

賴札「物權期待」之研究

劉得寬

一、序

本著 *Dingliche Anwartschaften* (物權的期待)，係德國杜冰根 (*Tübingen*) 大學教授賴札 (*Ludwig Raiser*) 在同大學之法經學院法律系，出版的杜冰根法學論文集 (*Tübingen Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*) 十二卷裡所刊行之一編極卓越的論文也。

首先應請注意者，在今日的財產法上，「期待」 (*Anwartschaft*) 與「期待權」 (*Anwartschaftsrecht*) 大都被作同義的解釋，此乃周知之法學上概念也。然「期待」譯語，通常尙被罕用，茲為將「期待」與「期待權」加以區別起見，特別採用「期待」之譯語。

著者在這序裡陳述，判例及學說，為得對各個之「期待」，尤其是對於商品買賣裡之保留買主 (*Vorbehaltskäufer*) (註1) 之「期待」，與以法律上之地位，使之能在經濟社會的信用上，成為一財產之客體，俾得為交易之對象為目的，費盡心血。一般學說對這問題之展開，雖一向抱極端關懷之態度，然在私法體系上對這種「期待」之法律事實，猶未能建立起鞏固之地位。在方法論上，雖對於「活的法律」 (*Lebendes Recht*) (註1) 承認其優越的地位，但如果在現階段的學說裡，非從新使「活的法律」與現行法律體系相互一致，則為法社會學上之任務的懈怠。著者為達成此項任務，特撰本論文，期有貢獻於法界。

在本論著裡，著者首先想把「期待」與「期待權」之概念明確化。「期待」者，有債權之「期待」、物權之「期待」，以及無體財產權之「期待」等等，然，著者在本論著裡，唯對於物權的「期待」中，於交易之必要上認為特別重要者，乃為所有權保留買賣場合中之動產的買受人 (以下簡稱為「保留買主」 *Vorbehaltskäufer*)、讓與土地所有權場合中之土地移轉登記前之受讓人 (*Auflassungsempfänger*)、以及消費借貸金交付前或抵押證券交付前之登記簿上之抵押權人

(Hypothekengläubiger vor Valutierung) 等之「期待」。以上三種「期待」中，尤爲重要者，乃保留買主之「期待」，著者把它視爲物權之一種，而擬將之納入於物權法的體系之中，並且再進而把出賣人（所有人）與買受人（期待權人）之關係，以及此等人與第三人間之關係等事項明確化。茲將本論著之要點逐次的介紹後，再將余之些觀感，敘述於後：

（註一） 分期付款的買賣裡，買受人未把買賣價金完全付清前，雖標的物之占有已移轉與買受人，然標的物之所有權仍被保留於出賣人處。這種所有權保留買賣之出賣人，吾等稱之爲保留賣主(Vorbehaltsverkäufer)，而買受人則稱之爲保留買主(Vorbehaltskäufer)。

（註二） 法社會學之鼻祖 Eugen Ehrich (一八六一—一九三一) 主張・社會生活乃建立於社會自身・內在之內面秩序（稱爲第一次規範）之上，惟這種秩序，並非以任何人皆能立即認識之形態而存在。然若人類之間發生爭執時，必須藉爲衆所共知之基準形態，以裁判之，因而產生成文法。所以成文法者，乃爲保護第一次規範之本質而產生之第二次規範也。因此真正之法律乃潛在於成文法背後之第一次規範裡，第一次規範在社會生活中，正如同生物，會自然的生、死、變化。這種「活的法律」(Lebendes Recht)方屬於真正之法律，法學之任務乃在於發掘這種「活的法律」。而且判斷立法之良否，亦須視其發見「活的法律」之多寡，以及對已發見者如何的把它成文化而定之。法者非只藉思索卽能想出，必須從社會生活之中發見之（中川善之助著「法學」一四四頁）。

二、本論

丁 緯一章以「期待之法概念」(Der Rechtsbegriff der Anwartschaft)爲題，說明「期待」(Anwartschaft)與「期待權」(Anwartschaftsrecht)之概念。「期待」之概念，非但在德國普通法之理論中未被完成，在今日之民法典裡亦未被採用。德國民法（以下簡稱 BGB 第一五八條以下，對附條件或附期限之權利人之保護有所規定，然並未構成特殊之概念。給予一個完整之法的概念而加以發展者，首推 Zitelmann; A. v. Thur; Würdinger; 之功績。

(1) 「期待」與權利之關連，「期待」之概念以權利取得之希望爲其本意也。然在吾等日常生活當中妻之獲子希望、農夫之收穫希望、商人之增加收益的希望等，雖亦屬希望然並非爲權利取得之希望，故不包括於「期待」概念之中。

並且這種希望乃，爲權利取得，諸要件中之某些要件，既已實現，惟其他之要件或最低限度的最後之一要件尚未實現，而生之希望。關於「既已實現」以及「猶未實現」等要件之議論，係以時間爲要素之權利狀態爲其問題核心，這種權利狀態係在時間上連續的實現，爲完全的權利之各個要件過程中發展而成。故「期待」者，乃在時間上發展而成者也（原文四頁）。

(2) 「期待」之內容——所謂權利取得的「前階段」之「期待」的概念，並未具有獨立之內容。其在法律上之採用可能性，乃在於法規之是否承認其有獨立的法律地位以斷，法規通常對之既未肯定亦未加以否定。「期待」者，爲權利取得之必要條件的某部分雖已實現，但猶未全部實現之暫時的權利狀態也，這點、「期待」與「取得希望」有所不同（原文六頁）（註三）。

(註三) Enneccerus-Nipperdey 認爲，「期待」者，乃權利取得之殘餘要件也，其可不經「期待」人或第三人之法律行爲，而唯須待時日之經過或依「期待」人之意思而發生者也(Z.B. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, I, 15. Aufl. S.82 II.)，對此見解著者未表贊同。

(3) 「期待」者，乃機能上獨立之權利狀態，而且受法律之保障者也。惟這種意義之「期待」有二種狀態，第一種爲，對從來之權利人或「期待」之標的予以拘束之情形；第二種爲，除第一種之情形外，對於「期待」人之利益加以保護而認之爲獨立權能之情形。在傳統之學說裡，唯視第一種情形爲「期待」，但本著者所主張之「期待」，則兼備以上之二種情形（原著一〇頁）。因此，著者之見解與 Würdinger 或 Enneccerus-Nipperdey 者有所不同。Würdinger 認爲，「期待」權並非完全之權利，而係不確實不徹底之弱性權利。Enneccerus 則認爲，「期待」權如同先占權、漁業權、狩獵權、先買權以及買回權等爲一種「取得權」(形成權)。然、「取得權」(形成權)者乃，爲授與權利人得取得所有權或所有權取得請求權，而賦與權利人，得爲某種行爲之權限也。「取得權」(形成權)因其行使而消滅，反之「期待」則因其行使而會補全爲完整之權利。就這點言，「期待」與「取得權」在本質上迥然有異（原文一〇——一一頁）。

著者所述之「期待」爲一種權利。本質上與嗣後由這「期待」所形成之完全權利，屬於同一類型，依具體情形，得爲支配權、身分權、或請求權之一種。保護「期待」人利益之獨具權能，比起完全權利人之權能，雖有所限制，但該權能還是獨立存在。如果「期待」人全然欠缺獨立之權能時，「期待」或許可依一般財產權之不可侵性而受保護，但不得認之爲「權利」(Subjekt-

ives Recht)。又、後順位繼承人之權利依照 BGB 111 1—2 條以下之規定，受獨立權能之保護，因此在學說判例上都承認後順位繼承人之期待權（原文一二頁）。

① 第二章以「物權法上之取得希望以及期待」(Erwerbsaussichten u. Anwartschaften im Sachenrecht) 為題，認為「期待」有債權之期待、物權之期待、以及無體財產權之期待等。在本章裡，對物權之期待加以考察。物權之期待（廣義），按其成立原因，可分為左列三類：

(1) 第一類為依事實行為取得物權之希望。例如取得時效期間滿了前之自主占有人 (BGB 九三七・九〇〇條)；遺失物拾得人 (BGB 九七三條)；占有元物之果實收取權人 (BGB 九五四、九五五、九五六 I)；或製造新動產前之對他人材料之加工人 (BGB 九五〇) 等之「期待」便是，這些「期待」，可因占有而受保護，然「期待」本身尚未受法律之保障（原文一三・一四頁）。

(2) 第二類為，依法律行為取得物權之希望。德國民法規定，依法律行為移轉動產物權，須經合意與交付，不動產物權則須經合意 (Einigung) 與登記 (Eintragung)。在這種合意與交付或合意與登記間，難免有時間上之間隔，如果當事人祇行使其一，則受讓人是否猶具物權之期待？著者對之認為，當動產物權受讓時，因上述時間之間隔極短，同時，受讓人亦得藉債權法上之所有權移轉請求權而受保護，故對受讓人之地位，並無在物權法上特別加以保護之必要。又如先為物之交付時，則受讓人以受占有之保護為已足（原文一五頁）。反之，取得不動產物權之物權合意，依德民法第八七三條第二項「當事人不得撤銷」之規定，對讓與人有拘束力。並且在物權之合意與登記之間未免有時間上之間隔，該間隔有時又頗長，因此，移轉登記前之不動產物權之取得人，應解為具有物權之「期待」。

又、設定抵押權時，除須物權之合意與登記之外，還以債權（主債權）之成立為必要。債權在抵押權之合意及登記後方始成立時，在登記簿上已為抵押權之登記者，於該債權之成立同時會取得抵押權 (BGB 一六三)。依通例，抵押權人於其抵押權之登記完了後，才把借貸金交付。消費借貸為要物契約，因此被擔保之債權於抵押權登記以後可能經相當期間才成立，於是

債權成立前之登記簿上的抵押權人之「期待」（取得抵押權之期待），亦有以期待權加以保護之必要。

再者，在證券抵押之場合，抵押權之設定登記後，登記所應作成抵押證券，交付予土地所有人。土地所有人通常將證券交付與登記簿上之抵押權人，同時從對方取得消費借貸金。在此種情形下，登記簿上之抵押權人於受證券之交付以前，先成立「所有人土地債務」，而於證券之交付同時，登記簿上之抵押人便取得了抵押權（BGB 1—6Ⅲ—2）。登記簿上之抵押權人，於受證券之交付前，具有抵押權取得之「期待」。

惟因將來抵押權的消滅，得取得土地債務之土地所有之人之「期待」（BGB 1—6Ⅲ—2），則為附着於所有權之權利，故並未具有獨立之法律上地位。

(3) 第三類為，附條件或附期限之物權的處分。於條件成就或期限屆至即能取得物權之人，是否亦具有「期待」權頗值研究。土地所有權移轉之物權合意，禁止附條件或期限（BGB 9—1五Ⅱ），故在不動產物權法上，這種處分行為實際上並未具重要之意義。反之，對動產之附條件處分則具有重要之意義。尤其在動產保留買賣，即買受人將買賣價金付清為止由出賣人保留標的物所有權（BGB四五五）之情形為重要。如斯動產之附停止條件買賣，與分期付款契約相結合，在市面交易上被廣泛的使用。學說，判例亦對此保留買賣之買受人的所有權取得之「期待」，承認其處分性（即得讓與或設定質權）。

如上所述，因交易上必要，被認為具備獨立的法地位之諸「期待」中，尤為重要者為，①所有權保留買賣之動產買受人（保留買主）之「期待」；②土地所有權移轉時之移轉登記前之受讓人的「期待」；以及③消費借貸金交付前或抵押證券交付前之登記簿上的抵押人之「期待」（原文一九頁）。

(1) 讓渡性(Die Übertragbarkeit) 上述之三種「期待」，可依物權讓與方式移轉之。登記簿上之抵押權人在債權成立前為特別重要之三種「期待」（即保留買主、登記前之土地所有權的受讓人、以及消費借貸金交付前或抵押證券移交前之登記簿上的抵押權人等之「期待」）之有關權限，分別加以檢討如左：

(1) 譲渡性(Die Übertragbarkeit) 上述之三種「期待」，可依物權讓與方式移轉之。登記簿上之抵押權人在債權成立前
賴扎「物權期待」之研究

可將「登記簿上之權利」與將來之債權一並移轉與他人(BGB 11531·11五四條參照)。移轉後、抵押權設定人(即抵押人)得向讓與人請求給付貸金，抵押人受領貸金同時，受讓人亦直接取得抵押權。

移轉登記前之土地所有權受讓人亦得將其地位移轉與他人。最初判例把它解為係處分土地所有權之原因行為——即債權上之所有權移轉請求權——之讓與；然斯後判例把它改認為，係依據BGB第九一五條之方式，經所有人之同意(即BGB 1185條之全權者的同意)而作所有權本身讓與。依此解釋則，第二受讓人可不經第一受讓人之協力或登記，而直接把自己登記為所有人。學說對此亦表贊同(原文二一一三頁)。

保留買主亦可將其「期待」權讓與他人。最初判例認為，這種讓與係買受人之基於買賣契約所具有所有權移轉請求權的讓與；或者解為經出賣人之同意而讓與出賣人之所有權。一九三三之最高法院判決(RG)認為，這時之受讓標的為買受人之「期待」，「期待」之讓與方式，除與一般動產之讓與方式(物權之合意與交付)相同以外，還以所有人之同意為必要(RGZ 一四〇，11111)。惟嗣後經連邦法院之判決，對須經所有人之同意一點，已被廢止(BGHZ 10, 八八ff.) (原文二三頁)。期待權之受讓人，於清償價金同時，直接取得完全之所有權。保留買主之「期待」亦得為質權之標的，其設定要件可參照讓與之規定。

(2) 獨立性 (Die Selbständigkeit) 「期待」按其原因基礎之債權關係，具有某程度之獨立性。就保留買主之「期待」

言期待雖已成立，但並不影響買賣契約之債權關係(即原因法律關係)，因此，「期待」與原因債權關係乃個別、獨立的存在(即與一般之物權一樣具有獨立性與無因性)。通常讓與時把該二者一起移轉，然今日之判例則認為，「期待」之讓與，非必與買受人之所有權移轉請求權一併移轉(原文三〇一一三一頁)。這種獨立性，在其他一種之「期待」亦然。惟、雖言「期待」從債權關係獨立存在，但債權關係被解除，或因其他原因消滅時，「期待」亦隨之而消滅。在這點則不得謂，「期待」係從債權關係絕對獨立的存在。唯有登記前之土地受讓人之「期待」，為貫徹物權行為抽象性之原則(Der Grundsatz der Abstraktheit dinglicher Verfügungsgeschäfte)起見，應解為不因原因行為之撤銷或無效而受影響(原文三一頁)。

(3) 對方將原因關係債權讓與他人，或將「期待」之標的物予以處分時，對「期待」之影響如何。所有權保留之出賣人或土地之出賣人，縱將買賣價金債權讓與第三人，其對保留買主或未登記前之土地所有權受讓人，並不影響。且、所有權保留之出賣人在條件成就前，將標的物讓與他人或設定擔保，對「期待」亦無影響(BGB 一六一，九三六三)。登記簿上抵押權人所有之取得抵押權的「期待」則，會因讓與人(原所有人)之將標的物讓與他人或為其他之負擔，並先予完成登記，而遭受損害。這時「期待」人如先轉好預告登記以保留其順序時，則不在此限，此時應受第八八三條第二項之保護(原文三四一—三五頁)。

(4) 「期待」之即時取得 對這問題可分為三種場合來討論。即、①可否由非物之所有人設定「期待」；②可否從非「期待」人取得既存有的「期待」；③可否從非「期待」人取得未存在之「期待」(原文三五頁)。

債權成立前之登記簿上之抵押權人的「期待」，在上述三種情形裡，皆得即時取得。蓋這種「期待」係合於BGB 第八九一條所示受公信力保護之「不動產物權」(Recht am Grundstück)，故應受登記公信原則之保護。反之，未登記前之土地所有權取得之「期待」，則不得從登記上之非所有人取得之，蓋這種「期待」並不屬於第八九二條所示受公信力保護之「不動產物權」也。然對此所有權移轉請求權(Auflassungsanspruch)已備有預告登記時，則不在此限。又，土地所有權取得之「期待」因未被登記，亦不能從非「期待」人即時取得「期待」權(原文三六頁)。

所有權保留之「期待」則，縱使出賣人為無權利人，惟保留買主在物權之合意與物之交付時為善意時，依BGB第九三二條之規定，得即時取得「期待」權。又，對既存之「期待」亦可從非「期待」人善意取得之。例如、保留買主(「期待」權人)A，把標的物貸與S使用，S冒充期待權人，將「期待」讓給善意受讓人X，這時X得即時取得「期待」。但如果全無買賣契約而並無「期待」之存在，然S冒充保留買主將「期待」讓與X時，縱使X為善意亦不能取得「期待」。但，如果「期待」因保留買賣契約之一時有效而曾一度存在，嗣因保留買賣契約之被撤銷或解除而「期待」亦隨同歸於消滅時，則應把它視同既存期待之讓與，而承認「期待」之即時取得(原文三八一—三九頁)。此可列表如左(表一)：

(表一)

「期待」之種類	取得方法		從非「期待」人取得既存 在之「期待」人取得未存
	從非所有人設定	從非「期待」人取得既存 在之「期待」人取得未存	
抵押權取得	肯		肯
登記前土地所有權取得		否(有預告登記則肯)	否
保留買主	肯		否
		否(時存在則肯)	

(5) 「期待」人對標的物，具有何種之權利？保留買主，有占有及使用收益標的物之權利，惟須擔負該物之有關費用。從第一八五條之規定觀之，「期待」人通常是不得讓與標的物，但「期待」人所為之「期待」的讓與仍為有效。

出賣人對標的物有侵權行為時，保留買主得請求損害賠償（一六〇條）。然、取得抵押權之「期待」人，本對土地無變賣（即申請拍賣）權，亦無BGB第一一三三條以下所規定危害擔保之救濟權，惟這種「期待」人得拒絕貸金之給付或依第BGB第六一〇條之規定撤回消費借貸之約定。再者，登記前之土地所有權受讓人，亦對土地未具有任何權利，但買賣契約有特別規定者不在此限（原文四〇頁）。

(6) 對第三人之侵害如何的保護「期待」？抵押權取得「期待」之登記簿上的抵押權人，以及移轉登記前之土地所有權之受讓人等，因對土地尚未有直接關係，故這些「期待」人對於第三人之土地侵害，亦未有物上請求權，或損害賠償請求權。移轉登記前之土地所有權之受讓人如既已取得土地之占有時，得基於占有依BGB第八二三條第一項之規定；行使侵權行為損害賠償請求。但在保留期待，則「期待」人非但受占有之保護（BGB八六〇條以下，一〇〇七），同時還有與所有權人同樣的本權上之請求權（BGB九五八條以下，一〇〇四條）。因第三人之即時取得，「期待」人喪失「期待」時（本章(4)參照），

「期待」人對處分人得行使不當得利返還請求權 (BGB 八一六條)，除此以外還可行使侵權行為之損害賠償請求權 (BGB 八二一) (原文四一一—四三頁)。

(7) 本章中所被討論之「期待」內容可列表如左 (表 II)

(表 II)

內 容		未經所有人同意	對所有人不當	即時取得	對第三人侵害之保護
「期待」之種類		意之處分行爲	處分之保	當	
保	留 買 主	肯	肯	肯	肯
登記前土地所有權取得		肯	肯(但須經預告登記)	否	肯(唯對土地占有人)
抵 押 權 取 得		肯		肯	否

四 第四章以「物權法體系上之物權的期待」 (Die dinglichen Anwartschaften im Sachenrechtssystem) 稱題，將上述之研究為基礎，把物權之「期待」納入物權法之體系中。

(1) 關於物權之「期待」，在德國民法並無規定，故不得把它視為物權。惟為保護這種期待以及保障其讓與性起見，單憑契約關係則猶感不足，故這種「期待」必須在法律上形成獨立之權利狀態方可，此乃著者之本意也。

(2) 從判例及學說觀察。在德國之判例中所能見到者，祇為有關保留買主之「期待」為一種之財產權，宛如一個特別之權利，對第三人之侵害，得適用第八二三條第一項之規定，行使侵權行為損害賠償請求權，同時還可為讓與之標的。對這種保留買主之權利，並未命以特別之名稱，祇是稱為保留買主之「期待權」。RGZ (最高法院) 170；I_(e) BGHZ (連邦法院) 10, 69 以及 BGH WM iv B57, 5, 16 等之判例裡，承認「期待權」為物權之一種。但最近之 BGHZ 30, 374 之

一九五九年的判例則回復原初 RGZ 140, 223 | 九三三|年之判例態度，而否認這種「期待權」爲物權。

(註四) 把最近有趣之二判例概舉如左：

- ① RGHZ 28, 16(21)(23) 作如此說明，即保留買主之「期待權」乃純屬所有權之前階段。惟質上與所有權是一樣，可說爲所有權之「同質的總型體」(ein wesensgleiches minus)也。又，所有權與「期待」在所有權之關係上是屬於同一種類。

- ② RGHZ 30, 374 (377) (1959) 對保留買主之「期待權」的本質作如下的說明，即、「期待權」者非物權也，蓋吾等之法體系，對物權之種類及範圍加以限制。在「物權法定主義」之原則下，不得把「期待權」視爲物權。然這「期待權」係非常強力的權利，而屬於完全所有權之前階段，因此、「期待權」在其效力與意義上言，爲已接近合法之限制物權也。

把「期待」之性質視爲物權之見解，在判例中雖未能找出有力根據，但著者並不因此而擯棄，把「期待」納入物權法體係之工作，蓋樹立法理論者，本非屬於法官之任務故也。

(3) 關於朴羅麥芽(Bloomyer)之見解 朴羅麥芽把保留買主視爲所有人，而把出賣人解爲質權人(即流質權人Vertalltpfandrechter)，即出賣人在保留買主之遲延給付價金時，得取回標的物而把它出售與他人之權利(原文五一頁)。

然同氏之見解與德民法第一五八條第一項及第四五五條之本質有違，並且就禁止質權設定人之占有質物(BGB 11111)以及禁止流質契約(BGB 11111九)之規定觀之，亦極感勉強。但是著者雖一面反撥同氏之見解，然在他方面亦頗受同氏之影響。

(4) 對物權法定主義之克服 物權法定主義之原則，在德國民法中，雖未被明確規定，然其價值是無可否認。惟這種主義之本質，係把物權以一九〇〇年之現狀而凍結，其意非在阻止法律之發展，而是強制確立一定形式，俾對當事人之自治確立界線。但仍不否認因社會之需要須承認新法律關係裡之物權的效力，例如一九五一年三月十五日之住居所有權法之對繼續居住權之補充立法，或以判例把舊有法秩序裡所未被承認之法律關係，視之爲具有物權之效力等便是。

總之，物權法定主義，雖限制私法上當事人之意思自治，但，物權之「期待」，因依判例及學說之逐漸展開，在本質上須與物權置於同位，而承認其獨立的地位，此乃無可否認的事實。

(5) 物的支配爲物權之前提要件也。私法上之「權利」(Subjektives Rechte)可分爲支配權、債權、特殊的請求權、以及形成權。某「期待」，以權利而具備物的支配時，可認爲物權的「期待」。現行私法裡，把債權與物權嚴格加以區別，且還嚴格的限制物權之概念，而認爲物權者非單能對抗某特定人，而且還能對抗任何人之絕對權也。物權之權利人可不待他人之意思或行爲，而直接支配標的物，因此，物的支配爲物權之前提要件也（原文五八——五九頁）。

(6) 物權的期待之物權法上的納入 著者之見解爲，移轉登記前之土地所有權受讓人以及債權成立前之登記簿上的抵押權人之「期待」，不得視之爲物權，惟對保留買主之「期待」則可視爲物權。蓋登記前之土地所有權受讓人的狀態，因非完全，故受讓人對土地未具有權利。受讓人雖得依讓與請求權之預告登記受一定之保護，但該項預告登記，唯有對將來權利取得予以保護，而對所有權人（讓與人）加以拘束，以資限制其權利。受讓人縱已爲預告登記，然對該土地猶未有支配權，故登記前之土地所有權受讓人之權利，乃非物權（原文六一頁）。

債權成立前之登記簿上的抵押權人，對土地無變價權（即無聲請拍賣權利），該登記除能限制所有權人之權利以外，依德國民法第八九一條以下之規定，還有發生登記之推定力或公信力之效。惟這種權利狀態因未具備物權之性質，故不得認爲物權（原文六一頁）。

保留買主則得對物占有、支配、並使用收益。故保留買主之第一特徵乃基於買賣契約成爲適法之占有人，且與賣主（讓與人）間發生債權關係。第二特徵乃在對於出賣人（讓與人）加以德民法第一六一條之物權的拘束力（原文六二頁）。因保留買主之「期待」具有物的支配力，故可視之爲物權。

(7) 分割與所有權人及「期待」人間之物的支配關係 依著者之見解，「期待」係完全權利之前階段也。這種完全之權利需待價金之付清方能完成。在未完成前一段期間裡，出賣人（讓與人）與買受人（「期待」人）同有一個所有權，然「期待」人之所有權能，優先於出賣人之對同一物之所有權權能，即、讓與人所具有所有權權能爲保留買主所具之剩餘部分，因此出賣人之權能自然將被消滅。著者特別把這種「期待」稱爲「所有權・期待權」(Eigentums-Anwartschaftsrecht)（註15）

(註五) Letzgus 把這種狀態解釋爲，所有權之橫斷面的劃分 (Die Teilung des Eigentums "im Querschnitt") (原文六六頁)。

(四) 第五章以「被分割支配物之法律效果」(Die Rechtsfolgen geteilter Sachherrschaft)爲題，依前章所述之把一個所有權同屬於出賣人及保留買主之理論爲基礎，將出賣人與保留買主之對第三人所具有之權利關係，以及出賣人與買受人間之具體關係等問題作左列的分析：

(1) 通說把保留買主視爲占有媒介人，即爲出賣人直接他主的占有標的物，而把出賣人認爲是物之間接占有人，但著者反對之，蓋通常在這種買賣契約裡，出賣人之移轉與保留買主者並非以暫時之占有爲目的，而是移轉終局占有及所有權爲其目的。○保留買主怠於給付價金時，出賣人得解除契約，而對既已交付之標的物請求返還 (BGB四五五條，三四六條)，此與占有及所有權之終局移轉乃屬別個問題。再者，實際上出賣人既以所有人而受保護，故不須另以間接占有人來加以保護。如果出賣人爲間接占有人則會發生以下之糾紛，例如保留買主將「期待」以占有改定方式讓與他人時，保留買主取得他主直接占有，第三受讓人則取得間接占有，這時，保留賣主與第三受讓人間之間接占有相互間豈非會成問題 (原文七四——七五頁)。

(2) 對於第三人之侵權行爲，出賣人及買受人各具有救濟手段。著者認爲，出賣人並非物之間接占有人，故占有之保護請求權祇有保留買主享有之；但基於本權 (所有權) 之請求權，則出賣人與買受人皆得享有之。但以出賣人祇能請求將物向買受人返還爲原則 (BGB九八六條一項二段參照)。

至於對侵害人之侵權行爲損害賠償請求，應屬於誰來行使，著者認爲應屬於出賣人與保留買主二人。Prausnitz 把它稱爲連帶債權 (BGB四二一八)。惟著者認爲與債權質之質權人及債務人 (即出質債權之債權人) 之對第三債務人 (即出質債權之債務人) 的關係一樣，該種請求非爲向兩者共同給付意旨之請求不可 (BGB四二一八一、四三一一)。但所得之賠償金額應如何的分配，以依兩者之合意定之爲原則，合意不成則依債權質之規定 (原文八二頁)。

其他，對於不得利受益人之利得返還請求權 (例如、第三占有人自稱爲「期待」標的物之所有人，而把所有權讓與善意受讓人，結果致所有權人及「期待」人失其權利時)，可比照上述侵權行爲損害賠償請求之情形 (原文八四頁)。

(3) 所有人與「期待」人間之占有關係以及對第三人之保護請求權等，雖如上述，然對出賣人與買受人間之權利義務關係，猶未能作完全答覆。所有人與「期待」人間雖存有基於買賣契約之契約上的債務關係。惟當出賣人移轉所有權或買受人移轉「期待」時，原當事人間所存有之債權關係非必當然隨之移轉。故所有權之受讓人與買受人間，或「期待」之受讓人與出賣人間之關係，僅為所有人與「期待」人間之關係，而不存有任何契約上（債權上）債務關係。但、所有人與「期待」人間，應被承認有法定（物權上）債務關係之成立，此誠如占有標的物之限定物權人，對所有人負有一定的法定債務關係一樣（原文八五頁）。「期待」人對所有八負有物之保存義務，且對物之保存或對第三人之侵害，為保護所有人之權利有向所有入報告必要事項之義務。

六 第六章以「個別執行、破產、及法定質權的責任對象之物權的『期待』」（Dingliche anwartschaften als Haftungsobjekte in der Einzenvollstreckung im Konkurs und gesetzliche Pfandrechte）為題，對於所有人及「期待」人之債權人，對標的物執行時，所會產生之諸法律關係加以研討如左：

(1) 個別執行（Einzenvollstreckung） 在保留買賣之場合裡，出賣人之債權人不得對標的物強制執行，蓋以物被保留買主占有，其交出有困難也。然對出賣人因解除契約而得取得之附條件之返還請求權雖得為執行，但其希望微乎其微，蓋以這種方法，必待出賣人之行使解除權，方能達其目的。在登記前土地所有權之讓與，原所有人之債權人得執行土地，因該「期待」人對土地並無直接之權利，故對該強制執行，不能行使德民法第二六八條之代償請求權。但「期待」人，得藉預登記以保護「期待」（BGB八八三）。

「期待」人之債權人，對「期待」是否得為強制執行，不無疑問。保留買主之債權人雖得對「期待」為執行，然實際上因變價之困難，故行使價值極微，因此，債權人非把「期待」連同標的物予以執行不可。此乃通說之「二重執行」（Doppelpfändung）方法。惟這時所有人（出賣人）得以「妨礙標的物之讓與權人」之名義，對物之執行提起異議之訴（德民訴七七一）。「期待」人之債權人為要避免出賣人這種異議之訴，得代替「期待」人給付殘餘之價金，而使期待人變為完全的所有權人，

惟採取此種方法時，債權人有須負擔多餘費用之不便。這點，著者之特殊見解認為，因「期待」人與所有人對物皆有所有權（參照前述一八七頁），故「期待」人之債權人得對物查封拍賣，所有人對之不得提起異議之訴，但所有人得提起訴訟，對拍賣價金請求優先受清償（德民訴八〇五）。如所有人未提起優先清償之訴時，對執行債權人受清償後之殘餘價金，應準用德民法第一二四七條第二段之規定，屬於所有人與「期待」人之共同所有（原文九二頁）。

登記前之土地所有權受讓人之債權人，則不得對土地予以查封，蓋以債務人（「期待」人）取得所有權登記前，土地猶未屬於其所有。然債權人得行使債權人代位權，而將債務人之所有權移轉請求權先為預告登記，然後予以扣押執行。這時，債權人於土地所有權移轉予債務人同時，對土地取得保全抵押權（此為執行抵押權（註六））。（原文九三頁）

（註六）德國的立法例規定，債權人因查封而就不動產取得抵押權（德民訴八六六、八六七）；就動產取得質權（同法八〇四）。其順序依查封之先後定之。

(2) 破產(Konkurs)

對於保留買賣，一般認為停止條件未成就前，出賣人破產時，破產管理人得依破產法第一七條之規定，解除買賣契約，而將物歸入出賣人之破產財團，又如果買受人破產時，破產管理人得同樣解除契約，把物返還與出賣人，行使給付價金返還請求權。但著者並不承認破產管理人之解除權。蓋依著者之見解，物之所有權本分屬於所有人及「期待」人。故所有人破產時，所有人之破產管理人不得從「期待」人處收回之。反之，「期待」人破產時，所有人得行使別除權請求優先受償。移轉登記前之土地所有權之讓與人（所有人）破產時，依德民法第八七八條之規定，對受讓人（期待人）之權利取得的實行，並不影響。

(3) 法定質權(Gesetzliche Pfandrechte)

保留買主之物權「期待」是否得為法定質權之標的。又、是否得以之為土地之從物隨伴着土地，為抵押權之標的。對這些問題，舊日之學說認為「期待」權者非如「被攜入之承租人之物」(BGB五五九)亦非「被製作或修理之訂作人的動產」(同法六四七)或「旅客之攜入品」(同法七〇四)等物，且又非歸屬於土地所有人之所有(同法一一〇)，故一般以此為理由作消極之解釋。惟著者以下列理由作肯定(積極)之解釋。例如：出租人對於承租人

之攜入於土地之物，具備法定質權之要件時，亦應及於承租人對於該物之「期待」權。「期待」權上之法定質權與依法律行為設定之質權一樣，權利人同樣得對標的物為占有，而債權之未受清償時得予以拍賣以資清償債權。這時，所有人不得提起異議，惟與各個之執行一樣，得以訴訟就賣得價金請求優先受償（德民訴八〇五，BGB一二三二進用）。（原文一〇〇頁）。

(七) 結論(Ergebnisse)

就以上之考察可作如下結論：

(1) 抵押權取得之「期待」，在判例上仍屬少見，故亦不成多大問題。這種權利，因欠缺物之支配性，故非為物權。此僅具備暫時讓與性之權利狀態而已。這種「期待」得因貸金之交付而變為真正的抵押權，在貸金未交付前，所有人（抵押權設定人）一方成立「所有人土地債務」。「期待」之登記簿上權利，得適用德民法第八九一條以下有關登記效力（推定力，公信力）之規定。對所有人之不當處分或第三人之不法侵害，亦應受到保護。「期待」人之債權人，依民事訴訟法第八二八條以下及八三〇條之規定，得對「期待」予以強制執行（即對將來之債權及登記為扣押之標的），然其意義甚微，蓋以必待貸金之交付「期待」人始能取得抵押權也。

(2) 土地所有權取得之「期待」與抵押權取得之「期待」，同為性質脆弱之權利。故非先把讓與請求權為預告登記，這種「期待」不受德民法第八九一條以下之保護，同時對所有人之不當處分亦不能受物權上保護，蓋以這種「期待」非物權上之支配權，故不得視之為物權。但得藉不動產所有權移轉之合意(Auflassung)讓與之，亦得依民訴法第八五七條之規定把它執行。如果「期待」已經為預告登記時，該「期待」亦得依德民法第八八三條第二項之規定對抗所有人之債權人，所有人破產時，得依破產法第二四條之規定特受保護。然上述之諸效果，皆有賴於預告登記的債權之存續。

(3) 物權之「期待」中，尤為重要者為保留買主之「期待」也。這種「期待」得依德民法第九二九條（合意+交付）以下之規定，轉讓與他人。且依德民法第九三二條以下之規定，得為即時取得（善意受讓保護）之對象。「期待」人（保留買主或其承繼人）有占有並支配標的物之絕對權，故其可視為物權。然自其依存於原因債權的存續之觀點，仍不免為一個不完全之權利。

這種「期待」與所有權一樣，對所有人之不當處分及第三人的侵害，應受保護。所有人對「期待」人雖不得提起所有物回復之訴，但得請求物之保管及報告暨通知有關對物保管或危險之情況。「期待」人與所有人，對侵權行爲人得請求損害賠償，對不當得利受益人得請求返還其利益，但須請求向保留賣主與保留買主雙方爲給付（BGB四三二、一二八一準用）。標的物之所有權，非但屬於所有人同時亦屬於「期待」人所有，故「期待」人之債權人得依民訴法第八〇八條之規定，對標的物強制執行，而且「期待」與「期待」之標的物上得一並成立法定質權。這時所有人只得以訴訟就賣得價金請求優先受清償，然不得對查封拍賣，提起異議之訴（民訴八〇五、民法二二三二）。「期待」人破產時，所有人只能行使別除權（Absonderungsrecht），而無取回權（Ausordnungsrecht），破產法第一七條（由破產管理人解除買賣契約）之規定，在所有人或「期待」人破產時不適用之。

最後應注意者，著者特別舉出以上三種「期待」，其用意並非在於創設新的特定權利。而乃在對於既已周知的「期待」，介紹其在實務上展開而次等確立新法律地位之情形；同時予以理論的構成，俾對其發展目標，示以正確的南針。

三、感 想

本書爲對於從來之學說判例加以理論分析及詳爲檢討，並明確抒以獨自見解之卓越的論著。茲將著者見解之在吾國解釋法學應用上之若干感想，敘述如左：

(一) 消費借貸金交付前之抵押權：可否爲將來發生之債權設定抵押權，德民法第一一一三條第二項設有明文，採肯定說。吾國民法則無此規定；日本民法雖亦無直接明文規定，惟學說判例都採取肯定之態度，然其理論根據則未臻明瞭。消費借貸係要物契約，因金錢或其他代替物之交付而生效力（吾國民法四七五條）。然爲消費借貸債權設定抵押權者，在社會一般上，多在訂立消費借貸契約後，標的物（資金）之交付前爲之，亦即先行抵押權之登記，然後始爲金錢之交付。斯時果對既已登記之抵押權解爲無效，則未免有礙交易之安全。

著者有鑒於此，把這種場合下之抵押權，解為登記簿上抵押權人之「期待」權，俾與以獨立之合法地位而加保護，並且對此為種種之論理構成。其理論構成對吾國社會之實際狀況，頗值參考。

(二) 登記前之土地所有權受讓人：吾國民法與德國同樣，把物權行為與債權行為劃分。對於物權變動採取要物行為或要式行為，並且還採取無因主義。要移轉土地所有權時，除需土地所有權移轉之合意(Auflassung)以外，還需為移轉登記(Entragung)始能成立。因此，為得對移轉登記前之土地所有權受讓人之「浮動狀態」授與獨立之合法地位起見，著者在本著裡，研討登記前之土地所有權受讓人之地位，以之為「期待」權，來加予處理，此亦值得吾等之研究與參考。

(三) 所有權保留買賣之制度：其在今日社會裡，廣泛的被使用，然通說把它解為附停止條件之法律行為，其效力隨條件之成就而發生(吾民法九九條，德民法一五八條，日民法一二七條)。惟著者否定之，其認為出賣人(讓與人)把物交付與保留買主(「期待」人)同時，所有權之一部即行移轉。從此，出賣人與保留買主間共有一物所有權。這種所有權之部分性移轉，於部分價金之給付同時作分量上階段性的變動(即依價金之分期給付逐漸的被移轉)。該部分性之所有權可視為完整所有權之「同質縮型體」(ein wesengleiches minus)。著者卓越之處乃在提倡把這種「期待」權，列入物權種類之一。視之為所有權之一部，與出賣人所保留權利上下階段的分屬於同一之所有權中。惟這種立論是否與物權法定主義之原則(吾民法七五七)相違，難免有疑問。著者在第四章第四節裡雖述明，判例承認新物權之設定，但其理論根據仍極不明瞭。因此，余認為只要不與物權法定主義所據之二大理由——①為貫徹物權法之公示原則；及②為使土地權利單純化——相抵觸為限，為配合社會經濟發展之需要，廣泛的承認新種類物權之創設料亦無妨。

藉所有權分屬於出賣人及買受人之著者的理論所導致之結果，比起以往之諸說明確妥當，然一所有權以如何內容來分屬於出賣人與買受人，對此著者並無明確的說明。保留買賣出賣人之權利雖被稱為所有權，然實際上其以擔保價金債權為主要目的，故此乃類似於擔保權性質。故徹底分析保留買賣之實體時，把出賣人視為所有權人還不如視為擔保權人較合乎自然。朴羅麥亞(Blomyer)把出賣人解為質權人者，良有以也。惟吾國民法第八八五條(BGB)二五三條規定「質權之設定，因移轉占

有而生效力。質權人不得使出質人代自己占有質物」，故由買受人（所有人）占有標的物之情形下，依該條規定不可能成立質權。然吾等不一定要視出質人爲質權人，而把他視爲讓與擔保權人或特殊之擔保權（如動產抵押）人亦無不可，如斯則不會與該條規定相抵觸矣。

有關分期付款買賣之所有權保留，日本之幾代通教授在契約法大系Ⅱ第二九四頁裡有云：「徹底的檢討其實質，在所有權保留買賣裡，所有權移給買受人同時，出賣人爲擔保其價金債權，得準用受抵押權設定之狀態。惟在此時，出賣人所取得之擔保權爲超乎限定物權（抵押權）之所有權也……」。又、鈴木（祿彌）教授在契約法大系Ⅱ第九八頁裡亦主張「在這種過程中，關於標的物之歸屬係浮動狀態之繼續，出賣人與買受人皆不能謂，已具備完全的所有權，亦不得謂全然未具有所有權……吾等可把它解爲所有權之被削梨似的由出賣人逐漸的移到買受人」。這二位教授之見解，在其結果上亦與本著者頗札之解釋相同。

再者，著者欲把保留買主之期待權納入物權法體系中，然這種期待權須依存於原因債權關係之存續者（前述一八二頁）應作何解釋。又、在吾國及德國民法裡，把物權行爲與債權行爲加以區別而承認物權行爲之獨立性與抽象性之原則下，對該問題應作何解釋，對諸如此類問題，誠非進一步的加以論證不可。

著者在本論著裡，以德國法爲中心，對物權的「期待」加以論理的構成，其卓越見識，對吾國社會之實際法律問題的解決，亦樹立良好之指針。要之使法律社會上之「活的法律」（Lebendes Recht）與現行法律相互一致，爲吾等法學界之使命，余爲達成此種使命起見，特將本論著介紹與社會，累有貢獻，則幸甚矣。