

賣買法

目次

緒言

第一編

賣買ノ成立

第一章

賣買ノ定義

第二章

當事者ノ能力

第三章

賣主

第四章

買主

第五章

承諾

第六章

目的物

第七章

代價

第八章

手付

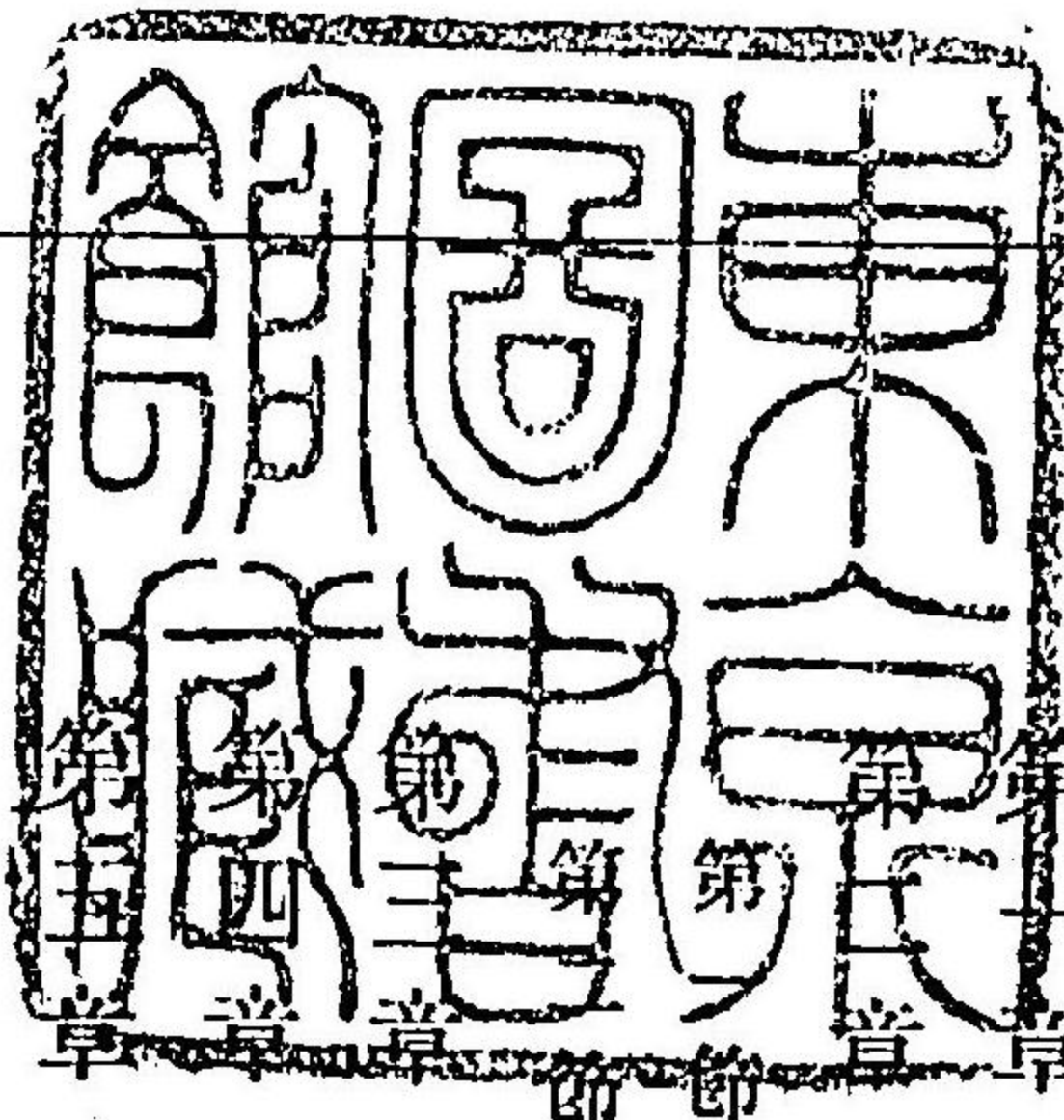
第九章

賣買ノ體様

第十章

試驗賣買

賣買法目次



| | | | | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 一 | 全 | 八 | 七 | 七 | 五 | 四 | 三 | 二 | 二 | 全 | 一 | 一 |
| | 丁 | 七 | 九 | 〇 | 一 | 一 | 七 | 八 | 六 | 丁 | 二 | 丁 |
| | 丁 | 丁 | 丁 | 丁 | 丁 | 丁 | 丁 | 丁 | 丁 | 丁 | 丁 | 丁 |

035396-000-8

14-538ハ

売買法

馬場 愿治ノ述

M27?

BBO-0581



| | | |
|-----|-----------|------|
| 第二節 | 試味賣買 | 八九丁 |
| 第三節 | 賣買ノ豫約 | 九六丁 |
| 第一款 | 賣買ノ片務豫約 | 全丁 |
| 第二款 | 賣買ノ雙務豫約 | 一〇三丁 |
| 第四節 | 見本賣買 | 一〇七丁 |
| 第五節 | 度量衡ヲ用ユル賣買 | 一一〇丁 |
| 第二編 | 賣買契約ノ効力 | 一一四丁 |
| 第一章 | 所有權ノ移轉 | 全丁 |
| 第二章 | 賣主ノ義務 | 一三四丁 |
| 第一節 | 所有權移轉ノ義務 | 全丁 |
| 第二節 | 目的物引渡ノ義務 | 一三六丁 |
| 第三節 | 目的物保存ノ義務 | 一四九丁 |
| 第四節 | 擔保ノ義務 | 一五二丁 |
| 第一款 | 擔保ノ性質 | 全丁 |

| | | |
|-----|--------------|------|
| 第二款 | 法律上ノ擔保 | 一五五丁 |
| 第一項 | 追奪擔保 | 全丁 |
| 第二項 | 瑕疵擔保 | 一八三丁 |
| 第三項 | 特約上ノ擔保 | 二〇一丁 |
| 第三章 | 買主ノ義務 | 二〇三丁 |
| 第一節 | 代金辨濟ノ義務 | 全丁 |
| 第一款 | 辨濟ノ時期 | 二〇四丁 |
| 第二款 | 代金辨濟ノ場所 | 二〇八丁 |
| 第三款 | 代金ノ利子 | 二〇九丁 |
| 第二節 | 目的物ノ引渡ヲ受クル義務 | 二一一丁 |
| 第四章 | 賣主カ賣渡物上ニ有スル權 | 二二三丁 |
| 第一節 | 留置權 | 全丁 |
| 第二節 | 取戻權 | 二一八丁 |
| 第一款 | 取戻權ヲ行ヒ得可キ場合 | 二二二丁 |

第二款 取戻權ノ消滅 二二六丁
 第三款 取戻權ノ効力 二二九丁

第三編 賣買ノ解除 二二三丁

第一章 義務ノ不履行ニ因ル解除 全丁

第二章 受戻權能ノ行使ニ因ル解除 二四一丁

第一節 受戻權能ノ性質 全丁

第二節 受戻約款ノ期限 二四五丁

第三節 受戻權能行使ノ効果 二四八丁

第四節 受戻權能ヲ行使シ得可キ人 二五〇丁

第五節 受戻權能ヲ行使スルニ付キ辨濟ス可キ費目 二五一丁

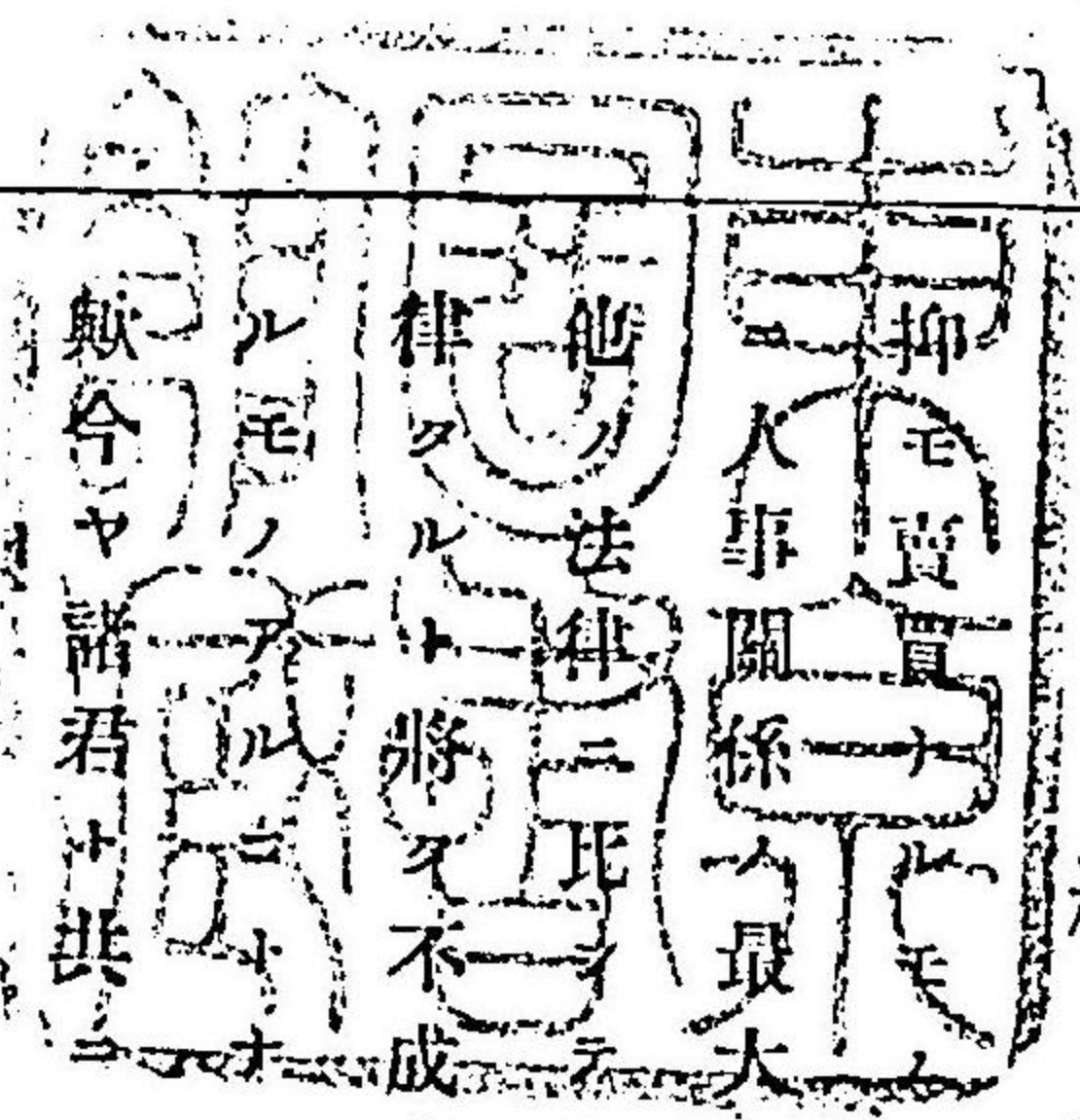
第六節 共有物ニ於ケル受戻權能ノ行使 二五三丁

賣買法目次終

賣買法

法學士 馬場 愿 治 講義
 卒業生 高松太喜次 編輯

緒言



緒言

ハ商人ハ言フニ及ハス非商人モ亦屢々之ヲ行フモノニシテ實
 大部分ヲ占ムルモノト謂フ可シ又其沿革ニ就テ之ヲ稽フルモ諸
 國ノ法律ニ比シテ遠ク古代ニ發生シタルカ故ニ何レノ邦ノ法律ヲ看ルモ其成文
 律タルト將テ不成分文律タルトヲ問ハス發達進歩ヲ致セルモノ賣買法ノ右ニ出ツ
 シ蓋シ人事ノ必要ナル自ラ之ヲシテ然ラシメタルモノナラン
 歟今ヤ諸君ト共ニ一堂ノ下ニ相會シ此趣味アル法律ヲ研究スルニ方リテハ如何
 ナル方法ヲ採用ス可キヤ抑モ既ニ題シテ賣買法ト云フ既成民法ニ於ケル賣買ハ
 勿論既成商法第一編第九章ニ於ケル賣買モ共ニ研究ヲ下ス可キハ固ヨリ言テ俟
 タサル所ナリ然レトモ素ト民商ノ二法タルヤ一般法ト特別法トノ關係ヲ有シ民

賣買法 緒言

法ニ於ケル賣買ハ一般ニ適用セラル可キモノニシテ商法ニ於ケルモノハ單ニ是レカ例外タルニ過キサレハ殊更ニ民商二法ヲ區別シテ講述スルノ必要ナキヤ明カナリ是ノ故ニ余ハ斯法ノ講義ニ於テハ民法ニ於ケル賣買ヲ基礎トシテ講述シ商法ニアルモノハ通則ノ例外トシテ説明ヲ下ス可シ

次ニ講義ノ順序ハ敢テ法典排列ノ順序ヲ追ハス專ラ學理的ノ順序ヲ採用セント欲スルナリ何トナレハ今ヤ民法商法ニ於ケル賣買法共ニ修正中ニ在レハ法典ノ順序ヲ追フモ格別ノ利益ナキノミナラス學理的ノ順序ニアラサレハ法律ノ眞義ヲ闡明スルニ難ケレハナリ而シテ斯法講義ノ本論ニ入ルニ先タチ羅馬法ニ於ケル賣買ノ位地ト及ヒ賣買法ノ沿革ニ付テ一言スル所アル可シ

羅馬法ニ於ケル賣買ノ位地

羅馬法ハ契約ヲ區別シテ二種トナセリ無名契約及ヒ有名契約是ナリ先ツ無名契約ノ何ノタルヨリ説明セン

(第一)無名契約 羅馬法ノ所謂無名契約ハ法律上特別ノ名義ヲ有セスシテ一般ノ訴訟ニ依リテ救済ヲ求ム可キ契約ナリ例ヘハ交換契約和解契約ノ如キ是ナリ而

シテ羅馬法ニ依ルトキハ此無名契約ナルモノハ總テ要物契約即チ實行契約ニシテ實物ヲ相手方ニ引渡スニアラサレハ成立セサルモノナリ今日文明諸國ノ法律ニ於テハ要物契約ハ格段ナル契約ニ限ルモノナルニ羅馬法ニ於テハ一般契約ハ凡テ要物契約ナリトシ全ク方今ニ於ケル法律ト相顛倒セリ蓋シ古代ノ人民ハ抽象的ノ觀念ニ富マス從テ實物ノ授受ナケレハ契約成立セスト思惟シタルハ怪ムニ足ラサル可シ是レ羅馬法カ無名契約ヲ要物契約ト爲シタル所以ナリ

(第二)有名契約 羅馬法ノ所謂有名契約トハ法律上固有ノ名義ヲ有シ且ツ之ニ付キ救済ヲ求ムルニハ特別ナル訴訟ノ方式ニ依ラサル可カラサルモノナリ例ヘハ賣買寄託貸借ノ如キ是レナリ而シテ羅馬法ニ依ルトキハ有名契約ノ内ニハ要物ノモノアリ又不要物ノモノモアリテ必スシモ一定セサルナリ既成民法財産編第三百三條ニ合意ニ有名ノモノアリ無名ノモノアリトアルハ全ク此羅馬法ヲ襲ヒタルモノナル可シ現ニ佛國民法ニ依ルモ亦這般ノ區別ヲ認メタリ特ニ前顯第三百三條第二項ニ有名ノ合意ハ固有ノ名稱アリテ本法又ハ商法ニ於ケル特別ノ規則ノ目的タルモノナリ云々又同第三項ニ無名ノ合意ハ本部ニ掲ケタル合意ノ一

般ノ規則ニ從フ云々トアルハ其精神殆ント羅馬法ト差異アルコトナシ是故ニ有名契約ト無名契約トノ區別ハ必竟有名ノモノハ特定ノ規定ニ依リ而シテ無名ノモノハ普通ノ規定ニ依ラシムル爲メノ立法上ノ區別ナレハ特別ノ規定増加スルニ從ヒ有名契約増加シ無名契約其比例ヲ以テ減少ス可キハ當然ナリ今歐洲大陸ニ於ケル有名契約ノ種類ヲ以テ羅馬法ニ比スルニ非常ナル差異アルハ全ク是レカ爲メナリトス即チ羅馬法ニ於テハ有名契約ノ數甚ク僅少ナリシガ人事頻繁トナルニ從ヒ法律ノ規定モ亦綿密ヲ要シ今日ニ於テハ有名契約ノ數大ニ増加シタリ例ヘハ交換契約ノ如キハ羅馬法之ヲ無名契約ト爲シタルモノナレトモ我既成民法并ニ佛國法律ハ之ヲ有名契約ト爲セリ以テ其一班ヲ知ル可キナリ又羅馬法ニ依ルトキハ有名契約ヲ別チテ四種ト爲セリ今歷史上ノ順序ヲ追フテ左ニ之ヲ説明セン

(一)要式契約(Verbis) 要式契約トハ法律上ノ用語ニ依リ問答ノ式ヲ以テ取結フ所ノ契約ヲ云フ故ニ今日ニ所謂要式契約トハ異レリ例ヘハ賣主ハ買主ニ對シ法律上ノ用語ニ依リ此品物ヲ買ハンカトノ問ヲ發シ買主モ亦法律上ノ用語ニ依リ其

品物ヲ買フ可シトノ答ヲ爲シ茲ニ始メテ賣買契約成立スルカ如キ是レナリ故ニ此問答式ニ依ラス又問答式ニ依ルモ法律上一定セル用語ヲ使用セサルトキハ賣買契約ハ成立スルコトナシ

(二)要書契約(Riteis) 要書契約ハ債務ヲ書面ヲ以テ承諾シテ始メテ成立スル所ノ契約ナリトス而シテ從來ハ債務者ノ承諾ヲ得テ之ヲ日々ノ取引帳簿ニ記入シテ契約成立セルモノトナセリ

(三)要物契約(Re) 要物契約ハ前已ニ述ヘタル如ク目的物ノ授受ヲ以テ始メテ成立スル所ノ契約ナリ而シテ要物契約ハ無名契約ノ外左ノ四種ノ有名契約ヲ包含セリ

- (イ) 無償ノ消費貸借(Commodatum)
- (ロ) 無償ノ使用貸借(mutuum)
- (ハ) 無償ノ寄託(Depositum)
- (ニ) 貸借ノ抵當(Pignus)

(四)諾成契約(Consensus) 諾成契約トハ其成立ニ書面ヲ要セス問答式ヲ要セス又目

的物ノ授受ヲモ要セス單ニ承諾ノミニ依リテ成立スル所ノ契約ヲ云フ而シテ此種ニ屬スルモノハ左ノ四種ナリトス

(イ) 賣買 (Emptio-renditio)

(ロ) 賃貸借及ヒ使役契約 (Locatio-conductio)

(ハ) 會社及ヒ組合契約 (Societas)

(ニ) 有償又ハ無償ノ代理契約 (mandatum)

上來列擧セル四種ハ即チ羅馬法ニ於ケル有名契約ノ區別ナリトス是ニ由リテ之ヲ看レハ羅馬法ニ於テハ賣買ハ有名契約ノ一種ニシテ而シテ諾成契約ナルコト明カナリ我既成民法ニ於テモ是レト同一ナルコトハ取得編第二十四條及ヒ全第二十五條ニ徴シテ知ル可キナリ

賣買法ノ沿革

上來論述スル所ニ依リ諸君ハ賣買ノ羅馬法ニ於ケル地位如何ヲ知了セラレタル可シ乍併賣買ハ其初メヨリ諾成契約タルニハアラスシテ諾成契約タルニ進歩スルマテハ其間幾多ノ段階ナキ能ハサルナリ左ニ此沿革ニ付テ畧述スル所アル可

シ
抑モ賣買ハ其淵源ヲ交換ニ發シタルモノナルコトハ羅馬法學者ポール氏ノ明言スル所ナリ蓋シ古來何人モ是レニ對シテ異議ナキ所ナリトス惟フニ社會朦昧ニ屬シ人智未タ幼稚ナルニ方リテヤ吾人ノ思想ハ有形ノ外ニ出テスシテ彼ノ占有ヲ離レテ所有權アリト云フカ如キハ抑モ當時人民ノ夢想タニモ知ラサル所ナリ然リ而シテ人類ノ此世ニ生息スルヤ衣食住ノ三者ナカル可カラズ而シテ我ニハ衣服餘リアルモ食物ノ乏シキコトアル可ク又彼ニハ食物餘リアリテ衣服足ヲサルコトアル可シ斯ノ如キ場合ニ於テハ我ノ餘リタル所ヲ以テ彼ノ餘リタル所ト交換シ彼我互ニ其需要ヲ供給スルコト最モ必要ナル可キナリ之ニ加フルニ交換ノコトタル其所爲ハ有形ニシテ且ツ其取引タル甚々簡單ナルモノナルヲ以テ遂ニ原始社會ニ一般ニ行ハル、ニ至レルハ自然ノ數ト謂フ可シ去レハ交換ハ單ニ賣買ノ根源ナルノミナラス抑モ復タ合意即チ契約ノ濫觴ト云フモ過言ニアラサル可シ

乍併我ノ欲スル所彼必ス之ヲ有シ彼ノ欲スル所我亦必ス之ヲ有スルコトハ期シ

得可キ所ニアラサレハ我ノ有リ餘ル所ノモノヲ以テ我ノ有リ足ラサル所ト交換セント欲スルモ彼ニシテ我ノ有リ餘ル所ヲ欲セサルトキハ我ハ到底我ノ欠乏ヲ満足スルコト能ハサル可シ彼ニ在リテモ亦是レト同一ナル可シ夫レ然リ物品交換ノ不便不利ナル知ル可キノミ是ニ於テ乎此ノ不便不利ヲ醫シテ更ニ人類生存ノ必要ニ應スルノ手段方法ヲ講セサル可カラス蓋シ古人カ必要ハ發明ノ母ナリト云ヘルカ如ク人類ノ智識ハ必要ニ依リテ進歩スルモノナルカ故ニ遂ニ萬物ノ交換ニ普ク適用スルコトヲ得ル或ル物件ヲ撰用スルニ至レリ其物件トハ何ソヤ素リ社會ニ依リテ同シカラスト雖モ銅鐵ヲ撰用セルコト最モ一般ナルカ如シ蓋シ社會ノ野蠻ナル生存競争ノ必要上概ネ常ニ爭鬪ニ從事セサル可カラサルカ故ニ必スヤ是レニ備フル所ノ武器ナカル可カラス而シテ是等ノ武器ヲ製造スルニハ最モ銅ト鐵トヲ便利トスルヲ以テ遂ニ銅鐵ノ需用最モ多ク從ツテ銅鐵ヲ以テ萬物交換ノ原物ト爲スニ至リタルナリ乍併凡ソ物其產出多ケレハ從ツテ其價額ヲ減スルハ經濟上當然ノ事理ニ屬スルカ故ニ後ニハ巨額ノ銅鐵ヲ供給スルニアラサレハ必要品ト交換スルコトヲ得サルニ至レリ是ヲ以テ此ノ不便ヲ醫センカ

爲メニ金銀ヲ以テ交換物トナシ現今ニ於テハ諸君ノ善ク知ラル、如ク金銀銅鐵ノ外尙ホ紙幣ナルモノヲ以テ是レカ交換ノ用ヲ爲スノ時代ニ達セリ乍併古代ニ於テハ今日ノ如ク政府自ラ貨幣ノ量目若クハ性質ヲ保證シタルモノニハアラサルナリ故ニ今日ニ於テハ貨幣ノ數ヲ以テ賣買取引ヲ爲シ得ルモ古代ニ於テハ其量目ニ依ルノ外途アルコトナシ是レ古人カ物ヲ賣買スルニハ每ニ權衡ヲ攜帶スル所以ニシテ現ニ今日ニ於テモ支那地方ニ在リテハ尙ホ金銀塊ヲ以テ物品ノ代價ニ充ツルコトアリト云フ斯ノ如ク夫レ極メテ古代ニ在リテハ單ニ物ト物トノ交換ニ止マリシカ中世ニ至ルニ及ヒテ一步ヲ進メテ萬物ニ交換シ得ル所ノ物件ヲ撰用シ之ヲ呼ンテ代價ト稱シタリ即チ交換カ一轉シテ賣買トナリシハ此時代ニ在リト謂フ可シ

然レトモ交換カ賣買ニ變シタリトテ直チニ今日ニ於ケルカ如ク賣買ハ諾成契約タリシニアラス尙ホ四階級ノ變遷ヲ經テ始メテ諾成契約ニ進歩シタルモノナリ其四階級トハ何ソヤ即チ左ノ如シ

(第一期) 第一期ニ於テハ目的物ノ授受ナケレハ賣買成立スルコトナカリシ

(第二期) 第二期ニ於テハ必スシモ目的物ノ授受ヲ必要トスルコトナケレトモ必
 スヤ有形的ノ方式ヲ履マサル可ラサルモノトセリ有形的ノ法式トハ如何ト云フ
 ニ目的物ヲ代表スルニ足ル丈ノ物品ヲ權衡ニ載セ而シテ法律上ノ用語ニ依リ問
 答ノ式ヲ用ヒテ取結フコト是レナリ願フニ此目的物ヲ代表スル物件ヲ權衡ニ載
 スルノ儀式ヲ行フハ古代銅鐵塊ヲ以テ交換ヲ爲シタルトキ權衡ヲ用ヒタルノ遺
 制ナル可シ

(第三期) 第三期ニ於テハ第二期ニ於ケルカ如キ儀式ヲ行フヲ要セス唯々法律上
 ノ用語ニ依リ問答式ヲ行フノミヲ以テ賣買成立ストナセリ

(第四期) 第四期ニ於テハ前期ニ於ケルカ如キ有形的ノ儀式又ハ問答式ヲ要セス
 唯々債務者ノ承諾ヲ得テ賣買ヲ取結ヘルコトヲ帳簿ニ記入スルノミヲ以テ賣買
 成立スルモノト爲セリ前ニ謂フ所ノ要書契約ノ時代ハ即チ是レナリ

右ニ述ヘタル所ノ四段ノ變遷ヲ經テ初メテ今日所謂諾成契約即チ當事者ノ承諾
 ノミヲ以テ賣買成立スルノ時代ニ到達シタルモノナリ

上來論述スル所ハ即チ賣買法ノ沿革ナリトス尙ホ緒言ヲ終ルニ臨ミテ一言ノ附

ス可キモノアリ他ナラス抑モ羅馬法ニ依レハ賣買ハ有名契約ニシテ又諾成契約
 ナルコトハ前已ニ述フル所ノ如シ而シテ我既成民法及ヒ佛國民法モ亦羅馬法ト
 同シク賣買ヲ以テ諾成契約且ツ有名契約トセリ果シテ然ラハ羅馬法ト我民法及
 ヒ佛國民法トノ間ニ差異ナキヤト云フニ二法ノ間ニハ大ニ區別ヲ爲ス可キモノ
 アリ何ソヤ他ナシ羅馬法ニ依レハ賣買ハ所有權ノ移轉ヲ目的トスルモノニアラ
 サルモ我既成民法并ニ佛國民法ノ賣買ハ所有權移轉ヲ以テ主タル目的トナスコ
 ト是レナリ惟フニ是レ羅馬法ハ素リ世界ニ卓絶セル法律タルニハ相違ナキモ當
 時人智ノ幼稚ナル物件引渡ト云ヘルカ如キ有形的ノ思想ノ外所有權移轉ト云ヘ
 ルカ如キ抽象的ノ思想發達セサリシニ職由スル者ナル可シ尤モ佛國民法ハ元ト
 羅馬法ヲ繼受シタル者ナルカ故ニ法典ニ依レハ或ハ羅馬法ノ如ク賣買ハ所有權
 移轉ヲ目的トスルモノニアラスシテ單ニ物件引渡ノ義務ヲ生スルノミトナセル
 モノナルヤ否ヤ疑ナキ能ハサルナリ即チ佛國民法ハ其第一千五百八十二條ニ於テ
 「賣買ハ一方ヨリ物件ヲ渡シ他ノ一方ヨリ代金支拂ノ義務ヲ生スル契約ナリ」トノ
 定義ヲ下シタリ此法文ハ明カニ賣買ハ單ニ物件引渡ノ義務ヲ生スルモノトナセ

ルコト疑ナキ所ナリ然ルニ尙ホ一條ノ存スルモノアリ即チ第一千五百九十九條是レナリ全條ニ曰ク「他人ノ物ノ賣買ハ無効ナリ」ト此條文ニ依リテ看ルトキハ佛國民法ハ賣買ヲ以テ所有權ノ移轉トナセルモノ、如シ何トナレハ若シ賣買ヲシテ單ニ物件引渡ノ義務ノミチ生スルモノナラシメハ賣主ハ買主ニ他人ノ物件ヲ引渡スモ尙ホ差支ナカル可ケレハナリ現ニ羅馬法ニ於テハ他人ノ物件ノ賣買ハ之ヲ有効ナリトシ唯タ第三者カ之ヲ持テ去リタルトキニ於テ損害賠償ノ責ニ任スルモノトナシタリ是故ニ佛國民法ハ果シテ羅馬法ヲ修正シタルモノナルヤ否ヤ法律ノ文面ニテハ疑惑ノ間ニ彷徨スレトモ佛國學者ノ解釋スル所ニ依レハ全國民法モ亦我既成民法ト全シク所有權移轉ヲ以テ目的トナセルコトハ確定セリ尙ホ詳細ノ事ニ付テハ他日論述スル所アル可シ

第一編 賣買ノ成立

第一章 賣買ノ定義

民法財産取得編第二十四條ハ賣買ノ定義ヲ掲ケテ曰ク「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

賣立
賣買ノ成
買ノ定

カ定マリタル代金ノ辨濟ヲ負擔スル契約ナリ」ト今此定義ニ依ルトキハ我民法ハ賣買ニ左ノ二種アルコトヲ認メタルモノナルヤ明カナリ即チ

(第一) 當事者ノ一方又ハ第三者カ定マリタル代金ノ辨濟ヲ負擔シ他ノ一方カ物ノ所有權又ハ其支分權ヲ移轉スルモノ

(第二) 當事者ノ一方又ハ第三者カ定マリタル代金ノ辨濟ヲ負擔シ他ノ一方カ物ノ所有權又ハ其支分權ヲ移轉スル義務ヲ負擔スルモノ

是レナリ更ニ之ヲ約言スレハ第一ハ物ノ所有權又ハ其支分權ヲ移轉スルモノ第二ハ物ノ所有權又ハ其支分權ヲ移轉スル義務ヲ負擔スルモノ是レナリ而シテ我財産取得編ハ二種ノ賣買ハ共ニ契約ナリトセリ今此定義ニ付キテ吾人ノ第一ニ注意ス可キハ第二種ノ賣買ノ契約タルコトハ素リ言ヲ俟タサレトモ第一種ノ賣買ハ果シテ之ヲ契約ト稱ス可キモノナルヤ否ヤノ問題是レナリ請フ試ニ之ヲ論セン

既成民法財産編第二百九十六條ハ合意ト契約トノ區別ヲ明カニシタリ今其大意ヲ約言スレハ契約ハ合意ノ一種ニシテ即チ人權ノ創設ヲ主タル目的トスル合意

ナリト云フニ在リ去レハ彼ノ物權移轉ヲ主タル目的トスル合意ハ契約ニアラサルコト財産編ノ規定ニ徴シテ疑ナキ所ナリ然ルニ前述セル第一種賣買ノ性質如何ト云フニ物ノ所有權又ハ其支分權ヲ移轉スルコトヲ主タル目的トナスモノアリ去レハ財産編ニ於ケル契約ノ定義ヨリ論下スルトキハ第一種ノ賣買ハ契約ニアラサルコト炳焉火ヲ賭ルヨリ明カナル所ナリ我民法財産取得編カ是ノ種ノ賣買ヲ以テ契約ナリトセルハ果シテ如何ナル主意ニ出テタリヤ全シク是レ民法アリ而シテ互ニ柄鑿相容レサルノ法條ヲ設ク豈ニ之ヲ主義ノ一貫セルモノト謂フ可ケンヤ去リ乍ラ翻テ深ク法理ヲ研究シ來ルトキハ第一種ノ賣買ハ果シテ契約ナルヤ否ヤノ疑案ハ實ニ古往今來法學大家ノ大ニ議論ヲ戰ハセシ所ニシテ我財産取得編ノ之ヲ契約ナリトセルハ其一說ヲ採用シタルモノナレハ適々以テ財産編ノ規定ニ牴觸スルコトアルモ未タ是ヲ以テ遮カニ排斥シ去ル能ハサルモノアリ且ツ其甲論乙駁セル雙者ノ議論ハ大ニ諸君ノ研究ニ値スルモノアルヲ以テ余ハ左ニ兩論者ノ說ヲ諸君ニ紹介シ并セテ余カ評論ヲ挾ム可シ

第一說ニ曰ク或ル特定物ノ賣買ハ合意ト共ニ所有權ヲ移轉スルモノナルモ之ヲ

論理上ヨリ討究スルトキハ其合意ト物權移轉トノ間ニハ瞬間時タリトモ尙ホ多少ノ時間アルモノト云ハサル可ラス是ノ故ニ第一種ノ賣買ト雖モ好シヤ瞬間時ニ止マルトハ云ヘ一度ハ物權移轉ノ義務ヲ發生スルモノナレハ是ヲ契約ト稱ス可キモノナリト是レ佛法律學者ノ概テ唱道スル所ナリトス

右ノ說ヲ主張スルモノ古來甚タ居多ナルカ如シト雖モ余ハ斯說ハ採ルニ足ラサルコトヲ斷言スルニ躊躇セサルナリ抑モ特定物賣買ノ場合ニ所有權直チニ一方ニ移轉スルハ法理上ヨリスルモ將タ論理上ヨリ云フモ合意ノ結果タルニ過キスシテ合意ト物權移轉トノ間ニ空間アル可キノ理由ナシ去レハ茲ニ合意アレハ法律上當然所有權ヲ移轉スルモノナルコトハ今日何レノ邦ノ法律ニテモ認了スル所ニシテ亦余ノ喋々ヲ俟タサルナリ

第二說ハ我既成民法ノ起案者タルボアソナード氏并ニ其一派ノ主張スル所ノ學說ナリ其說ニ曰ク特定物ノ賣買即チ第一種ノ賣買ニ於テハ素リ物ノ所有權ハ合意ト共ニ移轉スルモノニシテ決シテ其間ニ空間アル可キモノニアラス乍併先ツ賣主ニ付テ之ヲ言ヘハ賣主ハ物件ヲ引渡ス可キノ義務及ヒ其他種々ノ擔保義務

ヲ負擔スルモノナリ又買主ニ付テ之ヲ云ヘハ買主ハ代金辨濟ノ義務ヲ負擔スルモノナリ而シテ是等ノ義務タル素リ對人的ノ義務ニシテ亦是ニ對スル權利ハ對人的權利即チ人權ナリ然ラハ第一種ノ賣買モ亦尙ホ人權ヲ創設スルモノニアラスヤ是レ第一種ノ賣買ヲ契約ナリトナス所以ナリト

右ノ學說ハ素リボアソナード氏輩一家ノ言ニアラスシテ歐洲大家ノ夙ニ唱道スル所ナレトモ斯說モ亦採ルニ足ラサルモノナルコト明カナル可シ抑モ物品引渡ノ義務ハ如何ナル性質ノ義務ナリヤト釋スルニ所謂擔保義務ナリトス其他論者ハ賣主ハ種々ノ義務ヲ負擔セリト云フト雖モ其性質ニ付キテ吟味シ來ルトキハ凡テ皆擔保義務ニ外ナラサルハナシ然ラハ一步ヲ進メテ擔保義務ハ如何ナル義務ナリヤト云フニ茲ニ主タル義務アリテ之ヲ擔保セントスル所ノ附從ノ義務ナルコトハ既ニ諸君カ人權法ノ講義ニ於テ了知セラレタル所ナル可シ然リ而シテ附從義務ハ賣買ノ要素ニアラサルコトハ既ニ前顯取得編第二十四條ノ規定ニ徴シテ明カナル所ナリ又民法財産編第二百九十六條ハ如何ナル定義ヲ契約ニ與ヘタルヤト云フニ前ニモ述ヘタル如ク義務ノ創設チ主タル目的トスル合意ハ即チ

契約ナリト云ヘリ去レハ論者ノ云フ如ク成程賣主ニ在リテハ種々ノ擔保義務ヲ負擔スルモ這ハ賣買ノ主タル目的ニアラサレハ從テ是ヲ以テ賣買契約ナリト云フコト能ハサルヤ最モ賸易キノ論理ト謂フ可シ以上ハ賣主ノ義務ニ付テ立論セルモノナルモ又買主ノ負擔スル代金辨濟ノ義務ニ付テ之ヲ論究スルモ是ト同一ノ結果ニ歸セサルヲ得サルナリ之ヲ約言スレハ賣買ノ目的ハ物ノ所有權ノ移轉ナルコトヲ知ラバ第一種ノ賣買ノ契約ニアラサルコト嗚々ノ辯ヲ俟タスシテ明カナル所ナリ況ンヤ物ノ引渡ノ義務又ハ代金辨濟ノ義務ハ總般ノ賣買ニ附隨シテ發生スルモノニアラサルニ於テオヤ試ニ默示賣買ノ場合ヲ考一考セハ諸君ハ釋然トシテ義理ノ明了ヲ致ス可シ例ヘハ余カ出入リノ米屋一圓ノ札ヲ附シタル米ヲ余カ許ニ持テ來リタルニ余ハ何事ヲモ言ハスシテ直チニ財囊ヲ探リテ一圓ヲ拂ヒ渡シタリト假定セヨ此場合ニ於テハ何レノ時賣買成立セルヤト云フニ米屋カ米ヲ余カ許ニ持テ來リタルハ默示ノ申込ナリ余カ米屋ニ代價ヲ拂ヒタルハ默示ノ承諾ナリ即チ米屋ハ所爲ヲ以テ申込ミ余ハ所爲ヲ以テ承諾シタリ去レハ此賣買ハ余カ代價ヲ支拂ヒタルトキニ成立セリト謂フ可シ果シテ然ラハ米屋ハ

既ニ米ヲ引渡シ余ハ既ニ代金ヲ辨濟シタルモノナレハ斯ノ如キ場合ニ在リテハ物件引渡ノ義務及ヒ代金辨濟ノ義務共ニ發生スルコトナキヤ瞭然トシテ疑ナカラル可シ説テ茲ニ至レハ第二説ノ採ルニ足ラサル復タ知ル可キノミ
上來論述スル所ニ依リテ之ヲ看レハ我既成民法ノ法理上ヨリスルモ將タ一般ノ法理論ニ依ルモ第一種ノ賣買ハ合意ト爲ス可キモノニシテ契約ト稱ス可キモノニアラス之ヲ契約ナリト爲スハ誤謬ノ法理ナルコトヲ了知シ得可シ乍併第二種ノ賣買ニ至リテハ純然タル契約ニシテ此コトニ就キテハ何人モ異議ヲ挾ムコトナキハ余ノ説明ヲ俟タスシテ明カナラント信ス

今ヤ試ニ英米ノ法律ヲ案スルニ所有權ヲ直チニ移轉スル場合ト所有權移轉カ將來ニアルトキ若クハ之ヲ停止條件ニ繫ラシムル場合トヲ區別シテ各其名稱ヲ異ニセリ即チ左ノ如シ

第一種即チ直チニ所有權ヲ移轉スル賣買ヲ英國普通法ニ依レハ「バーゲン、エントセール」(Bargain & sale) 若クハ單ニ「セール」(Sale)ト稱セリ

第二種即チ將來ニ所有權移轉スルモノヲ「アグリメント、ツイ、セル、オア、ツイ、バイ」

(Agreement to sell or to buy)ト稱セリ又時トシテハ第一種ヲ「エキザエキエーテッド、コントラクト」(Executed contract) 第二種ヲ「エキザエキエートリ、コントラクト」(Executory contract)ト稱スコトアリ

第二ニ吾人ノ注意ス可キハ我既成民法ハ物ノ支分權ノ賣買ヲ認メタルノ點是レナリ抑モ所有權ナルモノハ使用權、收益權及ヒ處分權ヲモ包含シ其範圍極メテ廣大ナル權利ナリトス斯ノ如ク所有權中ニハ種々ナル權利包含セラル、カ故ニ此種々ノ權利ヲ他人ニ分別シテ與ヘタルトキハ之ヲ名ケテ支分權ト稱ス即チ支分權トハ他人ノ所有物ノ上ニ於ケル一ノ物權タリ是ノ故ニ例ヘハ彼ノ使用權ノ如キ又ハ質取主カ質物ニ於ケル質權ノ如キ又ハ地上權、地役權ノ如キハ皆支分權ナリトス然リ而シテ本章ノ冒頭ニ於テ示シタルカ如ク我民法ハ賣買ハ物ノ所有權又ハ支分權ヲモ移轉スルモノトナシタルヲ以テ彼ノ質取主ハ質權ヲ賣買スルコトヲ得可ク又特別ノ受託者ハ其權利ヲ賣買スルコトヲ得可キナリ蓋シ是レ我既成民法カ明カニ明文ヲ以テ規定シタルモノナレハ我民法上ニ於テハ別ニ何等ノ議論ヲ生スルコトナシト雖モ立法上ヨリ論スルトキハ物ノ支分權ハ果シテ賣買

スルコトヲ得ルヤ否ヤ輕々ニ看過ス可カラサル一問題ナル可キナリ試ニ英米法
 ナ案スルニ支分權ノ賣買ヲ認ムルコトナク賣買ハ必スヤ所有權ノ移轉ナラサル
 可ラサルコト、セリ英國法學者ベンジヤミン氏ハ其著賣買法ニ於テ賣買ノ要件
 ナ示シテ曰ク賣買ニハ左ノ四要素ヲ具備スルコトヲ要ス即チ

第一、契約ノ能力ヲ有スル當事者

第二、當事者雙方ノ承諾

第三、代金

第四、一般若クハ完全所有權ノ移轉

是レナリト即チ氏ハ一般若クハ完全ノ所有權ヲ以テ賣買ノ一要素トナシ之ヲ其
 第四ニ置ケリ然リ而シテ一般若クハ完全所有權トハ如何ト云フニ氏ノ説ク所ニ
 依レハ元來所有權ナルモノハ場合ニ依リテ二人ニ屬シ一人ハ一般ノ所有權ヲ有
 シ其他ノ一人ハ特別所有權ヲ有スルコトアリ例ヘハ夫ノ質取主ノ質權ノ如キハ
 所謂特別ノ所有權ニシテ質入主ノ有スル權利ハ一般ノ所有權ナルカ如キ是レナ
 リト是ニ因リテ之ヲ看レハ氏カ所謂特別ノ所有權ナルモノハ我民法ニ謂フ所ノ

支分權ナルコト明カナリ而シテ氏ハ曰ク特別ノ所有權ハ以テ賣買ノ目的物タル
 コトヲ得ス賣買ノ目的物タルモノハ必スヤ完全ノ所有權若クハ少クトモ一般ノ
 所有權ナラサル可カラスト知ル可シ氏ハ支分權ヲ以テ賣買ノ目的物トスルコト
 ナ得サルモノト爲シタルヲ又シヤルコー氏モ其近著ニ係ル賣買法ニ於テベンジ
 ヤミン氏ト同一ノ説ヲ述ヘテ曰ク夫ノ受託者ノ權利ノ如キハ特別ノ所有權トシ
 テ賣買ノ目的物タルコトヲ得スト以上ハ即チ英米法家ノ所説ニ係レトモ又更
 ニ眼ヲ轉シテ我既成民法並ニ佛國民民法ヲ繙クニ共ニ下ノ如キ規定ヲ掲ケタリ曰
 シ

賣主自己ノ所有ニアラサル物件ハ効力ナシ

ト是ノ規定ニ依リテ之ヲ見レハ物ノ支分權ハ或ハ賣買スルコトヲ得サルカ如シ
 果シテ然ラハ我民法ハ一方ニ於テハ支分權ノ賣買ヲ認了シ他方ニ於テハ其賣買
 ナ非認シタルモノニシテ法律自身ノ牴觸ニアラサルナキカノ疑惑ナキ能ハサル
 ナリ乍併攙リテ立法者ノ精神如何ト考フルニ或ハ立法者ハ支分權ヲ以テ一個ノ
 物件視シ支分權ヲ有スルハ即チ其物件ヲ所有スルモノナレハ支分權ヲ賣買スル

ヲ以テ前題ノ法文ニ矛盾スルコトナシト思惟シタルモノ、如シ是レ固リ一理ナキニアラスト雖モ抑モ既ニ物ト權利トヲ區別シタル以上ハ別ニ權利其自身ヲ以テ一個ノ物件ト同視スルノ必要ハ到底發見シ能ハサル所ナリ特ニ又質權ノ如キ支分權上ニ更ニ所有權ヲ有スルモノアリト爲スカ如キハ立法上奇怪ノコト、云ハサル可カラス之ヲ要スルニ此點ニ就キテハ後來ノ立法者タランモノ充分ノ考案アラノコト希望ニ堪ユサル所ナリ

第三ニ吾人ノ注意ス可キハ我既成民法ノ定義ニ依レハ現金拂ノ賣買ハ定義中ニ包含セラレス少クトモ余カ前ニ例示シタル代金ノ支拂ニ依リ始メテ成立スル所ノ賣買ハ定義中ニ包含セラレサルコト是レナリ蓋シ既ニ定義ト云フ以上ハ縱令極メテ稀少ナル場合ト雖モ凡テ之ヲ包含セサル可カラサルニ以上ノ如キ賣買ヲ定義中ニ含マシムルコトナキハ至當ノ定義トシテ全ク贊同シ能ハサル所ナリトス

講述茲ニ至リテ賣買ノ定義ハ如何ニ之ヲ下シテ可ナルヤト云フニ立法上ノ問題ハ之ヲ措テ問ハス我既成民法ノ範圍ニ付テ云フトキハ左ノ如ク定義ヲ下シテ可

ナランカ曰ク

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コトヲ約シ他ノ一方ハ其定マリタル代價ヲ支拂ヒ又ハ支拂フコトヲ約スル所ノ

合意ナリ

ト其意義如何ノ如キハ上來論述シタル所ニ依リテ明瞭ナル可キカ故ニ茲ニ贅言ヲ費サ、レトモ右ノ定義ニ依ルトキハ賣買ハ以下數種ノ性質ヲ有スルモノナルコト自ラ瞭然タル可シ

(第一) 賣買ハ雙務ノ合意ナリ 雙務ノ合意トハ當事者雙方ニ權利及ヒ義務ヲ生スル所ノ權利行爲ヲ謂フ即チ賣買ハ當事者ノ一方即チ賣主ハ物ノ所有權ヲ移轉スルノ義務ヲ有スルト同時ニ代金ヲ受取ルノ權利ヲ有シ他ノ一方即チ買主ハ代金辨濟ノ義務アルト同時ニ又所有權ヲ取得スルノ權利ヲ有ス是レ即チ雙務合意ナリ取得編第二十四條第二項ニ賣買契約ハ下ノ規定ニ從フ外有償且ツ雙務ナル契約ノ一般ノ規則ニ從フトアルモ是カ爲メナリ乍併學者或ハ賣買ハ常ニ雙務ノ合意ナルコトヲ信スルモノ多キカ如シ之レ大ナル誤謬ト云ハサル可カラス蓋シ

賣買ノ雙務合意タルコトハ一般ニ概言スル所ニシテ素リ之カ例外アル可キハ當然ナリ特ニ又我既成民法カ賣買ヲ以テ雙務契約トナスノ理由ヨリシテモ例外アル可キコト明カナリ例ヘハ前ニ例示シタル默示賣買ノ場合ニ於テハ賣主ハ追奪擔保ノ義務ヲ負フモ買主ハ既ニ代金ヲ支拂ビタルヲ以テ何等ノ義務ヲ負フコトナシ是ノ故ニ諸君ハ賣買ハ一般ニ雙務合意ナルモ亦其例外アルコトヲ記憶セラ

ル可シ
 (第二) 賣買ハ常ニ有償合意ニシテ例外アルコトナシ 代金辨濟ト物權移轉ノ二者カ賣買ノ成立條件タルコトヲ知テハ賣買ノ有償合意ナルコト自ラ明了ナル可シ即チ賣主ハ物權ヲ移轉シ買主ハ代金ヲ支拂フモノタリ而シテ此二者ハ相互ニ他ノ報償トナルモノナレハ賣買ノ有償合意ナルコト云ハスシテ明カナル可シ夫ノ既成民法財産編第二百九十七條有償合意ノ定義中ニ相互ニ利益ヲ得トアル利益ハ報償ノ謂ヒニシテ損失ニ對スル利益ノ謂ヒニアラサルハ既ニ諸君カ人權法ノ講義ニ於テ了知セラレシ所ナラン

(第三) 賣買ハ諾成合意ナリ 諾成合意トハ單ニ當事者ノ承諾ノミニ依リテ成立

スルモノナルコトハ既ニ總論ノ條下ニ於テ講說セル所ノ如シ而シテ賣買ハ諾成合意ナルコトハ取得編第二十四條ノ法文ニ徴シテ疑ナキ所ナリ然ルニ既成民法證據編第六十條ヲ案スルニ權利行為ヨリ當事者ニ五十圓以上ノ價額ヲ超過スル利益生スルトキハ其權利行為ニ付テハ公正證書又ハ私署證書ヲ作成スルコトヲ要スルモノトセリ果シテ然ラハ賣買モ亦一ノ權利行為ニシテ此規定ノ下ニ立テサル可ラサルカ故ニ五十圓以上ノ賣買ニ在リテハ賣買ハ諾成合意ニアラスシテ要式合意ナルヤ否ヤ寔ニ一個ノ疑問ト謂フ可シ乍併此第六十條ハ證據編ニ規定セラレタルモノナルカ故ニ合意成立ノ證明方法ヲ規定シタルモノニシテ合意成立其自身ノ必要條件ヲ規定シタルモノニハアラサル可キナリ我既成民法ノ母法タル佛國ニテモ是ト同様ノ規定ヲ設ケタリ而シテ學者ノ說ク所ヲ聞クニ斯條ハ立證ノ條件ニシテ合意ノ條件ニアラサルコトニ確定セリ去レハ前顯第六十條ハ諾成合意ノ例外ヲ爲スモノニアラサルコト明カナリ又商法第二百七十七條ニヨルニ主タル目的カ五十圓ヲ超過スルトキハ書面ヲ作テ之ヲ交付スルヲ要スト規定セリ此規定ニ就キテモ亦前顯第六十條ト全一ノ疑義ナキ能ハス乍併第二百七

十七條及第二百七十八條ヨリ推及スルトキハ此規定モ亦契約成立ノ條件ニアラスシテ只立證ノ必要條件ト爲スチ至當ト爲サ、ル可カラス故ニ商法ノ此規定モ亦賣買ハ諾成合意タルノ例外チ爲スモノニアラス夫レ然リ然ラハ賣買ノ諾成契約タルコトニ就テハ全ク例外ナキヤト云フニ又例外トシテ見ル可キモノアリ何ソヤ商法第八百三十五條ノ規定ニ依レハ船舶ノ賣買ハ必ス契約證書ヲ以テ取結ハサル可カラサルモノナルカ故ニ這般ノ賣買ニ在リテハ全ク諾成契約ノ一例外チ爲スモノト謂フ可シ

(第四) 賣買ハ有名合意ナリ民法上既ニ賣買テフ名稱アル以上ハ賣買ノ有名合意ナルコト言チ俟タスシテ明カナリ

(第五) 賣買ハ主タル合意ナリヤ將タ從タル合意ナリヤ又賣買ハ實定合意ナリヤ將タ射倅合意ナリヤト云フニ場合ニヨリテ主タルアリ從タルアリ實定タルアリ射倅タルアリ茲ニ之チ概言スルコト能ハサルナリ

當事者ノ能力

第二章 當事者ノ能力

凡賣買チ成立セシムルニハ四個ノ要件チ具備スルコトチ要ス即チ第一、當事者ノ

能力第二、承諾第三、目的物第四、代價是レナリ若シ此要件ノ一チ缺クトキハ賣買決シテ成立スルコトナシ余ハ先ツ本章ニ於テ第一ノ要件即チ當事者ノ能力ニ付キ講述ス可シ

抑モ賣買チ爲スノ能力ハ一般ノ合意若クハ契約チ爲スノ能力ト同一ナリトス故ニ一般ノ合意若クハ契約チ爲スノ能力アルモノハ亦賣買チ爲スノ能力チ有スト知ル可シ然レトモ賣買ニハ亦賣買ニ特別ナル規定ナキ能ハサルカ故ニ縱令一般ノ合意若クハ契約チ爲スノ能力アレトモ賣買チ爲スノ能力ナキモノアリ去レハ賣買當事者ノ能力如何チ講セント欲セハ一般ノ合意若クハ契約チ爲スノ能力ト賣買チ爲スニ要スル特別ノ能力トノ二者チ併セテ論究セサル可カラサレトモ其前者ノ能力ノ如キハ既ニ諸君ハ人事編并ニ人權法ノ講筵ニ於テ講究セラレタル所ナル可ケレハ余ハ本章ニ於テハ單ニ後者即チ賣買チ爲スニ特別ナル當事者ノ能力ニ付キテ説明チ下ス可シ然リ而シテ如何ナル人カ果シテ其能力チ有スルヤチ掲明スルハ寧ロ如何ナル人ノ果シテ其能力チ有セサルヤチ列舉スルノ甚々簡便ナルニ若カサルナリ何トナレハ有能者ハ世間多數ナレハ逐一茲ニ之チ掲ク

ルノ煩ニ堪エスト雖モ無能力者ハ極メテ僅少ナレハ之ヲ列擧スルコト甚々容易ナレハナリ夫ノ既成民法カ取得編第三章第一節第二欸ニ於テ賣渡又ハ買受ノ無能力ト題シ專ラ無能力者ノコトヲ規定シタルモ亦此理由アルニ外ナラサルナリ故ニ余モ亦之ニ倣フテ無能力者ヲ列擧スヘシ從テ諸君ハ本章ニ掲ケタル無能力者ヲ除ケハ其他ハ悉ク有能力者タリト知ル可キナリ而シテ余ハ本章ヲ二節ニ別チ第一節ヲ賣主ノ無能力トシ第二節ヲ買主ノ無能力トシ以テ講述ノ歩ヲ進ム可シ

賣主

第一節 賣主

賣主ノ能力ニ付キ獨リ賣買ニ特別ナルモノハ配偶者ノ一アルノミ配偶者ハ相互ニ賣買スルノ能力アルコトナシ即チ夫ハ其妻ニ對シ妻ハ夫ニ對シテ賣買スルコトヲ得ス而シテ其目的物ノ動産タルト將タ不動産タルトヲ問ハサルナリ是レ財產取得編第三十五條ノ規定スル所ナリ抑モ何故ニ立法者ハ斯ノ如ク配偶者間ノ賣買ヲ禁制シタリシヤト云フニ一ハ羅馬法ヲ襲ヒタルニ外ナラサルナリ然レトモ羅馬法ニ依ルトキハ單ニ賣買ヲ禁シタルニ止マラスシテ配偶者間ニ在リテハ萬般ノ合意ヲ爲スコトヲ禁止シタレハ羅馬法ノ之ヲ禁シタル理由ハ未タ以テ全ク我既成民法ノ精神ヲ暴露スルニ足ラサルナリ然ラハ更ニ如何ナル理由ニヨリテ斯ノ如キ規定ヲ設ケタリヤト釋スルニ蓋シ其理由タル左ノ二者ニ出テサル可シ

第一ノ理由ニ曰ク元來夫婦間ニ於テハ事實ノ上ハ言フニ及ハス法律ノ上ニ於テモ所謂不當威力(Duue influence)ノ推測ナルモノナリ詳言スレハ夫タルモノハ其妻タルモノニ比シテ智力ハ勿論權力ニ於テモ優等ノモノナレハ自然ニ夫ハ妻ヲ威迫シテ自己ノ意ニ從ハシムルノ懸念ハ法律ノ豫想スル所ナリ已ニ夫妻間ニ斯ノ如ク不當威力ノ推測ナルモノ存ストセハ若シ賣買ヲ許ストキハ名ヲ賣買ニ假リテ其實贈與ヲ爲スカ如キコトアルヘキナリ例ヘハ千圓ノ價額アル物ヲ僅ニ五十錢ニテ賣渡スカ如キハ名義ハ賣買ナルモ其實ハ殆ント贈與ニ均シキモノナリ是レ夫妻間ニ於テ賣買スルヲ禁シタルノ一理由ナリトス難者アリ曰ク不當威力ノ推測ハ獨リ賣買ノ權利行爲ニ付テノミ存スルモノニアラス贈與ノ如キ權利行爲ニ付テモ亦均シク存スヘキナリ然ルニ我民法ハ佛國民法ト均シク配偶者間相互

ニ贈與ヲ爲スコトヲ禁セシテ獨リ賣買ヲ爲スコトヲ禁シタルハ何ソヤト曰ク我民法カ賣買ニノミ特ニ此禁制ヲ置キタル所以ノモノハ夫ノ夫妻間ノ贈與ノ如キハ之ヲ廢罷スルコトヲ得ルカ故ニ夫ノ威力ニ歴セラル、ノ弊害少ナキヲ以テ全ク之ヲ禁止スルノ必要ナキモ賣買ノ如キニ至テハ表面有償合意ノ名アリテ其實殆ント無償合意ノ實ヲ舉クルカ如キコトアランコトヲ恐レタルカ故ナリトス

第二ノ理由ニ曰ク夫婦ハ法律上同一體ト見做ス可キモノナリ又住居ヲ共ニスルモノナリ妻ノ所有物ハ夫是レヲ自由ニ處分シ得ヘク又夫ノ所有物ハ妻之ヲ自由ニ處分スルコトヲ得ヘキハ自然ノ情勢ナリト謂フ可シ是故ニ有償合意ナル賣買ヲ取結フモ未ダ代價ノ支拂アラサルニ早ク其受取證ヲ作成スルカ如キハ甚ク容易ニ爲シ得ヘキ所ナリ去レハ名義上ハ如何ニモ有償合意ナルカ如キモ其目的ヲ遂クルコト能ハサル場合ナキヲ保スル能ハサルナリト

然ルニ學者或ハ第三ノ理由ヲ述ヘテ曰ク若シ配偶者間ノ賣買ヲ許容スルコトアルトキハ夫妻互ニ賣買取引ヲ爲シタルカ如ク裝ヒ以テ其債權者ヲ詐害スルコトアル可シ是レ法律カ配偶者間ノ賣買ヲ禁止シタル所以ナリト乍併此ノ第三ノ理

由タル或ハ多少ノ理由タルニハ相違ナカル可キモ是ヲ以テ其重ナル理由トハ爲シ能ハサルナリ何トナレハ我民法ノ規定ニ依レハ配偶者間ノ賣買ヲ銷除スルノ訴權ハ賣主タル配偶者又ハ其相續人若クハ承繼人ノミニ限り其他ノ者ハ是ニ容喙ス可カラサルモノトナシタレハ法律ノ精神タル債權者タルモノヲ保護スルニアラスシテ賣主其人ヲ保護スルニアルヤ明白疑ナケレハナリ去レハ斯ノ第三理由タル立法上多少ノ理由タルヲ得ルモ其重ナル理由ハ余カ前ニ掲ケタル第一第二ノ理由ニ存スルモノト謂フコトヲ得ヘシ

次ニ配偶者ハ管ニ其間ニ於テ賣買ヲ爲スノ能力ナキノミナラス又其相互ノ間ニ於テ代物辨濟ヲモ爲スコト能ハサルナリ乍併配偶者間ノ代物辨濟ハ賣買ニ於ケルカ如ク絶對的ニ禁セラレタルニアラスシテ下ノ如キ制限ニ從ヒテ有効ナルコトヲ得ルモノトス即チ

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爲メニシテ相當ナル説明ヲ爲シタル後裁判所ノ認可ヲ得タルトキハ代物辨濟ヲ爲スコトヲ得ルナリ若シ又此代物辨濟カ不動產物權ヲ目的トスルトキハ其認可

ヲ經タルコトヲ登記ニ付記シタルニアラサレハ第三者ニ對シテ効力ナキモノトス(取得編第三十五條第二項第三項第四項)

是レナリ此ノ規定ノ理由モ亦賣買ニ於ケル理由ト異ルコトナシ只シ賣買ニハ絶對的ニ禁シタルモ代物辨濟ニ於テハ是カ例外アルコトヲ認メタルハ雙者弊害ノ程度ニ於テ相違スルコトアルニ外ナラサルナリ是ノ故ニ代物辨濟ニ於テ銷除訴權ヲ有スルモノハ賣買ノ場合ニ於ケルト同シク代物辨濟ヲ爲シタル所ノ配偶者又ハ其相續人又ハ其承繼人ニ限ルモノトス

抑モ代物辨濟トハ何ソヤト云フニ茲ニ一ノ債務アリテ債權者ノ承諾ヲ以テ他物ヲ提供シ當然辨濟ス可キ物ニ代ヘテ其債務ヲ消滅セシムルコトヲ云フ例ヘハ金錢ヲ以テ辨濟ス可キ債務ヲ他ノ物件ヲ以テ辨濟スルカ如キ又ハ物件ヲ以テ辨濟ス可キ債務ヲ金錢ヲ以テ辨濟スルカ如キ是レナリ然リ而シテ茲ニ吾人ノ注意ス可キハ最初金錢ヲ以テ辨濟ス可キ債務ヲ其他ノ物件ヲ以テ辨濟シタルトキハ大ニ賣買ト類似スルモノアルコト是レナリ例ヘハ甲者乙者ニ對シ金百圓ノ債務ヲ負擔シ期限ニ到リ乙者ト協議シ上金時計ヲ以テ之ヲ辨濟シタルトキノ如キハ一

方ヨリ之ヲ看レハ賣買トシテ説明スルコトヲ得ヘキナリ蓋シ最初甲者ハ乙者ヨリ金百圓ヲ借用シタルモノナレハ甲者カ右ノ金額ヲ乙者ニ辨濟スルノ義務アルコトハ言ハ俟タサル所ナリ而シテ代物辨濟ノ所爲ヲ吟味スルニ乙者ハ金百圓ニ代フルニ一個ノ金時計ヲ得タルモノナレハ亦金時計ヲ買受ケタルコト、同一ナル可キナリ故ニ買主タル債權者ハ賣主タル債務者ニ對シテ代價辨濟ノ義務アルヤ亦言ハ俟サル所ナリ夫レ然リ然ラハ茲ニ貸借ト賣買トノ二取引存在シ貸借ヨリ言ヘハ甲者ハ乙者ニ金百圓ヲ辨濟スルノ義務アリ賣買ヨリ言ヘハ乙者ハ甲者ニ金時計ノ代價ヲ支拂フノ義務アリ而シテ此設例ノ場合ニ於テハ相互ニ發生セル義務ヲ相殺シタリト説明スルコトヲ得ヘキカ故ニ斯ノ如キ代物辨濟ハ之ヲ分析スルトキハ賣買ト貸借トヲ包含セルモノニアラサルヤト云フヲ得ヘシ於是乎金錢ニ代ヘテ他物ヲ辨濟シタルトキハ賣買ノ規定ヲ以テ之ヲ支配ス可キヤ將ク純然タル代物辨濟ノ法則ヲ以テ之ニ適用ス可キヤノ問題ヲ發生セリ而シテ其何レノ法規ニ依ル可キヤヲ研究スルハ非常ニ必要ナリトス何トナレハ其一ヲ撰ムニ於テハ雙者ノ間ニ大ナル差異ヲ生スレハナリ今試ニ其重ナル相違ノ點ヲ舉ク

レハ左ノ如クナルヘシ
 若シ此所爲ヲ以テ貸借ト賣買トノ二所爲ナリト假定スルトキハ若シ後日ニ至リ
 金時計ノ代價ト相殺シタル債務ニシテ存在セサリシコトヲ發見スルモ賣主ハ是
 ナ理由トシテ金時計ヲ取戻スコトヲ得サルナリ何トナレハ好シヤ貸借ニ於ケル
 義務ハ最初ヨリ成立セサリシニモセヨ既ニ賣買ナル所爲ニシテ正當ニ成立シタ
 ル以上ハ是ヲ以テ賣買ヲ消滅セシムルコト能ハサレハナリ詳言スレハ茲ニ貸借
 ト賣買トノ二所爲アリテ相互ニ生セル義務ヲ相殺シタルモノナレハ一方カ成立
 セサリシトスルモ其他ノ一方カ爲メニ影響ヲ受クルノ理由ナケレハ此場合ニ於
 テハ賣主タルモノハ金時計ヲ取戻スコトヲ得サルナリ
 乍併若シ之ニ反シテ之ヲ代物辨濟ナリトナストキハ代物ノ辨濟ヲ爲シタル者ハ
 金時計ヲ取戻スコトヲ得ヘキナリ何トナレハ代物辨濟ヲ爲シタル者ハ債務アル
 コトヲ信シテ辨濟シタルモノナレハ若シ其債務ニシテ存在セサリシコトヲ發見
 シタルトキハ其辨濟ヲ受ケタル者ハ不當ノ利得トナル可ケレハナリ(財産編第三
 百六十一條)故ニ其時計ハ之ヲ辨濟シタル者ニ於テ取戻スコトヲ得ヘシ

尙ホ右ノ所爲ヲ賣買ト爲スト代物辨濟ト爲ストノ差異ヲ擧クレハ假リニ貸借ニ
 抵當若クハ保證人アリトナストキハ若シ之ヲ賣買ナリトセハ縱令其時計ハ第三
 者ニ追奪セラル、コトアルモ元來ノ貸借ハ決シテ蘇生スルコトナケレハ從ツテ
 貸借ニ附從セル抵當若クハ保證人ノ義務モ蘇生スルコトナシ乍併若シ之ヲ代物
 辨濟ト爲ストキハ元來ノ貸借蘇生シ從ツテ其レニ附從セル擔保義務モ亦効力ヲ
 有スルコト、ナルヘシ學者或ハ代物辨濟ハ義務ノ更改ヲモ包含スルモノナレハ
 純然タル代物辨濟ニ依ルモ一旦消滅ニ歸シタル擔保權蘇生スルモノニアラスト
 論スルモノナキニアラサレトモ斯說ハ正鵠ヲ得タルモノニアラサルヘシ何トナ
 レハ代物辨濟ハ單ニ辨濟ス可キ物ヲ彼此變更スルニ止マリ其以前ニ成立セル貸
 借ノ性質ヲ變更スルモノニアラサルカ故ニ若シ代物辨濟ノ合意ニシテ無効ニ歸
 シタルトキハ尙ホ原契約ハ蘇生セサルヲ得ス從ツテ擔保權モ亦蘇生セサルヲ得
 サルノ道理ナレハナリ
 斯ノ如ク夫レ純然タル代物辨濟ト爲スト將タ賣買ト爲ストハ大ニ其結果ヲ異ニ
 スルカ故ニ如何ナル性質ノ取引トシ如何ナル法律ヲ適用ス可キヤハ佛國學者間

ニ大ニ議論ノ存スル所ナリトス乍併今ヤ法理上ヨリ觀察ヲ下ストキハ賣買ト代物辨濟トハ確然タル區別ノ存スルモノニシテ代物辨濟ハ以テ賣買ナリト云ヒ能ハサルヤ智者ヲ俟テ後ニ知ル所ニアラサルヘシ成程一見スルトキハ代物辨濟ハ大ニ賣買ニ類似スル所ナキニシモ非スト雖モ而モ彼レニアリテハ此ニ所謂代價ト稱ス可キモノアルコトナク唯タ代價ニ該當スヘキ所ノモノアリト云フニ過キカレハ其結果ヨリ看ルトキハ賣買ニ類似セリト雖モ性質ニ至リテハ賣買ト混同ス可キモノニアラサルナリ

夫レ然リ賣買ト代物辨濟トノ二者ハ彼此混合ス可キモノニアラサルニ我既成民法カ前述セル如ク賣買ノ條下ニ於テ代物辨濟ノ規定ヲ設定シタルハ抑モ何故ナルヤ惟フニ我既成民法ハ代物辨濟ヲ以テ賣買ト同一視シタルモノナルヘシ試ニ財産編第四百六十一條ヲ參照セハ這般ノ疑團ハ釋然トシテ氷解スヘシ即チ同條ニ依レハ代物ノ辨濟ハ原義務ヲ更改スルモノトシテ是ニ賣買ノ規定ヲ適用ス可キモノト規定シタリ是故ニ佛國學者間ニ議論アル所ノ問題ハ我既成民法ニ於テハ該條ノ爲メニ一掃セラレテ一點ノ疑義ナキニ至レリ然レトモ法理上若クハ立

法上ノ問題トシテハ大ニ考案スヘキモノナリ

買主

第二節 買主

買受ル能力ナキモノハ何人ナリヤト云フニ即チ左ノ如シ

第一、財産管理人 財産管理人ハ其法律上タルト裁判上タルト若クハ合意上ノモノタルトチ間ハ直接ニ自己ノ名ヲ以テスルモ將タ間接ニ間介人ヲ以テスルモ賣渡ノ委任ヲ受ケタル財産ヲ買取ルコトヲ得ス是レ取得編第三十七條ノ規定スル所ナリ

法律上ノ管理人トハ如何ト云フニ法律ノ命スル所ノ管財人ノ謂ヒニシテ例ヘハ彼ノ未成年者、民事上及刑事上ノ禁治産者ノ後見人ノ如キ又ハ未成年者ノ父ノ如キ又ハ市町村長及府縣知事ノ如キ是レナリトス

裁判上ノ管財人トハ例ヘハ彼ノ相續人ノ曠欠セルトキ裁判所カ命スル所ノ相續財産ノ管理人ノ如キチ云フ破産管財人ノ如キモ亦裁判上ノ管財人ナリトス
次ニ合意上ノ管財人トハ財産ノ所有者カ委任スル所ノ管理人即チ代理人是レナリトス

右ニ掲ケタル管理人ハ凡テ委任セラレタル財産ヲ可成の高價ニ賣却ス可キ義務ヲ負フモノナリ若シ是等ノ者ニ自ラ買取ルコトノ能力ヲ附與スルトキハ人情トシテ可成の廉價ニ買取ランコトヲ望ム可キカ故ニ自ラ買取ルコトノ所爲ハ其管理人タルノ職務ト利害ヲ異ニス可シ何トナレハ委任者ノ利益ヲ圖レハ自己ノ損失トナリ自己ノ利益ヲ圖レハ委任者ノ損失トナル可ケレハナリ是ノ故ニ是等ノ者ハ同時ニ是等ノ所爲ヲ行フコトヲ許ス可キモノニアラス是レ法律カ買受ノ能力ヲ是等ノ者ヨリ剝奪シタル所以ナラン殊ニ商法第五百六十二條ニ競賣人ハ自己ノ爲メニ競買ヲ爲スコトヲ得スト規定シタルモ亦此精神ニ外ナラサルナリ乍併玆ニ一言注意ス可キコトアリ他ナシ所有者ヨリ委任セラレタル管理人ハ特ニ委任者ト協議シテ買取ルコトハ差支ナキコト是レナリ何トナレハ此場合ニ於テハ委任者自ラ代理人ト賣買ヲ取結フモノナレハ代理人ハ最早代理人タルノ資格ニテ買受クルニアラスシテ恰モ代理人タルコトヲ辭シテ後賣買取引ヲ爲スト同一ナレハナリ

第二、公吏 競賣ヲ處理シ又ハ指揮スルコトヲ法律ニ依リテ委任セラレタル公吏

モ亦前ト同一ノ理由ニ依リテ其自ラ處理シ指揮シタル物件ヲ買取ルノ能力ナシ例ヘハ執達吏若クハ破産主任官ハ其自ラ競賣ヲ處理シ又ハ指揮シタル物件ヲ買受クルコト能ハサルガ如キ是レナリ(取得編第三十七條第二項)然リ而シテ前掲第一、第二ノモノカ此ノ制禁ニ反シ取結ヒタル賣買ヲ銷除スルノ權ヲ有スルモノハ何人ナリヤト云フニ素リ其物ノ所有者及其相續人又ハ其承繼人ナルコト明カナリ何トナレハ法律カ斯ノ如キ制禁ヲ設ケテ保護セントスル所ノモノハ決シテ無能力者ニアラスシテ原所有者ヲ保護セントスルモノナレハナリ(取得編第三十八條)

第三、判事、檢事、裁判所書記、辯護人及公證人 玆ニ掲ケタル數者ハ係争物ニシテ且ツ其職務ヲ行フ可キ裁判所ノ管轄ニ屬ス可キモノヲ取得スルノ能力ヲ有スルコトナシ例ヘハ大審院ハ判事、檢事等ハ其管轄帝國全體ニ涉ルカ故ニ全國又控訴院ノ判事、檢事ハ其控訴院ノ管轄内又地方裁判所ノ判事、檢事ハ各其管轄内ニ於ケル係争物ヲ取得スルコトヲ得ス何故ニ其管轄内ニ於ケル係争物ヲ買取ルコトヲ得サルヤト云フニ其理由ハ他ナシ此等ノ者ハ其地位及其權力ヲ亂用シテ格外ニ低

廉ナル價格ニテ賣買スルコトアルヘキヲ以テナリ
 斯ノ如ク夫レ判事檢事等ハ係争物ニ付テ買受ケノ能力ナシト雖モ是等ノ者ニ銷
 除訴權アルニ非ス是レ一般無能力者ノ場合ト異ル所ナリ然ラハ如何ナル者ニ銷
 除訴權アリヤト云フニ係争物ノ讓渡人、權利ヲ争フ相手方其雙方ノ相續人及ヒ承
 繼人ナリトス借何故ニ本項ノ無能力者ニハ銷除訴權ヲ與ヘサルヤト云フニ蓋シ
 此場合ニ於テハ法律ノ保護セントスル所ノ者ハ判事檢事等ニ非スシテ夫ノ讓渡
 人及ヒ其相手方等ハ不利益ノ結果ヲ受クルモノナルカ故ニ是等ノ者ニ向テ保護
 ヲ與ヘサル可カラサルニ由ル然リ而シテ法律ハ管ニ之ヲ取消スコトヲ得セシム
 ルノミヲ以テ尙ホ權利ヲ争フ相手方ヲ保護スルニ足ラサルモノト爲シ他ニ一ノ
 救濟方法ヲ與ヘタリ即チ權利ヲ争フ相手方ハ銷除訴權ヲ有スル外ニ讓受人ニ對
 シ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
 ヘキナリ凡ソ係争物ヲ買受クルニ方リテハ非常ニ廉價ニ非サレハ何人ト雖モ買
 受ケサル可キハ勿論之ヲ買受ケタルニ於テハ強迫督促シテ一日モ早ク其落着キ
 告ケント種々ノ手段ヲ施ス可キハ普通ノ狀態ニシテ其間譎詐奸策百出シ大ニ正

當ノ取引ヲ妨害スルモノナリ是ヲ以テ或國或時代ニ於テハ絶對的ニ係争物ノ賣
 買ヲ禁止シタルアリ又或ハ係争債權ノ賣買ノミヲ禁止シタルモノアリ然ルニ我
 カ既成民法ニ於テハ人權物權ヲ論セス總テ係争物ノ賣買ヲ許シ唯其之ヲ買受ク
 ル人ニ制限ヲ設ケタルニ過キス而シテ讓渡人及ヒ其係争相手方等ニ之ヲ銷除ス
 ルノ權ト之ヲ受戻スコトノ權トノ二個ノ救濟方法ヲ與ヘタリ是レ通常係争物ハ
 低價ヲ以テ買受クルモノナレハ其代價ト利息トヲ辨償シ之ヲ受戻スコトヲ得セ
 シメ以テ訴訟ヲ起シ銷除ヲ爲スノ手數ト費用トヲ省カシムルコトノ却テ利益ナ
 ルコトアル可ケレハナリ

承諾

第二章 承諾

(第一) 承諾ハ外形上ニ表示シタルモノナルコトヲ要ス
 賣買法ニ於テ承諾トハ賣主及ヒ買主ノ意思ノ合致ヲ云フ故ニ當事者ノ一方又ハ
 其相手方ノ或者カ承諾シタレハトテ賣買ノ成立スルセノニ非サルナリ蓋シ承諾
 トハ心理上ノ働キニシテ當事者間ニ共通ノ意思アル場合ノ謂ナレトモ法律上ニ
 於テハ心理界ヲ支配ス可キモノニアラス故ニ法律上ノ効力ヲ有セシメンニハ必

スヤ外形上ノ現象ナカル可カラズ而シテ此承諾ヲ外形ニ顯ハスニ付テハ二箇ノ方法アリ一ハ書面口頭及ヒ容態ヲ以テスルモノニシテ所謂直接ニ承諾ノ意思ヲ表示スルモノナリ一ハ他ノ行爲又ハ不行爲ヨリ間接ニ承諾ノ意思ヲ表示スルモノナリ財産編第三百七條第二項ニ承諾ハ事情ニ因リテ默示ヨリ成ルコトヲ得ト規定シタルハ畢竟此第二方法ヲ云ヒタルモノニシテ所謂間接ニ承諾ヲ表示スル場合ヲ指シタルモノトス而シテ法律上前者ノ方法ニヨリテ成ルモノヲ明示ノ承諾ト云ヒ後者ノ方法ニ因リテ表示スルモノヲ默示ノ承諾ト云フ左レハ承諾ニ明示ト默示トノ區別アルハ直接ニ承諾ノ意思ヲ表示スルト間接ニ表示スルトノ點ニ歸ス可シ之ヲ要スルニ法律上ニ於テ承諾トハ明示ト默示トテ問ハス外觀的ニ當事者間ノ意思ノ合致アリタルコトヲ要スルモノナリ

夫レ斯ノ如ク承諾ハ必ス外觀的ノ所爲ニ因リテ爲サレタルモノニアラサレハ法律上其効力ナキヤ明カナリト雖モ其外觀的ノ行爲トハ如何ナル場合ヲ云フモノナル歟此點ニ付テハ學者間ニ議論紛々トシテ殆ント其底止スル所ヲ知ラサルナリ即チ承諾ハ單ニ外形上ニ表示セハ十分ノ効力アル歟將テ相手方ニ通報セサル

可カラサル歟又ハ相手方ハ其承諾ヲ認知セサル可カラサル歟等ノ點ニ付テ未ダ不抜ノ確説アラサルナリ今例ヲ掲テ以上ノ問題ヲ説明センニ若シ夫レ第一ノ場合ノ如ク單ニ承諾ノ意思ヲ表示シタルノミヲ以テ其効アルモノトセハ甲者カ乙者ニ對シ一ノ家屋ヲ賣渡サンカ爲メ書狀ヲ發シタルニ乙者ハ自己ノ室中ニ於テ承諾ノ旨ヲ明言シタルトキニ於テモ其効アリト言ハサル可カラズ是ニ於テ乎第二ノ論者ハ説ヲ爲シテ曰ク是唯表示シタルノミナレハ未ダ以テ法律上承諾ノ効アリト云フ可カラズ眞ニ法律上ノ効果アラシメンニハ必ス承諾ノ旨ヲ言込人ニ對シテ通報セサル可カラズト然ルニ第三ノ論者ハ曰ク單ニ通報シタルノミニテハ言込人ハ果シテ相手方カ承諾シタルヤ否ヤヲ知ルコトヲ得ス故ニ其承諾アリタルコトヲ認知スルヲ要スト而シテ學者ハ第一ヲ表示主義第二ヲ通報主義第三ヲ認知主義ト云フ然ルニ又茲ニ認知主義ニ付テ一ノ疑アリソハ其認知ハ直接ナラサル可カラサル歟將テ間接ニテモ其効アリヤノ問題はナリ例ヘハ甲者カ或物ヲ乙者ニ賣渡サンコトヲ言込ミタルニ乙者ハ承諾ノ旨ヲ丙者ナル第三者ニ告ケタルチ甲者カ聞知シタル場合ニ於テモ尙ホ其効アリヤ否ノ疑問アル可キナリ

借以上ノ如ク承諾ノ表示ニ關シ種々ノ主義アリテ學者互ニ相論難シ各其主義ヲ採リテ敢テ動かス一見表示主義ノ如キハ寔ニ探ルニ足ラサルモノ、如シト雖モ學者間ニ單純ナル表示主義ヲ主張スル者モ鮮ナキニ非サルナリ即チ此說ニ依リ承諾ハ其意思ヲ單ニ外形上ニ表示シタルノミヲ以テ有効ナリトスル者アリ通報主義ハ分レテ受信主義發信主義ノ二ト爲ル而シテ前者ハ單ニ承諾ノ旨ヲ發送シタル以上ハ其着否ノ如何ニ拘ハラズ承諾ノ効アリトスルモノニシテ後者ハ言込人ニ到達セサル可カラサルモノトス又認知主義ハ前述シタル如ク言込人カ必ス相手方ノ承諾シタル旨ヲ知了セサル可カラサルモノトセリ

是等ノ問題ニ關シ佛國學者ハ何レノ主義ニ傾向スルヤヲ觀ルニ二個ノ兩極端說ニ歸スルモノ、如シ即チ第一說ニ依レハ曰ク抑モ合意ナルモノハ當事者雙方意思ノ並存スルコトヲ要スルモノナレハ苟モ當事者ノ一方カ賣渡ノ言込ヲ爲シ他ノ一方カ外觀的ノ行爲ニ因リ買受ノ意思ヲ表示シタルトキハ玆ニ賣買ハ有効ニ成立スルモノニシテ敢テ必スシモ他ノ一方カ之ヲ認知スル必要ナキナリト然ルニ其表示ノ方法ニ付テハ如何ナル方法ニ因ル可キ歟ト云フニ佛國學者中深ク此

點ニ論究シタル者ハ寔ニ寥々恰モ晨天ノ星ニ於ケルカ如ク僅カニ或二三ノ學者カ一步ヲ進メテ之ヲ論究シタルヲ見ルノミ今其說ニ依レハ通報主義ニ依ラサル可カラサルモノトセリ即チ承諾ノ旨ヲ言込人ニ對シテ通知セサル可カラズ而シテ其通知ハ何時ヨリ効力アリヤト云ハ、通報者カ自己ノ意思ヲ以テ變更若シハ取消スコトヲ得サルニ至リタル時ナリト故ニ此說ニ依レハ單ニ承諾ノ旨ヲ書面ニ記載シタルノミニテハ其効ナク電報ニ付スルカ又ハ郵便函ニ投入シタルニアラサレハ承諾ノ効ナキモノナリ然レトモ前述シタル如ク是レ僅々二三學者ノ唱道ニ係ルモノニシテ一般佛學者ノ唱和スルモノニアラサルコトヲ知ルヘシ借何故ニ佛國ニ於テハ此點ニ關シ議論ヲ生セサルカト云フニ蓋シ佛蘭西ニ於テハ法理學者ニ乏シク滔々タル學者ハ皆專ラ法文範圍内ノ小天地ニ踞躄シ嘗テ餘力ヲ法理ノ攻究ニ用非ルノ暇ナキニ職山スルモノナルヘシ嗚呼其レ法典ハ學者ヲ殺スト謂フ可キ哉

以上ノ第一說ニ反對スル他ノ極端ナル論者ノ說ニ依レハ曰ク抑モ合意ナルモノハ單ニ雙方意思ノ並存スルノミヲ以テ足レリトス可キニアラズ必スヤ互ニ當事

者ノ意思ヲ認知シ雙方ノ意思相投合スルニアラサレハ成立スルコトヲ得サルモ
 ノナリト之ヲ要スルニ此說ニ依レハ單ニ一方ト他方トカ互ニ賣買ノ意思ヲ有シ
 之ヲ外形上ニ表示シタリト雖モ茲ニ完全ニ賣買成立シタリト云フコトヲ得ス果
 シテ何人カ如何ナル確定ノ意思ヲ表示シタル歟ヲ互ニ知了シタル上ナラサル可
 カラスト云フニ在リテ寧ロ前述シタル認知主義ニ傾クモノトス而シテ此說タル
 現今佛國學者ノ多數及ヒ裁判所ニ於テ採用スル所ノモノナリト雖モ佛國民法上
 明確ナル規定ナキカ故ニ議論ノ底止セサルモ洵ニ已ムヲ得サルノ數ナリト謂フ
 へシ

倍又斯點ニ關シ英國ニ於テハ如何ナル主義ヲ採ルカト云フニ同國ニ於テハ學者
 ノ著書及ヒ判決例等ヲ通覽スルニ何レモ承諾ハ必ス相手方ニ通知セサル可カラ
 サルコトヲ論述セリ由是觀之英國法ニ依レハ相手方ニ通知シタルトキヨリ初メ
 テ承諾ノ効力アルモノニシテ未ダ相手方ニ對シ通報セサル以上ハ隨意ニ之ヲ取
 消スコトヲ得ルモノタルヤ明カナリ仍ホ語ヲ換ヘテ之ヲ言ヘハ英國法ニ於テハ
 通報主義及ヒ認知主義ヲ併セテ採用シタルモノト謂フ可キナリ然レトモ是固ヨ

リ原則タルニ過キサレハ亦例外アルコトヲ知ラサル可カラス夫ノ遠隔ノ地ニ在
 ル當事者間ニ於テ賣買ヲ取結フカ如キハ一ノ例外ナリ即チ此場合ニ於テハ苟モ
 承諾ノ通知ヲ發シタルトキハ其果シテ言込人ニ對シテ到着シタルヤ否ヤヲ問ハ
 ス發送ト同時ニ承諾ノ効アルモノトス換言セハ此場合ニ於テハ發信者カ任意ニ
 其通知ヲ取消シ若クハ變更スルコトヲ得サル場合ニ至リタルトキハ既ニ有効ニ
 承諾アリタルモノトス之ヲ要スルニ此場合ニ於テハ發信主義ヲ採リタルモノト
 謂フ可シ又他ノ例外ノ場合ハ默示ノ賣買ナリ例ヘハ平常取引先キノ米屋カ通常
 ノ期限頃白米ヲ持込ミ置キタルニ買主ハ敢テ買受ノ旨ヲ明言セサルモ其米ヲ使
 用シタルトキハ是所謂默示ノ承諾アリタルモノナレハ買主ハ他日該代金ヲ辨濟
 セサル可カラサルナリ蓋シ此場合ニ於テハ承諾ノ旨ヲ通知シタルニアラスト雖
 モ有効ニ賣買成立シタルモノナレハ一般原則ノ例外タルヤ論セスシテ明カナリ
 今ヤ翻テ我既成民法ノ成規ヲ按スルニ佛國民法ト同シク果シテ何レノ主義ニ依
 リタルモノナル歟曖昧糺稜五里霧中ニ彷徨スルノ思ナキ能ハス然レトモ民法全
 編ヨリ之ヲ推論スルトキハ認知主義ヲ採用セサルコトハ亦疑ヲ容レサルカ如シ

何トナレハ起案者ボアソナード氏ハ其草案註釋ニ説テ曰ク承諾ノ時ト取消ノ時トノ間ニ日時ノ相違アルトキハ宜シク其日時ヲ對照シ以テ賣買ノ成立如何ヲ確メサル可カラスト左レハ一旦承諾ノ旨ヲ相手方ニ通報シタルトキハ縱令其通知ニ先チテ取消ノ通知アリト雖モ其効ナカル可シ由是觀之相手方ノ認知シタルト否トハ問フ所ニ非ス苟モ承諾ノ表示アリタルトキハ有効ニ賣買アリタルモノト爲シタルコトヲ知ル可シ之ヲ要スルニ起案者ハ認知主義ヲ措テ表示主義ヲ採リタルモノタルヤ明カナリ然ルニ既成民法ハボアソナード氏ノ原案ヲ修正シテ財産編第三百八條ヲ以テ受諾ノ報アラサル以上ハ言込ヲ取消スコトヲ得ト規定セリ即チ例ヘハ乙者カ甲者ニ對シテ或物ニ付テ賣渡ノ言込ヲ爲シ甲者ハ之ニ對シテ承諾ノ通知ヲ發シタルモ未タ乙者ニ到達セサル以前乙者カ最初ノ言込ヲ取消ストキハ甲者ノ受諾ハ其効ヲ失フモノナルコトヲ規定シタリ今之ヲ看レハ既成民法ハ認知主義即チ承諾ノ通知ヲ認知シタル上ニアラサレハ之ヲ有効トセサルノ主義ヲ採リタルモノト謂フ可シ然レトモ第三百八條ノ規定ハ唯遠隔ノ地ニ在ル當事者間ノ契約ニ付テ一變例ヲ規定シタルニ過キサルヤモ知ル可ラス

夫レ斯ノ如ク既成民法ノ採ル所ノ原則ハ認知主義ニアラサルコト明カナリト雖モ果シテ然ラハ表示主義ヲ採リタル歟通報主義ニ依リタル歟又通報主義ヲ採リタルモノトセハ發信主義受信主義何レニ依リタル歟ヲ討究スルニ立法者ノ精神更ニ捕捉ス可キモノナシ是蓋シ漠然佛國民法ニ模倣シタルノ致シタル所ナル可シ抑モ往時交通ノ頻繁ナラサル社會ニ於テハ當事者面接シテ締約シタルモノナルカ故ニ是等種々ノ主義ヲ區別スルノ必要ナカリシナリ左レハ羅馬法ニ於テハ斯ノ如キ規定ナク從テ佛國民法ニ於テモ亦此區別ヲ認メザリシナリ然ルニ現時交通頻繁ナルニ至リテハ當事者面接シテ締約スルカ如キハ却テ其數ヲ減シ郵便又ハ電信ヲ以テ契約スルハ普通ノ狀態トナレリ故ニ今日民法ヲ制定スルニ方リテハ宜シク實際ノ事情ヲ探究シ以テ斬新ノ法理ヲ參酌セサル可カラサルナリ偕又此點ニ關シ既成商法ノ規定如何ヲ按スルニ同法第二百九十二條ニ依レハ「契約ハ一方ノ提供ヲ他ノ一方ニ於テ異議ナク承諾シタルトキ直チニ之ヲ取結ヒタルモノトス但默示ノ承諾ノ存セサルトキハ適當ノ方式ヲ以テ提供者ニ承諾ヲ述フルコトヲ要ス」ト今此規定ニ依ルモ尙ホ漠然タルヲ免レスト雖モ默示ノ場合ノ外

提供者ニ對シ承諾ノ旨ヲ述ヘサル可カラサルモノナレハ既成商法ハ原則トシテ
通報主義ヲ採用シタルモノタルヤ明カナリ乍併其受信主義ヲ採リタル歟發信主
義ヲ採リタル歟ハ容易ニ判知シ得キニ非サルナリ

以上論述シタル所ハ一般承諾ノ成立時期ニ關スル一大問題ニシテ特ニ賣買法ニ
ノミ適用ス可キモノニアラス故ニ余ハ唯諸君ニ向テ是等種々ノ主義アルコトヲ
紹介シテ以テ諸君ノ注意ヲ喚起シタルニ過キス亦敢テ是非ノ判斷ヲ下サ、ル可
シ何トナレハ諸君ハ是等ノ事ニ關シテハ人權ノ講義ニ於テ詳細ニ知得シタルナ
ル可ク又自テ切磋ノ勞ヲ執ルニ於テハ其興味益シ思半ハニ過クルモノアルヘ
ケレハナリ

(第二) 承諾ニ瑕疵アラサルコト換言セハ錯誤強暴ノ存セサルコトヲ要ス
既成民法財産編第三百九條ニ依レハ「當事者ノ錯誤ニテ合意ノ性質目的又ハ原因
ノ著眼ニ相違アリシトキハ其錯誤ハ承諾ヲ阻却ス」ト是勿論賣買ニモ適用ス可キ
モノニシテ買主ヨリ之ヲ云ヘハ目的トハ賣買ノ目的物ヲ指シ原因トハ代價ヲ云
ヒ又合意ノ性質トハ賣買タルノ性質ヲ云フ左レハ今茲ニ詳説スルノ必要ナシト

雖モ夫ノ目的物又ハ代價ニ付テ當事者間ニ錯誤アリ又其取引ノ性質例ヘハ賣買
ヲ賃貸ト誤リタルカ如キ場合ニ於テハ勿論有効ノ承諾ナシ從テ賣買成立スルモ
ノニ非サルナリ佛國學者ボチエー氏曰ク賣買ニハ目的物及ヒ代價ニ付テ意思ノ
合致ナカル可カラサルハ勿論尙ホ其取引ノ性質ニ付テ合意ナカル可カラスト蓋
シ我既成民法ノ成規ト絲毫ノ差異アルヲ見ス其他目的物ノ品質品格又ハ當事者
等ニ付テ錯誤アリタルトキ賣買ノ効力如何ノ問題ハ固ヨリ人權法ノ講義ニ屬ス
ルカ故ニ茲ニ之ヲ贅セサル可シ

目的物

第四章 目的物

賣買ノ目的物ニハ左ノ要件ヲ具備セサル可カラス

(第一) 所有權又ハ支分權ノ目的物ナルコト 抑モ賣買ノ目的物ニ此條件ノ必要
ナルコトハ賣買ナルモノ、定義其自身ヨリ自ラ湧出スル所ナリ前已ニ論述シタ
ル如ク我既成民法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」云々ト故ニ賣買ノ目的物ハ所
有權又ハ支分權ノ目的物ナラサル可カラサルコトハ此定義ヨリシテ明白疑ナキ

所ナリ是ヲ以テ若シ嚴格ニ論下スルトキハ彼ノ債權、親權又ハ官職ノ如キハ所有權又ハ支分權ノ目的物トナラサルヲ以テ第一條件ヲ欠缺スルノ理由ニ依リ賣買ノ目的物タルコトヲ得スト謂ハサル可カラス然ルニ茲ニ怪ム可キハ我既成民法ニ依レハ殆ント是ト反對ノ斷定ヲ下サ、ル可カラサルモノアルニ似タリ蓋シ我既成民法財産編ノ規定ニ依レハ物ト權利トヲ區別スルコトナク權利ニシテ物ナルモノアリ無體物ト稱スルモノ是レナリ故ニ債權ノ如キハ無體物トシテ其上ニ所有權ノ成立ス可キモノナルコトヲ認メ現ニ債權ノ賣買ハ明カニ我法律ノ許容スル所ナリ從ツテ親權ノ上ニモ所有權アリ支分權ノ上ニモ亦所有權アリト論斷スルコトヲ得可キニ似タリ斯ノ如ク論下シ來ルトキハ財産取得編第二十四條ニ於ケル賣買ノ定義ニ所謂物ナル言詞中ニハ有體物ハ勿論無體物ヲモ包含スルモノト云ハサル可カラス而シテ無體物上ニモ亦所有權ノ行ハル、ハ我既成民法ノ認了スル所ナリトセハ同法文ノ定義中又ハ支分權ヲ移轉スル云々ナル支分權ノ三字ハ贅文字ト云ハサル可カラサルナリ之ヲ要スルニ我既成民法ニ於テハ物ト權利トハ別種ノモノニアラストノ思想ト物ハ權利ノ目的物ナリトノ思想ト彼此

混同ヲ來タシ遂ニ其法文ヲシテ曖昧模稜ノ間ニ彷徨セシムルニ至リタルモノナリ我既成民法ノ解釋論トシテハ暫ラシク之ヲ問ハスト雖モ立法上ノ問題トシテハ支分權ノ上ニ所有權アリト爲セルハ所有權ノ一部ナル支分權上ニ所有權アリト爲スモノナレハ思想混亂ノ非難ハ到底其辯護ノ途ナカル可キヲ信ス

(第二) 融通物ナルコト 凡ソ物ニハ融通物ト不融通物トノ別アリ融通物トハ私ノ所有權又ハ債權ノ目的物トナスコトヲ得ル物ニシテ不融通物トハ之ニ反シテ其目的物ト爲スコトヲ得サルモノヲ云フ是レ財産編第二十六條ノ規定スル所ナリ而シテ不融通物ニハ二種アリ一ハ性質上ノ不融通物ニシテ一ハ法定上ノ不融通物是レナリ夫ノ國家カ領有スル所ノ海、海濱、道路、舟筏ヲ通ス可キ川渠及ヒ海防要具ノ如キハ公有物ニシテ所謂性質上ノ不融通物ナリ又親權ノ如キ又ハ官職ノ如キモ性質上ノ不融通物ナリトス而シテ軍事ニ使用ス可キ銃砲、華族世襲財産又ハ毒藥ノ如キハ特別法ニ依リ公共ノ秩序ノ爲メニ處分ヲ禁シタルモノナレハ所謂法定上ノ不融通物ナリトス而シテ苟モ不融通物ナル以上ハ其何レノ種類ニ屬スルヲ問ハス凡テ賣買ノ目的物タルコトヲ得ス何トナレハ賣買ハ私ノ所有權ノ

目的物ト爲スノ一方法ナレハ私ノ所有權ノ目的物トナスコトヲ禁セラレタルモノニ付キテハ素ヨリ賣買ノ存在ス可キ所以ナレハナリ故ニ不融通物ノ賣買タルコトヲ得サルハ賣買ノ性質上當然ノ事理ニシテ特ニ法律ノ規定スルヲ待タサルナリ從ツテ取得編第四十一條第一項ハ此コトヲ規定シタレトモ寧ロ贅文字タルヲ免レス

是故ニ若シ不融通物ヲ賣買スルコトアルモ其賣買ハ當然無効ニシテ最初ヨリ成立セサルモノナルコト恰モ目的物ノ滅失セルヲ知ラスシテ之ヲ賣買シタルト同様ナリ從テ賣主已ニ代金ヲ受取りタルトキハ之ヲ買主ニ返濟セサル可カラズ若シ又一方ヨリ履行ヲ請求シ來ルトキハ他方ハ當然賣買無効ノ理由ヲ以テ之ヲ拒絶スルコトヲ得要スルニ當事者ノ何レヨリモ其無効ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルナリ

第三 賣主ノ所有物タルコト 取得編第四十二條第一項ニ曰ク他人ノ物ノ賣買ハ當事者雙方ニ於テ無効ナリト又商法第五百二十五條ニ曰ク契約取結ノ時現ニ存在シ且賣主ニ處分權ノ屬スル物ニ非サレハ賣買契約ノ目的物タルコトヲ得ス

ト是等ノ規定ニ依レハ賣主ノ所有物若クハ賣主ニ處分權アル物ニアラサレハ賣買ノ目的物タルヲ得サルコト明カナリ然ルニ取得編第二十四條ニ依ルニ支分權ヲ移轉スルコトヲ目的トスルモノモ亦賣買ナルコトヲ認メタリ故ニ此法律ニ依ルトキハ賣主ノ所有物ニアラサルモノモ亦賣買ノ目的物タルコトヲ得ルモノ、如シ惟フニ我民法ノ意義トスル所ハ前ニモ述ヘタル如ク支分權ヲ以テ一ノ物ト見做シ支分權ヲ有スルモノハ即チ無體物ヲ有スルモノナレハ之ヲ賣買スルハ他人ノ物ヲ賣買スルモノニアラスト認メタルモノナラン

他人ノ物ハ之ヲ賣買スルコトヲ得ス賣買スルヲ得ヘキモノハ必スヤ賣主自身ノ所有物ナラサル可カラサルコトハ獨リ我法律ノ規定スル所ナルノミナラス英米佛獨其他諸國ノ法律ノ確認スル所タリ乍併是レ所謂一般ノ原則ニシテ此原則ニ對スル二三ノ例外ナキ能ハス請フ左ニ之ヲ說述セン

(一) 所有權移轉ノ義務ヲ負擔スル賣買 前ニ賣買ノ定義ノ條下ニ述ヘタル如ク賣買ニ二種アリ所有權ヲ移轉スルモノト所有權移轉ノ義務ヲ負擔スルモノ是レナリ而シテ第二種即チ所有權移轉ノ義務ヲ負擔スル賣買ハ茲ニ所謂原則ニ

對スル一例外ナリトス乍併此種ノ賣買ハ果シテ例外ト認ム可キヤ將タ例外ト認ム可カラサルヤハ我法文上大ニ議論アル所ナリ今一般學者ノ多數ハ是ヲ以テ原則ニ對スル一例外ナリト爲セトモ余ハ我法律ノ解釋上例外ト認メサルヲ以テ寧ロ解釋ノ正鵠ヲ得タルモノト信スルナリ其理由ハ一ニシテ足ラス追次之ヲ述ヘンニ

第一ノ理由ハ取得編第四十二條ニハ單ニ他人ノ物ノ賣買ハ當事者雙方ニ於テ無効ナリト規定セルモノニシテ賣買ノ二種中何レヲ特ニ指示シタルヤ判然セサレハ寧ロ二種ノ賣買共ニ包含シテ他人ノ物ノ賣買ハ無効ナリト規定セルモノト見做サ、ル可カラス從ツテ第二種ノ賣買ハ他人ノ物ヲモ賣買スルコトヲ得ル例外トハ解釋シ得サルナリ

第二ノ理由ハ若シ假リニ多數解釋家ノ意見ノ如ク第四十二條ノ規定ハ單ニ第一種ノ賣買ノミニ適用ス可キモノトセハ此規定ハ全ク蛇足ノ規定タルヲ免レス抑モ第一種ノ賣買ハ賣買ノ合意アルト同時ニ所有權移轉ノ効果ヲ生スルモノナリ換言セハ所有權移轉ヲ直接ノ目的トスルモノナレハ他人ノ物ナルトキ

ハ所有權ノ移轉アル可キ理由ナシ從ツテ他人ノ物ヲ第一種ノ賣買ノ目的物ト爲スコトヲ得サルハ性質上當然ノ事理ニシテ敢テ法律ノ特定スルヲ俟タサル所ナリ故ニ夫ノ多數學者カ第四十二條ハ單ニ第一種ノ賣買ノミニ適用セラル、モノナリトスルハ畢竟法律ヲ無効ニ解釋スルモノト云ハサル可カラス乍併法律ハ成ル可ク有効ニ解釋ス可シトハ解釋學一般ノ原則ニアラスヤ今夫レ法文ニシテ到底有効ニ解釋スルコトヲ得スンハ即チ止ム苟モ一方ニ大活路アルニモ拘ハラス強テ法文ヲシテ空シク自盡セシムルニ至リテハ余輩其可ナルヲ知ラサルナリ

頭ヲ回ラシテ遠ク佛國ノ法學界ヲ見渡スニ奇怪ノ解釋カ將タ相當ノ解釋カ余輩判別ニ苦マサルヲ得サレトモ同國ニモ亦一種ノ解釋行ハレタリ而シテ同國ノ學者ハ一般ニ頭腦ヲ惱マシ之ヲ研究シタルモノ、如シ蓋シ前ニ一言セル如ク同國法律ニハ賣買ニ關シテ牴觸セルカ如キ二條ノ法文アリ一ハ曰ク賣買ハ占有ヲ引渡スモノナリト此法文ニ依レハ佛國民法ハ羅馬法ト同ク所有權移轉ノ主義ヲ取ラスシテ占有引渡主義ヲ採リタルモノナルコト甚ク明カナリ然ル

ニ他ノ條ヲ見ルニ尙ホ下ノ如キ條文アリ曰ク他人ノ物ノ賣買ハ無効ナリト此
 法文ヲ表面上ヨリ觀察スルトキハ前條ノ法文ト抵觸スルノ感ナキ能ハス何ト
 ナレハ尙モ賣買ニシテ單ニ占有ヲ引渡スノ効果ノミヲ生スルモノトセハ他人
 ノ物ヲ賣買スルモ毫モ差支ナキ筈ナルニ後條ニ於テ他人ノ物ノ賣買ハ無効ナ
 リト規定シタレハナリ於是乎佛國學者ハ曰ク同國民法ニ依レハ他人ノ物ノ賣
 買ハ無効ナリト規定セルヲ以テ同國民法ハ占有引渡主義ヲ採リタルニアラス
 シテ所有權移轉主義ヲ採リタルモノナリト此佛國學者ノ解釋ハ前ニ掲ケタル
 我法典ノ多數學者ノ解釋ト共ニ奇怪ノ解釋ナリト云ハサル可カラス若シ夫レ
 佛國法律ヲ解釋スルニ佛國學者ノ如クナランカ是レ法文ヲ讀了セサルノ過ニ
 坐スルモノナリ加之他人ノ物ノ賣買ハ無効ナリトノ規定ヲ無効ニ解釋スルモ
 ノナリ夫レ然リ然ラハ佛國法律ハ如何ニ解釋シテ可ナランカ曰ク佛國ニ於テ
 ハ賣買ハ占有引渡ノ主義ヲ採ルヲ以テ當然ノ結果トシテ他人ノ物ノ賣買ヲモ
 尙ホ有効ト爲サ、ル可カラス然レトモ若シ他人ノ物ノ賣買ヲシテ有効ナリト
 爲ストキハ物件所有者ノ迷惑ハ言フニ及ハス買主トテモ何時真正所有者ヨリ

追奪セラル、カノ恐ナキヲ得サルヲ以テ何レニモセヨ他人ノ物ノ賣買ハ無効
 ト爲サ、ル可カラス是レ即チ佛國ニ他人ノ物ノ賣買ハ無効ナリトノ規定アル
 所以ナリト斯ノ如ク解釋スルトキハ佛國民法ニ於ケル此規定ハ克ク其健全ヲ
 保ツテ得可シ然ルニ佛國學者ノ解釋此ニ出テサルハ前述セル所ノ如シ是レ豈
 ニ東西一對ノ奇解釋ニ非スヤ
 之ヲ要スルニ取得編第四十二條ノ規定ハ第一種ノ賣買ノミニ適用シ第二種ノ
 賣買ニ適用セスト爲サハ少クトモ意義明了チ欠クモノト謂フコトヲ得可シ
 ツテ英米法律ヲ案スルニ他人ノ物ノ賣買ノ無効ナルコトハ一般ノ原則ナルモ
 賣買ノ約束即チ我法典ニ所謂第二種ノ賣買ハ是カ除外例ニシテ他人ノ物ヲモ
 尙ホ賣買スルコトヲ得ト爲セリ素ヨリ法理上ヨリ論下スレハ第二種ノ賣買ハ
 一般原則ノ例外タルコトハ明白疑ナキモ我法典ノ解釋トシテハ少クトモ一大
 疑問ナル可シ

(二) 公商人ニ依レル賣買 公商人ヨリ善意ヲ以テ買取リタル場合ハ亦原則ニ對
 スル一例外ナリ我現行刑法附則ノ規定スル所ニ依レハ贓品ハ何人ノ手中ニア

ルニ拘ハラズ真正ノ所有主ハ之ヲ取戻スコトヲ得然レトモ一クヒ公商人ノ手
ヲ經テ善意ニ買取りタルトキハ買取者ハ猥リニ真正所有者ヨリ追奪セラルハ
コトナシ即チ此場合ニ於テハ縱令賣主ハ所有權ヲ有セサルニモセヨ原價ヲ賠
償スルニアラサレハ原所有主之ヲ取戻スコトヲ得ス是レ公商人ニ依レル賣買
カ原則ニ對スル例外タル所以ナリ

英國法律ニ依レハ市日ニ市場ニ於テ賣買スルトキハ他人ノ物ヲ賣買スルモ仍
ホ有効ナリトセリ而シテ尙ホ同國法ニ依ルニ倫敦府ニ於テハ各店各日皆市場
市日ナリトスルヲ以テ倫敦府ニ於テ買取りタルトキハ好シヤ賣主所有權ナキ
物ニセヨ仍ホ買主ニ所有權移轉スレトモ田舎ニ在リテハ法律又ハ習慣ニ因リ
明カニ市日市場ト定メラレタル日及ヒ場所ニ於テ賣買スルニアラサレハ他人
ノ物ノ賣買ハ無効ナリトス而シテ田舎ニ於ケル市場トハ商店ノ謂ニアラスシ
テ一定セル場所ナリトス例ヘハ東京ノ日本橋ニ於ケル魚市場ノ如ク又ハ柳原
ノ青物市場ノ如シ是故ニ英國法律ニ依レハ市場ニ於ケル賣買ハ亦一般ノ原則
ニ對スル例外ノ一ヲ爲スモノナリ然レトモ此例外ニモ亦左ノ如キ例外アリ

(イ) 主權者ニ屬スルモノハ縱令市場ニ於テ買取ルモ賣主ノ所有物ニアラサレ
ハ買主所有權ヲ取得セス

(ロ) 善意ニ非サルモノ 此コトハ我法律モ均シク認ムル所ナリ例ヘハ買主ハ
他人ノ物又ハ贓品ナルコトヲ知リツ、買取りタルトキハ市場ニ於テ買取ル
モ所有權ヲ取得セス

(ハ) 後室又ハ物置又ハ暗室ニ於テ賣買シタルトキ又ハ日没後ヨリ日出前マテ
ニ取結ヒタル賣買 我現行刑法附則ニ依レハ公商人ニ依ル賣買ハ有効ナル
コトヲ規定シタルノミニテ如何ナル時如何ナル場所ニ於テ賣買ス可キカチ
規定スルコトナケレトモ判決例ノ認ムル所ニ依レハ夜中ニテモ又ハ暗室ニ
テモ公商人ヨリ買取ルトキハ有効ニ所有權移轉スルモノトセリ

英國法律ニ依ルニ此市場ニ於ケル賣買ノ有効ナリトノ規定ハ單ニ賣買ノ如キ
有價合意ニノミ適用セラル、モノニシテ贈與ノ如キ無償ノ合意ニマテ適用セ
ラル、コトナシ而シテ又數人ノ手ヲ經テ再ヒ原賣主即チ所有權ヲ有セサルモ
ノ、手中ニ歸屬シタルトキハ真正ノ所有主ハ自己ノ權利ヲ主張シテ其物件ヲ

取戻スコトヲ得例へハ甲者アリ自己ノ所有物ニアラサル物ヲ乙者ニ賣渡シ乙者ヨリ丙丁戊ト順次轉轉シテ再ヒ原賣主ナル甲者ノ手許ニ歸リ來リタルトキハ真正ノ所有主ハ其物件ハ自己ノ所有物ナリトノコトヲ主張シテ之ヲ甲者ヨリ取戻スコトヲ得ルカ如シ而シテ仍ホ英國法律ニ依ルニ真正所有者ヨリ告訴ヲ提起シ有罪ノ宣告下リタルトキハ其宣告ト共ニ其物ノ所有權ハ原所有者ニ復歸スルモノトセリ例へハ甲者アリ乙者ノ所有物ヲ竊盜シ乙者竊盜ノ告訴ヲ爲シ而シテ甲者竊盜罪ニ宣告セラレタルトキハ其物件ハ何人ノ手ニアルヲ問ハス其所有權ハ宣告ト同時ニ眞ノ所有者ナル乙者ニ復歸スルモノナルカ如シ然レトモ好シヤ贓品ナルニモセヨ其買主ハ時ニ善意ヲ以テ買取リタルコトアラノ故ニ此場合ニ於テハ縱令眞ノ所有主ヨリ其物件ハ贓品ナリトノ通知ヲ受クルモ未ダ犯罪者ニ對シ有罪ノ宣告ニシテ下ラサル前ハ買主ハ自由ニ之ヲ處分スルコトヲ得ルナリ換言スレハ宣告ノ効力ハ宣告ノアリタル時ヨリ發生スルモノニシテ其以前ニ溯リテ効力ヲ及ホス可キモノニアラス故ニ宣告ノ効力ハ宣告前ノ處分ニ毫末ノ影響ヲ與フルモノニアラス是レビクトリア第二十四

年及ヒ第二十五年ノ條例第九十六章第百節ノ規定スル所ナリ今一ノ判決例ヲ援ヒテ仍ホ此法律ノ意義ヲ明了ナラシム可シ其判決例ハワルカー對マツトヒースノ事件ニシテ其事實ハ一千八百八十年六月七日ニ原告ハ二頭ノ牝牛ヲ竊取セラレタリ而シテ其牝牛ハ同年同月十一日ニ市場ニ於テ馬商之ヲ買取リテ被告ニ賣渡シタリ然ルニ翌年四月五日ニ至リ犯罪者ニ對シ竊盜ノ宣告下リタリ是ニ於テ原告ハ直チニ被告ニ對シ牝牛取戻ノ訴ヲ提起シタルニ被告ハ反訴ヲ提起シテ被告カ牝牛ヲ買取リタル以來牝牛及ヒ其牝牛カ產出シタル牝牛ノ保存費用ヲ原告ニ對シテ請求セリ是レ其事實ノ大要ナリ此場合ニ於テ裁判所ハ判決シテ曰ク有罪ノ宣告アルマテハ其牝牛ハ被告ノ所有物ニシテ宣告ノ下リタル日ヨリ始メテ所有權原告ニ復歸スルモノナレハ被告カ牝牛ニ付キテ保存費用ヲ費セルハ必竟自己ノ所有物ニ付キテ費シタルモノナレハ被告ノ反訴ハ成立セスト而シテ牝牛ノ所有權ハ何人ニアリヤ兩造ノ間ニ爭點トナラサリシヲ以テ判決セラレサリキ故ニ有罪ノ宣告ノ効力ハ宣告ノ日ヨリ發生シテ其以前ニ溯及セサルコトハ此判決例ニ依リテ確認セラレタリ

而シテ善意ノ買主ハ猥リニ真正ノ所有者ヨリ追奪セラレ、コトナク宛モ我刑
法附則ノ如ク真正ノ所有者ヲ取戻サントセハ必スヤ原價ヲ支拂ハサル可カ
ラサルハ前顯條例ノ規定スル所ナリ

(第四) 賣買ノ當時滅失セサルモノナルコト 賣買ノ當時既ニ滅失セルモノハ賣
買ノ目的物タルヲ得サルコトハ素ヨリ嘸々ノ辯ヲ俟タサル所ナリ我既成民法財
産取得編第四十三條ニハ賣買契約ノ當時ニ於テ既ニ全部滅失シタルトキハ其賣
買ハ無効ナリト規定シ又我既成商法第五百二十五條ニモ契約取結ノ時現ニ存在
シ且賣主ニ處分權ノ屬スル物ニアラサレハ賣買契約ノ目的物タルコトヲ得スト
規定セリ去レハ滅失物ナルモノハ到底賣買ノ目的物タルコトヲ得サルハ我法文
上明白疑ナキ所ト謂フ可シ然レトモ是等ノ規定ニ對シテハ亦幾多ノ例外ナキ能
ハス左ニ是カ例外タル場合ヲ舉示ス可シ

(一) 不特定物ノ賣買 元來不特定物ノ賣買ニ於テハ特定セル目的物ノ存在ス可
キ道理ナシ故ニ右ノ原則ハ此種ノ賣買ニ適用スルコトヲ得サルヤ素ヨリ論ナ
キ所ナリ是故ニ嚴格ニ論スルトキハ此賣買ハ原則ニ對スル例外ニハアラスシ
テ寧ロ其性質トシテ當然以上ノ原則ヲ不特定物賣買ニ適用スルコトヲ得サル
モノト知ル可シ

(二) 賣主カ目的物ノ滅失ヲ知り若クハ賣主ニ於テ之ヲ知ラサル過失アリタルト
キ 此場合ニ於テハ賣主タル者ハ善意ノ買主ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任セサ
ル可カラス然レトモ此場合モ亦嚴格ニ論スルトキハ例外トナス可キモノニア
ラサルナリ何トナレハ此場合ニ於テハ賣買其物ハ素ヨリ無効ニシテ唯賣主ハ
故意アリ若クハ過失アルヨリシテ買主ニ對シテ賠償ノ責任ヲ負擔セサル可カ
ラサルモノナルニ過キサレハナリ

(三) 當事者雙方カ目的物滅失ノ事實ヲ知ラス且ツ其存在スルコトノ不確定ナル
コトヲ認メナカラ賣買契約ヲ取結ヒタルトキ 此場合ニ於テハ賣買ハ有効ニ
成立スルモノナリ從ツテ是レ眞個ニ例外ヲ形成スルモノナリトス
我既成民法ニ於テハ別ニ此場合ニ就テ明言スル所ナシト雖モ要スルニ是レ所
謂射倖的賣買ナルモノニシテ既成民法上素ヨリ有効ナル賣買ナリトス我既成
商法第五百二十八條ニハ契約取結ノ時現ニ存在セサル物ノ賣買契約ハ雙方執

レモ此事實ヲ知ラス且其存在ノ確實ナラサルコトヲ認メテ之ヲ取結ヒタルト
 キハ有効トスト規定シ明カニ此種ノ賣買ノ有効ナルコトヲ認メタリ例ヘハ航海中ノ船
 律ニ於テモ斯ル場合ヲ例外トシテ有効ナルコトヲ認メタリ例ヘハ航海中ノ船
 舶カ果シテ沈没セルヤ否ヤ當事者雙方ハ之ヲ知ラサルニモ拘ラス其滅失セル
 ヤ否ヤノ不確實ナルコトヲ認メナカラ賣買契約ヲ取結ヒタルトキハ買主ノ損失
 合ニ於テハ賣買ハ有効ニシテ若シ契約以前ニ船舶滅失セルトキハ買主ノ損失
 トナリ若シ幸ニシテ滅失セスシテ安全ニ到着シタルトキハ買主大ニ利益ヲ占
 ム可キナリ蓋シ斯ル存在ノ不確實ナル目的物ハ賣買スルニ大ニ其價低廉ナル
 可ケレハナリ故ニ斯ノ如キ賣買ハ純然タル射倖的賣買ナリト謂フ可シ而シテ
 射倖契約ノ有効ナルハ我既成民法ノ明言スル所ナレハ此種ノ賣買ハ例外トシ
 テ有効ナル可キコト是ニ至リテ明カナリト云フ可シ
 上來論述セル所ハ賣買ノ目的物カ全部滅失シタル場合ノ規定ニ係ハレリ今夫レ
 目的物ノ全部滅失セルニアラスシテ單ニ其一部カ滅失シタルトキハ如何ト云フ
 ニ一部滅失セル場合ニハ賣買其レ自身ハ無効ナルニアラス詳言スレハ賣買ハ有

効ニ成立スレトモ唯買主カ其滅失ノ事柄ヲ知了セサルトキハ其滅失部分ノ限度
 ニ應シテ代價ノ減少ヲ請求スルコトヲ得若シ又其滅失ノ爲メニ用方ニ不十分ナ
 ルコトヲ證明シタルトキハ賣買其物ノ解除ヲ請求スルコトヲ得ルノミナリ是レ
 取得編第四十三條ノ規定スル所ナリ茲ニ所謂用方トハ目的物固有ノ用方若クハ
 當事者雙方カ契約ノ當時互ニ豫知シタル用方ヲ指示スルモノニシテ決シテ買主
 一個ノ所謂用方ヲ云フモノニハアラサルコトヲ注意ス可シ
 眼ヲ轉シテ佛國民法ノ規定如何ト案スルニ同國民法ニ於テハ其第一千六百一條ニ
 賣買ノ目的物ノ全部カ賣買ノ當時既ニ滅失シタルトキハ賣買ノ効ナシト規定シ
 テ我民法ト殆ント同一轍ニ出テタリ然レトモ其一部カ滅失シタルトキハ買主ハ
 其賣買ヲ取消スコトヲ得又ハ評價人ヲシテ其殘存セル部分ヲ評價セシメテ之ヲ
 取得スルコトヲ得ト規定シ二中擇一ノ權ヲ買主ニ附與シタリ此佛國ノ規定ト我
 民法ノ規定トノ間ニ相違セル點二個アリ一ハ我民法ニ於テハ買主ハ其用方ニ不
 十分ナルコトヲ證明スルニアラサレハ解除ヲ請求スルコトヲ得サルニ佛法ニ於
 テハ其用方ニ不十分ナルト否トニ拘ラス解除ヲ請求スルコトヲ得ルト二ニハ我

民法ニテハ買主ハ滅失部分ノ限度ニ應シテ代價ノ減少ヲ求ムルコトヲ得ルモ佛
 法ニ於テハ現存スル部分ニ對スル相當ノ代價ヲ拂ヘハ之ヲ取得スルヲ得ルコト
 是ナリ是故ニ我民法ニ依レハ目的物半ハ滅失セハ代價ノ半額ヲ支拂フ可ク四半
 分滅失セハ四半分ノ代價ヲ支拂フ可キモ佛國民法ニ於テハ唯々其殘存セル部分
 ニ對スル代價ヲ支拂ヘハ足レルノ相違ヲ生ス可シ
 次ニ英國ノ法律如何ト云フニ目的物カ全部滅失セル場合ニハ賣買成立セスト爲
 シタルハ我民法並ニ佛國法律ト差異アルコトナシ然レトモ其一部ノ滅失セル場
 合ニ就テハ別ニ我民法並ニ佛國法律ノ如キ特別ノ規定ヲ設クルコトナシ去レハ
 英國法律ニ依レハ一部滅失セルカ爲メニ其用方ニ不十分ナルコトヲ生シタルト
 キハ買主ハ固ヨリ賣買契約ヲ解除スルコトヲ得可シト雖モ代價減少ノ權利ハ其
 認了セサル所ナリ換言スレハ當事者ノ合意アレハ兎モ角權利トシテ代價減少ヲ
 主張スルコトハ恐クハ英國法律ノ認ムル所ニアラサル可シ
 尙ホ終リニ臨ミテ一言ス可キハ將來ニ於テ現存ス可キ目的物ノ賣買是ナリ今日
 ハ未ダ現存セサルモ將來ニ於テ現存ス可キ目的物ハ直ニニ所有權ヲ移轉スル所

ノ賣買ノ目的物ト爲スコトヲ得サルモ所有權移轉ヲ後日ニ約スル所ノ賣買ノ目
 的物ト爲スコトヲ得ルハ勿論タリ此點ニ關シテハ英國法律ハ極メテ詳細ナル規
 定ヲ爲セルヲ以テ聊カ茲ニ之ヲ論述ス可シ
 借英國法律ヲ案スルニ將來ニ現存スル物ヲ二種ニ區別セリ而シテ其一ハ之ヲ賣
 買スルコトヲ得ルモノトシ他ノ一ハ之ヲ賣買約束ノ目的物トスルニ過キサルモ
 ノトセリ其第一種トハ如何ト云フニ英法ニ所謂「ポテンシアル、エキザステンズ」
 (Potential existence)ヲ有スル物即チ存在ノ豫定シ得可キ物ヲ云フ存在ノ豫定シ得可
 キ物トハ賣主ノ所有ニ屬セル物ヨリ天然ノ力ニ因リテ生スル所ノ物ヲ云フ例ヘ
 ハ余カ原野ヲ所有スレハ其原野ニハ雜草自然ニ生ス可シ又余カ所有ノ田畑ニ植
 物ヲ植付シレハ其收穫ハ自然ニ生ス可シ又余ノ所有スル羊ヨリハ自然ニ羊毛ヲ
 得可キナリ斯ノ如ク自然ニ發生ス可キ雜草收穫物又ハ羊毛ノ如キハ所謂其存在
 ノ豫定シ得可キモノナレハ賣買ノ目的物ト爲スコトヲ得レトモ彼ノ未ダ賣主ノ
 所有ニ歸セサル物例ヘハ賣主ノ所有ニ屬セサル原野ニ生スル雜草或ハ未ダ植付
 ケサル收穫物又ハ未ダ所有ニ屬セサル羊ヨリ得ル羊毛ノ如キハ所謂存在ヲ豫定

シ得可キモノニアラサレハ單ニ賣買約束ノ目的物ト爲スヲ得ルニ止マリ決シテ是ヲ以テ賣買其物ノ目的物ト爲スコトヲ得ス是レ英國法律ノ規定スル所ナリ右ハ英國法律ノ規定スル所ナレトモ我商法ニ於テモ既ニ現存シテ天然力ニ因リテ未ダ生熟セサルモノハ賣買ノ目的物ト爲スコトヲ得ト規定セリ此法文ノ意義ハ要スルニ右ニ陳述シタル英國法律ノ所謂存在ノ豫定シ得可キ物ハ賣買ノ目的物タルヲ得ルト云フト同一轍ニ在ルコト疑ヒナカル可シ

代價

第五章 代價

凡ソ賣買ヲ成立セシムルニハ必スヤ代價ヲ定メサル可カラス若シ夫レ代價ノ定メナキトキハ賣買ハ有効ニ成立スルコトナシ然ラハ代價トハ何ソ曰ク賣買物ニ對スル一定シタル金額ノ報酬是ナリ而シテ賣買ヲ成立セシムルニ必要ナル代價ハ(一)必ス合意ヲ以テ定メタルモノナラサル可カラス(二)眞實ノモノナラサル可カラス若シ此二個ノ要素ヲ具備セサルトキハ所謂代價ト稱スルコトヲ得サルナリ故ニ合意ヲ以テ代價ヲ定ムルコトナカリセハ如何ニ相當ナル代價ナリト雖モ是ヲ以テ賣買ニ於ケル代價ト稱スルコト能ハス茲ニ少シク疑ハシキハ英國法律ニ

依レハ當事者間ニ代價ノ額ニ付キテ明約ナキトキハ相當代價ヲ以テ其代價ト爲ス可キモノトナセリ從テ一見スルトキハ英國法律ハ前述セル原則ニ對シ一ノ例外ヲ認ムルカ如キ觀ナキニアラサレトモ一步ヲ進メテ深ク英國法律ノ精神ヲ推究スルトキハ英國法律ハ代價ニ付キテ當事者間ニ明約ナキトキハ相當代價ヲ以テ賣買スルハ意思ナリシト推測スルト云フニ過キサレハ此場合ハ畢竟當事者カ相當代價ヲ以テ代價ト爲スト明約シタルト其結果同一ナレハ英國法律ハ決シテ以上ノ原則ニ對シテ例外ヲ設ケタルニ非サルコト明カナリ次ニ代價カ眞實ニアラサレハ代價ト稱ス可キモノニアラストハ例ヘハ此學校ヲ金十圓ニテ賣買セントノ約束ヲ爲ストモ當事者ノ意思ハ單ニ名ヲ賣買ニ藉リテ其實贈與ヲ爲スニ過キス去レハ十圓ト云フ代價ノ名稱ハアレトモ眞實代價ト稱ス可キモノニアラス從ヒテ斯ル契約ハ賣買ト稱ス可キモノニアラサルナリ又空米相場ノ如キモノハ表面上ハ米ノ賣買ナルモ其實決シテ代價ト稱ス可キモノアルコトナシ例ヘハ金百圓ニテ米若干俵ヲ買受クルトスルモ買主ハ眞個ニ金百圓ニテ米ヲ讓受クルノ意思ナシ唯時ノ相場ノ變動ニ依リ利益ヲ得ントスルニ過キス其賣買ニアラサル

ヤ多言ヲ俟タスシテ明カナリ乍併茲ニ注意ス可キハ代價ハ必スシモ實價ニ相當
 ス可シト云フニアラサルコト是ナリ實價ニ比シテ如何ニ高貴ナルモ又ハ如何ニ
 低廉ナルモ苟モ當事者ノ意思ニシテ是ヲ以テ真正ノ代價ト爲スニアル以上ハ有
 効ナル賣買ノ成立ス可キハ勿論タリ故ニ此學校ヲ十圓若シハ一圓ニテ賣買セシ
 ト約束スルモ當事者雙方カ誠意ニテ之ヲ眞實ノ代價ナリト定メタルコト明カナ
 ル以上ハ無論有効ナル代價ナリトス
 佛國民法ノ定ムル所ニ依レハ不動産ノ代價ハ其實價ニ比シテ十二分ノ七ニ充タ
 サルトキハ賣買ヲ取消スコトヲ得ルモノトセリ例ヘハ千二百圓ノ實價アル土地
 ナ六百圓ニテ賣渡サント約シタルトキハ賣主ハ賣買ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ル
 カ如シ又我既成民法ノ草案ニ於テモ不動産ノ代價カ實價ノ半ハニ滿タサルトキ
 ハ賣買ヲ取消スヲ得ルモノトセリ例ヘハ千圓ノ土地ヲ四百九十九圓ニテ賣渡シ
 タルトキハ之ヲ取消シ得ルカ如シ然レトモ斯ノ如ク數額ヲ以テ規定ヲ設クルカ
 如キハ決シテ法理ニ適シタルモノニアラサルナリ試ニ思ヘ縦令百圓ノ實價アル
 ニモセヨ當事者雙方カ自由ノ意思ヲ以テ二十圓ニテ賣買センコトヲ約束シタル

トキハ此賣買ハ實價ノ半ハニ充タストシテ之ヲ無効トスルノ理由ハ果シテ何レ
 ノ所ニアルヤ抑モ法律ハ猥リニ個人ノ取引ニ容喙シテ其自由意思ヲ束縛ス可キ
 モノニアラサルハ今更喋々ノ辯ヲ俟タス今夫レ當事者ノ意思ニ依リ其代價ヲ定
 メタル以上ハ好シヤ其實價ノ十二分ノ七又ハ二分ノ一ニ充タストスルモ是ヲ以
 テ眞正ノ代價ナリトシ從ツテ賣買ノ取消ヲ許容ス可キモノニアラス然ルチ況ン
 ヤ是等ノ規定ハ單ニ不動産ノミニ限ルチ以テ今日ニ在リテハ毫末モ其理由ノ認
 ム可キモノナキニ於テオヤ蓋シ古代ニ於テハ不動産ト動産トノ間ニ貴賤ノ區別
 ナシケタルコトアリテ特ニ動産ハ殆ント財產トシテ認メラレサリシ時代モ之レ
 有リシト雖モ進歩セル今日ノ社會ニ在リテハ動産ト不動産トノ間ニ何レチ貴ト
 シ何レチ賤トスルノ區別ナキノミカ寧ロ動産ヲ以テ重要視スルニ至レリ知ル可
 シ特リ不動産ニ關シテ斯ノ如キ規定ヲ設クルノ秋毫タモ理由ナキコトヲ我既成
 民法カ此草案ノ規定ヲ删除シテ果シテ眞實ノ代價ナルヤ否ヤノ點ヲ裁判官ノ意
 見ニ一任シタルハ最モ立法ノ正鵠ヲ得タルモノト謂フ可シ
 代價ノ性質ハ以上述フルカ如シ更ニ進ンテ代價ヲ定ムル方法ニ付キテ講述スル

所アル可シ

(第一) 賣買ノ代價ハ金額ヲ以テスルモ又ハ目安ヲ以テスルモ之ヲ定ムルコトヲ得ルモノトス(取得編第三十三條第一項) 古代ノ羅馬法ニ依レハ代價ハ必ス金額ヲ以テ定ム可キコト、爲セリ然レトモ社會進歩シ取引ノ頻繁トナレル今日ニ於テハ斯ノ如ク必スヤ金額ヲ以テ代價ヲ定メサル可カラストスルハ極メテ究窟ナルコト、謂ハサル可カラス故ニ今日ニ於テハ必スシモ代價ノ金額ヲ定ムルニ及ハス苟モ其金額ヲ算出シ得可キ目安ヲ定メ置ケハ賣買ヲ成立セシムル代價タルニ充分ナリトセリ例ヘハ地所等ノ賣買ニ於テ一坪十五圓ノ代金ニテ賣買セント約束シタルトヤハ縱令其金額ヲ定メサルモ有効ナル代價ナルカ如キ是ナリ何トナレハ一坪ノ代金ヲ定メ置ク以上ハ後日ニ至リ其坪數サヘ計算スレハ其金額ハ算出シ得可シテ別ニ代價ニ付テ更ニ當事者ノ合意アルヲ要セサレハナリ以是乎當今ノ賣買法ハ何レノ邦ニ於テモ我法律ト同一ノ規定ニ出テサルモノナシ

(第二) 賣買ノ代價ハ同種類ノ商品ノ現時又ハ近日ノ市價ニ委ネ若クハ契約ヲ以テ指定シタル第三者ノ評價ニ委スルコトヲ得ルモノトス(取得編第三十三條第二

項) 是レ亦第一ノ場合ト同一ノ主義ニ出テタルモノナリ例ヘハ當事者ハ目的物ノ當時ノ市價ヲ知ラサルカ如キ場合ニハ之ヲ現時ノ市價ニ委スルコトヲ得ルナリ何トナレハ市場ニ至レハ現時ノ市價ハ直チニ之ヲ知ルコトヲ得テ別ニ當事者ノ合意ヲ必要トセサレハナリ又現時ニ非ストスルモ明日又ハ明後日ノ相場ニ委スルコトヲモ得ルナリ但シ我法文ニ近日ノ市價トアルハ少シク不明了ノ憾ナキ能ハス當事者ハ必スヤ明日カ又ハ明後日ナルカ又ハ近日中ノ何レノ日ナルヤヲ明示セサル可カラス

古代ノ羅馬法ニ依レハ一定ノ代價ニシテ定マラサレハ賣買ハ成立セサルモノトセリ從テ賣買物ノ代價ヲ第三者ノ評價ニ委スルカ如キハ羅馬法ノ認メサル所ナリシ否ナ寧ロ代價ハ第三者ノ評價ニ委スルコトヲ得ルヤ否ヤノコトハ羅馬法學者間ニ久シク困難ナル問題トシテ存シタリキ然ルニ彼ノ有名ナルザヤスチニア¹ノ帝ハ成文法ヲ布キテ遂ニ此爭論ノ局ヲ結ヒタリ即チ「ザヤスチニア¹」ノ法典ニ曰ク賣買ノ代價ハ第三者ノ評價ニ委スルコトヲ得ト而シテ「ザヤスチニア¹」ノ此法文ハ佛國ニ於テ「ナボレチ²」ノ法典ノ採用スル所トナリ實ニ全國民法第千五百九

十一條及ヒ第千五百九十二條ハ此羅馬法ニ倣ヒテ制定セラレタルモノナリ又我
 既成民法カ取得編第三十三條第二項ニ於テ之ヲ規定シタルモ亦以上二國ノ法典
 ニ淵源シタルモノナリ英國法律ニ於テハ古來ヨリ此點ニ關シテハ議論ナク當然
 第三者ノ評價ニ委スルコトヲ得トナセリ

斯ノ如ク夫レ賣買ノ代價ハ第三者ノ評價ニ委スルコトヲ得レトモ之ヲ第三者ノ
 評價ニ委スルニハ必スヤ其第三者ヲ明示セサル可カラス若シ其人ヲ指定セサル
 トキハ未ダ代價ノ定メナキモノト云ハサル可カラス蓋シ當事者カ豫メ第三者ヲ
 指定スルニアラサレハ或ハ後日ニ至リ其評價人ニ付キテ紛議ヲ生スルコトナキ
 ナ保セス若シ斯ノ如キコトアリトセハ代價ヲ定ムルノ上ニ於テ未ダ十分ナリト
 云フヲ得ス從フテ代價ノ定マリタルモノト云フヲ得ス又斯ノ如キ場合ニ於テハ
 裁判官ト雖モ其間ニ容喙シテ擅ニ評價人ヲ撰定スルコトヲ得サルナリ何トナレ
 ハ第三者ヲ指定スルト否トハ實ニ賣買ノ成立如何ニ關係スルモノニシテ若シ賣
 買ニシテ成立シタルトキハ或ハ裁判官ハ之ニ干涉シテ評價人ヲ定ムルコトヲ得
 可キモ未ダ賣買成立セサルニ方リテハ裁判官ト雖モ之ニ干涉スルコトヲ得サレ

ハナリ

次ニ一步ヲ進メテ評價人ハ當事者ニ於テ之ヲ指定シタレトモ其評價人ハ未ダ評
 價ヲ爲サ、ル以前ニ死亡シタルカ若シハ評價スルコトヲ拒絕シタルトキハ縱令
 評價人評價セストモ尙ホ賣買ハ成立スルモノナルヤ否ヤ真ニ一個ノ疑問ト謂フ
 可シ若シ夫レ第三者ニ評價ヲ委任シタルトキハ代價ハ既ニ確定セルモノナリト
 爲ストキハ賣買ハ成立セルモノト云ハサル可カラス乍併余ヲ以テ之ヲ看レハ斯
 ル場合ニ於テハ賣買ハ成立セサルモノト信スルナリ試ニ思ヘ右等ノ場合ニ於テ
 ハ單ニ評價ヲ第三者ニ委任シタリト云フニ過キスシテ事實ノ上ニテハ代價ノ確
 定セサルコト明白疑ナキニアラスヤ况ンヤ我法律上ニ於テモ單ニ評價ヲ第三者
 ニ委任シタルノミチ以テ代價ノ確定セルモノト見倣ストノ規定ナキニ於テオヤ
 既ニ代價ニシテ確定セサランカ賣買ノ成立スルコトナキヤ素ヨリ論ヲ俟タサル
 所ナリ

試ニ英國法律ヲ案スルニ斯ノ如キ場合ニ於テハ縱令當事者ノ一方カ第三者ヲシ
 テ評價セサラシメタルトキト雖モ尙ホ賣買ハ成立セサルモノトセリ思フニ賣買

ヲ成立セシムルニハ約束ニ從ヒテ代金ヲ定ムルヲ必要トスルモノナルカ故ナラ
 ン彼ノ同國ニ於ケルクラーク對ウエストロープノ判決例ヲ看ルニ或ハ斯ノ如キ
 場合ニ賣買成立セリト認メタルモノ、如クナレトモ深ク其精神ノ在ル所ヲ探
 レハ決シテ賣買ノ成立ヲ認メタルニアラス今本件ノ事實如何ト云フニ被告カ代
 價ハ第三者ノ評價ニ委ヌルコト、シテ原告ヨリ或ル物件ヲ買取リタリ然ルニ第
 三者ハ後日ニ至リ評價スルコトヲ拒絕シタリシカ被告ハ早クモ既ニ其物件ヲ費
 消シ盡シタリ是ニ於テ原告ハ代金請求ノ訴ヲ提起シタルナリ此場合ニ於テ裁判
 所ハ判決シテ曰ク被告ハ陪審官カ相當ト認ムル所ノ代金ヲ辨濟セサル可カラ
 ト今夫レ皮相ノ觀察ヲ下ストキハ裁判所ハ賣買ノ成立セルコトヲ認メタルモノ
 、如クナレトモ深ク其精神ノ在ル所ヲ探究スルトキハ裁判所ハ賣買成立セルカ
 故ニ代金ノ辨濟ヲ命シタルニアラスシテ他人ノ所有物ヲ費消シタルカ故ニ之ニ
 對スル相當ノ代金ヲ辨償ス可シト云フニアルコト甚タ明カナリ換言スレハ是レ
 合意ニ付テノ裁判ニアラスシテ私犯ヲ原因トスル所ノ裁判ナリトス故ニ英國法
 律モ斯ノ如キ場合ニハ賣買成立セスト爲スニアルヤ一點ノ疑義ナキ所ナリ我既

成民法ニ於テモ是レト同一ノ斷案ヲ與フルコト寧ロ解釋ノ妥當ヲ得タルモノナ
 ラン

手付

第六章 手付

既成民法ヲ離レテ遠ク古代ノ法律ニ溯リ羅馬法律ヲ緝クニ羅馬法ニ於テハ手付
 ニ二種ノ區別アルコトヲ認メタリ即チ一ハ賣買契約ニ先ダツ所ノ獨立契約ニシ
 テ一ハ既ニ成立セル賣買契約ニ附從スル所ノ契約即チ手付ハ賣買成立ノ徵憑ト
 ナルモノ是レナリ而シテ第一種ノ手付ノ場合ニ於テハ當事者ハ手付金ヲ一方ニ
 移付スレハ賣買契約ヲ取結フコトヲ解除スルノ權利アリ然レトモ若シ賣買契約
 ヲ拒絕セスシテ之ヲ取結ヒタルトキハ手付金ハ代金中ヨリ控除ス可キモノナリ
 即チ代金ノ内金トシテ之ヲ計算ス可キモノナリトス之ニ反シテ若シ手付金ヲ受
 取リタルモノカ賣買ヲ取結フコトヲ拒絕シタルトキハ手付金ニ二倍スル金額ヲ
 返付セサル可カラス之ヲ要スルニ第一種ノ手付金ハ賣買ノ豫約ニ關スルモノニ
 シテ此場合ニ於テハ賣買契約ハ未タ完成セスシテ單ニ豫約ノミ成立セルモノナ
 ルコト言テ俟タス次ニ第二種ノ手付ハ賣買成立ノ徵憑又ハ記號トナルモノニシ

テ此場合ニ於テハ賣買ハ完全ニ成立セルコト勿論ナリ而シテ羅馬ノ慣例ニ照ラズニ買主カ手付金ヲ支拂フハ普通ノ情態ナルカ如シ而シテ又其手付トシテ支拂フ可キモノハ必スシモ金錢ニ限ルニアラスシテ多クハ指環ヲ以テ手付トナシタルモノ、如シ然レトモ若シ金錢ヲ以テ手付トナシテ支拂ヒタルトキハ代金ノ内拂トシテ見做サレタリ

右ハ即チ羅馬古代ノ法律ナリシカ彼ノ有名ナルザヤスチニアン帝一ヒ出テ法典ヲ編成スルヤ新ニ條例ヲ設定シテ手付ニ關スル古來ノ現定ヲ變更シタリ此新法律ニ依ルニ賣買ハ書面ヲ以テ取結フト將タ否ラサルトキ問ハス總般ノ場合ニ於テ當事者カ手付金ヲ一方ニ委付スレハ賣買ヲ解除スルコトヲ得ルモノトセリ是チ古代ノ法律ニ比スルニ古代ノ法律ニ於テハ第一種ノ場合ニ於テハ賣買ヲ解除スルノ効力アレトモ第二種ノ賣買ニ於テハ之ヲ解除スルノ効力ナカリシニ新法律ニ於テハ其何レノ場合タルキ問ハス手付ヲ放棄スルトキハ凡テ賣買ヲ解除スルコトヲ得ト爲セリ此新法律ノ規定ハ法意太甚タ明晰ナリト云フヲ得可シ然ルニ佐ム可キハ後世羅馬法ヲ講スル學者ノ間ニ種々ノ議論ヲ紛起セリ特ニ佛國法

學者トシテ有名ナルポチエー氏ノ如キハ此明白ナル新法律ノ規定アルニモ拘ラズ尙ホ且ツ古代法律ノ區別ニ拘泥シテ既ニ成立シタル賣買ニ手付金ヲ支拂ヒタルトキハ縱令當事者ニ於テ手付金ヲ犠牲ニ供スルトモ賣買ヲ解除スルコトヲ得スト主張セリポチエー氏ノ説ニ反シテ論述スルモノ素ヨリ懣ナカラサルノミナラス氏ノ説ノ根據ノ薄弱ナルハ別ニ喋々ノ辯ヲ竣タサル可シ
次ニ佛國民法ノ規定ヲ案スルニ佛國法典第千五百九十條ニ曰ク

手付金ヲ出シテ賣買ノ約束ヲ爲シタルトキ當事者ノ一方カ左ノ條件ヲ行フニ於テハ其契約ヲ解除スルコトヲ得

第一、手付金ヲ渡シタルモノハ手付金ヲ自己ノ損失トスルコト

第二、手付金ヲ受取リタルモノハ其二倍ノ金額ヲ返還スルコト

ト而シテ佛國學者ノ説ク所ニ依レハ本條ノ所謂賣買ノ約束トハ賣買ノ豫約ヲ云フト説ケリ然ルニ他ノ條文ヲ案スルニ賣買ノ豫約ハ賣買ニ均シトノ明文ヲ掲ケタリ於是乎第千五百九十條ハ單ニ賣買ノ豫約ノミナラス併セテ既ニ成立セル賣買ニモ適用ス可キモノナリトノ議論ヲ生シタリ彼ノポチエー氏ノ如キハ右ノ規

定ハ單ニ賣買ノ豫約ニノミ適用ス可キモノナリト主張スルモノニシテ斯說ニ贊成セル者ハ Foullicr, Maleville, Duvanton ノ諸氏ナリ而シテ斯說ニ反對セル學說ヲ維持スル者ハ Ortolan, Duvergier, Coulon, Devilleneuve ノ諸氏ナリトス然レトモ今日ノ學者一般ノ說并ニ裁判所ノ認ムル所ニ依レハ第一千五百九十條ノ規定ハ既ニ成立シタル賣買ニモ尙ホ適用ス可キモノナリト云フニ一定セルモノ、如シ今手付金ヲ解除スルニハ單ニ賣買豫約ノミニ限ルトノ說ヲ主張スル學者ノ唱フル所ナ聞クニ曰ク若シ夫レ既成ノ賣買ニ對シテモ尙ホ且ツ解除ヲ行フヲ得トセハ是レ既成ノ契約ヲ當事者ノ一方ノ隨意ニ依リテ解約スルコトヲ得セシムルモノナリ是レ豈ニ契約一般ノ原理ニ叶フモノナランヤト而シテ論者自ラ反對論ヲ豫想シテ之ヲ反駁シテ曰ク難者或ハ云ハン果シテ然ラハ既成ノ賣買ニ手付ヲ附スルハ抑モ何ソヤト然レトモ是レ單ニ賣主カ手付ヲ供シタルトキニノミ多少ノ問題トナルノミニシテ買主カ手付ヲ供シタルトキハ是ヲ以テ代價ノ内拂ト見做スカ故ニ毫末モ問題トナルコトナシ難者又或ハ云ハン果シテ然ラハ買主カ金錢ヲ以テセズ物品ヲ以テ手付トナシタルトキハ如何是ヲ以テ代價ノ内拂ト見做スコト能ハ

サル可シト夫レ然リ豈ニ其レ然ランヤ斯ノ如キ場合ハ極メテ人事ノ取引ニ於テ稀少ナルノミナラス好シヤ是レアリトスルモ解除ノ方法トシテ提供シタルニアラスシテ賣買ノ實効ヲ確實ナラシメンカ爲メニ提供シタルモノトセハ別ニ不都合ナカル可シ詳言スレハ買主カ或ル原因ニ依リ賣買ヲ履行スルコトヲ得サルトキニ賣主ニ對スル賠償トシテ之ヲ提供シタルモノト見ルコトヲ得可シ其賣主カ自ラ物品ヲ供シテ手付トナシタルトキモ亦是ト同シ既成ノ賣買ニ付スル手付ハ解除ノ方法トスルニアラサルヨリハ豈ニ他ニ解釋ノ途ナシト云ハンヤト斯ノ說ヲ主張スルモノハ佛國法學者ニ多キノミナラス學理上正鵠ヲ得タルモノト信スルモノ多キニ居ルカ如シ然レトモ斯說タルヤ先ツ手付ノ性質ヲ斷定シテ而シテ後其說ヲ樹立スルモノニシテ其所謂手付ノ性質ト斷定スルハ冒頭ニ論述シタル古代ノ羅馬法律ニ根據ヲ置クモノナリ換言スレハ羅馬法律既ニ然リ故ニ學理上モ亦然ラサルヲ得スト論斷スルニ過キサルナリ然レトモ此手付ノ性質タルヤ既ニヤヤスナニアン帝ノ法典ニ依リテ變更セラレタルモノナレハ論者ノ說ハ其議論ノ如何ニ拘ラス今日ニ於テハ最早根據ナキモノト謂フ可シ

上來余ハ羅馬法及ヒ佛國法律ニ付キテ論述シタリ是ヨリ我既成民法ニ付キテ説述ス可シ

我既成民法ノ規定スル所ニ依レハ手付カ解約ノ方法ト爲ル場合ハ之ヲ二個ニ區別スルコトヲ得即チ

第一、賣買ノ未タ完成セサル場合 此場合ハ更ニ細別シテ之ヲ二個ト爲スコトヲ得

(甲) 賣買ノ豫約ノ場合 此場合ニハ賣買ノ豫約カ雙務ナルト片務ナルトヲ問ハズ手付ヲ以テ解約ノ方法トナスコトヲ得

(乙) 賣買ヲ證書ノ調製ニ係ラシメタルトキ 即チ證書ノ調製ヲ以テ賣買成立ノ條件トナシタルトキ

右二個ノ場合ニ於テハ賣買ハ未タ完全ニ成立セス即チ一ハ未タ賣買ノ豫約タルニ過キスシテ一ハ未タ條件ヲ充實セサルモノナルヲ以テ古代ノ羅馬法ノ如ク斯ノ如キ場合ニ於テハ當事者ハ各々手付ヲ放棄シテ解約ヲ爲スコトヲ得ルナリ然レトモ甲ノ場合ニ於ケル片務契約ノ場合ニ於テハ諾約者ハ自己ノ手付ヲ放棄シ

テ解約ヲ爲スコトヲ得レトモ要約者ハ未タ何等ノ義務ヲ負ハサルカ故ニ別ニ手付ヲ放棄スルノ理由ナシ又解約ス可キノ理由アルコトナシ

第二、賣買カ完全ニ成立セル場合 賣買カ完全ニ成立セル場合ニシテ尙ホ手付カ解約ノ方法ト爲ル場合三アリ即チ左ノ如シ

(甲) 賣主カ手付金ヲ與ヘタルトキ 此場合ニ於テハ其手付カ金錢ナルト將タ物品ナルトヲ問ハズ賣主ハ其手付ヲ放棄シテ解約ヲ求ムルコトヲ得

(乙) 買主カ金錢以外ノ物ヲ手付トセシトキ 此場合ニ於テハ買主ハ其手付ヲ放棄シテ解約ヲ求ムルコトヲ得

(丙) 當事者雙方カ金錢又ハ物品ヲ以テ手付ヲ授受シ是ニ解約ノ性質ヲ帶ハシメタルトキ 此場合ニ於テハ當事者雙方カ各々手付若クハ之ニ二倍スル金額ヲ犠牲ニ供シテ解約ヲ求ムルコトヲ得

概言スレハ既成民法ニ於テハ手付ヲ以テ代金ノ内拂ト見做スコトヲ得サル場合ニ於テハ既ニ成立シタル賣買ニテモ尙ホ解除ノ方法ト爲スコトヲ得ト云フニ在リ然レトモ若シ解除ノ期間ニ付キテ特約アリタルトキハ此期間ヲ遵守ス可キコ

トハ固ヨリ論ナシ又如何ナル場合ニ於テモ既ニ契約ノ全部又ハ一部ノ履行アリタルトキハ手付ヲ拋棄スルモ解約ヲ求ムルコトヲ得サルハ亦論ナキ所ナリ右ハ即チ我既成民法ノ規定スル所ナリ今此規定ニ依ルニ我法典ニ於テハ一方ニ於テ手付ヲ代價ノ内金ト同一ノ性質ヲ帶ハシメ他方ニ於テハ之ヲ別種ノモノト認メ解除ノ性質ヲ帶ヒタルモノトナシタルモノ、如シ彼ノ買主カ手付ヲ拂ヒタルトキハ是ヲ以テ代價ノ内拂ト看做シタルカ如キ其一例トシテ看ルコトヲ得可シ然レトモ斯ノ思想ハ古代ノ羅馬法ヨリ傳來セルモノニシテ今日ニ於テハ最早理由ナキモノト謂フ可シ之ヲ英國法ニ徵スルニ英國法ニ於テハ内拂ト手付トハ全ク別種ノモノトセリ又其名稱ニ依リテ看ルモ二者同一物ニアラサルコト明カナリ抑モ買主カ支拂ヒタル金錢カ手付ナルカ將タ内金ナルカ爭議ヲ生シタルキトハ他ニ證據ノ看ル可キモノナキトキハ是ヲ内金ト看做スハ固ヨリ間然スル所ナキモ現ニ手付トシテ供シタルコトハ明カナルニモ拘ハラス是ヲ以テ内金ト見做スニ至リテハ古代羅馬法ノ鑿ニ倣ヒタリト云フノ外余輩其理由ヲ發見スルコト能ハサルナリ

終リニ臨ミテ英國法ノ規定ヲ一言スレハ英國法ニ於テハ是ヲ以テ賣買成立ノ一證據トナスニ過キスシテ決シテ解約ノ性質ヲ帶ハシムルコトナシ但シ當事者間ニ明約アルカ若クハ手付ヲ以テ解約ノ方法トナスノ慣習アルトキハ此限ニ在ラス故ニ我邦ノ如ク法律ヲ以テ解除ノ方法トナスコトヲ規定スルハ英國法律ノ認了セサル所ナリ

賣買ノ體樣

第七章 賣買ノ體樣

賣買ハ諸種ノ體樣ヲ具備スルモノナリ本章ニ於テハ其諸種ノ體樣ニ就キテ講述ス可シ

既成民法財産編ハ義務ノ體樣ナル綱目ヲ掲ケテ義務ノ諸種ノ體樣ヲ規定シタリ賣買ハ固ヨリ合意ノ一種ナルカ故ニ財産編ノ此規定ハ尙ホ賣買ニモ適用ス可キコト素ヨリ言チ俟タス然レトモ一般義務ノ體樣如何ハ余カ講述ノ範圍ニ在ラサレハ茲ニ論述スル所ハ單ニ賣買ニ特別ナル體樣ナリト知ル可シ

試驗賣買

第一節 試驗賣買

試驗賣買ハ目的物ヲ試驗シテ買主ノ意思ニ適シ若クハ其需用ニ應スルヤ否ヤヲ

確認シタル上ニテ取結フ所ノ賣買ヲ云フ抑モ物品ノ中ニハ一見シテ能ク其性質ノ如何若クハ瑕瑾ノ有無ヲ了知スルコト能ハサルモノアリ例ヘハ乘馬ノ如キハ數日間之ヲ試乗スルニアラサレハ果シテ惡癖ナキカ將タ買主ノ意ニ適スルヤ否ヤ容易ニ判斷スルコト能ハス又蒸氣機關ノ如キ數回之ヲ試用スルニアラサレハ容易ニ其完全ナルヤ否ヤヲ確認スルコト能ハス故ニ斯ノ如キ物ノ賣買ニ在リテハ概ネ試験ノ上ニテ取結フ例トス

試験賣買ハ動産物ノ上ニ行ハル、コト多シト雖モ稀レニ不動産物ノ上ニ行ハル、コトナキニアラス例ヘハ葡萄ヲ培養スルノ目的ニテ土地ヲ買入レントスルトキニ先ツ數株ノ葡萄ヲ培養シテ其地味ノ果シテ葡萄ニ適スルヤ否ヤヲ試験スルカ如シ

試験賣買ハ多クハ明示ノ契約ヲ以テ之ヲ取結フモノナルモ亦默示ノ契約ヲ以テ之ヲ取結フコトナキニアラス即チ目的物ノ性質若クハ特別ノ情狀ヨリシテ試験賣買ナルコトヲ推測スルコトアルカ如キ是レナリ

試験賣買ノ性質ハ右陳フル所ノ如シ而シテ此種ノ賣買ハ條件付ノ賣買ナルコト從ツテ明白ナル可シ然ラハ此條件ハ停止條件ナリヤ將タ解除條件ナリヤト云フニ當事者ノ意思如何ニ依リテ之ヲ決ス可キモノニシテ法律上一定ノ規定アルコトナシ故ニ當事者ノ意思ニシテ解除條件ナルトキハ之ヲ解除條件付ノ賣買トシ若シ停止條件ナルトキハ停止條件付ノ賣買ナリトス而シテ當事者ノ意思如何ヲ見ルハ一般ノ情況ヨリ之ヲ推究スルノ外ナシ只タ多クノ場合ニ於テハ停止條件付ノ賣買ナル可キノミ(第三十一條第一項)

佛國民法第一千五百八十八條ニ依ルニ試験賣買ハ停止條件付ノ賣買ナリトス但シ解除條件付トナスノ明約アルトキハ此限ニ在ラスト規定シタリ故ニ何等ノ特約ナキトキハ佛國民法ニ於テハ試験賣買ハ停止條件付ノ賣買ナリト推定スルモノニシテ此點ハ我既成民法ト相違スル所ナリ

試味賣買

第二節 試味賣買

試味賣買トハ飲食物ノ味ヲ嘗試シテ買主ノ意ニ適シタルトキハ之ヲ買受ク可シトノ賣買契約ヲ云フ而シテ我民法ノ規定スル所ニ依レハ試味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可キモノトセリ故ニ例ヘハ酒、醬油、味噌

ノ如キ物ニ付キ試味賣買ヲ取結ヒタルトキハ之ヲ停止條件付ニテ取結ヒタルモノト推定セラル可シ然ラハ如何ナル目的物カ果シテ停止條件付タル試味賣買ノ目的物タルヤト云フニ我民法ハ試味ノ慣習アル日用品ノ賣買ハ云々ト規定シ法律ニ其何種ナルコトヲ規定セスシテ一ニ之ヲ社會ノ慣習ニ放任シタリ去レハ若シ試味ノ慣習ナキ日用品ノ賣買ニ付キテ試味賣買ヲ爲シタルトキハ解除條件付ナルカ將タ停止條件付ナルカハ一ニ當事者ノ意思如何ニ依リテ之ヲ決定ス可キモノナリ又試味ノ慣習アル日用品ニテモ當事者カ特約ヲ以テ解除條件ヲ帶ハシメタルトキハ解除條件付ノ賣買ニシテ停止條件付ノ賣買ナリト推定ス可キモノニアラサルコト勿論ナリ民法取得編第三十一條第一項ハ單ニ當事者間ニ特約ナキ場合若クハ反對ノ意思ナキ場合ニハ停止條件ヲ帶ヒテ之ヲ爲シタルモノト爲スト云フニアルコトハ法文ニ推定スナル文字アルニ依リテ疑ヒナキ所ナリ佛國民法第一千五百八十七條ヲ案スルニ葡萄酒油又ハ凡テ買入ル、前ニ試味スル慣習アル物品ニ付テハ買主其嘗試ヲ爲シテ承諾シタルニアラサレハ賣買ヲ爲シタリタルモノト爲ス可カラスト規定セリ蓋シ我既成民法ノ法意ト同一ナラン唯タ

我既成民法ハ之ヲ一ノ推定法ト爲スト佛國民法ハ推定法ト爲サス一般ニ規定シタルトノ差異アルノミ

試味賣買ト試驗賣買トノ間ニ於ケル區別ハ左ニ述フル所ノ如シ

(一) 試驗賣買ノ場合ニ於テハ法律上別段ノ推定法ナシ故ニ果シテ解除條件付ナルヤ將タ停止條件付ナルヤハ全ク當事者ノ意思ヲ推測シテ判定ス可キモノナリ之ニ反シテ試味賣買ノ場合ニ於テハ法律カ停止條件付ナリトノ推定法ヲ設ケタルカ故ニ反對ノ表示ナキトキハ停止條件付ノ賣買ナリト解釋セラル可シ然レトモ茲ニ注意ス可キハ此推定法アルカ爲メニ法律ハ默示ノ解除條件ヲ認了セサルモノト解釋スルヲ得サルコト是レナリ縱令默示ニテモ解除條件ヲ帶ハシメタルコト疑ナキ以上ハ是ヲ以テ解除條件付ノ賣買ナリト認メサル可カラサルヤ疑ナキ所ナリ

(二) 試驗賣買ノ場合ニ於テハ之ヲ拒絕セントスルニハ必スヤ其物品ニ瑕瑾アルカ若クハ自己ノ意思ニ適セストノ理由ナカル可カラス若シ是等ノ理由ナキトキハ決シテ條件ノ成立セサルモノト認ムルコト能ハサルナリ然レトモ試味賣買ノ

場合ニ於テハ買主カ自己ノ日用品ニ供スル場合ト否ラサル場合トニ區別シテ之ヲ論セサル可カラズ即チ買主カ自己ノ日用品ニ供スル場合ニ於テハ條件ヲシテ成立セシムルモ將タ成立セサシムルモ一ニ買主ノ權内ニ在リ何トナレハ其味カ買主ノ意ニ適スルヤ否ヤハ全ク買主ノ判斷スル所ニシテ他人ノ傍ヨリ容喙ス可キモノニアラサレハナリ之ニ反シテ買主カ自己ノ日用品ニ供セサル場合(例ハ商品トナスカ如キ)ニ於テ其物カ通常ノ味ヲ有スル以上ハ猥リニ買主ノ意ニ適セストシテ賣買ヲ拒絕スルコトヲ得サルナリ是レ起案者タルボアンナード氏カ其草案理由書ニ於テ説明スル所并ニ佛國學者一般ニ主張スル所ナリ然レトモ這般ノ區別ハ法理上ヨリ生スル區別ニアラスシテ寧ロ事實上ヨリ自然ニ生スル所ノ區別ナル可シ加之試味賣買ニ於テ買主カ自己ノ日用品ニ供スルト否トチ區別スルカ如キハ法文上更ニ發見シ得サル所ナリ余ハ到底此區別ニ贊全シ能ハサルモ我既成民法ノ法理ヲ離レ其以外ニ法理ヲ認ムルハ今日ニ於テ始メテ見ル所ニアラサレハ斯點ハ又諸君ノ研究ニ値スルモノアラント信ス

尙ホ終リニ臨ミテ試味賣買ト試驗賣買トノ場合ニ於キテ買主カ其權能ヲ執行シ

得ル期間ニ付キテ簡單ニ述フ可シ

借當事者間ニ在リテ期間ニ付テ約束ヲ爲シタルトキハ固ヨリ其期間ヲ遵守シテ其期間内ニ權能ヲ執行セサル可カラズ若シ期間ニ執行セサルトキハ賣買ヲ拒絕シタリト看做スモノトス然レトモ若シ當事者間ニ期間ノ定メナキトキハ賣主ハ短キ期間ニ於テ決答ヲ爲ス可キコトノ催告ヲ爲スコトヲ得ルナリ蓋シ契約者ノ一方カ殆ント任意ノ權能ヲ有スルトキハ相手方ノ迷惑洵ニ測ル可カラサルモノアレハナリ而シテ若シ買主カ其期間ニ決答ヲ與ヘサルトキハ尙ホ賣買ヲ拒絕シタルモノト看做スナリ然レトモ縱令買主ハ決答ヲ與ヘサルニモセヨ賣主ヨリ目的物ノ引渡ヲ受ケタルトキハ買主ハ賣買ヲ承諾シタルモノト看做サル可キモノナリ是レ取得編第三十二條ノ規定スル所ナリ

是レヨリ眼ヲ轉シテ試味賣買及ヒ試驗賣買ニ關シ我商法ハ如何ナル規定ヲ設ケタルヤト觀察スルニ我商法ハ其第五百三十二條ニ規定シテ曰ク

點檢又ハ嘗試ノ上ニテ爲ス賣買契約ハ買主カ其物ヲ承諾セハトノ條件ヲ以テ之ヲ取結ヒタリト看做ス

ト茲ニ所謂點檢ノ語ハ廣濶ナル語ナルヲ以テ民法ニ所謂試驗賣買ヲモ包含ス可ク又嘗試賣買ハ全ク民法ノ試味賣買ト同一ニシテ唯其名稱ヲ異ニスルノミナリ今商法ノ規定ト民法ノ規定トノ差異ヲ舉クレハ左ノ如シ

(一) 民法ノ規定ニ依レハ試驗賣買ト試味賣買トヲ區別シ一ハ推定法ヲ設ケ一ハ推定法ヲ設ケス然ルニ商法ノ規定ニ依レハ點檢賣買モ嘗試賣買モ均シク停止條件付ノ賣買ナリトセリ

(二) 民法ノ規定ニ依レハ試味賣買ノ目的物ハ試味ノ慣習アル日用品ニアラサレハ停止條件付ノ推定法ヲ適用セサルモ商法ノ規定ニ依レハ其目的物ノ如何ニ拘ラス常ニ停止條件付賣買ナリトセリ

(三) 民法ニ於テハ其認ムル所ノ條件ハ適意條件ナレトモ商法ニ於テハ承諾條件ナリトス此區別ヨリシテ非常ニ大ニ且ツ肝要ナル區別ヲ生ス可シ抑モ民法ニ依レハ既ニ自己ノ意ニ適スル以上ハ之ヲ拒絕スルコトヲ得ス然ルニ商法ニ於テハ縱令目的物カ自己ノ意ニ適スルモ之ヲ拒絕スルコトヲ得ルナリ現ニロエスレル氏モ明言シテ曰ク

買主ハ別ニ其理由ヲ舉ケストモ之ヲ拒絕スルコトヲ得加之目的物カ買主ノ意ニ適シタルトキト雖モ尙ホ賣買ヲ拒絕スルコトヲ得

ト知ル可シ商法ハ其條件ノ成否チ一ニ買主ノ全權ニ歸セシメタルモノナルコトヲ然レトモ商法ノ此規定ハ法理ニ適合スルヤ將タ諸國法律ノ認了スル所ナルヤト云フニ余ハ其然ラサルコトヲ斷言スルニ躊躇セサルモノナリ今夫レ承諾スルト否トチ全ク契約當事者ノ一方ノ全權ニ委任スルトセハ賣買契約已ニ成立シタリトハ法理上言フチ得サル可シ然ルニ我商法ハ毫末ノ理由ナク絶對的ニ承諾スルト否トノ全權ヲ買主ニ與ヘ而シテ賣買契約成立セリト認ムルハ抑モ奇怪ノ事理ニアラスヤ後ノ立法者クランモノ須ラク修正スル所アリテ可ナリ特ニ商法ト民法ト斯ノ如キ點ニ於テ異リタル法律ヲ設クルハ一國法典ノ體裁ヲ得タルモノニアラス斯ノ如キ規定ハ須ラク民法ノ所定ニ一任シ商法ニ於テハ之ヲ刪除スルコト寧口制法ノ正鵠ヲ得タルモノナラント信ス

(四) 商法ノ規定ニ依レハ點檢又ハ嘗試ノ爲メニ賣買物ヲ買主ニ引渡ス場合ニハ買主カ點檢若クハ嘗試ノ爲メ必要ナル期間ヲ終ルマテ承諾ヲ與ヘス又ハ其物ヲ

賣主ニ還付セサルトキニハ條件ハ既ニ成就シタルモノト見做ストアリ然ルニ民法ニ於テハ斯ノ如キ規定アルコトナシ故ニ此場合ニ於テハ尙ホ賣主ノ催告ヲ俟テ其期間ニ決答ヲ與ヘサルトキハ之ヲ拒絕シタルモノト見做ス可キモノナリ民法ニ於テハ期間ノ定メナキトキハ短キ期間ニ催告ヲ爲スノ權ヲ賣主ニ與ヘタリ然ルニ商法ニ於テハ期間ノ定メナキトキハ點檢又ハ嘗試ニ必要ナル期間ニ其承諾ヲ述フ可キモノトセリ

第三節 賣買ノ豫約

第一款 賣買ノ片務豫約

賣買ノ片務豫約ハ之ヲ別ナテ二トス賣渡ノ片務豫約及ヒ買受ノ片務豫約是レナリ以下追次之ヲ説述セシ

(第一) 賣渡ノ片務豫約 賣渡ノ片務豫約トハ賣主ニ於テ買主ノ求メアルトキハ賣却ノ合意ヲ爲ス可キコトヲ契約スルモノヲ云フ而シテ或ハ代金ヲ定メ又其買買ノ期間ヲ定メテ契約ヲ取結フコトアリ或ハ代金ヲ定メス又ハ其期間ヲ定メスシテ漠然タル契約ヲ爲スコトアリ例ヘハ甲ナル賣主カ乙者ニ對シテ三月間ニ

或土地ヲ代價千圓ニテ買受シルナラハ之ヲ賣渡スノ合意ヲ取結ハントノ契約ヲ爲スカ如キ場合ハ代金モ定マリ目的物モ定マレルモノナレハ賣買ノ要素ハ既ニ完全ニ具備セルモノナリ又例ヘハ單ニ或土地ヲ買受シルナラハ賣渡ノ合意ヲ爲サントノ契約ヲナセルカ如キハ未タ賣買ノ要素ハ完成セサルモノナルヲ以テ其代價ニ付キテハ更ニ契約ヲ以テ取定メサル可カラズ今夫レ片務豫約ヲ廣義ニ解スルトキハ此二者ヲ包含スルモノナレトモ我既成民法ノ特ニ規定セル所ハ專ラ第一種即チ賣買ノ要素ヲ具備セル豫約ノミニ制限セラレタルコトニ注意ス可シ

賣渡ノ片務豫約ノ何タルヤハ右述フル所ノ如シ漠然トシテ之ヲ看レハ殆ント彼ノ賣買ノ言込ト擇フ所ナキモノ、如シ然レトモ雙者ノ間ニハ必要ナル區別アルヲ以テ固ヨリ混同ス可キモノニアラス抑モ彼ノ言込ナルモノハ當事者ノ一方ノ意思ヲ他ノ一方ニ通知スルモノナルニ過キスシテ當事者ノ間ニハ未タ何等ノ意思ノ合致存スルコトナシ故ニ言込ハ法理上ヨリ之ヲ論スレハ他方ニ於テ未タ承諾ヲ表示セサルトキハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ルモノナリ我商法第二百九十七條ニ依レハ言込ヲ爲セル人ハ其言込ニ依リテ羈束セラル、モノトナシタ

レトモ法理上正鵠ヲ得タルモノニアラサルハ論ナキ所ナリ之ニ反シテ豫約ハ一方ノ當事者ハ固ヨリ其契約ニ依テ羈束セラレ從ツテ義務ヲ負擔シ只々他方ノ當事者ノミ之ヲ買取ルト否ト自由ニ撰擇シ得ルニ過キサルノミ換言セハ豫約ニ在リテハ意思ノ合同ハ既ニ存在シ從ツテ契約ハ既ニ成立セルモノナリ其言込ト區別アル素ヨリ多言ヲ俟タサル可シ

賣渡ノ片務豫約ノ効果如何ト釋スルニ彼ノ賣買ノ如ク物權移轉ノ効果ヲ生セサルヤ明白疑ヒナシ只々這般ノ豫約ハ賣主ニ於テ買主ノ要求アルトキハ條件付賣渡ノ合意ヲ爲ス可シト云フニアレハ賣主ハ買主ニ對シテ賣渡シノ對人的義務ヲ負擔シ買主ニ於テハ之ヲ要求スル所ノ對人的權利ヲ取得スルノ効果ヲ生スルニ止ルモノナリ佛ノ學者中ニハ是ヲ以テ停止條件付ノ物權ヲ移轉スルノ効果ヲ生スルモノナリト主張スルモノアレトモ彼ノボチエー其他一般ノ學者ハ單ニ賣却ヲ爲ス所ノ對人的ノ義務ヲ發生スルニ過キサルモノナリト言ヘリ思フニ我既成民法モボチエー氏等ノ說ニ由リテ規定セラレタルモノナラン取得編第二十六條ニ曰ク

賣渡又ハ買受ノ一方ノミノ豫約アルトキハ要約者カ財產編第三百八條ノ條件及ヒ區別ニ從ヒテ契約ノ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契約ヲ取結フ義務ヲ負擔ス

ト本條ニ所謂義務ハ對人的ノ義務ナルヲ以テ我既成民法ハ片務豫約ハ對人的ノ義務ヲ生スルニ過キスト爲シタルコト明カナリト云フ可シ茲ニ只々本條ニ於テ奇怪ナルハ要約者カ契約ノ取結ヲ要求セルトキヨリ始メテ對人的ノ義務ヲ生スト規定セルコト是レナリ若シ夫レ此規定ノ如クハ要約者カ要求ヲ爲サ、ルノ以前ニ在テハ諾約者ハ何等ノ義務ヲ負擔セサルモノト云ハサル可カラス果シテ、然ラハ片務豫約ハ契約ニアラスト結論セサル可カラサルニ至ラン元來法理上ヨリ論下スレハ片務豫約ハ縱令要約者ノ要求ナシト雖モ諾約者ハ條件付ノ義務ヲ負擔スルモノニ外ナラス詳言スレハ諾約者ハ要約者ノ任意ノ條件ヲ帶フル義務ヲ負擔スルモノナリ現ニ民法草案第千百六十三條ヲ見ルニ要約者ノ請求ニ依リ諾約者ヲシテ契約ヲ爲スノ義務ヲ負ハシムト規定セラレタリ此草案ノ規定ニ依ルモ諾約者ノ義務ハ要約者ノ要求ヲ俟テ始メテ發生スルモノニアラサルコト

明カナリ思フニ是レ法文ノ錯誤ニアラサルナキカ學者ノ一顧ヲ煩ハシタシ
 夫レ然リ然ラハ更ニ一步ヲ進メ要約者カ要求ヲ爲シタルトキ即チ買主カ買受ケ
 シコトヲ承諾シタルトキハ如何ナル効力ヲ生スルヤト云フニ此點ニ關シテハ佛
 國學者ノ說ハ紛々區々トシテ未ダ一定ニ歸セスト云フモ過言ニアラサルカ如シ
 然レトモ佛國學者一般ノ說ニ依レハ此場合ニ於テハ片務豫約ハ既ニ雙務豫約ニ
 變更シタルモノナリ從ツテ當事者雙方ハ對人的權利義務ヲ取得スルモノナリト
 言ヘリ然レトモ余ハ其理由ノアル所ヲ知ラサルナリ元來英國法ニ於テハ片務豫
 約又ハ賣買ノ豫約ノ如キハ實際問題トナルコトナシ思フニ斯ノ如キ馬鹿氣タル
 契約ヲ締結スルモノ無キカ故ナラン從ツテ斯點ニ於ケル法理ノ發達セサルハ素
 ヲリ怪ムニ足ラサルナリ
 買主ノ要求期間ノ定マレル場合ニハ其期間ニ要求セサル可カラサルハ論ナキ所
 ナリ然レトモ若シ要求期間ノ定メナキトキハ諾約者ハ財産編第四百十五條ニ從
 ヒテ其期間ヲ定メシコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得是レ取得編第二十八條ノ
 規定スル所ナリ然レトモ余ヲ以テ之ヲ看レハ此規定ハ其理由アルヲ知ル能ハス

夫レ法律ヲ制定スルニ方リテハ如何ナル方法ニテモ便宜ナル方法ヲ撰定スルコ
 トヲ得ルニ期間ノ定メ方ヲ裁判所ニ請求スルヲ得ルコトヲ法律ヲ以テ規定スル
 コ至リテハ抑モ機宜ヲ失スルモノト云ハサル可カラス是レ亦修正アラシコトヲ
 希望スルノ一點ナリ

次ニ買主カ要求ヲ爲シタルトキ即チ買取ラントノ要求ヲ爲シタルトキ賣主カ之
 ヲ拒絕シタルトキ即チ義務ノ履行ヲ拒絕シタルトキハ如何ニス可キカト云フニ
 賣主ハ契約取結ノ義務即チ所謂作爲ノ義務ヲ破リタルモノナリ故ニ此者ニ對シ
 テハ單ニ損害要償ヲ要求シ得ルニ止マリ直接履行ヲ請求スルコトヲ得サルモノ
 、如シ然レトモ其義務ノ性質ヨリ考フレハ此義務タル故チ義務者ノ身體ヲ拘束
 スルコトナクシテ之ヲ履行シ得ルモノナレハ我法律ノ主義ヨリスレハ直接履行
 ヲ請求スルモ敢テ差支ナキニ似タリ然ルニ我民法ハ此點ニ關シ特別ノ規定ヲ設
 ケ斯ノ如キ場合ニハ要約者ハ裁判所ニ對シ賣買カ成立シタリトノ判決ヲ受ク可
 キモノトセリ是レ取得編第二十七條第一項ノ規定スル所ナリ元來斯ノ如キ規定
 ハ果シテ之ヲ法律ニ設クルノ必要アリヤ否ヤノ問題ハ事自ラ立法上ノ論議ニ屬

スルカ故ニ暫ク措テ之ヲ問ハス抑モ如何ナル主義ニ依リテ我民法ハ之ヲ設ケタ
 リヤト釋スルニ模糊トシテ分明ナラス詳言スレハ我民法ハ判決ヲ以テ權利取得
 ノ一方法ト爲シタルヤ將タ豫約ハ賣買ニ均シトノ原則ニ依リタルモノナリヤ尙
 ホ換言スレハ判決ヲ以テ權利ノ得喪トナセルヤ將タ權利ノ確認トナセルヤ分明
 ナルヲ得サルナリ然レトモ斯點ハ個人ノ權義ニ消長ヲ及ホスモノナレハ須ラシ
 之ヲ明了ナラシメサルヲ得サルヲ信スルナリ今我既成民法全般ノ上ヨリ云フト
 キハ一般ニ判決ヲ以テ權利得喪ノ原因ト爲サズ只タ既存ノ權利ヲ確認スルモノ
 ト爲シタリ且ツ取得編第二十六條ニ依ルニ豫約ノ効力ハ對人的義務ヲ生スルニ
 過キストセリ然ラハ我法律ハ豫約ハ賣買ニ均シトノ佛民法ノ原則ニ依リタルモ
 ノタルコト明カナリ然ルニ取得編第二十七條ノ規定ハ判決ヲ以テ權利得喪ノ原
 因ト爲シタルモノ、如シ之ヲ要スルニ斯點ニ關シ我法文ノ明了ヲ欠クハ實ニ一
 大欠點ト謂ハサル可カラス

(第二) 買受ノ片務豫約 買受ノ片務豫約トハ例ヘハ甲者乙者ニ對シ汝ノ所有ス
 ル邸宅ヲ五千圓ニテ賣却スルコトヲ欲セハ余ハ之ヲ買受クルノ契約ヲ爲ス可シ

賣買ノ雙 務豫約

トノ申込ニ對シ乙者之ニ答テ余ハ之ヲ賣却スルトモ否トモ未タ決セサレトモ若
 シ賣却スルコトヲ欲スルトキハ之ヲ賣渡スノ契約ヲ爲ス可シトノコトヲ約束ス
 ルカ如キコトヲ云フ蓋シ申込モアリ承諾モアリテ有効ナル契約ナリトス此契約
 ハ賣買ノ契約ト異ルコト勿論ナリ又賣主ハ何等ノ義務ヲ負擔スルモノニアラス
 シテ只タ賣渡スコトヲ得ルノ權利ヲ有スルノミナリ之ニ反シテ買主ハ乙者カ賣
 渡サンコトヲ要求シタルトキ買受ヲ爲サ、ル可カラサル條件付ノ義務ヲ負擔ス
 ルモノナリ而シテ此契約ハ其性質上賣渡ノ片務豫約ト全一ナレハ前段ニ述ヘタ
 ル規定ハ凡テ之ニ適用セラル、コト勿論ナリ只タ此場合ニ於テハ諾約者ハ買主
 ニシテ賣主ハ要約者ナレハ賣主ハ自由ニ自己ノ物ヲ賣却シ得ルノ區別アルノミ

第一款 賣買ノ雙務豫約

賣買ノ雙務豫約トハ賣渡并ニ買受ノ片務豫約カ相合シテ全時ニ成立シタルモノ
 ト均シ試ニ一例ヲ舉クレハ甲者ハ乙者ニ對シ或土地ヲ千圓ニテ賣却スル契約ヲ
 取結フ可キコトノ申込ヲ爲シ乙者之ニ承諾ヲ表シタルトキハ土地ヲ千圓ニテ賣
 買スルコトノ契約ヲ取結フコトヲ約束シタルモノニシテ是レ即チ賣買ノ雙務豫

約ナリ甲者ハ之ヲ賣却セシコトヲ約シ乙者ハ之ヲ買取ランコトヲ約シタルトキハ甚ク賣買ノ雙務豫約ニ類似スレトモ是レ豫約ニアラスシテ一ノ賣買契約ナリ蓋シ一方ハ賣却ノ義務ヲ負擔シ一方ハ買取ノ義務ヲ負擔セルトキハ賣買ハ已ニ成立セルモノニシテ豫約ニアラス賣買ノ豫約ハ賣買契約ヲ取結フ義務ヲ負擔スル所ノ契約ナリ其間ニハ大差異アルコト明カナリ然ルニ學者時トシテハ此區別ヲ混同スルモノアリ諸子夫レ注意シテ可ナリ

次ニ雙務豫約ノ効果如何ト云フニ固ヨリ片務豫約ノ場合ト異ナルコトナシ只ク雙務豫約ノ場合ニ於テハ買受ノ片務豫約ト賣渡ノ片務豫約ト併合シタルモノナルヲ以テ其結果只ク片務豫約ニ比シテ複雑ニ渉ルノミニシテ其法理上ノ理由ニ至リテハ二者徑庭アルコトナシ即チ當事者ハ互ニ相手方ニ對シテ契約ノ取結ヲ要求スルコトヲ得ヘキナリ

偕又一方カ其義務ヲ怠リタルトキハ尙ホ片務豫約ノ場合ノ如ク要約者ハ賣買成立ノ判決ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得而シテ裁判所ニ於テ賣買成立ノ判決ヲ受ケタルトキハ茲ニ所有權移轉ノ効果ヲ生スルモノトス然ラハ其効果ハ判決ノ時

ニ生スルモノナルヤ將ク其以前ニ溯リテ豫約取結ノ時ヨリ生スルヤ或ハ其要求ヲ爲シタルトキヨリ生スルヤノ問題ヲ生ス斯點ニ關シテハ我民法ハ明了チ欠クモノナルコト前已ニ述ヘタル所ノ如シ但シ裁判所カ當事者ノ意思ヲ解釋シテ即時賣買ノ効果ヲ生セントスルニ在ルトキハ即時賣買ノ効アリト判決シ又期間ノ定アルトキハ其期間ハ果シテ履行ノ期間ナルヤ將ク所有權移轉ノ期間ナルヤハ當事者ノ意思ヲ審案シテ判決ヲ下ス可キモノトス是レ取得編第二十八條第二項ノ規定スル所ナリ然レトモ是レ固ヨリ當然ノ事理ニシテ敢テ法律ノ規定ヲ俟タサル所ナリ是レ只ク佛國法律ニ拘泥シタルノ結果ナルノミ

尙ホ此點ニ關シ佛國法律ノ規定ヲ述ヘンニ佛國民法第千五百八十九條ニ曰ク

目的物ト代價トニ付キ當事者カ相互ニ承諾シタルトキハ賣買ノ豫約ハ賣買ノ効アリ

ト而シテ此法文ノ解釋ニ關シテハ佛國學者間ニ二說アリ

一ハ曰ク法文ニ所謂賣買ノ豫約ハ賣買ノ効アリト云フノ規定ハ最モ廣濶ナル意義ヲ有スルモノナリ故ニ其豫約ハ單純ノモノニテモ又ハ條件付ノモノニテモ又

ハ期間ノ定メアルモノニテモ又ハ期間ノ定メナキモノニテモ凡テ即時賣買ノ効アルモノト解ス可キナリ而シテ縱令期間ノ定メアルモ其期間ハ單ニ義務ノ履行期限ヲ定メタルモノト解釋ス可キモノナリト此學說タル佛國一般ニ行ハル、所ニシテ今日ハ殆ント斯說ニ歸シタリト云フモ過言ニアラサルナリ

他ノ一ハ曰ク法文ニ所謂賣買ノ豫約ハ賣買ノ効アリト云フハ必スシモ常ニ即時賣買ノ効アリト云フニアラス是レ單ニ一ノ推測法タルニ過キス故ニ若シ當事者ノ意思カ即時賣買ニアラスシテ後日賣買ナルコト明カナルトキハ裁判所ハ其意思ニ依リテ裁判ヲ下シ即時賣買ノ効ナシト判決ス可キモノナリト

右ニ掲ケタル二說ノ相違スル所ハ一ハ法律上一定シテ動ス可カラサル推測法トナシ一ハ普通ノ推測法ニシテ若シ反對ノ意思明カナルトキハ例外ナリト云フニ在リ換言セハ一ハ是ヲ以テ絕對的ノ規定ト爲シ一ハ是ヲ以テ相對的ノ規定ト爲スノ差異ニ過キス然レトモ第二說ヲ主張スル學者ハ今日ニ於テハ殆ント稀ナルカ如シ只タ我民法ノ起草者タルボアソナード氏今日ニ於テ之ヲ唱道スルノミ取
得編第二十八條第二項ハ實ニボアソナード氏カ佛國民法ニ對スル見解ヲ以テ規

定シタルモノナリ其我法律ニ無用ナルニ拘ラス之ヲ法文ニ明掲シタルモノ誰カ宜ナラスト云ハンヤ

見本賣買

第四節 見本賣買

見本賣買トハ見本ニ付キテ取結フ所ノ賣買ニシテ明示ノ方法ニ依ルモ亦默示ノ方法ニ依ルモ之ヲ取結フコトヲ得而シテ見本賣買ハ試驗賣買若クハ試味賣買トハ異ナリテ無條件ノ賣買ナリトス之ニ反シテ試驗賣買及ヒ試味賣買ハ條件付ノ賣買ナルコトハ前已ニ之ヲ述ヘタル所ノ如シ

見本賣買ハ他ノ無條件賣買ト比シテ如何ナル差異アリヤト云フニ要スルニ左ノ三個ノ特質ヲ具有スルモノナリ

(一) 見本賣買ニ於テハ賣主ハ目的物ノ全體ハ其性質ニ於テモ又ハ其他ノ條件ニ於テモ見本ニ適合セルコトヲ暗黙ニ擔保スルモノナリ英國ノ判事長アボット氏パーカー對バルコーノ訴件ヲ判決シテ曰ク見本ヲ以テ取結フ所ノ賣買ハ宛モ賣主カ其目的物ハ凡テ見本ノ性質ニ適合セルコトヲ明カニ擔保シタル賣買ニ均シキモノナリト蓋シ見本賣買ニ於ケル此法理ハ特ニ英國法律ノ認ムル所ナルノミ

ナラス文明諸國ニ於テ均シク認了セル所ナリトス

(二) 見本賣買ニ於テハ見本ヲ相當ニ點檢シテ尙ホ且ツ發見スルコトヲ得サル瑕
 瑾アリテ其目的物ヲ商品ト爲スコトヲ得サルカ若クハ使用スルコトヲ得サルコ
 トナキヲ擔保スルモノナリ英國ノ判例ヲ案スルニパルキンソン對リーノ訴件ニ
 於テハ商人ニシテ製造人ニアラサル所ノ賣主ハ見本ヲ相當ニ點檢シテ尙ホ發見
 スルコトヲ得サル瑕瑾ニ付キテハ責任ナシトノ判決ヲ與ヘタリ此判例ニ依レハ
 賣主ハ製造人ニアラサルヨリハ隠レタル瑕瑾ニ付キテハ責任ナシトノコトヲ確
 認セルモノナリ然レトモ此判決例ハ今日ニ於テハ最早既ニ其効力ヲ喪失シダリ
 ロード、フヒシヤ氏曰ク此判決例ハ業既ニ法律タルノ効力ヲ失ヒタルモノナリト
 又判事ウィルス氏ノ言ヲ聞クニ曰ク或ル訴件ニ於テ新シキ藥料ヲ以テ「ブランダ
 ー」ヲ着色シ之ヲ見本トシテ賣買契約ヲ取結ヒタリ然ルニ斯ク着色セラレタル「ブ
 ランデー」ハ之ヲ飲料トナストキハ劇烈ナル下劑藥ニシテ大ニ健康ヲ害スルモノ
 ナルコトヲ發見シタリ然レトモ此「ブランダール」ノ健康ニ害アルコトハ通常一般ノ
 試驗ニ依リテハ之ヲ發見スルコトヲ得サリシナリ斯ノ如キ場合ニ於テハ賣主ハ

自ラ製造人ニアラストノ理由ヲ以テ責任ヲ免ル可キニアラス必スヤ此瑕瑾ニ對
 シテ責任ヲ負ハサル可カラスト由是看之英國法律ニ於テモ今日ハ賣主カ單ニ製
 造人ナルト然ラサルトノ間ニ區別ヲ設ケサルモノナルコト明カナリト云フ可シ
 (三) 見本賣買ニ於テハ買主ハ其見本ト賣買ノ目的物トヲ比較シテ點檢スル爲メ
 ニ相當ナル時機ヲ有セサル可カラス是レ當事者間ニ明約ナキモ見本賣買ノ性質
 上ヨリ當然生スル所ノ默示ノ條件ナリトス

右ニ論述シタル三者ハ即チ見本賣買ニ特別ナル性質ナリトス
 上來論述シタル所ハ普通ノ見本賣買ニ付キテ言ヘルモノナリ此他ニ平均見本賣
 買ト稱スルモノアリ試ニ其一例ヲ舉クレハ倉庫ニ米數十俵アリトセハ各少許ツ
 ヲノ米ヲ取出シ之ヲ混同シテ其平均シタルモノヲ以テ見本ト爲スモノナリ斯ル
 場合ニ於キテハ縱令其數十俵ノ中ニハ或ハ平均見本ヨリ劣等ノ米アルモ是ヲ以
 テ買主ハ買取リテ拒絶シ若クハ代價ノ減少ヲ求ムルコトヲ得ス只タ夫レ數十俵
 ノ米ヲ混全シタルモノカ平均見本ニ適合セルトキハ目的物ニ瑕瑾ナキモノト云
 ハサル可カラス是レ米國ニ於ケルレオナード對ファウラーノ訴件ニ於テ確認セラ

レタル所ノ法理ニシテ蓋シ正鵠ヲ得タルモノト云フ可シ
 我既成民法ニ於テハ別ニ見本賣買ニ付キテ特ニ規定セラル、所ナシ思フニ是レ
 見本賣買ハ多クハ商事上ノ取引ニ行ハル、トノ理由ヨリシテ之ヲ商法ニ譲リ民
 法ニハ特別ニ規定ヲ設ケサリシモノナラン商法第五百三十三條ハ見本賣買ノコ
 トヲ規定シタリ今此規定ニ依レハ賣主ハ目的物カ商標見本雛形又ハ試品ニ適合
 スルコトノ擔保ヲ爲スモノニシテ且別段ノ契約ナキトキハ其物カ商標見本雛形
 又ハ試品ノ所有者又ハ製出者ニ由來スルモノナルコトヲ擔保スルモノトセリ

第五節 度量衡ヲ用ユル賣買

度量衡ヲ用ユル賣買

佛國民法ニ於テハ度量衡ヲ用ユル賣買ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケタリ然レトモ我
 民法ニ於テハ別段ノ規定ヲ設ケルコトナシ思フニ普通ノ法理ヲ以テ之ヲ支配ス
 ルヲ得ルヲ以テノ故ナラン去レトモ度量衡ヲ用ユル賣買ト之ヲ用非サル賣買ト
 ハ大ニ體様ヲ異ニセルモノアルヲ以テ茲ニハ極メテ簡單ニ度量衡ヲ用ユル賣買
 ニ特別ナル體様ヲ述ヘントス
 度量衡ヲ用ユル賣買ヲ別ニトス即チ(第一)度量衡ヲ用非スハ目的物カ確定

セサル場合第二)度量衡ヲ用非スハ代價ノ確定セサル場合はレナリ以下追次之
 ナ説明ス可シ

(第一) 度量衡ヲ用非サレハ物件ノ特定セサル場合 例へハ深川ノ倉庫中ニアル
 米チ一石ニ付キ八圓ノ價ニテ五十石ヲ賣買スルト云フカ如キ是レナリ斯ル場合
 ニ於テハ米一石ノ價八圓ト云フニアレハ代價ハ已ニ特定セルモノナレトモ其賣
 買セントスル五十石ノ米ハ倉庫中ニアル何レノ米ナルヤ否ヤ確定セス是レ度量
 衡ヲ用非サル可カラサル所以ナリ
 斯ノ如ク夫レ度量衡ヲ用非サレハ未タ其目的物ハ特定セサルモノナレハ從ツテ
 其目的物ノ所有權ハ依然賣主ニ在リテ買主ニ移轉セルモノニアラス故ニ其目的
 物ノ一部カ滅失シタルトキハ賣主ニ於テ其損失ヲ負擔セサル可カラス其全部カ
 滅失シタルトキモ亦是レト全シ
 然レトモ其損失カ天災ニ依リテ生シタルトキハ果シテ賣主ノ負擔ス可キモノナ
 ルヤ將タ買主ニ於テ負擔ス可キモノナルヤ佛國學者ノ間ニ於テ大ニ議論ノ存ス
 ル所ナリ英國ノ法理ヨリ云フトキハ物ノ危險ハ所有者ノ負擔スルモノナリトノ

原則ニ依リ此場合ニ於テモ所有權ハ未ダ買主ニ移轉セサルモノナレハ賣主ニ於テ其損失ヲ負擔ス可キコトニ一定シ別ニ是ニ對シテ異論ヲ挾ム者ナシ佛國學者中ニテモ民法覆義ノ著者タルムーロン氏ノ如キハ所有者ハ所有物ヨリ生スル利益ヲ收得スルモノナレハ其物ニ生スル損失モ亦之ヲ負擔セサル可ラスト説ケリ然ルニ之ニ反シテ他ノ學者ハ賣主ノ故意若クハ過失ニ歸セサル原因即チ天災等ヨリ生スル損失ハ決シテ賣主ノ負擔ス可キモノニアラスシテ買主ノ負擔ス可キモノナリト云ヘリ而シテ其理由トスル所ヲ聞クニ曰ク抑モ一旦雙務合意成立シタル以上ハ當事者ハ互ニ獨立シテ義務ヲ負擔セサル可カラズ相手方カ義務ヲ盡スコトヲ得サルニ至リタルカ爲メニ自己ノ義務ヲ盡スコトヲ免ル、モノニアラス換言スレハ相手方カ義務ヲ盡スト否トハ自己カ義務ヲ盡スト否トニ毫モ關係ナシ相手方ハ天災ノ爲メニ物件ヲ喪失シタルモノナレハ義務ヲ盡サント欲シテ盡スコトヲ得サルモ買主ハ其盡ス可キ義務即チ代金ヲ支拂ハサル可カラスト是レ反對論者ノ理由ノ大要ナリ然レトモ賣買ノ性質ヨリ之ヲ論スレハ買主ハ未ダ目的物ノ所有權ヲ取得セサルニモ拘ラス代金ヲ支拂ハサル可カラストノ理由ハ

到底發見スルコトヲ得サルナリ佛國ニ於テ反對説ヲ唱フル學者中ニハ有名ナル學者アルニ拘ハラス其理由ハ極メテ薄弱ナルモノナラント信ス加之佛國民法ノ解釋トシテハ買主ハ決シテ代金ヲ支拂フノ義務ナカル可シ佛民法第千五百八十五條ニ依ルニ賣買品ハ之ヲ數量スル迄賣主ノ危險ニ在リト規定シタリ去レハ未ダ數量セサル以前ニ生シタル損失ナルトキハ固ヨリ賣主ノ負擔ス可キモノナルコトハ反對論者ト雖モ之ヲ認ムル所ナラン故ニ佛國學者ノ大半ハ第一説ニ贊同スルモノニシテ殆ント第一説ニ歸シタリト云フモ過言ニアラサルナリ

(第二) 度量衡ヲ用ヰスノハ代價ノ確定セサル場合 例ヘハ倉庫中ノ米ハ悉皆一石ニ付キ七圓ノ代金ヲ以テ買受クル契約ヲ取結ヒタルトキノ如シ斯ル場合ニ於テハ度量衡ヲ用ヰサレハ其倉庫中ニハ何十石ノ米アルヤ將タ何百石ノ米アルヤ之ヲ知ルコトヲ得サルヲ以テ從ツテ代金モ未ダ確定スルコトヲ得ス
斯ノ如キ場合ニ於テ未ダ度量衡ヲ施サ、ルトキニ天災ニ依リ滅失シタルトキハ何人カ之ヲ負擔ス可キモノナルヤト云フニ前既ニ論述シタル所ト全シシ度量衡ヲ用ヰサル以上ハ其所有權未ダ買主ニ移轉セサルモノナレハ現ニ所有主タル賣

主ニ於テ之ヲ負擔ス可キモノナリトス然レトモ之カ理由ニ至テハ二說アリ其一
 說ニ曰ク此場合ニハ賣買ノ要素タル代價未タ定マラサルモノナレハ賣買ハ未ダ
 成立セサルモノナリ然ラハ代價ハ何時定マル可キヤト云フニ度量衡ヲ用非初メ
 テ定マルモノナリ故ニ此場合ニハ未タ所有權ノ移轉ナシト第二說ニ曰ク代價ノ
 目安ハ已ニ定マリタルヲ以テ賣買ハ成立シタリト謂フ可シ然レトモ當事者ノ意
 思ヲ考フニ未タ所有權ヲ移轉スルノ意ナキモノナレハ其移轉ナキヤ明カナリト
 前說ハ專ラ佛法學者ノ唱道スル所ニシテ後說ハ專ラ英米法學者ノ主張スル所ナ
 リ余ハ寧ロ後說ヲ贊成スルモノナリ猶詳細ハ次章ニ於テ論述ス可シ

第二編 賣買契約ノ効力

第一章 所有權ノ移轉

所有權ノ移轉ヲ論スルニ付テハ特定物賣買ノ場合ト不特定物賣買ノ場合トヲ區
 別セサル可カラズ以下之ヲ分說セン

賣買契約ニシテ特定物ヲ目的トスルトキハ其物件ノ所有權ハ契約ノ効力ニ依リ
 當然買主ニ移轉スルモノナリ然ラハ其移轉ノ時期如何ト云フニ此コトタル素ヨ

賣買契約
 ノ効力
 所有權ノ
 移轉

リ當事者ノ意思ニ依テ之ヲ定メサル可カラズ而シテ當事者ノ意思ヲ定ムルニハ
 則チ契約ノ文詞、當事者ノ行爲其他各事件ノ情況ニ依據スルヲ要ス左レトモ當事
 者ノ間所有權移轉ノ期日ニ付キ何等ノ契約タモ存セサルトキハ所有權ハ賣買契
 約ノ成立ト同時ニ買主ニ移轉スルモノナリ今ヤ所有權移轉ノコトニ關スル古今
 ノ法律ヲ按スルニ往昔ノ羅馬法ニ依レハ賣買ハ毫モ所有權移轉ノ方法ニアラス
 シテ唯ク買主ニ安全ノ占有ヲ附與スル所ノ方法タルニ止マリシナリ故ニ羅馬法
 ニ於ケル賣買契約ハ其効果トシテ所有權ヲ移轉セシムルコト之レナカリシナリ
 古代ニ於ケル本邦ノ賣買法モ亦之ト同シ何トナレハ往古ニ在テハ各人民ハ法律
 上一モ所有權ヲ有セサリシヲ以テ縱令土地ノ如キモノヲ賣買スルモ素ヨリ所有
 權移轉ノ効ナク單ニ安全ナル占有ヲ轉付スルニ過キサレハナリ故ニ當時賣渡證
 書ノ文例トシテ若シ此土地ニ付キ他ヨリ故障アルトキハ賣主自ラ之ヲ排除シ決
 シテ迷惑ヲ蒙ラシメサル可シテフ意義アル字句ヲ記載スルヲ通常トセリ次ニ蘇
 格蘭ノ法律ヲ見ルニ元來同國ノ法規タルヤ羅馬法ヲ基礎トシテ成立セルモノナ
 レトモ成文律ヲ以テ多少之ヲ變更シテ適用シ居レリ而シテ其規定スル所ニ依レ

ハ前述セル羅馬法等ト異ナリ賣買ヲ以テ所有權移轉ノ方法トスレトモ該所有權タルヤ賣買契約ノ効果ニ依リ直チニ買主ニ移轉スルモノニアラスシテ其之ヲ移轉スルニハ必ス契約ノ履行即チ物件引渡ヲ要スルコト、セリ之ニ反シテ英國法律ニ於テハ物件ノ所有權ハ賣買契約其物ノ効力ニ依リ當然買主ニ移轉スルモノトス佛蘭西及ヒ以太利等ニ在テモ亦現今ニ於テハ古代羅馬法ノ主義ヲ排斥シ全然英國法ト同一ナル規定ヲ適用セリ蓋シ物件ノ所有權ハ契約ニ依テ直ニ移轉ストノコトハ近世ニ於ケル諸國法律ノ一般ニ認識シタル法理ナリト云フモ敢テ誣言ニアラサル可シ左レハ本邦ノ新民法ニ在テモ特定物ノ賣買ニ付テハ其所有權契約ノ成立ト同時ニ移轉スルモノニシテ更ニ引渡ノ行爲等ヲ必要トセサルナリ詳言スレハ特定物ニ關シ無條件ノ賣買契約ヲ締結スルトキハ其物件ノ所有權ハ當然契約ノ成立ト同時ニ移轉スルモノニシテ夫ノ代價支拂又ハ物件引渡等ニ付キ設定シタル期限ハ毫末タモ之ニ關係スル所アラサルナリ然レトモ其期限カ單ニ代價ノ支拂若クハ物件引渡ノ爲メニアラスシテ所有權移轉ノ期日トスルニアルトキハ素ヨリ該期限ノ到達スルニアラサレハ所有權移轉ノ効果ヲ生スルコト

ナシ是ヲ以テ期限付ノ賣買ニ於テハ其期限タル果シテ引渡ノ期日タルヤ將タ所有權移轉ノ期日ナルヤチ判然査定スルニアラサレハ未タ以テ所有權移轉ノ有無ヲ決定スルコト能ハサルナリ
 借又特定物ノ賣買ナルモ代價額ヲ確定スル爲メニ賣主ニ於テ度量衡ヲ施スカ又ハ其他或ル所爲ヲ爲サ、ル可カラサル場合ニ在テハ物件ノ所有權ハ此等ノ所爲ノ行ハル、迄移轉スルコトナシ然ラハ其理由如何ト釋スルニ此點ニ付テハ二説アリテ存ス其第一説ニ曰ク代價ハ賣買契約ヲ成立セシムル所ノ要素ナリ此場合ニ於テハ賣主カ度量衡ヲ施ス迄ハ一モ代價ヲ確定スコトヲ得ス故ニ賣買契約其物ハ未タ成立スルコトナシ從テ所有權ノ移轉セサルハ勿論ナリト此説タルヤ主トシテ佛國法學者ノ唱道スル所ナリ今該説明ノ當否如何チ一言センニ此説ハ古代ノ法理ニ照セハ實ニ妥當ヲ得タルモノトス何トナレハ羅馬法ヲ始メ其他往時ノ法理ニ於テハ賣買ニハ必ス代價額ノ確定スルコトヲ要シタレハナリ然レトモ近世ノ法理ハ大ニ往時ト其主義ヲ異ニシ縱令當事者ノ間代價額ヲ定メサルモ既ニ目安ヲ附シタル以上ハ即チ代價額モ亦確定セルモノトシ其極賣買契約成立セ

ルコトヲ認ムルモノナリ故ニ第一説ヲ近世ノ法理ニ照ストキハ當事者ニ於テ目
安ヲモ尙ホ一定セサル場合ニ付テハ適當ノ議論ナリト雖モ業既ニ目安ヲ一定シ
タル場合ニハ到底之ヲ適用スルコトヲ得ス次ニ其第二説ニ曰ク法律ハ當事者ニ
於テ未ダ度量衡ヲ施サ、ル以上ハ所有權ヲ移轉スルノ意思ナキモノト認定ス詳
言スレハ此場合ニ於テ賣買契約ハ既ニ成立スレトモ當事者ハ度量衡ヲ施シタル
トキ始メテ所有權ヲ移轉スルノ意思ヲ有スルモノト推測スルニアリト此説タル
英國法律ノ主唱スル所ニシテ甚ダ肯緊ニ中レルモノナリ同國法律家シヤルマー
氏其最近ノ著書ニ於テ言ヘルアリ曰ク此場合ニ於テハ意思ノ推測法ヨリシテ所
有權未ダ買主ニ移轉セスト認ムルモノナリ故ニ當事者ノ間若シ反對ノ意思明カ
ナルトキ即チ度量衡ヲ施サ、ルモ尙ホ所有權ヲ移轉スルノ意思明瞭ナルトキハ
素ヨリ此推定法打破セラル可ク從テ其物件ノ所有權ハ契約ノ成立ト同時ニ移轉
シ去ル可シト

賣買ノ目的物カ特定ノ不動産ナル場合ニ於テモ亦當事者ノ間ニ在テハ契約ノ成
立ト同時ニ其所有權買主ニ移轉スルコト論ヲ俟タス然レトモ買主ニシテ賣主ノ

特定且ツ善意ノ承繼人ニ對シ其所有權ヲ主張センニハ必ス登記ヲ受ケサル可カ
ラス然ラサレハ這般ノ承繼人ニ對抗シテ其所有權ヲ主張スルコトヲ得サルナリ
之ニ反シテ一般ノ承繼人即チ賣主ノ相繼人ニ對シテハ縱令登記ヲ受ケサルモ其
所有權ヲ主張スルニ於テ一モ妨ナシ何トナレハ相繼人ハ素ト賣主ノ身分ヲ相繼
スルモノナレハ法律上決シテ第三者ト同一視ス可キニアラサルヲ以テナリ是レ
民法財産取得編第四十五條ノ規定スル所タリ夫レ然リ然レトモ動産ニ付テハ何
レノ邦國ト雖モ通常登記ノ制ヲ設備スルコトナシ故ニ純粹ノ論理ヨリ云ヘハ同
一ノ動産物ヲ前後二名ノ者ニ賣渡シタルトキハ則チ先ニ買取リタル者之カ所有
權ヲ取得シ後ノ買主ハ其物件ニ付キ何等ノ權利ヲモ取得スルコトナシト決論セ
サル可カラズ撮言スレハ後ノ賣買ハ全ク無効ナリト云ハサルヲ得サルナリ然レ
トモ是レ唯純理タルニ過キスシテ實際ノ法律ニ於テハ賣買契約ノ前後ヲ論セス
買主中最先ニ物件ノ占有ヲ得タル者ニ優先權ヲ附與スルノ主義ヲ取レリ換言ス
レハ動産物ノ所有權ハ買主中先ツ其占有ヲ得タル者ニ歸屬スト云フニアリ以下
此規定ノ理由ヲ英國ノ法理ニ依テ説明センニ該法規タル所謂衡平法ノ主義ニ基

キタルモノニ外ナラス衡平法ノ原則ニ曰ク衡平相同シキハ法律上ノ權利ヲ有スル者優先權アリ、法律上ノ權利ヲ有スル者ナクシテ全然同一ノ衡平ヲ有スル者ノ間ニ於テハ時ノ先ナルモノ優先權アリト今夫レ同一ノ動産物ヲ前後二人ニ賣渡シタル場合ニ於テハ其二名ノ買主ハ其ニ衡平法上ノ權利ヲ有スレトモ若シ一ノ買主ニシテ先ツ占有ヲ得ルトキハ則チ同法上ノ權利ノ外尙ホ普通法上ノ權利ヲ併有スルコト、ナルヲ以テ茲ニ他ノ買主ニ對シテ優先權ヲ取得ス可シ又前後二名ノ買主ニシテ何レモ未ダ占有ヲ取得セサルトキハ其衡平法上ノ權利同一ニシテ更ニ軒輊スル所ナシ故ニ斯ル場合ニ在テハ時ニ於テ先ナル者即チ先ツ賣買契約ヲ締結シタル者カ其物件ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得可キナリ我民法財產取得編第四十五條第二項ハ則チ此主義ヲ採用シタルモノナリ次ニ動産中所謂債權ノ賣買ニ付テハ素ト無形ノ物件ニ係ルカ故ニ到底物ノ占有ヲ想像スルコトヲ得可キコアラヌ是ヲ以テ斯ル無形物賣買ノ場合ニ於テハ前述セル有形動産ノ場合ノ如ク買主ノ内先ツ占有ヲ得タル者ニ優先權アリトスルコト能ハサルナリ然ラハ其優先順序ヲ定ムルノ法如何ト云フニ此場合ニ在テハ賣買ノ前後ヲ問ハ

ス合法ノ方式ニ依リ先ツ債務者ニ對シテ買受ノ通知ヲ爲シタル者ニ於テ其債權ヲ取得スルニアリ是レ前述セル取得編第四十五條第二項ノ規定スル所ナルノミナラス又一般法理ノ確認スル事項ナリトス

賣買ノ目的物カ不特定物ナルトキハ其契約ノ直接ノ効果ハ單ニ賣主ニ所有權ヲ移轉スル義務ヲ負ハシムルニ過キス換言スレハ所有權ヲ移轉スルノ効果ナクシテ單ニ所有權ヲ移轉スル對人的義務ヲ賣主ニ負ハシムルニ過キサルナリ蓋シ不特定物ニ付キ賣買契約ヲ取結ヒタルノミニテハ未ダ目的物ハ確定スルコトナク從ツテ其契約ニ依リテ直チニ所有權ヲ移轉スルコトハ物理上爲シ得サル所ナリ我既成民法財產編第三百三十二條ニモ代替物ヲ授與スル合意ハ諾約者ヲシテ其物ノ所有權ヲ約束シタル性質品格及ヒ分量ヲ以テ要約者ニ移轉スル義務ヲ負ハシムト規定シタルニ依リテ看レハ代替物ノ賣買ハ直チニ所有權ヲ移轉スル効果ナキハ我法律ノ明文上明カナル所ナリ而シテ代替物トハ何ソト云フニ財產編第十八條ハ當事者ノ意思又ハ法律ノ規定ニ因リ同種ノ物ヲ以テ代フルコトヲ得ルモノヲ代替物ナリトシ而シテ量定物及ヒ消費物即チ一回ノ使用ニ依リ消費スル

所ノモノハ概シテ當事者ノ意思ニ依ル代替物ト看做シタリ然ラハ代替物及ヒ消費物ハ廣義ニ於ケル代替物ニシテ斯ノ如キ物ノ賣買ハ當然所有權ヲ移轉スル効果ナキモノナリ我法律ハ不特定物トシテ規定スルコトナシト雖モ以上ノ三者ハ殆ント凡テノ不特定物ノコトヲ云ヘルモノナレハ單ニ不特定物トシテ規定スル方寧ロ簡短ニシテ宜チ得タルモノナラン

次ニ英米法律ヲ案スルニ不特定物ノ賣買契約ハ之ヲ賣買ノ未遂契約ト稱シ單ニ是レノミニテハ未タ所有權ヲ移轉スルモノニアラスト爲セリザレツト對ヒルノ訴件ニ於テ「ロード」ベーレー氏言ヘルコトアリ曰ク賣買ニ付キ何事カ賣主ニ於テ爲ス可キコトアルトキハ賣主カ之ヲ爲スマテハ物ノ所有權ハ移轉スルコトナシ又許多ノ量定物アリテ其一部分ヲ賣却スルモノヲ分割スルニアラサレハ何レノ部分ヲ引渡ス可キモノナルヤ何人ト雖モ之ヲ知ルコトヲ得ス換言スレハ之ニ度量衡ヲ施シテ之ヲ分割スルマテハ獨立ノ物體ヲ爲サ、ルナリ從ツテ所有權ノ移轉ス可キモノニアラスト因是看之不特定物ノ賣買ハ直ニ所有權移轉ノ効果ナキコトハ法理上明白疑ナキ所ニシテ敢テ法律ノ明文ヲ俟ナテ後ニ知ル所ニアラサ

ルナリ

夫レ然リ然ラハ一步ヲ進メテ不特定物ノ賣買ニ於テハ何レノ時所有權移轉スルモノナルヤノ問題ヲ研究ス可シ我既成民法財産編第三百三十二條ニ依ルニ斯ノ如キ場合ニ於テハ所有權ハ物ノ引渡又ハ當事者ノ立會ニテ爲シタル指定ニ依リテ移轉スルモノトセリ是レ蓋シ當事者ノ一方ニ物ノ撰擇ヲ放任スルトキハ諾約者ハ最下等ノ物ヲ撰擇セントシ要約者ハ最良品ヲ撰擇セントスルカ如キ不都合アルヲ以テ當事者雙方ノ立會ノ指定ニ任シタルモノナラン然レトモ是レ一般ノ原則ナルヲ以テ特別ノ契約アルトキハ其特約ニ依ル可キハ勿論ナリ商法第五百三十一條ニ依ルニ物ヲ量定シ若クハ分割スルヲ要スルトキハ其量定分割若クハ符記ニ因リテ物ノ所有者トナルト規定シタリ然ラハ商法ニ於テモ不特定物ノ賣買ハ直チニ所有權ヲ移轉セスシテ其所有權ヲ移轉スルニハ他ニ或所爲ヲ必要トスルコトハ確認セル所ナリ唯タ夫レ何人カ之ヲ量定ス可キモノナルカ又ハ分割若クハ符記ス可キモノナルカ將タ又何人カ是等ノ所爲ヲ行フモ尙ホ所有權ハ移轉スルモノナルヤノ問題ニ至リテハ我商法ハ一モ規定スル所ナシ然レトモ是レ

甚々困難ナル問案ニ屬セリ尙ホ此點ニ關スル英米法律ヲ案スルニ賣買ノ未遂契約ニ於テハ契約ニ從ヒテ賣買物ヲ特定スルコトニ依リテ始メテ所有權買主ニ移轉スルモノト爲セリ而シテ法律語ニ之ヲ「アツプロプリエーション」(Appropriation)ト云ヘリ「アツプロプリエーション」トハ契約ニ物ヲ適合スルノ意義ナリトス然レトモ此「アツプロプリエーション」ノ意義タル洵ニ漠然タル我商法ノ規定ノ如クシテ如何ナル場合ニ果シテ「アツプロプリエーション」カ成立シタルモノナルヤ否ヤヲ判定スルハ容易ノ事ニ非サルナリ今夫レ當事者ノ一方カ物ヲ撰擇シ而シテ他ノ一方カ之ヲ承諾シタルトキハ單純ナル賣買契約ハ一變シテ真正ノ賣買ト成リタルモノナリ換言スレハ未遂ノ賣買契約變シテ既遂ノ賣買ト成リタルモノナリ從ツテ所有權ヲ買主ニ移轉スルコトハ明了ニシテ何人モ疑ヲ容レサル所ナリ又買主カ撰擇ノ權能ヲ有シ而シテ買主カ之ヲ撰擇シタル場合ニ於テモ別ニ論議ヲ要ス可キ所ナシ然レトモ之ニ反シテ賣主カ撰擇ノ權能ヲ有スル場合ニ於テハ茲ニ極メテ微妙ナル問題ヲ惹起ス可キナリ今夫レ今日商業社會ノ普通ノ情態ニ照スニ賣主買主相對シテ取引ヲ爲スカ如キハ稀有ノコトニシテ多クハ互ニ遠隔ノ

地方ニ在リテ商品ノ賣買取引ヲ爲スコト普通ニ看ル所ナリ例ヘハ神戸ノ某ヨリ東京ノ商人ニ葡萄酒幾ダース又ハ肥後米何俵ヲ送付セヨト申込ミ而シテ東京ノ商人ヨリ神戸ノ某ニ之ヲ送付シテ取引ヲ爲スカ如シ斯ノ如キ場合ニ於テハ撰擇スル權能ハ買主ニアラスシテ賣主ニ在リ是ニ於テ乎一旦賣主カ撰擇ヲ行ヒタルトキハ最早之ヲ變更スルコトヲ得サルヤ否ヤ換言セハ賣主一タヒ撰擇ヲ行ヘハ所有權ハ直チニ買主ニ移轉スルモノナルヤ否ヤノ問題ヲ生セサルヲ得サルナリ蓋シ賣主カ單ニ送付スルノ意思ヲ以テ物ヲ撰擇スルコトアルモ是カ爲メニ所有權ハ直チニ買主ニ移轉スルモノニアラサルコト明カナリ從ツテ一旦物ヲ撰擇スルモ後日其意思ヲ變シテ之ヲ變更シ他物ヲ送付シ得ルコト勿論ナリ果シテ然ラハ如何ナル場合ニ至ラハ其撰擇ハ再ヒ之ヲ變更スルコトヲ得サルヤ是レ實ニ英法學者間ニ於テ最モ難問題トスル所ニシテ古來ヨリ學者并ニ裁判官ニシテ此問題ニ付キテ研究ヲ下シ學說ヲ吐クモノ甚カラサルノミナラス判決例ノ如キモ亦區々ニ出テタリシカ今日稍一定セル原則ヲ舉クレハ左ニ述フル所ノ如シ

賣買ノ性質上撰擇ヲ爲スコシテ此撰擇ヲ爲ス權能ヲ有スル者カ撰擇ヲ行ヒタ

ル後ニアラサレハ爲スコトヲ得サル所爲ヲ爲シタルトキハ最早撰擇ヲ變更スル
 コトヲ得サル地位ニ達シタルモノナリトス例ハ甲者乙者ノ所有スル煉瓦石一
 萬個ノ中一千個ヲ買取ランコトヲ約シ且ツ甲者ヨリ車ヲ送リテ之ヲ引取ランコ
 トヲ約シタルトキハ契約ノ性質上撰擇權ヲ有スルモノハ乙者タル賣主ニアルモ
 ノナレハ乙者カ撰擇ヲ行ヒ甲者ノ送リタル車ニ之ヲ積載シタルトキハ乙者ハ最
 早其撰擇ヲ變更スルコトヲ得ス從ツテ煉瓦ノ所有權ハ之ヲ車ニ積載シタル時ヨ
 リ移轉スルモノナリ「ロード」プラボーン氏判決例ノ結果ヲ舉ケテ曰ク不特定物ノ
 賣買ニ於テ賣主カ其物ヲ送付スルカ若クハ撰擇ヲ行ヒタル後ニアラサレハ行フ
 コトヲ得サル所爲ヲ行ヒタルトキハ最早撰擇ヲ變更スルコトヲ得スシテ其所爲
 ト同時ニ所有權ハ買主ニ移轉スルモノナリト是故ニ賣主カ買主ノ運送人ニ物ヲ
 引渡シタルトキハ所謂特定ナルモノハ茲ニ確定セルモノニシテ其引渡ト全時ニ
 所有權ハ買主ニ移轉スルモノナリ斯點ニ付キテハ米國法モ全一轍ニ出テタリ退
 テ思フニ英米國ニ於テ斯點ニ付キ議論ノ紛起シタルハ素ヨリ其問題ノ困難ナル
 ニハ因ル可シト雖モ職トシテ「アツプロプリエーション」ナル語ノ曖昧模稜ニシテ

其意義ノ存スル所ヲ確認スルノ困難ナルニ由ラスンハアラサルナリ然レトモ廣
 シ判決例ヲ研究シ且ツ多數學者ノ說ヲ討索スルニ要スルニ下ノ一言ニ歸着セシ
 ムルコトヲ得可シト信スルナリ曰ク不特定物ノ賣買ニ於テハ所有權ハ實際上又
 ハ推測上ノ引渡ニ依リテ移轉スルモノナリト彼ノ買主ノ運送人ニ物ヲ引渡スカ
 如キハ實際上ノ引渡ト云フコトヲ得サルモ推測上ノ引渡ト云フコトヲ得可シ現
 ニ是レシヤルマー氏モ明言スル所ナリ若シ余ノ信スル所ニシテ誤マルナクンハ
 英米國法律モ亦我法典ノ規定ト同一ニ歸着スルモノト言フコトヲ得可シ但我民
 法ニ所謂引渡ハ果シテ實際上ノ引渡ト推測上ノ引渡トヲ包含スルモノナルヤ否
 ヤハ我民法上ニ規定スル所ナシト雖モ之ヲ廣義ニ解釋シテ兩者ヲ包含スルモノ
 ト爲スヲ妥當ト信ス
 終リニ臨ミテ注意ス可キコトアリ何ソヤ他ナシ賣主カ撰擇權ヲ有スル場合ニ於
 テハ賣主タルモノカ其契約ニ從ヒテ之ヲ撰擇スルニアラサレハ縱令買主ノ運送
 人ニ引渡ヲ爲シタリトテ所有權移轉ノ効果ヲ生セサルコト是ナリ例ハ米一石
 ノ約束ナルニ米二石ヲ送リタルトキノ如シ又契約ニ異ナリタル物ヲ送リタルト

キモ所有權ヲ移轉スルコトナシ故ニ買主タルモノハ素ヨリ之ヲ拒絕スルコトヲ得ルナリ然レトモ此場合ニ於テハ賣主ハ他物ヲ撰擇シテ之ヲ送付スルコトヲ得ルナリ即チ縱令一旦ハ契約ニ異ナリタル物ヲ送ルモ苟モ約束ノ期間ニシテ經過セサルトキハ賣主ハ更ニ他物ヲ送付シテ契約ヲ履行スルコトヲ得ルナリ我民法財産編第三百三十二條モ亦是ト全一ニ解釋ス可キハ素ヨリ言ヲ俟タサルナリ

次ニ物ノ危險ノ負擔ニ付キテ説述ス可シ
抑モ物ノ危險即チ損害ハ其所有者ノ負擔ニ歸ス可キモノナルコトハ勿論ニシテ是レ恰モ物ノ利益ハ所有者ノ利得ニ屬スルト同一ナリ是ヲ以テ賣買物ノ所有權カ未タ買主ニ移轉セサル間ハ其危險ハ賣主ノ負擔ス可キモノナレハ縱令天災若クハ不可抗力ニ依リテ滅失スルモ賣主其損害ヲ負擔セサル可カラズ從ツテ若シ賣主カ既ニ代價ヲ受取リタルトキハ之ヲ買主ニ返付セサル可カラズ何トナレハ代價ナルモノハ所有權移轉ニ對スル報酬ナレハ既ニ目的物滅失シテ所有權ヲ移轉スルコト能ハサレハ之ヲ受取ルノ理由ナケレハナリ之ニ反シテ所有權既ニ買主ニ移轉シタル後ハ縱令其物ハ未タ賣主ノ手ニアリト雖モ其物ノ危險ハ買主ニ

於テ負擔セサル可カラズ故ニ好シヤ天災又ハ不可抗力ニ依リテ其物滅失スルモ買主ハ代價ヲ支拂ハサル可カラズ我既成民法財産編第三百三十五條ニ曰ク

授與スル合意カ特定物ヲ目的トスルトキハ意外ノ事又ハ不可抗力ニ出テタル其物ノ滅失又ハ毀損ハ諾約者カ危險ヲ負擔シタル場合及ヒ停止條件ニ關スル規定ヲ除ク外要約者ノ損ニ歸シ其物ノ増加ハ要約者ノ益ニ歸ス

ト是レ特定物ヲ授與スル合意ヲ爲シタルトキハ其物ノ危險ハ要約者即チ買主之ヲ負擔シ其利益モ亦要約者即チ買主之ヲ取得スルコトヲ規定セルモノニシテ素ヨリ法理ノ間然ス可キモノナシト雖モ茲ニ明了ナクハ抑モ物ノ危險ハ要約者之ヲ負擔スト云フハ要約者ハ即チ所有者タルノ故ナル乎將タ單ニ債權者タルノ故ナル乎ノ點是ナリ我法文ハ此點ニ關シテハ甚タ曖昧ナルヲ以テ其意思ノアル所ヲ捕捉シ得サルモ前既ニ述ヘタル如ク我既成民法ハ特定物賣買ノ場合ニ於テハ所有權ハ直チニ買主ニ移轉スト爲スヲ以テ看レハ物ノ危險ヲ負擔スルハ所有者タルノ理由ニ基クモノト斷定スルモ無稽ノ臆測ニハアラサルヲ信スルナリ思フニ古代ノ法律ハ賣買ヲ以テ所有權ヲ移轉スルモノニアラスト爲セルヲ以テ危

險ノ負擔ノ如キモ亦所有權ヲ基礎トシテ立論スルモノアルコトナシ我既成民法ノ如キモ不知不識古代ノ法律ニ眩惑セラレテ遂ニ右ノ如キ不明ヲ來シタルモノニアラサルナキ歟

羅馬法ノ格言ニ曰ク物ハ所有者ニ死ス (*Res perit domino*) ト蓋シ其意義タルヤ物上ノ損害及ヒ危險ハ所有者之ヲ負擔セサル可カラスト云フニアリ近世ノ羅馬法並ニ英米ノ法律ニ在テハ賣買ノ場合ニ付テモ亦此格言ヲ適用スト雖モ之ニ反シテ古代ノ羅馬法ニ依レハ賣買ノ場合ハ此格言ノ例外タリ更ニ詳言スレハ往古ノ羅馬法ニ於テハ既ニ屢々説述シタルカ如ク賣買ハ其當然ノ効力トシテ所有權ヲ移轉スルモノニアラス目的物ノ引渡ヲ俟テ始メテ移轉ノ効果ヲ發生セシムルコト、セリ故ニ此格言ヲ適用スルトキハ物件ノ引渡ヲ爲ス迄依然賣主ニ所有權アルヲ以テ其物件ノ危險ハ賣主之ヲ負擔セサル可カラスト雖モ羅馬法ハ賣買ノ場合ヲ以テ例外トシ特定物賣買ノ場合ニ於テハ特定物及ヒ代價ニ付キ合意ノ成立シタル時ヨリ其物件ノ危險買主ニ移轉スルモノトナシ又不特定物賣買ノ場合ニ在テハ度量衡ヲ施シテ特定物ト爲シタル時ヨリ買主ニ於テ其物件ノ危險ヲ負擔ス

可キモノトセリ次ニ蘇格蘭ノ法律ハ此點ニ付キ如何ナル法規ヲ施行セルカト云フニ前述シタルカ如ク同國法ニ於テモ亦賣買ハ其當然ノ効果トシテ所有權ヲ移轉スルモノニアラス其之ヲ移轉セシメンニハ必スヤ引渡ヲ要スルコト羅馬法ト同一ナレトモ危險負擔ノ點ニ至テハ全ク相異ナリタル法規ヲ設定セリ即チ蘇國法ニ依レハ夫ノ英國法若クハ近世羅馬法ニ於テ通常所有權ノ移轉スルモノトナス場合ニ在テハ一種ノ物權 (*ius ad rem specicium*) 買主ニ移轉シ而シテ之ト同時ニ其物件ノ危險モ亦買主ノ負擔ニ歸スルコト、セリ由是觀之本邦ノ法律、古代羅馬法、英米法、蘇國法其他近世ノ法律ハ各多少ノ差異アリト雖モ而モ其到達スル所ノ結果ハ同一ニシテ皆ナ物件ノ危險ヲ買主ニ負擔セシムルノ主義ヲ探レルコト明カナル可シ尤モ茲ニ注意ス可キハ歐洲大陸諸國ニ在テハ那翁法典ノ頒布アル迄總テ羅馬ノ古代法ヲ採用シタルヲ以テ賣買ニ關スル規定モ亦全然羅馬法ト同一ナリシカ那翁法典ノ發布セラル、ニ至テ所有權移轉ノ事ニ付キ舊法ヲ一變スルコト、ナレリ而シテ此法典タルヤ最初以太利ノ採用スル所トナリ其後漸次中央并ニ北部ノ諸國之ヲ摸倣シ現今ニ於テハ近世ノ羅馬法トシテ一般ニ確認セラル、

モノナルカ前述シタル如ク那翁民法典第千五百八十二條ニ「賣買ハ一方ヨリ物件ヲ渡シ他ノ一方ヨリ代金支拂ノ義務ヲ生スル契約ナリ」トノ定義アルニ依リ當初佛國有名ノ學者ヲ始メトシ同國破毀院ニ在テモ尙ホ賣買ハ單ニ占有權ノミヲ移轉スルモノナリテフ解釋行ハレタリト雖モ此說タル現時ニ迨ンテ全ク消滅ニ歸シ該法典ノ所有權移轉主義ヲ採リタルモノナルコト確定シテ復タ反對ノ議論ヲ試ムル者ナキニ至レリ左レハ物件ノ危險ハ所有者ノ負擔ニ屬ストノ羅馬法ノ原則ハ賣買ノ場合ニモ亦適用セラル可キモノタルコト近世法律ノ一般ニ認識スル所ナリト云フモ敢テ過言ニアラサルナリ

物件ノ危險ハ所有者之ヲ負擔ス可キコト夫レ斯ノ如シ然レトモ買主タルト賣主タルトヲ論セス所有權ノ他人ニ存セル物件ヲ占有シ自己ノ過失ニ因テ之ヲ滅失シ若クハ毀損セシムルニ至リタルトキハ則チ懈怠ノ普通法理ニ依リ自ラ所有者ニ對シテ損害賠償ノ責任ヲ負ハサル可カラサルヤ論ヲ俟タス例ヘハ甲者アリ其所有ニ係ル物件ヲ乙者ニ賣渡シタル場合ニ於テ未タ之カ引渡ヲ爲サ、ルニ早ク既ニ該物件天災ノ爲メ滅失シ去リタリトセンカ其損失タル乙者即チ所有者ニ於

テ之ヲ負擔ス可キコト勿論ナリト雖モ若シ該物件ノ引渡ヲ爲サ、リシコトハ賣主即チ甲者ノ懈怠ニシテ又其滅失カ此引渡遲延ノ爲メニ生シタルモノナリトセハ甲者ハ則チ損害ヲ賠償スルノ責アリトス之ニ反シテ物件ノ引渡ヲ遲延シタルコトハ賣主ノ懈怠ナリトスルモ其物件タル縱令引渡ノ點ニ付キ更ニ懈怠ナカリシ場合ニ於テモ尙ホ滅失ヲ免カル、コトヲ得サルモノナルトキハ賣主ニ賠償ノ責任アルコトナシ例ヘハ甲者アリ其所有ニ係ル一頭ノ馬ヲ乙者ニ賣渡シタル場合ニ於テ未タ之カ引渡ヲ爲サ、ル内該馬匹病氣ノ爲メニ斃死シタリトセンカ其病氣タル特ニ賣主即チ甲者カ引渡ヲ遲延シタルニ因リ換言スレハ甲者ノ懈怠ノ爲メニ發作シタルモノニアラサルトキハ乙者ニ對シテ其懈怠ノ責ヲ負フコトナキカ如シ我民法財産編第三百三十五條第二項ニ「然レトモ諾約者カ物ノ引渡ノ遲滞ニ付セラレタルトキハ其滅失又ハ毀損ハ諾約者ノ負擔ニ歸ス但縱令引渡ヲ爲シタルモ滅失又ハ毀損ヲ免ル可カラサリシ場合ハ此限ニ在ラス」ト規定シタルハ畢竟此意ニ出テタルモノニ外ナラサルナリ唯タ該法文上聊カ明瞭ヲ欠クノ點ハ此場合ニ於ケル諾約者ノ負擔ハ前述セルカ如キ懈怠ノ理由ニ因ルヤ將タ諾約者

トシテ當然スル責任ヲ負フ可キモノトナスニ在ルカノコト是レナリ左レトモ該
法文ノ語辭ヨリ推論スルトキハ我法律ハ却テ第二ノ主義即チ諾約者當然ノ責任
ナリトノ趣旨ニ依據スルモノナルニ似タリ

賣主ノ義務

第二章 賣主ノ義務

賣主ノ義務ハ之ヲ四個ニ大別スルコトヲ得即チ第一、所有權移轉ノ義務第二、目的
物引渡ノ義務第三、目的物保存ノ義務第四、所有權ノ追奪又ハ妨碍ヲ擔保スルノ義
務是レナリ以下節ヲ別チテ分説ス可シ

所有權移轉ノ義務

第一節 所有權移轉ノ義務

先ツ特定物ノ賣買ヨリ云ハンニ特定物ノ賣買ニ於テハ若シ單純ノ賣買ナルトキ
ハ其成立ト同時ニ所有權ハ買主ニ移轉シ若シ有期ノ賣買ナルトキハ其期限ノ到
達ト共ニ所有權買主ニ移轉ス若シ又停止條件付ノ賣買ナルトキハ其條件ノ發生
スルトキハ賣買成立ノ日ニ溯リテ所有權ハ買主ニ移轉ス是故ニ特定物ノ賣買ニ
於テハ賣主ハ別ニ所有權移轉ノ義務ヲ負擔スルコトナシ其所有權ハ法律上當然
ノ結果トシテ買主ニ移轉スルモノナリトス又有期賣買ニテモ其期限ハ單ニ代金

支拂ノ期限ナルカ若シハ目的物引渡ノ期限ナルトキハ賣買ノ成立スルト同時ニ
所有權ハ買主ニ移轉シ其期限ノ到達シテ始メテ所有權ノ移轉スルハ單ニ所有權
ノ移轉ヲ期限ノ到達ニ繫カラシメタル場合ニ限ルモノト知ル可シ然ルニ茲ニ奇
怪ノ議論ヲ吐クモノアリ曰ク所有權ニハ期限ヲ付スルコトヲ得スト是レ既成民
法ノ草案者タルボアソナード氏ノ主張スル所ナリ今其理由トスル所ヲ聞クニ曰
ク元來所有權ナルモノハ永久ノ性質ヲ帶フルモノナルヲ以テ之ヲ未必條件ニ繫
カラシムルコトヲ得ルモ到底期限ニ從ハシムルコトヲ得ス從ツテ所有權ニハ其
開始ス可キ期限モ無ケレハ復タ終了ス可キノ期限モアルコトナシト然レトモ試
ニ論者ニ問ハン何故ニ所有權ニハ開始ノ期限ヲ定ムルコトヲ得サルヤ若シ開始
ノ期限ヲ定ムルコトヲ得ストセハ所有權ヲ移轉スルコトモ亦爲シ得サルニアラ
スヤ何トナレハ所有權ノ移轉ハ他方ヨリ觀レハ所有權ノ開始ナレハナリ論者ハ
此等ノ疑問ニ對シテ如何ニ開陳セントスルカ余ハ論者ノ説ノ理由アルヲ知ル能
ハサルナリ之ヲ要スルニ本特定物ノ賣買ニ於テハ所有權ハ他ニ特別ノ契約ナキ
限リハ賣買當然ノ効果トシテ移轉スルモノナレハ從テ賣主ハ所有權移轉ノ義務

賣買法 賣買契約ノ効力 賣主ノ義務 所有權移轉ノ義務

ヲ負擔スルノ必要ナシ
然レトモ不特定物ノ賣買ニ於テハ賣買其自身ノ當然ノ効果トシテ所有權ヲ移轉
スルモノニアラサレハ此場合ニ於テノミ單ニ賣主ハ所有權ヲ移轉スル義務ヲ負
擔スルニ過キス故ニ不特定物ノ賣買ニ付テハ賣主ハ常ニ所有權ヲ移轉スル義務
ヲ負擔スルモノナリ然ラハ此義務ヲ履行スルニハ如何ニ爲ス可キヤト云フニ目
的物ヲ特定シテ買主ニ之ヲ引渡スカ若クハ當事者雙方立會ノ上ニテ目的物ヲ指
定シタルトキハ此義務ヲ履行シ了リタルモノナリトス財產取得編第四十六條ニ
ハ賣主ハ量定物ノ所有權ヲ移轉スルノ義務アルコトヲ規定シタルトモ此規定ハ
少シク狹隘ニ失シタリ寧ロ不特定物ト云フ方適實ヲ得タルモノナラント信スル
ナリ

第二節 目的物引渡ノ義務

茲ニ目的物引渡ノ義務トハ既ニ所有權ヲ移轉シタル物ノ占有ヲ引渡スノ義務ノ
謂ヒニシテ所有權移轉ノ義務トハ明カニ之ヲ區別セサル可カラズ
抑モ古代羅馬法ニ依レハ賣買ハ單ニ安全ナル占有ヲ引渡スコトヲ以テ目的トナ

目的物引 渡ノ義務

セシカ近世ノ法理ハ所有權ノ移轉ヲ以テ其重ナル目的ト爲スニ至レリ而シテ所
有權ハ當然占有權ヲ包含スルモノナレハ既ニ買主ニ於テ物ノ所有權ヲ取得シタ
ル以上ハ其占有ノ引渡ヲ要求シ得ルコトハ素ヨリ其所ナリ是レ賣主ハ占有ヲ引
渡スノ義務アル所以ナリ今詳細ニ目的物引渡ノ義務ヲ論究センニハ之ヲ引渡ノ
時期并ニ場所及ヒ引渡物ノ形狀ニ區別シテ論述セサル可カラス

(第一) 引渡ノ時期 目的物引渡ノ時期ニ付キ當事者間ニ別段ノ合意アルトキハ
其合意ニ從フ可キハ素ヨリ論ナシ然レトモ若シ合意ヲ以テ其引渡時期ヲ定メサ
ルトキハ賣主ハ即時ニ之ヲ引渡スノ義務アリトス是レ取得編第四十七條第一項
第二項及ヒ財產編第三百三十四條第六項ニ規定スル所ナリ但シ此原則ニ對シテ
ハ左ノ一二ノ例外アリ

(二) 合意ヲ以テ引渡時期ヲ定メタル場合ト又ハ之ヲ定メサル場合トニ論ナリ若
シ代金ノ辨濟ニ付キテ當事者間ニ何等ノ合意ナキトキハ賣主ハ代金ノ辨濟ヲ受
クルマテ目的物ヲ留置シ其引渡ヲ拒絕スルコトヲ得 抑モ代金ノ支拂ニ付キテ
當事者間ニ何等ノ合意ナキトキハ法律ハ其目的物ト代金トハ引換ヘニテ授受ス

ルトノ意思ヲ以テ賣買契約ヲ取結ヒタルモノト見做スモノナリ是故ニ代金支拂ト引渡トハ相互ニ履行條件トナリ賣主ハ代金ヲ受取ラスンハ目的物ヲ引渡スノ義務ナク買主ハ目的物ノ引渡ヲ受ケスンハ代金ヲ支拂フノ義務ナキモノトス是レ此例外アル所以ナリ

二 縦令代金辨濟ノ期限ヲ定メタル場合ニ於テモ買主カ賣買後ニ破産シ若クハ無資力トナリタルトキ又ハ賣買前ニ無資力ナルコトヲ隠蔽シタルトキハ賣主ハ代金ノ辨濟ヲ受クルマテ目的物ノ引渡ヲ拒絶スルコトヲ得 其理由如何ト云フニ抑モ賣主カ特ニ代金ノ辨濟ニ付テ期限ヲ定メタルハ一ニ買主ヲ信用シテ期限ニ至ラハ必ス其支拂ヲ得ルモノト思惟シタルニ由ルモノナリ然ルニ其後ニ至リテ買主破産スルカ若クハ無資力トナリタル以上ハ最早代金ノ支拂ヲ受クルヲ得サルコト明白ナリ即チ徒ラニ期限ノ到達ヲ待ツモ何等ノ益ナカル可シ從テ代金支拂ノ期間ハ其効ヲ失ヒタルモノト言フ可シ既ニ支拂ノ期間ニシテ効力ナキ以上ハ代金ノ提供ヲ受クルマテ目的物ヲ留置シ得ルハ素ヨリ其所ナリ乍併賣買以前ニ於テ買主既ニ破産セルカ若クハ無資力トナリタルトキハ賣主ハ其事實ヲ知

リツ、期限ヲ與ヘタルモノト云ハサル可カラヌ又良シヤ實際其事實ヲ知ラザリシトスルモ是レ賣主ノ過失タルニ外ナラサレハ是等ノ場合ニ於テハ買主ノ破産若クハ無資力ハ目的物ノ引渡ヲ遅延スルノ理由トナスコトヲ得ス然レトモ買主ハ賣買以前ヨリ破産若クハ無資力ノ狀況ニ在リシモ若シ之ヲ賣主ニ隠蔽シタルノ事實明カナルトキハ賣主カ買主ヲ信用シタルハ買主ノ隠蔽シタルニ由ルモノニシテ是レ恰モ詐僞ニ等シキモノナレハ賣主ノ與ヘタル承諾ハ無効ニ歸セサルヲ得ス故ニ斯ノ如キ場合ニ於テハ賣主ハ目的物ノ上ニ留置權ヲ有スルナリ 上來論述シタル所ハ既成民法財産取得編第四十七條ノ規定スル所ナリ 次ニ商法ノ規定ハ如何ト云フニ第三百十六條ニ之ヲ規定シタリ即チ期日ノ定メナキトキハ債務者ハ其履行ノ相當期間内ニ於テ之ヲ爲サ、ル可カラス若シ債務者カ之ヲ爲サ、ルトキハ債權者ハ其期日ヲ定ムルコトヲ得ルモノト爲セリ 次ニ英米法ヲ案スルニ畧ホ我商法ノ規定ト相似タリ即チ當事者雙方カ合意ヲ以テ期間ヲ定メタルトキハ素ヨリ其合意ニ依ラサル可カラサルモ若シ其合意ナキトキハ賣主ハ相當期間内ニ引渡ヲ爲サ、ル可カラス而シテ何レノ時カ相當期間

ナルヤ否ヤノ問題ハ全ク事實ノ問題ニシテ陪審官ノ決定ス可キ範圍ニ屬ス
 (第二) 引渡ノ場所 當事者カ引渡ノ場所ニ付キテ契約シタルトキハ賣主ハ其場所ニ於テ引渡ヲ爲サ、ル可カラス若シ引渡ノ場所ニ付キテ何等ノ合意ナキトキハ特定物ノ賣買ニ在リテハ合意ノ當時目的物ノ存在セル場所ニ於テ之ヲ引渡サ、ル可カラス又代替物ノ賣買ニ在リテハ其物ヲ特定シタル場所ニ於テ引渡ヲ爲サ、ル可カラス又其他ノ場合ニ於テハ諾約者ノ住所ニ於テ引渡ヲ爲ス可キモノナリトス是レ取得編第四十七條第二項及ヒ財産編第三百三十三條第七項ノ規定スル所ナリ

次ニ我商法ノ規定ニ依レハ引渡ニ付テ何等ノ場所ヲ定メス又ハ取引ノ性質若クハ當事者ノ意思ニ因リテ其場所ヲ推知スルコトヲ得サルトキハ債權者若クハ受取ノ權利アル者ノ指定シタル地ニ於テ之ヲ引渡サ、ル可カラス若シ之ヲ指定セサルトキハ其住地特ニ營業場ニ於テ引渡ヲ爲サ、ル可カラス(第三百十七條)此商法ノ規定ニ依レハ賣主ハ甚々迷惑ヲ蒙ラサル可カラサルノ結果ヲ生ス可シ何トナレハ買主ノ指定シタル場所ニ於テ引渡ス可キモノトナシタレハナリ

次ニ英米法ヲ按スルニ何等ノ契約ナキトキハ契約ノ當時ニ物ノ存在スル場所ニ於テ引渡ヲ爲ス可ク若シ又製造ス可キモノヲ賣買シタルトキハ製造ノ場所ニ於テ之ヲ引渡ス可キモノトセリ

(第三) 引渡物ノ形狀 特定物ノ賣買ニ於テハ賣主ハ目的物ノ現在ノ形狀ニテ之ヲ引渡ストキハ其義務ヲ盡シタルモノナリトス故ニ賣買後ニ於テ天災其他ノ不可抗力ノ爲メニ一部分毀損スルコトアルモ其形狀ニテ之ヲ引渡スコトヲ得ルナリ又全部滅失シタルトキハ賣主ハ全ク其責任ヲ負フコトナシ然レトモ賣主ハ目的物ヲ保存スルノ義務アルヲ以テ若シ其義務ヲ怠リタルカ爲メニ目的物ニ損害ヲ及ホシタルトキハ其責ニ任ス可キハ勿論ナリ

代替物ノ賣買ニ於テハ賣主ハ其約束シタル性質品格及ヒ分量ヲ引渡サ、ル可カラズ若シ賣主カ約束シタルヨリ少量ノモノヲ引渡シタルトキハ買主ハ之ヲ承諾スルモ又ハ之ヲ拒絶スルモ其自由ニ存ス若シ之ヲ承諾シテ受取リタルトキハ買主ハ其契約ノ割合ニ從ヒテ代金ヲ支拂ハサル可カラス若シ又賣主カ約束シタルヨリ多量ノモノヲ引渡シタルトキハ買主ハ其全部ヲ拒絶スルコトヲ得又其約束

ノ分量ノミチ其中ヨリ受取りテ殘部ヲ返却スルコトヲ得ルナリ若シ又賣主カ契約セル性質若クハ品格ヲ有セサルモノヲ混同シテ之ヲ引渡シタルトキ之ヲ分離スルニ付キテ多少ノ手數若クハ費用ヲ要スルトキハ買主ハ全ク之ヲ拒絕スルコトヲ得ルナリ是等ノコトタル我法典ニ於テ一モ規定ヲ見サル所ナレトモ現ニ英國法律ニ於テ確認セラル、ノミナラス尙ホ我國ノ法典ニ適用シテ不可ナキヲ信スルナリ

凡ソ數量ニ依リ賣買ヲ爲ス場合ニハ賣主ハ契約ヲ以テ定メタル數量ヲ過不足ナク引渡スノ義務ヲ負フモノナリ是レ一般ノ通則ナリトス然レトモ當事者カ或ル特定物ノ賣買ヲ爲シ而シテ其物全體ヲ以テ賣買ノ主眼トシ其物ノ數量ニ付キテハ別ニ重キヲ置カサリシ場合ニ於テハ縱令其數量ニ多少ノ過不足アルニモセヨ賣主ハ實際誠意ヲ以テ其賣買ノ履行ヲ爲シタルトキハ則チ賣主タルノ義務ヲ盡シタルモノナリトス我既成民法ハ取得編第四十九條乃至第五十一條ニ於テ賣買物ノ數量ニ過不足アル場合ヲ規定シタリ左ニ其規定ニ關スル要領ヲ陳述セン

賣渡シタル土地ノ面積ニ過不足アル場合ハ之ヲ二個ニ區別スルコトヲ得(第一)全

面積ヲ明言シ而シテ各坪ノ代價ヲ指示シタル場合(第二)全面積ヲ明言シ而シテ只ターノ代價ヲ以テ賣渡ヲ爲シタル場合はナリ例へハ百坪ノ土地ヲ一坪一圓宛ニテ賣買センコトヲ契約シタルハ第一ノ場合ナリ又百坪ノ土地ヲ百五十圓ニテ賣買センコトヲ契約シタルハ後者ノ場合ナルカ如シ而シテ同シク是レ百坪ヲ有スル土地ノ賣買ナリト雖モ第一ノ場合ニ於ケルト第二ノ場合ニ於ケルトハ當事者ノ意思ヲ推測スルノ點ニ於テ大ニ區別ノ存スルモノアリ即チ第一ノ場合ニ於テハ當事者ハ其土地ノ坪數如何ニ重キヲ置キ第二ノ場合ニ於テハ當事者ハ單ニ土地自體ニ重キヲ置キ其坪數ノ如キハ深ク之ヲ問ハスト推測スルコトヲ得ルナリ斯ノ如ク此二個ノ場合ニ於テハ法律上當事者ノ意思ヲ推測スルノ點ニ差異アルヲ以テ仍ホ其結果ニ至リテモ多少區別ナキ能ハサルナリ請フ順次之ヲ説明セン

第一、全面積ヲ明言シ且各坪ノ代價ヲ指示シタル場合 此場合ハ更ニ面積ノ坪數カ不足ナル場合ト超過セル場合トヲ區別スルコトヲ得

(イ)面積ノ坪數ニ不足アル場合 此場合ニ於テハ賣主タルモノハ代金減少ノ要求ニ服セサル可カラス例へハ土地ノ全面積百坪ナリト明言シテ賣買ヲ

取結ヒタルニ實際之ヲ測量シタレハ九十坪ノ外ナシ玆ニ明言ヨリ十坪ノ不足アリトスルトキハ賣主ハ約束ノ代金ニ應シテ十坪ノ代價ニ該當スル代價ヲ減少スルノ義務アリ何トナレハ買主ハ專ラ土地ノ坪數ニ着眼シテ契約ヲ爲シタルモノニシテ其代金ノ如キモ全ク坪數ニ依リテ定マルモノナレハ若シ坪數ニ不足アルトキハ其不足ノ程度ニ應シテ代價ヲ減少ス可キハ勿論ナレハナリ而シテ此減少ノ義務タルヤ賣主ニ於テ面積ヲ擔保セストノコトヲ明言セル場合ニ於テモ尙ホ之レヲ免カル、ヲ得サルモノトス其故如何ト云フコ抑モ當事者ハ既ニ各坪數ノ代價ヲ明示シテ契約ヲ取結ヒタルモノナルニ若シ面積ヲ擔保セストノ明言ヲ爲シタル爲メニ代價減少ノ責任ヲ免ル、コトヲ得ルモノトセハ畢竟各坪ノ代價ヲ明示シタルコトハ無益ニ屬セサルヲ得ス是故ニ斯ノ如キ場合ニ於テハ賣主カ面積ヲ擔保セストノ明言ハ面積ニ不足アルモ賣買契約其物ヲ解除セサルコトヲ約束シタルモノト認メ敢テ代金ヲ減少セストノコトヲ約束シタルモノニアラスト解釋スルナリ是レ賣主ハ面積不擔保ノ明言アルニ拘ハラズ若シ坪數ニ不足アルトキハ代價減

少ノ要求ニ應セサル可カラサル所以ナリ

(ロ) 面積ノ坪數ニ超過アル場合 例ハ百坪ト明言シタルニ其實百十坪アルトキハ買主ハ其割合ニ應シテ其代金ヲ増加セサル可カラズ其理由ハ面積ニ不足アル場合ニ賣主カ代金ヲ減少ス可キノ義務アルト同一ナレハ玆ニ之ヲ贅セサル可シ

第二、全面積ヲ明言シテ唯一ノ代價ヲ以テ賣買シタル場合 此場合ハ更ニ一個ノ土地ヲ賣買シタル場合ト數個ノ土地ヲ賣買シタル場合トニ區別スルコトヲ得例ヘハ一筆ノ土地ヲ金百圓ニテ賣買スルカ如キハ第一ノ場合ニシテ彼ノ數筆ノ土地ヲ金千圓ニテ賣買スルカ如キハ第二ノ場合ナリ左ニ之ヲ分

說セシ
(イ) 一個ノ土地ヲ唯一ノ代價ヲ以テ賣買シタル場合 此場合ニ於テモ面積ニ不足アル場合ト超過アル場合トヲ區別セサル可カラズ即チ若シ此場合ニ於テ面積ニ不足アルトキハ買主ノ損失トナリ若シ超過アルトキハ買主ノ利益トナルモノトス何トナレハ當事者ハ其土地自體ヲ目的トセルモノニシテ

賣買法 賣買契約ノ効力 賣主ノ義務 目的物引渡ノ義務

其坪數ノ過不足ノ如キハ敢テ問ハサル所ナレハナリ是レ當事者カ唯一ノ代價ヲ以テ賣買セリトノコトヨリシテ推測スルモノナリトス我邦今日ニ於ケル賣買ニ於テハ斯ノ如キコトハ敢テ稀有ニアラサルカ如シ明治九年地租改正ノ時ニ方リテヤ我政府ハ吏員ヲ派シ測量ヲ施シ以テ反別ヲ正シタリト雖モ當時未ダ測量術ノ精ナラサルヨリシテ素リ坪數ニ過不足ナキヲ得ス例ヘハ地券面ニハ一反トアルモ其實多クハ一反ニ超過セルカ如シ今此土地ヲ千圓ニテ賣渡サンコトヲ約シタルトキハ賣主ハ素リ其超過ニ對シテ代金ノ增加ヲ請求スルコトヲ得~~ル~~其不足アル場合モ之レト異ナルコトナク買主ハ不足ニ應シテ代金ノ減少ヲ請求スルコトヲ得サルナリ然レトモ此規定ニ付キテハ素リ二三ノ例外ノ場合ナキ能ハス即チ左ノ如シ

(一) 賣主ニ惡意アリタル場合 例ヘハ賣主ハ現ニ面積ニ不足アルコトヲ知リツ、之ヲ隱蔽シテ賣渡シタルカ如キ場合ニ於テハ賣主ハ素リ其不足ノ程度ニ應シテ代金ヲ減少セサル可カラス

(二) 賣主カ面積ヲ擔保シタル場合 例ヘハ賣主カ該土地ハ幾坪アリヤチ

保證シタル場合ノ如キハ賣主ハ其保證ニヨリ責任アリ從ツテ前述セル原則ノ一例外ヲ成ス可キハ勿論ナリ

(三) 不足ノ坪數カ少クモ二十分一以上ニ及ヒタルトキ 是レ法定上ノ例外ナリ思フニ不足ノ坪數カ二十分一ニモ及ヒタルトキハ物件ノ價額ニ非常ナル影響ヲ與フルモノナルヲ以テ法律ハ買主ニ代價減少ノ權利ヲ附與シタルモノナラン

(四) 一ヨリ三マテハ何レモ皆ナ面積ニ不足アル場合ニ於ケル例外ナレトモ次ニ若シ超過アルトキハ如何ト云フニ若シ其超過カ二十分一以上ニ及ヒタルトキハ買主ハ代金ヲ増加スルノ義務アリトス其理由ノ如キハ三ノ場合ト異ナルコトナカル可シ

(五) 數個ノ土地ヲ唯一ノ代價ヲ以テ賣買シタル場合 此場合ニ於テモ其原則トスル所ハ前段(イ)ノ場合ニ於ケルト異ナルコトナシ只タ本場合ニ於テハ契約複雜ナルヨリシテ從ツテ其原則ノ適用ニモ錯雜ヲ來スノ煩アルニ過キサルナリ

倍テ此場合ニ於テ若シ面積ニ不足アルトキハ如何ト云フニ若シ其不足カ二十分一ニ及ヒタルトキハ賣主ハ代金減少ノ責ニ任ス可キコト前段ト異ナルコトナシ然レトモ本場合ハ數個ノ土地ヲ唯一ノ代價ニテ賣買セントスルモノナレハ時ニ甲地ハ不足アルモ乙地ハ之ニ反シテ超過アル場合アラソ然ラハ其不足ハ二十分一ニ及フトハ何ヲ以テ之ヲ定ムルモノナルヤ他ナシ坪數ニ依ラスシテ其代金ニ依ルコト是レナリ例ヘハ甲地ニ於テハ百坪不足アリ乙地ニハ五十坪ノ超過アルトキハ若シ坪數ヨリシテ之ヲ計算スルトキハ尙ホ五十坪ノ不足トナルモ若シ乙地ノ代金カ甲地ニ比シテ三倍モ高價ナルトキハ却テ此場合ハ超過アリト爲サ、ル可カラサルカ如キ是レナリ斯ノ如ク坪數ニ依ラスシテ其代金ニ依リ計算シ若シ代金ノ不足カ二十分一以上ニ達シタルトキハ賣主ハ代金減少ノ要求ニ服セサル可カラズ

次ニ面積ニ超過アル場合モ之レト異ナルコトナシ即チ其超過カ二十分一ニ及ヒタルトキハ買主ハ其程度ニ應シテ代金ヲ増加セサル可カラズ而シテ其二十分一ナルヤ否ヤヲ定ムルハ其不足ノ場合ニ於ケルト同シク坪數ニ依ラ

スシテ代金ニ依リテ之ヲ定ムルモノナリトス

上來論述シタル所ハ專ラ不動産ニ關スル規定ナリ然レトモ此規定ハ仍ホ之ヲ動産ニ適用スルコトヲ得然ラハ如何ナル場合ニ於テ動産ニ適用スルコトヲ得ルヤ取得編第五十三條ハ之ヲ規定シテ曰ク

上ノ規則ハ目方員數及ヒ尺度ヲ以テ指示シタル數量カ買主ニ於テ容易且即時ニ調査スルコトヲ得サル日用品及ヒ動産物ノ賣買ニ之ヲ適用ス

目的物保存ノ義務

第三節 目的物保存ノ義務

凡ソ物ヲ人ニ授與スルノ義務ヲ負フモノハ復タ其物ヲ引渡スマテハ之ヲ保存スルノ義務アルハ一般ニ認メラル、所ナリ然ラハ其人ハ如何ナル注意ヲ以テ其物ヲ保存ス可キヤ我既成民法ハ善良ナル管理人ノ注意ヲ要ス可キモノトシ佛國民法ハ善良ナル家父ノ注意ヲ要ス可キモノトセリ蓋シ二者其文詞ヲ異ニスルノミニシテ其意義ニ至リテハ同一ナラソ次ニ英米法律ニ依レハ同法ノ特色トシテ相當ナル注意ヲ要ス可キモノトセリ

是ヲ以テ賣主ハ賣買物ヲ買主ニ引渡スマテハ善良ナル管理人ノ注意ヲ以テ之ヲ保存スルノ義務ヲ負ヒ若シ此義務ヲ破リテ注意ヲ怠リ爲メニ損害ヲ生シタルトキハ賠償ノ責ニ任セサル可カラズ

羅馬法ニ依レハ目的物保存ノ注意ヲ三段ニ區別シタリ即チ(第一)重注意(第二)普通ノ注意(第三)輕注意是レナリ而シテ重注意ヲ要スルモノハ輕キ懈怠ニ付テモ責任アリ普通注意ヲ要スルモノハ普通ノ懈怠ニ付キテ責任アリ輕注意ヲ要スルモノハ單ニ重キ懈怠ニ付キテノミ責任アルモノト爲セリ即チ羅馬法ハ注意ヲ三段ニ別チ又チ懈怠ヲ三段ニ區別シタルモノナリ然ラハ如何ナルモノカ輕注意ヲ要シ如何ナルモノカ重注意ヲ要シ將タ如何ナルモノカ普通ノ注意ヲ要スルヤト釋スルニ之ヲ概言スルトキハ一方ノミノ利益ヲ目的トスル場合ト雙方ノ利益ヲ目的トスル場合トニ依リテ區別ヲ生スルナリ若シ物件保存者一方ノミノ利益ヲ目的トスルトキハ保存者ハ重注意ヲ用ユルノ責任アリ例ヘハ思慮上他人ノ物件ヲ自己ノ爲メニ借受ケタルモノハ重注意ヲ以テ其物ヲ保存スルノ義務アルカ如シ次ニ保存セラル、者一方ノミノ利益ヲ目的トスルトキハ保存者ハ輕注意ヲ施スノ

義務アリ例ヘハ火災ヲ恐レテ他人ノ土藏ニ寄託スルカ如キハ持主即チ保存セラ
ル、者ノ一方ノミノ利益ナレハ保存者ハ單ニ輕注意ヲ施シテ足レルカ如シ次ニ
保存者並ニ被保存者雙方ノ利益ヲ目的トスルトキハ保存者ハ通常ノ注意ヲ用ユ
ルノ義務アリ例ヘハ賣買ノ如シ賣買ハ賣主買主雙方ノ利益ヲ目的トスルモノナ
レハ賣主ハ通常注意ヲ以テ其目的物ヲ保存スルノ義務アリ

右ニ述ヘタル所ハ是レ羅馬法ナリ斯ク注意ノ程度ヲ三段ニ區別スルハ皮相上ヨ
リスレハ甚タ道理ニ適合スルカ如クナレトモ一步ヲ進メテ之ヲ考フルトキハ注
意ハ斯ノ如ク之ヲ三段ニ區別ヲ爲ス可キモノナル乎將タ其輕重ノ標準ハ何ニ依
リテ之ヲ定ム可キモノナルカ法理上未定ノ問題ナリト云ハサルヲ得ス蓋シ世ニ
消極的說ヲ主張スルモノ甚タ多キカ如シ現ニ佛國ニ於テハ此點ニ關シテハ羅馬
法ヲ排斥シテ注意ヲ三段ニ區別スルコトヲ爲サス我既成民法モ亦佛民法ニ依リ
羅馬法ヲ採用スルコトナシ

擔保ノ義
擔保ノ性
質

第四節 擔保ノ義務
第一款 擔保ノ性質

賣買法 賣買契約ノ効力 賣主ノ義務 擔保ノ義務 擔保ノ性質

擔保トハ何ソト云フニ賣買契約ニ附從スル獨立ノ約束ニシテ素ヨリ賣買契約ノ一部ヲ組織スルモノナレトモ復タ賣買契約ノ要件トナルモノニ非サルナリ即チ賣買契約ハ擔保ノ約束ナシト雖モ素ヨリ完全ニ成立スルコトヲ得ルナリ從ツテ擔保ノ約束ニシテ破約セラル、トモ若クハ消滅スルトモ主タル賣買契約ニハ何等ノ影響ヲ及ホス可キモノニ非サルナリ

今茲ニ賣主アリテ買主ニ對シ買主ヲ誘引スル爲メニ商品ノ性質ヲ誇張シテ陳述シタルトキ例ヘハ此畫幅ハ有名ナル畫工ノ畫キシモノニシテ太甚貴重ナルモノナリト陳述スルトキハ此陳示ハ果シテ擔保ノ約束ナリヤ否ト云フニ未タ賣買契約ノ一部分ヲ爲サ、ルヲ以テ擔保ノ約束トハ爲ラサルナリ然レトモ陳示カ擔保トナルニハ必スシモ賣買取結ト同時ナラサル可カラスト云フモノニ非ス賣買ノ取結ヲ來タス可キ所爲ノ進行中ニ之ヲ爲スモ若シ賣買契約ノ一部ヲ組織スルトキハ陳示ハ變シテ擔保ノ約束トナルナリ又特約ヲ以テ之ヲ爲ストキハ賣買取結後ニ於テモ尙ホ擔保ノ約束ヲ爲スコトヲ得ルナリ

元來賣主カ陳述シタル事柄ハ果シテ賣買ニ於ケル擔保ノ約束ナリヤ將タ或ル單

一ノ陳示ニ過キサルヤヲ定ムルニハ實際上頗ル困難ナル場合アリ然レトモ是レ唯事實上ノ問題トシテ困難ナルノミニシテ法律上ノ問題トシテハ毫モ困難ナルモノニ非ス今夫レ法律上ヨリ之ヲ論セン乎唯賣主ノ陳述ハ賣買ノ基礎タル可キ所ノ陳示ナリヤ又ハ主タル契約ニ附從スル所ノ從タル約束ナリヤ否ヤヲ判斷スレハ可ナリ若シ後者ノ場合ニ於ケル如キ性質ヲ帶フルトキハ賣主ノ陳述ハ陳示ニ非スシテ一ノ擔保ノ約束ナリトス

英國法ニ於テ學者カ擔保ノ性質ヲ説明スルニ方リ通例援用スル所ノ判決例アリホツプキンス對トランクリーノ訴件是ナリ其事實ハ下ノ如シ原告ハ公ノ競賣場ニ於テ被告ヨリ無條件ニテ馬ヲ買取リタリ然レトモ原告ノ馬ヲ買取ル前一日被告ノ廐ニ就テ馬ヲ試験セントセルニ被告ハ陳述シテ曰ク此馬ハ何レノ點ヨリスルモ健全ナルモノニシテ其良馬ナルコトハ余ノ保證スル所ナリト原告ハ被告カ此言ヲ聞キ果シテ汝ノ言ヲシテ眞ナラシメハ余ハ最早之ヲ試験スルニ及ハストテ直チニ馬ヲ買取リタリ然ルニ其後ニ至リ原告ハ馬ヲ使用セルニ被告ノ陳述ニ反シテ馬ニ一種ノ病痾アルコトヲ發見シタリ然レトモ被告ハ無病ノ陳述ヲ爲シ

タルトキハ全ク善意ニテ馬ニ病痼アルコトハ之ヲ知ラサリシナリ於是乎原告ハ
 裁判所ニ訴ヘテ曰ク成程競賣シテ馬ヲ買取リタルハ無條件ナルニハ相違ナシト
 雖モ被告ハ其馬ノ無病ナルコトヲ陳述シタレハ被告ハ秘密ニ擔保ノ約束ヲ取結
 ビタルモノナリ從テ其責任ヲ免ル、コトヲ得スト然ルニ裁判所ハ判決ヲ下シテ
 曰ク被告ハ單ニ自己ノ意見ニ依リテ馬ノ無病ナルヤ否ヤヲ判斷シタルマテニシ
 テ其陳述ハ未ダ契約ノ一部ヲ組織シタルモノニ非サレハ是ヲ以テ擔保ナリトハ
 云フ能ハサルナリト擔保ナリヤ將タ單一ノ陳示ナリヤ否ヤノ區別ハ實際上ニ於
 テ甚タ困難ナルコト此判決例ニ依リテモ容ホ會得スルコトヲ得可シ而シテ陳示
 ナルモノハ契約取結ノ際ニ之ヲ爲スモ契約ノ一部ヲ組織スルモノニ非サルヲ以
 テ其陳示ノ果シテ眞實ナリヤ否ヤハ毫末モ契約ニ影響ヲ及ホスモノニ非サルナ
 リ
 次ニ擔保ハ條件ト區別スルコトノ困難ナルコトアリ英法ニ所謂擔保(Warranty)ナ
 ルモノハ時ニ條件ト同一ノ意義ニ用サラル、コトアリ今二者ノ區別何レニ在リ
 ヤト云フニ條件ナルモノハ契約其者ノ基礎ヲ組織スル所ノ陳示若クハ約束ニシ

法律上ノ
 擔保

追奪擔保

テ擔保ノ如ク契約其者ニ附從スル所ノ約束ニハ非サルナリ而シテ條件ナリヤ將
 タ擔保ナリヤノ問題ハ當事者ノ意思ヲ推究シテ判斷ス可キモノナリトス斯ノ如
 ク夫レ條件ナルモノハ契約其者ノ基礎ヲ爲スモノナレハ若シ其條件カ虛偽ナル
 トキハ他ノ一方ハ全ク契約上ノ義務ヲ免ル可シ即チ契約ハ効力ヲ失スルモノナ
 レトモ擔保ハ之ト異ナリ主タル契約ニ附從スル所ノ從タル契約ナルヲ以テ之ヲ
 破リタリトテ主タル契約ニハ何等ノ影響ヲ與フルモノニ非ス唯擔保ヲ破リタル
 爲メニ生シタル損害ノ責任ヲ負擔ス可キノミ

第二款 法律上ノ擔保

賣買ノ擔保ニハ法律上ノ擔保ト合意上ノ擔保トノ二種アリ今先ツ法律上ノ擔保
 ヨリ講述ス可シ

第一項 追奪擔保

抑モ羅馬法ニ依レハ總テノ賣買ニ於テ賣主ハ常ニ追奪擔保ノ義務ヲ負擔スルモ
 ノトセリ佛蘭西法學者ボチエー氏ハ此羅馬法ヲ説明シテ曰ク賣主ハ縱令其目的
 物ヲ買主ニ引渡スモ未ダ全ク其義務ヲ盡シ了リタリト謂フヲ得ス賣主ハ尙ホ買

主ニ對シ目的物ヲ追奪セラレサルコトニ付テ保證ノ義務ヲ負擔ス此義務ハ則チ追奪擔保ノ義務ト稱スルモノナリト然ラハ羅馬法ニ所謂追奪トハ果シテ如何ナルコトヲ意味スルヤト問フニ究竟買主カ第三者ヨリ訴テ受ケ其裁判ノ結果目的物ヲ奪ヒ去ラル、コトヲ云フニ外ナラス從テ縱令裁判ヲ受クルモ未ダ其執行ヲ受ケサルトキハ買主ハ追奪擔保ニ關スル訴權ヲ有セサルナリ蓋シ羅馬法ニ於テハ賣買ナルモノハ物ノ安全即チ平穩ナル占有ヲ買主ニ移轉スルコトヲ以テ主眼ト爲スモノタレハ苟モ此安全即チ平穩ナル占有ヲ妨碍スルモノアリタルトキハ賣主タル者ニ於テ其責任ヲ負擔セサル可カラサルヤ素ヨリ論ヲ俟タサルナリ是故ニ賣主カ追奪擔保ノ義務ヲ負擔スルコトハ羅馬法ニ於テハ論理上寔ニ至當ノコトナリトス而シテ買主カ訴訟ノ結果目的物ヲ追奪セラレタルトキハ賣主ニ對シテ二個ノ訴權ヲ有ス即チ第一チ「アシシヨ、エッキス、エムプター」(Actio ex empto)ト云ヒ第二チ「アシシヨ、デ、スチビユレーシヨネ、ヂエプレー」(Actio de stipulatione duplae)ト云フ蓋シ第一ノ訴權ハ賣買契約ヨリ當然生スルモノニシテ此訴權ニ因リ追奪ノ時ニ於ケル物ノ價格ト其追奪ノ爲メニ生シタル費用トヲ請求スルコトヲ得可シ然ラハ

此場合ニ關スル原則如何ト釋スルニ專ラ買主チシテ當初追奪セラレサル時ノ有様ニ措クノ主義ニ基テ損害金額ヲ定ムルニ在リ又第二ノ訴權ニ因リテ買主ハ賠償トシテ代價ノ二倍ヲ請求スルコトヲ得可シ今夫レ此訴權ハ如何ニシテ發達セルヤト云フニ最初羅馬法ニ於テハ若シ賣買ノ目的物ヲ追奪セラル、トキハ其代價ニ倍ノ賠償ヲ受クルコトヲ特約スルヲ普通ノ例ト爲シタリシカ此風普ク一般ノ慣習ト爲リ遂ニ反對ノ契約ナキトキハ賣主ハ代價ノ二倍ヲ辨償セサル可カラサルコトニ法律上確定セリ故ニ苟モ反對ノ特約ナキ以上ハ買主ハ法律上當然此二個ノ訴權ヲ有スルモノトス

右ハ羅馬法律ナルカ次ニ佛國民法ヲ閱スルニ其第一千六百二十五條ニ依レハ賣主カ買主ニ對シテ負擔スル擔保ニハ二個ノ目的アリ第一ハ賣渡物ノ安全ナル占有ニ關スル擔保ニシテ第二ハ賣渡物ノ隠レタル瑕疵ニ關スル擔保ナリトセリ此第二ノコトニ付テハ後ニ述フル所アルカ故ニ茲ニ述ヘスト雖モ第一ノコトニ付テハ次條即チ第一千六百二十六條ニ於テ賣主ハ特約ナキモ當然一部又ハ全部ノ追奪擔保ノ責任ヲ負擔スト規定シ又第一千六百二十七條ニ於テハ特約ヲ以テ此責任ヲ

増減スルコトヲ得ト規定セリ然レトモ亦第六百二十八條ニ於テハ賣主ハ自己ノ所爲ニ關スル擔保ノ責任ニ付テハ特約ヲ以テスルモ之ヲ免カル、コトヲ得スト規定シ又第六百二十九條ニ於テハ擔保ノ責任ヲ負擔セサルコトヲ特約スルモ尙ホ且ツ賣主ハ其目的物ノ追奪セラレタルトキハ代金ヲ返還スルノ義務アリト規定セリ尤モ該條ニ於テハ若シ賣買契約ノ當時買主カ追奪セラル可キコトヲ知リタルトキ又ハ物ヲ買取りタル後ニ追奪セラル、モ自カラ其危險ヲ負擔ス可キコトヲ特約セルトキハ例外ナリトセリ是等數條ノ規定ニ因テ之ヲ見レハ佛國民法ニ於テモ亦羅馬法ト同シク法律上追奪擔保ヲ認識セルコトヲ知ルニ足レリ加之佛國民法ニ所謂追奪ナルモノモ亦羅馬法ト均シク買主カ敗訴ノ結果トシテ買取りタル物ヲ奪ヒ取ラル、ヲ云フニ外ナラス乍左現時ノ佛國民法ニ依レハ管ニ追奪セラレタル時ニ於テ訴訟ヲ提起シ得ルノミナラス追奪セラル、ノ恐アル時ニ於テモ尙ホ此擔保ニ關スル訴訟ヲ提起スルコトヲ得可シ即チ夫ノ他人ノ物ヲ賣買セル場合ニ於テハ追奪セラル、ノ恐アルコト明カナルヲ以テ買主ハ追奪擔保ニ關スル訴訟ヲ提起スルコトヲ得可キナリ

抑モ追奪トハ右ニ述ヘタルカ如ク買取りタル物ヲ第三者ニ引渡サ、ル可カラサルコトヲ云フモノナレハ追奪擔保ハ多クハ他人ノ物ヲ賣買セル場合ニ起生スル所ノ問題ナリ然ルニ元來他人ノ物ノ賣買ノ無効ナルコトハ我既成民法ハ勿論佛國民法ニ於テモ均シク明定セル所ナリ既ニ主タル所ノ賣買ノ無効ナルニモ拘ハラス從タル擔保ノ義務存在スルハ果シテ如何ナル理由ナル乎大ニ疑ハサル可カラス更ニ語ヲ換ヘテ之ヲ言ヘハ擔保ノ義務ニシテ從タル義務ナリトセハ必スヤ主タル賣買ト其消長ヲ共ニセサル可カラス然ルニ主タル賣買成立セスシテ獨リ其從タル擔保ノ責任ノミ存在スルノ理由ハ法理上決シテ之ナカル可シ蓋シ夫ノ羅馬法及ヒ古代ノ佛國法即チ那翁法典發布前ノ佛國法ニ依レハ賣買ハ單ニ安全ノ占有ヲ移轉スルニ過キカリシナリ從テ他人ノ物ヲ賣買スルモ決シテ無効ニ非ス既ニ他人ノ物ノ賣買ニシテ無効ニ非ストセハ別チ主タル賣買成立セルナリ既ニ主タル賣買ニシテ成立セン乎其從タル追奪擔保ノ義務ノ存在スルモ亦法理上當然ノコトナリ然ルニ今日ノ佛國民法及ヒ我既成民法ニ依レハ賣買ハ所有權ノ移轉ヲ目的トスルモノナリ從テ他人ノ物ノ賣買ハ無効ナリ既ニ他人ノ物ノ賣買

ニシテ無効ナリトセハ其賣買ハ成立セサルナリ然ルニ獨リ追奪擔保ノ義務ノミ
 存在スト規定スルハ法理上決シテ正鵠ヲ得タルモノニ非ス唯夫レ他人ノ物ヲ賣
 買シ而シテ追奪セラレタルトキハ賣主タル者ニ於テ其代金ヲ返却ス可キ義務ア
 ルノミナラス又其契約ヨリ生セル費用ヲモ辨償スルノ責任アルヤ素ヨリ其所ナ
 リト雖モ而モ此義務アルハ擔保ノ義務ヲ帶フルカ故ニ非ス全ク賣却シ得サル他
 人ノ物ヲ賣却シテ代金ヲ取り且ツ之カ爲メニ入費ヲ蒙ラシメタルニ職由スルモ
 ノニシテ私犯上ノ原則ヨリ此義務ヲ負擔セサル可カラサルコトヲ説明スルニ餘
 リアリ又何ヲ苦ンテ乎擔保義務アルカ故ニ此義務ヲ負擔ス可シト規定スルヲ要
 セン耶然ルニ佛國民法并ニ我既成民法カ事茲ニ出テスシテ前述ノ如キ撞着ノ規
 定ヲ設ケタル所以ノモノハ究竟古代ノ羅馬法ニ於ケル精神ヲ變更シタルコトヲ
 忘却シ依然トシテ羅馬法ヲ摸倣シタルノ註誤タラスンハ非サルナリ
 翻テ我既成民法ヲ案スルニ猶ホ佛國民法ノ如ク追奪擔保ヲ認メタリ元來追奪擔
 保ナルモノハ其言詞自體ノ明示スルカ如ク第三者ヨリ追奪セラル、コトヲ擔保
 スルモノナリ而シテ第三者ヨリ追奪セラル、所以ノモノハ職トシテ其物ノ上ニ

於ケル權利上ニ瑕瑾アルニ由ル果シテ然ラハ追奪擔保ナルモノハ物權ノ瑕瑾ニ
 關係スルモノナリト謂ハサル可カラス抑モ瑕瑾ハ之ヲ分テ其物ノ上ニ於ケル瑕
 瑾ト其物ノ權利上ニ於ケル瑕瑾トノ二者ニ區別スルコトヲ得可シ物ノ上ニ於ケ
 ル瑕瑾ハ所謂有形上ノ瑕瑾ニシテ有體ノモノナリ之ニ反シテ物ノ權利上ニ於ケ
 ル瑕瑾ハ無形上ノ瑕瑾ニシテ無體ノモノナリ而シテ此二者中第一ノ有形ノ瑕瑾
 ニ付テハ次項ニ於テ論スル所アルカ故ニ茲ニ之ヲ述ヘス本項ニ於テハ唯第二ノ
 無形ノ瑕瑾ノミニ付テ縷陳セント欲ス
 我既成民法カ權利上ノ瑕瑾即チ無形ノ瑕瑾ニ付テ擔保ノ名義ヲ附シタルハ猶ホ
 佛國民法カ羅馬法ヲ誤リテ規定セルト同シク佛國民法ノ誤リヲ襲蹈シテ斯ノ如
 キ規定ヲ設ケタルモノト謂ハサル可カラス若シ夫レ羅馬法ノ如ク占有主義ヲ取
 ル所ノ法律ナランニハ物權ニ瑕瑾アルヤ否ヤハ全ク附從ノ問題ナリ詳言セハ占
 有ヲ移轉スルコトカ主タル目的ニシテ其物權如何ノ問題ハ全ク從タルモノナリ
 故ニ羅馬法ヨリ立論スルトキハ物權ノ瑕瑾ニ付テ擔保ノ責アリト云フハ法理上
 毫モ間然スル所ナシ然レトモ輒近ノ法理ニ於ケルカ如ク賣買ハ占有ヲ移轉スル

モノニ非シテ物權其物ヲ移轉スルモノト爲サン乎物權ニ瑕瑾アルヤ否ヤハ全ク主タル目的ニ關スル問題ニシテ附從ノ事柄ニ關スル問題ニ非ス既ニ主タル目的ニ關スル問題ナリトセハ是レ實ニ賣買ノ成立如何ニ關スル問題ナリト云ハサル可カラズ賣買ノ成立如何ニ關スル問題ハ擔保ニ關スル問題ニ非サルヤ辯ヲ弄セシテ明カナリ然ルニ我既成民法カ之ヲ以テ擔保ニ關スル問題トセルハ一ニ佛國民法ノ謬誤ヲ再ヒセルモノニシテ吾人ノ一大憾事トスル所ナリ

債無形ノ瑕瑾即チ權利上ノ瑕瑾ハ我既成民法上四個ニ區別スルコトヲ得從テ追奪擔保ノ場合モ亦四個ニ區別スルコトヲ得可シ即チ左ノ如シ

- (第一) 物ノ全部ニ於ケル權利全部ノ瑕瑾
 - (第二) 物ノ一部ニ於ケル權利全部ノ瑕瑾
 - (第三) 物ノ全部ニ於ケル權利一部ノ瑕瑾
 - (第四) 物ノ一部ニ於ケル權利一部ノ瑕瑾
- 以下順次之ヲ詳述ス可シ
- (第一) 物ノ全部ニ於ケル權利全部ノ瑕瑾 賣主カ他人ノ物ヲ賣買シタルトキハ

物權ヲ移轉スルコトヲ得サルヲ以テ是レ所謂物ノ全部ニ於ケル權利全部ノ瑕瑾アル場合ナリトス此場合ニ於テハ別段ノ契約ナケレハ若シ買主カ眞ノ所有者ノ爲メニ目的物ヲ追奪セラル、トキハ賣主ニ對シテ擔保訴權ヲ有ス又眞ノ所有者ノ爲メニ未ダ追奪セラレサルモ追奪セラル、ノ恐アルトキハ賣買無効ノ訴權ヲ有ス加之買主ニ於テ目的物ハ他人ノ物ナリトノコトヲ證明シタルトキニ於テモ尙ホ賣買無効ノ訴權ヲ有スルモノナリ

古代ノ法律ニ依レハ現實ニ第三者ノ爲メニ目的物ヲ追奪セラレタルトキニ非レハ買主ハ斯ノ如キ無効訴權若クハ擔保訴權ヲ有スルコトナカリシカ近代ノ法律ニ依レハ單ニ買主カ目的物ノ他人ノ物ナルコトヲ證明スルノミニテ既ニ無効訴權若クハ擔保訴權ヲ行用スルコトヲ得ルモノトセリ而シテ買主カ契約ノ當時其目的物ハ賣主ニ屬セサルコトヲ知り賣主ハ却テ之ヲ知ラサリシトキニ於テモ亦買主ハ此無効訴權ヲ行用スルコトヲ得ルモノトセリ是レ我財產取得編第五十六條ノ規定スル所ナリ然ラハ何カ故ニ買主ハ賣主ニ屬セサル物ナルコトヲ知りツ、買受ケタル場合ニ於テ尙ホ無効訴權ヲ行フコトヲ得ルヤ我起案者ハ説明シ

テ曰ク賣買ハ有償合意ナリ一方ヨリハ代金ヲ支拂ヒ他方ヨリハ物權ヲ移轉ス然ルニ其目的物ニシテ第三者ノ所有ニ屬スルトキハ合意ノ原因タル所ノ所有權ノ移轉ナルモノハ法律上成立スルコトナシ既ニ合意ノ原因ニシテ成立セザランカ、賣買ノ無効タル素ヨリ論ナシ何ソ其買主ノ善意ナルト將タ惡意ナルトヲ問ハンヤ是レ買主ノ惡意ナルニモ拘ハラス尙ホ無効訴權ヲ有スル所以ナリト然レトモ此點ハ立法上大ニ考究ヲ要ス可キモノト信スルナリ抑モ買主カ他人ノ物ナルコトヲ知了セルニモ拘ハラス之ヲ買受ケタルハ果シテ如何ナル意思ナリヤ思フニ買主ハ眞ノ所有者ヨリ追奪セラル、コトヲ知リツ、買受ケタルモノナレハ追奪セラル、所ノ危險ハ買主自ラ之ヲ負擔セサル可カラズ從ツテ其代金ハ賣主ニ贈與シタルノ意思ナリト推測スルコトヲ得可シ買主ノ意思ニシテ果シテ斯ノ如クソハ之ニ賣買無効ノ訴權ヲ與フルノ必要ナキヤ復タ多言ヲ俟タサルナリ我法典修正者ハ果シテ如何ニ之ヲ修正セントスルカ

以上ハ買主カ善意ナルト將タ惡意ナルトヲ問ハス賣主ニ屬セサル物ヲ買受ケタルトキハ無効訴權ヲ有スルコトヲ説明セルモノナリ然レトモ買主ノ善意ナル場

合ト惡意ナル場合トニ於テハ其効果ニ付テ多少ノ差別ナキ能ハス今其場合ヲ區別シテ説明ス可シ

(一) 買主ニ於テ惡意アリシトキ 此場合ニ於テハ買主カ此訴權ヲ利用シタルトキハ自ラ負擔スル代金支拂ノ義務ヲ免カレ又既ニ代金ヲ支拂ヒタルトキハ之ヲ取戻スコトヲ得ルモノトス然レトモ買主ハ是等ノ訴權ヲ有スル外他ニ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得サルナリ而シテ買主ハ目的物ノ價額カ減少スルコトアルモ尙ホ代價取戻ノ際ニ於テ其減少ヲ受ク可キモノニアラス換言スレハ賣主ハ目的物ノ價額ノ減少ヲ理由トシテ代金ノ一部分ヲ自ラ收ムルコトヲ得ス既ニ受取リタル代金ノ全部ヲ買主ニ支拂ハサル可カラサルナリ何トナレハ賣買ハ當初ヨリ成立セサルモノナレハナリ然レトモ若シ其價額ノ減少カ買主ノ詐欺ニ原因スルカ若シハ買主自己ノ利益トナリタルトキハ買主ハ其限度ニ應シテ之ヲ賣主ニ辨償スルノ義務アリ又如何ナル場合ニ於テモ買主カ其代金ヲ取戻シタルトキハ目的物ヲ賣主ニ返還セサル可カラス是レ即チ無効訴權ヨリ生スル所ノ結果ナリ

賣買法 賣買契約ノ効力 賣主ノ義務 擔保ノ義務 法律上ノ擔保 追奪擔保

(二) 買主ノ善意ナリシトキ 買主ノ善意ナル場合即チ目的物ノ他人ノ物ナルコトヲ知ラザリシ場合ニ於テハ買主ハ代金辨濟ノ義務ヲ免カレ又既ニ之ヲ支拂ヒタルトキハ之ヲ取戻スノ權アルノ外尙ホ左ニ列擧スル特別ノ權利ヲ有スルモノナリ

(甲) 買主ハ賣主ニ對シテ支拂ヒタル契約費用ノ辨償ヲ求ムルコトヲ得 元來契約ノ費用ナルモノハ取得編第三十四條ノ規定ニ依リ當事者雙方カ平分シテ之ヲ負擔ス可キモノナレトモ此場合ハ賣主カ他人ノ物ヲ賣買シタル爲メニ賣買契約無効トナリタルモノナレハ善意ノ買主ハ素ヨリ自己カ負擔シタル契約ノ費用ヲ賣主ニ對シテ要求スルコトヲ得ルナリ何トナレバ斯ノ如キ費用ハ賣主ノ過失若クハ惡意ヨリ生シタルモノト云フコトヲ得ルヲ以テ過失若クハ惡意アル賣主ニ於テ之ヲ負擔ス可キハ當然ナレハナリ

(乙) 買主カ目的物ニ付キ支拂ヒタル費用ニシテ眞ノ所有者ヨリ其辨償ヲ受クルコトヲ得サルモノハ賣主ニ對シテ之カ辨償ヲ求ムルコトヲ得 抑モ買主カ目的物ニ付キ支拂フ所ノ費用ハ之ヲ必要ノ費用有益ノ費用及奢靡ノ費用ニ區別スルコトヲ得夫ノ保存費用ノ如キハ必要ノ費用ナリ目的物ノ價額

ヲ増加スル所ノ費用ノ如キハ有益ノ費用ナリ然レトモ買主一身ノ意好ニ適スル爲メ物ヲ改造スル所ノ費用ノ如キハ法律上ニ所謂奢靡ノ費用ナリトス而シテ必要ノ費用ハ物ヲ取戻ス者ニ於テ之ヲ負擔ス可キモノナリ即チ眞ノ所有者ニ於テ之ヲ辨償セサル可カラズ有益ノ費用モ亦同シ唯夫レ奢靡ノ費用ニ至リテハ所有者ニ於テ之ヲ負擔ス可キモノニアラスシテ賣主ニ於テ之ヲ辨償セサル可カラズ然レトモ玆ニ注意ス可キ點アリ利益者ハ動産不動産ノ小修繕ヲ負擔スルノ義務アルコト是ナリ故ニ善意ノ買主ハ素ヨリ其目的物ノ果實ヲ收取スルノ權利アルヲ以テ從テ其小修繕ノ費用ハ自ラ負擔セサル可カラサル可シ決シテ眞ノ所有者若クハ賣主ニ對シ其辨償ヲ求ムルコトヲ得サルナリ左レトモ既ニ第三者ノ爲メニ目的物ヲ追奪セラレタル後ニ於テハ買主ハ其得可カリシ果實ヲ失ヒタルモノナレハ之ヲ損害トシテ賣主ヨリ辨償ヲ得可キコト勿論ナリ

(丙) 目的物上ニ生シタル増加ノ額ハ意外ノ原因ヨリ生シタルト否トチ問ハ

賣買法 賣買契約ノ効力 賣主ノ義務 擔保ノ義務 法律上ノ擔保 追奪擔保

ス賣主ニ於テ之ヲ辨償セサル可カラス。此場合ハ乙ノ場合トハ異ナルモノニシテ乙ノ場合ハ買主自ラ費シタル費用ナレトモ此場合ハ價額ノ自然ニ増加シタルトキナリ例ヘハ東京市ノ如キ繁華ノ都府ニ在リテハ地價ハ非常ニ劇變ヲ生スルモノナリ是等ハ敢テ賣主ノ力ニ頼リタルモノニアラス只タ歲月ノ經過ト土地ノ情狀トノ効力ニ依リテ増加シタルノミ而シテ斯ク價額ヲ増加スルハ獨リ不動産ノミニ止マラス尙ホ動産ニ於テモ之ヲ看ルコトヲ得特ニ美術品ニ於テ然リトス而シテ斯ノ如ク價額ノ増加シタルトキハ此利益ハ買主ニ歸セサル可カラス從ツテ賣主ハ之ヲ買主ニ辨償セサル可カラサルナリ其理由タルヤ損害賠償ノ原理ニ依リテ之ヲ説明スルコトヲ得可シ若シ假リニ賣買ヲシテ有効ナルモノトセハ是等ノ利益ハ當然買主ニ歸シタルモノナリ然ルニ賣主ハ他人ノ物ヲ賣却シタルカ爲メニ賣買無効トナリタルモノナリ然ラハ善意ナル買主ハ此得可カリシ利益ヲ損害トシテ請求スルコトヲ得ルハ素ヨリ當然ナリ

(丁) 眞ノ所有者ノ請求後ニ收取シ而シテ之ヲ返還シタル所ノ利益ハ賣主ヨリ買主ニ對シテ之ヲ辨償セサル可カラス。財産編第九十四條ノ規定ニ依レハ正權原且ツ善意ノ占有者ハ天然ノ果實及產出物ヲ取得スル權利ヲ有セリ夫ノ善意ノ買主ノ如キハ所謂正權原且ツ善意ノ占有者ナリ從ツテ其物ヨリ生スル所ノ果實ハ買主之ヲ取得スルコトヲ得ルモノニシテ決シテ之ヲ眞ノ所有者ニ返還スルノ義務ナシ乍併買主ニシテ眞ノ所有者アルコトヲ知リタル後ハ最早善意ノ占有者ト云フコトヲ得ス從ツテ所有者ヨリ請求ヲ受ケタル後ハ自ラ果實ヲ收取スルノ權利ナシ若シ之ヲ收取シタルトキハ之ヲ所有者ニ返還セサル可カラス而シテ此返還ノ義務ハ何ニ依リテ生シタルヤト云フニ賣主カ他人ノ物ヲ賣リタルヨリ生スル所ノ結果タルニ外ナラス去レハ買主ハ之ヲ損害トシテ賣主ヨリ辨償セシムルハ當然ナル可シ且ツ果實ハ賣買ノ場合ニ於テハ宛モ代金ノ利息ニ該當スルモノナリ即チ目的物ハ代金ニ該當シ果實ハ其利息ニ該當ス故ニ買主カ果實ニ換ヘテ之ニ對當スル期間内ノ賣買代金ニ該當ス可キ法律上ノ利息ヲ請求シタルトキハ賣主ハ之ヲ辨償セサル可カラス之ヲ要スルニ買主ハ果實ノ辨償ヲ要求スルカ或ハ之レニ

賣買法

賣買契約ノ効力

賣主ノ義務

擔保ノ義務

法律上ノ擔保

追奪擔保

對當スル代金ノ利息ヲ請求スルカノ二者其一ヲ擇フノ權ヲ有スルモノナリトス

(戊) 所有者ノ回復訴訟ニ對スル答辯ノ費用其他擔保ヲ請求スル所ノ費用ハ凡テ普通ノ原則ニ從ヒ賣主ヨリ買主ニ對シテ辨償セサル可カラス以上ハ買主カ善意ナルコトヲ基礎トシテ説明シタルモノナリ然レトモ此買主ノ權利ハ賣主ノ善意ナルト惡意ナルトニ依リテ多少ノ區別アリ即チ賣主ノ惡意ナリシトキハ以上ニ述ヘタル甲ヨリ以下戊ニ至ルマテノ權利ヲ十分ニ主張スルコトヲ得レトモ若シ善意ナル場合ニ於テハ普通ノ原則ニ依リ多少ノ制限ヲ受ケサル可カラス普通ノ原則トハ何ソヤ我民法ノ規定ニ依レハ加害者惡意ナルトキハ豫知ス可キ損害ナルト豫知ス可カラサル損害ナルトニ拘ハラス凡テ之ヲ負擔セサル可カラス然レトモ善意ナルトキハ單ニ豫知ス可キ損害ヲ負擔スルニ止マレリトス是レ財産編第三百八十五條ニ明言スル所ナリ此原則ハ賣買ノ場合ニ於テモ尙ホ之ヲ適用セサル可カラス然ラハ如何ニ之ヲ適用ス可キヤト云フニ前ニ列舉セル甲ヨリ戊ニ至ル内乙丙及戊ノ損害ハ正當ニ豫見シ

得可キ程度ニ於テ之カ賠償ヲ爲サ、ル可カラサルナリ

尙ホ茲ニ附言トシテ陳述ス可キモノアリ他ナラス賣主カ他人ノ物ナルコトヲ知リツ、賣渡シタルトキハ賣主ハ自ラ無効訴訟ヲ行フコトヲ得サルモ若シ賣主善意ナルトキハ無効訴訟ヲ有スルトノコト是レナリ賣主惡意ナルトキハ無効訴訟ナキコトハ別ニ説明ヲ要スルコトナシ其善意ナル場合ニ於テハ物ヲ引渡シタル前ト後トヲ區別シテ論セサル可カラス

賣主カ契約後引渡前ニ他人ノ物ナルコトヲ覺知シタルトキハ賣買ノ履行ヲ拒ミ賣買ノ無効ナリトノコト及ヒ擔保義務ノ定方ヲ裁判所ニ對シテ請求スルコトヲ得ルナリ然レトモ若シ買主カ追奪ノ場合ニ於ケル損害賠償權ヲ拋棄スルコトヲ明言スルトキハ賣主ハ賣買ヲ無効ナラシムルノ訴訟ヲ有スルコトナシ從ツテ其目的物ヲ買主ニ引渡サ、ル可カラス是レ取得編第六十條ノ規定スル所ナリ又賣主カ引渡ヲ爲シタル後ニ他人ノ物ナルコトヲ覺知シタルトキハ最早無効訴訟ヲ行フコトヲ得ス只タ此場合ニハ買主ニ對シテ擔保訴訟ヲ行フヤ又ハ雙方立會ノ上ニテ賠償金額ヲ評定スルヤニ付キテ催告シ得ルニ過キス而シテ若シ買主

カ此催告ニ應セザルトキハ賣主ハ其後ノ責任ヲ免カレ、モノナリ即チ賣主ハ既ニ受取リタル代金ト評價シタル所ノ賠償額ヲ提供シテ之ヲ供託スレハ其後ノ責任ハ凡テ之ヲ免カル可シ是レ取得編第六十一條ノ規定スル所ナリ

上來陳述セル我取得編ノ規定ニ依レハ賣主カ善意ナル場合ニ於テ無効訴權ヲ行フニ付キテ大ニ制限ヲ加ヘタリ然レトモ何カ故ニ斯ノ如ク制限セサル可カラサルヤ之ヲ制限スルハ果シテ其當ヲ得タルモノナルカ將テ制限セサルヲ以テ事理ノ宜ニ適フモノナルカ未ダ適カニ斷言シ能ハサルヲ信ス今夫レ我民法ノ規定ニ依レハ買主カ擔保訴權ヲ拋棄シタルトキハ賣主ハ最早無効訴權ヲ行フコトヲ得ス又物ヲ引渡シタル後ハ最早無効訴權ヲ行フコトヲ得サルナリ今其理由ヲ釋スルニ此規定タルヤ賣主ハ自己ノ過失ニ依リテ他人ノ物ヲ賣却シタルモノナルヲ以テ其善意ナルニ拘ハラス其過失ヲ罰スルノ精神ニ出テタルモノ、如シ然レトモ斯ノ如キ規定ハ其當ヲ得タルモノナルヤ否ヤ余輩ハ之ヲ斷言スルニ躊躇セサルヲ得サルナリ起案者曰ク斯ノ如キ場合ニ於テハ賣主ハ無効訴權ヲ行フ名義ヲ有セスト賣主果シテ名義ヲ有セサルヤ否ヤ大ニ議論ノ存スルモノアラン余ハ未

タ起案者ニ賛同ノ意ヲ表スルコト能ハス尙ホ其理由ノ如キハ後ニ詳論スル所アル可シ

他人ノ物ノ賣主カ後日ニ至リ其物ノ所有者ト爲リタルトキハ何時ニテモ買主ニ對シテ賣買ヲ認諾スルカ若クハ擔保訴權ヲ行フカノ催告ヲ爲スコトヲ得而シテ賣主カ其物ノ所有者ト爲ルノ方法ニ付テハ何等ノ制限アルコトナシ即チ或ハ買取リテ所有者タルヲ得或ハ相續シテ所有者タルヲ得或ハ特定名義ヲ以テモ或ハ包括名義ヲ以テ所有者ト爲リテモ其他如何ナル方法ニ依リテ所有者ト爲リテモ右ノ催告ヲ買主ニ爲スコトヲ得而シテ此催告ヲ受ケタル買主ハ二者ノ中一ヲ擇フ可キノ義務アリ是レ我既成民法ノ規定スル所ナレトモ今夫レ法典ヲ離レテ純理上ヨリ論下スルトキハ元來賣主ナルモノハ物ノ所有權ヲ買主ニ移轉スルノ義務ヲ負擔スルモノナルヲ以テ好シヤ後日ニ至リ其物ノ所有者ト爲ルコトアルモ買主ニ對シテ其物ノ取戻ヲ請求スルコトヲ得サルヤ固ヨリ論ナシ加之買主ニ對シテ賣買ヲ認諾スルカ或ハ擔保訴權ヲ行フカニ付キ催告ヲ爲スノ權アル可キ理ナシ從テ買主ハ無効訴權ヲ實行スルモ或ハ之ヲ實行セスシテ物ノ價額ノ増加ス

賣買法 賣買契約ノ効力 賣主ノ義務 擔保ノ義務 法律上ノ擔保 追索擔保 一七三

ルコトヲ待ツカ將ク或ハ時効ノ經過スルヲ待ツカ凡テ其自由ナリト云ハサルヲ得ス然レトモ斯ク長キ時間賣主ヲシテ不確實ノ間ニ彷徨セシムルハ頗ル苛酷ノ感ナキ能ハサルヲ以テ我既成民法ハ斯ノ如ク賣主ニ催告ヲ爲スノ權ヲ與ヘタルナリ

(第二) 物ノ一部ニ於ケル權利全部ノ瑕瑾 目的物ノ一部分カ第三者ニ屬スルトキハ其全部カ第三者ニ屬スルトキトハ異リテ賣買ハ無効トナルモノニアラス只タ賣買ヲ解除シ得ル場合ト解除シ得サル場合トノ二個ニ出テス而シテ如何ナル場合ニ賣買ヲ解除シ得ルヤ將ク如何ナル場合ニ解除シ得サルカヲ論究スルニ付テハ先ツ可分の部分ト不可分の部分トノ場合ニ區別スルコトヲ要ス
分割シ得可キ部分トハ如何ト云フニ例ハ同一地所ニ建築セル五棟ノ家屋ヲ一個ノ代金ヲ以テ賣買シタルニ五棟ノ中一棟ハ他人ノ物ナルカ如キ場合ハ即チ分割シ得可キ場合ナリ次ニ不可分の部分ノ場合トハ例ハ物ニ共有權ノ存スルカ如キ場合ニシテ即チ一個ノ家屋ヲ賣買シタルニ豈ニ圖ラノ其家屋ニハ第三者モ共有權ヲ有シタルカ如キ場合ヲ云フ而シテ分割シ得可キ場合ニ於テ其分割シ得

可キ部分カ第三者ニ屬スルトキハ其瑕瑾カ合意ニ重要ノ關係ヲ有スルトキニハ即チ買主カ其瑕瑾カ合意ニ重要ナル關係ヲ有スルコトヲ證明シ得タルトキニハ買主ハ契約ヲ解除シテ其損害ヲ要求スルヲ得可シ但買主ニ於テ單ニ其受ケタル直接且ツ現時ノ損害ノ限度ニ於テ賠償ヲ要求スルニハ固ヨリ其瑕疵ノ重要ナルヤ否ヤヲ證明スルヲ要セス而シテ瑕瑾カ合意ニ重要ノ關係ヲ有スル場合トハ若シ買主カ最初ヨリ其瑕瑾アルコトヲ知了セシナラハ其物ヲ買取ラサリシナラント推測スルコトヲ得ル場合ヲ云フ例ハ其物ノ性質若クハ分量又ハ廣狹等ニ依リテ其瑕瑾ヲ知ラハ買取ルノ意思ナシト正當ニ推測シ得ル場合ノ如ク次ニ不可分の部分ノ場合ニ於テハ其不可分ノ部分カ第三者ニ屬スルトキハ其瑕瑾カ合意ニ重要ナル關係ヲ有スルト否トニ拘ハラズ契約ヲ解除シテ賠償ヲ求ムルコトヲ得ルナリ然リ而シテ買主カ契約ヲ解除セスシテ單ニ損害ノミヲ請求スルトキニハ物ノ減少ニ依リテ生シタル損害即チ其減少ニ對當スル代金ト契約費用ノ部分トヲ取戻スコトヲ得又其價額カ増加シタルトキニハ其損害ノ賠償ヲ受クルコトヲ得ルナリ何故ニ可分の場合ト不可分の場合トニ依リ賠償ヲ求ムルニ付テ

斯ノ如キ差違アリヤト云フニ不可分のノ場合ニ於テハ法律ハ瑕瑾アル部分ニ對シテハ原因ナキモノ即チ賣買ハ成立セスト見做スヲ以テ其損害金額ヲ算定スル點ニ於テモ斯ノ如キ差異ヲ生スルナリ

(第三) 物ノ全部ニ於ケル權利一部ノ瑕瑾(第四)物ノ一部ニ於ケル權利一部ノ瑕瑾第三及ヒ第四ノ場合ハ法律カ同一ノ規定ヲ設ケタルヲ以テ同時ニ論述スルヲ便利ナリトス以上ニ述ヘタル第一及ヒ第二ノ場合ハ一般權利ニ瑕瑾アル場合詳言セハ所有權若シハ虛有權カ第三者ニ屬スル場合ナレトモ是ヨリ述ヘントスル第三及ヒ第四ノ場合ハ一般ノ權利ハ賣主ニ屬セリト雖モ其支分權カ第三者ニ屬セル場合即チ權利ノ一部分ニ於テ瑕瑾アル場合ニ屬セリ斯點ニ付テハ取得編ハ第六十五條及ヒ第六十六條ヲ以テ規定シタリ以下規定ノ區別ニ從ヒテ之ヲ論述セシ

(一) 働方地役存スルモノトシテ賣渡シタル土地ニシテ其地役權利カ既ニ消滅シ又ハ追奪セラレタルトキ

(二) 契約ニ於テ述ヘサル人爲ヲ以テ設定シタル受方地役ニ關シテ第三者ノ要求アリタルトキ 蓋シ受方地役カ人爲ヲ以テ設定セラレサル場合ハ外形上顯然タルモノナリ例ヘハ袋地ニ住スル者ハ圍繞地ヲ通行スルノ權利アリ是レ必要上ノ地役ニシテ人爲ヲ以テ設定セラレタルモノニアラス斯ノ如キ地役ハ外形上ヨリ一見シテ之ヲ知了スルコトヲ得ルヲ以テ契約ニ於テ之ヲ陳述セスト云フト雖モ買主ハ其地役アルコトヲ知リツ、之ヲ買取りタルモノト見做サ、ル可カラズ從ツテ斯ノ如キ場合ニ於テハ第三者ヨリ要求セラル、コトアルモ賣主ハ買主ニ對シテ擔保ノ責任ナキヤ勿論ナリ然レトモ人爲ヲ以テ設定シタル地役ニ至リテハ之ヲ契約ニ於テ述フルニアラサレハ買主ハ其地役ノ存在ヲ知リツ、買取りタルモノト見做スコトヲ得ス故ニ斯ノ如キ場合ニ於テハ第三者ヨリ地役ノ要求アリタルトキハ賣主ハ買主ニ對シテ擔保ノ責ヲ盡ス可キハ言ヲ俟タス

(三) 賣買物ノ全部ニ存スル用益權又ハ賃借權ニシテ其經過ス可キ殘餘ノ期間カ建物ニ付テハ一ケ年土地ニ付テハ二ケ年ヲ超ヘサルモノニ關シテ第三者ノ要求アリタルトキ

賣買法

賣買契約ノ効力 賣主ノ義務 擔保ノ義務、法律上ノ擔保 追奪擔保

(四) 買受物ノ一部ニ存スル用益權又ハ賃借權ニ關シテ第三者ノ要求アリタルトキ

以上ニ列舉セル(一)ヨリ(四)ニ至ル場合ニ於テハ宛モ可分的部分ニ關シテ權利全部ノ瑕瑾アル場合ト同シク其瑕瑾ノ合意ニ重要ノ關係ヲ有スルカ又ハ有セサルカヲ區別シ重要ナル關係ヲ有スルトキニハ其契約ヲ解除シテ損害ヲ要償スルコトヲ得若シ重要ナル關係ヲ有セサルトキニハ單ニ直接ニシテ且ツ現時ノ損害賠償ヲ要求スルコトヲ得ルニ止マルモノトス

(五) 財産全部ニ於ケル用益權又ハ賃借權ニシテ其繼續期間カ建物ニ付テハ一ケ年土地ニ付テハ二ケ年ヲ超越スルトキ 此場合ニ於テハ買主ハ瑕瑾カ重要ナル關係ヲ有スルヤ否ヤヲ證明スルヲ要セスシテ賣買ノ解除ヲ請求スルコトヲ得即チ此場合ノ權利關係ハ宛モ不可分的部分ニ權利全部ノ瑕瑾アル場合ト同シク賣買ヲ解除シ且ツ損害ヲ求ムルコトヲ得ヘキナリ

(六) 賣渡シタル土地ニ先取權又ハ抵當權ノ負擔アリテ賣主ノ債權者ノ爲メニ所有權ヲ取り上ケラレタルトキ 抑モ抵當權又ハ其他先取權ヲ負擔スル土地

ヲ買取りタルモノハ債權擔保編ニ規定セル如ク所謂滌除ノ方式ヲ行フコトヲ得ルナリ滌除ノ方式ヲ行フトハ買主ハ直チニ賣主ニ代金ヲ支拂ハスシテ之ヲ抵當債權者又ハ其他ノ先取權者ニ支拂ヒテ其抵當權若クハ先取權ヲ消滅セシムルヲ云フナリ去リ乍ラ斯ル方法ヲ行フト否トハ買主ノ權利ニ屬スルヲ以テ縱令買主カ之ヲ行ハストモ買主ニハ毫末タモ過失ノ責ム可キモノアルコトナシ加之買主カ滌除ノ方法ヲ行ハスシテ抵當債權者ノ爲メニ其物ノ所有權ヲ取り上ケラレタルトキハ買主ハ擔保求償權ヲ利用シテ損害ノ賠償ヲ要求スルコトヲ得ルナリ何故ニ買主ハ實際所有權ヲ取り上ケラレズンハ擔保訴權ヲ行フヲ得スヤト云フニ元來抵當權ナルモノハ物權ノ一種ナリト雖モ夫ノ用益權若クハ賃借權ノ如ク其物ニ密接ノ關係ヲ有スルモノニアラス從ツテ之カ爲メニ其物ノ使用上若クハ收益上ニ於テ何等ノ差支ヲ生スルコトナシ殊ニ債務者ニシテ債務ヲ辨濟スレハ抵當權ハ當然消滅ニ歸ス可キモノナリ去レハ實際所有權ヲ取り上ケラル、ニ非スンハ買主ハ何等ノ痛痒ヲモ感スルモノニアラスト謂フ可シ法律カ所有權ヲ取り上ケラル、ニ非スンハ買主ハ擔保訴權ヲ利用ス

賣買法 賣買契約ノ効力 賣主ノ義務 擔保ノ義務 法律上ノ擔保 追尋擔保 一七九

ルコトヲ得スト規定シタルハ此理由ニ外ナラサルナリ

上來論述セル所ハ所謂有體物ノ賣買ニ關スル規定ナリ然ルニ我民法ハ無體物即チ權利ノ賣買ヲモ認メタリ從ツテ以上ニ述ヘタル規定ハ固ヨリ無體物ノ賣買ニモ之ヲ適用スルコトヲ得テ原則上少シモ差異アルコトナシ然レトモ有體物ト無體物トハ其性質ヲ異ニスルヲ以テ以上ノ原則ヲ適用スルニ付キテモ亦多少其趣キヲ異ニセサルニアラス取得編ハ之ヲ第六十八條第六十九條及ヒ第七十條ニ於テ規定シタリ尙ホ此規定ニ付テ一言スル所アル可シ

第六十八條ハ債權ヲ賣買シタル場合ニ於ケル擔保ノコトヲ規定セリ即チ債權ノ賣主ハ當然其債權ノ存在セルコト及ヒ有効ナルコトヲ擔保スルモノナリ是故ニ合意ノ成立條件ニシテ欠缺セルカ又ハ詐欺錯誤等ノ存在ニ依リテ合意ニ瑕疵アルトキハ買主ハ賣主ニ對シテ擔保ノ訴權ヲ行フコトヲ得而シテ此コトタル法律上ノ擔保ナルヲ以テ他ニ特別ノ契約ナキ以上ハ賣主ハ買主ニ對シテ常ニ其責任セサル可カラス然レトモ賣主ハ特別ヲ以テスルニアラサレハ債務者ノ資力ニ付テ擔保スルモノニアラス從ツテ債務者カ辨濟能力ヲ失ヒタリトテ賣主ハ固ヨ

リ其責任アルコトナシ而シテ賣主カ特ニ債務者ノ資力ニ付テ擔保シタルトキハ通例ハ既ニ滿期ニナリタル債權ニ付テハ賣買ノ時ニ於テノミノ辨濟能力ヲ擔保シタルモノニシテ且ツ其金額ハ自己カ受取リタル代金ノ限度ニ止マルモノトス而シテ又未タ滿期ニ至ラサル債權ニ付テハ滿期ヨリ一ケ年又無期年金ニ付テハ其讓渡シタルトキヨリ十ケ年ヲ限リテ其資力ニ付テ擔保ノ責アリトス然レトモ此規定タル固ヨリ通例ノ場合ナレハ特別ノ擔保ヲ爲シタルトキハ此限ニ在ラサルハ勿論ナリ

何故ニ法律ハ擔保ノ額ヲ受取リタル代金ノ限度ニ限リタルヤ又滿期後一年間之ヲ擔保セルモノト定メタルヤ其理由太甚タ分明チ欠ケリ抑モ既ニ資力ヲ擔保スル以上ハ特約ナキ限りハ債權全部ヲ擔保シタルモノト見做サ、ル可カラス例ヘハ百圓ノ債權ヲ八十圓ニテ賣渡スモ之ヲ擔保シタル上ハ八十圓丈擔保スルニ止マラスシテ尙ホ百圓ヲ擔保スルカ通例ニアラスヤ又未タ滿期ニ至ラサル債權ニ付テ債務者ノ資力ヲ擔保シタルトキハ其期限ノ到着セルトキニ於ケル債務者ノ資力ヲ擔保セルモノト見做スカ當然ニアラスヤ然ルニ我法律ハ滿期後一ケ年ニ

賣買法 賣買契約ノ効力 賣主ノ義務 擔保ノ義務 法律上ノ擔保 追奪擔保 一八一

於ケル辨濟能力ヲ擔保スルモノトシ且ツ其金額ハ自ラ受取リタル代金ノ限度ニ限レリ余輩ハ其理由ノ所在ヲ發見スルニ苦マサルヲ得サルナリ

第六十九條ハ繫争權利ノ賣買ニ關スル擔保ノコトヲ規定シタリ茲ニ所謂繫争ノ權利トハ必スシモ裁判上ノ争ノミニ止マラス尙ホ裁判外ノ争ニテモ明白ニ争ノ目的トナリタル權利ヲ云フナリ斯ノ如キ繫争權利ヲ賣買シタルトキハ賣主ハ其權利カ眞誠ニ成立セルモノナルコトヲ擔保スルモノニアラサルハ明カナリ何トナレハ其成立ノ明確ナラサルコトハ買主カ最初ヨリ之ヲ熟知スル所ナレハナリ然ラハ斯ノ如キ賣買ニ於ケル擔保ハ那邊ニ存スルヤト云フニ單ニ賣主カ自己ノモノトシテ主張スルハ決シテ虛構ニアラストノコトヲ擔保スルニ過キサルナリ故ニ賣主カ若シ詐欺又ハ其他虛構ヲ以テ争ヒタルモノナルトキハ賣主ハ既ニ受取リタル代金ヲ返還ス可キノミナラス尙ホ買主カ正當ニ希望シタル所ノ利益ヲ損害トシテ賠償セサル可カラズ

會社員カ其持分ヲ賣渡シタル場合ニ於テハ尙ホ普通債權ヲ賣渡シタル場合ニ於ケルカ如ク其權利ノ存在セルコト及ヒ其賣買契約ニ包含セラル、權利ノ廣狹ニ

付テノミ擔保ノ責任ヲ有スルモノトス故ニ既ニ賣渡シタル持分若クハ無効ニ屬ス可キ權利ヲ賣買シ若クハ契約書ニハ會社ノ利益ノ十分ノ一ト記載セルニ拘ハラス賣主ノ有スル利益ハ二十分ノ一ニ過キサリシカ如キ場合ニハ賣主ハ擔保ヲ破フリタルモノナレハ其責ニ任セサル可カラズ然レトモ賣主ノ擔保スル所ハ以上ニ述フル所ニ止マリ其他ニ及フコトナシ去レハ會社ノ將來ニ於ケル盛衰如何ノ如キハ固ヨリ賣主ノ擔保スル所ニアラサルナリ又會社ノ持分ノ賣渡ハ賣買當時ニ於ケル權利ヲ賣渡スニ過キサレハ既ニ清算濟トナリタル權利關係ノ如キハ買主ノ利害ニ影響ヲ及ホスモノニアラサルナリ

第二項 瑕疵擔保

瑕疵擔保

我既成民法ハ有體の瑕疵ニ對スル訴權ヲ廢却訴權ト名ケ無體の瑕疵ニ對スル訴權ヲ擔保訴權ト稱シ二者ノ間ニ其名稱ヲ異ニセリ由是觀之我既成民法ハ有體の瑕疵ニ對スル賣主ノ擔保義務ヲ認メサルモノト云ハサル可カラズ否ナ少シトモ有體の瑕疵ニ付テハ擔保ノ名稱ヲ下スコトナシ何故ニ我民法ハ如斯有體の瑕疵ト無體の瑕疵トニ對シ異別ノ名稱ヲ付シタリヤボアンナード氏ハ之ヲ説明

賣買法

賣買契約ノ効力

賣主ノ義務

擔保ノ義務

法律上ノ擔保

瑕疵擔保

シテ曰ク元來擔保ナルモノハ實際ニ生セル損害ヲ賠償スルヨリハ寧ロ切迫シタル危険ヲ豫想スルモノニシテ此危険ヲ避ケントスル是レ即チ擔保ノ目的ナリトス然ルニ有體的瑕疵ナルモノハ賣買ノ當時既ニ存在セルモノニシテ且ツ之ヲ修補ス可カラサルコトヲ豫想スルモノナリ故ニ此場合ニ於テハ訴權ノ目的ハ既ニ受ケタル損害ノ賠償ヲ請求スルニ在リテ將來ノ危険ニ對スルモノニアラサルヤ明カナリ是レ二者ノ名稱ヲ異ニセサルヲ得サル所以ナリト是レ果シテ理論ノ正鵠ヲ得タルモノナルヤ否ヤ余輩疑ナキ能ハス請フ左ニ少シク論述スル所アラン

(第一) 民法ノ認ムル擔保訴權ノ場合ニ於テモ買主カ將ニ蒙ラントスル危険ヲ避ケンカ爲ニスル所ノモノハ只タ賣主ヲシテ訴訟ニ參加セシメントスルノ場合ニ限リテ其他ニハ損害ヲ賠償セシメントスルモノニアラサルハナシ加之民法ノ所謂廢却訴權ナルモノヲ看ルニ常ニ損害賠償ヲ目的トスルモノナリト云フ可カラヌ夫ノ修補スルコトヲ得ル瑕疵ナルトキハ賣主ヲシテ之ヲ修補セシムルコトヲ得セシメタリ然ラハ二者ノ間ニ名稱ヲ區別スルノ理由ナキニアラスヤ

(第二) 抑モ有體的瑕疵ノ場合ニ於テ買主カ廢却訴權ヲ行ヒテ要償ヲ求ムルコトヲ得ルハ畢竟買主ハ有體的ノ瑕疵ヲ擔保スルカ故ニ外ナラス然ラハ此場合ニ於テ擔保ノ訴權ノ名稱ヲ下スモ豈ニ不當ノ命名ト云フヲ得ンヤ

(第三) 所有權移轉主義ヲ採用セル賣買ニ於テハ有體的瑕疵ニ對スル訴權ハ廢却訴權ト名クルヨリハ寧ロ擔保訴權ト名クルノ法理上穩當ナルニ若カサルナリ何トナレハ此訴權ナルモノハ所有權ノ移轉ヲ確保スルモノニ過キサレハ法理上純然タル擔保訴權ニ外ナラサレハナリ之ニ反シテ無體的瑕疵ニ對スル訴權ハ擔保訴權ト稱スルヨリハ寧ロ其他ノ名稱ヲ付スルヲ以テ穩當ナリトス然ルニ我民法ハ首尾ヲ顛倒シテ一チ廢却訴權ト云ヒ一チ擔保訴權ト云フ二者共ニ正鵠ヲ得タルモノト云フ可カラサルナリ現ニ英米國ノ法律ハ勿論佛國其他歐洲大陸ノ法律ヲ看ルニ有體的ノ瑕疵ヲ以テ擔保上ノ問題トナサ、ルモノアルコトナシ然ルニ特リ我既成民法ハ歐米諸國ノ法律ニ背馳シテ右ノ如キ名稱ヲ下シタリ余輩未ダ其可ナルヲ知ラサルナリ

有體的ノ瑕疵ニ對スル擔保ニ付テハ英米法律ト羅馬法律トノ間ニ原則上大ナル

差別アリ否ナ寧ロ其原則ハ正ニ相反對スト云フコトヲ得可シ即チ英米法律ニ於テハ買主注意セヨ (Caveat emptor) トノ原則古來ヨリ行ハレタリ買主注意セヨトハ買主ハ自己ノ危険ヲ以テ物ヲ買取ルトノ義ナリ從テ賣買物ノ性質如何又ハ賣買物ハ使用ニ適スルヤ又ハ其他有體的ノ狀態如何ニ付テハ賣主ハ何等ノ擔保義務ヲ負擔スルモノニアラス凡テ買主カ自己ノ危険ヲ以テ買取ルモノナレハ縱令其物カ使用ニ適セストテ又ハ性質ニ不都合ノ所アリトテ又ハ瑕瑾アリタリトテ一ニ買主ニ於テ其損害ヲ蒙ラサル可カラズ蓋シ此原則ハ如何ナル理由ニ基クモノナルヤト云フニ第一ハ古代ニ於テハ賣買ハ殆ント公市ニ於テ行ハレタルヲ以テ公市賣買ノ事實カ此原則ノ發動ヲ促シタルモノニシテ第二ハ成ル可ク賣買主間ニ訴訟ナカラシメントスル政署上ノ目的ニ出テタルモノニ外ナラサルナリ然レトモ近來ニ於ケル判決例ノ傾向ヲ看ルニ此原則ハ之ヲ擴張セシムルヨリハ寧ロ制限セラル、ニアルモノ、如シ從ツテ此原則ニ對シテ例外トシテ認メラル、場合甚々多シ其場合ハ如何ト云フニ之ヲ概言スレハ明示又ハ默示ノ擔保存スル場合是ナリ尙ホ細カニ其場合ヲ列舉スレハ左ノ如シ

- (一) 商業上ノ習慣ニ依リテ賣買物ノ性質又ハ其使用方法ニ適スルコト其他形狀ニ付テ默示ノ擔保存スルトキ
- (二) 買主ハ賣主ノ技術又ハ判斷ニ依頼シテ賣主カ豫知スル目的ニ付テ物ノ注文ヲ爲シ而シテ其物ハ賣主カ營業トシテ他ノ注文ニ應スルモノナルトキハ賣主ハ其賣渡シタル物カ其目的ニ適スルコトニ付キ默示ノ擔保ヲ負擔スルモノナリトス
- (三) 賣主カ營業トスル所ノモノニシテ而シテ買主ニ於テハ之ヲ検査スルノ機會ヲ有セサルトキハ其賣買物ハ賣買シ得可キ性質及形狀ヲ具備スルコトニ付テ賣主ハ擔保ノ責任ヲ有スルモノトス
- (四) 製造人ヨリ物ヲ買取リタルトキハ特別ノ慣習ナキ場合ニ於テハ其物ハ製造人ノ製造シタル物ナリトノコトニ付テ默示ノ擔保アルモノナリ
- (五) 明示契約ニヨリテ賣主擔保ノ責ヲ帶ヒタルトキ 是レ勿論ノコトナリ而シテ此場合ニ於テハ互ニ抵觸スルニ非サレハ以上述ヘタル默示ノ擔保ヲ害スルモノニアラストス

古代ニ於テハ食料品ノ賣買ニ付テハ常ニ食料ニ適スルトノ默示ノ擔保アルモノトナシタリシカ今日ニ於テハ此判決例ハ廢棄セラレテ食料品ノ賣買ニ付テモ尙ホ普通ノ規定ニ從フ可キモノトセリ

以上ハ英米法律ノ所定ニ係レリ乍左我民法及羅馬法ハ全ク是レト正反對ノ原則ヲ採用セリ即チ賣主ノ危險ヲ以テ賣買スルコトヲ以テ原則ト爲セリ此原則ノ基ク所ハ他ナラス賣主ハ自己ノ所有物ヲ賣渡サントスルモノナレハ其物ノ瑕疵ニ付テハ買主ヨリハ一層能ク之ヲ熟知スルノ好地位ニ在ルモノトノ假定ニ因ルモノナリ即チ賣主ハ買主ヨリハ能ク物ノ瑕疵ヲ知ルト云フヨリシテ擔保ノ責任ヲ負ハシメタルモノナリ然レトモ是レ固ヨリ一般ノ原則ニ過キサルヲ以テ其例外アル可キハ論ヲ俟タス今其例外ノ場合ヲ概言スレハ第一ハ明示ノ契約アル場合第二ハ表見ノ瑕疵アル場合はレナリ表見ノ瑕疵ハ何人モ一見シテ之ヲ發見スルコトヲ得ルカ故ニ賣主之ヲ擔保スルノ必要ナキヤ勿論ナル可シ蘇國ニ於テハ羅馬法ヲ採用セルヲ以テ佛國ト同シク賣主ハ不表見ノ瑕疵ニ付キテハ擔保ノ責任ヲ有スルモノト爲セシモ商法改正條例ニ依リ從來ノ法律ヲ改正シテ若シ賣主カ

不表見ノ瑕疵ヲ知ラサリシトキハ其瑕疵ハ物ト共ニ買主ニ移轉シテ其危險ハ買主ニ屬スルモノニシテ賣主ハ明示ノ契約ヲ以テスルカ又ハ明カニ特別ノ目的ノ爲メニ賣買セラレタルモノニアラサレハ此危險ヲ擔保スルコトナシトセリ英米ノ法律ト其軌ヲ同フスルモノト謂フ可シ今本邦ニ於テハ何レノ原則ヲ採用ス可キヤ之ヲ討究スルハ立法上大ニ趣味ノ存スルノミナラス蓋シ必要ナルコトナル可シ

是ヨリ我既成民法ニ付テ述ヘンニ我民法ノ規定ニ依レハ買主カ賣買ヲ廢却スルコトヲ得ル場合ト單ニ損害ノ賠償ヲ求ムルニ止マル場合ト之レアリ仍テ余モ亦此區別ニ從ヒテ論述セン

第一、買主カ廢却訴權ヲ行フニハ左ニ述フル所ノ四條件ヲ具備スルコトヲ要ス
(一) 賣買ノ當時不表見ノ瑕疵アルコト 擔保ノ目的トナル瑕疵ハ不表見ノモ

ノナラサル可カラス若シ表見ノ瑕疵ナルトキハ買主ハ一見シテ之ヲ知ルコトヲ得可シ斯ルモノニ對シテハ擔保ノ必要ナキヤ明カナリ故ニ好シヤ買主ニ於テ輕卒ニモ之ヲ知ラスシテ買取りタリトスルモ買主自ラ其責ヲ負フ可

賣買法 賣買契約ノ効力 賣主ノ義務 擔保ノ義務 法律上ノ擔保 瑕疵擔保 一八九

クシテ之ヲ賣主ノ責ニ歸スル能ハサルナリ又其瑕瑾ハ賣買ノ當時ニ存在セ
ルモノナラサル可カラス賣買以後ニ生シタル瑕瑾ニ付テハ賣主其責ヲ負ハ
サルハ論ナキ所ナリ

(二) 買主ハ瑕疵ヲ知ラザリシコト 買主カ其瑕瑾アルコトヲ知リタルトキハ
表見ノ瑕瑾ト少シモ擇フ所ナシ從ツテ賣主擔保ノ責ナキヤ勿論ナリ

(三) 修補スルヲ得サル瑕疵ナルコト 若シ瑕瑾カ修補スルコトヲ得ルモノナ
ルトキハ買主ハ其修補ヲ求ムルカ若クハ其修補費用ヲ損害トシテ求ムルカ
二者其一ヲ擇フ可ク決シテ賣買其物ヲ廢却スルノ必要アルコトナシ元來擔
保ナルモノハ性質上ヨリ云ヘハ主タル賣買ノ効力ニハ影響ヲ及ホサルナ
以テ原則トシ其之ニ反シテ主タル賣買ヲ廢却スルハ素ヨリ例外ノ場合ト云
ハサル可カラス從テ修補シ得ル瑕瑾ノ場合ノ如キハ一般ノ原則ニ從フ可キ
モノニシテ未タ其例外ヲ適用シテ賣買ヲ廢却スルニ足ラサルナリ
(四) 用方ニ不適當ナルカ又ハ不十分ナルコト 物ニ瑕瑾アルモ其用方ニ於テ
欠クル所ナキトキハ賣買其物ヲ廢却ス可キモノニアラス若シ爲メニ損害ヲ

蒙リタルトキハ其賠償ヲ求ムレハ足レリ是レ擔保ノ性質上當サニ然ル可キ
所ナリ抑モ物ノ用方ナルモノハ當事者雙方ノ合意ヲ以テ之ヲ定ムルコトア
リ又然ラサルコトアリ若シ夫レ當事者雙方カ合意ヲ以テ之ヲ定メタルトキ
ハ賣買物ハ果シテ其用方ニ適スルヤ否ヤハ其合意ニ依リテ判斷セサル可カ
ラス然レトモ之ニ反シテ合意上ノ定メナキトキハ其物ノ固有ノ用方即チ性
質上ノ用方ニ依リテ其適否ヲ論斷セサル可カラス例ヘハ馬車用ノ馬ヲ乘馬
ニ使用スルノ合意ヲ以テ賣買シタルトキハ其用方ハ合意ヲ以テ定メタルモ
ノナリ故ニ之ヲ馬車用ニ使用スルニハ更ラニ差支ナキモ之ヲ乘馬用ニ使用
スルニハ瑕瑾アリテ到底其使用ニ耐ヘサルトキハ買主ハ廢却訴權ヲ行フコ
トヲ得ルナリ然レトモ若シ斯ノ如キ合意上ノ定メナキトキハ乘馬用ノ馬ハ
馬車用ニ適セストシ又ハ馬車用ノ馬ハ乘馬用ニ適セスト云フカ如キ其固有
ノ用方ニアラサル用方ヲ以テ廢却訴權ヲ行フコト能ハサルナリ換言セハ苟
モ馬車用ノ馬ハ馬車用ニ適シ乘馬用ノ馬ハ乘馬用ニ適スル以上ハ賣主ハ別
ニ擔保ノ責ニ任スルコトナキモノトス

次ニ用方ニハ全ク不適當ナルニハアラサレトモ只タ不十分ナルトキハ若シ買主カ最初ヨリ之ヲ知了セシナラハ買取ラサル可シト推測シ得ル程度ノ瑕疵ナルトキハ全ク用方ニ不適當ナル場合ト同シク買主ハ廢却訴權ヲ行フコトヲ得可シ然レトモ右ノ程度ニ上ラサル瑕疵ナルトキハ單ニ損害ヲ要償スルコトヲ得ルニ止マルモノトス

以上ニ掲ケタル四個ノ條件ヲ具備スルトキハ賣主ハ之ヲ知ラスシテ賣買シタルト又ハ知リツ、之ヲ賣買シタルトヲ問ハス買主ノ請求ニ應シテ賣買ヲ廢却スルノ義務ヲ負フモノトス

是レヨリ買主カ有スル賣買廢却訴權ノ効力ニ付キテ述フル所アランニ元來此訴權ノ効力タルヤ賣主カ初メヨリ瑕疵アルコトヲ知リツ、賣買シタル場合ト全ク之ヲ知ラスシテ賣買シタル場合トニ依リ大ニ區別アルヲ以テ左ニ之ヲ分説セント欲ス

(甲) 賣主カ瑕疵アルコトヲ知ラスシテ賣買シタル場合

(一) 買主若シ既ニ代金ヲ支拂ヒタルトキハ之レカ取戻ヲ請求シ且ツ契約費

用ノ償却ヲ請求スルコトヲ得 蓋シ廢却訴權ナルモノハ賣買契約ヲ取消シテ宛モ之ヲ取結ハサリシトキノ原狀ニ回復センコトヲ目的トスルモノナレハ既ニ支拂ヒタル代金ハ之ヲ賣主ヨリ取戻シ又既ニ支拂ヒタル費用ハ之ヲ償却セシムルコトヲ得若シ又未タ代金ヲ支拂ハサルトキハ之ヲ支拂フノ義務消滅スルハ勿論ナリ

(二) 辨濟シタル代金ノ利足ハ賣買ノ廢却ヲ請求スル以前ノ分ハ買受ケタル物ノ収益又ハ使用ト互ニ相殺スルヲ以テ請求スルヲ得サレトモ其以後ノ分ハ代金ト共ニ之ヲ請求スルコトヲ得 元來廢却訴權ノ目的ハ前ニモ云ヘルカ如ク賣買ヲ取結ハサル以前ノ狀況ニ回復セントスルモノナレハ一片ノ學理上ヨリ論下スルトキハ賣主ハ受取リタル代金ト其利息トヲ買主ニ返還セサル可カラズ又買主ハ引渡ヲ受ケタル物ノ収益又ハ使用シタル利益ヲ計算シテ之ヲ賣主ニ返還セサル可カラサルモノニ似タリ然レトモ斯ノ如ク一片ノ學理ヲ貫クトキハ取引ノ錯綜ナル到底精密ナル計算ヲ爲シ得サル場合ナキニアラス從テ是レヨリシテ幾多ノ紛擾ヲ來スヤモ知ル

可カラス是レ決シテ法制ノ當ヲ得タルモノニアラサルナリ故ニ法律ハ是等ノ煩累ヲ避ケンカ爲メニ賣買ノ廢却ヲ請求スル日マテノ利息ハ法律上當然物ノ収益又ハ使用ニ因リテ得タル利益ト相殺シタルモノト看做シ相互ニ之ヲ計算スルノ義務ナキモノト規定シタリ

茲ニ一ノ問題アリテ存ス开ハ他ナラス抑モ買主カ代金ヲ支拂ヒタルトキト賣主カ物ヲ引渡シタルトキト同時ナルトキハ前段ニ述ヘタル所、法律上ノ相殺ニ付テ別ニ云々スルコトナキモ若シ代金支拂ノトキト物品受取ノトキト同時ナラサルトキハ聊カ疑義ナキヲ得サル可シ例ヘハ代金ハ三ヶ月以前ニ之ヲ支拂ヒタルモ物品ノ引渡ヲ受ケタルハ僅カニ一ヶ月以前ナルトキハ賣主ハ早シ既ニ三ヶ月ノ利ヲ得タルニ拘ハラス買主ハ僅カニ一ヶ月ノ収益又ハ使用ヲ得タルニ過キス斯ノ如ク代金支拂ト物品引渡ト遅速アリタルトキニモ尙ホ前段ニ述ヘタルカ如ク互ニ相殺シテ計算ヲ爲スニ及ハサルモノナルヤ否ヤト釋スルニ法文ニ依リテハ明答シ難シト云ハサル可カラス然レトモ一步ヲ退テ考フレハ法律ハ計算ノ煩累ヲ避ケン

カ爲メニ立法上前段ニ述ヘタルカ如キ規定ヲ設ケタルモノナレハ本疑問ノ場合ニ於テモ尙ホ且ツ法律上ノ相殺アリタルモノトシテ相互ニ計算シテ請求スルヲ得スト爲スハ寧ロ法律ノ精神ヲ得タルモノナラン歟

以上述ヘタル所ハ廢却訴權ヲ請求スル以前ノ利息ニ係ハレリ而シテ其以後ノ利息ニ至テハ法律上相殺アリタルモノト看做サス從テ買主ハ之ヲ請求スルコトヲ得可ク又賣主ハ物件上ノ収益ヲ請求スルコトヲ得可シ

乙

賣主初メヨリ瑕瑾アルコトヲ知リツ、賣買シタル場合

此場合ニ於テハ賣主ニ惡意アルモノナレハ買主ハ前段ニ述ヘタル第一及ヒ第二ノ權利ヲ有スルノ外ニ尙ホ爲メニ受ケタル損害又ハ失ヒタル利益ニ付キテ賠償ヲ求ムルコトヲ得ルナリ蓋シ法律ハ隠レタル瑕瑾ヲ實際知ラサルコトアルモ是ヲ以テ賣主ノ過失ナリトハ認メス從ツテ善意ノ場合ニ於テハ前ニ述ヘタルカ如ク代金ト契約費用トヲ辨濟スルノ義務アルノミニ止マレトモ本項ノ場合ノ如ク惡意アルトキハ尙ホ通常ノ損害賠償ノ原則ニ從ヒテ之カ賠償ヲ爲サル可カラス是レ素ヨリ至當ノ規定タリ余カ茲ニ賣主ノ惡