

2/28



緒言 目次



買賣法目次

第一編 買賣ノ成立

第一章 買賣ノ定義及ニ性質

第一節 買賣ノ定義

第二節 買賣ノ性質

第二章 當事者ノ能力

第三章 目的物

第四章 代價

第一節 代價ノ性質

第二節 代價ノ指定方法

第五章 手附及ニ内拂

一 一

八 丁

全 丁

全 丁

一九 丁

二 丁

二 丁

三 丁

六 丁

六 丁

全 丁

七 丁

七 丁

七 丁

|     |            |      |
|-----|------------|------|
| 第二編 | 賣買ノ種類      | 八二丁  |
| 第一章 | 試験賣買及ヒ試味賣買 | 全丁   |
| 第一節 | 試験賣買       | 全丁   |
| 第二節 | 試味賣買       | 八四丁  |
| 第二章 | 見本賣買       | 九〇丁  |
| 第三章 | 賣買ノ豫約      | 九三丁  |
| 第一節 | 片務豫約       | 全丁   |
| 第二節 | 双務豫約       | 九九丁  |
| 第四章 | 度量衡ヲ用ユル賣買  | 一〇三丁 |
| 第五章 | 條件附賣買      | 一〇七丁 |
| 第六章 | 擔保附賣買      | 一二三丁 |
| 第七章 | 債權ノ賣買      | 一二六丁 |
| 第八章 | 不分物ノ競買     | 一三四丁 |

|     |            |      |
|-----|------------|------|
| 第三編 | 賣買ノ効力      | 一三七丁 |
| 第一章 | 所有權及ヒ危險ノ移轉 | 全丁   |
| 第一節 | 所有權ノ移轉     | 一三七丁 |
| 第二節 | 危險ノ負擔      | 一五二丁 |
| 第二章 | 賣主ノ義務      | 一五八丁 |
| 第一節 | 所有權移轉ノ義務   | 全丁   |
| 第二節 | 目的物引渡ノ義務   | 一六〇丁 |
| 第三節 | 目的物保存ノ義務   | 一七三丁 |
| 第四節 | 擔保ノ義務      | 一七五丁 |
| 第一款 | 擔保ノ性質      | 全丁   |
| 第二款 | 法律上ノ擔保     | 一七九丁 |
| 第一項 | 必存擔保       | 全丁   |
| 第二項 | 瑕疵擔保       | 二〇七丁 |
| 第三項 | 擔保ノ制限      | 二二五丁 |

第三章 買主ノ義務

第一節 代金辨済ノ義務

第一款 代金辨済ノ時期

第二款 代金辨済ノ場所

第三款 代金ノ利息

第二節 目的物ノ引渡ヲ受クルノ義務

第四章 賣主カ賣渡物上ニ有スル權利

第一節 留置權

第一款 留置權ノ性質

第二款 留置權ノ効力

第三款 留置權ノ消滅

第二節 取戻權

第一款 取戻權ヲ行ヒ得ヘキ場合

第二款 取戻權ノ消滅

四

二三七丁

全 丁

二三七丁

二三二丁

二三三丁

二三三丁

二三五丁

二三七丁

全 丁

全 丁

二四〇丁

二四一丁

二四三丁

二四五丁

二五一丁

第四編 賣買ノ解除

第三款 取戻權ノ効力

二五四丁

二五七丁

二五七丁

二六四丁

全 丁

全 丁

二六八丁

二七〇丁

二七二丁

二七二丁

二七四丁

二七四丁

二七六丁

賣買法(目次)終

賣買法目次

五

賣 買 法

法學士 馬場 愿 治講義  
卒業生 窪田欽太郎編輯



抑モ賣買ハ人事關係中最モ重要ナルモノニシテ又其大部分ヲ占ムルモノナリ而シテ其發達ニ頗ル古代ニ在リトス故ニ法律諸科目中ニ於テ研究ヲ盡シタルコトト發達ノ程度ニ天ナルコトハ亦賣買ニ若クモノナシ是ヲ以テ何レノ邦國ノ法律ヲ見ルモ其成文法タルト將タ不成文法タルトヲ論セス其之カ規定ノ能ク細微ニ涉レルモノハ賣買法ノ右ニ出ルモノ之レアラサルナリ今ヤ諸君ト共ニ一堂ノ下ニ會シテ斯ク重要ナル法律科目ヲ講究スルコトヲ得ルハ余ノ甚タ愉快ヲ感スル所ナリ

賣買法ヲ研究スルニ方リテハ如何ナル方法ヲ採用ス可キカト云フニ素ヨリ此法

律タル民事及ヒ商事ヲ包含スルモノナリ故ニ余ノ講究スル所モ亦汎ク此二者ニ  
 涉リ敢テ其一ニ局限スルコトナカル可シ而シテ其之カ講義ノ材料ハ主トシテ既  
 成法典ヨリ之ヲ採ル可キコト勿論ナリト雖モ奈何セン該法典タル今ヤ正ニ調査  
 中ニ在リ向後果シテ如何ナル修正ヲ受シルヤ知ル可カラサルヲ以テ余ハ羅馬法  
 佛國法並ニ英米ノ法律等ヲ參照シ賣買ノ法理ヲ闡明セントス然レトモ此等諸國  
 ノ法規中其何レカ正鵠ヲ得タルモノナルヤ又本邦ニハ如何ナル規定ヲ要スルヤ  
 ト云フカ如キ問題ニ至テハ專ラ之ヲ諸君ノ研究ニ委ネサルヲ得ス  
 斯法講義ノ本論ニ入ルニ方リテ先ツ羅馬法ニ於ケル賣買ノ位地ト賣買法ノ沿革  
 トニ付キ畧述スル所アラントス

第一、羅馬法ニ於ケル賣買ノ位地

羅馬法ニ於テハ契約ヲ大別シテ二種トス無名契約 (Innominate contract) 及ヒ有名契  
 約 (Nominated contract) 即チ是レナリ

(一) 無名契約 無名契約トハ法律上特別ナル名義ヲ有セスシテ一般ノ訴訟手續  
 ニ依リテ救済ヲ求ム可キ契約ヲ云フ例ハ交換契約又ハ和解契約ノ如キ是レナ

リ而シテ羅馬法ノ規定ニ依レハ此無名契約ハ總テ要物契約即チ實行契約ニシテ  
 目的物ヲ對手ニ引渡スニ非サルハ成立セサルモノナリ

(二) 有名契約 有名契約トハ法律ノ規定上特別ノ名義ヲ有シ且ツ之ニ付キ救済  
 ナ求ムルニハ特殊ノ訴訟手續ニ依據セサル可カラサル契約ヲ云フ賣買寄託及ヒ  
 貸借ノ如キハ即チ此種ノ契約ニ屬スルモノナリ而シテ有名契約ニハ要物ノモノ  
 アリ又物ノ引渡ヲ必要トセサルモノモアリテ必スシモ一定セサルナリ此有名契  
 約ト無名契約トノ區別ハ佛國法律ハ勿論我既成法典ニ於テモ亦之ヲ認ムルコト  
 ハ其條文ニ照シテ明カナリトス然ラハ這般ノ區別ハ果シテ如何ナル事由ニ基ク  
 モノナルヤト釋スルニ是レ實ニ立法上ノ便宜ニ因ルモノタルニ外ナラスシテ即  
 チ有名契約ニ付テハ法律上特別ノ規定ヲ設置シ之ニ依ラシムト雖モ無名契約ハ  
 單ニ普通ノ規定ニ據ラシムルニ在リ故ニ制法上特別ノ規定増加スルニ從ヒ有名  
 契約其數ヲ増加シ無名契約其比例ヲ以テ減少ス可キコト當然ナリ羅馬法ニ於テ  
 ハ近世歐洲大陸諸國ノ法律ニ比シテ有名契約ノ數甚ク僅少ニシテ無名契約ハ却  
 テ契約ノ大部分ヲ占メタリ例ハ交換契約ノ如キハ羅馬法ニ依レハ無名契約ナ

リト雖モ近世諸國ノ法律ニ於テハ之ヲ有名契約ト爲セリ又羅馬法ニ從ヘハ有名契約ハ更ニ之ヲ細別シテ四種トス即チ左ノ如シ

(甲) 要約契約(Stipulatio) 要約契約ハ無名契約ノ外左ノ四種ノ有名契約ヲ包含スルモノナリ

(イ) 無償ノ消費貸借(Mutuum)

(ロ) 無償ノ使用貸借(Commodatum)

(ハ) 無償ノ寄託(Depositum)

(ニ) 貸借ノ抵當(Pignus)

(乙) 要式契約(Verbis) 要式契約トハ法律ノ規定セル用語ニ依リ問答ノ式ヲ以テ締結スル所ノ契約ヲ云フ此故ニ既成法典ニ所謂要式契約ノ如キモノトハ大ニ其趣チ異ニスル所アリ例ヘハ賣主ハ買主ニ對シ此物品ヲ買ハサルヤテフ問ヲ發シ而シテ買主ハ其物品ヲ買フ可シトノ答ヲ爲シタルトキハ茲ニ始メテ買賣契約成立スルカ如キ是レナリ尤モ此場合ニ於テ賣主及ヒ買主ハ共ニ法律上ノ用語ヲ以テ其問答ヲ爲サ、ル可カラス故ニ此問答式ニ依ラス又問答式ニ依ルモ法律上一

定セル用語ヲ以テセサルトキハ買賣契約成立スルコトナシ

(丙) 書面契約(Literis) 書面契約トハ債務者カ書面ヲ以テ承諾ヲ表スルニ因リ始メテ成立スル所ノ契約ナリトス而シテ羅馬法ニ依ルトキハ債務者ノ承諾ヲ得タル上日々ノ取引帳簿ニ記入ヲ爲スモ此契約ハ成立スルモノトセリ

(丁) 諾成契約(Consensus) 諾成契約トハ其成立ニ書面若シハ問答式ヲ要セス又物件ノ引渡ヲモ要セス單ニ承諾ノミニ依リテ成立スル契約ヲ云フ而シテ這般ノ契約ニ屬スルモノハ即チ左ノ四種ナリトス

(イ) 賣買(Emptio-Venditio)

(ロ) 賃貸借及ヒ使役契約(Locatio-Conductio)

(ハ) 會社及ヒ組合契約(Societas)

(ニ) 有償及ヒ無償ノ代理契約(Mandatam)

以上説述スル所ニ由リテ之ヲ觀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

## 第二、賣買法ノ沿革

前ニ説明シタルカ如ク羅馬法ニ於テハ賣買ヲ以テ諾成契約ト爲シタレトモ敢テ當初ヨリ然ルニ非スシテ諾成契約タルニ進歩スル迄ニハ其間幾多ノ變遷ナキヲ得サリシナリ今此沿革ヲ畧叙センニ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律家ポール氏ノ明言スル所ナリ蓋シ此說ノ至當ナルコトハ何人ト雖モ亦首肯スル所ナル可シ惟フニ社會曖昧ノ域ニ在リテ人智未タ進歩セサル時代ニ方テヤ吾人ノ思想ハ到底有形物ノ外ニ及ホサシムルコトヲ得ス夫ノ抽象的ノ思想ノ如キニ至テハ當時人民ノ夢想タニモ爲シ得サリシ所ナリ然リ而シテ人類ノ此世ニ棲息スルヤ一日ト雖モ衣食住ヲ欲シ可カラズ然ルニ我ニハ衣服餘リアルモ食料ニ乏シキコトアル可ク又彼ニハ食料餘リアリテ衣服ノ足ラサルコトアル可キハ實ニ自然ノ數ニシテ此過不及ノコトタル究竟吾人ノ免レント欲スルモ決シテ得ヘカラサルモノタリ是ニ於テ乎斯ノ如キ場合ニ在テハ我ノ餘リアル所ヲ以テ彼ノ餘リアル所ト交易シ互ニ其需要ヲ充實スルコト最モ必要トナル可シ而シテ此交易ノコトタル其所爲ハ有形ニシテ且ツ其取引タルヤ極メテ簡單ナルモノタルヲ以テ遂ニ人智ノ進歩セサル時代ニモ尙ホ一般ニ行ハル、ニ至リ

タルコト亦自然ノ勢ナリト謂ハサルヲ得ス左レハ交換ハ實ニ賣買ノ根源ナルノミナラス又或ハ契約ノ濫觴ナルヤ未タ測知ス可カラサルナリ夫レ然リ然リト雖モ我ノ欲スル所彼之ヲ有シ彼ノ欲スル所我亦之ヲ有スルコトハ期シ得ヘキ所ニ非サレハ縱令我ノ餘リアルモノヲ以テ彼ノ餘リアルモノト交換セントスルモ彼ニシテ我有餘ノ物件ヲ得ンコトヲ欲セサルコトナキニ非サル可ク從テ斯ル場合ニ於テハ交換ハ到底成立スルコトヲ得サルナリ故ニ斯ル不便不利ヲ醫シテ更ニ人類生存ノ必要ニ應スル手段ヲ講スルノ要アリ結局萬物ノ交換ニ普ネク適用スルコトヲ得ヘキ或物件ヲ撰用スルニ至レリ而シテ此物件タルヤ素ヨリ社會ニ依リ又時代ニ依リテ異同ナキヲ得ス或ハ寶石ヲ撰用シタル社會アリ或ハ又銅鐵ヲ撰用シタル時代モアル可ク又支那ノ如キハ一時茶粉ヲ以テ製作シタルモノヲ用井タルコトアルハ實ニ史乘ノ明示スル所ナリ然レトモ寶石其他銅鐵ノ如キモノハ攜帶ニ不便ナルノミナラス特ニ銅鐵ニ至テハ產出ノ分量甚タ許多ナルヲ以テ亦萬物交換ノ原物ト爲スニ適セサルヨリ遂ニ金銀ヲ以テ交換原物ト爲シ現今ニ及ンテハ諸君ノ熟知セラル、カ如ク金銀銅鐵及ヒ白銅ノ外尙ホ紙幣ナルモノヲ

以テ交換ノ用ニ供スルコト、ナレリ而シテ此等ノ貨幣ヲ以テ物件ト交換スルコトハ之ヲ其性質上ヨリ觀察スレハ亦交換ト稱スルモ妨ケナシト雖モ此種ノ交易ハ特ニ之ヲ賣買ト名ケ唯々通序物件ヲ交易スル場合ノミ之ヲ交換ト呼フコト、セリ夫レ斯ノ如ク曠昔ニ於テハ單ニ物ト物トノ交換アルニ過キサリシト雖モ中世以降一步ヲ進メテ萬物ニ交換シ得ル所ノ物件ヲ撰用シ之ヲ名ケテ代價ト稱シタリ即チ交換ノ一變シテ賣買トナリタルハ此時代ニ在リト謂フ可シ

第一編 賣買ノ成立

第一章 賣買ノ定義及ヒ性質

第一節 賣買ノ定義

羅馬法ニ依レハ賣買ハ當事者ノ一方カ他ノ一方ニ對シテ物件ヲ引渡スコトヲ約束シ而シテ他ノ一方ハ代價ヲ支拂フコトヲ約束スル所ノ契約ナリ物件引渡ノ約束ヲ爲ス者ハ之ヲ賣主(Venditor)ト云ヒ代價支拂ノ約束ヲ爲ス者ハ之ヲ買主(Emptor)ト云フ此故ニ羅馬法ニ於テハ賣買ハ單ニ賣主ヲシテ物件ヲ買主ニ引渡スコキ義務ヲ負ハシメ又買主ヲシテ賣主ニ代價ヲ支拂フ可キ義務ヲ荷ハシムルニ止

賣買ノ成立  
賣買ノ定義及ヒ性質  
賣買ノ定義

マリ毫モ賣買ヲ以テ所有權移轉ノ方法ト爲シタルニ非サリシナリ換言スレハ賣買ハ唯々當事者ノ間ニ人權及ヒ債務即チ對人的ノ權利義務ヲ生セシムルニ過キサリシモノナリ然ルニ羅馬法ニ於テモ賣主ハ管ニ物件ヲ交付スルノミチ以テ其義務ヲ盡シタルモノト爲スニハ非ス必スヤ買主ヲシテ物件ニ付キ永久安全ナル占有ヲ得セシム可キ責任アルモチトセリ法律語ヲ以テ之ヲ言ヘハ賣主ハ買主ヲシテ目的物ヲ安穩ニ占有セシムルコトニ付キ擔保ノ責任ヲ負擔スルモノナリト云フニ在リ由是觀之羅馬法ノ所謂賣買ハ單ニ買主ニ對シテ物件ノ占有ヲ引渡シ且ツ安穩ニ之ヲ所持セシムル所ノモノタルニ過キサシテ所有權得喪ノ方法ト爲シタルニ非サリシコト明カナリ從テ羅馬法ニ於テハ他人ノ物ヲ賣買スルモ決シテ無効ト爲スコトナシ是レ同法ト近世ノ法理トノ間大ニ其趣旨ヲ同フセサル所ナリ近世ノ法理ニ依レハ賣買ヲ目シテ所有權取得ノ重要ナル方法ト爲スカ故ニ從テ又他人ノ物件ハ之ヲ賣買ノ目的物ト爲スコトヲ得サルナリ蓋シ往時羅馬ノ社會尙ホ幼稚ニシテ人智未タ發達セサリシヲ以テ所有權移轉ト云フカ如キ抽象的ノ觀念ハ全ク之ヲ欠缺シ獨リ有形的ノ占有ニノミ重キヲ措キタルヨリ遂ニ斯

賣買法 賣買ノ成立 賣買ノ定義及ヒ性質 賣買ノ定義



ル法規ヲ認メタルモノニシテ毫モ偶然ノコトニ非サル可シ而シテ茲ニ附言ス可キハ本邦ニ於ケル往時ノ賣買モ亦羅馬法ト同シク占有ノ移轉ヲ主眼ト爲シタルモノナル可キコト是レナリ即チ當時行ハレタル賣買證書ノ例文ニ於テ賣主カ若シ其物件ニ付キ故障アレハ必ス之ヲ排却シ決シテ買主ニ損害ヲ被ラシムルコトナカル可シテフ意義ノ語辭ヲ用キタルヨリ看レハ結局賣主ハ專ラ買主ヲシテ安穩ナル占有ヲ得セシメノコトヲ擔保スルモノニシテ即チ羅馬法ニ於ケル賣買ト其趣旨ヲ同フセルコトヲ推知スルニ餘リアリト謂フ可シ

借又英國法ニ所謂賣買ノ定義ヲ舉クレハ賣主ハ代價ト稱スル金錢ノ報償ニ因リ買主ニ對シテ物件ノ所有權ヲ移轉シ又ハ其之ヲ移轉センコトヲ約シ而シテ買主ハ代價ヲ支拂ヒ又ハ之ヲ支拂フ可キコトヲ約スル契約ナリト云フニ在リ是レ即チ同國ノ賣買法學者シヤルマー氏及ヒベンジャミン氏等ノ下セル定義ニ徴シテ明カナリトス而シテ英國法ニ依レハ直チニ所有權ヲ移轉スル賣買ハ之ヲ「セール」(Sale)ト名ケ所有權ノ移轉カ後日ニ生スルカ又ハ將來履行ス可キ條件ニ繫ルトキハ之ヲ賣渡シ若クハ買受ク可キ合意(Agreement to sell or to buy)ト稱ス此種ノ合意ヲ

爲シタル場合ニ於テハ苟クモ所有權ヲ移付ス可キ期日到達スルカ若クハ條件ノ成就アリタルトキハ當然移轉ノ効果ヲ發生シ從テ其賣渡ノ合意ハ一變シテ眞ノ賣買トナルモノタリ而シテ此等ノ場合ニ於テ其所有權移轉ノ時期如何ノ點ハ主トシテ當事者ノ意思ニ因リ之ヲ決定セサル可カラス又ベンジャミン氏ハ其著賣買法ニ於テ賣買ノ要素ヲ説明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、 結約ノ能力ヲ有スル當事者
- 第二、 合意
- 第三、 賣主ヨリ買主ニ移轉ス可キ完全又ハ一般ノ所有權
- 第四、 代價

是レナリト而シテ同氏ハ更ニ第三ノ要素即チ完全又ハ一般ノ所有權ニ付キ説明スル所アリ今其所説ニ依レハ元來所有權ハ種々ノ物權ニ支分スルコトヲ得ルモノニシテ即チ若シ其目的物ヲ質ノ物體ト爲シ又ハ之ヲ使用ノ爲メ他人ニ貸附スルトキハ質權又ハ使用權カ該物件ノ所有權ヨリ支分セラル、モノナリ而シテ所

謂完全所有權トハ未ダ斯ク支分セラレサル充全ノ所有權ヲ云ヒ所謂一般所有權トハ既ニ斯ク支分セラレタル以後ニ存セル所有權ヲ云フ而シテ賣買ハ必ス此完全又ハ一般ノ所有權ノ移轉ヲ目的トスルモノニシテ夫ノ支分權ノ如キニ至テハ賣買ノ目的物タルコトヲ得ス從テ賃借權又ハ質權等ノ賣買ハ法律ノ認メサル所ナリト云フニ在リ以上講述スル所ニ由リテ之ヲ觀レハ英國法ニ於ケル賣買ハ羅馬法ニ於ケルカ如ク當ニ占有權ノミヲ移轉スルモノニハ非スシテ實ニ所有權ヲ移轉スルノ一方法タルコト復々喋々ヲ俟タスシテ明瞭ナル可シ

佛國民法ニ於テハ其第一千五百八十二條ヲ以テ賣買ノ定義ヲ規定セリ同條ニ曰ク賣買ハ一方ヨリ物件ヲ引渡シ他ノ一方ハ其代價ヲ支拂フ可キ義務ヲ生スル契約ナリト今ヤ此定義ヨリ看レハ佛國法律モ亦全然羅馬法ト其軌ヲ一ニスルモノニシテ則チ賣買ノ目的ハ單ニ占有ノ移付ニ在リト認ムルニ過キサルカ如シ然レトモ又他ノ條文ヲ見レハ或ハ英國法律ト其精神ヲ同フシ所有權ノ移轉ヲ以テ賣買ノ目的ト爲シタルニ非サルヤヲ疑ハシムルニ足ルモノアリ同國民法第一千五百八十三條ニ依レハ當事者ノ一方ヨリ未ダ物件ヲ引渡サス又ハ他ノ一方ヨリ其代價

ヲ支拂フコトナキモ若シ物件ト代價トニ付キ合意アリタルトキハ當事者事雙方ノ間ニ於テハ賣買茲ニ完結シタルモノト見做サル、モノニシテ其物件ノ所有權ハ買主ニ移轉セルモノナルコトヲ規定シ又其第一千五百九十九條ノ前段ニ於テ他人ノ物即チ賣主ノ所有ニ非サル物ノ賣買ハ無効ナルコトヲ規定セリ故ニ此等ノ條項ヨリ推論スレハ佛國民法ニ於テモ亦賣買ヲ以テ所有權取得ノ方法ト認ムルモノニ似タリ然リ而シテ同國ノ裁判所及ヒ法律學者ハ賣買ニ關シ實際如何ナル解釋ヲ下ス乎ト釋ヌルニ其判例並ニ學說ハ萬調一律同國民法ノ所有權移轉ノ主義ヲ採用セルモノナルコトヲ確認シ現今ハ復々之ニ異論ヲ唱フル者アルヲ見サルナリ佛國民法ニ於ケル賣買モ亦タ果シテ斯ル性質ヲ具有スルモノトセン乎前述シタル條文ノ掲クル定義ハ全ク其眞意ヲ發揚スルニ足ラサルモノナルコト明カナリ是ニ於テ乎佛國法學者ハ此定義ニ拘泥セスシテ更ニ下ノ如ク定解スルニ至レリ曰ク賣買ハ當事者ノ一方カ他ノ一方ノ辨濟センコトヲ約スル代價ヲ以テ物件ノ所有權ヲ移轉シ又ハ移轉ス可キ義務ヲ負擔スル所ノ合意或ハ契約ナリト而シテムーロン氏ノ如キモ尙ホ之ト同一ナル定義ヲ掲ケタリ然ルニ此定義タルヤ

賣買法 賣買ノ成立 賣買ノ定義及ヒ性質 賣買ノ定義

法理上完全ノモノニ非サルコト勿論ナレトモ而モ亦其結果及ヒ精神ニ至リテハ  
 毫モ英國法ノ所謂賣買ト異ナル所之レアラサルナリ  
 我既成民法財産取得編ニ於テハ其第二十四條ヲ以テ賣買ノ定義ヲ規定セリ同條  
 ニ曰ク賣買ハ當事者ノ一方カ物ノ所有權又ハ其支分權ヲ移轉シ又ハ移轉スル義  
 務ヲ負擔シ他ノ一方又ハ第三者カ其定マリタル代金ノ辨濟ヲ負擔スル契約ナリ  
 ト此定義タルヤ其文詞中ヨリ又ハ其支分權ナル六字ヲ删除スレハ全ク前述セル  
 佛國法學者ノ掲ケタルモノト同一ニシテ更ニ差點ノ見ル可キモノナシ而シテ此  
 定義ニ依ルトキハ既成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價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價ノ辨濟ヲ負擔シ他ノ一方ハ  
 物ノ所有權又ハ其支分權ヲ移轉スルノ義務ヲ負擔スルモノ

是レナリ換言スレハ既成民法ノ所謂賣買ニハ或物權ヲ直チニ移轉スルモノト其

物權ヲ後日移轉スルノ債務ヲ負擔スルモノ即チ單ニ人權及ヒ債務ノ關係ヲ創設  
 スルニ過キササルモノトノ二種アリテ存ス而シテ既成民法ハ此二種ノ賣買共ニ契  
 約ナリトセリ今ヤ余ハ此定義ニ付テ一二ノ注意ス可キ點ヲ指摘センニ其第一點  
 ハ第一種ノ賣買ハ果シテ之ヲ契約ト稱スルコトヲ得ルヤ否ノ問題ナリ抑モ既成  
 民法財産編第二百九十六條第二項ニ依レハ合意カ人權ノ創設ヲ主タル目的トス  
 ルトキハ之ヲ契約ト名クルコトヲ明示シ劃然合意ト契約トヲ區別シタリ然ラハ  
 第一種ノ賣買ハ如何ナルコトヲ目的トスルモノナルヤ其目的ハ果シテ人權ノ創  
 設ニノミ存スルカト釋スルニ此種ノ賣買タルヤ主トシテ所有權又ハ其支分權即  
 チ物權其モノ、移轉ヲ以テ目的トスルモノタリ左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決シテ契約ト稱ス可キモノニ非サルコト  
 洵ニ明瞭ナリトス由是觀之既成民法財産取得編カ道般ノ賣買ヲ以テ契約ト認メ  
 タルハ全ク財産編ト齟齬スルモノニシテ則チ自家撞着ノ譏ヲ免レサルモノナリ  
 然レトモ此點ニ付テハ古來法律學者ノ間大ニ議論アリタル所ニシテ既成民法ニ  
 於テモ畢竟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

トアルモ未タ速カニ排斥シ去ル能ハサルモノアリ故ニ余ハ其契約說ヲ主張スル學者ノ議論ヲ掲ケ以テ諸君ノ參考ニ供ス可シ

第一說ハ佛國法律家ノ概ネ唱道スル所ノモノナリ其所論ヲ聞クニ曰ク特定物ノ賣買ハ其成立ト同時ニ所有權ヲ移轉スルモノナレトモ尙ホ綿密ニ之ヲ論究スルトキハ其合意ト所有權移轉トノ間ニハ瞬間タリトモ時間アルモノト云ハサル可カラス然ラハ第一種ノ賣買ト雖モ縱令瞬間ニ止マルトハ云ヘ一度ハ物權移轉ノ義務ヲ發生セシムルモノナルヲ以テ之ヲ契約ト名ク可キモノナリト左レトモ余ハ此說ノ不當ニシテ採ルニ足ラサルモノナルコトヲ信ス何トナレハ此說ニ依ルトキハ前述セル既成民法財產取得編第二十四條所定ノ定義中所有權又ハ其支分權ヲ移轉シテフ數文字ハ全然空文ニ化スルノ奇怪ナル結果ヲ生ス可キノミナラス法理上ヨリ論スルトキハ合意ト物權移轉トノ間一モ空間ノ存ス可キモノニ非スシテ合意ノ成立スルト同時ニ物權直チニ移轉シ了ルモノダレハナリ

第二說ハボアソナード氏并ニ其一派ノ主張スル學說ナリ其所論ニ曰ク第一種ノ賣買ニ於テハ物ノ所有權ハ素ヨリ合意ト同時ニ移轉スルモノニシテ其間毫モ空

間ノ存ス可キモノニ非スト雖モ先ツ賣主ニ付テ言ヘハ物件ヲ引渡ス可キノ義務及ヒ種々ノ擔保義務ヲ負擔シ又買主ニ付テ言ヘハ買主ハ代金支拂ノ義務ヲ負擔スルモノナリ而シテ這般ノ義務タル固ヨリ對人的ノ義務ナル以上ハ第一種ノ賣買モ亦結局人權ノ創設ヲ目的トスルモノニシテ則チ契約ノ一種ト云ハサル可カラスト左レトモ此說モ猶ホ前說ト同シ誤謬ニシテ採ルニ足ラサルモノトス何トナレハ賣主ニハ物件引渡ノ義務及ヒ擔保義務アルコト實ニ說者ノ言ノ如シト雖モ此等ノ義務タルヤ決シテ賣買ノ要素ニ非ス又代價ノ如キハ賣買成立ノ際之カ支拂ナ了シ後日ニ之ヲ支拂フノ義務ヲ生セサルモノアリ殊ニ擔保義務ニ至テハ唯タ賣買ノ目的ヲ確保スルモノタルニ過キサレハナリ要スルニ現今諸國ノ法律ニ於テ一般ニ認了スル所ノ主義ニ依レハ賣買ハ物件ノ所有權ヲ移轉スルコトヲ以テ主眼トスルモノニシテ夫ノ賣主及ヒ買主ノ間ニ發生スル人權義務ノ關係ノ如キハ單ニ附從ノモノタルノミ然ルニ此關係ヲ見テ直チニ賣買ノ契約タルコトヲ結論スルニ至テハ實ニ速斷ノ甚ダシキモノト云ハサルヲ得サルナリ

次ニ既成民法財產取得編ニ於ケル賣買ノ定義ニ付キ注意ス可キ第二點ハ我民法

カ物ノ支分權ノ賣買ヲ認メタルコト是レナリ既ニ説述シタルカ如ク所有權ハ使用權、收益權、質權及ヒ抵當權等ニ支分スルコトヲ得ルモノニシテ其支分セラレタル以後ニ存スル所ノ所有權ハ既成民法上之ヲ虧缺ノ所有權ト名ケ斯ク支分セラレサル充全ノ所有權ハ之ヲ完全所有權ト稱スルモノナルカ取得編ノ規定ニ依レハ此所有權ノ外支分權即チ使用權、質權又ハ抵當權等ノ如キ權利ト雖モ尙ホ賣買ノ目的物ト爲スコトヲ得ヘシ是レ我法典ノ英國賣買法ニ比シテ大ニ其趣ヲ異ニセル一點ナリ英國法律ニ從ヘハ賣買ハ完全又ハ一般所有權ノ移轉ヲ以テ目的トスルコト前ニ説述シタル所ニ依リテ明カナリ惟フニ立法者ハ支分權ノ移轉ニ付テモ猶ホ通常賣買ノ法則ヲ適用シテ妨ケナキモノトシ制法ノ便宜上ヨリ所有權ト均シク賣買ノ目的物タルコトヲ得ルモノト爲シタルニ職由セルコトナラン左レトモ財産取得篇第四十二條ニ於テ他人ノ物ノ賣買ハ當事者双方ニ對シ無効ナルコトヲ規定シタルヨリ之ヲ觀レハ結局第二十四條ヲ以テ支分權ノ賣買ヲ認メタルハ甚タ不當ニシテ此兩條ノ間互ニ相矛盾スル所アルニ似タリ何トナレハ使用權ト云ヒ質權ト云ヒ又抵當權ト云ヒ皆ナ是レ他人ノ物件上ニ存在スルモノニ

賣買ノ性質

シテ此等支分權ノ賣買ハ畢竟他人ノ物ノ賣買タルニ外ナラサレハナリ然テハ此兩條ヲシテ各効力ヲ有セシメ之カ抵觸ヲ避ケンニハ如何ナル調和方法ヲ採ル可キヤト云フニ其方法タルヤ支分權其モノヲ以テ一ノ無體物ト認メ該權利ヲ有スルハ即チ其物件ヲ所有スルモノナレハ其之カ賣買ハ自己ノ物ノ賣買ナリト爲スノ外アラサルナリ左レトモ斯ノ如ク權利自體ヲ以テ一箇ノ物件ト同視スルカ如キハ法理上其必要アルヲ視ス唯タ繁雜混亂ヲ來ス可キノミ夫レ斯ノ如ク既成民法ニ於ケル賣買ノ定義ハ法理ニ適合セサルモノナルヲ以テ余ハ諸國ノ法律ヲ參酌シ又現今一般ニ認了セラル、學說ヲ折衷シ左ノ如キ定義ヲ下サントス蓋シ完全ナル定義ニ庶幾カラン乎

賣買ハ當事者ノ一方カ物ノ完全又ハ一般所有權ヲ移轉シ若ク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合意ナリ

第二節 賣買ノ性質

前述シタル定義ニ依ルトキハ賣買ノ合意ハ左記ノ性質ヲ具備スルモノナルコト

賣買法 賣買ノ成立 賣買ノ定義及ヒ性質 賣買ノ性質

瞭然タリ

二〇

(第一) 賣買ハ雙務ノ合意ナリ。合意ニ雙務ト片務トノ種別アルコトハ財産編第  
二百九十七條ノ規定スル所ナリ。雙務合意トハ當事者相互ニ義務ヲ生スル合意ヲ  
云フ而シテ賣買ニ於テハ賣主及ヒ買主ハ各義務ヲ負擔スルモノニシテ即チ賣主  
ハ所有權ヲ移轉シ又ハ物件ヲ引渡スノ義務ヲ負ヒ買主ハ代金ヲ支拂フノ義務ヲ  
荷フモノナルヲ以テ所謂雙務ノ合意ニ屬スルコト明カナリ。財産取得編第二十四  
條第二項ニ賣買契約ハ下ノ規定ニ從フ外雙務契約ノ一般ノ規則ニ從フトアルモ  
畢竟之カ爲メナリ。然レトモ是レ一般ノ賣買ニ付テ謂フノミ。默示ノ賣買ニ於テハ  
片務合意ノモノアリ。從テ賣買ハ常ニ雙務合意ナリト爲ス可キモノニ非ストス。  
(第二) 賣買ハ常ニ有償合意ナリ。合意ニ有償ト無償ト種別アルコトハ財産編第  
二百九十八條ノ規定スル所ナリ。而シテ賣買ハ所謂有償合意ノ一種ナリトス。何ト  
ナレハ當事者即チ賣主及ヒ買主ハ互ニ利益ヲ得又ハ第三者ヲシテ之ヲ得セシム  
ルモノナレハナリ。茲ニ注意ス可キコトアリ。他ナラス利益ヲ得ルコト、利得ヲ占  
ムルコト、ハ決シテ之ヲ混淆ス可キモノニ非サルコト是レナリ。本來此二者タル

ヤ全ク其實チ同フシ唯タ之カ名ヲ異ニスルニ過キサルカ如シト雖モ其間大ナル  
區別ノ存スルモノアリ。例ヘハ夫ノ商人カ貨物ノ買入ヲ爲スカ如キ其之ヲ再賣シ  
テ果シテ利得アルヤ否分明ナラスト雖モ而モ其貨物ノ代金ヲ支拂ヒ之カ引渡ヲ  
受クルコトハ即チ有償ニシテ利益ヲ得タルモノト云ハサル可カラス。

(第三) 賣買ハ諾成ノ合意ナリ。財産編第二百九十九條ハ羅馬法ノ規定ト同シク  
合意ニ諾成ト要物トノ二種アルコトヲ明示セリ。而シテ賣買ハ諾成ノ合意ニ屬ス  
ルモノナルコト財産取得編第二十五條第一項ニ賣買ハ當事者ノ承諾ノミヲ以テ  
完全ニ成立ストアルニ因リテ明カナリトス。然レトモ是レ唯タ一般ノ場合ニ付テ  
ノ規定タルニ止マルモノニシテ當事者ハ特別ノ合意ニ依リ賣買ノ成立ヲ公正又  
ハ私署證書作成ノ條件ニ繫ラシムルコトヲ得ルモノトス。

(第四) 賣買ハ有名ノ合意ナリ。合意ニ有名及ヒ無名ノ種別アルコトハ財産編第  
三百三條ノ規定スル所ナリ。而シテ賣買ハ有名合意ニ屬スルモノナリ。何トナレハ  
既成民法ハ此種ノ合意ニ付キ特ニ賣買ナル名義ヲ附シ之ヲ財産取得編ノ内ニ規  
定シタレハナリ。

第二章 當事者ノ能力

凡ソ賣買ヲ成立セシムルニハ四個ノ原素ヲ具備スルコトヲ必要トス第一、賣買ノ能力ヲ具有スル當事者第二、目的物第三、代價第四、意思ノ一致即チ是レナリ賣買ハ此等ノ四要素ヲ充實セサレハ決シテ成立スルコトナシ余ハ先ツ本章ニ於テ此要素ノ一ナル當事者ノ能力ニ付キ説述スル所アラントス

抑モ賣買ヲ爲スノ能力ハ一般ノ合意若シハ契約ヲ爲スノ能力ト同一ナルモノタリ一般ノ合意又ハ一般ノ契約ヲ爲スノ能力ニ付テハ人事編並ニ人權法ニ於テ講究ス可キ事項ナルカ故ニ復タ斯法ニ於テ之ヲ論述スルノ要ナシ左レハ余ハ唯タ茲ニ賣買ノ能力ニ關スル特別ノ規定ヲ講明スルニ止メントス

(第一) 配偶者

配偶者ハ相互ニ賣買ヲ爲スノ能力ナシ即チ夫妻ハ互ニ物件ヲ賣却シ又ハ之ヲ買受ク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ナ問ハサルナリ此コトタルヤ實ニ財産取得編第三十五條ノ明示スル所ニシテ又該規定ニ付テハ一モ例外アラサルナリ抑モ法律ハ何カ故ニ斯ク配偶者間ノ賣買ヲ嚴禁シタル

ヤト釋スルニ是レ古代ノ羅馬法以來諸國法律カ其轍ヲ同フスル所ナリ然レトモ羅馬法ニ於テハ奄タニ夫妻間ノ賣買ヲ禁制シタルノミナラス贈與ヲ爲スコトヲモ亦併セテ禁止シタルニ本邦ノ法律並ニ佛國法律ニ在テハ其賣買ヲ禁スルコト羅馬法ト同一一般ナリト雖モ贈與ヲ爲スニ付テハ別ニ制止スル所アラサルカ故ニ羅馬法ニ於ケル賣買禁止ノ理由ハ直チニ取テ以テ我既成民法ノ規定ヲ説明スルノ用ニ供スルコトヲ得サルナリ然ラハ更ニ此規定ハ如何ナル理由ニ基因セルモノナリヤト云フニ佛蘭西法學者ノ通常唱道スル議論ニ依レハ該規定ヲ設ケタル理由ハ究竟左ノ二點ニ出テサルカ如シ

第一ノ理由ニ曰ク法律ニ於テ若シ夫妻間ニ賣買ヲ爲スコトヲ許容スルトキハ其極名義ヲ賣買ニ假リテ實際贈與ヲ爲スノ恐アリ而シテ其賣買ヲ爲スト贈與ヲ爲ストニ依リテハ債權者カ該取引ヲ廢罷セントスル上ニ於テ重要ナル區別アリテ存ス即チ贈與ハ元來無償ノモノナルヲ以テ債權者カ此行爲ヲ廢罷セシムルコトハ有償行爲タル賣買ヲ廢罷セシメントスルニ比スレハ極メテ容易ナリ故ニ若シ配偶者ノ間ニ於テ互ニ賣買取引ヲ爲シタルカ如ク假裝シ其實贈與ヲ爲ストキハ

爲メニ債權者ノ權利ニ影響ヲ及ホスコト尠少ニ非ス是レ法律カ夫妻相互ニ賣買ヲ爲スコトヲ禁止シタル所以ナリト

第二ノ理由ニ曰ク夫妻ハ素ヨリ親密ノ關係ヲ有スルモノナルヲ以テ時ニ或ハ共謀シ名ヲ賣買ニ假リテ其執レニテモ他人ニ對シ債務ヲ負擔スル者ノ資産ヲ債務ナキ者ノ資産ニ移シ因テ債權者ヲ詐害スルノ恐レアリ故ニ法律ハ配偶者間ノ賣買ヲ禁制シ以テ斯ル弊害ヲ未萌ニ防遏セサルヲ得スト

以上舉述セル二個ノ理由ハ勿論夫妻間ノ賣買禁止ニ關スル既成民法財產取得編ノ規定ノ設置セラレタル一原由ヲ成スモノナル可シト雖モ余ヲ以テ見レハ他ニ尙ホ重大ナル理由ノ存セサル可カラサルコトヲ信ス何トナレハ此法律カ果シテ以上ノ二理由ニノミ基因スルモノトセンカ其法律タル結局第三者ナル債權者ヲ保護スルカ爲メニ設ケラレタルモノト云ハサルヲ得ス既ニ債權者ヲ保護スルノ趣旨ヲ以テ定メラレタルモノナリトセハ債權者ハ必ス夫妻間ノ賣買ヲ銷除スルノ權利ナカル可カラス然ルニ既成民法ニ依レハ此賣買ヲ銷除スルノ訴權ハ單ニ賣主タル配偶者其相續人若クハ承繼人ニノミ之ヲ附與スルニ止マリ其他ノ者ヲ

シテ毫モ之ニ容喙スルコトヲ許容セサレハナリ然ラハ前ニ所謂重大ナル理由トハ何ソヤ他ナシ固ト夫妻ノ間ニ於テハ事實上ヨリ言フモ又法律上ヨリ論スルモ所謂不當勢力 (Undue Influence) ノ推測ナルモノアリ夫ハ其權力ニ依リ妻ヲシテ不當ノ賣買ヲ爲サシムルノ憂ナキヲ得サルコト明カナルヲ以テナリ是レ即チ法律ニ於テ配偶者間ノ賣買ヲ禁止シ而シテ其賣買アリタル場合ニハ之カ銷除ノ訴權ヲ獨リ賣主タル一方ノ配偶者並ニ承繼人ニノミ附與スルコト、規定シタル重要ノ理由ナリトス

次ニ配偶者ハ管タニ其間ニ於テ賣買ヲ爲スノ能力ナキノミナラス兼テ又相互ニ代物辨濟ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ然レトモ此禁制ハ賣買ニ於ケルカ如ク絶對的ノモノニハ非スシテ例外ノ場合アリテ存ス詳言スレハ下ノ二條件ヲ具備スルトキハ夫妻間ノ代物辨濟ト雖モ尙ホ有効ナリトス即チ其條件ノ第一ハ辨濟セントスル債務ノ眞實ニシテ且ツ正當ノモノナルコト、云フニ在リテ第二ハ裁判所ノ認可ヲ得ルコト是レナリ又代物辨濟カ不動産物權ヲ目的トスルトキハ其裁判所ノ認許ヲ經タルコトヲ登記ニ附記スルニ非スハ第三者ニ對シテ効力ヲ



有セサルモノトス是レ財産取得編第三十五條第二項乃至第四項ノ規定セル所ナリ茲ニ注意ス可キハ法律カ夫妻ノ間ニ代物辨濟ヲ爲スコトヲ得セシメサルノ理由モ亦賣買禁止ニ於ケルト同一ニシテ毫モ異ナルコトナシ唯タ賣買ハ絶對的ニ之ヲ禁止シタルモ代物辨濟ニ付テハ之カ例外アルコトヲ認メタルハ敢テ深重ナル理由アルニ非スシテ二者弊害ノ程度ニ差異アルニ外ナラサルナリ抑モ代物辨濟(Datio in Solutum)トハ何ソヤト云フニ債權者及ヒ債務者合意ノ上債務者ノ當然辨濟ス可キ物ニ他物ヲ代ヘテ辨濟ヲ爲シ以テ其債務ヲ消滅セシムルコトヲ云フ而シテ此種ノ辨濟ニハ物ヲ金錢ニ或ハ金錢ヲ物ニ又或ハ物ヲ他ノ物ニ代ユル等種々ノ體様アリ又此代物辨濟ナルモノハ時トシテ他ノ取引ト類似スルコトアリテ一見其間ノ區別ヲ知了スルニ苦ムコトナキニ非ス即チ債務者カ當然辨濟ス可キモノハ或特定物ナリシニ債權者ト合意ヲ爲シタル末他物ヲ以テ之ニ代ヘ辨濟シタル場合例ヘハ當初机ヲ引渡ス可キ債務ヲ負擔シタルニ其後合意ノ上之ニ代ユルニ椅子ヲ以テシタルカ如キハ是レ實ニ物ノ交換ト類似スルモノナリ又債務者カ當然辨濟ス可キモノハ金錢ナリシニ之ヲ其他ノ物件ニ代ヘテ辨濟

シタル場合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合議ノ上金側時計ヲ以テ之ニ代ヘテ辨濟シタルトキノ如キハ一方ヨリ見レハ賣買ト相殺トノ二個ノ所爲ヲ包含スルモノニ似タリ然レトモ是レ唯タ代物辨濟ト交換又ハ賣買トハ互ニ相類似スル所アルニ止マルモノニシテ毫モ性質上同一ナルニハ非サルナリ今斯ル行爲ヲ賣買ト認ムルト通常ノ代物辨濟ト認ムルトニ依リテ如何ナル差別ヲ生スルヤヲ說述セン(第一)此所爲ヲ以テ假リニ賣買ト認ムルトキハ縱令賣主カ其金時計ノ代價ト相殺シタルモノト信セル債務ノ全ク存在セサリシコトヲ後日ニ至リテ發見スルモ之ヲ理由トシテ時計ヲ取戻スコトヲ得サルノ結果ヲ生ス可シ何トナレハ買主タル乙者ハ素ヨリ正當ニ時計ヲ買受ケタルモノナルヲ以テ唯タ其代金ヲ支拂フノ義務ヲ負擔スルニ止マリ其時計ヲ返還セサル可カラサルノ義務ヲ負フコトナケレハナリ之ニ反シ此所爲ヲ以テ代物辨濟ナリト認ムルトキハ若シ後日ニ至リテ債務ノ存在セサリシコト明瞭ヲ致サンカ甲者ハ乙者ヨリ金時計ヲ取戻スコトヲ得ルモノトス何トナレハ乙者ニ於テ其金時計ノ引渡ヲ受ケ之ヲ自己ノ所有物ト爲シタル所以ノモノハ素ト甲者ニ對シ債權ヲ

有スルコト、信シタルニ由ルモノナルニ拘ハラヌ其債權ニシテ事實上存在セザ  
 リシコト明瞭スルトキハ乙者ハ則チ甲者ヨリシテ不當ノ利得ヲ得タルモノトナ  
 ル可ケレハナリ(第二前例ニ於テ乙者ハ其甲者ヨリ受取リタル金時計テ第三者ノ  
 然メニ追奪セラレタリトセシカ若シ賣買ナリトセハ買主タル乙者ハ追奪擔保權  
 ナ有スルヲ以テ此權利ヲ實行シ其時計ノ實價ニ相當セル損害賠償ヲ甲者ニ請求  
 スルコトヲ得ルモノトス換言スレハ其請求額タルモ毫モ當初相殺セル債務ノ金  
 額ニ依リテ制限セラル、モノニ非サルナリ之ニ反シテ甲乙間ノ取引ヲ以テ代物  
 辨濟ナリト認ムルトキハ乙者ハ決シテ追奪擔保權ヲ有スルモノニ非ス從テ甲者  
 ニ對シ其時計ノ實價ニ該當スル金額ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ヘキニ非スシテ  
 唯々當初ノ債權額タル百圓ノ返附ヲ要求スルコトヲ得ルニ過キス何トナレハ此  
 場合ニ在テハ甲者カ金錢ニ代ヘテ乙者ニ辨濟シタル目的物ハ實際甲者ノ所有品  
 ニ非カリシ理由ニ因リテ結局其代物辨濟ハ全然無効ニ屬スルモノナレハナリ(第  
 三前例ノ如キ場合ニ於テ原貸借ニ抵當若シハ保證人アリト假定センコト若シ甲乙  
 間ニ於ケル日後ノ所爲ヲ以テ賣買ト認ムルトキハ縱令其時計カ第三者ノ爲メニ

追奪セララルコトアルモノ元來以貸借止ニ關係決シテ蘇生スルコトナク從テ又其  
 貸借ニ附從シタル抵當若シハ保證ニ義務ニ再生スルコトナシ之ニ反シテ若シ該  
 所爲ヲ以テ代物辨濟ト認ムル時キハ當初於テ貸借ノ關係茲ニ蘇生シ來リテ  
 之ヲ同時ニ其貸借ニ附從セル抵當又ハ保證義務ヲ猶ホ再生スルコトナル可ク  
 從テ乙者ハ該抵當若シハ保證ニ對スル權利ヲ主張スルコトヲ得ルモノトス  
 夫レ斯ノ如ク或所爲ヲ以テ單純ナル代物辨濟ト爲スト將タ賣買ト認ムルトハ大  
 ニ其結果ヲ異ニスルモノナリ以テ代物辨濟ハ果シテ之ヲ賣買ト見做ス可キヤ  
 否ノ點ハ法律上最重要ナル問題ト云ハサル可カラス然レモ法理上ヨリ  
 觀察シテ下ニ於テ賣買ト代物辨濟ト其間純然タル區別ヲ存スルモノニシテ代  
 物辨濟ハ之ヲ賣買ト認ムルコトヲ得サル實ニ明白ナリトス然ルニ既成民法財  
 產編第四百六十一條ニ依ルル代物辨濟ハ原義務ヲ更改スルモノニシテ其金錢ヲ  
 辨濟ス可キ場合ニ於テ物件ニ代ヘテ辨濟シタルトキ並ニ物件ヲ辨濟ス可キ場合  
 ニ之ヲ金錢ニ代ヘテ辨濟シタルトキハ則チ賣買ノ規則ヲ適用ス可キモノナルコ  
 トヲ規定セリ故ニ此法規ニ從ヘハ前例ノ如キ場合ニ於テハ總テ余カ假リニ賣買

ト認メテ論定シタル結果ヲ生スルモノトス然レトモ這般ノ代物辨濟ハ果シテ賣買ヲ以テ論ス可キモノナルヤ又何カ故ニ賣買ヲ以テ論セサル可カラサルヤト釋スルニ其理由トスル所更ニ明瞭ナラザルヲミナラス余ハ法律上モ斯ル法規ヲ設定スルノ必要アルヲ見サルナリ

配偶者ノ間ニ於ケル不合法ノ代物辨濟ヲ銷除スルノ訴權モ亦賣買ヲ爲シタル場合ト同シク其辨濟ヲ行ヘタル配偶者相續人又ハ承繼人ニノミ屬スルモノニシテ夫ノ債權者ヲ如キニ至テハ決シテ此訴權ヲ保有スルモノニ非ス蓋シ此場合ニ於テ法律ノ主トシテ保護セザル者ハ獨リ其辨濟ヲ爲シタル配偶者ニ限レハナリ

(第二) 財産ノ管理人ハ法律上ノ裁判上ノ合意上ノ三種類アリ法律上ノ財産管理人トシテ直接ニ法律ノ命令ヲ所管財人ニシテ例ニハ彼ノ未成年者民事上及刑事上ヲ禁治産者トシテ後見人トシテ又未成年者ノ父又如キ市町村長及市府縣知事等ヲ如キ是ナリ裁判上ノ財産管理人トシテ裁判所カ特ニ命スル所ノ管

理人ニシテ即チ彼ノ破産管財人ノ如キ又ハ相續人ノ贖欲セル場合ニ於ケル相續財産ノ管理人ノ如キヲ云フ又合意上ノ財産管理人トハ財産ノ所有者カ特ニ委任スル所ノ管財人即チ代理人ノ謂ナリ此等ノ管財人ハ其何レノ種類ニ屬スルヲ問ハス直接ニ自己ノ名ヲ以テスルモ將テ間接ニ間介人ヲ以テスルモ賣渡ノ委任ヲ受ケタル財産ニ付キ協議上又ハ競賣上自ラ之ヲ買取ルコトヲ得サルモノトス換言スレハ此等ノ財産管理人ハ其受任ノ財産ニ付テ買主タルノ能力ヲ有セスト云フニ在リ蓋シ他人ヨリ財産賣却ノ委任ヲ受ケタル者ハ其義務トシテ可及的高價ニ賣渡ス可キモノナリ然ルニ若シ此等ノ管財人ニ自ラ買取ルコトノ能力ヲ與フレハ可成的廉價ニ買取ルコトヲ欲スルハ人情ナルヲ以テ結局自己ノ利益ト其責任トハ雙々兩立スルコトヲ得サル可クシテ即チ自ラ買取ルコトノ所爲ハ其管財人タルノ義務ト利害ヲ異ニシ到底其人カ責任ヲ全フセシムルコトヲ得サル可クレハナリ然レトモ茲ニ注意ス可キコトアリ他ナラス財産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自ラ其受任ノ財産ヲ買取ルコトヲ得ルノ一事是レナリ而シテ此場合ニ於テ管理人カ買主タルノ能力ヲ有スル所以ノモノハ

委任者自ら代理人ト賣買合意ヲ取結フ以上ハ即チ自己ニ其管理ヲ回復シタルモノニシテ代理人ハ既ニ管財人ト稱ス可キ者ニ非ス恰カモ管財人タル職務ヲ辭シテ後賣買取引ヲ締結スルト同一般ナレハナラズ

(第三) 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述セル所ト同一ノ理由ニ因リ自ラ其競賣ノ目的物ヲ買取ルノ能力ナシ例ハ執達吏執行官及ヒ破産主任官ハ自ラ處理シ又ハ指揮スル所ノ競賣ノ目的物件ヲ買受クルコトヲ得サルカ如キ是レナリ

夫レ然リ然ラハ前掲第三并ニ第三ニ述ベタル者カ取結ビ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ヨリ其物外所有者者相續人又ハ其承繼人ニ限ルコト論ヲ俟タス何トナレハ法律ニ保護セズト欲スル所ノモノハ決シテ其無能力者ニ非スシテ原所有者ニ在レバモ再言スレバ此場合ニ於テ原所有者ヲ保護スルトキハ之ニ依リテ充分法律ノ目的ヲ貫徹スルコトヲ得レバナリ

(第四) 判事、檢事、裁判所書記、辯護人及ヒ公證人

茲ニ掲ケタル數人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ハ大審院ノ判事ハ其管轄全國ニ涉ルカ故ニ全國ニ於テ又控訴院ノ判事ハ其院ノ管轄區域内ニ於テ係争物ヲ買取ルコトヲ得ス然ラハ何カ故ニ此等ノ官吏及ヒ公吏等ハ其管轄内ニ於ケル係争物ヲ買取ルコトヲ得サルヤト釋スルニ今其理由ヲ略述スレバ則チ下ノ如シ(第一) 社會ノ爲メニ苟クモ訴訟ノ裁判ヲ爲スノ職ニ當ル者ハ恰カモ躬自ラ神聖ニシテ所謂公義其モノ、如ク衆庶ヨリ尊重セラレサル可カラズ換言スレバ裁判官タル者ニハ毫モ偏頗ナルコトナシテ社會ノ爲メニ公義其モノカ即チ裁判官ナリト認めラレサル可カラズ然ルニ法律上若シ裁判官其他司法事務ニ關與スル官吏等ニ係争物ヲ買取ルコトヲ許容シ而シテ裁判官等カ其物件ヲ買受クルカ如キコトアランカ素ト係争物ノ賣買ハ夫ノ投機者流ノ所爲ニシテ殆ンド賭博ト擇フ所ナキヲ以テ其結果世人ハ果シテ斯ル裁判官ヲ見ルキト猶ホ公義其モノ、如クナル可キヤ否大ニ其威嚴ト信用トヲ失墜スルニ至ル可キコト論セスシテ明カナリ(第二) 判事及ヒ檢事ノ如キハ一般ノ人民ニ比シテ法律ニ精通シ又訴訟ノ争論ヲ判斷

賣買法 賣買ノ成立 當事者ノ能力

スルコトニ堪能ナルモノト云ハザルを得且ツ其地位ト權方トニ因リテ到底公平ナル賣買ノ成立スルコトヲ得ザルハ恐ラハ故ニ讓渡人即チ賣主ヲ保護スルノ點ヨリ見ルモ亦係争物ハ買受ヲ禁制セザル可カラス(第三)係争物ヲ買取ラザル判事又ハ檢事カ實際其訴訟ハ裁判ニ關係セザル場合ニ在リテモ自然對手人ニ不利益ヲ來ス可キ恐レナキニ非ズ故ニ被讓渡人即チ對手人ヲ保護スルガ爲メニモ亦係争物ノ買受ヲ禁止セザル可ガラス之ヲ要スルニ此規定タルヤ管々ニ争訟人雙方ハ利益ノミニ着眼シテ制定スルモノニ非ズ兼テ又裁判ノ尊重ス可キコトヲモ願念シタルモノナリ左レハ該規定ハ寧ロ公ハ秩序若クハ公益ニ關スルモノト云フコトヲ得ヘシ而シテ茲ニ附言ス可キハ以上列擧セル三箇ノ理由ハ專ラ判事并ニ檢事ニ付テ立言シタルモノナラズ雖モ亦之ヲ裁判所書記辯護士及ヒ公證人ニ推及スルコトヲ得ヘキコト是レナリ蓋シテ賣買ノ其賣主權利ヲ争フ判事、檢事若クハ裁判所書記等カ係争物ニ付テ取結ビテ賣買ノ其賣主權利ヲ争フ相手方其雙方ノ相續人及ヒ承繼人ニ於テ之ヲ銷除スルノ訴權ヲ有スルモノナリ蓋シ此場合ニ於テ法律ノ保護セザル所ノ者ハ判事又ハ檢事等ニ非ズシテ

賣主及ヒ其權利ヲ争フ相手方タルヲ以テナリ而シテ法律ハ其權利ヲ争フ所ノ相手方ニ對シテ尙ホ一ノ救濟方法ヲ附與シタリ即チ權利ヲ争フ相手方ハ銷除訴權ヲ有スルノ外ニ賣主ニ對シテ賣買ノ現價ト辨濟ノ日ヨリノ利子トヲ辨償シテ自ラ其權利ヲ受戻スコトヲ得ルモノトス凡ソ係争物ヲ買受クル者ハ訴訟ノ勝敗未定ナルコトヲ知リシ最モ低廉ナル代價ヲ以テ取引ヲ爲シ後日訴訟ノ結果ニ依リ自ラ巨額ノ利益ヲ取得セシコトヲ目的トスルニ非サルハナシ故ニ法律上這般ノ賣買ヲ許容スルトキハ其買主タルモノハ必ズ訴訟ヲ提起ス可キヲ以テ茲ニ濫訴健訟ノ弊ヲ醸出セザルヲ得サルナリ左レハ訴訟物ノ賣買ハ毫モ法律ノ獎勵スルモノニ非サルノミナラス却テ其厭惡スル所ノモノナリトス是ヲ以テ或邦國ニ於テハ全ク此種ノ賣買取引ヲ禁止セルモノナリ英國ノ如キ即チ是レナリ然ルニ我既成民法及ヒ佛國民法ニ在テハ總テ係争物ノ賣買ヲ許容シ唯々其之ヲ買取ル人ニ制限ヲ設ケタルニ止マレリトス而シテ賣主並ニ其權利ヲ争フ相手方等ニ此賣買ヲ銷除スルノ權ヲ其目的物件ノ受戻ヲ爲スノ權トノ二個ノ救濟方法ヲ與ヘタリ蓋シ通常係争物ハ其價額低廉ナルモノタルヲ以テ相手方ハ該價額ト利息トヲ辨

目的物

債之爭訟ヲ終町セシメ以テ其希望スルコト稀有ニ非セル可ク從テ訴訟ヲ減少  
 スルヲ好結果ヲ生出以可クシハ其爲メニ、  
 第二章 目的物  
 凡シ賣買ノ目的物タルニハ必ク左記ノ條件ヲ具備セサル可カラサルモノニシ  
 テ若シ其一ヲ欠缺スルトキハ即チ此目的物タルコトヲ得サルナリ  
 (第一) 所有權又ハ其支分權ノ目的物ナルコト 賣買ノ目的物ニ此條件ノ必要ナ  
 ルコトハ前述セル賣買ノ定義ヨリ見ルモ明カナリ然レトモ其賣買ノ定義ヲ規定  
 セル財産取得編ノ條規ニ所謂所有權又ハ其支分權ヲフ語辭ハ其意義甚々曖昧ニ  
 シテ明瞭ヲ缺ク所アリ若シ夫レ此語辭ヲ嚴格ニ解釋センカ債權ノ如キハ物ノ所  
 有權ニモ非ス又其支分權ニモ非サルカ故ニ賣買ノ目的物ト爲スコト能ハズト云  
 ハサル可カラス然ルニ我民法ノ規定ニ依リテ債權ノ賣買ヲモ尙ホ許認シ居レリ  
 左レハ此所有權又ハ支分權ノ目的物トハ果シテ如何ナルモノヲ指稱スルヤナ明  
 カニセズニ到底本條件ノ意義ヲ知ルコトヲ得ズ既ニ說述シタルカ如ク我民法  
 ニ於テハ物ト權利トヲ區別スルコトナク無形ノ權利ヲ目シテ無體物ト稱シ其物

上ニ所有權ノ存在シ得ヘキコトヲ認ムルカ故ニ夫ノ債權ノ如キモ亦所謂無體物  
 トシテ所有權ノ目的トナルコトヲ得ルモノト爲スニ至レリ從テ本條件ニ謂フ所  
 ノ目的物ニハ債權ヲモ尙ホ含蓄セルモノト論結セサル可ラス左レトモ英國法  
 律ハ勿論佛國法律ニ於テモ債權ナルモノヲ賣買ノ目的物ト爲スコトヲ許サス之  
 カ移轉ヲ渾テ讓渡ト稱ス反言スレハ英佛法律ハ共ニ債權ノ讓渡ナルモノヲ認ム  
 レトモ其賣買ヲ認ムルコトナシ要スルニ我民法所定ノ所有權ノ目的物ハ通常學  
 者ノ唱道スルモノニ比シテ其範圍廣漠ニ失スルニ似タリ

(第二) 融通物ナルコト 我民法ハ財産編第二十六條ニ於テ物ヲ融通物ト不融通  
 物トノ二種ニ區別シ私ノ所有權又ハ債權ノ目的物ト爲スコトヲ得ル物ヲ融通物  
 ト名ケ其目的物ト爲ズコトヲ得サル物ヲ不融通物ト稱ス而シテ不融通物ニハ二  
 種アリ性質ニ因ルモノ竝ニ法律規定ニ依ルモノ即チ是レナリ夫ノ國領ノ海、海濱  
 道路、舟筏ノ通ス可キ河川、堀、割城塞、壘壁其他軍用ノ工廠及ヒ船艦、兵器ノ如キハ所  
 謂公有物ニシテ性質上私ノ所有權又ハ債權ノ目的物ト爲スコトヲ得ヘカサル  
 モノナルカ故ニ即チ性質ニ因レル不融通物ナリトス官職ノ如キモ亦同シ而シテ

彼ノ軍事ニ使用ス可キ銃砲及ヒ彈藥ノ如キハ公共ノ秩序ノ爲メニ特別法ニ依リテ之カ處分ヲ禁止セラレタルモノナルヲ以テ所謂法律上ノ不融通物アリ物件ニシテ尙クモ不融通物タル以上ハ其何レノ種類ニ屬スルヲ論セス總テ賣買ノ目的物ト爲スコトヲ得サルモノトス何トナレハ賣買ハ或ル物件ヲ私ノ所有權ノ目的ト爲スノ方法ナレバナリ左レハ不融通物ハ決シテ之ヲ賣買ノ目的物ト爲スコトヲ得サルヤ勿論ニシテ特ニ法律ノ規定アルヲ要セサルナリ

以上説明シタル理由ナルニ依リ凡ソ不融通物ヲ目的トシテ取結ヒタル賣買ハ絶對的ニ無効ナリトス故ニ當事者各自ニ其賣買ノ無効ヲ主張スルコトヲ得ヘシ然レトモ當事者雙方共ニ俱ニ其不融通物タルコトヲ知了シテ合意ヲ爲シタルトキハ相互ニ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ス但シ當事者ノ一方カ詐欺ヲ以テ目的物件ノ不融通物ナルコトヲ隱蔽シ賣買ヲ取結ヒタル場合ニ在テハ其詐欺ニ因リテ損害ヲ被フリタル他方ノ當事者ハ此加害者ニ向テ賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルヤ喋々ヲ俟タスシテ明カナリ唯ダ此賠償訴權タルヤ敢テ其賣買契約ノ有効ナルカ故ニ起生スルモノタルニハ非スシテ専ラ詐欺ナル非行アリタルニ基因スル

コトヲ注意セサル可カラス

(第三) 讓渡スルヲ得ヘキ物ナルコト 抑モ賣買ハ固ヨリ物件讓渡ノ一方法タルニ外ナラス故ニ讓渡スルコトヲ得サル物ハ之ヲ賣買ノ目的物ト爲スコトヲ得サルヤ理ノ當ニ然ル可キ所ナリ然ラハ讓渡スルコトヲ得サル物トハ如何ナルモノヲ指稱スルヤト云フニ民法財産編第二十七條ニ依レハ所有權ヨリ支分シタル使用權又ハ住居權、要役地ヨリ分離セルモノト看做シタル地役及ヒ政府ノ與ヘタル開坑ノ特許其他ノ特權ハ即チ此種ノ物ニ屬スルモノナリ而シテ此他華族ノ世襲財産並ニ非職官吏ノ恩給ノ如キモ亦此讓渡スコトヲ得サル物ノ一種ナリ

既ニ講述シタルカ如ク第二ノ條件ハ目的物ノ融通物タルコトヲ要スルニ在リ故ニ此條件ト本條件トハ互ニ相酷似セルモノナルカ如シト雖モ其間大ナル區別アリテ存ス第二ノ條件ニ於テハ賣買物カ私ノ所有權又ハ債權ノ目的物タルコトヲ必要トスルモノナリト雖モ第三ノ條件ニ至テハ縱令私ノ所有權又ハ債權ノ目的物ト爲スコトヲ得ル物即チ融通物ニ屬スル物件ナルモ尙ホ其之ヲ讓渡スルコトヲ得ヘキモノニ非スハ賣買ノ目的物タルコトヲ得スト云フニ在ルナリ例ヘハ

所有權ヨリ支分シタル使用權若シハ住居權ノ如キハ私ノ所有權ノ目的物ト爲スコトヲ得ヘキモノニシテ性質上ニ於ケル融通物ノ一種ナリト雖モ而モ使用者ハ更ニ其使用權又ハ住居權ヲ他人ニ轉賣スルコトヲ得サルモノトス再言スレハ所有者ハ賣買ノ合意ヲ以テ完全所有權ヨリ特ニ使用權或ハ住居權ヲ支分シ之ヲ他人ニ賣渡スコトヲ得レトモ其使用權又ハ住居權即チ完全所有權ヨリ支分セラレタル權利ノ買主タル者ハ再ヒ該支分權ヲ他ニ讓渡スルコトヲ得サルナリ要スルニ一ハ完全ナル權利ヨリ支分シテ之ヲ他人ニ附與スルモノナルヲ以テ勿論目的物ト爲スコトヲ得ルモ他ハ既ニ斯ク支分セラレ所有權ト格別ニ存在セル權利ヲ再賣スルニ在ルヲ以テ之ヲ目的物ト爲スコトヲ許サ、ルモノナリ由是觀之前述セル第二ノ條件ト第三ノ條件トハ劃然タル區別ノ存スルモノニシテ毫末タモ之ヲ混淆ス可キニ非サルコト亦昭々乎トシテ猶ホ秦鏡ヲ照スカ如シ

(第四) 賣買ノ當時未ダ滅失セサル物ナルコト 前述ノ如ク目的物ハ實ニ賣買成立ノ一要件ナリ故ニ其目的物既ニ滅失シテ賣買ノ當時現在セサルトキハ賣買ノ成立セサルコト素ヨリ論ヲ俟タス民法財產取得編第四十三條ニ賣買契約ノ當時

ニ於テ物カ既ニ全部滅失シタルトキハ其賣買ハ無効ナリ云々ト規定シタルハ即チ此理由ニ出ツルモノナリ又商法第五百二十五條ニ於テ「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」ト規定シタルモ亦タ同一ノ理由ニ基ツケルモノナリ然レトモ此原則ニ付テハ例外ノ如キ觀アル場合アリ又實際例外ノ場合アリテ存ス今其場合ヲ舉シレハ即チ左ノ如シ

(第一) 不特定物ノ賣買 不特定物ノ賣買ニ於テハ特定ノ物件ナルモノ存在スルモノニ非ス從テ又此場合ニ在テハ目的物ノ滅失ニ歸シ得ヘキ理ナシ例ヘハ仙臺米十俵ヲ賣買センコトヲ契約シタル場合ノ如キ即チ是レナリ若シ夫レ此場合ニ於テ日本ニ在ル仙臺米悉ク皆ナ滅失シ去リタルコトアリト假定セン乎或ハ之ヲ以テ目的物ノ滅失シタルモノト爲スコトヲ得ルニ似タリト雖モ而モ斯ノ如キハ實際上發生シ得ヘキコトニ非ス又法律ノ豫想スル所ニモ非サルナリ故ニ前顯ノ原則ハ論理上並ニ性質上一モ不特定物ノ賣買ニ適用スルコトヲ得サルモノトス



(第二) 賣主ニ於テ目的物滅失ノ事實ヲ知リタルトキ又ハ賣主ニ之ヲ知ラサルノ過失アルトキ 此場合ニ在リテハ賣主ハ善意ノ買主ニ對シテ損害賠償ノ責任セサル可カラス然レトモ此場合ニ於テ賣主ニ斯ル責任アル所以ハ敢テ賣買ノ有効ナルカ爲メニ非ス即チ賣買ヲ履行セサルニ因ルモノニ非ス賣買ハ當然無効ナレトモ唯タ賣主自身ニ惡意又ハ過失アリタルノ一事ヨリシテ斯ノ如キ責任ヲ負擔スルモノナリ故ニ此場合ハ決シテ眞ノ例外ト稱ス可キモノニ非ス

(第三) 當事者双方目的物滅失ノ事實ヲ知ラス且ツ其存在ノ確實ナラサルコトヲ認メテ賣買契約ヲ取結ヒタルトキ 例ヘハ當時大平洋ヲ航行スル船舶アリトセンニ其敵國軍艦ノ爲メニ捕獲スル所トナリタルヤ又ハ難破シタルヤ否ノコトハ賣主買主共ニ之ヲ知了セス且ツ斯ル事實ノ起生スルナランコトヲ豫想シテ其船舶ノ賣買契約ヲ結ヒタルニ後日ニ至リ該船舶ハ契約取結前疾ク既ニ滅失ニ歸シタルコト明瞭ト爲レリトセン乎此場合ニ於テ其賣買ハ果シテ有効ナルヤ將タ目的物ノ存在セサル理由ニ因リテ無効ナリヤト云フニ此點ニ付テハ我民法ニ於テ毫モ規定スル所アラス而シテ一方ニ在リテハ目的物全部滅失シ

タルトキハ賣買無効ナルコトヲ規定シ居レルカ故ニ此場合モ亦目的物ノ滅失ニ歸シタル理由ヲ以テ其賣買ハ全ク無効ナリト云ハサル可カラス然レトモ何か故ニ斯ル賣買ヲ無効ト爲ス可キヤニ至リテハ其理由充分ナラサルニ似タリ蓋シ斯ル賣買ハ當事者雙方ニ於テ共ニ目的物滅失ノ危険ヲ知了シ通常低廉ナル代價ヲ以テ取結フ所ノモノニシテ若シ其目的物滅失スレハ則チ買主ノ損失ト爲ルモ幸ニシテ滅失セスンハ則チ買主ニ於テ大ニ利得ヲ得ヘキ射倖的賣買ナリトス然ルニ我民法ハ一般ニ射倖契約ヲ有効ト認ムルニ拘ハラステリ賣買ノ方法ニ依レル射倖契約ノミ之ヲ無効ト爲スハ聊カ理論ノ貫徹セサル所アレハナリ論者曰ク斯ノ如キ契約ハ賣買契約トシテ無効ナレトモ普通ノ射倖契約トシテハ有効ナリト我民法ノ趣旨モ亦タ茲ニ在ル可シ何トナレハ法律上斯ノ如キ契約ヲ無効トシムルノ理由存セサレハナリ我商法ハ其第五百二十八條ヲ以テ此點ヲ規定セリ即チ契約取結ノ時既ニ存在セサル物ノ賣買契約ハ雙方孰レモ此事實ヲ知ラス且ツ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ナルコトヲ規定シ居レリ故ニ我商法ノ條規ニ從ヘハ此場合ハ

前顯原則ノ一例外ナリト云ハサルヲ得ス英國法律ニ於テモ亦之ト同一ニシテ  
 此場合ハ一般原則ノ例外ヲ成スモノトセリ殊ニ同國ニ於テハ別ニ民事ト商事  
 トノ區別存セサルヲ以テ此射倖的賣買契約ハ民事ニ在リテモ亦原則ノ例外ト  
 爲ルモノナリ

前述セル目的物ノ滅失ニ因リテ賣買無効トナルノ規定ハ單ニ目的物全部ノ滅失  
 セル場合ニノミ適用セラル、モノナリ然ラハ其一分ノ滅失シタル場合ハ如何ト  
 釋スルニ縱令一分ノ滅失アルモ目的物現存シテ賣買ノ要素ヲ具備スルカ故ニ賣  
 買ハ全然有効ナリトス然レトモ其一分ノ滅失タルヤ若シ當事者雙方ノ豫期シタ  
 ル用法ニ不十分ヲ來タスカ如キモノナルトキハ買主ハ其賣買ヲ解除スルコトヲ  
 得ヘシ又ハ其滅失ノ限度ニ應シテ代金ノ減少ヲ請求スルコトヲ得ヘシシテ即  
 チ買主ハ二者其一ヲ選擇スルノ權アリト雖モ若シ一分ノ滅失ニシテ更ニ用法ニ  
 影響ヲ及ホサ、ルモノナルトキハ買主ハ單ニ代價ノ減少ヲ請求シ得ルニ過キス  
 而シテ何レノ場合ニ於テモ買主ハ其一分滅失ノ事實ヲ知了セサリシコトヲ要ス  
 然ラスノハ斯ル請求權ヲ得有スルコト能ハサルナリ佛國法律ニ於テハ此目的物

滅失ノ場合ニ付キ學者ノ間種々ノ議論アリト雖モ而モ其歸着スル所ハ我民法ノ  
 規定ト同一ナリ又英國法律ニ依レハ賣買ノ當時目的物既ニ滅失シタルトキハ素  
 ヨリ其賣買無効ナリト雖モ單ニ一分ノ滅失ニ止マル場合ニ付テハ毫モ我民法並  
 ニ佛國民法ニ於ケルカ如キ規定アラスシテ唯タ殘餘ノ部分カ用法ニ適スルヤ否  
 チ査定シ其用法ニ適セサレハ買主ヨリ賣買ノ解除ヲ請求スルコトヲ得ヘシト雖  
 モ更ニ代價減少ノ請求權ヲ有スルコトナシ

(第五) 賣主ノ所有物ナルコト 民法財產取得編第四十二條ニ依レハ他人ノ物ノ  
 賣買ハ當事者雙方ニ於テ無効ナルコトヲ規定シ商法第五百二十五條ニモ亦賣主  
 ニ處分權ノ屬スルモノニ非サレハ賣買契約ノ目的物タルコトヲ得サル旨ヲ規定  
 セリ今ヤ此等ノ規定ニ由リテ之ヲ觀レハ賣買ノ目的物タルニハ賣主ノ所有物若  
 シハ賣主ニ處分權ノ屬スル物ナラサル可カラサルコト明白ニシテ疑フ可カラス  
 而シテ此原則タルヤ佛國民法並ニ英米ノ法律ニ於テモ亦確認スル所ナリ蓋シ羅  
 馬賣買法ノ如ク占有權移轉主義ヲ採レルモノハ決シテ此原則ヲ認ムルノ必要ナ  
 シト雖モ近世諸國ノ賣買法ノ如ク所有權移轉主義ヲ取ルモノニ在リテハ必ス該

原則ヲ認メサル可カラサルナリ夫レ然リ然ラハ他人ノ物ノ賣買ハ何カ故ニ無効ナルヤ又其無効ハ絶對的ノ無効ナルヤ將タ相對的ノ無効ナル乎ト釋スルニ我民法財產取得編第四十二條ニ依レハ他人ノ物ノ賣買ハ當事者雙方ニ於テ無効ナリ然レトモ賣主ハ賣買ノ際其物ノ他人ニ屬スルコトヲ知ラサルニ非サレハ其無効ヲ援用スルコトヲ得ストアリ又佛國民法千五百九十九條ニ依レハ賣主自己ノ所有ニ非サル物ヲ賣買シタルトキハ其賣却ノ効ナシ但シ此場合ニ於テ買主カ其物ノ賣主ノ所有ニ屬セサルコトヲ知ラサルトキハ賣主ニ對シテ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ト規定シテ其原則トスル所我民法ノ條規ト大同小異ナリ然レトモ佛國ノ學者間ニ於テハ同國民法ノ所謂無効ノ範圍及ヒ其理由ニ付キテ大ナル議論アリ從テ又該民法ヲ摸倣シタル我民法ノ條規ヲ解釋スル上ニ於テモ猶ホ多少ノ論議ヲ免レサル可シ而シテ佛國法學者ノ論スル所ハ我法文ノ解釋上幾分ノ參考ト爲ルモノアリト思惟スルヲ以テ茲ニ其主要ナル學說ヲ擧ケントス

第一說ハ他人ノ物ノ賣買ハ目的物ヲ欠缺スルカ故ニ無効ナリト云フニ在リ詳言スレハ賣買ノ目的物カ他人ノ所有ニ係ルトキハ當事者ノ間結局目的物ヲ缺クモ

ノナリ然ルニ目的物ハ賣買成立ノ一要素ナルヲ以テ從テ他人ノ物ノ賣買ハ無効ナラサルヲ得スト云フニ在ルナリ此說ヲ主張スル學者ノ重ナルモノハアコラス氏ナリトス今ヤ此說ニ從ヘハ他人ノ物ノ賣買ハ素ト賣買ノ要素ヲ欠缺スルカ故ニ絶對的ニ無効ナルモノト結論スルコトヲ得ヘシ第二說ハ他人ノ物ノ賣買カ無効タルハ目的物ノ重要ナル性質ニ於テ錯誤アルカ故ナリト謂フニ在リ詳言スレハ買主ニ於テ賣主ノ所有物ト信シ買取りタルニ其實他人ノ所有物タルコト明瞭ト爲ルトキハ猶ホ金時計ト思惟シテ賣買ヲ取結ヒタルニ實際アルミ製ノ時計ナルコトヲ發見シタル場合ト同シク目的物ノ重要ナル性質ニ錯誤ヲ來タシタルモノナルヲ以テ此理由ヨリシテ賣買無効ト爲ル可シト云フニ在ルナリ此說ニ從ヘハ他人ノ物ノ賣買カ無効ナルハ目的物ニ錯誤アリタル場合ト同様ノ理由ニ基ツクモノトスレトモ余ヲ以テ見レハ他人ノ物ノ賣買ハ唯タ目的物ノ所有者ヲ誤マレルノミニシテ目的物ノ性質上ニ於テハ毫モ錯誤アリタルモノト云フ可カラス故ニ此說ハ謬妄ニシテ取ルニ足ラサルモノト信スルナリ第三說ハ他人ノ物ノ賣買カ無効ナルハ人ニ付テ錯誤アルカ故ナリト云フニ在リ再言スレハ甲者ニ賣渡ス

ノ意思ナルニ誤テ乙者ト賣買ノ契約ヲ取結ヒタル場合ト同シク當事者ニ錯誤アルヲ以テ其賣買無効ニ歸セサルヲ得スト云フニ在ルナリ此說ハ佛國ノ法律學者ボードリー氏ノ主張スル所ナリトス而シテ此議論タルヤ前顯第二說ニ比スレハ稍々穩當ナルモノナリト雖モ當事者ニ錯誤アリト云フニ至テハ等シク正鵠ヲ得タルモノト云フ可カラス何トナレハ他人ノ物ノ賣買ニ於テハ毫モ其當事者ニ錯誤アルコトナケレハナリ第四說ハ專ラ英法學者ノ主張スル所ニシテ他人ノ物ノ賣買カ無効ナルハ即チ何人ト雖モ自ラ所有スル以外ノ權利ヲ他人ニ移付スルコトヲ得ストノ原則ニ基セルモノナリ而シテ賣買ハ實ニ所有權移轉ノ一方法ナルニ依リ他人ノ物ノ賣買ハ無効ナラサル可カラスト云フニ在リ英國ノ判事ブラボーン氏曰ク英國普通法ニ於テ物件ノ占有ヲ有スル者ハ賣買ノ方法ニ依ルモ將タ質入ノ方法ニ據ルモ自ラ有スルヨリ優リタル權利ヲ他人ニ附與スルコトヲ得スト又羅馬法ノ格言ニ曰ク何人ト雖モ自己ノ有セサルモノヲ與フルコトヲ得スト(Mais dat quod non habet)而シテ又判事ヱイルレス氏曰ク自己ノ有スルヨリ以外ノ權利ヲ他人ニ移付スルコトヲ得サルハ法律上一般ノ原則トシテ毫モ疑ノ存セサ

ル所ナリト畢竟スルニ他人ノ物ノ賣買カ無効ナルハ亦タ此一般ノ原則ノ適用ニ外ナラサルナリ第五說ハ他人ノ物ノ賣買カ無効ナルハ是レ合意成立ノ要素タル原因ヲ缺クカ故ナリト云フニ在リ佛國ニ於テハ此說ヲ主張スル者少ナカラス夫ノボアソナード氏ノ如キモ亦其一人ナリ即チ其所說ニ曰ク目的物賣主ノ所有ニ屬セサルトキハ結局買主ニ於テ代價ヲ支拂フ可キ原因ヲ缺クモノナリ詳言スレハ買主カ代價ヲ支拂フ所以ハ何等ノ原因ニ由ルヤト問フニ是レ賣主ヨリ所有權ノ移轉ヲ受クルカ故ナリ然ルニ若シ目的物第三者ニ屬セン乎賣主ハ決シテ其所<sub>レ</sub>有權ヲ買主ニ移轉スルコトヲ得ス從テ其賣買ハ總般ノ合意ニ必要ナル原因ヲ欠<sub>ク</sub>缺スルノ點ヨリシテ全ク無効ニ屬シ其結果トシテ當事者雙方ヨリ無効ヲ申立ルコトヲ得ヘキモノニシテ即チ其賣買ハ絶對的ニ無効ナリト而シテ氏ハ更ニ説明ヲ與ヘテ曰ク此場合ニ於テ賣主ニモ尙ホ無効ヲ申立ルノ權利アリトセハ大ニ奇怪ノ感ヲ懷ク者アル可シ何トナレハ元來賣主ハ目的物カ自己ノ所有ニ屬スルヤ否ヲ熟知ス可キモノナルニ拘ハラズ進ンテ第三者ノ物件ヲ賣却スルニ於テハ必竟賣主ニ詐欺アラスノハ則チ重大ナル過失アルヲ免レサル可ケレハナリ然レト

モ此場合ハ既ニ合意ノ原因ナク欠缺スルノ故ナリ以テ其賣買ヲ無効ト爲スモノナルカ故ニ從テ又賣主ニ大過失アルト否トニ拘ラス無効ヲ申立ルノ權利ヲ附與シテ可ナリト又佛國法學者ムーロン氏ハ說明シテ曰ク佛國法ノ所謂賣買ハ直チニ所有權ヲ移轉スル法律上ノ行爲ナリ故ニ買主ノ意思ハ自己ノ約シタル代價ニ換ヘテ奪取セラル、ノ危険ナキ所有權ヲ取得セントスルニ在リ然ルニ他人ノ所有物ノ賣買ハ單ニ買主ヲシテ奪取セラル、危険アル所有權ヲ得有セシムルニ過キサルヲ以テ畢竟代價ニ對スル報償ヲ欠缺スルモノト云フ可ク從テ斯ノ如キ賣買ハ義務ノ原因ヲ有セサルモノナリト此說タルヤ言辭ニ於テハ同一ナラサル所アレトモ其趣旨ニ至テハボアソナード氏ノ所說ト異ナルモノニ非スムーロン氏ハ尙ホ詳說シテ曰ク佛國民法第千五百九十九條ノ規定スル所ハ特リ賣主カ他人ノ物ヲ自己ノ所有物トシテ賣却シタル場合ニ限ルモノトス故ニ例ヘハ甲者カ乙者ニ對シ千圓ノ代價ヲ以テ丙者所有ノ家屋ノ所有權ヲ得有セシメントナリト約スルカ如キハ法律上有効ノモノナリトス何トナレハ斯ノ如キ契約ハ素ヨリ公益ニ反スルモノニ非ス又公ノ秩序ヲ害スルモノニモ非サルノミナラス其他道義ニ反ルノ

點モ之レアラサルカ故ニ其無効タルノ理由尙モ存在セサルヲ以テナリ然レトモ斯ル契約ノ有効ナル所以ハ敢テ有名契約ノ一種タル賣買ナルカ故ニ非スシテ實ニ一ノ無名契約ナルカ爲メナリ是ヲ以テ法律ノ無効トスル所ハ單ニ買主ヲシテ他人ノ物ノ所有權ヲ現在取得セシメントスルノ約束ニ限ルモノナリト此說タルヤ佛國法學者一般ニ唱和スル所ナリトス然リ而シテ此說ヲ主張スル學者ハ當事者雙方ヨリ無効ヲ主張スルコトヲ得ルモノト爲ス乎或ハ唯タ其一方ノミ之ヲ主張スルコトヲ得ルニ過キスト爲ス乎ト問フニ唯タ一方ノミ其無効ヲ主張シ得ルニ止マルモノト爲セリ然ラハ如何ナル場合ニ於テ何人ヨリ其無効ヲ主張スルヲ得ル乎ト云フニ此問題ニ付テハ當事者ノ善意ナルトキト惡意ナルトキト區別シテ答解ヲ付セサル可カラズ買主カ善意ナルトキ即チ他人ノ物ナルコトヲ知ラセシシテ其物件ヲ買取リタル場合ニ於テハ買主ハ素リ其賣買ノ無効ヲ主張スルコトヲ得ヘクシテ而シテ賣主ノ善意ナルト將タ惡意ナルトハ毫モ此請求權ニ關係スル所之レアラサルナリ次ニ賣主ハ善意ナルト惡意ナルトヲ論セス自ラ其賣買ノ無効ヲ主張スルコトヲ得サルモノトス買主惡意ナルトキモ亦同シ而シテ當

事者雙方共ニ惡意ナル場合ニ於テハ現在ノ儘其賣買ヲ存立セシム可キモノニシテ雙方ヨリ別ニ無効ヲ主張スルコトヲ得サルナリ換言スレハ他人ノ物ノ賣買ハ先ツ第一ニ賣主ヲシテ物件ヲ引渡ス可キ義務ヲ負擔セシメ第二ニ賣主ヲシテ善意ナル買主ノ爲メ一切ノ奪取ヲ擔保スルノ義務ヲ負ハシメ又第三ニ買主ハ其目的物ノ果實ヲ收取シテ時効期間ヲ經過スレハ正當ノ所有權ヲ取得スルモノナリ終リニ第六說ハ佛國民法ヲ起草シタル者ノ所說ニシテ他人ノ物ノ賣買ハ畢竟道義ニ背戾シ且ツ不能ノコトヲ結約シタルモノナルカ故ニ無効ナリト云フニ在リ詳言スレハ此場合ニ於テ若シ當事者カ第三者ノ所有物タルコトヲ知リシテ其賣買契約ヲ締結スルトキハ是レ即チ眞所有者ノ財產ヲ剝奪センコトヲ企圖スルモノニ外ナラス其道義ニ背戾スル所以喋々ヲ俟タスシテ明カナリ又何人ト雖モ如何ナル場合タルヲ論セス自己ニ屬セサル權利ヲ他人ニ移付スルコトヲ得ス是レ他人ノ物ノ賣買ヲ約スルハ不能ノコト、云ハサルヲ得サル所由ナリ此理由ニ因リ他人ノ物ノ賣買ハ所謂公益ニ背反シテ不法ノモノナルヲ以テ全ク無効ニ屬セサル可カラスト云フニ在リ故ニ此說ニ從ハハ他人ノ物ノ賣買ハ猶ホ合意ノ不法

ナル場合ト同シク絶對的ニ無効ナリト論結セサル可カラズ現ニ佛國ノ民法起案者ボルタリ一氏ノ如キハ議院ニ於テ此コトヲ明言シテ曰ク甲乙ノ二人カ或物件ノ第三者ニ屬スルコトヲ知り而シテ第三者ニ知ラシメスシテ妄リニ其所有權ヲ移轉センコトヲ約スルハ道理ニ反シ且ツ德義ニ戾ルモノナリト然レトモ現今佛國ニ於テ此說ニ贊同スル者ハ甚タ少ナシ

以上ハ他人ノ物ノ賣買カ無効ナルコトニ付キ佛國學者及ヒ英國學者ノ理由トスル所ヲ畧叙シタルモノナリ我民法ハ如何ナル理由ヲ以テ他人ノ物ノ賣買ヲ無効ト爲シタルヤト云フニ蓋シ前陳ノ諸說ノ外ニ出テサル可シ左レトモ其何レノ說ヲ以テ正當ト爲ス可キヤハ諸君ノ判斷ニ一任セントス而シテ我民法ハ他人ノ物ノ賣買ヲ以テ相對的ノ無効ト爲シタルヲ將テ絶對的ノ無効ト爲シタル乎ト云フニ我民法財產取得編第四十二條カ明カニ他人ノ物ノ賣買ハ當事者雙方ニ於テ無効ナルコトヲ規定シタルヨリ觀レハ畢竟這般ノ賣買ノ絶對的ニ無効ナルコトニ付テハ一モ疑ヲ容ル、ノ餘地アラサルナリ只茲ニ注意ヲ要スル點ハ當事者雙方ニ於テ無効ナリトハ當事者ノ内孰レヨリモ無効ヲ申立ルコトヲ得ルト云フニ止

マリテ賣買ハ當初ヨリ成立セストノ意ニ非サルコト是レナリ然レトモ第五說ヲ以テ無効ノ理由ト爲ストキハ賣買ハ當初ヨリ無効即チ成立セサルモノト謂ハサルヲ得サルカ如シ豈ニ條理ヲ一貫セサルモノニアラサルナキヲ得ンヤ  
上來講述シタル他人ノ物ノ賣買ハ無効ニシテ他人ノ物ハ賣買ノ目的物タルコトヲ得ストノ原則ニハ數多ノ例外アリ余ハ是ヨリ其例外ノ場合ヲ說述ス可シ

(第一例外) 第二種類ノ賣買 余カ嘗テ說明シタル第二種類ノ賣買ハ決シテ前顯原則ノ適用ヲ受クルモノニ非ス請フ其理由ヲ言明セ<sup>不</sup>抑モ特定物ノ賣買ニ在リテハ既ニ述ヘタルカ如ク目的物未ダ確定セサルヲ以テ復タ他人ノ物ナルヤ否ノ議論ヲ生シ得ヘキ理ナシ從テ他人ノ物ハ賣買ノ目的物タルコトヲ得ステフ原則ハ毫モ不特定物ノ賣買ニ適用スルコトヲ得サルヤ明カナリ然ラハ一步ヲ進メテ目的物ノ所有權ヲ移轉スル義務ヲ創設スル所ノ賣買ニハ此原則ヲ適用スルコトヲ得ルヤ否ヤト釋スルニ我民法取得編ノ法文ヨリ論スレハ此原則ハ第二種ノ賣買ニモ亦之ヲ適用ス可キモノト解釋スルヲ以テ至當トス何トナシ我民法ニ所謂賣買ハ第一種即チ賣買ノ合意ト第二種即チ賣買ノ契約トナ

併セテ包含スルモノニシテ而シテ取得編第四十二條ノ規定ハ更ニ此第一種ト第二種ノ賣買トヲ區別スルコトナケレハナリ故ニ此規定ハ單ニ第一種ノ賣買ニノミ限リテ第二種ノ賣買ニハ之ヲ適用セサルモノト解釋スルコトヲ得ス然レトモ賣買ノ性質上ヨリ論スレハ此原則ハ決シテ第二種ノ賣買ニ適用スルコトヲ得サルモノト信ス何トナレハ第二種ノ賣買ハ直チニ所有權ヲ移轉スル所ノ合意ニ非スシテ唯タ將來所有權ヲ移付セントノ義務ヲ發生セシムルニ過キス故ニ若シ他人ノ所有物ヲ目的トシテ斯ル契約ヲ取結ビタルトキハ則チ後日他人ヨリ其物件ヲ讓受ク又ハ之ヲ買取リテ所有權ヲ得有シタル上更ニ之ヲ買主ニ移轉センコトヲ約シタルト同一ナリ果シテ然ラハ此契約ハ毫モ第三者ノ所有權ヲ剝奪センコトヲ企圖スルカ如キ德義ニ背戾セルモノニ非ス又ボアソナトド氏カ所謂義務ノ原因ヲ欠缺スルモノニモ非サルノミナラス其他右ノ原則ノ理由トシテ掲ケラレタル事項ハ復タ一トシテ該契約ニ適用スルコトヲ得サルハナリ現ニ佛國ノ法學者カ今日一般ニ認了スル所ノ學說ニ依ルモ此原則ハ特リ他人ノ物ノ所有權ヲ即時ニ移轉スル契約ニノミ適用シ得ルニ過キスシ

テ即チ此原則ノ適用ヲ受クルモノハ第一種ノ賣買ニ限レルコトヲ明言セ  
 リ其他英國ノ賣買法ヨリ論スルモ亦即時ニ所有權ヲ移轉スル賣買ニ於テハ決  
 シテ他人ノ所有物ヲ以テ其目的物ト爲スコトヲ許サ、レトモ將來所有權ヲ移  
 轉セントスルノ契約即チ同國法律ニ所謂未行ノ賣買ニ在リテハ他人ノ所有物  
 ト雖モ尙ホ其賣買契約ノ目的物ト爲スコトヲ得ルモノトセリ之ヲ要スルニ我  
 民法ニ於ケル法文ノ解釋トシテハ或ハ穩當ヲ欲ク所アルヤ知ル可カラサレト  
 モ而モ其法律ノ精神ヨリ推論スレハ前顯ノ原則ハ一モ第二種ノ賣買ニ適用ス  
 可キモノニ非スト言フヲ以テ至當ト爲サ、ル可カラサルナリ蓋シ此點ハ學者  
 ノ間大ニ議論ノ存スル所ナル可シ

(第二例外) 質物又ハ留置物ノ賣買 商法上ノ質權者又ハ留置權者ハ質物若クハ  
 留置物ヲ賣却スルノ權能アリ即チ商法第三百七十一條、第三百七十二條并ニ第  
 三百七十三條ノ規定ニ依レハ債務者カ其債務ノ辨濟ヲ遲延シタルトキハ債權  
 者ハ質契約證書ヲ裁判所ニ差出シ其命令ヲ得タル後質物ノ賣却ニ着手スルコ  
 トヲ得又若シ債務者カ豫メ契約證書ヲ以テ賣却ノ承諾ヲ明示シタルトキ又ハ

指圖證券ヲ質入シタルトキハ債權者ハ裁判所ノ命令ヲ俟タズシテ之ヲ賣却ス  
 ルコトヲ得ルモノトス但シ此等二箇ノ場合ニ於ケル賣却ハ必ス仲立人又ハ競  
 賣人ニ依リ競賣ヲ以テ之ヲ爲ス可ク又其質物カ取引所ニ於テ賣買スル商品ナ  
 ルトキハ取引所ニ於テ公ノ呼上ヲ以テ之ヲ賣却セサル可カラズ且ツ賣買期日  
 ノ少ナクトモ八日前ニ其賣却ノコトヲ債務者ニ通知ス可キモノト爲セリ次ニ  
 商法第三百九十二條ニ依レハ留置權ヲ有スル者カ其權利ノ行使ヲ債務者ニ通  
 知スルモ尙ホ相當ノ期間ニ辨濟又ハ擔保ヲ得サルトキハ右ニ述ヘタル方法ニ  
 依リテ留置物ヲ賣却スルコトヲ得ルモノトセリ夫レ斯ノ如ク我商法ニ依レハ  
 質權者及ヒ留置權者ハ他人ノ物ヲ賣買スルノ權能アリ從テ此賣買ハ一般原則  
 ノ例外トナルモノナリ又英國ノ法律ニ依レハ若シ抵當置主カ滿期日ニ至ルモ  
 辨濟ヲ爲サ、ルトキハ抵當取主ハ其抵當物ヲ賣却スルノ權アリ而シテ其賣却  
 ヲ爲スニハ敢テ抵當置主ニ對シ裁判上ノ手續ヲ履行スルコトヲ必要トセス  
 (第三例外) 融通證券ノ賣買 我商法第七百十條ニ依レハ情ヲ知ラズシテ所有權  
 ナ有セサル者ヨリ融通證券ヲ取得シタルトキハ完全ノ所有權ヲ取得スルモノ



ト爲セリ從テ此場合モ亦一般原則ノ例外ヲ成スモノト云ハサル可カラヌ次ニ英國ノビクトリア女王第二十四年及ヒ二十五年第九十六章第百條ノ規定ニ依レハ善意且ツ有償ニテ融通證券ヲ取得セル者ハ縱令真正ノ所有主ニ非サル者ヨリ之ヲ買取ルモ仍ホ後日取戻ヲ受クルコトナシトセリ蓋シ融通證券ハ殆ント通貨ト同一ニ見做サレ殆ント之ト同様ノ効用ヲ爲スモノナルカ故ニ斯ク例外ノ規定ヲ設ケタルモノナル可シ

(第四例外) 正權原且ツ善意ニテ有體動產ヲ買受ケ其占有ヲ得タル場合、民法證據編第四百十四條ニ依レハ正權原且ツ善意ニテ有體動產物ノ占有ヲ取得スル者ハ即時ニ時効ノ利益ヲ得ルモノトス而シテ此場合ニ於テ反對カ證セラレザルトキハ占有者ハ正權原且ツ善意ニテ占有スルモノトノ推定ヲ受ク可キコトナセリ故ニ此規定ニ由リテ觀レハ正權原且ツ善意ニテ有體動產物ヲ買受ケ之ヲ占有スルトキハ買主ハ其物件ニ付キ完全ノ所有權ヲ取得スルモノニシテ縱令後日該物件ハ賣主ノ所有物ニ非サリシコト明瞭トナルモ爲メニ何等ノ影響ヲ受クルコトナシ唯々其物件カ所有者ノ盜取セラレタルモノ又ハ遺失シタ

ルモノナルトキハ其真正所有者ハ盜難又ハ遺失ノ時ヨリ二個年間ハ現占有者ニ對シテ其物件ノ回復ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス是レ即チ民法證據編第四百十五條ノ規定スル所ナリ之ヲ要スルニ盜取又ハ遺失ニ係ル物件ト雖モ若シ正權原且ツ善意ニテ之カ占有ヲ得タルトキハ則チ完全ノ所有權ヲ取得スルモノニシテ單ニ二個年間ハ原所有者ヨリ回復ヲ請求セラル可キ解除條件ヲ帶フルニ過キス然ラハ此場合ハ一般原則ノ例外ト爲ルモノナリヤト釋スルニ此場合タル皮相上例外ノ如キ觀アリト雖モ其實例外ト認ム可キモノニ非ス何トナレハ我法律ハ敢テ這般ノ場合ニ他人ノ物ノ賣買ヲ有効ト爲シタルニハ非スシテ唯々所謂即時々効ノ規定ノ効果ニ因リテ完全ナル所有權ヲ取得セシムルニ外ナラサレハナリ元來即時々効ノ規定ハ佛國法律ニ於テハ之ヲ認了スレトモ英米法律ノ一モ識認セサル所ノモノナリ左レハ我民法カ此ノ規定ヲ設ケタルハ蓋シ佛國法律ニ摸倣セルニ由ルナラン同國民法第二千二百七十九條ニ曰ク動產ハ現ニ之ヲ占有スルヲ以テ其所有權ノ證券ヲ有スルニ等シキ効アルモノト見做ス但シ動產ヲ遺失シ又ハ盜取セラレタル者ハ爾後三年間ハ占有者ニ

對シテ其取戻ヲ請求スルコトヲ得ト此規定タルヤ前顯證據編第四百四條及ヒ第四百十五條ト其趣旨ヲ同ウスルモノナリ夫レ然リ然ラハ所謂即時々効ノ原則ハ法理上果シテ妥當ヲ得タルモノナルヤ否ヤト云フニ素ト此規則タル法律上ニ謂フ所ノ擬制(Fiction)ニ基ツキタルモノナリト雖モ之ヲ時効ト稱スルニ至リテハ甚タ其當ヲ得サルモノト信ス何トナレハ既ニ時効ト謂フトキハ乃チ時ノ經過ニ因レル効果ノコトヲ指示スルモノナルニ拘ハラス之ニ即時ナル語辭ヲ冠セシムルニ於テハ現ニ時ノ經過セサルコトヲ明示シテ結局時効ノ本質ト相容レサルニ至ル可ケレハナリ英米法律カ敢テ斯ノ如キ假裝上ノ規則ヲ認了セザル所以亦タ知ル可キノミ次ニ即時々効ノコトニ牽聯シテ我刑法附則ノ規定ヲ説述セン刑法附則ニ依レハ贓物ニハ決シテ即時々効ヲ適用スルコトナシ從テ贓物ヲ買受ケタル者ハ縱令善意ナルモ其物件ニ付キテ完全ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得サルナリ故ニ贓物ノ賣買ニ付テハ前述シタル一般ノ原則ヲ適用シテ其効力ノ有無ヲ決スルノ外アル可カラズ然レトモ若シ公商人ノ手ヲ經由シテ善意ニ買受ケタルトキハ贓物ニ付テモ尙ホ完全ノ所有權ヲ取得スル

モノニシテ唯タ後日真正ノ所有者ヨリ其代金ノ辨償ヲ受クレハ該物件ヲ返還ス可キノ義務アルニ過キス換言スレハ公商人ヲ經テ善意ニ贓物ヲ買受ケタル者ハ其物件ニ關シテ解除條件附帶ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得ルモノナリ英國法律ニ依レハ市場ニ於テ市日ニ賣買ヲ爲ストキハ他人ノ物ニ付テモ尙ホ所有權ヲ得有スルコトヲ得ヘシ而シテ同國倫敦ニ在リテハ各店舗ヲ以テ市場ト爲シ又各日ヲ市日トスレトモ倫敦以外ニ於テハ特許若クハ時効ニ依リテ一定セル日ノミ市日ニシテ又之ニ依リ特定シタル場所ノミヲ以テ市場トス斯ル市場ニ於テ市日ニ賣買取引ヲ爲ストキハ縱令賣主ノ所有ニ屬セサル物ヲ買取ルモ完全ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得ルモノナリ然レトモ此規定ニハ例外ノ場合アリテ存ス即チ左ノ如シ

(第一) 主權者ニ屬スル物件 此種ノ物件ハ市日市場ニ於テ賣買スルモ其所有權ハ決シテ買主ニ移轉スルコトナシ

(第二) 買主善意ナラサル場合 此場合ニ在テハ市日市場ニ於ケル賣買ヲ以テスルモ買主ハ毫モ他人ノ物ニ付キテ所有權ヲ取得スルコトヲ得ス

(第三) 賣買取引カ店舗ノ後室、物置場若シハ密室ニ於テ締結セラレタルカ又ハ日没後日出前ニ締結セラレタル場合ニ此場合ニ於テモ亦其賣買ニ依リ他人ノ物ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得サルナリ

前顯英國法ノ規定ハ特リ賣買ニノミ適用スルニ止マリ贈與ニハ之ヲ適用スルコトナシ又賣買ノ目的物カ數多ノ人ノ手裡ヲ經テ再ヒ原賣主即チ真正所有主ニ非サル者ニ復歸シ來リタルトキハ真正所有主ハ茲ニ自己ノ權利ヲ主張シテ其物件ヲ取戻スコトヲ得ルモノトス而シテ又前顯ノ規定即チ市日市場ニ於ケル賣買ノ一般ノ規則ハ勿論贓物ニモ適用スルコトヲ得ヘシト雖モ若シ眞所有主ヨリ犯人ヲ告訴シテ結局有罪ノ宣告アリタルトキハ其宣告ト同時ニ物件ノ所有權ハ當然眞所有主ニ回復スルモノナリ左レトモ市日市場ニ於テ善意ヲ以テ贓物ヲ買受ケタル者ハ縱令眞所有主ヨリ贓物ナル旨ノ通知ヲ受クルモ爲メニ何等ノ影響ヲモ蒙ルコトナシ從テ有罪ノ宣告アルマテハ有効ニ其目的物ヲ處分スルヲ得ヘシ是レ實ニピクトリア女王第廿四年及ヒ廿五年ノ法律第九十六章第百條ノ規定スル所ナリ夫レ斯ノ如ク英國法律ニ依レハ贓物ノ所有權

ハ有罪ノ宣告アル迄ハ善意ノ買主ニ屬シ其宣告アリテ始メテ法律ノ効力ニ依リ眞正所有主ノ手裡ニ回復スルノ規定ナルカ此所有權回復ノ効果ハ既往ニ溯ルモノナルヤ將タ宣告ノ日ヨリ以後ニノミ及フモノナルヤニ付キテハ種々ノ議論アリタルトモ此問題ハ遂ニワルカア對マッシュユースノ事件ニ於テ結局ヲ告クルコト、爲レリ今此事件ノ顛末並ニ判決ノ要旨ヲ畧述セン千八百八十年六月七日原告ハ其所有ノ牝牛二頭ヲ盜取セラレシカ同月十一日ニ至リ某伯樂ハ公ノ市場ニ於テ該牝牛ヲ或人ヨリ買受ケ更ニ之ヲ被告ニ賣却セリ其後千八百八十一年四月五日即チ竊盜罪ノ宣告アリタル後、原告ハ被告ニ對シテ右牝牛ノ取戻ヲ訴求シタリ然ルニ竊盜罪ノ宣告前該牝牛ハ被告ノ許ニ於テ仔牛ヲ産出シタリシカハ則チ其仔牛ノ所有權何人ニ歸屬スル乎ニ付キ議論ヲ惹起セリト雖モ原告ハ毫モ仔牛ノ所有權ヲ爭論セザリシニ被告ハ却テ反訴ヲ提起シ其仔牛ノ産出并ニ飼養ニ付キテ支出シタル費用ハ應ニ原告ノ負擔ス可キモノナリト辯論シテ之カ償還ヲ反求セリ裁判所ノ判決ニ曰ク牝牛ノ所有權ハ有罪宣告ノ日マテ依然被告ニ在リ而シテ仔牛ハ仍ホ被告ノ所有主タル間ニ産出シタル

モノナルヲ以テ其之ニ關スル費用ハ素ヨリ被告ノ負擔タル可シト故ニ此判例ニ依レハ有罪宣告ノ効力ハ毫モ既往ニ溯ルモノニ非スシテ單ニ宣告ノ日以後ニノミ及フモノナルコト確定シテ復タ争フ可カラサルニ至レリ

(第五例外) 所有者カ一箇ノ有體動産又ハ無記名證券ヲ二重ニ賣却シタルトキハ二人ノ買主中現ニ目的物ヲ占有スル者ハ假令後ニ買受クルト雖モ完全ノ所有權ヲ取得スルモノトス但此買主ハ自ラ買受クル當時ニ於テ前ノ賣買ヲ知ラス且前賣買ヲ爲シタル者ノ財産ヲ管理スルノ責任ナキコトノ二條件ヲ具備スルヲ要ス(財産編第三百四十六條蓋普通ノ原則ニ從ヘハ一度賣買ノ合意ヲ爲セハ所有權ハ買主ニ直ニ移轉スルヲ以テ賣主ハ再ヒ同一物ヲ他ニ賣却スルヲ得サルハ勿論ナリ然レトモ登記ノ如キ公示ノ方法ナキ有體動産ニ之ヲ適用スルトキハ自然賣買取引ヲ阻害シ活潑ナル商取引ハ決シテ望ムコトヲ得サルニ至ル可シ於是乎法律ハ公益保護ノ理由ト物ノ占有ハ自ラ一箇ノ公示方法ナルノ理由トニ依リ賣買ノ前後ヲ問ハス苟モ占有ヲ先ニ得タル者ハ完全ノ所有權ヲ取得スルモノト規定セリ本例外ノ第四例外ト異ナル點ハ第四例外ハ一般ニ適用

スルヲ得ルモ本例外ノ規定ハ眞所有者カ二重ニ賣却シタル場合ニノミ適用シ且第四例外ニハ善意ニテ物ノ占有ヲ取得スルヲ要スルモ本例外ノ場合ハ單ニ合意ヲ爲ストキノミ買主ノ善意ヲ要シ占有ヲ得ルトキノハ之ヲ要セサルノ二點ナリトス

英國法ニ於テ同一ノ動産ヲ同時ニ二人ニ賣却シタルトキハ其權利上ノ關係如何ト釋スルニ此コトハ即チ一千八百八十九年發布ノビクトリア女王第五十二年及ヒ五十三年第四十五章ノ條例ノ規定スル所ナリ今其條規ニ依レハ(第一)有體動産ヲ賣却シタル後尙ホ其物件又ハ之ヲ代表スル證券ヲ占有スル場合ニ於テ賣主若クハ代理人カ再ヒ賣買其他ノ處分方法ニ依リテ同一物件ヲ他人ニ引渡シ而シテ其他ノ人カ善意ヲ以テ之ヲ受領シタルトキハ恰カモ其物件ヲ引渡シタル者カ當初眞所有主ノ委任ヲ受ケテ引渡ヲ爲シタルト同一ノ効力ヲ有ス可シ故ニ善意ヲ以テ其引渡ヲ受ケタル者ハ第一ノ買主ヲ排斥シテ完全ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得ルモノナリ(第二)有體動産ヲ買受ケタル者若クハ之ヲ買入ル可キ約束ヲ爲シタル者カ賣主ノ承諾ヲ經テ其動産又ハ之ヲ代表スル所ノ證

券ヲ占有スル場合ニ於テ自己若シハ代理人カ其物件又ハ證券ヲ他人ニ賣却シ  
 或ハ處分シテ之ヲ引渡シ他人ハ善意ヲ以テ引取りタルトキハ猶ホ真正ノ所有  
 主カ豫メ明示ノ委任ヲ爲シタル場合ト同シク其取引ハ充分ナル効力ヲ有スル  
 モノナリ以上ハ即チ前項條例ノ規定スル所ナルカ此他尙ホ英國普通法ニ依レ  
 ハ有體動産ノ賣主カ賣買ヲ解除シ得ヘキ權利ヲ有スルモ未ダ之ヲ實行セサル  
 場合ニ於テ買主其動産ヲ他人ニ轉賣シ而シテ他人カ善意ニ之ヲ買取りタルト  
 キハ玆ニ完全ノ所有權ヲ取得スルヲ以テ最初ノ賣主ハ此第二ノ買主ニ對シテ  
 解除ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ス然レトモ詐欺ノ爲メニ賣買ヲ締結セシメラ  
 レタル者ハ其詐欺ヲ行ヘタル者ニ對シ賣買ヲ解除スルノ權利ヲ有スルモノニ  
 シテ而シテ若シ其目的物カ善意ナル買主ノ手裡ニ轉讓シタルトキハ當初ノ詐  
 欺ノ性質如何ニ依リテ其第二ノ買買ヲ解除スルコトヲ得ル場合ト之ヲ解除シ  
 得サル場合トノ區別アリ即チ最初詐欺アルニ非サレハ全ク賣却ノ意思ナカリ  
 シ場合ニハ第二ノ買買ヲ解除スルコトヲ得ヘシト雖モ詐欺ノ有無ニ拘ハラズ  
 シテ目的物ヲ賣却スルノ意思アリタル場合ニハ到底第二ノ買買ヲ解除スルコ

トヲ得サルナリ  
 上來他人ノ物ハ賣買ノ目的物タルコトヲ得サルノ理由並ニ其例外等ヲ詳述シ了  
 リタレハ是ヨリ次ノ條件ニ付キ説明スル所アラントス

(第六) 賣買ノ當時現存スル物ナルコト 既ニ講述シタルカ如ク賣買ハ所有權ノ  
 移轉ヲ目的トスルモノナルカ故ニ從テ又現ニ存在スル所ノ物ニ非スンハ賣買ノ  
 目的物タルコトヲ得ス然レトモ此條件ハ特リ第一種ノ賣買ニノミ限ルモノニシ  
 テ第二種ノ賣買ニ至リテハ必スシモ之ヲ適用スルモノニ非ス再言スレハ第二種  
 ノ賣買ニ於テハ將來存在シ得ヘキ物ト雖モ尙ホ其目的物タルコトヲ得ヘシ  
 英國普通法ニ依レハ現存セサル物ヲ二種ニ區別セリ存在ノ豫定シ得ヘキモノ及  
 ビ豫定シ得ヘカラサルモノ即チ是レナリ存在ノ豫定シ得ヘキ物トハ英國法律ニ  
 所謂豫定シ得ヘキ存在ヲ有スル物ノ義ニシテ既ニ賣主ノ所有ニ屬スル物件ヨリ  
 自然ニ發生ス可キモノヲ云フ例ハ賣主所有ノ原野若シハ羊ニ生スル雜草又ハ  
 羊毛ノ如キ即チ是レナリ而シテ此雜草又ハ羊毛ノ如キモノニ付テハ其發生前ト  
 雖モ尙ホ且ツ賣買契約ヲ締結スルコトヲ得ヘシ是レ實ニ其豫定シ得ヘキ存在ヲ

有スルニ職由スルモノナリ次ニ豫定シ得ヘカラサル物トハ未ダ自己ノ所有ニ歸セサル原野若クハ羊ニ將來自然ニ生ス可キ雜草又ハ羊毛ノ如キモノ、謂ニシテ即チ豫定シ得ヘキ存在チ有セサル物チ云フ而シテ此種ノ物件ハ單ニ賣買約束ノ目的物ト爲スコトヲ得ルニ過キス是レ古來判決先例ノ決定シタル所ナリ然ルニ輒近ニ至リ此判例ノ當否ヲ議スル者アリテ結局斯ク將來ニ存在シ得ヘキ物チ二種ニ區別シテ一ハ賣買ノ目的物タルコトヲ得セシメ一ハ單ニ賣買約束ノ目的物タルコトヲ得ルニ過キカラシムルカ如キハ決シテ法理ニ適合シタルモノニ非サルヲ以テ自今ハ宜シク孰レノ種類ニ屬スル物ト雖モ唯ダ賣買約束ノ目的物ト爲スコトヲ得ルニ止マラシム可キ旨ヲ主張スルニ及ヘリ現ニラングドン對ヒギンズノ事件ニ於テハ此趣旨ニ據リテ判決ヲ下シ斷然從來ノ判例ヲ排斥シタリ而シテ現今ノ判決例モ亦寧ロ前述ノ區別ヲ認メサルノ傾向アリ

### 第四章 代價

#### 第一節 代價ノ性質

凡ソ賣買ヲ成立セシメンニハ一定ノ代價ナカル可カラス一定ノ代價ナクンハ賣

代價  
代價ノ性質

買ハ決シテ成立スルコトナシ代價ハ何ソヤ賣買ノ目的物ニ對スル所ノ報酬ナル一定ノ金額即チ是レナリ而シテ此金額ハ必スヤ當事者ノ合意ヲ以テ定メタルモノナラサル可カラス若シ當事者ノ間合意ヲ以テ一定セスンハ如何ニ相當ナル金額ト雖モ法律上之ヲ代價ト稱スルコトヲ得サルナリ尤モ英國法律ノ如キハ賣買目的物ノ代價額ニ付テ明約アラサレハ則チ相當ノ金額ヲ以テ其代價ヲ定ムルコト、爲シ居レリ此規定ニ由リテ之ヲ觀レハ代價額ハ必スシモ合意ニ依リテ定ムルノ要アラサルニ似タリト雖モ而モ英國法律ノ趣旨トスル所ハ斯ル場合ニハ相當ノ代價ヲ以テ賣買ヲ爲スコトヲ默約シタルモノト看做スニ在リテ別ニ前顯ノ原則ノ例外ト爲シタルニ非ス從テ當事者ノ間若シ反對ノ意思明白ナルトキハ茲ニ代價未定ノ理由ニ因リテ其賣買無効ニ屬ス可キモノト爲セリ次ニ又代價ハ真正ノモノナラサル可カラサルコト素ヨリ論ヲ俟タス當事者ニシテ唯ダ假裝的ノ代價ヲ定ムルモ決シテ適法ノ代價タルコトヲ得サルナリ故ニ夫ノ空米相場ノ如キ表面上代金ノ約定アルニ拘ハラス其實相場昂低ノ差ヲ以テ輸贏ヲ爭フ所ノ取引ナルカ故ニ正當ノ賣買成立スルコトナシ夫レ斯ク如ク代價ハ真正ナラサル

可カラスト雖モ又必スシモ實價ニ相當スルコトヲ要セス實價ニ比シテ如何ニ高  
 値ナルモ將タ如何ニ低廉ナルモ當事者ニシテ苟クモ眞實ノ代價ト定メタルモノ  
 ハ法律上充全ノ効力ヲ有スルコト勿論ナリトス故ニ非常ク大厦高樓ヲ僅カニ十  
 圓ノ代價ニテ賣買スルモ更ニ差支アルコトナシ只ク實價ト代價ノ間異常ノ差等  
 アルトキハ時ニ或ハ裁判官ノ認定上眞實ノ代價ヲ定メタルモノニ非サル可シト  
 ノ推測ヲ惹起スルコトアル而已佛蘭西民法ニ依レハ不動産ノ代價カ實價ニ比シ  
 テ十二分ノ七以上低廉ナルトキハ賣主ハ其賣買ヲ取消スルコトヲ得トノ規定アリ  
 而シテ我民法草案モ亦之ニ則リ不動産ノ代價カ實價ノ二分ノ一ニ及ハサルトキ  
 ハ其賣買ヲ取消スルコトヲ得ヘシテフ條項ヲ掲ケタレトモ斯ノ如ク實價ヲ標準ト  
 シテ代金ヲ定メサル可カラスト云フニ至テハ正サシク契約ノ自由ヲ制限スル所  
 ノ規定ト謂ハサルヲ得ズ殊ニ斯ク低廉ノ代價ヲ定メタル賣買契約ニシテ別ニ公  
 益ニ反スル所ナク又德義ニ戾ルモノニ非サルコト明瞭ナル以上ハ之ニ右ノ規定  
 ヲ適用シテ其契約ノ取消ハ許容スルカ如キハ決シテ妥當ヲ得タルモノニ非ス畢  
 竟スルニ當事者雙方ノ自由ナル合意アルハ縱令百圓ノ實價ヲ有スル物件ト雖モ

代價ノ指  
 定方法

尙ホ三十圓又ハ四十圓ノ廉價ヲ以テ賣買スルコトヲ得ヘシテ而シテ法律上毫  
 モ斯ル賣買ヲ禁制スルノ理由之レアラサルナリ況ンヤ佛國民法及ヒ我民法草案  
 ノ如ク單ニ不動産ノ賣買ニ付テフミ代價ノ制限ヲ設クルハ近世法理上一モ理由  
 ノ存セサル所ナルニ於テオヤ故ニ既成法典カ斷然此草案ノ條項ヲ削除シタルハ  
 詢ニ穩當ノコト、信ス

第二節 代價ノ指定方法

代價ハ全額ヲ以テスルモ將タ其目安ヲ以テ定ムルモ當事者ノ自由ナリトス古代  
 ノ羅馬法ニ從ヘハ賣買目的物ノ代價ハ必ス其全額ヲ明示セサル可カラサルコト  
 、爲シタレトモ爾來社會漸ク進步シテ取引繁雜トナルニ隨ヒテ此規則ヲ強行ス  
 ルノ甚ク不便ナルコトヲ覺知シタルヨリ苟クモ代價ヲ算出ス可キ目安即チ標準  
 ヲ定メタルトキハ之ヲ以テ代價ヲ約定シタルモノト爲スコトヲ許スニ至レリ例  
 へハ一坪ノ代金ヲ十五圓トシテ數頃ノ土地ヲ賣買シタル場合ノ如キ後日坪數ヲ  
 測量スルハ直ニ代價ノ全額ヲ算出シ得ヘキヲ以テ則チ之ヲ有効ノ賣買ト認ム  
 ルモノナリ要スルニ賣買ノ代價ハ良シヤ全額ヲ以テセサルモ當事者ノ間後日別

段ノ約定ヲ要セスシテ其全額ヲ算出シ得ヘキ方法ヲ設置スレハ是レリトス次ニ  
 代價ハ或ハ同種類ノ商品ノ現時又ハ近日ノ市價ニ委任或ハ契約ヲ以テ指定シタ  
 ル第三者ノ評價ニ委任ルコトヲ得ルモノトス此規定モ亦右ノ條規ト同一ノ理由  
 ニ基ツケルモノニシテ當事者ハ縱令現時ノ相場若干ナルヤヲ知了セサルモ其現  
 時ノ相場ヲ以テ賣買ノ契約ヲ締結シ得ルコト、爲セリ蓋シ此場合ニ於テモ亦後  
 日特段ノ合意ヲ締結スルヲ要セス直チニ代價ノ幾許ナルカヲ計算シ得ヘケレハ  
 ナリ又之ト同一ノ理由ニ依リ當事者ハ明日若クハ明後日ノ相場ヲ以テ賣買ノ代  
 價ト爲スコトヲ得ルモノトス我民法財産取得編第三十三條第二項ノ法文ハ唯ダ  
 汎ク「近日ノ市價」云々ト規定スルニ止マレリト雖モ實際當事者ノ間ニ契約ヲ締結  
 スルニ方リテハ必スヤ來ル何日ノ市價ト特定セサル可カラス單ニ近日ノ市價ニ  
 據ルコトヲ約定シタルノミニテハ未ダ有効ニ代價ヲ定メタルモノト云フヲ得サ  
 ルナリ又往古ノ羅馬法ニ依レハ前述ノ如ク代價ノ全額確定スルニ非サルヨリハ  
 賣買成立スルコトヲ得サルモノト爲シタルヲ以テ其極當事者カ代價額ヲ第三者  
 ノ評價ニ委任タルトキハ果シテ賣買成立スルヤ否ニ付キ法律學者ノ間久シク爭

論スル所アリテ多數ノ學者ハ專ニ賣買成立セステフ説ニ傾キダリト雖モ其後  
 ヤスチニアノ皇帝ノ御宇ニ至リ成文法ヲ發布シ賣買ノ代價ハ之ヲ第三者ノ評價  
 ニ委任シ得ヘキコトヲ明示シテ爭論ノ種子ヲ消滅セシムルコト、爲レリ而シテ  
 此規定ハ那翁法典第五百九十一條及ヒ同九十二條ニ於テ採用セラル、所トナ  
 リ更ニ又本邦法典ニ傳來スルニ至レリ而シテ茲ニ注意ス可キハ英國ニ在リテハ  
 斯ノ如ク賣買ノ代價ヲ第三者ノ評價ニ委任シ得ルコト古來普通法ノ確認シタル  
 所ナルノ一事是レナリ

借賣買ノ代價ヲ第三者ノ評定ニ委任シハ必スヤ當事者ニ於テ豫メ其人ヲ指定  
 スルコトヲ要ス然ラズンハ代價ハ仍ホ未定ノ間ニ在リト云ハサル可カラス何ト  
 ナレハ當事者カ他日其評價人ヲ選定スルニ付キ或ハ異議ヲ生スルコトアル可ク  
 シテ其之ヲ一定センニハ更ニ新タナル合意ヲ締結スルノ必要ヲ見ルニ至ル可ク  
 レハナリ而シテ當事者ノ間若シ評價人ヲ豫定セサルトキハ裁判所ト雖モ亦妄リ  
 ニ其相當トスル評價人ヲ命シテ代價ヲ評定セシムルコトヲ得ス何トナレハ此評  
 價人ヲ選定スルコトハ實ニ賣買契約ノ成立ニ關スルモノナリ而シテ裁判所ハ既



ニ成立シタル契約ニハ干涉スルコトヲ得レトモ此場合ノ如ク未タ成立セサル契約ニ干涉シテ其成立ヲ強ユルカ如キハ全ク職權以外ノ事柄ニシテ毫モ爲シ得ヘカラサル所ナレハナリ次ニ當事者カ豫メ評價人ヲ指定シタル場合ニ於テ其評價人代價ヲ評定セサルカ若クハ評價ヲ爲ス前ニ死亡シタリトセハ結局賣買ニ如何ナル影響ヲ及ホス可キ乎ト繹スルニ我民法及英米法律等ニ依レハ前述ノ如ク賣買ノ代價ヲ第三者ノ評定ニ委任シタルトキハ則チ之ヲ以テ一應代價ノ定マレルモノト爲シ直チニ賣買ヲ成立セシムルノ主義ヲ採レリト雖モ而モ此場合ニ於テハ代價ノ全額未定ニシテ或ハ評價人其評價ヲ爲サ、ルカ如キ恐アルヲ以テ畢竟賣買ハ未タ完全ニ成立セズ唯タ停止條件附ノ合意トシテ存在スルニ過キサルナリ換言スレハ此合意ハ他日評價人ノ評價ヲ俟テ始メテ完全ノ賣買ト爲ルモノトス從テ其條件發生スルニ非スノハ素ヨリ賣買ノ効力ヲ發生スルコトナシ現ニ英國法律ニ依レハ評價人カ代價ノ評定ヲ爲サ、リシ場合ニ於テハ縱令其評價ヲ爲シ得サリシコトカ當事者ノ一方ノ妨害ニ基ツキタルトキト雖モ尙ホ賣買ハ毫モ其効力ヲ生セサルモノト爲セリ然ルニ同國ノ判決例ヲ見レハ賣主カ目的物ヲ買

主ニ引渡シタル後評價人代價ノ評定ヲ拒ミタル場合ニ於テ買主既ニ其物件ヲ費消シ居リタルトキハ則チ陪審官ノ相當ト判定シタル代價ヲ支拂ハサル可カラサルコト、セリクラーン對ウエストロープノ訴件ノ如キハ即チ其一例ナリトス左レトモ此判決ノ趣旨タルヤ敢テ賣買ノ効力アリトシテ買主ニ對シテ代價ノ支拂ヲ命シタルニハ非ス唯タ買主ハ既ニ他人ノ物件ヲ消費シタルニ因リ其ノ損害ノ賠償トシテ相當ノ代金ヲ償還セサル可カラスト云フニ在リ再言スレハ斯ル場合ニ於テハ契約上ノ理由ヨリ代金支拂ノ義務アルニ非スシテ寧ロ私犯上ノ理由ニ依リ損害賠償ノ責ニ任セサルヲ得スト云フニ在ルナリ終リニ代價ハ一時ニ辨濟ス可キ元本ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシ又ハ無期若クハ終身ノ年金權ヲ以テ定ムルコトヲ得ヘシ然レトモ第三者タル評價人ハ決シテ年金權ヲ以テ代價ヲ評定スルコトヲ得ス必スヤ元本ヲ以テ之ヲ定メサル可カラサルナリ但シ當事者ニ於テ評價人ニ對シテ特ニ廣濶ナル權限ヲ與ヘタルトキハ此限ニ在ラズ

手附及ヒ内拂

### 第五章 手附及ヒ内拂

賣買法 賣買ノ成立 手附及ヒ内拂

賣買ノ手附ト内拂トハ甚々相類似セルモノナリト雖モ決シテ同一物ニ非ス今ヤ  
 試ミニ羅馬法ノ所謂手附ノ性質ヲ按スルニ頗ル奇異ノ觀ヲ呈スルヲ以テ若シ能  
 ク其性質上ノ區別ニ注意セスノハ遂ニ大ナル誤謬ニ陥ルノ恐レアリ元來古代ノ  
 羅馬法ニ謂フ所ノ手附ニハ二種アリテ存セリ即チ其一ハ賣買契約ニ先ツ所ノ  
 一個獨立ノ契約ニ依ルモノニシテ其二ハ賣買契約ニ附從シ賣買成立ノ證據ト爲  
 ルモノ是レナリ第一種ノ手附ハ當事者ノ一方カ他ノ一方ニ之ヲ委付スレハ賣買  
 ナ取結フコトヲ拒絶スルヲ得ヘシ然レトモ賣買ヲ取結フコトヲ拒絶セスシテ之  
 ナ取結ヒタルトキハ其手附金ハ代價ヨリ扣除スヘキモノナリ而シテ又此手附ヲ  
 受取リタル者カ賣買ヲ取結フコトヲ拒絶セント欲スルトキハ則チ既ニ領受シタ  
 ル手附ニ同額ノ金圓ヲ附加シ之ヲ買主ニ交付スルコトヲ要ス換言スレハ手附ヲ  
 受取リタル者ハ之ヲ二倍ニシテ還付スレハ賣買取結ヲ拒絶スルヲ得ヘシ第二種  
 ノ手附ハ賣買成立ノ徵憑又ハ證據ト爲ルモノニシテ必スシモ金錢ニ限ラス亦タ  
 他ノ物件ヲ以テ之レニ充ツルコトヲ得ヘシ例ヘハ當事者ノ一方ハ賣買成立ノ徵  
 憑トシテ指環ノ如キモノヲ他ノ一方ニ附與スルコトアリ而シテ斯ク手附ヲ與フ

ル者ハ通常買主ナレトモ復タ時ニ或ハ賣主ヨリ之ヲ與フル場合ナキニ非ス買主  
 ニ於テ若シ金錢ヲ手附ト爲ストキハ通例之ヲ代價ノ内拂ト見做シタリ以上ハ即  
 チ古代ノ羅馬法ニ於ケル規定ナレトモ降テシヤスタニアン帝ノ時代ニ至リ新タ  
 ニ條例ヲ發布シテ手附ノ性質ヲ變更スルコト、爲レリ即チ其規定ニ依レハ賣買  
 ハ書面ヲ以テ取結ヒタル場合ト書面ニ依ラスシテ取結ヒタル場合トヲ論セス各  
 當事者ヨリ其對手人ニ手附ヲ委付シテ之ヲ解除スルコトヲ得ルモノトセリ再言  
 スレハ此條例ハ古法ニ於ケル第一種及ヒ第二種ノ區別ヲ廢止シ何レノ場合ト雖  
 モ手附ヲ委付シテ以テ賣買ヲ解除シ得ヘキ旨ヲ規定シタルモノナリ然ルニ後世  
 羅馬法ヲ講スル學者中ニハ奇怪ナル說ヲ維持スル者アリ例ヘハボチエー氏ノ如  
 キハ說ヲ爲シテ曰クシヤスタニアン帝ノ條例ハ依然古代法ニ於ケル手附ノ區別ヲ  
 維持スルモノト爲シ第二種ノ手附ハ縱令其金圓ヲ犠牲ト爲スモ決シテ賣買ヲ解  
 除スルコトヲ得スト此說タルヤ之ヲ換言スレハシヤスタニアン帝ノ法律ハ別ニ  
 手附ノ性質ヲ變更シタルモノニ非スシテ仍ホ古來ノ區別ヲ維持セルモノナリト  
 云フニ在リ然レトモ佛國民法ノ規定ハ斷然氏ノ說ヲ排斥スルニ似タリ同法第千

五百九十條ニ曰ク手附金ヲ出シテ賣買ノ約束ヲ爲シタル時其契約ヲ爲シタル一方ノ者左ノ條件ヲ行フニ於テハ其契約ヲ取消スコトヲ得ヘシ手附金ヲ渡シタル者ハ其手附金ヲ自己ノ損失ト爲ス事手附金ヲ受取リタル者ハ其手附金ノ二倍ヲ返ス事ト而シテ又佛國民法ニ於テハ賣買ノ豫約ハ猶ホ賣買ニ等シテフ規定アリ此等ノ規定ニ由リテ之ヲ觀レハ佛國民法ハ全然古代羅馬法ノ區別ヲ認メサルモノト謂フモ亦誣言ニ非ス然ルニボナエー氏ハ前顯第五百九十條ノ法規ヲ解釋シテ曰ク本條ハ唯賣買ノ豫約ニノミ適用ス可キモノニシテ賣買契約ニハ適用スルコトヲ得ス故ニ賣買契約ノ場合ニ於テハ手附金ハ決シテ解除ノ方法ト爲ルモノニ非スト左レトモ此解釋タルヤ既ニ他ノ條文ト抵觸スルモノニシテ賣買ノ豫約ト賣買トヲ區別スルカ如キハ甚奇怪ノコトニ屬スルモノト云ハサルヲ得ス是ニ於テ乎オルトラン氏ハボナエー氏ニ反對シテ手附金ハ總テノ場合ニ於テ解除ノ方法ト爲ル可キモノタルコトヲ主張セリ我民法ノ起案者ボアソナード氏ハ此點ニ付キ如何ナル意見ヲ抱懷スルヤト釋スルニ氏ノ曰ク手附ハ原則上賣買ノ豫約アリタル場合若クハ證書ノ作成ヲ以テ賣買完成ノ條件ト爲シタル場合ニ於テ

ノミ解約ノ方法ト爲ルニ過キスシテ普通ノ賣買ニ在リテハ毫モ手附ヲ拋棄シテ解約スルコトヲ許サスト尙ホ氏ハ自ラ批難シ自ラ解答シテ曰ク若シ手附ヲ以テ解約ノ方法ト爲スコトヲ許サストセハ或ハ賣買ニ於テ手附ヲ授受スルノ趣旨不明トナル可キコトヲ難スル者アラン此批難タルヤ賣主カ手附ヲ與ヘタル場合ニ付テハ一理アリト雖モ買主ヨリ之ヲ供シタル場合ニハ毫モ恰當セサルモノト云ハサル可カラス何トナレハ買主カ手附ヲ與ヘタルトキハ則チ之ヲ代價ノ内金若クハ前拂ト見做スコトヲ得ルヲ以テナリト氏ハ更ニ論鋒ヲ進メテ曰ク論者或ハ辯駁シテ言ハシ買主カ與ヘタル手附ニシテ金圓ナルトキハ素ヨリ之ヲ内拂若クハ前拂ト見做スコトヲ得ヘシ然レドモ之ニ反シテ金錢以外ノ或物品ヲ以テ手附ト爲シタル場合ニハ到底斯ル認定ヲ下スコトヲ得サルナラント然ルニ余ヲ以テ見レハ斯ル場合ハ極メテ稀有ナルノミナラス良シヤ斯ル場合アリトスルモ其手附ハ解約ノ方法トシテ附與シタルモノト認メス寧ロ賣買ノ履行ヲ爲スコトヲ得サルトキノ賠償ニ對スル擔保トシテ之ヲ與ヘタルモノト見做スヲ以テ穩當トセサル可カラスト而シテ氏ハ最終ニ結論シテ云ヘラシ賣買既ニ完成シタル場合ニ

於テハ敢テ手附ヲ以テ解約ノ方法ト見做サ、ルモ尙ホ其他ノ意味ニ説明スルコトヲ得ヘシト以上ハ佛國法學者ノ解釋并ニ我民法起案者ノ意見ヲ畧述シタルモノナリ是ヨリ余ハ既成民法ノ規定ニ付キ講述スル所アル可シ

民法財産取得編第二十九條ノ規定ニ依レハ賣買未タ完成セサル場合ニ於テハ常ニ手附ヲ以テ解約ノ方法ト爲スコトヲ得ルモノトス茲ニ所謂賣買ノ完成セサル場合ニ二種アリ即チ其一ハ賣買ノ豫約ヲ取結ヒタルトキニシテ此豫約ニハ尙ホ賣渡ノ片務豫約買受ノ片務豫約并ニ賣買ノ雙務豫約ノ三種別アリテ存ス次ニ其二ハ賣買ノ成立ヲ書面作成ノ條件ニ繫ラシメタルトキ是レナリ當事者ノ間單ニ賣渡ノ片務豫約アリタルニ過キサル場合ニ於テハ賣主ハ手附ヲ委付シテ其豫約ヲ解除スルコトヲ得ヘク又買受ノ豫約ヲ取結ヒタルニ止マル場合ニ在リテハ買主ヨリ手附ヲ委付シテ解約スルコトヲ得ヘシ而シテ當事者ノ間賣買ノ雙務豫約アルトキハ各當事者ハ手附若クハ其手附ノ倍額ヲ委付シテ其豫約ヲ解除スルコトヲ得ルモノトス賣買ノ成立ヲ書面作成ノ條件ニ繫ラシメタル場合ニ於テモ之ヲ履行スルコトヲ欲セサル者ハ亦右ト同一ノ方法ニ依リテ解約ヲ爲スコトヲ得

ヘシ以上ハ即チ賣買未タ完成セサル場合ナリト雖モ賣買既ニ成立シタルトキ手附ヲ以テ解除ノ方法ト爲スコトヲ得ルハ特リ左ノ場合ニ限ルモノトス是レ取得編第三十條ノ規定スル所ナリ

(第一) 賣主ヨリ手附ヲ與ヘタルトキ 此場合ニ於テハ賣主ハ其手附ト爲シタル物品ノ性質如何ヲ問ハス之ヲ委付シテ賣買ヲ解除スルコトヲ得ヘシ

(第二) 買主ヨリ手附ヲ與ヘタルトキ 此場合ニ於テハ其手附カ金錢ナルト他ノ物品ナルトニ依リテ區別アリ買主ニシテ若シ金錢以外ノ物件ヲ以テ手附ト爲シタルトキハ則チ之ヲ委付シテ解約スルコトヲ得ヘシト雖モ金錢ヲ以テ手附ト爲シタルトキハ法律上之ヲ代價ノ前拂又ハ内拂ト見做スカ故ニ敢テ之ヲ委付シテ解約スルコトヲ許サス但シ反對ノ慣習若クハ明示ノ合意アル場合ハ此限ニ在ラス

夫レ斯ノ如ク賣買既ニ成立シタル場合ニ於テハ畢竟其手附ヲ以テ代價ノ内拂ト見做スコトヲ得ルト否トニ依リ又之ヲ以テ解約ノ方法ト爲シ得ルト否ラサルトノ區別ヲ生スルモノナリ尤モ茲ニ注意ス可キハ如何ナル場合ニ於テモ既ニ契約

ノ全部又ハ一分ノ履行アレハ到底手附金ヲ拋棄シテ賣買ヲ解除スル能ハサルコト是レナリ

英國法律ニ於テハ本邦及ヒ佛國民法ノ如ク手附ニ一定ノ性質ヲ附セシムルコトナクシテ專ラ當事者ノ意思ニ據リ或ハ之ヲ解除ノ方法ト爲ス可キヤ將タ單ニ賣買契約ノ證據方法ト爲スニ止ム可キ乎ヲ決定スルコト、爲セリ然レトモ同國ノ或地方若クハ商業社會ニ於テハ復タ之ニ解約ノ性質ヲ帶ハシムルノ慣習アリ

### 第二編 賣買ノ種類

#### 第一章 試驗賣買及試味賣買

##### 第一節 試驗賣買

試驗賣買トハ目的物ヲ試驗シテ買主ノ意ニ適シ若クハ其需要ニ應スルコトノ條件ヲ以テ取結フ所ノ賣買契約ヲ謂フ抑モ物件ニハ僅カニ之ヲ一見シタルノミヲ以テ其性質如何ヲ充分ニ知了シ得サルモノ許多アリ例ヘハ乘馬ノ如キハ數日間之ヲ試驗スルニ非サレハ容易ニ其惡癖ノ有無ト自己ノ意ニ適スルヤ否トヲ判知スルコトヲ得ス精巧ナル器物ノ如キモ亦多少ノ時日ヲ經過スルニ非スンハ果シ

賣買ノ種類  
試驗賣買  
及試味賣買  
試驗賣買

テ其完全ナルモノタルヤ否ヲ知了ス可カラス夫ノ蒸氣機關ノ如キハ殊ニ然リトス故ニ此等ノ物件ハ概シテ試驗賣買ノ方法ニ依リ取引セラル、コトヲ通常ト爲スナリ而シテ試驗賣買ハ管タニ動産物ニ付テノミ行ハル、モノニ非ス不動産ヲ賣買スルニ方リテモ亦此方法ニ依ルノ必要ナル場合アリ例ヘハ葡萄ヲ培養スルノ目的ヲ以テ土地ヲ購買スルニ方リ其地味ノ果シテ葡萄ノ栽培ニ適スルヤ否ヲ試ミタル後茲ニ始メテ賣買ヲ完結スルカ如キ場合即チ是レナリ

試驗賣買ハ概シテ明示ノ契約ニ依リ完成セラル、モノナリト雖モ又場合ニ依リテハ稀ニ默示ノ契約ヲ以テ成立スルコト有リ即チ此場合ニ於テハ專ラ目的物ノ性質其他結約當時ノ情況ヨリ當事者ノ意思ヲ推測シテ其試驗賣買ナルヤ否ヲ定ムルモノナリ

試驗賣買ノ性質既ニ以上講述セル所ノ如シ是ヲ以テ試驗賣買ハ所謂條件附賣買ノ一種タルコト明カナリ然ラハ其條件ハ停止條件ナルヤ將タ解除條件ナルヤト云フニ此點ニ付テハ法律上毫モ一定ノ規則アラサルカ故ニ結局各事件ニ於テ當事者ノ意思ヲ推測シ其孰レノ條件ニ屬スルヤヲ決スルノ外アル可カラス換言セ

ハ或ハ試験ノ上買主ノ意ニ適スルトキハ其物件ヲ買受ク可シトノ合意ナル乎將  
タ其賣買ハ目的物ヲ試験シタル上買主ノ意ニ適セスノハ之ヲ解除スルノ趣意ナ  
リシヤノ點ハ一ニ各場合ノ事情ニ隨ヒテ之ヲ定メサル可カラザルナリ  
佛國民法第千五百八十八條ニ依レハ試験賣買ハ停止條件附ノ賣買タルヲ以テ通  
則トシ當事者ノ間特ニ解除條件附ノ賣買ト爲シタル證據アレハ之ヲ例外ト爲セ  
リ

### 試味賣買

#### 第二節 試味賣買

試味賣買トハ其文辭ヨリ明ナルカ如ク飲食物ノ味ヲ嘗試シ買主ノ意ニ適スルノ  
條件ニテ取結ス所ノ賣買契約ヲ云フ我民法財産取得編第三十一條第二項ニ依レ  
ハ試味ノ慣習アル日用品ノ賣買ハ適意ノ停止條件ヲ帶ヒテ之ヲ爲シタルモノト  
推定スルコト、爲セリ故ニ酒類味噌又ハ醬油ノ如キ試味ノ慣習アル飲食物ヲ賣  
買スルノ契約ハ一應適意ノ停止條件ヲ帶フルモノト認メサル可カラス然ラハ試  
味ノ慣習アラサル日用品ノ賣買ニ付テハ法律上如何ナル推定ヲ下ス可キ乎其賣  
買ハ停止條件ノ附帶スルモノト認ム可キヤ將タ解除條件ノ附帶スルモノト認ム

可キヤト釋スルコト此點ニ付テハ我民法上何等ノ規定ヲモ設ケサルカ故ニ必スシ  
モ停止條件ヲ帶フルモノト推定スルコトヲ要セス猶ホ試験賣買ト同シク一ニ當  
事者ノ意思ヲ推尋シテ之ヲ定ム可キモツナリ  
佛國民法第千五百八十七條ニ依レハ葡萄酒油又ハ總テ買入ル、前ニ味ヲ試ム可  
キ習慣アル物品ニ付テハ買主其試味ヲ爲シ承諾シタル上ニ非サレハ賣買ヲ爲シ  
了リタルモノトナス可カラサルコトヲ規定セリ此條規タルヤ究竟我民法ト其趣  
意ヲ同ウスルモノナリ

試味賣買ト試験賣買トハ其間如何ナル區別アリヤト云フニ條文及ヒ學者ノ所說  
ニ依レハ其區別ハ左ノ二點ニ在リテ存ス

- (第一) 試験賣買ニ付テハ別段ノ推定法アラヌシテ專ラ各場合ノ事情ニ據リ當事  
者ノ意思ヲ推測シテ其附帶條件ノ性質ヲ定メサル可カラス之ニ反シ試味賣買  
ニ付テハ法律上特ニ停止條件ヲ帶ヘルモノト推定ス可キ旨ノ規定アリ
- (第二) 試験賣買ニ於テハ必ス瑕瑾ノ存スルコト若クハ買主ノ意ニ適セサルコト  
ニ付キテ相當ノ理由ナカル可カラス然ラスンハ買主ハ妄リニ其賣買ヲ拒絕ス

ルコトヲ得サルナリ之ニ反シテ試味賣買ニ於テハ目的物ヲ買主若シハ其家族ノ消費ニ供ズル場合ト之ヲ他ニ轉賣スル場合トヲ區別シ其自家ノ需要ニ供スル場合ニ在テハ買主ハ自己ノ意ニ適セステフ單一ノ理由ヲ以テ賣買ヲ拒絕スルコトヲ得ルモノトス何トナレハ人ノ嗜好ニ付テハ決シテ他人ノ容喙ス可キ所之レアラサレハナリ然レトモ目的物ヲ他ニ轉賣スル場合ニ於テハ苟クモ自己ノ意ニ適セサル相當ノ理由存在スルニ非スシハ買主ハ毫モ其賣買ヲ拒絕スルコトヲ得ス此區別タルヤ佛國法學者ノ一般ニ唱道スル所ナリト雖モ我法律上敢テ明文ノ規定アラサルニ依リ果シテ二種ノ賣買ノ間ニ斯ル差別アリヤ否大ニ疑ナキヲ得サルナリ

試味賣買ヲ爲シタル場合ニ於テ買主カ其權能ヲ行使ス可キ期間ニ付キ何等ノ約定ヲモ取結セスシハ買主ハ買主ニ對シテ短少ナル期間内ニ決答ヲ爲ス可キ旨ヲ催告スルコトヲ得ヘシ試驗賣買ヲ行ヒタル場合ニ於テモ亦同一ナリトス蓋シ當事者一方ノ適意不適意ヲ以テ條件ト爲ス場合ニ在テハ若シ速カニ其意思ヲ決セシテ長時日ノ間曖昧模稜ニ附スルコトヲ許サハ爲メニ他方ニ煩累ヲ及ホスコ

ト尠少ニ非サル可ケレハナリ買主ニシテ若シ催告ノ期間内ニ決答ヲ爲サ、レハ則チ賣主ハ賣買ヲ拒絕セラレタルモノト見做スコトヲ得ヘシ尤モ買主ニ於テ長シヤ決答ヲ爲サ、ルモ既ニ目的物ノ引渡ヲ受ケタダトキハ茲ニ默示ノ承諾ヲ爲シタリト推定セラル可キモノナリ是レ實ニ財產取得編第三十二條ノ規定スル所ナリトス

以上ハ即チ民法ニ於ケル試味賣買並ニ試驗賣買ノ規定ヲ論述シタルモノナリ然ルニ商法ニ於テモ亦此二種ノ賣買ニ關スル規定アリ即チ其第五百三十二條ニ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同條ニ所謂點檢賣買ハ試驗賣買ニ比スレハ其意義大ニ廣濶ニシテ畢竟試驗賣買ハ點檢賣買ノ一種ナリト爲サ、ル可カラズ然レトモ法律ノ精神ハ共ニ同一ノ賣買ヲ指稱セシムルニ在ル可ク從テ商法カ故ラニ民法ト用語ヲ異ニシ點檢賣買ト名ケタルハ實ニ不當ノコトト云ハサルヲ得ス次ニ該條ニ謂フ所ノ嘗試賣買ハ全然民法ノ試味賣買ト同一ナルモノニシテ唯タ其名稱ヲ異ニスル而已倍民法ニ於テハ前述ノ如ク試驗賣買ハ各場合ノ事情ニ隨ヒテ停

止條件又ハ解除條件ヲ帶フルモノト推定シ又試味賣買ハ一應停止條件ヲ帶ヘルモノト推定スレトモ商法ニ在リテハ更ニ二者ヲ區別セスシテ點檢賣買ナルト試味賣買ナルトヲ論セス等シク停止條件ヲ帶フルモノト看做シ居レリ是レ即チ此二種ノ賣買ニ關シテ民法ト商法ノ間其規定ヲ同ウセサル一點ナリトス又民法ニ於テハ此等二種ノ賣買共ニ買主ノ意ニ適スルコトヲ以テ條件ト爲シタルトモ商法ニ在テハ買主ノ承諾スルコトヲ以テ條件ト爲セリ從テ民法ニ依レハ苟クモ目的物ニシテ自己ノ意ニ適スル以上ハ買主ハ決シテ其賣買ヲ拒絕スルコトヲ得スト雖モ之ニ反シテ商法ニ於テハ縱令自己ノ意ニ適スルモ尙ホ其賣買ヲ拒絕シ得ルノ自由アリ是レ亦タ商法カ民法ト其規定ヲ異ニスル一點ナリトス現ニ商法ノ起案者ロエスレル氏ハ説明シテ曰ク點檢賣買及ヒ嘗試賣買ノ場合ニ於テハ買主ハ別ニ其理由ヲ擧ケスシテ之ヲ拒絕スルコトヲ得ルモノトス縱令目的物カ自己ノ意ニ適シタルトキト雖モ亦同シト然レトモ余ヲ以テ見レハ斯ノ如ク買主ノ承諾スルト否トヲ以テ條件ト爲スコトハ實ニ其當ヲ得サルモノト信ス何トナレハ既ニ買主ニ於テ賣買ヲ拒絕スルモ將タ之ヲ承諾スルモノニ其思フ所ノ儘ナリト

セシゴハ結局契約未ダ成立シタルモノニ非スシテ當事者ノ間復タ何等ノ權利關係ヲモ存スルコトナケレハナリ次ニ又商法第五百三十二條第二項前段ノ規定ニ依レハ買主カ契約若クハ商慣習ニ因リテ定マリタル期間又ハ點檢若クハ嘗試ノ爲メ必要ナル期間ニ其承諾ヲ述ヘサルトキハ則チ條件成就セザリシモノト看做スコト、セリ是レ商法カ民法ト其趣旨ヲ同ウスル處ナレトモ唯タ商法ニ於テハ民法ノ如ク賣主ヲシテ催告ヲ爲サシムルノ規定ヲ設ケサルカ故ニ如何ナル場合タルヲ論セス苟クモ買主カ相當期間内ニ承諾ヲ述ヘサレハ直チニ條件不成就ノ認定ヲ下スコキモノナリ故ニ此點ハ商法カ民法ト稍、其趣旨ヲ異ニスルモノト云ハサルヲ得ス又商法第五百三十二條第二項後段ノ規定ニ從ヘハ賣主カ點檢又ハ嘗試ノ爲メニ豫メ目的物ヲ買主ニ引渡シタル場合ニ於テ若シ買主カ右期間ノ満了マテニ承諾ヲ述ヘス且ツ其物ヲ賣主ニ還附セサレハ茲ニ條件成就シタルモノト看做スコト、爲セリ之ニ反シテ民法ニ於テハ更ニ斯ノ如キ規定アルヲ見ス故ニ是レ亦タ商法カ民法ト相異ナレル一點ナリトス然レトモ民商二法ノ間何故ニ斯ル差別ヲ設クルノ必要アリヤ余輩ハ未ダ其理由ヲ發見スルコトヲ得サルナリ



見本賣買

第二章 見本賣買

見本賣買トハ見本ニ依リテ締結スル賣買ノ謂ニシテ明示ノ方法ニ依ルモ將ダ默示ノ方法ニ依ルモ共ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ又見本賣買ハ無條件ノ賣買ニシテ夫ノ試験賣買又ハ試味賣買ト其性質ヲ異ニセリ一見スルトキハ見本ニ適合スルノ條件ヲ以テ締結スルモノナルカ如キ觀アリト雖モ決シテ斯ル條件ヲ帶フルモノニ非ラサルナリ以下之カ性質ニ就キテ説述セシ

(第一) 見本賣買ニ於テハ賣主ハ目的物ノ全部ヲ其性質又ハ條件ニ於テモ見本ニ適合セシメ毫モ異同ナキコトヲ暗黙ニ擔保スルモノナリ英國ノ判事アボット氏(Abbott)ハパルカー對パルマー(Parker v. Palmer)ノ事件ニ於テ説明シテ曰ク見本賣買ハ恰モ賣主カ目的物ハ總テ見本ノ性質ニ適合スルモノナルコトヲ明カニ擔保シタル契約ニ均シキモノナリト我既成民法ニ於テハ之ニ關シテ毫モ何等ノ規定ヲ掲ケサルモ法理上亦ダ當然此ノ性質ヲ認メサル可カラズ又既成商法ニ依レハ其第五百三十三條ハ規定シテ曰ク商標見本雛形又ハ試品ヲ以テ爲ス賣買契約ハ無條件ノモノニシテ此契約ニ依リテ賣主ハ物カ商標見本雛形又ハ試

品ニ適合ス可ク且別段ノ契約アルニ非サレ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可キ義務ヲ負フト此規定タルヤ賣主ハ單ニ目的物ノ見本ニ適合スルコトヲ擔保スルノミナラス其物ハ見本ノ所有者又ハ製出者ニ由來スルコトヲモ亦ダ併セテ擔保スルモノナリトセリ

(第二) 見本ニ相當ノ點檢ヲ爲スモ尙ホ發見スルコト能ハサル隠レタル瑕瑾アルカ爲メニ目的物ヲ使用シ又ハ商品ト爲スコトヲ得サルトキハ賣主ハ擔保ノ責ヲ免レサルモノトス換言スレハ賣主ハ見本ニ於テ斯ル隠レタル瑕瑾ナキコトヲ暗黙ニ擔保シタルモノナリ既成民法ニ在リテハ普通ノ賣買ニ於テ賣主ハ隠レタル瑕瑾ニ付キ擔保ノ責アルヲ以テ見本賣買ニ於テモ亦斯ル擔保ノ責任アルハ勿論ナリ又英國法ニ在リテハ普通ノ賣買ニ於テ賣主ハ隠レタル瑕瑾ヲ擔保スルノ責ナシ買主ノ危險ヲ以テ之ヲ買取ス可キモノトスレトモ見本賣買ニ於テハ亦ダ此暗黙擔保ノ責任ヲ認メリ試ニ其判例ヲ案スルニパルキンソン對リー(Parkinson v. Lee)ノ事件ニ於テ裁判所ハ判決ヲ下シテ曰ク商人ニシテ製造人ニ非ラサル賣主ハ見本ヲ點檢スルモ尙ホ發見スルコト能ハサル瑕瑾ニ付キテ

ハ擔保ノ責任ナシト此判例タル唯リ製造人ノミ隱レタル瑕瑾ヲ擔保スルモノト爲スモノナレトモ今日ニ於テハ既ニ其効力ヲ失シタルモノナリ即チ「ロド」スウィンヤア氏 (Lord Fisher) ハ判事ウヰルリス氏 (Villies) ノ説ヲ引用シテ曰ク「パーキンソン對リ」ノ判例ハ既ニ其効ヲ失セリ判事ウヰルリス氏ノ下シタル判決ニ依レハ新ナル藥料ヲ以テ着色シタル「ブランド」ヲ見本トシテ賣買シタルニ該「ブランド」ハ劇烈ナル下劑藥ナルコトヲ發見シタルモ此事タル通常ノ方法ヲ以テ少許ヲ試味スルモ容易ニ發見スル能ハサル場合ニ於テ賣主ハ酒商ニシテ醸造人ニ非ラサルモ尙ホ右ノ理由ヲ以テ擔保ノ責任ヲ免ル、コトヲ得スト説明シタリト

(第三) 買主ハ見本ト目的物ノ全部トヲ比較スルニ付キ相當ナル時期ヲ有セサル可カラストノ默示ノ條件ノ附帶スルモノナリ此事タル英國ニ於テハ確認セラレタル原則ナレトモ我既成民法ニ於テハ何等ノ規定アルコトナシ然レトモ法理上亦之ヲ認メサル可カラサルモノナルヲ信ス

以上見本賣買ノ有スル三個ノ性質ヲ畧説シタリ然ルニ茲ニ普通ノ見本ニ比シテ

少シク異色ヲ帶フルモノアリ平均見本ト稱スルモノ即チ是ナリ例ヘハ數俵ノ米ノ中ヨリ一部分ツ、ヲ取り出シ而シテ之ヲ混同シタルモノヲ以テ見本ト爲スカ如キ場合ナリ此場合ニ於テハ買取りタル數十百俵中其品質ノ平均見本ニ適合セサル劣等ナルモノアルモ買主ハ直ニ之ヲ拒絕シ又ハ代金ノ減額ヲ請求スルヲ得ス何トナレハ此場合ニ於ケル真正ナル標準ハ總テノ貨物ヲ混同シテ之ヲ平均見本ニ比較シ其果シテ適合セサルヤ否ヤヲ點檢シ其適合セサル場合ニ於テ始メテ買主ハ擔保權ヲ主張スルコトヲ得ヘキナリ是レ米國ニ於テレオナード對フ「Leonard v. Fowler」ノ事件ニ依リ確定セラレタル所ニシテ法理上亦ダ間然ス可カラサルモノナリト思考ス

### 第三章 賣買ノ豫約

#### 賣買ノ豫約

賣買ノ豫約ハ固ヨリ賣買ノ契約トハ其性質ヲ異ニスルヲ以テ之ヲ賣買ノ一種ト爲スハ其倫ヲ失スルノ譏ナキニ非ラサルモ然レトモ賣買ノ豫約ハ其儘賣買ニ變ス可キ性質ヲ具備スルヲ以テ之ヲ賣買ノ種類中ニ掲載セリ

#### 第一節 片務豫約

賣買法 賣買ノ種類 賣買ノ豫約 片務豫約

賣買ノ片務豫約ニ賣渡ノ片務豫約ト買受ノ片務豫約トノ二種アリ賣渡ノ片務豫約トハ例ヘハ甲ハ乙カ自己ノ家屋ヲ買ハント欲スルノ意思アルコトヲ知ルモ未タ其意思ノ決定セラレサルコトヲ察シテ乙ニ謂テ曰ク乙ニシテ一箇月間ニ我家屋ヲ買ハント欲セハ予ハ其需メニ應センコトヲ約束スト乙曰ク諾此場合ニ於テ甲ハ賣渡ノ豫約ヲ爲シタルモノトスルカ如キ是ナリ故ニ一箇月内ニ乙ノ買受ケンコトヲ申込マレタルトキハ甲ハ之ニ應セサル可カラス但乙ハ之ヲ買取ルモ買取ラサルモ自由ニシテ賣渡ノ片務豫約ノ爲メニ毫モ羈束セラレ、コトナシ又買受ノ片務豫約モ之レト等シクシテ唯タ賣渡ト買受トノ差異アルノミ例ヘハ甲乙ニ向ヒ五千圓ノ代金ヲ以テ乙ノ屋敷ヲ賣渡サンコトヲ欲セハ之ヲ買受ケント約束シ乙之ヲ承諾シタルトキハ甲ハ買受ノ豫約ヲ爲シタルモノトスルカ如シ而シテ甲ハ乙ノ賣渡サントスルニ當リ之ヲ買受ケサル可カラサルノ義務アルモ乙ハ之ヲ賣渡サ、ル可カラサル義務アルコトナキナリ然リ而シテ片務豫約ハ代金又ハ賣却ノ期間ヲ豫定シテ之ヲ締結スルコトアリ又或ハ之ヲ豫定セスシテ漠然タル約束ヲ爲スコトアリ二者孰レノ場合ニ於テモ共ニ法律上片務豫約タルノ効力

ヲ有ス可キモノナレトモ既成民法ノ定ムル所ハ唯リ前者ノ場合即チ代金及期間等賣買成立ノ條件ヲ定メタル場合ノミニシテ漠然タル豫約ニ付キテハ別ニ何等ノ規定アルヲ見ス又賣買ノ片務豫約ハ夫ノ契約ノ言込ト酷似スルヲ以テ果シテ契約ノ成立セルヤ否ヤニ付キ疑ヲ容ル、ニ足ルモノアリ英國法ニ於テハ言込ハ一方ノ受諾アル迄自由ニ之ヲ取消スコトヲ得ヘキヲ以テ言込ト豫約トノ間多少ノ區別アルモ我既成民法ニ在リテハ二者ノ間少クトモ其結果ノ上ニ於テ異ル所アルヲ見ス是レ單純ノ言込ニテモ言込人ハ其與ヘタル期間内ハ之ヲ取消スコトヲ得サレハナリ例ヘハ予ノ馬ヲ百圓ニテ賣却センコトヲ言込ミ受諾ノ爲メニ三日ノ期間ヲ與ヘタリトセンカ予ハ該期間ニ於テ其言込ヲ取消スコトヲ得ス然ルニ賣買ノ片務豫約ハ如何既ニ述ヘタルカ如ク汝ハ賣ランコトヲ欲セハ予ハ之ヲ買ハノ或ハ又汝ハ買ハノコトヲ欲セハ或期間内予ハ其需メニ應ス可シト約束シルモノ是レ即チ賣買ノ片務豫約ナレトモ之ヲ單純ノ言込ニ較スルニ兩者間果シテ何ノ區別ノ存スル所アルカ今強テ之カ區別ヲ求ムレハ言込ハ唯一方ノ意思ヲ他ノ一方ニ對シテ表示シタルニ過キサルヲ以テ雙方ノ間ニ意思ノ合致ナキモ豫

約ノ場合ニ於テハ一方ヨリ汝ハ賣ランコトヲ欲セハ予之ヲ買ハント申込ミタルニ對シ他ノ一方ハ承諾ノ意思ヲ表示スルカ故ニ茲ニ一ノ合意成立ス既ニ合意ニシテ成立スレハ或ル義務ヲ創設シタルモノナルヲ以テ之ヲ契約ト爲ス二者ノ區別ハ一ニ雙方ノ意思ノ合致ト否トニ在ルモノト謂フ可シ

賣買ノ片務豫約ノ性質ニ關シ佛國ノ學者間其說ノ所區々アリ或ハ曰ク賣買ノ片務豫約ハ停止條件付ノ賣買ニシテ其條件ハ一方ノ承諾ナリト之ニ反スル者ハ曰ク賣買ハ條件付ノモノト雖モ尙ホ成立スルコトナシ何トナレハ賣買ノ片務豫約ハ一方ノ承諾アルコトナク一方ノ者ハ他ノ一方ニ對シテ何事ヲモ約束スルコトナシ從テ一方ノ承諾アルニ非ラサレハ之ヲ實行スルコトヲ得ス其承諾ヲ俟テ始メテ賣買ノ要素ヲ充實セシムルモノナレハナリト然レトモ今日ノ學說ハ前者ニ一定シ賣買ノ片務豫約ヲ以テ停止條件付ノ賣買ト爲セリ蓋シ佛國民法第千五百八十九條ノ所謂賣買ノ雙務豫約ハ賣買ニ等シキ効力アリトノ規定ニ基キ其片務ノ豫約ヲ以テ停止條件付賣買ニ等シキモノト爲シタルモノナリ我既成民法ニ於テハ佛國民法ノ如キ條文ヲ掲ケスト雖モ其結果ハ蓋シ同一ニ歸着ス可シ

賣買ノ片務豫約ハ如何ナル効果ヲ生スルヤト云フニ直チニ所有權移轉ノ效果ヲ生スルモノニ非ラサルハ勿論ナリ先ツ賣渡ノ片務豫約ニ就キテ之ヲ謂ハソカ賣主ハ買主ノ要求アリタルトキ之ヲ賣渡スノ義務ヲ負擔シ買主ハ賣渡ヲ要求スルノ人權ヲ有スルノミ佛國ニ於テハ停止條件付ノ所有權ヲ移轉スルモノナリト論スルモノアレトモボナエ氏ヲ始メ一般ニ認メラレタル所ノ學說ハ亦賣主ハ單ニ賣却ヲ爲スノ對人義務ヲ負フニ過キスト云フニアリ我既成民法財產取得編第二十六條ニ於テモ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下規定シ諾約者ハ唯條件付ノ義務ヲ負擔スルニ過キサルモノナルコト亦ダ炳焉アリ而シテ其條件ハ全ク要約者ノ任意ノ條件ニシテ要約者ニ於テ賣渡ヲ要求スルモ否ラサルモ一ニ其自由ニアルモノトス

賣買ノ片務豫約ニ於テ賣買ノ要求期間ヲ約定シタルトキハ要約者ハ素ヨリ其期間内ニ之ヲ要求セサル可カラサルハ勿論ナリ若シ要求期間ヲ約定セザリシトキ

ハ如何諾約者ハ何時迄モ豫約ノ爲メニ羈束セラル可キカ此場合ニ於テハ諾約者ハ財産編第四百十五條ノ規定ニ從ヒ裁判所ニ向テ其期間ヲ定ムルコトヲ請求スルヲ得ヘキナリ

要約者カ右ノ期間内ニ於テ賣買ヲ要求シタルニ諾約者之ニ應セサルトキハ如何諾約者ハ債務ノ履行ヲ怠リタルモノナルヲ以テ要約者ハ之ニ對シテ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘキハ勿論契約上ノ債務タルヤ諾約者ノ身體自由ヲ拘束スルコト無クシテ尙ホ履行セシムルコトヲ得ルモノナレハ要約者ハ之ニ對シテ直接履行ヲ求メ賣買ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ然レトモ賣買ヲ取結フコトヲ要求スルモ諾約者之ヲ實行セサルトキハ到底其結果ヲ得ル能ハサルヲ以テ法律ハ特別ノ規定ヲ設ケ要約者ハ裁判所ニ向テ賣買成立シタリトシテ判決ヲ下サンコトヲ求ムルヲ得ルモノトス而シテ不動産ノ賣買ニ關スルトキハ其判決ヲ登記ス可キモノトセリ故ニ諾約者ニシテ違約シタルトキハ要約者ハ賣買成立シテ判決ヲ得テ以テ賣買ヲ完結スルコトヲ得ヘキナリ此規定タル判決ハ爭アル權利關係ヲ明確ニスルモノナリテフ通則ニ反シ判決ヲ以テ權利義務設定ノ原因ト爲スノ變則ヲ設ケ

雙務豫約

第二節 雙務豫約

タルモノト謂ハサル可カラズ

雙務豫約トハ宛モ賣渡及ヒ買受ノ片務豫約カ同時ニ成立シタルト同シク賣渡及ヒ買受ニ付キ相互ニ豫約アルコトヲ云フ例ヘハ一方ヨリ或ル物件ヲ若干ノ代價ニテ賣渡サント約束シ他ノ一方ヨリ其條件ニテ買受ケント約束スルカ如キ是レナリ抑モ雙務豫約ナルモノハ如何ナル効力ヲ生スルヤト討ヌルニ猶ホ片務豫約ト均シク當事者相互ニ他ノ一方ニ對シテ契約ノ取結ヲ強要スル所ノ人權ヲ生スルニ過キス決シテ所有權ヲ移轉スルモノニ非ス從ツテ目的物ノ危險ハ買主ニ移轉スルモノニ非サルコト勿論ナリ而シテ若シ雙務豫約ニ付テ訴訟上ノ請求アリタルトキハ裁判所ハ當事者ノ意思ヲ解釋シテ其意思タル即時賣買ノ効ヲ收メントスルニ在リト認メタルトキハ即時賣買ノ効ヲ有スルモノナリト判決ヲ下シ又若シ期間ノ定メアリタルトキハ其期間ハ履行ノ期間ナリト判決スルコトヲ得ルモノトス是レ取得編第二十八條ノ規定スル所ニ係レリ然レトモ此ノ規定タルヤ無用ノ法文ニ非サレハ甚タ奇怪ナル條文ナリト謂ハサル可ラス思フニ佛國民法

ニ拘泥シタルカ故ニ斯ノ如キノ規定ヲ視ルニ至リタルモノナラン蓋シ當事者ノ意思タル即時賣買ヲ取結フニ在ルトキハ賣買ノ豫約ト稱ス可キモノニ非ス全ク普通ノ賣買タリ從ツテ外形ハ縱令ニ豫約ニ類似スルモ其真意タル即時賣買ナルトキハ即時賣買ノ効アリト判決シ得ルハ勿論ナリ否ナ即時賣買ノ効アルニ非ス純然タル即時賣買ナリトス又期間ニ付キテモ之レト同シク當事者ノ意思タル履行ノ期間ヲ定メタルモノナルトキハ無論履行ノ期間ト判決ス可キモノタリ敢テ法律ノ規定ヲ俟テ然ルニ非サルナリ是レ無用ノ法文ニ非ラスシテ何シヤ若夫レ此法文ノ意味タルヤ當事者ノ意思ハ全ク豫約ヲ取結フニアリテ固ヨリ即時ノ賣買ヲ爲スニアラサルモ猶ホ即時賣買ヲ爲スニ意思ナリト解釋スヘキモノナリト云フニアラソカ余ハ其規定ノ奇怪ナルニ驚カスンハアラサルナリ

佛國民法ハ其第一千五百八十九條ニ於テ賣買ノ雙務豫約ハ賣買ニ均シキ効力アリト規定セリ此規定ニ依レハ豫約ハ即チ賣買ニ非ス只タ其効力同一ナルノミ今何故ニ斯ノ如キ規定ヲ設ケタルカ又此規定ノ意義如何ト云フニ要スルニ二説アリ第一説ニ曰ク抑モ賣ランコトヲ約束スルハ賣ルコトハ異ナルコト勿論ナリ即

チ將來ニ於テ賣ランコトヲ意味スルモノナリ然レトモ通常人ハ賣テント約束スル語ト賣却テフ語ト別段區別ナク使用セリ故ニ法律ハ此ノ舛錯ヲ避ケンカ爲メニ賣ラント約束スル語ヲ賣却テフ語ト同意義ニ認メテ判決ヲ下ス可キモノト定メタリト然レトモ此説ニ從フトキハ當事者ノ意思ハ即時ニ賣買スルニ在リト解釋シタルモノナレハ寧ロ賣買ノ豫約ハ賣買ナリト規定スルコト妥當ヲ得タルモノナラン加之如何ニ通常人ナレハトテ賣買ノ豫約ト賣買其物トハ素ヨリ差異アルモノナレハ之ヲ同一視スルモノハ之レ無カル可シ特ニ此説ニ依ルトキハ賣買ノ豫約ハ毎ニ賣買ト判決セラル、チ以テ遂ニ賣買ノ豫約ヲ取結フコト能ハサルニ至ル可シ第二説ニ曰ク賣買ノ豫約ハ素ヨリ賣買トハ異ナレリ當事者ノ意思モ亦異ナリタルモノト爲サレ可カラス然レトモ若シ當事者ノ一方カ約束シタル所爲ヲ履行スルコトヲ肯セザルトキハ裁判所ハ他ノ一方ノ請求ニ依リテ其所爲ノ履行ヲ他ノ一方ニ命スルコトヲ得ヘシ何トナレハ敢テ諸約者ノ身體ニ拘束ヲ加ヘスシテ之ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノナレハ好シヤ爲ス可キノ義務ナリト雖モ裁判所カ之ヲ命スルニ於テハ何等ノ支障ナケレハナリ然レトモ一々當事者

ノ訴求ヲ待テ其履行ヲ命ズルハ徒ラニ無益ノ手數ヲ増スニ過キナルヲ以テ寧  
 ○法律ハ賣買ノ豫約ハ賣買ニ均シキ効アリト規定シタリト要スルニ第二說ハ法  
 律ヲ裁判所ニ代ハリテ其職務ヲ行フモノナリト云フニ在リ其立法上ノ理由如何  
 ハ姑ク之ヲ問ハストスルモ佛國ニ於テハ此規定アルカ爲メ賣買ノ豫約ヲ取結ビ  
 タル場合ニ於テ所有權及ヒ危險ハ何人ニ在ルカニ付キテ議論ヲ生セリ若シ夫レ  
 豫約ハ賣買ニ均シキ効アリトセンカ所有權ハ契約ノ取結ト共ニ買主ニ移轉シ從  
 ツテ其危險モ亦買主ニ移轉スルモノト云ハサル可カラズ然レトモ此點ニ付キテ  
 ハ一般ニ危險及ヒ所有權ハ買主ニ移轉セサルコトニ一定シ居レリ斯ノ如ク此法  
 文ハ佛國ニ於テ既ニ論争ノ種子タリシヲ以テ之ヲ我邦ニ移植スルニ方リ直ニ  
 賣買ノ豫約ハ賣買ノ効アリト規定セズ先ニ述ヘタル第二十八條ノ如ク賣買ノ豫  
 約ハ單ニ人權ヲ設定スルニ過キスト規定シタリ蓋シ佛國學者一般ニ認了スル所  
 ナラソ然レトモ余ヲ以テ之ヲ看レハ此等ノ規定タル佛國ニ於テハ甚ダ奇怪ナル  
 法文アルカ爲メ種々ノ議論ヲ生シ又疑義ヲ生シタルハ止ムヲ得サルコトナレト  
 モ之ヲ今日ノ狀態ニ徵スルニ決シテ斯ノ如キ規定ノ必要ヲ感スルコトナシ現ニ

度量衡ヲ  
 用ユル賣  
 買

英國法ヲ見スヤ法律ハ勿論豫約ニ關シ困難ナル問題ヲ惹起シタルコトナキニ非  
 スヤ否ナ問題ヲ惹起ス可キノ理由アルコトナシ然ルニ我民法ハ佛國法ヲ襲フテ  
 斯ル無用ノ法規ヲ掲ケタリ安ソ他日論争ノ萌芽ヲササルナキヲ知ランヤ

第四章 度量衡ヲ用ユル賣買

度量衡ヲ用ユ可キ物品ノ賣買ニ就キ其方法四種アリ以下之ヲ説明ス可シ

(第一) 物品ヲ一體トシテ賣却スルコトヲ得 此ノ場合ニ於テ其代價モ亦總括シ  
 タルモノナルトキハ全ク特定物ノ賣買ニ同シキモノトス例ハ甲ナル倉庫ニ  
 貯藏スル米全體ヲ金二万圓ニテ賣買スルノ契約ハ特定セル此書籍ヲ一圓ニテ  
 賣買スト云フニ同シキカ如シ從テ當事者ノ權利關係ハ普通ノ賣買ヲ以テ之ヲ  
 論スルコトヲ得詳言スレハ目的物ノ所有權并ニ其危險ハ共ニ直ニ買主ニ移  
 轉スルモノトス

(第二) 唯一ノ代價ヲ以テ一體ヲ爲ス所ノ物品ノ不分ノ部分ヲ賣却スルコトヲ得  
 例ハ甲ナル倉庫ニ貯藏スル米ノ半部ヲ五千圓ニテ賣買スルカ如シ此場合  
 ニ於テハ買主ハ該倉庫中ノ米ノ共有權ヲ取得スルモノニシテ是レ亦全ク特定

物ノ不分ノ部分ヲ賣買スルニ同シ故ニ若シ米ノ一部分カ危険ニ遭遇シテ滅失シタルトキハ買主ハ其取得シタル權利ノ割合ニ應シテ之レカ損失ヲ負擔セサル可カラス若シ其全部ニシテ滅失セラレシカ買主ハ全部ノ權利ヲ喪失スヘキモノナリ

(第三) 一體ヲ爲ス所ノ物品ヲ賣買スルニ唯一ノ代價ヲ以テセシテ分量ニ應スルノ割合ヲ以テスルコトヲ得此場合ニ於テハ度量衡ヲ用ヒテ全體ノ分量ヲ檢スルニ非ラサレハ代價ノ全額ヲ知ルコト能ハス例ヘハ倉庫中ノ米悉皆ヲ一斗ニ付キ一圓ノ代價ヲ以テ賣買シタルトキハ其代價ハ倉庫中ニ存スル米ノ分量ニ從テ定マルモノニシテ若シ五千石ナリトセハ其代價ハ五萬圓ナル可シ二千五百石ナラシカ其代價二萬五千圓タル可シ而シテ此場合ニ於ケル所有權ノ移轉及ヒ危険ノ負擔ハ何人ニ存スルカト云フニ佛國民法ニ依レハ所有權及ヒ危険ハ共ニ買主ニ移轉セサルモノトス今其理由ヲ討スルニ此場合ニ於テ代價ヲ定ムルノ方法ハ既ニ豫定セラルト雖モ未ダ其方法ヲ施サ、ルガ爲メニ代價ノ全額ハ未定ナルモノナリ之ヲ定メント欲セハ宜シク度量衡ヲ用キテ全體

ノ分量ヲ檢定セサル可カラス故ニ斯ル賣買ハ停止條件付賣買ニシテ換言スレバ買主ハ度量衡ヲ施スト云フ未必條件付ノ所有者ト爲ルモノナリ從テ完全ノ所有權移轉シタルモノニ非ラス若シ其物品ニシテ滅失シ未ダ度量衡ヲ施スコトヲ得サリシモノナルトキハ則チ條件ノ成就セサルモノナリト云フニアリ我法典ハ此點ニ關シテ別ニ規定ヲ設ケス然レトモ其結果ハ同一ナルベシ

(第四) 一體ヲ爲ス所ノ物品ノ一部分ヲ唯一ノ代價ヲ以テ賣買スルコトヲ得此場合ニ於テハ度量衡ヲ施サ、レハ目的物ノ特定セサルモノトス例ヘハ某倉庫ニ貯藏スル米ノ中千石ヲ一萬圓ニテ賣買スルノ契約ノ如キ是ナリ此場合ニ於テ代價ハ一萬圓タルコト既ニ確定シ目的物ノ分量モ亦一千石ナルコト明白ナレトモ所謂一千石トハ某倉庫中ノ何レノ部分ノ一千石ナルカ倉庫ノ東隅ノ部分ナルカ其西隅ノ部分ナルカ將テ其前面ナルカ後方ナルカ未ダ確定セラレサルモノナリ之ヲ分割シテ始メテ目的物確定スルモノト謂フ可シ而シテ分割以前ニ於テ所有權ノ買主ニ移轉セサルハ毫モ疑ナキ所ニシテ既成民法モ亦之ヲ明定セリ然レトモ其危険ノ負擔ニ就キテハ異論紛々ナリ而シテ倉庫ノ米ノ一



部分ノ滅失シアルニ當リテハ賣主之カ危険ヲ負擔セサル可カラサルハ勿論ニシテ若シ殘米アリタルトキハ賣主ハ之ヲ引渡スノ義務アリト雖モ若シ倉庫中ノ米ノ全部滅失シタルトキハ其負擔何人ニ存スルヤニ就キ學說岐レテ二説ハ第一説ハ危険ノ負擔ハ所有者ニ在リ而シテ度量衡ヲ施ス迄ハ所有權賣主ニ存スルヲ以テ其損失ハ賣主自ラ之ヲ負擔セサル可カラスト云フニアリ佛國ノ有名ナル學者ムーロン氏ノ如キ第一説ヲ主張スルモノソ如シ第二説ハ全然第一説ニ反シテ全部滅失ノ場合ニ於テ其原因賣主ノ故意若クハ過失ニ由ルニ非ラス苟モ天災地異其他不可抗力ニ出ルモノナルトキハ買主其損失ヲ負擔セサル可カラスト云フニアリ其理由ヲ求ムレハ曰ク雙務契約ニシテ一タヒ成立スル已上ハ當事者ハ互ニ獨立ノ義務ヲ負フ即チ賣主ハ獨立シテ目的物ヲ引渡シ所有權ヲ移轉スルノ義務アリ買主ハ獨立シテ代價ヲ支拂ハサル可カラサルノ義務アリ故ニ不可抗力ノ爲メニ物品全部ノ滅失ヲ來ストキハ賣主ハ其物ヲ引渡シ又ハ所有權ヲ移轉スルノ義務ヲ盡ス能ハサルハ勿論ニシテ賣主ノ義務ハ履行ノ不能ニ依リテ消滅スルモノナリ然レトモ之カ爲メニ既ニ獨立シテ負擔

スル所ノ買主ノ代價支拂ノ義務ヲ免カレシム可キノ理ナク買主ハ尙ホ賣主ニ對シテ代價ヲ支拂ハサル可カラサルハ固ヨリ其所ナリ要スルニ危険ハ買主ノ負擔ニ歸スルモノトスト危険負擔ノ問題タル近世ニ迄テ益嘸シク甲論乙駁未ダ其眞諦ヲ發揮スルモノアルコトナシ英國ニ於テハ第一説ヲ主張スル者多ク佛國ニ於テモ亦昔時ハ專ラ第一説ニ左袒シタリシカ近世ニ至リ第二説ヲ抱持スルモノアルヲ視獨逸國ニ於テハ第二説ノ專ラ行ハル、ヲ觀ル尙ホ此問題ニ付テハ更ニ危険移轉ノ部ニ於テ詳論スル所アルヘシ

## 第五章 條件附賣買

### 條件附賣買

契約ニ關スル條件ニ就キテハ種々ノ困難ナル問題ヲ生シ之ニ關スル法律規則モ亦極メテ微妙ニ涉リ又甚ク錯綜スルモノアリ抑モ一方ノ取結ヒタル約束若クハ負擔シタル義務ハ他ノ一方ノ取結ヒタル約束若クハ負擔シタル義務ニ繋連スルモノナルヤ將テ獨立セルモノナルヤ又對手ノ義務ハ自己ノ義務ト同時ニ履行ス可キモノナルヤ將テ自己ノ義務ハ對手ノ義務ニ先チテ之ヲ履行ス可キモノナルヤ若シ同時ニ履行ス可キモノニ非ラストセハ當事者ハ相互ニ起訴シテ以テ之カ

履行ヲ求ムルコトヲ得ルモノナルヤ將タ自ラ先ツ義務履行ノ提供ヲ爲サ、ル己上ハ對手ニ向テ履行ヲ求ムルコトヲ得サルモノナルヤ凡ソ斯ル問題ハ頗ル困難ニシテ其區別甚タ微妙ナルモノナリ之ヲ詳論センカ數回ノ講筵ヲ重ヌルモ尙ホ足レリトセス加之此事タル一般ノ契約ニ關スル問題ナルヲ以テ之ヲ財産編第二部ノ講義ニ譲リ茲ニハ專ラ賣買ニ關スル條件ノ原則ノミヲ掲ケテ之ヲ研究セントス

夫レ陳示擔保條件及ヒ詐僞ノ問題ハ法理上明瞭ナル區畫ヲ立ツルコト尙モ困難ナル所ナキモ事實ニ入リテ之ヲ研究スルトキハ極メテ錯雜ニシテ殆ント其區別ヲ爲スコト能ハサルノ場合少シトセユ而シテ擔保及ヒ詐僞ノ事タル之ヲ後章ニ説明ス可ク茲ニハ先ツ陳示ト條件トノ關係ニ付テ講述セン

陳示トハ當事者ノ一方カ他ノ一方ニ對シ契約ヲ締結スルノ前若クハ其當時ニ於テ契約ニ關スル事項又ハ狀況ニ就キテ爲ス所ノ陳述ノ謂コシテ之ヲ證書面ニ記載スルト否トナ問ハス契約ノ要部ヲ組成スルモノニ非ラサルナリ從ツテ陳示ニ不實ノ事アルモ契約ニ何等ノ影響ヲ及ホサ、ルヲ以テ一般ノ通則トス只契約ノ

實質上ニ錯誤ヲ來スカ又ハ詐僞ニ出テタルトキ始メテ之カ効果ヲ及ホスモノトス而シテ虛僞ナルコトヲ知リナカラ陳示ヲ爲シ又ハ其虛僞ナルカ將タ眞實ナルカナ確知セスシテ妄リニ眞實ナリト陳示シタルカ如キハ契約法上詐僞ヲ以テ論ス可キモノトス

條件ハ之ニ反シテ契約ノ要部ヲ組成スルモノニシテ詳言スレハ契約又ハ契約履行ノ義務ノ發生若クハ消滅ニ係ル所ノ事項ナリ而シテ或ル事項ノ果シテ條件ナルヤ將タ陳示シタル事實ニ過キサルヤヲ區別スルハ容易ナリトセス然ルニ其結果ニ至リテハ二者ノ間大ナル差異アリ若シ之ヲ條件ナリトセンカ條件ヲ破リタルモノハ契約上ノ權利ヲ主張スルコトヲ得ス單ニ之ヲ陳示ニ過キサルモノトセンカ不實ノ事アルモ契約上何等ノ影響ヲ被ムルコトナシ故ニ其果シテ條件ナリヤ否ヲ區別スルハ極メテ重要ノ事ナリ試ミニ英國ノ判例ヲ擧ケテ此區別ノ微妙ナル一端ヲ示サハ船舶賃借契約ニ於テ船舶ハ或ル一定ノ日ニ於テ出帆シ又或ル一定ノ日ニ於テ貨物積載ノ準備ヲ爲ス可シトノ陳述ハ一ノ條件ナリト判決セラレ又之ニ反シテ船舶ハ適宜ノ速力ヲ以テ航海ス可ク又ハ相當ノ期間内ニ出帆

ス可シトノ陳述ハ條件ニ非ラスト判決セラレタリ豈ニ其區別微妙ナリト謂ハサル可ケンヤ然ラハ何ニヨリテ之カ區別ヲ爲ス可キカ之カ區別ノ標準如何ト云フニ英國ノ有名ナル判事「ロイド」マンズフィールド氏ハ之ヲ説明シテ曰ク一ノ陳述ニシテ條件ナリヤ將タ陳示ニ過キサルヤハ當事者ノ意思ニ基キテ之ヲ判斷セサル可ラス而シテ當事者ノ意思ヲ推測スルハ契約當時ノ一般ノ狀況ヲ考察セサル可カラス狀況ノ如何ニ從ヒ同様ノ陳述ニシテ條件トナリ又ハ陳示トナルコトアリト例ヘハ船舶貸借契約ニ於テ其船舶ノ國籍ヲ記載スルカ如キ平和ノ時ニ於テハ單ニ船舶ニ關スル一ノ陳示タルニ過キサルヲ以テ船舶ニシテ其記載ノ國籍ニ違フ所アルモ貸借契約ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ然レトモ若シ今日ノ如ク日清干戈ヲ交ユルノ際ニ當リテハ船舶國籍ノ記載ハ契約上最モ必要ナル事項トシテ之ヲ條件ト看做ス可キカ如キ是レナリ

條件ハ種々ノ點ヨリ之ヲ區別スルコトヲ得ヘシ結果ヨリ之ヲ觀察スルトキハ停止條件及ヒ解除條件ノ二種ト爲スコトヲ得ヘシ條件ノ成就ス可キ時期ヨリ之ヲ觀察スルトキハ前置條件同時條件及ヒ後置條件ノ三種ト爲スコトヲ得ヘシ又條

件ヲ其發生ノ偶然ナルト否ラサルトニ依リテ偶成ノ條件ト當事者ノ履行ス可キ條件トニ區別スルコトヲ得ヘシ又條件ノ積極的事項ナルト消極的事項ナルトニ依リ有的條件及ヒ無的條件ニ區別シ又條件ノ要約者ノ隨意ニ係ルモノナルト否トニ依リ隨意條件及ヒ不隨意條件ニ區別スルコトヲ得ヘシ而シテ最モ注意ス可キハ條件ノ契約其モノニ關スルモノト單ニ契約履行ノ義務ノミニ關スルモノト區別アルコト是ナリ一チ契約ノ條件ト稱シ一チ契約履行ノ條件ト稱ス又條件ハ一方ノ利益ノ爲メノミニ定メラル、コト、否ラサルコト、アリ凡ソ此等ノ區別ニ關シテハ既ニ契約法ノ講義ニ於テ諸子ノ詳知セラル、所ナルヲ以テ之ヲ贅セズ茲ニハ專ラ當事者ノ履行ス可キ條件ニ付キ説明スルニ止メン

抑モ前置條件及ヒ同時條件ニ於テハ要約者ハ諾約者ニ對シテ契約ノ履行ヲ求ムル前若クハ同時ニ充分且ツ嚴格ニ條件ヲ履行スルヲ要ス若シ自ラ條件ヲ履行セサルカ諾約者ニ向テ契約ノ履行ヲ求ムルコトヲ得サルナリ然レトモ之ニ就テハ例外ノ場合ヲ存シ要約者ノ先ツ之ヲ履行スルヲ必要トセサルモノアリ以下之ヲ分説ス可シ

(第一) 條件ノ利益ヲ有スル者其利益ヲ拋棄シタルトキハ之ヲ履行スルノ要ナキモノトス。凡ソ契約ニ於テ特ニ一方ノ對手ノ利益ノ爲メニ條件ヲ設定スルコトアリ斯ル場合ニ於テ之カ利益ヲ有スル者ハ明ニ之ヲ拋棄シ之ハ暗黙ニ之ヲ拋棄スルコト固ヨリ其自由ナリ而シテ何レノ場合タルヲ問ハス條件ノ利益ヲ有スル者ニシテ之ヲ拋棄スルトキハ則チ他ノ一方ハ條件ヲ履行スルノ要ナク直チニ對手ニ向テ起訴スルコトヲ得ヘシ明示ノ拋棄ニ就テハ別ニ之ヲ論セスシテ明白ナレトモ默示ノ拋棄ハ如何ナル場合ニ生スルモノナルヤニ關シテハ聊カ説明ヲ要スルモノアリ例ヘハ條件ノ利益ヲ有スル者カ自カラ其履行ヲ妨害シ又ハ自カラ己レノ約束ヲ履行スルコト能ハサラシムルニ至ラシメタルカ如キハ其條件ノ利益ヲ拋棄シタルモノト看做スコトヲ得ヘシ今甲者カ其所有ノ土地ヲ乙者ニ賣渡スニ當リ三年間ハ之ヲ買戻スコトヲ得ルト云フノ契約ヲ締結シタリ然ルニ乙者ハ買戻ノ期間内ニ之ヲ丙者ニ轉賣シタリト假定センカ此ノ場合ニ於テ甲者ハ乙者ニ對シテ直チニ損害賠償ヲ要求スルコトヲ得ルヤ否ノ疑問ヲ生ス此疑問ハ亦タ條件ノ利益ヲ有スル者カ利益ヲ拋棄シタルモノ

ナリヤ否ヲ定ムルニ依リテ之ヲ判決スルコトヲ得ヘシ或ル論者ハ曰ク買戻契約ハ普通ノ賣買ト同シク雙務ノ契約ナリ既ニ雙務ノ契約タル已上ハ賣主ハ代金ヲ提供スルニ非ラサレハ買主ニ對シテ買戻ヲ要求スルコト能ハス自カラ其義務ヲ盡サ、ルニモ拘ハラズ買主ヲ以テ違約者ト爲スヲ得サルナリ而シテ此例ノ場合ニ於テハ賣主ハ買戻ノ申込ヲ爲シタルコトナク又代金ヲ提供シタルコトナシ買主ヲ責ムルニ違約ヲ以テスルヲ得ス從テ其結果トシテ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得サルハ固ヨリ其所ナリト此説タル一見其當ヲ得タルモノナルカ如キモ仔細ニ研究スルトキハ忽チ其謬論タルヲ發見ス可シ何トナレハ買主ハ縱令賣主ヨリ代金ノ提供ヲ爲シテ買戻ヲ請求セラル、モ再ヒ之ヲ買戻スコト能ハサルノ所爲ヲ自ラ爲シタルモノナルヲ以テ賣主ヲシテ代金ヲ提供セシムルカ如キハ毫モ必要ナキノ手續ニシテ買主ハ賣主ヲシテ代金提供ノ義務ヲ履行セシムルノ條件ヲ自棄シタルモノト謂フ可ク賣主ヲ責ムルニ條件ノ不履行ヲ以テスルヲ得サルモノナレハナリ故ニ此場合ニ於テ賣主タル甲者ハ買主タル乙者ニ對シテ損害賠償ヲ請求スルノ權利アルモノトス

又前述シタルカ如ク條件ノ利益ヲ有スル者ニシテ明カニ其利益ヲ拋棄シタルトキハ他ノ一方ハ條件ヲ履行スルノ義務ナキハ勿論ナレトモ所謂利益ノ拋棄ハ確實ニシテ且絶對ナルヲ要ス單ニ自己ノ約束ヲ履行スルコトヲ拒絕スルヤモ知レス或ハ拒絕スルコトヲ陳フルモ未タ以テ拋棄ヲ推測スルニ足ラス英國ノ判決例ヲ案スルニフロスト對ナイト(Frost v. Knight)ノ事件ニ於テ原告ト被告トハ婚姻ノ契約ヲ爲シタルモノナルニ婚姻ノ式ヲ舉グルノ日ニ先チ被告ハ婚姻ヲ拒絕スル旨ヲ陳ヘタリ是ニ於テ乎原告ハ訴訟ヲ提起シ以テ損害ノ賠償ヲ要求シタリ被告ハ之ニ抗辯シテ曰ク未タ婚姻ノ期日ニ到着セス其期ニ及ンテ被告ハ原告ト婚姻スルヤモ料ラレス其以前ニ於テ起訴スルカ如キハ抑モ大早計ナリト謂ハサル可カラスト然レトモ裁判所ハ判決ヲ下シテ曰ク被告ハ絶對ニ婚姻スルコトヲ拒絕シタルモノナルヲ以テ原告ハ其期限ノ到達ヲ待ツヲ要セス直チニ起訴スルコトヲ得ルモノナリト斯ル問題ハ實際上甚タ多ク又頗ル迷ヒ易キモノナルヲ以テ宜シク留意セサル可カラス又例ヘハ甲者其債主乙者ニ向ヒ債務ノ辨濟期限前ニ於テ余ハ辨濟期限到來スルモ負債ヲ返却

セスト明言シタリト假定センカ乙者ハ尙ホ辨濟期限前ナルニモ拘ハラス甲者ニ對シテ起訴スルコトヲ得ルヤ否ト云フニ英國法ニ依レハ甲者ノ明言ニシテ確實ニ且ツ絶對ノ拒絕ナルトキハ乙者ハ起訴スルノ權利アルモノトス然レトモ甲者ノ明言ニシテ拒絕スルヤモ知レス又ハ拒絕スルコトアル可シト云フカ如ク不確實ナルモノナルトキハ決シテ乙者ニ起訴ノ權ナキモノトス要スルニ英國法ノ原則トスル所ハ當事者ハ契約上ノ關係ヲ保持スルノ義務アリ斷シテ之ヲ履行セサルコトヲ明言スルトキハ則チ違約者タルノ責ヲ辭スルコトヲ得サルモノトスト云フコアリ

(第二) 條件ハ性質上履行シ得ヘキモノナルトキハ當事者一身上ノ履行ノ不能ノ爲メニ其責任ヲ解除スルコトナシ 蓋シ相對的履行ノ不能ハ單ニ當事者ノ一身ニ止マリ之ヲ稱シテ眞實ニ不能ナリト謂フヲ得サルヲ以テ爲メニ履行ノ義務ヲ免カレシムルコトナキハ固ヨリ其所ナリ然レトモ實際上履行ノ不能ナルカ若クハ天災地異等不可抗力ニ依リテ不能トナリタルモノナルトキハ則チ絶對ノ不能ナルヲ以テ當事者ハ全然履行ノ責任ヲ免ル、モノトス例ヘハ甲者乙

者ニ向テ駿馬池月ヲ賣渡シ某月某日ニ之ヲ引渡サントキ契約シタルニ池月ハ引渡期日前死亡シタリ此場合ニ於テハ甲者ハ全ク其義務ヲ免ル、モノトス尙ホ其一例ヲ上クレハテローロル對カルドウェル (Taylor v. Caldwell) ノ事件ニ於テ被告ハ原告ニ對シテ或期間内或ル音樂場ヲ使用セシムルコトヲ約シタルニ該音樂場ハ期日ニ達スル前火災ノ爲メニ燒失シタルノ事實ナリ而シテ原告ハ損害賠償ノ請求ヲ爲シタリ被告ハ之ニ抗辯シテ曰ク該音樂場ハ契約履行ノ期日前既ニ火災ノ爲メニ滅失シ絶對的履行ノ不能トナリタルモノナルヲ以テ被告ハ何等ノ責任ヲ負フコトナキモノナリト而シテ裁判所ハ被告勝訴ノ判決ヲ下シタリ判事ブラボーン氏ハ之カ説明ヲ與ヘテ曰ク甲ト乙トカ或ル特定物賣買ノ契約ヲ締結シ而シテ所有權ハ直チニ合意ニヨリテ移轉シ只其引渡ヲ後日ニ期シタル場合ニ於テ目的物カ賣主ノ過失ナクシテ消滅シタルトキハ買主ハ代金ノ全額ヲ支拂ハサル可カラサルモノナリ何トナレハ賣主ハ目的物滅失ノ爲メニ引渡ノ義務ヲ免レタレトモ買主ハ代金支拂ノ義務ヲ免ル、ノ理由ナケレハナリ是レラッグ對ミネット (Rugg v. Mineb) ノ事件ニ於テ確定シタル所ナリ而シテ其

履行カ人又ハ物ノ存在ノ繼續ニ屬スル契約ニ於テ其人若シハ物ノ消滅ニヨリ履行スルコトヲ得サルトキハ履行ノ責ヲ免ル、モノナリトノ原則ハロビンソン對ダビソンノ (Robinson v. Davison) 事件ニ於テ確定セラレタル所ニシテ其事實ハ被告タル歌妓ハ或ル劇場ニ於テ「ビヤノ」ヲ奏スルノ契約ヲ爲シタルニ病氣ノ爲メニ之ヲ履行スルコトヲ果サ、リシモノナリ而シテ裁判所ハ之ニ向テ該契約ハ被告カ「ビヤノ」ヲ奏スルニ充分健康ナラハ之ヲ奏セントノ契約ナルヲ以テ病氣ノ爲メニ之ヲ奏スルコトヲ得サルハ當然ニシテ契約ニ反スルモノニ非ラスト判決シタリトブラボーン氏ノ說ク所其引例確實ニシテ能ク此問題ヲ判定シタルモノト謂フ可シ

然レトモ條件カ性質上及法律上履行シ得ヘキモノナルトキハ或原因ヨリシテ之ヲ履行スルノ困難ナルニ至ルモ義務者ハ之カ履行ノ責任ヲ免カ、ルヲ得ス何トナレハ斯ノ如キ困難ハ契約ヲ以テ之ヲ豫防シ得ヘキニ之ヲ爲サスシテ其條件ヲ履行スヘキコトヲ約シタルヲ以テナリ例ヘハケアロン對ピアソン (Keaton v. Pearson) ノ事件ニ於テ被告ハ普通ノ迅速ヲ以テ石炭ヲ原告ノ船舶ニ引渡

ス可キコトヲ約束シタルヲ以テ之カ引渡ニ着手シタルニ天頓ニ霜ヲ下シ爲メニ掘割ヲ航行スル平底船ニ依リテ石炭ヲ運搬スルヲ得サルニ至レリ是ヲ以テ被告ハ三十日間石炭ノ引渡ヲ延引セリ裁判所ハ判決ヲ下シテ曰ク被告ハ如斯場合ニ於テモ尙ホ普通ノ迅速ヲ以テ石炭ヲ引渡スノ義務アリト

(第三) 當事者ハ法律上條件ヲ履行スルヲ得サルニ至リタルトキハ之ヲ履行スルノ責任ヲ免カ、ルモノトス例ハ條件付ノ契約ヲ取結ヒタル後ニ至リ其條件ヲ履行スルヲ禁スル旨ノ新法律布告セラレタルトキハ當事者ハ之ヲ履行スルヲ得ザルト同時ニ之ヲ履行スルノ責任ヲ免カ、ルモノトス

賣買契約ノ履行ヲ第三者ノ爲スヘキ行爲ニ繫屬セシムルコトアリ斯ノ如キ場合ニハ之ヲ履行スルニ先チ必ズ其繫屬スル所ノ條件ノ成就スルヲ要ス假令第三者カ不當ニ其行爲ヲ爲スコトヲ拒絕スルモ尙ホ之カ成就ヲ缺クヲ得ス只此條件ノ利益ヲ有スル當事者ニ於テ之カ成就ヲ拒ミ若シハ之ヲ拋棄シタル場合ニ於テノミ之カ成就ヲ欲クヲ得可シナルスレバ對ウテ Worsley v. Wood)ノ事件ニ於テ原告タル被保險者ハ被告タル被保險者ト保險契約ヲ取結ヒ保險金ノ請求ハ某寺院

長老ヨリ被保險者ノ善良ナル人タルコトノ證明ヲ得テ之ヲ爲スヘキコトノ約束ヲ爲シタルニ拘ハラズ其證明書ヲ得スニテ被告ニ對シテ保險金ノ請求ヲ爲シタリ裁判所ハ裁判ヲ下シテ曰ク假令長老ハ不當ニ證明書ヲ與ヘストスルモ原告ハ其證明書ナキ以上ハ保險金ノ請求ヲ爲スヲ得スト

商人間ニ甚々屢々生スル所ノ契約ハ他所ヨリ到達スヘキ貨物ノ賣買契約ナリ斯ノ如キ契約ハ果シテ條件付ノ契約ナルヤ將テ無條件ノ契約ナルヤ若シ條件付ノ契約トスレバ其條件ハ果シテ如何ナルモノナルヤヲ判定スルハ常ニ容易ナリト云フヲ得ス試ニ英國ノ判例ヲ舉グルニ當事者ハ某船舶ニ依リ到着ノ上ニテ麻若干貫目ヲ賣買スヘキコトヲ契約セリ而シテ同船舶ハ安全ニ到達シタルモ契約シタル麻ハ積載セサリシ裁判所ハ判決ヲ下シテ曰ク此契約ハ船舶ノ到着ヲ以テ條件ト爲シタルニアラスシテ麻ノ到着ヲ以テ條件ト爲シタルモノナリト (Boyd v. Sitch)又他ノ一例ヲ舉レハ當事者ハロンドン府ニ於テ黄色蠟燭油二百樽ヲ到着ノ上ニテ賣買スヘキコトヲ契約シ且來十二月三十一日若クハ其前ニ到着セザルトキハ契約ヲ無効ト爲スヘキコトヲ約セリ然ルニ其約定ノ油ヲ積載シタル船舶ハ

途中ニ於テ難破シタルモ其油ノ大部分ハ幸ニ之ヲ救上ケ且十二月三十一日マテ  
 コハ之ヲロンドン府ニ持來ルヲ得ヘカリシモ之ヲ持來ラスシテ途中ニ於テ賣却  
 セリ「ロード」エレンボロー氏判決ヲ下シ其理由ヲ説明シテ曰ク本契約ハ航海普通  
 ノ進ニ於テ油ノロンドン府ニ到達スルコトヲ以テ其條件ト爲シタルモノナリ故  
 ニ賣主ハ難破後ハ油ヲロンドン府ニ送致スルノ責ナシト (Idle v. Thornton)  
 某船舶ニ依リ到着スヘキ商品ノ賣買契約ハ果シテ條件付ノ契約ナルヤ又其條件  
 ハ果シテ如何ナルモノナルヤハ固ヨリ當事者ノ意思如何ニ基キテ判定ス可キモ  
 ノナルコト勿論ナリト雖モ要スルニ斯ノ如キ契約ハ二重ノ前置條件即チ停止條  
 件ヲ帶フルモノト解釋スルヲ通例トス即チ指名ノ船舶カ到達スルコト及賣買ノ  
 目的物タル商品カ其船舶ニ因リ到來スルコト是ナリ而シテ到來シタル物品カ契  
 約ト相違スル種類ノモノナルトキハ條件ハ成就セサルモノトス例之ハ四百俵ノ  
 肥後米ノ賣買ヲ約束シタルニ到來ノ米ハ肥後米ニアラスシテ仙臺米ナルトキハ  
 條件ハ成就セス從テ當事者ハ契約ノ爲メニ羈束セラレサルモノトス  
 凡賣買契約ニ於テハ賣主カ目的物ヲ引渡スノ義務履行ト買主カ代金ヲ支拂フノ

義務履行トハ相互ニ他ノ義務履行ノ條件ト爲リテ其條件ノ性質タルヤ各停止ノ  
 モノナルヲ通則トス故ニ各當事者ハ自己ノ義務ヲ履行シタルコト又ハ履行スル  
 コトノ提供ヲ爲シタルコトヲ證明スルニ非レハ他ノ當事者ニ對シテ履行ノ請求  
 ナ爲スヲ得スウヒトヒース對レールド事件ノ事實ヲ閱スルニ被告ハ原告ニ對  
 シテ十月二十日ヨリ翌年六月二十四日マテ二週間毎ニ三俵宛ノ麥藁ヲ供給シ  
 俄三十三志ノ割合ヲ以テ原告ニ供給シタル麥藁代金ノ支拂ヲ受クヘキコトヲ契  
 約セリ然ルニ被告ハ原告カ代金ノ支拂ヲ爲サ、ルヲ理由トシテ原告ニ麥藁ヲ供  
 給スルコトヲ拒絕セリ於是乎原告ハ訴訟ヲ提起シ且辯論シテ曰ク本案ノ契約ハ  
 二箇獨立ノ約束ヲ包含ス即チ麥藁供給及代金支拂ノ約束是ナリ而シテ代金支拂  
 ノ時期ニ付テハ別段ノ契約ナシ因テ原告ハ被告ニ對シテ麥藁引渡ノ遲滞ニ付テ  
 出訴スルノ權利ヲ有ス若シ被告ニ於テ代金ヲ得ント欲セハ更ニ反訴ヲ爲スカ若  
 シハ別箇ノ訴訟ヲ提起セサル可ラス決シテ原告カ代金ヲ支拂ハサルノ理由ヲ以  
 テ被告ハ原告ノ請求ヲ拒絕スルヲ得サルモノナリト然レトモ裁判所ハ裁判シテ  
 曰ク原告カ被告ニ對シテ麥藁ヲ請求スルノ權利ハ其引渡ヲ受クルト同時ニ其代



價支拂ノ準備ヲ爲スヘキ條件ニ繫屬スト而シテ原告ハ此ノ解釋ニ從ヒ契約ヲ履行スルコトヲ峻拒シタルヲ以テ其請求ハ全ク排斥セラレタリ玆ニ一ノ注意ス可キ點アリ他ナシ當事者ノ一方カ契約ヲ解除スルニハ他ノ一方カ斷然契約ヲ履行スルコトヲ拒絕スルカ若クハ全ク履行ノ不能ヲ來シタルトキナルヲ要スルコト是ナリコルコラン對プロツサーノ判例ヲ案スルニ當事者ハ燕麥若干俵ヲ代金若干ニテ賣買スルノ契約ヲ取結ヒ代金ハ其荷物カダブリン港ニ到着シタルトキ荷爲替ニ對シテ支拂フ可キ約束ヲ爲シタリ而シテ買主タル原告ハ四回荷物ヲ請取リ其代金ヲ支拂ヒタルモ或荷物ハ量目ニ於テ不足シタルヲ以テ量目ノ不足ニ對スル代價ノ減少ト量目ノ費用ヲ差引ク可キコト及之ヲ差引クニ非レハ代金ヲ支拂フコト能ハサル旨ヲ被告ニ通知セリ然ルニ被告ハ之ニ因リ契約ヲ解除スルコトヲ主張シテ燕麥ノ引渡ヲ爲サス於是乎原告ハ出訴ニ及ヒタリ裁判所ハ之ニ判決ヲ與ヘテ曰ク原告ノ行爲ハ未ダ代金支拂ノ斷然タル拒絕ニ至ラスシテ單ニ代金ノ減少ニ付隨シタル主張ヲ爲シタルニ過キス故ニ被告ハ賣買契約ヲ解除スルノ權利ヲ有セスト

擔保付賣買

賣買履行ノ期日ハ果シテ停止條件ナルヤ否ヤノ問題ハ全ク當事者ノ意思ニ基キテ定メサル可カラズ當事者ノ意思ヲ解釋シテ期日カ契約ノ要部ト認ムルヲ得タルトキハ之ヲ以テ停止條件ト爲ス可キモノトス

第六章 擔保付賣買

抑賣買ノ擔保ニ二種アリ一ハ合意上ノ擔保ニシテ一ハ法律上ノ擔保ナリ法律上ノ擔保ハ次篇ニ於テ之ヲ述ヘ本章ニ於テハ專ラ合意上ノ擔保ニ付キ講述スル所アル可シ

抑賣買法ニ於テハ擔保ハ賣買契約ノ要素ニアラス賣買ハ擔保ノ有無ニ關セス完全ニ成立ス可シ擔保ハ只主タル賣買契約ニ付從スル所ノ一ノ從タル約束ニ過キサルナリ故ニ主タル賣買契約ニシテ消滅ニ歸センカ從タル擔保ノ契約モ亦當然消滅ニ歸ス可キナリ主タル賣買契約ニシテ無効ナランカ獨リ擔保契約ノミ有効ナルノ理ナシ然レトモ從タル擔保契約ノ消滅若クハ無効ハ必スシモ主タル賣買契約ノ消滅若クハ無効ヲ來スモノニアラス何トナレハ本幹既ニ枯レテ獨リ末枝ノミ繁茂スルモノナキモ末枝既ニ枯ル、モ未ダ必スシモ本幹ノ枯敗ヲ來スモノ

ニ非サルヲ以テナリ  
 前章ニ於テ既ニ述ヘタルカ如ク契約ニ關スル一箇ノ陳述ハ果シテ擔保ニ上ルヤ  
 將タ單一ナル陳示ニ過キサルヤチ區別スルハ實際上頗ル困難ナル場合勘カラス  
 而モ之ヲ截然區別スルハ實際上尤モ必要ナルヲ以テ大ニ意ヲ注カサル可ラス例  
 之ハ茲ニ吳服商アリ數卷ノ帶ヲ出シテ是レ博多帶ナリト陳述セリト假定セノニ  
 此陳述ハ果シテ眞ノ博多帶タルコトヲ擔保シタルモノト爲サン乎將タ一箇ノ陳  
 示ト爲サン乎之ヲ區別スルハ甚タ容易ナリト謂フ可カラス然レトモ法律上ヨリ  
 之ヲ論セハ此區別ノ標準ハ極メテ簡明ナリトス即チ賣買ヲ取結フノ際賣主カ陳  
 述シタル言詞カ單ニ買主ヲ誘フテ取引ヲ爲スコトニ導ク爲メノミニシテ假令賣  
 買契約ヲ取結フモ別ニ一箇ノ付從タル約束ニ上ルモノニアラザルトキハ是單一  
 ナル陳示ニシテ擔保ニアラス而シテ當事者ノ意思カ果シテ其孰レニ在ルヤハ各  
 事件ノ狀況及慣習等ニ徴シテ之ヲ判斷セサル可カラス神田柳原又ハ芝日影町ノ  
 古着商カ數回洗張ノ衣服ヲ以テ未タ一回モ手ヲ通サ、ル新衣ナリト陳述スルモ  
 之ヲ以テ直チニ擔保ノ約束ヲ爲シタルモノト謂フ可カラス何トナレハ斯ノ如キ

虛妄ノ陳述ヲ爲シテ買主ヲ誘導スルハ彼等普通ノ慣習ニシテ何人モ知ル所ナル  
 チ以テナリ今特別ノ狀況及慣習チ外ニシテ一般ニ之ヲ云ヘハ賣主カ買主ニ對シ  
 テ買主ノ知ラサル重要ナル事實ノ眞實ナルコトヲ請合ヒタルトキハ正ニ擔保ヲ  
 爲シタルモノナリ之ニ反シテ賣主カ特別ノ智識チ有セサル事柄ニシテ買主ノ判  
 斷チ助ケル爲メニ自己ノ意見若クハ判斷チ陳述スルモ決シテ擔保ヲ爲シタルモ  
 ノニアラストス英國ノホップキンス對トランクウヰリー(Hopkins v. Tranquery)ノ判  
 例ハ此點ヲ説明スルニ好例タルヲ以テ試ニ之ヲ援用ス可シ本件事實ノ要領ヲ摘  
 載スレハ原告ハ競賣ニ因リテ一匹ノ馬ヲ買入ル、ニ先チ其馬小屋ニ就テ馬ヲ實  
 驗シツ、アリシニ其馬ノ所有者タル被告モ來合セ相互ニ懇意ト爲リタル后被告  
 ハ原告ニ對シテ曰ク貴殿ハ更ニ馬ヲ検査スルヲ要セス余ハ貴殿ニ向テ此馬ノ駿  
 足ニシテ總テノ點ニ於テ瑕疵ナキコトヲ確言スト原告答テ曰ク貴殿ニ於テ斯ク  
 確言スル以上ハ余ハ満足セリト因テ原告ハ馬ヲ検査スルコトヲ廢セリ然ルニ原  
 告カ此馬ヲ競賣ニ因リ買入レタル后ニ至リ其ノ駿足ニアラサルノミナラス健康  
 ナラサリシコトヲ發見シタルヲ以テ被告ニ對シテ出訴セリ但本件ニ於テ被告ハ

全ク善意ニテ馬ノ瑕疵ナキコトヲ確言シタルモノナレハ詐欺ノ問題ニハ關係ナシ原告ハ辯論シテ曰ク被告ノ自己ニ對スル確言ハ一箇ノ擔保ニ上ルヲ以テ假令競賣人ニ於テ無擔保ノ賣買ヲ爲スモ被告ハ其責ヲ免カル、ヲ得サルモノナリト然レトモ判事ハ皆一致ノ意見ヲ以テ本案原告ノ問答ハ一箇ノ約束ト爲ル所ノ合意ニアラス被告ノ陳述ハ單ニ馬匹ニ付テ自己ノ意見若クハ判斷ヲ述ヘタルニ過キス而シテ善意ヲ以テ之ヲ爲シタル以上ハ何等ノ責任ヲ負フコトナシト

第七章 債權ノ賣買

羅馬法ニ依レハ債權ハ賣買其他轉賣スルヲ許サズ英國ノ古法及我現行法モ亦然リ蓋シ債權ハ人權ニシテ物權ニアラス對人權ニシテ對世權ニアラス即チ特定ノ人ト特定ノ人トノ間ニ存在スル一箇ノ法鎖ナルヲ以テ若シ其中ノ一人即チ債務者若クハ債權者ノ之ヲ離脱スルコトアレハ其法鎖ハ直ニ消滅ス可キハ理ノ當然ナレハナリ純粹ノ法理上ヨリ論スレハ權利ト物トハ全ク異別ノモノニシテ物ハ賣買ノ目的物ト爲スヲ得ルモ權利ハ之カ目的物ト爲スヲ得サルモノナリ余ハ屢々論スルカ如ク權利ト物トハ區別シ又權利ト人權ト物權トニ區別シナカラ更ニ

債權ノ賣買

復タ權利ヲ無體物ト爲シ人權ノ上ニ物權ヲ認ムルカ如キハ法理上正鵠ヲ得タルモノニアラスト信ス然レトモ債權ノ讓渡ヲ禁シテ之ヲ許サ、ルハ實際ノ必要須需ニ適合セサルモノト見ヘ竟ニ人民ハ此禁止法ヲ避潜スルノ工夫ヲ案出シ又法律モ之カ讓渡ヲ許可スルニ至レリ試ニ羅馬法歴史ヲ案スルニ人民ハ債權ヲ自由ニ讓渡スルヲ得サルノ不便ニ堪ヘス訴訟手續上ニ於テ巧ニ一箇ノ方法ヲ案出シテ法律ノ制裁ヲ避クルニ至レリ其方法ヲ畧言スレハ債權者ハ法律上自己ノ債權ヲ他人ニ讓渡スルヲ得サリシモ自己カ讓渡セント欲スル者ヲ以テ債權取立ノ代理人ト爲シ之ニ債權ノ取立ヲ委任シ而シテ豫メ自己ニ對シテ計算ヲ爲スノ義務ヲ釋免セリ故ニ代理人ハ之カ取立ヲ爲スモ之ヲ本人ニ計算スルノ義務ナキヲ以テ實際ハ債權ヲ本人ヨリ讓受クルニ均シ我邦ニ於テモ現行民法ハ債權ノ移轉ヲ許サスト雖モ訴訟法ニ於テハ債權ノ執行方法トシテ執行裁判所ノ轉付命令ニ基キ債務者ノ有スル債權ヲ取得スルヲ得ヘシ且實際ニ於テハ羅馬ト同シテ取立代理人ノ名義ヲ以テ其實債權ノ讓渡ヲ受クルモノアルハ屢見ル所ナリ

我既成民法佛國民法及英國法ハ羅馬法ト異ナリ債權ト雖モ有體物ト均シク之ヲ

他ニ自由ニ輾轉スルヲ得ヘシ但英佛ノ法律ニ於テハ假令金錢ノ約因ニ依リ之ヲ讓渡スルモ賣買ト稱セスシテ讓渡ト稱スルモ我既成民法ニ於テハ金錢ノ約因ニ依ル讓渡ハ之ヲ賣買ト稱スルノ差アリ

債權ノ賣買ニ於テハ何時債權ハ買主ニ移轉スルヤト云フニ我賣買法ニハ特別ノ規定ナキヲ以テ財産編一般ノ規定ニ從ハサル可カラス左ニ之ヲ講述セン

(第一) 賣主ト買主トノ間ニ在テハ有體物ノ賣買ト均シク當事者ニ於テ賣買ノ合意ヲ爲シタルトハ直ニ債權ハ買主ニ移轉スルヲ通則トス債權證書ノ交付等ハ毫モ必要ニアラストス

(第二) 第三者ニ對シテハ當事者ノ合意ノミニテハ未タ債權移轉ノ効果ナシ其効果ヲ第三者ニ及ホスニハ尙ホ他ノ條件ヲ必要トス即チ賣買ヲ公示スルノ所爲ヲ行フコトノ條件是ナリ而シテ此所爲ハ賣買ト同時ニ之ヲ爲スモ又ハ其後ニ之ヲ行フモ妨ナシト雖モ之ヲ行フ迄ハ第三者ニ對シテハ債權ノ移轉ナキモノト認ムルヲ得ルモノトス但流通證券ノ債權ハ裏書ニ因リテ移轉シ此條件ヲ必要トセス

賣買ヲ公示スルノ目的アル行爲トハ何ソヤト云フニ即チ左ノ如シ

(一) 債務者カ公正證書又ハ私署證書ヲ以テ賣買ヲ承諾スルコト(財産編第三百四十七條)

佛國民法ニハ公正證書ヲ以テ讓渡ヲ承諾スルコトノ明文アルモ我民法ノ如ク私署證書ヲ以テ之ヲ承諾スルコトノ明文ナシ於是乎佛國ニ於テハ債務者カ私署證書ヲ以テ賣買ヲ承諾シタルトキハ果シテ第三者ニ對シテ賣買ノ効力ヲ生ス可キ乎ノ問題ヲ生セリムーロン氏曰ク法律カ第三者ニ公示スル特別ノ方法ヲ設ケタル以上ハ必ラス其方法ニ依ラサル可ラス其方法ヲ盡サハルトキハ第三者(債務者モ合蓄ス)ニ對シテハ債權賣買ノ効ナシト然レトモウレツト氏ハ反對說ヲ述テ曰ク債務者カ私署證書ヲ以テ承諾シタルトキハ債務者ニ對シテ賣買ノ効力ヲ生スルヤ必セリ何トナレハ之ヲ承諾シタル者ハ買主ノ損害ト爲ルヘキ辨濟ヲ爲サハルコトヲ約束シタルニ均シキヲ以テ若シ債務者カ賣主ニ辨濟ヲ爲ストキハ買主ノ損害ヲ來シ從テ破約ノ責ヲ免カル、ヲ得サル可ケレハナリト我民法ニ於テハ明文アルヲ以テ如此議論ノ生スル

恐ナシ

(二) 買主カ買受ケタルコトヲ債務者ニ對シ合式ニ告知スルコト  
 以上二箇ノ方法ノ中其一ヲ行フトキハ債權ノ賣買ハ第三者ニ對シテモ効力アル  
 モノトス然レトモ債務者カ公正若クハ私署ノ證書ヲ以テ承諾シタル場合ト買主  
 カ賣買ヲ債務者ニ告知シタル場合トノ間ニ効果上多少ノ差違アリテ存セリ何ソ  
 ヤ證書ヲ以テ承諾シタル場合ハ告知ノ場合ニ比シテ買主ニ取リテ利益アリトス  
 蓋賣買ヲ承諾シタル債務者ハ賣主ニ對スル抗辯ヲ以テ買主ニ對抗スルヲ得ス之ヲ  
 詳言セハ賣主ニ對シテハ主張スルヲ得ヘカリシ義務相殺若クハ取消ノ原由ト雖  
 トモ買主ニ對シテハ之ヲ主張スルヲ得ス何トナレハ賣買ヲ承諾スルハ暗ニ買主  
 ニ對シテ自ラ債務者ト爲ルコトヲ認ムルモノト謂ハサルヲ得サルヲ以テ他人ニ  
 對スル抗辯ノ方法ハ以テ買主ニ對抗スルノ方法ト爲スヲ得サルヲ以テナリ之ニ  
 反シ賣買ヲ告知シタル場合ニ於テハ債務者ハ其告知ヲ受ケタル后ニ生シタル抗  
 辯ノ方法ヲ買主ニ對シ主張スルノ權利ヲ失フノミニシテ其以前ニ生シタル抗辯  
 ノ方法ハ之ヲ主張スルヲ得ルモノトス(財産編第三百四十七條)

抑債權ハ英法ノ所謂訴訟物ニシテ之ヲ買受タル者ハ多クハ高利貸若クハ投機者  
 流ニシテ利益ヲ貪ル爲メニハ極メテ苛刻ノ所爲ト雖トモ之ヲ爲シカネサル者ナ  
 レハ債務者ニ迫テ嚴重ニ辨濟ノ督促ヲ爲シ引テ健訟濫訴ノ弊害ヲ醸スモノナル  
 カ爲ニ法律ハ債權ノ讓渡ヲ許容スルモ寧ロ之ヲ獎勵スルモノニアラス從テ有體  
 物ト債權トノ賣買間ニ賣主ノ擔保義務ニ付キ多少ノ差違アリテ存スルモノトス  
 即チ左ノ如シ

(二) 有體物ノ賣主ハ後日詳述スヘキモ目的物カ眞ノ所有者ノ爲メニ奪取セラレ  
 タルトキハ買主ニ對シ其現ニ蒙リタル損害ヲ賠償スルノ責任ヲ負フノミナラス  
 奪取ニ因リ得ルコトヲ妨ケラレタル利益ノ賠償ヲモ之ヲ爲サ、ル可ラス然ルニ  
 債權ノ賣主ハ眞ノ所有者ニ因リ奪取セラレタル爲メニ現ニ買主ニ生シタル損失  
 ノミヲ賠償スルノ責任ヲ負フニ過キス其損失トハ何ソヤ第一代金第二契約費用  
 第三買主カ眞正ノ所有者ニ對シテ無益ノ訴訟ヲ爲シタルニ要シタル費用等  
 ナリ買主カ賣買ニ因リテ得ヘカリシ利益ノ如キハ賣主之ヲ賠償スルノ義務ナキモ  
 ノトス例之ハ買主ハ一千五百圓ノ債權ヲ一千圓ノ代價ニテ買受ケタルモ賣主ハ

該債權ノ真正ナル所有者ニアラサルカ爲メニ真正ノ所有者ニ依リ之ヲ奪取セラレタリト假定セヨ此場合ニ於テ賣主ハ買主ニ對シ一千圓ノ代金ト賣買契約費用トヲ賠償スルノ責任ヲ負フノミニシテ一千五百圓ヲ賠償スルノ責ナシ

(二) 元來債權ノ賣主ハ債權ノ存立及其有効タルコトヲ擔保スルニ止マリ債務者ノ現在若シハ將來ノ資力ニ付キテハ之ヲ擔保セサルヲ以テ通則トス即チ買主ハ將來辨濟ヲ受クルコトノ必スヘキヤ否ノ危險ヲ自ラ負擔スルモノナリ然レトモ擔保ノ問題タル既ニ論スルカ如ク固ヨリ賣買ノ要素ニ非ルヲ以テ當事者ノ合意ニ依リ自由ニ變更スルヲ得ヘキカ故ニ賣主ハ特ニ債務者ノ有資力ノ擔保ヲ約諾スルヲ得ヘキヤ勿論ナリ但我民法ニ依レハ明示ノ方法ニテ之ヲ約諾スルヲ要スルノミ而シテ賣主カ特ニ明示ノ方法ニテ有資力ノ擔保ヲ爲シタルトキト雖トモ賣主ハ自ラ受取リタル代金ノ限度ニ從テ其責ヲ負擔スルニ過キス又既ニ滿期ト爲リタル債權ヲ賣渡シタルトキハ賣買ノ日ニ於ケル有資力ニ付テノミ擔保シ若シ未ダ滿期ニ至ラサル債權ナルトキハ其擔保ハ滿期ヨリ一年又無年期ノ債權ニ付テハ賣買ノトキヨリ十ヶ年ヲ限リテ其責任アルモノトス(財産取得編第六十八

條)

賣主カ無擔保ノ特約ヲ以テ賣買ヲ爲シタル場合ニ於テハ賣主ハ總テ他ノ擔保義務ヲ免カルヘシト雖トモ債權追奪ノ場合ニ於テ代金返還ノ義務ヲ免カル、ヲ得ス蓋如此場合ニ於テ賣主ヲシテ代金返還ノ義務ヲ免カレシムルハ原因ナクシテ不當ノ利得ヲ得セシムルニ歸着スルカ故ニ普通無擔保ノ特約ハ代金返還ノ義務マテモ免カレシムルコトヲ約定シタルモノト看做サ、ルナリ故ニ此規定ニ付テハ二ヶノ例外アリ即チ左ノ如シ

第一 買主カ賣買ノ時ニ於テ追奪ノ危險アルヲ知リタルトキ

第二 買主ノ危險負擔ノ特約ニテ賣買シタルトキ

右二ヶノ場合ニ於テハ買主ハ追奪ノ危險ヲ自ラ負擔シテ買取リタルコト明白ナレハ賣主ハ代金返還ノ義務ヲモ負擔セサルモノトス然レトモ如何ナル場合ニ於テモ又如何ナル約款ニ依ルモ賣主ハ賣買ノ前後ヲ問ハズ自ラ第三者ニ授與シタル權利ヨリ生スル妨碍又ハ追奪ノ擔保ヲ免カル、ヲ得ス蓋人ハ自己ノ故意ノ所爲ニ付キテハ特約ヲ以テ其責任ヲ免カルヘキ限リニアラサレハナリ

第八章 不  
分  
物  
ノ  
競  
賣

我民法ノ規定ニ因レハ財産ノ共有者ハ何時ニテモ之カ分割ヲ請求スルヲ得ヘシ  
而シテ其財産タルヤ不  
分  
物  
ニシテ共有者ノ一人タリトモ其現物ノ分割ヲ拒ム者  
アルトキハ共有者ハ之ヲ協議賣買又ハ競賣ニ付シテ各共有者ノ權利ノ限度ニ應  
ジテ其代金ヲ分配スルコトヲ請求スルノ權利ヲ有ス可シ蓋財産ノ共有者ハ其權  
利上ニ於テハ各自ノ持分區分シアリト雖トモ所謂無形ノ分割タルニ過キス其  
權利ノ目的物ハ固ヨリ分割セラレタルコトヲ從テ共有者各自ノ權利ハ各々其  
目的物ノ全體ニ及ヒ相互ニ他ノ權利ヲ制限スルカ故ニ共有者ハ各々獨立シテ所  
有者タルノ行爲ヲ爲スヲ得ス是ヲ以テ我法律ハ各共有者ニ與フルニ現物ノ分割  
權ヲ以テセリ而シテ不  
分  
物  
ニ至テハ元來有形ノ分割ヲ許スモノニアラス若之ヲ  
爲ストキハ大ニ其價格ヲ減少スルヲ通例ト爲スカ故ニ共有者ノ一人タリトモ不  
同意ヲ述フルトキハ現物ノ分割ハ許サスシテ現物ヲ賣却シテ其代金ヲ分割スヘ  
キモノトス

不  
分  
物  
ヲ  
賣  
却  
ス  
ル  
ニ  
ハ  
各  
共  
有  
者  
カ  
協  
議  
ノ  
上  
ナ  
レ  
ハ  
普  
通  
ノ  
方  
法  
ニ  
因  
リ  
又  
ハ  
競  
賣  
ノ  
方  
法  
ニ  
因  
リ  
其  
一  
人  
又  
ハ  
第  
三  
者  
ニ  
賣  
却  
ス  
ル  
ヲ  
得  
ヘシ  
若  
第  
一  
共  
有  
者  
間  
賣  
却  
方  
法  
ニ  
付  
キ  
協  
議  
一  
致  
セ  
サ  
ル  
コ  
ト  
アルカ第二共有者ノ中ニ失踪者若クハ無能力者アリテ其  
協議ニ與カルヲ得サルトキハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ裁判上ノ競賣ニ附セサル  
可ラス財産取得編第百五條第二項ノ規定ニ因レハ右第一ノ場合ニ於テハ共同競  
賣人ノ各自ハ常ニ競賣ニ外人ノ參與ヲ許スヲ要求スルコトヲ得第二ノ場合ニ於  
テハ外人ノ參與ハ當然必要ナリトセリ然レトモ民事訴訟法上ノ競賣ハ固ヨリ廣  
ク公衆ノ參與ヲ許スモノナルカ故ニ特ニ外人ノ參與ヲ許スヲ要求スルヲ得ヘキ  
コトヲ規定スルノ要ナシ又外人ノ參與ヲ必要ナリトシ苟モ外人カ參與セサル以  
上ハ競賣ノ効ナシト規定スルハ頗ル其當ヲ得サルカ如シ何トナレハ裁判上競賣  
ハ專ラ公正ノ賣買ヲ行フヲ目的トスルモノナルカ故ニ單ニ外人カ參與シ得ルノ  
手續即チ競賣ノ公示アレハ足ルモノニシテ現ニ外人カ參與スルト否トハ敢テ問  
フノ必要ナシ若夫レ實際外人ノ參與ヲ必要トセハ外人ノ參與ナキ爲メニ到底競  
賣ヲ終結スルノ期ナキニ至ルヘケレハナリ之ヲ要スルニ右第百五條第二項ノ規  
定ハ削除スルヲ可トス

我民法財産取得編第六條ノ規定ニ因レハ不分物賣却ノ効果ハ共有者ノ一人カ  
 買取リタル場合ト第三者カ買取リタル場合トノ間ニ差違ヲ生ス共有者ノ一人カ  
 買取リタルトキハ其効果ハ分割ニシテ賣買ニアラス而シテ分割ナルモノハ權利  
 ノ確認ニシテ其移轉ニアラス即チ此場合ニ於テハ共有者ノ一人ハ他ノ共有者ヨ  
 リ權利ヲ讓受ケタルニアラスシテ從來ヨリ自己ノ有スル權利ノ確認ヲ得タルモ  
 ノト看做スカ故ニ其結果トシテ他ノ共有者カ以前ニ與ヘタル權利ハ總テ無効ト  
 爲リ又賣買ノ登記ヲ爲スヲ要セサルナリ之ニ反シテ第三者カ之ヲ買取リタルト  
 キハ全ク賣買ニシテ賣買ニ關スル規定ヲ適用スヘキモノナリ

我民法ハ前述ノ如ク共有物ノ分割ヲ以テ權利ノ確認ト看做シ又共有者ノ一人カ  
 不分物ヲ買取リタル場合ヲ分割ノ行爲ト看做シ會社ノ分割ニ關スル規定ヲ適用  
 スヘシト爲シタレトモ是レ果シテ適當ノ規定ナルヤ予ハ法理上并ニ實際上此規  
 定ノ適當ナラサルヲ疑ハサルヲ得ス抑モ共有者ノ一人カ不分物ヲ買取ルハ即チ  
 他ノ共有者ノ有スル物權ヲ買取ルニ外ナラス然ラハ則チ是レ純然タル賣買ニア  
 ラスシテ何ソヤ亦何チ苦ンテカ之ヲ分割ノ行爲ト看做スノ必要アラソヤ且之ヲ

賣買ノ効  
 力  
 所有權及  
 危險ノ移  
 轉  
 所有權ノ  
 移轉

以テ分割ノ行爲トシ權利ノ確認トスル以上ハ此行爲以前ニ於テ各共有者カ設定  
 シタル諸權利ハ強テ其當初ニ溯テ無効ト爲ラサル可ラス其結果トシテ更ニ既往  
 ニ溯テ收益其他ノ利益ヲ改算セサル可ラス是レ實際上單ニ煩雜ヲ醸スノ規定ニ  
 アラスヤ

第三編 賣買ノ効力

第一章 所有權及危險ノ移轉

第一節 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  
 別セサル可カラス以下之ヲ分説セン  
 賣買契約ニシテ特定物ヲ目的トスルトキハ其目的物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  
 ヲリ當事者ノ意思ニ依テ之ヲ定メサル可カラス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タ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地所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セリ而シテ其規定スル所ニ依レハ賣買ハ當然所有權ヲ移轉セサルモ一種ノ物權ヲ移轉シ之ト共ニ危險ヲ移轉スルモノト爲シ而シテ所有權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本邦ノ新民法ニ在テモ特定物ノ賣買ニ於テハ其所有權ハ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ス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シ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カ果シテ引渡ノ期日タルヤ將タ所有權移轉ノ期日ナルヤヲ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

倍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

其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買賣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買賣契約其物ハ未ダ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ヲ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ヲ一言セシ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買賣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買賣契約ノ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ヘシ詳言スレハ此場合ニ於テ買賣契約ハ既

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學者ノ重ニ唱道スル所ニシテ甚ダ肯綮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  
 買賣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シニハ必ス登記ヲ受ケサル可カラズ然ラサレハ道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續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續人ハ素ト賣主ノ身分ヲ相續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

有體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今ヤ英國法ヲ案スルニ衡平法ノ原則ニ曰ク衡平相同シキト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共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ヘキナリ

我民法財産編第三百四十六條ニ依レハ所有者カ一箇ノ有體動産ヲ二箇ノ合意ヲ以テ二人ニ各別ニ與ヘタルトキハ其二人中現ニ占有スル者ハ合意ノ前後ニ拘ハラズ其所有者タリ但シ其者カ自己ノ合意ヲ爲ス當時ニ於テ前ノ合意ヲ知ラズ且前ノ合意ヲ爲シタル者ノ財産ヲ管理スル責任ナキコトヲ要スルモノナリ佛國並ニ伊國ノ法律モ亦タ然リ蓋此法規ハ不動産賣買登記ノ制度ト均シク公益上ノ理由ニ基クモノナリ有體動産ノ引渡ハ自ラ公示ノ方法ト爲ルモノニシテ恰モ不動産ニ於ケル登記ノ如キ効用ヲ爲スモノナルカ故ニ賣買ノ前後ニ拘ハラズ先ニ登記ヲ得タルモノ所有權ヲ取得スルカ如ク先ニ動産ノ引渡ヲ受ケタルモノ所有權ヲ取得スルモノトス然レトモ此結果ヲ生スルニハ左記ノ二ヶノ條件ヲ具備スルヲ要ス

(第一) 現占有者ハ賣買ノ當時ニ於テ前ノ合意ヲ知ラサルコト

賣買ノ後ニ至リ前ノ合意ヲ知ルモ何等ノ妨ナシ是普通ノ即時々効ノ制ト異ナル所以ナリ

(第二) 現有者ハ第一ノ買主ノ財産管理人ニアラサルコトヲ要ス  
若現占有者ニ於テ第一ノ買主ノ財産ヲ管理スルトキハ第一ノ買主ノ爲メニ目的物ヲ占有スルノ義務アルノミナラス自己ノ爲メニ之ヲ占有スルカテ義務アレバナリ  
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リシヲ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ビタルノミコト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産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産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ダリ然ラハ代替物及ヒ消費物ハ廣義ニ於テ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ソト凡テノ不特定物ノコトヲ云ベルモノナレハ單ニ不特定物トシテ規定スル方寧ク簡短ニシテ宜チ得タルモノナラシ  
次ニ英米法律ニ於テ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ダ所有權ヲ移轉スルモノニアラズト爲セリザレト對ヒルノ訴件ニ於テ「ロイド」ベール氏言ヘルコトアリ曰シ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之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不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選擇ヲ放任スルトキハ諾約者ハ最下等ノ物ヲ選擇セントシ要約者ハ最良品ヲ選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シ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タ困難ナル同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選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選擇ノ權能ヲ有シ而シテ買主カ之ヲ選擇シタル場合ニ於テモ別ニ論議ヲ

要ス可キ所ナシ然レド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翻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グレハ左ニ述フル所ノ如シ  
 賣買ノ性質止撰擇ヲ爲ス可ク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ヘ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「ロイド」ア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同時ニ

賣買法 賣買ノ効力 所有權及危險ノ移轉 所有權ノ移轉

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同一轍ニ出テダ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」ナル語ノ瞬味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ク判決例ヲ研究シ且ツ多數學者ノ説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ナ妥當ト信ス

終リニ臨ミテ注意ス可キコトアリ何ソヤ他ナシ買主カ撰擇權ヲ有スル場合ニ於

危險ノ負擔

テハ買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賣主カ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ヘハ米一石ノ約束ナルニ米二石ヲ送リタルトキハ買主カ撰擇ヲ爲ス迄ハ所有權ヲ移轉スルコトナシ若シ契約ニ異ナリタル物品ナルトキハ買主タルモノハ素ヨリ之ヲ拒絶スルコトヲ得ルナリ然レトモ此場合ニ於テハ賣主ハ縱令一旦契約ニ異ナリタル物ヲ送ルモ尙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之ト同一ニ解釋ス可キハ素ヨリ言ヲ俟タサルナリ

第二節 危險ノ負擔

賣買物ノ危險ハ何人カ之ヲ負擔スヘキヤ詳言スレハ賣買ノ目的物カ意外ノ事又ハ不可抗力ニ依リ滅失又ハ毀損シタルトキハ其損失ハ賣主カ之ヲ負擔スヘキ乎將タ買主カ之ヲ負擔スヘキ乎ト云フニ特定物ヲ賣買シタル場合ト不特定物ヲ賣買シタル場合トニ區別シテ之ヲ論セサルヘカラス

(第一) 特定物ヲ賣買シタル場合

賣買法 賣買ノ効力 所有權及危險ノ移轉 危險ノ負擔

民法財産編第三百三十五條ニ依レハ目的物ノ危険ハ其物ノ増加ト共ニ要約者ニ歸スルヲ原則トシ特ニ諾約者カ危険ヲ負擔シタル場合ト停止條件付ノ買買ノ場合ト諾約者カ目的物ノ引渡ヲ遲滞シ爲メニ之ヲ遲滞セザリシナラハ免カル、ヲ得ヘカリシ滅失又ハ毀損ヲ來シタル場合ハ例外ニシテ諾約者ノ負擔ニ歸スヘキモノナリ然レトモ此最後ノ場合ハ真正ニ例外ト稱スヘキニアラス何トナレハ是レ義務ノ履行ヲ怠リタルカ爲メニ發生シタル損害ハ自ラ之ヲ辨償セサルヘカラスルノ原則ヲ適用シタルニ過キサルヲ以テナリ然ルニ我法文ハ之ヲ以テ真正ノ例外ト規定シタルハ誤レリ(財産編第三百三十五條及第四百十九條)

然ラハ何故ニ特定物ノ要約者即買主ハ危険ヲ負擔セサルヲ得サル乎是レ大ニ議論ノ存スル所ナリ目的物ノ所有權カ既ニ買主ニ移轉シタル場合ニ於テ其危険ノ買主ノ負擔ニ歸スヘキハ論ナキナリ何トナレハ物ハ所有者ニ死ス(Res perit domino)ノ原則ノ適用ニ外ナラサレハナリ然レトモ我民法ハ獨リ此場合ニノミ危険ノ負擔ヲ要約者ニ歸セシメタルニアラス當事者間ノ特約ヲ以テ目的物ノ所有權ヲ賣主ニ留置シ之カ移轉ヲ他日ニ約シタル場合ニ於テモ此危険負擔ノ原則ヲ適用セ

サル可ラス然ラハ則チ此原則ノ理由ハ素ヨリ物ハ所有者ニ死スルハ原則ヲ以テ説明スルヲ得サルナリ其理由如何ト云フニ蓋二箇ノ理由アリ第一ノ理由ニ曰ク凡ソ特定物ノ引渡ヲ目的トスル義務ハ財産編第五百三十五條ニ規定スルカ如ク義務者ノ過失ナクシテ履行スルコト能ハサルニ至リタルトキハ消滅シテ尙ホ之ヲ履行セルト同一ノ効果ヲ奏スルモノナリ而シテ賣買ナルモノハ賣主ハ所有權ヲ移轉シ買主ハ代價ヲ支拂フノ二箇ノ義務ヨリ成立スル所謂雙務ノ合意ナリ而シテ雙務合意ナルモノハ成立ノ當時ニ於テハ二箇ノ義務ノ並存スルヲ必要ト爲スモ一旦合意ノ成立シタル以上ハ各義務獨立シテ存立スルヲ得テ必スシモ並存スルヲ要セス故ニ目的物滅盡シテ其所有權ヲ移轉スルヲ得サルニ至レハ賣主ハ所有權移轉ノ義務ヲ免カル、ヲ得ヘキモ買主ハ其代價ヲ支拂フノ義務ナシ是レ要約者ニ於テ危険ヲ負擔セサル可ラサルノ理由ナリト此說ハ獨逸學者及ポアンナード氏ノ主張スル所ニシテ蓋我民法ノ一理由ナルヘキモ此說ノ正當ナラサルハ深ク論究スルヲ要セサルナリ何トナレハ此說ハ賣買ノ有償合意タルコトヲ遺忘シタルヲ以テナリ抑モ賣主ハ代價ヲ取得スルノ意思ニテ目的物ノ所有權ヲ移



轉スルモノニシテ又買主ハ所有權ヲ取得スルノ意思ニテ代價ヲ支拂フモノナリ  
 買主ニシテ代價ヲ支拂ハサランカ買主ハ目的物ヲ引渡スノ義務ナク若シ之ヲ引  
 渡シタルトキハ取戻スコトヲ得ヘク又賣主ニシテ所有權ヲ移轉セサランカ買主  
 ハ代價ヲ支拂フノ義務ナク若シ支拂フタルトキハ之ヲ取戻スヲ得ヘシ故ニ所有  
 權ノ移轉ト代價ノ支拂トハ相互ニ原因ト爲ルモノナレハ假令賣主ニ過失ナキモ  
 所有權ヲ移轉スルヲ得サレハ代價ヲ請求スルノ原因ナキモノナリ若シ夫レ此論  
 正當ナランカ余カ破損シタル人力車ヲ修復料十圓ニテ修復シ人力車製造者ニ依  
 頼シタル場合ニ於テ其人力車カ修復以前ニ天災ノ爲メニ滅盡シタルトキハ人力  
 車製造者ハ何等ノ勞力ヲ費サ、ルニ余ハ拾圓ノ修復料ヲ支拂ハサルヲ得スト云  
 ハサル可ラス何トナレハ人力車製造者ノ義務ハ天災ノ爲メ履行スルヲ得サルニ  
 至リタルヲ以テナリ然レトモ何人ト雖モ如此論斷スルモノナカルヘシ余カ拾圓  
 ナ支拂フ所以ハ人力車製造者ニ修繕ノ勞力ヲ費サシムルカ故ナリ余ハ修繕セサ  
 ル者ニ修繕料ヲ支拂フノ理由ナキナリ論者或ハ曰フ賣買ノ場合ハ特定物ノ目的  
 タル場合ニシテ人ノ勞力ヲ目的ト爲ス場合ニアラスト然レトモ目的ノ勞力タル

ト特定物タルトニ論理上區別ノ生スヘキニアラス苟モ天災等ニ因リ義務ノ履行  
 ナ爲スコト能ハサルニ至リタルトキハ其義務ノ消滅スルヤ同シ二者間ニ區別ヲ  
 設クルノ理由アルヲ知ラサルナリ惟フニ此說ハ天災等ノ爲メニ義務カ履行スル  
 コト能ハサルニ至リタルトキハ義務ハ消滅シテ履行シタルニ均シトノ原則ヲ誤  
 リテ適用シタル結果ニ外ナラサルナリ  
 第二ノ理由ハ賣買取結ノ時ヨリ引渡ノ時マテノ間ニ於テ物ノ價格ノ二倍又ハ三  
 倍ニ至リタルトキハ其利益ハ買主ニ於テ取得スヘキモノナルカ故ニ其物ノ上ノ  
 危険ヲ買主ニ於テ引受クヘキハ公正ノ條理ナリト然レトモ此說ノ採用スルニ足  
 ラサルハ明カナリ何トナレハ此說ハ當事者ノ意思中ニアルモノト否ラサルモノ  
 トヲ混同シテ同一ニ論シタルカ故ナリ抑モ特定物ノ賣買ヲ爲シ其所有權ノ移轉  
 ナ將來ニ期シタル場合ニ於テ幸ニ其物カ所有權移轉以後ニ於テ價格ヲ増加シタ  
 ルトキハ其利益ノ買主ノ利益ニ歸スヘキハ當事者ノ豫想スル所ナリト雖モ天災  
 等ノ爲メニ毀損ノ生スル如キハ當事者ノ豫想スル所ニアラス且普通ノ人情ニ徴  
 スルモ決シテ未タ所有權ヲ取得セサル物ノ危険ヲ負擔スルノ意思ヲ以テ之ヲ買

賣買法 賣買ノ効力 所有權及危險ノ移轉 危險ノ負擔

取ルモノアラサルナリ加之天災其他不可抗力ノ災害ト雖モ大ニ注意ヲ加フレハ之ヲ避クルノ道ナキニアラス未ダ必スシモ天ノ爲セル災ハ避クヘカラサルモノト謂フヘカラサルナリ然レトモ所有權ノ未ダ自己ニ移ラス賣主ノ現ニ占有スル物ニ至テハ何等ノ注意ヲ施スモ之ヲ如何トモ爲ス能ハサルヘシ然ルニ尙ホ其損害ハ買主ノ負擔ニ歸セサル可ラスト云フカ如キハ其理由ノ何レニアルヤヲ疑ハサルヲ得ス是レ余カ此理由モ亦タ採用スルニ足ラスト云フ所以ナリ

我民法ノ理由トスル所ハ右二箇ノ理由ニ存スヘシト雖モ其採用スルニ足ラサルヤ斯ノ如シ此規定ニ付テハ學者種々ノ理由ヲ付スルモ悉ク附會ノ説タルニ外ナラス其真正ナル理由ハ羅馬法ニ盲從シタルニ外ナラス何ソヤ羅馬法ニ依レハ賣買ハ所有權ノ移轉ヲ目的トセス從テ他人ノ物ト雖モ之ヲ賣買スルニ於テ毫モ妨アルコトナシ故ニ物ハ所有者ニ死スルノ原則ハ賣買ノ場合ニ適用シテ所有者ニ危險ヲ負擔セシムルヲ得ス於是乎羅馬法ハ要約者負擔ノ主義ヲ採リテ買主ニ危險ヲ負擔セシメタリ然レトモ近世ノ法律ニ於テ所有權ノ移轉スル場合ニ多ク此主義ヲ適用スルハ蓋シ止ヲ得サルニ出ツ然ルニ今日ニ於テハ賣買ヲ以テ所有權

移轉ノ方法ト爲スニモ拘ハラヌ尙ホ危險ノ負擔ニ付テハ羅馬法ノ舊套ヲ襲フハ余其可ナルヲ知ラサルナリ

然ラハ物ノ危險ハ何人カ負擔スヘキモノナルヤト云フニ所有者之ヲ負擔スヘキハ當然ナリ當事者ノ所爲ニ因ラス意外ノ事其他ノ不可抗力ニ因テ發生シタル毀損ナル以上ハ當事者カ之ヲ負擔スルノ理由ナキコトハ自明ノ理ナリ例ヘハ地震ノ爲メニ自己ノ家屋カ破壊シタリト假定セヨ此損害ハ何人ニ向テ賠償ヲ求メントスル乎地震ノ神ニ向テ之ヲ爲スノ外ナカル可ラス而シテ地震ノ神ハ今何處ニ住居スルヤ明カナラストセハ所有者自ラ此損害ヲ甘受スルノ外ナカル可キナリ羅馬法ノ物ハ所有者ニ死スノ言ハ實ニ千古不磨ノ金言ト云フヘキナリ是ヲ以テ英米ノ法律ハ古來ヨリ此原則ヲ賣買ノ場合ニ適用シテ今日ニ至レリ希クハ法典修正委員ハ此點ヲ修正セラレノコトナ

(第二) 不特定物ヲ賣買シタル場合

此場合ニ於テハ未ダ目的物ハ特定セス從テ目的物ノ滅失若クハ毀損ヲ來スヘキニアラス故ニ物ノ危險負擔ノ問題ヲ生セス若シ夫レ當事者ニ於テ目的物ヲ指定

シテ特定シタル場合ニ於テハ第一ノ場合ト同シク要約者之ヲ負擔スヘキナリ(量定物ノ賣買ノ節ヲ參照スヘシ)

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

第一節 所有權移轉ノ義務

先ツ特定物ノ賣買ヨリ云ハシ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ク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

所有權移轉ノ義務

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不特定物ノ賣買ニ於テハ所有權ハ他ニ特別ノ契約ナキ限り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

## 目的物引渡ノ義務

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産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シ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ズ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ズ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ズ又良シヤ實際其事實ヲ知ラザリ

シトズルモ是既賣主ハ過失タル以外ナラザレ共是等右場合ニ於テハ買主ハ破産若クハ無資力トシテ目的物ヲ引渡ヲ遅延スルハ理由ト大スオト夫得ズ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ハ事實明カナルトキハ賣主カ買主ヲ信用シタルハ買主ハ隠蔽シタルニ由ルモノニシテ是レ恰善詐欺ニ等ヌキモノナレハ賣主ハ與ヘタル承諾ハ無効ニ歸セザルヲ得ス故ニ斯ル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ハ上來論述シタル所ハ既成民法財産取得編第四十七條ニ規定スル所ナリ 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、次ニ英米法ヲ按ズ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諸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ナル所ナリ

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シ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シハ受取ノ權利アル者ノ指定セラ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テ賣主ハ甚ダ迷惑ヲ蒙ラサル可カラサルノ結果ヲ生ス可シ何トモレハ買主ハ指定セラル場所ニ於テ引渡ス可キモノトナシタレハナリ

次ニ英米法ニ按ズルニ何等ノ契約ナキトキハ契約ニ當時ニ物ノ存在セル場所ニ

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シテ之ヲ引渡スルコトヲ得ル

(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モ故ニ賣買後ニ於テ天災其他ノ不可抗力ヲ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ボ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絕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絕スルコトヲ得又其約束ノ分量ノミチ其中ヨリ受取リテ殘部ヲ返却スルコトヲ得ルナリ若シ又賣主カ契

約セル性質若シ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  
 スルコト付キテ多少ノ手續若シハ費用ヲ要スルトキハ買主ハ全ク之ヲ拒絶スルコ  
 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ハノモナラス尙ホ我國ニ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  
 ク引渡スル義務ヲ負フモノナリ是レ一般ニ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之主眼トシ其物ノ數量ヲ付キテ  
 ハ別ニ重キヲ置カザ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  
 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ニ規定シタル左ニ其規定ニ關スル要領ヲ陳述セメ  
 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

第一ノ代價未以テ賣渡スル爲メタル場合はナリ例ヘハ百坪ノ土地ヲ一坪一圓宛ニ  
 テ賣買セシメタル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賣  
 買セシメタル契約シタルハ後者ノ場合ナルカ如シ而シテ同シテ是レ百坪ヲ有ス  
 ル土地ノ賣買ハハド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  
 ノ意思ヲ推測スルハ點ニ於テ大ニ區別ノ存スルモノアリ即チ第二ノ場合ニ於テ  
 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ハ點ニ差異アル  
 チ以テ尙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シ  
 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ヘ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ルハ九十坪ノ外ナク茲ニ明言ヨリ十坪ノ不

賣買法 賣買ノ効力 賣主ノ義務 目的物引渡ノ義務

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金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ニ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ルコトヲ得ルモノトキ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ヌ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トス夫レト解釋スルナリ是レ賣主ハ面積ヲ擔保ノ明言アルニ拘ハラヌ若シ坪數ニ不足アルトキハ代價減少ノ要求ニ應ジザ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ヌ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茲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 此場合ハ更ニ二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ン

(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ヌ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タ測量術ノ精ナラサルヨリシテ素ヨ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ニ千圓ニテ賣渡サンコトヲ約シタルトキハ賣主ハ其超過ニ對シテ代金ノ增加ヲ請求スルコトヲ得ス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ヨリ二三ノ例外ハ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、之ヲ隠蔽シテ賣渡シタルカ如キ場合ニ於テハ賣主ハ其不足ノ程度ニ應シテ代金ヲ減少セサル可カラズ

(二) 賣主ハ面積ヲ擔保スル場合 例ヘハ賣主ハ該土地ハ幾坪アリヤカハ保證スル場合ハ如キ賣主ハ其保證ニヨリ責任アリ從ツテ前述セル原

則チ一例外ヲ成ス可キハ勿論ナリ

(三) 不足ノ坪數カ少クトモ二十分一以上ニ及ビタルトキ 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ビ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) 一ヨリ三マテ何レモ皆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ビ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

(ロ) 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本場合ニ於テハ契約複雑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

倍此場合ニ於テ若シ面積ニ不足アルトキハ如何ト尋ヌルニ若シ其不足カ二

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  
 ヲ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シ然ラ  
 ハ其不足ハ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ス  
 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ス而シテ其  
 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  
 ス以テ代金ニ依リテ之ヲ定ムルモノナリトス

目的物保  
 存ノ義務

第三節 目的物保存ノ義務

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  
 於テ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ニ之ヲ規定シテ曰ク  
 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  
 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ン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テ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コ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恩惠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に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ヲレハ保存者ハ單ニ輕注意ヲ施シテ足レルカ如シ次に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ノ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乎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ズ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

#### 第四節 擔保ノ義務

##### 第一款 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

擔保ノ義務  
擔保ノ性質

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、トモ若シ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ヲ決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シ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驗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驗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癩アルコトヲ發見シタリ然レトモ被告カ無病ノ陳述ヲ爲シタルトキハ全ク善意ニテ馬ニ病癩アルコトハ之ヲ知ラザ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ルハ被告ハ秘密ニ擔保ノ約束ヲ取結ヒ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之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畧ホ會得スルコトヲ得ヘ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

法律上ノ擔保

追奪擔保

テ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ナ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即チ

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ハコトヲ云フニ外ナラズ從テ縱令裁判ヲ受クルモ未タ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買賣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ダ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「アクシヨ、エッキス、エムプトル」(Actio ex empto)ト云ヒ第二チ「アクシヨ、デ、スナヒユレ」シヨネ、ヂ、プ、レ」(Actio de stipulatione duplae)ト云フ蓋シ第一ノ訴權ハ買賣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ヘ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

様ニ置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ヘ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金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一千六百二十八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  
 ト規定シ又第千六百二十九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由テ之ヲ見レハ佛國  
 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レ、ナ云フニ外ナラス乍去現時ノ佛國民法ニ依レハ當  
 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ヘシ即チ夫ノ他人ノ物  
 ナ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ヘキナリ  
 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

ルコトヲ云フモノナレハ追奪擔保ハ多シ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サ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則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ヲラスンハ非サルナリ

翻テ我既成民法ヲ按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ズ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ヘ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ズ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ス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



主たる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たる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ス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テ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

借無形ノ環瑾即チ權利上ノ環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ヘシ即チ左ノ如シ

(第一) 物ノ全部ニ於ケル權利全部ノ環瑾

(第二) 物ノ一部ニ於ケル權利全部ノ環瑾

(第三) 物ノ全部ニ於ケル權利一部ノ環瑾

(第四) 物ノ一部ニ於ケル權利一部ノ環瑾

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環瑾 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環瑾

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サレハ買主ハ斯ノ如キ無効訴權若シ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シ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シヤ是レ買主ノ惡意ナルニモ拘ハラズ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ズ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ヘ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シトスル歟

以上ハ買主カ善意ナルト將タ惡意ナルトヲ問ハズ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說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

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ク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ズ是レ即チ無効訴權ヨリ生スル所ノ結果ナリ

(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

コトヲ知ラサ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ハ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用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ヘ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ヘキコト勿論ナリ

(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ズ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ヘ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ヘ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り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