

Precarium ノ性質ヲ論ス

春木一郎



Savigny カ Precarium ノ法律關係ニ就テハ不可解ノ点多シト云ヒタリシハ (Savigny, *das Recht des Besitzes* 7 Auf. 1865 S. 468) 既ニ数十年ノ過去ナリ而シテ Precarium ノ性質モ亦氏ノ謂ハコル不可解ノ点ノ一ニシテ現今ニ在リテモ学者ノ見解一致セス。

Precarium ノ性質ニ関スル從來ノ主ナル學說ヲ大別セハ事實說契約說単獨行為說ナリ。

一 事實說 此ノ說ノ代表者ハ E. Schmidt (*das Commodatum und Precarium* 1841) ナリ氏ハ Precarium ノ定義ヲ与ヘテ Precarium トハ有体物又ハ無体物ノ使用ノ許可 (此ノ許可ハ或者ノ希望ニ応シテ附与セラレ又許可者ニ於テ任意ニ之ヲ撤回スルコトヲ得) ニ因リ設定且制限セラレタル事實關係ナリト (Schmidt, a. a. O. S. 15–S. 16) 而シテ氏ハ *Interdictum de precario* ノ發令以後ニ於テハ事實關係ハ變シテ法律關係ト為ルト說キタリ (Schmidt, a. a. O. S. 104–S. 105) 然レトモ被許可者カ許可者ヨリ許可ノ撤回ヲ受クル迄ハ被許可者ノ占有ハ正當ナル原因ニ依ル占有ナリ又被許可者カ物ヲ使用シ若ハ収益スルモ同ク正當ナル原因ニ依ルモノニシテ被許可者ハ *Furtum* ヲ為サス又被許可者ハ *Dolus* 及ヒ *Culpa lata* ノ責ニ任ス故ニ Schmidt ノ說キタルカ如ク Precarium ヲ事實關係ナリト見ルハ予未タ正鵠ヲ得タルモノナリヤ否ヤヲ知ルコト能ハス。

二 契約說 多数ノ学者ハ Precarium ヲ無名踐成契約 (*Contractus re innominati*) トス (Maynz, *Cours* II 5ed. 1891, § 244; Namur, *Cours* II 2ed.

1888, § 332; Petit, Traité. 3ed. 1898, § 408; May, Elément, 5ed. 1898, § 162; Girard, Manuel, 2ed. 1898, p. 584; Van Wetter, les obligations en droit romain III 1886, § 152; Serafini, Istituzioni, II 7ed. 1899, § 141) 是等ノ学者ハ Precarium 八其ノ初二八事實關係ナリシカ後二八少ナクトモユスチニアエヌス帝時代ニ於テ許可者ニ於テ許可撤回ノ後ハ Actio praescriptis verbis ニ依リ物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルカ故ニ此ノ訴権ノ保護アリタル時代ニ於ケルハ Precarium 八無名踐成契約中ニ列スヘキモノナルコトヲ説ク。

予ハ羅馬人カ Precarium ニ Contractus ノ性質ヲ認めタリト為スノ見解ニ容易ニ賛同スル能ハス其ノ理由ヲ左ニ挙ケン。

(イ) Sponsor 及ヒ Fidepromissor ノ保証債務ヲ除キ契約債務ハ債務者ノ相続人ニ移転ス然ルニ Precarium ノ債務ハ債務契約ノ債務カ債務者ノ相続人ニ移転スルト同一ノ状態ニ於テ相続人ニ移転セス (D. 43, 26, 8, 8)。

144
(1418)

(ロ) 被許可者ハ単ニ Dolus 及ヒ Culpa lata ニ就テノミ許可者ニ対シテ責ヲ負ヒ Culpa levis ノ責ヲ負ハス而シテ被許可者ハ無償ニ物ヲ使用及ヒ収益スルノ権能ヲ有スル者ナリ契約關係ニ於テ利益ヲ受クル者ハ Amnis culpa ノ責ニ任スルヲ以テ原則トス (但契約上ノ過失責任ニ關ハル此ノ原則ヲ認めサル学者ノ見地ヨリシテハ此ノ理由ヲ承認セサルヘキハ予ノ期待スル所ナリ)。

(ハ) 被後見人カ其ノ後見人ノ助成 (Auctoritas) ヲ經スシテ締結シタル債務契約ヲ原因トシテ被後見人ハ契約ノ相手方ヨリ訴ヘラルルコトナシ然ルニ被後見人カ後見人ノ助成ヲ經スシテ Precarium ノ許可ヲ請ヒ占有者ト為リタルトキハ被後見人ハ Interdictum de precario ニ対シテ責ヲ負フ (D. 43, 26, 22, 1)。

(ニ) 権力者ノ意思ニ依リテ其ノ権力ニ服スル者カ或者ト債務契約ヲ締結スルトキハ権力者カ債務ヲ負フト同時ニ権力ニ服スル者モ又債務 (自然債務) ヲ負フ然ルニ或者ノ権力ニ服スル者カ其ノ権力者ノ意思ニ依リテ Precarium ヲ取得シタルトキハ権力ニ服スル者ハ許可者ニ対シテ何等ノ債務ヲ負ハス唯権力者ノミカ Interdictum de precario ニ依ル責ヲ負フ (D. 43, 26, 4, 2; D. eod. 13)。

(ホ) 若シ羅馬人カ Precarium ヲ Contractus ナリト見タリシナランニハ債務者(被許可者)カ債務ノ同一内容ヲ Stipulatio ニ依リテ諾約シタルトキニモ債権者ハ Interdictum de precario ヲ有セサルヘカラス然ルニ D. 43, 26, 15, 3 ハ此ノ如キ場合ニ於テ債権者ノ Interdictum de precario ヲ否認ス。

145
(1419)

法源中ニ Precarium ヲ Depositum ト並列シタル場所存スルノ故ヲ以テ羅馬人カ Precarium ヲ Contractus ト見タリト速断スヘカラス D. 50, 17, 23 中ニ曰ク。

Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum depositum et precarium.

而シテ同一ノ Lex 中ノ後ノ法文ニ。

Dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, (item dotis datio, tutelae, negotia gesta) in his quidam et diligentiam.

トアリ是等ノ法文ヲ總括シテ解釈スルトキハ冒頭ノ Contractus ハ契約ノ意義ニ非スシテ Obligatio ノ意義ニ使用セラレタルコト明白ナリ何トナレハ前掲ノ後ノ法文ニハ契約ニ非サル Tutela 及ヒ Negotiorum gestio ヲモ例示スレハナリ唯 Krueger ハ前掲ノ後ノ法文中括弧ヲ施コシタル文言ハ Interpolatio ナリトノ疑ヲ抱キ (Mommsen-Krueger, C. I. C. Vol. I. p. 921, N. 6. MCMVIII) 予モ亦氏ノ想像カ或ハ正当ナリトモ思考スト雖モ此ノ文言カ Interpolatio ナリト否トハ必スシモ Contractus ヲ Obligatio ト解スルノ故障ヲ為ササルナリ。

Precarium ノ制ヲ規定シタル D. 43, 26 ハ其ノ冒頭ニ於テ学説彙纂各章編成ノ慣例ニ從ヒテ Ulpianus ノ法学階梯中ヨリ Precarium ノ大体ノ説明文ヲ引用ス即チ

Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur.

該説明文ニ拠ルモ Precarium ヲ Negotium (契約) ト見タルモノト断定スルコト能ハス Precarium est, quod 云々トアルノミニシテ Precarium ノ性質ヲ明示スルノ語ナシ又 Ulpianus ハ Precarium ヲ Commodatum ニ類似

146
(1420)

シタルモノナルコトヲ説ク (D. h. t. 1, 3) 或者カ無償ニ他人ノ物ヲ使用シ得ルノ原因ヲ為スノ点ニ於テハ Precarium ハ Commodatum ト同一ナリト雖モ兩者ノ性質ハ異ナル。

Precarium ハ無償原因タルノ点ニ於テハ贈与ト同一ナルノミナラス其ノ實用ニ於テモ贈与ニ類似スト雖モ兩者モ亦其ノ性質ヲ異ニス。

或者ハ Precarium ヲ Pactum ト説キタリ (此ノ如キ説ヲ為シタル学者アリタルコトハ Bulling, das Precarium 1846, S. 71 ニ見ユ) 若モ Precarium カ Pactum ナリセハ許可者カ許可ノ撤回以前ニ物ノ返還ヲ請求セハ被許可者ハ Pactum ノ一般ノ効力ニ依リ Exceptio pacti ヲ為シ得ヘカリシナリ然レトモ予ハ末タ法源中 Exceptio ヲ認メタルノ根拠ヲ見ス。

三 単独行為説 Precarium ヲ単独行為ト解シタルハ Dankwardt (das Precarium und die Emphyteuse, Jahrb. f. Dogm. 14 S. 285 ff. 1875) ナリ氏ハ Precarium ハ単ナル事実ニ非ス特別ノ法律關係 (Conditio precarii) ヲ生スヘキ行為ナリ故ニ Precarium ハ法律行為ナリ然レトモ契約ニ非ス許可者ノ許可 (Concessio) ナル一方的ノ意思表示ナリト説ケリ (Dankwardt, a. a. O. S. 291–S. 292) 然レトモ許可其モノノミニテハ末タ何等ノ法律關係ヲ生セス許可者ハ被許可者ニ対シテ許可ノ内容ヲ実行セシムルノ債務モナシ被許可者カ其ノ附与セラレタル許可ニ因リ許可ノ内容ノ実行ヲ開始スルトキニ於テ始メテ許可者ト被許可者間ニ於テ一定ノ法律關係ヲ生ス。

予ハ Precarium ヲ解シテ或者カ或者ニ対シテ物ヲ使用又ハ収益ヲ為サシムルノ任意ニ撤回シ得ヘキ許可ニシテ被許可者カ許可ノ内容ヲ實現スルニ因リテ効力ヲ生スル類似法律行為ナリトス Precarium カ有効ナルニハ許可者及ヒ被許可者ノ効果意思ヲ要セス法源中効果意思ヲ要スルノ法文ヲ見ス故ニ Precarium ヲ契約ナリ若ハ単独行為ナリト為スノ説ニ就テハ予ハ根本ニ就テ既ニ疑ヲ存ス Precarium ハ類似法律行為ナルカ故ニ法律行為ノ期限 (終期附ノ Precarium ニ就テハ D. h. t. 12 参照) 錯誤詐欺強迫ニ關スル規定ハ Precarium ニ準用セラルヘシ。

(「京都法学会雑誌」第6巻第9号)

Precarium ノ性質ヲ論ス

著 者 春木一郎

発行日 平成 13 年 6 月 1 日 1.0 版

平成 14 年 6 月 1 日 1.1 版

平成 15 年 10 月 22 日 1.11 版

発行者 和田 徹

発行所 和田電子出版

底本 「京都法学会雑誌」第 6 巻第 9 号

京都法学会 明治 44 年 9 月

[作成備忘録]

- ・ 底本は縦書き、旧字体表記、仮名踊字あり。
- ・ 底本著者名「法学博士 春木一郎」。
- ・ 欄外に底本の頁を付記。

頁	行	底本	本書
1	17	コトク	如ク
2	18	所ナリ)	所ナリ)。
2	20	原因トシノ	原因トシテ
2	29	D. eod. 13)	D. eod. 13)。
3	4	債権者ヲ	債権者ノ
3	20	必スモ	必スシモ
4	27	セラルヘシ	セラルヘシ。