

是より買主が有する賣買廢却訴權の効力に付きて述ふる所あらんに。元來此訴權の効力たるや賣主が初めより瑕瑾あることを知りつゝ賣買したる場合と全く之を知らずして賣買したる場合とに依り大に區別あるを以て左に之を分説せんと欲す

(甲) 賣主が瑕瑾あることを知らずして賣買したる場合

(一) 買主若し既に代金を支拂ひたるときは之を取戻を請求し且つ契約費用の償却を請求することを得。蓋し廢却訴權なるものは賣買契約を取消して宛も之を取結はさりしときの原狀に回復せんことを目的とするものなれば既に支拂ひたる代金は之を賣主より取戻し又既に支拂ひたる費用は之を償却せしむることを得若し又未だ代金を支拂はざるときは之を支拂ふの義務消滅するは勿論なり

(二) 辨済したる代金の利足は賣買の廢却を請求する以前の分は買受けたる物の収益又は使用と互に相殺するを以て請求するを得されども其以後の分は代金と共に之を請求することを得。元來廢却訴權の目的は前にも云

へるか如く賣買を取結はざる以前の狀況に回復せんとするものなれば一片の學理上より論下するときには賣主は受取りたる代金と其利息とを買主に返還せざる可からず。又買主は引渡を受けたる物の収益又は使用したる利益を計算して之を賣主に返還せざる可からざるものに似たり。然れども斯の如く一片の理論を貫くときは取引の錯綜なる到底精密なる計算を爲し得ざる場合なきにあらす従て是よりして幾多の紛擾を來すやも知る可からず是れ決して法制の當を得たるものにあらざるなり。故に法律は是等の煩累を避けんか爲めに賣買の廢却を請求する日までの利息は法律上當然物の収益又は使用に因りて得たる利益と相殺したるものと看做し相互に之を計算するの義務なきものと規定したり

茲に一の問題ありて存す开は他ならず抑も買主が代金を支拂ひたるるときと賣主が物を引渡したるときと同時なるときは前段に述べたる所の法律上の相殺に付て別に云々することなきも若し代金支拂のときと物品受取のときと同時ならざるときは聊か疑義なきを得ざる可し。例へば代金は

三ヶ月以前に之を支拂ひたるも物品の引渡を受けたるは僅かに一ヶ月以前なるときは賣主は早く既に三ヶ月の利を得たるに拘はらず買主は僅かに一ヶ月の収益又は使用を得たるに過ぎず。斯の如く代金支拂と物品引渡と遅速ありたるときにも尙ほ前段に述べたるか如く互に相殺して計算を爲すに及はざるものなるや否やと釋ぬるに法文に依りては明答し難しと云はざる可からず。然れども一步を退て考ふれば法律は計算の煩累を避けんか爲めに立法上前段に述べたるか如き規定を設けたるものなれば本疑問の場合に於ても尙ほ且法律上の相殺ありたるものとして相互に計算して請求するを得すと爲すは寧ろ法律の精神を得たるものならん歟

以上述べたる所は廢却訴權を行使する以前の利息に係はれり。而して其以後の利息に至ては法律上相殺ありたるものと看做さず從て買主は之を請求することを得べく又賣主は物件上の収益を請求することを得べし

(乙) 賣主初めより瑕疵あることを知りつゝ賣買したる場合

此場合に於ては賣主に惡意あるものなれば買主は前段に述べたる第一及び

第二の權利を有するの外に尙ほ爲めに受けたる損害又は失ひたる利益に付きて賠償を求むることを得るなり。蓋し法律は隠れたる瑕疵を實際知らざることあるも是を以て賣主の過失なりとは認めず從つて善意の場合に於ては前に述べたるか如く代金と契約費用とを辨濟するの義務あるのみに止まれども本項の場合の如く惡意あるときは尙ほ通常の損害賠償の原則に従ひて之か賠償を爲さざる可からず是れ素より至當の規定たり。余か茲に賣主の惡意の場合と善意の場合とを區別したるは斯る差異あるか爲めなり

第二、買主は廢却訴權を行ふを得ざるも損害の賠償として代金の減少を求むることを得る場合に付て論述す可し

如何なる場合に此訴權を行ふことを得るやと云ふに(第一)隠れたる瑕疵か廢却訴權を行ふ程に重大ならざるとき(第二)買主自ら好んで廢却訴權を行はざる時。

(第三)隠れたる瑕疵か修補するを得るとき(三)場合なりとす。即ち是等の場合に於ては賣買を消滅することなくして單に瑕疵の補償として代金の減少を求むるを得るものとす

買主か買受けたる物を他に賣却したるか又は譲渡したるか又は意外の事變若くは不可抗力に依りて消滅せしめたるときは廢却訴權を行ふことを得ず。何となくは既に目的物にして消滅したる以上は最早賣買成立せざりし以前の狀況に回復することを得ざればなり。然れども代價減少の訴權に至りては尙ほ之れを行ふことを得べし。何となくは此訴權たる賣買の成立を取消すものにあらす只た損害の要償として對人的の關係を有するに過ぎざればなり。而して我既成民法は買主か買受けたる物を無償にて譲渡したる場合と有償にて譲渡したる場合とを區別し。前者の場合に於ては買主は常に代價減少の訴權を行ふことを得るも後者の場合に於ては買主か其瑕瑾の爲め實際損害を蒙りたるか又は譲受人より訴へらるゝか又は訴へらるゝ恐れあるときにあらざれば代價減少の訴權を行ふを得ずと規定したり。今其理由とする所を聞くに曰く無償譲渡の場合に於ては贈與者は受贈者に其物か無瑕なりしときの如き恩惠を與ふることを得ず故に買主は瑕瑾の爲め損害を蒙むるものなれば常に代價減少の訴權を行ふことを得るなり。之に反して有償譲渡の場合に於ては買主は自から買受けたる代金に相

當する報酬を得たるものなれば毫末の損害あることなし従つて譲受人より訴へらるゝか又は訴へらるゝ恐れあるときにあらざれば損害を蒙りたりと云ふ可からず是れ代價減少の請求を爲し得ざる所以なりと。余は之を開き了りて呆然たらざるを得ず。夫れ擔保なるものは對人的の問題にあらずや買主か之を譲渡すると將た譲渡せざるとに何の關係かあらん况んや無償なると有償なるとに依りて區別を設くるに於てをや理由の理由たらざる復た多言を要せざるなり。是を以て歐米諸國の法律を看るに我民法の如き區別を設くるもの一も之れ有ることなし。蓋し諸國の法律は區別を設くることを知らざるものにあらず又區別を以て欠典と云ふにあらず。乍左我民法の如きは却て詳細に失し法理の正を得たるものにあらざるやの非難を免かるゝ能はざる可し

尙ほ進んで代價減少訴權の効力に付て述へんに是れ亦賣主か初めより瑕瑾あることを知りつゝ賣買したる場合と之を知らずして賣買したる場合とに依りて區別あり。即ち賣主に悪意ありたる場合には買主は瑕瑾の爲めに収益を失ひたる限度に應じて代價の減少を求むることを得るの外其瑕瑾の爲めに受けたる損害

及ひ失ひたる利益の賠償を請求することを得へし。然れども賣主善意なるときは單に収益を失ひたる限度に應じて代價の減少を求むるを得るに止まり其他に請求權あることなし

上來論述せる所を約言すれば賣主か隠れたる瑕疵に付きて擔保義務を破りたるときは買主は賣買廢却訴權又は代價減少訴權を行ふことを得べく若し賣主惡意あるときは更に普通の損害賠償權を行ふことを得へしと云ふに在り。而して買主か是等の訴權を行ふに付き法律は財産の種類に従ひて其期間を定めたり。即ち

(一) 不動産は六ヶ月

(二) 動産は三ヶ月

(三) 動物は一ヶ月

是なり。而して此期間は物品引渡のときより起算す可きものとせり。蓋し訴權の執行に付て何等の期間をも設けざるときは賣買は永遠に不確實のものとなり其結果は一般の經濟上の不利益を來たすのみならず時日の経過と共に證據は漸々湮滅に歸す可きを以て後日に至り裁判沙汰となるも證明するを得ざるの恐れ

なきを得ざるを以て公益上の理由より斯くは期間を設けたるものならん。又財産の種類に依り期間に區別を設けたるは一は隠れたる瑕疵を發見するの困難なると將た容易なると一は引渡後に生したる瑕疵と其前に生したる瑕疵とを區別するの難易に依りたるものならん。例へば動物の如きは引渡後に瑕疵を生ずるとなしとせず。而して其瑕疵は引渡以前より生したるものなるや將た其以後に生したるものなるや之を辨別すること容易ならざるものなきにあらす故に法律は其期限を最も短くしたり。又瑕疵の有無は素より買主か其物の占有を得て之を點檢したる後にあらされは之を知ること能はざるを以て法律は買主か占有を得たるときより期間を起算す可きものと爲したり。去れば此期間なるものは要するに一には買主か瑕疵の有無を知ると二には訴訟を提起するの期間なりと云ふことを得べし。故に若し買主か瑕疵を知りたるときは其之を知りたる日より期間を半はに短縮す可きものとせり。例へば動物は通例一ヶ月の期間なるも若し占有を得たる日より五日目に瑕疵あることを發見したるときは其發見したるときより期間を半はに短縮すと云ふにあるを以て要するに買主は二十日目まで

に訴權を行はざる可からず。然れども既に半は以上を經過したるとき例へは二十日目又は二十五日目に瑕疵を發見したるときは素より之を短縮するの理なし故に買主は殘留の期間内に訴を起さざる可からず

此の如く買主が早く瑕疵を知りたるときは期間を短縮する以上は又特別の理由ありて期間内に之を發見することを得ざるときは特別の期間を設くるを至當とす。我既成民法は買主が意外のこと又は不可抗力に依りて期間内に隠れたる瑕疵を發見することを得ざりしことを證明したるときは期間後と雖も訴權を行ふことを得。即ち意外の事變又は不可抗力の止みたるるときより通常期間の三分の一を以て新期間と爲す可きものとせり。例へは動産を買取りたるに間もなく竊盜の爲めに竊取せられたるか如き。又は不動産を買取りたるに間もなく戦争起りて之を點檢することを得ざりしときの場合の如し。斯の如き場合に於ては其事變又は不可抗力の止みたるるときより通常期間の三分の一を以て新期間なりとす

第三款 特約上の擔保

擔保は前に講述せる如く賣買成立の要素にあらず去れば擔保の特約なくとも賣

買完全に成立するは勿論更に特約を以て擔保を増加するを得べく若くは減少するを得べく又は變更消滅することを得べし。唯茲に一の例外あり他なし賣主自ら追奪の原因を作為せるときは縱令擔保せずとの特約を締結するとも其特約は無効なりとす。例へは甲なる賣主一の動産物を乙者に賣渡し無擔保の特約を爲し其後同一物を丙者に賣渡し其占有を引渡したるときは甲者は無擔保の特約を爲したるに拘はらず尙ほ乙者に對して損害賠償の責任を免るゝことを得ざるか如き是なり。右は賣買後に追奪の原因を作りたる場合なるか其以前に原因を作りたるるときも之と異なることなし。例へは既に他人に賣渡したる物を再び乙者に賣渡し而して無擔保の特約を取結ひたるか如き尙ほ賣主は乙者に對して擔保の責任を免るゝ能はざるなり。之を要するに賣買の前後に拘はらず自ら追奪の原因を作りたるときは賣主は擔保の責任を免るゝことを得ざるなり。羅馬法に一の格言あり曰く義務ある者はたとひ特約を以て擔保の責任を免るゝと雖も自ら追奪の原因を爲すことを得ずと我民法は此原則を採用したるものなる可し次に講究す可きは無擔保の特約を取結ぶも買主が追奪を受けたるときは賣主は

代金を返還せざる可からずとのこと是なり。蓋し擔保は主たる賣買に附従する約束なれば若し主たる賣買にして成立せざるか若くは消滅に歸したるときは擔保の約束も亦従つて消滅に歸せざるを得ず。今夫れ目的物にして第三者の爲めに追奪せられんか賣買其者は既に消滅に歸したるものなり賣買にして既に消滅せんか従たる擔保の効力も亦消滅す可し是を以て賣主にして代金を獲得せんか所得不當の利得と謂はざるを得ず是れ賣主か買主に代金を返還せざる可からざる所以なり。然れども當事者の意思にして縱令追奪を受くるとも代金は返還せざるものなることを推測し得る場合に於ては素より此原則の例外なりとす。而して我民法財産取得編は第七十一條に於て之を規定したり即ち

(第一) 買主か賣買の當時に於て追奪の危険あることを知りたる場合

(第二) 買主か危険を負擔するの意を以て賣買を取結ひたるとき

是なり。此二個の場合に於ては啻に無擔保の特約を取結ひたるのみならず他人の爲めに目的物か追奪せらるゝとも代金は返還せしめて凡て危険は買主か負擔するの意思を以て取結ひたるものと認むるを以て賣主は代金を返還するの義務

なきや勿論なり

第三章 買主の義務

買主の義務は別ちて二とす即ち(一)代金を辨濟するの義務(二)買取物を引受くるの義務是なり

第一節 代金辨濟の義務

代金辨濟の義務を講ずるには(一)辨濟の時期(二)辨濟の場所(三)代金の利子の三個に區別するを要す左に之を分説す可し

第一款 辨濟の時期

買主は代金辨濟の時期に付き明示若くは默示の合意を爲したるときには必ずや其時期に於て代金を辨濟せざる可からず若し其時期に付き特別の合意なきときは目的物の引渡を受くると同時に之を辨濟せざる可からず。何となれば目的物の引渡と代金の辨濟とは相互に同時條件となるものなればなり。次に目的物の引渡を後日に延へたるときは代金の辨濟も亦之を後日に延はしたるものと推測す可きものとす。故に此場合に於ては引渡と同時に代金を支拂はざる可からず。

然れども是れ素より一應の推測に止まれは若し特別の約束ありたるときは格別なるや勿論なり

茲に注意す可きことあり何そや他なし目的物引渡の時期を後日に延ぶるときは代金辨済の日も亦後日に延へたるものとするも代金辨済の日を後日に延はずも目的物の引渡は後日に延はしたるものと看做さるることは是なり。何故に二者の間に斯る區別を設けたるやと云ふには二箇の理由あり。第一の理由は賣主は代金辨済の爲めに期日を與へ而して其以前に於て目的物を引渡すも毫も損害を蒙むることなし。何となれば賣主は若し其目的物にして定期の利益を生ずるときは代金の利子を請求することを得べく又目的物に對して先取特權あり又賣買を解除するの權を有し只た失ふ所は留置權の一に過ぎざれば十分救済の途ありはなり。之に反して買主は目的物の引渡を得ざるに先たち其代金を支拂ひたるときは別に之に對する特別なる救済の途あることなし特に賣主か其物を更にするに賣渡したる後ち無資力となるか如きことあらば買主は全く代金をして第三者に賣渡したる後ち無資力となるか如きことあらば買主は全く代金をして損失に歸せしめざるを得ざるの危険あり。此の如く賣主と買主とは地位に於て

非常に危険の相違あり是れ二者の間に區別ある所以なり。第二の理由は元來代金の辨済は所有權の移轉及目的物の引渡に恰當するものなり故に目的物の引渡を延へたるときは辨済をも延へたるものと認むることを得るも既に所有權を移轉せる以上は其結果として賣主は占有を引渡さる可からざるの義務あり從つて代金の辨済に付きて猶豫するも此一事のみを以て引渡をも猶豫したるものと認むることを得ず是れ二者の間に區別ある第二の理由なり。是を以て何れの邦の法律に於ても代金支拂に付きて期間を設くるも引渡の期間に付きても延期したるものとは見做さるるなり

乍併茲に裁判所が職權に依りて義務の履行に付き即ち賣買に付きて之を言へば目的物の引渡又は代金の辨済に付きて相當の期間を與ふることあり法文に所謂恩惠期日なるものは是なり。是れ全く當事者の意思に依らず裁判所の職權に依りて與ふるものなれば其目的物の性質に依りて期間に長短なきを得ざるも要するに當事者雙方に平等なる權衡を得せしめざる可からず從つて目的物引渡の恩惠期限は代金辨済の恩惠期限を惹起し代金辨済の恩惠期限は亦當然目的物引渡の

恩惠期限を惹起すものとす。即ち此場合に於ては一方に期限を與ふるときは當然他の一方の期限を惹起するものとす。買主は物上訴権に依りて妨害を受けたるとき若くは之を受くる恐ある正當の事由存在するときは賣主か此妨害又は危険を止むるまで代金の辨濟を拒むことを得。又既に追奪せられたるときには賣主か代金を返還する爲めに十分なる保證を立つるまで代金の辨濟を拒むことを得るなり。而して茲に所謂物上訴権に依り妨害を受くるとは常に所有權のみを云ふにあらすして地役權收益權使用權の如き所謂所有權の支分權をも含蓄するものなり。然り而して此場合に於て買主か代金の辨濟を拒み得るは必ずしも其全部に非ずして其訴權の輕重に従ひて全部若くは一部を拒み得るに過ぎず。換言せば訴權の實行より生ずる所の損失部分に對する代金の額に限り之を支拂ふことを拒み得るなり。例へば一個の物を賣買せる場合に第三者ありて其所有權を争ひて物上訴訟を起したるときは其訴權より生ずる所の損害は代金の全部に渉るを以て此時には代金の全部の支拂を拒絶することを得るか如き是なり。

次に買主は其買受けたる不動産に付て抵當權又は先取特權の登記ありたるときは債權擔保編に規定せる滌除の方法と其期間に従ひて代金を賣主に支拂はすして賣主の債權者に之を支拂ひて其抵當權若くは先取特權を滌除することを得。而して此場合に於ては買主は滌除の方式を盡したる後に非されは賣主に對し代金を支拂ふの義務なし。然れども若し抵當權若くは先取特權を附從のまゝにて買受けたるときに於ては素より例外なるを以て滌除の方式を行はずとの理由を以て代金の支拂を拒絶することを得ず。乍併若し是に付きて何等の制限を設けざるときは買主は抵當若くは先取特權の存在せることを口實として代金の辨濟を拒むことある可く特に甚しきに至りては賣主の債權者と共謀して既に自ら引取りたるに拘はらず之を隠匿して以て賣主をして遂に代金を失はしむるか如き危難なきに非ざるを以て法律は這般の危険を豫防せんか爲めに賣主か目的物に於ける先取特權又は第三者に對する解除權利を保存する爲め公示方法を盡さざるべきは買主をして當事者雙方の名義を以て直ちに代金を供託せしむるとせり。而して此供託金は當事者雙方の合意に依るか又は裁判所の判決に依るにあ

らされは之を取下くことを得ず又當事者雙方の名義を以て供託するは若し一方のみの名義を以て供託したるときは一方のみの債権者の爲めに差押へらるゝの恐あるに依れり

第二款 代金辨濟の場所

當事者か代金辨濟の場所に付きて特別の合意を爲したるときは之に依る可きは素より論なし。然れども若し特別の合意なきときは目的物の引渡と同時に代金を辨濟す可き場合と否らさるとに依り區別あり。引渡と同時に辨濟す可き場合には有體動産に付ては引渡を爲す可き場所に於て代金の支拂を爲す可く。不動産債權係争權利又は會社に於ける權利に付ては證書の交附を爲す可き場所に於て代金の支拂を爲す可き者とす。而して物を引渡す場所は既に述べたる如く其種類に依りて差異あり。即ち特定物は賣買の當時存在する場所、代替物は之を指定して特定物と爲したる場所に於て引渡す可く。其他の物に在りては債務者即ち賣主の住所に於て引渡を爲す可きものなり従て代金の支拂も是等の場所に於て爲さる可からず

次に引渡と辨濟と時を異にする場合に於ては買主の住所に於て代金を辨濟す可きものとす。蓋し債務の辨濟は債務者の住所に於て之を爲すを原則とするの適用に外ならざるなり

第三款 代金の利子

我民法財産取得編に依るに買受物か果實又は其他金錢に見積ることを得べき定期の利益を生ずるときは買主は引渡を受けたる時より當然代金の利子を負擔せざる可からざるものとせり。故に例へば株券又は公債證書の如きは果實を生し又家屋を買受け之に住居するときは所謂定期の利益を生ずるを以て買主は其物の引渡を受けたるときより利子を支拂はざる可からず。而して此義務は買主か辨濟に付き期間を受けたるを否とを問ふことなし。然れども反對の場合即ち買受物か果實を生せず又は其他の定期の収益を生せざるときは特別の合意あるか又は催告あるにあらされは利子を負擔するの義務なし

右の規定は如何なる理由に基くやと云ふに蓋し賣買の目的物は代金に恰當し其利益は代金の利子に恰當す故に若し買主にして目的物の引渡を受け其利益を收

受せる以上は賣主に對して其代金と利子とを支拂はざる可からず若し然らすんは當事者雙方の權衡を維持することを得すと云ふに在り。然れども此規定は果して其當を得たるものなるや否やに至りては素より議論なきを得ざるなり。今夫れ買主にして代金を支拂はさらんか賣主は期限に到り宜しく普通の原則に従ひ代金の請求を爲して可なり而して其利子の如きは尙ほ通常民事の原則に従ひ附遲滯の手續を盡したる後にあらずんば請求することを得すと規定するも毫も實際に於て支障なきのみならず却て自ら法理に適合するものあるを信す况んや代金の辨済に付きて期間を與へたる場合に於ても尙ほ利子を請求することを得と云ふに至りては決して其當を得たるものにあらざるを知るなり。特に本邦人民か賣買を爲す實際に就て看るに何等の契約なきに拘はらず當然代金の利子を負擔すと豫想するか如きことは勿論此等の特約を爲すことさへも之あらざるか如し。既に人民か豫想せず若くは一般に契約を結はざるものなるにも關せず強て法律を以て意外の結果を法律上當然發生せしむるは決して我邦の慣行に適合するの法規にあらざるや言を俟たざるなり

第二節 目的物の引渡を受くる義務

買主は買受けたる物の引渡を求むるの權利あると同時に其引渡を受くるの義務ありとす。即ち賣主は買主をして其物を引取らしむることを得るなり。而して買主の此義務たるや代金の辨済を爲したると否とを問ふことなく何れの場合に於ても存するものとす。而して其時期及び場所は賣主か引渡を爲す可き時期及び場所と異なることなければ茲に之を省察す可し。買主引渡を受くることを拒絶したるときは賣主は其目的物を提供し若くは供託して付遲滯の責任及び物の危険を負擔するの責任を免るゝことを得るなり。又我民法には明言することなきも賣主か物の引渡の提供を爲したるに拘はらず買主之を引取らざるときは賣主は其後の保存費用例へは倉敷料又は保管料の如きものを負擔するの義務なきは勿論なり。財産取得編第八十條は動産のこのみを規定して不動産のことを規定せず然れども不動産と雖も敢て提供の手續を爲し得ざるにあらざれば法文か動産のみを規定して不動産のことに及ばざりしは一欠點と謂ふ可し。而して提供及供託のことは財産編第四百七十四條より第四

百七十八條までに於て規定せられたれば茲に贅せざる可し
日用品其他速に損敗す可きものにして之を保存することを許さるる物に付き買
主之を引取ることを遅延したるときは賣主は買主に代りて之を轉賣するの義務
あり。蓋し此義務は賣主か負擔する所の保存義務の結果より生ずる所のもの
にして買主か引渡を受くることを遅延したるか爲めに賣主の此義務消滅するもの
にあらず。故に若し賣主にして之を轉賣することを怠りて物品の毀損を來した
るときは賠償の責任に當らざる可からず即ち賣主は買主か引渡を受くることを
怠りたることを口實として賠償の責任を免かるゝことを得ざるなり

第四章 賣主か賣渡物の上に有する權

買主か代金の全部を支拂はす若くは之を提供せざるときは賣主は賣渡したる物
の上に數多の權利を行ふことを得。例へば留置權、取戻權又は再賣權の如き是な
り。以下節を別ちて此等の諸權利に付て説述す可し

第一節 留置權

留置權の何たるは諸君か既に債權擔保編に於て研究せられたる所なれば茲に之

を詳説するの要なし。今一般に之を言ふときは凡そ他人の物を占有する者か其
物に牽連して生じたる債權の辨濟を得るまで其物を留置するの權を法律上に以て
留置權とは稱するなり。借代金の支拂若くは提供を受けざる賣主は如何なる場
合に於て賣渡物の上に留置權ありやと云ふに左に掲ぐる場合なりとす
(第一) 賣主か代金支拂に付き何等の特約を取結はさるとき 蓋し賣主か代金の
支拂期間に付き特別の契約を取結はさるときには所謂信用上の賣買を取結ひた
るものなれば擔保の問題を惹起することなし。元來留置權なるものは代金支拂
の擔保となる從たる權利なれば從つて信用上の賣買に於ては賣主は留置權を有
することなし。然れども代金の支拂期間に付きて何等の特約を取結はさるとき
には賣主は代金の擔保に供する爲めに賣渡したる物を留置する權を有するなり。
夫の賣主か代金の支拂を受けされば賣渡物を引渡すの義務なしと云ふは賣主か
其物上に留置權を有するの理由を以ても之を説明することを得べし
(第二) 特約を以て定めたる代金支拂の期間を経過したるとき 特約を以て代金
の支拂期間を定むるは是れ即ち信用賣買なれば其期間にありては賣主留置權を

有せざるも既に其期間の経過したる後は宛も信用なき場合と同一なれば賣主は目的物上に留置権を有すること勿論なり

(第三) 買主が無資力者となりたるるとき 此場合に於ては信用上の賣買なるを否とを問はず賣主は留置権を有する者とす。而して英國法律に依れば此場合に於ては賣主か買主の代理人の資格又は受託者の資格にて物を占有するときに於ても尙ほ留置権を行ふを得べしとせり。抑も留置権なるものは賣主か自己の権利を以て占有するときにあらざれば存するものにあらざるは是れ一般の通則たり。去れば英國法に於て買主一たひ無資力者と爲りたるときには賣主か自己の資格を以て占有せざるに於ても尙ほ留置権ありと爲すは一の例外と云はざる可からず

上來論述したるが如く賣主か代金辨済の擔保として賣渡物の上に留置権を有することは各國の法律の皆確認する所なれども賣渡物を保存するの費用に付ても尙ほ賣主は留置権ありや否やの點に至りては諸國の法律必ずしも其軌を一にせず。我既成民法及び商法の規定に依れば賣主は保存費用に付きても尙ほ留置権

を行ふことを得るものとし。英米の法律に於ては之に反して留置権を行ふことを得ずと爲せり。今英米法律の理由とする所を聞くに曰く。元來賣主か賣渡したる物を占有するは必ずしも常に買主のみの利益と云ふ可からず若し其物を失ふことあらんか賣主は留置権を失はざるを得ざるを以て一方に於ては亦賣主の利益なりと云はざる可からず。既に賣主か賣渡物を占有するは復た賣主の利益なりと爲せば其物を保存するに必要なる費用に付ては其留置権を行ふことを得ざるや素より當然なり。思ふに此點は立法上多少研究を要す可きものならん

次に留置権の効力に付て説明す可し
留置権の効力は單に賣主か代金の辨済若くは提供を受くるまで賣渡物を占有すると云ふに止まりて賣主は之を賣却し若くは賣却したる代金の上に先取特権を有することなし。是を以て買主は賣主か留置権を有するに拘はらず自由に之を他人に賣却することを得るのみならず買主の債権者は之を債権の擔保に供する爲めに差押且つ之を賣却することを得。然れども何れの場合に於ても之を取得したる者は留置権者に代金の辨済を爲すにあらざれば決して其物の占有を得る

と能はず。是れ我既成民法並に諸國法律の一般に認むる所の原則なり。然るに我商法第三百九十二條は此に對する特別の規定を設けたり。何ぞや他なし留置権者か其權利の行使を債務者即ち買主に通知せるに尙ほ相當の期間内に代金の辨濟若くは提供を爲さざるときは留置権者は裁判所に申請して裁判所の命令を得之を買主に通知したる上にて賣渡物を更に賣却することを得。而して其賣却方法に至りては競賣人若くは仲立人に依りて競賣の方法を以てし又は取引所に於て賣買する所の商品なるときは取引所に於て公の呼上を以て賣買を爲さる可からず。而して其賣却期日の少なくとも八日前に賣却することを買主に通知せざる可からず。又留置権者は賣得金の上に先取特權を有すとのこと是なり。蓋し我商法か此の如き特別の規定を設けたるは他ならず。今夫れ民法上の通則に従ふときは留置権者は只代金の辨濟を得るまで物を占有するに止まれは或は數年の久しき之を占有し置くの止むを得ることあらん。斯の如く長日月間權利關係を不確定に放置するは商業上經濟上其宜しきを得たるものにあらざるや論なし。是れ特に商法に於て此規定を設けたるものならん

最後に留置権の消滅に付て一言す可し

抑も留置権なるものは讀んで字の如く既に占有せる物を留置するの權利なり。去れば未だ自己の占有に歸せざる物若くは己に占有を失ひたる物には留置権を行ふとを得ざるや明かなり。是を以て既に其物の占有を失ひたるときは留置権も亦茲に消滅に歸す可し。例へば賣主か買主に對し其物を引渡したるか如き又は買主に送附する爲めに運送人に賣渡物を引渡したるときは是なり。又其一部のみを引渡したるときは其一部に付きてのみ留置権を失ふに止まり其殘部に對しては留置権は依然として存在す可し。但し其狀況に従ひ一部の引渡を以て留置権の拋棄と見做すとを得る場合は素より此限に在らず。又留置権は主たる債權即ち代金を擔保する所の從たる權利なり。是を以て主たる債權にして時効其他の原因に依りて消滅したるときは留置権も亦當然之と共に消滅す。又留置権は一に賣主に屬する權利たり依て之を拋棄すると否とは一に賣主の自由に存せり。然れども一旦賣主にして之を拋棄したる以上は再び留置権を行使することを得ず。即ち拋棄も亦留置権消滅の一原因と謂ふ可し。而して賣主か之を

拋棄したるや否やは素より其意思を推測して之を判断せざる可からずと雖も。夫の賣主か他に十分なる擔保を有するとき若くは賣主か有意にて留置權を行ふことを怠りたるときは法律は一應留置權を拋棄したるものと看做す可きなり。

第二節 取戻權

我既成民法に於ては取戻權なるものを認むるとなし。思ふに羅馬法か之を認めざるに由るものならん。然れども英國法律に於ては古來より賣主の此權を認めたり。即ち英國法に依るに(一)買主か代金の支拂を爲さずして之を停止したるとき若くは(二)賣買以前既に買主支拂停止となりたりと之を賣主か賣買後に於て知りたるときは賣主は買主又は其指圖人に宛てたる運送中の賣買物を差止め之を自己の占有に復歸せしむることを得るものとせり。是に由て之を觀れば取戻權は甚だ留置權に類似する所あるも又大に相違する所あり。即ち留置權は既に自己の占有に歸したる物を留置するの權なれども取戻權は既に占有を失ひたる物を取戻すの權なれば一は既に占有を失ひたるときの救濟權にして一は未だ占有を失はざるべきの救濟權たるの差異あり。尙ほ其他の小差異に付ては一々

茲に列叙せざる可し

今や此權利の起源を繹ぬるに全く英國法に於て特發したるものなり。英國法にては之をストップペーシ、イン、トランズチー(Stoppage in transit)と云ふ。而して判決例に依り始めて此權利を認めたるはワイズマン對ベンチプットの訴件なりとす。尤も其以前に於ても之ありしには相違なかる可しと雖も歴史上明白なるものは此訴件を以て初とす。而して此判決例が英國衡平法の確然たる規則と認められたるはスチー對プレスコット及ダクイラ對ランベルトの訴件なりとす。而して此衡平法の原則を普通法裁判所に輸入したるは何人なりやと繹ぬるに夫の有名なる判事ロード、マンズフィールド氏其人なりとす。氏は素より余の喩々を俟たされども英國有名の判事にして特に久しき間判事の職に在りて商法上の判決例を後世に傳へたること氏の右に出づる者なし。氏か下したる模範判決例を編成せは能く一部の商法典を成す可しと云ふも決して過言に非ざるなり。夫の衡平法裁判所に於て認められたる取戻權を移し來りて普通法裁判所の法規と爲したるは即ち氏を以て嚆矢とす。

我商法は此取戻権を認めたり。蓋し是れ獨り我商法のみならず歐洲大陸の商法に於ても亦此權を認むるもの甚だ多し。今我商法第五百七十二條并に第五百七十八條に依るに代金の支拂を受けざる賣主又は賣主と實質上同一の地位に在る者か信用上の取引を爲したる後買主か其支拂を停止するか又は停止せんとするとき若くは其取引以前既に支拂停止となりたることを取引後に至りて知りたるときは運送中の賣買物を取戻すことを得るものとせり。此規定に依れば商法に所謂取戻権なるものは殆んど英國法に所謂差止權と同一なるの觀あり。

第一款 取戻権を行ひ得べき場合

取戻権は左に記載する所の三條件を具備するに非されは之を實行することを得ず。

(第一) 賣買契約を取結ひたる後に買主か其支拂を停止したること又は支拂を停止せんとする場合若くは賣買契約以前既に支拂停止となりたることを取結後に至りて賣主の知りたる場合ならざる可からず。買主は未だ支拂の停止を爲さざるも將に支拂停止を爲さんとする場合とは如何なるときの謂なりやと釋

ぬるに未だ支拂の停止を爲さざるも違からず支拂停止に至らんとすることを疑ふに足る可き充分の理由あるとき若くは切迫したる取引の狀況の爲めに支拂停止を爲すやも測り難き場合即ち是なり。例へば買主は非常に多く商品を買入れたるも商況日々に衰微して非常の損耗を來たし違からず支拂停止を爲すやも測り難きか如き場合に於ては實際支拂の停止を爲したるときと同しく賣主は取戻権を實行することを得るものとす。蓋し法律の精神とする所は若し買主にして現に支拂の停止を爲さざるも將に支拂停止を爲さんとする切迫の情況に在るときに於て賣主をして取戻権を實行することを得せしめざるべきは賣主は爲めに回復す可からざるの損害を蒙ふることを恐れたるか爲めならん。然れども此規定即ち買主未だ支拂を停止せず又は無資力となりたることを明かならざるに賣主をして取戻権を行はしむるの規定は啻に英米法に於て之を認めざるのみならず諸國法律の均しく認めざる所なり。英米法に依るに賣主か取戻権を實行することを得るは買主無資力となるか若くは破産を爲したるときに限るものと爲せり。蓋し取戻権なるものは既に買主の所有に屬せ

るものを取戻さんとするの権利なれば非常の場合の外之を行ふことを許す可きものに非ざるは論なかる可し。我商法の規定は偏に賣主に厚くして買主に薄きの感なきに非ざる乎。要するに我商法の規定は果して妥當を得たるものなるや否や。此點は實に一の疑問といふ可し

(第二) 賣主未だ代金全部の支拂を受けず且つ充分なる擔保を受けざる場合ならざる可からず 抑も賣主に取戻權を附與する所以は何そや他なし。未だ代金を受取らざる賣主を保護せんか爲めなり。換言すれば代金の債權に對する擔保の權利として取戻權を賣主に與ふるに在りとす。去れば賣主にして既に代金全部の支拂を受くるか若くは充分なる擔保を受けたるときは此權なきや勿論なり

(第三) 賣買物は未だ運送中に在りて買主若くは其代人の占有に移らざる場合又は買主又は其代人が有効に他に轉賣若くは質入れを爲さざる場合ならざる可からず 元來取戻權なるものは貨物既に賣主の手を離れて未だ買主の手に歸せざる場合に於ける物上の救濟權たり。即ち賣主尙ほ賣渡物を占有せるとき

は留置權を有するを以て取戻權を行ふの必要なし從て取戻權を行ふには必ずや賣買物は賣主の手を離れて而して未だ買主の手に歸せざる間ならざる可からず。而して茲に運送中と云ふは必ずしも運送しつゝある間の謂に非ずして賣主か運送人若くは運送取扱人に占有を交付したるときより其物が買主若くは荷受人の占有に歸せざる間を云ふなり。故に賣買物未だ運送取扱人又は運送人の倉庫に在るときは賣主は取戻權を行ふことを得べし

實質上賣主と同一の地位に在る者とは如何なる者なりやと云ふに。夫の仲買人の如きは賣買主間に立ち自己の名義を以て雙方の代理を爲す者なれば之に貨物賣渡の委任を爲したるときは仲買人と委託者との關係は猶ほ賣主と買主との關係と同一一般なり。蓋し仲買人なる者は委託せられたる物を自己の名義を以て賣却するものにして普通の代人の如く委任者の名を以て賣却する者に非ず、第三者に對しては仲買人は全く商品所有者と異なるとなし。從て仲買人か物品賣却の委任を受けて之を引取りたるときは宛も仲買人自ら其物品を買取りたるに同じ。即ち委託者は賣主の地位に立ち仲買人は買主の地位に立つものと謂つ可し。素

より法理上より論ずれば委託者と仲買人とは本人と代人との關係たるには相違なしと雖も仲買人の本質よりして實質上賣主と買主との關係あるものと爲すなり。是を以て委託者か仲買人に商品賣却の委託を爲し之を引渡したる後に於て仲買人か支拂停止若くは支拂停止と同様な狀況を呈したるときは委託者は取戻權を行ひ商品を取戻すことを得るものなり。而して此場合に於ては仲買人か既に之を第三者に賣渡したるときに於ても其物か未だ第三者の占有に歸せざるときは尙ほ取戻權を行ふことを得るものとす。又貨物を買受くるの委託を受けたる仲買人は其委託者に對して宛も賣主の地位に立つ者なるを以て此仲買人も亦前述の三條件を具備する場合には取戻權を行ふことを得るなり。尙ほ茲に一言す可きものあり。這は元來賣主の取戻權には關係なきを以て賣買法に於て之を述ふるは素より其序を得たるものに非されども我商法は之を賣買の部に於て規定したるを以て他に講述す可きの機會なきか故に茲に附説するものと知る可し。开は他ならず我商法は賣買法に於ける取戻權の主義を擴張して之を他の場合に適用することを規定したり。即ち左の如し

(第一) 債務者に非ざるものか交互計算の爲め又は貯蔵取立若くは保證の爲め又は支拂を爲さしむる爲め手形其他の信用證券を他人に送附し而して其證券か未だ金銭に交換せられずして受取人の方に存在する場合に於ては其手形等を送附したる者は取戻權を行ふことを得るなり。是れ商法第五百七十九條第一號の規定する所なりとす。例へば交互計算に付て云へば交互計算とは雙方相互に取引したる者か其取引したる債權と債權とを相殺する一の計算方法なり。此交互計算の爲めに手形を先方に送りたるに先方か破産したるときは若し其手形にして未だ金銭に交換せられずして先方に存在するときは取戻權を行ひ之を取戻すことを得るか如き是なり

(第二) 債務者か第一の場合と同一の目的を以て金銭を他の者に送附し其金銭か未だ受取人に達せず若くは到着したるも其受取人は未だ自己の計算に移さず若くは其他の處分を爲さるる場合に於ては其金銭を送附したる者は取戻權を行ふことを得

以上の二場合は固より英米法律の認めざる所にして我法律上特に普通の取戻權

の主義を擴張したるものなり。佛國商法第五百七十四條に於ては信用證券に付ては我法律と同様の規定を爲したれども金錢に付ては何等の規定をも設くることなし。去れば送附したる金錢に付き取戻権あることを認むるは我商法を以て嚆矢と爲さざる可からず

第二款 取戻権の消滅

買主若くは代人が既に目的物の引渡を受けたるときは取戻権消滅するのみならず目的物を現に買主の倉庫に入るゝか又は買主の名を以て倉庫に寄託するときには取戻権は當然消滅に歸するものなり。之を要するに實際上の引渡は勿論所謂解釋上の引渡ありたるときに於ても尙ほ取戻権は消滅するものとす。茲に一の注意す可きことあり他ならず處分證券の占有は原物の占有と同視することありと雖も取戻権の場合に於ては處分證券の引渡を以て目的物の引渡と同視せざることは是なり。即ち買主は既に處分證券の占有を得るも未だ其原物を占有せざるときは賣主に於て取戻権を行ふことを得るものとす。買主又は其代人が未だ目的物の占有を得ず。又目的物の引渡を得ざるも處分證

券若くは其他の方法を以て之を有効に他に轉賣し若くは質入したるときは賣主の取戻権は消滅に歸するものとす。而して我商法に依れば此有効なる轉賣を組織せんに左の二條件を要するものとせり

(第一) 第二の買主が善意なること、換言せば第二の買主に於て取戻権の存在せることを知らざることを要す

(第二) 第二賣買の代價は相當にして且つ眞實なること、詳言すれば代價を授受せることは假裝にして眞實に非ざるとき若くは代價の極めて不相當にして普通の價額と非常なる懸隔あるとき如きは有効なる轉賣に非ず從て取戻権を消滅するに足らざるなり

蓋し第一の條件即ち第二の買主が善意ならざる可からざること素より論なかる可し。第二の條件は要するに詐欺其他の奸策を防遏せんとするの精神に外ならず。而して代價にして相當なる以上は其代價は既に授受せられたるや否やを問ふことなく取戻権消滅するものなり。此の如く我商法は有効なる賣買を成立するに付ての條件を法典に列記したりと雖も有効なる質入を成すには如何なる

條件を要するやに付ては何等の條規をも設くることなし。思ふに賣買の規定を準用して其有効無効を斷す可きものならん

取戻權は賣主か信用賣買を爲したるときなると、又は既に一分の支拂を受けたるときなると、將た又賣主及買主の間に交互計算の關係を有し未だ計算を爲すの時機に至らるときなるとを論せず之を行ふとを得る者なり。然れども賣主か買主を支拂人として爲替手形を振出すか又は約束手形或は其他の信用證券を振出し代金の支拂に充てたるるとき若し此等證券の債務者として買主若くは代人の外に第三者之に署名せるときは賣主は取戻權を行ふことを得ず。何となれば斯る場合に若し單に買主のみ債務者として署名せば買主にして支拂能力を失ふときは其證券は全く有名無實のものとなるも第三者之に署名したるとき即ち保證の義務に當りたるときは買主は無資力となるも其證券は有名無實に非ずして依然有價のものなればなり。然らば其署名を爲したる第三者か買主と共に無資力となりたるときは如何。賣主は取戻權を行ふとを得るやと云ふに法律に於て之を行ふことを得るとの規定なきを以て賣主は尙ほ取戻權を行ふことを得すと云は

ざるを得ず。即ち我法律は敢て此點までも取戻權を擴張して賣主を保護せざるなり

第三款 取戻權の効力

元來取戻權なるものは留置權と同じく擔保權即ち主たる權利を擔保する從たる權利なれば取戻權を行使するも其性質より云ふときは賣買契約其ものを消滅せしむるものに非ず。從て買主又は買主の破産管財人か代金を支拂ひ若くは相當の擔保を提供したるときは賣主は其取戻したる物を引渡さるゝ可からず。英國法に依れば之を差止權と稱し其効力は只た賣渡物を差押へて自己の占有に歸せしめ宛も未だ運送に附せざる以前の狀況に回復するものに過ぎずとせり。然るに我商法に於ては之を取戻權と稱するに由り此名稱より云ふときは賣買契約其ものを取消し賣主をして之を自己の所有に回復せしむるの効力あるものゝ如し。然れども法律に於ては明かに其効力如何を規定するとなきを以て英法の如く單に差止むるの權に過ぎざるか將た所有權を回復するの權なるか之か判斷に苦まざるを得ず。只た取戻權なる名稱あるより或は賣買其ものを取消して賣主の所

有に回復せしむるものと爲したるに非ざるやを疑ふのみ。因て之を起草者の説明に徴するに是れ亦或は英國法の如く單に擔保權の性質を帶はしむるに止まるか如く又は賣買其ものを解除して所有權を取戻すの方法なるか如く大に明了を缺く所あり。即ち起草者の一方の説明に曰く取戻權は留置權と同じく擔保權なり只た二者の異なる所の重なる點は買主の費用を以て買主の爲めに再賣するを得ると賣主の所有物と爲し更に他人に再賣するを得るとの區別に過ぎず。此前段の説明に依れば取戻權は擔保權の如くなるも後段の區別より看れば取戻權は賣買を解除する所の權利なるか如し。然れども若し果して賣買を解除し賣主の所有に歸せしむるものなれば之を再賣すると否とは一に賣主の自由なりと云はざる可からず。然るに起草者は之を再賣せざる可からざるか如く説明せり是れ起草者は取戻權は擔保權の性質を帶ふるものと認めて以て起草したるに非ざるなきを得んや。又起草者の一方の説明に曰く買主又は其代人か代金の支拂を爲すか又は擔保物を提供したるときは賣主は取戻權を行ふことを得ず。此説明に依れば又起草者は取戻權を以て擔保權の性質を帶ふるものと爲したるか

如し。之を要するに起草者の説明は其主旨二途に出づるか如く要領を得たるものと云ふ可からざるなり。然れども法の真意の在る所を推敲し來れば賣主か取戻權を行使したる後と雖も買主又は其代人は代金の支拂を爲し目的物の引渡を求むるを得へし。買主又は其代人か支拂を爲さるときに於て始めて賣主之を自己の所有と爲すとを得。即ち賣買を解除して所有權を取戻すことを得るなり。而して買主は何時まで代金を支拂ひ之か引渡を求むることを得るやと云ふに我法律上明文あるとなし。思ふに賣主か買主に對して催告を爲し而して尙ほ代金の支拂あらざるときは賣主は之を自己の所有に歸するとを得るの精神ならん。何れにせよ此點に關する商法の法文は甚だ不完全なりと云はざる可からず。佛國商法中取戻權に關する規定は第五百七十四條乃至第五百七十九條の數箇條にあり。而して同法は如何なる効力を取戻權に附したるやと云ふに明かに賣渡物を賣主の所有に回復せしむるの効力あるものと爲せり。左れども其効力には制限を付したり。然らば其制限とは何ぞやと繹ねるに元來佛國商法に於ては取戻權を破産法の條下に規定して破産處分の一事項と爲せり。而して破産管財人

なるものは破産主任官の認可を得て賣買代金を賣主に支拂ひ而して商品の引渡を求むることを得若し争あるときは裁判所は主任官の意見を聞きて裁判を下すものとせり。而して其期間は如何と云ふに素より取戻権を以て破産處分の一部と看做すか故に破産處分の終結に至る迄の間に爲さる可からざるは當然なり。然るに我商法に於ては敢て取戻権を以て破産處分の一と爲さしめは我法典の編成上より云へは其期間を明定せざる可からざるの必要あり。故に其之を明定せざるは我法律の一缺點と謂つ可し。然れども今若し缺點の儘之を實行せんと欲せば賣主は買主に對して催告し買主尙ほ代金を支拂はさるときは買主は到底代金を支拂ひて其物の引渡を請求することを得ずと爲さる可からざる可し

第三編 賣買の解除

第一章 義務の不履行に因る解除

賣買當事者の一方か其負擔する義務の全部若くは不可分義務の一部の履行を欠きたるときは明約を以て解除し得ることを定めたる否とに拘はらず他の一方は賣買契約の解除を請求し若し爲めに損害を受けたるときは其賠償を要求する

ことを得(民法財産取得編第八十一條)。今夫れ何か故に解除の明約なきときと雖も一方か義務の履行を欠きたるときは他の一方は解除を請求するを得るやと問ふに。我法律は賣買の如き雙務契約に於ては一方か義務の履行を爲さしむるときは契約を解除し得るとの黙示の契約ありと看做したればなり。換言すれば當事者の間黙示を以て解除條件を定めたる者と法律上推測せらるゝを以てなり。此故に義務の不履行に因る解除には黙示の解除の場合と明示の解除の場合との二あり。而して其何れの場合たるを問はず履行を欠きたる當事者を遲滞に附したる後に非されは解除を請求することを得ざるなり。然れども明示の解除の場合と黙示の解除の場合との間我法典上二個の差異の認む可きものあり。(第一)黙示の解除の場合には權利者より裁判所に向て解除を請求するに非されは其効なし。之に反して明示の解除の場合には義務者を遲滞に附するときは當然解除の効を生ずるものとす。換言すれば黙示の解除の場合には解除は當然行はるゝものに非ず權利者より之を裁判所に請求せざる可からず。之に反して明示の解除の場合に在ては解除は當然行はるゝものにして之を裁判所に請求するの必要な

し。但し明示の解除の場合と雖も當然解除の行はるゝことを約束するに非されは決して其効を生ずるものに非ずして尙ほ黙示の場合と同しく之を裁判所に請求せざる可からず。(第二)明示の解除の場合には裁判所は恩惠期日を與ふることを得ず。之に反して黙示の解除の場合には裁判所は恩惠期日を與ふることを得。以上の二者は我法典か明示の解除と黙示の解除との間に認めたる所の差異なり。抑も雙務契約に於て一方の義務者が義務を履行せざるときは他の一方が契約を解除し得ることには古來二個の主義あり。一は我既成民法の如く黙示契約を以て解除條件を約したるものとするの主義なり。即ち當事者は明約なきも一方が履行を爲さざる時は契約を解除せんことを黙約に因り約束したりと爲すものにして要するに合意を根底とする所の主義なり。之に反して他の一は契約の解除は義務の不履行に對する一の制裁なりとするの主義なり。即ち法律か特に權利者に與ふる所の救濟權なりと云ふに在り。今や此二者中何れの主義を採用す可きやは事立法上の問題に涉れども何れの主義を採用するに非されは其効なしと云ふは毫も根據なきものならん。况んや合意主義

を採る以上は裁判所に請求せずんは解除の効なしと云ふに於ては一層の不道理たるを免かれざるなり。然るに我既成民法は明かに解除は裁判所に請求せずんは効果なしとせり。是れ果して何の理由とする所かある。抑も當事者に於て黙示の合意を以て不履行の場合には契約を解除す可しと約したるものとせば何故に裁判所に請求せずんは解除の効なき乎。普通合意の場合に於ては法律上當然の効果を附するに拘はらず解除の合意の場合には當然の効なしとするは何等の理由に出でたるや余輩殆んど判断に苦まざるを得ず。元來裁判所は争ある場合に當事者の意思を推究して既に定まりたる權利關係を明確にする者に過ぎず裁判所の判決は決して新に權利を生じ義務を生ずる者に非ず只た既存の權利を明定するに外ならざるなり。然るに我既成民法が契約を解除する場合には必ずや裁判所に請求せざる可からずと規定したるは判決を以て權利義務發生の原因と爲したる者に外ならず其當を得ざる豈に喋々の辯を俟たんや。思ふに此規定の出でたるは佛國民法に淵源するものならん。今や既成の民法は行はれず解除に關する法律は布かれず學者裁判官たる者須らく法理の在る所に依りて論斷せざ

る可からず。然るに裁判所に於て猶ほ我既成民法の如き説を主張する者あり。例へば賣買代金の取戻を求めんと欲せば必ずや其以前に契約の解除を訴へざる可らずと云ふか如し。是れ亦佛國民法に由來するものなる可しと雖も余輩は大に學理に背馳するあるを信するなり。余輩の信する所に依れば若し一方にして義務を履行せざるときは他方より其契約を解除することを申込まば契約は茲に直ちに解除せらる可し。特に契約の解除は當事者の合意に基くものなりとの主義を採るものに於ては然らざるを得ず。只解除のことに關して争あるときに限り始めて裁判所に訴へ其判決を求む可きのみ。要するに裁判所の判決あるに非されは解除の効なしと云ふか如き我既成民法の規定は毫も其當を得たるもの非ざるなり。

次に賣主の解除訴権は賣渡したる物か既に第三者に移轉したるときと雖も尙ほ之を執行することを得るやと云ふに。不動産又は船舶の如き登記手續の規定ある場合と動産物の如く登記手續の規定なき場合とに依りて多少其法規を異にせり。以下之を分論す可し。

(第一) 登記の定めある物 抑も賣主の解除訴権は純然たる人權なるか將た物權なるかに付ては素より法學者間に議論ある所なれども我法律は特に賣主を保護せんか爲め賣主の解除訴権に物權の性質を帶はしめ猶ほ他の權利と同じく登記法に依りて公示したるときは第三者に對しても尙ほ解除訴権を行ふことを得と規定したり。而して此訴権を行ふには左に述ふる所の二條件を充實せざる可からず。即ち

(一) 買主の猶ほ代金の全部若くは一分の負擔又は他の負擔を明示したる賣買證書を作成せざる可からず

(二) 賣買證書に依て登記を爲さざる可からず

是なり。此二條件を具備したるときは賣主は第三者に對しても尙ほ解除を求むることを得るものとす。既に第三者に對して解除を求むることを得る以上は買主と第三者とを併せて訴ふるも又は先づ買主に對して解除を請求し而して後第三者を訴ふるも差支なし。而して右に云へる登記は賣買の登記以後に於ても之を爲すことを得れども登記以前に第三者か既に權利を得

たるときは権利を害することを得ざるは勿論なり

(第二) 登記の定めなき物 現行法に於ては船舶を除き其他の動産に付ては公示方法なし従て第三者は賣主の解除訴権を有するや否やを知るの方法なしと謂はざる可からず。然れども動産は不動産と異なり自由に占有することを得るものなれば動産に於ける占有は不動産に於ける登記と同しく一個の公示方法と看做すことを得べし。故に此場合に於ては占有を移したる場合と然らざる場合とに依りて其規定を異にせざるを得ず。左に之を分論せん

(一) 代價辨済に付て期間を與へ而して期限前に物を引渡したる場合 此場合は賣主は全く買主に信用を置きたるものにして物件に對して何等の權利を留保したるものに非す故に此場合に於ては第三者にして既に物件に付き權利を取得したるときは賣主は最早解除訴権を行ふことを得ず。獨り第三者に對して解除訴権を行ふことを得ざるのみならず買主に對しても尙ほ此權を行ふことを得ず。何となれば買主に對して此權を行ふことを得とせば其結果第三者の既得の權を害するに至る可ければなり。従て此場合に於ては

賣主は單に買主の普通の債權者として權利を有するに過ぎざるなり。夫れ然り然らば此場合に於ては第三者の善意なると將た悪意なるとに依りて區別ありやと云ふに法文は何等の規定を設けざるを以て之を明言するに苦まざるを得されども法律の精神は前に云へるか如く賣主は買主其人を信用して賣買したるものにして物件に對し何等の權利をも留保したるものに非ざるを以て見れば第三者の善意なると悪意なるとに依りて區別なしと推論することを得べし

(二) 代價辨済に付きて期間を與へたるも未だ物件の引渡を爲さざる場合 此場合に於ては賣主の解除訴権は完全なるものにして縱令買主之を第三者に轉賣することあるも尙ほ賣主は第三者に對して解除訴権を主張することを得るなり。抑も買主は未だ物件の占有を得ずと雖も所有權は之を得るを以て他に之を轉賣し得るは勿論なり。然れども其物件たるや未だ賣主の手に存在するものなるを以て外形上より看れば買主は之を買得したりや否や之を知るとを得ず。然るに第三者にして賣買ありたることを知りたりとせば其

賣買に附従する條件をも亦之を知りたるものと爲さる可からず。既に其條件をも知りたりとせば賣主が解除訴権を有することをも知らざる可からざるは勿論なり。是れ此場合に於て賣主が第三者に對して解除訴権を行ふことを得る所以なり

(三) 物件は引渡したるも代金の辨済に付き期間を與へざる場合。此場合に於ては賣主は引渡を爲したるときより八日以内に賣買を解除することを得。然れども善意なる第三者の既得の權利を害することを得ず。立法者の理由を案するに此場合に於ては賣主は別に代金の辨済に付き期間を與へたるものに非されは買主を信用して賣買したりと云ふ可からず故に八日内なれば賣買を解除することを得と云ふに在り。然れども余は此規定は理由なきものと信す。此場合は第一の場合と毫も差異あるを見ず。何となれば未だ代金を受取らざるに先たちて物件を引渡したるものなれば賣主は買主の資力を信用したるものと云はざる可からされはなり。然らば此場合と第一の場合とを區別するは誠に理由なきものと云ふ可し。思ふに是れ佛國民法第二

千百二條を摸倣したるものに過ぎざる可し

(四) 物件の引渡を爲さず又代金の辨済に付き期間を與へざる場合。此場合に於ては賣主の解除訴権は完全なり敢て説明するを要せず

第二章 受戻權能の行使に因る解除

第一節 受戻權能の性質

受戻權能とは賣買當時に於て賣主が買主に代價及び其支拂ひたる諸費用を返還して賣買を解除せんことを特約したるときに生ずる所の一種の權利なり。即ち賣主は代金及び諸入費を返還して賣買を解除するを得る所の權利なり。英國法に於ては受戻權能に付き特別の規定を設けざるを以て同法律に於ては普通合意の規則に依り此權能に關する問題を論斷せざる可からず。然れども佛國及伊國の法律に於ては特別に受戻權能に關する規則を設け普通合意の場合と異なり大に制限を附したり。今受戻約款に關する法律の沿革を案するに遠く羅馬に出たり。古代羅馬法に於ては利子付の金錢貸借を禁したり是れ獨り羅馬のみならず英國法に於ても亦然り。然れども是れ實際に於て大に不便なるを以て羅馬

人民は名を受戻約款に藉りて利子付の貸借の實を行ひたり。裁判所も亦利子付貸借を禁するを不當と認めたるものと見え此法律を免かれしめんか爲めに假裝的の契約を默認して是に効力を附與したり。然れども裁判所は單に法律を免かれしめんか爲めに假裝的の契約を默認するに止まれは其契約に付きては非常なる制限を附加したり。其後利子付貸借を禁するの法律は廢止せられ代りて利息制限法設けられたり。元來受戻約款の實行は利子付貸借を禁するの法律を免かれんとするに在れば該法律にして廢止せらるゝときは最早受戻約款なるものを認むるの必要な可きに利息制限法設けられたるか故に又同法を免るゝの必要あるを以て尙ほ依然として實行せられたり。今日我邦に於て利息制限法なるもの存するも人民巧に之を避け殆ど徒法に歸せしむるの觀あり。古今其時を異にすと雖も情勢は同一なりと謂ふ可し

斯く受戻權能は遠く羅馬法に出て、今日に傳はれるものなり。我既成民法は尙ほ羅馬法の精神を繼ぎて受戻權能を設定する合意に付ては大に制限を設けたり。今受戻權能の何にたるを論ずるに付ては先づ權能と權利とを區別せざる可から

す。蓋し我既成民法に於ては此二者の區別を認められはなり。例へば茲に土地を所有する者は其地上に家屋を建築することを得、又田畑を所有する者は之を耕作することを得、又は境畔を改造することを得へし。是れ所有者の權利なりやと云ふに普通には之を權利なりと稱す可きも既成民法に於ては之を權能なりと云へり。又例へば貸與したる金圓の返還を請求するか如き又は所有物を占有するか如きは權能に由るに非ずして權利に由るものなりと云へり。然らば權利と權能との區別何れに存するやと釋ぬるに之を行使せしむるは當然損害の生ずるもの換言すれば損害を受くることなくして其行使を止むること能はざるもの之を權利と稱し。又之を行使するには相當の損給を爲すを要するもの換言すれば之を行使せしむるも當然損害を來たすと云ふを得ざるもの之を權能と稱す。例へば茲に土地あり之を耕作し又は之に建築せしむるも必ずしも損害あるに非ず又は之を耕作し又は建築するも必ずしも利益あるに非ず是れ權能なり。之に反して貸與したる金圓を請求せしむるは爲めに損害を蒙ふる可し是れ權利なり。故に權利は直接に損害を生ずるに非されば其行使を止むることを得ざるものにして權能は之

を行使するも必ずしも利益なりと云ふ可からず。其利益なりや將た有益なりやは一に之を行使するものゝ判断に任せざる可からず。權利と權能との區別は概ね以上述ふる所の如し。去れば夫の賣買法に所謂受戻權能擔保編に所謂買物の受戻權又は既に賣渡したる物の受戻權の如きは我既成民法に於ては權能にして正格に權利と稱す可き者に非ず。又夫の吾人が自由に營業を爲すの權の如きも亦權能なりと云はざる可からず。然れども權利の意義を廣濶に解釋するときには權能も亦權利の一部なり其性質より論すれば權利と權能との間に區別あることなし

受戻權を行使すれば賣買の解除を來すを以て受戻約款付賣買は解除條件付の賣買なり従つて前に論述したる再賣買契約とは其性質と効力とに於て大に差異あり。再賣買の契約は當初賣買したる物を買主より更に賣主に賣渡さんとの約束なれば當事者の權利關係は後に賣渡を爲したるときより定まるものなり。之に反して受戻約款付の賣買は當初の賣買を消滅せしめて賣買以前の地位に回復せしむるものなれば買主が目的物に付き爲したる所の諸般の行爲は既往に溯りて

無効とならざるを得ず従て買主は收益を取得したるときは賣主に對して之が計算を爲さざる可からず。今日我邦に實際行はるゝ受戻契約なるものは通例の再賣買の契約にして既成民法に所謂受戻約款付の賣買に非ざるなり

第二節 受戻約款の制限

(第一) 受戻約款は之を賣買證書に明記することを必要とす。即ち受戻約款は書面契約なり若し別證書に之を認むるか又は賣買後に取結ひたる受戻約款は受戻約款として其効なし單に再賣買の豫約たるに過ぎず。之を要するに受戻約款は賣買の條件を成すものなれば必ずや賣買と同時に賣買證書に明記せざる可からず

(第二) 受戻約款の期限は不動産に付ては五年動産に付ては三年を超過することを得ず若し此期限を超過する所の期限を約したるときは當然五年又は三年に短縮するものとす。而して一旦期限を定めたる以上は右に述べたる制限内なりと雖も更に之を伸張することを得ざるものとす。例へば最初不動産に付て三年を約束したるときは後に至り之を五年に伸張することを得ざる可如し。

然れども其伸張は再賣買の豫約の期限と觀ることを得るなり。何故に法律は此の如く期限を制限したりやと云ふに元來受戻權能の行使は一には財産の運轉を阻害するものにして從て經濟上の不利益を來すことあり。一には受戻權能を行使することは賣買契約を解除して其物に關する一切の行爲は無効に歸せざるを得ざるを以て第三者と雖も亦此結果を受けざる可からざることあり依て社會一般の經濟上の不利益を豫防し且つ第三者の權利を保護せんか爲めに此の如き制限を設けたるなり

(第三) 賣主か代金の半額以上の辨濟に付きて受戻期間の半以上に渡る猶豫の期間を與へたるときは受戻權能を約束することを得ず。例へば此學校を金一萬圓にて賣渡さんことを約し且つ其代金の内六千圓の辨濟に付きては三年間の猶豫を與ふることを約したるときは其約束は無効なるか如し。其故如何と云ふに元來法律か賣主に對して特別なる權たる受戻權能を與へたるは畢竟必迫したる金圓の需用を充たさしめんか爲めなり。更に賣主より立言すれば賣主は必ずしも此學校を賣渡さんことを欲するものに非ず只急迫なる金圓の需用

に迫まられて止むを得ず學校を賣渡さんとするものなれば法律は特に賣主に受戻權能なるものを與へて之を保護せんとするに在り。然るに代金の半以上と云ふか如き大部分に付き受戻期間の半以上に渡るか如き永き期間猶豫を與ふるか如きは賣主に於て必迫したる金圓の需用ありと謂ふ可からず。既に必迫したる金圓の需用なき以上は社會の經濟上有害なる受戻權能を賣主に與ふるの必要なきや言を俟たす是れ立法者か右の如き制限を設けたる所以なり。加之此制限の理由は更に受戻權能の沿革に依て説明することを得べし。前に述べたる如く裁判所か受戻權能を認めたるは有利貸借を禁ずるの法律を免かれしめんとするの精神に出たり。然るに賣買代金の支拂に付きて猶豫を與ふる以上は有利貸借に關係あることなし從て裁判所に於ては斯る約款に於て効力を與ふるの必要なきや素より論なし。裁判所は單に有利貸借を禁止する法律を免かるゝ目的に於てのみ保護を與へたるなり。之を要するに立法の精神并に古來の沿革に徴するも右の如き約束は之を取結ふことを得ず好し之を取結ふとも何等の効力なきの理由甚だ分明なり

第三節 受戻権能行使の効果

受戻権能の行使は賣買の解除を來たし賣買は最初より成立せざるか如く賣買成立以前の原狀に回復するものなり。是を以て賣買契約のときと受戻権能行使のときとの間に買主及び其他第三者の爲したる行爲は凡て無効に屬し賣主の爲したる行爲のみは依然として有効に存するものとす。然れども此結果に付ては動産と不動産との間に差異あるを以て此二者を區別して論ずることを必要とす因て余は左に之を分論せむ

(第一) 不動産 不動産の賣買に於ては賣買證書を登記するの制あり而して登記は公示方法なるを以て一たひ賣買の登記ありたるときは何人も之を知らずと云ふことを得ず好し實際之を知らざるにもせよ其不知は其人の過失にして自ら責を負ふの外なし故に登記したる受戻約款を實行して賣買の解除を爲したるときは賣渡物に付きて第三者の取得したる権利は凡て無効に歸し賣主は完全なる所有權を回復す。何となれば第三者は解除條件付の權利を得たるに過ぎざるを以て其條件にして到來したるときは其物權は當然無効に屬す可く且

つ解除は賣買成立以前の狀況に回復するものなれば賣主か完全の所有權を回復するは當然の理なればなり。然れども此原則に對しては一の例外あり他ならず受戻権能行使のときに殘期一ケ年を超へざる賃借權を設定したる場合はなり。何故に此賃借權は消滅せざるや。思ふに我既成民法の精神は短期の賃借權設定の如きは財産の管理行爲に屬するものにして必ずしも所有者に非ざれば之を行ふを得すと云ふものに非ず加之賃借權を設定するか如きは生産的經濟上必要なを以ての故ならん

(第二) 動産 動産を目的とする賣買に於ては登記の如き公示方法なし占有を以て所有權の公示方法と爲せり是を以て善意にて動産を取得したる第三者に對しては受戻権能を行使することを得ず。然れども其權能あることを知りつゝ取得したる第三者に對しては行使することを得べきは勿論なり

第四節 受戻権能を行使し得べき人

抑も受戻権能なるものは賣主の一身に專屬し他人加之を代行し得るものに非ず是れ蓋し獨り受戻権能のみに限るに非ず權能の性質として然る可きものなり。

然れども賣主にして此權能を行使せざる時は賣主の債権者は爲めに損害を蒙ふることあらん是を以て法律は特に賣主の債権者をして賣主に代りて此權能を行ふことを得せしめたり。但し是れ債権者をして損害を免かれしめんとするに過ぎざれば債権者か之を行ふには制限を附したり。然らば如何なる制限なるやと云ふに買主は其債権者をして豫め其債務者即ち賣主か無資力なることを證明せしめ且つ裁判上にて賣主に代位することを要求することを得るのみならず買主は自ら先買權を有するものとせり。即ち鑑定人をして買受けたる物の現時の價格を評價せしめ其評價の代金より買受けたる代金を差引きて其殘額を債権者に辨濟して賣主の此權能の行使を止むることを得へし是れ取得編第八十六條の規定する所なり

賣主か受戻約款を以て賣渡したる物の上に支分權を設定したるとき例へば之を抵當となし又は賃貸するか如きときは其設定したる權利は賣主若くは債権者か受戻權能を行ひたるるときに於て初めて其効を生ずるものなり。換言すれば其權利の取得者は單に停止條件付の支分權を取得したるに過ぎざれば賣買か解除せ

られて始めて完全なる權利を取得す。從て此權利を取得したるものは自己の名義を以てするは勿論賣主に代りても尙ほ受戻權能を行使することを得ず但し抵當債権者は普通の債権者として賣主に代りて受戻權能を行使することを得是れ取得編第八十七條第一項の規定する所なり

賣主か受戻に服する物即ち解除の行はる可き所有權を讓渡したるときは讓受人は自己の名義を以て受戻權能を行使することを得。然れども讓受けたる前に既に公示方法に依りて設定したる他の特權に妨害を與ふることを得ず是れ取得編第八十五條第二項の規定する所なり

第五節 受戻權能を行使するに付き辨濟す可き

費目

賣主か受戻權能を行ふに付きては必ずや左に記載する所の費目を辨濟せざる可からず。即ち

(第一) 賣買代價及び契約費用

(第二) 保存費用

(第三) 改良費用

是なり。抑も受戻権を行使するときには賣買は解除せられて賣買成立以前の原狀に回復するものなれば賣主は賣買代價及び契約費用を辨濟す可きは勿論保存費用は其物を保存する爲めに必要なるもの又改良費用は物の價額を増加する所の有益なる費用なれば賣主か之を辨濟す可きは當然なり。若し買主をして是等の費用を負擔せしめん乎賣主は不當の利益を取得することゝなる可し。而して第一及び第二の費用は必ず受戻の期日に於て之を辨濟せざる可からず若し其辨濟を欠くときは賣主は受戻権を失ふ可し。然れども第三の費用は第一第二の費用と異なり必ずしも必要にして欠く可からざるものに非ず又賣主の利益よりも寧ろ買主自身の利益に着眼したる費用なり加之買主は果して幾何の金額を之に費したりや容易に知る可からず故に若し此費用を受戻権の執行と同時に支拂ふ可きものとせば賣主は爲めに期間を失し賣買を解除することを得ざるに至ることあらん。是を以て法律は此第三の費用の辨濟に付きては裁判所は賣主に猶豫を許すを得るものとし必ずしも受戻権の行使と同時に同時に要せざるものとせり。

然れども買主は第一第二第三の費用を悉皆領收するまでは目的物を留置することを得。次に奢靡の費用に至りては畢竟買主自身の利益に外ならざれば賣主之を負擔するの義務なし。又代金の利子は目的物の収益と當然相殺す可きものなれば賣主之を支拂ふの義務なし(取得編第八十八條)

第六節 共有物に於ける受戻権能の行使

共有物は財産編に規定せる如く其共有者は何時にても分割處分の請求を爲すことを得若し其現物を分割することを拒む者あるときは之を競賣して其代金を分割す可きものとす。而して不動産の共有者の一人か其不分の部分を受戻約款を以て賣買したる場合に於ては買主か他の共有者より競賣を促されたる場合と自ら競賣を促したる場合とに由て受戻権能を行使する上に付き少しく差異あり

(第一) 買主か他の共有者より競賣を促され而して競落人となりたるときは賣主は第一第二第三の費用の外に尙ほ競賣代金を加へて其不動産の全部に對するに非されは取戻権能を行使することを得す。其故は買主は他の共有者より促されて競落を爲したるものなれば其競落の費用は要するに目的物を保存する

費用に外ならず少くとも其精神に於て保存費用と同一なり故に賣主は競落
代金を併せて之を負擔せざる可からず(取得編第八十九條第一項)

(第二) 買主自ら競賣を促し而して競落人となりたるときは自ら好んで競賣を爲
したるに外ならず従て物を保存するより生したるものに非ずして寧ろ奢靡の
費用に類似せり故に此場合に於ては賣主は普通の場合に於けると同じく受戻
権能を行使することを得(取得編第八十九條第二項)

右に述べたる所は買主自ら競落人となりたる場合なり。今賣主以外の共有者の
一人又は第三者が競落したる場合には賣主が競落に立會ひたる場合と其然らさ
る場合とに依て區別あり

(第一) 賣主が競落に立會ひたるときは其競落たる賣主の認諾に出てたるものと
見做さるゝを以て賣主は受戻権能の行使を抛棄したるものと看做さるゝなり。
又目的物が公用徴収法に由りて第三者の手に歸したるときも是と同じ(取得編
第九十條)

(第二) 賣主が競落に立會はざるときは其競落たる賣主に對して何等の效果なし

從て賣主は宛も競賣なかりし場合と同じく競落人に對して受戻権能を行使す
ることを得(取得編第九十條)

次に現物を分割する場合に於ては賣主が分割のときに召喚せられたる場合と召
喚せられざる場合とに由り區別あり

(第一) 賣主が分割のときに召喚せられざるときは其分割は賣主に對して効力な
きを以て賣主は之に異議を唱へ受戻権能を執行することを得且つ之を執行し
たる以上は再分割を請求することを得(取得編第九十一條第二項)

(第二) 賣主が分割に召喚せられたるときは其分割は賣主の認諾に出てたるもの
と認むるを以て賣主は之に對して異議を唱ふることを得す只其分割に由りて
買主に歸したる部分に對して受戻権能を主張することを得るのみ(取得編第九
十一條第一項)

次に數人の共有者が受戻約款を以て賣買したる場合即ち賣主數人ある場合には
唯一の契約及び唯一の代價を以て賣買したるときと多くの契約を以て各自の部
分を賣買したるときとに因り區別あり

(第一) 唯一の契約及び唯一の代償を以て賣買したるときは賣買上の關係は單獨なる賣主と買主との關係と異なる所なし故に賣主か受戻權を行ふには尙ほ一括して爲すことを得(取得編第九十二條)

(第二) 多くの契約を以て各自の部分を賣渡したる時は契約は個々別々に存在するを以て受戻權能を行ふにも亦個々別々に爲さざる可らず(取得編第九十二條)最後に數人の買主に一個の財産を賣却したる場合には買主の間に於て已に分割處分を爲したる場合と未だ分割處分を爲さざる場合とに由り區別あり

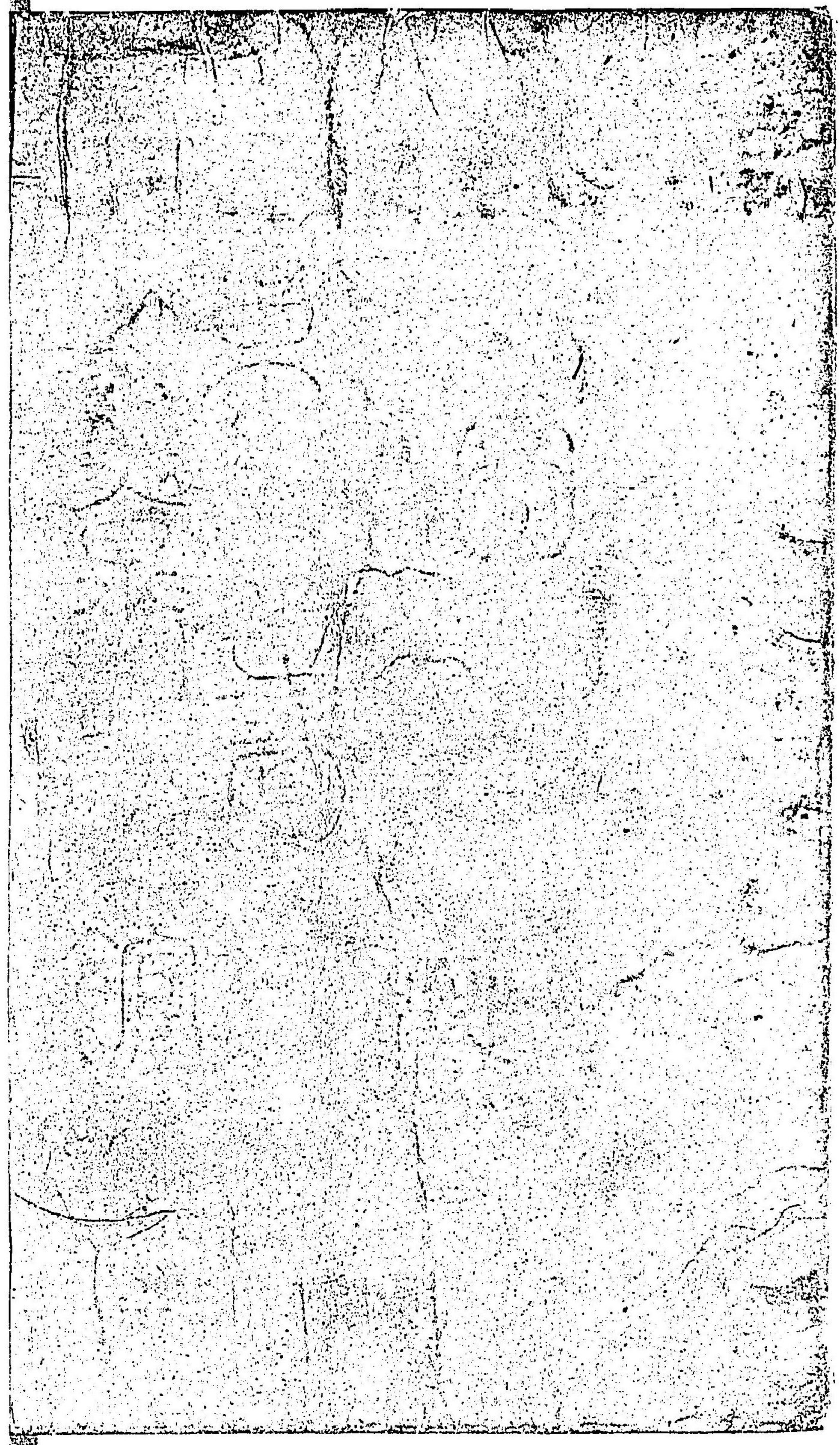
(第一) 買主の間に未だ分割處分を爲さざるときは賣主は總買主に對して全部に付きて受戻權を行ふも又は一人又は數人に對して其各自の部分に付きて受戻權を行ふも一に其自由の撰擇に在る所なり

(第二) 買主の間に既に分割處分を爲したるときは賣主は最早總買主に對して受戻を請求することを得す必ずや各買主に對し其所有に歸したる部分に非されは受戻權能を行使することを得す

賣 買 法 終

2/7
行政

14
588



14

538

M

東京大学の教授行政科
米谷俊一七冊目録

高田四郎法

馬場憲治著

035395-000-9

14-5381

売買法

馬場 憲治/著

M29?

BBO-0580

