

ニシテ物ノ添附物タルニ過ギザルベシ、埋藏物ノ埋没セルモノハ必ズシモ土地ノミニ限ラズ、他ノ動産物中ニ埋没スルコトアルベシト雖モ、苟モ他ノ物ノ中ニ埋没スル以上ハ、埋藏物ハ當然埋藏セラル、物ノ所有主若クハ占有者ノ占有内ニ在ルベキコト當然ナリ。是レ埋藏物ト遺失物ト差異アル一點ナリ。

(第四) 埋藏物ハ其所有主ノ知レザルモノヲラザルベカラズ。故ニ埋藏物ハ所有主ナキニアラザルモ、唯其所有主ヲ知ルコト能ハザルモノナルヲ以テ決シテ無主物ニアラザレバ、先占ノ原理ヲ以テ之ヲ論ズルコト能ハザルナリ。

(第五) 埋藏物ハ久シク埋没セラレタルモノタルコトヲ要ス。故ニ一時ノ天災地變ニ依リテ埋没シタル物品ノ如キハ其所有主知レザルトキト雖モ之ヲ埋藏物トスルコトヲ得ザルナリ、或學者ハ此點ニ關シ、埋藏物ナルモノハ必ズ人爲ニ依リテ埋没セラレタルコトヲ要ストスレドモ、汎ク之ヲ一般ノ場合ニ應用スルコトヲ得ズ。但シ埋藏ノ久シキヲ要ストハ如何ナル時期ヲ必要トスルカハ事實ノ問題ニ屬スレドモ、他物中ニ埋没シテ既ニ其所有主ヲ知ルコト能ハザル程度ニ至レバ、則チ之ヲ埋藏物タルニ必要ナル期間ト云フコトヲ得ベシ。

右ニ論述シタル所ヲ以テ埋藏物タルニ必要ナルノ條件ト爲ス。然ルニ取得篇第五條第一項ハ「他人ニ屬スル物ノ中ニ於テ偶然ニ發見シタル埋藏物ハ所有者ノ知レザルトキハ其一半ヲ發見者ニ附與ス」ト明定シ、埋藏物タルニハ右諸條件ノ外仍ホ左ノ二條件ヲ必要トスルニ似タリ。則チ、

(第一) 偶然ニ發見セラレタルヲ必要トスルコト 即チ發見者ハ豫メ或地所ニ埋藏物ノ存在スルコトヲ知ラズ、

又埋藏物ヲ發見スルノ意ナクシテ發見シタル場合ニアラザレバ、埋藏物ヲ以テ之ヲ論ゼザルノ意ナリ、蓋シ埋藏物ノ發見ハ多クハ偶然ナラン稗史小説ニ於テ屢其例ヲ見ルト雖モ、偶然ノ發見ニアラザレバ必ズシモ之ヲ埋藏物ニアラズト云フコトヲ得ズ。我法律モ亦敢テ之ヲ埋藏物トセザルニアラザレドモ、唯偶然ニ之ヲ發見スルニアラザレバ發見者ニ與フルニ埋藏物ニ對スル發見權即チ其一半ヲ取得スルノ權ヲ以テセザルニ外ナラズ。然レドモ偶然ニアラザル發見者ニ與フルニ、斯ノ如キ發見權ヲ與ヘザルハ予ノ毫モ解スルコト能ハザル所ナリ。論者或ハ曰ク、予ノ地内ニ寶物ノ埋没スルヲ知り乍ラ之ヲ掘リ上グル者ハ予ノ占有内ニ存在スル所有物ヲ竊取スルモノニシテ、竊盜ヲ以テ之ヲ論ゼザルベカラズ、若シ果シテ然ラズトセバ、予ガ予ノ地内若クハ家屋内ニ於テ其所在ヲ忘失シタル一切ノ物品ハ、埋藏物トシテ何人モ容易ニ之ヲ取得スルニ至ラン。是レ發見者ハ偶然ノ發見ニ伴ハザルベカラザル所以ナリト。然レドモ竊盜罪タルニハ單ニ埋藏物ヲ掘出シタルヲ以テ充分ナリトセズ、必ズ之ヲ奪取シ若クハ之ヲ奪取スルコトニ着手セザルベカラザレドモ、發見者ニシテ之ヲ掘出シタルマデニテ之ヲ奪取セザルトキハ如何、又發見者ニシテ許可ヲ得テ予ノ土地ニ入り若クハ予ノ土地ヲ正當ニ借受ケタルモノナリシトキハ如何、又埋藏物タルニハ所有者ノ知レザルコトヲ必要トシ、所有者アルトキハ之ヲ返附セザルベカラザルモノナレバ、他人ニシテ予ノ家屋内ニ忘失シタル物品ヲ埋藏物トシテ其發見權ヲ實行シ得ベキコトハ、萬之ヲ事實ニ想像シ得ベカラザルベシ。故ニ理論上ヨリスルトキハ、故意ヲ以テ埋藏物ヲ發見スルトキト雖モ、其發見者ハ發見權ヲ與ヘザルベカラザルコト當然ナレドモ、斯クテハ猥リニ他人ノ物品ヲ埋藏



シ後日ニ至リテ故ラニ之ヲ發掘スルガ如キノ弊害ナキニアラザルヲ以テ、法律ハ政治上特ニ偶然ノ發見者ニノミ發見ノ權利ヲ與ヘタルモノト解スルノ外ナカルベシ。

(第二) 埋藏物ノ埋没スル土地其他ノ物ハ他人ノ所有ニ屬スルヲ必要トスルコトハ即チ我民法ノ明言スル所ナレドモ、我法律モ亦他人ノ物ノ中ニ於テ發見シタルモノニアラザレバ、必ズシモ之ヲ埋藏物ニアラズトスルモノニアラズ、唯其發見者ニ發見權ヲ附與スルコトナキニ過ギザルナリ。故ニ予ハ予ノ所有地内ニ於テ發見シタル土地又ハ予ノ所有ニシテ、其占有ヲ他人ニ移シタル土地ノ内ニ於テ埋藏物ヲ發見スルニ毫モ其發見權ヲ有セザルニ似タリ。然レドモ此點ニ於テハ我民法ハ明ニ法理ヲ誤リ、又現ニ予ノ發見權ヲ奪フコトナシ。何トナレバ予ノ所有地内ニ於テ發見シタル埋藏物ハ、我民法ニ於テモ其全部ヲ以テ予ノ所有トスレドモ其物ノ一半ハ予ノ發見者タルノ權利ニ基キ取得スルモノニ過ギザレバ、予ハ埋藏物ノ全部ヲ取得スルコトヲ得レバトテ、予ニ發見權ナキモノトスルコトヲ得ザレバナリ。(第二十三條第二項)

第二款 埋藏物發見者ノ權利

現行ノ法律即チ遺失物取扱規則第六條ニヨルトキハ、埋藏物ノ發見者ハ自ラ借地人ニシテ其土地ヨリ掘得タルモノ、外埋藏物ニ就キ毫末ノ權利ヲ有セズ、其所有主ノ分明ナラザル埋藏物ハ全ク地主ノ有ニ歸スベキモノナレドモ、我民法ハ羅馬法ヲ襲用シテ此法律ヲ變更シ埋藏物ハ其一半ヲ發見者ニ附與スベキモノトセリ。而シテ斯クノ如キ發見者ノ權利ハ他人ノ不動產若クハ動產中ニ於テ之ヲ發見シタルト、又自己ノ所有物内ニ於テ發見シタル

埋藏物發見者ノ權利

トニ關係スル所ナシト雖モ、他人ノ地内ニ於テ發見シタル埋藏物ニ就テハ、其發見ノ偶然ナラザルトキニアラザレバ發見者ニ與フルニ此權利ヲ以テスルコトナシ。(第五條第一項及第二十三條第二項)

第三款 埋藏物ノ埋没セル物ノ所有主ノ權利

埋藏物ガ埋レ又ハ隠レタル所ノ不動產若クハ動產ノ所有者ハ其埋藏物ノ一半ヲ取得スルノ權ヲ有スルハ取得篇第二十三條第一項ノ規定スル所ナリ。又偶然ニアラズシテ故ラニ搜查ヲ爲シ發見シタル埋藏物ニ就テハ、其全部ヲ取得スルノ權アルコトハ、同條第三項ノ規定スル所ナリ。故ニ予ノ隣人ニシテ予ガ所有地ニ於テ埋藏物ヲ發見スルトキハ、予ハ隣人ト其埋藏物ヲ折半スルコトヲ得ベク、又予自身ニ於テ發見シタルトキハ埋藏物ノ全部ハ盡ク予ニ屬スベシト雖モ、其埋藏物中ノ一半ハ發見權ニ基クモノナルガ故ニ、予ノ該土地ニ於ケル所有權ハ他ニ共有者アルトキハ該一半ハ發見者タル予一人ニ專屬スベシ。又他人ト雖モ國有ノ土地其他ノ物ノ中ニ於テ埋藏物ヲ發見シタルトキハ其一半ハ國ニ屬シ、其一半ハ發見者ニ屬スベシ。夫ノ官廳内ニ於ケル遺失物ノ取得トハ大ニ其趣ヲ異ニセリ。

埋藏物ノ所有主ノ權利

然ラバ發見者及ビ埋藏物ノ埋レ又ハ隠レタル物ノ所有者ハ、如何ナル理由ニ依リテ管テ己レノ所有タラザリシ埋藏物ニ就キ各其一半ヲ取得スルノ權利アリヤ。此點ニ就テハ古來學者ノ間議論頗ル數多アリ。甲派ノ學者ハ曰ク、發見者ハ先占ニヨリテ先ヅ埋藏物ノ全部ヲ取得スルモ、唯其埋藏物ノ埋レ又ハ隠レタル物ノ所有者ニ對シテ共一半ヲ與フル義務ヲ負擔スルニ過ギズ。故ニ埋藏物ノ埋レ又ハ隠レタル物ノ所有者ハ單ニ人權ヲ以テ發見者ニ

埋藏物發見者ノ權利



其一半ヲ要求スルノ權利ノミヲ有スルモノナレバ、縱令ヒ發見者ガ自ラ埋藏物ノ全部ヲ不正ニ消費スルモ、猶寄財  
 産費消罪ヲ構成スルニ足ラズト。乙派ノ學者ハ曰ク、埋藏物ノ發見者ハ先占ニ單ニ埋藏物ノ一半ヲ取得スルニ過ギ  
 ザレバ、他ノ一半ハ添付ニ依リテ埋藏物ノ埋レ又ハ隠レタル物ノ所有者ニ屬スト。兩派ノ學者ハ曰ク、埋藏物ノ埋  
 没セラレタル物ノ所有者ハ添付ニヨリテ埋藏物ノ全部ノ所有權ヲ取得シ、發見者ニ對シテ單ニ其ノ一半ヲ附與ス  
 ベキノ義務ヲ負フト。而シテ我民法ハ取得篇第二十三條ニ於テ、他人ニ屬スル物ノ中ニ於テ發見シタル埋藏物ハ發  
 見者ニ屬セザル一半ハ添付ニ依リテ、其埋藏物ノ埋レ又ハ隠レタル所ノ動産又ハ不動産ノ所有者ニ屬スルコトヲ  
 明定スルモ、發見者ノ權利ハ先占ニ基クコトヲ明言セザレバ全然之ヲ乙說ヲ採用セルモノト謂フコトヲ得ザルモ  
 埋藏物ノ埋レ又ハ隠レタル物ノ所有者ノ權利ハ之ヲ添付ニ基クモノトスルニ至リテハ、寧ロ之ヲ乙說ニ傾キタル  
 モノト謂フコトヲ得ベシ。又之ヲ丙說ニ基キタルモノトスルモ、發見者ハ單ニ人權トシテ土地ノ所有者ニ對シテ埋  
 藏物ノ一半ヲ請求スルニ止マラザルガ如キヲ以テ、又之ヲ全然丙說ニ基キタルモノトスルコトヲ得ズト雖モ、要ス  
 ルニ我民法ガ幾分カ添付ニ基ケル取得原因ヲ認メタルコト明白疑ナカルベシ。然レドモ予ノ既ニ前數款ニ於テ論  
 述シタル如ク、發見者ノ權利モ亦埋藏物ノ埋没セル者ノ所有者ノ權利モ決シテ先占若クハ添付ニ基クモノニア  
 ラズ、埋藏物ハ必ズシモ所有主ナキモノニアラザレバ之ヲ無主物トシ先占ヲ以テ其所有權ヲ取得シ得ベキモノト  
 スルコトヲ得ズ、又添付ハ從タル物が主タル物ノ一部ヲ構成シ添付ノ事實ノ發生スルト同時ニ、舊所有主ハ再ビ之  
 ヲ取戻スノ權利ヲ失フモノナルニ、埋藏物ニ在リテハ決シテ然ラザルナリ。設例ヘバ床下ニ埋藏セル千兩箱ハ家

屋中ニ埋没セラレタル埋藏物タルベキモ、決シテ之ヲ家屋ノ添付物ト謂フコトヲ得ザルガ如シ。但シ我民法ハ發  
 見者ノ權利ハ先占ニ基クコトヲ明言セザルモ、埋藏物ノ埋レ又ハ隠レタル物ノ所有者ノ權利ハ添付ニ基クコトヲ  
 明言スルヲ以テ、強テ理論ヲ以テ之ヲ推ストキハ有體的ノ分割ヲ爲スコト能ハザル埋藏物ニ在テハ、添付ニ依リ  
 テ其物ノ全部ハ埋藏物ノ埋レ又ハ隠レタル物ニ合體セラルベキヲ以テ兩派ノ學說ノ如ク、我民法モ亦發見者ノ權  
 利ハ之ヲ人權ニ過ギザルモノト論斷セラル、モ、立法者ニ於テ一言ノ辭ナカルベシ。蓋シ近世ノ法理ニ於テハ上  
 來論述シタル三派ノ學說ハ共ニ之ヲ非ナリト爲シ、埋藏物ニ對スル權利ハ先占ニ基クニモアラズ、又添付ニ基ク  
 ニモアラズ、發見者及ビ埋藏物ノ埋没セル所ノ所有者ハ、法律ノ規定ニ基キ各直接ニ且獨立ニ埋藏物ニ對スル物  
 件ヲ取得スルモノト爲セリ。故ニ近世ノ法理ニ於テハ發見者ニシテ自ラ埋藏物ヲ領得シ又ハ埋藏物ノ埋没セル物  
 ノ所有者ニシテ獨リ之ヲ消費スルトキハ、刑法上ノ犯罪トシテ之ヲ處罰スルニ充分ナルベキモノト爲ス。

第四款 埋藏物所有者ノ權利

埋藏物ハ必ズシモ無主物ニアラザルヲ以テ、第三者ニ於テ之ヲ發見シタルトキハ埋藏物所有主ハ發見者ニ對シ  
 テ其物ノ取戻ヲ請求スル事ヲ得ベク、而シテ此場合ニ於テハ發見者及埋藏物ノ埋没セル物ノ所有主ハ埋藏物ニ對  
 シテ毫末ノ權利ヲ有スルコトナカルベシ。然レドモ埋藏物所有者ノ權利ハ、永遠無窮ニシテ發見後數十年ヲ經過  
 スルモ其ノ取戻ヲ請求スルコトヲ得ベキモノニアラズ、法律ハ發見者ノ善意タルト惡意タルト、即チ發見者ニ於  
 テ現ニ所有者ノ存在スルコトヲ知ルト否ラザルトヲ區別シ、埋藏物取戻訴權ノ行使ニ一定ノ年限ヲ設ケタリ。(第

埋藏物所  
有者ノ權  
利



六條)

發見者ハ善意ナルトキ、即チ所有者ノ何人ナルヤヲ了知セザルトキニ於テハ、埋藏物ノ原所有者ハ發見ノ後三ケ年ヲ經過スル時ハ所有物ノ訴權ノ取戻ノ訴權ヲ失フベシ。然レドモ第六條第二項ハ「此期間ハ原所有者カ埋藏物ノ埋レ又ハ隠レタル所ノ物ノ所有者タルニ於テハ其發見ヲ知リタル後一ケ年間ニ之ヲ短縮ス」ト規定セリ。然レドモ右三ケ年ノ期間ト一ケ年ノ期間トハ其起算點ヲ異ニスルヲ以テ、法律面ニ於テハ「之ヲ短縮ス」ト明言スルモ事實上ニ於テハ毫モ短縮ノ効果ナキコト甚ダ多カルベシ。設例ヘバ發見ノ後二ケ年半ヲ經過シテ而シテ後埋藏物ノ埋レ又ハ隠レタル物ノ所有者タル原所有者ガ其發見ヲ了知シタルトキハ、爾後僅ニ半ケ年ニシテ發見後三ケ年ニ達スベキヲ以テ、爲メニ毫モ三ケ年ノ期限ヲ短縮シタルコトナカルベシ、故ニ事實上ニ於テモ三ケ年ヲ短縮スベキ効果ヲ生ズルハ、發見後少クトモ二年以内ニ發見ヲ了知シタル場合ナラザルベカラズ。

若シ又發見者ニシテ惡意即チ埋藏物ノ所有主アルコトヲ知リツ、之ヲ占有シタルトキハ、通常ノ時効期限即チ三十ケ年ヲ經過スルニアラザレバ、埋藏物ノ所有者ハ何時ニテモ其所有權取戻ノ訴ヲ爲スコトヲ得ベシ。

### 第三章 添附

#### 第一節 總說

添附

物ノ主從ニハ廣義ニ於ケルモノト狹義ニ於ケルモノトニ義アリテ、其間著大ノ差違アルコトハ、予ハ既ニ之

ヲ物權ノ講義ニ於テ詳述セリ。即チ所謂狹義ニ於ケル從タル物ハ主タル物ト完全ナル一體ヲ構成シ其一分ヲ爲スモノナレドモ、所謂廣義ニ於ケル從タル物ハ、主タル物ト各別個ノ獨立體ヲ爲スモ、單ニ其用法目的ニ於テ或ル關係ヲ爲スモノニ過ギズ。家屋ノ瓦石、柱木又ハ書籍ノ表紙ノ如キハ、之ヲ其家屋若クハ書籍ナル一體ヨリ見レバ即チ狹義ニ於ケル從タル物ニシテ、家屋ニ備ヘタル掛物、額面又ハ倉庫ノ鍵ノ如キハ廣義ニ於ケル從タル物ナリ。而シテ狹義ニ於ケル從タル物ヲ其主タル物ノ添付物ト謂ヒ、一物ヲ以テ他ノ物ノ添附物ト爲スノ所爲ヲ添附(Accessio)ト謂フ。

添附物ノ發生スル原因

添附物ノ發生スル原因ヲ分テテ二種トス第一ハ主タル物自身ノ有機的發達ヨリ添附物ヲ發生ス。即チ樹木ノ花實土地ヨリ生ズル菜穀ノ如キモノニシテ、法律上之ヲ果實ト謂フ。其詳ナルコトハ既ニ物權ノ講義中ニ於テ之ヲ論ジタレバ今又茲ニ之ヲ陳述セザルベク、第二ハ人爲若クハ天爲ニ依リテ一ノ動產物ヲ他ノ物ト有體的ニ結合セシムルニ依リテ添附物ヲ發生ス。

斯ノ如ク添附ハ一ノ動產物ヲ以テ他ノ物ニ合體セシムルモノナレドモ、添附物ノ所有權ハ本來依然トシテ添附物ノ所有者ニアルベキヲ以テ添附ニヨリテ合體セルモノハ主タル物ノ所有者ト之ヲ共有スルモノナリ。故ニ一般ノ法理ヨリ謂フトキハ添附物ノ所有主ハ其物ガ他人ノ物ニ合體セラレタルトキト雖モ、之ヲ回收スルコトヲ得ベキハ當然ナリ。則チ添附物ノ所有權ハ先ヅ其所有物ノ分離ヲ請求シ、而シテ其物ノ分離セラレタル後其取戻ノ訴ヲ爲スコトヲ得ベシ是レ法理ノ通則ナリ。然レドモ法律ハ特ニ此通則ニ就テハ甚ダ廣大ナル例外ノ場合ヲ認メ、添附



ヲ以テ所有權取得ノ一原因ト爲シ、苟モ一物ニ添附セラレタル物ハ、其所有主ノ何人タルヲ問ハズ、當然其主タル物ノ所有ニ歸スベキモノトセリ。而シテ法律ハ如何ナル場合ニ於テ添附ヲ以テ所有權取得ノ原因ト爲スカハ特ニ法律ノ規定スル所ニシテ即チ次款以下ニ於テ詳述セントスル所ナレドモ、概スルニ一旦添附ニ依リテ從トナリタルモノヲ主タル物ヨリ分離スル時ハ、再ビ從前ニ於テ從タル物ノ所有權ヲ發生セシムルコト能ハザル時、即チ主タル物ヨリ分離セラレタル物ガ從前ノ物ト其種類ヲ異ニスルトキ、又ハ主從ノ物ノ分離ハ其一方ノ毀損ヲ爲サザルベカラザルトキ等ニ於テハ法律ハ必要又ハ社會經濟上其分離ヲ禁ジ從タル物ノ所有權ヲ以テ主タル物ノ所有權ニ歸セシムルニ在リ。取得篇第七條ニ「動産ト不動産トヲ問ハス或物ノ所有者ハ其物ニ附從トシテ合シタル物ヲ下ノ區別ニ從ヒテ取得ス」ト謂ヘルハ、則チ右ノ場合ヲ以テ特ニ法律ニ明言スルコトヲ指示セルモノト謂フベシ。添附物タルベキ物ハ必ズ不動産ニ限レドモ其添附スル所ノ主タル物ニハ或ハ動産ナルコトアリ、或ハ不動産ナルコトアルベシ。故ニ我民法ハ添附ヲ大別シテ不動産上ノ添附及ビ動産上ノ添附ノ二種ト爲シ、不動産ノ添附ヲ分テ更ニ建築物ノ添附、植物ノ添附及河海ノ添附ノ三者トス。

第二節 不動産上ノ添附

第一款 建築物ノ添附 (Inaedificatio)

建築物ノ添附 (第一) 特ニ反對ノ證據アル場合ノ外土地ノ從タル建築物又ハ建築物ノ從タル工作物ハ主タル物ノ所有者ニ於テ自費ヲ以テ之ヲ築造シ、又其所有權ヲ主タル物ノ所有者ニ屬スベキハ一般普通ノ常態ニシテ、又反對ノ證據ナ

キトキハ、從タル物ノ所有權ヲ主タル物ノ所有權ニ合同セシムルトキハ土地及建物ノ分離ヲ避ケ、其保存ヲ維持スルニ必要ナルヲ以テ證據法上民法ハ一種ノ推測ヲ設ケ建築其他ノ工作物ハ總テ其附着セル土地、又ハ建築物ノ所有者ノ自費ニテ之ヲ築造シ又其所有權ハ土地又ハ建物ノ所有者ニ屬スベキモノトセリ。(第八條)

然レドモ右ノ推測ハ證據法上所謂一應ノ推測ナルヲ以テ、若シ其ノ推測ニ反シ第三者ニ屬スル材料 (Materia) ヲ以テ他ノ家屋ヲ築造シ、又ハ第三者ニ屬スル材料ヲ以テ他人ニ屬スル土地ニ家屋ヲ建築シタルノ事實明白疑ナキトキハ如何、此場合ニ於テハ法律ハ社會ノ經濟上主タル物ト從タル物ト其ノ所有者ヲ異ニスルノ故ヲ以テ之ヲ分離スルコトヲ不可ナリトシ、第三者ノ材料ハ添附ニ依リテ主タル物即チ土地ノ所有者ニ屬スベキモノト爲シ、材料ノ所有者ハ主タル物ノ所有者ニ對シ其建築ヲ毀壞セシメテ其返還ヲ強要スルノ權ナク、又主タル物ノ所有者ハ從タル物即チ材料ノ所有者ニ對シテ其除去ヲ強要スルノ權利ナシ(第九條第一項)。然レドモ、第三者ノ材料ヲ以テ建設セラレタル家屋ガ意外ノ事變若クハ土地其他主タル物ノ所有者ノ所爲ニ依リテ毀壞セラレ、土地其他主タル物ト分離シタルトキハ、材料ノ所有權ハ舊所有者ニ復歸スベキカ、我民法ハ此點ニ就テハ明言スル所ナント雖モ、羅馬ニ於テハ材料ノ所有權ハ物ノ主從ノ關係ノ分離ト同時ニ其舊所有權ヲ回復シ、材料ノ舊所有者ハ其返還ヲ請求スルコトヲ得ベキモノトセリ。其ノ理由トスル所ヲ尋ヌレバ、曰ク「抑モ家屋全體 (Universitas aedificii) ハ家屋トシテ存在スル以上ハ其全體ニ於テ土地ノ所有者ニ屬スルノミニシテ其ノ個々ノ材料ハ盡ク依然トシテ其材料ノ所有者ニ屬スベシ。然レドモ其一體トシテ土地ニ固着スル以上ハ唯其全所有權



ラ實行スルコトヲ得ザルニ過ギズ、故ニ事變其他土地所有者ノ意思ニ依リ土地ヨリ分離セラレタルトキハ其分離ト同時ニ材料所有者ハ其所有權ヲ實行スルコトヲ得ト。然レドモ此ノ説タル添附ヲ以テ所有權取得而モ原始的取得ノ一原因トスルノ説ト相軋觸ス。何トナレバ添附ニヨルモ其他所有權取得ノ原因ニ依ルモ、一旦得タル所有權ハ則チ完全ノ所有權ニシテ復タ決シテ之ヲ回復スルコトヲ得ザルモノナルベキニ、右ノ説ニ從フトキハ添附ハ即チ單ニ所有權ノ使用ノ一制限タルニ過ギザルベケレバナリ。我民法モ亦添附ヲ以テ所有權取得ノ一原因ニ列シ乍ラ、此點ニ於テハ或ハ依然トシテ前述セル羅馬法學者ノ説ヲ採用セルニヤ。取得篇第九條第一項ハ「土地又ハ建物ノ所有者カ他人ニ屬スル材料ヲ以テ建築其他ノ工作ヲ爲シタルトキハ其工作物ヲ毀壞シ材料ヲ返還スル強要ヲ受ケス又ハ材料ノ本主ニ其除去ヲ強要スルコトヲ得ス」ト明言シ、單ニ添附物ハ其主タル物ノ所有主ニ於テ之ヲ返還スルノ義務ナク、又其添附物ノ所有主ハ其除去ヲ強要スルコトヲ得ザルコトヲ定メ、唯之ヲ分離スルコトヲ禁ズルノミニシテ添附物ノ所有權ハ主タル物ノ所有主ニ屬スベキコトヲ明言スルコトナシ。要スルニ建築物ガ添附ニ依リテ土地又ハ其他主タル物ノ所有ニ屬スレバ、建築物トシテ其地上ニ存スル間ノミニシテ、一旦其從タル性質ヲ失フトキハ法律ハ當然其所有權ヲ舊材料ノ所有者ニ復歸セシムルモノト謂フベシ。若シ又土地ノ所有者ニシテ自ら其地上ニ建築セル家屋ノミヲ賣渡サントスルニ際シ、之ヲ取毀チテ材料即チ一ノ動産トシテ之ヲ賣買センコトヲ約シタル後、更ニ其約ヲ變ジ未ダ現ニ之ヲ取毀クザル前ニ於テ家屋トシテ舊ニ依リ之ヲ保存セント欲シタルトキハ、該家屋ハ添附ノ原理ニ依リ依然土地所有者ノ有ニ存スベキヤ、

前項ニ論述シタル法理ニ依ルトキハ當然土地所有者ニ於テ之ヲ保存スルコトヲ得ベキガ如シト雖モ、此場合ニ於テハ賣買契約ハ有効ニ成立スルヲ以テ、當事者ノ合意ノ履行上土地所有者ハ必ズ其家屋ヲ取毀ツノ義務アルベキヲ以テ、一旦之ヲ取毀チタル後ニ於テ再ビ之ヲ以テ家屋ヲ建築シタル場合ノ外、合意ニ反シテ該家屋ヲ保存スルコトヲ得ザルベシ。

(第二) 既ニ前ニモ論述シタルガ如ク、添附物ノ所有者ハ依然トシテ添附物ノ所有者ナルガ故ニ、添附物ノ所有者ハ先ヅ其分離ヲ請求シ而シテ後其物件ノ回復ヲ請求スル權アルベキハ當然ナレドモ、建築物ノ添附ニ就テハ法律ハ其分離ヲ禁ズルガ故ニ、法律ハ又同時ニ土地若クハ其他主タル物ノ所有者ニシテ、金錢上十分ノ損害ヲ材料ノ所有主ニ賠償スルノ責ニ任ゼシム。又或ル學者ノ如キハ往々羅馬法ノ誤解ヨリ法律ガ添附物ノ分離ヲ禁ズルハ唯其添附物ノ贓品ニ係ラザルトキノミニ限ルベキモノトスレドモ、固ヨリ誤謬ノ見タルヲ免レズ。故ニ我民法モ亦材料ノ不正品ニ係ルト否トヲ別ツコトナシ、取得篇第九條第二項ニ材料ノ本主ニ償金ヲ拂フノ義務アルベキコトヲ規定スルハ即チ此意ナリ。

(第三) 然レドモ前項ノ原理ハ場合ニ依リ其適用ヲ異ニスルコトヲ注意セザルベカラズ。予ハ先ヅ之ヲ土地ノ所有者ガ自己ノ土地ニ於テ他人ノ材料ヲ以テ建築ヲ爲シタル場合ト材料ノ所有者ガ他人ノ土地ニ於テ建築ヲ爲シタル場合トヲ區別セザルベカラズ。即チ、

一、土地ノ所有者ガ他人ノ材料ヲ以テ建築シタルトキニ於テハ、更ニ之ヲ善意タルト惡意タルト、即チ他人ノ



材料タルコトヲ知リツ、之ヲ築造シタルト、知ラズシテ之ヲ築造シタルトキニ分チ、善意ナル場合ニ於テハ被告タル土地所有者ハ原告ニ對シテ自ら其材料ヲ取毀テテ之ヲ返還スベキコトヲ主張スルコトヲ得ベク、又ハ之ヲ取毀タズシテ其儘ニ保有シ全材料ニ對スル賠償ヲ拂フコトヲ得ベク、二者何レノ方法ニ依ルモ被告ノ隨意ニシテ、原告ニ於テ之ヲ争フコトヲ得ズ。而シテ此場合ニ於ケル賠償ハ即チ我民法財産篇第三百八十五條ニ規定セル豫見シ得ベキ損害ニ止マレリ、之ニ反シ、土地所有者ニ惡意アル場合ニ於テハ被告タル土地所有者ハ原告ニ對シテ十分ノ損害賠償ヲ爲スベキコトヲ主張スルコトヲ得レドモ、其賠償ハ即チ我民法ノ所謂豫見シ得ベカラザル損害ヲモ包含スベシ。(第九條第二項)

二、材料ノ所有者ガ自ら他人ノ土地ニ築造ヲ爲シタルトキニ於テモ之ヲ左ノ甲乙二個ノ場合ニ區別スルヲ要ス。

(甲) 材料ノ所有者ガ土地ヲ占有スル場合 此場合ヲ分チ更ニ左ノ二ツトス。

(イ) 善意ノ占有者ナルトキ 凡テ此場合ニ於ケル占有ハ善意タルト惡意タルトヲ問ハズ、必ズ法定ノ占有即チ他人ノ物ヲ自己ノ所有トスル意思ヲ以テ占有スル場合タラザルベカラズ。夫ノ假容ノ占有者即チ地上權者、用益權者等ガ其占有セル土地ニ自己ノ材料ヲ以テ建築ヲ爲シタルトキノ處分ハ、財産篇ニ於テ既ニ規定セル所ニシテ茲ニ論述スベキモノニアラザルナリ。而シテ今茲ニ善意即チ他人ノ所有地タルコトヲ知ラズシテ其土地ニ自己ノ材料ヲ以テ家屋ヲ築造シ、仍ホ依然トシテ之ヲ占有スルトキハ土地ノ

所有者ハ添附ノ理由ニ依リテ其土地ノ從タル家屋ノ所有權ヲ取得スレドモ、材料ノ所有者即チ土地ノ善意ノ占有者ニ對シ其撰擇ヲ以テ材料手間賃ヲ拂フカ、又ハ不動産ノ増價格ヲ拂フノ責任アルノミニシテ其建築セル家屋ヲ取拂ハシムルノ權利ヲ有セズ、其他人ノ家屋タルコトヲ知ラズシテ自己ノ材料ヲ以テ之ニ工作ヲ施シタル場合モ亦同ジ。

(ロ) 惡意ノ占有者ナルトキ ハ土地ノ所有者ハ添附ニ依リテ家屋ノ所有權ヲ取得シ同時ニ材料ノ所有者ニ對シテ損害ヲ賠償スル責ヲ負フベシト雖モ、其善意ノ占有ノ場合ト異ル所ハ此場合ニ於テハ、土地ノ所有者ハ材料ノ所有者ヲシテ其築造セル家屋ヲ取拂ハシムルノ權利アルノ一事ナリ。(第十一條第二項)然レドモ占有ノ善意タルト惡意タルトヲ以テ民法上其ノ對手ノ權利ニ廣狹ノ差ヲ設クルノ毫モ理由ナキハ、予ノ既ニ物權ノ部ニ於テモ論述シタル所ノ素論ナレドモ、民法上現ニ之ヲ明示スル以上ハ今更其是非ヲ論ズルモ無用ナリ。

(乙) 材料ノ占有者ガ土地ヲ占有セザルトキ 他人ノ土地ニ自己ノ材料ヲ以テ家屋ヲ築造スルモ其土地ヲ占有セザルトキハ如何、羅馬法ニ於テハ之ヲ贈與ト見做シ、材料ノ所有者ハ土地ノ所有者ニ對シテ毫モ損害ノ賠償其他ノ救済方法ヲ有スルコトナキモノトセリ。我民法第十一條ハ、材料ノ所有者ガ土地ヲ占有スル場合ヲ規定スルモ右ノ場合ニ就テハ、特ニ明言スル所ナシト雖モ、材料ノ所有者ハ不利益ヲ理由トシテ所

有者ニ對シテ損害ノ賠償ヲ爲スコトヲ得ザルニアラザルニ似タリ。



(第四) 自己ノ材料ヲ以テ他人ノ土地ニ家屋ヲ築造スル等ノ場合ニ於テハ、其築造セラレタル家屋ハ單ニ他人ノ土地ノ一部分ノミニ限ル場合アルベシ。設例ヘバ隣地トノ經界ヲ超過シテ一ノ家屋ヲ築造シ其家屋ノ一部ガ隣地ノ一部ヲ侵シタル場合ノ如シ。蓋シ斯ル場合ニ於テハ便宜上家屋ヲ主トシ土地ヲ從トシ該家屋ノ侵入セル部分ノ土地ハ却テ添附ニ依リ家屋ノ築造者ニ屬セシムルヲ以テ穩當トスルガ如クナルモ、是レ物ノ主從ノ關係ニ係ル法理ヲ破ルモノナレバ特ニ法律ノ明文アルニアラザレバ爲シ得ベキモノニアラズ。故ニ此ノ如キ明文ナキ我民法ニ於テハ其占有ノ善意ナルト惡意ナルトヲ區別シ、前項ニ論述シタル規定ニ依ラザルヲ得ザルベシ。

第二款 植物ノ添附 (Implantatio)

植物ノ添附

草木其他ノ植物ヲ他人ノ所有地ニ栽植スルモ、該植物ノ所有權ハ依然トシテ變更スルコトナケレバ、植物ノ所有者ハ土地ノ所有者ニ對シテ其取戻ヲ請求スルコトヲ得ベキヲ當然トス。然レドモ草木ニシテ既ニ其根ヲ下シ其地ニ發育スルトキハ之ヲ先日ノ草木ト同視スベカラザルヲ以テ、該草木ハ添附ノ理由ニ依リテ土地所有者ニ屬スベシ。我民法ニ於テハ各場合ニ於テ、該草木ガ他人ノ土地ニ於テ其根ヲ下シタルヤ否ヤノ事實ヲ判定スルノ面倒ナルヲ厭ヒ、茄子ヲモ橡ヲモ大切大目ニ見渡シテ一年間ニハ其根ヲ下シ、一年未滿ニテハ決シテ其根ヲ下スコト能ハザルモノト確定シ、栽植ノトキヨリ一ケ年ヲ以テ添附ニヨリ其所有權ヲ得喪スベキ期間トセリ。但シ土地ノ所有者ハ他人ノ草木ニ對シテ損害賠償ノ責任アルベキハ當然ナリ。取得篇第十條ニ曰ク、  
他人ニ屬スル草木ノ栽植ニ就テハ其栽植ヲ爲シタル土地ノ所有者又ハ占有者ハ一ケ年內ニ其草木ヲ拔取り且之ヲ返還スル強要ヲ受ク尙ホ損害アルトキハ之ヲ賠償ス

右草木ノ所有者カ其返還ヲ欲セス又ハ栽植ノ時ヨリ一ケ年ヲ經過シタルトキハ其所有者ハ償金ヲ受ク

ト。此法文ニ於テ注目スベキハ「返還ヲ欲セス」ノ一句ナリ。抑添附ハ原始的取得ノ一原因ニシテ添附ニ依リ財產ヲ取得スルハ決シテ原所有者ノ意思如何ニ關係スルコトナキニ、他人ニ屬スル草木ハ自己ノ所有地ニ栽植シタル者ガ一ケ年內ト雖モ、草木ノ所有者ノ其所有ヲ主張スルコトノ一事ニテ忽チ添附ニ依リテ其所有權ヲ取得スルトハ不可思議千萬ナリ。又一ケ年ノ期間ハ草木ガ土地ニ其ノ根ヲ下シテ土地ノ添附物トナルノ時期ヲ示シタルモノナルベキニ、其所有者ガ返還ヲ欲セザルトキハ其意思次第ニテ直ニ添附物トナルトハ是亦古今未會有ノ法理ナリト雖モ、ボ氏ノ起草ニ係ルノ民法ナレバ別ニ之ヲ咎ムルノ學者モナカルベシ。草木ノ所有者ニ對シテ拂フベキ償金ニ就テハ仍ホ左ノ場合ニ注目スルヲ要ス。

(第一) 土地ノ所有者ガ他人ノ草木ヲ栽植シタルトキ 此場合ニ於テハ土地所有者ガ善意ナルト惡意ナルトニ依リ、其負擔スベキ償金ニ多少ノ差アルベキハ既ニ建築物ノ添附ニ於テ論ジタル所ト異ル所ナシ。

(第二) 草木ノ所有者ガ他人ノ土地ニ栽植ヲ爲シタルトキ 此場合ニ於テモ亦草木ノ所有者ガ他人ノ土地ノ占有ヲ有スルト否ト、及其善意ナルト惡意ナルトニ從ヒ前第二段ニ論述シタル區別ヲ適用ス。(第十一條)

(第三) 第三者ノ土地ニ他人ノ草木ヲ栽植シタルトキ 此場合ニ於テハ草木ノ所有者ハ土地所有者ニ對シテ土地ノ所有者ガ善意ヲ以テ自ら他人ノ草木ヲ其土地ニ栽植シタル場合ト同一ノ權利ヲ有スベク、又惡意ヲ以テ草



木ヲ栽植シタル者ニ對シテハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得。

第三款 河海ノ添附 (Alluvio & Avulsio)

河海ノ添附

河海ノ添附ニ就テハ民法第十二條ニ規定シテ曰ク、

舟筏ノ通スヘキト否トヲ問ハス、河川ノ寄洲、中洲、干潟ノ所有權又ハ水路ノ變換ニ因リ生スル浸沒地及舊河床ノ所有權ノ歸屬ハ別ニ之ヲ定ム但海ノ干潟ニ就テハ財產篇第二十三條ノ規定ニ從フ

ト。蓋シ民法草案ニ於テハ此等ノ添附ニ關シテ羅馬法ノ精神ヲ採用シテ、詳細ニ之ガ規定ヲ設ケタリト雖モ、我邦ノ如キ河川國ニ於テ直ニ羅馬法及佛國法ヲ採用スルハ地勢慣例ニ適セザルモノトナシ、立法官ハ盡ク之レヲ刪除シテ之ヲ特別法ノ規定ニ一任セリ。然レドモ我邦ノ地勢慣例ニ適セザルノ故ヲ以テ、羅馬法及佛國法並ニボ氏ノ發明ニ係ル奇想ヲ採用スベカラザルモノトセバ、全民法ヲ擧ゲテ盡ク之ヲ我邦ニ行フベカラザルモノト斷定セザルヲ得ズ。予ハ我立法者ガ法典論者ノ爲ニ自家撞着ノ譏ヲ受ケンコトヲ惜ムト雖モ、予ハ此點ニ就テハ我立法官ノ明斷ヲ稱揚セズニハアルベカラザルナリ。一善ノ僅ニ存スルヲ惡ミテ萬惡ノ仍ホ備ハラントコトヲ欲スルハ予ノ決シテ望マザル所ナリ。故ニ河川ノ添附ニ關スル規定ハ民法ノ實施ト共ニ制定セラルベク、又我立法官ハアチカスヲシテ地下ニ雀躍セシムルニ關ハラズ、將來ノ立法官及人民ニ對シテ之ヲ制定センコトヲ約シタレバ、早晚必ズ之ヲ見ルコトナラント雖モ、羅馬法ノ規定ハ法理上之ヲ了知スルノ價値ナキニアラザレバ左ニ其概要ヲ掲ゲン。

河川添附ニ關スル羅馬法

ジュステニアンハ曰ク、一ノ河川ガ順次ニ汝ノ土地ニ附加スルモノハ汝ノ有ニ屬ス之ヲ漸積地ト謂フ故ニ漸積地ハ土地ノ覺知スベカラザル擴張ナリト。而シテクロシアス其他ノ羅馬法學者ハ此點ニ關シテ土地ノ境界ヲ分テ左ノ三種トセリ。

第一 有界地 即チ或ル人爲ノ經界物ヲ以テ土地ヲ繞圍スルモノ。

第二 無界地 即チ或ル特別ナル人爲ノ經界物ナキ一定ノ土地。

第三 天然の有界地 即チ河川山嶽ノ天然物ヲ以テ境界ヲ分ツ所ノ土地。

右三種ノ境界中第一種及第二種ノ土地ニ在リテハ人爲ノ境界ノ有無ヲ問ハズ、苟モ一ハ定リタル境界アル以上ハ此境界外ニ於テ河川ノ附加スル漸積地ハ必ズ該境界外ニ在ルベキヲ以テ境界内ノ土地所有者ニ屬セザルコトハ明白疑ナキハ法理ナリ。故ニ此等ノ漸積地ハ優先ノ先占ニ依リテ國家ニ屬スベシ。然レドモ第三種ノ土地ノ内ニテ河川ヲ以テ境界ト爲シタル場合ニ於テ河流ニ依リ漸次ニ砂石ヲ土地ノ境界ニ附加スルトキハ、土地ノ境界ハ同時ニ擴張セラレ從テ其漸積地ハ添附ニ依リテ土地所有者ノ有ニ歸スベシ。

然レドモ右ノ附加ニシテ漸次ナルニアラズ、一時河流ノ激勢ガ一ノ土地ノ一部ヲ裂キ若クハ其樹木ヲ漂蕩シテ之ヲ他ノ土地ニ移シタルトキハ、其分裂及ビ樹木ハ依然トシテ舊所有主ニ屬スベシト雖モ、土地ハ時効ニ依リテ其權利ヲ失フベク、又樹木ハ其根ヲ下シタル以上ハ添附ニ依リ其土地ノ所有者ニ歸スベシ。

河川中ニ生ジタル中洲ハ大流ニ在リテハ國有ニ屬シ、細流ニ在リテハ沿岸ノ土地所有者ニ屬スレドモ、兩岸ノ



中央ニ生ジタル中洲ハ、兩岸ノ土地所有者ニ於テ水流ノ中心ニ沿ウテ各岸ニ對スル部分ヲ取得ス。然レドモ一ノ河流ガ支分シテ一ノ土地ヲ圍繞シ、中洲ヲ生ジタル場合ニ於テハ其中洲ハ依然トシテ其土地所有者ノ所有タルベシ。

河川ノ水勢ニ依リテ兩岸ノ所有者ノ境界ヲ爲ス所ノ細流ガ、突然其河身ヲ變ジテ河床ヲ暴露シタルトキハ、其舊河床ハ其中心ニ沿ウテ兩岸ノ所有者ニ分割セラルベシ。

河川ガ順次ニ乾涸シテ現出セル土地ヲ干潟ト謂フ。其所有權ノ歸屬ハ寄洲又ハ漸積地ト同一ナリ。

洪水ノ爲メ一時浸潤セラレタル土地ハ毫モ其所有權ヲ變更スルコトナク、洪水ノ退クト同時ニ其所有權ニ歸スベシ、ナイル河ノ如キ最モ其適例ナリトス。

### 附論

#### 動物ノ添附

動物ノ添附

野栖ノ動物ハ一般ニ無主物ニシテ、何人ト雖モ先占ニ依リテ其所有權ヲ取得スルコトヲ得ベキハ前章ニ於テ既ニ之ヲ詳述セリ。而シテ飼馴セラレタル動物ハ無主物ニアラザレバ先占ニ依リテ直ニ之ヲ取得スルコト能ハザルコトモ亦前章ニ於テ之ヲ論ジタレドモ、飼馴セラレタル動物ト雖モ、鳩、蜜蜂ノ如キハ一旦其鳩舎又ハ蜜洞ヲ逃ゲ去ルトキハ何人モ之ヲ占有スルコトナキモノトナルガ故ニ、更ニ先占ノ物體ト爲ルベキコト明白ナリ。此等ノ

動物ハ鳩舎若クハ蜜洞ニ在ル間ノミ其鳩舎若クハ蜜洞ノ所有者ノ占有ニ在ルモノニシテ、從テ其所有者ニ歸スルモノタルニ外ナラズ。故ニ此等ノ動物ニシテ一旦逃飛シテ再ビ他人ノ鳩舎若クハ蜜洞ニ停在スルトキハ、該鳩舎若クハ蜜洞ノ所有者ハ新ニ先占ニ依リテ其所有權ヲ取得スルモノニシテ毫モ土地ノ添附トシテ之ヲ取得スルモノニアラザルナリ。然レドモ我民法ハ之ヲ以テ土地ノ添附物ト爲シ添附ニ依リテ其所有權ヲ取得スベキモノト爲セドモ、通常一般ノ添附ト大ニ其趣ヲ異ニセリ。第十三條ニ曰ク、

私有池ノ魚又ハ鳩舎ノ鳩カ計策ヲ以テ誘引セラレ又ハ停留セラレタルニアラスシテ他ノ池又ハ鳩舎ニ移リタルトキ其所有主カ自己ノ所有ヲ證シテ一週日内ニ之ヲ要求セサレハ其魚又ハ鳩ハ現在ノ土地ノ所有者ニ屬ス群ヲ爲シテ他ニ移轉シタル蜜蜂ニ就テハ一週日間之ヲ追求スルコトヲ得

飼馴セラレタルモ逃ケ易キ野栖ノ禽獸ニ就テハ善意ニテ之ヲ停留シタル者ニ對シ一ヶ月間其ノ回復ヲ爲スコトヲ得

ト。左ニ此法文ニ照シテ此等ノ事ヲ論述セン。

(一) 未ダ何人モ占有セザル魚及ビ鳩ハ先占ニ依リテ取得スレドモ、其先占ニハ必ズ之ヲ占有スルノ所爲ナカルベカラザルヲ以テ、鳩又ハ魚ガ自己ノ所有地ニ來リタルノ一事ヲ以テ之ヲ占有セリト云フベカラズ。從テ又其所有ヲ得タリトスルコトヲ得ズ。故ニ此等ノ魚ガ他ニ逃走ノ路ナク、私有池ニ入り又ハ鳩舎ニ移リタルトキニ於テ、其ノ池又ハ鳩舎ハ存在スル土地ノ所有者又ハ占有者ガ之ヲ占有セルモノトナルベク、從テ先占ニ依リテ



其所有權ヲ取得セルモノトナルベシト雖モ、毫モ添附ニ依リテ之ヲ取得セルモノニアラズ。此理ヲ以テ之ヲ推ストキハ、一旦人ノ私有池ニ在リシ魚若クハ鳩舎ニ在リシ鳩ガ、逃奔シテ他ノ池又ハ鳩舎ニ移リタルトキニ於テ、現在ノ土地所有者ガ之ヲ取得スル場合即チ第十三條第一項ノ場合モ亦先占ニ依ルノ取得ニシテ、添附ニ依ルノ取得ニアラザルコト明白ナリ。若シ添附ニ依リテ現在ノ土地ノ所有者ニ屬スベキモノトスレバ、管テ人ノ私有池又鳩舎ニ在ラザリシ魚若クハ鳩モ亦、現在ノ土地所有者ガ添附ニ依リテ其所有權ヲ取得スルモノト謂ハザルヲ得ザルハ不都合ヲ來スベシ。又第十三條第三項即チ飼馴セラレタルモ逃走シタル野栖ノ禽獸ニ付キ、之ヲ停留シタル者ニ於テ其所有權ヲ取得スル場合モ亦其取得ノ原因ハ停留即チ一旦他人ノ占有ヲ離レタルモノヲ先占スルニ依ルモノニシテ、決シテ添附ニ依ルモノニアラザルナリ。若シ果シテ然ラズトセバ法律ガ特ニ之ヲ停留スルコトヲ必要トセルノ理由ヲ解スベカラザルニ至ルベシ。

(二) 右等ノ動物ノ所有權ヲ取得スルニハ、第一ニ占有ノ所爲アルコト、第二ニ魚鳩等ニ付テハ一週内、飼馴セラレタル野栖ノ禽獸ニ付テハ一月内ニ所有者ヨリ之ヲ要求セザルコト、ノ二條件ヲ必要トス。第一ノ條件即チ占有ノ所爲ハ魚ニ付テハ私有池ニ入ル、コト、蜜蜂ニ付テハ之ヲ蜜洞ニ入ル、コト是ナリ。法律ガ此條件ヲ必要トスルヲ以テモ亦此等動物ノ所有權ノ取得ハ添附ニアラズシテ先占ニアルコト明白ナルベシ。但シ、計策ヲ以テ之ヲ誘導又ハ停留シタルトキハ是レ竊盜ナリ。未ダ他人ノ占有ヲ離レザル他人ノ所有物ノ占有ヲ不正ニ領得スルモノナリ。故ニ此計策アル場合ニ於テハ三十一年ノ時効ニ依ルニアラザレバ其所有權ヲ取得スルコトヲ得ザルベシ。

トヲ得ザルベシ。

(三) 第二ノ條件ハ、占有ノ所爲ノ後仍ホ一定ノ期間ヲ經過スルコトヲ要スルコト是ナリ。蓋シ通常無主物ノ先占ニ在リテハ占有ト同時ニ其所有權ヲ取得スト雖モ、野栖ナル魚介禽獸等ノ如キハ單ニ之ヲ池中又ハ鳩舎ニ移シタルノミニテハ其占有ハ完全ナラザルヲ以テ、一定ノ期間ヲ經過シ其占有ハ完全ニ至リタルトキニ於テ、始メテ其所有權ヲ取得スルコトヲ得ベキセトセザルヲ得ズ。故ニ右期間ノ起算點即チ完全ノ占有ヲ取得スル期間ノ起算點ハ、魚ガ池中ニ入り又ハ鳩ガ鳩舎ニ移リタルノトキニ在リ。學者往々此起算點ヲ以テ、動物逃走ノ時トセザルベカラザルコトヲ主張スレドモ、此説タルヤ先占者ガ完全ノ占有ヲ得ベキ一定期間ノ起算點ヲ争フモハニアラズシテ、一旦人ノ占有ニ歸シタル右等ノ動物ガ逃走ノ爲無主物トナルベキ時期ノ起算點ニ在リ。我民法ハ別ニ此時期ニ就テ規定スル所ナキヲ以テ、逃走ヨリ如何ナル時日ヲ經過セバ無主物タルベキヤハ各場合ト動物ノ性質トニ就テ之ヲ定メザルベカラズ。然レドモ何レノ説ニ從フモ、右等ノ動物ノ所有權取得ハ先占ニ基クモノニシテ添附ニアラザルコト明白疑ナカルベシ。鳩ヤ蜜蜂ガ土地ニ添附シテ其添附物トナルトハ、普通一般ノ思想ニテモ考ヘ得ラレザル空論ナリ。梅ニヤ鶯竹ニハ雀、トハ風流才子ノ口癖ナレド、裁判所ヲシテ此口癖ヲ適用セシメ以テ所有權ノ争ヲ判定セシメンコトハ思モ寄ラヌ奇想ナリ。嗚呼ボ氏モ亦風流才子ナル哉。

第三節 動産上ノ添附

民法ハ動産ニ動産ノ添附スル場合ヲ分テ三ト爲シ、第一附合、第二混和、第三製作トスレドモ、此等ノ場合ハ

動産上ノ添付



決シテ動産上ノ添附ニアラスシテ動産上ノ添附トハ全く其趣ヲ異ニセリ。何トナレバ二物ノ附合若クハ混和ノ場  
 合ニ於テハ二物ノ間決シテ主從ノ關係アルヲ必要トセズ、又從テ其從タルモノハ主タル物ト一體ヲ爲シ其一部ヲ  
 構成スルコトナキノミナラズ、混和若クハ附合ガ權利取得ノ一原因タル場合ハ單ニ共有權ノ取得タルニ過ギザレ  
 バナリ。又製作ニ於テモ固ヨリ主從ノ關係ナキノミナラズ、製作ハ勞力ノ結果ニ對スル財産取得ノ一原因ニシテ  
 又之ヲ添附ニヨルモノトスルコトヲ得ザレバナリ。故ニ我民法ハ羅馬法ニ倣ヒ混合附和等ニ關スル規定ヲ設クル  
 モ、其規定ノ過半ハ眞ノ混和附合ニ關スルモノニアラスシテ、單純ナル動産上ノ添附ノ場合ナリ。故ニ予ハ混和  
 附合及ビ製作ノコトハ別章ニ於テ之ヲ論述シ、茲ニハ羅馬法學者以來歐洲諸學者ノ認メタル單純ナル動産上ノ添  
 附ノ場合ヲ論述セン。

(第一) 鍍着(Adplumbare) トハ一ノ金屬ヲ他ノ主タル金屬ニ從トシテ別種ノ金屬ヲシテ附着セシムルヲ謂  
 フ。

(第二) 銀接(Ferruninare) トハ一ノ金屬ヲ他ノ主タル同種ノ金屬ニ從トシテ該金屬ニ依リテ附着セシムルヲ謂  
 フ。

(第三) 織附(Intexture) トハ毛糸絹等ヲ他人ノ布帛中ニ織込ムコトヲ謂フ。

(第四) 書畫 他人ノ紙又ハ板ニ書畫ヲ作り又ハ之ヲ塗リ上ゲタルトキハ、紙又ハ板ト書畫等トハ主從ノ關係ニ  
 於テ從タル物ハ主タル物ノ所有ニ屬ス。

右ニ掲ゲタル場合ヲ以テ眞ニ動産上ノ添附トス。民法ハ之ヲ以テ混和又ハ附合ト稱スレドモ決シテ混和又ハ附  
 合ニアラザルヲ以テ、二物ハ必ず主從ノ關係ヲ爲サムルベカラズ。第十四條ニ「各別ノ所有者ニ屬スル數箇ノ動  
 産物カ所有者ノ意ニアラスシテ第三者ニ依リテ附合セラレ其各物共ニ著シキ毀損又ハ減額ヲ受ケスシテ容易ニ分  
 タルヘキトキハ其所有者ノ各自ハ其分離ヲ請求スルコトヲ得但シ損害アルトキハ附合ヲ爲シタルモノ之ヲ賠償  
 ス」ト謂ヒ、又其第二項ニ「附合ノ爲ニセル物ノ變様ハ之ヲ毀損ト見做ス」ト謂ヒ、添附ニヨル所有者ノ取得ニ  
 ハ各物共ニ著シキ毀損又ハ減價ヲ受クルヲ必要トスルヲ以テ見ルモ、二物ハ狹義ニ於ケル主從ノ關係ヲ相成シテ  
 一體ヲ構成スルモノタラザルベカラザルコトヲ證明スルニ足ルベク、殊ニ第十五條ニ至リテハ「二個ノ物ヲ分ツ  
 ヘカラサルカ、又ハ之ヲ分ツカ爲ニ著シキ毀損減價ヲ爲シ若クハ過分ノ費用、時日ヲ要スルトキハ、孰レノ所有  
 者モ分離ヲ請求スルコトヲ得スシテ、其物ハ附合ノ儘ニシテ主タル物ノ所有者ニ歸屬ス。但此所有者ハ從タル物  
 ノ所有者ニ損害ヲ與ヘテ己レヲ利シタル限度ニ應ジ賠償ヲ負擔ス」ト謂ヒ、又其第二項及第三項ニハ「或ル物ノ  
 便益裝飾又ハ補充ノ爲ニ附合セラレタル物ハ之ヲ從タル物ト爲シ主從ノ區別ニ付キ疑アルトキハ價格ノ低キ物ヲ  
 以テ從タル物トス此他ノ場合ニ於ケル物ノ主從ノ區別ハ之ヲ裁判所ノ査定ニ委ス」ト謂ヒ、二物ノ間ニハ必ず主  
 從ノ關係アルベキコトヲ明言セリ。故ニ法文ニハ之ヲ附合ノ場合ノ如クニ記載スルモ決シテ之ヲ主從ノ關係アル  
 ヲ要セザル附合ト同視スベカラズ。又第十八條第一項ハ「前數條ノ規定ハ各別ノ所有者ニ歸スル流動物固形物  
 又ハ金屬ノ混和ニモ亦之ヲ適用ス」ト明言スレドモ、此法文ノ所謂混和ナルモノモ亦眞ニ混和ニアラザルヲ知ル



### 第四章 混同

#### 第一節 附合 (Commixtio)

附合

二物ノ混同ニ二種アリ、一ヲ附合トシ一ヲ混和トス。混同ハ二個ノ物體ノ混淆ニシテ二物各々獨立シテ決シテ一體ヲ構成スルコトナシ。故ニ主従ノ關係ナキノ要點ニ於テ動産上ノ添附ト區別セラレ、又混同ニ依リテ決シテ新ナル別種ノ物ヲ製出スルニアラザル點ニ於テ製作ト區別セララル。

附合ハ二個以上ノ混同ナリ、附合ニ關スル法律上ノ關係ハ左ノ如シ。

(第一) 二個物ガ其所有者ヲ一ニスルトキ 相互ニ附合スル二個物ガ同一ノ所有者ニ屬スルトキ、設例ヘバ予ノ所有スル米ヲ以テ予ノ所有スル麥ト混同セル場合ノ如キニ於テハ、附合ハ毫モ所有權ニ影響ヲ及ボスコトナク、予ハ依然トシテ此混同物ノ所有者タリ。然レドモ若シ第三者ノ所有ニ依リテ附合セラレタルトキハ、附合ノ爲ニ生ジタル損害ハ第三者ニ對シテ之ガ賠償ヲ請求スルコトヲ得ベシ。

(第二) 二個物ガ其所有者ヲ異ニスルトキ 此場合ニ於テハ仍ホ左ノ二個ノ場合ヲ區別セザルベカラズ。

(甲) 附合ガ所有者ノ合意ヲ以テ爲サレタルトキ ニ於テ其附合ヨリ生ジタル混同物ハ何人ノ所有ニ屬スベキカハ、合意ノ定ムル所ニ依リ當事者ノ意志ヲ推定シテ之ヲ決定セザルベカラズ。當事者ニシテ若シ之ヲ共有

トスルノ意ナリシナラバ、混同物ハ二人ノ共有トナルベク、又其中ノ一人ノ所有トスルノ意ナリシナラバ、其一人ノ所有トナルベク、將又之ヲ附合者(若シ第三者ナリシナラバ)ノ所有トスルノ意ナリシナラバ附合者ノ所有トナルベシ。第二十一條ニ「附合混和又ハ製作カ所有者ノ明示又ハ默示ノ承諾ヲ以テ成ルトキハ所有權ハ合意ニ從ヒ之ヲ定ム。若疑アルニ於テハ分離カ容易ナリト雖モ其分離ヲ要求スルコトヲ得ス」ト謂ヘルハ實ニ適當ノ規定ニシテ、其疑義アル場合ニ於テモ容易ニ分離ヲ許サマルハ合意ノ附合ナルヲ以テ其合意ノ効力ヲ尊重スルニ外ナラザレバ是亦不當ノ規定ニアラズト雖モ、同條ガ更ニ一步ヲ進メ「且優先權及ヒ共有權ニ關スル前數條ノ規定ヲ適用ス」ト云ヒ主タル物ノ所有者ハ償金ヲ拂ウテ其從タル物ヲ取得スベキ事ヲ定ムルニ至リテハ、附合ヲ以テ動産上ノ添附トスルノ誤謬ニ出デタリ。而シテ其添附ニ更ニ合意上ノ物アルコトヲ認ムルニ至リテハ益誤謬ヲ大ナラシムルニ過ギズ。然レドモ右ノ場合ニ於ケル附合物ノ處分ハ合意ニ從ヒ之ヲ行フモノナレバ、其所有權ノ取得ハ合意ニ依ルモノニシテ決シテ附合ノ事實ニ基ク所ノ効果ニアラザルナリ。

(乙) 附合ガ所有者ノ合意ニ出デザルトキ 附合ガ當事者即チ相互ノ所有者ノ合意ニアラズシテ、第三者若クハ所有者ノ一方ノ所屬又ハ意外ノ變災等ニ依リテ爲サレタルトキハ左ノ區別ニ從フ。

(イ) 二物ノ附合ガ所有者ノ合意ニ出デザルトキト雖モ、各物ノ所有權ハ附合ニ依リテ變更セララル、コトナク依然トシテ舊所有者ニ屬スルヲ以テ、各所有者ハ相互ニ其所有權ヲ主張シテ其取戻ヲ請求スルコトヲ



得。而シテ其混同物ニ就キ各所有者ニ屬スル各個物ノ所有ヲ證明スルコト能ハズ、又容易ニ之ヲ分離スルコト能ハザルトキ、設例ヘバ第三者ガ甲者ノ所有ニ係ル米若干ヲ乙者ノ米若干ト混交シタル場合ニ於テモ亦右ノ原理ハ依然トシテ動カスベカラズト雖モ、羅馬法ニ於テハ裁判所ハ其判定ヲ以テ其混同物ヲ甲乙兩者ニ分割セシムルコトヲ命ズベキモノトセルヲ以テ、甲乙各眞ニ其己ニ屬セザリシ米ヲ取得スルコト、ナレベキモ、是レ審判ニ依ル所有權ノ取得ニシテ、附合ノ事實自身ガ舊所有權ヲ變更スルモノニアラザルナリ。我民法ハ斯ノ如キ場合ニ於テハ之ヲ甲乙二人ノ共有トナスベキモノトセリ。附合ヲ以テ權利取得ノ一原因ト爲スハ全ク此點ニ在リ。以テ彼ノ添附ノ場合ト同ジカラザルヲ見ルベシ。第十七條ニ曰ク「不都合ナシニハ物ヲ分離スルコトヲ得サル場合ニ於テ其性質品質又ハ價格ニ依ルモ主從ノ區別ヲ爲シ難キトキハ其物ハ平等ノ權利ニテ各所有者ノ共有ス」ト。又第十八條第二項ニ曰ク「然レトモ分離スルコトヲ得サル物カ其性質及品質ノ同シキニ依リテ共有トナルヘキトキハ各自ノ權利ハ己レヨリ出テタル物ノ數量ノ割合ニ應ス」ト謂ヘルハ即チ是ナリ。而シテ混同物ニシテ既ニ二人ノ共有トナリタル以上ハ、不可分物ノ共有ニ關スル原理ニ依リ共有者ハ何レモ其分割ヲ強要スルコトヲ得ベキハ既ニ物權ノ講義ニ於テ詳述シタルガ如クナルヲ以テ、其局遂ニ羅馬法ト同一ノ規定ニ歸スベシ。然レドモ我民法ニ於テハ共有者ノ一方ガ附合ヲ爲シタル場合ニ於テハ一種ノ特例ヲ設ケタリ。即チ第十九條ニ規定シテ曰ク「附合又ハ混和カ所有者ノ一人ノ所爲ヨリ生スル場合ニ於テハ他ノ所有者ハ專屬ノ所有權ヲモ共有權ヲモ承諾スル責ニ任セス添附

ヲ爲シタルモノニ對シテ同物質ノ物又ハ其代價ヲ要求スルコトヲ得」ト。但シ該條及ビ第十六條ノ如キモ附合ヲ以テ物ノ添附ト同視シ之ヲ動産上ノ添附ニ關スル規定トスレドモ、既ニ前ニ論述セルガ如ク、我民法起草者ハ混同モ添附モ亦製作モ其間ニ大ナル性質上ノ差違アルコトヲ看過シ、之ヲ同一法文中ニ規定シタルヲ以テ其損害賠償ニ關シ添附者ニ負擔セシメタル責任ハ、附合者ニ就テモ亦之ヲ適用セザルベカラズ。

(ロ) 前項ニ論述シタル附合ノ原理ハ、金錢ノ混同ニ就テハ全然之ヲ適用スルコトヲ得ザルナリ。蓋シ金錢ハ一ノ流通物ニシテ特定物ニアラザルヲ以テ一旦他人ノ金錢ト混同セル以上ハ其所有權ヲ追求シ得ベカラズ。他人ノ金錢中ニ自己ノ金錢ヲ投入スルモノハ之ヲ消費スルモノナリ。唯債務ニ從ヒ同類ノ金錢ヲ要求スルコトヲ得ルニ過ギザルベシ。故ニ第三者ノ所有セル金錢ヲ以テ債務ヲ辨濟スルモ亦有効ノ辨濟ナリ。

## 第二節 混和 (Confusio)

混和

混和ハ二個ノ流動物ガ相互ニ混同スルヲ謂フ。混和ニ關スル原理ハ左ノ如シ。

(第一) 二個ノ流動物ガ其所有ヲ異ニスルトキ。

(甲) 所有者ノ合意ニ依リテ二個ノ流動物ヲ混和シタルトキ、設例ヘバ甲ノ酒ト乙ノ酒トヲ混和シタル場合ノ如キハ前項ニ論述シタル混和ノ場合ト異ル所ナシ。



(乙) 所有者ノ合意ニ依ラズシテ混和シタルトキニ於テハ、其混和ノ第三者若クハ所有者ノ一方ノ所爲又ハ意外ノ事變ニ依ルト否トヲ問ハズ左ノ場合ヲ區別セザルベカラズ。

(イ) 混和物ヲ分離スルコトヲ得ルトキ 設例ヘバ溶解セル金ト銀トヲ混和シタル場合ノ如キハ仍ホ之ヲ分離スルコトヲ得ベキヲ以テ、其所有權ハ依然トシテ舊所有者ニ存ス。

(ロ) 若シ又混和物ヲ再ビ分離スルコト能ハザルトキハ、其混同物ハ二個物ノ所有者ノ共有ニ屬スベク、從テ共有者ハ又其分割ヲ請求シ得ベシ。

(第二) 二個ノ流動物ハ其所有者ヲ同ジウスルトキ 此場合ニ於テハ所有權ニ毫末ノ變更ヲ及ボサマルハ附合ノ場合ト異ル所ナシ。

### 第五章 製作

#### 第一節 製作ノ本義

製作ノ本義

製作 (Specification) トハ新ニ一ノ固有體ヲ有スル物 (Nova species) ヲ製造作爲スルノ所爲ナリ。設例ヘバ一ノ木材ヲ以テ桌子、箆笥ヲ製出シ葡萄ヨリ酒ヲ釀成シ、麥粉ヨリ麵包ヲ製シ、銀塊ヨリ烟管ヲ作爲スルガ如シ。故ニ米穀ヲ搗ケルガ如キハ、之ガ爲ニ新ニ一種ノ固有性ヲ有スル物ヲ製出スルモノニアラザレバ、之ヲ製作ト謂フベカラズ。又木板ヲ塗リ上げ若クハ牛羊ヲ屠殺シテ之ヲ肉片ト爲シ、其他酒ト酒トヲ混同スルガ如キモ亦製作

ニアラザルナリ。

#### 第二節 製作物ノ所有權

製作物ノ所有權

他人ノ所有スル物料ヲ以テ又ハ自己ノ物料ニ多少他人ノ物料ヲ加ヘテ新ナル一物ヲ製作シタルトキハ、其製作セラレタル物ハ製作人ニ屬スベキカ、將タ物料ノ所有者ニ屬スベキカハ、羅馬法學者以來議論紛々タル所ナレドモ、概スルニ三説アリ。第一説ハサビニ一氏其他ニ屬スル學派ノ主張スル所ナリ、其説ニ曰ク「凡ソ物料ハ製造ノ主タルモノタルヲ以テ縦ヒ之ニ幾度ノ勞力ヲ加フルモ物料ガ現ニ存在スル以上ハ物料ノ所有者ヲ以テ製作物ノ所有者トセザルベカラズ」ト。第二説ハプロキユラス等ノ學派ノ主張スル所ナリ、其説ニ曰ク「製作ハ新タナル物ヲ製出スルヲ以テ勞力ニ依リ生ジタル物品ハ既ニ舊物料ニアラズ舊物料ハ製作ノ爲ニ既ニ消滅シ去リテ更ニ新ナル一體ヲ生ジタルモノナリ故ニ製作者ハ先占ニ依リテ製造物ノ所有者タラザルベカラズ」ト。第三説ハ所謂折衷説ニシテ前兩説ヲ折衷シ、物料ノ原料ニ歸スルコトヲ得ベキト否トニ依リテ、製作物ガ製造者ニ歸スベキヤ否ヲ定ムベキモノトセリ。然レドモ右問題ハ之ヲ占有其他ノ取得原因ノ如何ヲ以テ決スベカラズ。寧ロ立法上ノ利害得失ヨリ之ヲ決定スルヲ適當トス。而シテ此立法上ノ得失論ニ就テハ近世ノ學者ハ概ネ第二説ニ於ケルガ如ク、製造者ニ與フルニ製作物ノ所有權ヲ以テセリ。然レドモ其理由ニ至リテハ全ク第二説ト異ニシテ一ニハ國家ノ經濟上製作物ハ勞力ノ効果トシ、一ニハ商業交通ノ安全上製作物ヲ以テ物料ト獨立ナラシムルニ在リ。製作物ノ所有ニ關スル古今ノ學說ハ概ネ此ノ如シト雖モ、我民法ニ至リテハ相變ラズボ氏ノ奇想ヲ以テ製作物



ノ所有權ヲ定ムルニ添附ノ原理ヲ適用スレドモ、添附ハ主從二個物ノ結合ヨリ發生スルモノナレドモ、製作ニ在リテハ則チ然ラズ。如何ニボ氏ナレバトテ眞逆ニ勞力ヲ以テ一ノ動產物ト爲シ勞力ナル動產物ガ從トシテ製造ノ物料ニ添附ストノ講釋ヲナスノ古學者ニモアラザルベシ。製作ヲ以テ添附トスルガ如キハ通常人ニハ誤リ得ラレザル無上飛切ノ誤ナリト謂フベシ。

我民法ノ規定ニ於テハ先ヅ製作ヲ物料ノ所有者ノ承諾アル場合ト承諾ナキ場合トニ區別シ、又製造ノ手間賃ガ著シク物料ノ價格ヲ超過スルト否トニ從ヒ、其所有權ノ歸屬ヲ定メタリ。則チ、

(一) 或ル人ガ他人ノ物料ヲ以テ新ナル用法ノ物ヲ作りタルトキハ、物料ノ所有者ハ手間賃ヲ拂ウテ其物ノ所有權ヲ要求スルコトヲ得ルトハ、第二十条第一項ノ規定スル所ナリ。即チ前ニ掲ゲタル第一説ト其歸ヲ一ニスルモノト謂フベシ。但シ法文ニ單ニ「所有權ヲ要求スルコトヲ得」ト謂ヒ、當然製作物ノ物料ノ所有者ニ歸スベキコトヲ確定セズ、故ニ物料ノ所有者ハ物料ヲ製作者ノ所有ニ歸シ置キ單ニ代價ヲ要求スルト又製作物自身ノ所有權ヲ取得スルトハ物料ノ所有主ノ隨意自由ナリ。但シ物料所有者ノ承諾アリタルトキハ、合意ニ從ヒ其所有權ノ歸着ヲ定メザルベカラザルハ、第二十一条ノ明定スル所ナリト雖モ、所有者ノ承諾ナキトキニ於テハ前述ノ如ク物料ノ所有者ニ於テ選擇ノ權ヲ有スルコト明白ナリ。故ニ第二十条第四項ハ明定シテ曰ク「所有者ノ承諾ナクシテ物料ヲ用ヒタルトキハ其所有者ハ常ニ自己ノ優先權即チ製作者ノ所有權ヲ要求スルノ權ヲ拋棄シ同品質同數量ノ物又ハ其代價ヲ要求スルコトヲ得」ト。然ラズンバ製作物ガ物料所有者ノ意ニ介セザルトキニ於テモ亦之ヲ領受

セザルベカラザルニ至レバナリ。

(二) 然レドモ、手間賃ガ著シク物料ノ價格ヲ超ユルトキハ、新ナル物ノ所有權ハ製作者ニ屬ス。但シ製作者ハ物料ノ所有者ニ賠償スルコトヲ要ス。而シテ又製作者ガ自ラ物料ノ幾分ヲ供シタルトキハ、其物料ノ價格ハ優先權ヲ定ムル爲之ヲ手間賃ニ合算ス。トハ是レ第二十条第二項及ビ第三項ノ定ムル所ナリ。此法文ニ依ルトキハ法律ハ「所有權ハ製造者ニ屬ス」ト規定スルヲ以テ、製作者ガ製作物ノ所有權ヲ取得スル場合ニ於テハ、其所有權ハ當然製造者ニ屬シ、製造者ハ物料ノ所有者ノ如ク所有權ヲ取得スルノ權ヲ棄テ、其代價ヲ要求スルコトヲ選擇スルノ權利ナシ。

右ニ論述シタル所ニ依リテ之ヲ看レバ、我民法ノ規定ハ第一説ニモアラズ、第二説ニモアラズ、又第三説ニモアラズシテ、一種新奇ノ説(若シ之ヲ法理上一説ト名クベクンバ)ナリ。而シテ殊ニ前第一項ノ場合ニ於テ、物料ノ所有者ニ與フルニ様ノ權ヲ以テシ、物料ノ所有者ハ其一ヲ撰マザルベカラザルモ、此選擇ノ權利ハ現ニ之ヲ實行セザレバ製造物ノ所有主ハ未ダ全ク定マザルモノト謂ハザルヲ得ズ。故ニ他人ノ物料ヲ用ヒ其承諾ヲ得ズシテ新ナル物品ヲ製造シタル場合ニ於テハ、物料ノ所有者ガ現ニ其選擇權ヲ行ハザル間ハ、幾十幾年ノ長キニ渉ルモ該製作物ハ何人ノ所有タルカヲ知ルベカラザルナリ。



附論

發見者ニ屬セザル埋藏物ノ添附

發見者ニ屬セザル埋藏物ノ添附

第二十三條ニ曰ク、

第五條ニ從ヒテ發見者ニ屬セサル埋藏物ノ部分ハ添附ニヨリテ其埋藏物ノ埋レ又ハ隠レタル所ノ動産又ハ不動産ノ所有者ニ屬ス

右動産又ハ不動産ノ所有者自身ニテ意外ニ發見シタル埋藏物ハ一半ハ添附ニヨリテ全部其所有者ニ屬ス

所有者ノ所爲又ハ其差圖ヲ受ケ若クハ受ケサル第三者ノ所爲ニテ特ニ搜索ヲ爲スニ因リテ發見シタル埋藏物ハ

添附ヲ以テ全部所有者ニ屬ス

原所有者ノ回復ニ對シ埋藏物ノ發見者ノ爲メ第六條ヲ以テ定メタル時効ハ右ノ場合ニ之ヲ適用ス

ト。如何ニモ長々シキ無用ノ「ノンセンス」ナリ。抑モ埋藏物發見者及ビ埋藏物所在地ノ所有者ノ埋藏物ニ對

スル權利ハ、法律ノ規定ニ基ツク所ノ權利ニシテ先占ニモアラズ又添附ニモアラザルコトハ近世法學者ノ盡ク一

致スル所ナレバ、前章ニ於テ既ニ之レヲ詳論シタル所ナルヲ以テ今更茲ニ喋々セズト雖モ、法律ガ發見者ニ屬セ

ザル埋藏物ノ一半ハ添附ニ因リテ取得スルモノト爲スノミナラズ、更ニ埋藏物ノ取得ニ關シテ先占ノ原理ヲ適用

シ埋藏物ノ存在セル動産若クハ不動産ノ所有者自身ニテ發見シタル埋藏物ノ一半ハ、先占ニ依リテ該所有者ニ屬

スト明言スルガ如キニ至リテハ、殆ンド之ヲ法理ノ端緒ヲモ辨知セザルノ所説ト謂ハザルヲ得ズト雖モ、右ノ如

キ場合ニ於テ、一半ハ先占、一半ハ添附ニ依リテ埋藏物ノ全部ガ埋藏物ノ埋没シタル所ノ所有主ニ屬スベキモノ

杯ト思ヒ付キタルボ氏ノ腕前、毎度ナガラ吾人ヲシテ一驚ヲ喫セシムルニ足レリ。



## 第二篇 有名合意

### 第一章 賣 買

#### 第一節 賣買ノ本義

賣買ノ本義

賣買ナル語ハ (Emtio) ナル羅馬法ノ用語ト恰當シテ賣ト買トノ兩義ヲ兼ヌレドモ、英語ノ Sale 佛語ノ Vente ハ單ニ賣ノ義ニシテ、獨語ノ Kaufen ハ單ニ買ノ義ノミヲ有スレドモ、已ニ賣ト謂ヘバ其裏面ニ於テ自ラ買ト謂フ意ヲ含ミ、已ニ買ト謂ヘバ其裏面ニ於テハ賣ノ意ヲ含ムガ故ニ、此等用語ノ差異ハ法理上敢テ關係スル所アルコトナシ。賣ト謂ヒ買ト謂ヒ、又賣買ト謂フモ、賣渡ノ方ヨリ謂ヘバ、或ル物ヲ與ヘテ之ニ對スル代價ヲ受ケ、買受ノ方ヨリ謂ヘバ代價ヲ拂ウテ之ニ對スル物ヲ受クルニ外ナラズ。

取得篇第二十四條第一項ハ賣買ノ定義ヲ與ヘテ曰ク「賣買ハ當事者ノ一方カ物ノ所有權又ハ其支分權ヲ移轉シ又ハ移轉スル義務ヲ負擔シ他ノ一方又ハ第三者カ其定マリタル代金ノ辨濟ヲ負擔スル契約ナリ」ト。一定ニシテ之ヲ謂ハ、代價ヲ請求スルノ人權ヲ取得シテ直ニ物ノ所有權ヲ移轉スル、又ハ之ヲ移轉スルノ作爲ヲ物體トスル合意ナリ。故ニ一ノ賣買タルニハ左ノ條件ヲ必要トスルヲ見ルベシ。

賣買ノ條件

(一) 承諾 賣買ハ双面ノ權利即チ合意ノ一種ナレバ當事者双方ノ承諾アルコトヲ必要トスルコト當然ナリ。而シテ其合意ヲ爲スノ方法ハ以下第二節第一款及ビ第二款ニ詳述ス。

(二) 賣買ノ物體 即チ直ニ所有權ヲ移轉スベキ物體ナカルベカラズ。然レドモ賣買ノ物體ニシテ指定物ニアラザレバ、直チニ移轉スルコト能ハザルハ當然ナレバ量定物等ノ如キモ亦其物體タルヲ得ザルニアラザルモ、量定物ノ賣買ハ單ニ作爲ノ義務ヲ生ズル契約ナリ。而シテ如何ナル物ガ賣買ノ物體タルコトヲ得ベキヤ否ニ就テハ第三節第二款ニ於テ之ヲ詳述ス。

(三) 當事者 合意ハ當然二人以上ノ當事者アルヲ要ス。而シテ其當事者ハ如何ナル能力ヲ必要トスルカ第三節第一款ニ詳述ス。

(四) 代價 賣買ハ一ノ有償合意ナレバ買主ハ賣主ニ對シテ代價ヲ拂ハザルベカラズ。其代價ノ何物タルニ就テハ第三節第三款ニ之ヲ詳述ス。

斯ノ如ク賣買ハ直ニ所有權ヲ移轉スルコトヲ得ルノ合意ナレバ、單ニ所有權ヲ後日ニ移轉セントノ義務ヲ負擔スル場合ノ外賣買ノ物體タル物ノ所有權ハ合意アルト同時ニ買主ニ移轉スベシ。故ニ賣買ハ一ノ有償ナル双面ノ權利行爲ニシテ一方ハ直ニ所有權ヲ移轉シ一方ハ單ニ代價ヲ拂フノ義務ヲ負擔スル合意ナレドモ、相互ニ義務ノミヲ負擔スル所ノ双務契約ニアラザルナリ。法文ニハ合意ヲ以テ一ノ契約ト定解スレドモ、契約ハ人權ヲ創設スルモノニ過ギザレバ、賣主ノ爲ニハ一ノ契約ナルベケレドモ、買主ニ取リテハ直チニ所有權ヲ取得スル權利行爲



ナリ。之ヲ以テ契約トスルハ素ヨリ當ヲ得タルモノニアラズ。但シ法文ニハ「又ハ移轉スル義務ヲ負擔シ」云々ト明言スルヲ以テ當事者ハ特ニ直ニ所有權ヲ移轉セズシテ單ニ後日ニ之ヲ移轉セントノ義務ヲ約シタル場合、又ハ量定物ヲ賣買セントコトヲ約シタル場合ニ在リテハ、其ノ契約ハ有効ニ成立シ又之ヲ賣買ト稱スルコトヲ得ベキモ、法律ガ賣買ニ關シテ特ニ設ケタル規定ハ直ニ所有權ヲ移轉スベキ賣買ニ適用セントスルニ在リ。

第二節 賣買ノ成立

第一款 單純ノ賣買

單純ノ賣買

文化未開ノ時代ニ在リテハ、金錢ヲ以テ交換ノ手段トスルノ思想ナリ、當時ニ於ケル取引ハ單ニ交換ニ止マリ有無相通ズルニハ唯双方相互ニ現物ヲ取換ヘタルモノナリシガ、金錢ヲ以テ一般交通ノ手段トスルノ時期ニ及ンデモ尙ホ賣買ハ代價ト物品トノ現物交換ニ過ギザリシガ、社會ノ進歩ニ從ヒ益現物取引ノ不便ヲ感ゼシメシヨリ、古代羅馬ニ於テモ實際現物ヲ用ヒズシテ、唯之ヲ代表スベキ見本若クハ其他現物ノ一小部ヲ天秤ニ載セ法定ノ式語ヲ以テ賣買ヲ結了セリ。而シテ此有形的賣買ノ方式ハ更ニ一轉シテ單ニ式語ノミヲ用フルヲ以テ充分ト爲シ、賣主ト買主トハ立會ノ上ニ一方ハ某々ノ物品ヲ買ハント云ヒ、一方ハ其物品ヲ賣ラント答ヘタルトキハ即チ賣買ハ茲ニ完了スベキモノトセリ。是レ羅馬法ノ所謂「ステビユレーシヨ」ナリ。然レドモ文化益發達シテ人事愈繁ヲ極ムルノ時勢ニ至リテハ斯ノ如キ有式賣買モ亦交通ノ便ヲ得ザルモノト爲シ、遂ニ賣買ヲ無式合意ト爲シ、承諾ノミヲ以テ其成立ヲ致スベキモノトナセリ。即チ賣買ハ承諾ト同時ニ物ノ所有權ハ直チニ買主ニ移轉シ

買主ハ賣主ニ對シテ單ニ代價ヲ拂フノ義務ヲ負擔スルノ合意トナルニ至レリ。之ヲ近世ニ於ケル賣買ノ法理トス。取得篇第二十五條第一項ニ「賣買ハ當事者ノ承諾ノミヲ以テ完全ニ成立ス」ト謂ヘルハ即チ此意ニシテ、賣買ハ單ニ當事者ノ意志ノ表示ニ依リテ成立シ、其意思ノ表示ニハ毫末ノ方式ヲ有スルコトナシ。蓋シ方式ナルモノハ未開時代ノ交換ヨリ來レル遺物ナレバ賣買ト交換トヲ區別セル今日ニ必要アルモノニアラザレバナリ。然レドモ學者或ハ競賣ヲ以テ賣買ト同視シ競賣ニ廣告及ビ入札方法等ノ方式アルヲ以テ、或場合ニ於テハ賣買モ要式ノ合意タルコトアルベキコトヲ主張スルモノアリ。而シテ競賣ハ素ヨリ有價合意ヲ爲スノ特別方法ナレドモ、賣買ノ特別方法ニアラズ競賣ノ事ニ就テハ仍ホ後節ニ之ヲ詳述セン。

第二款 條件附賣買

條件附賣買

賣買ハ未必若クハ解除ノ隨意ノ條件ニ繋ラシムルコトヲ得。而シテ其條件ハ第一方式第二豫約第三手附第四試賣ノ一ニ關スルヲ通常トス。予ハ序ヲ追ウテ左ニ之ヲ論述セン。

第一段 方式

賣買ノ方式

第二十五條第二項ニ曰ク「當事者ハ賣買ノ成立ヲ各自ノ證據ニ供スル公正證書又ハ私署證書ノ調製ノ條件ニ繋ラシムルコトヲ得」ト。抑モ賣買ハ不要式合意ニシテ承諾ノミヲ以テ成立スルコトヲ得ルモ、當事者ハ後日ノ證據ニ供センガ爲、證書ノ調製ヲ以テ賣買成立ノ條件トナスコトヲ得ベキハ當然ナリ。此場合ニ於テハ證書ノ調製ニ至ラザル間ハ賣買ハ未ダ成立セザルモノナリ。然レドモ是レ證書ノ調製ヲ以テ明ニ賣買成立ノ條件ト爲シタル



場合ノミニ限ルベク、賣買ノ際單ニ後日ニ證書調製スベキコトヲ約スルモ之ヲ以テ一ノ成立條件ト爲サマル以上ハ當事者ハ後日ニ證書ヲ調製スルノ義務ノミニシテ、賣買ハ既ニ成立シテ復タ動カスベカラザルモノタルベシ。

第二段 豫約

豫約

豫約ハ後日ニ直チニ所有權ヲ移轉スル所ノ賣買ヲ爲サントノ契約ニシテ、其契約ノ物體ハ一ノ作爲即チ賣買ノ合意ヲ爲スノ所爲ナリ。則チ豫約ハ其性質ニ於テハ作爲ヲ物體トスル契約ナルニ賣買ハ所有權ヲ移轉スル合意タルコトヲ得ベキモノナリ。故ニ其効果ニ於テモ亦、第一豫約ヨリ生ズル義務ハ片務タルコトヲ得ルモ、賣買ヨリ生ズルモノハ當然双務タルベク、第二賣買ニ於テハ賣主ハ賣買ノ當時ヨリ物ノ毀滅ノ責ヲ擔當スルモ豫約ニ在リテハ然ラザルベク、第三即時ノ賣買ニ於テハ手附ハ之レヲ附與シタル者ノ爲ノミニ解約ノ方法タルモ豫約ニ於テハ當事者双方ノ爲ニ解約ノ方法トナルベシ。而シテ此等ノ事ハ後ニ至リテ別ニ説明スル所アレバ茲ニ之ヲ論ゼズ。

然レドモ豫約ハ一ノ有効ナル契約ニシテ賣買ノ申込ニアラザルヲ以テ、豫約ハ其履行上賣買ヲ成立セシメザルベカラズ。故ニ豫約ハ直チニ所有權ヲ移轉セザルモ、代價ノ確定其他賣買ニ必要ナル一切ノ要件ヲ具備シ其豫約ノ履行ハ直ニ賣買ノ効果ヲ生ジ得ベキモノナルヲ要ス。否ラザレバ豫約ハ單ニ賣買ヲ爲スガ爲ニ協議ヲナサントノ契約トナリ、其契約ノ物體單ニ協議ヲ爲サントノ作爲トナリ、從テ豫約ハ履行セラレテ當事者間ニテ協議ハ之ヲ爲シタルモ、代價其他ニ就キ協議合ハズシテ賣買ハ遂ニ成立セザリシ時ト雖モ、豫約ハ仍ホ其履行ヲ完ウセルモノトナルニ至ルベシ。豫約ハ後日ニ賣買ヲ爲スベキ作爲ヲ物體トスルモ、後日ニ至テ賣買ノ協議ノミヲ爲サントノ作爲ヲ物體トスルモノニアラザルナリ。

豫約三種ノ場合

豫約ニ三種ノ場合アリ。第一ハ賣渡ノ豫約、第二ハ買受ノ豫約、第三ハ賣渡及買受相互ノ豫約ノ場合トス。即チ左ノ如シ。

(第一) 賣渡ノ豫約 ハ一方ノ要求次第ニ或ル物ヲ賣渡サントノ契約ニシテ、其契約ノ履行即チ賣買ノ成立ハ買主ノ隨意條件ニ繫ルモノナリ。設例ヘバ甲者ハ乙者ニ約スルニ、何時ニテモ乙者ノ要求次第其家屋ヲ賣渡スベキコトヲ以テシタルトキハ、賣買ハ未ダ成立セズシテ豫約ノミガ成立スレドモ、乙者ガ其賣渡ヲ要求シタルトキ、即チ隨意條件ガ發シタルトキハ、甲者ハ乙者ニ其家屋ヲ賣渡サマルベカラズ。第二十六條ニ「要約者ハ財產篇第三百八條ノ條件及ヒ區別ニ從ヒテ契約ヲ取結ヲ要求スル時ヨリ諾約者ハ其豫約ニ於テ定メタル代價及ヒ條件ヲ以テ賣買契約ヲ取結フ義務ヲ負擔ス」ト謂ヘルハ即チ是ナリ。而シテ諾約者ニ於テ若シ賣買契約ヲ取結ブコトヲ拒ムトキ、即チ豫約ノ履行ヲ拒ムトキハ裁判所ハ強制執行ニ依リ其義務ノ直接履行ヲ命ズルガ爲ニ賣買ガ成立シタルトノ判決ヲ爲ス。然レドモ豫約ハ決シテ未ダ物ノ所有權ヲ移轉セザルモノナルヲ以テ、豫約中賣渡ノ諾約者ガ之ヲ他人ニ讓渡シ、又ハ其物ノ上ニ物權ヲ附シタルトキハ、要約者ハ第三者ナル讓受人又ハ物權ノ所有者ニ對抗スルコトヲ得ザルベシ。但シ豫約ノ履行トシテ裁判所ガ賣買ノ成立ヲ言渡シタルトキハ、要



約者ハ不動産ニ關シテハ其判決ヲ登記シテ第三者ニ對抗スルコトヲ得ベク、又賣渡ノ豫約ヲ豫約成立ノ當時ニ登記シタルトキハ、其豫約ノ履行トシテ言渡サレタル賣買成立ノ判決ハ賣主ノ承繼人ニ對シ、豫約登記ノ日即チ既往ニ溯リテ其効力ヲ生ズベシ。(第二十七條)

(第二) 買受ノ豫約 ハ一方ノ要求次第ニテ或物ヲ買受ケントノ契約ニシテ、其契約履行即チ賣買ノ成立ハ賣主ノ隨意條件ニ係ルモノナリ。設例ヘバ、予ハ何時ニテモ御請求次第金若干圓ニテ貴殿ノ地所ヲ買求申スベシ、トノ契約ヲ取結ビタルトキハ、賣買ハ未ダ成立セザルモ豫約ハ已ニ成立スベシ。而シテ該土地所有者ガ賣渡ヲ請求シタルトキハ、隨意條件ハ即チ發生シタルモノナレバ、予ハ其時ヨリ之ヲ買取ルノ責ニ任ズベシ。其他不動産ニ就テノ賣買成立セリトノ判決及ビ豫約ノ登記等ハ、前項ニ論述セル賣渡ノ豫約ノ場合ト其理ヲ異ニスル所ナシト雖モ、買受ノ豫約ノ履行ハ單ニ賣主ヲシテ代價ヲ要求スルノ權ヲ得セシムルニ過ギザルヲ以テ、強テ直接履行ヲ要求シ、裁判所ヲシテ賣買成立ノ判決ヲ爲サシムルノ必要ナカルベク、又豫約ヲ登記スルモ、若シ要約者(賣主)ニシテ自ら其物體タル物ヲ他人ニ讓渡シタルトキハ自ら豫約ヲ履行スルコト能ハザル地位ト爲ルガ故ニ、毫モ登記ノ効力利益ナカルベシ。

(第三) 賣買相互ノ豫約 トハ當事者ノ一方ハ他ノ一方ニ對シ、相互ニ一方ノ要求次第ニテ或ル物ヲ賣渡シ又ハ之ヲ買受ケンコトヲ約スルモノニシテ、其賣買ハ相互ノ隨意條件ニ繋ルモノナリ。此場合ニ於テハ即チ前二項ニ論述シタルト同一ノ方法ニ從ヒ、豫約ノ履行即チ賣買ヲ爲サンコトヲ要求スルコトヲ得ベシ。然レドモ相互

ノ豫約ノ如キハ當事者ニ於テ外見上縱ヒ之ヲ豫約ナリトスルモ、其實即時ノ賣買タルコト多カルベシ。故ニ第二十八條第二項ハ曰ク「裁判所ハ此場合ニ於テ當事者ノ意思ヲ解釋シ賣買ノ豫約方即時ノ賣買ノ効ヲ有スルモノト判決シ又期間ノ定アルトキハ其期限ハ履行ノミニ適用セラル、モノト判決スルコトヲ得」ト。但シ此法文中履行ノ文字ハ豫約ノ履行ヲ謂フニアラズシテ、賣買ノ履行即チ賣買シタル物ノ引渡及ビ代金ノ拂渡ヲ指シタルモノトセザレバ其意ヲ爲サマルベシ。

第三段 手附

手附

手附ノ性質ハ種々ノ點ニ於テ之ヲ考慮スルコトヲ得。今其主タルモノヲ舉グレバ則チ左ノ如シ。

(一) 手附ハ賣買成立ノ證據ト看做スコトヲ得。此場合ニ於テハ手附ハ唯賣買ノ成立ヲ證スルノ一手段ナリ。  
(二) 手附ハ賣買ノ擔保ト看做スコトヲ得。此場合ニ於テハ手附ハ契約ノ履行ヲ擔保トスル過怠金ト等シク、當事者ノ一方ハ手附ヲ受取り乍ラ尙違約者ニ對シテ賣買ノ履行ヲ請求スルコトヲ得。

(三) 手附ハ之ヲ代金ノ内拂ト看做スコトヲ得。此場合ニ於テハ手附ヲ與ヘタルモノハ既ニ賣買ノ一部ノ履行ヲ爲シタルモノト爲ルベシ。但シ手附ヲ以テ内拂ト看做シ得ベキハ買主ヨリ手附金ヲ賣主ニ與ヘタル場合ニ限ルベシ。賣主ヨリ與ヘタル手附ニ就テハ決シテ之ヲ内拂ト看做スベキ理由アルベカラズ。

(四) 手附ハ之ヲ解約ノ方法ト看做スコトヲ得。設例ヘバ當事者ノ一方ガ合意ノ當時ニ他ノ一方ニ對シテ手附金ヲ與ヘタルニ、他ノ一方ニシテ其合意ヲ履行セザルトキハ、手附金ヲ取得シテ違約者ニ之ヲ返還セズ、而シテ合



意ハ之ガ爲ニ解約セラレテ違約者ハ再ビ之ヲ履行スルノ責任ナカルベシ。

以上四種ノ考察中第四即チ手附ヲ以テ解約ノ方法ト見做ス説ニ於テノミ手附ヲ附シタル賣買ヲ以テ當事者ノ一方ノ隨意ノ解除條件ヲ附シタル賣買ト爲ルコトヲ得。即チ當事者ハ手附ノ爲ニ未ダ賣買ヲ履行スルノ責ヲ負擔セズ、仍ホ其意思ニ從ガヒ賣買ノ合意ヲ解除スルコトヲ得ベク、而シテ他ノ一方ハ單ニ手附金ヲ取得スルニ止マリ。

我民法ニ於テモ亦手附ヲ以テ一般ニ隨意ノ解除條件トスレドモ、又場合ニ依リ其趣ヲ異ニセリ。蓋シ手附ヲ解除條件ト爲シ、又ハ内拂トシ又ハ過怠金ト同視スルト否トハ、何レモ當事者ノ合意ニ疑義アル場合ニ於テ其意思ヲ解釋シテ、法理上一應ノ推定ヲ下スモノニ過ギザレバ、場合ニ依リ其推定ヲ異ニスベキハ當然ナリ。而シテ我民法ハ此等ノ場合ヲ先ヅ日後ノ賣買即チ豫約ト、日後證書ノ調製ヲ條件トスル賣買トニ大別セリ。則チ、

(第一) 後日ノ賣買ヲ約スル場合ハ、其双務若クハ片務ノ豫約ニ繫ルト日後ノ證書調製ヲ條件トスルトヲ問ハズ、賣買ハ未ダ成立セザレバ手附ヲ以テ内拂即チ賣買ノ一部ノ履行ト見做スコトヲ得ズ。故ニ手附ヲ以テ解約ノ方法ト爲スベキモノトセリ。(第二十九條及第三十條) 即チ、

(甲) 豫約ガ片務ナルトキニ於テ、諸約者ガ之ヲ解約セント欲スルトキハ、諸約者ハ豫テ預ケ置キタル手附金ヲ失フベク、若シ又豫約ヲ履行セントスルトキハ、之ヲ履行シテ手附金ヲ取戻スコトヲ得ベシ。手附ヲ失フト之ヲ得ルトハ諸約者ノ隨意ニ依リ賣買ノ契約ヲ履行スルト之ヲ解除スルト否トニ存スベシ。

(乙) 豫約ガ双務ナルトキ、又ハ賣買ノ成立ガ證書ノ調製ヲ條件トスルトキニ於テ、(第一) 當事者双方ガ相互ニ與ヘタル手附金ハ双方ノ何レタルヲ問ハズ之ヲ解約セントスル者ニ於テ之ヲ失ヒ、且他ノ一方ヨリ受ケタル手附ヲ返還セザルベカラズ。(第二) 當事者ノ一方ノミガ與ヘタル手附ニ就テハ其手附ヲ與ヘタル一方ガ解約ヲ爲サントスルトキハ、其手附ヲ失ヒ又已ニ手附ヲ受ケタル一方ガ解約ヲ爲サントスルトキハ、其已ニ受ケタル手附ヲ返還セザルベカラザルノミナラズ、更ニ其手附ト同額ノ金錢ヲ他ノ一方ニ與ヘザルベカラズ。故ニ法律ハ「手附ノ二倍ヲ返還ス」ト云ヘリ。

(第二) 即時賣買ノ場合ニ於テモ亦手附ハ一ノ隨意ノ解除條件ナレドモ、此場合ニ於テハ唯手附ヲ與ヘタル者ノ利益ノ爲ニミ解除條件ト爲ルベキヲ以テ、手附ヲ與ヘタル者ニ於テ解除ヲ欲スルトキハ、其手附金ヲ失ウテ之ヲ解除スルコトヲ得レドモ、他ノ一方即チ手附ヲ受ケ若クハ之ヲ受クベキ者ハ、必ズ賣買ヲ履行スルノ責任ヲ有シ、豫約ノ場合ニ於ケルガ如ク手附ノ二倍ヲ拂ウテ隨意ニ其解除ヲ爲スコトヲ得ズ。然レドモ買主即チ代價ヲ拂フノ一方ニ於テ手附金ヲ賣主ニ與ヘタルトキハ、之ヲ代價ノ内拂即チ賣買ノ一部ノ履行ト看做サザルベカラズ。但シ、(第一) 手附ガ金錢以外ノ有價物ナルトキ、(第二) 解除條件ト看做スベキ地方ノ慣習アルトキ、(第三) 解除條件ト爲スベキヲ明約シタルトキニ於テハ此限ニアラザルベシ。

然レドモ前項ニ論述スル所ハ、單ニ當事者ノ意思ノ推定タルニ過ギザルヲ以テ、若シ已ニ全部又ハ一部ノ履行アリタルトキハ反對ノ推測ヲ下スベキヲ以テ、如何ナル場合ニ於テモ賣買ハ有効ニ成立シテ手附ヲ與ヘテ賣



買ヲ解除スルコトヲ得ザルナリ。

#### 第四段 試験及ビ試味ノ賣買

試験及ビ  
試味ノ賣  
買

試験賣買トハ試験ノ上ニテ買受ケントノ賣買ナリ。乘馬其他器械ノ如キ、先ヅ之ヲ試験シテ良好ナリトスルトキニ於テ之ヲ買取ルハ普通日常ノ事柄ナリ。又試味賣買トハ試味ノ慣習アル日用品ニ付キ其味ヲ試ミタル上嗜好ニ適スル時ニ於テ之ヲ買受ケントノ賣買ニシテ、酒類、醬油類ノ賣買ノ如キ是又日常ノ事柄タリ。而シテ此等ノ試買ハ皆買主ノ意思如何ニ依リテ成立スルモノニシテ、何レモ隨意條件ニ繋ルノ賣買ナリ。然レドモ此隨意條件ハ或ハ適宜ノ停止條件タルコトアルベク、或ハ拒絶ノ解除條件タルコトアルベシ。隨意ノ條件ヲ附シタル試買ニ於テハ、買主ハ若シ之ヲ好ムトキハ買取ランコトヲ約シ、拒絶ノ條件ヲ附シタル試買ニ於テハ、若シ之ヲ好マザルトキハ返却センコトヲ約スルモノナレバ其間賣買ノ効果ニ於テ著大ナル差異ヲ生ズベシ。即チ一ハ賣買ハ未ダ成立セザルヲ以テ、其物ノ所有權ハ依然賣主ニ存スルモ、一ハ賣買ハ既ニ成立シ其物ノ所有權ハ已ニ買主ニ移轉スルモ、買主ニ於テ之ヲ好マザルトキハ其賣買ヲ解除スルコトヲ得ルニ過ギズ。

然レドモ隨意ノ停止條件タルト、拒絶ノ解除條件タルトヲ問ハズ、賣買ノ成立スルト否ト又賣買ノ解除セララル、ト否トノ原因ハ、買主ノ嗜好如何ニアルト明白ナレドモ、其嗜好ナルモノニ從ヒ賣買ノ物品ヲ良好トシ、又ハ之ヲ良好ナラズトスルヲ決スルニハ、物格的ニ之ヲ決スベキカ、將主格的ニ之ヲ決定スベキカ、此問題ニ於テハ學者ノ間多少ノ議論アリト雖モ、苟モ嗜好ナルモノハ人ノ心理上ノ有様ナルヲ以テ之ヲ主格的ヨリ決定セザル

ベカラザルハ明白疑ナシ。故ニ第三者ナル鑑定人等ニ於テ嗜好ニ適スベキモノト判定シ、又何人モ之ヲ然リトスルモ買主ニ於テ之ヲ嗜好ニ適セズトスル時ハ即チ賣買ハ或ハ不成立トナリ、或ハ解除セララルベシ。但拒絶ノ解除條件ヲ附スルニ、或物格的ノ品質ヲ以テシタルトキハ、其品質ハ第三者ナル鑑定人ニ於テ之ヲ決定シ、若シ鑑定人ニ於テ良好ナリトスルトキハ、買主ニ於テ然ラズトスルモ決シテ其賣買ヲ解除スルコトヲ得ザルベシ。設例ヘバ上等ノ白酒ヲ賣買セントスルニ際シ、其品質ノ上等タルベキヲ以テ條件トナシタルトキニ於テ、其所謂上等ナルモノハ、物格的ニ決セラルベキモノナルガ故ニ、鑑定人ニ於テ之ヲ上等ナリトスルトキハ、賣買ハ有効ニシテ決シテ之ヲ解除スルコトヲ得ザルベク、又其反對ノ場合ニ於テハ之ヲ解除スルコトヲ得ベシ。然レドモ是レ品質ヲ以テ一ノ解除條件ト爲シタル一般ノ條件附賣買ナリ。隨意ノ拒絶條件附ノ賣買即チ試買ニアラザルナリ。

民法ハ場合ニ依リ隨意ノ停止條件トスベキモノト拒絶ノ解除條件トスベキモノトヲ定メタリ。即チ、

(第一) 試験賣買ハ事情ニ依リ或ハ適意ノ停止條件トナリ或ハ拒絶ノ解除條件トナルニトアルベク、法律ハ別ニ其推測ヲ一定スルコトナクシテ、之ヲ各場合ニ於ケル裁判官ノ判定ニ一任セリ。第三十一條第一項ニ曰ク「試験ニテ爲ス賣買ハ事情ニ從ヒ買主ノ隨意ノ停止條件又ハ拒絶ノ解除條件ヲ帶ヒテ之ヲ爲シタルモノト看做スコトヲ得」ト。

(第二) 右ニ反シ、試味賣買ニ就テハ法律ハ一應ノ推測ニ於テ之ヲ隨意ノ停止條件ト爲ス第三十一條第二項ニ曰ク「試味ノ慣習アル日用品ノ賣買ハ適意ノ停止條件ヲ帶ヒテ之ヲ爲シタルモノト推定ス」ト。



然レドモ右ノ如キ試験賣買又ハ試味賣買ニ於テ、當事者ガ試験又ハ試味ノ期日ヲ定メタルトキハ別ニ論ナシト雖モ、若シ、其期日ヲ定メザリシトキハ如何、際限ナク之ヲ猶豫スルコトヲ得ベキモノトスル時ハ、賣買ハ遂ニ成立セズ。又一旦成立シタル賣買ハ、何時解除セラル、カヲ知ルベカラザル如キ不確定ノモノタルニ至ルベシ。第三十二條ハ此場合ニ處スベキ規矩ヲ定メテ曰ク「前條ニ定メタル二個ノ場合ニ於テ賣主カ己レニ屬スル權利ノ行使ニ付キ期限ヲ定メサルトキハ短キ期間ニ於テ決答スヘキ催告ヲ受ク若シ決答ヲ爲サシテ賣渡物ノ引渡ヲ受ケタルトキハ買主ハ承諾シタリトノ推定ヲ受ケ反對ノ場合ニ於テハ拒絕シタリトノ推定ヲ受ク」ト。

第三款 強要ノ賣買

何人ヲ問ハズ、一ノ賣買ヲ爲スト爲サルトハ其ノ自由ナレ共例外トシテ賣買ヲ強要セラル、場合ナキニアラズ。此場合ニ於テモ亦承諾ハ充分ニ存在スレドモ、唯其賣買ヲ強要セラル、ニ過ギズ。而シテ其強要ハ或ハ法律ニ依リ、或ハ裁判所ノ處分ニ依リ、或ハ私人ノ權利行使ニ原因ス。即チ、

(第一) 法律ノ強要 ニ依ル賣買ハ貸地ノ所有者ガ他人ノ土地ヲ通行スル權ヲ請求シ、又ハ相隣地ノ所有者ガ隣地ノ所有者ニ對シテ法律ノ地役ヲ要求スル如キ場合ノ如キモノトス。學者往々公用徵收ヲ以テ此場合ニ包含セシムルモ、公用徵收ハ公益ノ爲私人ノ土地ヲ徵收スルモノニシテ當事者ヨリ承諾ナケレバ之ヲ賣買ト謂フコトヲ得ズ。

(第二) 裁判上ノ處分ニ因ル強要ノ賣買ハ共有物ノ分割ノ強要及ビ公賣處分ノ如キ是ナリ。但シ公賣處分ノ如キ

ハ公吏其所有者ニ代リテ賣買ヲ爲スモノトセザルベカラズ。

(第三) 權利行爲 私人ノ權利行爲ニ係ル強要ノ賣買ハ買戻契約先買權等ニシテ私人間ノ合意ニ依リ、一方ハ他ノ一方ニ對シテ賣買ヲナサルベカラザルコトヲ強要スルモノナリ。

第三節 賣買ノ條件

第一款 賣買ノ主體

賣買ノ主體

賣買ノ主體即チ賣主及ビ買主ハ共ニ賣買ヲ爲スノ能力ヲ有セザルベカラズ。未丁年者、禁治産者等一般ニ權利ヲ取得移轉スルノ能力ナキ一般ノ場合ハ今茲ニ之ヲ論ゼズ。唯ダ賣買ニ就テ法律上特ニ賣買ヲナスノ能力ナキモノト定メラレタル者ニツキ、茲ニ其大綱ヲ論ゼントス。而シ其賣買ノ不能力ハ或ハ賣主ニ屬シ或ハ買主ニ屬スレドモ茲ニ論ズル所ハ、主トシテ買主ノ能力ニ屬シ、又相對的不能ニ屬セリ民法上賣買ノ不能力者ヲ別チ左ノ三種トスルコトヲ得。

(第一) 夫婦 夫婦間ノ賣買ハ法律上嚴ニ禁止スル所ニシテ絶對的ニ無効タリ。第三十五條第一項ニ曰ク「配偶者ノ間ニ於テハ、動産ト不動産トヲ問ハス賣買ノ契約ヲ禁ス」ト。論者其理由ヲ説明シテ曰ク「夫婦ハ其愛情ニ拘泥シテ常ニ相互ニ贈與ヲ爲シ夫若クハ婦ハ各其死後ニ財産ヲ生存セル夫若クハ婦ヲシテ專有セシメンコトヲ切望シ遂ニ其子孫ヲシテ餓鬼ニ迫ラシムルモノアリ故ニ夫婦間ノ贈與ハ法律ノ嚴禁スル所ナレドモ名義ヲ賣買ニ借リテ其實贈與ヲ行フノ弊ナシトセズ是レ法律ガ夫婦間ノ賣買ヲ嚴禁セル所以ナリ」ト。嗚呼是レ何レノ國

民法上賣買ノ不能力者



ニ於ケルノ法律ゾヤ。嗚呼是レ何レノ國ニ於ケルノ陋俗ゾヤ。夫婦ノ情ヲ以テ親子ノ情ニ及バザルモノトナシ、親子ノ情誼ヲ犠牲トシテ夫婦ノ私慾ヲ逞ウセントノ國俗ナリ、禽獸ノ國ニアラズンバ豈此必要ヲ見ンヤ。而シテ禽獸國ノ法律ヲ移シテ以テ我君子國ニ植ウ、若シ夫レ我民法ノ起草者ヲシテ一外臣ナラシメズンバ、何人カ能ク我帝國ノ法律トシテ之ヲ甘受スル者ゾ。予ハ此法律ノ決シテ其目的ヲ達スベキ事實ナキヲ知ルナリ。論者又或ハ之ヲ以テ、夫婦共謀シテ夫婦以外ナル債權者ヲ詐害スルノ弊ヲ豫防スルニ出デタルモノトシテ以テ此律ヲ辯護スルモノアラント雖モ、果シテ然リトセバ他ニ之ヲ豫防スルノ方法アリ、絶對的ニ夫婦間ノ賣買ヲ無効トスルノ必要ナキノミナラズ、其精神ノ在ル所ヲ探究スルニ之ヲ敗德國ノ法律ニ照サバ、其精神ノ彼ニアラズシテ是ニアルコト照々乎トシテ疑ノ容ルベキモノナカルベシ。又法律ハ此精神ヲ推シ配偶者ノ間ニ於テ既ニ存在スル義務アルニ當リ、代物ヲ以テ之ヲ辨濟スルニモ亦自由ニ之ヲ爲スコトヲ禁ジ、裁判所ノ認可其他ノ制限ヲ加ヘタリ。第三十五條第二項以下ニ曰ク、

配偶者ノ一方カ他ノ一方ニ對シテ負擔スル眞實且正當ナル債務ヲ消滅セシムルニハ相互ニ代物辨濟ヲ爲スコトヲ得。

右代物辨濟ハ相當ノ疏明ヲ爲セル後裁判所ノ認許ヲ得タル後ニアラサレハ配偶者ノ間ニ於テ有効且完全ナラス。

又此代物辨濟ガ不動産物件ヲ目的トスルトキハ其代物辨濟ハ登記中ニ右認許ヲ附記シタルニアラサレハ第三

者ニ對シテ効力ヲ有セス。

ト。以テ敗徳ノ社會ニ望ムノ法律タルヲ見ルベシ。而シテ若シ配偶者ガ賣買ヲ爲シ、又ハ裁判所ノ認許ナキ代物辨濟ヲ爲シタルトキハ其ノ行爲ハ無効ニシテ、其銷除訴權ハ賣渡又ハ認許ナキ代物辨濟ヲ爲シタル配偶者其相續人又ハ承繼人ニ屬ス。但シ其訴權ハ財產篇第五百四十四條以下ノ一般ノ規則ニ從フベキモノトス。(第三十六條)

(第二) 管理人及公吏 未成年者、禁治產者ノ後見人、國ノ財産ニ就テハ、國庫ヲ代表スル官吏等法律上ノ管理人タルト、又保管人、管財人等裁判上ニテ命ゼラレタル管理人タルト、又代理人即チ合意上ノ管理人タルトヲ問ハズ、一切ノ管理人及ビ執達吏ノ如キ、法律上競賣ヲ處理シ又ハ之ヲ指揮スルノ任アル公吏ハ直接ニ自己ノ名義ヲ以テスルモ、又間介人ニ依ルモ其賣渡若クハ競賣スル財産ニ就テハ、協議上又競賣上ノ取得者ト爲ルコトヲ得ズ(第三十七條)。而シテ此規定ニ背キタル賣買ノ銷除訴權ハ原所有者其相續人及承繼人ニ屬スベシ。(第三十八條)

(第三) 判檢事書記代言人及ビ公證人 判事、檢事、裁判所書記、辯護士及公證人ハ爭ニ係ル物權又ハ人權ニシテ、其職務ヲ行フ裁判所ノ管轄ニ屬スベキモノ、所得者タルコトヲ得ズ。若シ此規定ニ背キタルトキハ、讓渡人、權利ヲ爭フ相手方、其双方ノ相續人及承繼人ニ於テ銷除訴權ヲ行フコトヲ得ベク、又權利ヲ以テ爭フ相手方、其相續人又ハ承繼人ハ讓受人ニ讓渡ノ現價ト辨濟ノ日ヨリノ利息トヲ辨償シテ其權利ノ受戻ヲ爲スコトヲ



得。(第三十九條及第四十條)

第二款 賣買ノ物體

賣買ノ物體

財産ノ物體タルベキモノハ悉ク之ヲ賣買スルコトヲ得ベシ。故ニ賣買ノ物體ハ有體物タルト無體物タルトヲ問ハズ、動産タルト不動産タルトヲ問ハズ、又現ニ存在スルモノト將來ニ存立スベキ物トヲ問フコトナシ。金錢ノ如キモ亦一ノ物品トシテ之ヲ賣買ノ物體トスルコトヲ得ベシ。第二十四條ハ、賣買ヲ以テ物ノ所有權及支分權ヲ移轉スルノ合意トスルガ故ニ、人權ヲ以テ賣買ノ物體トスルコトヲ得ザルニ似タルハ、法文ノ不完全ニシテ我民法モ亦人權ノ賣買ヲ認メザルモノニアラズ。或論者ノ如キハ人權モ亦所有權中ニ包含セラルベキモノトスレドモ、若シ人權ヲ以テ所有權ト謂フコトヲ得ベクンバ、支分權モ亦一ノ所有權ナラン。人權ヲ以テ所有權トスルガ如キハ、素ヨリ其當ヲ得タルモノニアラズ。事ハ既ニ財産篇ノ講義ニ於テ之ヲ詳論セリ。又上ニ論述セルガ如ク、將來ニ發生スベキ物モ亦賣買ノ物體タルコトヲ得レドモ、此場合ニ於テハ其賣買ハ二様ノ考察ヲ下スコトヲ得ベシ。即チ、

(一) 買主ガ結局ニ至ルマデノ結果ニ就テ自ラ危險ヲ負擔スル場合アリ。即チ此場合ニ於ケル當事者ノ意思ハ賣買セントスル物ハ、後日ニ至リ現ニ發生セザルモ、仍ホ買主ニ於テ代價ヲ拂ハンコトヲ約スルニ在リ。設例ヘバ甲者ハ乙者ニ約スルニ、甲者ノ田地ニ於テ今秋收穫スベキ一切ノ米穀ヲ、三百圓ニテ賣拂ハンコトヲ以テシタルトキハ、秋季ニ至リ米穀不作ニシテ登ラズ現ニ毫末ノ收穫ナカリシトキト雖モ、甲者ハ仍ホ其代價三百圓

ヲ拂ハザルベカラズ。又此種ノ賣買ハ漁村ニ於ケル漁業若クハ遊樂ノ爲ニ漁獵ヲ爲ス場合ニ於テ漁夫ニ約スルニ一網若干金ヲ以テスル場合ニ於テ屢々其例ヲ見ル。

(二) 買主ハ單ニ買取ルベキ物ノ數量ノミニ就キ危險ヲ負擔スル場合アリ。此場合ニ於テハ將來發生スベキ物ノ分量ニ從ヒ、代價ヲ定メタルモノニシテ、其物ノ分量ハ如何ニ少クトモ現ニ發生セザレバ賣買ハ有効ナラザルナリ。設例ヘバ甲者乙者ニ約スルニ乙者所有ノ田地十反ヨリ今秋收穫スベキ米穀ヲ一反ニツキ金十圓ニテ買受ケンコトヲ以テシタルニ、秋季ニ至リ米穀全ク不作ニシテ毫末ノ收穫ナキトキハ其ノ賣買ハ無効トナリ、甲者ハ毫末代價ヲ拂フノ義務ナシト雖モ、縱ヒ少量ニテモ收穫アリタルトキハ、其分量ニ從ヒ之ニ相當スル代價ヲ拂ハザルベカラズ。

然レドモ又賣買ノ物體タルコトヲ得ザルモノアリ。民法上此場合ヲ以テ左ノ三説ニ分説スルヲ適當トス。

(第一) 不融通物 即チ法律上財産權ノ物體タルコトヲ得ザルモノ、及ビ財産權ノ物體タルコトヲ得ベキモノト雖モ、法律ニ於テ各人ニ處分ヲ禁ジタルモノハ賣買ノ物體タルコトヲ得ズ。此等ノ事ニ就テハ既ニ財産篇ニ於テ論述シタルヲ以テ今茲ニ之ヲ論述スルヲ要セズ。又取得篇ニ於テ特ニ之ヲ規定スルヲ要セザルノ事柄ナリ。而シテ若シ此等ノ物ハ賣買ノ物體タルコトヲ得ザルニ拘ラズ、現ニ之ヲ賣買ノ物體トナシタルトキハ、其賣買ハ固ヨリ絶對的ニ無効ナレバ、抗辯ノ方法ニ依ルモ又訴ノ方法ニ依ルモ當事者ハ各自ニ之ヲ援用シテ無効ヲ主張スルコトヲ得ベク、又當事者ノ一方ガ詐偽ヲ以テ賣買ノ禁制ナルコトヲ隱秘シタルトキハ、損害賠償ヲモ爲

賣買ノ物體タルコトヲ得ザル物



スノ責ニ任ズベシ。(第四十一條)

(第二) 他人ノ所有物 羅馬法ニ於テハ賣買ナルモノハ單ニ占有ヲ引渡スノ義務ノミヲ生ズル合意ナリシヲ以テ、他人ノ所有物ト雖モ賣買ノ物體タルコトヲ得ベク、而シテ他人ノ物ノ占有引渡ヲ受ケタル買主ガ眞ノ所有者ヨリ之レヲ追奪セラレタルトキハ賣主ニ對シテ其損害賠償ヲ要求スルコトヲ得タリシニ過ギザリシガ、近世ノ法理ニ於テハ賣買ハ直ニ所有權ヲ移轉シ得ベキモノトスルニ至リタルヲ以テ、從テ他人ノ所有物ハ斯ノ如キ賣買ノ物體タルコトヲ得ザルモノト爲シ、他人ノ所有物ノ賣買ハ其物體ニ能力ナキモノトシテ、絶對的ニ之ヲ無効トセザルベカラザルノ原則ヲ認ムルニ至レリ。第四十二條第一項ニ曰ク「他人ノ物ノ賣買ハ當事者双方ニ於テ無効ナリ」ト。然レドモ此原則ハ唯直ニ所有權ヲ移轉スル特定物ノ賣買ニ就テノミ適用セラルベシ。決シテ其他ノ賣買ニ適用セラルベキモノニアラズ。即チ、

(一) 他人ノ物ノ賣買ヲ無効トスルニハ、當事者ガ直ニ所有權ヲ移轉スルノ意思ヲ以テ合意ヲ爲シタル場合タラザルベガラズ。其他ノ賣買即チ後日ニ所有權ヲ移轉セントノ賣買ハ、作爲ノ義務ヲ生ズルノミニ止マルヲ以テ、斯ノ如キ賣買ハ他人ノ所有物ヲ以テ其物體トスルモ決シテ無効タルコトナカルベシ。而シテ若シ賣買ニシテ直ニ所有權ノ移轉ヲ目的トスル場合ニ於テハ、當事者双方若クハ當事者ノ一方ノミガ他人ノ物タルヲ知ルト知ラザルト、即チ善意ナルト惡意ナルトヲ問ハズ、共ニ絶對的ニ無効ニシテ賣主タルト買主タルトヲ問ハズ等シク其無効ヲ主張スルコトヲ得ベシ。然ルニ第四十二條第二項ハ「然レトモ賣主ハ賣買ノ際其物

ノ他人ニ屬スルコトヲ知ラサルニ非レハ其無効ヲ援用スルコトヲ得ス」ト規定シ、賣主ハ善意ナルトキノミニ於テ無効ヲ主張スルコトヲ得ベキコトヲ明言スルヲ以テ、賣主ノ善意ナル場合ニ於テハ、他人ノ物ノ賣買ハ唯相對的ニ無効ナルガ如クニ見ユレドモ他人ノ物ノ賣買ハ本來其物體ニ能力ナキモノナルヲ以テ、買主ガ之ヲ知ルト否トニ依リテ或ハ無効トナリ或ハ有効トナルノ理由アルベカラズ。故ニ第四十二條第一項ト第二項トハ其精神ニ於テ抵觸スルモノト謂ハザルヲ得ザルガ如シト雖モ、予ハ之ヲ抵觸ト云ハンヨリ寧ロ第一項ト第二項トハ其適用スベキ場合ヲ異ニセルモノト解セザルヲ得ズ。即チ第一項ハ直ニ所有權ヲ移轉スル賣買ニ就テノ規定ナルモ、第二項ハ所有權ヲ移轉セントノ作爲ヲ物體トスル賣買ニ就テノ規定ナリトスルヲ以テ適當ノ解釋ナリトス。要ハ唯當事者ノ意思ノ解釋如何ニ在リ。予ハ左ニ此等ノ場合ヲ分析シテ讀者ノ一覽ニ供セントス。

(甲) 當事者ガ直ニ所有權ヲ移轉スルノ意思ナリシトキハ、双方タルト若クハ一方タルトヲ問ハズ、善意ナルト惡意ナルトハ毫モ其効力ニ差違ヲ及ボスコトナクシテ共ニ絶對的ニ無効ナリ。第四十二條第二項ハ此場合ヲ豫想スルノ規定ニアラズ。

(乙) 當事者双方ガ惡意即チ他人ノ物タルコトヲ知リテ之ヲ賣買セントコトヲ約シタルトキハ、直ニ所有權ヲ移轉スベキ賣買トシテ無効ナレドモ、此ノ如キ場合ハ之ヲ後日ニ所有權ヲ移轉セントスルノ賣買トスルヲ以テ適當トス。此場合ニ於テハ賣買ノ物體ハ一ノ作爲ナルヲ以テ他人ノ物タルト否トヲ問フノ必要ナケレ



バ其賣買ハ當事者双方ニ對シテ有効ナリ。

(丙) 買主ハ惡意賣主ハ善意ニテ賣買ヲ爲シタルトキハ、買主ハ他人ノ物タルコトヲ知りツ、之ヲ買取ランコトヲ約スルモノナレバ、買主ニ取りテハ此賣買ハ單ニ作爲ヲ目的トスル賣買ニシテ、直ニ所有權ヲ移轉スル賣買ト看做スコトヲ得ズ。又賣主ハ之ヲ所有權移轉ノ賣買ト主張スルコトヲ得ズ。故ニ買主ニ對シテ右ハ賣買ハ作爲ヲ物體トスル賣買トシテ有効ナレドモ、賣主ハ他人ノ物タルコトヲ知らザルモノナルヲ以テ、賣主ハ直ニ所有權ヲ移轉スル賣買トシテ其無効ヲ主張スルコトヲ得ベク、又自ら其錯誤ノ結果ヲ採リ、作爲ハ義務トシテ其合意ノ履行ヲ買主ニ要求スルコトヲ得ベシ。第四十二條第二項ハ則チ此場合ナリ。

(丁) 賣主ハ惡意買主ハ善意ニテ賣買ヲ爲シタル時ハ、賣主ハ他人ノ物タルコトヲ知りツ、之ヲ賣ランコトヲ約スルモノナルヲ以テ、此賣買ハ賣主ノ爲ニハ單ニ作爲ノ義務ヲ約スルモノト解セザルヲ得ズ。買主モ亦之ヲ直ニ所有權ヲ移轉スル賣買ト主張スルコトヲ得ザルガ如シト雖モ、買主ハ他人ノ物タルコトヲ知ラズ、賣主ノ所有物ト信ジテ賣買ヲ爲シタルモノナルヲ以テ、此場合ニ於テハ買主ハ直ニ所有權ヲ移轉スル賣買ヲ爲シタルモノト謂ハザルヲ得ズ。然ルニ現在其物ハ他人ノ所有物ニ係ルヲ以テ、買主ハ善意ナリトモ、直ニ所有權ヲ移轉スベキ賣買トシテ其有効ヲ主張スルコトヲ得ズ。是レ前項ト其ノ解釋ヲ異ニセザルベカラザル所以ナリ。

(二) 直ニ所有權ヲ移轉スベキ賣買ノ物體ハ、必ズ特定物ナラザルベカラズ。代替物ノ賣買ハ決シテ直ニ所有權ヲ移轉スルコトヲ得ザルヲ以テ、他人ノ物ト雖モ代替物ニ係ルトキハ之ヲ作爲ノ義務ノミヲ生ズル賣買トセザルヲ得ズ。日常數々發生スル所ノ商品注文ノ如キハ、多クハ代替物ノ賣買ニ係リ又其商品ハ其當時ニ於テ賣主ノ所有ニ係ラザルモノ頗ル多シ。

(第三) 滅失物 既ニ滅失シタル物ノ賣買ハ賣買ノ物體ナキモノニシテ賣買ノ成立スベキ筈ナカルベシ。第四十三條第一項ニ曰ク「賣買契約ノ當時ニ於テ物ガ既ニ全部滅失シタルトキハ其賣買ハ無効ナリ但シ賣主ガ此滅失ヲ知りタルトキ又ハ賣主ニ之ヲ知ラサル過失アルトキハ善意ノ買主ニ對スル損害賠償ヲ妨ケス」ト謂ヘルハ即チ是ナリ。設例ヘバ既ニ當事者ハ家屋ノ燒失シタルコトヲ知ラズ、又ハ既ニ沈没シタルコトヲ知ラズシテ、其船舶ニ登載セル物品ヲ賣買センコトヲ約シタル場合ノ如シ。但シ物ガ賣買成立以後ニ滅失シタルモノニ係ルトキハ、賣買ハ有効ニ成立シ其損害ハ通常買主ニ歸スベク、又物ガ滅失シタルヤ否ノ事實不明ナルトキニ於テ、危險ヲ目的トシテ賣買ヲ約シタルトキハ其契約ハ所謂射倖契約トナルベシ。又物ノ全部ガ滅失セズシテ唯其一部ノ滅失シタルモノヲ賣買センコトヲ約シタルトキハ、賣買ノ物體ハ依然存在スルヲ以テ、一部ノ既ニ滅失シタル物ノ賣買ハ有効ナルベシ。然レドモ買主ガ善意即チ其一部ノ滅失セルコトヲ知ラズシテ賣買ヲ爲シタルトキハ、買主ハ其撰撰ヲ以テ或ハ殘餘ノ部分ガ用法ニ不完全ナルコトヲ證シテ賣買ヲ解除シ、或ハ割合ヲ以テ代價ヲ減少シテ賣買ヲ保持スルコトヲ得ベシ。但此二個ノ場合ニ於テモ賣主ニ過失アルトキハ其損害賠償ヲ妨ゲザ



ルコトハ勿論ナリ(第四十三條第二項)。而シテ善意ノ買主ガ右ニ從ヒ賣買ノ解除ヲ請求スルハ買主ノ一分ノ滅失ヲ知リタルトキヨリ六ヶ月内、又代價減少ヲ請求スルトキハ此時ヨリ二ケ年内タルコトヲ要ス。此期間ヲ過グルトキハ解除ノ請求權及ビ代價減少ノ請求權ハ時効ニ依リテ消滅ス。(第四十三條第三項)

第三款 賣買ノ代價

賣買ノ代價

代價ハ買受ケタルモノニ對シテ金錢ヲ以テ定メタル抵對物ナリ。故ニ賣買ニ於ケル代價タルニ、第一買受ケタル物ニ對スル抵對物タルコト、第二金錢タルコト、第三金額ノ確定タルベキコトノ三條件ヲ必要トス。即チ、

(第一) 代價ハ買取りタル物ニ對スル抵對物ニシテ賣買ノ有償合意タルハ即チ此代價アルガ爲ナリ。故ニ一方ニ於テハ物ヲ贈與スル場合ノ如キハ一個ノ獨立ナル贈與ニシテ賣買ニアラズ。然レドモ代價ニシテ苟モ買取りタルモノニ對スル抵對物タル以上ハ、其代價額ノ多少及ビ買取りタル物ニ對スル當不當ハ毫モ法律ノ向フ所ニアラズ。其多少當不當ハ當事者ガ自由ノ判定ニ一任スルノ外アルベカラズ。但シ買受ケタル物ガ非常ニ高價ナルニモ拘ラズ、代價ニシテ非常ニ僅少ナルトキハ、解釋上之ヲ一個ノ贈與ト看做シ、贈與ニ關スル規則ヲ以テ之ヲ支配スル場合少カラザルベシト雖モ、當事者ノ意思ニシテ果シテ賣買ヲナスニアルトキハ、法理上金額ノ多少ハ賣買ヲシテ決シテ不成立タラシムルニ足ラザルナリ。

(第二) 代價ハ必ず金錢ナラザルベカラズ。金錢外ノ物ナラバ當事者ニ於テ縱ヒ之ヲ買取りタル物ノ抵價トスルノ意ナルモ、是レ或ハ交換タルヲ得ベキモ賣買タルコトヲ得ザルナリ。但シ第三十三條第二項ハ「當事者ハ元

本又ハ無期若クハ終身ノ年金權ヲ以テ代價ヲ定ムルコトヲ得」ト謂ヒ、年金權ハ一ノ請求權タルニ係ラズ仍ホ之ヲ以テ代價トスルコトヲ許シタリ、是レ一ノ特例ナリ。

(第三) 代價ハ其額ノ一定シ若クハ一定シ得ラルベキモノタルコトヲ要ス。代價額ニシテ一定セザレバ賣買ハ決シテ成立スルコトナカルベシ。然レドモ此代價額ヲ定ムルニハ法律上數種ノ方法ヲ認メタリ、即チ左ノ如シ。

代價額ヲ定ムル方法

(一) 目安 賣買ノ代價ハ當事者ニ於テ金額ヲ以テ其額ヲ定ムルヲ通常トスレドモ、又其金額ヲ定メザルモ單ニ其目安ヲ定メ、其金額ハ之ヲ後日ノ計算ニ委スルコト甚ダ少カラズ。(第三十三條第一項)

(二) 市價 當事者ハ自ら其代價額ヲ明言セズシテ賣買ノ物體ト同種類ナル商品ノ現時又ハ近日ノ市價ヲ以テ其代價額ヲ定ムルコトヲ得。(第三十三條第二項)

(三) 評價 當事者ハ賣買ノ代價額ヲ其合意ヲ以テ指定シタル第三者ノ評價ニ委スルコトヲ得。但シ此場合ニ於テハ仍ホ左ノ二個ノ要件ニ注目スルヲ要ス。

(イ) 評價ガ錯誤ニ出デタルカ又ハ明ニ公平ニ反スルトキハ、損失ヲ受ケタリト主張スル一方ガ評價ヲ知りタル時、直ニ其評價ニ異議ヲ爲スコトヲ得ベク、而シテ其異議ニシテ理由アルトキハ、賣買ハ不成立ニ歸スベシ。又若シ當事者ノ一方ト評價人ナル第三者ト共謀シテ詐欺ノ評價ヲ爲シタルトキハ、他ノ一方ハ財產篇第三百十二條及ビ第五百四十四條ノ規定ニ從ヒ、補償名義ニ於テ賣買ノ取消及ビ損害ノ賠償ヲ要求スルコトヲ得。(第三十三條第三項及ビ第四項)



(ロ) 當事者自ら代價ヲ定ムル場合ニ於テハ、特別トシテ法律ハ年金權ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ許セドモ、第三者ノ評價ニ之ヲ委シタル場合ニ於テハ法律ハ此特例ヲ許スコトナシ。但當事者ガ明示ニテ一層廣キ權限ヲ第三者ニ與ヘタルトキハ此限ニアラズ。(第三十二條末項)

第四節 賣買ノ効力

賣買ノ効

賣買ノ効力トハ有効ニ成立セル賣買ヨリ生ズル効果ヲ謂フ。此意義ニ於ケル賣買ノ効力ハ性質上之ヲ三種ニ大別スルコトヲ得。第一ハ直ニ所有權ヲ移轉スベキ賣買ニ就テハ所有權ノ移轉、及ビ直ニ所有權ヲ移轉セザル賣買ニ就テハ所有權ヲ移轉スベキ義務ニシテ、所有權ノ危險物件保存等ノ諸義務之ニ附屬シ、第二ハ賣主ノ義務ニシテ物件ノ引渡ヲ爲シ、及ビ追奪擔保ヲ爲ス等ノ義務ヲ包含シ、第三ハ買主ノ義務ニシテ代價ヲ支拂フノ義務ヲ謂フ。予ハ序ヲ逐ウテ此等ノ効果ヲ論述セン。

第一款 所有權ノ移轉

所有權ノ移轉

賣買ノ効果ハ所有權ノ移轉若クハ之ヲ移轉スベキ義務ヲ發生スルニ在リ。予ハ之ヲ左ノ二個ノ場合ニ分説セシ。

(第一) 當事者ノ意志ガ賣買ニ因リ直ニ所有權其他ノ權利ヲ移轉スルニ在リシトキ、即チ其賣買ノ物體ガ當然特定物タル場合ニ於テハ、賣買ノ成立ト同時ニ所有權其他ヲ移轉シ賣買ノ物體ハ直チニ買主ニ歸スベシ。此効果ヨリシテ此場合ニ於ケル賣買ハ更ニ二個ノ結果ヲ發生ス。物件ノ危險ニ對スル買主ノ負擔及ビ該物件ヲ買主ノ

爲ニ保存スル賣主ノ義務是ナリ。

(二) 賣買ノ物體ハ賣買ノ成立ト同時ニ買主ノ所有ニ歸スルヲ以テ、賣買ノ成立後其物件ニシテ、毀滅又ハ破損シタルトキハ、何人ノ占有ニ存スルヲ問ハズ凡テ買主ノ損失ニ歸スベク、決シテ之ガ爲ニ賣主ニ對シテ代價ヲ拂フノ義務ヲ免ル、コトナカルベシ。但シ賣主ガ物件引渡ノ遲滯ニ附セラレタル爲又ハ遲滯ニ附セラレザルモ、其過失怠慢ニ依リ物件ノ毀滅ヲ來シタルトキハ、買主ヲシテ代價ヲ拂フノ義務ヲ免レシムベシ。又有期賣買ニ於テ特ニ當事者間ノ合意ヲ以テ引渡ノ時迄所有權ノ移轉ヲ猶豫シタルトキハ、賣主ハ有期所有權ヲ有スルモノナルヲ以テ、引渡前ニ於ケル物ノ滅失ハ賣主ノ損失ニ歸スベシ。學者往々有期所有權ハ所有權者ニ於テ之ヲ處分スルノ權ヲ有スルヲ以テ、之ヲ所有權ニアラズトスレドモ、所有者ニ於テ處分權ヲ行ハザル以上ハ、依然タル有期所有權タルベク、又其處分權ヲ實行シタルトキハ、所有權ハ即チ茲ニ消滅スルマデニシテ決シテ之ヲ所有權ニアラズトスルコトヲ得ズ。事ハ既ニ之ヲ物權ノ講義ニ於テ詳論セリ。

(三) 賣主ハ物件ヲ引渡スマデ之ヲ買主ノ所有物トシテ相當ノ注意ニテ之ヲ保存スルノ義務ヲ有ス。右等ノ事項ハ既ニ財産篇ニ於テ詳述シタルレバ事重復ニ涉ルヲ以テ茲ニ之ヲ詳述セザルベシ。故ニ取得篇第四十四條ハ「賣買契約ハ賣渡物ノ所有權ノ移轉及ヒ其物ノ危險ニ就テハ財産篇第三百三十一條第三百三十二條第三百三十五條及ビ第四百十九條ニ定メタルカ如キ普通法ノ規定ニ從フ」ト明言シ、之ヲ財産篇ノ規定ニ讓リタリ。



然レドモ賣主ノ所得セル所有權其他ノ權利ヲ第三者ニ對シテ對抗スルニハ、登記其他ノ手續ヲ爲スベシ。即チ賣買ノ物件ガ不動産ニ係ルトキハ、買主ハ其賣買ヲ登記スルコトヲ要シ、動産ニ係ルトキハ現實ノ占有ヲ得ルコトヲ要シ、債權ニ係ルトキハ其賣買ヲ債務者ニ通知スルコトヲ要ス。事ハ財産篇第三百四十八條以下及ビ第三百四十六條及ビ第三百四十七條ニ明定ス。(第四十五條)

(第二) 當事者ノ意思ガ賣買ニ依リ所有權其他ノ權利ヲ直チニ移轉スルニアラズシテ、他日ニ之ヲ移轉スルニ在ルトキハ、其賣買ハ其効果トシテ單ニ所有權ヲ移轉スルノ義務ヲ發生スルニ過ギザルヲ以テ、其賣買ノ物體ハ作爲ナリ。而シテ此ノ如キ作爲ノ義務ヲ生ズル賣買ハ、代替物ヲ賣買スル場合ニ於テ必然發生スベク、又特定物ノ賣買ニ於テモ、當事者ノ意思ニシテ直チニ所有權ヲ移轉スルニ在ラザルトキニ發生スベシ。故ニ賣買ガ直チニ所有權移轉ノ効果ヲ生ズルト否トハ其物體ガ特定物タルト否トニアラズシテ、當事者ノ意思ヨリ發生スル結果ナリ。唯特定物ノ賣買ハ法律上當事者ノ意思ヲ解釋シテ、直チニ所有權ヲ移轉スルモノト推測ス。要スルニ直チニ所有權ヲ移轉スルノ賣買ハ必ズ特定物タルヲ要スレドモ、特定物ノ賣買ハ必ズシモ直チニ所有權ヲ移轉スルモノニアラズ。民法ガ之ヲ代替物ニ限ルガ如ク規定セルハ勿論誤謬ノ見タルヲ免レズト雖モ、代替物ノ賣買ハ其物ノ性質上、當然直チニ所有權ヲ移轉スルコト能ハザルヲ以テ、必ズ義務ノミヲ生ズル賣買タルニ過ギザルハ明白ナリ。論者往々此原理ヲ誤解シ、當事者ノ意思ハ賣買ニ因リ直チニ特定物ノ所有權ヲ移轉スルニアルモ、賣買ハ如何ナル場合ヲ問ハズ、一旦必ズ所有權ヲ移轉スルノ義務ヲ生ジ、而シテ後ニ所有權ヲ移轉ス

レドモ特定物ノ場合ニ於テハ、義務ヲ生ズル時期ト所有權ヲ移轉スル時期トガ少時間ニシテ殆ンド同時ナルガ如キヲ以テ、特定物ニ係ル場合ト雖モ賣買ハ單ニ義務ノミヲ生ジ決シテ直ニ所有權ヲ移轉スベキ場合ナシト極論スルモノアリト雖モ、素ヨリ小兒ノ見解ノミ。法學者ノ議論トシテ見ルベキノ價値ナキノミナラズ、特定物ノ賣買ハ一旦義務ヲ生ジテ後少時タリトモ或時間ヲ過ギテ始メテ所有權ノ移轉ヲ來スト云フガ如キニ至リテハ、常人ガ眞面目デ公言スルコト能ハザルノ滑稽ナリ。

第三款 賣主ノ義務

賣主ノ義務ハ分ツテ四ト爲スコトヲ得。第一所有權ヲ移轉スルノ義務、第二引渡ノ義務、第三保存ノ義務、第四追奪擔保ノ義務是ナリ。序ヲ追ウテ左ニ之ヲ論述セン。

第一段 所有權ヲ移轉スル義務

單ニ所有權ヲ移轉スルノ義務ヲ發生スル賣買ニ於テハ、賣主ハ此義務ヲ履行スルノ責ニ任ゼザルベカラズ。已ニ前節ニ論述シタルガ如ク、代替物ノ賣買ハ必然所有權ヲ移轉スルノ義務ヲ發生スルニ止マルヲ以テ、賣主ハ其義務ヲ履行スルガ爲ニハ、代替物ヲ買主ニ引渡シ、又ハ賣主ト立合ニテ代替物ヲ指定スルヲ要ス。此等ノ事項ハ既ニ財産篇第三百三十二條ニ就キ之ヲ詳論セリ。

第二段 引渡ノ義務

第一 引渡ノ本義

所有權ヲ移轉スル義務



引渡の本義

賣主ハ直チニ所有權ヲ移轉スル賣買ニ在リテハ、其賣渡シタル物ヲ其所有主即チ買主ニ引渡スノ義務ヲ有シ、直チニ所有權ヲ移轉セザル賣買ニ在リテハ、所有權移轉ノ義務ヲ履行スルト同時ニ其引渡ヲ爲スベキモノトス。

引渡トハ賣渡シタル物ヲ買主ノ管督權内ニ入ル、ノ所爲ニシテ、買主ヲシテ其物ヲ處分スルノ自由ヲ與フルナリ。故ニ苟モ一旦賣渡物ヲ買主ノ管督權内ニ入レタル以上ハ引渡ハ完了スルヲ以テ、引渡以後ニ於テ其ノ物ヲ便宜ノ場所ニ運搬スルガ如キハ買主ノ隨意ナリ、賣主ノ知ル所ニアラズ。法律ガ引渡ノ費用ヲ賣主ニ負擔セシムルモ引取ノ費用ハ之ヲ買主ノ負擔トスルハ、即チ此原理ヨリ發生スル一結果ナリ。而シテ如何ナル所爲ヲ以テ充分ノ引渡トスルヤ否ハ、引渡ノ方法、時期、場所及ビ引渡スベキ物ノ性質、分量等ニ關ス。而シテ此等ノ事項ハ既ニ財産篇第三百三十三條ニ就キ詳説シタルモノアルヲ以テ、今茲ニ其ノ概要ヲ掲ゲ且賣買ニ就テ特ニ注意スベキ要點ヲ示ス。

### 第二 引渡ノ方法

引渡ノ方法

引渡ノ方法ハ引渡スベキ物體ニ從ヒ必ズシテ一樣ナラズ。則チ、

(一) 不動産ノ引渡ハ證書ノ交付及ビ場所ノ明渡ヲ以テ之ヲ爲ス。但シ簡易ノ引渡及ビ占有ノ改定ニ關シ第百九十一條ニ規定シタルモノヲ妨ゲズ。(財産篇第三百三十三條第四項)

(二) 債權ノ引渡ハ證書ノ交付ヲ以テ之ヲ爲ス。(同上第五項)

(三) 動産ノ引渡ハ現物ノ交付、鍵ノ交付、買主ノ住所ヘノ送付等其方法數多ナルベシ。

### 第三 引渡ノ時期

引渡ノ時期

引渡ノ制限ノ定マラザルトキハ即時ニ引渡ヲ爲スベキモノトスレドモ、當事者ノ合意ヲ以テ其期限ヲ定メタルトキハ、其期限ニ從フベキハ當然ナリ。(財産篇第三百三十三條第六項)

右ノ原則ハ賣買ニ就テハ法律ハ左ノ二個ノ例外ヲ認メタリ。

(第一) 代金辨償ニ就キ合意上賣主ガ買主ニ辨濟猶豫ノ期間ヲ與ヘザリシトキハ賣主ハ其辨濟ヲ受クルマデ賣渡物ヲ留置スルコトヲ得。(第四十七條第三項)

(第二) 賣主ガ合意上特ニ代金辨濟ノ期間ヲ與ヘタルトキト雖モ買主ガ賣買後ニ破産シ若クハ無資力ト爲リ又ハ賣買前ニ係ル無資力ヲ隱秘シタルトキハ賣主ハ仍ホ引渡ヲ遲滯スルコトヲ得。(第四十七條第四項)

### 第四 引渡ノ場所

引渡ノ場所

引渡ノ場所ニ就キ當事者ニ合意ナカリシトキハ、特定物ニ就テハ賣買成立ノ時ニ其物ノ存在セシ場所、代替物ニ就キ指定ヲ爲シテ引渡ヲナストキハ其物ノ指定ヲ爲シタル場所、其他ノ場合ニ於テハ凡テ諸約者ノ住所ニ於テ引渡ヲ爲スベキモノトス。(財産篇第三百三十三條第八項)

### 第五 引渡スベキ物

引渡スベキ物

直チニ所有權ヲ移轉セザル賣買即チ必然代替物ヲ目的トスル賣買ニ於テハ、財産篇第三百三十二條ノ規定ニ從ヒ、賣主ハ其物ノ所有者ノ所有權ヲ移轉スル爲其物ノ性質品格及ビ分量ヲ以テ買主ニ引渡シ、又ハ立合ノ上之ヲ



指定セザルベカラズ。故ニ其分量品質等ガ合意ヲ以テ定メタルモノト異ルトキハ、買主ハ之ガ引取ヲ拒ムコトヲ得ベシ。是レ予ガ既ニ財産篇ニ於テ論述シタル所ナリ。然レドモ指定物ヲ賣買シテ直チニ所有權ヲ移轉スル場合ニ於テハ、賣買ニ依リ一旦買主ノ所有ニ歸シタル物ガ賣買ノ合意ヲ以テ定メタル分量品質等ト異ル場合ヲ生ジタルトキハ、所有權ハ既ニ買主ニ移轉シ了リタルヲ以テ、賣主ハ分量品質ノ差異アルニ拘ラズ、之ヲ買主ニ引渡スコトヲ得ベキカ、又買主ハ之ヲ引受ケザルコトヲ得ルカ、此等ノ點ニ就テ疑義ヲ生ズルコト甚ダ少カラズ。而シテ賣買ノ當時合意ヲ以テ定メタル分量品質等ガ、賣買ニ依リ所有權ノ既ニ買主ニ移轉シタル現物ト差異ヲ生ズルハ則チ左ノ二個ノ場合ニ在ルベシ。

(一) 賣買成立ノ後ニ於テ其賣渡シタル物ガ、天災又ハ人爲ニ因リテ或ハ其分量ヲ減ジ其品質ヲ損ジ又ハ其分量ヲ増加シ其品質ヲ高ウスル場合。

(二) 賣渡シタル物ガ合意ヲ以テ定メタル分量品質トノ差違ハ、賣買成立前ヨリ存在スルモ賣買成立後ニ於テ始メテ之ヲ發見シタル場合。

故ニ茲ニ論述スル所ハ凡テ直チニ所有權ヲ移轉スル特定物ノ賣買ノ場合タルコトヲ忘却スベカラズ。予ハ之ヲ左ノ場合ニ區別シテ此問題ヲ決セントス。

第一 賣買以後ニ生ジタル分量品質ノ差異

賣渡シタル物ハ既ニ買主ノ所有ニ歸スルヲ以テ未ダ引渡ヲ爲ササル前ト雖モ、賣買成立以後ニ於テ其物ノ分量ガ増加シ、又ハ品質ガ善良トナリタルトキハ買主ノ利益トナルベク、又其ノ物ノ分量ガ減少シ又ハ品質ガ劣等トナリタルトキハ買主ノ損失ニ歸スベシト雖モ、賣主ニ於テハ毫モ利害ヲ感ズルコトナカルベシ。故ニ此場合ニ於テハ買主ハ其物ノ現存ノ狀況ノ儘ニテ之ヲ引渡スヲ以テ、其義務ヲ完了スルモノトセザルヲ得ズ。物ノ分量ガ増加シ又ハ其品質ガ善良トナリタレバトテ、賣主ハ賣買ノ合意ニテ定メタル以上ノ代價ヲ要求スルコトヲ得ズ。又物ノ分量ガ減少シ又ハ其品質ガ劣等トナリタレバトテ、買主ハ代價ノ減少若クハ損害ノ賠償ヲ要求スルコトヲ得ザルナリ。但シ分量ノ減少若クハ品質ノ劣下ガ賣主ノ過失懈怠ニ出デタルトキハ此ノ限ニアラザルナリ。第四十七條ニ曰ク「賣主ハ現存ノ形狀ニテ賣渡物ヲ引渡ス責ニ任ス」ト謂ヘルハ即チ此場合ニ適用スベキ規定ナリ。

第二 賣買以前ヨリ存シタル分量品質ノ差異

當事者ガ一ノ指定物ノ賣買ヲ爲シ、而シテ其特定物ハ或ハ分量品質ヲ有スルコトヲ約シタルトキコト於テ、所有權ハ既ニ買主ニ移轉スルモ、賣買後ニ於テ其物ガ合意ノ分量品質ト異リタルコトヲ發見シタル場合ハ、即チ特定物ノ賣買ニ於ケル錯誤(又ハ詐欺)ノ場合ナリ。抑モ一般ノ合意ニ關スル錯誤ナルモノハ之ヲ四種ニ分テ、第一承諾ヲ阻却スル錯誤、即チ合意ヲ不成立ナラシムル錯誤、第二合意ヲ阻却セザルモ損害ノ大ナルガ爲ニ補償名義ノ取消ヲ許スベキ錯誤、第三單ニ損害賠償ノ原因タルニ過ギザル錯誤、第四毫モ影響ナキ錯誤ト爲スコトヲ得ベク、又此四種中ニ就キ第一ノ錯誤ハ品質ニ存スルト品格ニ存スルト又員數ニ存スルトヲ問ハズ、之ヲ合意ノ主眼トナシタルトキハ、當事者ハ各二個ノ異リタルモノヲ想像スルガ故ニ、合意ハ凡テ不成立トナルモ、第二種第三



種第四種ノ錯誤ハ一定ノ特定物ヲ目的トスルモノナレバ合意ハ成立シ、所有權ハ買主ニ移轉シタル場合タルベキコトハ、予ガ已ニ財産篇講義ニ於テ詳述シタル所ナリ。第五十五條ハ「動產又ハ不動産ノ賣買ニ於テ錯誤カ其物ノ品質ニ存スルトキハ財産篇第三百十條ノ規定ヲ適用ス」ト明言シ、品質ニ關スルモノ、ミガ錯誤ノ場合ニ屬スルガ如クニ記載スレドモ、賣買ノ以前ヨリ存スル分量品質ノ差異ガ賣買以後ニ發見セラレタル場合ニ就キ、取得篇中ニ規定スル一切ノ條々ハ悉ク財産篇中錯誤ニ屬スル場合、即チ右第二第三ノ錯誤ノ場合タルコトニ注目セザルベカラズ。第四十八條第一項ニ「賣主ハ契約ニ定メタル數量ヲ過不足ナク引渡スコトヲ要ス」ト謂ヒ、同條第二項ニ「然レトモ下ノ數條ニ定メタル場合及區別ニ從ヒテ賣主又ハ買主ハ約シタル數量ヨリ多ク讓渡シ又ハ取得スル責ニ任ス」ト明言スレドモ、第一項ノ場合ハ賣渡シタル特定物ガ現ニ合意シタル員數ヲ具備スル場合ニ於テ、賣主ハ殊更ニ之ヲ減少シテ引渡スコトヲ得ザルコトヲ定メタルニ過ギズ。事素ヨリ當然ニシテ論ズルヲ待タザルベシ。而シテ第二項ノ場合ハ、現ニ賣渡物ノ員數ガ不足スルモ其所有權ハ既ニ買主ニ移轉スルヲ以テ、不足ノ儘ニテモ買主ニ於テ之ヲ受取ラザルベカラズト雖モ、其代リニハ其ノ損害ノ賠償ヲ求メ又其損害ノ甚シキトキハ補償名義ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ベキコトヲ定メタルモノナレバ、第二項ノ場合ハ即チ凡テ第二種第三種ノ錯誤ノ場合ニ係リ、錯誤ニ關スル原理ヲ以テ悉ク之ヲ適用スルコトヲ得ベシ。民法ハ財産篇中ニ其一部ヲ規定シ、又取得篇中ニ之ヲ規定スルヲ要セズト雖モ、我民法起草者ハ財産篇ニ於テ已ニ論述セルガ如ク、錯誤ニ關スル原理ヲ充分ニ了解シ得ズシテ當事者ガ二箇物ヲ想像スル單純ノ合意ニ於ケル錯誤ノ場合ト、特定物ヲ以テ合意ノ物體

ト爲シ、直ニ所有權ヲ移轉スル錯誤ノ場合トヲ判然區別スルコトナカリシガ爲ニ、遂ニ賣買篇ト財産篇トノ關係ヲ分明ナラシムルコト能ハザルニ至レリ。故ニ錯誤ニ關シテ財産篇中ニ定メタル損害賠償ノ訴權、及ビ補償名義ノ取消ノ訴權ハ、即チ取得篇中分量品質ノ差異ニ關シテ定メタル代價改正損害賠償若クハ契約解除ノ訴ニ外ナラザレドモ、民法ハ恰モ之ヲ別種ノモノナルガ如クニ規定シ、唯ダ第五十五條ニ於テ品質ハ錯誤ニ付キテハ、財産篇ノ規定ヲ適用スベキコトヲ規定セルハ、其大體ニ着眼スルノ明ナクシテ、僅ニ其一小局部ニ氣付キタルモノト謂フベシ。是ニ依リテ之ヲ觀レバ、合意以後ニ於テ合意以前ヨリ存スル分量、品質ノ差異ヲ發見シタル場合ハ、錯誤ニ關スル一般ノ原理ヲ以テ之ヲ説明シ得ベキガ故ニ、茲ニ之ヲ説明スルノ要ナキガ如シト雖モ、取得篇中ニ規定スルモノハ唯此原理ノ適用トシテ左ニ之ヲ説明セン。

(甲) 不動産ノ賣買ニ關スル場合 當事者ガ土地ノ面積ヲ明言セズ、一ノ境界ヲ有スル土地ヲ一筆ノ地トシテ賣買スルトキハ、其代價ハ全體ニツキ之ヲ定ムルモ又一坪ニツキ之ヲ定ムルモ、更ニ錯誤ヲ生ゼザレバ決シテ過不及ノ問題ヲ發生スルコトナカルベシ。設例ヘバ某所某番地ノ土地ヲ千圓ニテ賣渡サントノ賣買ニ於テハ、其面積幾千坪ナルモ毫モ差支ナカルベク、又其某所ノ某番地ヲ一坪十圓ヅツニテ賣買セント約シタルトキハ、實測ノ上百坪ナルトキハ千圓、百五十坪ナルトキハ千五百圓ナルベキヲ以テ、是亦過不及アルベカラズ。又同一理ニ依リ、一ノ廣大ナル土地ノ一部ヲ賣買スル場合ニ於テ、一坪ニツキ其代價ヲ定ムルモ其賣却スベキ土地ガ全地ヨリ小ナル以上ハ決シテ過不及ヲ生ズルコトナカルベシ。然レドモ當事者ガ某所某番地ヲ一番地トシテ賣



買シ、且決シテ之レヲ分割シテ賣渡ス意ナキニ、其面積ハ若干坪アルベキコトヲ明言シテ、賣買シタルトキニ於テ、賣買後ノ實測ニ於テ其坪數ニ過不及アルコトヲ發見シタルトキハ如何、此點ニ關スル民法ノ規定ハ之ヲ左ノ三個ノ場合ニ分説スルヲ適當トス。

(一) 全面積ヲ明言シ且各坪ノ代價ヲ指示シタル場合 設例ヘバ一坪十圓ノ代價ヲ以テ面積百坪ナル某所某番地ヲ賣買センコトヲ約シタルトキノ如シ。此場合ニ於テハ當事者ハ專ラ坪數ニ着眼スルヲ以テ、實測上若シ面積ニ不足アルトキハ、買主ハ賣主ニ對シテ代價減少ヲ要求シ得ベシ。又若シ現實ノ面積ガ明言セル面積ニ超過シタルトキハ賣主ハ買主ニ對シ其割合ニ應ジテ代價ヲ補足スベキコトヲ要求スルコトヲ得。若シ又右ノ場合ニ於テ賣主ガ面積ヲ擔保セザルコトヲ明言シタル約款アルトキハ如何、其約款ノ字句ニ依リテ之レヲ解釋スレバ勿論、此場合ニ於テハ擔保ノ責ナキガ如シト雖モ、通常斯ノ如キ約款ハ單ニ坪數ノ不足ハ賣買ノ解除條件ニアラザルコトヲ明示スルマデニシテ、代價減少ノ義務ニ服セザルコトヲ約シタルモノト解釋スルコトヲ得ズ。然ラズンバ當事者ガ各坪ニツキ代價ヲ定メタル主意ト牴觸スベケレバナリ。但シ反對ノ意思明白ナルトキハ此ノ限ニアラザルハ當然ナリ。(第四十九條)

(二) 全面積ヲ明言シ且唯一ノ代價ヲ約シタル場合 設例ヘバ百坪ノ面積アル某所某番地ノ土地ヲ代價千圓ニテ賣買シタルトキノ如シ。此場合ニ於テハ當事者ハ專ラ某番地ノ土地自身ニ着眼シ坪數ノ多少ヲ問ハザルモノト解釋スベキヲ以テ、毫毛錯誤アルコトナシ。故ニ實測上面積ニ過不足アルモ、當事者ハ共ニ代價ノ減少

又ハ補足ノ要求ヲ爲スコトヲ得ズ。賣主ハ過不足ノ儘ニテ之ヲ引渡スベク、又買主ハ過不足ノ儘ニテ之ヲ引受ケザルベカラズ。然レドモ左ノ場合ニ於テハ買主ハ代價減少ノ要求ヲ爲スコトヲ得。(第五十條)

(イ) 賣主ニ惡意アルトキ 賣主ニ惡意アリタルトキハ賣買ノ證書ニ從ヒ「面積ヲ擔保セズ」又ハ「面積ハ概算ナリ」トノ附記アリトモ、此等ノ附記ハ寧ロ買主ヲ欺罔スルノ手段タルベク決シテ爲ニ賣主ノ責任ヲ減ズルコトナシ。

(ロ) 賣主ガ面積ヲ擔保シタルトキ 此場合ニ於ケル代價減少ヲ要求スル權ハ全ク此擔保契約ヨリ來ル所ノモノトス。

(ハ) 不足ノ坪數ガ二十分の一ニ及ブトキ 縱ヒ當事者ハ土地自身ヲ以テ唯一ノ物體トシテ賣買スルモノニ分ノ一以上ノ坪數ニ變更アル場合ノ如キマデモ當事者ニ於テ豫見シタリト看做スコトヲ得ズ。故ニ此場合ニ於テハ買主ハ賣主ニ對シテ代價減少ノ要求ヲ爲スコトヲ得。若シ又面積ニ超過アリテ其超過面積ガ二十分の一ニ及ブトキハ、賣主モ亦買主ニ對シテ代價補足ヲ要求スルコトヲ得。

(三) 數個ノ土地アル場合 數個ノ土地ヲ賣買スルニ方リ一ノ合意ヲ以テ各個ノ面積ヲ明言シタル場合ハ之ヲ左ノ二ツト爲スコトヲ得。

(イ) 唯一ノ代價ニテ數個ノ土地ヲ賣買スルニ一ノ合意ヲ以テ各個ノ面積ヲ明言シタルトキニ於テ、其面積ニ過不足アルトキハ、前第二項ノ原理ニ從ヒ價格ニ從テ過不足ヲ相殺シタル結果ガ仍ホ原價二十分の一以



上ノ過不足アルヤ否ヤヲ定メ、而シテ後代價ノ補足若クハ減少ノ要求權アルヤ否ヤヲ定ムベク、決シテ坪數ニ依リテ過不足ノ相殺ヲ爲スコトアルベカラズ。何トナレバ此場合ニ於テハ二個ノ異リタル土地アルヲ以テ、各坪ノ價格モ亦異ルベケレバ坪數ニ依リテ相殺ヲ行フハ、金錢上ニテ不公平ヲ生ズベケレバナリ。設例ヘバ各百坪ナル甲乙二個ノ土地ヲ千圓ニテ賣買セシトキニ於テ甲ノ土地ニ四坪ノ不足アリ、乙ノ土地ニ五坪ノ超過アルトキニ於テ、坪數ニ依リテ之ヲ相殺スルトキハ即チ全體ニ於テ一坪ノ超過トナリ、二十分ノ一ニ達セザルヲ以テ代價改正ノ要求權ヲ生ゼズト雖モ、代價ニ從ヒ之ヲ計算スルトキニ於テ、若シ評價ノ上甲地ハ一坪二十圓乙地ハ一坪僅ニ二圓ノ價格アリト定リタルトキハ、甲ノ地ハ八十圓ノ不足ニシテ乙ノ地ハ十圓ノ超過ナリ。而シテ之ヲ相殺スルトキハ坪數ニ於テハ超過トナリタルモノガ、全體ノ代價ニ於テハ却テ七十圓ノ不足トナリ、而シテ此不足ハ二十分ノ一以上ニ及ブヲ以テ代價不足ノ要求權ヲ生ズベシ。(第五十條)

(ロ) 各坪ノ代價ニテ數個ノ土地ヲ賣買スルニ一ノ合意ヲ以テ各個ノ面積ヲ明定シタル場合ニ於テハ、前第一項ノ原理ニ從ヒ價格ニ依リ過不足ヲ相殺シタル結果ハ二十分ノ一ニ達スルト否トヲ問ハズ、代價減少又ハ補足ノ要求ヲ爲スコトヲ得。

(乙) 動産ノ賣買ニ關スル場合 不動産ノ賣買ニ關シ上來論述シタル原理ハ、動産物ノ賣買ニツキ其目方員數及ビ尺度ヲ指示シタル場合ニ於テモ亦適用セラルベシ。然レドモ動産物ノ賣買ニ就テハ不動産ニ於ケルガ如ク、如何ナル賣買ニ於テモ其過不足ニツキ代價ノ減少若クハ補足ヲ要求シ得ベキモノニアラズ。法律ハ其賣買ノ物體タル物ノ數量ガ買主ニ於テ容易且即時ニ調査スルコトヲ得ベキモノナルトキニ於テハ、賣買成立ノ時ニ於テ宣シク之ヲ調査スベク、後日ニ至リ過不足ヲ發見スルモ、是レ當事者ニ於テ過失ノ責任アレバ自ラ其過失ノ結果ヲ負擔セザルベカラズトスルガ民法起案者ノ明斷ナラント雖モ、當事者ハ必ズシモ一方ノミニ過失ノ責任アルベキモノニアラズ、當事者双方ニ於テ物ノ員數ヲ錯誤シタルトキハ双方ニ過失責任アリ、起草者ハ双方ノ過失ハ相互ニ相殺シ得ベキモノト爲シ、共ニ其過失ニ安ンズベキモノトスルカ、又當事者何レモ過失ナクシテ錯誤シタルトキハ仍ホ代價改正ノ訴權ナシトスルカ、予ガ既ニ前ニ論述シタルガ如ク、此等ノ場合ニ於ケル員數ハ過不足ハ賣買以前ニ發生スルモノナルヲ以テ、此等ノ場合ハ即チ第二種及第三種ノ錯誤ノ場合ニ外ナラザルニ、民法ガ同一ノ場合ヲ錯誤トシテハ其錯誤ヲ救済スルコトヲ許シ、代價改正ノ訴權ヲ認容シ乍ラ員數ノ過不足トシテハ其過不足ヲ救済スルコトヲ許サルハ、前後低觸ノ規定ニアラズシテ何ゾヤ。自家撞着ノ説法ニアラズシテ何ゾヤ。又夫ノ容易ニ且即時ニ數量ヲ調査シ得ベキ物件ニ在リテハ、其數量ヲ錯誤スルコトハ或ハ甚ダ僅少ナラント雖モ、場合ハ僅少ナルハ故ヲ以テ、法律ハ之ガ救済ヲ得ルノ方法ヲ許サルノ理由アルベキヤ。又不動産ノ場合ニ於テモ、容易ニ且即時ニ其坪數ヲ調査シ得ルモノアリ。法律ガ人民ノ財産權ヲ保護スルトセザルトヲ以テ、動産タルト不動産タルトヲ別ツハ果シテ其理由アルベキカ。起案者ハ動産ヲ以テ其價額ノ常ニ不動産ニ下ルモノトスル古代社會ノ思想ヲ以テ、今日ノ我日本ヲ支配セントスルカ、驚入リタル妙案ト謂フベ



キナリ。

上來論述シタル動産不動産ノ賣買ニツキ、賣渡物ノ數量品質ニ差異アルトキ代價改正ヲ要求スルノ訴權アル場合ニ於テハ仍ホ左ノ訴權ヲ行フコトヲ得。(第五十二條)

(一) 代價減少ノ要求權アル場合ニ買主ハ仍ホ損害賠償ノ訴權ヲ行フコトヲ得。

(二) 買主ハ約シタル面積ガ其用法ニ必要ナルコトヲ證シテ契約ノ解除ヲ請求スルコトヲ得。蓋シ面積ノ用法ニ必要ナル證據アル以上ハ、其賣買ハ面積ニ着眼シタルモノト推測スベケレバナリ。但シ面積不擔保ノ旨ヲ明約シタルトキハ反對ノ推測ヲ下サマルベカラズ。

(三) 超過ノ場合ニ於テハ買主ハ二十分ノ一以上ノ代價補足ヲ辨償スルコトヲ要スルトキハ、單純ニ契約ヲ解除スルコトヲ得。

而シテ右ノ代價改正損害賠償又ハ契約解除ノ訴權ハ不動産ニ就テハ一ケ年、動産ニ就テハ一ケ月ノ期間ニ之ヲ行フコトヲ要ス。而シテ該期間ノ經過ハ賣主ニ在リテハ引渡ノ日ヨリ始マルベキモノトス。(第五十四條)

### 第三段 保存ノ義務

保存ノ義務

買主ハ賣渡物ヲ善良ナル保管人トシテ保存スルノ義務アリ。即チ直ニ所有權ヲ移轉スベキ賣買ニ就テハ、其物ノ所有權ハ直ニ買主ニ歸スルヲ以テ、賣主ハ現狀ノ儘ニテ之ヲ引渡スベク、所有權移轉以後ニ於ケル物ノ毀損減少ニ就テハ其責ニ任ゼズト雖モ、賣主ハ引渡迄ハ之ヲ保存スルノ義務アルヲ以テ、其懈怠ニ依リ賣渡物ヲ毀損、

シ、又ハ減少シタルトキハ保存ノ義務ヲ盡サマルモノトシテ損害ノ賠償ヲ負擔セザルベカラズ。又代替物ノ賣買ハ五ニ所有權ヲ移轉セザルヲ以テ賣主ハ之ヲ保存スルノ義務アルベキ筈ナシト雖モ、引渡前ニ於テ賣渡スベキモノヲ立會上ニテ指定シタルトキハ、賣主ハ仍ホ之ヲ保存スルノ義務アルベシ。(第四十七條第一項但書及ビ財產篇第三百三十四條)

### 第四段 追奪擔保

追奪擔保

讓渡シタル物ノ瑕瑾ニ二種アリ。一ハ事實上ノ瑕瑾ニシテ、一ハ權利上ノ瑕瑾トス。事實上ノ瑕瑾トハ、賣渡シタル物ガ現ニ存在セズ、又ハ現ニ存在スルモ其品質數量等ガ合意ノ標準ニ適合セザル場合ノ如キヲ指シ、權利上ノ瑕瑾トハ、賣渡シタル物ガ第三者ノ所有ニ屬シ、又ハ現ニ賣主ノ所有物タリシモ、第三者ガ其物ニ對シテ抵當權役權地上權等ヲ有スル場合ノ如キヲ謂フ。事實上ノ瑕瑾ニ屬スル原理ハ前款ニ於テ之ヲ論述シ、權利上ノ瑕瑾ニ屬スル一般ノ原則ハ財產篇ニ於テ之ヲ論述シタリ。而シテ財產篇第三百九十五條第一項ハ擔保ノ義務ヲ規定シテ「物權ト人權トヲ問ハス權利ヲ讓渡シタルモノハ讓渡以前ノ原因又ハ自己ノ責ニ歸スヘキ原因ニ基キタル追奪又ハ妨害ニ對シテ其權利ノ完全ナル行使及ヒ自由ナル收益ヲ擔保スル責ニ任ス」ト謂ヒ、同條第二項ハ「擔保義務ノ効果ヲ規定シ、擔保ニ二個ノ目的アリ、即チ第三者ノ主張ニ對シ讓受人ヲ保護スルコト、及ヒ妨止スルコト能ハサリシ妨礙若クハ追奪ニ對シ償金ヲ拂フコト是ナリ」ト謂ヘリ。蓋シ羅馬法ニ於テハ、賣買ハ買主ヲシテ唯其目的タル物ノ占有ヲ得セシムルノ効果ヲ生ズルニ過ギザリシヲ以テ、其賣渡シタル物ニ權利上ノ瑕瑾アルモ賣買



ノ合意ハ茲ニ完了スレドモ、若シ之レガ爲ニ第三者ノ追奪スル所トナリタルトキハ、賣主ハ其損害ヲ賠償セザルベカラザルモノトセリ。是レ實ニ羅馬法ニ於テハ賣買ヨリ生ズル一効果ナリ。然レドモ近世ノ立法及ビ我民法モ亦賣買ヲ以テ、直ニ所有權ヲ移轉シ又ハ之ヲ移轉スルノ義務ヲ生ズル合意トスルガ故ニ、他人ノ物其他權利上ノ瑕瑾アルモノハ賣買ノ物體タルコトヲ得ズシテ其ノ賣買ハ無効ナルベケレバ、賣主ガ買主ニ對シテ拂フベキ代價其他ノ損害ハ不正ノ損害ヨリ來ル所ノ義務ノ履行ナリ。決シテ之ヲ追奪擔保ノ義務ノ履行ト謂フコトヲ得ザルベシ。又直ニ所有權ヲ移轉セズシテ之ヲ移轉セントノ義務ノミヲ生ズル合意ハ、他人ノ物又ハ其他權利上ノ瑕瑾アル物ヲ以テ、賣買ノ物體トスルコトヲ得ベキガ故ニ、此ノ如キ合意ヨリ生ジタル義務ノ履行トシテ、他人ノ物其他權利上ノ瑕瑾アル物ヲ引渡シタル後、買主ガ第三者ヨリ奪取セラレタルトキハ、或ハ之ヲ以テ追奪ノ場合トナト相似タルモノアルニ過ギズ、單ニ所有權ヲ移轉セントノ義務ノ履行トシテ他人ノ物其他瑕瑾アル物ヲ引渡シタルトキハ、未ダ第三者ヨリ追奪セラレザル場合ト、已ニ追奪セラレタル場合ト問ハズ、其義務ハ未ダ履行セラレザルモノナルヲ以テ、仍ホ買主ハ其義務ノ履行ヲ請求シ、又ハ之ニ代フルニ損害賠償ヲ以テスルモノニ過ギズ。之ヲ以テ追奪擔保ノ義務ニ基クモノトスルハ誤レリ。故ニ我民法ノ上ニ於テハ追奪擔保ノ義務ナルモノアルベキ筈ナキニ、財産篇ニ於テ既ニ之ヲ規定シ、又賣買ノ効果トシテ之ヲ規定セルハ其當ヲ得タルモノニアラズ。試ニ我民法ガ近世ノ法理ト羅馬ノ法理トヲ混同シテ、民法ノ規定ヲ不明ナラシメタル一二ノ例ヲ示サバ左ノ如

シ。

(一) 民法ハ人權ト物權トヲ問ハズ、總テ權利ノ讓渡ハ其權利ノ完全ナル行使及自由ナル收益ヲ擔保スト明言スレドモ、是レ羅馬法ノ如ク買主ニ占有セシムルヲ以テ賣買ノ効果トシ、賣買結了ノ後第三者ヨリ其占有ヲ追奪セラレタル場合ニ於ケルノ擔保ナリ。賣買ヲ以テ權利ノ移轉又ハ之ヲ移轉スルノ義務ヲ生ズル合意トスル以上ハ、其移轉シタル權利ヲ行使スルト否ト又之ヨリ其果實ヲ取得スルト否トハ買主ノ自由ナリ。賣主ニ於テ之ヲ擔保スルノ理由アルベカラズ。

(二) 追奪擔保ノ義務ハ、買主ニ於テ買取物ノ引渡ヲ受ケタル後ニ於テ現ニ其占有ヲ奪ハレザレバ決シテ發生スル事ナキハ明白ナリ。否ラザレバ買主ハ決シテ權利ノ行使收益ヲ奪ハル、コトナケレバナリ。第三者ノ訴ヲ受ケ第三者ガ勝利ヲ得ルモ未ダ其占有ヲ奪フ以前ニ相續ナクシテ死亡シタルトキニ、賣主ニ追奪擔保ノ義務ナキハ羅馬法ノ原理ナリ。故ニ賣買ノ物體ガ他人ノ所有ニ屬シ、又ハ地上權抵當權等ノ制限ヲ受ケタル場合等凡テ權利上ノ瑕瑾アルトキニ於テモ、現ニ買主ガ所有者地上權者又ハ抵當取主等ニヨリ其占有ヲ奪ハレタル後ニ於テ、賣主ハ始メテ追奪擔保ノ義務ヲ負ヒ、其損害ヲ買主ニ賠償スルマデナレバ、現實ノ占有ノ追奪アル迄ハ賣主ハ何等ノ義務ヲモ負擔スル事ナカルベシ。然ルニ我民法ハ擔保ノ目的ニ二種アル事ヲ明定シ、買主ガ未ダ占有ヲ追奪セラレザル以前ニ於テ賣主ハ其追奪ヲ防止スル義務アリトスレドモ、其義務ハ決シテ追奪擔保ノ義務トスル事ヲ得ズ。蓋シ民法ノ所謂追奪ヲ防止スルトハ、賣買履行ノ争ニ於テ買主ガ賣主ノ提供シタル物ヲ他人



ノ物其他權利上ノ瑕瑾アルモノトナシ、從テ此ノ如キモノハ有効ノ辨濟ニアラズト主張スル場合ニ於テ、賣主ハ之ヲ有効ノ辨濟ト抗辯スルノ方法タルニ過ギザレバ、所謂妨止ノ義務ナルモノハ、訴訟上却テ賣主ノ主張スベキ權利ト看做サマルヲ得ズ。但シ買主ガ第三者ヨリ追奪ノ訴ヲ受ケタル場合ニ於テ買主ハ其正當ノ權利アルコトヲ證明センガ爲ニ、賣主ヲシテ訴訟ニ參加セシメ以テ其ノ權利ヲ主張セシムルコトアルベシト雖モ、是レ買主ガ自ラ其權利ヲ主張スルニ賣主ノ助力ヲ乞フモノニ外ナラザルノミナラズ、就中賣主ヲシテ自ラ他人ノ物其他權利上ノ瑕瑾アルコトヲ知り、且之ヲ自認シタル場合ノ如キニ在リテ賣主ガ買主ヲ保護スルノ義務アリトスルガ如キハ、純然タル架空ノ妄説ニ歸スベシ。

(三) 瑕瑾ノ原因ハ必ず賣買ノ以前ヨリ存在セザルベカラズ 一旦賣買ガ成立シタル後ニ於テ其ノ目的物が公用ノ爲ニ徵收セラレ、又ハ第三者ノ爲ニ時効ニ依リテ奪取セラル、モ、賣主ハ決シテ之ヲ擔保スルノ義務ヲ有セザルベシ。但シ賣買成立後ニ生ジタル瑕瑾ガ賣主ノ行爲ニ歸スベキトキハ賣主ハ其損害ヲ賠償スルノ責アルベシト雖モ、該損害賠償ノ義務ハ賣買ヨリ生ズル賣主ノ擔保ノ義務ニアラズ、他ノ原因ヨリ發生スル所ノ義務ナリ。法文ガ「讓渡以前ノ原因又ハ自己ノ責ニ歸スヘキ過失ニ基キタル追奪又ハ妨碍」云々ト明言シ「自己ノ責ニ歸スヘキ過失」ノ一句ハ、讓渡以後ニ生ジタル過失ヨリ生ズベキ損害賠償ノ義務ヲモ、追奪擔保ノ義務中ニ包含セシムルガ如クニ誤解セシムルハ大ニ其當ヲ得タルモノニアラザルナリ。

上來論述スル所ニ依リテ見レバ、我民法ノ所謂追奪擔保ノ義務ナルモノハ賣買ノ物體ニ權利上ノ瑕瑾アルニ

當リ賣買ノ無効若クハ不履行ノ場合ニ於ケル賣主ノ義務ヲ總稱スルモノニ過ギズ。予ハ左ノ場合ニ區別シテ我民法ノ規定ヲ論述セン。

全部ノ瑕

(第一) 全部ノ瑕瑾 全部ノ瑕瑾ハ即チ他人ノ所有ニ係ル物ノ賣買ナリ。此場合ニ於テハ直ニ所有權ヲ移轉セントノ賣買ト、單ニ所有權ヲ移轉スルノ義務ヲ生ズル賣買トヲ區別セザルベカラズ。直ニ所有權ヲ移轉セントノ賣買ニ在リテハ、既ニ其物ヲ引渡シタルト又其物ヲ引渡サマルト、又引渡シタル後第三者ノ追奪ヲ受クルト否トヲ問ハズ、又賣主ガ其物ノ他人ニ屬スル事ヲ知ルト知ラザルトヲ論ゼズ、他人ノ物ノ賣買ハ賣買ノ物體ニ能カナキモノナレバ絶對的ニ無効ナリ。買主ハ何時ニテモ賣買無効ノ判決ヲ求ムル事ヲ得ベキハ當然ナリ。(第五十六條)之ニ反シ、單ニ所有權ヲ移轉セントノ義務ノミヲ發生スル賣買ニ於テハ、他人ノ物ノ賣買ハ有効ナリ。此場合ニ於テ若シ賣主ニ於テ其物ヲ買取ル等ニ依リテ正當ニ所有權ヲ取得シ、之ヲ買主ニ引渡スコト能ハザルトキハ、賣買ノ不履行トナリ賣主ハ之ニ對スル損害ヲ賠償スルノ責ニ任ズベク、而シテ既ニ一旦他人ノ物ヲ引渡シタル後ナルトキハ、買主ハ之ヲ賣主ニ返還セザルベカラザルナリ。然レドモ當事者ハ何等ノ事ヲモ明定セズ、單ニ他人ノ物ヲ賣買センコトヲ約シタルハ、之ヲ直ニ所有權ヲ移轉スル賣買トスルカ、又單ニ所有權ヲ移轉スル義務ヲ生ズル賣買ト看做スベキハ、當事者ノ意思如何ニ存スルモノニシテ、全ク解釋上ノ問題ニ屬スレドモ、特定物ノ賣買ニ係ルトキハ、法律ハ之ヲ以テ直ニ所有權ヲ移轉スルノ賣買ト推測シ、從テ之ヲ無効トスルハ第五十六條ニ「何等ノ特別ナル合意モアラサルトキハ賣買ヲ無効トス」ルコトヲ明言スルヲ以テ明瞭



ナリ。然レドモ此ハ如キ賣買ヲ以テ、或ハ直ニ所有權ヲ移轉スルハ賣買ト爲スト又ハ單ニ之ヲ義務ヲ生ズル賣買ト爲ストハ買主ノ自由ナリ。買主ガ之ヲ直ニ所有權ヲ移轉スルノ合意ト看做シタル時ハ其合意ハ無効ナルベク、又ハ單ニ義務ヲ有スルモノト看做シタルトキハ、其合意ハ有効ナルベシ。蓋シ買主ナルモノハ單ニ代價ヲ拂フノ義務ヲ有シ、賣主ハ物ノ所有權ヲ移轉スル責任アルモノナリ。而シテ若シ賣買ノ物體ニシテ他人ニ屬スルトキハ、買主ハ其義務ヲ盡スコトヲ得ベキモ、賣主ハ之ヲ盡スコトヲ得ザルベキヲ以テ、買主ハ或賣買ヲ單ニ所有權移轉ノ義務ノミヲ生ズル合意トシテ、之ヲ有効トスルノ權利ヲ主張スル事ヲ得ルモ、賣主ハ決シテ此權利ナカルベシ。第六十二條ニ曰ク「他人ノ物ノ賣主ハ日後其物ノ所有者ト爲リタルトキハ買主ヲシテ賣買ヲ認諾スルヤ擔保訴權ヲ行フヤノ一ヲ撰マシムルコトヲ何時ニテモ催告スルコトヲ得」ト。以テ唯他人ノ物ヲ賣買セントノ合意ヲ以テ無効トシ、又ハ之ヲ有効トスルノ權利ヲ買主ニ與ヘタルヲ見ルベシ。學者往々此ノ如キ場合ニ於テハ、賣主ニ於テ賣買ノ所有權ヲ取得スルト同時ニ、賣買ハ有効ニ歸スベキモノトスレドモ、一旦買主ノ取得セル無効訴權ハ買主ノ意ニ反シテ之ヲ失ハシムルノ理由アルベカラズ。故ニ我民法ガ、買主ニ與フルニ之ヲ無効トシ又ハ之ヲ有効トスルト二者中其一ヲ撰ブノ權ヲ以テセルハ、甚ダ適當ノ規定ト云ハザルヲ得ズ。但シ民法ガ之ヲ有効トスル場合ニ於テ、無効ノ賣買ヲ認諾スルモノトセルハ其ノ理論ニ於テ誤レリ。何トナレバ既ニ財産篇第五百五十八條ニ明言セルガ如ク、最初ヨリ無効ナル行爲ハ之ヲ認諾スルコトヲ得ザルコト明白ニシテ、一旦無効ナルヲ認諾スルハ法律ノ許サマル所ナレバナリ。故ニ近世ノ學者ハ買主ガ此ノ如キ賣買

ヲ有効トスルノ權利ヲ以テ認諾ニ出ヅルモノトセズシテ、其賣買ノ解釋上買主ハ唯之ヲ單ニ所有權ヲ移轉セントスル義務ヲ發生スル賣買ト見做スモ、賣主ニ於テ之ヲ争フ能ハザルノ義務ニ歸セリ。然レドモ賣買ノ當事者ガ他人ノ物タルヲ知ルト否トハ、財産篇第三百八十五條ノ規定ニ從ヒ、損害賠償ノ額ヲ異ニスルノ外法律ハ仍ホ左ノ場合ヲ區別セリ。

(甲) 惡意ナル買主ノ權利 買主ガ惡意ニシテ賣主ガ善意ナル場合ニ於テ若シ當事者ノ意思ガ直ニ所有權ヲ移轉セントスルノ賣買ヲ爲サントスルニ在リシトキハ、其賣買ハ或ハ之ヲ賣主ニ取りテハ一ノ贈與ヲ爲シ、又ハ買主ニ取りテハ惡意ノ占有ヲ爲シ時効ヲ取得セントスルノ意思ナリト解シ得ラザルニアラザルモ、賣買トシテハ全ク絶對的無効ニ屬スベキ合意ナレバ、買主ハ之ヲ以テ義務ノ不履行トナシ、義務ヲ履行シタルト同一ナル利益ヲ其損害トシテ要求スルコトヲ得ザルナリ。第五十七條ニ依ルニ買主ガ惡意ナリシトキハ、賣買ハ無効ニシテ其効果ハ單ニ買主ヲシテ代金辨濟ノ義務ヲ免レシメ、又既ニ辨濟シタル代金ヲ取戻スコトヲ得セシムルニ過ギザルナリ。又同一ノ原理ニ依リ縱ヒ買受物ノ價格ニシテ減少スルモ、買主自ラノ詐偽等ニ出デタル場合ノ外代金取戻ニツキ代金ノ減少ヲ受クルコトナカルベシ。一言ニテ之ヲ謂ハ、買主ガ惡意ナルトキハ賣買ハ無効ナルガ故ニ、賣買ヨリ生ジ得ベカリシ利益ニツキ何等ノ權利ヲモ有セズ、唯不正ノ利得ヲ原因トシテ買主ノ支拂ヒタル代金ヲ要求スルコトヲ得ルニ過ギザルナリ。

(乙) 善意ナル買主ノ權利 賣買ノ當時買主ガ善意ニシテ賣主ガ惡意ナル場合ニ於テ、當事者ノ意思ガ直ニ所

惡意ナル買主ノ權利

善意ナル買主ノ權利



有權ヲ移轉スベキ賣買ヲ爲スニ在リシトキハ前項ト同ジク此ノ賣買ハ無効ナレバ、買主ハ善意ナリトモ固ヨリ代價ヲ取戻スノ訴權アルノミニ過ギズト雖モ、買主ハ斯ノ如キ賣買ヲ以テ、單ニ所有權移轉ノ義務ヲ生ズルニ過ギザル賣買ト看做スノ權利アルハ既ニ論ズル所ノ如クナルガ故ニ、善意ナル買主ニシテ既ニ之ヲ一ノ義務ヲ生ズル有効ノ合意トシ、而シテ事實上其物ガ他人ニ屬スルガ爲ニ、賣主ニ於テ其義務ノ履行トシテ其所有權ヲ買主ニ移轉スルコト能ハザルトキハ、買主ハ之ヲ義務ノ不履行ト看做シ、義務ガ履行セラレテ買主ガ之ヨリ得ベカリシ利益ヲ損害トシテ請求スルコトヲ得ベシ。然レドモ買主ハ善意ニシテ賣主ハ惡意ナルトキニノミ限り、買主ハ此ノ如ク或賣買ヲ以テ單ニ一ノ義務ノミヲ生ズルモノトスルノ權利アルニアラズ、賣主買主共ニ善意ナルトキモ亦同一ナルベシ。第五十八條ニ依ルニ、此場合ニ於テハ買主ハ代金取戻ノ外仍ホ左ノ諸件ノ辨償ヲ受クルコトヲ得ベキモノトセリ。

(一) 買主ノ支拂ヒタル契約費用ノ部分。

(二) 買受物ニツキ買主ノ支拂ヒタル費用ニシテ所有者ヨリ其辨濟ヲ受クルコトヲ得ザルモノ。

(三) 買受物ニ生ジタル増價格、但シ意外ノ事ニ由ルモ亦同ジ。

(四) 所有者ノ請求後ニ收取シ之ヲ返還スルコトヲ要スル果實、但シ買主ハ果實ニ換ヘテ之ニ對等スル期間内ノ賣買代金ノ法律上ノ利息ヲ受クルコトヲ欲スルトキハ之ヲ請求スルコトヲ得。

善意ナル  
賣主ノ權  
利

(丙) 賣主ガ善意ニシテ買主ガ惡意ナル場合ニ於テモ、直ニ所有權ヲ移轉スルノ賣買ハ無効ナルヲ以テ、賣主

ガ善意ナルトキハ勿論、第五十六條末段ニ明示セルガ如ク、惡意ナルトキト雖モ其無効ヲ主張スルコトヲ得ベシ。而シテ其善意ナル場合ハ第六十條ノ規定スル所ナリ。然レドモ前ニ茲ニ論ゼルガ如ク、善意ナル買主ハ直ニ所有權ヲ移轉スベキ賣買ヲ單ニ義務ノミヲ生ズル賣買ト看做スコトヲ得ルノ權利アルヲ以テ、買主ニシテ若シ此權利ヲ行ヒ賣買ヲ有効トシテ義務不履行ノ損害ヲ主張スルコトヲ得ベキハ當然ナリ。第六十條但書ノ所謂追奪ノ場合ニ於ケル求償權ノ拋棄トハ即チ右ノ權利ヲ行ウタル場合ヲ指示セル場合ニ外ナラズ。又他人ノ物ヲ引渡シタル後ニ於テ賣主ガ之ヲ覺知シタルトキハ賣主ハ買主ニ對シ其賣買ヲ無効トスルカ、又ハ之ヲ有効トシテ第五十八條ノ賠償額ヲ評定センコトヲ催告スルコトヲ得ベシ。是レ第六十一條ノ規定スル所ナリ。學者往々之ヲ以テ賣主ノ過失ヲ責ムルモノトスルモノアルハ其當ヲ得タルモノニアラザルナリ。

一部ノ瑕  
疵

(第二) 一部ノ瑕 賣買ノ物體ガ全ク他人ニ屬スルニアラズシテ、權利上ノ瑕 疵ガ單ニ一部分ニ止ルトキハ、

其賣買ハ無効ナルニアラズ、賣買ハ成立スレドモ補償名義ノ取消ヲ許シ、又ハ單ニ損害ノ賠償ヲ要求スルコトヲ許スベキモノトス。此等ノ場合ニ於テハ民法ノ左ノ規定ニ依ルベキモノトセリ。

(甲) 賣買物ノ有體物一部ガ他人ニ屬スル場合ハ、第六十三條ノ規定スル所ナリ。即チ民法ハ買主ガ此部分ヲ取得スルコトヲ得ザルコトヲ知レバ、初ヨリ其物ヲ買ハザルベキ程ニ、其性質又ハ廣狹ニ依リテ有益ナルコトヲ證スルトキハ、全部追奪ノ場合ニ於ケルガ如ク、損害ノ賠償ヲ得テ契約ヲ解除スルコトヲ得ベク、又契約ノ解除ヲ求メザルトキハ、其受ケタル直接且現時ノ損失ノ限度ニ於テ賠償ヲ要求スルコトヲ得ベキモノト



セリ。然レドモ有體的ノ或部分ガ他人ニ屬スル場合ハ不動産ニ在リテハ、面積不足ノ場合ニシテ、之ヲ事實上ノ瑕瑾ト爲シ第四十九條以下ノ規定ヲ適用スルコト却テ穩當ナルベシ。

(乙) 賣買物ノ想像的部分ガ第三者ニ屬スルトキハ、有體的ニハ其物ノ如何ナル部分タルヲ問ハズ、凡テノ部分ニ第三者ノ權利ハ及ブベキヲ以テ、此ノ如キ物ヲ買取リタル者ハ、第三者ト共ニ之ヲ共有スルコト、ナルベシ。第六十四條ニ曰ク「買受物ノ不分ノ部分カ第三者ニ屬スルトキハ其部分ノ重要ノ如何ニ拘ハラス買主ハ損害賠償ヲ得テ契約ヲ解除スル權利ヲ有ス」ト。又其第二項ニ曰ク「買主ハ契約ノ解除ヲ求メサルトキハ買受物ノ價格ノ減少シタルトキト雖モ常ニ之ニ對當スル買受代金ト契約費用トノ部分ヲ取戻シ又其價格ノ増加シタルトキハ其損害ノ賠償ヲ受ク」ト。

(丙) 働方地役即チ地役ノ權利ガ賣渡シタル土地ニ屬スルモノトシテ、契約ニ於テ明定セラレタルニ、第三者ノ爲ニ此權利ヲ奪ハレ、又ハ人爲ヲ以テ設定シタル受方地役即チ地役ノ義務タルコトガ契約ニ於テ明言セラレザルニ第三者ノ爲ニ其義務ヲ認メラレタル場合ニ於テハ、第六十三條ノ規定ヲ適用ス。又賣買ノ財産ノ全部ニ存スル用益者若クハ賃借權ノ爲、買主ガ買受物ノ收益ヲ爲スコト能ハザル時ニ於テハ、其權利ノ經過スベキ殘餘時期ガ建物ナレバ一ケ年、土地ナラバ二ケ年ヲ超過スルト否トニ從ヒ、或ハ買主ニ第六十三條ニ從ヒ、其權利ノ缺損ノ重要ヲ證明シ、或ハ之ヲ證明セズシテ解除スルコトヲ得ベシ。是レ第六十五條ノ明定スル所ナレドモ、買主ハ此ノ如キ解除訴權ヲ何レノ時ヨリ行フコトヲ得ベキヤト云ハ、用益權者又ハ賃借權

者ガ其權ノ存在ヲ説明シタルトキヨリ之ヲ行フコトヲ得ベキモノト謂ハザルヲ得ズ。然ルトキハ殘餘時期ガ建物ニ就テハ一年、土地ニ就テハ二年ヲ超過スルト否トヲ定ムルハ、買主ガ解除訴權ヲ行ハント欲スルノ時ヨリ起算セザルヲ得ズト雖モ、用益權ハ用益者ノ終身ニ涉リ得ベキ權利ナリ。買主ハ如何ニシテ用益權ノ殘餘時期ヲ了知シ得ベキヤ、ボ氏ハ果シテ人ノ死亡ノ時期ヲ豫知スルノ妙術アルコトヲ信ズルカ、氏ハ先ヅ民法中此妙術ヲ規定スルニアラザレバ、民法ノ規定ハ決シテ現世界ニ實行シ得ベキニアラザルナリ。

先取特權  
及抵當權

(第三) 先取特權及抵當權 第六十六條ニ曰ク「契約ニ於テ述ヘタルト否トヲ問ハズ賣渡シタル土地ニ先取特權又ハ抵當權ノ負擔アリテ買主カ其代金ノ辨濟ノ前又ハ辨濟ノ時其土地ヲシテ此負擔ヲ免レシムル爲ニ必要ナル方式ヲ履行セサルニ因リ賣主ノ債權者ノ爲ニ所有權ヲ取上ケラレタルトキハ買主ハ賣主ニ對シテ第五十八條及ヒ第五十九條ノ規定ニ從ヒテ擔保ノ求償權ヲ有ス」ト。今此法文ヲ分析スルトキハ即チ、

(一) 買主ガ賣主ニ對シテ此求償權ヲ行フニハ、賣買契約ニ於テ其土地ニ先取特權又ハ抵當權ノ負擔アルコトヲ述ベザル場合ノミニ限ラズ、當事者ニ於テ之ヲ了知シ、且契約ニ於テ之ヲ述ベタルトキモ亦同ジ。或ハ當事者ガ現ニ之ヲ述ベタルトキハ、買主ハ對人的義務アル土地、即チ債務ト共ニ土地ノ所有權ヲ取得センコトヲ約スルモノナレバ、買主ハ更ニ賣主ニ對シテ求償ノ權ナキガ如クナレドモ、此ノ如キ場合ニ於テハ買主ハ一ノ抵當附義務ヲ賣主ヨリ讓受クルモノニ過ギザレバ、債主ノ承諾ヲ得ルニアラザレバ之ヲ行フコト能ハズ。故ニ賣主ト買主トノ關係ニ於テハ、法律ハ當然完全ナル所有權ヲ賣買スルモノト推測シテ、物上ノ負擔



ハ之ヲ賣主ノ責ニ歸シタリ。

(二) 先取得權又ハ抵當權ハ賣買前ヨリ成立セザルベカラズ 賣主ガ此等ノ負擔ヲ滌除シテ完全ナル所有權ヲ擔保スル義務アルモ亦之ガ爲ナリ。

(三) 求償權ハ現ニ強制執行ニ依リ買主ガ債主ノ爲ニ土地ノ所有權ヲ取上ゲラレタル後ニアラザレバ發生スルコトナシ。何トナレバ賣主即チ債權者ニ對スル債務者ハ何時ニテモ現ニ強制執行ニ依リ買主ガ其土地ヲ債務者ノ爲ニ取上ゲラル、マデハ任意ノ辨濟ヲ爲シテ先取特權又ハ抵當權ノ負擔ヲ滌除スルコトヲ得レバナリ。

差押財産 (第四) 強制執行ノ爲過テ他人ノ財産ヲ公賣ニ依リテ取得シタルモノ、即チ競落人ガ眞所有者ヨリ財産ヲ追奪セラレタルトキハ、競落人ハ何人ニ對シテ之ガ擔保訴權ヲ行フコトヲ得ベキヤハ、第六十七條ノ規定スル所ナリ。抑モ通常ノ任意賣買ノ場合ニ於テハ、賣主ニ擔保ノ義務アルコト明白ナレドモ、公賣即チ強制ノ賣買ニ於テハ、強制執行ヲ請求スル債權者即チ差押人アリ、強制執行ノ手續ヲ實行スル公吏アリ、強制執行ヲ受クル所ノ債務者即チ被差押人アリ。而シテ若シ其財産ニシテ眞ニ被差押人即チ債務者ノ所有ナル場合ニ於テハ、賣主ハ即チ債務者ナルベキモ、財産ヲ差押ヘ及ビ公賣ヲ爲スモノハ公吏ナルガ故ニ、其物ガ他人ノ物ナルトキハ債務者ハ毫モ其賣買ニ關係ナクシテ、唯公吏ガ第三者ノ所有物ヲ競落人ニ賣渡シ其代價ヲ以テ債權者即チ差押人ニ附與シタルモノナルヲ以テ、第三者即チ物ノ眞ノ所有者ヨリ追奪ヲ受ケタル競落人ハ、代價ノ領收者即チ債權者ニ對シテ總代價ノ取戻ヲ請求スルコトヲ得ルニ過ギザルベシ。然レドモ競落人ノ支拂ヒタル代

價ニテ債務者ト債權者トノ關係ニ於テ、義務ヲ消滅シタルモノトスル以上ハ、競落人ハ債務者ニ對シテ代金ノ取戻ヲ要求スルコトヲ得ベシ。是レ事物當然ノ原理ナルベシト雖モ、我民法ハ一種ノ規定ヲ設ケ、競落人ハ先ヅ第一次ニ於テ債務者ニ對シテ代金取戻ノ要求ヲ爲シ債務者ニ於テ無資力ナルトキハ、第二次ニ於テ債權者ニ對シテ代金ノ取戻ヲ要求スルコトヲ得ベキモノトセリ。然レドモ他人ノ物ヲ公賣シタルガ爲、代價以外ニ生ジタル損害賠償ニ至リテハ、必ズシモ債務者ノミニ於テ之ヲ負擔スルモノニアラズ、又常ニ之ヲ負擔スルモノニアラザルナリ、即チ、第一差押人ガ差押ノ際ニ其財産ノ債務ニ屬セザルコトヲ知りタルトキ、第二債務者ガ其財産ニ屬スル第三者ノ權利ヲ詐僞ヲ以テ隱祕シタルトキ、第三公吏ガ公賣條件書ノ調製及ビ競落ノ處理ニ就キ其職分ヲ缺キタル爲、買主ノ錯誤ヲ惹起シタルトキニ於テハ、差押人債務者及ビ公吏ガ銘々損害賠償ノ責ニ任ズベシ。

債權ノ賣 (第五) 債權ヲ讓渡シタル場合ニ於テハ、賣主ハ如何ナル擔保ノ債ニ任ズベキカハ、第六十八條ノ規定スル所ナリ。而シテ此擔保ハ或ハ法律上當然ナルモノアリ、又ハ當事者ノ特約ニ依ルモノアリ、即チ左ノ如シ。

(一) 讓渡シタル債權ノ存立及ビ其有効ニ就テハ賣主ハ、當然其擔保ノ責ニ任ゼザルベカラズ。故ニ債務ノ成立ニ必要ナル條件ヲ缺キタル爲其債權ガ不成立トナリ、又ハ無効トナリタルトキハ賣主即チ債權讓渡人ニ於テ讓受人ニ對シテ其責ニ任ズベキハ當然ナリ。此場合ニ於テハ、設例ヘバ百圓ノ債權ヲ七十圓ニテ買受ケタ



ルトキト雖モ、賣主ハ百圓ノ債權ニ對シテ其責ニ任ゼザルベカラズ。

(二) 然レドモ、債務者ノ資力ノ有無ハ信用ノ程度如何ニ在リ。債權固有ノ價格ニ影響スルノミニシテ、特約アル場合ノ外賣主ハ決シテ債務者ノ有資力ヲ擔保スルコトナシ。無資力者ニ對スル債權モ亦一ノ債權ナリ。此ノ如キ債權ヲ賣買スルモノハ宜ク之ニ相當ナル價格ヲ以テスルマデナリ、素ヨリ賣主ニ於テ其資力ヲ擔保スベキモノニアラズ。

(三) 賣主ガ有資力ヲ擔保シタル場合ニ於テハ、仍ホ之ヲ左ノ場合ニ區別スルヲ要ス。

(イ) 既ニ滿期トナリタル債權ノ賣買ニ於テハ、賣主ハ讓渡ノ日ニ於ケル有資力者ノミニ就キ、且受取リタル代金ノ範圍内ニ於テノミニ其責ニ任ズ。設例ヘバ、既ニ期限ノ來リタル百圓ノ債權ヲ七十圓ニテ賣渡シ、且債務者ノ有資力ヲ擔保シタル場合ニ於テ其賣買ノ當日、債務者ハ五十圓ノ資産ヲ有シタルトキハ、其後全ク無資力ト爲ルモ賣主ハ唯此五十圓ヲ支拂フノ責ニ任ズルニ過ギザルナリ。但一層廣大ナル擔保ノ明約アル場合、又ハ裏書ヲ以テ讓渡ス商證券ノ場合ハ此限ニアラズ。

(ロ) 未ダ滿期トナラザル債權ノ讓渡ニ於テ、債務者ノ有資力ヲ擔保シタルトキハ債務者ノ將來ノ有資力ヲモ擔保スレドモ、其擔保ノ責任ハ滿期ヨリ一ケ年、又ハ無期年金權ニ付テハ其讓渡ヨリ十ケ年ニテ絶止スベシ。但シ其擔保ノ範圍ガ讓渡シタル代金ニ止ルベキモ亦前項ニ同ジ。

## 係争權

(第六) 係争權トハ物權ト人權トヲ問ハズ、又裁判上ト裁判外トヲ問ハズ、本權ニ關シテ明白ノ争アル

權利ヲ謂フ。即チ一ノ係争權タルニハ、第一其争ガ本權即チ權利成立ノ基本ニ關スルモノタラザルベカラズ。期限ノ未滿又ハ管轄違等ノ理由ヲ以テ争フ場合ノ如キハ、本案ニ係ル争ナラザルヲ以テ、之ヲ本權ノ有無ニ關スル争ト云フコトヲ得ズ。第二既ニ争ノ目的タル權利ナカルベカラズ。即チ一方ニ於テハ權利アリト主張シ、一方ニ於テハ權利ナシト主張スル場合タラザルベカラザルナリ。第三其争ハ明白ナルコトヲ要ス。將來争ニ係リ得ベキ權利ナルモ未ダ明白ニ争ヲ生ジタルトキニアラザレバ、之ヲ係争權ト謂フコトヲ得ザルナリ。第六十九條ハ此係争權ノ賣買ニ於ケル賣買ノ擔保ノ義務ヲ規定セリ。即チ、

(一) 争ニ係ル權利ヲ讓渡シタル場合ニ於テハ、讓渡人ハ其主張ノ虚構ナラザルコト、即チ眞ニ權利アリト信認セルコトヲ擔保スルノミニシテ權利ノ眞ノ成立ヲ擔保スルコトナシ。何トナレバ眞ノ權利ノ成立ノ不明ナルコソ眞ニ其權利ノ係争權タル所以ニシテ、讓受人ハ自ら其危険ヲ負擔スレバナリ。但シ讓渡人ガ之ニ反對ナル特約ヲ爲サズ、又ハ讓受人ガ係争物タルコトヲ知りタル場合ニ限ルハ勿論ナリ。

(二) 若シ又右ニ反シ讓渡人ニ於テ其主張ノ理由ナキコトヲ知り乍ラ之ヲ讓渡シタルトキハ、讓渡人ハ讓渡代金ノ返還ノ外讓受人ガ正當ニ期望シタル利益ノ賠償ヲモ負擔スベシ。

(第七) 會社員ノ持分 會社員ガ其持分ニ於ケル權利ハ即チ會社ニ對スル債權ナリ。持分ノ賣買ハ通常債權ノ賣買ト異ル所ナカルベシ。然ルニ民法ハ特ニ第七十條ニ於テ之ヲ規定シ、賣主ハ其權利ノ存立及ビ賣買契約ニ示セル權利ノ廣狹ニ就テノミニ擔保ノ責ニ任ズベキモノト明言セリ。故ニ權利ノ全ク成立セザルトキハ代價及ビ



損害ヲ賠償セザルベカラズト雖モ、會社ノ盛衰ヨリ來ルベキ將來ノ利益損失ハ買主ノ自ラ負擔スル所ナルハ、恰モ通常債權ノ賣買ニ於テ買主ハ自ラ債務者ノ資力ノ有無ト利害ヲ與ニスルト異ル所ナシ。言フ換ヘテ之ヲ謂ハバ、會社ノ持分ニ對スル權利ノ讓渡ハ將來會社ノ營業上ヨリ生ズル權利義務ヲ併セテ讓渡スルモノナレバ、讓渡以前ニ於テ既ニ清算済トナリタル賣主ノ權利義務ハ、買主ニ利害ノ關係ヲ及ボスコトナカルベク、又賣主ト會社トノ間ニ於ケル特別ノ計算ハ讓渡シタル持分以外ノモノナルベキヲ以テ、又買主ニ利害ノ關係ノ及ボスコトナキハ明白ナリ。是ニ由リ之ヲ觀レバ會社員ノ持分ノ讓渡ハ讓受人ヲシテ先ヅ會社員ノ地位ニ代ラシムルモノナリ。然ルニ或ル學者ノ如キハ、會社ノ約款ニ於テ他人ヲシテ代テ會社員タラシムル場合ニ於テモ仍ホ持分ノ賣買ヲ爲スコトヲ得ベキモノト爲シ、且此場合ニ於テハ賣主ハ名義上ノ會社員トシテ、更ニ其讓渡人ニ對シテ會社ノ營業上ヨリ生ズル利益ヲ配當スルノ義務アルベキモノトセリ。然レドモ此ノ如キ場合ハ會社員ト三者トノ間ニ於テ新ナル權利ヲ創設スルモノニシテ、之ヲ會社ニ於ケル持分ノ讓渡ト謂フコトヲ得ザルナリ。上來論述シタル所ハ、主トシテ法律上當然認ムベキ賣主ノ擔保義務ナリ。然レドモ當事者ハ合意ヲ以テ無擔保ノ特約ヲ爲シタルトキハ如何、第七十一條ハ無擔保ノ賣買ナルモノヲ認ムレドモ、解釋上之ヲ種々ノ意義ニ解スルコトヲ得ベキヲ以テ、其無擔保ノ範圍ハ必ズシモ同一ナラザルナリ。即チ、

(一) 無擔保ニテ賣買セントノ特約ヲ爲ストモ、當事者ノ意思ニシテ直ニ所有權ヲ移轉スベキ賣買ヲ爲スニ在リシトキハ其賣買ハ無効ナルヲ以テ、賣主ハ仍ホ代金ヲ返還スルノ責ニ任ズベシ。否ラザレバ賣主ハ不正ノ利得ヲ得有スルニ至レバナリ。此ノ如キ無擔保ノ特約ハ單ニ代金以外ノ損害賠償ノ責ヲ免カレシムルニ過ギザルナリ。

(二) 買主ガ賣買ノ時ニ於テ追奪ノ危險アルコトヲ了知シテ無擔保ヲ約シタルトキハ、當事者ノ意思ハ直ニ所有權ヲ移轉スルノ賣買ヲ爲スニアラズシテ、其目的ハ即チ一ノ僥倖ヲ希望スルニ在ルトキハ、之ヲ一ノ射倖契約ト看做スベク、從テ賣主ハ代金ヲ返却スルノ責ニ任ゼザルベシ、又賣主ガ買主ノ危險擔保ニテ賣買スルトノ特約ヲ爲シタルトキモ右ト同一ノ理由ニ依リ、之ヲ射倖契約ト看做スベク、從テ賣主ニ代金返還ノ義務ナカルベシ。

然レドモ如何ナル場合ニ於テモ、又如何ナル約款ニ依ルモ自己ノ所爲ヨリ生ズル追奪ノ責ヲ免ル、コトヲ得ザルベシ。何トナレバ此ノ如キ特約ハ賣主ノ詐僞其他不正ノ行爲ニ對シテモ無責任ナルコトヲ約スルモノナレバナリ。設例ヘバ賣主ガ其所有物ヲ甲者ニ讓渡シ置キ乍ラ、更ニ乙者ニ對シテ無擔保ノ特約ニテ之ヲ賣渡シ、又ハ甲者ニ無擔保ノ特約ニテ賣渡シタル後、更ニ乙者ニ之ヲ賣渡シ乙者ノミニ對シテ公證ヲ爲シタルトキノ如シ。

買主ノ惡意ノ故ヲ以テ、賣主ニ擔保義務ノ全部又ハ一部ヲ免ズベキ場合ニ於ケル惡意證明ノ方法及ビ擔保人ノ訴訟參加ノ事ニ關シテハ、第七十二條及ビ第七十三條ニ於テ之ヲ規定セリ。

第三款 買主ノ義務

買主ノ義務

賣買ノ効果ヲ規定スルニ方リ、賣主ノ義務ト買主ノ義務トヲ分離スルハ其ノ當ヲ得タルモノニアラズ。何トナ

第一章 賣買



レバ賣買ハ双務ノ契約タルベキヲ以テ、賣主ノ義務ハ買主ノ權利トナリ、買主ノ義務ハ賣主ノ權利タルベキヲ以テ、賣主ト買主トノ義務ヲ全然區別シテ、之ヲ論述セントスルハ事精密ニ似テ却テ明瞭ヲ缺クノ恐アリ。我民法中買主ノ義務ト認ムベキモノヲ列擧スレバ、第一代金辨濟ノ義務、第二引取ノ義務、第三利息ヲ支拂フノ義務ノ三種ト爲スコトヲ得ベキモ、第二以下義務ノ如キハ必ずシモ常ニ賣買ヨリ生ズル効果アラザルノミナラズ、法律ハ買主ノ義務中ニ買主ノ代價留置權ノ如キ、却テ買主ガ義務ヲ免ジ、又ハ其履行ヲ猶豫スルコトヲ得ベキ例外ノ場合ヲ規定スルコト少カラズ。故ニ買主ノ義務ハ主トシテ代金辨濟ノ義務タルニ過ギザレドモ、既ニ民法ノ規定スル所タル以上ハ予ハ左ニ此等ノ場合ヲ略述セン。

第一段 代金辨濟ノ義務

代金辨濟ノ義務

代金辨濟ノ時期及ビ場所ニ付キ特別ノ合意アルトキハ、買主ハ其合意シタル時期及場所ニ於テ、代金ノ辨濟ヲ爲サザルベカラズト雖モ、若シ特別ノ合意アルトキハ左ノ例ニ依ル。

(一) 買主ハ引渡ノ時ニ於テ之ヲ辨濟スベク、又引渡ヲ日後ニ延ブル合意ヲ爲シタルトキハ、代金ノ辨濟モ亦日後ニ延ブルモノト推定スベク、若シ又賣主ガ引渡ノ爲恩惠期限ヲ裁判所ヨリ得タルトキハ、買主ハ代金辨濟ノ爲同一ノ期間ヲ享有シ、買主ガ代金辨濟ノ爲恩惠期限ヲ得タルトキハ、賣主モ引渡ノ爲此期限ヲ享有ス。蓋シ、民法ノ起案者ハ賣買ノ双務契約タルノ性質上ヨリシテ、當事者双方ヲシテ其權利義務ノ平等ヲ得セシメンガ爲ニ、此ノ如キ推測ヲ設ケタルモノニ過ギザルナリ。(第七十四條)

(二) 買主ハ有體動産ニ就テハ、引渡ヲ爲ス場所、不動産、債權、係争權又ハ會社員ノ權利ニ就テハ證書ノ交付ヲ爲ス場所ニ於テ代金ヲ辨濟スベク、又引渡ノ前若クハ後ニ代金ノ辨濟ヲ要求スルコトヲ得ベキトキハ、其辨濟ハ買主ノ住所ニ於テ之ヲ爲スベキモノトス。(第七十五條)

此ノ如ク買主ハ必ず代金ヲ辨濟セザルベカラザル義務アリト雖モ、買主ハ其義務ノ履行ヲ延引スルコトヲ得ベキ場合アリ。即チ、

(一) 買主ガ物上訴權ニ因リテ妨碍ヲ受ケ、又ハ妨碍ヲ受クル恐アル正當ノ理由ヲ有スルトキハ、賣主ハ其妨碍若クハ危險ヲ止マラシムル迄、又ハ追奪アリタルニ於テハ代金ヲ返還スル爲ノ保證人ヲ立ツルマデ、買主ハ此訴權ノ輕重ニ從ヒテ代金ノ全部又ハ一部ノ辨濟ヲ拒ムコトヲ得。但シ買主ガ其買受ケタル物ノ他人ニ屬スルコトヲ證明スベキ十分ノ證據ヲ有スルトキハ第五十六條ノ規定ニ從ヒ賣買ヲ以テ無効トスルノ權利アルベキハ當然ナリ。(第七十七條)

(二) 買受ケタル不動産ニ就キ抵當權又ハ先取權ノ登記アルトキハ、買主ハ法律上ノ期間内ニ滌除ノ方式ヲ行ウタル後ニ非レバ代金ヲ辨濟スルノ責ナシ。蓋シ買受ケタル不動産ニ登記ヲ經タル特權アルトキハ、買主ハ賣主ニ對シテ代金ヲ辨濟スルモ、債務者ニ對シテハ更ニ債務ヲ辨濟セザレバ、其不動産ヲ債權者ノ爲ニ取上ゲラルルニ至ルノ危險アリ。故ニ法律ハ買主ヲシテ此危險ヲ免カレンメンガ爲ニ、代金ヲ以テ債務ノ支拂ニ充ツルコトヲ得セシメタリ。其滌除ノ手續ニ至リテハ債權擔保篇第二百五十五條以下ニ記載セリ。(第七十八條)



右二個の場合ニ於テ、買主ノ利益ヲ保護スル爲ニ代價ノ辨濟ヲ停止シ、又眞ノ所有者ヲ保護スル爲ニ、第三者ヲシテ物ノ取戻ヲ得セシムルトキハ、賣主ヲシテ物ト代價トヲ併セテ失ハシムルニ至ルベシ。蓋シ賣主ハ賣買解除ノ權及ビ賣渡シタル物ノ代金ニ付テハ先取特權ヲ有スレドモ、賣主ニ於テ其權利ヲ登記セザリシトキハ、第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルヲ以テ、買主ニシテ賣主ノ債權者ト共謀シテ買受物ヲ隱匿シ、又ハ消費シタル後無資力ト爲リタルトキハ、賣主ヲシテ代金ヲ失ハシムルノ結果ヲ生ズベシ。故ニ民法ハ此場合ニ於テハ、賣主ニ與フルニ、當事者双方ノ名ヲ以テ買主ヲシテ猶豫ナク代金ヲ供託セシムルコトヲ得ベキ權利ヲ以テセリ。而シテ此供託シタル代金ハ當事者双方ノ承諾、又ハ裁判所ノ判決ニ依リ、且ツ諸手續ノ終了後ニ於テ初メテ之ヲ引取ルコトヲ得。(第七十九條)

## 第二段 利息支拂ノ義務

利息支拂ノ義務

買主ハ前段ニ論述スルガ如ク、代金ヲ支拂フ義務アルノミナラズ、仍ホ其代金ノ利子ヲ支拂フノ義務アリ。法律ハ買主ノ利子支拂ノ義務ヲ以テ二個ノ場合ニ區別セリ。即チ、

(一) 買受物カ果實其他金銭ニ見積ルコトヲ得ヘキ定期ノ利益ヲ生スルトキハ、買主ハ引渡ノ時ヨリ當然代金ノ利息ヲ負擔ス。トハ第七十六條第一項ノ明言スル所ナリ。抑モ利息ハ附遲滯ノ手續ニ依リ初メテ之ヲ請求シ得ベキハ財産篇ノ規定スル所ニシテ、此手續ニ依ラズシテ賣主ヲシテ賣渡物ノ收益ニ對スル補充利子ヲ請求スルコトヲ得セシムルハ其當ヲ得タルモノニアラズト雖モ、法律ハ賣主ト買主ト利益ノ平均ヲ得セシメンコトニ汲

汲トシテ遂ニ此規定ヲ設ケタリ。

(二) 然レドモ買受物カ果實其他金銭ニ見積ルコトヲ得ベキ定期ノ利益ヲ生ゼザルトキハ、特別ノ合意又ハ辨濟ノ催告ニ依リニアラザレバ之ヲ負擔セズ。(第七十六條第二項)故ニ此ノ場合ニ於テモ亦賣主ハ裁判所ニ對シテ之ヲ請求スルコトヲ待タズ、單ニ一片ノ催告書ニ依リテ買主ヲシテ利子ヲ支拂フノ義務ヲ負擔セシムルニ十分ナリト解セザルベカラズ。

而シテ右ノ如キ我民法ノ規定ニ依ルトキハ、買主ノ利息支拂ノ義務ハ物ノ引渡ノ時ヨリ始メテ發生スルモノトスレドモ、當事者ヲシテ平等ノ利益ヲ得セシメントノ精神ヲ貫徹セシメンニハ、引渡以前ト雖モ亦買主ヲシテ利息支拂ノ義務ヲ負擔セシムルコトヲ要ス。何トナレバ賣買ニ於テハ合意ト同時ニ所有權ヲ買主ニ移轉スルヲ以テ賣買終了渡ニ於ケル賣渡物ノ果實ハ當然買主ニ屬スベケレバナリ。故ニ第七十六條ガ單ニ「引渡ノ時ヨリ云々」ト明言スルハ、立法ノ精神ト矛盾スルガ如シト雖モ、該條ハ直ニ所有權ヲ移轉セザル合意ノミニ適用セラルベキモノニシテ、其所謂引渡ノ時トハ即チ所有權移轉ノ時ヲ指スモノトスルトキハ、合意ト同時ニ所有權ヲ移轉スル賣買ニ在リテハ、其合意ノ時ヨリ買主ハ利息支拂ノ義務ヲ負擔スルモノト解スルニ於テ敢テ差支ナカルベシ。蓋シ我民法ノ法文ハ往々古代羅馬法ニ於ケル賣買ヲ想像シ、近世ニ於テ互ニ所有權ヲ移轉スベキ賣買ノ場合ヲ忘却セルコト甚ダ少カラザレバナリ。

## 第三段 引取ノ義務



引取ノ義務

賣買結了シテ賣渡物ノ所有權ハ既ニ買主ニ歸スルト雖モ、賣主ニシテ仍ホ其引渡ヲ爲サザル間ハ之ヲ保存スルノ義務アルヲ以テ、賣主ハ此ノ義務ヲ免レンガ爲ニハ可成速ニ其賣渡物ヲ引渡スヲ以テ利益トスルコト甚ダ多カ  
ルベシ。故ニ買主ハ其引取ヲ爲スノ義務ヲ負フベシ。故ニ動産物ノ買主ガ代金ヲ辨濟シタルト否トヲ問ハズ、引  
渡ヲ受クル權利ヲ有スルトキニ於テ、其引渡ヲ受クルコトヲ拒ミタルトキハ賣主ハ財産篇第四百七十四條乃至第  
四百七十八條ニ從ヒテ、其賣渡物ノ提供及ビ供託ヲ爲スコトヲ得。然レドモ日用品其他速ニ毀損スベキ物ニ就テ  
ハ、賣主ハ買主ノ爲之ヲ轉賣スルコトヲ得ルトキハ其轉賣ヲ爲スコトヲ要ス。(第八十條)

第五節 賣買ノ解除

第一款 義務ノ不履行ニ因ル解除

義務ノ不履行ニ因ル解除

第八十一條ニ曰ク、

當事者ノ一方カ定メタル義務其他特ニ負擔スル義務ノ全部若クハ一部ノ履行ヲ缺キタルトキハ他ノ一方ハ財産  
篇第四百二十一條乃至第四百二十四條ニ從ヒ裁判上ニテ契約ノ解除ヲ請求シ且損害アレハ其賠償ヲ要求スルコ  
トヲ得

當事者カ解除ヲ明約シタルトキハ裁判所ハ恩惠期限ヲ許與シテ其解除ヲ延ヘシムルコトヲ得然レトモ此解除  
ハ履行ヲ缺キタル當事者ヲ遲滯ニ附シタルモ猶履行セサルトキニ非レハ當然其効力ヲ生セス  
ト。民法ハ斯ノ如キ解除ヲ稱シテ義務ノ不履行ニ因ル解除ト謂ヘリ予ハ之ヲ左ノ四段ニ區別シテ論述セン。

第一 義務ノ不履行ニ因ル解除ノ性質如何。

第二 義務ノ不履行トハ如何ナル事項ヲ謂フヤ。

第三 如何ナル義務ノ不履行ガ解除ノ原因タルコトヲ得ルカ。

第四 解除ノ効果如何。

(第一) 第八十一條ハ財産篇第四百二十一條ニ定メタル原則ノ適用タルニ過ギズトスルハ學者普通ノ定説ナルガ  
如シ。即チ該條ガ「凡ソ双務契約ニハ義務ヲ履行シ又ハ履行ノ言込ヲナセル當事者ノ一方ノ利益ノ爲メ他ノ一  
方ノ義務不履行ノ場合ニ於テ常ニ解除條件ヲ包含ス」ト明言スル原則ニ依リ、義務不履行ニ由ル解除ヲ別テ二  
種ト爲シ、一ヲ默示ノ解除條件ノ効果トシ、一ヲ明約ノ解除條件ノ効果トセリ。然レドモ義務ノ不履行ニ依ル  
解除ヲ默示ノ解除條件ノ發生ニ依ル効果トスルハ大ニ法理ヲ誤リタルモノト謂ハザルヲ得ズ。抑モ條件ナルモ  
ノハ當事者ノ從タル意思ノ表示ナルガ故ニ、民法ガ双務契約ニ於テハ常ニ解除條件ヲ包含スト明言スル以上ハ、  
民法ハ双務契約ニ於テハ當事者ノ意思ヲ推定シ、當事者ハ現ニ此ノ如キ解除ノ條件ヲ明言セザルモ、暗ニ之ヲ  
默示セルモノトスルノ外アルベカラズト雖モ、民法ハ補充法ナリ當事者ノ意思ノ欠缺ヲコソ補充スレ決シテ當  
事者ノ意思ヲ推測スルモノニアラザルナリ。民法ヲ稱シテ推測法ト稱スルノ不可ナルモ亦此點ニ在リ。是ニ依  
リテ之ヲ觀レバ、義務ノ不履行ニ因ル賣買契約ノ解除ハ、權利者ヲシテ其權利ヲ履行セシムルノ一方法ニシテ、  
一旦成立セル賣買ヲ無効トシ原狀ニ回復セシムルノ訴權ナリ。法律ガ特ニ此訴權ヲ權利者ニ附與スルナリ。當



事者ノ意思ニ基ク條件ニアラザルナリ。縱シ其効果ハ解除條件ノ効果ト同一ナルヲ以テ之ヲ解除ト稱スルモ、默示若クハ明約ノ解除ト謂ハズシテ、法律上若クハ合意上ノ解除ト稱スルヲ適當トス。

(第二) 法律上ノ解除ヲ行フニハ、當事者ノ一方ガ義務ヲ履行セザルコトヲ必要トスレドモ、解除ノ原因ニ十分ナル義務ノ不履行ハ單ニ其義務ガ履行期限ニ達シタルノミヲ以テ足レリトセズ、又履行ノ催告ヲ爲シ又ハ遲滯ニ附シタルノミヲ以テ足レリトセズ、必ズ裁判上ノ宣告アルヲ必要トス。故ニ義務ノ不履行ニ依ル解除ハ決シテ當然行ハル、モノニアラザルノミナラズ、裁判所ハ仍ホ履行ノ恩惠期限ヲ許與スルコトヲ得ズ。但シ合意上ノ解除ノ場合ニ於テハ、裁判所ハ權力ヲ以テ猥リニ當事者ノ意思ヲ變更スルコトヲ得ザルヲ以テ、恩惠期限ヲ許與スルコトヲ得ザレドモ、仍ホ履行ヲ缺キタル當事者ヲ遲滯ニ附シタル後ニアラザレバ、當然其効力ヲ生ゼザルハ第八十一條第二項ノ明言スル所ナリ。

(第三) 當事者ノ一方ガ、義務ノ不履行ニ因ル解除ヲ要求スルニハ、他ノ一方ハ如何ナル義務ヲ履行セザルコトヲ必要トスルカ、法律ハ「上ニ定メタル義務其他特ニ負擔スル義務ノ全部若クハ一部」云々ト明言セリ。即チ賣主ニ在リテハ、所有權ヲ移轉スル義務引渡ノ義務追奪擔保ノ義務等ニシテ、買主ニ在リテハ、代價支拂ノ義務引取ノ義務利子支拂ノ義務等ナリ。就中法律ハ此等ノ義務ノ一部ノ不履行モ亦解除ノ原因タルベキモノトセリ。然レドモ他人ノ物ノ賣買ヲ爲シテ直ニ所有權ヲ移轉セントノ合意ニ在リテハ、賣主ハ追奪擔保ノ義務ヲ有スト云ハンヨリ、其賣買ハ當然無効ニ歸スベク、之ニ反シテ賣渡物ニ一部ノ權利上ノ瑕瑾アトルキハ、賣買ハ

有効ニ成立シ、且其瑕瑾ハ損害賠償ノ原因タルベキモ、取消ノ原因タルコトヲ得ザルベシ。又買主ノ義務中ニ在リテモ、代價支拂ノ義務ノ如キモ、僅少ノ額ノ不足ナルトキハ、必ズシモ解除ノ原因タルコト能ハザルノミナラズ、引取ノ義務ヲ怠リタル場合ノ如キハ一方ニ於テ之ヲ供托スルヲ以テ足レリトシ、敢テ根柢ヨリ賣買ノ取消ヲ爲スヲ要セザルナリ。故ニ義務ノ不履行ニ因ル解除權ハ、單ニ當事者ノ一方ガ他ノ一方ノ義務不履行ノ爲過大ナル損害ヲ受クル場合ニ於テ原狀ニ回復スルノ訴權タルニ過ギザレドモ、我民法ガ之ヲ以テ解除條件ノ發生トスル以上ハ、一部ノ不履行ト雖モ全ク賣買ヲ取消スニ充分ナル原因ヲ爲スモノト解セザルベカラズ。

(第四) 直チニ所有權ヲ移轉スルコトヲ目的トセル賣買ニ於テハ、賣買契約ニ依リ買主ハ直チニ所有權ヲ取得シ、賣主ハ唯買主ニ對シテ代金ノ請求權ヲ有スルニ過ギズト雖モ、買主ニ於テ其義務ノ全部若クハ一部ヲ履行セザルガ爲メ賣買ヲ解除セラレタルトキハ、其解除ハ解除條件ノ發生ト均ク既往ニ溯リテ其効力ヲ生ジ、買主ガ賣買後ニ於テ其買受物ニ附シタル物上ノ義務ハ悉ク無効ニ歸スベキヲ以テ、第三者モ併セテ其物件ヲ失フベシ。是レ近世法理ノ容レザル所ナレドモ、羅馬法ノ特例ヲ襲ヒタル我民法ニ於テハ已ムヲ得ザルノ結果ナリ。然レドモ此ノ如キ解除溯及ノ効果ハ、經濟上交通ノ便ヲ妨グルコト少々ナラザルヲ以テ、我民法ハ之ニ數多ノ制限ヲ附シテ、溯及ノ効力ハ殆ンド當事者ノミニ止マルモノトスルヲ擇ブコトナキニ至ラシメタリ。即チ第八十二條及ビ第八十三條ノ規定スルガ如ク、買主ガ義務ノ全部又ハ一部ヲ履行セザルガ爲メ賣主ノ行フコトヲ得ベキ解除訴權ハ、之ヲ公示スルニアラザレバ第三者ナル轉得者ニ對シテ其効力ナカルベシ。其訴權ヲ公示スル方



法ハ即チ左ノ如シ。

(一) 不動産ニ就テハ代金其他買主ノ義務ノ全部若クハ一部ノ未ダ履行セラレザルコトヲ、賣買證書ニ依リ登記スルヲ以テ賣主ノ解除訴權ヲ公示スルノ方法トス。但シ賣主ハ賣買以後ニ於テモ先ニ登記セラレタル賣買證書ニ、此ノ如キ義務ノ未済ナルコトヲ追加シテ之ヲ登記スルコトヲ得レドモ、爲ニ追加登記ノ前ニ於テ既ニ第三者ノ得タル權利ヲ害スルコトヲ得ズ。

(二) 動産ニ於テ公示ノ方法ハ引渡ナリ。故ニ引渡ノアリタルト否トヲ問ハズ、賣主ハ買主ニ對シテ解除訴權ヲ行フコトヲ得ベキハ當然ナレドモ、爲ニ引渡後ニ於テ其物ニ就テ、質權其他ノ物權ヲ取得シタル第三者ヲ害スルコトヲ得ザルナリ。但シ法律ハ代金ノ辨濟期限ヲ定メズシテ爲シタル賣買ニ於テハ物ノ引渡アリタルトキト雖モ、引渡後八日間内ハ賣主ニ於テ解除訴權ヲ行フコトヲ得ベキコトヲ明言シテ曰ク「辨濟期限ノ定ナキ賣買ニ就テハ賣主ヨリ引渡ヨリ八日內ニ賣買ヲ解除スルコトヲ得然レトモ善意ナル第三者ノ既得ノ物權ヲ害スルコトヲ得ス」ト。一讀シテ何ノ意ナルヲ知ルベカラズ。再讀シテ始メテ其「ノンセンス」タルコトヲ了知シ得ベシ。抑モ、辨濟期限ノ定ナキ賣買ニ就テハ引渡後八日間内ニアラザレバ解除訴權ヲ行フコトヲ得ズトハ何事ゾヤ。當事者ノ間ニ在リテハ引渡ノ前後ヲ問ハズ、又引渡後必ズシモ八日間タルヲ要セズシテ賣主ガ解除訴權ヲ行フコトヲ得ベキハ明白ナリ。然ラバ法律ハ第三者ニ對スル解除訴權ノ事ヲ定メ、八日間内ナレバ第三者ニ對シテモ亦解除訴權ヲ行フコトヲ得ベキモノトセルニ在リトセンカ、法律ハ「然レトモ善意

ナル第三者ノ既得ノ物權ヲ害スルコトヲ得ス」ト明言スルヲ如何セン。到底解シ得ベカラザルノ法文タリト雖モ、立案者ニハ又立案者ダケノ考アリ、法文通りニテハ他ヨリ決シテ解シ得ベカラザルノ明解アリ。立案者ハ蓋シ買主ノ一般ノ財産ニ於ケル一般ノ債權者ノ權利ヲ想像セズ、即チ立案者ハ債權者ノ財産ハ總テ其債權者ノ共同擔保ト看做ストノ法諺ヲ想像シ、賣主ガ代金ノ辨濟期限ヲ定メ直ニ物ヲ引渡シタルトキハ、賣主ハ買主ナル人ヲ信用シタルモノト推測スベケレバ、債權者ノ無資力ハ自ラ之ヲ甘シタルモノト看做スヲ以テ、賣主ハ解除訴權ヲ以テ買主ノ他ノ債權者ヲ害スルコトヲ得ザレドモ、辨濟期限ヲ定メズシテ物ヲ引渡シタルトキハ、代價ヲ即時ニ要求スル意ニシテ未ダ全ク買主ヲ信用シタリト云フコトヲ得ザレバ、八日間内ハ賣主ガ其賣渡物ニ對シテ解除訴權ヲ行フモ他ノ債權者ニ於テ之ヲ拒ムコトヲ得ザルモノトスルニ在リ。是レ立案者ノ想像ナリ。然レドモ債權者ノ總財産ハ債權者ノ共同擔保ト云フコトハ、何モ債權者ガ直チニ債權者ノ財産ニ對シテ物權ヲ有ストノ意ニアラザレバ、賣買以前ノ債權者モ亦此權ヲ有スルコトナレバ、債權者ハ其財産ヲ他人ニ讓渡スモ其自由ナリ。特ニ之ニ對スル權利ヲ有スルモノ、即チ解除訴權ヲ有スル賣主ガ其訴權ヲ行フニ於テ、他ノ債權者ガ之ヲ拒ムノ理アルベカラズ。法律ガ八日間ノ猶豫ヲ與ヘタルハ却テ債權者ニ與フルニ非常ノ權利ヲ以テスルモノナリ。是ニ由リテ考フレバ、立案者ハ更ニ一步ヲ進メテ、私ニ債權者ガ既ニ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ヲ想像セルヤモ知ルベカラズト雖モ、人間以上ノ神通力アルニアラザレバ誰カ此法文ニ向テ斯ル解釋ヲ下スコトヲ得ンヤ。兎ニ角辨濟期ノ定メアルト否トニ從テ買主ノ信用ニ斯程ノ相



違アリ。而シテ其信用ガ他ノ一般ノ債權者、就中賣買以前ニ於ケル債權者ニシテ其影響ヲ及ボストスルガ如キ規定ハ、誰レカ捧腹絶倒セザル者アランヤ。第八十三條第二項ハ立案者ノ出來心ヨリ臨時ニ挿入セラレタルモノトシテ之ヲ删除スルコト肝要ナリ。否ラザレバ却テ解除訴權ト第三者ノ既得權トノ關係ヲ不明ナラシムルニ至ルベシ。

第二款 受戻權能ノ行使

第一段 受戻權能ノ本義

第八十四條第一項ニ曰ク「賣主ハ賣買證書ニ明記シタル受戻ノ約款ニ依リ買主ノ辨濟シタル代金ト費用ノ部分トヲ指定ノ期間ニ買主ニ返還スルニ於テハ其賣買ヲ解除スルコトヲ要約スルヲ得」ト。故ニ受戻權能ナルモノハ賣買契約ノ當時ニ要約シタル隨意條件ニ依リ、賣買ヲ解除スルコトヲ得ベキ賣主ノ權利ナリ。設例ヘバ甲者其所有ニ係ル家屋ヲ乙者ニ讓渡スルニ際シ、其證書ニ於テ三年以内ナレバ代金ト契約ノ費用トヲ乙者ニ辨濟シテ、何時ニテモ賣買ヲ解除シ、其家屋ヲ取戻スコトヲ得ベキコトヲ約シタルトキニ於テ、甲者ニシテ若シ其權能ヲ行ハゞ乙者ノ買受ケタル土地ハ直ニ甲者ノ有ニ復歸スルガ如シ。

民法ノ所謂受戻權能ナルモノハ歐洲古代ノ所謂買戻契約ナレドモ、其効果ハ解除條件ノ發生トシテ賣主ノ爲ニ舊所有權ヲ回復セシムルモノニシテ、賣主ガ再ビ之ヲ買主ヨリ買取ルモノニアラザレバ、民法ハ其用語ヲ質正シテ單ニ之ヲ受戻ト云ヒ買戻ノ語ヲ避ケルタルモノニ過ギズ。蓋シ古代法律ハ凡テ利息付貸借ヲ禁ジ、就中高利ノ

受戻權能  
ノ本義

弊ヲ救濟センコトヲ勉メタルガ故ニ、此法律ノ禁制ヲ避ケテ暗ニ利息付貸借ヲ爲サント欲スルモノハ、名ヲ買戻契約ニ借り其實ニ於テハ利息附貸借ヲ行フモノタリ。事素ヨリ法律ノ精神ニ反スト雖モ、利息附貸借ノ經濟上ニ於ケル必要ハ容易ニ法官ヲシテ、此假裝ノ契約ヲ認メシムルニ至レリ。故ニ受戻契約ナルモノハ本來其契約ヨリ發生スル權利ヲ不確定ノ有様ニ置クモノナルヲ以テ、眞ニ受戻契約ナルモノヲ認ムルハ法律ノ本旨ニアラズ。是レ歐洲古代ノ法律ガ買戻契約ヲ爲スニ種々ノ制限ヲ設ケ、其制限ニ依リ單ニ利息附貸借ヲ目的トスルモノノミヲ保護セント企テタル所以ナリ。然ルニ我民法ハ明ニ利息附貸借ナルモノヲ認メ乍ラ、更ニ特ニ受戻契約ナルモノヲ認ムルハ其必要果シテ何レニ在リヤ。若シ又我民法ニシテ眞ニ受戻契約ヲ認ムルノ必要アリトスレバ、何故ニ諸種ノ制限ヲ設ケテ殊更ニ假裝ノ利息附貸借ノミヲ許容スルヤ。惟フニ我民法起草者ガ歐洲法律ヲ尊崇スルノ熱心、遂ニ歐洲古代法ノ遺習ヲ併セテ之ヲ我民法中ニ挿入セルニ外ナラザルベシ。

立法ノ得失利害ハ暫ク之ヲ措キ我民法モ亦歐洲ノ民法ト等シク受戻契約ニ就テハ左ノ制限ヲ設ケタリ。

(一) 受戻約款ハ賣買證書ニ明記シアルヲ要ス 受戻ノ約款ハ必ズ賣買ノ證書ニ明記スルニアラザレバ其ノ効ナシ。故ニ受戻約款ハ決シテ口頭ノ證明又ハ證書外ノ證明ヲ許サズ。又明約アリトモ之ヲ別證書ニ認ムルコトヲ許サズ。若シ別證書ヲ以テ受戻ノ明約ヲ爲シタルトキハ、其ノ契約ハ再賣買ノ豫約ト看做スコトヲ得ル(過ギズ。而シテ法律ハ何故ニ此ノ如キ制限ヲ必要トスルヤ、其理由ニ至リテハ我民法ニ於テハ決シテ其明解ヲ得ベカラズト雖モ、歐洲古代法律ノ精神ニ依ルトキハ、證書ニ受戻ノ明記ナク、又明證書ヲ以テ受戻契約ヲ爲シタ



ルトキハ、是レ或ハ眞ノ再賣買ノ豫約タルベキモ、暗ニ利息附貸借ヲ目的トスル契約ニアラザルコトヲ推測シ得ベキモノトスルニ在リ。(第八十四條第一項及第五項末段)

(一) 受戻契約ハ賣買ノ時ニ於テスルコトヲ要ス。故ニ一タビ通常ノ賣買契約ヲ爲シタル後ニ於テ受戻ヲ爲ストモ、其ノ契約ハ再賣買ノ契約タルニ過ギズ。何トナレバ一旦所有權ノ完全ニ移轉シタル以後ノ受戻契約ハ、當事者ノ目的假裝ノ利息附貸借ヲ爲スモノト推測スベカラザレバナリ。(第八十四條第一項及第五項初段)

(二) 受戻ハ必ず一定ノ期限内タルヲ要ス。受戻ノ期間ハ不動産ニ於テハ五ヶ年、動産ニ就キテハ二ヶ年ヲ超ユルコトヲ得ズ。若シ此期間ヨリ長キ時期ヲ要シタルトキハ、法律上當然之ヲ此期間ニ短縮スベシ。又右ノ期間ヲ超エズト雖モ、當事者ノ一旦定メタル期間ハ之ヲ伸長スルコトヲ得ズ。何トナレバ此ノ如キ期間ヲ超過セル受戻契約ハ、之ヲ假裝ノ利息附貸借ト看做スコトヲ得ズシテ之ヲ再賣買ノ豫約ト認ムルノ外ナケレバナリ。(第八十四條第二項第三項及第四項)

(四) 半額以上ノ辨濟ニ付半期以上ノ猶豫期限ナキヲ要ス。即チ賣主ハ代金ノ半額以上ノ辨濟ノ爲期限ヲ與ヘ、且其期限ガ受戻ノ爲定メタル期間ノ半以上ニ及ブトキハ、其受戻ノ契約ハ無効ナルベシ。設例ヘバーノ家屋ヲ代價三千圓ニシテ賣渡シ三ヶ年ノ受戻期間ヲ約シ、且代價ノ内二千圓ハ二ヶ年渡ニ辨濟スルコトヲ約シタルトキニ於テハ、之ヲ受戻契約ト認ムルコトヲ得ズ。何トナレバ此ノ如ク辨濟ニ長時期ノ猶豫ヲ與ヘルタルハ、之ヲ假裝ノ利息附貸借ト認ムルコトヲ得ザレバナリ。(第八十四條末項)

右ノ四條件ヲ以テ受戻契約ヲ爲スニ必要ナル制限ナリトス。若シ此制限ヲ超過スルトキハ或ハ再賣買ノ豫約タルヲ得。是レ我ガ民法ノ受戻契約ナルモノハ、利息附貸借ヲ禁ジタル歐洲古代ニ於テ行ハレタル假裝ノ利息附貸借ニシテ、法律ガ眞ニ假裝ノ利息附貸借ノミヲ保護センガ爲ニ設ケタル制限ナリ。學者往々此等ノ制限ヲ設ケタル精神ヲ以テ、法律ハ經濟上可成受戻契約ヲ制限シ受戻契約ノ爲賣買後第三者ノ得タル權利ヲ害スルコトナカラシメントスルニ在リトスルモノアレドモ、今日ニ於テハ第三者ヲ保護スルニハ登記ノ方法アルノミナラズ、若シ法律ノ精神ニシテ此點ニ於テ受戻契約ヲ制限セントスルニ在ラバ、當ニ受戻契約ノミナラズ、一般ノ解除條件ヲ附シタル合意ハ悉ク此制限ニ據ラシメザルヲ得ザルベキニ、獨リ賣買ニ於テ此等ノ制限ヲ設クルハ其理由アルヲ見ズ。仍ホ其理由ニ至リテハ次段受戻契約ノ効果ヲ論ズルノ所ニ於テ詳述セン。

受戻契約ニ包含スル所ノ解除條件ハ、賣主ノ意思如何ニ存スルヲ以テ、受戻ノ權利ハ賣主ノミ獨リ之ヲ有スレドモ、又他人ニ於テ敢テ代之ヲ行フコトヲ得ザルニアラズ、然ルニ法律ハ之ヲ受戻ノ權能ト稱スレドモ、財產篇第三百三十九條ニ明定セルガ如ク、權能ハ他人ニ於テ決シテ之ヲ行フコトヲ得ザルノ原則アルヲ以テ、民法ハ受戻權能ニ就テハ一ノ例外ヲ認メ、賣主ノ債權者ニ於テ之ヲ行フコトヲ得ベキモノトセリ。然レドモ受戻權ヲ行フト否トハ、唯賣主ノ意思ニ存スル迄ニシテ、賣主ハ現ニ隨意ノ解除條件ヲ附シタル所有權ヲ有スルモノタリ、之ヲ權能ト謂フハ素ヨリ謬見タリ。故ニ眞ノ法理ヨリ云フトキハ賣主ノ債權者ガ受戻權ヲ行フコトヲ得ルハ決シテ一ノ例外ニアラザルコトニ注意セザルベカラズ。第八十六條ニ曰ク、



賣主ノ權能ハ賣主ニ代ハリテ受戻ノ權能ヲ行フコトヲ得

然レトモ賣主ハ右債權者カ豫メ其債務者ノ無資力ヲ證シ且財産篇第三百三十九條ニ從ヒテ受戻權能ノ行使ノ爲メ裁判上ニテ賣主ニ代位スルヲ要求スルコトヲ得

買主ハ同一ノ場合ニ於テ鑑定人ノ評價シタル買受物ノ現時ノ價格ト第八十八條ニ從ヒテ賣主ヨリ已レニ返還スベキ金額トノ差額ニ達スルマデ賣主ノ債務ヲ辨濟シテ債務者ノ訴ヲ止ムルコトヲ得

ト。蓋シ受戻契約ハ其實利息附貸借ナルガ故ニ、眞ニ其物ヲ賣渡スノ意ナキモノナレバ、表面上ニ於ケル賣買ノ代價ハ其賣渡物ノ眞價ニ比シテ極メテ低廉ナルベキハ通常ノ狀態ナルベシ。故ニ賣主ノ債權者ガ自己ノ債權ノ擔保上ヨリシテ、賣主ニ代リテ受戻權ヲ得セシムルハ至當ノ事ナルベシ。然レドモ如何ナル場合ニ於テモ、賣主

ノ債權者ハ賣主ニ代リテ受戻權ヲ行フコトヲ得ルニアラズ、即チ賣主ノ債權者ハ第一ニ債務者タル賣主ノ無資力ナルコトヲ證明シ、第二ニ裁判上ニテ債務者タル賣主ニ代位スルコトヲ要ス。賣主即チ債務者ノ無資力ナルニアラザレバ、受戻權ヲ行フノ必要ナカルベク、裁判上ニテ債務者タル賣主ニ代位セザレバ、債務者ハ自己ノ訴權ヲ行フモノナレバ、買主ハ賣主ニ對シテ有スル所ノ抗辯ヲ利用スルコト能ハザルベシ。然レドモ買主ハ賣主ノ債權者ノ提起セル受戻ノ訴ニ對シテ、其訴ヲ止ムルコトヲ得ルノ權アリ。而シテ買主此ノ權ヲ行ハンコトヲ欲セバ、先ヅ鑑定人ヲシテ買受物ノ現時ノ價格ヲ評價セシメ、其評價額ヨリ受戻代金ヲ差引キ其殘額ヲ債權者ニ辨濟スルヲ以テ足レリトス。何トナレバ債權者ハ唯其債權ノ履行ヲ受クル以上ハ、必ズシモ受戻權ヲ行使シテ、其物ヲ公

賣スルヲ要セズ、苟モ債權者ノ權利ニシテ害セラル、コトナクンバ、法律ガ買主ニ與フルニ此先買權ヲ以テスルコト素ヨリ至當ナレバナリ。

第二段 受戻契約ノ効果

受戻契約ノ効果

受戻權ノ行用ハ賣主ノ意思ニ從ヒ解除條件ヲ成就セシムルヲ以テ、其結果ハ既往ニ溯リテ賣買ノ解除ヲ發生シ、賣主及買主ヲシテ賣買以前ノ有様ニ回復セシム。是レ彼ノ再賣買ノ場合ト大ニ其趣ヲ異ニスル所ナリ。

然レドモ賣主ガ未ダ受戻權ノ行用ヲ爲ササル間ハ、賣買物ニ對シ、賣主ハ停止條件附ノ所有權ヲ有シ、買主ハ解除條件附ノ所有權ヲ有スベシト雖モ、若シ賣主又ハ買主ニシテ其條件附ノ所有權ヲ第三者ニ讓渡シ、又ハ其物ノ上ニ貸借ヲ約シ、又ハ抵當ヲ附シタル等ノ後ニ於テ賣主ハ受戻權ヲ行ウタルトキハ、賣主又ハ買主ト第三者トノ間ニ於ケル關係ハ如何ナルベキカ、予ハ之ヲ論ズルニハ先ヅ左ノ二個ノ場合ヲ區別スルヲ便宜ナリト信ズルナリ。

(第一) 買主ガ其解除條件附ノ所有權ヲ處分シタルトキ 此場合ハ更ニ之ヲ不動産ノ賣買ト動産ノ賣買トノ二様ニ區別スルヲ要ス。(第八十五條)

(甲) 不動産ノ場合 買主ガ受戻契約ヲ以テ買取リタル不動産ヲ第三者ニ讓渡シ、又ハ第三者ノ爲メニ地役權賃借權抵當權等ヲ設定シタル後ニ於テ賣主ガ受戻權ヲ行ウタルトキハ、其賣買ハ解除セラレテ買主ガ第三者ニ授與セラレタル一切ノ所有權及支分權ハ盡ノ無効ニ歸シ、該不動産ハ完全ノ所有權ニ於テ賣主ニ復スベ



シ。但シ法律ハ茲ニ唯一ノ例外ヲ設ケ、賃借權ヲシテ殘期僅ニ一年間内ニ在ルモノハ、特ニ賃借權等ノ收益ヲ保護センガ爲メニ、受戻權ノ行使ニ依リテ取上ゲラル、コトナキモノト定メタリ。

(乙) 動産ハ不動産ト異ニシテ登記ノ方法ナク、從ツテ善意ナル第三者ヲ保護スルニハ、自ラ不動産ノ場合ト異ナラザルヲ得ズ。即チ動産物ニ就テハ受戻ノ行用ト善意ニテ其動産上ニ第三者ガ既得セル物權ヲ失ハシムルニ足ラザルモノトセリ。

(第二) 賣主ガ其停止條件附ノ所有權ヲ處分シタルトキ 此場合ニ於ケル規定亦分テ左ノ二様トスルコトヲ得。

(甲) 賣主ガ受戻契約ヲ以テ賣渡シタル物ヲ賣渡後ニ於テ第三者ニ之ヲ抵當ト爲シ、又ハ之ニ地役權賃借權用益權等ノ物權ヲ附シタルトキハ、賣主(又ハ債權者)ニ於テ買戻權ヲ行ヒタル後ニアラザレバ其効力ヲ生ズルコトナシ。地役權者賃借人用益者等ニ於テ、自ラ受戻權ヲ行フコトヲ得ズ。何トナレバ賣主ノ有スル所有權ハ停止條件附ノモノナレバ、未ダ停止條件ノ發生セザル間ハ從テ此物ノ上ニ於ケル支分權モ亦停止條件附タルヲ免レザレバナリ。但シ抵當取主ハ債權者タルノ資格ニ於テ受戻權ヲ行フコトアルベキハ、前段ニ於テ既ニ之ヲ論ジタリ。(第八十七條第一項)

(乙) 賣主ガ受戻契約ヲ以テ賣渡シタルモノヲ賣渡後ニ於テ第三者ニ讓渡シタルトキハ、讓受人ハ自己ノ名ヲ以テ受戻ヲ爲スコトヲ得ベシ、何トナレバ此場合ニ於テハ第三者ナル讓受人ハ賣主ノ受戻權ヲモ併セテ讓受ケタルモノナレバナリ。然レドモ讓渡以前ニ於テ賣主ガ第三者ニ對シテ承諾シ且登記ヲ經タル此他ノ物權ヲ

妨碍スルコトヲ得ザルベシ。但シ此ノ如ク登記ヲ經タル物權ノ爲讓受人ニ於テ妨碍又ハ追奪ヲ受ケタルトキハ、賣主ニ對シテ擔保ノ訴權ヲ主張シ得ベキハ當然ナリ。(第八十七條第二項)

是ニ由リテ之ヲ觀レバ、受戻契約ノ賣買ハ賣買ノ豫約ナルモノト大ニ其趣ヲ異ニシ、賣買ノ豫約ハ再賣買ニシテ既往ニ溯リテ所有權ヲ原地位ニ回復セザレドモ、受戻契約ノ賣買ハ賣買ヲ解除シテ既往ニ溯ルノ効力アルガ如シ。然レドモ是レ歐洲諸邦ニ於ケル所謂賣買ノ豫約ニ就テ然ルノミ。亦民法ノ所謂賣買ノ豫約ナルモノハ、之ヲ登記スル以上ハ第三者ニ對シテモ亦其効力アルベキハ第二十七條ノ規定スル所ナリ。而シテ動産ニ就テハ賣買ノ豫約モ受戻契約ノ賣買モ共ニ其効果ヲ異ニスル所ナク、又不動産ニ就テハ受戻契約ノ賣買ト雖モ之ヲ登記セザレバ第三者ニ對抗スルノ効力ナキモノトスル以上ハ、我民法ニ於テハ賣買ノ豫約モ受戻契約ノ賣買モ、此點ニ就テハ共ニ其効果ヲ異ニスル所ナシ。而シテ民法ハ賣買豫約ナルモノ、爲ニハ、毫末ノ制限ヲ設ケズシテ、同物異名ナル受戻契約ノ賣買ニ於テハ其成立ニ數多ノ制限ヲ設ケタルハ如何ナル必要アルニ依ルカ、是レ利息附賣買ヲ禁ジタル歐洲古法下ニ在リテ、名義ヲ受戻契約ノ賣買ニ假リテ其實利息附賣買ヲ認メントシタル、歐洲法制史上ニ於ケル偶然ノ制度ヲ以テ直ニ我方民法ニ採用シ、遂ニ全體ノ法理ヲ誤ルニ至レル起案者ノ謬見ノミ。起案者ノ迷誤モ亦甚シト謂フベシ。

第三段 受戻權ノ行用ニ必要ナル條件

賣主ガ受戻權ヲ行フニハ左ノ條件ヲ必要トス。

受戻權ノ行用ニ必要ナル條件



(第一) 受戻権ハ必ず一定ノ期間ニ於テ之ヲ行ハザルベカラズ。若シ此期間ヲ經過スルトキハ受戻権ハ全ク無効ニ歸スベシ事ハ既ニ前段ニ於テ之ヲ論述セリ。

(第二) 受戻権ヲ行フニハ特約アル場合ノ外賣主ハ指定ノ期間内ニ於テ、必ず左ノ費用ヲ買主ニ返還セザルベカラズ。(第八十八條)

(一) 賣買ノ代價 其代價ノ利息ニ至リテハ法律ハ物ノ果實収益ト相殺スベキモノト看做セリ。

(二) 契約ノ費用 即チ買主ガ辨濟シタル部分ノ費用。

(三) 物ノ保存費用。

右ノ外賣主ガ買主ニ辨濟スベキ金額中ニハ物ノ改良ノ費用ヲモ包含スベシト雖モ、此等ノ費用ハ必ずシモ期間内ニ辨濟セザレバ受戻権ヲ行フコト能ハザルモノニアラズ。賣主ハ期間内ト期間後トヲ問ハズ唯之ヲ辨濟スルノ義務アルノミ。

(第三) 受戻契約ガ共有物ニ係ル場合ニ於テハ民法ハ左ノ場合ヲ區別シテ賣主ガ受戻権ヲ行フニ必要ナル條件ヲ定メタリ。

(一) 想像的部分ヲ取得シタル場合 此場合ヲ分テ更ニ左ノ數條ト爲スコトヲ得。

(甲) 共有物ハ共有者ノ何レノ一方ニテモ何時ニテモ其分割ヲ請求スルノ權利アルベキコトハ、予ガ既ニ財産篇ニ於テ論述シタル所ナルガ、此分割請求權ハ決シテ共有者ノ一人ガ受戻約款附ニテ、其想像的即チ不

分ノ部分ヲ賣渡シタルガ爲ニ消失スルコトナシ。而シテ若シ不動産共有者ノ一人ガ其想像的持分ヲ受戻約款附ニテ賣渡シタルニ、其期間内ニ於テ分割請求權ノ強行即チ競賣處分ガ行ハレタル場合ニ於テ、受戻権ヲ行フニハ如何ナル條件ヲ必要トスルカ、民法ハ更ニ之ヲ左ノ二個ノ場合ニ別ツ。(第八十九條)

(イ) 不動産ノ共有者ノ一人ガ其分ノ部分ヲ受戻約款附ニテ賣リタル場合ニ於テ買主ガ他ノ共有者ヨリ促サレタル競争ニ因リテ競落人ト爲リタルトキハ、賣主ハ前ニ掲ゲタル金額ニ競賣ノ代金ヲ加ヘテ、其不動産ノ全部ニ對スルニ非レバ受戻ヲ爲スコトヲ得ズ。又買主ハ之ニ故障ヲ述ブルコトヲ得ズ。設例ヘバ甲ト乙ト同一ノ家屋ヲ共有シタルニ、乙者ハ其分ノ部分ヲ丙者ニ受戻約款ヲ附シテ賣渡シタルトキ、甲ト丙トハ其家屋ノ共有者トナルベシ。而シテ後甲ハ丙ニ對シテ共有物ノ分割ヲ請求シ、競賣ノ末丙者競落人ト爲リタルトキニ於テ、乙ハ未ダ受戻権ヲ失ハズト雖モ、乙ニシテ行ハント欲セバ、競賣ノ代金ヲ併セテ全部ニ對スル代金ヲ拂ヒ、且全部ノ家屋ヲ引受ケザルヲ得ズ。何トナレバ、丙ガ競落人トナリテ甲者ノ持分ヲ買取リタルハ全部ヲ保存セントスルノ意ナレバ、乙者ニ於テ單ニ其一部分ノミヲ受戻サントスルハ、大ニ丙者ノ利益ヲ害スベク、又之ニ反シ丙者ニシテ全部ノ受戻ヲ拒ムコトヲ許ストキハ乙者ハ競賣ノ代金ノ高下ヲ考ヘ利益アリト思惟スル場合ニ於テノミ、丙者ニ對シテ其受戻ヲ請求スルガ如キ不當ノ利益ヲ計畫シ得ベケレバナリ。

(ロ) 右ニ反シ、買主ガ自ラ競賣ヲ促シタルトキハ、賣主ハ其賣渡シタル部分ニ於テノミ受戻ヲ爲スコト



ヲ得。又買主ハ全部ノ受戻ニ故障ヲ述ブルコトヲ得。設例ヘバ前項ノ例ニ於テ丙者ヨリ甲者ニ對シ分割ヲ請求シ、競賣ノ末丙者競落人ト爲リタルトキニ於テハ、乙者ハ丙者ニ對シテ全部ノ受戻ヲ強フルコトヲ得ズ。何トナレバ、丙者ガ全部ノ所有者ト自ラ求メタル結果ナレバ、賣主ヲシテ其豫期セザル費用ヲ負ハシムルコトヲ得ザレバナリ。

(乙) 孰レヨリ競賣ヲ促シタルヲ問ハズ、買主ニ非ル共有者ノ一人又ハ外人ノ競落シタル場合ニ於テ、賣主ハ競賣ニ召喚セラレザリシトキハ、其賣渡シタル部分ニ就テノミ競落人ニ對シテ受戻ノ權利ヲ有スベシ。又之ニ反シ、競賣ニ召喚セラレタルトキハ、自ラ受戻權ヲ棄テタルモノトシテ其權利ヲ失フベシ。設例ヘバ甲ト乙ト一ノ家屋ヲ共有シタルニ、乙者其想像的ノ部分ヲ丙者ニ受戻約款附ニテ賣渡シタル後ニ、其共有物ヲ分割スルコト、ナリ、其競賣ニ於テ甲者又ハ第三者ガ競落人ト爲リタルトキハ、乙者ハ嘗テ丙者ニ賣渡シタル部分ノミニ就キ丙者ニ對シテ受戻權ヲ有スベシ。(第九十條)

(二) 有體的部分ヲ取得シタル場合 此場合ハ更ニ之ヲ左ノ二様ニ分ツコトヲ得。

(甲) 現物ヲ以テ分割シタルトキ 賣主ガ其分割ニ召喚セラレタルニ於テハ、賣主ハ孰レヨリ分割ヲ促シタルヲ問ハズ、他ノ所有者ニ歸シタル部分ニ就キ何等ノ要求ヲモ爲スコトヲ得ズシテ、買主ニ歸シタル部分ノミヲ受戻スコトヲ得。但シ買主ノ供與シ又ハ受取りタル補足代金ヲ賣主買主ノ間互ニ計算スルヲ妨グズ。設例ヘバ甲ト乙ト一ノ家屋ヲ共有セルニ乙者ハ其想像的持分ヲ丙者ニ受戻約款ヲ以テ賣渡シタル後、

一方ノ請求ニテ共有物ヲ有體的ニ現物ニテ分割シタルトキハ、乙者ハ丙者ニ對シ丙者ガ分割ニテ得タル部分ニ就テハ何等ノ受戻權ヲモ行フコトヲ得ザルベシ。(第九十一條第一項)

(乙) 若シ又右ニ反シ賣主ガ分割ニ召喚セラレザリシトキハ、賣主ハ其選擇ヲ以テ或ハ其分割ヲ認諾シ買主ニ對シテ前項ニ示シタル權利ヲ行ヒ、或ハ第八十八條ニ掲ゲタル金額ヲ買主ニ雜償シ、共有者ニ對シテ再ビ分割ヲ促スコトヲ得。(第九十一條第二項)

上來論述スル所ニ依リテ之ヲ考フレバ、共有者ガ分割權ヲ主張シテ其競賣ヲ爲シタル場合ニ於テ、其競落人ハ仍ホ依然トシテ共有權ヲ有シ、而シテ賣主ハ其嘗テ賣却セル共有ノ部分ニ就テ受戻權ヲ行フ場合アルガ如シト雖モ、分割權ノ履行ハ當然有體的ノ分割ヲ生ジ、其競落人ハ前共有者ノ一人タルト第三者タルトヲ問ハズ、有體的ニ分割セラレタル物ヲ取得スルカ又ハ共有ノ關係ハ全ク消滅スベキ筈ナク、買主ガ競落人タル場合ト雖モ、其取得セル全部分ハ全ク共有ノ關係ナケレバ、共有權上ニ附着セル賣主ノ受戻權モ亦物權トシテハ茲ニ消滅スベキガ至當ノ法律ナラン。事ハ仍ホ後章ニ於テ不分物ノ競賣ノ性質ヲ詳論シタル後ニ於テ再ビ之ニ論及スルコトアルベケレバ今茲ニ之ヲ略スベシ。

(三) 共有者タル賣主又ハ買主ノ數人タル場合 此ノ場合ヲ分テ更ニ左ノ二様トス。

(甲) 賣主ノ數人ナル場合 即チ數人ノ賣主ガ受戻ノ約款ニ附シテ其共有物ヲ一人ニ賣渡シタル場合ニ於テハ仍ホ二箇ノ場合ニ區別スルヲ要ス。(第九十二條)



(イ) 不分物ノ共有者數人ガ受戻ノ約ニテ一箇ノ契約及ビ唯一ノ代價ニテ其共有物ヲ賣渡シタルトキハ、其受戻權ハ不可分ナルガ故ニ、數共有者ハ協議ノ上共同一致シテ始メテ其受戻權ヲ行フコトヲ得ベシ各共有者ハ各別ニ其一分ヅ、ノ受戻ヲ行フコトヲ得ズ。而シテ又其結果トシテ買主ハ賣主ノ一人ヨリ全部ノ受戻ニ故障ヲ爲スコトヲ得ベシ。

(ロ) 右ニ反シ數人ノ共有者ガ各別ノ契約ヲ以テ各自ノ部分ヲ賣渡シタルトキハ、各別ニ受戻ノ請求ヲ爲スコトヲ得。何トナレバ當事者ノ意思ノ推測上受戻權ノ可分ナルコト明白ナレバナリ。

(乙) 買主ノ數人ナル場合 即チ一人ニテ其所有物ヲ受戻ノ約款ヲ附シテ數人ニ賣渡シタル場合ニ於テモ亦仍ホ之ヲ左ノ二様ニ區分スルコトヲ得。(第九十三條)

(イ) 數人ノ買主ガ一個ノ契約又ハ各別ノ契約ヲ以テ一個ノ財産ヲ受戻ノ約款ニテ取得シタルトキ、賣主ガ未ダ買主ノ間ニ分割ヲ爲ササル前ニ受戻ヲ爲サント欲スルニ於テハ、賣主ハ總買主ニ對シ又ハ一人若クハ數人ノ買主ニ對シテ、其各自ノ部分ニ就キ受戻ヲ爲スコトヲ得。

(ロ) 若シ又既ニ買主間ニ分割ヲ爲シタルトキハ、賣主ト各買主ニ對シ、分割又ハ競賣ニ因リテ其各自ニ歸シタル部分ノミニアラザレバ受戻ヲ爲スコトヲ得ズ。

第三款 隠レタル瑕瑾ニ因ル賣買廢却訴權

隠レタル瑕瑾ニ因ル賣買廢却訴權ハ賣買解除ノ一原因トシテ第九十四條乃至第三百三條ニ規定セラレタリ。我

隠レタル  
瑕瑾ニ因  
ル賣買廢  
却訴權

民法起案者ノ謬見ハ毎度ノ事ニシテ今更驚クニ足ラザレドモ、此等ノ如キ日常普通ノ事項ニ關スル法理ニ至リテモ、亦全ク其大本ヲ誤リ法理ノ初步ヲダモ了解セザルヲ證明スルニ至リテハ、唯之ヲ憫然ト謂フノ外ナキナリ。予ハ先ヅ左ニ民法ノ規定スル儘ヲ説明シ、而シテ後其謬見ノ點ヲ指示スルヲ以テ便宜ナリト思惟セリ。

(第一) 第九十四條ニ曰ク、

動産ト不動産トヲ問ハス賣渡物ニ賣買ノ當時ニ於テ不表見ノ瑕瑾アリテ買主之ヲ知ラス又修補スルコトヲ得ス且其瑕瑾カ物ヲシテ其性質上若クハ合意上ノ用方ニ不適當ナラシメ又ハ買主其瑕瑾ヲ知レハ初ヨリ買受ケサルヘキ程ニ物ノ使用ヲ減セシムルトキハ買主其賣買ノ廢却ヲ請求スルコトヲ得

此場合ニ於テハ買主ハ辨濟代金ト契約費用トヲ取戻シ其代金ノ利息ハ請求ノ日ニ至ルマテノ物ノ收益又ハ使用ト之ヲ相殺ス

ト。此條文ニ依ルトキハ隠レタル瑕瑾ヲ理由トシテ賣買ヲ廢却スルニハ、五个ノ條件アルヲ必要トスルヲ見ルベシ。即チ第一賣買物ニ存スル瑕瑾ハ隠レタルモノタルコトヲ要ス。瑕瑾ノ一目瞭然タルモノニ至リテハ當事者ニ於テ之ヲ了知セザルノ理由ナケレバ、瑕瑾ハ瑕瑾ノミニテ之ガ賣買ヲ約シタルモノトセザルヲ得ズ。第二瑕瑾ハ補習スベカラザルモノタルコトヲ要ス。補修シ得ベキ瑕瑾ニ對シテハ買主ハ賣主ニ對シテ損害ノ賠償ヲ要求スレバ即チ足レリ。敢テ賣買ノ廢却ヲ求ムルノ必要ナシ。第三瑕瑾ハ賣買終了後ニ成立セザルコトヲ要ス。賣買ノ當時ニ於テ既ニ成立セル瑕瑾ニアラザレハ賣買廢却ノ原因トナラザルナリ。第四瑕瑾ハ賣買物ヲシ



テ用方ニ不適當タラシメザルベカラズ。瑕疵アリトモ用方ニ差支ナキ以上ハ敢テ賣買ヲ廢却スルノ必要ナシ。  
第五賣主ニ於テ瑕疵ノ存在ヲ了知セザルコトヲ要ス。買主ニシテ知り乍ラ之ヲ買取ル以上ハ瑕疵アル儘ノ物ニ  
付相當ノ代價ヲ定メタルモノト謂ハザルヲ得ズ。

(第二) 第九十五條ニ曰ク、

買主カ隠レタル瑕疵ノ賣買廢却訴權ヲ行フヘキ程ニ重大ナルヲ證スルコト能ハス又ハ物ヲ保有スルコトヲ欲ス  
ルトキハ買主ハ便宜ヲ失フ割合ニ應ジテ代價ノ減少ヲ請求スルコトヲ得

ト。既ニ前項ニ論述シタルガ如ク賣買廢却訴權ヲ行フニハ種々ノ條件ヲ要スト雖モ、若シ其條件ニシテ備ハ  
ラザルカ又ハ條件ハ備ハルトモ買主ガ自ラ廢却訴權ヲ放擲シテ瑕疵アルトモ、仍ホ賣買物ヲ保有センコトヲ欲  
スルトキハ、瑕疵ノ爲便益ヲ失フ割合ニ應ジテ代價ノ減少ヲ請求スルコトヲ得ルナリ。

(第三) 第九十六條ニ曰ク、

買主カ賣主ニ對シ賣買ノ廢却又ハ代價ノ減少ヲ得タルニ拘ラス賣主ガ初ヨリ其瑕疵ヲ知リタルトキハ買主ハ尙  
其受ケタル損失又ハ失ヒタル利益ニ就テノ賠償ヲ要求スルコトヲ得

ト。即チ惡意ノ賣主ニ對シテハ單ニ買主ガ瑕疵ノ爲ニ被リタル損害ノミニ止マラズ、尙買主ガ賣買ニ依リテ  
失ヒタル利得マデヲ要求スルコトヲ得ベシ。是レ既ニ財産篇ニ於テ論述シタル損害賠償額ニツキ善意ト惡意ト  
ヲ區別スル原理ノ適用ナリ。

(第四) 第九十七條ニ曰ク、

隠レタル瑕疵ヲ擔保セストノ要約ト賣買主ヲシテ初ヨリ自ラ了知シ且詐僞ヲ以テ隠秘シタル瑕疵ニ就テノ責任  
ヲ免カレンシメス

ト。是レ無擔保ノ特約ハ無擔保ノ効果ヲ生ズベキハ當然ナレドモ、賣主ノ詐僞ニ就テハ無擔保ノ特約モ其効  
果ナキヲ定メタルモノナリ。事素ヨリ明白ニシテ説明ヲ要スベキモノナシ。

(第五) 第九十九條ハ賣買廢却代價減少及ビ損害賠償ノ訴ヲ起スベキ期間ヲ定メテ曰ク、

第一 不動産ニ就テハ六個月

第二 動産ニ就テハ三個月

第三 動物ニ就テハ一個月

右期間ハ引渡ノ時ヨリ之ヲ起算ス

然レトモ此期間ハ買主カ瑕疵ヲ知レル證據アリタル日ヨリ其半ニ短縮ス但其殘期カ此半ヲ超ユルトキニ限ル  
主カ意外ノ事又ハ不可抗力ニ依リテ右期間ニ隠レタル瑕疵ノ覺知スル能ハサリシコトヲ證スルトキハ其期間ノ  
滿了後ニ於テモ訴ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ意外ノ事又ハ不可抗力ノ止ミタル時ヨリ通常期間ノ三分ノ一  
ヲ以テ新期間ト爲ス

(第六) 第一百條ニ曰ク、



隠レタル瑕疵ニ基キタル代價減少ノ訴權ハ買主カ買受物ヲ無償又ハ有償ニテ讓渡シタルモ之ヲ失ハス但有償ノ讓渡ノ場合ニ於テハ其瑕疵ノ爲メ買主カ損失ヲ受ケタルトキ又ハ讓受人ヨリ訴ヘラレ若クハ訴ヘラル、ノ恐アルトキニ限ル

ト。素ヨリ法理ヲ誤リタル規定ナレバ予ハ此説明ノ任ニ當ルベキニアラザレバ、予ハ茲ニ起案者タルボ氏ノ草案理由ニ依リテ讀者ヲシテ先ヅ此法文ヲ了解セシメンニ、抑モ此法文ハ隠レタル瑕疵アル物ノ賣買シタル後買主ガ其物件ヲ他人ニ讓渡シタル場合ニ於テ賣買廢却訴權ハ消滅スルモ、代價減少ノ訴權ハ消滅セザルコトヲ明言スルモノニシテ、外國ノ民法ニ見當ラザル條文ナリ(ボ氏ノ新發)。元來、賣買廢却訴權ヲ行ウタルトキハ、買主ハ買受物ヲ賣主ニ返却セザルベカラザルモ、既ニ之ヲ他人ニ讓渡シタル以上ハ賣主ニ返却スベキ物體ナキニ至ルヲ以テ、買主ハ之ガ爲ニ賣買廢却訴權ヲ失フコトハ明白ナレドモ、代價減少ノ訴權ニ至リテハ依然トシテ存在スベシ。何トナレバ買主ガ瑕疵ヲ發見セザル前ニ、右ノ物件ヲ他人ニ讓渡シタル場合ニ於テハ、之ヲ默示ノ追認ヲ生ズルモノトスルコトヲ得ズ。又買主ニシテ瑕疵ヲ了知シタル後ニ於テ右ノ物件ヲ他人ニ讓渡シタルトキハ、買主ハ寧ロ瑕疵ニ原因スル損失ヲ避ケンテ企テタルモノトセザルヲ得ザレバ、代價減少ノ訴權ハ到底依然トシテ存スルモノト謂フノ外ナケレバナリ。然レドモ法律ハ讓渡ノ無償方法ニ出ヅルト有償方法ニ出ヅルトノ間ニ於テ、一ノ區別ヲ設ケタリ。即チ無償ノ讓渡ノ賣買ニ於テハ、常ニ買主ハ代價減少ノ訴權ヲ有ス、何トナレバ讓渡シタル物件ニ瑕疵アルトキハ、買主ガ自ら受贈者ニ得セシメント欲シタル所ノ利益ハ瑕疵ノ爲

之レヲ完ウスルコトヲ得ズシテ、幾分ノ減少アルベケレバナリ。然レドモ有償ノ讓渡ノ場合ニ於テハ買主即チ讓渡人ハ讓渡物ニ瑕疵アリトモ、或ハ瑕疵ナキト同様ナル對價ヲ得タルヤモ知ルベカラザルヲ以テ、買主ニシテ賣主ニ對シテ代價減少ノ訴ヲ爲サント欲セバ、買主ハ物件ノ瑕疵アル爲ニ特ニ安價ヲ以テ其物ヲ他人ニ讓渡スカ、又ハ瑕疵ナキト同一ノ價ヲ得タル後ニ於テ讓受人ヨリ瑕疵ノ爲ニ訴ヘラル、カ、又ハ訴ヘラルベキ危険ニ迫リタルコトヲ證明セザルベカラズ。否ラズンバ買主ガ瑕疵アル買受物ヲ他人ニ讓渡シタル爲損失ヲ受クベキヤ否ヲ定メンコト能ハザレバナリ。

(第七) 第一百條ニ曰ク、

賣渡物カ意外ノ事又ハ不可抗力ニ依リテ全部又ハ半以上減失シタルトキハ賣買廢却訴權ヲ行フコトヲ得ス  
減失部分ノ多少ニ拘ラス代價減少ノ訴權ハ殘存部分ノ割合ニ對シテ存在ス  
如何ナル場合ニ於テモ賣主ハ隠シタル瑕疵ヨリ生スル全部又ハ一部ノ減失ノ責ニ任ス

ト。其他民法ハ第九十八條ニ於テ立證ノ方法ヲ定メ、第二百條及第三百條ニ於テ特別ノ場合ヲ定ムト雖モ、別ニ説明ヲ要スベキ法文ニアラザルナリ。

右ニ論述シタル所ヲ以テ、我民法規定ノ大要ナリトス。而シテ此等ノ規定中ニハ殆ン下法學ノ初歩ヲモ辨知セザルカヲ疑ハシムルニ足ルベキ誤謬甚ダスカラズ予ハ左ニ其重要ナルモノヲ示サン、

(第一) 民法ハ隠レタル瑕疵ニ因ル賣買ノ廢却ヲ以テ賣買消滅ノ一原因ト爲シ、之ヲ賣買ノ解除中ニ列スルハ其



當ヲ得タルモノニアラズ。抑モ賣買ノ物體ハ特定物タルト量定物タルトヲ問ハザルハ賣買ニ普通ナル原則ナレドモ隠レタル瑕疵ニ基ク賣買ノ廢却ハ必ず特定物ノ賣買ノミニ限リテ之ヲ認メ得ベシ。是レ第九十四條ガ廢却訴權ノ成立ニ必要ナル條件トシテ瑕疵ノ賣買ノ當時ニ於テ既ニ存在スルコトヲ必要トスルヲ以テ自ラ明瞭ナリ。

(第二) 賣買ノ廢却ハ當然特定物ノ賣買ニ於テノミ發生スルコト前項ノ説明ノ如ク、又隠レタル瑕疵ハ買主ニ於テ之ヲ知ラザルコトヲ必要トスル以上ハ、民法ノ所謂賣買廢却訴權ナルモノハ即チ品質ノ錯誤ヲ理由トシテ、賣買ヲ解除スル場合ト同一ナリ。品質ノ錯誤ノコトハ既ニ財產篇ニ於テ之ヲ規定セリ。特ニ賣買ニ就キ別個ノ訴權トシテ之ヲ規定スルノ必要ナキノミナラズ、却テ法律ノ紛亂ヲ來スノ恐アリ。論ズル者或ハ問ハン、所謂品質ノ錯誤ナルモノハ賣買ノ不成立ヲ來スモノニシテ、廢却ノ如ク單ニ一旦成立シタル賣買ヲ消滅セシムルモノニアラズト。然レドモ特定物ノ賣買ニ於テハ賣買ノ物體ハ既ニ一定スルガ故ニ、品質ニ錯誤アリテ決シテ賣買ノ不成立ヲ來スモノニアラザルハ、予ガ既ニ人權ノ講義ニ於テ論述シタル所ナリ。論者ハ未ダ其一ヲ知テ其ニヲ知ラザルモノト謂フベシ。

(第三) 賣買廢却訴權ハ單ニ損害賠償權ノ變體ナリ。既ニ有効ニ成立シタル賣買ニ付キ錯誤ニ依リ、買主ガ非常ノ損害ヲ蒙ルベキ場合ニ於テ、損害賠償ニ代フルニ寧ロ賣買ヲ廢却スルノ權ヲ以テスルモノニシテ、所謂補償名義ノ解除ナリ。特ニ之ヲ賣買解除ノ一原因トスルハ其當ヲ得タルモノニアラザルナリ。宜ク之ヲ賣主ノ義務

若クハ買主ノ權利ヲ規定スル章中ニ挿入スベキヲ可ナリトス。我民法ハ之ヲ以テ別種ナル賣買解除ノ一原因ト認メ、特ニ第三款ノ諸條ヲ設ケ乍ラ、該條ハ寧ロ之ヲ買主ノ權利ト題スルノ適當ナルヲ證明セリ。試ニ見ヨ、第九十五條ハ代價減少ノ訴權ヲ規定スルモノニアラズヤ。又第九十六條ノ如キハ賣主ニ對スル損害賠償權ヲ規定セルニアラズヤ。第九十九條以下モ同一ノ規定ナルニアラズヤ。如何ニ偏執ナル民法起草者ト雖モ、此等ノ規定ヲ以テ賣買ノ解除ニ關スル條項トスルハ自家撞着ノ甚シキモノタルヲ了解スルニ足ラン。

(第四) 代價減少ノ訴權モ亦賣買廢却訴權ト同ジク、賣主ニ對スル損害賠償權ノ變體ニシテ、其性質ニ於テハ損害賠償ト毫モ異ル所ナシ。唯廢却訴權ニ至リテハ損害ノ殊ニ著大ニシテ一定ノ條件ヲ具備スルヲ必要トスルヲ以テ、多少ノ損害アルモ必ずシモ廢却訴權ヲ行フコト能ハザルマデニシテ、廢却訴權ニシテ成立スル以上ハ、損害賠償ノ訴權ハ當然成立シ又損害賠償ノ訴權ニシテ成立セバ代價減少ノ訴權ハ當然ニ成立セン。何トナレバ、代價減少訴權ハ當然損害賠償訴權中ニ包含セラル、モノナレバナリ。是ニ依リテ之ヲ觀レバ、廢却訴權ハ成立セザル場合ト雖モ、損害賠償權ハ當然ニ成立スルヲ以テ廢却訴權成立セザルトキハ、必ずシモ代價減少訴權ノミ成立シ得ベキモノト謂フコトヲ得ズ。民法ガ廢却訴權不成立ノ場合ニ於テハ代價減少訴權ノ外賣主ニ對スル買主ノ權利ナキガ如ク規定スルハ、甚ダ其當ヲ得タリト謂フベカラズ。就中瑕疵アル物件ノ買主ガ更ニ之ヲ第三者ニ讓渡シタル場合ニ於テ、第百條ハ買主ハ之ガ爲當然賣買廢却訴權ヲ失フモノト爲スノミナラズ、仍ホ有償ノ讓渡ト無償ノ讓渡トヲ區別シ有償ノ場合ニ於テハ、買主ガ瑕疵ノ爲損失ヲ受ケ又ハ讓受人ヨリ訴ヲ受



ケ若クハ訴ヲ受クルノ恐アルトキニアラザレバ、賣主ニ對シテ代價減少ノ訴權ヲ行フコトヲ得ズトスルガ如キニ至リテハ、愚モ亦甚シト謂フベシ。苟モ善意ニテ瑕疵アル物件ヲ買受ケタル買主ハ、買受ト同時ニ當然損失ヲ蒙ルベキモノニシテ、之ニ對スル賠償權ハ一人ノ人權トシテ既ニ成立シ物件ノ手中ニ存スルト否トヲ問フコトナシ。況ンヤ第三者トノ關係如何ヲ待テ、初メテ損失ヲ來スベキモノトスルニ於テヤ。又賣買ノ物件ヲ第三者ニ讓渡シタルトキハ、賣買ハ廢却訴權ヲ行フモ買主賣主ニ物件ノ返還ヲ爲スコト能ハザルヲ以テ、廢却訴權ハ現在之ヲ行フコト能ハザルノ場合甚ダ多カルベシト雖モ、當然其權利ヲ失フモノニアラズ、買主ニシテ第三者ヨリ更ニ該物件ヲ取得シ、又第三者ヨリ買主ニ對スル廢却訴權ノ行使ニ依リ第三者ヨリ該物件ヲ買主ニ返却シ來リタルトキハ、買主ハ賣主ニ對シテ依然トシテ廢却訴權ヲ行フコトヲ得ベキハ當然ナリ。人權物權ノ區別ヲモ混同スル我民法起草者ノ御手際憐ト云フモ愚ナリ。

第六節 不分物競賣

不分物競賣

共有物ハ何時ニテモ共有物ヲ分割センコトヲ請求スルノ權ヲ有スルコトハ、既ニ財産篇ニ於テ論ジタル所ナルガ、共有者ニシテ此權利ヲ行ハンハ必ず左ノ方法ノ一ニ依ルコトヲ要ス。

(第一) 共有者双方共ニ一致スル以上ハ、現物ヲ共有者間ニ有體的ニ分割スルコトヲ得。然レドモ共有者中ノ一方タリトモ之レニ同意セザルトキハ現物ノ分割ヲ爲スコトヲ得ザルハ第四百四條ノ明定スル所ナリ。故ニ該共有物ハ縱ヒ損失ナクシテ有體的分割ヲ爲シ得ベキ場合ト雖モ、裁判所ハ敢テ共有者ニ向テ現物分割ヲ強フルコトナ

ク、之レガ現物分割ヲ爲スト否トハ全ク之レヲ當事者ノ意思ニ一任セリ。然レドモ縱ヒ當事者間ニ於テ現物分割ノ一致アリトモ、其物件ニシテ一匹ノ馬一個ノ盃ノ如ク、有體的分割ヲ爲スコト能ハザルトキト雖モ、裁判所ハ尙現物分割ヲ許容スベキカ、此點ニ就テハ法律上敢テ明言スル所ナシト雖モ、斯ノ如キ現物分割ハ事實上ニ於テ民法ノ許サマル所ナルベシ。故ニ民法ガ共有者ノ一致アル以上ハ、現物分割ヲ認メタルハ其物件ノ有體的分割ヲ爲シ得ベキモノタル場合ニ限ルモノト謂ハザルヲ得ザルナリ。

(第二) 共有者ノ一人タリトモ現物分割ヲ拒ムトキハ、協議賣却ヲ爲シテ其代價ヲ分割セザルベカラズ。又協議賣買ニ付キ、共有者ノ議協ハズ若クハ共有者中ニ無能力者若クハ失踪者アリテ協議賣却ヲモ爲スコト能ハザルトキハ、最後ノ分割方法トシテ之ヲ競賣ニ付セザルベカラザルナリ。而シテ此協議賣却又ハ競賣ニ於テ共有者ノ一人其買受人若クハ落札人ト爲リタルトキハ、縱ヒ一タビ賣買ノ手續ヲ行フトモ法律ハ仍ホ之ニ共有物ノ分割處分ト爲シ、眞ノ賣買トスルコトナシ。(第五百五條及ビ第六百六條第一項)

右二個ノ場合ニ於テハ法律ハ共有物ノ分割アリトスルヲ以テ、其權利上ノ關係ハ凡テ分割ニ關スル規則、即チ民法ガ會社ノ分割ニ關シテ規定シタルモノヲ以テ之レヲ適用ス。故ニ分割ノ効力トシテ共有物ヲ取得シタルモノハ、共有權ノ成立セル日ヨリ之ヲ所有スルモノト見做サレ、分割以前ニ於テ第三者ノ爲共有物取得者ガ諸物件上ニ設定シタル物權ハ、既往ニ溯リテ効力ヲ生ズベク、之ニ反シテ他ノ共有者ガ設定シタル物件ハ分割ト共ニ消滅スベシ。



右ニ反シ、競賣又ハ協議賣却ニ於テ第三者ガ共有物ヲ取得シタルトキハ、即チ共有者ト競賣人若クハ買受人トノ間ニ於ケル賣買ナリ。第六條第二項ガ「第三者ニ競落又ハ協議賣却ヲ爲シタルトキハ其賣買ハ第三者ト原所有者トノ間ニ於テ本章ニ規定シタル賣買ノ効力ヲ生ス」ト云ヘルハ即チ此意ナリ。故ニ第三者ハ賣買ノトキヨリ始メテ所有權ヲ取得スルモノト爲リ、從テ賣主ガ賣買前ニ於テ第三者ノ爲ニ設定シタル物權ハ依然トシテ存在スベシ。

## 第一章 交換

交換

交換 (Permutatio) ハ金錢以外ノモノヨリ成立スル對價ニ向テ財產權ノ物體タルモノヲ讓渡スルノ合意ナリ。而シテ民法ガ第七條ニ交換ハ當事者ノ一方ガ或物ノ所有權其他ノ權利ヲ他ノ一方ヨリ取得シ又ハ之ヲシテ約諾セシメ其對價トシテ或物ノ所有權其他ノ權利ヲ他ノ一方ニ移轉シ又ハ移轉スルコトニ約諾スル契約ナリト謂ヘルモ亦此意ナラン。予ハ先ヅ左ニ交換ノ何物タルヲ解説セン。

(第一) 交換ハ讓渡ノ合意ナリ。當事者ノ一方ハ繪畫ヲ作ランコトヲ約シ、他ノ一方ハ其對價トシテ家屋ヲ建築セシコトヲ約スルハ、一ノ無名合意ニシテ交換ニアラザルナリ。故ニ交換ハ敢テ相互ニ讓渡ヲ約スルコトヲ必要トスルガ故ニ、當事者ノ一方ハ或物ノ讓渡ヲ約スルモ、其對價ハ作爲ノ義務ヲ約スルハ交換ニアラザルナリ。双方相互ニ代替物ヲ與ヘシコトヲ約スルガ如キハ素ヨリ交換ニアラザルコト明白ナリ。何トナレバ未ダ自己ノ

所有ニアラザル代替物ヲ與ヘントノ合意ハ、作物ヲ以テ物體トナスモノニ外ナラザレバナリ。

(第二) 交換ノ物體ハ財產權ノ物體タルベキモノナルヲ要ス。自己ノ財産中ニ存セザル物體ハ決シテ之ヲ讓渡スルコトヲ得ザレバナリ。然レドモ苟モ財産中ノ物體タル以上ハ、所有權ハ勿論利益權、使用權、地上權等ノ支分權及ビ人權ノ如キモ亦交換スルコトヲ得ベシ。而シテ財産ノ物體タルベキモノトハ、即チ其物ノ讓渡ニ依リテ讓渡ノ財産ノ減少ヲ來スベキモノヲ謂フナリ。故ニ第三者ニ對スル人權ハ、讓渡スルコトヲ得ベク、從テ交換ノ物體タルコトヲ得レドモ、單ニ新ナル義務ヲ負擔スルノミニテハ之ヲ財産ノ減少ト云フコトヲ得ザルハ、既ニ財産篇ニ於テ予ノ論述シタルガ如クナルヲ以テ、一方ガ或物ヲ讓渡セントノ約束ニ對シ或ル事ヲ爲サントノ約束ヲ爲スガ如キハ、決シテ之ヲ交換ト謂フコトヲ得ズ。現ニ自己ノ所有ニアラザル代替物ヲ、相互ニ與ヘントノ合意モ亦交換ニアラザルハ即チ此理由アルニ出ヅルナリ。

(第三) 對價物タルベキモノハ必ズ金錢以外ノ物タラザルベカラズ。金錢ヲ與ヘントノ約束ハ賣買ノ約束ナリ。然レドモ相互ノ權利ノ價格ヲ均一ナラシメンガ爲ニ、金錢ヲ以テ之ヲ補足スルモ素ヨリ交換タルノ性質ヲ失ハズ。但シ金錢ノ補足ガ交換ニ供シタル物ノ價格ヲ超ユルトキハ、其契約ハ之ヲ賣買ト看做スベキモノトス。(第七條第二項及第三項)

交換契約ノ効力及ビ當事者ノ義務ハ或ル特別ナル例外ヲ除クノ外、賣買効力及ビ賣主買主ノ義務ト異ル所ナシ(第九條第一項)。故ニ交換契約ハ、賣買ノ如ク或ハ直チニ所有權ヲ移轉スルモノアルベク、或ハ後日ニ至リ



始メテ所有權ヲ移轉スルモノアルベク、又交換ニ於ケル當事者ハ相互ニ賣主ト同一ノ地位ニ立ツヲ以テ相互ニ追奪擔保ノ義務アルベシ(第八條第一項)。左ニ交換ニ關スル例外、即チ一般財産法ノ規定及ビ賣買ニ關スル取得篇ノ規定ニシテ、特ニ交換契約ニ於テ其適用ヲ異ニスル點ヲ示スベシ。

(第一) 凡ソ契約解除權ハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ベキ場合ト、否ラザル場合トアルハ財産篇ノ規定スル所ナルガ、交換ニ就テハ即チ然ラズ。當事者ノ一方ガ他ノ一方ノ諾約シタル物又ハ權利ヲ取得スルコトヲ得ザリシトキハ、其撰擇ヲ以テ或ハ金錢ノ對價ヲ要求スルコトヲ得ルノミナラズ、又契約ノ解除ヲ請求シテ自己ノ供與シタルモノヲ取戻スコトヲ得ベシト雖モ、此契約解除權ヲ主張シテ自己ノ供與シタル物ヲ取戻スガ爲メニハ、第三者ニシテ解除訴權ノ登記前ニ權利ヲ取得シ且適法ノ發起ヲ爲シタルモノニ對抗スルコトヲ得ザルナリ。何トナレバ交換ノ場合ニ於テハ、當事者ハ交換物ノ所有權ノ有無ハ、必ズシモ之ヲ發起スベキモノニアラザルガ故ニ、其物ヲ買受ケントスル第三者ハ豫メ其所有權ノ有無ヲ知ルコトヲ得ザレバナリ。(第八條第二項及第三項)

(第二) 夫婦間ノ賣買ハ法律ノ禁ズル所ナレドモ、交換ニ至リテハ法律ノ明許スル所ナリ。然レドモ交換物ノ價格ニ甚シキ差アリテ一方ガ甚シキ利益ヲ受クルガ如キ場合ハ之ヲ贈與ト見做シテ法律ハ贈與ヲ禁制シ又ハ之ヲ制限スル規則ニ從フベキモノトセリ。(第九條第二項)

(第三) 受戻權能ヲ有スル賣買ハ既ニ論ジタル如ク、其實利子付貸借ノ禁制ヲ破ラントスル假裝トシテ、法律ノ認メタル所ナルガ故ニ、交換ニ就テハ法律上決シテ受戻權能ヲ附スルコトヲ認ムルノ必要ナシ。然レドモ現ニ當事者ノ一方又ハ双方ガ指定ノ期間ニ於テ任意ニ交換ヲ解除スルコトヲ得ベキコトヲ要約シタルトキハ、第二十七條ノ規定ニ依リ、賣買ノ豫約ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ベキ條件ニ從フニアラザレバ、其解除ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルナリ。(第九條第三項)

## 日本民法 財産取得篇 終



# 冷灰全集第二卷

終

昭和二年四月二十五日印刷  
昭和二年四月二十八日發行

冷灰全集第二卷

## 冷灰全集刊行會編纂

編纂代表者 足立 荒人

發行者 清水 喜一

印刷者 三澤 善哉

東京市芝區愛宕町三丁目二番地東洋印刷株式會社

不許  
複製

發行所

東京市赤坂區溜池町一番地

## 冷灰全集刊行會

電話 青山七六九七番  
振替 東京四七九九六番



5







