

テ毎月前記百圓ト百二十圓ノ差額二十圓ニ相當スル損害ヲ受クルモノト云フヘキヲ以テ、之カ賠償ヲ請求シ得ルモノトス。又賃借人ノ過失ニ因ラス、賃貸人ノ過失ニ因リテ賃借物ノ一部カ滅失シタルニ因リ、残存スル部分ノミニテハ賃借ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル爲メ、賃借人カ第六一一條第二項ニ依リ契約ヲ解除シタル場合ニ、其解除ニ因ル損害アルトキハ、其損害ハ畢竟賃貸人ノ過失ニ因ル損害ナルカ故ニ、賃借人ハ之カ賠償ヲ請求シ得ルモノトス。而シテ解除カ解除前既ニ生シタル損害賠償ノ請求權ニ影響ナキヤ論ヲ俟タス。然ルニ學者或ハ第六二〇條但書ハ唯此賠償請求權カ解除ノ結果消滅セサルコトヲ規定シタルモノナリト解スルモ(鳩山氏各論五〇五頁)、理論上且ツ實際上當ヲ得サルモノ也。

(4) 目的物ノ滅失 目的物カ全部滅失シタル場合ニハ賃貸借終了ス。蓋シ目的物ハ即チ元物ニシテ元物滅失セハ爾後法定果實タル賃料ノ債務モ發生セス、又目的物滅失ノ結果賃借權其モノモ當然消滅スルカ故ニ、此ニ賃貸借ハ終了スルモノトス。而シテ其滅失カ當事者一方ノ過失ニ基キ且ツ賃貸借ノ終了ニ因リ相手方カ損害ヲ受ケタルトキハ、過失アル當事者ハ之カ賠償ノ責任アルモノトス。又相手方ノ過失ニ因リ所有權ヲ喪失シタル當事者カ其損害ノ賠償ヲ請求シ得ルヤ論ヲ俟タス。

(5) 賃貸借ノ終了ヲ條件ニ繋ラシメタル場合ニ、其條件ノ成就ニ因リ賃貸借ノ終了スルヤ勿論也。

第五款 賃貸借終了後ノ法律關係

(1) 賃借物返還ノ義務 賃貸借終了シタルトキハ、賃借人ハ賃借物ヲ賃貸人ニ返還スルヲ要スルヲ原則トス。而シテ此場合ニハ賃借人ハ目的物ヲ原狀ニ復シテ之ニ附屬セシメタル物ヲ收去スル權利及ヒ義務ヲ有ス(民六一六。五九七。一。五九八。尙ホ本書四九八、借家法五參照)賃貸人カ有スル其返還請求權ハ物上請求權也。學者多ク賃貸人カ所有權其他ノ物權ヲ有スルトキハ、賃貸人ハ其物權的請求權ニ依リテ目的物ノ返還ヲ請求シ得ルモ、賃貸人ハ尙ホ契約上ノ請求權ヲ有スルモノナルカ故ニ、賃貸人カ物權ヲ有セサル場合ニ於テモ尙ホ契約ニ因ル返還請求權ヲ有スルモノト爲ス(例、鳩山氏各論四九六頁以下。然レトモ引渡ノ權利義務ハ引渡ヲ受クル者ニ於テ正當ニ之ヲ占有シ得ル場合ニ非サレハ之ヲ認ムヘキ何等ノ理由ナク、正當ニ之ヲ占有シ得ル場合ハ即チ既ニ物權ヲ有スル場合ナルヲ原則トシ、唯引渡ヲ受クルト同時ニ物權ヲ取得スヘキ場合ニ限り、例外トシテ現ニ物權ヲ有セサル者カ引渡請求權ヲ有シ得ヘキノミ。故ニ假令賃貸借終了ノ上ハ賃借物ヲ直チニ賃貸人ニ返還スヘキ特約アル場合

ト雖モ、貸貸中又ハ貸貸借終了ト同時ニ其所有權カ貸貸人ヨリ賃借人ニ移轉シタルトキハ、賃借人ハ返還ノ義務ナク、貸貸人ハ返還請求權ヲ有セサルモノトス。然ルニ若シ右貸貸人カ物上請求權タル返還請求權ト契約上ノ返還請求權ト有シタルモノトセハ、所有權カ賃借人ニ移轉シタルニ因リ物上請求權ハ消滅スルモ契約上ノ返還請求權ハ消滅セス、賃借人ハ現ニ所有權ヲ取得シ居リナカラ、其物ノ返還ヲ拒ミ得サル道理ナルモ、賃借人カ最早其物ヲ占有スヘキ何等正當ノ理由ナキニ拘ラス、尙ホ其返還請求權ヲ認ムルノ無意味ナルコト言フヲ俟タス。而モ返還スルトキハ賃借人(現所有者)ノ爲メ同時ニ物上請求權ヲ發生シ、賃借人ハ即時ニ返還ヲ請求シ得テ、全ク無用ノ授受ヲ繰返スコトト爲リ、法ノ精神ニ反スルコト明カ也。左レハ賃貸人ノ有スル返還請求權カ物上請求權ニシテ、契約ニ因ル請求權ニ非サルコト洵ニ分明ナリト謂フヘシ。即チ賃貸借ノ終了當時賃貸人カ例ヘハ所有者ナルトキハ、返還請求權ハ物上請求權トシテ當然發生スヘキモノニシテ、更ニ契約ニ因リテ返還請求權ヲ發生セシメ得ル餘地ナキモノトス。唯其當然發生スヘキ物上請求權ニ付キ其返還ノ方法、場所等ヲ特約シタルトキハ、其特約ニ從フヘキコト勿論ナルモ、其返還請求權ハ依然トシテ物上請求權タリ。故ニ所有者タル賃貸人カ貸貸中其目的物ヲ第三者ニ讓渡シ、直チニ之カ引渡ヲ爲スヘキ義務アル場合ニ、賃貸借終了シテ賃借人カ右讓渡ノ事實ヲ知

リ、其物ヲ直接讓受人ニ返還スルトキハ、假令賃貸人ト右第三者トノ間ニ何等債權讓渡ノ事實ナクモ、賃借人ノ返還義務ハ消滅スルモノトス。是レ蓋シ賃貸人ハ物上請求權以外ニ返還請求權ヲ有セサルカ爲メ也。故ニ賃貸人カ賃貸物ノ返還ヲ請求スルニハ、賃貸借終了ノ事實ノミナラス、自ラ其物ヲ正當ニ占有スヘキ物權ヲ有スルコトヲ必要トスルモノニシテ、賃貸人カ賃貸借終了シタルカ故ニ、賃借人ニ對シテ賃貸物ノ返還ヲ請求スル訴訟ハ、賃貸人タル原告カ例ヘハ所有權ニ基キ返還ノ請求ヲ爲スト主張スルモ、其訴訟ハ固ヨリ裁判所構成法第一四條第二號(イ)ノ訴訟ニ外ナラス。然ルニ若シ所有權其他ノ物權ニ基ク返還請求ノ訴訟ナルカ故ニ右第二號(イ)ノ訴訟ニ非ストセハ、賃貸人ヨリ賃借人ニ對スル賃貸物返還請求ノ正當ナル訴訟ニシテ訴訟物ノ價額千圓ヲ超過スルモノハ總テ其適用ヲ免レ得ルコトト爲リ、其不當ナルヤ論ヲ俟タス。蓋シ賃貸人ハ賃貸借契約ニ因ル返還請求權ヲ有スルモノトセハ、第二號(イ)ノ訴訟ハ其返還請求權ニ基ク訴訟ナリト解シ得ヘク、而モ物權ヲ有セサル賃貸人カ返還請求權ヲ有セサルコトハ前述ノ如クナレハ也。而シテ右ノ如ク不當ナル結果ヲ生スルコトハ物上請求權以外ニ契約ニ因ル返還請求權アリト爲スノ誤レルコトノ一證ナリト謂フヘシ(五二〇參照)。但シ其返還ヲ受クル權利ハ即チ民法第四〇〇條ニ所謂債權ニ屬スルモノトス。

(2) 有益費ノ償還 之ニ付テハ先ニ五三五(b)ニ於テ説明シタリ。

(3) 未拂貸料其他ノ金錢債務 貸貸借終了スルモ、其終了迄ノ期間ニ對スル貸料ニテ未拂ノモノアルトキ其貸料及ヒ其他ノ未拂債務ハ之ヲ辨濟セサルヘカラス。而シテ未拂貸料ニシテ貸貸借終了當時未タ辨濟期到來セサルモノハ、貸貸借ノ終了ニ因リ當然辨濟期到來スルモノト云フヲ得ス。故ニ例ヘハ毎月末日ニ其月分ノ貸料ヲ支拂フヘキ約定ナル場合ニハ、假令月末前解除ニ因リ貸貸借終了スルモ、解除ノ時マテノ其月分ノ貸料ハ月末ニ至ラサレハ辨濟期到來セサルモノト云ハサルヘカラス。但シ約定ノ辨濟期前ト雖モ貸貸借終了ノトキハ辨濟期到來スヘキ慣習アリ、當事者之ニ從フ意思アリト認ムヘキトキ若クハ特約アルトキハ之ニ從フヘキコト勿論也。

第八節 雇 傭

第一款 概 念

雇傭 (locatio-conductio operarum, Dienstvertrag, louage de services, contrat de travail) トハ當事者ノ一方(勞務者)カ相手方ニ對シテ勞務ニ服スルコトヲ約シ、相手方(使用者)カ之ニ其報酬ヲ與フルコトヲ約スル契約ヲ謂フ(民六三)。左ニ之ヲ分析シテ説明スヘシ。

一 雇傭ハ當事者ノ一方カ相手方ノ爲メ自ラ勞務ニ服スルコト自體ヲ目的トスル契約也。雇傭ハ此點ニ於テ觀念上請負、委任及ヒ準委任ト相違ス。此三者ハ雇傭ト共ニ廣義ノ勞務供給契約 (Arbeitsvertrag) ニ屬スレトモ、請負ハ仕事ノ完成ヲ目的トスルモノニシテ、請負人ハ自ラ其勞務ニ服スルコトヲ要セス、委任ハ受任者カ委任者ノ爲メ法律行為ヲ爲スト云フ事務ノ處理ヲ目的トシ、準委任ハ法律行為ニ非サル事務ノ處理ヲ目的トス。事務ノ處理トハ多少自己ノ意見ニ依リテ事務ヲ處置管理スルコトヲ謂ヒ、全ク機械的ノ勞務ハ之ヲ含マズ。然ルニ雇傭ニ於ケル勞務ニハ斯ル制限ナク、全ク機械的ノ勞務ニテモ可ナルカ故ニ、此點ニ於テ雇傭ハ委任及ヒ準委任ト相違ス。然レトモ全ク機械的ニ非サル勞務ニ服スル契約ヲ爲シ、其勞務カ法律行為ヲ爲スコトニ非サル場合ニ、右ノ契約カ雇傭ナルカ將タ準委任ナルカニ付テハ、其勞務ニ對シテ當然報酬ヲ拂フヘキモノナルトキハ雇傭ニ屬シ、無償ナル場合又ハ特約アルニ因リテ初メテ報酬ヲ拂フヘキ場合ニ於テハ準委任ナリト解スヘキモノトス。

雇傭ト最モ類似セルハ請負ナルモ、請負ハ前述ノ如ク仕事ノ完成ヲ目的トスルカ故ニ、請負人勞務ニ服スルモ、仕事ヲ完成セサルトキ、即チ契約ニ定メタル結果ヲ生セサルトキハ、報酬ヲ支拂フコトヲ要セス。反之、雇傭ハ勞務自體ヲ目的トスルカ故ニ、苟モ其勞務ニ服スルトキハ、所期

五七八

ノ結果ヲ生セサルモ、仍ホ報酬ヲ支拂フコトヲ要ス。學者此點ニ著眼シテ雇傭ニ於テハ危險使用
者ニ在リ、請負ニ於テハ危險請負人ニ在リト云フ。

二 勞務ハ適法ナル限り其種類ト高下トハ之ヲ問フコトナシ。 一、民法、獨逸普通法、舊民
法(財産取得編二六六)等ハ唯下級ノ勞務(Oberae illiberales)ノミカ雇傭ノ目的タルモノトシ、醫師、辯護士、
學藝教師等ノ所謂高級勞務(Oberae liberales)ハ雇傭ノ目的タラサルモノト爲シタルモ、我民法ハ
獨逸民法(六一)ト同シク斯ル區別ヲ爲サス。故ニ醫師、辯護士等カ其依頼者ト爲ス契約モ多クハ
雇傭契約タルヘシ。然レトモ又請負契約、委任契約若クハ準委任契約タルコトアルヘシ。

右ノ如ク勞務ノ種類高下ハ之ヲ問ハサルモ、工場法第九條第十條等ハ幼年者又ハ女子ヲシテ危
險又ハ衛生上有害ナル業務ニ就カシムルコトヲ禁ス。

五七九

三 雇傭ハ勞務ニ對シテ報酬ヲ支拂フコトヲ約スル契約也。 即チ雙方ノ給付カ對價關係ヲ有
スルカ故ニ、雇傭ハ有價契約也。而シテ尙ホ雙方ノ給付カ交換的關係ニ在ルカ故ニ雙務契約也。
左レハ勞務者ノ勞務ノ債務及ヒ使用者ノ報酬債務ハ何レモ雇傭ノ要素ニ屬ス。報酬ノ種類ハ之ヲ
問ハス。故ニ金錢其他ノ物ノ給付、物ノ使用、勞務供給皆可也(司旨鳩山氏各論五二七頁)。但シ特殊ノ企業ニ於
ケル雇傭ニ付テハ、社會政策上ノ理由ニ基キテ金錢ヲ以テ報酬ト爲スヘキコトヲ強制スルコトア

五八〇

リ(例ハ工場法施行令二二、二四、三八)。海員ノ給料請求權ニ付テハ商法第五七七條以下ニ特別ノ規定アリ。

報酬額ヲ定ムル標準ハ時間ニ依ル(時間給 Zeitlohn)ヲ普通トスレトモ、仕事高ニ依ル仕事高
賃銀(Akkordlohn; Stücklohn)モ可ナリ。後ノ場合ニハ請負ニ類スル所アルモ、例ヘハ就業時間終
了前ニハ勞務ヲ中止スヘカラサルコト、使用者ノ承諾ナキ限り他人ヲシテ代リテ其勞務ニ從事セ
シメ得サルコト等ニ於テ請負ト相違ス。

報酬ニ關スル意思表示ハ明示ニテモ默示ニテモ可ナリ。而シテ默示ノ意思表示アリト認ムヘキ
場合少ナカラサルヘシ。

五八一

四 雇傭ハ不要式ノ諾成契約也。 但シ特別法ニハ勞務者保護ノ爲メ雇傭ノ成立ニ付キ取締規
ヲ設ケタルモノアリ(例ハ船員法二六以下、鑛業法七五、工場法一七、同施行令二以下)。

五八二

五 雇傭ノ當事者能力 之ニ付テハ民法ニ特別ノ規定ナキモ、小學校令(三三、三五)及ヒ工場法
(二〇)ニ特別アリ。即チ尋常小學校ノ教科ヲ修了セサル學齡兒童ノ雇傭ハ其内容カ兒童ノ就學ヲ
妨クヘキトキハ無効トス。又十二歳未滿ノ者ヲシテ工場ニ於テ就業セシムル雇傭契約ハ無効ナリ。
就業セシメタル工場主ハ罰金ニ處セラル。

五八三

六 關連事項

雇傭ノ概念

(a) 賃率契約 (Tarifvertrag) 賃率契約ハ又労働協約 (Arbeitsnormenvertrag) ト云フ。一人又ハ多數ノ企業者ト多數ノ労働者(例ハハ勞働組合)トノ間ニ締結セラルル契約ニシテ、將來此等ノ者ノ間ニ存在スヘキ雇傭契約ノ内容即チ賃銀其他ノ労働條件ヲ定ムルモノヲ謂フ。故ニ此契約ハ雇傭ニ非ス、又雇傭ノ豫約ニモ非ス、一種ノ無名契約ニシテ有效也。而シテ學者或ハ將來其當事者間ニ雇傭契約締結セラルルトキハ賃率契約ニ從フヘキ債務ヲ負擔スヘク、又現在ノ労働契約ヲ賃率契約ニ從ヒテ變更スヘキ債務ヲ負擔スト爲スモ(鳩山氏各論五三三頁Pence; Ceteris, Legibus, § 336, IV等)余ハ前者ノ場合ニハ特別ノ意思表示ナキ限り、右賃率契約ニ定ムル所カ當然雇傭契約ノ内容ト爲ルヘク、後者ノ場合ニハ其内容カ賃率契約ニ因リ當然變更セラルルモノト解スルノ穩當ナルヲ信ス(同旨中村氏原。因論四七五頁)。

(b) 身元保證契約 身元保證契約ハ又身元引受契約ト云フ。此ハ雇傭契約ニ關シ我國ニ於テ一般ニ行ハルル所ナルモ、法典ニ何等ノ規定ナキカ故ニ、個々ノ契約ニ就キ一般ノ原則ト當事者ノ意思表示ニ依リテ、其性質及ヒ效力ヲ決定スルノ外ナキモ、一般ニ雇入ノ爲メ雇主ニ毛頭迷惑ヲ及ボササル旨ヲ約スルモノナレハ、大體ニ於テ將來労働者ノ故意、過失ニ因リ又ハ雇傭前ヨリ存スル其性格異常(例ハハ狂氣)ニ因リ若クハ労働者カ疾病其他ノ事由ニ因リ労働ニ堪ヘサル結果使用者ノ受ケタル損害ニ付テハ賠償ノ責ニ任スヘク、又將來其損害ヲ生セシムヘキ狀況ニ在ルトキハ、

労働者ヲ引取り又ハ其他ノ方法ニ依リ其損害ヲ防止スヘキ責任ヲ負フ契約ナリト云フヲ得ヘシ。故ニ此契約ハ本人ノ故意、過失ニ因リ生セシメタル損害賠償ノ責ニ任スル點ニ於テハ保證ノ性質ヲ有ストモ、其他ノ點ニ於テハ保證ノ性質ヲ有セス。故ニ單純ナル保證契約ニ非スシテ損害擔保契約 (Garantievertrag) タル性質ヲ有スル一種ノ無名契約ニシテ準混合契約ナリト云ハサルヘカラス。學者或ハ擔保契約タル身元引受契約ハ保證契約ニ非サルカ故ニ、労働者ノ責ニ歸スヘキ事由又ハ一身的事由ニ因リ損害ヲ生シタル場合ニハ引受人ハ直接ニ之ヲ賠償スル債務ヲ負擔シ、所謂催告及ヒ檢索ノ抗辯權ヲ有セサルモノ也ト爲セトモ(鳩山氏各論五三四頁以下末弘氏各論六六七頁)、身元引受人ハ労働者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ使用者ニ生セシメタル損害ニ付テハ唯保證人タルニ過キス。故ニ之カ賠償ニ付キ連帶ノ約定ナキトキハ、催告及ヒ檢索ノ抗辯權ヲ有スルモノト云ハサルヘカラサルモ、前示ノ如ク雇主ニ毛頭迷惑ヲ掛ケサル旨ノ約定ニハ自ら連帶ノ約定ヲ包含スルモノト解スルヲ相當トスルカ故ニ、催告及ヒ檢索ノ抗辯權ヲ有セサルモノト解スヘキモノトス。

身元保證(身元引受)ノ終了 此終了ニ付テハ一般契約上ノ責任終了事由ノ外左ノ諸點ニ付キ研究ヲ要ス。

(イ) 地位ノ變動 労働者ノ地位ニ重要ナル變動ヲ生シタルトキハ、例ヘハ小僧トシテ雇ハ

レタル者カ番頭ニ昇進シ、使用者ニ多大ノ損害ヲ生セシメ得ヘキ機會増大シタルカ如キ場合ニ、身元引受ハ如何ナル變動ヲ受クヘキ乎。固ヨリ當事者ノ意思解釋ニ依リテ決スヘキ問題ナリト雖モ、意思不明ナルトキハ引受人ハ契約成立當時ニ於ケル勞務者ノ地位ヲ基礎トシテ契約セルモノト認ムヘキカ故ニ、右ノ如キ地位ノ變動ニ因ル事項ニ付テハ引受ノ意思ナカリシモノト認ムヘク、隨テ引受ハ右ノ變動ニ因ラサル事項ニ付テノミ存續スルモノト謂フヘシ。學者或ハ右ノ如キ地位ノ變動ニ因リ身元引受ハ全ク其效力ヲ失フモノト解スレトモ(鳩山氏各論五三五頁、磯谷氏總論下卷一五七頁以下)、地位ノ變動ニ關係ナキ事項例ヘハ勞務者ノ疾病ニ因ル身柄引取ノ如キ事項ニ付テモ亦身元引受カ其效力ヲ失フト爲スハ妥當ナラス。

(ロ) 告知 契約ノ存續期間ヲ定メサリシ場合ニ身元保證人(身元引受人)ハ任意ニ告知(解約)ヲ爲シ得ルヤ。當事者カ告知權ニ付キ特約ヲ爲シタル場合ハ之ニ從フヘキコト勿論也。特約ナキ場合ニ付キ判例(正四、一〇、二八、大)及ヒ學說(磯谷氏前掲一六三頁以下、末弘氏各論六七〇頁、市村氏法律新)ハ告知權ヲ認メ、告知後相當期間ヲ經過スルトキハ身元保證(身元引受)終了スルモノト爲ス。惟フニ身元保證人(身元引受人)ニ告知權ヲ認メサルハ酷ニ失スルト、第五九一條第六一七條第六二七條第六二八條等ノ類推トニ依リ之ヲ認ムルヲ妥當トス。然レトモ告知後相當期間ノ經過ニ因リ其

效力ヲ生スルモノト解スルハ宜シキヲ得タルモノニ非ス。蓋シ斯クスルトキハ何月何日ニ其效力ヲ生シタルヤヲ判斷スルコト、殊ニ當事者ニ取リテ容易ナラス、紛争ヲ生シ易ケレハ也。故ニ引受人ハ相當期間ヲ定メテ告知スル權利ヲ有シ、其相當期間ハ告知後使用者ニ於テ相當考慮ノ上第六二七條又ハ第六二八條ニ依リ勞務者ニ對シ解約ノ申入又ハ解除ヲ爲シ以テ雇傭ヲ終了セシメ得ルニ要スル期間ナリトスルヲ妥當トス。

(ハ) 期間ノ定アル場合ニ引受人ハ勞務者ニ重大ナル背任行爲アリタルコトヲ知リナカラ依然之ヲ使用スル使用者ニ對シテ告知權ヲ取得スルヤ。判例(前)學說(磯谷氏前掲一六六頁以下、末弘氏各論六七一頁、鳩山氏各論五三七頁)ハ之ヲ認メ、或ハ此場合ニ於テモ其告知ハ告知後相當期間ノ經過ニ因リテ其效力ヲ生スト爲セトモ(前掲判例及磯谷氏)、重大ナル背任行爲アリタル場合ハ第六二八條ニ已ムコトヲ得サル事由アリタル場合ニ該當スヘク、又勞務者ニ重大ナル背任アリタルコトヲ知リナカラ依然トシテ之ヲ使用シ、引受人ヲ引續キ強ヒテ拘束セントスルハ信義ノ原則ニ反スルカ故ニ、引受人ハ相當期間ヲ定メテ引受契約ノ告知ヲ爲シ得ルモノト解スルヲ相當トス。而シテ其相當期間ハ使用者ニ於テ相當考慮ノ上同條ニ依リ雇傭ノ解除ヲ爲シ得ルニ要スル期間ナリト解スルヲ妥當トス。

身元保證人ノ死亡ト相續人ノ責任 身元保證人カ死亡シタル場合ニ相續人ハ身元保證人タル

ノ責任ヲ承繼スヘキ乎。此點ニ付キ大審院判決(昭二、七、四、民集四三七頁)ハ身元保證人ノ責任ノ範圍ハ普通ノ保證ノ場合ト異ナリ廣汎ナルモノナレハ、身元保證契約ハ保證人ト勞務者相互ノ信用ヲ基礎トシテ成立スルモノニシテ一身專屬ノ性質ヲ有シ、特別ノ事由ナキ限り保證人死亡後ニ生シタル原因ニ因ル損害ニ付テハ、保證人ノ相續人ハ右身元保證契約ニ因ル責任ヲ承繼スルモノニ非サル旨判示シタリ。惟フニ妥當ノ見解也(同旨江川氏法協四六卷一八九二頁、反對末川氏法學論叢一九卷六五八頁以下、尙ホ委任關係ノ理論ヲ右ノ場合ニ類推シ得ルモノト爲ス學說アリ、牧野氏志林三〇卷一七頁)。

(c) 身元保證金 身元保證金ハ雇傭契約ニ關シ勞務者カ將來負擔スルコトアルヘキ損害賠償債務ヲ確保スル爲メ、勞務者又ハ第三者カ使用者ニ交付スル金錢ニシテ契約保證金ノ一種也。其性質及ヒ效力敷金ニ同シ。其交付スル契約ヲ身元保證金契約ト云フ。

第二款 效力

一 雇傭契約ニ因リ勞務者ハ使用者ニ對シテ自ら勞務ニ服スル債務ヲ負擔シ使用者ハ其勞務ヲ受クル債權ヲ取得ス。其勞務ノ内容及ヒ服務ノ方法ハ契約ノ定ムル所ニ從フ。契約ニ於テ明カニ定メサルトキハ取引ノ習慣及ヒ契約當時ノ事情ニ依リ契約ノ本旨ヲ知り得ルコト多カルヘシ。

勞務者カ用フヘキ注意ノ程度ニ付キ特約ナキトキハ勞務者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ勞務ニ服スルコトヲ要ス。隨テ勞務者ハ抽象的輕過失ノ責任スヘキモノト解ス。服務ノ方法ニ付テハ下級の勞務(例ハ一般ノ筋肉勞働ノ勞務)ハ慣習上使用者ノ指揮ニ從フヲ要スルヲ普通トス。然レトモ高級的勞務(例ハ醫師辯護士等ノ職務上ノ勞務)ハ然ラス、假令使用者ノ指揮ニ從ヘル場合ニ於テモ、其指揮カ誤レル爲メ使用者ニ損害ヲ生シ且ツ勞務者カ故意、過失ニ因リテ其誤レル指揮ニ從ヘル場合ニ於テハ勞務者ハ之カ賠償ノ責任アリ(鳩山氏各論五三九頁ハ指揮ノ誤レルコトヲ告ケタルトキハ責任ナシト爲スモノノ如シ、然レトモ余ハ告ケテ仍ホ其誤レル指揮ニ從ヘル場合ニハ民四一八ノ適用アルヘキモノト解ス)。

二 雇傭契約ニ因リ使用者ハ報酬支拂ノ債務ヲ負擔シ、勞務者ハ之ヲ受クル債權ヲ取得ス。其性質、内容、種類ニ付テハ先ニ五七九ニ於テ述ヘタルヲ以テ此ニハ唯其支拂時期ヲ説明スヘシ。
(1) 當事者カ報酬支拂時期ヲ約定シタルトキハ之ニ從フ。但シ特別ノ強行法規アラハ之ニ從ハサルヘカラス。工場法施行令第二二條第二四條ハ毎月一回以上支拂フヘキ旨ヲ定メ、之ニ反スル契約ヲ無効ト爲ス。但シ第三八條ニ例外アリ。

(2) 當事者カ支拂時期ヲ約定セサルトキハ左ノ區別ニ依ル(民六二四)。

(イ) 期間ヲ以テ報酬ヲ定メタルハ期間經過シタル後請求スルコトヲ得。

(ロ) 報酬ヲ定ムルニ期間ヲ以テセサルトキハ、勞務ヲ終リタル後ニ非サレハ報酬ヲ請求スル

コトヲ得ス。

勞務者即チ雇人ハ報酬請求權ニ付キ先取特權ヲ有ス(民三〇六、三)。又報酬請求權ハ一ケ年三百圓ヲ超過スルトキ其超過額ヲ除キ其餘ハ差押フルコトヲ得サルモノトス(民訴六、一八)。然レトモ報酬ヲ受クル債權ハ勞務者自ラ他へ讓渡スルコトヲ得。

五九二

三 使用者ノ權利ノ讓渡 使用者ハ勞務者ノ承諾アルニ非サレハ其權利ヲ第三者ニ讓渡スコトヲ得ス(五、六二)。蓋シ勞務者ハ使用者其人ニ重キヲ置キテ契約シ且ツ其指揮ニ從ヒテ勞務ニ従事スル場合多キカ故ニ、使用者カ任意ニ其權利ヲ讓渡シ得ルモノトセハ、勞務者ハ殊ニ精神上意外ノ不利益ヲ受クルコト多カルヘキヲ以テ也。

勞務者ノ承諾ヲ得テ爲シタル讓渡ハ有效ナルモ、承諾ナクシテ爲シタル讓渡ハ無効也。讓渡有效ナルトキハ讓受人ハ使用者ノ債權ヲ承繼スルコト勿論也。債務ヲモ承繼スルヤ否ヤニ付キ承繼セスト爲ス學說アリ(鳩山氏各論五四二頁)。固ヨリ讓渡當事者ノ意思及ヒ勞務者ノ承諾如何ニ依リテ、使用者ノ權利ノミ若クハ權利及ヒ義務ヲ承繼シ得ルコト勿論ナリト雖モ、使用者ノ權利讓渡ノ場合ニ權利ノミヲ讓渡シテ義務ハ依然トシテ從前ノ使用者ニ在リトスルハ當事者ノ爲メ甚不便ナルヘク、隨テ讓渡スル場合ニハ權利ノミナラス、義務ヲモ承繼セシムルヲ普通トスヘキカ故ニ、第

六二五條第一項ニ所謂「其權利」ハ六一二條第一項ニ所謂「其權利」(五五〇ノ)ト同様使用者ノ權利義務ヲ包含スルモノト解スルヲ穩當ナリト信ス。

讓渡ニ對スル承諾ハ雇傭契約ト同時ニ豫メ與ヘラルルト其後ニ與ヘラルルトヲ問ハス。讓渡契約後承諾ヲ與ヘタル場合ニハ、承諾ノ時ヨリ將來ニ向テ讓渡ノ效力ヲ生スルモノト解スルヲ相當トス(同旨鳩山氏前掲)。

五九三

四 勞務者ノ第三者代用 勞務者ハ使用者ノ承諾アルニ非サレハ、第三者ヲシテ自己ニ代リテ勞務ニ服セシムルコトヲ得ス。是レ雇傭契約ハ勞務者カ使用者其人ニ重キヲ置クト同様、使用者モ亦勞務者其人ニ重キヲ置キテ契約スルヲ普通トスレハ也。而シテ雇傭契約ハ本來勞務者自ラ勞務ニ服スル契約ナルモ、便宜上使用者ノ承諾アルトキハ第三者ヲシテ代リテ勞務ニ服セシムルコトヲ得ルモノト爲シタル也。使用者ノ承諾ハ雇傭契約ト同時ニ與フルモ其後ニ與フルモ可ナリ、又默示ニテモ可ナリ。

使用者ノ承諾アルトキハ當事者ノ任意債務成立ス。故ニ第三者ヲシテ代リテ勞務ニ服セシメ終ルトキハ、之ニ因リテ勞務者ノ債務消滅ス。而シテ使用者ノ承諾アリタル後ト雖モ、勞務者ハ自ラ勞務ニ服スルコトヲ得サルニ非ス、又其第三者ヲシテ代リテ勞務ニ服セシムル義務ヲ負フモノ

ニ非ス、使用者ニ於テモ第三者ノ勞務ヲ請求シ得ルモノニ非サル也。

勞務者カ使用者ノ承諾ナキニ拘ラス、第三者ヲシテ勞務ニ服セシメタルトキハ使用者ハ契約ヲ解除スルコトヲ得^(五、三)。使用者ノ承諾ナキトキハ勞務者カ第三者ヲシテ代リテ勞務ニ服セシムルモ債務ノ本旨ニ從ヒタル辨濟ト爲ラス。而モ却テ使用者ニ損害ヲ生セシムルコトアルヘク、又使用者カ勞務者其人ニ重キヲ置キテ契約セル趣旨ハ既ニ蹂躪セラレ、信用關係破壊セラレタルモノナルヲ以テ、民法ハ使用者ニ解除權ヲ認メタルモノ也。

五九四

五 勞務者ノ發明 勞務者カ勞務ニ從事中爲シタル發明ハ何人ニ屬スヘキ乎。惟フニ其發明

ヲ爲スコトカ雇傭契約上ノ勞務事項ノ範圍内ナリヤ否ヤニ依リテ區別シ、範圍内ナルトキハ其發明ハ使用者ニ屬シ範圍外ナルトキハ勞務者ニ屬スヘキモノトス。特許法第十四條ニ所謂「性質上使用者ノ業務範圍ニ屬シ且其發明ヲ爲スニ至リタル行爲カ被用者ノ任務ニ屬スル場合ノモノ」ト然ラサルモノトノ區別ハ即チ右ノ區別ニ相當スルモノナルモ、同條第二項ハ前者ノ場合ニ付キ被用者カ特許ヲ受ケタルトキ又ハ其者ノ特許ヲ受クルノ權利ヲ承繼シタル者カ特許ヲ受ケタルトキハ、其發明ニ付キ使用者其實施權ヲ有スル旨規定シ、尙ホ同條第一項ハ後者ノ場合ニ付キ豫メ被用者ヲシテ特許ヲ受クルノ權利又ハ特許權ヲ讓渡セシムルコトヲ定メタル契約又ハ勤務規程ノ條項

ハ之ヲ無効トスル旨ヲ定メテ發明者保護ノ途ヲ開キタリ。

五九五

六 雇傭ニ從タル特約 當事者ハ例ヘハ違約金、損害賠償額ノ豫定、祕密ヲ漏洩セサルコト、

雇傭終了後ニ於ケル競業禁止等ノ特約ヲ爲スコトアリ。此等ノ特約モ強行法規又ハ公序良俗ニ反セサル限り有效ナルコト勿論トス。但シ工場法施行令第二四條ハ違約金並ニ損害賠償ノ豫定ニ關シ特別ヲ設ケタリ。

五九六

七 特別法ニ依ル使用者ノ扶助 使用者ハ社會政策ノ要求ニ基キ特別法^(例ヘハ工場法一五、同施行令四以下、鑛業法八〇)

ニ依リ扶助義務ヲ負フコトアリ。此場合ニ於テ使用者ニ不履行又ハ不法行爲アルコトハ右扶助義務發生ノ要件ニ非ス。而シテ偶々此等ノ要件具備シタルニ因リ損害賠償ノ債務ト同時ニ扶助義務發生シタル場合ト雖モ其扶助義務ノ履行ニ因リ損害カ填補セラレタル限度ニ於テハ不履行又ハ不法行爲ニ因ル損害賠償義務モ消滅スヘク、又損害賠償ヲ爲シタル限度ニ於テハ扶助義務モ消滅スヘキモノトス^(同旨岡氏工場法論六一五頁以下、末弘氏各論六七四頁、鳩山氏各論四五以下)。工場法施行令第四條第一項但書亦此趣旨ヲ規定ス。

第三款 雇傭關係ノ終了

如何ナル事實具備シタルトキ雇傭關係終了スト云フヘキカハ結局用語上ノ問題ナレトモ、將來

五九七

ニ向テ勞務ノ義務ナキニ至リタルトキハ、假令報酬其他ノ義務殘存スルモ雇傭關係ハ此ニ終了セ
ルモノト云フヲ相當トス(六〇〇ノ說明參照尙ホ雇傭關係終了後ノ殘務ニ付テハ六八六參照)。而シテ民法ニ所謂終了カ此意義ナルコトハ
第六二七條ニ依ルモ明瞭也。雇傭關係ノ終了原因ニモ一般的原因(四一)ノ外尙ホ特殊ノ原因アリ。
左ノ如シ。

五九八

一 勞務ノ終了 勞務者カ約定ノ勞務ヲ完了シタルトキハ勞務者ノ債務ハ辨濟ニ因リテ消滅
シ雇傭關係終了ス。

五九九

二 勞務ノ不能 勞務者カ勞務ヲ完了セサルモ勞務不能ト爲リタルトキハ雇傭關係終了ス。
蓋シ其不能ニ因リ將來ニ向テ勞務ノ義務ナキニ至レハ也。故ニ勞務者カ使用者ノ承諾ヲ得ス第三
者ヲシテ代リテ勞務ニ服セシメタルトキト雖モ、之ニ因リ勞務者カ更ニ自ラ勞務ニ服スヘキ餘地
ナキニ至リタルトキハ此ニ雇傭關係終了ス。

六〇〇

三 當事者カ雇傭ノ期間ヲ定メタルトキハ其滿了ニ因リテ雇傭關係終了ス 即チ六〇二ニモ
説明セル如ク期間ノ滿了ニ因リ勞務ノ義務ナキニ至ルカ故ニ、假令他ノ債務關係殘存スルモ雇傭
關係ハ終了ス。期間ヲ定ムル合意ハ雇傭契約ト同時ニテモ可、又後レテモ可也。

六〇一

雇傭契約更新ノ推定 雇傭ノ期間滿了ノ後勞務者カ引續キ其勞務ニ服スル場合ニ於テ、使用

者カ之ヲ知リテ異議ヲ述ヘサルトキハ、前雇傭ト同一條件ヲ以テ更ニ雇傭ヲ爲シタルモノト推定
ス(民六二)。是レ普通ノ場合ニ於ケル當事者ノ意思ヲ忖度セルモノナリ。此雇傭ハ期間以外ノ點ニ付
テハ舊雇傭ト同シキモ期間ノ點ニ付テハ之ト異ナル。即チ期間ノ定メナキ雇傭ニシテ各當事者ハ
第六二七條ニ依リ何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得(民六二九)。又此雇傭ハ新タナル別個ノ雇
傭ナルカ故ニ、舊雇傭ニ付キ供シタル擔保ハ當事者ノ供シタル身元保證金ヲ除キ、其效力新雇傭
ニ及ハサルモノトス(民六二)。尙ホ右更新ノ推定、其效力、擔保ノ關係等ニ付テハ五六三乃至五六
五ニ於テ貸借更新ノ場合ニ付キ爲シタル説明ヲ應用シ得ルモノナレハ此ニ其説明ヲ省略ス。

六〇二

四 解約ノ申入(告知) 告知權ノ發生ハ雇傭期間ノ定メアルト否トニ依リテ相違ス
(a) 期間ノ定メナキ場合 當事者カ雇傭ノ期間ヲ定メサリシ場合ニ於テハ各當事者ハ何時ニ
テモ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得(民六二)。是レ期間ノ定メナキ場合ニ此告知權ヲ認メサルトキハ不
當ニ當事者ヲ拘束スルノ虞アルヲ以テ也。

六〇三

解約申入後何時雇傭力終了スルカハ、報酬カ期間ヲ以テ定メラレタリヤ否ヤニ依リテ區別セラ
ル。

(イ) 報酬カ期間ヲ以テ定メラレサル場合ニハ雇傭ハ解約申入後二週間ヲ經過スルニ因リテ終

雇傭關係ノ終了

了ス。

(ロ) 報酬カ期間ヲ以テ定メラレタル場合ニハ解約ノ申入ハ次期以後ニ對シテノミ爲スコトヲ得。而シテ其申入ハ其期間カ六箇月未滿ナルトキハ當期ノ前半ニ於テ、又六箇月以上ナルトキハ三箇月以前ニ爲スコトヲ要ス。換言セハ期間カ六箇月未滿ナル場合ニハ當期ノ前半ニ解約ノ申入ヲ爲ストキハ、當期ノ滿了ト共ニ雇傭ハ終了スレトモ、當期ノ後半ニ解約ノ申入ヲ爲ストキハ次期ノ滿了ト共ニ雇傭終了スヘク、期間カ六箇月以上ナル場合ニ當期ノ終ヨリ少クトモ三箇月以前ニ解約ノ申入ヲ爲ストキハ、當期ノ滿了ト共ニ雇傭終了シ、當期ノ滿了前三箇月未滿ノ間ニ解約ノ申入ヲ爲ストキハ、次期ノ滿了ト共ニ雇傭終了スト解スヘキモノトス。第六二七條第二項ノ字句ヲ見レハ、雇傭ヲ次期以後終了セシムル趣旨ニテ解約ノ申入ヲ爲スヲ要シ、隨テ何時雇傭ヲ終了セシムヘキカノ趣旨ヲ明カニセス若クハ即時終了セシムル趣旨ニテ解約ノ申入ヲ爲スモ其效ナキモノト解スヘキカノ疑ヲ生シ得ヘキモ、斯ル申入ヲ無効ト解スルヨリモ、右ノ如キ期間ノ經過ニ因リテ雇傭ヲ終了セシムル效力アルモノト解スルヲ穩當トス。但シ其後ノ或期間ヲ指定シ、例ヘハ報酬ハ一年金幾何ト定メアル場合ニ、明後年度ノ滿了ト共ニ雇傭ヲ終了セシムヘキ趣旨ノ解約申入ヲ今日爲スモ、其申入ノ有效ニシテ明後年度限リ雇傭ヲ終了セシムル效力ヲ生スヘキコト

六〇四

勿論トス。然レトモ之カ爲メ其效力發生前相手方カ第六二七條第三項ニ依リ解約スルヲ妨ケス。
(b) 期間ノ定メアル場合 雇傭期間ノ定メアル場合ニハ各當事者之ニ拘束セラレテ告知シ得サルヲ原則トス。然レトモ民法ハ次ノ如キ例外ヲ認メタリ。

六〇五

(イ) 雇傭ノ期間カ五年ヲ超過シ又ハ當事者ノ一方若クハ第三者ノ終身繼續スヘキトキハ、當事者ノ一方ハ五年(商工業者見習ノ雇傭ニ付テハ十年)ヲ經過シタル後何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得。而シテ申入後三箇月ノ經過ニ因リ雇傭ハ終了ス。第六二六條ハ即チ此趣旨ヲ規定シタルモノ也。民法カ此規定ヲ設ケタルハ主トシテ勞務者ヲ保護シ餘リニ長ク雇傭契約ニ拘束セララルコトナカラメンカ爲メナルモ、公平ヲ期センカ爲メ使用者ニモ告知權ヲ認メタル也。隨テ此規定ハ強行法規ト解スヘキモノトス(同旨鳩山氏各論五五一頁、横田氏各論五六一頁、末弘氏各論六八二頁)。

民法ハ此場合ニ解除ト云ヒ、三箇月前ニ其豫告ヲ爲スヲ要スト云ヘルモ、豫告後三箇月ヲ經テ更ニ解除ノ意思表示ヲ要スルモノト解スヘカラス。所謂豫告後三箇月ノ經過ニ因リ雇傭ハ終了スト解スヘキモノトス(同旨鳩山氏各論五五二頁、横田氏、末弘氏各前掲、梅氏要義六二六條等)。故ニ民法カ解約ノ申入ト云ハサリシハ用語妥當ナラス。

六〇六

(ロ) 使用者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ雇傭ニ期間ノ定メアルトキト雖モ、勞務者又ハ破産

管財人ハ第六二七條ノ規定ニ依リ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得。此場合ニ於テハ各當事者ハ相手方ニ對シ解約ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ス(三六)。其理由ハ貸借人破産ノ場合ニ付キ五六九ニ於テ述ヘタルト同シ。

五 解除 雇傭契約ノ當事者ハ解除權ノ留保又ハ相手方ノ不履行アルニ非サレハ、一方ノ意思表示ニ因リテ契約ヲ解除シ得サルヲ原則トス。然レトモ民法ハ一ノ例外ヲ認メタリ。即チ己ムコトヲ得サル事由アルトキハ、各當事者ハ直チニ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得。但シ其事由カ當事者一方ノ過失ニ因リテ生シタルトキハ相手方ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任ス(二八)。雇傭期間ノ定メアルト否トヲ問ハサル也。學者多ク此解除ヲモ告知ト稱スレトモ、民法ハ之ヲ解除ト稱シ其性質ハ第五四一條ニ依リテ爲ス雇傭ノ解除ト異ナルコトナキカ故ニ余ハ之ヲ解除ト稱スル也。

己ムコトヲ得サル事由トハ、其事由アルニ拘ラス強テ雇傭ヲ繼續セシムルコトカ社會一般ノ見解上著シク不當又ハ不公平ナリト認ムヘキ事實ヲ謂フ(同旨鳩山氏各論五五三、頁末弘氏各論六八四頁)。而シテ其發生ニ付キ當事者ニ過失ノ有無ヲ問ハス(同旨鳩山氏前掲、横田氏各論五、六六頁、末弘氏各論六八五頁)。左ニ己ムコトヲ得サル事由ノ例數個ヲ示サン。例ヘハ勞務者ノ著シク不誠實又ハ無能ナルコト、身元引受契約カ契約後幾何モナクシテ失效シタルコト等ハ使用者ノ爲メ解除權發生ノ原因タルヘク、使用者カ勞務者ヲ著シク虐待シタ

ルコト、勞務者カ家業承繼ノ爲メ勞務ニ服シ難キコト、使用者カ遠隔ノ地ニ移轉シ又ハ女子勞務者カ婚姻シタル爲メ勞務ニ服スルコト著シク又ハ極メテ困難ト爲リタルコト等ハ勞務者ノ爲メ解除權發生ノ原因タルヘク、使用者カ家計不如意ト爲リテ報酬支拂ノ資力ナキニ至リタルコト、勞務者カ勞務ヲ繼續スルトキハ其健康ヲ害スヘキコト等ハ當事者雙方ノ爲メ解除權發生ノ原因タルヘシ。但シ勞務者ノ履行不能ト爲リタル場合ニ於テハ雇傭關係ハ解除ヲ俟タスシテ當然終了スヘク(五九九參照)、又使用者ノ履行不能ト爲リタル場合ニ於テハ第五三六條ノ適用アリテ第六二八條ハ適用ノ餘地ナキコトアルヘキモノトス。

己ムコトヲ得サル事由カ當事者一方ノ過失ニ因リテ生シタルトキハ相手方ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任ス(八但書、民六二)。是レ其己ムコトヲ得サル事由アル爲メ解除シタル場合ニ限り右ノ責任アルモノニシテ、解除セサルトキハ唯不履行ノ責ヲ負フコトアルヘキノミ。

第六二八條ハ己ムコトヲ得サル事由アルニ拘ラス、強テ當事者ヲ拘束スルハ不當ナルカ故ニ、當事者ニ解除權ヲ認メタルモノナルヲ以テ、同條ハ強行法規ナリト解セサルヘカラス。隨テ之ニ反スル特約ハ無効也(同旨鳩山氏各論五五四、頁末弘氏各論六八六頁)。

尙ホ勞務者カ使用者ノ承諾ナキニ拘ラス第三者ヲシテ自己ニ代リテ勞務ニ服セシメタル場合ニ

使用者カ契約一般ノ規定ニ依ラス直チニ契約ヲ解除シ得ルコトハ五九三ノ第三項ニ説明シタル通り也。

六〇八

雇傭契約ノ解除ハ將來ニ向テノミ效力ヲ生ス(民六三〇、六二〇)、故ニ原狀回復ノ義務ヲ生セス。此點解約ノ申入ト同シ。唯解除ハ即時ニ雇傭ヲ終了セシメ、解約ハ申入後或期間ノ經過ニ因リテ雇傭ヲ終了セシムル點ニ於テ相違スルノミ。然レトモ第六三〇條第六二〇條ハ強行法規ニ非サルカ故ニ、當事者カ特約ニ因リ回復ノ解除ヲ爲スヲ妨ケス。

六〇九

六 勞務者ノ死亡 雇傭ハ勞務者自ラ勞務ニ服スル契約ナレハ勞務者ノ死亡ニ因リ終了ス。當事者ノ一方カ自ラ勞務ニ服スル義務ナク、何人ヲシテ服務セシムルモ能ク債務ノ辨濟ト爲ル場合ハ民法所謂雇傭契約ニ非ス、一種ノ無名契約ナルヘク、此場合ニ於テハ勞務供給者死亡スルモ其供給義務ハ消滅セス、相續人ニ移轉スルモノト謂フヘシ。

六一〇

使用者ノ死亡ハ原則トシテ雇傭契約終了ノ原因ト爲ラス。蓋シ使用者ノ權利義務ハ原則トシテ一身ニ專屬スルモノニ非サレハ也。然レトモ勞務ヲ受クルコトカ使用者ノ一身ニ專屬スル場合、例ヘハ使用者ヲ教授シ又ハ看護スルカ如キ場合ニ在リテハ、例外トシテ使用者ノ死亡ニ因リ雇傭ハ終了スルコト言フヲ俟タス。

第九節 請 負 第一款 性 質

六一一

概念 請負 (locatio-conductio operis; Werkvertrag; louage d'ouvrage; louage d'industrie) トハ當事者ノ一方カ或仕事ヲ完成スルコトヲ約シ、相手方カ之ニ對シ報酬ヲ與フルコトヲ約スル契約也(民六三〇)。左ニ此概念(觀念)ヲ分析シテ説明スヘシ。

六一二

一 請負ハ當事者ノ一方(請負人 Unternehmer)カ或仕事ヲ完成スルコトヲ目的トスル契約也。(1) 仕事(Opus; Werk)トハ勞務ニ依リテ作出シ得ヘキ結果(Arbeitsprodukt; Arbeitsfolg)ヲ謂フ。其結果ハ有形無形ヲ問ハス。例ヘハ物ノ工作、運搬ノ如ク有形的ノモノニテモ、又一定ノ目的ヲ達スヘキ方法ノ案出、疾病治療等ノ如ク無形的ノモノニテモ可也。我民法ハ仕事ノ種類ヲ問ハス、又其仕事カ財産的價值ヲ有スルト否トヲ問ハサルモノトス。

(2) 仕事ノ完成トハ勞務ニ依リ契約所定ノ結果ヲ發生セシムルコトヲ謂フ、請負ハ勞務ニ依リ仕事ヲ完成スルコトヲ目的トスルモノニシテ、雇傭ニ於ケルカ如ク勞務其モノヲ目的トスルモノニ非ス。故ニ勞務ヲ供スルモ仕事ヲ完成セサルトキハ、請負人ハ債務ヲ履行シタルモノト云フヲ

得ス。反之、仕事ヲ完成シタルトキハ必スシモ請負人自ラ其勞務ニ服シタルコトヲ要セサルモノトス、但シ請負人自ラ其勞務ニ服スヘキコトヲ特約シタルトキハ此限ニ在ラス。

契約所定ノ結果即チ完成セラルヘキ仕事ノ程度範圍ハ個々ノ契約ノ内容ニ依リテ定マル。例ヘハ家屋建築ニ關スル請負ニテモ其建築全部ヲ請負フコトアリ、屋根葺ノミヲ請負フコトアリ、又壁塗ノミヲ請負フコトアルカ如シ。

六一三

二 請負ハ仕事ノ完成ニ對シテ報酬ヲ支拂フコトヲ約スル契約也。即チ其報酬ハ仕事ノ完成ニ對スル對價的且交換的給付ナルカ故ニ、請負ハ有償契約ニシテ且ツ雙務契約也。左レハ報酬ヲ約スルコトハ請負ノ要素ニシテ、明示又ハ默示ニテ報酬ノ約定ナキトキハ、後日報酬ヲ與フルモ其ノ仕事ノ完成ヲ約シタル契約ハ請負ト爲ラス、無償行爲也。

報酬ハ種類態様ノ如何ヲ問ハス。普通ハ金錢ナレトモ其他ノ物ノ給付ニテモ可也。然レトモ報酬カ物ノ使用、勞務ノ供給、仕事ノ完成ナルトキハ混合契約ト爲ルヘシ。

報酬ハ仕事ノ完成ニ對シテ支拂ハルヘキモノナルカ故ニ、請負人カ勞務ヲ供スルモ仕事ヲ完成セサルトキハ報酬請求權ヲ生セス。此點雇傭ト異ナル所也。

特別ノ請負契約ニ付テハ特別法ニ特別ノ規定アルモノ少ナカラス。例ヘハ仲立契約、運送契約

ニ付テ商法(三〇五條以下
三三一條以下)ニ特別ノ規定アルカ如シ。此等ノ請負ニ付テハ特別法ニ規定ナキ限り民法ノ適用アルコト論ヲ俟タス。

六一四

三 請負ナリヤ否ヤカ問題ト爲ル契約 左ニ斯ル契約數例ヲ擧ケテ之ヲ説明スヘシ。請負ニ付テハ瑕疵修補及ヒ解除權ニ關シ特別ノ規定(民六三四以下
六四一、六四二)アルカ故ニ之ヲ請負ニ似テ非ナル他ノ契約ト區別スル實益アリ。

六一五

(1) 製作物供給契約 (Werklieferungsvertrag) 此契約ハ又賣渡請負又ハ請負供給契約ト云フ。甲カ乙ニ對シ専ラ又ハ主トシテ自己ノ材料ヲ用キテ製作シタル物ヲ供給スルコトヲ約シ乙カ之ニ對シテ報酬ヲ與フルコトヲ約スル契約也。其報酬カ通常金錢ナル故賣渡請負トモ云フ。其通常ノ場合ニ付テ説明スヘシ。此契約カ請負ナリヤ賣買ナリヤニ付テ從來議論アリ。我國ノ多數說ハ當事者ノ意思ヲ標準トシ仕事ノ完成ヲ以テ契約ノ目的ト爲シタルトキハ請負ニシテ、目的物ノ所有權ヲ移轉スルコトヲ以テ主要ナル目的ト爲シタルトキハ賣買ナリト爲ス(横田氏各論五七二頁、末弘氏各論五六頁等)。然レトモ當事者ハ必スシモ常ニ仕事ノ完成ト所有權ノ移轉ト何レカノ一方ノミヲ以テ契約ノ主要ナル内容ト爲スモノニ非スシテ、其間輕重ノ差ナキコトアルノミナラス、輕重ノ差アル場合ト雖モ其差アルノ故ヲ以テ一ヲ賣買ニシテ他ヲ請負ナリト斷スルハ正當ナラス。茲ニ於テ

學者或ハ之ヲ以テ請負ト賣買トノ混合契約ナリト爲ス(鳩山氏各論五、六四頁以下)。惟フニ此說亦必スシモ正當ナラス。卑見ニ依レハ契約ニ定メタル製作物カ製作セララルニ隨ヒテ當然相手方ノ所有ニ歸スヘキ場合即チ製作者自身ハ所有權ヲ取得セス、相手方カ原始的ニ所有權ヲ取得スヘキ約旨ナル場合ハ純然タル請負ニシテ、製作者カ製作ノ義務ヲ負擔シ且ツ一旦ハ自ラ所有權ヲ取得シ、然ル後之ヲ相手方ニ移轉スヘキ約旨ナル場合ハ請負ト賣買トノ混合契約ナリト謂フヘク、唯製作物ノ所有權移轉ヲ目的トシ自ラ製作シテ移轉スルト他ヨリ取得シテ移轉スルトヲ問ハサル場合ハ純然タル賣買ナリト解スルヲ相當トス。

(2) 不規則請負 (locatio-conductio operis irregularis) 註文者カ材料ヲ供シテ物ヲ製作セシムル場合ニ於テ、製作者カ其材料ニ代ヘテ他ノ材料ヲ使用シ得ヘキ旨ノ特約アルトキハ、學者之ヲ不規則請負ト稱ス(鳩山氏各論五六七頁以下、末弘氏各論六九、七頁、Oertmann, Verh. 21 & 631, 1, 19, 9)。此場合ハ製作者カ製作義務ヲ負フモノト解セサルヘカラサルヲ以テ、製作者カ製作物ノ所有權ヲ取得シテ、之ヲ註文者ニ移轉スヘキ約旨ナラハ、請負ト賣買トノ混合契約ナリト謂フヘク、若シ製作物ノ所有權カ原始的ニ註文者ニ歸屬スヘキ約旨(通常ハ此約旨ナルヘシ)ナラハ、純然タル請負契約ナリト解スヘキモノトス(鳩山氏各論五六八頁、末弘氏各論六九七頁ハ場合ヲ區別セスシテ請負ト解ス)。而シテ注文者ノ供シタル材料ノ所有權ハ、右純然タル請負ノ場合ニハ、請負人カ他ノ材

料ヲ以テ之ニ代ヘタルトキニ限り請負人其所有權ヲ取得スヘク、右混合契約ノ場合ニハ其材料使用ノ時若クハ他ノ材料ヲ以テ之ニ代ヘタル時其所有權請負人ニ歸屬スルモノト解スルヲ相當トス(大體同旨鳩山氏前掲、反之、末弘氏各論六、九八頁ハ初メヨリ請負人ニ歸屬スト爲ス)。但シ其材料ノ所有權ノ歸屬ニ付キ特約アルトキハ、強行法ニ反セサル限り其特約ニ從フヘキコト論ヲ俟タス。

(3) 電力供給契約 是レ熱用、燈火用又ハ動力用トスル電力ノ供給ヲ目的トスル契約也。而シテ金錢ヲ以テ其報酬トスル普通ノ場合ニ於ケル此契約ノ性質ニ付キ學說上議論アリ。我國ノ多數說(穗積陳重氏法協二卷二號一頁以下、横田氏各論五八一頁、松波氏日本商行為法一、四〇頁以下、青山氏商行為法三〇頁、定額供給ニ付キ柳川氏商法論綱十二版三九二頁)ハ之ヲ請負トス。電力ハ物ニ非サルカ故ニ之ニ付テ賣買ノ成立シ得サルヤ論ヲ俟タス。而シテ賣買タリ得サルカ故ニ常ニ必ス請負ナリト云フヲ得サルコト亦論ヲ俟タスト雖モ、建物、道路等ノ點燈ヲ目的トスルトキハ其照明ト云フ結果ヲ生セシメ置ク仕事ヲ目的トスルカ故ニ請負ナルコト疑ナク、燈火用ニテモめいとる制ノ場合及ヒ熱用又ハ動力用ノ電力供給ヲ目的トスル場合ニハ、一定量迄ノ電力ハ相手方カ之ヲ使用スルト否トヲ問ハス報酬ヲ請求シ得ヘク右定量ヲ超過スル部分ニ付テハ割合ニ應シテ報酬ヲ請求シ得ヘキモノナルモ、供給者ハ相手方カ一時的又ハ繼續的ニ其電力ヲ使用シ得ル状態ヲ作出シ置ク仕事ヲ爲スコト即チ相手方カ一定量以上ノ電力ヲ使用シ得ルト云フ結果ヲ發生セシメ置

クコトヲ目的トスルモノナルカ故ニ是レ亦請負ナリト解スルヲ相當トス(反對、柳川氏前掲ハ計量供給ノ賣買ニ似テ非ナル特種ノ契約ナリト解ス)。少數ノ學者ハ單ニ電力ノ供給ヲ目的トシ、之ニ因リテ生スル結果ニ對シテ供給者ニ何等ノ責任ナキトキハ、供給者ハ一定ノ勞務ヲ爲スコトヲ要スト雖モ、契約ノ主要ナル目的ハ財産ノ移轉ニ存スルカ故ニ無名契約ニシテ賣買ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノト爲ス(鳩山氏各論五三〇一、二、三、四)。然レトモ供給者カ一定ノ結果ヲ生セシメタル以上、相手方カ更ニ之ニ因リテ生セシムル結果ニ付キ供給者其責任ヲ負ハサルコトハ毫モ請負タルコトヲ妨クルモノニ非ス。又此場合ノ供給カ財産ノ移轉ナリトセハ其移轉ノ時期モ考ヘサルヘカラス。其時期ニ關スル論者ノ見解如何ハ明カナラスト雖モ、契約締結ノ時ナリト云フニハ非サルヘシ。然ラハ其電力ノ使用ニ隨テ時々刻々移轉スルモノト解スルノ外ナカルヘキモ、使用ハ即チ消費ニシテ同時ニ消滅スルモノナルカ故ニ、此現象ヲ以テ財産ノ移轉ナリト解スルハ當ラス。唯相手方カ例ヘハ電池ニ蓄電シテ之ヲ保有スルカ如キ場合ニノミ財産ノ移轉ヲ目的トスル無名契約ニシテ、賣買ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノト解スルヲ相當トス。故ニ例ヘハ電池ニ依ル電力使用ノ自働車流行シ、其電池ニ充電ノ爲メ路傍ニ於テ隨時申込ニ應シ金錢ヲ對價トシテ電力ヲ供給スル者出現セハ、其供給契約ハ即チ賣買ノ規定ヲ準用スヘキ無名契約ニシテ請負ニハ非サルモノト云ハサルヘカラス。

第二款 效力

六二八

一 仕事完成ノ義務 請負人ハ契約ニ依リ定マリタル仕事ヲ完成スル義務ヲ負フ。此義務ハ

債務也。注文者(Besteller)ハ其仕事ノ完成ヲ受クル權利ヲ有ス。此權利ハ債權也。請負人カ何時仕事ニ著手スヘキカニ付キ契約ニ定アルトキハ之ニ從フヘク、定ナキトキハ其遲滞ニ陥ルヘキ時期ハ第四一二條第三項ニ依リ注文者ノ請求アリタル時ヨリ遲滞ナク著手シ得ヘキ時期ヲ經過シタル時ナリトス。請負人ハ仕事ヲ完成シタル上初メテ報酬ヲ請求シ得ヘキモノナルカ故ニ、注文者カ報酬ノ提供ヲ爲ササルコトヲ理由トシテ仕事ニ著手スルコトヲ拒ミ得サルモノトス。請負人ノ右債務不履行ノ效果ニ付テハ債權總則ノ適用アリ。左ニ其效果ノ一二ヲ説明スヘシ。

(1) 請負人カ仕事ニ著手セサルトキハ注文者ハ其著手ヲ請求シ得ヘク、請負人應セサルトキハ第四一四條第二項ニ依ル代替執行ヲ爲スコトヲ得ヘシ。

(2) 請負人カ仕事ニ著手セス又ハ著手スルモ仕事ヲ完了セサルトキハ、注文者ハ第五四一條以下ノ規定ニ依リ契約ヲ解除スルコトヲ得。又其不履行ニ因リ損害アルトキハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得。

請負ハ仕事ノ完成ヲ目的トスルカ故ニ、物ノ製作請負ノ場合ニ完成前其物カ事變ノ爲メ滅失スモ、尙ホ其物ノ製作可能ナル限り、請負人ハ更ニ仕事ニ著手シテ之ヲ完成スル義務ヲ負フモノニシテ、而モ二重ノ報酬ハ請求シ得サルモノトス。

仕事完成ニ要スル材料ヲ何レノ當事者カ供給スヘキ乎ハ契約ノ定ムル所ニ從フ。但シ一般ノ慣習ニ依リテ定マル場合モアリ。例ヘハ裁縫ノ請負ニ於テ其裁縫ニ要スル糸ノ如キハ請負人ノ負擔トスル慣習アルモノノ如シ。仕事完成ニ要スル材料ト仕事ヲ爲スニ必要ナル器具トハ區別スルヲ要ス。前者ハ當然請負人ノ負擔タルヘキニ非サルコト右述フルカ如クナルモ、後者ハ特約ナキ限り仕事完成義務ノ當然ノ内容トシテ請負人之ヲ負擔セサルヘカラス。

仕事ノ完成ニ必要ナル勞務ハ請負人自ラ爲スヲ要セス、第三者ヲシテ爲サシムルモ可ナルヲ原則トス。此點民法ニ規定ナキモ、民法以來學說立法例ノ殆ント一致スル所也。然レトモ例外トシテ仕事ノ性質上又ハ特約上請負人自ラ爲スヲ要スル場合ナキニ非ス。

請負人カ第三者ヲ使用スル場合ハ補助者トシテ使用スル場合ト下請負ヲ爲サシムル場合ト二分ツコトヲ得。補助者ノ行爲ニ付キ請負人カ注文者ニ對シ如何ナル責任ヲ負フカニ付キ我民法ニハ何等ノ規定ナキモ、獨逸民法第二七八條カ債務履行ノ補助者ニ付キ一般的ニ規定セルカ如ク、請

負人ハ補助者ノ行爲ニ付キ當然自己ノ行爲ト同一ノ責任ヲ負フモノト解スルヲ相當トス(同旨鳩山氏各論カ七四頁、横田氏各論五八三頁、末弘氏各論七〇九頁、村上氏各論六五九頁等)。蓋シ請負人ハ第三者ヲ言ハハ自己ノ手足トシテ使用セルモノナレハ也。而シテ斯ク解スルハ第六三六條ノ趣旨トモ能ク調和スルモノトス。然レトモ注文者ノ求ニ因リ注文者指定ノ第三者ヲ補助者トシテ使用シタル場合ニハ同條ノ類推ニ依リ該補助者ノ行爲ニ付テハ請負人其責ニ任セス、唯請負人自ラ監督上ノ過失アリタル場合ニノミ其責ヲ負フモノト解スヘシ。尙ホ不法行爲上ノ責任ニ付テハ第七一五條ノ適用アルコト勿論也(同旨鳩山氏前掲)。

下請負 請負人カ更ニ注文者ト爲リ第三者ト其仕事ノ全部又ハ一部ノ請負契約ヲ爲スコトアリ。之ヲ下請負(Sublocation)ト云フ。請負人ハ原則トシテ下請負ヲ爲サシメ得ルモノトス。此場合ニモ補助者使用ノ場合ト同様ノ理由ニ依リ、請負人ハ注文者ニ對シ下請負人ノ行爲ニ付キ自己ノ行爲ト同様ノ責任ヲ負フヘキモノト解スルヲ相當トス(同旨鳩山氏各論五七四頁)。請負契約ニ下請負禁止ノ特約アルトキハ請負人ハ自ラノ勞務ニ依リ仕事ヲ完成セシムル義務ヲ負フ。但シ第三者ヲ補助者トシテ使用スルハ妨ケス。右ノ禁止ニ背キテ爲シタル下請負契約ノ效力ニ付テハ無効ニ非スシテ唯請負人ノ債務不履行ヲ生スルニ過キスト爲ス學說(末弘氏各論六九一頁、鳩山氏各論五七五頁)、判例(明四五、三、一六、大)アリ。然レトモ右禁止ノ特約ニ付キ下請負ノ當事者雙方惡意ナル場合ニ其下請負カ公序良俗ニ反スルコ

ト疑ナカルヘク、當事者善意ナル場合ト雖モ其下請負ハ右ノ特約違背ノ契約ナルカ故ニ之ヲ無効ト解セサルヘカラス。例ヘハ甲カ自己所有地ニ家屋ヲ建築スルコトヲ乙ニ請負ハシメ、下請負禁止ノ特約ヲ爲シタリトセハ、甲ハ乙ニ右家屋建築ノ爲メ其土地ノ使用ヲ許シタルモ、第三者ニ其使用ヲ許シタルモノニ非ス。故ニ乙カ右特約ニ背キ丙ニ下請負ヲ爲サシムルモ、丙ニ其土地ノ使用ヲ許スヲ得ス。丙ハ右土地ノ使用權ヲ有セサルカ故ニ、丙カ之ヲ使用スルハ不法行爲也。即チ丙カ乙ニ對シテ右土地ニ家屋建築ノ義務ヲ負フト云フハ、一面ニ於テハ甲ニ對シテ不法行爲ヲ爲ササルヘカラスト云フコトナル點ヨリ觀テ、其下請負契約ハ無効ナリト云ハサルヘカラス。是レ甲ノ土地所有權侵害ナル不法行爲ト爲ル點ヨリ觀テノコトナルカ、更ニ甲乙間ノ特約ニ背キ甲ノ債權ヲ第三者丙カ侵害スト云フ點ヨリ觀テモ亦不法行爲ナルカ故ニ、何レノ點ヨリ觀ルモ其下請負契約ハ無効ナリト云ハサルヘカラス。而シテ下請負人善意ナル場合ニハ其無効ナルニ因リ受ケタル損害ノ賠償ヲ請負人ニ請求スルコトヲ得ヘク、請負人ハ故意又ハ過失ナキ場合ニ非サル限り之カ賠償ノ責ヲ免レサルモノト謂フヘシ。

二 請負人ノ引渡義務 請負カ物ニ關スルトキ請負人ハ其物ニ付キ仕事ヲ完成シタル上之ヲ注文者ニ引渡スコトヲ要スル場合少ナカラス。然ラハ其引渡義務ノ性質如何。惟フニ當事者ノ合

意上特別ノ意思表示ヲ要セスシテ其物カ注文者ノ所有ニ歸スヘキ場合ニ於テハ、其引渡義務ハ即チ注文者ノ物上請求權ニ對應スルモノトス。而シテ仕事ノ完成ニ必要ナル材料ヲ何レノ當事者カ供シタルカヲ問ハサルモノトス。當事者カ所有權ノ歸屬ニ付キ明確ナル特約ヲ爲シタルトキハ問題ヲ生セサルモ、此點ニ付キ明示ノ合意ナキ場合ニ於テハ如何ニ解スルヲ以テ當事者ノ意思ニ適合スルモノト云フヘキ乎。惟フニ物ノ製作請負ノ場合ニ注文者ハ製作物ノ所有權ヲ取得スル爲メ、請負人ハ之ヲ取得セシムル爲メ契約スルモノナレハ、特別ノ事情若クハ特約ナキ限り請負人ハ製作物ノ所有權ヲ取得スルコトナク、注文者カ原始的ニ其所有權ヲ取得スヘキモノト解スルヲ妥當トス。而モ尙ホ暗黙ノ間ニ其合意アルモノト認ムルヲ相當トス。(イ)請負人カ總テ注文者ノ所有ニ屬スル材料ヲ以テ製作スルカ如キ場合ハ殊ニ然リ。(ロ)注文者カ主要ナル材料ヲ供シタル場合亦同様ナリト云ハサルヘカラス。然ラハ(ハ)請負人カ主要ナル材料ヲ供シタル場合ハ如何。此場合ニモ契約ニ因リ注文者ノ所有タラシムル爲メ其物ヲ製作シタルモノナルカ故ニ、其製作物ハ當然注文者ノ所有ト爲ルヘキ暗黙ノ合意アルモノト認ムルヲ相當トス(イ)(ロ)ノ場合ニ付キ結果同島山氏各論付キ岩田氏志林一七卷九號二一頁ハ民二四六、一ノ適用アリト爲シ、(ロ)ノ場合ニ付キ末弘氏各論六九頁ハ加工ノ原則(民二四六、二)ニ依ルヘキモノト爲スモ共ニ採リ難シ。然ラハ總テノ材料ヲ請負人カ供シテ製作スル場合ハ如何。此場合ハ更ニ二ツニ分チテ考察スルコトヲ要ス。

(a) 家屋其他土地ノ定著作物築造ノ場合 便宜上家屋建築ノ場合ヲ説明スヘシ。而シテ其説明ハ他ノ定著作物築造ノ場合ニ當然應用セラルヘシ。扱家屋建築ノ場合ニハ注文者ニ於テ其敷地ノ所有權又ハ借地權ヲ有スヘク、注文者ハ請負人ニ對シテ唯其仕事ノ完成即チ建築ノ爲メニ其土地ノ使用ヲ許スモノニシテ、家屋所有ノ爲メニモ其使用ヲ許スモノト解スヘカラス。即チ請負人ハ仕事完成以外ノ目的ノ爲メニハ右土地ノ使用權ヲ有セサルモノニシテ、而モ當事者ハ注文者ヲ其家屋ノ所有者タラシムル爲メ請負契約ヲ爲スモノナレハ、假令請負人カ全部ノ材料ヲ供スル場合ト雖モ、反對ノ特約ナキ限り請負人ハ其家屋ノ所有權ヲ取得スルコトナク、注文者カ第一ニ其所有權ヲ取得スヘキ暗黙ノ合意アルモノト認ムルヲ相當トス。而シテ若シ請負人カ先ツ其所有權ヲ取得シ、然ル後之ヲ注文者ニ移轉スヘキモノナラハ、其所謂請負契約ハ財產權ノ移轉ヲモ目的トスルモノニシテ、此點ニ於テ賣買タル性質ヲ有シ、其契約ハ請負ト賣買ト混合契約ナリト謂フヘシ。然レトモ苟モ純然タル請負契約ナル以上其所有權ハ請負人ニ於テ取得スルコトナク、當然注文者ニ歸屬スルモノニシテ少ナクトモ暗黙ノ間ニ其合意アルモノト謂フヘシ。又其所有權カ第一ニ何人ニ歸屬スヘキカニ付テハ何等ノ合意アリタルコトヲ認メ得サル場合アリト假定スルモ、請負人カ仕事完成ノ目的以外ニ尙ホ家屋所有ノ爲メ土地ノ使用ヲ許サレタルコトヲ認メ得サル場

合ニ於テハ、本來注文者ヲシテ其家屋ノ所有權ヲ取得セシムル爲メノ契約ナル點ニ鑑ミ、其契約ハ純然タル請負契約ニシテ所有權ハ當然注文者ニ歸屬スルモノト解スルヲ相當トス。而シテ此解釋カ當事者ノ意思ニモ社會ノ實際ニモ適スルモノナリト信ス。然ルニ(イ)學者或ハ當事者カ豫メ作成物ノ所有權ヲ注文者ニ屬セシムヘキ契約ヲ爲スニ非サレハ請負人カ作成物ノ所有權ヲ取得シ隨テ仕事完成後ニ所有權移轉行爲ヲ必要トスルモノト解セサルヘカラスト爲シ(鳩山氏各論五七九頁、末弘道氏京法一二卷一、一號七八頁以下等)、暗黙ノ間ニ如何ナル合意アリト認ムルヲ相當トスルカヲ攻究セサルハ、此問題ノ考察ニ當リ恐ラクハ純然タル請負ノ本質ヲ看過シ居ルカ爲メニハ非サル乎。而シテ社會ノ實際ニ遠サカレルモノト謂フヘク、其結果ハ更ニ所有權移轉ノ意思表示ヲ必要トシ、場合ニ依リテハ移轉登記ヲモ必要トスト云フ手續ノ煩瑣ヲ來シ且ツ所謂請負人ハ其家屋ヲ所有スルニ因リ敷地ノ不法占有ヲ爲スト云フ不都合ナル結果ヲ生スヘク、當事者ノ意思ニモ社會ノ實際ニモ適セサルモノナリト信ス。(ロ)他ノ學者或ハ注文者ハ自己ノ供シタル土地ニ請負人カ材料ヲ取付クルニ從ヒ附合ノ原理ニ依リ漸次ニ其所有權ヲ取得シ建物ハ完成ト共ニ何等ノ行爲ヲ要セスシテ注文者ノ所有ニ歸スルモノト爲ス(横田氏二四卷八、號三〇頁以下)。然レトモ建物ハ民法上土地ニ從タル物ニ非サルヲ原則トス。故ニ其建築材料ニ付キ附合ノ規定ヲ適用スルハ此原則ヲ認メタル法意ニ反スルモノト謂フヘク、此

學說ハ建物所有權ノ歸屬ニ付キ卑見ト同一ノ結果ト爲ルモ其理由ハ從ヒ難シ。(ハ)或ハ又建物ノ引渡ニ因リテ所有權移轉スルモノト爲ス判例學說アリ(正三、一二、二六、大判、民錄一二〇八頁、正四、五)然レトモ引渡ハ我民法上不動産所有權移轉ノ要件ニ非ス、又第六三三條ハ毫モ此學說ヲ支持スヘキ根據ト爲ルモノニ非サルカ故ニ、此說ハ全ク根據ナキモノト謂フヘク、而モ其結果ニ於テ當事者ノ意思ニ適セス且ツ法律上不都合ヲ生スルコト(イ)ノ學說ニ付テ述ヘタルト同シ。

六二六

純然タル請負ニ於テ建物ノ所有權カ當然注文者ニ歸屬スヘキモノナルコト前述ノ如シ。或ハ請負人未タ報酬ノ支拂ヲ受ケサルニ建物ハ當然注文者ノ所有ニ歸スルモノトセハ、請負人ハ甚タ不利益ノ地位ニ立ツカ如キ疑ヲ生シ得ヘキモ、請負人ハ第三二七條ニ依リ其建物ノ上ニ先取特權ヲ有シ、其先取特權ハ第三三八條、不動産登記法第一三六條以下ノ規定ニ依リ之ヲ保存シ得ヘク、民法第三三九條ニ依リ抵當權ニ優先スルモノナルカ故ニ報酬債權擔保ノ方法ハ之アリ、請負人ハ敢テ不利益ノ地位ニ立ツモノト云フヲ得サル也。然ラハ右所有權カ注文者ニ歸屬スル時期如何。惟フニ其家屋カ家屋トシテ成立シタルトキハ仕事ノ完了前ニテモ當然注文者ノ所有ニ歸スヘキモノトス。故ニ請負人カ全部ノ材料ヲ供スル場合ニ其建築中ノ物カ未タ家屋ト云フヲ得サル程度ノモノナルトキハ、請負人ノ意ニ滿タサル場合ニ之ヲ取崩シテ更ニ建直スハ請負人ノ自由タルモノト

フ謂ヘク、反之、既ニ家屋ト云フヲ得ヘキ程度ニ達シタルトキハ、其家屋ハ即チ注文者ノ所有ナルカ故ニ、注文者ノ承諾ナキ限り請負人ハ之カ建直シヲ爲シ得サルモノト謂フヘシ。

六二七

(b) 動産ノ場合 請負人カ總テノ材料ヲ供シテ動産ヲ製作スル場合ト雖モ、純然タル請負ナルトキハ製作セラルルニ隨テ當然注文者ノ所有ト爲ルヘキコト六一五及ヒ六二四以下ニ於テ説明シタル通りナリ。

六二八

以上(a)(b)ノ場合(純然タル請負ノ場合)ニ製作物ハ注文者ノ所有ナルカ故ニ、注文者ノ引渡請求權ハ即チ物上請求權ナリト云フヘク、請負人ノ引渡義務ハ即チ右物上請求權ニ對應スルモノト云ハサルヘカラス。而シテ此義務カ唯物上請求權ニ對應スル義務タルニ止マルコト賃貸借終了ノ場合ニ於ケル賃借人ノ返還義務ト同シ(五七三)。

六二九

純然タル請負ノ場合ト異ナリ、請負ト賣買ノ混合契約ノ場合ニハ製作物ノ所有權ハ先ツ請負人(純然タル請負人ニハ非サルモ便宜上請負人ト稱ス)ニ於テ之ヲ取得シ、之ヲ注文者ニ移轉スヘキ義務ヲ負フモノニシテ、斯ル混合契約ハ請負人カ總テノ材料ヲ供シテ動産ヲ製作スヘキ場合又ハ注文者カ材料ヲ供スルモ、請負人カ必スシモ之ヲ使用シテ製作シタル物ヲ給付スヘキ義務ヲ負フコトナク、何レノ材料ヲ使用スルヲ問ハス、唯契約ニ定メタル動産ヲ製作シ且ツ之ヲ給付スヘキ

義務ヲ負フ場合ニ成立ス。此等ノ場合ニ於テハ請負人カ注文者ニ給付スル目的ニテ契約ニ適合セル物ヲ製作シタル上其意思ヲ變シ第三者ニ之ヲ讓渡シテ、更ニ契約ニ適合セル同様ノ物ヲ製作シテ注文者ニ給付スルモ可ナルカ故ニ、請負人カ其製作物ヲ注文者ニ提供シタルトキ若クハ注文者ノ同意ヲ得テ其物ヲ指定シタルトキ(民四〇)其所有權注文者ニ移轉スルモノトス。故ニ注文者ノ其引渡請求權モ亦物上請求權ニ外ナラス。

六三〇

純然タル請負ニ因ル仕事ノ材料カ第三者ニ屬シタル場合ニ於テ何人カ製作物ノ所有權ヲ取得スヘキ乎ニ付テハ加工ニ關スル原則(民三六)ノ適用アリ、工作ニ因リテ生シタル價額カ著シク材料ノ價格ヲ超エタル場合ニ於テハ注文者カ加工者トシテ其所有權ヲ取得スヘク、第三者ノ材料ヲ供シタル者カ注文者ナルト請負人ナルトヲ問ハサルヘキコト六二四以下ノ説明ニ依リテ明カナルヘシ(反對鳩山氏各論五八一頁、横田氏法曹二四卷八號一八頁。二二頁ハ材料ヲ供シタル當事者其所有權ヲ取得スト爲ス)

六三一

仕事ヲ完成スル請負人ノ債務ハ注文者ノ報酬債務ト對價的且交換的關係ニ在リ。即チ請負ハ雙務契約ナレトモ、六三三條ハ仕事完成ノ債務ニ對シ報酬債務ヲ後拂債務ト爲スカ故ニ、仕事完成ノ債務ニ付テハ同時履行ノ抗辯權ナク、隨テ請負人ハ報酬債務ノ履行ノ提供ナキノ故ヲ以テ仕事ノ著手又ハ完成ヲ拒絶スルコトヲ得サルモノトス。唯目的物ノ引渡ヲ要スル請負ニ在リテハ同

條本文ニ依リ其引渡ト同時ニ報酬ヲ請求シ得ルモノナルカ故ニ、其引渡債務ト報酬債務トノ間ニハ同時履行ノ關係アリ。各當事者ハ此關係ニ於テ同時履行ノ抗辯權ヲ有スルモノトス(司旨鳩山氏各論五八二頁)但シ報酬前拂ノ特約アルトキハ其特約ノ有效ナルコト勿論ニシテ、其報酬ノ辨濟期到來以後請負人カ同時履行ノ抗辯權ヲ有スヘキコト論ヲ俟タス。學者多ク仕事ヲ仕上ケタル請負人ハ辨濟期ニ在ル債權ヲ有スルモノナルカ故ニ、其仕事ノ目的物ニ付テ留置權ヲモ有スルモノト爲ス。然レトモ請負人カ留置權ヲ有スルコトト相手方カ前述ノ如ク同時履行ノ抗辯權ヲ有スルコトトハ兩立シ得サルコトナリ。蓋シ留置權者ハ相手方カ自己ノ債務ノ辨濟ヲ提供シ、之ト引換ニ目的物ノ引渡ヲ爲スヘキコトヲ請求スルモ、相手方ヨリ債權ノ辨濟ヲ受クルマテ右引渡ノ請求ヲ拒絶シテ目的物ヲ正當ニ留置シ得ヘキモノナルヲ以テ也。即チ留置權者ハ先ツ相手方ノ辨濟ヲ強要シ得ルモノナルカ故ニ相手方ハ同時履行ノ抗辯權ヲ有セサル也(司旨神戶氏法協三九卷一五二〇頁以下)。然ルニ六三三條ニ依レハ報酬ハ引渡ト同時ニ支拂フコトヲ要スルモノニシテ先ツ支拂フヘキモノニ非サルカ故ニ、請負人ハ先ツ報酬ヲ支拂フヘキコトヲ請求スルヲ得ス、唯引渡ト同時ニ支拂フヘキコト即チ引換ニ支拂フヘキコトヲ請求シ得ルニ過キヌシテ、當事者雙方同時履行ノ抗辯權ヲ有スルモ、請負人カ留置權ヲ有スルモノニ非サルコト明カナリト謂フヘシ。

三 擔保責任

六三二

(1) 第六三四條乃至第六四〇條ハ請負人ノ擔保責任ヲ規定ス。此等ノ規定ニ依ル請負人ノ責任ハ仕事ノ目的物ノ疵瑕カ請負人ノ供シタル材料ノ瑕疵ニ因ル場合ノミナラス、工作其モノノ不全ナルニ因ル場合ニモ存スルコト明カナルカ故ニ、其規定ハ第五九條ニ依リ一般ノ有償契約ニ準用セラルル賣主ノ擔保責任ニ關スル規定ニ對スル特別規定タルト同時ニ、不完全給付ニ付テノ特別規定タル性質ヲ有スルモノトス(同旨鳩山氏各論五八四頁)。

六三三

(2) 擔保責任ノ種類

(A) 瑕疵修補ノ義務

(イ) 仕事ノ目的物ニ瑕疵アルトキハ、注文者ハ請負人ニ對シ相當ノ期間ヲ定メテ其瑕疵ノ修補ヲ請求スルコトヲ得。但シ其瑕疵カ重要ナラサル場合ニ於テ其修補カ過分ノ費用ヲ要スルトキハ此限ニ在ラス(民六三、四、一)。瑕疵トハ同種ノ物ノ通常有スル使用價值又ハ交換價值ヲ不足ナラシムル缺點アルカ又ハ當事者カ豫メ約定シタル性質ヲ缺如スルコトヲ謂フ。而シテ其瑕疵ハ請負人ノ過失ニ因ルト否ト又隠レタル瑕疵ナルト否トヲ問フコトナシ。注文者カ瑕疵アルコトヲ知リナカラ異議ヲ留メスシテ目的物ヲ受領スルモ、修補請求權ハ之カ拋棄ノ意思表示ナキ限り受領後ニ於テ

モ存續スルモノトス(同旨正、四、一、二、二八、大判、民錄二二九五頁、鳩山氏各論五八五頁)。

瑕疵カ重要ナラス即チ輕微ナル場合ニ於テ修補ニ過分ノ費用ヲ要スルトキハ、右ノ修補請求權ナシ。唯損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得。瑕疵カ重要ナリヤ否ヤハ契約ヲ爲シタル目的其他ノ客觀的事實ニ依リテ決スヘク、單ニ注文者ノ主觀ニ依リテ決スヘキモノニ非ス。又其修補ニ過分ノ費用ヲ要スルヤ否ヤハ、其費用ト修補ニ因リテ補足セラルヘキ利益トヲ比較シ前者カ後者ヲ超過スルトキハ即チ過分ノ費用ナリト謂フヘシ。

六三四

(ロ) 修補請求ノ效果

修補ノ請求ハ相當ノ期間ヲ定メテ爲スコトヲ要ス。請負人カ其期間

内ニ修補セサル場合ニ如何ナル效果ヲ生スルカニ付テハ特ニ規定スル所ナキモ、民法カ第六三四條第一項ニ於テ相當ノ期間ヲ定ムヘキモノト爲シタルハ、之ヲ同條第二項及ヒ第五四一條ト對照シテ考フルトキハ、瑕疵ノ修補ヲ爲サントスル請負人ヲ保護シ期間内ニ修補スルニ因リテ契約ノ解除ヲ免レ且ツ修補ニ代ルヘキ損害賠償ヲ免レシメンカ爲メナリト解スルヲ相當トス。故ニ相當期間ヲ定メテ修補ヲ請求シタル注文者ハ、其期間ヲ經過スルマテハ修補ヲ拒絶シテ之ニ代ルヘキ損害賠償ノ請求ヲ爲シ又ハ修補不能ノ場合ヲ除キ契約ヲ解除シ得サルモノト解セサルヘカラス(同旨鳩山氏各論五八六頁以下)。尤モ注文者ハ又相當ノ期間ヲ定メテ修補ヲ請求スルト同時ニ、其期間内ニ修補セサ

ル場合ニ於ケル爾後ノ修補ヲ豫メ拒絶シ且ツ之ニ代ル損害ノ賠償ヲ豫メ請求シ又ハ解除ノ意思表示ヲ豫メ爲スコトヲ得ヘキモノトス(獨民六三、四參照)。然レトモ單ニ相當期間ヲ定メテ修補ノ請求ヲ爲シタルニ過キサルトキハ、請負人カ其期間内ニ修補セサル場合ト雖モ注文者ハ尙ホ修補ヲ請求シ得ヘキモノトス。

注文者カ相當ヨリ短キ期間ヲ定メ若クハ全ク期間ヲ定メスシテ修補ヲ請求シタル場合ニ於ケル其請求ノ效果ニ付テモ民法ニ規定ナシ。然レトモ此場合ニ於テハ更ニ相當ノ期間ヲ定メテ請求シ請負人カ修補セスシテ其期間ヲ經過スルニ非サレハ、注文者ハ修補ニ代ルヘキ損害ノ賠償ヲ請求シ得ス又ハ修補不能ノ場合ヲ除キ解除シ得サルモノト解スルヲ相當トス。蓋シ若シ之ヲ反對ニ解スルトキハ請負人カ修補ニ著手シ又ハ準備ヲ爲シタル場合ニ意外ノ損失ヲ被ラシムヘキ不當アルヲ以テ也。

(ハ) 修補ト報酬ノ關係 請負人カ一應仕事ヲ完成シテ引渡ヲ爲シ又ハ注文者ノ占有ニ在ル物ニ付キ請負ノ仕事ヲ一應完成シタルトキハ、假令瑕疵アル場合ト雖モ、請負人ハ注文者ノ請求又ハ同意アルニ非サレハ、任意ニ其修補ヲ爲スコトヲ得サルモノト解スルヲ相當トスルカ故ニ、注文者ノ請求ナキニ拘ラス當然修補ノ義務アルモノト云フヲ得ス。隨テ修補ノ義務ハ注文者ノ請

求ヲ俟ツテ初メテ現實ニ發生スルモノニシテ、請負契約タル雙務契約ニ因ル當然ノ債務ト云フヘカラス。故ニ此債務ト報酬トノ關係ニ付テハ當然第五三三條ニ依ル同時履行ノ抗辯權發生スルモノト云フヲ得ス。然レトモ注文者ノ請求ニ因リ修補ヲ要スル場合ニ請負人ハ其修補ヲ終ルニ非サレハ、實質上契約ニ定メタル仕事ヲ完了セサルト同視スヘキモノナルカ故ニ、民法ハ第六三四條第二項後段ニ於テ第五三三條ノ規定ヲ準用シ同時履行ノ抗辯權發生スルモノトセリ。右説明ノ如ク修補義務ハ注文者ノ請求ニ因リテ初メテ現實ニ發生スルモノナルカ故ニ、注文者ハ修補ヲ請求セスシテ修補ヲ終了スルマテ第五三三條ニ依リ報酬ノ支拂ヲ拒ミ得サルコト論ヲ俟タス(結果同、正大判一、民錄一七二六頁)。然ルニ學者或ハ注文者ハ修補ヲ請求セスシテ修補ノ完了スルマテ同條ニ依リ報酬支拂ヲ拒絶シ得ルモノト爲スモ(鳩山氏各論五八七頁)採リ難シ。

(B) 損害賠償義務

(イ) 注文者ハ瑕疵ノ修補ニ代ヘ又ハ其修補ト共ニ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得(民六三)。瑕疵カ請負人ノ過失ニ因ルヲ要セスト解スヘキコト同條第一項ノ場合ト同シ。瑕疵修補ノ請求ト之ニ代ルヘキ損害賠償ノ請求トハ、注文者ニ於テ何レカ其一ヲ選擇シテ請求スヘク、後者ヲ選擇シテ請求シタルトキハ修補ヲ請求スルヲ得ス、修補ヲ請求シタルトキハ其請求ニ於テ又ハ其後ニ於

テ定メタル相當期間内ニ請負人カ修補セサル場合ニ非サレハ修補ニ代ルヘキ損害ノ賠償ヲ請求シ得サルモノトス。修補ト共ニ請求シ得ル損害賠償ハ瑕疵ヲ修補スルモ、遅延其他ノ理由ニ因リ尙ホ損害アル場合ニ限ルコト勿論也(同旨鳩山氏各論) (五八八頁以下)。

六三七

(ロ) 損害賠償ト報酬ノ關係 修補義務カ注文者ノ請求ニ因リテ初メテ現實ニ發生スルモノナルコト六三五ニ説明シタルカ如シ。然ラハ修補ニ代ルヘキ損害賠償義務モ亦注文者ノ請求ニ因リテ初メテ現實ニ發生スルモノト云ハサルヘカラス。又修補ト共ニ請求シ得ヘキ損害賠償モ請負人ノ過失ヲ必要トスルモノニ非サルカ故ニ、右何レノ損害賠償モ當然雙務契約上ノ債務ナリト云フヲ得ス。然レトモ實質上注文者ノ報酬ニ對スル反對給付ノ一部ト同視スヘキモノナルカ故ニ、第六三四條第二項後段ハ第五三三條ヲ準用シ同時履行ノ抗辯ヲ爲シ得ルモノトセリ。而シテ瑕疵カ重要ナラスシテ其修補カ過分ノ費用ヲ要スル爲メ修補ヲ請求スルヲ得ス、唯損害賠償ノミヲ請求シ得ル場合ニ付テハ第五三三條ヲ準用スヘキ明文ナシト雖モ、第六三四條第二項ノ類推ニ依リ其準用アルコト勿論ナリト云ハサルヘカラス。但シ右同時履行ノ抗辯ハ報酬債務カ損害賠償債務ト同種ノ種類債務ニ非サル場合ニ限リ爲シ得ルモノト解スルヲ相當トス(一三三) (參照)。

(C) 契約ノ解除

六三八

(イ) 仕事ノ目的物(土地ノ工作物ヲ除ク)ニ瑕疵アリテ之カ爲メ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ、注文者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得(民六三) (三五)。「契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルトキ」ト云フ制限ヲ附シテ解除權ヲ認メタルハ、賣買ニ於ケル擔保責任ノ規定タル第五六六條第一項ト同趣旨ニ出テタルモノニシテ、輕微ナル瑕疵ノ爲メニハ解除シ得サルコトヲ明カニシタルモノ也。而シテ瑕疵アリテ之カ爲メ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルトキト云フハ、其重大ナル瑕疵ノ修補不能ナル場合又ハ可能ナルモ契約ヲ爲シタル目的ヲ達シ得ヘキ期間内ニ修補スルコト不能ナル場合ヲ謂フモノニシテ、契約ヲ爲シタル目的ヲ達シ得ヘキ期間内ニ修補スルコト可能ナル場合ニ於テハ、注文者ハ單ニ其瑕疵アルノ故ヲ以テハ解除スルコトヲ得ス、相當期間ヲ定メテ修補ヲ請求シ其期間内ニ修補セサルトキハ、第五四一條ノ類推ニ依リ其修補義務ノ不履行ヲ理由トシテ解除スルコトヲ得ヘキモノトス。故ニ注文者カ修補ノ請求ヲ怠リタル爲メ契約ヲ爲シタル目的ヲ達シ得ヘキ期間内ニ修補スルコト能ハサルニ至リタルトキハ、第六三五條ニ依リテハ解除シ得サルモノト解スルヲ相當トス。

瑕疵カ輕微ナル場合ト雖モ之カ修補ニ過分ノ費用ヲ要セサルトキハ、注文者ハ第六三四條ニ依リ相當期間ヲ定メテ修補ヲ請求スルコトヲ得ヘク、此場合ニ請負人ハ修補ノ義務ヲ負フモノナル

カ故ニ、請負人カ之ニ應セサルトキハ注文者ハ第五四一條ノ類推適用ニ依リ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘキ乎。同條ノ原則規定ニ依リテ解除シ得ルモノトスル學說アリ(末弘氏各論(七一四頁))。然レトモ斯ル解除ハ畢竟其瑕疵ニ因ル解除ニシテ、第六三五條カ瑕疵ノ爲メ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニノミ解除シ得ルモノト爲シタル趣旨ニ反シ、且ツ次ニ説明スル如ク仕事ノ目的物カ建物其他土地ノ工作物ナル場合ニハ、修補義務ヲ履行セサル場合ニモ解除シ得サルコトト權衡ヲ失スルカ故ニ、瑕疵カ輕微ナル場合ニハ修補義務不履行ヲ理由トシテモ解除シ得サルモノト解スルヲ正當トス(結果同鳩山氏各論(五九〇頁以下))。

(ロ) 仕事ノ目的物カ建物其他土地ノ工作物ナルトキハ、注文者ハ瑕疵ニ因ル解除權ヲ有セス(民六三(五但書))。斯ル目的物ニ付キ瑕疵ニ因ル解除ヲ認ムルトキハ請負人ノ損害莫大ナルノミナラス、社會經濟上ノ損失亦大ナルカ故ニ、特ニ其解除權ナキモノト爲シタル也。隨テ此規定ハ強行法規ナリト解セサルヘカラス(同旨横田氏各論五九八頁以下、末弘氏各論七一四頁、鳩山氏各論五九一頁等)。左レハ其瑕疵ノ修補可能ナル場合ニ注文者ハ第六三四條ニ依リ其修補ヲ請求シ得ルモ請負人カ之ニ應セサルノ故ヲ以テ解除スルコトヲ得ス。蓋シ此解除ハ修補義務不履行ニ因ル解除ナリトハ云ヘ畢竟瑕疵ニ因ル解除タルニ他ナラサレハ也。故ニ此場合又ハ修補不能ノ場合ニハ唯損害ノ賠償ノミヲ請求シ得ヘキモノトス。

(3) 擔保責任ノ排除又ハ輕減 右ニ述ヘタル請負人ノ擔保責任ハ左ノ場合ニ於テ排除又ハ輕減セラル。

(a) 仕事ノ目的物ノ瑕疵カ注文者ヨリ供シタル材料ノ性質又ハ注文者ノ與ヘタル指圖ニ因リテ生シタルトキハ、請負人ハ擔保責任ヲ負ハサルヲ原則トシ、唯請負人カ其材料又ハ指圖ノ不適當ナルコトヲ知リテ之ヲ告ケサリシ場合ニ於テ其擔保責任ヲ負擔ス(民六三(三六))。而シテ請負人カ右ノ材料又ハ指圖ノ不適當ナルコトヲ知ラサルニ付キ過失アリシ場合ト雖モ請負人ニハ擔保ノ責任ナキモノトス。故ニ右原則ノ場合ニ請負人カ擔保責任ヲ負ハサル理由ヲ請負人ノ無過失ニ歸スル學說(梅氏要義(七一二頁以下))ハ採ルヲ得ス。

(b) 當事者カ無擔保ノ特約又ハ擔保責任輕減ノ特約ヲ爲シタルトキハ原則トシテ之ニ從フヘキモノトス。蓋シ擔保責任ニ關スル規定ハ補充的規定タルニ過キサルヲ以テ也。然レトモ請負人カ知リテ告ケサリシ事實ニ付テハ右特約ハ其效ナク、擔保責任ノ排除又ハ輕減ナキモノトス(民六四(四〇))。蓋シ知リテ告ケサリシ事實ニ付テモ右特約ノ效アラシムルハ信義ニ悖リ良俗ニ反スルヲ以テ也。

(4) 擔保責任ノ存續期間 之ニ長短ノ區別アリ。左ノ如シ。

(a) 擔保責任ノ存續期間ハ原則トシテ一年ナリ。此期間ハ仕事ノ目的物ヲ引渡シタル時ヨリ起

算シ、引渡ヲ要セサル場合ニハ仕事終了ノ時ヨリ起算ス(三七六)。(三七八)而シテ仕事ノ終了前引渡シタル場合ニハ仕事終了ノ時ヨリ起算スヘキモノトス。

(b) 土地ノ工作物ノ請負人ハ其工作物又ハ地盤ノ瑕疵ニ付テハ引渡後五年、石造、土造、煉瓦造又ハ金屬造ノ工作物ニ付テハ引渡後十年間擔保ノ責ニ任ス(八六三)。(八六二)土地ノ工作物ニ付キ特ニ擔保責任ノ期間ヲ五年又ハ十年ニ伸長シタルハ斯ル工作物ノ瑕疵ノ結果ハ重大ニシテ且ツ其瑕疵ヲ發見スルコト困難ナルヲ普通トスレハ也。建物ハ土地ノ工作物ニ屬ス。近來流行スル鐵筋コンクリートノ建物ハ石造、煉瓦造等ノ建物ト同視シ擔保責任ノ期間ハ十年ナリト解スヘキモノトス。

土地ノ工作物カ瑕疵ニ因リ滅失又ハ毀損シタルトキハ擔保責任ハ爾後一年ニ短縮セラル(八六三)蓋シ此場合ニハ瑕疵アリシコト既ニ明瞭ト爲リ、最早擔保責任ヲ長ク存續セシムヘキ理由ナキヲ普通トスレハ也。即チ右ハ短縮ノ規定ナルカ故ニ五年又ハ十年ノ期間滿了ニ近ツキテ瑕疵ニ因ル滅失、毀損ヲ來スモ、其五年又ハ十年ノ期間ハ伸長セラルルコトナク、滅失又ハ毀損ノ時ヨリ一年未滿ノ間ニテモ、右五年又ハ十年ノ期間滿了シタルトキハ擔保責任ハ茲ニ消滅スルモノト解スルヲ相當トス(同旨鳩山氏各論五九三)。(頁、梅氏要義六三八條)。

擔保責任ノ存續期間ハ除斥期間ナリ。即チ其期間内ニ注文者カ瑕疵ノ修補又ハ損害賠償ノ請求

若クハ解除ノ意思表示ヲ爲ササルトキハ其請求又ハ解除ヲ爲シ得サルニ至ル。而シテ當事者ハ普通ノ時効期間内ニ限り特約ヲ以テ右期間ヲ伸長スルコトヲ得(三九六)。(三九)短縮ニ付テハ明文ナキモ擔保責任ヲ負ハサルコトノ特約スラ有效ナルカ故ニ(四〇六)。(四〇)短縮ノ特約ノ有效ナルコト勿論也。

四 報酬支拂義務

(1) 注文者ハ請負契約ニ因リ報酬支拂ノ債務ヲ負ヒ、請負人ハ之ヲ受クルノ債權ヲ取得ス。而シテ注文者ノ右債務ハ請負人ノ仕事完成ノ債務ト對價關係ニ在ルモノトス(尙ホ時効ニ付テハ民一七〇、五頁參照)。(二及七昭三、四、二五、大判)。

(2) 報酬ノ辨濟期 報酬ハ仕事ノ目的物ヲ引渡スヘキ場合ニ於テハ、其引渡ト同時ニ支拂フコトヲ要シ、引渡ヲ要セサル場合ニ於テハ仕事完成ノ時ニ支拂フコトヲ要ス(三三六)。(三三)然レトモ第六二三條ノ規定ハ強行法規ニ非サルカ故ニ、當事者ハ前拂ノ特約ヲ爲シ又ハ仕事ノ進行ニ應ジテ分割拂ヲ爲スヘキ特約ヲ爲スヲ妨ケス。而シテ土地ノ工作物ノ請負ニ付テハ斯ル特約ヲ爲ス場合寧ロ多カルヘシ。

五 危險負擔

特ニ請負契約ニ於ケル危險負擔トシテ論スヘキモノハ、請負人ノ債務カ請負人ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ履行不能ト爲リタル場合ニ於テ、注文者ノ報酬債務モ亦消

滅スルヤ否ヤノ問題也。報酬カ金錢以外ノ給付ナルトキ其給付カ不能ト爲リタル場合ノ危険負擔ハ一般ノ危険負擔ノ問題ニ屬ス。而シテ請負人ノ履行不能ノ場合ノ危険負擔ハ目的物ノ引渡ヲ要セサル場合ト要スル場合トニ區別シテ考フルコトヲ要ス。

六四五

(1) 目的物ノ引渡ヲ要セサル場合 此場合ニハ第五三四條ノ適用アルヘキ理由ナク、唯第五三六條ニ依リテ危険負擔ノ問題ヲ決スヘキモノトス。

(2) 目的物ノ引渡ヲ要スル場合 此場合ニ付テハ學說岐レ、(甲)或ハ仕事完了前ニ履行不能ヲ生シタルト、完了後引渡前ニ履行不能ヲ生シタルトヲ問ハス、引渡前ニ於テハ請負人危険ヲ負擔シ(同旨正三、一二、二六、大判、民錄一二、三頁)、唯引渡スヘキ物カ不特定物ニテ第五三四條第二項ノ規定ニ依リ第四〇一條第二項ノ條件ヲ充シタルトキ及ヒ注文者カ受領遲滯ニ在ル場合ニ於テノミ注文者カ危険ヲ負擔スルモノト解シ(横田氏各論五、九一頁以下)、(乙)或ハ仕事ノ完成ノ外作成物ノ所有權ヲ移轉スヘキ場合ニハ、仕事完成ノ不能ニ付テハ第五三六條ヲ適用シ、仕事完成後ニ生シタル不能ニ付テハ第五三四條ヲ適用スヘキモノトシ(未弘氏各論七、〇三頁以下)、(丙)或ハ當該契約カ純粹ナル請負ナル場合ト請負ト賣買トノ混合契約ナル場合トニ區別シ、前者ノ場合ニハ第五三六條ノミノ適用アリ、後者ノ場合ニハ製作中ニ履行不能ヲ生シタルトキハ請負ノ規定ニ從ヒテ請負人危険ヲ負擔スヘク、仕事完成後引渡前ニ

履行不能ヲ生シタルトキハ、其目的物カ特定物ナル否トヲ區別シテ第五三四條ノ第一項又ハ第二項ヲ適用スヘキモノト爲ス(鳩山氏各論五、九六頁以下)。

六四六

然レトモ余ハ右何レノ説トモ見解ヲ異ニス。請負人カ總テノ材料ヲ供シテ製作スルモ、目的物ノ出來スルニ隨テ當然注文者其所有權ヲ取得スヘク、請負人ハ寸時モ其所有權ヲ取得セサル約旨ナル場合ハ即チ純然タル請負契約ナリト雖モ、仕事完成シテ未タ引渡ササル間ニ其目的物滅失シタルトキハ、仕事完成ノ義務ハ既ニ履行シアリテ唯引渡義務ノミ殘存シタルモノナルカ故ニ、右ノ滅失ニ因リ請負人ノ殘存義務ハ履行不能ト爲リタルモノニシテ、特定物ノ所有權移轉ヲ雙務契約ノ目的トセル場合トノ權衡上第五三四條第一項ノ類推適用アリ、仕事完成前ニ履行不能ト爲リタル場合及ヒ請負ト賣買ノ混合契約ナル場合ニハ丙説ニ從フヘキモノト解スルヲ相當トス。而シテ仕事完成前半成物ヲ滅失スルモ、更ニ同様ノ物ヲ完成スルコト可能ナル場合ハ履行不能ニ非サルカ故ニ、學問上ノ所謂危険負擔ノ問題ヲ生セスト雖モ、其滅失ハ全ク請負人ノ損失ニ歸スヘキモノトス。

六四七

六 注文者ノ協力義務

請負契約ニ因リ必ス生スヘキ注文者ノ義務ハ報酬義務ニ限ル。然レトモ仕事ヲ完成スル爲メ注文者ノ協力ヲ要スル場合ニ於テハ注文者ハ協力ノ義務ナキ乎。通説ハ

特約ナキ限り注文者此義務ヲ負ハスト爲スモノノ如シ(例、鳩山氏各論五九九頁、末弘氏各論七〇六頁以下)。然レトモ卑見ニ依レハ反對ノ意思表示ナキ限り注文者ハ此義務ヲ負フモノト解スルヲ相當トシ、當事者ノ意思ニモ適スルモノナリト信ス。但シ注文者ハ第六四一條ノ規定ニ從ヒ請負ヲ解除スルニ因リテ其協力義務ヲ免レ得ルコト勿論也。而シテ請負ヲ解除セス協力義務ヲ有スル以上、請負人カ協力ヲ求メタル場合ニ注文者カ故ナク協力ヲ怠ルトキハ注文者ノ不履行ト爲ルカ故ニ、請負人ハ第五四一條ノ規定ニ依リテ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘシ。惟フニ此協力義務ヲ認ムルコトハ仕事ノ進行ニ從ヒ分割シテ若クハ仕事完成ノ上報酬ヲ支拂フヘキ約定ノ場合ニ於テ請負人保護ノ爲メ殊ニ其必要アリ。蓋シ此協力義務ヲ認メサルトキハ、請負人カ履行ノ提供ヲ爲シ協力ヲ求メタル場合ニ注文者カ應セサルトキ注文者ハ債權者ノ遲滯ニ陥ルヘシト雖モ、之カ爲メ報酬ノ支拂期ニ付キ仕事ノ進行又ハ完成アリタルト同視スルハ請負人ノ保護ニ偏シテ注文者ニ酷ナル結果ヲ生スル不都合アリ。左レハトテ請負人ハ仕事ヲ約定ノ或程度マテ進行シ又ハ完成スルニ非サレハ報酬ヲ請求シ得サルモノナルカ故ニ、注文者協力セサルトキハ何時マテモ報酬ヲ請求シ得サルノ不都合アリ。然ルニ注文者ニ協力義務アリトスルトキハ、注文者カ契約ヲ解除セサル限り請負人ニ於テモ、協力義務ノ不履行ヲ理由トシテ契約ヲ解除シテ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘク、當事者ノ何レニ對シテモ右

ノ如キ不都合ヲ生セサルモノトス。
 七 仕事ノ目的物ノ受領ニ付テモ通説ハ注文者ニ其義務ナシト爲スモノノ如シ(例、鳩山氏前掲、末弘氏各論七〇七頁)。然レトモ余ハ四〇八、四〇九ニモ説明シタルト同様ノ理由ニ依リ注文者受領ノ義務ヲ負フモノト解スルノ正當ナルヲ信ス。

第三款 終了

一 請負ハ契約ノ一般的終了原因ニ因リテ終了ス。即チ解除、辨濟其他ノ原因ニ因リ請負人ノ請負契約上ノ債務消滅シタルトキハ之ニ因リテ請負ハ終了ス(五九七)。請負契約ノ解除ハ一般ノ契約解除ノ如ク回復的解除ニシテ、雇傭契約ノ解除カ將來ニ向テノ解除タルト其性質ヲ異ニス(一九五)。蓋シ請負ハ仕事ノ完成ヲ目的トスルモノニシテ、雇傭ノ如ク繼續的法律關係ヲ生セシムルモノニ非サルカ故ニ其解除ハ回復的解除タルヘキモノトス。
 二 請負ニ特殊ナル終了原因 是レ法律ニ認メタル特殊ノ解除ナリ。其性質ハ一般ノ解除ト同一ナルモ唯其要件ヲ異ニス。左ノ如シ。

- (1) 仕事ノ目的物ニ瑕疵アリテ之カ爲メニ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ、

請負ノ終了

注文者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得。但シ建物其他土地ノ工作物ニ付テハ此限ニ在ラス(民六三五尙ホ六三八ノ說明)。

(2) 請負人カ仕事ヲ完成セサル間ハ注文者ハ何時ニテモ損害ヲ賠償シテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得(民六四一)。此解除ノ要件トシテハ唯請負人カ未タ仕事ヲ完成セスト云フ事實ノミヲ以テ足り請負人ノ過失ノ有無ヲ問ハス(同旨正七、二、二〇、大判、民錄三四九頁以下、菅原)。又既に仕事ニ著手シタルト否トヲ問ハサルモノトス。此解除ニ因リテ注文者ハ不必要ト爲リタル仕事ヲ廢止シ得ルト同時に場合ニ依リテハ費用ノ節約ヲモ爲シ得ヘク、又請負人カ不信用ト爲リタルトキハ、此解除ヲ爲シテ更ニ信用アル他ノ者ニ請負ハシムルコトヲ得ヘク、解除セラレタル請負人ハ損害ノ賠償ヲ受ケ得ヘキカ故ニ民法カ此解除權ヲ認メタルハ相當也。

請負人カ仕事ヲ完成シタルトキハ注文者ハ第六四一條ニ依ル解除權ヲ有セス。請負人カ請負ニ係ル目的物ノ作成ヲ完了シタルトキハ未タ之ヲ引渡ササル場合ト雖モ、右立法上ノ理由ニ鑑ミ既ニ仕事ヲ完成シタルモノト解スヘキモノトス(同旨鳩山氏前掲)。

解除ヲ爲スニハ同時に損害賠償ノ提供ヲ爲スヲ要スルヤ否ヤニ付キ積極消極ノ二説アリ。消極説ヲ正當トス(同旨末弘氏各論七一八頁、明三七、一〇、一)。第六四一條ノ字句ヲ見レハ積極説ヲ正當ト

スルカ如クナルモ、豫メ損害賠償ノ額ヲ算定シテ之ヲ提供スルハ著シク困難ナル場合多カルヘク、而モ之ヲ必要トスルトキハ容易ニ解除スルコトヲ得ス、無用ノ仕事ヲ進メ無益ノ費用ヲ要スルコトトモ爲リ、同條カ解除權ヲ認メタル趣旨ニ反スル結果トモ爲ルヘキカ故ニ、同條ハ注文者ニ於テ單純ナル意思表示ニ因リテ解除シ得ルモ、之ニ因リ請負人ニ生シタル損害ハ之ヲ賠償スルヲ要ストノ趣旨ナリト解スルヲ相當トス。

損害賠償ノ範圍ニ付テハ特別ノ規定ナキモ、(一)解除ナクハ請負人ニ於テ得ヘカリシ純益及ヒ(二)解除ナクハ報酬ニ因リテ填補シ得ヘカリシ費用ノ額ナリト云ハサルヘカラス。例ヘハ一萬圓ニテ工事ヲ請負ヒ費用八千圓ヲ以テ其工事ヲ完成シ純益二千圓ヲ得ヘカリシニ、未タ準備ヲ爲サス、何等ノ費用ヲ支出セサル間ニ注文者解除シタルトキハ、賠償スヘキ損害額ハ金二千圓也。又既に工事ニ著手シ必要費五千圓ヲ支出シタル後解除セラレタル場合ニ於テハ、右ノ二千圓ニ此五千圓ヲ加ヘタル七千圓カ即チ賠償スヘキ損害額ト爲ル。反之、一萬圓ニテ請負ヒタルモ約旨ニ從ヒテ工事ヲ完成スルニハ一萬二千圓ヲ要スヘカリシ場合ニ於テ、既に工事ニ著手シ必要ノ費用ヲ投スルコト未タ二千圓ヲ超過セサル間ニ解除セラレタル場合ニハ、毫モ賠償スヘキ損害ナキモノト云ハサルヘカラス。蓋シ右二千圓ヲ超過セサル費用ハ請負ノ解除ナク仕事ヲ完成シテ報酬ヲ受

タルモ之ニ因リテ填補スルコトヲ得サル費用額ナルヲ以テ也。

此解除ト請負人ノ不履行ヲ理由トスル解除ノ意思表示トノ關係 注文者カ請負人ニ不履行アリト信シ、第五四一條所定ノ手續ニ依リテ解除ノ意思表示ヲ爲シタルモ、請負人ニ不履行ナキ爲メ同條ニ依ル解除トシテハ無効ナル場合ニ、其解除ノ意思表示ハ第六四一條ニ依リテ解除ノ效力ヲ生スヘキ乎。之ヲ積極ニ解スル學說アルモ(末弘氏各論七、一八頁註六一)、此說ヲ採ルトキハ注文者ハ自ら損害賠償ヲ請求シ得ルモノト信シテ解除ノ意思表示ヲ爲シタルニ、意外ニモ第六四一條ニ依リ却テ請負人ニ對シテ損害賠償ノ義務ヲ負フニ至ルコトアルヘク、又請負人ハ不履行ナキ故ニ解除ハ無効ナリト信シテ仕事ヲ進行シタルニ、意外ニモ既ニ解除セラレ居ル爲メ解除後ニ投シタル費用ニ付テハ損害賠償ヲ受ケ得サルカ如キ不都合ヲ生シ、全ク當事者ノ意思ニ反スル結果ヲ來スヘキカ故ニ積極說ハ正當ナラス、第六四一條ニ依リテ解除ノ效力ヲ生スルコトナシト爲ス消極說ヲ正當トス(同旨鳩山氏各論六〇三頁以下、明四四、一、二五、大判民錄五頁)。

(3) 注文者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ、請負人又ハ破産管財人ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得。此場合ニ於テハ請負人ハ其既ニ爲シタル仕事ノ報酬及ヒ其報酬中ニ包含セサル費用ニ付キ財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得。然レトモ各當事者ハ相手方ニ對シ解約ニ因リテ生シタル損害ノ

賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス(民六四二)。既ニ爲シタル仕事ノ報酬ト云フハ既ニ爲シタル仕事ノ割合ニ應シタル報酬也。故ニ此解除ハ必スシモ全部ノ解除ニ非スシテ、仕事未了ノ部分又ハ程度ニ付テノミノ解除也。其報酬中ニ包含セラレサル費用トハ仕事未了ノ部分又ハ程度ニ付テ既ニ支出シタル費用及ヒ支出セサルヘカラサル費用ヲ謂フ。例ヘハ仕事續行ノ爲メ材料ヲ運搬シタルニ其續行ヲ爲スニ至ラスシテ解除セラレタ場合ニハ、其運送ニ要シタル費用及ヒ逆送ノ費用ノ如キ是也。

右ノ解除權ヲ認メタル理由及ヒ損害ノ賠償ヲ請求シ得サル理由ハ貸借人及ヒ雇傭契約ニ於ケル使用者破産ノ場合ノ其レト同シ(五六九、六〇六ノ說明參照)。

第十節 委任

第一款 總說

委任 (mandatum, Mandat, Auftrag) ニ二種アリ。狹義ノ委任ト準委任ト是也。前者ハ法律行爲ヲ爲スコトノミヲ委託ノ目的トシ、後者ハ法律行爲ニ非サル事務ノ處理ヲ委託ノ目的トス。而シテ廣義ニ於テ委任ト云フトキハ、狹義ノ委任及ヒ準委任ヲ包含ス。ルマシマ法ノ認メタル委任ハ廣

義ノ委任也。余ハ次款ニ於テ先ツ狹義ノ委任ヲ説明シ、更ニ第三款ニ於テ準委任ヲ略説セント欲ス。

第二款 狹義ノ委任

第一項 概 念

六五六

委任トハ甲カ其信任スル相手方乙ニ對シ甲ノ爲メノ法律行爲ヲ乙ニ於テ爲スヘキコトヲ申込ミ乙亦甲ヲ信賴シ之ヲ承諾スルニ因リテ成立スル契約ヲ謂フ(四三三)。甲ヲ委任者ト云ヒ、乙ヲ受任者ト云フ。而シテ甲ノ右申込ハ即チ第六四三條ニ所謂委任也。然レトモ普通ノ用語例ニ於テ、法律行爲ヲ爲スコトノ委託ト云ヘハ、委任者ノ側ヨリ觀タル委任契約其モノヲ意味スルコトモアリ。委任ハ右ノ如ク委任者ノ申込ト受任者ノ承諾ニ因リテ成立スルヲ普通トスレトモ、受任者カ右ノ如ク委任者ノ爲メ法律行爲ヲ爲サンコトヲ申込ミ、委任者之ヲ承諾スルニ因リ若クハ雙方ノ申込ノ交叉ニ因リテモ成立シ得ヘキモノトス(八七乃至八九參照)。委任契約ノ概念(觀)ヲ更ニ分析シテ左ニ委任ノ性質ヲ説明スヘシ。

六五七

一 委任ハ受任者ニ於テ委任者ノ爲メ法律行爲ト云フ事務ヲ爲スコトヲ目的トスル契約也。事

務ヲ爲ストハ事務ヲ處理スト云フニ同シ。事務ヲ處理ストハ多少自己ノ意見ニ依リテ事務ヲ處理スルコトヲ謂フ。委任ハ此點ニ於テ雇傭ト相違ス(五七六參照)。

六五八

二 委任ハ信任關係ニ基ク契約也。即チ當事者互ニ信賴シ殊ニ委任者カ受任者其人ニ信賴シ受任者ヲシテ自ラ委任者ノ事務ノ處理ヲ爲サシムルコトヲ目的トス。此點ニ於テ委任ハ請負ト相違ス(六一二參照)。

六五九

三 委任ハ本來委任者自ラ爲スヘキ法律行爲ヲ便宜上受任者カ委任者ニ代リ委任者ノ爲メニ其法律行爲ヲ爲スコトヲ目的トスル契約也。而シテ委任タルカ爲メニハ其法律行爲ヲ委任者ノ名ニ於テ爲スト受任者ノ名ニ於テ爲ストヲ問ハサルモノトス。

六六〇

四 委任者ノ爲メ法律行爲ヲ爲スヘキ債務ヲ受任者カ負擔スルコトハ委任ノ缺クヘカラサル效力也。故ニ委任カ委任トシテ完全ナル效力ヲ生スルニハ受任者モ亦能力者タルコト又ハ若シ無能力者ナルトキハ能力ノ補充(例ヘハ法定代理ノ同意)アルコトヲ要ス。

法律行爲ハ原則トシテ委任ノ目的タルコトヲ得。然レトモ性質上代理ヲ許ササル法律行爲ハ亦委任ノ目的タルコトヲ得サルモノトス。例ヘハ婚姻、養子縁組、離婚、離縁ノ如キ親族法上ノ法律行爲是也。

五 委任ト代理權ノ授與ノ關係 委任ト代理權ノ授與トハ必スシモ常ニ相伴フモノニ非ス。即チ受任者ノ名ニ於テ法律行為ヲ爲スヘキコトヲ委任シタル場合ニハ代理權ノ授與ナキモノ也。又相手方ニ法律行為ノ代理權ヲ授與スルモ相手方カ其法律行為ヲ爲スヘキ義務ヲ負ハサル場合ニハ委任ナキモノ也。而シテ受任者タルト否トヲ問ハス、代理權ヲ有スル者カ本人ノ名ニ於テ爲シタル法律行為ハ直接本人ニ效果ヲ生シ代理權ヲ有スルト否トヲ問ハス。受任者カ委任ノ範圍内ニ於テ自己ノ名ヲ以テ爲シタル法律行為ハ直接受任者ニ其效果ヲ生シ、受任者ハ更ニ其效果ヲ本人ニ歸セシメ得ルモノトス。

六 委任ハ原則トシテ片務且ツ無償契約也。蓋シ受任者ハ特約アルニ非サレハ委任者ニ對シテ報酬ヲ請求シ得サルモノナレハ也(民六四)。(八、二) 報酬ノ特約ハ必スシモ明示タルヲ要セス。而シテ報酬ノ特約アルトキハ其委任ハ雙務且ツ有償契約ト爲ル。然レトモ費用ノ償還カ報酬タラサルハ勿論、事務處理ノ對價ニ非サル委任者ノ給付ハ報酬ニ非ス。斯ル給付ハ多クハ贈與タルヘク、此場合ニハ無償委任ト贈與ト併存スルモノトス。

七 委任ハ諾成且ツ不要式契約也。即チ委任ハ當事者雙方ノ意思表示ノミニ因リテ成立シ何等特別ノ方式ヲ要セサルモノトス。法律行為ノ代理ニ付キ普通用ヒラルル委任狀ハ代理權授與ノ證

明書タルニ過キス。

第二項 效力

第一目 受任者ノ義務

一 委任事務處理ノ義務 受任者ノ主タル義務ハ委任ノ本旨ニ從ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ委任事務ヲ處理スル義務ニシテ(民六四)。(四、四) 之ニ對應スル委任者ノ權利ハ亦其主タル權利也。委任ノ本旨ニ從ヒトハ、結局受任者ノ債務ノ本旨ニ從ヒト云フト同一ナルモ、委任契約ヲ爲シタル目的カ受任者ニ示サレタル場合又ハ受任者之ヲ知レル場合ニ於テハ其目的ニ適スル様ニ事務ヲ處理スルヲ要スト云フ趣旨ナル故、此趣旨ヲモ表ハス爲メニハ債務ノ本旨ニ從ヒト云フヨリモ、委任ノ本旨ニ從ヒト云フヲ以テ一層適切ナリトス。故ニ事務處理ノ方法ニ付キ委任者ノ指圖アル場合ト雖モ、之ニ從フコトカ事務ノ處理其モノ又ハ右ノ目的ニ適セサルコトヲ知ルトキハ、受任者ハ其旨委任者ニ告ケテ指圖ノ變更ヲ求ムルコトヲ要シ、若シ斯ル手續ヲ執ル餘裕ナキトキハ、事務ノ處理其モノ又ハ右ノ目的ニ適應スル臨機ノ處置ヲ執ルヘキ義務ヲ負フモノト解セサルヘカラス(獨民六六五參照。委任者ノ指圖後事情ノ變更アリタル場合ニ付キ同旨鳩。山氏各論六一五頁、末弘氏各論七五九頁、岩田氏法協三五卷九號一六〇頁)。善良ナル管理者ノ注意ノ意義ニ付テハ拙著總論一一〇ニ於テ説明シタリ。

委任ハ信任關係ニ基クモノナレハ、受任者ハ原則トシテ自ら事務ヲ處理スルヲ要ス、但シ補助者トシテ第三者ヲ使用スルヲ妨ケス。然レトモ委任者ノ許諾ヲ得タルトキハ復委任ヲ爲シ得ルコト勿論也。又已ムコトヲ得サル事由アルトキハ第一〇四條ノ類推ニ依リ復委任ヲ爲スコトヲ得ヘク、其復受任者ノ選任及ヒ監督ニ付テハ第一〇五條ノ規定スルト同一ノ責任ヲ負フモノト解スルヲ相當トス(同旨横田氏各論六一九頁以下、末弘氏各論七六〇頁、鳩山氏各論六一六頁等)。通説也。學者或ハ委任者ハ復受任者トノ關係ニ於テハ第一〇七條第二項ノ類推適用ナク、委任者ハ唯第四二三條ニ依リ復受任者ニ對シ事務處理ヲ請求シ得ルニ過キスト爲ス(鳩山氏各論六一七頁)。惟フニ受任者カ委任者ノ何人ナルカ又ハ復委任ナルコトヲ示サスシテ復委任ヲ爲シタル場合ニ付テハ此學說正當ナルモ、右ノ兩事項ノ一ヲ復受任者ニ示シテ復委任ヲ爲シタル場合ニ於テハ第一〇七條第二項ノ類推適用アリト解スルノ正當ナルヲ信ス。蓋シ代理人甲カ本人乙ノ名ニ於テ即チ本人ヲ代理シテ丙ニ代理權ヲ授與シタル場合ニハ丙ハ復代理人ニ非ス。唯甲カ乙ノ代理人ナルコトヲ示シ、乙ヲ代理スヘキ代理權ヲ甲カ自己ノ名ニ於テ丙ニ授與シタル場合ニ丙カ乙ノ復代理人ト爲ルモノニシテ(同旨同氏民法全書二九七頁以下)。此場合ニ右條項ノ適用アルモノナル處、甲カ乙ノ受任者ナルコトヲ示シ乙ノ事務ヲ處理スヘキコトヲ甲カ自己ノ名ニ於テ丙ニ委任シタル場合ニハ、丙ハ乙ノ氏名ヲ告ケラレタルト否トヲ問ハス、乙ノ委任ノ本旨ニ從ヒ

テ受任事務ヲ處理スルヲ要スルモノト解スルヲ相當トシ、其關係右復代理ノ場合ト同様ナルヲ以テ也。

二 委任事務處理ノ義務ニ從屬シ又ハ隨伴スル義務 如何ナル事項カ委任事務ノ範圍ニ屬スルカハ委任ノ趣旨ヲ解釋シテ決スヘキモノトス。而シテ委任事務處理ノ義務其モノニハ非サルモ之ニ從屬スル義務又ハ之ニ隨伴シテ生スル義務アリ。左ノ如シ。

(1) 受任者ハ委任者ノ請求アルトキハ何時ニテモ委任事務處理ノ狀況ヲ報告シ又委任終了ノ後ハ遲滞ナク其顛末ヲ報告スルコトヲ要ス(四五六)。然レトモ此規定ハ強行法規ニ非サルカ故ニ之ニ異ナル特約ヲ爲スヲ妨ケス。

(2) 受任者ハ委任事務ヲ處理スルニ當リテ受取リタル金錢其他ノ物及ヒ其收取シタル果實ヲ委任者ニ引渡スコトヲ要ス(六六四)。例ヘハ物ノ賣渡契約又ハ買受契約ノ締結ノ委任ヲ受ケタルニ過キサル受任者カ、其締結ヲ爲シタル際買主ヨリ代金ヲ受取リ又ハ賣主ヨリ物ノ引渡ヲ受ケタルトキハ、其代金又ハ物ノ受領ハ委任事務ノ範圍ニ屬セサルモ、通常委任事務ノ處理ニ隨伴シテ生シ易キ事柄ナルカ故ニ、右條項ハ斯ル場合ニ付テ規定シ其受取リタル金錢其他ノ物ヲ委任者ニ引渡スコトヲ要スト爲シタル也。果實ヲ收取シタルトキハ天然果實タルト法定果實タルトヲ問ハス、

之ヲ委任者ニ引渡スコトヲ要ス。而シテ右ノ如キ買賣契約ノ締結ノミナラス、締結ノ結果代金又ハ物ヲ受領シ之ヲ委任者ニ引渡スコトヲ委託シタル場合ニハ、狹義ノ委任及ヒ準委任併存スルモノニシテ、締結ヨリ引渡ニ至ルマテ總テ第六四四條第六五六條ノ適用アルカ故ニ、第六四六條第一項ハ適用ノ餘地ナキモノトス。事務處理ノ爲メ委任者ヨリ受取リタル金銭其他ノ物モ其必要ナキニ至リタルトキハ、之ヲ委任者ニ返還スルヲ要スルコト勿論ナルモ、此金銭其他ノ物ニ付テハ第六四六條第一項ノ適用ナキモノトス(反對鳩山氏各論六一八頁末弘氏各論七六一頁)。蓋シ此場合ハ其金銭其他ノ物ニ付テハ委任事務處理ノ爲メ處分シ剩餘ヲ生シタルトキハ、之ヲ委任者ニ返還スヘキコトノ準委任併存シ總テ委託ノ範圍内ニ屬スルモノト解スルヲ相當トスレハ也。

引渡時期ニ付テハ法律ニ特別ノ規定ナシ。故ニ特別ノ事情又ハ特約ナキ限り期限ノ定ナキ債務ニシテ、委任者ノ催告ニ因リ債務者遲滞ニ陥ルモノト解セサルヘカラス。第六四七條ノ規定ヨリ推考スレハ此事一層明カ也(同旨鳩山氏各論六一九頁)。

(3) 委任者カ委任者ノ爲メニ自己ノ名ヲ以テ取得シタル權利ハ之ヲ委任者ニ移轉スルコトヲ要ス(民六四六、二)。惟フニ委任者カ此權利ヲ委任者ニ移轉スルコトハ、委任ノ本旨ヨリ云ヘハ委任事項ノ範圍内ニ屬スト云フヲ得サルニ非サルモ、他ノ一面ヨリ觀レハ委任者カ自己ノ有スル權利ヲ委任者

ニ移轉スルハ性質上委任者ノ事務ニ非ス、隨テ委任事項ニ非ストモ云ヒ得サルニ非ス。是レ特ニ第六四六條第二項ノ規定ヲ設ケタル所以ナルヘシ。而シテ委任者ノ爲メ自己ノ名ヲ以テ取得シタル權利ヲ委任者ニ移轉スルニハ必スシモ取得後ニ於テ特ニ其移轉行爲ヲ爲スヲ要スルモノニ非ス。委任契約ト同時ニ又ハ其後ニ於テ豫メ權利移轉ノ契約ヲ爲シ置クトキハ、委任者カ權利ヲ取得スルト同時ニ其權利ハ當然委任者ニ移轉スヘキモノトス(同旨正四、一〇、一六、大判、民錄一七〇五頁、正七、四、二九、大判、民錄七八五頁、鳩山氏各論六二〇頁)。委任者カ代理權ヲ有シ本人ノ名ニ於テ權利ヲ取得シタル場合ニ於テハ之カ移轉ヲ要セサルコト勿論也。

(4) 委任者カ委任者ニ引渡スヘキ金額又ハ其利益ノ爲メニ用フヘキ金額ヲ自己ノ爲メニ消費シタルトキハ、其消費シタル日以後ノ利息ヲ支拂フコトヲ要ス、尙ホ損害アルトキハ其賠償ノ責任ス(民六四七)。而シテ右ノ金額ハ委任者ヨリ受取リタルモノナルト第三者ヨリ受取リタルモノナルトヲ問ハサル也。委任者カ之ヲ自己ノ爲メニ消費スルハ即チ背任又ハ横領ノ行爲タルヲ普通トスルカ故ニ、民法ハ委任者ニ故意過失ノ有無ヲ問ハス其消費ノ日以後ノ利息ヲ支拂フコトヲ要スルモノトセリ。消費シタル金額ノ支拂ヲ要スルヤ言フヲ俟タス。利息ハ法定利息也。而シテ右ノ元利ヲ支拂フモ尙ホ損害アルトキハ其損害ヲ賠償セサルヘカラス。然レトモ右ノ諸點ニ付キ特約ア

ルトキハ之ニ從フヘキコト勿論也。

第二目 委任者ノ義務

一 委任者ニハ委任カ有償タルト無償タルトヲ問ハス、次ニ述フル四種ノ義務アリ。

六七二

(1) 費用前拂ノ義務 委任事務ヲ處理スルニ付キ費用ヲ要スルトキハ委任者ハ受任者ノ請求ニ因リ其前拂ヲ爲スコトヲ要ス(四九)。蓋シ相當ノ規定也。但シ特約アルトキハ之ニ從フヘキコト勿論トス。受任者ハ右ノ規定ニ依リ前拂ノ請求權ヲ有シ、委任者カ應セサルトキハ訴ニ依リテ強制スルコトヲ得ヘク、又其支拂ヲ受クルマテ委任事務ヲ處理セサルハ正當ノ理由ニ基クモノト云フヲ得ルカ故ニ遲滯ノ責ヲ負ハス。左レハ委任者ハ受任者カ未タ事務ノ處理ニ著手セサルノ故ヲ以テハ費用ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス。

六七二

(2) 立替費用償還ノ義務 受任者カ委任事務ヲ處理スルニ必要ト認ムヘキ費用ヲ出シタルトキハ、委任者ニ對シテ其費用及ヒ支出ノ日以後ニ於ケル其利息ノ償還ヲ請求スルコトヲ得(一六五)。即チ委任者ハ右償還ノ義務ヲ負フモノトス。是レ亦相當ノ規定也。而シテ必要ト認ムヘキ費用トハ客觀的ニ必要ナリシ費用ニ限ラス、受任者カ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ支出ノ當時必要ナリト認メタル費用ヲ謂フモノトス。

六七三

(3) 受任者ノ債務ヲ辨濟スル義務 受任者カ委任事務ヲ處理スルニ必要ト認ムヘキ債務ヲ負擔シタルトキハ、委任者ヲシテ自己ニ代リテ其辨濟ヲ爲サシメ、又其債務カ辨濟期ニ在ラサルトキハ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得(一六五)。即チ委任者ハ右ノ辨濟ヲ爲シ又ハ擔保ヲ供スル義務ヲ負フモノトス。是レ亦相當ノ規定也。右ニ所謂「必要ト認ムヘキ」ノ意義ハ(2)ニ於テ説明シタルト同シ。又「自己ニ代リテ其辨濟ヲ爲サシメ」トハ「受任者カ其債務ヲ免脱スヘキ行爲ヲ爲サシメ」ト云フ意味ニシテ辨濟ニ限定シタルモノニ非ス。擔保ハ受任者自ラ出捐シテ右ノ債務ヲ消滅セシメタル場合ニ委任者ニ對シテ取得スヘキ求償權ノ擔保也。

六七四

(4) 損害賠償義務 受任者カ委任事務ヲ處理スル爲メ自己ニ過失ナクシテ損害ヲ受ケタルトキハ、委任者ニ對シテ其賠償ヲ請求スルコトヲ得(一六五)。即チ委任者ハ右賠償義務ヲ負フ。此損害賠償權ノ成立ニハ二ツノ要件アリ。左ノ如シ。

(a) 損害カ委任事務處理ノ爲メ生シタルコトヲ要ス。處理ノ際生シタル損害ノ義ニハ非ス。即チ處理ノ際生シタル損害ニテモ、處理ノ爲メニ生シタル損害ニ非サルトキハ賠償債權成立セス、處理ノ爲メト云フハ處理スルニ付テト云フニ同シ。例ヘハ委任事務處理ノ爲メ旅行中汽車顛覆シテ負傷シ損害ヲ受ケタルカ如キ場合ニ於ケル其損害ハ即チ委任事務處理ノ爲メ受ケタル損害ト云

ヲ得ヘキモ、右旅行ノ際自己ノ用件ニテ途中下車シ名勝見物ノ際自動車衝突シテ負傷スルモ、其損害ハ委任事務處理ノ爲メ受ケタルモノト云フヲ得ス。又委任事務處理ノ際受ケタル損害ニテモ、例ヘハ受任者ニ過失ナキモ之ヲ怨ム人アリテ追跡シ委任事務處理ノ際受任者ヲ毆打シテ負傷セシムルモ、其損害ハ委任事務處理ノ爲メ生シタル損害ニ非ス。

(b) 受任者ニ過失ナキコトヲ要ス。即チ委任事務處理ノ爲メ受ケタル損害ニテモ其損害カ受任者ノ過失ニ因ルトキハ賠償債權成立セス。

右(a)(b)ノ二要件具備スルトキハ損害賠償債權成立ス。而シテ委任者ニ過失アルコトヲ要セサルモノトス。蓋シ委任事務ハ本來委任者自ラ處理スヘキモノヲ便宜上受任者ヲシテ代リテ處理セシムルモノナルカ故ニ、右ノ「結果責任」ヲ認メタルハ相當也。ふらんす民法第二〇〇〇條モ亦此責任ヲ認ム。

六七五

二 報酬支拂義務 是レ有償委任ニ特殊ナル委任者ノ義務ニシテ、受任者ノ委任事務處理ノ義務ト對價的且ツ交換的關係ニ立ツモノ也。報酬ノ内容ニ付テハ民法ニ制限ナシ。故ニ金錢ノ給付タルト其他ノ給付タルトヲ問フコトナシ。然レトモ勞務ノ給付ヲ以テ報酬ト爲ストキハ委任ト雇傭ノ混合契約ト爲リ、仕事ノ完成ヲ以テ報酬ト爲ストキハ委任ト請負ノ混合契約ト爲ルヘシ。報

酬支拂ノ方法及ヒ時期ニ付テモ何等ノ制限ナシ。故ニ特約ヲ以テ如何様ニモ定ムルコトヲ得。特約ナキトキハ委任履行後ニ非サレハ請求スルコトヲ得ス。但シ期間ヲ以テ報酬ヲ定メタルトキハ其期間經過後ニ於テ初メテ請求スルコトヲ得(民六四八、二)。

委任カ受任者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ其履行ノ半途ニ於テ終了シタルトキハ、受任者ハ其既ニ爲シタル履行ノ割合ニ應シテ報酬ヲ請求スルコトヲ得(民六四八、三)。蓋シ委任ハ請負ノ如ク必スシモ結果ノ發生ヲ目的トセス、事務ノ處理其モノヲ目的トスルモノナレハ、右ノ如クニシテ委任終了シタル場合ニハ、割合ニ應シテ報酬ヲ支拂ハシムルヲ妥當トスレハ也。然レトモ此點ニ付キ特約アルトキハ之ニ從フヘキコト勿論也。

右ノ場合ト異ナリ委任カ受任者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ其履行ノ半途ニ於テ終了シタルトキハ受任者ハ報酬請求權ヲ有セス。是レ第六四八條第三項ノ規定ニ徴シテ疑ナキ所也。委任ノ履行著手前右ノ事由ニ因リ終了シタル場合ニ報酬請求權ヲ有セサルコト言フヲ俟タス。委任カ受任者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ終了ストハ、例ヘハ受任者ノ不履行ニ因リ委任者カ委任ヲ解除シタル場合ノ如シ。然レトモ期間ヲ以テ報酬ヲ定メタル場合ニ委任履行ノ部分ノ期間ニ對シテ支拂ハレタル報酬ハ返還ヲ要セサルモノト解セサルヘカラス(同旨鳩山氏各論六二六頁)。蓋シ此場合ニハ右報酬ハ當

六七六

該期間ノ委任事務處理ニ對スル報酬ニシテ、此部分ニ付テハ雙方ノ債務履行済ニシテ、委任ハ唯履行未了ノ部分ニ付テノミ其儘消滅シタルモノト解スヘキモノナルヲ以テ也。

第三項 終了

六七七

一 委任ハ一般ノ契約ニ共通ノ終了原因、例ヘハ委任事務ノ終了、履行不能、終期ノ到來、不履行ニ基ク解除等ニ因リテ終了スル外尙ホ委任ニ特殊ナル終了原因アリ。左ノ如シ。

(1) 特別ノ理由ヲ要セサル解除 委任ハ各當事者ニ於テ何時ニテモ解除スルコトヲ得(民六五)此解除ハ學者ノ所謂告知ニ屬シ委任ノ消滅原因トシテ最重要ナルモノ也。此ニ何時ニテモ解除スルコトヲ得トハ、已ムコトヲ得サル事由又ハ相手方ノ債務不履行等何等特別ノ理由アルコトヲ要セスシテ任意ニ解除シ得ルコトヲ謂フ也。民法カスル規定ヲ設ケタルハ委任カ當事者相互間ノ信任關係ニ基クモノナルヲ以テ也。而シテ解除ヲ爲シタル當事者ハ解除ニ因リ相手方ニ損害ヲ生スルモ、之カ賠償ノ責任ナキヲ原則トシ、唯相手方ノ爲メニ不利ナル時期ニ於テ解除シタル場合ニ於テノミ其損害ヲ賠償スルヲ要スルモ、已ムコトヲ得サル事由アリタルトキハ此限ニ在ラサルモノトス(民六五)。而シテ右損害賠償ノ責任スルニハ解除ヲ爲セル者ニ於テ其解除ノ時期カ相手方ニ不利ナルコトヲ知り又ハ知ラサルニ付キ過失アリタルコトヲ要スヘキ乎。學者或ハ之ヲ要セ

スト爲シ(鳩山氏各論、六三〇頁)、或ハ疑問ノ餘地アルモ法文上之ヲ要スト解スルノ根據毫モ存在セスト爲ス(末弘氏各論七、七五頁以下)。然レトモ此場合ニ特ニ無過失責任ヲ認ムヘキ妥當性アルコトナク、又故意過失ナキニ拘ラス其解除ニ因リテ生シタル損害ハ如何ナル特別ノ事情ニ因ル損害ニテモ、之カ賠償ノ責任アリト爲スノ到底穩當ナラサルヲ思ヒ、且ツ債務不履行及ヒ不法行爲ノ場合トノ權衡ヲ考フレハ知り又ハ知ラサルニ付キ過失アリタルコトヲ要スルモノトスル法意ナリト解スルノ正當ナルヲ信ス(民四一五、四一六、四一九、二、七〇九及ヒ本書九八三以下参照)。

六七八

相手方ノ爲メニ不利ナル時期トハ委任者ニ付テ云ヘハ委任者自ラ其事務ヲ處理スル能ハス且ツ他人ヲシテ遲滯ナク之ヲ處理セシムルコト能ハス之カ爲メ損害ヲ生スヘキ場合ヲ謂フ。又委任者ニ付テ云ヘハ其適例ヲ想像スルコト容易ナラサルモ、例ヘハ十二月末迄引續キ六ヶ月以上委任者タル者ニハ一定ノ贈與ヲ爲スヘキ規約アリ、而シテ五月ヨリ一年間ノ契約ニテ委任ヲ受ケタル者アリトセハ、十二月末前ニ於テ解除セラルトキハ其委任者ハ右ノ贈與ヲ受ケ得サルノ不利益アリ、故ニ十二月末前ニ於ケル解除ハ即チ受任者ノ爲メニ不利ナル時期ニ於ケル解除也。反之、一ノ法律行爲ヲ爲スコトヲ委任セラレ其法律行爲ヲ爲ス爲メノ旅行中ニ解除セラレ受任者自ラ歸途ノ旅費ヲ支出セルカ如キ場合ハ、第六五一條ニ所謂不利ナル時期ニ於テ解除セラレタルモノト云

ヲ得ス(反對鳩山氏前掲)。斯ル費用ハ受任者カ委任事務ヲ處理スル爲メ自己ニ過失ナクシテ受ケタル損害ニシテ第六五〇條第三項ニ依リ其賠償ヲ請求シ得ヘク、委任者ハ已ムコトヲ得サル事由アル爲メ解除シタル場合ト雖モ、之カ賠償ノ責ヲ免ルルコトヲ得サルモノト云ハサルヘカラス。殊ニ受任者カ右旅行ノ爲メ汽車往復ノ乗車券ヲ買求メタルカ如キ場合ヲ考フレハ其復リノ汽車賃モ亦委任事務處理ノ爲メ必要ト認メテ支出シタル費用ナルカ故ニ、假令目的地ニ到着シ委任事務ノ處理ニ取掛ラントスル際解除セラレタル場合ト雖モ、第六五〇條第一項ニ依リテ其償還ヲ請求シ得ルコト疑ナカルヘシ。果シテ然ラハ片道乗車券ヲ買求メテ右ノ旅行ヲ爲シタルモノトスルモ其歸途ノ汽車賃ノ償還ヲ受ケ得サルノ道理ナク、唯此汽車賃ハ委任事務ノ處理ニ必要ト認ムヘキ費用ナリト云フヲ得サルカ故ニ、同條第一項ニ依リテハ其償還ヲ請求シ得サルモ同條第三項ニ依リテ其賠償ヲ請求シ得ルモノト云ハサルヘカラス。然ルニ若シ右ノ解除ヲ以テ受任者ノ爲メニ不利ナル時期ニ於ケル解除ナリトセンカ、委任者カ已ムコトヲ得サル事由アリテ解除シタル場合ニハ受任者ハ右歸途ノ汽車賃ノ賠償ヲ受ケ得サルコト爲リ不公平不穩當ナルコト疑ノ餘地ナカルヘシ。已ムコトヲ得サル事由アリヤ否ヤハ、各個ノ場合ニ付テ決スヘキモノナルモ、例ヘハ受任者カ疾病ノ爲メ事務ヲ處理スル能ハス、委任者カ廢業ノ結果委任事務處理ノ必要ナキニ至リタルカ如

キ場合ハ已ムコトヲ得サル事由アルモノト謂フヘシ。但シ委任ヲ解除センカ爲メ特ニ其疾病ヲ招キ又ハ廢業シタルカ如キ場合ヲ除外スヘキコト勿論也。

當事者カ相手方ニ債務ノ不履行アルコトヲ理由トシ、第五四一條所定ノ手續ニ依リ委任解除ノ意思表示ヲ爲シタルモ、事實上債務ノ不履行ナク又ハ催告ニ相當ノ期間ヲ定メサリシ爲メ同條ニ依リテハ解除ノ效力ヲ生セサル場合ニ、第六五一條第一項ニ依ル解除トシテ效力ヲ生スヘキヤ否ヤニ付テハ積極說アルモ(未弘氏各論七七三頁、正三、六、四、大判、民錄五五一頁)前ニ請負ニ付キ六五三ニ述ヘタルト同一ノ理由ニ依リ消極說即チ第六五一條第一項ニ依ル解除トシテモ效力ヲ生セサルモノト解スルヲ相當トス(同旨鳩山氏各論六三〇頁)。

委任ノ解除權ハ拋棄シ得ルヤ。當事者カ第六五一條ノ規定ニ反シ、委任ヲ解除セサル旨特約シタルトキハ其特約ハ有效ナリヤ。通說ハ斯ル特約ハ原則トシテ無効ナルモ、唯委任カ受任者ノ利益ヲモ目的トシテ締結セラレタルトキハ例外トシテ有效ナリト爲ス(横田氏各論六四六頁以下、未弘氏各民錄六八七頁、正六、一、二〇、大判、民錄七二頁、正九、四、二四、大判、民錄五六二頁)。鳩山氏(各論六三、一頁)ハ之ト異ナリ第六五一條ヲ強行法規ニ非スト解シ、之ニ反スル特約ハ公序良俗ニ反スル特別ノ場合ヲ除キ原則トシテ有效ナルモノト爲ス。然レトモ惟フニ委任ハ當事者間ノ信任關係ニ基クモノニシテ、委任事務ハ本來本人ノ爲スヘキ事務

ナルカ故ニ、既ニ信任ヲ失ヒタル受任者カ委任者タル本人ノ意思ニ反シテモ尙ホ其事務ヲ處理シ得ルモノト爲シ又ハ受任者カ信任セサル本人ノ爲メ其事務ヲ處理スヘキ義務ヲ免ルルノ途ナカラシムルハ委任ノ本質ニ反ス。殊ニ代理ヲ委任シタル後當事者ノ一方カ重大ナル破廉耻ノ行爲ヲ爲シ斯ル者ヲ代理人ト爲シ置クコト又ハ斯ル者ノ代理人タルコトカ自己ノ名譽ト信用トヲ害スルコト著シキ場合ニ於テモ、偶々解除權拋棄ノ特約アル爲メ代理權ノ授與ヲ撤回シ得サルモノト解スヘキ理由アルコトナク、隨テ其委任ヲ解除スルコトヲ得スト爲スノ妥當ナラサルコト明カ也。故ニ余ハ第六五一條第一項ハ強行法規ニシテ、同條ニ依ル解除權ヲ拋棄スル特約ハ其效ナキモノト解スルノ正當ナルヲ信ス。

(2) 委任者又ハ受任者ノ死亡 委任ハ當事者間ノ信任關係ニ基クモノナレハ當事者ノ死亡ニ因リテ終了ス(民六五三前段)。而シテ此規定ニ反スル特約ノ效力ニ付キ學者或ハ其特約ト告知權拋棄ノ特約ト結合セル場合ニハ委任ノ本質ニ反スルモノトシテ無効ト解スヘキモ、然ラサル場合ニ於テハ有效ト解スヘキモノト爲ス(鳩山氏各論六二七頁)。然レトモ當事者死亡ノ結果如何ナル人カ相續スルヤ不明ナルニ拘ラス、委任カ相續人ニ及フト爲スハ信任關係ヲ基礎トスル委任ノ本質ニ反ス、或ハ委任ハ相續人ニ及フトスルモ相續後信任セサルトキハ、何時ニテモ解除シ得ルカ故ニ妨ケナキカ如キ

觀ナキニ非スト雖モ、解除ノ意思表示ハ右相續人ニ對シテ爲スヲ要スルニ拘ラス、其相續人又ハ其居所分明ナラサル爲メ右ノ意思表示ヲ爲ス能ハサル間ニモ其相續人ニ因リ事務ヲ不適當ニ處理セラルルカ如キコトモアルヘク、又受任者カ事實上信任關係ナキ相續人ノ爲メ委任事務處理ノ義務ヲ負フト爲スハ妥當ナラサルカ故ニ、解除權アルノ故ヲ以テ第六五三條前段ニ反スル特約ヲ有效ノモノト解スルハ宜シキヲ得タルモノニ非ス(但シ商二六八ニハ特別ノ規定アリ、又獨民六七二ハ委任ハ特約委任ハ特約ナキ限り受任者ノ死亡ニ因リテ消滅セスト爲シ、獨民六七三ハ委任ハ特約ナキ限り受任者ノ死亡ニ因リテ消滅セスト爲ス)。

委任ハ信任關係ニ基クモノナレハ死亡以外ノ原因、例へハ隱居、入夫婚姻等ニ因リ相續開始スルモ消滅セス。然レトモ委任事項カ相續ニ因リ相續人ニ移轉シタル權利關係ヲ目的トスルトキハ委任ヲ解除スルニ付キ已ムコトヲ得サル事由アル場合ニ該當スヘシ。

(3) 破産 委任ハ委任者又ハ受任者ノ破産ニ因リテモ終了ス(民六五三中段)。是レ亦委任カ信任關係ニ基ケルヲ以テ也。然レトモ破産者タルコトハ其者カ委任ヲ受クルノ妨ト爲ラス。又受任者ノ破産スヘキコトヲ豫期シナカラ尙ホ且ツ其受任者ヲ信任スルコトハアリ得ヘキコトナルカ故ニ、受任者破産宣告ヲ受クルモ委任終了セサルモノトスル特約ハ有效ナリト云ハサルヘカラス(同旨鳩山二八頁、末弘氏各論七七二頁等)。反之、委任者破産シタル場合ニ從來ノ委任關係ヲ存續セシムヘキ特約ハ無効ナルヲ

原則トスレトモ、破産財團ニ關係ナキ事項ノ委任ナルトキハ、委任者破産スルモ委任ヲ終了セシメサル特約ハ有效ナリト解セサルヘカラス(破七)。而シテ特約ナキトキハ破産財團ニ關係ナキ委任ノ場合ト雖モ委任ハ委任者ノ破産ニ因リ終了スルモノト解セサルヘカラス(反對加藤氏志林一)。蓋シ此解釋ハ第六五三條ノ明文ニ適合スルノミナラス、若シ終了セサルモノトスルトキハ委任者ハ第六四九條第六五〇條ニ依ル權利ヲ行フコト極メテ困難ト爲ルモ尙ホ其受任事務ヲ遂行セサルヘカラサル義務ヲ負フト云フ不公平ナル結果ヲ生スヘケレハ也。

(4) 受任者ノ禁治産(民六五)

委任ハ信任關係ニ基クモノナルニ、禁治産ノ宣告ハ心神喪失ノ常況ニ在ル者ニ對シテ爲スモノナルカ故ニ(七)、受任者カ此宣告ヲ受ケタル場合ニ委任終了スト爲シタルハ洵ニ相當也。受任者此宣告ヲ受クルモ委任終了セストノ特約ハ之ヲ無効トスヘキ理由ナシト雖モ、受任者カ心神喪失ノ常況ニ陥ルモ尙ホ其信任ヲ繼續セントシテ右ノ如キ特約ヲ爲ス委任者ハ實際上稀有ナルヘシ。

受任者禁治産ノ場合ト異ナリ、委任者ニ對スル禁治産ノ宣告ハ委任終了ノ原因ト爲ラス。蓋シ後見人ハ法定代理人ニシテ、從來本人カ受任者ニ對シテ有シタル信任ハ後見人モ之ヲ繼續スルヲ原則トスヘク、受任者ニ於テモ從來直接委任者本人ニ對シテ有シタル信用ハ爾後後見ニ付シアル

本人ニ對シテ有スルヲ普通トスヘキヲ以テ也。

二 委任解除ノ效力

委任ヲ解除シタルトキハ、其解除ハ第五四一條以下ノ規定ニ依ルト第六五一條ノ規定ニ依ルトヲ問ハス將來ニ向テノミ其效力ヲ生ス。但シ當事者ノ一方ニ過失アリタルトキハ之ニ對スル損害賠償ノ請求ヲ妨ケス(民六五二)。

三 委任終了後ノ處置

委任終了ノ場合ニ於テ生シ得ヘキ當事者ノ損害ヲ防止スル爲メ民法ハ二個ノ特別規定ヲ設ケタリ。

(1) 委任終了ノ場合ニ於テ急迫ノ事情アルトキハ受任者、其相續人又ハ法定代理人ハ委任者、

其相續人又ハ法定代理人カ委任事務ヲ處理スルコトヲ得ルニ至ルマテ必要ナル處分ヲ爲スコトヲ要ス(民六)。學者或ハ民法カ此義務ヲ認メタルハ即チ委任ヲ繼續セシムルモノナリト解ス(横田氏各頁鳩山氏各論六三二頁、反對末弘氏各論七七頁以下)。然レトモ第六五四條ニ委任終了ノ場合ト云フハ委任ノ終了セントスル場合ノ義ニ非スシテ委任終了シタル場合ノ義ナルコト前條トノ對照上疑ナキ所ニシテ、委任終了シタルニ拘ラス、尙ホ其委任カ繼續スト云フハ一ノ矛盾タルヲ免レサルノミナラス、獨逸民法第六

七二條第六七三條カ當事者ノ死亡ニ因リ委任終了シタル場合ニ、受任者又ハ其相續人ハ委任者ノ相續人又ハ其法定代理人若クハ委任者カ委任事務ヲ處理スルコトヲ得ルニ至ルマテ其事務ノ處理

ヲ繼續スルヲ要シ、其範圍ニ於テ委任存續スルト同一ノ效力ヲ有スルモノト爲シタルト異ナリ、我民法ハ唯必要ナル處分ヲ爲スコトヲ要スト規定セルカ故ニ、必スシモ委任事務處理ノ著手又ハ續行ヲ爲スヲ要ストノ法意ニハ非スシテ、唯損害防止ノ爲メ適當ノ處分ヲ爲スヲ以テ足ルトノ趣旨ト解スヘク、隨テ委任ハ繼續スルモノニ非スト解スルヲ相當トス。然レトモ此處分ノ義務タルヤ畢竟委任ニ因リテ生シタルモノナルカ故ニ、受任者ノ義務ニ準スヘキモノニシテ、隨テ委任カ有償ナリシ場合ニ於テ此義務ノ履行アリタルトキハ、其本人タル受任者又ハ其相續人ハ委任ノ存續スル場合ニ準シ相當ノ報酬ヲ請求シ得ルモノト解スルヲ相當トス(結局同旨？吾孫子委任契約論一三〇頁以下、平野氏法協四一卷九五八頁)。

左レハ又此處分ノ義務者カ其處分ノ爲メ自己ノ財産ヨリ費用ヲ支出シタルトキハ、第六五〇條第一項乃至第三項ノ規定カ類推適用セラルヘキモノトス。而シテ如上ノ解釋ハ委任終了ノ場合ニ於テ急迫ノ事情アルニハ非サルモ、事務ノ引繼ヲ必要トスル場合ニ之ヲ應用スヘキモノトス。

(2) 委任終了ノ事由ハ其委任者ニ出テタルト受任者ニ出テタルト問ハス、之ヲ相手方ニ通知シ又ハ相手方カ之ヲ知リタルトキニ非サレハ之ヲ以テ其相手方ニ對抗スルコトヲ得ス(民六五五)。委任ハ上述ノ如ク當事者一方ノ死亡、破産等ノ事由ニ因リテ終了スルモ、相手方タル他ノ當事者ハ之ヲ知ラサルコトアリ。例ヘハ委任者死亡シテ委任終了スルモ受任者之ヲ知ラスシテ委任事務ヲ續行

シ第六五〇條ノ費用ヲ支出シ債務ヲ負擔スルコトアルヘク、又有償委任ナルトキハ委任事務ヲ終了シテ報酬ヲ請求スルコトアルヘキモ、若シ委任終了後ノ行爲ニ係ルヲ以テ事務管理又ハ不當利得ノ規定適用アルニ過キストセハ受任者ハ意外ノ損害ヲ被ルコトアルヘシ。又例ヘハ受任者死亡シテ委任終了シタルニ因リ受任者ノ相續人ハ委任事務ヲ處理セス、委任者ハ受任者ノ死亡ヲ知ラサル故之ヲ放置シテ損害ヲ生スルモ、委任ハ既ニ終了シタルカ故ニ相續人ハ賠償ノ責ニ任セストセハ、委任者ハ右ノ損害ニ付キ救済ヲ受クルノ途ナシト云フ意外ノ不利益ヲ被ルコトアルヘシ。故ニ斯ル損害ニ付キ相手方ヲ保護スル爲メ右ノ規定ヲ設ケタルモノニシテ、委任終了事由ノ通知ヲ受ケサル善意ノ相手方ハ此等ノ點ニ付キ委任終了セサルト同一ノ地位ニ置カルルモノトス。

第二款 準 委 任

準委任トハ甲カ其信任スル相手方乙ニ對シ甲ノ事務ニシテ法律行爲ニ非サル事務ヲ甲ノ爲メ乙ノ處理スヘキコトヲ申込ミ、乙モ亦甲ヲ信賴シ之ヲ承諾スルニ因リテ成立スル契約ヲ謂フ(民六五六)。此場合ニ於テモ甲ヲ委任者、乙ヲ受任者ト云フ。此契約ハ委任者ノ側ヨリ觀レハ即チ第六五六條ニ所謂委託也。尙ホ受任者カ申込ミテ委任者カ承諾シ又ハ雙方ノ申込ノ交叉ニ因リテモ此契約成

立スルコト狹義ノ委任ニ付テ述ヘタルト同シ(六五六。参照)。
 準委任ニハ委任ノ規定準用セラル(五六)。訴訟行為ハ法律行為ニ非サルカ故ニ其委任ハ即チ準委任ニ屬ス。而シテ法律行為ト然ラサル事務トヲ包括シテ爲ス委託及ヒ法律行為ニ非サル事務ノミ
 ノ委託ハ法律行為ノミノ委託ニ比シ其場合寧ロ多カルヘシト雖モ、民法ハ狹義ノ委任ニ付テ詳細ノ規定ヲ設ケ準委任ニ之ヲ準用セルカ故ニ、余モ亦之ニ從ヒ狹義ノ委任ニ付キ上來詳細ノ説明ヲ爲シタルカ、其説明ハ皆準委任ニ應用シ得ルモノトス。故ニ茲ニハ其説明ヲ省略ス。

第十一節 寄託

第一款 概念

寄託 (depositum, Verwahrung, Hinterlegung, dépôt) トハ當事者ノ一方 (受寄者) カ相手方 (寄託者) ノ爲メニ或物ノ保管ヲ爲スコトヲ約シ、之ヲ受取ルニ因リテ成立スル契約ヲ謂フ(五六)。此概念(念)ヲ更ニ分析シテ寄託ノ性質ヲ説明スヘシ。

一 寄託ハ物ノ保管ヲ目的トスル要物契約也。而シテ單ニ物ノ保管ヲ目的トスル要物契約ハ常ニ寄託也。然ラハ他ノ事項ヲ目的トスルト共ニ物ノ保管ヲ目的トスル契約ノ性質如何。一派ノ

學者ハ其契約ノ主要ナル目的カ物ノ保管ニ在リヤ否ヤニ依リテ寄託ナリヤ否ヤヲ決定スヘキモノト爲ス(横田氏各論六五九頁。村上氏各論六一〇頁)。然レトモ此說ニ依ルトキハ他ノ事項ト物ノ保管トカ何レモ主要ノ目的ナル場合ニハ其性質ヲ決定シ難キ缺點アルノミナラス、主要ナル目的カ物ノ保管ニ在ル場合ニハ保管ヲ目的トセサル他ノ事項ニ付テモ寄託ノ規定ヲ適用セサルヘカラサルカ如キ不都合アリ。惟フニ例ヘハ使用貸借、賃貸借ノ場合ニ於ケルカ如ク、寄託ニ非サル有名契約ニ因リ物ノ保管義務ヲモ生スヘキ場合ニ於テハ、其契約ハ他ノ事項ト共ニ物ノ保管ヲ目的トスルモノト云フヲ得ヘク、而モ物ノ保管カ寧ロ主タル目的ナル場合ト雖モ寄託契約ニ非サル有名契約ノミ存スルモノト云フヘシ。反之、例ヘハ物ノ修繕ノ請負人カ修繕工事中其物ノ保管ヲ爲スヘキ場合若クハ特ニ物ノ保管ヲ目的トシテ雇傭契約ヲ爲ス場合ノ如ク物ノ保管以外ノ事項ヲ目的トスルト同時ニ、特約又ハ慣習ニ依リテ物ノ保管ヲモ目的トスル契約若クハ特ニ物ノ保管ヲ目的トシテ寄託ニ非サル契約ヲ爲シタル場合ニ於ケル其契約ハ寄託ノ性質ヲ兼有スル混合契約ニシテ、其保管ニ關シテハ寄託ニ關スル規定ヲ類推適用スヘキモノト解スルヲ相當トス。但シ受寄者カ寄託者ノ承諾ニ因リ受寄物ヲ使用シ得ヘキ場合ニ於テハ、其契約ハ是レ亦物ノ保管ヲ目的トスルト同時ニ他ノ事項ヲ目的トスルモノト云フヲ得レトモ、寄託ノ規定ニ屬スル第六五八條第一項ノ認ムル所ナルカ故ニ、混合

契約ニ非スシテ一種ノ寄託ナリト云ハサルヘカラス(同旨鳩山氏各論六三四頁以下)。

保管 (Aufbewahrung) トハ目的物ヲ自己ノ占有ニ置キテ其原状ヲ維持シ若クハ其健全ナル自然ノ變化ヲ遂ケシムルコトヲ謂フ。物ノ利用又ハ改良ヲ爲スコトハ保管ニ非ス。所謂保護預契約 (Safewortag, Stahlkammervertrag) (銀行備付ノ金庫ノ一部ヲ有價證券其他ノ高價品保管ノ爲メ有價ニテ使用セシムル契約) カ寄託ナリヤ貸借ナリヤニ付テハ獨逸ニ於テ議論岐ルルモ、此契約ニ依リ銀行ハ物品ノ格納場所ヲ提供シテ之ヲ使用セシムルニ止マリ、右物品ノ保管義務ヲ負フモノニ非サルカ故ニ、貸借ニシテ寄託ニ非スト解スルヲ相當トス(同旨鳩山氏各論六三六頁末弘氏各論七八二頁等)。

寄託ノ目的物ハ物也。而シテ動産タルト不動産タルトヲ問フコトナシ。寄託ノ目的物ヲ動産ニ限ル立法例(舊民法二〇六。獨民法八八。佛民法一九一八。瑞債四七二)アルモ我民法ニハ斯ル制限ナシ。故ニ不動産ニテモ寄託スルコトヲ得。通説也。寄託ノ目的物ハ寄託者所有ノ物タルコトヲ要セサルモ、寄託者自ラ正當ニ所持シ得ルモノタルコトヲ要ス。學者或ハ盜品ノ寄託モ有效ナルヲ原則トスト爲ス(鳩山氏各論六三七頁)。然レトモ盜品タルコトヲ知りナカラ寄託ヲ受クルトキハ犯罪ト爲ル(刑二五六)。其無効タルヤ論ヲ俟タス。又甲カ乙ノ物ヲ竊取シテ善意ノ丙ニ之ヲ寄託スルモ、丙ニシテ其情ヲ知ラハ寄託ヲ受クヘカラスリシヲ原則トスヘキカ故ニ、斯ル場合ニハ丙ニハ其法律行爲ノ要素ニ錯誤アルモノト謂フヘク、

又其物ヲ盜者タル甲ニ返還スルトキハ乙ノ所有權ヲ侵害シ不法行爲ト爲ルヘキカ故ニ、其寄託ハ何レノ點ヨリ觀ルモ無効ナリト云ハサルヘカラス。受寄者カ目的物ノ所有權ヲ有スルコトハ必スシモ寄託ノ有效ニ成立スルコトヲ妨クルモノニ非ス。例ヘハ貸借人カ其借用物ヲ貸借人タル所有者ニ一時寄託シタル場合ニハ其寄託ハ有效也。

二 寄託ハ要物契約也。即チ受寄者カ目的物ヲ受取ルニ因リテ成立ス。民法カ之ヲ要物契約ト爲シタルハ寄託カ原則トシテ無償ナル爲メ前ニ五〇三ニ於テ使用貸借ニ付キ説明シタルト同一ノ理由アルニ因ル。

物ヲ受取ルトハ要スルニ寄託者ノ爲メニスル他主占有ノ取得ヲ謂フ也。唯通常ノ場合ニ於テハ寄託者ヨリ所持ノ移轉ヲ受クルニ因リテ右ノ他主占有ヲ爲スカ故ニ法文ニハ「受取ル」ト云フ語ヲ用ヒタルニ過キス。而シテ寄託者ノ爲メノ保管ノ約定前ヨリ右ノ他主占有存在スルトキハ約定ノ時ヨリ寄託成立シ、約定後該占有ヲ取得スルトキハ其取得ノ時ヨリ寄託成立スルモノトス。

三 寄託ハ無償且ツ片務契約ナルヲ原則トス(民法六六五。六四八、一)。然レトモ報酬ノ特約ヲ爲ストキハ有償且ツ雙務契約ナルコト委任ノ場合ト同シ。費用ハ報酬ニ非ス。故ニ寄託者カ費用支拂義務ヲ負フモ之カ爲メ寄託カ有償且ツ雙務契約ト爲ルモノニ非ス。

四 諾成的寄託契約 一方ノ當事者カ物ヲ寄託スヘク申込み、相手方カ之ヲ承諾シテ未タ其物ヲ受取ラサル間ノ其契約ハ諾成的無名契約ニシテ豫約ニ非ス、本契約ナレトモ未タ民法ノ所謂寄託契約ハ成立セス、相手方カ物ヲ受取ルニ因リテ寄託成立スルモノナルカ故ニ、學者右ノ諾成契約ヲ稱シテ諾成的寄託契約ト云フ。

五 寄託ノ豫約 (pactum de deponendo) 是レ寄託契約ヲ爲スヘキ契約也。此豫約ニモ一方ノ豫約ト雙方ノ豫約トアリ。一方ノ豫約ニハ寄託者タルヘキ者カ豫約權利者タル場合多カルヘシ。即チ此場合ニハ其權利者カ目的物ヲ提供シテ寄託契約締結ノ請求ヲ爲ストキハ、相手方ハ之ヲ受領シテ寄託ヲ成立セシムヘキ義務アルモノトス。又受寄者タルヘキ者カ豫約權利者タル場合ニハ其物カ相手方ニ對シテ寄託契約締結ノ請求ヲ爲ストキハ、相手方ハ之ニ應シテ目的物ヲ右權利者ニ交付シテ寄託ヲ成立セシムヘキ義務アルモノトス。而シテ雙方ノ豫約ナル場合ニハ何レノ當事者ヨリモ相手方ニ對シテ夫々右ノ如キ請求ヲ爲シ得ヘク、此請求アルトキハ相手方ハ之ニ應シテ寄託ヲ成立セシムヘキ義務アルモノトス。然レトモ寄託者タルヘキ者ハ、何時ニテモ其豫約ヲ解除スルコトヲ得ヘク、又受寄者タルヘキ者ニ於テモ、返還時期ノ定ナキ場合ニハ何時ニテモ解除スルコトヲ得ヘク、返還時期ノ定アル場合ト雖モ已ムコトヲ得サル事由アルトキハ、是レ亦解除ス

ルコトヲ得ヘキモノトス。蓋シ寄託成立後ト雖モ當事者ハ第六六二條第六六三條ニ依リテ其寄託ヲ解除シ得ヘキモノナレハ也。

學者或ハ受寄者タルヘキ者ノミカ豫約上ノ義務者ナル場合ニ、相手方カ實際寄託ヲ爲スニ至ラサルモ受寄者タルヘキ者カ既ニ寄託ヲ受クルニ必要ト認ムヘキ費用ヲ支出シタトキハ、第六六五條第六五〇條第一項ノ類推ニ依リ其償還ヲ請求シ得ヘキモノト爲ス(末弘氏各論七 八四頁以下)。然レトモ此場合ハ相手方カ寄託ヲ爲スヘキ義務ナク、寄託ヲ爲スヤ否ヤ不明ナル間ニ支出シタルモノナレハ、寄託成立スルニ至ラサリシトキハ右ノ規定ヲ類推スルヲ得ス、償還ヲ請求シ得サルモノト解スルヲ相當トス(結果同鳩山氏各論六四〇頁以下)。反之、寄託者タルヘキ者モ亦豫約義務者ナル場合又ハ既ニ諾成的寄託成立後ニ於テ右ノ支出アリタル場合ニハ、右規定ノ類推ニ依リ償還ヲ請求シ得ルモノト解スヘキモノトス。

學者或ハ寄託ノ豫約ニ基ク豫約權利者ノ權利ハ一ノ債權ナルカ故ニ其讓渡性ノ有無ハ債權一般ニ關スル規定ニ從フ、即チ寄託者カ豫約權利者ナル場合ニハ原則トシテ之ヲ讓渡シ得ヘキモ、受寄者カ豫約權利者ナル場合ニハ之ヲ讓渡シ得サルモノト爲ス(鳩山氏各論六四一頁)。惟フニ右ノ權利カ債權ナルコト疑ナシト雖モ、寄託ハ原則トシテ相互ノ信任ニ基クモノト解スルヲ相當トスヘク、又原則

トシテ無償ナルコト及ヒ受寄者ハ寄託者ニ對シテ費用償還請求等ノ債權ヲ取得スヘキコト等ヲ思ヘハ、寄託者ノ何人タルカハ受寄者ニ取リテ重大ナル關係アルモノト謂フヘク、右豫約上ノ權利ハ特約ナキ限り讓渡性ヲ有セサルモノト解スルヲ相當トス。

第二款 效力

第一項 受託者ノ義務

六九九

一 保管義務 受寄者ノ主要ナル義務ハ寄託物保管ノ債務也。保管ノ意義ハ六九一ニ述ヘタリ。此ニハ保管ニ用フヘキ注意ノ程度、保管ノ方法及ヒ場所ニ付テ説明スヘシ。

(1) 注意ノ程度 受寄者カ保管ノ爲メ用フヘキ注意ノ程度ハ寄託カ有償ナルト無償ナルトニ依リテ異ナル。無償ノ場合ニハ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲ス責ニ任ス(民六五九、獨民六九〇、佛民一九二七)。有償ノ場合ニ付テハ特別ノ規定ナキカ故ニ第四〇〇條ノ原則ニ依リ善良ナル管理者ノ注意ヲ用フヘキモノトス。蓋シ受寄者ハ特定物引渡ノ債務ヲ負フモノナレハ也。

「自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意」トハ受寄者カ自己所有ノ同種ノ財産ニ付テ通常用フルト同一ノ注意也。通説ハ第六五九條ノ規定カ無償受寄者ノ責任ヲ減輕スル趣旨ニ出テタルノ故ヲ以テ

七〇〇

縱令特定ノ受寄者カ自己ノ財産ニ付キ善良ナル管理者ノ注意ヨリモ高度ノ注意ヲ用フルヲ常トスル場合ニ於テモ、苟モ善良ナル管理者ノ注意ヲ用フレハ足ルト解ス。然レトモ明文ニ反ス。又寄託ハ信任關係(其程度ハ委任ノ場合程ニハ非ストスルモ)ニ基クモノナレハ受寄者カ自己ノ財産ニ於ケルヨリモ低度ノ注意ヲ用フルハ信義ノ原則ニ悖ル。惟フニ右ノ規定カ無償受寄者ノ責任ヲ減輕スル趣旨ニ出テタリト云フハ正當ナルモ、同條ハ唯一般的ニ觀テ減輕スル趣旨ニ出テタルニ過キスシテ、具體的ノ總テノ場合ニ付キ必ス減輕スル趣旨ニ出テタルモノニ非ス。而シテ一般的ニ云フトキハ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ハ即チ善良ナル管理者ノ注意ヨリモ低度ノ注意ナリト認メタルモノニシテ、能ク社會ノ實狀ニ合致スルモノナリト信ス。即チ同條ノ欲スル責任減輕ノ趣旨ハ之ニ因リテ貫徹セラルルモノト謂フヘシ。左レハ同條カ責任減輕ノ趣旨ニ出テタルノ故ヲ以テ通説ノ如ク解スルハ不當也。加之、責任ヲ減輕スト云ヘハ有償受寄者ノ責任即チ善良ナル管理者ノ責任ニ對比シテ云フヘキモノナルニ、尙ホ且ツ善良ナル管理者ノ注意ヲ用フルヲ要スト爲スハ矛盾也。故ニ無償ノ受寄者カ平素自己ノ財産ニ對シテ善良ナル管理者ノ注意ヨリモ高度ノ注意ヲ用フル者ナルトキハ、受寄物ニ對シテモ亦之ト同一ノ注意ヲ用フルヲ要シ、善良ナル管理者ノ注意ヲ用フルノミニテハ足ラサルモノト解セサルヘカラス。然ラハ斯ル受寄者ハ有償寄託ノ場合

ニハ善良ナル管理者ノ注意ヲ用フルヲ以テ足ルカト云フニ然ラス。無償ノ場合スラ之ヨリ高度ナル自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ用フルヲ要スルモノナルカ故ニ、有償寄託ノ場合ニ之ト同一ノ注意ヲ用フルヲ要スルコト勿論ナリト云ハサルヘカラス。而シテ斯ク解スルモ受寄者ニ對シテ酷ナルモノニ非ス。蓋シ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ用フルハ受寄者ノ苦痛トセサル所ナルノミナラス斯ル受寄者ニ對シテハ報酬モ自ラ多額ト爲ルヘキ傾向アレハ也。

尙ホ商人カ其營業ノ範圍内ニ於テ寄託ヲ受ケタルトキハ、報酬ヲ受ケサルトキト雖モ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲スコトヲ要スルモノトス(商三)。

七〇一

(2) 保管ノ方法 民法ハ保管ノ方法ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケス。當事者カ特約ヲ爲ストキハ之ニ從フヘク、特約ナキトキハ受寄者ハ其用フヘキ程度ノ注意ヲ以テ、適當ノ保管方法ヲ講スルコトヲ要ス。特約ニテ定メタル保管方法カ寄託者ノ爲メ却テ不利益ナル場合ニ受寄者之ヲ知ルトキハ、寄託者ニ通知シテ他ノ適當ナル保管方法ヲ協定スヘク、又斯ル手續ヲ經ルトキハ遅延シテ損害ヲ生スヘキ場合ニハ、直チニ臨機適當ノ保管方法ヲ採ルヘキ義務アルモノト解スルヲ相當トス。蓋シ寄託ハ目的物ヲ適當ニ保管スルコトヲ以テ其本旨トスルモノナレハ也。

(3) 第三者ヲシテ保管セシメ得ルヤ 受寄者ハ自ラ保管ヲ爲スニ付キ第三者ヲ補助者トシテ

七〇二

使用シ得ルコト勿論ナルモ、寄託者ノ承諾アルニ非サレハ第三者ヲシテ受寄物ヲ保管セシムルコトヲ得ス(民六五八、一)。故ニ受寄者ハ自ラ保管スルコト能ハサルニ至リタルトキハ、寄託者ノ承諾ヲ得テ第三者ヲシテ保管セシムルカ又ハ第六六三條ニ依リテ返還スルカ二者其一ヲ選ハサルヘカラス。然レトモ寄託者ノ行方不明等ノ爲メ右ノ何レニモ依ルコト能ハサルトキハ七〇一ノ末尾ニ述ヘタルト同一ノ理由ニ依リ第三者ヲシテ保管セシメ得ルモノト解スルノ他ナシ(同旨鳩山氏各論六四四頁)。

受寄者カ違法ニ第三者ヲシテ保管ヲ爲サシメタルトキハ、受寄者ハ如何ナル責任ヲ負フヘキ乎。學者或ハ受寄者ハ之ニ因リテ生シタル總テノ損害ニ對シテ賠償責任ヲ負フト爲ス(鳩山氏前掲、岡松氏無過失四五四頁、末弘氏各論七九〇頁)。然レトモ違法ニ第三者ヲシテ保管セシムルハ受寄者ノ債務不履行ノ一種ナリト謂フヘク、隨テ之ニ因ル損害ノ賠償ニ付テハ第四一六條ノ適用アルモノト云ハサルヘカラス。而シテ損害賠償以外ノ關係ニ於テハ第三者ハ第六五八條第一〇七條第二項ニ依リ寄託者ニ對シテ權利ヲ取得スルコトナク、又受寄者ハ第三者ヲシテ保管セシムルニ付キ要スヘキ又ハ要シタル費用ニ付キ

第六六五條第六五〇條ノ規定ニ依ル請求ヲ爲シ得サルコト等ノ不利益ヲ被ルヘキモノトス。

受寄者カ適法ニ第三者ヲシテ保管セシメタル場合ニ於テハ、受寄者ハ其第三者ノ選任及ヒ監督ニ付キ寄託者ニ對シテ其責ニ任ス。而シテ寄託者ノ指名ニ從ヒテ第三者ヲ選任シタルトキハ、其

不適任又ハ不誠實ナルコトヲ知リテ之ヲ寄託者ニ通知シ又ハ之ヲ解任スルコトヲ怠リタルニ非サレハ其責ニ任セサルモノトス(民六五八、二。一〇五)。

七〇五

受寄者カ適法ニ選任シタル保管者ハ寄託者及ヒ第三者ニ對シテ受寄者ト同一ノ權利義務ヲ有ス(民六五八、二。一〇七、二)。即チ斯ル保管者ハ寄託者ノ復代理人ニ類似スルカ故ニ民法ハ復代理人ニ關スル規定ヲ準用シタルモノ也。而シテ受寄者ト同一ノ權利義務ヲ有ストハ、寄託者ニ對シテハ寄託者受寄者間ニ生シタル若クハ生シ得ヘキ權利義務ノ範圍ニ於テ、又第三者ニ對シテハ一般ニ保管者カ寄託者ノ代理人タル受寄者ヨリ寄託ヲ受ケタルト同一ノ權利義務ヲ有ストノ意ニシテ、受寄者カ現ニ有スル權利義務ト同一ノ權利義務ヲ有ストノ意ニ非ス。故ニ左ノ結果ヲ生ス。

(イ) 寄託者ハ直接ニ右保管者ニ對シテ保管及ヒ返還ヲ請求スルコトヲ得。

(ロ) 保管者ハ直接ニ寄託者ニ對シテ第六六五條第六四九條第六五〇條第一、二項第六六一條ニ依リ費用ノ前拂又ハ償還義務ノ辨濟若クハ擔保ノ提供、損害賠償等ヲ請求シ得ヘク、又寄託者受寄者間及ヒ受寄者保管者間ニ何レモ報酬ノ特約アルトキハ、保管者ハ受寄者ニ請求シ得ヘキ限度内ニ於テ寄託者カ受託者ニ支拂フヘキ報酬ヲ直接保管者ニ支拂フヘキコトヲ請求シ得ルモノトス。而シテ其支拂ヲ爲ストキハ其支拂ノ限度ニ於テ寄託者ヨリ受寄者ニ對スル報酬債務及ヒ受寄

者ヨリ保管者ニ對スル報酬債務ハ何レモ消滅スヘキモノトス。

(ハ) 保管者ハ第三者ニ對スル關係ニ於テモ寄託者ヨリ直接寄託ヲ受ケタルト法律上同一ノ地位ニ立ツ。故ニ例ヘハ第三者カ寄託物ノ占有ヲ侵害セル場合ニハ保管者ハ第一九七條後段以下ノ規定ニ從ヒ占有訴權ヲ有スルモノトス。(反之、違法ニ選任セラレタル保管者ハ斯ル占有訴權ヲ有セサルモノト謂フヘリナルコトヲ示スモノト謂フヘシ五一九參照)

(4) 保管場所 寄託物ヲ如何ナル場所ニ保管スヘキカニ付テモ民法ニ規定ナシ。特約アルトキハ之ニ從フヘク、特約ナキトキハ受寄者ノ用フヘキ注意ヲ以テ適當ノ場所ニ保管スルコトヲ要ス。而シテ特約ニ因リ保管場所ヲ定メタル場合ト雖モ、正當ノ事由アルトキハ其場所ヲ變更シ得ヘキコト第六六四條但書ニ依ルモ明カ也。

(5) 受寄物ノ使用 受寄者ハ寄託者ノ承諾アルニ非サレハ受寄物ヲ使用スルコトヲ得ス(五六八)。然レトモ適度ノ使用カ受寄物ノ保存ニ必要ナルトキハ之カ使用ノ義務アルモノト云ハサルヘカラス。

七〇八

二 保管義務ニ附隨ノ義務 保管義務ニ附隨スル種々ノ義務アリ。左ノ如シ。

(1) 通知義務 寄託物ニ付キ權利ヲ主張スル第三者カ受寄者ニ對シテ訴ヲ提起シ又ハ差押ヲ

寄託ノ效力 受寄者ノ義務

爲シタルトキハ、受寄者ハ遲滯ナク其事實ヲ寄託者ニ通知スルコトヲ要ス(民六〇)。是レ寄託者ヲシテ其訴訟ノ参加又ハ引受(民五三、乃至六二)、差押ニ對スル異議(民五四、四九)其他ノ方法ニ依リテ自己ノ權利ヲ防禦シ得シメンカ爲メ也。右ニ所謂差押ハ一見第三者カ寄託物ニ付キ所有權其他ノ物權ヲ有スルコトヲ主張シ其引渡ヲ受クルカ爲メ爲シタル強制執行ヲ意味スルカ如キモ、其他ノ強制執行ヲ除外スヘキ何等ノ理由ナキカ故ニ、所謂差押ハ用語ノ正確ヲ缺クモノニシテ、其實廣ク第三者カ寄託物ニ對シテ爲シタル強制執行ヲ意味スルモノト解スルヲ相當トス(結果同、鳩山氏各論六四七頁以下、末弘氏各論七九四頁以下)。

(2) 金錢其他ノ物ノ引渡義務 受寄者カ寄託物ノ保管ヲ爲スニ當リ第三者ヨリ受取リタル金錢其他ノ物ハ之ヲ寄託者ニ引渡スコトヲ要ス。其收取シタル果實亦同シ。受寄者カ寄託者ノ爲メ自己ノ名ヲ以テ取得シタル權利アルトキハ之ヲ寄託者ニ移轉スルコトヲ要ス(民六五、六四六。尙ホ六六、六八、六六九ノ說明參照)。

(3) 受寄者カ寄託者ニ引渡スヘキ金額又ハ其利益ノ爲メニ用フヘキ金額ヲ自己ノ爲メニ消費シタルトキハ、其消費シタル日以後ノ利息ヲ支拂フコトヲ要シ尙ホ損害アルトキハ之カ賠償ノ責任ス(民六五、六四七。尙)。

第二項 寄託者ノ義務

- 一 寄託者ノ義務ニハ無償寄託ト有償寄託ニ共通ノモノアリ、又有償寄託ニ特殊ノモノアリ。

共通ノモノハ四種ニシテ左ノ如シ。

(1) 費用前拂ノ義務 受寄者カ寄託物ノ保管ヲ爲スニ付キ費用ヲ要スルトキハ、寄託者ハ受寄者ノ請求ニ因リ其前拂ヲ爲スコトヲ要ス(民六六五、六四九、尙ホ六七二(一)參照)。

(2) 立替費用償還ノ義務 受寄者カ寄託物ヲ保管スルニ必要ト認ムヘキ費用ヲ出シタルトキハ、寄託者ハ受寄者ノ請求ニ因リ其費用及ヒ支出ノ日以後ニ於ケル其利息ノ償還ヲ爲スコトヲ要ス(民六六五、一)。但シ特約アルトキハ之ニ從フヘキコト勿論也。勞務又ハ保管場所ヲ供スルハ所謂費用ノ支出ニ非ス。然レトモ保管ノ爲メニハ特ニ補助者ヲ必要トシ之ニ對シテ貸錢ノ支拂ヲ要シ又ハ他ヨリ保管場所ノ賃借ヲ爲スヲ要スルカ如キ場合ニハ、特約ナキトキハ右貸錢又ハ賃借ノ支出ハ即チ所謂費用ノ支出ニシテ償還ヲ要スルモノトス。反之、受寄者ノ供スル自己ノ勞務又ハ自己所有ノ保管場所ノ使用ノ如キハ之ヲ金錢ニ見積リテ其レタケノ費用ノ支出アリタルモノト云フヲ得ス。

(3) 受寄者ノ債務ヲ辨濟スル義務 受寄者カ寄託物保管ニ必要ト認ムヘキ債務ヲ負擔シタルトキハ、寄託者ハ受寄者ノ請求ニ因リ之ヲ辨濟シ、又其債務カ辨濟期ニ在ラサルトキハ、受寄者ニ對シテ相當ノ擔保ヲ供スルコトヲ要ス(民六六五、六五〇、尙ホ六七三參照)。

(4) 損害賠償義務 寄託者ハ寄託物ノ性質又ハ瑕疵ニ因リテ受寄者ノ被リタル損害ヲ賠償スルコトヲ要ス。但シ寄託者カ過失ナクシテ其性質若クハ瑕疵ヲ知ラサリシトキ又ハ受寄者カ之ヲ知リタルトキハ此限ニ在ラス(民六六)。此場合ニ當事者ノ知不知及ヒ寄託者ノ過失ノ有無ノ立證責任ニ付キ學者或ハ寄託者ニ於テ自己ノ不知及ヒ無過失又ハ受寄者ノ知レルコトヲ證明スル責任アリト爲ス(鳩山氏各論六五三頁以下 末弘氏各論八〇一頁註)。惟フニ論者ハ此等ノ事實カ但書規定ノ事實ナルカ故ニ斯ク解スルモノナルヘキモ、民法カ但書ノ形式ヲ採リタルハ同時ニ立證責任ヲ定メタルモノト解スヘキ根據ナキカ故ニ、立證責任何レニ在リヤハ立證責任ノ一般ノ法理ニ依リテ決スヘク、必スシモ寄託者ニ其立證責任アリト云フヲ得サル也(拙著舉證責任論其他五 題ノ内舉證責任參照)。

寄託物ノ性質又ハ瑕疵ヲ知ラサリシ時期ニ付テハ法文ニ制限ナキカ故ニ、右ノ知不知及ヒ過失ノ有無ハ寄託契約締結當時及ヒ其後損害防止ノ餘裕アル各時期ニ付テ之ヲ決スヘキモノトス。

民法ハ右ノ如ク寄託者カ過失ナクシテ知ラサリシ場合ニ賠償ノ責任ナシト爲シタルモ、受寄者ハ寄託者ノ爲メニ保管スルモノナルカ故ニ、受寄者カ保管ノ爲メ自己ニ過失ナクシテ受ケタル損害ハ寄託者ノ過失ノ有無ヲ問ハス、寄託者ニ對シテ之カ賠償ヲ請求シ得ルモノトスルヲ相當トス。左レハ民法カ右ノ如ク規定シタルハ立法上當ヲ得サルモノニシテ、又委任ニ關スル第六五〇條第



三項ノ規定ト權衡ヲ失スルモノトス(同旨横田氏各論六七七頁)。

二 有償寄託ニ於ケル報酬支拂義務 有償寄託ノ場合ニハ寄託者ハ報酬支拂義務ヲ負フ。報酬ノ内容ニハ制限ナシ。適法ナル限り如何ナル給付ニテモ可也。但シ報酬ノ種類如何ニ依リテハ混合契約ト爲ルコトアルヘシ。報酬支拂ノ時期ニ付テハ特約アルトキハ之ニ從フヘク、特約ナキトキハ寄託終了ノ時辨濟期到來スヘク、期間ヲ以テ報酬ヲ定メタルトキハ其期間經過ノ時辨濟期到來スルモノトス(民六六五、六四八、二)。

寄託カ受寄者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ履行ノ半途ニ於テ終了シタルトキハ、寄託者ハ其既ニ爲サレタル履行ノ割合ニ應シテ報酬支拂ノ義務ヲ負フ(民六六五、六四八、三)。反之、受寄者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ寄託カ履行ノ半途ニ於テ終了シタルトキハ、寄託者ハ斯ル報酬ヲモ支拂フ義務ナキモノト解スヘキモノトス(六七六、參照)。

第三款 終了

寄託ハ繼續的契約關係ニ共通ナル終了原因、例ヘハ期間ノ滿了、解除條件ノ成就、不履行ニ基ク解除、混同、寄託物ノ滅失等ニ因リテ終了スル外尙ホ寄託ニ特殊ナル終了原因アリ。學者ノ所

謂告知及ヒ寄託物ニ對シテ寄託者ノ有セル總テノ權利ヲ受寄者カ特定承繼セル事實是也。

四七六

一 告知 民法ハ寄託ニ付テハ解除ナル語ヲ用ヒス、又寄託ノ終了セルコトヲ前提トセスシテ「返還ヲ請求スルコトヲ得」又ハ「返還ヲ爲スコトヲ得」ト云フ。然レトモ契約關係ヲ終了セシメスシテ返還ヲ請求シ又ハ返還スルコトヲ得ヘキ理由ナキカ故ニ、所謂「返還ヲ請求スルコトヲ得」又ハ「返還スルコトヲ得」トハ將來ニ向テノ解除ノ一種タル學者ノ所謂告知ヲ爲スト同時ニ返還ノ請求又ハ受領ノ請求ヲ爲スコトヲ得トノ趣旨ナリト解セサルヘカラス。即チ民法ハ學者ノ所謂告知權ヲ認メタルモノ也。而シテ債務不履行ヲ原因トスル解除モ亦特約ナキ限り將來ニ向テノ解除ト解スヘキモノトス。通説也。其理由ハ先ニ使用貸借ニ付キ四九六(3)ニ於テ述ヘタルト同シ。左ニ寄託當事者ノ有スル告知權ヲ説明スヘシ。

(1) 寄託者ノ告知權 寄託者ハ寄託期間ノ定アルトキト雖モ、何時ニテモ將來ニ向テ契約ヲ解除スルコトヲ得、即チ告知スルコトヲ得(民六六)。而シテ寄託カ有償ナルト無償ナルトヲ問フコトナク、此解除權ヲ認メタルハ有償ナル場合ト雖モ寄託者ノ意思ニ反シテ寄託ヲ繼續セシムヘキ理由ナケレハ也。

民法第六六二條ノ規定カ強行法規ナリヤ否ヤニ付テハ議論岐ル。第一說ハ寄託ハ其本質上常ニ

即時告知權ヲ伴フコトヲ要スト爲シ(Oertmann, § 391 I)。第二說ハ寄託ト雖モ其本來ノ目的ニ附加スルニ他ノ從タル目的ヲ以テスルヲ妨ケサルカ故ニ例ヘハ受寄者ニ擔保ヲ供スルコトヲ附隨ノ目的トシ又ハ骨董品ノ愛好者ニ之ヲ寄託スルカ如キ場合ニ告知權ヲ拋棄又ハ制限スルヲ妨ケスト爲ス(Painco, § 30 Anna 2 末弘氏各論八〇)。然レトモ惟フニ物ヲ以テ擔保ト爲ス方法ハ物權ノ設定又ハ移轉ノ外ニ出(三頁以下、鳩山氏各論六五七頁)。然レトモ惟フニ物ヲ以テ擔保ト爲ス方法ハ物權ノ設定又ハ移轉ノ外ニ出テス。而シテ物權ヲ設定、移轉シテ其物ヲ相手方ニ交付スルハ寄託ニ非ス、又骨董品ノ愛好者ニ觀賞セシムル目的ニテ之ヲ寄託シ告知權ノ拋棄又ハ制限ヲ爲ストキハ、是レ其實使用貸借ニシテ寄託ニハ非スト解スルヲ相當トスヘキカ故ニ第二說ハ採用シ難ク第一說ヲ正當トス。而シテ有償寄託ノ場合ニ寄託者ノ告知ニ因リ受寄者ニ不利益ヲ被ラシメサラントセハ、其告知ニ因リ寄託終了スルモ一定期間ノ報酬ハ之ヲ支拂フヘキ特約ヲ爲スコトヲ得ヘク、此特約ハ第六六二條ノ規定ト牴觸セサルモノトス。

(2) 受寄者ノ告知權 寄託ニ期間ノ定ナキトキハ受寄者ハ何時ニテモ將來ニ向テ契約ノ解除即チ告知ヲ爲スコトヲ得。然レトモ寄託ニ期間ノ定アルトキハ受寄者ハ已ムコトヲ得サル事由アルニ非サレハ期間内ニ右ノ解除即チ告知ヲ爲スコトヲ得サルモノトス(民六六)。已ムコトヲ得サル事由アリヤ否ヤハ各個ノ場合ニ付キ決定スヘキ事項ナルモ、例ヘハ保管ノ場所カ公用徴收セラレ受寄

者カ他ニ適當ノ保管場所ヲ有セサルカ如キ場合ハ之ニ屬スヘシ。

二 受寄者ノ特定承繼 寄託者カ寄託物ニ對シテ有セル總テノ權利ニ付キ受寄者カ特定承繼ヲ爲シタル場合ニ寄託カ終了スルヤ否ヤニ付テハ民法ニ規定ナシ。然レトモ凡ソ寄託ハ寄託者カ其物ニ對シテ有スル權利ヲ保全スル爲メ行ハルモノナルカ故ニ、受寄者カ右ノ權利ヲ特定承繼シタル場合ニハ寄託契約ヲ爲シタル目的ハ消滅シ寄託ハ當然終了スルモノト解スルヲ相當トス。故ニ例ヘハ甲カ自己所有ノ物ヲ乙ニ寄託シタル後之ヲ乙ニ讓渡シタルトキハ、之ニ因リテ寄託ハ當然終了スヘキモノトス。

第四款 終了後ノ法律關係

一 寄託物返還ノ權利義務 寄託終了ノ場合ニ於テ受寄者ハ寄託物返還ノ義務ヲ負ヒ、寄託者ハ其返還ヲ受クル權利ヲ有スルヲ原則トス。然レトモ寄託終了ノ原因カ寄託物ノ滅失又ハ受寄者ノ特定承繼(七二五參照)ナルトキハ寄託物返還ノ權利義務ヲ生セサルコト論ヲ俟タス。左ニ寄託物返還義務ノ性質ヲ論スヘシ。

(1) 通説ハ此義務ヲ以テ寄託ヨリ生スル契約上ノ債務ナリトシ、寄託者カ所有權其他占有ヲ爲

ス本權ヲ有スルトキハ、此等ノ權利ニ基キテモ亦其物ノ引渡ヲ請求シ得レトモ、此等ノ物上請求權アル爲メ契約上ノ債權ノ存在ヲ否認スヘカラス。寄託者カ物上請求權ヲ有スルトキハ請求權ノ競合ヲ生スルモノト爲ス。然レトモ寄託物返還ノ債務ハ即チ其物ノ引渡ノ債務ニ外ナラスシテ、凡ソ物ノ引渡ノ債務ハ其引渡ヲ受クル者ニ於テ本來之ヲ正當ニ占有スヘキ權利ヲ有スル場合又ハ引渡ヲ受クルト同時ニ、爾後之ヲ正當ニ占有スヘキ權利ヲ取得スル場合ニ非サレハ之ヲ認ムヘキ何等ノ理由ナキモノ也。然ルニ寄託者ハ返還ヲ受クルニ因リ初メテ爾後正當ニ之ヲ占有スヘキ權利ヲ取得スルモノニ非サルコト疑ナキ所ナルカ故ニ、受寄者カ寄託者ニ對シテ返還債務ヲ負フハ返還前ヨリシテ寄託者カ之ヲ正當ニ占有スヘキ權利ヲ有スル場合即チ物權ヲ有スル場合ニ限ルモノト云ハサルヘカラス。左レハ其返還債務ハ右物權ノ效力タル物上請求權ニ對應スルモノニシテ、契約上ノ債務ニ非サルコト明瞭ナリト謂フヘク、此事ハ例ヘハ甲カ自己所有ノ物ヲ乙ニ寄託シタル後之ヲ乙ニ讓渡シタルトキハ寄託ハ當然終了スルモ、乙ハ返還ノ債務ヲ負ハス甲ハ返還ノ請求權ヲ有セサルニ見テモ疑ナキ所也。故ニ正當ニ寄託ヲ受ケタル者カ其契約ニ於テ寄託終了ノ曉ニハ之ヲ返還スヘキコトヲ約スルモ、是レ寄託者ノ有スル物權ノ效力トシテ當然發生スヘキ債務ノ履行ヲ約スルニ過キスシテ、其約定ニ因リ別個ノ債務發生スルモノニハ非サル也。但シ其特約ニ

七二八

因リ履行ノ場所、方法等ヲ有效ニ定メ得ルハ勿論トス。

(2) 返還義務ノ相手方ハ寄託者タルヲ原則トス。蓋シ寄託者ハ物上請求權ヲ有スルヲ原則トスレハ也。然レトモ第三者ノ爲メニスル寄託ニ在リテハ其第三者カ物上請求權ヲ有スルヲ原則トスヘキカ故ニ其第三者ニ引渡スヘキヲ原則トス。共有者ノ一人カ寄託ヲ爲シタル場合ニハ、共有者相互ノ關係ニ於テ右ノ一人カ直接占有スヘキ法律關係アルモノト推定スヘキモノナルカ故ニ右ノ一人ニノミ返還スヘキヲ原則トス。然レトモ共有者共同シテノミ占有スヘキ物ヲ其一人カ擅ニ單獨ニテ占有シ之ヲ寄託シタル場合ニハ共同シテノミ其返還ヲ請求シ得ヘク、受寄者ハ共有者全員ニ對シテノミ返還スヘキモノトス。但シ共有者間ノ内情ヲ知ラサル無過失ノ受寄者ハ寄託者一人ニ返還シ、之カ爲メ他ノ共有者ニ損害ヲ生スルモ賠償ノ責ヲ負ハサルモノトス。

(3) 有償寄託ノ場合ニ於テ受寄者ノ返還債務ト受託者ノ報酬支拂債務トカ同時履行ノ關係ニ立ツヤ否ヤニ付テハ議論岐レ、積極說ヲ採ル學說(例ハ鳩山氏各論六五〇頁)、判例(明三六、一〇、三一)アレトモ、返還債務ハ(1)ニ述ヘタルカ如ク雙務契約ニ因ル債務ニ非サルノミナラス、受寄者ハ留置權ヲ有スルヲ以テ同時履行ノ關係ニ立タサルコト明カ也(六三三)。消極說ヲ正當トス(結果同、末弘氏各論七九七頁)。

(4) 返還ノ目的物 返還スヘキ物ハ寄託物其レ自體及ヒ寄託物ヨリ收取シタル果實也(民六六

七二〇

七一九

(四六、一後段)。寄託物毀損シタルトキハ毀損シタル其物ヲ返還スルヲ要ス。

(5) 返還ノ場所 寄託物ノ返還ハ其保管場所ノ定アルトキハ其場所ニ於テ爲スコトヲ要ス。但シ受寄者カ正當ノ事由ニ因リテ其物ヲ轉置シタルトキハ其現在ノ場所ニ於テ之ヲ返還スルコトヲ得(民六六)。即チ同條ハ契約ニ保管場所ノ定アル場合ノ規定也。然レトモ若シ返還場所ニ付キ特約アルトキハ之ニ從フヘキコト勿論也。然ラハ保管場所及ヒ返還場所ノ定ナキトキハ如何ナル場所ニ於テ返還スヘキ乎。學者或ハ此場合ハ一般ノ原則タル第四八四條ニ依リ債權發生ノ當時其物ノ存シタル場所ニ於テ返還スルヲ要スト爲シ(鳩山氏各論六五一頁、末弘氏各論六九八頁)、債權發生ノ當時トハ寄託契約成立ノ當時ヲ指スモノナルヘキモ、余ハ第六六四條ノ類推ニ依リ寄託終了當時保管シタル又ハ保管スヘカリシ正當ノ場所ニ於テ返還スヘキモノト解スルヲ相當ト信ス。故ニ例ハ甲カ乙ノ東京ノ住所ニ物ヲ持參シテ寄託シ適宜ノ場所ニ保管スヘキコトヲ託シ、乙カ横濱ノ某所ヲ適宜ノ場所ト認メテ此ニ正當ニ保管シタルカ如キ場合ニ於テハ、返還スヘキ場所ハ右横濱ノ某所ニシテ寄託成立ノ場所ニハ非スト云ハサルヘカラス。故ニ返還債務ハ原則トシテ取立債務也。

(6) 返還ノ時期 受寄者ハ寄託終了ノ後遲滯ナク返還スルヲ要ス。當事者カ返還ノ時期ヲ定メタルトキハ、其時期ハ寄託終了ノ時期ニシテ同時ニ返還スヘキ時期也。然レトモ返還債務ハ原

七二二

七二三

則トシテ取立債務ナルカ故ニ、返還スヘキ時期ニ寄託者カ現實ニ引取ルヘキ行為ヲ爲ササルトキハ、受寄者ハ第四九三條ニ依リ言語上ノ提供ヲ爲スニ因リ遲滞ノ責ヲ免レ得ヘキモノトス。

七三三

二 寄託終了後現實返還ニ至ルマテノ保管義務 此義務ニ付テハ民法上特別ノ規定ナキモ受寄者ハ特定物引渡ノ債務ヲ負フモノナルカ故ニ、特約ナキ限り第四〇〇條ノ適用アルモノト謂フヘシ。隨テ一般的ニ觀テ善良ナル管理者ノ注意ヨリモ低キ程度ノ注意義務ヲ負ヘル無報酬ノ受寄者ハ、寄託終了後ニ於テハ保管ノ爲メ用フヘキ注意ノ程度ニ付キ其責任加重セララルル結果ト爲ル。

而シテ此結果ハ一見不穩當ナルカ如クナルモ其實然ラス。蓋シ寄託終了シタルトキハ受寄者ハ言語上又ハ事實上ノ提供ニ依リテ寄託者ヲ受領遲滞ニ付スルコトヲ得ヘク、寄託者ハ受領義務ヲ有スルモノナルカ故ニ(四〇八、四〇九參照)、受寄者ハ右受領遲滞ニ因ル損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘキヲ以テ也。

然ルニ若シ依然トシテ第六五九條ノ注意義務ヲ負フニ過キササルモノトセハ、受寄者ハ例ヘハ寄託者甲カ遲滞ナク引取ラサル爲メ其保管場所ヲ第三者乙トノ有償寄託ニ使用スルヲ得ス、隨テ其報酬ヲ受ケ得サル損害アルモ、甲ニ對シテ之カ賠償ヲ請求シ得サルヘク、若シ之ヲ請求シ得ルモノトセハ、無償寄託ノ場合ノ注意ヲ用ヒテ而モ有償寄託ノ報酬ヲ受ケ得ルト同一ノ結果ト爲ル不都合アリ。故ニ寄託終了後引渡マテノ保管ニハ寄託ノ有償無償ヲ問ハス善良ナル管理者ノ注意ヲ用

フルヲ要シ、若シ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意カ之ヨリ高度ノ注意ナル場合ニハ其高度ノ注意ヲ用フルコトヲ要スルモノト解スルヲ相當トス(七〇〇參照)。

七二四

三 其他ノ義務 寄託終了後ニ於テ尙ホ第六六五條第六四六條乃至第六五〇條第一、二項第六六一條ニ依ル義務殘存スル場合ニ之カ履行ヲ要スルコト言フヲ俟タス。

第五款 消費寄託

七二五

一 消費寄託 (depositum irregulare, Hinterlegungsdarlehen) ハ又不規則寄託ト云フ。受寄者カ寄託物ノ所有權ヲ取得シ、之ト同種、同等、同量ノ物ノ返還ヲ要スル寄託也。此義務ノ内容ハ消費貸借ノ借主ノ義務ト異ナルコトナシ。故ニ民法ハ消費貸借ニ關スル規定ヲ準用セリ(六六參照)。寄託物ノ所有權ハ受寄者ニ移轉スルカ故ニ其滅失ノ危險ハ受寄者之ヲ負擔ス。此點普通ノ寄託ト異ナリ消費貸借ト同シ。然レトモ消費寄託ハ寄託物ノ價格ノ保管ヲ目的トスルモノト謂フヘク、是レ即チ民法カ消費寄託ヲ寄託ノ一種ト爲シタル所以ニシテ消費貸借ト異ナル所也。然ルニ具體的ノ場合ニ臨ミ當事者ノ一方カ相手方ニ物ヲ交付シ相手方カ其所有權ヲ取得シテ之ト同種、同等、同量ノ物ヲ返還スヘキコトヲ約シタル場合ニ其契約カ消費寄託ナリヤ將タ消費貸借ナリヤヲ甄別スルコトハ

必スシモ常ニ容易ナルモノニ非スト雖モ、區別ノ標準ハ要スルニ交付シタル物ノ價格ノ保管ヲ目的トセルヤ否ヤニ在ルカ故ニ、當事者カ其契約ニ用ヒタル用語、主トシテ何レノ當事者ノ利益ノ爲メニ契約セルカ、利息ノ高低其他ノ事情ニ依リ此目的ノ有無ヲ探究シテ決スルノ外ナキモノトス。銀行ニ對スル預金ノ如キハ消費寄託也。

七三六

混藏寄託 (Sammeldepot, Sammelhagergeschäft) ハ消費寄託ニ非ス。混藏寄託トハ例ハ米券倉庫ニ於ケルカ如ク、數人ヨリ寄託セラレタル同種、同等ノ代替物ヲ保管シ、其内ノ何レヲ返還スルモ可ナル寄託ニシテ、其寄託物ハ受寄者ノ所有ト爲ラス、寄託者全員ノ共有ニ屬シ(民二四參照)受寄者カ寄託者ノ一人ニ對シ其寄託シタル範圍内ニ於テ返還スルトキハ、同時ニ其部分ニ付キ共有物ノ分割行ハルモノトス。

七三七

二 消費寄託ニ於テ返還ノ時期ヲ定メサリシトキハ、寄託者ハ何時ニテモ其返還ヲ請求スルコトヲ得(民六六六但書)。消費寄託ノ受寄者ノ義務カ消費貸借ノ借主ノ義務ト異ナルハ唯此點ニ限ル。即チ第五九一條第一項ノ規定ハ準用ナキモ其他ノ點ニ付テハ總テ消費貸借ノ規定準用セラル。隨テ準消費貸借ニ關スル第五八八條ノ規定モ準用アルヘキモノトス(同旨明三八、一〇、一四、大判、民錄一四六七頁、正四、四、二七、大判、民錄六〇〇頁、鳩山氏各論六六〇頁、末弘氏各論八〇九頁等)。

返還時期ノ定ナキ場合ニ於テ寄託者ヨリ何時ニテモ返還ヲ請求シ得ルモノト爲シタルハ、消費寄託カ主トシテ寄託者ノ利益ノ爲メニ爲サルモノナルニ因ル。然レトモ返還時期ノ定メアル場合ニハ之ニ因ル受寄者ノ利益ヲ奪フヘカラサルカ故ニ、返還時期到來前ニ返還ヲ請求シ得サルヤ論ヲ俟タス。

第十二節 組合 第一款 概念

七二八

組合 (Societas; Gesellschaft; Société; Partnership) 一義アリ。一ハ組合契約其モノヲ意味シ他ハ組合契約ニ因リテ成立スル社團其モノヲ意味ス。而シテ民法ハ右ノ契約ヲ組合契約ト云ヒ、右ノ社團ヲ單ニ組合ト稱スルカ故ニ余ハ以下其稱呼ニ從フ。

七二九

第一項 組合契約

組合契約トハ各當事者カ出資ヲ爲シテ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ約スル契約ヲ謂フ(民六六一)。而シテ其契約ニ因リテ成立スル社團カ即チ組合也。凡ソ共同ノ事業ヲ營ム爲メノ制度ハ組合ニ限ラス。組合ニ最も類似セル制度ハ第三四條第三五條ノ社團法人及ヒ商法ノ會社也。後ノ二社ハ比較的ニ

規模大ニシテ永續的ノ事業ヲ營ムニ適スルモ其目的ニ制限アリテ(五、商四、三)組合ノ如ク自由ナラス。反之、組合ハ大規模長期ノ事業ニ適セサルモ其目的ニ制限ナク自由ナリ。營利事業ト公益事業ノ兩者ヲ目的トスル社團、會員ノ親睦娛樂等ヲ目的トスル社團ノ如キハ我法制上唯組合トシテ存在シ得ルニ止マル。尙ホ組合ノ要件ヲ左ニ分説スヘシ。

七三〇

一 組合ハ總組合員共同ノ事業ヲ營ムコトヲ目的トス 其事業ハ繼續的ナル場合多カルヘシト雖モ、全ク一時的ノ事業ニテモ可也。即チ單一ナル仕事ヲ目的トスル所謂當座組合 (Collegar Integrelling)モ亦組合也。例ヘハ製造業者數人互ニ出資シ、共同シテ第三者ト唯一回有利ノ大量取引ヲ爲スコトヲ目的トスル契約ヲ爲ストキハ此ニ組合成立ス(同旨鳩山氏各論六六二頁以下。末弘氏各論八一五頁。Ehneccarius, L. Art. § 205.)。事業ノ種類ニハ制限ナシ。但シ公序良俗ニ反セサルヲ要スルヤ言ヲ俟タス。事業ハ共同ナルヲ要ス。即チ各組合員カ事業ノ成功ニ付キ利益ヲ有スルコトヲ要ス。反之、事業ノ成功ニ付キ當事者中ノ數人又ハ一人ノミカ利益ヲ受クルモノ即チ所謂獅子組合 (Societas Leonia)ハ組合ニ非ス。此場合ニハ贈與類似ノ無名契約存在スヘシ(同旨末弘氏前掲、鳩山氏各論六六三頁、無效說橫田氏各論七各論七。六六頁。)

事業ノ成功ニ對シテ各組合員ノ有スル利益ハ金錢的利益タルヲ要セス、又一様ナルヲ要セサル

モノトス。即チ一組合員ハ金錢的利益ヲ有シ、他ノ組合員ハ精神的利益ヲ有スルモ可也(同旨鳩山氏前掲)。又損失ハ或組合員ニ於テノミ負擔スヘキモノトスルモ仍ホ組合タルヲ妨ケス(同旨右兩氏前掲、田氏前掲以下、反對村上氏前掲)。

七三一

二 組合契約ハ各當事者カ出資ヲ爲スコトヲ約スル契約也。出資トハ資本ノ醸出ヲ謂フ。其資本ノ種類ニハ制限ナシ。故ニ金錢固ヨリ可也。其他ノ物ノ所有權、使用權、地上權、無體財產權勞務ニテモ可也。信用ヲ以テ出資ノ目的ト爲シ得ルヤ否ヤニ付テハ議論岐レ、爲シ得ストスル學說アリ(梅氏要義六六七條、吾孫子氏要論四二。然レトモ信用モ亦財產的價值ヲ有シ、事業遂行ノ爲メ金錢其他ノ物同様ノ效果ヲ發揮シ得ルモノナルカ故ニ、之ヲ醸出スルコト即チ例ヘハ世間ノ信用特ニ厚キ有名ノ人カ單ニ組合ノ信用ヲ高ムル爲メ共同ノ目的ヲ以テ其組合員ト爲ルコトモ亦第六六七條第一項ニ所謂出資ナリト解セサルヘカラス)(同旨鳩山氏各論六六四頁。末弘氏各論八一三頁等)。現ニ商法第七一條ニ依ルモ合名會社ノ社員ニハ信用出資ヲ許スコト明カナルカ故ニ、組合員ノ出資ニ付キ之ヲ禁スヘキ明文ナキ限り之ヲ許サスト解スヘキ根據アルコトナク、第六六七條第二項カ出資ハ勞務ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得ト規定セルハ單ニ注意的規定タルニ止マリ、信用ヲ以テ其目的ト爲シ得ル旨規定セサリシハ、蓋シ組合員カ信用出資ヲ爲スカ如キハ稀有ノ事例ナリト認メタルカ爲メナリト解スル

ヲ相當トス。

七三二

單純ナル不作爲(例ハハ競業停止)カ出資ノ目的タリ得ルヤ否ヤニ付テモ議論岐レ、各組員ハ積極的ニ事業ノ經營ニ協力スルコトヲ要スルモノニシテ、單純ナル不作爲ハ單ニ共同事業ノ經營ヲ妨害セサルニ止マルヲ以テ出資ノ目的タリ得スト爲ス學說(鳩山氏各論六六四頁)アルモ、各組員ハ必スシモ積極的ニ事業ノ經營ニ協力スルコトヲ要スト爲スヘキ根據アルコトナク、例ハハ競業停止ニ對シ若干歩合ノ利益配當ヲ爲スコトカ競業ニ比シ相互ノ爲メ有利ナル場合モアルヘキカ故ニ、單純ナル不作爲モ亦出資ノ目的タリ得ルモノト解スルヲ相當トス(結果同、末弘氏各論八一四頁、Sanoceras, Land, 331, 1. 3.)。

七三三

三 出資ハ組員各自之ヲ爲スコトヲ要ス。然レトモ其種類内容ハ異ナルモ可也。故ニ例ヘハ甲ハ金一萬圓ヲ、乙ハ價三千圓ノ家屋ヲ、丙ハ一ヶ月百圓相當ノ勞務ヲ出資スルモ可也。又各組員ノ出資カ皆勞務ニテモ可也。

七三四

四 組合契約ハ雙務契約ナリヤ 通説ハ組合契約ヲ以テ雙務契約ナリトシ、反對論者洵ニ少數也。而シテ之ヲ雙務契約ナリトスル以上第五三三條ノ適用アルモノト謂フヘシ。故ニ學者或ハ自ラ出資ノ履行ヲ爲シタル組員又ハ組合ノ業務執行者ヨリ出資ノ請求ヲ受ケタル組員モ、他ニ未タ出資ノ履行ヲ爲ササル組員アル場合ニ、之ヲ理由トスル履行拒絶ノ抗辯權ヲ有スルモノ

ト爲ス(末弘氏各論八一八頁)。惟フニ是レ論理ニ忠ナルモノナルモ例ヘハ數十人ノ組員中甲乙二名ノ未タ履行セス他ノ組員ハ皆履行シタルニ拘ラス、業務執行者ヨリ其履行ノ請求ヲ受ケタル甲カ未タ乙ノ履行ナキノ故ヲ以テ、其請求拒絶ノ抗辯權アリト爲スノ如何ニ實際ニ適セス妥當ヲ缺クカハ言フヲ俟タサル所也。此ニ於テカ他ノ學者或ハ第五三三條ハ公平ノ原則ニ基ケルモノナルカ故ニ、請求者カ既ニ自ラ履行ヲ完了セル場合ニハ此抗辯權ヲ認メサルヲ正當トスト爲シ、又出資請求權ハ組合財産ノ一部ヲ構成スルモノニシテ其組合財産ニ屬スル債權ヲ業務執行者カ行使スル場合ニ於テハ、其債務者ハ他ノ組員ニ對スル出資請求權ニ基キテ同時履行ノ抗辯權ヲ有セサルモノト爲ス(鳩山氏各論六六六頁以下)。按スルニ此見解ハ實際ノ結果ニ於テ妥當ナルモ、組合契約ヲ以テ雙務契約ト解スル以上、各當事者ハ自己カ他ノ當事者ニ先立チテ履行ヲ強制セラルヘキ理由ナキモノト謂フヘク、自ラ履行ヲ完了セル組員又ハ業務執行者カ請求スル場合ト雖モ、其請求ハ組員全員ノ爲メノ請求ナル故被請求者ハ同時履行ノ抗辯ヲ爲シ得ルモノト云ハサルヘカラス。故ニ此學說ハ論理上不當也。右ノ如ク論理ヲ貫クトキハ實際上不當ノ結果ヲ生シ實際上妥當ノ結果ヲ求メントセハ論理ヲ曲ケサルヘカラサルハ、是レ全ク組合契約ハ雙務契約ナリトノ前提ニ誤謬アルコトヲ示スモノナリト謂フヘシ。然ラハ組合契約ノ性質果シテ如何。惟フニ組合契約ハ組合ナル社團ヲ

組織スル契約ニシテ會社設立ノ契約ト其性質ヲ同ウス。即チ會社設立行爲ハ契約ニ非スシテ合同行爲ナリトノ見解ニ從ヘハ組合契約モ亦合同行爲ニシテ契約ニ非サルコトト爲ル(四ノ說)。故ニ何レニスルモ組合契約ハ雙務契約ニ非ス。而シテ次項ニ説明スル如ク組合ハ實質上法人格ヲ有シ、各組合員ノ出資義務ハ組合ニ對スル義務ニシテ他ノ組合員ニ對スル義務ニ非サルカ故ニ、組合ヲ代表スル者ヨリ出資履行ノ請求ヲ受ケタル組合員ハ他ノ組合員ノ出資不履行ノ故ヲ以テ自己ノ出資履行ヲ拒絶シ得サルヤ論ヲ俟タス。斯ノ如ク解シテ初メテ論理上實際上正當穩妥ナル結果ヲ得ラルルモノトス。左レハ獨逸民法第七〇五條カ、組合契約ニ因リ各組合員ハ契約ニ定メタル方法ニ於テ共同ノ目的達成ニ努メ殊ニ契約ニ定メタル出資ヲ爲スヘキ義務ヲ相互ニ負擔スト云ヒテ組合契約ヲ雙務契約ナルカ如ク規定セルト異ナリ、我民法第六六七條第一項カ組合契約ハ各當事者カ出資ヲ爲シテ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生スト云ヒテ組合契約ヲ雙務契約ナルカ如ク規定セサリシハ比較的當ヲ得タルモノト謂フヘシ

右説明ノ如ク組合契約ハ雙務契約ニ非サルカ故ニ第五三四條乃至第五三六條モ亦其適用ナキモノトス。然ルニ通説ノ如ク雙務契約ナリトセハ其適用アルモノト解スヘキハ當然ナルモ、例ヘハ或組合員ノ勞務出資カ他ノ組合員中ノ或者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ不能ト爲リタルカ如キ場

合ニハ解決スヘカラサル結果ト爲ル。反之、卑見ニ依レハ組合契約ハ雙務契約ニ非スシテ組合設立ノ行爲ナルカ故ニ右法條ハ其適用ナク、未タ何等ノ出資ヲ爲サスシテ出資不能ト爲リタル場合ニハ其原因如何ヲ問ハス、其組合員ハ組合員タル資格ヲ失ヒ脱退スヘキモノトス。蓋シ出資義務ヲ有スルコト、又ハ幾分ニテモ出資ヲ爲シタルコトハ組合員タルノ要件ト解スヘキモノナレハ也(民六六七、一。參照)。而シテ其不能カ當事者又ハ第三者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因ルトキハ其者ハ被害者ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任スヘキモノトス。又一部出資ノ後爾餘ノ出資カ不能ト爲リタル組合員ノ出資額ハ當然右既濟ノ出資額ニ減額セラレ、損益分配ノ割合モ亦之ニ應シテ減少スルモノト解スルヲ相當トス。

五 通説ハ組合契約ヲ以テ有償契約ナリトス。隨テ組合ノ性質ノ許ス限リ第五五九條ニ依リ買買ニ關スル規定ノ準用アルモノト爲ス。然レトモ卑見ニ依レハ組合契約ハ組合設立行爲ニシテ、契約當事者タル組合員相互ニ對價的意義ヲ有スル給付ヲ爲スヘキ契約ニハ非ス、只其契約ニ因リテ成立スル組合ニ對シ出資其他ノ義務ヲ負フモノニシテ、組合其モノハ契約ノ當事者ニハ非サルカ故ニ組合契約ハ有償契約ニ非ス。又其契約ニ因リ組合ニ對シテハ利益アル場合ニハ其配當請求權、脱退ノ場合ニハ持分拂戻請求權等ヲ生スヘキモノナルカ故ニ無償契約ニモ非ス。左レハ組合

契約ニハ第五九條ノ適用アルモノト云フヲ得ス。然レトモ各組合員ハ各自ノ出資ニ因リ相互ニ間接ノ利益ヲ受ケ又組合ニ對シテ右ノ如キ請求權ヲ取得スヘキモノナレハ、有償契約ニ類似スルモノト謂フヘク、隨テ性質ノ許ス限リ賣買ニ關スル規定ノ類推適用アルモノト解スルヲ相當、ス。即チ結果ニ於テハ有償契約ト解スルト同一也。故ニ例ヘハ出資ニ瑕疵アルトキハ其出資ヲ爲シタル組合員ハ組合ニ對シテ賣主同様ノ擔保責任ヲ負擔スルモノト謂フヘシ。

六 組合契約ハ諾成且ツ不要式契約也。

第二項 組合ノ性質

特別法ニ於テ明カニ法人トシテ規定シタル組合例ヘハ産業組合(産業組)、水利組合(水利組)カ法人ナルコトハ言フヲ俟タサル所ナルモ、民法上ノ組合(以下單ニ組合ト云フ)ハ法人ニ非スト解スルヲ通説トシ反對論者洵ニ少數也。然レトモ自然人ニ非スシテ權利義務ノ主體タルモノハ即チ法人ナルカ故ニ、法人ノ成立ニハ何々ハ之ヲ法人トスル旨ノ法律ノ明文ヲ必要トスルモノニ非ス。唯自然人ニ非スシテ權利義務ノ主體タルモノ成立スルトキハ此ニ法人成立スルモノトス。民法第三三條ハ法人ハ本法其他ノ法律ノ規定ニ依ルニ非サレハ成立スルコトヲ得スト規定シ、民法施行法第二八條ハ「民法中法人ニ關スル規定ハ當分ノ内神社、寺院、祠宇及ヒ佛堂ニハ之ヲ適用セス」ト

七三七

七三八

規定スルカ故ニ、民法施行後ニ於テ神社、寺院、祠宇、佛堂以外ノ法人カ成立スルニハ、民法其他ノ法律ノ規定ニ依ラサルヘカラスト雖モ、民法其他ノ法律ノ規定ニ於テ自然人ニ非スシテ權利義務ノ主體タルモノ、例ヘハ權利義務ノ主體タル社團ノ成立スルコトヲ實質上認メ居ル場合ニ於テハ、假令之ヲ法人トスル旨ノ明文ヲ缺クモ、其社團ハ即チ法人ナリト云ハサルヘカラス。今組合ノ本質ヲ觀ルニ組合ハ民法ノ認ムル社團ナルコト第六六七條以下殊ニ第六七九條以下ノ規定ニ依リ明瞭ニシテ、此社團カ權利義務ノ主體タルコトヲ實質上認メラレ居ルコトハ、民法組合ノ規定殊ニ第六七六條第六七七條第六八八條等ニ依リテ窺知スルニ足ルカ故ニ、組合ハ實質上民法ノ規定ニ依リテ認メラレタル法人ナリト云ハサルヘカラス。尤モ立法者カ組合ヲ總則編法人ノ章ニ規定セシテ債權編契約ノ章ニ規定シ又第六六八條ニ組合財産ハ總組合員ノ共有ニ屬スト規定シタルヲ見レハ、立法者ハ組合ハ法人ニ非ストノ見解ノ下ニ組合ノ規定ヲ設ケタルモノナルコト明カナリト雖モ、或社團ノ適法ニ成立スルコトヲ認メナカラ其社團ニ實質上何等ノ權利義務ヲ認メサルコトハ事物ノ性質上不能ノコトニ屬ス。即チ必スヤ何等カノ權利義務ヲ認メサルヲ得サルモノニシテ、其社團ハ當然法人格ヲ取得スルモノトス。而シテ組合ハ民法ノ規定ニ依リ適法ニ成立スル社團ナレハ法人格ヲ有シ、各組合員ノ出資ハ其社團ニ對スル出資ナルカ故ニ、組合ハ當然財産權ノ

主體ト爲リ組合財産ハ總組合員ノ共有ニ非スシテ其實組合ナル法人ニ屬スルモノトス。是レ第六六八條ノ明文ヲ無視シタル解釋ナリト云フヲ得ヘシト雖モ、同條ヲ他ノ規定ト對照シテ考フレハ同條ハ他ノ規定ト法理トニ依リテ自ら打消サレ、組合財産ハ實質上法人タル組合ノ財産ニシテ總組合員ノ共有ニ非サルコトヲ知ルニ足ル。左ニ其所以ヲ説明スヘシ。

七三九

(1) 共有ノ規定タル第二五六條ニ依レハ各共有者ハ何時ニテモ共有物ノ分割ヲ請求シ得ヘク、唯五年ヲ超エサル期間内分割ヲ爲ササル契約ヲ爲スコトヲ妨ケサルノミ。然ルニ第六七六條第二項ニ依レハ組合員ハ清算前ニ組合財産ノ分割ヲ求ムルコトヲ得サルモノトス。是レ組合財産カ組合員ノ共有ニ非サルカ爲メ也。而シテ清算前ト雖モ總組合員ノ合意ヲ以テ爲ス分割ハ有效ナレトモ(同旨正二、六、二八、大判、民錄五七三頁、鳩山氏各論六九一頁、末弘氏各論八三三頁)、是レ其財産カ共有ナル爲メニハ非スシテ、總組合員ノ合意ハ即チ組合其モノノ意思ニシテ、人格者タル組合カ自己ノ財産ヲ處分シ組合員ニ之ヲ分割スルニ外ナラサルカ爲メナリト謂フヘシ。又解散後ニ於テハ組合ノ殘餘財産ハ全部又ハ一部ノ組合員ニ分配スヘキモノナルカ故ニ(參照七九七)、縱令第六七六條第二項ニ依リテ組合員カ分割ヲ請求シ得ルモノトスルモ、是レ即チ分配請求權ニ外ナラスシテ共有權ニ基クモノニハ非サル也。

七四〇

(2) 第六七六條第一項ニ依レハ組合員ハ組合財産ニ付キ持分ヲ有シ、之ヲ處分シ得ルモノノ如

シ。一派ノ學者又之ヲ認ム(鳩山氏各論六九二頁、末弘氏各論八三〇頁)。隨テ此點ヨリ觀ルモ組合財産ハ總組合員ノ共有ナルカ如シト雖モ、若シ果シテ共有ニシテ組合員カ組合財産ニ對シテ持分ヲ有シ之ヲ組合外ノ第三者ニ讓渡シ得ルモノトセハ、例ヘハ甲乙丙三人ニテ組合契約ヲ爲シ其持分平等ナリトシ甲カ組合財産ニ屬スル或不動産ニ對スル持分ヲ第三者ニ讓渡シタルトキハ、對抗問題ハ別論トシ其讓渡セラレタル三分ノ一ノ持分ハ最早組合財産ニ屬セサルモノト云ハサルヘカラス。而シテ他ノ組合員乙丙ノ有スル三分ノ二ノ持分カ爾後組合財産ト爲ルヘキモ組合財産ハ總組合員ノ共有ナルカ故ニ、其三分ノ二即チ九分ノ六ノ持分カ更ニ總組合員甲乙丙三人ニ屬スルコトト爲リ、乙丙各自ノ持分ハ九分ノ三ヨリ九分ノ二ニ減少スルコトト爲ルヘク、隨テ甲カ自己ノ持分ヲ處分スルハ同時ニ他人ノ持分ヲモ一部處分シテ他人ノ權利ヲ侵害スルコトト爲ルカ故ニ、甲ハ自己ノ持分ヲ第三者ニ讓渡スルヲ得サルモノト云ハサルヘカラス。若シ夫レ甲カ第三者ニ讓渡シタル持分モ依然トシテ組合財産ニ屬スルモノトセハ、組合財産ハ總組合員ノ共有ナルカ故ニ右ノ持分ハ依然トシテ甲ニ屬スルコトト爲ルヘク、隨テ其讓渡ハ無効ナリト云ハサルヘカラス(結果同、正、四、三、二、大判、民錄二〇七頁)。前示一派ノ學者ノ云フカ如ク處分ハ有效ナルモ唯之ヲ以テ組合及ヒ組合ト取引ヲ爲シタル第三者ニ對抗スルヲ得ス、此等ノ者ニ於テ其效力ヲ否認シ得ルニ止マルモノニハ非サル也。右ノ如ク組合員カ

七四一

持分ノ處分ヲ爲スモ其效ナキハ其實組合財産カ人格者タル組合其モノニ屬シテ總組合員ノ共有ニ屬セス、各組合員ハ共有者トシテ持分ヲ有セサルカ爲メ也。即チ各組合員ノ持分ハ共有者ノ持分ニ非スシテ合名會社ノ社員ノ持分ト其性質ヲ同ウスルモノト云ハサルヘカラス(商五九、七一。本書七四七參照)。

(3) 組合カ人格者ニ非ストセハ組合カ第三者ニ對シテ普通ノ金錢債務支拂請求ノ訴ヲ提起セントスルモ、組合ノ債權ハ總組合員ノ共有ナルカ故ニ、總組合員ノ名ニ於テスルニ非サレハ訴ヲ提起スルコトヲ得ス。隨テ組合員中一人ニテモ反對シ若クハ行方不明、交通杜絶等ノ爲メ自ラ訴訟委任ヲ爲スコト能ハサル者アルトキハ、他ノ組合員全部一致スルモ右ノ訴ヲ提起シテ裁判上ノ救済ヲ受クルノ途ナキニ至リ民法カ組合ノ制度ヲ認メタル趣旨ニ反ス。若シ其債權カ不可分債權ナリトセハ第四二八條ニ依リ各組合員單獨ニテ訴ヲ提起シ得ヘキモ、普通ノ債權ノ如キハ其目的カ性質上又ハ當事者ノ意思表示ニ因リテ不可分ナル場合ト云フヲ得サルカ故ニ單獨ニテ訴ヲ提起シ得ルモノニハ非サル也。

七四二

(4) 組合カ組合財産ニ屬スル特定ノ物ヲ組合員ノ一人ニ例ヘハ貸貸シタルトキハ其貸料債權ハ又組合財産ニ屬スヘシ。而シテ組合財産ハ總組合員ノ共有ニ屬ストセハ、貸借人タル右組合員カ任意ニ貸料ヲ支拂ハサル場合ニ其貸料請求ノ訴ハ組合即チ總組合員ヨリ提起セサルヘカラサルモ

被告ハ原告ヲ兼ヌルコトヲ得ス、被告ヲ除外シタル組合員ハ總組合員ニ非サルカ故ニ右貸料請求ノ訴ハ提起シ得サルコトト爲ル。假ニ被告ヲ除キタル他ノ組合員總員ノ起シタル訴ハ即チ組合ノ訴ナリトスルモ、原告敗訴シテ訴訟費用ハ原告ノ負擔ト爲リタル場合ニ其費用ハ組合ノ負擔即チ總組合員ノ負擔ト爲ルモノトセハ、勝訴者タル被告モ亦負擔スルコトト爲リテ判決ノ趣旨ニ反ス。左レハトテ組合ノ債權取立ノ爲メニ組合ノ起シタル訴ノ訴訟費用カ原告敗訴ノ場合ニ組合ノ負擔ト爲ラスシテ只原告トシテ訴ノ局ニ當リタル組合員等ノ負擔ト爲ルト云フハ到底不合理タルヲ免レス。要スルニ組合財産ヲ以テ總組合員ノ共有ナリト解スルトキハ訴訟關係ニ付テモ到底解決スヘカラサル結果ト爲ル。是レ亦組合財産カ總組合員ノ共有ニ非サルコトヲ示スモノト謂フヘシ。反之、組合財産ハ組合ナル人格者ノ財産ナリトセハ組合ヲ代表スル者ニ於テ右貸料請求ノ訴ヲ提起シ得ヘク、訴訟費用ノ負擔ニ付テモ何等ノ疑點ヲ生スルコトナク、容易ニ合理妥當ノ解決ヲ爲シ得ヘキ也。

七四三

以上説明スル如ク組合財産ハ總組合員ノ共有ニ非スシテ組合ナル法人ノ財産ナルモ、民法制定當時立法者ハ未タ法人ノ本質ヲ明確ニ觀念セス、組合カ法人タル所以ノ實質ハ之ヲ認メナカラ尙ホ法人ニ非スト誤解シ、隨テ法人タル組合ノ財産ヲ總組合員ノ共有ナリト誤解シテ第六六八條ノ

規定ヲ設ケタルモ、之カ爲メ組合財産カ總組合員ノ共有ト爲ルモノニ非サルコト恰モ立法者カ女子ヲ見テ男子ト規定スルモ女子カ男子ト爲ルモノニ非サルト同様也(尙ホ七五六、七六二、七六四、八〇一、八〇二、七五五、七五八、七九七、七九八、八〇〇、八〇一)等参照。

第三項 附 說

七四四

一 無盡講(賴母子講トモ云フ)ノ法律上ノ性質ニ付テハ議論岐レ、組合說、消費貸借說及ヒ無名契約說アレトモ組合說ヲ正當トス。蓋シ無盡講ノ契約ハ總講員ノ金融其他財産上ノ利益ヲ得ルト云フ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ目的トシ、一定ノ口數ト一口ノ給付金額ヲ定メ各講員一口以上ノ口數ヲ引受ケ定期ニ各口ニ付キ一定ノ金額ヲ出資シ一口又ハ數口宛順次全口ニ對シ抽籤、入札其他類似ノ方法ニ依リ右財産上ノ利益ヲ給付スヘキ契約ナルカ故ニ、其契約ハ組合契約ナリト解スルヲ正當トス。消費貸借說ハ當事者ノ意思ニ反シ、殊ニ右給付前ニ於ケル出資即チ掛金及ヒ最後ニ給付ヲ受クル場合ノ法律關係ヲ説明スル能ハサルカ故ニ正當ナラス。但シ掛戻金ニ付キ借用證書ヲ差入ルル事例多キカ如キモ、是レ其掛戻ノ出資義務ニ付キ準消費貸借ヲ爲スモノト解スルヲ相當トスヘシ。

右説明ノ如ク無盡講ハ組合ナルカ故ニ特別ノ契約ナキ限り組合ノ規定適用セラレヘキモノトス

七四五

(同旨鳩山氏各論六七二頁以下、尙ホ此點ノ學說判例ニ付テハ同六七三頁以下参照)

無盡講ト區別スヘキハ營業無盡也。此無盡ハ講元ト各講員トノ間ニ契約成立シテ講員相互ノ間ニハ契約成立セス、又講元自身ハ講員ト爲ラス、講員ハ講元ニ對シテ掛金ヲ爲シ抽籤其他ノ方法ニ依リ講元ヨリ一定金額ノ給付ヲ受クル契約ナレハ、總講員共同ノ事業ヲ營ムコトヲ目的トスル契約即チ組合契約ナリト云フヲ得ス、一種ノ無名契約也。營業無盡ニ付テハ無盡業法(大正四年法律第二四號)其他府縣令ニ種々ノ取締規則アリ。

七四六

二 船舶共有者ノ組合 船舶共有者ノ間ニハ組合關係アルモノト然ラサルモノトアリ(同旨鳩山氏各論六七二頁、末弘氏各論八一二頁等。反)對鳥賀陽氏京法二卷一號四八頁以下。船舶共有者カ組合ヲ組織シ共有權其モノヲ之ニ出資シタルトキハ船舶ハ組合ナル法人ノ所有ト爲ルカ故ニ、從前ノ共有者ハ最早共有者ニ非ス。反之、船舶共有者カ共有權其モノヲ出資セス、唯其使用權ヲ出資シテ組合ヲ組織シタル場合ニハ船舶共有者間ニ組合關係アルモノトス。而シテ此場合ト雖モ各共有者ハ他ノ共有者ノ承諾ヲ得スシテ其持分ノ全部又ハ一部ヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得。但シ船舶管理人ハ此限ニ在ラス(商五)一。

組合財産ハ總組合員ノ共有ニ屬ストノ見解ヲ採ルトキハ、船舶カ組合財産ナル場合ニハ組合員ハ即チ船舶共有者ト爲ルヘキカ故ニ、船舶共有ニ關スル商法第五四六條以下ノ規定適用アルコト

七四七

ト爲ル。而シテ學者或ハ此場合ニ右商法ノ規定ハ第一次ニ適用セラレ、民法中組合ニ關スル規定カ第二次ニ適用セラルト爲ス(例、鳩山氏末、弘氏各論)。然レトモ例ヘハ甲カ船舶ヲ、乙カ現金ヲ、丙カ勞務ヲ出資シテ組合ヲ組織シ海運業ヲ營ム場合ニ、組合財産カ總組合員ノ共有ニ屬スルモノトセハ丙モ亦右船舶ニ付キ持分ヲ有スル共有者ト爲ルヘク、隨テ該船舶ヲ以テ新ニ航海ヲ爲シ又ハ其大修繕ヲ爲スヘキコトヲ甲乙カ決議シ丙カ異議アルトキハ、丙ハ商法第五四八條ニ依リ甲乙ニ對シ相當代價ヲ以テ右船舶ニ對スル丙ノ持分ヲ買取ルヘキコトヲ請求シ得ルコトト爲リテ極メテ妥當ヲ欠キ組合ノ性質ト相容レス。是レ亦一面ニ於テハ組合財産カ總組合員ノ共有ニ非サルコトヲ示シ、他ノ一面ニ於テハ商法第五四六條以下ノ規定ハ船舶共有ノ場合ニノミ適用アリテ共有者カ組合ヲ組織シ、該船舶其モノヲ組合ニ出資シタル場合ニ付テハ其適用ナキコトヲ示スモノナリト謂フヘシ(七四六、參照)。

三 組合契約ノ擬制 共同鑛業出願人又ハ共同鑛業權者ハ組合契約ヲ爲シタル者ト看做ス(法七三)。即チ斯ル人々ハ相互間ニ何等ノ契約ヲ爲サス又ハ組合契約ノ内容タリ得サルコトヲ約定シタル場合ト雖モ、尙ホ法律上當然共同シテ鑛業ヲ營ムコトヲ目的トスル組合契約ヲ締結シタルモノト看做サレ、民法ノ組合ニ關スル規定ハ當然適用セラルルモノトス(同旨正四、九、二八、大判、民錄、一五一頁、鳩山氏各論六七〇頁)。

惟フニ鑛業法カ右ノ如キ特別規定ヲ設ケタルハ共同鑛業人間ニ多ク起リ得ヘキ種々複雑ナル問題ノ解決及ヒ公益ニ重大ノ關係アル鑛業取締ノ爲メ蓋シ適當ノ立法ナリト信ス。

四 匿名組合 匿名組合(Stille Gesellschaft 商二九七乃至三〇四)ハ民法所謂組合ニ非ス。通説也。蓋シ匿名組合員ノ出資ハ契約當事者ノ一方タル營業者ニ歸屬シ、相手方タル匿名組合員ハ營業者ノ行爲ニ付キ第三者ニ對シテ權利義務ヲ有セサルモノナルヲ以テ也(商二九八)。

第二款 業務執行

一 組合ノ業務執行 (Geschäftsführung) ノ權利關係ハ之ヲ對内關係ト對外關係ニ區別スルコト得。而シテ其權利關係ノ内ニハ組合ニ特殊ノモノト然ラサルモノトアリ。先ツ特殊ノモノニ付テ云ハン。其特殊ノモノニ付キ對内關係トハ組合ノ法人格ヲ認メサル通説ニ依レハ組合員相互間ノ關係ナルモ、余ハ組合ニ法人格アルモノト解スルカ故ニ組合ナル法人ト組合員トノ關係ト爲ル。而シテ各組合員カ組合員トシテ組合ニ對シ組合ノ爲メ法律行爲其他ノ事務ヲ爲ス權利義務ハ即チ對内關係ニ於ケル業務執行ノ權利義務ニシテ、組合契約又ハ法律ノ規定ニ基クモノトス。對外關係トハ各組合員又ハ業務執行者カ第三者ニ對シテ組合ヲ代表スル關係ニシテ、此等ノ者カ第三者

ニ對シテ組合ヲ代表シテ法律行爲爲其他ノ行爲ヲ爲ス權限ハ即チ對外關係ニ於ケル業務執行ノ權利關係也。而シテ此權限モ亦組合契約又ハ法律ノ規定ニ基クモノトス。

二 組合ノ業務執行ノ權利關係ノ内組合ニ特殊ナラサルモノハ組合成立後組合カ特ニ或組合員又ハ第三者ニ對シテ業務執行ヲ委託シ若クハ或代理權ヲ授與シタル場合ニ於ケル右組合員又ハ第三者ニ依ル業務執行ノ權利關係ニシテ、此權利關係モ亦對内關係ト對外關係ニ區別スルコトヲ得レトモ組合ニ特殊ノモノニ非ス、一個人カ自己ノ業務ニ付キ他人ニ其執行ノ委託又ハ代理權ヲ授與シタル場合ト其性質ヲ同ウスルカ故ニ特ニ茲ニ説明スルノ要ナシ。本款ニ於テ説明スルハ唯組合ニ特殊ノモノニ限ル。

第一項 對内關係

一 各組合員ノ業務執行權 各組合員ハ組合ノ業務ヲ執行スヘキ權利義務ヲ有スルヲ原則トシ(民六七)、唯組合契約又ハ總組合員ノ合意ヲ以テ組合員中ノ一人又ハ數人ヲ業務執行者ト定メタル場合(民六一)ニ於テ他ノ組合員ハ右ノ權利義務ヲ有セス、又第三者ニ業務ノ執行ヲ委託シ且ツ組合員自ラ業務ヲ執行セサルコトヲ定メタル場合ニ組合員ハ業務執行ノ權利義務ヲ有セサルモノトス。然レトモ單ニ組合員中ノ一人又ハ數人若クハ第三者ニ業務ノ執行ヲ委託シタルニ止マル場合

ニ於テハ、之カ爲メ他ノ組合員若クハ總組合員各自カ自ラ執行スヘキ權利義務ノ消滅スヘキ理由ナキモノトス。而シテ業務執行者ヲ定ムルコトハ業務ノ執行ニ屬セス。又總組合員ノ合意ヲ以テ業務執行者ヲ定ムル權利ハ組合員固有ノ權利ニシテ之ヲ制限スル特約ハ其效ナキモノトス。

組合ノ業務ヲ分チテ狹義ノ業務及ヒ常務ト爲ス。左ニ其執行權ヲ分説スヘシ。

(A) 狹義ノ業務執行權 總組合員カ業務執行ノ權利義務ヲ有スル場合ニ組合ノ業務執行ハ組合員ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス(民六一)。此ニ謂フ業務ハ即チ狹義ノ業務ヲ意味ス。組合員ノ過半数トハ組合員ノ頭數ニ依ル過半数也。出資額ノ過半数ニ非ス。過半数ヲ以テ決ストハ過半数ノ同意ニ依リテ決定スルコトヲ謂フ。而シテ之ヲ決定スルニハ組合ノ目的カ各組合員共同ノ事業ヲ營ムモノナルニ鑑ミ各組合員ニ對シ意見ヲ述フル機會ヲ與フルヲ要スルヲ原則トシ、一部ノ組合員ニ對シ此機會ヲ與ヘスシテ爲シタル決定モ無効ニハ非サルモ、其機會ヲ與ヘサリシコトカ著シク信義ノ原則ニ違反スルトキハ、其違反者ヲ除名スヘキ正當ノ事由(民六八)若クハ機會ヲ與ヘラレサリシ者ニ於テ脱退シ(民六七)又ハ解散ヲ請求スヘキ(民六八)已ムコトヲ得サル事由アルモノト解スルヲ相當トス。

獨逸民法(七〇)ハ特約ナキ限り全員ノ一致ヲ要スルモノトシ、ふらんす民法(五九)、瑞西債務

法(五三)ハ原則トシテ各組員單獨ニ業務執行ヲ爲シ得ルモノト爲ス、故ニ我民法ハ右ノ兩主義ヲ折衷シタルモノト謂フヘク、惟フニ此點妥當ノ立法也。

七五四

(B) 常務執行權 組合契約ヲ以テ或組員又ハ第三者ニ業務ノ執行ヲ委任セサル場合ニ於テハ組合ノ常務ハ各組員之ヲ專行スルコトヲ得、但シ其結了前ニ他ノ組員カ異議ヲ述ヘタルトキハ此限ニ在ラス(民六七) 常務トハ日常ノ事務ヲ謂フ。故ニ比較的重要ノ事務ニテモ日常繰返サルル事務ナラハ常務也。事務ノ性質ハ之ト同一ナルモ重要ノ程度カ之ヲ超ユルトキハ常務ニ非ス、比較的輕微ノ事務ニテモ日常起ラサル事務ナルトキハ常務ニ非ス。例ヘハ日常一日ニ一斗乃至一俵位ノ米ヲ販賣スル組合ニ於テ、所持米數十俵全部ノ買收ヲ申込マレテ之ニ應スルハ程度ノ點ヨリシテ常務ニ非ス。組合ノ店舗附近ニ停車場設置運動費ノ寄附ヲ求メラレテ應スルハ其額輕微ナルモ性質ノ點ヨリシテ常務ニ非ス。

異議ハ各個ノ事務執行ニ付キ結了前ニ述フルニ非サレハ其效ナシ。一般の異議ハ述ヘ得サルモノトス。若シ之ヲ述ヘ得ルモノトセハ組員一人ノ意思ヲ以テ他ノ組員ノ常務專行權ヲ奪フノ結果ト爲レハ也。然レトモ組合契約又ハ總組員ノ合意ヲ以テ右ノ常務專行權ヲ制限シ若クハ其專行權ナキモノト爲シ得ルコトハ勿論也。

七五五

二 業務執行者ノ執行權 組合契約又ハ其後總組員ノ合意ヲ以テ組員中ノ一人又ハ數人若クハ第三者ニ業務ノ執行ヲ委任シテ其受任者即チ業務執行者數人アルトキハ業務ノ執行ハ其過半數ヲ以テ之ヲ決ス。但シ常務ハ其結了前他ノ業務執行者カ異議ヲ述ヘサル限り各業務執行者之ヲ專行シ得ルモノトス。第六七〇條第二項ノ法文ハ組合契約ヲ以テ委任シタル場合ノミヲ規定スレトモ、組合契約後總組員ノ合意ヲ以テ委任シタル場合ト雖モ、之ト取扱ヲ異ニスヘキ何等ノ理由ナキカ故ニ、其委任契約ニ特別ノ定ナキ限り同項及ヒ第三項ハ此場合ニ類推適用アルヘキモノト解ス(同旨末弘氏各論八四四頁註。之ト異ナリ。鳩山氏各論六八二頁ハ適用アリト解ス)。

七五六

委任ノ規定ノ準用 組合契約ヲ以テ業務執行者ヲ定メサルトキハ特ニ委任ノ合意ナキモ各組員カ皆業務ヲ執行スル組員也(岡松氏理由次三五〇頁カ第六七一條ニ所謂組員ハ此種ノ組合員ノミヲ意味スト爲スハ妥當ナラフ旨鳩山氏各論六八〇頁)。又組合契約ヲ以テ組員中ノ一人又ハ數人ニ業務ノ執行ヲ委任シタル場合ニ於テハ組合其モノハ委任者ニ非ス。而モ其業務執行者ハ組合ナル人格者ノ爲メ業務ノ執行ヲ爲ス義務ヲ負フモノニシテ、他ノ組員ニ對シテ負フモノニ非サルカ故ニ第六四三條ニ所謂委任及ヒ第五五六條所定ノ準委任存在スルコトナシ。然レトモ右ノ如クシテ組合ノ業務ヲ執行スル組員ハ組合ニ對シテ受任者同様ノ權利義務ヲ有スルモノトスルヲ相當トスルカ故ニ、斯ル組員ニハ委任ニ關スル第六四四條乃至第

六五〇權ノ規定ヲ準用スルモノトセリ(七六)若シ組合ニ人格ナキモノトセハ組合契約ヲ以テ組合員中ノ一人又ハ數人ニ業務ノ執行ヲ委任シタル場合ニハ、其業務執行者各自ニ對スル委任者ハ他ノ各組合員ニシテ純然タル委任關係存在スルモノナレハ、委任ノ規定カ當然適用セラレヘキニ拘ラス、第六七一條カ組合ノ業務ヲ執行スル組合員ニハ第六四四條乃至第六五〇條ノ規定ヲ準用スト規定シタルハ、暗ニ組合ニ人格アルコトヲ前提トスルモノト解スルヲ得ヘシ。而シテ第六四五條ノ準用ニ付テハ各組合員ハ夫々組合ヲ代表シテ何時ニテモ業務ヲ執行スル組合員ニ對シ、業務執行ノ狀況ヲ各組合員ニ報告スヘキコトヲ求メ得ヘク、業務ヲ執行スル組合員ハ其任務終了ノ後遲滞ナク他ノ組合員全部ニ對シ其顛末ヲ報告スルヲ要スルモノト解スヘキモノトス。蓋シ右法條ハ組合ナル法人ト業務執行組合員トノ關係ニ付キ準用セラレルモノナルカ故ニ、他ノ各組合員ハ組合ヲ代表シテ右ノ請求ヲ爲シ得ルモノト解スルノ外ナク、又組合ハ各組合員共同ノ事業ヲ營ムコトヲ目的トスル團體ニシテ、内部關係ニ於テ之ニ對スル業務執行ノ狀況及ヒ顛末ノ報告ハ他ノ組合員全部ニ爲スコトニ依リテ完全ニ爲サレタリト云フヘキモノナレハ也。

民法ハ右ノ如ク委任ノ規定ヲ準用スレトモ、組合契約ヲ以テ業務ノ執行ヲ委任セラレタル組合員ハ適當ノ意義ニ於ケル受任者ト其性質ヲ異ニシ組合ト一層緊密ノ關係ヲ有スルモノナルカ故ニ

其組合員ハ正當ノ事由アルニ非サレハ辭任ヲ爲スコトヲ得ス、又解任セラレルコトナキモノトシ、而シテ正當ノ事由ニ因リテ解任ヲ爲スニハ他ノ組合員ノ一致アルコトヲ要スルモノトセリ(七六)而シテ此ニ所謂他ノ組合員ノ一致トハ解任セラレヘキ當該組合員一名ヲ除キタル他ノ組合員全體ノ一致ヲ意味スルモノト解スヘキモノトス(七八二ノ(ロ)比較参照)。

右ノ場合ト異ナリ組合契約成立後總組合員ノ合意ヲ以テ組合員中ノ一人又ハ數人若クハ第三者ニ業務ノ執行ヲ委任シタル場合ハ純然タル委任ナルカ故ニ、當然委任ノ規定適用セラレ辭任及ヒ解任ニ付キ右ノ如キ制限ナキモノト謂フヘシ。但シ右組合員ノ解任ハ正當ノ事由アルトキハ第六七二條第二項ノ類推ニ依リ他ノ組合員ノ一致ヲ以テ爲シ得ヘク、正當ノ事由ナキトキハ本人ノ同意ヲ要スルモノト謂フヘシ。

業務執行者ノ權限 業務執行者カ其權限上組合ノ爲メニ爲シ得ルハ唯業務ノ執行ニ限ル。組合ノ目的ノ變更、組合員ノ加入ニ對スル同意、除名、解散ノ合意ノ如キハ業務ノ執行ニ非サルカ故ニ業務執行者ノ權限ニ屬セス。此等ノ事項ハ組合員固有ノ權能ニ屬シ、組合契約ヲ以テスルモ之ヲ業務執行者ニ委任シ得サルモノトス(同旨鳩山氏各論六八〇頁末弘氏各論八四〇頁)。業務執行者ノ任免亦同シ(七五二)但シ業務執行者ノ補助者ノ任免ハ業務ノ執行ニ屬スルモノト謂フヘシ。

三 組合員ノ検査權 各組合員ハ組合ノ業務ヲ執行スル權利ヲ有セサルトキト雖モ、其業務及ヒ組合財産ノ狀況ヲ検査スルコトヲ得(民六七三)。組合ノ事業ハ他ノ一面ニ於テハ組合員共同ノ事業ニシテ各組合員ハ業務執行ノ狀況如何ニ付キ密接ノ利害關係ヲ有シ、又組合財産ノ増減ハ結局總組合員ノ利害ト爲ルモノナルカ故ニ、業務執行權ヲ有セサル組合員ニモ此検査權ヲ認メタルモノ也。即チ各組合員ハ第六七一條第六四五條ニ依リテ業務執行ノ狀況ノ報告ヲ受ケ得ルノミナラス、第六七三條ニ依リ進ンテ組合ノ帳簿其他ノ書類ノ檢閲、組合財産ニ屬スル現物ノ調査其他ノ方法ヲ以テ業務及ヒ組合財産ノ狀況ヲ検査スルコトヲ得ルモノトス。若シ業務執行者カ正當ノ理由ナクシテ之ヲ拒絶スルトキハ解任スヘキ正當ノ事由ト爲ルヘク、又其拒絶ニ因リ組合ニ損害ヲ生スルトキハ執行者ハ之カ賠償ノ責ヲ負フヘシ。蓋シ其検査ハ組合ノ爲メニ爲スモノニシテ業務執行者カ其検査ニ應スルハ業務ノ執行ニ從タル義務ノ履行ト謂フヘク、故ナク検査ヲ拒ムハ即チ組合ニ對スル此從タル義務ノ違背ナルヲ以テ也。然レトモ又検査ヲ爲ス組合員モ検査ニ名ヲ藉リテ業務執行ヲ妨害シ又ハ検査ノ爲メニテモ過失ニ因リテ業務執行ヲ妨害スルハ組合ニ對スル不法行爲ナルカ故ニ、之ニ因リ組合ニ損害ヲ生セシメタルトキハ之カ賠償ノ責ヲ負フモノトス。

第二項 對 外 關 係

一 組合ノ對外關係ニ於ケル業務執行ノ權利關係ハ組合ノ業務執行上代理人カ他ノ人格者ニ對シテ組合ヲ代表スル權利關係也。而シテ本項ニハ組合ノ業務執行者カ組合ヲ代表スル關係ヲ説明セント欲ス。

獨逸民法(七一)、瑞西債務法(三、四)ハ組合ノ業務執行者ハ第三者ニ對シテ組合代表ノ權限ヲ有スルモノト推定スレトモ、我民法ニハ此點ニ關シ何等ノ規定ナシ。然レトモ組合ノ事業遂行ノ爲メ必要ナル行爲ヲ爲スハ事實行爲ナルト將タ第三者トノ間ニ爲ス法律上ノ行爲ナルトヲ問ハス、皆業務ノ執行ナルカ故ニ業務執行者ハ組合契約、委任又ハ總組合員ノ合意ニ因リテ特ニ其權限ヲ制限セラレサル限り第三者ニ對シテ組合ヲ代表スル權限アルモノト解スルヲ相當トス(結果同、鳩山氏下、末弘氏各論八四八頁、横田氏各論七〇六頁、明四四、三、八、大判、民錄一〇四頁、正七、一〇、二、大判、民錄一八四八頁、正八、九、二七、大判、民錄一六六九頁、藥師寺氏志林二二卷四號二五頁等)。

業務執行者ハ特ニ制限ナキ限り右ノ如ク組合ヲ代表スル權限ヲ有ス。而シテ特ニ業務執行者ヲ定メサルトキハ各組合員カ皆業務執行者也。此場合ニハ業務ノ執行ハ組合員ノ過半数ヲ以テ決スヘク、又特ニ數名ノ業務執行者ヲ定メタル場合ハ其過半数ヲ以テ決スヘキモノナルモ(民六七〇)是レ唯組合ノ内部關係ニ過キスシテ、第三者ニ對シテハ業務執行者各自組合ヲ代表スル權限ヲ有シ之カ制限ハ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノト解スルヲ相當トス(民五三、五四、商六、一乃至六二比較參照)。

二 裁判上ノ代表權 組合ノ業務執行者カ裁判上組合ヲ代表スル權限ヲ有スルヤ否ヤニ付テモ民法及ヒ民事訴訟法ニ何等ノ規定ナシ。獨逸民法ノ解釋ニ付キ同法第七一四條ニ所謂代理權カ裁判上ノ代理權ヲ包含スト解スル學者ニシテ、業務執行者ハ唯組合員ノ代理人トシテ訴訟行為ヲ爲シ得ルニ止マリ、自己ノ名ニ於テ若クハ組合ノ業務執行者トシテ之ヲ爲シ得サルモノト爲ス者アリ (Oertmann, P.G.B.)。蓋シ組合ニ人格ナシト解スル以上當然ノ結論也。然レトモ卑見ニ依レハ、七三八以下ニ説明シタル如ク組合ハ實質上法人ナルカ故ニ、其機關タル代表者ハ當然裁判上ニ於テモ組合ヲ代表スル權限アルモノト云ハサルヘカラス。而シテ業務執行者ハ即チ組合ノ機關タル代表者也。即チ業務執行者ハ裁判上組合ヲ代表スル權限アルモノトス。通説ニ依レハ組合ハ人格者ニ非サルカ故ニ、組合カ訴ヲ提起スルニハ總組合員カ原告ト爲ルヲ要ス。隨テ辯護士ニ非サル業務執行者ハ總組合員ヨリ訴訟委任ヲ受クルモ、地方裁判所以上ノ訴訟ニ付テハ辯護士ナキ場合ヲ除キ其委任ハ民事訴訟法第六三條ニ違背スヘキカ故ニ其效ナク、裁判上組合ヲ代表スル權限ハ之ヲ付與スルノ途ナキコトト爲ル(同旨藥師寺氏志林二卷四號二六頁以下)。然ルニ學者或ハ業務執行者カ總組合員ヨリ訴訟ヲ爲スヘキ代理權ヲ授與セラレタル場合ニハ業務執行者自ラ訴訟當事者ト爲ルコトヲ得ヘク、必スシモ總組合員ヲ訴訟當事者トスルノ要ナシト爲スモ(鳩山氏各論六八六頁)、訴訟ヲ爲スヘキ代理權ヲ授

與セラレタル者カ代理人トシテ訴訟行為ヲ爲スニ非スシテ、授權者ノ爲メ自ラ當事者本人トシテ訴訟行為ヲ爲シ得ルモノト解スルハ到底是認シ得サル所ナリト謂フヘク、又若シ自ラ訴訟當事者ト爲ルトハ裁判上自ラ總組合員ヲ代理スルノ意ナリトセハ、右民事訴訟法ノ規定ニ牴觸ス。又大正四年十二月二十五日ノ大審院判決(民錄二二六七頁)ハ組合契約ニ依リ組合ニ屬スル權利ヲ其業務執行者ノ名ニ於テ組合ノ爲メ行使セシムルコトヲ約スルハ適法ニシテ、業務執行者カ之ニ基キ自己ノ名ヲ以テ組合ノ爲メ訴訟ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲シタルモ、組合ノ權利ヲ業務執行者ニ移轉セス依然トシテ組合ノ權利ナリト爲シツツ業務執行者カ自己一個人ノ名ニ於テ裁判上之ヲ行使シ得ルモノト爲スハ論理的ニハ到底誤謬タルヲ免レス。然レトモ業務執行者カ組合ノ爲メ訴訟行為ヲ爲シ得ルモノト解スルハ實際上必要且ツ妥當ノコトニシテ法律ノ精神ニ適スルモノト謂フヘク、唯組合ヲ人格者ナリト解スルニ因リ初メテ之ヲ合理的ニ説明シ得ルモノトス(尙ホ八〇一參照)。

第三款 組合ノ財産關係

第一項 組合員ノ出資

組合ノ性質上各組合員カ出資ヲ爲スヲ要スルコト及ヒ内容ニ付テハ七三一乃至七三三ニ於テ述

ヘタリ。以下出資ト組合財産トノ關係ヲ説明スヘシ。

(1) 組合員ノ有スル特定ノ財産權ヲ以テ出資ノ目的ト爲シタル場合ニ於テハ、其財産權ハ組合契約ニ因リ當然出資セラレテ出資義務發生ノ餘地ナク其目的物ハ當然組合財産ト爲ル。

(2) 組合員ニ屬スル特定ノ財産權ニ非サルモノヲ以テ出資ノ目的ト爲シタル場合ニ於テハ、組合契約ニ因リテハ當然出資セラレス、其組合員ハ出資履行ノ義務ヲ負フ。此出資義務ハ組合員ヨリ法人タル組合ニ對スル義務ニシテ、組合ハ之ニ對スル債權ヲ取得ス。此債權モ亦組合財産ナリ(結果同鳩山氏各論六八七頁、村上氏各論七四四頁)。若シ通説ノ如ク組合ハ人格者ニ非スシテ唯組合員間ノ契約關係ニ過キササルモノトセハ、凡ソ何人モ初メヨリ自己ニ對シテ債務ヲ負フヲ得サルモノナルカ故ニ、出資義務ハ即チ他ノ組合員ニ對スル義務ニシテ、隨テ出資ヲ受クル債權ハ總組合員ノ共有ナリトモ云フヲ得ス、即チ組合財産ナリト云フヲ得サルコトト爲ル(結果同末弘氏各論八二三頁、岡松氏理由次三三六頁等)。組合成立後一組合員カ組合ヨリ物ヲ買受ケタル場合ト雖モ、正確ニ觀察スレハ其買受ハ他ノ組合員ノ持分ノ買受ニシテ隨テ其代金債權モ亦總組合員ノ共有トハ爲ラス、即チ組合財産ト爲ラサルコトト爲ル。然レトモ斯クテハ組合ノ財産關係ハ明カナルヲ得ス實際ニ適セサルコト言フヲ俟タス。反之、組合ニ人格アリト解スルトキハ何等ノ疑惑ヲ生スルコトナク、出資ヲ受クル債權モ右ノ代金債權モ組合財産ニ

屬スルコト一點ノ疑ナク實際ニ適スルコト勿論也。

(3) 出資義務ノ履行ハ辨濟受領ノ權限アル者ニ對シテ爲スコトヲ要ス。若シ組合契約又ハ其後總組合員ノ合意ヲ以テ特定出資ヲ受領スヘキ者又ハ業務執行者ヲ定メサルトキハ、各組合員何レモ業務執行ノ權限ヲ有スルモノナルカ故ニ、他ノ組合員ニ對シテ履行スルハ固ヨリ可ナリ、又民法第一〇八條但書ニ依リ自ラ組合ヲ代表シテ自己ノ履行ヲ受クルモ可也、後ノ場合ニ於テハ自己ノ財産ヨリ分離シテ組合ノ爲メ占有ヲ始メタルトキ其辨濟アリタルモノト解スヘキモノトス。然レトモ各組合員何レモ出資受領ノ權限アリトスルハ、甚タ實際ニ適セサルヲ原則トスヘキカ故ニ、實際ニ於テハ組合契約又ハ總組合員ノ合意ヲ以テ出資受領ノ權限アル者ヲ特定ムルヲ原則トスヘシ。而シテ其特定メラレタル者アル場合ニハ其者ニ對シテ出資ノ履行ヲ爲ササレハ辨濟ノ效カラ生セサルヲ原則トス(民四七八乃至四八〇參照)。

(4) 出資義務ノ履行遲滯、出資義務ノ履行ヲ遲滯スルトキハ、其義務者ハ之ニ因ル損害賠償ノ責ニ任スヘキコト勿論ナルモ第六六九條ハ特別ヲ設ク。金錢ヲ以テ出資ノ目的ト爲シタル組合員カ其出資ヲ怠リタルトキハ其出資ト共ニ利息ヲ支拂フコトヲ要シ、尙ホ損害アルトキハ之カ賠償ヲ爲スコトヲ要スルモノトセリ。是レ組合財産ノ充實ヲ確保センカ爲メ也。

出資義務ノ不履行ニ因リ契約ノ解除權ヲ生スヘキ乎。卑見ニ依レハ、組合ハ法人ニシテ組合契約ノ當事者ニ非ス又承繼人ニモ非サルカ故ニ、解除權ヲ生セサルコト論ヲ俟タス。而シテ此結果ハ能ク第六八〇條第六八三條トモ調和スルモノトス。然レトモ若シ組合ヲ法人ト解セス總組合員間ノ契約關係ニ過キストセハ第五四一條ニ依ル解除權ヲ發生スルモノト云ハサルヘカラス(鳩山氏各論六八九頁、末弘氏各論八五七頁ハ此結果ヲ認ム)。然ルニ學者或ハ組合ハ契約關係ニ過キスト爲シナカラ、一組合員ノミニ付テ存スル事由ニ因リテ組合契約ヲ解除シ組合ヲ解散セシムルハ組合ノ團體性ニ反スルモノトシ、民法ハ脱退及ヒ除名ヲ認メタルニ拘ラス、若シ第五四一條以下ノ規定ノ適用アルモノトセハ、一組合員ノ債務不履行ニ因リテ組合契約全部ノ解除セラルル結果ヲ生スルカ故ニ、組合ニ付テハ其適用排除セラルルモノト解スルヲ正當ト爲ス(鳩山氏各論六六一頁以下、七一六頁、結果同横田氏各論七四七頁、明四四、一二、二六、大判、民錄九一六頁)。惟フニ是レ實際ニ適スル結論ナルモ明カニ議論ノ統一ヲ缺ク。而シテ議論ノ統一ヲ保タントセハ實際ニ適セサル結果ト爲ルハ是レ亦其前提トスル「組合ニ人格ナシトスル見解」ノ謬レルコトヲ示スモノト謂フヘシ。

第二項 組合財産

一 組合財産ヲ第一ニ組成スルモノハ組合員ノ出資シタル財産又ハ出資請求ノ債權也。第二ニ

組成スルモノハ組合カ組合員ヨリ出資以外ニ取得スル財産又ハ第三者ヨリ取得スル財産若クハ組合カ原始的ニ取得スル財産也。

二 第六六八條ハ組合財産ハ總組合員ノ共有ニ屬スト規定スレトモ、其實組合ハ法人ナルカ故ニ組合財産ハ總組合員ノ共有ニ非スシテ組合ナル法人ニ屬スルコト前述(七三八以下)ノ如シ。然レトモ組合ハ組合員共同ノ事業ヲ營ムコトヲ目的トシ、組合員ハ之カ爲メニ出資スルモノナルカ故ニ、組合解散シテ清算ニ入り債務ヲ完済シテ殘餘財産アルトキハ、之ヲ組合員ニ分配スヘキヲ當然トス。故ニ清算手續ニ至リ組合員カ清算ノ方法ニ依リテ組合財産ヲ分割スヘキコトヲ請求シ得ルハ勿論ナルモ、其清算前ニ於テ分割ヲ請求シ得サルモ亦當然也。左レハ第六七六條ハ立法者カ組合財産ハ總組合員ノ共有ナリト思惟シタルカ爲メ設ケタル規定ナルヘシト雖モ、清算前ニ分割ヲ請求シ得サル旨規定シタル同條第二項ハ結果ニ於テ正當也。又同條第一項ニ依レハ組合員ハ組合財産ニ付キ持分ヲ處分シ得ヘク唯其處分ハ之ヲ以テ組合及ヒ組合ト取引ヲ爲シタル第三者ニ對抗スルコトヲ得サルニ過キサカ如クナルモ、組合財産ハ組合員ノ共有ニ非ス隨テ共有持分アルモノトシテ之ヲ處分スルモ無効ナルコト既ニ七四〇ニ於テ説明シタリ。但シ總組合員ノ合意ヲ以テ組合財産ノ分割ヲ爲スハ有效ナルコト七三九ニ述ヘタルカ如シ。總組合員ノ合意ヲ以テ組合財産ニ付キ持

七六九

分ヲ處分シ其財産ヲ組合ト第三者トノ共有ト爲シタル場合ニ於テ右處分モ亦有效ナルコト勿論也
三 組合員ハ組合財産ニ對シテ共有者トシテノ持分ヲ有セサルカ故ニ、之カ處分ナルモノアリ得ヘカラサルモ、組合員カ組合ニ對シテ有スル個々ノ財産權ハ之ヲ處分スルコトヲ得。其主要ナルモノハ利益分配請求權也。

七七〇

四 組合ノ債務者ハ其債務ト組合員ニ對スル債權トヲ相殺スルコトヲ得ス(民六七七)。是レ亦立法者カ組合財産ヲ以テ總組合員ノ共有ト思惟シタル爲メ設ケタル規定ナルヘシト雖モ、卑見ニ依レハ組合ノ債務者ハ即チ組合ナル法人ノ債務者ナルカ故ニ、其債務ト組合員ニ對スル債權トヲ相殺シ得サルハ當然ニシテ右ノ規定ハ結果ニ於テ正當也。

七七二

五 組合財産取得ノ第三者對抗要件 組合ハ法人ナルカ故ニ組合員ヨリ其出資トシテ又ハ業務執行ニ因リ第三者ヨリ例ヘハ不動産ノ讓渡ヲ受ケタルトキハ、組合カ其權利ヲ取得シタル旨ノ登記ヲ爲スニ非サレハ第三者對抗要件ヲ備ヘサルモノトス。反之、若シ組合ニ人格ナク組合財産ハ總組合員ノ共有ナリトセハ登記ハ單ニ個人タル總組合員ノ共有トシテ登記セサルヘカラス。果シテ然ラハ第三者ニ對シテ單純ナル共有者トシテノ對抗要件ヲ備フルニ過キサルカ故ニ、右不動産ノ出資者タル組合員カ該不動産ニ付キ第三者トノ間ニ自己ノ持分讓渡ノ契約ヲ爲シ、其移轉登

記ヲ爲ストキハ、其第三者ハ完全ニ其持分ヲ取得シテ組合及ヒ組合ト取引ヲ爲シタル第三者ニ對抗シ得ルニ至ルコトアルヘク、第六七六條ノ精神ハ全ク没却セラルヘシ。是レ亦組合ニ人格ナシト解スルニ因リテ生スル不都合也。又例ヘハ甲乙丙ノ三名ヨリ成ル組合ニ債權ヲ讓渡シタル者カ單ニ甲乙丙ノ三名ニ其債權ヲ讓渡シタル旨債務者ニ通知シタルニ止マル場合ニ、組合關係ニ付キ善意ノ債務者カ組合員ニ對スル債權ヲ以テ相殺ノ意思表示ヲ爲ストキハ相殺ノ效力ヲ生シ第六六七條ノ趣旨ハ没却セラルヘシ。然レトモ若シ卑見ノ如ク組合ハ法人ナリト解スルトキハ右讓渡債權ハ組合ナル法人ニ屬スルモノナルカ故ニ、債務者カ組合員個人ヲ以テ其債權者ナリト誤信シ、其個人ニ對シテ爲シタル右相殺ノ意思表示ハ其效ナキモノトス。但シ右ノ讓渡通知ハ組合ニ讓渡シタル旨ノ通知ニ非サルカ故ニ讓渡通知タルノ效力ナク、組合ノ爲メニモ未タ第三者對抗要件具備セサルモノトス。
要スルニ組合カ財産取得ニ付キ第三者對抗要件ヲ必要トスル場合ノ其對抗要件ニハ組合カ取得シタルコトノ表示ヲ必要トスルモノトス。

第三項 組合ノ債務

一 組合ハ七三八以下ニ述ヘタルカ如ク實質上法人ナルカ故ニ、組合ノ債務ハ當然組合員ノ債

組合ノ債務

七七二

務ニ非ス。然レトモ組合ハ組合員共同ノ事業ヲ營ムコトヲ目的トシ、各組合員ノ出資ヲ要件トスルモノナルカ故ニ組合ノ債務ニ付テハ各組合員其責ニ任スヘキモノトスルヲ相當トス。而シテ民法ハ商法^(三六)カ合名會社ノ債務ニ付キ各社員ニ連帶ノ責任ヲ認メタルト異ナリ、組合員ニハ連帶ノ責任アルコトヲ定メサルノミナラス、組合ノ債權者カ各組合員ニ對シテ權利ヲ行使スヘキ割合ヲ定メタルカ故ニ、其債務カ不可分ナルカ又ハ組合員相互連帶ノ特約アルニ非サレハ、組合員ハ組合ノ債權者ニ對シ割合ニ應シ分割シテ其責ニ任スヘキモノニシテ、其割合ハ損失分擔ノ割合ニ依ルヘキモノトス。但シ組合ノ債權者カ其債權發生ノ當時此割合ヲ知ラサリシトキハ、債權者ハ各組合員ニ對シ均一部分ニ付キ其權利ヲ行フコトヲ得^(七五)。此規定ハ組合ノ内部關係ヲ知ラサル債權者保護ノ爲メ也。故ニ此場合ト雖モ各組合員カ右ノ割合ニ應シテ辨濟スヘキ責任ヲ輕減セラ^(同旨鳩山氏各論七〇一頁)ルルモノニ非ス。隨テ債權者カ其割合ニ應シテ權利ヲ行使スルヲ妨ケサルコト勿論也。故ニ組合員カ組合ノ債務辨濟ノ責ニ任スルハ右ノ如ク損失分擔ノ割合又ハ均一ノ割合ニ止マル。故ニ此點ニ於テ合名會社ノ社員ニ比シ其責任輕シト雖モ、合名會社ノ社員ハ會社財産ヲ以テ會社ノ債務ヲ完済スルコト能ハサル場合ニ於テ初メテ之カ辨濟ノ責ニ任スルニ反シ、組合員ハ組合財産ヲ以テ優ニ組合債務ヲ完済シ得ル場合ト雖モ尙ホ且ツ之カ辨濟ノ責ニ任スルモノナルカ故ニ、此點

ニ於テ其責任重シト云フヲ得ヘシ。

七七三

二 組合員ノ無限責任 各組合員ハ組合ノ債務ニ付キ損失分擔ノ割合又ハ均一ノ割合ニテ無限責任ヲ負フ。即チ各出資額ニ制限セラ^ルルコトナク、自己ノ全財産ヲ以テ右ノ責任ヲ負フ。組合内部ニ於テ之カ制限ヲ約スルモ組合ノ債權者ニ對シテハ其效ナシ。然レトモ特定ノ債權者トノ特約ニ因リテ此責任ヲ制限シタルトキハ該債權者トノ關係ニ於テハ其制限有效ナリト解セサルヘカラス。

七七四

三 組合員ハ一、ニニ述ヘタル如ク組合ノ債務ニ付キ辨濟ノ責ニ任スト雖モ、組合ハ前述ノ如ク法人ナルカ故ニ自ら其債務ヲ辨濟スヘキヲ當然トス。隨テ債權者ハ組合員ノ損失分擔ノ割合如何ヲ問ハス、組合ニ對シテ全部ノ請求ヲ爲シ其債權全額ニ付キ組合財産ニ對シテ強制執行ヲ爲シ得ヘキモノトス。而シテ組合ニ對スル請求ト組合員ニ對スル請求トヲ同時ニ爲スヘキカ又其何レヲ先ニ爲スヘキカハ債權者ノ自由也。

七七五

四 組合及ヒ組合員相互間ノ償還義務
 (1) 組合ノ債務ハ組合ナル法人ノ債務ナルカ故ニ、組合員カ之ヲ辨濟シタルトキハ組合ハ右組合員ニ對シテ之カ償還ノ義務ヲ負フ。而シテ其償還義務ノ範圍如何ト云フニ、不特定物給付ノ可分

債務ニ付テ考フレハ組合ノ債權者ハ組合員甲カ辨濟ノ責ヲ負フ範圍ニ於テハ、組合ト甲トニ對シ同時ニ又ハ順次ニ全部又ハ一部ノ請求ヲ爲シ得ルモノナルカ故ニ、其範圍ニ於テ組合ト甲トハ連帶ノ債務ヲ負フモノト謂フヘク、隨テ右償還義務ノ範圍ハ第四四二條第二項ニ依ルヘキモノト云ハサルヘカラス。然ルニ若シ組合ニ人格ナシト解スルトキハ、甲ハ何等ノ償還請求權ヲ取得シ得サルコトト爲リ法律上且ツ經濟上(殊ニ組合ノ收支計算上)不都合ナルヤ言フヲ俟タス。次ニ甲カ右ノ責任範圍ヲ超過シテ組合ノ債務ヲ辨濟シタルトキハ、其超過部分ハ甲カ義務ナクシテ組合ノ債務ヲ辨濟シタルコトト爲ルカ故ニ、其求償ハ事務管理ノ規定(民七〇)ニ依ルヘキモノト解スルヲ相當トス。

(2) 組合員中ノ一人甲カ自己ノ損失分擔ノ割合ヲ超過シ、而モ債權者ニ對スル責任ノ範圍内ニ於テ組合ノ債務ヲ辨濟シタルトキハ、右超過部分ハ同時ニ他ノ組合員ノ債務ノ辨濟ト爲ル。此部分ニ付テハ債權者ハ組合ト甲ト他ノ組合員ニ對シ同時ニ又ハ順次ニ全部又ハ一部ノ請求ヲ爲シ得ヘキカ故ニ此等ノ者ノ連帶債務成立シ、其負擔部分ハ組合ト組合員トノ關係ニ於テハ全部組合ニ在リ、又甲ト他ノ組合員トノ關係ニ於テハ全部他ノ組合員ニ在ルモノトス。故ニ組合無資力ナルトキハ他ノ組合員ニ對シテ第四四二條第二項ノ範圍ニ於テ求償シ得ルモノト謂フヘシ。左レハ對

内關係ニ於ケル分擔以上ニ組合債務ヲ辨濟シタル組合員ハ、他ノ組合員ニ對シテ不當利得ニ基ク求償權ヲ有スルモノト爲ス見解(鳩山氏各論(七〇一頁))ハ採リ難シ。而シテ甲カ債權者ニ對スル責任ヲ超過シテ組合ノ債務ヲ辨濟シタルトキハ、其超過部分ハ事務管理ノ規定ニ從ヒテ求償シ得ヘキコト(1)ノ末尾ニ説明シタルカ如クナルモ、此場合ニ於ケル其辨濟ハ同時ニ他ノ組合員ノ債務ノ辨濟ナルカ故ニ、組合ト他ノ組合員トハ連帶シテ甲ニ對スル償還義務ヲ負擔シ其負擔部分ハ全部組合ニ在ルモノトス。

第四項 損益分配

一 組合事業ニ因ル損益分配ノ割合ハ組合契約ニ於テ定ムルヲ普通トスヘク又組合成立後總組合員ノ合意ヲ以テ之ヲ定ムルコトモアルヘシ。而シテ其定アルトキハ之ニ從フヘキコト勿論ナルモ、若シ其定ナキトキハ平等ニ分配スヘキ乎將タ出資額ニ比例スヘキ乎ノ問題ヲ生スルカ故ニ、民法ハ各組合員ノ出資ノ價額ニ應シテ之ヲ定ムヘキ旨ノ補充規定ヲ設ケタリ(四、六七)。而シテ勞務出資、信用出資ノ價額ノ如キハ其勞務、其信用ニ因ル一定期間ノ收益ヲ果實ト看做シ、相當利率ニ依リ其元本ノ價額ヲ算出シテ之ヲ右出資ノ價額ト定ムルヲ妥當トスヘシ。而シテ其出資者脫退ノ場合ニハ其勞務出資、信用出資ハ當然拂戻サレタルモノト解スヘキモノトス。

利益又ハ損失ニ付テノミ分配ノ割合ヲ定メタルトキハ、其割合ハ利益及ヒ損失ニ共通ナルモノト推定ス(四、三)。是レ普通ノ場合ニ於ケル當事者ノ意思ヲ推測セルモノ也。

損益分配ノ割合ヲ定ムルコトハ業務ノ執行ニ屬セス。故ニ組合契約又ハ總組合員ノ合意ヲ以テスルニ非サレハ第六七四條第一項ノ規定ニ異ナル定ヲ爲スコトヲ得ス。

二 損益分配ノ時期ニ付テハ民法ニ規定ナシ。多クハ組合契約ヲ以テ定ムルヲ普通トスヘキモ、又總組合員ノ合意ヲ以テモ定メ得ヘク、何レニシテモ其定アルトキハ之ニ從フヘキコト勿論也。然レトモ其定ナキ場合ニ於テハ如何。利益ト損失トニ分チテ説明スヘシ。

(1) 利益ヲ分配スルコトハ業務ノ執行タルコトアリ、然ラサルコトアリ。即チ組合ノ目的カ營利ナルトキハ業務ノ執行ニ屬スヘシ、營利ナラサルトキハ業務ノ執行ニ屬セサルモノトス。而シテ業務ノ執行ニ屬スルトキハ業務執行者カ適當ト認メタル時期ニ分配シ得ヘク、業務ノ執行ニ屬セサルトキハ組合解散シ清算ニ入ルニ非サレハ分配スルヲ得サルモノト謂フヘシ。

(2) 損失分配ノ時期ハ利益分配ノ時期ト同様ニ論スルヲ得ス。蓋シ組合員ハ組合ニ對シ出資以外ニ出捐ヲ爲ス義務ナキヲ原則トスレハ也。故ニ組合カ損失シ事業經營ニ支障ヲ生シタル場合ニ組合員カ其損失填補ノ義務ヲ負フコトノ定アルトキハ、右ノ支障ヲ生シタルトキ業務執行者ニ於

テ其損失ヲ分配シテ損失填補ノ請求ヲ爲シ得レトモ、斯ル定ナキトキハ組合財産ヲ以テ債務ヲ完済スルコト能ハサル場合又ハ清算ニ入りテ初メテ之ヲ分配シ得ルモノト謂フヘシ。

第五項 組合員ノ脱退及ヒ加入

第一目 脱退 (Auscheiden)

一 組合員ノ脱退トハ組合員カ組合ノ存續中其組合員タル地位ヲ喪失スルコトヲ謂フ。而シテ其脱退アルモ組合ハ同一性ヲ害セラルルコトナクシテ存續スルモノトス。脱退ニハ脱退者ノ意思ニ基クモノ即チ任意脱退ト然ラサルモノトアリ。左ニ之ヲ分説スヘシ。

(A) 任意脱退

任意脱退ハ脱退者カ自己ノ脱退ヲ目的トスル意思表示ヲ他ノ總組合員ニ對シテ爲スニ因リテ行ハル。即チ任意脱退ハ一種ノ告知也。此意思表示ハ他ノ組合員ノ一部又ハ業務執行者ニ對シテ爲スモ其效ナシ。蓋シ脱退ノ意思表示ヲ受クルコトハ業務執行ニ屬セス、此等ノ者ハ斯ル意思表示ヲ受クルニ付キ組合ヲ代表スヘキ權限ヲ有セサルモノナレハ也。然レトモ右ノ意思表示ハ他ノ總組合員ニ對シテ同時ニ爲スコトヲ要スルモノニ非ス。

組合員カ任意脱退ヲ爲シ得ル場合左ノ如シ。

- (1) 組合ノ存續期間ノ定ナキトキ又ハ或組合員ノ終身間組合ノ存續スヘキコトノ定アルトキハ

各組合員ハ何時ニテモ脱退スルコトヲ得。但シ已ムコトヲ得サル事由アル場合ヲ除ク外組合ノ爲メ不利ナル時期ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ス(八、六七)。法文ニハ組合契約ヲ以テ組合ノ存續期間ヲ定メサリシトキトアレトモ、組合成立後總組合員ノ合意ヲ以テシテモ組合契約ト同様ノ定ヲ爲シ得ヘキモノナルカ故ニ同條項ハ右ノ如キ意味ニ解スヘキモノトス。而シテ惟フニ斯ノ如キ組合ニ付キ組合員ノ任意脱退ヲ認メサルトキハ、不定且ツ長期ノ間組合員タルニ因ル義務ト責任トヲ負ハシメ其拘束重キニ過クルカ故ニ民法ハ右ノ如キ任意脱退ヲ認メタルモノ也。組合ノ爲メ不利ナル時期トハ或時期ニ脱退スルトキハ、之ニ因リ組合カ持分拂戻ノ義務ヲ負フ以外ニ損害ヲ受クヘキ場合ニ於ケル其時期ヲ謂フ。而シテ組合ニ不利ナル時期ニ於テハ已ムコトヲ得サル事由アルニ非サレハ脱退ノ意思表示ヲ爲スモ其效ナキモノトス。此點委任ノ場合ト相違ス(比六五—一)。

(2) 組合ノ存續期間ノ定アルトキハ各組合員ハ任意脱退シ得サルヲ原則トスレトモ、已ムコトヲ得サル事由アルトキハ脱退ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(八、六七)。

(B) 非任意脱退 組合員ハ其意思如何ニ拘ラス脱退スルコトアリ。其原因左ノ如シ(七九)。

(1) 組合員ノ死亡 死亡シタル組合員カ尙ホ依然トシテ組合員タルコトハ、事物ノ性質上不能ナルカ故ニ、組合員ハ其死亡ニ因リテ當然脱退ス。學者或ハ組合契約ニ於テ之ト異ナル定ヲ爲シ

タルトキハ之ニ從フヘキモノトスレトモ(鳩山氏各論、七〇六頁)、事物ノ性質ニ反ス。尤モ例ヘハ組合員甲死亡スルトキハ其組合員タル地位ヲ相續人乙承繼スヘキ契約カ總組合員ト乙トノ間ニ豫メ締結セラレアルトキハ其契約ハ有效ニシテ、甲ノ死亡ニ因リ乙ハ當然其地位ヲ承繼シテ組合員ト爲ルヘシト雖モ、此場合ハ甲カ脱退スルト同時ニ乙カ加入シテ甲ノ地位ヲ承繼スルモノト解スルヲ相當トス。而シテ乙カ斯ノ如ク當然加入スルハ乙カ契約ノ當事者タル場合ニ限り、單ニ組合契約又ハ總組合員ノ合意ヲ以テ甲ノ死亡ニ因リ乙カ當然加入シテ甲ノ地位ヲ承繼スヘキコトヲ定ムルモ、其定ハ無効ナルモノト解スルヲ相當トス。蓋シ若シ之ヲ有效トスルトキハ、凡ソ組合ハ組合員相互ノ信用ニ基キテ組織セラルルモノナルニ拘ラス、乙ハ當初ヨリ毫モ他ノ組合員等ヲ信用セサル場合ト雖モ、此等ノ者トノ間ニ組合關係成立スルコトト爲リテ組合ノ本質ニ反シ且ツ乙ノ自由ヲ不當ニ拘束スルコトト爲レハ也。然ルニ學者或ハ(末弘氏各論八五三頁、橫田氏各論七三五頁等)、斯ル定モ亦有效ナルモノト解スルモ余ハ其可ナル所以ヲ知ラス(商一、一七)。

(2) 組合員ノ破産 但シ之ニ異ナル特約ハ有效ナリト解ス(同旨鳩山氏各論七〇六頁)。

(3) 組合員ノ禁治産 同上(同旨鳩山氏末弘、氏橫田氏各前掲)。

(4) 組合員ノ出資全部ノ不能(七三五) 說明參照)

(5) 除名 (Ausschließung)

除名トハ組合カ或組合員ヲシテ其意思如何ヲ問ハス組合員タル地位ヲ喪失セシムルコトヲ謂フ即チ組合員タル地位ノ剝奪也。除名ハ當事者雙方殊ニ被除名者ニ財産上且ツ精神上重大ナル影響アルカ故ニ、民法ハ正當ノ事由アル場合ニ限り他ノ組合員ノ一致ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ(民六八〇)。左ニ除名ノ要件ヲ分説スヘシ。

(イ) 正當ナル事由アルコト 正當ナル事由トハ當該組合員ヲ組合ヨリ除斥スルコトカ客觀的ニ正當ト認メラルヘキ事由也。其存否ハ各個ノ場合ニ就テ決スヘキモノナルモ、例ヘハ出資義務ノ著シキ懈怠、信用出資者ノ信用ノ著シキ失墜、勞務出資者ノ勞務能力ノ消滅又ハ著シキ減退ノ如キハ其出資者除名ノ正當ナル事由ナリト云フヲ得ヘシ(商七〇)。

(ロ) 被除名者一人ヲ除キタル他ノ組合員全部ノ一致ヲ要ス(同旨鳩山氏各論七〇七、頁横田氏各論七三八頁)。故ニ一ノ合意ヲ以テ二名以上ヲ除名スルコトヲ得ス。若シ之ヲ爲シ得ルモノトセハ二名ノ合意ヲ以テ他ノ組合員ノ全部タル數名又ハ數十名ヲモ除名シ得ルコトト爲ル不都合アリ。但シ甲乙兩名ヲ除名セントスル際萬一甲乙ノ除名ニ、乙ハ甲ノ除名ニ夫々合意スルトキハ同時ニ甲乙兩名ヲ除名スルコトヲ得ヘシ。而シテ甲乙兩名ヲ組合ヨリ除斥スル必要アルモ兩名結托シテ除名ニ合意セサルトキハ

他ノ組合員等ハ自ラ脱退シ若クハ解散ヲ請求シテ別個ノ組合ヲ組織スルノ外ナシ。

除名ノ對抗要件

除名ハ被除名者一名ヲ除キタル他ノ組合員全部ノ合意ニ因リテ其效力ヲ生

スレトモ、其餘名ヲ爲シタル旨被除名者ニ通知スルニ非サレハ之ヲ以テ被除名者ニ對抗スルコトヲ得ス(民六八〇但書)。即チ被除名者ニ對スル通知ハ除名ノ對抗要件也。然レトモ立法論トシテハ獨逸民法第七三七條末段ノ如ク除名ハ被除名者ニ對スル通知ニ因リテ其效力ヲ生スト爲スノ勝レルニ如カス。

二 脱退ノ效果

組合員ハ脱退ニ因リ將來ニ向テ組合員タル地位ヲ失フ。組合ハ依然トシテ

存續ス。一人ヨリ成レル組合ハ一人ノ脱退ニ因リ殘存者一人ト爲リ當然解散スルモ、民法第七三條商法第八四條ノ類推ニ依リ清算ノ目的ノ範圍内ニ於テハ尙ホ存續スルモノト解スルヲ相當トス。

脱退ノ結果トシテ脱退員ト組合トノ財産關係ハ如何ニスヘキ乎。組合ハ總組合員共同ノ事業ヲ營ム爲メニ組織セラレ各員ノ出資ヲ要件トスルモノナルカ故ニ、脱退者アルトキハ其者ト組合トノ財産關係ヲ整理スルヲ要ス。而シテ民法ノ定ムル所左ノ如シ。

(1) 脱退シタル組合員ト他ノ組合員トノ間ノ計算ハ脱退ノ當時ニ於ケル組合財産ノ狀況ニ從ヒ

之ヲ爲スコトヲ要ス(民六八)。蓋シ脱退ヲ認ムル以上脱退員トノ間ノ計算ハ脱退當時ヲ標準トスル

ヲ當然トスレハ也。而シテ組合ハ實質上法人ナリト解スル以上右ニ所謂「他ノ組合員」ハ組合ナル法人ヲ意味スルモノト解セサルヘカラス。

(2) 脱退シタル組合員ノ持分ハ其出資ノ種類如何ヲ問ハズ金錢ヲ以テ之ヲ拂戻スコトヲ得(民六八)ニ。茲ニ持分トハ脱退ノ結果組合財産中ヨリ給付ヲ受クヘキモノヲ謂フ。而シテ其拂戻スヘキ持分ノ額ハ脱退者ノ損益分配ノ割合、出資ノ額及ヒ種類ニ依リテ異ナル。今便宜上脱退前一回モ損益ノ分配ナカリシ場合ヲ考フルニ、脱退者カ例ヘハ所有權ヲ出資シタルカ如キ場合ニハ、組合成立當時ノ總組合員出資(出資義務ヲ含ム)ノ總額ト脱退當時ノ組合財産ノ總額トヲ比較シ、後者カ大ナルトキハ其差額即チ利益ノ内利益分配ノ割合ニ依リテ脱退者ニ分配スヘキ額及ヒ右出資ノ價額ヲ合セタルモノカ即チ其拂戻スヘキ持分ノ額也。又後者カ小ナルトキハ其差額即チ損失ノ内損失分擔ノ割合ニ依リテ脱退者ニ分配スヘキ額ヲ出資ノ價額ヨリ控除シタル殘額カ即チ拂戻スヘキ持分ノ額也。反之、脱退者ノ出資カ例ヘハ勞務ナルトキハ、其勞務出資ハ脱退ニ因リ當然拂戻サレタモノト解スヘキモノナルカ故ニ、組合成立當時ノ他ノ組合員全部ノ出資(出資義務ヲ含ム)ノ總額ト脱退當時ニ於ケル組合財産ノ總額ヨリ右勞務出資ノ價額ヲ控除シタルモノトヲ比較シ、後者カ大ナルトキハ其差額即チ利益ノ内脱退者ニ分配スヘキ額ノミカ拂戻スヘキ持分也。而シテ若シ後者小ナル

トキハ其差額即チ損失ノ内、脱退者ニ分配スヘキ額ハ即チ却テ脱退者ヨリ組合ニ拂込ムヘキモノニシテ、此場合ニハ組合ヨリ脱退者ニ拂戻スヘキ持分ハ存在セサルモノトス。

第六八一條第二項ニ金錢ヲ以テ拂戻スコトヲ得トハ現物ヲ以テ拂戻スコトノ代リニ之ヲ金錢ニ見積リ金錢ヲ以テ拂戻スモ可ナリトノ意也。即チ持分ヲ拂戻スヘキ場合ニ組合ハ任意債務ヲ負擔スルモノトス(同旨鳩山氏各論七〇九頁、末弘氏各論八五五頁以下)。而シテ利益以外ニ尙ホ拂戻スヘキ場合ニ現物ヲ以テ拂戻スニハ脱退者カ例ヘハ土地ヲ出資シタルトキハ其土地ヲ返還スルヲ要シ、他ノ組合員ノ出資シタル物例ヘハ家屋ヲ以テ返還スルコトヲ得サルモノト解スルヲ相當トス。蓋シ法文ニ出資ノ種類如何ヲ問ハズ金錢ヲ以テ云々トアレハ也。而シテ民法カ金錢ヲ以テ拂戻スコトヲ得ト爲シタルハ若シ必ス現物ヲ以テ拂戻スヘキモノトスルトキハ組合ノ事業繼續ニ支障ヲ來スコトアルヘキヲ以テ也。

(3) 脱退ノ當時ニ於テ未タ結了セサル事項ニ付テハ其結了後ニ計算ヲ爲スコトヲ得(民六八)。脱退當時未タ結了セサル事項ニ付テハ、其損益勘定未タ明瞭ナラサルコト多カルヘキカ故ニ斯ク規定シタル也。而シテ其事項ニ付キ結了後計算スル場合ニハ結了當時ノ狀況ニ從ヒテ計算スヘキモノナルモ、若シ脱退後更ニ資本ヲ追加シテ之ヲ結了セシメタル場合ニハ、該事項ニ付キ脱退當時マテニ要シタル資本並ニ其使用期間ト右追加資本並ニ其使用期間トノ割合ニ依リ計算シ、前者ニ

對應スル部分ニ付キ更ニ脱退員ト組合トノ間ノ計算ヲ爲スヘキモノトス。然レトモ他ノ事項ニ付テハ脱退後遲滯ナク計算シテ脱退員ニ拂戻ヲ爲シ又ハ損失分擔ノ爲メ拂込ヲ爲サシムヘキモノナルカ故ニ、脱退當時未タ結了セサル事項ニ付キ其結了後計算シテ利益アルトキハ更ニ拂戻ノ追加ヲ爲シ、損失アルトキハ損失分擔ノ割合ニ應ジテ更ニ拂込ヲ請求シ得ルニ至ルヘシ。

三 脱退員ト第三者トノ關係 組合ハ實質上法人ナルカ故ニ組合ノ債權ニ付キ其債務者ト脱退員トノ間ニハ何等ノ問題ヲ生スルコトナク、問題ヲ生スルハ唯組合ノ債務ニ付キ脱退員カ如何ナル關係ヲ有スルカノ點ノミ。然ルニ此點ニ付テハ法律ニ特別ノ規定ナシ。故ニ脱退及ヒ組合ノ債務ノ性質ニ依リテ決セサルヘカラス。

(1) 脱退後ニ生シタル組合債務ニ付テハ脱退員ハ何等ノ責ヲ負フヘキ理由ナシ。脱退當時未タ結了セサル事項ニ付キ脱退後生シタル組合ノ債務ニ付キ亦同シ。

(2) 脱退以前ニ生シタル組合債務ニ付テハ脱退員ハ尙ホ其責ニ任ス。蓋シ脱退ニハ遡及效ナク組合債權者カ組合員ニ對シテ有シタル權利カ該組合員ノ脱退ニ因リテ當然消滅スヘキ理由ナケレハ也。然レトモ其債務ハ組合ノ債務ニシテ各組合員ハ法律ノ規定(民六七五)ニ依リ擔保責任ヲ負擔スルニ過キサカ故ニ、脱退員ニ對スル持分拂戻ノ計算ニ於テハ特約ナキ限り之ヲ損失トシテ計算

スヘク、後日脱退員カ自己ノ責任範圍ニ於テ組合債權者ニ辨濟シタルトキハ第四四二條第二項ニ依リ組合ニ對シテ求償シ得ヘキモノトス(七七六)。然レトモ其辨濟前ニ於テハ脱退員ハ組合ニ對シテ免責ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(結果同横田氏各論七四二頁、鳩山氏各論七一頁以下、反對末弘氏各論八五六頁)。蓋シ持分拂戻ノ計算方法右ノ如クナル以上、組合ハ組合ノ債務ニ付テハ脱退員ヲシテ何等ノ負擔ナカラシムヘキ義務アルモノト解スルヲ至當トスレハ也。但シ其辨濟期前ニ於テハ脱退員右ノ請求ヲ爲シ得サルモノト解セサルヘカラス。

第二目 加入 (Eintritt)

一 新組合員ノ加入ニ付テハ民法ニ何等ノ規定ナシ。然レトモ脱退ニ因リテ組合ノ同一性ヲ害セサルコトハ民法ノ認ムル所ニシテ、又加入ヲ禁スヘキ何等ノ理由ナキカ故ニ、右ヲ類推シ加入ニ因リテ組合員ヲ増加スルモ、組合ハ其同一性ヲ害スルコトナク、加入モ亦爲シ得ルモノト解スルヲ正當トス(同旨末弘氏各論八五〇頁、鳩山氏各論七一、二頁、明四三、一二、二三、大判、民錄九八二頁)。通説也。

二 加入ハ加入者ト組合ノ契約ニ因リテ之ヲ爲ス。而シテ其契約ハ從來ノ總組合員又ハ其代理人カ加入者又ハ其代理人ト締結スルヲ要ス。組合カ此契約ヲ爲スハ業務ノ執行ニ屬セサルカ故ニ、業務執行者ハ當然此契約締結ノ權限ヲ有スルモノニ非ス。

三 加入ノ效果 加入者ハ脱退者ノ地位ヲ承継シタル場合ノ外加入ノ效果トシテ當然出資ヲ爲シ又ハ出資義務ヲ負フ。出資ノ種類、數額、損益分配ノ割合等ハ契約ノ定ムル所ニ從フ、若シ損益分配ノ割合ヲ定メサルトキハ第六七四條ニ從フ。

加入者ハ既存ノ組合債務ニ付キ責任ヲ負フヘキ乎。債權者ハ債權發生當時組合員タラサル者ニ損失分擔ノ責ナキヲ知ルハ當然ナルカ故ニ、第六七五條ノ精神ニ鑑ミ其後ノ加入者ハ其責ニ任セサルモノト解スルヲ相當トス。此點合名會社ノ社員ト異ナル所也(四六)。然レトモ組合ノ債務ハ即チ組合ナル法人ノ債務ナルカ故ニ、債權者ハ其債權ノ存スル限り之ニ基キ組合ノ財産ニ對シテ無制限ニ執行シ得ルヤ論ヲ俟タス。故ニ此點ニ付テハ組合ニ人格ナシト解スル學者カ加入者ハ唯其取得シタル持分ヲ以テノミ組合債務ヲ辨濟スル責ニ任スト爲ス(鳩山氏各論 七一四頁)ト實際ノ結果ニ於テハ同一也。

第六項 解散及ヒ清算

第一目 解 散

一 組合ノ解散ハ組合終了ノ原因也。組合ハ實際上法人ナルカ故ニ其解散ノ性質モ亦一般法人ノ解散ト同シ。組合解散ノ事由左ノ如シ。

(1) 組合ノ目的タル事業ノ成功又ハ其成功ノ不能(民六)
 (2) 已ムコトヲ得サル事由ニ因ル組合員ノ解散請求(八三六) 已ムコトヲ得サル事由ノ存否ハ各個ノ場合ニ付キ決スヘキモノナルモ、要スルニ組合其モノヲ消滅セシムルヲ相當トスル事由タルヲ要シ且ツ之ヲ以テ足ル。例ヘハ組合員ノ多數カ出資義務ヲ履行セズ、事業ノ遂行著シク困難ナルカ如キ場合ハ之ニ該當スヘシ。

右解散ノ請求ハ組合員カ他ノ組合員全部ニ對シテ爲スヲ要ス。而シテ其請求ヲ受クルコトハ業務ノ執行ニ非サルカ故ニ、業務執行者又ハ他ノ組合員ノ一部ニ對シテ其請求ヲ爲スモ效力ヲ生セス(結末同末弘氏各論 八五七頁)。而シテ解散スルノ已ムコトヲ得サル事由アル場合ニ、一組合員カ他ノ組合員全部ニ對シテ解散ノ請求ヲ爲ストキハ、之ニ因リ組合ハ當然解散スルモノトス(同旨鳩山氏各論 七一五頁)。

(3) 組合契約又ハ總組合員ノ合意ヲ以テ定メタル解散事由ノ到來 右ノ契約又ハ合意ヲ以テ例ヘハ組合ノ存續期間ヲ定メタルトキハ其滿了ニ因リ、又或事實ノ發生シタルトキハ解散スヘキコトヲ定メタル場合ニハ其事實ノ發生ニ因リテ解散ス。法文ニハ規定ナキモ當然ノ事也。

(4) 總組合員ノ解散ノ合意 是レ亦法文ニ規定ナキモ解釋上疑ナシ。

二 解散ノ效果 解散ハ將來ニ向テノミ效力ヲ生ス(民六 八四)。而シテ解散シタル組合ハ唯清算ノ

目的ノ範圍内ニ於テノミ存續スルモノトス

第二目 清算

七九五

一 組合解散スルトキハ清算ヲ爲スヘキコト一般ノ法人解散ノ場合ト同シ。即チ清算ノ目的ノ範圍内ニ於テハ其組合尙ホ存續スルモノト解セサルヘカラス。清算トハ現務ノ結了、債權ノ取立、債務ノ辨濟及ヒ殘餘財産ノ分配引渡ノ手續也。

七九六

二 清算人 清算ハ總組合員共同ニテ又ハ其選任シタル清算人ニ於テ之ヲ爲ス。總組合員共同ニテ清算スル場合ニハ各組合員皆清算人也。清算人ノ選任ハ總組合員ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス(八五)。此點合名會社解散ノ場合ト同シ(七商八)。特ニ清算人ヲ定ムヘキコト及ヒ特定ノ清算人ヲ選任スルコト何レモ總組合員ノ過半数ヲ以テ決スル也。但シ右ハ強行法規ニ非サルカ故ニ、組合契約又ハ總組合員ノ合意ヲ以テ例ヘハ解散當時ノ業務執行者ヲ清算人トスルコト又ハ清算人ノ選任ハ總組合員ノ三分ノ二以上ノ合意ヲ以テ決スト云フカ如ク定ムルモ有效也。

清算人タルヘキ者ニハ制限ナシ、組合員タルト否トヲ問ハス。而シテ組合契約ヲ以テ組合員中ヨリ清算人ヲ選任シタルトキハ、其清算人ハ正當ノ事由アルニ非サレハ辭任ヲ爲スコトヲ得ス、又解任セララルルコトナシ。且ツ其解任ニハ他ノ組合員全部ノ一致ヲ要スルモノトス(六八七)。

清算人數人アルトキハ其過半数ヲ以テ清算事務ヲ行フ原則トシ、唯清算中ノ常務ハ各清算人

之ヲ專行スルコトヲ得。但シ其結了前他ノ清算人異議ヲ述ヘタルトキハ此限ニ在ラス(六八六)。

七九七

三 清算人ノ職務及ヒ權限 之ニ付キ民法ハ三四條ノ法人ノ清算ニ關スル規定タル第七八條ヲ準用セリ(八八)。組合ハ實質上法人ナルカ故ニ其清算ハ此規定ニ依ルヲ相當トス。

(1) 清算人ノ職務ハ(イ)現務ノ結了、(ロ)債權ノ取立及ヒ債務ノ辨濟、(ハ)殘餘財産ノ引渡也。惟フニ此殘餘財産ハ廣義ニシテ組合ノ債務ヲ完済シテ殘存スル積極財産ヲ意味ス。故ニ其中ニ利益アルトキハ、其利益ハ先ツ利益分配ノ割合ニ應シテ各組合員ニ引渡スコトヲ要スルモノトス。次ニ第六八八條第二項ニ所謂殘餘財産ハ狹義ニシテ債權完済ノ上尙ホ出資ノ價額カ減少スルコトナク、其儘組合ニ殘存スルモノ(假ニ之ヲ原價殘餘財産ト名ク)ヲ意味シ、利益ヲ含マサルモノトス。蓋シ同項ノ所謂殘餘財産ハ各組合員ノ出資ノ價額ニ應シテ分割スヘキモノナルモ、利益ハ然ラスシテ利益分配ノ割合ニ應シテ分配スヘク、又損失アル場合ニ債務完済ノ上尙ホ殘存スル組合財産(假ニ之ヲ損失殘餘財産ト名ク)ハ出資ノ價額ニ應シテ分割スヘキモノニ非スシテ、損失分擔ノ割合ニ應シテ分割スヘキモノト解スルニ非サレハ、損益分配ノ定ハ全ク没却セララルルコトト爲レハ也。尙ホ損失殘餘財産ノ處置ニ付テハ後ニ八〇〇ニ於テ説明スヘシ。

第六八八條第二項ニ所謂殘餘財産ノ意義右述フルカ如クナルヲ以テ、同項ニ所謂出資ノ價額ハ信用出資、勞務出資ノ如ク其儘拂戻サルルモノト解スヘキ出資ノ價額ヲ含マサルモノトス。即チ原價殘餘財産ハ斯ル出資者ニハ分割シテ引渡スヘキモノニ非スシテ、之ヨリ右ノ如ク其儘拂戻サルルモノヲ控除シタル其餘ノ現實ノ殘餘財産ヲ財産權ノ設定又ハ移轉ニ因ル出資ヲ爲シタル他ノ各組員ニ其出資ノ價額ニ應シテ分割引渡ヲ爲スヘキモノ也。而シテ其分割方法ハ清算人ニ於テ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ決スヘキモノトス。

殘餘財産ノ分割ト引渡トハ別事項ト解シ得ヘク、引渡ハ第七八條ノ準用ニ依リ當然清算人ノ職務權限ニ屬スレトモ、分割ニハ當然同條ノ準用アルモノトモ解シ得サルカ故ニ、若シ組合財産ハ總組員ノ共有ナリトセハ、分割ニ付テハ第二五八條ノ規定適用アルモノト解スヘキカ如シ。現ニ斯ク解スル學說モアリ(末弘氏各論八五九頁、村上氏各論七九三頁)。然レトモ卑見ノ如ク組合財産ハ實質上法人ナル組合ノ財産ニシテ組員等ノ共有ニ非ストセハ第二五八條ノ適用アルヘキ謂レナク、殘餘財産ノ分割モ當然清算事務ニ屬シ、清算人ノ爲スヘキ事項ナルコト何等ノ疑ナキ所ナリ(結果同鳩山氏各論七二〇頁)。而シテ此解釋ハ能ク理論ト實際トニ適スルモノト謂フヘシ。

學者或ハ殘餘財産ニ七九七說明ノ如ク廣義ノモノ及ヒ原價殘餘財産並ニ損失殘餘財産アルコト

ヲ言ハス、第六八八條第二項ニ所謂殘餘財産モ亦廣義ノ殘餘財産ナリト解ス(鳩山氏前掲、岡松氏理由由次三八七頁)。然レトモ例ヘハ未タ一回モ損益ノ分配ヲ爲サスシテ解散シ而モ損益ノ存スル場合ニ、若シ債務完済ノ上殘存スル積極財産ヲ直チニ出資ノ價額ニ應シテ分割スヘキモノトセハ、出資ノ價額ノ割合ト異ナル損益分配ノ割合ヲ定メタル特約ハ全ク没却セラレルノミナラス、利益アル場合ニハ例ヘハ勞務出資者ニモ利益ノ外尙ホ其餘ノ財産ヲモ分割シテ引渡ササルヘカラサルカ如キ不都合ヲ生スヘシ。故ニ七九七ニ述ヘタルカ如ク原價殘餘財産ヨリ其儘拂戻サルルモノト解スヘキ出資ヲ控除シタル現實ノ殘餘財産カ即チ第六八八條第二項ニ所謂殘餘財産ナリト解セサルヘカラス。

損失アルトキハ殘餘財産(即チ損失殘餘財産)アル場合ト雖モ、清算人ハ勞務出資者ノ如ク財産權ノ設定又ハ移轉ニ因ラサル出資ヲ爲シタル組員及ヒ其出資ノ價額ヲ全部失フモ尙ホ損失分擔ノ割合ニ滿タサル各組員ニ對シ、損失分擔ノ割合ニ應シ其分擔不足額ノ拂込ヲ請求スルヲ要シ、其拂込ヲ受ケタルモノハ是レ亦損失殘餘財産ニ屬ス。而シテ損失殘餘財産ハ損失分擔ノ割合ニ應シタル方法ニテ分割スヘキモノトス。故ニ例ヘハ甲乙丙丁四人ノ組合ニテ其出資ハ何レモ現金トシ、甲六千圓、乙四千圓、丙三千圓、丁二千圓ニテ合計金一萬五千圓、損失ノ分擔ハ甲一、乙一、丙八、丁六ノ割合ノ約定ナル處、組合ハ損失シ解散シテ債務ヲ完済シタル殘存財産金七千圓ナリト

スルトキハ、其損失金八千圓ヲ右損失分擔ノ割合ニ依リ各自ノ負擔スヘキ損失額ハ甲五百圓、乙五百圓、丙四千圓、丁三千圓ト爲ル。故ニ前示出資ノ外更ニ丙丁ハ夫々金千圓宛拂込ムコトヲ要シ、清算人ハ之ト右殘存財産七千圓トノ合計金九千圓ノ内ヨリ甲ニ五千五百圓、乙ニ金三千五百圓ヲ拂戻スコトヲ要シ、其實行ニ因リテ各組合員ノ負擔シタル損失カ前示約定ノ割合ト爲ル。

尙ホ組合財産ヲ以テ組合債務ヲ完済スルコト能ハサル場合ニ於テモ、清算人ハ組合員ノ損失分擔ノ割合ニ應シ其分擔不足額ノ取立ヲ爲シテ組合債務ヲ辨濟セサルヘカラス。

(2) 清算人ハ清算事務ヲ行フ爲メニ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲ス權限ヲ有ス(民六八八、七八九)。解散シタル組合ノ債務者カ任意ニ辨濟セサル場合ニ、其辨濟請求ノ訴訟ヲ爲スコトハ清算事務ヲ行フ爲メニ必要ナル行爲ニシテ即チ清算事務ニ屬シ、清算人ニ非サル者ハ清算人ノ委託ニ因ル外清算事務ノ一部ト雖モ之ヲ執行シ得サルモノナルカ故ニ、右辨濟請求ノ訴訟ヲ爲スコトモ亦清算人ノ權限ニ屬スルモノト云フノ外ナク、隨テ清算人ハ組合ノ清算人トシテ裁判上組合ヲ代表(代理)シ得ルモノト云ハサルヘカラス。此點組合ヲ實質上法人ナリト解スル以上當然ノ事ナリト謂フヘシ。然ルニ若シ組合清算人ハ清算人トシテ訴訟當事者タルコトヲ得サルモノト解スルトキハ、解散シタル組合ノ債權ハ、特ニ清算人ヲ定メアル場合ニハ裁判上請求スルヲ得ス又ハ其取立ニ付キ清算

人ニ非サル者カ清算事務ヲ行ハサルヘカラスト云フ不都合ヲ生シ、法律ノ精神ニ反スルコト明カ也。

又右ノ如ク清算人カ第六八八條第七八條第二項ニ依リ訴訟上代理權ヲ有スルモノト解スヘキモノナル以上、之ヨリ推論シテ解散前ニ於ケル業務執行者モ亦訴訟上代理權ヲ有セサルノ道理ナク、而モ業務執行者又ハ清算人ハ組合契約又ハ總組合員ノ過半数ニ依リテ定メラレ、而シテ辯護士タルヲ要セサルモノナルカ故ニ組合ハ此點ヨリモ觀ルモ實質上法人ナリト解スルコトヲ得ヘシ。蓋シ一個人ハ數人共同スルモ辯護士ノ在ラサル場合ヲ除キ、辯護士タラサル者ニ地方裁判所以上ノ訴訟代理ヲ委任シ得サルモノナルカ故ニ(民六三)辯護士ノ在ル場合ニハ地方裁判所以上ノ訴訟代理ヲ委任シ得サルモノタルカ故ニ(六三)辯護士ノ在ル場合ニハ地方裁判所以上ノ訴訟ニ付キ辯護士タラサル業務執行者又ハ清算人ニ一個人ノ委任ニ因リ訴訟上代理權ヲ發生スルモノト云フヲ得ス、其代理權ノ發生スル所以ハ組合カ實質上法人ニシテ業務執行者又ハ清算人ハ其機關タリト云フコト以外ニ之ヲ求メ得サルモノナレハ也(尙ホ七六ニ參照)。

第十三節 終身定期金

第一款 概 念

一 終身定期金トハ債務者カ自己又ハ債權者ノ死亡ニ至ルマテ、債權者ニ對シテ定期ニ給付スヘキ金銭其他ノ代替物ヲ謂フ。而シテ終身定期金ノ債權ハ終身定期金契約ニ因リテ發生スルヲ普通トシ、且ツ本節ニ規定スル終身定期金ハ即チ終身定期金契約ニ因ルモノナルカ故ニ、學者或ハ終身定期金ナル語ヲ終身定期金契約ノ義ニ用フレトモ(鳩山氏各論七二二頁)、是レ其用語ノ正確ヲ缺ケルモノ也。左ニ終身定期金契約ノ概念ヲ説明スヘシ。

二 終身定期金契約(Contrat de rente viagère; Leibrentenvertrag)トハ當事者ノ一方カ自己、相手方又ハ給付ヲ受クヘキ第三者ノ死亡ニ至ルマテ、定期ニ金銭其他ノ代替物ヲ相手方又ハ右第三者ニ給付スルコトヲ約スル契約ヲ謂フ(八九)。左ニ之ヲ分析シテ説明スヘシ。

(1) 終身定期金契約ハ金銭其他ノ代替物ノ給付ヲ目的トス。定期金ト云フカ故ニ常ニ金銭ヲ目的トスルカ如クナルモ、其目的物ハ金銭ニ限ラス、他ノ代替物ニテモ可也。唯通常金銭ヲ目的トスルカ故ニ定期金ト云フニ過キス。而シテ其目的物ハ代替物タルヲ要スルモノト解スヘキコト第六九〇條カ終身定期金ハ日割ヲ以テ之ヲ計算スト規定スルニ依リテ明カ也(同旨鳩山氏前掲、末弘氏各論八六一頁)。給付ノ目的物カ代替性ヲ有スルモノトキハ、其契約ハ定期金契約ノ規定ヲ準用スヘキ無名契約(準定期金契約)タルコトヲ得ヘシ(同旨右兩氏各前掲、横田氏各論七五六頁)。

(2) 終身定期金契約ハ定期ノ給付ヲ目的トス。即チ一定ノ期間毎ニ回歸的ニ給付スルコトヲ目的トス。每期給付スヘキ物ノ種類、品等、數額ハ必スシモ當初ヨリ確定セルコトヲ要セサルモ、確定シ得ヘキモノタルコトヲ要ス。

(3) 終身定期金契約ハ當事者ノ一方カ自己、相手方又ハ給付ヲ受クヘキ第三者ノ死亡ニ至ルマテノ期間ニ付キ定期ニ給付スルコトヲ目的トス。即チ終身定期金契約ニハ相手方ノ爲メニスルモノト第三者ノ爲メニスルモノトアリ。左レハ第六八九條ニ所謂第三者ハ第三者ノ爲メニスル終身定期金契約ノ場合ニ於テノミ存ス。而シテ此場合ニハ第三者ノ爲メニスル契約ニ關スル規定(三九)乃至五)モ亦適用アリ。學者或ハ第六八九條ニ所謂第三者ハ定期給付ヲ受クヘキ第三者ニ限ラス、特定ノ第三者ナラハ如何ナル人間ニテモ可ナリト爲ス(鳩山氏各論七二三頁、末弘氏各論八六二頁、村上氏各論七九八頁以下)。然レトモ無關係ノ第三者ノ死亡スルマテ相手方又ハ他ノ第三者ニ對シテ定期ノ給付ヲ爲スヘキ契約ハ、例ヘハ特定ノ牛馬ノ斃死スルマテ相手方又ハ第三者ニ對シテ定期ノ給付ヲ爲スヘキ契約ト其性質ニ於テ異ナルナク、斯ル契約ノ爲メニハ特ニ終身定期金ノ制度ヲ認ムル必要ナシ。而シテ其必要アルハ唯契約ノ當事者又ハ給付ヲ受クヘキ第三者ノ死亡ニ至ルマテ定期ノ給付ヲ爲スヘキ契約ニ限ル。又第六八九條ノ文理解釋ヨリスルモ、同條ニ「第三者ノ死亡」トアル其第三者ト「第三者ニ給付」

トアル其第三者トハ同一人ヲ意味スルモノト解スルヲ當然トスルカ故ニ右ノ學說ハ採リ難シ。

(4) 終身定期金契約ハ諾成且ツ不要式契約也。

(5) 終身定期金契約ニハ有償ノモノト無償ノモノトアリ。無償ノ場合ニハ定期ノ給付ヲ目的トスル贈與(五二)ノ一種ナルカ故ニ、定期金契約ニ關スル規定ノ外向ホ贈與ニ關スル規定ノ適用アリ。有償ノ場合ニ他ノ有名契約ニ該當スルトキハ其有名契約ノ規定モ亦適用アリ、故ニ例ヘハ買買代金ノ債權ヲ終身定期金ノ債權ト爲シタル場合ニハ終身定期金契約ノ規定ト賣買ノ規定トヲ併セテ適用スヘキモノトス。

(6) 終身定期金契約ハ射伴契約也(二〇)。蓋シ定期給付ノ義務ハ債務者又ハ債權者(契約ノ相手方又ハ給付ヲ受クヘキ第三者)ノ死亡ニ至ルマテノ期間ニ付テノミ現實ニ發生シ、隨テ全給付ノ分量ハ偶然ノ事情ニ因リテ定マルモノナレハ也。

三 終身定期金債權ハ遺贈ニ因リテモ發生セシムルコトヲ得。其遺贈ハ遺贈ノ規定ニ依ルヲ要スルコト勿論ナルモ、該遺贈ニ因リテ發生シタル終身定期金債權ニ付テハ終身定期金契約ニ因ル定期金債權ト別異ノ取扱ヲ爲スヘキ理由ナキカ故ニ、民法ハ遺贈ニ因ル終身定期金債權ニ本節ノ規定ヲ準用ス(九四)。然レトモ其準用シ得ルハ規定ノ性質上第六九〇條及第六九三條第一項ニ限ル

ヘシ。

第二款 終身定期金契約ノ效力

一 有效ナル終身定期金契約ニ必要缺クヘカラサル效力ハ定期金債權ノ發生也。此他當事者ハ特約ニ因リ從タル效力、例ヘハ擔保權又ハ擔保供與ノ義務等ヲ發生セシムルコトヲ得ルモ必要ニハ非ス。

終身定期金債權ハ契約ニ因リ直チニ發生スルヲ原則トス。然レトモ始期附又ハ條件附ナルトキハ其始期ノ到來又ハ條件ノ成就ニ因リテ初メテ發生ス。而シテ何レニスルモ其發生スルヤ一個ノ包括的債權トシテ直チニ成立シ、且ツ順次一期間ノ到來スルニ隨ヒ該期間ノ給付ノ履行期到來前ト雖モ、右包括的債權ヨリシテ該期間ノ支分權ヲ生スルモノトス(同旨鳩山氏各論七二六頁末弘氏各論八六三頁)。

二 終身定期金債權ノ辨濟期ハ當事者ノ約定スル所ニ從フ。而シテ其特約ナキ場合ニ付テハ獨逸民法(七六)、瑞西債務法(五一)ノ如ク前拂ト爲スヲ立法上相當トスヘキモ、我民法ニハ斯ル特別ノ規定ナキカ故ニ同一ニ解スルヲ得ス、而シテ毎期間ニ生スル各支分權ハ該期間ノ滿了ニ因リ一個ノ支分權トシテ完成スルモノナルカ故ニ、該期間經過ト共ニ其辨濟期到來シ、債權者其辨濟ヲ

請求シ得ルモノト謂フヘシ。然レトモ其請求アルマテハ債務者遲滯ト爲ラサルモノト解スヘキモノトス。

三 日割計算 終身定期金ハ日割ヲ以テ計算ス(九〇)。是レ終身定期金債権カ支分權ノ發生スヘキ一期間ノ中途ニ於テ消滅シタル場合ニ關ス。例ヘハ一月一日ヨリ毎金百圓宛給付スヘキ終身定期金債権ノ場合ニ、債権者又ハ債務者カ六月十五日死亡シタルトキハ、爾後ノ期間ニ對スル債権ハ消滅シ六月分ノ定期金ハ日割計算ニテ金五十圓ト爲ルカ如シ。學者或ハ日割計算ニ於テハ一日未滿ノ時間ハ算入セサルモノト解ス(鳩山氏前掲、末弘氏各論八七)。然レトモ日常普通ノ取引ニ於テ日割計算ノ場合ニ一月未滿ノ端數ハ之ヲ一日トシテ計算スルヲ普通トスヘキニ拘ラス、民法カ一日未滿ノ端數ハ一日トシテ算入セサル旨規定セサル點ニ鑑ミ、端數ハ即チ一日トシテ計算スヘキ法意ナリト解スルヲ相當トス。故ニ例ヘハ一月一日午前八時契約ヲ爲シ一ヶ月金百圓宛ノ終身定期金ヲ給付スヘキコトヲ定メタルニ、債務者又ハ債権者カ翌日午前七時死亡シタル場合ニハ、二日トシテ計算シ六圓四十五錢ヲ支拂フヘキコトト爲ルモ、反對說ニ依レハ毫モ支拂フヲ要セサルコトト爲リテ穩當ナラス。

第六九〇條ノ日割計算ノ規定ハ強行法ニ非サルカ故ニ特約ヲ以テ計算方法ヲ定メタル場合ニハ

之ニ從フヘキコト勿論也。

四 債務不履行ノ效果

終身定期金債務ノ不履行アリタル場合ニハ一般ノ債務不履行ノ場合ト同様種々ノ效果ヲ生スルモ、民法ハ定期金ノ元本アル場合ニ付キ特則ヲ設ケタリ。左ノ如シ。

(1) 定期金債務者カ定期金ノ元本ヲ受ケタル場合ニ於テ、其定期金ノ給付ヲ怠リ又ハ其他ノ義務ヲ履行セサルトキハ相手方ハ元本ノ返還ヲ請求スルコトヲ得(九一)。右ニ所謂「其他ノ義務」ハ定期金債務ニ從タル義務ニシテ、例ヘハ擔保供與ノ義務ノ如キヲ謂フ。而シテ右元本返還ノ請求ハ同時ニ契約ノ解除ナリト解スルヲ相當トス。蓋シ解除セスシテ返還ヲ請求シ得ヘキ道理ナケレハ也。通説也。此解除ハ第五四一條ニ依ル催告ヲ要セサル點ニ於テ一ノ特色アリ。然レトモ此解除ヲ爲スニハ債務者カ履行ヲ爲ササルニ付キ過失アルヲ要ス(同旨鳩山氏各論七二八頁、反對末弘氏各論八七五頁)。蓋シ過失ナキニ拘ラス催告ヲモ要セスシテ解除シ得シムヘキ理由ナク、法文ニ「給付ヲ怠リ」トアルニ依ルモ、定期金給付ノ履行ヲ爲ササルニ付キ過失アルヲ要スルコト明カニシテ、定期金給付ノ不履行ニ付キ過失アルヲ要スル以上其他ノ義務ノ不履行ニ付テモ過失ヲ要セサル理由ナケレハ也。

(2) 右解除ノ場合ニ既ニ受取リタル定期金アルトキハ、之ヨリ元本ノ利息ヲ控除シタル殘額ヲ債務者ニ返還スルコトヲ要ス(民六九一)。第五四一條ノ規定ニ依ル普通ノ解除ヲ許スモノトセハ、

雙方ノ給付カ金錢ナル場合ニハ、解除ノ結果債務者ハ元本ニ、債權者ハ受取リタル定期金ニ夫々利息ヲ附シテ互ニ返還スルヲ要スルモ(民五四、五、二)、斯クテハ頗ル複雑ナル關係ヲ生シテ實際ニ適セス且ツ終身定期金契約ニハ右ノ如キ特則ヲ相當トスヘキ一種特別ノ性質アルモノト認メ右特則ヲ設ケタルモノ也。既ニ受取リタル定期金カ元本ノ利息ヲ超過セサル場合ニ定期金ハ毫モ返還ヲ要セサルコト言フヲ俟タス。利息ハ法定利息也。元本ト定期金カ種類ヲ異ニスル場合ニハ金錢ニ非サルモノハ金錢ニ見積リテ法定利息ニ當ルヘキ數額ヲ控除スヘキモノトス(同旨鳩山氏前掲以下、梅氏要義六九一條)。

未タ一回モ定期金ノ支拂ナクシテ第六九一條第一項ニ依ル解除ヲ爲シタル場合ニ債權者ハ元本ノ返還ト共ニ其利息ヲ請求スルコトヲ得ヘキ乎。既ニ定期金ノ支拂アリタル場合ニハ利息ヲ控除シ得ルモノナルカ故ニ一回モ支拂ナキ場合ニハ利息ヲ請求シ得ルカ如ク、又斯ク解スル學說アルモ(鳩山氏各論七二八頁、末弘氏各論八七五頁)、債務者ハ本來每期ノ給付以外ニ元本給付ノ義務ヲ負フモノニ非ス、又每期給付スヘキ定期金カ利息ニ滿タサル場合モアリ得ヘキカ故ニ、明文ナキニ拘ラス元本ノ利息ヲ請求シ得ルモノト解スルハ正當ナラス。而シテ之ヲ請求シ得サルモノトスルモ、債權者ハ損害アルトキハ第六九一條第二項ニ依リ其賠償ヲ請求シ得ルモノナルカ故ニ何等ノ不公平不穩當アルコトナシ。

右解除ヲ爲シ得ル者ハ契約ノ當事者ニシテ自ラ定期金ノ給付ヲ受クヘキ債權者也。第三者ノ爲メニスル契約ノ場合ニハ其第三者ノ同意アルニ非サレハ相手方即チ契約ノ當事者タル債權者ハ解除ヲ爲シ得サルモノトス(民五三、三八)。而シテ此場合ニ第六九一條第一項但書ノ殘額返還ノ債務ヲ負フ者ハ右解除者ナリト解セサルヘカラス。

第六九一條第一項ニ依ル解除ノ場合ニ元本ノ返還ヲ受クルモ、債權者ニ尙ホ債務者ノ不履行ニ因ル損害アルトキハ債權者ハ之カ賠償ヲ請求スルコトヲ得(民六九一)。又元本ノ返還ト第一項但書ノ殘額返還トニ付テハ第五三三條ノ準用アリ、同時履行ノ抗辯ヲ爲シ得ルモノトス(民六九二)。第六九二條ノ明文ニ依レハ損害賠償ニ付テモ準用アルカ如クナルモ、先ニ二九一ニ於テ説明シタルト同一ノ理由ニ依リ損害賠償ニ付テハ其準用ナキモノト解スルヲ相當トス。

第六九一條第一項ト第五四一條トノ關係 定期金債務者カ債務ノ履行ヲ爲ササル場合ニ相手方ハ第六九一條第一項ニ依リテ解除シ得ルカ故ニ、相手方ニ尙ホ第五四一條ニ依ル解除權ヲ認ムヘキ必要アルコトナク、同條ニ依ル解除權アリトスルハ第六九一條第一項ノ規定ヲ設ケタル趣旨ヲ沒却スヘキモノナルカ故ニ、同條項ハ相手方ノ爲ス解除ニ付テハ第五四一條ノ規定ノ適用ヲ排除スル趣旨ナリト解スルヲ相當トス(反對村上氏各論八〇四頁)。左レハ終身定期金契約ノ解除ニ付キ第五四一條

ノ適用アルハ唯定期金債務者ニ於テ相手方ノ不履行ヲ理由トシテ解除スル場合ノミナリト解セサルヘカラス。

五 死亡後ニ於ケル定期金債権ノ存続

(1) 終身定期金債権ハ債務者、契約ノ相手方タル債権者又ハ給付ヲ受クヘキ第三者ノ死亡ニ因リ絶對ニ消滅スルヲ原則トス。然レトモ民法ハ一ノ例外ヲ設ケ其死亡カ定期金債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ生シタルトキハ、裁判所ハ債権者又ハ其相續人ノ請求ニ因リ相當ノ期間債権ノ存続スルコトヲ宣告シ得ルモノトセリ(三、民六九)。債務者カ自己ノ過失ニ因リテ死亡シタル場合モ此中ニ包含セラルルコト勿論也。而シテ此場合ニハ債務者ノ相續人カ死亡以前ニ發生シタル支分權ノ債務ヲ承繼スルノミナラス、債権存続ノ宣告確定シタルトキハ死亡後發生ノ支分權ニ付テモ亦其債務者ト爲ル。

(2) 債権者又ハ相續人ヨリ請求アリ且ツ法定ノ要件具備スルトキハ裁判所ハ相當期間尙ホ債権ノ存続スルコトヲ宣告スルコトヲ得。學者或ハ此場合ニハ宣告スルコトヲ要スルモノト解ス(鳩山論七三〇頁)。然レトモ例ヘハ債務者カ資力ナキ爲メ履行スル能ハサルヲ耻チ謝罪ノ意思ニテ自殺シ又ハ債務者ニモ過失アレトモ、債権者ニハ一層大ナル過失アリタルニ因リテ債務者死亡シタルカ如

キ場合ニ於テハ、債務ノ存続スルコトヲ宣告セサルヲ寧ロ妥當トスヘキカ故ニ、民法ハ法定ノ要件備ハルモ債権ノ存続ヲ宣告スルヤ否ヤ各個ノ場合ニ付キ裁判所ノ自由裁量ニ委スルヲ適當ト認メ特ニ宣告スルコトヲ得ト規定シ、要スト規定セサリシモノト解スルヲ相當トス。

(3) 相當ノ期間ハ何ヲ標準トシテ定ムヘキ乎。惟フニ死亡シタル者カ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ナカリセハ尙ホ生存シ且ツ債権ノ存続ニ必要ナル他ノ者ノ生存スヘキ期間ヲ一般ノ標準ニ依リ測定シテ決定スヘキモノトス(同旨鳩山氏前掲)。

(4) 債権ノ存続宣告ノ手續ニ付テハ特別ノ規定ナキカ故ニ、通常ノ訴訟手續ニ依リ判決ヲ以テ爲スヘキモノト解スルヲ相當トス。而シテ此判決ハ確認判決ニ非スシテ創設判決也。故ニ存続宣告ノ判決確定スルトキハ死亡ノ時ニ遡リテ效力ヲ生シ、債権ハ死亡ニ因リ消滅セスシテ存続セルト同一ノ結果ト爲ル(同旨末弘氏各論八七二頁)。

(5) 第六九三條第一項ノ規定ハ第六九一條ニ定メタル權利ノ行使ヲ妨ケス(三、民六九)。即チ死亡前既ニ債務者カ定期金其他ノ義務ヲ懈怠シタルトキハ、死亡後ニ於テモ債権者又ハ其相續人ハ第六九一條ニ定メタル權利ヲ行使スルコトヲ得ヘク、更ニ債権ノ存続宣告ノ判決確定後ニ於テモ、死亡前ニ於ケル定期金債務者ノ義務ノ懈怠又ハ右判決確定後ニ於ケル懈怠ヲ理由トシテ右ノ權利ヲ行

使スルコトヲ得ヘキモノトス。學者或ハ第六九一條ノ權利ト第六九三條ノ權利トハ何レカ其一ヲ選擇シテ行使シ得ルモノト解スルモ(鳩山氏前掲)適切ナラス。

五五〇

第十四節 和解

第一款 概 念

八一四

一 和解(transactio, transactum, Vergleich)トハ當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シテ其間ニ存スル法律關係ノ爭ヲ止ムルコトヲ約スル契約ヲ謂フ(九五)。左ニ其要件ヲ分説スヘシ。

(i) 當事者間ニ法律關係ノ爭アルコトヲ要ス。

(ii) 法律關係ノ爭トハ具體的ノ法律關係ノ主體タル雙方ノ當事者カ其法律關係ノ存否、範圍又ハ體様ニ付キ反對ノ主張ヲ爲スコトヲ謂フ。獨逸民法第七七九條ハ法律關係ニ付キ爭ナキモ不明確ナル場合ニ於テ相互ノ讓歩ニ依リ和解ノ成立スルコトヲ認ムルモ、不明確ニシテ而モ爭ナクハ讓歩ト云フコトアルヘカラス。我民法ノ解釋トシテ爭ナキ場合ニハ和解成立スルコトナシ。唯不明確ナル法律關係ニ付キ當事者互ニ反對ノ主張ヲ爲サス合意上其法律關係ヲ確定スルトキハ和解ニ類似スル無名契約茲ニ成立スルモノト謂フヘシ(同旨、正五、七、五大判、民錄一三五頁、鳩山氏各論七七一頁、橫田氏各論七七〇頁、末弘氏各論八七九頁)。例ヘ

ハ相隣接スル土地ノ境界不明確ト爲リ、各所有者反對ノ主張ヲ爲サス合意上中間ニ一線ヲ劃シ之ヲ境界ト定メタル場合ノ如キ是也。

又仲裁契約ハ和解ニ非ス(民訴七八六以下參照)。

(b) 爭アル法律關係ノ種類ニ付テハ當事者カ處分ヲ爲シ得ル法律關係タルヲ要スルモ其他ニ制限ナシ。當事者カ處分シ得サル法律關係ニ付テハ和解ヲ爲スコトヲ得ス。故ニ例ヘハ親族關係ノ存否ニ關スル爭ノ如キハ和解ニ因リテ解決スルコトヲ得サルモノトス(同旨、末弘氏各論八八〇頁、鳩山氏各論七三二頁)。

(c) 確定判決ニ因リテ確定シタル法律關係カ和解ノ目的ト爲リ得ルヤ否ヤニ付テハ議論岐レ、當事者ハ之ヲ處分シ得ルモ和解ノ目的トハ爲ラスト爲ス學說アリ(橫田氏各論七七〇頁、末弘氏各論八七九頁以下)。然レトモ確定判決ニ因リ確定シタル法律關係ニテモ裁判上裁判外ニ於テ事實上爭ノ目的ト爲ルコトアリ、裁判上爭ノ目的ト爲リタル場合ニモ當事者カ既判力ノ抗辯ヲ爲サス、裁判所カ右確定判決アルコトヲ知ラス又ハ之ヲ知ルモ其内容ヲ明カニスルコト能ハサルトキハ、反對ノ判決ヲ爲スコトモアリ得ヘキカ故ニ、確定判決ニ因リテ確定シタル法律關係ト雖モ和解ノ目的ト爲リ得ルモノト解スルヲ正當トス(結果同鳩山氏前掲)。

八一五

(d) 當事者カ互ニ讓歩ヲ爲スコトヲ要ス。故ニ當事者ノ一方ノミカ讓歩ヲ爲スニ因リテ爭ヲ止

ムルコトヲ約スルモ民法所謂和解ハ成立セス。普通ニ所謂示談ノ中當事者互ニ讓歩ヲ爲スモノハ和解ナルモ一方ノミカ讓歩スル場合ノ示談ハ和解ニ非ス(同旨明四一、一、二)。讓歩トハ自己ノ主張カ無條件ニ完全ニ是認セラレタル場合ニ比シ或不利利益ヲ受クルコトノ承認也。其不利利益ノ内容ニ付テハ法律ニ何等ノ制限ナキカ故ニ、例ヘハ權利主張ノ一部ヲ拋棄シテ殘部ヲ承認セシムルト、權利主張ノ全部ヲ承認セシムル代リニ他ノ利益ヲ相手方ニ與フルト又ハ債權全部ヲ承認セシメテ辨濟期ノ猶豫ヲ與フルトヲ問ハサル也(同旨鳩山氏各論七三四頁、末弘氏各論八七八頁、Raddeker's Lehrb. des P.R. 期ノ猶豫ハ讓歩ニ非スト爲ス)。

(3) 當事者カ相互ノ讓歩ニ因リ爭ヲ止ムルコトヲ約スルヲ要ス。爭ヲ止ムルコトヲ約ストハ和解契約ノ定ムル如ク係争ノ法律關係ヲ確定スルコトヲ謂フ也。當事者ハ一面ニ於テ讓歩ニ因リ多少ノ不利利益ヲ受クルモ、他ノ一面ニ於テ法律關係ノ確定ニ因リ訴訟手續ノ煩ト多クノ費用ヲ省キ且ツ速ニ争ノ解決ヲ得ル多大ノ利益アリ。是レ即チ和解ノ實際の效用ニシテ民法カ此制度ヲ認メタル所以也。

二 和解ハ諾成契約也 通説ハ尙ホ和解ヲ以テ有償且ツ雙務契約ナリト爲ス。然レトモ讓歩ハ必スシモ常ニ出捐ニ非ス。例ヘハ甲ハ乙ニ對シ眞實金千圓ノ債權ヲ有スルモ其債權證書ヲ紛失

シテ立證容易ナラス、乙ハ眞ニ其債務ヲ有スレトモ之ヲ疑ヒ又ハ故意ニ争ヒテ債權全部ヲ否認シ、和解ノ結果(a)例ヘハ五百圓ノ債務ヲ認メテ之カ支拂ヲ約シ、甲ハ殘五百圓ヲ拋棄シタル場合ニハ、甲ハ出捐ヲ爲セトモ乙ハ其和解ニ因リテ何等ノ出捐ヲ爲スモノト云フヲ得ス。故ニ斯ル和解ハ事實上片務無償ノ契約也。反之、(b)例ヘハ甲ノ所有地ト乙ノ所有地トカ隣接シ、甲カ乙ノ所有地ノ内境界ニ接スル部分若干ヲ侵シテ之ヲ自己ノ所有地ノ一部ナリト主張シ、乙之ヲ争ヒ和解ノ結果乙カ甲ノ主張ヲ認メ甲カ乙ニ對シ金若干ヲ支拂フヘキコトヲ定メタル場合ニ於テハ其和解ハ即チ有償且ツ雙務契約也。故ニ和解契約ヲ一律一體ニ有償且ツ雙務契約ナリト云フハ當ラス。然レトモ主觀的ニハ争アリタルモノナレハ客觀的ニハ有償且ツ雙務契約ナル場合ト雖モ必スシモ直チニ之ヲ然ルモノトシテ取扱ヒ得ルモノニ非ス。和解成立前ニ存在シタル客觀的ノ法律關係ヲ判定シタル上之ヲ和解ノ内容ニ照シテ其有償且ツ雙務契約ナリヤ否ヤヲ決スヘキモノトス(民六九六參照)。

契約解除ニ關スル規定ハ和解契約ニモ適用アリ。

三 裁判上ノ和解 訴訟提起前及ヒ訴訟提起後裁判上和解ヲ爲シ得ヘキコトハ民事訴訟法ノ規定スル所也(民訴三八一、二二)。惟フニ裁判上ノ和解ハ民法上ノ和解ヨリモ其範圍廣ク民事訴訟法ノ定ムル手續ニ從ヒ、裁判所、受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ被告カ原告ノ請求全部又ハ

一部ヲ認メテ之ニ應スルコトヲ原告ト合意シタルトキハ、縱令原告ニ於テ何等ノ讓歩ヲ爲ササルトキト雖モ、茲ニ裁判上ノ和解成立スルモノト解スルヲ相當トス。唯和解ノ場合ニハ原告ニ於テモ幾分ノ讓歩ヲ爲スヲ普通トスヘキノミ。而シテ訴訟提起前民事訴訟法第三八一條ニ依ル和解ニシテ當事者雙方ノ讓歩ニ因リ成立シタルモノハ、其性質純然タル民法上ノ和解ナルカ如ク、又斯ク解スル學說アルモ(鳩山氏各論、七三五頁)、此和解モ其調書ハ債務名義タル效力アルコト(民訴五五九、九四四)論者モ認ムル所ニシテ、此債務名義ニ因ル強制執行ニ對シテハ和解後ニ生シタル原因ニ依ルニ非サレハ異議ヲ述フルコトヲ得ス(民訴五六〇、五四五、二)。即チ此和解ハ既判力ヲ生スルモノナルカ故ニ純然タル民法上ノ和解ナリト云フヲ得サルモノトス。次ニ訴訟提起後其訴訟手續ニ於テ裁判上成立シタル和解ノ性質及ヒ效力ニ付テモ議論アリ、其和解ハ一面ニ於テハ民法上ノ行爲タルト同時ニ他ノ一面ニ於テハ其訴訟ヲ終了セシムル訴訟行爲タルカ故ニ、其和解カ民法ノ規定ニ依リテ取消サレ又ハ無効ト爲リタルトキハ訴訟行爲トシテモ效力ヲ失ヒ、訴訟ハ終了セサリシコトト爲ルト解スル判例學說アリ。(正一、七、八、大判、民集三七六頁、鳩山氏各論七三五頁、仁井田氏民事訴訟法要論中卷五八二頁等、尙ホ正九、七、一五、大判、民集九八三頁ハ裁判上ノ和解ハ該契約ニ無効又ハ取消ノ原因存スル場合民法ノ規定ニ依リテ之ヲ無効トシ又ハ之ヲ取消テ爲シ得ルハ勿論其不履行ノ場合之ヲ解除シ得ルヤ否ヤモ亦民法ノ契約解除ニ關スル規定ニ從ヒテ之ヲ決定セ得ルモノト爲ス)然レトモ此說ニ依レハ民法ノ規定ニ依リテ訴訟行爲ヲ取消シ又ハ無効ト爲シ得ルコトト爲ル不都合アルノミナラス、此種ノ和解モ亦其有效ナル

限り其調書ハ債務名義ト爲リ既判力ヲ生シ、和解成立後ニ生シタル原因ニ依ルニ非サレハ異議ヲ主張シ得サルモノナルコト、民事訴訟法第五九條第五六〇條第五四五條第二項ノ規定ニ照シテ明白ナルカ故ニ其和解ハ民法上ノ和解ニ非ス、隨テ民法ノ規定ニ依リテ之ヲ無効ト爲シ得サルモノト解セサルヘカラス。即チ右ノ判例、學說ハ裁判上ノ和解カ訴訟行爲ニ他ナラサルコト及ヒ右ノ規定ヲ無視シタルモノナリト謂フヘシ。但シ裁判上ノ和解ニ因リテ確定シタル從前ノ法律關係ノ原因タル法律行爲ハ和解後ニ於テモ民法ノ規定ニ依リテ取消シ得ルコト言フヲ俟タス。而シテ其取消ノ結果右ノ法律關係ハ當初ヨリ存在セサリシコトト爲ルモ、和解ニ因リテ終了シタル訴訟手續ハ之カ爲メニ復活スヘキモノニ非ス。右ノ問題ニ付テハ尙ホ注意スヘキ事項アリ。訴訟無能力者ノ爲シタル裁判上ノ和解ハ果シテ有效ナリヤ否ヤノ問題は也。惟フニ訴訟無能力者ノ爲ス訴訟行爲ハ被告タル地位ニ立チテ權利防禦ノ爲メニ爲ス場合ヲ除キ(昭二、四、一五、大判、民集二五七頁、昭三、四、二八、大判、民集二二九頁參照)不適法ニシテ(正七、一、三〇、大判、民集一二二頁參照)例ヘハ準禁治產者カ保佐人ノ同意ヲ得スシテ讓歩シ裁判上ノ和解ヲ爲シタルカ如キ場合(正一、七、八ノ前示判例ノ如キ場合)ニ於テハ其和解ハ無効ナルモノト謂フヘク、隨テ權利拘束ハ之ニ因リテ消滅スルコトナキモノト解スルヲ相當トス。反之、當該訴訟行爲ノ能力アル當事者間ニ裁判上ノ和解成立シタルトキハ法律行爲ノ要素ノ錯誤ニ相當スル錯誤アルモ其和解ハ之

カ爲メ無効ト爲ルモノニ非サルコト前示民事訴訟法ノ規定ニ照シテ疑ナキ所也(尙本民訴五六)又其和解カ詐欺強迫ニ因ル場合ト雖モ、裁判上ノ和解ハ訴訟行爲ニシテ縱令民法上ノ和解ト共通ノ性質ヲ有スル場合ニ在リテモ、訴訟行爲ト民法上ノ行爲トカ別個ニ存在スルモノニ非サルカ故ニ、裁判上ノ和解ハ民法ノ規定ニ依リテ取消スコトヲ得サルモノト解スルヲ相當トス(結果同維本氏京法六卷一〇七頁以下、八號九六頁以下、末)弘氏法協四一卷五號九五頁參照)。

人事訴訟法ニ所謂和諧モ亦民法上ノ和解ニ非ス。和諧ハ唯婚姻繼續ノ合意ニ過キス(人訴一三、一四參照)。

第二款 效 果

八二八

一 和解ノ效果トシテハ常ニ法律關係ノ確定ヲ生ス。之ニ加フルニ新タナル法律關係ヲ生スルコトアリ。

二 當事者ノ一方カ和解ニ依リテ争ノ目的タル權利ヲ有スルモノト認メラレ又ハ相手方カ之ヲ有セサルモノト認メラレタル場合ニ於テ、其者カ從來此權利ヲ有セサリシ確證又ハ相手方カ之ヲ有セシ確證出テタルトキハ其權利ハ和解ニ因リテ其者ニ移轉シ又ハ消滅シタルモノトス(九六)此法文ニ其者カ從來此權利ヲ有セサリシ確證又ハ相手方カ之ヲ有セシ確證出テタルトキトアルハ、

八二九

其言表シ方論理的ニ非ス、其本旨ハ眞ニ其者カ從來此權利ヲ有セサリシトキ又ハ相手方カ之ヲ有セシトキノ義ナリ。故ニ例ヘハ(a)甲乙兩名カ一個ノ動産ヲ夫々自己ノ所有ナリト主張シテ相争ヒタルモ和解ヲ爲シ乙ハ甲ノ所有權ヲ認メ、甲ハ乙ニ若干金ヲ支拂フコトヲ約シタル場合ニ、本來其物カ乙ノ所有ニシテ甲ノ所有ニ非サリシトキハ其所有權ハ右和解ニ因リテ甲ニ移轉シタルモノトス。又(b)甲ハ自己ノ土地ニ乙カ地上權ヲ有セサルコトヲ主張シ、乙ハ之ヲ有スルコトヲ主張シテ争ヒタルモ和解成立シ乙ハ地上權ヲ有セサルコトヲ認メ、甲ハ之ニ對シ乙ニ金若干ヲ支拂フコトヲ約シタル場合ニ、若シ乙カ本來眞ニ右地上權ヲ有シタルトキハ其地上權ハ右ノ和解ニ因リテ消滅シタルモノトス。

八三〇

三 和解ト法律行爲ノ要素ノ錯誤 和解ハ法律行爲ナルカ故ニ第九五條カ和解ニモ適用アルコト勿論也。第六九六條ハ一種ノ錯誤アル場合ヲモ規定シタルモノナレトモ法律行爲ノ要素ニ錯誤アル場合ヲ規定シタルモノニ非ス。蓋シ第九五條ハ法律行爲ノ要素ニ錯誤アル當事者保護ノ爲メノ規定ナルカ故ニ、錯誤カ錯誤者自身ノ不利益ト爲ラス却テ利益ト爲ルヘキ場合ノ錯誤ハ法律行爲ノ要素ノ錯誤ト爲ラス。然ルニ第六九六條ハ例ヘハ八一九ノ設例(a)ノ場合ニハ所有權カ乙ヨリ甲ニ移轉シ、設例(b)ノ場合ニハ乙ノ地上權カ消滅セルコトヲ規定セルモノナルモ、(a)ノ場合ニ

乙カ自己ノ所有權ヲ主張シ、(b)ノ場合ニ乙カ自己ノ地上權ヲ主張セルハ何等ノ錯誤ニ非ス、又甲カ善意ニテ自己ノ所有ナリト主張シ又ハ乙ニ地上權ナシト主張スルハ錯誤ナルモ、自己ニ不利ナト爲ラス却テ利益ト爲リタル錯誤ニシテ、法律行爲ノ要素ノ錯誤ト爲ラサレハ也(結果同正六、九、一八、大判、民錄一三四)。

八三二

四 和解ノ效果カ認定的ナルカ創設的ナルカニ付テハ議論アリ、或ハ認定的ナルヲ原則ナリト爲ス(横田氏各論七三四頁、村上氏各論八一九頁)。然レトモ根據ナシ。或ハ當事者間ニ從前ノ法律關係如何ニ拘ラス創設的効果ヲ有スヘキ和解ヲ爲スノ合意アリタルトキハ、縱令爾後和解ト從前ノ法律關係トカ一致セサルコトノ確證出ツルモ認定的効果アルモノト爲スコトヲ得サルヘシト爲ス(鳩山氏各論七三八頁)。然レトモ和解ノ結果ト從前ノ法律關係トカ一致セル場合ニハ何等創設的効果アリト云フノ餘地ナク唯認定的効果アルニ過キスト云ハサルヘカラス。惟フニ和解ノ效果ハ必スシモ認定的ナリトモ創設的ナリトモ云フヲ得ス、和解ノ結果カ從前ノ法律關係ト一致スル範圍ニ於テハ認定的ニシテ、一致セサル範圍ニ於テハ創設的ナリト云フノ外ナシ(同旨梅氏要義八四七頁)。而シテ實際ニ於テ全然創設的効果ヲ有セサル和解ハ稀ナルヘシ。

第十五節 混合契約

八三三

一 概念(念) 混合契約 (混成契約 *Gemischte Verträge*) トハ一種ノ有名契約 (典型的契約) ノ内容ノ全部又ハ一部ト其種ノ有名契約ノ内容ニ屬セサル事項トヲ内容トスル無名契約 (非典型的契約) ヲ謂フ。例ヘハ機械ノ賣主カ買主指定ノ場所ニ其据付ヲ爲スコトヲモ引受ケテ賣買ヲ爲ストキハ、其契約ハ純粹ノ賣買ニ非スシテ賣買及ヒ請負ノ内容ヲ有スル混合契約也。又飲食店ニ於テ客カ飲食スル場合ノ契約ノ如キハ飲食物賣買ノ内容及ヒ座席並ニ食器貸借ノ内容ヲ有スル混合契約ナルヘシ。

八三三

混合契約ノ概念ニ付テハ學說上議論アリ(三浦氏法協三一卷四、五、六號參照)。二種以上ノ有名契約ノ内容ニ該當スル事項ヲ内容トスル無名契約ノミヲ以テ混合契約ナリト爲ス學說アルモ(未弘氏各論二八四頁、Hoeningh, Die gemischte Verträge in ihren Grundzügen)。一種ノ有名契約ノ内容ト何レノ有名契約ノ内容ニモ屬セサル事項トヲ内容トスル契約(未弘氏ハ斯ル契約ヲ準混合契約ト稱ス、前掲二九三頁)ヲモ混合契約ノ概念中ニ包含セシメテ理論上且ツ實際上何等ノ支障アルコトナシ(同旨鳩山氏各論七四〇頁)。而シテ例ヘハ相撲觀覽者ト相撲經營者トノ契約ノ如キハ之ニ屬スヘシ。

八三四

二 法律上ノ取扱 混合契約ヲ法律上如何ニ取扱フヘキカニ付テハ三說アリ。吸收主義 (Ab-

borptionsprinzip) 結主合義 (Kombinationstheorie) 及ヒ類推適用主義 (Prinzip der analogen Anwendung) 是也。吸收主義ハ混合契約ノ内容中最モ重要ナル部分ヲ決定シ、其部分ノ屬スル有名契約ノ規定ヲ適用セントスルモノ也。結合主義ハ當該混合契約ト有名契約ニ共通スル個々ノ内容ニ關スル其有名契約ノ規定ヲ結合シ、之ヲ以テ其混合契約ヲ規律セントスルモノ也。類推適用主義ハ混合契約ニハ民法總則及ヒ契約總則ノ規定ヲ適用スル外、其契約ノ内容中有名契約ニ共通スル事項ニ付テハ其有名契約ノ規定ヲ類推適用スヘシト爲スモノ也。類推適用主義ヲ妥當トス(同旨鳩論七四五頁尙ホ三〇參照)。故ニ例ヘハ甲カ乙ニ住宅ヲ貸與シ且ツ一定量ノ飲食物ヲ給付スヘク、乙カ之ニ對シテ一定ノ金額ヲ支拂フヘキ一個ノ契約(一種ノ混合契約也)ヲ爲シタル場合ニ甲ノ給付シタル飲食物ニ不足アリ、時期ヲ後レタル補充ハ乙ノ爲メ無用ニシテ代金減額ノ問題ヲ生シタルトキハ、右一定ノ金額ヲ其住宅ノ相當賃料ト右一定量ノ飲食物ノ相當賣買代金トノ比例ニ分割シテ、賣買代金ニ割當テラレタル金額ヲ基礎トシ第五六五條第五六三條第一項ヲ類推シテ減額ヲ請求シ得ルモノト解スルヲ相當トス。

三 混合契約類似ノ有名契約 混合契約ニ似テ非ナル有名契約アリ。

(a) 一ノ契約カ二種ノ有名契約ノ何レニモ該當スル場合 例ヘハ乙ノ爲メ一定ノ勞務ニ服シ

乙カ其報酬トシテ甲ノ爲メ一定ノ仕事ヲ完成スヘキコトヲ契約シタル場合ニハ、其契約ハ一見混合契約ナルカ如クナルモ、其實雇傭契約ナルト同時ニ請負契約ニシテ明カニ有名契約也。學者或ハ斯ル契約ヲ複型的契約又ハ兩性的契約 (doppeltypische Verträge od. Zwitterverträge) ト稱ス。而シテ斯ル契約ニハ二種ノ契約ノ規定カ何レモ適用セラレヘク、其規定互ニ牴觸スルモノアル場合ニハ其規定ノ因テ生スル理由ヲ研究シ其輕重ヲ較量シテ何レノ一方ヲ適用スヘキカヲ決スヘキモノト爲ス(Eam. o. c. r. m. s. I. d. l. 323 B. III.) 蓋シ妥當ノ見解也。

(b) 一種ノ有名契約ニ屬スル契約ノ内容ノ一部カ他種ノ有名契約ノ主要ナル特徴ヲ成ス内容ニ該當スル場合、例ヘハ甲カ乙ニ住宅ヲ貸與シ乙カ反對給付トシテ甲ノ爲メ門番トシテ勞務ニ服スヘキ契約ハ雇傭契約ニ屬スルコト明カナルモ(五七九參照)、勞務ハ借貸タルコトヲ得サルカ故ニ(五〇八、二參)、右ノ契約ハ賃貸借ニ非ス。然レトモ住宅ヲ有償ニテ貸與スル點ハ賃貸借ノ主要ナル特徴ヲ成スモノナルヲ以テ、右ノ契約ニハ雇傭契約ノ規定ノ適用アル外尙ホ性質ノ許ス限リ賃貸借ノ規定ノ類推適用アルモノト解スルヲ相當トス。故ニ例ヘハ乙ノ不履行ニ因ル損害賠償ノ債務ニ付テハ第三一二條第三一二條第二項ノ類推適用ニ依リ甲ハ乙カ右住宅ニ備付ケタル動産ノ上ニ先取特權ヲ有スヘシ。尤モえんねくつゑるす氏(前掲)ノ云フカ如ク借貸ハ勞務ニテモ可ナルモノトセハ、右ノ

契約ハ複型的契約ニ屬スルコト勿論也。而シテ何レニスルモ有名契約ニシテ混合契約ニ非サルコトハ明白也。(反對、鳩山氏各論七四頁七四、六頁ハ之ヲ混合契約ナリトス)

四 契約ノ聯立ト混合契約 例ヘハ麥酒會社カ其所有ノビーヤハ一ルヲ貸貸スルニ當リ、賃借人ニ其營業用ノビーヤ一一定ノ代價ニテ供給スルコトヲ約スルトキハ、貸貸借ト賣買トノ聯立アリ。斯ル場合ニ於テハ二個ノ契約カ互ニ條件ト爲リ同一ノ運命ニ從フヘキトキト雖モ混合契約ニハ非スト爲ス學說アリ(鳩山氏各論七四二頁、Ehrlich, *Contract, a. d. O. A. S. u. B.*)。然レトモ貸貸借ノ内容ト賣買ノ内容トヲ併セテ内容トスル一個ノ契約ヲ締結スルコトモアリ得ヘク、當事者カビーヤハ一ルノ貸貸借トビーヤノ賣買トノ不可分ナルコトヲ要件トシテ右ノ契約ヲ締結シタルトキハ、其契約ハ一個ニシテ貸貸借ノ内容ト賣買ノ内容トヲ兼有スルモノト解スルヲ相當トス。隨テ其契約ハ理論上混合契約ニ屬スモルノト云ハサルヘカラス。故ニ貸貸借ノ規定ト賣買ノ規定トハ此契約ニ適用アルニ非スシテ類推適用アルニ過キサルモノト解セサルヘカラス。反之、右ノ貸貸借ト賣買トカ同一當事者間ニ同時ニ締結セラレタルニ止マリ、牽聯關係ナキトキハ二個ノ有名契約アルモノニシテ混合契約ト爲ルモノニ非サルコト言フヲ俟タス。左レハ右ノ混合契約成立後當事者合意ノ上牽聯關係ヲ消滅セシムルトキハ、其一個ノ混合契約ハ分レテ貸貸借及ヒ賣買ト云フ二個ノ有名契約ト爲リ、其後更ニ

牽聯關係ヲ復活セシムルトキハ、再變シテ混合契約ト爲ルモノト云ハサルヘカラス。

第三章 事務管理

第一節 事務管理ノ概念

八三七

一 事務管理 (negotiorum gestio; Geschäftsführung ohne Auftrag; freiwillige Geschäftsbesorgung; gestion d'affaires) トハ人カ義務ナクシテ他人ノ爲メ其適法ナル仕事ヲ爲スコトヲ謂ヒ又ハ之ヲ始メタリト云フ事實以外ノ原因ニ因リテハ義務ヲ負フコトナクシテ右ノ仕事ヲ繼續シテ爲スコトヲ謂フ。其人ヲ管理者 (gestor negotiorum; Geschäftsführer; gérant) ト云ヒ、其他人ヲ本人 (dominus negotii; Geschäftsherr; maître) ト云フ。民法第六九七條ニ「他人ノ爲メニ事務ノ管理」ト云フハ畢竟他人ノ仕事ヲ謂フニ外ナラス。例ヘハ道行ク甲カ風ニ帽子ヲ奪ハレテ追ヒ行クヲ偶々來レル乙カ拾ヒテ甲ニ渡スハ即チ事務管理ニシテ甲ハ本人、乙ハ管理者也。

八二八

二 本人カ自ラ其事務ヲ管理セサル場合ニ義務ナキ他人カ之ヲ管理シテ、本人ノ利益ヲ圖リ損害ヲ防クコトヲ許スハ吾人ノ社會生活上洵ニ至當ノ事也。然レトモ之カ爲メ弊害ノ生スルコトモ亦防カサルヘカラス。是レノ一ま法ヲ初メ今日ノ法制ニ於テ概ネ事務管理ナル制度ヲ認め、其管理ノ方法及ヒ結果ニ付キ規定ヲ設ケタル所以也。獨逸民法第六七七條乃至第六八七條、奧太利民

八二九

法第一〇三五條乃至第一〇三九條、瑞西債務法第四一九條乃至第四二四條、舊民法財産篇第三六二條第三六三條、民法第六九七條乃至第七〇二條等ハ皆事務管理ノ規定也(反之、英法ニハ事務管理ノ觀念ナシト云フ、鳩山氏土方教授在職二十五年紀念私法論集三五頁註四一)

三 事務管理ノ要件ヲ左ニ分説スヘシ。

(1) 事務管理ニハ人カ他人ノ爲メ其仕事ヲ爲スコトヲ要ス。他人ノ爲メトハ即チ本人ノ利益ノ爲メ也。其仕事ヲ爲スコトカ同時ニ管理者ノ利益ノ爲メニテモ妨ケス。然レトモ必スヤ社會一般ノ見解上本人ノ爲メ利益ナルコトヲ要ス。故ニ右ノ見解上本人ノ爲メ不利益ナル行爲ハ眞ニ事務管理ト爲ルコトナシ。

八三〇

(a) 事務ノ性質 仕事即チ事務ニハ性質上他人ノ事務タルモノアリ、例ヘハ他人ノ家ノ修繕ノ如シ。又性質上自己ノ事務タルモノアリ。例ヘハ自己ノ家ノ修繕ノ如シ。而シテ事務管理ハ前者ニ付テノミ成立スルコトヲ得。學者或ハ中性ノ事務即チ性質上何人ノ事務トシテモ爲スヲ得ヘキ事務、例ヘハ他人ノ爲メ物品ヲ買入ルルカ如キ事務ニ付テモ事務管理ハ成立シ得ルモノト爲ス(鳩山氏各論七五三頁末弘氏各論八九三頁)。然レトモ好意上隣人ノ家ヲ修繕スル爲メ自己ノ金錢ニテ修繕材料ヲ買入ルルモ、未タ其修繕ヲ始メサル間ニ當初ノ意思ヲ變更シテ自己ノ家ノ修繕ニ用ヒ又ハ其材料ヲ他ニ轉

賣スルモ義務ノ違背アリト云フハ穩當ナラス。是レ其買入ハ未タ事務管理ト爲ラサルカ爲メ也。若シ既ニ事務管理ナリトスルトキハ右ノ材料ハ之ヲ隣人ノ家ノ修繕ニ使用スル義務アルコトト爲ルヘキモ社會ノ實際ニ適セサルヘシ。唯其修繕ノ開始ニ因リテ初メテ事務管理ノ開始ト爲リ、右ノ材料ヲ之ニ使用シタルトキハ、是レ即チ管理者カ本人ノ爲メ費用ヲ出シタルコトト爲リ、其關係ハ管理者カ豫テヨリ所有シタル材料ヲ使用シタル場合ト異ナルヘキモノニ非ス。故ニ所謂中性ノ事務ニ付テハ事務管理成立シ得サルモノト解スルヲ正當トス。

(b) 事務ノ範圍 事務管理ノ目的タル他人ノ事務ハ普通ノ管理行爲ニ限ラス、處分行爲ニテモ可也(同旨、正七、七、一〇、大判、民錄一四三二頁。末弘氏各論八九四頁、鳩山氏各論七五四頁、廣ク言ヘハ事實行爲タルト法律行爲タルトヲ問ハサルモノトス。唯性質上本人自ラ爲スヲ必要トスル行爲ハ事務管理ノ目的ト爲ラス。例ヘハ婚姻、縁組ノ如キ是也。)

(c) 管理者ノ代理權 管理者ニ代理權アルコトハ民法ノ明カニ規定セサル所ニシテ又其代理權ナシトスルヲ通説トス(前掲判例、鳩山氏法協三五卷一號一〇四頁以下、末弘氏各論九一七頁以下、村上氏各論八二六頁、橫田氏各論九七一頁)。然レトモ管理者ハ處分行爲ヲモ爲スコトヲ得。通説也。果シテ然ラハ例ヘハ不在者ノ爲メ其所有ノ損敗シ易キ果實ヲ賣却處分シ金錢ニ換ヘテ之ヲ保管スルカ如キコトモ亦事務管理トシテ爲シ得ルモノト謂フヘク、之ヲ

爲シ得サルモノト解スルハ、法律カ事務管理ノ制度ヲ認メタル精神ニ反ス。而シテ右ノ如ク賣却處分シ得ルハ即チ代理權アルコトヲ證スルモノト謂フヘシ。蓋シ代理權ナクンハ本人ノ物ヲ賣却處分シ得ル道理ナケレハ也。斯ノ如ク賣却處分ニ付キ管理者ニ代理權アル以上、事務管理トシテ本人ノ爲メ債務ノ負擔ヲ爲スヘキ必要アル場合ニ於テモ亦管理者ハ代理權ヲ有シ、本人ヲ代理シテ債務負擔ノ行爲ヲ爲シ得ルモノト云ハサルヘカラス。故ニ例ヘハ甲カ隣人乙急病ニテ人事不省ニ陥リタルモ他ニ家人ナキヲ見テ、醫師ノ許ニ赴キ本人ニ代リテ診療ヲ求ムル旨申込ミ、醫師之ニ應シテ診療シタルカ如キ場合ニハ、醫師ハ本人ノ追認ヲ待タス直チニ本人ニ對シテ報酬ヲ請求シ得ルモノト云ハサルヘカラス。而シテ此等ノ代理權ハ本人ノ委任其他ノ授權行爲ニ因ルモノニ非ス。事務管理トシテ其代理ヲ爲スヘキ必要ニ應シテ當然發生スル代理權ナルカ故ニ一種ノ法定代理權ナリト云ハサルヘカラス。大正六年三月三一日ノ大審院判決(民錄六二九頁)カ管理者カ本人ノ名ヲ以テ債務ヲ負擔シタル場合ニハ、本人ハ之ヲ自己ノ債務トシテ辨濟スヘキモノトスルヲ相當トスト爲シタルハ實際上妥當ノ解釋ニシテ、此解釋ハ只右ノ如キ説明ニ依リテ初メテ合理的ナルコトヲ明カニシ得ルモノト謂フヘシ。

(d) 管理者ノ意欲 事務管理ニハ管理者カ本人ノ利益ヲ欲スルコトヲ要スルヤ。學者或ハ之

ヲ要スト爲ス(鳩山氏各論七五六頁以下、末弘氏各論八九六頁)。然レトモ廣ク解シテ社會一般ノ見解上本人ノ利益ト爲ル場合ハ第六九七條ニ「他人ノ爲メニ」トアルニ該當スルモノトシ、本人ノ利益ヲ欲スルコトハ事務管理ノ要件ニ非スト解スルノ勝レルニ如カス。而シテ其仕事自體ニテ本人ノ權利ヲ害スル意思アルモ之カ爲メ事務管理タルヲ妨ケス。例ヘハ八二七末段ノ設例ニ於テ乙カ甲ノ帽子ヲ横領ノ意思ヲ以テ拾ヒタルトキト雖モ、其拾ヒタルコトカ本人ノ利益ト爲レル場合ハ即チ事務管理ニシテ甲ハ第六九七條所定ノ義務ヲ負フ。而シテ唯其横領ノ意思アル爲メ刑法上(二五)横領罪成立スルニ過キス。右ノ如ク事務管理ニハ本人ノ利益ヲ欲スルコトヲ要セサルカ故ニ、右設例ノ場合ニ他人ノ帽子ナルコトヲ知ラス、唯好奇心ヲ以テ拾上ケ初メテ他人ノ帽子ナルコトヲ知リタル場合ト雖モ、其拾上クルハ即チ事務管理ノ開始ニシテ、乙ハ第六九七條第一項ニ依リ爾後最モ甲ノ利益ニ適スヘキ方法ニ依リテ其管理ヲ爲スコトヲ要スルモノトス。然ルニ反對説ニ依レハ其拾上クルハ事務管理ノ開始ニ非サルカ故ニ、甲ノ帽子ナルコトヲ知リテ再ヒ之ヲ其場ニ捨ツルモ何等義務ノ違背ナキコトト爲リ穩當ナラス。

(e) 管理者ノ知不知 事務管理ハ管理者カ他人ノ爲メニスルコトヲ知ルヲ要スルヤ。通説ハ之ヲ要スト爲ス。然レトモ之ヲ要セスト解スルノ穩當ナルコトハ三三三ノ説明ニ依リテ明カナルヘ

シ。尙ホ一例ヲ設ケテ説明センニ、例ヘハ甲カ乙所有ノ馬ヲ自己ノ馬ト誤リ其病氣ヲ治療スル爲メ必要ナル切開手術ヲ開始シテ之ヲ終ラサル間ニ乙所有ノ馬ナルコトヲ知リタル場合ト雖モ、右ノ手術ハ事務管理ナルカ故ニ、乙ニ於テ其手術ヲ受繼キテ之ヲ完了シ得ヘキ狀況ニ在ラサル限り、甲ハ其手術ヲ完了スヘキ義務アルコトト爲ル。然ルニ通説ニ依レハ右切開手術ノ開始ハ事務管理ト爲ラス、蓋シ甲ハ他人ノ爲メニスルコトヲ知ラスシテ開始シタルモノナレハ也。學者或ハ斯ル場合ニハ管理者ノ負擔スル義務カ適法ナル事務管理アリタル場合ニ比シ小ナルコトハ理論上不當ナルカ故ニ、管理者ノ義務ニ付テハ事務管理者ニ關スル規定ヲ類推適用スルヲ正當ト爲ス。即チ準事務管理(不真正事務管理)成立スルモノト爲ス。而シテ準事務管理ハ適法行爲ニ非スシテ不法行爲ナリト爲ス(鳩山氏各論七七八頁乃至七八〇頁)。然レトモ乙ニ於テ事情ノ許ス限り右馬ノ切開手術ヲ爲ス必要アリタルモ自ラ其手術ヲ爲ス暇ナク、而シテ甲カ自己ノ馬ト誤認シタルニセヨ其手術ヲ開始シタルカ如キ場合ニ、之ヲ適法行爲ニ非スシテ不法行爲ナリト解スヘキ何等ノ妥當性アルコトナシ。尙ホ右ノ如キ行爲カ準事務管理ニシテ而モ繼續ノ義務アルモノトセハ、是レ即チ不法行爲繼續ノ義務ヲ認ムルコトト爲リテ奇怪ナル結果ヲ生ス。故ニ右ノ如キ準事務管理ナル觀念ヲ認ムルコトナク、右手術ノ開始ハ事務管理ニシテ適法ナリト解スルヲ相當トス。

(f) 本人ノ現存 事務管理ハ管理者カ他人ノ爲メニ其仕事ヲ爲スコトヲ要ス、故ニ未タ現存セサル人ノ爲メニハ事務管理成立セス。即チ例ヘハ將來出生スヘキ胎兒ノ爲メ出生後扶養義務ヲ負フコトナキ者カ好意上被服ノ新調ヲ始ムルモ事務管理ト爲ルコトナク、此場合ニハ出生後ニ於ケル仕事カ初メテ事務管理ト爲リ又ハ出生後其贈與行ハルヘキノミ。胎兒出生スルモ出生前ニ於ケル右ノ仕事カ遡リテ事務管理ト爲ルモノニ非ス(反對鳩山氏各論七五九頁)。然レトモ現存スル他人ナラハ其何人タルヲ問フコトナシ。

(2) 事務ノ適法 事務管理ノ目的タル事務即チ仕事ハ適法ナルコトヲ要ス。不法ナル仕事ニ付テハ事務管理成立セス。故ニ例ヘハ甲カ乙ノ家屋ヲ不法ニ破壊セントシテ負傷シ自ラ破壊スル能ハサル場合ニ、甲ノ親友丙カ甲ニ對スル好意上其破壊ヲ爲スモ事務管理ト爲ラス。又甲カ自暴自棄ニテ故ナク自己ノ財産ヲ毀滅セント欲シタル場合ニ、乙カ甲ノ意中ヲ察シテ之ヲ毀滅スルモ事務管理ト爲ラス。蓋シ自己ノ財産ト雖モ故ナク毀滅スルハ公序良俗ニ反シ不法ナレハ也。

第六九七條第二項ハ管理者カ本人ノ意思ヲ知りタルトキ又ハ之ヲ推知スルコトヲ得ヘキトキハ其意思ニ從ヒテ管理ヲ爲スコトヲ要スト規定スレトモ、事務管理ノ目的タル事務ハ右説明ノ如ク適法ナルヲ要スルカ故ニ、同項ニ謂フ意思ハ適法ナル意思ナラサルヘカラス。

(3) 事務管理ニハ管理者カ管理ヲ始ムヘキ義務ナキコトヲ要シ、既ニ之ヲ始メタル場合ニハ其始メタリト云フコト以外ノ原因ニ因リテハ之カ履行ノ義務ヲ負ハサルコトヲ要ス。茲ニ義務トハ普通ニ謂フ義務即チ本來ノ強制的義務(自然義務モ之ニ屬ス)ニシテ本來ノ非強制的義務ニ非ス。事務管理ハ義務ナクシテ始ムルヲ要スルカ故ニ、契約又ハ法律ノ規定ニ依ル義務ノ履行トシテ他人ノ爲メ其仕事ヲ始ムルモ事務管理ト爲ルコトナシ。又事務管理ヲ始メタルニ因リ之ヲ繼續シテ完結スル義務ヲ負ヒ、此義務ノ履行トシテ尙ホ其事務ノ管理ヲ繼續スルハ即チ事務管理ノ繼續ナレトモ、本人カ自ラ其事務ヲ管理シ若クハ第三者ニ委託シテ管理シ得ルニ至リタル後、管理者ニ其管理ヲ繼續スヘキコトヲ委託シ管理者之ヲ承諾シタル場合ニハ茲ニ準委任成立スヘク、爾後其管理ノ繼續ハ右準委任ニ因ル義務ノ履行トシテ爲サルモノナルカ故ニ事務管理ニ非ス。然レトモ契約ニ因リテ他人ノ事務ヲ管理シタルニ其契約カ取消サレタル場合ニハ、是レ亦義務ナクシテ管理シタルコトト爲ルカ故ニ事務管理ト爲ル(同旨末弘氏各論九〇〇頁)。

他人ノ事務ノ管理ヲ始ムルモ義務ノ履行トシテ爲ストキハ、其義務カ本人ニ對スル義務タル場合ハ勿論、第三者ニ對スル義務タル場合ト雖モ事務管理ト爲ラス(同旨藥師寺氏志林二卷一〇號五一頁)。但シ其第三者ノ爲ス事務管理ト爲ルコトアリ。例ヘハ甲カ乙ニ對スル好意上丙ニ委託シテ乙ノ家屋ノ修繕ヲ爲