

近年築造せられた道路は、幅員廣く、勾配及び屈曲緩やかにして、透視距離も相當大きいのである。顧れば、一九三二年までは、二車線以上を有する道路は四千三百哩に過ぎなかつたのであるが、爾來、相當の長距離に亘つて大規

模の改良工事が施行せられて來た。しかしながら、在來道路の多くは、舊時代の車輛の通行用に設計せられたものであるから、必ずしも新時代の交通需要に適應すること難く、現在に於ては改良の必要に迫られて居るもの少からずと云はれて居る。

道路工事の請負に於ける危険負擔に就て

田 口 二 郎

一 は し が き

道路管理者が道路工事を執行するに當り之を請負に付した場合に於て、其の工事が完成したときは請負人は道路管理者の工事竣功検査を受けることを要し（道路工事執行令第十八條）、之に合格したならば其の工事の結果を道路管理者

目 次

- 一 は し が き
- 二 純粹の請負契約
- 三 請負と賣買の混合契約
- 四 假拂金と危険負擔との關係
- 五 む す び

（目次終り）

に引渡し、道路管理者は之に對して請負金を交付して請負契約の終了を來すのであるが、此の引渡以前に於て天災其他當事者雙方の責に歸すべからざる事由に因り請負人の債務が履行不能となつた場合、例へば洪水に因つて竣功途上の道路又は橋梁が流失した様な場合に於て、道路管理者及請負人の債權債務に如何なる影響を及ぼすかと謂ふ問題が茲に道路工事の請負に於ける危険負擔として考察を加へやうとすることがらである。

請負契約に於ける危険負擔に付て獨逸民法第六百四十四條は「請負人は仕事の引取あるまで危険を負擔す、注文者が仕事の引取に付遲滞に在るときは危険は注文者に移轉す、注文者の提供せる材料の偶然的滅失若は毀損に付ては請負人は其の責に任ぜず、請負人が注文者の請求に因り履行地以外の地に製作品 (das Werk) を送附したるときは賣買に關する第四百四十七條の規定を準用す」と規定して、原則として請負人が危険を負擔すべきものとしてゐるが、我民法は請負に關して此の様な特別規定を設

けてゐない。

従つて雙務契約に於ける危険負擔の一般通則たる民法第五百三十四條又は第五百三十六條に依る外はないのであるが、請負人が材料の全部又は主たる部分を提供する様な場合に於ては、それが純粹の請負であるか、賣買であるか或は又請負と賣買の混合契約であるかと謂ふ様な契約の性質論に關連して之等危険負擔の法則適用に付ても其の結論を異にすることゝなるので、此の問題に關しては既に民法學者間に議論の存する處である。

されば請負契約に於ける危険負擔一般に付ては民法の研究に依つて之を明かに爲し得るものであり、茲に其の詳細を記述するの必要を觀ないが、簡単に通説の示す結論を擧げて觀るならば、注文者が材料を提供する場合に於ては仕事の完成を目的とする純粹の請負契約であつて、物權の設定又は移轉を目的とするものでないから民法第五百三十六條が適用され債務者(請負人)が危険を負擔する。請負人が材料を提供する場合に於ても當事者の意思が製作に重きを置

くときは之亦同様であるが、當事者の意思が製作物の財産權移轉に重きを置くとき及製作と財産權移轉との間に輕重の差異を認めないときは請負と賣買の混合契約であるから製作中に履行不能を生じたならば請負の規定に従ひ請負人が危險を負擔し、仕事完成後引渡前に履行不能を生じたときは其の目的物が特定物なりや否やに依り民法第五百三十四條第一項又は第二項が適用されて債權者（注文者）が危險を負擔すべきものである、と謂ふのである。

道路工事の請負と雖も道路管理者と請負人との間に於ける私法上の契約であることには論無く其の性質效果等總て民法の規定に従つて決定さるべきものである以上、危險負擔に關しても右の理論に依つて解決さるべき筋合であるけれども、道路工事の請負には他の場合と異つた道路工事の特異性が存するので、一般の理論を當嵌めやうとしても種々困難な事態に逢着しがちである。

道路工事の請負に於ける特異性の主なるものとしては、少なくとも左の四點が考へられる。

(1) 契約の目的は原則として土地其のものに關する工事の完成にあること。

(2) 土地買収は道路管理者が直接爲すを普通とすること。

(3) 材料は殆ど全部を請負人が提供するのを普通とすること。

(4) 道路工事執行令の適用あること。

道路は一般交通の用に供する土地の設備であるから道路の築造は土地其のものに關する工事で、建物建築の請負の様には土地の上に土地とは別個の獨立の不動産を作ることとを目的とするのは事情を異にする。尤も橋梁の如きは土地とは別個の工作物と認められるから例外である。

而して其の工事を施行する土地即ち道路用地の買収其の他支配權能の取得に關する行爲は道路管理者が直接之を爲すが、セメント、砂利、鐵材等一切の工事材料は請負人自身が提供するのを普通とする。道路管理者が之等材料の全部又は一部を供給することもあるが常態ではない。

尙道路管理者は道路工事執行令の定むる處に従つて請負契約を締結することを要する。勿論道路工事執行令は道路管理者に對する行政命令で直接私人に遵守の義務を有せしめる法規命令ではないが、請負契約を締結した以上は其の契約の内容として請負人は之に従ふことを要する結果となる。

道路工事の請負に於ける危険負擔の法則適用を攻究するに當つては斯の様な特異性を充分考慮しなければならぬのである。

二 純粹の請負契約

道路工事の請負に於て材料の全部又は大部分を道路管理者が供給する場合に於ては、其の契約は道路工事の完成のみを目的とするものであつて、請負人が道路管理者に對して物權の設定又は移轉を爲すことを目的とするものではないから之は明かに純粹の請負契約である。然るに斯の如き場合は殆ど稀であつて寧ろ反對に材料の全部又は大部分を請負人が提供するのが普通であるが、此の場合は常に必ず

しも純粹の請負契約とはならないのである。

道路用地を買収するか或は又其の他の方法に依つて之が支配權能を取得する行爲は道路管理者が直接之を爲すのを普通とすることは前に述べたが、買収其の他に依つて既に道路管理者が所有權を取得した土地の上に請負人が道路築造工事を施行する場合に於ては請負人の提供する材料の所有權は其の土地に附著せしめらるゝに従つて附合の原則に依り土地所有者たる道路管理者が原始的に之を取得するのである。

民法第二百四十二條は附合に依る所有權取得の要件として物が不動産の従として附合することを要するものと規定してゐるが、之は不動産に對して従たる地位を認むべき動産が附着して、之を分離復舊することが不可能であるか又は社會經濟上著しく不利なる程度に至ることを意味するのであつて、右の場合が之に該當するものであることは多言を要しない。此の様に材料の所有權は土地に附著せしめらるゝに従つて當然道路管理者が之を取得するから、請負人

の債務は其の所有者を道路管理者に移轉することではなく道路工事を完成することのみである。従つて此の場合は純粹の請負契約であると謂はねばならない。

此の附合の原則の適用ありとする點に關しては判例は從來反對の態度を採つてゐるものゝ様で其の要旨を掲げると

「請負人カ自己ノ材料ヲ以テ他人ノ土地ニ建物其ノ他工作物ヲ設クル請負ヲ爲シタル場合ニ於テ、仕事ノ結果其ノ材料ヲ土地ニ附着セシムルヤ否ヤ當然其ノ所有權カ土地ノ上ニ權利ヲ有スル者ニ移轉スルモノニ非スシテ、建物又ハ工作物ノ所有權ハ之カ引渡ヲ要シ請負人ヨリ注文者ニ之ヲ引渡スニ因リテ始メテ移轉ス可キコトハ民法第六百三十七條第一項ニ目的物ヲ引渡シタルトキヨリ云々トアルニ依リテモ明瞭ニシテ云々」(明治三七・六・二二・六 審院判決)。

「請負人カ自己ノ材料ヲ以テ注文者ノ爲メニ建物ヲ建築スヘキ請負契約ヲ爲シタル場合ニ於テハ、仕事ノ結果其ノ材料ヲ土地ニ附着セシムルヤ否ヤ民法第二百四十二條

ニ所謂附合ノ原則ニ依リ當然其ノ所有權カ注文者ニ移轉スルニ非スシテ請負人ヨリ注文者ニ對シ建物ヲ引渡スニ因リテ始メテ移轉スルモノナルコトハ民法第六百三十七條第一項ノ規定ニ依リ推知スルコトヲ得ヘシ是本院從來ノ判例ノ認ムル所ナリ(明治三十七年(才)第二八六號同年六月二十二日言渡ノ判決參照)」(大正四・五・二四・大審院判決)

「請負人カ自己ノ材料ヲ以テ注文者ノ土地ニ建物ヲ築造シタル場合ニ於テハ、當事者間ニ別段ノ意思表示ナキ限りハ其ノ建物ノ所有權ハ材料ヲ土地ニ附着セシムルニ從ヒ當然注文者ノ取得ニ歸スルモノニ非スシテ、請負人カ建物ヲ注文者ニ引渡シタル時ニ於テ始メテ注文者ニ移轉スルモノトス、是レ本院判例(明治三十七年(才)第二八六號同年六月二十二日判決)ノ示ス所ナリ。蓋シ此ノ場合ニ於テハ建物ハ全然請負人ノ供給シタル材料及ヒ勞力ニ因リテ成リタルモノニ係リ、且請負契約ノ性質上特約ナキ限りハ請負人ハ其ノ建物ヲ注文者ニ引渡スニ非サレハ債務完了セス、之ヲ引渡スニ因リテ始メテ債務完了シ注文者

ニ對スル報酬支拂ノ請求權發生スヘク尙ホ建物ヲ引渡ス
マテハ之ニ關スル危險ハ請負人ノ負擔ニ屬シ引渡ニ因リ
テ始メテ注文者ノ負擔ニ歸スヘキ關係等ニ鑑ミ又建物ハ
土地ニ附着スルモ獨立シタル別箇ノ不動産ヲ成シ、其ノ
土地ノ從トシテ附合スルコトヲ認メサル我カ法制ニ照シ
テ考フルハ、本院判例ノ趣旨ハ之ヲ是認スルヲ相當トシ
未タ之ヲ變更スヘキ理由アルヲ見ス」(大正三・二・二六。
大審院判決)。

と謂ふのである。然しながら常に仕事の目的物の引渡に
依つて始めて所有權が注文者に移轉するものと解するのは
何等理由のないことである。民法第六百三十七條は請負人
の擔保責任の存續期間を定めたに過ぎず、決して所有權移
轉の時期を定めたものではない。又引渡を爲さなければ請
負人の債務が完了しないのは正に其の通りであるが、此の
ことは引渡以前に目的物の所有權を注文者が取得すること
の妨げとはならない。只之等の判例が結果に於て正當であ
ると觀られるのは請負人の仕事の内容が建物の建築である

からである。建物は我法制上土地と別個獨立の不動産であ
つて、土地に從として附合することを認め得ない物である
から此の場合附合の原則の適用なしとすることは正しい。

ところが、道路築造工事は其の特異性として前にも述べ
た通り土地其のものに關する工事で請負人の提供する材料
は土地に附着せしめらるゝに從つて、言ひ換へれば工事の
進捗につれて其の獨立性を失ひ、土地の設備たる道路とな
るのであるから附合の原則の適用があり、其の所有權は道
路用地の所有者たる地位にある道路管理者に歸屬すること
は誠に明瞭である。

従つて此の場合には請負人が材料に依つて出來た物の所有
權を道路管理者に移轉することを契約の内容とするもので
はなく、請負人は道路工事を完成することを約し、相手方
たる道路管理者は其の結果に對して之に報酬を與ふ
ることを約する(民法第六百三十二條)純粹の請負契約なの
である。

此の様に道路工事の請負が純粹の請負契約である場合に

其の工事の結果を道路管理者に引渡す以前に於て、當事者雙方の責に歸すべからざる事由に因つて履行不能となつたならば、之は一般の請負契約に於ける危険負擔に關して通説が述べてゐる通り、物權の設定又は移轉を雙務契約の目的と爲した場合でないから民法第五百三十六條第一項が適用されて債務者が危険を負擔する。従つて債務者たる請負人は道路工事成済の債務を免かれると共に反對給付たる請負金を受くるの權利を失ふに至るのである。此の場合假令道路管理者の竣功検査が済んでゐても引渡が済まなければ請負人の債務は未だ完了しないのであるから此の結論に變りはない。

此の履行不能が若し一部不能であつたならば如何に解すべきであらうか。獨逸民法第三百二十三條は、

「雙務契約當事者の一方は自己の負擔せる給付が當事者雙方の責に歸すべからざる事由に因りて不能となりたるときは反對給付の請求權を失ふ、一部不能の場合には反對給付は第四百七十二條及第四百七十三條の規定に従ひ

減額す」

と規定して一部不能に付ては物の瑕疵擔保に於ける賣買代價減額の規定に従つて反對給付の減額を認めてゐるが、我民法には此の様な規定を置いてゐない。けれども此の場合には一部不能の爲に全く債權を成立せしめた目的を達し得ざるに至つたか否かを區別して考察するのを通説としてゐる。

一部不能ではあるが道路として效用を果し得ず全く道路管理者が債權を成立せしめた目的を達し得ない場合には全部不能と何等異なる處はないから、請負人は債務を免かれると共に反對給付の請求權を失ふものと謂はねばならない。之に反して或る部分は道路としての效用を果し得て、或る程度に於て債權を成立せしめたる目的を達し得る場合には請負人の債務は其の範圍を減縮して可能なる部分の給付を爲せば足り、然かも其の可能なる部分の割合に應じて反對給付即ち請負金の請求權を有するものと解すべきこと獨逸民法の規定する處と同様である。

三 請負と賣買の混合契約

請負人が材料の全部又は大部分を提供する場合に於ても道路管理者が未だ道路用地となるべき土地の所有権を取得せず、起工承諾等に依り他人の土地に道路工事を施行する権原を得て、其の土地の上に請負人が道路築造工事を行ふ場合に於ては前に述べた處と大いに趣を異にする。

此の場合には道路管理者は未だ土地の所有者でないから請負人が土地に附著せしめた材料の所有権を當然に取得するの理由は毫も存しない。

さればと謂つて道路管理者は其の土地に工事を施行する権原を有し、請負人は其の権原に基づいて工事を施行するものであるから、請負人が其の土地に附著せしめたる材料は民法第二百四十二條但書に所謂権原に因つて附屬せしめた物に該當し、附合の原則の適用がないから土地所有者も亦其の所有権を取得することは出来ない。

即ち此の場合に於ては、其の所有権は依然として請負人に屬してゐるのである。従つて道路管理者と請負人との間

の契約は、道路工事を完成することを目的とすると共に請負人が土地に附著せしめた材料に依つて出来上つた設備の所有権を道路管理者に移轉することを目的とするものであり、然かも通常此の二つの目的の間に輕重の差異を認めない。されば、此の契約は請負に關する規定と、賣買に關する規定とを類推適用すべき請負と賣買の混合契約であると觀るべきであらう。

又橋梁の新設の如きに於ては、道路管理者が道路用地の所有権を取得してゐると否とに拘らず土地とは別個の工作物であるから附合の原則の適用あるべき筈はなく、又橋脚の一本一本に付て觀ても、河川敷地に從たるものでもなければ又私権の目的となり得ざる河川敷地（河川法第三條）に付て附合の法則を認むべき餘地も全く存しない。故に此の場合に於ては材料の所有権は勿論、建設された橋梁の所有權も請負人に屬してゐることとなる。

従つて道路管理者と請負人との間の契約は橋梁の完成を目的とすると同時に橋梁の所有權の移轉をも目的とするも

のであり、此の兩目的の間に輕重の差異を認めないのが普通であるから、之亦請負に關する規定と、賣買に關する規定とを類推適用すべき請負と賣買の混合契約である。

道路工事の請負が斯の如く、請負と賣買の混合契約の性質を有する場合に於ては、其の履行不能が工事施行中に生じたならば請負の規定に従つて請負人が危険を負擔し債務を免かれると共に反對給付請求權を失ふが、工事完成後引渡前に履行不能となれば特定物に關する所有權の移轉を目的とする場合であるから、民法第五百三十四條第一項の規定に依り債權者たる道路管理者が危険を負擔し、請負人は完全に反對給付請求權を有する結果となる。何時を以て工事完成と爲すべきかと謂へば、必ずしも道路管理者の竣功検査完了の時と觀るべきではなく、客觀的に工事完成と認め得べき時と解すべきであらう。

前に掲げた大正三年十二月の判例の如きは、引渡に依つて建物の所有權が注文者に移轉すべき場合であることを述べてゐながら、「建物ヲ引渡スマテハ之ニ關スル危険ハ請負

人ノ負擔ニ屬シ」と謂つてゐるのは明かに危険負擔の法則の適用を誤つたものであつて、之とても建築完成後引渡前に於ては債權者たる注文者が危険を負擔するものと謂はねばならないのである。

四 假拂金と危険負擔との關係

請負契約に於ける注文者は報酬支拂の債務を負擔し、仕事の目的物を引渡すべき場合に於ては其の引渡と同時に報酬を支拂ふことを要し物の引渡を要せざるときは仕事完成したる時に之を支拂ふことを要する(民法第六百三十三條)。

即ち請負契約に於ける注文者の報酬支拂債務は後拂の債務であることを原則とするのである。然しながら此の原則を定めてゐる民法の規定は強行法規ではないから當事者は之と異なる意思表示を爲すことが出来る。従つて報酬前拂の特約や、仕事の進行に應じて分割支拂を爲すべき旨の特約は勿論有效である。

道路工事請負契約の實際に於ては、請負人に金融上の便宜を得させる爲に工事引渡以前に於て請負金の一部を前拂

するの必要を感じる事が多いので、道路工事執行令は「道路管理者ハ請負人ニ對シ工事ノ出來形ニ相當スル金額ノ十分八以内ノ假拂ヲ爲スコトヲ得」るものと規定してゐる(同令第二十四條)。

假拂と謂ふ文字を用ひてゐるけれども、之は特別の意味を有するものではなく、道路管理者の負擔する報酬支拂債務の一部分の前拂の特約を認めたに過ぎない。只此の規定は道路管理者が請負金前拂の特約を爲すに付ての限度を工事の出來形に相當する金額の十分八以内と定めた點に於て意義を有するのである。

假拂を爲す場合に於ては、道路管理者は工事出來形の検査を行ふのを常とするが、之は假拂金算出の基礎を確定する爲に行ふものであつて、何等特別の法律上の効果を生ずるものではない。されば此の検査があつたからとて、決して請負人の工事完成の債務が出來形の割合に從つて終了し又は責任の免脱を來すものではないのである。

道路管理者が既に一回若は數回の假拂を爲した後に於て

當事者雙方の責に歸すべからざる事由に因つて請負人の債務が履行不能となつたならば假拂金に對して如何なる影響を及ぼすかと謂ふに、道路工事の請負が純粹の請負契約である場合に於ては債務者たる請負人が危険を負擔し、仕事完成の債務を免れると共に反對給付の請求權を失ふのであるから、當然道路管理者は請負金支拂債務を免かれる。従つて既に支拂つた請負金の一部即ち假拂金に對しては道路管理者は不當利得の返還請求權を有するのである(民法第七百三條)。尤も履行不能となつた後に於て其の事實を知りつゝ道路管理者が假拂を爲す様なことがあつたとしたならば、其の場合は所謂非債辨濟(民法第七百五條)であつて道路管理者は返還請求權を有するものではない。

一部不能に於ても全く債權を成立せしめた目的を達し得ざる場合は全部不能の場合と同様であるが、債權を成立せしめた目的を達する場合に於ては、請負人の可能なる給付の割合に應じて道路管理者の請負金支拂債務は減額されるのであるから、既に支拂つた假拂金が此の減額された請負

金額を超過するならば、其の超過部分に付道路管理者は不當利得の返還請求権を有し、若し不足するならば更に其の不足額を支拂ふことを要する。

道路工事の請負が請負と賣買の混合契約である場合に於ては、工事施行中に履行不能を生じたならば請負人が危険を負担するのであるから、道路管理者が假拂金に付返還請求権を有すること純粹の請負契約である場合と全く同様であるが、工事完成後引渡前に履行不能となつたならば道路管理者が危険を負担するから、請負人は完全に請負金の請求権を有し、従つて假拂金に付ては何等影響を及ぼすことなく、道路管理者は尙其の殘額を支拂ふことを要するのである。

五 七 三 び

以上は道路工事の特異性を考慮しつゝ普通行はるゝ道路工事請負契約の態容を分析して危険負擔の法則の適用を考へて觀たのであるが、要するに、工事材料の全部又は大部分を道路管理者が供給する場合及其の全部又は大部分を請

負人が提供する場合でも道路管理者が既に道路用地の所有權を取得してゐる場合に於ては、其の請負は純粹の請負契約であつて危険負擔に關しては民法第五百三十六條第一項が適用され債務者たる請負人が危険を負担する。

之に反して工事材料の全部又は大部分を請負人が提供する場合でも道路管理者が未だ道路用地の所有權を取得してゐない場合及橋梁の如く土地とは別個獨立の工作物を建設する場合は、請負と賣買の混合契約であり、工事施行中に履行不能を生じたときは民法第五百三十六條第一項が適用されること純粹の請負契約の場合と同じであるが、工事完成後引渡前に履行不能を生じたときは民法第五百三十四條第一項が適用され、債權者たる道路管理者が危険を負担し請負人は完全に反對給付請求權を保有する。而して請負人が材料の全部又は大部分を提供する場合に純粹の請負契約となるか、請負と賣買の混合契約となるかの分岐點は附合の原則の適用ありや否やにある。

道路管理者が道路工事執行令第二十四條の規定に依り假

拂を爲した場合に於ては、請負人が危険を負擔するときは、道路管理者は假拂金の返還請求權を有するけれども、道路

管理者が危険を負擔するときは之に對して何等の影響を及ぼさないのである。

道路占用に關する報償契約について (二)

鈴木慶太郎

一、はしがき

二、報償契約の概念及び法律的性質(以上前號所載)

三、道路法施行前に於ける報償契約の效力(本號掲載)

四、道路法施行の報償契約に及ぼす效果

五、瓦斯事業法施行の報償契約に及ぼす效果

六、むすび

(1) 有效説

報償契約の法律的性質を私法上の契約なりと説く民法學者は大體に於て、「右契約は契約自由の原則に依りて爲された雙務契約なりと認むるを得るが故に有效なり。」と論じ、又A博士は、「瓦斯事業を一會社の獨占事業と爲し、市町村が自ら斯業を營まざるのみならず、他會社に對して許可せずといふ義務を負擔する一條項に就いては、不適法なりやとの疑を生ずるも、余は寧ろ當時の法制上有效なるものと解す。」と述べ、更に又

三、道路法施行前に於ける報償契約の效力

(一) 學說