



始



民法總則

國研
家究
試叢
驗書
3

高等試驗研究會編

民法總則

高等試驗研究叢書 3

181310

目次

〇(一) 「財産権の内容は公共の福祉に適合するように法律でこれを定める」といふ憲法の規定(第二十九條第二項)は民法でどういふ風に理解せられるべきか(昭二二行).....一

〇(二) 信義誠實の原則.....四

〇(三) 権利濫用禁止の法理及其適用を解説せよ(昭二一行).....六

〇(四) 意思能力と行為能力との相違及び無能力制度との關係を述べよ(昭二二司).....一〇

〇(五) 無能力者保護の社會的意義.....一四

〇(六) 無能力者の相手方の保護.....一七

〇(七) 民法における未成年者保護の規定は適當公正か(昭九東大穂積).....二二

〇(八) 失踪宣告についてのべよ.....二五

〇(九) 失踪宣告の取消を論ずべし(昭一〇辯).....三〇

〇(一〇) 法人の本質及種類を説明すべし(昭一六外).....三三

〇(一一) 人格なき社團財團の法律的性質を説明せよ(昭二一東大末弘).....三六

〇(一二) 社團法人と財團法人との本質上の差異につき次の結果を説明せよ(昭二二司).....三八

(イ) 設立行為の差異 (ロ) 意思機關の差異 (ハ) 解散事由の差異.....四三

(ニ) 法人の不法行為能力(昭一六行).....四四

(三) 民法における動産不動産の取扱上の差異について論評せよ(昭一四東大我妻).....四六

(四) 從物とは何か(昭八京大末川).....四七

(五) 左に付簡單に答へよ (イ) 形成權 (ロ) 法定果實 (ハ) 期限の利益(昭七京大末川).....四九

法律行為(一七) 法律行為の解釋(昭一〇、一二京大石田).....五〇

(一八) 脱法行為について説明すべし(昭一四五).....五三

(一九) 法律要件と.....(昭一七京大石田).....五六

(二〇) 不法の條件を附したる法律行為を説明すべし(昭七五).....六九

〇(二一) 民法第九十二條を論評せよ(昭四東大我妻).....七三

〇(二二) 意思と表示との不一致について述べよ.....七五

〇(二三) 眞意に合致せざる意思表示の効力如何(昭一五五).....七九

〇(二四) 意思表示の錯誤.....七九

〇(二五) 法律行為の瑕疵を説明すべし(昭一四外).....八三

〇(二六) 意思表示に瑕疵ある場合及び其の効果を説明せよ(昭八外).....八五

(二七) 詐欺による意思表示の効力を問ふ(昭七京大末川).....六八

(二八) 強迫による意思表示を説明すべし(昭九五).....六九

(二九) 意思表示の効力発生時期を説明すべし(昭一二五).....七〇

(三〇) 代理制度の効用(昭一七東大穂積).....七〇

(三一) 代理に於ける三面の関係について述べよ.....七〇

(三二) 表見代理(昭六五、昭一七東北津曲).....七二

(三三) 表見代理と無権代理(狹義)との異同を明にせよ.....七二

(三四) 未成年者が法定代理人の同意なくして爲したる行為の効力と代理権なき者が代理人としてなしたる法律行為の効力とを比較して説明せよ(昭八京大近藤).....七五

(三五) 無権代理行為の効力を説明すべし.....一〇〇

(三六) 「代理人ハ、能力者タルコトヲ要セス」といふ條文を説明せよ(昭一三東大我妻).....一〇一

(三七) 代理人と使者との區別を説明せよ(昭五行).....一〇六

(三八) 委任と代理との關係を説明せよ(昭一八東大川島).....一〇七

(三九) 代理に関する民法の規定は法人の理事の代表關係に適用ありや(昭一一東大末弘).....一〇七

(四〇) 無効行為の轉換.....一一七

(四一) 法律行為を取消したる場合の効果を具体的に述べよ(昭一七東大我妻).....一四〇

(四二) 無効の法律行為と取消し得べき法律行為(昭一四行).....一四一

(四三) 取消し得べき行為の追認を説明すべし(昭八東大三瀧).....一四八

(四四) 條件と期限.....一五三

(四五) 條件成否未定の間に於ける條件附法律行為の効力如何(大三司、昭九京大近藤).....一五五

(四六) 時効制度の利害得失を論ぜよ(昭六東大我妻).....一六二

(四七) 時効の援用は如何なる意義及び効力を有するか(大一一〇行).....一六五

(四八) 時効の効力は何時から生ずるか、理由を附して説明すべし(昭八京大末川).....一六八

(四九) 時効利益の拋棄を説明すべし(昭六司).....一七〇

(五〇) 時効の中斷.....一七三

問題「一」財産権の内容は公共の福祉に適合するように法律でこれを定める」と
いう憲法の規定（第二十九條第二項）は民法でどういう風に理解せら
れるべきか（昭二二行政）

一 序 説

二 權利概念の沿革と轉回

三 改正民法の新規定

第一 序 説

新憲法は「國民の權利及び義務」の章下に、財産権の不可侵を規定するとともに、私權の社會的意義につき規定することとなつた。すなわち、その第二十九條は、第一項で「財産権は、これを侵してはならない」とし、第二項で「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」と規定したのである。このことは、舊憲法が、「日本臣民ハ其ノ所有權ヲ侵サルコトナシ」とし（一七）、ただ、財産権（所有權）の不可侵を規定したにとどまるのとは、大いにことなるところである。このことは、第一次世界大戰後のワイマール憲法が、所有權は義務を包含するとしてゐるのと同じ思想に出でるものといえよう。改正民法第一條は、さきの新憲法の趣旨をうけて、「私權ハ公共ノ福祉ニ違フ（一）項ノ權利ノ行使及ヒ義務ノ履行ハ信義ニ從ヒ誠實ニ之ヲ爲スコトヲ要ス（二）項ノ權利ノ濫用ハ之ヲ許サス（三）項」と規定する

こととなつた。

第二 權利概念の沿革と轉回

一 近代私法制度は個人主義的な權利本位の上に築かれ、所有權絕對の思想、契約自由の原則及び過失責任の原則をその基盤としてゐる。而して「自己の權利を行使する者は何人に對しても不法を行うものではない」というローマ法以來の法諺が、權利行使の絕對性に關する原則として不可疑のものと考えられた。殊にフランス革命當初の人權宣言並びにその成果たるフランス民法典以來、この原則は支配的なものとなつた。

二 しかし、權利は、本來、社會生活における個人と個人との關係を規律する上において認められるものであるから、權利の行使に當つて、權利者以外の者の利益を全く無視し、權利者が社會から絶縁された孤獨の存在であるかのやうに、振舞ふことは許さるべきでない。殊に個人主義的な權利本位の思想は、資本主義の進展と共にその弊害を露骨に表はすこととなり、種々の社會問題を生むに至つた。かくて個人本位の權利思想は漸次社會本位の思想によつて是正されるに至り、權利の絕對性、ことに所有權絕對の原則は制限され、或ひは權利否認論さえ爲されるに至つた。

三 權利濫用の禁止に關する理論と實際とは、實に個人本位の權利思想に對する社會本位の思想よりの反逆の現れといふことができる。即ち權利濫用禁止の理論の展開によつて、權利（特に所有權）はそれが社

會の共同生活の秩序を害する範圍において否定されることとなつた。更に進んで現代の權利は公共の利益に合致する範圍内に於てのみ法律上の承認を受けてゐるのである。私權は必ずしも權利者の私益の爲にのみ恣意的に之を享有行使する自由が有るのでなく、同時に公共の福祉に合致するやうに權利を行使すべき義務をも負擔してゐると解すべきである。この思想は、舊獨逸のワイマル憲法第一五三條に於て法規化され「所有權ハ義務ヲ包含ス、所有權ノ行使ハ同時ニ公共ノ福利ノ爲ニスルコトヲ要ス」と定められ、所有權の公共性、權利たると共に義務たる性質を伴ふものなることが強調せられた。實に權利概念のコベルニクスの轉回と稱すべきである。

第三 改正民法の規定

一 かかる權利概念の轉回にあつて、從來の民法には、何等特別の規定なく、ただ社會立法あるいは判例等によつて補充的に解決がくわだてられてゐたにとどまる。

二 ところが前にのべたよおに、新憲法第二十九條の新規定が出現し、これにともなう今次民法典の一部改正に際して、その第一條に「私權ハ公共ノ福祉ニ遵フ」べきことがうたわれるに至つたのである。

三 個人の權利は、所有權であろうと、債權そのたの財産上の權利であろうと、個人は、それを、自己の利益追及のために行使することができるのであるが、それは、つねに、公共の福祉に遵つて行使されなければならぬ。財産權は、國法上、何人によつても侵されないことが確保されてゐるのであるが、それは

公共の福祉に反しない利用を豫定してのことであつて、かく國法上十分の尊敬の拂はれてゐる財産権は、信義誠實の原則にしたがつて行使されなければならぬとされるのである。

四 信義誠實の原則とは、公序良俗とゆうのと同義に解して差支えない。公序良俗に反する権利の行使は権利の濫用であり、公序良俗に反する義務の履行は、履行の本旨にたがうものであり、その効果を生じないといわなければならない。

問題〔二〕信義誠實の原則

一 序 説

二 信義誠實の原則の現代的意義

第一 序 説

一 そもそも法律関係と道德規範とは矛盾すべからざるものである。このことは既にローマ法に於ても認められた原理である。即ちローマ法の理論において、善良の風俗に反する行為は無効とせられ、信義に反する請求をなすものに對しては、所謂一般の惡意の抗辯が認められた。然し法律は一面に於ては道德規範との調和を要請するとともに、他面形式的な確實性を要求するものである。學者は前の要請を具體的妥當性といふ語で表現し、後の要請を確實性（法的安定性）と稱する。私法上の權利關係の規律に當つて、法

律關係の確實性を貫徹せんとすれば、具體的妥當性を缺くことになり、法律は形式的な存在に墮することとなる。これに反し具體的妥當性を尊重しすぎるときは、法それ自体の否定となる。畢竟兩者はそれぞれ相調和することによつて存在價值がある。而して兩要請の強弱は時代により、又法律關係の如何によつて異なるものである。即ち法律の形式的確實性を尊重する時代には、具體的妥當性の要請は極めて限局されると共に、具體的妥當性の強調せられる時代には法律關係はあらゆる領域に於て、道德規範によつて是正され調和せしめられることとなる。

二 十九世紀以來、個人の權利本位の思想は社會本位の思想により修正されることとなり、個人本位の思想の下に所有權の絶對と契約自由を標榜する近代民法は漸次改正されつつある。かくて社會の法律理想は更に具體的妥當性を強く要求するに至り、法的安定性を破らざる限り、法律關係のあらゆる領域において道德規範との調和が要請されつつある。「信義誠實の原則」は「公の秩序善良の風俗」なる觀念とともに實にかかる場合の道德的標準を示す觀念である。

第二 信義誠實の原則の現代的意義

一 信義誠實の原則については、フランス民法は契約上の債務履行につき、債務者がこの原則に従ふべきことを規定したが、ドイツ民法第二四二條はこの原則を以て債務關係の根本理念として債權篇の最初に規定した。かように信義誠實の原則はその當初は單に契約を解釋補充する原則にすぎなかつた。従つて全權

利關係の規準とせられなかつた。然るにスイス民法は第二條に各人はその權利を行使するにも義務を履行するにも信義誠實の原則に従ふことを要する旨規定し、信義誠實の原則が全權利關係を規律する根本理念なることが明白にされた。從來「公の秩序善良の風俗」は一般的法律關係を規律する客觀的標準として、信義誠實の原則は特定人間の權利關係（契約の如き）を規律する主觀的規準たる色調を有すると稱されたのであるが、今や兩原則は共に全權利關係の規準として、法律關係の道德的規準とゆう理想の下に綜合されたものと解すべきである。

二 但し私法の權利關係の規律に當り、かかる道德的標準に依據することに對し、法律關係の確實性を尊重する一部學者による強力な反對がある。これらの警告は道德的標準に訴へること自体を否認するのでなく、かかる道德的標準の無批判な援用に對する警告である。したがつて信義誠實の原則を適用するにあつては、法律の最高の理念に照し、判斷する者は個人的恣意に陥ることなく、時代の社會制度と思潮とを觀察し、法律の最高理念の具體的顯現を明かにする覺悟を必要とする。

問題〔三〕權利濫用禁止の法理及其の適用を解説せよ（昭一行政科）

一 權利濫用禁止の法理

二 權利濫用認定の標準と適用

三 結 語

第一 權利濫用禁止の法理

一 近代民法は個人主義的な契約自由の原則、所有權絕對の原則及過失責任の原則を根本原理として構成された。近代民法は只管權利本位の立場から個人の社會生活を規律し、個人の權利を保護することを以てその体系を貫く主要眼目とした。かかる強き權利本位の立場は所有權絕對の思想に依て最も端的に表現せられ、且一方にはローマ法以來の法源たる「自己の權利を行使する者は何人に對しても不法を行ふものに非ず」との思想に依て裏付けられ、資本主義社會の生成過程の中に確立された。かくて權利行使の絕對性に關する原則は、これまでの所謂權利本位の私法制度においては當然の事理とされた。

二 しかし一方、權利の不當なる行使、權利の内容を逸脱せる行使が、眞に正當なる權利の行使を意味するか否か、従つて之等の不當な權利行使が本來の權利制度の目的に反せざるや否や等、古くから論議せられた。即ち權利は本來社會生活における個人と個人との關係を規律する上において認められるものであるから、權利を行使する際權利者以外の者の利益を全く無視し、只管自己の權利のみを主張することは許されない。かくて資本主義經濟組織の下に於ける個人主義的な權利行使絕對性の原則は、社會的公共性の理念の下に重要な修正變化を蒙るに到り、權利濫用禁止の理論と實際とが生れるに至つた。

三 新しい立法例では、權利濫用に關する規定を設けて居るものが少くない。例えばドイツ民法第二二六

條、スイス民法第二條第二項、ソヴェト民法第一條等である。我が從來の民法には權利濫用禁止に関する一般的規定がなかつた爲、學說判例によつて、正當な限界を逸脱した權利行使が權利濫用となることが強調補充されてゐた。今回の改正民法第一條第三項は「權利ノ濫用ハコレヲ許サス」と規定するに至つた。

第二 權利濫用認定の標準と適用

一 如何なる行爲を權利濫用として認定すべきか、即ち權利の正常な行使と權利の濫用との限界は如何なる點にあるかにつき、立法例並びに學說判例は必ずしも明確でない。古くは權利濫用の問題は相隣關係における土地所有權の限界に関する問題として論ぜられ、煤煙臭氣等の放散が隣人を害すること甚しい場合に個別的規定が設けられたことがあり、又他人に損害を加へる目的でなされた權利の行使は所謂「シャカネ」と呼ばれ、その不法なことが認められた。ドイツ民法は「權利ノ行使ハソレガ他人ニ損害ヲ加ヘル目的ノミヲ有スル場合ハ許サレナイ」とし、權利濫用認定の標準として主觀的な標識をかかげた。しかし、加害の目的以外の別異の目的が存する場合でも、尙權利の濫用として認められる場合があるから、權利濫用なりや否やの問題は、權利行使者の加害の目的といふ主觀的標準にのみよるべきでなく、法の實質的基礎をなす法の目的に違背するや否やの客觀的な標準によるべきであると主張されるに至つた。スイス民法第二條の「明白ナル權利濫用ハ法ノ保護ヲ受ケス」の規定、ソヴェト民法第一條の「私權ハ其社會的經濟的目

的ニ反シテ行使セラルル場合ヲ除キ法律上ノ保護ヲ受ク」の規定はその標準が客觀的標準に進んだことを示すものである。

二 改正民法第一條第三項は「權利ノ濫用ハコレヲ許サス」と規定するのみで、權利濫用認定の標準を明定して居ない。然し第一條第一項が、私權は總て公共の福祉に遵つて、行使すべきことを明かにすると共に、第二項が權利の行使が信義誠實の原則に従つてなされるべきことを規定してゐることは、第九〇條の公序良俗に関する規定と共に、客觀的標準を示すものと言える。尙權利濫用に關する從來の判例も認定の標識を示すものとして参考とせらるべきである。要するに權利は本來公共の福祉に遵ふべきものであり、信義誠實の原則に従つて行使せらるべきであるから、それを逸脱した權利の行使は權利濫用とせらるべきである。具体的事例については結局日常生活における經驗が判斷の資料となるであらう。

三 かくて形式上は一應權利の行使と主張せられる行爲であつても、其内容に於て法の目的に反し、法が權利を認めた根本精神と背馳する場合には、權利の濫用として其行爲は不法な行爲となる。故に權利濫用の結果、他人に損害を與へた場合には、不法行爲による損害賠償の責任を負はねばならぬ。又損害の有無に拘らず、相手方は不作爲の訴を提起して、その防止を請求することが出来る。

第三 結 語

權利濫用の理論によつて、今や權利の觀念に新たな要素が附加されて來た。權利を有する者は自己の利益

と同時に公共の福利に合するやうに権利を行使すべき義務をも伴ふやうになつた。フランス革命が人權宣言に於て、個人の所有権を天賦且神聖不可侵の權利なりと宣言した權利絶對の原則は、今や社會信託の思想に基き、權利は社會的作用を果すべき法律上の義務であると考へられるに至つた。ドイツ憲法に於ても所有権は義務を生ず、其使用は同時に公共の福利に合すべきものであるとの原則を宣言してゐる。日本國憲法第二十九條にも、「財産權の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」と明示してゐる。權利濫用の理論は權利本位の民法を、社會本位の民法に進めるがために、重要な役割を演じてゐるのである。

問題〔四〕意思能力及行為能力との相違及無能力制度との關係を述べよ。(附二司法)

一 意思能力及行為能力の相違

二 無能力制度との關係

一 意思能力及行為能力の相異

一 總 說

意思能力及行為能力とは頗る密接な關係を有し、法が行為能力ありと認むる者は法律上有効なる行為を爲し得る精神能力ありと認められた事を意味する。即ち民法上の行為能力は意思能力ある所に設定せられ

る。何故ならば行為は結局意思の外部的な表現に他ならないからである。民法上無能力者と稱するのは、行為能力なき者であり、従つて精神の未熟或は障害等のために正常な意思能力をもち得ない者である。

二 行為能力

行為能力とは、抽象的な權利義務を現實に取得する爲の行為を爲し得る能力で、換言すれば法律上有効なる法律行為を爲し得る能力に他ならない。民法上能力又は無能力と言へば、行為能力を意味する。意思能力を有しないために行為能力をも有しない者の行為は無効である。かかる無能力者を保護する爲の制度が無能力者制度である。

三 意思能力

(I) 意思能力とは、自己の行為の結果を合理的に判断し得る精神的能力である。それは正常な認識力と豫期力とを包含する。我々の行為が法律的效果を生ずる爲には、常にこの意思能力が必要なりとせられる。我々として權利義務を取得せしむる最も重要な原因である。蓋し、これらの行為が法律上の效果を生ずるのは「各個人は原則として自己の意思に基いてのみ權利を取得し、又義務を負担する」と云ふ近代法の個人主義的根本原理に基くからである。

(2) このことから意思無能力者の行為は無効であるとされる。けだし行為者に意思能力なき場合にはその結果はその者の意思に基くとは云ひ得ないからである。従つて不法行為に基く責任も亦負擔し得ない

い(七一二、七一三)。民法上不法行為に關し、意思能力が責任能力であると云はれる所以である。

第二 無能力制度との關係

一 意思能力なき者の行為は無効であるとは、意思無能力者の保護を意味する。しかし、意思無能力者がこの結果を主張せんが爲めには、自ら意思能力のなかつたことを證明しなければならぬとすれば、それは、實際上極めて困難である。そこで民法は法律行為について一般的な原則を設け、意思能力の完全でない者を無能力者となし、それ等の者の行為は常に取消し得るものとして、これを保護することにした。これが即ち無能力又は行為無能力の制度である。

二 一方、一定の者を劃一的に無能力者とする無能力者制度は、本人保護と同時に社會の一般人の取引に於て意思能力理論によつて蒙る損失を或程度まで緩和する作用をも有する。然し無能力者なりや否やを審査すること、そのことが既に取引の活動を妨げるのみならず、無能力たる事を知らずして取引した第三者が後に其の行為取消され得るとすれば、無能力者制度は社會の一般人の利益を犠牲にして本人を保護する制度なることは否定し得ない。

三 不法行為については劃一的な標準で無能力者を定めることなく、個々の場合に意思能力の有無を審査し、意思能力なき場合にのみ責任を負はない。蓋し不法行為については無能力者制度の如きを設けることは殆んど不可能でもあり、不必要でもあるからである。

四 無能力者

(1) 右の意味に於ける我民法上の無能力者は

(イ) 満二十歳にならない者(未成年者)

(ロ) 心神喪失の常況に在る者で禁治産の宣告を受けた者

(ハ) 心神耗弱者、聾者、啞者、盲者浪費者で準禁治産の宣告を受けた者

の三者である。これ等の者の行為は、一々の場合を審査すれば、全く意思能力の無かつたこともあらう。もしその場合に意思能力の無かつたことを證明すればその行為は無効となる。しかし、この證明の出來ない場合及び完全に意思能力の有つた場合の二つの場合には、單に無能力者なることを理由として取消すことが出来る。

(2) 未成年者を無能力とすることは各國法の一致するところである。しかし

(イ) 年齢は同一ではない。漸次低下する傾きがある。

(ロ) 無能力者としての取扱も、年齢によつて階段を設けるものと、一律に取扱ふものがある。

(ハ) 精神的能力の不充分なものはその程度が心神喪失の常況に達する者も、心神耗弱の程度に止まるものも共に、これを無能力とすることはほぼ一致している。しかし、兩者を全然同一に取扱ふもの、兩者を同一の範疇に入れて能力を別異にするもの、兩者を全然別個の種類とするものがある。

(三) 浪費者を無能力とすることも例が多い。酒癖を無能力原因とするものも少くない。しかし、これらの制度は本人又は第三者の不利益に濫用せられることが多い。また、聾者、啞者、盲者はこれによつて心神耗弱となつた場合を除き、獨立に無能力原因とする必要は殆んどこれを發見しえない。

問題〔五〕無能力者保護の社會的意義

一 無能力者保護制度の目的

二 無能力制度に對する批判

三 結 語

第一 無能力者保護制度の目的

一 無能力者保護の制度は、個人は自らの意思に依てのみ權利を取得し、義務を負擔すると云ふ個人主義的な近代民法の原理に立脚し、意思能力の完全でない者を無能力者とし、その者の行爲は法律効果を生じないとする制度である。しかし、近時に於ける個人主義原理の後退と社會的公共性の重要視、社會主義的法思想の擡頭は近代民法の根本原理に幾多の修正を加へなければならぬこととなつた。ここに、無能力者制度と雖も、それが個人主義的な原理に立脚する限り、諸種の批判を受けなければならぬ。

二 しかし、無能力者の保護制度は、一言にしていへば、一定の者を無能力者とすることは取引の相手方を警戒せしめることにより、社會一般人が意思能力理論によつて蒙る損失を或る程度緩和せしめる働きを

なすとともに、本人の保護をはかる制度である。しかし、實際上無能力者であるか否かの審査は容易でなく、取引の敏活を著しく妨げることとなる。従つて現行法上本制度は社會一般人の犠牲において本人を保護する制度であると言つても過言ではない。

第二 無能力制度に對する批判

一 不法行爲の責任について

加害者が多額の財産を有する場合には、意思能力のない行爲についても、賠償責任を負ふことがかえつて團體生活に於ける衡平の觀念に合すると考へられ、大企業の經營より生ずる損害に對する無過失賠償責任と相應じて不法行爲理論は修正されねばならない。このことは、社會に於ける損害の分擔が個人の意思を絶對的標準として決せられるべきでなく、關係當事者の經濟的地位狀態を重要な一要素として決定すべき事を意味する。

二 同様の思想は法律行爲についても現はれて居る。現在の經濟取引が迅速性、複雑性、緊密性を要するに至つた結果、經濟取引に關與する一員が意思能力を缺き、或ひは行爲能力を有しないためにその行爲を無効又は取消し得るものとなすならば、社會の經濟取引關係の緊密廣汎な結合が、その一部に於て破綻を生ずることになり、その影響する所は頗る重大となる。ここに於て經濟取引の安全の爲めに一個人の意思能力の有無が或程度まで無視せられる事は止むを得ないといふ法律思想が次第に強く現れて來る。取引の安

全といふ法律思想は資本主義經濟取引の安全維持といふ意味に於ては、なほ個人本位の思想の延長であるが、社會の取引關係の利益の爲めに一個人の利益を輕視せんとすることは、個人絶對主義の社會的公共性の立場よりする修正に他ならない。このことは近代民法に對する重大な修正を意味する。

三 さらに勞働者團體その他職業團體や村落、部落等の地域團體等が團體的行動をする場合には、これらの團體は或程度まで構成員個々の意思には關係なく成立して行動するものであり、個人の意思を基礎としてその行動を律することは、これらの團體をしてその社會的作用を完うし得ざるに至らしめる。したがつて團體を構成する一員の無能力の如きは團體の行動に關しては完全に無視されざるを得ない。團體本位の思想はここに於て個人本位の思想の延長たることから明らかに轉回すると稱し得るであらう。

第三 結 語

無能力者制度は精神能力の不完全なる者の財産を保護し、その濫りに喪失せらるることなきを期する制度である。しかし、精神能力の不完全なる無産者が自ら生活資料を獲得する爲めに法律行為を爲すに當つては殆んど實益のないものである。精神能力の不完全なる有産者を保護する無能力者制度は、取引の安全の爲めに制限せられるが、これに反し精神能力の不充分的無産者を保護する社會政策的立法は次第に増加する。社會に於ける法律關係は正常なる個人意思によつてのみ規律せらるべしとする近世法の大原則は既に根本的な變化を受けつつある。

問題〔六〕無能力者の相手方の保護

- 一 無能力者制度
- 二 相手方保護の必要
- 三 相手方保護の制度

第一 無能力者制度

近代民法に於ては個人は自らの意思に基いてのみ權利を取得し、義務を負ひ、完全な意思能力者にして始めて諸種の法律効果を發生せしめ得る。したがつて意思能力を欠く者はその行為につき効果を發生せしめる事を得ない。かくて意思能力なき者の行為はこれを無効とし、以て意思無能力者を保護する制度を採つた。即、意思能力の不完全な者従つて行為能力に欠くる所ある者の行為は意思無能力者自らが意思能力なき事を證明する迄もなく取消し得るものとした。

第二 相手方保護の必要

一 併し實際取引に於ては相手が無能力者たるや否やを、いち／＼調査して取引する事は取引の敏活を甚しく妨害する結果となる。即ち、無能力者の行為は當然無効ではなく、單に取消され得るに過ぎず。而も無能力者と取引をなしたる相手方は、無權代理行為の相手方に於けるが如く、意思表示の撤回權を有しないから、無能力者の行為が何時取消さるか否か不確定な状態に置かれる。このことは單に相手方に不利

益なるのみならず、一般取引の安全にも有害である。この不確定な法律関係を成る可く速かに確定せしめるため、民法は詐欺強迫の場合と同様取消権の短期時効の制度を設け、取消権は追認を爲すことを得る時より五年間之を行はざるときは、時効によりて消滅するものと規定してゐる（一二六）。

二 しかし、かゝる短期時効の制度によつても、相手方の地位は、相當の期間不確定の状態におかれる。而も詐欺者強迫者がかゝる不利益を蒙ることは、いはゞ自業自得と言ひ得るが、無能力者保護の目的によつて犠牲にせられてゐる無能力者の相手方は、前者より一層保護せらるべき理由がある。そこで、民法は第十九條に於て、相手方に催告権を與へて、速に法律關係を確定するの途を開くと共に、第二十條に於て無能力者が詐術を用ひたるときは、取消し得ざるものとして、以て相手方を保護してゐる。

第三 相手方保護の制度

一 催告権

(1) 催告は、相手方ある一方的な意思通知である。したがつて之によつて生ずる法律關係の確定は、表意者の意思効果ではない。尤も、その意思の表現たる點に於ては、意思表示とその性質を同じうするから意思表示に関する規定は、その性質の許す限り類推適用せらるべきである。

(2) 催告をなし得る者は、無能力者のなしたる取消し得べき行為の相手方である。故に、相手方なき一方行為については第十九條の適用はないが、相手方ある限り、一方行為、例えば解約告知についても適用

せられる。

(3) 催告を受ける者

- (a) 取消し得べき行為をなしたる當時の無能力者にして、能力者となりたる者。
- (b) 無能力者の法定代理人。
- (c) 取消し得べき行為をなしたる準禁治産者。

(4) 催告期間

催告は一ヶ月の猶豫を置くを要する。期間の起算點は、催告の意思通知が相手方に到達した時であり、その終了點は、確答發信の時である。

(5) 催告の効力（確答なき場合の效果）

催告に對して確答なき場合、催告を受けた者が單獨に追認し得る場合には追認と看做し、然らざる場合には取消と看做す。

(a) 無能力者が、能力者となつた後、これに對して催告をなした場合、一ヶ月内に確答を發しないとせば追認をなしたものと見做され、反証を擧げてその効力を覆すことをえない。

(b) 無能力者が、能力者となる以前に於て、その法定代理人に對してなされた催告についても、右と同様確答なきときは追認をなしたものと看做される。但し法定代理人に對してなされる催告はその

権限内の行為にのみ限られる。

(c) 特別の方式を要する行為、たとえば法定代理人の同意を得て追認すべき場合について、その方式をふまない通知を發したときは取消したものと看做される。

(d) 催告は必ずしも準禁治産者に對してなされることを要せず保佐人に對しても有効になされ得る。

この催告がなされた場合に、準禁治産者がその期間内に、同意を得たる通知を發しないときは、之を取消したものと看做される。

二 詐術による取消権の消滅(二〇)

(1) 無能力者が能力者たることを信ぜしむる爲め、詐術を用いたるときは、その行為を取消すことを得ない。相手方は、詐欺を理由として、その行為を取消すことができるばかりでなく、不法行為を理由として損害賠償を請求することも可能である。しかし、相手方は、これらの手段によつて救済をうけるよりはむしろ無能力者の行為を取消し得ないものとして、その行為の効果を發生せしめることを欲するのが通常であり、相手方保護としてはこの方がより有効である。

(2) 取消権消滅の要件

(a) 無能力者が、相手方をして、その能力者たることを信ぜしめたること。同意がないにも拘らず、同意ありと信ぜしめたる場合も、亦本條に該當する。

(b) 無能力者が詐術を用ひたること。

詐欺と詐術との區別は明瞭を欠くが、無能力者としてもゆるしえない程度の詐欺の義に解すべきであらう。

(c) 相手方が能力者と誤信した事。

(3) 取消権消滅の効力

(a) 右の要件の具はつた場合には、無能力者の行為は、その行為の時より確定的に効力を生じ、従つて、當該の無能力者は勿論、その法定代理人と雖も之を取消すことを得ない。

(b) 取引の相手方は、詐欺を理由として、その法律行為を取消し得べきは勿論である。

問題〔七〕民法に於ける未成年者保護の規定は適當か (昭九東大穂積)

一 總説—無能力者制度と未成年保護

二 我民法に於ける未成年者保護制度

三 結 語

第一 總 説—無能力者制度と未成年者保護

一 近代民法に於ては、完全なる意思能力者にして、始めて諸種の法律効果を發生せしむる行為を爲しう

る。意思能力を欠く者の行爲は、何等の効果をも発生しない。ところが、取引の實際に於て、無能力者もしばしば取引關係に立つことがあるが、この場合、無能力者が自己の無能力者である事を舉証して法律効果の發生を阻止する事は不可能に近く、一方、相手方もいちいち、無能力者か否かを調査しつゝ取引する事は著しく取引の敏活を妨げる。それ故、民法は意思無能力者の一定の要件を定め（例へば未成年心神喪失等）、一括的に無能力とする制度を採る。

二 無能力者制度は無能力者保護の制度である。即ち無能力者が單獨に爲した行爲は、一般的に取消し得べきものとされてゐるから、これによつて、意思能力の不完全な無能力者は保護の全きを得るわけであるが、一方、取引の相手方は著しく不安定な状態に置かれる。この意味よりすれば無能力者制度は取引安全を犠牲にして、無能力者を保護するものに他ならない。のみならず我民法の無能力者制度は著しく無能力の保護を厚くして、一般取引の安全を害する嫌が多分にある。社會生活關係に於ける重點が個人万能から社會公共性、社會的利益へと移行するに伴ひ、かかる制度が重大な批判を蒙らなければならない事は當然である。例へば、民法に於ては、無能力者が無權代理契約を爲した場合、無權代理人が相手方に對して負ふべき無過失損害賠償の責任を免れしめてゐる事は、右の事實を示す好例である。本來代理人は行爲能力を要せずとすれば、意思能力のみを有する無能力者と雖も、代理行爲の効果を發生せしめ得る筈である。の右無能力者が經濟的に優利な條件を有する者である時は、かかる者の保護を一般取引の犠牲に於て保障

する必要はないであらう。このことは、無能力者の一つである未成年者についても當然あてはまる。

第二 我民法に於ける未成年者保護制度

一 我が未成年者保護制度の概観

(1) 民法は滿二十年を以て成年とし、二十年に充たざる者を未成年者とした。未成年者は無能力者であり、單獨に有効な法律行爲、殊に財産上の法律行爲を爲す事を得ない。法定代理人の同意を得たる法律行爲は有効であるが、之を欠く場合は取消し得べきものである。親權者又は後見人は當該未成年者の法定代理人であり、法定代理人は未成年者の爲に、自ら法律行爲を爲し得る代理權と未成年者の意思を補充する同意權を有してゐる。また、未成年者が單獨に爲した法律行爲は法定代理人に於て追認する事が出来る。

(2) しかし、未成年者の能力限定については例外がある。即、左の場合は單獨に有効な法律行爲を爲し得る。

(イ) 單に權利を得、義務を免るべき行爲(四但)。

(ロ) 法定代理人より處分を許されたる財産の處分(五)。

(ハ) 許可せられたる營業に關する行爲(六)(未成年者が商業を營む時は商法の規定に依り登記するを要する)。

(ニ) 身分法上の一切の行爲。

二 未成年者保護の制度に對する批判

(イ) 人の能力は漸進的に發達するものであり、滿二十年の前後によつて劃一的に區別することは妥當を缺く場合がある。智能發達の程度に應じ段階を設ける必要がある。但し餘りに細かく區別する事は前述の如き劃一的の標準によつて能力の有無を定めんとする無能力制度の目的に反することとなる。しかし特殊の事情ある場合、必要に應じて未成年の規定を緩和する必要あるはいふまでもない。例へば、獨民法、瑞民法の成年宣告の制度、佛民法の自治産(解放)の制度等を參考する必要がある。また、婚姻を爲した未成年者の如きは成年者たるの心身の發達を有し、かつ第三者も成年者としてとりあつかうのが通常であるから、これを未成年者と爲すことは第三者に不測の不利益をこうむらしめることとなる。從來の民法はこの點につき何等規定を設けなかつたが、今回の改正はスイス民法に倣ひ未成年者が婚姻したときは、これによつて成年に達したものとみなすこととなつた(七五三)。

(ロ) 未成年者が商業を営む場合には登記しなければならぬ。従つて一般第三者は保護せられ得る。商業以外の營業を営む場合にはこの營業に許可あることの公示方法がないので、一般第三者は許可の有無を審査し得ない。この點、社會の一般取引の安全の爲め考慮を要する。

(ハ) 未成年者の營業許可の取消は、善意の第三者にも對抗し得るものと解せられて居る。尤も、商業の許可の取消の場合には登記を抹消すべきであり、抹消せざる間は善意の第三者は保護せられるから、一

般第三者に不測の損失を及ぼすことはない。然し商業以外の營業の許可の取消の場合には取引の安全を害する虞が少くない。これも未成年者の規定について「取引の安全」の上から再考を要する點である。

第三 結 語

要するに、未成年者保護の制度は主として未成年者の財産を保護するにあるのであるが、多數の無産者の子弟達は、未だ成年に達せずして企業者と雇傭契約を締結し、勞働に従事せねばならず、この際にこの制度がかへつて種々の束縛となり、自由に活動する機會を拘束するの結果を生じてゐる。かくて未成年者なる有産者を保護する制度は取引安全の爲に制限せられ、他方未成年なる無産者を保護する社會政策的立法は漸次増加する傾向にある。

問題「八」失踪宣告について述べよ

- 一 意 義
- 二 要 件
- 三 効 果
- 四 失踪宣告の取消

第一 失踪宣告の意義

失踪宣告とは、一定の期間所在不明の者生死不明の者を、利害關係人の請求によつて死亡した者と見做す裁判である(三〇以下)。ただし生死不明の者を、いつまでも生存者として取扱うことは、その者を中心とする財産關係、身分關係をながく不確定な状態に放置することとなり、利害關係人に對しては勿論のことと公益上も種々の不利益を與えることとなるため、不在者の從來の住所又は居所における法律關係を確定整理する必要があるからである。

第二 失踪宣告の要件

一 不在者の生死が不明であること

不在者の生死が不明であるとは、不在者の生死を推測せしめる事情(例えば音信)がないために、その生死をたしかめることができないことをいう。なお、この不明は、家事審判所、訴訟當事者に不明であればたり、一般人に不明であることは必要でない。

二 一定期間生死不明の状態が繼續すること

(1) 一般失踪期間

七年である。不在者の生死が七年間分明しないときは、家事審判所は失踪宣告をすることができ(三〇I)。この期間は、最後の音信のあつた日から起算する。

(2) 特別失踪期間

三年である(三〇II)。

(イ) 戦地にのぞんだ者は戦争の止んだのち三年である。戦地にのぞんだ者とは、廣く戦争の行はれる地域にある者をいい、軍人、軍屬、住民をもいう。戦争の止んだときは全般的に戦争終了のときを指し平和條約成立のときではない。

(ロ) 沈没した船中にあつた者

船舶(商五三八、船舶二〇)にかぎらず、一切の航行用具、航空機をいう。沈没したことを要するから行方不明の場合は除外される。

(ハ) 死亡原因たる危難に遭遇した者

その他の危難とは、火災、洪水、地震、吹雪、暴風雨の類である。ただし、新戸籍法第八十九條の規定の適用がある場合には失踪宣告の問題を生じない。

三 利害關係人の請求あること

不在者の配偶者、相続人、後見人、財産管理人、債權者、債務者のよおな利害關係人の請求にもとづき不在者の住所を管轄する家事審判所は、六月以上の期間をさだめて公示催告する(家事審判規則三九)。その期間内に届出がないときは、家事審判所は失踪の宣告をする。

第三 失踪宣告の効果(民三二)

一 失踪期間満了のときに死亡したものと「見做」される

死亡が擬制されるから、反證をあげて宣告の効果を覆すことはできない。宣告の効果を除去するために、かならず、宣告そのものを取消す申立をして、取消の宣告を受けなければならない。

二 「失踪期間満了のときに」死亡したものと看做される

死亡したものとされるのは、失踪期間満了のときである。すなわち、宣告があると、期間満了のときに失踪者の身分關係が確定することとなるから、相続は開始し、婚姻は解消する結果となる。外國の立法例では、裁判官が死亡の日と認定した日に死亡したとするもの（ドイツ）失踪期間の起算日に死亡したとするもの（スイス）などがある。

三 「死亡したもの」と看做される

死亡の事實を假設するものではないから、失踪者の權利能力、行爲能力を消滅せしめるものではない。それは、失踪者の從來の住所地を中心とする法律關係を確定するにとどまる。したがって、失踪者が現存してゐる所において、權利義務の關係に立ち入ることは當然できるのであつて、みづから失踪宣告の取消を請求することも可能である。

第四 失踪宣告の取消

一 失踪宣告に對しては、本人または利害關係人は、即時抗告をすることができ（家事審判規則四二）。

抗告が理由ありとされれば、宣告が取消される。ただ抗告については期間に制限があるから（家規一七）、その期間經過後の場合について取消の方法が講じられなければならない。失踪宣告の「取消」がそれである。

二 取消の申立

宣告に對する即時抗告の期間經過後に、失踪者が生存すること、あるいは、失踪期間満了のときと異つたときに死亡したとの證明があつたときには、家事審判所は、本人又は利害關係人の請求によつて、宣告を取消することを要する（三三）。

三 取消の効果

(1) 原則

(イ) 最初から宣告がなかつたと同一の効力を生ずる。

(ロ) 失踪者生存の場合は、身分關係財産關係が原狀に復する。相続は開始せず、婚姻は復活する。

(ハ) 失踪期間満了の時と異つたときに死亡した場合は、眞の死亡の時を標準として相続關係が定められる。婚姻は復活しない。

(2) 例 外（善意者保護の規定）

(イ) 宣告後取消前に失踪者の生存してゐることをしらすになした行爲は、宣告が取消されても無効とならな（三三二）。たとえば、相続財産についてなした處分は有効となる。契約の場合は兩當事者が善意

であることを要する。

(ロ) 宣告により財産を取得した者(たとえば相続人)は、現に利益をうける限度で返還すればたり。それは、返還すべき時を標準とするから、すでに、消滅し消費したものは返還の必要がない。

問題「九」失踪宣告の取消を論ずべし (昭一〇辯)

一 失踪宣告の意義

二 失踪宣告の取消

第一 失踪宣告の意義

一 不在者の生死不明な場合、その状態が永續する事は不在者に關する身分上並に財産上の法律關係を不確定な状態に放置する事となり、諸種の不便、不利益を生ずる。従つてかかる場合民法は不在者を死亡したものの見做し、殘存配偶者に婚姻を許し、相続人をして相続せしむる等の身分上、財産上の法律關係を確定する制度を設けた。之が即失踪宣告制度である。

二 民法は不在者の生死不明なる状態が一定期間(七年乃至三年)経過すれば、利害關係人の請求に依り、家事審判所は判決を以て失踪宣告を爲す事を要する旨規定する(三〇)。失踪宣告を受けたものは、失踪期間満了の時に死亡したものと看做される(三一)。従つて、反證を以て右宣告の効力を覆す事は出來な

い。又失踪者失踪宣告の効果は、失踪者從來の住所、又は居所を中心とする法律關係を確定するものであつて、失踪者自身の權利能力及行爲能力を消滅せしむるものではない。

第二 失踪宣告の取消

一 失踪の宣告を受けたものが生存する事、又は宣告に依て死亡と見做された時以外の時に於て死亡したる事が證明せられた時は、本人又は利害關係人は、家事審判所に失踪宣告取消の訴を爲す事を要する(三二)。すなわち、失踪宣告に對する不服申立期間がすぎたのち、一定の理由の下に、取消の訴によつて取消されるのが、ここにゆう失踪宣告の取消である。

二 要件(三三)

(イ) 失踪者の現に生存すること又は宣告によつて、死亡と看做さるる時期と異るときに死亡したことが證明せられたとき。

「異りたる時期に死亡したることの證明あるとき」と云うのは、宣告以前(失踪期間中)又は宣告後の何時かに死亡したことを證明する場合の他、單に生存せることの證明のあつたときをも包含すると解すべきである。この證明があれば、この時から別に失踪期間を起算すべきことになり、従つて死亡時期が異なることになるからである。

(ロ) 本人又は利害關係人の請求に因つて、家事審判所は宣告を取消さねばならない。

三 手 續

失踪宣告に對しては上訴に依るを得ず、不服の訴の形式により訴へる事が出来る。

四 効 果

(イ) 原 則

失踪宣告が取消されると宣告がなかつたと同一になるから、宣告によつて消滅した身分關係は復活し、相續その他により取得せる財産は還元しなければならぬこととなる。即原狀に回復する。尤も失踪者が宣告による死亡時期と異なる一定の時期に死亡したことが證明された場合、又は新たな宣告によつて他の時期に死亡せるものと看做される場合には、結局現在に於ては死亡して居るのであるから、身分關係の復活はなく、財産關係も本人に還元するのではなく、財産歸屬の移動が以前の死亡時期と異なる時に於て行はれるに過ぎぬ。

(ロ) 例 外

しかし失踪宣告は残存者の權利關係を確定せんとする制度だから、善意者を保護する目的の爲に、その宣告を信賴した残存者が、取消によつて著しい影響を受けない様、民法は右の身分關係の復活、財産關係還元移動につき次ぎの二大制限を設けた。

(a) 失踪の宣告後、その取消前善意を以て爲した行爲はその効力を變じない(三二I但)。

ここに善意とは失踪宣告が事實と異なることを知らないことである。行爲者が善意なるを要するから、行爲の兩當事者の善意が必要である。善意の行爲の効力には影響がないから、これと兩立しない舊關係は復活しないものと解すべきである。

(b) 失踪宣告に因つて財産を得た者は、其取消に因つて權利を失ふけれども、現に利益を受くる限度に於てのみ其財産を返還する義務を負ふ(三二II)。

失踪宣告を直接の原因として財産を得たもの、例へば相續人、受遺者等を保護した規定で、これらの者の財産返還義務は、全部返還ではなく、「現ニ利益ヲ受クル限度」に於て之を爲すを以て足る。この範圍は第七〇三條に「利益ノ存スル限度」と云つて居ると同一であつて、返還時期を標準とする現存利益に他ならない。なほ第三二條第二項は財産を得たる者の善意と悪意とを區別して居ないが、悪意のものは第七〇四條の悪意の返還者と同様に取得、又は處分當時の利益に利息を附して返還すべきものと解せられる。

問題「一〇」法人の本質及種類を説明すべし(昭一六外交)

一 法人の本質

二 法人の種類

第一 法人の本質

一 法人とは、自然人以外のものでも権利能力を有する者、即ち権利義務の主体たる者をいう。民法上は人の結合体たる社團法人と一定の目的に捧げられたる財産たる財團法人との二種がある。法人の本質如何という問題については、學者間に大いに論議がなされたが、その著眼點を異にするに従ひ、法人擬制説、法人實在説等が唱えられた。

(1) 法人擬制説

權利の主体たり得る實體は、本來自然人に限るべきものだといふ前提の下に、法人は法律が特に自然人に擬制したものであると説く。此の理論は云ふ迄もなく、個人中心思想の反映である。この理論は、更に法人は特に國家又は法律が認許する場合にのみ成立し得ると説くこととなるから(許可主義)、近世法がその當初に於て個人をのみ尊重し、團體を輕視したときにはその要求に適合した。

(2) 法人否認説

法人は法の擬制なりとすれば、結局その實體は財産又は個人であり、法人の本体は一定目的に捧げられた財産か、法人の利益を終局的に享受すべき個人であると云ふ事になる。かくて法人は結局その本体を否認せらるべきものなりとの思想を生ずる。これを法人否認説といふ。

(3) 法人實在説

個人は社會生活に於て決して孤立して存在するものではなく、種々の關係に於て結合して生活するものであり、人類文化の發達は人類結合の歴史の成果である點に着目するならば、人の結合は少くとも個人と同等の立場に於て法律關係の中心點たる地位を與へられなければならぬと考へられる。この意味から、法人は社會生活關係の裡に否定すべからざる實體を有し、嚴として存在するものだと言ふ學説が生じた。これらの學説を總稱して法人實在説と謂ふ。殊に近世法が次第に個人の他に團體の重要性を意識するに及びこの理論はそれが強い理論的根據を與へることとなつてゐる。従つて今日殆んど總ての學説は、實在説に屬すると稱し得る。ただこの實在説中にも種々の色調があり、或は人の結合体の社會學的研究に重きを置き、これを一種の有機体なりと説くもの(有機體説)、或ひは法人の法律的組織に重きを置き、これを法律的組織体なりと説くもの(組織體説)、更に法人の擔當する獨特の社會的作用を主眼として、これを構成員たる個人を離れて独自の社會的作用を營むものなりと説くもの(社會的作用説)等、多少の差異がある。但し注意すべきは法人實在説と雖も、法人が自然人の如く實際に存在する事を主張するものではなく我々の觀念中に嚴然たる實在性を有して居る事を云ふに止る。

二 我民法における法人

(イ) 我民法の規定中には立法者が擬制説に立脚したと思はれるものがある。即ち法人の機關は代理人と稱し、或は法人の成立は特に法律の規定を俟たねばならないとすること等である。然しこれらの規定と

雖も必ずしも實在説をとることを不能ならしめる程のものでなく、これ等の條文から直ちに我民法が法人理論として擬制説を採用したと結論し得ない。むしろ我民法の解釋として、學者は一般に實在説を以つて説明して居る。

(ロ) しかし我民法の法人理論を實在説で説くか、擬制説でとくかによつて、實際上重要な相違を生ずる。例えば法人の理事が他人に損害を加へたときに、法人自身の賠償責任を認め得るかといふ問題は實在説でなければ、理論は肯定し得ないことになる(この點民法は明文をもつて肯定して居る)。

第二 法人の種類

法人は、その性質の相違に應じ次の如く種々に分類せられる。

一 公法人と私法人

公法人は、國家及び國家の行政行為によつて行政組織の一構成体として組織せられ、その存立目的が、公法法規によつて規律せられたるに反し、私法人は私人の意思に基き設立せられ、従つてその目的は定款又は寄附行為によつて定められる。公法人も亦、私的取引關係に於ては私人として取扱はれ、従つて亦私法の支配を受くるから、公法人と私法人との區別は甚だその實益に乏しい。ただ問題となるのは、如何なる法律關係について公法人も亦私法の適用を受くるかの點であるが、要するに、各個の法規の解釋によつて、個別的に決定しなければならぬ。

二 社團法人と財團法人

(1) 共同の目的の爲に、二人以上の構成員(社員)が結合した法人を社團法人と謂ふ。これに反し一定の目的を遂行するために、提供せられた財産を基礎とする組織にして、構成員を缺くものを財團法人と謂ふ。わが國の法律上、財團法人は公益法人に限られる。

(2) 私法人に於けるが如く、公法人についても、社團法人と財團法人とを區別することを得るが、各別に適用せらるべき一般的規定を缺くから區別の實益に乏しい。

(3) 財團法人と信託財産とは同様の目的のために成立するものであるが、前者は、財産自体法人格を有するも、後者は、他の權利主体の財産に屬し、ただその取扱が同一權利主体の他の財産と區別せらるるに過ぎない。

三 公益法人と營利法人

(1) 公益法人とは、その目的が祭祀、宗教、慈善、學術、其他専ら公益に關する法人にして、營利を目的としないものを謂ひ、この目的を達するに必要な經費を得るために、營利事業を營むことがあるが、必ずしも公益法人たるを妨げない。

(2) 營利法人とは、營利を目的とする法人を謂ふ。營利法人にして商事を業とするものを會社と謂ひ、然らざるものを民事會社と謂ふ。尤も後者についても商法の規定が適用せられるから、兩者を區別する實

益はない。

四 内國法人と外國法人

(1) 外國法人とは、外國法の規定に従つて設立せられた法人を謂ふ。從來、内外法人の區別の標準としては、準據法説の外、住所地説、營業中心説等があるが、わが國の多數説は準據法説をとる。

(2) 外國法人は民法三六條により、わが國の裁判所に於て、一定の限界の下に法人格者として認められる。

(3) 準外國法人は外國人が日本の法律によつて設立した法人である。

五 眞正の法人と擬制による法人

上述の他に清算法人、相續人曠缺の相續財産をば、眞正の法人たる要件を具へない擬制による法人として取扱ふ者もある。

問題「一一」人格なき社團（權利能力なき社團）財團の法律的性質を説明せよ

（昭二一東大末弘）

一意 義

二對内關係

三對外關係

第一意 義

一 共同目的達成のための自然人の結合形態として、民法は三種のものをみとめてゐる。法人、組合、權利能力なき社團の三が、すなわちこれである。法人については、總則篇に規定がある。組合は債權篇の規定するところである。第三の權利能力なき社團については、民法は規定をもたない。しかし、多人數の協力的結合である權利能力なき社團は、實際生活においては、むしろ前二者におとらぬ重要性をもつてゐる。

二 民法上の法人は、公益的のものでなければ、營利的なものにかざるから、公益營利のいづれをも目的としない社團、たとえば同窓會、學友會、學會のごときは民法の法人をもつて律することはできない。そこにいわゆる、權利能力なき社團の發生餘地があるわけである。

三 權利能力なき社團の發生については、二つの場合を考えることができる。

(1) 第一に、設定者の意思により權利能力取得に必要な要件をことさらに充足せしめないで、權利能力なき社團となる場合、すなわち任意的な原因による場合である。

(2) 第二に、法定の要件を充足しえないため、あるいは、法律上權利能力を取得しない性質の社團であるために、主務官廳の許可が與えられない如き、不任意的な原因による場合がある。

四 權利能力なき社團の本質はなにか。法人の設立につき自由設立主義を排し、特許主義、免許主義、準

則主義を採用してゐる法制の下では、一定の要件を充足した社團にかぎつて法人格が附與されるから、社會生活上獨立の組織体として活動する團體でも法人格が附與されない場合がありうる。權利能力なき社團は、實にこの團體であつて、それは、法人自由設立主義の下では、當然法人格を取得しうる性質のものである。それは法人たる社團と性質を同じくし、組合とは本質的に異なる。それは獨立した單一団體として法律生活を營み、團體的構造を有するものなのである。

第二對内關係

一定款

權利能力なき社團は團體的構造を有するから、それは内部關係につき定款を有する。定款の記載事項については民法第三十七條が準用されてゐる。

二機關

(1) 社員總會

社團の議決機關であつて、必要機關である。

(2) 理事

社團の事務を執行し、社團を代表する必要機關である。定款に特別のさだめがないかぎり、法人の理事の規定が準用される。理事は社員たることを要しない。

(3) 監事、評議員、顧問

任意機關である。

(4) 社員資格

構成員として有する法律上の地位であつて、その得喪は定款の規定による。設立者は社團の設立と同時に社員となり、定款上の條件をみたしたものも入社することができる。社員資格は相續または譲渡しうる場合もある。除名、脱退もみとめられてゐる。

(5) 財産

社團の財産は、團體の特別財産であり、社員の財産とは別個のものである。それは總社員の共有に屬する（總有に屬するとなす説もある）。

第三對外關係

(1) 理事その他の代表者の法律行為、または事實行為によつて、物權、債權等の財産權を取得することができる。また他人から贈與をうけることもできる。取得した財産は、その當時の總社員の共有となり。社團は、定款または總會の決議によつて、その財産を處分する。

(2) 代表者の行為により社團が債務を負擔した場合には、社團は全財産をもつて責任を負う。しかし、各社員が、組合員のように無限責任を負擔するか、法人の社員のように各自の出資額を限度とする有限責任を負うかは、定款または總會の決議によつて、その財産を處分する。

任を負担するにすぎないかについては、疑問があるが、社員の責任は有限責任であると解すべきではあるまいか。

第四 解 散

解散については、定款の定により、定款の定がないときは民法の規定による（民六八）。清算についても同じである。

問題「一二」社団法人と財団法人との本質上の差異に基き次の結果を説明せよ（昭三三司法）

(イ) 設立行為の差異

(ロ) 意思機關の差異

(ハ) 解散事由の差異

一 社団法人と財団法人との本質上の差異

二 設立行為の差異

三 意思機關の差異

四 解散事由の差異

第一 社団法人と財団法人との本質上の差異

一 社 團 法 人

社団法人は構成員二人以上の結合から成る法人である。それは、一定目的の下に結合する構成員を中核とする法人であつて、其の目的達成の爲に爲される意思決定及び活動は、構成員の自主的活動に依りなされるから、この意味に於て社団法人は自律法人であり、自主的活動を爲す人の結合体である。

二 財 團 法 人

財団法人は一定の目的に捧げられた財産を中心とし、その目的を實現するが爲の組織を有する法人である。財団法人が社団法人と異なる第一の點は、構成員たる個人の結合が存在せず、財産管理者が存するに過ぎないことである。従つて、第二の差異として財団法人は、自主的活動を爲す自律法人ではない。すなわち、財団法人はその意思を自主的に決定する餘地なく、構成員たらざる設立者の意思が永久不變の意思として財団法人を拘束する。財団法人は此の意味で他律法人である。第三に、法人をその目的に従つて公益法人と營利法人とに區別した場合、財団法人は公益法人たり得るだけであるが、社団法人は公益法人にも營利法人にもなり得る。

第二 設立行為の差異

一 社団法人の設立は定款の作成と主務官廳の許可とを必要とする。これに對し財団法人は設立者の寄附行為と主務官廳の許可とによつて成立する。社団法人を設立するには二人以上の設立者が定款なる書面を

作成して、法人設立の意思を表示せねばならぬ。財団法人の設立は、設立者が一定の目的の爲に財産を提
供し、其法人の活動に必要な組織を定めて、財団法人設立の意思を表示せねばならぬ。

二 社団法人は人の団体であるが、財団法人の本体は法的組織を有する目的財産である。したがつて、財
団法人の設立者は二人以上あることを必要とせず一人にて足りる。

三 定款と寄附行爲とはそれぞれの法人の根本則である。定款は社員總會の決議によつて變更し得るが、
寄附行爲書記載の事項は永久不變である。記載事項は共に必要事項と任意事項があるが、寄附行爲書は定
款と異り、法人の目的及び資産に關する事項は必ず設立者が定めなければならない。又その他の事項につ
いても一定の定めがある(四〇)。

四 主務官廳の許可については兩法人ともに同様である。

第三 意思機關の差異

一 社団法人及び財団法人に於ては理事は定款、寄附行爲の大綱に従つて法人内部の常務を處理し且、外
部に向つて行動する。従つて理事は兩法人に常置必須の機關である。

二 社団法人には社員總會と云ふ最高必須の意思決定機關があつて、自主的に其の意思を決定する。社團
法人が自律法人たる所以である。之に反し財団法人は意思決定機關を有せず、其の意思は設立者の寄附行
爲書に依て明かにせられ、永久不變に法人を拘束する。他律法人たる所以である。

第四 解散事由の差異

一 財団法人社団法人に共通の解散事由(六八一)

(1) 「定款又ハ寄附行爲ヲ以テ定メタル解散事由ノ發生」 解散事由は客觀的に定まるものであること
を要する。

(2) 「法人ノ目的タル事業ノ成功又ハ其成功ノ不能」 成功及び成功の不能の意義は共に社會觀念に従
つて決する。

(3) 「破産」 法人が其債務を完済すること能はざるに至つたときは、裁判所は理事若しくは債權者の請
求に因り、又は職權を以て破産の宣告をなす。理事のこの場合に於ける破産宣告請求はその義務であ
る(七〇)。怠れば過料に處せられる。

二 「設立許可ノ取消」 法人がその目的以外の事業を爲し、又は設立の許可を得たる條件に違反し、其
他公益を害すべき行爲を爲したるときは、主務官廳は其許可を取消することができる(七一)。

三 社団法人の特則解散事由(六八二)

(1) 「總會ノ決議」

(イ) 定款に別段の定數を定めざる以上、總社員の四分の三以上の承諾を以つて解散決議を爲すことが
出来る(六九)。

(ロ) 總會は期限附に解散決議を爲すことは出来ない。蓋し、解散事由は第三者に關係する所が多いから、必ず定款又は寄附行爲に規定し登記して第三者に公示することを必要とせられて居るのに、若し總會が任意に期限附又は條件附の解散決議を爲し得ることとすると、右の法律の趣旨を破ることとなるからである。従つて總會がかかる決議を爲さんとするときは必ず定款變更の手續を採らねばならない。

(2) 「社員ノ欠亡」 社員が一名もなくなつた場合を云ふ。

問題「二三」法人の不法行爲能力 (昭一六行政)

一 總 說

二 民法第四四條と法人の不法行爲能力

第一 總 說

一 法人が現實に權利義務を取得せむが爲には、自然人と同じく、現實に行爲を爲す必要がある。しかし法人にははたして自然人の行爲の如く法人自身としての行爲、或は、不法行爲なるものがあるかどうか。これが法人の行爲能力或は不法行爲能力の問題である。

二 法人擬制說によれば、法人は意思能力を缺き、その結果行爲能力もないから、法人は法定代理人によ

つて代理せられねばならないこととなる。意思能力のない法人には同時に不法行爲能力もないといふことになる。

三 法人實在說に依れば、法人は一の組織的意思、或は團體意思を有するから、法人の行爲なるものは、かかる意思能力に基き發生する。然し法人が意思し行爲するには、自然人を通じて之を行はなければならぬ。この理論を充足するものが機關論であつて、機關論によれば、法人の理事は法人の機關であり、單なる代理人ではなく、機關は法人の構成分子であり、法人と一体的存在を有するものである。この意味において、法人の意思は意思機關を構成する機關人の意思に依りて定まり、法人の行爲は機關の行爲であることとなる。

四 今日法人は自然人と對應して一個の社會的作用を擔當する存在であり、法人の實在を疑ひ得ない。即ち法人は意思能力を有し、行爲能力を有する。財團法人にあつては、設立者の寄附行爲書に於ける意思が、永久不變の財團法人の意思となり、理事が其の意思實現の機關となるのである。法人が行爲能力を有するとすれば、同一の理論に依り法人に不法行爲能力がある事も亦明かとなる。即ち、法人は其の目的の範圍内に於て行爲能力及び不法行爲能力を有するものと云ひ得る。

第二 民法第四四條と法人の不法行爲能力

一 民法第四四條は一定の場合の法人の賠償責任を規定してゐる。

(1) 不法行為能力を否認する擬制説の立場からすれば、この規定は被害者を保護する爲の特則といふ事になる。蓋し、使用者の不法行為について賠償責任を負ふのは、その選任監督を過つた場合に限るのが、民法の一般原則であるが、第四四條がこのことを要件としないのは、政策上法人について特に責任を過重したものと解するからである。

(2) 然し實在説によれば、法人の行為なるものの存在を認めるから、その行為によつて他人に損害を加へることも是認すべく、それについて自己の行為としての責任を負ふのは當然と謂ふべきである。従つて第四四條はこの當然の事理を規定したものと解する。

二 不法行為の要件

(イ) 代表機關の現實の行為によつて爲されること。

第四四條は「理事其他の代理人」と規定するけれども、理事は代理人と解すべきではなく、不法行為の代理は認められ得ない故に、これは代表機關の意である。

(ロ) 代表機關の不法行為が法人の不法行為となるのは、法人の目的の範圍内の行為に限ること。

第四四條は代表機關が「其職務を行ふに付き」他人に加へたる損害といふ文字をもつて、この趣旨を示した。蓋し、代表機關は法人の行為を代表することを職務とするものであり、法人の行為は法人の目的の範圍に於てのみ成立するものだからである。ここに法人の目的の範圍といふは、行為能力の場合と同様、

法人の社會的作用を中心として適當に廣く解すべきである。なほ代表機關の行為は故意、又は過失に基き他人の權利を侵害するものでなければならぬ。即ち個人が不法行為の賠償責任を負ふ場合と同様の要件を必要とする。蓋し、第四四條は法人自身の不法行為の成立要件を定めたものであると考へれば、それは結局第七〇九條を法人に適用する爲めの特別要件に過ぎないことになるからである。

三 機關擔當者の責任

法人自身の不法行為と關聯して代表機關自身の責任も問題となる。

(1) 代表機關の不法行為がその職務執行の範圍外のものなるときは、法人は責任を負はず、代表機關のみ一般の原則に従つて不法行為上の責任を負ふことになる。然しかかる場合にも代表機關たる地位に在るものは法人の有する社會的信用を直接間接に利用することになり、世人の蒙る損害も大なるべきことを慮り、民法はその事項に關係した社員や理事は連帶責任を負ふべきものと定めた(四四Ⅰ)。

(2) 機關の不法行為が法人の目的の範圍内のものであつて、法人がこれについて責任を負ふ場合に、機關自身も亦、責任を負ふか否かについては民法に規定がない。然し、代表機關の行為が法人の行為と認められる場合にも、同一の行為は同時に機關個人の行為としての存在をも認め得ないものではないから、機關個人も亦、これによつて責任を負ふべきであると解するのが適當である。かく解することは代表機關の責任を重からしめ、被害者の保護を全からしむる所以である。

問題「一四」民法に於ける動産不動産の取扱上の差異について論評せよ（昭一四東大我妻）

（註）「民法全篇五十題解答」問題「一一」参照。

問題「一五」従物とは何か（昭八京大末川）

- 一 主物と従物との區別の必要
- 二 従物の概念
- 三 従物の法律上の取扱

第一 主物と従物との區別の必要

- 一 民法上物とは有体物を意味し（八五）、或は管理可能なる財産、或は法律上の排他的支配の可能性を有する有体物自然力等の總稱と解せられてゐる。
- 二 主物と従物とはかかる物の種類の一に屬する區別であつて、主物の効用を授ける従物は主物と合して始めてその存在價値を有する。その兩者を分離せしめて權利の客体として扱ふならば主物、従物の一体的効果は著しく減殺されてしまふ。例へば、近代に於ける企業は主物と従物より構成せられるものであるが、之を全然分離する事は著しき價値の減少を意味することとならう。従つて主物と従物とはこれをなるべく分離せず、以て一体的存在としての價値を保たしめるが如き配慮が必要とされる。主物、従物に關す

法的規制は専ら此の觀點の下に爲される。斯の如く主物と従物とは、兩者合して眞の意義を有し得るものであつて、客觀的にもその性質上何等かの關係が存在しなければならぬ事は云ふ迄もない。

第二 従物の概念

従物とは主物の所有者が、その常用に供するため附屬せしめたその人所有の物を謂ふ（八七一）。

- 一 従物は主物と獨立した物であるから、物の構成部分に従物ではない。上述の如く主物と従物は相合して一の經濟的目的を達し得るものである。故に、主物と従物は相關概念で、何れか一方の存在する爲に他方を欠く事を得ない。

- 二 従物は動産なることを通常とするも、動産たることは、従物の要件ではない。従物は動産たる事もあり、又不動産たる事もある。

- 三 従物は、主物の所有者に屬する物である。始め他人の所有に屬しても、後に同一人に屬するに至ればその時より主物従物の關係を生ずる。例へば、主物と従物とはなるべく法律的運命を共にする事が望ましいがら、他人の所有に屬する従物の即時取得の要件を充す時は（民一九二）、従物は主物の所有者の所有物となると解せられる。

- 四 主物の常用に供せられること。従物は主物の經濟目的を補助するものであり、その爲には或程度繼續して主物に附屬せしめられる事を要する。従つて、一時的利用のために附屬せしめられたる物は、従物で

はない。尤も、一時その利用關係が中斷しても從物たる性質を失はない。常用せられるや否やは客觀的社會的に定める。

五 主物と從物とは、經濟上の目的に適合する場所的關係にあることを要する。尤も、從物が事實上主物の常用の爲めに利用せられてゐるか否かは問題ではない。

第三 從物の法律上の取扱

從物は、主物の處分に從ふ(八七)。

一 茲に處分とは、主物について何等かの法律効果を生ずべき法律行爲、裁判上の行爲を謂ひ、その法律行爲は、物權行爲たるは債權行爲たるを問はない。

二 主物に對する法律行爲の効力は原則として從物にも及ぶ。例えば、不動産につき抵當權が設定せられたときは、その不動産の從物も、亦、抵當權の目的となる。又從物については、法律行爲としての要件を具へない場合に於ても、主物に關する法律行爲としての要件を具ふる限り、その効力は完全に從物にも及ぶ。例えば、不動産の移轉につき登記をなしたときは、その從物の引渡なくとも、從物についても對抗力を生ずる。尤も處分後、處分せられた主物に從屬せしめられた從物についても、當初の處分行爲の効力が當然に及ぶものと解すべきか否かは、解釋上の疑問である。

三 主物の處分が從物にも及ぶのは、當事者の通常の意思を推定して、法律が定めたる効果に外ならぬから、當事者は固より別段の意思表示を爲すを得べく、又從物のみ處分する事は固より差支えない。

問題「一六」左に付き簡單に答へよ

イ、形成權

ロ、法定果實

ハ、期限の利益

(昭七京大末川)

第一 形成權

一 形成權とは權利者の一方的意思表示によつて、權利變動その他一定の法律上の効果を生ぜしめる權利である。例えば取消權、追認權、解除權の如きである。權利をその作用によつて分類したものであつて、請求權、支配權と併立する。即ちその意思表示を受領すべき相手方はあるが、この者は一定の行爲を爲すべき義務を負ふのではない點で請求權と異り、又、權利の目的たる利益を支配するものでもないから、支配權とも異なる。學者によつては意思表示のみならず、廣く單獨の事實行爲によつて法律關係を發生せしめる權利と解し、鑛業權、漁業權、入漁權をも包含せしめて居る。

二 形成權はそれによつて發生せしめられる法律關係の如何によつて、財産權的であることがあり(解除權、財産的契約の取消)、又身分權的であることがある(認知權、離婚請求權)。さらに、行使の結果債權を生ずるとごまる債權的なものもあり(債權契約のみの取消又は解除權)、又物權變動を生ずる物權的なものもある(物權變動を生じた行爲の取消又は解除權)。

三 尙形成権は特別の規定あるものを除き、二十年の消滅時効にかかる。併し、之は形成者に依て生ずる具体的債権關係を考慮して定むるを要する。

(イ) 通常の解除権は其の行使の結果生ずる現状回復請求権と同一期間に依り消滅する。

(ロ) 買戻権等の場合も右と同様である。

第二法、定果實

一 意義

「物ノ使用ノ對價トシテ受クヘキ金錢其他ノ物ヲ法定果實」という(八八I)。天然果實に對する概念である。したがつて家屋使用の對價たる家賃、金錢使用の對價たる利子、田畑使用の對價たる小作料等法定果實である。民法上法定果實は物より生ずる収益に限られるから、労働の對價等は法定果實ではない。又株式配當は、物の使用の結果たる利益の分配であり、對價としての法定果實でない。

二 歸屬

「法定果實ハ之ヲ收取スル權利ノ存續期間日割ヲ以テ之ヲ取得ス」ることとなつてゐる(八九I)。

(1) 賃貸家屋の所有者、消費貸借の債權者、小作地の所有者等が變更した場合には、家賃、利子、小作料等はその權利の存續期間日割を以つて分配するを要する。果實支拂時期(例へば年一回拂の地代)の如何を問はない。

(2) 本條は權利の歸屬を定めたものではなく歸屬權利者間の内部關係を定めたものであるから、當事者間の合意によつて別異の定をなすことを妨げない。

(3) 元物と法定果實との間には何等物体的關係がない。従つて元物が法定果實を生ずるや否や、及びその率等は契約、法律の規定等によつて定まる。

第三 期限の利益

一 期限の利益の意義

(1) 期限の利益とは、期限の爲に法律行爲の效果の制限せられ、それによつて當事者が受くる利益である。

(2) 何れの當事者が期限の利益の歸屬者であるかは場合によつて異なる。

債權者のみこれを有するを常とするもの(無償寄託の如き)、債權者、債務者兩當事者のこれを有するを常とするもの(利息附消費貸借の如き)もあるが、債務者のみの利益の爲めに存するものが最も多い。民法も亦特約又は契約の性質によつて反對の趣旨の現れない限り「債務者ノ利益ノ爲メニ定メタルモノト推定」した(一三六一)。

二 期限の利益の拋棄(一三六一)

期限の利益はこれを拋棄することを得る。

(イ) 期限の利益が一方當事者のみの爲めに存するときはこの者がこれを拋棄し得る。但しこの場合にも相手方が損害を蒙れば賠償すべきものと解すべきであらう。

(ロ) 期限の利益が双方の當事者に存する場合には、双方の合意又は相手方の損失を賠償して拋棄する事を得ると解する。

三 期限の利益の喪失

(1) 期限の利益を有する債務者に付て左の一事實が発生したときは債務者は期限の利益を失ひ(一三七)、履行の請求を受けたときは期限利益を主張し得ない。一般にかかる場合には債務者の信用がなくなる爲である。

(a) 債務者が破産の宣告を受けたるとき。

(b) 債務者が擔保を毀滅し又は之を減少したるとき。

債務者の行爲に基くときは敢へて故意、過失あるを必要とせずと解する。法律的處分たると事實的處分たるとは問はない。又本條の立法趣旨から見れば物的擔保の毀滅、減少に限るべき理由はないから、保證人を殺害し、又は遁走せしめた場合の如きもこれに準ずる。

(c) 債務者が擔保を供する義務を負ふ場合に於てこれを供せざるとき。

(2) 當事者間の特約に依る場合は固より期限利益の喪失が生ずる。

問題「一七」法律行爲の解釋 (昭一〇、一二、二〇京大石田)

一 總 說

二 法律行爲解釋の目的

三 民法に於ける法律行爲解釋の標準

第一 總 說

一 法律解釋の本質

(1) 法は社會生活關係に於ける行爲の規範であり、人が社會生活關係を營む以上、法は社會生活と切り離して考へる事は出来ない。法は行爲の規範としてゾルレンを意味し、それ自身、一般的、抽象的、客觀的性質を帯びる。従つてかかる抽象的一般的且客觀的な法を人の社會生活關係と云ふ具體的、特殊的、主觀的な行爲に如何にして結びつけるかの問題が生ずる。この兩者の媒介を爲すものが即法律解釋である。

(2) 法は靜的なものであり、人の行爲は常に動的である。動的なる人の行爲を靜的な法に依て形式づけ把握しようとする事は頗る困難である。法は固より全ての具體的事實を形式づける事は出来ない。法律解釋の使命は、法と行爲の兩者を双方より歩み寄らしめることに依て、兩者を結合する事に外ならない。而して、一度び制定された靜的な法を常に動いて止まない人の行爲にかかはらしめて、眞に生きた法、

具体的、現實的な生命ある法たらしむる事こそ法律解釋の目的である。

二 法律解釋に於ける主觀主義と客觀主義

近代私法は、自由主義個人主義の所産であり、私的自治、所有權の絶對、過失責任主義を其の根本原則とする。即、近代私法は個人の私生活關係を自由なる個人の意思に依て形成せしめ、維持せしめんとする主觀主義的基調に立つ。併し乍ら、社會生活、經濟生活の複雑化に伴ふ個人生活の複雑化、多様性は到底右の如き主觀主義乃至意思主義に依て律する事は出来ない。私的自治の原則は國家或は人民大衆の手に依て修正されなければならない。所有權は社會的な義務を包含し、過失責任論は無過失責任論に依て代置せられねばならない。責任理論の客觀化の主調せられる所以である。かくして茲に社會的な立場に立つて法の生命を發見せむとする客觀主義が生れる。

三 法律解釋の使命

既述の様に法の解釋の使命は、法と行爲との關係を媒介調節する事に存し、具体的なる行爲を法的なるものに引上げ、他方一般的客觀的な法を具体的なる行爲に迄一致せしめる事である。而して法の解釋を右の如き意義に於て把えると同様の立場は契約の解釋に當つてもまた採られねばならない。法規は一般的抽象的ゾルレンであり、契約は、具体的事實たるサインに他ならないからである。此の場合、法を具体的事實と一致せしめる爲には、契約を社會的に合理的に解釋する事である。法に具体性を與へ、生きた法たらしむる爲の客觀主義は、同時に法律行爲の解釋に當つての立場である。

第二 法律行爲解釋の目的

一 法律行爲の内容は行爲者が之に依り達せんとした効果、即、目的に他ならない。而も法は、法律行爲不可欠の要素たる意思表示の内容に従て法律上の効果を付與するから、法律行爲に因つて生ずる法律効果を確定するものは意思表示の内容である。この意思表示の内容は効果意思の内容によつて定まるから、法律行爲に付與される法律効果を確定するためには、効果意思の内容を確定せねばならぬ。この効果意思の内容の確定が即ち法律行爲の解釋である。効果意思は表示手段により表現され、客觀化された意思であるから、法律行爲の解釋とは結局、表示された行爲の意味を明かにし確定する事に他ならない。

二 表示行爲を構成する要素は、通常表示手段として用ひられる言語文書動作のみならず苟も効果意思の表現に關係ありと見られる一切の情況を含む。従つて、表示行爲の有する意味を明かにし、確定するとは表意者の採つた表示手段の外に、その法律行爲の成立當時に於ける四圍の事情、當事者がその法律行爲によつて達せんとする目的、慣習、任意規定等を參酌して社會一般に通用する意味を、社會的に合理的に定めることである。この確定された表示行爲の有する合理的な意味が効果意思の内容であり、従つて、又それが意思表示の内容として表示者の眞意と推斷せられる。

三 以上の如く法律行爲の解釋は、表示行爲の有する意味を表示行爲の構成要素の全てに互り確定する事

であつて、表示者の内心的眞意を探究する事に法律行為の解釋を限る事は既に述べた如く、主觀主義的個人意思万能の思想に固執し、社會の具体的事情の推移に伴ふ法律解釋の使命を忘却したるものである。一旦制定され、發布された法律は、立法者の意思如何に不拘、法律として客觀的存在を有し、其解釋は立法者意思の探究ではなく、其時代の社會事情に符合すべき合理的な意味、並に内容の確定である。全く同様に法律行為として客觀的な存在を有するに至つた行為は、表示者の眞意如何に依てではなく、社會的合理的な事と思考せられる意味に依て其の内容を確定せられる。唯、前者は論理上の大前提として一般的抽象的であるに反し、後者は論理上の小前提として個別的具体的であるといふ差異あるにすぎない。何れにするも表意者の眞意は法律行為の内容に變化を及ぼす事はなく、その効力(有効、無効)を左右するに止る。若し凡ゆる方法に依て効果意思の内容が確定せられないとすれば、その法律行為は無効である。従つて、法律行為解釋の問題は表意者眞意を探究する事實問題ではなく、確定された事實問題の上に立つて其の内容を判斷する法律問題にある。

第三 民法に於ける法律行為の解釋の標準

一 從來の民法は諸外國の民法のように、法律行為の解釋に關する原則を明文を以て規定しなかつた。したがつて民法九十二條が茲に法律行為解釋の標準を規定するものとされた。即、民法第九二條は所謂事實たる慣習が任意法規に優先することを認めてゐるのみならず、意思表示の意味は表示手段に拘泥すること

なく、慣習に従つて定むべきことを規定してゐると解すべきである。従つて、民法第九二條は事實たる慣習につき規定し「當事者カ慣習ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ」と云へる意味は表意者が積極的に慣習に従ふものと認むべき事情なくとも、表意者が其の慣習に依らない旨の反對の意思表示なき限り、法律行為の解釋に當つて慣習に従ふ事が社會的合理的なりと考へられる以上、慣習に従つて解釋せられねばならない。

二 改正民法は第一條の二に於て「本法ハ個人ノ尊嚴ト兩性ノ本質的平等トヲ旨トシテ之ヲ解釋スヘシ」と規定し、新憲法の保障する個人の尊嚴と男女の本質的平等とを民法解釋の基準としてかかげた。この規定は、ただに身分行為解釋の標準を示すのみならず、法律行為解釋の標準となるものと解すべきである。更に第一條の私權の公共性及び權利の行使、義務の履行に於ける信義誠實の原則もまた法律行為解釋の標準となるはいふまでもない。

三 かくて我民法に於ける法律行為解釋の一般的標準として、次の如きものを擧げることが出来る。

- (1) 個人の尊嚴と兩性の本質的平等を旨とする(一ノ二)。
- (2) 私權の公共性及び信義誠實の原則にしたがふこと(一ノ三)。
- (3) 當事者の企圖する目的、法律行為の全内容がこの目的に適合するように解釋すべきである。
- (4) 慣習(九二)。

(5) 任意法規 意思表示の内容が、任意規定に反せず、且、意思表示の内容に欠くる所ある場合及不明瞭な場合は任意規定を以て補充し解釋すべきである。

問題「一八」脱法行為について述べよ

一 意義及種類

二 効力(有効とせられる場合)

三 効力(無効とせられる場合)

第一 意義及性質

一 脱法行為とは、廣義にこれを解するとき、法律の禁止を潜脱する一切の法律行為を指稱することに
なろう。しかし、私法一般の用語としては、脱法行為とは、強行法規の禁止するところと同一の目的を達
せんが、めに、その禁止するところを回避せんとする法律行為を指稱する。その適例として、從來普通に
引用せられるのは、恩給権を擔保に供與する行為である。恩給法第十一條によれば、恩給権を擔保に供す
ること、たとえば、恩給権に債權質を設定することは禁止されてゐる。そこで、實際の取扱としては、債
權者と恩給權者(債務者)との間にある種の契約を締結する。すなわち、恩給權者は債務完了まで解除し
ない特約の下に、債權者に恩給取立の代理權を授與する契約を締結し、債權者はその代理權にもとづいて

恩給を取立て債務の辨済に充當するといふ契約これである。これらの合法的約款にもとづき、しかもなを
恩給法の禁止規定を回避し所期の目的を實現しうる結果となる。

二 かかる脱法行為のなされる重要な根拠は、從來の強行法規を以てしては新な社會的經濟的要求をまか
ないえない場合、兩者の間隙を克服しようとするところのみであるといえよう。そこで、われわれは脱法行
爲について二つのものを區別しなければならぬ。その一は、社會的經濟的必要を貫徹することが舊來の
強行法規を墨守するよりも合理的である場合であり、その二は社會的經濟的必要を貫徹するよりも、舊來
の強行法規の思想を實現することがより合理的である場合である。兩者の取扱は、その効力の點に重要な
意義をもつ。前者は脱法行為が有効とせられる場合であり、後者はそれが、無効とせられる場合である。
以下、兩者について詳述する。

第二 効力(有効とせられる場合)

一 脱法行為は、それが要求せられる社會的經濟的要求と舊來の法規の理想とを比較考量し、前者の利益
がより大である場合には有効とせられる。たとえば、經濟取引の安全を維持する必要上、脱法行為が有効
とせられる場合である。その適例として、讓渡擔保をあげることができる。

二 讓渡擔保(賣渡抵當)

(1) 讓渡擔保とは、擔保物を債權者に讓渡する形式の債權擔保方法である。その形式として、擔保物を

債権者が占有せず、債務者の手もとにとどめ、債務者が一旦譲渡して目的物の使用を繼續するため債権者から賃借し、一定期間後、一定の金額を支拂うときは目的物を買戻しうることとなる。この制度は、民法の認める制度ではないが、動産を債務者の手もとにとどめながら擔保に供することができるため、他に適當な擔保方法のない者にも信用を與えることができるとともに、競賣手續の煩雜の手續をさけることができるため、質、抵當制度の短所を補い、絶大な經濟的機能を發揮してゐるのである。

(2) この制度は果して有効であるかについては、かつて、大いに争はれたところであるが、今日では有効であることの判例法が成立してゐる。讓渡擔保が脫法行爲とせられる所以は、目的物を債権者が占有せず、債務者の手もとにとどめておくといふ點で、民法の質權設定の規定(三四五)に違反し、一定期間經過後、買戻をしないときは目的物が債権者の所有に歸する點において流質契約禁止(三四九)の規定に違反するからである。しかし、經濟社會の必要に迫られて發生した契約形態である讓渡擔保については、經濟取引安全のために、これを無効とするときはかえつて弊害がいちぢるしいために、これを有効と解すべき必要に迫られるに至つた。今日の判例は、前にかかげた民法の二規定は、動産擔保のために質權を設定する場合にのみ關する規定であつて、動産を擔保に供する場合一切に關する規定ではないと解し、讓渡擔保は有効であるとする。

三 かくして、經濟的社會的必要に迫られ、ある種の脫法行爲も有効とせられる場合があるわけであるが、この場合、われわれが、つねに注意しなければならないことは、脫法行爲を有効と解する場合にも、それに関する強行法規を合理的に解釋しなければならないとゆうことであり、無視せられるに至つた法規の趣旨を生かすよお法律構成をしなければならぬとゆうことである。

第三 効力(無効とせられる場合)

一 脫法行爲は、それが要求せられる社會的經濟的要求と舊來の法規の理想とを比較考量し、後者の利益がより大である場合には無効とされる。たとえば、その法規制定の趣旨が經濟的弱者の保護を目的とする場合、脫法行爲は無効と解されるのである。その適例として、恩給擔保を目的とする行爲が無効とせられるのがそれである。

二 恩給擔保が無効であることについては、判例の態度は一致してゐる。もつとも、判例の立場は、契約全部を無効とせず、約款の一部のみを無効とし、債務者は任意に契約を解除し恩給證書の返還を請求するものとしてゐる。

三 法律が明文をもつて脫法行爲を禁止してゐるものとして、利息制限法をあげることができる。同法によれば、禮金利率等の名目で制限を超過する利息を取得する行爲を無効と規定してゐる(司法四)。

四 脫法行爲が無効とせられる場合には、かかる必要を生むに至つた社會的經濟的理由は依然として未解決のままのこるであろう。その社會的經濟的理由が非合理的のものであるならば、敢て放置するも妨げ

ないであろうが、その理由に合理的なものを認めうるかぎり、正当な法律手段を設けることが當事者の利益のためにあくまで必要なことであろう（恩給金庫の制度参照）。

問題「一九」法律要件と法律効果との關係（昭一七京大石田）

一 總 說

二 法律要件と法律効果

第一 總 說

一 法は人間の社會生活關係を規律する規範であるが、それは、規範として一般的抽象的であるに對し、人の社會生活關係は具体的であり而も動的である。従つて、法に依つて常に變動し行く人の生活關係を規律する爲には、必然に社會生活關係の抽象化形式化が行はなければならない。人の社會生活關係の中、法の規律を受けるものが法律關係であり、法律制度の完備せる今日にあつては、その社會生活關係の大部分が法的規制の對象となつてゐる。

二 人の生活關係が法の規律する對象となるといふ事は、法律に依て、その生活關係から生ずる効果が保障せられるの謂であり、この法に依て一定の生活關係に附與せられる効果が法律効果であり、法律効果が生ずる生活關係が法律要件である。

三 法は具体的な生活關係を抽象化し、類型化する結果、それは、具体的に生起する類型的な無数の生活現象について一般的に妥當するような内容を有し、一定の法律効果の發生に必要な諸條件を抽象的に定めてゐる。たとえば、民法第五五五條に於て「賣買ハ當事者ノ一方カ或財産を相手方ニ移轉スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其代金ヲ拂フコトヲ約スルニ因リテ其効力ヲ生ス」と規定して、賣買とゆう法律關係について付與される法律効果の發生に必要な要件を抽象的に定めてゐる。そして、この抽象的な要件を充たして實際に具体的な賣買關係が成立するならば、民法は右の賣買關係に對し一定の法律効果を附與する。かように、法規の構造は論理的に見て、一定の條件とそれが充足せられた場合の効果とを結合した形に於て規定される。いやしくも、法規に定むる條件が充足された以上、法は當然にそれに附隨する法律効果を附與するのであり、表意者が如何なる効果を意欲したかは問題ではない。法は唯條件を具体化した生活關係の態様如何に依て異なる法効果を附與するのである。

四 法律要件は、これを構成する種々なる因素に分解する事ができるのであつて、これらの因素を法律事實と稱する。例へば人の精神作用たる意思表示に依て法律要件が構成せられてゐる場合には、意思表示は法律事實であり、又單に時の經過、人の生死等の事件が法律事實となる事もある。更に一個の法律要件が一個の法律事實から成る事もあり、又數個の法律事實から成る事もある。

第二 法律要件と法律効果

一 法律要件は法律効果發生の爲の原因である。即、法律効果は何等の原因なくして突然に發生するものではなく、法律要件の充實を必ずその發生原因とする。法律要件は法律効果の原因であり、法律要件を具体化するのが法律行爲である。既述の通り、法律要件の充實と法律効果との關係には法律によつて、論理的必然性が與へられ、その間に行爲者の意欲を挟むべき餘地がない。法律要件を具体化する生活關係を創定するか否か、而して之を如何に具体化するかは、行爲者の意思に基くものであるが、一旦法律要件を充實せしめる生活關係が惹起すれば、それは、もはや行爲者の意思活動そのものではなく、一個の客觀的存在である。従つて、法律はそれを客觀的な法律現象として評價し、行爲者の意欲の如何を問はず、當然に一定の法律効果を附與するのである。

二 現行民法は權利本位の立場に立つてゐるから、法律効果として附與せられる種類、態容は全て權利の變動、即權利の發生消滅と云ふ形で現れる。直接に權利の變動を惹起しない法律効果と雖も、間接には權利の變動に影響を及ぼす。従つて權利の主体となり得ない者は、法律關係の主体となり得ないと云ふ結果をもたらす。

三 ここに問題となるのは、法は全ての法律要件に對して法律効果を附與するものではないことである。法は常に一定の理想乃至標準を以て法律要件に臨むのであるが、かかる標準に合致しない法律要件には法律効果を附與する事は出來ない。この事は、意思表示を要素とする法律要件たる法律行爲について、特に

云ひ得る事である。法は先づ以て、法律行爲の目的を明確にし、且その目的が法上許され得るものである事を確定するに到つて始めて一定の法律効果を附與する。而してこの問題は直接には法律行爲解釋の問題である。

問題「二〇」不法の條件を附したる法律行爲を説明すべし (昭七五)

一 意 義

二 効 果

第一 意 義

一 條件附法律行爲

(1) 條件は、期限とともに、法律行爲の附款の一であつて、法律行爲の効力の發生消滅を不確定な將來の事實にかからしめるものである。

(2) 條件は、原則として、一般の法律行爲に附しうるわけであるが、これを附することが公序良俗に背するか、法律が確定状態を欲する場合には、その法律行爲に條件を附することはできない。

(3) 條件を附せられた法律行爲を條件附法律行爲とゆう。條件附法律行爲は、條件の成否未定の間は、法律行爲の効力の發生消滅が不確定な状態が繼續するが、條件の成就、不成就が確定すれば法律行爲の効

二 不法条件

(1) 不法条件とは、これを条件とすることにより、全法律行為に、不法性を與えるような条件事實をいう。

(イ) 条件そのものが、公序良俗または强行法規に違反する事項を内容とする場合、たとえば、誰某を殺したら十萬圓與へるとゆう場合がこれに該當する。

(ロ) 条件の内容たる事項そのものは、公序良俗または强行法規に違反しないが、法律行為の効果をその條件事實にかからしめることが、その法律行為を不法とする場合、たとえば、何某の殺害を思いとどまるならば、一萬圓與えるとゆう場合の如きであつて、殺害しないとゆうことは何等違法ではないが、それを条件とする場合には不法となる(この點については、これを不法条件に含ますとする説がある)。

(2) 法律行為の効果を制限する方法が、積極的に不法をなすと消極的に方法をなさないとを問はない。いやしくも、ある種の事項による法律効果の制限が全法律行為を不法ならしめる場合、その条件を不法条件とゆう。

三 不法条件と条件の不許可

(1) 不法条件については、これを条件の不許可と區別しなければならない。条件の不許可は、条件に親

しまない法律行為とも呼び。その性質上、条件を附することを許さない法律行為を指稱する。

(2) 条件の不許可には二種ある。

(イ) 公益上の不許可

意思表示に条件を附することが、公序良俗、制度の趣旨に關する場合であつて、たとえば婚姻、離婚、縁組、離縁、相續の承認拋棄等の意思表示には条件を附しえない。

(ロ) 私益上の不許可

意思表示に条件を附することが相手方の法律上の利益を害する場合であつて、たとえば相殺(五〇六一)、追認、取消、解除等には条件を附することはできない。

第二 不法条件を附した法律行為の効力

一 不法条件を附した法律行為はことごとく無効である(一三三前)。

(1) 何人の意思表示をもまたず、法律上當然効力がない。すなわち、當事者間には何等の權利義務を生じない。

(2) 追認によつても効力を生ぜず、時の経過によるも有効とならない。

二 不法行為をなさざることを条件とする場合も、その法律行為は無効である(一三三後)。

問題〔二〕民法第九十二條を論評せよ（昭四東大我妻）

一 總 說

二 第九十二條の意義

三 第九十二條適用の要件

第一 總 說

一 民法第九十二條は「法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行為ノ當事者力之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ」と規定する。從來の通説によれば、本條は、事實たる慣習が任意法規に優先する事を定めたるのみならず、法律行為解釋の原則乃至標準を規定したものであると解する。

二 從來の民法は、法律行為解釋について明確な規定を有しなかつた。しかし、改正民法は第一條の二に於て「本法ハ個人ノ尊嚴ト兩性ノ平等トヲ旨トシテ之ヲ解釋スヘシ」と規定し、民法解釋の基準を明かにした。しかし、この規定は新憲法の保障する個人の尊嚴と男女の平等とを民法解釋適用の基準とすべきことを示したものにすぎず、第九十二條も亦、依然として法律行為解釋の標準たるはいうまでもない。

第二 第九十二條の意義

一 民法第九十二條は、意思表示の解釋に當り、單に表示された文言にのみ捉はれる事なく、廣く慣習に從つて定むべきである事を規定すると解せられる。かかる立場は即ち、客觀主義的立場として、法律行為の解釋と同様、社會的合理的に爲されなければならない事を示すものである。かくして、法律行為の解釋は表意者の眞意を探究する事にあるのではなく、表示された効果意思の内容を、單に表示手段のみならず廣く法律行為成立の時の周圍の事情、慣習等を考慮して社會的客觀的に合理化し、確定する事にあると云ひ得る。從つて、民法第九十二條は、法律行為解釋の標準を明確に規定せる諸外國の立法例と同様の標準を示すものと解せられる。其の解釋の標準を示すならば、(イ)當事者の目的、(ロ)慣習、(ハ)任意法規、(ニ)信義誠實の原則が擧げられる。

二 同條は「當事者力慣習ニ依リ意思ヲ有スルト認ムヘキトキハ」その慣習に從ふ旨規定してゐるけれどもこれを嚴格に解して、當事者が慣習に依る意思を有してゐないときは、慣習に從つて解釋する事が出来ないとするれば、右の規定は全く第九十一條と重複する。法律行為解釋の目的が表意者の効果意思の内容を客觀的社會的に合理化し、明確化する事にあるとするれば、當事者が慣習に依るべき意思を有すると積極的に認めらるべき事情なくとも、反對の意思表示のない限り、慣習に依り法律行為を解釋する事が妥當である場合は、慣習が解釋の標準とならねばならぬ。其爲事實たる慣習は一般的任意法規に優先し、法律行為の解釋に限り慣習が任意法規を改廢する結果となる。即ち、事實たる慣習が實際上慣習法に近き効力を有す

る事となる。

第三 第九十二條適用の要件

一 「法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル慣習アル」こと

(1) 法令中の公の秩序に關する規定、即ち強行規定に違反する慣習はその効力を認めえない。

(2) 公の秩序に關しない規定、即ち任意法規は法律行為解釋の標準となるが、これと異なる慣習あるときは慣習の方が優先する。

(3) 強行法規も任意法規も存しない事項について、慣習の存する場合は本條の文字に現はれて居らぬけれども、かかる慣習も本條によつて解釋の標準となる。

(4) 本條の慣習は事實たる慣習であり、法例第二條の慣習（慣習法）と異り社會の法的確信によつて支持せられる必要はない。法例第二條により慣習法は任意法規の存する場合には成立し得ない。これに反し事實たる慣習は右の如く任意法規に優先する。

二 「當事者力之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキ」

この要件を嚴格に解する場合に生ずる九十一條との重複については先に述べた。従つて本條の要件としては

(1) 當事者の意思表示から特に慣習に従はざる趣旨が認められるか、

(2) 或ひはその慣習が兩當事者の職業階級等に普遍的なものでないといふやうな特殊の事情の存在する場合に除外し、

(3) 當事者が慣習の存在を知る必要もないと解すべきである。

三 尙未だ慣習を成立せしめない程度の一般の見解や、商取引の實例の如きも、亦當事者が之を認識せるときは、法律行為解釋の標準となるものと解せられる。

問題〔二二〕意思と表示との不一致について述べよ。

- 一 意 義
- 二 心裡留保
- 三 虚偽表示
- 四 錯誤
- 五 詐欺
- 六 強迫

第一 意義

一 意思表示とは、契約の申込承諾の如く、一定の私法的効果の發生を欲する旨を表示する行為をゆう。

この意思表示は、三箇の構成要素からなる。すなわち効果意思、表示行為、表示意思の三である（効果意思、表示行為の二をもつて足るとする説もある）。効果意思とは、一定の効果の発生を欲する意思（書籍を二百圓で賣却する申込の場合に於ける二百圓で賣却するやう意思）であり、表示行為とは、右の効果意思を外部から推斷せしめる行為（言語、記述その他の舉動）をゆう。

二 一般に、意思表示が、その表意者の意欲したところにしたがつて法律効果を生ずるのは、法律がその効果をみとめるからである。ところが、表意者の内心に眞實存在した意思と表示行為によつて推斷せられる効果意思とが、何等かの理由で齟齬をきたす場合に、いづれに従うべきか。これすなわち、意思と表示との不一致の問題である。

三 意思と表示との不一致の場合に、いづれにしたがつて効果を生ぜしむべきかについては、法律は、表意者、相手方、その他一般利害関係者の各立場を考慮して、利害の調和にとめることを必要とするが、近代私法は、一般に表示主義（表示上の効果意思に従つて効果を與える）を探り、とくに表意者を保護すべきものとする場合に、その意思表示を無効とし、あるいは取消しうべきものとしてゐる。

四 わが民法は、心裡留保、虚偽表示、錯誤、詐欺、強迫の場合を規定してゐる。

第二 心裡留保（單獨虚偽表示）

心裡留保とは、表意者が、相手方によつて、自己の表示が内部の意思と異なる意味に解されることをしつ

ゝるにもかかわらず、意思表示をなすことをゆう。これは、虚偽表示、錯誤とともに意思の欠缺の一場合であるとうことが出来る。この場合には、原則として、表示されたとをりの法律効果を生ずるのであつて、すべて意思表示の効果は、表示行為の有する意義に則つて決定されなければならないからである。しかし、もし相手方において、意思と表示との不一致を知つてゐる場合、または通常の注意をすれば知りえた場合には、この意思表示は無効である（九三）。

第三 虚偽表示（通謀虚偽表示）

一 債権者から差押を免れるために、賣買を假裝し、他人名義に財産を移す場合のよをに、相手方と通謀してなされる眞意にもとづかない意思表示である。これは、意思欠缺の一場合であつて、相手方は、眞意でないことを知るは勿論、はぢめから通謀してゐる點において心裡留保とことなつてゐる。

二 虚偽表示は、その効力を認むべきでないから、民法は、これを無効としてゐる（九四一）。しかし、かかる假裝行為を眞實であると信じて利害關係を有するに至つた善意の第三者は、當然保護されなければならないから、虚偽表示の當事者は、善意の第三者に對し、虚偽表示の無効を對抗することはできないとされてゐる。

第四 錯誤

一 意思表示に錯誤があれば、表意者は表示せられた意思を有しないことになる。それは、意思の欠缺の

一 場合であつて、ただ表示せられた意思の存しないことを、表示者が知らない點で前述の心裡留保、虚偽表示とはことなつてゐる。

二 錯誤については、表示の錯誤、内容の錯誤、動機の錯誤の三が區別せられるが、いづれにしても意思表示の内容の重要な部分に錯誤の存する場合に、その意思表示は無効となり、表意者に重大な過失がある場合にはその者自身無効を主張しえないとしてゐる(九五)。しかし、錯誤が無効とせられることは、詐欺強迫による意思表示が、單に取消の對象とせられるにすぎないことに對比し、取引安全の保護の見地からは妥當でないと論ぜられるのが通説である。

第五 詐欺による意思表示

一 詐欺行爲(他人をあざむいて錯誤におとしいる違法行爲)にもとづく意思表示を詐欺による意思表示とよぶ。それは、通常、虚偽事實の捏造、眞實の隠蔽による違法行爲にもとづく。

二 詐欺による意思表示は、これを取消することができる(九六、一〇〇、一一二)。一般に取消しうべき行爲は、一應有効なものであり、取消の意思表示により初に遡つて無効となるから、詐欺の場合にも表意者によつて取消されるまでは、一應有効なものとして取扱われる。

三 取消は、相手方以外の者が、詐欺を行つた場合には、相手方がその事實を知つてゐる場合にかぎり(九六一)、善意の第三者には對抗出來ない(九六二)。

第六 強迫による意思表示

一 強迫行爲(他人に害惡を示して、畏怖せしめる違法行爲)による意思表示を強迫による意思表示と呼ぶ。

二 強迫による意思表示はこれを取消することができる。それは、表意者によつて取消されるまで、一應有効なものとして取扱われる。

三 この取消は詐欺による意思表示の取消とことなり、強迫者が相手方以外のものによつてなされた場合でも取消しうるし、取消の効果は善意の第三者にも對抗できる。これすなわち、強迫による場合は、詐欺による場合よりも、意思決定の自由がよりよく干渉をうけてゐることによるからである。

問題〔二三〕眞意に合致せざる意思表示の効力如何 (昭一五五)

(註) 問題〔二二〕参照。

問題〔二四〕意思表示の錯誤

一 錯誤の意義

二 要素の錯誤

三 錯誤の効果

第一 錯誤の意義

一 錯誤とは、觀念と事實の一致しないこと、すなわち、表示の内容と内心の意思とが一致しないことを表意者自身の知らない場合である。錯誤と對象の不知とは異なる。對象の不知は單に事實の不知にすぎない。錯誤は表意者の知らない點に於て心裡留保及虚偽表示とことなる。

二 錯誤の態様

(1) 内容の錯誤 表示行為の意義を誤るもの。最も普通の場合であり、表示者が自己の意思表示に附與せられると信じた効果と効果意思に附與せられる効果とが異なる場合である。之には法律の錯誤、事實の錯誤表示方法の錯誤等諸種の態様がある。

(2) 動機の錯誤 意思表示を爲すに到つた動機が錯誤に基く場合である。未だ表示せられず心裡内にある動機自体は特別に問題とはならない。然し表示せられた動機は意思表示の内容となり、従つて錯誤の影響を受ける。

三 表示機關の錯誤

仲介者を介して表示される意思表示に於て、仲介者が誤つて傳へた場合につき獨民法は錯誤と同視すべきものと定める。但し使者ではなく代理人なるときは、意思表示の錯誤は代理人について決定さるべく、本人の意思には錯誤となる餘地はない。また、既に完成した意思表示が誤達せられた場合は意思表示不到

達の問題を生ずるだけで錯誤とはならない。

第二 要素の錯誤

一 第九十五條の効果を生ずる錯誤は「法律行為ノ要素」の錯誤である。本條の規定は表示主義に基く本人の不利益と意思主義に依る第三者の不利益とを適當に調和して相互の利益をはからんとする。要素の錯誤とは「意思表示の内容の重要な部分に錯誤あるとき」の意に解する。内容の重要な部分とは客觀的に見てその錯誤がなければ、本人はその意思表示をしなかつたであらうし普通一般の人もしないであらうと考へられる程度の重要なものであることを意味する。従つて要素の錯誤なりや否やは純然たる法律問題である。

二 要素の錯誤の態容

要素の錯誤であるか否かは、抽象的な標準を以て決すべきではなく、各場合について具体的に決すべきである。左に例示するものは單に一例であり、各個の場合全てに通ずる一般的標準ではない。

(1) 目的物の同一性に關する錯誤は一般に要素の錯誤となる。
(2) 當事者たる人に關する錯誤（人違）は、一般に個性に重きを置く法律行為に於てのみ要素の錯誤となる。
(3) 物の性状、來歴に關する錯誤は、それが取引上重要なものなるときは要素の錯誤となる。
(4) 法律狀態の錯誤は、それが、法律行為の基本となるものであれば要素の錯誤となる。

(5) 目的物の價格、數量等の錯誤は一般に要素の錯誤とはならない。

第三 錯誤の效果

一 錯誤の效果の根據

意思表示の效果につき、意思主義の立場をとれば、錯誤は内心の意思を缺くから詐欺強迫の場合よりもこれを無効とすることは當然であり、表示主義の立場をとれば、錯誤は表意者を保護する爲の制度として詐欺強迫の場合と區別すべき理由がなくなる。この點わが民法の規定は意思主義に傾き過ぎた嫌がある。むしろ相手方に對する關係に於ては錯誤者よりも詐欺、強迫を受けた者を却つて厚く保護すべきである。

二 民法の認める效果

(1) 原則として、要素の錯誤ある意思表示は絶對的に無効である(九五本文)。

(2) 例外として、表意者に重大なる過失ある時は表意者自ら無効を主張し得ない(九五但)。例へば、表意者の職業、行爲の種類、目的等に應じ普通に爲すべき注意を著しく缺いた場合の如きである。但し、重過失の存することの舉証責任は相手方にある。表意者自らは無効を主張し得ないが、相手方又は第三者は無効を主張する事が出来る。この點表意者保護を目的とする錯誤の制度として不當な立法であるとする説が有力である。

三 本條の適用範圍

(1) すべての法律行爲に適用せられる。但し身分法上の行爲に於ける錯誤の效果については多くの例外がある(七四二、八〇三)。

(2) 賣買に於ける瑕疵擔保の責任に關する規定が民法總則篇に於ける錯誤の規定を排除するか否かについて學説が分れて居るが、通説は排除するものとする。

問題〔二五〕法律行爲の瑕疵を説明すべし (昭一四外)

(註) 「民法全篇五十題解答」問題〔三〕參照。

問題〔二六〕意思表示に瑕疵ある場合及び其の效果を説明せよ (昭八外交)

一 序 説

二 詐欺に因る意思表示

三 強迫に因る意思表示

第一 序 説

一 意思表示に瑕疵ある場合とは、意思表示が他人の詐欺又は強迫によつて、不當な干渉を受けて自由になされなかつた場合である。意思と表示との不一致は必ずしも意思表示の效果發生に影響はないが、それが詐欺、強迫等による時はその意思決定が自由に行はれたものでないから、表意者保護の目的の爲め規定

を必要とする。本項の場合がそれである。

二 一般に詐欺強迫行為の効果は、民、刑兩法に跨る。刑法は詐欺、脅迫（強迫）を爲す者を罰して社會の善惡を除去するに努め、民法は詐欺又は強迫を受けた者の爲めに、その正當な利益の保護を圖り、意思表示の効果發生を阻止せしむる。民法はこの目的の爲めに詐欺及び強迫を不法行為として、被害者より加害者に對して損害賠償の請求をなすことと、被害者が詐欺及び強迫による意思表示を取消し得る事の二つの手段を認めて居る。

第二 詐欺に因る意思表示

一 意義及び要件

(1) 詐欺とは人を欺罔して錯誤に陥らしむるの行為をゆう。

(イ) 詐欺者の故意

詐欺者に二段の故意あるを要する。即ち相手方を欺罔して錯誤に陥れんとする故意と、その錯誤に因つて意思表示を爲さしめんとする故意。

(ロ) 欺罔行為

眞實ならざる事實を眞實なりとして表示し、又は眞實を隠蔽する事である。

(ハ) 相手方の錯誤

(a) 詐詐は常に錯誤を生ずる。然し意思決定の動機の錯誤に止まり、効果意思の存在に影響はない。

(b) 錯誤は欺罔行為に因つて生ずることを要する。

(ニ) 相手方の錯誤に因る意思表示
即民法上の詐欺には未遂はない。

(ホ) 違法性

違法性あるもの、即ち、信義の原則に反するものでなければ詐欺ではない。

(2) 詐欺は錯誤を生ずるが、その錯誤は内心の効果意思決定の動機を構成するに止まり、表示の内容に現れない點に於て、第九五條の意思表示の内容の錯誤と異なる。然し表意者は何れかの要件を証明してこれを主張することを妨げない。

二 効果

(1) 詐欺に因る意思表示は取消しうる(九六一)。しかし、この取消をもつて善意の第三者に對抗しえない(九六Ⅱ)。

(イ) 取消によりはちめて効力を失う。詐欺行為が犯罪を構成する場合も同様である。

(ロ) 善意の第三者に對抗しえないとは、取消の効果が當事者間においてのみ生じ、第三者に對しては意思表示の無効を主張しえないことをゆう。

(ハ) 第三者とは、あらたに利害關係にはいつた第三者をいい、詐欺行為により自然に利益をえた者をふくまない。

(2) 第三者による詐欺

相手方のある意思表示につき、第三者が詐欺をした場合には、相手方が詐欺の事実を知つたときにのみ取消することができる。相手方のない行為は、何人の詐欺による場合でもつねに取消しうる。

(3) 詐欺による加害行為に對し、民法は、これを不法行為とし、加害者に對し損害賠償の責に任せしめる。

(4) 詐欺による身分法上の意思表示はこれを取消しうるか否か一概に論定しえない。法律に別段の定めたる場合は別として、民法九六條は當然には適用ない。

第三 強迫に因る意思表示

一 意義及び要件

強迫とは他人に畏怖心を起さしむる目的を以て違法に害悪を表示し、他人をして畏怖心に基く意思表示を爲さしむる行為である。

(1) 強迫者の故意

相手方に畏怖心を生ぜしめ、この畏怖心に基く意思表示を爲さしむる二段の故意を要すること、詐欺と同様である。

(2) 強迫行為

相手方に畏怖心を生ぜしむる行為であつて、行為の態容に制限がない。沈黙も場合によつては有効な強迫行為たり得る。

(3) 畏怖心を生じたこと

(4) 畏怖心に因つて意思表示をなしたこと。即、民法の強迫に未遂はない。

(5) 強迫が違法であること

違法か否かは、強迫の手段と目的とを相關的に考察して行為全体としての違法性の有無を判定すべきである。

二 効果

(1) 詐欺の場合と同様、表意者は強迫に因る意思表示を取消すことが出来る(九六一)。然し、次の二點で異なる。即ち

(イ) 取消の効果はこれを以て善意の第三者にも對抗し得る。

(ロ) 又、第三者が強迫した場合にも相手方の知不知に關係なく常に取消し得る。このことは強迫が詐欺よりなほ一層表意者を保護する必要あるためであらうが、立法論としてその當否は問題とされてゐる。

(2) 詐欺の場合と同様、加害者に對し不法行為による損害賠償の責に任ぜしめる。兩者相俟つて強迫を受けた者の保護を期してゐる。

(3) 強迫による身分上の意思表示についても、詐欺の場合と同様に解すべきである。

問題〔二七〕 詐欺に依る意思表示の効力を問ふ (昭八京大末川)

一 序 説—詐欺の意義

二 詐欺の 効果

第一 序 説—詐欺の意義

詐欺とは、人をして錯誤に陥らしむる目的を以て欺罔行為を行ひ、表意者をして錯誤に基づく意思表示を爲さしめる事をゆう。

一 詐欺は、故意あるを要する。即、人をして錯誤に陥らしめんとする故意と、錯誤に基く意思表示を爲さしめんとする故意である。

二 欺罔行為とは虚偽の事實を陳述し、或は眞實の事實を隠蔽する事を云ふ。それは、事實に關する欺罔行為をゆう。

三 詐欺に未遂はない。即、表意者が錯誤に基く意思表示を爲した場合にのみ詐欺が成立する。

第二 詐欺の 効果

民法は、詐欺による意思表示につき、特定の相手方ある場合と、然らざる場合とを區別して、その効力を規定してゐる。

一 相手方のない意思表示

何人の詐欺によるを問はず、その意思表示は常に取消され得る。尤も、一般公衆又は不特定多數人に對して、甚しく利害の影響を及ぼす場合、たとえば、法人の設立行為、懸賞廣告、相續の承認拋棄の如き特殊の意思表示については、むしろ民法九六條二項を類推適用すべきであつて、取消し得ない。

二 相手方のある意思表示

(1) 相手方が詐欺者たる場合、被詐欺者はその意思表示を取消することをうる。相手方數人ある場合にはその一人の詐欺を以て足り、意思表示の一部のみが、相手方の詐欺による場合、その取消によつて他の部分も亦、無効となるか否かは、一部無効の法理によるべく、當に必ずしもその取消の効力は法律行為の全部に及ぶものと解すべきではない。

(2) 第三者が詐欺者たる場合には、相手方がその事實を知つたときに限り、その意思表示を取消することができる。

(イ) 第三者とは、意思表示の向けられた相手方以外の者をゆう。第三者の爲にする契約に於ける受益

者と雖も、第三者に該當する。これに反し、相手方の代理人として意思表示を受領した者及び法律行為の媒介者又は補助者も、當該意思表示の成立に關する者であるから、相手方と同一視せらる事となる。

(ロ) 第三者の詐欺に基き、意思表示がなされたことを、その受領の時に於て、相手方又はその代理人が認識したときは、相手方自ら詐欺を爲したと同様であり、その意思表示は取消され得る。認識なき以上それが相手方の過失に基く場合にも、その意思表示は取消され得ない。

(3) 詐欺による意思表示の取消しは、之を以て、善意の第三者に對抗するを得ない。

(イ) 民法九六條第三項に、所謂第三者とは、詐欺による意思表示の取消當時、その取消を承認するにつき、法律上正當の利益を有する者に限るものと見るべきである。たとえば、詐欺による一番抵當權の順位を得たる場合の如きは、その二番抵當權者は、正當の利益を有する第三者に該當しない。

(ロ) 正當の利益を有する第三者が善意なる限り、無過失なることを要しない。

(ハ) 詐欺による意思表示の取消を以て、善意の第三者に對抗し得ない場合でも、第三者側よりはその取消による無効を是認することを妨げない。

三 詐欺による意思表示の取消と詐欺を原因とするその他の法律關係

(1) 詐欺による意思表示が、同時に法律行為の要素の錯誤に該當するときは、民法九五條に依り、當然無効となり、第九十六條に依り取消す迄もない。この場合に於て、表意者に重過失ある場合は、表意者自

ら錯誤に依る無効を主張し得ず。従つて、民法九六條に依つて、詐欺を立證してその取消をなすことを妨げない。又、錯誤による意思表示の無効は、善意の第三者に對しても、之を以て對抗し得ることに注意すべきである。

(2) 詐欺による意思表示によつて、表意者が何等かの損害を被つたときは、何人が詐欺を行ひたるを問はず、詐欺者に對して、その損害の賠償を請求することを得る。

(3) 詐欺による意思表示は、未だその取消がなされない間は、一應有効であるが、表意者は、之によつて負擔することあるべき給付を、その相手方に對して、拒絶することを得る。而して取消權が時効によつて消滅した場合でも、その抗辯權は尙存續するものと解すべきである。

(4) 詐欺による意思表示によつて、賣買その他の有價契約が成立した場合には、當事者は、その取消權を有する外、尙その契約が民法五六〇條以下、若くは六三四條以下の規定に該當する限り、相手方の擔保責任を問ふことを得る。

四 詐欺による身分行為の効力

詐欺による身分法上の意思表示は、これを取消し得るか否かは、一概に論定せられ得ない。法律に別段の規定ある場合は、固より之によるべきであるが、然らざる場合には、民法九六條は當然には身分法上の意思表示に適用がないから、如何なる範圍内まで、その類推適用を認むべきかは、各個の意思表示の性質

如何によつて之を決定すべきである。

問題「二八」強迫に依る意思表示を説明すべし（昭九五）

一 序 説—強迫の意義及要件

二 強迫による意思表示の効力

第一 序 説—強迫の意義及要件

強迫とは、他人に畏怖心を起さしむる目的を以て違法に害悪を表示し、表意者をして畏怖心に基く意思表示を爲さしむる事を云ふ。

一 強迫者の故意。他人をして畏怖心を起さしめんとする故意と、畏怖心に基く意思表示を爲さしめんとする二の故意があることを要する。

二 害悪の表示。他人をして畏怖心を起さしめる一切の事實を云ふ。その態容には制限がない。危害の對象がその人自身であると又、親戚友人であらうと、身体、生命、自由であらうと問はない。沈黙も又、強迫行為たり得る場合がある。

三 害悪の表示は違法なる事。但し、違法なるや否やは、強迫の手段と其れに依て達せんとする目的とを相關的に考察して決すべきである。權利行為、放任行為には強迫は生じない。

四 畏怖心に基く意思表示を爲したる事。即、強迫にも未遂はない。

五 強迫者が不法行為能力を有することは、強迫の要件ではない。故に例え、精神病者の強迫による意思表示と雖も、その取消をなすことを得る。

第二 強迫による意思表示の効力

一 強迫による意思表示は、何人の強迫によるかを問はず、表意者に於て之を取消すことを得るのみならず、その取消を以て、すべての第三者に對抗することを得る。詐欺と異なる點である。故に例え、強迫による意思表示に基づき、抹消をなしたる登記の回復をなさない間でも、その取消の効力を、すべての第三者に對抗するを妨げない。

二 強迫によつて意思表示をなした者が、之によつて何等かの損害を蒙り、又、第三者が強迫をなした爲め、表意者がある意思表示を取消し、以て相手方が何等かの損害を被つた場合には、強迫者に對してその損害の賠償を請求することを得る。

三 強迫による身分法上の意思表示については、法律に別段の定めある場合はそれによるべきであるが、民法第九十六條は當然には身分法上の意思表示に適用ないから、その適用については、各個の意思表示の性質如何によつて決定すべきである。

問題「二九」意思表示の効力発生時期を説明すべし (昭一二五)

- 一 相手方なき意思表示
- 二 相手方ある意思表示

第一 相手方なき意思表示

相手方なき意思表示については一般的の規定はない。然し意思が表示された時、即ち、意識的に表示内容が他人により認識せられ得べき状態に置かれたる時にその効力を生じ、他人が事實上その意思表示を認識すると否とを問はない。それ故例へば、文書により意思表示をなす場合には、通常文書作成の終了を以て、意思表示はその効力を生ずるし、かつ表意者が、意識的に、他人がその内容を認識し得べき状態に、その文書を置いたものと考えられない場合には、文書の作成は單に意思表示の準備行為にすぎないから、偶々他人がその内容を認識しても、意思表示は未だその効力を生じないと解すべきである。

第二 相手方ある意思表示

一 相手方ある意思表示の効力発生時期に付ては、更に隔地者間にされたる場合と、對話者間になされたる場合とに區別しなければならない。茲に隔地者間と對話者間との區別は、表意者と相手方とが同一の場所に居るや否やによるにあらずして、意思表示が相手方に了知せらるる迄に取引上問題とせらるる程度の

時間の経過を要するか否かである。例へば、電話又は電信による意思表示は、對話者間の意思表示として取扱はれなければならない。

二 隔地者間の場合

(1) 原則

原則として、相手方ある意思表示が隔地間に於てなされる場合には、その表示が相手方に到着したる時、その効力を生ずる(九七一)。即ち民法は原則として到達主義を採つてゐる。所謂到達とは、意思表示が相手方の了知可能の状態に置かることをいふ。文書による意思表示の場合には、當該の文書が相手方の支配し得る場所に到達すれば足り、敢て相手方の事實上の所持内に達することを要しない。故に、例へば、郵便、電報等は受領者の郵便受箱に投入せられ、或はその住居内に於て、その家族、雇人等に引渡されることを以て足りるし、又、取引の慣行上、受領者に於て必ず了知すべきことが期待せらるる限り、受領者が故意に意思表示を了知し得ない状態に置くも、意思表示は、すでに到達したるものと解すべきである。例へば、文書が相手方に呈示せられたが、相當の理由なくして、その了知が拒絶せられたる場合には意思表示はすでに到達したるものとして取扱はれる。併し、例へば秘かに受領者のポケットに入れられ、或は容易に発見し得ない状態に於てその文書が挿入せられた商品の到達あるも、意思表示は未だその効力を生じないと解すべきである。

● 例 外

民法は隔地者間の意思表示につき、原則として到達主義を採つてゐるが次の例外がある。即ち民法は隔地者間の契約は承諾を發したるときに成立すとしてゐる(五二六I)。従て隔地者間の契約に於ては承諾は常に發信によつてその効力を生ずる。併し

(イ) 申込に承諾期間の定めある場合、承諾がその期間内に申込者に到達しないときは申込はその効力を失ふから(五二二I)。この場合のみは承諾はその効力を生じない。

(ロ) これに反し、申込に承諾期間の定めがないときは、承諾が何等かの理由にて到達しない場合にも契約はなほ發信によつてその効力を生じ、その不到達によつて何等影響を受けないものと解すべきである。商行爲たる契約の申込に於いて、相手方が相當の期間内に承諾の通知を發しないときは申込は其効力を失ふ(商五〇八)。但し、契約の承諾に付て到達主義の理論をとらんとする説があるが、上述の解釋が民法の條文に最も忠實なる解釋であつて、承諾不到達の不利益は、承諾者よりも承諾を豫期せる申込者に負擔せしむることが實際上妥當なりと解し、この場合を到達主義の例外とする。

三 對話者間の場合

對話者間の意思表示の効力發生時期に關し、民法に明文がない。従つて學說上争があるが、通説は、隔地者間に於けると同じく到達主義によるべきものとしゝゐる。これによれば、その意思表示が文書

によると、口頭によるととはす、前述せる如き所謂到達によつてその効力を生じ、相手方に了知せらるることは必要としないとする。蓋し、對話者間に於ては、通常表白も發信も到達も了知もすべて同時であつて、相手方が故意に了知しない場合(例へば耳を掩ふ場合)、議論の實益がある。元來、到達主義は理論上最も妥當であつて、民法第九十七條第一項も特に對話者間に別の主義を採る意味でこれを除外したものと解し得ないから、通説の見解を以て正當なりと解する。

問題「三〇」代理制度の効用 (昭一七東大穂積)

一 序 説

二 代理制度の社會的意義

三 代理制度の擴張

第一 序 説

代理の本体は、本人と獨立した代理人が爲した意思表示の効果を悉く且、直接に本人に歸屬せしめる制度であり、本人自ら爲した意思表示の効果のみが、本人に歸屬するといふ意思表示理論の例外である。代理制度が如何に近代商取引の頻繁化と經濟生活の擴大、複雑化に伴ふ私法自治擴充の爲に不可欠の制度であるかを次に述べることをとする。

第二 代理制度の社會的意義

一 古代の家族制度に於ては、權利能力の所有者は家長のみであり、家兒、奴隸の活動は獨立の法律行爲と認められず、家長のいはば道具と考へられた。従つて特に代理といふ觀念は、この時代には必要とされない。しかも古代法は法律關係の簡明といふことを尊ぶから、他人の獨立の行爲によつて法律關係の變動を認めることは望ましくなかつた。代理制度は人の社會關係の複雑化、活動範圍の擴大に對應する制度である。かくて後期ローマ法に至つて、代理類似の制度が認められるに至つた。ドイツに繼受せられたローマの代理類似の制度は、第十七世紀頃から次第に獨立の制度と化し、近代市民社會における經濟活動に不可缺の制度となつたのである。近代における代理制度は其の効用に於て次の二つの點から觀察する事ができる。

(1) 私法的自治の範圍の擴張に伴ふ代理制度

私法自治は近代私法に於ける中心的要素であり、各個人の私的生活關係が個人の自由意思により形成維持せらるべきことを理想とする自由主義的個人主義的な要求である。しかし、その行爲を悉く自ら爲すべきものとするときは、その活動の範圍は自ら狭められざるを得ない。しかもこれは敏活なる行動を欲する取引關係にとつて好ましいことではない。ここに自己と特別の信任關係ある者を代理人とし、直接自己の法律關係を代理人の行爲によつて處理せしめることとすれば、その活動範圍は無限に擴がり得る。ことに

自己の有する經濟的信用と、代理人の才能とを結合せしめるときは、私法自治は極度にその偉力を發揮する。今日の如き大資本の所有者が無數の企業に關與し、全世界にわたる取引關係を結び得るのは専ら代理制度あることに基く。

(2) 私法的自治の補充としての代理制度

權利本位の近代私法に於ては、自然人は全て權利能力者としてとらえられ、意思能力なき者は自ら法律行爲をなし得ないこととなる。しかるに代理制度は、本人に意思能力を必要とせず、代理人に意思能力あれば足りるとするが故に、かかる代理人によつて社會生活關係を形成する事が可能となる。

二 かくの如く代理制度の効用は私法的自治の擴張又は補充にあり、他人の獨立行爲によつて本人に權利義務を歸屬せしめるものではあるが、なほ私法的自治の例外となすべきではない。然し、茲に看取せられるものは自己から獨立した行爲に依り權利義務の變動を認めるが故に、個人意思を絶對とする近代民法の根本的思想に對する制限である。即、代理に於ては取引の安全といふ理想が強く認められ、無權代理、表見代理の如く權限なき代理人の行爲に對し、直接本人が責任を負ふべき場合の如きは、右の如き事實の萌芽とも云ひ得よう。又、代理に依て利用せられる代理人は、經濟組織に於ける活動の技術化し、特殊化する今日いふ代理關係は明かにその本質を失ふに至る。蓋し、團體の代表者は個人の各個の意思から獨立した團體自体の意思を以て行爲するが故である。

三 右の傾向は、代理制度自体の解釋にも何等かの影響を及ぼすには止まない。代理制度の信用を保持するため、或は取引の安全をはかるため、近時注目すべき判例を見る。例へば、他人に對して自己の名義を使用することを許容せる者は善意の第三者に對して責任ありとされる。尙、我が民法がともすれば無能力者保護に厚すぎる結果、無權代理人として爲した無能力者の責任を免がれしめ、取引の安全を害する結果となり勝ちであつた事も注意に値するであらう。

第三 代理制度の擴張と表見代理、無權代理

右の如く代理制度の發生は、近代市民社會に於ける個人の社會生活關係の擴大、經濟活動の複雑多様化に基因するものであるが、この傾向は更に代理制度自体の擴張をもたらさずには置かない。即、本來の代理制度は代理人に、代理權ある場合にのみ其の効果を發生せしめるものであるが、代理制度の信用保持と取引の安全をはかる爲には、代理權が存在しないにも不拘、相手方には代理權ありと信ぜしむるに足る客觀的事實がありとするならば、かかる事實に依て、代理權ありと信じ取引を爲せる相手方を保護する必要がある。之が表見代理の制度であり、取引に於ける表示主義外觀主義に伴ふ產物である。のみならず、更に進んで代理人にはもとより代理權なくとも、事實上代理行爲が成立したと見られる時に、尙、本來の代理の効果を發生せしめる事も可能である。之が所謂無權代理の制度である。

問題〔三二〕代理に於ける三面の關係について述べよ

- 一 序 説—代理の本質
- 二 本人・代理人間の關係
- 三 代理人・相手方間の關係
- 四 本人・相手方間の關係

第一 序 説—代理の本質

一 意思表示については、意思表示をなす者と、意思表示の効果を受ける者とは必ずしも一致する事を要しない。意思表示に於ける代理の制度は、取引の頻雜化、活動範圍の擴大に伴ひ、右の理論に依て益々私法自治に於ける個人の活動分野を増大せしめるに貢献した。

二 代理制度は意思表示をなす者と、その意思表示の効果を受ける者とが別個の存在である所に、その本質を有する。民法第九十九條に依れば、代理とは、代理人が本人の爲に第三者に對し直接本人に効果を及ぼすべき意思表示を自らなし。又は、相手方から受ける事である。従つて代理關係には代理人と本人、代理人と第三者、第三者と本人と云ふ三面の關係が發生する。以下三面の關係について分説する。

第二 本人・代理人間の關係

一 代理關係に於ける代理人の地位は獨立したものであり、代理は主人・代理人間の對内關係とは別個の

ものである。故に代理に於ける本人・代理人間の關係は、當該の代理行為につき代理權の存在することに盡きるが、唯、代理權は主人と代理人間の法律關係であり、代理の效果發生の基礎的要件である意味において重要である。

二 法定代理權の發生原因

(イ) 一定の地位に在る者が、法律の規定に基き當然、法定代理人となる場合。例えば子の出生に依り父又は母に代理權の發生するが如し。

(ロ) 裁判所又は本人以外の私人の指定(指定後見人)又は選任(選定後見人)せる者が法定代理人となる場合。

三 任意代理權の發生原因

(イ) 代理權を授與する行為(授權行為)の性質については諸説がある。我民法上、之を契約と解し、獨立に代理權の發生を目的とする行為であると解する。

(ロ) 代理權は代理に依る法律效果發生の要件であり、何等代理人に權利義務を負擔せしむるものではない。代理行為をなし得る資格、權限の授與にすぎぬ。従つて、本人の單獨行為に依るも何等の妨げがない。

(ハ) 授權行為は代理權授與を目的とする無名契約であり、不要式行為である。故に、普通の意味表示

と合体するを妨げない。即ち、一箇の契約から對内關係と代理關係とを生ずることも可能である。従つて具体的の場合に當つて契約内容を解釋して、代理權の授與ありや否やを判定すべきである。唯、右の場合對内關係の無効取消終了は原則として、代理關係の無効、取消、終了を惹起すると解すべきか、或は代理權授與の行為は全然獨立したものであつて、たとひ對内關係の無効が生じても、代理權の授權行為は當然に無効とはならないと解すべきかどうかについて異論がある。

四 代理權の範圍

(イ) 法定代理 各種法規の解釋に依り決定する。

(ロ) 任意代理 授權契約によつて定まる。本人は一定の事項、或ひは一定の相手方を限り代理權を與へることを得る。

(ハ) 第一〇三條 代理權の範圍の不明なる場合につき民法の設けた補充的規定である。即、權限の定めなき代理人は管理行為のみを爲し得る。その範圍は、

(a) 保存行為 財産の現状を維持する行為であり、無制限に爲し得る。

(b) 利用行為 權利目的物の性質を變じない程度で收益をはかる行為。

(c) 改良行為 權利目的物の性質を變じない程度で價額を増加する行為。

なほ、右の範圍の行為が事實上、本人の不利益に歸する場合も、その行為は代理權の範圍に屬し、また

反對に、適當な範圍外の行爲が、假令本人の利益となつてもなほ代理權の範圍外の行爲であつて、代理行爲として成立しない場合がある。

五 共同代理及其代理權の範圍

共同代理とは數人の代理人が共同してのみ代理することを得る場合であり、その一人が缺けたとき、一人の行爲に意思の欠缺、その他の瑕疵あるときにも代理行爲そのものに瑕疵を生ずる。又、その性質は各代理人にとつてその代理權の制限とみるべきであつて、一人で代理行爲をするときは權限踰越である。

第三 代理人相手方間の關係

一 代理行爲の效果發生の條件は「本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ」即、本人の名に於て爲すべきこと既述の如し。これを顯名主義といふ。唯、明瞭に代理人なることを示さなくとも、相手方がすべての事情から判斷して本人の爲にすることを知り、又は、知ることを得べかりしときは、代理行爲は有効に成立する(100但)。又、相手方が本人の誰なるかを知る要もない。

二 受動代理に於ては、相手方に於て本人に對する意思表示なることを示すべきものと解する。

三 顯名主義の例外

顯名しないときは、代理人自身について法律效果を生ずるが、相手方が代理人個人を少しも重視しない取引に於ては、顯名主義の例外として、なほ本人について效果を生ずると解すべきである。蓋し、關係當

事者の利益を妥當に調和せしむることとなるからである。

四 周圍の事情より解釋して、尙、本人の爲めにする趣旨が表示せられて居ないと見られるときは、その「意思表示ハ自己ノ爲メニヲ爲シタルモノト看做ス」(100本文)。この規定は、代理人が内心の意思と一致せざることを理由として錯誤を主張することを禁じたものである。又、本條は受動代理には適用なく相手方が本人に效果を及ぼす意思でしかもこれを表示せずして、代理人に對し意思表示をした場合には、意思表示の通則に従つて解決すべきである。

五 代理行爲の瑕疵

代理に於て意思表示を爲す者は代理人である。従つて、意思表示に關する瑕疵の有無は代理人について決定すべきである。然し、當該の行爲を爲すことが本人の意思によつて決せられた場合には、本人自ら知り、又は知り得べかりし事情は、假令代理人がこれを知らず且、知らざるに過失なきときでも、本人に代理人の不知を主張せしむべきでない。蓋しかかる場合には本人を保護する必要がないからである。

第四 本人・相手方間の關係

一 代理人の意思表示の法律效果は直接に本人に歸屬し、一度代理人に歸屬したる効果が後に本人に移轉するのではない。

二 意思表示の效果は悉く本人に歸屬する。

即、本人自身がその意思表示を爲したと同様に、意思表示から生ずるすべての効果が本人に歸屬する。

(イ) 故に意思表示の中心的效果のみならず、擔保責任、取消權の如く意思表示制度の目的を完全に達せしめる爲めの所謂法律行爲的效果も本人について生ずる。

(ロ) 但し、代理人の不法行爲の責任は本人については生じない。蓋し、不法行爲の責任は意思表示制度の効果でないからである。唯、本人は代理人を使用する者として第七一五條の責任を負ふにとどまる。

問題「三二」表見代理 (附六五、昭一七東北津島)

一 表見代理の意義

二 表見代理成立の基礎

第一 表見代理の意義

一 表見代理は、有權代理の如き代理人の代理權がない場合であつて、實質上は無權代理に屬する。表見代理に於ける代理人は代理權ありと自稱する、所謂、自稱代理人であり、之と取引する相手方は代理權なきに不拘、本人と自稱代理人との一定の關係から、代理權ありと信じて法律行爲を行ふのが通常である。従つて、この場合自稱代理人に代理權なくとも、自稱代理人に代理權ありと正當に信じた相手方は、取引の安全上保護されなければならない。民法はこの關係に對して相手方から本人に對して代理の効力を主張

し得る事を認めた。これが表見代理の制度である。

二 此の效果の點から見れば、表見代理は無權代理とは異なる特殊の制度である。表見代理も代理たる以上、效果發生の要件として、代理行爲の要件を具へなければならぬが、自稱代理人には相手方に代理權ありと信ぜしむるに足る何等かの事情がなければならぬ。又、本人にも表見代理の效果を發生せしめるに足る正當の理由が存在する事を要する。

三 相手方が代理の效果を主張すると否とは自由であつて、一般無權代理の規定に依り、その法律行爲を取消す事も出来る。本人は之に對し、代理權なき事を理由として相手方の主張を拒む事が出来ず、又、代理權を授與したのでもないから相手方に對し、代理の效果を主張する事も出来ない。表見代理が相手方保護、取引安全を保持する制度たる所以である。従つて、表見代理制度は適當に擴張して解釋適用せられねばならぬ。例へば、判例が民法第一〇九條の表見代理を擴張して、他人に自己の名義を使用する事を許容した場合にも適用するが如きである。

第二 表見代理成立の基礎

一 表見代理の基礎として民法は三箇の場合を認めてゐる。即

(1) 代理權授與の通知に依る表見代理(一〇九)

(2) 代理權の範圍を超越した場合の表見代理(一一〇)

(3) 代理権の消滅後の表見代理(一一三)

これ等の何れかに該当する様な關係が、本人代理人間にあつた場合、善意の第三者に對し、眞實代理權が存在すると同じような効果を認める事は取引の安全の爲必要であつて、善意の第三者側よりすれば、代理權の發生、範圍、消滅はある程度まで外形的事情によつて定められる事となる。

二 代理權授與通知に依る表見代理(一〇九)

(イ) 要件

(a) 本人が第三者に對して或他人に代理權を授與した旨の表示を爲すこと、通知は書面又は口頭何れでもよい。第三者は特定人に限らず、特定せざる書面又は、新聞廣告等によつて一般人に通知する場合も認められる。又、所謂代理人を通じてこれを爲すも妨げない。この通知は授權行爲ではなく所謂觀念の通知である。

(b) 無權代理人がその通知によつて、與へられたと示された代理權の範圍内の行爲を爲すこと。

(c) 相手方が善意無過失なること。この要件は第一一〇條及び第一一二條の表見代理と異り、第一〇九條にはこのことを規定してゐない。然し相手方が通知を受けたる事に依り、自稱代理人に代理權ありと信ずる事を要するのみならず、悪意又は過失ある相手方を保護する必要は更にない。故に本條に於てもこの要件を必要とするとは解すべきである。

(d) 本條は任意代理に限る。蓋し、法定代理人は本人の選任するものではなく、本人が或人に法定代理權を與へたる旨を通知することは無意味であるからである。

(ロ) 効果

本人はその無權代理行爲につき「其實ニ任ス」ること。實に任ずるとは相手方が代理の効果を主張した場合に、代理權なき事を理由として之を拒み得ないといふ意味である。従つて、眞正な代理人の行爲と同様、無權代理行爲に基く權利、義務は本人に歸屬する。

三 代理權の範圍を踰越した場合の表見代理(一一〇)

(イ) 要件

(a) 代理人の權限踰越なること。當該の行爲につき代理權なきも、他の行爲について代理權を有する場合に限る。従つて、全然代理權なき者の行爲については本條の適用なし。又、代理權を有する者の爲した行爲である以上、その行爲と代理權との關係ある事は必要ではない。尙、共同代理の場合、一人が單獨で爲した行爲も亦、本條の適用を受ける。一〇九條及一二二條の表見代理の成立する範圍を越ゆる場合も同様である。

(b) 第三者の信じたること。こゝに第三者とは無權代理行爲の相手方の意である。尙、相手方の信ずるに正當の理由ある事を必要とする。正當の理由は無權代理行爲の際に存在する諸般の事情から、客觀的

に觀察して決すべきである。従つて漫然と代理人の言を信じた如きは、正當の理由ありと云ひ得ない。但し信すべき正當な理由ある限り、本人及相手方に過失ある事を要しない。

(c) 本條の適用は任意代理には限らない。蓋し、上述の如く本人の過失を要しないから、無能力者の法定代理にも均しく適用ありと謂はねばならない。例へば、法定代理人の權限が或一定の者の同意を要するものとして制限せられて居る場合(八六四―後見監督人の同意)、法定代理人が同意なくしてなした行爲についても本條を適用すべきである。

(ロ) 効 果

第一〇九條と同様、本人に於て「其實ニ任ス」ること。代理人の權限踰越は屢々犯罪を構成するが、それと本人の責に任すべきこととは別問題であり、固より矛盾するものではない。尙、本人が無權代理の効果發生の爲、損害を蒙つた場合、無權代理人に對し求償し得る。

四 代理權消滅後の表見代理(一一三)

(イ) 要 件

(a) 代理權の消滅、即ち無權代理人が行爲の當時、代理權を有せざるも嘗つてこれを有したること。全然代理權のなかつた場合には適用なし。

(q) 相手方が善意の第三者なること。即、代理權の消滅について善意無過失なること。善意とは、代理

權の存續を信じたることである。本條の第三者も相手方の意味である。

(c) 本條が任意、法定兩代理に適用あることはいうまでもない。

(ロ) 効 果

本人は代理權の消滅を以てその相手方に對抗することを得ないこと。その意味は前二者の場合と同様である。

問題「三三」表見代理と無權代理(狹義)との異同を明かにせよ

一 總 說

二 發生上の相異

三 効果上の差異

第一 總 說

本來の代理、即、有權代理は、本人が代理人に對し代理權授與行爲を爲し、従つて代理人に代理權ある場合にのみその効果を發生するのであつて、代理權なき者の爲した行爲は、たゞ代理の形式に適合するものであつても、何等効果を發生せしむるものではない筈である。しかし、取引の頻雜化と複雑化とは法律制度に客觀主義、或は外見主義を採らしめ、個人の意思万能の思想から解放せられつつある傾向にある。すなわち、外見上相手方に代理權ありと信ぜしむるにたる様な客觀的事實の存する限り、これを信じ

て取引した第三者は、保護すべきであるとの見地から、民法は代理権のない場合にも、一定の条件の下に代理関係の発生を認め、一方事實上、代理行為が発生した場合にも、代理関係の効果を認める事にした。前者が表見代理の制度であり、後者が無権代理の制度である。

二 代理人に代理権のない場合を右の如く表見代理、無権代理（狹義）とにわけるのであるが、表見代理も代理人に代理権なき意味に於て、廣義の無権代理に屬する。しかし、後述の如く、表見代理は相手方から代理の効果を主張せしめる効果を有する點に於て、無権代理（狹義）とは異つた制度である。即、代理権の存在しない場合に於て、第三者（意思表示の相手方）が、無権代理行為者に代理権限ありと信するにつき過失なき場合を、表見代理と稱し、無権代理の中表見代理を除く至ての場合を狹義の無権代理と謂ふ。

第二 表見代理と無権代理との發生上の相異

一 表見代理の發生

我民法上、表見代理は次の三つの場合に成立する。

(1) 代理権授與の通知に依る場合（一〇九）

本人が或人に代理権を授與せる旨の表示を相手方に爲し、而も現實には、代理権を授與しない場合である。この場合は、相手方が善意無過失に代理権ありと信したる事を必要とする。又、表見代理と雖も代理である以上、他の代理の形式に適合すべき事は云ふ迄もなく、この事は無権代理にも同様であるから茲に

一言するに止む。

(2) 代理権の範圍を超越したる場合の表見代理（一一〇）

代理人が代理権の範圍を超越して爲した行為を、相手方が代理権の範圍内の行為と信じた場合である。但し、代理人はその行為について代理権を有しないが、その行為につき代理権を有すべき事、相手方は代理権ありと信したる事、及、それにつき正當な理由ある事を要件とする。但し、凡そ相手方が、かかる事實を信するに足る正當なる理由ある限り、相手方又は本人に過失ある事を必要とはしない。

(3) 代理権消滅後の表見代理（一一一）

無権代理人は、嘗て代理権を有したが、その行為當時は代理権が消滅してゐた場合で、而も相手方が代理権の消滅につき善意無過失なる事である。

二 無権代理の發生

無権代理は多く事務管理に基いて發生する。

第三 表見代理と無権代理との効果に於ける差異

一 表見代理の効果

表見代理の効果は、右の三つの場合を通じて同様である。即、相手方は代理行為の効果を主張する事が出来、且又、本人は之に對して、代理権の不存在を以て之に對抗する事は出来ない。この點が表見代理を

無權代理から區別すべき要點である。

尙、相手方は代理行爲の効果を主張する必要はなく、無權代理の規定に基いて、その法律行爲を取消す事も出来、又、本人は表見代理行爲の追認に依り相手方の取消權を消滅する事が出来る。この點に於て表見代理の効果は、無權代理の場合と同様である。

二 無權代理の効果

無權代理の効果はそれに依て生ずる法律行爲が契約であるか、一方行爲であるかに依て異なる。

(1) 契約の無權代理

(イ) 本人に對する効果

無權代理の効果は表見代理と異り、本人と相手方の利益の權衡をはかる必要がある。

(a) 追認權 無權代理は當然には何等代理の効力を發生しない。然し、本人は契約を追認して本來の代理と同一の効力を發生せしめ得る。追認の効力は遡及効であるが、本人相手方間の合意あるとき、及び第三者の權利を害する時はこの限りでない。

(b) 追認拒絶權 本人は追認を拒絶し得る。但、追認を拒絶したる後は再び追認を爲し得ない。

(ロ) 相手方に對する効果

(a) 催告權 本人が追認を爲す迄の不利益な立場から脱する爲、相手方は、本人に對し追認するや否

やの催告を爲す事が出来る。

(b) 取消權 相手方は本人が追認を爲す迄に無權代理契約を取消し得る。本人の追認權に對應する。

(ハ) 無權代理人の相手方に對する責任

(a) 本人が無權代理契約を追認すれば、本來の代理の効果が發生し、無權代理人と相手方の間に何等の關係を生じない。

(b) 追認しない場合には、相手方の選擇に従い履行、若くは損害賠償の責に任ずる事を要する。

問題「三四」 未成年者が法定代理人の同意なくして爲したる行爲の効力と代理權

なき者が代理人として爲したる法律行爲の効力を比較して説明せよ

(昭八京大近藤)

一 總 說—本問題の趣旨

二 法定代理人の同意を缺く未成年者の法律行爲の効力

三 代理權なき代理行爲の効力

第一 總 說—本問題の趣旨

本問題の趣旨は、無能力者制度に對する相手方の保護と無權代理行爲、或は表見代理行爲の相手方の保護との比較である。この二つの制度は共に意思なき所に法律効果なしと云ふ、個人主義的原理に對する社

會經濟的な立場からの取引安全、敏活化の助成を目的とする制度であるが、我民法の無能力者制度は未だ個人主義的原理を完全に修正し得ず、取引の安全を犠牲にして無能力者を保護せんとする傾向が多分にある。この意味において、ここにとりあげられた問題は、民法の進化と共に發生する頗る重要な問題であり、民法發展の方向に對し幾多の暗示を與へるものである。

第二 法定代理人の同意をかく未成年者の法律行為の効力

一 原則

法定代理人の同意をかく未成年者の法律行為は、本人たる未成年者または法定代理人によつて取消される。併し乍ら、無能力者が單獨になした行為が常に取消され得るものであるとすれば、敏活を要する取引關係に於ては、相手方の無能力を其の時々に於て調査する事も出來ず、其の爲、取引の安全、敏活性は著しく阻害されざるを得ないから、民法はこの點に鑑み無能力者が單獨に爲した行為の取消權を、追認し得る時より五年（又は行為の時より二十年）の短期消滅時効にかからしめた。併し、實際に於てかかる短期時効が如何に長き間、行為の効果を未確定のまま放置する結果となるかは容易に知り得る所である。無能力者と取引した相手方はかかる點に對して強く保護せられねばならない。そこで民法は原則に對する例外を規定した。

二 例外—相手方の權利

(1) 催告權（一九）

相手方は一ヶ月の猶豫期間を置いて追認を爲すや否やを催告する事が出来る。催告の相手方は行為當時の未成年者が能力者となりたるときは本人、依然無能力者たる場合は法定代理人である。催告に應じて確答が爲されざる場合の効果は、(a)催告を受けた者が單獨に追認し得る場合は、追認ありたるものと看做し、(b)然らざる時は取消と看做される。

(2) 取消權の排除（二〇）

無能力者が自己を能力者なりと相手方に誤信せしめる目的を以て詐術を用いたる時は、相手方がかかる場合に詐欺に依る意思表示一般の原則に基き、自らの行為を取消し、又は場合に依り不法行為に依る損害賠償を求めざる事も出来る。併し、相手方は却つて豫期通りの効果の發生する事を望む場合もある。従つて無能力者の取消權を排除する事は、相手方をより保護する結果となる。即、無能力者が能力者たる事を信ぜしむる爲詐術を用ひ、而して相手方が其の爲能力者なりと誤信したる時は、無能力者は其の行為を取消し得ないと規定した。

第三 代理權なき代理行為の効力

代理權のない場合の代理行為は、本來代理行為としての効力を生じない。併し、實際の經濟取引に於ては、たとい代理權なき場合と雖も取引安全、代理制度の信用保持の立場からその効果を認めなければなら

ない場合がある。即、表見代理無権代理の制度である。

一 表見代理の効力

自稱代理人の代理行為に關し、相手方は一般無権代理の規定に依り、その法律行為を取消す事も、又、本人に對し代理の効果を主張する事も出来る。これに對し、本人は代理権なき事を理由として之を拒む事を得ない。この相手方に積極的な効力主張を認めた點、表見代理が無権代理に比して有する特殊性があり又、無能力者と取引せる相手方を保護する爲、單に消極的な取消權の排除を認めた無能力者制度とは著しい相異がある。

二 無権代理の効力

民法は、特に契約の場合につき本人に對しては無権代理の追認權を、相手方に對しては催告權、並に取消權を認め、且つ相手方の信賴を保護するために、無権代理人に一定の責任を負擔せしめた。

(1) 本人に對する効果（無権代理行為の追認）

無権代理契約に對し、爾後、本人は之を追認して、自己にその効果を歸屬せしむること、すなわち、追認に因つて、遡及的に、有権代理行為が爲されたと同一の効果を發生せしめ得ることが出来る。この場合、即、右の追認は當事者間の合意に依る別段の意思表示がなき限り、契約の時に遡つてその効力を生ずる。尤も、これに因つて第三者の權利を害することをえない。

(2) 相手方に對する無権代理の効果

本人の追認權との權衡上、民法は特に相手方に催告權と取消權とを認めて、之を保護してゐる。

(イ) 催告 告 權 (一一四)

無権代理行為の相手方は、相當の期間を定め、その期間内に追認を爲すか否かを確答すべき旨を、本人に催告することが出来る。もし本人がその期間内に確答を爲さなざるときは、追認を拒絶したものと看做される。この點、未成年者の單獨行為の場合に類似してゐる。

(ロ) 取 消 權 (撤回權) (一一五)

本人の追認ある迄、無権代理契約の効果は不確定である。従つて相手方をしてその拘束より脱せしむるため、民法は相手方にその意思表示の取消權（撤回權）を認めた。かかる効力は無能力者の相手方には認められない。

(3) 相手方と無権代理人との間の効果

未成年者の相手方保護と最も異なる點は、相手方が無権代理人に對し、無過失損害賠償を請求し得る効力を認めた事である。即、相手方は無権代理行為が本人の追認のないため、その効果を發生せしめ得ず、且代理權の存在を證明し得ざる場合に無権代理人に對し、損害賠償の責任を問ふ事を得るものとした。この責任は結果責任に他ならず、取引の相手方の保護が最も端的に表現せられた規定である。但し民法は無能

力者が、無権代理人である場合には、右の責任を負はしめなかつた。併し、之は代理人が行爲能力者である事を要しない代理の原則に反し、意思能力を有する無能力者の無権代理人としての行爲に對し責任を認めない事は、無能力者保護に傾き過ぎる。

問題「三五」無権代理行爲の効力を説明すべし

- 一 無権代理の意義
- 二 契約の無権代理
- 三 單獨行爲の無権代理

第一 無権代理の意義

一 無権代理行爲とは、代理權がないにも不拘、代理人と稱して爲した行爲をいう。即ちそれは代理行爲成立の他の要素を備えてはいるが、唯、代理權を缺く行爲である。代理權の全然ない場合と代理權の範圍を踰越する場合とを含む。

二 元來、無権代理は本人につき何等の効力を生ぜず、唯、無権代理人が相手方に對して不法行爲上の責任を負ふことあるに止まる筈であるが、然し一般に相手方は、代理權の有無、或はその範圍についてはそれが本人と代理人間の内部關係である爲、容易に知悉し得ず、不慮の損失を蒙る虞が多い。かくて近代

民法の理想とする信用保持、取引の動的安全を害する虞がある。従つて、民法は無権代理を無権代理人と本人との間に特別な緊密な關係が存する場合（表見代理）と、そうでない場合とに二分し、前者については、正當の代理人の場合と同様、本人について効力を生ずるものとし（一〇九、一一〇、一一二）、後者については本人の追認なき限り本人には効力を生ぜず、無権代理人が常に自ら履行するか、又は損害賠償の責任を負わなければならない（一一六―一一八）。通常無権代理とは後者、即ち狹義の無権代理をいう。以下狹義の無権代理の効果について詳説する。

第二 契約の無権代理

一 本人に對する効果

(1) 既述のごとく代理權なき行爲は、本人に何等の効果をも及ぼすことを得ないのであるが、民法は代理制度の信用保持のため本人に追認權を認めた。本人は追認に依り自己にその効果を歸屬せしめ得る。即追認によつて、遡及的に有権代理行爲がなされたと同一の効果を發生せしめ得るのである（一一三一）。

(2) 追認前の無権代理の効力

無権代理契約の追認は、本人、相手方に別段の合意なき限り、契約の時に遡つてその効力を生ずる。即、遡及効である。尤も、之に因つて、第三者の權利を害することを得ない。ただ物權契約或は準物權契約に於ては第三者は對抗要件を備ふることを要し、後述の如く右の遡及効が物權的である結果、第三者の

權利を害することは少ない。

(3) 無權代理契約は代理であるから、その意思表示の成立又は、効力發生に影響を及ぼすべき事由の有無は、すべて代理人自身について之を決定すべきである。尤も、無權代理契約の追認が、民法一二二條による取消し得べき行爲に對する追認の意思表示をも包含するものと認めうる場合には、本人又は代理人より、更に詐欺、強迫を理由として、無權代理契約を取消しえない。更に本人が知り若くは知り得べかりし事情と雖も、代理契約の内容を具体的に知りながら之を追認したときは、無權代理契約の効力を決定するに際して之を斟酌すべきである。

(4) 追認の遡及効は、債權的ではなくして、物權的であり、従つて契約の目的物から生じた果實は、契約の時から讓受人に歸屬し、契約上の利息も亦契約の當時から發生する。尤も、消滅時効は、法律上權利を行使し得る時から進行するのであるから、追認の時を以て、その起算點となすべきである。

(5) 追認の性質及方法
追認は、無權代理契約の効果が自己に歸屬する事を承認する一方的意思表示であり、形成權である。又事後に於ける代理權の授與ではない。追認は必ずしも相手方に對してのみ之をなす事を要しない。無權代理人に對して之をなしたるときは、民法一二三條二項に依り、相手方に於てその事實を知りたる時に非ざれば、之に對抗することを得ないのみである。尙、追認の意思表示は何等要式を必要としない。

(6) 追認の拒絶

本人は原則として追認をなすか否かの自由を有するのであるが、更に、積極的に追認を拒絶する事を得る。即、追認の拒絶によつて無權代理契約の効果は、本人に歸屬せざる事に確定し、本人の追認權は消滅する。従つて拒絶前に、相手方が契約上の債務の履行として本人に對してなしたる給付は法律上の原因を缺くに至るから、不當利得による返還請求權を發生せしむるのである。追認の拒絶は、その表示が相手方に到達し、又は相手方がその事實を知るにあらざれば、之を以て、その相手方に對抗することを得ない。相手方が、相當の期間を定めて追認を爲すか否かの催告をなしたにも拘らず、本人がその期間内に確答をなさないときは、追認を拒絶したものと看做される。

二 相手方に對する効力

(1) 無權代理契約は、當然には、本人と相手方との間に、有効なる契約を成立せしむるものではないから、本人のみならず、相手方についてもまた、無權代理契約の効果は發生するものではないが、本人の一方的意思表示（追認又は追認の拒絶）に依りその効果が左右せられる以上、相手方をして、斯かる不確定なる地位を持續せしむることは、頗る公平を缺くから、相手方をして、速かにその効果を確定せしめ得るために、民法は特に相手方に催告權と取消權とを認めて、之を保護してゐる。

(2) 催告權 (一一四)

無權代理行為の相手方は、相當の期間を定め、その期間内に追認を爲すか否かを確答すべき旨を、本人に催告することを得る。若し本人がその期間内に確答を爲さなざるときは、追認を拒絶したものと看做される。

(3) 取消權（撤回權）（一一五）

相手方は本人が追認を爲す迄は、無權代理契約を取消し得る。相手方が契約當時に無權代理たる事を知つてゐた場合には、相手方保護の要なく、取消權も與へられない。本人の追認ある迄、無權代理契約は効力不確定の状態にある。従つて相手方は右の取消權を行使する事に依り自己の不利益な状態を脱し得る。この場合の取消は未決的効果の消滅であり實質は撤回である。

三 相手方と無權代理人との關係

本人が追認した場合は代理の効果が發生し、無權代理人と相手方との間には何等關係は發生しないが、本人が追認せず且、代理權の存在を證明し得ない時は、民法は取引の安全を圖る爲に無權代理人に對し、重い無過失責任を課した（一一七）。即、代理權の存在を證明し得ず、本人が追認をせず且、表見代理に非ざる事、相手方が代理權なき事を知らず且、知らざるにつき過失なき事、無權代理人が能力者なる事を要件とし、而も無權代理人の過失ある事を要件とせずして、無權代理人は相手方の選擇に依り履行、或は損害賠償の責に任ずる。

四 無權代理人と本人との關係

無權代理契約が本人の利益となり且、本人も之を追認したる場合は事務管理が成立するが、事實上不利益を招來した場合は不法行為となる。

第三 單獨行為の無權代理（一一八）

我民法は、單獨行為の無權代理を認めない。單獨行為は無權代理人が之を爲すも、又、相手方が無權代理人に對して爲すも全て無効である。従つて本人は固より之を追認する事は出來ない。單獨行為は一人の意思表示に依て成立し、且、之に追認を認むる事は著しく本人の利益を偏重する結果となるからである。唯、例外として相手方ある單獨行為に左の要件ある時は無權代理の効力が發生する。すなわち

(イ) 能動代理—相手方が代理權なくして、代理行為を爲す事に關し、無權代理人に同意した時、又は代理權は争はざりし時（代理權有無の確定を怠りし時）。

(ロ) 受動代理—無權代理人の同意を得て爲したる場合。

問題「三六」代理人ハ能力者タルコトヲ要セス」といふ條文を説明せよ（昭一三東大我妻）

- 一 代理人と意思能力
- 二 代理人と行為能力
- 三 代理人たる無能力者と本人との關係

第一 代理人と意思能力

代理人は使者や通譯の如く、單に他人の爲した意思表示を傳達したり、或は意思の表示を補助して之を完成せしめるものではない。代理人は自ら意思を決定し、且、之を表示するものであり唯、本人の爲に、或は本人の名に於て之を爲すに過ぎない。かかる代理人自ら決定し且表示した意思の効果が、直接本人に歸屬するといふのが代理制度の本質である。従つて本人は自ら意思表示を爲すものではないから、必ずしも意思能力あることを要しないが、代理人には必ず意思能力がなければならぬ。民法第一〇二條の規定は意思能力に關するものではなく、行爲能力を必要としないという意味である。

第二 代理人と行爲能力

一 代理人の意思表示による法律効果を受ける者は、直接本人であり代理人ではないから、その代理行爲が有利に行はれるや否やについて、代理人は何等關係がない。故に代理人は意思能力はこれを必要とするが、行爲能力はこれを必要としない。

二 本條は任意代理と法定代理の兩者に適用がある。

(1) 任意代理に於ては本人が自ら無能力者を自分の代理人と爲すのであるから、直接本人を保護する必要はない。

(2) 法定代理人は本人の意思に基くものではないから、民法は本人の利益を保護する爲めに無能力者が

法定代理人となり得ない旨の特別の規定を設けてゐる場合があるが、かかる特別規定による制限がなければ、無能力者が法定代理人たることも妨げない。

第三 代理人たる無能力者と本人との内部關係

一 無能力者たる代理人と本人の内部關係について、代理人は能力者たるを要せずとの意義を考えると、無能力を理由としてその代理行爲を取消し得ないといふ事である。本人と無能力者たる代理人との間の授權行爲が取消し得るか否かは別個の問題である。

二 授權行爲は代理人に對し權利義務を課するものではなく、單に資格を與へるに過ぎない。従つて代理人たる無能力者は、何等の拘束をも不利益をも生ずるものではない。この事は授權行爲が單獨に存在する場合に特に明瞭であり、準禁治産者は勿論、未成年者もこれを取消し得ると解すべきである。

三 然し、授權行爲が他の契約と合体して居るときは、その契約から生ずる全法律効果を考慮し、第四條以下の規定に従つて取消し得ることになる。その契約の取消されたときは、その効果の一部たる代理權も原則として消滅すると見なければならぬ。但、授權行爲は如何なる場合も全然他の行爲と獨立して行はれるといふ理論的立場を貫けばこの限りでない。

四 また、授權行爲と他の契約とが別個の契約として存在する場合にも、對内關係の契約とその手段たる授權行爲とは、因果關係にありと見れば、前者の取消により後者も効力を失ふことになる。併し、この點

についても代理権發生の基本行爲（例へば委任）と代理權授權行爲が、全然別個のものであるとすれば右の場合授權行爲には効力を及ぼさないと云ひ得る。

五 右の場合、代理權授權行爲の効力を失ふものとするれば、代理權は遡及的に消滅し、既になされた代理行爲も代理權なくして爲された行爲となるわけである。然しかくは相手方に不利益であるのみならず、結局第一〇二條の趣旨を没却することになる。従つてかかる場合、通説は對内關係の取消は代理關係を將來に向つて終了せしむるに止まり、既に爲された代理行爲は何等の影響をも受けないと解する。

問題「三七」代理人と使者との區別を説明せよ（昭五行政）

一 總 說

二 代理人と使者との區別

第一 總 說

一 代理では意思表示を爲す者と、意思表示に依る効果の歸屬する者とが、別個の人である事の特質とする。云はば意思表示に關する原則の例外である。従つて代理は他人（本人）の名に於て法律行爲を爲し、その者に直接に權利義務を取得せしむることを特色とする。

二 これに對し使者は完成せる意思表示を傳達し（手紙を届ける場合の如し）、或ひは他人の決定せる意思

を相手方に表示して、その意思表示を完成せしめる（口上を傳へる場合の如し）者である。即、使者は單に本人の意思の表示傳達を補助するに止まり、自ら意思表示を爲すものではない。就中、他人の決定した意思を相手方に表示し、意思表示を完成せしめる場合の使者は代理人に類似するが、代理にあつては、意思表示はあくまでも代理人自身の意思表示であるのと異り、使者にあつては意思は本人の決定せる所であつて、使者はその表示機關にすぎない。この點で兩者は根本的に異なるのである。

第二 代理人と使者との區別

一 代理に依る意思表示は代理人自身の意思表示であるから、代理人と使者との區別は本人が意思決定を爲したか、表示者自身が意思決定を爲したかに依つて決定せらるべきである。

二 使者は單に意思の表示乃至傳達機關であるから、事實上意思を表示し傳達する能力を有するをもつて足り、敢て行爲能力者たる事を要しない。これに反し、代理人は、行爲能力者であること必要とする。尤も委任代理人については行爲能力者たることを問はないとされてゐる。

三 代理の場合、代理人の意思表示と共に直ちに法律効果が發生するが、使者の場合にあつては、本人に到達してはじめて効力が發生することを原則とする。但し、使者が意思表示受領の權限を有する場合は例外である。

四 意思表示に關する錯誤、詐欺、強迫、善意惡意等の事實は代理の場合は代理人に、使者の場合は本人

につき決する。使者が誤つて表示した場合にも、要素の錯誤に該當しない限り、常に本人はその意思表示によつて拘束せられる。之に反し代理人の意思表示は原則として、代理権の範圍に於てのみ本人を拘束するにすぎない。

五 使者によつて受領せられる意思表示は、本來本人に向けられたものであるから、受動代理の場合とは異つて、或事情の知不知又は之を知らざるについての過失の有無は、本人自身について定めらるべきである。たとえば、賣買の目的物に瑕疵あることを受領使者のみが知つてゐる本人は之を知らなるときは賣主は擔保の責に任すべきである。

六 表見代理に關する規定及無權代理に關する規定は使者には適用がない。

七 代理には親しみ得ない行爲が使者によつて傳達せられうることは固よりである。

問題「三八」委任と代理との關係を説明せよ (昭一八東大川島)

一 委任

二 代理

三 兩者の關係

第一 委任

一 委任は、當事者の一方(委任者)が事務を處理することを相手方に委託し、相手方(受任者)がこれを承諾することによつて成立する諾成契約である(六四三、六五六)。

二 事務の處理

(1) 事務

事務とは、法律行爲(賣買、貸借、請負等)、準法律行爲(債權の取立、訴訟行爲等)、事實行爲(財産の管理)をゆう。

(2) 委任者又は第三者の事務

事務は委任者又は第三者の事務でなければならぬ。受任者自身の事務をふくまない。

(3) 事務の處理

受任者は委任者を信頼し、これにある程度の自由裁量權を與えて事務を處理せしめるのであつて、委任者の指示に従つて機械的に事務を處理することではない。

三 契約の性質

(1) 委任は諾成契約である。委任狀は、法律上かならずしも必要ではない。

(2) 委任は片務契約である。受任者だけが事務處理の債務を負擔する。

(3) 委任は無償契約である。特約がないかぎり、受任者は委任者に報酬を請求できない。

(4) 報酬にかんする特約があれば、双務有償契約となる。

四 委任者と受任者との関係

(1) 委任者の義務

イ 事務処理費用前拂の義務(六四九)。

ロ 立替費用償還義務(六五〇I)。

ハ 債務辨済義務(六五〇II)。

ニ 損害賠償義務(六五〇III)。

ホ 報酬支拂義務(六四八)。

(2) 受任者の義務

(イ) 善良なる管理者の注意義務(六四四)

委託された契約の目的にそつように事務を處理しなければならない。原則として委任者の指示にしたがつうわけであるが、場合によつては臨機の處置をとることもできる。また、事務處理については補助者を使うことはさまたげないが、全然他人をして自己にかえることはできない。しかし、委任者の許諾があれば差支えない。

(ロ) 附隨的義務

(a) 事務處理の狀況報告義務(六四五)。

(b) 金錢その他の引渡義務(六四六)。

(c) 損害賠償義務(六四七)。

第二代理

一 代理とは他人(代理人)の獨立の行爲(意思表示)によつて、本人がその行爲の法律的效果を直接に取得する制度であると解されてゐる。

二 代理については、本人對代理人、代理人對相手方、本人對相手方の三種の關係が生ずる。代理人は本人に對し一定の事務を處理すべき義務を負う。代理人の代理行爲は、この義務履行のための手段であるわけである。この行爲により、本人は直接に權利を取得し義務を負ふこととなる。

三 代理人の本人に對する地位を代理權と稱する。代理權は、自己の行爲によつて、本人に權利義務の變動を生ぜしめる地位であつて、本人に對して一定の行爲をなすべき義務を負擔するものではない。したがつて、代理は、契約關係から獨立した一個の法律上の地位ないし資格であるといふことになり、純粹な權利ではないことに注意しなければならない。

第三 兩者の關係

一 内容における異同

代理と委任とは一体をなすものではない。すなわち、委任と代理権の授與とは、本質的には無関係である。代理権は委任以外の契約関係（組合契約、雇傭契約）にも伴うことがある。委任には代理を伴はないものもある（問屋、仲買人）。この場合には、受任者の行為の効果は受任者について生ずるから、受任者はさらに、委任者にその権利義務を移轉しなければならない。委任が代理を伴うときは、受任者の爲す法律行為の効果、直接本人に歸屬する。

二 終了事由における異同

(1) 委任終了の事由

(イ) 委任者の死亡・破産

(ロ) 受任者の死亡・破産

(ハ) 受任者の禁治産(六五三)

(ニ) 辭任・解任(六五一)

(2) 代理権の消滅(一一一)

(イ) 本人の死亡

(ロ) 代理人の死亡

(ハ) 代理人の禁治産・破産

- (ニ) 代理権の基本となる對内關係の終了、たとえば、委任、組合等の契約關係が終了した場合
- (ホ) 對内關係と無關係に消滅せしめられる場合もある。

問題「三九」代理に関する民法の規定は法人の理事の代表關係に適用ありや

(昭一一東大末弘)

一 代理人と法人の理事

二 法人の理事の代表關係に對する代理法規の適用

第一 代理人と法人の理事

一 代理人は本人とは獨立した別個の人格者であり、代理人と本人との間の代理關係の發生は授權行為、或は法律の規定等に依り發生する。代理制度の特質とする所は、かくの如き本人より獨立した代理人が、而も自ら決定した意思表示を爲す事に依り其の効果が直接本人に歸屬する點に存する。

二 之に對し法人の理事は、法人活動の人的要素であつて、それ自身法人の構成分子である。

(1) 自然人でない法人の實際活動は、自然人の行動を通じてのみ可能であり、法人の行為能力の問題は結局法人の機關に依てのみ解決し得る。理事は法人の執行機關であり、法人の機關として爲した行為の効果は代理關係と異り、機關理論に依て法人に迄歸屬する。

(2) 理事は法人の代表機關であるが、何人が法人の代表機關であるかは、法人の内部組織に依つて定め

られる。一般に、法人の代理機關は理事である。理事の他、假理事・特別代理人・清算人も代表機關たる地位を有して居るが、これらの者の權限は各々一定の範圍に限られて居る。これに反し、理事の權限は法人の事務一切に及び、苟くも法人の行爲として成立し得る行爲は悉く理事の權限内に屬する。勿論、定款、寄附行爲又は總會の決議に依つて理事の代表權限を制限することは出来るが、この制限も善意の第三者には對抗し得ないものである。この代表機關の行爲として成立し得る範圍は、一面から見れば機關の職務權限の範圍である。

第二 法人の理事の代表關係に對する代理法規の適用

(1) 法人の代表機關たる理事と法人との關係は、本人と代理人との關係より總ての點に於て遙かに密接である。然しこの代表關係中、法律行爲の代表についてはその形式、要件は悉く代理の規定に準據して妨げない。民法もこれを豫想して別に何等の規定も設けなかつた。従つて理事、その他の機關の行爲の形式は、宛も代理行爲のごとく、本人、即ち法人の爲めに行爲を示さねばならない。其他無權代理・表見代理等に付ても同一の規定の適用を爲すべきである。

(2) 理事たる機關と會社との關係は委任類似の契約に依り發生し、之に依て理事には諸種の權利義務が發生する。即、理事(受任者)は法人(委任者)に對し委任事務處理に關する諸種の義務を負擔し、同時に委任事務執行に關する諸種の權利が與へられるものと考へられる。代理權發生の原因たる授權行爲は、

何等權利義務を附與するものではなく、代理權は一の資格であり、權限であつて權利ではない。従つて代理行爲を爲すべき義務を發生せしめる委任契約と代理權授與行爲とは區別されねばならぬ。

(3) 實際上最も問題となるのは、理事がその名義を冒用して私利を營む場合であるが、この場合も代理人の權限濫用と同様に取扱ふべきである。即ちその行爲の外形上法人の行爲能力に屬し且理事の權限に屬するものであるならば、理事が當該の場合に自己の利を圖らんとする意思を有したことを相手方に於て知り、又は知り得た場合にのみ、法人の行爲として成立し得ないことになる。

(4) 理事は會社の機關である結果、理事の法人代表としての行爲がただちに法人の行爲となるから、代理關係にみる三面關係は生じない。

問題〔四〇〕無効行爲の轉換

一 序 説

二 その意義

三 要式行爲の轉換

第一 序 説

法律行爲が無効の場合には、何人の意思表示を俟つまでもなく最初から効果を生じない。しかし、法律

行爲の一部が無効であるとき、原則としてその全部の無効を惹起すべきかは問題であるが、法律行爲が私法的自治の達成を目的とする制度である以上、一部無効あるも當事者の目的を達成せしむるやう、その内容を修正補充してその効力を維持すべきであるとされる。これと関連し、意思表示が當事者の企圖した如き法律効果を生ぜざる無効行爲である場合、その意思表示が他の法律効果を生ずる要件を備えるとき、後者の効果を生ぜしめ得るやの問題がある。これが無効行爲の轉換の問題である。

第二 その意義

或る無効行爲が若し他の法律行爲として有効となるべき要件を具備する場合に、他の有効な法律行爲として認めることを無効行爲の轉換 (Konversion) という。蓋しかかる場合當事者の反對意思なきがかり、無効行爲を他の有効な行爲として取扱ふことは、法律行爲解釋の當然の任務であり、ひいて取引の流通及び信義則に合する所以である。我が民法にはこれに關する一般的な規定なき爲種々の問題を生ずる。

(1) 如何なる場合に轉換を認むべきや

民法は無効の秘密遺言を自筆遺言としての方式を備えて居れば後者として有効として規定する(九七七)。又、法律上の規定なくとも、借主の振出した約束手形が手形要件を缺いて居るため、抵當權の設定行爲が無効となつても、之等の行爲が債務承認としての要件を具備して居る場合には、債務承認として轉換を認むべきである。

(2) 無効行爲の轉換は、當事者の轉換意思を解釋し得る場合の外は之を否定すべしとする説がある。併し、法律行爲の一般的取扱として意思表示がその經濟的、全体的の表現を以て充分とする以上、四圍の事情その他より當事者の反對意思、即ち他種の法律行爲としては其の効力を發生せしめざる意思を明瞭に解釋し得る場合の外、轉換を許すものと言ふべきである。

第三 要式行爲の轉換

上述の如く轉換は當事者の反對意思なき限り、廣く認めらるべきであるが、然し法律が法律行爲の効果を生ずる爲めに、一定の形式的要件(要式)を要求するとき、要式性の要求から轉換の自由が一定の制限を受けなければならなくなる。要式行爲の轉換は如何なる程度まで行はれ得るか從來問題とせられた。

(1) 第二行爲が要式なる場合、第一行爲のために用ひられた形式が、偶々第二行爲の要件に適合するときは、轉換が行はれることは異論がない。秘密遺言として方式に缺けて居るが、自由遺言としての方式を具備する場合後者として有効なるが如きである。

(2) 問題となるのは兩行爲とも要式であり、かつ第一行爲としてなされた意思表示が、第二行爲とは別形式であるとき、第一行爲として形式は具備するが實質上の要件を缺いたため無効であり、しかも第二行爲としての形式を備へぬ場合である。例へば判例は、妾との間の子を本妻との間の嫡出子として届出ること、認知としての効力があるとして轉換を認めたが(大正一五、一〇、二一六判)、その子を他人の嫡出子とし

て届出でこの他人と養子縁組をなすのは認知としての効力なしとし轉換を否認した(昭和四、七、四六判)。然し學説としては、前判例の如く要式行爲に於ける轉換が擴張されるとすれば、後判例に於ても養子縁組届に私生兒認知の意思表示を含ましめる所まで擴張が許さるべきであるとする。蓋し、親族法上の行爲は多く戸籍吏に對する届出が要求されてゐるのは、意思表示されたことを確實にするのが主たる目的だらうと思はれるからである。

問題「四一」法律行爲を取消したる場合の効果を具体的に述べよ (昭一七東大我妻)

一 總 說

二 物權行爲取消の效果

三 債權行爲取消の效果

四 利 得 債 還

第一 總 說

取消したる行爲は、初めより無効行爲として取扱はれる(二二二)(取消の遡及効)。取消の効力は、物權的であり、且つ原則として絶對的である。即ち單に取消したる者とその相手方との間に於てのみその行爲が無効として取扱はれるものでなく、何人より、また、何人に對してもその無効が主張せられ得る。但し

詐欺による法律行爲の取消は之を以て善意の第三者に對抗し得ない。又、法人設立の取消、婚姻、養子縁組の取消は將來に對してのみ効力を生ずる。

第二 物權行爲取消の効力

一 物權行爲が取消されたる時は、取消の効力は遡及し、物權的効力に依り物權の移轉は生じない事になる。故に相手方に移轉した物の所有權は、取消した當事者に復歸し、該當事者は所有權に基き給付物返還の請求を爲し得る。但し、物權の復歸も亦物權變動の一場合に外ならず、従つて回復者は登記或は物の引渡等の對抗要件を具備しない限り、物權の復歸を第三者に對抗することを得ない。

二 不動産物權行爲取消の效果

(1) 不動産の移轉が行はれた後、讓受人が未だ移轉行爲を爲さざる間に右讓渡行爲が取消されたる時は其のまま所有權は舊主に復歸する。

(2) 所有權移轉が行はれ、且、移轉登記完了後、讓渡行爲が取消されたる時、取消權者が直ちに抹消登記をすれば、所有權は舊主に復歸する。

(3) 右の場合、抹消登記が爲されない間は相手方は登記簿上の名義人である。従つて其の相手方が渡受けた不動産を更に第三者に移轉し、且、移轉登記を完了した場合、取消權者は抹消登記は爲さなかつたが既に復歸した所有權を以て、其の第三者に對抗し得るか。取消の問題は既に終了し、従つて取消權者は其

の所有権を回復して居るから純然たる物權變動の對抗問題であつて、取消の効果の主張に關する問題ではない。故に取消権者は自己の所有権を以て第三取得者に對抗し得ない。唯、相手方に所有権侵害に基く損害賠償を請求するか、又は不當利得上の利得返還請求を爲し得るのみ。

(4) 右と異り取消當時第三取得者がある場合はどうなるか。即、讓渡行爲の後移轉登記が完了し、讓受人が第三者に不動産を移轉した後、始めの讓渡行爲が取消されれば、取消権者と第三者との間に取消の効果の對抗問題が生ずる(取消の効果が生じた場合でないから、物權變動の對抗問題でない)。この場合、取消の物權的効力に依り、取消権者は第三者に對し、所有権に基く不動産返還の請求を爲し得る。但し詐欺に基いて取消されたる場合、善意の第三者に對して右の効力を主張し得ない。

三 不動産物權行爲取消の効果

(1) 不動産所有權移轉の後引渡が完了し、而も第三者が其の不動産を讓受けない間、讓渡行爲が取消され、且、取消権者が不動産の引渡を受けたる場合は其のまま所有権が舊主に復歸する。

(2) 右の場合取消後、取消権者が引渡を受けず、其の間に不動産が相手方から第三者に讓渡され、且、引渡しが行はれた後、始めの讓渡行爲が取消された場合は、取消権者と第三取得者間に物權變動の對抗問題が生ずる。

(3) 當事者間に不動産所有權の移轉並に引渡が完了し、相手方が更に其の不動産を第三者に讓渡したる後、

始めの讓渡行爲が取消されたる時は、取消権者と第三取得者間に取消の効果の主張問題が生ずる。但し取消の遡及効に依り相手方は無權利者となる。従つて第三取得者が善意無過失なる時は民法一九二條の要件を充たし、取消権者は自己の所有権を以て第三取得者に對抗し得なくなる。

第三 債權行爲取消の効果

一 給付行爲の爲されない間に債權行爲が取消された場合には、債權關係が消滅する。

二 債權讓渡契約が取消されるときは、取消前になされた讓受人に對する債務の辨濟は、非權利者に對する辨濟として、當然に無効とせらるべきか。此の點につき、我が民法には債務者を保護すべき直接の規定を缺くが、民法四七八條の類推解釋により、債務者の辨濟を有効と見るべきである。

三 債權行爲のみに取消し原因あるときは、この行爲のみを取消すことを得る。この場合に於て履行行爲たる物權行爲、又は準物權行爲も亦、無効となるか否かは、物權行爲、又は準物權行爲を有因行爲と解するか否かによりその結論を異にする。これに反し、履行行爲自体にも取消原因あるときは、この行爲をも取消すことを得る。その何れの行爲を取消したか疑はしき場合には、債務行爲も履行行爲も共に取消されたるものと見るべきである。

第四 利得償還

一 取消し得べき法律行爲に因つて何等かの利得を受けたる者は、取消しに因り、その行爲が遡及的に無

効となる結果、その利得を償還しなければならぬ。既に履行行為がなされたる後、債務行為が取消されたるときはその受領者は、その受けたる利得を返還しなければならぬ。この利得返還義務は、民法一二一條但書の趣旨より推して、之を原状回復義務と解する。

二 取消し得べき行為によつて利得を受けたる者は、その行為の當事者たる者と第三者たるを問はず、又その取消原因あることにつき善意なると悪意なると、或は利得者の利得額の如何を問はない。若し原物が残存するときは、その物を返還すれば足るも、その物が利得者の支配にありし爲め、履行者の支配にありし場合に比し、その物の價額を低下せしめたる場合には、その低下したる價額を賠償しなければならぬ。

三 當事者双方が、取消し得べき法律行為に基き、利得を受けたるときに於て、その利得返還請求權の行使につき、相互に牽連關係を認むべきか否かは、民法に直接の規定を缺く。契約の解除に關する民法五四六條の類推解釋により、取消の場合にも同時履行の抗辯權を認むべきである。

四 無能力者が、取消し得べき行為によつて、何等かの利得を受けたる場合に、その行為が取消されたるときは「現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ」のみ償還の義務を負ふ。現に利益を受くる限度とは如何なる範圍を指すか。積極的に得たる利益を償還すべきことは勿論であるが、その利益額が相手方の受けたる損害額を超過する場合には、その損害額を償還すれば足り、敢て全利得を償還するを要しない。消極的に失ふべかりしものを、その利得によりて失はざりし場合にも、その價額を償還するを要する。當初受けたる利得

は、一應現に存するものと推定せらるべく、現存利益が減少せることを主張する者は、その事實を立證すべきである。無能力者と雖も、取消原因あることを知り乍ら、尙ほ履行を受けたるときは、本條但書による保護を受くることなく、悪意の不當利得に關する民法七〇四條の規定に従ひ、回復者の受けたる全損害の賠償をなさねばならぬ。

問題〔四二〕無効の法律行為と取消しうべき法律行為 (昭一四行政)

一 總 說

二 兩者の差異

第一總 說

無効の法律行為とは法律行為が何等かの原因によつて當事者の意圖した効果を生じない場合をいふ。賣買が錯誤によつて無効となり(九五)、遺言が方式を缺くことに因つて(九六〇)無効となるが如きである。

これに反し、取消得べき法律行為とは、一應は有効であるが意思表示に缺點があることを理由として、表意者その他特定人が一定の方法によつて初めから効力がなかつたものとなし得る法律行為である。無能力者の法律行為(四二〇)、詐欺強迫により爲された法律行為(九六)の如きである。

右に述べたように、兩者は共に法律行為の外觀を具へ、しかも法律行為としての効力を完全に發生しな

い不完全行爲である。次に差異を擧げることとする。

第二 兩者の差異

一 無効の法律行爲は、當然無効であるから何等特定人よりの無効の主張を要しない。之に反し、取消し得べき法律行爲は、一應有効であつて特定人の取消の主張あつて初めて無効となる。

二 無効の法律行爲に付ては、裁判所は當事者の主張を待たずして、職權上その無効を認めなければならない。これに反し取消し得べき法律行爲に付ては、取消あるまでは、これを有効の行爲として取扱はなければならない。

三 無効の法律行爲は追認、時効、無効原因の消滅等によつて、後にこれを有効なものとなすことを得ない(一一九)。即ち無効の法律行爲の無効といふことは、確定的である。尤も無効の法律行爲にも追認なるものを認めてゐる(一二九但)が、ここに所謂追認は、無効の法律行爲を有効のものとするのでなく、新行爲をなしたるものと看做さるところのものである。従つて、取消し得べき法律行爲の追認と異り、遡及効を有しない。又、無効の主張權が、時効にかかつて消滅するが如きことはない。之に反し、取消し得べき法律行爲は、取消權者に於て取消さなくとも差支なく、これを取消さない限り有効なる行爲として取扱はれる。即ち不確定の状態にある。しかし、取消權者の追認のあつたとき、又は取消權が消滅時効にかかつた時は、法律行爲より既に生じた効果が取消される虞れなき確定的のものとなる。無効の法律

行爲と、取消し得べき法律行爲の顯著なる差異は、以上の點にあるわけである。

三 一定の法律行爲を無効のものとすべきか、或は又、取消し得べきものとすべきかは、結局法律政策的の問題であつて、性質上絶對的のものでない。すなはち、

(1) 違法な行爲、反社會的行爲、其他法律の理想から法律行爲の瑕疵が甚だしく、到底その効力を生ぜしむべきでないと認められる場合には無効の法律行爲とされてゐる。すなはち民法第九〇、九三、九四、九五、一一八、一二二、一三四條等に規定されるもの、その他意思無能力、目的の不能等の瑕疵ある法律行爲は無効とせられる。

(2) 法律の理想から見て法律行爲の有効、無効を當事者の意思に任せても差支へないと考へられるものは取消し得べき行爲とされてゐる。すなはち、民法第四、九、十二條等の無能力者の行爲、詐欺強迫による行爲及び違法な行爲でも効果の重大性に較べその違法が輕少なるとき(七七四以下八〇二)は取消し得べき行爲とされてゐる。

四 無効と取消との間には、上述のような差異が存するが、その本來の趣旨を共通としてゐる。従つて、ある具体的意思表示について當事者が、それぞれの要件を證明して無効を主張することも、取消を主張することも自由である。例へば、詐欺により法律行爲の要素に錯誤ある場合の如きである。この場合九五條によりその法律行爲は無効である。しかし、表意者に重大な過失ある場合には自ら無効の主張をなし得

ないから(九五)表意者に重大な過失ある場合には九六條によつてその行爲を取消す方法を採ることもできる。

問題「四三」取消し得べき行爲の追認を説明すべし (昭八東大三淵)

- 一 追認の意義及び性質
- 二 追認の要件
- 三 追認の効力
- 四 法定追認

第一 追認の意義及び性質

取消し得べき法律行爲の追認とは、取消權の拋棄であり、取消し得べき行爲の不確定な効力を終局的に有効ならしむる行爲である。この點に於て無權代理行爲の追認若くは無効行爲の追認と區別せられる。

第二 追認の要件

一 追認は、追認者に取消原因の存することの認識あることを要する。従つて或法行爲に、數個の取消原因がある場合、追認者がその一のみを知つてなした追認は、これを原因とする取消權のみの拋棄であるから、その後、尙ほ他の原因による取消權の行使を妨げない。

二 追認權者

追認は取消權の拋棄であるから、取消權を有するもの、即ち無能力者及び瑕疵ある意思表示をなしたる者、その代理人、行爲者の承繼人又は保佐人である(一二三)。債權者は債務者たる行爲者に代つて、その取消權を行使し得るが、取消權の拋棄たる追認については代位し得ない。

三 追認をなし得る時期

(1) 能力者及び瑕疵ある意思表示をなしたものは、取消の原因たる情況の止みたる後でなければならぬ(一二四I)。即ち無能力者は能力者となり、詐欺又は強迫を受けたものは、詐欺による錯誤、又は強迫による畏怖状態を脱した後でなければ、その追認は無効である。

(2) 法定代理人についてはこの制限がない(同條II)。

(3) 取消の原因たる情況の繼續中と雖も、行爲者の承繼人及び同意權者のみならず、無能力者も亦、法定代理人の同意を得て、有効に追認をなすことを得る。行爲者の承繼人、又は法定代理人が、詐欺又は強迫に基いて追認をなし、又は追認の同意を與へたるときは、更にこの追認は民法九六條の規定に依り、取消され得ることに注意すべきである。

(4) 禁治産者は能力を回復し、其行爲を了知した後でなければならぬ(同條III)。

(5) 追認は取消權の拋棄を内容とする意思表示であるから、取消權の消滅後は追認をなし得ない。

四 追認は追認せらるべき行爲の相手方が確定せる場合には、その相手方に對する意思表示によつてなすべきである(一二三)。故に、同意權者が無能力者に對して與ふる事後同意は、追認としての効力を生じない。

第三 追認の効力

一 追認ある迄は、取消し得べき行爲の効力は不確定であり、追認によつて初めて終局的に有効に確定する。無能力者の法律行爲、又は詐欺、強迫による法律行爲の相手方は、取消し得べき行爲の効力の不確定なる間にあつても、その行爲の撤回權を有しない(單に無能力者の法律行爲の相手方が催告權を有するのみ)。是れ無權代理行爲の場合と趣を異にする點である。

二 追認は、取消し得べき行爲の有効なることを確定する唯一の方法であり、その他の方法、例へば、法定代理人が無能力者の行爲につき、無能力者に對して事後同意を與ふるとも、之に因つて、その行爲の効力を確定するを得ない。

三 取消し得べき行爲は、一應初めから有効なる行爲であるから、取消權の拋棄たる追認が(追認も亦遡及効を有す)第三者の權利を害するとは考へられない。従つて、民法一二二條但書は、この遡及効に因り第三者の權利が害せらるべきことを豫想してゐるが、無用の規定である。

四 取消し得べき行爲の追認が、詐欺、強迫をなしたる者に對する不法行爲上の損害賠償請求權の拋棄の

効果をも發生せしむるか否かは、全く追認者の意思解釋の問題である。疑はしい場合には、一般に、その拋棄を伴ふものと推定すべきである。

第四 法定追認

一 前述の如く、取消し得べき行爲の追認は、取消權者による取消權拋棄の意思表示を謂ふが、取消し得べき行爲について、一般に追認を認める様な一定の事實ある場合、相手方の信賴を保護し、法律關係を安定する爲、取消權者の意思如何を問はず、追認と同様の効果を生ぜしむる必要がある。かくて民法第一二五條は一定の事實ある場合、取消權者の意思如何を問はず、追認をなしたものと看做してゐる。これが法定追認である。

二 法定追認の性質

(1) 法定追認行爲は默示の追認ではない。民法第一二五條列擧の行爲それ自身が、法律行爲なる場合にあつても、法定追認自体は法律行爲ではない。唯、民法第一二五條列擧の行爲に對して追認と同一の効果が附せられるに過ぎない。

(2) 民法第一二五條列擧の行爲に該當する限り、敢て追認の要件を具ふることを要しない。例へば、取消權の存在を知らずして斯の如き行爲をなすも、法定追認として有効である。

(3) 法定追認行爲は、默示の法律行爲でないから、法律行爲の要件を具ふることを必要としない。従つ

て民法九三條以下の規定の適用もなく、行為者が行為能力を有することも要しない。尤も、法定追認の内容たる行為としては有効なることを要する。

三 法定追認の要件

(1) 民法第一二四條の規定により、追認をなすことを得る時より以後に於て、取消し得べき行為の効果として、民法一二五條列擧の行為がなされたること(一二五)。

(2) 異議を留めないこと(同條但書)。異議(留保)とは、或る行為につき、行為者の意思如何に拘らず法律上當然に附加せらるる法律効果を排除すべきことを内容とする相手方ある意思表示を謂ふ。

(3) 次に列擧する事實の一角が発生すること。

(a) 全部又は一部の履行 取消権者が履行すると、その相手方の履行を受領するとを問はない。

(b) 履行の請求 取消権者に於てなす場合に限る。

(c) 更改

(d) 擔保の供與 擔保は人的擔保たると、物的擔保たると、又、取消権者の側より之を供與すると相手方の供與を受諾するとを問はない。

(e) 取消し得べき行為によつて、取消権者たる行為者の取得した權利の全部又は一部の讓渡。

(f) 強制執行 取消権者が執行をなしたる場合のみならず、之を受けたるも尙ほ救済手段を講じない

場合をも包含する。

問題〔四四〕條件と期限

一意義

二 條件と期限の類似點

三 條件と期限の相違點

第一意 義(意思表示の附款)

一 意思表示にもとづいて、法律効果が發生する場合に、その効果を全面的に發生せしめず、ある程度の制限を加え、將來におけるある事實の實現またはある時期の到來に、効果の發生をからしめること、將來におけるある事實の實現またはある時期の到來に、すでに生じた効果の消滅をからしめることは、法律上許されるところである。この意思表示にもとづく効果の發生、消滅に加へられる制限を**意思表示の附款**とよんでゐる。

二 意思表示の附款の主たるものは、條件および期限であるが、それは、意思表示の内容である。効果意思そのものが條件附、または期限附であること、換言すれば、効果意思の内容の一態様であるのであつて意思表示そのもののほかに、その効果を制限しようとする別個の法律事實が附加されるのではない。

三條 件

條件とは、意思表示の効果の發生消滅を、客觀的に實現の不確實な將來の事實の成否にかからしめた効果意思の一態様であるとされてゐる。

(1) 法律行為の成立を不確定ならしめるものでなく、法律行為の効果の實現を制限するものである。

(2) 當事者が任意に附加した法律行為の効果の制限である。したがつて、法律の規定上當然に存在する制限(法定條件)とは異なる。

(3) 條件たりうる事實(條件事實)は、その實現が客觀的に不確實であることを要する。

(イ) 將來の事實であることを要する。過去、現在の事實は條件とならぬ。

(ロ) われわれの知識、經驗により、その實現の不確實であることを要する。實現の確實な事實、實現しないことの確實な事實は條件とならない。

(ハ) 客觀的に不確實であることを要する。主觀的に不確實であつても條件とはならぬ。

四期 限

期限とは、意思表示の効果の發生消滅を實現することの確實な將來の事實にかからしめた効果意思の一態様である。

(1) 法律行為の成立を不確定ならしめるものでなく、その効果を制限するものである。

(2) 當事者が任意に附加した法律行為の効果の制限であるから、法定期限(二七八Ⅱ)、裁判所の定めたる期限(一九六Ⅰ)は期限ではない。

(3) 期限たりうる事實(期限事實)は實現することの確實なものであることを要する。實現の時期の確定してゐる場合を確定期限といい、確定してゐないものを不確定期限とゆう。

第二 條件と期限の類似點

一 二者ともに法律行為の成立を不確定ならしめるものでなく、その効果を制限するものである。

二 當事者が任意に附加した法律行為の効果の制限であるから、法律の規定上當然存在する制限(法定條件、法定期限)は條件又は期限ではない。

三 意思表示には、原則として、條件期限を附することができ、條件を附することができない場合がある(公序良俗に關する場合の如し)。この場合には期限を附することもできない。條件、期限を附しえない意思表示に條件期限を附するときは、その法律行為は無効となる。

四 條件の成否未定の間は、法律行為の効果が発生するか否かにつき、不確定な状態が生ずるけれども、成就すれば法律行為の目的とする權利義務を生ずることが確定し、不成就の場合は、その權利義務を生じないことが確定する。期限到来前は、その法律行為の目的とした權利義務は發生しないが、期限が到来するとその權利義務を生ずることが確定する(ただ、期限は必ず到来するものであるから、當事者の法律上

の地位は條件の場合よりも一層確實である點において異なる。

第三 條件と期限の相違點

一 條件たりうる事實はその實現が客觀的に不確實であることを要するのに對し、期限たりうる事實は實現することの確實なものであることを要する。ただし、期限の場合は、不確實な事實をもつて期限とすることを絶対に許さないとゆうわけではないから、一見、實現の不確定のおおなものでも不確定期限と考えられる場合が多い。故に、具体的な場合に條件か期限かを決めるのは、結局、法律行為の解釋の問題である。

二 條件には、條件事實實現の場合（條件の成就）と、不實現の場合（條件の不成就）との二があるが、期限の場合には、期限事實の實現（期限の到來）のみであつて、期限事實の不實現とゆうことはありえない。

問題〔四五〕 條件成否未定の間に於ける條件附法律行為の効力如何（昭九京大近藤）

一 條件附法律行為の意義

二 條件附法律行為の種類と一般的効力

三 條件成否未定の間に於ける條件附法律行為の効力

第一 條件附法律行為の意義

條件とは意思表示の效果の發生又は消滅を將來の不確定なる事實の成否にかからしむる附款である。それは、法律行為の效果の發生を制限するものであり、而も當事者の任意の意思に依て附加せられ得るものである。條件となる事實は、將來實現するか否か客觀的に不確定な事實でなければならぬ。併し條件であるか否かは、法律行為の解釋に依り定まる。

第二 條件附法律行為の種類と其一般的効力

一 停止條件附法律行為と解除條件附法律行為

停止條件とは、條件事實の成就と同時に法律効果が發生し、成就せざる時は、効果が生じないものを云ふ。解除條件とは、既に發生せる法律行為の効果が條件成就と同時に消滅し、條件が成就せざる時には其の効果がそのまま持續する場合である。

二 隨意條件、偶成條件、混成條件

隨意條件とは、一方の當事者の意思に依てその成否の決せられるもの、偶成條件とは、當事者の意思に關係なく決せられるもの、混成條件とは、一方當事者の意見と、第三者の意思に依て決せられるものをいう。隨意條件中、債務者の意思のみに依て條件の成否が決せられる場合は無効である。

三 既成條件、不法條件、不能條件

既成条件が、停止条件である時は無条件、解除条件であるときは無効とされる。不法条件の効果は不法の程度が全法律効果を決するか否かに依り全部無効か否かが決せられる。不能条件が停止条件である場合は無効であり、解除条件であるときは無条件となる。

第三 条件成否未定の間に於ける条件附法律行為の効力

一 条件の成否未定の間に於ては、當事者は条件の成就により権利を取得し（停止条件の場合）又は回復する（解除条件の場合）希望を有してゐる。この希望は法上権利として保護せられる。この権利を期待権といふ。我民法は期待権につき、一二八條以下に一般的規定を設けてゐる外、各種の期待権につき個別的規定が存する。

二 期待権（条件附権利）の性質

前述のごとく期待権も一の権利である。ただその内容は、権利の取得又は回復の希望であるから、通常
の権利とは多少異なる取扱を受ける。期待権は、条件決定の時迄存続し、經濟上の價値を有する限り、財産権として取扱はれるのみならず、それ自身としては獨立の無条件の権利である。

三 期待権（条件附権利）の不可侵

民法第一二八條は「条件付法律行為ノ各當事者ハ条件ノ成否未定ノ間ニ於テ条件ノ成就ニ因リ其行為ヨリ生スヘキ相手方ノ利益ヲ害スルコトヲ得ス」と規定し、期待権の不可侵を明かにしてゐる。例えば、停

止条件附贈與の客体たる家屋を贈與者が他に賣却するとか、或ひは毀損した場合は期待権の侵害となる。

(1) 期待権の當事者間に於ける効力

(a) 条件付に法律行為を爲した者は、假令停止条件なる場合にも、その行為を一方的に撤回し得ない。この場合、条件付権利の侵害となり、不法行為の原則に従つて損害賠償の責任を生ずる。ただ現實の損害は条件が成就して始めて確定するから、条件成否未定の間は期待権者は損害賠償請求権を有しない。たゞ將來發生することあるべき損害賠償請求権の保全方法として擔保請求権が認められるべきである。

(b) 侵害行為が法律行為なる場合 期待権者の期待権と抵觸する限りに於ては無効であるが、同一の目的物につき債權行為をなすことは、期待権の侵害とはならない。同一の目的物につき權利を取得した者が、期待権者より早く對抗要件を具へ、又は善意取得の要件を具ふるときは、その權利取得は有効であり、従つて債權者は、讓渡人に對して損害賠償の請求をなし得るに過ぎない。

(2) 期待権の第三者に對する効力

民法一二八條は「条件付法律行為ノ當事者」と規定するに過ぎないが、期待権も權利として認めらるるものなる以上、第三者と雖も之を侵害することを得ないこと勿論である。故に、第三者が故意若くは過失に基いて条件附權利を侵害したときは、条件附權利者は妨害の排除又は停止を要求し得るのみならず、之

に因つて被つた損害の賠償を請求することを得る。しかしながら条件附権利の侵害あるも、未だ条件の成否未定の間は、期待權侵害の事實及金額が明瞭でない。しかし条件附權利若くは条件附義務者の何れかが幾何の損害を被つてゐるかは、条件の成就前と雖も確定してゐるのであるから、侵害者は兩者のために、その加へたる損害額を供託する義務を負ふべく、兩者何れからも供託請求權を行使し得る。

四 期待權の法律上の取扱

期待權も亦一種の權利であるが、しかし、期待權の内容たるや、權利の取得、又は回復の希望であるから、通常の權利と全然同一に取扱はるべきや否やは問題である。民法第一二九條は、期待權を通常の權利と同一に取扱ふことを明にして、處分、相續、保存、擔保の目的となし得るものと規定してゐる。

(1) 期待權の處分

期待權も意思表示のみによつて讓渡せられ得るが、第三者に對抗する爲には、夫々の對抗要件を具備しなければならぬ。

(2) 期待權の相續については、相續法に規定がある(九三〇、九四七、九五〇、九五七、一〇三二、一〇三五)。

(3) 期待權の保存

(a) 訴の提起 期待權者は、即時確定につき法律上の利益の存する限り、確認訴訟を提起することを得る。

(b) 破産手續への参加(破二三、二六六、二七一、二七五、二七六参照)。

(c) 時効の中斷 期待權の消滅時効は、条件成就の効果が遡及すると否とに拘らず、条件成就の時迄は進行しない。期待權が通常の權利と異なる點である。蓋し条件の成就する迄は、權利者はその權利を行使するを得ないからである。

(d) 条件附不動産物權については、假登記をするを得る。

(e) 条件附權利の目的物につき、他人が侵害行為をなし、又はなさんとするときは、妨害の停止又は豫防請求權を有することは既に述べた。

(4) 条件附雙務契約の目的物に關する危險負擔については、一般の危險負擔の原則とは異なる取扱がなされてをり、条件附遺贈に於て、遺贈者の意思に基き別段の定めが爲されない限り、受遺者が条件成就前に死亡したるときは、遺贈はその効力を失ふ。

(5) 以上述べた如く、期待權は殆ど通常の權利と同一に取扱はれるのであるが、期待權の性質上、その内容たる利益が、現實に權利者に歸屬するか否かは不確定であるから、期待權者は、その權利を行使するを得ない。従つて期待權者に對する債務者の辨濟は非債辨濟となる。消滅時効の進行に關しても既述の如くである。

向題「四六」時効制度の利害得失を論ぜよ (昭六東大我妻)

- 一 時効制度の意義と存在理由
- 二 我民法の時効制度の特質とその利害得失

第一 時効制度の意義と存在理由

- 一 時効とは一定の事實状態の繼續に對し、眞實の權利關係の如何を問はず、そのまゝこれを尊重し、これに相應する權利關係を認めんとする制度である。時効制度がかくの如き結果を認めることは、權利が自己の意思によらなければ移轉消滅し得ないとする法律上の大原則に對する顯著な例外をなすものである。
- 二 時効制度の存在理由としては、通常次の三つがあげられる。

(1) 社會秩序の維持

一定の事實状態が永續するときは、たとへ眞實に反するとも、それは却つて正當なるものとして社會信用の基礎となり、その上に種々の法律關係が成立する。従つて後日かゝる状態が覆へされるとすれば、その上に築き上げられた社會の法律關係は悉く覆滅され、却つて法律關係を混亂せしむる結果となる。故に法律は社會の法律關係の安定の理想から、眞正の權利者を犠牲にして、一定の期間繼續した事實状態は、そのまま法律關係として認めることとなる。時効制度の根本的な存在理由はこゝに在る。

(2) 證據保全の困難救済

裁判官が長年月經過せる權利關係の存否を判断する場合、多くの場合證據となるべきものが散逸するや、正當な法律關係を確實な證據によつて判断することは極めて困難である。この場合、永續せる事實關係そのものが正當な權利關係を反映する場合が多い。時効制度はかゝる證據保全の困難を救済するものである。

- (3) 多年に亘つて權利を主張しなかつた者は、所謂權利の上に眠れるものであるから、たとえその事實關係が眞實に反するとも、敢て法律の保護に値しない。これ亦、時効制度の存在理由の一である。
- 三 上述の時効制度の存在理由は或程度、その存在意義が失はれつゝある。即ち、第一の社會秩序維持は社會の一般第三者の信賴保護の問題として、公示制度、公信制度の發達によつてその存在理由は薄れつゝある。又、第二の證據保全の困難の救済も、證據保全方法の發達につれその意義が失はれつゝあり、時効期間の伸長が考慮せられてゐる如きである。

第二 我民法の時効制度の特質とその利害得失

- 一 我民法の時効制度は、取得時効と消滅時効とを統一的に規定し、同一原理に従はしめてゐる佛民法の制度と同様である。取得時効と消滅時効とを一括して規定することの適否に關し、立法論として問題がある。即ち、我民法は取得時効と消滅時効とを並べて規定し、その冒頭にこれ等を總括する規定を掲げてゐる。

る(一四四乃至一六一)。兩者は根本に於て共通する制度ではあるが、一方具體的取扱につき多少の差あるところから、通説は總括的取扱を不適當としてゐる。この見解によれば、消滅時効から取得時効を切離し、物權篇に收め、これに絶對的權利取得の効果を認むべしとする。

二 我民法の時効は權利そのものの取得、又は消滅の効果を生ずる。立法例によつては、權利得喪の強力な推定を生ぜしめ、一定の證據によつてのみ破り得るものとなし、或は權利そのものにはふれず、單に訴權のみが消滅するとなすものがある。

三 時効の效果と受益者の意思との調和を計る爲に、この者の主張によつてはじめてその効果を生ずるとせられる。即、民法によれば「當事者の援用」なくしては「裁判」の基礎となし得ない。獨民法の消滅時効の如く、單に義務者に抗辯權を生ずるとすれば、この問題は自ら解決せられる。

四 時効は事實狀態が一定の期間繼續することを要件とする。公信の原則による所謂、即時取得は瞬時時効と稱せられることがある。然し、時の経過を要件とせざるものは、時効の一種と見るべきではない。

五 時効制度は財産權に關する。身分關係は事實狀態に基いて法律關係を變更するに適せざるものだからである。

(イ) 身分權が時効によつて取得せられることは絶無であらう。

(ロ) 身分權が時効によつて消滅することは、極めて財産的色彩の強いものにその例が存する(九一九)。

問題「四七」時効の援用は如何なる意義及び効力を有するか (六一〇行政)

一 時効援用の意義

二 援用の方法

三 援用の効力

第一 時効援用の意義

一 時効の援用とは、時効によつて利益を受くる者が時効の利益を受けんとする單獨行爲をいう。時効制度の理論を貫くならば、本來時効の效果は時効要件の完成と同時に發生し、而も直ちに實體法上の効果を生ずる。しかし、かゝる時効の効果を欲せず、眞の權利關係の存在を認めんとする受益者があるとき、この兩者の關係を調和せしめなければならぬ。當事者が時効利益を受けることを拒否し得る拋棄の制度ある所以である。

二 かように時効の效果は利益を受けるもの意思によつて確定する。民法はこの點に關し、時効の結果として權利の得喪を生ずる(一六二、一六三)ものと定めると共に、他面に於て「時効ハ當事者カ之ヲ援用スルニ非サレハ裁判所之ニ依リテ裁判ヲ爲スコトヲ得ス」(一四五)と定める。併し乍ら右の規定の意義に付ては學說上異論がある。

三 時効の援用の性質に關しては説が分れてゐる。

(1) 停止條件説

時効の効果は、時効に依る受益者が其の効果を生ぜしめんとする意思表示に依り發生する。時効の援用はそれに依て時効の効力を發生せしめる停止條件であるとする説(穂積)。

(2) 解除條件説

時効要件具備に依て發生する時効の効果は、必ずしも絶對的ではなく、受益者が利益を拋棄し、又は援用しない時は、時効の効果は消滅する。即、時効の不援用は利益の拋棄と共に時効効果發生に對し、一種の解除條件となるとする説(鳩山)。

右の説についても異論がある。

(3) 單に訴訟法上の要件であり、當事者の援用を訴訟法上の防禦方法なりとし、時効によつて權利の得喪が絶對的に生ずると解する説(通説、判例)。

以上三説あるが、第三説は實體關係と裁判との間に矛盾を生ずることを認める點で、妥當性を缺く。むしろ第一説が受益者の意思と時効制度本來の存在理由とを調和せしめんとし、時効が完成するときは當事者は援用によつて權利の得喪を生ぜしめ得るに至ると解する點で、最も簡明適切である。

第二 援用の方法

一 援用を爲す者

時効の援用を爲す者は「當事者」である(一四五)。その範圍は一般に時効によつて直接權利を取得し、又は義務を免るる者に限るとせられる。即ち連帶債務者の援用權については民三四九條に規定があり、又判例は連帶保證人、保證人等も時効によつて直接の利益を受ける者として援用權を認めるが、物上保證人及び抵當不動産の第三取得者、詐害行爲の受益者等についてはこれを否定してゐる。しかし、社會秩序維持の精神を貫くときはむしろその範圍を多少擴張すべしとする有力な學説がある。直接權利を取得し、又は義務に基いて權利を取得し、又は義務を免れたる者をも包含すると解すべきであろう。即

(1) 取得時効に於て土地所有權を取得すべき者から、その土地の上に地上權永小作權等の設定を受けたる者もその取得せる權利の範圍内に於て援用權ありと解すべきであろう(肯定我妻、反對鳩山・穂積)。

(2) 消滅時効に於ては、物上保證人及び抵當不動産の第三取得者についても學説は援用權を認むるものが多い。

二 援用すべき場所

上述第一の三によれば、援用は訴訟上の防禦方法だから必ず裁判所でなすべきである。これに反し、効力を確定せしむる意思表示なりと解すれば、裁判所でなし得るは勿論、裁判所外で爲すことも有効である。

三 援用すべき時期

援用は第一審の時になきなくても第二審の判決前に於て爲せばよい。上告審に於てはなし得ない。この結果は何れの説に於ても同様であるが、その理由を異にする。上述第一の三は、援用防禦方法なるが故にといふ。之に反して援用は効力を確定せしむる意思表示なりとするときは、實體法上の権利関係を確定せしむる行爲なるか故だといふことになる。

四 援用の撤回

援用を防禦方法と見る通説及び判例は之を肯定する。然し援用は効力を確定せしむるものとなすときはこれを否定すべしとする學説がある(我妻)。

第三 援用の効力

學説判例は援用に相對的効力のみを認める。即ち、援用権者が數人ある場合にその一人の援用、不援用は他の者に影響を及ぼさない。蓋し、時効の結果を受くるや否やは各當事者の意思によつて決するものとなす時効の精神に適するからである。

問題〔四八〕時効の効力は何時から生ずるか、理由を附して説明すべし (昭八京大末川)

一 時効の効力

二 時効の遡及効及其の理由

第一 時効の効力

時効の効力については種々な立法例がある。例えば、實體法上の権利の得喪に觸れず、唯、訴権のみを消滅せしめるものがあり、或は取得時効と消滅時効とを區別して其効力を定め、取得時効には權利取得の効力を認めるが、消滅時効には單に義務者に履行拒絶の抗辯権を與へるに過ぎないものもある。わが民法は取得時効と消滅時効とを統一的に規定し、時効要件が具備したときは、直ちに實體法上、權利取得喪の効果を生ぜしめる。

第二 時効の遡及効及其の理由

一 時効の効力はその起算日に遡る(一四四)。通常法律効果は其發生に必要な法律要件の具備したときから將來に向つて發生するのが原則であるが、時効の場合は、期間満了の時に法律要件は完成するが、其効果は時効期間の起算日に遡る。蓋し、時効はその期間中繼續した事實關係をも併せて保護せんとする制度だからである。

二 時効期間の起算日とは、取得時効については物、又は權利の占有を初めた日であり、消滅時効については客觀的に法律上其權利を行使し得べかりし日である。

三 遡及効の結果

(1) 取得時効にあつては、起算日以後に分離した果實は時効によつて権利を取得した者に歸屬する。又消滅時効によつて債務を免れた者は起算日以後の利息を支拂ふ必要がない。

(2) 時効によつて権利を取得した者が、其権利について起算日以後に爲した處分行爲は、時効の完成によつて有効となるが、時効によつて権利を喪うた者が、其権利につき起算日以後に爲した行爲は無効となる。例へば、登記簿上甲の所有名義となつてゐる土地を乙が永年占有してゐた。然るに、甲は其土地を時効完成前に丙に譲渡し、且、移轉登記をなしたが、丙は何等時効の中断をなさなかつたため、乙に取得時効が完成した。この場合、甲、丙間の譲渡行爲は無効となる（尤も登記との關係で困難な問題があるが、ここでは省略）。

(3) 時効の遡及力に對して民法は相殺につき例外規定を設け、時効によつて消滅した債權（自働債權）が其消滅以前に相殺適狀に達してゐた場合には、其債權者は相殺を爲すことが出來ると規定した（五〇八）。但し、受働債權が時効によつて消滅した場合については特別の規定がない。

(4) 時効によつて取得せられた権利を時効期間中に侵害せる者は、原權利者に對してでなく、時効による權利取得者に對し、不法行爲の責に任ずること言ふまでもない。

問題〔四九〕時効利益の拋棄を説明すべし（昭六司法）

一 時効利益拋棄の意義

二 拋棄の方法

三 拋棄の効果

四 拋棄の要件

第一 時効利益拋棄の意義

一 時効の利益は、時効制度本來の趣旨に反して、濫りに拋棄し得べきではない。又、時効の効果完成前時効利益を拋棄する事を認めるときは、債權者が債務者に對し、不當な要求を爲す恐れがある。従つて民法は時効の進行前、又は進行中は、將來發生すべき時効の利益を拋棄し、或は時効の完成を困難ならしむる契約を締結する事を禁じた。しかし他面、時効制度といえども個人の意思との調和を計る必要は存在する。従つて時効完成後受益者が、時効の利益を拋棄し、眞實の權利關係を生ぜしむる事を認めてもよい。之、即時効利益拋棄の制度である。

二 時効利益拋棄の特性

時効利益の拋棄の性質については次の諸説がある。

(1) 權利讓渡説

時効に依て取得せる權利を舊主に讓渡する行爲なりとする説。

(2) 權利承認説

新たに義務を負担する行為なりとする説。

(3) 時効完成の効果を否認する行為と爲す説。

右の(1)は、消滅時効に依て權利が消滅する場合の利益を説明し得ず、又、(2)は利益の拋棄自体を説明し得ない。(3)説を妥當とする。

三 時効の利益の拋棄は相手方の同意を要しない。蓋し、時効の効力を不發生に確定せしむる意思表示だからである。

第二 拋棄の方法

拋棄は一の意思表示であるから、拋棄ありや否やは意思表示解釋の問題である。したがつて

(1) 辨濟を爲すか、又は延期證の差入れ等によつて辨濟すべき意思を明かに示したときは、特に時効の利益を拋棄せざることを留保せざる限り、これによつて拋棄となり、改めて援用し得ざるに至ると解する説がある。

(2) 當事者がその債務を辨濟すべき意思を明かにした場合には、權利關係は既に當事者間に於て明瞭となつたのであるから、後に更に時効の援用を認めてこれを覆へさしめることは、時効制度の趣旨を逸脱するものである。

(3) 時効の効果は當事者の援用を俟つて、はじめて効力を生ずるものと解するときは、援用なき間は債務は一應存在するのであるから、その辨濟は効力を生じ辨濟すべき意思の表示は債務の存在を確定的ならしむと見るを妥當としよう。拋棄は裁判上で爲すと裁判外で爲すとを問はない。

第三 拋棄の効果

拋棄の効果は相對的である。即ち、拋棄者及其の承繼人に付て時効の完成がなかつたと同一の効果を生ずる。又、拋棄し得る者が多數ある場合、一人の拋棄は他の者に影響を及ぼさない。

第四 拋棄の要件

一 拋棄の能力と權限

時効利益の拋棄には處分の能力又は權限を要する。蓋し、權利を取得し、又は義務を免れ得る地位を喪失することになるからである。

二 時効完成後なること。時効完成前に豫め時効の利益を拋棄することはこれを認めない(一四六)。

三 拋棄者は時効完成の事實を知れること。時効の完成を知らざる事は拋棄者にて舉証すべきである。

問題「五〇」時効の中断

二 法定中斷

三 自然中斷

四 中斷の效果

第一 意 義

時効の中斷とは、一定の事由が発生した場合に、時効期間の進行をとどめ、その事由がおわつたときから、さらに、時効期間の進行を開始せしめることをゆう(一四七以下)。ただし、時効は一定期間占有または権利不行使の状態が繼續した場合に、その事實状態を尊重して、権利の得喪變更を生ぜしめよとする制度であるから、かゝる事實状態と相容れない事態が時効進行期間中に発生したときは、すでに進行した時効期間を斷絶せしめる必要がある。時効中斷の制度はかかる趣旨の下にみとめられる制度である。

第二 法 定 中 斷 (中斷事由の一)

一 請 求

(1) 裁判上の請求 (一四九)

(イ) 訴による請求

㊦ 給付の訴、確認の訴、形成の訴のいづれであるをとはす、本訴、反訴を區別せず、すべて中斷の効力がある。

(b) 訴の場合は、訴状を裁判所に提出したとき、訴の原因の變更又は訴の擴張の場合には書面を裁判所に提出したときから中斷の効力を生ずる。

(c) 訴の取下の場合、訴が却下された場合には中斷の効力を生じない(訴状が相手方に送達されれば、催告の効力を生ずる)。

(ロ) 訴と同視すべき請求

(a) 支拂命令が送達されたときは、支拂命令申請の日から時効中斷の効力を生ずる。命令が失効したときは効力を生じない(一五〇)。

(b) 和解のためにする呼出、和解の目的のための任意出頭は中斷の効力がある(一五一)。

(c) 破産手続への参加(たとへば、破産申立、破産管財人に對する債權届出)により中斷の効力を生ずるが、取下げたり、却下された場合には効力を生じない(一五二)。

(2) 裁判外の請求 (一五三)

(イ) 催告をゆう。催告には、一定の方式を必要としない。それは相手方に到達したときに効力を生ずる。催告は、権利行使とみられうる行爲があればたり、代金と品物を引換に給付する債權關係にあつても催告者は、自己の債務の履行の提供を要しない。

(ロ) 催告による時効中斷は、催告が効力を生じたときから六ヶ月内に、裁判上の請求、假差押、假處

分をしなければ中斷の効力を生じない(一五三)。

(ハ) 相殺も催告と同一の効果を有する。

二 差押・假差押・假處分 (一五四、一五五)

差押(債務名義にもとづく強制執行)、假差押・假處分(強制執行保全のための行爲)にもとづく實行行爲がなされたときに、かかる命令または決定の申請をした日から中斷の効力を生ずる。しかし、申請が取下げられ、または、命令決定が不合法のため取消されたときは効力を生じない(一五四)。これらの行爲は、時効の利益をうける者に對してなされなかつたとき(たとえば、債務者以外の者の所有物を差押えた場合)は、その者(債務者)にその旨を通知しなければ中斷の効力を生じない。

三 承認

(1) 時効の利益をうべき者が、権利者の権利の存在をみとめる觀念の通知をゆう。

(2) 承認は権利者に對してなすことを要するが、債務者が債權者の代理人に對して爲した承認は、債權者に到達しなくても効力を生ずる。

(3) 方式を必要としない。明示でも黙示でもよい。

(4) 承認をなす者は、相手方の權利につき處分の能力または權限あることを必要としない(一五六)。準禁治産者も有効に承認をなしうる。しかし、管理の能力權限あることを要するから、禁治産者は承認をな

しえず、未成年者は法定代理人の同意を必要とする。

第三 自然中斷(中斷事由の二)

一 物又は權利の占有者が、任意にその占有を中止し、または、他人のためこれを奪われたときは中斷する(一六四、一六五)。これを自然中斷とゆう。

二 代理占有の喪失についても自然中斷が生ずる。

第四 中斷の效果

一 法定中斷の場合

(1) 中斷事由は對人的なものであるから、効力も對人的であつて、當事者、承繼人についてのみ効力を生ずる(一四八)。すなわち、中斷事由は概して、相對的効力を有するにとどまる。しかし、保証債務については、主たる債務者に對する履行の請求は保証人に對してもその効力を生じ、連帶債務については、履行の請求は絕對的効力を生じ、他の債務者に對してもその効力を生ずる(四三四、四五八)。

(2) 中斷した時効は、中斷事由の終了したときからあらたに進行をはぢめる(一五七)。

二 自然中斷の場合

自然中斷の効力は絕對的であつて、當事者承繼人に對してのみならず、何人に對しても中斷の効力を生ずる。従つて第一四八條の原則は法定中斷のみに適用され、自然中斷には適用がない。



刊

國家試験問題集

價B6一六〇頁
送一七〇〇圓

昭和二十四年度版

昭和二十三年年度問題收録、東大京大法學部

試験問題、高試豫備試験問題登載

19新刑事訴訟法

B6三〇〇頁
定價一五〇圓

今回全面的に改正された民主的な新刑事訴訟法の解答書、舊法と對比して新法の特色が明白に示されてゐる。

昭和二十三年十二月五日印刷
昭和二十三年十二月十日發行

定價百圓

著者 高等試験研究會
代表 五十嵐正雄

發行者 增永勇 二
京都市上京區北山四丁目十一

印刷者 國際文化協會
京都市下京區烏丸通五條下ル

發行所 高文社
京都市上京區北山四丁目十一
(上京區內)

電話上③三五八七番

販賣所

京都市中京區丸太町富小路(裁判所)角

配給元 日本出版配給會社

國家試験研究叢書

(書留料二〇圓加算願います)

- | | |
|--------------------------|---------------------------|
| 1 新憲法五十題 (既刊) 定價送共 七〇圓 | 12 國際法五十題 (近刊) |
| 2 民法全篇五十題 (既刊) 定價送共 七〇圓 | 13 商法總則商行爲 |
| 3 民法總則解答 (既刊) 定價送共 九〇圓 | 14 會社法解答 (既刊) 定價送共 一〇〇圓 |
| 4 物權法解答 | 15 手形小切手法 |
| 5 擔保物權解答 | 16 海商保險解答 |
| 6 債權總論解答 (近刊) | 17 民事訴訟法解答 (既刊) 定價送共 一三〇圓 |
| 7 債權各論解答 (近刊) | 18 破産法解答 (近刊) |
| 8 新親族法解答 (既刊) 定價送共 九五圓 | 19 刑事訴訟法解答 (既刊) 定價 一六〇圓 |
| 9 新相續法解答 (既刊) 定價送共 一〇〇圓 | 20 刑事政策 |
| 10 新刑法解答 (既刊) 定價送共 一〇〇圓 | 21 經濟學解答 (既刊) 定價送共 七〇圓 |
| 11 行政法五十題 (近刊) (新版) | 新六法全書(行政篇) (既刊) 定價送共 一三〇圓 |
| 國家試験問題集24年度之新刊) 定價送共 八〇圓 | 新六法全書(司法篇) (既刊) 定價送共 二六〇圓 |

終