

法政叢編

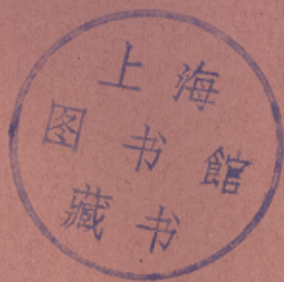
法政叢編第四種下

民

法

擔債

保權



湖北 法政編輯社出版



A541 212 0002 2207B

例言

一 是編本日本法學博士梅謙次郎先生口義。并參攷先生所著民法要義。民法原理。二書。及法學博士富井政章氏所課民法講義。法學士岡松參太郎所著民法理由。諸書。編輯而成。惜編者學識淺薄。未足以盡諸賢之奧。實爲遺憾。

一 是編爲債權擔保二法。與物權同屬於財產編。其與物權關係處甚多。故閱斯編者。當參觀財產總論。及物權。以通其義。

一 是編多關係於商法。而因民商性質。微有區別。故其規定。不無或殊。閱者當參觀商法。以明其同異。

一 債權擔保二法。乃流通財產。發達經濟之要件。欲謀社會生計之活

動者。當於此法加意。

一 日本民法。雖採取德法諸國。而斯編所述。則多與吾國習慣。不甚差遠。最足供吾國之採用。

一 是編凡言法理。必舉日本法典條文爲証。惟關於正解之條文。均於首尾用「」符。字傍用△符。爲識。至參引之條文。僅於首尾用「」符爲識。以示區別。

一 凡屬民法條文。則僅云第某條。不用民法二字。其引用他法者。則揭明某法。如商法第某條之例。以免主客混淆。惟對於日本舊民法言者。則常用新民法字樣別之。

一 凡註中言見第某條。或詳第某條。皆指日本現行民法（即新民法

「現有譯出者」言閱者當購此書參觀之。

一 凡叙述法理已盡條文意義者則只云見第某條某項以免贅譯。

一 凡屬名詞悉仍日本固有未敢代以中國字義恐致失真但其難解者則依法律辭典略加解釋並於其名詞之初見者加以「」號表彰以醒閱者之目。

一 民法比之他法事瑣理賾債權擔保二法益甚編者求不失真故辭語艱澁在所不免閱者幸勿以快眼觀之。

編者識

民法財產編第二章債權目次

緒論

一 債權之定義……………一

二 債權與物權之差異……………四

三 自然義務與法定義務……………六

四 債權發生之原因……………一〇

第一節 總則……………一二

第一款 債權之要素……………一二

第一項 何物能當債權之目的……………一三

第二項 關於物之債權……………一五

第一目 特定物……………一六

第二目 不特定物……………二〇

第三項 選擇債務……………三六

第一目 選擇債務之定義……………三六

第二目 何人爲有選擇權者……………三七

第三目 選擇之方法……………三八

第四目 有選擇權者不爲選擇時……………四〇

第五目 選擇債務之目的不能時……………四一

第六目 選擇債務之效力……………四四

附隨意債務

第二款 債權之效力……………四七

第一項 履行……………四七

第一目 何人應爲履行者……………四八

第二目 何人應爲受履行者……………五二

第三目 履行之目的……………五七

| | | |
|-----|-------------|-----|
| 第四目 | 履行之時期 | 六三 |
| 第五目 | 履行之場所 | 六七 |
| 第六目 | 履行之費用 | 六九 |
| 第七目 | 履行之充當 | 七〇 |
| 第八目 | 履行提供 | 七四 |
| 第九目 | 履行之供託 | 七七 |
| 第二項 | 賠償 | 八三 |
| 第一目 | 賠償之場合 | 八三 |
| 第二目 | 賠償之範圍 | 八四 |
| 第三目 | 賠償之方法 | 九〇 |
| 第四目 | 賠償之效果 | 九一 |
| 第三項 | 債權者對於第三者之權利 | 九三 |
| 第三款 | 多數當事者之債權 | 一〇六 |

| | |
|-------------|-----|
| 第一項 總則 | 一〇七 |
| 第二項 不可分債務 | 一〇九 |
| 第一目 債權者多數時 | 一一〇 |
| 第二目 債務者多數時 | 一一三 |
| 第三目 共通之規定 | 一一四 |
| 第三項 連帶債務 | 一一五 |
| 第一目 總則 | 一一五 |
| 第二目 連帶之效力 | 一一七 |
| 第三目 連帶債務之消滅 | 一二五 |
| 第四項 保證債務 | 一三六 |
| 第一目 總論 | 一三六 |
| 第二目 保證債務之效力 | 一五二 |
| 第三目 保證之消滅 | 一七四 |

附物上保證

第四款 債權之讓渡……………一七八

第一項 總論……………一七八

第一目 債權可否讓渡……………一七九

第二目 債權有時不可讓渡……………一八二

第二項 指名債權……………一八四

第一目 指名債權讓渡之要件……………一八五

第二目 指名債權讓渡之效力……………一九一

第三項 指圖債權……………一九四

第一目 指圖債權讓渡之要件……………一九七

第二目 指圖債權讓渡之效力……………一九八

第四項 無記名債權……………二〇二

第一目 無記名債權讓渡之要件……………二〇四

| | |
|----------------|-----|
| 第二目 無記名債權讓渡之效力 | 二〇四 |
| 第五款 債權之消滅 | 二〇五 |
| 第一項 辨濟 | 二〇八 |
| 第一目 辨濟受領者之義務 | 二〇八 |
| 第二目 辨濟者代位之權利 | 二〇九 |
| 第二項 相殺 | 二三〇 |
| 第一目 總論 | 二三一 |
| 第二目 相殺之條件 | 二三四 |
| 第三目 相殺之效力 | 二四四 |
| 第三項 更改 | 二四七 |
| 第一目 總論 | 二四七 |
| 第二目 更改之條件 | 二五五 |
| 第三目 更改之效力 | 二六八 |

| | | |
|-----|-------------|-----|
| 第四項 | 免 除 | 二七四 |
| 第五項 | 混 同 | 二七六 |
| 第二節 | 契 約 | 二八一 |
| 第一款 | 契約總論 | 二八一 |
| 第一項 | 契約之定義及種別 | 二八一 |
| 第二項 | 契約之成立 | 二九四 |
| 第一目 | 申 込 | 二九六 |
| 第二目 | 承 諾 | 三〇五 |
| | 附論廣告 | |
| 第一目 | 廣告之性質 | 三一一 |
| 第二目 | 廣告之效力 | 三一三 |
| 第三項 | 契約之效力 | 三一八 |
| 第一目 | 契約惟在當事者間有效力 | 三一九 |

| | |
|----------------------|-----|
| 第二目 契約有與法律相等之效力····· | 三三二 |
| 第四項 契約之解除····· | 三三三 |
| 第一目 總則····· | 三三三 |
| 第二目 解除之方法····· | 三三六 |
| 第三目 解除之要件····· | 三三七 |
| 第四目 解除權之效力····· | 三四〇 |
| 第五目 解除權之消滅····· | 三四〇 |
| 第二款 契約各論····· | 三四三 |
| 第一項 贈與····· | 三四三 |
| 第二項 賣買····· | 三四四 |
| 第三項 交換····· | 三四六 |
| 第四項 消費貸借····· | 三四六 |
| 第五項 使用貸借····· | 三四八 |

| | | |
|------|---------|-----|
| 第六項 | 借貸借 | 三四八 |
| 第七項 | 雇傭 | 三四九 |
| 第八項 | 請負 | 三五〇 |
| 第九項 | 委任 | 三五一 |
| 第十項 | 寄託 | 三五二 |
| 第十一項 | 組合 | 三五三 |
| 第十二項 | 終身定期金 | 三五四 |
| 第十三項 | 賭事 | 三五六 |
| 第十四項 | 和解 | 三五七 |
| 第三節 | 事務管理 | 三五八 |
| 第一款 | 事務管理之要素 | 三六〇 |
| 第二款 | 事務管理之效力 | 三六二 |
| 第一項 | 管理者之義務 | 三六二 |

| | |
|-------------|-----|
| 第一目 管理者之注意 | 三六二 |
| 第二目 管理之繼續 | 三六五 |
| 第三目 計算之義務 | 三六六 |
| 第二項 本人之義務 | 三六七 |
| 第一目 費用償還之義務 | 三六七 |
| 第二目 債務負擔之義務 | 三六八 |
| 第三目 反乎本人之意思 | 三六八 |
| 第四節 不當利得 | 三六九 |
| 第一款 通則 | 三七一 |
| 第二款 非債取戻 | 三七三 |
| 第三款 不法原因之給付 | 三七七 |
| 第五節 不法行爲 | 三七七 |
| 第一款 要素 | 三七八 |

| | | |
|-----|----------------|-----|
| 第二款 | 不法行爲之責任者····· | 三八一 |
| 第三款 | 不法行爲之求償權者····· | 三九二 |
| 第四款 | 賠償之方法····· | 三九四 |
| 第五款 | 不法行爲之時效····· | 三九六 |

民法(財產編)

麻城 彭樹棠 編輯

第二章 債權

緒論

一 債權之定義

債權者。謂對於一定之人。要求一定財產上之行為之權利也。例如甲負乙金百圓。有償還之義務。則乙對於甲。即有要求償還百圓之權利。其甲即一定之人。其金百圓。即一定之財產。其百圓之償還。即一定財產上之行為。而對於此。有要求之權利者。是謂債權。試更爲分解之。

其曰對於一定之人者。蓋權利必對於他人。而後有於物權。於債權。莫不皆然。但物權直接於物。其權利所及。可對抗於一般之人。而債權則間接於物。其權利所及。祇可對抗於債務者。凡對於人負歸償之義務者。謂之債務者。對於人有請求歸償之權利。

者。謂之債權者。後仿此。故曰對於一定之人。

其曰要求一定之財產者。蓋所要求之財產。或多或少。或寡。或爲金錢。或爲金銀銅三品而言。其專指金言者。於西洋或謂之金磅。於日本則謂之金貨。或爲物品。皆必由其契約成立時所確定者。不得於契約確定之債務外。別要求他之財產也。故曰一定之財產。

其曰要求財產上之行爲者。蓋以債權既不能直接於物。則於債務者之財產上。即不能直行其權利。祇得請求債務者以相當之財產爲債務之償還。其償還之「手續」(即辦法之義)即債務者之行爲也。即如「賃借權」(自己出費而租借他人之物品。遂于其物品上得享使用之權利。謂之賃借權)有使用其物之權利。歐洲各國。並有認爲物權者。日本舊民法。亦謂之物權。(新民法改爲債權)究之。就事實而論。則賃主(即租借人之物者)所使用物之權利。必由貸主(即以物租借于人者)交付此物。而後其權利始生。是賃借權。其初亦非直接於物而行其權利。乃必請求貸主有交付其物之行爲也。故曰要求財產上之行爲。

如以上所論。則必對一定之人。有要求一定財產上之行為之權利。始謂債權。然則債權者。果屬財產權否乎。學者付於此點。不免議論。有謂債權亦包含財產權以外者。不得專屬財產權。然日本新民法。不採此說。故於財產權之種類。雖亦附屬他種財產權。而直以物權與債權二種。爲其主體。特爲之各置一編。是已認債權爲財產權之一種也。且所謂債權者。其權利之本體。與其權利之目的。皆得自由處分（即處置之意）故或甲負乙債時。乙若以其對甲之權利。拋棄於甲。或讓渡（讓渡義廣。凡移轉其權利。如買賣交換贈與之類。皆是不專指讓與言）於丙。則竟拋棄之。讓渡之。無不任其自由者。蓋立法者。於其所用債權之語之處。已視之爲財產權。而惟財產權。乃有自由處分之利益。故債權之讓渡。拋棄。如何處分。亦得任其自由也。即如賃借及雇傭之類。亦皆財產權之一種。故亦得自由處分之。其反乎。是而不能自由處分者。惟人與人身分上之權利耳。例如夫婦間。有要求同居之權利。自其對面言之。即有當與同居之義務。雖其義務間接之結果。或不無影響於財產上。然不得對於其義務。而謂之債權。何者。其權利不得而處分之。蓋夫之與妻。雖一日。諾以別居。而即時仍可要其同居。不得因

諾。以別居之後。即斷絕其權利之關係也。又親權者。對於未成年之子。（未成年詳民法總則中）有指定其居住之權利。則未成年者。即有不得去其所指定居住之義務。雖其義務間接之結果。或亦生財產上之關係。然亦不得謂之債權。何者。亦以其權利不得而處分之。蓋親對於子。今日雖明言不爲何等之干涉。至明日不妨干涉及之。不得以指定居所之後。遂爲永久之割離而斷絕其權利也。蓋此等權。乃身分權。不得爲債權。即不得爲財產權。類此者可推而知矣。

二 債權與物權之差異

物權爲直接於物之權利。債權爲間接於物之權利。物權能對抗一般之人。債權祇對抗一定之人。此上定義中所述之差異也。有此差異之原因。遂生差異之結果。如下。

分二說

甲 物權有「優先權」而債權無之。優先權者。謂先他人而行其權利也。例如一土地上。甲對之有「地上權」（地上權屬物權。義詳物權中）。乙對之有債權。若因債權之故。至破賣此土地。則甲之地上權。仍必爲之留保。其留保之法。德國法律。唯於賣價

中提若干分。以償還其代價。(代價謂甲先設定地上權時所頂之價)日本法律必將其地上之權利完全留保。視德尤重。以此見物權之優先也。又如同一土地上。甲對之有「抵當權」(抵當權亦屬物權)乙對之有債權。若因不能償債之故。至破賣此土地。則所得之價。必先償還有抵當權者。再以其餘償還債權者。甚有因抵當權過鉅。至債權者訖無所得。此亦見物權之優先而債權無之。皆由其性質自然生出之結果也。

何謂自然生出之結果。蓋債權者之權利不能直接於債務者之財產。祇得要求債務者之行為。若債務者之能力萬有不及。則債權者之權利亦有所窮。今債務者於所賣之土地。先既有抵當行為。則是其土地之「所有權」(即統治其所有物之權利。詳物權中)已被限制。被限制者不能自由處分。則即債務者不能以所賣土地之價自由而先償債權也。故債權無優先權。

乙 物權有「追及權」而債權無之。追及權者。不因其目的物(謂目的所繫之物。但專指有體物言。若無體物。則唯稱目的)為他人所有。遂妨其權利之行使之謂也。

如○同○一○土○地○。甲○爲○所○有○權○者○。乙○爲○地○上○權○者○。後○甲○將○其○所○有○權○讓○渡○於○丙○。則○乙○所○對○於○甲○之○權○利○對○於○丙○仍○有○之○。不○得○因○甲○之○所○有○權○移○於○丙○。遂○有○妨○於○乙○之○地○上○權○也○。又○如○甲○之○土○地○。乙○對○之○有○抵○當○權○。後○甲○將○其○土○地○讓○渡○於○丙○。而○乙○之○抵○當○權○對○於○丙○亦○仍○有○之○。不○得○因○甲○之○土○地○已○讓○渡○而○遂○消○滅○。乙○之○抵○當○權○也○。如○此○者○均○謂○之○追○及○權○。蓋○謂○乙○可○追○甲○之○蹤○而○及○於○丙○也○。此○惟○物○權○有○之○。而○債○權○無○之○。亦○性○質○自○然○生○出○之○結○果○也○。

此○自○然○生○出○之○理○由○。則○以○物○權○者○得○對○抗○一○般○之○人○。故○甲○之○土○地○無○論○讓○渡○何○人○。而○其○土○地○上○之○有○地○上○權○者○。有○抵○當○權○者○亦○同○。終○可○隨○其○土○地○而○追○之○。以○行○使○自○己○之○權○利○。若○債○權○則○惟○能○對○抗○債○務○者○。而○不○能○直○接○債○務○者○之○物○。故○無○論○其○物○讓○渡○何○人○。債○權○者○不○得○對○抗○而○限○制○之○。是○以○無○追○及○權○。

夫○債○權○與○物○權○。既○於○優○先○權○追○及○權○之○二○點○。有○非○常○之○相○違○。則○於○債○權○者○可○謂○其○力○弱○於○物○權○者○。可○謂○其○力○強○矣○。

三 自然義務與法定義務

凡債權者。必對於債務者而言。其曰債權者。自其權力之側面。所觀察之名稱也。其曰債務者。自其負擔義務之側面。所觀察之名稱也。惟義務二字。其用嫌廣。故日本新法典。於負義務者。即改名爲債務。而究之義務二字之使用。亦時不能免。故今不妨仍其名稱也。

日本舊民法。分義務爲二。曰自然義務。曰法定義務。自然義務者。不以訴權制裁之。債務也。法定義務者。有完全制裁之債務也。何謂不以訴權制裁之債務。即債務之「履行」(即償還之義)與否。一任債務者之意。而債權者不得請求裁判所制裁之者也。何謂有完全制裁之債務。即於債務不履行時。可請求裁判所之完全裁判。以強迫其履行者也。此二說自羅馬法以來。即相沿用。而近今學者。於法定義務。無所爭執。惟自然義務。解釋不一。茲斷以不以訴權制裁。蓋諸說中之最當者。

其二義務發生之原因。法定義務。即由法律所明定。及法律所準用之習慣而生者。然人事至多。法律安能盡備。故常有出法律之外。而行其道理之當然者。於是自然義務生焉。例如未成年者。未得「後見人」(襄助無能力者之職人。謂之後見人)之同意。負

有債務。以法律而論。可取消之（詳民法總則第四條）而不必償還也。然或其家人不忍債權者受損。而仗義償還。或本人成年後。自恥其無行。而願意償還。此實事實上所常有。即自然義務也。又如負債者。當時效消滅後。則其債務。即可取消（詳民法總消滅時效中）。然債務者或不屑爲此。自願償還。往往而有。此亦自然義務。而皆出於道理之當然。爲法律上所希望者也。

於法定義務之外。復認定自然義務。此羅馬法之成例也。然至今日。可無需此何也。羅馬當時。法律未臻完全。故設定自然義務。以補法定義務所不足。即法蘭西、意大利、荷蘭諸國。於法定義務外。猶認定幾分自然義務。亦以其初法律未完全也。若夫今日。法律完備。則法律所當保護之權利。莫不有相當之方法。以保護之。而猶復以自然義務定之。法律則反形其多事矣。

或謂不認定自然義務。則如前所舉之未成年者。與時效消滅者。其日後之自願償還。在法律。必使其無效。不又背於道德之旨乎。然法律上定有贈與一項（詳第二章契約中）。即以先之未償者。作人之贈與。看待。以今之所償者。作我之贈與。看待。在法律

亦未嘗無效。何必於義務已消滅之後復有自然義務之名稱乎。且以自然法觀之。未成年者行爲之無效。蓋以未成年者之借貸必多受虧。其消耗又非正當。故法律定其無效。以保護之。此理出於自然。今於此取消之債。不以義務之名償還。而以贈與之例償還。亦於自然之理無不合也。

或又謂現今法律尙未完全。如法律上債權者必須有證據。而後有效。而習慣上無證據者。亦自償債。此亦見法律之未備。不得不以自然義務補之。然法律之必何如。而後爲完備。亦難明言。但此謂債權之必有證據者。所以保債權債務兩方之公平。以有此規定。則無證據者自少也。若法律必定以無證據者亦得有效。則人將利於無證據而生無窮之爭執矣。故法律不如此規定者。蓋有不能之勢。安得以此爲法律之未備耶。

按無證據而償債者。亦法律行爲。法律上於法律行爲。有異乎法律規定之習慣時。亦得從其習慣。據此亦不得以無證據而有效者。爲法律之未備。

或又謂法國民法「有法律行爲原因之必要」一語。日本舊民法亦以所謂原因者。爲法律行爲之要素。蓋謂凡法律行爲必有原因。今所還消滅之債。雖作爲贈與看待。究

未始非前債之原因。有原因即有義務。故仍當認自然義務。然原因之說。至無定者也。法國法系於一切法律行爲。必重論其原因。以爲無原因則無效。故即如贈與之本無原因者。亦必強加其名曰慈惠心之原因。究之慈惠心本無可形求者。法律上不能以無形之心理爲證據。必有結果之事實。乃爲證據。則原因可不必問者也。夫贈與不必問其原因。亦有效力。則以自然義務作贈與看待。亦不必問其原因。始與以效力。此日本新民法不認原因之必要。故亦不認自然義務之必要也。至載在法律者。即爲法定。而自然之名與法文不合。更無俟申論矣。

四 債權發生之原因

債權之發生。其原因甚多。大概別之爲五。

甲 法律行爲 此於民法總則中已詳言之。今舉其重要者曰契約（詳契約章）曰遺言（以身後之事言之於生前謂之遺言。皆債權發生之最普通者也）

乙 事務管理 謂與己無關係之事。既未受人之委託。亦非由法律之責任。而代人管理是也。此管理之結果。嘗生債務之問題。如管理時爲本人之利益。而代出費用。

其後本人不爲賠償。則管理者不得對之請求。而發生債權矣。又或於本人無債務時。而誤信爲有債務。僅以其存於想像者。代爲之履行。迨其結果。則對於受履行者。不得不請求其返還。是亦發生債權矣。故得爲債權發生之原因。

丙 不當利得 謂無法律上之原因。而因他人之財產或勞力。使己受其利益。致損害及於他人是也。如此者不能免賠償之責。故亦發生債權。

按不當利得。雖存於種種之事。而實多生於事務管理之結果。故民法原理（日本梅博士講）中。論債權發生之原因。唯舉不當利得。而未舉事務管理也。

丁 不法行爲 謂因故意或過失。侵害他人之權利。使其生損害是也。如此者尤不能不賠償。故生債權。

按不法行爲。羅馬法稱爲犯罪。準犯罪。日本新民法。恐其與刑法上犯罪之名稱相混。故更名之曰不法行爲。（見民法原理）

戊 其他法律直接之規定 謂因各種法律直接規定所生之債務。而散見於各法律中。不能以特別之名稱包括之者也。蓋前四者爲債務發生之原因。而此所舉者。

則非由原因所生之債務。乃由法律規定所生之債務也。例如扶養義務。由民法親族編規定而生者。又後見人對於被後見人之義務。亦於民法規定而生者。又納稅之義務。由稅法規定而生者。凡此皆於法律規定時。此一面有義務。即彼一面有權利。而無有特別發生之原因也。故謂爲法律直接之規定。

以上略叙債權之大概。以下依法典之規定。順次說明。第一總則。第二契約。第三事務。管理。第四不當利得。第五不法行爲。

第一節 總則 凡分五款

一 債權之要素

二 債權之效力

三 多數當事者之債權

四 債權之讓渡

五 債權之消滅

第一款 債權之要素

債權之要素有三。(一)債權者謂有要求償債之權利者也。(二)債務者謂有負擔償債之義務者也。(三)目的。謂債權者與債務者間行爲之內容也。就前述債權之定義言之。謂債權爲對於一定之人。要求一定財產上之行爲之權利。是有其權利者。即債權者。其所對一定之人。即債務者。其財產上行爲之內容。即目的。(目的。即標準之義。如買主以物件爲目的。賣主以價銀爲目的。)債權債務。可不煩言而解。茲將目的。晰言之。凡分三項

一 何物能當債權之目的

二 關於物之債權

三 選擇債務

第一項 何物能當債權之目的

債權之目的。學說甚多。自羅馬法以來。皆以金錢得估價者當之。然此專以「有體物」(即有形之物)爲目的。其義太狹。非德國民法所取。(按此說德民法未載之正文。惟草案有之)亦非日本民法所取。故第三九九條云。『凡債權雖不得見積(見積即估計

價值之義)於金錢之物亦得以之爲目的。蓋金錢者其本體已有價格。可用以估計一切不獨動產(可移動之物)不動產(不可動用者如土地房屋)是可以金錢估其價值。即人之行爲亦可以金錢估計之。例如「建築物」當木料散置時價值甚少。迨建築爲物則價值較高。其所高之價值若干。即可知人行爲之價值若干。又如傭用僕婢其契約上既有價值。即有履行之義務。亦即其行爲可以估價。而得爲債權之目的也。而歐洲學者於行爲之可以金錢估價。不無異議。謂如教師、醫師、辯護士(辯護士即代理訴訟之職人)等之勤勞。皆不得以金錢估價。其意蓋謂教師之教育人材。醫士之救人生命。辯護士之伸人權利。而解人枉屈。皆德義上之問題。其價值亦非金錢之所能計算。故即不得爲債權之目的。然此三者。果能以金錢估價與否。在法律上本無一定之明文。但可取一最近之例解決之。如日本雇傭之類。於契約上可以金錢估價者。而辯護士之代理訴訟事件。或爲貸金之取立(取立即請求債務之義)則與代人索債之雇傭無異也。又看護婦(即醫院中看護病人者)爲雇傭之一種。其保護病者與醫師之保護病者無異。又日本有專爲人看顧小兒者。亦雇傭之一種。其教小兒言

動等事與教師之誘掖子弟無異。夫此僱傭之類之行爲，既與教師等之行爲無異，則此僱傭之類，可以金錢估價，即教師等亦可以金錢估價。且教師等各以其業爲生活，故凡請求者，必與以報酬，其不受人之報酬，固其特別之德義，其受人之報酬，亦其本分之所宜。倘法律不爲保護，任如何不爲報酬，終不得訴訟，則世不盡君子，設有多數之不報酬者，彼將何以爲生耶？故受其益者，不給謝金，則法律亦認相當之裁制，以此觀之，是教師等雖不可以直接估價，實可以間接估價（按民法原理所述，辯護士等並有以特約定其謝金者，是又可以直接估價，不過此類較少耳），故亦得爲債權之目的，而受債權之保護也。是以德國民法及日本民法，除不法行爲外，但有確定（確實有其事之意）及可能（可能者對不能而言，不能者人力所不能爲之事，可能者人力所能之事）兩要素者，即得爲債權之目的。

第二項 關於物之債權

前言不可以金錢估價者，亦得爲債權之目的。是無體物（無形之物）亦得爲債權之目的也。然就普通而論，則關於有體物者爲多。今將以有體物爲目的者，分二目述之。

一 特定物

二 不特定物

第一目 特定物

特定物者。謂與人結約時。所指定之物。至引渡（引渡即移交之意。兼給付。領受二義。詳後目中）時。不得以同種之他物易之者也。例如指定一錶。則此錶即爲特定物。雖債務者販賣之錶甚多。而引渡時終不得以他錶代之是也。但此特定物。專就引渡而言者。蓋關於物之權利轉移（如以地上權。抵當權等讓渡於人）是。則僅生物權之問題。而唯物之引渡。則不僅轉移權利。並且實轉其物。故付於契約而生債權之問題。此債權之關於物。必專就物之引渡而言也。

凡特定物。至引渡時。不可改變所特定之狀態。故債務者。必注意保存。不注意保存。即不免於過失。既有過失。即不可不負責任。

雖然。過失不可一概論也。必何等過失。始負責任。此最有議論之問題。古來學者。動分過失之程度爲三。曰重過失。曰輕過失。曰最輕過失。重過失之說。謂全不注意。致有

損害。乃負責任。輕過失之說。謂半不注意。致有損害。乃負責任。最輕過失之說。謂注意中稍不注意。以致損害。即負責任。然此三者之區別。實出於羅馬法之謬解。何者。所謂重過失者。固不難於確定。而輕過失與最輕過失。果以何標準爲判斷乎。判斷既無標準。則所負之責任。即難履行。其不合於學理。已爲近世學者所公認。是以日本法律。唯於重過失負責任者。多有規定。如民法六九八條。商法五九二條。所言皆是。(民法六九八條云。管理者對於本人之身體名譽。或財產上。使免其急迫之危害。而爲其事。務管理時。非因有惡意。或重大過失。而生損害。不任賠償之責。商法五九二條云。船舶所有者。雖已爲特約。若因自己之過失。與船員或其他之使用人之惡意。又重大過失。以及船舶不堪航海。而生損害。不得免賠償之責。)至輕過失。與最輕過失之說。以難於區別之故。概不取焉。

然日本法律。雖不取輕過失與最輕過失之說。而自認重過失而外。其規定於輕過失者。亦別用二種之學說。即一曰抽象的過失。一曰具體的過失是也。抽象說。主張格外注意。謂不問保管者之素行如何。但於此物。必以善良意思保管。而後物有損害。乃得

免、責、任。具、體、說。主、張、通、常、注、意。謂、但、以、保、管、己、物、之、法、保、管、他、人、之、物、則、雖、物、有、損、害、亦、得、免、責、任。何、謂、以、善、良、意、思、保、管。即、如、甲、家、向、不、置、夜、番、(即、更、夫)今、因、有、乙、物、寄、存、而、特、爲、添、置、夜、番。是、也。何、謂、以、保、管、己、物、之、法、保、管。即、如、甲、家、向、置、夜、番、及、有、乙、物、寄、存、而、夜、番、如、故。是、也。若、甲、於、乙、物、寄、存、時、應、添、置、夜、番、而、不、添、置、以、致、乙、物、損、害。是、謂、不、以、善、良、意、思、保、管。是、即、爲、抽、象、的、過、失。若、甲、向、設、有、夜、番、至、乙、物、寄、存、時、而、反、撤、去。以、致、乙、物、損、害。是、謂、不、以、保、管、己、物、之、法、保、管。是、即、具、體、的、過、失。

以上二說與前比較。抽象說既主張格外注意。似付於最輕過失當負責任者。具體說既主張通常注意。似付於輕過失當負責任者。然此實不能以輕重區別之。如具體說似付於輕過失負責任。設其人每夜僱人巡更。而本人每夜猶必自巡數次。其保管己物已格外注意。其保管他人之物。若稍不注意。以致損害。是又似付於最輕過失當負責任矣。不與前說相背哉。蓋此不能以輕重區別。唯就性質以爲區別。

日本民法以抽象的注意爲原則。以具體之注意爲例外。試舉條文證之。

原則 第四百條之規定曰。『債權之目的爲特定物之引渡時。則債務者至其爲引

渡而止。要以善良管理者之注意保存其物。」

其曰善良保管者。在羅馬法謂爲良家父。蓋謂如良家父管理其子之物也。

此原則。但負物之引渡之義務者。當適用之。例如受報酬而爲人保管其物者。必以善良之法保管。又如賃借之事。無論拂賃（即給賃金）而借用物。與無賃（無需賃金）而借用物。而借主終不得不返還其物於所有者。則其間即不可不以善良之保管爲保管也。

又付於委任亦適用之。第六四四條云「受委任者從委任者之本旨。以善良管理者之注意。負處理委任事務之義務。」是也。其他如組合員對於組合之業務。（詳第六一七條）又後見人對於被後見人之事務。（詳第九三六條）以及親族會員對於無能力者之事務。（詳第九五三條）皆準用第六四四條之規定。此皆原則之作用也。

例外 如第六五九條云「無報酬而受寄託者。付於受託物之保管。有與自己財產同一注意之責。」又第八九九條云「行親權之父與母。要以與爲自己同一之注意。以行其管理權。」又第一〇二一條云「相續人（即承繼他人而管理其事者）管理財產。

要與其管理固有財產同一注意。又第一〇四〇條云：「爲相續之拋棄者。因其拋棄而得爲相續人者。自其得管理相續財產始。要以與自己之財產同一注意。繼續而爲其財產之管理。」以上所舉。皆具體之注意。雖其注意之輕重。未可知。而既與自己之事同一管理。則亦未有全不注意而生重大過失者。故法律亦用之爲例外也。

第二目 不特定物

不特定物者。謂與人結約時。但云買某物若干。而未指定其物爲何等品質者也。例如甲在乙店買米或酒。但言定米幾何。酒幾何。而米與酒之品質。皆未確實指定。此即不特定物之謂也。

物既未特定。則債權者不獨於其物無所有權。並無其他之物權。其他之物權。如質權。留置權等。皆是質權。即債權者於債務者擔保物上所有之權。留置權。即他人以未償價之物。存爲擔保。而我有留置之之權。均詳物權章。是其物保存與否。尙於債權者無利害之關係。故不付於債權債務之兩方生引渡之問題。如前目所述損害諸端。而僅付於債務者之一方生給付之問題。給付二字。普通解釋。或謂以權利與

人。或謂以物與人。梅博士謂以利益與人釋之較爲精當。蓋以利益與人釋之。則以所有權與人。或以賃借權與人。皆可以給付包括之也。所謂給付之問題者。即於不特定物之債權。而爲履行時。當用如何之規定。以爲給付者也。解此問題。當分三說。

(一)關於給付之通則

(二)關於金錢債務之給付

(三)關於利息之給付

一 關於給付之通則 通則者。謂一般通用之規則也。蓋不特定物。既未定其品質。則履行時。不能免優劣之爭。故不得不立通行之規則。以爲之標準。通行之規則有二。

甲 不特定物當用何種品質給付

乙 不特定物何時成特定物

甲 不特定物當用何種品質給付 各國立法例。裁判例。及一般學說。各自分歧。

約而言之。可分三主義。

第一、主義。於不特定物之給付時。債權者不可請求最上之品。債務者不可給付最下之品。此日本舊民法。及法蘭西、意大利、荷蘭諸國民法。所採用者也。

第二、主義。於不特定物給付時。須與中等以上之品質。此瑞西債務法。及德聯邦之薩克遜民法。所採用者也。

第三、主義。於不特定物給付時。以中等品質爲正當。此普魯士及德國新民法。所採用者也。

日本新民法。亦採用第三主義。第四一條云。『於僅以種類指示債權之目的時。不能依法律行爲之性質及當事者之意思定其品質。則債務者要給付有中等品質之物。』此條所言法律行爲者。即買賣契約是也。曰不能依法律行爲之性質者。即契約未明定以何等品質也。曰不能依當事者之意思者。即買賣主均未表示以何等品質也。如此皆非以中等品質給付不可。

日本雖採用第三主義。然自梅博士論之。此三主義。實際稍不同。而其精神則一。

似均、非、妥、善、也。蓋第一主義。最上等最下等之中間。尙有許多階級。如上中上下中上中中下下上下中。可得而認種種之品質。其範圍失之太廣。第二主義。必在中等以上。其品質既高。則易起爭執。而且於債權者失之偏。第三主義。雖能適中。而無偏執之弊。究其所謂中等者。亦頗難確定。即如上舉九品之例。果以何等品質爲恰適於中中之列。而明白無疑乎。是此三主義皆生實際上之不便也。且不獨生實際上之不便。即於理論亦全然誤解何也。蓋當物未特定時。則其債權之目的。畢竟不外債務者之行爲。其於結約時所限定之行爲。債務者固不可渝約。其所未限定者。則不可不任債務者之隨意給付也。若債權者果欲何等品質。則結約時自當限定。今唯限定米與酒。而未言何等品質。則以何品給付。唯可任債務者之意。但使付米不付麥。付酒不付水。即足完了其行爲也。又何必拘定品質。致生多少之不便乎。惜此說尙未採用。

乙 不特定物何時成特定物 凡不特定物。終必有成特定之時期。何者債務之履行。不得不爲引渡。而既爲引渡。則不得不確定其物也。然必如何之時期。始爲

特定則不無可疑之問題。日本民法於此問題有二義之解釋。(一)即債務者爲物之給付完其必要之行爲時也。如將其物載之荷車或汽船等類。則債務者於其權力內之事已盡。即其所給付之物已確。故此時期即目的物變化之時期。(二)即債務者得債權者之同意指定某物可爲給付時也。如將其物爲之提供或供託(提供及供託詳後債權之效力中)等類。則債權者已受其通知而債務者得免其責任。故亦即目的物變化之時期。此第四〇一條第二項之規定曰：「於前項之場合(場合指事與物關係之狀態略同於時字而實異)債務者爲物之給付完了必要之行爲或得債權者之同意已指定其可爲給付物則爾後以其物爲債權之目的物」

或謂此項之規定就學理上論之固有必要。就實際上論之果有何等之實用(即實益)乎。曰實用之時有二。

第一 權利轉移時 謂因甲之所有權欲移轉於乙則非於其物之不特定者變爲特定不可也。如買米百石未定其品質若何則債權者不得於其米有所有

權。何者。債權之目的物不確定。則物權即因之而不能移轉也。故於權利之移轉。則必不特定物已變爲特定物而後可。

第二 危險轉移時 謂於債務者有危險時而欲移轉於債權者。則非其物之不特定者已變爲特定不可也。如甲買乙物。尙未引渡時。或因天災迷失。其物若未特定。則乙（即物之債務者）當任責。不得受領代價。（依第五三四條之規定）其物若已特定。則乙不任責。得以其損害移轉於甲。何者。有其物之權利者。始任其物之損害。今其物既已特定。則其物之所有權不歸乙有。而爲甲有。即其物之損害不歸乙任。而當歸甲任也。故於危險之移轉。亦必不特定物已變爲特定物而後可。

觀以上二說。則知不特定物變爲特定物之時期。於實際上有一定之必要。而法律所由規定之也。

但此項之規定。有當注意之點。即所謂完了必要行爲。不可與引渡問題相混。是也。蓋引渡之成立。必須債權者與債務者雙方之行爲。若僅債務者完了其給付。

之。行。爲。而。無。債。權。者。領。受。其。給。付。之。行。爲。則。不。得。謂。之。引。渡。

雖然。所謂。完了。必要。行。爲。者。固。不。得。謂。之。引。渡。而。亦。引。渡。時。最。要。之。問。題。蓋。就。普。通。而。論。債。務。者。一。面。完。給。付。之。行。爲。即。債。權。者。一。面。有。領。受。之。事。實。其。物。可。即。時。變。爲。特。定。其。危。險。亦。即。時。可。隨。之。轉。移。無。多。疑。問。也。然。此。必。當。事。者。親。相。授。受。而。後。可。若。非。當。面。交。割。而。爲。隔。地。如。橫。濱。至。上。海。之。引。渡。則。債。務。者。雖。完。其。給。付。之。行。爲。而。債。權。者。尙。無。領。受。之。事。實。設。於。其。中。途。物。有。損。害。應。歸。何。人。負。擔。乎。學。者。於。此。有。二。主。義。

第一 引渡主義 謂物必交到受荷人（即債權者收領其物之人）之手。乃爲特定。若未交到時。債務者負損害之責。日本舊民法及德國民法第一次草案皆採用之。

第二 發送主義 謂其發送之行爲完了即成特定。而中途之損失歸債權者負擔。日本新民法及德國民法均採之。

其採發送主義者。頗有理由。蓋債權者之目的。唯求債務者之行爲。茲債務者既

發送其物，則其行爲完矣。至其達到達否，則運送者之責（詳商法第二三七條運送人之規定）非債務者必要之行爲也。故發送主義於法理爲合。

二 關於金錢之給付 金錢債務即以通行各種之貨幣爲債務是也。而各國貨幣均未能一律。其貨質既有金銀銅及紙幣之別。其本位又有單本位複本位之差。（單本位於金或銀取其一爲本位者。複本位以金及銀俱爲本位者。本位之義詳經濟學中）而債務者當償還其債務時。果以何貨幣爲給付乎。此最要之問題也。今分四說。

甲 不以特種貨幣爲目的時

乙 以特種貨幣爲目的時

丙 以外國貨幣爲目的時

丁 以外國貨幣指示債額時

甲 不以特種貨幣爲目的時 此於通行貨幣中無論何種均可用以給付。惟補助貨（即補助本位之貨。如以金爲本位。則銀與銅均爲補助貨）必有限制。如負

百圓金額之債。或以值十圓之金貨十枚。完其債務。或以值二十元之金貨五枚。完其債務。債權者。均不得有異議。但用補助貨時。則補助金貨之銀貨。不得過十圓。銅貨不得過一圓。此一般之原則也。

乙 以特種貨幣爲目的時 此即當事者（即身當其事之人）結有特約（出其本約之性質外而特別結之者）時。如同屬金貨。而特定其大小之形（如一枚值十圓或一枚值二十圓者）以爲給付。至給付時。若不如特定之形。則債權者得拒絕之。又或特定補助貨若干。而債務者若以本位貨給付。亦得拒絕。此之理由。蓋從當事者之便宜。由兩方合意特定之。以免兩換之勞者也。

以上二說（甲乙）於第四〇二條規定之。條文云。『債權之目的物爲金錢時。債務者從其選擇。得以各種之通貨爲辨濟（辨濟亦償還之義。與履行同。但於償還之時。謂之履行。於已償還之時。稱爲辨濟。故法文於規定債權之效力。用履行之語。於規定債權之消滅。用辨濟之語。）但以特種通貨給付爲償權之目的者。不在此限。』

若以特種貨爲給付。而特種貨或失其通用效力。則又一疑問也。如日本先用金銀複本位。今唯用金單本位。即前之銀貨失通用效力。若前之結約以銀爲特種貨者。今仍以銀給付。則債權者不受虧乎。或謂當事者之結契約在前。銀貨之失效力在後。仍以銀貨給付。亦無不可。然此說於理論則然。於事實則不便也。貨幣之有效者以其有通用性質也。既失其通用性質。則不得謂之貨幣。且或求之不得。故不如以他種相當之貨給付。較爲便宜也。故第四〇二條第二項之規定曰。『債權之目的爲特種之通貨時。若於辨濟期內失其強制通用之效力。則債務者要以其他之貨幣爲辨濟。』

丙 以外國貨幣爲目的時 凡外國貨幣至本國則不能通用而失其貨幣之效力。似唯可以商品看待而不能爲債權之目的。然交通之世往來頻繁。以外國貨幣爲目的者。亦事實上所常有。如至外國旅行。或營商等事。則非外國之貨幣不能購物。故文明諸國皆以外國之貨幣爲有效力。而認其流通。既認其流通。則不能給付。果以何種貨幣爲給付乎。此種問題。無他解釋。仍得用前二項之規定。如

債權爲英貨若干磅。通常則無論如何之英貨皆可給付。若有特約者。則仍以特定之貨給付。若特定之貨失其效力。則以他之有通用效力者爲給付。故第四〇條第三項之規定曰。『前二項之規定以外國之通貨給付爲債權之目的者準用之。』

丁 以外國貨幣指示債額時 蓋此不以外國之貨幣爲目的。但以外國貨幣之價值爲標準者也。如債權爲英金百磅。辨濟之時。不必定給英磅。但以英磅計算。使其價格相當。則德馬克。法佛郎。日本金貨。均可給付。但其價格當依履行地之「爲替相場」(即貨幣上下之市價。簡言之。即時價之義)定之。試實舉其例。如日商定購書籍於法國。其定價爲法貨一千佛郎。約於日本東京給付之。而東京法貨之時價。每二佛郎又六十。值日本貨幣一圓。則以日本貨幣三百八十四圓六十一錢五釐。足以償清其書價。是也。(此例見民法要義「梅博士著」本條)故第四〇三條云。『以外國通貨指定債權額時。債務者得於履行地。依爲替相場。以日本之通貨爲辨濟。』(參看商法第七五四條)

三 關於利息之給付 利息者。消費他人之財產。而獲其利益。又當屬於他人之財產。而仍爲我所得。以獲其利益。因而以物給付其所獲利益之對價之謂也。所謂消費他人之財產者。即借用他人之錢物。是也。所謂當屬於他人之財產。而仍爲我所得者。即借用他人之錢物。期限已滿。尙未還之他人。是也。夫消費他人之財產。而得其利益。則不能不以報酬之其報酬之限度。常與其所得利益之價相對。故曰對價。其應此對價而給付之物。即利息也。又利息過期未付。雖尙存之於己。實爲當屬於他人之財產。我乃因此而轉得利益。亦不能不以報酬之其報酬之法。又當應此未付之利息所獲利益之對價。以爲給付。其給付之物。亦利息也。雖然。給付利息。亦有種種之問題。試分三說。

甲 何種債務當給付利息

乙 利率

丙 重利

甲 何種債務當給付利息 債務之類甚多。有不付利息者。有必付利息者。不付

利息者可無論。必付利息者。果屬何種乎。此有二說。一由法定。即法律上明定其當付利息是也。一由約定。即契約上結定其當付利息是也。

當經濟未發達之時。東西各國。皆以收利息爲不道德之事。故歐洲當日。常借耶蘇教之勢力。抑壓其有利息之習慣。乃致一時貧民艱於借貸。於是秘密託名以給付利息者。既不勝其弊。遂不得不認利息之給付。然雖認其給付。而舊式法典。實又多方爲之限制。迨至近世。經濟思想日漸發達。始悟從前之觀念。俱非以爲天地萬物。莫不生息。樹木有自然之果實。禽獸有自然之孳乳。況在金錢用物。需要尤亟。人類生活。社會發達。于茲賴之。而乃反加限制。絕其生機。是於經濟上爲不智也。故歐洲新法典。於債務利息。許人自由給付。并加重保護焉。

日本從前。亦以利息之事。爲不當利得。現時漸次發達。雖未如歐洲之十分自由。然已與昔年之學說大異。故凡有法律之特別規定。及當事者之有特約者。其債務皆當給付利息。此其原則也。若無法律之規定。與當事者之特約。則不給利息。亦無不可。然此亦僅於民法。惟然於商法。則仍不適用。蓋商行爲。以營利爲目的。

者也。故當初雖未約定利息。其後亦許債權者請求利息。見商法第二七五條。條文云。「於商人間爲金錢之消費貸借時。在貸主得請求法定利息。」又其二項云。「商人於其營業之範圍內。若爲他人而爲金錢之立替（即代人給付之意）得請求其立替之日以後之法定利息。」

按此段所言法律之特別規定。即給付利息之規定也。詳第四四二（二項）第五四五（二項）第六五〇第六六九第六九一第七〇四第九二七（二項）第九四〇諸條。

乙 利率 法律保護取利息者而亦限制取利息者。於是利率者。爲標準也。以此標準而限制取利息者之額也。其限制之法。亦不外法定約定之二種。法定利息於民事上則以年五分（即中國五釐）爲定。第四〇四條云。「付於當生利息之債務若無別段之意思表示則其利率年五分」至於商事上則利率年六分（詳商法第二六七條）因商行爲以營利爲目的。故較民事爲重。約定利息則由當事者之意思表示。或依特別契約。或以遺言預定。可於法定之

外自由增減。唯社會上之情形減輕者少而增重者多。故日本現今尙存一利息限制法。凡百圓以下者不得超過二割（即中國二分）百圓以上千圓以下者不得超過一割五分。千圓以上不得超過一割二分。是也。

按日本利息限制法由明治十年九月六十六號布告。

此限制法之結果實有害而無益何則人當危急時往往不惜重利而爲借貸。若法律有所限制則狡猾居奇者反得乘人於危急而作種種之弊端如先付利息或以他物付利息等事既無證據之可憑遂得巧脫禁制而陰收重利如此則債務者之受損多矣。故歐洲諸國凡昔時有此種法律者今皆廢止之。日本亦深望此法之廢止特現今之對於「高利貸」者別無適當方法以裁制之故姑存此限制耳。

丙

重利（亦名複利）

重利者於利息之上復加利息之謂也。歐洲昔時於此種

利息嚴加禁止。甚至科以刑罰。近今雖漸開放。然亦多方限制。不許當事者自由結約。日本舊民法亦然。新民法則絕無限制。一任契約之自由。知於經濟上有益。

故也。

或謂利上加利。則債務日亦加多。似於債務者失之過刻。不知此應還之利。在債務者謂之利息。而一歸債權者之手。則與其本率無異。如此而不償還。則債權者即不能以此應收之利。更貸他人。而別生利息。而債務者反得以此應還之利。轉貸他人。而自生利息。是債權者有暗受損害之實。債務者有不當利得之嫌也。唯許以重利。而後於債權者有益。於債務者無損。故法律上除認契約自由訂定外。而於契約之未定者。亦特爲規定。第四〇五條云。『若利息在一年以上有遲滯之情形。雖經債權者催告。而債務者尙不給付之。則債權者得組入於元本。』其必曰一年以上者。蓋利息之給付。有以年計者。有以月計者。當期限已滿。似皆可組入元本。以重生利息。但以月計者。或於一月未交付。而即組入。其因有特約。而然者。固自有效。若於無特約者。而亦組入。則對於債務者未免失之刻也。故法律必認爲一年。

若夫一年之久。尙未給付利息。則在債務者爲怠忽已甚。在債權者爲受損已多。

倘於此而猶不許重利。則債權者勢必嚴加催討。而債務者或以不堪催討之故。遂至不惜高利轉借他人。以消此債者。又或以嚴催之故。至起爭執。而別啓種種之事端者。是皆生不利於債務者之結果。此本條於未約定重利之債務。特設此規定也。

第三項 選擇債務

選擇債務問題甚多。今分六目言之。

一 選擇債務之定義

二 何人爲有選擇權者

三 選擇之方法

四 有選擇權者不爲選擇時

五 選擇權之目的不能時

六 選擇債務之效力

第一目 選擇債務之定義

選擇債務者。謂於數個目的中。當給付其一之債務也。如甲與乙約。以牛或馬爲此債權之目的。是一債務。有二目的也。且有出二以上者。故曰數個之目的。然雖有數個之目的。而依契約之所定。唯須一目的物。即可履行。故必加選擇於數目的中。取其一以給付之。

選擇債務之性質。解釋不一。梅博士謂屬於條件附之債務。其說較當。如付以牛。或付以馬。雖無一定之條件。然至與以牛。則馬之條件消滅。與以馬。則牛之條件消滅。不得謂無確定之條件也。故得謂爲條件附之債務。

第二目 何人爲有擇權者

以原則論。選擇權屬債務者。如以牛或馬爲同一債權之目的。須任債務者之意。選擇其一。以爲給付。而債權者不得拒絕。何也。蓋契約上既限定以牛或馬爲給付物。則債權者唯得要求給付不出牛馬之外。至選定牛。或選定馬。則債務者之事。而非債權者之所得限制也。故一般選擇權。皆屬於債務者。已爲歐洲各國所承認。而日本亦採用之。第四六條云「債權之目的。宜依數個之給付中。選擇而定者。則其選擇權屬於債

務者』

然亦有時屬於債權者。或屬於第三者。皆例外也。其所以屬於債權者。即結約之時。債務者明示己意。與債權者以選擇之權。例如賣者對買者。謂此二物。價目皆同。任汝選擇是也。其所以屬於第三者。如甲購乙物。而不辨其物之品質。因請丙（第三者）爲之鑑別。則丙有選擇權。又或乙購丙物以贈丁。（第三者）而不知丁之所好。因令丁自擇其物。則丁有選擇權。是選擇權之屬於第三者。亦事實上所常有也。

第三目 選擇之方法

選擇之方法。依意思表示而行。但選擇權之所屬不同。則意思表示之所對。亦因之而異。如選擇權屬債務者。則必對於債權者爲意思表示。選擇權屬債權者。則必對於債務者爲意思表示。否則此一方有選擇之意。而彼一方不之知。則失其選擇之效力矣。故第四〇七條云。『前條之選擇權。依對於相手方（相手方指與己有關係而異其利害之人而言。如買者與賣者。相互爲相手方。債權者與債務者。相互爲相手方之類。後仿此）之意思表示而行之』

此意思表示。若欲取消（取消即消滅其前所成立之事之義）非得相手方之承諾。不可。蓋當事者之一方。既爲選擇之意思表示。則其相手方。因而信其權利（屬債權者）義務（屬債務者）之確定。往往爲種種之準備。或並處分其選擇之目的物。倘於此而當事者之一方。不待相手方之承諾。即於所表示選擇之物。隨意變更。則相手方。未有不因之受損者。此法律所以特爲保護也。故第四〇七條二項云。『前項之意思表示。非有相手方之承諾。不得取消之。』

以上言選擇權之屬於債權債務者。若選擇權屬於第三者。則其意思表示。當對於何人。此有四主義焉。

一對於當事者之雙方

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

此四主義。第一主義。既嫌煩雜。且缺其一方。即無效。不免反乎當事者之意思。第二第

三主義。非偏於債權者。即偏於債務者。於兩方之利害不能均平。唯第四主義。不拘定於一方。實爲便宜。而又無偏執之弊。較爲妥善也。故日本新民法採之。第四〇九條云。『於第二者爲選擇時。其選擇依對於債權者或債務者之意思表示而爲之。』

按民法理由。(岡松參太郎著)言此條意思表示之方法。法律未爲規定。故或以書面。或以口頭。均可。甚至以「手真似」(以手作勢)等亦可。

第四目 有選擇權者不爲選擇時

有選擇權者。或不行使其選擇權。則其權當屬何人乎。此分二說。

一當事者有選擇權不行使時

二第三者有選擇權不行使時

一 當事者有選擇權不行使時 當事者無論何人。但既不行使其選擇權。則其權應歸相手方。如選擇權在債務者。則債權者於辨濟期將到時。可自由催告。并定以相當期間。使債務者於其期間內實行選擇。若債務者於其時不爲選擇。則是自甘拋棄其選擇權。而選擇權應轉屬於債權者。其選擇權在債權者時亦然。故第四〇

八條云。『於債權在辨濟時期。若自相手方定相當之期間。而爲催告。而有選擇權之當事者。於其期間內。仍不爲選擇。則其選擇權屬於相手方。』

此條所謂相當之期間者。自通例言之。不過二三日。但事有難易。不可概論。至有須最長期間時。而彼此或有相當與否之爭。則當由裁判所決之。

二 第三者有選擇權不行使時 凡選擇權屬第三者時。無論其有如何之原因。但既。不。爲。選。擇。則。其。權。仍。歸。債。務。者。第四〇九條二項云。『第三者不能爲選擇。或不欲爲選擇時。則其選擇權屬於債務者。』其曰不能爲選擇者。如其人或遠適難歸。或本身死亡等類。是也。其曰不欲爲選擇者。如恐後日之受累。因而不爲選擇。是也。若因其不能選擇。或不欲選擇。遂使債務消滅。則不免反乎當事者之本意。故法律特爲此規定。以保護之。且歸債務者選擇。亦仍從原則之旨也。

第五目 選擇債務之目的不能時

選擇債務。於其所指定選擇之目的物。常有至於不能選擇之時。其給付當何如乎。此中問題。最爲複雜。今約其大概。別爲二說。

一俱不能時

二其一之不能時

一 俱不能時 謂所指定之數個目的物俱至不能選擇也。此又分二說

甲 當結約時而目的俱不能 如指定以牛或馬爲債權之目的物而不知其牛馬俱死相與結約是也。此等契約在法律當使之無效。

乙 結約後而目的俱不能 如相與結約尙未給付而牛馬並死是也。此等契約在法律當消滅。(謂契約本有效但因目的不能而消滅之也)然此特就無過失者言之耳。若因過失而至不能給付則有過失者即當負責任。如當事者將其所指定之牛馬或竟殺之賣之。其殺之賣之者必任損害賠償之責是也。

二 其一之不能時 謂於指定之數個目的物中其一之目的物至於不能選擇也。此亦分三說。

天 因不可抗力而致不能時 如所指定之牛與馬或因天災病疫而死其一。是也。如此者則應將其存在者給付。牛存則付牛。馬存則付馬可也。

按不可抗力者。謂其力非人之所能對抗也。如風災、水災、火災、及地震等類皆是。凡因此而生損害時。不獨於刑事上視爲無罪。而於民事上亦無賠償之責。地。因有選擇權者之過失而致不能時。如選擇權屬債務者（選擇權雖有債權者、債務者、第三者、而實屬於債務者居多。因選擇之目的物常爲債務者占有。故也。故論選擇之過失。多屬於債務者）因其不注意或故意致損失其目的物之一是也。如此者仍當以所存之物給付之。亦如牛存則付牛、馬存則付馬之例。蓋選擇者雖有過失。究不能奪其選擇之權。故不妨以其所存之物作爲已經選擇者看待也。

以上二說（天、地）於第四一〇條規定之。條文云：「債務之目的在應給付中有自始即不能或至後乃爲不能者則其債權付於其殘存者而存在之。」

人。因無選擇者之過失而致不能時。如債權者有選擇權。債務者無選擇權。債權者已於牛馬之目的物表示以牛爲給付。而債務者乃竟私之或賣之是也。此以原則論。與以存在之馬似無不可。然債權者已選擇牛矣。若與以馬則反乎。債

權者選擇之初意。而或有不利。故仍許其選擇於馬或牛之價。以爲辨濟。設牛馬俱損失。則又許其選擇於牛之價。與馬之價。以爲辨濟。蓋無選擇權者之過失。不能妨害有選擇權者之權利。故債務者之牛馬。雖或損失。而債權者之選擇權。仍自在也。若債務者有選擇權。而債權者無選擇權時。亦然。故第四一〇第二項云。『因非有選擇權之當事者之過失。而爲給付不能時。不適用前項之規定。』

第六目 選擇債務之效力

選擇債務。有特別之效力。即「遡及力」。由後時使前事有效之意是也。例如甲乙結約。以牛或馬爲給付。設於結約以後。未選擇以前。馬或產子。迨其後債權者選擇馬爲給付物。則其馬所產之子。亦應歸債權者。蓋不以選擇之當時。視其馬爲債權者之所有。而以債權發生之初（即結約時）即視其馬爲債權者之所有也。故曰有遡及力。第四一一條云。『選擇者遡及於債權發生之初。而生其效力。但不得害於第三者之權利。』其曰不得害於第三者之權利者。如以金錢不動產爲給付之目的物。而有選擇權者。選擇其不動產。若當選擇以前。結約以後。債務者於其不動產上。爲第三者設定地上

權。或抵當權。質權等。而第三者亦不知此不動產上有他人之選擇權。此時債權者若因遡及力之故。遂將第三者之權利一概蔑視。則第三者不受意外之損乎。此法律不許。而特爲此保護也。

按民法要義云。以登記法之作用。若於債權發生之時。付於其目的物之不動產上。豫登記其有選擇債務。則得以之對抗第三者。附登記法說。登記法者。即登記之法律規則也。日本有不動產登記法。船舶登記規則。以及身分登記。夫婦財產契約登記。法人登記。商業登記諸法條。又各區設有登記所（即屬區裁判內）及分局。以便登記。登記之義。謂以其事欲使衆人知之。於公備賬簿中。記明其事。以公示於人也。如買得一土地。欲以其土地之所有權。移轉於己。然恐他人不知。仍誤信其土地爲前主所有。或生種種之弊害。延及於己。故必於登記所所備之賬簿上。將其土地所有權。移轉於己之故。詳細登記之。以公示於衆人。既登記之後。即實際未知其事者。不得以未知推諉。若未登記。已雖實際有之。亦與無者相等。其效力甚大。民商法中。多賴此登記之作用。故於不動產上。豫登記其有選擇債務。則可以對抗第三者。

以第三者既知此不動產上有選擇債務。則不應於其上設地上權等也。

附隨意債務

隨意債務者。以非債務之目的物爲給付。而亦得免除其債務之債務也。例如甲應償乙金萬圓。至後或以不動產抵還。而亦得乙之承諾。以消滅其債務是也。

隨意債務與選擇債務最易相混。而其根本上之性質固自不同。選擇債務以數物爲目的。於此目的中。無論何物。可以給付之。隨意債務則有一定之目的物。但其履行時。可以他物代替之。有數目的物者。此目的物損失。彼目的物仍可給付。有一定之目的物者。一定之目的物損失。則不能選擇他物。試舉金錢與不動產爲例。選擇債務以金錢與不動產爲目的時。如不動產因天災消滅。則猶可以存在之金錢履行。隨意債務。若以不動產爲目的。而不動產因天災消滅。則其債權亦隨之消滅。不得藉口於金錢之尙存也。蓋隨意債務之不動產。雖可以金錢代替。然必不動產之目的物存在。而後可代替之。非若選擇債務。此目的雖不存在。而彼目的尙可給付也。以此觀之。則二者絕不相同。且隨意債務。其任以何物代替。必有豫約。即謂之代物辨濟之豫約。可也。不

得與選擇務相混。

按代物辨濟。即於辨濟時。任以他物代替之者。說詳後。

第二款 債權之效力

債權之效力。分三項言之。

一 履行

二 賠償

三 對於第三者之權利

第一項 履行

履行者。實行其債權之目的物之謂也。如債權之目的物。爲金千圓。而債務者即以金千圓。實行移轉於債權者。是謂履行。履行與辨濟（籌還之謂辨濟）略似。但其適用處不同。履行之義寬。在效力時言之。辨濟之義狹。必消滅時始用之。茲將關於履行者。分九目述之。如左。

一 何人應爲履行者

二何人應爲受履行者

三履行之目的

四履行之時期

五履行之場所

六履行之費用

七履行之充當

八履行之提供

九履行之供託

第一目 何人應爲履行者

凡履行債務。必有一定履行之人。果屬何人而後可屬行乎。此分三說。

一原則

二變則

三須有履行能力者

(一) 原則 履行者屬債務者與債務者之代理人。

(二) 變則 有時屬於第三者第四七四條云。『債務之辨濟第三者得爲之』蓋債權者之目的。唯在取得債務。不必限定履行之人。故第三者爲之。亦得有效也。但亦有第三者不能履行之債務。此爲變則中之例外。更分三說。

甲 性質相反時 謂債務之性質不容第三者辨濟也。如良畫工負代人描畫之義務。或賢教師負教授生徒之義務。如此者若使他人代替。以塞責。則債權者得拒絕之。

乙 當事者有反對之意思時 即當事者結約時表示其意思。不許第三者辨濟也。如債權者不受第三者辨濟。或債務者不欲第三者代已辨濟。無論反乎債務之性質與否。但經表示。即得有效。

以上二說(甲·乙)於第四七四條但書(凡條文正意完後。而用一但字以表他說者。稱爲但書)規定之。其文云。『債務之性質不許他人辨濟。或當事者表示反對之意思時。則第三者不得爲辨濟』

丙

無利害關係之第三者於債務者不願其履行時 即謂無利害關係之第三

者不得反乎債務者之意思而爲辨濟也。蓋第三者有利害關係時。雖債務者不

願其履行而亦不妨履行。如保證人代主債務者履行。主債務者不得拒絕。連帶

債務者代他債務者履行。他債務者不得拒絕。以保證人與主債務者有賠償之

利害關係。連帶債務者與他債務者有分擔之利害關係也。又如甲借乙物。以質

於人。甲不能贖償。乙以愛惜己物之故。而自贖之。甲亦不得拒絕。以乙於其己

之物。有得失之利害關係也。如此則第三者皆得履行。反之而利害遠不相涉。則

雖其親戚亦不得反乎債務者之意思。而代爲履行。蓋代爲履行而不賠償。則

爲不應受之恩義。若賠償之。則往往生不利益之結果。(如自己償還債權者或

稍能減少。至他人代償時。反須完全履行之類)故法律不許其有效也。第四七

四條二項云。『非有利害關係之第三者不得反乎債務者之意思而爲辨濟』

(三)

須有履行能力者 謂履行必須有能力之人而後可也。蓋履行債務亦法律行爲。行法律行爲者。須有能力。故無論債務者或其代理人。或第三者皆必須有能力。

而後其履行有效也。若無能力者，雖其物已引渡，仍得取消之。但欲取消，必須債務者更爲物之引渡，而後可。不然，則債權者，舍所已得之物，而求所未得之物，未免無危險也。故第四七六條云：「無讓渡能力之所有者，若因辨濟而爲物之引渡，雖其辨濟可以取消，然非所有者更爲有效之辨濟，不得取戻（取還之意）其物。」

但此條所定，唯適用於物權之履行，而不適用於金錢債務。蓋金錢之價值有定，若取消金錢之辨濟，而復爲金錢之辨濟，則徒費煩勞，而實無益耳。至物品則其價值無定，故無能力者不知價值之高下，而持其高價者以履行，則債務者受其損害。此法律所以與取消之效也。

雖然上言可以取消者，其本則也。至若例外，則亦有不能取消者。即如債權者以善意，而受辨濟之物，或已消費，或已讓渡於人，則其辨濟爲有效。（見第四七七條譯文詳後）是也。蓋債權者於所受辨濟之物，消費則不能復完，讓渡則不可復取。且本由善意取得，自不應受意外之損害，故雖出無能力者之辨濟，法律亦不許其取消也。

第二目 何人應爲受履行者

履行債務。既有一定之人。則受其履行者。亦必有一定之人。果屬何人而後。可受履行乎。此亦分三說。

一 原則

二 例外

三 受履行之條件

一 原則 應受履行者。爲債權者。與其代理人固矣。然有時不必債權者。亦不必其代理人。但持有真確受取証書者。則亦可領受其履行。蓋既有真確証書。則其証書必爲債權者所交付。而其人亦必爲債權者所委任。雖非明定之代理人。而亦可信爲正當之代理人也。則對其人而履行。亦無不可。故第四八〇條云。『受取証書之持參人（即持証書受領者）亦看做有「辨濟受領者」之權限者。』

但履行者。若受債權者之通知。明知持參人無領受之權限。而故爲履行。又或於債權者之通知書札。未嘗啓視。以故不知持參人之無其權限。而冒昧履行。如此則於

法律上無效。故第四八〇條但書云。『辨濟者知其無權限或因過失而不知之不在此限』

二 例外 此分二說

甲 債權之準占有者亦得受履行 即債務者對於債權之準占有者履行亦有
效也。蓋準占有者（不應占有而姑且占有者謂之準占有）得以自己之意
思爲債權之行使（詳第二一〇五條）故對之履行亦得有效。唯此規定多適用於
相續之時。如甲爲債權者。乙爲正當之相續人。一旦甲死而乙在遠方。丙因出而
爲相續之事。或届出（申告之意）於戶籍吏。或自領其財產。而稱爲甲之相續人。
是丙即甲之準占有者也。此時丙若請求甲之債務者。履行前債而債務者亦未
知丙實有相續權與否。第以善意履行之則法律許其有效。第四七八條云。『對
於債權之準占有者爲辨濟限於辨濟者之善意有其效力』
此條之規定有似於保護債務者。然有正當之理由焉。蓋債務者於他人相續之
時。頗難熟知其故。若其辨濟不許有效。往往生不測之損失。况債權之占有者方

持參「債權証書」促其辨濟。則債務者信其爲正當之債權者亦固然也。且於債權者有準占有者之時，必其眞債權者之怠慢，故於此時寧以助善意之辨濟者，而不保護債權者爲正當。惟債權者對於其準占有者，自有求償權，故就多數言之，債權之全被損失亦少也。

乙 債權之事務管理者亦得受履行。即債務者對於債權者之事務管理人履行亦有效也。但此必債權者因履行而受其利益，即於其所受利益之限度內有效。如甲負乙債千元，而乙遠出，甲因對於乙之親友履行，以原則論，不可也。然乙或負丙債千圓，而乙之親友即以甲所償之千圓履行於丙，以免乙之債務，是乙之親友即爲「事務管理」者，雖無何等關係而受甲之履行亦當有效也。但乙之親友雖受甲金千圓，而或自取其半額，僅以五百圓付丙，則是甲雖已償全額，而乙（甲之債權者）所受之利益僅半額（即抵償丙之五百圓）也。若此者，僅於其半額之限度內有效。其親友取用之半額，仍可向甲請求，甲亦不得以曾償全額對抗之。惟可向乙之親友索其半額之返還耳。第四七九條云：「除前條之場合

外對於無辨濟受領之權限者所爲之辨濟僅於債權者因之受利益之限度內有其效力」

三 受履行之條件 此亦分二說

甲 行爲能力 蓋受履行者亦法律行爲故無行爲能力者即不能受履行此最要之條件也。

乙 受裁判所制定者 即債權債務煩雜而難履行之時必經裁判所制定其條件也見第四八一條。條文云「受支拂（支付之義）差止（禁止之義）之第三債務者若對於自己之債權者爲辨濟則差押債權者於其所受損害之限度內得以更爲辨濟之旨請求第三債務者」所謂受支拂之差止者如甲對乙有債權對丙又有債務一旦甲失其資力不能履行丙債丙因訴之裁判所請求將乙應償甲之債不償之甲而償之丙而得裁判所之許可則乙即爲受支拂之差止者也。乙既受此限制即當以應償甲之債務移而履行於丙無俟言也但其履行中亦有問題起焉如乙負甲千圓甲負丙亦千圓則以償甲者償丙此無疑問也設

乙負甲千圓。而甲負丙五百圓。負丁亦五百圓。則以應償甲之千圓。平分於丙丁。仍無難相抵也。設乙負甲千圓。而甲負丙千圓。又負丁五百圓。欲使乙代甲多償。則無是理。此則如何分配乎。則乙惟將千圓。按丙丁應得之數。平均償之。丙得六百六十六圓有奇。丁得三百三十三圓有奇而可也。試列式明之如左。

如上式甲

對乙之債

權為千圓。

丙對甲之

債權亦千

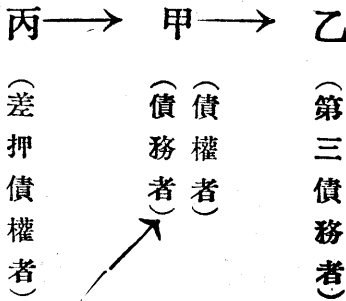
圓。丁對甲

之債權為

五百圓。故

丙債權 = (-1000) 元 甲債權 = (-1000) 元

丙應得分 = $(666 \dots)$ 元



丁債權 = (500) 元

丁應得分 = $(333 \dots)$ 元

丁 (差押債權者)

乙以應償甲之千圓。分配丙丁。丙應得六百六十六圓有奇。丁應得三百三十三

圓有奇。

若乙違裁判之命。而仍對於甲爲履行。則丙丁必因之受損害。此法律所不許也。故於其所受損害之限度內得請求第三債務者再爲辨濟。其曰所受損害之限度內者。即如乙違裁判之命。而竟以千圓拂甲。甲若將全數用盡。則丙丁損失之限度爲千圓。故裁判所仍可命乙再還千圓。如甲僅用去其半。則視甲爲有五百圓之財產。可以令還丙丁。故裁判所唯可令乙還五百圓也。

然此之規定。是乙違裁判之命。而私還之甲。故再令償還丙丁。理也。但甲得乙之償還。不轉償丙丁。而私用之。致乙重爲辨濟。是甲爲不當利得。而乙爲大損害也。故第四八一條二項云。『前項之規定不妨由第三債務者對於其債務者爲求償權之行使』。其曰第三債務者。即前例之乙也。蓋乙本爲甲之債務者。今移而爲丙丁之債務者。故曰第三債務者。其曰對於其債務者。即謂乙對於原債權之甲也。蓋乙應還丙丁之債。誤還至甲。則必向甲求償。故甲反爲乙之債務者也。

第三目 履行之目的

履行之目的。即實行債務之目的也。如債務之目的。爲金千圓。其償還此千圓。即履行之目的也。分四說

一 強制履行

二 關於交付之通則

三 以他人之物履行自己之債務

四 代物辨濟

一 強制履行 強制履行者。其履行非出於債務者之意願。而爲裁判所之所強迫也。此又分四說。

甲 原則 即債務者不願履行。則以強制法行之。在昔歐洲各國。不取此義。以羅馬法不許強制履行故也。近今各國。法律思想。漸臻進步。均以強制爲然。日本從之。故第四一四條云。『債務者任意不爲債務之履行。則債權者得於裁判所請求其強制履行。但債務之性質不許者。不在此限。』

此條所謂強制履行者。如債務者本有金錢。而不償債。則裁判所可取其金錢。以

與債權者。無金錢而有他財產。則差押他財產而卻賣之。按其所應還之數。以與債權者。其購人之貨物而不履行價值者。亦得強制之。

乙 例外 此即債務之性質。以作爲目的。而不能強制履行者。如優入畫工等受人之錢。而不事其事。此非裁判所之所能強制也。然裁判所雖難強其履行。而亦可令其請人代理。但其請代理之費用。必由原債務者負擔。故第四一四條二項云。『於債務之性質。不許強制履行時。若其債務以作爲目的者。則債權者得請求於裁判所。而以債務者之費用。使第三者得爲之。』

至於以「法律行爲」爲目的之債務。其成立在「意思表示」。若債務者不認其意思。則畢竟難強制其履行。然債務者負法律行爲之義務時。若不認其意思。遂竟聽其不履行乎。是又不可也。故裁判所於此時得代爲債務者表示意思。例如甲與乙約。甲當爲乙之保證（即法律行爲）而甲對乙之債權者。又拒其締結保證契約。乙因請求於裁判所。裁判所但認定甲有當爲乙保之義務。則雖甲不認其意思。表示而裁判所可代爲表示之。使其保證契約成立也。故第四一四條二項

云。『付於以法律行為爲目的之債務裁判所得代債務者之意思表示』

丙 不作爲之債務 謂他人要求我不行此事而我承諾之則我負不作爲之義務也。如甲與乙爲鄰。結有契約。令乙不得在某方面。建築高房。以礙甲屋光線。則乙有不建築之義務。甲有請求不建築之權利。如此而乙如違約。則甲可毀除其建築物。而毀除之費用。仍必歸乙負擔。且可至裁判所請求判決。令乙不得再行建造。以爲將來強制執行地步。故第四一四條三項云。『付於以不作爲爲目的之債務時。得以債務者之費用。除卻其所爲者。且得請求爲將來適當之處分』

丁 於前三項之規定不妨爲損害賠償之請求 此於第四一四條四項規定之。

蓋第一項（即甲說）經裁判所強制履行。勢必延長期限。債權者既需請求之費用。又必至利息之短少。是不能無損害也。第二項（即乙說）以己所專請之作爲者。被他人代替爲之。其代替者之技能。未必果如所專請者。則債權者所受之利益。亦必減少（如乙描之畫。其價值不能如甲之類）。是亦不能無損害也。第三項

(即丙說)或以營業之房屋被負不作爲之義務者。建築高屋礙其光線致妨留。易是又不能無損害也。凡此之損害即可請求賠償。

二 關於交付之通則 謂以期限交付特定物之規則也。如甲買乙物。其物已成特定。但結有特約。必經某時始行交付。如此期間物之狀態或有變更。果屬何人任其責乎。日本法律。凡定有引渡之期限者。未至其期限而物有損害。債務者不任責已逾其期限。尙未引渡而物有損害。則債務者須賠償。但其賠償亦祇如引渡期限時之狀態。例如甲買乙屋。約定半年引渡。乃至半年以後。未爲引渡。而屋復壞損。則債務者當修理之。如適界半年時之現狀是也。故第四八三條云。『債權之目的爲特定物之引渡時。辨濟者要以當爲其引渡時之現狀。而引渡其物。』其曰當爲其引渡時之現狀者。即所定引渡期限時之現狀。蓋別乎債權發生時之現狀。與現今引渡之現狀而言也。此之規定。有最正當之理由焉。蓋物既定有引渡期限。則債權者之取得所有權。必自當爲引渡之日始。而在當爲引渡之日以前。其物仍爲債務者之所有。故有損害。無俟賠償。至當爲引渡之日以後。則其物即債權者之所有。故債

務者當以善良之法保管之（從特定物引渡之規定）而有損害賠償之責也。

按民法要義云。債務者因過失致物損害。雖在所定引渡之日前。亦必賠償。若因天災而損害。雖在所定引渡之日後。亦不任責。

三 以他人之物履行自己之債務 謂以他人之有體物償自己之債也。例如乙對

於甲。負米百石之債務。言定以己米償甲。至履行時。其米乃出於丙。此時甲若不認其履行。則可使乙以己米更換。但必乙米輸來。而後可取回丙米。故第四七五條云。『辨濟者以他人之物爲引渡時。非更爲有效之辨濟。不得取戻其物』此條之規定。因乙不如約履行。含有可以強制之性質。故法律如此主張。乃原則也。

然有例外者。見第四七七條。條文云。『於前二條之場合。債權者因善意所受辨濟之物。或已消費。或已讓渡於人。則其辨濟有效。但債權者自受第三者賠償之請求時。不妨對於辨濟者爲求償之事』。例如甲以丙物辨濟於乙。乙不知其爲丙物。或歸於消費。或更讓渡于丁。（即第三者）此有效也。但此時丙若向丁索去己物。丁必向乙（丁之讓渡人）請求賠償。而乙受丁賠償之請求時。即不妨復向甲爲求償。

之舉是也。但此規定適用處甚少。蓋本條就動產而言。凡動產之占有。但以善意無過失者。即有即時時效。〔詳第一九二條〕不受原主請求。惟占有雖出於善意。而因不注意以致有過失者。則適用之。又如取得盜品及遺失物。〔詳第一九三條〕含有受請求之性質者。亦適用之。

四 代物辨濟 謂以與債權目的相異之給付而充債務之履行也。例如甲負乙金千圓。無現金履行。因欲以房屋相抵。但得乙之承諾。則其辨濟亦有效是也。故第四八二條云。『債務者以債權者之承諾而以他物之給付代其所負擔之給付。則其給付與辨濟有同一之效力。』

代物辨濟與前言隨意債務不同。隨意債務必先約定。其代替物。代物辨濟爲即時申込（即通知之意）其代替物。故隨意債務只可爲代物辨濟之豫約也。

第四目 履行之時期

履行之時期。因債務之性質而定。而無一定之通例者也。約分三說。

一 單純債務

二期限附債務

三條件附債務

一 單純債務 謂隨意以物貸人無一定之條件亦無一定之期限者也此等債務以原則言之當即時履行。

但有例外者如消費貸借（如錢米之類借用後難以原物相還故曰消費貸借）其物既歸使用不能即時償還則當別定期間而為催告第五九一條云「若當事者未定返還之時期則貸主得定相當之期間而為返還之催告」即此例外之規定也。

若既受催告而及期仍不履行則債務者負遲滯之責任第四一二條三項云「付於債務履行未定期限時債務者自受履行之請求時任遲滯之責」但此規定亦有不適用之處如「不作爲之債務」（即不準人建築房屋以蔽己屋光線之類）即不作爲爲履行無遲滯之可言也又如特定物因天災消滅之時其目的既不存在亦無所用其催告此皆不任遲滯之責也。

二 期限附債務 謂定有期限履行之債務也。既定有期限。若至期而不履行。即任遲滯之責。蓋以債務者之怠慢也。然期限亦有確定不確定之別。試分言之。

甲 確定期限 如結約之時。言定何年月日履行。即確定期限也。如此者至期不履行。即負責任。蓋債務者已知履行之期。無俟催告也。第四一二條一項云。『付於債務之履行有確定期限。則債務者自其期限到來時任遲滯之責。』

乙 不確定期限 此雖有期限。不能豫定何時者。如結約時。言定以某人死時爲限。或以雨降時爲限。是其期限皆不確定也。以理論之。至人死或雨降之時。若不履行。即當負責任。然此種債務。常以不能豫知而不克先爲準備。若於事件到來。即責令履行。常至債務者受意外之損。鄰於酷也。故當以債務者知事件已到之時。爲負責任之時。蓋人之死亡。除同居其死亡之場所外。若非受其通知。每不得知之。又如雨降之類。若隔地而居。則某地果降雨否。亦多不知之。故於此等事件。必其已知之時。始負責任也。第四一二條二項云。『付於債務之履行有不確定期限。則債務者自知其期到來時任遲滯之責。』

三 條件附債務 條件附債務有停止與解除之別。茲之所言者專指停止條件而言。停止條件附者謂債務上附有停止條件。如債務者與債權者言定自某人歸後始履行債務。若其人不歸則債權者不得催告。其不得催告之條件即停止條件也。此等債務其任遲滯之責準用第四一二條三項之規定（譯見前）蓋條件之所以定以某人歸後爲履行之限而人之歸否不可預知其債務履行即不能預備。故必於其歸時而爲之請求使債務者預備履行也。若既請求矣則自請求之日始已「成單純債務」（無期限條件者）如此而猶不履行其能免遲滯之責乎。

若條件附之外又附有期限如云我若就某館則一月之內即履行此債是就館之日即條件成立之日則準用第四一二條一項及二項之規定（條譯見前）條件之效力原無遡及力。但有時因當事者之特約生遡及力故條件附債務常有從契約成立時任遲滯之責者。

夫以上所言遲滯之責果何如裁判乎。蓋遲滯者多由於怠慢即作爲不履行者看待亦無不可。故自法律認定之期限始一切損害不能不賠償也。其亦有不任賠償

之責者。即特定物因天災消滅是也。但此在任遲滯之責以前。則可不任咎。若在任遲滯之責以後。則仍必賠償。此其原則也。

至於例外。即在任遲滯之責以後。亦不賠償是也。如甲買乙屋。至期尙未履行。忽因鄰家火災。殃及此屋。則債務者云。此天災難抗。即使將物履行。害亦不免。如此者。可不負責任。但此又有例外之例外。即債權者云。天災固難抗。然爾若早給付於我。則我已轉賣於人。不至令我受損也。此時若證明債權者有轉賣之意思。則債務者仍當仍責。

第五目 履行之場所

履行之場所。即償還債務之地也。履行果以何地爲宜乎。試分二說。

一 原則

二 例外

一 原則 履行之場所。由當事者之契約定之。其契約未定者。則以債權者之住所爲履行地。但法國學者謂。當至債務者之住所。雖或其習慣使然。然未免於債務者。

失之厚也。故日本以至債權者之住所爲原則。第四八四條後段云。『其他之辨濟。要於債權者現時之住所爲之。』其曰現時之住所者。謂結約之後。債權者遷住他處。則辨濟即當於其現住之處也。商法亦採此主義。如商法第二七八條一項末段云。凡無營業住所者。須至債權者之住所履行是也。』

二 例外 又分二說

甲 關於特定物之引渡 凡特定物之引渡。以債權發生時。其物所存在之地。爲履行之地。第四八四條中段規定之。商法亦取此主義。詳商法第二七八條一項前段。

乙 關於指圖債權及無記名債權之辨濟 此二債權之辨濟。當於債務者現時之營業所爲之。若無營業所者。則於債務者之住所爲之。例在商法第二七〇條二項。而民法通用之。蓋指圖債權者。即憑裏書以爲流轉之票也。其票之表面書明金若干。於何人何地領取。(式詳後指圖債權中)領取時無論何人均可。(但當於裏面書明姓氏)故甲可以之轉於乙。乙可以之轉於丙。(惟須繼續交下。如

甲交乙乙交丙可也。若有甲交乙而無乙交丙，唯有丙交丁則不可。而無一定之債權者，故不能於債權者之住所履行也。無記名債權者，即票面上無債權者之名字（如中國錢票之類，日本買鏗節，常以紙券去取，即此等票），而唯有債務者之商號或住所，故其履行亦不能於債權者之地，而必債務者之地也。

第六目 履行之費用

履行之費用，即因履行債務所用一切之費用也。此果歸何人負擔乎？日本法律契約已定者，則從契約契約未定者，則歸債務者負擔。蓋履行爲債務者之義務也。第四八五條云：「付於辨濟之費用，若無別段之意思表示，則其費用歸債務者負擔之。」此其原則也。

例外則如費用之增加，由債權者而生，則應歸債權者負擔是也。如結約時，債權者與債務者相居甚近，迨其後債權者移居甚遠，則履行之費用亦必增多，故必應其增加之額歸債權者負擔。又如債務者送物於債權者之家，債權者無人領受，致債務者重備費用以往，則其重備之費用亦歸債權者負擔。第四八五條但書云：「因債權者住

所之移轉及其他之行爲增加辨濟之費用則其增加額歸債權者負擔之。』

第七目 履行之充當

履行之充當謂同一當事者間有二個以上之債務又爲同種之目的而債務者爲不足消滅其全部之給付時其給付應充當孰之債務之問題也如甲對於乙先有千圓之債務後又負千圓之債務是一當事者間有兩個之債務而均屬金千圓則又爲同種之目的也當此之時甲僅以千圓償乙不能消滅其前後共負之債而此所償之千圓果償先之債務乎抑償後之債務乎是即充當之問題也解此問題可分三說。

一由債務者之意思而定

二債務者無意思則由債權者指定

三法定之順序

一由債務者之意思而定 此於第四八八條規定之條文云。『債務者對於同一之債權者於負擔有同種之目的之數個債務時其辨濟所提供之給付不足消滅其總債務則辨濟者於給付之時得指定充當何債務』蓋給付爲債務者之行爲。

則充當亦應由其意思。但須在給付時指明。若給付後則不能指定也。雖然充當何債。固由債務者指定。然一債務之辨濟。其中有元本。有利息。有費用。既由債務者指定。則必充當元本。而置費用利息於不顧。則債權者受損矣。故法律不能不定以順次之限制。第四九一條云。『債務者付於一個或數個之債務於元本之外。當拂利息及費用時。若辨濟者為不足消滅其債務之全部之給付。則先費用次利息及元本。順次充當之。』

二 債務者無意思則由債權者指定 謂債務者未表示其充當之意思。則債權者可為指定。但亦必在受領之時。過其時則不能也。第四八八條二項云。『辨濟者不為前項之指定。則辨濟受領者於其受領之時。得為辨濟之充當。但辨濟者對其充當而直述異議時。不在此限。』其曰對其充當直述異議者。即債權者之所指定。債務不願承諾也。此則仍從債務者指定。至充當之方法。則由指定充當者對於其相手方。表示其意思。即可有效。第四八八條云。『於前二項之場合。辨濟之充當對於相手方。依意思表示為之。』

三 法定之順序 謂債權者與債務者均未表示其充當之意思則由法律指定之也。第四八九條云「當事者均未能指定辨濟之充當時則從左之規定充當其辨濟」其左之規定如下四項。

一項云。「總債務有在辨濟期者有非在辨濟期者則先充當其在辨濟期者」如甲乙二項債務甲項在辨濟期乙項非在辨濟期則法律認定充當甲項。

二項云。「總債務中或均為在辨濟期者或均非在辨濟期者則為債務者計充當其利益之多者」例如一有利息一無利息則充當其有利息者一有抵當權一無抵當權則充當其有抵當權者一有公証書一無公証書則充當有公証書者不訴於裁判所即可強迫履行一有押金一無押金則充當有押金者一訴於裁判所一未訴於裁判所則充當已訴者（已訴者必判斷其履行）如此者皆為保護債務者起見就人情之大同而設也。

三項云。「債務者如利益相同時則以辨濟期之已先至者或可先至者充當之」如甲乙二項債務其辨濟之利益相同而甲項辨濟期為二月一日乙項辨濟期

爲三月一日。其辨濟若適當二月一日。固充當甲項。其辨濟即在正月。亦必充當甲項是也。

按民法要義云。外國有以債務發生時期之先後爲主者。但由人情上言之。辨濟期之在前者。其債權之發生亦在前。此等事實多也。

四項云。『付於前二項所揭之事項相同。則債務之辨濟應各債務之額充當之。』此即總債務利益期限俱相同也。其曰應各債務之額者。如兩債務各爲千圓。而辨濟者僅千圓。則各充當五百圓是也。

以上四項。其充當之順序。不獨元本如是。即利息費用亦當如是。故第四九一條二項云。『第四八九條之規定。於前項之場合準用之。』第四八九條之規定。即上述之四項。謂於四九一條充當費用利息時。準用此四項之規定也。

夫上之所述。皆數個債務而爲一個之給付者也。反之而一個債務爲數個之給付。如商品之代價。依次而清。利息之付與。按期而至。租金之給付。分月而償。如此者。果用如何之規定乎。此於第四九〇條規定之條文云。『於一個債務之辨濟而爲數

個之給付時辨濟者爲不足消滅其債務之全部則準用前二條之規定」即仍用第四八八條與第四八九條之規定而與數個債務爲一個之給付時其充當同也。

或謂一個債務歸數個給付其給付之期限已經定明則第四八九條之規定僅三項可準用其餘各項似無關涉不知當履行期內債權債務之兩方或有他故不能履行沿而至於下期則生各項之關係矣例如甲負乙租言明按月而償今甲闕三月未償乙與甲約云第四月不償則當另有押金至第四月甲唯償一月之數此在債權者必欲作第一月之所缺在債務者必欲作第四月應付之租如作爲第四月應付之數是即充當其在辨濟期者與第一項合而且押金可免爲債務者之利益又與二項合據此則第四八九條之規定可準用者多矣。

第八目 履行之提供

履行之提供即債務者之一方以履行必要之事項先完了其所當爲之謂也此與履行之引渡不同蓋引渡必須債權債務兩方之行爲而提供則僅債務者一方之行爲

例如債務者携金錢至債權者之住所。而爲履行。或送商品於債權者之店頭。使其受取。僅爲其自己一面之行爲。而不問債權者之受其履行與否。是也。但必依提供之條件。始有效力。今將其條件與效力分說之。

一 提供之條件 此分二說

甲 原則 提供者非徒以意思表示。必以現實之物。交於債權者處。始可有效。

乙 例外 雖未以現實之物。交於債權者處。但其物已準備。通知債權者。隨時來取。亦許有效。然此於何時有效。又分二說。

天 債權者預出拒絕之時。始克有效。例如金錢債務。債權者必欲二千圓。而債務者僅備千元。若債權者拒絕不收。則債務者可依例外行之。又如商品有爭議時。債權者欲上品。債務者僅付中品。若債權者拒絕不收。則債務者亦可依例外行之。但必債務者主張有理。而後有效。若債權者主張有理。則仍無效也。又未履行之先。債權者因家有大故。不暇受履行。因囑債務者暫不必給付。則債務者提供亦有效。

地 債務者之履行必得債權者之行爲時始克有效 例如甲置物於乙之倉庫。言明甲本人來取。後甲未來取。則乙提供而通知之。此亦有效。

以上所述均於第四九三條規定之。條文云。『辨濟之提供要從債務之本旨以現實爲之（即原則）但債權者豫拒其受領又付於債務之履行要債權者之行爲則通知爲辨濟之準備以催告其受領而足』（即例外）所謂從債務之本旨者如原本爲若干數。則提供亦必若干數。履行在何期限。提供亦必如其期限。辨濟宜何場所。提供亦必於其場所。是也。蓋原則必如此而後有效。

二 提供之效力 此亦分二說

甲 提供後債務者不負責任 謂既提供之後。因債權者未受履行致生損害。而債務者不任其責也。蓋辨濟之提供。即債務者已完了其自己必要之行爲。雖債權者尙未領受。而自實際言之。不得謂爲未履行也。且既提供。則其債權之目的。已成特定物。凡特定物之危險歸債權者負擔。故關於提供之危險。即由提供之時轉移於債權者。如此非獨不賠償。若債務有押金債權者。且當退還矣。故第四

九二條云。『辨濟之提供自其提供之時使免因不履行所生一切之責』

乙 提供後債權者反任遲滯之責 謂提供後因債權者遲滯履行致損害及於債務者其損害應由債權者負擔也蓋債權者有受辨濟之權利即有受辨濟之義務若不履行其義務則是債權者之怠慢如此而損害及於債務者則債權者當任其責例如債務者將提供之物運送於債權者處而債權者不領受其運歸之費則由債權者負擔又如債權者有來取之義務而或不取致其物品久占債務者之店頭以防其商業則因此所生之損害亦歸債權者負擔是也故第四一三條云。『債權者拒受債務之履行或未能受履行時其債權者自有履行之提供時起任遲滯之責』

第九目 履行之供託

履行之供託者謂債務者欲免其責於不受履行之時因將其目的物託於他處以代債權者保管也例如債務者以金千圓履行債權者以有故未受則債務者即以千圓置存於銀行以免危險任債權者隨時取用是即供託之謂也既供託之後即可免除

債務而不負責任矣。今將關於供託者。詳分四說。

一何時可供託

二供託之條件

三供託之效力

四特別之供託

一 何時可供託 此又分四說

甲 債權者拒絕履行時 拒絕之故。與前提供所述同。如爭金錢之多寡。物品之優劣。是也。

乙 債權者不能受履行時 如因債權者重病。或與第三者爭議。必俟裁判所判定。始能領受。是也。

丙 債務者無過失而不能確知債權者爲何人時 如債權者已死。未知其相續者爲誰。又或債權者不定。必俟裁判所決定其所屬之人。是也。

以上三說。第四九四條規定之。條文云。『債權者拒絕辨濟之受領。』(如甲說)又不

能受領時（如乙說）則辨濟者爲債權者供託其辨濟之目的物而得免其債務其不由辨濟者之過失而不能確知債權者時（如丙說）亦同。」

丁 法律上有特別規定時 此例甚多。除民法外。商法亦有之。茲就民法中略舉其例。如第三六七條三項。有質權之債權。第三九四條二項。有抵當權之債權。第五七八條。賣主對於買主之代金。皆有供託之規定。是也。

二 供託之條件 亦分三說

甲 供託之場所 供託之地必債務履行之地始有效力。第四九五條云。『供託者要爲之於債務履行地之供託所。』如債務履行地在橫濱。則供託亦在橫濱。債務履行地在上海。則供託亦在上海。是也。

乙 供託之保管者 即保管供託之物之人也。而各種之保管。不能從一般之規定。今別爲二說。

天 金錢與有價證券之保管 此等保管。皆應屬之金庫。（見供託法第一條）以金錢與有價證券（如公債證書及株券等類）皆貴重而易於收藏者。故可置

之金庫也。按日本金庫。有本金庫支金庫之別。如「日本銀行」本金庫也。日本銀行之一切支店。即支金庫也。

地 其他之商品之保管 此等保管。應屬之倉庫營業者（倉庫營業必經司法大臣指定）見供託法第五條。

但遐僻之地。村落稀少。無法定之金庫。及司法大臣所指定之倉庫營業者。則可由裁判所指定之。第四九五條二項云。『於無法定供託所時。裁判所因辨濟者之請求。須爲供託所之指定。及供託物保管者之選任。』

丙 供託之後要通知於債權者 此於第四九五條三項規定之。條文云。『供託者。要勿遲滯而爲供託之通知於債權者。』其曰勿遲滯者。謂即時供託即時通知。不可怠慢也。若怠於通知。則由供託後所生之損害。即歸債務者賠償。何也。蓋供託之利息甚輕。又必自供託之下一月起算。若供託時。隨即通知。則債權者可立時取歸。而別生重利。今因怠於通知。而受利息之損害。則皆債務者之過也。故必須賠償。

三 供託之效力 此分二說

甲 原則 債務者自供託之日起即得免除其債務而不負責任與第四九四條之規定同。(譯見前)

乙 例外 供託之物或取歸時則債務者仍當負責任第四九六條云。『債權者不受諾供託又或於其供託爲宣告有效之判決尙未確定間辨濟者得取戻其供託物於此場合以未爲供託者看做』蓋債權者不承認供託時或供託之有效與否判決未定時其所謂供託者只辨濟者之單獨行爲並無他人之行爲既無他人之行爲則其損害亦不及於他人故債務者得自由取消之而依然負擔其債務也。

若夫與第三者有利害關係時則其供託不許取消如債權之上以第三者(如保証人或連帶債務者)之物設定抵當權(質權同)此時若取消其供託往往害及於第三者何也蓋供託以後債務者之義務消滅即附隨此債務而存在於債權者之擔保亦從而消滅是第三者於此可取得其抵當物之所有權矣倘辨

濟者。將其供託之物。任意取消。則已消滅之。抵當權。必再發生。是使第三者受意外之損也。故法律不許其取消。

四 特別之供託 此分二說

甲 供託甚難時 如物過重大（木料之類）不適於供託。物易朽毀（魚肉及冰之類）不宜於供託。物須飼養（動物類）不易於供託。如此者而必以現物供託之。則債務者甚困難也。故法律許其將物競賣。而以所得代價供託之。蓋期於債務者有益。而於債權者無損也。故第四九七條云。『辨濟者之目的物。不適於供託。又付於其物有滅失或毀損之虞。則辨濟者得裁判所之許可。可競賣之。而供託其代價。其物之保存要過分之費用者。亦同。』

乙 有反對給付時 債務者以物交出債權者。亦必以物償之。此反對給付之謂也。例如買賣。賣主（即債務者）既提供其目的物。而買主（即債權者）不為領受。又未給付代價。則賣主將其物供託。而買主反有給付代價之義務。若不盡其義務。則不能取賣主所供託之物。此雙方契約所常有也。故第四九八條云。『債務

者於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。

第二項 賠償

賠償者因不履行所生之損害之填補也。分四目言之。

一 賠償之場合

二 賠償之範圍

三 賠償之方法

四 賠償之效果

第一目 賠償之場合

凡債務不履行。自應賠償。此爲原則。不待言也。今但言因履行不完全。而致有賠償之責者。此於第四一五條規定之。條文云。『債務者不從其債務之本旨履行。則債權者得請求損害之賠償。其應歸債務者之責之。事由至不能爲履行者亦同。』其曰不從其債務之本旨者。即履行不完全之謂也。如應在何地履行。而或不至其地。應於何時履行。而或不當其時。應將全部履行。而或僅履行一部。皆謂之不完全也。其曰歸債務

者之責之事。由至不能履行者。如因其過失。或因其遲滯。以致目的物滅失之類。是也。凡因以上情形而生損害者。皆應令債務者賠償。此法律所以與債權者以請求權也。

第二目 賠償之範圍

凡賠償時。請求者常欲其多。被請求者常欲其少。此固不可無一定之範圍也。試分二說。

一 原則

二 例外

一 原則 凡因不履行所生損害之全部。則皆須賠償。如損害千圓。即賠償千圓。是也。

二 例外 又分四說

甲 因特別事務生損害時 例如債務者。方將履行。忽因戰事起而停止。而其物

亦因戰事起而騰貴。則債權者深受損害。此於理似應賠償。然以實事言之。則不賠償亦可。但此不任賠償之說。在日本法律。本無一定之明文。惟由第四一六條

之規定。推而知之。其條文云「損害賠償之請求以因債務不履行致通常當生損害者爲其目的」夫此條既云以通常所生之損害爲賠償之目的。則知特別所生之損害可不必賠償也。

雖然特別所生之損害固可不任賠償。然於不任賠償之中亦不無限制。故第四一六條二項云「雖因特別事情所生之損害當事者若豫見其情事或可得豫見時則債權者當請求其賠償」其曰豫見其情事者即應履行時當事者之雙方明知此物之必騰貴是也。其曰可得豫見者如負米若干石之債務當凶作時必知米價之將貴是也。於此而未履行則債權者可應其騰貴之額而求賠償。此限制之法也。

乙 因債權者之過失生損害時 凡目的物之損害生於債務者常多（因目的物常爲債務者占有）然亦有時因債權者之過失而生者。其因債權者所生之損害亦不一致。有全因債權者之過失而生損害者。如債務之目的已成特定物。而因債權者之過失直爲毀滅之是也。如此則債務者無賠償之責。有債務者微

有過失。而究因債權者之重過失。以致損害者。如債務者置其物於易顛覆之地。而因債權者之過失。竟使顛覆之而毀滅之。是也。如此債務者亦無賠償之責。有因債權債務雙方之過失。以生損害者。如寄於他人倉庫之物。債權者已明定來取之期限。至期而未取。債務者又不爲提供。或供託以致生損害。是也。如此則債權者過債務者亦過。故當由裁判所視雙方之過失。斟酌重輕。而使分擔其損害之金額也。第四一八條云。『關於債務之不履行。而債權者有過失時。裁判所付於損害賠償之責。及其金額。須斟酌定之。』

丙 金錢債務 金錢爲生息之物。其履行遲延一日。即損害加多一日。何也。蓋如期履行。則債權者可復貸他人。以別取利息。不如期履行。則元本存於債務者之手。而債務者可轉貸他人。以自取利息。是與債務者以不當利得。而使債權者大受損害也。故法律必依其利息之額。以爲賠償其賠償之利息。謂之遲延利息。至其所依之利率。則以法定。(民事五分商事六分)爲標準。如約定不付利息者。或約定利息輕於法定者。均須依法定付之。唯約定超過法定者。則仍依約定。蓋法

律。不。欲。債。務。者。之。任。意。遲。延。故。於。遲。延。利。息。無。者。不。妨。使。有。輕。者。不。妨。使。重。也。第
四一九條云。『付於以金錢爲目的之債務之不履行者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』

凡尋常債務之損害其價值之多少必須經裁判所證明始得賠償金錢債務則
無須此。蓋他物之價格無定而金錢之價格有定其所生之損害亦唯適如其相
當利息之限度而無過多或少之爭執故無俟證明也。又尋常債務因不可抗力
而生損害者亦不任賠償之責。金錢債務則不然。如債務者準備給付之金錢而
忽被大盜劫去。至不得不緩於履行。是因不可抗力而生之損害也。然債務者若
持此以抗辯。則債權者必曰。若因曾經準備。遂可不付利息。則存於銀行之預金
何以亦與相當之利息乎。蓋金錢所得者爲流行之利。與他物權不同。故不得因
一經準備。遂失其生長利息之性質也。第四一九條二項云。『付於前項之損害
賠償債權者不須爲損害之證明。又債務者不得以不可抗力爲抗辯』

丁

當事者之豫定

謂當事者豫定其賠償之額也。如債權發生時。兩當事者約

定。云及期不履行。則當賠償金錢若干。是也。此於第四二〇條規定之。條文云。『當事者付於債務之不履行得豫定損害賠償之額於此場合裁判所不得有增減其額之事』

其所以豫定之理由有二。(一)因上一二條(即甲乙)之限制。致債權者有時受非常損害而不能得全部之賠償。故不如豫定之。(二)因請求賠償。必證明損害。若將來證據不完備。則賠償難請求。且即證據完備。不能保裁判官之無誤。即使無誤。而訴訟之費用。辯護士之報酬。其受損亦多。又況遲延時日。往往生他種不利益之結果。故不如豫定之。為愈也。至債務者亦以豫定為便利。何也。蓋債務者亦有時因訴訟。而致令格外賠償者。且其耗費用延時日。亦與債權者無異。故日本法律。於豫定賠償。純與當事者以自由而絕無限制。此即至有訴訟時。無論豫定額多少。裁判官不得為增減。惟歐洲法律。裁判官常有增減其豫定之額者。日本固不採此主義也。

雖然。付於賠償之豫定。亦有困難之問題。即賠償之額。或過其本債之數。而於賠

償後其本債仍可請求其履行抑或解除其契約之問題也。如甲買乙米百石。約以某日不付米。則應以二千圓充損害賠償。及期而乙不付米。則甲可請求二千圓之賠償。此不待言。但於同時更得請求其給付米乎。抑更得解除契約。使乙不付米。甲亦免償代價乎。欲決此問題。須問債權發生之初有豫約否。如有豫約。則從豫約。若無豫約。則請求本債之履行也。可。或請求契約之解除也。亦可。蓋賠償之與履行或解除。其性質各別。不得謂債權者既受賠償。遂喪失其請求履行或解除之權利也。故第四二〇條二項云。『賠償額之豫定者不妨爲履行或解除之請求。』

以上關於賠償之範圍。既論之矣。然當事者往往恐債務不履行。而約定「違約金」。以罰對於契約之遲延者。此果有效否乎。學者於此有主張無效者。然法律既許人得爲贈與。故此亦不能謂之無效。雖然有效矣。但謂僅付於違約之罰。而爲給付。則又不然。蓋違約金。以恐其不履行之故。而爲之約定。即可謂爲賠償額之豫定也。既謂爲賠償額之豫定。則債權者受違約金。即不得受賠償額。受賠償額。即不得受違

約金第四二〇條三項云。「違約金者推定爲賠償額之豫定」是即視違約金之結果與賠償額同而債權者不可重受也。但結約時約定有違約金。又有賠償額之豫定者。則此項不適用。

又金錢債務。亦有時不適用本條者。如利息限制法第五條云。「裁判官於該債主之事實。諒其有不當受之損害賠償者。得酌其相當之數而減少。」此與本條第一項裁判官不得增減其額相違反者也。

第三目 賠償之方法

賠償之方法。謂於賠償之時。應以何物充當之是也。此分二說。

一原則

二例外

一 原則 凡賠償時無論其損害之性質如何而皆當以金錢計算充當其賠償之

額。但歐洲學者有謂須「復回原狀」者。如使消滅其債權者所受損害之例。此於理論甚爲正當。但於實際稍有不便。以復回原狀者。常必要債務者之行爲。若債務

者任意不爲之。則舍以金錢賠償之外。無他途也。故德國民法。雖亦採用復回原狀之主義。而法蘭西民法。及其他歐洲多數之立法例。則皆以金錢爲原則。蓋金錢之價值有定。其計算亦易。不獨於一切財產皆可購買。即無形之損害亦可賠償。如人雖有悲哀之感情。而因消費金錢亦可得少減其度。其利用甚廣也。故日本新民法亦採此主義。第四一七條云。『損害賠償者若無別段之意思表示。則以金錢定其額。』

二 例外 即第四一七條所謂別段之意思表示也。此意思表示包含二種。(一)即賠償義務發生之時。以當事者間之契約而定者。如債權者與債務者協議於金錢以外之財產。而爲賠償之充當是也。(二)即債權發生之當時。由當事者豫定者。如債權之目的。爲法律行爲。當事者於結約時。言定若不履行此義務。則當爲他之一定之行爲是也。蓋此等皆無關於公益之事項。故不妨任其契約之自由。此第四二一條云。『前條之所規定。若當事者預定以非金錢充當損害之賠償時。亦準用之。』

第四目 賠償之效果

凡債務者既賠償其損害。則不獨履行債務之責任。可以消滅。且有時可代居債權者之位置。即其效果也。此於第四二二條規定之。條文云。『若債權者因損害賠償而受其債權之目的物或權利價額之全部。則債務者付於其物或權利當代位（代他人而立於其位之意）於債權者。』此條分二例說明之。

一 付於物之代位 此之代位。即因債權者受其債權之目的物而生出者也。如甲借乙物。因而遺失。自甲（債務者）出賠償之額後。而其物又尋出。以理論之。即將其原物還乙（債權者）而索還其賠償之額。可也。然於事實上有不便。何也。蓋退還其賠償之額。事既過煩。又恐乙家貧乏。早於其所得之賠償。使用消費。不能全數退出。致甲反受損害。甚至因此構訟。致費額外之資財。又勞無謂之手續。故不若將其原物許甲代為占有。為最便利也。且即就乙論之。當受賠償價額之時。即已視其物為烏有。今甲後索得之。即作為甲以賠償之資買得可也。則許甲代乙位。是於債務者（即甲）便於債權者（即乙）亦無損。此付於物之損害賠償。而債務者可代位之說也。

二 付於權利之代位 此之代位。即因債權者受其權利價額而生出者也。如銀行支配人（即總理者）其對於銀行營業者（即銀行主人）有支配一切之權利。即有保管一切之義務。有權利則可貸借自由。有義務則當賠償損害。設支配人貸金於人。稍失省察。未知借主之貧乏。致債務不能如期履行。又或怠於催告。致失時效。而受損害。如此則銀行營業者。可以令其賠償。（此時銀行營業人爲債權者。支配人爲債務者。）然使賠償之後。而原債務者。忽焉辨濟。則受此辨濟之權。若仍歸之銀行營業者。是使銀行營業者。既得賠償。又收原債。而受兩次。給付爲不當利得也。故不若將其權利移轉於支配人。使直受此債務之辨濟。爲正當。此付於權利之損害賠償。而債務者（支配人）可代位之說也。

第三項 債權者對於第三者之權利

以原則論。債權者之權利。只對於債務者有之。而不能及於第三者。如甲對乙有債權。唯可向乙請求。不能更向丙丁請求。是也。然此就單純之權利言之。若就事實而論。則自債務者以外。未始無與債權者有關係之人也。今將其權利所及者。分爲三說。

一當事者

二承繼人

三第三者

一 當事者 即債權者與債務者皆於債權債務有絕對之關係者也。其理易明。不贅述。

二 承繼人 即承繼他人之權利義務者爲當事者之繼起人故。其身分與當事者同。但其中亦不無分別。試分二說。

甲 包括承繼人 又分二說

天 相續人 相續人即承繼其家之事業財產者也。凡相續人之承繼。不僅承繼其業產。並將當事者之權利義務亦承繼之。即或有承繼一部者（如分其家之半與相續人）亦必於一部之權利義務皆承繼之。而不得僅承繼其權利不承繼其義務也。故謂之包括承繼人。

地 包括受遺者此與通常受遺者不同。通常受遺者不過因受遺言而得某物。

包括受遺者。則因受遺而有權利義務。與遺產相續人同（詳第千〇九二條）。

乙 特定承繼人 謂只承繼其權利或義務也。雖有時承繼權利者。亦附帶有義務。然不過偶然有之。不得謂之包括承繼。如乙買甲物。尙未付清代價。即以轉賣於丙。而並以其應付甲之代價。亦移轉於丙。是丙爲乙之承繼人。而有占有乙物之權利。即有代乙付清其代價之義務也。然此義務不過於此承繼之物之一部。有之。而於此一部之外。則純爲第三者之資格也。但學者往往不察。至以承繼權利義務之一部者。而誤爲全部。如甲乙對於丙。皆有債權。丙即將其不動產出賣於甲或乙。而甲乃先買而登記之。以取得所有權。或以爲甲既承繼丙之所有權。則丙對於乙所負之債務。亦應承繼之。而不知此乃大謬之說也。蓋甲唯承繼丙之一部。而丙之不動產尙多。則乙對於丙之債權自在。且甲之與丙約者。祇爲不動產之權利。並未問丙所負之義務。是丙對於乙。雖有債務。而乙對於甲。實絕無關係也。故特定承繼人之資格。與包括承繼人不同。

明乎以上二說（甲乙）則知包括承繼人。其權利義務。一並承繼與當事者有同一。

之資格。故當事者之他方。其效力得及之。如當事者之他方。對於此當事者。有債權。即可視此當事者之承繼人。為債務者。是也。

雖然。此特原則耳。亦有例外。即專屬於一身之權利義務。其效力不能及於承繼人。是也。例如甲有受乙扶養之權利。及甲死則權利消滅。而效力不及於甲之承繼人。反之而乙有扶養甲之義務。及乙死則義務消滅。而效力不及於乙之承繼人。以屬於一身之權利義務。與承繼人無關係故也。

三 第三者 除當事者與承繼人外。皆為第三者。以原則論。債權者對於第三者。毫無關係。然有例外。分二說。

甲間接訴權 謂債權者行訴時。可間接及於第三者也。如甲為乙之債權者。乙又為丙之債權者。及乙之財產將盡。則甲可請求裁判。代乙而行使丙之權利。以保全自己之權利也。故第四二三條云。『債權者為保全自己之權利。得行使其屬於債務者之權利。』但本條之規定。亦有二限制。

天 即專屬於債務者一身之權利是也。如上例乙對於丙之權利。乃乙己身之

扶養料。而藉此以圖生活者。則甲不得對之施保全自己之行爲。故本條但書云。『專屬於債務者一身之權利不在此限』

地。即於債權之期限未到時。必得裁判上之代位。而後可行使其權利。是也。蓋債務之履行。以期限爲定。若期限已到。債權者欲受辨濟。不得謂非正當之希望。故雖直代債務者。行其權利。亦無不可。若期限未到。則債權者尙不得行使自己之權利。而乃欲代債務者。行其權利。則爲計不太早乎。故必請求裁判所調查其實際。如不早代債務者之位。則定不免於損害。而後許其執行。如此則可免債權者濫行干涉之權。致累及債務者之弊也。故本條二項云。『債權者於其債權之期限未到時。非依裁判上之代位。不得行使前項之權利』

按裁判上之代位。非訟事件手續法七十二條以下。可參看。

但第二限制之規定（即上地說）亦有例外。即債權者不踈裁判上之代位。而得爲「保存行爲」是也。蓋保存行爲之性質。非於一方速爲之。則無效。如第三債務者之財產爲人占有。而占有者「取得時效」（詳第一六二條以下）之效力。

將發生或被占有者。「消滅時效」(詳第一六六條以下)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。(如登記之類)使其罹於時效者中斷之。(詳第一四七條)以保全自己之權利也。故本條二項但書云。「保存行為不在此限」。

乙 取消訴訟權(亦稱廢罷訴訟權) 謂債務者對於第三者之法律行為。有時害於債權者。則債權者有請求其取消之權利也。如債務者之財產。已不能抵還其債。而猶復分其財產。贈與他人。則債權者可訴之。裁判所取消其贈與。蓋恐已不能受完全之履行也。其亦稱廢罷訴訟權者。即請將法律行為廢而罷之之謂也。日本舊民法常用此二字。(見舊民法財產編第三四一條以下)蓋以取消字樣。用之於未成年者。詐欺者。其義嫌廣。廢罷之義。則稍狹。然新民法不取之。今將關於取消訴訟權者。分三說。

天 取消訴訟權之要件 第四二四條云。「債權者明知債務者為害其債權者。而為法律行為。則得請於裁判所取消之。但因其行為而受利益者。又轉得者。其

行爲或轉得之當時若不知有可害於債權者之事實則不在此限』今依其條文大別爲二段說明之。

第一段實質上之條件 此依條文分四說

一 必其法律行爲有害於債權者 如債務者之財產僅足以抵所負之債。而乃取其一部贈與他人。或減價賣於他人。以致不能償其債之全部。又如債務者之財產本不足以抵所負之債。猶復以其財產贈與他人。或售賣於他人。以致不能償其債之半額。是雖皆法律行爲。而實有害於債權者之權利。故不妨請求取消也。而一般學者及裁判官。每持狹義解釋此例。謂非如此者。則不能取消。其實不然。蓋凡有害於債權者。即可取消也。如債權者之特定物。未引渡時。而債務者若復以物抵當他人。至有害於債權者。亦仍可取消。本條爲保護債權者起見。其範圍不得不從廣也。

二 必要債務者之惡意 如明知己之財產不足償債。或僅足償債。而故意贈與他人。或減價賣與他人是也。若因過失（如不注意之類）而誤有害於債權者。

則不得謂爲惡意。自當別論。

以上二說。學者或謂爲「詐欺行爲」。舊民法亦用詐欺二字。以債務者之贈與售賣。皆挾其詐欺之心。以害債權者也。梅博士謂不必如此深文。但須債務者知而爲之。即爲有害。如必謂爲詐欺。則不獨過重。且恐失實。何也。蓋債務者常有自知其財產不足償債。而不能爲贈與或售賣之行爲。然或因萬不得已之故。而出此亦事實上所常有也。

三 必要因其法律行爲而受利益者及轉得者皆有惡意 何謂受利益者。即甲以其財產贈與或售賣於乙。則乙爲受利益者。何謂轉得者。即乙以所受甲之贈與或售賣。而移之於丙。則丙爲轉得者。何謂受利益者之惡意。即乙明知甲之贈與或售賣。有害於債權者。而故意受之。是也。何謂轉得者之惡意。即丙明知乙所移轉之物。有害於甲之債權者。而故意受之。是也。如此而債權者欲取消其行爲。必受利益者及轉得者皆有惡意。而後可。如甲爲債務者。乙爲受利益者。丙爲轉得者。若甲乙皆有惡意。而丙無惡意。則不可取消。若甲丙皆有惡意。而乙無惡

意則亦不可取消。故本條條文。受利益者又轉得者。其又字應改作及字。蓋此處又字爲或字之意。即受利益者或轉得者之謂也。若及字則爲連類之意。即受利益者與轉得者之謂也。本條取消之要件。必受利益者與轉得者皆有惡意。則必易又字爲及字。始合條件之要素。

雖然必二者皆有惡意。而後可取消。然其惡意之有無。果何以證明之乎。此在債務者之惡意。必須債權者證明。而在受利益者及轉得者之惡意。則不須債權者證明。而彼必自出而證明。何也。債權者既以債務者之惡意。訴之於裁判所。其影響必及於受利益者。與轉得者。故彼自不得不請求裁判所之判斷也。

四 必要財產上之法律行爲 謂不關於財產上之法律行爲。則債權者不得取消也。如戶首隱居（謝絕家政之謂）其相續人爲政。常有害及於戶主之債權者。（如相續人以所得之財產。還本身所負之債。而不還戶主之債是）此苟出於戶主之惡意。似可取消其隱居。而不許使人相續。然而不能。蓋隱居之意。在避戶主相續之意。在重宗嗣。不得以債權之故。干涉及之。使人失其自由。而絕其宗嗣。

也。又如入夫者。代女戶主爲政。亦常害及於債權者。（其致害之理由與相續人同）此苟出於女戶主之惡意。則債權者似可取消其入夫。然亦不能。蓋婚姻爲人之大倫。生聚係國之強弱。不能以債務之細故而禁止之也。至因婚姻之費用。害及於債權者。又因養子而增其費用。致害及於債權者。其不能取消。尤不待言。凡此皆身分權。非財產權。雖其影響及於財產。而債權者亦不得取消之也。但法律雖不許債權者取消。而究未嘗不爲債權者保護。如第一〇四一條。至第一〇五〇條所規定之財產分離法。（即債權者請求裁判所分離相續人之財產以備償債之用之規定）及第七六〇、第七六一、二條所定辨濟請求法。（謂因詐欺或強迫隱居者。後經裁判取消其隱居。則其債權者得對之請求辨濟之規定）皆所以保護債權者。特諸條所言法律行爲。皆不以財產爲目的。故不得爲取消訴權之要件。

第二段 形式上之條件 即條文所云請求於裁判所是也。蓋私行取消。則不能無弊。如債權者與債務者。以及行法律行爲之相手方。（即受利益者）難保不

互相通謀。致雖缺實質上之要件。而亦取消其法律行為。則轉得之第三者。必不免受損害。此所以貴裁判所之判決也。

地 取消訴權之效力 取消訴權之效力。與通常取消之效力（見第一二一條）同。但其遡及力微異。通常之取消。不獨取消其行為。並遡及結約之初。而使之無效。此則僅取消損害債權者之行為。而當事者所結之契約自在也。如甲爲債權者。乙爲債務者。丙爲第三者。設乙以財產贈丙。有害於甲之債權。則甲唯可取消其贈與之財產。而不能取消其贈與之契約。何者。乙若別設一法。以完其贈與。甲固不得而干涉之也。

夫取消訴權之效力。所以防損害。即所以保權利。然此中有一問題。即當數個債權者。間其因取消所得之利益。歸一人享有。乎。抑歸數人享有。乎。此在各國法律。無明文解釋。而一般學者。亦多異說。試略爲舉之如下。

有謂取消之利益。歸先行取消訴權者享有之。然此不公平之說也。何則。先行訴權。非先取特權。（即有先他債權者而得償還之特權）可比。先取特權者。其債

權。本。有。輕。重。重。者。自。應。先。取。先。行。訴。權。者。其。債。權。無。所。輕。重。而。與。其。他。之。債。權。皆。立。於。平。等。之。地。也。故。先。行。訴。權。不。得。享。先。取。之。利。益。

又。有。謂。於。總。債。權。者。中。區。別。其。債。務。之。期。限。孰。在。詐。害。行。爲。之。前。孰。在。詐。害。行。爲。之。後。在。前。者。如。上。甲。乙。丙。則。應。享。取。消。之。利。益。在。後。者。如。上。表。丁。戊。己。則。不。應。享。取。消。之。利。益。然。此。亦。不。公。平。之。說。何。也。謂。在。前。者。應。享。其。利。益。不。過。謂。在。前。者。有。取。消。權。在。後。者。無。取。消。權。耳。而。不。知。在。前。者。雖。有。取。消。權。而。仍。無。先。取。特。權。夫。法。律。之。與。以。取。消。權。者。所。以。保。護。債。權。而。債。權。者。既。有。數。人。則。法。律。不。能。使。其。有。受。保。護。者。有。不。受。保。護。者。且。所。謂。取。消。者。不。過。將。債。務。者。不。應。讓。渡。之。財。產。取。還。並。非。謂。債。權。者。即。將。此。取。還。之。財。產。取。得。也。故。第。有。取。消。權。者。亦。不。得。享。先。取。之。利。益。

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 甲 | 本 | 年 | 九 | 月 | 一 | 日 |
| 乙 | 本 | 年 | 九 | 月 | 十 | 日 |
| 丙 | 本 | 年 | 九 | 月 | 廿 | 日 |
| 詐 | 害 | 行 | 爲 | 本 | 年 | 十 |
| | | | | 月 | 一 | 日 |
| 丁 | 本 | 年 | 十 | 月 | 十 | 日 |
| 戊 | 本 | 年 | 十 | 月 | 廿 | 日 |
| 己 | 本 | 年 | 十 | 月 | 卅 | 日 |
| 取 | 消 | 本 | 年 | 十 | 一 | 月 |
| | | | | 十 | 一 | 月 |

以上二說均不當。則有第三說。凡總債權者皆應享取消之利益是也。蓋除先取

特權之外。凡債權者莫不平等。況此取消之財產。大概爲債務者財產之一部分。故其取還時。仍應歸之債務者。使復其全部之原狀。再令其分還各債務者。而後爲平允也。日本採此主義。故第四二五條云。『依前條之規定而爲取消者。因爲總債權者之利益起見而生效力。』

人 取消訴權之消滅 此消滅之原因。與通常財產權同。如財產權因拋棄而消滅。此取消權亦因拋棄而消滅。是也。但取消雖與通常同。而時效則不能無異。通常時效。其最長者必過二十年而後消滅。此則二年不行使。即消滅。通常時效。自事實發生時起算。此則由知覺其詐害行爲之日起算。其取消必以二年爲限者。蓋以法律行爲之取消。其效力可及於第三者。如年限太久。則展轉授受。必致累及多人。又此等取消。多因債務者之惡意。夫法律上之惡意。善意已難辨別。若更至多年之後。則愈難證明。故定爲二年之短期時效也。其限定之二年。必由知覺詐害之日起算者。蓋未知詐害之行爲。則無取消之原因也。但此中亦有限制。設如債權者經過十九年後。始知債務者詐害之行爲。若再展二年。而爲二十一

年。則反與通常之時效加長。不與法律望其早爲取消之精意相背乎。故自其行爲時。經過二十年。不行使取消權。則亦適用通常之時效。而作爲消滅。所以限制之也。故第四二六條云。『第四二四條所載之取消權。自債權者知取消之原因（即惡意）時。二年間不行使之。則因時效而消滅。自行爲（即出於惡意）之法。律行爲）時。已經過二十年者。亦同。』

本條之特別時效。亦與通常時效之性質同。故關於時效中斷。及時效停止之時。一切皆適用通常時效之規定。惟根據於當事者之預定者。則不在此限。

第三款 多數當事者之債權

多數當事者之債權。謂債權債務在二人以上者。如債權者數人。債務者亦數人。或債權者數人。而債務者一人。或債務者數人。而債權者一人。皆是。今分四項說明之。

一 總則

二 不可分債務

三 連帶債務

四保證債務

第一項 總則

於債權者或債務者有數人之時。其各自付於債權債務之一部。而有權利。負義務乎。抑各自付於債權債務之全部。而有權利。負義務乎。此在各國。原不一定。有採用全擔主義者。有採用分擔主義者。日本從來之習慣。則採用全擔主義。如債權者有、多數時。人人有要求全部債務之權利。債務者有、多數時。人人有負擔全部務之義務。是也。即維新以後。當路者尙有此思想。觀明治六年。三百六十七號布告。訴答文例。第二三。第二五。二條。又明治八年。勅令第六十四號。皆不出此全部主義之思想矣。於歐洲採此主義者。惟英國。按民法理由言。普國亦採此主義。雖其細目與日本稍異。而大體則同。其餘大陸諸國。自羅馬法以來。即採用分擔主義。分擔主義者。謂債權者有、多數時。或債務者有、多數時。皆應平均分擔。各自有其持分之權利。或負其持分之義務也。日本新民法。亦採此主義。故第四二七條之規定曰。『於有數人之債權者。或有數人之債務者。若各無別段之意思表示。則各債權者。或各債務者。以平等之割合。即分配

之意)而或有權利或負義務」

新民法之採分擔主義者亦頗有理由。蓋以全擔主義於或有訴訟之時則債權者有數人必共同起訴。債務者有數人必共同被告。此不獨於實際不便。(如債權者或債務者其中之一人在外國則不能為訴是)而且生不公平之結果。何者若對一人得請求全部則一人即不得不為全部之履行。雖履行之後仍得對於他之債務者請求分擔。而他之債務者果為之辨償與否則不可測而知也。故不若採用分擔主義為便利而公平。但當事者或結有連帶及其他法律關係之特約而不欲分擔時則亦聽其自由。即本條所謂別段之意思表示也。

按日本於新民法未頒布以前。民事訴訟法即有採用分擔主義之旨。雖其第四八條有數人付於訴訟物之權利或義務。立於共通之地位時。則其數人為共同訴訟人。得共為訴或共受訴之規定。然此不過定其得為共同訴訟之意。而非如舊民法之以共同訴訟為本則也。蓋日本民事訴訟法。金仿德國。德國用分擔主義。故仍之。民事訴訟法。頒行於明治二十四年一月一日。當初本欲與舊民法同時頒行。後因

舊民法缺點尙多。以致延期。而民事訴訟法。即以此主義施行矣。自此主義施行後。則訴答文例。從此漸廢。而有變採分擔主義之說起。是以新民法採用之。

第二項 不可分債務

不可分債務者。即其債務之目的。不可分而履行之謂也。因其目的不可分。其結果至於債務不可分。故仍稱之曰不可分債務。

債務之目的。何以不可分乎。其理由有二。(一)關於給付物之性質。不可分如債務之目的爲居屋一所。履行時不可折給。是也。(二)關於當事者之意思。不可分如債務之目的爲金錢千圓。當事者約定不得零星給付。是也。

此等債務。設當事者之一方。強欲分之。則彼此皆有拒絕之權。如甲負乙金千圓。約定不可分。若甲祇償五百圓。則乙可拒絕。若乙先索五百圓。則甲亦可拒絕。是也。然此其大原則也。至於例外。亦有不能拒絕者。如商務之手形。若本爲一千圓。而先以數百圓相給付。則手形之持參人。不得拒絕之。(詳商法第四八四條)以商事貴敏活而不欲拘束也。

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。雖然於當事者多數時亦不一致。今分三目說明之。

一 債權者多數時

二 債務者多數時

三 共通之規定

第一目 債權者多數時

於多數債權者有不可分之債務。其履行時果對於何人而後可履行。抑必何人而後可請求履行乎。此最複雜之問題也。學者於此常有三主義。

第一主義 必總債權者共同請求履行 如債權者爲三人則非三人之全數不得爲履行之請求而債務者亦非對於三人之全數不得爲債務之履行是也。

第二主義 總債權者之一人得請求全部履行 如總債權者爲三人其中無論何人得請求履行是也。但其所請求者須屬於三人之全部不得僅請求自己之一部。且債務者爲履行時亦必使對於三人之全數而後可。此主義德國民法採用之。

第三主義 各債權者得請求對於自己爲全部履行。如總債權者爲三人，其中各人均得代表總債權者，請求全部之履行。又債務者得對各債權者爲全部之履行。是也。此主義法蘭西、意大利、瑞西諸國及日本新舊民法皆採用之。蓋三主義中之最適法理而又最便利於實際者也。故第四二八條云：「債務之目的因其性質或當事者之意思表示而不可分於此時而有多數債權者，其各債權者得爲總債權者，請求履行。又債務者得爲總債權者而對於各債權者爲履行。」此其原則也。雖然以上所言不可分，猶多數債權者均與債務者無別段之關係也。設多數債權者中之一人與債務者有別段之關係，則其履行之目的，果因關係之有無而得與否乎。此依第四二九條之規定，則仍不可分也。試分述之如左。

第四二九條一項云：「於不可分債權者之一人與其債務者之間，雖有更改或免除之情事，而他之債權者仍得請求全部之履行，但一人之債權者不失其權利。時須以此當分與之利益償還於債務者。」其曰與債務者之間有更改者，如甲乙丙（總債權者）三人與丁（債務者）結約，令其建築可值三千圓之房屋，既而甲之

一人又私與丁約。令其祇建築可值二千圓之房屋。是也。其曰免除者。如甲乙丙對於丁。有三千圓之債權。而甲之一人。對於丁獨拋棄已所應得之千圓。是也。此等更改或免除。皆甲一人與債務者之關係。而他之各債權者（即乙丙）無通同承認之理由。故仍得對於債務者爲全部之請求也。但債務者既爲全部履行。則甲之一人雖有更改或免除之行爲。而仍未失其應得之權利。此時甲仍當以所得之利益償還於丁。以其前曾與丁爲更改或免除之約也。夫甲得以應分之利益償還於丁者。以履行後債務之本身可分。而必俟丁爲全部之履行。再償還於丁者。則履行時債務之目的不可分也。於原則外。見履行債務之目的不可分者。此其一。

第四二九條二項云。『其他不可分債權者。一人之行爲。或付於其所生之事項。對於他之債權者。不生其效力。』其曰一人之行爲者。如甲乙丙爲總債權者。丁爲債務者。而甲之一人或與丁有訴訟事件之類。是也。其曰付於其所生之事項者。如甲之一人。因有他故。而承認以其持分讓渡於丁。是也。夫一人之行爲。與一人所生之事項。皆其一人與債務者之關係。而與他之各債權者。絕不相涉。則他

之債權者。自得對於債務者。仍爲全部履行之請求。故曰對於他之債權者。不生其效力也。於原則外。見履行債務之目的不可分者。又其一。

第二目 債務者多數時

於不可分債務。而有多數之債務者。其履行應如何規定乎。此分二說。

一原則

二例外

一原則 一切準用「連帶債務」之規定（詳後）

二 例外 一切準用第四二九條（譯見前）之規定。如總債務者爲甲乙丙。其債務爲三千元。而債權者對於甲獨免除千元。此於履行時。甲乙丙三人。仍當爲全部之給付。而甲不得以免除之故。即不給付其應償之千元。以甲對於乙丙應負擔一部分之義務仍在也。特債權者受領之後。可以千元反付於甲。以踐其免除之約耳。故第四三〇條云。『於數人負擔不可分債務之場合。準用前條之規定（即例外）及關於連帶債務之規定（即原則）』但第四三四條乃至第四四〇條之規定不在此

也。限』其但書所舉七條。皆僅關於連帶債務之規定。而爲多數債務者所不適用者。

第三目 共通之規定

此共通之規定。即適用於不可分債務變爲可分債務時也。無論債權者多數。或債務者多數。但債務之目的既變爲可分。則即無不可分也。如甲乙丙爲總債權者。丁戊己爲總債務者。而甲乙丙與丁戊己結約。令其建築可值千元之房屋。既而丁戊己不履行。則甲乙丙可責其賠償千圓。是建築債務變爲金錢債務矣。又或甲乙丙與丁戊己結約。令其引渡特定物。而丁戊己因自己之過失。致物損害。則不能不以金錢賠償。是又物之債務變爲金錢債務矣。夫建築債務與物之債務。皆履行之目的不可分者。而既變爲金錢債務。則履行之目的可分。而其債務亦遂變爲可分矣。債務既變爲可分。故甲乙丙可各自請求履行。而丁戊己亦可各自負擔責任。第四三一條云。『於不可分債務變爲可分債務時。各債權者得請求付於自己部分之履行。又各債務者僅付於其負擔部分履行之責。』

第三項 連帶債務

債權者欲於債務者無資力時亦得受其辨濟。於是乎有擔保焉。雖然擔保不一。有「對物擔保」有「對人擔保」。對物擔保者即以各種有價格物爲擔保。是也。對人擔保者即以第三者之信用爲擔保。是也。以第三者之信用爲擔保。於是有保證人之設定。恐保證人之效力薄弱。於是。有連帶法之設定。故連帶債務者即債務者間互相保證。其性質與保證同。其效力較保證大也。今將關於連帶債務者分三目說明之。

一 總則

二 效力

三 消滅

第一目 總則

以名義論之。有連帶債務。即應有連帶債權。以一般習慣言之。則連帶債權者少。而連帶債務者多。歐洲各國。只學者著述。嘗存連帶債權之名。至法律上終未明定。以其於社會上無甚關係也。故日本法律。於連帶債權者。亦從畧之。而只有連帶債務之設定。

試分二說。

一 連帶債務之定義

二 連帶債務之原因

一 連帶債務之定義 謂債權者對於債務者之任一人皆可視為唯一之債務者。而得為全部履行之請求是也。夫債務既為連帶原應共同負擔。但自債權者視之。則任一人皆有履行全部之義務而不問其牽連之情況也。連帶之定義各國解釋不一。今所舉乃各國之最通同者。

連帶債務既對於任一債務者可請求全部之履行。似與舊民法所謂全部義務相同。然其中究有異點。即連帶債務之效力不僅對於一人可請求其全部而且有相互代理之權利（詳後）非全部義務之所得適用也。觀舊民法財產編第三七八條及第四九七條之規定自知之。

二 連帶債務之原因 連帶債務大概由契約生出者多。亦有因遺言生出者。如遺

言贈物與人。屬其多數相續人。共負此義務是也。又有因法律規定者。如第四四條

二項付於法人之社員理事加損害於他人時。第七一九條。付於數人共同之不法行爲時。第九一三條二項。後見監督人。付於後見人之行爲時。皆有連帶負責之義務。又商法第六三條。社員於會社之財產。不能償債時。第一三六條。會社發起人。對於未引受之株式等時。第一四六條二項。株式之共有者。對於會社時。第二一六條。付於數人爲商行爲。所負之債時。第二九九條。付於匿名組合員之名氏。用於營業者之商號中時。第三三九條。付於數人相次爲運送。致有損害時。皆有連帶負責之義務。又刑法第四七條。數人共犯。付於裁判費用。及贓物之給還時。亦須連帶負責。以上皆由法律所生者也。

第二目 連帶之效力

連帶債務之效力。分爲二說。

- 一 債權者與債務者間之效力
 - 二 債務者與債務者間之效力
- 一 債權者與債務者間之效力。此又分二說

甲 視各債務者如唯一之債務者。蓋債務之性質。既成連帶。則債務者雖有多人。而其中之任一人。皆可代表全體。故債權者對於其任一人。不啻爲債務者之全體。而以外無債務者。所謂視各債務者。如唯一之債務者也。因此而生三結果。天 請求履行之效果。如甲乙丙三人。負連帶債務。此時債權者。或對於甲乙丙中之任一人。獨爲請求。或同時對於甲乙丙。共行請求。又或對於甲乙丙。順次請求。均無不可。且於請求之時。爲請求全部。或請求一部。亦皆隨債權者之便。此債權之最强有力者也。第四二三條云。『數人負擔連帶債務時。債權者對於債務者之一人。又同時或順次對於總債務者。得請求全部或一部之履行。』

地 破產時請求之效果。此於第四四一條規定之。條文云。『連帶債務之全員。或其中之數人。受破產宣告時。債權者付於其債權之全額。得加入於各財團之配當。』（即分配之意）蓋凡債務者。受破產宣告時。其財產已由裁判所。選人管理。此時債權者。得以債權之全額。訴之於裁判所。而加入於破產財團內。使管理人分配償還。如甲乙丙三人。共負連帶債務。若三人同時破產。則債權者可同

時請求裁判所而於三人之財團內各加入債額之全部。若三人順次破產而甲在前。則債權者一面於甲之財團內得以全部之債額加入。一面對於乙丙二人仍得以債額之全部請求。惟於未破產以前。債務已履行一半者。則只得請求其餘之部分耳。按舊商法破產編第一〇

三〇條以下可參觀。

破產既有時同順次之異。則請求其分配自不可一律而施。如上式甲乙丙三人。負連帶債務三千元。而同時破產。又同時受債權者請求。而甲力只能償千五百圓。乙力能償九百圓。丙力能償六百圓。則適足三千圓之數。無費調停也。若或甲力能償千五百圓。乙力亦能償千五百圓。丙力尚能償六百圓。則其結果得三千六百圓。是

同時請求償還之式

| | | | |
|----------------------------|---------------------|----------------------------|---|
| 總 債 務 | = 三〇〇〇元 | 總 債 務 者 | = 甲 乙 丙 |
| 甲 第 一 破 產 者 | $\frac{三〇〇〇}{一五〇〇}$ | 乙 第 二 破 產 者 | $\frac{三〇〇〇}{九〇〇}$ $\frac{一五〇〇}{一五〇〇}$ |
| | | 丙 第 三 破 產 者 | $\frac{三〇〇〇}{六〇〇}$ |

債權者於不受損害之外。尚盈六百圓。此六百圓。仍當還之甲乙二人。使其各代丙僅多償二百圓而可也。

| 順次請求償還之式 | | |
|----------|-------|--------|
| 債額及債務者 | 償務者 | 還者 |
| 甲第一破產者 | 由 | 乙第二破產者 |
| 一〇五〇元 | 三〇〇〇元 | 一五〇〇元 |
| 二一〇餘 | 一五〇〇餘 | 一五〇〇 |
| 八四〇 | | |
| 丙第三破產者 | 由 | 乙第二破產者 |
| 一〇五〇元 | 一五〇〇元 | 一五〇〇元 |
| 二一〇餘 | 五四〇餘 | 一〇五〇 |
| 八四〇 | | |

如上式甲先破產。債權者以其債額三千圓。訴之裁判所。而甲既破產。勢難全償。如只能償千五百圓。則其餘千五百圓。應歸乙丙負責。而乙復破產。其力只能償四百五十圓。餘千〇五十圓。應歸丙一人負責。而丙復破產。其力只能償二百十元。其餘八百四十元之缺額。則歸債權者任其損害矣。

公平。然法律亦無如之何。蓋甲先破產。債權者訴之裁判所。同時即應向乙丙催討。使辨濟其全部。乃不請求辨濟。以致乙丙又相繼破產。是已則失之怠慢。自宜受損害。順次破產者。反受損害。此於理似不。

收此結果故法律不能保全之也。

人 一人之事項不及於他債務者之效果 如連帶債務者之一人或爲無能力者則其所爲之法律行爲自應無效或取消。特在他債務者不得因之不負責任。蓋無效或取消乃債務者之一人之事項而連帶債務之各債務者皆有唯一之性質故付於一人之事項其影響不得及之也。第四三三條云。『付於連帶債務者之一人其法律行爲之無效或爲取消原因之所在不妨他債務者之債務之效力。』又第四四〇條亦同此意。

乙 視各債務者間有類乎代理之關係 即謂連帶債務者彼此有相互代理之關係也。此規定各國不同。德國民法不主張代理。日本舊民法純主張代理。二者均不能無弊。故新民法折衷於二者之間而定其有可代理者有不可代理者。今將其可代理者舉六例如下。

子 請求 請求者。債權者對於債務者要求其債務之履行之謂也。通常債務之請求只對於相手方之一人生其效力。連帶債務之請求則對於各債務者生

其效力。例如債務無定期時。債權者對於一人請求。則由請求之日。各債務者因之生遲滯之責。又如請求爲時效中斷之原因。(詳第一四七條)若對於一人請求。各債務者於其同時。亦生時效中斷之效力。是也。蓋債務有連帶之性質。則對於一債務者請求。不啻對於他債務者請求。以連帶之關係。有類乎債務者間代理之關係也。故第四三四條云。『對於連帶債務之一人爲履行之請求。而對於他之債務者。亦生其效力。』

丑 更改 更改者。舊債務消滅。新債務發生之謂。如金錢債務。改爲不動產。是也。但通常債務之更改。其相手方只一人。連帶債務之更改。其相手方不僅一人。既不僅一人。則以理論之。似應對於總債務者更改。然後得以消滅其舊債之全部。然以法律言之。則對於一債務者更改。即足消滅其全部之舊債也。何者。更改後之新債務。原與更改前之舊債務。其額相當。倘對於更改者之一人。既爲新債全部之請求。復對於總債務者。又爲舊債全部之請求。是使債權者有不當利得之過也。故一債務者更改。即不啻代理總債務者更改。而均得免其舊債之責矣。

第四三五條云。『連帶債務者之一人若與債權者間有更改時則債權爲總債務者之利益消滅』其曰爲總債務者之利益消滅者。蓋一人更改之後。而總債務者即不負責。此即總債務者之利益也。既與總債務者以利益而使之不負責。則對於總債務者之債權消滅。故曰債權爲總債務者之利益消滅。

但當債權發生之初。若附有條件云。一債務者更改而他之債務者或不承認。則於其不承諾者。一部分之更改。仍當取消。而對於新債務。不負義務。如此則對於一人更改而不能使全部消滅也。第此乃事實上所有。非法律上所定者。

寅 相殺 相殺者。兩人互有債務而以之相抵之謂。如甲負乙金千圓。乙負甲金亦千圓。則兩相抵消是也。若連帶債務者之一人。與其債權者互有同種之債務。亦可援用此例。而得爲相殺。此時可應債權者所負擔之額。而生全部或一部消滅之結果。例如甲乙丙三人。對於丁負三百圓之連帶債務。而甲之一人。對於丁又有百圓之債權。丁若向甲請求連帶債務。則甲可援用己之債權。與丁相殺。而消滅其一部。若甲對於丁適有三百圓之債權。則更可援用相殺。使爲全部之

消滅。而其效力均及於乙丙。何者連帶債務之各債務者其付於債務之目的皆有完全給付之義務。故雖甲一人之債權得主張與丁相殺也。而相殺之結果與辨濟同。直足以消滅其債務。故甲之一人援用相殺則不獨丁對於甲之債權消滅。即丁對於乙丙之債權亦隨之消滅。此亦爲總債債務之利益消滅也。蓋甲之一人以相殺之故而使連帶債務消滅。即不啻甲之一人代理他之債務者（即乙丙）爲辨濟而使總債務者受其利益。故曰爲總債務者之利益消滅也。第四三六條云。『連帶債務之一人對於債權者有債務之場合其債務者若援用相殺例則債權爲總債務者之利益消滅』

若債務者之一人對於債權者有相殺之原因而不自言相殺則他之債務者即不應援用相殺。以付於一債務者所生之事項對於他債務者不生其效力也。但此爲原則而亦有例外。即有相殺原因之債務者不言相殺時而他之債務者得付於其債務者之負擔部分而援用相殺是也。如甲乙丙對於丁連帶負三百圓。而丁對於甲亦負三百圓。甲不欲相殺而乙丙得援用之。但相殺之額只可應。

甲所負擔之部分。如連帶債務中。甲只負擔百圓。則亦相殺百圓。而其餘者。乙丙不得強使相殺。以圖免自己之義務。蓋許乙丙得援用相殺者。所以保護乙丙。而只許其相殺甲之一部分者。又所以保護甲也。若丁負甲者。適爲百圓。乙丙亦可援用相殺。以抵消甲所負擔之部分也。故第四三六條二項云。『有右之債權之債務者。若不援用相殺。則付於其債務者之負擔部分。他之債務者得援用相殺』

按債務者之一人。對於債權者。無論爲更改。或相殺。或免除等。而使消滅其債務之全部。或一部。則對於他之債務者。得行求償權。而他之債務。即各應償其所負擔之部分。其求償之法詳後。蓋此爲別段之問題。故論中不及之。

卯 免除 免除者。債權者拋棄其債務之權利之謂也。通常債務。對於一人免除。則一人受其利益。連帶債務。雖對於一人免除。而他之債務者。亦同受其利益。如甲乙丙三人。對於丁。負連帶債務三千圓。而丁獨免除甲所負擔之千圓。以理論之。甲既受免除。似不應再負義務。然債務既爲連帶。則所免除之義務。仍當作

爲公益而所未免除之二千圓。甲仍當與乙丙共同負擔。何也。連帶債務之各債務者。皆獨立負全部給付之義務。其中一債務者。雖受免除。而影響不及於他債務者。故債權者對於他之債務者。仍有請求全部給付之權利。如上例。丁對甲雖免除千圓。而對於乙丙。尙有請求三千圓之權利。設乙之一人。因丁請求。遂辨濟其三千圓。則勢不能不向甲丙求償。求償於丙。丙固無可言者。求償於甲。甲必以曾受免除對抗。是使乙受千圓之損害。而生不公平之結果。且甲即償之。亦必由債權者丁。請求千圓之返還。以踐其免除之約。是不獨釀無用之煩勞。而丁或漸至無資力。則甲終不能受免除實利矣。故不如以免除之千圓。作爲公益。而以其餘之二千圓。共同負擔。使甲乙丙三人。各以其六百六十六圓。有奇償丁。而乙丙二人。又各以其三百三十三圓。有奇償甲。則乙丙各應其負擔之部分償還。而無所損。甲亦應其免除之部分受取。而有所利。其於實際。甚便宜也。若債權者對甲有特別之意思表示。而免除其全部。則效力之及於乙丙。尤不待言矣。故第四三七條云。『對於連帶債務者之一人。而爲債務之免除時。僅付於其債務者之負

擔部分而他之債務者亦生其效力』

辰 混同 混同者。合債權債務之資格而爲一之謂也。如以債務者承繼債權者。或以債權者承繼債務者。皆是。故其發生常在相續時。設甲乙丙同負丁三千圓。既而甲爲丁之相續人。則不獨甲所負擔之債務消滅。即乙丙所負擔者亦從而消滅。此以理論之。則乙丙之債務當別有存在。而甲一人所生之事項不應影響於乙丙。然如此。則生不當之結果。何者。甲之一人既相續於丁。則有債權者之資格。而對於乙丙。不可謂無全額之請求權也。然甲與乙丙實平等。負債務者。今甲以混同之故。既消滅其負擔之債務。而又使乙丙爲全額之履行。是使乙丙被損失爲不公平也。故於混同時。無論債權者爲債務者。或債務者爲債權者。而直爲全額之辨濟。看做第向他之債務者。應其負擔之額。行求債權爲便當也。第四三八條云。『連帶債務者之一人與債權者之間有爲混同時。其債務者直看做曾爲辨濟者』

巳 時效 時效之義。於總則中已述之。（詳一四四條以下）茲之所論者。即連

帶債務之一人。因時效完成。（即滿了之意）以消滅其債務。而他之債務者。亦同受其利益也。以通則論。時效有或長或短之不同。如商事時效之完成。當以五年。民事時效之完成。當以十年及二十年。是也。又有中斷不中斷之別。如因請求或差押之類。（詳一四七條）而時效即中斷。是也。設甲乙丙三人。負連帶債務。而甲為商業時效。乙丙為民事時效。又或甲之時效未中斷。乙丙之時效中斷。（第四三四條所論。對於一人請求。則總債務者時效中斷。是就普通論者。與此處自別。）此時甲之時效完成。而債務得以消滅。乙丙之時效未完成。而債務仍存在。則此消滅之部分。似應甲一人獨享其利益。然如此。則生不公平之結果。何者。甲之一人。因時效而消滅其債務。則不獨於債權者不負義務。即對於乙丙亦無連帶之責。故乙丙若為全部之辨濟。而向甲求償。則甲可不應。是乙丙同被損害矣。且乙丙二人中。或乙獨為全部之辨濟。而丙為無資力者。則乙之受損更多矣。抑思時效之完成。多生於債權者之怠慢。則其損害。當使債權者負擔。故甲之一人。因時效而免其債務。則乙丙亦同時受其影響。而債權者只得對於乙丙請求。三

分之二爲已足也。故第四三九條云：「因連帶債務者之一人時效完成則付於其債務者之負擔部分雖他之債務者亦免其義務。」

二 債務者與債務者間之效力 此亦分二說

甲 求償權 謂債務者之一人代他債務者辨濟而有轉向他債務者請求償還之權也。第四四二一條云：「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時對於他之債務者付於其各自負擔部分有求償權。」如連帶債務者之一人或以金錢償還其債務之全部或已獨出捐（如更改相殺等類）使共同免債務之責任。如此者其一人可向他之債務者求償。但求償亦有限制。如三千圓之債務。甲乙丙各負擔千圓。甲一人若爲全部之辨濟。則對於乙丙只可各索千圓之償還。若因特約而甲獨負擔二千圓者。則對於乙丙只可各索五百圓之償還。而不得以連帶視之。使乙丙多償也。故曰付於各自負擔之部分有求償權。若因特約而三千圓皆歸甲負擔。則甲雖履行其全部。不過自踐其約。而不得向乙丙求償。特此乃契約之效力所及。不得因之疑連帶債務之無求償權也。

至求償之範圍。則不獨代爲辨濟之元本。可以求償。即因其元本所生之利息。費用。或損害等。亦可以求償。故第四四二條二項云。『前項之求償者。自辨濟或他免責之日以後。所有之法定利息。與不得避之費用。及其他之損害賠償。皆包含於其中。』其曰不得避之費用者。如辨濟之一人。或因賣却住屋。以爲辨濟。則立退（即搬出之意）之費用。不能避也。其曰其他之損害者。即如上例。因債權者索之過急。而將其居屋廉價以賣之。是也。如此者。亦均得求償。法律蓋不忍辨濟之一人獨受虧也。

如右之求償權。法律謂之「固有訴權」。謂其一人既代總債務者。辨濟於理。應受賠償。而其訴請之權。爲固然所有者也。此外有時。可爲「代位訴權者」。如總債務者。對於債權者。設有抵當權。而債務者之一人。獨償還債務之全部。至向他債務者。求償。而他債務者。或不能償還其所代付之額。則此一人。遂代居債權者之位。而行使其抵當權。是也。

以上所論。皆求償權之原則。然有例外。即因辨濟者之過失。而失其求償權。是也。

此於第四四三條規定之。其一項云。『連帶債務之一人自受債權者請求。不知於他之債務者（即過失）而遂爲辨濟。或以自己之出捐得共同之免責。於此時他之債務者若有得對抗於債權者之事由。則付於其負擔部分得以之對抗其債務者（即辨濟之一人）但以相殺對抗之時。則有過失之債務者對於債權者得請求因相殺而當消滅之債務之履行。』此項之意。謂債務者之一人因有過失而爲辨濟。則他之債務者即得以其可對抗於債權者之事由而對抗於有過失之債務者也。例如甲乙丙三人。負連帶債務。而甲自受債權者請求。乃不知於乙丙。而直爲辨濟。既辨濟之後。勢不能不向乙丙求償。此時乙若對於債權者有同種之債權。得以相殺對抗。則甲對於乙求償。乙即可曰。我與債權者已有相殺之事。由無須爾之代爲辨濟。蓋甲爲辨濟之時。不通知於乙。是甲之過也。故乙得對抗之。惟其所對抗者。只可付於乙之負擔部分耳。

但乙之負擔部分。既以相殺之故。對抗於甲。而不賠償。則甲先之爲全部之辨濟。今不能無一部（即乙之一部）之損失。是不公平也。又債權者既受甲全部之辨

濟。而復以己之負於乙者與乙之負擔分相殺得免其對於乙之債務。是受兩重之利益。尤不公平也。故此項但書云。『有過失之債務者（即甲）對於債權者得請求因相殺而當消滅之債務之履行』即謂甲可代乙位而對於債權者請求乙之債權之履行也。蓋此之規定不獨可保護甲之受損而且使債權者免不得利得之嫌矣。

又第四四三條二項云。『連帶債務者之一人以辨濟或自己之出捐得共同之免責因怠於通知他之債務者致他之債務者以善意爲辨濟於債權者及其他以有償而得免責時則其債務者自己之辨濟及其他免責之行爲得看做爲有效者』此項之意謂連帶債務者之一人不待債權者請求而自爲辨濟或爲其他之行爲（如更改相殺之類）則須通知於他之債務者而後可若怠於通知致他之債務者以善意辨濟其債務而或爲其他之行爲則善意之債務者之辨濟與其他之行爲皆作爲有效而對於他之債務者即得行求償權但於此時先之辨濟之債務者對於債權者不得取還其辨濟蓋先之辨濟者怠於通知而有

過失故其辨濟無效。後之辨濟者出於善意而無過失。故其辨濟有效也。雖然善意之債務者其爲辨濟固有效矣。而於其他之行爲則必須有償者（如更改相殺等類）始可有效。若爲無償之行爲（如免除是蓋免除不須債務者償還。故曰無償）則不得援用此項。何也。無償而得免除則善意之債務者不得謂已被損失。故於此時先之辨濟之債務者對於善意之債務者亦得行求償權也。以上第四四三條之解釋俱參民法要義。

乙 無資力之結果 此分二說

天 原則 謂連帶中有「無資力者」則他之債務者應代負擔其所負擔之部分。是也。此於第四四四條規定之條文云。『連帶債務者中有爲償還無資力者則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。但求償者有過失時即對於他之債務者不得請求分擔』如甲乙丙三人平均負連帶債務三千圓。甲一人辨濟其全部。自應向乙丙各求償千圓。而適乙無資力不能償其負擔部分。則此時甲應負擔千五百圓。而對丙亦求償千五百

圓。是即求償者及他之有資力者。應其各自負擔部分而分割之之謂也。其但書謂求償者若有過失。則不得請求分擔者。例如甲當償還全部之時。乙本有資力。可以求償。而甲自遲延。久不催告。至乙漸變爲無資力者。此乃甲之過失。故對於丙仍只得求償千圓。而其餘之損失。則甲自當負擔矣。

地 例外 謂連帶中有無資力者。而又有「免除連帶」者。則債權者應代免除連帶者負擔其所負擔無資力者之部分也。此於第四四五條規定之條文云。『連帶債務者之一人於得連帶之免除時。若他之債務者內有無辨濟之資力者。則債權者付於無資力者不能辨濟之部分中。而負擔得連帶之免除者所應負擔之部分』。蓋此所謂連帶之免除者。係免除其連帶。非免除其債務也。如甲乙丙負連帶債務三千圓。而債權者對於丙免除其連帶。只令負擔已部分之千圓。設此時甲爲全部之辨濟。而乙又爲無資力者。則依原則。甲代乙付之千圓。應甲丙分擔。今丙以免除連帶之故。只負擔已部分之千圓。則甲代乙辨濟之千圓。甲固應分擔五百圓。債權者亦應分擔五百圓。何也。丙之免於連帶者。債權者實

使之故丙之不任分擔債權者即當代任之也。

第三目 連帶債務之消滅

連帶債務之消滅與尋常消滅同。今分二說。

一 拋棄

二 擔保之減殺

一 拋棄 拋棄即免除之謂也。此分二種。一曰一部之拋棄。如甲乙丙三人負連帶債務。而債權者獨對於甲爲連帶之免除。則以後負連帶債務者惟乙丙是也。二曰全部之拋棄。謂爲總債務者拋棄其連帶。此例甚少。惟於連帶中有無資力者時。則由其有資力者供確實之擔保。而更變從前之契約。如此則全部之連帶免除矣。

二 擔保之減殺 謂連帶債務者之一人以其物供擔保。而債權者對於其一人或拋棄之。又或因債權者之故意或過失以致喪失之。或減少之。則他之債務者得請求連帶之消滅是也。蓋連帶債務其辨濟之後所恃以求償者惟擔保物耳。今已減殺其一人之擔保物。則他之債務者若爲辨濟而對於此一人。往往不能受完全之

賠償故得請求連帶之消滅。

第四項 保證債務

保證債務分三日述之。

一 總論

二 效力

三 消滅

第一日 總論

保證債務。自羅馬法以來。各國皆認之。故各國法律。皆有保證債務之規定。茲分其性質爲三種。如下。

一 陪約 陪約二字。自羅馬法譯出。謂陪爲主之債務者。而結約也。蓋債務者爲主債務者。保證人爲從債務者。從債務者與主債務者同時對於相手方結約。故謂之陪約。

二 貸金委任（即豫先保證） 貸金委任者。亦羅馬法之用語。即委使債權者。貸金

於他人之謂。例如甲告乙云。若丙者其人確有信用。可貸以金若干。我當爲之保證。是也。此時爲主之債務者。尙未發生。與陪約之已有債務者不同。

三 他債引受(即後日保證) 他債引受。在羅馬法謂之債務辨濟之約束。謂將他人之債務。已出而約束之。以引受於己身。如甲告乙云。丙爲爾之債務者。我願爲其保證人。若丙他日不爲辨濟。予即當爲辨濟。是也。此時爲主債務者。已先發生。與陪約之同時結約者不同。

以上三種性質。皆羅馬法所認爲保證債務者。現今各國法律。則只認陪約一種。至貸金委任。與他債引受。則不規定於保證債務之中。但所認之陪約。雖保證人與主債者同時所結。而有保證於債務發生以前者。亦有保證於債務發生以後者。但既有陪約之性質。則總認爲保證之義務而已。

至貸金委任。雖於法律有效。然只認爲通常債務。未認爲保證債務。故非另結陪約。而任償還之義務者。則仍不負保證之責。

又他債引受(引受即擔任之意) 亦於法律有效。如「更改」之引受(如甲以債務移

改於乙而乙引受之是。與全部之引受。(如連帶中之一人引受其債務之全部是)法律皆許之是也。然更改之引受是移轉性質全部之引受是連帶性質全與保證無關。故不得謂之保證債務。

且貸⋯金委任。在主債務者未結約之前。他債引受。在主債務者既結約之後。尤與保證性質不合。惟陪約與主債務者同時所結。純為保證性質。故法律認定之。

以上專言保證債務之性質。下更詳言其他約分三說。

一定義

二原因

三資格

一 保證之定義 他之債務者不履行債務之時而已。即當履行之責者謂之保證債務。如甲負債務。及期不履行。乙即當履行之是也。第四四六條云。『保證人者於主債務者不履行其債務時。任代為其履行之責。』

若保證人之保證人。(即複保證人)亦有代原保證人履行其責之義務。如乙為甲

之保證人。丙又爲乙之保證人。則丙有代乙履行債務之責。是也。日本舊民法稱複保證人。爲引受人。其實與保證人無別。蓋以乙視甲。甲爲主債務者。以丙視乙。乙又爲主債務者。反之以甲視乙。則乙爲從債務者。以乙視丙。則丙又爲從債務者。是複保證人與保證人實毫無區別也。故新民法均謂之保證人。凡爲保證人。則必爲從債務者。以先有爲主之債務。而保證始有所附也。故以債務之發生論。必主債務在先。從債務在後。因有主從先後之分。遂生三結果。如下。

一 保證債務之存在。必其主債務先存在也。如甲與乙之間。本無債務。即乙與丙之間。亦無債務。而丙忽欲出而爲保證。此斷然無效者。若逆料其債務。必將發生。而豫先爲之保證。則雖主債務非先存在。然亦有效。此謂之「根抵當」。根抵當者。日本舊時法律之用語。其義甚廣。蓋包現在之質權、抵當權、保證二者而言也。
(質與抵當以物爲保證者。保證以人爲保證者。)

夫逆料其債務。必將發生。而務先爲之保證。此在日本舊時。本有效者。其後曾經控訴院判決無效。復經大審院判決有效。故至今亦仍有效。即歐洲各國。無不認

之。但其解釋之理由。各有不同。而要其正當。則宜謂爲「條件附債務」。蓋自債權者言之。必條件到來。始有權利。自保證者言之。必條件到來。始有義務。如乙將借用甲金。丙預出作保。此必甲乙之間。債務之條件已發生。而甲有權利。丙始有義務。由是觀之。是仍爲主債務者先存在也。不過須待其條件之到來而已。

又有身元保證一種。專保其人之誠實與否。非保其財產者。此亦有效。如甲保乙至某商店爲商。後乙不能盡其職。或爲不法行爲等弊。則甲有損害賠償之責。是也。或疑此爲保證債務先存在。其實不然。蓋此仍爲條件附債務。如乙必至不能盡職。或爲不法行爲時。則乙之債務發生。即甲之保證債務始同之發生。是仍爲主債務先存在。故不得謂爲無效也。

上所言保證債務之結果。必因爲主債務者先存在。然此中又生一效果。即主債務者爲「無能力者」其行爲以取消而不存在。則保證債務亦因其取消而不存在。是也。

二 爲主債務者可以取消。則保證債務可先取消也。如甲爲未成年者（詐欺強

迫者亦同)與乙結約。而負債務。丙或誤爲其保證人。此不獨甲之債務取消時。丙之保證可取消。即甲之債務未取消時。丙之保證亦可先取消。此與前段似無大異。然其注意各有不同。前之注意。在主債務者之存在。就已然說。此之注意。在法律上之取消。就將來說。又前之取消。必在主債務者取消之後。此之取消。則可在主債務者取消之前。且通常取消。有因追認而生效力者。(追認謂追其已消滅之事。而認爲有效。詳一二一條)如前所言之無能力者。若取消其行爲。則債權者尙可追認其後見人。而使之有效。而此所言之取消。則不能追認。何也。以追認則主債務者存在。即保證債務亦存在。難免不累及保證人也。此皆其相異之點也。

夫保證債務之可以取消。原則固如是矣。然亦有例外。即保證人於結約之時。明知主債務者之無能力。而仍爲之作保證。則不可取消是也。第四四九條云。『爲因無能力可得取消之債務之保證者。付於保證契約之當時。若知其取消之原因。則於主債務者不履行。或取消其債務時。推定爲負擔有同一之目的之獨立。』

「債務者」蓋保證人既知主債務者之無能力而有取消之原因，乃猶爲之保證，是有意爲主債務者負擔義務也。法律因乎人之意，故推定其爲獨立之債務者。其曰獨立之債務者，即離乎主債務而獨立之謂也。夫主債務者已取消，則從債務者似無存在之理。然此之主債務雖取消，而從債務則不能不存在（以知其有取消之原因，而故爲保證故）存在，而無所附，故不曰從債務者，而曰獨立之債務者。其曰推定者，謂法律暫作如此看待，若當事者（即保證人）能舉出反證，以自明其出於不知，則尙可破除此規定也。如未成者，與人結約時，保證人有信，其決不至取消之理由，又或結有取消，則同一取消之特約，果能舉出此證，則主債務取消，保證債務仍可同時取消也。

但此例外之規定，必其取消之原因，爲無能力者，方適用之。若因詐欺與強迫之故而取消者，則不適用。以詐欺強迫，大有害於公益。若第使主債務者取消，而不許保證債務者取消，是使債權者遂其詐欺強迫之目的，非法律意也。故如此者，保證人雖明知有取消之原因，而爲保證，亦得與主債務者同時取消。

二 保證債務之目的須與主債務之目的相同也。如主債務之目的爲米，保證債務之目的爲金錢，則其保證無效。何者？保證債務附於主債務而成立者也。今主債務之目的爲米，保證債務之目的爲金錢，是有兩債務之目的，而失其主從之性質矣。且主債務者若不履行其米之債務，則債權者即不得以米之債務請求保證人之代償，以保證債務之目的非米乃金錢也。故凡如此者，不得爲保證。其無效當無庸疑。然有結目的不同之契約而亦有效者，如當初結約時，丙對甲表示云：「乙若不履行米之債務，我即代償金錢若干。」此固有效。但此乃損害賠償之性質，非保證之性質也。又或結約時，丙對甲表示云：「乙若不償米，則我或以米或以金錢隨意償還。」此亦有效。但此乃選擇債務之性質，非保證之性質也。如此者，其契約雖有效，而均不適用保證債務之規則。

由此觀之，保證債務與主債務，其目的須同，無俟疑也。然有可疑難者，則不在債務之目的，而在目的之量數（以多少言）與目的之體樣（如期限條件之類）是試言量數。如目的既同之債務，而量數不同，此有效與否，是非觀察主從之大小。

不能定也。設主債務爲千圓，保證債務爲五百圓。此主大於從也。當有效。何者？債務不能盡有保證。今保證而及於一半，固債權者所樂有也。故當有效。設保證債務爲千圓，主債務爲五百圓。此從債務超過於主債務也。以理論之，自應無效。而法律之處理，則惟使從債務所超過之五百圓無效。其相當之五百圓，則仍有效。何則？保證債務之負擔，不使過當者。正所以維持保證之有效。非必欲使保證之無效也。若因其有超過之數，而即令其全數無效，則不獨拂債權者希望保證之意。且使債務者因多數之保證無效，而愈難得保證之人。故惟以相當之數使之有效。則保證人之負擔，既輕，債權者之保證，亦得。即債務者亦不得以保證過當之故，致生意外之變。是處理之至公平者也。

又以體樣言之。設主債務之條件如此，保證債務之條件如彼。此體樣不同，而斷然無效者。若其體樣同，而體樣之情節不同，則又有效。如主債務爲「單純債務」（無條件及期限者）而責任甚重，保證債務爲「條件附債務」而責任甚輕。其輕重雖不同，而保證債務之條件，仍有效。不過於條件未到以前，看作未有保證者。及

條件到來保證債務始發生也。又如主債務者之期限在前而履行當速。保證債務之期限在後而履行尚遲。其遲速雖不同而保證債務之期限亦有效。不過於期限未到以前。看作未有保證者。及期限到來保證債務始發生也。（如主債務之期限在本年正月。保證債務之期限在本年六月。而主債務者不於正月履行。則至於六月。保證者不得不負責任。）前者爲條件附之保證債務。後者爲期間附之保證債務。蓋二者皆可以「一部擔保」非擔保全部之謂處理者也。

以上所言皆主債務之體樣重。而保證債務之體樣輕者。反之而主債務之體樣輕。保證債務之體樣重者。則又何如處理乎。以理論之。此從重於主。似不宜有效。其實不然。如主債務爲條件附債務。保證債務爲單純債務。則保證債務應即時發生。（單純債務應即時發生。說見前。）然事實上斷無主債務未發生而保證債務先發生者。故法律仍許此種債務有效。而不使其防害保證人。此第四四八條云：「付於保證人所負擔債務之目的。或體樣比爲主之債務更重時。則減縮之。使之合於主債務之限度。」其曰減縮之。使之合於主債務之限度者。即與前所言。

從債務。超過於主債務。惟使超過之數量無效者。同一精神也。

又主債務。無物上擔保。如以自己之物。爲他人設定抵當權之類。而保證債務。反有之。此亦從債務之體樣。重於主債務者。以理論之。似應無效。其實不然。何者。債務之設有擔保者。所以期債務之必履行。非必使債權者即占有其物。若債務已履行。則擔保雖重。亦不至喪失。故法律仍使其有效也。

又主債務之契約。爲普通證書。保證債務之契約。爲公正證書（依定法律之方式作成者）。普通證書。必經裁判判決。始有強制執行之效力。公正證書。不待判決。即能強制。此亦從債務之體樣。重於主債務者。似應無效。而實不然。蓋判決與否。因債務之本身而異。（如因欺詐強迫所結之約。則不能判決。而於目的之體樣無涉。故法律仍許其有效也。）

以上量數體樣之說。完下更論保證債務之範圍。試分二說。

一 即保證債務之範圍。當隨其主債務之範圍而生效力也。第四四七條云。『保證債務者。凡關於主債務之利息。與違約金。或損害賠償及其他。凡從於其債務。』

者均包含於其中」其所謂利息者專指本生之利息言。若遲延利息則包於損害賠償中。其曰違約金者如關於全部不履行之違約金與遲滯之違約金皆是。其所謂損害賠償者即因主債務者之遲延或過失致增加其主債務者之負擔而保證債務受其影響是也。所謂凡從於其債務者如訴訟費用等類是也。如此之類保證人均不得辭其責惟有特約者則不適用此規定。

二 即主債務之契約無違約金以下等項而保證債務反有之亦有效也。第四四七條二項云「保證人者僅付於保證債務得約定違約金及損害賠償之額」此項保證之範圍較主債務爲大。依前論從大於主即使其超過者無效。則此亦應使之無效。而本項乃使之有效者何也。蓋前之使無效者乃主債務與從債務目的之量數不同。此之違約金等乃因債務之本身而生。非於債務之目的有異也。且違約金等之見爲重者不過自不履行時言之有此觀念耳。若債務如期履行則雖約定有違約金亦自無庸給付。雖重無妨也。何得第於約定時見爲重者遂使之無效乎。

二 保證之原因 保證債務。大概由契約而生。如保證人對債權者約定為債務者作保。而得債權者承諾。是也。然此外尚有其原因。說如下。

天 因法律之規定而生 日本舊民法。明定某種債務。須某人擔保。法國亦然。至新民法則無明文。然條文中。嘗言及擔保二字。雖通常指物上擔保而言。實則以人為保證者。亦包括於其內。

地 因裁判所之命令而生 即債務爭訟時。由裁判所判決。而令歸某人擔保。是也。此雖裁判所之命令。實為法律上間接之規定。蓋裁判所必本法律之意為之也。

人 因任意而生 即無法律之規定。與裁判所之命令。而自願為擔保者也。此必其與主債務相關切者。

觀以上三種。似無純全由法律生者。若求一純全為法律指定之擔保。而絕不關於契約者。則惟商法所載之合名會社社員。與合資會社及株式合資會社之無限責任社員是也。商法第六三條云。「以會社財產。不能完濟債務時。各社員連帶而任

完濟之責。夫會社之財產不能完濟而社員必任其責無異主債務者之不能完濟而保證人必負其責是其性質相同也。然性質雖同而其適用之規定仍只可依商法而不得用民法。則知民法保證之必由契約而生可斷定者也。

保證既由契約而生則其中自有關係即謂之保證關係。但此關係非債權者與保證人之關係乃主債務者與保證人之關係也。約分二種。

子 有委任性質之關係 謂主債務者於保證人有似乎委任之性質也。第六四三條云「委任者當事之一方委託爲法律行爲於相手方因相手方承諾之而生其效力」此條所規定乃委任之定義。今保證債務亦主債務者以擔保之事委託於保證人此與委任之性質同故其效力亦同。

丑 不當利得之關係 即主債務者對於保證人受其不當之利益之時也。第七〇三條云「無法律上之原因而因他人之財產或勞務以受利益致損失及於他人者於其利益所存之限度負返還之義務」此條所規定即「不當利得之處分。今債務者若受保證人代償之利益則其關係與不當利得同。如此則主債務

者亦必償還於保證人。

三 保證人之資格 保證人本無一定之資格願爲者任自爲之。但主債務者負有立保證人之義務時（如裁判所命債務者覓保證人或債務者自認覓保證人是）則保證人之資格不可不重。第四五〇條云『債務者負立保證人之義務時其保證人要具如左之三條件』試述其條件如下。

天 須有能力者 凡未成年者、禁治產者、準禁治產者、或妻若不得法定代理人及保佐人與夫之同意則不得以獨斷而爲保證人。如以獨斷而爲之則可依法律取消。以彼等人法律皆視其爲無能力者故也。

地 須有辨濟之資力 各國立法例有爲此設一嚴密之規定者。日本民法則只取保證人之財產足以辨濟其所保證之債務即爲有資力者。

人 須有適當之住所 如債務在何地履行即於其地之控訴院管轄內有住所。或定有假住所是也。其爲此規定者蓋恐距離大遠於有訴訟時不便召集故也。其定有假住所者如甲地居住之人於乙地爲保證其在乙地控訴院管轄內本

無住所。而於保證契約內。必在乙地設定一住所。以爲他日或有訴訟行爲之根據地。從權宜也。

若保證人前有辨濟之資力。而後至喪失。前有適當之住所。而後或遷移。則債權者可別請他人代爲保證。故第四五〇二項云。『保證人至於缺前二號三號之條件時。債權者得請求以具備前項之條件者代之。』其不舉第一號者。以有能力之條件。但具備於契約成立之時。以後即有變更。亦終有效故也。以無能力者。必有代理人任責。惟一號二號之條件。若有變更。則不免有妨於保證債務之效力。故法律特爲此規定。

又第四五〇條三項云。『前二項之規定。於債權者指名保證人時。不適用之。』蓋保證人既由於債權者之指定。其於自己之利益計之。必熟故於其保證人資力之有無。及住所之遠近。俱非所問。況其後之失其資力。與更變住所乎。於此之時。即有損害。亦債權者選擇失人之過。而債務者終無代爲別立保證之義務矣。故曰。於前二項之規定。不適用之。

至於債權者。欲債務者別立保證人。而或終無合格者。則債務者或以其他之擔保代之。(如質物抵當物等)亦得免其立保證人之義務。故第四五一條云「債務者不能立具備前條條件之保證人。得供他之擔保以代之。」

第二目 保證債務之效力

保證債務之效力凡分三說

一 債權者與保證人之關係

二 保證人與爲主債務者之關係

三 保證人與保證人之關係

一 債權者與保證人之關係 此又分四說

甲 後訴之利益 凡債權者請求債務之履行。必先請求於主債務者。而後可請求於保證人。此即保證人後訴之利益也。後訴之意義。出舊商法第二六七條。蓋是條有「先訴之抗辯」一語。此即對於後訴之利益而言。以爲債權者若不訴爲主債權者。而先訴保證人。則保證人有抗辯之權。其意與後訴之利益無異。但先

訴易與先訴債務者相混。故於新民法改爲後訴二字。較爲清晰。抗辯二字之意義。見訴訟法諸多。即對於相手方之所主張。而得以抵制之謂也。蓋保證人所以保爲主債務者。履行其債務。若不先請求主債務者。而先請求保證人。則失其條件之意矣。故法律與以抗辯之權。此抗辯之權。亦一種權利也。故改爲後訴之利益。第四五二條云。『債權者對於保證人請求債務之履行時。保證人得以當先爲催告於主債務者之旨請求之。』但此爲原則。而有三例外。試述之如下。

天 爲主債務者受破產之宣告時。蓋爲主債務者。必其財產不足履行債務。乃受破產之宣告。既宣告破產。則雖向之請求。亦終無益。故可逕請求於保證人。地 爲主債務者其行方不明時。蓋爲主債務者。既無踪跡可尋。則債權者。雖欲對之請求。而不可得。故可逕請求保證人。

以上二例外。見第四五二條。但書其文云。『但爲主債務者受破產之宣告。又不知其行方時。不在此限。』

人 保證人與主債務連帶時。謂保證人與主債務者連帶負債務。則是保證

者以一人兼二資格而爲連帶保證人。凡連帶者無論何人有償還全部之義務。故連帶保證人亦不能得後訴之利益。第四五四條云。保證人與爲主債務者連帶而負債務則未有前一條所定之權利（即第四五二條後訴之利益。第四五三條執行之權利是）以連帶保證人須用連帶債務之規定也。

但連帶保證人雖用連帶債務之規定。然究之不得屬連帶債務而仍爲保證債務之一種。何也。連帶債務無主從之分。連帶保證則仍由主債務者先發生。是猶有主從之關係也。其不同者一。連帶債務之期限不問其孰爲先後。連帶保證之期限必在主債務之後。蓋以保證之原則。保證債務不得大於主債務。而債務大者。期限必在先。是連帶保證之期限猶有先後之分也。其不同者二。其餘異點尙多。茲特舉重要者言之耳。

且連帶保證準用連帶債務之規定者。必須與主債務有關係者始可。若保證人間之關係仍須先向爲主債務者請求也。

乙

檢索之利益

即保證人得請求調查主債務者之財產以辨濟債務之權利。

也。如債權者向保證人請求履行時。保證人得將主債務者之財產檢查而索取。必其果不足以履行債務而後可代爲履行。此檢索之利益也。

後訴之利益與檢索之利益隨保證人按時援用有自由之權。但二者亦稍有區別。後訴之利益除以上三例外皆得主張檢索之利益。必具有檢索之條件而後得主張也。條件如何。即一曰須主債務者有資力之時。二曰須容易執行之時。（如財產在遠方則不可）是也。

檢索之利益必須附此二條件者。亦有理由。蓋主債務者不能爲辨濟時。若不問其財產之多寡及執行之容易與否。而保證人漫以檢索對抗。將債權者請求於主債務者不足其額。又當請求於保證人已不勝其煩苦。又或主債務者之財產寄存遠方或在異國。則欲檢索費用須多。時日須久。致受非常之困難。不與立保證人之目的相背馳乎。故必須具此二條件。

或曰與其設如此困難之條件。不如不與保證人以檢索之權。然而不可也。債務者之絕無財產及有財產而在遠方者。無論矣。若有財產而又屬近地。而債務者

或故意藏匿。專希保證人代還。此時而不與檢索之權。則無論保證人代償之後。終必向主債務者求償。其事失之煩。且反從爲主而與保證人之性質亦大相反。是待保證人未免更苛也。故法律爲保護保證人起見而特有所規定。第四五三條云。『債權者雖從前條之規定而爲催告於主債務者之後。若保證人證明主債務者有辨濟之資力而且容易執行。則債權者須先付於主債務者之財產而爲執行。』此條之意。即謂保證人雖行後訴之抗辯。猶得行檢索之抗辯也。但所謂證明者。必須於主債務者確實指定有十分之財產。足以辨濟全部而且容易執行。不然則不得謂之證明也。

至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。則自債權者視之。亦唯一之債務者。惟一之債務者。當爲全部之辨濟。故不能主張檢索。

丙 分別之利益 即保證人在二人以上。得應其人數而各自負擔一部分之謂。其各負擔一部分者。是分別也。其各保證人得主張分別負擔者。是其利益也。如

一債務而有數保證人。若債權者向其一人請求全部之債務。則其一人可主張一部之義務。不允其全部之請求。而全部之債務。必應數保證人持分（即各所持之部分）負擔之。此日本所採主義。各國有不同者。

但此主義。有一疑問。即一爲原有之保證人。一爲加入之保證人。時是也。此以法理論之。自應先請求原有保證人。至其不能償還時。再請求加入保證人。然日本仍採分擔主義。不論先後也。第四五六條云。於有數個保證人之場合。其保證人雖以各別之行爲負擔債務。終適用第四二七條之規定（詳多數當事者之債權總論中）。

丁 主債務者與保證債務相互之影響 即主債務者所生之事項。對於保證債務。有何影響。或保證債務所生之事項。對於主債務者。有何影響。是也。主債務爲主保證債務爲從。主消滅則從亦消滅。此於前已言之。今但言相互之影響。分三說。

天 請求 凡債權者對於主債務者請求。則其效力可及於保證債務。如請求

爲「時效中斷」之一原因（詳一四七條）則一經債權者請求對於主債務者。生時效中斷之效力。即對於保證人。亦生時效中斷之效力。是即其相互之影響也。若不令其影響而必先對於債務者請求。待其不履行後。再對於保證人請求。則展轉之間。時效早已完成。而保證人因得拒絕請求。以圖免損害賠償之責。則無過失之債權者。不受不測之損失乎。故法律規定。其有相互之影響也。（詳第四五七條。譯見下）

又對於主債務者請求之後。而或生遲滯之責。理宜主債務者任之。然而保證人亦當任其咎。蓋主債務者與保證人有相互之關係。若對於主債務有直接之影響。則保證債務亦應負間接之責任。此其理由。蓋爲便利起見。何者。保證人原可代主債務者償還債務。即可代主債務者任其損害。若必親向保證人請求。而後負責任。則手續太多。且於其請求之時期。易生危險。（如倉促不能請求。而時效完成之類）不免使債權者常受困難也。故法律特爲此規定。

地 其他時效中斷 此時效中斷。蓋別乎上所言「請求」一項。而專指差押假

差押或假處分及承認等（詳第一四七條）言之。謂對於主債務者行使其中斷之方法（即差押等事）而其效力亦及於保證人也。若不及於保證人則將來之結果必與無保證人等而大不利於債權者何也。如債務時效爲十年消滅。茲已經過九年十一月。此時債權者對於主債務者執行時效中斷之行爲。而主債務者或於承認以後（承認亦時效中斷之原因。逾月期滿不能償清。則債權者必向保證人請求。而保證人乃以此時效完成相拒絕。謂主債務者之承認其效力不及於己。則債權者不大受虧乎。故法律必規定同時生其效力。第四五七條云。『對於主債務者有履行之請求及其他時效之中斷者。則對於保證人亦生其效力』。

人相殺 相殺之義。於前已述之。如主債務者對於債權者有相殺之原因。其欲爲相殺與否。似與保證人無涉。然主債務者不爲相殺時。則保證人可代爲之。第四五七條二項云。『保證人得依主債務者之債權。而以相殺對抗於債權者』。此條之規定。亦爲便利起見。蓋保證人代償債務。對於主債務者仍有求償權。若

不準其代爲相殺。則保證人代償後對於主債務者求償。而主債務者又須對於債權者請求其應償於己之債。似此不勝其煩。若相殺則三方皆免債務。何便如之。且不獨便利而亦甚公平。何也。蓋三方債務終須履行。若不準其相殺而展轉遲延。從中或至有失其資力者。則終不免於損害。是必有不公平之結果也。故法律許保證人代以相殺對抗。

以上所言。皆主債務所生之事項。而影響於保證人者。今再言保證人所生之事項。而影響於主債務者。

以原則而論。主債務爲主。保證人爲從。從債務可依主債務消滅。主債務斷不至因從債務消滅。是保證人所生之事項。無影響於主債務者之理也。然有例外者。如保證債務與主債務連帶時。則保證人之行爲亦。可影響於主債務者。而生其效力。故第四五八條云。『於爲債務者與保證人連帶之場合。則適用第四三四條至四四〇條之規定。』蓋此七條。皆連帶債務之規定也。

二 保證人與爲主債務者之關係 此關係之最要者。惟求償權。即保證人代主債

務者辨濟後而轉求主債務者償還是也。但求償權有二種。

甲 固有訴權 保證人既代主債務者辨濟。則主債務者有應償之義務。即保證人有求償之權利。雖保證人有受委任與未受委任之分。而受委任而代償者。固應有求償權。即未受委任而代償者。亦應有求償權。以主債務者無故而得利益。爲「不當利得」也。蓋此乃保證人所應有之權。故曰固有訴權。

乙 代位訴權 如主債務者若於其債務上設有抵當物。而保證人代爲辨濟。則債權者退出之抵當物。保證人即可請求於主債務者。而代債權者行使之。如賣其抵當物以填自己之失。是此之謂代位訴權。代位者代債權者而立於其位也。但主債務者對於保證人已償其所代還之額。則保證人不得留其抵當物而代位。

此二種之外。又有特別求償權。如主債務者有二人以上。則於求償之額。應數分配。此不待言。設主債務者有二人以上。其債務之性質。又爲「連帶」或爲「不可分」。而保證人僅保證其中之一人。此時債權者對於其所保證之一人。可爲全部之請求。

(詳連帶債務中)若其人不能履行則對於其保證人亦可爲全部之請求則保證人之所保證者雖只一人而所代償之債務實屬全部此其求償之法將僅對於其所代償之人乎抑可對於所保者以外之人乎學者於此常有三主義

第一主義 保證人對他債務者不得求償 如甲乙丙三人連帶負債務而保證人既專爲甲保證亦即專代甲償還雖所代償之額爲全部然亦不過爲甲代償而與乙丙無與也故只可求償於甲而不可求償於乙丙且債務之性質不可分者不過自債權者視之如是耳豈債務者自視亦不可分乎此主張對他債務者不得求償之說也

第二主義 保證人對他債務者得求償全部 如前例甲之保證雖非爲乙丙代償而乙丙實因此而免其責不應受無故之利益也故對於乙丙不獨有求償權且有全部之求償權此主張對於他務者得求償全部之說也

第三主義 保證人對他債務者只得求償其所負擔之部分 如前例甲乙丙三人於連帶債務原各負擔其一部分今以甲之保證人辨濟其全部從實際觀

之甲乙內各受其一部之利益。但保證人之所代償者爲甲。故甲雖只受一部之利益。其對於保證人終應爲全部之償還。即保證人對之亦得請求其全部。至於乙丙二人。不過因與甲連帶而同受一部份之利益。故其對於保證人只應償還其所負擔之部分。即保證人亦只得應其所負擔之部分而請求。此主張對於他債務者只得求償其所負擔之部分之說也。

合上三說觀之。如第一說。乙丙實受利益而不對之求償。以法理論之。乙丙爲不當利得也。如第二說。依連帶債務之例。甲即償還全部。而對於他之債務者亦只得求其一部。況保證人代甲償還。豈有求全部之理乎。惟第三說。取前二說而折衷之。最爲平允。故日本民法採之。第四六四條云。『爲連帶債務者或不可分之債務者之一人爲保證時。對於其他之債務者。僅付於其負擔部分有求償權。』保證人求償權之規定。既如右之所述。但求償權之所由生。又視保證人之受委任與未受委任而異。受委任而爲保證人。則其求償權由契約關係而生。未受委任而爲保證人。其求償權則由不當利得而生。今試分言之如左。

甲 受委任爲保證者 原則見第四五九條。條文云：「於保證人受主債務者之

委託而爲保證之場合或無過失而受當辨濟於債權者之裁判言渡（判決之

意）或代爲主債務者而爲辨濟或以自己之出捐使消滅其債務而爲此諸種

行爲時其保證人對於主債務者有求償權」其曰無過失而受當辨濟之裁判

言渡者即主債務者敗訴（與債權者相訴）時其原因本不在保證人之過失而

裁判所命其代爲辨濟此時保證人雖未即履行然事已確定故可豫爲求償其

曰代主債務者而爲辨濟者以保證人欲免自己之責故代爲辨濟夫保證人既

以辨濟免責則亦代主債務者免其責故可求償其曰以自己之出捐使債務消

滅者即保證人、不以現金辨濟而依法律上之「更改」使債權移轉於己或以自

己之債權與所保證之債務「相殺」而使主債務消滅如此者亦皆可求償（求償

之範圍詳四二二條譯見前）但一切求償權必待主債務消滅而後可行使惟

受裁判言渡者則不待主債務消滅即可豫先求償以經裁判判決則保證人必

爲辨濟而可消滅其債務也此外可「豫先求償」者尚有數事見第四六〇條條

文云「保證人受主債務者之委託而爲保證時其保證人於左之事件得對於債務者而豫行其求償權」試條述其左之事件。

一 爲主之債務者受破產之宣告且債權者未加入於其財團之配當時則保證人可豫行求償權。蓋凡受破產之宣告者其財產即歸破產管財人管理。各債權者應速行加入。以便配當分還。若債權者緩於加入。則保證人可及時加入之。（破產時其財團之加入有定期過則無效）以免受全數賠償之累。其得及時代爲加入者即豫行其求償權也。（未辨濟而先求破產者之財產故爲豫行）若債權者已經加入而債務者之財產不足償還。則保證人應負責任。此時保證者固不能向管財人行豫先求償之權。然有代債權者行代位訴訟之權。如先將債務償清而後代債權者之位。以領受其配當之額是也。

夫債權者既已加入。自可得其配當之額。即保證人之代位。亦不過得其配當之額。而乃爲此代位之規定者。何也。蓋債務者破產宣告時。保證人之地位已甚苦。設萬一不慎。則保證人受損愈多。又恐債權者或有事耽延。致破產期限消滅。故

不如代債權者之位。以親爲處理。庶或可減少其賠額也。

二 保證人在「辨濟期」時。雖債權者未行請求。而保證人可豫先請求何也。保證人必量主債務者之資力。於辨濟期內。可以償還始爲保證。若在辨濟期而不請求。恐事久生變。致主債務者失其資力。則保證人受損多矣。故法律許其於辨濟期內。豫先求償。

又於結保證契約之後。債權者若復許主債務者。以延長期限。以主從之理論之。似保證之期限。亦應延長。且延長主債務之期限。並似有爲保證人緩責之意。其實不然。蓋期限愈長。則保證人之責任愈重。尤恐主債務者於延長之期限內。頓失其資力。致令保證人賠償。故保證人於契約所定之期限到時。仍可豫先保證。而債務者不得舉債權者所許延長之期限。以相抵抗。此即本項但書之意也。

三 於債務之辨濟期不能確定。且其最長期亦不能確定時。而保證契約已經過十年後。則保證人可豫先求償。例如保證「終身定期金者」(以其人之死日爲期)及保證「禁治產者」之後見人。(以禁治產者病愈之日爲期)不獨其主債務

之辨濟期不能確定。即設一最長之年。以求其辨濟期。亦不能確定。設如此而不存限制。將永爲保證人之累。故法律規定於結保證契約之後。經過十年。即可豫先求償。以免其保證之責。

其曰最長期間。亦不確定者。蓋保證債務。終有時而止。如保證「未成年者」之後見人。〔此爲身元保證。非金錢保證〕。必待其人之成立。方能免責。而人之成立。已確定。其爲二十年。若經過十年後。人尙未成年。而保證者即求償。則法律不許。以其終有確定之期間也。惟「終身定期」者。其人之生死不能定。禁治產者。其人之病愈莫能定。故謂最長期間。亦不確定也。除此二者之外。不能適用本項之規定矣。

凡以上之豫先求償。其保證人於求償之資。即應償還於債權者。以消滅其主債務。不然。保證人或自先用去。而致債務膠轕。將債權者仍向主債務者請求。則債務者豈不受虧乎。故又有法以保護之。第四六一條云。『依前二條之規定。於爲主之債務者對於保證人爲賠償。而債權者未受全部之辨濟間。則爲主之債務』

者得[△]以[△]使[△]供[△]擔[△]保[△]或[△]使[△]自[△]己[△]可[△]以[△]免[△]責[△]之[△]旨[△]請[△]求[△]於[△]保[△]證[△]人[△]」此[△]條[△]即[△]為[△]保[△]護[△]主[△]債[△]務[△]者[△]而[△]設[△]。蓋[△]如[△]上[△]所[△]述[△]之[△]豫[△]先[△]求[△]償[△]。在[△]主[△]債[△]務[△]者[△]既[△]應[△]其[△]請[△]求[△]而[△]為[△]給[△]付[△]。而[△]債[△]權[△]者[△]尚[△]於[△]全[△]部[△]而[△]未[△]領[△]受[△]。此[△]時[△]不[△]能[△]不[△]防[△]及[△]保[△]證[△]人[△]。其[△]防[△]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[△]。以[△]得[△]免[△]自[△]己[△]之[△]責[△]。凡[△]此[△]皆[△]主[△]債[△]務[△]者[△]得[△]以[△]要[△]求[△]保[△]證[△]人[△]者[△]也[△]。

至於主債務者對於保證人。若不願豫先賠償。則或以其應償之額。供託於銀行。以聽債權者之取用。或以其不動產為之擔保。以免債權者之危險。又或更改債務。別換保證。使前之保證人得免其責任。如此則保證人不能求償。而債務者亦得免賠償之義務。故第四六一條二項云。『於右之場合為主之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 未受委任而為保證者 此分二說

天 不反乎主債務者之意思者 夫既不反乎主債務者之意思。而為保證。則其代償亦必主債務者所心願。故主債務者自應一切賠償。但其賠償之法。終與

受委任者有別。蓋受委任者之償賠必統計代償時之費用與代償後之利息及其他所生之損害。而一切賠償其範圍甚廣而未受委任者其求償時則不能受此最優之保護也。故第四六二條云：「未受主債務者之委託而爲保證者或直辨濟債務或以自己之出捐（如更改相殺之類）使債務者免其責則爲主之債務者於其當時所受利益之限度內要爲賠償。」其曰於當時所受利益之限度內求償者。例如當保證人爲辨濟時。而主債務者對於債權者取得同種之債權。而得以相殺。此時保證人雖爲辨濟。而主債務者付於此相殺之債額實未受利益。故亦惟付於未相殺之殘額。而爲求償。所謂殘額者即主債務者相殺未完之債。而爲保證人所已代償者。此即主債務者當時所受之利益。故僅付於此以爲求償也。

若保證人既代償之後。而爲主債務者。始對於債權者取得同種之債權。則不得以之對抗保證人。惟債務者本有相殺之額。而未受委任之保證人乃任意以己之債權與其債權者（即主債務者之債權者）相殺。則債務者可舉其原因以對

抗之。

未受委任之保證人。法律亦許其求償者。此爲保護保證人起見。蓋此保證人。雖未受委任。而尙不反乎主債務者之意思。是與「事務管理」者畧同。故亦受事務管理之保護。凡事務管理者爲本人所出有益之費用。則對於本人。可於當時所受利益之限度內求償。（詳第七〇二條）故此於債務者當時所受利益之限度內。亦可求償也。

地。反乎主債務者之意思者。如未受主債務者之委任。且爲其所不願。而強爲之保證。是反乎主債務者之意思也。如此。而代償債務。法律於其求償權。不能充分保護之。但主債務者。以保證人償還之故。致免其債務之責。若不許保證人求償。是又與債務者以「不當利得」故。法律即準不當利得之例。（詳第七〇三條）求償。第四六二條二項云「反乎主債務者之意思。而爲之保證者。惟於爲主之債務者現時所受利益之限度內。有求償權」其曰現時所受利益之限度內者。例如保證人爲辨濟時。主債務者對於債權者。尙未有抗辯之事件。迨至保

證人求償時。而主債務者。忽取得相殺之原因。得對抗於債權者。而免其債務。是主債務者於保證人辨濟之當時。固受其利益。而於求償之現時。則未受其利益也。如此者。保證人不得向之求償。

雖然。保證人不得向主債務者求償。而保證人究亦實行辨濟。則此時之不當利得。不在債務者。而在債權者。故保證人不能向主債務者求償。惟請求債權者履行其對於主債務者之債務（即因相殺而當消滅之債務）而已。直接受其履行之金。則可免多少之手續也。故第四六二條二項但書云。『若爲主之債務者於求償之日以前。主張有相殺之原因。則保證人對於債權者得請求因其相殺而當消滅之債務之履行。』

三 保證人間之關係 如保證人在二人以上。其中一人代主債務者履行。以理論之。各保證人應分擔償還。故代償之保證人對於其他之保證人有求償權。但其求償權之範圍。各依其性質而異。試分四說以明之。

甲 有連帶時 或數保證人互相連帶。或各自保證。而與主債務連帶。其規定之

結果相同。故可合論之。

凡連帶保證之一人償還債務之全部。或償還其持分之超過數。(如三人爲保償。其一人求償三分之一。皆應請求他之連帶者之賠償。但其賠償之法。無論爲保證人連帶。或與主債務者連帶。總應以求償之數分配負擔之而已。

乙 不可分債務時 無論債權者一面不可分。或債務者一面不可分。但有一保證人。因其不可分而爲全部之辨濟。則對於其他保證人。有求償權。以其他之保證人。因此一人而受利益也。

丙 有特約時 謂債權者與各保證人。結有特約。令各保證人均可爲全部之辨濟。則此時債權者對於各保證人。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。故其中無論何保證人。爲全部之辨濟。或爲超過持分額之辨濟。則對於他之保證人有求償權。但結此約。必各保證人同負。此求償全部。或超過持分義務。而後有效。若僅與一保證人結約。而他之保證人不與。則反乎各保證人之規定。而各保證人得拒絕其求償矣。

以上三類。皆保證人間求償之範圍。一切準用連帶債務之規定。故第四六五條云。『於有數人爲保證時。或爲主之債務不可分時。或爲各保證人有當辨濟全部之特約時。其保證中之一人若爲辨濟全額。或辨濟超過自己負擔部分之額。則準用第四四二條。乃至第四四四條之規定。』蓋此三條。皆連帶債務求償之規定也。

丁 任意辨濟時 謂各保證之一人。無以上法律（如連帶及不可分之類）或契約（即特約）之規定。而任自己之意。代爲全部之辨濟是也。如此則法律不能充分保護之。然其中亦有區別。分二說。

（一）即不反乎他保證人之意思。而爲辨濟是也。此等雖非法律所定。而亦爲法律所許。與前論之未受委任。又不反乎主債務者之意思。而爲保證者同。故其求償權。可準「事務管理」之例。以他保證人當時所受利益之限度爲準也。

（二）即反乎他保證人之意思。而爲辨濟是也。此雖非法律所許。而亦非法律所斥。與前論之未受委任。且反乎主債務者之意思。而爲之保證者同。故無論其意之善否。準以「不當利得」之例。求償以他保證人現時所受利益之限度爲準也。

第三目 保證之消滅

保證債務之消滅有二原因。曰直接消滅。曰間接消滅。直接消滅者。謂因他故。直使保證債務自己消滅。(與一般債務消滅同)間接消滅者。謂必因主債務消滅。而保證債務亦從而消滅之也。今仍分述之。

一 直接消滅 直接消滅之分類。學者恒聚訟不已。究其大要。可分八種。

甲、辨濟 謂主債務者。不為辨濟。而保證人為辨濟時。則保證債務即直接消滅。

而波拿朵氏(ボナド)(法人日本舊民法起草者)謂保證人之辨濟。恒為主債務而辨濟。即保證債務之消滅。亦因主債務而消滅。仍只可謂之間接消滅。不知此乃顛倒。主客之謬見也。何則。保證債務一債務也。既有債務。即有履行之義務。欲盡其義務。不得不為辨濟。故保證人為辨濟。即決為履行自己之債務。非如主債務者之代理人履行主債務也。特其結果。至於主債務消滅耳。故可謂之直接消滅。

乙 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債務消滅。此亦謂之直接消滅。若金錢債務。變為不動產。或

不動產變爲金錢等類。則只可謂保證之目的變更。而不可謂保證債務消滅。丙 免除 謂債權者免除保證人不爲保證。則保證債務即直接消滅。以上(更改免除)兩種保證債務雖消滅。而主債務仍存在。蓋保證債務爲從而主債務爲主。專屬於爲從者所生之事項。不能影響於爲主者也。

丁 相殺 如保證人對於債權者亦有債權。及債權者請求履行時。保證人因舉己之債權對抗相殺。則保證債務亦直接消滅。此與主債務者有影響。因相殺之債務。即主債務者之債務。而非專屬於保證人之事項也。波拿朵氏謂此亦間接之消滅。其誤與前辨濟同。

戊 混同 混同大概於相續時爲多。如保證人相續債權者。或債權者相續保證人。此時保證債務自然消滅。而主債務依然存在。故亦謂爲直接消滅。

己 履行之不能 即保證債務之目的物滅失。而至不能履行是也。如保證債務爲房屋一所。至將履行時。忽被火燒去。則保證債務消滅。波拿朵氏謂此亦隨主債務消滅。其實不然。蓋此乃主從同時消滅。無先後之分。故仍謂之直接消滅。

庚 時效 謂時效完成。則保證債務與主債務亦同時消滅。且有時保證債務先消滅者。如未成年者之代理人。爲未成年者負債。而我爲其保證。此依法律而論。其未成年者。忽而成。年時。或其後任之代理人。就職時。六個月內。其債務之時效。不許完成。(詳第一五八及第一五九條)而保證人於此。則未有不許完成者。是得先主債務者而直接消滅也。

辛 代位之不能 即債權者。將其債權上。所設之抵當物。而無故毀棄之。或因過失。毀損之。使保證人失其代位之目的。是也。如此則保證人代償之時。不得行其代位之權利。故即不復任保證之責。而其保證債務亦直接消滅。

二 間接消滅 此爲保證債務固有之性質。即主債務消滅。其影響及於保證債務。而因而消滅。是也。觀前總論自知。無庸贅述。

埶物上保論

物上保證者。爲他人之債務。設定質權。又抵當權等之謂也。如甲負乙債。而丙出其自己之動產爲質。或不動產爲抵當。對於其動產。不動產。謂之物上保證。對於丙。即謂之

物上保證人。

物上保證人與保證人不同。保證人有代人履行之義務。物上保證人自出其物爲擔保。後則其義務已了。故不得謂之保證人。

又債務不履行之時。債權者對於保證人可行訴訟。並可迫令賠償。而對於物上保證人。則不能惟可賣卻其物。而作爲償金耳。但賣卻其物之時。物上保證人。或以其物之貴重。如宗器、古物。不願賣失。則債權者可請求其以金錢替代。而還其原物。然此必須物上保證人自願。則可債權者不得強之。

物上保證人。既不得謂爲保證人。而何以又命其人爲物上保證人。蓋以其與保證人相近也。如上所言之抵當物。債權者可賣卻作償。是因他人之事。而失其財產。不啻保證人之代人履行債務也。此其性質實與保證人相近。性質既近。故保證人代爲辨濟之後。可向債務者求償。而物上保證人之擔保物。或爲債權者賣卻。或爲自己贖取。亦皆可對於債務者求償。其求償之規定。見第三五一條及第三七二條。按三五一條之規定。即關於質權之求償權。其條文云。爲擔保他人之債務。設定質權者。因辨濟

其債務。或質權之實行。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。三七一條之規定。即關於抵當權之求償權。其條文云。第三九六條。及第三〇四條。又第三五一條。(三五一條與本論最有關係者譯見前)之規定。抵當權準用之。

第四款 債權之讓渡

債權之讓渡。分四項述之。

一 總論

二 指名債權

三 指圖債權

四 無記名債權

第一項 總論

論債權之讓渡。有當先之一事。即德國民法有所謂「債務之引受」者。如甲負乙債。丙忽代甲承認。則甲之債務移於丙。是也。日本民法未認此條。而亦仍存其意。蓋契約

須與人以自由丙出而承認甲債亦事實上所常有。但此不可以引受之法行之。惟可以更改之法行之。蓋更改者使舊債務消滅。新債務發生。而引受者則舊債務仍存。不過移轉於他人之手而已。故以引受之法行之。則舊債尙未消滅。將來於時效完成上。必生種種之困難。如以債務發生時起算。則時效完成。以引受時起算。則時效尙未完成。不若更改之法。直使舊債消滅。新債發生。爲便利而無困難也。故日本凡屬於債務者之移轉。則以更改行之。至屬於債權者之移轉。則惟以讓渡行之。讓渡者。以我之債權移轉於他人之手之謂也。如給與他人。或賣與他人等類。均是。今將讓渡之問題分二目述之。

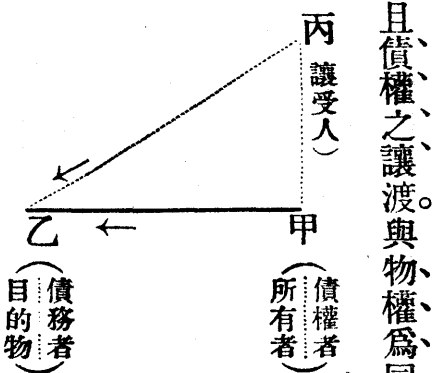
一 債權可否讓渡

二 債權有不可讓渡時

第一目 債權可否讓渡

在羅馬法。不認債權之讓渡。蓋以債權爲特定人之關係。不能移轉於他人。如欲移轉之。亦必從「更改」之規定。使舊債消滅。新債發生而後可。然此主義。不免於謬誤。何也。

蓋債權為特定人之關係。物權之所有權亦特定人之關係。羅馬法於物權既可以讓渡。於債權亦應可以讓渡。而乃謂債權當消滅。舊債更為新債。則是物權亦必消滅於甲。而後可讓渡於乙也。夫物權既消滅。而可讓渡也乎。此不通之論也。



且債權之讓渡與物權為同一之關係。更可為式以明之。如上圖。甲為債權者。乙為債務者。甲對於乙原有權利之關係。及甲以其權利讓渡於丙。則丙對乙之關係。同於甲前對乙之關係矣。物權亦然。如甲為所有者。乙為目的物。設甲以其物之所有讓渡於丙。則丙對乙之關係。亦同於甲前對乙之關係矣。夫權利之關係。既同。則物權可讓渡。而債權何獨不可讓渡乎。然此猶以理論之也。至以事實論。設債權不許讓渡。是使債權不活動。而成死物。於社會經濟上。必生種種之困難。故羅馬法其初雖不認讓渡。而後因其不便。仍設法以維持之。現今各國。惟英國以不許讓渡為原則。然亦設種種之例外。以達其讓渡之目的。自餘諸國。則皆以讓渡為原則。日本當初學

者亦有反對讓渡之說者。其理由有二。(一)以債務之發生必皆平昔相識之人。若使讓渡或致變爲素不相識。則讓受人之性格既不可知。難免不別生弊竇。而債務者必不願。(二)以債務之發生又多屬親類。可免急迫之催索。若讓渡他人。則催督或嚴。往往生不利之結果。而債務者亦必不願。然此二說究不無謬。何也。債權可以相續。此人所同認者。而相續人亦有時非債權者之子。嘗與債務者素不相識。是其性格亦不可知也。以不相續之人而可爲債權之相續。則亦何不可爲債權之讓渡乎。又債權者之代理人。亦非當時所特定。而未必屬於親類者。其催索亦難免不嚴。是不許讓渡亦必不許代理人而後可也。且債權不許讓渡。必於立契約時特定。方可。若契約未載明。則可作爲豫知看待。前既豫知其讓渡。而後又不許其讓渡。豈可乎。此反對者之理屈也。又況其所持之理。僅爲個人起見。而未爲社會經濟上起見乎。故日本仍採讓渡主義。但舊民法雖許讓渡。然必經債務者之許可。(明治九年布告)○布告與布達異。布達於輕事用之。如法令是。布告於重事用之。如法律是。後因其不便於新民法。特改正之。第四六六條云。『凡債權得讓渡之。』蓋讓渡之效力。雖待債務者承諾。而後生。然讓渡

之權固操之於債權者。此原則也。

第二目 債權有時不可讓渡

債權雖以讓渡爲原則。然亦有時不可讓渡者。此例外也。試分二說。

一 與債權性質不相容時

二 當事者有反對之意思時

一 與債權性質不相容時 此於第四六六條但書規定之。其文云。『債權之性質不許時不得讓渡』。其曰性質不許者。包有二義。試分述之。

甲 法律有明文不許者 如第五九四條二項。『凡使用貸借（無租金者）其借主

非得貸主之承諾。不能將其借用物。別與他人使用。或爲收利之事。』此卽不許讓渡之意也。又第六一二條。『賃借有租金者』人。非有賃貸人之承諾。不得讓渡其權利。或轉貸其物之事。』此明言不可讓渡也。（以賃貸借已出租金。多有轉租他人者。故明定不可讓渡。）又第六二五條。『凡使用人。非得勞務者之承諾。則不得以其使用之權利。讓渡他人。』亦明言不可讓渡也。又第九六三條。『受扶養之

權利不得處分之。」即不可讓渡之意也。以上皆性質不可讓渡而有明文者。

乙 法律無明文而不許者。此即當事者有特種關係之債權。或債權者有特別行爲之債權。其不許讓渡。皆由契約生出者。例如甲對於乙。願盡助養之義務。因與結約。或以金或以米。爲助養料。則乙不得以其所得之金或米。讓之於丙。因助養者所以謀人身之生活。而爲特種之關係也。又如甲與畫工結約。命其畫自己之肖像。則甲不得以其債權。讓渡他人。因肖像者。乃甲之獨有。而爲特別行爲也。凡此之類。法律雖未明定。而事實上。則未有讓者。亦性質使然也。

二 當事者有反對之意思時。謂非性質不相容。而乃當事者之不欲讓渡也。第四六六條二項云。『前項之所規定。於當事者表示反對之意思時。不適用之。』所謂當事者。通常指債權者與債務者而言。如債權債務之兩方。結有不讓渡之契約。是也。然有時遺言者。亦得爲當事者。如甲遺言。令丙與某財產於乙。並令其非乙。則不與。是與之者。雖爲丙乙之關係。而命其與之者。實爲甲之遺言。則甲亦爲當事者。然無論其當事者爲誰。但既表示不許讓渡之意思。即生妨止讓渡之效力。此專以當

事者之意思爲重。而爲日本法律所採。他國則有不承認者。蓋日本習慣。無論債權債務。皆不欲認其不相知識之人。故有此條之規定也。

然日本雖重當事者之意思。而亦恐其有弊。故又設法以補救之。即本條但書之意。謂其「意思表示。不得以之對抗善意之第三者」是也。所謂第三者。即指讓受者而言。所謂善意之第三者。即其讓受之當初。不知債權者與債務者。已有不許讓渡之特約。而只信爲可以讓受。則其讓受即爲善意也。若於善意之讓受。而仍以特約對抗之。使其無效。不令第三者受意外之損乎。故必設但書之意。以保護之。

第二項 指名債權

指名債權者。謂將債權者之名氏。記載於證書。而爲債權者已經確定之普通債權也。自客觀論之。債權既有一定之人。與一定之目的。則似無不確定者。而自主觀論之。則亦有不確定者。如下所論「手形債權」及「無記名債權」。負此債務者。尙難確定。債權者之爲誰。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。試將此債權。分二目言之。

一指名債權讓渡之要件

二指名債權讓渡之效力

第一目 指名債權讓渡之要件

指名債權讓渡之要件。分二說述之。

一 原則 即從當事者之意思以爲讓渡者也。如債權者有讓渡之意思。則無論何人均可讓渡。是也。其必要之條件。則惟契約與遺言。

二 對於第三者之要件 凡對抗於第三者。必有要件。如不動產之權利轉移。則以「登記」爲要件。動產之權利轉移。則以「引渡」爲要件。非是則不可對抗於第三者。故名債權之讓渡。其欲對抗於第三者。亦非具有要件。不可。第四六七條一項云。「指名債權之讓渡。非讓渡人通知於債務者。又債務者承諾之。則不得以之對抗於債務者及其他之第三者。此條所云通知於債務者。及得債務者承諾。即對抗於第三者之要件也。蓋讓渡之時。其讓渡人與讓受人。皆爲當事者。而債務者。即爲第三者。債務者以外之人。即爲其他之第三者。

其必具此要件而後可對抗於債務者何也。蓋債務者若不知讓渡之事實則仍以讓渡人爲正當之債權者即可對之爲其辨濟而債權者實於此債務已行讓渡則因當事者之意思亦應生其讓渡之效力是債務者對於讓受人又不得謂無辨濟之義務如此則必至債務者毫無過失而受重爲辨濟之累也。雖債務者重爲辨濟得向讓渡人求償然使讓渡人或失其資力則終不免於損害是待債務者失之酷矣。故非對於債務者通知讓渡及得其承諾則其讓渡不能生其效力也。其必具此要件而後可對抗於其他第三者何也。蓋其他第三者亦必與債權者有關係者。如債權之「差押人」(如乙對丙有債權甲對乙復有債權甲因與乙訟而差押乙對丙之債權則甲即債權之差押人)及債權之「質權者」(如乙以對丙之債權爲質於甲則甲即債權之質權者或債權之「第二讓受人」(先讓之甲繼讓之丙則丙爲第二讓受人)皆與債權有相連之關係若漫將此債權讓渡而無通知承諾之要件則必不能對抗差押者及質權者諸人試隨舉一例如債權之上存有差押債權者而此債權實已讓渡他人但未通知債務者而得其承諾則差押債權者仍

得對於其財產。而強制執行。何則。差押債權者。對於其債務者（此債務者即前注之乙。對於差押人甲有債務者）原有執行其財產之權利。必其債務者之財產。確已讓渡他人。則其差押始無效力。今之讓渡。既未通知債務者（此債務者乃乙之債務者。丙謂之第三債務者）而得其承諾。則其讓渡與否。實未可知。故差押債權者。仍得信其未爲讓渡。而得執行其差押之目的物。若於其執行之時。使其目的物。必屬於真有權利之讓受人。是使差押債權者受損失也。豈可乎。故日本民事訴訟法第六百九條云。債務者（即第二債務者）對於差押者。關於債務要爲一定之陳述。即欲證其果有讓渡之事實與否也。然則非有債務者（即丙）之承諾。其能對抗於差押債權者乎。

至以債權爲質權之目的時。或於債權有第二讓受人時。其事雖異。其趣。其理論。則與前同。何也。凡以債權爲質於人。或讓渡於人時。其質權者。及讓受人。必先向債務者。審其債權之存在與否。若債權實已讓渡。而未通知債務者。得其承諾。則債務者。仍信其債權之存在。即質權者。及讓受人。亦仍信其債權之存在。而誤與之結約。則

是使質權者及讓受人將來被意外之損失也。豈可乎？故讓渡人非得債務者之承諾，即不能對抗其他之第三者也。

雖然對抗於其他第三者於通知承諾之外，猶當具一特別之要件，即第四六七條二項所規定條文云：『前項之通知及承諾，非以確定日附之證書，則不得以之對抗於債務者以外之第三者。』蓋通知與承諾必有證書，但其證書無確定之日附，則其中難免無詐欺之弊。例如甲以對乙之債權讓渡於丙，復又讓渡於丁，皆通知於債務者乙，以理論之，丙為第一讓受人，其有效無疑。然丁或因丙之讓受在先，恐己之讓受失其效力，遂通謀於甲（讓渡人）及乙（債務者）而移其讓渡之日附於前圖以之抗丙，是以日附為詐欺也。惟有確定日附之證書而後能免其弊。

夫所謂確定日附者，果何如乎？即民法施行法第五條所規定是也。其條文云：『證書限於左之情形為確定日附者：』

一 若為公正證書（公證人所作者，如財產目錄之類）則以其日附為確定日附。蓋以其為公證人所作，則其日附必甚確定也。

二 若爲私署證書。則必於「登記所」或「公證人役場」押捺有日附之印章。即以其印章之日附爲確定日附。蓋私署證書者。自作證書而署名於其上。易於作弊。故必經區裁判所之登記所。或公證人役場。押捺印章以記期日。且有騎縫半印。以防其僞章。則作弊不易也。故此印章之日附得爲確定日附。試附印式如左。



三 於私署證書之署名者中有死亡者時。自其死亡之日以前爲有確定日附者。蓋署名者既死。則其證書多因而起爭。然人必生時始能署名。故即由其死亡之日斷之。死亡後之日附不得爲確定也。

四 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。蓋確定日附證書（即公正證書）其日附已無可爭。特其內所引用之私署證書。其日附不無差異。然私署證書既爲所引用。則其成立必在公正證書之先。故可以公正證書爲斷。如財產目錄爲公正證書。其內附有私署證書。則以財產目錄之日附爲主。是也。

五 在官廳或公署於私署證書記入何事項而已。將此日附記載之者。則以其日附爲其證書之確定日附。蓋官廳或公署登記一事。皆按日次有冊可稽。必無舛誤。故得以其日附爲其證書之確定日附。

以上五者爲確定日附之要件。而爲通知承諾時所最當注意者也。但通知證書常爲「執達吏」（即送達文狀之官吏）所作。且執達吏處必存有一分。以作底本。故可作公正證書看待。惟承諾證書多由債務者自作。故必經公證人捺印而後可交讓受人執存。此又其宜辨者。

凡債權讓渡。其必通知債務者。亦有理由焉。蓋債權無形者也。與有形之動產不動產不同。動產之讓渡。有引渡之行爲。不動產之讓渡。有登記之證據。而債權之讓渡。

既不能引渡。又無所登記。故只可通知於債務者。且不通知於債務者。將使債務者。誤還於原債權者。而讓受人。不免受損。若復還之讓受人。則債務者。又不免受損。大不便也。故以通知債務者。而得其承諾。爲讓渡之要件焉。

夫通知承諾。爲債權讓渡之要件。非是。則不可以對抗第三者。固矣。然此猶就普通債務。而論爲一般之原則也。至於例外。則如記名株式之讓渡。（詳商法百五十條）非將讓受人之名氏住所。記載於「株主名簿」並記載其名氏於株券。則不可以之對抗會社及其他之第三者。又如記名社債之讓渡。（詳商法二百六條）非將讓受人之名氏住所。記載於「社債原簿」並記其名氏於債券。亦不得以之對抗會社及其他之第三者。蓋此之讓渡。不僅以通知承諾而足也。

第二目 指名債權讓渡之效力

指名債權讓渡之效力。分二說述之。

一 原則 凡讓渡之後。則讓渡者之一切權利。皆移轉於讓受人。此讓渡之效力也。指名債權之讓渡亦然。因此原則。遂生三結果。

(甲)即讓渡人所無之權利。讓受人不得有之是也。如以債權千圓之證書讓渡於人。其千圓內。債務者先已償還一半。則此時讓渡人。只有五百圓之權利。故讓受人亦只有五百圓之權利。不得執證書之數向債務者索取千圓也。

(乙)即債務者固有之權利。不得因讓渡而受其影響是也。此於第四六八條二項規定之條文云。『讓渡人爲讓渡之通知而止時。債務者於受其通知前對於讓渡人所生之事由。可以之對抗讓受人』。其曰爲讓渡之通知而止者。謂僅爲讓渡之通知而尚未得債務者之承諾也。蓋讓渡之通知。常待債務者之承諾。今僅爲其通知而尚未得其承諾。則此時當重保護債務者。故凡屬通知以前其債務者對讓渡人所有之利益。許得以之對抗讓受人。例如前對於讓渡人有全部或一部之辨濟及更改相殺等。因仍得對於讓受人主張之是也。蓋此爲債務者固有之權利。不得因讓渡而失之。若於通知以後與讓渡人間所生之事由。則不得謂爲固有之權利。即不得以對抗讓受人矣。

(丙)即讓渡之後。則讓渡人與債務者斷絕其關係是也。設如已讓渡之債務。其債務

者之相續人未知其讓渡之原因而讓渡人即乘其不知欲私與「和解」以減少債額而希圖獲利。此時讓受人若復請求則債務者不能藉口於讓渡人之減少債額以爲對抗而仍必償還於讓受人。蓋讓渡人自其讓渡時已消滅其對於債務者之權利而不得復有關係也。

二 例外 讓受人之權利有時與讓渡人不同。即債務者未留異議而爲承諾時是也。第四六八條云。『債務者不留異議而爲前條之承諾時則有可得對抗讓渡人之事由亦不得以之對抗讓受人』如甲債權者乙債務者甲以對乙之債權讓渡於丙而乙只爲同意之承諾並未表示其可以對抗於甲之事由（如履行一部及有相殺之原因又未成年者及詐欺脅迫所結之約皆是）仍得對抗於丙。則讓受人必信其有完全之權利而始爲讓受之行爲若於讓受之後而復起對抗則讓受人不免因之受損矣。故法律不許之。

債務者未留異議。既不得以其事由對抗讓受人。則債務者對於債權者之權利（如相殺等事）不將受其損失乎。是又有法以保護之。第四六八條但書云。『但債

務者因使其債務消滅有所拂渡(交付)於讓渡人時不妨取返之又對於讓渡人而負擔有債務時不妨看做爲不成立者如負千圓之債務已辨濟其一半而債權者忽讓渡他人即可向讓渡者索還其辨濟之額是即有所拂渡於讓渡人不妨取返之之謂也又債務更改之時如金錢千圓改爲米五百石而債權者既將其千元之債讓渡於人則米債即當消滅是即對讓渡人負擔義務看做爲不成立者之謂也凡此皆所以免債務者重出之累也

第三項 指圖債權

指圖債權者謂債權者記載讓渡之旨於證書而得依裏書以爲讓渡之債權也凡指圖債權皆有證書其式如左

證

一金若干圓也

右貴殿又ハ貴殿ノ指圖人ニ御支拂可申候

年月日

乙某(債權者)殿

甲某(債務者)

此證出於債務者而存於債權者債權者若欲將證書上所記之金讓渡

指圖式

何人。必於此證書之裏面。書明其讓渡之旨。法律上謂之裏書。其式如左。

裏書式

表記之金額ハ丙某(即讓受人)殿ニ御支拂可

被成候

年月日

乙某(即讓渡人)具

此裏書可展轉書寫。如甲寫裏書。以讓渡於乙。乙又可寫裏書。以讓渡於

丙。但其讓渡人名氏。須前後相接。一貫書下。如前書甲讓渡於乙。此書乙讓渡於丙。可也。若前書甲讓渡於乙。此書丙讓渡於丁。其中無乙讓渡於丙之接續。則法律謂之「裏書之間斷」不能有效。

無論何種(金錢物品均可)債權之讓渡。可用此指圖之法。但須寫成此式。而後得依裏書以爲流轉。此民法上之原則也。至於商法。雖稍有限制。然如「手形」之類。有雖非指圖債權。而亦可作指圖債權看待者。如「爲替手形」(如中國滙票用於隔地者)「約束手形」(爲彼此直接相約之證)及「小切手」(如存於銀行之金零星去取則用此證)三者是已。茲將爲替手形。附式於左明之。

爲替手形式

證

一金何圓也

右丙某(受取者)又ハ丙某ノ指圖人ニ即支拂可被成候

年月日

甲某(振出人)

住所

乙某(債務者)殿

右式爲記名式也。與上式之「無記名」不同。但亦得依裏書以爲讓渡。故仍作爲指圖債權。並附裏書之式。如左。

裏書式

表記之金額丁某殿ニ即支拂可被成候

年月日

丙某具

此裏書之丙某。即此票原來之受取人。今丙不至乙處

受取。而將其票讓渡於丁。則丙原爲受取人者。今已變爲讓渡人。而丁既受丙之讓渡。則即有丙受取之權利。故可至乙處受取也。

至於約束手形與小切手其式略同惟約束手形爲無記名式小切手則仍爲記名式均詳後更改說中。

又商法中除手形外更有雖爲記名式亦得依裏書以讓渡而同爲指圖債權者即倉庫營業者所發之「預證券」及「質入證券」是也。預證券即取引物之證券。質入證券於發預證券時附給之。以便持券者將其物抵當質押之用。此爲便利起見。此外又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。陸上運送持以取貨者（船荷證券）海上運送持以取貨者（保險證券）損害保險之券非生命保險之券等是也。

以上於指圖債權之性質及種類論之詳矣。下更論指圖債權之讓渡。此仍分二目。曰要件。曰效力。

第一目 指圖債權讓渡之要件

此讓渡之要件。又當分二說。

一 原則 與他債權之讓渡同。只從當事者之意思也。

二 對於第三者之要件 此於第四六九條規定之條文云。『指圖債權之讓渡其證書非有讓渡之裏書且已交付於讓受人不得以之對抗債務者及其他之第三者。』前言指圖債權之讓渡必有裏書故此言讓渡之要件亦必有裏書若無裏書則雖債權者本已讓受而不知持此證書者果爲讓受人與否又不知讓渡之有無間斷與讓受人之權利自正當得來與否故於無裏書之證書債務者可以之對抗讓受人而讓渡人不得以之對抗債務者如甲以對乙之債權讓渡於丙因無裏書之故而乙可對抗丙甲不能對抗乙是也其於債務者以外之第三者亦同按此債務者亦立於第三者之地位故債務者爲第三者其餘則爲債務者以外之第三者。

第二目 指圖債權讓渡之效力

一 原則 與指名債權同。(見前)

二 例外 分三說

甲 關於債務者辨濟之責任 指圖債權之辨濟與他債權不同他債權讓渡之

時必通知於債務者。故債務者得知其債權者之爲誰。指圖債權之讓渡。只以裏書「交付」二者爲要件。而無通知債務者之要件。則債務者不能豫知其債權者。是以關於受取人之真僞。債務者雖得調查。而實無責任。故第四七〇條之規定。曰「指圖債權之債務者。有調查其證書所持人及其署名捺印之真僞之權利。而不負其義務」。其必使債務者有調查之權利者。蓋以指圖債權之辨濟。只以裏書爲憑。若使債務者無調查之權利。則人將利其不辨真僞。而不妨詐欺盜取。作種種之弊端。以希圖冒利。是不獨與所持人以「不當利得」。而且縱之以成其「不法行爲」。非法律意也。故必與以調查之權。使對於詐僞之所持人。得拒辨濟。則可戢其作僞之心矣。

其與以調查之權利。而又不使負義務者。蓋以指圖債權之證書。只以融通爲目的。其展轉傳來。經過者甚衆。倘必使債務者有調查明確之責任。不獨手續煩勞。萬一非對於真債權者履行。則終必賠償損害。將債務者苦其不利。而不發行指圖證書。至不能達其融通之目的。是又生社會上經濟之困難矣。故使債務者不

負調查之義務。雖對於非眞債權者履行亦得有效而免其責。但使眞債權者對於其不當之受領者得依不當利得及不法行爲之訴權以取還其物。是爲至便也。或曰。債務者唯有調查之權利而不負義務。則或任意不爲調查。又或藉口於調查以猥拒辨濟。是亦法律所難禁者。然此可無慮也。蓋債務者於實際上毫不調查。又猥拒辨濟。則所發之指圖債權必失其信用而不能通行於世。其結果歸債務者之損害。故法律雖不過爲拘束而於實際上生此弊害者自少也。

以上論債務者不負義務。皆其責任之輕者。若或債務者有惡意或重大過失。則其辨濟終無效。（見本條但書）如裏書之名氏。或有間斷。又其印記顯然不符。或所持人形迹本屬可疑。（如裏書者爲最上等人所持者爲最下等人之類）此皆易於辨識者。若債務者明知其非而故爲辨濟。是爲惡意。若以疏忽之故而誤爲辨濟。是爲過失。如此者。債務者仍當負責任。而對於眞債權者不得不重爲辨濟。不然眞債權者之權利過於薄弱。其結果仍不免妨害指圖債權之融通也。

乙

除證書所記明之事項外無效。他之債權。只須實有其事。雖未載之證書。而

亦有效。指圖債權。雖實有其事。而但未載之證書。則終無效。例如甲買乙米。未付代價。此時乙出證書於甲。只記載米若干石。並未載及代價之交付與否。其後甲以其證書讓渡於丙。丙若持此證書以取米。則乙不得以未付代價對抗之。又如甲對乙有金錢證書。而乙對甲實有期限之約。但未載入證書。及甲以此證書讓渡於丙。丙不及期而取。乙亦不得以未及期限對抗之。何者指圖債權之效力。全憑證書之記載而生。今證書之上。只載有米而未載及代價。只載有金錢而未載及期。則代價之給付與否。期限之有無與否。丙實不知。夫以不知之故而爲讓受。則法律視之爲善意之讓受人。凡善意之讓受人。債務者不得對抗。故乙不能以證書未載之事項而對抗於丙也。第四七二條云。『指圖債權之債務者。除記載於證書之事項及自證書性質當然生出之結果外。不得以得對抗原債權者之事由而對抗於善意之讓受人。』

此條所謂記載於證書之事項。已於上論之矣。其所謂由證書性質當然生出之結果者。例如寄物於倉庫營業處。雖持其受取之證書。（如預證券及質入證券。

爲倉庫營業人所出者。然非給付倉敷（即倉庫租金）及保管料，則不得取出其物。（參商法第二七七條）蓋倉敷及保管料證書雖未記載，而既有此證書，則必實爲之保管其物，即不能不給付其保管之費。蓋其證書性質之當然也。既爲證書性質之當然，則以此證書讓渡，其讓受人亦必受其影響。故甲或以此證書讓渡於乙，乙若不給付其保管一切之費，則倉庫營業者即可對抗於乙，而不交付其受取之物。即所謂證書性質當然生出之結果也。然除此之外，則雖可以對抗讓渡者，亦不能對抗讓受人矣。

夫指圖債權讓渡之效力，以原則而論，讓受人本得享有完全之權利。然如第四七〇條之規定（即上甲說）債務者有調查讓受人之權利。又第四七二條之規定（即上乙說）債務者得以證書所載之事項及性質當然生出之結果，對抗於讓受人。是讓受人亦有時不能憑證書以享完全之權利者矣。故法律於此二條規定爲例外。

無記名債權者。謂證書上未記債權者之名。而凡屬證書之所持人。即得以債權者看待。是也。但此不可與「持參人拂」之「記名債權」相混。蓋持參人拂之記名債權。於證書之上。記有債權者之名。而又附有持參人拂字樣。無論何人持此證書。即有受取之權利。與通常之「指名債權」非本人不能受取者不同。故第四七一條之規定云：「證書雖已指名債權者。但附記有對於其證書之所持人得爲辨濟之旨。則準用前條指圖債權之規定。」此條即持參人拂債權之規定也。夫持參人拂債權。既得用指圖債權之規定。是與此無記名債權類似。其實不然。蓋彼種債權。乃其債務者欲避辨濟之危險。因以指名債權之本式。第附記持參人拂字樣。以希免調查其債權者之真僞之義務。故法律雖準用指圖債權之規定。而究不得純稱爲指圖債權。且以性質研究之。仍不外於「指名債權」之一種。何者。其證書上既實指有債權者之名。則其所載之持參人。祇可作債權者之使用人看待。而實與無記名不相類也。然則果以何者爲無記名乎。曰此無定程。但依無記名之方式爲之者皆是。如日本銀行之「兌換券」即其一種也。今將無記名債權之讓渡。分二目述之。

第一目 無記名債權讓渡之要件

此讓渡之要件。分二說。

一 原則 亦與指名債權同。(說見前)

二 對於第三者之要件 無記名債權。可作動產看待。故須依動產之規定。必引渡之後。方可對抗第三者。(第八六條三項及第一七八條可參看)

第二目 無記名債權讓渡之效力

此讓渡之效力。亦分二說。

一 原則 亦與指名債權同。(說見前)

二 例外 又分二說

甲 凡證書所未記名者無效 如甲自鐵道會社。買乘車切符。(即乘車票)而未交付賃金。後以其切符。讓渡於乙。乙即持此切符。以求乘車。鐵道會社。不得以未付賃金。拒絕之。何者。甲所未付之賃金。固未於此切符。載明。乙實出於不知。而爲善意之讓受人也。故不得對抗之。

乙 自證書性質當然生出之結果外無效。如鐵道會社所賣之切符並未書明能乘車與否。然但有此切符即可乘車。船票亦然。皆其性質之當然也。設甲以其切符讓渡於乙。則乙持此切符自可乘車。而鐵道會社不得以證書未有乘車明文對抗之。是即其證書性質自然生出之結果也。但於此類證書之外未記明者仍不能有效。

無記名債權。既以動產看待。則凡關於動產之規定皆得適用之。如動產善意之占有者。有即時時效（詳一九二條）則無記名債權於善意之占有者亦有即時取得之權。此其一端耳。

第五款 債權之消滅

債權消滅之原因。爲本款之主論者。凡分五項。

一 辨濟

二 相殺

三 更改

四免除

五混同

右五項之外。猶有當先說明之數原因。試條舉之如左。

一 取消 取消者謂因詐欺脅迫之行為。或「無能力者」之行為。則消去其契約。而使之無效是也。此與前舉五種不同。前五者自有辨濟相殺等之行為。而後其債權無效。取消則於債權成立之初。即視為無效。但於事實上。亦不過使現在之債務消滅也。故為債權消滅之原因。

二 解除 解除者謂將當初所結之約解散而除去之也。此有二種。

(一) 因「解除條件」之成就而解除。如結約之初。言明至某年甲若不歸。則此契約無效。迨至某年。甲果未歸。則解除條件成就。而即將此契約解除是也。(二) 因「解除權」之行使而解除。如當事者所結之約。其一方不履行。則其相手方可行使解除權。令其契約無效是也。然無論因何解除。而其效力均與取消同。且其原因尤較取消為正當。故當為債權消滅之原因。

三 時效 謂時效完成則作爲消滅。例如甲借乙債經過十年（普通時效爲十年）

甲既未償還。乙亦未催告。則債務消滅是也。此亦債權消滅之最大原因。

四 履行之不能 謂債權之目的物迷失而不能履行也。但此專屬特定物而言。如

特定物爲某書。而忽被火燒滅。又或特定請某人描畫。而其人忽死。是皆債權之目的迷失。即謂之履行之不能。故其債權即不得不消滅。此在法律上。雖無明文規定。然第一四五條言損害賠償。必於目的物已失。始可要求。又第五三四條。至五三六條。均以「履行之不能」一語爲前提。則其意可見矣。

此外又有散見於各法律之規定。亦如上四項之未規定於消滅原因中。而實爲消滅之原因者。今不能舉總名以代之。惟略舉實例一二。如相續人滅絕之時。財產歸於國庫。（詳第一千〇五十九條）則相續人之債權者。對於國庫。不得請求債務。是亦債權消滅也。又如合名會社之社員。自會社解散後。經過五年。其會社之債權者。對之不得求其辨濟。（詳商法第一〇三條）是其債權亦消滅也。

以上所論。皆債權消滅之原因。而未規定於「債權之消滅」中者也。故本款之主論則

終以前揭之辨濟相殺更免除混同五項爲要點。試順次論之如下。

第一項 辨濟

辨濟者。因履行而使債務消滅之謂也。辨濟與履行本同。但由債務償還之方面觀之。則爲履行由債權消滅之方面觀之。則爲辨濟。至因辨濟而使債務消滅時。其受辨濟者。對於辨濟者有何義務。辨濟者對於受辨濟者有何權利。此亦最要之二問題也。試分二目述之如下。

一 辨濟受領者之義務

二 辨濟者代位之權利

第一目 辨濟受領者之義務

凡辨濟受領者。(即受領辨濟之人)既有受領辨濟之權利。則對於此權利。亦即有應盡之義務。今將其義務。分爲二類。

一 受取證書(即中國取條之類)之交付 即受領之時。交付一證書於辨濟者。以爲受領之證據。亦即債權消滅之證據也。此證書通常爲債權者所發。亦有時由代

理人之手故不曰債權者之義務而曰受領者之義務。若受領者不給此證書則辨濟者可對抗之而不履行。故第四八六條云：『辨濟者得對於辨濟受領者請求受取證書之交付。』

二 證書之返還 此證書即債權者所執之「債權證書」（即借券）也。蓋凡債權必有證據。既受辨濟自應返還。但「受取證書」之交付當在辨濟之時。債權證書之返還應在辨濟之後。又受取證書雖一部辨濟亦得請求其交付。至債權證書必全部辨濟始得請求其返還。故第四八〇條云：『於有債權證書之時若辨濟者已爲全部之辨濟則得請求證書之返還。』

第二目 辨濟者代位之權利

辨濟者既盡辨濟之義務。然亦有對於此義務而享權利之時。即辨濟者代居於債權者之位而行使其權利是也。此在債務者自爲辨濟時則無此問題。必第三者代爲辨濟。使債務者免其對於債權者之責。而實受其利益。然後代爲辨濟之第三者可代居原債權者之位。而向債務者請求。是即代位之權利也。試分三則論之如下。

一 總論

二代位之場合

三代位之效力

一 總論 分二說

甲 代位之便利 法律爲便利起見。於是認代位之規定。以代位者有利而無害。

也。如乙負甲債。丙代辨濟。則丙即可代居甲位。以行使其對於乙之權利。此時若不許丙代位。而丙對於乙。亦可求償。但不若代位之便利。何也。設乙對於甲之債務。原設有抵當物。丙若於辨濟後。不代甲位。而第求償於乙。將乙或變爲無資力者。並其抵當物。亦歸消廢。則丙不免受損矣。惟許丙以代位。則乙雖無他資力。而丙尚持有抵當物。可變賣填償。是與丙甚便也。且對於債權之甲。亦甚便。何也。丙既可代位。則必樂爲乙代償。因此甲即先得丙之代償。而債權不至歷久生變也。又對於債務之乙。亦無害。何也。乙若不使丙行代位之權利。則丙對於甲。必不樂爲辨濟。而乙對於甲。仍當自爲辨濟。其自爲辨濟於甲。與辨濟於代位之丙。無異。

也。且乙若不自爲辨濟。則甲必行使其抵當權之權利。甲之行使其抵權。與丙之行使其代位權無異也。故許丙以代位。而與債務者乙亦無害。

乙 代位與讓渡之差異 此分二說

天 代位權以求償權之範圍爲限。代位之性質爲救濟自己權利之性質。其權利之範圍以己之所求者爲限。讓渡之性質爲給付他人權利之性質。其權利之範圍以我之所與者爲限。故代位權雖有時比求償權爲大。然其行使時終不出求償權之範圍。而讓渡之權利則無較讓受爲大之理。此一方以如何之權利讓渡。彼一方即以如何之權利讓受。無別設範圍以限制之也。因此生二結果。第一結果。即代位者之求償金額以辨濟金額爲限也。如乙負甲債萬圓。而乙之資力不能勝其債務。丙出而以五千圓辨濟。即得甲之承諾。消滅乙之債務。此時丙代甲位亦只得向乙請求五千圓而足也。若讓渡則不然。如甲對於乙有萬圓之債券。因需用甚急。作五千圓賣之於丙。則丙對於乙仍得請求萬圓。是其例也。

第二結果。即行使代位權時。其債權之性質。依求償權之性質而定也。如民事上之債權。與商事上之債權不同。設原債權屬民事性質。而代位辨濟者屬商事性質。則其求償。即應受商事上之保護。(商事變爲民事者亦同)例如甲負乙債。而某銀行爲其保證人。其甲乙皆爲普通人。是其債權爲民事上之性質。既而甲不履行。某銀行代爲辨濟。則其求償權變爲商事上之性質。其一切保護。(如利息時效等)即應從商事是也。讓渡則不然。民事債權。因讓渡而變爲商事。仍只受民事上之保護。商事債權。因讓渡而變爲民事。仍須受商事上之保護。蓋其債權雖變。而債權之性質仍不變也。因此差異。又生結果之二。結果。一代位之利息。必以求償權爲限也。如甲對於乙有商事債務。而丙以民事代償之。則丙對乙求償。只可以民事利息(年五分)爲限。若對乙求商事利息(年六分)則甲可準不當利得之例。轉而對丙求償。至讓渡則商事變爲民事。利息不因之減少。民事變爲商事。亦不因之加多。以債務之性質未變故也。其不同者。二代位之時效。必以求償權爲限也。如民事時效最長者爲十年。商事時效最長者爲五年。設乙對

於甲之債權爲民事丙以商事代償之則求償之時效亦只適用五年之規定蓋代位者以求償之範圍爲準茲之求償者乃商事故必從商事之規定也若讓渡後之時效無論商事變爲民事民事變爲商事總以原債發生之時效爲主亦以其債權之性質未變故也其不同者二。

地 代位無負擔保義務者 凡債權者爲有償之讓渡時通常必負擔保之義務如讓渡之後債務者若對讓受人不履行債務則當予讓受人以解除契約之權或返還讓受人所出之資或對於讓受人負損害之責皆即其擔保之義務也至代位則不然其對於債務者若不能行使求償之權利而對於債權者亦終不能請求辨濟之返還蓋以代位之辨濟既所自願又對於債務者終得援不當利得之例以求償故雖有危險而債權者無負其擔保之責也。

二 代位之場合 代位之場合有普通與特別二種特別代位之場合即第三九二條二項與第四二二條及四二三條所規定者前已附帶言之(第三九二條詳物權章中第四二二及四二三條詳本章賠償之效果中)今僅言其普通者。

普通代位之場合。即代債務者辨濟之後。而將其所辨濟之債權。取而代之。使歸自己行使也。其種類可大別爲二。

甲 約定代位 即由當事者之意思。結約而得代位者。日本舊民法。及各國多數之法律。皆認。意思有二種。(一)出於債權者之意思。如乙負甲債。丙代償還。而甲即許以對於乙之債權。移轉於丙。而使其代位是也。(二)出於債務者之意思。如乙負甲債。丙代償還。而乙即許以對於甲之債務。移償於丙。而使其代位是也。而日本新民法。只認出於債權者之意思一種。故第四九九條云。『代債務者辨濟者。與其辨濟同時。得債權者之承諾。而得代位』。其曰與其辨濟同時。得債權者之承諾者。蓋至辨濟後。原債權已消滅。無所謂代位矣。

又本條二項云。『第四六七條之規定。於前項之場合。準用之』。此項即謂辨濟者。得債權者承諾時。當通知於債務者之意也。蓋第四六七條。爲讓渡之規定。與此代位不同。而其當通知於債務者則一故。準用之。其曰準用。而不曰適用者。蓋必同一性質。始可謂之適用。茲讓渡與代位。雖皆當通知於債務者。而其性質。

實有不同故只可謂之準用也。

新民法只認「出於債權者之意思」者頗有理由焉。蓋欲處分其物必先有其物之權利。今債務者無債權之權利則不能處分債權。故債權之代位不能出債務者之意思也。然此猶就理論言之。至於事實上若由債務者之意思使人代位則尤有種種之弊。例如乙對甲之債務有抵當物。丙對乙之債務無抵當物。若使債務者得使人代位則乙可命丙以應償己之債。轉償之甲使丙代居甲位而占有其抵當物。而丙原對於乙實負有債務。其轉償於甲之債即其應償於乙者。故其代甲所占之抵當物仍不可不交還於乙。如此則乙可以無抵當之債權（即對丙之債權）而消滅其有抵當之債務（即對甲之債務）是不公平也。又如甲乙丙三人對於丁之土地均有抵當權。而甲之權利最先（凡最先者則最強）乙次之丙又次之。此時丁若償還甲債則依法律上之順序乙即變爲「第一債權者」。其對抵當物之勢力較丙爲強不待言也。若債務者得使人代位則丙可與丁謀出而代償甲債。即以代居甲位則對於抵當物之勢力轉較乙爲強。是使

乙受其損害更不公平也。故新民法之代位。不主張出於債務者之意思。雖各國法律有取此義者。然亦必設法以防其弊。不可爲得也。

乙

法定代位

謂法律上準其代位也。此在日本舊民法與各國民法皆採歷舉

主義而新民法則取概括主義。故五〇〇條云。『付於爲辨濟有正當之利益者

則因辨濟而當然代位於債權者』所謂辨濟有正當之利益者。本應列舉。但其

中事由甚繁。列舉未免掛漏。故條文以正當之利益概括之。今爲舉數例於左。

如連帶債務之一人爲全部之辨濟時。可當然代位。何者連帶債務者之全員皆

爲唯一之債務者。其債權者對於其一人。可請求其全部之履行。而不準其一部

之履行。故此一人欲免自己之責。即不能不履行全部。既爲免自己之責。而履行

全部。則其辨濟爲有正當之利益也。故可代位。

又如保證債務。其保證人爲主債務者。辨濟時亦當然代位。何者主債務不履行

時。保證人若不代爲履行。則不能免自己之責。故其辨濟亦爲正當之利益。而可

代位也。

又如物權所有者既將其物設定抵當權於甲。又將其物售賣於乙。乙若代設定者償還甲債。則當然代甲之位而行其權利。何者乙所買之目的物。先既抵當於他人。則非代設定者辨濟其債務。即不能取得其目的物。故其辨濟亦爲正當之利益。而可代位。

又如物上保證人以自己之不動產代債務者設定抵當權。其人若代債務者辨濟。則亦當然代位。何者債務者不能辨濟時。其物上擔保者若不代爲辨濟。則擔保之不動產難免不受損失。故其辨濟亦有正當之利益。而可代位也。

又如不動產上有甲乙二抵當權者。若售賣此地。必甲先受其利。而後及於乙。設當凶荒之際。其不動產價值甚賤。雖售賣之。亦難償清二債。則乙恐失其利。遂代債務者將甲債償清而已。受其不動產。以自居。第一抵當權者。此亦當然代位。何者不動產之價值既不足償清二債。則其受損者必乙矣。乙爲免其損害而爲辨濟。則亦爲正當之利益也。故可代位。

三代位之效力 分五說

甲 原則 代位之效力可於求償權之範圍內使債權者之債權一切移轉於己

是也。第五〇一條云。『依前二條之規定（即約定法定之規定）而得代位債權者時於基於自己之權利而得爲求償之範圍內凡債權之效力及擔保並其債權者所有一切之權利皆得行使之但須從左之規定』所謂債權之效力者即指「手形」（即時可受取者）及「有執行力者」（如公正證書之類）言也。所謂擔保者如質權。抵當權。留置權是也。所謂一切之權利者如附帶於債權之解除權等是也。凡此等權利但爲其債權者所有則代位者皆得行使之。特不可越求償權之範圍耳。

本條所言之效力在各國法律中。最爲正當。然學者於此。往往存異說焉。有謂代位者。即將債權者之權利。一切移轉。不當以求償權爲限。然此義失之太廣。蓋代位之意。不過使求償權易於行使。非使於求償權之外。別貪意外之利。是先有求償權以爲之主。而後因之代位。故不能不求償權爲範圍也。

又有謂代者。即擔保權之移轉。不必以求償權爲範圍。然此義失之太狹。蓋債權

不必盡有擔保物。若僅限於擔保之移轉。將無擔保者。即不得代位。不又失法律爲便利起見之精意耶。然則代位以求償權爲範圍最爲正當。

如右所說。則代位之當以求償權爲範圍矣。然欲對抗第三者。則又須別具條件。(如下特例是) 即本條但書所謂從左之規定也。

乙 特例 分四說

子 保證人與第三取得者之關係 如甲負乙債。以不動產爲質。(抵當權亦同)其保證人代甲辨濟。則對於其不動產。應行代位之權利。設此時又有第三者。取得其不動產。則保證人對於第三取得者。抑應行代位之權利乎。此一問題也。又第三取得者。或代債務者辨濟。抑得對於保證人行使代位之權利乎。此又一問題也。試分解之如下。

(一) 保證人對於第三取得者。應行代位。何也。保證人既爲辨濟。則先已取得債權者之權利。而第三者之取得不動產。乃其後起之事也。故保證人對之可得代位。但此須附有條件。方可第五〇一條一項云。『保證人非豫於先取特權不動產』

質權或抵當權之登記時附記其代位則對於以先取特權不動產質權或抵當權爲目的之不動產之第三取得者（取得包賣買贈與二者言）不得代位債權者。所謂先取特權者即如債務者破產時得先他債權者取得利益是也。所謂不動產質權者即以不動產爲質於人而已引渡其不動產於質權者也。抵當權則尙未引渡此其與質權異者。凡債權上設有以上等權其保證人於設定之時必於登記簿上豫附記其可以代位而後對於第三取得者即得行其代位之權利。非然者則無效也。

其必豫於登記簿中附記代位者蓋爲保護第三者起見。何則。凡抵當之不動產原可售賣於人。但售賣之時其買主（即第二取得者）必至裁判所調查登記簿以視其登記之情節而豫爲防維。如不動產上只記有質權之類而未記有代位之人則買主俟其質權等之消滅即可給付全部之代價。若給付之後忽有保證人出而代位則買主不免受損。其受損之由來即保證人未於登記簿上附記代位之故也。故法律欲保護第三取得者即不得不設附記代位之規定。且其附記

代位亦甚易（詳不動產登記法第五三條）其附記之登錄稅又甚輕（每一不動產登記納金十錢詳登錄稅法第二條）如此而猶不登記則保證人之自懈也。其能對抗第三者乎。

（二）第三取得者對於保證人不得代位（見第五〇一條二項）何也。如日本登記之法甚爲完備。若不動產上設有抵當權等不難一覽而知。故第三者於其有擔保權之不動產而爲無償取得則可任其債權者隨時奪去。若爲有償取得則一時亦不付代價。是第三者若稍爲注意即可毫不受損而無須代位也。且保證人之地位原甚苦。若準第三者得對之代位而或當代位時債務者已無資力則保證人必爲全部之賠償。是待保證人未免太酷也。故法律於其利害相反之時則寧保護保證人而不保護第三者。其用意亦甚周當矣。

丑 第三取得者與第三取得者之關係 如丁負戊債千圓。以其不動產爲抵當。既而又以其不動產賣於甲乙丙三人。則甲乙丙均爲第三取得者。而此時三人取得之價格共須六千圓。甲出千圓。乙出二千圓。丙出三千圓。設此時甲又代

丁償還戊債千圓。而取得戊之抵當權。則甲對於此不動產。可代戊位。而有優先權。是於乙丙不利也。故法律爲保護乙丙計。只準應甲乙丙三人各取得不動產之價格。分擔甲所代償於戊之千圓。而即應其分擔之數。以爲代位之標準。其分擔之法。當以價格總數六千圓爲法。以甲乙丙各出之價格爲實。而除分之。令甲分所得者爲百六十六圓有奇。是即於其代償於戊之千圓內。自己應分擔之數也。乙分所得者爲三百三十三圓有奇。是即於甲所代償之千圓內。應分擔之數。丙分所得者爲五百圓。是亦於甲所代償之千圓內。應分擔之數。夫既各依其取得之價格以爲分擔。即當各依其分擔之額數。以爲代位。是甲對於乙。只得爲三百三十三圓之代位。甲對於丙。只得爲五百圓之代位。而自己仍應負擔百六十六圓。如是則甲既無所失。而乙丙亦不受損矣。故第五〇一條云：「第三取得者之一人。非應各不動產之價格。則對於其他之第三取得者。不得代位債權者。」今將應價格代位之法。列算式以明之。如左。

| | | |
|------|---------------------|-------|
| 甲代償者 | = 一〇〇〇 | 元 |
| 甲價 | = 一〇〇〇 | |
| 乙價 | = 二〇〇〇 | |
| 丙價 | = 三〇〇〇 | |
| 共價 | = 六〇〇〇 | 元 |
| 法實 | $\frac{六〇〇〇}{一〇〇〇}$ | 元六即甲分 |
| | $\frac{六〇〇〇}{三〇〇〇}$ | 元三即乙分 |
| | $\frac{六〇〇〇}{三〇〇〇}$ | 元五即丙分 |

寅 物上保證人間之關係 如丙之同一債務上。甲以己之不動產。設定抵當權。而為其擔保。乙又以己之動產。設定質權。而為其擔保。此時甲乙之間。無論何人代為辨濟。均可求償。其狀態全與上論之第三取得者同。故亦當依其擔保之價格分擔之。而唯於其所分擔者可互為代位也。故第五〇一條四項云。『前號之規定於以自己之財產供他債務者之擔保者間準用之』

卯 保證人與物上保證人之關係 保證人以其本身為人負義務。物上保證人以其財產為人負義務。皆有保證之性質。設於乙之一債務上。既有保證人。又有物上保證人。則無論何人辨濟均可應求償之範圍內。而互為代位。但其計算之法有二。有依人數計算者。有不僅依人數計算者。試分論之。

(一) 依人數計算 如保證人爲一人。物上保證亦爲一人。則必將其一人所辨濟之額。各負擔其二分之一。始得代位。又或保證人二。物上保證人一。或保證人一。物上保證人二。則必將其辨濟之額。三分之一。使各負擔其一。而始得代位。此第一次計算之法也。第五〇一條五項云。『保證人與以自己之財產供他人之債務之擔保者間。非應其人數不得代位債權者。』

(二) 依人數又依價格 蓋依人數計算。而其中擔保性質有不同者。則又當依價格計算。即第二次計算之法也。如甲爲保證人。乙丙二人。爲物上保證人。共擔保千圓之債務。則每人應分擔三分之一。然或乙丙二人。其擔保物之價格有差。則除甲不計外。而乙丙當應其價格之多寡。再爲計算其計算之法。如左式。甲乙丙共保證債務千元。甲爲保證人。已代償其債務。乙丙爲物上保證人。其擔保物之價格。總爲五千圓。而乙物僅值二千圓。丙物值三千圓。故先依人計算。則甲於其代償之千圓內。應負擔三百三十三圓有奇。其餘六百六十六圓有奇。則歸乙丙二人負擔。而乙丙二人之擔保物。其價格既差。其負擔亦當異。故又當依物計算。

設

$$\text{債務} = 1000 \text{元} = \text{甲代價數}$$

(保證人)

$$\text{擔保物總價格} = 5000 \text{元}$$

$$\text{乙價格} = 2000 \text{元} \quad \text{丙價格} = 3000 \text{元}$$

(物上保證人)

(物上保證人)

則

$$\text{甲分應擔數} = \frac{3333}{元} \dots$$

(依人)

而

$$\text{乙分應擔數} = \frac{6666}{5000 \text{元}} \times 2000$$

(依物)

$$= \frac{2666}{元} \dots$$

$$\text{丙分應擔數} = \frac{6666}{5000 \text{元}} \times 3000$$

(依物)

$$= \frac{3999}{元} = \frac{4000}{元} \dots$$

再以乙除之而五千圓總價額為實以圓有奇六十六以六

之價格二千圓乘之即得乙所負擔之數為二百六十六圓有奇以丙之價格三千圓乘之即得丙所負擔之數為三百九十九圓有奇(收之為四百圓)而甲對之均可按其負擔之數以行其代位之權利其於乙丙代償其債務時亦同故第五〇一條五項但書云「以自己之財產供他人之債務之擔保者有數人時則除保證人之負擔部分外付於其殘額非應各財產之價格不得對之代位」

如右所述。無論何保證。但代爲辨濟。即得代位。然亦須於登記之時。附記明白。而後可對抗於第三者。此宜注意者也。

丙 一部代位 此分二說

天 原則 如一債務有兩保證人時。法律上認其每人只應辨濟一部。其辨濟一部者。即有一部代位之權利乎。此一問題也。又一債務。法律上必爲全部之償還。乃有時辨濟一部分。而債權者亦受之。此其代位應如何乎。又一問題也。學者於此辯論甚多。但日本法律無論其所受之辨濟。爲法律所認與非法律所認。總之。有一部辨濟之事。即有一部代位之權。設甲負乙債千圓。丙出而爲五百圓之辨濟。則甲所供出之抵當物。乙（債權者）有半部之權利。丙（辨濟者）亦有半部之權利。雖其抵當物之價格。或僅值五百圓。適足抵丙所未償之半額。而乙仍須與丙共有之。各得二百五十圓之利益。蓋丙所代償者。爲總債額之半。故其代位亦宜占抵當物之半也。第五〇二條云。『付於債權者之一部。有代位辨濟。則應其辨濟之價格。與債權者共行其權利。』

雖然此一部代位主義。僅日本採之。至外國法律。雖許辨濟者有代位之權。而必須讓債權者。先行其權利。後乃以其餘歸辨濟者。如上例債權千圓。丙僅代償五百。而抵當物之價格。亦僅值五百圓。則應盡歸債權者。而與丙無涉矣。若其抵當物之價格。或值七百圓。則以其五百圓歸債權者。而以其餘之二百圓歸丙代位矣。日本舊民法。亦與此同。

夫外國之採此反對主義者。亦有理由。蓋以設代位制度之意。期與債權者無損。而與辨濟者有益。若準其一部代位。則於抵當物。不足抵償全債時。即債權者受虧矣。然此理由。亦非圓滿之說也。何則。債權之有一部代位者。非由於債權者之疎忽。即由於債權者之貪酷。如約定代位之例。必出於債權者之意思。若稍爲注意。而不受其一部辨濟。或受其一部。而不予以代位之權。則自無此損失也。即法定代位。不能由債權者主張。然其立保證人之初。或只須一保證已足。而不貪其多數保證。即有多數保證。而皆使之連帶。不使其獨立。則亦無此損失也。至於連帶保證。本有要求全部之權利。而乃竟受其一部之償還。又或於他之辨濟者。明

知其力不能償還全部而乃貪一時之利受其一部辨濟又不附以條件使之不得代位。如此而受損失是債權者之處理不善而自取其咎也。然則日本許一部代位不得爲苛待債權者矣。

地 例外 謂因契約未履行而行使「解除權」之權利。惟債權者有之而一部代位者不能有之也。如甲之土地出賣於乙定價千圓乙未付其代價而保證人（保證代價者）丙代付五百圓此時甲或見乙資力不足不欲再請求五百圓之辨濟直於此賣買契約請求解除此固無不可者。若甲不欲解除則保證人丙即不得請求解除。何者凡代位者行債權者之權利必以自己之求償權爲範圍（詳五〇一條）至於契約之解除則出於求償目的範圍之外故於其解除之權利惟債權者甲得行使之而保證人丙不得干涉之也。特甲爲全部之解除時不可不於丙所辨濟之五百圓並其利息返還之耳。故第五〇二條二項云「於前項之場合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）於代位者」

丁 證書及擔保物之交付 債權多有證據於辨濟後。通常皆交付於債務者。至代位辨濟。尤須據證。故必交付於辨濟之人。又擔保物。若非不動產。亦必須交付。蓋債權既受辨濟。自無留此擔保物之權也。第五〇三條云。『因代位辨濟而受全部辨濟之債權者。關於債權之證書及在於其占有之擔保物（指動產言）須交付於代位者。』

然本條係全部辨濟之規定。乃原則也。若一部辨濟。則屬之例外。於第五〇三條二項規定之條文云。『付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」。且使代位者監督其占有之擔保物之保存。』蓋一部辨濟。其證書與擔保物。債權者尚有需用之時。故不能交付於代位者。然既不能交付。則其代位之額。若不記入證書內。則恐債權者或有惡意。復向債務者請求全部。而代位者必因之受害矣。（以不能求償故）又其擔保物。若不使代位者監督之。則恐其保存之法不善。致有損壞及競賣等弊。而代位者亦終必受害矣。故法律於此不能不保護之。按監督之法。或使之注意保管。或供託於他處等類。皆是。

戊 擔保之消滅 擔保物常有因債權者之故意或過失而消滅一部者。如一債

權之上。既有擔保物。又有保證人。則債權者。往往恃有保證人。而遂置擔保物於不經意。或拋棄其抵當權。或毀失其質權之占有物。致擔保物之消滅。而害及於代位者。故法律於此。不可不加以裁制。第五〇四條云。『依五百條之規定。有當爲代位者。時若因債權者故意或懈怠而喪失其擔保。及減少其擔保。則當爲代位者。於因其喪失與減少。至不能受償還之限度內。得免其責。』此條專指法定代位而言。蓋法定代位者。當初雖未代位。而他日有代位之責。已爲債權者所知。夫既知之矣。而乃故意疏忽。致損失其擔保物。使保證人他日不得享代位之利益。則債權者之過也。故保證人得免其責。所謂免責者。即債務者不履行時。保證人無代爲辨濟之責。是也。所謂免責。必於不能受償還之限度內者。例如百圓之債權。其所設之擔保物。全部消滅。則保證人即免其百圓之責。半部消滅。即免其五十圓之責。是也。

相殺亦債權消滅之大原因。分三日論之。

一總論

二相殺之條件

三相殺之效力

第一目 總論

所謂相殺者。即同一當事者間互有權利義務之關係。而於其目的物之價格。彼此相當之範圍內。有不必辨濟。而使雙方之權利義務。自歸消滅之謂也。其曰同一當事者間。互有權利義務之關係者。即甲乙二人同時相對互有債權債務是也。其曰目的物之價格相當者。如甲負乙百圓。乙負甲亦百圓。或甲負乙百圓。乙負甲二百圓。而取其二百圓中之百圓。與之相殺。是皆不出相當之範圍也。其曰不必辨濟。而使雙方之權利義務。自歸消滅者。即彼此結果兩相抵消。無須現金。以爲辨濟是也。如此者。乃謂之相殺。雖然。相殺之義明矣。然果由何時而後。債權債務之兩方。得行使相殺之權利乎。是又有三主義。

一 裁判上之相殺 謂必經裁判所判決而後相殺也。如甲控乙不償已債。乙云所以不償者。以甲亦負己相當之數。遂請裁判所判決相殺。此法律幼稚時代所採用者。而羅馬法盛行之。

二 因當事者意思表示之相殺 謂甲乙二人。無論何方表示其相殺之意思。而但得相手方之承諾。即可相殺。不俟裁判所之判決也。此德意志民法所採用。而日本新民法從之者。

三 法律上之相殺 謂有相殺之原因。而其條件又具備。(條件詳後)法律上即準其相殺。此法國民法所採用。而日本舊民法從之者。

以上三主義。第一主義。必訴之裁判。雖不至再起紛爭。然於事已甚不便。故為幼稚。第二主義。雖較前有進步。然意思表示。尚須時日。亦非簡當。惟第三主義。但有相殺之條件。即認為相殺。既免於爭。又便於事。乃最進步之主義也。然日本新民法。則仍重當事者之意思。而恐其相違。故改從第二主義。

一 省煩費 如甲乙兩方互有百圓之債務。若不準相殺。則兩方必各備百圓。互相轉送。其煩勞實甚。且於經濟上亦大不利。何則。經濟之發達。不在備實貨以爲交通。而在憑信用以爲流轉。自世界各國觀之。富莫如美。而經濟之發達。則英也。故以英與法較。法之正金多英三倍。而取引（即通常商業上收付之用語）上反不如英之便利。則以英憑信用以爲流轉。而法用實貨以爲交通也。若甲以百圓還乙。乙復以百圓還甲。是以百圓之債而占二百圓實貨之用。與經濟之原理固有大背者矣。故相殺爲要。

然此猶就金錢言之。若以商品而論。不許其相殺。亦更有不利。如甲負乙米百石。乙負甲米亦百石。若互相還送。則運輸之費既多。且甲乙必各備米百石。而米之積滯者多。不能爲他事之用。更於經濟不便也。故相殺尤要。

以上相殺之利益。皆就價格相當者言之。即或價格不相當者。如甲負乙百圓。乙負甲二百圓。若用相殺法。則乙只須爲百圓之準備。而甲並不須準備。是仍可省煩勞而節經費也。則相殺制度之用甚廣矣。

二 得公平 如甲乙互負債百圓。自甲一方履行之後。而乙或變爲無資力者。至不能償還。則甲受虧矣。是不公平也。相殺則無此弊。即彼此價格不同時。不能得完全公平之結果。然相殺之數若干。則免於虧損者亦若干。是仍有公平之理存也。

第二目 相殺之條件

相殺之條件。最爲繁雜。今大別之爲二。曰實質上之條件。曰形式上之條件。

一 實質上之條件 此分六說

甲 須有同種之目的 如甲負乙爲金錢。乙負甲亦爲金錢。則無論爲金爲銀爲銅。皆得謂之同種。以其皆有相當之價值。易於推算也。至於物品則不然。如甲乙互負者爲米。而米有上中下三等之分。必其同等者始爲同種之目的。

歐洲法律。及日本舊民法。有所謂「代替物」者。從前學者嘗以此當同種目的之意。此甚混淆也。蓋代替物者。其用甚廣。如本爲金貨。固可代以銀貨。即本爲上米。亦可代以他米。且其代替之契約。嘗由當事者之意思而定。故有同種而不許代替。不同種而反許代替者。就新民法言之。即所謂「不特定物」也。若以代替之說。

當同種目的而許其相殺則金錢債務可代以物品而相殺此物品債務又可代以彼物品而相殺必生無窮之弊矣故日本新民法與德國民法皆用同種目的字樣而不以代替物混淆之實為妥當也

乙 須雙方債務均在辨濟期 雙方債務有同為無期限者有同為有期限者有一有期限一無期限者果以何時為辨濟期而得相殺乎試列表以明之如左

| | | | | | |
|-----|----|-----|------------|----|----------|
| 甲債權 | 千圓 | 無期限 | 發生(本年二月八日) | 期限 | (本年四月十日) |
| 乙債權 | 千圓 | 無期限 | 發生(本年三月一日) | 期限 | (本年三月十日) |

右表其甲乙同為無期限者謂之「單純債務」即以其債權之發生期為辨濟期但雙方之發生期或有先後之不同則以最後之發生期為辨濟期如表中之三月一日是也若甲乙同為期限附者即以期限到時為辨濟期但雙方之期限或

有先後之不同。則以最後到來之期爲辨濟期。如表中之四月十日是也。若甲爲無期限。乙爲期限。則以乙之期限到時爲辨濟期。如表中之三月十日是也。以上皆就期限論者。至「條件附」之債務。則又以條件到時爲辨濟期。而得相殺矣。

丙

須債權性質許相殺者。何謂性質之不許。如兩替（即中國兌換之意）契約。

甲以金貨換乙銀貨。乙不能仍以金貨之債權主張相殺。何者。甲之目的在銀貨。雖金銀本屬同種。而自甲之需用觀之。則不同種也。故不能相殺。又不可分之債務。必全部履行。而不能以其一部相殺。如甲對乙有不可分債務千圓。乙對甲有普通債務五百圓。即不能以其五百圓與其千圓之一部相殺也。又農家結相助之契約。如甲收穫早。乙收穫遲。甲先由乙家借十人之勞力。許於乙收穫時。以十人勞力還之。其人數時間均已約定。如此則不能主張相殺。何也。甲乙需人之時不同。若相殺。則兩方之耕作陷於困難也。

以上三條件。均於第五〇五條規定之。條文云。『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）各債務者付於其相當之額得因

相殺而免其債務但債務之性質不許者（如丙）不在此限」

丁 須當事者表示無反對之意思 第五〇五條二項云。『前項之規定當事者有表示反對之意思時不適用之。但不能對抗於善意之第三者。』本項所規定。即以當事者之意思爲重也。其曰不能對抗善意之第三者。如甲乙互有債權。乙對於甲曾表示不能相殺。後甲以其債權讓渡於丙。適丙對於乙亦有債務。因請求相殺。此時丙若爲善意讓受。則乙不能以與甲所結之約對抗之。蓋乙與甲所結之約。只云甲乙不能相殺。並未言讓渡他人亦不能相殺。而況丙之讓受。尤爲善意乎。故法律不許乙之對抗也。

本項所謂表示反對之意思者。此在交互計算時最多。交互計算者。謂於二人間。就因一定期限內之取引所生債權債務之總額比較相殺。且支拂其殘額之契約也。例如甲乙均爲商人（非商人則無交互計算）彼此互相取引貨物。各登之會計簿。至期（以六個月爲限）則計算一次。總計甲乙互爲相負之數。彼此相殺。或甲一方負額較多。而相殺不能盡。則當以其所剩之殘額。給付於乙。是即交

互計算也。但其相殺之期。必以六個月為限。若於六個月內。既互相取引。而又許其陸續抵消。則交互計算。不能成立。必至兩方債務。無結局之日。其中必有受虧者矣。故凡交互計算。在六個月內時。即已推定其表示不能相殺也。（詳商法第二九一條至二九六條）

戊 須此債權非彼債權差押後所發生者 如左式甲乙互有債權千圓。原可相

| | | |
|----------|----|-----------|
| 甲之債權千圓 | …… | 本年三月一日發生 |
| 乙之債權千圓 | …… | 本年二月八日被差押 |
| 丙(乙之債權者) | …… | 於二月八日差押乙債 |

殺。但甲對乙之債權。乃三月一日發生。而乙對甲之債權。於二月八日已被丙差押。（因乙對丙亦有債務。乙不

履行。丙乃請求裁判所。差押乙對於甲之債權。且差止甲不得支拂。交付其債務於乙。甲若於其債權（對乙之債權）發生之日（即三月一日）以為與乙有相殺之原因。而遂對抗於丙。不受其前日支拂之差止。則有不可何者。乙對甲之債權。已早被丙差押而失其自由處分之權利也。乙既失其權利。自不能主張相

殺。安得。以。甲。之。一。方。主。張。相。殺。乎。故。第。五。一。一。條。云。『受。支。拂。差。止。之。第。三。債。務。者。』
者。即。甲。不。得。依。其。後。差。押。後。所。取。得。之。債。權。以。相。殺。對。抗。於。差。押。債。權。者。』
(即丙)

若甲對乙之債權。在丙差押前。即不妨相殺。蓋法律許甲乙相殺在前。即債權早已發生。而法律許其相殺。而丙之差押在後。是甲之相殺權。強於丙之差押權。故丙又不能抗甲也。

己 須法律上無反對之規定 此可分四例言之

(一) 因不法行為生出之債權不能相殺 第五〇九條云。『債務因不法行為(無故損害他人之權利之行為)而生之時。其債務者不得以相殺對抗債權者。』
如乙對於甲。原有債務。後甲加損害於乙。應令賠償。則甲對於乙。亦有債務。此時甲因不法行為所生之債務。不得主張與乙原有之債務相殺。何也。凡不法行為。在法律上皆有裁制。財產損害。皆在民事裁判。即因債權而傷人甚輕者。亦歸民事裁判。若由甲主張相殺。則裁制之目的。終不能達。而有債權者。隨在可恃。

以傷人矣。甚或因債權不能取得，遂率意加損害於債務者，而恃其債權足以相抵。如此而許債務者（不法行為所生之債務者如甲）主張相殺，是不啻獎勵不法行為者矣。若債務者（即不法行為所生之債務者如乙）主張相殺，則又無不可。何也？此之債務者，既主張相殺，則非其相殺之債務，本可相值，即為其道德心之發生，亦未始非法律之所希望者。故本條只限於其債務者不得主張相殺。

（二）禁止差押之債權不能相殺 第五一〇條云：『債權為禁止差押者，其債務不得以相殺對抗債權者。』債權禁止差押者，其種類甚夥。如養料、義捐、恩給及軍人、教士、職務上之收入，皆是。（詳民事訴訟法第六一條）茲姑就養料言之。養料者，因老者或未成年者，自己不能謀生活，而始設養料以扶助之。若準其差押，是其人仍不能生活矣。故法律特禁止之。若此時受養料者，對於給養料者，負有債務，則其給養料者，即不得主張相殺。何也？法律於其養料，既禁止差押，今若準其債務者（應給養料者）得以其他之債權與養料相殺，是與法律上之精神相背矣。若受養料者，主張相殺，則亦無不可。何以債權之權利，尚可拋棄，況相

殺乎

三) 組合債權不能與他債權相殺

謂組合團體對於外人之債權不得與外人

對於各組合員之債權相殺也。如甲乙丙三人爲組合團體。共對於丁有債權三千圓。是甲乙丙各應有千圓之權利。設甲之一人對於丁亦負債千圓。以理論之。似可於組合債權中取己所應有之一部以與丁相殺。然而不能。蓋組合財產雖爲組合員各出之財產。而實爲組合員共有之財產。故其性質只可以圖團體之發達。而不可便個人之取携。倘組合員中之一人可任意以其持分與私有之債務相殺。是無異以一人而取去組合財產之一分。而使組合失其效力也。故第六七七條云。『組合之債務者其債務不得與對於組合員之債權相殺。』

四) 株金債權不得與他債權相殺

謂株主對於社會應出之金不得以其對於

會社之債權相殺也。蓋凡立株式會社者。必募集株金。承認株金者。對於會社。即有按期給付之義務。設會社買株主之物。應付代價。以理論之。似可相殺。然而不能。此有二理由。(一) 株金之性質不啻會社所供之擔保。乃對於一般人類。而保會

社之信用者。若許株主。得以他債權相殺。則株金減少。即不啻擔保減少。而自失其信用於人矣。(二)株金者。乃眾人組合以營業者。若許相殺。則妨會社之發達。與組合債權之相殺同弊。故商法第一四四條云。『株主者付於株金之拂込(付入之意)不得以相殺對抗於會社。』

以上皆法律上反對之規定。不能相殺者。此外尚有一疑問。即兩債務之履行地不同。亦得相殺與否。此以理論之。似性質不同。而不可相殺。如甲居上海。乙居橫濱。乙對甲之債權。於結約時指定上海為履行地。甲對乙之債權。於結約時指定橫濱為履行地。夫既指定何地履行。則必有何地之利益。若使相殺。則反乎結約之本旨。而債權必有受其損害者。然此不過就性質上言之。若以事實而論。現時交通便利。兩地相隔。雖遠猶近。微獨金錢債務均用「爲替」(即滙兌之意)無須現金。即商品輸送亦需費無幾。故即因相殺而別生勞費(如下段所述)其害終小。法律不能以個人之小害而失相殺之大利也。故仍許相殺。第五〇七條云。『相殺者雖雙方債務之履行地不同亦得爲之。』

但或因一方主張相殺致損害及於彼一方者亦得請求損害之賠償如前例乙對甲之債權指定爲上海履行者或因乙於上海別負債務欲取甲之履行於己者以履行之若由甲主張相殺則乙於上海所負之債勢不能不自橫濱(因乙居橫濱故)籌措輸送上海履行其間運賃及爲替折耗之損金皆甲之主張相殺遺之害也故得對於甲請求賠償第五〇七條但書云『爲相殺之當事者對於其相手方所因相殺而生之損害須賠償之』

二 形式上之條件 即相殺之方法依意思表示以爲之者也意思表示於民法總則中論之玆僅言其關於相殺者第五〇六條云『相殺者依當事者之一方對於其相手方之意思表示而爲之但其意思表示不得附條件或期限』其曰對於相手方表示者則其對於第三者不得表示也曰因當事者之一方者則無論何時皆可表示而不必因相手方之請求也曰不得附條件或期限者則以相殺爲債權消滅之時若再附條件或期限則必於權利義務上生複雜之狀況而相殺不得成立矣故法律不許之

第三目 相殺之效力

凡相殺之後。則雙方債務均爲消滅。與實在辨濟者同一效力。但以相當之金額爲限。
 (詳五〇五條譯見前) 如甲乙互負。皆爲千圓。是也。若甲負乙千圓。乙負甲二千圓。則其多出之千圓。不能消滅矣。

此中尙有一充當之問題。即甲對於乙。有兩債務。乙對於甲。只一債務。其相殺之時。果以甲之何債務充當乎。此以甲之意思表示爲主。甲無表示。則從乙。乙無表示。則從法律之規定。蓋相殺之效力。與辨濟同。即可用辨濟充當之規定也。第五一二條云。『第四八八條至第四九一條之規定(即辨濟充當之規定)相殺準用之』

以上所論之效力。乃原則也。然有例外。即相殺之時。有「遯及力」之效力。是也。第五〇六條二項云。『前項之意思表示。遯及雙方債務。適當相殺之始。而生其效力』。此云適當相殺者。即條件具備之謂也。爲表以明之。如左。

甲之債權

本年一月一日發生

如上表甲乙皆爲無期限債權。即以後來

乙之債權

同年二月一日發生

發生之日。爲相殺之日。以其條件具備。

相殺表示 同年二月十日

遯及效力 同年二月一日

故也。乃至二月十日始表示相殺，故可遯及於二月一日而生效力。

法律上之許有遯及方者，蓋以條件具備即可相殺。但有時雙方或俱忘其條件已備者，或其一方因圖利益而不願相殺者，如甲負乙債，利五釐，乙負甲債，利一分，則甲不願殺，惟遯至二月一日，使雙方皆不付利息，則獲利少者，其不利益亦少，獲利多者，其不利益亦多，而兩得公平矣。故法律許其有遯及力也。因此生二結果如下。

一 關於時效之結果 即一債權已因時效消滅，一債權尙未消滅，得因遯及力而

| | |
|----------|----------|
| 甲之債權(商事) | 子年一月一日發生 |
| 乙之債權(民事) | 子年三月一日發生 |
| 表示相殺 | 巳年二月十日 |
| 遯及效力 | 子年三月一日 |

相殺是也。如左表甲爲商事債權，於子年一月一日發生，乙爲民事債權，於子年三月一日發生，以原則論，此時應即相殺，乃或因事故遷延，至巳年二月十日始表示相殺，則乙之債權雖存，而甲之債權因商事時效(以五年爲限)計算，則自子年一月一日至巳年

二月十日早已消滅矣。以理論之，甲不能主張相殺。然因乙之債權尚未消滅，則甲可以遯。至子年三月一日（此乙債權發生時，甲債權亦未消滅）與之相殺，法律蓋不欲甲之一方受損也。故五〇八條云：因時效而消滅之債權，於其消滅以前，有適當相殺之場合，其債權者得為相殺。按債務雙方有辨濟期者，必其最後之期限到時（如乙之三月一日）始得表示相殺。今不論其期限，而第言時效消滅，亦得主張相殺者，以甲時效消滅之日，猶在乙期限到來之日後故也。

二 關於讓渡之結果 即債權已經讓渡，苟於其受讓通知前，具備相殺之條件，亦得因遯及力而主張相殺也。如左表甲之債權為本年一月一日發生，乙之債權

甲之債權 本年一月一日發生

乙之債權 本年一月十五日發生

讓渡通知 本年二月一日

遯及效力 本年一月十五日

本年一月十五日發生。此時條件已備。本應相殺，而或因事故遲誤，至本年二月一日，而甲忽通知於乙，謂其債權已讓渡於丙，則依第四六八條所規定（即債務者於受通知時對

讓渡人所生之事由得對抗讓受人乙仍可遯及一月十五日而主張相殺。以使甲二月一日之通知無效也。

第二項 更改

更改亦消滅之一原因。今分三目述之。

一 總論

二 更改之要件

三 更改之效力

第一目 總論

更改之義有廣狹之殊。廣義曰更改者謂使舊債務消滅而以其新債務代之之契約也。此各國法律所同採者。狹義曰更改者謂因變更債務之要素以新債務代舊債務之契約也。此專重變更債務之要素而為日本民法所獨採者。故第五一三條一項云。『當事者為變更債務之要素時其債務因更改而消滅』

所謂變更債務之要素者當於後要件中詳言之。今言其略。即(一)曰變更債權者之更

改。(二)曰變更債務者之更改。(三)曰變更債務之目的之更改是也。蓋債務之要素即債權者與債務者及目的故必更改此三者而後其契約得享更改之效力也。

日本既於要素變更者始謂之更改故凡變其債務而非變其要素者終不以更改視之。如普通債務變爲「約束手形」(詳後)債務又代金債務(即買人之物負付金之義務是)變爲「貸借債務」各國皆謂之更改而日本獨不認之即以此二者皆未變更要素也。又羅馬法於變更目的仍不得謂之更改而日本則獨謂之更改以目的物爲債務之要素也。

觀以上諸說則知日本之所謂更改者必在變更債務之要素故謂狹義之說專爲日本民法所採者。

更改之義雖在變更債務之要素然關於債務變更之行爲猶有類似更改而實非更改者此又不可不辨焉。今將與更改類似之行爲分三說辨之如左。

一 更改與讓渡之差異 此即與更改債權者類似之行爲也。蓋債權之更改與債權之讓渡同爲移易債權者似無差異。德國民法不認更改只認讓渡以此故耳。然

更改與讓渡。其外觀之形式雖同。而當事者之意思實異。更改爲舊債消滅。新債發生。有新陳代謝之意。讓渡則仍是一債並無消滅。不過由此而移之彼耳。因此差異。遂生種種之結果。如下。分六說。

甲 性質同不同之差異。更改爲新陳代謝之意。故其更改後之性質與原債權之性質多有不同。讓渡則原債並未變更。故其讓渡後之性質與原債權之性質無有不同。因此又生結果之結果。如下。分三說。

天 因性質不同。故更改可變商事債權爲民事債權。而讓渡則不能也。因此再生結果之結果。如下。分五說。

(一) 關乎連帶者。如三人爲商於商事上。同負連帶債務。若其中之一人。因更改而變爲民事債務。則其人無連帶之責。至讓渡則不能何也。因讓渡之性質無不同。即無商事變爲民事之不同。故即不能以連帶者變爲不連帶。

(二) 關乎利息者。如日本商事利息年六分計算。民事利息年五分計算。更改則商事可變爲民事。故利息亦可因之而變。讓渡則無其事。

- (三)關乎取引時間者 凡商事債權。取引時間。定有規則。如日本銀行。過午後四時。即不能取引。是也。民事債權。但在午後十二時以前。均可取引。更改。既可變商。事爲民事。則取引時間。亦隨之而異。讓渡。則無其事也。(參觀商法第一八二條)
- (四)關乎留置權者(如甲負乙債。乙占有甲物。乙因甲未償債。遂留置其物。而不還是) 謂之留置權。蓋商事與民事。其留置權之規定。各有不同。商事上之規定。其留置者。不定爲債權所發生之目的物。如甲乙通商。甲因商行爲。至負乙債。乙亦因商行爲。占有甲物。兩事。原不相關。殆至甲不償債。乙即可留置其物品。而不還。(詳商法第一八四條)此爲保商起見。故其留置權之力。大也。民事。則非關於債權發生之目的物。不能留置。故商事債權。改爲民事債權。往往於有留置權者。變爲無留置權。而讓渡。則無是也。
- (五)關乎時效者 商事時效。原則定以五年消滅。民事時效。原則定以十年消滅。若商事債權。改爲民事債權。則時效。亦因之增長。讓渡。則無此。且更改之時效。由更改之日起算。讓渡。則從原有之日起算。此又其異也。

地。因性質不同，故更改有時效長短之變。而讓渡無之前言，時效不同者，乃商事與民事之差異。茲所言者，則商事與商事、民事與民事之各不同也。商事債權普通時效爲五年，其餘則有三年、二年及六月之異。民事債權普通時效爲十年，其餘則有五年、三年及一年之殊。（詳民法總則時效消滅章）故無論商事仍改爲商事，民事仍改爲民事，但既更改，則有時變長效爲短時效，或變短時效爲長時效者，若讓渡則原債仍在，無時效之變也。

人。因性質不同，故更改則有「留置權」及「先取特權」之變更，而讓渡無之。如乙對於甲，有商事債權，同時對於甲，有留置權。後因債權者之更改（債務者之更改亦同），易乙而爲丙，則不得以對於甲之留置權，亦改爲丙有之也。故有時有留置權之債權，因更改而變爲無之者，於先取特權亦然。若讓渡則乙對於甲之留置權，即於債權讓渡時移轉於丙，而不得變有而爲無矣。按前言留置權之不同，乃就商事與民事之差異言之，此則專就一事上論其不同也。

乙。執行力有無之差異。如原債務有執行力者（如公正證書之類），因更改而

變爲無執行力。或原爲無執行力者。因更改而變爲有執行力。皆以新陳代謝之故。而讓渡則債權之有執行力與否始終不變也。

丙 時效起算之差異 凡債權無論有期限與無期限。但既經更改。則新債發生。即其時效起算之點。亦從之再發生。故雖原債權時效將滿。而一經更改。則時效伸長。若讓渡。則原債未變。故原有期限者。仍自其期限到時起算。無期限者。仍自其原債權發生時起算。而無時效中斷之效力也。按前言時效不同者。亦就商事與民事之差異言之。此則專就一事上論之。

丁 要債務者承諾與否之差異 更改必須三人（即更改之當事者及債務者）合意。乃能成立。故非債務者之承諾。則其更改無效。若讓渡則只須當事者合意。即可。雖亦當通知於債務者。不必定得其承諾而後有效也。

戊 擔保權移轉與否之差異 更改則舊債務消滅。故其債權之保證人。或物上擔保。皆應隨主債務消滅。就無特約者言。而不必移轉於發生之新債務也。（參觀第五一八條但書）至讓渡則其擔保債務皆當移轉於讓受人。

以上所論皆債權更改與債權讓渡之差異也。

二 更改與引受之差異 此即與更改債務者類似之行爲也。蓋債務更改即消滅原債務者之債務而別易一債務者。債務引受即承受他債務者之債務而別易一債務者。二者皆爲債務者之移換頗相類似。故德國法律只有引受而無更改。日本則只有更改而無引受。（法國與日本同）以此二者有一即可達其目的。惟各隨其國之習慣而用之。日本蓋習慣於更改者也。

更改與引受雖似而其效力實有不同。更改必消滅前債務者之債務。是謂更新債務。引受只承受前債務者之債務。是謂承繼債務。故日本欲以更改達引受之目的終不能純以更改契約行之。必須附一條件。曰凡新債務者之內容一切如前債務者斯可也。即德國欲以引受達更改之目的亦不能純以引受契約行之。必附一條件。曰待舊債務消滅後此債務始發生斯可也。蓋更改與引受實不能無差異也。

三 更改與代物辨濟之差異 此即與更改目的類似之行爲也。蓋目的更改即如金錢債務改爲不動產是代物辨濟。亦如金錢債務代以不動產是二者皆爲目的。

物之更改故頗相似。然其效力實有不同。欲明其故。可分三說。

甲 充當之不同 如原債之目的爲金錢。既改爲不動產。則日後履行終當以不動產充當之。若代物辨濟。則於履行時用何物充當。可隨意爲之也。

乙 時期之不同 代物辨濟。既於履行時任意充當。則必爲即時履行者。而更改則如一新債務發生。可附以期限。俟期限到時始爲履行。

丙 當事者之意思不同 代物辨濟之意思在消滅債務之目的。而以後不負義務者。更改之意思在消滅舊債務之目的。而仍有負新債務之義務也。

以上三說。皆債務目的更改與代物辨濟之差異。有此差異。故代物辨濟仍只用辨濟之規定。而不能用更改之規定。因此又生四結果。

子 對於準占有者之有效與否 代物辨濟對準占有者亦得爲之。從辨濟之規定也。（詳第四七八條譯見前）若更改則對於準占有者得爲與否。法律無規定之明文。故知非對於當事者爲之不可。

丑 對於證書持參人之有效與否 代物辨濟對於受領證書之持參人。（即持

證書以受取者亦得爲之。從辨濟之規定也。(詳第四八〇條譯見前)若更改則對於持參人得爲與否。法律亦未規定之。故知非對於當事者爲之不可。

寅 債權證書之交付與否 凡代物辨濟經辨濟之後亦須交付證書。從辨濟之規定(第四八七條譯見前)也。若更改則無特約者其交付證書與否須任債權者之意。蓋債務更改有時起於特別之原因。若無舊債務之證書往往不足以證債務之真實。故債權者常留置之以備爭訟時之調查也。

卯 代位之有無 代位雖有法定約定之不同。然既代債務者履行即應有代位之權利。故代物辨濟亦得代位。因適用辨濟之規定(第四九九條以下譯俱見前)也。若更改則前之主債務消滅。即保證債務亦隨之消滅。更無代位之可言。

第二目 更改之要件 分三說

一 原則 更改之要件有三種。一債權者。二債務者。三債務目的。已於前略述之矣。茲更言其最要者。分二說。

甲 必要契約 凡更改以契約而明者也。故歐洲法律往往於法文記明爲更

改契約則更改之。當依契約固各國之所採用者也。但契約之結成亦不一致。有必須四人合意者。如原債權債務之兩方及新債權債務之兩方是也。有必須三人合意者。如原債權債務之兩方及新債權者或新債務者是也。有只須二人合意者。如原債權債務之兩方更改其債務之目的物是也。

乙 必要變更債務之要素 債務之要素已於前舉之。即債務目的與債權者及

債務者是也。然必以此二者為要素者。蓋債權者即為「要求權」非先為之確定其目的則無復可要求者。而債權不能成立故必須目的。又無債權者則無要求之人。而債務復向誰負擔乎。故必須債權者又無債務者則無受要求之人。而債權復向誰存在乎。故必須債務者。是此三者為債權之要素不俟疑也。所可疑者。即債務多由法律行為而生。則債務之要素與法律行為之要素抑同乎否乎。然此實不同。蓋法律行為之要素在意思表示及其行為之目的。而債務之要素則在債權者與債務者及債務之目的。此已不同矣。且專就目的言之。則債務之目的為由債權者求其債務者給付金錢或移轉其所有權或為一定之勞務等行

爲也。法律行爲之目的，則法律行爲之當事者，或欲發生何事，或欲作爲何事，但依乎法律行爲者，即無不可。是法律行爲之目的，能包一切條件於其中，其範圍甚廣。債務之目的，則不能包含條件，而專指行爲之內容言，其範圍甚狹也。目的既不同，則不得謂法律行爲之要素與債務之要素同矣。知此而後，可言債務要素之更改。夫債務之要素，既有三，則仍順次論其更改如下。

天 債權者變更之更改 如原債權者爲甲，今改而爲丙，是也。此甚單純，無容贅述。

地 債務者變更之更改 如原債務者爲乙，今改而爲丙，是也。此似單純，而實複雜。即如普通債務，變爲手形債務（負債者發票於人，以代給付之類），或手形債務，依裏書方法，以爲變更，果得爲更改與否，是也。此之問題，甚爲困難。欲明其故，須先知手形之種類，手形種類，歐洲諸國，各有不同。今就日本言之，約分三種。

（一）爲替手形式，詳前欸指圖債權中，可參看。

此手形須債權者與債務者，隔地而居，始適用之。如橫濱乙某，對於上海甲某，負

有債務。上海甲某對於東京丙某。又負債務。以原理而論。應由甲向乙取得。再以付丙。今甲不向乙取。只發手形於丙。（發手形者日本謂之振出人。即此例之甲是）使丙至乙處受領。此果爲甲負丙之債務。更改至乙乎。歐洲學者各說不一。有謂此爲移轉者。有謂此爲更改者。日本新民法則取更改之說。第五一三條二項未段云：「代債務之履行而發行爲替手形亦可視爲債務之要素變更者。」日本新民法採更改之說。頗有理由。蓋未發手形之時。甲對於丙。實有債務。今發手形於丙。以代債務之履行。是甲對丙之債務。即可因手形而消滅也。又未發手形之時。丙對於乙。毫無關係。今發手形於丙。則丙可至乙處受取。是丙對於乙之債權。又因此手形而發生也。且因是之故。乙前負甲之債務。今不向甲履行。第向丙履行。則純爲債權者之變更也。丙前對甲之債權。今不從甲領取。第從乙領取。又純爲債務者之變更也。債權債務兩方變更。故直可謂之更改。而不可謂之移轉。（移轉包債權讓渡及債務引受而言）如必謂爲移轉。則將謂甲之發手形於丙。爲以對於乙之債權。讓渡於丙乎。然甲之發手形於丙者。實爲履行自己之債務。

(甲原負丙債)明明非讓渡也。將謂乙之履行於丙。爲以甲對於丙之債務。引受於己乎。然乙原對甲。實負債務。今不履行於甲。而履行於丙。亦實爲消滅自己債務。而非消滅甲之債務。又明明非引受也。是故以爲替手形爲債權之移轉。實有不通。此日本所以取更改之說也。

(二)約束手形 附式如左

一金何圓也

右之金額何年何月何日貴殿(即乙)又ハ貴殿之指圖人ニ支拂可申候

年 月 日 住所 甲 某(振出人)

乙 某 殿(支拂人)

此手形。無論隔地與否。均得適用者。例。如甲負乙債務。因發此手形於乙。令其至

期。持此以請求。以爲彼此相約之據。此果爲更改與否乎。日本民法不認爲更改。以要素未變更也。然亦有疑問。即原債務爲普通貸借債務。今改爲手形債務。則其效力較原債務爲強。似可謂之更改。然效力強弱之變更。實不得謂之更改。如尋常債務。其效力本弱。迨經裁判所判決後。（可強制執行）其效力變爲強。而債務究仍是也。又私署證書債務。其效力原弱。後改爲公正證書債務。（亦可強制執行）其效力變爲強。其債務亦仍是。均不得謂之更改也。故普通債務變爲約束手形。亦不過效力之變更。而非要素之變更。則亦不得謂之更改。

（三）小切手 附式如左

一金何圓也

渡先（即先已交存之意）

右之金額丙某殿（受取者）又ハ其持參人ニ御
支拂可被成候

年 月 日 住所 甲 某 (振出人)

乙 某 殿

此手形。大概與銀行爲取引(即收付之意)者用之。如甲存金於乙銀行。銀行與之小切手。以便支取。既而甲負丙債。乃將已所受於銀行之小切手。發行與丙。使丙向銀行支取。(限七日過期則無效)是即小切手之致用也。由此觀之。是小切手之性質。似與爲替手形無異。爲替手形。既謂之更改。則凡於普通債務。發行小切乎者。亦應謂之更改。然而不能。何也。蓋持爲替手形。以請求債務。習慣上無有不爲給付者。惟必爲給付。故乙之債務。得更改於甲。若小切手。則債務者無必定給付之意思。如前例甲以存於乙銀行之金。償還丙債。因與丙以小切手。命其自行去取。此時乙銀行。若不爲給付。則甲對於丙之債務。仍存在而不能消滅。既不能消滅。債務則無所謂更改矣。且由當事者之意思觀之。亦不得謂爲更改。何也。甲之發小切手於丙者。不過爲便利起見。雖丙於領取之後。甲債得因之消滅。而

當其發行之初。甲實無期於一定消滅之意思也。又丙持此手形。以請求於乙銀行者。不過因甲曾置金於銀行。而非有以乙銀行爲債務者之意思也。又乙銀行之對於丙給付者。不過視丙爲甲之持參人。而非有以丙爲債權者之意思也。按之各當事者之意思。並無有變更要素之意思。故日本法律不認此爲更改。

以上於手形之性質。既述明矣。雖然付於手形之中。猶有一疑問。即依裏書裏書圖說俱詳前指圖債權中方法。以爲移轉。果得爲更改與否是也。此在法律無規定之明文。但據學理而言。則純爲要素之變更。實不可不謂之更改也。即以爲替手形論。如丙（裏書人）償丁債。不以現金履行。只以由甲（振出人）所獲之手形裏書之而給付於丁（所持人）以免其義務。而丁即持此手形向乙請求。因乙原負甲債。今甲又負丙債。故甲以爲替手形與丙。使丙向乙受取。丙乃於負丁債時。將此手形裏書之以付丁。使丁向乙受取。故丁可向乙請求也。是丙對丁之債務。由此消滅。而乙對丁之債務。由此發生。純爲債務者之更改也。雖有時丁向乙請求。乙或不爲給付。則丁似可責丙賠償（以丙爲裏書人故）然自丙觀

之。則。振。出。人。甲。實。爲。債。務。者。故。乙。不。爲。給。付。時。則。所。持。人。丁。得。對。於。甲。請。求。賠。償。何。者。以。丁。之。責。令。賠。償。者。非。原。來。之。債。務。乃。手。形。之。債。務。而。手。形。實。爲。甲。出。即。甲。當。爲。債。務。者。故。丁。可。不。必。責。丙。賠。償。只。代。行。丙。之。權。利。請。求。甲。爲。賠。償。（但。丙。當。連。帶。負。責）可。也。夫。丁。既。不。請。求。原。來。之。債。務。而。只。請。求。手。形。之。賠。償。是。即。丙。之。債。務。得。依。裏。書。而。更。改。明。矣。

又。於。約。束。手。形。爲。裏。書。時。尤。不。得。不。謂。之。更。改。何。也。如。乙。償。丙。債。不。以。現。金。履。行。只。以。由。甲（振。出。人）所。得。之。手。形。裏。書。之。以。付。丙。令。丙。向。甲。請。求。以。免。乙。對。於。丙。之。義。務。夫。乙。對。於。甲。其。初。即。爲。主。債。權。者。也。今。乙。以。其。手。形。履。行。於。丙。以。免。自。己。之。責。是。乙。不。啻。以。對。於。甲。之。債。權。代。對。於。丙。之。債。務。也。則。乙。所。有。之。原。債。務。者。（即。甲）今。變。而。爲。丙。有。乙。所。有。之。原。債。權。者。（即。丙）今。變。而。爲。甲。有。是。即。債。權。者。與。債。務。者。同。時。變。更。之。更。改。也。

至於小切手爲裏書時。亦得謂之更改者。則與爲替手形同一理由。如丙負丁債。以由甲處所得之小切手。裏書之以付丁。使丁向乙銀行請求。若乙銀行不爲給

付。則。振。出。人。甲。當。即。賠。償。（此。與。爲。替。手。形。請。求。甲。賠。償。同。一。理。由。）是。即。以。甲。對。於。丙。之。債。務。代。丙。對。於。丁。之。債。務。而。爲。債。務。者。變。更。之。更。改。也。

以上所述。無論何種手形。但依裏書移轉。即得謂之更改。已無疑義矣。雖然。此外。尚。有。一。契。約。可。使。債。權。者。與。債。務。者。同。時。變。更。如。左。式。甲。對。乙。有。債。權。乙。對。丙。又



有。債。權。其。後。乙。與。甲。丙。結。約。使。甲。對。於。己。之。債。權。直。請。求。於。丙。丙。對。於。己。之。債。務。直。辨。濟。於。甲。此。果。爲。更。改。

否。乎。以。理。論。之。丙。之。債。權。者。原。爲。乙。今。變。而。爲。甲。甲。之。債。務。者。原。爲。乙。今。變。而。爲。丙。債。權。債。務。之。兩。方。同。時。變。更。則。應。認。之。爲。更。改。然。日。本。於。此。種。契。約。不。謂。之。更。改。只。名。曰。囑。託。謂。乙。囑。託。甲。代。己。請。求。於。丙。又。囑。託。丙。代。己。辨。濟。於。甲。也。蓋。此。等。契。約。丙。若。不。代。乙。辨。濟。則。乙。仍。當。任。其。責。非。於。更。改。契。約。之。消。滅。原。債。也。故。只。謂。之。囑。託。

人。債。務。目。的。變。更。之。更。改。如。債。務。本。爲。金。錢。後。變。爲。不。動。產。或。本。爲。不。動。產。後。變。爲。金。錢。皆。謂。之。目。的。變。更。之。更。改。無。疑。也。其。有。可。疑。者。則。數。量。以。多。少。

輕重言）與品質（以美惡高下言）之變更。如債務爲千圓。後變爲五百圓。或債務爲上米。後變爲中米。此亦得謂之更改乎。日本舊民法則不認此爲更改。新民法認之。

雖然。新民法於數量品質之變更。固認爲更改。然或於當事者之意思。有不認爲更改時。則亦仍從其意思。試即量數之說。以舉其例。如原債爲千圓。後變爲五百圓。應謂之更改。而當事者若曰。此係免除五百圓。則雖有一部之消滅。而無一部之發生。其原債仍存。不得謂之更改也。又如原債千圓。後更爲二千圓。應謂之更改。而當事者若曰。此係增加千圓。則雖有一部之發生。而無一部之消滅。亦仍爲原債。不得謂之更改也。必當事者之意思。在一面舍舊一面謀新。則爲更改矣。又有原爲條件附債務。後變爲無條件附債務者。如前約云。此債俟甲歸時。則償。後並不拘定甲歸時。是也。有原爲無條件附債務。後變爲條件附債務者。如前約但曰。此債當償。後則曰。必俟甲歸時始償。是也。又有原爲此條件。後變爲彼條件者。如前約云。此債俟甲歸時償還。後改云。俟乙歸時償還。是也。如此者。皆得謂之

更改。第五一三條二項云。『以條件附債務爲無條件債務於無條件附債務而附以條件。又或變更條件。皆視爲債務之要素變更者。』

夫條件變更之影響。自及於債務之目的。其爲要素變更。無待言也。即爲更改。無待言也。又何須特爲規定。然此條之特爲規定者。蓋因舊民法有不認條件變更。爲要素變更之明文。故本條特爲揭出。以表明之也。

又期間之變更。無論其有有無長短之差。而終不得謂之更改。以期間不過爲債務償還之標準。只與債務爲附屬。而非債務之要素也。故其變更。與目的之變更。無關。雖羅馬法或認爲更改。而現今各國。則皆不認之。日本亦不認之也。

日本舊民法。認原因之變更。爲更改。新民法。則認目的之變更。爲更改。故因買賣所生之債務。後與當事者。結約。改爲貸借所生之債務。(即消費貸借。詳第五八八條。舊民法。謂爲更改。原因變更。故新民法。不認之。何也。蓋所謂更改者。必可相互者也。今買賣發生之債務。改爲貸借所生之債務。固可。而貸借所生之債務。改爲買賣發生之債務。豈可乎。此不通之論也。故由買賣債務。變爲貸借債務。自

從貸借之規定。(詳後)不必謂爲更改使生奇異之象也。

二 特例 又分二說

甲 債權者交替之更改之特別要件 此之特別要件者謂對於第三者必有確定之日附證書是也。第五一五條云。『因債權者交替之更改非以有確定日附證書不得以之對抗於第三者』此云第三者即指債權者所交替之人其必須定日附者所以防欺詐也。如甲對於乙之債權已讓渡於丁而又更改於丙則讓渡有效而更改無效以更改在後也。或先更改於丙而後讓渡於丁則更改有效而讓渡無效以更改在前也。而欲辨其孰前孰後則以證書之日附爲標準。設甲乙丙通謀以其讓渡於丁之債權而更改於丙將其更改於丙之日期移於讓渡於丁之前是使丁之讓受因之無效而受害是即詐欺之弊也。故非有確定日附之證書(參看前指圖債權)不得以之對抗於第三者。

乙 債務者交替之更改之特別要件 此之特別要件即在當通知於債務者也。故第五一四條云。『因債務交替之更改以債權者與新債務者之契約得爲之』

但不得反乎舊債務者之意思。』夫既曰不得反乎舊債務者之意思。則必通知於舊債務者明矣。此與債權之讓渡及代位辨濟同一精神。而皆恐反乎當事者之意思也。必舊債務者受通知時。無反對之意思。而後其更改有效矣。

第三目 更改之效力 分二說

一 原則 更改之效力。一言蔽之。曰使新務發生。舊債務消滅而已。若新債務不發生。則舊債務斷不能消滅。何則。更改者。乃唯一之法律行為。而舊債之消滅。與新債之發生。有相互之關係。而不可離而為二行為者也。故第五一七條云。『因更改而生之債務。為不法之原因。或因當事者不知之事。由而不成立。或被取消時。則舊債務不消滅。』此條即謂新債務不發生。而舊債務不能消滅也。試分三說詳之。

天 新債務因不法之原因時 如甲負乙債千圓。乙與甲更改云。爾若代我殺丙。

則債務可不償還。是應消滅千圓之舊債。而發生殺丙之新債也。然殺人。非法行為也。因非法行為而生之債務。無認其成立之理。故千圓之舊債務。仍不能消滅。

夫殺人之爲不法行爲。猶人所共知也。然往往有當事者不知爲不法行爲。而法律仍認爲不法行爲者。如發行富籤（即彩票）在日本爲不法行爲。或不知其爲不法行爲者亦有之。設甲負乙債千圓。乙與甲更改云。爾代我發行富籤若干。即可免其債務。是應消滅甲千圓之舊債。而發生其代發富籤之新債也。然富籤之發行既爲不法行爲。則代發富籤之義務亦無認其成立之理。故舊債仍不能消滅。

地 新債務不可能時 如甲負乙債千圓。乙與更改云。爾若能至月界履行。則可免其債務。是應消滅千圓之舊債。而發履行月界之新債也。然月界之果可到與否。吾人雖不可知。然就現今論之。究爲不可能之事也。若兩人合意而結此契約。是明知其不能而結之。則舊債務即可作爲免除。若不知其不能而結之。則作爲不成立。而舊債務仍不可消滅。

人 新債務者無能力時 如舊債務者有能力。新債務者無能力。債權者實出於不知。而漫與更改。其後由無能力者取消之。則舊債務仍不消滅。以新債務之被

取消與不發生同也。但此就不知者言之。若明知新債務者無能力而故與更改。則以其舊債務作爲拋棄看待而消滅矣。按取消行爲原包無能力者及詐欺。強迫於其中。然詐欺強迫者不適用於此條。以此條之取消爲債權者不知之事。由而詐欺強迫則出於舊權者之惡意。未有不知者也。

二 例外 此分二說

甲 一般之例外 謂凡屬更改皆可適用者也。如舊債務設有擔保權。其債務既經更改。則以原則論。舊債務消滅。其附屬之擔保物亦從而消滅。然而可結特約以保留之。使其移轉於新債務。是即例外也。第五一八條云。『更改之當事者於舊債務目的之限度內所供其債務擔保之質權或抵當權等得移轉於新債務。但爲第三者所供之時須得其承諾。』其必曰於舊債務之目的之限度內者。以目的物之價格常因更改而生差異。如金錢千圓之舊債務改爲五百擔米之新債務。而米之所值或爲千五百圓。是新債務之目的價格多五百元矣。然新債務之目的物固可與舊債有差異。而新債之擔保物則斷不可與舊債有差異。何也。

新債之目的物。乃由舊債而更改者也。更改則消滅一面發生一面。故不妨有差異。新債之擔保物。乃由舊債而移轉者也。移轉則無所消滅。無所發生。故仍當如舊債務之額。也是故債權者。有時因債務不履行。而競賣其擔保物。無論其所賣之價。遠過於舊債千圓。而債權者。亦只當於舊債之額。收取抵償。而不得藉口於新債之千五百元。遂多爲收取也。蓋新債務所多之五百圓。當看做未設擔保者。故競賣擔保物之餘價。即應歸舊債務者。故曰僅於舊債務之目的限度內。得移轉其抵當物也。

其但書謂必得第三者之承諾者。蓋此之擔保。乃第三者所供出。其供出之時。仍只擔保舊債務。至舊債務既經更改。則其責任。即應消滅。而債權者不得挾持之也。故欲移轉其擔保物。於新債務。則非得其承諾不可。且不獨新債務之價格。多於舊債。而於第三者不利時。當得其承諾。即新債務之價格。少於舊債。而與第三者有益時。亦當得其承諾。總之第三者之權利。不得由當事者自由處分矣。但書只言第三者擔保物。而不言保證人者。蓋以物上擔保。尚須第三者承諾。則

保○證○人○不○待○言○矣○。且○物○上○擔○保○於○順○位○等○事○（詳○下○段）有○許○多○複○雜○之○問○題○。債○權○者○尚○可○因○而○挾○特○之○。以○左○右○其○權○利○。故○法○律○恐○債○權○者○之○挾○特○過○當○。遂○有○必○得○第○三○者○承○諾○之○規○定○。若○保○證○人○則○只○負○代○償○義○務○。而○債○務○既○經○更○改○。則○其○義○務○隨○之○消○滅○。其○保○證○新○債○務○與○否○。皆○聽○其○自○由○。債○權○者○不○得○而○左○右○之○。是○既○無○得○其○承○諾○之○必○要○。即○無○所○用○其○規○定○也○。

前○所○謂○順○位○之○問○題○者○。即○起○於○質○權○抵○當○權○之○設○定○。試○就○質○權○以○舉○例○。如○甲○負○乙○債○務○。以○某○物○為○質○。既○而○又○負○丙○債○。及○丁○債○。亦○以○此○物○為○質○。是○乙○為○第○一○質○權○者○。丙○為○第○二○質○權○者○。丁○為○第○三○質○權○者○。其○前○之○質○權○者○。權○利○甚○強○。後○之○質○權○者○。權○利○漸○弱○。若○因○甲○不○履○行○債○務○。至○競○賣○此○質○物○。則○乙○必○先○將○己○債○收○清○。再○以○其○殘○餘○者○。歸○之○丙○。丙○之○於○丁○亦○然○。設○質○物○之○所○值○。僅○可○抵○償○乙○債○。則○丙○受○虧○矣○。或○抵○乙○債○之○餘○。猶○能○償○丙○債○。則○丁○受○虧○矣○。故○惟○第○一○質○權○者○。能○占○優○勢○。若○舊○債○務○上○所○設○之○質○權○。法○律○不○使○之○移○轉○。則○常○有○於○舊○債○務○上○為○第○一○質○權○者○。至○更○改○新○債○務○。而○別○換○一○質○物○。遂○至○變○為○第○二○質○權○。或○第○三○質○權○者○。其○失○公○平○甚○矣○。故○法○律○許○其○隨○債○務○

移轉。以免此弊也。

乙 因債權者交替之更改之特別例外。此例外之規定。即債權讓渡例外之規定。而付於因債權者交替之更改準用之者也。債權之讓渡。其債務者。若於承諾讓渡之前。而留有異議。則可得以對抗讓渡人之事由。對抗讓受人。此第四六八條之規定也。而因債權者交替之更改。其債務者。若於承諾更改之前。而留有異議。則亦得以對抗舊債權者之事由。對抗新債權者。是亦第四六八條所規定之意也。蓋因債權者交替之更改。與債權之讓渡。雖於當事者之意思。不無差異。而其效果。究爲一致。則其規定相同。不可謂非正當之理由也。故第五一六條云。

『第四六八條一項之規定準用之於因債權者交替之更改』

其所謂對抗舊債權者之事由者。例如債務者對於舊債權者。或爲一部之辨濟。或受一部之免除。或附特別之條件。而其條件成就。如限定某人死後免除此債。而某人已死。是此等事由。原可對抗於舊債權者。故雖於更改證書上。未即記載。而但於承諾更改之前。留有異議。則亦不妨以之對抗新債權者也。

雖然此條雖用債權讓渡之規定。但其中亦不無差點之點。即債權讓渡時。凡有可以取消之原因（如未成年者及詐欺脅迫之類）亦得以之對抗讓受人。而更改則斷無以取消之原因對抗於新債權者也。蓋更改者得爲取消之追認（詳第一二五條）而既經更改之後。即無復可取消之事由。故實際上曾無有以取消之原因對抗於新債權者。是以上舉對抗之事由。僅及於辨濟免除條件等例。而不及於取消也。

第四項 免除

所謂免除者。即拋棄其債權之謂也。向來學說。與各國立法例。謂免除必須契約。而日本民法。則有債權者之意思即可。故第五一九條云。『債權者對於債務者而表示免除債務之意思。則其債權消滅。』

日本法律。僅須債權者之意思。即得爲免除者。頗有理由。蓋債權亦財產權也。凡財產權之免除。其被免除者。必受利益。即未有不承諾者。故法律於免除之規定。得以自由拋棄爲原則。如「地上權」「永小作權」（義詳物權章）之拋棄。其利益在「所有權」者。

故不必得所有權者之同意。而債權之拋棄。其利益亦在債務者。又何必得債務者之同意乎。且依第五一四條之規定。因債務者交替之更改。僅以債權者與新債務者之契約。即得爲之。其意蓋以更改之利益。在舊債務者。故不須其共結契約也。夫更改之利於債務者。尙小。己不須其共結契約。而免除之利於債務者。甚大。又何須共結契約乎。此日民法之規定。只須債權者之意思。即得爲免除也。

雖然債務之免除。固不必得債務者之同意。而自實際上論之。債務者究未始不知。無論債務之免除。多起於債務者之請託。即有時僅出於債權者之德義。亦未有不以免除之意思。表示於債務者。是即謂此爲契約。亦無不可。但不得以此爲免除之要件耳。

債權之免除。其得自由拋棄。雖與物權同。然其中亦有稍異之點。即物權之拋棄。可對於一般之人表示。而債權之拋棄。必對於債務者表示。是也。蓋物權之權利。原可及於一般之人。故拋棄其權利。無論對何人表示。亦即有效。而債權之權利。原祇及於特定之人。故拋棄其權利。必對於債務者。而後有效也。

凡債權之免除。大抵無償。然亦有有償者。如債權者對債務者云。爾給我以錶。我即免爾之債務。若干是也。但此與代物辨濟相似。而當事者之意思。實有不同。如上例。就代物辨濟之意思觀之。則以此錶爲代替物。而就免除之意思觀之。則令其給錶。不過爲免除所附之條件耳。故即不令給錶。而使其別服勞務。亦得爲有償免除。實與代物辨濟之必有代替物者不同。

第五項 混同

混同者。即債權債務統歸一人之謂也。此於相續時爲多。如債權者相續債務者。或債務者相續債權者。則其債權債務統歸於一人是也。自羅馬法以來。雖認混同爲債權消滅之原因。然學者恒謂與辨濟等之消滅。不無微異。蓋以辨濟等於權利義務各行其所當然。使債權爲純然之消滅。而混同則不過權利義務歸於一人。因之而不能實行其權利。故不得純謂爲消滅之原因。祇得謂爲障礙其執行之一事實而已。若除去其事實。而使可得執行。則其債權仍不消滅。而可發生。故瑞西債務法曰。混同止後。則債權發生。法國法律之格言曰。謂混同爲使債權消滅。寧謂之使債務者免其債

務」是皆不認混同爲純然消滅之原因而直以債權效力之停止看待者也。

雖然混同不純爲債權之消滅而仍可發生。然其發生後之效果爲如何至善之規定則亦頗難。如僅使債權發生而債權之保證人及擔保物等不使發生則一債權而前後異其體樣既無此理由。若或使債權發生而並遡及於保證人等全復其舊債之原狀。則雖至數十年之後不得謂不再發生。是又使第三者之權利義務於此數十年間置於不確定之地位而不能不被意外之損失也。故日本民法爲便宜起見但使有混同之事實者則其債權仍看作辨濟（參照第四三八條）而同認爲消滅之原因。此第五二〇條云：『債權債務歸於一人則其債權消滅』

右條之規定乃原則也。然有例外。試分三說。

（一）即其債權爲第三者權利之目的時不消滅也。（見第五二〇條但書）例如甲對乙有債權。乙對丙又有債權。而乙以對丙之債權爲質於甲。則乙之債權即爲甲權利之目的也。設乙死後丙爲乙之相續人以原則論乙對丙之債權當因混同而消滅。然而不能何也。乙之債權既爲質於甲則乙之債權消滅即甲之擔保消滅。是使甲

失其權利之目的。爲不利也。然此猶權利之目的。有直接之關係也。即爲間接之關係。亦然。例如乙對丙有債權。而甲對丁有債權。乙因與丁爲親友。遂以己所對丙之債權。爲丁擔保。是乙與甲本無直接之關係。不過因丁之故。而有間接之關係。設一旦乙丙混同。而乙之債權。仍不能消滅。何也。乙對丙之債權消滅。即丁對甲之擔保消滅。其結果仍使甲失其權利之目的。而不利也。故此條。但書之規定。實爲至要。

(二) 即相續人爲「限定承認」時。不消滅也。第一〇二七條云。『相續人爲限定承認時。

對於被相續人而有權利義務。看做不消滅者。』所謂限定承認者。即相續人承認於「相續財產」限度內。辨濟被相續人之債務。及遺贈等。(詳第一〇二五條)而不得侵入相續人之「固有財產」也。蓋以原則論。相續人對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。而相續人亦一概承繼。勢必因之受損。故法律準其有「限定承認」之規定。但既爲「限定承認」。則相續人之財產。與被相續人之財產。即不得爲混同。故相續人對於被相續人之權利義務。亦自不能消滅。何也。財產未混同。而消滅其相對之權利義務。則非有受其損害者。即有不當利。

得者而必生不公平之結果矣。試舉其例。如被相續人有債務萬圓。其財產僅值五千圓。而其債務萬圓中。相續人對之有債權千圓。若競賣其財產。以分還債務。則相續人應得五百圓。若使消滅其權利。則相續人不能受辨濟。而有五百圓之損失矣。此猶就權利一面言之。若相續人負有義務時。如反上例。而被相續人之財產五千圓中。相續人對之負債務千圓。若使消滅其義務。則相續人不爲辨濟。而有千圓之不當利得矣。若是者。皆反乎限定承認之旨。而生不公平之弊。故法律不準用混同之規定。而仍看做不消滅也。

(三) 即財產分離時不消滅也。此之不消滅。法律雖無明文。然於第一〇五〇條之規定。可推而知之。條文云。『相續人得爲限定承認間。或相續財產與相續人之固有財產不混合間。其債權者得爲財產分離之請求。』夫上所述之限定承認時。其相續人對於被相續人之權利義務。已不能消滅。而此於限定承認間。更爲財產之分離。則其不能消滅。尤不待言矣。蓋相續人既爲限定承認。相續財產與固有財產不混合間亦同。則被相續人之債權者。祇得於相續財產之限度內。受領辨濟。而相

續人之債權者。祇得於其固有財產內受領辨濟。此時若不分離其財產。則其財產之孰爲相續。孰爲固有者。不可得辨。而相續人不妨任意冒替。即其債權者不免因之受虧。且所以爲限定承認者。大概由相續財產不足償相續之債。而固有財產足以償固有之債。故爲之限定。是以相續人之債權者。爲保存自己權利計。尤不能不請求分離。使其分離之後。而相續人對於被相續人之權利義務。仍得消滅。則不獨相續人與被相續人得不公平之結果。即相續人之債權者與被相續人之債權者亦同得不公平之結果。何也。如被相續人有財產五千圓。其所負債務有萬圓。而其財產之五千圓中。相續人對之負債務千圓。若使消滅其義務。則相續人不爲辨濟。而被相續人有千圓之損失矣。夫被相續人之財產先已不足償債。今又損失千圓。則其債權者愈受虧。又同時使相續人之財產增加千圓。設其債權者受之。是不當利得而不公平甚矣。此猶就義務一面言之。若相續人有權利時。如反上例。被相續人之債務萬圓中。相續人對之有債權五千圓。使消滅其權利。則相續人不得受五千圓之辨濟。而前之財產足以償債者。今不足以償債。是使相續人之債權者

受虧矣。又同時使被相續人之財產增加五千圓。設其債權者受之。更爲不當利得。而不公平愈甚矣。故於財產分離時。不可用混同之規定。而祇可用限定承認之規定。使其權利義務。仍不消滅也。

雖然。此中有一問題。如相續人以其財產與被相續人之財產同讓渡於人。此時其相對之權利義務。得消滅否乎。以理論之。此仍爲混同。即應消滅。但就當事者之意。思解釋。則或別生結果。如當事者表示減去相續財產以讓渡。則知讓渡者爲固有財產。如減去固有財產以讓渡。則知讓渡者爲相續財產。唯此不可於其財產上區別。祇可於意思上區別。若於讓渡之時。未表示其意思。則法律仍作混同看待。而使其相對之權利義務。俱歸消滅矣。

第二節 契約

第一欸 契約總論

第一項 契約之定義及種別

一 契約之定義

契約之義有廣狹之殊。狹義曰：契約者即債權創設之主目的之合意也。此說基於羅馬法而日本舊民法從之。廣義曰：契約者以使生法律上之效力爲目的而有二人以上合致之意思也。此說爲法蘭西德意志諸國所採。而日本新民法從之者。但德意志所謂契約亦包國際契約於其內。無論私法公法得共用之。日本則於國際契約特稱爲條約。而通常契約文字則祇用之私法者也。故於民法中論契約只限於私法上之契約。今將現採契約之定義爲申解之。

其曰：二人以上之義思合致者。蓋契約必對於他人而立。斷非一人之所得成。故必其一方先以意思表示爲之申込（即通知之意）其他一方亦以意思表示爲之承諾。而後由二個之意思合而結成雙面行爲。以對峙於片面行爲者。乃得爲契約也。

其曰：使生法律上之效力爲目的者。蓋契約之有效力。世所共認。而果生如何之效力。則各國法制及學說不一。其議有謂限於生債務關係之效力者。即德之瓦額羅斯比尼。英之阿遜。法之波期由。諸儒所主張。而法國從前採用之者。也有謂生債務關係之創設變更或消滅等之效力者。德之波朶利。及那磴期魯利。諸儒所主張。而意大利採

用之者也有謂生債務關係之創設及物權移轉之效力者法之倭布雷羅及摩羅諸儒所主張而尙未採用者是諸說者立論稍異其精神則一與日本舊民法所採之說同流於狹隘而非貫通之主義豈知契約者爲法律行爲之一種除不法行爲所生之事由外而凡屬一切之欲行爲欲不行爲者但有二人以上之意思合致即其所結之約無不有效則即謂契約者以使生法律行爲之效力爲目的實貫通而妥善也故自德之帖爾布爾比及法之阿科惹斯兩學家首唱此主義而近世一般學者共認之無異議此日本新民法亦從而採之也

二 契約之種別

契約之種別於民法總則中論法律行爲及關於契約之意思表示時已畧舉其類今於此又述之不免重複之感雖然前所言者不過以契約爲法律行爲之一種而第即有關於法律行爲者附帶言之此則專論契約之致用而凡關於法律行爲及或僅關於契約者皆應述之則此亦不厭詳求者也故仍就契約之適用最多者分六種言之如下。

一 有償契約及無償契約

有償契約者。即爲當事者。雙方出捐（出捐云者。即捐

出。自己所有之謂。其包含頗廣。如給付金錢。或其他物品。及供給勞務。拋棄權利等。皆是）之契約也。無償契約者。即爲當事者一方出捐之契約也。何謂雙方出捐。例如賣買。賃借。及辨濟等類皆是。但賣買爲一方出品物。一方出代價。賃借亦一方出用物。一方出賃金。其爲有償契約。無所疑問。而辨濟則屬債務者自免其責。乃亦得謂爲契約。且謂爲有償契約者。則不無可疑之問題。雖然辨濟非必盡得爲契約。而亦有時爲契約者。如債務者以金錢爲辨濟時。而先對於債權者。申出其交付之事。此時債權者。若表示受取之意思。則其辨濟成立。若以有故不願受取。則其辨濟即不成立。是辨濟亦有時須二人之意思合致也。且其債務者。既辨濟其債務。即債權者同時失去其債權。亦仍爲雙方出捐也。故得謂之契約。且得謂之有償契約。何謂一方出捐。例如贈與。使用貸借。及免除等類。皆是贈與者。以一方捐出財產。只須相手方之承諾。即生效力者也。（詳第五四九條）使用貸借者。僅貸主一方捐出用物。任相手方之使用。而不須租金者也。故均得爲無償契約。至債務之免除。僅以債權

者之意思亦得爲之（第五一九條之規定）而乃亦謂爲契約者則似不無疑問。雖然債權者之單獨行爲固得免除債務而自實際觀之則債務之免除常由債務者之請託是亦須得二人意思之合致也故仍得爲無償契約。有償契約與無償契約之區別果有何實益乎。曰實益有四。

甲 關於債務消滅之實益 即代他人而消滅債務者因有償契約而消滅則有求償權因無償契約而消滅則無求償權是也。此在連帶債務及保證債務時爲多。例如保證人代主債務者爲辨濟或更改等而使消滅其主債務則保證人即得對於主債務者求償。若保證人得債權者之免除致使主債務消滅則不能求償。何者法律許求償者所以免出捐者之損害。今保證人既受免除是已則未出捐自無所損害也。故無償者不得求償。惟有償者乃得求償。此區別之最重要者也。

乙 關於法律規定之實益 即有償契約無特別規定時可準用買賣之規定（詳第五五九條）無償契約則祇得用贈與之規定也。此法律上之區別亦其最

要者。

丙 關於效力之實益 即同種之契約。其有償之時。與無償之時。而效力因之大異也。如同一消費代借。其給利息者。爲有償。其不給利息者。爲無償。而有償者。於其所借之物。隱有瑕疵時。貸主要以無瑕疵者代之。而無償者不然也。(詳第五九〇條)又如受報酬而管保他人之物者。要以善良管理之注意。(詳第四〇〇條)未受報酬者。只以保管己物之法。爲保管。即無不可。(詳第六九五條)此效力之區別。亦其適用最廣者也。

丁 關於破產法適用之實益 即破產宣告時。其破產者。與人所結無償契約。與有償契約。而其效力亦因之不同也。無償契約。於破產時。看做當然無效者。有償契約。雖亦因破產宣告之結果。而使其無效。然究與無償者之無效。不得謂有同一之理由。故日本舊商法破產編第九九〇條。付於無償契約之規定。而使其當然無效。第九九一條。又爲有償契約之規定。而使破產者得述異議。此亦區別之重要者也。

二 要式契約及不要式契約 要式契約者謂當以一定之方式表示意思之契約也。也不要式契約者謂無論以如何之方法可表示意思之契約也。例如婚姻、養子、緣組及協議上之離婚、又離緣等必屈出於戶籍吏故必須要式契約也。若買賣、贈與、賃借等則任當事者之意爲之皆不要式契約也。於羅馬法以要式契約爲本則而歐洲各國之法律雖與羅馬法不無反對而究之付於財產上之契約猶多有要式者。惟日本民法則全以不要式爲原則故除身分上之契約以外則凡一切之契約均爲不要式者也。

此二者區別之實益觀定義自明。要式契約非踐其方式則無效。例如前舉婚姻等非爲屈出之證書則無效力是也。而不要式者則無論以如何之方法表示之即可。如以口頭或「手紙」（即書信）表示皆得生法律上之效力。甚至以「手真似」（以手作勢）等亦得有效也。

三 主契約及從契約 主契約者謂其成立不必要他之法律關係者也。從契約者其成立必要他之法律關係者也。屬於主契約者例如買賣、贈與、遺贈、賃借、婚姻。

養子緣組及組合等所結之約皆直接而爲法律行爲故得謂主契約也屬於從契約者例如保護契約質契約抵當契約延期契約更改契約皆先有他之債權之關係而始生此等契約者此外有夫婦財產契約必先有婚姻之關係追認契約必有可追認之法律之關係是皆從契約之類也

此二者區別之實益可分二說(一)即主契約能獨立存在而從契約必有所依而存在也如保證契約其主債務消滅則保證亦隨之消滅是也質契約抵當契約等均同(二)即從契約之目的之範圍因主契約之目的之範圍而定也如債務僅爲千元雖其質權或抵當權等之所值超過其擔保之額然仍只付於此千元生其效力是也雖違約金之契約與損害賠償之豫約其範圍不依爲主之法律關係而定然自其廣義言之則仍以主目的之範圍之廣狹而定違約金等之輕重故仍不能不依爲主之法律關係也此二者皆區別之實益最著者

以上三類雖關於契約者最多然於他之法律行爲亦得共通之者至以後之類別則僅關於契約有之者也

四 雙務契約及片務契約 雙務契約者。謂因其契約而生當事者雙方之債務也。片務契約者。謂由契約所生之債務。僅在當事者之一方也。試畧舉其例。如買賣契約。買主有支拂其代金於賣主之義務。賣主有移轉其物權於買主之義務。即雙務契約也。或謂買賣時。亦有爲片務契約者。如持定某書籍。而結買賣之契約。其契約成立時。其書籍即隨之移轉於買主之手。而賣主無暇生所有權移轉之義務。故得爲片務契約。然此說不免於謬。何者。買賣之目的物爲特定時。賣主與其契約之同時。已生移轉其物之義務。其義務雖被其即時履行。而其生義務則一也。不過其履行無何等之形式。又無何等之新行爲而已。然則買賣契約之必爲雙務契約。無可疑者也。又如貸借契約。貸主出其物以供借主之使用。借主與以金以爲貸主之利益。亦雙務契約也。又組合契約。其組合員皆有共同作事之義務。又有共同出資之義務。故亦爲雙務契約之一種也。至所謂片務契約者。其一即贈與也。然如負擔附之贈與。如甲令乙作某事而許以物贈乙之類。是則又非眞贈與而仍爲雙務契約之一種。其二即消費貸借也。消費貸借雖有付利息及不付利息之分。然終

僅借主之一方負返還之義務。故得爲片務契約。其三即寄託契約。與委任契約也。此等契約。通常只受寄者受委者負擔義務。而寄之委之者。則不負義務。有報酬之約者。不在此限。故爲片務契約。但此中有一疑問。即受寄者。因保管其寄託物。而生出之費用。如食物。則有飼養料。家屋。則有修繕料之類。寄託者。不得不賠償。受委者。因實行委任行爲。而生出之費用。如車馬賃宿泊賃之類。委任者。不能不給與。是又有似於雙務契約者。然付於此問題之解釋。雖在羅馬法。於此等契約。有「不完全雙務契約」之稱。而究之費用等事。乃因契約之後日而生。非於契約之當時。即有而後日增加之事實。不足以變契約之實質。故日本新民法。仍謂爲片務契約也。至使用貸借。歐洲法律。亦認爲片務契約。謂僅借主負返還之義務。貸主不負何等之義務。此說似近於理。而實有不然。蓋使用貸借。其貸主既供出其物於借主。則其物雖爲自己之所有權。而究不得自由使用。必與借主以使用。是即可謂對於借主負有任其使用己物之義務也。則仍謂之雙務契約。而不得爲片務契約。

此二者區別之實益有二。一即關於契約之履行之實益也。雙務契約。如一方僅提

供其債務之履行。而實未履行。則他之一方。可拒絕自己之債務之履行。蓋不同時履行。失其雙務之性質。故得拒絕之。片務契約。則不能。(二)即關於危險問題之實益也。例如買賣契約。其特定物因天災消滅。賣主雖不能引渡其物。而買主仍須交付其代價。(但只限於特定物)是雙務契約於一方不能履行。而他之一方。尚有負義務之時也。片務契約則不然。

五 諾成契約及踐承契約 諾成契約者。謂因當事者雙方之意思合致。而即成立之契約也。踐成契約者。謂因當事者之一方。實踐其事。而後成立之契約也。如買賣、借貸、委任等。但當事者雙方合意。雖尚未實行其目的。而其契約即認為成立。即諾成契約也。反之如使用借貸、消費借貸、質契約等。皆先有預約。必實行其目的。以踐行此約。而後其契約乃認為成立。是即踐成契約也。此區別傳自羅馬法。至於今日。不獨歐洲各國所共認。即於日本之習慣。亦頗適合。而實為不可廢者也。雖然。諾成者。可不煩言而解。至踐成者。則果於何時。始為實踐而成立乎。試舉消費借貸為例。以明之。如甲以金錢貸乙。其必得甲乙雙方之合意。不待言也。但僅甲乙合意。不

得。即。謂。乙。爲。債。務。者。必。甲。實。將。其。金。錢。交。付。於。乙。而。後。甲。乙。貸。借。之。契。約。成。是。即。所。謂。踐。成。也。其。於。使。用。貸。借。及。質。物。時。亦。同。

或。謂。踐。成。契。約。既。在。實。行。其。目。的。物。則。當。謂。之。要。物。契。約。然。此。乃。譯。羅。馬。法。者。之。謬。解。蓋。踐。成。之。義。即。踐。行。其。先。有。之。預。約。如。交。付。金。錢。即。所。以。踐。行。消。費。貸。借。之。預。約。交。付。質。物。即。所。以。踐。行。其。質。物。之。預。約。其。踐。行。爲。其。正。當。之。目。的。而。要。物。乃。其。踐。行。之。結。果。也。故。以。當。事。者。之。意。思。論。之。則。仍。以。踐。成。爲。當。

諾。成。契。約。於。羅。馬。法。謂。之。意。成。契。約。謂。因。意。思。而。成。立。者。也。踐。成。契。約。於。羅。馬。法。謂。之。事。成。契。約。謂。因。爲。他。事。而。成。立。者。也。而。羅。馬。法。之。分。類。此。外。尙。有。二。種。一。曰。言。成。契。約。即。因。相。互。交。換。一。定。之。言。語。而。成。者。二。曰。書。成。契。約。即。於。書。面。上。爲。一。定。之。記。載。而。成。者。此。二。種。之。區。別。至。今。日。多。不。認。之。惟。於。要。式。契。約。間。則。嘗。稍。有。分。別。耳。此。諾。成。與。踐。成。區。別。之。實。益。觀。定。義。自。明。諾。成。契。約。於。雙。方。意。思。合。致。之。同。時。即。生。法。律。之。效。力。踐。成。則。必。目。的。物。之。引。渡。而。後。生。效。力。此。其。區。別。之。大。較。也。

六 有名契約及無名契約

有名契約者。法律上有特別之名稱。與特別之規定者。

也無名契約者。法律不設特別之規定。故亦未有特別之名稱者也。例如賣買贈與、借貸借等。法律上有特別之名稱。故各適用特別之規定。即有名契約也。反之而甲、與乙爲旅行之約。又或丙囑甲貸乙金。而丙不爲保證人。但於履行時。負一定之義務。是似保證而非者。凡此者。法律無特別之規定。故亦不附特別之名稱。即所謂無名契約也。此等契約。法律以其非反於公益。故亦認其有效。而適用一般契約之規定。

此二者區別之實益。即有名契約中。某契約當從某契約之規定。如賣買契約。當從賣買之規定。是也。無名契約。無特別之規定。縱令其契約與法律所定之契約。如何相似。而亦不得適用此相似之規定。如上舉旅行之例。此與組合契約相似。而亦不得從組合契約之規定。是也。學者於無名契約之類似者。得適用有名契約之規定。不無議論。日本富井博士（富井政章氏）嘗主此說。彼蓋就不完全之法典而論也。若法律完備。則無用此主義矣。

以上六種之分類。既言明矣。此外尚有著名之類別。而至今日。已無實用者。今舉其最

重者言之。即實定契約。與射倖契約之別。是也。如賭博。保險。終身定期金等契約。即射倖契約也。此等契約。終有一方之受損。如終身定期金。其債權者長命。則債務者之損。短命則債權者之損。保險契約亦然。故曰射倖。反之如通常賣買之事。即實定契約也。此二種之區別。在今日已無實益。故弗詳論之。

第一項 契約之成立

契約由何而成立。視契約之定義。自明。定義曰。契約者。使生法律行為之效力。而於二人以上。間。意思表示之合致。之謂。是故契約之成立。亦必於備法律行為之要素外。而更須二人之意思表示。且須有二人意思表示之合致也。但其意思表示。通常必此一方先為表示。而後彼一方對之表示。其先之表示者。謂之申込。其後之表示者。謂之承諾。

凡申込承諾之時。雖二人時為多。然亦有三人以上者。例如組合員常為三人以上。又買主或賣主之一方。有二人以上之時。則共於其相手方。為三人以上。既有三人以上。則必為三個之意思表示。是果誰為申込。誰為承諾乎。然此驟觀之。似不無混淆。而細

察之。則終能判別。例如甲乙丙三人爲組合契約。其三人同時發議者殆少。往往爲甲之一人。以其計畫與乙協議後。而再謀之丙。是甲即純然爲申込者。丙即純然爲承諾者。而乙即對於甲爲承諾。對於丙爲申込者。蓋此時意思表示之數。較當事者之數爲多。甲與乙爲二個之表示。甲乙與丙。又爲二個之表示。合而成四個之意思表示。而申込與承諾。即不難從此判別矣。又或組合中之一人。爲提議者。對於其他之全員。僅以書面交涉。而得其同意。則其一人爲申込者。其他之全員。即爲承諾者。又或當初無申込及承諾。僅以多數協議之結果。而作一申込書。送於他之一人。而得其同意。則此數人爲申込者。其他之一人。即承諾者。總之申込與承諾。無論如何之時。不難判然者也。

雖然。多數之申込承諾。固可判然。而設如數人爲組合契約時。其中有一人。唱不同意之議。其契約仍成立否乎。曰。此非申込承諾之問題。乃事實上之問題。固當斟酌其當時之情事。而就當事者之意思。以爲解釋者也。若當事者於此契約之成立。定有必須全員同意之條件。則雖僅一人之不同意。其契約亦不成立。反之而定有無須全員同

意之條件。則雖有一人之不同意者。其契約亦不妨成立。但於未定條件而當事者之意思。尙不知何在時。則寧以得全員之同意。解釋之爲妥善耳。

觀以上所論。則知契約之成立。終不外申込承諾之兩要素。故申込承諾之一切規定。即有不可不明者。雖然。欲明申込承諾之規定。而有當先知之一事。即申込之意思。表示與承諾之意思。表示其效力之何時發生。各有不同也。蓋日本法律於申込之意思。表示。採受信主義。受信云者。必相手方受其申込。始生效力也。於承諾之意思。表示。採發信主義。發信云者。謂發承諾之通知時。即生效力也。此二主義之得失。於民法總則意思表示節。言之綦詳。今不具論。但既揭明此二主義之作用。則知申込承諾之生效。各有不同。而即於其一切之規定。不難了解。今仍將申込與承諾。分述之如下。

第一目 申込 凡分三說

第一 申込之意義

申込者。即其一方欲與相手方。結約而提出之通知之謂。換言之。即會於相手方之承諾。而使契約成立之一意思表示也。故凡爲申込者。須有表示。須有表示。須有表示。與表

示之一致。且須任自己之意思表示。既具此數者。則其表示。無論爲明示與默示。爲面接與通信。爲本人或他人。爲對於一般之人。或對於一定之人。無有不可。無不有效。是謂之申達。

第二 申達之要件

欲申達之有效。則不可不備申達之要件。要件如何。曰有二。

一 申達必使契約得成立者。例如買賣契約之申達。若只爲賣却之意思表示。則不得謂之申達。必於其所賣之物。若何種類。若何量數（包多寡輕重言）若何價值。凡契約內容之所當具者。申達即具之。而後其申達乃有效。蓋申達之義。一會於承諾。而即使契約成立者。故其所表示。即不能不確定也。

二 申達必爲使生契約關係之意思。例如數人雜談時。隨意露出之意思。謂某日當至某公園遊賞。此不得謂之申達。即有從而承諾者。亦不得爲契約成立。何也。就當事者之意思解釋。本無有契約關係之見存也。又申達之引誘。亦不得爲申達。例如賽場之賣物者。逢人以買物見問。此不過誘起他人之申達。必待他人表示買物。

之意思。而後賣者承諾之。其契約乃成立。而第賣物者。泛以買物見問。則猶非契約關係之切要也。是皆缺申込之要件。而不得爲申込者。

第三 申込之效力

日本於申込之意思表示。既取受信主義。故凡爲契約之申込者。必其申込達到於相手方。始生效力。（參看第九七條）但此以學理論之。尙非圓滿之說。何者。申込者。僅爲表意之行爲。若意思已表。則其行爲即完。而應生其效力。至其意思之達到與否。則皆後起之事。而與表意者之意思。絕無關係。似可不必問也。雖然。理論固如是。而就事實而論。則申込者。雖起於單獨行爲。而實成於雙方行爲者。故非有相手方之承諾。則其契約不得成立。而欲相手方之承諾。則又非達到於相手方。不可。是以日本法律所定。凡一切單獨行爲之催告。通知等。皆以達到後生其效力。而申込亦不得不採此主義者也。夫申込之情事。有種種之異。其效力亦因之而殊。今概別之爲三說。

一 一定有承諾期間申込之效力

二 未定承諾期間申込之效力

三申込失其效力之時

一 定有承諾期間申込之效力 申込何以定有承諾期間乎。蓋以申込者於未逢承諾時。則全無羈束力。往往任意取消。而致被申込者受意外之損。例如申込一事。其被申込者。或當爲特別之調查。或須爲一定之準備。雖其所直欲承諾者。亦常因種種之事故。而陷於遲就。迨既就矣。而又遽遭取消。則被申込者。已大感迷惑。而徒費調查空勞。準備其滯社會交易之靈機。更不少也。故法律準其定一定之期間。使於其期間內。爲承諾。則不獨被申込者。被其羈束。而承諾不敢過遲。即申込者。亦自爲羈束。而取消不得任意。前述之弊害。庶可免矣。但既定有期間。則其效力。即當因期間規定。是當分四說。

(甲) 即期間內。有不得取消申込之義務也。蓋既定有期間。則明許相手方以承諾之時。日。是此期間內。申込者。即被羈束。被羈束者。不能自由行爲。則即不得自由取消。其申込也。且既予以期限。而又自由取消。是明使相手方。被不測之損失。而與法律許定期限之本旨。不相違反乎。故第五二一條云。『定承諾之期間。而爲契

約之申込不得取消之」

(乙)即期間內未受承諾之通知而申込即失其效力也(見第五二一條二項。此之規定雖似爲被申込者之利益而實亦申込者之利益何也。申込者之被羈束隨期間而爲久暫。今於期間內未受承諾之通知則申込者已免其羈束而不復爲履行契約之準備。若此時仍使其申込有效則雖至遲久亦不妨來承諾之通知。設前所申込之事由因遲久而機會已失而被申込者猶承諾而欲其履行則申込者不免被意外之損失矣。故法律爲此規定以保護之。

(丙)即定有期間者而承諾之通知延期達到則申込者有延着(遲到之義)通知之義務也。此之規定所以保護被申込者。蓋被申込者發承諾之通知以今日郵便電線汽車等之便利本不難於一定期間令其達到。然或因意外之故障(如船車在中途有危險等事)致令愆期者亦事實上所常有。此依前條二項之規定其申込已先使無效而契約之不能成立無俟疑也。但申込者若以無效而遂置不顧則被申込者尙不知其承諾之延期與否。而或爲履行之準備不將有受損

失之時乎。故申込者。惟速發通知。以告其遲延。令被申込者。知其契約不成立。而免於履行之準備。爲至要也。故第五二二條云。『承諾之通知。達到於前條之期間後者。於普通場合。得知發送。能達到於期間內時。則申込者。要無遲滯。對於相手方。發其遲延之通知。』其曰於普通時。得知其發送。能達到於期間內者。謂按諸承諾通知上之日。附於其期間內。本可達到。而特以事故遲延者也。若察其日附。無論如何之時。於期間內。原不能達到。則被申込者。已自知其遲延。無俟申込者之通知矣。故法律。僅限於其能達到者。

按前條之規定。隔地同地者。均得用之。此條之規定。僅隔地之申込得用之。若申込者。未受承諾之通知時。而期限已將滿。即預發通知。表示其遲延。則其後所受之承諾通知。即當然看作無效者。可不必再發遲延通知也。故本條但書云。『其於達到前。已發遲延之通知時。不在此限。』

如右所論。則申込者之遲延通知。實法律上應盡之義務也。若於應盡之義務。而怠應之。以致生相手方之損害。則又從不法行爲之規定。不可不責。令賠償。雖然。

此之損害賠償。頗無確實之標準。似難以存於想像者。爲之斷定。抑知申込者。既怠於遲延之通知。則被申込者。方信其契約之成立。故不如仍使其契約之履行。爲便當而公平也。故同條第二項云。『申込者怠於前項之通知。則承諾之通知。看做爲不遲延者。』

(丁)於期間後之承諾。得視爲新申込也。依第五二一條之規定。申込者既定期間。則期間內未受承諾之通知。而契約即應爲不成立。是期間後之承諾。其無效。無庸疑也。然申込者。往往於期間雖過。而尙未變前時之意思。若竟使無效。則於交易之迅速。經濟之發達。頗多滯礙。於申込承諾之兩方。均不便也。故法律不能以遲延承諾。直爲有效。致反乎定承諾期間之意思。而亦不欲遲延承諾。絕對無效。而有妨於社會取引之便利。於是第五二三條之規定曰。『爲遲延承諾者。於申込者。得看做爲新申込。』

二 未定承諾期間申込之效力 凡未定承諾期間之申込。在對話者間。無特別規定。只依申込當然之性質。會於承諾。而即使契約成立。且自其申込。至承諾而止。其

間無論何時得取消之。以對話者兩人面接。其意思合致與否。不難一時即知也。惟隔地者間之申込。則雖未定承諾期間。仍必酌量相當之期間。以待承諾者之準備。而不可率意取消。不然。人地遠隔。其承諾與否。既非一時所知。而被申込者之籌謀。準備。又需時日。使倉促取消其申込。則如第五二一條所述之弊害。終不能免也。故法律不欲被申込者受意外之損。而特爲規定以保護之。第五二四條云。『未定承諾之期間。而爲隔地之申込。則申込者於可受承諾通知相當之期間。不得取消之。』所謂相當之期間者。非僅通知必要之期間。即當事者勸考之時間。亦當加入。例如由東京發電報於大坂。以爲申込。其電報通常一時間後。可達到於相手方。而相手方之復電。亦一時間後。可達到於申込者。是通知必要之時間。只須二時間。即足也。然被申込者。其受申込之後。猶當爲之籌謀。計算。非一時所能就。故不可不依契約之性質。而斟酌其事。爲之難。易。與以半日。或一日之猶豫期間也。

三 申込失效力之時 此分二說

甲 因申込者失其效力 謂因申込者之死亡及能力之喪失。而致失其效力也。

依第九七條二項之規定。「凡表意者於已發其意思之通知後。雖其人或死亡。或能力喪失亦不妨其效力。」則似申込者既爲申込。即無有失其效力之理由。然彼爲原則之規定。而此乃言其例外者。即申込者或表示反對之意思。則當失其效力是也。例如申込者患病已篤。自知命迫旦夕。即於申込時。附言若於承諾之前死亡。則其契約不成立。又或申込者動輒心神喪失。既請求禁治產之宣告。而又慮後見人之不能履行契約。即於申込時。附言若於未承諾前。已禁治產。則其契約不成立。如此者皆失其申込之效力矣。

乙 因被申込者之失其效力 謂因被申込者之死亡及能力喪失而致失其效力也。此中問題甚多。茲就關於死亡者。分爲三說。(一)即申込之通知未達到之前而被申込者即死亡也。法律於此。雖未明定其效力之有無。但依申込所取之受信主義言之。(參看第九七條一項)則知無何等之效力也。何者。法律既以受信爲達到。而今於未達到之前。其人已死。必無受信之情事。可知矣。故應無效。(二)即被申込者已發承諾之通知而死亡也。此於法律。亦未明言其效力之有無。但依承

諾所取之發信主義（詳第五二六條見後）觀之。則知其契約仍可成立。何者。法律於承諾之通知既取發信主義。則既發之後。契約即成。故其人雖死。而於申込之效力無影響也。（三）即申込之通知已達到於相手方。而生其效力。而相手方尙未發承諾之通知。即死亡也。法律於此。亦未規定。但就學理上解之。則此時兩方之意。不能合致。而被申込者之相續人及法定代理人。固不能爲承諾。而使其契約之成立。而就實際之便宜言之。則被申込者之相續人及法定代理人。亦得爲有效之承諾。而使其契約成立也。蓋此當探究當事者之意思如何。非可任意斷其效力之有無者矣。至關於能力喪失時。亦同。

以上二說（甲乙）皆於第五二五條規定之。條文云。『第九十七條第二項之規定。申込者表示反對之意思時。又知其相手方死亡。或能力喪失之事實時。不適用之。』

第二目 承諾

第一 承諾之意義

所謂承諾者。受人之通知。而許以同意之履行之謂。換言之。即對於申込而使契約成立之意思表示也。故承諾亦須有表示。有意思與表示之一致。且須有任意之表示。而既具此數者。則或爲明示爲默示等。亦得用種種之方法。而生其效力。與申込無異。

第二 承諾之要件

承諾之要件。於普通表示之要件外。尤當備特別之要件。其特別之要件有四。

一 須對於申込而爲承諾之意。蓋承諾者。所以諾其申込。而且使契約成立者也。故不對於申込之意思。而爲承諾。則不得謂之承諾。

二 須對於申込之全部無條件。若於申込之意思外。新加條件。或變更條件。均不得謂之承諾。(參看第五二八條見後)

三 須於有申込效力之時期內爲之。若於生申込效力之前。與失申込效力之後。而爲承諾。則雖有承諾之通知。而契約仍不能成立。即仍不得謂之承諾。

四 須通知於申込者。蓋雖承諾。而不通知。則申込者。究不能無迷惑。但有申込者。

之意思。或取引上之習慣。而無承諾通知之必要者。則不在此限。(參第五二六條詳見後)

以上四者皆承諾通知之特別要件。而異於一般意思表示之要件者也。

第三 承諾之效力

承諾之效力。即對於申込而使契約因之成立者也。但其中亦有種種之問題。今分爲三說。

一 承諾效力發生之時期 依意思表示之通則。則承諾之通知亦應達到於申込者。而後能生效力。然日本法律之規定。於申込雖取受信主義。於承諾則取發信主義。故不必達到亦生效力。第五二六條云。『隔地者間之契約。以發承諾之通知時而成立。』其曰發承諾之通知時而成立者。則不必於達到後有效可知也。此之規定有三理由。(一)求取引上之迅速。蓋必待通知達到而後契約成立。則其達到與否。及何時達到。非一時所得確知。則承諾者。即不能確定其權利義務。而着手履行。是生取引上之遲滯。爲不便利也。故取發信主義爲要。(二)由遠地之承諾。達到相手。

方時。動需時日。往往生物價之變動。至有初信爲利益。而於履行時。反被損失者。皆以取引時期。不能迅速。而確定之故也。此於商業上。大有影響。故凡實業家。及商會。協議之意見。均以採發信主義爲便。三以申込者之意思。莫不早求相手方之承諾。故於已發通知。即使契約成立。亦申込者之所希望。而毫不至被損失者也。故日本法律於承諾通知。採發信主義。而使速生效力。實爲至當之規定已。

雖然付於此規定。有一疑問。即依第五二條二項云。『定承諾之期間。而爲申込。非於期間內受承諾之通知。則其契約不成立。』是於此時。似付於契約之承諾。採受信主義者。不與本條大相違。反乎。曰不然。蓋彼於契約成立。必須承諾達到者。謂於期間內。若不達到。則申込當失其效力。其注意在恐其不達到也。果其一旦達到。則仍當依本條之規定。而自發承諾之通知時。即於其契約看做爲成立者。故以第五二一條二項。與本條比照解釋之。則仍一貫而無違反者也。

以上所論。乃原則也。然有例外。即不須承諾之通知。但於事實上有可認爲承諾者。則其契約亦成立是也。此可分二例述之。一依當事者之意思表示。例如東京甲店。

欲買橫濱乙店之某貨。於是申込於乙店主人。言明依某價。取某貨若干。貨主得其申込。即爲發貨。是即依其申込之意。思而爲承諾之事實。無俟乎通知也。(二)依取引上之習慣。例如東京甲店。與橫濱丙店。素爲主顧。按時發貨。習以爲常。其發貨之時。即爲承諾之事實。不必先有通知也。如此契約。亦均得成立。故第五二六條二項云。『依申込者之意思表示。又取引上之習慣。於不必要承諾通知之場合。則其契約於事實上。有可認爲承諾意思表示時。而成立。』

右條乃隔地者之規定。於對話者間。無一定之明文。但自學理上論之。凡對話者間。於相手方之認知發生時。而契約即得成立。無容疑也。

二 承諾者有延着通知之義務。即承諾者。於已發承諾之通知後。而忽接申込取消之通知。則申込取消之通知。爲延着(遲到)而承諾者。即當速發其延着通知於申込者也。以通常論。申込取消之通知。大概達到於承諾通知前。然或因有故障。致達到於承諾通知後者。則依前條之規定。而承諾有效。取消無效。不俟疑也。然申込者。仍不知其遲到與否。因而思契約不成立。不爲履行一切之準備。此時承諾者。若

以其承諾有效。竟置不顧而不速告以取消通知之延期。則申込者一旦接承諾通知。不受意外之損。失乎故。法律不得不有以保護之。第五二七條云：「申込取消之通知。達到於發承諾通知之後。於通常場合。得知其發送能達到於其前時。則承諾者。要無遲滯對於相手方發其延着之通知。」其於通常。得知其發送能達到於其前者。例如取消通知之日。附察其本可前到。而竟至延期者。是也。此與第五二條出於同一之精神。可反觀而知之。

若承諾者怠於延着之通知。則其契約即看做不成立者。此於本條二項規定之。其理由亦與第五二二條二項同。

三 於申込加變更之承諾之效力。凡承諾之性質。必要申込之意思。合致。而或附條件。或加變更。則不得爲承諾。而失承諾之效力。然竟使失其效力。則如前第五二條所述之弊害。仍不能免。故法律別有以規定之。第五二八條云：「承諾者於申込附條件。或加變更。而承諾之。則共其申込之拒絕。看做爲新申込者。」例如甲以價金千元。賣米百石之旨。申込於乙。乙若曰。現時已於丙爲米之買入。於丙不承諾。

時。則當買爾之米。又或答明千元之價。雖不欲買。而九百元之價。則當買之。是乙先對於甲者。可視爲拒絕。後對於甲者。即爲條件。或變更。而即可以此看做爲新申込者。故甲於其所附之條件。或變更者。而仍欲依之以賣此百石之米。則更以承諾之旨。通知於乙。即得使契約成立也。

以上申込與承諾之要素。既述明之矣。然於此二者之外。猶有一原因。可使契約成立者。即廣告是也。蓋近世以來。廣告之用。大有進步。賴此以圖交易之寬廣者。各國皆然。故各國法律。皆有廣告之規定。日本民法亦採之。今將廣告分二目論之如下。

第一目 廣告之性質

廣告之性質。有種種之學說。大別之爲三主義。(一)單獨行爲主義。謂廣告爲一種之單獨行爲。而獨立生其效力於契約。無何等之關係。例如廣告云。某家犬失。連來者則與金幾許。是廣告者。單獨負與金之義務。而人連來與否。則不羈束者也。(二)申込主義。即以廣告看作一種之申込。使覽之者爲承諾。因而契約可成立。例如廣告云。有某種酒。某等瓶。若干價。將其契約之內容。一一登明。其有對之爲承諾者。則契約即成立是也。

(三)申込誘起主義謂廣告者不過爲誘起他人之申込而覽之者必對於廣告者爲申込而廣告者承諾之因而契約成立例如房屋出賣之廣告即記載其間數而凡屬契約內容之全部究未一一示明必使欲買者復爲申込而得賣主之承諾以成立其契約是也。第一主義德意志民法付於懸賞廣告採用之。第三主義得學者之贊成者亦不尠。而日本民法則獨採第二主義。此亦有理由焉。蓋廣告者必待有相手方時始負義務則謂爲單獨行爲者既非。至誘起申込之說。雖如土地出賣之廣告。家屋借貸之廣告。於契約之內容未確定表示不得謂此類絕無。然於今日之信用發達。取引頻繁。而先即爲目的確實之表示。使覽之者一爲成諾。即成立契約者。爲用究多也。此日本之所以採申込主義也。

以上所論。不過就廣告之一切性質而言。而日本民法所定之廣告。則僅關於請負目的之廣告也。請負者如當事者之一方。約他之一方。完成某事。而對其事之結果。與以報酬之謂。(詳後各論中)此廣告之性質。其非申込誘起。已無庸疑。惟單獨說與申込說。尙各自爲用。而日本付於契約中規定之。則採申込說。不待言也。

第二目 廣告之效力 分二說

一 通則 此分三說

甲 廣告者之義務 此於第五二九條規定之。條文云。『於爲某行爲者當與一定報酬之旨而爲廣告則廣告者對於爲此行爲者負與報酬之義務』例如廣告云。某家飼犬奔逸有連來者與金若干則於連來其犬者即與以廣告之金額。其曰連來其犬者即爲某行爲其許金若干者即一定之報酬於其連來者而必與以金額即負報酬之義務也。蓋此等廣告其覽廣告者爲其行爲時而契約即因之成立故對於廣告者有請求報酬之權利而廣告者即有負擔報酬之義務也。

乙 廣告效力之消滅 廣告亦可視爲隔地者間之申込故定有承諾期間者則於期間內亦不得取消。(依第五二一條之規定)若未定期間者則無論何時取消之。但取消之方法亦不無限制。第五三〇條云。『於前條之場合廣告者所指定之行爲無完了者間得與前之廣告依同一之方法取消其廣告』所謂同一

之方法者。即前以貼紙爲廣告。今亦以貼紙取消之前。由某新聞爲廣告。今亦由同一之新聞取消之。是也。此之規定。頗有理由。蓋人之覽廣告者。欲承諾其申込。則於廣告所指定之行爲。不無貲勞力而需費用等事。若準廣告者濫行取消。則人往往有覽其出示之廣告。而未覽其取消之廣告者。因此而着手行爲。則不免於損失。故本條之規定。爲至要也。但廣告者爲確保其廣告之效力起見。而於廣告中特表示以不取消之旨。則亦可從其特別意思。而不許後日之取消。故本條但書云。『於廣告中表示不爲取消之旨者。不在此限。』

以上取消之方法。乃原則也。亦有例外。即有時不能以同一之方法取消。是也。例如前爲廣告貼紙之處。至取消時。此處已禁貼廣告。又前以某新聞爲廣告。至取消時。其新聞已休刊。是皆不能用同一之方法取消也。若於此時。竟不準其取消。則待廣告者。既失之酷。若竟任其一律取消。則於第三者。不能無損。故法律爲兩方保護之法。而規定之。即本條二項云。『不能依前項所定之方法爲取消時。依他之方法亦得爲之。但其取消僅對於已知者有其效力。』其曰依他之方法者。

即於甲地爲廣告。今於乙地亦得取消之。於甲新聞爲廣告。於乙新聞亦得取消之。是也。此所以保護廣告者。其曰僅對於已知者。有其效力者。蓋依他之方法取消。則第覽廣告而未覽取消者必多。若無論何人得對抗之。則不知其取消而已。爲其行爲者。必將受意外之損害。故其取消僅對於已知者。有其效力。此所以保護第三者。

按此項僅限於已知者。生取消之效力。則不知者之行爲。仍當與以報酬也。然如何爲眞知者。如何爲不知者。不獨法律未定。即學理上亦未論及。此似爲可疑之缺點。然於此時。若有知不知之爭議。大概由裁判官證明。乃手續上之問題。故此處不及之。

丙 廣告取消權之拋棄 謂廣告者於所指定之行爲已定有期間。則其取消權可推定爲拋棄也。見本條三項。此與第五二一條之規定。同出一精神。蓋既定有限間。則此期間內。即不能取消。故得推定其爲拋棄也。其曰推定者。則與確定不同。蓋猶許廣告者表示反對之意思也。所謂表示反對之意思者。例如廣告者雖

定期間而又云自何時止對於爲某行爲者當與某之賞品而其所截止之日尙非廣告取消之日則是廣告雖未取消而過此限定賞品之日則不能得此賞品即所謂反對之表示也。

二 特例 此亦分二說

甲 應募者相互之效力 凡廣告之表示大概對於一般人之表示非對於特定人之表示故爲其所定之行爲者往往有數人時例如廣告云某家小兒行方不明有報知其行方者則與以若干金此等行爲常有數人爲之者而廣告之報酬爲一人受之乎將各自受之乎抑數人共受之乎解此問題可分二說。

(一) 數人漸次行爲時此則以最先爲其行爲者受廣告之報酬第五三一條云「爲廣告所定之行爲者有數人時則僅於最初爲其行爲者有受報酬之權利」

(二) 數人同時爲行爲時如有數人報知其小兒之所在而於書面郵便之達到不能分其權利之先後則以平等分受其報酬蓋廣告者無各自與報酬之意思則

行爲者亦不得各自求報酬。而只可分受一報酬也。故本條二項云：『於數人同時爲右之行爲時，則各以平等之割合（即分配之意）有受報酬之權利。』但此項之規定，有一疑問，即其報酬之性質，不許分割（如器具、僱牌之類）或廣告僅限與於一人。此則如何乎？曰：此無他適當之規定，不得已用一幼稚之方法，則惟以抽籤定之而已。本條二項但書云：『報酬之性質，不便分割時，或廣告僅限於一人能受之時，則以抽籤定受之者。』

如右所述，乃原則也。然有例外，即本條三項云：『前二項之規定，廣告中有異於此之意思表示者，不適用之。』是也。蓋廣告爲意思表示之一種，不得不許其任意表示。故法律即當從其意思也。

乙 優等懸賞之效力 凡優等懸賞之廣告，不能不定期間，而其效力即限於其限間。而有例如廣告者，依一定之條件，而求最優等之著述，或依一定之目的，而求最便利之機械，如有能投寄其著述，發明其機械者，則與以若干之報酬。所謂優等懸賞也。如此者，若不定以應募之期間，則其行爲嘗有因短期而劣，因長期

而優者。因最長期而愈優者。已不能確定其優劣之範圍。而且由廣告者任意伸長。則其優等者。亦不知何時判定。而權利義務終無發生之期。是與行爲者以大不利也。故第五三二條云。『於爲廣告所定之行爲者。有數人時。僅於其優等者。與報酬。則其廣告限於所定應募之期間。生其效力。』

但所謂優等者。果由何判定乎。依一般之規定。嘗由廣告中判定之。如廣告中未判定。則由廣告者判定之。但無論爲廣告中判定。與廣告者判定。而應募者均不得述異議。此本條第二項及第三項之規定也。

若於數人之行爲。同判定爲優等。則仍以平等之割合受報酬。若報酬之性質。不便分割。或廣告中有限與於一人之旨。則仍以抽籤法定之。故本條四項云。『數人之行爲爲同等之判定時。則準用前條第二項之規定。』

第二項 契約之效力

以原則論。契約之效力。在當事者間。與法律相等。蓋法律所規定者。爲盡人所當遵守。契約所訂明者。爲當事者所當遵守。其範圍異其效力同也。今分二目述明之。

第一目 契約惟在當事者間有效力

契約之效力。祇及於當事者間。則其結果。即對於第三者無效也。例如買賣契約。一物。一。出。價。金。其。對。於。此。物。品。與。價。金。而。負。相。對。給。付。之。義。務。者。惟。買。賣。主。其。有。相。對。請。求。之。權。利。者。亦。惟。買。賣。主。蓋。此。種。權。利。義。務。除。有。他。原。因。外。雖。其。父。子。兄。弟。不。能。相。與。移。易。何。者。其。契。約。之。所。訂。者。惟。有。買。主。與。賣。主。耳。今。更。將。其。權。利。義。務。分。論。之。

甲 由契約生出之義務 此義務祇歸當事者負擔。而不得移於第三者。如父與人結約。訂定自己爲某行爲。即不得以其行爲移之於子。是也。

但此不可與代理相混。蓋代理人之有效者。以其當事者仍有本人。而契約上訂明之。此之以義務移於第三者。是純然失其當事之本人。而與契約無涉矣。故無效。又與請託第三者盡力不同。蓋請託第三者盡力。其當事者亦仍有本人。如父與人結約。使其子行爲。其子爲盡力者。其父即當事之本人也。故能有效。此則於第三者無請託之性質。若得以其義務移之。則無論何第三者皆得使之負擔。而契約無憑矣。故無效。

乙 由契約生出之權利 此分二說

天 當事者間之效力 如甲乙二人結約欲與丙以權利但須丙承認之後則甲乙二人自有與之之義務是即對於甲乙當事者間生效力也。

地 對於第三者之效力 以原則論當事者所結之約對於第三者無效如上例甲乙之契約雖成仍不得以權利與丙必甲乙與丙再結契約而後得對於丙有效是也此原則自羅馬法以來即相沿用因羅馬法有「二人結約利害不及於他人」之格言也雖然此之理論雖甚正當然至近日法律發達則爲便宜起見而使效力及於第三者亦無不可日本民法多有此例今略舉之第五三七條云「依於契約當事者之一方約對於第三者而爲某給付時則其第三者有對於債務者直接請求之權利」

如右條規定是當事者間之契約對於第三者亦有效但所謂第三者請求之權利果自何時發生乎學者於此有二說。

- (一) 當事者結約時第三者之權利即發生此德意志所採用者也。
- (二) 必第三者承諾時其權利始發生此日本所採用者也第五三七條二項云。

「於前項之情形第三者之權利自其第三者對於債務者而表示享受契約之利益時發生」其曰對於債務者表示者如由甲之一方爲之結約則對於甲表示以甲爲其債務者也反之於乙亦然必如此而後有效。

當事者之契約既對於第三者有效則自其效力發生之時而第三者對於其債務者即有權利義務之關係故當事者之一方不能將其契約之目的任意變改或漫使消滅不然其債務者之義務與第三者之權利皆歸於有名無實矣故第五三八條云「依前條之規定第三者之權利已發生後當事者不得變更之或使消滅之」

雖然當事之一方固不能變更或消滅其權利而抑知第三者之權利究因當事者間之契約而生則其權利之內容亦即因當事者間之契約而定故其契約有「反對給付」時則第三者不可給付例如甲乙結約賣物於丙則丙有取物之權利亦有付價之義務即所謂反對給付此時丙不得謂僅有權利不負義務也又或當事者間之契約有取消之原因（如無能力者及詐欺脅迫等事）則第

三者之權利亦隨之消滅。但此惟限於取消之原因爲無能力者。若因詐欺脅迫之故而取消。則不得以之對抗善意之第三者。其取消之規定。見第五三九條。條文云。『基因於第五三七條所揭之契約之抗辯債務者。得以之對抗於當受其契約之利害之第三者。』其曰抗辯者。即反對給付。與取消之原因等是也。其曰得對抗於當受其契約之利害之第三者。即反對給付時。第三者不可不給付。當取消時。第三者不可不取消其權利也。蓋第三者之權利。由契約而生。故亦當受契約之利害。

第二目 契約有與法律相等之效力

以原則論。由契約生出之效力。與因法律生出之效力。無強弱之殊。此不待言者。今但言其例外。即由「雙務契約」生出者是也。試分二說。

一 同時履行 謂於契約之雙方。應同時各履行其契約也。如買賣契約。雙方互有

權利義務。若一方先履行。而其他之一方。或不履行。或遲滯履行。則生不公平之結果。故法律爲此規定。以保護之。第五三三條云。『雙務契約當事者之一方於其相

手方僅提供其債務而止則得拒自己之債務之履行但相手方之債務不在辨濟期者不在此限其曰僅提供其債務而止者即其一方未履行也故他之一方亦得拒絕而不履行其但書之意謂期限之先後不同者則不可同時履行必未定期限或期限已過者而後可也

二 危險問題 即雙務契約之當事者其一方之義務因天災而不能履行而彼一方之義務仍應履行與否之問題也此就廣義之危險言於買賣時多有之然在買主之一方以金錢履行無甚危險故其履行不能者又惟賣主之一方多有之例如特定物未引渡時因天災消滅而賣主不能盡其義務如此而買主仍有給付代價之義務否乎今分三種釋之如左

甲 以特定物上權利之設定或移轉爲目的者 如以特定之某書賣與他人即權利之移轉也或在己之土地上設定地上權是即權利之設定也此乃狹義之危險問題學者於此有三主義

天 危險歸所有者 此所有者謂占有其物之人也當以物之交付與否定之如

甲買乙物。其物已交付。則甲爲所有者。若因天災危險。則甲當任之。如未交付。則乙爲所有者。而物因天災危險。則乙當任之。又如甲在乙之土地上。設定地上權。其已設定後。則甲爲所有者。而或因水患以致損害。則甲應任之。若約定某時設定。而尙未到期。則乙爲所有者。其有損害。乙即當任之。是皆危險歸所有者之說也。然此說頗爲不當。蓋物體雖與危險相伴。而物權則可與危險相離。若以有其物者。即負危險。設其物寄存於他處。而被天災迷失。則無過失之受寄者。不亦將負此危險。而任賠償乎。且主此說者。不過基因於羅馬法「物爲所有者死」之一語。而不知羅馬法之爲此語。乃就未結契約時言之。非使已結契約者用之。而英國法律誤會其旨。執以解契約之危險問題。實不當之至者也。

按危險由買主負擔時。則對於其物之代價。已交者不能取還。未交者仍應給付。由賣主負擔時。則對於物之代價。未受者不能索取。已受者仍須退還。此通例也。後言負擔危險皆準此。

地

危險歸債務者 此債務者以物之引渡與否定之。如買賣契約。當物未引渡

時。則賣主有付物之義務。而賣主爲債務者。其有危險。即當任之。若引渡以後。則買主有付價之義務。而買主爲債務者。若有危險。亦應任之。蓋不問其爲買主與賣主。但視債務者爲何人。以定其危險之所歸也。然此說亦不免於謬。何也。此說以債務者負危險。與前說以所有者負危險。其根據雖有不同。而其結果則歸一致。蓋其誤點。即在混雙務契約爲連帶債務。而以買主與賣主對於其物之危險。有連帶負責之義務。而不知賣主之債務在付物。買主之債務在付金。其目的各有不同。不得以連帶視之。謂但債務者即應負危險也。此爲日耳曼法主義。最爲幼稚。現今採用者。惟德意志聯邦而已。

人 危險歸債權者 此債權者。即對於其物有權利之人。例如買賣。則買主爲債權者。倘買賣契約之特定物。於未引渡時。忽罹天災。滅失全部。或毀損一部。則其危險。即歸買主負擔。是也。此說較上二主義獨優。何也。蓋物既爲特定。則雖未引渡。而其物已屬於買主。故付於其物之利害。亦存在於買主。幸而物或增價。如植物之長大。動物之孳生等類。則利爲其利。不幸而物或減價。則害爲其害。羅

馬法之格言曰。利之所歸者害亦歸之。即謂此也。今物之因天災滅毀。不過其害之達於極端者。故買主亦仍應負擔其危險。但此不得爲契約效力。與法律同等之例外。蓋法律上於特定物之因天災滅失者。亦歸買主負責。與此論正同。則是此主義爲極公平而妥善者也。故多數學者主張此說。而自羅馬法以來。歐洲大陸諸國多採用之。日本亦從之。第五三四條云。以關於特定物之物權設定與移轉爲雙務契約之目的時。其物因不當歸債務者之事由而滅失與毀損者。其滅失與毀損歸債權者負擔。

雖然如右條所採主義。乃原則也。然有二例外。

(一) 即停止條件附之雙務契約也。所謂停止條件附者。謂當事者結約時。而別附有條件。必俟其條件到來時。而後其契約成立也。當條件未到以前。依原則而論。其危險應歸買主負擔。而此既爲例外。則不適用原則之規定。故第五三五條云。前項之規定。若爲停止條件附之雙務契約之目的物。於條件之成否未定之間。而滅失則不適用之。夫既曰不適用前項之規定。則其危險必歸賣主負擔。

可知也。然自立法例論之。此例外頗不妥善。蓋法律之如此規定者。其意謂條件附之契約。必待條件到來。而後發生效力。其條件既未到。即其效力未發生。故不能以其危險歸之債權者。不知契約之成立。與效力之發生不同。契約之成立。但有申込承諾之合致即可。至條件未到。祇可謂之效力停止。不得謂契約不成立也。故問債權者之負危險與否。即問物之屬於特定與否。且即問結約時物之存在與否。至條件之到來與否。則可不必問者也。若以條件未到之故而遂使賣主負危險。則是以契約外之事端而變更契約中之目的。實非法理之正者矣。然上之例外。乃就物之全部滅失而言也。若一部滅失。則又有例外之例外。第五三五條二項云。『若物因不歸債務者之責而為毀損。其毀損歸債權者負擔。』此規定之理由。蓋以條件附之契約。必條件成就時始生效力。而條件之成就。不可不具備法律行為之要素。即在買賣契約。不可存在買賣之目的物。若目的物不存在。則付代價之義務不存在。故其物之全部滅失時。是絕無目的物。而缺其要素之一也。則買主可不負危險。今一部滅失。則其物雖減少。而尙有其物之形。

存。即法律行爲之要素。存。故買主不負危險。此就立法者之意。固無不合。然就實際。求之。則仍生不公平之結果。何則。所謂一部滅失者。其標準頗難確定。如百分之物。損其九十九分。亦得稱爲一部。且如寶器等類。滅失一分。則全部無用。如此而買主仍付代價。是與全部滅失而付代價無異也。此既付代價而全部滅失。乃不付代價。豈公平之論乎。况歸債權者負擔。又與原則相混雜。非其規定之善者。故以法理論之。不如統歸原則。而不設本條例外之爲愈也。

或謂各國立法例。亦嘗有於全部滅失。不須辨濟其對價。而於一部滅失。可得請求對價之減少者。又日本舊民法。於物之價格喪失過半。則買主可免其義務。若未過半。則仍當付完全之價。是亦未始無例外者。而不知適用例外者。則必採「危險歸債務者」之主義。蓋此主義。於危險之負擔。無論爲買主爲賣主。但認定其爲債務者即可。而非必認定其爲物權所有之人。故隨其物滅失之多少。以爲減價之標準。亦未始非公平也。然日本新民法所採之主義。乃「危險歸債權者」。債權者既付於其物之權利。盡爲所有。即付於其物之危險。亦全當負擔。而乃爲

之設。例。外。意。謂。物。之。全。部。滅。失。如。本。條。一。項。而。猶。使。買。主。即。債。權。者。負。擔。則。待。買。主。者。酷。若。一。部。毀。損。如。本。條。二。項。而。即。使。賣。主。負。擔。則。待。賣。主。者。又。酷。果。爾。是。以。人。情。爲。法。理。也。夫。立。法。不。能。恫。人。情。如。恫。人。情。則。全。部。法。律。皆。可。破。壞。故。曰。不。如。統。歸。原。則。而。不。設。本。條。例。外。之。爲。愈。也。

(二) 即解除條件附之雙方契約也。所謂解除條件附者。謂當事者結約時。特定一條件。云此條件如成立。即此契約當解除是也。此等契約。設於解除條件未成立以前。其物有損失。至條件成立後。歸何人負擔乎。但此問題。非純全之危險問題。蓋純全之危險問題。(即前述狹義之危險問題)是雙方皆未辨濟時。而因目的物迷失。以致不能履行。生出者也。此之危險問題。是雙方皆已辨濟。及條件成立。致契約解除時。而因目的物迷失。以致不能返還。生出者也。夫至解除契約。而當返還其物時。則賣主即爲物之債權者。依危險歸債權者之原則。則賣主應返還買主之金。然以其非純全之危險問題。不得謂即適用原則之規定。(即第五三四條之規定。譯見前)也。

然雖不適用原則之規定。而停止條件之規定。亦可適用否乎。夫停止與解除。其表面雖殊。而自其內容觀之。則解除條件中。實含有停止條件之關係。蓋解除之條件。一日不成立。即當事者返還之義務。一日不發生。其結果與停止相似。則用其規定。似無不可。然解除之結果。雖為停止。而解除之本質。究非停止也。故終不能適用停止條件附之規定。（即五二五條之規定）

如右所論。是解除條件附之危險負擔。民法上曾無適用之條文。設有此問題。當如何解釋乎。據梅博士之論。則仍當從一般原則之規定。而以使物之債權者（即賣主）負擔危險為是。蓋契約既經解除。則物可視為買主固有者。金可視為賣主固有者。而其物之應履行者。則作為一新契約看待。如此而使物之債權者負擔危險。似無不可也。

以上所論危險問題。皆關於私益。而不關於公益者。故當事者可結反對之契約。如本應歸賣主負擔。而結約使買主負擔。固無不可。即本應歸買主負擔。而結約使歸賣主負擔。亦無不可也。又或約定全部消滅。歸何人負擔。一部消滅。歸何人

負擔。而與法律相反。無不可。即先無反對之約定。而臨事時以當事者之意思表示。竟與法律相反。亦可也。蓋關於私益之事。即當依私人之意思。例如設定地上權。與永小作權等類。其定期地代與小作料之給付。大抵皆由法定（年給給付）倫於設定之後。未給付地代與小作料之前。而其地忽崩壞。以原則論。危險應歸地上權者。及永小作權者。然使當事者已約定按月給付。設未滿一年。而地土崩壞。則以後之地代與小作料。可不給付。惟前所付者。可不必索其返還耳。總之任當事者之意思如何。莫不有效也。

乙 不以特定物爲目的時 此亦有危險問題。例如甲買乙米。乙有受金之權利。即有付米之義務。使約定明日付米。而乙於今日。即將應付之米。分置他處。且加以識別。而適於是夜。被火焚失。其危險應歸何人負擔乎。此就通常論之。米既分出。似爲指定。且米價騰貴。則其利歸於買主。米價下落。則其害亦歸於買主。今被火燒失。不過其害之達於極端者。則其危險似應歸買主負擔。然此解不免於謬。何也。米之爲物。甚多。雖被滅失。究非目的物之不可能。況乙（債務者）所分出之

米亦未經甲（債權者）認定。即甲未於其米取得所有權。是不能適用「利所歸者害亦歸之」格言也。故仍使乙再覓他米以相給付。否則不能受其代價。雖然此猶非純然之危險問題也。其純然危險問題。即其物一經滅失。不可復得者。（如名書古畫等類）此在債務者既不能別購以爲給付。則惟有不買主之代價而已。現今各國皆採此說。日本亦然。第五三六條云。『除前二條所揭之情形外。因不可歸當事者雙方之責之事由。而至債務不能履行。則債務者無受反對給付之權利。』其曰無受反對給付之權利者。蓋反對給付。即債權者對於債務者所給付之物。而乃以其物之代價。反而給付於債務者也。今債務者之物。既因滅失而不能給付。則亦不得受債權者之代價。故曰無受反對給付之權利。若不特定物變爲特定時。則其危險仍從特定物之規定。而歸債權者負擔。例如當事者結約時。原未指定某倉之米。至結約後。債務者或於其米之給付。而完了必要之行為。或得債權者之同意。而指定某米爲給付物。則其米即變爲特定。設於此有危險。即債權者負擔也。第五三四條二項云。『付關於不特定物之契約。』

自依第四百一條二項之規定(譯見前)而其物爲確定時適用前項之規定(即特定物之危險規定)

丙 以作爲不作爲爲目的時 以作爲爲目的者。即如約定某人爲某工事。而許以報酬。是也。(即請負契約之類)以不作爲爲目的者。即如定在某土地上。不爲某種之營業。而許以相當之報酬。是也。設以作爲爲目的者。而其爲某工事之人。或因病患傷癢等故。以致不能完成工事。以不作爲爲目的者。而其土地上。或因政府之命令。使必爲某種之營業。是皆不因當事者雙方之責之事由。而其損害果歸何人負擔乎。曰此仍用第五三六條之規定。而使債務者無受反對給付之權利。爲至當。蓋債權者以本欲完成之工事。而不能完成。本不欲爲之營業。而竟爲之。是皆失其契約上之權利。故債務者自無復受其報酬之理由也。但約定按月而償者。則以前所給付之報酬。亦不得令其反還耳。

第三項 契約之解除 凡五目

第一目 總則 分二說

一 解除之定義 使契約之效力消滅而復以前未結契約之原狀。謂之契約之解除。如買賣契約之解除。必買主還物。賣主還錢。始能復其未結約時之原狀也。凡契約之解除同。

二 解除之種類 此分二類

甲 當然解除 謂因一種事實發生之後。使契約自然消滅。不必當事者表示意思而後解除也。如解除條件成就時。不特當事者之意思表示。而自然解除是。又如結約時。附以特約。云至某期限。不履行。即行解除。亦是。但第二例。乃一般學者之分類。自梅博士論之。則仍為解除條件附也。此外為定期贈與之契約。（如扶助料之類）至當事者一方死亡時。則可不贈與。（詳第五五二條）如消費貸借之豫約。（如約定何時借錢物於人）是若當事者之一方。受破產宣告。則失其效力。（詳第五八九條）是皆所謂當然解除者。又如委任契約。或因當事者之死亡。或因破產而終了。或受任者受禁治產之宣告。則契約解除。（詳第六五二條）又如組合契約。或因事業之告成。或因成功之不能時。其契約亦解除。（詳第六八

二條)是亦當然解除之類也。

乙 解除權之行使 此必當事者發表其意思而後可行使其解除權也。當分二說。

(一)契約上之解除權 如契約上定明言如何而後可解除。此無論一方或雙方行使均可。

(二)法定解除權 此例甚多。今習其一般通用者。即因不履行契約之解除權。是也不履行之解除權。其規定亦甚多。今言其通用者。即當事者之彼一方不履行。而此一方即可主張解除是也。法律之認一方解除者。蓋為保護公平起見。如買賣契約。賣主已付物。買主不付金。設不與賣主以解除權。則受虧損矣。反之亦然。此解除權之所由規定也。

民法上如此用意者甚多。如前例買賣契約。必使其同時履行。若一方僅提供其物而止。則他之一方亦可不履行。參看第五三三條。又如留置權。凡修理人之物者。必留置其物。俟物之所有者。付其修理料。而後得以取還。此皆為保護公平。

起見與解除權同一精神也。

第二目 解除之方法

解除之方法有二主義。(一)當然解除即不必有意思表示者。(二)法定解除即經裁判所判決者。(三)意思解除即當事者有意思表示者。此三主義互有長短。試分論之。

第一當然解除。此不必當事者之意思表示。但須事實發生而即解除。其法甚便。商法多採用之。以商事貴敏捷也。但此不可為原則。蓋立法第取其敏捷。則時間稍遲。即致解除將有可以履行之事。而不能履行者。不免反乎當事者之意思矣。

第二法定解除。此必經裁判所審察。既易確定而無錯誤。且能廉得債務者之情。於解除之事實。或有可憐憫者。即可遲延其期限。各國有採用之者。日本舊民法亦採之。但此主義近於干涉太過。而仍與當事者不便也。

第三意思解除。此主義純以當事者之意思為主。既不若當然解除之或有謬誤。又不若法定解除之近於干涉。是解除之最合於理而適於用者。故日本新民法從之。第五四〇條云。『依契約或法律之規定。當事者之一方有解除權時。其解除依對於相手』

方之意思表示爲之。』此條解除之方法乃原則也。凡一切解除無特別之規定者準用之。但必對於相手方始生效力耳。

第三目 解除之要件 分二說

一 專因不履行解除之要件 亦分二說

甲 原則 即必經催告後始可解除也。蓋辨濟期將到時由債權者定以相當之期間而爲催告。若於催告所定之期間而仍不履行則其契約即得解除也。第五四一條云。『當事者之一方不履行其債務時自相手方定相當之期限而催告其履行若於其期限內不履行時則得爲契約之解除。』

乙 例外 分三說

天 豫定有特約時 如約定不必有催告及意思表示。但到某期限若不履行即當解除。又或僅約定不必催告。但到期不履行即表示解除。又或約定催告後經幾何日不必意思表示即可解除。此皆因特約而生之例外也。均得有效。

地 過定期即無須履行者 如新年之裝飾品（如日本元旦戶外所置之松

竹等類。過元旦即無所用。此無俟催告。自然應履行者。若未履行。則不必意思表示。即可解除。蓋此全由契約之性質生出者也。然亦有由性質生出而當事者又訂明者。如戰勝祝捷會之用品。當事者往往訂明其期間。謂過此則無用。此亦不俟催告。而自應履行者。若及期未履行。亦不必有意思表示。而直可解除也。第五四二條云。『依契約之性質或當事者之意思表示於非履行於一定之日時或一定之期間內則不能達其所為契約之目的者。若當事者之一方不為履行而經過其時間則相手方可不為前條之催告而直為契約之解除。』

人因可以歸債務者之責之事由而不履行時。所謂應歸於債務者之責之事由者。即以特定物為債務之目的時。而因債務者故意或過失。致損害其全部或一部是也。如此則債權者得行使解除權。例如目的物為房屋一所。而因債務之責。或焚失其全部。則債權者因不能使之履行。而得為契約之解除。若焚失其一部。似應將其殘存者履行。然出於債務之故意或過失。則債權者仍有行使解除之權。凡此皆不必有催告與意思表示之行爲者也。又如使某畫工繪素約有

一定期限。而畫工因己之過失。跌傷其腕。不能爲全部之履行。或約繪五幅。乃於傷痊後。祇繪成二幅。而期限已過。因而不及履行。亦皆不必有意思表示。而自當解除者也。第五四三條云。『履行之全部或一部。因當歸債務者之責之事由。而不能爲履行。則債權者得爲契約之解除。』

二 通用於一切解除權之要件 如解除契約。有不可分之事由時。則當全部解除。此乃一切解除之通用者。例如買賣。賣主有二人。買主只一人。若買主不給付代價。則賣主即可行使解除權。但賣主二人必須合致。不可一人解除。而一人不解除也。反之買主有二人時亦然。又有債務之情形似可分。而其實仍不可分者。如甲乙二人。有同時發生之債務。而債權者對甲催告。(催告爲時效中斷之原因)對乙未催告。則甲之時效。因中斷而完成。尙遲。乙之時效。因未中斷而完成。當速。倘至期而均未履行。似可解除乙之契約。而不必解除甲之契約。然而不能。何者。設甲乙所負之債。爲同買丙之不動產而生。(如買不動產未付代價。即對於賣主負債務)丙獨於甲爲催告。因而獨對於乙爲解除。其結果必使甲與丙共有一不動產。而與甲以不

便矣。故時效雖有不同。而其解除則一也。第五四四條云。『於當事者之一方有數人時。則契約之解除。惟得由其全員（即前例）或對於其全員（即後例）而爲之。』

第四目 解除權之效力

解除權之效力。就其通用於一切者言之。即使復回其原狀是也。如買賣解除。必須買主還物。賣主還金。始可復其原狀。且賣主還金之時。必付其應付之利息。若有歸於債務者之責之事由。不惟付利息。且須爲損害之賠償。蓋履行爲其應盡之義務。而乃因其故意或過失（即歸債務者之責之事由）以致不能履行。則自應賠償也。第五四五條云。『當事者之一方行使其解除權時。各當事者負使其相手方復其原狀之義務。但不得害第三者之權利。』

其曰。不得害第三者之權利者。例如買主已將其所買之不動產。抵當於第三者。至解除時。其第三者之抵當權。仍不可消滅是也。蓋所謂復回原狀者。只就當事者言之。而不可累及於第三者也。至對於第三者爲如何贖取之法。乃別段問題。姑不具論。

第五目 解除權之消滅

就其通於一切之解除權者論之。則財產權消滅之原因。即解除權消滅之原因。蓋解除權亦財產權也。今不贅述。但論其特別者。分二說。

一 因催告而消滅。如當事者約定云某時不履行。則不必催告。而契約自然解除。乃至其時而一方復催告履行。是當事者有不願解除之意也。其解除權即因之消滅。又或本應行使解除權時。而當事者既不行使。又不催告。則相手方可定一相當之期間。以催告其解除與否。若於其期間內仍不行使解除。則其解除權亦消滅。第五四七條云。『付於解除權之行使無定期時。則相手方對於有解除權者得定相當之期間。以於其期間內當確答解除與否之旨。而爲催告。若於其期間內不受解除之通知。則其解除權消滅。』

其曰付於解除權之行使無定期者。即應行使解除之一方。既不行使。又不催告。是也。如此者。其解除權必至時效完成始可消滅。而與相手方以大不利。何也。蓋解除權一日未行使。即相手方一日不能無準備。是受永久之束縛。而不免困難也。故法律準其定相當之期間。以爲催告。至其期間內仍不解除。則其解除權可作爲除却。

看待也。故得爲消滅。

二 因目的物毀損而消滅 凡行使解除權。貴復回其原狀。故必將其目的物返還於原主。若其目的物毀損。則無論爲故意爲過失。總之不能爲原狀之復回。即不能爲解除之行使。而其解除權自應消滅。蓋買主既毀損其目的物。即可推定爲拋棄解除權也。若未毀損而讓渡於第三者。其解除權亦消滅。何也。蓋目的物已讓渡於人。則其物權非己之所有。而不得自由處分。即許其仍由第三者購還。設第三者又爲讓渡。或以其物爲質於人。則不獨生無窮之困難。而且不能免損害之結果。故仍使其解除權消滅。

又有實未毀滅。而無異毀滅者。如金塊改造指環。房屋改換式樣。此皆不能純然回復原狀者。故其解除權亦消滅。至其因改造加工。而或負擔賠償之責。以行使其解除。則又爲別段之問題。不可入毀損言之。

以上皆於第五四八條規定之。條文云。『有解除權者。因自己之行爲或過失。而毀損契約之目的物。或者至於不能返還（即讓渡之類）又或因加工與改造而變其

物爲他之種類時。則解除權消滅。」

雖然以上所論。乃原則也。然有例外。即不因有解除權者之行爲。或過失。而滅毀其目的物。則其解除權不消滅是也。本條二項規定之。此規定賣買契約中。於賣主有解除權時。無甚重要。於買主有解除權時。則最有實用。蓋買主有解除權時。其目的物。因天災消滅。則無返還其物之義務。而且可請求賣主返還其代價。此理付於危險問題中。已述明。可參觀而知之。

以上契約總則論完。以下述契約各論。惟各論條例繁多。不暇詳釋。今第論其大概。

第二款 契約各論 凡第十四項

第一項 贈與

當事者之一方。以自己之財產。爲無償讓渡之契約。謂之贈與。例如甲與乙結約。以甲之所有權與乙。而不求乙之償還。並不求其服務。是也。凡財產權皆可贈與。此種契約。但須當事者之意思合致。即能成立。不必其物之即時引渡也。故爲「諾成契約」。第五四九條云。『贈與者當事者之一方表示以自己之財產無償而與於相手方之意。』

思因相手方爲受諾而生其效力』其曰因受諾而生效力。則其爲諾成契約可知也。

贈與之類甚夥。今略舉其例。(一)曰條件附贈與。而條件又有停止與解除之分。停止條件附者。謂至某時始行贈與。而未至其時。則其贈與停止也。解除條件附者。謂至某時不贈與。則其契約解除也。(二)曰期限附贈與。期限亦有始期與終期之別。始期者。謂其贈與自何時始也。例如約定自甲死時。而後以某物贈乙。則甲死之日。即贈與所自始之日是也。終期者。謂贈與以何時終也。例如扶養料之類。至受贈者死時。即可不必復贈。即終期也。(三)曰負擔附贈與。謂贈與者之贈與。爲自己與第三者。或受贈者之利益。則受贈者或當任爲他給付之責是也。(四)曰定期復歸贈與。謂定有期限。而當按其期限。常爲贈與也。如「終身定期金」之類是。(詳後)此四者皆贈與中所常有者。其凡關於贈與之一切規定。詳第五四九條第五五四條。

第二項 賣買

賣買者。謂當事者之一方。將其任一種之財產權。移轉於相手方。而相手方付以代金。

之契約也。凡物權債權及無形財產權皆可買賣。但必須買主以金錢報酬始爲買賣契約。若以他物報酬則爲別種之契約矣。此契約之性質亦諾成契約。

買賣契約之種別可分爲七。(一)依賣買之體樣而區別曰直接賣買其買主與賣主同時移轉權利者也曰掛賣買其一方先移轉者也。(二)依賣買之手續區別曰私賣即通常之買賣而不依公之手續者也曰公賣即經裁判所之手如競賣債務者之物產時是也。(三)基於賣買自由之區別曰任意賣買即任當事者之意如通常賣買是也曰強制賣買即不出當事者之任意而爲法律之規定或國家之處分以賣買者也如破產處分公用徵收等類皆是。(四)依賣買之方法而區別曰自由賣買即隨當事者之意選擇代價及相手方而爲之也曰競爭賣買即對於一般公衆而以最高價或最低價申込而爭賣者也。(五)依代金支拂之方法而區別曰現金賣買謂賣主移轉權利而同時即得代金也曰信用賣買謂賣主信用買主而先以其權利移轉至後時受代金者也曰前金賣買謂賣主未移轉其權利之前而買主先付代金者也。(六)基於權利之移轉或引渡之時期而區別曰定期賣買謂賣主移轉權利或爲物之引渡定有期限又期

問者也。曰即時賣買。即同賣買成立之時。而移轉權利。或引渡者也。(七)依目的物而區別。曰種類賣買。如不特定物之賣買。僅示其種類與量數。是也。曰希望賣買。如不問其結果之確實。有此物否。而姑且買之。是也。曰見本賣買。謂依一定之樣本。而為賣買者也。此七者。皆賣買之大概。而凡關於賣買之一切規定。則詳第五五五條。至第五八五條。

第三項 交換

交換者。謂當事者以非金錢之財產。互相移轉所結之契約也。以金錢為報酬者。謂之賣買。以金錢外之物為報酬者。謂之交換。凡所有權。即得交換之。例如以己之動產。交換人之動產。以己之不動產。交換人之不動產。又或以己之動產。交換人之不動產。以己之不動產。交換人之動產等類。皆是。此亦諾成契約之性質。第五八六條云。交換者。因當事者互約移轉非金錢之所有權。而生其效力。其曰因互約而即生效力者。則為諾成可知也。凡關於交換之規定。多適用賣買之規定。

第四項 消費貸借

消費貸借者。謂當事者之一方。與其相手方約定將來償以種類品等量數相當之物。而一面由相手方受取金錢及其他之物之契約也。所謂其他之物者。指尋常通用之動產（如米鹽等類）而言。若不動產。或存於倉庫不用之動產。皆不得謂爲消費也。消費貸借之移轉。即以所有權移轉。故借主對於受取之物。可自由處分。若非約定以同樣之物相還。則與贈與無異矣。

其曰同樣之物。自實際上求之。原物既已消費。必無真與之同樣者。是故以金錢論。無論爲金錢銀錢。但爲通貨。而其量數又同者。即謂之同樣。若其他之物。則借米還米。即其種類同也。至於品等。則至不一。（日本約分十三等。有沙者五等。無沙者五等。外國輸入者三等。）必視其所借者何等。即以何等相還。而量數之不難同樣。可無論矣。消費貸借。金錢最多。他種次之。但無論何種。必受取其物。而後其契約得成立。故獨爲踐成契約。若約已結定。而物尙未交。只可謂之消費貸借之豫約。此雖有效。究不能適用消費貸借之規定。

消費貸借。種別有二。（一）即金錢與物之區別。（二）即有利息與無利息之區別。凡一切之

規定。詳第五八七。乃至第五九二條。

第五項 使用貸借

使用貸借者。謂當事者之一方。以無償由相手方。受取某物。約定至使用及收益後。乃爲返還之契約也。如借書於人。約定閱後相還。並不出報酬。又如借土地於人。約定收益後相還。並不出地代。(即租金)皆是。其不出報酬與地代等。即謂之無償。其閱人之書。及於土地。上所獲之利等。即謂使用及收益也。此等契約。大概與消費貸借。質貸借。同。其稍異者。則消費貸借。不必以原物相還。此則必以原物相還。質貸借。必出租金。此則不出租金耳。其契約之性質。亦諾成契約。凡關於使用貸借之規定。詳第五九三。乃至六〇〇條。

第六項 質貸借

質貸借者。謂當事者之一方。(質貸人)使其相手方。(質借人)爲某物之使用及收益。而相手方依定期。付其質金(租金)之契約也。例如以土地借人耕作。每年納質金若干。又如以家屋借人居住。每月納質金若干。皆不動產之質借最普通者也。即動產亦

有賃借。如在旅館借被褥等類。雖只一夕。亦必出報酬。是凡此在賃借人有使用及收益之利。而在賃貸人。則有受取賃金之利者也。

但此中有當注意之點。即土地賃貸借。最易與地上權及永小作權相混。以同一出賃金。借土地也。然自其性質及效力觀之。則有不同。蓋地上權以使用人之地爲主。永小作權以耕作及畜牧爲主。而純爲一種物權。土地賃借權則在以其土地爲借主使用爲主。而純爲貸主對借主之一種債權也。且地上權等之最長期限爲五十年。而土地賃借之最長期限。亦不得過二十年。其普通者爲十年。或五年。皆從債權之規定也。惟歐洲各國及日本舊民法。常以賃借爲物權。其意謂其得對抗第三者。故與物權似而不知債權自登記之後。非必不可對抗第三者也。故新民法仍以賃借權爲債權。而與地上權及永小作權之規定各別。是以當事者結約之初。欲結何約。雖可自由。而至約定後。則不可混視矣。此賃借契約。亦諾成契約。其一切規定。詳第六〇一條。乃至第六二二條。

第七項 雇傭

雇傭者謂當事者之一方對於相手方服務勞務而相手方與之報酬之契約也。其約定對於相手方服務勞務之一方謂之「勞務者」。其相手方謂之「使用人」。現今文明各國奴隸制廢。故雇傭不以人之等級而分。無論爲精神上之勞務或體力上之勞務皆得爲雇傭。例如醫士乳母等亦均得爲雇傭是也。蓋精神之勞務與體力之勞務不獨其所得之報酬皆由他之一方使用而來。即以雇傭爲目的亦與精神勞務者之品位無損。故法律均以雇傭規定之。此等契約亦諾成契約。其一切規定詳第六二三乃至六三一條。

第八項 請負

當事者之一方約定完成某事而相手方對其事之結果與以報酬之約。謂之請負。例如作一室。一切令工師承辦。待其室成後而與以報酬金是也。即小事亦然。如欲作一几。令匠人承辦。待其完成而與以報酬亦是。但請負與雇傭易混。以同請一人而與以報酬也。然實不同。蓋雇傭可任令其作何等事。請負則限於一定之事。且必於其事作成後而始得報酬。即就一事論之。如雇人力車。約定自晨至夕。所當行者不一地。是爲

雇傭若約定自甲地至乙地。則至乙地時。即義務終了。是爲請負總之雇傭所作之事。其範圍廣而泛。請負人所作之事。其範圍狹而確也。此請負亦諾成契約之性質。其一切規定。詳第六三二。乃至第六四二條。

此外於懸賞廣告。亦請負之性質。見前論第五二九。至第五三二條。參看自知。

第九項 委任

委任者。謂當事者之一方。以爲某法律行爲。委託於相手方。而相手方承諾之之契約也。例如託友買物。而友已應認之。是也。其委託之一方。謂之委任者。其受託之一方。謂之受任者。其委託之事項。即爲法律行爲之事。謂之委任事務。委任有有代理者。有無代理者。有代理者。例如甲委任乙買物。而乙對賣主云。此物爲代甲買。是也。無代理者。即乙不表示爲代甲買。直如自買者然。至買得後。乃轉以與甲。是也。又如保證契約。亦爲委任。因甲以保證之事。囑乙。而乙承諾之也。此皆委任之屬於單獨行爲者。其屬於概括行爲（即委任一切之事是）者。例如甲託乙管理其財產。是也。

委任契約亦與雇傭易混。以同請人作爲也。然而不同。蓋雇傭所作之事不必出於法律行爲。無論何等事皆得作爲也。委任所爲之事必出於法律行爲。如代人買物及管理財產之類。皆法律行爲也。且雇傭必有報酬。委任大半無報酬。惟以報酬有無爲區別。則委任有報酬時仍與雇傭無別。故仍不如以爲法律行爲與否區別之爲正當也。或謂雇傭契約亦有時出於法律行爲者。如商業使用之番頭（即商店理事之人）其所爲催告（催告他人履行債務）給付等事皆法律行爲。此不與委任同乎。曰此乃以雇傭兼委任之資格。又當別論者。凡委任契約亦諾成契約。其一切規定詳第六四三。乃至六四一條。

第十項 寄託

當事者之一方約定爲相手方行保管而受取其物之契約。謂之寄託。如友人欲以書寄存我處。而我一面承諾。一面受取其書是也。此爲動產之寄託。若不動產亦可寄託。如友人他適。以其宅託我保管。而我承諾之。即受取其宅是也。其代人保管者謂之受寄者。其相手方謂之寄託者。

寄託之類別有二曰有償寄託與無償寄託是也。有償者與受寄者以報酬也。如此者於其保管之物當格外注意。無償者即不與保管者以報酬也。此於其保管之物當與自己之物同一注意。

凡寄託必其物交付於保管者其契約始能成立。故謂之踐成契約。其關於寄託之規定詳第六五七乃至第六六六條。

第十一項 組合

於二人以上之當事者共出資本而營共同之事業之契約謂之組合。如三人相約每人出資若干圓共營何業而分受其利益是也。但出資不必限定金錢。凡金錢以外之動產及無形財產（如著作權、特許權、意匠權、商標權等皆是）亦皆得爲資本。但組合與社團法人亦易混以同爲二人以上組織而成也。然而不同。蓋社團法人有法律上之人格。組合則無法律上之人格。故其結果社團財產有法人以爲權利之主體。組合則無爲之主體者。惟屬各組合員共有之。又社團法人得以其法人之名爲一切之行爲。組合則不能以組合之名爲行爲也。此皆其異者。至組合契約亦諾成契約。

其一切規定詳第六七七乃至第六八八條。

第十二項 終身定期金

當事者之一方約定至自己或相手方或第三者之死亡時而止而定期給付相手方以金錢或其他之物之契約謂之終身定期金其曰終身者即無論當事者之何方至死亡時而止也其曰定期者即限以年月日之期而為給付也凡給付之物大概金錢多而他之動產少(至不動產則無之以不適於定期故)故謂之終身定期金至其死亡之標準則不拘定何人凡給付者被給者第三者但既有死亡則其金即可不給付也今分為七種列表於左。

| | | | |
|----|-----------|-----------|-----|
| | 給付者(債務者) | 被給者(債權者) | 死亡者 |
| 一 | 甲(當事者之一方) | 乙(當事者之他方) | 甲 |
| 二 | 甲 | 丙(第三者) | 甲 |
| 三甲 | | 乙 | 乙 |

| | | | |
|--------|---|---|---|
| 七 | 六 | 五 | 四 |
| 甲 | 甲 | 甲 | 甲 |
| | | | |
| 丙 | 丙 | 丙 | 乙 |
| | | | |
| 丁(第三者) | 丙 | 乙 | 丙 |

(一)以定期金債務者之死亡爲標準。此之債權者爲相手方。如甲約扶養乙而甲死亡。則金可不給付是也。

(二)以定期金債務者之死亡爲標準。此之債權者爲第三者。如甲約爲乙扶養丙(或乙之父或子)而甲死亡。則金可不給付是也。

(三)以定期金債務者之死亡爲標準。此之債務者爲相手方。如甲約扶養乙而乙死亡。則金可不給付。

(四)以第三者之死亡爲標準。此之債務者與債權者均爲當事者。如甲約扶養乙而丙(乙之父或子)死。則已。是此因丙在有累於乙者。

(五)以定期金結約者之死亡爲標準。此之債務者爲相手方。其債權者爲第三者。例如甲約其相手方乙而扶養第三者丙。乃至乙死。則不給付其金。是也。

(六)以有債權之第三者之死亡爲標準。此之債務者爲當事者之一方。如甲約爲乙扶養丙(乙之父或子)至丙死。則金可不給付。是也。

(七)以債權者第三者外之第三者之死亡爲標準。此之債務者爲當事者之一方。如甲約爲乙扶養丙。而丁(丙之父或子)死。則已是。是因丁在時有累於丙者。

以上終身定期金之種別也。至其爲有償定期金。或無償定期金。亦任契約之自定。此種契約亦諾成契約。凡關於終身定期金之規定。詳第六八九條。乃至第六九四條。

第十三項 賭事

賭事者。謂當事者之一方。以其各自未知之事實。或其一方已知之事實。於已到。或可。到時。而與相手方豫期之。待其確實到來。而與以豫金之契約也。如甲乙約定。以金錢拋下。得表。則甲與乙金若干。得裏。則乙與甲金若干。至確知爲表爲裏時。而後以金錢給付。此事實之可到者。各自不知。而豫爲期之者也。又如日俄戰後。甲乙結約。謂日軍

死五萬以上。則甲與乙金若干。俄軍死五萬以上。則乙與甲金若干。其兩國死亡之數已定。但當事者皆不知之。至確查其死數。而後以金相給付。此事實已到各自不知。而豫爲期之者也。又有一方知之。一方不知者。例如天文家言某日日食。而甲某不信。與之賭金。是也。其餘種類甚夥。可推知之。

賭事在日本法律爲不法行爲。故刑法第二一六條云。凡賭財物而加以博奕之事。必加以裁制。然此專指賭物者而言。至賭飲食。則不在此限。是賭事亦不絕對禁止者也。故各國法律皆定有賭事。日本民法起草時。亦有之。後以其事非正當。遂刪去。其實如以勞力爲賭之事。在習慣上非全無效者。則於民法上規定之。亦無不可。立法者當於此研究之。

賭事有相互爲給付者。即雙方各擲金爲賭。如上戰事之例是也。有單獨給付者。即一方出金。如上天文家之例是也。要之有申込承諾。即其契約成立。故亦爲諾成契約之一種。

第十四項 和解

當事者約定互爲讓步以止其間所存之爭之契約。謂之和解。例如甲謂乙負金千圓。而乙云無之。遂啓爭端。既而甲讓去五百圓。乙亦認還五百圓。而止其爭端。是也。又如一不動產。甲已占有。乙言此不動產。乃我之所有。於是和解。甲出金得地。乙受金失地。亦互相讓步以止其爭也。

凡未經裁判而和解者固多。已經裁判而和解者亦可。民事訴訟法有和解一章。即已經裁判而和解之規定也。其例如甲謂乙負已金千圓。而乙不承認。遂訴之。裁判所。既而甲乙二人。思訟久不利。各願負擔五百圓。即和解也。又或乙思萬一敗訴。則償還千元。又須負擔訴費。不如徑償還千圓。以息其訟。亦爲和解也。和解亦諾成契約。其一切規定。詳第六九五及第六九六條。

第三節 事務管理

專務管理者。謂無義務而管理他人之事也。如友出旅行。其家之財產。本未囑託於我。而我代爲管之。是夫既未受託。而爲其管理。則無管理之義務。故不曰義務管理。而曰事務管理。

事務管理既無義務。則未有真正契約。只可稱爲「準契約」。準契約者。謂雖非契約而亦得謂之契約也。此義自羅馬法以來。即相沿用。蓋凡債務之發生。不外契約與犯罪。（此非刑法上之犯罪。乃私法上之犯罪。如損害賠償之類是。）二種。其由不法行爲而生者。雖未至於犯罪。亦可謂之準犯罪。其由法律行爲生者。雖非真有契約。亦可謂之準契約。

事務管理之結果。當至於不當利得。故有謂事務管理之規定。宜歸並於「不當利得」中者。各國立法例嘗用之。日本舊民法亦然。然非難此說者頗多。梅博士謂可不必非難也。蓋事務管理中。嘗有自然至於不當利得者。試舉二例明之。

一 即管理者取得本人之財產而未償還時也。如以本人之財產買公債股票等類。以獲利益。此於本人歸時。即應將所取得之利益交還本人。如不交還。則管理者爲不當利得。

二 即爲本人消費之財產而本人未償還時也。如本人之房屋壞損。管理者代爲修理。此本人歸時。即應將其代用之金還之。管理者如不還之。則本人爲不當利得。

觀上二例。則知不當利得。多由事務管理中生出。則將事務管理之規定。歸並於不當利得中。亦無不可。故謂無庸非難也。

雖然。日本新民法竟分爲規定者。則以事務管理所生之債務。尙不僅關於不當利得。且有關於不法行爲者。例如管理者半途拋棄。即可作爲不法行爲論。是也。蓋未受人託。而自出管理。自應終始如一。以保護其財產。若度不能終。則曷如勿管。而以俟之他人。今既管之。而又拋棄之。是明使本人之財產受損害。故可謂之不法行爲。否亦不免爲有過失。如此者。本人皆可對之求償。是知事務管理之債務。固不僅生於不當利得也。且即生於不當利得。而由事務管理之不當利得生者。其受法律之保護。恒較由普通之不當利得生者爲優。故新民法分別規定之。不可謂非當也。

第一款 事務管理之要素 分三說

一 要爲他人之事務 因管理他人之事。而後有事務管理之規定。此不待言。惟有時。以自己之財產。誤認爲他人之財產。而管之者。例如屬於人之家屋。而我既占有之。而猶認爲他人之財產。以爲管理。是也。此等一經認明。即無事務管理之問題。故

事務管理。必須爲他人之事務。即當初或不知他人爲誰。而但有其爲他人之意。以爲管理。則亦得謂之事務管理。例如見賣犬者。雖不知犬主爲誰。心以爲犬必有主。而但買之。以俟其主人來取。而與之。是雖先不知他人爲誰。而究之。有此與主人之心。則仍爲他人之事也。如此者。其買犬之價。及爲此犬消費者。皆可向其主人求償。而亦得受事務管理之保護矣。

二 要當作他人之事而管理之。如本爲他人之財產。而當作自己所有。或信爲自己所有。而管理之。此不得謂之事務管理。如上例買犬者。其買時爲自己起見。而有利得此犬之意存。是也。雖其爲自己。亦出於善意。至其主人覓犬時。亦得用事務管理之規定。而向之求償。然此爲別段之問題。非事務管理之結果也。更舉一適當之例。如甲死而相續人尙未定時。乙因代爲管理其財產。此純全事務管理也。若乙之意。非爲甲之相續人管理。而自信爲甲之相續人。以管理之。是謂之占有。又或甲死而甲之相續人丙。遠出未歸。乙乃乘丙之不在。而自認爲相續人。以管理其財產。是謂之橫領。蓋事雖同而意則異。法律不得認之爲事務管理也。

三 要無管理之義務 謂不因法律及契約而生管理之義務也。何謂由法律而生之義務。例如後見人管理被後見人之事務。親權者管理其子之事務。法人之理事。管理法人之事務。會社之取締役（即總理）管理會社之事務。其管理皆由法律所明定者。是即爲法律所生之義務也。何謂由契約而生之義務。即甲出旅行而託乙管理其事務。其管理因契約所訂明者。即由契約而生之義務也。凡此者皆不得謂之事務管理。第六九七條一項云。『初無義務而爲他人管理事務者。從其事務之性質。要依最適於本人利益之方法而爲其管理。』

第二款 事務管理之效力 凡二項

第一項 管理者之義務 分三目

第一目 管理者之注意 又分三說

一 原則 凡管理本人之事。必以最利於本人之方法爲其管理。（第六九條一項

後段規定之譯見前）但於本人最利益之方法。亦頗難確定其事實。惟在管理者之隨時注意而已。如金錢用途甚廣。管理者設以之存於銀行。其存爲預金乎。則支

取便而利息低。若存爲定期金。則利息高。而支取不便。或不存於銀行。而以之買公債。株券等類。則利息雖大。而漲落不常。時以此種思維。而斟酌行之。以求其最利益者。是即管理者之注意也。但此必管理者確信其爲利益。而不必問他人之以爲利益與否也。

二 例外 此分二說

甲 不反乎本人之意思 如明知本人生平不願買股票。或可推知其不願時。
(如本人生平之金。總存於銀行。而未買股票。即可推知其不願) 則雖股票最有利益。亦不得反本人之意思。而擅買之。第六九七條二項云。『管理[△]者[△]已知[△]本人[△]之[△]意思[△]。或[△]可[△]得[△]而[△]推[△]知[△]之[△]時[△]。則[△]須[△]從[△]其[△]意思[△]而[△]爲[△]管理[△]。』

乙 有急迫危害時 謂利害起於倉猝。不暇爲本人注意也。試舉三例明之。(一身體危害時。如甲病起倉促。乙代爲延醫。其醫師或術業不精。或脈禮甚重。此不得謂爲不注意。(二名譽危急時。如甲遠出。被人登報。毀其名譽。乙爲其親友。代爲登報。辨白其冤。此時雖未擇便宜之報館。又或多其登載之時日。亦不得謂爲不注意。)

意。(三)財產危急時。如甲不在家。其鄰失火。乙將甲物搬出。致有損失。又須費用。既而火災未及。此亦不得謂之不注意。皆以其迫於危險也。如此者。不能用本人最利益之原則。故第六九八條云。『管理[△]者對於本人之身體名譽財產[△]使免其急迫之危害[△]而為其事務之管理[△]非因有惡意或重大過失[△]而生之損害[△]不任賠償[△]之責[△]』

三 附隨義務 附隨義務即通知義務。謂管理者有通知於本人之義務也。其所以必通知者。以既未受本人之囑託。而自為管理。則本人之願意與否。尙不可知。即或本人願意。而對於其財產。有如何管理之方法。對於管理者。為如何管理之權限。此皆本人所有之權利。而可得而指定之者。若不通知。則本人不之知。難免不違反其意思矣。

此通知義務。不曰通知。而曰附隨者。謂附隨於注意之下。而應有此義務也。蓋通知由注意而出。有注意。則必有通知。通知隨於注意者也。如注意而求為本人之利益。或生意而求合本人之意思。若非有通知。以得本人之指示。則終不能無誤也。第六

九九條云。『管理者其管理之始須無遲滯而通知於本人但本人既知之不在此限』

第二目 管理之繼續

管理之繼續者謂管理者不可半途拋棄也。蓋事務管理雖無管理之義務而既爲管理則有當爲繼續之義務。若半途拋棄則於本人之財產不能無損也。故必於本人歸時或無本人而有相續人及法定代理人時而後可謝其管理之責。如甲出旅行乙爲之管理其財產必待甲歸時或甲別託他人時而後乙可免責也。又或甲死而乙代理其財產必待甲之相續人能爲管理時然後乙可免責。又或甲遠出而存亡不知或甲死而竟無相續人而乙適爲之管理其財產必待裁判所選定管財人（亦即法定代理人）時而後乙可免責。不然則有繼續管理之義務。故第七〇〇條云『管理者至本人或其相續人或法定代理人得爲管理時而止中間須繼續爲其管理』此原則也。尚有二例外。

一 反乎本人之意思時 如通知之後本人不願其管理是也。如此者可不繼續。

二 於本人不利益時 如本人遠出。其妻子在家。本人之債權者。向其妻子索取。而其妻子不能處理。其親友乃出而代理之。此時債權者。見有親友代理。其催督或反加嚴。是於本人爲不利益也。如此者。亦可不繼續。

右二例外。於第七〇〇條但書規定之。條文云。『其管理之繼續。反乎本人之意思。與顯不利於本人時。不在此限。』

第三目 計算之義務 分二說

一 報告之義務 謂計算之後。管理者當報告於本人也。如管理終時。凡一切爲本人取得之財產。與消費之財產。當計算分明。報告於本人。即管理未終時。本人若請求報告。亦當報告之。

二 交付之義務 謂管理終時。當以其財產交付於本人也。此交付之財產。須加入其爲本人取得之財產。除出其爲本人消費之財產。而後以其餘者交付之。

計算時。有宜注意者。即存於管理人手之現金。與由他處受取之金。是也。此等財產。管理者爲自己用去時。則應依法定利息計算。還之本人。若加損害於本人時。則當於利

息之外更爲賠償。例如本人所存之金應買株券可獲利一割（即中國一分）而因管理者用去致不能獲利則於付法定利息五分（即中國五釐）之外仍須賠償五分以期不失其應獲之利也。第七〇一條云：『第六四五條乃至第六四七條之規定事務管理準用之。』

按第六四五條即報告之規定第六四六條即交付之規定第六四七條即利息之規定此皆委任契約之規定而事務管理準用之者也。

第二項 本人之義務 分三目

第一目 費用償還之義務

凡管理者爲本人所代用之費本人即應償還之其償還之範圍以本人所受利益之限度爲準其所受之利益又以管理者用錢之當時爲準若用錢之當時於本人無利則可不償還若當時有利而後日無利則仍不可不償還如爲本人修理房屋其後又被火焚是當時有益而後來無利者也如此者仍當償還第七〇二條云：『管理者爲本人所出之費用得對於本人而請求其償還。』

第二目 債務負擔之義務

凡管理○者○爲○本○人○之○利○益○所○發○生○之○債○務○本○人○宜○負○擔○之○如○本○人○遠○出○管○理○者○爲○本○人○修○理○房○屋○代○僱○工○傭○及○修○理○將○畢○而○本○人○適○歸○則○其○管○理○人○對○於○工○傭○所○結○之○契○約○本○人○宜○悉○依○之○以○履○行○其○債○務○其○爲○本○人○利○益○而○借○用○金○錢○者○亦○同○第○七○〇○二○條○二○項○云○
 『管○理○者○爲○本○人○負○擔○有○利○益○之○債○務○時○準○用○第○六○五○〇○條○二○項○之○規○定』

按第六五〇條。謂受任者因處理委任事務所負之債務。而委任者當負擔之。規定也。與此之規定同一精神。故準用之。

第三目 反乎本人之意思

凡管理○者○反○乎○本○人○之○意○思○則○所○代○用○之○一○切○費○用○不○能○求○償○即○或○求○償○亦○不○可○依○原○則○之○規○定○而○祇○用○一○般○不○當○利○得○之○規○定○所○謂○一○般○不○當○利○得○之○規○定○者○謂○以○本○人○現○時○所○受○利○益○之○限○度○而○爲○其○求○償○之○範○圍○是○也○例○如○本○人○不○願○修○理○房○屋○而○管○理○者○代○修○理○之○若○至○本○人○歸○時○其○房○屋○仍○存○則○當○償○還○其○費○若○或○被○火○災○而○房○屋○不○存○則○可○不○償○還○何○者○其○本○人○現○未○受○利○益○也○蓋○既○反○乎○本○人○之○意○思○則○法○律○不○能○重○加○保○護○矣○第

七〇二條三項云。『管理者反乎本人之意思而爲管理則僅於本人現所受利益之限度適用前二項之規定』

第四節 不當利得

凡無法律上之原因而因他人之財產或勞務以受利益致生損害於他人者謂之不當利得。(見第七〇三條前段)試爲析言之。

(一)須無法律上之原因。蓋因法律上之原因而取得利益則其利得爲正當而不得謂之不當。例如土地所有者其土地界限相連之工作物(如溝渠堤防之類)亦得享有其利益。即第二一四條云。『凡自然流水鄰地不得防止之』是也。夫以他人之工作物爲自己流水之用是必已受利益而人受損害然不得謂之不當利得者以其有法律上之原因也。故不當利得必其無法律上之原因。

(二)須因他人之財產或勞務。蓋非因他人之財產或勞務而受利益則雖無法律上之原因亦不得謂之不當。例如甲店得新聞紙之稱美致乙店之主雇爭趨之。是甲受利益而乙受損害然不得謂之不當利得者以甲受之利益非因乙之財產或勞務也。

故不當利得。又必因他人之財產或勞務。

(三)須取得利益。蓋雖因他人之財產或勞務而苟未取得利益亦不得謂之不當利得。如賃居人屋者。將其屋改造之。而變土牆爲木壁。易紙窓以玻璃。其被改造者。雖無法律上之原因。而消費改造者之財產與勞務。然亦不得謂之不當利得。以其改造之利益。尙爲居屋者享有。而被改造者未取得也。故不當利得必已取得其利益。

(四)須必生損害於他人。蓋已雖受利而人未生損害亦不得謂之不當利得。例如甲爲乙修整房屋。費金千圓。而改良之後。屋價可值千五百圓。乙若還甲千圓。尙得五百圓之利益。此時乙雖無法律上之原因。而因他人之財產或勞務。以受利益。然亦不得謂之不當利得。以甲未受損害也。故不當利得必生損害於他人者。

以上於不當利得之定義。分析言之者。今試合此定義。舉其實例。如甲以其千圓之費。爲乙建築居屋。是乙受千圓之利。而甲受千圓之損。既無法律上之原因。而又因他人之財產。即所謂不當利得者也。又乙本非甲之債權者。而甲誤以千圓還之。是乙無法律上之原因。而因甲之財產。以受利益。致生損害於甲。亦即所謂不得利得者也。

凡不當利得者。有償還之義務。似與第一九〇條占有之規定同。但彼專指惡意或過失者言。此則包含甚廣。即如因契約解除而不當利得者。亦適用之。其他無論何種之不當利得。皆適用之。是其相異之點也。今將關於不當利得之規定。分三款言之。

一通則

二非債取戻

三不法原因之給付

第一款 通則 分二說

一 要素 不當利得之要素有三。曰利得。曰損害。曰無原因。此於定義中已言之。今爲證明其例。如甲以千圓爲乙建築房屋。則乙受千圓之利。即利得也。甲受千圓之害。即損害也。甲又無法律之義務。是無原因也。三要素具備。故爲不當利得。其甲誤以千圓還乙之例。可以此推之。

凡損害常因財產勞務而出。前舉之例。乃專就財產言者。今再舉勞務之例。如甲爲工匠。自以其勞務代乙修理房屋。則屋價因之增加。即甲之勞務亦可視其所值是

也。

二 効力 凡不當之利得。必償還於被損害者。此其効力也。其償還之法。當分二

說。

甲 原則 即以現所受之利益。爲償還之標準也。蓋受利益者。所受之額。有時不

能。如被損害者所損之額。故其償還。當以現存之利益爲限。如甲以千圓。代乙修理房屋。既而屋被火焚。則乙於當時。雖受利益。而於現時。則未受利益也。此可不任償還之責。若其屋只焚去一半。則乙尙受一半之利益。而以五百圓還甲。可矣。又如甲誤以千圓還乙。乙以善意受領。及持歸而中途遇盜。盡數劫去。則乙全未受益。可不返還。若劫去一半。則乙受一半之利益。而以現存者還之可也。第七〇三條未段云。『依現存之利益。負返還之義務。』即此原則之規定也。

乙 例外 若不當利得者。出於惡意。則須償還全部。並付利息。且有時當任損害

之責。如甲誤認乙爲債權者。而以千圓償之。乙亦明知甲非其債務者。而竟受領之。是爲惡意。此無論現時受益與否。而當全部返還。且當付以法定之利息。又如

無故取他人之物而使用之。消費之。是與盜賊無異。於刑法上當加制裁。故民法上亦必使之並償利息也。又明知爲他人之遺失物或寄託物。乃取而使用之。消費之。是亦當償金額。並付利息者。然此皆就無損害者言之。若有損害。尤當按其損害之額。以爲賠償。試以第一例明之。如乙明知己非甲之債擔者。而受領甲金。設甲與其真債權者丙。結有違約金之特約。而因乙受取。致甲於真債權遲滯履行。而不得不付償違約金。是甲受付償違約金之損害。乙實使之也。故乙不得不賠償。其因他人之勞務而生不當利得者。亦準用此種規定。但勞務當算合金錢爲賠償耳。

第二欸 非債取戻（戻還也。謂取還其非債也）

於其誤還之債而取返之。謂之非債取戻。例如甲誤以金還乙。則仍自乙取回。是也。其取還之規定。分四說。

一 原則 即用前欸通則之規定。如受利益者。出於善意。則只依現存之利益返還。若出於惡意。即當償還全部及利息。並損害賠償也。

二 給付者有惡意時 謂明知自己非其債務者時而竟給付之也。例如與精神錯亂者結賣買契約。明知必被取消而已不得爲其債務者。乃竟以貨物給付。是也。又明知債權者時效已過。其契約當消滅而已不得爲其債務者。乃竟對之履行。亦是如此者。其給付必有所爲而爲。故推定爲惡意而不使取還其給付物也。第七〇五條云。『因債務之辨濟而爲給付者其當時若知其債務之不存在（即可以取消者）不得請求給付物之返還』

三 期限前之辨濟 謂因先期辨濟而生債權者以不當利得也。此在法律不能取還。何也。蓋辨濟雖在先期而債務究非不存在。且其債權者與債務者亦皆真而無誤。故辨濟不可謂無法律之原因。雖其期限未至不妨以拋棄其期限看待也。故第七〇六條云。『於不在辨濟期之債務而爲給付時不得請求給付物之返還』此原則也。

或謂停止條件附債務。於條件未到來以前。其辨濟可以取還。此之先期辨濟。何以不可取還。曰此不可混視。蓋停止條件附其條件未到來之時。則債務尙未發生。此

所謂先期者。乃履行之期。其債務久已發生也。故彼可取還。而此不可取還。特就立法例觀之。此規定亦非盡善。何也。債務既定期限。則非期限到來。即可不履行。茲前期償還者。實與誤還同也。故應許取歸。俟期至再還。方爲正當。但歐洲各國法律。均以不得取還爲原則。故曰亦從之也。

雖然。先期之辨濟。固不得取還。設其債務者。本無拋棄其期限之意思。乃或誤以爲在期限而爲辨濟。此則何如。曰。此仍不可取還。其辨濟。但債權者因其給付物所受之利益。可返還之耳。如辨濟在期限前一年。而債務本無利息。或有利息。而借債時已扣折者。則早還一年。即債務者多得一年之利益。此當返還於債務者。又或給付物爲馬。而馬忽生子。則其子當返還於債務者。蓋此皆因給付物而生之利益也。故本條但書云。『債務者若因錯誤而爲其給付。則債權者要返還因其給付而得之利益』

付於此條。猶有一問題。即債權者明知債務者有陷於錯誤之事實。而實受其辨濟。此又如何處置乎。曰。此於元本仍不返還。而現未生利息者。亦無利益之可以返還。

惟付於債務者。因辨濟所生之損害。當任其賠償之責而已。例如債務之金。乃由賣股票得來者。則失其股票之利息。而債權者當賠償之是也。蓋此乃債權者之惡意。法律當有以裁制之。惟其所受之辨濟。尚非無法律上之原因。故第七〇四條之規定（譯見前）不能盡用之也。

四 善意債權者之保護 謂非債務者因錯誤而為辨濟。而債權者第信其有效。而受領之。則法律當為此善意之債權者保護也。此於第七〇七條規定之。條文云。『於非債務者因錯誤而為債務之辨濟時。若債權者以善意而毀滅證書。拋棄擔保。及因時效而失其債權。則辨濟者不得為返還之請求。』例如甲對於乙有債務。丙對於乙無債務。而對於丁有債務。丙償丁債時。或因丁之姓字居處。與乙相混。而誤償之於乙。（此等事大概以電話電信或託第三者代償時有之）乙亦遂認為甲債務者所償。致拋棄甲債之擔保。毀滅甲債之証書。又因之不催告。而完成其時效。如此則丙不得為返還之請求。是也。蓋此時乙以善意而誤受丙之辨濟。法律不能不保護之也。

第三款 不法原因之給付

不法原因之給付。如賭博輸金。因而給付之是也。此在法律不能取還。又如甲約乙殺丙。而先以金給付之。而乙即未殺丙。甲亦不能取還其金。第七〇八條云。『因不法之原因爲給付者。不得請求其約付物之返還。』

此條規定。原於羅馬法之意。蓋羅馬法有言。以醜事（如賭博例）相約時。其利歸占有者。又云。雙方有不善之契約（如殺人例）其一方已受利者。他之一方不得取還。故日本民法從之。然就立法論。則仍當許取還爲善。蓋賭博殺人。既爲不法。而又不使取還其給付。是不啻獎勵其不法行爲也。若使取還。則爲不法者。不能得利益。而其惡風。或可漸息。日本立法之初。有主此說者。其後因反對者多。故仍採不能取還之說。雖然。此原則也。亦有例外。即不法原因出於受益者。其給付仍可取還是也。如乙欲殺人。而甲與以金。止其勿殺。此因主張殺人而受益者。其契約不能成立。蓋恐長狡詐殺人之風也。故第七〇八條但書云。『不法之原因。惟存於受益者時。不在此限。』

第五節 不法行爲

不法行爲。在羅馬法。謂之「犯罪」。准犯罪。近來學者。稍變其稱。於所謂犯罪者。稱爲有意不法行爲。所謂準犯罪者。稱爲無意不法行爲。試分五款言之。

一要素

二責任者

三求償權者

四賠償方法

五時效

第一款 要素

不法行爲之要素有二。一曰要權利侵害。二曰必要損害。試分論之。

一 要權利侵害 權利侵害。不外故意與過失二種。此法律已定明者。今言要素。不舉此二種。而第曰權利侵害者。蓋權利侵害。非出於故意。即一定爲過失。而足以包括之也。如特入人家。毀損其物。此爲故意。或在街衢。因不注意。毀損其物。此爲過失。然事實上。亦有非故意或過失。而損害人之物者。如過十字街口。我本直往。而有貨

車橫來。偶相衝撞。致貨車傾覆。而毀損其物。是也。但此不得爲故意。亦不得爲過失。而即不得謂之權利侵害。故論權利侵害。僅有故意與過失二種。一定之理也。

權利侵害。雖僅包故意過失兩種。而權利二字。則包函甚廣。凡財產權。身體權。名譽權。而屬於人民之私權者。皆是。若公權。則非此所云之權利也。例如打傷人者。則侵害人之身體權。私監禁人者。則侵害人之自由權。又登新聞毀謗人者。則侵害人之名譽權。如此者。皆謂之不法行爲。

一 必要損害 凡侵害人之權利。而未受損害者。在債權上。不得謂之不法行爲。歐洲各國。皆採此主義。惟英國法律。不問有損害與否。但既侵害。必須賠償。然英國主義。於公法（刑法）上言之。未爲不可。但民法爲私法。不能以有侵害之舉。即施罰以警之。須確有損害。始責令賠償。其法律之性質。使然也。

以上所論。皆原則也。見第七〇九條。條文云。『因故意或過失。而侵害他人之權利者。其因此所生之損害。當任賠償之責。』

夫因損害而任賠償之責。而所謂損害者。其種類亦甚夥。固不專指損害財產而言。如

名譽受損害時。在普通人既感不愉快之痛苦。在商人且失其信用。而影響於財產。此亦損害之當賠償者。又如身體被損害時。不獨感痛苦。而且須醫藥。又廢營業。亦間接及於財產。而俱應賠償者。又如自由權被損害時。其拘禁之日。既廢營業。即其損害間接於財產。且有不愉快之痛苦。是皆當賠償者。故損害賠償。不獨財產權爲然也。第七一〇條云。『不問害他人之身體自由名譽與害其財產權。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。要爲其賠償。』

但財產以外之損害。類屬無形。其估計賠償。頗無準則。惟由裁判官臨時定之。而日本法律行之未久。慣例甚少。歐洲各國。則慣例甚多。大抵以加害者與被害者之身分爲準。如同一損害身體。而損人者爲普通人。則賠償較少。損人者爲鐵道會社。則賠償較多。又如同一損害名譽。而被害者爲常人。則賠償少。被害者爲非常人。則賠償較多。皆其慣例也。

右所論損害賠償。皆就直接損害而言也。即間接損害亦應賠償。如甲被殺。其本身直接被損害。其父母妻子。即間接被損害。凡間接被損害者。於其財產。亦有間接之影響。

如父失其子。妻失其夫。子失其父。則無供養者。或撫養者。此當爲財產上之賠償。且亦因之而感悲哀之痛苦。亦應爲賠償者。故第七一條云。『害他人之生命者對於被害者之父母配偶者及子。雖於未害其財產之場合。亦須爲損害之賠償。』具以上二要素者。即當賠償。在民法上並無例外。但他法令有可作爲例外者。即明治三十二年法律第四十號頒布。『凡失火者。非因重過失。而貽害他家者。不任賠償之責。』是也。此不賠償之理由。因日本居屋。皆以紙木爲之。易於及火。又海濱大風甚多。微火即能延燒千百戶。或並燒傷人物者。亦往往不一而足。即使賠償。亦無此資力。故有此法令也。然就理論之。仍不可作爲民法之例外。何也。以人之資力不能賠償。而即作爲例外。則凡屬損害而不足於賠償者。不即可不必賠償乎。是亦不適用於法也。但已頒發此號。即作爲例外。亦無不可。

第二款 不法行爲之責任者

負不法行爲之責任者。即其行不法行爲之人。此不俟論也。但此中亦有種種之問題。試分六說。

一 無能力者 此又分二說

甲 未成年者 凡未成年者加損害於人。在法律上無賠償之責。然使之一概不負責任。設未成年者已明知此爲損害於人而故意爲之。不將可以濟其惡乎。且法律上規定未成年者之行爲無效。乃就法律行爲而言。非就不法行爲而言也。故必視其無能力者果無辨別事理之智能。雖加害於人而並不知人之受何痛苦而已。有何罪過者。如此則可不負責任。第七一二條云。『於未成年者加損害於他人之時。若無辨識其行爲之責任之智能者。則付於行爲不任賠償之責。』至其有辨識之智能與否。如何區別。此在法律所定。頗難爲準。大抵十歲以下者。可概作爲無智能。十五歲以下者。則當視其精神發育之遲速。以定其有無之標準。蓋此乃事實問題。純由裁判官之臨時斟酌也。

乙 心神喪失者 凡喪失心神者（如瘋狂等類）自無辨別一切之智能。無論其爲法律行爲。或爲不法行爲。而以無能力看待。故即加損害於人。可不任賠償之責。然亦有時任責者。即因故意或過失。而使其心神喪失是也。例如欲殺人而心

憚。因縱酒爲之。是故意喪失心神也。又如量本有限。而狂飲極醉。以致傷人或物者。是因過失而使心神喪失也。如此者即不能免於責任。第七一三條云。『於心神喪失之間。而加損害於他人者。不任賠償之責。但因故意或過失。而致心神喪失時。不在此限。』

以上無能力者之不法行爲。在無能力者一方觀之。固不知爲損害與否。就被損害者一方觀之。則其權利實受損害。若因其無能力之故。而遂絕對不爲賠償。其待被害者不免酷矣。故法律有以保護之。而使無能力之監督者任賠償之責。第七一四條云。『依前二條之規定。於無能力者無責任時。有當監督之法定義務者。於其無能力者所加於第三者之損害。任賠償之責。』

其曰有當監督之法。定義務者。不獨其父母與後見人。即如精神病之監護者。如其人之妻及戶主。或親族內選出之監護人。是又感化院長及教育所長。均有監督之義務。此皆由特別法制定者。明治三十三年法律三十八號。精神病者監護法第一條。又同年法律三十七號。感化法第八條。又同年法律五十一號。

救育所養孤兒處法第一條及二條。又同年內務省省令十一號。所載可參照。若有監督之義務者。或不在職。而委任他人爲之。則所負義務亦同。第七一四條二項云。『代監督義務者。而監督無能力者。亦任前項之責』。又有非法律上之義務。而於事實上。不可不盡其監督之義務者。如小學校之校長及管理者。對於其兒童。又精神病院之院長。及看護者。對於精神喪失之人。皆須負監督之責是也。

雖然以上監督人之負責。乃其原則也。亦有例外。即第七一四條但書云。『若監督義務者。非怠於其義務。不任損害賠償之責』。是也。蓋監督人之責任。非對於人之行爲而生。乃對於自己之行爲而生。若自己盡其義務。於一切監督之方法。並無疎忽。而被監督者。猶復加損害於他人。則可免賠償之責。但所謂已盡其義務者。須有所證明耳。第七一四條但書云。『若監督義務者。非怠於其義務。不任損害賠償之責』。

二 被用者 被用之義甚寬。如男女婢僕。又商業之使用人。日本分番頭手代等

級)工作之匠人及臨時委任作事者皆是。夫既謂之被用者。則必有使用者。故被用者加損害於人而不能完全賠償。則使用者賠償之問題起矣。試分二說解之。

甲 原則 凡被用者因執行使用者之事務而加害於他人。則使用者當任賠償之責。如主人命小使購買物品而小使乃以詐欺取來。如此者主人當負責任。然此非主人直對他人有損害之行爲。不過由其擇人不審與監督不嚴所致也。若其用人時。既注意擇別及行爲時。又注意監督。則亦得免其責。但所謂注意者。亦必須證明。例如選用車夫。其人既謹慎。而又時常勸戒。令勿馳騁傷人。已爲人所共見。而卒之車夫有抵觸傷人之事。則主人可不任責也。又如證明加損害之事。雖無論何人。如何注意。亦不能免者。則亦可不任責。第七一五條云。『因某事業而使用他人者。於被用者執行其事業。而加於第三者之損害。任賠償之責。但使用者於被用者之選用及付於其事業之監督。而爲相當之注意。或雖爲相當之注意。而亦當生損害時。不在此限。』

以上之責任。代理使用者亦當負擔之。如爲商業者。主人之外。有支配人。支配人

之下。有番頭。番頭之下。有手代。手代之下。有小僧。支配人。所以代理主人者。故番頭等。因執行事業。加損害於人。則支配人。當任之。是也。第七一五條二項云。『代使用者。而監督事業者。亦任前項之責。』按以上所論。使用者。及監督人。對於被用者。有求償權。

乙

例外 即被用者。為請負人時。而因請負人之行為。加損害於人。注文者。注文。即定做之意。注文者。即約請負人。定做某事之人。可不負責也。蓋請負人之性質。與他之使用人不同。他之使用人。於其業務。必指示以執行之方法。請負人之執行職務。常任其自為。如請工師造室。但言定廣若干。高若干。完工後給金若干。而其如何造法。一切必要之行為。則皆由工師自為之。此即請負人之性質也。設工師築壁不穩。致傾覆傷人。則注文者。可不任責。何者。此乃工師自己之行為。非注文者之所指示也。但亦有例外之例外。即注文者。付於其注文。或指圖。有過失時。則仍當負責。是也。如前例。造屋者。必固其基。而後不至傾覆。乃注文者。初不為之約束。是注文之過失也。又或請負人。方欲固之。而注文者。為之指圖。以促速

其成。謂基不必過求其固。是指圖之過失也。如此而屋當半築。即傾覆傷人。則注文者不能謝責。第七一六條云。『注文者於請負人爲其仕事（職業）而加損害於第三者。不任賠償之責。但注文者付於注文或指圖而注文者有過失時。不在此限。』

如右條但書之規定。注文者有過失時。即當負責。但自梅博士論之。請負人於此時。究亦不能全然無責。以明知基址不固而屋終必傾。則不應從注文者之指圖以遂其過失也。

三 因工作物及竹木所生之損害 凡因保存不注意。以致工作物（如家屋之類）或竹木等傾折而壓傷人物者。則歸工作物或竹木之占有者負責賠償之責。例如明知家屋將傾而不加以相當之修繕。明知竹木將折而不加以充分之支持。是豫知其害而不豫防其害。此占有者之過失也。故當負責。若占有者已盡其豫防之義務而猶不免於傾折。則必其工作物之建設與竹木之栽植。其本法有未完善。則其物之所有者當負責任。蓋其物爲所有者興造。則有未善之處。亦所有者之過而不歸。

咎於占有者矣。故第七一七條云。『土地之工作物之設置或因保存有瑕疵而生損害於他人其工作物之占有者對於被害者任損害賠償之責但占有者若於防止損害之發生既爲必要之注意則其損害須歸所有者賠償之』其二項云。『前項之規定準用於竹木之栽植或支持有瑕疵者』

本條所謂占有者包含甚廣如橫領而占有者或因錯誤而善意占有者其他如地上權者永小作權者賃借人使用借主等因權原而占有者皆是然無論爲何種占有者但於其物之保存有瑕疵時則因物之傾覆加損害於人者即當負賠償之責其曰所有者即物之原主也蓋占有者既加意保存而物仍傾折致損害他人則必其原主之建置先有不善也故於此時所有者當任責。

四 因動物所加之損害

加犬嚙傷人牛馬害人禾苗等類皆由動物所加之損害也此在占有此動物者任賠償之責然亦有例外即占有者已加意保管而猶損害他人則可不任責是也第七一八條云。『動物之占有者若其動物加損害於他人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。其曰從其動物之種類及性質而爲相當之注意者。即如猛獸之占有者。比家畜之占有者。其注意須多。又家畜之中。凡性情溫順者。尙不須格外之注意。若有嗜嚙人之犬。則當爲特別之保管。或以繩索繫其頸。或以金物嵌其口等類。即所謂相當之方法也。然如此注意而仍復有損害於人時。如與犬以食物。偶然取其金物。而忽近人。以致嚙傷。則占有者可不任咎矣。

前條之責任。有時歸所有者。而本條則只言占有者。何也。蓋工作物等爲所有者所造。故所有者亦當任其咎。至動物則非所有者所造。而其害人乃本性之所生者。故專賴占有者之保管耳。

至代他之占有者。保管其動物。而物或加損害於他人。則代爲保管者。亦不能免責。第七一八條二項云。『代占有者而保管動物者。亦任前項之責。』

五

共同不法行爲者之責任

凡數人共同爲不法爲時。則共同負擔其責任。例如

甲乙二人共毆傷丙（在刑法爲共犯）則一切損害賠償。甲乙平均分擔之。蓋法律於此作爲連帶債務看待也。又如數人共毆一人。其所負傷。並不知爲何人所毆。此

於理論。非證明其確爲何人所傷。則無請求賠償之理。然於此等時。在行爲者。且不易知其孰爲傷人者。况被害者乎。是其證明亦頗難。若因未證明而遂不賠償。法律亦可謂無勢力。不知其不法行爲者。皆以同一之目的爲毆打。故其實際雖未知爲何人所傷。而仍使其全員負責。不可謂非當也。不然被害者無救濟之途矣。故第七一九條云。『數人因共同之不法行爲。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之孰爲加損害者亦同。』

若甲乙丙三人。共爲不法行爲。而甲爲實行毆打者。乙爲教唆者。丙爲幫助者。此似應區別論之。然而不然。蓋由法律上觀之。甲之不法行爲。乃生於乙之行爲。而成於丙之行爲也。故三人仍應共同負責。本條二項云。『教唆者及幫助者與共同行爲者看做之。』

法律於共同行爲。準用連帶債務之規定。則對於加害者之任一人。皆得視爲唯一之債務者。而請求其全部之義務。但一人既爲全部之賠償後。亦對於他之共同行爲者。有求償權。蓋準用第四四二條之規定（譯見前）也。

六 正當防衛 凡因正當防衛而加損害於人者可免賠償之責以其保護自己利益起見也此規定之精神與刑法所言者（刑法於此爲無罪）同試分二說。

甲 對於他人之不法行爲之正當防衛 即於他人侵害我之權利或第三者之權利我因防衛之而加彼以損害是也例如甲爲乙所襲擊無可逃避不得已而防衛之反致加損害於乙如此者甲可不負責又如甲被乙襲方受危害之際內傍觀不忍因助甲力防之以致傷乙或碎破其衣服則丙亦無賠償之責蓋其所防衛者一爲自己之權利一爲第三者之權利而皆出於正當且皆出於不得已也第七二〇條云『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但由被害者對於爲不法行爲者不妨損害賠償之請求』其但書之意蓋謂第三者被害時則對於爲不法行爲者可請求賠償也例如甲拋木片以擊乙乙以所携之手杖拂之致木片斜飛於近傍之商店破壞其商品如此則乙可不任責而商店可向甲請求賠償以其所受損害乃甲對於乙所爲之不法行爲之結果也。

乙 對於他人之物所生急迫危難之正當防衛 例如甲至乙商店。適值地震。見架上之商品。將墜落於自己。或他人之頭上。不得已而以手排除之。致其商品毀裂。則乙店雖受損害。而甲仍不負賠償之責。亦以爲其正當防衛也。第七二〇條二項云。『前項之規定。因避自他人之物。所生急迫之危難。而毀損其物時。準用之。』此其精神。亦與刑法所言者同。刑法第七五條二項。第三一四及三一五條。又刑法草案四五六條。可參觀。

第三款 不法行爲之求償權者 分二說

不法行爲之求償者。即基於不法行爲之原因。而對於其行爲者。有要求損害賠償之權利者也。此其權利。果歸何人有乎。可分二說。

一 原則 有求償權者。必被害者之本身。此在法律。雖無明文。然其正當求償。不待論也。(第七〇九及七一〇條可參觀譯見前)蓋被害者。亦即受損害者。如因他人之行爲。毀損我所有之動產。不動產。即我之權利被侵害。亦即我受其因侵害而生之損害。故我即有要求賠償之權利也。

二 例外 分二說

甲 間接被損害者

謂他人之權利被侵害而我間接受其損害者也。例如甲被乙殺而甲之父母妻子失其扶養之人是即甲被侵害而其父母妻子之財產權被損害也。故甲之父母妻子可對於乙求賠償且其父母妻子因甲死而受無限悲哀之痛苦是亦大有損害不可不賠償者。學者於此種賠償名曰慰藉金。謂以藉慰其悲哀也。凡此之求償法律亦無明文。惟依第七〇九條之原則與第七一條之適用推而知之。

乙

胎兒 謂在胎中之兒尚未離母體者也。以民法第一條云「私權之享有始於出生」論之則胎兒既未出生似無享受求償權之資格。然竟不許其求償則有所不可。何者其父既被殺則胎兒出生後即無教養之者是亦大受其損害也。故法律仍看做爲既生者而許其有求償權。第七二二云「胎兒者付於損害賠償之請求權看做爲既生者」。若胎兒出生爲死體時則斷定其在腹中已死是無權利之主體而不得有求償權矣。

第四款 賠償之方法 分二說

一 原則 無論何損害總以金錢賠償。是亦出於不得已之方法也。在野蠻時代。嘗以其損害所在。爲賠償之標準。如對於爲抉眼之損害者。則亦抉其眼。爲削耳之損害者。則亦削其耳。而至今日。則已不取此方法。而第以金錢計算之。蓋以金錢爲賠償。雖亦非完全之方法。而於削耳者。亦削其耳。則尤爲互加損害。並不得謂之賠償。故寧不如得金錢。而猶得補幾分之愉快也。況財產上之損害。可以金錢爲完全之賠償乎。故第七二二條云。『第四一七條之規定（以金錢定其賠償額之規定）準用之於不法行爲之損害賠償。』

以金錢爲賠償之方法。固矣。而賠償之額數。果如何定之乎。此在理論上。因不法行爲而生之損害。不可不賠償。其全部。如損害千圓。則當賠償千圓。損害五百圓。則當賠償五百圓。但於事實上。往往感其困難。即生命名譽之損害。無一定之價額。是也。雖然。但一經評定其價額。則加害者。不可不於其評定價額之全部。以賠償之。此依第七〇九條之原則。可推而知也。

二 例外 此分二說

甲 被害者有過失時不必賠償全額 例如因被害者罵詈加害者而加害者乘怒打傷之。其打傷者固有大過。而罵詈者不得謂無過也。又如掌電車者知有人過而不疾停。或不警告。以致傷人。固有過也。而人知車之將至。冒險以行。以致被害。是亦過也。凡此雙方有過者。則加害之一方。可不全償。此乃事實問題。惟由裁判官斟酌其輕重而定之。第七二二條二項云。『被害者有過失時。裁判所得斟酌以定其損害賠償之額。』

乙 對於名譽毀損之特別處分 此於第七二三條規定之。條文云。『對於毀損他人之名譽者。裁判所因被害者之請求。得為適當之處分。或命其以他法代損害賠償。或命其為損害賠償兼回復其名譽。』其曰為適當之處分者。即於金錢上之賠償外。而別加以相當之處分也。如命其於法廷向被害者謝罪。又或登之新聞。以辯白其毀謗之事實。皆是。蓋名譽之損害。難以金錢計算。故由裁判所以他法處分之。然此在普通之場合。則可。若毀損商人之名譽。則於營業上大受

其影響。而於廣告謝罪之外。仍得請求金錢之賠償也。

第五款 不法行為之時效 分二例

(一) 即自被害者知加害人之時起。以三年為時效也。蓋凡加害於人之身體者。可即時知之。若加害於財產。則嘗有即時未知者。且有知其加害而亦不知其加害之人者。故必以知其人時起算。而仍限以三年。以待被害者求償。若於此三年間。不行使之。則經過此時效。而求償權即因之消滅也。第七二四條云：「因不法行為之損害賠償之請求權。自被害者或其法定代理人知損害及加害者之時。三年間。若不行之。則因時效而消滅。」

(二) 即自不法行為時起。以二十年為時效也。謂自不法行為之後。經過二十年。而尚不知加害者。則其求償權亦消滅也。(同條末段規定之)蓋至二十年之後。則損害之實據。頗難證明。又或加害者已死。而加害者之家人。尚不知其前之所為。而忽責以損害賠償。則其家人不免受意外之損。故法律不許之也。但有例外。即私訴附帶於公訴時。則雖未至二十年。而亦與公訴同其消滅也。蓋公訴之時效。較私訴為短。如

違警罪。六月即消滅。輕罪三年消滅。雖重罪亦不過十年。（詳刑事訴訟第八條）而未有及二十年者。故於公訴時。若附帶私訴則公訴消滅私訴亦因之消滅（但先未附帶提起者。及公訴判決後再提起者。不在此限。詳刑事訴訟法第九條）。此於本條爲例外者也。

民法財產編第三章擔保目次

總論

| | | |
|-----|-----------|----|
| 第一 | 各種擔保之意義 | 一 |
| 第二 | 對人擔保及對物擔保 | 三 |
| 第三 | 法定擔保及人爲擔保 | 四 |
| 第一節 | 留置權 | 五 |
| 第一款 | 總論 | 五 |
| 第二款 | 留置權之效力 | 七 |
| 第三款 | 留置權之消滅 | 一 |
| 第二節 | 先取特權 | 一四 |
| 第一款 | 總論 | 一四 |
| 第二款 | 先取特權之種類 | 一四 |

| | | |
|-----|---------|----|
| 第三款 | 先取特權之順位 | 一八 |
| 第四款 | 先取特權之效力 | 一九 |
| 第三節 | 質權 | 二四 |
| 第一款 | 總論 | 二五 |
| 第二款 | 動產質 | 二九 |
| 第三款 | 不動產質 | 三一 |
| 第四款 | 權利質 | 三四 |
| 第四節 | 抵當權 | 四一 |
| 第一款 | 總則 | 四一 |
| 第二款 | 抵當權之效力 | 四三 |
| 第一款 | 總則 | 四四 |
| 第二款 | 優先權 | 五〇 |
| 第三項 | 追及權 | 五一 |

第三款 抵當權之消滅……………五八

第一項 時效……………五九

第二項 地上權永小作權之拋棄……………六〇

民法

(財產編)

麻城 彭樹棠 編輯

第三章 擔保

擔保者所以堅債權者之信用而使財產流通者也。其助長社會經濟之發達爲途甚廣爲用至便。故各國法律皆於擔保有所規定。日本民法亦於物權中規定之。即法典留置權、先取特權、質權、抵當權、四章是也。但擔保雖規定於物權中而實與物權有異。蓋物權行於物上之權利不必別爲擔保而擔保雖亦物上之權利要必附於債權而始有者。故學者講述嘗將擔保之規定另爲提出而不并入物權中。梅博士講授物權亦別分擔保法另爲敘述。但以時間倉促不暇詳語。約略述者不過十之一二。因不揣冒昧。乃取法政大學本科講義。梅博士及富井博士所講者擇要補譯而闕漏者仍存強半。亦時迫而不獲已也。閱者諒之。

編者謹識

總論

第一 各種擔保之意義

凡擔保債權之物權通謂之擔保而惟擔保之種類不一故其意義亦各殊今分揭之

如左。

甲 對於法律上之事實負責任 如買賣爲法律行爲。設賣時計即鑲者。對於其買主表示云。此乃眞金。非鍍金。而買主因而買之。其後果爲眞金則已。否則當負責任。其見爲鍍金即事實所在。其對於鍍金負責任。則法律實使之。蓋其表示時已爲法律上之擔保也。

乙 對於爲契約目的之權利及瑕疵負責任 此有二例。即一曰追奪擔保。謂所賣之物。若爲第三者所奪。則賣主當負責任。例如賣物於人。其所賣者爲他人之物。或其一部爲他人之物。則既賣之後。被物之原主取還。而買主受損害矣。故賣主必負責任。此權利之擔保也。二曰瑕疵擔保。即所賣之物。有不完善。則賣主當負責任。例如賣牛者。其結約時。認定其牛無病。且表示如有病。則退還。至引渡後。察知牛在賣主時已負病。則賣主即當負責任。此瑕疵之擔保也。（以上詳債權買賣契約諸條）

可以供債權者將來辨濟之用之財產。即以債務者所有之財產供債權者將來辨濟之用。是故有謂此爲公同擔保者。例如債務者與債權者約云。如將來不能

還債。即以此時計爲給付。則此時計。即可以供債權者將來辨濟之用之財產也。
丁 爲一定之債權者確實得辨濟所有之權利。例如有質權之債權。或抵當權之債權。其債務者將來不履行債務。則債權者可處分其質物。或抵當物。是即確實得辨濟之權利也。此與前論。公同擔保。不同。蓋彼於其物上無一定之債權者。不過謂某物可供辨濟之用。而債權者於其物尙不能處分之。此於其物上有一定之債權者。已設定確實之權利。而他日可得處分之。此其異點也。故彼可謂之公同擔保。而此則謂之特別擔保。本章所論者。即此特別擔保也。見後各條文所舉。

第二 對人擔保及對物擔保 分二說

甲 對人擔保 謂一定之債權者爲確實得辨濟對於一定之人所有之權利也。分二種。

天 保證 即立有保證人而爲之擔保也。其保證只憑其人之信用。故謂之對人。
地 連帶 謂有數債務者。時使各債務者連帶負責。而得對於各債務者之一人。請求全部也。其規定詳債權章連帶債務中。蓋數人共一債務。若不使其連帶。

而第○向○各○債○務○者○請○求○其○持○分○則○其○中○有○無○資○力○者○即○其○持○分○不○能○辨○濟○而○債○權○者○不○免○受○損○惟○用○連○帶○之○規○定○使○無○論○對○於○何○人○皆○得○請○求○全○部○則○無○異○互○為○擔○保○矣○但○其○所○信○者○仍○為○連○帶○之○人○故○亦○以○對○人○言○之○

日本舊民法原列連帶債務於擔保中是直認為擔保新民法以為連帶債務非完全獨立之擔保故不統作擔保解釋如第三百一條所云「供相當之擔保」乃專指保證人及他物上擔保言而連帶債務不在其內也餘可推知

乙

對物擔保 謂一定之債權者為確定得辨濟對於一定之財產所有之權利也

此分四種。(一)留置權。(二)先取持權。(三)質權。(四)抵當權。蓋此等權皆為債權者確實得辨濟之權利試即質權舉例以明之。如甲借乙債。以其時計為質。將來甲不還債。乙可以其時計變賣抵填之。是此時計即乙確實得辨濟之財產也。

第三 法定擔保及人為擔保 分二說

甲 法定擔保

謂保護一定種類之債權所有之擔保也。即上所舉留置權與先取特權是。蓋凡債權中某種有留置權之權利。某種有先取特權之權利。法律各已明

定之。但須事實與法律相合即可依此權利行使之。無須特約爲也。

乙 人爲擔保 謂不問債權之種類如何而爲確實得辨濟起見對於一定財產權之主體所有之擔保也。如上所舉質權與抵當權是此與法定擔保異者。即在不問債權之種類如何試以質權言之。債務者不問何種債權皆任自己之意與債權者約以某物爲質。若將來不能辨濟則其物即當任債權者處分之。即人爲之謂也。

第一節 留置權

第一款 總論

一 留置權之定義 留置權者即他人之物之占有者至受關於其物所生債務之辨濟止得留置其物之權利也（詳第一九五條一項前段）依此定義可得二要素。

- (一) 必爲他人之物之占有者
- (二) 必關於其物所生之債權

試合此二要素舉例以明之。如甲之時計壞損送乙時計店修理。其一切修理費皆甲任之。若甲未交清此費則乙店可留其時計而不與是爲留置權。夫甲之時計而

乙店占有之（占有普通以執有其物言之，非盡爲強占，但亦有惡意者，此非其類）是即爲他人之物之占有者，其修理費皆關於甲之時計所生，是即關於其物所生之債權。若甲未交清修理費，則可留置其時計，是即於辨濟前有留置其物之權利。觀此而定義可明矣。

二 留質權之要件 分二說

甲 要占有非出於不法行爲 如前例，甲之時計，乃乙店詐欺取來，此雖爲之修理，亦不能留置，蓋詐欺取來，與竊盜無異。若許留置，是獎勵竊盜也。故第二九五條二項云：「前項之規定（即留置權之規定）於占有因不法始有者，不適用之。」

乙 要債權在辨濟期 此於第二九五條，但書規定之。如前例，甲以時計送乙店修理，與乙店約云：「余明日至某處旅行，須六個月方歸，歸後半月，即交還修理料。」是六個半月爲債務辨濟之期也。既而未及三月，甲即歸來，此時在甲固應償還其修理料，而設或未償在乙店，亦不得有留置之權。以辨濟之期尙未到也。但甲取去時計之後，竟不辨濟，又當以他法救濟之。惟此爲別段之問題也。

法律所以認留置權者爲保護公平起見蓋占有他人之物而發生債權者其債權必非獨立發生而一切之證據多不完備若不許留置其物設債務者薄於德義而不辨濟則債權者受損矣故一此方有反物之義務即彼一方有償金之義務如此而後可保公平也民法上如此用意者頗多如第五三三條雙方債務須同時履行之規定第五四一條一方不履行則解除契約之規定皆與此同一精神

第二款 留置權之効力

一 留置權者之權利 凡關於留置物所生之債務未受辨濟時則債權者得留置其物且得將其物請求競賣此即留置權者之權利也更分三說

甲 優先權 凡留置物之所有者對於其留置物亦得行讓渡或競賣之事然必讓受人或競買人償還留置權者所有對於其留置物之債權而後可使之交付其留置物（詳競賣法第二條）其必償還其債權而後可交付者即留置權者之優先權也但此乃對於讓受人或競買人於留置物之占有上有優先權非對於其物之所有者於留置物之代價上有優先權故富井氏謂此爲廣義之優先權

也。

乙、追及權 謂追及於第三者之權也。夫留置權以占有爲要素。未受債務者之辨濟則其物必仍占有。無俟追及。既受辨濟則占有權消滅。不得再爲留置。即不得追及。故普通之追及權似非留置權者所有。然一般學說謂其有追及權者。乃存於特別之場合。例於甲之留置物誤爲乙占有。則甲可追及於乙。而保其留置之權利。是也。

丙、不可分權 凡留置物於未受辨濟以前。不得於留置物之全部交付其一部。即不可分之謂也。第二九六條云：「留置權者。至受債權全部之辨濟止。得於留置物之全部行使其權利。」

以上所述。乃留置權者對於人之權利也。此外尚有直接對於其物之權利。試分二說。

天、有取得自留置物所生果實之權利 此所取得之果實必以之充當債務之辨濟。而不可以無償取得。其規定見第二九七條。條文云：「留置權者。收取自留

置物所生之果實得先他之債權者而以之充當其債權之辨濟」又二項云：「前項之果實先以之充債權之利息尙有剩餘時則以之充當元本」

地 有受因留置物付出費用之權利

因留置物所生之費用有三種。(一)必要費

(二)有用(即有益)費。(三)奢侈費。例如留置物爲馬。則馬之食料。乃必要費也。爲之置鞍轡等件。則有用費也。或繫以金鈴飾以文物。以壯觀瞻。則奢侈費也。留置權者於奢侈費不得求償於物之所有者。至必要費與有用費則均可請求。所有者償還。但其償還亦有區別。第二九九條云：「留置權者付於留置物出必要費用時。則得令所有者爲其償還」此必要費償還之規定也。其二項云：「留置權者付於留置物出有益費時。限於其價格增加之現在情形。得使所有者從其選擇。或償還其所費金額。或僅償還其增價額。但裁判所因所有者之請求。得於此許與相當之期限」此即有用費償還之規定也。本項所謂限於價格增加之現在情形者。即如上例。爲馬所置之鞍轡。必須現存者。而後可求償。若已消毀者。則不得索其償還是也。其曰所費金額者。即置鞍轡時所須之價也。曰增價額者。如未

有鞍轡時。馬僅值五十元。已有鞍轡時。可值七十元。其加多之二十元。即增價額也。曰許與相當之期限者。即許所有者。以猶豫期間。使其準備償還也。蓋有用費之求償權較之必要費之求償權稍弱。故其規定亦異也。

二 留置權者之義務 分二說

甲 要以善良注意保管留置物。蓋留置權者於其留置之物。不過暫時占有。而實無其物之所有權。故一旦受領債務之辨濟。即當返還其留置物。若不注意保管。則恐物被毀滅。致不能返還。而生他種之問題矣。故法律規定以善良管理者之注意。占有留置物。(見二九八條)

乙 非經承諾不得動用其留置物。法律許有留置權者。乃許於其物有占有權。而間接以促其債務之償還。非許於其物有所有權。而直接以當債務之償還也。故留置權者。非得債務者之承諾。不得自由處分。第二九八條二項云。「留置權者無債務者之承諾。不得將其留置物任意使用及爲質貸或供擔保等事。但因其物之保存有必須使用時。不在此限。」其但書謂保存必須使用者。例如留置

物爲馬。則須時常乘之。使其運動。是也。又付於不動產之留置權。亦間有之。例如留置物爲家屋。而以短期貸人居住。使不至頽敗。亦保存必要之使用也。

三 不妨債權之消滅時效 謂留置權者。雖占有留置物。而債權之消滅時效。不因之中斷也。(見第三〇〇條)蓋留置權者。不過債權之擔保。而間接以促其辨濟者。既僅爲債權之擔保。則擔保爲從債權。爲主主。若消滅從。豈得使之存在乎。故債權之消滅時效。留置權不得妨碍之也。

第三款 留置權之消滅

留置權亦物權也。故其消滅之原因。有與他之物權同者。如因目的物之滅失。或權利之拋棄而消滅。是也。又留置權亦擔保權也。故其消滅之原因。有與他之擔保權同者。如因爲主債權之消滅(如辨濟之類)而消滅。是也。此外付於留置權之消滅。尙有特別之原因三。

一 占有之喪失 謂拋棄占有之意思。又失其所持物也。蓋留置權以占有爲要素。而占有者。必有占有之意思。及占有之所持物。則得謂之完全占有。若拋棄占有之

意思或失其所持物。則占有權消滅。即留置權亦消滅（見第三〇二條前段）雖然此原則也有二例外。

甲 債務者以外之代理占有 謂留置權者得債務者之承諾而以其留置物質貸於人或質入於人。則其留置物即歸質借者及質權者占有也。此疑於喪失而實非喪失。何也。質借人或質權者之得占有此物。乃留置權者使之而非留置權者有拋棄其物之意思也。故質借人或質權者可作留置權者之代理占有者看待。既爲代理占有。則其占有權未消滅。即其留置權亦不消滅。蓋此不得與原則之喪失一律論之。故爲例外。

乙 債務者之代理占有 凡留置物必存於債權者之手。似無債務者代理占有之理。然或留置權者因債務者之請求。暫以留置物與之。而約以期日不履行債務。則仍由留置權者請求處分其物。是即留置物歸債務者占有之理由也。然留置物雖歸債務者占有。而留置權者究有請求處分之權。是債務者之占有亦可作代理占有者看待。既爲代理占有。則不得謂留置權者之占有權消滅。即不得

謂其留置權消滅也。但此說日本民法未爲規定。惟梅博士主張之而已。

二 擔保之供與 謂債務者提供相當之擔保而請求留置權之消滅也。（見第三

○一條）此爲留置權之變例。法律之設此規定頗有理由。蓋留置權者於債權債務之雙方均感其不便。其在債權者僅有占有其物之權利而不能爲使用及收益等事。且須注意保管不免煩累。至債務者則以未占有其物之故而自己不能使用。又不得借與他人使用而收其益。是於財產之流通利用上大有妨碍。非所以發達經濟之妙法也。故法律許其別供相當之擔保而得請求留置權之消滅。按相當之擔保如設定質權或抵當權等。及有資力之保證人皆得有效。惟德國民法必須物上擔保。

三 義務之違反 即違反第二九八條所規定之義務也。如留置權者於其留置之物不爲注意之保管。又或未經債務者之承諾而任意使用其物或貸於他人。或供擔保之用。皆謂之違反義務也。如此則債務者得請求留置權之消滅。（見第二九八條三項）

第二節 先取特權

第一款 總論

先取特權者謂債權者從法律之直接規定對於其債務者之財產有先於他之債權者而受自己辦濟之權利也（詳第三〇三條）依此分之可得二要素如左。

（一）必限於法定者

（二）必有優先權

試合此二要素舉例以明之。如甲以房屋貸乙。乙不納賃金。則甲於其房屋內之動產。可處分之。雖其動產上。或存丙之債權。然其力不若甲之強。而甲可先丙而取之。是也。夫以不動產賃貸人。即於其不動產內之動產。有先取特權。此法律所規定者。（詳第三一二條）其動產上。雖有他債權者之權利。然不敵其賃貸人之強。是即優先權也。觀此而定義可明矣。

第二款 先取特權之種類

先取特權之種類。散見於各法者甚多。茲專就民法所定者。分二說。

一 一般之先取特權 一般先取特權者即對於債務者之一切財產皆有之也第三〇六條云『有自揭於左之原因發生之債權者於債務者之總財產上有先取特權』試述其原因於下。

(一) 共益之費用 謂為各債權者共同之利益起見而保存債務者之財產所生一切之費用也(如關於財產之保存及清算或改良之費用皆是)如此者對於債務者之財產有先取特權(見第三〇七條)但所用之費用中有非為總債權者之利益者則其費用之先取特權僅對於受其利益者有之不得使未受利益之債權者亦退處於後也(見第三〇七條二項)

(二) 葬式之費用 謂為他人死葬之費用而貸以資財也如此者對於其死者之財產及其應扶養之親族之財產有先取特權(詳第三〇八條)

(三) 雇人之給料 謂一切被用者(如婢僕及商業使用人等)包函甚廣所應受之給料也如此者對於使用者之財產有先取特權但此僅限於最後之六個月且金額不能出五十圓以上者(詳第三〇九條)

(四)日用品之供給 謂供他人之飲食品及薪油等而應受之辨濟也此對於被供給者之財產亦有先取特權但此亦限於最後之六個月間者 (詳第三一〇條)

二 特別之先取特權 分二種

甲 動產之先取特權 此於第三一一條規定之條文云有『自揭於左之原因發生之債權者於債務者之特定動產上有先取特權』試舉其原因如下。

(一)不動產之賃貸借 謂以不動產賃貸於人若其賃借人不納賃金則賃貸人對於不動產中之動產(如房屋內之用具土地之果實等)有先取特權 (詳

第三一二條以下)

(二)旅店之宿泊 謂旅店主人於其客之宿泊料不支付時則對於其客之手荷物(如行囊之類)有先取特權(詳第三一七條)

(三)旅客及荷物之運輸 謂運送人於旅客之運送賃不支付時則對於其荷物(詳第三二八條)

- (四)公吏職務上之過失 謂賴依人(託人作事者)請公吏作事而供其保證金若因公吏有過失而致受損時則對於其保證金有先取特權(詳第三二〇條)
- (五)動產之保存 謂保存他人之動產者於被保存者不支付其費用時則對於所保存之動產有先取特權(詳第三二一條)
- (六)動產之賣買 謂賣動產者於買主不付代價及利息時對於所買之動產有先取特權(詳第三二二條)
- (七)種苗或肥料之供給 謂供給種苗(即種子)或肥料者於被供給者不付代價及利息時對於其用種苗肥料之土地上後一年所生之果實有先取特權(詳第三二三條)
- (八)農工業之勞役 謂農業之勞役者及最後一年間工業之勞役者於其使用者不付賃金時對於因勞役所生之果實與製作物有先取特權但必於其最後之三個月者(詳第三二四條)

乙 不動產之先取特權 此於第三二五條規定之。條文云有『揭於左之原因

發生之債權於債務者之特定不動產上有先取特權」試舉其原因如下。

(一) 不動產之保存 謂保存他人之不動產者(如修理房屋之類)於被保存者不支付其費用時則對於其所代為保存之不動產有先取特權(詳第三二六條)

(二) 不動產之工事 謂工匠技師請負人等於為工事於他人之不動產上而債務者不付其費用時對於其所施工事之不動產有先取特權(詳第三二七條)

(三) 不動產之賣買 謂賣不動產者於其買主不付代價及利息時對於所賣之不動產有先取特權(詳第三二八條)

第三款 先取特權之順位

先取特權之最要者即順位之問題。如同一財產上有二個先取特權其財產不足以辦濟債務此則如何分償乎。解此問題當分五說

(一) 即一般之先取特權互競時也。此以揭於第三百六條之順序為其順序。先償公益費用。次葬式費用。次雇人給料。次日用品給料(詳第三一九條)

(二) 即一般之先取特權與特別之先取特權互競時也。此除共益費用外則特別之先取特權先於一般之先取特權。(詳第三二九條二項)

(三) 即於同一之動產上而特別之先取特權互競時也。此分三等。即按其等次而爲權利之先後。試舉之如左。

第一 不動產、賃貸者、與旅店、宿泊、及運輸者、之先取特權。

第二 動產、保存者、之先取特權。但有數人保存時。則其最後者先於前之保存者。

第三 動產、賣買者、與種苗、肥料、供給者、及農、工業、勞役者、之先取特權。(以上詳

第三三〇條

(四) 即於同一不動產上特別先取特權互競時也。此以揭於第三二五條之順序爲其順序。先不動產之保存者次爲有工事者次爲買賣者。(詳第三三二條)

(五) 即於同一之目的物上而同一順位之先取特權者有數人時也。此則應其各債之額分配辨濟而無復先後之區別。(詳第三三三條)

第四款 先取特權之効力

一 對於第三取得者之効力 先取特權亦一物權也。其効力之原則與物權同。故對於第三取得者似不得謂無追及之効力。雖然若絕對有此効力則又大害取引之安全。故法律不得不設法以限制之。第三三三條云：『先取特權者於債務者引渡其動產於第三取得者之後則付於其動產不得行使之』。蓋先取特權者其權利之目的只在先獲辨濟而不在占有動產。故債務者一移其占有於第三取得者則先取特權者自無追及之權。不然則第三取得者將被不測之損失。或謂此時之移轉若出於第三取得者之惡意。猶將受法律上之保護乎。曰善惡意之別乃事實上之問題。立法者不能爲之區別。惟據物權法之通則（詳一七七條及一七八條）以規定之而已。

二 對於他種權之効力 分二說

甲 先取特權對於動產質權者之効力 法國民法以動產質權視爲先取特權之一種。故動產質權與先取特權互競時（二種權利存於一物上謂之互競）不過有順位之問題而不得有對等之權利。日本民法則以此二者分爲二個之物

權。無。論。先。取。特。權。者。對。於。動。產。質。者。動。質。權。者。對。於。先。取。特。權。者。皆。視。其。効。力。爲。對。於。第。三。取。得。者。之。物。權。之。効。力。故。于。一。物。上。有。此。二。權。時。則。動。產。質。權。者。與。先。取。特。權。者。得。享。同。一。之。權。利。也。（見第三三四條）

乙 一般之先取特權對於登記債權者之効力 凡一般之先取特權欲對抗於第三者似亦非登記不可然此種之先取特種而欲爲登記又甚困難何者付於一般動產之登記既無公示方法之可言付於各不動產而欲一一登記則又不堪其煩雜而其結果幾使此種之先取特權至不能達其目的故法律設一折衷之法使一般之先取特權雖未爲登記而對於未有特別擔保之債權者亦得對抗之而有其効力特對於登記之第三者則仍不得有効蓋所以維持取引上之安全也（見第三三六條）

丙 不動產保存及工事之先取特權對於抵當權之効力 凡因保存不動產而出費用或爲工事於不動產上而增其價額因此取得其不動產之先取特權而爲之登記者則其不動產上雖設定有抵當權並其抵當權先於先取特權者而

登記而先取特權者仍可先於抵當權者而行使之。蓋既爲登記則先取特權之性質有足以凌抵當權之効力也。（見第三三九條）

三 行使先取特權之條件之効力 分四說

甲 行使一般先取特權之條件 行使一般之先取特權者對於動產不動產均可受辨濟但其先受辨濟時只可於不動產以外之財產必其尙不足時然後可於不動產上受領辨濟（見第三三五條）蓋先取特權者既於其財產有優先之權利而又準其於不動產上先爲受領則權利過強難免不害及他之債權者故法律爲此規定以保護之。

且受辨濟於不動產時猶有一注意之點即不動產已爲特別擔保之目的者則不可先向之受辨濟也（見第三三五條二項）蓋亦恐害他人之債權與前項同一理由。

至一般先取特權之行使必先加入於債務者之財團分配內若先取特權者怠於加入則雖爲當受之辨濟而對於爲登記之第三者仍不得行先取特權（見

第三三五條三項) 蓋先取特權者既未以其特權加入則他之債務者方於債務者之財產信其權利之平均況既爲登記之第三者其對於此登記之財產尤強而有力若忽對之行先取特權不獨使之被不測之損失且亦大失登記法之勢力矣故法律寧保護登記者而不保護先取特權者且先取特權者之未得加入由於自怠其被損失亦其宜也

乙 行使不動產保存之先取特權之條件 不動產保存之先取特權常保存行爲已畢時即宜爲登記(見第三三七條)蓋依登記法之前後保存行爲之登記不能凌保存行爲以前之登記者若不早爲登記則其結果必至無此先取特權之實故欲對抗第三者則於保存行爲已畢時不可不即時登記也

丙 行使不動產工事之先取特權之條件 不動產工事之先取特權若於其登記時有先爲之登記者則先登記有效而後登記者無效故非於工事將起時早爲登記則不得保存其效力然工事將起時其所需費用尙未確知其若干故只可登記其費用之豫算額使有先取特權之效力至實際之費用有超過豫算額

時則於其超過之額不得有先取特權何者既登記豫算額則人方確信此不動產上僅有若干價額之先取特權而得計其不動產之所值更於其上設他種之權利若於超過豫算之額亦得有先取特權之效則設他種權利之第三者不免被意外之損失也故法律爲保護兩方之計而爲之規定第三三八條云『不動產工事之先取特權於始爲工事前因登記其費用之豫算額而保存其效力但工事之費用超過豫算額時則先取特權付於其超過額不存在』

丁 行使不動產賣買之先取特權之條件 第三四〇條云『不動產賣買之先取特權與賣買契約同時因登記其未辨濟代價或利息之旨而保存其效力』其曰與賣買契約同時者此爲最要之條件蓋登記於賣買契約之後則爲契約與登記之間而第三者或不知賣主之有先取特權因於其同一不動產上取得他種之權利則其結果未有不使第三者被損失也故賣主先取特權之登記必與賣買契約同時

第一款 總論

一 質權之定義 債權者爲其債權之擔保而占有自債務者或第三者受取之物且付於其物有先他之債權者而受自己債權之辨濟之權利謂之質權（見第三四二條）依此分之得三要素左如。

一 契約

二 占有

三 優先權

試合此三要素舉例以明之。如甲借乙債約。定以衣物爲質。是由契約生出也。而衣物必交付於乙。是爲乙所占有也。且將來甲不能辨濟時。乙得先他之債權者處。分此衣物。是有優先權也。定義中兼及第三者。因所質之物有時或係第三者供出。故也。下抵當權亦然。

二 質權之設定 質權之設定有三要件。試分述之。如左。

甲 可讓渡之物 凡債權者未受辨濟時。則不得不競賣其質物。而於其代價上。

行使其優先權。此質權最終之目的也。若欲達其目的，則必物之可讓渡者而後。可苟非可以讓渡之物，則不得於其上有質權。例如法律上之禁制物，又世襲財產之類，皆不得爲質物。是也。第三四三條云：「質權者，不得以不得讓渡之物爲其目的。」

乙 物之引渡 此規定見第三四四條。條文云：「質權之設定，因引渡其目的物於債權者而成立。」其曰引渡其目的物者，即移轉其占有權是也。蓋質權不獨與先取特權及抵當權之不必占有其物者不同，即與留置權之必占有其物者亦異。何也？留置權之權利自存於占有物之上，而質權之權利則非占有之移轉（即引渡）不能成立也。故以物之引渡爲要。

丙 須有債權 無債權而占有人之物，不得謂之質。必如甲乙之間有貸借之行爲，而後借主出其物爲擔保，使貸主占有之，則貸主對於其物之權始謂之質權也。

三 質權之效力 分四說

甲 優先權 凡質權者於賣却質物之代金上得先於他債權者受領。辨濟所謂優先也。但行此優先權不可無二種要件。(一)質物爲動產時不可不繼續占有。(二)質物爲不動產時不可不早爲登記。不然第三者或得占有此動產。或於其不動產上設定權利而先爲登記。則其間之權利難免於衝突矣。

乙 不可分權 謂當未受辨濟以前不得於質物之全部分中交付其一部也。與留置權之不可分同一精神。

丙 留置權 民法上之留置權本非以當事者之意思設定者。固不得謂質權。(此以當事者之意思設定者)中含有留置權之性質。然質權既因物之引渡而成立。則其質物必爲質權者占有。若不認其有留置權。則質物之占有不能確實。即質權之效力不能優強。故法律特設此規定。第三四七條云：「質權者自受前條所揭之債權辨濟止。得留置其質物。」其曰前條所揭之債權辨濟者。即第三四六條所規定。如元本、利息、違約金及質權實行之費用。與質物保存之費用。又因債務不履行。或質物之瑕疵所生之損害賠償等。皆歸質權所擔保。而皆應受

其辨濟者是也。蓋於此條所舉者，有一未受其辨濟，則得留置其物矣。

雖然，以上所論，乃原則也。亦有例外。如質權取得之當時，而先有保存其質物之債權者，則其人已於其質物上有優先權，而質權者即不得以留置權對抗之。是也。（見第二四七條但書）

丁

轉質權

轉質者，謂以己所占之質物，而轉質於他人也。蓋質權可依當事

者之意思設定，故不妨自由移轉。此文明各國法例所公認，而日本亦規定之者。第三四八條云：『質權者得於其權利存續之期間內，以自己之責任轉質質物。其於因不轉質則不生不可抗力之損失，亦任其責。』蓋此條雖許其轉質，然亦未始無限制。故曰：於其權利存續之期間內，即謂於質權消滅時不得為轉質也。又曰：以自己之責任，即謂因轉質所生之損害，應由質權者賠償也。又曰：因不轉質，則不生不可抗力之損失，亦任其責。蓋不可抗力之損失，在質權者本不應任責，而但因其轉質而生者，則不得不任之。例如質權者甲，以其質物移轉於乙，而乙家失火，致燒毀其質物，夫燒毀其質物，本為不可抗力之損失，然甲若不移轉

於乙家則質物即不得被火是其咎仍在甲也故甲當任責此皆所以限制之也

第二款 動產質

動產質者謂以可移動之物爲質也（如一切器物畜產皆是）分二說述之。

一 動產質之要件 又分二說

甲 必須動產 蓋既指定爲動產質則其質物必須動產此毋待贅。

乙 要繼續占有 蓋動產質之權利全在占有其物若其占有不使繼續則質權之確實與否人不能知設第三者亦於其物上設定質權則不免因之受損故第三五二條云『動產質權者非繼續占有質物不得以其質權對抗第三者』

二 動產質之效力 分二說

甲 實行方法 又分二說

天 原則 於未受債權之辨濟時即競賣質物而受其代金

地 例外 於未受債權之辨濟時得以質物充辨濟但此時必須四要件（一要有正當之理由如難爲競賣之物又或與債務者有密切之關係而不欲賣之

之時。則可以之充當是也。(二)要請求裁判所不準質權者之自由也。(三)要鑑定人之評價恐當事者之爭執也。(四)要通知其請求於債務者蓋不得以一方之意思充當也其規定見第三五四條。

乙

順位方法 法律於質權常許其代理占有故同一不動產上常有數個質權當競賣此質物以充辨濟時果誰先受其辨濟乎是即順位之問題也解決此問題學者常分四說。

(一)後得質權者得先於先得質權者以行其權利。

(二)後得質權者知有先得質權者時則其權利遜於先得質權者。

(三)後得質權者知有先得質權者則其權利同等可各應其債權之額均分代價。

(四)先得質權者其權利漸次強於後得質權者。

合觀上四說則前三說均謬惟第四說甚善何也如第一說後得者強則人皆利於後得而一質物不妨設定無數之質權而先得質權之受損者多矣第二三說

以知不知爲準而其真知與否頗難證明不能無弊即使無弊而其因不知而設定者究多是仍使先得質權者之力弱而質權不足恃也若第四說則依其設定之前後定其權利之強弱如一動產上甲先設定質權乙次之丙再次之則賣此質物以充辨濟時必以其質物之價先償甲債後以其餘償乙再以其餘償丙是使先之設定者既不被意外之損失後之設定者亦必計其質物之價值足辨濟數個之債額否而不得濫爲設定即亦不至大受損失而質權庶不至失其信用也故日本民法採第四說第三五五條云「因擔保數個債權而於同一動產上設定質權時其質權之順位依設定之前後」

第三款 不動產質

不動產質者謂以不可移動之物爲質也（如家屋土地皆是）在歐洲今日抵當制度甚爲完備用不動產爲質者漸次減少故其法律只有「用益質」（如債權者占有債務者之不動產得爲使用及收益之權利是）之規定而鮮有純然以不動產質規定者日本則不認用益質而用純然之不動產質（羅馬法亦然）蓋亦舊來之習慣使之。

然日本所用之不動產質。其原則雖與他之質權同。而實際上則不動產質權者亦得於其不動產上有使用及收益之事。是又與歐洲之受益質近似。蓋從便宜上起見也。今將不動產質分三說述之。

一 不產動質之要件 分二說

甲 須不動產 不動產質權者。既於其不動產上有使用及收益之事。是與動產質之不得使用其質物者迥不相同。故非不動產不可。

乙 須登記 蓋不動產之移轉。非比於動產之可得持其物以交付。惟以登記爲據。而後可對抗於第三者耳。

二 不動產之効力 分四說

甲 有使用及收益之權 如以土地爲質。則質權者可使用其土地。並其土地上所出之果實。均得收其利。是也。但使用與收益。只可從不動產之用方。而不可變不動產之本質。如以家屋充工場。易水田爲乾地。則非質權者之所得爲也。第三五六條云。『不動產質權者得從爲質權目的之不動產之用方。而爲其使用及

收益之事

乙 有費用負擔之義務 第三五七條云。『不動產質權任拂管理之費用及其他不動產之負擔』其曰管理之費用者如修繕費等類是也。其曰不動產之負擔者如租稅等類是也。蓋不動產質權者於其不動產上既有使用及收益之權利則亦必負此等之義務而後爲公平也。

丙 無請求利息之權 不動產質權者既於其不動產上因使用收益而取得果實則其果實之所值必除去前條所言之一切費用之外尙足與利息相抵故法律不許質權者再請求利息蓋爲便利起見而亦以保護債務者也（見第二五條）

丁 準用抵當權之規定 蓋不動產質權雖不能包含純然之抵當權而其結果亦與抵當權相近故於抵當權之規定雖非適用而亦有時準用之其準用之要點有二即（一）曰實行方法（二）曰順位方法是也（均詳第四節）

三 設定之期間 此於第三六〇條規定之其一項云。『不動產質之存續期間不得超過十年若以比十年更長之期間設定不動產質時當縮短爲十年』此之規

定。蓋以不動產爲質於人。倘時經久遠。則必至減少。其不動產之價格何也。其質權者。雖於其不動產上有使用及收益之權利。而究以其物之所有權尙屬他人。故於其物之損壞時。不願多出費用以謀修繕。而物遂漸不能存其原狀。即其價格亦因之漸低。故期間太長。則不動產之所有者。其結果至大被損失。此法律所爲規定以保護之也。

雖然。不動產質權原則固以十年爲限。設當此十年之時。而債務者尙不能償清。債務以消滅。其質權此則如何處置乎。曰。此當使先之質權作爲消滅。而更於其不動產上新爲設定之。惟其設定之期間自更新時起算。仍不得超過十年。（見第三六〇條二項）此例外之規定也。

第四款 權利質 分二說

一 通則 凡動產、不動產之得爲質權者。皆因直接以物爲其目的也。然彼之以物爲其目的者。必因其物爲債務者之所有。故得許之爲質。是雖直接以物爲其目的。而實間接以物之所有權爲其目的也。夫既以物之所有權爲目的。則凡一切所有

之權利即無不可爲質權之目的故近世文明諸國謀所以流通資本而助取引界之便利莫不有權利質之規定

所謂權利質者即謂一切所有之財產權皆得爲質權之目的也如地上權永小作權債權版權特許權商標權意匠權凡一切有形無形者皆是但日本法民於權利質只有關於債權之特別規定至地上權永小作權則準用關於不動產質之規定而版權特許權商標權意匠權及本款所未規定之債權則皆準本節第一款總論之規定焉(詳第三六一條)

二 債權質 分二說

甲 債權質之要件 又分三說

天 債權 蓋以債權爲質既與以地上權永小作權版權特許權商標權意匠權等之爲質有別則必確有其債權之要素(即債權者債務者目的三項)而後其質權得成立

地 引渡証書 債權爲無形財產非如有體物之可交付其物然亦須取債權

之証書交付於質權者此尤爲以有價証券爲質者所必具之要件。按有價証券在日本如指圖証券、株券、公債証書等皆是。

以上二說於第三六三條規定之條文云：「於債權爲質權之目的而其債權有証書時其質權之設定因其証書之交付而生效力」

人 對抗第三者之要件 此分三種

子 指名債權 分二說

元 原則 又分二說

一 對抗第三者 凡以指名債權（解詳債權法）爲質權之目的時非通知於第三債務者（即指名債權之債務者）而得其承諾則不足以對抗第三債務者例如乙對於丙有指名債權而乙又負甲債遂以其對於丙之質權爲質於甲而交付其証書此時甲若不通知於丙（即第三債務者）而得其承諾則丙仍可對乙履行而甲不得以質權對抗之故欲對抗第三債務者（即第三者）非具有通知承諾之要件不可。

二 對抗其他之第三者 此第三者即第三債務者以外之第三者如上例。乙以對丙之債權爲質於甲。而又或讓渡於丁。則丁即其他之第三者。此時甲欲以其質權對抗於丁。則亦非通知於第三債務者（即丙）而得其承諾不可也。當丁受乙之讓渡時。必至丙家審察乙對於丙之債權是否存在。若甲取得此債權之質權時。而不通知於丙。則丙必不知乙以其債權爲質於甲。而第以存在告丁。丁遂信而受乙之讓渡。如是則不得謂丁之讓受無效。而與甲以大不利矣。故甲欲對抗其他之第三者。即丁亦須具通知承諾之條件也。

夫乙以對丙之債權先爲質於甲。而後讓渡於丁。則甲有通知承諾之條件。固可對抗丁矣。設乙丁通謀以讓渡於丁之日附移於質入於甲之前。則甲將何以對抗之乎。曰。此非有確定日附之証書不可。是又對抗其他之第三者之要件也。確定日附証書詳債權法第四六七條論文中。

右二說之規定。見第三六四條一項。條文云。『以指名債權爲質權之日

的時非從第四百六十七條之規定以質入之設定通知於第三債務者而得其承諾不得以之對抗第三債務者(如第一說)及其他之第三者』(如第二說)

享 例外 分二說

一 株式 凡以株券爲質權之目的時不必以其質權之設定通知於第三債務者(此通知債務者如以質權設定記載於株主名簿是)而得其承諾即得對抗一切之第三者故同條二項云「前項之規定在記名之株式不適用之」

但梅博士謂此項之規定不過仍舊時習慣非法理之正也何則株式之虛實以株主名簿爲憑若以株式爲質而不記載於株主名簿則第三者嘗有於已被質之株式仍誤信爲完全屬於株主者而交易上難免不生意外之損失非所以保護第三者也立法者當於此研究之

二 社債 株式會社中發行之一種信用証券日本謂之社債以社債

爲質之規定。見第三六五條。條文云。『以記名之社債爲質權之目的時。非依關於社債讓渡之規定而以質權之設定記入會社之帳簿則不得以之對抗會社及其他之第三者。』此條所謂必以質權之設定記入會社之帳簿者。是即須通知於第三債務者而得其承諾之意。似對於前條第一項不得爲例外。然前條之所謂通知者。乃通知於自然人。此之所謂通知者。爲通知於法人。故得以例外視之也。

丑 指圖債權 凡以指圖債權爲質權之目的時。非以其質權之設定書明於証書之裏面。則不得以之對抗第三者。 (見第三六六條) 蓋指圖債權之性質。依裏書以爲憑。故也。

寅 無記名債權 日本法律認無記名債權爲動產。 (詳八六條三項) 則以此等債權爲質入時。必用動產質之規定。而以引渡爲要件。故必於其債權之証券交付於質權者。而後可以對抗第三者矣。

乙 債權質之効力 分二說

天 原則 質權者於其爲質權之債權可直接收取之（見三六七條）但債權之目的物不同而規定亦因之稍異試分二說述之。

子 債權目的物爲金錢時 又分二說

一 金額之限度 謂質權者只得取自己應取之金額也如質權者之債權額爲百元其質入者之債權額亦爲百元或不及百元則質權者即可取其全部以充辨濟若質入者之債權超過百元則質權者亦只得取其百元而不得出自己債權額之限度也（見三六七條二項）

二 辨濟期 質權者之債權與質入者之債權其辨濟期常不能同一若質入者之債權其辨濟期已到而質權者之債權其辨濟期尙未到此時若使質權者竟受辨濟則尙無受辨濟之權若使第三債務者（即質入者之債務者）緩於償還則恐重遲滯之責故法律設一兩全之法惟使第三債務者供託其應辨濟之額而使質權者之權利存於供託金之上（見第三六七條三項）則質權者仍不失其權利而第三債務者亦可免其責任

實爲兩便也。

丑 債權之目的物非金錢時 凡以非金錢之債權爲質權之目的時則質權者可受辨濟於其有質權之物之上（見三六七條四項）但不得直取其物以爲己有惟可競賣其物以受領代價而已。

地 例外 即第三六八條所云質權者依前條之規定外更得依民事訴訟法所定之執行方法以實行其質權也。此執行方法見民事訴訟法第六百條第六百二條又六百十三條其第六百條所規定者謂差押債權者得請求裁判所之命令使第三債務者以其金額轉付於己是也其六百二條所規定者謂被差押之債權其金額超過於差押債權者之債權時則差押債權之債務者得請求裁判所處分其超過額也其六百十三條所規定者謂差押債權者於其所差押之債權難於收取時得請求裁判所命令換價之方法也。

第四節 抵當權

第一款 總則

一 抵當權之義定 抵當權者謂債權者對於債務者或第三者所指定供債務擔保之不動產或船舶所關之權利有先他之質權者而受自己債權之辨濟之權利也（見二六九條一項、船舶二字、取自商法六八六條、以補本條所不足、依此分之得二要素如左。

一 不動產又船舶

二 優先權

試合此二要素舉例以明之。如借債於人而指定不動產或船舶以爲擔保。則將來債務者不能辨濟時。其債權者得先他債權者處分此不動產或船舶而受其利益是也。

二 抵當權之目的 抵當權之目的即關於不動產之權利也可分二說。

甲 種類 抵當權之種類日本法典有已特別規定者有尙未特別規定者其已規定者三曰不動產所有權曰地上權曰永小作權是也其無規定者二曰鑛業權曰船舶所有權是也。

乙、範圍 抵當權之範圍於抵當地上除建物外有附加而成爲一體者則皆抵當權之權利所及（見第三七〇條前段）但此爲原則尙有四例外。

一 設定行爲之特別約定時 蓋抵當權者乃人民之私益非國家之公益故可依當事者之意思設定其範圍。

二 土地上築造建物時 抵當權之範圍不及於抵當地之建物者日本之習慣然也。

三 債務者知害他債權者而加工作於抵當地時 如甲以不動產抵當於乙而對於丙丁亦負有債務若甲之資力已不足償還各債而猶施工作於其不動產上以增加乙一人之特別擔保則丙丁所當受之辨濟必因之減少而受其害且此等事必甲乙通謀爲之故法律不許以其工作物爲抵當之目的也。

四 果實 抵當權與不動產質其根本不同故不動產質可以收取其不動產之果實而抵當權不能（見第三七一條前段）。

第二款 抵當權之效力

第一項 總則 分三說

一 抵當權之順位 此之順位以登記之前後爲準則也（見第二七三條）如丁之一不動產上甲乙丙同有抵當權而甲先登記乙次之丙又次之則破賣此土地必先以償還甲債再以其餘償還乙債漸及丙債是也。

二 依於抵當權當被擔保之債權 即抵當權者於其債權原本外之利息及其他之定期金皆應受此抵當權之擔保也但限於其期限最後之二年（見第三七四條）若二年前之利息及其他之定期金一切被其擔保則第二之抵當權者不免受損矣。

以上原則也亦有例外即於前所限二年前之定期金若於期滿後曾爲特別之登記則自其登記時起算亦得行使其抵當權是也（見第二七四條但書）

三 抵當權之處分 分二說

甲 處分之情事 又分五種

一 他之債權之擔保 凡抵當權者得以其抵當權爲他之債權之擔保如甲

負乙債。而以其不動產。設定抵當權。既而乙又負丙債。則乙可以對甲所有之抵當權。供擔保於丙。但此時丙若行使抵當權。則必俟乙之債權期限已到時。而後可受領辨濟。且內對乙之債權額。若超過乙對甲之債權額時。亦只得依乙之債權額而受領辨濟也。

二 抵當權之讓渡 如乙丙二人。均對於甲有債權。惟乙之債權有擔保。丙之債權無擔保。而乙爲丙之利益起見。可以己之抵當權讓渡於丙。使丙無擔保之債權變爲有擔保而已。有擔保之債權變爲無擔保。

三 抵當權之拋棄 如甲對於丁之債權。有抵當權。乙丙對於丁之債權。無抵當權。適丁之資力不足償三人之債。而乙丙將受損失。此時甲爲乙丙之利益起見。可拋棄自己之抵當權。使賣此抵當物之價。三人平等受其辨濟。又或甲乙均有抵當權。惟丙無之。甲爲丙之利益起見。亦可拋棄其抵當權。使乙受辨濟之後。以其殘餘之額歸甲丙平分。蓋此等事由皆個人之私益。其處分可聽其自由也。

四 順位之讓渡 謂第一抵當權者。將其第一之位次讓渡於第二抵當權者。

或第三抵當權者也。此與抵當權之讓渡不同。抵當權之讓渡後，則對於抵當物之權利斷絕。順位之讓渡後，惟對於抵當物之權利減弱而已。

五 順位之拋棄 如甲乙丙三人，順次對於丁，各有債權千元，而以丁之同一不動產爲抵當。設其不動物之價格僅值千五百元，以原則論，甲應取千元，乙只得取五百元，丙則毫無所取。然此時甲爲丙之利益起見，可拋棄其順位，使乙爲第一，丙居第二，以受領。辨濟惟甲之拋棄者，乃爲丙謀利益，非爲乙謀利益。故乙雖得居第一位，仍只得取五百元，而丙既居第二位，亦應取五百元，其餘五百元則當歸甲。有蓋甲之順位雖被拋棄，而其抵當權則仍存在，故不得毫無所取也。順位之拋棄與順位之讓渡不同。如前例，甲若讓渡其順位於丙，則丙居甲位，而取千元，乙仍取五百元，必至甲一無所得。若拋棄則尙與丙有同等之權利，而得取五百元也。又順位之拋棄與抵當權之拋棄不同。抵當權之拋棄時，其受利益者非抵當權者。順位之拋棄則受利益者仍爲有抵當權者也。

以上五種之處分，皆於第三七五條規定之條文云：『抵當權者，得以其抵當權』

爲他之債權之擔保又爲同一債務者之他之債權者之利益於抵當及順位等事得讓渡之或拋棄之

乙 處分之効力 分二說

天 受益者間之効力 謂於數人受處分利益時之効力也。如甲以對於丁之抵當權供擔保於乙。又供擔保於丙。則乙、丙均爲受處分利益者。其權利之強弱何由定乎。曰。此仍以登記之前後爲準。第三七五條二項云。『於前項之事情。因數人爲其抵當權之處分時。其受處分利益者之權利之順位。依爲附記於抵當權登記之前後。』蓋抵當權原已登記。至其處分之後。則受處分利益者必須附記於原登記之下。故其順位即可以附記之前後爲準也。

地 對於他之第三者之効力 所謂他之第三者。即受益者間以外之第三者。也。如債務者。保證人。及抵當權設定者。（即擔保他人之債務而設定抵當權者）並其承繼人等皆是。而受處分利益者。欲對抗此等第三者。則非於受處分利益時。通知於主債務者。而得其承諾不可也。若不通知主債務者。則主債務者不

知其債權者之抵當權已被處分而仍可對之償還債務即其保證人等亦可對之償還債務而受處分利益者不得責其不當矣故須有通知承諾之條件而後可對抗等第三者其規定見第三七六條又債權法第四六七條論文可參看夫債務者已受通知而為承諾則即當以其債務償還於受處分利益者若仍欲對於其債權者而為償還則必須得受處分利益者之承諾不然則所已償還之額不得以之對抗受處分利益者（見本條二項）

四 實行方法 分二說

甲 原則 有抵當權者於不能受債權之辨濟時可競賣其不動產而受其價金

乙 例外 即可設免除抵當權者實行之方法也如辨濟滌除等皆是（詳後）此蓋為保護第三取得者起見而即以利用其抵當權使推廣其財產之流通也但所設之方法須在不害抵當權者之範圍內而後可

五 分別土地與建物為抵當時 日本習慣常分土地與建物為二故於其為抵當權之目的時亦然今分二說

甲 土地與建物非屬於同一所有者。如土地爲甲有其上之建物爲乙有此在土地爲抵當者其關係不及於建物以建物爲抵當者其關係不及於土地無甚困難問題。

乙 土地與建物屬於同一所有者。如土地及其上之建物皆爲甲有而僅以其土地或建物爲抵當設甲專賣此土地而尙存其建物則當許建物所有者於其土地之上之建物作爲地上權看待（見第二八八條）蓋不作爲地上權看待則買有土地者必欲廢去其建物則不獨建物所有者直接受損即抵當權者亦間接受損故法律爲此規定以保護之。

但土地之上之建物既作爲地上權看待若不與土地所有者以報酬是又使土地所有者受損故建物所有者不可不付以地代（即租金之類）惟其地代之多寡當由裁判所定其額（見第二八八條但書）

如上所論乃設定抵當權之初其建物即存在者若由抵當權設定之後而土地所有者又加築建物此則如何處置乎曰此在抵當權者得以其建物與土地共

競賣之但抵當權者之優先權只存於土地之代價而不得存於建物之代價蓋此建物乃抵當時所無即不得爲抵當權之目的也（見第二八九條）

第二項 優先權 分四說

一 對於普通債權者之優先權 即抵當權者於競賣其抵當之不動產時得先他之債權者而受辨濟也（參看本節第一款）

二 抵當權者間之順位 此於第三七三條規定之。條文云。因擔保數個之債權而付於同一不動產上設定抵當權其抵當權之順位依登記之前後。例如甲乙二人對於丙之一不動產上皆有抵當權而甲先設定乙次之。然甲之設定雖先於乙而乙之登記實先於甲則競賣此抵當物時乙即爲第一順位而有優先權設此時抵當物之價值不足二人之債額則甲必待乙完全受取之後而已。惟取其殘餘之額而已。蓋此不以設定之前後爲準而惟以登記之前後爲準。因登記之日附有憑而設定之日附易僞也。

三 於數個不動產上設定抵當權時 分二說

甲 原則 如丙借甲金千元。而以子丑兩不動產爲抵當。後又借乙金千元。而僅以子不動產爲抵當。設當實行抵當權時。則甲於其子丑兩不動產上。各得應其價額而分其債權之負擔（見第三九二條）如兩不動產之價額各值千元。則甲可於其兩不動產上。各取五百元。而受領完全之辨濟。而乙祇可於子不動產上。受領殘餘之五百元。夫甲得準其兩不動產之價額而分其債權之負擔。即所謂優先權也。

乙 例外 即如上例。競賣此兩不動產時。而甲亦得於其一不動產上。受領千元之辨濟。惟甲既於一不動產上。受領辨濟。則乙亦可於他之不動產上。代居甲位。而受取千元之債權（見第三九二條二項）夫乙雖得受領千元。然必由甲受領全額後。始得行使之。是亦甲有優先權也。

四 對於他之財產之權利 分二說

甲 原則 凡有抵當權者。只對於其所抵當之不動產上。有優先權。而不能對於債務者之別種財產上。有優先權。故只得於其不動產之代價受領辨濟。而不得

於別種之財產上受領辨濟也。見第三九四條一項。

乙 例外 即以抵當權之代價而配入別種財產之代價時則抵當權者可先與其他之各債權者同受別種財產之辨濟也。但抵當權配當之金額他之各債權者可請求抵當權者供託之（見前條二項）

第三項 追及權

一 原則 分二說

甲 第三取得者任意辨濟時 如甲對乙有抵當權。乙以其抵當之不動產賣之於丙。則丙爲第三取得者。此時丙若代乙辨濟債務於甲。則甲於其所辨濟之部分作爲有效。而於所未辨濟者則仍得行使其抵當權。所謂有追及權也。蓋謂以對於乙之抵當權追而及之於丙也。

乙 抵當權者請求辨濟時 謂抵當權者以其債權之額對於第三取得者請求其辨濟也。此在第三取得者必非爲債務者任意辨濟其一部。必實認爲抵當物之價格而支付之。如此則抵當權當因之消滅。即追及權亦不得存在。但此之規

定必其取得者爲取得其不動產之所有權或地上權而後可蓋所有權及地上權之權利均較抵當權爲強故得使抵當權消滅也若於其抵當之不動產上僅取得地役權永小作權等類則其取得者所出「對價」(即與所有者之利息之額甚微雖抵當權者得對之請求地代或小作料而未必足以償清其不動產所負之債故有抵當權者仍不得拋棄其抵當權而可追及於其取得權利者也

(見第三七七條)

二 滌除 分三說

甲 滌除之定義 滌除者謂第三取得者交付其提供於抵當權者所承諾之一

定金額而即使抵當權消滅也以純理而論於他人優先之抵當權而我以滌除使之消滅似非適當之規定然就實際論之則滌除之法有三便利(一)不失第三取得者之利益也蓋不許滌除則第三取得者不能得完全之所有權而不免失其利益(二)不害抵當權者之利益也蓋抵當權者既承諾其提供之金額則其金額雖未必足以償清債務然既承諾之則必其與競賣抵當物之價不甚差遠者

也。故曰不失抵當權者之利益。(三)使抵當之不動產有容易取引之利益也。蓋不許滌除則非債務者已辨濟其債務則不得收回其抵當物而轉賣於人。此於交易上大爲不便。故法律爲公私之利益起見而爲此規定。第三七八條云。『取得抵當不動產之所有權地上權永小作權之第三者從第三百八十二條乃至第三百八十四條之規定於其提供於抵當權者而得其承諾之金額爲之拂渡或供託之而得滌除其抵當權』

乙

滌除權者 謂可行使滌除權之人也。蓋滌除制度之設所以保護第三取得者。故惟第三取得者有滌除權。若主債務者或保證人及其承繼人均不得有滌除之權利。(見第二七九條)何也。債務者及保證人等皆有辨濟債權全額之義務。若許其提供一定之金額而行滌除權則所提供之金額若不足於債權之全額則債權者受損矣。故法律不許之。

如右所論則行滌除權者惟第三取得者能之彰彰明矣。雖然亦有例外即條件附第三取得者於其條件成否尙未確定之間不得行使滌除權也。(見第三八

○條）但此所謂條件必專指停止條件而言。蓋於取得之不動產上附有停止條件則必於其條件成就時而後取得之效力始能發生。若條件之成否尚未確定即其取得之權利亦尚未確定故不得遽行滌除權。

丙 滌除之手續 分四說

天 抵當權者之通知 蓋抵當權者欲實行其抵當權時則當以需若干金額而後得行滌除之旨通知於第三取得者不然則第三取得者往往欲行滌除權而有所不及致有失其利益之虞也（見第三八一條）

地 滌除之時期 此有三：（一）第三取得者於未受抵當權者之通知時得隨時爲抵當權之滌除（見三八一條一項）（二）第三取得者於受前條之通知時必於一月以內送達第三、八、三條所揭之書面（詳下）而後得爲抵當權之滌除（見同條二項）（三）於抵當權者既通知後設有他之第三者又於此不動產上新取得權利則仍當於此通知後之一月內行使滌除權（見同條三項）

人 滌除權之通知 第三取得者欲滌除其抵當權則須送達左之書面於爲

登記之各債權者其書面有三種。

(一) 即於其取得之原因、年月日、讓渡人、及取得者之氏名、住所、並抵當不動產之性質、所在、代價、與其他取得者之負擔、而一一記載之之書面。

(二) 即關於抵當不動產之登記簿之謄本、但已消滅之登記、無庸揭載於其上。

(三) 即記載債權者於一月以內、不請求增價競賣、則第三取得者、從債權之順位、而辨濟、或供託、其揭於第一號之代價、或特為指定之金額之旨之書面。

右之三種書面、既送達於為登記之各債權者、而後第三取得者、始得行使其滌除權也。

物 增價競賣 謂債權者受滌除之通知、而不承諾其提供之金額、乃於此一月內、請求競賣此不動產也。其曰增價者、謂其競賣之價、必高出提供金額十分之一以上。若如此而不能賣却、則債權者自當以十分之一之高價買受之。但此之請求競賣、非請求於裁判所、乃請求於第三取得者（見第三八四條二項）。

三 競賣 分三說

甲 原則 競賣之性質大概與買賣同若無特別之規定時則無論何人得爲競買人

乙 競落人 即與他人競買而已獨得勝因取得不動產之所有權者也凡競落人得許第三取得者爲之（見第三九〇條）蓋第三取得者必需要此不動產而後因而買得之且其買得之時並有於其上出費用者若不許其爲競落人則不獨令第三取得者失需要之利益即其所出之費用抵當權者必爲之償還是又增無用之煩勞也故使第三取得者亦得爲競落人誠有利而無害

丙 費用償還 謂第三取得者未爲競落人時若對於其不動產曾出必要費或有益費則抵當權者必償還之也蓋第三取得者既於其不動產曾出費用則必足以增長此不動產之價值則當競賣時抵當權者必因之受利益若不償還其費用則第三取得者既受損害而抵當權者即爲不當利得也故法律準其於不動產之代價中最先提出償還之（見第三九一條）

四 賃借者 謂於供抵當之不動產上有賃借權者也夫一不動產既抵當於此似

不可再借貸於彼。然竟不許借貸，則有妨於不動產之生殖而常至減少其價格。故法律於其短期之借貸（即第六百二條所定三年或五年至多者亦不過十年之期限）大加保護之，使雖登記於抵押權登記之後亦得以之對抗於抵押權者也。（見第三九五條）

雖然以上原則也，亦有例外，即所爲之借貸，於抵押權者有損害時，則裁判所得因抵押權者之請求而命其解除也（見三九五條但書）。但此例外之規定，梅博士及富井博士均駁其非。何也？法律既欲保護借貸，而又使抵押權者請求解除，則其保護之目的常不能達。且所謂有損害者，不過自賣此不動產之未得善價時，藉口於有借貸借之故而實則無有他之損害也。是此例外不得謂爲至善之規定矣。

第三款 抵押權之消滅

抵押權消滅之原因，有共同者，有特別者，共同者，即與一般權利之消滅同。如抵押權之拋棄、抵押物之消滅及混同是也。特別者，乃抵押權獨有之消滅，如前所論之辨濟、滌除、競賣是也。至本款所言，則專因時效及地上權永小作權之拋棄而消滅者，今仍

第一項 時效 分二說

一 取得時效 取得時効者謂平穩且公然占有他人之不動產又其占有係出於善意而無過失則於經過十年後即取得其不動產之所有權也夫有取得之一方亦即有消滅之一方故於抵當之不動產設有買取之者已經過十年而有抵當權者尙未加處分於其不動產則買主即有取得時効而其抵當權遂因之消滅也故取得時効爲抵當權消滅之一原因。

二 消滅時效 此分二說

甲 對於債務者或抵當權設定者 凡債務者與抵當權設定者（即以自己之不動產爲他人設定抵當權者）皆有完全辨濟債額之義務若其債務不因時效消滅則抵當權雖罹時效亦不得消滅故其消滅必與所擔保之債權同時

（見第三九六條）

乙 對於非債務者及非抵當權設定者 如第三取得者於取得時効之條件皆

已具備則抵當權當因之而消滅（見第三九七條）其曰取得時効之條件皆已具備者即一六二條所云以平穩且公然占有他人之不動產而其占有之始又爲善意且無過失是也有如此之條件則抵當權者不得以不許消滅對抗之

第二項 地上權永小作權之拋棄

凡以地上權或永小作權爲抵當者雖地上權者或永小作人拋棄其地上權或永小作權利之權而抵當權者之抵當權仍自不能消滅何也地上權者或小作人既以其權利之部分爲抵當則此一部分之權利已爲抵當權者所有故雖拋棄其權利而亦不得對抗抵當權者也（見第二八九條）



A541 212 0002 2207B

光緒三十一年七月廿六日印刷
 光緒三十一年七月廿九日發行
 光緒三十二年九月十二日訂增再版印刷
 光緒三十二年九月十五日訂增再版發行



編輯者兼
發行者

印刷者

印刷所

發行處

發售處

法政
叢編

| | |
|--------------|--------|
| 全部十九種 廿四册 | 定價捌圓捌角 |
| 上製(八厚冊) | 定價拾圓五角 |

湖北法政編輯社社員

井上源之丞
日本東京市牛込區神樂町一丁目二番地

翔鸞社井上印刷工場
日本東京市牛込區神樂町一丁目二番地

(電話番町三四三番)

湖北法政編輯社

東京神田區
裏神保町

中國書林

法政叢編

訂正
增補

再版稟告

平以來吾國政界稍有動機朝野上下漸知欲強國家首在改良法律變革政體自
考察政治五大臣歸朝政治界上遂起一大變動此最近之盛況而爲中外稱慶者也
惟是改良法律變革政體非多讀東西法政之書取長捨短不能行其改革之實敵社
同人留學法政大學該大學各講師皆法學泰斗其學說豐富足以風靡一世同人卒
業後深慨祖國前途欲一表供獻之忱用就所聞於講師之講義並參考本講師及諸
名家之著述悉心結構以成此編視坊間譯本當判霄壤自去秋付梓陸續出版今歲
三月全部告成未成之先豫約購買者已達初刊之部數(五千部)故全部告成之日
即全書售盡之日本編價值可謂爲學界所共認頌者接奉 **直隸總督袁宮**
保電諭 訂購再版 **壹千部** 此不徒法學昌明當從此始且祖國前途良可預
賀同人等因大加增補悉心校正並加入 **政治學羅馬法** 二種以求完備至
裝釘精美印刷鮮明較初版更勝一籌謹此稟告度有志之士無不各手一編也

湖北 法政編輯社謹啓

寓日本東京麴町區飯田町九段中坂喜友館

總經理

樊

樹

勳

1599898