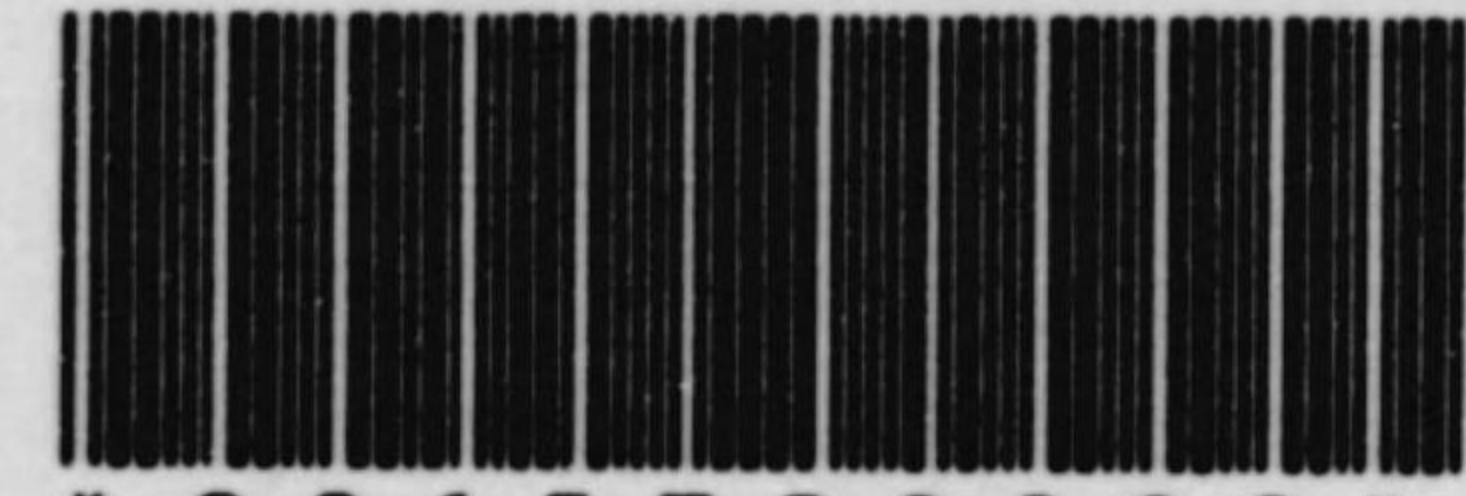


325.3

Ta478A

(12)



0015739000

0015739-000

325.3-Ta478s-(12)

商行為法

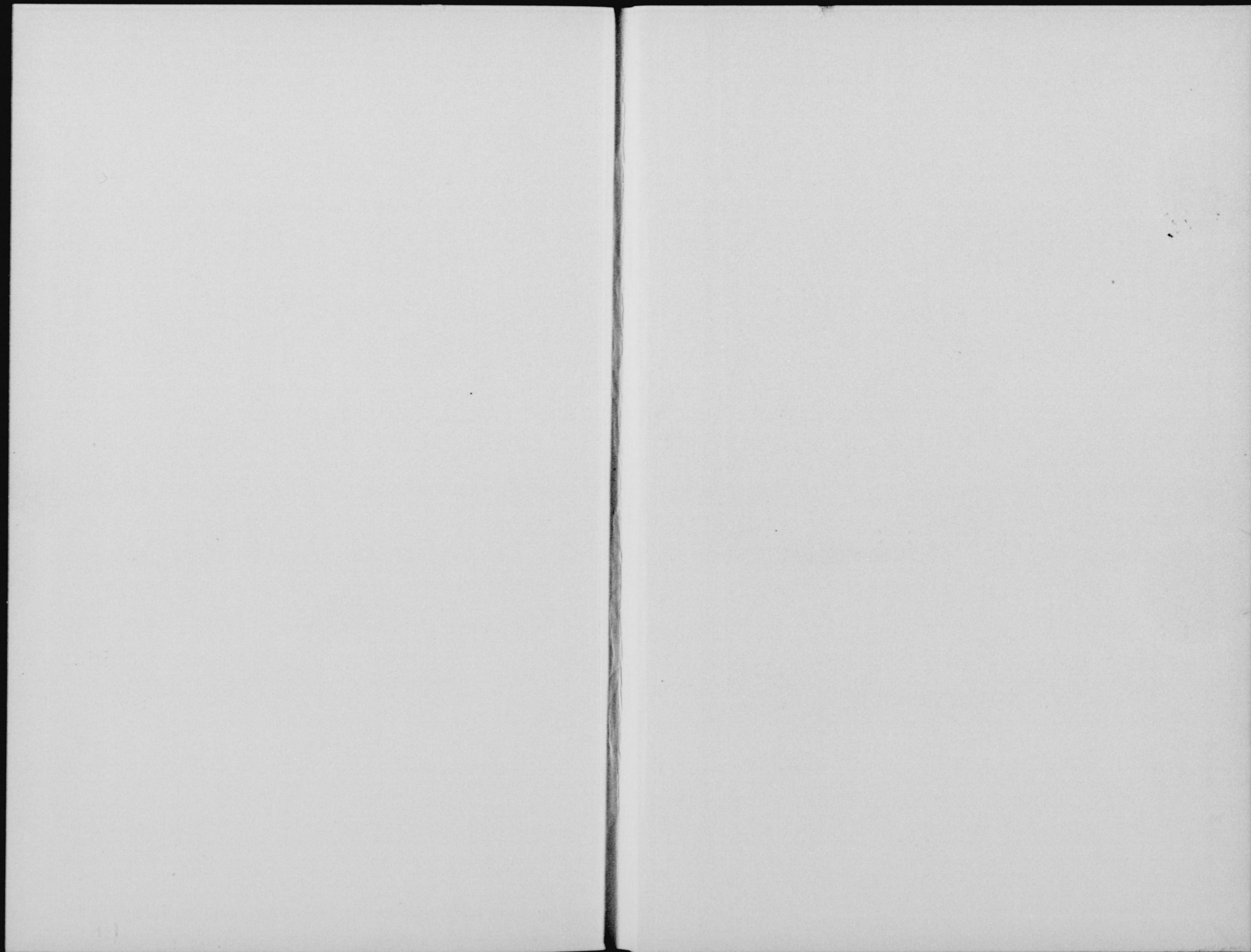
竹田省・著

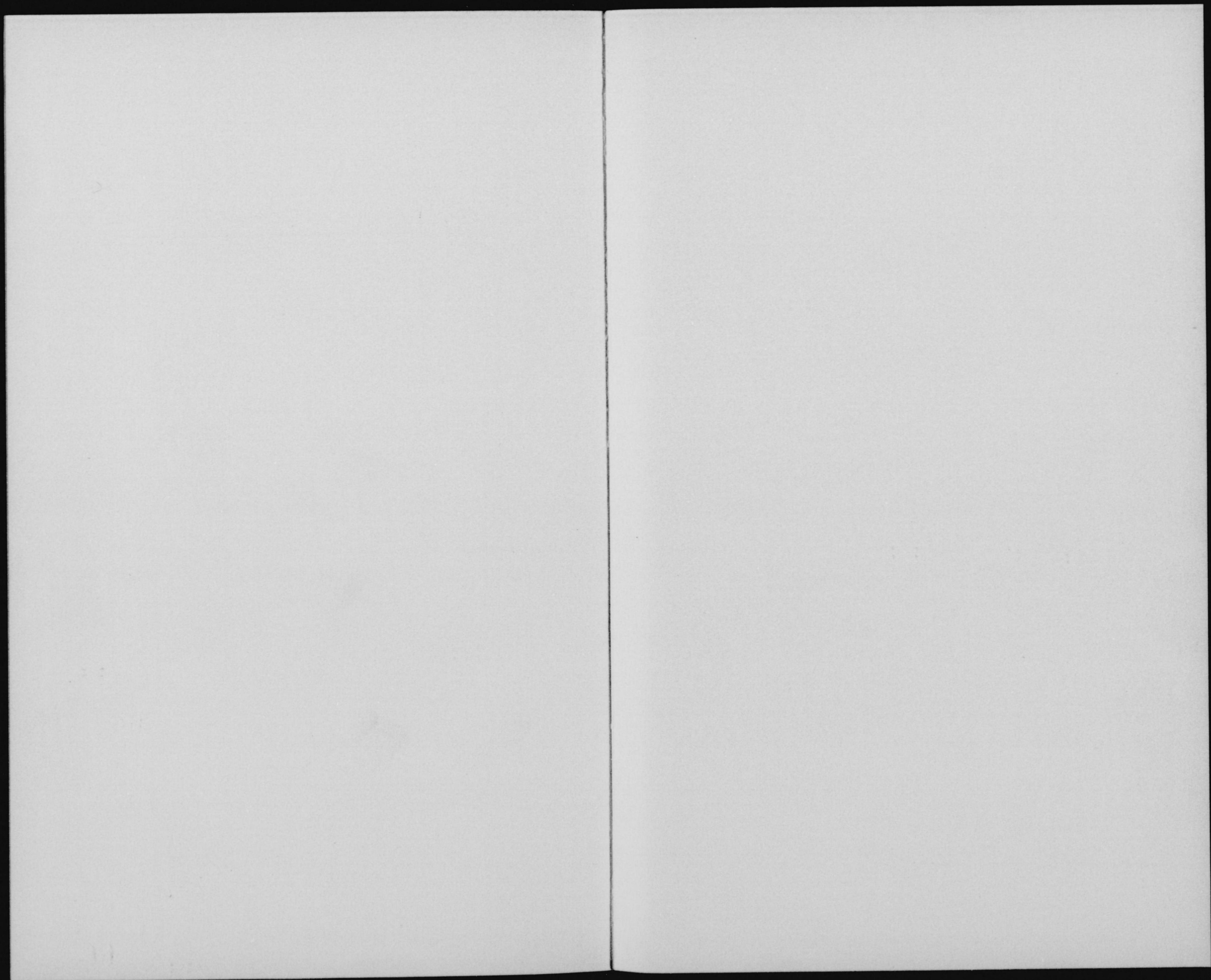
弘文堂書房

12版

1935

ACF





10P20

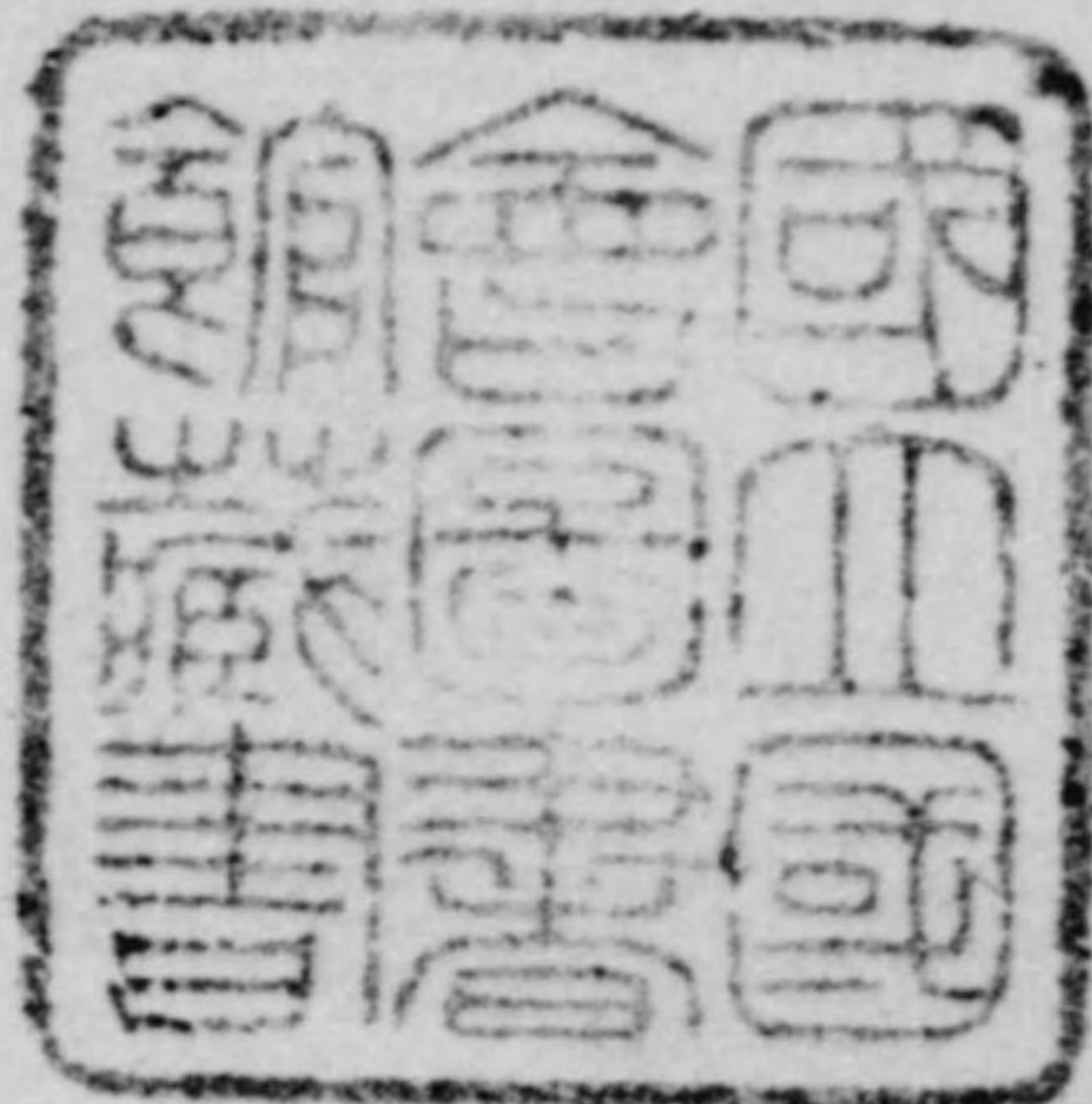
法學博士 竹田 省著

商 行 爲 法

發 兌 弘 文 堂 書 房

序

現代法學全集中に執筆した商行為法の拙稿に、少々の補正と、重要と思はれる大審院判例の引照を加へて、本書を出版することにした。全集に出した方は、脱稿を急いだので、讀み返して見るに、文意の通じにくいと思はれるところもあり、誤植も相當多かつた。本書では大抵直したつもりである。保険法も商行為法中に入れるのが當然であり、取引所の取引、銀行業、信託業、鐵道運送諸法も、法學書としては、こゝに、一所にしてよいはずである。たゞ原稿が固まつてゐないので、總て後の機會に譲ることにした。



211577

商行為法の著書は、商法の他の部門に比べて比較的少いといつてよい。簡短な教科書に過ぎない本書の如きでも若干の役には立たないでもあるまいか。

昭和六年九月初旬

著者

商行為法目次

第一章 總 說

一 商行為法の規定と契約の自由	一
二 總則の適用範圍	一
(イ) 商行為一般	一
(ロ) 一方的商行為	三
(ハ) 公法人の商行為	五
(ニ) 所謂民事會社の行為	五
三 各種契約法の適用	五
(イ) 商人一般の契約	六
(ロ) 特種商人の契約	六
四 本書の説明範圍	八
目次	一

第二章 商行為通則

第一節 商行為に關する通則

- 一 代理及び委任……………一〇
- (イ) 商行為の代理の方式……………一〇
- (ロ) 商行為の委任による代理權の消滅……………一一
- (ハ) 商行為の受任者の權限……………一三
- 二 契約申込の效力……………一四
- (イ) 對話者間……………一四
- (ロ) 隔地者間……………一四
- 三 多數當事者の債務……………一六
- (イ) 共同債務……………一六
- (ロ) 保證債務……………一七
- 四 法定利率……………一八

- 五 違約金契約……………一九
- 六 流質契約……………一九
- 七 債務履行の場所……………一九
- (イ) 一般原則……………一九
- (ロ) 指圖債權及び無記名債權……………二〇
- 八 履行の時間……………二〇
- 九 消滅時效……………二〇

第二節 商人の商行為に關する通則

- 一 諾否の通知……………二二
- 二 送附品の保管……………二三
- 三 報酬の請求……………二四
- (イ) 一般原則……………二四
- (ロ) 立替……………二六
- 四 法定利息……………二六

五 商事留置権……………二七

 (イ) 要件……………二六

 (ロ) 效力……………三三

 (ハ) 除斥の特約……………三三

第三節 有價証券に關する特別規定……………三四

 一 指圖債權及び無記名債權に關する特別規定……………三六

 (イ) 債務履行の場所……………三六

 (ロ) 債務者の遲滞……………三七

 二 金錢其他の物又は有價証券の給付を目的とする有價証券に關する特別規定……………三九

 (イ) 有價証券の善意取得……………四〇

 (ロ) 裏書……………四三

 (ハ) 選擇無記名式証券の效力……………四五

 (ニ) 証券喪失者の履行請求……………四八

第三章 賣 買

 一 賣主の供託並に自助賣却權……………五三

 (イ) 目的物の供託……………五三

 (ロ) 目的物の競賣……………五三

 二 確定期賣買の解除……………五五

 三 買主の瑕疵通知義務……………五六

 (イ) 要件……………五八

 (ロ) 通知すべき時期……………六〇

 (ハ) 通知すべき事項……………六三

 四 買主の商品保管義務……………六四

 (イ) 一般要件……………六四

 (ロ) 保管費用……………六六

 (ハ) 保管義務……………六七

(三) 目的物が註文した物品と異なる場合 六七

第四章 交互計算

一 概 念 六八

(イ) 当事者の一方又は雙方が商人たること 六九

(ロ) 当事者間に相互に債権債務を生ずべき取引関係あること 六九

(ハ) 債権債務の總額につき相殺を爲し其殘額を支拂ふべき約束たること 七〇

二 效 果 七三

(イ) 各債権各別の處分を爲すを得ず 七三

(ロ) 決算期に於ける效果 七四

三 契約の終了 七八

第五章 匿名組合

一 概 念 八一

(イ) 当事者は兩當事者に限る 八一

(ロ) 營 業 者 八二

(ハ) 匿名組合員 八三

(ニ) 利益を分配すること 八四

(ホ) 匿名組合の性質 八四

二 效 果 八六

(イ) 内部關係 八七

(ロ) 外部關係 九六

三 契約の終了 九七

(イ) 終了原因 九七

(ロ) 終了の效果 一〇〇

第六章 仲立營業

一 仲立人の概念 一〇三

(イ) 他人間の媒介を爲すこと…………… 一〇三

(ロ) 他人間の商行為の媒介を爲すこと…………… 一〇四

(ハ) 媒介の引受を營業とすること…………… 一〇四

二 仲立契約の性質…………… 一〇五

三 仲立契約の効果…………… 一〇八

(イ) 仲立人の義務…………… 一〇九

(ロ) 仲立人の権利…………… 一一五

第七章 問屋 營業

一 問屋の概念…………… 一二九

(イ) 問屋は自己の名を以て取引を爲すこと…………… 一二九

(ロ) 取次の目的たる行為は物品の販賣又は買入たること…………… 一三〇

(ハ) 取次の引受を業とすること…………… 一三三

二 取次契約の性質…………… 一三三

三 契約の効果…………… 一三三

(イ) 問屋の義務…………… 一三三

(ロ) 問屋の権利…………… 一三七

四 問屋と第三者及び委託者との間の法律關係…………… 一三三

(イ) 問屋と第三者との間の關係…………… 一三四

(ロ) 委託者と第三者との間の關係…………… 一三五

(ハ) 問屋と委託者との間の關係…………… 一三七

五 取次の目的物の所有權の歸屬…………… 一三九

(イ) 第三者より取得する金銭…………… 一四〇

(ロ) 金銭以外の物…………… 一四〇

第八章 運送取扱營業

一 概 念…………… 一四二

(イ) 自己の名を以て運送契約を締結すること…………… 一四三

(ロ) 運送取扱人の業務の其他の内容……………一四三

(ハ) 運送の取次を業とすること……………一四四

二 運送取扱契約の性質……………一四五

三 運送取扱契約の効果……………一四五

(イ) 運送取扱人の義務……………一四五

(ロ) 運送取扱人の権利……………一四七

(ハ) 荷受人の地位……………一四九

四 特殊の運送取扱……………一五〇

(イ) 相次運送取扱……………一五〇

(ロ) 運送取扱人の介入……………一五四

(ハ) 確定運賃の運送取扱……………一五五

(ニ) 積合せ運送取扱……………一五六

第九章 運送營業……………一五八

第一節 運送人の概念……………一五六

- (イ) 陸上運送の場所……………一五六
- (ロ) 運送の物體……………一五九
- (ハ) 運送契約は請負契約である……………一六〇
- (ニ) 運送人は總て商人である……………一六一

第二節 物品運送……………一六二

第一款 總說……………一六三

- 一 物品運送契約の概念……………一六三
- (イ) 運送品が運送人の保管の下に置かれること……………一六三
- (ロ) 目的物は物品たること……………一六三
- (ハ) 運送人が營業として行ふ運送契約たること……………一六三
- 二 物品運送契約の性質……………一六三
- 三 契約の締結……………一六四

四 契約の當事者……………164

第二款 物品運送契約の効果……………165

一 荷送人と運送人との間の關係……………165

(イ) 運送人の荷送人に對する權利……………165

(ロ) 運送人の荷送人に對する義務……………168

二 荷受人と運送人との間の關係……………170

(イ) 荷受人の運送人に對する權利……………180

(ロ) 荷受人の運送人に對する義務……………183

三 運送人の運送品について有する權利……………184

(イ) 留置權……………184

(ロ) 供託及び競賣權……………184

第三款 相次運送……………186

一 各種の相次運送……………186

(イ) 下受運送……………186

(ロ) 部分運送……………187

(ハ) 連帶運送……………187

二 相次運送人の代位……………189

(イ) 相次運送人の代理權……………190

(ロ) 相次運送人の代位權……………190

第四款 貨物引替證……………190

一 貨物引替證の形式……………191

二 貨物引替證の效力……………193

(イ) 債權證券としての貨物引替證……………194

(ロ) 物權的效力……………200

第三節 旅客運送……………204

一 無過失證明責任……………204

二 損害賠償額……………二〇五

三 手荷物についての責任……………二〇五

 (イ) 託送手荷物……………二〇五

 (ロ) 携帯手荷物……………二〇六

第十章 寄託……………二〇七

第一節 總則……………二〇七

一 受寄者の注意義務……………二〇七

二 場屋主人の客の携帶品に對する特別責任……………二〇七

 (イ) 責任者及び権利者……………二〇八

 (ロ) 特別責任……………二〇九

 (ハ) 時効……………二一一

第二節 倉庫營業……………二一一

一 倉庫營業の概念……………二一一

 (イ) 倉庫の意味……………二一一

 (ロ) 保管の目的物……………二一三

 (ハ) 他人の物品の藏置及び保管……………二一三

 (ニ) 倉庫寄託の引受を業とすること……………二一四

二 倉庫寄託契約の性質……………二一五

三 契約の効果……………二一六

 (イ) 倉庫營業者の義務……………二一六

 (ロ) 倉庫營業者の權利……………二一〇

四 倉庫證券……………二二三

 甲 預證券及び質入證券……………二二三

 (イ) 形式……………二二三

 (ロ) 效力……………二二四

 (ハ) 質入證券の裏書による特殊關係……………二二六

商
行
爲
法

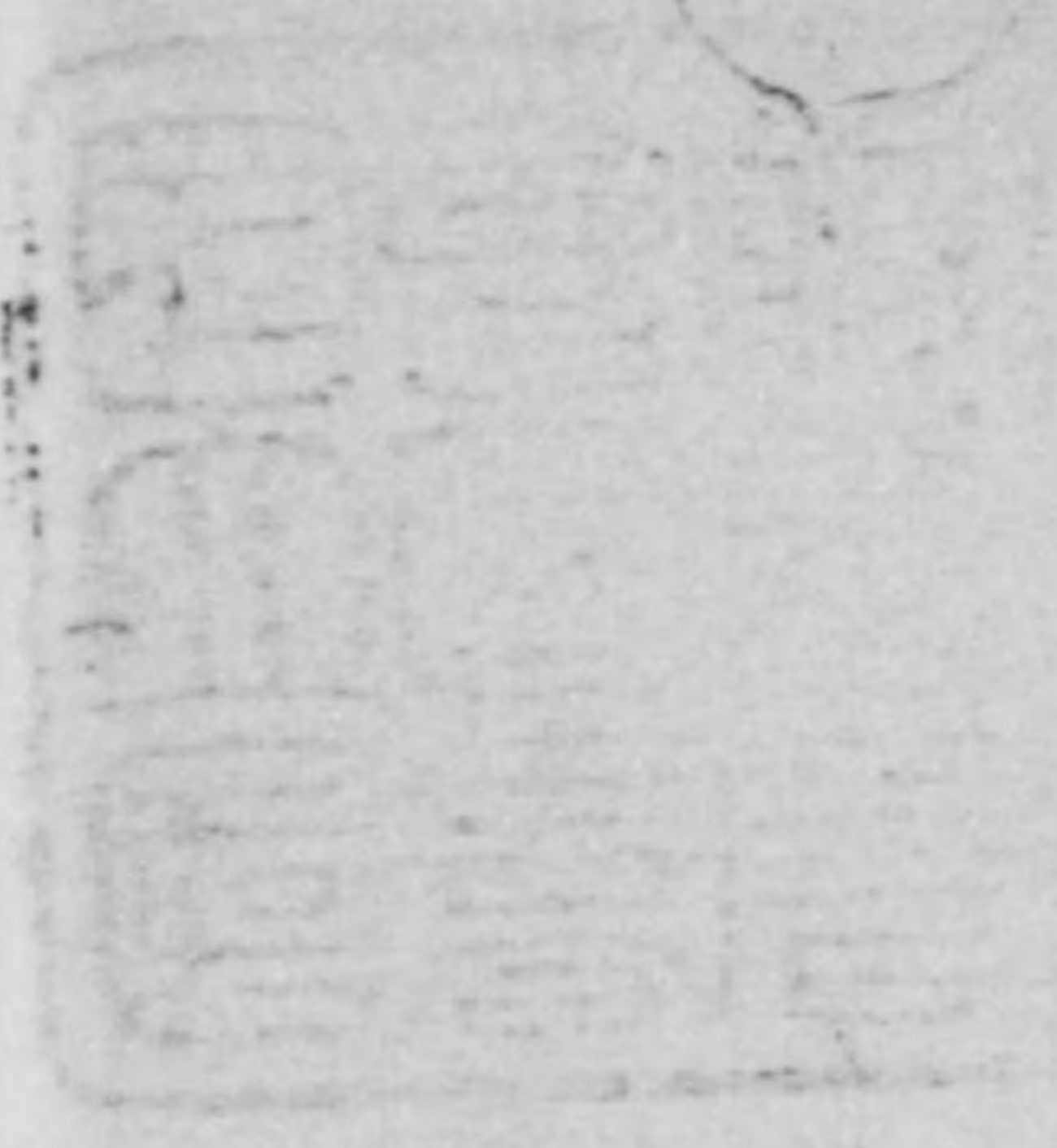
目

次

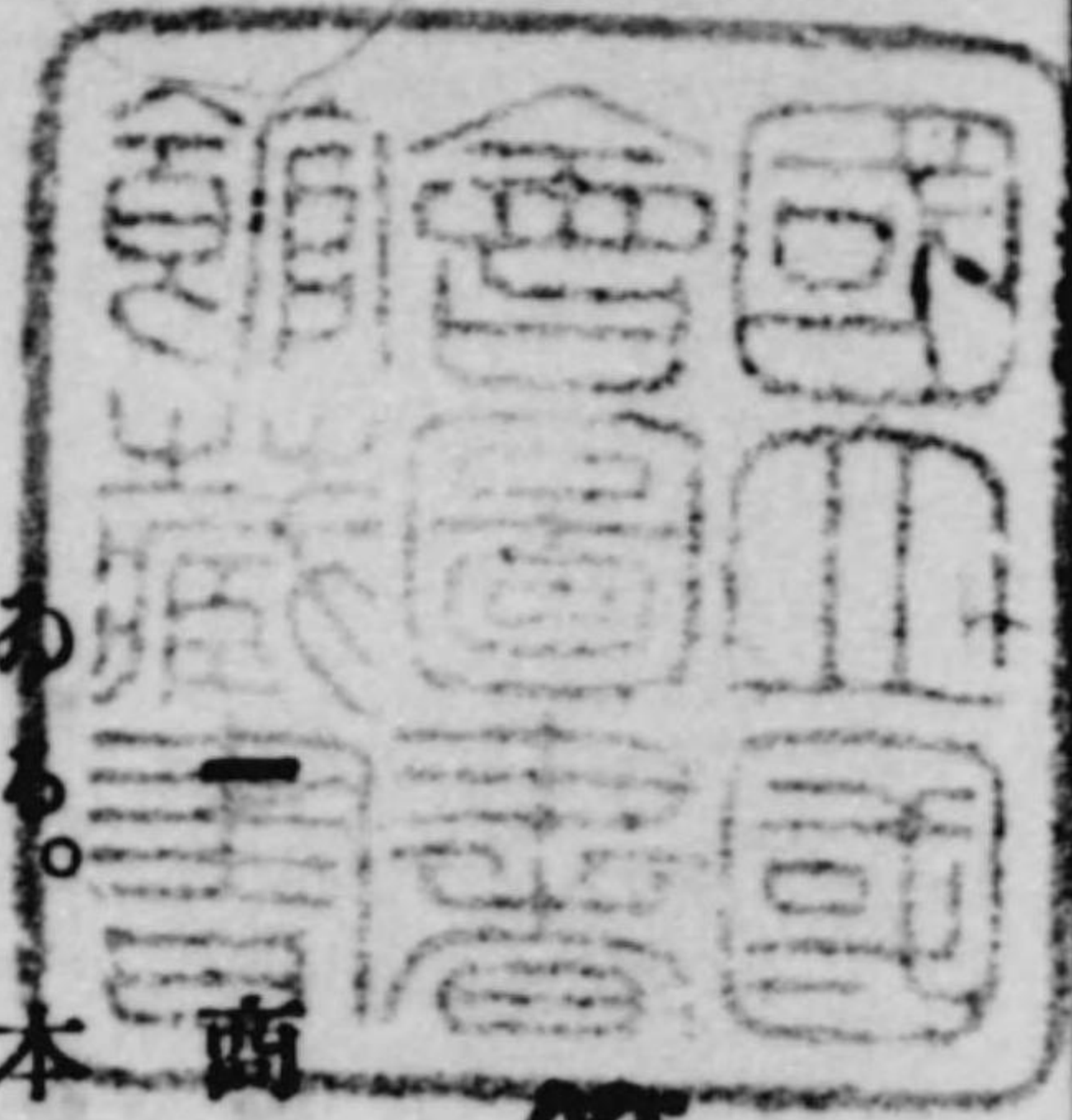
乙倉荷證券……………一六

條文索引……………三五

商行爲法目次終



第一章 總說



一 商法第三編商行為に關する規定は、總則と各種の商事契約とに別かれて
 あり。本來商行為の世界は契約自由の法則の最も自由に活躍する舞臺であつ
 て、法律に規定の存する事項についても、原則として當事者は之と異なる約束を
 することが許され、從て、法律に規定なき事項については勿論、其規定ある事項に
 ついても、寧ろ慣行が廣く實際を支配してゐる。商法商行為の規定は此意味に
 於て實際上の重要さが少ないといひ得る。

總則の規定と各種の商事契約の規定とにつき尙ほ若干の通則的觀察を必要
 とする。

二 商行為總則の規定は、別段の定めなき限り、總ての商行為に適用される。
 故に

(イ) 商行為は、絶對的(三六)相對的(四六)及び附屬的商行為(五六)の三種に區別
 し得るのであるが、商行為總則の規定は此三種に通じて一樣に適用され、その間

別に差等はない。

本來我商法は商業主義即ち商人主義(主觀主義)を採らず商行爲主義(客觀主義)を採つてゐるのは、結局商業上の行爲に非ざる行爲にも商性を認め、之に商法殊に商行爲法の規定を適用せんが爲めである。然るに此立法主義は批評的に見て餘り適當でないことは商行爲法の各規定を見ることによつて確められる。即ち商行爲法の規定といつても其中(一)各種商事契約の法則は皆各種商業上の行爲に關する法則であつて、商業外の商行爲即ち絶對的商行爲とは無關係なること勿論であつて、問題となるのは(二)商行爲總則の規定だけである。即ち商行爲總則の規定は、右に述べた如く、營業上の行爲(相對的並附屬的商行爲)のみならず、營業外の商行爲即ち絶對的商行爲にも適用あることになるのであり、恰も商法は斯の如き營業外の箇々の行爲にも商行爲總則の規定を適用せんが爲めに之を商行爲としたに外ならぬことになるのである。然るに總則の規定中には(a)、専ら商人の營業上の行爲についての法則たるものも少からず存在し(二七一條、二七四條、二七五條)、(b)、結局眞に營業と無關係の絶對的商行爲にも適用ある規定は、代理

又は委任(二六六條乃至二六八條)、契約の締結(二七〇條)、多數當事者の債權(二七條)、法定利率(二七條)、流質契約(二七條)、債務履行の場所並に時(二七八條、二八三條)及び時効(二八條)に關する約十條と有價證券に關する數條だけである。然るに是等の規定は後にそれぞれ説明するであらう如く、民法上の一般法則の細則の規定に過ぎざるか、又は商行爲の特別法則とするよりも商人の營業上の行爲の特則とする方を寧ろ適當とすべきこと比々皆然りとす。要するに商行爲主義の立法は、形式上は、商業に依存せぬ商行爲を以て規定の出發點とし、商業主義とは全く相異なる立場に立つてゐるのであるが、實質的には、商業主義に比し絶對的商行爲を認める點に於て差異あるに過ぎぬのであり、而も絶對的商行爲なるものを認めると否との差は上述の如く甚だ重要ならざる問題となつてしまふのである。商行爲主義の立法は佛國商法編纂當時の平等思想に基き商法を以て商人なる特殊階級の法とすることを忌みたる結果といはれるが、商法規定の實際の機能からいへば、この事は實は空疏な形式に過ぎぬと思はれる。

(四) 商行爲には、其商行爲たるの特徴が當事者の雙方に存する場合と當事

者の一方に就き存するに過ぎぬ場合とあり、前者を雙方的商行爲、後者を一方的商行爲と稱する。例へば卸賣商と小賣商との間の商品の卸賣買は、卸賣商にとつても小賣商にとつても商行爲であるが(二六三條一號)、小賣商と一般消費者との間の賣買は、小賣商にとつては商行爲であるが(二六三條一號)消費者にとつては商行爲ではない。そこで商法商行爲に關する規定は、別段の定めなき限り、一方的商行爲に於いても當事者雙方に適用されることになつてゐる(三條)。例へば「商行爲ニ因リテ生シタル債務ニ關シテハ法定利率ハ年六歩トス」この規定は、當事者雙方の爲めに商行爲たるときは勿論、當事者の一方の爲めにのみ商行爲たるときにも等しく適用されるのであつて、而も其何れの一方の爲めの商行爲たるか、例へば貸主の爲めの商行爲たるか或は借主の爲めの商行爲たるかを問はぬのである。但し法律に別段の定めある場合は別論であつて、商法中には或は特に當事者の雙方の爲めの商行爲たることが要求され(二七五條一、二七五條二、二七五條三)或は特定の一方の爲めに商行爲たることが要求されてゐるが如き場合も少からず存在する(二七二條、二七二條、二七三條、二七四條等)。是等の規定についても後に詳述する。

一方的商行爲、雙方的商行爲の區別は、一方的法律行爲、雙方的法律行爲の區別とは全然別箇のものである。雙方的法律行爲に、一方的商行爲と雙方的商行爲とあると同じく、一方的法律行爲についても、一方的商行爲と雙方的商行爲とがあり得る。但し、一方的法律行爲が雙方的商行爲たるは相手方ある場合に限られることは勿論である。一方的法律行爲にして而も雙方的商行爲たり得べきものとしては、解約告知、催告、通知等が考へられる。

(八) 商行爲に關する規定は、行爲が商行爲たる以上常に適用され、特別の規定なき限り主體の何人たるかを問はぬ。商法は公法人の商行爲についても、法令に別段の定めなき限り、商法の規定を適用すべき旨を規定してゐるが(二條)これは寧ろ注意の爲めの規定に過ぎぬと解すべきである。

(三) 所謂民事會社の行爲には商行爲に關する規定が準用される(二八五條)。民事會社の目的たる事業其ものに屬する行爲たるは、事業の爲めにする行爲たることを問はず商行爲に準せられる譯である。

三 第三編第二章賣買以下は各種の商事契約を規定してゐるのであるが、其

商事契約として商法所定の各規定の適用を受ける基礎は一樣ではない。即ち
 (イ) 賣買、交互計算及び匿名組合の三者は、當事者が特に商人たる場合の規定であつて殊に賣買に於ては當事者の雙方が商人たることが要求されてゐる。然しながら他方に於ては、當事者の雙方又は一方が商人たる以上は何種の商人たるかを問はず一樣に適用されるのであつて、例へば賣買についていへば、其規定は商品賣買商の賣買に限らず、商人たる者の賣買には總て適用される。故に商法は賣買以下三種の契約につき商行爲編中各別の章に規定してゐるのであるが、其商性が認められ商法の規定の適用を受ける基礎は、總則中の商人の行爲に關する規定例へば商人の消費貸借等(二七五條其他二七一條、二七二條、二七四條)と全く同一であつて、其規定の存在理由も共に商人の商業上の行爲の自由主義、迅速主義、營利主義に歸着する。従て商法が此種の契約につき之を總則中に規定せず各別の章を以てすることは、規定材料の比較的多いといふことの外には特別の理由を發見し難い。

(ロ) 右に反し、仲立營業、問屋營業、運送營業、運送取扱營業、倉庫營業(寄託の總則は亦稍異なる)

は各種の營業の題目の下に各別の章に於て規定されて居り、其規定の實質は、是等の營業者が營業として行ふ其種の契約に關する法則である。更に商法は保險に就ては單に保險と題し、營業を主題とせず契約を主題としてゐるが、其實、保險業者の營業として行ふ保險契約を規定してゐるものなることは解釋上殆ど疑を容れぬ所である。即ち仲立營業以下は、前の賣買等と異なり、特種營業者の營業の目的として行ふ商事契約を規定してゐることになるのである。尙ほ
 (1) 此種の商事契約の規定は保險、運送、倉庫等としての、それぞれの特殊内容を有して居り、商行爲一般の法則についての如く、大ざつばに自由主義、迅速主義又は營利主義といふが如きことを以てしては、其規定の存在理由を説明し盡すことは出來ぬ。蓋し此種の法則は、それぞれの營業法として發達したものであつて、營業たることに基く營利主義、自由主義等の共通的要求のみならず、其特殊營業の技術的必要、經濟的事情等に制約され、複雑なる内容を有するものとなつてゐるのである。

(2) 従て各種營業の法則は技術的經濟的事情の變化に伴ひ變遷せしめ

られる必要が殊に強く存するのであつて、この故に、當事者の自由契約が隨所隨時に行はれ、殊に同業者の協定による業務規程の如きは事實上極めて強き勢力を有する。この結果として、是等の業務規程は實際には自由契約に非ずして寧ろ一方的強制となり公共の利益を脅かすが如きことも稀ではない。又斯様な慣行又は業務規程は容易に慣習法となり特種營業法の内容となる傾向を有する。

(3) 商法は仲立契約以下數種の商事契約を規定してゐるに過ぎぬが、此外に銀行業に屬する諸契約、信託業者の信託契約、鐵道運送契約、取引所賣買等の幾多の重要な商事契約存在し、それぞれの特別法に規定されてゐるのであつて、商法所定の商事契約は、其重要なものの總てをさへも盡して居らぬ。

四 商行爲法の説明は、獨り商法の規定する所のみならず、一方に於ては寧ろ實際の慣行を集積研究し、他方に於ては、商法以外各種の商事特別法をも併せ研究するに非ざれば其全きを成すものといふことの出來ぬことは明かである。茲には、大體商法の規定する所に從ひ其大意を述べるに止める。

第二章 商行爲通則

商行爲編第一章總則の規定は大體民法典の順序に從ひ排列されてゐるやうに見えるが必ずしもさうではなく、可なり無秩序が支配してゐる。又其規定中には特に當事者の一方又は雙方が商人たることが要求されてゐること、賣買以下の數章と同様のものも存することは前述した。茲には賣買以下は法典の順序に從ふこととし、總則の規定は、單に商行爲たることにより適用あるものと、商人の商行爲たることを要するものと、有價證券に關するものに分類して説明する。此區分は其規定の存在理由從て其行爲の商的性質の基礎を標準とするものであつて、解釋上も批評的にも最も適當と考へられるからである。

第一節 商行爲に關する通則

以下述ぶる法則は、行爲が商行爲であることが其存在の理由となつて居り、商行爲の自由主義、迅速主義、營利主義に適應する爲めの規定であるが、此見地より

觀察して各規定は果して皆合理的なりや否やは、一々は述べぬが、餘程批判の餘地あることをいつて置きたい。

一 代理及び委任

(イ) 商行為の代理人は特に本人の爲めにすることを示さざりしときと雖も其行為は本人に對して效力を生ずる(二六六條)。本來、法律行為の代理は本人の爲めにすることを示して之を爲すを要するものなるに拘らず(九條)、右の法則は、商行為の迅速主義に基き、特に本人の爲めにすることを表示せずとも代理の效力を生ずるとしたものであつて、而も相手方に於て其代理たることを知ると知らざるを問はぬのであるが、唯だ相手方が代理たることを知らざりし場合にも常に本人に對して效力を生ずるものとせば、其相手方は不測の損害を蒙ることとなるべきが故に、商法は代理人に對しても履行の請求を爲し得るとしたものである(二六六條但書)と解するを通説とする(明治三九、五、二二日大、民判、錄七八五頁以下)。

然しながら右の解釋の當否に就ては多大の疑がある。即ち(1)代理意思の表示なくして代理行為の成立を認めるが如きは代理の本質に反する。代理は代

理たることを示してこそ代理となるのであつて、此表示なくして代理ありとは殆ど考へられぬことである。通説の立場からは代理たることを示さずして相手方と取引した場合でも、代理人に代理意思さへあれば代理となるのであらうが、代理人の内部的意思のみによりて代理となり或は然らずとすることは、實際上は代理人の主張次第で其いづれともなることとなり甚だしく取引の安全を害する。例へば代理意思の表示はなかつたが相手方が代理人と信じて取引を爲し、後に代理意思のなかつたことが明かにされた場合、右の解釋からは代理なきこととなるが故に、其行為は本人に對して效力を生ぜず、而も又代理人に對して履行を求めるときも出來ぬことになる。第二六六條但書は相手方に代理人の代理たることを知らざりし場合の規定であつて、代理と信じてゐたのに實は代理でなかつたといふ場合には當て嵌らぬ。(2)代理される商行為は、本人又は相手方の爲めの商行為たるを要し、而も其いづれかの一方の爲めの商行為であればよい。相手方が代理人自己の爲めの、而も民事行為と信じて取引した場合、後に全然不知の本人が現はれ來り、本人の爲めの商行為として代理の効

果を主張することが出来るといふが如きことは果して適當であらうか。此場合は但書で救ふことは出来るが問題は救ひ得るや否やではなく、斯の如き法則を認めること自體の當否にある。(3)右の法則は支配人其他の商業使用人が主人を代理する場合にも適用ありとせねばならぬが、代理なりや否やを専ら代理人の内部意思によつて定める右の解釋は、支配人等の代理權についての客觀的外觀主義と果して調和するであらうか。

寧ろ右の商法の規定は、商行爲の代理は、特に本人の爲めにすることを明示せずとも、事實上其事を見得れば足るとする當然の規定であつて、民法第一〇〇條但書と同趣旨のものに過ぎぬと解するを妥當とする(ロエースラ草案三九五條、獨舊二九に反し、我舊商三四二條は現行法に類する規定となつてゐる)。唯だ此解釋は但書の規定とはやゝ調和せぬことは認め置かねばならぬ(但書は舊商法には存せず現行法に於て始めて表はれたものである)。

(四) 商行爲の委任による代理權は本人の死亡によつては消滅せぬ(二六六)。
民法第一一一條第一號によれば本人死亡すれば代理權も消滅するのであるが、代理權が商行爲たる委任により授與された場合には例外として代理權は消滅

せず、代理人は當然相續人の代理人となる(大正五、一、二九日、大、民、判、録二〇六頁以下)。

商法上は委任は商行爲でさへあればよいのであるが、此法則は實は代理人を置くの基礎たる事情が本人死亡後にも繼續する場合にこそ適切であり、從て代理權授與が營業の爲めにする委任である場合に限る方が一層合理的である。或は一般に、代理權は本人の死亡によりて當然消滅せんとするものも一主義であるが、我が民法の如く、之を消滅せんとする原則の下に於て、商行爲に限り例外を認めることは必然の理由を有つて居らぬ。

(ハ) 商行爲の受任者は委任の本旨に反せざる範圍内に於て委任を受けざる行爲をも爲す事が出来る(二六六、七條)といつて委任の本旨に反してもよいといふのではないから、此法則は何をいつてゐるのか明かでない。

又右の法則は委任に關するか代理の規定かにも疑がある。前後の規定は皆代理の規定である點から見て、同時に代理權の範圍を定めたものと解するのが正當であらう。

いづれにしても商法第二六七條は確かな存在價值のない規定である。

二 契約申込の效力 商法には直接には規定されて居らぬが、以下述ぶる所は商行爲たる契約の申込に關するものたることは明かである。當事者のいづれの一方の爲めの商行爲たるかは問ふ所でない。

(イ) 對話者に於て契約の申込を受けた者が直に承諾を爲さざるときは申込は其效力を失ふ^(二六九條)。然しながら民法に於て、隔地者間の契約につき、承諾期間を定めずして爲したる契約の申込は、承諾を爲すに相當なる期間撤回すべからざるの拘束力を生ずることになつてゐるが^(四五二條)、對話者間の契約については直接の規定存せず、學説は、直に承諾を爲さざるとき申込は當然效力を失ふものとしてゐる。故に此解釋に従ふとすれば、商法の右の規定は民法一般の法則に對する例外とはならぬ。

(ロ) 隔地者間に於て承諾期間の定めなくして契約の申込を受けた者が、相當の期間内に承諾の通知を發しなかつたならば申込は當然其效力を失ひ^(二七〇條)。此期間經過後に發せられた承諾は申込者に於て新なる申込と見做すことが出来る^(二七〇條二項、二七三條)。隔地者間に於て承諾期間を定めずして契約の申込をした

場合には、(一)民法の原則に従へば、其申込は、承諾の通知を受くるに相當なる期間を經過したる後は、申込者に於て撤回し得るに止まるに反し^(四五二條)、右の法則に従へば、相當の期間内に承諾の通知を發せざるときは申込は當然無効となり、又(二)民法に従へば、相當の期間内に申込者が承諾の通知を受けざるときは申込は撤回し得べきものとなるに反し、右の法則に於ては、承諾者が相當の期間内に承諾の通知を發せざるときは申込は效力を失ふことになつてゐる。

尙ほ承諾期間を定めて申込をした場合には、契約が商行爲であるときについても、商法に特別の規定なく従て民法一般の法則に従ふこととなるのであるが、此一般の法則に従へば、申込者が其承諾期間内に承諾の通知を受けざるとき申込は其效力を失ふこととなるのであつて^(二五二條)、隔地者間の場合たる否とによりて差異はない。然るに隔地者間に於ける承諾期間の定めなき申込については、商法は上述の如く、相當の期間内に承諾の通知を發せざるときは申込は其效力を失ふことにしてゐるのであるから、結局、商行爲たる契約の申込について、隔地者間の場合、承諾期間の定めあるときは、申込者が承諾の通知を受けずして

其期間を経過することによりて申込は其效力を失ふに反し、承諾期間の定めなきときは、相手方が相當の期間内に承諾の通知を發せざるときは申込は其效力を失ふことになる譯である。此差異の必然性は發見し難い。

三 多數當事者の債務 次の法則は、商行為の營利の手段たることより生ずる峻厳性が立法の理由となつてゐる。

(イ) 數人が一人又は全員の爲めに商行為たる行為に因り債務を負担したときは其債務は各自連帶して之を負担する(條一七三)。此法則の適用あるが爲めには、

(1) 行為が債務者の全員又は一人にとつて商行為たることを要するものであつて、債権者にとつても商行為であるか否かは問題とならぬ(四五、二、二九日大、大正四、二、八日大、民、判、録七六頁。大正一〇、一三、七日大、民、判、録二〇九六頁)。尙ほ數人の債務者の一人にとり商行為たる場合に於て、數人が連帶して債務を負ふことは、債務が分割されず連帶されるといふだけのことであつて、其行為が全員の爲めに商行為となるのではない(大正四、五、判、民)。即ち行為はどこまでも其特定の一人の爲めにのみ商行為であつて、他の

共同債務者の爲めの商行為に變ずるのではなく、從て、他の共同債務者の債務は商行為によつて生じた債務となるのではない。亦從て、其一人の債務は商行為による債務として商事時効に服し、他の者の債務は民事行為による債務として一般の民事時効に服する等の關係となるのである(大正五、一一、二一日大、民、判、録二二六四頁以下)。次に、

(2) 行為は債務者の共同の行為たることを必要とする。手形に於て、振出人と裏書人又は數次の裏書人の如く、各自各別の手形行為により手形債務を負担した場合には此法則の適用のないことは勿論であるが、一箇の振出又は一箇の裏書等を數人共同にて爲したる場合には此法則を適用せざるべき何等の理由も存せぬ(大正五、一二、六日、録二二七四頁。並昭和四、七、五日大、民、判、但し反對の學說が多い)。

尙ほ右の法則は、民法第四二七條が數人の債務者ある場合には各自之を分割して負擔することに対する例外である。

(ロ) 保證人ある場合に於て、債務が主たる債務者の商行為によつて生じたものであるときは又は保證が商行為であるときは、主たる債務者及び保證人は連帶して其債務を負担する(條二七三)。保證人數人ある場合に於て、主たる債務者と

各保證人の連帯することは勿論であるが、各保證人間にも連帯關係が成立するのであるか否かは法文上は明でない。判例は保證人間にも連帯關係を生ずるものとしてゐる(明治四四、五、二三三頁)。尙ほ右の法則の適用あるには、(1)債務が主たる債務者にとつて商行爲たる行爲によつて生じたか、又は(2)保證が商行爲たることが必要である。前の場合には、債務の發生原因たる行爲が債務者にとつて商行爲でありさへすればよく、債權者にとつても商行爲たるか否かを問はぬが、後の場合には、保證が保證人にとつて商行爲たることを要せず、債權者又は保證人のいづれかの一方にとり商行爲であればよいと解せられてゐる。

四 法定利率 商行爲によつて生じた債務に關しては法定利率は年六分とする(六七)。民事法定利率よりも一步高い譯である(四四)。之は商取引界に於ては金銭は一層有利に利用されるはずだといふことが立法理由となつてゐる。商行爲によつて生じた債務の、不履行による損害賠償義務は、本來の債務の變形したものに過ぎぬのであるから、尙ほ商行爲によつて生じた債務と見るべきである(大正五、二、一五五頁、大、民、判、録二三八頁。尙ほ商行爲により生じた債務の不履行による契約の解除の場合の原状回復義務も判例は商行爲によつて生じた債務としてゐる(大正五、七、一八八頁、大、民、判、録一五五三頁)共

同海損分擔額支拂義務についても同趣旨の判例があるが之はどうか。であらうか。明治四四、五、一六六頁、大、民、判、録二八七頁。

五 違約金契約 利息制限法第五條不當の違約金契約は裁判上減額し得る旨の規定は商事には適用されぬ(商施一)。茲に商事とは商行爲による債務と解すべきである(獨舊二八四について)も通説は斯く解釋す。

六 流質契約 商行爲によつて生じた債權を擔保する爲めに設定された質權については、設定行爲又は辨濟期前の契約を以て「質權者ニ辨濟トシテ質物ノ所有權ヲ取得セシメ、其他法律ニ定メタル方法ニ依ラスシテ質物ヲ處分セシムル」こと即ち所謂流質契約を爲し置くことを妨げぬ(二七七條、三四九條)。

七 債務履行の場所

(イ) 商行爲によつて生じた債務履行の場所は原則として債權者の現時の營業所、若し營業所なきときは其住所とする(二七八條一項)。之は一般の債務に於て、債權者の住所が原則として債務履行の場所たるに對し(四四八條)、住所を營業所と置き換へただけのことである。尙ほ商法第二七八條は「支店ニ於テ爲シタル取引ニ付テハ其支店ヲ以テ營業所ト看做ス」と規定してゐるのは、其支店を以て履行

の場所とする意味である。

(口) 指圖債權及び無記名債權にあつては、一般の場合と反對に、債務者の現時の營業所若し營業所なきときは其住所が履行の場所となる(二七八條二項)。これ此種の債權にあつては、證券流通の結果として、債務者は時の債權者の何人なりやを知り得るものでないからである。

八 履行の時間 法令又は慣習により取引時間の定めあるときは、其取引時間内に限り、債務の履行を爲し又は履行の請求を爲すことが出来る(三二八條)。然し之は商事に限らず、民事取引についても、法律行爲の解釋として、通常同一の結果を認むべきこととならう。

九 消滅時効 商行爲によつて生じた債權は、商法に特別の規定なき限り、五年の時効によつて消滅する(五二八條)。即ち民事時効は十年を原則とするに反し(七條)、五年に短縮されてゐるのである。但し他の法令に之より短き時効期間の定めあるときは其規定に従ふべきである(二八五條但書)。

第二節 商人の商行爲に關する通則

一 諾否の通知 商人が平常取引を爲す者より其營業の部類に屬する契約の申込を受けたときは、遲滯なく諾否の通知を發するを要し、若し之を發することを怠つたならば申込を承諾したものと看做される(二二七條)。即ち此場合は默示の承諾をすらも要せず沈黙が其儘承諾と看做されるのである。従て、異論もあるが、此場合は承諾者の意思表示は全然存在せざるが故に、意思表示の效力の問題として沈黙者の能力の有無、申込ありたることを知りたるや否やを問はぬこととなる譯である。然しながら、沈黙者の懈怠は明かに法律によつて要求されてゐるが故に、其無能力又は不知の故に沈黙してゐた如き場合は、懈怠なき結果として、換言すれば法文に所謂諾否の通知を怠りたる者といふこと能はざる結果として、契約は成立せぬこととならう。諾否の通知を發することは所謂間接義務の一であつて、之を發せざることによつて不利益の結果を負擔することになるのであるが、過失なき義務違反によつては其不利益なる結果を惹き起さぬ

ことになるのである。尙ほ承諾者は諾否の通知は之を發しさへすればよいのであつて、到着すると否との危険は負擔しない。又一度拒絶の通知を發した以上は、申込者の繰返したる申込に對しては諾否の通知を繰返す必要はない。尙ほ右の法則が適用される爲めには、(1)申込者は其商人と平素取引關係を有するものでなければならぬ。繼續的關係あり、從て爾後の取引が豫想される關係ありてこそ、右の法則は合理的と見られる。(2)契約は商人の營業の部類に屬するものでなければならぬが、申込者も商人なりや否や、又契約は申込者にとりて商行爲なりや否やは問ふ所でない。

二 送附品保管の義務 商人が其營業の部類に屬する契約の申込を受けた場合に於て、申込と共に受取つた物品があつたならば其申込を拒絶したときと雖も申込者の費用を以て其物品を保管するを要する。但し物品の價額が費用を償ふに足らざるとき又は商人が保管によつて損害を受くべきときは保管義務を負はぬ(二七條)。保管の方法としては必ずしも自ら保管するを要せず、自己の責任を以て他人例へば倉庫に寄託してもよい。商人が保管を怠つた場合の結

果については法律に規定はないが、之によつて生じた損害を賠償する責に任ずとするに非ざれば、此法則は意味がない。尙ほ此法律の適用あるが爲めには

(1) 商人が營業の部類に關する契約の申込を受けると共に物品を受取つた場合でなければならぬ。(a)物品とは契約の目的物たる物品と解すべきであらう。即ち若し申込に對し承諾するにせよは給付の目的物となるべき物品である。(b)法文には受取つた物品とあるが故に、保管義務を避ける爲めに、ことさらに、受取を拒んだとしてもそれは保管義務違反とはならぬ。之に反し受取つた以上は何の爲めに受取つたかを問はぬとすべきである。

(2) 申込者の何人なりや、又契約が申込者にとり商行爲なりや否やも問題とならぬ。本來商人と申込者との間に既に何等かの契約殊に例へば賣買關係の如きもの存在する場合ならば、送附品が注文品と異なるが如きときにも、買主をして一時之を保管せしめることは、賣買契約による買主の附隨的義務として理解することが出来るが、我が商法が、何等既存の法律關係なき第三者に對し、單に事務管理としてではなく、法律義務として送附品保管義務を認めてゐるこ

とは、一種の法律の規定による義務とより解する外なく、甚だしき異例と認むべき立法であつて當否の程も疑はしい。

(3) 法律には規定はないが、所謂隔地取引即ち申込者が相手方たる商人の營業所所在地に在住せざる場合のことでなければならぬ。商人に保管義務を負はせるのは、契約拒絶の場合、申込者自身が適當に送附品を處置することが出来ぬといふことが理由となつてゐるのであるから、かく解せねばならぬ。

(4) 商人が保管によつて損害を受くべきとき又は物品の價額が保管費用を償ふに足らざるときは商人は保管義務を負はぬ。元來、物品の價額が保管費用を償ふに足らぬときは保管義務なしとすることは、保管者たる商人は、必要の場合には、物品の價額によつて且つ其價額の限りに於て、費用債權の満足を得る權利を有するとして始めて意味のある法則となるのであるが、我が商法の解釋上保管者に斯の如き權利を認めることは困難であらう。

三 報酬の請求

(イ) 商人が其營業の範圍内に於て他人の爲めに或る行爲をしたならば別

段の約束がなくとも當然相當の報酬を請求することが出来る^(二七)_(四條)。茲に所謂行爲とは事實上の行動を意味し、例へば他人の爲めに保證を爲し手形を引受け等々の法律行爲に限らず、商品を運搬し、保管するが如き一切の事實上の行動を包含する。但し右の法則の適用ある爲めには

(1) 商人が其營業の範圍内に於て其行爲を爲したることを必要とする。營業の範圍内とは營業の部類に屬する行爲といふと異なり、營業との關連に於て爲したることを意味する^(大正元、一〇、一)_(六日、大、民、判)。故に例へば倉庫業者の商品の保管、運送業者の運搬といふ如く營業自體たる行爲に限らず、倉庫業者の運搬、運送業者の保管の如きも、營業との關聯に於て、例へば客の便益の爲めに之を爲した場合には當然報酬を請求し得る。

(2) 然しながら其行爲は、商人が他人の爲めにしたものであることを必要とする。他人の爲めとは他人の利益の爲めの意味である。専ら自己の爲めにした行爲については報酬の請求は出来ぬ。商人自己の利益の爲めたると同時に、他人の爲めにも爲された行爲、例へば債權者たる商人が、債務者の爲めに、擔

保品を賣却した如き場合でも、報酬の請求が出来るといふを通説とする。他人の爲めの行爲たる以上は、(a)事實他人の利益となつたか否かを問はず、(b)他人との契約に基いて例へば他人の委託に基いて其行爲を爲したか否かをも問はぬ。故に他人の爲めに事務管理をしたに過ぎぬ場合でも報酬の請求が出来る(殊にS. 411)。然し(c)契約に基いて爲した場合には、其行爲は既に其契約に於ける對價によつて蔽はれてゐるか否かを見るを要する。例へば、賣渡品の包装の如きは賣買契約の附隨義務に過ぎぬのであつて、其報酬は既に賣買代金によつて蔽はれてゐると見るべき場合が多いであらう。(d)他人が商人たるか否かは固より問題ではない。

(口) 商人が其營業の範圍内に於て他人の爲めに金錢の立替を爲した場合には其立替の日以後の法定利息を請求することが出来る(條二七五)。立替とは況く他人の爲め金錢の出捐を爲すことをいふと解せられてゐる(昭和四、四、二四日、大、民、判、集八九五頁)。

四 法定利息 商人間に於て金錢の消費貸借を爲したときは、貸主は當然法定利息を請求することが出来る(條二七五)。

立替金の爲めの法定利息の請求については貸主が商人でさへあればよく、又他人の爲めの行爲の有償性についてもさうであるに拘らず、獨り金錢の消費貸借についてのみ當事者雙方の商人たることが要求されてゐることは理由はない。或は強いて商人間の金錢の消費貸借は、立替金等の場合と異なり、營業の範圍内の行爲たるを要せぬと解するとしても不權衡は無くならぬ。商人が營業の範圍内に於て商人たらざる者に金錢を貸附けた場合矢張り法定利息を生ずることにならぬからである。

五 商事留置權 商人相互間に於ては信用にて取引する必要が頻繁に存在する。然るに一々必要な擔保の設定を求めるとは事實上不能且不適當たるを免れない。故に既に中世の伊太利に於ては、債權者たる一方は相互間の取引關係に於て相手方の爲めに占有するに至りたる相手方の物品の上に一種の擔保權を有するものとせられることになつた。此擔保權は、債權者たる一方は相手方が債務を履行するまで其占有する相手方の物品を留置することを得る點に於ては一種の留置權といふべきであるが、而も一般の留置權と異なり、(1)留

置の目的物と債権との間の關聯を必要とせず、又(2)目的物を競賣して其代金を以つて債権の満足に充て得たのであつて、此點に於ては法定質權に類似する權利であつた。我商法の認めてゐる商事留置權(或は商人留置權)も此制度を倣つたものであるが、たゞ其第一の特色たる、物と債権との間の關聯を要せずとすることは認められてゐるが、第二の特色たる満足權は認められて居らぬ。

即ち商法第二八四條によれば「商人間ニ於テ其雙方ノ爲メニ商行爲タル行爲ニ因リテ生ジタル債權ガ辨濟期ニ在ルトキハ、債權者ハ、辨濟ヲ受クルマデ、其債務者トノ間ニ於ケル商行爲ニ因リテ自己ノ占有ニ歸シタル債務者所有ノ物又ハ有價證券ヲ留置スルコトヲ得但別段ノ意思表示アリタルトキハ此限ニ在ラズ」となつてゐる。尙ほ簡短な説明を加へる。

(イ) 要件。債権の方面と目的物の方面とに別けて見る方が解り易い。

(1) 債権に就ては、(a)當事者雙方が商人であり、(b)其雙方の爲めの商行爲により生じたること並に(c)辨濟期に在ることが要求されてゐる。即ち上述の如く、一般留置權と異なり(民二九
五條)、債権と物との關聯即ち債権が其物に關して生

じたものたるを要せぬことが此留置權の特質であつて、實際上重要な役割をさるのは恰も此故である。然しながら他の一方に於ては、其債権並に目的物は債権者債務者間の商行爲によつて得られたといふこと換言すれば、債権が其物に就て生じたといふ箇別的關聯の代りに、相互間の商業上の取引によつて得られたる債権と物といふ一般的關聯が要求されてゐるのであつて、此結果として、(i)債権者が他人より譲受けた債権(債権者の變更)の爲めには此留置權を行ふことが出來ず、(ii)又債務者が他人の債務を引受けることにより又は債務者の交代による更改により債務者となつた如き場合(債務者の變更)も同一である。いづれの場合も債権者の債権は債務者との間の行爲により生じたものではないからである。恰も亦此事が、物との關聯より開放された此留置權の適度の限界となつてゐるのであつて、此要件あるが故に例へば債務者の物を占有する者が、ことさらに他人の債権を譲受けて留置權を行ふといふやうなことが出來ぬこととなるのである。然しながら法文通り、常に債権が當事者間の行爲により生じたことを要するとすると實際上甚だ不都合な場合を生ずる。例へば債権者は

債務者の相続人に對し、又は債權者の相続人は債務者に對し、何れも留置権を行ひ得ぬことになる。故に學説は箇々の場合についてはそれぞれ異論も少くはないが、(1)債權が物の占有と共に移轉される場合、(2)相続、營業の讓渡等の包括的承繼の場合には前主と承繼人とは同一人と視るべしとする。蓋し是等の場合は故らに留置権を作る爲めに物の占有と債權とが人工的に結合される場合ではないからである。尙ほ、(3)指圖債權及び無記名債權についても、債權者は何人より之を取得したかを問はず、債務者に對して留置権を行ひ得ることも、所謂手形學説とは無關係に、略異論なく認められてゐる所である。蓋し此種の債務にあつては、債務者は始めより、特別人に對するものとして之を負擔したのではなく、何人でも債權者となるべきことを豫期して負擔したものであるからである。尙ほ法文では債權とあるが、解釋上は、物權的請求例へば物の引渡請求の如きものも之を債權と同視し、權利者に留置権を認むべきである。

(2) 目的物については

(a) 先づ債務者所有の物又は有價證券たることが要求されてゐる。

此點も一般の留置権と異なる所である。故に我商法の解釋としては、債權者が之を債務者に引渡すべき義務を負ふてはゐるが、それは債務者所有の物又は有價證券でない場合には留置権を有せぬことになる。例へば買主が一旦買取つた物品従て所有権を取得した物品につき、後に適法に其契約を解除したが爲め其物品を再び賣主に返還すべき場合、又は債權者が第三者より自己の名を以て物品を取得し更に之を債務者に引渡すべき義務を負ふが如き場合には、債權者は留置権を行ひ得ぬことになる。尤も商法は別に代理商(四二)及び問屋(三一)については、債務者の所有に非ざる物又は有價證券の上にも留置権を有するものとしてゐるが、代理商及び問屋に非ざる商人についても、債務者の所有に屬せざる物又は有價證券の上に留置権を認める必要の存することは右の例によつても知り得るであらう。

(b) 債權者が、債務者との間の商行為によつて目的物の占有を得たことが要求されてゐる。債務者との商行為によつて占有を得るといふのは、(i)、異説もあるが、占有取得行為が商行為たることを要するのではなく、債務者との

間の商行為に基いて占有を取得したことを意味すると解せられる。例へば、債務者が寄託契約に基き物を引渡し又は買買の見本として物を送附し又は賃貸として物を引渡しした如き場合に、其寄託、買買又は賃貸借が債務者との間の商行為であればよいのであつて、引渡行為自体は債務者との間の行為たるを要せず第三者から引渡された場合でも、債権者留置権を有すると解せられる。(ii)又債務者との間の商行為とは通常は債権者債務者のいづれかの一方の爲めの商行為であればよいと解せられてゐるが、少數説ながら、之は債権者の爲めに商行為たることを要すと解する方が正しい。取引上の債権の爲めの留置権なるが故に、目的物も取引關係に基き占有されたことを要すとすることは合理的であつて、債権者が私生活關係に於て、例へば社交上預り置きたる物品を、取引上の債権の爲めに留置するといふが如きは此留置権が認められるに至つた理由とは調和せぬと思はれる。

(ロ) 效力。此留置権の效力に就ては商法には何等の規定存せず、一に一般留置権と同一のものとしてゐることは疑はない。従て債権者は、債務者が債務

を履行するまで、目的物を留置することが出来るに止まり、必要の場合目的物を賣却して其代金を以て自己の債権の満足に充てることまで出来るのではない。但し債務者破産の場合に限り特別の取扱を受ける^(破産九三條)。

尙ほ目的物としての有價證券中には船荷證券、倉庫證券、貨物引換證券等所謂引渡證券をも含んでゐることは勿論である。債権者は形式的権限者たるとき例へば裏書によつて其證券の引渡を受けた者であるならば、之によつて、證券記載の實物の上に留置権を有することになるが、裏書によらず單に證券を占有するに過ぎぬ者であるならば、物の上に留置権を有せず證券たる紙片の上に之を有するに止まることになる。

(ハ) 除斥の特約。此留置権は當事者の約束を以て豫め除斥し得ることも一般の留置権と異なる點である。但し單に債務者が債権者に目的物を引渡した契約の趣旨が之を留置することと相容れぬといふことだけで直ちに右の特約ありとすることは出来ぬ。例へば或る時期には返還すべき約束を以て物の寄託を引受けた場合の如し。然しながら契約の趣旨が信義の法則に従はば、留

置に先行するものと解すべき場合、例へば第三者に引渡すべき約束にて債権者が債務者より物の保管を引受けた場合、第三者にまで運送すべき約束にて物の引渡を受けた如き場合は、留置権除斥の特約を含むと解すべきである。

第三節 有價證券に關する特別規定

有價證券は民商法に於て統一的には規定されて居らず、民法に於ては物(八六三條)、(三六五條)、(三六六條)、債權の讓渡(四六九條以下)等に於て斷片的に規定され、商法に於ては、箇々の有價證券殊に手形、貨物引換證、倉庫證券、船荷證券等についての外、一般的には、商行爲法第二七八條以下に於て數箇條の規定が設けられあるに過ぎぬ。茲に有價證券に關する統一的の説明を試みてもよいのであるが、姑く省略に附し、商行爲法に於ける特別の法則だけを述べる。

有價證券に關する商法の規定の適用範圍については疑問がある。即ち民法殊に其第四六九條以下に於ては、指圖債權、無記名債權等が規定され、商法第二七八條第二項第二七九條以下も亦指圖債權、無記名債權、其他特定種類の有價證券

を規定してゐる。そこで此兩法の指圖債權、無記名債權に關する規定は、同一物の異なる方面を規定してゐるに過ぎぬのであるか、或は然らずして各別個の有價證券を規定してゐるのであるかは明瞭とはいへぬ。形式的な解釋からすれば商法は民法と異なる特殊の有價證券を規定したものとといふの外はないと思はれる。詳言すれば、民法は指圖債權一般、無記名債權一般を規定してゐるに反し、商法は特に其中商業證券たる指圖債權及び無記名債權其他の有價證券を規定したものと解するの外はない。蓋し商法が指圖債權、無記名債權等を商行爲法中に規定してゐるのは、是等の證券に關する行爲を商行爲とする見地からであり、證券に關する行爲が商行爲たるは特に商業證券に關する行爲たるときであるからである(二六三條四號)。然しながら、實質的にいへば、商法所定の有價證券規定は概ね其性質に基くものであつて、特殊の證券に限らるべきではなく、之を商業證券ならざる有價證券にも類推すべきである。唯だ金錢其他の物又は有價證券の給付を目的とする有價證券(三八二條)に關する規定中には、特に商業證券たるものに限り適用ありと解するを適當とすべきものがあり、此事については後に

此種の證券を説明するときに述べる。

以下商法の特別法則を説明する。

一 指圖債權及び無記名債權に關する特別規定 指圖債權、無記名債權は證券上の權利の立場からの名稱であり、證券としては指圖證券、無記名證券をいふことは勿論である。

(4) 債務履行の場所。指圖債權及び無記名債權の辨濟は債務者の現時の營業所、若し營業所なきときは其住所に於て之を爲すべきものとする(二七八條三項)。
債務は原則として所謂持參債務即ち債務者は債權者に就きて辨濟を爲すべきものなるに反し、此種の債權は所謂取立債務即ち債權者が債務者に就きて其辨濟を求むべきものとされてゐるのである。

右の法則は指圖債權、無記名債權は債務者と無關係に而も頻回に他に移轉され、從て債務者は隨時の債權者の何人なりやを知り得るものに非ざるのみならず、頻回に變更する債權者に就き辨濟すべきものとする。故にかかる事情なき指名債權從て記名證券には此法

則の適用はない。

(ロ) 債務者の遲滯。指圖債權又は無記名債權の債務者は、其履行につき期限の定めのあるときでも、其期限が到來した後、所持人が其證券を債務者に呈示して履行の請求をしたときから遲滯の責に任ずる(二七九條)。即ち一般法則によれば、債務の辨濟期の定めあるときは、債務者は期限の到來により當然遲滯の責に任ずるものなるに反し(民四一三條)此種の債權にあつては此原則によらず、債權者よりの履行の請求があつて始めて債務者の遲滯となるのである。加之適法なる履行の請求たるには必ずや債權者が證券を債務者に呈示して其請求を爲すを要するのであつて、證券の呈示を伴はざる履行の請求は請求たる效力を有し得ない。所謂呈示とは履行と引換に交付し得べき状態に於て證券を現實に呈示することはいふのであるが(Vorlegung und Auslösung)(a)辨濟の時及び場所に於て、債務者が現在せず又は所在不明の場合には、呈示に必要な處置を盡したならば呈示たるに十分とすべく、(b)債務者が證券を所持し而も之を債權者に返還すべき義務を負ふとき、例へば後日の辨濟の爲めに前以て債權者が證券を債務者

に交付し置きたるが如き場合には改めて呈示を要せず、(c)債権の履行を求めらるる爲め訴訟が提起された場合には、訴狀の送達は證券の呈示と同一の效力を有するものと解するを相當とする。此最後の場合は手形の支拂の呈示につき判例の繰返し認められてゐる所であるが、學説は大概之を非としてゐる。然しながら、有價證券上の権利を行ふ爲めの訴訟に於ては、請求者が證券を所持してゐることが訴訟の要件となつてゐるのであつて、手續上、訴の提起のときに之を裁判所に提出することこそ必要とはいへぬが、訴訟中何時にても之を提出し得べき状態に於て之を所持してゐることは必要であつて、若し之を所持せざる場合には、訴を不合法として却下すべきものである。故に訴が提起され且訴狀が相手方に送達された場合には之に呈示の效力を認めることは不當ではない。

債務者を遅滞に附するに證券の呈示を要することは、債務者は債権者の呈示を待つに非ざれば債権者の何人なりやを知ること能はざるものであることの外にも、一つ、債権者は證券と引換に於てのみ履行を求め得るに止まるものであることが理由になつてゐる。故に此法則も指名債権即ち記名證券には適用が

ない。履行の請求たるに證券の呈示を要する理由が、やゝもすれば誤解されてゐる如く、第一の點だけならば必ずしも證券の呈示を要せず例へば債権者の單純なる通知即ち證券の呈示を伴はざる通知でもよい譯であり、又第二の理由だけならば記名證券にも同一の法則が認めらるべきである。

二 金銭其他の物又は有價證券の給付を目的とする有價證券に関する特別規定 證券上の債務が金銭其他の物又は有價證券の給付を目的とするものについて商法は若干の特別規定を設けてゐる。其中所謂有價證券の給付を目的とする有價證券にして日常の取引に用ひられる適例あるを知らぬ。或は一聯の利札、配當札の末尾に添付される利札引換券、配當札引換券 (Talon) の如きものを眼中に置きての規定かとも思はれぬでないが、此種の引換券は有價證券ではなくて寧ろ免責券 (Legitimationszeichen) と見るを適當とする。又有價證券にして金銭其他の物又は有價證券の給付を目的とするもの以外のものでしては、社員的権利を表彰する株券、物權を表彰する物權證券 (不動産抵當證券は寧ろ抵當權附債權證券であり、船荷證券等の所謂引渡證券は本來は寧ろ債權證券である。) 行爲の給付を目的とする鐵道乗車券の如きものを考へ得る (大正三、一、一九、大、刑、判、錄

二二〇。

以下金銭其他の物又は有價證券の給付を目的とする有價證券に關する商法の特別規定を説明する。

(イ) 有價證券の善意取得。悪意又は重大なる過失なくして有價證券を取得した者は證券上の権利を取得する(二八二條、四四二條)。此法則の説明は詳しくは手形法に譲るを適當とするが故に茲には省略し、唯だ特に此種の證券に特有なる一二の點に觸れるに止めて置く。

(1) 此善意取得の法則は、株券については認められずとするを通説とするが(大正五、三、六日、大、民、判、錄一七九頁。昭和二、五、二三日、大、民、判、集二八〇頁)。此解釋は恐らく正當ではない。蓋し有價證券に於て善意取得者を特に保護するは、其特有なる流通方法即ち裏書又は引渡による取得者を保護し以て其流通を圓滑ならしめる爲めであつて、證券上の権利の種類によるのではない。さればこそ、同じく金銭其他の物又は有價證券を目的とする有價證券であつても、特有なる流通方法によらざる取得從て記名證券の取得(大正一五、三、五、大、民、判、集一六四頁以下)については右の法則は適用されぬと解釋されるの

である。株券は所謂社員權證券であつて、金銭其他の物又は有價證券の給付を目的とする有價證券に屬するものではないが、有價證券的流通方法によりて移轉される限りは第二八二條第四四一條は類推されねばならぬはずである。そこで無記名株券は無記名の債權證券と全く同一の方法によつて移轉されるのであつて、善意取得者の保護について兩者を差別すべき何等の合理的基礎も存せぬこと極めて明白であるが、記名株券に就ては現行法上は一般の指名債權と同じく當事者の合意によりて移轉され、特別の證券的移轉方法が認められて居らぬが故に、右の法則を適用すべき基礎がないことになる。白紙委任狀附記名株券の移轉は畸形兒的存在であるが、證券的流通に準すべき特殊な移轉方法であつて、此移轉方法の效力を認める立場からは、善意取得の法則の準用をも認むべきである。判例は白紙委任狀及び處分承諾書が真正なる限りに於て、善意取得者を保護すべきものとしてゐる。詳細は會社法に譲ることにする。

右の法則は、質權の設定についても類推すべしとすることは學說上略ぼ認められてゐる所である(大正六、三、二三日、大、民、判、錄三九三頁以下)。然しながら此場合にも、質權設定の方

法が有價證券に特有なる方法、例へば無記名證券の引渡による質入、指圖證券の質入裏書による質入の如きものが認められる限りに於て然るのであつて、一般の權利質と同様なる方法に於て質權が設定されるに過ぎぬ場合には、一般の權利質の場合と異なる法則を以て其取得者を保護すべき理由は無い。

尙ほ無記名債權は動産と看做され(民八六條三項)、從て、民法第一九二條以下第一九四條の所謂動産の即時時効によつても善意取得されることとなるが、商法第四四一條第二八二條は手形及び其他の有價證券に關する特別法則と見るべきであるから、其善意取得は専ら商法第四四一條第二八二條のみが支配し、從て、盜品遺失品に關する民法第一九三條第一九四條は其適用のないこととなる。

(2) 右の法則は、讓渡人が實は無權利者なるに拘らず取得者が之を權利者と信じたる限り其權利を取得するものであるが、所謂無權利者を權利者と信ずるとは、讓渡人を目的物の所有權者と信じたる場合に限らず、所有權者に非ざることを知るも而も所有權者の爲めに其目的物を處分する權限を有すると信じた場合をも含むと解せねばならぬ。此事は特に商法に於てのみの問

題ではないが、實は權利者に非ずして而も權利者と同一の處分權限を有する者によつて商品が處分されるといふが如きことは商事取引については殊に多いのである(例へば取次賣買)。

尙ほ明文上は示されて居らぬが、右善意取得の法則は指圖證券及び無記名證券の法則であつて記名證券(裏書禁止證券)には適用がない(上掲大正一五、三、五日、大、民、判、集、一六四頁以下)。記名證券は一般の權利移轉の方法によつてのみ移轉されるのであつて其取得者を別段に保護すべき理由がないからである。指圖證券が裏書によらず一般の權利移轉方法殊に債權讓渡によつて移轉された場合亦然ることは前にも述べた所である。

(四) 裏書。指圖證券は裏書によつて之を他人に移轉することが出来る。記名裏書に限らず、無記名の裏書即ち所謂白地裏書をも爲し得る。記名裏書は被裏書人の氏名又は商號及び裏書の年月日を記載し裏書人之に署名することによつて爲す裏書(四五七條一項)、又無記名裏書は裏書人の署名を以て爲す裏書(四五七條二項)たること、並に無記名裏書ありたる場合には、其有價證券は爾後引渡のみによつ

て之を譲渡し得べく(四五七)所持人は直ちに自己を無記名裏書の被裏書人として記入し得ることは(四六)總て手形の裏書と同一であるから茲には其説明を省略する。

手形の譲渡裏書は、権利移轉力、擔保力及び資格附與力の三種の效力を有すると説明される。所謂移轉力は被裏書人をして證券上の権利を取得せしめる效力であつて、而も裏書による権利の取得者は、前主が無権利者なるときにも善意無過失なる限り尙ほ其権利を取得し、且前主に對する人的抗辯の附着せざる權利を取得する點に於て一般の債權の譲渡の效力と甚だしく相異なるものである。商法は善意取得については上述の如く手形法に關する第四四一條を茲に準用してゐるが、後の抗辯の問題については何事も規定して居らぬ。此點は恐らく民法第四七二條の適用を豫想してゐるのであらう。次に手形の裏書の擔保力に關する規定、即ち裏書人は裏書により、原則として手形の引受及び支拂を擔保し、引受又は支拂拒絶の場合には後者に對し擔保を提供し又は償還を爲す義務を負はせられるのであるが、此擔保に關する規定は一も茲に準用されて居

らず、裏書人は擔保義務を負はぬものであることは注意を要する。之に反し、手形の裏書の資格附與力に關する第四六四條は此有價證券にも準用されてゐるのであつて、「裏書アル證券ノ所持人ハ其裏書カ連續スルニ非サレハ其權利ヲ行フコトヲ得ス」といふことになる。法文の文句は可なり不適當に用ひられてゐるが、其眞意は、連續する裏書による手形所持人は正當なる權利者としての形式的權限を有すること、即ち(一)形式上即ち證券の記載上、連續する裏書によつて證券を所持する者は、他に別段の證明を要せずして、證券上の權利の權利者たるものと推定され、且つ(二)債務者は其者に支拂ふことによつて免責し得ることを定めたものである。尙ほ無記名の裏書ある場合には次の裏書人は其裏書によつて證券を取得したものと看做され、抹消された裏書は、如何なる理由により又何人により抹消されたかを問はず、裏書の連續の問題については其記載なきものと看做されることも總て手形についてと同一である。

(ハ) 選擇無記名式證券の效力。證券に一定の權利者を指定すると同時に證券所持人に對しても履行を爲すべき旨の記載ある證券、例へば「甲殿又は此證

券所持人に「支拂可申候」といふが如き記載ある證券を、選擇無記名式證券と稱するのであるが、此式の證券の我國法上の取扱は二様になつてゐる。即ち民法第四七一條は、此種の證券は尙ほ記名證券であつて、唯だ債務者は證券所持人に支拂ふことによつて、其者が眞の権利者に非ざりし場合にも免責となるとしてゐるに反し、商法第四四九條ノ二は手形にも此式を認めると同時に、此式の手形は無記名式のものと同じの效力を有するとしてゐる。而して商法第二八二條は金銭其他の物又は有價證券の給付を目的とする有價證券につき、手形に關する右第四四九條ノ二を準用してゐるのであつて、形式的解釋からすれば、金銭其他の物又は有價證券の給付を目的とする有價證券及び手形にあつては、選擇無記名式のものも無記名式と同じの效力を有するが、其他の此式の證券は、民法の原則により、皆所持人に支拂ふことによつて免責し得る記名證券たるに止まることとなる譯である。然しながら此解釋は論理の形式上は間違つては居らぬが、何が故に手形の外金銭其他の物又は有價證券の給付を目的とする有價證券に限り無記名式と同一の效力を有し、其他の給付を目的とする證券にあつては

記名證券たる效力を有するに止まるかの合理的基礎を有つて居らぬ。私の考では、前に少しく述べた如く、商法第二八二條は商業證券に關する規定であるとして始めて、此式の證券が無記名式と同一の效力を有する所以を解することが出来る。即ち此種の證券が記名證券であつて唯だ債務者が證券所持人に辨濟することによりて免責し得るに止まるものとせば、債権者は何處までも證券記載の特定人であつて證券所持人ではなく、從て、債務者は或は其所持人の眞の権利者たることを争ひ又は其特定人に對する人的抗辯を以て所持人に對抗することが出来ることとなるが、之を無記名式と同一の效力を有するものとせば、所持人は即ち権利者であつて、債務者は所持人の権利者たることを争ひ又は證券記載の債権者に對する抗辯を以て所持人に對抗することが出来ぬこととなる譯である。今此式の證券が商取引の目的物として廣く流通せしめらるべきものでない限りは、債権者は證券記載の特定人に固定されると解することは合理的であるが、證券が轉々流通せしめらるべき性質のものであるならば、債権者を證券記載の特定人に固定することは調和せず、寧ろ其所持人文言によつて所

持人即ち債権者となるを解するを適當とする。所謂商業證券とは取引の目的物たらしむる目的にて發行され、轉々流通せしめらるべきものをいふのであるから、商法第二八二條の所謂金錢其他の物又は有價證券の給付を目的とする有價證券とは、斯の如き給付を目的とする有價證券であつて且つ所謂商業證券たるものを指すと解するときは、此種の證券に限り選擇無記名式に無記名式と同一の效力を認めることは極めて合理的な立法たることとなるのである。而して商法の有價證券に關する規定は、商業證券たる有價證券に關するものとして商行爲法中に收められてゐると解するの外なきことは前に述べた所である。
(二六三、
條四號)。

(三) 證券喪失者の履行請求。有價證券にあつては證券と引換に於てのみ権利を行使し得るものなるが故に、債権者が證券を失つたならば、債務者に對し履行を求めることが出來ぬこととなるのであるが、公示催告手續により除權判決を得るならば、之により再び其権利を行使し得ることとなる(民五七、民訴七六四條以下)。然るに公示催告の申立を爲したる後除權判決を得るまでには比較的長き時日を

要し、其間に債務者無資力となり或は支拂をしてしまふ危険もないではない、故に商法第二八一條は金錢其他の物又は有價證券の給付を目的とする有價證券の所持人が、其證券を失ひたる場合に於て公示催告の申立を爲したるときは債務者をして其債務の目的物を供託せしめ又は相當の擔保を供して其證券の趣旨に従ひ履行を爲さしめ得るものとしてゐる。

記名證券に就ては公示催告手續が認められて居らぬが故に商法第二八一條の適用もないことになる。

第三章 賣 買

賣買は法律上にも實際上にも商取引の中心的なものであるが、商法は商人間の賣買に關し僅少の規定を設けてゐるに過ぎぬのであつて、少くも民法に於ける賣買法一般の理論を基礎とし、並に商事賣買に於ける主要慣行をも併せ研究するに非ざれば商事賣買法の全き知識とはならぬ。又賣買中に於ても特に取引所に於ける取引は最も純粹なる形に於ける差額の利得を目的とする媒介行爲であつて、實物を伴はざる差金取引と擇ぶ所なきまで抽象化され、所謂商的色彩の種々色を極めて鮮明に染め出して居り、商行爲法の研究としては逸すべからざる部分に屬する。茲には商法の特別規定を平叙するに止める。

商事賣買については二の特色を擧げることが出来る。即ち

(1) 我が商法が商事賣買として特別の規定を設けてゐるのは(a)當事者雙方が商人たる賣買についてである。但し當事者雙方が商人たる以上は、其商人の商業の種類を問はず例へば商品賣買を目的とする商人間の賣買に限らず、運送

業者と倉庫業者との間の賣買も同じく商事賣買となるのである。次に(b)賣買は商人の商人としての行爲従て商行爲たる賣買たることを要すと解せねばならぬ。商法第二八六條第二八八條第二九〇條は單に商人間の賣買云々と規定するのみで特に商行爲たる賣買といはざるが故に、商人間の賣買たる以上は商行爲たるを要せずと解し、或は又第二八七條は特に商人たることをも要求せざるが故に商行爲たる以上は常に適用ありと解する者なきに非ざるも、いづれも正當なる解釋とは思へぬ。商人間の賣買とは商人活動としての賣買とすべく縦令商人なりとも非商人としての行爲に就き特別の法則の適用ありとすべき理由なきのみならず、商法賣買の規定は商行爲法中の規定たることから見てもさうでなければならぬ。第二八七條のみは商人とも商行爲ともいはざるが故に、右の筆法からすれば、此規定は商人又は商行爲に限らず一般賣買の規定であるにせねばならぬことにならう、然し賣買に關する他の規定は皆商人間の賣買に關するものなるに拘らず、其中間に介在する本條のみを以て商人間の賣買に關するものに非ずとすることは無理である。

(2) 商事賣買の規定は多くは賣主の利益の爲めの規定である。尤も是等の規定は全然買主の利益を顧慮せぬ譯ではないが(例二八六條一項の通知又は催告)多くは賣主の利益の爲めに、或は不定の取引を速かに落着せしめて次の取引に着手するに便ならしめ、或は目的物を保管又は換價せしめて其毀滅損敗又は價格の下落による損失を免れしめるといふが如く、寧ろ買主の負擔に於て賣主の利益を保護することが眼目となつてゐる。これ實は、商法は、賣主が商人たる場合を見てゐるからであつて、賣主が商人たる以上、特に圓滑敏速なる取引の結了を保護する必要ありとする見地に立つものに外ならぬ。故に此見地よりすれば、商事賣買の特別法則を當事者雙方が商人たる場合の規定とせず、賣主が商人たる場合の規定とすべきものなるかに見えるのであるが、然し商人相互は交互的に或は賣主となり或は買主となつて交代循環するを常とし、今日の賣主の受ける便益は、買主も後日賣主として同じく受け得べき便益であり、今日の買主の蒙むる負擔は、賣主も亦後日買主として負擔することあるべき負擔たるが故に、商法は此見地に於て非商人には適用なき商人相互間の特別法則としたものと解せられる。

次に特別法則を説明する。

一 賣主の供託並に自助賣却權 商事賣買の買主が其目的物を受取ること拒み又は之を受取ること能はざるときは賣主は

(イ) 目的物を供託して其義務を免れることが出来る(二八六條一項)。但し此供託權は既に民法上、債權者の受領の遲滯の場合債務者の一般に有する所であつて(四條) 商事賣買の賣主に限ることではない。但し右の商法の認むる供託權は、議論はあるが、買主が其目的物を受取ること拒み又は之を受取ること能はざることだけを要件としてゐるのであつて、債權者の受領の遲滯を要件としてゐるとは解せられない。故に右の法定の要件さへあれば、賣主は目的物を供託し得べく、附遲滯の爲め豫め履行の提供を爲す必要はない(民四九條) (明治四一、一〇、一二日、大、況んや又或は誤解される如く、賣主の供託權は買主の引取義務の違反を原因として發生するものでないことは勿論である。我民商法上は、買主は、特別の約束なき限り、引取義務を負ふてはゐないのである。

(ロ) 或は目的物を供託せず之を競賣に附することも許されてゐる(二八六條一項)。

これ即ち賣主の自助賣却權 (Selbsthilfeverkauf) であつて、賣主が此權利を行使するには先づ買主に對して、相當の期間を定めて受領を催告せねばならぬ (上掲明治四二日の判例によれば、此受領の催告以前に、債權者に對する附帶の爲めの履行の提供として、即ち二度受領の催告が要することになる)。但し損敗し易き物については此催告は必要ではない (二八六項)。又いづれの場合に於ても競賣をしたならば遲滞なく之を買主に通知するを要する (二八六項) (此通知は勿論競賣の要件ではない。大正一〇、一〇日、大、民、判、錄一、二七頁以下)。民法上は、債務者は一般にはなく、唯だ目的物が供託に適せず又は毀滅の虞ある場合及び保存につき過分の費用を要する場合に限り自助賣却權を有するに止まり且つ其競賣の爲めには裁判所の許可を得るを要することとなつてゐる (民四九、七條)。

尙ほ競賣代金は之を供託すべきであるが、其全部又は一部を以て代金に充當することも許されて居る (二八六項)。此充當權は民法には認められて居らぬ權利である。賣主が代金債權を他人に譲渡した場合にも、競賣權は依然之を失はず、唯だ充當權だけが讓受人に屬することになる (大正一〇、六、一〇日、大、民、判、錄一、二七頁以下)。供託又は競賣の費用については商法には直接の規定はないが、買主の負擔と

解すべきであらう。

二 確定期賣買の解除 賣買の性質又は當事者の意思表示により一定の時又は一定の期間内に履行を爲すに非ざれば契約の目的を達すること能はざる場合即ち所謂確定期賣買 (Fixgeschäft) に於て、當事者の一方が履行を爲さずして期間を経過したならば、民法の原則上は、相手方は直ちに契約を解除し得る (五條四二)。即ち此場合には一般の履行遲滞の場合の如く尙ほ一應の催告を爲すを要せず (一五四條) 直ちに契約を解除し得るのであるが、然し解除するには特に解除の意思を表示せねばならぬ。然るに賣買が商事賣買即ち商人間の賣買たるときには、解除の意思を表示するを要せず、却て反對に相手方が特に履行を請求せざる限り、契約は當然に解除となるのである (二八條)。相手方の履行の請求は約定の履行期に限らず、其經過後直ちに之を爲した場合も適法と解すべきである (明治四四、六、一三日、大、民、判、錄三、九二頁以下)。

右の商法の規定は、速解すれば、買主の利益の爲めに特に解除の意思を表示するの面倒を省いたものと見えるのであるが、而して、亦必ずしも此趣旨を含まぬ

とも斷言しかねるが、規定の本來の趣旨は、他の規定と同じく寧ろ賣主の利益の保護を目的とするものたることは注意して置く必要がある。即ち民法の原則のみとすれば、契約を解除するや否やは買主に任されてゐるのであつて、賣主としては、履行と解除との兩様の準備を整へておかねばならぬのみならず、或は買主は、物價下落すれば解除し、騰貴すれば履行を求めるといふが如く、賣主の危険に於て投機を試みるといふことも出来る譯である。商法の右の規定は、實は賣主の利益の爲めに此不安定の状態の速かなる決定を圖つたものに外ならぬ。

三 買主の瑕疵通知義務 賣買一般に於て、目的物に隠れたる瑕疵あるときは買主は契約を解除し又は損害の賠償を求め得べし(民五七〇條、五六六條)、目的物の數量に不足あるときにも買主は契約を解除し、又代價の減少を求め又は損害の賠償を求め得る(民五六五條、五六三條)。而も買主は、少くも善意の場合には、事實を知りたるときより一年内に右の権利を行へばよいのであつて(民五六五條、五四六條、五七〇條、五六六條三項)、賣主にとつては比較的長き間不定の状態に置かれることになる。然るに此事は賣主にとつては頗る不都合であつて、殊に、(一)早く瑕疵あることを知り得たらんには或は

相當の處置を採り、例へば適時に目的物を他に處分し、又は仕入先との間の交渉を都合よく運び得たといふ如きこともあるべく、又引渡の當時の瑕疵の状態を一層明かにすることも容易であつたかも知れぬ。加之、(二)買主が自己に有利なる時機を選んで或は解除を爲し或は損害の賠償を求めるといふが如く、買主の投機の犠牲に供せられるといふ危険もないとはいへぬ。故に既に歐洲中世の商人間に於て、賣主の利益の爲め(privilegium favorabile)買主の負擔に於て(privilegium odiosum)瑕疵通知義務が認められてゐたことであるが、我商法第二八八條も同一の趣旨に於て「商人間ノ賣買ニ於テ買主ハ其目的物ヲ受取リタルトキハ遲滯ナク之ヲ検査シ瑕疵又ハ數量ノ不足ヲ發見シタルトキハ其通知ヲ發スルニ非サレハ其瑕疵又ハ數量ノ不足ニ因リテ契約ノ解除又ハ代金ノ減額若クハ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス」としてゐるのであつて、買主の此義務を通常瑕疵通知義務と稱する。但し此義務は眞の法律義務ではなく、失權せざる爲めには之を爲さざるべからざる負擔即ち所謂自己義務或は間接義務に過ぎざることは勿論である。尙ほ此義務の要件及び内容につき若干の説明を加へる。

(イ) 要件。買主が通知義務を負担するは次の場合に限られる。

(1) 當事者雙方が商人たることを要する。尙ほ賣買は當事者雙方にとつて商行爲たることを要すと解すべきこと商事賣買に於ける他の法則と同じである。蓋し遲滯なく瑕疵を検出して之を賣主に通知するが如きことは素人たる者に課するに適せず、従て同じく素人は、其賣主たるときにも此利益に浴せずとする主義を採つたものである。勿論買主が商人ならざるときにも、例へば其目的物に關しては寧ろ専門家であつて、瑕疵の發見が商人よりも一層容易であるといふ如きもあるであらうが、商法は明かに之を商人間の賣買の法則とするが故に、之を斯の如き場合に適用する譯にゆかぬ。但し特別の慣習又は特約あるとき、又は通知を爲さざることば履行の承認と見るべき事情あるときには、別段の結果を生ずべきは勿論である。

(2) 買主が目的物を受取つたことを必要とする。茲に受取ることは、目的物を検査し得べき状態に於て事實上受取つたことをいひ、履行として受取つたか否かは問題ではない。従て、目的物が此状態に置かれた以上は、例へば目的物

たる建築材料が買主の建築現場に積卸されたといふだけで既に所謂受取られたといふことが出来、又反對に目的物が右の状態に置かれざる場合、例へば船荷證券によりて所有權が買主に移轉されたが、目的物はまだ現實に買主の手に入つて居らぬといふが如き場合は右に所謂受取られたこととはならぬ。

(3) 目的物に瑕疵があり又は數量が不足せる場合たることを要する。

目的物の瑕疵は(a)民法に所謂隠れたる瑕疵でなければならぬ。然らざれば賣主は始めより擔保責任を負ふて居らぬことになるからである。(b)又數量の不足と異なり其超過については通知義務がない。故に買主は其通知を爲さざるも當然其餘分の部分の買受を承認したことはないならぬ。(c)又目的物が全然相異なるときにも買主は通知義務を負はぬ。此場合は實は賣買の目的物に非ざるものが給付された場合であつて、目的物の瑕疵の問題ではないからである。然しながら目的物には間違はないが其性情に欠缺あるに過ぎざる場合即ち目的物に瑕疵ある場合と、目的物が間違つてゐる場合とは實際には區別し難いことが少くはあるまいと思はれる。

(4) 賣主に悪意なかりしことを必要とする。賣主が目的物の瑕疵又は數量の不足を知つて居たならば買主は其通知を爲すを要せぬ(二八八條二項)即ち特別の通知を爲さずとも賣主の責任を問ひ得るのである(大正六、一、五、大、民、判、錄二〇四〇頁)。賣主が瑕疵あることを知りながら(a)害意を以て買主に指示せざりし場合は勿論(b)特別の害意はなく寧ろ買主に於て發見すべきことを豫期して黙して居た場合でも買主は通知を爲すを要せぬのである。特に害意あるを要すとする説もあるやうであるが通知は知を作る手段に過ぎぬことを考へれば此説の不當なることは明かであらう。

(四) 通知すべき時期。此時期について商法は直ちに發見すること能はざる瑕疵についての場合と然らざる場合とにつき異つた法則を認めて居るのであつて此兩者を區別して見ぬと解り難い。尙ほ此通知は期間内に之を發すればよいのであつて着否の危険は賣主の負擔に歸する。

(1) 直ちに發見すること能はざる瑕疵については六ヶ月内に通知すればよい。六ヶ月とは目的物を受取つてから六ヶ月の意味である。又直ちに發

見すること能はざる瑕疵とは民法に隠れたる瑕疵といふと異なり、必要なる検査を爲すも發見すること能はざる瑕疵の意味であることは疑はない。如何なる程度の検査が所謂必要なる検査であるかは商人の用ふべき注意の程度の問題であつて固より一律なるを得ない。或は點檢を要し或は試味を要し或は機械の如く組立てた上運轉を試みる必要のあるものもあるべく、或は染料の如く相當の長時間の試験を要するものもあるであらう。又數回に分割される給付については各給付毎に検査することが必要であると思ふべきであらう。而して斯の如き必要なる検査を爲すも發見すること能はざる性質の瑕疵については買主は必要なる検査を爲したるも之を發見せざりし場合は勿論のこと、全然検査を爲さざりしときに於ても六ヶ月内に發見した瑕疵を通知することによりて其権利を行ひ得るものと解せねばならぬ。

(2) 右と異なり必要なる検査を爲すも發見すること能はざるに非ざる瑕疵、即ちいはゞ尋常の瑕疵については、「買主ハ目的物ヲ受取リタルトキハ遲滯ナク之ヲ検査シ、若シ之ニ瑕疵アルコト又ハ數量ノ不足アルコトヲ發見シタ

ルトキハ直チニ賣主ニ對シテ其通知ヲ發スルニ非サレハ其瑕疵又ハ數量ノ不足ニ因リテ契約ノ解除以下の權利を行ひ得ぬことになる。然し茲に必要なは瑕疵の通知であつて目的物の検査ではない。故に(a)別に何等かの手段により瑕疵あることを知り之を賣主に通知し置くときは、特に検査を爲さざるも、買主は其權利を失ふこととならぬ。唯だ此場合に於ては、其通知は瑕疵を知り得たとき直ちに之を發して置かねばならぬか或は検査に必要な期間内に發すれば足るかの問題を生ずる譯であるが、此點については異論もあらうが、検査に必要な期間内に發すれば足ると解すべきであらう。蓋し此期間は買主に許されたる期間と見るべきであるからである。以上述べた所に反し、(b)買主が右の期間内に通知を發せざるときは、目的物の検査を爲したると否かを問はず、契約の解除權等を失ひ賣主の擔保責任を問ひ得ざるることとなる。前に述べた如く、直ちに發見すること能はざる瑕疵については後に六ヶ月内に之を通知すれば尙ほ其權利を行ひ得るのであるが、通常の瑕疵については右の検査期間内に通知を發して置かぬと絶対に其權利を行ひ得ぬこととなるのである。

右に述べた所によれば、目的物の検査を爲さば發見するを得べき瑕疵については、必要な検査を爲さざるより生ずる不利益は買主に負擔せしめられるのであつて、買主は此不利益を免れんと欲せば自ら其検査を爲すべきこととなるのである。即ち目的物の検査は亦買主の自己義務であつて、通常買主の検査義務といふのは此意味の義務に外ならぬ。

(ハ) 通知すべき事項。通知は具體的瑕疵の通知であつて、單に「瑕疵あり」
 「使用に堪へず」數量不足す」といふのみにては適法なる通知とすることが出來ぬ(大正一、四、一、大、
 民、判、集一五五頁)。又瑕疵が種々あるときは皆之を通知するを要し、通知せざる瑕疵については賣主の責任を問ふことは許されぬ。然し買主は何を求めるのであるか例へば契約を解除するのか或は損害の賠償を求めるとかの點までをも決定し之を通知する必要はないのである。

契約を解除し得る場合であるか、又は損害の賠償を求むべき場合であるかは、
 民法第五七〇條第五六六條の一般の法則に従ふべきであつて(大正三、三、五、大、民、
 判、九、二五頁、大、民、
 判、錄四九五頁)、買主が其いづれでも勝手に選擇し得るのではない。又商法第二

八八條は代價の減少の請求をも豫想してゐるが、民法上は目的物の瑕疵については代金の減少は認められて居らぬ。

四 買主の商品保管義務 目的物の瑕疵又は數量の不足を理由として契約を解除したときと雖も、送附賣買に於ける買主は、賣主の費用を以て賣買の目的物を保管又は供託するを要し、滅失毀損の虞あるときは裁判所の許可を得て之を競賣し其代金を保管又は供託するを要する^(二八九條)。尙ほ若干の説明を附け加へる。

(イ) 右の法則の適用あるには、(1)當事者雙方が商人にして且つ(2)賣買が其雙方の爲めに商行為たることを要するは、商事賣買に關する他の法則と異なる所はない。此一般要件の外に(3)其賣買は所謂送附賣買たることを必要とする^(二八九條三項)。商法は「賣主及ヒ買主ノ營業所若シ營業所ナキトキハ其住所カ同市町村ニ在ル場合ニハ」右の法則を適用せずとしてゐるのは即ち此事を示すものである。唯だ法文には賣主の營業所と買主の營業所とが其所在地を異にする場合の規定となつてゐるが、之は文字に拘泥せず、一般に送附賣買即ち賣主が契約

上の引渡義務を履行する爲め、其營業所所在地又は商品所在地と異なる地に、其目的物を送附する場合に關するものと解するを適當とする。蓋し商法が、賣主と買主とが其營業所を異にする場合、契約を解除した買主をして目的物を保管せしめるのは、賣主其地に現在せず目的物に就き適當の處置を講ずることが出来ぬといふことが立法の理由となつてゐるのである。然しながら此理由は、一方に於ては、營業所が同一地内に在ても目的物が賣主によつて他地に送附さるべき場合、例へば共に京都に營業所を有する商人が目的物の引渡を神戸港埠頭に於て爲すべきものと定めたる場合にも等しく當て嵌まると同時に、地方に於ては、よし營業所所在地が異なるとしても目的物の引渡が賣主の營業所に於て爲され、引渡の爲め他地への送附を要せざる場合には右の理由は當て嵌らぬこととなる。故に右の法文の文字は、營業所より營業所へ送附するを要する常態を眼中に於て規定したるに止まり、其趣旨は送附賣買の法則とするにあるものと解するを要する。要するに本條の適用あるは、(a)賣主と買主とが其營業所所在地を異にし、買主が其營業所に目的物の送附を受ける場合、(b)賣主と買主とが

其營業所所在地を異にするを問はず、買主が第三地に於て目的物の送附を受ける場合である。次に(4)目的物は買主によりて受取られたことを要するのであるが、其受取は解除の前になされたりや又は其後なりやを問はぬ。又次に(5)其賣買は瑕疵又は數量の不足を理由として解除された場合でなければならぬ。然しながら解除が果して適法なりや否やを問はず、兎も角解除の意思を表示した場合、一應目的物を保管するを要するのである。

(四) 右の要件存する場合には買主は目的物を保管し又は供託することを要するのであつて、其費用は賣主の負擔たるべきことは法律の直接に規定してゐる所である。故に此場合は第二七二條の無註文品の送附の場合と異なり、物品の價額が費用を償ふに足るか否かを問はぬ。又若し目的物に滅失毀損の虞あり賣主の處置を待つこと能はざる場合には、之を競賣するを要するのであつて、之を緊急賣却 (Notverkauf) とする。但し此賣却を爲すには裁判所の許可を得るを要し、又競賣したならば遅滞なく賣主に對して其通知を發するを要する。競賣代金は或は之を保管し又は供託するを要する。

(八) 右の保管又は競賣は買主に課せられたる法律義務であつて自己義務ではなく、従て、若し此義務を怠つたならば賣主に對して損害賠償の義務を負ふことになる。

(三) 賣主より送附した目的物が註文した物品と異なる場合及び物品が註文したる數量を超過した場合についても、瑕疵による解除の場合の右の法則が準用される(二九條)。

第四章 交互計算

商人は其取引先に對し或は債權者として或は債務者として無數の取引關係に立つを常とする。今各取引毎に一々其支拂を爲すことの代りに、一定の期間内は箇々の支拂を爲さず或時期に一纏めに差引計算を爲すものとするときは、手數も省かれ、現金の死藏を免れる利益がある。尤も商人はかくすることによつて、一方に於ては債權の取立を延期することとなるが、その代りに他方に於ては債務を負ふてゐるのであつて、相互に擔保的な作用を營むこととなるが故に、通常は、右の如き計算方法をどつても格別の危険を負ふこととならぬ。そこで右の如き計算方法を採るべきことを約する契約即ち商法第二九一條が「商人間又ハ商人ト商人ニ非サル者トノ間ニ平常取引ヲ爲ス場合ニ於テ一定ノ期間内ノ取引ヨリ生スル債權債務ノ總額ニ付キ相殺ヲ爲シ其殘額ノ支拂ヲ爲スヘキコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス」としてゐる契約が即ち交互計算契約である。左に分説する。

一 概念 我が商法上は交互計算契約たるには

(イ) 當事者の一方又は雙方が商人たることを要する。即ちいづれかの一方だけが商人であればよい譯である。何種の商業を營む商人たるかを問はぬ。之に反し、當事者が雙方とも商人に非ざるときは、同様な包括的計算の約束成立するも、それは商法に所謂交互計算契約とはならず、商法交互計算に關する規定が之に當然に適用あることとはならぬ。

(ロ) 當事者間に相互に債權債務を生ずべき取引關係あるを要する。故に一方には債權のみ他方には債務のみ生ずべき關係あるに過ぎぬ場合、例へば小賣商と一般消費者との間には交互計算契約は存し得ぬ。但し債權債務を生ずべきことが豫定されてあればよいのであつて、後に一方にのみ債權を生じ又は全く債權債務を生ぜざることありとしても、交互計算契約たるを妨げない。交互計算契約は此意味に於て一の外套契約である。又交互計算契約は取立て得べき債權を一定期間取立てぬ點に於て與信的性質を有つてゐるが、其所謂外套契約たる點に於て純粹な與信契約(信用開始契約)と甚だしく其性質を異にする。

即ち與信契約に於ては與信者は相手方に對し約定の額まで信用を與ふべき義務を負ふのであつて、相手方は其額までの與信例へば貸附を請求し得るのであるが、交互計算契約に於ては、いづれの一方も相手方に對し與信を爲すべき義務を負ふに非ず、唯だ別に取引上の債權を生ずれば直ちに之が請求を爲さず一定期間据ゑ置くべき義務を負ふに止まるのである。

(八) 一定の時期に債權債務の總額につき相殺を爲し其殘額を支拂ふべき約束たることを要する。債權又は債務が一定の時期に總額相殺の方法によりて決済さるべき運命に置かれることを通常交互計算に組入れるといふのであるが、交互計算に組入れらるべき債權債務は必ずしも當事者間に生ずる總ての債權債務たることを要せず、何等かの標準により例へば取扱營業所又は取引の種類等により其範圍を限定することは勿論差支はない。加之、交互計算の性質上自ら制限あり、(一)金錢債權に非ざる債權は總て之に屬せぬとすることは定説としてよい。蓋し他の種類の債權は總額相殺には適せぬからである。(二)金錢債權であつても特に即時の或は現實の履行を要する債權例へば消費貸借の豫

約による債權の如きものは交互計算に屬せしめらるべきではない。(三)手形其他の有價證券上の債權も其特殊の行使方法の故に亦交互計算に屬せしめられぬ。手形其他の有價證券授受の對價例へば手形買取代金の如きものは交互計算に屬するものたることは勿論である。(四)取引によらざる債權例へば不法行為、事務管理等による債權も交互計算に屬せぬと解せられてゐる。

法律は單に債權債務とだけいつてゐるが、交互計算に組入れらるべきものは、獨り債權債務に限らず、支拂も亦同一である。蓋し後に述ぶる如く、計算期間中は、各債權についての支拂を求むるを得ず又支拂を爲すを得ざることとなるが故に、其或る債務の支拂として爲したる支拂は直ちに其債務を消滅せしめず、支拂額が其儘計算に組入れられ、後に總額相殺によつてのみ計算さるべき運命の下に置かれることとなるのである。

其間の取引を總額相殺によるべきものとする期間、從て亦決算の時期は契約に於て任意に之を定め得るは勿論であるが、商法は、別段の約束なきときは此期間を六ヶ月たるべきものとしてゐる(三九條)。

二 效果 計算期間中の效果と決算期に於ける效果とを別けて見る。

(イ) 計算期間中は、各債権及び債務は後に總額相殺によつて決済さるべき運命に服し、各債権各別の處分を爲すを得ざるることとなる。之を通常計算不可分の原則といふ。即ち各債権は各別に支拂を求むるを得ず、各別に譲渡すを得ず(此點は異論なきに非ず。總額相殺に服すべき債権と、從て各別の質入、各別の差押も之を爲すを得ざることを得ぬ。此點は譲渡は認め得ぬでもないやうに思はれる。)。其期間内は時効も進行せず、債務者の遅滞も生ぜざるることとなる。然しこれは各債権が總額相殺によつて計算さるべきものとなつた結果に過ぎぬのであつて、各債権の債権としての存在には何等の變更なく、或は解せられる如く、交互計算に組入れられることによりて更改を生ずるのではない。故に計算期間中に於ても各債権につき確認の訴を起すが如きは固より何の妨もない。

右の結果として各債務の支拂も其債務を消滅せしめることとはならず、其支拂は總額相殺の一項目として活きるに過ぎぬことは前にも述べた所である。手形其他の商業證券が授受された場合には其對價が計算に組入れられる。

これ手形其他の商業證券が満足に其債務者によりて支拂はるべきことを豫期してのことなるが故に、商法は、後に證券の債務者が辨済を爲さざるときは、當事者は其對價たる項目を交互計算より除去し得るものとしてゐる(三九條)。茲に所謂爲替手形の支拂入をも含むと解せねばならぬ。此法則は中世伊太利に於て、不渡の場合を留保して(salvo in caso)其對價を交互計算に組入れた慣習によるといふことである。右に所謂項目除去(stornierung)は、形式上は其項目を直接に抹消するのでなく、反對の項目を新に記入することによりて行はれる。一體交互計算の當事者が授受した手形等が不渡となつた場合には、之を受取つた一方は、其相手方たる授者に對しては求償權殊に手形にあつては手形上の償還請求權を有するを通常とする。故に此場合、其一方は交互計算に於ける對價項目を除去せず、別に其求償權を行つてもよい譯であつて、項目の除去は通常は其一方の爲めに各別の利益を齎らすものではないが、相手方が破産した場合に於ては項目除去は非常に有利である。蓋し、若し求償權を行ふとすれば、他の債権者と競合して平等の辨済を求め得るに止まるに反して、項目を除去するときは對價の全額を回復したると同一の結

果を収め得ることとなるからである。

(四) 決算期に於ては

(一) 債権債務の總額につき相殺され、殘額が確定される。總額相殺は如何なる債権につき行はれるか又所謂相殺は眞に法律上の相殺であるか否かは種々なる學說の存する所であるが、最も平明にして且正當と思はれるは、當事者間に於ては、相殺に先ち、まづ債権及び債務の總額が相互間の承認によつて各獨立の債権となり、相殺は此總額債権と總額債務との間に於て行はれる。次ぎに殘額がないならば、總額債権及び總額債務はいづれも消滅するだけのことであるが、若しいづれかの一方の爲めに殘額を生ずるならば、此殘額も亦相互間の承認によりて一の獨立の債権となるとする見方である。殘額債権が獨立のものであることは、獨逸法に於ては定説であつて、我が商法が「殘額ノ支拂ヲ約スル」といひ、又殘額承認後は、「各項目ニ付キ異議ヲ述フルコトヲ得ス」としてゐるのも(四九)殘額債権の獨立性を認めたとのと解せねばならぬ。之に反し總額債権も獨立の債権となることは定説と見ることは出來ぬが、各項目中には單に支拂に

過ぎぬものも存するが故に相殺は各項目につき爲されるものとするを得ず、且つ殘額の零たる場合もあることから考へれば、總額債権が一先づ成立し相殺は此總額債権につき行はれると見る方が適當である。いづれにしても以上の行爲は計算書の承認によりて同時に行はれるのであつて(二九)構成上は進行的であるとはいへ、事實上時間の經過を要するのではない。計算書は何人が作成する義務を負ふかは特約によつて定まる問題である。

殘額債権が確定されたならば各項目債権は總て消滅する。獨逸法に於ては、各項目債権の擔保は殘額承認後にも殘額の限度に於て其效力を存することとなつてゐる爲め(獨商五六條)、殘額債権承認の更改的效力を疑ふ者もないが、殘額債権の承認は之により從來の複雑なる各取引上の債権關係を一掃する目的を以て爲されるものなるが故に、其承認は更改力を有し從來の項目債権は消滅すると解するを相當とする。

(二) 殘額債権は當事者間の承認によつて發生する獨立の債権であり且更改的效力を有する結果として

(a) 各當事者は計算書承認後は各項目につき存在した瑕疵を理由として、残額債権自體を争ふことが出来ぬことになる。例へば各項目債権の原因たる取引が無効であり、取消され又は解除されたりといふが如き事由を以て残額債権を争ふことが出来ぬことになるのである。然しながら債務を負担することは一の財産の出捐に外ならぬのであるから、右の場合其一方は他方に對し不當利得を理由とする利得の返還を求め得ることは當然である。但し以上は各項目債権についての瑕疵の問題であつて、承認行為自體の瑕疵の問題ではない。債務承認も一の契約に外ならぬのであるから、承認行為自體の瑕疵例へば錯誤詐欺等を主張して、残額債権の成立を争ふを妨げないことは勿論である。

計算上の錯誤脱漏に就ても理論は同一である。即ち是等の事由は承認行為自體に就ては縁由の錯誤に過ぎぬのであつて、之を以て残額債権自體の成立を争ふことは出来ず、而も亦不當利得を理由とする利得の返還請求は敢て之を妨ぐべき理由はない。唯だ商法第二九四條但書は「錯誤又ハ脱漏ハ此限ニ在ラス」として計算上の錯誤脱漏に限り、例外として、之により残額債権の成立を争ふこ

とを許したかに見える。然し此但書は歐洲商人間の慣行を反映したものであつて、斯程の強き意味を有つ規定と解すべきでない。即ち歐洲に於ては、從來商人が計算書を承認するに當つては、錯誤又は脱漏を留保する旨 (S. E. O. : Excepted Errors and Omissions: Irtum vorbehalten) を附記する慣行があつたが、其意味は、錯誤脱漏による異議が法律上何ものに當るか、即ち不當利得の返還請求となるか、承認の否認となるかの點を決せんとしたものではなく、ともかく異議が言へるといふ計算上の意味を有するに過ぎぬのであつて、法律上の形式としては、是等の異議は残額債権自體を覆がへすのではなく、不當利得を理由とする返還請求に過ぎぬとすることは、右の留保の趣旨と反するものではないと解せられてゐる。我が商法の但書も右の留保と同一のものに過ぎぬと解すべきである。

(b) 残額承認は更改的效力を有する結果として、各項目債権の爲めに存したる擔保は當然に其效力を失ひ、残額債権の擔保とならぬ(明治四二、二、二〇日、大、民、判、録九九七頁は反對なるが如し)。假に残額の承認に更改力を認めぬとしても、残額債権は當該擔保附債権のみならず、他の債権及び支拂たる項目の集計であつて、擔保附債権の部分は、

其内の一部でしかあり得ない。故に擔保附債權が殘額債權中に生きてゐるとしても、その額は總額に對する其比例的割合以上ではあり得ぬ譯である。立法論としては、項目債權の擔保は擔保される債權額の限度に於て殘額債權を擔保するとすることが適當であらうが、解釋としては此結果を認めることは困難である。

(3) 殘額債權については、當然計算閉鎖の日以後の法定利息を請求することが出来る(二九五條一項)。利率は年六歩である(二七六條)。尙ほ此利息は既に各項目債權につき利息が附けられてあるときでも請求することが出来る(二九五條一項)。特に即時の重利が認められてゐる譯である(民四〇五條參照)。

(4) 殘額債權は交互計算繼續中は當然次の計算に組込まれ、次の計算の最初の債權項目となるのであつて、分離して其支拂を求め得るのではない。殘額の承認により契約が終了する場合ならば直ちに其支拂を求め得べきことは勿論である。

三 契約の終了 契約は期間の満了によつて終了すべきは勿論であるが、此

外、(1)當事者一方の破産(破産六條)により或は(2)當事者の解除(二九六條)によつて終了する。各當事者は何時にても一方的に解除(即ち告知)し得るのである。破産又は一方的解除により契約が終了せしめられるのは、此契約は相互的信任を基礎とする支拂の延期を含んでゐるものであるからである。

契約が終了した場合には、法定又は約定の決算期の如何に拘らず、直ちに計算を閉鎖すべく、殘額債權者たる一方は他の一方に對して直ちに其支拂を求めることが出来る(二九六條)。

第五章 匿名組合

匿名組合は、企業の方面より見れば、資本と人との結合を目的とする共同企業の一形態であつて、之に關する商法の規定は、會社法と同一平面に於て觀察することによつて、其企業形態としての法律上の特色を明かならしめることが出来る。然しながら、匿名組合は之を組織者の方面より見れば、元本の利用を目的とする對人的契約たること消費貸借と大差はない。我が商法は、匿名組合は、法律上は對外的な共同體を作るものに非ざる點より見て、之を商行爲法中に規定したのであらう。

匿名組合は合資會社と其祖先を同じくし、共に *Kommenda* 契約より發生したものだといふことである。「*コムメンダ*」は、當事者の一方即ち委託者が、他方即ち受託者に、金錢又は商品を委託し、他地に赴き取引を営ましめ、其利益を分配したものであるが、後には受託者も出資する *Collegantia* 又は *Societas* なるものが出來た。然し此「*コレガンチア*」に於ては、取引は受託者の名を以て行はれ委託者は全然外

部に立ち表はれなかつたのであるが、第一五世紀に至つて委託者も其出資の限度に於て外部第三者に對し責任を負ふ *Compagnia* なるものが發生したのであつて、「*コレガンチア*」が後に匿名組合「*コンパニヤ*」が合資會社となつたものであるといふことである。

一 概念 匿名組合は當事者の一方が相手方の營業の爲めに出資を爲し、其營業上の利益を分配すべきことを約する契約である(二九七條)。匿名組合なりや否やは、其組織の實質を見て決すべく、其名稱によつて決すべきでないことはいふまでもない。故に仲買營業が一人の名を以て營まれてゐても、實質上は組合であつて、匿名組合でないこともあり得る(大正六、五、二三日、大(民判、錄九一七頁))。匿名組合に於ては(イ)當事者は兩當事者であつて、民法組合の如く多數の當事者あることは許されぬ。此事は直接には明文はないが、商法が當事者の一方又は其相手方といひ(二九七條)、社員(七條)の脱退といはずして契約の解除といふが如き(三一條)皆二當事者を豫定してのことであり、沿革上も匿名組合は二當事者間に限り認められ來たつたものであることである。故に數人の當事者の間に一箇の匿名組合は成

立せず、事實上數人間に同時に匿名組合が成立せしめられても、法律上は其數に應ずる複數の獨立の匿名組合契約が成立することになるのである。但し當事者の一方として一人に限らず數人が共同することも出來、或は當事者の一方たる一人の匿名組合員が更に自己を營業者とし他人を匿名組合員とする下受組合を作ることとも可能であると解せられてゐる。然し、此後の場合に於ては、元組合の匿名組合員は下受組合については營業を行ふ者でなければならず、唯だ元組合の匿名組合員であるといふことだけでは此要件を充たすことにはならぬ。

(四) 當事者の一方が營業を營むことを要し、其當事者を營業者と稱する。營業者の營業は

(一) 會社の營業たるか個人の營業たるかを問はず又小商人の營業でもよい。或は商號を有する營業たるを要し、從て小商人の營業には匿名組合はあり得ぬとする説もあるが、商法第二九九條は寧ろ商號ある場合の規定であつて商號あることを要求するものとは解し難い。

(二) 匿名組合契約の目的たる營業は營業者の全營業たるを要せず、其一部の營業例へば支店の營業たり得る。然し、其營業は、内外の關係に於て、獨立して經營される營業たるを要し、一營業に屬する或る種類又は箇箇の取引のみについての匿名組合はあり得ない。

(三) 營業は契約の時に既に開始されあるを要せず、後に開始せらるべき營業の爲めにも匿名組合契約は成立する。又現に營業が爲され居るとしても、其營業を引續き遂行される場合でなければ匿名組合は成立し得ない。清算中の會社は此故に匿名組合を作ることが出來ぬ。

(八) 他の一方が出資を爲すことを要し、其一方を匿名組合員と稱する。出資は財産出資たるを要し、信用又は勞務の出資は認められて居らぬ(三〇四條)。即ち匿名組合員の事業への參加は物的(資本的)であつて人的ではない。

匿名組合に於ては、匿名組合員の爲したる出資は總て營業者の財産となり、民法組合に於ける如き共有財産とはならぬ(二九八條一項)。又營業者も或は其財産の一部を別けて特に組合の營業に供用すべきものとする場合に於ても、これ、營業者

自身の財産の管理の分離に過ぎずして組合への出資ではない。斯くの如く匿名組合に於ては、特別なる組合財産存せず、營業者の出資なるもの存せざることは、一般民法上の組合と大に異なる所である。

(二) 營業より生ずる利益を分配することを要する。即ち事業の成績に従ひ浮動する所の利益を分配することが匿名組合の絶對的な要素である。但し全利益が分配されることを要せず其最高額が制限されてゐても匿名組合たるを妨げぬ(獨り Vie'and. S. 779, Ann. 96)。又分配すべき最低額を保證する場合、それが利益の有無を問はず其額の分配をするといふ意味であれば、それは既に利益の分配ではなくて寧ろ利息の支拂たる性質を含むことになり匿名組合の本質に反する(Flechheim)。利益の分配と共に損失を分擔するを通常とするも、損失の分擔は匿名組合の要素でなく、又損失分擔の約束のみにては其契約に匿名組合たる性質を附與することにはならぬ。

(ホ) 匿名組合は契約に過ぎぬ。故に

(一) 匿名組合員が、營業者に對し資金を供給する點に於ては、合資會社と

類似してゐるが、合資會社の如く獨立の法人とならず、營業は専ら營業者の營業であつて、匿名組合員は營業の債權者に對しては何等直接の關係に立たぬ(二九八條二項)。

(二) 匿名組合の營業は、法律上は營業者のみの營業であつて共同の事業なるもの存せず、財産は總て營業者の財産であつて共有の組合財産を作らざる點に於て、一般民法上の組合とは甚だしく其性質を異にする。然しながら事業の結果に付き利害を共通にする點からいへば、經濟上は共同の事業を營むものといひ得るのであつて、從て民法組合の規定中、經濟上利害を共通にすることに基く規定は總て之を匿名組合に類推するを適當とする。匿名組合は組合の一種なりや否やは議論のある所であるが、適用すべき法律を定める爲めの問題としてに非ざる限り名稱の争に歸する。

(三) 匿名組合は他人の營業の爲めに元本の利用を許す點に於ては消費貸借と類似し、實際上も此兩者を區別するに困難なることも稀ではない。上述の如く、匿名組合は浮動的利益の分配を要素とするに反し、消費貸借にあつては確定率の利息を支拂ふが故に、通常は此點に於て兩者を區別することが出来る。

然しながら所謂共算的消費貸借 (partiarische Darlehen) に於ては、確定利息と共に、或は進みては、確定利息の代りに、利益を配當する場合も存在し、殊に此最後の場合に於ては、利益と利息との差異によつて兩者を區別することは出来ぬ。故に匿名組合と消費貸借とは元本の利用が専ら利己的利益 (egoistische Interesse) の爲めに許される場合たるか、共同的利益の爲めなるかにより區別すべしとし、或は組合意思ありや否やによるべしとし、或は唯一の標準に非ざれども、出資者が營業の監視權(三〇四條)を有するや否やにより區別し得べしとし、或は出資者が營業者に對し營業を爲すべきことを請求し得る權利を有するや否やによるべしとする等種々なる學説が提出されてゐる。恐らく具體的契約の全構造より見て、經濟上共同事業と認むべき關係ありや否や或は單に元本の利用の許容であつて利益の分配は利息に代るものに過ぎざるや否やにより區別するの外はないではないかと思はれる。

二 效果 匿名組合は營業者と匿名組合員との間の債權債務の關係に過ぎぬのであり、營業の債權者に對しては營業者のみが直接の法律關係に立つので

あるから、會社に於ける如き内外二面の關係存せず、匿名組合關係といへば所謂内部關係に外ならぬのである。然し會社との對照上同じく内外兩關係を別ち見ることによりて一層其特色を明かならしめ得る。

(イ) 内部關係

(1) 出資。匿名組合員は一定の出資を爲すを要し而も其出資は財産出資に限られ、信用又は勞務の出資の認められて居らぬことは前にも述べた所である。財産出資は或は物自體の出資であり或は物の利用の出資たり得る。物の利用の出資は匿名組合には認められぬとする説 (Wieland) もあるが正論ではない。出資の時期方法については雙務契約一般及び民法組合の規定に従ふべきことは勿論である。又匿名組合員の爲す出資は當然營業者の財産となり、匿名組合員は民法組合に於ける共有權的持分、合資會社に於ける社員權としての持分の如きものを有することとはならぬ。損益計算又は出資返還の標準として營業者との間に何等かの割合を定めたとしても、其割合は計算上の意味を有するに過ぎぬのである。

右に反し、營業者については出資なるものの存し得ざることも亦前に述べた所である。營業者が營業に従事すること自體が組合又は會社に於ける勞務出資に當り、又其營業財産を當該營業に供用することが組合又は會社に於ける財産出資に當るのであるが、此處では特別なる組合財産が作られる譯でなく從て出資とはならぬのである。或は匿名組合員との特約によつて當該營業に關する財産を分離するとしても、これ其財産の管理の分離に過ぎずして、其財産が特別なる共有財産とならず其分離が出資とならぬことも前に述べた所である。

(2) 營業上の行爲は營業者のみ之を行ふのであつて、匿名組合員に對して契約の趣旨に従ひ之を行ふべき義務を負擔する。故に營業者が營業を行はず、例へば約束の時期に之を開始せざるが如き場合には、匿名組合員は其開始を請求することが出來、又營業者が約旨に反する場合、例へば契約の目的たる營業以外の目的に財産を使用するが如き場合には、約旨に従ひ使用すべきことを請求し得る。

營業者は同時に組合の目的とする事業と同種の營業を營むことが出來るか

否か。或は合名會社に關する競争禁止の規定を類推して、營業者は別に同種の營業を營むを得ずと解すべしとする學説が頗る多いのであるが、一概に斯く論ずることはどうであらうか、寧ろ具體的匿名組合契約によつて解釋すべき事實問題なりとする方が正しからう。

營業者と異なり、匿名組合員は營業上の業務に關與する權利を有せぬ(三〇四條、三一五條)。然しながら、營業者に對し契約の趣旨に従ひ營業を營むべきことを請求し得るのみならず、合資會社の有限責任社員と同様の監視權を有し、(a)營業年度の終に於て營業時間内に限り會社の財産目録及び貸借對照表の閲覽を求め且營業上の業務及び財産の狀況を検査することが出來、(b)重要なる事由あるときは何時にても右の検査を爲すの權利を有する(三〇四條、三一一條)。

匿名組合員と雖も特約を以て、業務の執行に參與する權利を有するものとし、例へば一定の重要な事項は匿名組合員との協議を経べきものとする。これは匿名組合の性質には反せぬ。

(3) 地位の變更。匿名組合員は其財産を以て營業者の營業に參與する

に止まるのであつて人的給付を爲すものでない、即ち其參與は人的でなくて資本的である。而も其營業者に對する關係は普通の債權債務に過ぎぬのであるから、債權の讓渡によつて他人と交代するを妨げぬやうに見える。然しながら匿名組合契約は對人的信用を基礎とする繼續的關係なるが故に、其債權は當事者のいづれにとつても、一方的に之を他人に讓渡すことの出來ぬものと解すべきである。(合有的共有權の時分に關する民六七六。條は直に此處に類推すべきであるまい。)

(4) 利益の分配並に損失の分擔。匿名組合は、匿名組合員に對し利益を分配することを以て其要素とし且つ通常は損失をも分擔するものたることは前に述べた。

(a) 匿名組合に於て利益とは會社に於ける利益といふと異なり、單に營業による財産額の増加即ち益金を意味する。即ち(i)匿名組合に於ては株式會社に於ける一定の資本、合名會社に於ける財産出資の總額の如きもの存在せず、從て其損益も、一定の資本額に對する過不及の關係をいふに非ずして、單純に前期の財産額に對する今期の財産額の増減を意味するに過ぎぬことになる。

例へば營業年度を基準として年度利益又は年度損失といへば、年度始めの財産額に對する年度末の財産額の増減である。元來株式會社等に於て一定の資本を標準とし之を超過する財産のみを利益として配當することを許すは、少くも資本額に相當する財産額は利益として配當されず之を會社に保留せしめる爲めであり、資本額に相當する財産額を會社に保留せしめるのは、會社債權者の爲めに其執行の目的物たる會社財産を保存せしめる爲めである。而して斯の如く、法律が特に會社に於て、會社債權者の爲めに會社財産の保持を圖ることは、會社債權者は専ら會社財産の上のみ執行し得るに止まるからのことであることは此處に説明するまでもない。(合名會社に在ては事情異なるも少くも第一次。的には會社財産に對し執行し得るに止まる。)然るに匿名組合に於ては、其債權者に對しては組合財産といふが如き制限的な財産に限られず、營業者其全財産を以て責任を負ふが故に、保留すべき組合財産の最少限度としての資本額の如きものを標準として其損益を算定すべきものとはされて居らぬのである。次に亦(ii)匿名組合に於ける利益は營業による益金を意味し、固定財産の價額の騰貴による所謂評價利益を含まぬことも一般に認められて

ある所である。

匿名組合員に對する利益分配の割合は、契約に於て如何様にも定め得べきは勿論であるが、何等の特約なき場合には出資の割合に應ずることとなる(條一、項一)。
然し營業者には出資なるものなきが故に、計算の基礎につき別段の定めなきときは、右に所謂出資の割合とは營業者の自餘の財産及び其勞務を適當に評價したものに對する匿名組合員の出資額の割合といふことにならう。但し之は民法準用の結果であるが、或は營業者の財産の如何を問はず、單に匿名組合員のみにつき、全利益の何割といふが如く定め得ることも固より可能である。

商法は損益計算として營業年度の存在を豫想してゐるが(三〇四條、一、二)何を營業年度とすべきかは直接に規定して居らぬ。當事者間に特約なきときは一年と解するの外なからう(二七六條、二七七條)。決算期に於ける利益については、匿名組合員は當然其分配を求め得るのであり、營業者は營業に不利益なるの故を以て其支拂を拒むことは出來ぬ。又其利益は、特に合意を以て之を出資の増加とせざる限り、匿名組合員が其分配を求めざるの故に當然に其出資の増加となるのでない。但

し後に述べる如く、匿名組合員の負擔する損失はそれだけ出資を減少することになるのであるが、若し損失の分擔によつて出資が減少し居る場合には、次の利益は先づ此缺損の填補に充てられ、之を填補して尙ほ餘りあるに非ざれば其分配を求めることが出來ぬ(三〇條)。又一旦適法に分配された利益は、後に營業に損失を生ずるも、之を營業者に拂戻すことを要するのではない。

營業者は利益を分配すべき義務者であつて、營業者に對する利益分配といふことはあり得ない。

(b) 損失の分擔。損失を分擔することは匿名組合の要素でないことは上述した所である。故に之を分擔すべきや否や、分擔の割合如何は契約に於て任意に之を定め得る。利益を分配すべきことのみが定めあり損失の分擔については何等の定めもなき場合には、損失を分擔する約旨と解するを相當とする。利益を分配する以上損失をも分擔するのが常態だからである。法律は利益の分配を以て匿名組合の要素とはしてゐるが、これは匿名組合たるには少くも利益を分配するを要するといふだけのことであつて、利益のみを分配するを

常態とする趣旨を含んでゐるのではない。利益分配の割合のみが定められ、損失分擔の割合が定められて居らぬ場合には、其利益分配の割合は損失にも共通のものとして推定される(民六七) (四條)。

匿名組合員の損失の分擔については、匿名組合員なるものは、唯だ其出資財産のみを以て事業の危険を負擔するに止まるものなることを牢記して置かぬと解り難い。即ち匿名組合員は、一方に於ては、出資の割合に應じて損失を負擔するといふ法則はどこまでも存するのであるが、然し他方、其負擔する危険は出資に限られ、出資以上に別に財産を齎出して事業の損失を填補する義務を負はぬのである。即ち(i)、匿名組合員の負擔する損失は、その額だけ出資を減少することとなるに止まり、更に別に財産を齎出して之を填補するを要するのではない。即ち損失の分擔は、利益の配當と異なり、現實的の分配に非ずして計算上の分擔である。然しながら後年利益ある場合には、其利益は先づ出資の缺損の填補に充てられ、之を填補して尙ほ餘りあるに非ざれば、其分配を求めることが出来ぬ(三〇條)。尙ほ(ii)、損失は契約の存する限り其割合に應じて無制限に之を負擔する

のであつて、出資額に制限されるのではない。但し此點については異論あり、或は損失の分擔によつて出資が零となつた後は、匿名組合員は最早損失を分擔せぬとする者もないではない。然しながら契約の存続する限り損失の分擔が中止せらるべきは、若し中止されるものとすれば、事業の參與といふことも中止となる譯であつて、契約存続するに拘らず、斯の如き結果を生ずることは到底認められぬことである。此説は、匿名組合員は其出資額を限度として事業に參與するものなるが故に、出資減盡後は損失を分擔せずとするものなれども、匿名組合員は出資額を限度として事業に參與するといふことは、上述の如く出資の外に、別に財産を齎出するを要せぬといふだけの事であつて、契約存続中其參與がなくなるといふことになるべきはないのである。故に縦合出資(計算上の出資即ち出資勘定)が零となりたる後も、出資(契約に従ひ爲されたる出資)の割合に應じて損失を分擔すべきことには何等の變更を生ぜず、従て、出資が消極となることあるべきは當然であつて、此場合には、後年の利益は先づ此缺損の填補に充てられ、出資を回復したる後に於て始めて其分配を求め得ることとなるだけのことである。(iii)損失の

負擔によつて出資が減少したまゝにて契約が終了した場合には、匿名組合員は其殘額の返還を求め得るに止まることになる(三〇三條但書)。而して若し其出資が消極なる場合には、契約によつて引受けた出資額中、拂込未済の部分あらば、其消極部分を填補するに必要な限度に於て、匿名組合員に於て却て拂込を爲すを要することとなるが、然らざる場合には、匿名組合員は何等の拂込をも爲すを要せず、損失は全部營業者の負擔となるのである。

(ロ) 外部關係。匿名組合に於ては、營業者が其營業を行ひ、第三者に對し權利を有し義務を負ふのであつて、匿名組合員と外部第三者との間には直接の關係を生ぜぬ。即ち匿名組合は營業者と匿名組合員との間の對人的債權關係に過ぎぬのであり、第三者からいへば、匿名組合員は營業者に對する元本の貸主と同様のものである。故に匿名組合に於ては、固有の意味に於ける外部關係なるもの存せず、唯だ營業者と其取引先との關係あるのみである。但し

(1) 匿名組合員が、其氏又は氏名を營業者の商號中に用ひ、又は其商號を營業者の商號として用ひることを許諾したならば、其使用以後に生じた營業上

の債務については、營業者と連帶して其責に任せねばならぬ(二九條)。自己も營業者なるが如き外觀を許したることより生ずる責任である。

(2) 匿名組合員が營業者の爲めに、保證又は信用委任等の負責行爲を爲した場合には、其契約に基き責任を負ふは當然である。然し單に自己が匿名組合員たることを表明したに過ぎぬ場合は、勿論、單純なる推薦は保證又は信用委任とはならぬ。

三 契約の終了

(イ) 終了原因

(1) 當事者の一方的告知。次の場合には各當事者は其一方の意思表示のみによつて契約を解除(告知)することが出来る(三〇條)。

(a) 契約に存続期間の定めなきとき又は或る當事者の終身間組合の存続すべきことを定めたるときには、各當事者は、六ヶ月前の豫告を以て、營業年度の終に於て契約を解除することが出来る。六ヶ月前に豫告をして置けば營業年度末に於て當然解除となるのである。

(b) 已むことを得ざる事由あるときは、存続期間の定めあると否とを問はず、各当事者は何時にても契約を解除することが出来る。已むことを得ざる事由とは、固より各場合の事情の判断によるべきであり、營業者の疾病又は不適當なる營業の仕方等又匿名組合員については出資の怠慢等が問題となり得る。

右の法則は、組合に關する民法第六七八條、合名會社に關する商法第六八條と同趣旨の規定であつて、匿名組合の組合的性質を反映してゐる。

尙ほ、匿名組合員の債權者の告知權は、合名會社等に於けると同じく此處にも認められて居らぬ。匿名組合員の權利は既述の如く讓渡を許さざるものとすれば、其債權者は將來の給付としての利益分配請求權の上に執行するを得るに止まることとならう。

(2) 當事者の意思に因らざる事由(三〇)。

(a) 組合の目的たる事業の成功又は成功の不能。營業者が其營業を廢止し又は之を他人に讓渡した場合は、異論もあるが、事業成功の不能として契

約が當然に終了することとはならぬ。寧ろ此場合は匿名組合員は、營業者に對して約旨に従ふ營業の繼續を請求する權利を有し且契約違反を理由とする損害賠償請求權を有すると解すべきである。

(b) 營業者の死亡又は禁治産。匿名組合員の死亡又は禁治産の宣告は契約終了原因とならぬ。此點は合資會社である(七一)。

(c) 當事者の破産。いづれの一方の破産も契約の終了原因となる。

營業者破産の場合には、匿名組合員は其出資拂戻請求權につき破産債權者となり而も營業者の他の債權者と全く平等の地位に立ち、優先もせず又優先もされぬ。又損失を分擔してゐる場合に於て未だ拂込まざる出資殘額あるときは負擔せる損失を填補するに必要な程度に於て破産財團に對して拂込をせねばならぬ(破二二)五條)。故に負擔せる損失が、より少額なる場合には、未拂込出資全額の拂込を要せず、損失を填補するに必要な程度に制限されることになり、全額拂込済の場合其全額に對し他の債權者と平等の割合に於て出資拂戻請求權を行ひ得るに止まるに比して頗る有利な結果となる。又出資殘額なき場合には計算

上分擔せる損失が如何に多額でも何等の拂込を爲すを要せぬ。

右に反し、匿名組合員が破産した場合には、營業者は出資拂戻義務の範圍に於て財團に對する債務者となる。

(口) 契約終了の効果。契約が終了した場合には、營業者は必要なる計算を爲し、出資の拂戻をせねばならぬ。未了取引の計算等は總て民法組合の規定によるべきである(三〇條)。拂戻は金錢を以てすべきは當然であり、法律が出資の價額といふのも此事を示すものである。出資が損失の分擔によつて減少してゐる場合には其殘存額を返還すれば足りる。此處に出資とは爲されたる出資をいふこと勿論であつて、未だ拂込まれざる出資については拂戻義務はあるべきではない。出資殘額存するまゝに契約が終了すれば、其殘額の拂込義務も無くなるが、若し出資が損失の分擔によつて消極となり居る場合には、前にも述べた如く、消極部分に對しては出資殘額の限度に於て、却て匿名組合員に於て其拂込をせねばならぬことになる。

契約が終了しても營業者の營業の存否には何等の影響をも及ぼさぬ。即ち

營業者は從來通り營業を繼續してもよく、或は同時に廢業してもよい。其廢業した場合も、法律上は、契約の終了が營業の終了を來したのではなく、營業者の自由の決定による廢業である。

第六章 仲立營業

仲立人は所謂周旋業者である。商人にとり殊に不知の地に於て取引を爲すには必須の補助機關であるが、仲立人としては特別の資本又は營業組織を要することも少なく、其經濟的地位は比較的高くないのが通常である。墮落した商人でも善良なる周旋人だといふ諺のある處があるとのことであるが (Miller-Erdach) 何處も事情は同じいと見える。

仲立人は、始めは外國人の爲めに内國人との間の取引を媒介すると同時に、通辯を兼ねてゐたことである。歐洲中世に於ては、都市或は商人團體によつて其附屬機關として任命され、媒介業を獨占すると同時に、當事者雙方に對して公平なるべきこと、自ら取引を爲すを得ざること等の義務を負へる官職的な地位を有することとなり、後には當事者雙方の爲めに契約書を作成し且之を保存する公證人的のものとなつた。近世、職業の自由が認められることになること共に、其獨占的地位、官職的地位も存在理由を失つてしまつたものである。但し取

引所附屬の仲立人のみは所謂相場仲立人 (Kursmäkler) として之に特殊の地位を認めてゐる立法例はある。我國の取引所附屬の取引員は、我が國取引所の特別の組織に基き、取引所の取引は客の委託による場合にも取引員の名を以て締結され、且つ其取引については取引所に對し取引員自身が責任を負ふこととなつてゐるが故に、法律に所謂仲立人ではなく寧ろ問屋即ち取次業者たる性質を有つてゐる。

一 仲立人の概念 仲立人とは他人間の商行為の媒介を爲すを業とする者をいふとなつてゐる (三〇五條)。故に仲立人たるには

(イ) 他人間の媒介を爲すことを要する。媒介を爲すの點に於て取次を業とする問屋 (三三條) 及び代理を業とする代理商と異なる。唯だ媒介を業とする代理商とは、共に媒介をする點は同一なれども、代理商は一定の本人たる商人の爲めに媒介を爲すに反し、仲立人は一般人の爲めに媒介を爲す點に於て兩者間に差異ありとする。尙ほ代理商は本人の利益の爲めにのみ媒介を爲し、相手方との間に直接の法律關係を生せぬものであるに反し、仲立人は、委託者の利益の爲

めにのみならず、當事者雙方の利益の爲めに媒介を爲し、且つ其雙方に對し平等の權利を有し義務を負ふのが通常であつて、商法も此見地に於て規定を立ててゐるが、然し此事は必ずしも仲立人たるの要素とすることは出來ぬ。特約を以て他方に對する權利及び義務を除外することを妨げぬからである。

尙ほ媒介とは、他人間の契約の成立に盡力する場合のみならず、取引の機會を知らせるのも亦媒介である。商法は契約が成立せしめられる場合のみを眼中に置いて規定してゐる。然し此兩者の差異は實際としては餘り意味のないことになるかとも思へる。

(口) 仲立人の媒介の目的たるものは、他人間の商行為である。商行為に非ざる行為の媒介も之を業とすれば商人であるが(二六四條、二六五條)特に商行為の媒介でなければ仲立人とはならぬのである。但し商行為でさへあれば、當事者雙方の爲めの商行為なるか、又一方の爲めの商行為なるか、又其いづれの一方の爲めの商行為なるかを問はぬ。

(ハ) 仲立人は媒介することを營業とする者でなければならぬ。媒介の手

數料即ち口錢を得て營業利益とする場合である。仲立人の主要なものとして「ビル・ブローカー」船舶仲立人、土地賣買周旋人の如きものを挙げ得る。

仲立人の商人たることは論を俟たぬ(二六四條、二六五條)。

仲立人は他人間の商行為の媒介を業とする者であるが、同時に他の行為例へば代金を支拂ひ、目的物を受領する等の行為も之を爲してはならぬといふことはない、唯だ之が爲めには慣習あるか又は委託者の特別の委託が要るだけのことである(三〇六條)。亦從て仲立業と他の營業とを兼ねることも別に差支はない。例へば銀行が同時に證券賣買の仲立を爲す場合の如し。

二 仲立契約の性質 商法が仲立人として規定する所は、内容上は仲立契約より生ずる仲立人の權利義務の關係である。即ち仲立人の營業として行ふ仲立契約の規定であつて、同じく仲立人にも營業として爲したるに非ざる仲立契約、例へば友人の爲めに骨董品の買入を周旋しても、其仲立契約には商法の規定は適用されぬ。

一般に仲立契約は特殊の内容を有する特殊の契約である。尤も仲立契約に

は二種あり、(1)所謂一方的仲立契約に於ては、受託者の盡力により契約が成立したならば委託者は之に報酬を支拂はねばならぬが、然し受託者としては契約の成立に盡力すべき義務を負ふてゐるのではないのである。即ち受託者からいへば、報酬を得るには或る活動をせねばならぬだけのことであつて、單的に活動をせねばならぬのではなく、從て此契約を以て勞務の給付を目的とする雇傭又は委任等の性質を有つものとはいへない場合である。或は此契約は、當事者間に契約が成立すれば報酬を得、契約が成立しなければ報酬を得ない點からいへば、寧ろ仕事の完成を目的とする請負契約としてよいやうにも見えるが、然し契約を成立せしめるや否やは全く委託者の自由に決し得る所であつて、縱し受託者の周旋した契約が、註文通りのものであつたとしても、委託者は其契約を成立せしめねばならぬものではない。即ち仕事が完成せしめられるや否やは専ら委託者の決定することであつて、受託者の権内のことではない。故に此契約を以て請負契約とする譯にも行かぬ(故に獨民六五二條は特殊の型の契約として別に規定してゐる)。以上に反し、(2)所謂雙方的仲立契約に於ては、受託者も盡力義務を負擔すると同時に、委託者も契約の

成立に對して報酬を支拂ふ義務を負ふのであつて、有價の委任を認めてゐる我が民法の下に於ては、之を事務の處理を目的とする準委任と見ることが出来る。唯だ報酬は契約が成立せねば請求できぬ點は特異であるが、之は勞務に對する報酬の定め方と見ればよいのであつて、問題の重點は、委託者が勞務の義務を負ふや否やに存する。即ち勞務義務を負ふ場合には、受託者が何等の注意をも拂はず捨て置きたる場合には、義務違反による損害賠償義務を負ふに反し、之を負はぬとすれば手数料の請求が出来ぬだけで、別に損害賠償義務を負ふことにならぬ譯である。

我が商法の仲立人の爲す仲立契約は右のいづれなるかは明瞭ではないが、法律には、特に仲立人に盡力義務あることを前提としてゐる規定の一も存しない所から見れば、以上の兩者を含むと解すべきであらう。從て其いづれなるかは特約で定まることになるのであるが、商事取引の實際から考へれば、一方委託者は仲立人に仲立を委託する以上は相當の活動を豫期する譯であり、從て、仲立人が勞務の義務を負ふのが通常であるかと思はれる。仲立人としては勞務の義

務を負ひて而も契約が成立せねば手数料の請求が出来ぬとすることは不合理のやうでもあるが、仲立人である限り、營業全體としては無数の委託につき彼是相補充して利益を収め得るのであるから、之に勞務義務を認めても必ずしも苛酷であるとはいへまい。

要するに仲立人の爲す仲立契約が所謂雙方的仲立契約である場合には委託の性質を有することになり、商法の規定なき事項については民法委任の規定が補充的に適用されることになるが、一方的仲立契約の場合は寧ろ請負に近い性質を有することになると思ふ。

三 仲立契約の効果 仲立人が仲立を爲すには單に委託者の利益をのみ圖るべきにあらずして、委託者の相手方たる者の利益をも公平に考慮するを要し且つ法律の規定する見本保管義務以下の義務も、獨り委託者に對してのみならず委託者の相手方たる者に對しても等しく之を負ふのであり、その代りに、仲立手数料も當事者雙方平分して之を負擔することになつてゐる。仲立人が委託者に對して權利を有し義務を負ふは其契約當事者たることの當然の結果であ

るが、委託者の相手方に對しても直接に權利を有し義務を負ふことは異例に屬する。法律解釋として、相手方も明示的又默示的に仲立人と契約を締結するとする説もないではないが、寧ろ之は仲立人が官職的のものであつた沿革上の理由、媒介なる行爲の介在的性質に基き、法律の規定によつて生ずる關係と見る方が正當である。尙ほ仲立人は以上の如く、當事者雙方に對して平等の權利義務を有することは強行法に非ず、仲立人と委託者又は相手方との間の特約により之と異なる定を爲すことは敢て妨げない。

以下法律の規定する權利及び義務を略説する。

(イ) 仲立人の義務

(1) 見本保管の義務。仲立人が其媒介した行爲について見本を受取つてゐたならば、其行爲が完了するまで之を保管するを要する(三〇七條)。

所謂見本とは見本賣買に於ける見本を意味する。見本賣買は目的物が見本と同一の品質を有することを擔保する賣買であつて、見本を受取つた場合でも、賣買が固有の見本賣買でない場合には其見本を保管する義務はない。又見本

は賣買の目的物の品質を知り得る程度に保管すればよいのであつて、受取つた分量の全部の保管を要するのではない。保管の方法には制限なく、自ら保管し又は自己の責任に於て他人をして保管せしめてもよい。

保管は行爲が完了するまで之を爲すを要する。所謂完了とは、履行のみならず解除、和解、時効其他の方法により契約上の権利義務が消滅するに至つたことをいひ、保管を要せざるに至つた見本は當事者に返還するを要する。

(2) 契約證交付の義務。契約が成立したならば仲立人は遅滞なく契約證を作らねばならぬ。契約證には當事者の氏名又は商號、行爲の年月日、行爲の要領を記載し且つ之に署名するを要する。行爲の要領とは、目的物の名稱、數量、品質、履行方法、時期、場所等契約の内容たる事項の骨子をいふのである。仲立人は其記載の正當なることにつき責任を負ふのであつて、記載に誤謬があつた爲めに契約當事者に損害を蒙らしめた場合には、義務違反として其損害を賠償する責に任せねばならぬ。

右の契約證は、契約が直ちに履行される場合ならば之を各當事者に交付する

だけでよいが(三〇八條一項)、直ちに履行すべきものでない場合には、各當事者をして之に署名せしめた上、其相手方に交付するを要する(三〇八條二項)。即ち仲立人が仲介して契約證を交換させる譯である。所謂直ちに履行せざる場合とは、履行が後日に爲される總ての場合をいひ、期限附の場合のみならず條件附の場合をも含む。又所謂履行は目的物の給付をいふのであつて、代金の支拂が後日に爲される場合をいふのではないと解せられてゐる。以上の場合に於て、當事者の一方が書面を受領せず又は之に署名せざる場合には、仲立人は遅滞なく相手方に對して其通知を發するを要する(三〇八條三項)。これ斯の如き場合は、何事か異議あるべき場合なるが故に、相手方に通知して速かに必要なる處置をとらしめんが爲めである。

(3) 日記帳の作成並に其謄本の交付義務。仲立人は所謂仲立人日記帳を作り、其媒介によつて成立した行爲の當事者の氏名又は商號、行爲の年月日及び其要領を記載し置くを要する(三〇九條一項)。即ち此帳簿は、商人の一般の商業帳簿の如く、仲立人自身の取引を記載するに非ずして他人間の取引を記載するので

あり、又此記載は後日の爲めに其證據を保存する爲めであつて、仲立人の財産の状況を明かならしめる爲めではない。斯の如く此帳簿は商業帳簿に非ざるが故に、仲立人が小商人たるときにも、之を作成する義務を負ふことになる(八條參照)。各當事者は何時にても、仲立人に對し、仲立人が其當事者の爲めに媒介した行爲につき、其帳簿の謄本の交付を求めることが出来る(三〇九條一項)。

(4) 氏名黙秘義務(介入義務)。仲立人は、善良なる管理者としての注意義務の命ずる範圍内に於て、各當事者の取引上の機密は之を相手方に漏らすべからざるものであるが、特に當事者のいづれかの一方が、其氏名又は商號を相手方に示さざるべきことを命じた場合には、仲立人は契約證及び日記帳謄本には其氏名又は商號を記載することが出来ず(三〇三條)、相手方に對しては自ら履行を爲す責に任せねばならぬことになつてゐる(三一一條)。従て、我が商法の解釋としては、氏名を秘して仲立をした場合には、實は仲立人自ら契約を爲したると同一の關係に立つことになる。故に或は、仲立人は、右の場合、介入義務を負ふてゐるのであると説明されてゐる。然し、當事者の指圖に従ひ其氏名を秘した場合に限り介

入するのであるか、或は指圖の有無を問はず一般に當事者の氏名を秘した場合には常に介入義務を負ふかは判明せず、又之を介入といつても、問屋の介入の場合には自ら介入の意思を表示して始めて介入となるに反し、今の場合、相手方に對して仲立たることを示し置きながら其儘介入であるといふことになり、等しく介入といつても其關係甚だしく相異なつてゐることを注意して置かねばならぬ。

右の所謂介入に關する我が商法の規定は、頗る難解であり且つ其實用の程も疑はれる。察するに、商法第三一〇條第三、一一條は、獨商法第九五條に模して作られた規定であると思はれ、獨商法第九五條の義務は獨逸人も之を仲立人の介入義務といつてゐるのであるが、實は彼我の規定は甚だしく相異なつてゐる。獨逸法では、略言すれば、仲立人が當事者の一方の指圖に従ひ其氏名を記載せざる白紙契約證を相手方に交付した場合に於て、相手方が異議なく之を受領したならば、後に相當の期間内に仲立人の開示する當事者を當事者と認めねばならぬこととなるのであつて、此開示によつて始めて各當事者間に直接に請求し請

求される關係が出来るのである。而して仲立人は其取引については依然第三者たる媒介者に過ぎぬのであり、唯だ秘せられた氏名を相當の期間内に相手方に開示せざるか又は開示された當事者に對し相手方が之を拒み得べき正當な事由を有するときに限り、相手方に對し履行責任を負ふことになるのである。要するに、右は、取引の駆引上、始めより名を出すことを好まない委託者が、匿名のままにて仲立人をして交渉せしめ、相手方は、特に當事者を選ぶ必要を感じざる場合には匿名のままにて契約證を受領するのであつて、此場合には、後に仲立人の開示する當事者について異議が言へぬといふことになるのであり、取引は依然當事者相互間に成立せしめられるのである。唯だ然し、仲立人としては、後に示さるべき當事者は尋常の當事者たるべきことについて擔保責任を負はしめられ、不當の當事者であつた場合には、右の擔保責任に基き自ら履行すべき義務を負ふことになるのである。此法則は獨逸に於ては、ベルリン、ハンブルグ、フランクフルト等に於ける取引所の取引についての慣習に基くものだこのことである。我が商法のは、匿名當事者は永久に匿名者であり、殊に謄本交付について

すらも匿名たるべきことになつて居り、仲立人は始めから履行責任を負はされてゐるのであつて、取引は何時又如何にして、且つ何人の間に成立するのか、全く解らぬといふの外はない。

(口) 仲立人の權利。仲立人は約定あるときは勿論、約定なきときでも相當の報酬を請求することが出来る^(四七)。而も此報酬は別段の定めなきときは當事者雙方平分して負擔すべきものと規定されてゐる^(三一)。此規定は、當事者相互間に於て平等に負擔すべしとする内部關係を定めたのではなく、仲立人は直接に各當事者に對して其半額宛を請求し得べしとしてゐるのである。

然しながら仲立人の報酬は、契約が成立し且つ契約證の交付又は交換を了つた後でなければ請求することが出来ぬ^(三一)。報酬を請求する時期を、單に契約成立の時とせず契約證の交付又は交換の時まで遅らせてゐるのは、仲立人をして、成るべく相手方を精選せしめ、輕卒なる媒介を避けしめんが爲めである。今斯の如く、仲立人が報酬を請求し得るが爲めには、當事者の契約が恰も仲立人の媒介によつて成立せしめられたことを要するが故に(1)ともかく、當事者間に

於て契約が成立しない以上は、仲立人は如何に大なる盡力を拂つたとしても報酬を請求することが出来ぬ。契約の不成立は當事者が之を拒絶したるによると否と、拒絶が正當なる理由によると否とを問はず、又仲立人の媒介した取引が委託者の指圖した總ての條件に適合してゐるとしても同様である。次に(2)、契約が其效力を生ずることを要し、停止條件附にて成立した場合には、條件が成就した上でなければ報酬を請求することが出来ぬ。解除條件附にて契約が成立した場合には直ちに之を請求することが出来るが、條件が成就したならば之を返還せねばならぬ。取消及び留保された解除權の行使による解除も解除條件と同一に解すべきである。次に(3)、契約が仲立人の媒介によつて成立せしめられたことを要し、媒介と無關係に成立した場合には報酬を請求することが出来ぬ。然し仲立人の媒介によつて成立した以上は、細部までも一致するを要せず、主要部分に於て一致して居ればよい。

特別の約束を以て報酬支拂の時期を定め、例へば契約が履行されたとき之を支拂ふといふが如くなし得ることは勿論である(明治四一、七、三、六、大、民判、録八二〇頁)。

第七章 問 屋 營 業

商人が他人をして其他人の名義を以て、實は自己の計算に於て取引せしめることは、結局其他人の信用を利用する爲めであるが、斯様な取引方法は、歐洲に於ては涉外的取引の發達につれて發達したもの如くである。蓋し知らぬ他國での取引でないならば、他人殊に土着人の智識信用を利用する必要もないはずだからである。

歐羅巴に於ては、(1)旅行者が遠隔の地に行商するに當り、土着人を雇入れて通辯の任に當らしめると同時に、其土着人の名義にて取引を行はしめ、或は市場が閉鎖され商人が其土地を引き揚げるに當り、賣れ残り品を土着人に委託し、土着人の名を以て販賣せしめる等のことは既に第十世紀に遡りて認め得るといふことである。(2)商人自身は内地に在つて外國に於ける取引を行ふには、匿名組合について述べた *Kommenda* の外、自己の雇人を外國に派遣して取引せしめることも行はれたが、此場合、不知の他國に於て主人の名義を以てすることは全く

無意味なるが故に、おのづから雇人自身の名を以て取引したものであり、此雇人が遂に常置的(Factor)となり、次では獨立の商人として取次商ともなつたものだとのことである。尙ほ又(3)、土着の商人を取次商として用ひることも歐洲中世には一般に行はれ、殊に各都市が、外國人には入市税を課し、又は外國人間の市場外の取引を禁止し居るが如き場合には、土着の商人を利用することによつて是等の不利益を免れ得るのみならず、逆に土着人の市民としての特權を利用するを得たのであつた。第十六世紀には、取次商は明かに獨立の商業として發達を遂げ、第十八世紀の後半には其最盛期に達し、外國貿易には缺くべからざる機關となつた。蓋し取次商即ち問屋は、其取次いだ取引については、相手方に對しては自ら權利者義務者となるが故に、外國人たる商人は、土着の問屋を用ひることによつて問屋の其地方に於ける信用を利用し得るのみならず、問屋の地方的智識をも利用し得るといふ利益あるが爲め、問屋は外國貿易上極めて重要な地歩を占めることとなつたものである。然るに近世通信交通の便開け貿易商の名が廣く世界的に傳播されることとなつては、商人は比較的費用多き問

屋によるよりは、直接の支店又は代理店を選び、問屋は昔の重要性を失ふこととなりはしたが、而も今尙ほ實用なきに非ず、殊に商品又は有價證券の大量的取引を爲すには、其機密を保つ必要の爲めに、自己の名を顯はさず、問屋を利用する等の新たな必要も起り、問屋は今日に於ても重要な商業の一種たる地位を有してゐる。

我が國從來の廻船問屋は、歐洲に於けると同様の理由殊に亦當時の航海は、一に便風に頼り、船主荷主は任意に目的地に滞在し得るものに非ざりしこと等を考へ、恐らく取次商の性質を有してゐたと想像される。取引所の取引員は法律上問屋の性質を有することは前に述べた所である。

一 問屋の概念 問屋とは自己の名を以て、他人の計算に於て、物品の販賣又は買入を爲すを業とする者をいふのである(三三條)。即ち

(イ) 問屋は自己の名を以て委託者の計算に於て取引を爲すこと即ち取次を爲すものであつて、故に或は之を取次商ともいふ。然し問屋は同時に自己の名を以て自己の計算に於て箇々の商行爲を爲し(明治三五、一二、一、日、大、民、判、録一一卷四一頁は通常は他人の委託によつて取引を爲

すものと看做す)又は商業を営むことは少しも差支はなく、かく自己商が取次商を兼ねることは却て便利なることが多い。唯だ此場合に於ては、客との間の販賣又は買入の委託は、眞に取次の委託であるか或は直接の賣買であるかが動もすれば明瞭ならず、十分の注意を以て吟味するを要する。買入につき、委託者と問屋との間に目的物の代價が確定的に取極めある場合、又販賣につき、問屋が委託者の指定價額より高價に販賣し得たときは、問屋が其差額を取得すべき旨の約束あるが如き場合は、通常は、取次ではなく寧ろ賣買であらう。

取次の委託なりや賣買なりやは當事者が取次の言葉を用ひたか否かといふことだけでは決せられず、又問屋が取引の相手方たる第三者に對し委託者の名を示したとしても必ずしも取次でないとは限らぬ、委託者の名を示し而も取次たることを明かにして取次する場合も亦取次だからである。

(ロ) 取次の目的たる行爲は物品の販賣又は買入でなければならぬ。我が商法上は、他人の爲めに取次を爲すを業とする者は總て商人であるが(二六四條)問屋たるには、特に物品賣買の取次を業とする者でなければならぬ。物品は有價

證券を含む例は他にも存するが故に(三八條)此處にも同一に解すべきであり、株式取引所の取引員も此故に問屋たる性質を有することになる。販賣買入に非ざる行爲の取次を業とする者は右の意味の問屋でないが、商法は之にも問屋の規定を準用すべきものとしてゐる(三二條)故に或は之を準問屋といふ。但し運送取扱人も運送の取次を業とする者であつて、一種の取次商であるが之は別に獨立して規定されてゐる。不動産賣買の取次を業とする者は、物品の賣買の取次に非ざる點に於て固有の問屋ではなく、而も又賣買を取次ぐ點に於て準問屋にも當らぬ。然し之は法律の脱漏ではなく、不動産賣買の取次たるの故に、動産を目的とする問屋の規定を準用するに適せずとしたものと解すべきであらう。

問屋の問屋たるに必要なるは販賣又は買入の取次であることは注意を要する。換言すれば、問屋が自己の名を以て他人の計算に於てするを要するは、賣買契約の締結であつて其履行ではない。故に問屋が委託者の計算に於て自己の名を以て、第三者と賣買契約を締結した以上は、縦令履行としての目的物の授受が直接に委託者と第三者との間に爲されても、問屋が取次をしなかつたことに

はならず、問屋の問屋たる性質を害するものではないのである。

(ハ) 問屋たるには取次の引受を業とする者でなければならぬ。本来取次に於ては、取次人と委託者との間の取次の委託と、其委託の實行として爲される問屋と其相手方(委託者より
は第三者)との間の賣買との二面の法律關係を生ずるのであるが、問屋の營業の物體となるのは委託の引受であつて實行行爲たる賣買でない。即ち問屋は委託の引受に對する手数料を以て營業收入とするものであつて賣買の差益ではないのである。實行々爲たる賣買も問屋は自己の名を以てするのではあるが、専ら委託者の計算に於てするものなるが故に、をのづから問屋の營利行爲とはなり得ざるものである。但し問屋は同時に自己商としての賣買商たる資格を兼ね有するを妨げざることは既に述べた通りである。

物品の賣買の取次の委託の引受を業とする以上、委託者が商人なりや否やを問はず、又其引受は一般人の爲めなりや特定人の爲めなりやをも問はぬ。特定の商人の爲めに其營業部類の行爲の取次を爲すを業とする者を或は取次代理商 (Kommissionsagent) といつてよいであらうが、然し此者は尙ほ問屋であつて代理

商でないことは勿論である。

問屋の商人たることは勿論である(二六四條
一一號)。

二 取次契約の性質 商法は、問屋營業と題し問屋の權利義務を規定してゐるが、其規定は皆問屋が營業として行ふ取次契約より生ずる問屋の權利義務に關するものたることは、仲立營業についての場合と全く同一である。

取次契約の性質についても異論あり、獨逸法は有償の委任を認めず、而も問屋の報酬は實行々爲たる賣買契約が成立して始めて之を請求し得る點より見て取次契約を請負とする説が多いが、我が商法には報酬については別に規定がなく、之を委任と解するに何の妨げもない。故に商法第三一四條第二項は委任に關する規定を準用すとしてゐるが、所謂準用は補充的適用の意と解してよいであらう。

三 契約の効果 問屋の義務と權利とに別けて見る。

(イ) 義務。問屋の義務として商法に規定されてゐるのは次の三項である。
(1) 履行擔保責任。特約又は別段の慣習なき限り、問屋は委託者の爲め

に爲したる販賣又は買入につき、相手方が其債務を履行せざる場合には、委託者に對し自ら履行を爲す責に任ずる^(三三)。本來問屋は自己の名を以て賣買を爲すものなるが故に、問屋と其相手方との間には賣買による債權債務の關係を生ずるが、委託者と相手方との間には直接の法律關係を生ぜず、從て委託者は相手方に對し直接に履行を請求するを得ず、問屋より之を請求するの外はないのであるが、然し問屋は、問屋としては、相手方に對し履行の請求をさへすればよいのであつて、委託者に對し、相手方に代つて履行を爲すまでの義務を負ふものではない。然るに商法は此結果と反對に、問屋をして相手方に代つて契約通りの履行を爲すべき義務を負はしめてゐるのであつて、これは問屋に一種の履行擔保責任を負はしめたものに外ならぬ。問屋の此義務は固より保證義務ではないが^(主たる債務なし)、相手方の義務に代る義務に過ぎぬのであるから、問屋は相手方の有する抗辯例へば不完全履行又は同時履行の抗辯の如きものは總て之を利用し得るものとせねばならぬ。

商法は、特約又は別段の慣習あるときは問屋は右の責任を負はぬとしてゐる。

故に慣習は別として、特約なき限りは當然右の擔保責任を負はねばならぬことになるが、問屋がかく重き責任を負ふべきものとすれば、其報酬は保険料の意味のものをも加へて、自ら高價なものとならざるを得ない。

(2) 通知義務。問屋が目的物の販賣又は買入をしたならば、遲滞なく委託者に對して其通知を發するを要する^(三一九條三七條、三二〇條四五條)。

(3) 指値との差額の負擔。問屋は委託の本旨に従ひ販賣買入を爲すべきは勿論であつて、委託者の指定したよりも高價にて買入れ、又は廉く賣放つた場合は、委任の本旨に適したものと云ふことが出來ず、委託者は其賣買を委託の實行と認めることを拒むことが出來る譯である。然しながら、若し問屋が其差額を負擔するならば右の場合には有效な委託の實行となり、委託者之を否認するを得ないことになる^(三一六條)。

右と逆に、委託者の指値よりも高く賣り又は廉く買入れ得た場合、其利益は總て委託者に歸せしむべきことは、賣買が委託者の計算に於て爲されることの當然の結果である。但し其有利條件が例へば代價の割引が、特に問屋の一身に對

して許されたものであつて、委託者が之によつて何等の不利をも蒙らぬ場合には問屋は其利益を受け得ることになる。

値段の指圖以外の指圖についても問屋は一般に之に従ふべく、委託と同時にものに限らず其後の指圖についても同一である。然しながら其指圖に於ける要求の程度は必ずしも一様でない、例へば米の代りに麥を買入れた如き場合は實行賣買たり得ざる事は明かであるが、履行の時期、場所等に關する指圖については一概にさうはいへぬ。絶對的の區別ではないが、命令的指圖(imperative Warnings)と指示的或は説明的指圖(demonstrative W.)とあり、前者に違反したときは實行賣買とはならず、縦令問屋が委託者の爲めに利益なりと信じてゐたとしても不可であるが、唯だ指圖が明かに謬であり又は事情が變更した如き場合にのみは必ずしも此の結果を生せぬであらう。之に反し説明的指圖に違反したに過ぎぬ場合は、或は損害賠償義務を負擔することになつても實行賣買としては常に有效であらう。

以上商法に掲げてある義務の外、問屋は一般に委託者の利益に注意し、例へば目的物に損敗の虞あるときは適當なる處置をとり、買入れた目的物に瑕疵あるときは相手方に對して遅滞なく其通知を爲すが如きは、信義の法則の要求する所といひ得る。

(四) 問屋の權利

(一) 報酬請求權。一般委任には有償と無償とあるが、問屋に對する取次の委託は常に有償であつて、別段の定なきときと雖も問屋は相當の報酬を請求することが出来る(二七、四條)。

報酬請求の時期は委任履行のとき、従て通常は實行賣買が締結されたときであるが、賣買成立するに至らざる途中にて委任が終了した場合に於ても、其終了が問屋の責に歸すべき事由によらざる場合には、其既に爲したる勞務に對して報酬を請求することが出来る(八、六、四條)。之は取次の委託を委任と見る當然の結果であつて、仲立人の場合と稍其効果を異にする。

尙ほ商法には特別の規定はないが、問屋は實行賣買につき委託者の爲めに費用の立替をする義務を負ふものでないが(九、六、四條)、必要費用例へば關稅、倉敷料、運

送貨の如きものを立替へた場合には其求償を爲し得べきことは勿論である
(民六五〇條尙ほ二七五條)。

(2) 留置權。問屋は別段の定めなき限り、代理商と同様、其取次によつて生じた債權の爲めに、委託者の爲めに占有する物又は有價證券の上に留置權を有する(三一九條四條)。(a) 目的物が債務者所有の物又は有價證券たるを要せず、單に債務者、即ち此處では委託者の爲めに、占有する物又は有價證券たるを以て足る點に於て、一般の商事留置權と異なること、(b) 並に此兩者間の其他の差異は代理商の留置權について述べた所と同一である。蓋し問屋は代理商と同様、委託者の爲めに相手方より目的物の引渡を受け而も其所有權が未だ委託者に移轉されざるが如き場合に、目的物が委託者の物に非ざるの故を以て此留置權を認めないことは極めて不都合だからである。

(3) 自助賣却權。問屋が買入の委託を受けた場合に於て、委託者が其物品を受取ることを拒み又は之を受取ること能はざるときは、目的物を供託し又は競賣して、其代金を以て取次契約に基く債權の辨済に充てる權利を有する。

この權利の發生要件、效力等總て商事賣買に於ける賣主についての場合と全く同一である(三一八條二八六條)。

(4) 介入權。問屋が委託者よりは、目的物を第三者へ賣渡し又は第三者より買入れることの委託を受けるものであるが、委託者の利益を害せざる限りは、問屋自身が賣主又は買主の地位に立つことを許してもよい譯であるばかりでなく、問屋が同時に自己商を兼ねることも多いのであるから、斯くすることは當事者雙方にとつて却て便利とすべきことも少くはない。此場合委託者の利益を害することは、問屋が委託通りに第三者より買入れるよりも其手持品を高價に賣附け、又は第三者へ賣り得たより廉く引取ることによつて爲されるのであるから、物に客觀的相場ある場合に限り、其相場に於て賣主買主の地位に立ち得るに止まるものとすれば、委託者は特に不利益を受けたことにもならぬ道理である。故に商法は一定の條件の下に、問屋自身が賣主又は買主の地位に立つことを許してゐるのであつて(三一七條七條)、之を問屋の介入權と稱する。尙ほ之を簡單に分説する。

(a) 介入の要件。(1)販賣又は買入れの目的物たる物品及び有價證券について取引所の相場あることを要する。取引所は介入の地、即ち經濟上、問屋の營業所所在地の物價を支配する取引所たることを要し、又介入の時に其相場を有する取引所たることを要すと解すべきである。(2)委託の趣旨が介入と相容れざるものに非ざることを要する。介入と相容れざる場合とは、例へば特に買入先を指定しあるが如き場合であつて、斯の如き指定は、委託と同時に爲されたか或は後に爲されたかを問はず、問屋は之に従はねばならぬ。此點は法律には明定してないが、委託の委任契約たる性質上かく解せねばならぬ。

(b) 介入の方法。介入は委託者に對する意思表示によつて之を爲すのであるが、其意思表示は特に介入する旨の意思表示たるを要し、單に「委託された買附を爲したり」又は「賣渡したり」この通知のみにては介入とはならぬ。介入は何時爲されたことになるかは、商法には直接の規定はなく、此場合の代價は介入の通知を發した時の取引所の相場によつて定むべきものとしてゐる點からいへば、通知を發した時に介入されたと解すべきやうに見える。然しながら、介

入の意思表示は受領を要する意思表示たること勿論なるが故に、介入の意思表示の到達によつて介入の効果を生じ、其効果の内容は遡及的に發送の時に遡ると解すべきであらう。斯く解するに非ざれば何が故に發信の時の相場によらしめるかの理由なきこととなるであらう。若し右の如く解するとすれば、問屋は、通知が委託者に到達するまでは其介入を撤回することが出来ることになる。

(c) 效果。問屋が介入したならば委託者に對しては賣主又は買主と同一の地位に立つことになる。即ち販賣の委託の場合には委託者に對しては買主と同一の權利義務を有し、又買入の委託の場合には委託者に對して、賣主と同一の權利を有し義務を負ふことになる。而もいづれの場合にも、問屋は委託者に對して併せて問屋としての報酬をも請求する權利を有することは法律の明定する所である。

(d) 介入の性質。問屋の介入の法律的構成については、從來は種々議論のあつた所である。問屋が第三者を賣主又は買主とする代りに自ら賣主又

は買主となるに過ぎぬとすることは、一見素朴で解り易いようであるが、法律上は斯く解することは出来ぬ。問屋が委託者の委託により爲す所の實行々爲たる販賣又は買入は、勿論問屋自己の名を以てするのである、今これに對して問屋自身が賣主となり又は買主となることは、結局自己が自己より買ひ又は自己が自己に賣ることに外ならぬ。然るに、自己が自己と賣買契約を締結することは法律上不能だからである。故に今日では、介入は法律の認めたる委託實行の一種の方法に過ぎぬのであつて、問屋が自己と賣買をするのではないと解することに一定してゐる。介入に拘らず問屋が手数料を請求し得ることもよく此説と調和する(大正四、九、三〇日、大、民、判、録一五三六頁は問屋が委託者の爲めに第三者と賣買を爲す場合に於て其相手方たる第三者より同一賣買の委託を受くることは民法第一〇八條に該當するとしてゐるは間違である。此場合は双方代理でなく、特に介入の慣習なき限り、法律上不能の場合である。)

尙ほ問屋の介入權は所謂形成權であることは右によつて明かである。

我が國の取引所に於ける取引員は問屋の性質を有することは前にも述べた。我が取引所に於て慣習的に行はれてゐる所謂「附け出しバイカイ」は何であるかは一時大に争はれ、法律家は多くは自己が自己と賣買するのであるから無効で

あるとし、實務家は、多くは、一の計算方法であつて法律上も效力を認められぬ譯がないとしたのであつたが、實は、取引員即ち仲買人が問屋として有する介入に外ならぬのであつて、法律上も有効と認めて差支のないことなのである。

四 問屋と第三者及び委託者との間の法律關係 問屋が取次の實行として第三者と賣買契約を締結すると、一方に於ては問屋と委託者との委託關係(即ち取次契約關係)と、他方に於ては問屋と第三者との間の賣買關係との二の法律關係が成立する。委託關係は問屋と委託者との間の權利義務關係であつて、之は契約の效果として右に説明した所であり、問屋と第三者との間の法律關係は賣買一般の法則に従へばよいのであつて別に新なる問題はないはずである。所が右の委託關係と賣買關係は法律形式上は全く別箇の關係ではあるが、實質的には相牽聯してゐるのであつて、問屋の名を以てする賣買は經濟上は委託者の賣買であり、問屋の第三者より取得したる目的物は經濟上は委託者の物である。法律形式上右二つの關係が截然別箇のものとなる點が、問屋の問屋としての存在理由を爲すものであるが、而も亦恰も此點が、實質と形式の背離となつて、實質

的には認むべからざる不都合を生ずる。實は問屋制度はこの矛盾せる要求に適應すべき困難なる運命を擔ふてゐるのであつて、而も此點に關する我が商法の規定は殆ど缺如の状態にある。今、問屋と第三者との間の賣買につき、問屋、第三者及び委託者の三者がそれぞれ如何なる關係に立つか、(1)問屋と第三者、(2)委託者と第三者及び(3)問屋と委託者との間の關係に別けて觀察する。

(イ) 問屋と第三者との間の關係。茲に第三者とは取次委託契約からいつての第三者であつて、實行賣買からいへば問屋の相手方である。問屋は第三者に對しては自己の名を以て賣買を爲すものなるが故に、(1)契約の成立及び效力に影響を及ぼすべき事項は總て問屋について決せられ、委託者についての事情によつて影響を受けぬ。例へば委託者が錯誤、詐欺又は強迫によつて問屋をして目的物を賣買せしめんと欲したものであつたとしても、問屋自身が錯誤、詐欺又は強迫によつて賣買を爲したるに非ざる限りは、賣買の效力には何等の影響がないのである。委託者が問屋より賣買による債權を讓受けて、第三者に對し其請求を爲す場合でも、右の理論には變更がなく、第三者に對し錯誤による無効、

詐欺による取消等を對抗することは出來ぬ。又反對に委託者の詐欺により第三者が問屋と取引した場合にも、問屋と委託者とが通謀したるに非ざる限り、第三者は問屋に對し取消を以て對抗することが出來ぬ(六條)。②、賣買契約の效力は専ら問屋と第三者との間に發生し、問屋は、委託者の第三者に對して有する抗辯事由を以て第三者に對抗することが出來ず、委託者の債權を以て第三者に對する債務と相殺することは出來ぬ。第三者の問屋に對する關係も亦同一であつて、第三者は委託者に對する抗辯を以て問屋に對抗することが出來ず、又委託者に對する債權を以て問屋に對する債務と相殺することも出來ぬ。而も此關係は、問屋が第三者と賣買を爲すに當り委託者の何人なるかを示したとしても、問屋として即ち自己の名を以て其取引をした以上は常に同じである。

(ロ) 委託者と第三者との間の關係。委託者は第三者と何等直接の關係に立たず、從て、委託者は、賣買契約に基く問屋の權利を讓受けぬ以上、第三者に對する權利者とならず、其義務についても亦同じである。此結果として、第三者が賣買契約の不履行の責に任ずる場合、其第三者に對して損害賠償請求權を有する

者も亦問屋であつて委託者ではないことになる。然るに此場合、第三者の不履行によつて損害を受ける者は委託者であつて問屋ではない。何となれば、第三者が履行せぬ限り問屋も亦委託者に對し委託の不履行となる外はないのであるが、而も此不履行は第三者の行爲による不履行であつて問屋の責に歸すべき事由による不履行でなく、從て、問屋は委託者に對しては、商法第三百十五條により擔保責任を負ふ場合を別として、損害賠償義務を負はぬことになる。從て、第三者の不履行により問屋は別に損害を蒙らず、形式上は第三者に對し損害賠償請求權を有するのではあるが、實損害なき點から此權利を有せぬことになる。果して然りとすれば、第三者は其責に歸すべき事由により履行を不能ならしめたるに拘らず委託者に對しては勿論問屋に對しても損害賠償義務を負はぬといふ極めて不都合なる結果となる。或は此場合は商法第三一四條第二項により代理の規定の準備によつて、委託者が直接に第三者に對する權利者となるとする説があるかも知らぬが、問屋の賣買により直ちに委託者が第三者に對する權利者となることは、問屋制度自體の否認抹殺に外ならぬ。獨逸の通説

は、此場合は他人の利益につきて自己の損害を主張し得る所謂間接損害の一場合として、問屋は第三者に對し損害賠償を請求し得るものとしてゐる。但し其法律的構成は亦實に種々であつて、問屋の外に委託者も權利を有せざるや、或は問屋に非ずして委託者のみが權利を有するに非ずや等の點については結論も同一ではない。思ふに問屋制度に於ては、異例的に法律的形式と經濟的利益との分離が認められるのであつて、斯る分離を豫想せざる法律關係に於て損害といふ場合には、分離された法律形式の上のみからは定められず、經濟的利益とが結合された全體の形に於て定められねばならぬことになるべきであらう。

(ハ) 問屋と委託者との間の關係。實行賣買により第三者に對し權利者となる者は問屋であつて委託者でない。勿論問屋は委託者に對しては、此賣買によつて取得した債權を移轉する義務を負ふてゐるのであり、(民六四六條二項)委託者は亦此移轉によつて、始めて第三者に對する權利者となるのである。然し亦此移轉あるまでは債權者は依然問屋であつて委託者ではない。然るに此事は問屋が其債權を移轉する前に破産した場合には甚しき不都合を生ずる。即ち問屋の

此債權は經濟上は委託者のものなるに拘らず當然破産財團に屬し、委託者は其債權の移轉を求める權利につき他の債權者と競合して平等の辨濟を受け得るに止まることとなるの外はないのである。或は此場合は、商法第三一四條第二項により代理の規定が準用され、問屋が賣買により取得した權利は、委託者と問屋との間には委託者のものとなるが故に、右の不都合を生せぬとする説が我國では多いが(大正一二、一二、一日、大、刑、判、集八九六頁は、問屋が委託者の爲めに物品を販、本來代理の効力は、本人と第三者との間の効力であり、從て此點に關する民法代理の規定は所謂外部關係の規定であつて、内部、委託者と問屋との間の關係には當て嵌め得べきものではない。加之、委託者は、問屋に對しては自己の債權なりと主張し得るとしても、一般の第三者殊に問屋の債權者に對しても、同じく自己の權利なりと主張し得ざる限りは、問屋破産の場合、右の解釋は何の役にも立たぬ。思ふに、利益の衡平なる分配を目的とする破産法の領域に於ても、所謂間接損害の賠償の場合と同様、問屋に於ける法律的形式と經濟的利益との分離は其まゝ通用せず、寧ろ實際の利益の歸屬に從て其關係が定められ、委託者は問屋並に其債權者

に對して、形式上は問屋の權利を、實質上は自己の權利として、其別除を求め得ると解すべきではないかと思ふ。

五 取次の目的物の所有權の歸屬 既に述べた如く、問屋は委託者の計算に於て自己の名を以て賣買契約を締結するものであるが、其履行としての目的物の授受は自己の名を以てせねばならぬものではない。例へば委託販賣に於て目的物は委託者より直接に第三者に引渡すべきものとし、又は委託買入に於て第三者をして直接に委託者に引渡すべきものとするが如きは、問屋と第三者との間の賣買の履行の方法として之を約定して置くに何の妨げもなく、亦斯く約定し置くことは問屋の性質と相容れぬことではないのである。然しながら問屋は通常は履行をも含めての賣買の委託を受けるのであり、從て目的物は第三者より問屋に(委託買入の場合)、又は問屋より第三者に(委託販賣の場合)引渡されるを常態とする。而して問屋が目的物を受取り又は引渡すについては、亦必ずしも自己の名を以てするを要せず、委託者の名を以てしてもよいのであるが、既に契約の締結が自己の名を以てすることの委託なのであるから、特別の事情な

き限り、目的物の授受も亦自己の名を以てすべき委託であると推定すべきを當然とする。従て、此場合には

(イ) 問屋が第三者より取得する金銭は一應問屋が之を取得し、更に之を委託者に引渡すべき債務を負ふことになる(民六四六) (上出大正一二、一二、一日、大)。又委託者より受取つた金銭又は前拂も同様であつて、問屋が一應其所有権を取得し改めて之を第三者に引渡すべきこととなる譯である。従て此場合にも問屋が破産したときは、前に問屋の取得した債権について述べたると同じ關係を生ずる。

(ロ) 金銭以外の物については、

(一) 委託販賣の場合に於ては、委託者は目的物を問屋に引渡してもそれは所有権の移轉ではなくて、處分権の移轉に過ぎぬのであり、従て、問屋が破産しても委託者は尙ほ自己の所有権を主張して其別除を求め得ることとなり、又問屋より引渡を受けた第三者は、問屋を處分権者と信じたる限り其所有権を取得することとなる(民一九二條は、直接には、讓渡人を所有権者と信じた場合の規定であつて、處分権者たることを信ずることに於て、而も所有権者に非ざることを知りたる場合の規定ではない。我民商法には規定はないが、民一

九二條を擴張的に解釋し、處分権を信じた場合も扱はれるとせねばなるまい。) と解するについては餘り異論がない(此場合は問屋は恰もける信託讓渡の讓受人と同様の地位に立つ。)。但し問屋が委託者の特別の授權により、委託者の代理人として、所有権を移轉し得ることは勿論である。

(二) 委託買入の場合に於ては、問屋が一應所有権を取得するか或は委託者が直ちに所有権を取得するかは、獨逸に於ては非常に議論のある所である。我が商法の解釋としては、多くは此處にも商法第三一四條第二項の規定する代理の規定の準用により、委託者及び問屋の間に於ては委託者が所有権者となることと解してゐるかに思はれる。然し此處に代理の規定を準用する餘地のないことは、問屋の取得した債権についてと同一であり、殊に亦此解釋は、結局、完全に第三者に對する關係に於ても所有権者たる爲めには、委託者は、相對關係に於ては既に所有権者に非ざる問屋に對して、更に所有権の移轉を求めねばならぬといふ譯の解らぬ關係となつてしまふ。故に此場合も、債権と同じく一旦は問屋が所有権者となり、唯だ問屋破産の場合には、實質的利益の歸屬に従ひ、法律的形式が實質的に修正されると解すべきでないかと思ふ。

第八章 運送取扱營業

運送取扱營業は、荷主の委託により運送人をして運送を爲さしめ、其他當該運送に必要な一切の取扱を爲すことを目的とするものであつて、吾人は、運送取扱人を使用することによつて、自ら運送市場を尋ねて適當な運送人を探索し、税關通過に必要な手續を爲し、運送品の適宜の包装を爲す等繁雜にして且つ不馴れな手數から免れることが出来る。又運送が途中に於て引繼がれる場合、殊に海陸連絡運送につき、中繼地に於て運送の連絡を圖り、運送品の積換を爲し、中繼運送取扱、到達地に於て運送品を受取り又は陸揚を爲し、安全に荷受人に送附することも亦運送取扱人の業務に屬する。

運送取扱人は右の如く運送事務一切の取扱を引受けるものなるが故に、運送品の種類(美術品運送、毛織物運送等)、運送の道筋(南米行貨物、印度行貨物等)に従ひ、それぞれ専門的に分業された特別な技術的注意が要求され、且つ同業者間に聯絡關係存するを常とし、共同の業務規程の如きものを有することが多い。又

實際上は同時に運送をも營むこと少からず、運送人と區別し難き外觀を呈することも少くない。

一 概念 運送取扱人とは自己の名を以て物品運送の取次を爲すを業とする者をいふのである(三二一)。即ち

(イ) 運送取扱人は自己の名を以て、委託者の計算に於て、運送人と運送契約を締結するものであつて、運送人に對しては恰も荷送人の地位に立つ。其運送は陸上運送たるも海上運送たるを問はぬ。併し人運送即ち旅客運送は運送取扱の物體とはならぬ。

(ロ) 然し運送取扱人の業務は、唯だ運送人と運送契約を締結することに盡きるのではなく、其他運送を容易且安全ならしめる爲めに必要な諸種の手配(Besorgen)をも爲すものであつて、殊に(1)必要な準備、例へば疑はしき場合には運送品を計量し、附屬書類例へば通關書類を整へ、包装を検査し、委託された範圍に於て、運送人運送の道筋運送の方法を選定し、運送の途中運送人に對して必要な指圖を爲し(三四二)、(2)到達地に於ては、荷受人への引渡に必要な行爲例へば運送

人から荷物を受取り、瑕疵あらば其留保を爲し(三四八條參照)、或は保管するが如きことも亦運送取扱契約の内容に屬する行爲である。要するに運送取扱人は、運送人と運送契約を締結する外、當該運送に必要な手配をも爲すものであつて、商法は「自己の名を以て委託者の計算に於て運送人と運送契約を締結する者」とはいはず、稍々漠然と「自己の名を以て物品運送の取次を爲す」と規定してゐるのは、運送取扱人は單に運送人と運送契約を締結するだけの者ではないからではないかと思はれる。但し其義務は運送に關する範圍に限られることは勿論であつて、例へば運送品が第三者によつて差押へられた場合、執行異議の訴を提起する義務の如きまでをも、之を負擔するものではない(大正二、三、五、二、四、日、大、民、判)。

(八) 運送取扱人は運送の取次を業とする者でなければならぬ。即ち手数料を得て右の意味の運送取扱を引受けることを業としてゐる者でなければならぬのであつて、此引受契約を運送取扱契約と稱する。

運送取扱人は、自己の名を以て委託者の計算に於て運送契約を締結する點に於て、取次を業とする者として商人である(二六四條一號)。

二 運送取扱契約の性質

商法の運送取扱人に關する規定は、運送取扱人が營業として爲す運送取扱契約より生ずる運送取扱人の權利及び義務に關するものたることは、仲立人、問屋についての場合と同一である。

運送取扱契約は、運送取扱人の名を以て委託者の計算に於て、運送人と運送契約を締結することを内容とする點に於ては、問屋の行爲と同じく取次契約たる性質を有する。故に運送取扱營業につき商法に別段の定めなき限り、問屋に關する規定が準用され(三二一、二項)、民法委任の規定も補充的に適用される(三二四條二項)。従て例へば運送取扱の委託者は、運送取扱人より權利の移轉を受くるに非ざれば、直接、運送人に對して運送契約に基く債權例へば運送品の滅失を理由とする損害賠償請求權を有しないことになるのである(明治四〇、六、二一日、大、民、判、錄六九四頁)。

三 運送取扱契約の効果

(イ) 運送取扱人の義務。運送取扱人は、委託者の爲めに運送人と運送契約を締結し、其他運送の目的を達するに必要な行爲を爲すべきことは前述の通りである。次に商法の定めてゐる特別の義務だけを擧げる。

(1) 無過失證明責任。運送取扱人は運送品の受取、引渡、保管(大正五、三、一
七、日、大、民、判、錄四七一頁は、取扱人が、貨物を保管するに當り、之を適當なる倉庫に納めず、監視人なき自己の營業所内に留め置くが
如きは過失なりとしてゐる。又大正八、一二、六日、大、民、判、錄二二四二頁は鐵道院が直ちに發送すること能はざる場
合、取扱人が鐵道院の承諾を得て停車場構内に荷物を搬入した。)又は他の運送取扱人の選擇其他運送
に關し注意を怠らざりしことを證明し得ざる限りは、運送品の滅失、毀損又は延
着につき損害賠償の義務を負はねばならぬ(三三二條)。但し運送取扱人は自ら運送
を爲す義務を負ふ者に非ざるが故に、運送人の選擇については責任を負ふが、運
送人の過失による損害については何等の責任を負はぬ。

商法は運送品の滅失毀損又は延着のみにつき運送取扱人に無過失證明責任
を負はしめてゐるのであるから、其他の損害例へば通關手續を怠つた爲め委託
者が罰金を課せられたといふが如き場合には、運送取扱人に於て無過失證明責
任を負ふことにはならぬと解すべきである。

(2) 高價品に對する責任。貨幣、有價證券其他の高價品については、委託
者が運送取扱を委託するに當り、其種類價格を明告して置かぬ限り、運送取扱人
は全然其責任を負はぬ(三三〇條、
三三八條)。

(3) 責任の消滅時効。運送取扱人の責任は、荷受人(荷受人とは運送契約に於ける荷
一七日、大、民、判、錄四七一頁)が運送品を受取つた日より起算して一年、又運送品が全部滅失した
場合には、其引渡あるべかりし日より起算して一年の時効によつて消滅する
(三二八條、
二項二項)。但し、

(a) 此短期時効は、物の滅失毀損又は延着による損害賠償義務に關す
るのであつて、運送取扱人の其他の義務、例へば手数料の誤算に基く返還義務、通
關手續を怠つたことより生ずる損害賠償義務の如きものについては、此短期時
効の規定は適用されぬ。倉庫に關する第三八三條では此點明かとなつてゐる
が此處にも同一に解すべきである。

(b) 物の滅失毀損又は延着が運送取扱人の故意に基く場合にも、此短
期時効の規定は適用されぬ(三二八條、
三項)。

(四) 運送取扱人の權利

(1) 手数料請求權。運送取扱人は特約あるときは勿論、特約なきときと
雖も、委託者に對し相當の報酬即ち手数料を請求し得る(二七條、
四條)。此報酬は運送取

扱人が運送の爲めに運送品を運送人に引渡したときに請求することが出来る(三三二)。蓋し運送取扱人は之によつて委任事務を終了することになるからであらう(民六四八 條二項)。然し目的地に於て運送品を運送人より受取り之を荷受人に引渡すことをも引受けてゐる場合には、其引渡の時に請求し得ると解せねばならぬ。運送品が運送人の過失によつて滅失した場合にも、運送取扱人は手数料の請求権を失はぬことは勿論である。

運送取扱人は手数料の外、立替へた運送賃其他の必要費用の償還を求め得べきことは勿論である。

(2) 留置権。運送取扱人は其手数料請求権、運送賃其他委託者の爲めに爲した立替、前貸の償還請求権の爲めに其運送品を留置する権利を有する(三三二 四條)。此留置権には、民法一般の留置権と同じく目的物と債権との聯關が要求されてゐるのであつて、債権が辨濟期にあるや否やを問はぬ點に於て差異あるに過ぎぬ。民法の留置権と重複して、斯の如き特別の留置権を認める價值ありや否やは疑はしい。而も亦法律は明かに留置といつてゐるのであるから、之を法定質

権と解し、運送取扱人の競賣権並に満足権を認める譯には行かぬ。

尙ほ運送取扱人が此留置権を有するには、運送品を占有してゐることを要するは勿論である。而して運送取扱人は運送人に對しては、自己の名を以て運送を委託する結果として、荷送人の地位に立つことになり、荷送人としては運送品の上の間接占有権を有することとなるが故に、運送品が運送人に引渡された後にも、尙ほ右の留置権を行ふことが出来、留置権は運送人に對する運送品の引渡差止の指圖によつて行はれることになる(三四二 條參照)。

(3) 時効。運送取扱人の委託者又は荷受人に對する債権は一年の時効によつて消滅する(三三二 九條)。報酬請求権に限らず、運送取扱契約に基く總ての債権の時効である。

(八) 荷受人の地位。運送取扱契約は委託者と運送取扱人との間の契約であつて、荷受人と運送取扱人との間には直接の法律關係は存在しない。但し商法は運送の場合に準じて、荷受人も運送取扱人に對し權利を有し義務を負ふことを認めてゐる。即ち

(1) 運送品が到達地に達したならば荷受人も運送取扱人に對する委託者の権利を取得する(三三〇條三、四三條一項)。此處に荷受人とは運送人より運送品を受取るべく指定されある者、換言すれば運送契約に於ける荷受人(大正五、三、一七日、大、)をいひ、もとゞ此者は、運送品が到達地に達したならば、運送人に對する荷送人の権利を取得するのであるが(三四三條一項)、獨りそのみならず、運送取扱人に對する委託者の権利をも取得することになるのである。法文に所謂運送品が到達地に達した場合に委託者が運送取扱人に對して有する権利とは、恐らく運送取扱人に對する損害賠償請求權の如きものを見てゐるのであらう。

(2) 荷受人は運送取扱人に對して、報酬支拂義務を負てゐる者でない。然しながら別に留保を爲さずして運送品を受取つたならば、運送取扱人に對し運送賃、手数料其他の費用を支拂ふ義務を負ふことになる(三三〇條三、四三條二項)。此義務は法律の規定による義務と解すべきである。

四 特殊の運送取扱

(イ) 相次運送取扱。數人の運送取扱人が同一の運送品に關して相次で運

送取扱をすることが稀ではない。但し二つの場合を區別する必要がある。

(1) 下受運送取扱。運送取扱人が、其引受けた運送取扱事務の全部又は一部を、他の運送取扱人をして行はしめる場合、其第一の運送取扱人を元受運送取扱人、第二の運送取扱人を下受運送取扱人と稱する。下受運送取扱人は元受運送取扱人の債務履行の補助者に過ぎぬのであつて、委託者と直接の法律關係には立たぬのであり、元受運送取扱人は、下受運送取扱人の行爲については第三二一條に所謂其使用人の行爲として責に任することになるのである。元受運送取扱人は、自己の便宜に従ひ任意に下受運送取扱人を使用するを得るのであり、到達地に於て運送人より運送品を受取り之を荷受人に引渡すために使用する運送取扱人も、性質上は下受運送取扱人である。

元受運送取扱人と下受運送取扱人との間の法律關係は委任又は雇傭であつて、固有の運送取扱契約ではない。従て、下受運送取扱人は職業上運送取扱人であつても、元受運送取扱人の補助者としての行動の限りに於ては、法律上は運送取扱人ではないことになる。尤も、下受運送取扱人が、元受運送取扱人の計算に

於て而も自己の名を以て運送人と運送契約を締結する場合も、實際上はともかく、理論上は考へ得る。若し斯の如き場合ありとすれば、此場合も法律に所謂「數人相次テ運送ノ取次ヲ爲ス場合」(三二五條)の二と見るべきであらう。

(2) 仲繼運送取扱。運送の途中に於て運送の仲繼を爲す必要がある場合、例へば一旦鐵道より運送品を受取り、更に船舶又は他の鐵道に運送を繼續せしめる必要あるが如き場合に於て、元受運送取扱人は第二の運送について仲繼地に於ける所謂仲繼運送取扱人をして之を取扱はしめることがある。此場合に於ては仲繼運送取扱人は、直接に委託者の計算に於て(元受運送取扱人の計算に於てするのではない)自己の名を以て第二の運送人と運送契約を締結するのである。唯だ此場合、元受運送取扱人と仲繼運送取扱人との間の法律關係は學說上頗る明瞭を缺くが、一の複委任の關係と見るべきであらう。即ち元受運送取扱人は自己の名を以て仲繼運送取扱人と右の契約を締結し、從て(1)仲繼運送取扱人と委託者との間には直接の法律關係發生せず、而も亦(2)元受運送取扱人は委託者に對して、仲繼運送取扱人選任の過失につき責任を負ふが(三一二條參照)、仲繼運送取扱人自身の過失について

は其責に任せぬことになるであらう。此結果として斯る仲繼運送取扱人は、元受運送取扱人に於て任意に之を選任するを得ず、之を選任し得るは特約を以て其事が許されたるか又は之を選任するに非ざれば運送の繼續が非常の困難と費用とを要する場合に限られると解すべきである。

或は右と異なり、第一の運送取扱人が第一の運送についての運送取扱を引受けると同時に、第二の運送については他の運送取扱人をして其取扱を爲さしめることとし、第一の運送取扱人が自己の運送取扱を終つた後、委託者の代理人として右の第二の運送取扱契約を締結する場合も、實際上の有無はともかく、理論上は考へられる。此場合には直接に委託者を相手方とする二個の運送取扱契約が成立する譯である。

右の如く數人の運送取扱人が相次て運送取扱を爲す場合の相互間の關係につき次の特別法則が認められてゐる。

(a) 數人の運送取扱人中の后者は、總ての前者に代つて、其權利を行使する義務を負擔する(三二五條一項)。例へば前者の爲めに手数料、立替其他の費用を取

立て、其留置權を行使する類である。従て、法律には明文を缺くが、既に其義務を課する以上、亦後者は前者に代つて其権利を行ふ代理權を有するものと解せねばならぬ。此代理權は一種の法定代理權たることは一般に認められてゐる所である。

(b) 後者が前者に對して辨濟したならば、前者の權利を取得する(三二六條)。
一の法定移轉である。

(四) 運送取扱人の介入。運送取扱人は別段の定めなきときは自ら運送を爲すことが出来る(三二七條)。即ち運送取扱人が運送人として介入するのである。異説もあるが、問屋の介入の如く、客觀的運賃率あるを要せず常に介入することが出来る。介入は運送委託者に對する意思表示を以て之を爲すを要する。

運送取扱人が介入したならば、問屋の介入と同様、運送人としての權利を有し義務を負ふことになる。然しながら、介入によつて運送取扱契約の代りに運送契約が成立するに非ず、運送取扱契約の一の實行方法として運送が爲されるに過ぎぬのであるから、運送取扱人は運送人としての運送賃のみならず、運送取扱

人としての手数料をも併せ請求することが出来る。運送人としての義務以外運送取扱人としての義務例へば必要なる附屬書類を準備するが如き義務も無論之を負擔する。

運送取扱人が委託者の請求により貨物引換證を作つたならば自ら運送を爲すものと看做される(三二七條)。此場合は法律が介入を擬制するが如く見えるが、其實擬制を俟つまでもなく當然介入となるものと解せねばならぬ。貨物引換證の發行は運送義務の引受に外ならぬからである。

(ハ) 確定運賃の運送取扱。運送取扱人が運送取扱契約に於て、確定の運送賃を定めて(一括して或は一定の貨率により)契約を締結することがある。此場合に於ては、其確定運送賃と實際運送人に支拂ふ運送賃との差額が運送取扱人の利益に歸する譯である。確定運賃を以てする運送取扱の場合に於ては、運送取扱人は運送取扱人としての權利義務を有するに止まるか或は介入の一場合でないかは非常に疑はしい。然しながら運送取扱人としては委託者の計算に於て運送人をして運送せしめるものであつて、運送賃によつて損益すべきものでない。若し運送賃によつて損益するものならば即ち運送を企業としてゐるのであつて、運送人た

る地位に立つものと認むべきである。故に、異論もあるであらうが、確定運送賃を以て運送取扱をする場合は、同時に運送人たる地位に立つのであつて、介入の一場合と見るべきでないかと思ふ。斯く解するに非ざれば、運送取扱人としては運送については責任を負はず而も運送賃は全部之を取得するといふ不都合な結果を認むべきこととならう。

右の場合を介入の一場合とすれば次の結果となる。

(a) 運送取扱人は、同時に運送人としての権利を有し義務を負ひ、其使用した運送人の過失については運送の爲めの使用人の過失として、運送取扱人自ら其責に任ずる(七三三條)。

(b) 運送取扱人としての固有の義務をも負擔するは勿論であるが、其手数料は確定運賃に含まれるものとして、特約なき限り、別に之を請求することが出来ぬ(三二三條二項)。

(三) 積合せ運送取扱。運送取扱人が、多数の委託者の運送品を集合し、自己の計算に於て運送人と爲したる運送契約(例へば貨車の借切契約)に基き之を運送させる場合を、積合せ運送取扱と稱する。此場合に於ては多数の運送品の集

合により節約し得たる運送賃の部分が、運送取扱人の利得に歸する譯である。疑はしくもあるが、此場合も、確定運賃の場合と同様、一種の介入と見るべきではないかと思ふ。

第九章 運送營業

コノ章ヨリ一題出ス。

第一節 運送人の概念

運送人とは、陸上及び湖川港灣に於て、物品又は旅客の運送を業とする者をいふのである。(三三) 一三

(イ) 陸上の運送とは地面及び地下の運送をも含む。空中の運送も特別の私法立法存せざる今日に於ては、陸上運送と見られてゐる。湖川港灣に於ける運送も陸上運送たることは明文の示す所である。湖川港灣の範圍については商法施行法第一二二條は遞信大臣の定むる所に委任し、明治三二年遞信省令第二〇號は之を平水航路の區域によるべきものとし、平水航路については船舶検査法施行細則第五二條には「湖川港内及び左ニ掲クル各區」として、相模國觀音崎より上總國富津に至る線内以下、何崎より何港何崎といふが如く具體的に列擧され、又船舶職員法第四條第二項は外國の湖川港内を平水航路としてゐる。具

體的列擧の場合には起らぬが、湖川港内といふ場合には更に亦、何處から何處までが湖川港であるかの問題を生ずる。此場合の海陸の區別は、海上運送法と陸上運送法とが何を各其特質とするかの見地よりすべきであつて、地理學的見地よりすべきでない。

商法は、其商行為法中運送人として陸上の運送業のみを規定し、海上運送は別に海商法中に規定してゐる。歴史上、海上運送法が先きに發達したのであつて、其重要法則の上陸して陸上運送法規となつたものが頗る多い。尙ほ商法は陸上の運送業者のみを運送人といつてゐるが故に、海運業者は法律上の術語としては運送人とはいへぬ。

(ロ) 運送の物體は物又人であり、物の運送を物品運送、人の運送を旅客運送と稱する。然しながら物品運送については、特に目的物が運送者の保管の下に運送される場合たるを要するのであつて、保管を伴はざる單純なる運送は、商法に所謂物品運送とはならず(例へば 船契約)之を營業とする者は等しく商人ではあるが(二六四 四號)商法に所謂運送人ではない。旅客運送には保管の問題を生せぬことは

勿論である。

(ハ) 運送契約は物又は人の所在の變更を目的とする請負契約である。距離の長短(例へば手荷物運搬人の運送)運送方法(人力、動物力、蒸氣力、電力、或は家畜の運搬の如く目的物自體の動力)の如何を問はぬ。但し其中、電車運送と鐵道運送とについては特殊の觀察を必要とする。

(一) 電車運送は、鐵道と同様、經濟上獨占的地位を有し、且つ公用的な性質を有する。故に其經營の如何は一般公衆の利便と重大なる關係を有し、殊に都會地に於ては公共團體によつて經營されることが多い。公共團體は或は全く私人の立場に於て私法的關係として經營することも出來、或は公法上の立場に於て公の營造物として經營することも出來る。私法關係として經營される場合には商法運送法が補充的に適用されることは當然である。

(二) 鐵道運送は今日の陸上運送としては最も重要な運送であつて、鐵道運送を除いての自餘の運送は、經濟上は左程重要な意義を有せず寧ろ鐵道運送の補助運送に過ぎぬ場合が多い。鐵道運送は、(一)其獨占的勢力を有し而も公共的性質を帯びる結果として、(a)電車運送と同様、國家自身其經營に當ること

多く、(b)私法上の營業として經營される場合にも契約強制が認められ、運送率の制定には國家が之に干渉し、(2)極めて集團的に行はれる結果、契約は定型化し、(3)國際的に行はれる結果、國際的共通法の成立を促進する。一八九〇年、一九二三年の歐大陸諸國間の鐵道物品運送に關する國際協約、一九二四年の鐵道旅客並に物品運送に關する國際協約は右の必要による產物である。鐵道運送は以上の特質の故に、一般運送法以外に特に之を規定する必要あり、我が國にては鐵道營業法及び之に附屬する鐵道運輸規程を以て之を規定してゐる。是等の法規は獨り私法關係のみならず公法關係をも併せて規定してゐるのであるが、私法關係については、商法の一般運送法規は補充的にのみ適用あるに過ぎぬことになる。

(三) 運送人は運送を業とする者をいふのであつて、從て運送人は總て商人である(二六四條四號)。國家其他の公共團體が運送を經營する場合も、其私法關係として經營する限りは同じく運送人たる商人である。我が國の國有鐵道は私の營業たることは通説の認めてゐる所である。

第二節 物品運送

第一款 總 說

一 物品運送契約の概念 物品運送契約は、運送人が其保管の下に物品を運送することを約する契約である。即ち物品運送契約に於ては

(イ) 運送品が運送人の保管の下に置かれることを要する。物品が運送中運送人によつて保管されることが、物品運送契約の中心的特質を成すのであつて、運送人への引渡及び運送人よりの返還(海上運送に在ては船積、陸揚)運送中に於ける荷主の指圖權(三三三條、三三四條)運送人の特別責任(三三七條以下)は皆此事より生ずる特殊關係である。故に物の所在の變更を目的とする請負契約であつても、特に物が運送義務者の保管に託せられぬ場合は、同じく運送契約ではあるが、商法の意味に於ける固有の物品運送契約ではないことは前にも述べた所である。

(ロ) 目的物は物品であるが、物品中には有價證券をも包含する(三三八條參照)。運搬に適する物體たる以上は商品たる否と、財産價値を有する否と(例屋體)を問

はぬ。通信の傳達(例電信)は運送ではないが、郵便物の運送も物品運送である。但し我が國に於ては信書の送達業は國家の專業であつて私人の營業を許さず

(郵便法二條)又國家の郵便事業は私の營業でないこと解せられてゐる。

(ハ) 運送人が營業として行ふ運送契約たることを要し、從て運送人に非ざる者の爲す物品運送例へば賣主が同時に運送を引受けるが如き場合、旅客運送人が客の手荷物を運送するが如き場合は、同じく物品の運送を目的とする契約であるが、商法物品運送に關する規定が當然適用されるのではない(但し三五一條の如き特別規定があれば別)。此點は仲立人、問屋、運送取扱人等に於けると同一である。

二 物品運送契約の性質 運送契約は一般に請負契約の性質を有し物品運送契約も亦然りとす。但し物品運送契約が特に物品の保管を伴ふ點は寄託に類するが、然し保管が契約の目的でなく、寧ろ運送實行の一方法に過ぎぬ。さればこそ寄託の如く契約の成立に物の引渡を要せず、保管關係につきて寄託法の適用が豫想されて居らぬのである。

物品運送契約は請負契約なるが故に、商法に規定なき事項については民法請

負の規定(例、民、六三三、條、六四一條)及び請負の理論によつて之を決せねばならぬ。

三 契約の締結 運送契約は諾成契約であつて要物契約ではない。故に運送品の引渡は契約の成立とは關係なく、契約前或は契約後に引渡されることもあり得る。

運送契約は不要式であつて書面の作成を必要としない。荷送人は荷送状を發行し、運送人は貨物引換證を發行するが、いづれも契約成立してから後の問題である。

四 契約の當事者 運送契約の當事者は運送人と委託者であり、其委託者を荷送人と稱する。荷送人の権利に基き、第三者が運送品を運送人に引渡す場合、其第三者たる荷出主については商法上特別の名稱は存在しない。

運送契約は到達地に於て第三者に返還されるのが通常であり、其第三者を荷受人と稱する。荷受人は荷送人と別人であるのが通常であるが、荷送人自身が同時に荷受人となることも差支はない。

荷受人は荷受人としては契約の當事者に非ざるが故に、運送人に對し權利を

有し義務を負ふ者ではない。然しながら運送の進行の程度に従ひ、權利を有し途には義務をも負ふことになる。故に運送契約は第三者の爲めにする契約たる性質を有する。或は荷受人の地位を直接に法律の規定によるものとし、第三者の爲めにする契約たることを認めない説は殊に我が國に多いやうであるが、荷送人が第三者を荷受人と指定すればこそ其者が一定の權利を取得することになるのであつて、直接に法律の規定によることは、荷受人の右の地位を以て、單純に、法律政策の結果とすることになるのであつて、事の本質に徹した見方ではない。

第二款 物品運送契約の効果

一 荷送人と運送人との關係

(イ) 運送人の荷送人に對する權利

(1) 運送品引渡請求權。運送人は、荷送人に對し、運送實行の爲め運送品の引渡を求める權利を有する。従て荷送人が運送品を引渡さざることば債權者の遲滯たるに止まらず債務者の履行遲滯である。但し荷送人は何時にても

損害を賠償して契約を解除することが出来る(一六四條)。

(2) 運送状交付請求權。運送人は荷送人に對し運送状の交付を求めることが出来る(二三三條)。運送状には、(1)運送品の種類、重量又は容積及び荷造の種類個數並に記號、(2)到達地、(3)荷受人の氏名又は商號、(4)運送状の作成地及び其作成の年月日を記載し、荷送人之に署名するを要する。運送状は或は送り状又は出荷案内書等といはれることもある。

運送状は運送人をして運送品及び荷受人を知るに便ならしめることの外、我が商法上は格別の法律上の效力を有して居らぬ。但し「通し運送状」としては特別の效力を有することは後に述べる。有價證券でないことは明かである。

(3) 運送賃請求權。運送人は特約あるときは勿論、特約なきときと雖も相當の報酬即ち運送賃を請求することが出来る(二七四條)。但し特約なき限り其前拂を求めることは出来ぬ(六三三條、六三四條)。運送が中途にて終了する場合については區別を要する。

(a) 運送品の全部又は一部が不可抗力によつて滅失した場合には、運

送人は其全部又は一部の運送賃を請求するを得ず、又既に受取つてゐたならば之を返還するを要する(三三六條一項)。然し此事は雙務契約の性質より生ずる當然の結果である(民六二四條、五三七條)。(ロエースラー草案五六九條は現行法と異なり、時的障害の場合、合の規定であつた、故に特に規定する必要があつたのである)。尙ほ右に所謂不可抗力は實は事變の意味に過ぎぬ(明治四三、一、二五、日、大、民、判、録八)。

(b) 運送品の全部又は一部が其性質又は荷送人の過失によつて滅失した場合には、運送人は運送賃の全額を請求し得る(三三六條二項)。之れ亦雙務契約の當然の結果であつて、唯だ物の性質による滅失を、荷送人の過失による滅失と同視すべきことを明かにしただけのことである。

以上の外、商法には特別の規定はないが、運送人は運送品に關して爲した立替其他の費用の償還を求め得べきは當然である。

尙ほ荷受人に對し運送品を引渡した後は、荷受人に對しても運送賃及び費用等の支拂を求め得ることとなるのであるが、之は後に荷受人について述べる。

(4) 時効。運送人の荷送人に對する債權は一年の時効によつて消滅する(三四九條、三二九條)。

(口) 運送人の荷送人に對する義務

(1) 貨物引換證交付義務。運送人は、荷送人の請求あるときは、貨物引換證を作つて之を荷送人に交付するを要する^(三三三條一項)。貨物引換證の性質效力については後に述べる。

(2) 荷送人の指圖權。荷送人は運送人に對し運送の中止、運送品の返還其他の處分を求むるを得べく^(三四二條一項)、之を荷送人の指圖權又は運送品處分權と稱する。右に所謂返還とは運送品の現在地に於ける荷送人への返還を意味し、發送地への逆送をいふのではない。又其他の處分とは、荷受人の變更、運送の道筋、積荷の方法等運送に關する處置をいひ、運送品が到達地に達した後と雖も、荷受人に引渡すべき旨の指圖あるまで、其地の運送店に之を留置すべきことを命ずるが如きも亦此指圖に外ならぬ^(明治四〇、五、一日、大、民判、錄四六七頁)。いづれにしても、右の指圖は、本來の契約の範圍内のもつて見得る指圖たるを要し、新に重大な負擔を加へ得るのではない。例へば發送地への逆送の如きは新なる契約を要する事項であつて、本の契約の範圍内の指圖とはいひ難い。

荷送人は、指圖によつて運送人に生じた損害例へば積換費用、保管費用の如きものは之を辨償するを要する。尙ほ商法は運送品返還の場合には、既に運送の割合に應ずる運送賃即ち所謂割合運送賃を支拂へば足るものとしてゐるが、之は運送が荷送人の責に歸すべき事由によつて終了した場合には運送賃の全額を支拂ふべきものとする^{第三三六條第二項}とは調和せぬ。

荷送人の指圖權は、荷送人が運送人に對して運送契約に基き有する權利であつて、運送人は、其指圖が荷送人と荷受人との間の法律關係につき如何なる意味を有するやを顧慮せず、常に之に従はねばならぬ。例へば荷送人が荷受人への引渡を差止めた場合、それが賣主としての荷送人の買主としての荷受人に對する契約違反となるときでも、運送人は其指圖に従ふことを拒むことが出來ぬのである。又右の指圖權は、賣主と買主との間の所謂運送品差止權^(Right of stop-page in transitu)即ち買主破産の場合に於ける賣主の取戻權^(破産八條九條)とは全く別箇のものなることは注意を要する。取戻權は賣買關係の權利であるに反し、指圖權は運送契約上の權利であつて、兩者は全く別箇のものである。

荷送人の指圖權は運送品到達後は、荷受人も之を有するに至ることは後に述べる。又貨物引換證の發行された場合には、證券所持人のみが此權利を有することになる(明治四一、五、四日、大、民、判、錄五三四頁)。従て、荷送人と雖も、證券上同時に荷受人たるか又は荷受人より證券を取得したるに非ざる限り、此權利を有しない。荷送人が事實證券を所持してゐる限りは、證券を運送人に返還することによつて處分權を行ひ得ることになるが、これは貨物引換證の發行なき状態を回復した結果であつて、荷送人が證券所持人として其權利を行ひ得るのではない(明治四一、六、一九日、大、民、判、錄七四六頁はこの點を看過してゐる)。

(3) 運送品の滅失毀損及び延着に對する責任。運送人は一般に善良なる管理者の注意を以て運送の結果を發生せしむべき義務を負ひ、此義務に違反したることにより生じた損害を賠償すべきは勿論である。唯だ商法は運送品の滅失毀損及延着についてのみ特別の責任規定を設け (Receptum-Haftung) 他は一般の法則によらしめてゐる。滅失毀損及延着以外の損害とは、例へば發送時期の遅延、貨物引換證の記載の誤謬又は荷送人の指圖に從はざりしこと等より、運

送品に關せず別に生じた損害の如きもの之に屬する。

滅失毀損及延着に對する運送人の特別責任は之を滅失又は毀損と延着とに別けて見る必要がある。

(a) 運送品の滅失及び毀損については、運送人は自己若くは運送取扱人又は其使用人其他運送の爲め使用した者が、運送品の受取、引渡、保管及び運送に關し注意を怠らざりしことを證明するに非ざれば、之によつて生じた損害を賠償する責を免れざる代りに(七三三條)賠償すべき損害額は、原則として、到達地に於ける運送品の普通價額に限られることになつてゐる(三三四條)。尙ほ之を分説する。

(i) 責任原因。運送人は、其受取つた運送品は、之を無疵に返還することにつき責任を負ふのであつて、商法の規定上は運送品の滅失毀損については自己並に運送使用者に過失なかりしことを證明するに非ざれば、損害賠償の責を免れることが出來ぬことになつてゐる。此處に滅失とは、物理的滅失のみでなく、誤つて第三者に引渡され又は官に押收されて、其返還を得る見込なきこと