。

第一項 定義

連帶債務者。謂對債務者之任一人。皆可視爲惟一之債務者。而請求其爲全部債務。

之履行也。夫債務既屬連帶，原應共同負擔。但自債權者視之，覺各債務者皆負履行全部債務之義務耳。以此爲定義，各國學者皆同此解釋。

又連帶債務與全部義務（日本舊民法有此名）略同。如日本新民法第七百一十四條、七百一十五條、七百一十八條、七百六十條二項、九百八十九條，皆可參觀。然其中究有異點，即連帶債務之權利，尙超過於全部義務之權利，是也。

第二項 原因

大抵由契約連帶者多，然亦有由遺言連帶者。如遺言贈物與人，將來應由其多數相續人交付，是其多數相續人，因遺言而皆負債務也。又有由法律連帶者，略爲舉之。如日本民法第四百四十條二項、七百一十九條、九百一十三條二項，又其商法第六十三條、一百三十六條、一百四十六條二項、二百一十六條、二百七十三條、二百九十九條、三百二十九條，又其刑法第四十七條，皆可參觀。

第二款 效力 說分甲乙

甲 債權者與債務者之關係 說分子丑

子。視各債務者如惟一之債務者。債務者雖多。而性質連帶。則一人可以代表全體。故債權者對之。不啻一債務者之外。更無他債務者。此所謂視各債務者如惟一之債務者也。因此而生之結果有三。如左。

一 債權者對於各債務者得爲全部之請求。如甲乙丙三人負連帶債務。債權者。無論對於其中之任一人。皆可請求。亦可同時對其三人請求。又可順其三人之次序請求。且其請求時。專指一部可。通指全部亦可。此最強有力之債權也。其規定見日本民法第四百三十三條。『當數人擔負連帶債務時。債權者對於其債務者之一人。又同時或順次對於總債務者。得請求全部或一部之履行。』

二 債權者對於各債務者之破產者得爲全部之請求。債務者既受破產之宣告。其財產當由裁判所選人管理。此時債權者。得以其債權之全部。訴之於裁判所。而加入於破產財團。使管財人分配償還。如甲乙丙三人。共負連帶債務。若同時破產。自當同時請求。若甲一人先破產。則一面訴於裁判所。一面向乙丙請求可也。其訴於裁判所。與請求於乙丙。皆得舉其全額。惟於破產前已受一部履

行者。不在此例。其規定見日本民法第四百四十一條。『連帶債務者之全員。或其中之數人。受破產之宣告時。債權者。得加入其債權之全額於各財團之配當。』
『分攤意』中。其舊商法破產編第一千零三十條一千零三十一條可參觀。夫請求履行。既因破產而有同時順次之異。則其中利害。有當研究者。說分天地

天 順次請求履行者 如甲乙丙三人。負三千圓連帶債務。而甲先破產。履行十分之五。餘一千五百圓。向乙請求。乙又破產。履行其十分之三。餘一千零五十圓。向丙請求。丙又破產。履行其十分之二。再餘八百四十圓。則債權者所受之損害也。

地 同時請求履行者 如甲乙丙三人。負三千圓連帶債務。同時破產。又同時受債權者請求。而甲履行一千五百圓。乙履行九百圓。丙履行六百圓。其結果得三千圓。是債權者無所損害也。

又如前例。而甲履行一千五百圓。乙亦履行一千五百圓。丙又履行六百圓。其

結果得三千六百圓。是債權者於不受損害外。尙贏六百圓也。此當返之於甲乙二人者。

如前二說。同時請求履行者。不受損害。順次請求履行者。反受損害。法律竟不爲順次者保全乎。然當甲先破產時。債權者不一面訴於裁判所。一面向債務者請求。已則失之怠慢。法律之力。烏能及之。

三 關於債務者所生之事項其影響不及於他債務者 如連帶債務者中有一人爲無能力者。其所爲法律行爲。本無效。或本可取消。特在他債務者。不得因其無效取消。遂一同不負責任。其所以彼此不相妨者。亦以各債務者皆有惟一之性質也。其規定見日本民法第四百三十三條。『連帶債務者之一人。其法律行爲無效。或者爲取消之原因所在。不妨他債務者之債務效力。』其第四百四十條所規定。亦同此意。彼條所除外（二字日本習用）者。爲自第四百三十四條乃至四百三十九條之事項。於本條皆屬例外。（詳下乙說）

丑 有類乎債務者間代理之關係 即於連帶債務者間。視之。如有互相代理之

關係也。此各國所不同者。德意志法。不主張代理。若日本舊民法。則純然主張代理。然往往生弊。故其新民法。折衷於二者之間。而定其範圍。如必如帶債務中之某某事項。始得有類乎代理之關係是也。析爲六種如左。

一 請求 彼通常債務。有因請求而生遲滯之責。與生時效中斷之效力者。大抵祇限於相手方之一人。此則對於一債務者請求。即無異同時對於他債務者請求。而他債務者。皆當任遲滯之責。即時效中斷之效力。亦不僅及於所直接請求之債務者。其規定見日本民法第四百三十四條。『對於連帶債務者之一人爲履行之請求。即對於他債務者。亦生其效力。』

二 更改 更改即消滅之原因。如變一萬圓之債務爲動產或不動產之債務。則一萬圓之債務消滅是也。特通常債務之更改。其相手方祇一人。連帶債務之更改。其相手方不止一人。是故以情形論。似應對總債務者更改。然後其全部債務消滅。而於法律上。雖祇對一債務者更改。亦消滅其全部債務者。蓋更改後之新債務。原與更改前之舊債務。其額相當。倘法律既許其對與於更改之債務者。

得爲全部之請求。復許其對不與於更改之債務者。亦得請求之。是使債權者有所不當利得。故不可也。其規定見日本民法第四百三十五條。『連帶債務之一人。若與債權者之間。有爲更改時。則債權者所有對於總債務者之利益消滅。』本條所規定。惟不適用於條件附之更改。所謂條件附之更改者。如更改時相約云。若他債務者。承諾負擔新債務。則舊債務皆消滅。倘既爲此約。他債務者畢竟不承諾。即消滅之效力不生。而於不承諾者一部分之更改。仍當取消。第此乃事實上問題。非法律上所有者。

三 相殺 相殺者。彼此相抵消也。如甲對乙有一千圓之債權。乙對甲亦有一千圓之債權。甲乙相抵。是爲相殺。其在連帶債務。則如甲乙丙共負丁三千圓。而丁對於甲。亦負三千圓。其援以相抵時。甲之債務消滅。即乙丙之債務。亦同時消滅。其規定見日本民法第四百三十六條一項。『若連帶債務者之一人。對於債權者有債權。而其債務者援以相殺。則債權者對於總債務之利益消滅。』

但有債權之連帶債務者。常有不願援以相抵時。如前例。甲苟不願相抵。而乙丙

必欲爲之。則亦祇可取甲所有於丁之債權中一千圓。以與甲所負於丁之債務一千圓相抵。其餘二千圓。乃甲與丁之私分關係。乙丙不得強取之。以抵消已所負於丁之債務。其僅許於甲所負擔之部分得援用者。所以限制乙丙。即所以保護甲也。其規定見日本民法第四百三十六條二項。『有右之債權之債務者。若不援以相殺。則如其債務者之負擔部分。他債務者得援用之。』

四 免除 如甲乙丙共負丁三千圓。而丁祇對甲表示。許免除其一千圓。此一千圓之利益。似應甲獨得。然債務既連帶。則所免除之一千圓。仍當作爲公益。故其所餘之二千圓債務。甲終不能置身局外。而當與乙丙共同負擔。其規定見日本民法第四百三十七條。『對於連帶債務者之一人。免除其債務時。惟於其債務者所負擔而爲他債務者同受利益之部分。生其效力。』但本條亦有不適用時。如債權者有特別之意思。并三千圓通同免除。而惟對甲表示。令其通知乙丙。則其全部債務。皆當消滅。而非止於其債務者所負擔之部分。有其效力矣。

五 混同 合債權者。債務者之資格爲一。所謂混同也。或以債權者承繼債務

者之義務。或以債務者承繼債權者之權利。其發生常在相續時。如甲乙丙共負丁三千圓。既而甲爲丁之相續人。則不獨甲之一千圓債務消滅。即乙丙之二千圓債務。亦同時消滅。蓋連帶債務之通例。一人償還。即視爲全體償還。故於此亦許其通同消滅也。其規定見日本民法第四百三十八條。『連帶債務者之一人與債權者之間混同時。其債務者。通看做曾爲辨濟者。』

六 時效 以通則論。時效有短長。即完成有先後。如商業時效之完成當以五年。普通時效之完成。則當以十年或二十年是也。設有甲乙丙三人。共負連帶債務。而甲爲商業時效。乙丙爲普通時效。又或甲之時效不中斷。乙丙之時效中斷。此時甲之時效完成。乙丙之時效不完成。似應受利益者祇甲一人。其實不然。蓋凡連帶債務。既同負責任。即當同受利益。如三千圓之連帶債務。甲既因時效完成。而消滅其一千圓。即乙丙受其影響。而以後祇各履行三分二千圓之一可矣。其規定見日本民法第四百三十九條。『連帶債務者中。有一人時效完成。則屬於其債務者之負擔部分。雖他債務者。亦免其義務。』

乙 債務者與債務者間之關係 說分子丑

子 以有求償權爲原則。謂連帶債務者之一人代他債務者辨濟而有轉求其償還之權利也。如連帶債務者之一人以其金錢或更改（更改亦使債務消滅之一法）償還其債務之全部。或已獨損償爲共同免責之事。即以後可向他債務者求償。但其求償亦自有限制。如三千圓之債務。甲乙丙各負一千圓。則甲當償還全部時。可向乙丙各求償一千圓。若因特約。甲獨負二千圓。乙丙祇各負五百圓。則甲當償還全部時。亦祇可向乙丙各求償五百圓。此所謂限於其各自之負擔部分者也。至因特約。三千圓皆歸甲負擔。則甲雖償還全部債務。不過自踐前約。而不得復向乙丙求償。特此乃契約之效力所及。不得以此疑連帶債務之無求償權也。其規定見日本民法第四百四十二條一項。『連帶債務者之一人。辨濟債務。或以自己之出捐。得共同之免責。則對於他債務者之各自負擔部分。有求償權。』

且所求償者。不獨其代爲償還之元本。即因其元本所生之利息費用損害等。亦皆可以求償。其規定見日本民法第四百四十二條二項。『前項之求償者。自獨爲共

同之辨濟與免責之日以後。所有法定利息。與不得避之費用。及其他之損害賠償。皆包於其中。」

右之求償權。或爲固有訴權。謂已既代爲辨濟。自應請求償還也。或爲代位訴權。如爲設有抵當權之連帶債務。有一人者。獨償還其債務之全部。他債務者竟不能償還其所代付之額。則此一人遂代居於債權者之位。而行使其抵當權可也。

丑 以無求償權爲例外 說分天地

天 過失者之責任 謂連帶債務者之一人雖代他債務者辨濟。然有過失。則亦遂失其求償權也。其規定見日本民法第四百四十三條。其一項云「連帶債務者之一人。被債權者求償。不通知他債務者。即所謂過失」遂爲辨濟。或以自己之出捐。得共同之免責。此時他債務者。若有得對抗於債權者之事由。則於其所負擔之部分。得以之對抗其債務者。即有過失之債務者。但出於以相殺對抗時。有過失之債務者。其對於債權者。得請求因相殺而當消滅之債務之履行。又其二項云「連帶債務者之一人。以辨濟與自己之出捐。得共同之免責。而

怠於通知他債務者。是亦過失。因而他債務者。以善意重辨濟之。或爲其他有償免責之事。此時其債務者。得將自己之辨濟。及其他免責之行爲。看做有效者。』據本條文第一項之不通知他債務者。過在辨濟前。第二項之怠於通知債務者。過在辨濟後。要其因此而失求償權則一也。

地 無資力之結果 說分元亨

元 原則 如甲乙丙共負擔三千圓之債務。甲自償其一千圓。又代乙丙各償其一千圓。而乙無資力。不能請求其償還。此時甲可向丙求償一千五百圓。已亦負擔一千五百圓。所謂分割負擔是也。但有過失。則不在此限。如甲當償還全部債務時。乙尚有資力。可以求償。而甲失之怠慢。遲之又久。乙遂失其資力。此時甲祇能向丙求償一千圓。其更受五百圓之損害。乃其所自取矣。其規定見日本民法第四百四十條。『於連帶債務者中。有無資力爲償還者。其不能償還之部分。歸求償者及他之有資力者。應其各自之負擔部分而分割之。但因求償者有過失時。則不得對於他債務者請求分擔。』

亨 連帶之免除 如甲乙丙共負三千圓之債務。而債權者獨對丙免除其連帶。(如對丙表示許其斷絕連帶之關係是。既而甲獨償還三千圓。而乙無資力。不能請求其償還。丙又以連帶免除之故。祇以一千圓償甲。此時甲代乙付之一千圓。幾於無著。其實不然。蓋甲代乙付之一千圓。本應乙負擔。乙無資力。本應甲與丙分擔。分擔則甲丙各五百圓。今丙之不任分擔。債權者實使之。則債權者之當自負擔此五百圓明矣。其規定見日本民法第四百四十五條。『於連帶債務者之一人得連帶之免除時。若他之債務者中有無資力者。此時債權者當於其債務者不能辨濟之部分中。負擔得連帶免除者所應負擔之部分。』

第三款 消滅 說分甲乙

甲 拋棄 即債權者之免除也。被免除。則連帶債務消滅矣。
乙 擔保權之喪失或減少 即債權者對於連帶債務者之一人。將其所設抵當權之擔保物。或滅失之。或毀損之是也。若此者。於其喪失與減少之部分。其連帶債務消

滅。(其規定之條文與解釋均詳第五章第一節第二款第三項第五目)。

第四節 保證債務

第一款 總論

保證債務者。自羅馬法以來。各國皆認定之。

第一項 性質 說分甲乙丙

甲 陪約 陪約二字。自羅馬法譯出。謂陪主債務者。結約也。

乙 貸金委任(豫保證) 謂主債務未發生。而先附保證債務之條件。不啻委任債權者。使之貸金於人。如甲告乙云。若某人者。素有信用。可貸以若干金。予當爲之保證。是其例也。故又名豫保證。

丙 他債引受(承認) 謂主債務先發生。從而追加保證債務之契約。不啻將他人之債務引受之於己。如甲告乙云。某人於汝爲債務者。予願爲其保證人。即本人不辨濟。予當爲之辨濟。是其例也。故又名後日保證。

右之三種性質。皆羅馬法所認爲保證債務者。現今各國法律。祇認陪約一種。貸金委

任。雖於法律有效。特非另結有陪約者。仍不負保證之責。他債引受。亦於法律有效。如更改之引受。如甲移轉其債務於乙。而乙引受之是。與全部之引受（如連帶債務者之一人。認還連帶債務之全部是）。是。然前者係移轉性質。後者係連帶性質。故皆不得爲保證債務。且貸、金、委任。在主債務者結約之前。他債引受。在主債務者結約之後。尤與保證性質不合。惟陪約。與主債務者同時。純爲保證性質。故各國法律。特認定之。

第二項 定義

保證者。謂相約以主債者不履行其債務。則遂代爲履行是也。其規定見日本民法第四百四十六條。『保證人於主債務者不履行其債務時。任爲其履行之責。』其保證人之保證人。亦同。如乙爲甲之保證人。丙又爲乙之保證人。日本舊民法。稱丙爲引受人。未妥。蓋就客體觀之。甲爲乙之主債務者。乙又爲丙之主債務者。即就客體觀之。乙爲甲之從債務者。丙又爲乙之從債務者。故日本新民法。統稱爲保證人。特主債務在先。從債務在後。以發生言。因有主從先後之分。遂生三結果如左。

一 保證債務之存在必其主債務先存在。如甲與乙之間。初無債務。即丙與甲乙之間。亦無債務。但預知其債務將發生。而爲之保證。如日本舊時所設之根抵當者。則亦有效。根抵當者。包質權、抵當權、保證權而言。質權、抵當權者。以物爲保證。保證權者。以人爲保證。設甲將貸金於乙。丙見其猶豫不決。因與甲約。謂乙他日如有損害。我當代爲賠償。此以人爲保證之例也。其以物爲保證者可類。推此種保證債務之性質。自債權者言之。爲條件附的權利。自保證人言之。爲條件附的義務。又有以人爲目的。而保證者。所謂身元保證是也。如甲雇乙工作。而丙爲其保證人。萬一乙有過失。不能盡其職務。則丙當任損害賠償之責。此之謂身元保證。或疑此種債務當無效。梅博士以仍是條件附的債務。蓋至乙有不法行爲時。則丙之債務發生。安在其無效也。

右所言之保證債務。皆必其主債務先存在者。因此又生一效果。如主債務者無能力。其行爲因取消而不存在。即其保證人之債務。亦因其取消而不存在矣。

二 若爲主之債務可以取消。即爲從之債務可先取消。如未成年者（出於詐

欺強迫行爲者亦同）與債權者結債務契約。而或爲其保證人。此不獨爲主之債務取消時。爲從之保證可取消。即爲主之債務未取消時。爲從之保證亦可先取消。其與前一說異者。彼注意存在。此注意取消。又彼之取消。在主債務取消後。此之取消。則在主債務取消前。且通常之取消權。有因追認復生效力者。此則雖爲主之債務者。追認而爲從之保證人。仍得行使其取消權。以爲不如是。則爲保證之第三者（即保證人。以其在債權者債務者外。故亦爲第三者。必不免受損害也。可參觀日本民第一百二十二條但書。『追認其取消行爲者。不得害第三者之權利。』右所言可取消者。乃原則也。例外見日本民法第四百四十九條之規定。『因無力而當得取消之保證債務者。若在保證結約時。早知其有取消之原因。則以後主債務者雖不履行。或取消其債務。仍推定其爲負擔有同一目的之獨立。謂不同主債務消滅。』據本條文。以爲主債務者既無能力。保證人又知其有取消之原因。此而爲之保證。是有意爲主債務者負擔義務也。法律因乎其人之意。故推定其爲獨立之債務。但曰推定。則使保證人能舉出反證。以自明其不知。亦遂可不

適用此規定。如未成年者與人結債務契約。保證人有信其決不至於取消之理由。又或結有取消則一同取消之約。果能舉其證據。則其保證債務亦終得與主債務者同時取消也。

但本條所規定。必其主債務者爲無能力者。方適用之。若其主債務者。出於詐欺或強迫之行爲。明明有害於公益。而亦不許保證債務。與其主債務同時取消。是使詐欺強迫者得達其目的。甚不可也。

三 保證債務之目的。要與主債務之目的同。有結目的不同之契約。而亦有效者。如當甲借乙米百石時。保證人丙。對乙表示云。若及期甲不辦濟。我當代償金錢千圓。此乃條件附之債務。故於法律有效。若當甲借乙米百石時。保證人丙。對乙表示云。我祇爲金錢千圓之債務保證。此乃保證債務之目的。與主債務之目的不同者。其結果。將使乙之權利。一旦失之於甲。不能得之於丙。是與無保證同。其無效固不待言。此從債務之目的。所以不可不與主債務同也。但疑難之起。常不在於債務之目的。而在於目的之數量（以多少言）與體樣（以期限或條件言）說分甲乙

甲 數量 有保證債務之數量不及主債務之數量者。如主債務千圓。保證債務五百圓是也。夫債務固多無保證者。保證而及其半。已爲債權者所深幸。其當使之有效無疑。若保證債務之數量超過於主債務之數量。如主債務五百圓。保證債務一千圓。是從大於主。理應無效。然必令其全體無效。又甚拂債權者希望保證之意。則惟使相當之五百圓有效。而超過之五百圓無效。乃酌乎情理之中者。

乙 體樣 設主債務者之條件如此。保證債務之條件如彼。此體樣不同。斷然無效者。若體樣同。獨其情節輕重不同。則又不妨。試先以主債務之體樣重。保證債務之體樣輕者言之。如主債務無條件。保證債務有條件。不過於條件未到以前。視同未有保證者。及條件到來。則保證債務依然發生。又如主債務之期限在前。保證債務之期限在後。亦不過於期限未到以前。視同未有保證者。及期限到來。則保證債務亦依然發生。（如主債務以五月爲期限。保證債務以八月爲期限。倘主債務者不於五月履行。至於八月。則保證債務者當負責任。）蓋前者爲

條件附之保證債務後者爲期間附之保證債務二者皆於其所擔保債務發生之限度內有其效力者。

若夫主債務之體樣輕。而保證債務之體樣重。似不當使之有效。其實不然。如主債務爲條件附債務。保證債務爲單純債務。（即無條件與期間之債務。詳第二章第一節第四款第一項）雖單純債務。其效力應即時發生。然事實上。斷無主債務未發生。而保證債務先發生者。其主債務之期限在後。保證債務之期限在前者亦同。是故此種債務。法律許其有效。決不至妨害保證人。以其所使有效者。終不出於主債務之限度外也。前所言保證債務之數量。雖超過於主債務而亦有效者。亦同此理。其規定見日本民法第四百四十八條。『保證人所負擔債務之目的及體樣。比主債務更重時。滅縮之使合於主債務之限度。』

此外尚有保證債務重於主債務者數事。說分子丑

子 主債務無物上擔保保證債務有之及主債務爲普通證書保證債務爲公正證書者有效 蓋主債務者之債務不履行。即已之保證債務亦不履行

之僥倖思想。既非保證人所宜有。則其體樣雖較主債務爲重。及其結果。終不過代主債務者賠償耳。又何患擔保物喪失。〔物上擔保者。以已物擔保他人債務。其物常爲債權者所有。與債權者強制執行（債務用公正證書。債務者得自由強制執行）乎。而必令其無效。非立法意也。〕

丑 主債務無違約金等項之約定而保證債務有之者亦有效 此亦保證債務之體樣。較重於主債務者。其使之有效何也。蓋所見爲重者。非其債務目的之本身自重。不過自其不履行時言之。有此觀念耳。倘適履行於其保證債務之期限到來時。必不至溢出於其本債務之額之外。安得第於約定時見其重。遂不許其有效乎。其規定見日本民法第四百四十七條二項。『保證人者。得專於其保證債務。約定違約金及損害賠償之額。』

附論

保證債務之範圍

保證債務者。當隨主債務之範圍以生其效力。如主債務祇有元本。則祇保證其元本。

若主債務於元本之外，更有所謂利息、違約金、損害賠償及債務之從物等項。此時保證人有契約，則從契約；無契約，則從法律。其規定見日本民法第四百四十七條一項。『保證債務者，凡關於主債務之利息、違約金、損害賠償及其他從於其債務之物，均包於其中。』本條所規定，蓋皆指未有特約者言。所以豫防履行時之轉讓也。

第三項 原因

保證債務，大概因契約而生。蓋由保證人申込而債權者承諾也。此外尚有三大原因，分說如左。

- 一 法律之規定所生 法蘭西民法與日本舊民法，皆條舉某債務歸某人擔保。日本新民法雖無明文，然其條文中有擔保字樣者，雖通常指以物爲擔保者言，實則以人爲擔保者，亦包括於其中。
- 二 裁判所之命令所生 即因訴訟經裁判所決定，而令某債務歸某人擔保是也。此乃法律規定之間接者。蓋裁判所實本法律之意爲之，非裁判官一人之私見也。

三 任意所生 既無法律規定。又無裁判所命令。而本人自願爲之擔保。必其與主債務者相關切者也。

至求其純由法律指定擔保者。其惟日本商法所載（其第六十三條云。以會社財產。不能完濟會社債務時。各社員連帶而任辨濟之責。之合名會社。合資會社。株式合資會社之無限責任社員乎。夫會社之不能完濟。無異於債務者之不能完濟。即各社員之爲會社負責任。無異於保證人之爲債務者負責任。是其性質一。保證債務之性質也。然既未明言。且祇適用於商法。而不適用於民法。然則保證債務之普通原因。可斷定其爲由契約發生矣。

右所言者。爲債權者與保證人間之關係。至債務者與保證人間之關係。亦有二說。列舉於左。

一 同於委任之關係 蓋主債務者以擔保之事委託保證人。必得保證人承諾而效力始生。故其關係與委任同。而得適用委任之規定。其規定見日本民法第六百四十三條。『委任當事者之一方委託爲法律行爲之事於相手方。因相手方之

承諾而生其效力。』

二 同於不當利得之關係 蓋主債務者無故受保證人代償之利益終必有以償還之。故其關係與不當利得而得適用不當利得之規定。其規定見日本民法第七百零三條。『無法律上之原因而受他人之財產與勞務所生之利益。且因此致他人受損害者。當於其利益所存之限度內。負返還之義務。』

第四項 保證人資格

保證人本無一定之資格。願爲者任自爲之。但當裁判所命債務者覓保證人。或債務者自認覓保證人時。則不可不從法律之規定。其規定見日本民法第四百五十條。爲列舉而釋之如左。

其一項云『債務者負立保證人之義務時。其保證人要具如左之條件。』

一 『要有能力者。』

凡未成年者、禁治產者、準禁治產者或妻。皆不得以獨斷（如不得法定代理人與保佐人及夫之同意是）而爲保證人。如以獨斷而爲保證人。得依法律取消

之。

二『要有辨濟之資力』

各國立法例。有爲此設嚴密之規定者。日本民法。則祇取保證人之財產。足以償還其所保證之債務。即爲有資力者。

三『要於管轄債務履行地之控訴院之管轄內有住所。或者定有假住所』

要於同一控訴院之管轄內有住所者。恐距離過遠。於訴訟時不便傳集也。於其管轄內無本住所。即定假住所者。如或有住所於上海。而爲保證人於漢口。則不得不使於保證契約內。即漢口定一假住所。以爲他日或出於訴訟行爲之根據地。蓋取其便利也。

其二項云『保證人至於缺前項二號三號之條件時。債權者得請求以具備前項之條件者代之。』

其所以不舉前項一號者。以要有能力之條件。但具備於契約成立之時。其後即有變更。亦終有效（因有代理人等任其責）故也。惟二號三號之條件有變更。則不免

有妨於保證債務之效力。(如保證人前素封而後破產。或前有住所而後他適。皆能令保證債務失其效力)。故於此特爲規定。所謂請求以具備前項之條件者代之者。謂債權者對於債務者。於保證人失其資力時。得請求其另舉有資力者代之。於保證人易其住所時。得請求其選定住所於當初之場所(指舊住所。或舊住所所在地)也。

其三項云「前二項之規定。於債權者指名保證人時。不適用之。」

保證人既出於債權者之指定。其於一己之利益。計之必熟。故即能力資力之有無。及住所之遠近。且非所問。況其後之失其資力。與變更其住所乎。倘於此而受損害。乃己之選擇失人之過。在債務者。終無代爲另立保證人之義務矣。故不適用前二項之規定。

至有應得擔保之債務。而保證人訖不可得者。但使債務者能設定質權。或抵當權。則亦得免其立保證人之義務。其規定見日本民法第四百五十一條。「債務者不能立具備前條所載條件之保證人時。得供他之擔保以代之。」

第二款 效力

第一項 債權者與保證人之關係 說分甲乙丙

甲 後訴之利益 凡債權者請求債務履行必先向主債務者請求而後可向保證人請求。蓋保證債務之發生既在主債務發生之後。即其履行亦當在主債務不履行之後。倘債權者未向主債務者請求而先請求於保證人。則保證人有拒絕之權。其規定見日本民法第四百五十二條。『債權者請求債務之履行於保證人時。保證人者。得以當先催告主債務者之意請求之。』本條所規定。乃原則也。其例外如下。 說分子丑寅

子 主債務者受破產宣告時 蓋必主債務者之財產不足償還債務。然後受破產之宣告。此時即先向之請求亦屬無益。故當許其先向保證人請求。（其規定見日本民法第四百五十二條但書）

丑 主債務者行方不明時 蓋主債務者既無踪跡可尋。則債權者即欲向之請求而不可得。故亦當許其先向保證人請求。（其規定亦見日本民法第四百五十

二條但書

寅 保證人與主債務者連帶時。蓋一面爲保證人。一面與主債務者連帶。以一身兼保證人與債務者之資格。是之謂連帶保證人。凡連帶保證人。其自債權者受履行請求時。不得曰當先請求債務者。其規定見日本民法第四百五十四條。『保證人與主債務者連帶而負擔債務時。無定於前二條之權利。』本條所規定。非保證人與保證人連帶所得適用。分別觀之可也。

但連帶保證。仍爲保證債務之一種。而非即連帶債務。如保證債務。常隨主債務之消滅而消滅。連帶債務。則雖其一債務消滅。他之債務。仍不消滅。此一異點也。又如保證債務之期限。其在主債務前者無效。連帶債務。則或此之債務期限在彼之前。或彼之債務期限在此之前。均屬有效。此又一異點也。其餘異點尙多。茲特舉其重要者言之耳。

乙 檢索之利益 即請求調查主債務者之財產之權利也。如債權者向保證人請求履行。保證人得檢查主債務者之財產。必其果不足以履行債務。乃任賠償之責。此

檢索之利益。所以與後訴之利益並行。特彼無條件。此有條件耳。其條件如左。

一 要主債務者有辨濟之資力

二 要容易執行

若右之條件不具。而許其主張檢索。則必有害於債權者。如主債務者之財產有限。保證人亦以之對抗債權者。是名爲檢索。實則推諉。遲之又久。終不足額。此不具第一條件之有害於債權者也。又如主債務者之財產。寄存異國。而亦主張檢索。則是終無履行債務之一日。此不具第二條件之有害於債權者也。且債權者既受後訴之對抗於前。又受檢索之對抗於後。苟不當其可。必有所難堪。此所以獨宜具備條件也。

其具備條件。即與保證人以檢索利益者。蓋不使主債務者得匿其財產。而僥倖保證人之代還也。倘主債務者自有財產。保證人亦先代還而後求償。其事既失之煩。且與保證債務之性質相反。謂立於爲從之地。反任爲主之責。故法律爲保證人保護。而以檢索之利益與之。其規定見日本民法第四百五十三條。『雖債權者既從前條之規定。以催告主債務者。然使以後保證人證明主債務者有辨濟之資力。且容易執行。

則債權者。要先執行主債務者之財產。』

若保證人與主債務者連帶。則不能主張檢索。其理由與不能主張後訴同。蓋既以保證人兼債務者之資格。則自債權者觀之。亦一債務者也。

丙 分別之利益 凡保證人在二人以上。應其人數而各負擔一部分。是分別也。其各保證人得主張分別負擔者。是利益也。如甲乙二保證人。同保證一債務。而債權者專向甲一人請求履行債務之全部。此時甲祇承認半部。而以與乙分擔各半對抗之可也。日本惟採分擔主義。故不論其先後。即一為原有之保證人。一為加入之保證人。其負擔仍以分攤為準。如其民法第四百五十六條所規定。『於數人之保證事件。其保證人。雖以各別之行為負擔債務。終適用第四百二十七條。』譯見本章第一節第二款之規定。是也。

丁 主債務者與保證債務間之關係 即主債務者所生之事項對於保證債務者有影響。或保證債務者所生之事項對於主債務者有影響也。除前所言主從關係外。更有三事如左。

一 請求 凡債權者對於主債務者請求。其於保證人亦有影響。蓋請求爲時效中斷之原因。一經債權者請求。既對於主債務者生時效中斷之效力。即對於其保證人。亦生時效中斷之效力。倘必先對主債務者請求。待其不履行。乃更向保證人請求。則遷延之間。時效或已完成。而保證人因得拒絕請求。而希圖免損害賠償之責。豈不使無過失之債權者。受不測之損害乎。此法律所當保護者也。

二 其他時效中斷 此蓋別乎上所言請求一項。而專指差押、假差押、處分、承認數項言之。倘對於主債務者。既行使時效中斷之方法（即差押等事）而非更對於保證人行之。依然無效。則利於保證人而不利於債權者。何則。設一債務爲十年時效。已經過九年十一月二十九日。其所餘不過一日。適債權者對於主債務者。有差押之行爲。所以使時效中者斷。自此再踰一日。則保證人之時效完成。而欲使之中斷則已遲。此時債權者。有不受損害者矣。惟使時效中斷之效力。同日發生。乃無此患。

日本民法第四百五十七條一項云「有履行之請求。如「一號」及其他時效之中

斷者。『如二號』雖對於保證人。亦生其效力。』

三 相殺 如債權者對於主債務者有債權。主債務者對於債權者亦有債權。彼此可以相抵。似與保證人無涉。然使主債務者不以其相抵。則保證人可代爲之。其規定見日本民法第四百五十七條二項。『保證人者。得據主債務者之債權。而以相殺對抗於債權者。』本條所規定。亦爲便宜起見耳。蓋惟許保證人援主債務者之債權。以與債權者相殺。故抵須一語申明。即三項債務。同時消滅。否則手續既煩。且展轉遷延之間。或致保證人代償。不能求償於主債務者。或致主債務者不能取償於債權者。殊非所以求便利。而免損害也。

至保證債務者所生之事項。對於主債務者亦有影響云云。以主從之理言之。似無其事。蓋保證人爲從。債務者爲主。主固不因從而消滅也。但保證人與主債務者連帶時。則因連帶債務之資格。而保證人之行爲。其影響及於主債務者。而同有其效力。如日本民法第四百五十八條所規定。『主債務者與保證人連帶而負擔債務時。適用第四百三十四條乃至四百四十條。俱見前第二款第一項第三目』之規

定。是也。

第二項 保證人與主債務者之關係

保證人與主債務者之關係。其主要者爲求償權。即保證人代主債務者辨濟債務而求其償還。是也。分三種言之如左。

一 固有訴權 保證人既代主債務者辨濟。主債務者有應償還之義務。即保證人有請求其償還之權利。是之謂固有訴權。

二 代位訴權 如主債務者以不動產抵當於債權者。既而失其資力。保證人代爲辨濟。此時抵當權取出。保證人得請求於主債務者。而代債權者行使之。是之謂代位訴權。

三 特別求償權 如主債務者連帶多人。雖保證人祇爲其中一人保證。然連帶債務。其性質本不可分。則債權者對於其所保證之一人。可爲全部債務之請求。如其不履行。即對於保證此一人之保證人。亦可爲全部債務之請求。此時保證人所保證者。雖祇一人。而所代償之債務。實屬全部。其求償之方法應如何。關此問題之

解釋。有數主義。說分子丑寅

子 保證人對他債務者不得求償 設主債務者爲甲乙丙三人連帶。而保證人專爲甲保證。亦即專代甲償還。雖所代償之額爲全部。然爲甲代。非爲乙丙代也。既非爲乙丙代。即乙丙可不負責任。彼所謂不可分者。特自債權者視之如是耳。豈債務者自視亦如是乎。此主張不得對他債務者求償之說也。

丑 保證人對他債務者得求償全部 如前例。保證人雖祇代甲償還。而全部債務之責任免除。乙丙與甲實同之。夫既同受全部之利益。亦即同負償還所受全部利益之義務。此主張得對他債務者求償全部之說也。

寅 保證人對他債務者祇得求償其所負擔之一部分 如前例。甲乙丙之於連帶債務。原各負擔其一部分。今以甲之保證人。爲全部債務之辨濟。從實際觀之。甲乙丙各受其一部分之利益。但保證人之所代償者爲甲。故甲雖祇受一部分之利益。其對於保證人。終應償還其所代之全部。即保證人對之。亦得請求其償還已所代之全部。至於乙丙二人。不過因與甲連帶。同受一部分之利益。故其

對於保證人。祇應各自如其所負擔之部分以償還之。即保證人亦祇得各應其所負擔之部分。而請求償還。此主張祇得求償各所負擔一部分之說也。

合上三說觀之。如第一說。則他債務者實受利益。而全不任償還之責。於法律爲不當利得。如第二說。則超過他債務者所應負擔之限度。以請求償還。即連帶債務者之一人代他債務者辨濟。亦無此權利。況保證人乎。惟第三說。取前二說折衷之。最爲公允。故日本民法採之。如第四百六十四條所規定「或爲連帶債務者保證。或爲不可分債務之一人保證。其保證人對於他債務者。惟屬於其所負擔之部分。有求償權。」是也。

夫求償權有三種。既如右所述。而求償權之所由行。又視保證人之受委任與未受委任而異。其求償權之由契約關係生出者。受委任者也。其求償權之由不當利得生出者。未受委任者也。分甲乙言之如左。

甲 受委任爲保證者 其規定見日本民法第四百五十九條。「保證人受主債務者之委託而爲之保證。或無過失而受當辨濟於債權者之裁判言渡。」判決意

或代主債務者辨濟。或以自己之出捐。使其債務消滅。此時保證人對於主債務者有求償權。據本條文。受委任爲保證者。其有求償權。約分三種行爲。(一)主債務者敗訴。其過失不在保證人。而經裁判所命其代爲辨濟。此時保證人縱未即履行。然事已歸於確定。(二)保證人自圖免責。而以其義務。代主債務者辨濟。(三)保證人不以現金辨濟。而依法律上之更改。使債權移轉於已。以及出於相殺和解等因。使主債務者之債務消滅。但二號三號之求償權。必行使於已使債務消滅之後。而一號之求償權。可行使於未使債務消滅之前。微有異耳。至其求償權之範圍。可參觀日本民法第四百四十二條。(譯見本章第三節第一款乙號)

除上條所揭受裁判言渡外。尙有可預先求償者數事。其規定見日本民法第四百六十條。『保證人受主債務者之委託而爲保證時。其保證人於左之情形。得對主債務者預行求償權。』

一 『主債務者受破產之宣告。且債權者未加入於其財團之配當時。』

凡受破產宣告者。其財產歸破產管財人管理。各債權者應速行加入。以便分

攤償還。若債權者怠於加入。則保證人得從速加入之。（其不許并加入者。不可變一債務爲兩債務。而兩人同索之也。蓋凡破產之加入有定期。立法者恐保證人以過期加入之無效。（以破產者之財產。已分給他入也。）而受全數賠償之累。（債務者受破產宣告時。債權者受其分攤之財產。不足則歸保證人負擔。今債權者不及加入。則分攤之財產不可得。故保證人有賠償全數之累。）故許其及時加入。以預行其求償權。（未代爲辨濟。而先請求破產者之財產。故曰預行其求償權。）若保證人一面加入。一面對債權者償還全額。則已立於債權者之地位。可自受破產者之分攤財產。而成爲代位訴權矣。

二 「債務之辨濟期已至。主債務者。不得以債權者於保證契約後。所許延長之期限。對抗保證人。」

債務已至辨濟期限。若債權者不請求。則保證人得請求之。否則恐主債務者一旦失其資力。而保證人。不免受賠償之累矣。至債權者於結保證契約後。復許主債務者以延長期限。以主從之例推之。似保證之期限。亦應延長。且似有

爲保證人緩責之意。其實不然。蓋期限愈長。則保證人之責愈重。並恐主債務者於所延之期限內。頓失其資力。致令保證人賠償。故法律許其依原約請求。而不許主債務者舉債權者所許延長之期限。以抵抗之。

三 「債務之辨濟期不確定。且不能確定其最長期間。有此情形。而經過保證契約後十年時。」

主債務之辨濟期既不確定。設無限制。將永爲保證人之累。故法律爲之規定。但自結保證契約後。經過十年。即可請其償還。以免保證之責。

其必申言不能確定其最長期間者。謂既具辨濟期不確定之條件。尤必具此一條件。方適用本條之規定也。所謂不能確定之最長期間。如爲終身定期金及禁治產者保證是也。若爲未成年者保證。則雖必待其人成立。方能免責。然既確定其爲二十年。則亦不能於其未滿二十年時。預先求償。此當辨別者也。如右所述。保證人對於主債務者。既有此四種求償權。在主債務者亦已應其請求。而爲賠償。而債權者尙未受全部之辨濟。此時主債務者。慮債權者仍向已請求。不

得不防及保證人。其防之之法。或請求其以物或人為擔保。或使為供託於他處。或使更改其債務。總以求免自己之責任為度。其規定見日本民法第四百六十一條一項。『依前二條之規定。當主債務者對於保證人為賠償。而債權者未受全部之辨濟時。其主債務者。得以使供擔保與使自己免責之旨。請求於保證人。』

至主債務者不欲應保證人之求償。而又無拒絕之理。則亦惟用供託擔保更改等法。以使之有恃無恐。然後賠償之義務。可得而免。其規定見日本民法第四百六十一條二項。『於右之情形。而主債務者。或為供託。或為擔保。或用他法使保證人免責。則得免其賠償之義務。』

乙 未受委任為保證者 說分子丑

子 不反乎主債務者之意思。如未受委任為保證。而實為主債務者所願。則主債務者。自應一切賠償。但其賠償之法。終與對於受委任者有別。其對於受委任者之賠償。必統計一切損害。及其所附利息。此則專以當時所受之利益為限。蓋以待事務管理者待之也。凡賠償事務管理者。以其人所費之多少為限。今主

債務者當時所受利益之限度。即保證人當時所費多少之限度。故以此爲賠償之標準。實與賠償事務管理者同。蓋亦深爲之保護矣。其規定見日本民法第四百六十二條一項。『未受主債務者之委託。而爲之保證者。或直辨濟債務。或以自己之出捐。如更改相殺之類。』使債務者免其債務。此時主債務者於其當時受利益之限度內。要爲賠償。但本條中另伏一問題。爲舉例以釋之。如主債務者本有可與債權者相抵之債權。而未受委任之保證人。任意以己之債權。與其債權者（即主債務者之債權者）相抵。則主債務者可舉其原因以對抗之。而不爲賠償。所謂原因。即於實際上。未受保證人之利益是也。

丑 反乎主債務者之意思 凡法律以當事者之意思爲主。今既未受主債務者之委任。且爲其所不願。而爲之保證。自不能受完全之保護。特在本人終爲不當利得。故仍許保證人有求償權。然不當利得之求償。不得出於其所受利益之限度以外。如保證人雖確實代償。而主債務者又自償之。是實未受保證人之利益。即保證人不得向之求償矣。其規定見日本民法第四百六十二條一項。『反

乎主債務者之意思而爲之保證者。惟於主債務者受利益之限度內。有其求償權。

若當未受委任之保證人代償以後。求償以前。適主債務者有與債權者相抵之原因。可以主張。則此時之不當利得。不在主債務者。而在其債權者。然使必由其債權者向主債務者履行。再由主債務者向保證人履行。無論主債務者。既因主張相抵而免責。即以手續論。亦未免過煩。故不若許保證人直接請求債權者履行。最爲便利。其規定見日本民法第四百六十二條二項但書。『……若主債務者於求償之日以前。有相殺之原因。可主張。則保證人對於債權者。得請求因相殺而當消滅之債務之履行。』

第三項 保證人間之關係

設以數人同爲保證人。而遇代償全部債務之事。論理本應分擔。而適於其中。有一人獨擔任之。則對於其他保證人。應有求償權。但其求償權之範圍。各依其情形而異。

說分甲至丁

甲 連帶保證之情形 即連帶之存於保證人間者。如以三人連帶保證。而其中一人獨爲全部辨濟。或辨濟雖未及全部。而已超過於其所負擔之部分。此時其他保證人。實因此一人受利益。故此一人對之有求償權。

乙 不可分債務之情形 無論債權者一面不可分。或債務者一面不可分。(日本法律。祇重債務者一面。但有一保證人。因其不可分而爲全部辨濟。或辨濟而超過於其所負擔之部分。則對於其他保證人有求償權。亦以其他保證人。因此一人而受利益也。

丙 有特約之情形 即曾結特約許債權者對於各保證人得爲全部之請求。是也。債權者對於各保證人。既有請求全部之權利。即各保證人對於債權者。有履行全部之義務。故無論孰一保證人爲全部辨濟。或辨濟而超過於其所負擔之部分。其他保證人。未有不因之而受利益者。故此一保證人對之有求償權。

凡保證人間。有以上三種情形者。其求償權之範圍。一切準用連帶債務中求償權之規定。其規定見日本民法第四百六十五條一項。『於有數保證人時。指連帶

言如甲，或因債務不可分。保乙，或因保證人有當爲全部辨濟之特約。如丙而其保證人中之一人，爲辨濟其全額。或辨濟而超過於其所負擔之部分。準用第四百四十二條。乃至第四百四十四條，皆規定連帶債務之求償權者。詳本章第三節第二款乙號之規定。」

丁 其他任意自爲辨濟之情形（即無連帶不可分特約之關係者） 此在法律不能爲完全之保護。然其中亦有區別。說分子丑

子 不反乎其他保證人之意思而爲辨濟者 此其求償權與未受委任。又不反乎主債務者之意思。而爲之保證者同。蓋以其人自己所費之多少爲限也。

丑 反乎其他保證人之意思而爲辨濟者 此其求償權與未受委任。且反乎主債務者之意思。而爲之保證者同。蓋以其他保證人所受之利益爲限也。

右之規定。見日本民法第四百六十五條二項。『非前項之情形。且非連帶保證。而其中有一人爲全部辨濟。或辨濟而超過於其所負擔之部分時。準用第四百六十二條「見本款第二項乙號」之規定。』

第二號 消滅

第一項 直接消滅

直接消滅者。謂直使保證債務自己消滅也。其原因與一般債務之消滅同。分之爲八如左。

一 辨濟 ボウソナト氏 (譯名波斯拉朵。法蘭西人。日本舊民法起草者) 謂保證人之辨濟。仍是爲主債務而辨濟。即保證債務之因辨濟而消滅。仍是因主債務之消滅而消滅。故亦爲間接之消滅。此顛倒主客之謬見也。何則。保證人之辨濟。直是履行自己之債務。決非以主債務者之代理人。代理主債務者履行債務。特其結果。至於使主債務消滅耳。

按債務之設立保證。就債務者言之。則爲增信用力。就債權者言之。則爲求安全策。觀本段所論法理。益見保證人責任重大。倘如中國諺語。所謂保人不還錢之誓。則保證人之設。直同附贅懸疣。曾不能恃以救經濟界之危險。又焉用之。此急宜明訂法律以矯正之者。

二 更改 如保證人更改。則前保證人之保證債務消滅。如債權者更改。則保證人對於前債權者之保證債務消滅。至其他目的變更。則惟前日之保證目的消滅。而其保證債務。仍不消滅。如原爲金千圓之保證債務。既而與債權者更訂其約云。如他日主債務者不能辨濟。我當自以其不動產代爲辨濟。是其保證債務不消滅也。

三 免除 謂債權者免除保證人之債務。則保證債務因而消滅也。

四 相殺 如保證人對於債權者有債權。及債權者請求履行。保證人因據已之債權。以主張相殺。則保證債務因而消滅。ボウソナード氏謂此亦間接之消滅。其誤與前辨濟說同。

五 混同 或保證人相續債權者。或債權者相續保證人。其保證債務自然消滅。而主債務則依然存在耳。

六 履行之不能 即保證債務之目的滅失是也。如畫工甲約爲丙繪畫。畫工乙爲之保證云。甲若不盡其義務。我當代爲之。既而乙因病傷。至於手不能動。則其保

證債務之當消滅無疑。ポロツリナソド氏謂此爲間接之消滅。其誤亦與辨濟說同。

七 時效 時效停止之關係。祇存於債務者與債權者間。其影響曾不及於保證人。如自未成年者一旦轉爲成年者。或後任之代理人就職。其時六個月內。時效不完成。(即停止)而保證人於此。不妨完成其時效。是得先主債務者而直接消滅也。

八 代位之不能 如主債務者以不動產抵當於債權者。倘保證人爲之辨濟。自得代位債權者而行其抵當權。今債權者乃拋棄其抵當權。或損失其抵當物。致保證人不能得代位之利益。則保證人可不復任保證之責。而保證債務消滅。

第二項 間接消滅

間接消滅者。謂主債務消滅。其影響及於保證債務。而保證債務因而消滅也。此乃自然之結果。不煩贅述。

附論

物上擔保

物上擔保者。謂爲他人之債務。而以自己之物。對於其債權者。設定質權或抵當權也。如甲負乙債。丙以己之動產或不動產擔保之。則丙爲物上擔保人。因其用己物供擔保。以後。即不負其他之責任。故雖主債務者不爲辨濟。亦不能訴訟其人。及另強其賠償。惟得賣卻其物而受取利益耳。此其資格之與普通保證人異者。然爲他人之債務。損自己之財產。其事實又與保證人之賠償主債務同。故其對於主債務者。亦有求償權。如日本民法第三百五十一條所規定。『爲擔保他人之債務。設定質權者。因辨濟其債務。成質權之實行。而失質物之所有權時。從關於保證債務之規定。對於債務者有求償權。』是關於質權之求償權也。又如其第三百七十二條所規定。『第二百九十六條。第三百零四條。及第三百五十一條之規定。準用之於抵當權。』是關於抵當權之求償權也。

又梅博士云。債權者將賣卻其擔保物時。其物上擔保人。願以金錢替代。自應從其請求。特債權者。要求其以金錢替代。則不可耳。

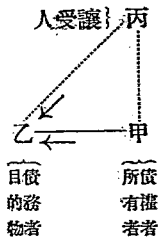
第四章 債權之讓渡

第一節 總論

先以債務一面言之。在德意志民法。有所謂債務之引受。如甲負乙債。丙爲承認。因對於乙爲債務者是也。日本民法。不以爲引受。而以爲更改。蓋更改爲使舊債務消滅。而新債務發生。引受則舊債務仍存。不過使之移轉而已。此其意味之不同也。（詳第五章第三節第一款第二項第二目）茲但論移轉之屬於債權者。所謂讓渡是也。

第一款 原則

債權以當得讓渡爲原則。昔羅馬法不認債權之讓渡。蓋謂債權爲特定人之關係。不得易一人而仍有債權。必易一人而仍有債權。非依更改方法。使舊債務消滅。新債務發生不可。然羅馬法固認物權之讓渡者。夫債權與物權。性質雖殊。其讓渡之關係則一。試列式如左以明之。



債務者

如右式。甲爲所有者。乙爲目的物。甲對乙原有權利之關係。設甲以其所有權讓渡於丙。則丙對乙之關係。同於甲對乙之關係矣。於債權亦然。如甲爲債權者。乙爲債務者。及甲以其權利讓渡於丙。則丙對乙之關係。亦同於甲對乙之關係矣。夫權利之關係。既同。安在物權可以讓渡。而債權不可以讓渡乎。以理論之。則既然矣。

更以事實論。設債權不許讓渡於社會經濟。甚不活動。昔羅馬法既知其如此。則又別設法以濟之。特不立讓渡之名耳。現今世界各國。惟英法以不許讓渡爲原則。其實例外之讓渡甚多。其餘各國。均以許讓渡爲原則。日本立法時。亦多反對。以爲債務者。今日對甲負債務。明日又使之對乙負債務。讓受人之性格既不可知。且恐易一人而督促過甚。必非其所願。梅博士反對其說。以爲若慮其性格難知。則對於債權者之相續人。其能知其性格乎。若慮其督促過甚。則對於債權者之代理人。其能免督促乎。然則債務者。既不能不承認相續人與代理人。而獨不承認讓受人。亦理之不可通者矣。且債務者。必不願讓渡。則早定特約。原非法律所禁。更何慮其反乎債務者之意思乎。是故終以採讓渡主義爲最適當。但日本舊民法。雖許讓渡。終必待債務者承諾。（見其

明治九年第九十號布告)則有類於更改之方法。其新民法特改正之。(其第四百六十六條云。凡債務得讓渡之。蓋以讓渡之效力。雖待債務者承諾而生。而讓渡之權。固操之於債權者也。

第二款 例外

第一項 於性質上不得讓渡

其規定見日本民法第四百六十六條但書。『……債權之性質不許時。不得讓渡。』

說分甲乙

甲 法律上有明文者 就日本民法言之。如第五百九十四條所規定之使用貸借。(無租金者)第六百一十二條所規定之質貸借。第六百二十五條所規定之雇傭。第九百六十三條所規定之扶養。以及第五百九十四條。第九百六十三條所規定。雖無不得讓渡字樣。而意固如此。則亦皆可謂有明文禁止讓渡者。

乙 法律上無明文者 如甲對乙願盡扶養之義務。而相與結約。則乙不得讓渡其權利於丙。而使甲扶養之也。此無明文禁止。而於性質上不得讓渡者。

第二項 因當事者之意思不得讓渡

無論債權者債務者或遺言者。但當結約與遺言時。早表示不得讓渡之意思。即生妨止讓渡之效力。此專以當事者之意思爲重者。然惟日本之法律如此。其規定見其民法第四百六十六條二項。前項之所規定。於當事者表示反對之意思時。不適用之。其有當事者違反特約。因讓渡而損及他方者。在他方得請求其賠償。此乃當然之結果。但在當初。第三者不知其有特約。信爲可以讓受。既而當事者以有特約對抗之。使其讓受無效。豈不令第三者受意外損害乎。故宜以法律保護之。其規定見日本民法第四百六十六條但書。『……其意思表示。不得以之對抗善意之第三者。』

第二節 指名債權

指名債權。謂記載氏名於證書而已。經確定之普通債權也。蓋此種普通債權。有於客觀爲確定。於主觀爲不確定者。如下指圖債權。及無記名債權。持券者知必有錢可取。被持券者。尚不知取錢者爲誰是也。茲獨於證書上記載債權者之名氏。故爲已經確定之普通債權。

第一款 指名債權讓渡之要件 說分甲乙

甲 原則 通常從當事者之意思。但須當事者有此意思。無論讓渡何人均可。其必要之條件。獨契約或遺言耳。

乙 對抗第三者 彼不動產之權利移轉。以登記爲要件。動產之權利移轉。以引渡爲要件。否則不能對抗第三者。而指名債權之讓渡。其欲對抗第三者。亦非特具要件不可。蓋凡債權之讓渡。雖以契約或遺言而成立。然非如不動產之有登記可查。與動產之有引渡可見。故非經債權者通知債務者（即第三者）而得其承諾。則讓渡之後。債務者必依然向讓渡人履行。假令讓渡人受其履行。而讓受人又得行使其讓受權。以對債務者請求履行。勢必致債務者受重爲履行之累。雖得向讓渡人求償。然使讓渡人失其資力。則債務者竟受損害矣。此對抗債務者。所以必具通知承諾之要件也。其規定見日本民法第四百六十七條一項。『指名債權之讓渡。非讓渡人通知於債務者。而債務者承諾之。不得以之對抗於債務者。』

至欲對抗其他第三者（如差押債權者。及於其債權上得質權抵當權者之類）。亦

非具通知承諾之條件不可。設其債權之上。存有差押債權等權利。若不通知於債權者而得其承諾。則債務者可不承認其讓渡。而有差押債權等權利者。仍得對於財產而強制執行。此不具通知承諾之要件。更不能對抗其他第三者之理由也。（其規定之條文同上）

但對債務者。既發通知得承諾。而對於其他第三者。更當具一特別之要件。即須確定日附（日子）證書是也。其規定見日本民法第四百六十七條二項。『前項之通知承諾。非有確定日附證書。不得以之對抗於債務者以外之第三者。』

其所以必須確定日附證書者。所以防詐偽也。如債權者甲。讓渡其債權如丙。既又讓渡於丁。皆通知於債務者乙。然丁知丙之讓受在先。將使已之讓受失其效力。遂與讓渡人及債務者通謀。而提其讓渡之日附於前。因以之對抗丙。是依日附爲詐欺行爲也。然則必如何而後能使日附確定乎。其法見日本民法施行法第五條。（其條文云證書以限於左之情形爲確定日附者。據本條所揭之情形有五。列舉而釋之於左。

一 「若爲公正證書。公證人所作者。如財產目錄之類。則以其日附爲確定日

附。

蓋既爲公證人所作。其日附必備。故即以之爲確定日附。

二 『若於登記所或公證人役場。押捺有日附之印章於私署證書。即以其印章之日附爲確定日附。』

私署證書者。自作證書而署名於其上也。作成之後。送至區裁判所之登記所。或公證人役場。請其押捺印章。(日本登記所所有有日附之印章。其文爲某年月日某區裁判所。其公證人役場所有有日附之印章。其文爲某年月日某公證人某役場。)而爲之鈐記。如此則作僞不易。故即以其印章之日附爲確定日附。

三 『於私署證書之署名中。有死亡者。以其死亡之日。爲確定日附。』

蓋必其人生時始能署名。故即以其死亡之日。爲確定日附。

三 『於有確定日附證書中。引用私署證書者。以其證書之日附。爲所引用私署證書之確定日附。』

本證書(如公正證書)已無可爭論。特其中所引之私署證書。其日附有差異。然

私署證書。必成於公正證書之前。故即以其公正證書之日附。爲其確定日附。

五 『於官廳與公署。記載事項於私署證書。因記載日附於其中者。以其日附爲其證書之確定日附。』

蓋經官廳或公署登記。而署日附於其上者。必無差誤。故即以其日附。爲其證書之確定日附。

按凡通知證書。大抵由執達吏爲之。彼自存其一分。而以其一分付債務者。其承認證書。則以其一分付讓受人。

既具右之三要件。(一契約或遺言。二通知承諾。三確定日附之證書。)即其讓渡之效力。能及於債務者。及其他第三者。固也。然有例外。如日本記名株式之讓渡。(見日本商法第一百五十條)非記載讓受人之氏名住所於株主(股東)名簿。並記載其氏名於株券(股票)及其記名社債之讓渡。(見日本商法第二百零六條)非記載讓受人之氏名住所於社債原簿。并記載其氏名於債券。皆不得以之對抗會社。及其他之第三者。此其手續尤繁者也。

第二款 指名債權讓渡之效力 說分甲乙

甲 原則 當讓渡之後一切權利皆完全移轉於讓受人。此原則也。因此遂生以下之三結果。

一 讓渡人所無之權利讓受人亦無之。如債權證書。雖爲一千圓。然債務者已償其半額。則讓渡人祇有五百圓之權利。即讓受人亦祇有五百圓之權利。而不得執此證書。以向債務者索取千圓矣。

二 債務者之權利不因讓渡而受其影響。債權之讓渡。有祇須通知者。（別乎必待債務者承諾者而言）其債務者。自受通知日以前。所有對於讓渡人發生之事由。（如相殺之類）得以之對抗讓受人。蓋讓渡之效力。必自其受通知之日發生也。其規定見日本民法第四百六十八條二項。『讓渡人止爲讓渡之通知時。債務者得以受其通知前所對於讓渡人之事由。對抗於讓受人。』

三 讓渡後之讓渡人與債務者斷絕關係。設債務者當相續時。前債權者。乘其不知前債務者已諾其讓渡。而私與之和解。（日本謂讓其債務若干爲和解）此時

相續之債務者。不得援此以對抗讓受人。蓋以前債權者之權利。既已讓渡。即不得再有與債務者和解之權利也。

乙 例外 謂債務者留有異義而爲承諾則可以對抗讓受人。如債權者甲讓渡其債權於乙。丙雖承諾之。但留異議云。所有與甲對抗之事由。（如履行其一部及相殺之類）及期仍當有效。如此則以後可以對抗於讓受人矣。

然自留異議之外。則讓受人有完全之權利。固不得以對抗讓渡人者對抗之。其規定見日本民法第四百六十八條。『債務者非留異議而爲前條之承諾時。雖有得對抗讓渡人之事由。不得對抗讓受人。』

夫讓受人既不可對抗。此時對於債務者。必有以保護之。如對於讓渡人之債務。既履行若干。不妨如數取還。又如債權者與債務者有爭端。因和解而得債務者承諾若干。及讓渡後。即可將所承認之債務。看做會無此事者。蓋所以使不受重爲履行之累也。其規定見日本民法第四百六十八條但書。『……債務者因使其債務消滅。有所拂渡。付過。於讓渡人時。不妨返還之。又對於讓渡人負有債務者。不妨看做不成立者。』

第三節 指圖債權

指圖(指示)債權。謂記載讓渡之旨於證書而得依裏書以讓渡之債權也。其通常證書式如左。(依日本式錄之餘同)

金若干圓(或物若干△)也

右之金額、支拂於貴殿(指乙)或貴殿之指圖人。

年 月 日 甲 某(債務者)

乙 某(債權者) 殿

其依裏書以讓渡也。名次必輾轉連屬。如始由乙讓渡於丙者。繼必由丙讓渡於丁。其通常裏書式如左。

表記之金額、請支拂於丙某(讓受人)殿或其指圖人。

乙 某(讓渡人)

按日本指圖債權。及無記名債權。舊時皆專由其商法規定。至訂新民法。始規定其原則於債權編中。蓋此種債權。多由商事發生。故其商法中。有得依裏書以讓渡。而

爲指圖債權者。如爲替手形。（如中國匯票。用於地方不同者。）約束手形。（有彼此相約意。係通常所用者。）小切手（爲數甚小。可以截取付人者）是也。除手形外。又有得依裏書以讓渡或質入。而爲指圖債權者。如倉庫營業者所發行之豫證券。及質入證券（依證書可質入者）等是也。此外更有於法律上不爲指圖債權。而依當事者之意思。得爲指圖債權者。如貨物引換券。（陸上運送所用以取貨物者）船荷證券。（海上運送所用以取貨物者）保險證券（惟損害保險有之。生命保險則不適用）等是也。

第一款 指圖債權讓渡之要件 說分甲乙

甲 原則 與指名債權同。（詳本章第二節第一款甲號）

乙 對抗第三者（債務者在內） 以爲讓渡之裏書於其證書爲要件。蓋非經此種手續。則雖讓受其債務。債務者及第三者。不知其果爲讓受人否。且不能證明裏書之有無間斷。與證書所持人及其他中間讓受人之權利。皆自正當得來否。故不得第以債權者之讓渡對抗之。其規定見日本民法第四百六十九條。『指圖債權之讓渡。非

爲讓渡之裏書於其證書。而交付於讓受人。不得以之對抗債務者及其他第三者。』

第二款 指圖債權讓渡之效力 說分甲乙

甲 原則 與指名債權同。(詳本章第二節第二款甲號)

乙 例外 說分子丑寅

子 債務者無調查之義務 指圖債權。祇以證書爲據。故其債務者有調查之權利。而不負義務。蓋指圖債權之證書。雖以流通爲目的。然必有所傳來。故債務者如欲調查所持人。及署名捺印之真僞。所持人不得拒絕之。是有其權利也。然展轉傳來。署者甚眾。倘以一一調查。明稿爲責任。事既過繁。且有賠償之累。則待債務者太苛。而指圖債權之效用將失。是其所以不負義務也。其規定見日本民法第四百七十條。『指圖債權之債務者。雖有調查其證書所持人。及其署名捺印之真僞之權利。然不負其義務。』

但其債務者。若有惡意及重大過失。則其辨濟終無效。如裏書所署之氏名不相連屬。或其印跡顯然不符。或所持人之形跡。本屬可疑。此皆債務者智識能及之事。而

以疏忽之故。誤爲給付。是過失也。若知而給付之。是惡意也。凡若此者。債務者不能辭其責。雖使之重爲辨濟。而亦不爲苛酷矣。其規定見日本民法第四百七十條但書。『……債務者有惡意或重大過失時。其辨濟爲無效。』

丑 凡證書所未記明者無效。指圖債權之效力。皆因證書而生。故非證書記明者不能有效。如甲買乙米。未付代價。乙已出具證書。而其證書所載。僅爲米之給付。并未及代價之給付否。既而甲以證書讓渡於丙。丙持以取米。此時乙若不付丙米。而對之索取代價則不可。蓋代價既爲證書所未載。則給付自應歸甲。而與丙無涉。故乙不得以未付代價對抗之。又如甲約以金錢與乙。而云必俟獲利始相給付。然未載此約於證書。則甲亦不得援此約以對抗於乙所讓渡之人。皆其例也。

寅 證書性質所當然生出之結果無效。如以物寄託於倉庫營業者處。雖受其證書。然非給付倉敷（租倉之金）及保管料。不得取出其物。是其證書之性質當然也。苟以此種證書讓渡。則其效力及於讓受人。如甲以質入券或預證券讓渡於乙。乙苟不給付倉敷與保管料等。則倉庫營業者得不交付其物。是其證書性質當然

生出之結果也。然除此之外。有雖可以對抗讓渡人。而不能以之對抗讓受人者矣。日本民法第四百七十二條云。『指圖債權之債務者。除記載於證書之事項。』如「丑」及其證書性質當然生出之結果。如「寅」外。不得以得對抗於原債權者。即「讓渡人」之事由。而對抗於善意之讓受人。』

按指圖債權讓渡之效力。亦以讓受人得享完全之權利爲原則。然如前第四百七十條所規定。債務者有調查讓受人之權利。又如本條所規定。債務者得以證書所記載之事項。及其性質當然生出之結果。對抗於讓受人。是讓受人之權利。有時不能依證書以行使於債務者矣。此其所以爲例外也。

第四節 無記名債權

無記名債權。謂凡證書所持之人。皆視同債權者也。然不可與持參人拂之記名債權相混。夫持參人拂之記名債權。其與通常指名債權不同者。彼非本人不能取。此則書明所持參之人亦可取。蓋避給付之危險。而以指名債權之本式。準用指圖債權之規定者也。苟以其變易指名債權之形式。遂疑爲無記名債權。則誤矣。然則果以何者

爲無記名債權乎。此亦無定程。但依無記名之方式爲之者皆是。如日本銀行之兌換券。中國之銀錢票據。皆此物也。

第一款 無記名債權讓渡之要件 說分甲乙

甲 原則 亦與指名債權同。(詳本章第二節第一款甲號)

乙 對抗第三者 以引渡爲要件。蓋凡動產之讓渡。必引渡後。方可對抗第三者。今無記名債權。亦動產也。故其要件同。可參觀日本民法第八十六條三項。及第一百七十八條。(皆屬動產之規定)

第二款 無記名債權讓渡之效力 說分甲乙

甲 原則 亦與指名債權同。(詳本章第二節第二款甲號)

乙 例外 說分子丑

子 凡證書所未記明者無效。如鐵道會社。未受取甲之瀛車賃金。已將切符(車票)交付之。既而甲讓渡其切符於乙。乙持切符以求乘車。鐵道會社不得拒絕之。而索取瀛車賃金。則以甲所未付之瀛車賃金。固未記明於乙所持之切符上也。

丑 證書性質當然生出之結果外無效。如鐵道切符。依法律與習慣。祇有一日之效力。設今日甲買切符。讓渡於乙。乙至翼日。猶持其切符以求乘車。則鐵道會社得拒絕之。是亦其性質當然生出之結果也。然以概諸其他之證券則不可。其規定見日本民法第四百七十三條。『前條之所規定。準用之於無記名債權。』又無記名債權。既爲動產。即凡關於動產之規定。皆適用之。如動產之占有者。但無惡意與過失。皆有即時取得時效。（見日本民法第一百九十二條）無記名債權亦然。餘可類推。

第五章 債權之消滅

債權消滅之原因。爲本章之主論者。凡五。即辨濟、相殺、更改、免除、混同。是也。然五者之外。有當先爲說明之四原因。條舉之如左。

一 取消 凡屬詐欺或強迫或無能力者之行爲。雖在當初。即視同債權未成立者。然於事實上。實使現在之債務消滅也。故爲債權消滅之原因。

二 解除 即將當初所結之契約解除也。或因解除條件之成就而解除。故因解

除權之行使而解除。要其效力與取消同。故亦爲債權消滅之原因。

三 時效 法律所定之消滅時效。實債權消滅原因中之一要點也。

四 履行之不能 如以特定物爲目的之債權。而其特定物滅失。以勞務爲目的之債權。而勞務者病不能爲。此皆畢竟不能履行者。其債權不得不消滅。在日本民法。雖未明定。然其第四百一十五條。與第五百三十四條。乃至第五百三十六條。均以履行之不能爲前提。其意固可推定矣。

此外又有其他之法律規定。亦如上四項之未明言者。如相續人已絕。其財產歸於國庫。（見日本民法第一千零五十九條）永無求償之日。是亦債權消滅也。又如合名會社之無限責任社員。經過其會社解散後五年。即無責任。（見日本商法第一百零三條）是縱有債權。亦歸消滅也。然本章之主論。終以前所揭之五項爲最要。試順次論之於左。

第一節 辨濟

辨濟者。因履行而使債務消滅之謂也。辨濟與履行同。特就消滅言之。則爲辨濟耳。至

因辨濟而使債務消滅時。受辨濟者對於辨濟者有何義務。辨濟者對於受辨濟者有何權利。約言之。則前者爲辨濟受領之義務。後者爲代位之權利。

第一款 辨濟受領者之義務 說分甲乙

甲 受取證書（收條之類）之交付。此債權消滅之證據也。通常爲債權者所發。亦間出代理人之手。故不曰債權者之義務。而曰受領者之義務。若無此證書。則辨濟者得拒絕之。其規定見日本民法第四百八十六條。『辨濟者得對於辨濟受領者。請求受取證書之交付。』

乙 證書之返還。此債權者處所存之債務證書（即債權證書）也。既受辨濟。自應返還。但受領證書之交付當在前。債權證書之返還當在後。且受領證書雖祇爲一部辨濟。亦得請求其交付。至債權證書。則非爲全部辨濟。不得請求其返還。此其異點也。其規定見日本民法第四百八十七條。『有債權證書者。辨濟者於全部辨濟之後。得請求其證書之返還。』

第二款 代位

代位者。代債權者。行使其權利之謂也。此事爲債務者一面所必無。惟第三者代債務者辨濟。使債權者無復向債務者請求之權利。而債務者實受利益。然後此代爲辨濟者。得居於前債權者之位。而向債務者請求。以行使其權利也。

第一項 總論

第一目 代位之便利

凡代位有益無損。如乙負甲債。原設有抵當權。既而丙代乙履行。倘無代位制度。則丙祇可向乙求償。惟法律許其代位。而後丙當乙無資力時。得取得其所設抵當權於甲。而不致受損害。即就甲言之。其目的亦祇在收受領實益。今丙既代乙履行。則甲以有所受領。不復慮及乙之破產。何便如之。且在債務者亦實無所損。因其對丙辨濟之與對甲辨濟。無以異也。

第二目 代位與讓渡之差異 說分甲乙

甲 代位以求償權之範圍爲限 既爲人辨濟。乃有求償權。既有求償權。乃得代位。是代位固以求償權爲根據也。既以之爲根據。雖所代位者。有時大於求償權。然其行

使代位之權利終不得出於求償權之範圍外。因此遂生異於讓渡之二結果如左。

一 代位之金額以其所辨濟之金額爲限。如甲負一萬圓之債務。乙祇以五千圓代爲償還。則亦祇得代位五千圓。讓渡則不然。雖甲以一萬圓之債券作爲五千圓賣與乙。而乙對於其債務者。仍有一萬圓之完全債權。此其異點也。

二 債權之性質依求償權之性質而定（此爲代位性質之前提） 設原債權爲民事上之性質。既而其求償權變爲商事上之性質。例如甲於某銀行爲主顧。（日本謂之得意先）而借債於乙。以某銀行爲保證人。其甲乙兩方。皆普通人。是其債權爲民事上之性質也。既而甲不能履行。某銀行代爲償還。是其求償權變爲商事上之性質也。既變爲商事上之性質。即應受商事上之保護。（如原債權之利息爲五分者。其求償權之利息即爲六分是） 反之亦然。此代位權所適用之法理也。

說分子丑

子 代位之利息以求償權爲限 依日本法。凡民事上之利息。通常少於商事上之分。如丙代甲償還其債務於乙。其原債務之利息。依商事計算。爲年六分。而

丙之代爲償還。乃依民事計算。爲年五分。則丙對甲祇能求償五分。若丙爲讓受人。則當對甲求償六分矣。

丑 代位之時效以求償權爲限。依日本法。凡民事上之長期時效（十年）較商事上之長期時效（五年）尤長。如原債務爲民事上之長期時效。其求償權爲商事上之長期時效。則其代位權。祇應受商事上之保護。而經五年即消滅。若屬讓渡行爲。則讓受人依然得受民事上之保護。必經十年始消滅矣。餘可類推。

乙 代位不負擔保之義務。凡債權者爲有償之讓渡。通常負擔保之義務。如與讓受人以解除契約之權。或許以己所受領者返還之。或更爲損害賠償。蓋恐讓受人不得實受債務者辨濟之利益。故爲之擔保也。代位則不然。蓋爲代位之辨濟者。既所自願。又其對於債務者。得援不當利得之例以求償。故雖有危險。亦不能責債權者以賠償。此在債權者所以無擔保之義務也。

第二項 代位之種類

特別之代位。如日本民法第三百九十二條二項。及第四百二十二條。第四百二十三

條二項所規定者是。茲所言乃其普通者。即代債務者償還。而將其所償還之債權。取而代之。使歸自己行使也。

第一目 約定代位

以當事者之意思約定而得代位者。謂之約定代位。此日本舊民法。及各國多數法律所認定者也。說分甲乙

甲 定於債權者之意思 如第三者代債務者償還。同時以償還後當移轉其債權於己之意。對債權者表示。而債權者因而承諾之是也。

乙 定於債務者之意思 如第三者願代債務者償還。因以償還後當移轉其債權於己之意。對之表示。而債務因而承諾之是也。

但日本新民法。祇認定定於債權者之意思一種。其規定見第四百九十九條一項。『爲債務者辨濟者。以與其辨濟同時。得債權者之承諾而得代位。』據本條文。其所以必與其辨濟同時得債權者承諾。而後有效者。以爲若至償還後。原債權已消滅。無所謂債權者之承諾。即無謂代位矣。

惟債權者承諾後亦必通知債務者而得其承諾。且須有確定日附之證書。其規定見日本民法第四百九十九條二項。『第四百六十七條之規定。於前項之情形準用之。』本條所揭第四百六十七條之規定。乃債權讓渡之規定也。（詳第四章第二節第一款乙號）

其所以不認定於債務者之意思一種者。蓋必有權利。始可移轉。債務者既無權利。倘認定其任意許人代位。必生不公平之流弊。如甲乙丙三人。對於丁之總財產上。各有債權。而性質不同。先後亦異。甲最先。為有先取特權之債權。乙次之。為設有質權或抵押當權之債權。丙最後。為普通債權。丙以己之債權弱於乙。而惟甲之債權較乙尤強。遂思取得甲之權利。以抑制乙。於是與丁通謀。取其承諾代位。而為之償還。夫丙既代丁償還甲債。則甲所有之先取特權。自移轉於丙。而丙之謀所以抑制乙者。其計遂矣。是故他國法律。雖有取定於債務者之意思一種者。其實不能不別設法以防弊。未為得也。

第二目 法定代位

各國法律。及日本舊民法。其於代位。多採列舉主義。日本新民法。則採概括主義。其規定見第五百條。『屬於辨濟有正當之利益者。自然因辨濟而代位債權者。』本條所謂辨濟有正當之利益者。其事由甚繁。故爲概括之詞。茲舉數例如左。

設如連帶債務者中之一人。履行全部債務。此爲有正當之利益者。何則。既爲連帶債務。非以一人爲全部履行。即不能免自己之責任也。

又如保證人爲主債務者履行債務。此亦有正當之利益者。何則。既爲保證債務。當主債務者不能履行時。非代爲履行。即不能免自己之責任也。

又如設定抵當權者。以所抵當於甲之物。轉賣於乙。(抵當權者可以追取)乙因代設定抵當權者償還其所負於甲之債務。此亦有正當之利益者。何則。所買之物。其上。既設定抵當權。非爲設定者償還其債務。即終不能取得此物也。

又如物上保證人。初以己物擔保他人之債務。既而爲之辨濟。此亦有正當之利益者。何則。既爲物上保證人。當債務者不能償還債務時。非代爲償還。即終不能取還其擔保物。且必被債權者處分也。

又如一不動產有兩抵當權者。當債務者不能償還債務時。其第一抵當權者得先第二抵當權者處分其物（即不動產）。此時第二抵當權者代債務者償還第一抵當權者之債務。亦爲有正當之利益者。何則。既處第二抵當權者之地位。值抵當物將被處分。非先代債務者償還第一抵當權者之債務。而取得其物。倘其物價僅足以償還第一抵當權者之債務（第二抵當權者取得。則可以待價而售。則已必獨受損害矣。

第三項 代位之效力

第一目 原則

代位之效力。在可於求償權之範圍內。使債權者之權利。一切移轉於已。其規定見日本民法第五百零一條。『依前二條之規定。即約定代位。法定代位之規定。』而得代位債權者時。於基於自己之權利。而得求償之範圍內。凡債權之效力及擔保。而爲其債權者所有者。與夫一切之權利。皆得行使之。但要從左之規定。如下特例是。『本條所謂債權之效力。如手形及其他有執行力者（如公正證書與經裁判所判斷者是）

是也。所謂擔保。如質權、抵當權、留置權等是也。所謂一切之權利。如附帶於債權之解除權等是也。凡此種權利之爲其債權者所有者。代位者皆得行使之。特當在求償權之範圍內耳。

梅博士以爲本條所採。在各國法律中。最爲正當。然有異說。或謂代位者既承繼債權者之一切權利。即不當以求償權爲限。不知代位之意。原在使求償權易於行使。豈令其貪不當利得之財耶。或又謂代位即擔保權之移轉。此又範圍太狹。若限於此。則無擔保權之債權。不得代位。抑又失使求償權易於行使之意矣。是故取二說折衷之。終以求償權之範圍爲限者。爲最正當。至欲對抗第三者。則非別具條件不可。此本條但書之意。說詳下第二目中。

第二目 特例 說分甲至丁

甲 保證人與不動產之第三取得者之關係 如債權上原設有抵當權。既而設定者又以抵當物賣與第三者。此時若保證人代爲償還。得對於第三取得者代位債權者否。若第三取得者代爲償還。得對於保證人代位債權者否。爲解決之如左。說分

子丑

子 保證人對於第三者得代位。蓋第三取得者在後。保證人在前。故保證人代償債務後。得先取其抵當物。賣卻之以彌補己之損害。有餘則以予第三取得者。此所謂對於第三取得者得代位也。但在日本民法。須具第五百零一條一號所規定之條件。『保證人非豫於先取特權、不動產質權、抵當權之登記。附記其代位者。不得對於以先取特權、不動產質權、抵當權爲目的之不動產之取得者。』受贈與者亦在內。而代位債權者。』方可。本條所謂先取特權。即當債務者破產時。得先他債權者而取得利益也。所謂不動產質權。即甲以不動產質於乙。而交割其不動產也。抵當權與不動產質權之所以異。在不交割其不動產也。凡債權上設有上三種權者。其保證人。得於其登記簿中。附記其當得代位之意。然必於未爲償還之先爲之。方能有效。此條文之所謂豫也。

其規定不豫於登記簿中附記代位。即對於第三取得者不得代位者。蓋爲保護第三取得者起見。何則。凡關於不動產。但登記簿已載明。買主即可以隄防。（凡買不

動產者。必至裁判所調查登記簿。如載明其不動產上。設有先取特權之類。買主可待其消滅後。方給付全部代價。否則約定代爲償還。而取得其物亦可。倘於代位之當附記者。獨不附記。則買主無從調查。而既買之後。忽有保證人。主張代位債權者。以行使其先取特權。豈不使買主（即第三取得者）受意外損害乎。故曰附記代位之規定。所以保護第三取得者也。

且依日本法律。附記代位。在保證人。甚不難。（其不動產登記法第五十三條載有附記法）其所出之附記登錄稅亦甚少。（每一不動產。不過中國百錢。見其登錄法第二條一項一號）故甚便利也。

丑 第三取得者對於保證人不得代位。蓋當不動產登記法甚完備之國。但使買主稍爲注意。即不至受損害。今乃買得附記代位之不動產。知而爲之爲惡意。不知而爲之爲過失。若因而使之代位。則是應受損害之第三者。反占保證人之優勢。而不應受損害之保證人。反收第三取得者之惡果。故非法律所宜許。其規定見日本民法第五百零一條二號。『第三取得者對於保證人不得代位。』

乙 第三取得者與第三取得者間之關係 如丁有土地。原以抵當於戊。得一千圓。既又以其土地賣與甲乙丙三人。其三人所出價格。甲一千圓。乙二千圓。丙三千圓。設甲獨償還其一千圓於戊。則其對此土地。既有債權。又有抵當權。可以行使。必於乙不利。則以賣卻此土地時。甲獨有優先權也。故法律當爲乙丙保護。其規定見日本民法第五百零一條三號。『第三取得者之一人。非應各不動產之價格。則對於他之第三取得者。不得代位債權者。』本條所謂應各不動產之價格者何爲。列式於左以明之。

1000 (負所丁)	}	甲(者還償) 1000-166 ..
		乙 2000-333...
		丙 3000-500

如右式。丁以土地抵當於戊。而負一千圓之債務。既而甲乙丙三人。共買得丁之土地。其總價額爲六千圓。而甲一千圓。合六分之一。乙二千圓。合六分之二。丙三千圓。合六分之三。然丁所負於戊一千圓之債務。乃甲所獨爲償還者。以常例論之。甲應獨得代位戊而行使其抵當權。今爲保護乙丙計。而以價格爲標準。則甲祇能應其六分之一之價格。而爲一百六十六圓有奇之代位。其餘八百三十三圓有奇。可分向乙丙求償。而乙之價格爲六分之二。自應負擔三百三十三圓有奇。丙之價格爲六分之三。自應負擔五百圓。夫既各應其價格分擔。即當各應其價格得代位矣。此其所以保護之也。

丙 物上保證人間之關係 如甲自於其不動產上。設定抵當權。以供或一債務之擔保。乙又自出其不動產。爲設定質權。(即不動產質權)以供甲所擔保之債務之擔保。此時於甲乙之間。不能以其辨濟之先後。決定其代位權之有無。然其狀態。全與第三取得者間之狀態同。則使各依其財產之價格負擔之。而同爲代位可也。其規定見日本民法第五百零一條四號。『前號之規定。於以自己之財產。供他人債務之擔保者間準用之。』

丁 保證人與物上保證人之關係 既同爲保證人。即同此關係。故其中有一人爲代位辨濟。終須依人數價格定其分擔之法。而使得代位。說分子丑

子 依人數 如保證人一物上保證人一。則將其一人所辨濟之額三分之二。各負擔二分之一。保證人二物上保證人一。則將其一人所辨濟之額三分之二。各負擔三分之一。反之亦同。此第一次依人數算法也。

丑 依人數又依價格 蓋既依人數計算。而其中擔保性質不同。則又當依價格計算。爲列式於左以明之。

1000 (務債)	{	甲(人證保上物) 333... (數人依)
		乙(人證保上物) 2000-266... (格價)(格價依)
		丙(人證保上物) 3000-400... (格價)(格價依)

如右式。保證人一。物上保證人二。原共擔保一千圓之債務。既而保證人甲。獨代主債務者償還其全部。而依人數三分之。甲本祇應負擔其一分。則其餘二分。自應由甲向乙丙求償。然乙之擔物價格少於丙。(二千圓)則其所應負擔者亦宜少於丙。故甲所向乙求償者。為二百六十六圓有奇。丙之擔保物價格多於乙。(三千圓)則其所應負擔者亦宜多於乙。故甲所向丙求償者。為四百圓。此第二次依價格算法也。

附錄依價格算式并說如左

$$=133.3 \times 2 = 266.6 \text{ 乙}$$

$$=133.3 \times 3 = 399.9 = 400 \text{ 丙}$$

$$\frac{666.6}{5000} \times 2000$$

$$\frac{666.6}{5000} \times 3000$$

如前所述。以一千圓之債務三分之一。除甲所應負擔三百三十三圓有奇之一分。其餘二分。合爲六百六十六圓有奇。若乙丙均分。則其數應與甲等。今乙之擔保物價格爲二千圓。丙之擔保物價格爲三千圓。因有此差。不能均分。於是以甲負擔所餘二分之總數六百六十六圓有奇爲實。乙丙所出擔保物之總價格五千圓爲法除之。以乙所出擔保物之價格二千圓乘之。得二百六十六圓有奇。爲乙所應負擔之數。以丙所出擔保物之價格三千圓乘之。得三百九十九圓有奇。收之得四百圓。爲丙所應負擔之數。

第三目 一部辨濟 說分甲乙

甲 原則 無論其受辨濟。爲法律所認。與非法律所認。總之。有一部辨濟之事。即許其享一部代位之權。如一千圓之債務。保證人代償其五百圓。而主債務者所供擔保

財產之價格。僅七百圓。此時保證人得與債權者平分此價額之半。而各得三百五十圓之利益。此所謂一部代位主義也。其規定見日本民法第五百零二條一項。『於債權者之一部。有代位辨濟時。則應其價格。而與債權者共行使其權利。』

然在他國。大抵探剩餘代位主義。如前例。保證人不能與債權者平分其價額之半。必俟債權者自受取五百圓於保證人之後。更向擔保財產之價額七百圓中。受取五百圓。以自完其一千圓之額。始許保證人於其剩餘之二百圓有代位權。此所謂剩餘代位主義也。

夫他國所以不採一部代位主義者。以爲代位制度。當使於債權者無損。而於代爲償還者有益。若用一部代位主義。恐有損於債權者。此其理終不足。蓋債權者之受損害。過在受一部辨濟之初。何則。無論約定代位者之一部辨濟。債權者當不如意時。可以拒絕不受。即法定代位。當立數保證人之初。任其各自獨立。而不使之連帶。且先有貪酷之念存。以致擇人不審。而收不能受全部辨濟之結果。是亦債權者之過也。至於連帶保證。本應各爲全部之辨濟。而竟不拒其一部辨濟者。且或以非保證人爲一部辨

濟而亦受之。則其損害尤所自取。故曰過在受一部辨濟之初。然則日本法律之許一部代位。不爲苛待債權者矣。

乙 例外 不能爲一部代位。即保證人不能行使解除權。（謂契約不能履行。因債權者之請求而解除之）是也。如甲約以其不動產賣與乙。定其價爲一萬圓。既而乙不能付價。惟保證人丙代付五千圓。此時甲以爲與其再請求五千圓之殘額。不如直請求解除買賣契約。而取回其不動產。固無不可。若甲不願解除。丙固不得請求之。爲其不能以一部辨濟。而代位債權者。以行使其解除全部之權也。特甲若爲全部解除。則必將前所受於丙之五千圓。并其利息還之耳。其規定見日本民法第五百零二條二項。『於前項之情形。因債務不履行之契約解除。惟債權者得請求之。但要償還其辨濟之價額及其利息。法定者』於代位者。』

第四目 證書及擔保物之交付 說分甲乙

甲 原則 就辨濟全部者言。凡證書本當在辨濟後交付。而欲爲代位。尤須證書。故其交付最要。又擔保物亦必交付代位者。蓋債權者既受全部辨濟。自無留此證書及

擔保物之權也。其規定見日本民法第五百零三條一項。『因代位而受全部辨濟之債權者。凡關於債權證書。及在於其占有「除抵當權外之擔保物。皆在所占有」之擔保物。要交付於代位者。』

乙 例外 就辨濟一部者。言當債權者受一部辨濟時。固不能即以證書交付代位者。然又恐債權者有惡意。復向債務者請求全部。則代位者必受損害。（以不能求償故）故當以其代位記入債權證書。其於擔保物。雖不能即以之交付代位者。然其保存之方法。則代位者得監督之。如慮其有毀損消費及競賣等弊。得使之注意保管。與別爲供託是也。其規定見日本民法第五百零三條二項。『於債權之一部有代位辨濟時。債權者要記入其代位於債權證書。且使代位者監督在於其占有之擔保物。』

第五目 擔保之消滅

擔保物有因債權者之過失或故意而滅失者。如一個債權之上。既有物上擔保權。又有保證人。債權者往往恃有保證人。或拋棄其抵當權。或毀損滅失其質權所有之擔保物。凡此皆於當爲代位者有損害。故不可不加以制裁。蓋債權者對於當爲代位

(指法定代位言)者。除害自己之正當利益外。當使之完其代位之權利。今既使擔保減滅矣。則在保證人有不能求償之懼。是故不可不勉其履行之責。夫免保證人之責。即所以加制裁於債權者也。其規定見日本民法第五百零四條。『於依第五百條之規定而當爲代位時。債權者若因故意或疏懈。而喪失減少其擔保。則當爲代位者。於因其喪失或減少。以至於不能受償還之限度內。得免其責。』本條所謂免責必於不能受償還之限度內者。如對於一千圓債權所設之擔保。全部減滅。則免其千圓之責。半部減滅。則免其五百圓之責是也。

第二節 相殺(兩相抵消)

第一款 總論

第一項 定義

相殺者。謂於同一當事者間。互有權利義務之關係。而於目的之價格彼此相當之範圍內。直不必辨濟。而使雙方之權利義務消滅也。析言之如左。

所謂同一當事者間。互有權利義務之關係者。如甲對乙有債權。乙對甲有債務。同時

甲對乙又有債務。乙對甲又有債權是也。

所謂目的之價格彼此相當者。如甲對乙之債權爲百圓。乙對甲之債權亦爲百圓。其價格固相當。即甲對乙之債權爲百圓。乙對甲之債權爲二百圓。然就其二百圓中之一百圓言之。其價格亦相當也。

所謂不必辨濟而使雙方之權利義務消滅者。即彼此結算而兩相抵除也。日本謂之差引勘定。

第二項 主義 說分甲乙丙

甲 裁判上之相殺 羅馬法盛行此主義。即請求裁判所下判決使相殺也。此爲法律幼稚時代所採用者。

乙 因當事者意思表示之相殺 甲對乙或乙對甲有意思表示。即可相殺。不必經裁判所判決。然後有效。此德意志民法所採用。而日本新民法從之者。

丙 法律上之相殺 但有相殺之原因。於法律上之條件具備。即可相殺。初不必有當事者之意思表示。此法蘭西民法所採用。而日本舊民法從之者。

梅博士以爲裁判上之相殺。固不至再起紛爭。然於事甚不便。故爲幼穉。至因當事者意思表示之相殺。較前已爲進步。然尙須時日。亦未甚便。惟法律上之相殺。可以省事。免爭。乃主義之最進步。而於事甚便者。日本新民法。特重違當事者之意思。故採用第二主義也。

附論

相殺之利益 說分甲乙

甲 省煩勞 如甲乙兩方。同爲一百圓之債務。若不許相殺。則兩方皆須準備。是一百圓之債務。占二百圓效用之力量矣。非獨不能省事。其影響所及於經濟界。且大有妨礙。蓋經濟界之發達。以能將信理代實貨爲最進步。以歐洲各國比較之。英之正貨甚少。而其經濟界發達。爲世界第一。法之正貨。已較於多英二三倍。而其經濟界之發達。反遜之。則以英憑信用處多。而法須實貨處多也。以此知相殺制度。其爲益於經濟界不少矣。

又以商品言之。如甲乙互相負米百石。若相殺。不獨運輸勞費可省。且雙方之米。同時

又足以應社會之需要。否則甲乙必各準備現米百石。而米之滯積者多。非社會之利也。

更以金額不同者言之。如甲負乙二百圓。乙負甲一百圓。若相殺。則甲先抵消一百圓。而祇爲一百圓之準備。於社會上。已多得二百圓之通用力。即以煩勞論。亦彼此省多矣。

乙 得公平 如不相殺。則使此一方履行之後。彼一方忽失其資力。至於不能履行。則此一方竟獨受損害。是極不公平也。相殺則無此弊矣。即在雙方金額不同者。不能收完全之公平結果。然其所受損害。終止於不能相殺之部分。其能相殺者。固已受利益矣。

第二款 條件

第一項 實質上之條件 說分甲至己

甲 要爲同種之目的 如甲乙互相負者爲金錢。則無論其爲金爲銀爲銅。通謂之同種。若物品則有異。如甲乙互相負者爲米。則米有上中下三等。必同等者方爲同種。

昔時學者。於同種之目的。或以代替物當之。（此歐洲各國及日本舊民法所採者。甚不分明。蓋代替物者。大抵依當事者之意。思而定。有同種而不許代替者。有不同種而許代替者。以日本新民法言之。即所謂不特定物是也。如以此爲同種之目的。可以相殺。豈以米代替金錢者。其米與金錢亦可相殺乎。故終不如指明同種之目的者爲妥。此德意志民法。及日本新民法所採用者。

乙 要雙方債務同在辨濟期。雙方債務。有同爲無期限者。（無期限者。即發生即當償還。）有同爲有期限者。（有期限者。必待期限到來方償還。）有一有期限一無期限者。且同爲有期限者。其期限又每有先後之不同。是故相殺之條件亦異。其同爲無期限者。以最後之債權發生時爲得相殺。其同爲有期限而有先後之不同者。以最後之期限到來時爲得相殺。其一有期限一無期限者。以有期限者之期限到來時爲得相殺。其爲條件附之債權亦同。

丙 要債權性質許相殺者。其性質不許相殺者。如兩替（兌換）商之或以金易銀。雖種類本同。然其目的在銀。則視銀與金不同種。故必以銀與之。而不可主張相殺。又

如甲對乙有不可分債務千圓。乙對甲有普通債務千圓。雖同種同額。然性質不同。則乙不得主張相殺。又如甲乙兩農家。結約相助。均許出十人勞力。而甲種早稻。乙種晚稻。甲忙時乙閒。乙忙時甲閒。是彼此所出之勞力同。而性質不同。則皆不得主張相殺矣。

日本民法第五百零五條一項云「於二人負擔有同種之目的之債務時。如甲」又雙方之債務同在辨濟期。如乙各債務者。於其相當之額。多少同數。得因相殺而免其債務。但債務之性質不許者。如丙不在此限。」

丁 要當事者無反對之意思 所謂有反對之意思者。例如交付計算。（見日本商法第二百九十一條乃至第二百九十六條）以甲乙二商人結約。彼此各設會計簿。六月一結算。而總其相負之數。相與抵消。但不得爲之於六月以內。是即表示反對之意思於此六月內也。若此者。不得主張相殺。其規定見日本民法第五百零五條二項。前項之規定。於當事者表示反對之意思時。不適用之。」

但其意思表示。不得以之對抗於善意之第三者。（見日本民法第五百零五條二項

但書。如甲乙互有債權。原約不許相殺。既而甲讓渡其債權於丙。丙不知其原約。所謂善意。而適於乙有債務。因主張與之相殺。此時乙固不得以已與甲所結之約對抗之也。

戊 要此債權非在彼債權被差押後取得者。如甲乙互有債權千圓。本可相殺。但乙於甲之外。又有一債權者丙。丙當甲之債權未發生時。已訴諸裁判所。而得差押乙之債權。(即甲所負於乙之一千圓)因而差止甲之支拂。(即丙通知甲使勿以其所負於乙者付乙而付已)此時甲不得以已當與乙相殺對抗之。何則。乙之財產。早被丙差押。已自失其權利。甲安得謂乙有與已相殺之權利。而主張相殺乎。其規定見日本民法第五百一十一條。『受支拂差止之第三債務者。如甲』不得依於其後。謂差押後。所取得之債權。以相殺對抗於差押債權者。如丙』

但使甲之債權發生於丙之差押前。則其權利較丙為強。固可以主張與乙相殺。蓋法律既於前許甲以相殺。即丙之在後差押者。自當無效矣。

己 要法律上無反對之規定。為舉四例如左

一 因不法行爲生出之債權 如甲本負乙債。一旦乙傷甲而當任賠償之責。則甲對乙又有債權。此時乙不得主張相殺。蓋不法行爲。固法律所不許。而必加以制裁者。其輕者不必歸刑事裁判。即依民事裁判。責令損害賠償。若可由債務者主張相殺。則制裁之目的不能達。而有債權者皆可傷人矣。甚或見債務者不能履行。遂率意加損害於其身。此而許其主張相殺。不幾於獎勵不法行爲者乎。若被傷者自由主張。則無不可。其規定見日本民法第五百零九條。『債務因不法行爲。即無故損害他人之權利之行爲。而生者。其債務者。不得以相殺對抗債權者。』

二 禁止差押之債權 如民事訴訟法第六百一十八條所揭者皆是。姑以法律所定之養料言之。如子乙對其父甲。有受撫養之權利。若乙負丙債。丙對乙之其他財產權。皆可差押。惟不得差押其所受撫養於甲之權利。爲差押之。則乙無以自存也。就相殺言之。則如子借其父之債。日本父子財產各別。父若主張以其所受撫養之權利相殺。其子亦將無以自存。是不得以不可差押之債權相殺之一例也。若其子自由主張。必其能獨立生活者。則無不可。其規定見日本民法第五百一十

條。『債權爲禁止差押者。其債務者。不得以相殺對抗債權者。』

三 組合債權 即組合團體對於外人之債權也。凡外人對於組合團體有債務。不得援己所對於組合團體之債權以相殺。如甲負組合團體一千圓。而組合員中亦有一人負甲一千圓。似可依例相殺。然而不能。蓋組合之財產。其性質原以圖其團體之發達。倘組合員中之一人。可任以其持分與外人相抵。是不啻自由取出其財產於團體中。而使組合失其效力。故不可也。其規定見日本民法第六百六十七條。『組合之債務者。其債務。不得與對於組合員之債權相殺。』

四 株金 即株主所當應株券而出之金也。凡株主所應付於會社之株金。不得援己所對於會社之債權以相殺。如株主應出株金千圓於會社。會社亦負株主千圓。似可依例相殺。然而不能。其第一理由。即有妨於會社之發達。與上組合債權之不可相殺同。其第二理由。則以株金之性質。所以對外人設擔保。而全會社之信用者。若許株主以所對於會社之債權相抵。是使擔保金減少。而自損會社之信用。故不可也。其規定見日本商法第一百四十四條。『株主者。於株金之拂入。付入。不

得以相殺對抗於會社」

此外又有一問題。即履行地不同之債務是也。夫雙方債務之履行地既不同。如甲在漢口。乙在上海。互有債權債務。而甲利在上海受乙之履行。乙利在漢口受甲之履行。當初雙方定履行地方之意固如此。一旦因相殺反之。似爲性質所不許。然當交通時代。上海漢口。雖遠猶近。即輸現金。費亦有限。況用匯寄。尤極便宜。即商品亦然。（日本有運送營業者。物品歸其運送。）然則因相殺而勞費轉增者（如下段所述）其害小。倘因此害而廢相殺之大利。非立法意也。故寧許其相殺。其規定見日本民法第五百零七條。『相殺者雖雙方之履行地不同時。亦得爲之。』

但於此一方主張相殺。彼一方因而受損之時。全置不顧。則終不得其平。如前例。設主張相殺者爲甲。在甲自以相殺爲利益。而乙之利在漢口受履行者。原以己於漢口有債務。僥取甲所履行於己者以履行之。今因甲主張相殺而反前約。不得不轉自上海籌措。以向漢口履行。則是運賃及因匯寄所生等費。皆自甲之主張相殺來也。甲安得不賠償乎。其規定見日本民法第五百零七條但書。『……爲相殺之當

事者對於其相手方所因相殺而生之損害。要賠償之。」

第二項 形式上之條件(即方法)

相殺之方法。任當事者對相手方(對第三者則無效)自由表示其意思。但相殺既爲債務消滅之原因。則即表示。即即殺可也。若又附條件與期限。是徒擾亂權利之關係。而相殺不成立矣。故非法律所可許。其規定見日本民法第五百零六條。『相殺者。依自當事者之一方。對於相手方之意思表示而爲之。但其意思表示。不得附條件與期限。』

第三款 效力

第一項 原則

原則。與實在辨濟同。即相殺後。兩債務皆消滅也。但宜以相當額爲限。如甲負乙二千圓。乙負甲僅一千圓。則相殺後。甲仍當以一千圓給付於乙。此所謂以相當額爲限也。其規定見日本民法第五百零五條中段。『……各債務者。於其對當(即相當)額。得因相殺而免其責……』

此外又有一問題。即充當是也。如甲對乙有二個債務。乙對甲僅一個債務。彼此相殺。究應消滅甲之孰一債務。此時當以甲之意思表示爲主。甲無意思表示。則從乙。乙無意思表示。則從法律。其規定見日本民法第五百一十二條。第四百八十八條乃至第四百九十一條之規定。即關於履行之規定。見前第二章第一節第七款準用之於相殺。本條所以制定相殺用履行之規定者。以相殺之使債務消滅。其原則固與辦濟（即履行之結果）同耳。

第二項 相殺之效力可遯及

相殺之效力可遯及。其規定見日本民法第五百零六條二項。『前項之意思表示者。就辦濟期到來者言』。遯及雙方適當相殺之始而生其效力。本條之義。謂如甲之債權發生。爲本年五月一日。乙之債權發生。爲本年六月一日。其相殺爲六月十日。此六月一日。即所謂適當相殺之始。亦即條件具備之始。而爲相殺之效力所遯及者也。其必遯及條件具備之始者。因有時或雙方俱忘其條件到來。或一方爲謀自己利益計。而故意延宕。就利息言之。如甲應付乙者輕。乙應付甲者重。則甲以延宕爲利益。故

必有遡及力。然後相殺之條件具備時。雙方皆不付利息。而兩得公平矣。因此生二結果如左。

一 關乎時效之結果 即甲債務已因時效消滅。乙債務未因時效消滅。得因遡及而相殺是也。如甲爲商事債權。上年五月一日發生。乙爲民事債權。上年七月一日發生。至本年六月十日。中間經過五年又四十日。甲之債權。早因時效消滅。（商事上消滅時效短於民事）其對於乙。似祇有義務。而不可主張相殺。然必如此。則甲獨受損害。非所以保全公平也。故法律仍當許甲以主張相殺。且凡債務之雙方有辨濟期者。必俟最後之期限到來。方得主張相殺。此祇一方因時效消滅。即得主張相殺者。以時效消滅。本就期限到來後之時間言之也。

二 關乎讓渡通知之結果 即已讓渡之債權。但於通知前。具備相殺之條件。亦得因遡及而主張相殺是也。如甲之債權發生。爲本年一月一日。乙之債權發生。爲本年一月十五日。既而甲讓渡其債權於丙。而乙受通知。爲二月一日。至二月十日。甲之債權歸丙有已十日矣。此時乙對於丙。似不可主張相殺。然因相殺有遡及力。

直可遯及一月十五日。故仍得主張之。觀日本民法第四百六十八條二項所規定（見第四章第二節第二款甲號）可知。蓋同此條文。彼於讓渡。則就其效力所生之結果言。此於相殺。則就其效力可遯及之結果言也。

第三節 更改

第一款 總論

第一項 定義 說分甲乙

甲 廣義之定義 更改者。謂使舊債務消滅。而以其新債務代之之契約也。此各國所同採者。

乙 狹義之定義 更改者。謂因變更債務之要素。以新債務代舊債務之契約也。此日本所獨用者。其重要點。全在變更債務之要素。說分子丑

子 變更債權者之更改 如乙之債權者。前為甲而後為丙。是債權者要素變更之更改也。

丑 變更債務者之更改 如乙之債務者。前為甲而後為丙。是債務者要素變更

之更改也。

寅 變更債務目的之更改 如乙對甲之給付。前爲一萬圓。後以值一萬圓之不動產代之。是債務目的要素變更之更改也。

凡結以上三種債務要素變更之契約者。通謂之更改。其規定見日本民法第五百一十三條一項。『當事者爲變更債務要素之契約時。其債權因而消滅。』由本條所規定觀之。則知由普通債務。變爲約束手形債務。與由代金（即代價）債務。變爲消費代借債務。雖他國有認爲更改者。日本固不認之。以其債務之要素固未變更也。

又羅馬法不認債務之目的變更爲更改。而日本獨認之者。以其爲債務之要素變更也。

合觀右二說。可知日本法律所認爲更改者。全在變更債務之要素。此其與各國不同者。所謂狹義也。

第二項 更改類似之行爲

第一目 更改與讓渡之差異（說債權者言）

更改與讓渡。同是易一債權者。最易混淆。德意志法所以認讓渡不認更改者。以此其實不無差異。則以當事者之意思固不同也。蓋更改有新陳代謝之意。讓渡則原債權並未消滅。不過移轉之於一人耳。由是而生差異之結果如下。說分甲至戊。

甲 性質之同不同 更改者。因代謝而變更舊債權之性質。故有同有不同。讓渡則不變更舊債務之性質。故無不同。由是又生差異之結果如下。說分子丑寅

子 凡更改有前爲商事債權後爲民事債權者。讓渡則無之。由是又生差異之五結果如下。

- 一 關乎連帶者 如甲乙丙三人。各自連帶負擔其因商行爲所生之債務。（見日本商法第二百七十三條一項）既而甲以獨得更改。不爲連帶債務者。即同時不爲商事債務。若讓渡則無其事。
- 二 關乎利息者 如商事債權變爲民事債權。則前之利息。以六分計算者。後之利息。可以五分計算。若讓渡則無其事。

三 關乎取引(交易)時間者 凡民事債權之取引時間。以盡一日爲限。至晚十二時止。商事債權之取引時間。以所定規則爲限。(如日本銀行規則。過午後四時。即不能取引)。倘商事債權變爲民事債權。則其取引時間。當從民事上之規定。若讓渡則無其事。

四 關乎留置權(謂占有物因債務未履行而留置不還之權)者 凡商事債權變爲民事債權。其關於留置權者。不復適用商事上之規定。(見日本商法第二百八十四條) 蓋商事上之規定。其所留置者。不限定爲其債權所發生之目的物。而民事上之規定。其所留置者。必限定爲其債權所發生之目的物。此所以於商事上有留置權者。往往因更改而消滅也。若讓渡則無其事。

五 關乎時效者 民事上之最長時效爲十年。(亦有二十年者。此就普通言) 商事上之最長時效爲五年。倘商事債權變爲民事債權。則當從民事上之最長時效。若讓渡則無其事。

丑 凡更改有時效長短前後不同者讓渡則無之。前就民事商事間言之。此

則就民事債權之時效。長則十年。短則一年。其間又有五年三年二年之差。商事債權之時效。長則五年。短則六月。其間又有三年一年之差。是其各自不同也。故當更改之際。其時效。有前長後短者。此甚少。有前短後長者。此甚多。而皆非讓渡之所有。

寅 凡更改有留置權及先取特權等之有無前後不同者而讓渡則無之。

乙 執行力之有無。如原爲有執行力之債權。（即債權之有公正證書與經裁判所判決者）及其更改。則因代謝而不復有執行力。若讓渡則其執行力不消滅也。

丙 時效起算點之伸縮。無論其債務原有期限與否。而既屬更改。則因代謝成中斷。而當自更改後起算。故其時效伸長。若爲讓渡。則原有期限者。自其期限到來時起算。原無期限者。自其債權發生時起算。總之不生時效中斷之效力。故其時效往往縮短。

丁 要債務者之承諾與否。更改要債務者之承諾。讓渡則不要債務者之承諾。

蓋更改必須三人合意。方得成立。讓渡則祇須當事者合意。即得成立也。

戊 擔保權之移轉與否 凡更改除有特約外。其爲從之擔保債務。(統保證人及物上擔保言)以隨債務消滅爲原則。(參觀日本民法第五百一十八條但書。詳本節第三款第二項甲號)是不得移轉也。若爲讓渡。則其擔保債務可以移轉。

第二目 更改與債務引受之區別(就債務者言)

第三者承認債務者之債務。(與債權讓渡對待)而代爲債務者。謂之債務引受。使債務者之債務消滅。而別易一新債務者。謂之更改。夫更改爲更新債務。引受爲承繼債務。是其效力之不同也。至德意志認引受而不認更改。日本認更改而不認引受。(凡法蘭西法系之國同)則當各於其習慣上研究之。蓋德意志習慣引受。故以引受爲便。而不取更改。日本習慣更改。故以更改爲便。而不取引受。然其得達目的則同。蓋在德意志。雖不能純結更改契約。然欲達更改之目的。則不妨別結特約。如云必前債務消滅。後債務始發生。此有效者也。在日本。雖不能純結引受契約。然欲達引受之目的。則不妨別附條件。如云新債務之內容。非一切依舊債務不可。此亦有效者也。豈必待

法律之重爲規定乎。

第三目 更代與代物辨濟之差異（就債務目的言）

債務目的之更改。其與代物辨濟之性質固同。特其效力終不同。蓋債務目的之更改。如消滅其一千圓之舊債務。勢不得不以值一千圓之不動產充當之。是負義務也。若代物辨濟。則無所謂義務。如既請以不動產償還金錢債務。後仍以金錢償還之。亦無不可。又代物辨濟。必即時履行。債務目的更改。則爲新債務成立。必俟更改所定期限到來始履行。又代物辨濟者。在使債務之目的消滅。債務目的更改者。在使舊債務消滅。使債務之目的消滅者。無負新債務之意。故用辨濟之規定。使舊債務消滅者。有負新債務之意。故用更改之規定。因此又生效力不同之四結果如左。

一 對於準占有者有效否 凡代物辨濟。對於準占有者爲之亦有效。是日本民法第四百七十八條所規定（見第二章第一節第一款第二項甲號）者也。若更改。無對準占有者爲之有效。故知非對當事者爲之不可。

二 對於證書持參人有效否 凡代物辨濟。對於證書持參人爲之亦有效。是日

本民法四百八十條所規定（見第二章第一節第二項）者也。若更改，則無對證書持參人爲之有效之明文，故亦知非對當事者爲之不可。

三 債權證書之應否交付 凡代物辨濟，債權者對之，有返還證書之義務。以其適用辨濟之規定（即日本民法第四百八十七條之規定，見本章第一節第一項乙號）也。若更改，則除有特約外，債權者無返還證書之義務。蓋有新債務者必有舊債務，故債權者務保存之，所以備爭訟時之調查也。

四 代位之有無 凡代物辨濟，可以代位，亦以其適用辨濟之規定（即日本民法第四百九十九條以下之規定，見本章第一節第二項）也。若更改，則保證債務，既隨舊債務消滅，更無代位可言。

第二項 要件

第一項 原則

凡更改之種別有三：（一）債權者，（二）債務者，（三）債務目的。茲所言，乃其共同之要件也。說分甲乙。

甲 必要契約 蓋更改非契約不成立。凡契約在得當事者之同意。但其內容亦不一致。有爲四人同意者。如新舊兩債權者及兩債務者是。有爲三人同意者。如新舊兩債權者及債務者。或新舊兩債務者及債權者是。有爲二人同意者。如債務目的更改是。

乙 必要變更債務之要素 債務之要素。與法律行爲之要素不同。法律行爲之要素。其重要者爲意思表示及目的。債務之要素。則爲債權者債務者及債務目的。而皆屬重要。是債務之發生。不僅屬於法律行爲也。且就目的言之。則債務之目的。與法律行爲之目的。又不同。蓋法律行爲之目的。包條件於其中。其範圍廣。債務之目的。不包條件於其中。(專指其行爲之內容言)其範圍狹。茲不具論。但論債務更改之必要要素。夫債務之要素有三。已於總論中舉例明之。茲更析言其有疑義者如左。 說分子丑寅

子 債權者變更之更改 此事甚單純。不贅述。

丑 債務者變更之更改 此事亦似甚單純。然頗有複雜問題。則關於手形者

是。如原爲普通債務。及發手形。則變爲手形債務。或依裏書方法以相給付者亦同。欲解此問題。當先知手形之性質。試列舉而論之於下。

一 爲替手形（依日本式附錄於左下同）

金若干圓也

右之金額請支拂於丙某（受領者）或丙某之指圖人

住所

年月日

甲 某（振出人）

乙 某（給付者）殿

右之手形。惟隔地者用之。如漢口乙某（給付者）對於上海甲某（振出人）負債務。上海甲某。又對於天津丙某（受領者）負債務。論理應由甲向乙取得。再以付丙。今甲祇發手形付丙。使丙受乙之給付。或以爲是移轉。非更改。然未發手形時。則甲對丙爲債務者。既發手形後。則乙對丙爲債務者。是甲對丙之債務。因此手形而消滅。乙對丙之債務。因此手形而發生也。非更改而何。故日本民法認之。其

規定見第五百一十三條二項末段。『……代債務之履行。而發行爲替手形。看做變更債務之要素者。』

二 約束手形

金若干圓也

右之金額某年某月某日支拂於貴殿(指乙)或貴殿之指圖人

住所

年 月 日

甲 某(債務者)

乙 某(債權者) 殿

右之手形。一般通用。如甲對乙負債務。因發手形付乙。乙至期即持此手形以向甲請求。蓋用爲彼此約束之據者。日本民法。不認此爲更改。以其非變更債務之要素也。顧或謂原爲普通貸借債務。其效力弱。後爲約束手形債務。其效力強。是宜認爲更改。然使認此效力變更爲更改。則其他普通貸借債務。變爲經裁判所判決後債務。與夫私署證書債務。變爲公正證書債務。其效力皆前弱後強。

者。豈亦將認爲更改乎。然則普通貸借債務。變爲約束手形債務。其不得認爲更改明矣。

三 小切手

金若干圓也

右之金額請支拂於渡先丙某（即受領者）殿或其持參人。

住所

年 月 日

甲 某（債務者）

乙 某（給付者）殿

右之手形。大體與爲替手形同。然彼得認爲更改。此不得認爲更改者。因當事者之意思不同也。蓋爲替手形。自甲發行付丙後。即甲對丙之債務消滅。而乙對丙之債務發生。既爲債務者變更。故日本法律認爲更改。若小切手。多用於與銀行交易者。如甲與銀行交易。因負丙債而付以小切手。使向銀行支取。（日本法限七日。逾限無效。）此不過爲便利起見耳。故自銀行視之。丙亦不過持參人。并非

其債權者。即丙亦未嘗以銀行爲債務者。是無所謂債務者變更也。因一般習慣上之意思如此。故其法律不認爲更改。

附論

裏書（式與性質，并詳第四章第三節）

裏書者。凡手形皆得爲之。如丙負丁債。依裏書式以手形交付之。即丙對丁之債務消滅。而丁持手形以請求乙。即乙對丁之債務發生。是債務者變更也。故日本法律認爲更改。若丁不得所求於乙。仍可責丙賠償。但其所賠償者。乃因手形發生之債務。非復本來債務也。即此益可證明其當爲更改矣。

此外又有一種契約。可同時使債權者債務者俱更改。所謂囑託是也。如甲對乙有債權。乙對丙又有債權。是甲乙丙之間。互有關係。既而乙與甲丙結約。使甲受丙辨濟。丙對甲履行。皆與乙斷絕關係。而生直接關係於甲丙之間。此時以債權言之。則結約以前。丙之債權者爲乙。乙之債權者爲甲。結約以後。則俱變矣。以債務言之。則結約以前。甲之債務者爲乙。乙之債務者爲丙。結約以後。亦俱變矣。

俱變則當認爲更改無疑矣。特以乙爲其中之關鍵。而對甲丙申込。故名爲囑託。寅 債務目的變更之更改。如金錢債變爲不動產債務之類是。此中疑竇。在乎數量（以多少輕重等言）與品質（以美惡高下等言）之變更。其變更之在數量品質者。日本舊民法不認爲更改。新民法則認之。但當事者之意思不以爲更改者。亦不得認爲更改。即數量以舉其例。如於一千圓之債務中。免除其五百圓。雖爲一部之消滅。而非別有一部之發生。又如於一千圓之債務上。添設以五百圓。雖爲一部之發生。而非原有一部之消滅。蓋皆無關於債務目的之變更。故不得認爲更改也。若當事者之意思。在於一面舍舊。一面從新。則又得認爲更改矣。又有原爲條件附債務。後變爲無條件債務者。如前云某死則給錢。後并不拘定某死是也。有原爲無條件債務。後變爲條件附債務者。如前但云給錢。後則云某死乃給錢是也。有變更條件者。如前云甲死則給錢。後改云乙死乃給錢是也。凡此皆日本民法所認爲變更債務要素者。其規定見第五百一十三條二項。以條件附債務爲無條件債務。或於無條件債務附條件。又或變更條件。皆看做變

更債務要素。」本條因舊民法不認條件變更爲債務要素變更。故特爲揭出。夫既認條件變更更爲債務要素變更。即是認條件變更更爲債務變更矣。其所以認此者。以條件變更之影響。終於債務之目的物也。

又日本舊民法有認原因變更更爲更改者。如原爲因買賣發生之債務。(即代金)後與賣主約。改爲因貸借發生之債務。(即消費貸借)而認之爲更改是也。然更改必易地可行者。彼因買賣發生之債務。可改爲因貸借發生之債務。而因貸借發生之債務。不可改爲因買賣發生之債務。是所謂原因變更者。易地即有所不行也。故日本新民法不認爲更改。現今各國法亦同。

此外如期限之變更。無論其有無長短之差。均不得認爲更改。蓋期限者。不過與債務相附屬。而非於其目的變更有關係也。故雖羅馬法認爲更改。現今各國鮮有從之者。日本亦然。

第二項 因債權者交替之更改之特別要件

新舊兩債權者交替。既與債務者共結契約。其於更改原則之要素。固已具備。但欲對

抗、第、三、者、則、非、具、有、確、定、日、附、證、書、（詳第四章第一節第一款乙號）之特別要件，不可。否則詐偽滋起。如甲以其對於乙之債權與丁爲讓渡，而與丙爲更改。此時若讓渡在前，則更改無效。若更改在前，則讓渡無效。而欲辨其孰前孰後，全以其證書之日附爲標準。倘甲曾讓渡其債權於丁，既又以其債權與丙爲更改，勢必與乙丙通謀，將更改之日附移於讓渡之前，而丁之讓受，反因之無效而受損害矣。故必要有確定日附證書者，所以防詐欺也。其規定見日本民法第五百一十五條。『因債權者交替之更改，非以有確定日附之證書，不得對抗第三者。』

第三項 因債務者交替之更改之特別要件

債務者交替之更改，雖以債權者與新債務者之契約成立，然非通知舊債務者，恐有時反平其意思。彼債權讓渡與代位辨濟，皆必通知債務者，重違其意思也。於此亦然。故使舊債務者於受通知時，表示其反對之意思，則其更改終歸無效。

第三款 效力

第一項 原則

更改之效力。在使舊債務消滅。而新債務發生。其中宜注意者。在有牽連之關係。所謂牽連之關係者。即新債務發生。舊債務當消滅。舊債務不消滅。新債務亦當不發生也。蓋更改乃唯一之法律行為。故不可區分舊債務消滅與新債務發生。為獨立之二行為。茲即其最重要者論之如下。 說分甲乙丙

甲 新債務有不法之原因時 如殺人為不法行為之最重者。設乙負甲債千圓。甲約乙以殺丙。即免除其千圓債務。此時若殺丙之新債務發生。即千圓之舊債務當消滅。然終不消滅者。以殺丙為不法行為。萬無發生此新債務之理也。此猶不法行為之為普通人所共知者。即如乙負甲債千圓。甲乙均不知發行富籤（即中國彩票）為不法。（日本法不許發行富籤。以其近於誘賭抽利也。）而甲約乙以代為發行。即免除其千圓債務。此時若發行富籤之新債務發生。即千圓之舊債務當消滅。然終不消滅者。亦以發行富籤為不法行為。終不得以當事者限於不知。遂發生此種新債務也。

乙 新債務不可能時 如乙負甲債千圓。甲約乙以向月界旅行。即免除其千圓

債務。此時若月界旅行之新債務發生。即千圓之舊債務當消滅。然月界旅行。萬萬不能。其知而結此約乎。則作爲拋棄舊債務也可。其不知而結此約乎。則月界旅行之新債務終不發生。即千圓之舊債務終不消滅矣。

丙 新債務之債務者爲無能力時。如乙爲有能力者。對甲負千圓之債務。丙爲無能力者。甲約以乙之債務更改與之。而不問其當被取消。其知而爲之乎。則作爲拋棄舊債務也可。若不知而爲之。則新債務者之債務被取消時。其舊債務者之債務終不消滅。以被取消之。同於不發生也。夫取消行爲。原包無能力者及詐欺強迫於其中。茲第舉無能力爲例者。以此處所指之被取消者。專就債權者不知其行爲而言。若屬詐欺強迫。則債權者不免有惡意與過失。又當別論。

右之規定。見日本民法第五百一十七條。『因更改而生之債務。若爲不法之原因。如甲』與因當事者不知之事由而不成立。『如乙』以及被取消。『如丙』舊債務皆不消滅。』

第二項 例外 說分甲乙

甲 一般之例外 謂無論何種更改皆適用者。如舊債務上設有擔保權。以原則論。新債務發生而舊債務消滅。即其附屬之擔保權。亦應從而消滅。然爲便利起見。亦可保留之。使從而擔保新債務。惟必不出舊債務之目的限度內方有效。蓋債務之目的價格。常因更改而生差異。如金錢千圓之舊債務。改爲米百石之新債務。而米每石價十五圓。則其總價額。超過舊債務之目的價格五百圓矣。然舊債務之目的限度。已確定其爲一千圓。即其擔保權之移於新債務上者。亦不得過千圓。故即後來競賣其擔保物。債權者祇能取足一千圓之額。其餘五百圓價額。終當視同未設擔保者。不能向第三者（物上保證人）索償也。其規定見日本民法第五百一十八條。『更改之當事者。於舊債務之目的限度內。得移轉供其債務擔保之質權抵當權於新債務。』

但在第三者。本祇負擔保舊債務之責。今使之擔保新債務。乃其意外事也。故不獨新債務之目的價格。超過於舊債務之目的價格時。於第三者不利益。當得其承諾。即新債務之目的價格。減縮於舊債務之目的價格時。於第三者有利益。亦當得其

承諾。其規定見日本民法第五百一十八條但書。『於第三者供新債務之擔保時。要得其承諾。』

夫更改時之擔保權移轉。祇就物上保證人言。而不及普通保證人者。因普通保證債務。本以與舊債務同時消滅爲原則。即債權者欲得同一之保證人。以爲之擔保。亦可用特約或條件保留之。然其承諾與否。可以自由。不似物上保證人之供有擔保物。得以債權者與債務者間之約束。而左右其權利也。既無得其承諾之必要。故無所用其規定。

且保證債務。無複雜之順位問題。曾不以發生之先後。生效力之差異。若物上擔保則不然。姑就質權言之。如於同一債權之上。設定數個質權。其第一番質之權利。其力恆較第二番質之權利爲強。（如債務者破產時。必俟第一番質者取得權利。有餘乃以與第二番質者）順次以下。遞減遞差。倘債務更改時。不許舊債務上所有。第三者設定之質權。得移轉於新債務之上。而重新設定。則必有於舊債務上爲第一番質。反於新債務上爲第二番質者。其失公平。甚矣。惟許其移轉。乃無此弊。

乙 因債權者交替之更改之特別例外。即債權者變更時。其債務者。因留有異議。而得以對抗舊債權者之事由。對抗於新債權者也。如一千圓之債務。或已爲一部之履行。或已受一部之免除。或其債務附有特別條件。其條件已到來。（如債務上附有債權者死即不履行之條件。而債權者已死之類。是皆可以對抗舊債權者之事由也。特未嘗以其事由載於債權證書中。似其事由祇於舊債權者有關係。而不得於舊債權者變更之後。復援之以對抗新債權者。然既實有其事由。且當更改時曾留異議。則使新債權者。仍執其債權證書。以請求全部履行。在債務者。終得對抗之。其規定見日本民法第五百一十六條。『第四百六十八條一項之規定。』見第四章第二節第二款乙號。準用之於因債權者交替之更改。』

但對抗舊債權者之事由。不得舉取消以爲例。因更改爲取消之追認。（謂凡可取消之行爲。一經更改。即成追認也。日本民法第一百二十五條可參觀。）於實際上。曾無以取消對抗於新債務者之事也。

第四節 免除

免除者。拋棄其債權也。從向來學說及各國立法例觀之。凡免除須有契約。若日本法律。則祇須有債權者一人之意。蓋凡財產權。皆以得自由拋棄爲原則。且就債務者一面言之。未有不以免責爲利益者。彼債務者變更之更改。既以利益在債務者。而不必得其同意。況債務免除。其利益尤純在債務者。其不必得其同意更可知。然在債務者。究無不知免除之理。無論免除多起於債務者之請託。即出債權者特意。亦未有不對債務者表示者。故雖看做契約。亦無不可。但不得以契約爲免除之要件耳。其規定見日本民法第五百一十九條。『債權者對於債務者表示免除債務之意思時。其債權消滅。』

凡屬免除。大抵無償。然亦有有償者。如乙負甲債千圓。甲約乙以時計相給付。乃免除其千圓債務是也。其與代物辨濟之差異。純以當事者之意思爲標準。以所舉例言之。彼以時計爲代替物。此則以給付時計相約。不過因免除而附以條件耳。故即不令其給付時計。而令其別任勞務。亦是有償免除。特免除爲債權上之法律行爲。其與物權之拋棄。又不同。蓋物權者之權利。可及於一般之人。故拋棄之意思。任對何人表示有

效。債權者之權利。祇及於特定之人。故免除之意思。必對債務者表示方有效也。

第五節 混同

債權。債務。統歸一人。謂之混同。如乙負甲債。甲死而乙爲其相續人。則債權債務。統歸於乙是也。自羅馬法以來。其認混同爲消滅之原因。與辨濟等同。其所以認混同爲消滅之原因。與辨濟等不同。蓋視因辨濟等消滅者。爲當然消滅。因混同消滅者。爲自然消滅也。所謂自然消滅者。即混同以後。萬無已對於已有債權之事也。故亦可視同辨濟。（參觀日本民法第四百三十八條。詳第三章第三節第三項甲之丑號第五）而通認爲消滅之原因。其規定見日本民法第五百二十條。『債權債務歸於同一人時。其債權消滅。』

右所論者。原則也。尙有三例外如左。

一 其債權爲第三者權利之目的時不消滅（見日本民法第五百二十條但書）

如甲爲乙之債權者。乙又爲丙之債權者。而乙原以其所有對丙之債權質於甲。既而丙爲乙之相續人。此時甲對丙請求。固無異於對乙請求。然使乙之債權不消

滅則甲之對丙請求者。爲有擔保之債權。乙之債權消滅。則甲之對丙請求者。爲無擔保之債權。夫以無擔保之債權。與有擔保之債權較。其效力已弱。且使甲爲丁之債權者。而乙與丁有親友關係。遂以其所有對丙之債權。爲丁擔保。一旦因乙丙混同。許乙之債權消滅。則是甲失其擔保權。而大受損害矣。此法律所以必保護之也。

二 相續人爲限定承認時不消滅 凡相續人於被相續人之權利義務。本應一概承繼。然使被相續人之債務多而財產少。相續人亦一概承認之。勢必受其損害。故法律當許其^①附^②限^③定^④承^⑤認^⑥條^⑦件。所謂限定承認者。依被相續人之財產。以爲償還其債務之限度。而不得侵入相續人之固有財產也。夫既不得相侵。則彼此界綫分明。其不混同可知。即被相續人之財產權不消滅可知矣。例如被相續人之債務爲一萬圓。其財產僅五千圓。而其債務一萬圓中。有相續人之債權一千圓。假令混同。則相續人不受辨濟。而損失五百圓之債權矣。就權利一面言之。固如此。更就義務。一面言之。則反前例。如被相續人之財產五千圓中。有相續人之債務一千圓。假令混同。則相續人不爲辨濟。而有一千圓之不當利得矣。二者皆與限定承認之旨趣。

相反。是故不適用混同之規定。而當視同不消滅者。其規定見日本民法第一千零二十七條。相續人爲限定承認時。對於被相續人所有權利義務。看做不消滅者。」

三 財產分離時不消滅 蓋當相續人富而被相續人貧時。在相續人之債權者。恐相續人以承繼被相續人之債務。而損害己之債務。得請求其與被相續人之財產分離。夫既曰分離。其不混同可知。即其不消滅可知矣。例如被相續人之財產一萬圓。其債務亦一萬圓。而其財產一萬圓中。有相續人之債務一千圓。假令混同。則被相續人之財產。損失一千圓。因而其債權者亦受損失。又同時使相續人之財產。增多一千圓。而成爲不當利得。是皆不得公平也。就權利一面言之。固如此。更就義務一面言之。則反前例。如被相續人之債務一萬圓中。有相續人之債權一千圓。假令混同。則相續人之財產。損失一千圓。因而其債權者亦受損失。又同時使被相續人之財產。增多一千圓。而至於無所歸著。是亦不得其公平也。故亦不適用混同之規定。而當視同不消滅者。蓋準用限定承認之規定（見日本民法第一千五百條二項）云。

然有一問題。即相續人以其財產與被相續人之財產。同讓渡於人。將何以辨之。梅博士以爲是亦混同耳。但就當事者之意思解釋。則或別生結果。如表示減去相續人之財產以讓渡。則知其讓渡者爲被相續人之財產矣。如表示減去被相續人之財產以讓渡。則知其讓渡者爲相續人之財產矣。此可從其意思上區別者。若曾未表示其意思。則法律上終視爲混同。而其債權消滅矣。

下卷 各論

第一章 契約

緒論

第一 契約之定義。契約者。以使法律行爲生效力爲目的。二人以上之意思合致也。契約文字。日本新民法所用。係最廣主義。特亦以用於私法上者爲限。若國際上之契約。通常稱爲條約。非如德意志語之斐爾脫拉辜（フェルトラグ。譯爲契約之意）文字。不論公法上與私法上。一律通用也。

第二 契約之種類 契約爲法律行爲（詳民法總則）中之一種。然最重要。其申込（陳請）與承諾。雖在二人以上。亦祇是一個法律行爲。有分之者。皆謬見也。茲不具論。但即契約類別之由於法律行爲者。析爲六種。論之如左。

一 有償契約與無償契約 其契約屬出報酬而受利益者。爲有償契約。買賣、賃借、及債務辨濟等屬之。其契約屬受利益不出報酬者。爲無償契約。贈與、使用、貸借、及債務免除等屬之。至其實益之不同。如主債務消滅。由於保證人代爲辨濟。（此爲有償契約）則保證人對主債務者有求償權。主債務消滅。由於債權者免除。（此爲無償契約）則保證人對主債務者無求償權是也。

二 要式契約與不要式契約 其契約必以一定方法表示意思者。爲要式契約。婚姻、養子緣組、（結合意）及協議上之離婚離緣（皆日本法等屬之。其契約任以何種方法表示意思者。爲不要式契約。買賣、贈與、賃貸借等屬之。至其實益之不同。如要式契約。非踐其方式（即方法）不能生法律上之效力。不要式契約。不踐其方式。亦能生法律上之效力是也。

三 主契約與從契約 其契約成立不須他之法律關係存在者爲主契約買賣、贈與、借貸借等屬之其契約成立必須他之法律關係存在者（即必先有一爲主之債務關係者）爲從契約保證、質契約、抵當契約、其他延長契約等屬之。至其實益之不同。如主契約得獨立存在。從契約不得獨立存在。且因此生諸種差異之結果是也。

四 雙務契約與片務契約 因其契約而生債務於當事者之雙方者爲雙務契約。買賣、借貸借、組合等屬之。因其契約而生債務於當事者之一方者爲片務契約。贈與、消費借貸、寄託、委任（或指無償之寄託委任爲不完全雙務契約。日本民法不採其說。等屬之。至其實益之不同。如危險負擔問題（即買賣結契約後其物尙未交割。一旦遇災消滅。應否由買主付價之問題）之發生。祇在雙務契約不在片務契約是也。

五 諾成契約與踐成契約 其契約成立由於當事者雙方之意思合致者爲諾成契約。買賣、借貸借、委任等屬之。其契約成立由於當事者一方踐行某事者爲踐

成契約。使用貸借、消費貸借、質契約等屬之。至其實益之不同。據定義推之可見。此外在羅馬法。更分四種。(一)言成契約。(因互換一定之言語成立者)(二)書成契約。(因爲一定之記載於書面成立者)(三)事成契約。(因一方爲某事成立者)(四)意成契約。(因雙方意思成立者)所謂事成契約。即日本所謂踐成契約。意成契約。即日本所謂諾成契約。至言成書成二種契約。現今東西各國。大抵不取。特留其迹於要式契約中耳。

六 有名契約與無名契約 關於契約於法律上附以特別之名稱。因設特別之規定者。爲有名契約。買賣、贈與、質貸借等屬之。關於契約於法律上未設特別之規定。因無特別之名稱者。爲無名契約。通常所云汝與則我與。汝與則我爲。汝爲則我與。汝爲則我爲之四種契約屬之。至其實益之不同。如有名契約。不可不從特設之規定。惟無特設之規定時。始適用契約一般之規定。無名契約。則以其無所規定。雖其類於法定契約者。亦不得適用特別規定是也。

按右之六種區別。前三者。雖多屬契約關係。然亦通於其他法律行爲。後三者。則

純屬契約關係。但六者外。尚有昔爲著名種類。今則無關實用者。如實定契約與射倖契約。即其一種。實定契約（一名互易契約）者。謂當事者之權利義務。自始即屬一定。通常之買賣契約屬之。射倖契約。適與相反。賭博、保險、終身定期金等契約屬之。

第一節 契約總則

第一欸 契約之成立

契約成立之要素有二。（一）當事者之意思合致。（二）一定之目的。但一定之目的。關於法律行爲一般事項。非契約所特具者。詳見日本民法總則。茲祇就當事者之意思合致論之。蓋必有申込。始有承諾。必有承諾。始得契約成立。此申込承諾所以爲要素也。下更析言之。

第一項 當事者意思合致之內容

第一目 申込 說分甲乙丙

甲 申込之意義 德意志民法。探申込有羈束力主義。梅博士駁之。以爲申込雖出

於十分決意。亦不過當事者自有受束縛之意思。非法律所得遽加束縛。而使生獨立之效力者。故在日本民法。第以申込爲締結契約之提議耳。

乙 申込之效力 其效力因曾否定承諾之期間而異。說分子丑

子 定承諾之期間者 如申込者申込時。附致諾否限以幾日內回答之意是也。即在隔地者間。其承諾之通知。亦要於期間內達到。否則其申込無效。其規定見日本民法第五百二十一條二項。『申込者於前項之期間內。不受承諾之通知時。其申込失其效力。』

特申込者。既爲相手方定承諾之期間。則亦不得於其期間內。自取消其申込。其規定見日本民法第五百二十一條一項。『定承諾之期間而爲契約之申込者。其申込不得取消。』

丑 未定承諾之期間者 此其申込。雖閱時既久。承諾者得爲承諾。即申込者不得取消。特此問題之解釋。惟於隔地者間之契約。信爲必要。其規定見日本民法第五百二十四條。『未定承諾之期間而有所申込於隔地者。在申込者。不得於受承

諸通知之相當期間內。取消其申込。」

丙 申込之取消 此在歐洲各國。或純取發信主義。或純取受信主義。日本則於申込一方。取受信主義。於承諾一方。取發信主義。故申込取消之通知。有發於相手方未發承諾之通知前。而達於相手方既發承諾之通知後者。不妨其契約之成立。但此時非自承諾者速發其延著之通知不可。其規定見日本民法第五百二十七條。其一項云「申込取消之通知。到達於既發承諾之通知後。而於通常之情形。得知其所發送。當到達於其前時。承諾者。要無遲滯而對於申込者發其延著之通知。其二項云「承諾者。怠於前項之通知時。其契約看做不成立者。」

第二目 承諾 說分甲至丁

甲 承諾以取發信主義爲原則 詳本款第二項第二目。

乙 關於承諾之一般規定 如申込定有承諾期間。而其承諾之通知。於其期間內未到達。此時非由申込者即時通知。則承諾者。或且信其契約成立。而豫備履行。申込者不得視其承諾之通知爲無效。其規定見日本民法第五百二十二條。其一項云

「承諾之通知。到達於前條之期間後。而於通常之情形。得知其所發送。當到達於其期間內時。申込者。要無遲滯而對於相手方發其延著之通知。」其一項云「申込者怠於前項之通知時。其承諾之通知。看做不延著者。」

但使豫定承諾之期間時。已附致過期通知（就承諾者言）其申込當歸無效之意。則使其承諾通知。到達於期滿後。可不必再為延著之通知。其規定見前條但書。『……：於其到達前。已發延著之通知者。不在此限。』

丙 遲延之承諾 此其承諾。本當無效。然使申込者仍舊許可。即可視承諾者為新申込者。而轉視申込者為承諾者。以使其契約成立。亦於雙方有利益。其規定見日本民法第五百二十三條。『遲延之承諾。申込者對之。得看做新申込者。』

丁 於申込附條件或加變更之承諾 於申込附條件之承諾。如甲對乙申込。乙答以若不承諾丙之申込。即承諾其申込是也。於申込加變更之承諾。如甲對乙申込。乙答以必稍更改所約。乃可承諾是也。此時若申込者。願從其所附之條件。及所加之變更。亦可視相手方為新申込者。而轉視申込者為承諾者。以使其契約成立。乃為便利。

其規定見日本民法第五百二十八條。『承諾者。附條件或加其他變更於申込而承諾之時。將其申込之拒絕。看做新申込者。』

附論

廣告

關於廣告之性質。學說不一。大別之爲三。(一)單獨行爲主義。即視其廣告爲一種單獨行爲。可以獨立生效力者。如出與拾遺見還者以報酬之廣告。非對於拾遺者負義務。於契約成立無何等之關係是也。德意志民法。於懸賞廣告採之。(二)申込主義。即以其定契約內容之廣告爲申込。而以應其廣告爲承諾者。如出與能爲某事者以報酬之廣告。因對於爲某事者。負與以報酬之義務。而關係於契約之成立是也。日本民法。於一切廣告(但除申込誘起之廣告)採之。(三)申込誘起主義。此特以廣告爲誘起申込之方法。而非即申込者。如出貸家廣告之類。縱令記載間數家賃等項。然不得謂其已示契約全部之內容。即不得遽視之爲申込也。要之廣告之規定。不能離契約成立之規定而獨立。其中惟懸賞廣告。問題複雜。故在日本民法。有詳細之規定。其第五百一

十九條乃至第五百三十二條可參觀。(因非逐條解釋。其條文不具譯。餘做此。)

第二項 契約成立之時期

第一目 對話者間

以當事者雙方之談話彼此可以互聞故爲對話者其間承諾之意思表示。自承諾者之口達於申込者之耳。爲時不過瞬息。故即可以承諾者發聲時。爲其契約成立時。梅博士以爲電話亦對話者之一種。特於當事者不對面之一點。較異於普通者耳。

第二目 隔地者

以當事者雙方非用中介者(中間媒介者)即其意思不能互通。故爲隔地者。關於此間契約之成立。分三主義如左。

- 一 發信主義 謂完了發信之行爲即完了表意者之行爲。如隔地者間之承諾。用郵便者。祇取投入書信於郵便函。用電信者。祇取提出電稿於電報局。用人者。祇取使者出發。即爲其意思表示成立是也。
- 二 受信主義 謂表意者之行爲。必待其信到達始爲完了。如隔地者間之承諾。

雖已寄書信。發電信。遣使者。然未到達於申込者。不得爲其意思表示成立是也。
三。了知主義。謂表意者之行爲。必待他方心理了解始爲完了。如隔地者間之承諾。雖申込者已得書信。接電信。晤使者。然未確知其意思。仍不得爲其意思表示成立是也。

日本民法。於契約之成立。即承諾之意思表示成立。純取發信主義。蓋人事複雜。交涉最貴迅速。而於商業上。尤有因一刻之差。遂失機會者。故以取發信主義爲最便利。其規定見第五百二十六條一項。『隔地者之契約。成立於發承諾之通知時。』但有例外。即無發承諾通知之必要是也。此蓋因習慣及申込者之意思而然。其規定見前條二項。『依申込者之意思及取引上之慣習。有不必要承諾之通知者。其契約之成立。即在有可認爲承諾之意思表示時。』

按自緒以論下至此。梅博士略不及言。茲特從其教授本科講義中。譯述其大概以補之。

第二款 契約之效力

契約締結既成。即於當事者間發生與法律相等之效力。蓋法律所規定者。為盡人所當遵守。契約所訂明者。為當事者所當遵守。其範圍異。其效力同也。

第一項 契約惟在當事者間有效力

契約祇於當事者間有效力。即其結果。為對於第三者無效力。如賣買然。惟賣主有交物之義務。買主有交錢之義務。易一方面言之。即惟買主有請求交物之權利。賣主有請求交錢之權利。此種權利義務。除有特別原因外。雖父子兄弟。不能相與移易。則以結契約時。其當事者早確定耳。更析言其權利義務如左。

甲 由契約生出之義務 此必當事者本人負擔。設父與人結自己行爲之約。雖使其子代自己行爲。亦有所不可。然則代理行爲。及轉託行爲。(如父與人結使子行爲。子與人結請父行爲之約是)皆由第三者盡力。何以有效。不知代理及轉託。其當事者仍爲本人。固非出於契約關係外者。此其所以有效也。

乙 由契約生出之權利 說分子丑

子 惟在當事者間有效力 如甲乙二人。相約與丙(第三者)以權利。然非向

丙申込而得其承諾。尙不負以權利與丙之義務。是其由契約生出之權利。祇於當事者間有效力也。

丑 對於第三者有效力 自羅馬法有二、人、結、約、利、害、不、及、他、人、之、格、言。於是皆以對於第三者無效力。爲契約之原則。梅博士亦以此理爲最正當。然當法律發達時代。有時爲便宜起見。契約之效力。亦及於第三者。其規定見日本民法第五百二十七條。『依於契約。而當事者之一方。約對於第三者當爲或給付時。其第三者。有對於債務者直接請求其給付之權利。』

然第三者請求給付之權利。果當於何時取得。關於此問題之解決。其學說一。

一 在當事者結約時 此說德意志主張之。

二 必第三者承諾時 此說日本採用之。其規定見其民法第五百三十七

條二項。『於前項之情形。第三者之權利。自第三者對於債務者表示享受契約之利益時發生。』本條所謂對於債務者表示者。如甲一方約爲給付。則對甲表示。乙一方約爲給付。則對乙表示。因約爲給付。即爲其債務者也。既經第

三者表示。則甲或乙不得任意變更其契約。及使其契約消滅。蓋其債權發生之效力。自此確定矣。

至論第三者所取得權利之內容。一以當事者之契約爲準。如甲與乙約賣物於丙。夫既曰賣。固許丙以買物之權利。亦即責丙以付價之義務。此所謂反對給付。不得主張僅有權利。不負義務也。又如因債務者（即當事者之一方）無能力。其契約一旦取消。則第三者之權利同時取消。其因迫脅取消者亦然。惟因詐僞取消者。不得以與善意之第三者相抗。其同時取消之規定。見日本民法第五百三十九條。『基於因第五百三十七條所揭之契約之抗辯。債務者得之以對抗於當受其契約之利益之第三者。』

第二項 契約有與法律相等之效力

由契約而生之效力。與由法律而生之效力。無強弱之分。此原則固如是。但由雙務契約、生出者。又有例外。說分甲乙

甲 同時履行。如買賣然。雙方互負義務。亦互有權利。與其一面先履行義務。而

權利不可必得。不如同時履行。庶不至生不平之結果。其規定見日本民法第五百三十三條。『雙務契約之當事者之一方。當相手方提供其債務之履行以前。得拒絕自己之債務之履行。』

然使買賣之當事者。約定先期付價。後期取貨。則買主不得主張相手方未交貨。已亦不付價。則以其辨濟之期未到也。其規定見前條但書。『……但不在於辨濟期者。不在此限。』

乙 危險問題 即雙務契約當事者之此一方。因天災至不能履行義務。彼一方仍當履行義務否。此種問題。多關於買賣。且多關於賣主所未引渡之特定物。（買主之金錢。無不能履行時。）說分子丑寅

子 以特定物權利之設定移轉爲目的時。如賣物於人。是以權利之移轉爲目的也。爲他人設定地上權於已所有之土地上。是以權利之設定爲目的也。關於此種危險問題（就一二事言。係狹義）之解決。有三主義。

一 危險負擔歸債權者。例如買賣。買主爲債權者。倘其特定物因天災

滅失(指全部言)或毀損(指一部言)其代價已付者不能取還。未付者仍當給付。蓋當契約成立時其物已爲買主所有而交付之早晚不問。夫既因契約成立而取得權利亦即當因契約成立而負擔危險。且物既購定增價則利爲其利亦減價(滅失亦不過減價之達於極端者)則害爲其害。羅馬法有利之所歸者害亦歸之之格言。正謂此耳。是故以危險負擔歸買主爲極公平。不獨羅馬法與法蘭西法採此主義。日本民法亦採之。其規定見第五百三十四條一項。『以關於特定物之物權設定或移轉爲雙務契約之目的時其物因不歸債務者之責之事由而滅失或毀損者其滅失或毀損歸債權者負擔』

二 危險負擔歸所有者 例如買賣買主與賣主結特約令其於某日移轉其所有權既而未及移轉忽遇天災此時若據第一主義其危險應歸買主負擔今則仍歸賣主其買主之貸價未付者不必給付已付者可以取還在主張此說者亦謂羅馬法有物爲所有者死之格言耳不知此乃羅馬法中之通常語。英吉利誤會操以解釋危險問題(英吉利即採此主義)失之遠矣。

三 危險負擔歸債務者 例如買賣。若據第二主義。則惟以所有權移轉與否爲標準。而定債務者之應屬買主或賣主。此則必以特定物之引渡與否定之。蓋未引渡。則賣主爲債務者。既引渡。則買主爲債務者。債務者定。即危險之負擔所屬亦定。在主張此說者。不問孰爲買主。孰爲賣主。但視特定物所在。以認定債務者。而責其負擔。危險。是直混雙務契約於連帶債務（連帶債務之債權者。對於其債務者之任一人。皆視同惟一之債務者）也。不知賣主之債務在交物。買主之債務在交錢。其目的各別。絕不與連帶債務之性質同。而不可混。現今德意志聯邦。以其爲日耳曼舊法（其發達在羅馬法後）採之。其實不逮羅馬法所採主義（即第一主義）遠甚。

日本法律。雖以採用第一主義爲原則。（對與法律相等之效力言。已屬例外。）然更有例外。說分天地

天 停止條件附之雙務契約 如買賣當事者。於結約時附條件。謂必俟條件到來時。而後其契約成立是也。若依原則。雖條件未到。亦應歸買主負

擔危險。茲則反之。其規定見日本民法第五百三十五條一項。『前條之規定。若停止條件附之雙務契約。其目的物於條件成否未定間滅失。不適用之。』本條明言不適用原則。是謂危險應歸賣主負擔也。然以立法例言之。甚不正當。蓋契約之成立。原在其效力發生之前。如有雙方之申込承諾。即其物已特定。而契約成立。其附停止條件。不過使成立後之效力暫不發生耳。乃因此責令賣主於條件未到時負擔危險。是以契約外之事端。變更契約內之目的。不免與法理背馳矣。

右蓋爲物之全部滅失規定者。至於一部毀損。則又當從前條二項之規定。『若物因不歸債務者之責而損毀。其毀損歸債權者負擔。』據本條文。不獨區別毀損之標準難定。蓋毀損必屬一部。而百分其物。自一分以至九十九分。皆得以一部目之。且物固有損其一分。即一錢不值者。徃徃失其公平。且歸債權者負擔。又與原則相混。然則將仍採歸債務者負擔主義。而行以減價負擔法（謂視毀損部分所應減之價。以減買主之代金。其應減

者。則歸賣主負擔。此各國立法例及日本舊法所採用者。乎。是又不然。蓋危險歸債務者主義。乃人情論。非法理論也。夫立法不得全徇人情。否則全部法律可破壞矣。是終不如統歸原則而不設本條之爲得也。

地 解除條件附之雙務契約 如買賣當事者於結約時附條件。謂此條件成立時。其契約即當解除是也。設當時買賣雙方各履行義務。（即賣主付物。買主付價。）及契約解除時。物已先期滅失。則不得以買主爲債權者。即不得適用原則之規定。（即危險負擔歸債權者之規定。或且因解除條件附契約。生停止條件附權利。（如雙方因附解除條件。而負還物退價之義務。此種義務。自裏面觀之。即停止條件附權利。）謂可適用其規定。然法律（指日本民法五二五條）祇言停止條件附雙務契約。未言停止條件附義務或權利。而解除條件成就之結果。不外生停止條件附之權利或義務。是二者之關係不同。故停止條件附之規定。於此終不適用。

梅博士以爲右之問題。仍當依解除條件之一般原則解決之。凡解除條件

成就不可不復契約前之原狀。即物必返還賣主。錢必返還買主是也。今雖買主之物不能返還。而賣主之錢。非不能返還者。故此時之危險負擔。當歸賣主。蓋與危險負擔歸債權者之規定。即日本民法五二四條之規定殊途而同歸。其謂此爲不利益於賣主者。亦人情論。非法理論也。

危險問題之規定。關於私益。不關於公益。故私人可結與法律反對契約。且即臨時表示意思亦可。蓋所重者。祇在當事者之意思。如設定地上權及永小作權。其定期地代（地租）及小作料之給付。大抵皆由法定。倘在設定以後。給付以前。有土地不可使用之事由發生。論原則。其損害應歸地上權者及永小作者。然使立有特約。則可於其事由發生後。不給付地代與小作料。此所謂重當事者之意思也。

丑 以不特定物爲目的時 此時所生之危險問題。非純全者。如甲買乙米。乙方計畫交付。而頓遭危險。必另覓米交付之。否則不能受取米價。蓋米之爲物。非一失不可復得者。且未經特定於買主。毫無利益。故不適用利之所歸害亦歸之。

之格言。而以危險歸債務者（即賣主）負擔爲最正當。其規定見日本民法第五百三十六條。『除前二條所揭之情形外。因不可歸當事者雙方之責之事由。至於履行債務不能時。債務者無受反對給付之權利。』本條所採主義。文明各國胥同。

至不特定物變爲特定物時。（如結約時買主未指定。既而由賣主指定。對買主表示者是）則其危險當從特定物之規定。使歸債權者負擔。其規定見日本民法第五百三十四條。『關於不特定物之契約。自依第四百一條二項之規定。即物因發送而特定之規定。』而其物特定時。適用前項之規定。』

寅 以作爲不作爲爲目的時 所謂以作爲爲目的者。如因工事結請負（承辦）約契是也。若請負人因病或傷殘。不能完成約定之工事。則無自當事者（即與請負人結約者）受報酬之權利。所謂以不作爲爲目的者。如相約於一定之土地上。不爲某種營業。而與以相當之報酬是也。若因受政府命令。不能如約。則相手方免其不爲某種營業之義務。亦即無自當事者受報酬之權利。蓋適用前

條之規定云。

第三款 契約之解除

第一項 總論 說分甲乙

甲 定義 契約之解除者。即使契約之效力消滅而復未結契約前之原狀也。如買賣契約之解除。必買主還物。賣主還錢。乃爲復未結契約前之原狀。凡契約之解除同。

乙 解除之種類 大別之爲一

一 當然解除 謂因一定之事實發生。使契約自然消滅。不必當事者表示意思而後解除也。其例甚多。(一)如解除條件之成就。其契約自然解除。(二)如結約時。附以至某時不履行即解除之特約。至不履行時。其契約自然解除。(梅博士以爲即解除條件附之解除)(三)如定期贈與之契約。至贈與者或受贈者死亡時。其契約自然解除。(見日本民法五五二條)(四)如消費貸借之豫約。至當事者一方受破產宣告時。其契約自然解除。(見日本民法五八九條)(五)如委任契約。至當事者死亡。或因破產終了。或受任者受禁治產之宣告時。其契約自然解除。(見日本民法六五

三條) (六)如組合契約。至事業成功。或成功不能時。其契約自然解除。(見日本民法六八二條)

二 解除權之行使 說分子丑

子 約定解除權 即締結契約時。約定如何。則當事者之一方。得解除其契約是也。

丑 法定解除權 即因法律規定所生之解除權也。大抵因當事者一方不履行義務。遂許其相手方以主張解除契約之權。此等規定。法律中不遑枚舉。茲但就日本民法中 (其商法亦多此等規定。茲不具論) 之關於各種契約者言之。如五五七條、六一〇條、六一一條二項、六二一條、六二八條、六三一條、六四一條、六四二條、六五一條、六六二條、六六三條二項、六七八條、六八三條等皆是。所以有此等規定者。蓋爲保護公平起見。其精神與留置權 (如爲人修理物者。必俟物主償還工價。始許其將物取還是) 及同時履行 (見本節第二款第二項甲號) 同。即如買賣。若買主之價已付。賣主之物不交。此時必許買主得主張解除。然後

無一方獨受損害之弊。

第二項 解除之方法 說分甲乙丙

甲 當然解除主義 此祇須一定之事實發生。不必有意思表示。即解除者。日本商法採之。以商事貴敏捷。故取此簡便法也。然事實上。容有於稍遲一二日之時。仍願履行者。則因事實發生即解除。有時不免反乎當事者之意思。故不可採以為民法原則。

乙 法廷解除主義 此必經裁判所判決。始解除者。夫事經裁判。既得免錯誤。杜奸謀。且可廉得債務者實情。而略與以猶豫期間。其法亦多便利。日本舊民法採之。在法蘭西法。(其解除權行使。影響常及於第三權利者。未免有當事者通謀害第三者之事。)尤以採此主義為要。然以契約之履行。而必經裁判。不獨費事傷財。且嫌其為無謂之干涉矣。

丙 意思表示解除主義 此折衷右之二主義。而以當事者之意思為主。既不似當然解除之過取敏捷。又不似法廷解除之徒致干涉。此解除方法之最善。而可採以為一般原則者。其規定見日本新民法第五百四十條。『依契約或法律之規定。當事者

之一方有解除權時。其解除得依對於相手方之意思表示爲之。本條所規定。凡一切解除無特別之規定者。皆適用之。

第三項 解除之要件 說分甲乙

甲 因不履行解除之要件 說分子丑

子 原則 即催告後之解除。如契約期限將到。由債權者定期催告。乃至定期仍不履行。則其契約解除是也。其規定見日本民法第五百四十一條。『當事者之一方不履行其債務時。自相手方定相當之期間而催告其履行。若不履行於其期間內。得爲契約之解除。』

丑 例外 說分天地人

天 豫爲特約時 如當事者約定至某期限不履行。不必催告。即可解除。或約定催告後幾何日不履行。不必表示意思。即可解除。既而當事者一方。竟不履行。則相手方不催告。或不表示意思。徑解除其契約可也。

地 過一定期限即不必履行時 此有關於契約之性質者。如蒲節裝飾品。過

是日即無用是也。亦有關於意思表示者。如元夕張燈用品。約以非某日交付。即不復購是也。故得於其及期不履行。而解除契約。固無取乎催告。其規定見日本民法第五百四十二條。『依契約之性質。或當事者之意思表示。有非履行於一定日時。或一定期限內。即不能達其契約之目的者。若其時當事者之一方。不爲履行而經過其時期。則相手方得不爲前條之催告。而解除其契約。』

人 因應歸債務者負責任之事由不能履行時。如特定物之必須引渡者。而因債務者之故意或過失。以致滅失其全部。或毀損其一部。則債權者得因其不能使之履行。而解除契約。亦無取乎催告。其以履行勞務爲目的者亦然。如與某畫工約描寫圖畫十幅。當成於某時。乃某畫工者。或未著手。遽因已之過失傷手。不能成其一幅。或傷愈後僅成一幅。而期限已過。其餘不能再成。此亦不須催告。即可解除契約者。其規定見日本民法第五百四十三條。『因當歸債務者之責之事由。而履行之全部或一部不能時。債權者得爲契約之解除。』

乙 通於一切解除之要件。即解除權之性質不可分也。如甲乙共賣其物於丙。既

因丙不付價而解除契約。不得專認甲或乙一面有解除權。又如甲乙共約以其物賣於丙。既因甲乙不付物。而丙願解除契約。亦不得專對甲或乙一面行使其解除權。其規定見日本民法第五百四十四條。『於當事者之一方有數人時。其契約之解除。惟得自其全員或對其全員爲之。』本條所規定雖如此。然當法律有許一部解除之規定。或當事者間有特約時。亦不適用之。

第四項 解除之效力

就其通於一切解除者言之。即使回復其原狀是也。此在雙方各負義務。設如買賣。必買主還物。賣主還金。始得回復原狀。且賣主還金時。必附帶其應付之利息。若因其應負責任之事由而解除。利息外并當賠償損害。蓋履行契約。原爲應盡之義務。故因不履行而生之損害。自應賠償也。其規定見日本民法第五百四十五條。『當事者之一方。行使其解除權時。各當事者。負使其相手方回復原狀之義務。』

但於當事者間回復原狀時。不得累及第三者。如買主已將其所買之不動產。抵當於第三者。一旦契約解除。第三者之抵當權。仍不消滅。蓋不許加第三者以意外之損害。

也。(其規定見前條但書)

第五項 解除權之消滅

凡財產權消滅之原因。皆解權消滅之原因。於此不贅。但述其特別者。說分甲乙

甲 因催告消滅 如約定至某時不履行即解除。既而經過某時。猶爲催告。則是當事者不願解除。其解除權之當消滅無疑。若當事者。初未約定行使解除權之期限。遲之又久。不見催告。其相手方。以負回復原狀之義務。常懷不安。乃自行定期。以催告當事者。而當事者於其所定期間內。仍不回答。(此時取受信主義)則其解除權消滅。其規定見日本民法第五百四十七條。『解除權之行使期間不定時。相手方得對於有解除權者。定相當之期間。而以當確答是否解除於其期間之意催告之。若於其期間內不受解除之通知。則解除權消滅。』

乙 因物之毀滅消滅 解除權之結果。在回復原狀。若其原狀不能回復。即其解除權不能行使。如買賣契約解除。買主當返還原物。乃其原物。竟因自己之行爲或過失毀滅之。又或以之讓渡於第三者。雖推定其爲拋棄。解除權可矣。亦有非滅失。

并非毀損。而可視同毀損者。如金塊之造爲指環。房屋之變更舊式是也。凡此皆成爲解除權消滅之原因。其規定見日本民法第五百四十八條。『有解除權者。因自己之行爲或過失。而毀損契約之目的物。或至於不能履行。又或因加工與改造。而變其物爲他之種類。其時解除權消滅。』

第二節 契約各論

第一款 贈與

贈與者。謂當事者之一方。約以自己之財產。統物權債權無形財產權言。餘做此。爲無償讓渡。而依相手方之承諾。以生效力之契約也。如甲付其物於乙。不求償還。不索代價。并不使服某種勞務。是爲無償讓渡。此種契約。其物不必即時引渡。但須當事者意思合致。即能成立。故爲諾成契約。關於贈與之一切規定。詳日本民法第五百四十九條。乃至第五百五十四條。

第二款 買賣

買賣者。謂當事者之一方。約移轉其任一種財產權於相手方。而相手方約付以代金。

因而生效力之契約也。其要素在買主以金錢報酬。若報酬不以金錢。則其性質又變。而非買賣契約矣。此亦諾成契約。關於買賣之一切規定。詳日本民法第五百五十五條。乃至第五百八十五條。

第三款 交換

交換者。謂當事者。約以非金錢所有權之財產。互相移轉。因而生效力之契約也。其有附帶金錢所有權而移轉者。於其附帶部分。用買賣代金之規定。此亦諾成契約。其規定見日本民法五百八十六條。其一項云「交換因當事者互約移轉非金錢所有權之財產。而生其效力。」其二項云「當事者之一方。約以金錢所有權與他之權利共移轉時。於其金錢。準用關於買賣代金之規定。」

第四款 消費貸借

消費貸借者。謂當事者之一方。約以種類品等數量同樣之物。相還。而自相手方受取金錢及其他之物。因而生效力之契約也。所謂其他之物。蓋除不動產及動產之貯存不用者言。必其能消費者。所謂同樣之物。以金錢論。則種類之同爲金錢也。品等之同

爲通貨也。數量之同爲若干圓也。雖其質不一（日本有金銀銅之別）不失爲同樣。他物之種類品等數量。尤顯見不待言。無論其爲金錢或他物。一經貸借。則所有權被移轉。而借主可以任意處分。但其契約之成立。在於相手方之受取。否則不過消費貸借之豫約。故爲踐成契約。關於消費貸借之一切規定。詳日本民法第五百八十七條乃至第五百九十二條。

第五款 使用貸借

使用貸借者。謂當事者之一方。約以無償而使用及收益。後乃返還。而自相手方受取。或物。因而生效力之契約也。如貸書於人。約令閱過後相還。并不受損料（賠償）又如貸地於人。約令使用及收益後相還。并不受地代。皆使用貸借之類。其與消費貸借異者。彼不必以原物相還。此則必以原物相還。其與質貸借異者。彼必出租金。此則不出租金。但其契約。必以相手方受取而成立。故亦爲踐成契約。關於使用貸借之一切規定。詳日本民法第五百九十二條。乃至第六百條。

第六款 質貸借

貸借者謂當事者之一方（貸與人）約使相手方（賃借人）爲或物之使用及收益而相手方約依定期付其賃金（租金）因而生效力之契約也。此契約最普通。在不動產。則如借人土地耕種。約每年納賃金或穀若干。借人房屋居住。約每年或每月納賃金若干者是。在動產。則如在旅館借用被褥。雖祇一夕（定期）必付以損料亦是。若旅館自他處借來。則一面爲使用。一面又爲收益矣。惟土地賃貸借與地上權永小作權。同一出租金以借土地。最易混淆。然自根本上觀之固不同。蓋彼爲物權之關係。直可對抗一般人。此爲債權之關係。祇可對抗債務者。（如土地賃借人。祇對土地所有者。有請求使用之權。）故土地賃借人。若欲對抗第三者。非登記不可。此其結果之不同可知。特在當事者結約之初。則或彼（結地上權永小作權之約）或此。均自由耳。此亦諾成契約。關於賃貸借之一切規定。詳日本民法第六百一條。乃至第六百二十二條。

第七款 雇傭

雇傭者謂當事者之一方（勞務者）約對於相手方（使用者）服勞務而相手方約與以報酬因而生效力之契約也。現今文明各國。盡廢奴隸制度。故雇傭不以人之等級

分凡爲人服勞務而得報酬者皆是。即如乳母醫生之行爲。亦統屬雇傭。而不爲輕視。此亦諾成契約。關於雇傭之一切規定。詳日本民法第六百二十三條。乃至第六百三十一條。

第八款 請 負

請負者。謂當事者之一方（請負人）約完成或一事。而相手方（主請承辦者。日本謂之注文者）對於其事之結果。約與以報酬。因而生效力之契約也。如作室令工師承辦。待其落成。而予以報酬者是。其與雇傭。雖同一請人而予以報酬。然有區別。蓋彼所作之事。其範圍廣而泛。此所作之事。其範圍狹而確。就雇人力車言之。約定自晨至夕。所當行者不一地。是爲雇傭。約定自甲地至乙地。但至乙地。即其義務已畢。是爲請負。他如懸賞廣告。如揭示能得某人頭者與金若干。是懸賞覓物。（物失而懸賞求之）皆事後予以報酬。亦是請負性質。此亦諾成契約。關於請負之一切規定。詳日本民法第六百三十二條。乃至六百四十二條。

第九款 委 任

委任者。謂當事者之一方。委託相手方。爲法律行爲。而相手方承諾之。因而生效力之契約也。如甲託乙買物。或託爲保證。而乙應允之。此委任契約之屬於單獨行爲者。又如甲託乙管理其財產。(凡關於甲之財產出入。令乙皆得爲之)。而乙應允之。此委任契約之屬於概括(凡事一概包括)行爲者。但委任有有代理關係者。有無代理關係者。如甲委任乙買物。乙對賣主。表示其爲甲買。是爲有代理關係之委任。不表示其爲甲買。是爲無代理關係之委任。其與雇傭。雖同一請人作爲。然有區別。蓋彼所爲之事。不必限於法律行爲。此所作爲之事。則必限於法律行爲。至以雇傭契約兼委任資格。如商業使用之番頭。(使任一部事務事者)得爲催告給付等法律行爲。又當別論。或且以報酬之有無。區別雇傭與委任。然委任亦不盡無報酬。未可以爲標準也。此亦諾成契約。關於委任之一切規定。詳日本民法第六百四十三條。乃至第六百五十六條。

第十款 寄託

寄託者。謂當事者之一方。約爲相手方保管。而受取或物。因而生效力之契約也。如甲

以其動產或不動產託乙保管。乙一面承諾。一面受取其物。是爲寄託契約成立。於種類屬踐成。關於寄託之一切規定。詳日本民法第六百五十七條。乃至第六百六十六條。

第十一欸 組合

組合者。謂各當事者。約定出資。以營共同之事業。因而生效力之契約也。如甲乙丙三人。相約各出資本金一千圓。共營銀行事業。期將來三分其利益。是爲組合。但出資不約定金錢。即動產與無形財產權。（如著作權、特許權、商標權、勞務等是）皆得以之爲組合之資本。此亦諾成契約。關於組合之一切規定。詳日本民法第六百六十七條。乃至第六百八十八條。

第十二欸 終身定期金

終身定期金者。謂當事者之一方。約定予自己或相手方或第三者之死亡時止。而定期給付相手方或第三者。以金錢及其他之物。因而生效力之契約也。以給付至死亡時止。故曰終身。以給付必有年月日之限。故曰定期。以給付常屬金錢。（以金錢外之

動產給付者甚少。以不動產給付者則絕無。爲其於定期不便利也。故以金錢代表之。至其死亡之標準。則以給付者、或被給者、(不約定相手方。即第三者亦是) 或第三者當之。略分爲七種。列表如左。

(一)	給付者(債務者) 當事者之一方 (甲)	被給者(債權者) 當事者之他方 (乙)	死亡者 甲
(二)	甲	第三者(丙)	甲
(三)	甲	乙	乙
(四)	甲	乙	丙
(五)	甲	丙	乙
(六)	甲	丙	丙
(七)	甲	丙	(丁)亦第三者

據右表所列。說明之如下。

- (一) 以定期金債務者之死亡爲標準。其債權者爲相手方。如甲約扶養乙。而甲死則已是也。
- (二) 以定期金債務者之死亡爲標準。其債權者爲第三者。如甲約扶養丙。而甲死則已是也。
- (三) 以定期金債權者之死亡爲標準。其債務者爲相手方。如甲約扶養乙。而乙死則已是也。
- (四) 以第三者之死亡爲標準。其債務者與債權者爲當事者。如甲約扶養乙。而丙(乙之父或子)死則已是也。
- (五) 以定期金結約者之死亡爲標準。其債務者爲相手方。其債權者爲第三者。如甲約爲乙扶養丙。而乙死則已是也。
- (六) 以第三者(債權者)之死亡爲標準。其債務者爲當事者之一方。如甲約爲乙扶養丙(乙之父或子)而丙死則已是也。

(七)以第三者(債權者)外之第三者之死亡爲標準。其債務者爲當事者之一方。如甲約爲乙扶養丙。而丁死則已是也。

右之終身定期金契約。於種類亦屬諾成。關於終身定期金之一切規定。詳日本民法第六百八十九條。乃至第六百九十四條。

第十三款 和解

和解者。謂當事者約互爲讓步。而止所存之爭。於其間。因而生效力之契約也。如甲云乙負其一千圓。乙云不負甲一圓。以此爭論。既而甲讓卻五百圓。乙亦認定五百圓。其爭遂止。是其例矣。又如甲占有一物。方自主張有所有權。而乙起而爭之。既而乙認其物歸甲。甲認以金錢若干與乙。其爭遂止。亦其例也。蓋甲本將安享其物之所有權者。今乃以乙與之爭。而與以金錢。乙亦思取得其物之所有權者。今乃不終與甲爭。而祇受金錢。故不論金錢與其物相當否。總屬互爲讓步。以上二例。皆未經裁判而和解者也。其已經裁判而和解者。如甲云乙負其一千圓。乙云不負甲一圓。爭論不決。提起訴訟。既而彼此不利久訟。各願負擔五百圓。以息訟端是也。此亦諾成契約。關於和解

之一切規定。詳日本民法第六百九十五條及第五百九十六條。

附論

賭事

賭事者。謂當事者。相約對於未知之事實未到或已到者各豫期之。至確知其事實不如所期時。乃爲何等給付。因而生效力之契約也。其賭事之關於未知之事實未到者。如甲乙二人對於金錢之拋擲。約得表則甲給付乙金錢若干。得裏則乙給付甲金錢若干。至確知其爲表爲裏時。乃如約給付是也。其賭事之關於未知之事實已到者。如甲乙二人對於日俄戰爭之死亡人數。約過十萬。則甲給付乙金錢若干。不及十萬。則乙給付甲金錢若干。至確知其死亡人數時。乃如約給付是也。又有一知一不知而爲賭事例者。如某天文家云。某知當日食。或獨不信。而約以某日果有日食。則以金錢若干給付是也。此亦諾成契約。日本民法無所規定。

梅博士云。賭事種類甚多。自日本法律言之。爲不法行爲。故於刑法上有制裁。（見二六一條）但亦祇制裁賭財物者。其賭飲食物。已屬例外。是賭事原不能絕對禁止。故

各國民法。大抵載入賭事。日本民法起草時亦載入之。後因反對者多。遂刪去。其實如以勞務爲賭之類。非全然無效者。夫既不能使之在社會上無效。何如以法律規定之。此說足備立法者之參攷。

第二章 事務管理

無義務而管理他人之事務者。謂之事務管理。如友人旅行。其家中財產。本未囑託於我。而我自代爲管理是也。夫既全無義務。祇可稱爲準契約。其義自羅馬法沿襲而來。蓋凡債務發生。不外契約與犯罪（此非刑法上之犯罪。乃私法上之犯罪。如有損害即應賠償之類）。二種。其由不法行爲發生者。雖未正當犯罪。可稱爲準犯罪。即由適法行爲發生者。雖非正當契約。可稱爲準契約。

或謂事務管理。宜歸并於不當利得。各國立法例有用此說者。日本舊民法即如此。然非難之者頗多。爲揭梅博士所評論者如左。

博士云。事務管理。自然生出。不當利得。其事件有二。（一）管理者原爲本人取得財產。自應償還本人。如取本人之財產。買公債（政府對外國人募集者名外債。對內國人募

集者名內債。二者皆屬公債。等。以謀利益。及本人歸來。固應并所取得之利益交還之。否則在管理者爲不當利得。(二)管理者爲本人消費。自應向本人求償。如慮本人房屋傾圮。爲之出資修繕。本人歸來。固應償還。否則在本人爲不當利得。由是言之。則事務管理。即歸并不當利得。一同規定。宜無不可。惟事務官所生之債務。不僅關於不當利得。且有關於不法行爲者。如事務管理者之半途拋棄是也。蓋既未受人託。而爲之管理其財產。自應有始有終。度不能有終。不如弗爲管理。以俟他人。今半途拋棄。不顧本人之財產。受如何損害。假令無意。僅屬過失。若其有意。則爲不法行爲矣。且即事務管理所生之不當利得。亦與普通所生之不當利得。其受保護宜加重。然則如日本新民法之分別規定。蓋得當矣。

第一節 要素 說分甲乙丙

甲 要他人之事務 夫事務管理之規定。固因管理他人之事務而設。然亦有誤認己之事務爲他人之事務而管理之者。但此等一經認明。即無所謂事務管理。故必以他人之事務爲第一要素。特此亦不限定果知其人。即如見賣犬者。不知其主爲誰。惟心

以爲必他人之犬而買之。以待他日交付。既而其主覓取。則買價并消費（如飼養之類）金。皆可求償。以其本爲他人之事務也。

乙 要以爲他人之事務而管理之。如甲死未有相續人。乙因爲之管理財產。此乃純全之事務管理。若乙自信其爲甲之相續人而管理之。是爲占有。若乙知有丙當爲甲之相續人。乃乘丙之不在。以甲之相續人自居。而管理之。是爲橫領。皆不得謂之事務管理。以其無爲他人之意思也。

丙 要無管理之義務。如甲旅行。託乙管理財產。此由委任契約。生管理之義務者。如後見人。親權者。法人之理事。會社之取締役。此由法律。生管理之義務者。皆不得謂之事務管理。以事務管理。必不因法律或契約。而生管理之義務者。方適用其規定也。日本民法第六百九十七條一項云。『無義務「如丙」而爲他人「如乙」管理其事務「如甲」者。從其事務之性質。要依最適於本人之利益之方法。而爲之管理。』

第二節 效力

第一款 管理者之義務 說分甲乙丙

甲 管理者之注意 說分子丑寅

子 原則 必以於本人最利益之方法管理之。(見日本民法六九七條一項。譯見本章第一節。)至如何始爲於本人最利益。事實上初無一定之標準。而自管理者之注意言之。則惟盡心竭力。期與本人之自爲謀者無異焉可也。

丑 例外 說分天地

天 不反乎本人之意思 如事雖於本人最有利益。而明知爲其所不願。或推知爲其所不願。則不得違反其意思而擅爲之。其規定見日本民法第六百九十七條二項。『管理者已知本人之意思。或可得而推知之時。須從其意思管理。』

地 遇急迫危害時 即利害起於倉猝。不暇爲本人細思之時也。爲舉三例以明之。(一)身體危急時。如親友在外。膺受重疾。管理者爲之延醫購藥。消費逾分。不得謂之不注意。(二)名譽危急時。如親友在外。被人登報。毀其名譽。管理者爲之登報辨白。倉猝間。未能擇便宜之報館。且多其時日。而消費逾分。不得謂之不注意。(三)財產危急時。如親友在外。其隣失火。管理者爲之搬運家賞什物。既需費用。又

致損失。雖火災畢竟不及。亦不得謂之不注意。其規定見日本民法第六百九十八條。『管理者。使本人免身體名譽財產之急迫危害。而爲之管理其事務時。非因惡意與重大過失而生之損害。不任賠償之責。』

寅 附隨義務 附隨義務。即通知義務。(謂管理者有通知本人之義務)所以必通知者。因未受本人囑託。即管理爲其所願。而對於其財產。或別有管理之方法。對於管理者。或欲定如何之權限。此皆本人之權利。管理者必依其意思表示以行。若不通知。是不免違反本人之意思也。

其不曰通知而曰附隨者。謂附隨於注意之下。應有此義務也。如注意求於本人最有益。與不反乎本人之意思。而非得本人指示。仍恐不能辦到。故不得謂但取注意。不取通知。其規定見日本民法第六百九十九條。『管理者。其管理之始。要無遲滯而通知於本人。但本人既已知之。則不在此限。』

乙 管理之繼續 謂管理者不可半途拋棄也。蓋雖未受委託。而既慨然爲之管理。自有繼續之義務。如甲旅行而乙爲之管理財產。必待甲歸。或由甲別託一人。乃可免

責。又如甲死而乙爲之管理其財產。必待甲之相續人能自管理。乃可免責。即或甲旅行而久絕音書。或甲死而無相續人。亦必待裁判所爲之選定管財人。（亦即法定代理人）然後乙可免責。此原則也。然有例外二。

- 一 反乎本人之意思時 如通知後。本人不願其管理財產。則管理者可以中止。
- 二 於本人不利益時 如甲旅行。妻子家居。其債權者。因有乙爲之管理事務。而催促益急。反於甲爲不利益。則乙亦可以中止。

日本民法第七百條云「管理者。至本人及其相續人或法定代理人。得爲管理時止。要繼續其管理。（原則）但其管理之繼續。反乎本人之意思。與顯不利於本人時。（例外）不在此限。」

丙 計祿之義務 說分子丑

子 報告之義務 謂管理者當報告於本人也。如管理終了。宜將爲本人取得之財產。與消費之財產。計祿分明。報告於本人。即管理未終。本人請求報告。亦必報告之。

並交付之義務。如管理終了時。將爲本人取得之財產加入。消費之財產除出。以其餘交付於本人是也。

此中有宜注意者。如管理人消費本人之現金。或由他處受取之金。應依法定利息相還。其有損害。更須賠償。如本人之金。本可運用之以謀利益。乃被管理者消費。則自本人視之。爲受損害。此當於利息外更加賠償者也。其規定見日本民法第七百零一條。『第六百四十五條。乃至第六百四十七條之規定。準用之於事務官理。』

按第六百四十五條。即報報之告定。第六百四十六條。即交付之規定。第六百四十七條。即利息之規定。蓋皆委任之規定。而爲事務管理所準用者。

第二款 本人之義務 說分甲乙丙

甲 費用償還之義務 謂管理者所代出之費用。本人應償還之也。其償還。取與本人所受利益之限度相當。而本人所受利益。又以用費之當時爲準。如代本人修理房屋。而卒被火災。是用費之當時有利益。以後無利益者。然本人不可不償還。其規定見日本民法第七百零二條。『管理者爲本人所出有益之費用。得請求本人償還。』

乙 債務負擔之義務 管理者爲本人謀利益其所發生之債務本人宜負擔之其規定見日本民法第七百零二條二項。『管理者爲本人負擔有利益之債務時準用第六百五十條二項之規定。』

丙 例外 反乎本人之意思者其所代出之費用本人得不償還。即償還亦祇從不當利得之規定。而以本人現時所受之利益爲限度。如反乎本人之意思爲之修理房屋。而現時房屋已燬於火。於本人無所利益。則管理者所出費用本人可不償還。惟房屋現存。乃償還之。蓋其受法律之保護者輕矣。其規定見日本民法第七百零二條三項。『管理者反乎本人之意思而爲之管理。則僅於本人現所受利益之限度。適用前二項之規定。』

第二章 不當利得

不當利得者。謂無法律上之原因。而因他人之財產或勞務。以受利益。致使損害及於他人也。（見日本民法七〇三條前段）更析言之如左。

一 無法律上之原因 如甲地之水。流入乙地之溝渠而通過之。則甲受利益。而

乙受損害。然不得謂甲爲不當利得者。以其有法律上之原因（見日本民法二一四條）也。

二 因他人之財產或勞務 如乙店之主雇。因某報館揄揚甲店而趨之。則甲受利益。而乙受損害。且在甲亦無法律上之原因。然不得謂甲爲不當利得者。以其不因他人之財產或勞務也。

三 受利益 如甲賃居乙屋。自以其費用修飾之。此在甲爲因他人之財產。且有法律上之原因。然不得謂之不當利得者。以其未受利益也。

四 使損害及於他人 如乙以一千圓爲甲改良房屋。使其價額增高一千五百圓。既而甲以一千圓還之。此在甲爲因他人之財產受利益。且有法律上之原因。然不得謂之不當利得者。以未使乙受損害也。

然則不當利得之必具以上四要素可知。夫既爲不當利得。自負償還之義務。此其義務。似與物權中所爲占有規定者（見日本民法一九〇條）同。但彼專就惡意與有過失者言。此則概括一切。即對於契約之解除者亦適用之。是其異點所在也。

第一節 通則 說分甲乙

甲 要素 利得損害無原因爲三大要素。已見定義所述。茲更舉例以明之。如甲以一千圓用於乙之不動上。則乙受一千圓之利益。是爲利得。甲失一千圓之財產。是爲損害。并非甲負義務。是爲無原因。又如甲誤以一千圓還乙。而乙受之。是亦在乙爲利得。在甲爲損害。且非有債權之關係。更爲無原因。此就因他人之財產受利益者言之也。至因他人之勞務受利益者。則如甲爲工師。自出其力以改良乙之房屋。使其價格增加（當合計甲之勞務於其中）是也。

乙 效力 說分子丑

子 原則 返還以現存之利益爲限。如甲以一千圓爲乙改良房屋。而卒燬於火。則乙於其一千圓。可不返還。以其全未受利益也。若燬其一半。則乙可返還五百圓。以其祇受一半利益也。其規定見日本民法第七百零三條。『……依於現存利益之限度。負返還之義務。』

丑 例外 返還須付利息并賠償損害。如甲誤以一千圓還乙。乙明知已非其債

權者而受領之。或無故取他人之物而使用之。消費之。及明知其爲他人之遺失物。或寄託物。而取而使用之。消費之。凡此皆出於惡意者。茲即第一例以明其償還之法。如乙自知非甲之債權者而受其債務之履行。即持歸遇盜。盡數劫去。亦應返還全部。且當付以法定利息。倘甲原與眞債權者結有違約金之特約。一旦因乙受取。致對於眞債權者負遲滯之責。而償以違約金。此其損害。亦應乙賠償。其規定見日本民法第七百零四條。『惡意之受益者。要附利息於其所受之利益返還之。有損害時。任其賠償之責。』本條所規定。準用之於因他人之勞務。而成爲不當利得者。蓋可以勞務作爲金錢計算耳。

第二節 非債取戻

非債取戻者。如甲誤還乙債。後乃向乙取回是也。說分甲至于

甲 原則 一依通則之規定。即出於善意者。依現存之利益返還。出於惡意者。必返還全部。并付利息。及損害賠償也。

乙 給付者有惡意時 如與精神病（瘋癲之類）者結賣買契約。知其必被取消。而

竟以貨物給付之。或明知債權者時效已過。其債務本當取消。而竟對之履行。此皆不能取還者。以其自有惡意也。其規定見日本民法第七百零五條。『因債務之辨濟而爲給付者。若其當時知債務之不_レ存在。不得請求其給付物之返還。』

丙 期限前之辨濟 其規定見日本民法第七百零六條。『債務者辨濟不在辨濟期之債務時。不得請求返還其給付物。但債務者若因錯誤而給付。則債權者。要返還因其給付而得之利益。』本條所謂因其給付而得之利益。如先限期一月履行無利息之債務。則債權者多得一月之利息。此當返還之於債務者。然與停止條件附未成就前之可以取還者不同。蓋彼之債務固未發生也。若就立法例言之。債務既定期限。非期限到來。本可不履行。則是早還與誤還無異。論理應得取回。俟期至再還。乃爲正當。但日本現行民法。及歐洲各國法律。固皆以不得取還爲原則者也。

丁 保護善意債權者之規定 如甲以乙爲債務者而受其辨濟。及毀滅證書。拋棄擔保。經過時效。方知其誤。已不能向眞債務者請求。此時若許乙取還。是使甲無故受損害也。故當爲之保護。其規定見日本民法第七百零七條。『於非債務者因錯誤辨

濟時。若債權者既以善意毀滅證書。拋棄擔保。及因時效而失其債權。則辨濟者不得爲返還之請求。」

然爲甲保護。而貽害於乙。終失公平。故又當爲乙保護。即許乙向眞債務者求償是也。其規定見日本民法第七百零七條二項。『前項之規定。辨濟者對於債務者。不妨行使其求償權。』

第三節 不法原因之給付

所謂不法原因之給付。如賭博之輸者。以錢給付於贏者。或甲使乙殺人而以錢給付之是也。此皆不許取還者。其規定見日本民法第七百零八條。『出於不法原因之給付。不得請求其給付物之返還。』本條之規定。蓋根據於羅馬法數語。羅馬法云。以醜事（指賭博殺人等事）相約時。指片務契約言。其利益歸占有者。又云。雙方以醜事相約時。指雙務契約言。其給付物不得取還。但就立法論。既不許有賭博殺人等事。必使之無所得利。庶幾其風自息。今不許取還。是不啻獎勵賭博殺人者。未爲得也。日本立法之初。有持此論者。特因反對者多。乃卒從本條之規定耳。

但亦有許取還時。如乙必欲殺人。甲云汝止。吾與汝金。既而乙果止殺受金。是其受益之原因在不法也。然在甲固無所謂不法。故法律許其取還。其規定見前條但書。……不法之原因。惟存於受益者時。不在不得請求返還給付之例。』

第四章 不法行爲

羅馬法無所謂不法行爲。但有所謂犯罪與準犯罪。而相沿既久。習慣之意思已變。向之所謂犯罪者。今則謂爲有意之不法行爲。向之所謂準犯罪者。今則謂爲無意之不法行爲。

第一節 要素 說分甲乙

甲 權利侵害 凡侵害權利。總不外過失與故意。如入人室而毀破其家賞。此出於故意者。行於街衢。因不注意而損傷人之貨物。此出於過失者。至當十字街之衝。我直往而彼橫來。其貨物以與我接觸而破。此則既非故意。又無過失。不得謂之侵害權利。故此處要素。祇言權利侵害。至過失與故意。則以自然包括而不必言。但權利二字。所包甚廣。有身體權之侵害。如以刃傷人是。有自由權之侵害。如私自拘禁人是。有名譽

權之侵害。如登報詆毀人是。凡此皆所謂不法行爲。兼於刑法上受處分者也。

乙 損害 如侵害人而其人未受損害。此非債權原因之不法行爲。於歐洲大陸主義。不主張賠償。英國則不問受損害與否皆須賠償。梅博士以爲侵害人而未受損害者。於公法（刑法）上宜酌加制裁。此當別論。至私法上所謂賠償。原對損害而言。若無所損害而責令賠償。則理不可通。此債權原因之不法行爲。所爲又以損害爲要素也。日本民法第七百零九條云。『因故意或過失而侵害他人之權利者（如甲）任賠償因侵害而生損害（如乙）之責。』

右之賠償損害。固就侵害私權而言。但關於財產權以外者。頗有疑議。故法律當分別規定之。說分子丑

子 損害賠償之範圍 損害既通財產權以外而言。則如名譽權之被損害。若在商人。以失信用而影響及於財產。固損害也。且因之而中心不愉。無以自處。是亦損害之應賠償者。又如身體權之被損害。以需醫治及廢營業。其財產所失。可以金錢估計。固損害也。且因之而受無窮之痛苦。是亦損害之應賠償者。又如自由權之被

侵害。以受拘禁而廢營業。其財產所失。可以金錢估計。固損害也。且因之而受無故之謬辱。是亦損害之應賠償者。其規定見日本民法第七百一十條。『不問害他人之身體、自由、名譽及財產權。但依前條之規定而任損害賠償之責者。雖對於財產以外之損害。要賠償之。』本條所謂財產以外之損害。類屬無形。甚難估計。日本改訂法律未久。慣例尙少。每臨時由裁判官酌定。若歐美各國。則慣例甚多。大抵以加害者與被害者之身分爲準。如同一傷人。出於個人。則賠償較少。出於鐵道會社。(法人)則賠償較多。又如同一損人名譽。所損者常人。則賠償較少。所損者非常人。則賠償較多。皆所謂慣例也。

丑 間接損害 如一人被殺。直接受損害者。其生命權。間接受損害者。其父母妻子也。夫其父母妻子所受之損害。不獨關於其財產權者(如子被殺而父母失養是)應賠償。即對於其哀痛迫切之情。亦應賠償。其規定見日本民法第七百一十一條。『害他人之生命者。對於被害者之父母配偶者及子。雖於非害其財產權之情形。如哀痛迫切是。』亦要爲損害之賠償。』

右二條之規定。皆以賠償爲原則者。其例外不見於民法。而見於他之法令。如明治三十二年法律第四十號所載。凡失火。除因重大過失而損害他家者。不任賠償之責。此亦習慣使然。蓋日本房屋。大抵木爲間架。紙爲裝飾。本易失火。且瀕海大風。往往延燒數千百戶。并多傷人物。無能賠償者。故設此例。然一概認爲例外。雖於資力足以賠償者。亦不責令賠償。以純理論之。則甚失公平矣。

第二節 責任者 說分甲乙

甲 無能力者 說分子丑

子 未成年者 若於加害於人之未成年者。概免其責。則恐其出於故意。況未成年者之被法律認爲無能力者。乃就法律行爲言。非就不法行爲言也。是當視其有無辨別智能區別之。（大抵以十五歲爲標準。然此屬事實問題。終須臨時由裁判官酌定。其規定見日本民法第七百一十二條。『於未成年者之加損害於人時。若非具有足以辨識其行爲之責任之知能者。不任賠償之責。』

丑 心神喪失者 此無辨別之知能者。其加害於人。當令免責。但如欲殺人而心

醉。乃縱酒爲之。是因故意。令心神喪失。而加害於人者。或量本有限。而狂飲極醉。肆意行兇。是因過失。令心神喪失。而加害於人者。此則當任賠償之責。其規定見日本民法第七百一十三條。『於心神喪失間而加損害於人者。不任賠償之責。但因故意或過失。而致心神喪失時。不在此限。』

右二者。雖自加害者一面觀之。非正當之不法行爲。而自被害者一面觀之。其權利實受損害。倘絕對無賠償。待被害者。未免太酷。故當使有監督之法定義務者。任賠償之責。其規定見日本民法第七百一十四條一項。『依前二條之規定。於無能力者無責任時。有監督之法定義務者。對於其無能力者所加於第三者之損害。任賠償之責。』本條所謂有監督之法定義務者。就日本言之。不獨其父母與後見人。即如感化院長、救育所（養孤兒處）長等之由特別法制定者皆是。明治三十三年法律第三十八號、精神病者監護法第一條。又同年法律第三十七號、感化法第八條。又同年法律第五十一號、救育所法第一條二條。又同年內務省令十一號所載。皆可參觀。

其在委任監督所負義務亦同。其規定見前條二項。『雖代監督義務者而監督無能力者亦任前項之責。』

要之有監督之義務。即當盡監督之方法。如監督之方法既盡。而被監督者猶有加害於人之事。祇須監督義務者能自證明。即可免責。其規定見前條但書。『……監督義務者非怠於其義務。不任損害賠償之責。』

按監督有法律未載。而事實上可認定者。如兒童之住寄宿舍。則學校校長爲其監督之類是也。

乙 被用者 如男女雇工。及工業所用之技師。商業所用之番頭等。並受人委託所作爲者皆是。然必有使用者。而後有被用者。若被用者加害於人。不能賠償。則由使用者賠償之問題以起。 說分子丑

子 原則 被用者因爲使用者執行事務。而加害於人。當由使用者賠償。如商業被用者。因爲主人採辦貨物。就中出於詐欺。以取人財。此時其主人不得謝責。其規定見日本民法第七百一十五條。『因某事業使用他人者。若被用者於其事業之

執行。而加損害於第三者。任賠償之責。』

但使用者。若能證明其擇人與監督之法。毫無疏忽。則於其被用者加害於人時。可以免責。且有時雖未注意於選人與監督之法。而能證明其被用者之失事。已雖如何注意。亦不能免。則亦可以免責。其規定見前條但書。『……使用者於被用者之選用。及其事業之監督。實爲相當之注意。或雖爲相當之注意。而亦當生損害。則不任賠償之責。』

右之責任。在代理使用者。亦應負擔。如商業支配人（有代本人選任番頭等之權者）所選任之番頭等。因執行事務而加害於人。則責在支配人是也。其規定見日本民法第七百一十五條末段。『……雖代使用者而監督事業者。亦任前項之責。』丑 特別規定 如請負人。亦被用者。但與受委任爲被用者不同。蓋委任必示以方法。請負則任其作爲。故由請負人發生之不法行爲。注文者（主請承辦者）不負責任。然非所論於注文者與有過失時。如作一室。請負人謂必如何固其基礎。始不患傾頽。乃因注文者不依其計畫。卒致傾頽。而壓斃人物。則責在注文者。其規定見

日本民法第七百一十六條。『注文者於請負人爲其仕事。職業。而加損害於第三者之責。不任賠償。但在注文與指圖注文者有過失時。不在此限。』

梅博士以爲請負人於注文者有過失時。亦不能絕對不負責任。蓋不應曲從注文者之意。而遂其過也。

丙 因工作物或竹木所生之損害 除天災（如地震風烈之類）不論外。凡因不注意。致令工作物或竹木顛仆。而壓斃人物者。其責任歸占有者。以其當豫知之而豫防之也。若占有者已盡豫防之義務。猶不免顛仆摧壓。則咎在建設工作物與栽竹木之初。而其責任歸所有者。其規定見日本民法第七百一十七條。其一項云『土地之工作物設置。或因保存有瑕疵。而損害他人。則其占有者。對於被害者任損害賠償之責。但占有者。若於防止損害之發生。既爲必要之注意。則其損害歸所有者賠償。』其二項云『前項之規定。準用之於竹木之栽植。或支持有瑕疵者。』

丁 動物所加之損害 如犬嚙傷人。或侵害人之物。在占有此犬者。當任賠償之責。然使曾加意保管。則其責可免。其規定見日本民法第七百一十八條一項。『動物之

占有者。於其動物加損害於他人時。當任賠償之責。但從其動物之種類及性質。以相當之注意。爲其保管時。不在此限。』本條與前條之異點所在。即責任之連及所有者與否。蓋工作物等造自所有者。故有負責任時。動物非造自所有者。故無負責任時也。至占有者以動物委人代爲保管。而其動物卒至加損害於他人。則代爲保管者應賠償。其規定見前條二項。『代占有者而保管動物者。亦任前項之責。』

戊 共同不法行爲者之責任 如以二人毆傷一人（在刑法上爲共犯）是爲共同不法行爲。二人以上類推其責任即由二人共同負擔。雖視爲連帶債務可也。其規定見日本民法第七百一十九條。『數人因共同不法行爲而加損害於他人時。各自連帶而任其賠償之責。不能知共同行爲者中孰加其損害時。亦同。』

己 正當防衛 其精神與刑法上所言者同。以其爲自行保護利益起見。而加損害於他人。故有正當之稱。此可以免賠償之責者。說分子丑

子 對於他人不法行爲之正當防衛 如甲將奪乙所持之器以擊乙。乙即以其器擊之。雖致甲負重傷。不任賠償。又如醉人闖入甲宅。方毀損其家賞。乙見而摔之。

使出。雖裂其衣服。傷其身體。亦不任賠償。蓋以其一則爲已防衛。一則爲第三者防衛也。惟必出於萬不得已乃可。其規定見日本民法第七百二十條一項。『對於他人之不法行爲。因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。』

丑 對於他人物當急迫危難時之正當防衛 如甲乘漁車。所坐當頭。攔著乙物。當車行震播時。其物下墜。以手揮之。墮地立碎。此亦正當防衛之不任賠償者。其規定見日本民法第七百二十條二項。『前項之規定。因避自他人物生出之急迫危難。而毀損其物時。準用之。』

右之關於正當防衛者。日本刑法第七十五條二項。第三百一十四條。第三百一十五條。及刑法草案第四十五條。第四十六條。皆可參觀。

第三節 求償權者 說分甲乙

甲 原則 有求償權者。必被害者之本身。其規定見日本民法第七百零九條。第七百一十條。(譯見本章第一節乙號)

乙 特例 說分子丑

子 間接被害者 即被害者之父母配偶者及子是也。其規定見日本民法第七百一十一條。(譯見本章第一節乙之丑號)

丑 胎兒 謂未離母體者也。詳見日本民法總則第一條。胎兒未生。似無享受求償權之資格。其實不然。蓋其父被害。胎兒生後。必致不能受完全之撫養與教育。故當以法律保護之。其規定見日本民法第七百二十一條。『胎兒者。其於損害賠償之請求權。看做既生者。』以條文所謂看做既生者推之。則使所生者為死胎兒。亦當看做先時已死者者。不得許其有求償權矣。

第四節 賠償之方法 說分甲乙

甲 原則 應以金錢賠償全額。其應以金錢之規定。見日本民法第七百二十二條。『第四百一十七條之規定。以金錢定其額。準用之於不法行為之損害賠償。』至應賠償全額。則可以日本民法第七百零九條(譯見本章第一節乙號)推得之。

乙 特例 說分子丑

子 被害者有過失時不必賠償全額。此爲事實上之問題。如電軍壓斃人時。其知人之通過而不急停。或見人不知車至而不警告。是掌車者之過也。其知車之將至。而冒險以行。是行者之過也。既皆有過。即不必全償。此可由裁判所酌量情形以定其額。其規定見日本民法第七百二十二條二項。『被害者有過失時。裁判所得斟酌以定其害損賠償之額。』

丑 對於名譽損害之特別處分 名譽損害。有時難以金錢估計。故所用賠償之方法不一。或使謝罪於法廷。或使登報而爲謝罪之廣告。或使賠償金錢。（此就可以金錢估計者言）兼回復名譽。其規定見日本民法第七百二十三條。『對於毀損他人之名譽者。裁判所因被害者之請求。得爲適當之處分。或命其以他法。『如謝罪之類』。代損害賠償。或命其賠償損害。專指金錢言。』兼回復其名譽。』

第五節 時效 說分甲乙

甲 自被害者知加害人時起算者三年 惟加害於身體者。即時知之。若加害於財產等。則即時未必能知。即時知之。亦或不知其人。此事之所常有者。故通常自知其

人時起算。知其人後。經過三年。其求償權乃因時效消滅。其規定見日本民法第七百二十四條。『因不法行爲之損害賠償。其請求權。自被害者或其法定代理人。知損害及加害者之時。三年間不行之。因時效而消滅。』

乙 自不法行爲時起算者二十年。蓋加害之人。歷時過久。尙不及知。則求償權亦不能不設限制。故又有自不法行爲時起算法。不法行爲後。經過二十年。雖知加害之人。亦不得求償。其規定見前條末段。『……自不法行爲經過二十年時。其求償權。亦因時效而消滅。』

但私訴附帶於公訴時。其時效往往從公訴。而不及二十年。是於本條爲例外也。

按公訴之時效。違警罪六月。輕罪三年。重罪十年。見日本刑事訴訟法第八條。又私訴非至公訴判決後始提起者。即先不附帶於公訴提起者。不從民法所規定之時效。見日本刑事訴訟法第九條。

民法財產編第二債權終