

モ尋常無擔保ノ債權者殊ニ賣買前ニ債權者ト爲リ買受物ノ買主ニ屬スヘキヲ知ラザリシ者ニ對シテマテ解除ヲ行フコトヲ得セシメサルハ果シテ其當ヲ得タルモノナルヤ

法律ハ賣主ニ先取特權ト稱スル有力ナル擔保ヲ與ヘタル上ハ更ニ解除權ヲ與ルノ必要ナキカ如シ實ニ立法上ノ問題トシテハ假令登記ノ如キ條件アルニセヨ第三者ヲ襲撃スル銃器ナルヲ以テ一般取引ノ安全ヲ維持スル爲メニハ或ハ之ヲ認メサルコト至當ナルヤ知ル可カラスト雖モ可成賣主ヲ保護スルノ主義ヨリ考ルトキハ已ニ先取特權アルカ爲メ解除權ノ必要消失スルモノニ非ス蓋シ先取特權ハ其實効ヲ得ルマテニ往々巨多ノ時日ト費用ヲ要スヘク加之競賣ノ成績不充分ニシテ當初賣買ノ代價額ニ達セス買主ニハ資力ナキ爲メ其差額ヲ補充スル能ハサルトキハ先取特權ノ効力賣主ノ全損害ヲ償フニ足ラス

此場合ニ解除權ヲ實行スルヲ得ルトキハ假令損害賠償ハ之ヲ受クルコトヲ得サルモセメテ物件ヲ取還シ純粹ノ損失ヲ避クルヲ得ヘク而シテ他日好機會ヲ得テ更ニ之ヲ賣拂フコトヲ得ヘキナリ

解除ノ効果ハ法律上ノ擬定ニ依リ既往ニ遡リテ賣買ヲ不存立トシ賣主ヲ以テ始メヨリ所有者ト認ムルニ在リ(財産編第四百九條)故ニ其結果トシテ買主ニ出テタル讓與ノ行爲ハ悉皆無効ト爲リ賣主ノ爲シタル處分ハ全然効力ヲ有スルコト、爲ル是即チ解除權ノ有力ナル所ニシテ亦其全廢論ヲ主唱スル者アルニ至ラシメタル所以ナリ

序ニ一言セント欲スル事ハ法律ニ多ク此種ノ擬定ヲ設クルノ當否如何ノ問題ナリ新法ノ如キハ大抵ノ事ヲ法文ニ規定セント欲シタル爲メ自然多クノ擬定ヲ設クルニ至リ大ニ裁判上ノ活用ヲ妨止セリ惟フニ是其攻撃ヲ受ク可キ最モ重大ナル點ナルヘシ右條件遡及ノ効力ノ

如キモ佛民法ヲ模範ニ採リ佛民法第千百八十三條殆ト争フ可カラサ
ル大原則ノ如クニ之ヲ解スル者多シト雖モ其當否ニ至テハ實ニ立法
上ノ一問題ナリ現ニ獨逸民法草案ニ於テ條件ノ遡及効ヲ認メサル如
キハ學者ノ深ク考究スヘキ一點ナリ

第二款 受戻權能ノ行使

受戻ノ權能トハ一定ノ期限内ニ代金ヲ返還シテ賣買ヲ解除シ一旦賣
拂ヒタル物ヲ取戻スヲ得ルコトヲ謂フ賣主カ此權利ヲ行フヲ稱シテ
受戻權能ノ行使ト名ク權能ト名クル所以ハ賣買契約ニ因リ當然有ス
ル權利ニ非スシテ特約ニ因リ賣主ノ一方カ有スル特種ノ權利タルカ
故ナリ

此特約ノ主眼ハ質、抵當等ト同シク所有權ヲ失ハスシテ金錢ヲ借入ル
、一種ノ方法ナリ往時革命前ニ於テハ耶蘇敵ノ勢力最モ熾シニシテ

立法上ニ現ハレ遂ニ有利貸借ヲ禁セリ於是乎受戻ノ約束ハ金融ノ方
法トシテ汎ク行ハレ封建時代ニ於テハ殊ニ著大ナル實用ヲ有セリ當
時領主ハ巨額ノ費用ヲ要スルモ之ヲ支辨スルニ途ナク封地ヲ抵當ニ
シテ資本ヲ借入レン乎國法之ヲ許サス然ラハ之ヲ賣却セン乎世襲財
産ヲ貴重スル當時ノ氣風ニ於テ思ヒ寄ラサル事ナリ於是乎受戻ノ特
約ハ領地ノ所有權ヲ失ハスシテ金融ヲ得ルノ屈竟且單一手段ト爲リ
貪慾底止スル所ヲ知ラサル當時ノ豪富族シニイフ人ニ取テハ法ニ背
カスシテ高利貸ヲ行フノ最上策ト爲レリ要スルニ是レ中古時勢ノ必
要ヨリ起リタル慣習ニシテ又別ニ有害ナル所アラサリキ
近世ノ狀況ハ全ク之ト異ナリ有利貸借ハ一般ノ契約ト共ニ法律ノ保
護スル所ナリ資産ノ狀況變遷スルニ伴フテ信用ノ道大ニ開ケ殊ニ抵
當ノ制倍々完備セントスル今日ニ於テハ受戻ノ約束ノ如キ金融ノ方

法ハ自然其適用ヲ失ハサルヲ得ス今之ヲ抵當ニ比スルトキハ賣主ハ占有ト共ニ使用收買ノ利ヲ失ヒ買主ニ於テハ解除條件ニ繫ル不確定ナル所有權ヲ得ルニ過キス何ノ爲メニ資本ヲ抛テ殖産其他ノ業ニ之ヲ利用スルノ念ヲ生センヤ又斯ノ如キ未必ノ所有權ハ誰アリテ之ヲ讓受ケンヤ假令實際ニ行ハル、モ財産ノ運轉ヲ妨ケ一般信用ニ害アルコト蓋シ少々ナラサルナリ草案説明書等ヲ見ルトキハ賣主ハ貸借ニ於ケル如ク利息ヲ負擔セサルノ利益ヲ有スル如クナレトモ是レ片眼ノ見ニ過キス買主ニ於テハ必ス代金ノ利息ト後日受戻ニ遇フノ損害ヲ見積リ低價ニ非サレハ之ヲ買受クルコトヲ承諾スヘキ筈ナシ果シテ然ラハ其結果タル遂ニ賣主ノ損失ニ歸シ金融ノ具ト爲ル可カラサルヤ判然タリ唯佛國及ヒ我國ニ於テハ高利貸ヲ禁シタル結果トシテ制限外ノ利子ヲ貪ル爲メ或ハ時ニ此方法ヲ行フコトアルノミ

要スルニ受戻ノ約束ハ歷史上ノ遺骸ニ過キサルコト疑フ可キニ非ス幸ニ實際行ハレスト雖モ偶々行ハル、トキハ前示ノ弊害之ニ伴フヲ以テ公益上ヨリ彼ノ一派學者ノ偏重スル契約自由ノ大原則ナルモノヲ制限スルヲ意トセサル立法者ハ必ス之ヲ無効ト爲スニ惑ハサルヘシ總テ解除ヲ有害トスル學者ハ殊ニ受戻ヲ有効トスルノ失當ナルコトヲ唱ヘサルハナシ

受戻ハ從來買戻ノ約束ト唱ヘ來リシモノナルカ新法ハ故アリテ其名稱ヲ變更セリ蓋シ買戻ト言フトキハ一旦賣渡シタル物ヲ更ニ買受クルノ意義ヲ表ス即チ買主ハ賣買ノ時ヨリ所謂賣渡ノ豫約ニ拘束セラレ、如クニ解セラルヘシト雖モ受戻ノ性質ハ之ト異ナリ賣買ヲ廢滅セシムルノ解除條件ニ外ナラス故ニ其結果トシテ受戻權能ノ行使アルモ買主ハ更ニ賣主ノ名ヲ取ル者ニ非ス從テ法律上賣主ノ有スル權

第八十四條

利ノ如キハ特別ノ規定ナキ限リハ之ヲ行フヲ得サルナリ
 受戻ノ約束ハ前ニ述ヘタル如ク買主ノ所有權ヲ不確定ト爲シ大ニ取
 引上ノ安全ヲ妨害スルモノナルヲ以テ立法者ハ特ニ其適用ヲ制限シ
 頗ル窮屈ナル條件ヲ定メタリ其條件中ノ重要ナル者ハ行使ノ期限ナ
 リ不動産ニ付テハ五年、動産ニ付テハ二年ヲ超過スルコトヲ得ス
 此ヨリ長キ期限ノ約束ハ當然此期限ニ短縮ス一旦期間ヲ定メタル以
 上ハ右制限内ト雖モ之ヲ伸張スルコトヲ得ス」ト詳細ハ條文ニ之ヲ規
 定ス解釋上別ニ説明スヘキ要點ナシ唯一ノ注意スヘキ點ハ賣買後ニ
 於テモ受戻ノ要約ヲ爲スヲ得ルコトヲ明言セリト雖モ(第五項)賣買後
 ノ約束ハ果シテ純然タル解除條件ナルヤ此場合ニ於テコソ即チ買戻
 ノ約款タル性質ヲ有スルモノニハ非サルヤ
 往時受戻ノ約束ハ實際ノ必要ニ起リタルカ故ニ期限ヲ設ケテ之カ適

第八十五條

用ヲ制限スルコト無カリキ今日ハ高利貸ノ手段トスル外ニ殆ソト其
 適用ナク唯弊害ノ存スルヲ見ルノミ立法者自ラ此點ニ氣付キ大ニ其
 適用ヲ制限セリ然ルニ尙之ヲ有効トシ周密ナル十個條ノ規定ヲ設ケ
 タルハ果シテ何等ノ必要ニ基クモノナルヤ其條文ヲ適用スヘキ場合
 ハ實際殆ト生ス可カラサルヲ信スルナリ
 本款十個條ノ規定ヲ見ルニ多クハ説明ヲ要セサル通則ノ適用ヲ揭ケ
 タルモノニ過キス第八十五條第一項ニ規定スル所ハ一般解除ノ効果
 ナリ其但書ニ定ムル短期貸借ノ有効ナルコトハ其管理行爲ノ性質
 タルニ因ル又第二項ノ規定ハ所謂即時々効ノ適用ニ過キス(證據編第
 百四十四條)
 受戻ハ財産ニ關スル權利ナリ故ニ賣主ニ代リ其債權者之ヲ行フヲ得
 ヘキハ當然トス但債權者ハ債務ノ辨濟ヲ受クル外ニ正當ノ目的ナシ

第八十六條

故ニ其受戻ヲ爲ス權利ノ實行モ亦此目的ヲ以テ限界トシ可成買主ノ
權利ヲ鞏固ナラシムルヲ必要トス是レ第八十六條ノ原則ト其制限ノ
設ケアル所以ナリ

第八十七條

受戻ノ約款ヲ以テ賣買ヲ爲シタルトキハ買主ハ解除條件ニ繫ル所有
權ヲ有スルコト以上述ヘタル所ヲ以テ明カナリ買主ニシテ解除條件
付キノ所有權ヲ有ストセハ賣主ハ自ラ停止條件付キノ所有權ヲ有ス
ルモノタルコト疑フ可キニ非ス故ニ各其條件ノ附着スル範圍内ニ於
テ其權利ヲ處分スルコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タス買主ニ於テ其所有權
ヲ讓與シ又ハ之ヲ抵當トシ若クハ之ニ用收權地役權等ヲ負擔セシメ
タルトキハ賣主ヨリ受戻ヲ行ハスシテ期限ヲ經過シタル時ニ至リ總
テ其効力確定ス又賣主ニ於テ其物件ヲ抵當トシ又ハ之ニ他ノ物權ヲ
負擔セシメタルトキハ其權利ノ効力ハ受戻ヲ行ヒタル後ニ非サレハ

第八十八條

確定セス(第八十七條第一項)是蓋シ何人ト雖モ其有スル限リノ權利ハ
之ヲ處分スルヲ得ヘク又有スル限リノ權利ニ非サレハ之ヲ處分スル
ヲ得スト云フ明々白々ナル原則ノ適用ニ過キサレナリ
賣主カ受戻ニ服スル物ノ所有權ヲ讓渡シタルトキハ讓受人ハ自己ノ
名ヲ以テ受戻ヲ行フコトヲ得ヘシ何トナレハ受戻ハ一身ニ專屬スル
權利ニ非サレハナリ然レトモ讓渡前ニ(又ハ後ニ)他人ニ得セシメタル
物權ニシテ已ニ登記ヲ經タルモノハ讓受人ニ於テ之ヲ侵害スルヲ得
ス是レ登記ノ効力ニシテ明又ヲ俟タサル一點ナリ但賣主ニ對シテ擔
保訴權ヲ失フコトナキハ又當然ノ事トス(第二項)
受戻ノ目的ハ賣買ヲ解除シ之ヨリ生シタル總テノ關係ヲ消滅セシム
ルニ在ルヲ以テ賣主受戻ヲ行ハントスルトキハ賣買ノ効果ニ因リ得
タル一切ノ利益ヲ償還スルヲ要ス即チ指定ノ期間ニ賣買代價、契約ノ

費用及ヒ物ノ保存費用ヲ返償セサルヲ得ス草案註釋書ニ依レハ代金ノ利息ハ物ノ果實又ハ收益ト相殺スルニ依リ償還スルニ及ハストアレトモ一般ノ規則ニ從ヘハ解除ノ効果トシテ双方共ニ償還ノ義務ヲ免カレス唯反對ノ意思確然事實ニ顯ハル、場合ニノミ相殺ノ行ハル、モノトス(財産編第四百十二條受戻ノ場合ニ於テハ當然其意思ノ存スルモノト推定シタルヨリ利息ノ事ヲ記載セサリシ乎斯カル規定ハ便宜上至當ナルヘシト雖モ一旦前示ノ原則ヲ設ケナカラ正面ヨリ之ヲ覆ヘスハ穩當ノ事ニ非サルナリ

右償還ハ受戻ヲ行フノ條件ナルヲ以テ若シ其義務ヲ怠リ指定ノ期間ヲ經過シタルトキハ當然受戻ノ權能ヲ失フヘキハ當然トス(佛國ニ於テハ唯買主ニ通知スルヲ以テ足レリトス)而シテ若シ買主ニ於テ有金額ヲ受取ルコトヲ拒ミ期限ノ經過ト共ニ失權ニ至ラシメントスルノ

危険アルトキハ財産編ノ通則ニ從ヒ之ヲ供託スルヲ得ヘシ所謂物ノ改良費用モ増價額ヲ限界トシテ之ヲ償還セサルヲ得ス然リト雖モ亦買主ニ於テ賣主ノ需要ニ適セス又ハ其資力ニ不相當ノ工事ヲ爲シ以テ恣ニ受戻ヲ行フヲ妨ケントスル如キコトナシトセス故ニ法律ハ指定ノ期間ニ之ヲ償還スルヲ必要トセス裁判所ヲシテ賣主ニ猶豫ヲ與ルコトヲ得セシメタリ

買主ハ右諸種ノ償還ヲ受クルマテハ留置權ヲ有ス是レ佛民法ニ定ムル所ニシテ物ト代金トヲ并セテ失フノ不幸ニ陷ラシメサルカ爲メナリ

新法ハ受戻權能ノ行使ニ關シテ以上述ル所ノ規則ヲ揭ケタル後ニ特別ノ場合ヲ規定セリ第八十九條乃至第九十一條ハ不動産共有者ノ一人カ其不分ノ部分ヲ受戻ノ約款ニテ賣拂ヒタル場合ヲ定ム若シ受戻

ナ行フ時ニ於テ其不動産カ尙共有ニテ不分ノ状ヲ變セサルトキハ何等ノ困難ヲモ生スルコトナク賣主ハ受戻ヲ行ヒ其結果従前ノ如ク共有者ト爲ルニ過キス然レトモ共有ハ法律ノ欲セサル所ニシテ常ニ之ヲ止息スルノ方法ヲ與ヘタリ故ニ受戻ヲ行フ當時ニ於テハ已ニ分割又ハ競賣ヲ爲シタルヤ知ル可カラス於是乎受戻ヲ行フ方法及ヒ其効力ノ如何ヲ定ムルノ必要ヲ生ス法律ハ第一ニ競賣ノ場合ト分割ノ場合トヲ區別シ競賣ノ場合ニハ更ニ買主カ競落人ト爲リタル場合ト他ノ共有者又ハ第三者カ競落人ト爲リタル場合トヲ區別セリ買主カ競落人ト爲リタル場合ニ付テモ他ノ共有者ヨリ競賣ヲ促カサレタルト買主自ラ之ヲ促シタルトニ依リ規定ヲ異ニス

他ノ共有者又ハ第三者カ競落人ト爲リタル場合ニハ賣主カ競賣ニ召喚セラレタルト否トニ依リ法律ノ規定スル所同一ナラス分割ノ場合

ニ付テモ亦賣主カ分割ニ召喚セラレタルト否トヲ區別スルコトヲ必要トセリ

此等ノ區別ハ何レモ一應ノ根據ナキニ非スト雖モ事微細ニ涉リ要點少ナシトス條文ヲ一見スルノミヲ以テ殆ト其理義ヲ解スルヲ得ヘキナリ

第九十二條

次ニ法律ハ數人ノ賣主カ受戻ノ約束ヲ以テ其共有スル不動産ヲ一人ノ買主ニ賣拂ヒタル場合ヲ規定シ佛民法解釋者ノ間ニ議論アル買戻ノ權能ハ可分ナルヤ不可分ナルヤノ問題ヲ決セリ

第九十三條

法律ハ又一人ノ賣主カ數人ノ買主ニ賣渡シタル場合ニ於テ其各自ニ對シテ受戻ヲ行フコトヲ得ヘキ部分ヲ定メタリ

受戻ノ約束其者ニシテ已ニ今日ノ時世ニ適用少ナキコトハ曩ニ詳述シタル所ヲ以テ明カナリ故ニ右數條ニ規定スル細則ノ如キモ實際之

ヲ適用スル場合ハ殆ト之ナキヲ信ス假令之アリトスルモ當事者ノ意思ノ解釋ト合意ハ凡テ善意ヲ以テ之ヲ履行セサル可カラスト云フ通則ノミヲ以テ足ラサルヤ前數條ノ如キ特別場合ノ規定ハ佛民法中ニモ其例ヲ見サル所ナリ新法ハ凡百ノ場合ヲ豫想シ逐一之ヲ規定スルノ主義ヲ取リタルハ獨リ受戻ノ場合ニ限ラズ到ル所トシテ其證據ヲ見サルハナシト雖モ余輩ハ竊カニ其律條ノ体裁ヲ失ヒ近世私法ノ基本タル意思討尋ノ必要ト和合セサル結果ヲ見ルニ至ルヲ歎息ニ堪ヘサルナリ

伊太利民法ヲ編纂スルニ當リ受戻ノ約款ノ効力ヲ認ムヘキヤ否ヤニ付キ大ニ議論アリタリ上院ノ委員ハ反對ノ意見ヲ主張セリト雖モ合意自由ノ原則ヲ倒ス丈ケノ弊害ナシトノ理由ヲ以テ遂ニ佛民法ノ規定ヲ採用スルコトニ決セリ然レトモ今日ニ於テ此慣習ノ實用ナキ事

ト弊害ノ多少之ニ伴フ事ノ二點ハ之ヲ洞見シタルモノ、如クニ思ハル、ナリ

第三款 隠レタル瑕疵ニ因ル賣買廢却訴權

賣主ハ獨リ買主ニ所有權ヲ得セシムルノミヲ以テ其責ヲ免カレタルモノト謂フ可カラズ猶ホ其賣渡シタル物件カ買主ノ目的トシタル用方ニ適ヒ使用收益ヲ妨クル瑕疵ノ存在セサルヲ必要トス是レ即チ隠レタル瑕疵ニ關スル責任ノ規定アル所以ナリ

羅馬法及ヒ佛民法ハ此責任ヲ以テ賣主ノ擔保ノ義務ノ一種ト爲セリ新法ハ之ト少シク觀察ヲ異ニシ右瑕疵ノ存スルコトカ賣買解除ノ原因ト爲ル點ニ重キヲ置キ遂ニ之ヲ本節ニ規定セリ實ニ擔保ノ目的ヨリ觀察スルトキハ追奪擔保ト大ニ其性質ヲ異ニスル所アリ追奪擔保ノ目的ハ訴訟ニ參加シテ買主ノ爲メニ追奪ノ危險ヲ除クニ在リ損害

賠償ハ其參加ノ効果ナキ場合ニ於テ買主ヲ救済スルノ方法ニ過キス
 之ヲ換言スレハ擔保ノ義務ノ結果若クハ制裁ト謂フヘキモノナリ之
 ト異ナリ隠レタル瑕疵ハ通常賣主ノ所爲ヲ以テ之ヲ防止シ又ハ除却
 スルヲ得ヘキモノニ非ス故ニ買主ハ當初ヨリ賠償トシテ賣買ノ解除
 若クハ代價ノ減少ヲ要求スルコトヲ得ヘシト云フ此見解ノ當否ハ別
 問題トシテ新民法起草者カ佛民法ノ体裁ヲ採用セサリシハ全ク此理
 由ニ外ナラサルナリ

所謂隠レタル瑕疵ニ基因スル賣買廢却訴權ヲ行フヲ得ヘキ場合及ヒ
 其條件ハ本編第九十四條ニ之ヲ掲ク其條又左ノ如シ

動産ト不動産トヲ問ハス賣渡物ニ賣買ノ當時ニ於テ不表見ノ瑕
 疵アリテ買主之ヲ知ラス又修補スルコトヲ得ス且其瑕疵カ物ヲ
 シテ其性質上若クハ合意上ノ用方ニ不適當ナラシメ又ハ買主其

第九十四條

瑕疵ヲ知レハ初ヨリ買受ケサル可キ程ニ物ノ使用ヲ減セシムル
 トキハ買主ハ其賣買ノ廢却ヲ請求スルコトヲ得

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

本條ハ佛民法第千六百四十一條ニ當リ稍々之ヲ補足シタルモノナリ
 其規定スル所ニ依レハ賣買解除ノ原因ト爲ルヘキ隠レタル瑕疵トハ
 (一)物ノ性質上若クハ合意上ノ用方ニ不適當ナラシムルモノ(二)買主其
 瑕疵ヲ知レハ初メヨリ買受ケサル可キ程ニ物ノ使用ヲ減セシムルモ
 ノ(三)ニトス是レ何レモ事實ノ問題ナリ

解除請求ノ條件ハ賣主ノ當時ニ於テ已ニ瑕疵ノ存在セシコトヲ要ス
 賣買以後ニ發生シタルトキハ危險負擔ノ結果トシテ買主ノ損失ト爲
 ルヘキハ當然トス假令賣主ノ所爲ニ出ルモ賣買ノ關係ハ已ニ存セサ

ルヲ以テ普通一般ノ規則ニ從ヒ民事犯行ノ結果トシテ損害賠償ノ責
 ニ任スヘキナリ
 一 賣買ノ當時ニ存スル瑕疵ハ不表見ノモノタルヲ要ス隠レタル瑕疵ト
 ハ即チ此謂ナリ表見ノ瑕疵ハ買主ニ於テ一目之ヲ發見スルコトヲ得
 ヘキヲ以テ之ヲ知ラサル筈ナク假令之ヲ知ラサリシモ自己ノ過失ト
 爲スノ外ナキナリ
 二 不表見ノ瑕疵ト雖モ賣買前ニ買主之ヲ知リ居タル事實明カナルトキ
 ハ解除ヲ請求スルヲ得ス故ニ不表見ナル上ニ買主之ヲ知ラサルヲ要
 件トス若シ之ヲ知リ居タルトキハ其減額ニ對スル丈ケ低價ニテ買受
 ケタルカ或ハ使用收益ヲ妨クルニ足ラスト思惟シタルカ又ハ容易ニ
 修補スルヲ得ヘシト思惟シテ買受ケタルモノト推定セサルヲ得ス何
 レニシテモ賣買ノ解除又ハ代價ノ減少ヲ要求スルヲ許ス正當ノ理由

アラサルナリ

一 瑕疵ノ性質ニ付キ右條文ニ要スル尙一ノ條件ハ修補ス可カラサルコ
 トナリ容易ニ修補スルヲ得ヘキ瑕疵ハ賣主ナシテ之ヲ修補セシムレ
 ハ足レリ又賣主ヨリ之ヲ修補シタル上ニテ引渡サノコトヲ申出レハ
 買主ニ於テ之ヲ拒否スルニ正當ノ理由アラサルナリ是レ總テ合意ノ
 履行ハ善意ヲ以テセサル可カラスト云フ原則ノ適用ニ過キス佛伊等
 ノ民法ニハ此條件ヲ明記セスト雖モ實際取テ疑ヲ生セサル點ト信ス
 ルナリ
 廢却訴權ノ効力ハ一般ノ解除ト同シク既往ニ遡リ賣買ヲ無効トシ當
 事者ナシテ賣買以前ノ地位ニ復セシムルニ在リ故ニ各々契約ノ履行
 トシテ受取リタル物ヲ返還セサルヲ得ス買主ハ賣買以後ニ收穫シタ
 ル果實ヲ返還スヘク賣主ハ代金及ビ契約費用ノ外ニ代金ノ利息(辨濟

ノ日ヨリ起算スヲ返還スヘキモノトス財産編ノ通則ニ從ヘハ此解除ノ効果タル双方ヨリノ返還ハ反對ノ意思明カナル場合ニ非サレハ相殺スルコトナシト雖モ(第四百十二條)本款ノ場合ニ於テハ法律ノ明文ヲ以テ當然相殺スルコトニ定メタリ是レ蓋シ便宜上ヨリ設ケタル一ノ變例ト見ルヘキカ

隠レタル瑕疵ニ基ク解除ト他ニ原因スル賣買ノ解除ト相異ナル點ハ他ノ場合ニ於テハ賣主ヨリ解除ヲ請求シ物件ヲ取戻サントスルヲ常トスレトモ瑕疵ノ場合ニハ買主ヨリ其返還ヲ求メ賣主ヲシテ取戻サシメントスルモノナリ是蓋シ契約ノ一條件ヲ履行セサルニ基ク解除ノ一種ニシテ賣主ハ貸貸人ノ如ク將來ニ向テ使用收益ヲ供スルノ義務ヲ負ハスト雖モ將來ニ收益ヲ爲スニ必要ノ資料ハ賣買ノ現時ニ之ヲ供セサルヲ得ス即チ賣渡物カ通常ノ用方ニ適スル丈ケノ性質ヲ具

備スルヲ要ス著ルシキ瑕疵アルトキハ買主ニ於テ之ヲ發見スルヲ得ヘキ場合ノ外ハ責任ヲ免カル、ヲ得可カラズ此原則ハ佛民法ニ於ケル如ク其結果ニ於テ稍々買主ノ利益ニ偏スル感ナキニ非ス英國法トハ大ニ其精神ヲ異ニスル如シト雖モ立法問題トシテ其利害ヲ詳論スルハ本書ノ主眼ニ非サルヲ以テ之ヲ略ス

凡ソ一ノ訴權ヲ有スル者ニ於テ其訴權ヲ立タシムルニ必要トシテ定メタル條件ノ具ハルヲ證明スル責任アルコトハ普通一般ノ原則ナリ又瑕疵ニ基ク賣買廢却ノ訴權ヲ行フコトハ固ヨリ買主ノ特權ニシテ其義務ニ非ス賣買ノ効力ヲ保持シ其瑕疵ノ爲メニ蒙ルヘキ損害ヲ賠償セシムルハ寧ロ法律ノ欲スル所ナリ於是乎新法ハ買主ニ於テ瑕疵ノ重大ナルヲ證スル能ハサルカ又ハ物ヲ保有スルヲ欲スルトキハ便益ヲ失フ割合ニ應シテ代價ノ減少ヲ請求スルコトヲ得而シテ其賣主

第九十五條

ヨリ返還セシムルヲ得ヘキ代價ノ部分ハ鑑定人ノ定ムル所ニ依ルト
ハ佛民法ニ明示スル所ナリ(第一千六百四十四條)是レ新法カ佛民法ヨリ
モ寡言ナル儘々ノ一例トス

賣主ハ善意ナルト惡意ナルトヲ問ハス即チ賣買ノ當時ニ於テ隠レタ
ル瑕疵ノ存在スルヲ知リタルト否トニ差別ナク前示ノ區別ニ從ヒ賣
買ノ解除又ハ代價ノ減少ヲ受ケサルヲ得ス然レトモ賠償ノ責任ニ至
テハ善意ト惡意トニ依リ大ニ相異ナル所アリ即チ善意ノ場合ニ於テ
ハ損害賠償ノ義務ナシト雖モ惡意ノ場合ニハ通則ニ從ヒ買主ニ對シ
テ其受ケタル損害ト失ヒタル利益トヲ賠償セサルヲ得ス法律ハ唯善
意ト惡意トノ外ニ何等ノ區別ヲモ設ケス故ニ佛民法解釋者ノ説ク如
ク賠償金額ヲ定ムルニ付キ眞ノ惡意ト單純ナル過失トヲ細別スルヲ
許サ、ルナリ(財産編第三百八十五條參看)

第九十六條

追奪擔保ノ場合ニ於テハ善意ノ賣主ト雖モ賠償ノ責ヲ免カレサルコ
トハ已ニ説明シタル所ナリ(第五十八條及第五十九條)瑕疵擔保ノ場合
ニ於テハ抑モ何故ニ善意ノ賣主ハ賠償ノ義務ヲ負ハサルヤ此差異ノ
基ク所ヲ説ク者ハ他人ノ物ヲ賣ル如キハ重大ナル過失ナレトモ隠レ
タル瑕疵ノ附着スル物ヲ賣ルハ往々有リ得ヘキコトニシテ恕スヘキ
所アリト曰ヘリ

隠レタル瑕疵ノ責任ハ當然賣買ニ附隨スト雖モ其要素ニ非サルコト
ハ追奪擔保ト同一ナリ故ニ特約ヲ以テ隨意ニ之ヲ伸縮スルヲ得ヘシ
例ヘハ表見ノ瑕疵迄モ之ヲ擔保スル如キ或ハ又賠償金額ヲ豫定スル
如キ何レモ有効ノ特約タルヘシ加之當事者ハ全ク瑕疵ヲ擔保セサル
コトヲ特約スルヲ得ヘシ

此原則ニ對スル一ノ例外ハ賣主ニ於テ初ヨリ了知シ且詐欺ヲ以テ隠

第九十七條

蔽シタル瑕疵ニ付テハ其責ヲ免カレサルコトナリ是蓋シ契約ハ誠實
 ニ履行ス可シトノ原則ニ基クモノニシテ曩ニ説明シタル擔保ノ義務
 ナ負フ者ハ自己ノ所爲ヲ以テ追奪ノ原因ヲ作ルコトヲ得サル規定ト
 其精神ヲ異ニセサルナリ佛民法ノ條規ハ更ニ一層嚴格ニシテ善意ノ
 場合ニ限り無擔保ノ特約ヲ有効トシ詐欺ヲ以テ隱蔽スルコトナキモ
 唯瑕疵ノ存スルヲ知リタルノミヲ以テ責任ヲ免カレサルコトニ定メ
 タリ佛民法第千六百四十三條新法ノ規定ハ稍之ト異ナリ假令瑕疵ア
 ルヲ知リタリトスルモ唯黙止シテ買主ニ告知セサルニ過キサルトキ
 ハ無擔保ノ特約ノ効力ニ因リ尙責任ヲ免カルコトヲ得ヘキハ疑ヲ容
 レサルナリ

第九十八條

賣買ノ當時ニ於テ重大ナル瑕疵ノ存在セシコト及ヒ其存在セシ爲メ
 買主ニ損害ヲ生シタルコト又賣主カ其存在セシ事實ヲ了知シタルコ

ト等ノ事實ハ何レモ賣買ノ解除又ハ代價ノ減少ヲ要求スル買主ニ於
 テ之ヲ證明セサル可カラス而シテ其舉證ノ方法ハ特別ノ規定ナキ以
 上ハ證據編ニ定ムル通常ノ方法ヲ以テス可キコトハ論ヲ俟タス此等
 ノ事ハ特ニ條文ヲ設ケテ之ヲ明言スルノ必要アラサルナリ

第九十九條

佛民法ハ起訴ノ期間ヲ定メス唯短キ期間ニ起訴スルヲ要スト言ヒ受
 理如何ハ一ニ之ヲ裁判官ノ認定ニ委ネタリ第千六百四十八條新民法
 ハ之ニ反シ伊太利民法ニ倣ヒ一定ノ期間ヲ掲ケタリ即チ不動産ニ付
 テハ六個月動産ニ付テハ三個月動物ニ付テハ一個月トス此等ノ期間
 ハ引渡ノ時ヨリ之ヲ起算ス是亦佛國法ト相異ナル所ナリ佛國法ニ於
 テハ各地方ノ慣習又ハ特別法ニ於テ期間ノ定メアルモ其起算點ヲ指
 示セサルニ因リ學者ハ一般ニ賣買ノ時ヨリ起算ス可キモノト解釋セ

右期間ハ買主カ後ニ瑕疵ヲ知リタル場合ト意外ノ原因ヨリ之ヲ覺知スル能ハサリシ場合ニ於テ變更ヲ受ク詳細ハ條文ニ揭示セルヲ以テ之ヲ略ス

起案者カ常ニ參考ニ供セラレタル佛伊民法ニハ買主カ瑕疵ヲ覺知シタル前後ニ買受物ヲ第三者ニ讓渡シタル場合ヲ規定セス新法ニハ此遺憾ナル欠點ナカランコトヲ欲ストテ特ニ一箇條ヲ設ケテ此場合ヲ規定セリ

第百條

此場合ニ於テ買主ハ廢却訴權ヲ失フコト疑ナシ何トナレハ解除ノ効果トシテ賣主ニ買受物ヲ返還スル能ハサルニ至レハナリ然レトモ代價減少ノ訴權ハ之ヲ失ハス何トナレハ未タ瑕疵ヲ覺知セサル内ハ買買ヲ追認シタルモノト謂フヲ得ス又覺知シタル後ト雖モ寧ロ損失ノ可成少ナカランコトヲ欲シテ讓渡シタルモノト解釋ス可ケレハナリ

然レトモ法律ハ讓渡ノ有價ナルト無價ナルトニ依リ一ノ區別ヲ爲セリ無價ニテ讓渡シタル場合ニハ賣主ニ對シテ代價減少ノ訴權ヲ失ハス何トナレハ瑕疵ノ存スル爲メ受贈者ニ與ヘント欲シタル丈ケノ利益ヲ與ルコトヲ得サレハナリト(草案説明書第三百四十五節)此理由果シテ其當ヲ得タルヤ買主ハ瑕疵ノ爲メ價額ノ減少シタル物ヲ贈還スルノ意思ニハ非サルヤ瑕疵ヲ覺知シタル後ノ贈與ハ賦止ノ追認ト看做スコトヲ得サルヤ覺知前ニ贈與シタル場合ニ於テモ受贈者ニ思フ丈ケノ満足ヲ與ルヲ得サリシ爲メ代價ノ減少ヲ求ムルコトヲ得ルトハ了解スルヲ得ス受贈者トノ關係ヲ論スル必要ハ何レニ在ル乎買主ハ如何様ニ其物ヲ處分スルニセヨ瑕疵ノ爲メ價額ノ減少シタル物ヲ買受ケタルハ損失ニ外ナラス畢竟此一點ヨリ賣主ハ代價ノ減少ヲ受ケサルヲ得サルモノナリ唯覺知前ニ贈與シタル場合ニ於テハ賣買ヲ

追認シタリト謂フヲ得サルヤヲ考究スヘキノミ
 有償譲渡ノ場合ニ於テハ瑕疵ノ爲メ損失ヲ受ケタルトキ又ハ讓受人
 ヨリ訴ヘラレ若クハ訴ヘラル、ノ恐アルトキニ限り代價減少ノ訴權
 ナ失ハストアリ即チ例ヘハ百圓ニテ買受ケタル物ヲ瑕疵アリシ爲メ
 八十圓ニ非サレハ賣拂フコトヲ得サリシ場合ニ於テノミ代價ノ減少
 ナ求ムルヲ得ヘシトノ意ナリ是亦至當ノ規定ト謂フヘキヤ立法者ノ
 精神ヲ察スルニ百圓ニテ買受ケタル物ヲ百圓又ハ百二十圓ニテ賣拂
 ヒ更ニ瑕疵ヲ理由トシテ代價ノ減少ヲ求ムルコトヲ得ルトキハ不當
 ノ利得ヲ爲スニ至ル代價減少訴權ノ基本タル損失ナキコトハ百圓又
 八百二十圓ニテ賣拂ヒタルヲ以テ明ナリ故ニ代價ノ減少ヲ求ムルニ
 根據ナシトノ見解ナルヘシ是レ便宜上ノ規定トシテハ或ハ至當ナル
 ヘシ買主ニ於テ差引損失ナキ以上ハ可成一且爲シタル賣買ノ効力ヲ

全タカラシメ品質ノ調査ニ十分ノ注意ヲ爲サ、リシヲ賣ムルト云フ
 理由ナラハ必スシモ不賛成ニ非スト雖モ瑕疵擔保ノ原則ヨリ言ヘハ
 後日高價ニテ賣拂ヒタルハ別ノ事ナリ買主ハ之カ爲メニ大ニ盡力ヲ
 爲シタルヤ知ル可カラス又轉買者ニ於テ特別ノ需要アリシヤモ知レ
 ス是レ全ク賣主ノ責任ニ關係ナ有スヘキ事ニ非サルナリ賣主ノ責任
 ハ賣買ノ時ニ存立ス他人ノ行爲ニ因リ消滅ス可キ理由アラサルナリ
 然ルニ若シ買主幸ニ其辨濟シタル代價額以上ニテ賣拂フヲ得タル場
 合ニ代價ノ減少ヲ求ムルヲ得ストセハ減少ヲ得タル後ニ高價ニテ賣
 拂ヒタルトキハ賣主ニ償還ヲ爲サ、ルヲ得ス久シキ時日ヲ經過シタ
 ル場合ニハ到底行ハル可カラサルコトナリ元來讓渡ノ事實カ代價ノ
 減少ヲ求ムル前後ニ依リ全ク結果ヲ異ニスルトハ解セサル事ナリ此
 等ノ點ハ細目ニ過キサル如シト雖モ賣買後ニ於テ偶々損失ヲ避クル

ヲ得タルトキハ最早賣主ニ責任ヲキヤノ如キ論題ハ瑕疵擔保ノ原則ニ關スルモノナルヲ以テ聊カ規定ノ當否ニ付キ意見ヲ述ヘタルノミ
 物件變災ニ因リ又ハ瑕疵ノ爲メ滅失シタル場合ニ於テ賣主ノ責任ニ如何ナル變動ヲ生スルヤ此問題ニ對スル新法典ノ規定ハ左ノ如シ
 賣渡物カ意外ノ事又ハ不可抗力ニ因リテ全部又ハ半以上滅失シタルトキハ賣買廢却訴權ヲ行フコトヲ得ス
 滅失部分ノ多少ニ拘ハラズ代價減少ノ訴權ハ殘存部分ノ割合ニ應ジテ存立ス

如何ナル場合ニ於テモ賣主ハ隱レタル瑕疵ヨリ生スル全部又ハ一分ノ滅失ノ責ニ任ス

此條文ハ佛民法第千六百四十七條ニ當ルモノニシテ唯同條ニ掲ケタル二個ノ場合ヲ前後セシメ且一部分ヲ滅失ニ關スル規定ヲ加ヘタル

ノミ即チ法律ハ左ニ列記スル二ノ場合ヲ區別セリ

(一)意外ノ變災ニ因リ滅失シタル場合 此場合ニ付キ新法ハ佛民法ニ倣ヒ解除訴權ト代價減少訴權トヲ併セテ之ヲ失ハシメタリ(一分滅失ノ場合ニ殘存部分ノ割合ニ應ジテ代價減少訴權ヲ行フヲ得セシメタルハ別ノ事ナリ後ニ之ヲ説クヘシ)草案註釋書ニ就キ其理由ヲ考ルニ廢却訴權ニ付テハ解除ノ效果タル返還ノ義務ヲ履行スル能ハサルト滅失後ニ於テ一定ノ瑕疵アリシコトヲ證スルノ難キカ故ナリト云フ此最後ノ理由ハ代價減少訴權ノ消滅ヲモ説クニ足ルヘシト(草案註釋書第三百四十六節第一項)

然レトモ新法ハ廢却訴權ニ關シテ全部又ハ半以上ノ滅失ト半以下ノ滅失トヲ區別シ全部又ハ半以上ノ滅失シタルトキハ廢却訴權ヲ失ハシメ半以下滅失シタル場合ニハ之ヲ行フヲ得セシメタリ所謂半ニ達

スルト否トニ因リ訴權ノ有無ヲ異ニスルコトハ此場合ニ特別ナル規定ニ非ス總テ條件ノ附着スル權利ノ目的物ノ滅失シタル場合ニ付キ設ケタル通則ノ適用ニ過キス(財産編第四百十九條)廢却訴權ノ目的ハ畢竟賣買ヲ解除スルニ在リ買主ハ解除條件ニ繋ル所有權ヲ有スル者ニシテ賣主ハ自ラ停止條件付キノ所有者ナリトノ考ヘヨリ右通則ヲ此場合ニ適用シタルモノナリ(草案註釋書同節第二項)果シテ然ラハ立法者ハ危險負擔ノ結果トシテ全部又ハ半以上ノ滅失ノ場合ニハ廢却訴權ヲ失ハシメ半以下滅失ノ場合ニハ之ヲ行フコトヲ得セシメタルモノト解セサル可カラス(前示佛民法條文ニハ(變災ニ因ル滅失ハ買主ノ損失ニ歸ス)ト言ヒ明ニ危險移轉ノ効果ト認メタリ)或ハ返還ノ不能ニ原因スルト云ヒ或ハ瑕疵ヲ證スルノ困難ニ因ルト云ヒ或ハ又危險擔當ノ結果ナリト云フ余輩ハ殆ト眞實ノ理由ヲ發見スルニ苦ムナリ

(因云滅失カ半以上ニ及フト否トニ因リ危險負擔者ヲ異ニスル規定ノ當否ニ付テハ余輩別ニ意見ナキニ非スト雖モ之ヲ述ルトキハ本論題ニ違カリ且瑕疵ニ原因スル賣買解除ノ場合ニ限ル事項ニ非サルヲ以テ財産編第二部ノ説明ニ讓リ此ニ之ヲ論究セス)

右理由ノ何レヲ採ルモ余輩ハ滅失ノ場合ニ於テ賣主ノ責任ヲ免除スル規定ハ全ク法理ニ反スト斷言スルヲ憚ラサルナリ買主ハ危險ヲ負擔スルニ因リ廢却訴權ヲ失フトセシ手物件滅失セサル場合ニ於テモ危險ハ已ニ買主ニ移リタルモノナリ然ルニ尙賣主ニ瑕疵ノ責任アルハ何ソヤ是レ畢竟危險問題ニ毫末ノ關係ナク用方ニ適セサル物件ヲ賣渡シタル故ヲ以テ其責ヲ免カル、ヲ得サルモノナリ物件ノ滅失シタルハ一ノ事實ニ過キス一事實ノ偶生スルト否トニ因リ責任ノ存否ヲ異ニスルハ法理ノ許ス所ニ非ス賣主ノ責任ハ滅失前ニ於テ已ニ存

セリ獨リ意外ノ變災ニ因リ滅失シタル場合ノミナラス買主ノ過失ニ因リ滅失シタル場合ニ於テモ賣主ハ尙其責任ヲ免カル、ヲ得ヘキ理由アラサルナリ

解除ノ効果ヲ生スルノ不能ニ因リ廢却訴權ヲ失フモノトセン乎廢却訴權ニ付テハ或ハ然ラシ余輩ハ廢却訴權ヲ失ハシメタル一局點ヲ非難スルニ非ス賣主ノ責任ヲ解キタルヲ失當トスル者ナリ瑕疵擔保ノ責任ハ何ソ獨リ解除ニ限ランヤ

論者或ハ曰ハシ(起案者ト共ニ)滅失前ニ於テ一定ノ瑕疵ノ存セシコトヲ證スルノ難キヲ奈何セン此困難ハ代價減少ノ訴權ニ付テモ同一ナラスヤト惟フニ是レ賣主ノ責任ヲ解クコトニ定メタル主要ノ理由ナラン果シテ然ラハ實ニ謬見極マレリト謂フヘシ蓋シ舉證ノ難易ハ事實ノ論題ニ非スヤ或ハ容易ニ證明スルコトヲ得ヘキ場合ナシト斷言

ス可カラス然ルニ一般ニ舉證ノ困難ナルヲ推定シテ一旦原則トシテ負ハシメタル責任ヲ解クハ抑モ何ソヤ假リニ右事實ノ證明ハ極メテ困難ナリトスルモ之ヲ許シテ果シテ何等ノ弊害アルヤ舉證ノ責任ハ起訴者買主ニ在ルニ非スヤ買主ニシテ確乎タル證據ヲ提出スル能ハサル場合ニハ漫リニ起訴セサルヘク假令ヒ起訴スルモ敗訴スヘキコト必然ナリ然ルニ確然タル證據物ヲ有スル場合ニマテ起訴權ヲ失ハシムルハ甚ダ其當ヲ失フモノト謂フ可キナリ

前ニ述ル如ク賣主ノ責任ハ解除ノミニ非ス法律上明ニ代價減少及ヒ損害賠償ノ責任アルコトヲ認ムルニ非スヤ實際解除ヲ行フ能ハサル場合ニハ此二ノ方法ニ依リ其責任ヲ盡サシムルコソ當然ニ非スヤ舉證ノ事ハ責任有無ノ根本問題ニ關係アラサルナリ

此原則ハ決シテ余輩ノ新發明ニ非ス疾クニ羅馬法及ヒ中世ノ大家

チエノ認ムル所ナリキ然ルニ佛國及ヒ我流民法ニ於テ右ニ述ル如キ
 認見ヲ取ルニ至リタルハ實ニ喫驚ニ堪ヘサルナリ
 人或ハ曰ハソノ物件變災ニ因リ滅失シタル場合ニハ買主ハ瑕疵ノ爲メ
 ニ損害ヲ蒙リタルニ非ス瑕疵ナキモ滅失ノ結果ヲ生シタルコト同一
 ナラスヤト是亦認見取ルニ足ラス余輩ハ已ニ瑕疵擔保ノ責任ノ危懸
 問題ニ緣故ナキコト從テ後日ノ出來事ノ爲メニ消滅スヘキモノニ非
 サルコトヲ證明セリ故ニ實際買主カ瑕疵ニ因リ損害ヲ蒙リタルコト
 ニ爲ルヤ否ヤハ全ク之ヲ問フノ必要アラサルナリ
 今一步ヲ進メ買主ハ果シテ瑕疵アル物件ヲ買受ケタル爲メニ損害ヲ
 蒙リタルニ非スト言フコトヲ得ヘキヤ瑕疵擔保ノ原理ニ遡テ考ルト
 キハ直ニ其然ラサル所以ナリ了解スルヲ得ヘシ蓋シ瑕疵ヲ理由トシテ
 賣買ノ解除又ハ代價ノ減少ヲ要求スルコトヲ許ス所以ハ若買主ニシ

テ始メヨリ其瑕疵ノ存スルヲ知ラハ全ク買受ケサリシカ又ハ同額ノ
 代價ヲ拂フコトヲ承諾セサリシヲ推定ナリ故ニ若全ク買受
 ケサリシト推定スヘキトキハ物件滅失スルモ依然賣主ノ所有物ナル
 ナ以テ買主ハ之カ爲メ一厘ノ損害ヲ蒙ルヘキ筈ナシ然ルヲ物件滅失
 シタルニ因リ賣主ノ責任ヲ免カレシムルモ買主ハ瑕疵ノ爲メ損害ヲ
 蒙ラストハ何ソヤ買主ハ其拂ヒタル代金ヲ失フコト明ナラスヤ低價
 ニ非サレハ買受ケサリシト推定スヘキ場合ニ於テモ其差額ニ付テハ
 同一ノ説明ヲ與ルコトヲ得ヘシ
 以上説明スル如ク新法ノ條文ニ依レハ半以上滅失ノ場合ニハ買主ハ
 解除訴權ヲ有セスト雖モ代價減少訴權ハ之ト異ナリ全部滅失シタル
 トキハ之ヲ失フコト解除訴權ト同一ナレトモ一分滅失シタルトキハ
 其滅失部分ノ多少ニ拘ハラス殘存部分ノ割合ニ應シテ之ヲ行フコト

ナ得(第二項)是亦了解シ難キ規定ト謂フヘシ草案註釋書ニハ其理由ヲ示サスト雖モ滅失部分ニ付キ減少訴權ヲ與ヘサル點ヨリ考フレハ所謂舉證ノ困難ニ基クモノナルコト疑ヲ存セス果シテ然ラハ余輩ハ已ニ其理由ノ根據ナキコトヲ證明シタルヲ以テ此ニ又右規定ノ失當ナルヲ論證スルノ要ヲ見ス加之已ニ殘存部分ニ付キ瑕疵アリシコトヲ證明スルヲ得ル以上ハ滅失部分ニ付テモ亦之アリシコトヲ證明スルヲ得ヘキハ通例ナルヘシ然ルニ滅失部分ニ付テハ減少訴權ヲ行フヲ許サストハ實ニ其意ヲ解スル能ハサルナリ

(二)瑕疵ニ因リ滅失シタル場合 此場合ニ於テハ賣主ハ固ヨリ責任ヲ免カレス(第三項)但瑕疵已ニ買買ノ時ニ存在シ滅失ノ原因ト爲リタルコトヲ證明スルハ買主ノ義務トス此點ニ付テハ佛國學者間ニ議論アリト雖モ凡テ一訴權ヲ行フ者ニ於テ其訴權ノ基本ト爲スヘキ要件ノ

好防修

具ハルヲ證明セサル可カラサルコトハ普通一般ノ原則ナリ(證據編第一條)起案者ノ說ニ從ヘハ變災ノ爲メ滅失シタル場合ニ瑕疵ノ存セシコトヲ證スルハ至難ナリト雖モ其滅失瑕疵ヨリ來リタルコトヲ證スルハ難カラスト云フ(草案註釋書第三百四十六節第四項)果シテ然ルカ余輩之ヲ知ラス余輩ハ唯舉證ノ難易ニ因リ右兩場合ニ對スル判定ヲ異ニスルノ理由ナキコトヲ知ルノミ

茲ニ瑕疵擔保ノ附着セサル一種ノ賣買アリ強制賣却是ナリ(合式ノ強制賣却ハ賣買廢却訴權ヲモ代價減少訴權ヲモ生セス)ト佛獨等ノ法律ニモ亦此規則アリ(佛民法第千六百四十九條)ノール氏著獨逸民法綱要第百五十一節末項)強制賣却トハ民事訴訟法ニ所謂強制競賣ノ事ニテ差押ヘラレタル財産ノ公賣ヲ謂フ合式トハ法律ニ定ムル條件手續ヲ履行シタルト云フ意義ナリ

此例外ハ強キ理由ナキモノト信ス何トナレハ右賣買ニ於テモ買主(落人)瑕疵ノ爲メ不虞ノ損害ヲ蒙ルコトアルハ全ク同一ナレハナリ今其理由トシテ草案説明書ニ載スル所ヲ見ルニ強制賣買ハ賣買成立ノ要素タル賣主ノ任意ナル承諾ヲ欠クニ因リ被差押人ニ向テ瑕疵ノ存スルヲ告知セザリシコトヲ責ムルヲ得ス被差押人ハ純然タル賣主ニ非ス差押人ニ至テハ尙更然リ且實際瑕疵ノ存スルコトヲ知ルノ方法ヲ有セスト(同書第三百四十七節)

此理由ハ果シテ其當ヲ得タルヤ假ニ強制競買ハ純然タル賣買ニ非ス從テ被差押人ハ賣主ニ非ストスルモ之カ爲メニ其責任ヲ免カルヘキ理由ヲ見サルナリ現ニ追奪擔保ノ責任ハ之ヲ免カレサルニハ非スヤ(第六十七條)瑕疵ノ有無ハ買主ニ於テ検査ス可キモノナリトノ主義ヲ取ルハ格別ナレトモ一旦反對主義ヲ取リ所謂瑕疵擔保ノ責任ヲ認メ

タル以上ハ假令ヒ純然タル賣買ニ非ストスルモ之カ爲メニ其責任ヲ免除スルノ理由ハ之アラサルナリ^被差押人ハ競買ノ目的タル財産ノ所有者ニ非スヤ競買ハ其名ヲ以テ之ヲ執行スルニ非スヤ又代價ハ其債務ノ辨濟ニ供スルモノニ非スヤ畢竟此等ノ事アルニ因リ追奪擔保ノ責任ヲ負ハシメタルモノナリ追奪ヲ受クルト瑕疵ノ存スルトノ間ニ大小輕重ノ差異アルカ爲メ乎瑕疵擔保ノ訴權ニナカラ之ヲ消滅セシムルノ理由トナラス况ンヤ重大ナル瑕疵ニ至テハ殆ト其差異ヲ見サ

ルニ於テチヤ被差押人公賣ニ與カラザリシカ爲メ乎是亦追奪擔保ノ場合ト調和セサルノミナラス若果シテ公賣ニ與カラザリシ故ナリトセハ瑕疵ノ存スルコトヲ告知スルノ機會ヲ與ヘザリシト云フ事ニ歸着スヘシ然レトモ瑕疵擔保ノ責任ハ買主善意ナル場合ニ於テモ存スルニ非スヤ果

シテ然ラハ賣主即チ被差押人ニ對シテハ毫モ免責ノ理由ト爲ルニ足
 ラス故ニ債權者差押人ニ對シテ其一タヒ配當ヲ受ケタル代價ヲ取戻
 スノ煩雜ヲ避クルカ爲メトテモ謂ハサル可カラス夫レニシテモ瑕疵
 アル物ヲ公賣ニ附シタル事實ハ消滅ス可カラス已ニ瑕疵ノ附着スル
 原因ヨリ得タル金額ナルヲ以テ少ナクモ債務者(被差押人)ノ無資力ナ
 ル場合ニナリトモ返還ノ危險ヲ擔當スルコソ當然ナルカ如シ追奪擔
 保ノ場合ニハ已ニ斯ク規定シタルニ非スヤ

余輩ノ考察スル所ニ依レハ元ト佛民法等ニ於テ強制競賣ニ付キ右ノ
 特例ヲ設ケタル所以ハ主トシテ此種ノ賣買タル十分ナル公示ノ方法
 ナシシ多人數ノ競争ヲ以テ行フモノナレハ買主ハ十分ニ物件ノ品質
 瑕疵ノ有無ヲ吟味スルコトヲ可ヘシト云フ考ヘヨリ出テタルモノ、
 如シ果シテ然ラハ徵力ナル理由ト謂ハサルヲ得ス前ニモ言ヘル如ク

公示ノ方法ノ設ケアルニ拘ハラズ買主ニ於テハ實際瑕疵ヲ發見スル
 コト能ハサル場合ナシトセス余輩ハ之カ爲メ瑕疵發見ノ方法果シテ
 容易ナルヲ知ラサルナリ若夫レ容易ニ發見スルヲ得ヘキモノトセハ
 其瑕疵ヤ不表見ノモノニ非サルヲ以テ他ノ理由ニ因リ擔保ノ責任ヲ
 生セサルナリ

不表見ノ瑕疵ハ家畜又ハ日用品ニ於テ最も多シトス家畜賣買ニ於テ
 ハ瑕疵擔保ノ責任ヲ定ムルニ當リ通常ノ場合ニ於ケルト多少相異ナ
 ル所ナカル可カラス故ニ佛國ノ如キニ於テハ特別法ヲ以テ之ヲ規定
 セリ(千八百三十八年五月二十日及千八百八十四年八月二日ノ法律)茲
 ニハ其詳細ヲ説クヲ得スト雖モ之ヲ要スルニ買主ハ獸病ノ性質ニ依
 リ法律又ハ土地ノ習慣ニ於テ定メタル短期間ニ訴ヲ起シ且其瑕疵ノ
 狀況ヲ證明セサルヲ得ス獨逸法モ之ト大同小異ナルカ如シ(ロー氏

獨逸民法第五百一十一節新法ニ於テモ他日此種ノ特別法ヲ設ケラルヘキヲ豫想シ其發布ニ至ルマテハ本法ノ規定ヲ適用スヘキコトヲ示セリ

第四節 不分物ノ競賣

第四百條

不分物ノ競賣ハ如何ナル場合ニ之ヲ行フヤ此問題ニ對シテハ新法ト佛民法トノ間ニ一ノ差異アリ佛民法ニ於テハ不分物ヲ好都合ニ且損失ナク分割スルヲ得サルカ又ハ協議分割ヲ爲スニ付キ共有者一致セサルトキハ競賣ニテ之ヲ賣拂ヒ其代價ヲ分配スヘシトアリ佛民法第一千六百八十六條新法ハ之ト異ナリ唯共有者ノ一致セサル場合ニ限り競賣ヲ行フコトニ定メタリ
右兩法ノ優劣如何ニ付テハ殆ト疑ヲ生セサルヘシ此ニ於テハ新法ノ

第四百五條

規定ヲ優レリトス其故ハ假令ハ好都合ニ且損失ナク分割スル能ハサルモ共有者間ニ於テ異議ヲ唱フル者ナキトキハ何ノ必要アリテ之ニ關涉スヘキヤ所謂好都合ニ非ス又ハ損失アリトハ必ス共有者ノ一人之ヲ主張スヘシ即チ分割ニ對シテ故障ヲ言立ルモノナリ然ラハ右好都合云々ノ條件ハ關涉ノ弊ヲ生スト云フヨリモ寧ロ實際ニ適用ナシト云フ方當レルカ察スルニ立法者ノ精神モ亦可成之カ適用ヲ狭クシ殆ト分割シ得可カラサル場合ニ限ルノ意ナラン
不分物賣却ニ二種ノ方法アリ一ハ所謂協議賣却ニシテ又一ハ裁判上ノ競賣トス共有者中ニ失踪者又ハ無能力者ナキトキハ如何ニ共有物ヲ賣却スルモ妨ケナシ之ニ反對ノ場合及ヒ協議成ラサル場合ニ於テハ民事訴訟法ニ定ムル方式ニ從ヒ裁判上ノ指定シタル公吏ノ前ニ於テ競賣ヲ爲スコトヲ要ス

總共有者現在ニシテ且能力ヲ有スルトキハ各々競賣ニ外人ノ參與ヲ要求スルコトヲ得故ニ共有者間ニ之ヲ要求スル者ナキトキハ協議ト裁判上トチ問ハス競賣ニ外人ノ參與スルヲ許サス共有者ノ一人失踪シ又ハ無能力ナルトキハ外人ノ參與ハ當然且必要ナリトス佛民法ニハ共有者ノ一人未成年者ナル場合ニ之カ適用ヲ限レリ(佛民法第千六百八十七條)

第百六條

競賣ノ性質及ヒ効果ニ付テハ競落人カ共有者ノ一人タルト外人タルトニ依リ區別セサル可カラス競落人カ共有者ノ一人ナルトキハ競賣ハ分割ト異ナルコトナシ之ニ反シテ外人カ競落人ト爲リタル場合ニハ競賣ハ質買ノ一種ニ外ナラス此性質上ノ差別ヨリシテ更ニ其効果ニ於テ左ノ差異ヲ生ス

(一) 競賣ヲ以テ分割トスルトキハ認定ノ性質ヲ有スルコトニ爲ル即チ

法律ノ擬定ニ因リ競落人ハ共有ノ始メヨリ己レ一人ニテ其物件ノ全部ヲ所有スルモノト看做サル是レ會社資本ノ分割ニ於ケルト同一ノ規定ニシテ(本編第百五十五條)立法者ハ之ヲ不分物ノ競賣ニ適用シタルモノナリ(其理由ハ會社ノ所ニ至リ之ヲ述フヘシ)佛民法ハ遺產相續ニ關シテ平等分割ノ制ヲ取リタル故ニ遺產分割ノ規定ヲ適用スルコトニ定メタリ之ニ反シテ競賣ヲ質買トスルトキハ移轉ノ性質ヲ有シ

落札ノ時ヨリ始メテ所有權ヲ取得スルコト、爲ル
右原則ノ實用ハ分割ノ名義ニテ得タルモノトスルトキハ競賣前ニ他ノ共有者カ第三者ニ得セシメタル一切ノ物權ハ當然其効力ヲ失フコト、爲ル之ニ反シテ質買トスルトキハ競落人ニ於テ此等ノ物權ヲ對抗セラレサルヲ得ス

(二) 代價ノ辨濟ヲ得ル爲メノ擔保トシテ前共有者ハ競落人(共有者ノ一

人タルト外人タルトヲ問ハスニ對シテ先取特權ヲ有スト雖モ共同分割者トシテ之ヲ有スルト賣主トシテ之ヲ有スルト法律ノ規定ニ異ナル所アリ競賣ハ通常不動産ヲ目的トスレトモ動産ニ關シテ共同分割者ニ先取特權ヲ與ヘサル如キハ最モ著ルシキ差異ナリ(債權擔保編第百五十六條第百六十六條及第百七十條佛民法第二千八百八條及第二千百九條)

(三)競落人代金ヲ拂ハサル場合ニ共同分割者トシテハ解除權ヲ有スルヤニ付キ大ニ疑アレトモ賣主トシテハ之ヲ有スルコト毫モ疑ヲ存セス

(四)競賣カ分割ノ性質ヲ有スルモノトセハ之ヲ登記スルニ及ハスト雖モ賣買ナリトセハ之ヲ登記スルニ非サレハ第三者ニ所有權ヲ對抗スルヲ得ス(財産編第三百四十八條佛國千八百五十五年三月二十三日ノ

法律

(五)分割ハ隠レタル瑕疵ノ爲メニ無効ト爲ラスト雖モ賣買ハ反對ノ規定ニ從フコト已ニ之ヲ詳述セリ

追奪擔保ニ關シテモ分割ト賣買トノ間ニ一ノ差異アリトスルノ說立タサルニ非ス即チ共有分割者ニ對シテハ損害賠償ヲ要求スルヲ得ルニ過キスト雖モ(財産編第三百九十五條及本編第百五十六條賣主ニ對シテハ常ニ代價ノ返還ヲ要求スルヲ得ヘシトノ說アリ(本編第五十七條以下)然レトモ余輩ノ見解ハ之ト異ナリ右財産編第三百九十五條及本編第百五十六條ハ決シテ斯ノ如キ意義ヲ有スル條文ニ非ス本來擔保人トシテ辨償スヘキモノハ損害賠償ナリ賣買ノ代價ヲ返還スルハ何人ト雖モ不當ノ利得ヲ爲スヲ得サルノ原則ニ基クモノニシテ純然タル擔保ノ効果ニ非ス右二條文ニ此事ヲ明言セサルモ一般ノ原則ニ

於テ疑ヲ生セサル所ナリ(財産編第三百六十一條)賣買ニ關シテ特ニ代價返還ノ事ヲ規定シタル所以ハ主トシテ買主ノ惡意ナルト善意ナルトニ因リ其要求ノ目的ヲ異ニスルヲ示シタルニ過キサルナリ

佛伊民法及ヒ新民法草案ニ於テハ不動産賣主ノ爲メ欠損ト稱スル賣買銷除ノ原因ヲ設ケタル故ニ右ノ外ニ尙一ノ差異アリト雖モ此銷除ノ原因ハ遂ニ採用セラレザリキ故ニ此點ニ於テハ分割ト賣買トノ間ニ差異アルヲ見サルナリ

分割ト賣買ト相類似スル所ハ何レモ有價行爲ナルコト、追奪擔保ノ責任ヲ生スルコト、競賣シタル不動産上ニ先取特權ヲ得セシムルコトノ諸點トス然レトモ已ニ前示數多ノ差異アル以上ハ分割ト賣買トヲ區別スルコト即チ競落人カ外人タルト共有者ノ一人タルトヲ區別スルノ實用少ナカラサルヲ知ルヘキナリ

第四章 交換

經濟上ヨリ論スレハ賣買ハ交換ノ一種ニ過キスト雖モ法律上所謂交換ハ賣買ト別物ナリ而シテ其相異ナル要點ハ兩目的物共ニ金錢ニ非サルコトナリ

交換ハ賣買ノ起源タルコト疑フ可カラス上古未開ノ世ニ在テハ物ト物トチ交換シテ互ニ有無ヲ通シ以テ日常生活ノ用ヲ辨セリ人間交通ノ稍々進歩スルニ從ヒ此方法ノ不便ヲ感シ遂ニ貨幣ヲ發明スルニ至レリ貨幣ト凡百ノ物品トチ交換スルハ即チ賣買ニシテ賣買ノ發達スルニ連レテ交換ハ漸次ニ其適用ヲ失ヘリ近世ニ至テハ交換ハ賣買ニ比シテ其適用甚々少ナシトス唯或ハ蠻族社會ニ昔日ノ適用ヲ見ルノ

交換トハ何ソヤ新民法ニ掲クル交換ノ定義ハ左ノ如シ

交換ハ當事者ノ一方カ或ル物ノ所有權其他ノ權利ヲ他ノ一方ヨリ取得シ又ハ之ヲシテ諾約セシメ其對價トシテ或ル物ノ所有權其他ノ權利ヲ他ノ一方ニ移轉シ又ハ移轉スルコトヲ諾約スル契約ナリ

此規定ハ佛民法ノ條文ト異ナリ佛民法第千七百〇二條ハ交換ヲ定義シテ左ノ如ク言ヘリ

交換トハ互ニ物ヲ與フル(所有權ヲ移轉スルコト)契約ヲ云フ佛民法ノ定義ハ簡短ニ失シ新法ノ定義ハ冗長ニ過ク何レモ一ノ缺點アリ蓋シ物ト物トヲ交換スルト言フノミヲ以テハ交換ト買買トノ別判然セス金錢ト雖モ物ナリ故ニ正確ナル交換ノ定義ヲ下サソニハ金

錢ニ非サル物ヲ互ニ供スルノ必要ナルコトヲ表彰セサル可カラス
交換ノ性質ニ付キ學說ノ殆ト一定スル點ハ其目的即時ニ所有權ヲ移轉スルカ又ハ之ヲ移轉スル義務ヲ生スルニ在ルコトナリ若其結局目的トスル所他ノ權利ヲ移スニ在レハ之ヲ交換ト名ケサルカ如シ
此見解果シテ正當ナリトスレハ右兩民法ニ掲クル交換ノ定義ハ甚ダ誤マレリト謂ハサル可カラス佛民法ニハ直ニ所有權ノ移轉スル場合ノミヲ指示スト雖モ代替物ヲ目的トスル場合ノ如キハ單ニ所有權ヲ移轉スルノ義務ヲ生スルノミ然レトモ之カ爲メニ交換ノ性質ヲ失ハサルコトハ一般學者ノ主張スル所ナリ
又即時ニ所有權移轉ノ効果ヲ生スル合意ヲ契約ト曰ヒタルハ曩ニ説明シタル如ク物權讓與ノ行爲ト人權創設ノ行爲トヲ判然區別セサルニ因ルモノナルカ或ハ佛國大半學者ノ主張スル如ク合意ノ成ル即時

ニ所有權ノ移轉スル場合ニ於テモ必ス一旦ハ所有權ヲ移轉スル義務ヲ生シ其義務發生スルヤ直チニ履行セラレタルモノト看做スノ見解ナルカ余輩ハ何レトモ之ヲ斷言スルヲ得サルナリ伊太利民法ハ佛民法ト正反對ノ定義ヲ掲ケ交換ハ互ニ或物ノ所有權ヲ移轉スル義務ヲ生スル契約ト曰ヘリ(第一千五百四十九條)

新法ハ右兩定義ノ缺點ヲ補ヒ所有權移轉ト移轉義務ノ發生トヲ區別セス共ニ之ヲ交換ノ定義中ニ包含セリ加之所有權其他ノ權利トアルヲ以テ所有權ニ非サル物權ハ言フ迄モナク債權ト雖モ亦交換ノ目的ト爲ルヲ得ヘシ是レ普通ノ説ト相異ナル所ナリ尤モ其債權ハ交換ヲ爲サントスル當時已ニ資産ノ一部トシテ存在スルモノタルヲ要ス若シ夫レ一物件ノ所有權ヲ得ル代リニ或作爲又ハ不作爲ノ義務ヲ負擔スルモ之ヲ以テ交換ト名クルコトヲ得ス双方共ニ作爲又ハ不作爲ノ

義務ヲ負フ場合ハ尙更交換ニ非サルナリ又同一ノ理由ニ證リ物權ヲ得ルノ對價トシテ債務ノ免除ヲ與ル如キモ之ヲ交換ト稱スルヲ得ス何トナレハ免除トハ單ニ債權ノ消滅ニシテ債務者ハ何等ノ權利ヲモ得ルモノニ非サレハナリ此等ノ合意ハ交換ニ非スシテ一種ノ無名契約ナリトス(草案註釋第三百五十八節)

此見解果シテ當テ得タルヤ現ニ所有權ト交換スル債權金錢ヲ目的トスル場合ニ於テモ尙之ヲ交換ト稱ス可キヤ事實ニ依テハ寧ロ一種ノ方法ニ因リ代金ヲ拂フ賣買ト見ルコトヲ得サルヤ是等ノ點ハ主トシテ意思ノ解釋如何ニ據ルヘキヲ信スト雖モ新法條文ノ解釋トシテハ又如何トモスルヲ得サルナリ
交換ノ目的物平等ノ價額ヲ有セザルトキハ金錢ヲ以テ其不足ヲ補充スルコトアリ此場合ニ於テ其取引ハ交換ナルヤ將タ賣買ナルヤニ付

キ佛民法解釋者間ニ議論アリ新法ハ補足金カ其補足スヘキ物件ノ價額ヲ超ユルト否トニ依テ區別シ之ヲ超ユルトキハ賣買ト看做セリ是レ恰モ彼ノ條件附キノ合意ニ於テ滅失部分カ物ノ半額ヲ超ユルト否トニ依リ危險負擔者ヲ異ニスル規定ト同シク實ニ奇々妙々ト謂ハサルヲ得ス僅々一厘ノ差アル爲メ合意ノ性質ト名稱ヲ異ニスルカ如キハ意思ノ解釋ヲ顧ミサルモノナリ况ンヤ物價ハ需用供給ニ因リ定マル相對的ノモノタルオヤ此等ノ事ハ全ク事實問題トスルノ外アル可カラサルナリ

賣買ト交換ハ畢竟其目的ト爲ル一物件カ金錢ナルト否トノ點ニ於テ相異ナルモノナレハ之ニ適用スヘキ規則ニ著大ナル差異アルヘキ筈ナシ於是乎新法ハ佛民法ニ倣ヒ特示ノ例外ヲ除ク外ハ賣買ノ規則ヲ交換ニ適用スヘキモノトセリ(佛民法第七百〇七條)

故ニ交換ハ賣買ノ如ク諾成契約ナリ(佛民法第七百〇三條)特定物ヲ目的トスル場合ニハ賣買ニ同シク合意ノ即時ニ所有權移轉ス賣主ノ特別承繼人ニ其所有權ヲ對抗スルニ必要ナル條件亦賣買ニ於ケルト相異ナル所ナシ

又交換者ハ賣主ト同一ノ義務ヲ負フ即チ引渡ノ義務アリ保存ノ義務アリ追奪及ヒ瑕疵擔保ノ義務アリ(但追奪擔保ニ付テハ特別ノ規定アリ後ニ説明スル所ヲ見ルヘシ)對手人義務ヲ履行セサルトキハ解除ヲ請求スルヲ得ヘシ先取特權ニ付テハ即チ疑アリ蓋シ債務辨濟ノ擔保トシテ先取特權ヲ有スルハ解除權ヲ有スル如ク双務契約ノ通則ニ非ス全ク通常債權者ノ有セサル特權ナルヲ以テ明文外ニ敷衍ス可カラストノ說佛國ニ於テハ大ニ勢力アリ然レトモ余輩ノ所見ニ於テハ特示ノ例外ヲ除ク外ハ一切賣買ノ規則ヲ適用スヘシトアル以上ハ先取

特權ト雖モ其規則ノ一トシテ交換者ノ有スルコトヲ疑ハス但此問題ハ補足金ヲ拂ハサル場合ニ起ルモノト知ルヘシ
此外左ニ列記スル差異ヲ除クノ外前章ニ於テ説明シタル賣買ノ規則ハ悉皆之ヲ交換ニ適用スルヲ得ヘシ故ニ逐一此ニ之ヲ再述スルノ要ヲ見サルナリ

交換ト賣買トノ差異

交換ニ特別ナル規則ハ前ニ示シタル其賣買ト性質ヲ異ニスル單一ノ點即チ交換ハ金錢以外ノ物件ヲ相與ル合意ナルヨリ生スル結果ニ限ルヘキ筈ナリ然ルニ新法ハ此兩者ノ間ニ全ク謂レナキ差異ヲ設ケタリ

(二)他人ノ物ノ賣買ハ不成立ナリトハ新法ノ規則ナリ(第四十二條)已ニ説明シタル如ク此規則ハ意思ノ解釋上ヨリ之ヲ適用スル場合多カラ

此ノ新法ハ
舊法ニ對シテ
如何ニシテ
之ヲ解釋スル
ハ如何ナル
カ

サルヘシト雖モ理論上其至當ナルコトハ爭フ可キニ非ス唯余輩ハ起草者ノ如ク原因ノ欠缺ヲ以テ之ヲ説カス己レニ有セサル權利ハ之ヲ人ニ移スヲ得ス即チ賣買ハ法律上不能ナリト云フ考ニ基キ之ヲ説クモノナリ(詳細ハ重複ニ渉ルヲ以テ之ヲ略ス)
此原則ハ全ク交換ニモ適用スヘキモノナルコト恐クハ疑念ヲ抱ク者ナカラシ他人ノ物ノ賣買ノ無効ナルコトヲ余輩ノ如クニ説カサル者ハ其採ル所ノ主義ニ基キ他人ノ物ノ交換ヲ無効トスヘシ換言スレハ無効ノ性質ニ關スル學說如何ニ拘ハラス此問題ニ對シテ賣買ト交換トノ間ニ差異アルヲ發見セサルナリ佛民法ハ其條文明瞭ヲ欠クトモ此點ニ於テハ決シテ異主義ヲ採リタルモノト解ス可カラス(第七百〇四條及第七百〇五條)
然ルニ新法ノ規定ハ全ク新發明ニシテ他人ノ物ノ交換ヲ無効トセス

第百八條
第二項

追奪ヲ受ケタルカ又ハ對手人ニ所有權ナキコトヲ證明スルヲ得ル場
 合ニハ其選擇ヲ以テ或ハ金錢ノ對價ヲ要求スルコトヲ得或ハ契約ノ
 解除ヲ請求シテ自己ノ供與シタルモノヲ取戻スコトヲ得ト定メタリ
 惟フニ是佛民法第千七百〇五條ノ意義ヲ誤解シ之ヲ採用セント欲シ
 テ斯カル條文ヲ設ケタルモノナル歟實ニ奇々妙々一驚ヲ喫スルノ外
 ナキナリ夫レ不成立ト解除トハ全ク別物ナルコト今更之ヲ辯明スル
 ナ俟タス若夫レ他人ノ物ノ交換ニシテ無効ニ非ス解除シ得ヘキナラ
 ハ何ソ他人ノ物ノ賣買モ亦解除シ得ヘキモノニ非サルヤ此解除云々
 ノ規定ハ獨リ賣買ノ規則ト調和セサルノミナラス又合意ノ通則ニ反
 スルモノト謂フヘシ起案者ノ説ニ從フモ金錢ヲ對價トシテ得ントシ
 タル權利ヲ得ル能ハサルトキハ原因ヲ欠キ金錢ニ非サル物ヲ對價ト
 シテ同一ノ目的ヲ達セザリシ場合ニハ原因存在シ唯解除ノ請求ニ服

スルノミナリトハ余輩ノ了解スルヲ得サル所ナリ
 又金錢ノ對價ヲ要求スルコトヲ得ト言フニ至テハ尙明ニ交換ノ有効
 ナルヲ認メタル者ナリ即チ一種便宜ノ方法ヲ以テ履行ヲ要求スルノ
 意義ニシテ右對價ヲ供スルハ代物辨濟ニ外ナラス若擔保賠償ノ性質
 ナ有スルモノナラハ何ソ確然損害賠償ト言ハサルヤ別ニ但書ヲ以テ
 「損害アレハ其賠償ヲ受ク」ト明言シタル以上ハ此解釋ヲ下スヲ得サル
 コト論ヲ俟タス實ニ一般ノ法理ヨリ之ヲ説明スルニ途ナキナリ前示
 佛民法第千七百〇五條ニハ其選擇ヲ以テ或ハ損害賠償ヲ要求シ或ハ
 物件ヲ取戻スコトヲ得ト曰ヒ大ニ新法ト其文ヲ異ニセリ
 此物件ヲ取戻スコトヲ得ト語ハ即チ曩ニ所謂同條文ノ不明瞭ナル點
 ニシテ或ハ解除ノ意義ニ解スルヲ得ヘシト雖モ一般ノ原則斯ノ如キ
 解釋ヲ下スヲ許サ、ルニ因リ少シク信用アル學者ハ賣買擔保ノ場合

ト同一ニ解釋スル如シ即チ買主他人ノ物タルコトヲ發見シタル場合ニ於テ代金ヲ取戻スト其法理ヲ異ニセサルヘシ(本編第五十六條及第五十七條參看)所謂不當ノ利得ヲ詐サ、ルノ原則ニ基キ交換者ハ取戻ノ權利ヲ有スルモノナリ

第三項

右新法ノ規定ニ依リ交換者ノ有スル解除權ハ取戻ニ服スル不動産ヲ轉買シ又ハ其不動産上ニ抵當其他ノ物權ヲ取得シテ解除請求ノ公示前ニ其取得ノ權原ヲ登記シタル第三者ニ之ヲ對抗スルヲ得ス是レ登記ノ通常ノ効用ニ過キス第三者ハ從前解除權ノ存在スルヲ知ラサルニ因リ交換者ニ於テ取得ノ不能ヲ發見シテ解除請求ヲ公示スル迄ハ之ニ對シテ取戻ヲ行フヲ得可カラサルハ當然ノ事ナリ然ラサレハ登記ノ制度ハ一般ノ場合ニ於テ善意ナル第三者ヲ保護スルノ目的ヲ達スルヲ得サルナリ

條文ニ不動産ノ事ノミヲ記載シ動産ノ事ヲ言ハサル所以ハ他ナシ動産ノ轉得者ハ善意ノ占有ヲ楯トシテ當然解除權ノ實行ヲ斥クルヲ得レハナリ余輩ノ所見ニテハ不動産ニ付テモ已ニ第三者ニ對シテ解除ノ如キ權ヲ行フニハ登記ヲ要ストノ原則ヲ定メタル以上ハ更ニ其各別ノ適用ヲ掲クル必要ヲ見ス察スルニ立法者ノ注意ハ唯交換ノ登記ノミヲ以テハ解除ノ原因ヲ表示スルニ足ラス然ルニ之ニ對シテ解除權ヲ行フヲ得ルトキハ登記法ノ本旨ニ反ス左ノハトテ第三者ニ對抗スルヲ得サル解除權ハ殆ト有名無實ニ屬ス於是乎双方ノ利益ヲ保護スルノ目的ヲ以テ第三者ニ解除權ノ存在ヲ告知スルノ方法ヲ定ムル爲メ本條末項ヲ設ケタルモノナリ余輩ノ見解ヲ以テハ所謂解除請求ノ公示前ニト云フ時期ヲ示シタル外ニハ毫モ條文ノ實用ヲ見サルナリ起案者ハ其草案說明書ニ於テ他人ノ物ノ交換ハ賣買ニ於ケルト同シ

ク無効ナリト言ヒ(草案説明書第三百六十三節第八項)其無効ノ結果ニ
外ナシタル追奪擔保ノ責任ニ關シテ右ノ如キ規定ヲ設ケタルハ自家
撞着ト謂ハサルヲ得サルナリ

第百九條
第二項

(二)賣買ハ配偶者ノ間ニ之ヲ爲スコトヲ得スト雖モ交換ハ之ヲ爲スコ
トヲ得但交換物ノ價額ノ差カ間接ノ利益ヲ成ストキハ贈與ヲ禁制シ
又ハ之ヲ制限スル規則ニ從フ

此差異ハ抑モ如何ナル理由ニ基クヤ夫婦間ニ賣買ヲ禁シタル所以ハ
賣買ヲ名ニ假リテ實際贈與ヲ爲シ以テ滅殺及ヒ廢罷ノ規定ヲ免カレ
ントスルノ弊害ヲ防クニ在ルコト已ニ之ヲ説明セリ約言スレハ指定
ノ代金ヲ拂ハサルヲ恐レタルナリ然ルニ交換ニ於テハ假令價額平均
ヲ失ヒ間接ノ贈與ト爲ルモ對價トシテ受クヘキ物件ハ顯然當事者ノ
資産中ニ在ルヲ以テ法律カ恐ル、贈與ヲ隠秘スルノ弊ハ之ナシト云

フニ在リ(草案説明書第三百六十五節)

此見解果シテ正當ナルヤ茲ニ例ヘハ夫婦間ニ於テ實際贈與ヲ爲スノ
目的ヲ以テ賣買ヲ爲シタリト假定スヘシ(夫婦財産ヲ分タサル本邦ノ
慣習ニ於テハ殆ト實用ナキ問題ナレトモ)滅殺ノ規定ヲ免カル、ノ弊
ヲ防ク理由ヨリ論スレハ銷除訴權ヲ有スヘキ者ハ相續人ナリ然ルニ
相續人ハ直接ニ此訴權ヲ有セス(第三十六條)加之本編中相續及ヒ贈與
ノ章ヲ見ルニ佛民法ニ於ケル如キ贈與滅殺ノ制規ナシ(遺贈ニ付テノ
ミ第三百八十六條以下ニ其規定アリ)從テ夫婦間ニ賣買ヲ禁スル規則
ハ已ニ其一大根據ヲ失フモノト謂フヘシ交換ヲ許スノ理由トシテ何
ソ滅殺ヲ避カル、弊ナキヲ詭クノ價值アランヤ

夫婦間ノ贈與ハ隨意ニ之ヲ廢罷スルコトヲ得ルノ規定ハ新法中ニモ
之アルヲ見ル(本編第三百六十七條)若夫レ此規定ノ有名無實ト爲ラン

コトヲ恐レテ賣買ヲ禁セリトスレハ交換ニハ果シテ同一ノ弊害ナキ
 ヤ起案者ヲ始メ之ニ答ヘテ曰ハン交換ノ目的物ハ何レモ當事者ノ資
 産中ニ存スルヲ以テ實際贈與ヲ隠蔽スル能ハス千圓ノ價アル物ヲ十
 圓ノ價アル物ト交換スル如キハ間接贈與ニシテ贈與ヲ隠蔽シタルモ
 ノニ非ス法律ハ間接贈與ヲ禁セス間接贈與ヲ含ム場合ニハ本條ニ定
 ムル如ク贈與ノ規則ヲ適用スレハ可ナリト然ラハ余輩ハ問ハントス
 何故ニ賣買ヲ名トシテ間接ノ贈與ヲ爲シタル場合ニモ亦贈與ノ規則
 ヲ適用セサルカ

余輩ハ茲ニ再ヒ第三十五條ノ説明ヲ爲スヲ欲セスト雖モ夫婦間ニ賣
 買ヲ禁シタルコトニ付キ廢罷ノ規定ヲ遡カル、ノ弊ヲ防クヨリモ却
 テ通常主要トスル減殺ノ規定ヲ遡カル、ノ弊ヲ防クノ理由ハ新法ニ
 於テハ全ク根據ナキモノナリ然ラハ到底廢罷云々ノ一理由ヲ以テ之

第三項

ヲ説クノ外ナキ歟若此説ヲ取ラハ銷除訴權ヲ相續人ニ與ヘスシテ配
 偶者ニ與ヘタル第三十六條ハ之ヲ説明スルヲ得ヘシ夫レニシテモ贈
 與ノ廢罷等ノ事ハ我國ノ慣習上適用ナキモノナリ又右ニ言フ如ク交
 換ニ限リ間接贈與ヲ含ムトキハ贈與ノ規則ヲ適用スルコトニ定メタ
 ル所以ヲ解セス殊ニ本條ノ末文ニ贈與ヲ禁制シ又ハ之ヲ制限スル規
 則ニ從フトハ頗ル明瞭ヲ欠クモノト謂フヘシ要スルニ余輩ハ總テ斯
 ノ如キ空想ノ法文ト爲リタルヲ遺憾トセサルヲ得サルナリ
 (三)賣買ニハ受戻ノ約款ヲ附スルヲ得ヘシト雖モ交換ニハ之ヲ附スル
 ヲ得ス其説明ニ曰ク受戻ハ一時金錢ノ必要ニ迫リ之ヲ約スルモノナ
 リ又之ヲ行フニモ代金ヲ返還セサルヲ得サルニ因リ意ノ如ク行フヲ
 得サル場合アリ純然タル隨意條件ニ非サルヲ以テ賣買ヲ解除スルノ
 害大ナラス之ニ反シテ交換ハ已ムヲ得サルノ必要ヨリ爲スモノニ非

ス且何時ニテモ物件ヲ返還スルニ困難ナシ然ルニ受戻ヲ許ストキハ
無益ニ一方ノ意ヲ以テ既結ノ取引ヲ解除スルコト、爲リ其害少ナカ
ラスト(草案説明書第三百六十六節)

然レトモ當事者ノ一方又ハ双方カ一定ノ期間ニ於テ任意ニ交換ヲ解
除スルノ約束ハ全ク無効ニ非ス受戻ノ約款トシテハ無効ナレトモ新
交換ノ豫約トシテ之ヲ有効ト認ムルヲ得ヘシ此場合ニ於テ其解除權
ヲ第三者ニ對抗スルニハ賣買ノ豫約ニ付キ定メタル條件ヲ履ムヲ要
ス(詳細ハ第二十七條ノ説明ヲ看ルヘシ)條件トハ即チ登記ノ事ニシテ
登記ノ効力ハ既往ニ遡ルモノトス故ニ交換ニハ受戻ノ約款ヲ附スル
コトヲ得ストハ唯文字上ノ事ニ過キス實際ハ受戻ヲ約シタルト其効
力ニ相異ナル所アルヲ見サルナリ
余輩ハ曩ニ立法上受戻ノ利害ヲ論究セリ故ニ今更ニ交換ニ付キ其當

否ヲ議スルノ必要ヲ見ス唯一言セント欲スル事ハ今日殆ト行ハレス
且弊害アルニモ拘ハラス所謂契約自由ノ大則ヲ傷ケサル爲メ賣買ニ
受戻ヲ許シタルナラハ何故ニ交換ニ付テモ亦此大則ヲ重ンセサルカ
區々タル假想上ノ理由ニ拘泥シテ忽然常ニ主唱スル所ノ大原則ヲ倒
スハ實ニ不思議ニ堪ヘサルナリ

以上列記スル差異ノ外佛民法ニ於テハ欠損ニ因ル賣買ノ銷除ハ交換
ニ之ヲ適用セス(第一千七百〇六條)賣買ノ費用ハ買主ノ負擔トス(第千五
百九十三條)賣買契約ノ不明ナル條款ハ賣主ノ不利益ニ解釋スヘシ(第
千六百〇二條)等ノ規則アル爲メ賣買ト交換トノ差異ハ更ニ著大ナル
カ如シ然レトモ此等ノ規定ハ實際之ヲ適用スルコト稀レナルト前述
交換ノ解除及ヒ配偶者ノ能力ニ關スル等ノ規定ナキヲ算入スレハ區
別ノ實益果シテ何レニ多キヤ速斷スルヲ得サルナリ

茲ニ本章ノ説明ヲ終ラントスルニ方リ買賣及交換法ヲ説キタル
 一名著ノ出版ニ遭ヘリ余輩ノ常ニ親愛敬重スル梅博士ノ著述セ
 ラレタル日本賣買法附交換法即チ是ナリ余輩未タ其全篇ヲ熟讀翫味
 スルニ至ラスト雖モ一見シテ尋常一般ノ著書ト同視ス可カラヤ
 ルヲ知レリ本書ニ於テ其卓論ヲ參照スル能ハサリシハ深ク遺憾
 トスル所ナリ他日再閱ノ時ニハ高説ヲ參酌シ過テ意見ト異ニス
 ル點ニ付テハ教正ヲ請フ所アルヘシ此ニハ唯江湖同學ノ諸士ニ
 向テ近來多ク見サル一頁書ノ出テタル事ヲ告クルニ止メントス

第五章 和解

和解トハ裁判所ヲ煩ハサスシテ爭訟ヲ落着セシメ又ハ之ヲ豫防スル

ヲ目的トスル一種ノ契約ナリ(法文ニ從ヒ姑ク契約ノ語ヲ用ニ)當事者
 ハ或ハ訴訟ノ結果如何ヲ慮リ或ハ種々ノ事情ニ制セラレテ法廷ニ權
 利ヲ爭フヲ欲セス交互ノ讓合ヲ代價トシテ平和ヲ買フモノナリ是レ
 即チ和解ノ目的及ヒ實用ニシテ其人民相互ノ交際上ニ圓滑ヲ保チ實
 際ニ裨益スル所少ナカラサルナリ

和解ニ關スル新法ノ規定ハ頗ル簡略ニシテ僅々五箇條ヲ起ユス佛民
 法ノ條文中ニ採用セサリシモノ多キハ新民法編纂者ノ慣習ニ反シ大
 ニ贊成ヲ表スル所ナリ和解ニ關スル佛民法ノ條文ハ多ク無用ノ冗言
 ニシテ却テ明文ヲ要スル點ヲ規定セサリシコトハ識者ノ夙ニ認ムル
 所ナリ新法ハ其條文ノ少ナキ一點ハ贊成ナレトモ果シテ他ノ非難ヲ
 免カル、エトナ得ルヤ

本章ノ五箇條ヲ説明スルノミチ以テハ和解ニ關スル全体ノ法理ヲ詳

悉スルコト難キニ因リ左ノ數項ニ分テ之ヲ論究セントス

(一)和解ノ定義及要素

(二)和解ノ性質

(三)和解ニ要スル能力

(四)和解ノ効果

(五)和解ノ無効

(一)和解ノ定義及其要素

新民法ニ掲クル和解ノ定義ハ左ノ如シ

和解ハ當事者カ交互ノ讓合又ハ出捐ヲ爲シテ既ニ生シタル爭ヲ落
着セシメ又ハ生スルコト有ル可キ爭ヲ豫防スル契約ナリ

此定義ニ依レハ和解ノ成立スルニハ已ニ爭ニ係リ又ハ爭ニ係ルヘキ
權利ヲ目的トスルヲ必要トス若此要件ニシテ具ハラサルトキハ合意

ハ必スシモ之カ爲メニ無効ト爲ラス或ハ他ノ行爲ヲ組成スルコトア
リト雖モ之ヲ和解ト名クルヲ得ス從テ以下説明スル和解ニ特別ナル
規則ヲ適用スルヲ得サルナリ

然リト雖モ此和解ノ目的ト爲ル權利ノ存スルコトハ唯當事者ノ意中
ニ於テ疑ハシキヲ以テ足レリトス他人ヨリ見テ疑ハシキヲ要セス換
言スレハ其權利ノ存在スルコトノ疑ハシキヤ否ヤハ全ク相對的問題
ニシテ裁判官ハ自己又ハ法律家ニ取リ或ハ世間一般ノ人ニ取リテ疑
ハシキヤ否ヤヲ問フヘカラス此原則ハ已ニ羅馬法ニ於テ一定セシモ
ノニシテ又立法者ノ精神ニ適合スルモノナリ即チ和解ヲ以テ當事者
間ニ平和ヲ保持スルノ具ト爲シタル點ヨリ考レハ無迹ノ爭訟ト雖モ
之ヲ解クノ有用ナルコトハ同一ナリ前示條文ニモ「既ニ生シタル爭又
ハ生スルコトアルヘキ爭」ト記載シ其根據ノ有無ハ之ヲ問ハサルコト

明カナリ

次ニ和解ノ成立スルニハ右條文ニ所謂交互ノ讓合又ハ出捐ヲ爲スコトヲ要ス此要件ハ和解ノ定義ヲ掲クル佛民法ノ條文ニ之ヲ見スト雖モ解釋者ハ一般ニ此記載ナキヲ缺點トセリ(佛民法第二千〇四十四條實ニ當事者ニ於テ疑ハシキモ自ラ有スト主張スル權利ノ一部ヲ拋棄シ又ハ負擔セストスル義務ノ一部ヲ履行シテコソ和解ハ成ルヘキモノナリ若夫レ双方ニ於テ讓合又ハ出捐ヲ爲スコトナケレハ債務ノ免除、訴訟ノ取下、承服又ハ追認等ト混同シテ和解ノ特質ヲ失テ至ルヘキナリ但交互ノ讓合又ハ出捐ハ平等ノ價額タルヲ要ス

以上列記スル所ノ二要素ハ和解ニ特別ナルモノトス此外一般合意ノ成立及ヒ有効ニ缺ク可カラサル條件ノ具ハルヲ要スルコトハ論ヲ俟タス法律ハ和解ノ成立、有効、効力及ヒ證據ハ下ノ規定ヲ除ク外合意ニ

同條第二項

關スル一般ノ規則ニ從フト言ヒ以テ此點ヲ明示セリ但下ノ規定ト稱スル條文ノ中ニ於テ成立及ヒ有効ノ條件ニ關シテハ唯錯誤ニ原因スル銷除ノ場合ヲ規定シタルノミ

余輩ハ茲ニ逐一合意ニ關スル一般ノ規則ヲ列擧スルノ要ヲ見ス佛民法ハ和解ニ關シテ無用ナル數多ノ條文ヲ設ケタリ其中ニモ殊ニ證書ヲ作ルヲ必要トスル規定ノ如キハ最モ其當ヲ失フモノトス(第二千〇四十四條)蓋シ證書ヲ必要トシタルハ和解ノ成立ノ爲メニ非スシテ金額ノ多寡ニ拘ハラス人證ヲ許サ、ルノ精神ニ出テタルモノナリ惟フニ是レ和解ノ證明ヨリシテ却テ爭訟ヲ再起スル弊害ノ生セヨコトヲ恐レタルモノナルヘシト雖モ此弊害タルヤ到底之ヲ避クルヲ得可カラス當事者ニ於テ實際和解ノ證書ヲ作ラザリシトキハ證書ニ依リ之ヲ證明スルニ由ナシ而シテ人證ハ法律ニ之ヲ許

ホストスレハ遂ニ和解前ノ状態ニ復スルコト、爲ルヘシ此外不
明ニ通則ノ適用ヲ示シタルニ過キサル條文少ナシトセス新法ニ於
テ一切此等ノ點ヲ合意ノ通則ニ送リタルハ頗ル同意ヲ表セサルヲ
得サル所ナリ

合意ノ成立要件中ニ於テ唯目的物ニ付キ一言スヘシ和解ノ目的ト
爲ルヲ得ヘキ權利ハ吾人カ適法ニ處分スルヲ得ヘキモノタルヲ要
ス(財産編第三百四條及第三百二十二條)故ニ不融通物其他所謂公ケ
ノ秩序ニ關スル權利ハ和解ノ目的ト爲ルヲ得ス例ヘハ身分能力ノ
如キ又ハ夫婦財産契約上ノ權利ノ如キ是ナリ又犯罪ニ原因スル私
訴ニ付テハ和解ヲ爲スヲ得ヘシト雖モ公訴ノ實行ヲ妨クルヲ得ス
佛民法ニ此當然明白ナル點ヲ條文ニ掲ケ(第二千〇四十六條)解釋者
舉テ喋々之カ説明ニ多言ヲ費スハ抱腹ニ堪ヘサルナリ

(二)和解ノ性質

新法ハ佛民法ニ倣ヒ和解ヲ以テ一ノ契約ナリト言ヘリ契約ノ定義ニ
付テハ學說一定セスト雖モ通常人權ノ創設ヲ主眼トスル合意ニ解セ
リ(財産編第二百九十六條佛民法第一千百〇一條)故ニ他ノ効果ヲ生スル
コトアルモ主トシテ人權ヲ生スル合意ニ非サレハ之ヲ契約ト謂フ可
カラス余輩ハ曩ニ賣買ノ定義ヲ説クニ當リ合意ノ即時ニ所有權ノ移
轉スル賣買ヲ契約ト言ヒタルヲ非難セリ今茲ニ和解ニ付テ言フモ和
解ハ果シテ總テノ場合ニ於テ人權及ヒ義務ヲ生スルモノナルヤ條文
ニ交互ノ讓合又ハ出捐ヲ爲シテトアル以上ハ直チニ若干ノ金額ニ代
ヘテ權利ヲ拋棄スル如キ場合ヲモ包含スルコト疑ヲ容レス又本編ノ
草案說明書ニモ和解ハ物權又ハ人權ヲ取得スル方法ナリト曰ヘリ(第
三節第四項)然ルニ尙況ク之ヲ契約ト稱スルハ穩當ナルヤ

余輩ハ此點ニ關シテ意見ナキニ非スト雖モ主トシテ字義ノ議論ニ涉
リ實際ノ利害ニ關係スルコト少ナキヲ以テ之ヲ略シ假ニ法文ニ從ヒ
之ヲ契約ナリトシテ如何ナル契約ノ種類ニ屬スルヤチ一言セント欲
ス

和解ハ諾成且不要式契約ナリ故ニ物件ノ引渡ヲ爲スノ必要ナキコト
ハ勿論何等ノ方式手續ヲモ履行スルヲ要セス合意表彰ノミヲ以テ完
全ノ効力ヲ生ス

和解ハ有償契約ナリ此有償ノ性質ニ付テハ寸毫ノ疑ナシトス是コソ
即チ交互ノ讓合又ハ出捐ヲ要スル當然ノ結果ト謂フヘシ其讓合又ハ
出捐ノ種類ニ依リ或ハ實定ノコトアリ或ハ射倖ナルコトアリ(財産編
第三百一條)

然レトモ和解ハ必スシモ双務契約ニ非ス何トナレハ其要素タル交互

ノ出捐ハ双方ニ於テ債務ヲ負擔スルニ限ラサレハナリ例ヘハ茲ニ千
圓ノ債務ニ付キ争起リ即時ニ八百圓ヲ拂フテ和解ヲ爲シタリトスヘ
シ債權者ハ八百圓ヲ受取リタル代リニ不確定ナル二百圓ヲ拋棄シタ
リト雖モ是レ何等ノ債務ヲモ負擔シタルモノニ非ス蓋シ双務契約ハ
必ス有償契約ナルコト疑ナシト雖モ有償契約ハ必ス双務契約ナリト
謂フヲ得ス有利貸借ノ如キ例モアリ余輩ハ此點ニ於テハボアツナ
ド氏ト同説ニシテ和解ノ片務タルコトヲ得ルヲ疑ハスアコラス氏ボ
ードリー氏其他多數學者ノ主唱スル双務契約説ハ謬見ト信スルナリ
但右學者中ニ於テモ不履行ニ基ク默示ノ解除權ノ存スルコトニ付テ
ハ議論アリ
和解ハ權利(不確定ニセヨ)ノ一部分ヲ拋棄スル行爲ナリ故ニ大ニ當事
者ノ能力ニ關係ス左ニ之ヲ論究スヘシ

(三)和解ニ要スル能力

和解ヲ爲スノ能力ト其權限トヲ區別セサル可カラス(和解ニ限リタル
 一ニ非サレトモ)佛民法ハ此二者ヲ混同セリ(第二千〇四十五條)能力ヲ
 有スルトハ自ラ己レノ爲メニ權利行爲ヲ行フヲ得ルヲ云フ之ニ反シ
 テ權限ヲ有スルトハ他人ノ爲メニ之ヲ行フヲ得ルヲ云フ例ヘハ未成
 年者カ和解ヲ爲スヲ得サルハ能力ヲ欠クモノニシテ後見人カ幼者ノ
 爲メニ和解ヲ爲スヲ得サルハ權限ナキモノナリ
 夫レ人能力ヲ有スルハ通則ニシテ之ヲ有セサルハ例外トス故ニ無能
 力者ノ何人タルト其爲スノ能力ナキ行爲トハ法律ニ之ヲ明定セサ
 ル可カラス從テ能力ノ有無ニ關シテ疑アルトキハ可成能力アル方ニ
 解釋スヘキナリ之ニ反シテ他人ノ爲メニ權利行爲ヲ爲スノ權限ハ之
 ヲ有セサルカ通則ニシテ之ヲ有スルヲ例外トス故ニ管理人又ハ代理

人カ本人ノ名ヲ以テ或事ヲ爲スニハ必ス法律又ハ契約ニ倚ラサル可
 カラス權限ノ有無ニ付キ疑アルトキハ權限ナキ方ニ解釋スヘキヲ當
 然トス

能力ナキ者カ爲シタル行爲ト權限ナキ者カ爲シタル行爲トハ其結果
 ニ著ルシキ差異アリ即チ無能力者カ爲シタル和解ハ裁判上之ヲ取消
 サ、ル内ハ有効ナルモノトス無能力者ニ於テ銷除訴權ヲ行フ迄ハ履
 行ノ義務ヲ免カレス又認諾ト稱シテ其一方ノ意思ヲ以テ之ヲ完全有
 効ノモノト爲スコトヲ得ヘシ之ニ反シテ權限ナキ者ノ爲シタル和解
 ハ本人ニ於テ之ヲ追認セサル限りハ之ニ對シテ全ク成立セサルモノ
 トス假令ヒ之ヲ對抗セラル、モ己レ當事者ニ非サルヲ抗辨トシテ履
 行ヲ拒ムコトヲ得ヘシ

但此原則ニハ一ニ例外ナキニ非ス或無能力者ノ行爲ニシテ全ク成

立セサルモノアリ又権限ナキ者ノ行爲ニシテ唯取消スヲ得ヘキモノアリ細目ニ涉リ且議論アル點ナルニ因リ此ニ之ヲ論セス
 和解ノ権限ハ代理人ノ種類ニ因リ異ナリ汎ク民法各編、民事訴訟法及ヒ商法ニ規定スル事項ナルヲ以テ茲ニ之ヲ詳述スルヲ得ス何レモ前示ノ原則ニ依リ法律又ハ委任アルニ非サレハ其権限ナキモノト知ルヘシ法定ノ代理人及ヒ其権限ハ主トシテ人事編ニ之ヲ規定ス法律ニ依リ裁判所ノ命スル代理人ニ付テハ本編第三百四十三條人事編第二百七十二條商法第一千〇十一條ヲ見ルヘシ又契約上ノ代理人ニ付テモ特別ノ委任ナキ限りハ和解ヲ爲スヲ得ストノ明文アリ(本編第二百三十三條民事訴訟法第六十五條參看)是何レモ和解ハ利害ヲ判スルノ難キ處分上ノ行爲ニシテ尋常管理ノ範圍ニ屬セサルカ故ナリ
 右原則ハ無能力者ニモ亦之ヲ適用スルヲ得ヘシ和解ハ有償處分ノ行

爲ナリ故ニ有償名義ニテ權利ヲ處分スルノ能力ヲ具ヘサル可カラス(或學者ノ説ニ無償名義ニテ處分スルノ能力ヲ要ストスルハ誤マレリ
 和解ハ其性質上且當事者ノ意思ニ於テ之ヲ贈與ト看做スヲ得ス)今各種ノ無能力者ニ付キ此原則ノ適用ヲ示スハ主トシテ人事編ノ説明ニ屬スルヲ以テ之ヲ略ス

(四) 和解ノ効果

和解ノ効果ハ其目的タル係争權ニ關スルト和解ヲ行フ爲メ當事者ノ一方カ他ノ一方ニ與ヘタル係争外ノ權利又ハ利益ニ關スルトニ依リ大ニ相異ナル所アリ余輩ハ其最モ重要ナル係争權ニ關スル効果ヨリ論究スヘシ

夫レ和解ヲ爲ス者ノ目的ハ裁判所ヲ累サスシテ自ラ其間ニ起リタル争ヲ判決スルニ在リ故ニ和解ハ當事者ノ意思ニ於テ全ク一種ノ判決

ニ外ナラス即チ之ニ因リ決定シタル争點ニ付テハ將來訴訟ヲ起サ、
 ルコトヲ相約シタルモノナリ是即チ佛民法ニ於テ和解ノ効力ヲ確定
 判決ノ効力ニ擬シタル所以ナリ(佛民法第二千〇五十二條)但其當否ニ
 付テハ説ナキニ非ス余輩ノ所見ニ於テハ敢テ之ヲ判決ノ効力ニ比較
 スルヲ要セス一般合意ノ効力ニ關スル通則ヲ以テ足レリトス(財産編
 第三百二十七條佛民法第千百三十四條)實ニ和解ト判決トハ大ニ其性
 質ニ似タル所アリ然リト雖モ亦其間ニ數多ノ差異ナキニ非ス故ニ佛
 民法ノ如ク漠然確定判定ト均シキ効力ヲ有スト言フトキハ解釋上兩
 者ノ疆界ヲ定ムルニ付キ困難ナキヲ得ス現ニ該民法解釋者間ニ於テ
 紛々議論ノ一定セサル點多キハ畢竟此茫漠タル規定アルカ故ナリ新
 法第百十四條ニ於テハ唯認定ノ効力ヲ生スル點ニ於テ確定判決ト同
 一視スル如クニ記載シタルハ稍々優レルモノト謂フヘシ但此範圍内

ニ於テモ右ノ如キ譬喩ナキノ優レルニ若カサルコトハ後ニ説ク所ヲ
 以テ之ヲ推知スルヲ得ヘシ

余輩ハ先ツ和解ト確定判決ト其効力チ一ニスル點ヲ示シ後ニ兩者ノ
 差異ヲ擧ケントス

和解ノ効力確定判決ニ同シキ點ニアリ左ノ如シ

(一)和解ハ争ヲ落着セシメ又ハ之ヲ豫防スルヲ目的トス故ニ後日如何
 ナル證據ヲ發見スルモ更ニ訴訟ヲ起スヲ得ス(但此原則ハ確定證書發
 見ノ場合ニ銷除ヲ許ス規定アル爲メ殆ト有名無實ニ屬ス)若一方ヨリ
 起訴シタルトキハ他ノ一方ハ既判力ト一樣ノ抗辯ヲ以テ之ヲ斥クル
 ヲ得ヘシ其抗辯ノ要件モ亦相異ナル所ナシ即チ新舊争訟ノ目的同一
 ナルコト并ニ當事者及ヒ其資格ノ同一ナルコトヲ要ス(證據編第八十
 一條佛民法第千三百五十一條佛民法第二千〇四十八條乃至第二千〇

五十一條ハ全ク此原則ノ適用ヲ示シタルモノニ過キス新法ニ之ヲ採
用セサリシハ甚タ上出來ト謂ハサルヲ得サルナリ

(二)和解ハ判決ト同シク(認定)ノ効力ヲ有スルモノトス即チ當事者ニ新
ナル權利ヲ得セシムルモノニ非スシテ其従前有スル所ノ權利ヲ認定
宣言スルモノニ過キス(因云判決ハ果シテ權利ヲ更改スルモノニ非サ
ルヤニ付テハ少シク疑ナキニ非スト雖モ佛國ノ學者ハ學ヲ認定ノ効
力ヲ有スルニ過キスト説ケリ)

和解ハ認定ノ効力ヲ有ストノ原則ヨリ生スル結果ハ左ノ如シ

(イ)和解ハ不動産ニ關スル權利ヲ目的トスル場合ニ於テモ之ヲ登記ス
ルヲ要セス其和解ニ因リ認定セラレタル權利ノ本原ヲ登記シテアレ
ハ第三者ニ對シテ初メヨリ其効力アルモノトス故ニ其第三者ニ對ス
ル効力ハ原證書ノ登記アルト否トニ依リ之カ登記アリタル時ヨリ生

スルモノトス

(ロ)和解ハ擔保ノ義務ヲ生セス故ニ之ニ因リ權利ヲ認定セラレ、者ハ
第三者ヨリ妨碍又ハ追奪ヲ受クルモ相手方ニ對シテ擔保ノ請求ヲ爲
スコトヲ得ス

(ハ)和解ハ短期ノ不動産取得時効ニ要スル正權原ト爲ルヲ得ス(證據編
第四百十條佛民法第二百六十五條)何トナレハ正權原トハ所有權
授付ノ効力ヲ有スルモノナ言ヘハナリ

以上三個ノ結果ハ和解ノ認定効力ニ基因スルモノニシテ即チ判決ノ
効力ト均シト謂フヲ得ヘシ然レトモ總テノ點ニ於テ之ヲ判決ト同一
視ス可カラス左ニ其差異ノ最モ著明ナルモノヲ示サントス惟フニ和
解ノ効力ヲ確定判決ノ効力ト同一視シタルハ羅馬某帝ノ答文ニ起原
スルモノニシテ該答文ハ唯實際ニ生シタル特別ノ場合ニ付キ發シタ
ルモノニシテ

ルニ過キス法律一般ノ原則ヲ示シタルモノニ非ス然ルニ後世ノ立法者深ク此點ニ注意セスシテ之ヲ法文ニ掲ケタルハ恰モ彼ノ一般合意ノ効力ヲ法律ニ譬ヘタル條文ノ如ク(財産編第三百二十七條佛民法第一千百三十四條實際何等ノ必要ナキノミナラス却テ眞理ニ悖リ適用上ニマテ誤解ヲ來スノ恐レナシトセサルナリ

和解ト判決トノ差異ヲ擧クレハ左ノ如シ
 (イ)判決ハ可分ニシテ和解ハ不可分ナリト云フ其意蓋シ一裁判所ノ判決ニ對シテ上訴ノ起リタルトキ上級裁判所ハ或條項ニ付テノミ其判決ヲ改正スルヲ得ヘシト雖モ和解ノ有効無効ニ付キ訴訟ノ起リタル場合ニハ其全部ニ付キ之ヲ有効又ハ無効ト判決スルノ外ナシト云フニ在リ(佛民法第二千〇五十五條)但此點ハ我新法ノ解釋上甚々疑ハシキニト後ニ説ク所ヲ以テ之ヲ知ルヘシ(第百十二條)

(ロ)確定判決ハ當然執行力ヲ有スト雖モ(民事訴訟法第四百九十七條)和解ハ私證書ニ之ヲ記載スル場合ハ論外トシテ公正證書ニ之ヲ記載スル場合ニ於テモ執行力ヲ有スルニハ特定條件アリ(民事訴訟法第五百五十九條)又佛民法ニ於テハ判決ハ書入質(抵當)ヲ生スルノ差異アリ右ノ外判決ハ法律ニ定ムル上訴ノ方法ニ依ルニ非サレハ之ヲ攻撃スルヲ得スト雖モ和解ハ主タル訴權ヲ以テ之ヲ無効ト爲スヲ得ヘシ又確定證書ノ存スルコトヲ知ラザリシ如キ事實ノ錯誤ハ和解消除ノ原因トナレトモ確定判決ノ効力ヲ搖スニ足ラサル等ノ差異ヲ加ルトキハ汎ク此兩者ヲ同一視スルノ不當ナルコトヲ知ルヘシ

以上列擧スル和解ノ効果即チ爭訟ヲ終局スルト認定ノ効力ヲ有スルトノ二點ハ首項ニモ言ヘル如ク係爭權ニ付テ生スルモノタルコトヲ忘ル可カラス和解ノ際ニ授受スル他ノ權利又ハ利益ニ付テハ全ク反

對ノ決定ヲ下サ、ルヲ得ス加之係争權ニ付テモ認^定ノ効力ヲ有スル
コトハ公益上ヨリ設ケタル制迫的ノ規定ニ非ス當事者双方ニ於テ更
改ヲ爲ス意思アルトキハ之ヲ適用ス可カラサルコト條文ニ記載スル
所ヲ以テ明ナリ(第一項末文)

所謂和解ノ際ニ供與シタル權利又ハ利益ニシテ争ノ目的ヲサリシ
モノトハ如何ナルモノヲ謂フヤ條文及ヒ草案註釋ニ依リ考ルトキハ
全ク争ニ係リシ權利ヲ認定セラレタル對價トシテ或物權ヲ移轉シ又
ハ或義務ヲ負擔スルノ謂ニ外ナラサルカ如シ即チ例ヘハ争ノ目的
リシ土地ノ所有權ヲ認定セラレタル代リニ家屋ヲ與フルカ如キ是ナ
リ若果シテ然ラハ總テノ場合ニ於テ存スルモノト解スルヲ得ス例ヘ
ハ此ニ千圓ノ債權ヲ争ヒタル者即金七百圓ニテ和解ヲ爲シタル場合
ノ如キ其差額三百圓ハ所謂供與シタル係争外ノ利益ト見ルノ意ニ非

ナルカ如シ然レトモ余輩ハ其約束ノ和解タルコトヲ疑ハス元ト債權
ノ有無ヲ争ヒシコト及ヒ從テ互ニ疑ハシキ權利ノ一部ヲ拋棄シタル
コトハ即チ之ヲ單純ナル債務ノ免除ト見ルコトヲ許サ、ルナリ
右係争外ノ權利又ハ利益ニ付テハ有償合意ノ通則ニ從フトアリ故ニ
和解ニ因リ終局シタル争點ニ付テハ更ニ訴訟ヲ起スヲ得スト雖モ争
ノ目的ヲサリシ權利ニ付テハ新ニ訴訟ヲ起スニ妨ナシ例ヘハ引渡
其他ノ義務ノ履行ヲ要求スル如キ是ナリ又其義務履行ノ擔保トシテ
過意約款ヲ附シタルトキハ其償金ノ辨濟ヲ要求スルヲ得ヘシ此等ノ
點ハ明々白々一言ノ説明ヲ要セスト雖モ和解ニ過意約款ヲ附スルヲ
得ルコトニ付テハ佛民法ニ其明文アリ(第二千〇四十七條)從テ其解釋
ニ付キ學者間ニ議論ノ起リタルハ實ニ驚クノ外ナシ此規定モ亦新法
ニ之ヲ採ラザリシハ當然ノ事トハ言ヒナカラ余輩ハ特ニ贊辭ヲ呈セ

ト欲ス實ニ和解ノ部ニ限リ其模範法ニ對シテ斷然剛除手段ヲ取リタルハ特筆大書シテ可ナル一點ト信スルナリ

争ノ目的物ニ關スル法理ヲ適用ス可カラサル要點ハ即チ認定ノ効力ナキ事ナリ例ヘハ茲ニ甲乙間ニ於テ或土地ノ所有權ヲ争ヒタルカ共ニ和解ヲ爲シ甲ハ乙ノ爲メニ其土地ニ付キ主張スル所有權ヲ拋棄スル代リニ或家屋ヲ得ルコトニ定マレリトスヘシ争ノ目的タリシ土地ニ付テハ和解ハ認定ノ効力ヲ有スト雖モ家屋ニ付テハ移轉(又授付トモ云フ)ノ効力ヲ有ス從テ追奪擔保、登記等ニ關シテ前ニ列舉シタル所ト正反對ノ結果ヲ生スルモノト解ス可キナリ

法律ハ當事者ニ於テ更改ヲ爲スノ意思アリト認ムヘキ場合ニ於テモ認定ノ効力ナキコトヲ明言セリ是蓋シ意思解釋ノ原則上當然ノ事ナリ唯之カ爲メニ和解ノ性質ヲ失フヤ否ヤヲ定ムヘキノミ佛民法解釋

者ハ通常此種ノ法理問題ヲ論究スルコトヲ爲サスト雖モ余輩ノ所見ヲ以テハ効力ノ問題ハ性質又ハ名稱ニ影響スルモノニ非ス和解ノ性質及本旨ハ即チ交互ノ讓合又ハ出捐ニ因リ争ヲ終結シ又ハ防止スルニ在ルヲ以テ已ニ此要件ヲ具ヘ又此目的ヲ達スル以上ハ其効力ノ遡及如何ハ問フ所ニ非ス新法本條ノ解釋トシテモ亦此點ニ於テハ殆ト疑ナキヲ信スルナリ

(五)和解ノ無効

和解ニ關スル新法ノ條規中ニ於テ合意ノ通則ニ從ハサルモノニアリ一ハ前說認定ノ効力ニ關スル規定ニシテ又一ハ和解ノ無効又ハ銷除ニ關スル規定トス和解ニ關スル五个條中ノ三ハ即チ此銷除ノ事ヲ規定シタルモノナリ(第百十一條以下)佛民法ニ於テモ此問題ニ付テハ數條ノ規定ヲ設ケ且頗ル明瞭ヲ欠ク爲メ解釋者間ニ議論ノ一定スルコ

トナシ但余輩ノ贊成スル説ニ於テハ和解ノ不成立及ヒ其取消ノ原因ハ一般ノ合意ニ於ケルト結局相異ナル所ナシ唯法律ノ錯誤ヲ理由トシテ取消ヲ要求スルヲ得サル点ノミ普通法ニ反スル規定ト謂フヘキナリ(佛民法第二千〇五十二條第二項)

新法ノ三个條中其一ハ即チ法律ノ錯誤ニ關スル規定ニシテ他ノ二个條ハ事實ノ錯誤ニ原因スル銷除ノ場合ヲ規定シタルモノトス余輩ハ先ツ法律ノ錯誤ヨリ論究スヘシ是唯一ノ例外トス他ハ佛民法ニ於ケルト同シク普通法ノ適用ニ過キス和解ノ無効ニ付テモ新法ハ佛民法ヨリモ簡明ナルヲ賞セサルヲ得サルナリ
和解ハ法律ノ錯誤ノ爲メ之ヲ銷除スルコトヲ得ス但其錯誤カ相手方ノ詐欺ニ起因スルトキハ此限ニ非ス(財産編第三百十一條參看)
此變例ヲ設ケタル理由如何大抵ノ學者ハ曰ク和解ヲ爲ス者ハ豫メ深

ク利害得失ヲ考究シ或ハ法律家ノ意見ヲ聞キ然ル後ニ始メテ之ヲ爲スヲ例トス故ニ法律ノ錯誤ニ陷ルコトハ殆ト稀ナリ是レ法律ニ此錯誤ナキヲ推定シテ銷除訴權ヲ與ヘサル所以ナリト
此説明ハ全ク價值ナキモノトス其故ハ他ナシ當事者ハ必スシモ常ニ利害ヲ熟考スルモノト謂フヲ得ス又熟考スルトキハ必ス法律ノ錯誤ナシト斷言ス可カラス蓋シ一定ノ錯誤ヲ理由トシテ契約ノ無効ヲ主張スル者ハ必ス之ヲ證明スル義務アリ故ニ無効ノ問題ハ錯誤ノ證據擧カリタル場合ニ非サレハ起ラス此場合ニ於テ何故ニ事實ノ錯誤ハ和解取消ノ原由ト爲リ法律ノ錯誤ハ通則ニ反シテ其効力ニ影響セサルヤ是即チ説明スヘキ論點ナリ
此問題ニ對スル真正ノ説明ハ唯益友梅博士著ノ佛文和解論ニ之ヲ見ルノミ該書ニ曰ク佛民法和解編ヲ編纂セシ時ハ其編纂ニ與カリシ者

皆速ニ之ヲ識了セシコトヲ欲シ大抵舊法ニ仍リ深ク講究セスシテ之
 ナ記載セリ故ニ或ハ舊法ノ下ニ於テ契約銷除ノ原因ト爲ラサルヲ通
 則トセシ法律ノ錯誤ヲ深ク考ヘスシテ特ニ和解ニ付キ之ヲ掲ケタル
 ヤモ知ル可カラス(佛民法契約篇ニ於テハ事實ノ錯誤ト法律ノ錯誤ト
 ナ區別セス且自白ト和解ニ付キ特ニ法律ノ錯誤ヲ理由トシテ取消ヲ
 求ムルコトヲ許サ、ルノ條又アルニ因リ大抵ノ學者ハ何レモ取消ノ
 原因ト爲ルコトニ解釋セリ然レトモ和解ニ付キ事實ノ錯誤ト法律ノ
 錯誤トヲ區別シタルコトハ論理上ヨリ一應ノ説明ヲ與ルコトヲ得サ
 ルニ非ス夫レ法律ハ特ニ裁判所ヲ設ケテ訴訟ヲ判決セシム而シテ裁
 判官ハ通常一個人ヨリモ法律ニ通曉スル者ト看做セリ故ニ一個人ニ
 シテ其權利ヲ侵害セラレタリト思惟スルトキハ裁判所ニ出訴スルヲ得
 ヘシ然ルニ此途ヲ取ラスシテ和解ヲ爲シタルハ畢竟裁判所ニ倚頼セ

スシテ自ラ爭ヲ判斷スルヲ欲シタルモノナリ果シテ然ラハ法律ノ錯
 誤アリシナ口實トシテ自ラ其行爲ヲ攻撃セントスルハ其當ヲ得タル
 モノト謂フ可カラス法律ノ錯誤ハ初ヨリ覺悟ノ筈ナリ是レ蓋シ事實
 ノ錯誤ニ付テモ亦然リト曰フヲ得ヘシト雖モ事實ノ錯誤ハ裁判官必
 ス一個人ヨリモ之ニ陷ルコト少シトセス且夫レ詐欺ニ原因セサル單
 純ナル錯誤ニ基キ一切ノ契約ヲ銷除スルコトヲ許ストスルモ和解ニ
 付テハ之ヲ許ス可カラサル特別ノ理由ナキニ非ス即チ和解ハ權利ヲ
 有スルノ不明ナルヨリ起ルモノナレハ錯誤ハ豫期セサル可カラサル
 ナリ然レトモ法律ハ事實ノ錯誤ニ因リ之ヲ銷除スルヲ許セリ然ルチ
 更ニ事實ノ錯誤ヨリモ豫見セサル可カラサルシ法律ノ錯誤ニ因リ之
 ナ銷除スルコトヲ許サハ甚ダ過キタリト謂ハサルヲ得サルヘシト(梅
 氏和解論第三百二十八頁及第三百二十九項)

譯者曰右梅君ノ著書ハ一昨年佛國リオン府法科大學ニ於テ最高點ヲ取ラレタル「ドクトラ」ノ卒業論文ナリ余輩ハ茲ニ其批評トシテ當時試驗委員タリシ師家ヨリ聞キタル意見ヲ示サントス曰ク和解法ハ民法中ノ最モ困難ニシテ且不出來ナル部分ノ一ナリ而シテ今日迄ニ其法理ヲ説キタル著書ノ出テタルコト少ナカラスト雖モ未ダ梅氏ノ論文ホド完全優秀ナルモノヲ見スト此一言以テ該書ノ價値ヲ推知スルニ足ルヘシ

新法起草者ノ説明ハ前示佛國一般ノ學者ノ説ト異ナリ曰ク此特例(法律ノ錯誤ニ關スル規定ヲ謂フ)ハ主トシテ當事者ニ於テ爭訟ヲ終結シ又ハ之ヲ豫防セシムコトヲ望ムト云フ和解固有ノ原因ニ基クモノトス若夫レ和解後ニ至リ當事者ノ一方ヨリ己レニ權利アルコト又ハ相手方ニ權利ナキコトヲ知ラサリシテ口實トシテ銷除ヲ請求スルヲ得ハ

右和解ノ目的ニ反シテ訴訟ヲ再起スルニ至ルヘシト(草案註釋書第三百七十七節第三項)是レ余輩ノ全ク了解スル能ハサル理由ナリ若此説ノ如クナレハ何故ニ事實ノ錯誤モ亦銷除ノ原因ト爲ラサルコトニ定メサリシカ惟フニ此説ノ如キハ眞ニ法律ノ錯誤ト謂フヘシ

本條但書ハ右規則ノ適用ヲ制限シ法律ノ錯誤カ相手方ノ詐欺ニ起因スルトキハ此限ニ非スト曰ヘリ是蓋シ詐欺ハ和解ノ目的ニ關係ナキ一ノ新シキ事實ナルヲ以テ特ニ訴訟ノ基本ト爲ルヲ妨ケストノ意ナリ而シテ新法ハ佛民法ト異ナリ詐欺ヲ以テ銷除ノ一原因ト認メサルニ因リ此規定ハ損害賠償ノ性質ヲ生スルモノト解スヘシ(草案註釋書同節第四項)

是ヨリ事實ノ錯誤ニ論及セシ財產編ノ通則ニ依レハ錯誤ハ合意ノ性質、目的又ハ原因ニ付テ生スルコトアリ又緣由ノ錯誤アリ身上ノ錯誤

アリ(財産編第三百〇九條)物上ノ錯誤アリ算數ノ錯誤アリ(同編第三百十條)何レモ和解ニ付キ生スルコトアルハ一般ノ合意ニ於ケルト異ナルナシ而シテ其結果タル或ハ之ヲ不成立ナラシムルコトアリ或ハ唯取消ノ原由ト爲ルコトアリ或ハ又寸毫モ其効力ヲ害セサルコトアリ總テ普通法ニ從フモノニシテ和解ニ特別ナル規定アルニ非ス佛民法ニハ甚々不明ナル數條ヲ設ケテ此等ノ點ヲ規定セリト雖モ要スルニ皆通則ノ適用ヲ掲ケタルモノニ過キストハ今日學說ノ殆ト一定スル所ナリ新法ニ其大半ヲ採用セザリシハ贊成ノ外ナシ

唯注意スヘキ一點ハ兩民法ノ通則同一ナラサルコトナリ例ヘハ身上ノ錯誤ニ付キ佛民法ニ於テ取消ニ過キサルモノヲ不成立ト爲シ合意ノ効力ヲ傷クルニ足ラサルモノヲ取消ノ原因ト爲シタル如キ又物上ノ錯誤ニ付キ所謂品質ト品格トヲ區別シ正反對ノ推定ニ基キ其結果

ヲ定メタル如キ其當否ハ別問題トシテ法律ノ原則一様ナラス(佛民法第千百十條參看)然レトモ和解ノ場合ニ其適用ヲ變セサル一點ハ兩民法ノ間ニ差異ナキナリ

新法ハ事實ノ錯誤ニ關シテ二個條ヲ設ケタリ草案ノ説明ニ依レハ何レモ通則ニ對スル例外ナル如シト雖モ(第百十條第二項草案註釋書第三百七十七條第三項)其實銷除ノ原因タル物上ノ錯誤ニ關スル通則ノ適用ヲ示シタルモノニ過キス斯ノ如キ冗文ハ實ニ之ヲ設ケサルノ愈レルニ若カサルナリ

佛民法ニ於テ契約取消ノ原因ト爲ル物上ノ錯誤ハ所謂物上ノ「シニプスタンス」ニ關スルモノヲ謂フ(佛民法第千百十條第一項)此「シニプスタンス」ナル語ノ意義ニ付テハ議論ナキニ非スト雖モ要スルニ物ノ或性質ニシテ其存スルコトカ契約ヲ爲スニ決意セシメタルモノヲ謂フトハ殆ト

一定スル所ナリ故ニ以下説明スル偽造證書又ハ無効ノ行為ニ依リ和解ヲ爲シタル場合ノ如キハ和解ノ目的タル權利主張ハ運命ニ大關係ヲ有スル要件ニ付キ錯誤アリタルモノナリ即チ其主張ノ「シニブス」ニ於ケル錯誤ト謂フヘシ故ニ銷除ノ事ヲ特示スルノ要ナシト雖モ我新民法ニハ前ニ言ヘル如ク物ノ品質ト品格トヲ區別シテ其規定ヲ異ニシ且品質ヲ有形物質ト見タル如キヲ以テ(財産編第三百十條)佛民法ト一樣ニ論スルヲ得ス從テ以下兩條ノ規定ハ通則ノ適用ヲ明示スル爲メ或ハ全ク無益ナラス是レ主トシテ財産編通則ノ當否如何ニ歸着スル問題ナレハ茲ニ之ヲ詳論スルヲ得サルナリ

第一百十二條

本編第一百十二條ニ曰ク和解ハ偽造ノ書類又ハ無効ノ行為ニ依リ承諾シタルコトヲ理由トシテ之ヲ銷除スルコトヲ得ス但此等ノ申立ヲ爲スヲ得ヘキ當事者ニ於テ其書類ノ偽造ヲ知ラス又ハ其行為ヲ法律ニ

於テ無効ナラシムル所ノ事實ヲ知ラザリシトキハ此限ニ在ラスト(佛民法第二千〇五十四條及第二千〇五十五條伊民法第七百七十四條及第七百七十五條)此規定ニ付キ注意ヲ要スル點數個アリ左ニ之ヲ述ヘン

(一)本條ハ偽造ノ書類又ハ無効ノ行為ニ依リ承諾シタルコトヲ理由トシテ和解ヲ銷除スルコトヲ得サルヲ原則トシ但書ニ於テ其證書ノ偽造又ハ權利行為ノ無効ナルヲ知ラザリシ場合ニ例外トシテ之ヲ銷除スルヲ得ル如クニ記載セリト雖モ其文体タル佛民法ト異ナリ余輩ノ贊成スル能ハサル所ナリ蓋シ本條ノ主眼ハ事實ノ錯誤ニ因ル銷除ノ場合ヲ規定スルニ非スヤ錯誤ハ即チ其記載スル所ノ事實ヲ知ラサル場合ニ存スルモノナリ若夫レ證書ノ偽造ナルコト又ハ行為ノ無効ナルコトヲ知ラハ錯誤アルニ非ス從テ和解ヲ銷除スルコトヲ得サルハ

論ヲ俟タサル所ナリ何ソ本則トシテ之ヲ明言スルヲ要セシヤ前ニモ述ヘタル如ク余輩ハ其但書ニ記載スル事スヲ通則ノ適用ニ過キサルニ因リ特ニ之ヲ指示スルノ要ナシト信スル者ナリ又錯誤アリシコトハ格別ノ事實ナルニ因リ其證據ハ本條ノ如キ明文ナクモ銷除ヲ請求スル者ヨリ之ヲ擧ケサルヲ得サルコトハ當然ノ規則ナリ(財産編第三百十八條及證據編第一條)

ホアソナード氏ノ意見ヲ察スルニ證書ノ偽造又ハ行爲ノ無効ニ因リ銷除ヲ許サ、ルコトヲ首ニ記載シタルハ偶然ニ非ス同氏ノ説ニ依レハ和解ヲ銷除スルニ偽造又ハ無効ノ事實ヲ知ラサリシコトヲ必要トシタルハ新法ノ改革ニシテ佛民法ニ於テハ特ニ無効ニ付キ和解ヲ爲サ、ル限リハ(同民法第二千〇五十四條)右事實ヲ知リタレハトテ和解有効ト爲ルニ非スト云フ(草案註釋書第三百七十八節末項)此説果シテ

正當ノ解釋ナルヤ甚ダ疑ナキ能ハス蓋シ偽造又ハ無効ノ事實ヲ知ラサレハコソ事實ノ錯誤アルモノニ非スヤ此一點ハ明文ナクモ物上ノ錯誤ニ關スル通則ニ因リ銷除訴權ナキコトニ解セサル可カラサルカ如シ但此問題ノ實用ハ皆無ニ近シ何トナレハ證書ノ偽造又ハ權利行爲ノ無効ナルヲ知リツ、和解ヲ爲ス者ノ如キハ實際決マテ之アル可カラサレハナリ

(二)證書偽造ニ非シテ他ノ理由ニ因リ無効ナルトキハ其證書ニ證明ノ効力ナキハ論ヲ俟タスト雖モ和解ハ之カ爲メニ銷除ト爲ルコトナシ必ス行爲ノ無効ナルヲ要ス是果シテ本條ノ根基タル合意ノ通則ニ反セサルヤ蓋シ物上ノ錯誤ハ決意ノ原因ヲ爲セハコソ銷除ノ基礎ト爲ルモノニ非スヤ然ラハ何ソ獨リ偽造ノ場合ニ限ランヤ他ノ理由ニ因リ無効ナル場合ニ於テモ其事實ヲ知ラス又明ニ無効ニ付キ約束セ

サル以上ハ(佛民法第二千〇五十四條參看)一般ニ銷除訴權ヲ拒ムノ理
 由ナキヲ信スルザリ故ニ余輩惟フニ本條ハ單ニ通則ノ適用ヲ掲ケタ
 ル冗文ト之ヲ見ルヘキニ非ス其中ニ恐ラクハ起案者ノ豫想セザリシ
 變例ヲ含ムモノト解スヘシ果シテ右ニ述ル如ク偽造ノ外ナル證書無
 効ヲ理由トシテハ本條ニ依リ一切和解ノ銷除ヲ請求スルヲ得サルヤ
 或ハ本條ハ唯舉例ニ止リ證書ノ無効ナルヲ知レハ決シテ和解ヲ爲サ
 ヲリシト認定スヘキトキハ通則(財産編第三百十條)ニ基キ銷除ヲ言渡
 スコトヲ得ヘキヤ此第二ノ解釋ヲ至當トスレハ偽造ノ如キ至重ナル
 無効ノ原因ニ付テノミ特別ノ規定ヲ設ケタルハ如何ニモ不都合ト謂
 ハサルヲ得ス又實際正確ナル解釋トシテ之ヲ主張スルノ難キヲ信ス
 ルナリ

論シテ此ニ至レハ愈々本條ノ規定ナキノ優レルヲ感ス唯聊カ前示ノ

弊害ヲ減少スト思フ事ハ證書ノ無効ト行爲ノ無効トハ遺贈ノ如キ或
 僅少ノ場合ニ於テ同一ノ結果ニ歸着スル事ナリ此場合ニ於テハ即チ
 行爲ノ無効ナルヲ知ラザリシテ理由トシテ和解ノ銷除ヲ請求スルヲ
 得ヘシ

佛民法ニ於テハ單ニ證書ノ無効ナルコトヲ知ラザリシテ理由トシテ
 和解ノ銷除ヲ請求スルヲ得ルヤ將タ行爲其者ノ無効ナルコトヲ要ス
 ルヤノ點ニ付キ疑アリ此問題ハ同民法第二千〇五十四條ノ「チートル」
 ナル語ノ義解如何ニ依リ定マルモノナリ殆ト全數ノ學者ハ此語ヲ權
 利行爲ノ意義ニ解セリト雖モ梅博士ハ其著和解論ニ於テ有力ナル論
 據ヲ以テ證書ヲ意義ストノ説ヲ主張セラレタリ詳細ハ我民法ノ解釋
 ニ直接ノ關係ナキヲ以テ之ヲ略ス(佛文和解論第三百三十九頁以下)

(三)佛民法ニ於テハ偽造書類ニ依リ爲シタル和解ハ全ク無効ナリトア

リ(第二千〇五十五條)故ニ證書ノ一部分偽造ナル爲メ和解ノ一部分ヲ
 銷除スルヲ得ス惟フニ此規定タル當事者ノ意思ヲ探尋スルヲ得セシ
 メサル點ニ於テハ其當ヲ得サル如シト雖モ亦一方ヨリ考ルトキハ和
 解證書ノ條款タル互ニ密接連聯シテ輕重ヲ判スルコト難ク瑣々タル
 一條項ト雖モ當事者ニ取リテハ或ハ決意ノ原因ト爲リタルヤ知ル可
 カラス然ルニ裁判官ノ專斷ヲ以テ和解ノ一部分ヲ銷除スルヲ得ルトキ
 ハ往々當事者ノ意思ニ反スルコトナシトセス故ニ右佛民法ノ規定ハ
 一概ニ之ヲ不當ト謂フヲ得ス但其當否ハ別問題トシテ新法上如何ト
 云フニ此一點ハ甚々不分明ト謂ハサルヲ得ス草案註釋書ヲ見ルニ起
 草者ハ前示佛民法條文ニ所謂全ク無効ナル語ヲ全ク誤解シ和解ノ全
 部ニ付キト解セスシテ不成立ト解セリ(第三百七十八節末項)是レ其原
 語(entierement)ノ意義ニ悖リ且編纂錄及ヒ一般ノ學說ニ反スルモノトス

第一百十三條

起草者ハ此解釋ヲ下シ新法ニハ此規定ヲ採用セシテ銷除ノ場合ト
 爲セリト言ヒ和解ハ不可分ナルモノノ要點ハ之ヲ論究セス故ニ此點ハ
 我新民法ノ解釋上一疑問ト爲ルノ價值アリ解釋ノ原則ニ從ヘハ右佛
 民法ノ如キ特別ノ條文ナキ以上ハ和解ノ一部分ヲ銷除スルニ妨ナキカ
 如シ唯裁判官ハ可成其職權ノ濫行ヲ慎ミ偽造部分カ他ノ部分ト全ク
 連聯セサル稀有ノ場合ニ非サレハ一部ノ銷除ヲ宣告ス可カラサルノ
 事所謂和解不可分ノ問題ニ關シテ其判決ト結局相異ナル所ハ此事實
 ノ一點ニ存スト謂フ可キ歟

事實ノ錯誤ノ爲メ和解ヲ銷除スルコトヲ得ル第二ノ場合ハ本編第百
 十三條ニ之ヲ規定ス其條文左ノ如シ

定マリタル等ニ付キ爲シタル和解ハ新ニ發見シタル證書ニ因リテ
 當事者ノ一方カ争ノ目的ニ付キ何等ノ權利ヲモ有セス又ハ他ノ一

方カ其目的ニ付キ完全且争ヲ可カラサル權利ヲ有スルコトノ顯ハ
レタルトキハ事實ノ錯誤ノ爲メ亦之ヲ銷除スルコトヲ得(佛民法第
二千〇五十七條第二項)

確定シタル判決又ハ攻撃スルヲ得サル契約ニ因リ既ニ争ノ落着シ
タル場合ニ於テ其判決又ハ契約ヲ知ラスシテ和解ヲ爲シタルトキ
モ亦同シ(佛民法第二千〇五十六條)

然レトモ和解カ従前ノ原因ヨリ生スルコト有ル可キ總テノ争ヲ落
着セシメ又ハ之ヲ豫防スルヲ目的トシタルトキハ當事者ノ一方ノ
利益タル確定證書ノ發見ハ其和解ノ銷除ヲ生セス但其證書カ相手
方ノ所爲ニ因リテ控留セラレタルトキハ此限ニ在ラス(佛民法第二
千〇五十七條第一項)

草案註釋書ニ依レハ本條モ亦物上ノ錯誤ニ基ク銷除ノ場合ヲ規定シ

タルモノトス而シテ之ヲ區別スルトキハ二個ノ場合ト爲ル(一)新ニ確
定證書ヲ發見シタル場合(二)確定判決又ハ契約アリシコトヲ知ラザリ
シ場合即チ是ナリ此二種ノ場合ニ適用スヘキ法理ハ全ク同一ナリ唯
本條第一項及第三項ニ於テ右第一ノ場合ヲ規定シ第二項ニ第二ノ場
合ヲ規定シタル點ハ佛伊民法ト体裁ヲ異ニシ(此兩民法ニ於テハ條ヲ
分テ右二ノ場合ヲ規定セリ)甚々其當ヲ失フ如シト雖モ又全ク一理ヲ
キ事ニ非ス蓋シ第一項ノ場合ト第二項ノ場合トハ立法者ノ眼中大ニ
相類似スルモノニシテ何レモ同一ノ原則ニ基キ和解ヲ銷除スルヲ得
ヘシ之ニ反シテ第三項ハ總括和解ニ關スル規定ニシテ銷除訴權ヲ拒
ムテ本旨トス此種ノ和解ニ付テハ其中ノ或事項ニ付キ證書ヲ發見シ
タル場合ニ於テモ之ヲ銷除スルコトヲ得ス條文ニハ唯確定證書ヲ發
見シタル場合ノミヲ指示スト雖モ是レ誤譯ニシテ草案原文ニハ前項

ヲ承ケテ判決ヲモ包含スル語ヲ用ヒタリ詳細ハ後ニ説明スル所ヲ見ルヘシ

故ニ余輩ハ左ニ節ヲ分チ特定事件ニ付テノ和解ト總括和解トニ關スル規定ヲ略述セントス

(一)特定事件ニ付テノ和解 此種ノ和解ニ付テハ確定證書ヲ發見シタル場合ト確定判決又ハ契約アリシコトヲ知ラスシテ和解ヲ爲シタル場合トヲ區別スヘシ

(イ)確定證書ヲ發見シタル場合 若當事者ニ於テ初メヨリ確定證書ノ存スルコトヲ知レハ空シク其主張スル權利ノ一部ヲ拋棄シ又ハ義務ノ一部ヲ認諾シテ和解ヲ爲スコトナシ此事實ヲ知ラスシテ和解ヲ爲シタルハ畢竟錯誤ニ陥リタルモノナリ故ニ普通法ノ適用ニ依リ消除ヲ請求スルヲ得ヘシ唯其實事ノ狀態ニ於テ一般物上ノ錯誤ト同一視

スルコト難キ所アルカ爲メ特ニ本條ノ規定ヲ設ケラレタルモノト思ハル

然リト雖モ今立法問題トシテ其當否ヲ論スレハ大ニ非難スルコトヲ得ヘシ蓋シ和解ヲ爲ス者ハ其權利ヲ有スルノ確實ナルヲ疑ヘハコソ之ヲ爲スモノナリ後日或ハ確證ノ現出スルコトアルヘキヲ知レトモ未必ノ僥倖ヲ賴ンテ損失ヲ招クノ危険ヲ冒スヨリハ寧ロ其主張スル所ノ一部ヲ拋棄シテ他ノ一部ヲ確ムルヲ利得ト信シタルモノナリ故ニ後日新ニ確定證書ヲ發見スルモ和解ノ性質及ヒ目的上之ヲ眞ノ錯誤ト謂フコトヲ得ス和解ハ損益不分明ノ點ニ於テ射倖契約ト異ナラス法律ハ即チ將來ニ争訟ノ種子ヲ絶ツノ美果アルヲ見テ之ヲ賭博ト同類視セス有益ナル一行爲トシテ之ヲ保護スルモノナリ然ルチ後日確定證書ヲ發見シタルヲ理由トシテ之ヲ消除スルコトヲ得ハ和解ノ

効果ハ毫モ鞏固ナルヲ得ス其一般ノ裨益ト當事者ノ希望トハ殆ト有名無實ニ屬スヘシ是已ニ羅馬法ニ於テ右事實ヲ以テ銷除ノ一原因ト認メサリシ所以ナリ若夫レ確定證書ヲ發見シタル爲メニ銷除ヲ請求スルコトヲ得ヘシトセハ梅博士ノ説ノ如ク信用スヘキ證人ノ現ハレタル場合ニ於テモ亦之ヲ請求スルコトヲ得サル可カラス果シテ斯ノ如クナレハ殆ト底止スル所ナク遂ニ和解ハ交互ノ讓合又ハ出捐ニ由リ成ルモノト謂フヲ得サルニ至ルヘキナリ(梅氏佛文和解論第五百五十六節第三百四十八頁參看)

條文ニ一方カ何等ノ權利ヲモ有セス又ハ他ノ一方カ完全且爭フ可カラサル權利ヲ有スルコトノ顯ハレタルトキトアルハ同一ノ事ヲ分ケテ言ヒタルノミ別々ノ場合ヲ規定シタルモノト誤解ス可カラス何ニシテモ冗文タルヲ免レス

(d) 確定判決又ハ攻撃ス可カラサル契約ニ因リ爭ヲ終局シタルコトヲ覺知シタル場合 既ニ私證書ノ發見スラ和解銷除ノ原因ト爲ル以上ハ確定判決ノ存スルコトヲ覺知シタル事實ニハ尙更同一ノ効果アル可キハ當然ノ事ナリ羅馬法ニ於テモ既判力ヲ重ンスルノ餘リ此場合ニハ和解ノ要素タル權利ノ不確定ナシトシ當然之ヲ無効トセリ但攻撃ス可カラサル契約ヲ之ト同視シタルハ我民法ノ新規定ニシテ羅馬法及ヒ佛國古來ノ法律ニ其例ヲ見サル所ナリ一旦確證ノ發見ヲ以テ和解無効ノ原因ト爲ス主義ヲ採リタル以上ハ論理ニ於テ此規定ヲ不當ト言フヲ得ス唯前ニモ述ル如ク立法問題トシテハ總テ證據書類ヲ發見シタル如キ事實ノ爲メ和解ノ銷除ヲ許スノ失當ヲ主張スルヲ得ヘキノミ但確定判決ニ付テハ公益上其効力ノ固キヲ認ムル爲メ特例ヲ設クルコト或ハ至當ナルヘシ又當事者ニ於テモ最早法廷ニ爭フ可

カヲサル確證ノ存スルヲ知ラザリシハ眞ノ錯誤ト見ルヲ得ヘシ故ニ
 此場合ニ付テハ或ハ一概ニ法律ヲ非難スルヲ得サル所アルヘシ
 確定判決トハ最早上訴ニ因リ攻撃スルヲ得サル判決ヲ云フ故ニ控訴
 上告ノ方法盡キタル終審ノ判決ニ限ル然レトモ佛民法(第二千〇五十
 六條)ヲ解釋スル大抵ノ學者ハ通常上訴ニ因リ攻撃スルヲ得サル終審
 ノ判決ニ之カ適用ヲ及ホシ非常上訴ノ途塞カサルハ和解無効ノ妨ク
 ト爲ラスト説ケリ(アコラス氏民法評論第五百九十三頁梅氏佛文和解
 論第三百五十一頁ボードリー氏民法提要第五百八十六頁參看)再審ニ
 付テハ此説固ヨリ至當ナリ上告ニ付テモ亦右條文第二項アル爲メ同
 一ナルカ如シト雖モ其理由ヲ説クハ困難ナリ夫レ普通上告ノ途ナキ
 終審判決ヲ意義スル語(同條第一項)ヲ斯ク解スルニ至リタル所以ハ蓋
 シ非常上訴ノ方法存スルノミニテハ通常上訴ヲ爲スヲ得ル場合ノ如

クニ争訟ノ結局不確定ナルニ非ストノ意ナランカ(ボードリー氏民
 法提要前示頁下段)是レ實ニ微力ナル説明ト謂ハサルヲ得ス何トナレ
 ハ上告ハ法律違反ヲ理由トスヘキノミニシテ當事者ノ權利未タ確定
 セサル點ニ於テハ事實覆審ヲ終ラサル場合ト唯其不確定ノ度ヲ異ニ
 スルニ過キサレハナリ有名ナルアカリアス氏ハ其著和解論ニ於テ「通
 常上訴ヲ爲スヲ得ルト否トハ容易ニ之ヲ判斷スルヲ得ヘキモ非常上
 訴ノ方法ノ果シテ正當ナルヤヲ判斷スルハ難シ」ト曰ヘリ(同氏著「ドク
 ト」論文第三百二十一頁)是亦薄弱ナル理由ト謂フヘシ著者ノ所謂判
 斷ノ難易ハ問フ所ニ非ス余輩ハ更ニ確實ナル説明ヲ得ンコトヲ希望
 スル者ナリ

梅博士ハ其著書ニ於テボードリー氏ヨリ一段確實ナル説明ヲ與ヘテ
 レタリ即チ佛民法編纂者ノ一人タリシ某氏ノ説ヲ示サレタリ曰ク「大

審院上告ハ實行ヲ停止セラル、コトナキ既得權ノ存立ヲ妨ケス」ト余輩惟フニ此理由タル或ハ立法者ノ精神ヲ發表シ解釋ヲ定ムルノ價値アルヘシ而シテ著者ハ此解釋ヲ下サレタル上ニテ更ニ立法上之ヲ非難シ非常上訴ニ因リ攻撃スルヲ得サル判決スラ之ヲ發見シタルヲ理由トシテ和解ヲ銷除スルハ其當ヲ得ス然ルニ此方法ニ因リ攻撃スルヲ得ヘキ判決ヲ發見シタルニ因リ銷除ヲ許スハ固ヨリ其當ヲ失フト論結セラレタルハ卓見ト謂フヘキナリ(同氏和解論前示頁)

然リト雖モ右編纂者ノ言タル唯或ハ立法者ノ精神ニ適フカト推測スル迄ニテ佛國法一般ノ原則ヨリ之ヲ考ルモ大ニ誤マレリ其所以ハ蓋シ上訴ノ方法全ク盡キタル後ニ非サレハ權利確定シタルモノト謂フヲ得ス唯權利ノ存スルコトヲ認定スルハ初審ノ判決ニモ其効力アリ最早事實ノ點ニ付キ上訴スルコトヲ得サルモ法律違反ノ爲メ原判決

破毀セラレ遂ニ初ヨリ權利ヲキコトニ定マルヤ知ル可カラス又前説ニ所謂權利ノ實行ヲ停止セストハ終審判決ノ効力ニ非ス佛國法ニ於テハ初審ノ判決ト雖モ其送達後ハ何時ト雖モ之ヲ執行スルヲ得ヘシ控訴起レハ執行ヲ停止スト雖モ唯控訴期間ノ滿了セサル爲メ之ヲ停止スルコトナシ是我新民事訴訟法ト相異ナル一點ナリ(民事訴訟法第四百九十七條及第四百九十八條)

以上ハ佛國法ニ付テノ議論ナレトモ事或ハ細小ニ非ス且我新法規定ノ當否ヲ判スルノ參考ト爲ル所アルヲ以テ稍々冗長ニ渉ルヲ恐レヌシテ之ヲ論セリ新法條文ニハ「確定シタル判決」トアルヲ以テ聊カ疑ヲ存スルナシ上告ノ方法存スル限リハ和解ヲ銷除スルコトヲ得ス然リト雖モ再審ハ判決ノ確定ヲ妨クルモノニ非ス否確定シタル判決ニ非サレハ再審スルコトヲ得サルナリ(民事訴訟法第四百六十七條新

法條文ニ確定シタル判決ト譯シタル草案ノ原語ハ不可取消判決トアリシテ以テ或ハ羅馬法ニ於ケル如ク一切攻撃スルコトヲ得サル判決ヲ謂フノ精神ナリシヤ知ル可ガラス但此語ハ本來確タル意義ヲ有セス且草案註釋書ニモ説明ナキヲ以テ起案者ノ説ハ直接ニ之ヲ聞クノ外アラサルナリ

以上説明スル和解銷除ノ場合ハ何レモ物上ノ錯誤ニ基クモノタルコト條文及ヒ草案註釋書ニ依リ寸毫ノ疑ヲ容レス然レトモ佛民法ノ解釋トシテハ原因ノ欠缺ニ基ク不成立ノ場合ナリト説ク者ナキニ非ス此説ハ今日ニ在テハ殆ト勢力ヲ失ヘリ殊ニ新法ヲ説明スルニ當リ斯ノ如キ明文ニ規定シタル點ヲ喋々論スルハ全ク其益ナシ立法問題トシテモ余輩ノ如キ嘗テ原因ト稱スル合意ノ特別要素アルコトヲ疑フ者ハ尙更此點ヨリ法律ノ規定ヲ非難スルノ要ヲ見サ

ルナリ

又一ノ注意ス可キ事ハ前述錯誤ノ場合ニ於テ銷除訴權ヲ有スル者ハ其錯誤ノ爲メ瑕庇アル承諾ヲ與ヘタル一方ニ限ルコトナリ此事ハ條文ニ之ヲ明言セスト雖モ已ニ錯誤ニ基ク銷除ノ場合タルコト明ナル以上ハ普通ノ原則(財産編第二部)ニ於テ寸毫ノ疑ヲ生セサルナリ

(二)一切又ハ一種類ノ事件ニ付キ和解シタル場合 此場合ニ於テハ銷除ヲ求ムルヲ得ス是蓋シ其事件ノ一二ニ付キ確定證書ヲ發見スルモ之カ爲メ意ナキ和解ヲ爲シタリト推定スルヲ得サレハナリ但其事件ノ大半ニ關スル證書ヲ發見シタル場合ニハ特定事件ニ付キ和解シタル場合ト大ニ相異ナル所ナシト雖モ法律ハ何等ノ區別ヲモ示サルヲ以テ一般ニ銷除ヲ許サル精神ト解釋セサルヲ得ス惟フニ是レ和

解ハ争訟ヲ終結シ又ハ防止スル有益ノ行爲ナルヲ以テ可成其効力ヲ維持シ裁判官ヲシテ證書ト關係ヲ有スル部分ノ大小輕重ヲ査定セシムルヲ欲セサルノ意ニ出テタルモノナランカ
 條文ニハ「總テノ争」トアレトモ右ニ示ス如ク個々特定セサル一種類ノ事件ニモ適用スヘキ意ナルコト疑ヲ容レズ此點ニ付テハ佛民法ノ解釋殆ト一定セリ即チ特定事件ニ對スル意義ナリ故ニ又事件ヲ特定シテ和解シタル場合ニハ其事件ノ一ニ限ルヲ要セス數個ノ事件ニ付テモ其争ノ目的タル總テノ權利ニ付キ錯誤アリタルトキハ前説ノ規定ニ基キ銷除ヲ請求スルヲ得ヘシ(草案註釋書第三百八十一節)
 右一般ノ争ニ付キ和解シタル場合ニ於テモ特ニ銷除ヲ許スコトアリ即チ本條第三項但書ニ其證書カ相手方ノ所爲ニ因リテ控留セラレタルトキハ此限ニ非ラストアリ佛民法ニモ同一ノ規定アリ而シテ其精

神タル故意ニ控留シタル場合ノミヲ謂フニ在ルコト疑ナシ然ルニ新法起案者ハ之ヲ誤解シ故意ノ有無ヲ問ハズ銷除ヲ許スト記セリ(草案註釋書第三百八十節第二項)是レ甚々其當ヲ失フモノト謂フヘシ蓋シ佛民法ニ於テ故意ノ條件ヲ要シタル所以ハ畢竟詐欺アルカ故ナリ詐欺ニ起因スル錯誤ハ所謂緣由ニ於ケル錯誤ノ如ク通常契約ノ効力ヲ毀傷セサルモノト雖モ詐欺ノ爲メ銷除ヲ許スヲ原則トス然ルチ新法ノ如クニ規定スルトキハ尋常承諾ノ瑕疵ヲ爲サ、ル錯誤ニシテ銷除ノ原因ト爲ルニ至ル豈ニ不都合ト謂ハサル可ケンヤ已ニ錯誤ノ爲メ總括和解ノ銷除ヲ許サ、ルチ原則トスル以上ハ相手方カ證書ヲ控留シタレハトテ銷除ヲ許スハ何ソヤ畢竟詐欺ヲ以テ銷除ノ一原因トスレハコソ之ヲ説明スルヲ得ヘシ然ルニ新法ハ詐欺ニマテ銷除ノ効力ヲ拒ミナカラ(財産編第三百十二條)唯無意ニ證書ヲ控留セラレタル爲

メ銷除ヲ許スハ何ソヤ證書アルコトヲ知ラハ必ス和解セサリシナラ
 ノト推定スル能ハストノ理由ハ之カ爲メ果シテ其力ヲ失フヤ
 新法ハ相手方カ故意ニ證書ヲ控留シタルコトヲ要セスト雖モ其所爲
 ニ出テタルコトヲ必要トセリ故ニ例ヘハ誤テ自己ノ書類ト共ニ其證
 書ヲ筐中ニ藏メシ場合ニハ和解ヲ銷除スルヲ得ヘシト雖モ家中ノ者
 カ之ヲ藏匿シタル場合ニハ銷除スルヲ得ス先人カ藏匿シタルヲ知ラ
 スシテ相續シタル場合ニ付テハ疑アリト雖モ已ニ銷除ニ服スル權利
 ナ相續シタルモノトシテ銷除ヲ許スヲ至當ナリト信ス
 本條第三項ノ確定證書ハ第二項ノ確定判決ヲモ包含スルノ精神ナリ
 シコト草案原文及ヒ其末項ノ規定ナルヲ見ルトキハ殆ト疑ヲ存セス
 然レトモ攻撃ス可カラサル契約ヲモ包含スルノ意ナルヤ疑ハシ但書
 ニ控留ノ事ヲ言フヨリ考レハ前二項ノ全文ヲ承ケスシテ唯證據書類

ノ意義ニ用ヒタルモノト解スルヲ得ヘシ草案註釋書ニ説明スル所甚
 タ簡略ニシテ明ナラス畢竟此疑點ヲ決スルノ如何ニ依リ右確定證書
 ナル譯語ノ意義及其當否定マルヘキナリ

明治廿四年十二月十八日印刷
同 年十二月二十日出版

正價金八十五錢

版權所有

著作兼發行者

東京市麹町區飯田町五丁目卅三番地

富井政

章

印刷兼發行者

東京市日本橋區通三丁目八番地寄留

岡島眞七

發兌所

大阪市東區南久寶寺町四丁目廿一番屋敷

岡島寶文館

同

大阪市東區本町四丁目百五十四番屋敷

岡島眞七

同

大阪市東區備後町四丁目十九番屋敷

岡島新聞舖

同

東京市日本橋區通三丁目八番地

岡島支店

各縣賣捌書肆

備前岡山仲之町	備前上ノ町	同 四六寺町	同 梯屋町	備後尾ノ道土室町	藝州廣島橋町	周防山口中市町	雲州松江天神町	同	同 本町	長門豐浦中濱町	肥後熊本新三丁目	鹿兒島十日市町											
山野長	豐岡與	福浦文	龜友堂	阪井萬	村岡榮	向井藏	森井禎	細內謹	竹谷三	假木太	三木兵	松村善	宮川臣	大川清	大川利	園山三	園山右	村山三	長谷傳	長谷次	吉田幸		
平	一	藏	店	助	吉	助	藏	舍	郎	郎	助	助	助	助	助	助	助	助	助	助	助	助	助

大阪賣捌書肆

備後町北ノ入	備後町東ノ入	備後町東ノ入	備後町東ノ入	備後町東ノ入	備後町東ノ入	備後町東ノ入	備後町東ノ入	備後町東ノ入	備後町東ノ入	備後町東ノ入	備後町東ノ入	備後町東ノ入	備後町東ノ入	備後町東ノ入	備後町東ノ入	備後町東ノ入	備後町東ノ入	備後町東ノ入	備後町東ノ入	備後町東ノ入	備後町東ノ入	備後町東ノ入	備後町東ノ入
赤鹿	赤鹿	赤鹿	赤鹿	赤鹿	赤鹿	赤鹿	赤鹿	赤鹿	赤鹿	赤鹿	赤鹿	赤鹿	赤鹿	赤鹿	赤鹿	赤鹿	赤鹿	赤鹿	赤鹿	赤鹿	赤鹿	赤鹿	赤鹿
助	助	助	助	助	助	助	助	助	助	助	助	助	助	助	助	助	助	助	助	助	助	助	助

岡島寶文館發兌書目

刑法論綱

全一冊

法科大學教授 富井政章先生講述
日本佛國法學博士

西洋形金文字入上等製本
紙數四百七十餘
定價金一圓四十錢
減價金一百部限特別
一圓十錢
稅郵十二錢

今や我刑法に關する著書其數少からずと雖も簡明に其綱要を論述したる其書に乏しきは世人の偏見遺憾とする所なり本書は先生か多年大學に於て爲されたる刑法講義の要領を筆記し之に修正を加へられたるものにして學理上より簡明に我刑法一般の原則を説明し重要なる論題を擧げて逐一之を判決せられたる完全無比の名著なり世の此學に志する者は一たひ之を通讀して其座右に必要缺く可からざる良書たることを知るを得べし●因に云ふ頃日世間に於て我政府は遠からず現行刑法に多少の改正を加へらるべしとの説を爲す者おれども本書は主として普通一般の原則を説明したるものなるを以て右風説の虛實如何に關係なく一般に裨益するを得べし

○廣告

法科大學教頭富井政章先生講述
日本佛國法學博士

民法論綱

人權之部全二冊

上卷正價金八十錢
下卷正價金八十錢
郵稅各一冊ニ付金八錢
○西洋形背皮金文字入上等
製十二行廿五字詰紙數九百
ページ餘

民法は民事に關する諸法律の通則を定むる至重の大典にして殊に其中心なる人權及義務の部は契約私犯損害賠償等數多の要目を含み民事に係る法律全體の適用に大作用を爲すものなれば其原理大則を明かにするに非ざれば決して民法商法訴訟法等の條義と精神を了解するを得べからざるなり弊店此に見る所あり先生に請ひ其嘗て某校に於て多年講述せられたる人權論の筆記に修正を加へ之に先般發布に成りたる新民法の條文を參照し詳に其意義を説明すると共に學理上より其當否を論究したるものなれば文官代官人登用試験候補者を始めとして法律學又は法律上の實務に従事する人は勿論荷も我邦人民たる者の座右に缺く可からざる無比の良書と謂ふべきなり

全先生著述

民法論綱

財產取得
編之部全三冊

上卷既成中下卷近刻
上卷上等製正價金八十五錢
全 假綴 正價金七十七錢
郵稅八錢
上卷紙數三百廿頁餘十二行三十字詰

法學士藤田隆三郎君編述



○全一冊製本洋裝堅固總ク口

一ス與頗ル美本紙數五百頁

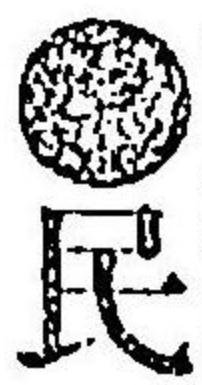
正價金一圓

郵稅十二錢

大津事件無事ニ終局シ僅ニ愁眉ヲ開キタルカト思ヘハ上海事件突如トシテ發現シ英露諸外國對清國ノ談判開始ス昨ハ智利、墨西哥内亂起リ大統領銃殺ヲ遂クルヲ耳ニシ今ハ巴西共和國ノ騷擾太甚シト聞ク國際問題モ亦頻繁ナル哉政治家タル者豈萬國公法ノ智識ナクシテ可ナランヤ况ソヤ條約廢棄案ノ我衆議院ニ出テ歸化法案ノ貴族院ニ上レルノ今日ニ於テオヤ又況ソヤ西伯利亞鐵道ノ竣功近キニ在ルノ今日ニ於テオヤ本書ハ曩ニ海
奈良地方裁判所長
軍大學校及東京法學院ニテ萬國公法ノ囑托講師タリ現時
花井卓藏 試補 北岡保定 規 戰時法規ヨリ局外中立ノ法規ニ至ルマテ細大漏
ル判事藤田法學士
カ公法ヲ以テ有名ナル、ホイル氏デビス氏ハレンツク氏フ
ナサス反覆叮嚀ニ其要諦ヲ説明シ卷末附スルニ古來ヨリ近年ニ至ルマテ萬國公法判決例中ノ著

名ナルモノ三十六件ヲ以テシタレハ理論實際兩ツナカラ之ヲ知悉スルヲ得ヘシ諸君請フ一本ヲ座右ニ置ケ

控訴院 法律學士井上操君著述



民

法

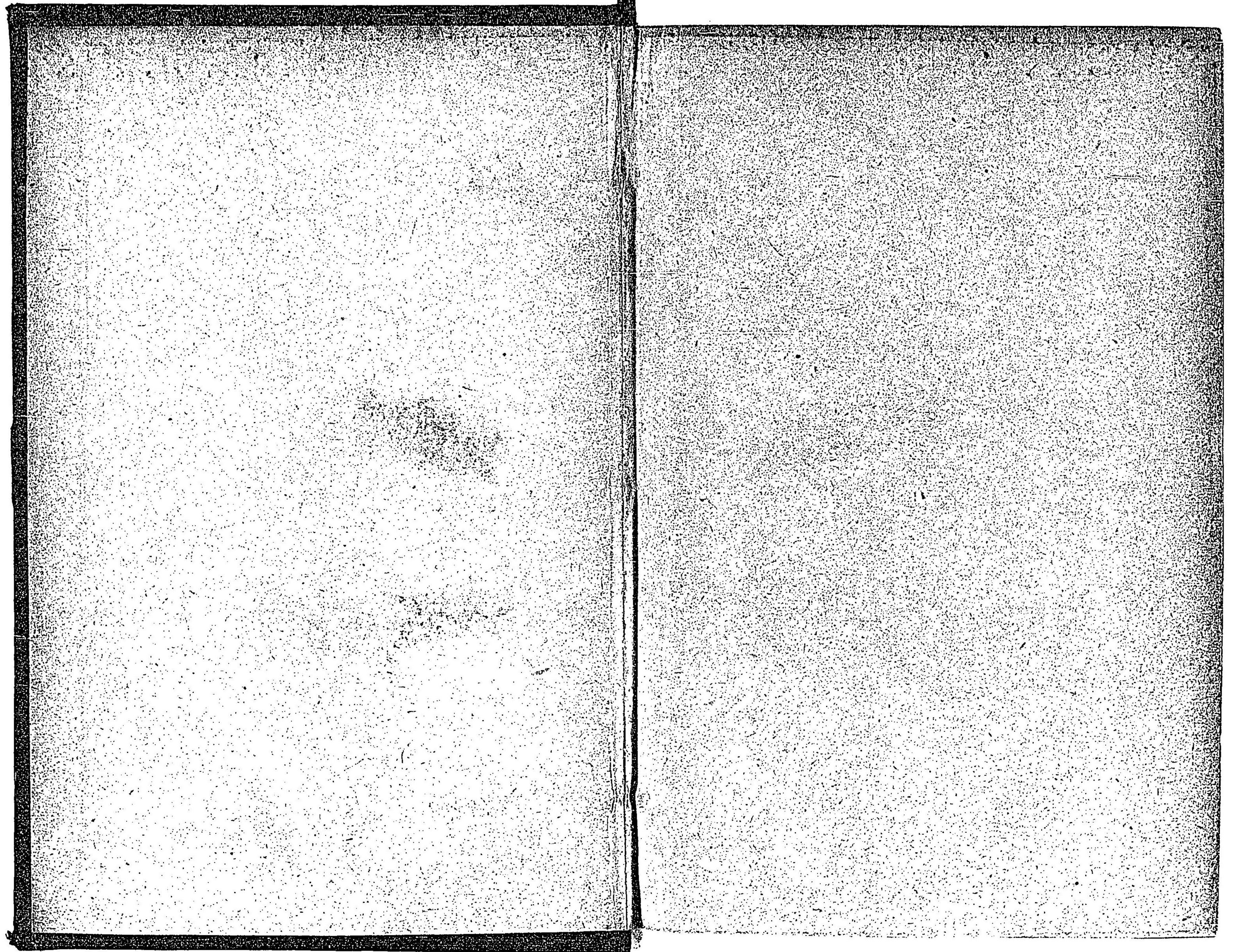
詳

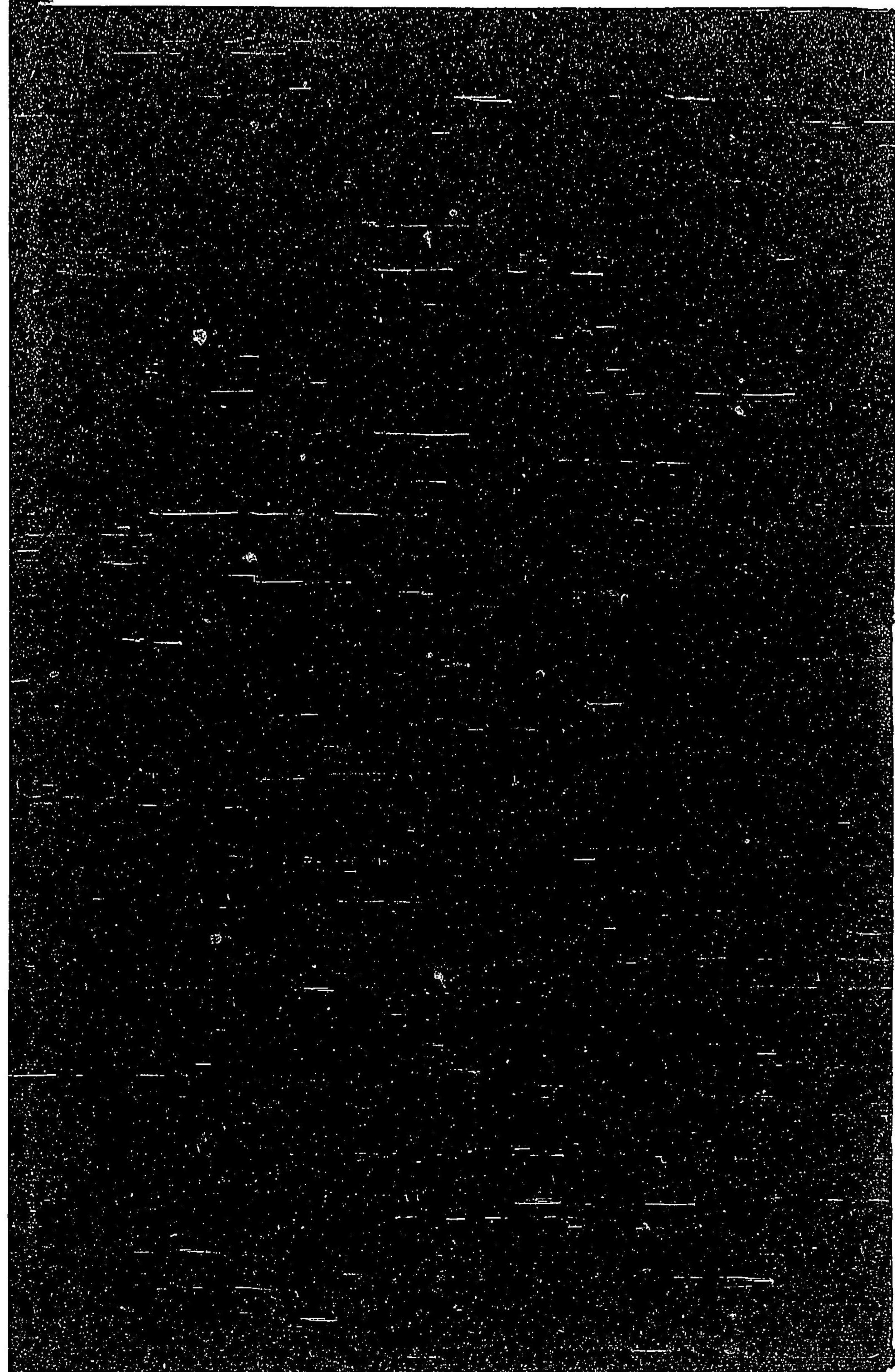
解

全部十册 全紙數七千頁

人	事	編	上下二册	正價金一圓	郵稅十六錢
財	產	編	上卷一册 物權ノ部 下卷一册 人權ノ部	正價金八十五錢	郵稅十二錢
財	產	取得編	上卷一册 自先占 中卷一册 自和約 下卷一册 至契約	正價金八十錢	郵稅十二錢
同	同	同	下卷一册	正價金一圓五十錢	郵稅十八錢
債	權	擔保編	上卷一册 下卷一册		
證	據	編并ニ法例	一册		

民法ハ實ニ我國創始ノ法律ニ屬シ我國民ノ未ダ法律思想ニ富マサルヤ或ハ法律ノ語辭ヲモ解セサル者アリ或ハ語辭ヲ解スルモ其理由ヲ知ラサル者アリ或ハ理由ヲ知ルモ其理由ヲ辯セサル者アリ本書ハ實ニ卷ヲ重スル十册紙數ヲ積ムト七千ペーシ縦横自在ニ説キ來リ説キ去リ之レヲ一





17
313

17
3/3

9/204/KV