

324-Ko73ㄣ



1200500736129

224
73
ㄣ



始



25.11.18

外392

支

324

1673



近藤英吉著

註釋
日本民法
(總則編)

東京 巖松堂書店發兌



65-50

序

民法の解釋は、今日の社會事情に最もよく適合するやうになされねばならぬと云ふことは、よく聞かされる言葉である。よしこのことが可能であるとしても、現代の社會事情の認識に缺くる所なく、又法の目的を充分に洞察し得る經濟學、社會學又は哲學上の見識をも有する者にとつてのみ可能であり、固より私のよく爲し得る所ではない。ただ主として私は本書に於て、現行民法——多數の法規の集積たる——が如何に構成せられてゐるか、と云ふ法律構成上の觀點から、現行民法の解釋論——立法論や外國法との比較は出来るだけ省略した——を試みるに過ぎない。——このことさへ未だ吾國では充分に爲し盡されてゐるとは考へられないから。

私は、本書を、京都帝國大學に於て、私が現に擔當してゐる民法總則講義の補充となすつもりで、書いたのではあるが、特に註釋書——固より外國に

あるやうな所謂コンメンタールとしての精緻さを缺くであらうが、將來増補修正の機會を得ることを祈つてゐる——の形式にしたのは、多少なりとも、本書が、實際家の參考にもなつたならばと考へたからである。

昭和七年十一月十六日

著 者

凡 例

- 一 本書引用語中、例之、一六六註(一)(ロ)(3)(c)(i)参照とあるのは、第百六十六條の(一)の(ロ)の(3)の(e)の(i)を参照すべしと云ふ意味である。
- 二 單なる數字は、民法第何條を指し、他の法規を引用する場合には、例之、商(商法)、民訴(民事訴訟法)、破(破産法)、人訴(人事訴訟手續法)、非訟(非訟事件手續法)等の略字を用ひた。
- 三 獨逸の判例は、ただ吾が民法の解釋上直接の關係を有すると考へらるるものだけを引用したに過ぎない。引用語中には次の略字を用ひた。

獨大判 (獨逸帝國裁判所判決)

R.G.F. (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen)

R.G. Warn. (Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts)

Seuff. A. (Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte)

Jur. W. (Juristische Wochenschrift)

Gruchot. (Beiträge für Erläuterung des Deutschen Rechts, gegründet v. J. Grunhot)

O.L.G.E. (Rechtssprechung der Oberlandesgerichte, hrsg. v. Mugdan u. Falkmann)

註釋 日本民法〔總則編〕目次

緒論

- (一) 吾が民法の母法(一)——(二)民法の法源(三)——(三)民法の效力(四)——(四)民法の解釋
- (五)——(五)民法の意義及び民法法規の分類(六)——(六)權利、義務及び法律關係(七)——
- (七) 權利の行使(七)——(八) 權利の競合(八)——(九) 權利の得喪、變更(九)——(一〇) 權利の保護(一〇)

本論

第一章 人

前註 (一) 權利主體(三)——(二) 自然人(五)

第一節 權利の享有

第一條

(一) 權利能力取得の原因(三)——(二) 胎兒の權利能力(三)——(三) 權利能力の消滅原因(三四)

目次

第二條.....三五

- (一) 外國人(三五)——(二) 外國人の權利能力に關する各主義(三五)——(三) 條約による外國人の權利能力の制限(三五)——(四) 法令による外國人の權利能力の制限(三五)——(五) 敵國人の權利能力(三六)

第二節 能力.....三六

前註 (一) 法律上の能力(三六)——(二) 舉證責任(四〇)——(三) 行爲能力有無の標準(四〇)——

- (四) 無能力者の取引の相手方の保護(四二)

第三條.....四二

- (一) 年齢の計算法(四二)——(二) 本條の例外(四二)——(三) 未成年者を成年者たらしむる制度(四二)

第四條.....四三

- (一) 未成年者が確定的に有效なる法律行爲をなす爲めの要件(四三)——(二) 法定代理人の同意を缺く未成年者の法律行爲の效力(四七)——(三) 未成年者が單獨になし得る法律行爲(四七)——(四) 民法施行前に於ける未成年者の行爲能力(四八)

第五條.....四九

- (一) 適用の要件(四九)——(二) 效力(五〇)

第六條.....五一

第七條.....五四

- (一) 營業許可(五五)——(二) 營業許可の效力(五五)——(三) 營業許可の取消又は制限(五五)——(四) 營業に關する法定代理(五五)

第八條.....五六

- (一) 禁治産者の後見人となるべき者(五六)——(二) 後見人の權利義務(五六)

第九條.....五九

- (一) 取消され得べき禁治産者の行爲の範圍(五九)——(二) 禁治産制度の效用(六〇)

第十條.....六一

- (一) 禁治産宣告の取消と不服申立に基く取消(六一)——(二) 取消の要件(六一)——(三) 取消の手續(六一)——(四) 取消の效力(六一)——(五) 取消の申立と準禁治産宣告(六一)

第十一條.....六三

- (一) 準禁治産の宣告(六三)——(二) 準禁治産宣告の效力(六四)

第十二條.....六六

- (一) 準禁治産者の行爲能力制限の範圍(六七)——(二) 準禁治産者の營業行爲(六七)——(三) 保佐人の同意を缺く準禁治産者の行爲の效力(六七)

第十三條

第十四條

- (一)妻の行為能力を制限する理由(七三)——(二)妻の行為能力と處分能力(七四)——
- (三)夫の許可を要する法律行為の範圍(七四)——(四)妻が完全なる能力を有する場合(七五)——(五)夫の許可(七六)——(六)夫の許可を缺く妻の行為の效力(七六)

第十五條

- (一)營業許可の方法(七六)——(二)營業許可の效力(七九)——(三)營業許可の取消又は制限(七九)——(四)營業の範圍に於ける妻の權利(七九)

第十六條

- (一)適用範圍(八〇)——(二)各個の法律行為に對する許可の取消並に制限(八〇)——
- (三)訴訟行為に對する許可の取消並に制限(八一)

第十七條

- (一)立法理由(八二)——(二)妻が本條により完全なる能力を有する場合(八二)

第十八條

- (一)適用範圍(八四)——(二)本條違反の效力(八五)

第十九條

- (一)立法理由(八六)——(二)適用範圍(八六)——(三)催告(八七)

第二十條

- (一)立法理由(九〇)——(二)要件(九二)——(三)效力(九二)

第三節 住所

前註

- (一)人と場所との關係(九三)——(二)住所は同時に數個存し得るか(九三)——(三)住所の種類(九五)——(四)住所が標準とせらるる事項(九五)

第二十一條

- (一)住所の意義(九六)——(二)住所の種類(九七)——(三)住所の設立、變更、廢止(九七)——(四)舉證責任(九七)——(五)住所の表示方法(九八)

第二十二條

- (一)居所の意義(九八)——(二)適用要件——(九八)

第二十三條

第二十四條

- (一)假住所の意義(九八)——(二)假住所の選定(一〇〇)

第四節 失踪

第二十五條

- (一)不在者の財産管理開始の要件(一〇三)——(二)財産管理の請求並に管理命令に關する手續(一〇四)——(三)管理命令の内容(一〇四)——(四)管理命令の取消(一〇五)

第二十六條 一〇六
 (一)本條の趣旨(一〇六)——(二)委任管理人(一〇六)

第二十七條 一〇七
 (一)財産管理人の権限(一〇七)——(二)財産管理人の選任、改任及び辭任(一一一)——(三)財産管理人の義務(一一一)——(四)財産管理人の管理に關する附隨の權利義務(一一三)

第二十八條 一一三
 (一)本條の趣旨(一一三)——(二)普通の場合に於ける管理權(代理權)の範圍(一一三)——(三)權限の擴張(一一四)——(四)權限の制限(一一四)

第二十九條 一一四
 (一)管理人の擔保提供の義務(一一四)——(二)管理人の報酬請求權(一一六)

第三十條 一一六
 (一)一般失踪の要件(一二七)——(二)危難失踪の要件(一二七)——(三)失踪宣告の申立(一二七)——(四)失踪宣告の手續(一二八)

第三十一條 一二九
 (一)擬制主義(一二九)——(二)死亡者と看做さるる時點(一二九)——(三)絶對的效力(一二九)——(四)死亡者と看做さるる法律關係の範圍(一二九)

第三十二條 一三〇

第二章 法人

一三二

前註

- (一)失踪宣告取消の要件(一三三)——(二)失踪宣告取消の手續(一三三)——(三)失踪宣告取消の效果(一三三)
- (一)法人の本質(權利能力なき社團又は財團)(一三九)——(二)法人の種類(一三九)——(三)法人の設立(本章第一節)(一四〇)——(四)法人の能力(一四〇)——(五)法人の組織並に管理(本章第二節)(一四〇)——(六)法人の消滅(本章第三節)(一四〇)——(七)法人の取締(本章第四節)(一四〇)——(八)法人に關する登記(一四〇)

第一節 法人の設立

一三九

第三十三條

一四〇

第三十四條

一四一

- (一)公益法人の意義(一四一)——(二)主務官廳の許可(一四一)——(三)本條の適用範圍(一四一)——(四)民法施行前の法人(一四一)

第三十五條

一四二

第三十六條

一四四

- (一)本條の趣旨(一四四)——(二)外國法人の意義(一四五)——(三)外國法人にしてその法人格が認許せらるる範圍(一四五)——(四)外國法人の權利能力(一四六)——(五)準外國法人(一四七)

第三十七條 一四七
 (一) 定款作成行為の性質(一四七) — (二) 定款作成の要件(一四九)

第三十八條 一五二
 (一) 本條の趣旨(一五二) — (二) 定款變更の意義(一五三) — (三) 定款變更の限界(一五三) — (四) 定款變更の方法(一五三) — (五) 定款變更の效力(一五四)

第三十九條 一五五
 (一) 寄附行為の意義及び性質(一五五) — (二) 寄附行為の方法(一六〇) — (三) 寄附行為の要件(一六〇) — (四) 財團法人設立の要件(一六二) — (五) 寄附行為の變更(一六二)

第四十條 一六四
 (一) 本條の趣旨(一六四) — (二) 寄附行為の本質的要素と補足事項(一六四) — (三) 裁判所の補足の要件(一六四)

第四十一條 一六六
 (一) 財團法人を設立するの手段(一六六) — (二) 生前處分による場合に於ける贈與に關する規定の準用(一六七) — (三) 遺言による場合(一六七)

第四十二條 一六八
 (一) 本條の趣旨(一六八) — (二) 生前處分による寄附行為(一六九) — (三) 死後處分による寄附行為(一六九)

第四十三條 一七〇
 (一) 本條の趣旨(一七〇) — (二) 法人の性質に基く權利能力の制限(一七〇) — (三) 法令による制限(一七〇) — (四) 法人の目的による制限(一七〇) — (五) 法人の訴訟當事者能力(一七〇)

第四十四條 一七四
 (一) 本條の趣旨(一七四) — (二) 本條の適用範圍(一七四) — (三) 法人の責任を發生せしむる要件(一七四) — (四) 本條による法人の責任(一八二)

第四十五條 一八二
 (一) 法人の設立登記(一八三) — (二) 事務所新設登記(一八四)

第四十六條 一八五
 (一) 登記事項(一八六) — (二) 變更登記(一八六)

第四十七條 一八七

第四十八條 一八七

第四十九條 一八七
 (一) 本條の趣旨(一八七) — (二) 本條違反の效力(一八七)

第五十條 一八九
 (一) 法人の事務所(一八九) — (二) 法人の事務所に附加せらるる法律效果(一八九) —

(三)事務所の變更(一九〇)

第五十一條

第二節 法人の管理

前註 (一)法人の事務の管理(一九一)——(二)法人の事務の管理者(機關)(一九二)——(三)法人の事務の監督(一九三)

第五十二條

(一)理事の法律上の地位(一九四)——(二)理事の選任(一九五)——(三)理事の改任又は辭任(一九六)——(四)理事數人ある場合の業務執行(一九七)

第五十三條

(一)理事の代表權の範圍(一九八)——(二)理事數人ある場合の代表權(一九九)

第五十四條

(一)立法理由(二〇〇)——(二)代理權の制限(二〇一)

第五十五條

(一)立法理由(二〇二)——(二)復任權の制限(二〇三)——(三)本條による復代理人の性質(二〇四)

第五十六條

(一)假理事選任の要件(二〇五)——(二)假理事の權限(二〇六)——(三)假理事の任期(二〇七)

——(四)本條を會社に類推適用することを得るか(二〇八)

第五十七條

(一)立法理由(二〇九)——(二)特別代理人選任の要件(二一〇)——(三)特別代理人の權限(二一一)——(四)本條と民法一〇八條との關係(二一二)——(五)本條に違反する理事の行為の效力(二一三)

第五十八條

(一)監事の法律上の地位(二一四)——(二)監事の選任(二一五)——(三)監事の員數(二一六)

第五十九條

(一)監事の職務(二一七)——(二)監事の職務の縮小又は擴張(二一八)——(三)監事數人ある場合の職務執行方法(二一九)

第六十條

(一)社員の通常總會(二二〇)——(二)總會の性質(二二一)——(三)決議の方法(二二二)——(四)決議の無効(二二三)——(五)社員及び社員權(二二四)

第六十一條

(一)臨時總會(二二五)——(二)臨時總會を招集すべき場合(二二六)

第六十二條

(一)總會招集(二二七)——(二)招集の要件(二二八)——(三)違法招集(二二九)——(四)招集

すべき場所(二三)

第六十三條

(一)本條の趣旨(二三)——(二)總會の權限(三四)——(三)總會に專屬する權限(三五)

第六十四條

(一)各社員の表決權(三五)——(二)表決權の行使(三六)

第六十六條

(一)立法理由(三七)——(二)本條適用の要件(三六)——(三)本條により表決權を行使し得ない者の地位(三九)

第六十七條

第三節 法人の解散

前註

(一)解散の意義(三三)——(二)解散の原因(三四)——(三)解散後の法人——(四)清算手續(三三)——(五)殘餘財産の歸屬(三三)

第六十八條

(一)本條の趣旨(三三)——(二)すべての法人に共通の解散事由(三三)——(三)社團法人に特有なる解散原因(三四)

第六十九條

.....二三五

(一)解散決議の意義(三五)——(二)解散決議の性質(三五)——(三)解散決議の方法(三六)——(四)解散決議の效力(三六)

第七十條

(一)法人に對する破産宣告の要件(三七)——(二)破産請求者(三七)——(三)破産宣告の效力(三八)

第七十一條

(一)設立許可の取消原因(三八)——(二)設立許可の取消の效力(三九)

第七十二條

(一)本條の趣旨(四〇)——(二)殘餘財産の歸屬權者(四〇)——(三)殘餘財産歸屬の様(四一)

第七十三條

(一)本條の趣旨(四二)——(二)清算法人の性質(四四)——(三)清算法人の權利能力(四四)——(四)清算手續(四四)

第七十四條

(一)法定清算人及び私選清算人(四五)——(二)法定又は私選清算人の任免(四五)

第七十五條

(一)官選清算人の必要(四五)——(二)官選清算人の任免(四六)

第七十六條 二四六

第七十七條 二四六
 (一)本條の趣旨(二四七)——(二)解散登記(二四七)——(三)解散の届出(二四七)——(四)破産又は和議の開始による解散の場合(二四七)

第七十八條 二四八
 (一)清算人の法律上の地位(二四八)——(二)清算人の職務(二四九)——(三)清算人の権限(二五二)

第七十九條 二五三
 (一)立法理由(二五三)——(二)除斥公告の方法(二五三)——(三)除斥公告の效力(二五三)

第八十條 二五五
 (一)本條の趣旨(二五五)——(二)次條との關係(二五五)

第八十一條 二五六
 (一)立法理由(二五六)——(二)清算法人に對する破産開始の要件(二五六)——(三)清算法人に對する破産宣告の效力(二五七)

第八十二條 二五七
 (一)本條の趣旨(二五六)——(二)監督の手段(二五六)

第八十三條 二五八

第八十四條 二五九

(一)過料の性質(二五九)——(二)過料支拂の責任(二五九)——(三)過料の手續(二六〇)

第三章 物 二六一

前註 (一)權利の客體(二六一)——(二)物の概念(二六一)——(三)物の分類(二六一)——(四)財産(二六五)

第八十五條 二六七
 (一)本條の趣旨(二六七)——(二)有體物(二六八)——(三)一物一權主義(二六九)

第八十六條 二七二
 (一)動産と不動産との法律との取扱の區別(二七二)——(二)不動産(二七二)——(三)動産(二七五)

第八十七條 二七六
 (一)從物の概念(二七六)——(二)舉證責任(二七六)——(三)從物の法律上の取扱(二七九)——(四)主たる權利と從たる權利(二八〇)

第八十八條 二八二
 (一)果實の意義(二八二)——(二)天然果實たる要件(二八二)——(三)天然果實の法律上の取扱(二八二)——(四)法定果實(二八三)——(五)果實に關する法律關係(二八三)

第八十九條

- (一)天然果實に於ける所有權の歸屬(二六三)——(二)法定果實に於ける權利の歸屬(二六四)——(三)元物に於ける負擔の歸屬者(二六四)

二六二

第四章 法律行為

二六五

前註

- (一)法律事實(二六五)——(二)法律行為(二六九)——(三)法律行為の種類(二六九)——(四)法律行為の要件(二七七)

第一節 總則

二七〇

第九十條

- (一)立法理由(三〇〇)——(二)公序良俗の意義(三〇二)——(三)公序良俗に反する法律行為(三〇二)——(四)公序良俗に反する法律行為の分類(三〇二)——(五)公序良俗に反する法律行為の效力(三〇八)

三〇〇

第九十一條

- (一)本條の趣旨(三〇八)——(二)強行法規に反する法律行為(三〇九)——(三)任意法規適用の範圍(三一一)

三〇八

第九十二條

- (一)本條の趣旨(三一一)——(二)法律行為の解釋(三一一)

三一一

第二節 意思表示

三一九

- (一)意思表示の概念(三一九)——(二)意思表示の成立過程(三二三)——(三)意思主義と表示主義(三三二)

第九十三條

三三四

- (一)心裡留保の意義(三四四)——(二)要件(三四四)——(三)效力(三四五)——(四)本條の適用範圍(三四五)

第九十四條

三四七

- (一)虚偽表示の意義(三四七)——(二)要件(三四八)——(三)效力(三四八)——(四)本條の適用範圍(三四八)

第九十五條

三四三

- (一)錯誤の意義(三四三)——(二)錯誤の要件(三四六)——(三)錯誤の效力(三四七)——(四)本條の適用範圍(三四八)

第九十六條

三四二

- (甲)詐欺に因る意思表示
 - (一)詐欺に因る意思表示の意義及び要件(三四二)——(二)學證責任(三四四)——(三)詐欺に因る意思表示の效力(三四五)
- (乙)強迫に因る意思表示
 - (一)強迫に因る意思表示の意義及び要件(三四八)——(二)強迫に因る意思表示の效力(三四八)

力(三五)

第九十七條

(一)本條の趣旨(三五)——(二)意思表示の效力發生時期(三五)——(三)發信後の意思表示の獨立性(三七)

第九十八條

(一)意思表示の受領能力(三五)——(二)受領無能力者に到達したる意思表示の效力(三六)

第三節 代理

前註

(一)代理に親まざる法律行為(三六)——(二)代理の意義(三六)——(三)代理の原因(三六)——(四)代理權(三六)——(五)代理の種類(三六)——(六)復代理(三七)——(七)代理人の行為の效力(三七)

第九十九條

(一)代理行為の要件(三七)——(二)代理行為の要件に関する舉證責任(三二)——(三)代理行為の效果(三八)

第一百條

(一)本條の趣旨(三八)——(二)本條の適用範圍(三八)

第一百一條

三六五

(一)本條の趣旨(三五)——(二)代理人自身に於ける事情のその意思表示に及ぼす影響(三五)——(三)本條を類推適用すべき場合(三八)

第一百二條

(一)本條の趣旨(三六)——(二)行為無能力者の代理行為の效力(三六)——(三)法定代理人の行為能力の要否(三六)

第一百三條

(一)本條の趣旨及び適用範圍(三六)——(二)本條による代理權の範圍(三五)——(三)涉外事件に於ける代理權の範圍(三六)——(四)代理權限外の行為の效力(三七)

第一百四條

(一)本條の趣旨(三七)——(二)復任の性質(三六)——(三)代理人の復任權の有無は本人との内部關係(委任、雇傭、組合)による(四〇)——(四)復代理人が更に復代理人を選任し得るか否か(四〇)

第一百五條

(一)復任に於て代理人が本人に對して負ふべき責任(四〇)——(二)代理人の責任の限度(四〇)——(三)代理人が本人の指名に従つて復代理人を選任したるとき(四〇)

第一百六條

(一)法定代理人の復任權(四三)——(二)復任に於ける法定代理人の責任(四三)

第四百七條

(一)外部關係に於ける效力(四四)——(二)内部關係(四四)

第四百八條

(一)本條の趣旨(四六)——(二)自己契約又は雙方代理の性質(四六)——(三)本條の適用範圍(四七)——(四)本條違反の代理行為の效力(四三)

第四百九條

(一)表見代理(四三)——(二)本條による表見代理の要件(四四)——(三)效力(四七)

第五百十條

(一)本條の趣旨(四七)——(二)本條適用の要件(四七)——(三)本條の適用範圍(四三)——(四)本條による表見代理の效力(四三)

第五百十一條

(一)本條の趣旨(四三)——(二)一般の代理權消滅原因(四三)——(三)特に本條の規定する代理權の消滅原因(四四)——(四)復代理權の消滅原因(四七)

第五百十二條

(一)本條の趣旨(四七)——(二)本條適用の要件(四六)——(三)本條による表見代理の效力(四三)

第五百十三條

..... 四三〇

第四百十四條

(一)無權代理の意義(四二)——(二)無權代理行為の追認(四三)

(一)本條の趣旨(四六)——(二)催告の要件(四七)——(三)催告の效力(四七)——(四)本條の類推適用を認むべき場合(四六)

第四百十五條

(一)無權代理行為による契約の效力(四六)——(二)撤回權(四九)

第四百十六條

(一)追認の性質(四〇)——(二)追認の適及的效力(四〇)——(三)追認の適及効は第三者の權利を害することを得ず(四二)

第四百十七條

(一)本條の趣旨(四二)——(二)本條による責任發生の要件(四二)——(三)無權代理人の責任(四四)——(四)無權代理行為に於ける本人の責任(四六)

第四百十八條

..... 四四六

第四節 無効及び取消

..... 四四八

前註 (一)法律行為の無効(四八)——(二)無効の種類(四五)——(三)無効行為の追認(四五)——(四)無効行為の轉換(四五)——(五)取消の意義(四五)——(六)取消し得べき法律行為の性質(四五)——(七)取消の要件(四五)——(八)取消し得べき行為の追認(四七)

第一百十九條

(一)本條の趣旨(四六七)——(二)無効行為追認の要件(四六七)——(三)無効行為追認の效力(四六八)

第一百二十條

(一)取消の原因(四六九)——(二)取消權を行使し得べき者(四六九)

第一百二十一條

(一)取消されたる行為(四七〇)——(二)利得償還(四七〇)——(三)取消の効果に関する特別規定(四七〇)

第一百二十二條

(一)追認の意義及び性質(四七二)——(二)追認の效力(四七二)

第一百二十三條

(一)契約の場合(四七四)——(二)相手方ある一方行為の場合(四七四)——(三)相手方なき一方行為の場合(四七四)——(四)取消し得べき行為の當事者並にその相手方數人ある場合(四七四)

第一百二十四條

(一)本條の趣旨(四七六)——(二)法定追認行為の性質(四七六)——(三)法定追認の要件

第一百二十五條

(一)本條の趣旨(四七八)——(二)法定追認行為の性質(四七八)——(三)法定追認の要件

第一百二十六條

(一)本條の趣旨(四八〇)——(二)時效の起算點(四八〇)——(三)時效完成の效力(四八三)

第五節

前註

(一)法律行為の附款(四八四)——(二)條件の意義(四八五)——(三)條件の種類(四八六)——(四)條件(又は期限)の許可(四八九)——(五)條件附法律行為の效力(四九二)——(六)期限の意義及び種類(四九二)——(七)期限の許可(四九三)——(八)期限附法律行為の效力(四九四)

第一百二十七條

(一)條件成就の意義(四九五)——(二)條件成就の效力(四九五)

第一百二十八條

(一)期待權(條件附權利)の性質(四九七)——(二)期待權の不可侵(四九七)

第一百二十九條

(一)本條の趣旨(五〇〇)——(二)條件附權利の效力(五〇〇)——(三)條件附雙務契約の目的物に關する危險負擔(五〇三)——(四)條件附遺贈(五〇三)——(五)條件附權利と無條件の權利との異同(五〇三)

第一百三十條

(一)本條の趣旨(五〇四)——(二)條件成就の擬制の要件(五〇五)——(三)條件成就の擬制

の效力(五〇七)——(四)條件の成就によりて利益を受くべき當事者が故意に條件を成就せしめたる場合(五〇八)——(五)本條は法定條件に類推適用せられず(五〇八)

第三百三十一條 五〇八

第三百三十二條 五〇九

第三百三十三條 五一〇

(一)不能條件の意義(五〇〇)——(二)不能の停止條件附法律行為と解除條件附法律行為(五〇〇)

第三百三十四條 五一一

(一)純粹隨意條件の意義(五一一)——(二)本條の趣旨(五一一)

第三百三十五條 五一二

(一)本條の趣旨(五三二)——(二)履行期(五三三)——(三)終期附法律行為(五三三)

第三百三十六條 五一四

(一)本條の趣旨(五四四)——(二)期限の利益(五四四)——(三)期限の利益の拋棄(五四四)

第三百三十七條 五一六

(一)本條の趣旨(五六六)——(二)期限の利益喪失の效力(五六六)——(三)債務者が期限の利益を喪失すべき原因(五六七)

第五章 期間

前註 (一)本章の規定(五九九)——(二)期間の種類(五九九)——(三)期間計算の方法(五九九)——(四)過去に遡及して期間が計算せらるる場合(五九九)

第三百三十八條 五二〇

(一)法令による別段の期間計算法(五二〇)——(二)裁判所又は當事者が期間の計算に關して別段の定をなしたるとき(五二〇)——(三)特に期間の計算方法の定められざる場合(五二〇)

第三百三十九條 五二二

第三百四十條 五二三

第三百四十一條 五二三

(一)時又は時以下の單位(五二三)——(二)日又は日以上以上の單位(五二三)

第三百四十二條 五二四

(一)本條適用の要件(五二四)——(二)期日(五二四)

第三百四十三條 五二五

(一)週、月又は年の始より期間を起算するとき(五二六)——(二)週、月又は年の始より起算せざるとき(五二六)——(三)舊曆の適用(五二六)

第六章 時效

五七七

前註

- (一)時效制度存在の意義(五七〇)——(二)時效の意義(五七〇)——(三)時效の起算點(五七〇)
- (四)時效期間(五七〇)——(五)時效期間の計算(五七〇)——(六)時效障礙(五七〇)——
- (七)時效によつて取得し得べき權利と消滅し得べき權利(五七〇)——(八)時效の效力(五七〇)

第一節 總 則

五七四

第四百四十四條

五三四

- (一)取得時效完成の效力(五三四)——(二)消滅時效完成の效力(五三六)

第四百四十五條

五三四

- (一)本條の趣旨(五三四)——(二)援用の當事者(五三四)——(三)時效援用の效力(五三七)
- (四)時效援用權の濫用(五三八)

第四百四十六條

五三八

- (一)本條の趣旨(五三八)——(二)時效利益の拋棄の意義及び性質(五三九)——(三)時效利益の拋棄の方法(五三九)——(四)時效の利益を拋棄し得る者(五三九)——(五)時效利益の拋棄の能力及び權限(五三九)

第四百四十七條

五三九

- (一)本條の趣旨(五三九)——(二)時效中斷の效力(五三九)

第四百四十八條

五三九

- (一)法定中斷の效力の及ぶ人的範圍(五三九)——(二)法定中斷の效力の及ぶ物的範圍(五三九)

第四百四十九條

五三九

- (一)裁判上の請求の意義(五三九)——(二)時效中斷の效力の發生及び消滅時期(五三九)
- (三)裁判上の請求が時效中斷の效力を生じない場合(五三九)

第四百五十條

五三九

- (一)支拂命令の意義(五三九)——(二)時效中斷の效力發生及び消滅の時期(五三九)——
- (三)支拂命令の申立が時效中斷の效力を生じない場合(五三九)

第四百五十一條

五三九

- (一)和解の爲めにする呼出及び任意出頭の意義(五三九)——(二)和解の申立(五三九)——
- (三)和解が成立したるとき(五三九)

第四百五十二條

五三九

- (一)破産手續參加の意義(五三九)——(二)時效中斷の效力の發生及び消滅時期(五三九)
- (三)時效中斷の效力を生じない場合(五三九)

第四百五十三條

五三九

(一)本條の趣旨(五三)——(二)催告の意義及び性質(五三)——(三)催告が時効中斷の效力を生ずるに必要な要件(五五)——(四)催告による時効中斷の效力の發生及び消滅時期(五六)

第五百十四條

(一)差押、假差押、假處分を以つて獨立の時効中斷の事由となす理由(五六)——(二)差押、假差押、假處分の意義(五六)——(三)時効中斷の效力の發生及び消滅の時期(五六)——(四)時効中斷の效力を生ずるに必要な要件(五九)

第五百十五條

第五百十六條

(一)本條の趣旨(五二)——(二)承認の意義及び性質(五二)——(三)承認の能力及び權限(五三)——(四)承認の方式(五三)——(五)承認の效力(五五)——(六)承認による時効中斷の效力の發生及び消滅時期(五五)——(七)時効完成後の承認(五六)

第五百十七條

(一)中斷事由終了の時期(五六)——(二)中斷後進行を始むる時効の性質(五七)

第五百十八條

(一)時効停止の意義(五六)——(二)停止事由(五六)——(三)本條の立法理由(五六)——(四)本條適用の要件(五九)——(五)本條による停止の効果(五九)

第五百十九條

(一)本條の立法理由(五〇)——(二)要件(五〇)——(三)效力(五二)——(四)本條の類推適用(五一)

第六十條

(一)本條の立法理由(五二)——(二)要件(五二)——(三)效力(五三)——(四)本條の適用範圍(五三)

第六十一條

(一)本條による時効停止の要件(五四)——(二)效力(五五)

第二節 取得時効

前註

(一)意義(五五)——(二)性質及び效力(五五)——(三)要件(五五)——(四)中斷(五五)——(五)停止(五五)——(六)取得時効によつて取得せられ得る權利(五六)——(七)本節の規定と他の法規との關係(五七)

第六十二條

(一)本條の趣旨(五六)——(二)長期時効の要件(五六)——(三)短期時効(五〇)

第六十三條

(一)準占有に適しない權利(五二)——(二)準占有者(五二)

第六十四條

第六百六十五條

第三節 消滅時效

前註

- (一) 意義(五九三) — (二) 性質及び效力(五九三) — (三) 要件(五九三) — (四) 中斷(五九四)
- (五) 停止(五九四) — (六) 目的たる權利(五九四)

第六百六十六條

- (一) 消滅時效の起算點(五九四) — (二) 消滅時效期間の計算法(六〇一)

第六百六十七條

- (一) 債權の消滅時效期間(六〇二) — (二) 債權以外の財産權の消滅時效期間(六〇三)

第六百六十八條

- (一) 本條の趣旨(六〇五) — (二) 定期金債權の意義(六〇六) — (三) 時效の起算點(六〇七)
- (四) 時效完成の效力(六〇七) — (五) 本條の適用範圍(六〇七)

第六百六十九條

- (一) 立法理由(六〇八) — (二) 本條適用の要件(六〇八)

第七十條

- (一) 醫師の治術に關する債權(六一〇) — (二) 産婆の勤勞に關する債權(六一一) — (三) 藥劑師の調劑に關する債權(六一二) — (四) 技師、棟梁、請負人の工事に關する債權(六一三)

第七十一條

- (一) 立法理由(六一三) — (二) 本條適用の要件(六一三) — (三) 時效の起算點(六一三)

第七十二條

- (一) 本條による消滅時效の物體(六一四) — (二) 時效期間(六一五)

第七十三條

- (一) 本條第一號の規定する債權(六一六) — (二) 第二號の規定する債權(六一七) — (三) 第三號の規定する債權(六一七)

第七十四條

- (一) 第一號の規定する債權(六一八) — (二) 第二號の規定する債權(六一九) — (三) 第三號の規定する債權(六一九) — (四) 第四號の規定する債權(六二〇) — (五) 第五號の規定する債權(六二〇)

— [目次完] —

註釋 日本民法〔總則編〕

近藤英吉著



吾が民法は、その主要なる内容を、獨逸民法第一及び第二草案に求めたものと謂はれてゐるが、その範圍は、主として總則編、債權編に限られ、物權編、相續編は、寧ろ佛蘭西民法に倣ふ所が多い。又物權編、親族編、相續編には、吾國從來の成文法又は慣習法も甚だ多く採り容れられてゐる。故に吾が民法の内容を充分に理解する爲めには、吾國固有の法制(殊に法律思想)を探究する必要があるは勿論、吾が民法の母法たる獨、佛の法制、更に亦之等の法制の基礎をなすローマ法又はゲルマン法に迄遡る必要がある。尙梅博士が、民法編纂の爲めに、法典調査會に於て参照した

ものとして擧げられた外國民法は、佛民法、獨第一及び第二草案、普國民法、ザクセン民法、奧民法、和蘭民法、伊民法、葡萄牙民法、瑞西債務法、グラウビュンデン民法、チューリンゲン民法、モンテネグロ財産法、西班牙民法、ベルギー民法、英國單行法、印度契約法（一八七二年）、紐育民法草案（一八六五年）、カリフォルニア民法（一八七一年）であると謂ふ。

(二) 民法の法源

(イ) 民法の法源は、主として民法典及びその附屬法その他の民事法規である。

(ロ) 慣習法も亦法例第二條によつて法源たることが明示せられてゐる。慣習法と事實たる慣習との差異については、民法九二條參照。商慣習法（商一參照）の外他の慣習法も亦、民事成文法を改廢する效力を有するか否かは、學説の岐るる所である（二二七・二一九・二二八・二三六・二六三・二六八・二七七—二九四參照）。

(ハ) 條理も亦法源として取扱ひ得るか否かについては、嘗て學者間に異論が行はれたが、成文法又は慣習法に缺陷あるは、寧ろ自明の理であるから、國家も亦之を法源として、是認するものと解すべきである。明治八年太政官布告第百三號裁判事務心得は「民事ノ裁判ニ成文ナキモノハ慣習ニ依リ、慣習ナキモノハ條理ヲ推考シテ裁判スベシ」と規定して居り、又吾國の判決例に於ても、條理を適用したものがあつた（例之、大一一、六、三大判）。

(1) 何が條理なるかは、民法の一般的精神、並に今日の社會事情を慎重に考慮して判定せらるべく、かの瑞西民法第一條が「此法律ニ規定ナキトキハ裁判官ハ慣習法ニ從ヒ、慣習法モ亦存セザル場合ニハ、自己ガ立法者タラバ法規トシテ立法スベキ所ニ從ヒ、裁判スベシ」と規定するのは、畢竟此趣旨を明にするものに外ならぬ。條理そのものは、裁判以前に既に客觀的に存在し、成文法又は慣習法の缺陷を補充する效力を有するものであるが、具體の場合に、何が條理なるかは、裁判の結果始めて決定せられるものであるから、**裁判官も亦立法作用をなすものと解することを得る。**

(2) 條理は成文法又は、慣習法に缺陷ある場合、即ち或る生活關係に適用せらるべき法規が全然存しないとき、若しくは所謂白地法規（例之、公の秩序、善良の風俗、相當期間、正當なる事由）を補充するときに於てのみ、法源として效力を有するに過ぎないものであるから、成文法又は慣習法あるにも拘はらず**所謂條理裁判をなし**（例之、八〇四條の規定あるに拘はらず、同一の結果を條理により判決したる（大九、九、一大判）參照）、或は條理は成文法又は慣習法に牴觸するとも、裁判の基準たることを得るとなす極端なる**自由法學説**は、裁判の劃一性又は確實性を害するものとして、排斥せらるべきである（大二三、五、三一東地判參照）。

(3) 所謂惡法は、法の形式を具ふるに過ぎずして、法たる效力を有するものではない。惡法な

るか否かは、法の一般的精神並に條理を標準として之を決定すべく、即ち立法者の企圖した結果と遙かに遠ざかる程不公平な結果を生ずるが如き法規は、惡法として無視せらるべきである。何者、裁判官は法規の命ずる所により裁判すべきであるが、法の目的に照して理性的に裁判すべく、盲目的に法規に服従すべき義務を負はないからである。

(三) 判例法 裁判所の判決は、その事件についてのみ效力を有し、上級審裁判所の判例と雖も、當該の裁判所に對しては勿論、下級審裁判所に對しても、同一の事件につき拘束力を有するものではない。乍併裁判所は、相當の理由がない限り、繰返しなされた判例と異なる裁判をなすものではなく、しかも一應確立した判例によることは、法的安全を期する所以でもある。斯くて所謂裁判上の慣例なるものを生じ、此慣例は慣習法となる場合が多いのである(例之、婚姻の豫約に関する判例法、貸借關係の移轉に関する判例法、大四、一、二六・同年、四、二四大判参照)。

(三) 民法の效力

(イ) 時に關する效力 法が一般的に遡及效を有するか否かは、議論の存する所であるが、此問題は、全く各個の法規につき、その立法理由を検討して決定せらるべきものと考へる(同趣旨大正八、一二、八東控判)。吾國法は米國憲法の如く、立法上の法不遡及の原則を認めてゐないが、民法施行法第一條は民法の不遡及の原則を採用し(例外、例之、民法一七一・一八一・三五)、一の法律要件が二以

上の事實より成る場合に於て、最後に發生した事實が新法施行後なるときは、その效力については新法を適用し(民法九四)、法律要件が一定期間繼續すべき事實より成るときは、其の期間満了の時の法律に依るべきものとしてゐる(例外、民法三二)。

(ロ) 所及び人に關する效力 民法は、原則として、日本國土にある總ての者、並に外國にある日本人に適用あるも、**涉外事項**については法例第三條以下の規定があり、臺灣、朝鮮、樺太、關東州については、特別法を以て(明治二九年法律第六三號、同三九年法律第三一號、明治四三年勅令第三二四號、同四四年法律第三一號、明治四〇年法律第二五號、同年勅令第九四號、明治四一年勅令第二二二號關東州裁判令、同年勅令第二二三號關東州裁判事務取扱令、大正七年法律第三九號共通法)民法の施行せらるべき範圍が定められ、且つ皇族令、華族令、華族世襲財産法並に陸海軍現役軍人の婚姻に關する條例等は、身分職業の區別により多少民法の適用を制限してゐる。

(四) 民法の解釋

(イ) 法は、本來、一般國民が強要せらるべきものと認むる社會規範に外ならぬのであつて、立法者が特にその範圍を明示するのは(尤も立法者は、國民が強要せらるべき社會規範と認めないものをも法として定むることがあり得る)、裁判官をして何が法なるかを決定するの確信を得しむる爲めである。斯くの如く法そのもの、内容が、本來國民意思に基づくものとなれば、法内容の確定即ち法の解釋も亦、

大體に於て、國民意思の検討に外ならぬ。従つて法を解釋するに、立法者の意思のみを探究せんとし(立法者意思説・各立法者により法規の解釋を異にする場合もあり得る)、或は法文の字義のみに拘泥し(文理解釋)、或は徒らに形式論理を用ひて法の本質を無視するが如きは(論理解釋)、明かに誤りである。要は、現在に於ける國民意思を標準として、法の目的とする所を明にし(目的解釋)、一般の法組織を破壊せぬやうに解釋すること(組織的解釋)、解釋の當を得たる方法であつて、法が社會の進化に伴ふ所以である。學者或は國民精神に従ひ合理的に判斷して法文より推論し得る意思が即ち法の内容に外ならぬと説き、或は裁判官は各人が法文に如何なる意義を附するものと認むべきかを標準として法律を解釋すべしと主張してゐるのは、畢竟右に述べた解釋方法を提唱するものに外ならぬ。

斯くの如き解釋方法に従ひ、(1)法文の字義を擴張するを適當とするときは所謂擴張解釋を用ひ(例之、民四八七)、(2)反之、縮小せらるべき場合には縮小解釋をなし(例之、一七七)、法規に用ひられたる文字が普通の用語例と異なる意義に用ひられたるものと認むべきときは、變更解釋の方法に出で(例之、二七六)、同一の法立理由の存する場合には、一定の事項を、規定する法規を類似の事項にも適用しなければならぬ(類推)。類推は、法律要件を構成する要素の法律的價值判斷に外ならぬ。一定の要件が、法律の規定する他の要件とその要素を異にしても、その差異が、法律上の見地から、左程

重大でない場合に、始めて類推が行はれる。二つの要件の構成要素の差異が、法律上重大なる場合には一つの法律要件を規定する法規を、他の要件に適用するを得ない。茲に所謂反對論法即ち反對解釋が行はれる。類推と反對解釋の區別は、論理的演繹には存せずして、全く法律上の價值判斷に存する。故に類推を行ふべきか否かは時として甚だ疑はしい場合がある。其の可否は、純論理的に斷定せられ得るものではなくして、何れが合目的であるかにより判斷せられ得るに過ぎない。

(ロ) 法に缺陷があるか否かについては、見方の差異により、積極消極の兩説があり得る。乍併立法者が總ての法律問題を豫見するを得ないことは勿論であり、然かも裁判官は、適用すべき法規がないことを理由として、裁判を拒否することを得ないから、裁判官は、妥當なる考量の下に、事物の性質並に公平の觀念に最もよく適合する裁判をなさねばならぬ(所謂條理裁判)。此の場合には、先づ裁判官は立法者が當該の事件と同種の事件につき考量したとすれば如何なる規定を設けたるべきかを斟酌し(即ち法律の一般精神による裁判(大八、一二、二大判參照))、斯かる據所がない場合に、始めて前述の條理裁判をなすべきである。

(ハ) 裁判官による法規の解釋は、立法による法の解釋即ち有權解釋と異り、その事件のみを拘束するに過ぎない。上級裁判所の解釋は、同一裁判所又は下級裁判所を拘束しない。乍併裁判所が、著しい理由のない限り、同種の事件につきなしたる法規の解釋を變更しないことは、事物の

自然に屬し、又一應確定せる判例に従ふことは、法律生活の安全を期する所以でもある。斯くして判例は次第に慣習法の成立を促すのである。

(五) 民法の意義及び民法法規の分類

(イ) 民法は、私人間の普通の生活關係そのものを規律するものなるか、或は裁判官に對する裁判規範の一種に過ぎないかは、學說上争ひの存する所である。尤も何れの說に従ふとも、適用上重要な差異を見ない。

(ロ) 民法の包含する法規は、種々の標準により、種々に區別せられ得る。

(1) 法域を標準として普通法と地方法

(2) 法の適用を受くる客體により一般法と特別法

(3) 法律制度の根本主義の當然の表現たる法規を原則法と謂ひ、然らざるものを例外法と謂ふ。從來例外法は嚴格に(制限的に)解釋すべしとの學說行はれ、判例も亦「利息制限法ハ契約自由ニ對スル例外法ナレハ類推解釋ヲナシソノ適用範圍ヲ擴張シテ米穀貸借ニ適用スルヲ得ス」と判示したが(大七、一、二八大判)、近時一般に學者の非難する所であつて、例外法と雖も、一定の範圍内に於ては、尙ほ類推適用の餘地が認めらるべきものであり(獨大判 2001. 12. 15. 533)、寧ろ法は例外法から進歩するものであるとさへ説く者もある。

(4) 當事者の意思如何に拘はらず、適用せらるべきか否かにより、強行法規と任意法規とに分類せられる。強行法規には、當事者の總てに強行せらるべきものと、或る當事者については任意法規たる性質を有するもの(例之、二七五・二七六)とがあり、又法規違反が或る行爲を無効ならしむるものと(效果規定)、行爲を無効ならしめないが、行爲者に對し一定の制裁を加ふるものがある(取締規定)。此點については九一條參照。

任意法規は、更に授權法と補充法並に解釋法に區別せられる。授權法とは、私人に對して、其の意思に従ひ自由に其の法律關係を形成することを得る能力を與ふる規定であり、民法は、特に明文を以て、此の種の法規をも規定する場合がある(例之、八〇八)。補充法は、當事者の意思不存在の場合に、解釋法は意思不明確の場合に適用せらるるものと説明せらるるを普通とするも、意思の不存在と其の不明確とは、法律上同一に取扱はるべく、兩者を區別する實益は殆んど存しないと考へる(九一參照)。

(5) 嚴格法と公平法 同種の事項につき、具體的事情に差異あるも、之等の差異を斟酌することなく、常に同一の規定が適用せらるべきときは(例之、行爲能力、法定利息に關する規定)、之を嚴格法と謂ひ、反之、或る法規の規定する法律要件又は法律効果が、個々の場合の事情に適應するやうに、相異り得べきことを前提とするものは、公平法である(例之、重大なる事由あるとき、其の他特

別の原因あるとき、相當の期間、相當の賠償、債務の本旨に従へる給付等を規定するもの、公平法のうち、最も裁量の餘地あるものは、民法九〇條の如き白地法規である。

(六) 權利、義務及び法律關係

(イ) 權利の本質的要素は、法によつて保護せられる利益なるか (利益説・法によつて保護せられる利益は必ずしも總て權利ではない。單なる反射的利益に過ぎない場合あることに注意すべきである)。或は此の利益擁護の爲に働かされる意思の力なるかは(意思説)、從來議論の岐るる所であるが、利益の存在は、原則として、權利行使の要件ではないから、意思説を以て當れりと信ずる。故に權利を行使するものは之により如何なる利益を享受するかを證明するを要しない。反之、意思能力を缺く者も亦、權利の主體たり得るのは、法定代理人が、其の意思を補充するを得るが爲めである。

(ロ) 權利に對應するものは義務である。

(1) 義務の内容は義務者の作爲又は不作爲であるから、正確に謂へば、意思能力者のみが義務の主體である。乍併、法定代理の制度により、意思能力を缺く者も亦義務の主體として取扱はれ得る。蓋し、法定代理人が彼に代つて行爲をなすべき義務を負ひ、其の行爲がなされない場合には、意思無能力者に對して、訴が提起せられ、その判決はその財産上に執行せられ得るからである。

手記
権利
義務
主體
責任

(2) 義務は屢々權利の反面なるも、常に必ずしも然らず。何等の義務者が無い權利(例之、形成權、後見人たることを辭し得る權利)があり、又何等の權利者が無い義務(例之、監督義務)もある。

(3) 義務は行爲すべきこと及び之を強制せらるることを意味するも、之に對し、責任とは、義務者の財産が其の義務の爲めに拘束せらるることを謂ひ、此點に於て、兩者が區別せらるるを一般とする。義務と責任の區別は、義務が有限にして責任が無限なる場合、責任が有限にして義務に特別の制限がない場合に最も明らかに表現せられる。

(4) 學者の所謂間接義務は、真正の意義に於ける義務ではない。間接義務は、權利の取得、保存、行使の要件たる客體であつて、其の違反の場合にも、義務違反の場合に於けるが如き損害賠償請求權は發生しない。間接義務に對し真正の義務を直接義務と謂ふ。

(ハ) 法律關係 二人以上の者相互間又は人と物との法律により認めらるる關係を、法律關係と謂ひ、個々の權利又は義務と區別せられる。例之、債權契約より生ずるものは、當事者間の債權關係であつて、債權債務その他の權利(例之、解除權、告知權)を包含する。

(ニ) 權利の分類 權利は標準を異にするに従ひ、種々に分類せられ得るも、最も普通の分類として、

(A) 支配權、期待權、可能權

(1) **支配權**とは、權利者の外界に存する客體を支配する權利を謂ひ、更に之を次の數種の權利に分類することを得る。

(a) **物權** 有體物を直接に支配する權利である。所有權、用益物權、擔保物權は即ち之に屬する。占有權も亦、權原の如何に拘はらず、法律により認められたる物の直接支配をその内容とするものなれば、物權の一種として取扱はるべきである。

(b) **債權** 債務者の作爲又は不作爲を要求する（即ち債務者の行爲を支配する）權利であるから亦支配權の一種である。

(c) **親族權** 其の目的が道德に基く繼續的な生活關係を保護する點に存することにより、他の支配權と區別せらるべきものである。或は親權、後見權の如く、物權類似の性質を有するものもあり（例之、子は親權者又は後見人の直接支配に服し、其の支配は、判決によるを要せずして、自力を以て實現せられ得る）、或は夫婦相互の權利の如く、債權類似の性質を有するものもある。親族權を基礎とする物權又は債權（間接歸屬權）を**親族財產權**と謂ふ。例之、妻の財産に對する夫の使用收益權、親族相互の扶養請求權。

(d) **無體財產權** 無形の財産上の利益を支配する權利を無體財產權と謂ひ、一般に物權類似の取扱を受ける。例之、特許權、實用新案權、意匠權、著作權、商標權、商號權。

(e) **人格權**なるものが、自己の人身に對する權利として認められ得るか否かについては、積極消極の二つの學説が對立してゐる。不法行爲の要件として、損害の發生が、違法の原因に基くに止まらず、更に權利の侵害あるを要するものと解すれば、人格權（生命權、身體權、名譽權、自由權、肖像權等）の概念を認めねばならぬ。尤も之等の法の保護する利益を以て、單なる反射的利益たるに止まらずして、真正の意義に於ける權利として取扱ふとしても、權利に特有なる要素、即ち權利の發生、變更、消滅（殊に拋棄）に關する何等の規定をも存しないのは、注目すべきことである。

(f) **權利上の權利**の概念を認め得るか否かは、殊に權利質（三六二以下）に關して、學說上争ひの存する所である。通説は、權利を客體とする權利の存在し得べきことを認むるも、權利上の權利は、實は權利（**母權**）が設定的に移轉せられたる權利（**子權**）に過ぎずして、所謂權利上の權利ではない。

(2) 各人に對して、現實の支配力を與ふる支配權の外、支配力を期待し得べき權利、即ち**期待權**が認められてゐる。期待權は支配權の發生要件の或るものを缺く場合に認められ得るものであつて、其の欠缺せる要件の性質如何により、期待權の效力に強弱の差異を生ずる。條件附又は始期附權利が、期待權として、現實の支配權と同様の取扱を受くることは、民法一二八條以

下の規定する所である。相續開始前の相續權が期待權に屬するか否かについては學說上争ひがある。尙未だ受胎せざる者、又は出生せざる者と雖も、出生により、權利を取得すべき期待を有し得る。此の期待が權利なるか否かは頗る疑はしい。

(3) 可能權は、一方的行為により法律關係を形成し得る(權利の發生、變更、消滅)。權利たる形成權(一方的意思表示により法律關係を形成し得る狹義の形成權と物權取得權に分類せられる。抗辯權も亦一般に形成權の一種として説明せられてゐる)と、直接又は間接の代理權に區別せられる。尤も代理權が權利なるか否かは學說上争ひの存する所である(第四章第三節前註(四)參照)。

(B) 支配權を絕對權と相對權の二種に分類することを得る。絕對權とは、何人に對しても行使せられ得る權利を謂ひ(例之、物權、無體財産權、親權、後見權)、相對權とは、特定の義務者に對してのみ行使せられ得る權利(例之、債權)を謂ふ。相對權が義務者以外の第三者により侵害せられ得るか否かは、學說上争ひの存する所である。吾國の通說及び判例は(大一一、八、七次判例・大五、一一、二一六判例・大四、三、一〇六判例)、相對權も亦第三者によつて侵害せられ得ると解するも、如何なる場合に於て、相對權の第三者による侵害ありと見るべきかの標準は、明らかでない。故に私は特殊の場合、例之、債權の準占有者、受取證書の持參人、その他法律上その者に對する辨濟が有效とせられる者が、辨濟を受くることにより、

債務者がその義務を免れ得る特殊の場合に限り、第三者による相對權の侵害を認むべきものと考へる。

相對權は、請求權を本質的構成要素とするも、相對權と請求權とは全く別個の概念である。例之、債權は請求權の外に給付を維持する權能を包含するのみならず、請求權は債權が辨濟期に到達するときに始めて成立する。又請求權は債權の内容たるのみならず、物權の如き絕對權を基礎としても發生し得る(物上請求權については、吾が民法に特別の規定がないから、占有訴訟、特定債權に關する規定が其の性質の許す限り類推適用せらるべきである)。請求權の行使を拒否する權利を抗辯權と謂ふ。抗辯權(訴訟上の抗辯權と區別せらるべきである)には、請求權の行使を永久に拒否する永續抗辯權と、一定期間之を拒否する延期的抗辯權の二種がある。

(C) 財産權と非財産權との區別 權利の内容たる本來の利益が、財産上の價値を有するもの(換言すれば裁判官によりて評價せられ得るもの)を財産權と謂ひ、然らざるものを非財産權と謂ふ。本來の利益が財産上の價値を有しない限り、權利行使の間接の結果として、財産上の價値ある利益を取得することあるも、財産權ではない。例之、親權行使の結果偶々親權者が財産上の利益を得ることあるも、親權そのものは財産權には屬しない。人格權若しくは身分權を基礎とする財産權(人格權の侵害に基く損害賠償請求權、妻の財産に對する夫の管理收益權、相續權)は、他の財産權とは或る範

圍に於て別種の取扱を受くることに注意するを要する。債權が總て財産權なるか否かは學說の岐る、所である(三九九參照)。財産權と非財産權とを區別する實益については民一六三・一六七・二〇五・二六四・三六二・四二四・五五五・五八六・七一〇・七一參照。

(D) 直接歸屬の權利と間接歸屬の權利(獨立權と不獨立權) 前者は獨立して發生し得る權利なるに反し、後者は一定の權利又は法律關係に從屬して、その權利又は法律關係の主體に歸屬する權利である。間接歸屬の權利には、その發生についてのみならず、その移轉若しくは消滅についても、主たる權利又は法律關係に從屬するものと、然らざるものがある。例之、保證債權は主たる債權と其の運命を共にするも、利息債權は既に發生せる限り獨立の存在を有するに至る。留置權は債權の移轉と共に必ずしも移轉するものではない。

(E) 一身專屬權と然らざる權利 權利は原則として移轉することを得るも、特殊の權利は、その特定の主體と離れては、存立するを得ない。之を一身專屬の權利と謂ふ。權利の性質上他の主體に歸屬することを得不い權利を、絶對的の一身專屬の權利と謂ひ、當事者の特約に基き他人に歸屬するを得ないものを相對的の一身專屬の權利と謂ふ。一身專屬權には、他人に讓渡するを得ない(從て又擔保に供するを得ない)ものと(三四三・四六六等參照)、更に相續の物體たることを得ないもの(九八六・一〇〇一參照)との二種あることに注意すべきである(他人をして代位して之を行使せしむることを得ないもの(四二三參照)をも一身專屬の權利と謂ふことがある)。差押をなすことを得ない權利は、常に必ずしも一身專屬の權利ではない。差押をなすことを得ない權利は(民訴五七〇參照)、權利者を保護する爲めに、法律が強制執行をなすことを禁ずるものであつて、その任意の移轉を禁ずるものではない。

(七) 權利の行使

(イ) 權利を行使すると否とは原則として自由である(權利行使の自由)。尤も特殊の權利は、同時に權利行使の義務を伴ふ(權利の行使は或は直接に強制せられ、八七九、商五六等)、或は間接に強制せられる(二六七以下二〇一等)。當事者の特約によつて權利行使の義務を定め得ることは勿論である。民法に特別の規定なく又當事者の特約もない場合に、如何なる權利につき、如何なる範圍内まで、權利行使の義務を認むべきかは、各個の權利につき個別的に検討せらるべき問題である。

(ロ) 權利の行使は、その結果として、他人に不利益を及ぼすことあるは、權利の本質上寧ろ當然のことであるが、法律が權利を認むる實質上の理由に鑑み、その他人に及ぼす不利益が相當の範圍を越ゆるものと認むべき場合には、實は權利の行使にはあらずして、學者の所謂權利の濫用であり、違法行爲である。何を以て權利の行使と權利の濫用とを區別すべきかにつき、吾が民法は、直接の規定を設けてゐないから、裁判官は、前述の標準に従ひ、具體的事情を審査して、適

宜の判断をなすことを得る(九〇參照、獨民二二六條は「他人ニ損害ヲ加フル目的ノミニ出ヅル權利ノ行使ヲ許サズ」と規定し、瑞民二條は「各人ハ權利ノ行使及ビ義務ノ履行ニ當リテ、信義ニ從ヒテ行動スベシ。明ラカナル權利ノ濫用ハ法ノ保護スル所ニアラズ」と規定し、ロシヤ民法一條は「私權ハソノ社會的經濟的目的ニ反シテ行使セラルル場合ヲ除ク外法律上ノ保護ヲ受ク」と規定する)。尤も權利濫用の法理を濫用すべきではない。此法理を援用するに當つては慎重なる考慮を必要とする。昭和六年七月二十四日の大審院判決は、夫の財産管理權の濫用を理由として、別居せる妻の財産管理權を認め、妻の日常の用具、例之、衣服については、夫は始めより管理權を有することなく、從て又管理權濫用の問題を生ずる餘地はない(權利濫用に關する判例ハ戸主權の濫用につき、大一二、一二、二七六判、競賣法二三條に依る競賣申立人(同時に最高價格競買申立人)の申立取下權の濫用につき大八・一〇・一四六判、煤煙の害により樹木を枯死せしめた場合につき大七、三、三六判、硫煙の通過のために近接地の農産物を害したる場合につき大五、一二、二二六判、又家族に對する戸主の居所指定權の濫用につき大六、八、一七六判、等がある)。

(八) 權利の競合

多くの絶對權は、直接に生活貨物を支配することを妨げられないことを内容とするが故に、絶對權そのものが互に競合することはない。反之、絶對權若しくは相對權を基礎とする請求權、可能權、絶對權のうち擔保物權の如きは、將來に於て權利者に有利なる結果を發生せしむることをその目的とするものなれば、之等の權利が同一の目的を有し、その行使によつて同一の效果が發生する場合には、之等の權利は相互に競合する。

(イ) 請求權の競合 多數の請求權が、同一の給付を要求することを内容とする場合には互に競合する。

(1) 多數當事者間に於ける競合(例之、連帶債權者、連帶債務者) 同一内容を有する請求權を數人に對して有する場合に、之に對應する債務が連帶の關係に立たないときは、之等の債務を**不真正連帶債務**と謂ふ。不真正連帶債務については吾が民法に一般的規定なく、各個の場合につき個別的にその性質又は效力を判定すべきである。

(2) 同一人に對する請求權の競合は、權利者が義務者に對して、同一内容の數個の請求權を有する場合に生ずる。例之、所有權に基く物上請求權と賃貸借契約に基く債權的請求權との競合。不法行爲を原因とする損害賠償請求權と債務不履行に基く損害賠償請求權との競合(獨逸に於ける通説)。惡意の不當利得返還請求權と不法行爲に基く損害賠償請求權とが互に競合するか否かは疑問である(昭六、四、二二六判は斯くの如き競合を認めた)。

(ロ) 可能權の競合 例之、約定解除權と法定解除權の競合、同時履行の抗辯權と留置權の競合。

(ハ) 擔保物權の競合 例之、特定動產上の先取特權と留置權の競合。

(ニ) 權利の競合 と區別せらるべきものは、**法規競合**である。法規の競合とは、同一の法律要件が多數の規定に於て定められる場合を謂ひ、この場合には特別法たる法規が一般法たる法規を

排除して適用せらるべく、従つて特別法規による一個の権利のみが発生するに過ぎない。例之、詐欺による錯誤の場合には、民法九五條が九六條を排除して適用せられ、詐欺による取消権は發生しない（尤も訴訟に於て、若し錯誤による無效の主張が理由がない場合には、詐欺による取消権を行使すべしと主張することは勿論許される）。

(九) 権利の得喪、變更

権利の得喪變更の原因を**法律要件**と謂ひ、法律要件を構成する個々の事實を**法律事實**と謂ふ。法律事實は自然的事實（事件例之、物の滅失、人の出生、死亡、人の精神状態、不當利得）と人の行為とに大別せられ得る。人の行為は更に適法行為と違法行為に（債務不履行、不法行為）、又適法行為は法律行為と準法律行為（意思通知、觀念通知、感情通知）及び事實行為（例之、物の破壊、事實行為は原則として人の行為なるの故を以て特別の取扱をうけないから、事件と同一視せられ得る。尤も事務管理の如き意思能力を前提とする事實行為あることに注意すべきである。）に區別せられ得る。法律行為のうち最も普通のもは契約である。

(一〇) 権利の保護

権利が何等かの形式に於て、侵害せられたる場合には、訴により國家の保護を求むることを得る（**權利保護請求權**又は**訴權**）。自力による侵害の排除（**自力救済**）は原則として許されないが、特殊

の場合、例之、正當防衛、緊急避難の場合には、例外として自力救済が許される（七二〇）。總ての私權は訴權を伴ひ、訴權を伴はない私權は、吾が民法の認むる所ではない（大九、五、二九長控判、尤も出訴期間の経過により私權そのものも消滅するものと解すべきか否か、又一般に自然債務の概念を否認すべきか否かは疑問である）。

本論

第一章 人

(一) 權利主體

(1) 權利主體なる語は、通常二様の意義に用ひられる。或は特定の權利の歸屬者を謂ひ、或は一般に權利を享有し得べき者（權利能力者又は人格者）を謂ふ。

(1) 如何なる者が權利の歸屬者なるかは、全く形式的に判定せらるべく、當該權利の内容たる利益の歸屬者（享益者）若しくは權利の力たる意思を働かす者（例之、法定代理人、破産管財人）は、常に必ずしも權利の歸屬者ではない。

(2) 吾が民法は、人及び法人を權利能力者として規定する。近時、一定の目的を有する財産自體を以て、權利主體として、取扱はんとする學說（目的財産說）が、一派の學者によつて提唱せられてゐるのは注目に價する。

(ロ) 無主體の權利 無主體の權利の存在する餘地あるか否かについては、從來學說上の争ひがある。權利の本質上權利が主體と離れては存立するを得ないことは當然であるが、個々の場合には、果して無主體の權利が絶対に存在する餘地がないか否かにつき、疑を生ずることがある。

(1) 權利主體が主觀的に不確定なる場合 例之、相続人不明なる相続財産、相続權者たる胎兒がある場合、失踪者が既に死亡せるも、未だその確證もなく、又失踪宣告もうけない場合。之等の場合には、客觀的には權利主體が現存するから、無主體の權利の存在する餘地はない。

(2) 義務が存するも之に對應する權利が存しない場合には、恰も無主體の權利が存在するやうに見ゆるも、義務の反面に常に權利ありと速斷すべきではない(例之、無記名債權の拋棄、公益の爲にする相続人又は受遺者に對する負擔)。

(3) 義捐金その他の應募財産は、一應、募集者の所有に屬するものと解すべきであるから、無主體の權利ではない。

(ハ) 權利主體につき、吾が民法は、一般的には、單に自然人と法人との區別を認むるに過ぎない。尤も、外國人殊に敵國人に對しては、或る範圍の權利權力を制限し(二參照)、商人は或る程度まで普通人と別種の取扱をうけてゐるが、未だ以て、權利主體の區別として、重要視せらるべきものではない。ただ民法は親族編に於て、身分關係に基く相對的な特殊の權利主體(例之、父と子、夫と妻)

の概念を認めてゐるが、一般的に財産、地位、職業その他の關係に基く權利主體の差別を規定してゐない。即ちこれ、權利主體は、常に平等たるべしと謂ふ近世個人主義思想を貫徹する所以に外ならぬ。

(ニ) 不完全なる權利主體 權利能力なき社團又は財團は、或る程度まで、權利主體たる法人と同様の取扱をうける(民訴四六、第二章前註(一)(ロ)參照)。

(二) 自然人

權利能力は、實定法によつて附與せられるのであるが(此の意味に於て人も亦法人である)、人にして今日權利能力を有しない者はない。

(イ) 權利能力は、原則として、出生に始まり(一參照)、死亡に終る。

(ロ) 人の能力(第二節參照)

(ハ) 人の屬性

(1) 性 公法上、男女の區別は、種々の點に於て、重要な意義を有するも、民法は、性の區別につき、家督相続の場合(九七〇、二號)、隱居の場合(七五五)の外は、殆んど差別的規定を設けてゐない(尙、八八六・九〇七・九〇九・九一六參照)。ただ妻についてその行爲能力(一四參照)及び財産處分權(八〇一參照)を制限するに過ぎない。

(2) 年齢 人の年齢は、民法上種々の事項の標準となる。

(a) 民法は、取引の安全を圖る爲、各人の成熟の程度如何を問はず、一律に、滿二十年に達することにより完全なる行爲能力を享有するものと規定する(三參照)。尤も意思能力、過責能力(受刑能力は十四歳(刑四二))の有無については、一定の定めなく、各人の成熟の程度如何により具體的に決定せらるべきである(七一三)。

(b) 男は滿十七年、女は滿十五年に達せざれば、婚姻をなすことを得ない(婚姻適齡(七六五))。又男は滿三十歳、女は滿二十五歳に至るまでは、その婚姻につき、その家にある父母の同意を必要とする(七七一)。

(c) 遺言は法律行爲の一種ではあるが、滿十五年に達したる者は、遺言能力を有する(一〇六一)。

(d) 滿二十年に達しない者は、親權又は後見權に服すべきである(八七七・九〇〇)。

(e) 滿二十年に達せざれば養子をなすを得ない(八三七)。

(f) 父母は、滿十五年に達しない者に代つて、養子縁組をなすことを得る(八四三)。

(g) 滿六十年以上の者は、自由に隱居をなすことを得る(七五二)。

(h) 滿十六年以下の者は、訴訟上宣誓能力を有しない(民訴二八九、刑訴二〇一)。

(3) 健康及び精神状態 健康の障害は、民法上多くの意義を有しない。ただ(i)聾者、啞者、盲

者に對しては、準禁治産の宣告をなすことを得る(二參照)。ii)疾病の爲め家政をとることを得ない戸主は、裁判所の許可を得て隱居をなし(七五三)、又法定の推定家督相續人は、廢除せられ得る(九七五、二號)。iii)民法に特別の規定を缺くも、性的不能者は婚姻をなすことを得ず、又婚姻後の性的不能及び或る程度の性的疾患は、離婚原因として取扱はるべきである。

以上述べた所に反し、精神上の障害は、民法上の種々の事項に重要な關係を有する。(i)精神錯亂により全く意思能力を缺く者は、その生れつきなると否とを問はず、法律上有效なる行爲をなすを得ない(七二三參照)。ii)心神喪失の常況にある者に對しては、禁治産の宣告を、又心神耗弱者に對しては、準禁治産の宣告をなすことを得る(七・二參照)。

(4) 名譽

(a) 事實上その名譽を失墜せしむる行爲をなしたる者は(單なる風評を以ては足りない。故に名譽失墜の原因が證明せられることを要する)、法律上種々の不利益をうけることがある。例之、雇傭契約、委任契約、組合契約、若しくは之等の契約類似の契約の解約につき、契約者の名譽の失墜は、所謂已むことを得ざる事由、又は正當の事由として判断せらるべきことがあり(六二八・六五一・六七八・六八〇)、或は離婚若しくは離縁の原因となり(八一三・八六六)、或は親權又は相續權喪失の原因(不行跡による親權喪失(八九六)、正當なる事由による相續人の廢

除(九七五)となる。

(b) 法律上の名譽の失墜原因中(その主なるものは刑罰である)、特に私法上注目すべきは、破産の宣告である。破産宣告は、破産者の種々の法律關係を終了せしむるのみならず(一三七・一六〇・一一一・二七六・四五二・四六〇・四四一・五八九・六二二・六二四・六三一・六五三・六七九參照)、破産者は後見人、後見監督人、保佐人、親族會員、遺言執行者たることを得ない(九〇八・九〇九・九一六・九四六・一一一一)。

(5) 國籍 (二參照)

(6) 階級『皇族の婚姻、成年々齡については、皇室典範に特別の規定があり、華族世襲財産については、世襲財産法に特別の規定がある。』

(7) 吾が民法は、宗教の區別により、何等法律上の取扱を異にする場合を認めない。宗教上の事務をその職業となす者と然らざる者についても、亦私法上何等の差別はない。

(8) 親族關係(七二五以下)及び家籍關係(七三二)

(9) 氏名は、法律上、人を表示するものたると同時に(「私人ノ印影ハ必スシモンノ氏名ト一致スルヲ要セス」大三、二、六六判)、吾民法には特別の規定を缺くも、人はその氏名に對して氏名權を享有するものと解すべきである(尤も少數の反對説がある)。

(a) 氏名權は他人に讓渡するを得ない。他人に對して、自己の名を使用することを許容するも、その行爲は、氏名權の讓渡ではなくして、氏名權侵害の停止又は損害賠償を請求しないことを内容とする債權契約と解すべく、斯くの如き契約は、默示的にも有效になされ得る(獨大判 KGE. 5 S. 171)。

(b) 他人の氏名を争ひ、又は正當の理由なくして他人の氏名を使用するときは(自己の名として他人の名を用ふる場合に限らず、他人の名を商號又は商標として用ひ(獨大判 KGE. 5 S. 171, 100 S. 180)或は藝名又はペンネームとして用ふる場合も同様である。小説中の人物に生存者の名を用ふることが、氏名權の侵害となるか否かは、疑問である。たゞ場合により名譽權の侵害となることあるに過ぎずと解すべきであらう)、之によつて本人の利益が害せらるる限り、氏名權の確認、使用の停止、又は損害の賠償を請求することを得る。氏名權の侵害によつて害せられる利益は、單に財産上の利益に限らない。人違ひ又は同一の家にあるものの如く見違へられる危険あれば足る(例之、妻が夫の姓を用ふるときは、妻はその停止を請求することを得る[獨大判 KGE. Grandet 46 S. 171]。又理由なくして妻が里方の姓を用ふる場合には、夫はその停止を請求することを得るも、反之、里方の姓を僭稱する者に對しては、妻はその停止を請求し得ないものと解すべきであらう)。

(c) 氏名權は、出生によつて取得する。尤も名については、名附けあることによつて、始め

てその権利を取得する（命名の権利は出生兒の監護義務を負ふ者、即ち親權者又は後見人に屬する。棄兒は、市町村長の命名によつて氏名権を取得するも、爾後本來の氏名が明らかにせられたときは、氏名の訂正がなされるべきである（戸法七八・七九參照））。

氏は人の屬する家籍によつて定まる（七四六）。分家したる者、又は廢絶家を再興したる者は、本家又は廢絶家の氏を稱することを要し（戸法一四五・一四六）、新に一家を創立したる者が、從來の姓を稱すべきか或は任意にその姓を選択し得るものと解すべきかは疑問である。

(d) 氏の變更は、他家に入籍する場合でなければ（一家を創立する場合は前述の如く疑問である）、之をなすを得ない。名の變更は、同一地域内に同姓同名の者ある場合、又は僧籍に入りたる場合等止むを得ない事情の爲めに、行政官廳（内務省又は府縣廳）の許可あるときは外は許されない（明治九年太政官布告五號）。

(e) 氏名と類似する法人の名稱（獨大判 RGE 74 S. 114）、權利能力なき社團の名稱、或は個人の藝名（華道ノ家元ナルコトヲ表ハスヘキ名稱ハソノ人ノ華道ニ關スル生活關係ニ於テソノ人ヲ表彰スル差コソアレ或ル人ヲ他人ト區別スルカ爲メ必要ナル點ニ於テハ一ニシテ取ヘテ選庭ナキヲ以テ權利ナリト解スルヲ相當トス）（大六、五、九京地判）、又はペンネーム（獨大判 RGE 101 S. 230）、電報に用ふる略號についても、之等の名稱が、一般人にその本名と同様若しくはより、以上に知れ渡つてある場合には、その者は、之等の名

稱についても權利を有するものと解すべきである。

(10) 住所（二以下參照）

第一節 私權の享有

第一條 私權ノ享有ハ出生ニ始マル

(一) 自然人の私權享有、即ち權利能力取得の原因は、出生である。

(イ) 出生とは、胎兒が母體より全部脱出して（臍帶の切斷を要しない、刑法上は一部露出説が採用されてゐる。大八、二、一三大判）人類としての生活、即ち獨立に呼吸することを謂ひ（獨立呼吸説）、多少繼續して生存能力を有すると否とを問はない。

(ロ) 畸形兒、變形兒、早産兒も亦、獨立の呼吸をなし得る限り、假令通常人の形態を缺く者と雖も、權利能力を享有する。吾が民法は中性兒を認めないから、専門家の鑑定により人は男女何れかに決定せらるべきである。

(ハ) 早く出生せる者が年長者であつて、受胎の前後は問題でない。故に双生兒についても、早く出生せる者を以て、年長者となすべきである。

(ニ) 出生及び出生時期の證明方法については、何等の制限がない。戸籍法六九條乃至八〇條、一一六條乃至一二三條は、出生の届出及び之を戸籍簿に登録すべきことを規定するも、戸籍簿

上の記載は、一應の證據力を有するに過ぎない。尙ほ外國に於て出生せる子の出生時期の表示は、日本の標準時によつてなされるべきであり、出生の時期が不明なる棄兒は、推定の出生時期が、出生の時期として、戸籍簿に登録せらるべきである（戸法七八Ⅱ）。

(二) 例外として胎兒は相續權、遺贈を受くる權利、損害賠償請求權の享有につき、既に生れたるものと看做される（七二一・九六八・九九三・一〇六五）。

(イ) 胎兒は、胎兒の時に於て、既に權利能力を有するか（法定の解除條件説・この説によれば、胎兒の親權者又は後見人に於て、胎兒の權利を管理すべきである。若しその死産の場合には、胎兒は遡及的にその權利を有せざりしものとなる）、或は生きて生れた場合に、胎兒たりし場合に遡つて、權利能力を有するものと看做さるべきか（法定の停止條件説・この説によれば出生するまでは、相續開始當時の相續人が一應遺産を承繼し、胎兒が生きて生れることにより、始めて遡及的にその權利を失ひ、不當利得の返還義務を負ふこととなる）は、從來學説の岐るる所である。吾國の判例（大六、五、一八大判）及び多數説は停止條件説に傾いてゐるが（法曹記事二七卷六號、法曹會決議）、特に胎兒ある場合につき、遺産の管理制度を設けてゐない吾が民法の解釋としては、（相續法改正要綱第八は「相續ニ關シ胎兒ノ利益ヲ保護スル爲メ管理人ヲ置クコトヲ得ルモノトシ且胎兒ノ出生ニ因リテ家督相續人ノ順位ニ變更ヲ生スルコトアルヘキ場合ニ付キ相當ノ規定ヲ設クルコト」と定めてゐる）、實質上の理由

から、解除條件説を採るべきものと考へる（戸法一二七・一二八參照）。

(ロ) 胎兒は、相續の開始又は損害の發生の時より、既に權利能力を有するものと看做されるが、然かも尙ほその時に出生したものと看做されるものではない。故に例之、遺贈の目的が年金なる場合には、遺言に別段の定めがない限り、出生の時より起算して、その定められたる額の年金請求權を有するに過ぎない。

(ハ) 相續又は損害賠償につき、既に生れたものと看做さるべき胎兒は、幾人（双生兒なるか三つ兒なるか）出生するものと豫定せらるべきかについては、吾が民法に何等の規定なく、解釋上の一疑問たるを免れない。

(ニ) 既に生れたるものと看做される胎兒は、相續の開始又は損害發生の當時に於ける胎兒に限られ、それ以前の胎兒に及ばない。故に例之、胎兒ある者と雖も、任意に他人を養子となすことを妨げないのみならず（八三九參照）、養子は養子縁組の時に生れたるものと看做されるから（九六九Ⅱ）、養子が先順位の家督相續人となる（大六、五、一八大判參照）。又胎兒の出生後相續開始するも、胎兒は、その受胎の時より既に生れたるものと看做されるものではないから、その胎兒たりし時他人がその父母の養子となれる場合には、胎兒は養子に先んじて家督相續人となるものではない（大一一〇、二、七六審決）。

(ホ) 胎兒を既に生れたるものと擬制する民法の規定は、嚴格なる制限規定であつて、他の類似の場合に類推適用するを得ない。尤も胎兒も亦、その保護者たるべき者が、胎兒の爲めに他人より受けたる贈與財産につき、**出生を法定條件とする期待權**を有し得るものと解すべきであらう。獨逸大審院の判例は、屢々其の保全の爲めにする抵當權の設定登記を有效とし、又未だ受胎せざる者の爲めにする契約の效力を認めた (ROLES S. 577 ff.)。

(ヘ) 胎兒が損害賠償の請求又は相續に關する訴訟に於て、**當事者能力**を有するか否かは、前述の解除條件説によると或は停止條件説によるとに従ひ、その斷案を異にする。

(ト) 民法施行前に於ては、胎兒は、總ての法律關係につき、**權利能力**を有せずと見た判例がある。

(三) 自然人の權利能力の消滅原因は、ただ死亡あるのみ。

(イ) 失踪宣告は、死亡と同一の效力を有するも、其の效力は、之によつて確定せらるるを要する法律關係のみに限られ、その他の法律關係に於ては、失踪者も亦權利の主體である (三一參照)。

(ロ) **死者の權利能力**を、一定の範圍に於て、認め得るか否かは、疑問とせられてゐるが、私には、一定の範圍に於ては、之を認むべきものと考へる (拙著「相續法の研究」第四參照、尙八五・七一・七四)。

六・八二一・八二二・八三二・八三三・八三六・八四八・九七八・一〇二一・一〇二八・一〇四三・一〇五二・一〇一七、人訴二〇二・三・二九・三〇、著作權法一八・三六ノ二、刑二三〇、民訴二二二)。

(ハ) **死亡時期の證明方法**についても、何等の制限がない。戶籍簿上の記載は、一應の證據方法たるに過ぎない。又外國の立法例に於けるが如く (獨民二〇、瑞民三三)、同一の危難に於て死亡せる者について、何れが先に死亡せるかにつき、吾が民法に何等の推定規定なく、從つて訴訟に於ては、原告が死亡の時期に關する立證責任を負ふ結果となる。

第二條 外國人ハ法令又ハ條約ニ禁止アル場合ヲ除ク外私權ヲ享有ス

(一) **外國人**とは、日本の國籍を有しない人を謂ふ (外國法人については、三六參照)。故に**無國籍人は外國人**であり、日本の國籍を有する**二重國籍人は日本人**である。

(二) **外國人の權利能力**につき、吾が民法は、排外主義又は相互主義 (外國人の本國が、條約又は法令により內國人に認むると同一程度に於て、その外國人の權利能力を認むる主義) によらずして、**平等主義**を採用し、本條はこの趣旨を明らかにするものである。

(三) **條約による外國人の權利能力の制限**は、未だ存しない。

(四) **法令による外國人の權利能力の制限** (大正一四年法律第四二號外國人土地法、明治三四年法律第三九號外國

人ノ永代借地權ニ關スル法律、明治三二年第六九號外國人ノ抵當權ニ關スル法律、民九六四・九九二、法例二五、船舶法一、鑛業法五、砂鑛法二三、日本銀行條例五、橫濱正金銀行條例五、朝鮮銀行法五、朝鮮殖産銀行令四、東洋拓殖株式會社法三、明治三九年勅令第一四二號二、取引所法一一、水先法二、遠洋航路補助法一、遠洋漁業獎勵法二、日本無線電信株式會社法五

戸主が、日本の國籍を喪失したる場合には、その家督相續が開始し(九六四・一號)、その國籍喪失によりて、其の有する權利を享有するを得ざるに至りたる場合に於て、一年内に之を讓渡さざるときは、その權利は家督相續人に歸屬する(九九〇I)。又日本の國籍を喪失したる家族が、日本人にあらざれば享有することを得ざる權利を有する場合に於て、一年内に之を日本人に讓渡さざるときは、その權利は國庫に歸屬する(明治三二年法律第九四號國籍喪失者ノ權利ニ關スル法律)。

(五) 敵國人の權利能力につき、吾が民法は、一般的に何等の制限をも規定しない。日獨戰爭中敵國人の權利能力に一定の制限をなし、且つ之と取引を禁止したことがある(大正六年勅令第四一號敵對取引禁止令、大正六年法律第二一號工業所有權戰時法、大正八年勅令第三〇四號敵國財産管理令、尙大正四、四、一四大判參照)。

第二節 能力

(一) 法律上の能力

法律上、人の行爲につき、一定の法律効果が附加せられる價値ありとせられる人の能力を、廣く

法律上の能力と謂ふ。

(イ) 意思能力 行爲の動機及び結果を認識し、且つこの認識に従ひ、意思を決定し得る能力(判斷能力)を意思能力と謂ふ。吾が民法は、意思能力に關しては、劃一的の規定を設けてゐないから、各個の行爲につき、行爲者の能力の程度を審査して、個別的にその有無を決すべきである(明二七、九、一九大判)。意思無能力者のなしたる(或は受けたる)法律行爲及び準法律行爲は無効である。尤も事實行爲にして(例之、物の破棄)、人の意思活動たることを理由として法律効果が附加せられないものは、意思無能力者と雖も有効に之をなすことを得る。

(ロ) 違法行爲能力(責任能力又は辨識能力) 行爲の責任を辨識するに足る知能を具ふる者の違法行爲のみが、違法行爲としての効果を發生せしむる(七二・七一三)。違法行爲能力についても、吾が民法は、劃一的の規定を設けてゐないから、各人について、個別的に其の有無が決定せらるべきである。尙ほ違法行爲無能力者の不法行爲は、監督義務者に對して、一定の法律効果を生じ(七一四)、違法行爲無能力者の法定代理人の義務の不履行は、無能力者自身の不履行と同一に取扱はれる。

(ハ) 法律行爲能力 單獨に然かも確定的に有效なる法律行爲をなし得べき能力を、行爲能力、若しくは單に能力と謂ひ、この能力を具へない者を、無能力者と謂ふ。本節は此意味に於ける能

力に關する規定である。

- (1) 行爲能力に關する規定は、その性質の許す限り、準法律行爲に類推せられる。
- (2) 法律行爲の受領能力については、特に民法九八條の規定がある。
- (3) 吾が民法は、行爲無能力の程度につき、一定の段階を規定しない。尤も行爲能力を缺くも意思能力を有する者(嚴格なる意義に於ける所謂限定能力者)と、全然意思能力を缺く者とを區別すべきは勿論であつて、後者の法律行爲又は準法律行爲は全然無効なるに反し、前者の行爲は、單に取消され得るに過ぎない(取消及びその効果は、民二〇以下の規定する所である)。

(4) 行爲能力に關する規定は、強行法に屬し、且つ嚴格規定として取扱はるべきであるから、當事者は自由に此規定の適用の除外を約するを得ないのみならず、何人と雖も、民法上無能力者に該當する者の成熟の程度を立證して、その行爲の確定的に有效なることを主張するを得ない。

(5) 行爲能力に關する規定は、財産法上の法律行爲についてのみ適用せられ、身分法上の法律行爲(身分の得喪變更を生ずべき法律行爲)については、特に之を適用すべき實質上の理由ある場合、若しくは民法に特別の規定ある場合(隱居につき七五五、七五六、婚姻につき七六五、七七四、離婚につき八〇九、私生兒の認知につき八二八、養子縁組につき八四三、八四七、離縁につき八六四)の外は適用せられない(吾國の多數說及び判例の認むる所である。昭和三、五、二四法曹會決議は、未成年戸主が廢家をなすには法定代理人の同意

を要するものとし、更に昭和四、五、一の法曹會決議は、未成年者の行爲に對する法定代理人の同意権は、財産上の行爲に關し身分上の行爲に及ばざるを原則とするも、身分上の行爲と雖も、利害關係の重大なるものについては、特別の規定がない限り、その同意権あるものとし、轉籍、廢家、家督相續人指定の如きは、何れも戸主にとりて重大なる利害の影響を及ぼすべき事項と見てゐる)。尤も身分關係を基礎とする財産關係を形成する法律行爲(相續法上の行爲、親族財産法上の行爲)に適用あるは勿論である(大正一三、五一八法曹會決議は、未成年者が相續人の指定をなすには、法定代理人の同意を要すべきものとした。反對大正一五、六、一七、大判)。尙ほ財産法上の行爲たるも身分法上の行爲たるを問はず、その行爲が終意處分によつてなされるときは、行爲能力を要しないで、ただ遺言能力を必要とする(一〇六一)。

(二) 訴訟能力 無能力者は、原則として、訴訟能力を有しない(例外民訴五〇)。訴訟無能力者の訴訟行爲は絶対に無効であり、單に取消し得るに過ぎざるものではない。無能力者と雖も、意思能力を具ふる限り、原則として、身分法上の行爲能力を有するから、人事訴訟能力を有し(人訴三・二六・三九・五九、同趣旨昭三、一二、二六、大判)、自ら訴訟代理人を選任するを得るも、その結果として、自ら訴訟代理人に對する報酬に關する契約をなすには、法定代理人の同意を要する(大一四、一〇、三大判)。非訟事件に於ける行爲能力については(例之、親族會員の選定及び召集の申請については)、法律に別段の規定がないから、訴訟能力と同一の原則に従ふものと解すべきである(大一三、二、六法曹會決議)。

(ホ) 處分能力 特定の權利を處分し得る能力を、處分能力と謂ふ。權利の主體は、原則として、その權利を處分し得るも、例之、破産者(その破産財團に屬する權利につき)、妻(その持參財産につき)の如く、他人の管理權に基き、權利者にして處分の能力を有しない者もあれば、問屋の如く、權利の主體にあらずして然かも處分の能力を有する者もある。處分の能力と行爲能力とは、全く別個の概念であつて、兩者を混同すべきではない。例之、破産者は完全なる行爲能力を有するも、その財産を處分するを得ない。處分の能力を有する者にあらざれば、原則として、訴訟上正當なる當事者能力を有しない。

(二) 法律上の能力に關する舉證責任

法律は、法律上の能力の要件につき積極的な規定を設けずして、逆に消極的に無能力の要件を規定するのみならず、事實上、人は法律上の能力者なるを普通とするから、無能力を主張する當事者に於て、その要件を立證する責を負ふ(吾國及び獨逸の多數說、獨大判も亦此趣旨を判示した)。

(三) 行爲能力有無の標準

- (イ) 年齢(未成年)
- (1) 未成年者の意義(三參照)
- (2) 未成年者の法定代理(四參照)

- (3) 未成年者の法律行爲に對する同意(四參照)及び同意を缺く場合の效力(二〇以下參照)
- (4) 未成年者が單獨に確定的に有效になし得る法律行爲の範圍
 - (a) 單に權利を得義務を免るべき行爲(四參照)
 - (b) 處分を許されたる財産に關する行爲(五參照)
 - (c) 營業に關する行爲(六、商五參照)
 - (d) 會社の無限責任社員となることを許されたる未成年者は、その會社の業務に關しては能力者と看做される(商六)。

(ロ) 精神障害

(A) 禁治産者

- (1) 意義(七・一〇參照)
- (2) 禁治産者に對する後見(同意及び法定代理、八參照)
- (3) 禁治産者のなしたる法律行爲の效力(九・二〇以下參照)

(B) 準禁治産者

- (1) 意義(一一・一三參照)
- (2) 準禁治産者に對する保佐(同意、一一參照)

(3) 準禁治産者の行爲につき保佐人の同意を得べき範圍(一二參照)
(ハ) 婚姻(妻)

(1) 妻の行爲能力の制限(二四・二八參照)

(2) 妻が總ての法律行爲を單獨に確定的に有效になし得べき場合

(a) 營業に關する行爲(一五・一六參照)

(b) 夫の許可を得難き場合又は許可を適當としない場合(一七參照)

(c) 日常の家事に關する行爲(八〇四)

(3) 妻の行爲能力と處分能力(八〇一)

(四) 無能力者の取引の相手方の保護(一九二〇・二二六參照)

第三條 滿二十年ヲ以テ成年トス

(一) 年齢の計算法は明治三五年法律第五〇號による。

(二) 本條の例外として、皇族につき典範一三條・一四條、外國人につき、法例三條の規定がある。

(三) 未成年者に對する成年宣告の制度(獨民三以下、瑞民一五)、自治産の制度(佛民四七七以下)並に婚姻によつて成年者となるべき制度(瑞民一四〇、佛民四七六)は、吾が民法の採用する所ではない。

第四條 未成年者カ法律行爲ヲ爲スニハ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス但單ニ權利ヲ得又ハ義務ヲ免ルヘキ行爲ハ此限ニ在ラス

(一) 未成年者が確定的に有效なる法律行爲をなす爲めの要件

(イ) 法定代理人の同意

(1) 未成年者の法定代理人は、夫(七九二)、親権者(八八四・八八五)、特別代理人(八八八)、後見人(九二一・九三四)、後見監督人(九一五・四號)である。尙ほ一定の法律行爲については、之等の者は單獨に法定代理權從つて又同意權を有せずして、親族會の協力を必要とする(八七八・八八六・八八七・九二九・九三六、親族會の協力を缺く法定代理人の同意の效力については八八七・九三六)。故に之等の行爲については、親族會の成立するまでは法定代理人を缺くものと見るべきである。

(a) 法定代理人は、未成年者の法律行爲につき、同意權從つて又追認權(一九參照)を有する外
(b) 法定代理人は、常に未成年者に代つて、法律行爲をなすことを得る(八八四以下・八八八・八八六・八八七・九一五・四號 九二一・九二九・九三六、商七、非訟一七一)。意思無能力者の法定代理人は常に

代理權に基いてのみ法律行爲をなすことを得る。尤も事實上代理意思を以て行爲をなす限り、その行爲の形式が、同意の形式を踐むと否とを問はない(意思能力ナキ未成年者ノ名義ヲ以テ爲シタル法律行爲ハ反證ナキ限り其未成年者自身ノ爲シタルモノニアラスシテ適法ノ代表者ニ於テ之ヲ爲シタルモノ)

ノト推定スヘキヲ以テ未成年者自身カ之ヲナシタルモノト主張スル者ニ於テ之ヲ立證スヘキモノトスル大九、六、五大判。尙ほ意思無能力者の法定代理人は、非法律行為についても、一般に無能力者を代表すべきこと、宛かも法人の機關と同様である。

法定代理人の代理權は、原則として、**財産法上の法律行為に限られ**、當然には身分法上の法律行為に及ぶものではない(例外、八四三)。尤も身分關係の確認訴訟は、法定代理人に於て、未成年者に代つて之を有效になし得るものと解すべきであらう(同趣旨、大九、一、三〇大判)。

(2) 同意は、行為無能力者の能力を補充する意思表示であるから、**一種の授權行為**として取扱はるべく(民訴五〇參照)、従つてその他の授權行為(例之、代理權の授與)と同様の法理に従ふ。同意は、或は行為者の利益を保護する爲めに要求せられることがあり(例之、本條の規定する監督義務者の同意)、或は第三者の利益を保護する爲めに要求せられることあり(例之、第三者の權利處分の同意、或は自己の利益の侵害に對する同意、吾が民法には獨民一八五條の如き明文はないが、同意により非權利者と雖も他人の權利を處分し得るものと解すべきである)、或は他人の權利又は利益に直接間接の影響を及ぼすべき法律行為に對して、その他人の同意が要求せらるることがある(例之、代理權の授與、妻の財産處分に對する夫の同意、七九九、八〇一、夫の行為に對する妻の同意、民八〇二)。その何れの種類の同意についても、吾が民法は特別の規定を設けてゐないが、一般に次の如き理論が認めらるべきである。

(a) **同意は相手方ある一方的意思表示**であり(従つて意思表示に關する規定は總て適用せられる。同意の意思表示自體に取消原因あるときは、取消によつて同意はその效力を失ふ)、同意を要する法律行為が相手方ある場合には、法律に別段の規定がない限り(二二三、一一三Ⅱ參照)、行為者に對しても(同意が無能力者に對してなされる場合には民法九八條の適用はない)、又その相手方に對してなすも有效である(法定代理人の同意は無能力者に對してのみなされ得べきものとする學説がある。この學説は吾國に於ける多數説である)。

(b) 同意は、同意が要求せられる意思表示の一部をなすものではなく、**單なる補助的**意思表示に過ぎないから、未成年者の法律行為は、二個の意思表示を包含するも、當然に契約又は合同行為をなすものと解するを得ない。尤も未成年者の意思表示の内容と、法定代理人の同意の内容とは、その主要なる部分に於て互に一致することを要する。

同意は未成年者の意思表示の一部をなすものではないから、當該の意思表示が一定の方式を要する場合にも、原則として、**同意には何等の方式を要することなく**、従つて同意は默示的にもなされ得る。尤も或る意思表示が慎重なる考慮の結果なされるべきものとして、一定の方式を要するものとせられる場合には(例之、贈與)、同意も亦その方式を踐むべきものと解すべきである。

(c) 同意は事前たると事後たるを問はない（多數説は必ず事前たるを要するものと解してゐる）。民法は、取引の相手方に對する事後同意を、特に追認と謂ひ、特殊の取扱をしてゐる（一九・二二・三・一一三參照）。尙ほ親族會の同意も亦事後たることを得る（一九・八八七・九三六參照）。

(d) 同意は未だ法律行為がなされない以前に於ては、任意に撤回せられ得る。尤も取引の相手方に對して同意がなされたる場合には、その相手方に對して、撤回の意思表示をなすべきである（一六參照）。

(e) 同意は同意權者に於てなされねば、その效力を生じない。尤もこの點については、民法一〇九條・一一〇條・一一二條の規定が類推適用せられる結果、眞正の同意權を有しない者の同意が有效とせられる場合あることに、注意しなければならぬ。

(f) 同意は、原則として、個々の法律行為につき個別的になさるべきであるが（多數説）、個々の行為を豫見してなされる概括的同意は有效である。

(g) 法定代理人が、未成年者の法律行為につき同意を與ふるとも、その法律行為が法定代理權の範圍内にある限りは、尙ほその同一の行為につき、代理行為をなすことを得るは勿論である。

(ロ) 未成年者が意思能力を有すること

(二) 法定代理人の同意を缺く未成年者の法律行為の效力

(イ) 同意を缺く未成年者の行為は、未成年者又は法定代理人によつて取消され得る（本條第二項）。その追認若しくは時効により取消權が消滅しない限り、その法律行為に基く訴訟が既に提起せられたる後なると（明三五、一一、六六判）、更にその法律行為の履行を命ずる判決が確定したる後なるとを問はず（明四三、四、三〇名控判）、之を取消すことを得る（追認及び取消については一九・一二〇以下參照）。

尤も取消以前に於ては、未成年者の行為は、總てのものに對する關係に於て有效であり、従つて取引の相手方は、無權代理行為の場合に於けるが如く（一一五參照）、一方的の撤回權を有しない。

(ロ) 例外 民法二〇條參照。尙ほ取消し得べき行為と雖も、この行為に基く債務が有効に履行せられたときは、法定追認として、その法律行為をも有效ならしむるから（一二五、一號）、例之、勞務契約の締結につき法定代理人の同意を得ない場合にも、履行行為たる勞務の提供は法定代理人の同意なくして法律上の效力を生ずる結果、勞務の提供は、契約そのものを有効ならしむる。

(三) 未成年者が單獨になし得る法律行為

(イ) 單に權利を得義務を免るべき行為

(1) 負擔なき贈與をうけ（未成年者受贈者トシテ贈與契約ヲナスハ即チ單ニ權利ヲ取得スル行為ニ外ナラサルニヨリ此ノ場合ニ於ケル贈與者ハ縱令ソノ未成年者ニ對シ親權ヲ行フ父又ハ母ナリトスルモ民法第八八條第一項ノ適用ナ

キヲ以テ父又ハ母ハ未成年者タルソノ子ノ爲ニ特別代理人ノ選任ヲ親族會ニ請求シソノ選任セラレタル特別代理人ニ於テ未成年者ノ爲ニ贈與ノ受諾ヲナスヲ要セサルモノトスル大九、一、二(大判)、又は特定遺贈を承認する行爲。

反之、著しき利益を得べき賣買契約又は豊富なる財産相續又は包括遺贈につき承認をなすことは、権利を取得すると同時に義務を負担するに至るから、法定代理人の同意を要する。辨濟の受領行爲も亦、之によつて債權そのものを消滅せしむるに至るから、法定代理人の同意を要するものと解すべきである(尤も獨逸の學界に於ては、少數の反對説がある)。

(2) 代償なくして義務を免るべき行爲、例之、書面によらざる贈與の取消、無償契約の解除等。
(3) 單に權利を得義務を免るべき法律行爲につき他人に代理權を授與する行爲。

(ロ) 第五條の規定する行爲

(ハ) 第六條の規定する行爲

(ニ) 終意處分(一〇六一)は、滿十五年に達する限り、未成年者と雖も有效に之をなすことを得る。

(四) 民法施行前に於ては、未成年者の法律行爲に關しては、その行爲の當時、未成年者が完全なる意思能力を具ふる限り、その法律行爲を有效と認定するに妨げない(大四、二、二〇・大五、六、二四
大判・六一、一一、二四東控判)。

第五條 法定代理人カ目的ヲ定メテ處分ヲ許シタル財産ハ其目的ノ範圍内ニ於テ未成年者隨意ニ之ヲ處分スルコトヲ得目的ヲ定メスシテ處分ヲ許シタル財産ヲ處分スル亦同シ

(一) 本條適用の要件

(イ) 未成年者が意思能力を有すること

(ロ) 法定代理人の一定の財産に關する處分の許可

(1) 許可は、處分の目的を定めてなすことを得るのみならず、その目的を定めない場合に於ても、財産の範圍が限定せられる限り、有效である。目的を定めて處分を許したるにも拘はらず、目的外の處分をなしたる場合に、その處分行爲は、前條第二項により取消され得るか否かは頗る疑問である。恐らくは民法一〇九條・一一〇條の類推適用により、處分行爲の相手方が、その目的の範圍外なることにつき善意無過失なるときは、その處分行爲は確定的に有效のものとして取扱はるべきであらう。

(2) 法定代理人の許可については、特別の方式がないから、默示の許可も亦有效である(例之、分家の際一定の財産を分與する行爲、六一二、七、二三東地判)。

(3) 法定代理人が處分を許可し得る財産の範圍については、民法八八六條・八八七條・九二九條・九三六條による制限あることに注意すべきである。全財産の處分の許可は、事實上無能

力の解除と同一の結果となるも(従つて之を許さずと見る學説がある)、特に民法上處分の許可につき制限をうくる財産を包含しない限り、有效と見て差支へない。

(4) 法定代理人の許可は、之を主張する當事者に於て立證せらるべきであるが、可なり廣い範圍に於て、默示の許可として推定せらるべき行爲が認めらるべきであらう。

(二) 本條による效力

(イ) 法定代理人の許可ある財産については、未成年者は、單にその財産の處分行爲のみならず、債務行爲等總ての法律行爲をも有効になすことを得る。

(ロ) 未成年者が豫め法定代理人の同意なくして或る債務行爲をなし、爾後法定代理人の處分を許したる財産を以てその履行行爲をなすときは、始めの債務行爲も亦有效となる(一二五、一號、尙、處分の許可が債務行爲に對する默示の追認として取扱はるべきこともある)。

(ハ) 處分を許したる財産に關する法律行爲についても、法定代理人は、その代理權を失はない。

(ニ) 法定代理人は、未成年者が許可せられたる財産につき未だ法律行爲をなさない間は、任意にその許可を撤回することを得る(前條註(一)(イ)(ロ)参照)。

(ホ) 處分を許されたる財産によつて取得せられたる財産も亦、未成年者の特別財産として、

單獨に處分し得るものと解すべきである(物上代位)。

第六條

一種又ハ數種ノ營業ヲ許サレタル未成年者ハ其營業ニ關シテハ成年者ト同一ノ能力ヲ有ス前項ノ場合ニ於テ未成年者カ未タ其營業ニ堪ヘサル事跡アルトキハ其法定代理人ハ親族編ノ規定ニ從ヒ其許可ヲ取消シ又ハ之ヲ制限スルコトヲ得

(一) 營業許可

(イ) 營業とは商業に限らず、營利を目的とする總ての職業を謂ふ(例之、官吏、職工、手代として、他人に使用される場合をも包含する。大四、一二、二四大判は、藝妓となることも亦營業であると判示した)。會社の無限責任社員となることを許されたる者も亦營業を許されたる者と同様に、會社の業務に關しては能力者となる(商六)。

(ロ) 營業許可の方法

(1) 營業そのものは、種類的に特定するを要する。一單位の營業につき、取引額又は取引品の範圍を制限して營業を許可するが如きは、取引の相手方に不測の損害を及ぼす虞があるから、斯くの如き制限は、無効と解すべきである(非訟法一六六條も亦營業許可の登記の申請につき、申請書に營業の種類を記載すべきものとしてゐる)。

(2) 許可の方法については、特別の方式なく、黙示の許可も有効である。故に例之、未成年者が營業を營むに當り、その法定代理人が事實上監督をしてゐる場合には、營業の許可がなされたものと見ることを得る(明三四、三、二二大判、反之、「營業者タル被相續人死亡後ソノ相續人タル未成年者ノ名ヲ以テ先代ノ營業ヲ繼續スルノ事實ハ直チニ未成年者ニ對シ獨立シテ營業ヲナスコトヲ法定代理人ニ於テ許可シタルモノト認め得ヘキモノニアラス」大六、一〇、二五大判)。

(3) 營業が商業なるときは、營業許可の登記公告(非訟一三九以下・一六六)がなければ、之を以て善意の第三者に對抗するを得ない(商五・二二、商施四)。尤も第三者より營業許可の事實を主張するを妨げない。

(ハ) 營業の許可は、法定代理人に於て單獨になし得ることもあれば、或は親族會の協力を要することもある(八八三・八七八・八九二)。

(二) 營業許可の效力

許可せられたる營業に關しては、未成年者は成年者と同一の能力を有する。

(イ) 營業に關する行爲とは、營業に關聯する總ての行爲を謂ひ(大一四、九二九朝高法院判)、營業行爲そのものは勿論、支配人の選任(大一四、一二、七法曹會決議)、營業の準備、維持又は清算行爲等、廣く營業の爲めにする行爲をも包含する(法律行爲のみならず訴訟行爲並に非訟行爲、民訴四九參照)。特定の

行爲が營業に關する行爲に屬するか否かは「社會取引ノ常態ニ鑑ミ宜ク客觀的標準ニ依リ之ヲ決スヘク單ニ未成年者又ハ相手方ノ主觀ニ依リテ營業トノ間ニ關聯ヲ組成スル場合ノ如キ之ヲ除外スヘキ」である(前掲朝高判)。この標準に従ひ、苟くも營業に關する行爲に該當する限りは、その法律行爲の目的が不動産その他重要な財産なる場合にも、未成年者に於て單獨に之をなすことを得る。

(ロ) 營業の許可をうけたる未成年者は、その營業の範圍内に於ては全然成年者と同一視せらるべきであり、從つてその範圍に於ては法定代理人は代理權を有しない。

(三) 營業許可の取消又は制限

(イ) 要件 未成年者が營業に堪へざる事跡あること。

(ロ) 取消又は制限の方法 父及び母は單獨に營業の許可を取消又は制限し得るも(八八三)、後見人、繼父母又は嫡母は、親族會の同意がない限り取消又は制限するを得ない。

營業許可の取消又は制限は無條件なることを要し、又制限は二個以上の營業が許可せられたる時に一個又は數個の營業に限定する場合に限られ、一營業の内容につき制限をなすを得ない。

(ハ) 取消又は制限の效力 この效力は、將來に對してのみ發生し、且つ妻に於ける場合と異り(二六參照)、善意の第三者に對しても、この效力を以て對抗し得る。尤も營業が商業なる場合に

は、その取消又は制限後登記の全部又は一部を抹消しない間は、之を以て善意の第三者に對抗するを得ない(商一二一五、非訟一六八)。

(四) 法定代理人は未成年者に代つて營業をなすことを得る(八七八・八八四・八八六・九二九、商七、非訟一四〇、四號一七一、商施六)。

第七條 心神喪失ノ常況ニ在ル者ニ付テハ裁判所ハ本人、配偶者、四親等内ノ親族、戸主、後見人、保佐人又ハ檢事ノ請求ニ因リ禁治産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得

(一) 本條は禁治産の宣告に關する要件を規定する。

(イ) 心神喪失(判斷能力喪失)の常況にあること 禁治産の宣告をなすには、裁判所は、必ず鑑定人につき、醫學上の意見を聞くべきである(人訴四八)。心神喪失の常況に在ることを理由として、禁治産宣告の申立ある場合に於て、單に心神耗弱の程度にあるときは、裁判所は、之に對して準禁産の宣告をなし得るか否か(當事者がその申立を手續中に於て變更し得るは勿論であるが、同趣旨大一小四、五、二大決、茲に問題となるのは當事者の申立の變更がない場合である)については、法律に別段の規定はないが、この問題を積極に解すべきものと信ずる(同趣旨、大七、一一、四大控判)。

(ロ) 一定の者より禁治産宣告の申立あること

(1) 本人 本人がこの申立をなすには、尠くとも申立の時に於ては、判斷能力を回復せることを要する。

(2) 配偶者 妻が夫の禁治産の申立をなすには、夫の許可を要しない。尙ほ内縁の配偶者は、他の配偶者の爲めに禁治産宣告の申立をなすを得ない。

(3) 四親等内の親族 親族は血族、準血族及び姻族の總てを包含するも、姻族は三親等内の者に限り親族なることに注意すべきである(七二五、三號)。

(4) 戸主

(5) 後見人 本人が未成年者なる場合に限る。未成年者も亦その行爲能力を制限せられてはゐるが、その程度は、禁治産者より小であるから、更に未成年者に對しても禁治産の宣告をなす實益があるのみならず、成年期に達する以前に豫め禁治産の宣告をうくる必要あることは勿論である。

(6) 保佐人 準禁治産者を禁治産者たらしむる場合に限る。

(7) 檢事 公益の代表者たる資格に於て申立権を有する。

(八) 右の要件が具備する場合に、裁判所は必ず禁治産の宣告をなすべきか否かについては、學說上争ひがある(多數説は積極に解してゐる)。

(二) 禁治産宣告手續は、人事訴訟手續法四〇條以下の規定する所である。

(イ) 裁判管轄(人訴四〇・一一参照)

(ロ) 禁治産宣告の申立は、書面又は口頭を以て之をなすことを得る。申立には、その原因たる事實及び證據方法を表示しなければならぬ(人訴四二)。更に裁判所は手續開始前に診斷書の提出を申立人に命ずることを得る(人訴四三)。

(ハ) 裁判所の手續については、人事訴訟手續法四三條以下に詳細なる規定がある。

(ニ) 禁治産宣告の申立を却下する決定に對しては、申立人及び檢事より即時抗告(民訴四一五)をなすことを得る(人訴五四・四三・四六)。

(ホ) 禁治産の宣告に對しては、宣告申立の權利を有する者より、一ヶ月内に訴を以て不服を申立つることを得る(人訴五五)。この期間の起算點は、禁治産者については、禁治産の宣告を知りたる日、その他の者については、禁治産宣告の決定が效力を生じたる日(人訴五五)である。

(ヘ) 禁治産宣告の決定は、(ホ)に掲げたる期間内に不服の訴が提起せられることにより、その確定を妨げらるるも、便宜上の理由から、人事訴訟手續法五二條は、その確定をまたずして、送達の日より(大五、六、二四六)一定の範圍に於ける形成力を認めてゐる。

(1) この決定に基き後見人となりたる者は、決定の取消あるまで、禁治産者の法定代理人と

して有效なる法律行爲、又は法定管理人として有效なる財産管理行爲をなすことを得る(人訴六一)。

(2) 反之、意思能力を有する禁治産者のなしたる行爲は、この決定を理由として取消さるるを得ない(人訴六一)。

(3) 禁治産者の行爲は後見人の行爲と抵觸する場合には、先になされた行爲を有效とすべく、同時になされたときは、共に無効である。

(ト) 禁治産宣告の決定に對する不服申立の訴に關する裁判の手續については、人事訴訟手續法五六條以下の規定する所である。

(1) 裁判所が、不服申立の訴を理ありと認むるときは、禁治産宣告の決定を取消すべきである(人訴六〇)。取消により、既に發生したる禁治産宣告の效力は、將來に向つて效力を失ふ(人訴六一)。

(2) 裁判所が、禁治産宣告の決定を取消したるときは、その判決の確定に至るまで、禁治産者の監護又はその財産の保存につき必要な處分を命ずることを得る(人訴六〇)。財産管理については、不在者の財産の管理に關する規定を類推適用すべきである。

(三) 禁治産宣告の效力

- (イ) 禁治産者は後見に服する(八参照)。
- (ロ) 禁治産者は行為能力(従つて訴訟能力)を有しない(九参照)。
- (ハ) 夫が禁治産の宣告を受けたるときは、妻は完全なる能力を有する(一七、三號参照)。
- (ニ) 禁治産者は法律上一定の地位につくを得ない(例之、遺言の證人又は立會人、一〇七四、二號・二〇八四、後見人若しくは後見監督人、九〇八、二號・九一六、親族會員、九四六Ⅲ、保佐人、九〇九たるを得ない。尙、一般に禁治産者は法定代理人たるを得ないものと解すべきである、戸主が禁治産の宣告を受けたるときは七五一條の適用あるべきである)。
- (ホ) 商六九、五號・三〇二、二號、民六七九、三號・六五三・一一一條参照。

第八條 禁治産者ハ之ヲ後見ニ付ス

本條は、次條と共に、禁治産宣告の效力を定めたものである(九〇〇、二號参照)。

- (一) 禁治産者の後見人となるべき者(九〇二・九〇八)
未成年者が禁治産の宣告を受けた場合には、親権者が當然後見人となつて兩資格を兼ね、又從來の後見人は當然に禁治産者の後見人となるものと解すべく(九〇六参照)、同一人に對し未成年者後見人と禁治産者後見人の二人の後見人を附することは、法律の認めない所と解すべきである。
- (二) 後見人の權利義務(九一七以下)

第九條 禁治産者ノ行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得

(一) 取消され得べき禁治産者の行爲の範圍

- (イ) 財産法上の法律行為又は準法律行為に限られ(その訴訟行為は絶対に無効である)、身分法上の法律行為は、禁治産者が意思能力を回復せる間になさるる限り、有效である(七五六・七七四・八一〇・八二八・八四七・八六四、人訴三一・二六・三九一・五九は特にこの旨を規定するも注意規定たるにすぎない)。
禁治産者の法定代理人は、原則として、身分法上の行為につき、代理權を有しないから(例外、九三四、人訴四・二五)、禁治産者が意思能力を回復しない限りは、絶対に身分法上の法律行為をなすを得ない。禁治産者は身分法上の法律行為をなし得る結果として又人事訴訟能力を有する。尤もその意思能力を回復せる場合に限ることは勿論である(大九、一、三〇大判)。
- (ロ) 禁治産者が、行為の當時、意思能力を有しない場合には、その行為は絶対に無効である。尤もその無効を主張する側に於て、意思能力の欠缺を立證すべきであらう(尙、無効なる禁治産者の行為と雖も、後見人が之を追認することにより追認のときより有效となる。一一九参照)。
- (ハ) 禁治産者と雖も、使者として、意思表示を傳達することを得る。故に後見人が禁治産者を使用者として使用した場合には、その行為は後見人の行為として有効である。
- (ニ) 禁治産者の意思表示受領能力については、特に民法九八條の規定がある。

(ホ) 禁治産者がある意思能力を回復せる場合には、有效なる遺言をなすことを得る(一〇六二、一〇七三)。

(ハ) 禁治産宣告の決定が送達せられた後、その取消あるまでに於ける禁治産者の行爲が取消され得るに過ぎない。

(1) 禁治産宣告の決定が不服の申立により取消されたる場合には、決定後取消前に禁治産者のなしたる行爲は取消されるを得ない(人訴六一)。

(2) 禁治産宣告前になしたる行爲は、その意思能力を缺くことが立證せられた場合に限り、無効として取扱はれる。

(3) 禁治産宣告取消前に、事實上禁治産者が意思能力を回復した場合に於ても、その事實を立證して、その行爲が確定的に有效なることを主張するを得ない。

(ト) 禁治産が意思能力を回復せる間に、後見人の同意を得てなしたる行爲も亦、取消され得るか、當然に無効であるか、或は有効として取扱はるべきかについては、從來學者間に議論がある。通説は、取消し得べきものと見てゐるが、この説に従ふとも、後見人の同意が、取消し得べき行爲の追認として、禁治産者の行爲を有效ならしむる場合あることに注意すべきである。

(ニ) 禁治産者の行爲は、單に禁治産の宣告がなされたことを立證することにより、當然に取消

され得る。敢へて心神喪失中の行爲なることを立證するを要しない。これ禁治産制度の效用に外ならぬ。

第十條 禁治産ノ原因止ミタルトキハ裁判所ハ第七條ニ掲ケタル者ノ請求ニ因リ其宣告ヲ取消スコトヲ要ス

(一) 本條による取消と人事訴訟手續法五五條による不服申立に基く取消との差異

本條は、禁治産宣告の原因たる心神喪失の常況に在る状態そのものが消滅したことを理由として、禁治産宣告の效力を、將來に向つて、消滅せしむる爲めに(従つて取消は創設的效力を有する)なされる宣告の取消を規定するものであつて、始めから心神喪失の常況に在らざること、若しくは申立人が申立権を有せざることを理由として、區裁判所のなしたる禁治産宣告の決定に對してなされたる不服申立に基き、その決定を取消する場合と區別せらるべきである。後者は、本來認定的效力を有するものであるから、禁治産の宣告そのものを既往に遡つて無効ならしむる。尤も人事訴訟手續法六一條第一項の例外あることに注意しなければならぬ。

(二) 取消の要件

(イ) 心神喪失の常況が消滅したること

(ロ) 第七條に掲げた者の請求あること 必ずしも當初の申立人の請求を要しない。

(三) 取消の手續(人訴六三以下)

(イ) 管轄裁判所(人訴六三・一〇)

(ロ) 請求の方式(人訴六三・四二)

(ハ) 手續(人訴六三・四三・四八)

(ニ) 取消の申立を却下したる決定に對する不服申立(人訴六六・五六・六一・六二)

(ホ) 禁治産宣告を取消す旨の決定に對しては、不服申立の方法はない(故に新に禁治産宣告の申立をなす外はない)。ただ檢事に於て即時抗告をなし得るに過ぎない。この即時抗告は、執行停止の效力を有する(人訴六五)。

(四) 禁治産宣告取消の效力

禁治産宣告の取消の裁判が確定するときは、爾後禁治産者は、その能力を回復し、後見人は後見權を失ふ。準禁治産者に對する禁治産の宣告が取消されたる場合に、その者は、依然として、準禁治産者として取扱はるべきか、或は禁治産の宣告により準禁治産の宣告そのものもその效力を失ひ、従つて禁治産宣告の取消により、その者は完全に能力を回復するかは、頗る疑問である。

(五) 裁判所は、禁治産宣告取消の申立ある場合に於て、申立人の申立をまたずして、尙ほ心神

耗弱の状態にあることを理由として、準禁治産の宣告をなすことを得るか否かは疑問である。

第十一條 心神耗弱者、聾者、啞者、盲者及ヒ浪費者ハ準禁治産者トシテ之ニ保佐人ヲ附スルコトヲ得

(一) 準禁治産の宣告

(イ) 要件 本條に列擧する精神又は肉體上の缺陷あること。

(1) 心神耗弱者とは、心神喪失の程度に至らざる精神障碍(法律行為の利害得失を判断するを得ない程度)の常況に在る者を謂ひ、従つて禁治産宣告の申立あるも心神喪失の程度に至らざるものご認むるときは、裁判所は準禁治産の宣告をなすべきである。反之、準禁治産の申立ある場合に、その心神喪失の程度に在ることを理由として、禁治産の宣告をなし得るか否かは疑問である(之を肯定する少數の學説がある)。

(2) 聾者、啞者、盲者

(3) 浪費者 浪費の習癖(浪費なるか否かは相對的に決定せらるべきである。明三七、一二、三六判)ある者を謂ひ、浪費の結果自己又はその扶養權利者の生活を困難ならしむる限り、その目的は必ずしも不道徳なるを要せず、且つ浪費により資産の數額を全體に於て減少したると否とを問はな

い(大一〇三、一東控判)。

以上列擧の者に該當するときは、未成年者に對しても準禁治産の宣告をなすことを得るも、その實益に乏しい。禁治産者に對しては、禁治産宣告を取消さない限り、準禁治産の宣告をなすを得ない。

(ロ) 準禁治産宣告の要件が具はるときは、裁判所は常にその宣告をなすことを要するか否かは(判例は積極説による、大一一、八、四大判)、議論の岐るる所である。盲者、啞者、聾者は、常に必ずしも精神障碍者ではないから、自己の爲めにその財産を適當に管理し得ない場合に限り、之等の者に對しては、準禁治産の宣告をなし得るものと解すべく(同趣旨、大六、九、一七六區判、又多數の學者の認むる所である)、反之、心神耗弱者若しくは浪費者は常に準禁治産の宣告により保護せらるべきである(故に「準禁治産ヲ宣告シタル決定ニ對スル不服ノ訴ハ心神耗弱者ニアラサルコトヲ以テソノ理由トナスヘキモノニシテ心神耗弱者ナルモ準禁治産者トナスノ必要存セストノ理由ニ基キ不服ヲ申立ツルヲ得ス」大一一、八、四大判)。

(ハ) 準禁治産宣告の手續は禁治産宣告の場合と同様である(人訴六七・六八)。

(二) 準禁治産宣告の效力

準禁治産宣告の效力は、その決定が適法に送達せられた時より發生し、該宣告を取消す判決が確定するまで存續する(明三九、四、一三六控判・同四三、四、六大判)。

(イ) 準禁治産者には、保佐人が附せられ、一定の法律行爲につき、その同意が要求せられる(一二參照)。

(1) 保佐人が常に準禁治産者に附せらるることを要するか否かについては、積極(通説、同趣旨大六、三、二九六判)、消極の兩學説が對立してゐる。

(2) 保佐人となるべき者は、禁治産者の後見人たるべき者と同一である(九〇九參照、準禁治産者ハ成年ニ達スルモ親權ニ服従スルモノナルヲ以テ從來保佐人タリシ母ハ依然保佐人タルヘク假令準禁治産者ノ妻力成年ニ達スルモノ者カ當然夫ノ保佐人トナルヘキモノニアラス、明四四長控判)。法定の保佐人がないときは、通説に従へば、親族會は必ず保佐人を選定しなければならぬ(九〇九・九〇四)。

(3) 保佐人の權限 保佐人は、準禁治産者の特定の法律行爲に對して同意を與ふる權限を有するのみで、法定代理權を有しない。準禁治産者が、保佐人の同意なくして、特定の法律行爲をなしたる場合に、保佐人が之を追認し(追認が事後の同意として有效なる場合があることは勿論である、大五、二、二大判參照)、又は取消し得るかは頗る疑問である。追認權又は取消權を以て法定代理權の効果と見ずして、同意權の効果となし、この問題を積極に解する有力なる學説がある。私も此説に左袒したい。

(4) 臨時保佐人(九〇九Ⅱ)

(ロ) 準禁治産者は法律上一定の地位を取得するを得ない(九〇八・九〇九・九一六・九四六・一〇七四・一〇八四)。**一般に準禁治産者は法定代理人となり又は戸主権を行使し得ないものご解すべきである**

(同趣旨、親権の行使につき、明四四・一一、二七大判・昭四・六、二八大判)。

(ハ) 夫が準禁治産の宣告をうけたるときは、妻は完全なる能力者となる(一七・三號)。

(ニ) 準禁治産者は、民法八七七條により、當然に父又は母の親権に服するものと解せられてゐる(大四奈良地判)。

第十二條 準禁治産者カ左ニ掲ケタル行爲ヲ爲スニハ其保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

- 一 元本ヲ領收シ又ハ之ヲ利用スルコト
- 二 借財又ハ保證ヲ爲スコト
- 三 不動産又ハ重要ナル動産ニ關スル權利ノ得喪ヲ目的トスル行爲ヲ爲スコト
- 四 訴訟行爲ヲ爲スコト
- 五 贈與、和解又ハ仲裁契約ヲ爲スコト
- 六 相續ヲ承認シ又ハ之ヲ拋棄スルコト
- 七 贈與若クハ遺贈ヲ拒絶シ又ハ負擔附ノ贈與若クハ遺贈ヲ受諾スルコト

八 新築、改築、増築又ハ大修繕ヲ爲スコト

九 第六百二條ニ定メタル期間ヲ超ユル貸借ヲ爲スコト

裁判所ハ場合ニ依リ準禁治産者カ前項ニ掲ケサル行爲ヲ爲スニモ亦其保佐人ノ同意アルコトヲ要スル旨ヲ宣告スルコトヲ得

前二項ノ規定ニ反スル行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得

(一) 準禁治産者の行爲能力制限の範圍

その範圍は、本條に列舉せられる行爲に限られるが、裁判所は、場合により、尙ほその制限の範圍を擴張することを得る。民法は保佐人の同意を要する行爲として、本條第一號乃至第九號の行爲を指示してゐるが、畢竟重要な財産法上の行爲について、準禁治産者の專斷を防がんとする趣旨に出づるものであるから、この趣旨に副ふべく本條を解釋すべきである。

(イ) 元本を領收し又は之を利用すること

元本とは果實を生ずべき物(吾が民法は權利の果實なる概念を認めてゐないが、株主權の如き利益配當請求權を發生せしむる權利は、ここに所謂元本と解すべきである)を謂ひ、果實は法定果實なると天然果實なるとを問はない。尤も元本の價值が比較的重要なでない場合には、ここに所謂元本として取扱はるべきではない。尙ほ元本を利用する場合に於ても、本條第九號に該

當しない貸借は、準禁治産者に於て單獨に之をなすことを得る

(ロ) 借財又は保證を爲すこと

借財とは、金錢その他消費物の消費貸借のみに限らず、廣く之に準すべき債務負擔行爲をも包含する。故に例之、(1)消費寄託(2)立替金の債務負擔(明四三、四、一二東控判)(3)手形行爲(明三九、五、一七六判・大三、一一、二〇大判、學說上に於ても多數説)(4)無盡に加入せる者が、滿會前に於て、抽籤、入札その他類似の方法により金錢の給付をうくる行爲(昭四、六、二一大判)は勿論、時效完成後の債務の承認(大八、五、一二大判)をも包含するものと解すべきである(反之、時效中斷の效力を生ずべき債務の承認は、一五六條により保佐人の同意を要しない、明大一三、三、二五六大判)。尤もその債務負擔額が比較的僅少ななる場合には、保佐人の同意を要しないものと考へる。

保證とは、保證契約その他一般に擔保契約(物上保證、手形保證、資力擔保、身元引受)及び效果に於て之と同一視せらるべき行爲、例之、會社の無限責任社員なる行爲(準禁治産者については、未成年者又は妻に於けるが如く、特別の規定がないから、會社の無限責任社員となることを許されたる準禁治産者と雖も本條列擧の行爲をなすには、保佐人の同意を要するものと解する外はない)等を謂ふ。

(ハ) 不動産又は重要な不動産に關する權利の得喪を目的とする行爲

何が重要な不動産として取扱はるべきかは、一般社會の經濟狀態及びその權利者の行爲當時に於ける財産狀態に照らして判定すべく(明四四、一二、一八大判)、又不動産又は重要な不動産に關する權利は、單に物權のみに限られず、廣く物權の得喪を目的とする債權をも包含し(四〇、七、九大判參照)、更に間接に不動産又は重要な不動産上の權利の得喪を生せしむべき權利、例之、株主權、電話加入權、特許權、著作權その他の無體財産をも包含するものと解すべきである。

(三) 訴訟行爲をなすこと

- (1) 訴訟行爲とは、民事訴訟に於て、原告として、訴訟を遂行する訴訟法上の行爲を謂ひ、相手の提起した訴訟につき、訴訟行爲をなすことについては、新民事訴訟法五〇條第一項の明文に依り、準禁治産者は完全なる能力を有する。尤も準禁治産者が、被告として反訴を提起し、反訴に於て、各種の訴訟行爲をなすには、保佐人の同意を要するものと解すべきである。
- (2) 訴狀、支拂命令、執行命令等の送達をうくるが如き受領能力については、別段の規定を缺くも(九八參照)、ここに所謂訴訟行爲に該當するものと謂ふを得ない(明四〇、三、三〇大判)。
- (3) 訴又は上訴の取下をなし、和解、請求の拋棄若しくは認諾、或は訴訟の脱退をなすには、準禁治産者が原告たると被告たる場合とを問はず、特に個別的な保佐人の同意を要する(民訴五〇Ⅱ)。
- (4) 準禁治産者の訴訟行爲に對する保佐人の同意は、各個の訴訟手續につき概括的になさる

れば足り、前述(3)に掲ぐる行爲の外は、各個の訴訟行爲につき個別的になされる必要はない。同意は事前たると事後たるを問はない。

(5) 保佐人の同意を缺く訴の提起及び爾後の訴訟行爲は無効である。この無効は追認によつて補正せられ得る(民訴五四)。

(6) 準禁治産者が單獨になし得る(本條列舉以外の)法律行爲に基く訴訟に於ても、準禁治産者は、原告として單獨には訴を提起しその他訴訟行爲をなし得ないものと解すべきか否かは、疑問とするに足ると考へる。

(7) 準禁治産者は、その行爲の當時、意思能力を有する限りは、單獨に身分法上の法律行爲をなすことを得るから、又人事訴訟についても完全なる能力を有するものと解すべきである。

(ホ) 贈與(五四九以下)、和解(六九五以下、民訴五〇Ⅱ)又は仲裁契約(民訴七八六以下)

廉價賣買が、贈與と賣買の混合契約なる場合には、保佐人の同意を要し、然らざる場合には、之を要しないものと解すべきである。

(ヘ) 相續を承認し(一〇三三以下・一〇三五以下)、又は之を拋棄すること(一〇三八以下)

民法一〇二四條による單純承認と看做される行爲が法律行爲なる場合についても、保佐人の同意がない限り、之を取消すことによつて單純承認の效力を消滅せしめ得るか否かは疑問である。

(ト) 贈與若しくは遺贈を拒絶し(一〇八八)、又は負擔附贈與(五五三)或は遺贈(一〇四・一〇五)を受諾すること

本條に特別の規定はないが包括遺贈の受諾は、相續の承認と同様に、保佐人の同意を要するものと解すべきである(一〇九二)。

(チ) 新築、改築又は大修繕を目的とする契約

(リ) 民法六〇二條に定めたる期間を越ゆる貸貸借

借地法の適用をうくる貸貸借期間は、當事者の意思如何に拘はらず、民法六〇二條の定むる期間より長期に亘るが故に、保佐人の同意を要する。尙ほ不動産又は重要な動産の使用貸借は、假令、短期のものとも、本條第三號により、保佐人の同意を要するものと解すべきである。

(ヌ) 裁判所は、場合により、本條に列舉しない行爲を爲すにも亦其保佐人の同意あることを要する旨を、宣告することを得る(本條第二項)。準禁治産の取消を申立つることを得る者は、亦この種の宣告の取消又は變更を申立つることを得る(人訴六八)。

(二) 準禁治産者の營業行爲

吾が民法上、準禁治産者に對する營業許可の制度はない(是れ立法上の缺陷である)。従つて個々の營業行爲が、本條列舉の行爲に該當するときは、保佐人の同意を必要とする(大六、七、六大控判)。

この種の不便を免れる爲めには、法律に的確なる根據はないが、保佐人の同意を得て支配人を選任し、彼を通じて、營業行爲をなし得るものと解すべきであらう(法曹會決議記事三一ノ一参照)。

(三) 保佐人の同意を缺く準禁治産者の行爲(本條に列擧せられる)の效力

(イ) 同意の方法並に時期 同意は明示たると默示たると、又準禁治産者自身に對してなすとその取引の相手方に對してなすとを問はず、有效である(明四一、五、七六判)。又苟くも有效なる同意の意思表示ある限りは、保佐人たることの自覺を以てなされることを要しない(大一二、五、一四六判)。同意の時期につき、通説は、事前の同意のみを同意として有效と見てゐるが、事後の同意も亦之を無効とすべき何等の理由がない。尤も事後に於ける取引の相手方に對する同意は、民法上所謂追認として、取消權拋棄の效力を生ずるものであるから、保佐人が取消權を有しないものと解する限り(通説、大一一、六、二六判)、追認をなし得ないものと見る外はないが、私は取消權は同意權の當然の效力に過ぎずと解する學說に従ひ、保佐人も亦取消權及び追認權を有するものと考へる。

(ロ) 保佐人の同意を缺く準禁治産者の行爲は取消され得る(本條第三項)。行爲の當時偶々保佐人を缺くと否とを問はない(大六、三、二九六判)。

第十三條 第七條及ヒ第十條ノ規定ハ準禁治産ニ之ヲ準用ス

本條は準禁治産宣告の申立權者については第七條、その取消については第十條の規定の準用ある旨を明らかにしたものである(人訴六七・六八参照)。尙ほ準禁治産宣告手續並に宣告の内容の變更については、人訴六七・六八の特別規定があることに注意すべきである。

第十四條 妻カ左ニ掲ケタル行爲ヲ爲スニハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要ス

一 第十二條第一項第一號乃至第六號ニ掲ケタル行爲ヲ爲スコト

二 贈與若クハ遺贈ヲ受諾シ又ハ之ヲ拒絶スルコト

三 身體ニ羈絆を受クヘキ契約ヲ爲スコト

前項ノ規定ニ反スル行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得

(一) 妻の行爲能力を制限する理由は、他の無能力者に於けると異り、法律行爲の利害得失を判断する能力に缺くる所あるが故ではない。宛かも成年者の婚姻につき親權者の同意を要すると同様に、外部的事情即ち婚姻生活の圓滿を期する爲めである(昭五、六、一〇大判参照)。従つて總則編に妻の行爲能力を規定することは、甚だ不適當であるとの非難あるのみならず、親族法改正要綱第十四ノ一は「妻ノ無能力及ヒ夫婦財產制ニ關スル規定ヲ削除シ之ニ代ルヘキ相當ノ規定ヲ婚姻ノ效力ノ下ニ設クルコト」と定めてゐる。

(二) 妻の行為能力と處分能力とは、概念的には、嚴格に區別せらるべきである。吾が民法の規定する所をその儘に解すれば、妻は、原則として、本條列擧の行為についてのみ行為能力の制限を受けるに過ぎないが、その財産の處分能力は、原則として、夫の管理收益権による制限の結果、全く之を有しないものと(従つて夫の同意がなければ妻の財産處分行為は常に無効となる)謂はねばならぬ。乍併立法者は恐らくは、妻の行為能力と處分能力の範圍とは互に一致するものとの見解を前提としたものと推論し得るから、妻は民法一四條による行為能力の制限の外には、更に夫の管理收益権に基き何等の制限をも受けることなく、夫の許可を缺く處分行為は、當然に無効ではなくして、ただ本條により特定の處分行為が取消され得るに過ぎないと解すべきである(八〇一參照、拙著「夫婦財産法の研究」二四二頁以下に於て、私は、行為能力の制限と處分能力の制限とを全く別に觀察し、妻はその取引につき二重の制限をうくるものと論じたが、この機會に於て訂正して置く)。

(三) 夫の許可(同意)を要する法律行為の範圍

(イ) 第十二條第一號乃至第六號に掲げたる行為

本條によれば一二條第九號の準用がないから、一應妻は六〇二條に掲げたるより長期の賃貸借を單獨になし得るやうに考へられ、又斯く解する學說もあるが、六〇二條の規定するより長期の不動産又は重要な動産に關する賃貸借は、一二條第三號により夫の許可を要するものと解

すべきである(大四、一一、二三東地判)。

妻が被告として訴訟を遂行する能力を有することは、民事訴訟法五〇條の明定する所であるが、妻の持參財産については、夫は管理收益権を有するものなる限り、果して妻は單獨に**正當なる當事者能力**を有するか否かは尙ほ疑問たるを免れない。

(ロ) 贈與若しくは遺贈を受諾し、又は之を拒絶する行為

(ハ) 身體に羈絆を受くべき契約

凡そ如何なる契約と雖も、結局は、多少なりとも精神又は肉體に羈絆をうくることを目的とするものと解し得る。ここに所謂身體に羈絆をうくべき契約とは、雇傭契約の如く、契約の履行が、妻自身の身體の自由を、相當の程度まで、拘束するものを指すに過ぎない。履行行為として妻が他人の勞役に服すること自體は、法律行為ではないから、夫の許可をまたずして法律上の效力を生ずる。従つて夫の許可を缺く勞務の提供は、場合により、離婚原因となることあるに過ぎない。

(四) 妻が完全なる能力を有する場合

(イ) 民法一五條及び一七條の規定に該當する場合には、妻は單獨に總ての法律行為をなすことを得る。

(ロ) 妻は遺言の内容としては、本條に掲げられる行爲をもなすことを得る(一〇六二)。
(ハ) 日常の家事の範圍に屬する限り、本條に掲げられる行爲と雖も(自己の財産についてのみならず、夫の財産についても代理人として)、妻は單獨になすことを得る(八〇四、大九、九、一大判は、日常の家事の爲めに必要なる程度に於て借財をなすことをも、夫の許可を要するものとし、許可の擬制を以て、その行爲を有效とし、學者も亦多く此の判決に賛意を表したが、その誤りなることは多言を要しない)。

(ニ) 吾が民法上、妻の留保財産の概念を認め得るか否かについては、何等の規定はないが、慣習法上、夫の管理收益権の目的より除外せらるべき妻の一定の財産(例之、衣服裝身具その他妻の日常の専用品)が認めらるるものと謂ふべく、従つてこの財産については、妻は本條の制限に拘はらず、完全なる能力を有するものと解すべきであらう。

(ホ) 妻の營業に關する行爲(二五參照)

(ヘ) 會社の無限責任社員たる妻の會社の業務に關する行爲(商六)

(五) 夫の許可

(イ) 許可は事前たると事後たると(事後に於ける取引の相手方に対する許可の意思表示を追認と謂ひ、夫が追認権を有することは民法一二〇條第二項により明らかである)、明示たると默示たると(大九、九、一大判)を問はず、又一般に概括的許可も有效である。

(ロ) 夫は許可權(同意權)の外、妻の法定代理權を有するか否か、若し有するとすれば、その範圍如何は、解釋上の疑問である。夫は民法八〇一條により妻の財産(持參財産)につき管理權を有し、又八〇二條により妻の或る財産(特に果實)の處分權を有するから、管理の爲めに必要な限りは、夫は自己の名を以て妻の計算に於て法律行爲をなすと、妻の名を以て法律行爲をなすの自由を有するものと解することを得る(同趣旨昭七、五、一〇大判)。尤も直接に妻をして義務を負擔せしむるには、民法八〇二條(同條は單に借財を爲しと規定するに止るも、廣く義務負擔行爲を指すものと解すべきである)により、特に妻の授權(同意)あることを要するから、財産管理の爲めになされ得る代理行爲は、特定動産の處分行爲又は單に妻が權利を取得し義務を免れる行爲に限らるべく、従つて夫の法定代理權の範圍は、管理權のそれよりも甚だしく狭いものと謂はねばならぬ。

(ハ) 夫が未成年者なる場合には、夫はその法定代理人の同意を得るにあらざれば、妻の行爲を許可するを得ない(一八參照)。

(ニ) 妻が未成年者なる場合には、妻は、妻として、その行爲能力の制限をうくる外、更に未成年者として、その制限をうける。夫が成年者なるときは、夫は後見人として(七九二)、當然に妻の法定代理人となる。夫も亦未成年者なる場合には、妻はその後見人、夫、及びその後見人

の同意を得なければ、確實に有效なる行為をなすを得ない。

(ホ) 妻が禁治産者又は準禁治産者なる場合も亦、前述(ニ)の場合と同様に解すべきである。

反之、夫が禁治産者又は準禁治産者なる場合には、妻は完全なる能力を有する(一七、三號)。

(六) 夫の許可を缺く妻の行為の效力

本條に列擧する妻の法律行為が、その財産に關する處分行為なる場合にも、その行為は、當然には無効にあらずして(前述(二)参照)、夫又は妻に於て之を取消し得るに過ぎない(二〇〇参照)。

(イ) 夫又は妻の取消權は婚姻解消後も存続するか否かにつき、一般の學説は、消極説を採るも、判例は長い間積極説を固持した(大ニ、一〇、二五・同一三、七、一五・昭二、五、九、大判。反(昭五)六一〇

大判は「妻が民法一四條ニ掲クル行為ヲナスニハ夫ノ許可ヲウケルコトヲ要シソノ許可ヲウケスシテナシタル行為ノ取消ヲ許ス所以ノモノハ専ラ夫權ヲ尊重シ共同生活ノ圓滿ヲ期スルニアリテ妻ノ能力ノ欠陥又ハ妻ノ財産上ノ利益ノ保護ヲ理由トスルモノニアラサルコト極メテ明白ナリ從テ夫ノ許可ヲウケスシテナシタル行為ニツキ妻ノ有スル取消權ハ妻タル身分ニ專屬スル權利ニシテ妻ノ死亡ニヨリテ消滅シソノ承繼人ニ移轉スルモノニアラス」と判示した。

(ロ) 妻の單獨になしたる法律行為の追認(一九三・一二二参照)

第十五條 一種又ハ數種ノ營業ヲ許サレタル妻ハ其營業ニ關シテハ獨立人ト同一ノ能力ヲ有ス

(一) 營業許可の方法(六 註(一)参照)

その商業なる場合については、商五條、非訟一四〇・一六七・一七〇條參照(夫婦ハ法律上同居スルモノ

ニシテ之ヲ實驗則ニ照スモ同居スルヲ通例トスルカ故ニ妻ノ營業ヲ同居ノ夫カ之ヲ知ラサル理由ナク之ヲ知リテ法律上反對ノ手續ヲ採ラサルハ即チ營業ニツキ許可ヲ與ヘタルモノト推定スル大八、一一、八、東區判がある)。

(二) 營業許可の效力(六 註(三)参照)

(三) 營業許可の取消又は制限(六 註(四)参照)

取消又は制限の效力は、その營業が商業ならざる場合には、之を以て、善意の第三者に對抗するを得ない(二六参照)。商業の場合には、登記の全部又は一部を抹消すれば、之を以て、善意の第三者にも對抗することを得る(商一二・一五、非訟一六八)。

(四) 營業の範圍に於ける妻の權利

妻の營業財産についても、夫は管理收益權を有するものと解すべきか否かは疑問である(瑞民一九一、二號參照)。恐らくは、營業財産は、慣習法上、夫の管理收益權が除外せられる所謂留保財産に屬するものと解すべきであらう。尠くともその管理權が除外せられることは、營業財産の處分行為につき、夫の許可を要しない點から明らかである。

(五) 夫は妻に代つて營業をなすことを得るか

妻が未成年者又は禁治産者にして、夫が後見人の職務を行ふ場合には(七一九、法定代理人として、妻に代つて營業をなすことを得る。妻が成年者なる場合にも、營業につき法定代理權を認

め得るか否かは、妻の財産に對する夫の管理權の範圍が不明確なる限り（八〇二）、疑問たるを免れない。妻の授權による委任代理人としてのみ、夫は、妻に代つて營業をなし得るものと解すべきであらう。

第十六條 夫ハ其與ヘタル許可ヲ取消シ又ハ之ヲ制限スルコトヲ得但其取消又ハ制限ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

(一) 本條の適用範圍

本條は、實際上は、主として、營業の許可について適用せられるも、個々の法律行為又は訴訟行為に對する許可についても、その適用が除外せられる理由はない。

(二) 各個の法律行為に對する許可の取消並に制限（全部又は一部の撤回）

(イ) 方法 妻に對してなされると取引の相手方に對してなされるとを問はない。尤も妻に對してのみなされた場合には、善意の相手方に之を以て對抗するを得ない（本條但書）。夫が未成年者なるときと雖も、許可の撤回は單獨になすことを得るものと解すべきである（少數の反對説がある）。

(ロ) 效力 既になしたる妻の法律行為は、許可の撤回により、何等影響をうけないことは勿

論である。

(三) 訴訟行為に對する許可の取消並に制限（全部又は一部の撤回）

(イ) 方法 許可の撤回の意思表示は、妻に對すると、裁判所に對すると、その訴訟の相手方に對してなされると、又不特定人に對してなされると（例之、廣告により）とを問はないが、尠くとも、訴訟提起前になさるることを要するものと解すべきである。

(ロ) 效力 有效なる許可の撤回ある限り、その效力は絶對的に發生し、裁判所は、訴を却下すべきである（即ち本條但書の規定は法律行為又は營業許可の取消制限についてのみ適用あるものと見るべきである）。

(四) 營業許可の取消並に制限（その方法及び效力については六註（四）、前條註（三）参照）

未成年者に於ける場合と異り、妻に營業に堪へざる事跡あることを要しない。

第十七條 左ノ場合ニ於テハ妻ハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要セス

- 一 夫ノ生死分明ナラサルトキ
- 二 夫カ妻ヲ遺棄シタルトキ
- 三 夫カ禁治産者又ハ准禁治産者ナルトキ

四 夫カ癲癪ノ爲メ病院又ハ私宅ニ監置セララルトキ

五 夫カ禁錮一年以上ノ刑ニ處セラレ其刑ノ執行中ニ在ルトキ

六 夫婦ノ利益相反スルトキ

(一) 本條の立法理由

妻の行爲能力が制限せられるのは、夫婦の共同生活を圓滿ならしむる目的に出づるのであるから、この目的を達する必要がない場合には、妻は完全なる能力者として取扱はるべきである。故に、本條をば敢へて制限規定と解する必要なく、夫の許可を受くることの不可能又は困難或は著しく不適當なる場合には、總べて本條が(類推解釋により)適用せらるべきものと考へる。

(二) 妻が本條により完全なる能力を有する場合

(イ) 夫の生死分明ならざるとき

單に所在不明なるを以て足らず、客觀的に生死不明と認められる事情の存することを要するも、敢へて生死不明の期間が相當の年月に亘るを要しない(失踪宣告の要件たる生死不明と異なる點である)。

(ロ) 夫が妻を遺棄したるとき

遺棄とは、夫が妻の生活を顧みる所なく(妻が自己の財産又は勞務によりて生活をなし得ると

否とを問はず)、妻と別居することを謂ひ(換言すれば事實上婚姻が解消したると同一の状態にあること、大正二、浦和地判)、必ずしも夫の住所が妻に不明なること、並に遺棄が夫の惡意に出づると否とを問はない(八一三、六號參照)。

(ハ) 夫が禁治産者又は準禁治産者なるとき

夫に精神上の障碍あるも、之等の宣告がない限り、本條の適用はない。尤も、妻の一定の法律行爲につき、夫の許可が要求せられるのは、夫が許可すべきや否やの判斷能力を有することを前提とするが故に、もはや夫にその程度の判斷能力がない限り、妻は單獨に總べての法律行爲をなし得るものと解すべきやうに考へられるが、精神障碍の有無は、裁判所によつて認定せらるべきであるから、妻が單獨に法律行爲をなさんとするには、豫め夫に對する禁治産若しくは準禁治産の宣告を求むべきものと見なければならぬ。

(ニ) 夫が癲癪の爲め病院又は私宅に監置せらるるとき

精神病者を監置するを得る者及びその條件、方法等については、明治三三年法律三八號精神病患者監護法參照。

(ホ) 夫が禁錮一年以上の刑に處せられその刑の執行中にあるとき

(ヘ) 夫婦の利害相反するとき

夫婦間の契約、訴訟、強制執行（夫婦相互に強制執行をなし得るか否かにつき、吾國の法律は、特別の規定を設けてゐない。瑞民一七三條は夫婦間の強制執行を禁じてゐる）のみならず、廣く一般に法律行為の客觀的性質上、利害相反する場合を包含するも（大七、四、六六判、大一〇、五、一〇宮控判参照）、夫婦間に感情上の衝突あるに過ぎない場合を包含しない。

（ト）本條の規定する場合は、以上を以て盡きる。尙ほこの外、夫が妻の財産を管理し得ない場合にも、亦妻はその財産につき、單獨に管理の爲めにする法律行為若しくは訴訟行為（例之、時效中斷の爲めにする訴の提起）をなし得るものと解すべきである（八〇一Ⅱ）。

第十八條 夫が未成年者ナルトキハ第四條ノ規定ニ依ルニ非サレハ妻ノ行為ヲ許可スルコトヲ得ス

（一）本條の適用範圍

夫が未成年者なる場合には、假令妻が成年者たると未成年者たるとに拘はらず、本條の適用がある。

（イ）妻が成年なる場合には、夫は第四條の規定に従ひ、自己の法定代理人の同意を得るに非れば、妻の法律行為、訴訟行為又は營業につき許可をなすを得ない。

（ロ）妻が未成年者なる場合には、民法第四條以下の規定と本條とは共に適用せられる結果、

妻の法定代理人（妻と家と同じくする親権者又は後見人）の同意の外、夫及び夫の法定代理人の同意を要することとなる（尤も妻の法定代理人は、事實上、夫の法定代理人と同一人たることが多い。九〇一・九〇三・九〇四）。斯くの如き複雑なる關係を生ずる餘地なからしむる爲めには、夫婦共に婚姻によつて成年者と同一の行為能力を取得するものとする制度を採用するの外はない。

（ハ）既に與へたる許可の取消制限についても本條の適用あるか、或は未成年者の夫は單獨に之をなし得るかについては、學說上争ひがある。多數説は本條の適用なしと見てゐる。

（二）本條違反の効果

夫、妻及び夫の法定代理人に於て妻の行為を取消すことを得る。

第十九條

無能力者ノ相手方ハ其無能力者カ能力者ト爲リタル後之ニ對シテ一ヶ月以上ノ期間内ニ其取消シ得ヘキ行為ヲ追認スルヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ得若シ無能力者カ其期間内ニ確答ヲ發セサルトキハ其行為ヲ追認シタルモノト看做ス

無能力者カ未タ能力者トナラサル時ニ於テ夫又ハ法定代理人ニ對シ前項ノ催告ヲ爲スモ其期間内ニ確答ヲ發セサルトキ亦同シ但法定代理人ニ對シテハ其權限内ノ行為ニ付テノミ此催告ヲ爲スコトヲ得

特別ノ方式ヲ要スル行爲ニ付テハ右ノ期間内ニ其方式ヲ踐ミタル通知ヲ發セサルトキハ之ヲ取消シタルモノト看做ス

準禁治産者及ヒ妻ニ對シテハ第一項ノ期間内ニ保佐人ノ同意又ハ夫ノ許可ヲ得テ其行爲ヲ追認スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ得若シ準禁治産者又ハ妻カ其期間内ニ右ノ同意又ハ許可ヲ得タル通知ヲ發セサルトキハ之ヲ取消シタルモノト看做ス

(一) 本條の立法理由

無能力者が、その能力の制限をうくる法律行爲を單獨になしたる場合にも、其の行爲は當然に無効ではなくして、單に取消され得るに過ぎない。しかも無能力者と取引をなしたる相手方は、無權代理行爲の相手方に於けるが如き、意思表示の撤回權を有しないから(一一五參照)、取引の相手方は、無能力者の行爲が取消されるか否か不確定なる爲め、甚だ不利な地位に立つこととなる。斯くの如き不確定なる法律關係を、成る可く速かに確定せしむることが、本條の立法理由であり、畢竟民法一九條・一二六條と同様に、無能力者と取引をなしたる相手方を保護する爲めに設けられた規定に外ならぬ。

(二) 本條の適用範圍

無能力者が意思能力を缺く場合には、當該の法律行爲は當然に無効であるから、本條の適用せ

らるる餘地なく(明三九東控判)、ただ意思無能力者の行爲は、法定代理人の追認により、追認の時から、有效となるに過ぎない(一一九參照)。尙ほ無能力者の訴訟行爲は常に無効であり、法定代理人の追認により、その無効が補正せられ得るに過ぎない(民訴五四)。

(三) 催告

(イ) 催告は、相手方ある一方的の意思通知であつて、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くするから、意思表示に關する規定は、その性質の許す限り、類推適用せらるべきである。

(ロ) 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爲の相手方である。故に相手方なき一方行爲については、本條の適用はないが、相手方ある限り、一方行爲、例之解約告知についても適用せられる。

(ハ) 催告をうくる者は、(1)取消し得べき行爲をなしたる當時の無能力者にして能力者となりたる者、(2)取消し得べき行爲をなしたる者の夫又は法定代理人、(3)取消し得べき行爲をなしたる準禁治産者(その保佐人に對する催告も亦有效と解すべきこと後述の如くである)及び妻である。

(ニ) 催告期間 相手方が期間を定めずして催告をなし、又は一ヶ月以下の期間を定めて催告をなしたるときは、催告としての效力を生じない(尤も少數の反對説がある)。期間の起算點は、

催告の意思通知が相手方に到達したときであり、その終了點は、確答發信のときである。

(木) 催告の效力

(A) 催告は、法定代理人、保佐人又は夫が、既に無能力者に對してなしたる同意(對内的同意又は對内的授權)を無効ならしむる。故に既に同意がなされて確定的に有效となれる無能力者の法律行為と雖も、本條による相手方の催告に應じて確答を發しないときは、その法律行為は取消されたものと看做される結果、無効となることがある。

(B) 催告による無能力者の法律行為の效力の確定

- (1) 無能力者が、能力者となりたる後、之に對して催告をなしたる場合に、一ヶ月内に確答を發しないときは(發するも、到達せざれば、その效力を生じない。蓋し確答も亦相手方ある意思表示又は意思通知に屬するからである)、追認をなしたるものと看做され、反證を擧げてその效力を覆すことを得ない(默示の追認の意思表示を擬制したものではないから、意思の欠缺又は意思表示の瑕疵に關する規定の適用はない。尤も催告者が詐欺強迫を用ひて確答をなさしめない場合には、催告者は、自ら催告の效力を主張し得ないものと解すべきである(所謂惡意の抗辯))。
- (2) 無能力者が、能力者となる以前に、夫又は法定代理人に對して催告をなす場合。

(a) 無能力者が、能力者となる以前に於て、無能力者に對して催告をなすも、その效力を生じない(例外妻及び準禁治産者に對する催告、本條第四項)。乍併、無能力者がその催告に應じ、夫又は法定代理人の同意を得て、追認をなし、又は單獨に取消をなしたるときは、その追認又は取消の有効なることは勿論である(二〇・二二參照)。

(b) 無能力者が能力者となる以前に於て、その夫又は法定代理人に對し催告をなし、之等の者が、一ヶ月内に確答を發しないときは、その行為を追認したるものと看做される。この場合に於ける催告の效力の發生は、當該期間中に被催告者に於て、無能力者の行為の取消權又は追認權を有することを前提とするから「既ニ被催告者タル法定代理人ノ失格ニヨリ之カ資格ヲ失フトキハ該效果モ當然發生セズ」(大一二、二、一四字都宮地判)。

(c) 法定代理人に對する催告は、法定代理人が、當該の無能力者の行為についても、本來法定代理權を有する場合に限り效力を生ずる。故にその代理權を有しない民法八八八條の場合に勿論、法定代理人が管理權を有しない無能力者の財産に關する法律行為(八九二・九三六)についても、法定代理人に對して催告をなすを得ないと解すべきである(本條第二項但書)。

(d) 法定代理人又は夫が、無能力者の單獨になしたる取消し得べき法律行為の追認をなす爲めに、親族會の同意若しくは夫の法定代理人の同意を要する場合には、催告期間内之

等の同意を得たる通知を發しないときは、その行爲を取消したるものと看做される。

(3) 準禁治産者又は妻に對しては、その能力を回復した後は勿論(本條第一項)、その無能力中と雖も、之を相手方として、保佐人の同意又は夫の許可を得て、追認すべき旨を催告することを得る(本條第四項)。この催告は、必ずしも準禁治産者又は妻に對してなされることを要せずして、保佐人又は夫に對しても有効になされ得る(同趣旨大正四、六、二八東控判)。この催告がなされた場合に、準禁治産者又は妻が、その期間内に、同意又は許可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。尤も、期間内に準禁治産者又は妻が追認をなした後に於て、保佐人又は夫が之に同意を與ふる場合には、直接相手方に對して、追認に同意する旨を表示すれば足る(大五、二、二大判)。夫又は保佐人の同意を得ることなくして妻又は準禁治産者のなしたる追認は、取消し得べき行爲でもなく、又無効の行爲でもなく、效力未定の行爲と解すべきである。

第二十條

無能力者カ能力者タルコトヲ信セシムル爲メ詐術ヲ用キタルトキハ其ノ行爲ヲ取消スコトヲ得ス

(一) 本條の立法理由

無能力者たることを信せしむる爲め、詐術を用ひたときは、相手方は、詐欺を理由として、その行爲を取消すことを得るのみならず(九六參照)、又不法行爲を理由として、損害賠償を請求することも可能である(七〇九以下)。乍併、相手方は、之等の手段によつて救済をうくるよりは、寧ろ無能力者の行爲を取消し得ないものとして、その行爲の効果を發生せしむることを欲するのが通常であり、且詐術を用ひたる無能力者を保護する必要は毫も存しないから、特に本條が設けられたのである。

(二) 要件

(イ) 無能力者が、相手方をして、その能力者たることを信せしめたること 無能力者と雖も同意権者の同意ある限り、能力者と同様に法律行爲をなし得るものであるから、同意がないにも拘はらず、**同意あり、信せしめたる場合**も、亦本條に該當する(明三七、六、一六・大一二、八、二大判)。

反之、法定代理人が、その同意をなすにつき、親族會の協力を要すべき場合に、**親族會の同意書を偽造して**、之によつて、相手方をして親族會の協力がなされたものと信せしむるも、本條の適用なく、相手方は、民法九六條又は民法七〇九條以下の規定により保護せらるるに過ぎない。

(ロ) 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缺く。嘗て大審院は、積

極的に術策を弄して詐欺をなした場合に限り之を詐術とし、従つて單純なる陳述又は沈黙は、詐術にあらずと判示してゐたが（大五、一二、六・同六、九、二六大判）、近時「無能力者カ他人ヲシテ能力者タルコトヲ誤信セシムル爲メ自己ノ能力者タルコトヲ陳述シ因テ以テソノ目的ヲ達シタル場合ヲモ指稱シ積極的詐欺ノ手段トシテ相手方ニ或ル物ヲ示シ錯誤ニ陥ラシムルニ足ル術策ヲ講シタル場合ノミヲ指稱スルモノト解スヘキモノニ非ス」と判示した（昭五、四、一八大判、尙、昭二、一一、二六大判参照）。

(ハ) 相手方が能力者と誤信して、その爲めに無能力者と取引をなしたること（昭二、五、二四大判）。

(三) 效力

(イ) 本條に該當する場合には、無能力者の行爲は、行爲の時より、確定的に效力を生じ、従つて、當該の無能力者は勿論、其の法定代理人又は夫と雖も、之を取消すことを得ない。

(ロ) 取引の相手方が、詐欺を理由としてその法律行爲を取消し得べきは勿論である（九六參照、尤も反對説がある）。

第三節 住 所

(一) 人と場所との關係

法律上人と場所との關係は種々の事項について問題となる。

(イ) 本國 涉外私法事件中、特に身分關係については、本國法が準據法となる（法例三以下・一三以下）。

(ロ) 本籍地 戶籍法による人の屬する家の戶籍の所在地。本籍地の如何は、私法上、殆んど問題となる場合がない。ただ人の氏名と共に、その人の同一認識の標準として、氏名と共に表示せられる場合が多い。舊民法人事編二六二條は、本籍地を住所となす原則を規定し、又今日に於ても、選舉法等について、住所が問題となるときは、寄留地又は本籍地を以て、住所となすべしと云ふ有力なる學説がある。

(ハ) 住所 各人の生活の本據を住所と謂ひ（二參照）、私法上又は訴訟法上、種々の事項の標準となる。

(ニ) 居所 多少繼續して居住する場所を居所と謂ふ（二二・二三參照）。

(ホ) 現所在地 各人の現に存在する地を謂ふ。舊民事訴訟法は現所在地につき規定を設けてゐたが（舊民訴一三・一五）、新民事訴訟法には何等の規定がない。

(ヘ) 寄留地 本籍以外の場所に存する住所又は居所にして、九十日以上居住する豫定の下に設定せられたものを謂ふ（寄留法一）。寄留に關する届出は、強制せられてゐるが（同法四）、必ずしも寄留簿上の寄留地を以て、事實上の住所又は居所と斷定すべきではない（大一四、六、一三行

政判)。寄留者に對する財産權上の訴は、寄留地の裁判所に、之を提起することを得る(民訴六)。

(ト) 營業所又は事務所 人の營業その他の事務の執行せらる、場所を謂ふ(五〇・四九參照、商九・二七八・二八九Ⅲ・四五二ノ二・五二六ノ二・四九一Ⅱ・四九四、民三・七三九・四〇・四五・四八・四四二)。營業所又は事務所を有する者に對する訴は、その事務所又は營業所に於ける業務に關するものに限る、その所在地の裁判所に之を提起することを得る(民訴九)。尙ほ法人その他の社團又は財團の普通裁判籍は、其の主たる事務所又は營業所によりて定まる(民訴四・二・一三・一四參照)。

(チ) 財産所在地 財産所在地も亦法律上種々の事項の標準とせられる(法例六・一〇、民訴八・一一・一七・二〇)。主要なる財産の所在地は、多くの場合、住所と一致する。故に財産所在地が住所にあらずと主張する側に於て、その立證責任を負ふものと解すべきである。

(ニ) 住所は同時に數個存し得るか 瑞民二三條二項は明文を以て消極に、獨民七條二項は積極に規定してゐる。吾が民法には、この問題を決定する確な根據がないが、多數説及び判例は(昭二、五、四大判)、消極説を採る。尤も有力なる積極説あることに注意しなければならぬ。

(三) 住所の種類

(イ) 眞の住所 (二一參照)

(ロ) 擬制に因る住所 (二二以下參照、法例二七Ⅱ・二八、民訴二Ⅱ・一七〇、商四二五ノ二) 吾が民法上、擬制に

因る住所は、一定の場合に於ける居所及び假住所である。外國の立法例に窺はれるが如き、身分關係に基く法定住所の概念は、吾が民法の認むる所ではない(例之、夫の住所に於ける妻、親權者の住所に於ける未成年者)。尤も妻は夫と、未成年者は親權者と同一の住所を有するを普通とするから、之と異なる妻又は未成年者の住所あることを主張する者は、その立證責任を負ふものと解すべきである。

(ハ) 法人の住所 (五〇參照)

(四) 住所は法律上種々の事項の標準とせられる。

(イ) 不在者を定むる標準 (二五以下參照)

(ロ) 保證人の資格 (四五〇)

(ハ) 債務履行の場所 (四八四、商二七八・四四二)

(ニ) 相續開始地 (九六五・九九三)

(ホ) 普通裁判籍 (民訴二Ⅱ、人訴一・二四・二七・三一・三三・三五・四〇・七一、非訟三四・三八・九〇・九一・九二・九六・九八・一一八・二〇六、破法一〇五)

(ヘ) 外國人の歸化、國籍の回復等は、日本に住所あることを要件とする(國籍法七・九・一〇・二五・二六)。

(ト) 涉外私法事件の準據法を定むる標準 (法例四Ⅱ・九Ⅱ・一一・二三Ⅱ・二七Ⅱ)

(子) 其の他後見人、後見監督人、保佐人等の辭任理由(九〇七、二號・九〇九・九一六)、手形行爲の場所(商四四二・四五二ノ二・四九一Ⅱ・四九四)、裁判上の期間の伸長及び附加等につき標準となる(民訴一五八Ⅱ)。

第二十一條 各人ノ生活ノ本據ヲ以テ其ノ住所トス

(一) 住所の意義

(イ) 住所即ち生活の本據とは、全生活の中心點(生活の中心點なるか否かは、具體的諸般の事情を斟酌して決定せらるべきである。ソノ地ニ戸構ノ事實アリテ兩親並ニ子供ヲ愛ニ置キ常ニ送金シテコレヲ扶養シ近隣ノ交際ヲ怠ラザル事實存スルトキハ、ヨシ外國ニ出稼シ且各所ニ遍歴シタルコト數年ニ及ヒタリトスルモコレヲ以テソノ地ニ於ケル住所ヲ失ヒタルモノト論スルヲ得ス)大正一三、四、一行政判)を意味するか、或は各種の生活に於けるそれ々の中心點を意味するかは、必ずしも明瞭と謂ふを得ない。通説及び判例は、全生活の中心點を以て住所と解し、従つて住所は各人につき一個しか存在し得ずと見てゐるが、法律は、特定の營業の執行せらるる場所を以て營業所とし、特定の事務の執行せらるる、場所を以て事務所となし、住所の外、之等の場所も亦訴訟上管轄の標準とせられ、又債務の履行場所として取扱はれることに徴するも、各人の營業關係、財産關係、身分關係等に於けるそれ々の中心點を以て、それ々の法律關係に於ける住所として取扱ふべきではないかと考へる。

(ロ) 住所は、生活の中心點なるか否かの客觀的事實のみによつて決定せらるべきか(客觀説)、或は住所として居住する本人の主觀的意思をも要件とするか(意思説)は、從來學説の岐るる所である。判例(大九、七、二三大判・大一三、四、一行政判)及び少數の學説は意思説による(住所設定の意思は、無能力者については、法定代理人によつて補充せられる。昭和二、五、四大決)。

(二) 住所の種類 (前註(三)参照)

(三) 住所の設定、變更、廢止

意思説によれば、住所の設定、變更、廢止は、本人の意思に基くことを要するから、これ等の行爲は、意思表示ではないが、意思能力の存在を前提とする(意思を要する事實行爲)。従つて意思無能力者の住所の設定、變更、廢止は、法定代理人によつてなさるべきである。反之、客觀説に従へば、事實上生活の本據として居住し、或は或る場所につき、生活の本據たる關係を消滅せしむる行爲あれば足り(住所ノ移動ニツイテハ現實ニ新ナル住居ヲ以テ生活ノ本據トナシタル客觀的事實ノ存在スルヲ以テ足り從來ノ住所ニ再歸セサル意思ヲ必要トセス)大正六、三、六行政判)、従つて意思無能力者も亦住所を設定し、變更し、廢止することを得る。

(四) 舉證責任

或る場所が、或る人の住所なるか否かにつき、吾が民法は、明文上、何等の推定規定をも設けて

ゐない。乍併、或る場所が寄留簿上住所として記載される場合には、その場所、妻、未成年者等については、一般に夫又は親権者の住所が、一應その者の住所として推定せらるべく、従つて之を争ふ者に於て、その反證を挙げねばならぬ（住所なることの立證方法については何等の制限はない。故に例之、「當事者カ或ル場所ヲ以テ住所ナリトシテ自己ノ所有家屋ナルコト及ヒ自己ノ本籍アルコトヲ立證シタルトキハ他ニ何等事情ナキトキハソノ場所ヲ以テ住所ト見ルヘキハ」明三八、一、二三大判、當然である）。

(五) 住所の表示方法

「通例住所トシテ特定場所ノ表示ヲナスニ當リテハ最小行政区劃ノ外ニ尙ホ町名又ハ字及ヒ番地ヲ以テスルヲ多シトスレトモ住所ノ表示方法ニツキテハ一般的規程ナキヲ以テソノ表示ノ程度精粗ニ關シテハ各場合ニ於テコレヲ要求スル法令ノ内容ヲ參酌シテ決定スルヲ要スル」（大九、七、二二兩館控判）。

第二十二條 住所ノ知レサル場合ニ於テハ居所ヲ以テ住所ト看做ス

(一) 居所の意義

居所とは、人が多少の期間繼續して居住する場所を謂ひ、現在所と區別せられるを一般とするが、本條に所謂居所とは廣く現在所をも包含するものと見るべく、反之、民事訴訟法第二條に

所謂居所は、現在所を除外する意味に解せらるべきであらう。

(二) 本條の適用要件

(イ) 無住所なる場合

(ロ) 住所が存在するも知れない場合 即ち相當の詮索をなすも知り得ない場合に限られ、偶々當事者が知らないだけでは本條の適用はない。

第二十三條

日本ニ住所ヲ有セサル者ハ其日本人タルト外國人タルトヲ問ハス日本ニ於ケル居所ヲ以テ其住所ト看做ス但法例ノ定ムル所ニ從ヒ其住所ノ法律ニ依ルヘキ場合ハ此限ニ在ラス
法例が、涉外私法關係につき、住所地法を適用する場合に於て（法例一・二・二七・二八）、本條本文を適用するときは、法例が住所地法に據らしめたる趣旨に反するから、特に但書の例外を規定するに過ぎない。

第二十四條

或行爲ニ付キ假住所ヲ選定シタルトキハ其行爲ニ關シテハ之ヲ住所ト看做ス

(一) 假住所の意義

特に一定の法律關係につき、當事者が住所としての効果を附せんと欲して選定したる場所を謂

ふ（選擇住所）。

(二) 假住所の選定

(イ) 選定行爲の性質 特定の法律關係を指定して、その法律關係につき、一定の場所に、住所としての法律効果を附すべきことを内容とする意思表示であつて、或はその特定の法律關係の相手方に對する一方行爲なることあり、或は相手方との契約を要することもある。

(ロ) 方式 舊民法は書面を要する旨を規定してゐたが、現行法によれば何等の方式をも要しない。

(ハ) 選定の必要 法律上當事者が假住所を選定すべき義務を負ふ場合（民訴一七〇）と、然らざる場合とがある。

(ニ) 假住所選定の自由 單に本人若しくは利害關係者の便宜を圖る爲に、法律が、住所につき一定の法律効果を認むる場合（例之、債務履行の場所、送達をうくる場所、合意上の裁判管轄が許される場合に於ける裁判管轄）には、假住所の選定は自由であるが（或は本人の一方的意思表示により、或は當事者の契約に基き）、反之、住所に對して附せられる法律効果が、専ら本人の生活の本據なることを理由とし、従つて他の場所につき、住所と同一の法律効果を附することが、公の秩序に反するものとして取扱はるべき法律關係（例之、九六五・九九三、裁判の專屬管轄）については、假住所の選

定をなすを得ない。

(ホ) 選定の效力 假住所は、住所と同一に取扱はれる。假住所の選定により、當該の法律關係については、住所が住所としての效力を失ふに至るか否かは、専ら選定行爲の解釋問題である。

(ヘ) 假住所の變更、廢止 假住所の選定が、本人の一方的意思表示のみによつてなされる場合には、その變更、廢止も亦、當該法律關係の相手方に對する一方的意思表示によつて、有效になされ得る。その契約を要する場合に、變更廢止も亦契約によるべきことは勿論である。

第四節 失 踪

(一) 民法は、不在者と失踪者とを一括して、之に關する規定を本節に設けてゐる。蓋し、兩者ともに相當長い間、從來の住所又は居所を去り、住所又は居所との關係を絶つものであるからである。

(二) 不在者とは、從來の住所又は居所を去り、相當長い間、自らその財産を管理し得る見込がない者を謂ふ。民法はその者の爲に、財産管理の制度を認めてゐる。蓋し社會政策上より見るときは、主體のない權利は之を認め得るとするも、管理者のない權利は絶對に認め得ないからである。尙ほ不在者の財産管理に關する規定は、民法八九二條第二項乃至第四項による財産の管理（九三〇參照）、相續財産の管理（九七八・一〇二二・一〇四三・一〇五二）の場合にも、準用せられることに注意しなければならぬ（非訟六八）。

- (イ) 財産管理開始の要件 (二五參照)
- (ロ) 財産管理の内容 (二五・二六・二七參照)
- (ハ) 財産管理人の權利義務 (二七以下參照)
- (ニ) 財産管理の終了 (二五參照)
- (三) 失踪者とは、從來の住所又は居所を去りたる者にして、一定の期間、その生死不明なる爲めに、失踪宣告をうけたる者を謂ふ。失踪者は、一定の法律關係に於ては、死亡したるものと看做され、以てその者に關する不確定なる法律關係が、確定せられるのである。

- (イ) 失踪宣告の要件 (三〇參照)
- (ロ) 手續 (人訴七〇以下)
- (ハ) 效力 (三一參照)
- (ニ) 失踪宣告の取消 (三二參照)、その手續 (人訴七〇以下) 及び效力 (三二參照)

第二十五條 從來ノ住所又ハ居所ヲ去リタル者カ其財産ノ管理人ヲ置カサリシトキハ裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ其財産ノ管理ニ付キ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得本人ノ不在中管理人ノ權限カ消滅シタルトキ亦同シ

本人カ後日ニ至リ管理人ヲ置キタルトキハ裁判所ハ其管理人、利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ其命令ヲ取消スコトヲ要ス

(一) 不在者の財産管理開始の要件

(イ) 不在者がその財産を管理し得ないこと

(1) 不在者の生死が不明なると否とを問はない (佛法上の不在者は生死不明なることを要する)。尤もその生死不明なる場合には、特別の處置が講せられるのみならず (二六・二七・二八參照)、不在者の死亡せること明かなるか、或は死亡者と認定せられ、又は失踪宣告をうけるときは、既に開始せる財産管理は終了する。

不在者でなければ、假令疾病その他の原因に基き、その財産を管理し得ない場合と雖も、本條による財産管理は開始しない。

(2) 不在者が法定管理人 (例之、親權者、後見人、夫) を有するときは、不在者自ら財産を管理する場合と同一視せられ得る。

(3) 不在者が委任管理人を置かないこと、又はその權限が消滅したることを要する (二六參照)。不在者の爲めに、事務管理者として、その財産を管理する者あるも、裁判所は、本條による管理命令を發し得るものと解すべきである。

(4) 不在者の財産は、必ずしもその從來の住所又は居所に存在することを要しない。ただその住所又は居所を去りたるが爲めに、その財産の管理をなし得ない状態にあれば足る。

(5) 不在者の財産が管理を必要とすること

(ロ) 利害關係人又は検事の請求あること。

利害關係人とは、不在者の財産の保全につき、法律上の利益（財産につき権利を有することを要しないが、單に事實上の利益を有するだけでは利害關係人と謂ふを得ない）を有する者を謂ふ。不在者自身も亦利害關係人の範圍に屬する（尤も反對説がある）。検事の請求を認められたのは、不在者の財産管理が、社會一般の公益に關する事項たるが故である。

(二) 財産管理の請求並に管理命令に關する手續は、非訟事件手續法三八條以下の規定するところである。(一)に掲ぐる要件が具はるときは、裁判所は必ず適當なる管理命令を發しななければならぬ。

(三) 管理命令の内容

裁判所（管轄裁判所は、從來の住所地の區裁判所、非訟三八）は、財産管理の爲め必要な限り、その裁量により、如何なる内容の命令をも發することを得るも、特に法律の豫定するものは、財産管理人の選任（非訟三九以下）、封印（非訟四六以下）、財産の換價（非訟五八）である。

(四) 管理命令の取消

(イ) 取消の要件

(1) 不在者又はその法定財産管理人が、財産の管理をなすことを得るに至りたる場合（非訟五九）。

(2) 財産管理の必要が消滅したる場合。

(3) 不在者が財産管理人を置きたる場合（本條第二項）。

(4) 不在者に對し、失踪宣告がなされ、又は死亡者と認定せられたる場合（非訟五九）。

以上掲げたる場合の一に該當するときに於て、委任管理人、利害關係人（本人及び法定の財産管理人を包含する）又は検事の請求あること。

(ロ) 取消の效力

茲に取消とは廢止を意味し、將來に向つてのみその效力を生ずる。

(1) 爾後財産管理人は其管理權を失ふ。尤も急迫の事情あるときは、不在者、相續人若しくはその財産管理人が、管理事務を處理することを得るに至るまで、必要な行爲をなす權利を有し、義務を負ふものと解すべきである（六五四類推）。

(2) 財産に施されたる封印、財産管理人の提供したる擔保（二九一）は、その效力を失ふ。

第二十六條 不在者カ管理人ヲ置キタル場合ニ於テ其不在者ノ生死分明ナラサルトキハ裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ管理人ヲ改任スルコトヲ得

(一) 本條の趣旨

不在者の財産管理人に三種ある。一は法律上當然に管理權を有する者(法定管理人)、二は不在者の委任に基く管理人(委任管理人)、三は前條の規定により裁判所が選任したる管理人(選定管理人)である。本條は、不在者の委任管理人を、裁判所が改任するの要件を、規定するに外ならぬ。

(二) 委任管理人

(イ) 管理人の權利及び義務は、専ら當事者間の委任契約の内容、若しくは委任に關する規定による。尤も民法二七條第二項・第三項は、委任管理人にも適用せられることに注意すべきである。

(ロ) 管理人の改任

當事者間の特約又は委任に關する規定に従ひ、不在者が、場合により、管理人を改任し得ることとは勿論であるが、不在者の生死分明ならざるときは、不在者のみならず、更にその他の利害關係人をも保護すべき必要あるが故に、特に民法は、裁判所に改任權を認め、利害關係人又は

檢事の請求により、裁判所をして、その裁量に基き、委任管理人を改任することを得せしめたのである。改任を命じたる裁判に對しては、管理人より、即時抗告をなすことを得る。抗告の期間は、管理人が裁判の告知を受けた日より起算せられる(非訟六〇三)。

裁判所が、本條に従ひ、財産管理人を改任し、他人を管理人に選任したる場合と雖も、尙ほ不在者は、更に別人に對して、財産管理を委任することを得る。この場合には、前條第二項に従ひ、改任を取消すべきである。

第二十七條 前二條ノ規定ニ依リ裁判所ニ於テ選任シタル管理人ハ其管理スヘキ財産ノ目錄ヲ調製スルコトヲ要ス但其費用ハ不在者ノ財産ヲ以テ之ヲ支辨ス。

不在者ノ生死分明ナラサル場合ニ於テ利害關係人又ハ檢事ノ請求アルトキハ裁判所ハ不在者カ置キタル管理人ニモ前項ノ手續ヲ命スルコトヲ得

右ノ外總テ裁判所カ不在者ノ財産ノ保存ニ必要ト認ムル處分ハ之ヲ管理人ニ命スルコトヲ得

(一) 財産管理人の權限

法定管理人又は委任管理人の權限は、親族編の規定又は委任に關する規定による。ここに述ぶる所は主として、選定管理人の權限である。

選定管理人の財産管理に關する諸問題は、本條以下の規定する所によるも、委任に關する規定はその性質の許す限り、補充的に類推適用せられる（非訟四三は特に民六四四・六四六・六四七・六五〇が不在者の財産管理に準用あるべき旨を規定するも、その他の委任に關する規定も亦類推せらるべきである）。

(イ) 管理權の物體は、管理を必要とする不在者の財産であつて、必ずしも、管理人選任當時の財産に限られない。例之、不在者が爾後相續により財産を取得したときは、管理權も亦當然に之等の財産に及ぶ（大一一、一二、一一東區判）。故に不在者の財産管理人に於て相續登記の申請をなしたるときは、登記官吏は之を受理すべきである（大二、六、七法曹會決議）。

(ロ) 管理權の内容 管理人は不在者の財産の保存、その性質を變じない範圍内に於ける利用又は改良を目的とするあらゆる行爲をなすことを得る。裁判所の許可あるときは、更にその他の行爲をもなすことを得る（二八參照）。

(1) 占有權

(2) 事實行爲をなす權利 不在者の財産自體の保存、改良若しくは利用の爲めには、あらゆる事實行爲をなすことを得る。尤も物又は權利の從來の用法を變更し、そのものに本質的變更を加ふるを得ない（二八・一〇三參照）。

(3) 處分行爲をなす權利 財産管理人は原則として不在者の財産を處分するを得ない。財産

より收取する果實についても亦同様である。辨濟の受領が處分行爲なるか否かについては、學說上の争ひあるも、管理人にその權限を認むべきは勿論であり、更に財産全部の保存、利用、改良の目的の爲めに必要なる限りは、個々の物又は權利の處分をなすことは（例之、腐敗物を拋棄し、不用品を賣却する行爲は勿論、債務の辨濟又は相殺をなし、或は時效中斷の爲め訴訟を提起する等）、財産管理權の範圍に屬するものと解すべきである。

(4) 債務行爲をなす權利 財産管理權は、當然に債務行爲をなす權限を包含する。例之、不在者所有の家屋を修繕する爲めに、請負契約をなし、權利保存の爲めに委任契約を締結することを得る。

(5) 取得行爲をなす權利 財産管理人は、一般的には、不在者の爲めに、物又は權利を取得するを得ない。尤も不在者の財産の保存、利用、改良の爲めに必要なる物又は權利を、不在者の計算に於て、取得することは、管理權の範圍に屬する。

(6) 意思表示の受領をなす權利 第三者は不在者に對する意思表示（例之、相殺、解除、解約告知）を財産管理人に對して有効になすことを得る。

(7) 訴訟行爲 財産管理權が、不在者の財産に關する訴訟を遂行する積極又は消極の權限を包含するか否かは、頗る疑問である。訴訟上の正當なる當事者能力は、その訴訟物の處分權

を前提とし、しかも管理人は、一般的には、處分権を有しないが、不在者の財産管理制度の目的に照らし、法律は、管理人に對して、少くとも被告としての當事者能力を與ふるものと解すべきであらう。尙ほその管理權の當然の内容として取扱はるべき權利の行使については（例之、その締結したる請負契約に關し訴を提起し、又は時效中斷の爲め訴を提起するが如し）、管理人に於て正當なる原告能力を有することは勿論であり、更に次條の規定に従ひ裁判所の許可を受くるときは、その他の訴訟をも原告として提起することを得る（大一二、四、二八法曹決議）。財産管理人の訴訟當事者能力は、管理人たることを辭任するにより消滅し、從つて訴訟繼續中管理人が辭任するときは、訴訟は中斷し、その辭任が殊更に相手方の請求を困難ならしむる手段として行はれたる場合にも、訴訟上別段の取扱を受くべき理由はない（大九、一〇、一五大判）。

(ハ) 以上述べたる管理權の内容たる行爲が、法律行爲なる場合に、管理人は、同時に不在者の代理人として、行爲をなし得るか否かは、必ずしも明瞭と謂ふを得ないが、吾民法は、管理人をば同時に法定代理人として取扱ふ趣旨に解せられる。故に管理人は、自己の名を以て、不在者の計算に於て、法律行爲をなし得るのみならず（此の場合には大體に於て委任に關する規定が準用せらる。非訟四三）、不在者の名を以て、法律行爲をなすことを得る。此場合には、管理人の代理行爲により發生したる債務を完済するに足る不在者の財産が存在しないと雖も、直接には、管

理人に何等の責任はないが、前の場合には取引の相手方に對しては、管理人のみ責任を負ふ。

(ニ) 管理權による不在者の權利の制限 管理人の權利と不在者たる本人の財産管理權及び處分權とは、同時に兩立するを得ないから、財産管理の繼續中は、不在者本人は、個々の財産を處分し、又はその占有の引渡を請求するを得ない（大九、一〇、一五大判）。

(二) 管理人の選任、改任及び辭任

(イ) 裁判所が管理人を選任し又は改任する場合に於ては、利害關係人の意見を聽くことを得る（非訟三九）。

(ロ) 裁判所は、何時にても、その選任したる管理人を改任することを得る（非訟四〇一）。管理人の選任又は改任の裁判に對しては、不服を申立つるを得ない（非訟四〇ノ二）。

(ハ) 管理人は、裁判所に届出でて、その任務を辭することを得る。この場合に於ては、裁判所は更に管理人を選任すべきである（非訟四〇二）。

(三) 管理人の義務

財産管理人は、善良なる管理者の注意を以て財産管理義務を處理することを要し、必要又は有益なる限り、財産管理の爲め各種の行爲をなさねばならぬ（非訟四三、民六四四）。特に管理人のなすべき行爲として法律の規定するものは、

(イ) 財産目録調製の義務 選定管理人は常にこの義務を負ひ(その費用は不在者の財産を以て支辨すべきである。本條第一項。目録の調製をなすべき時期については、法律に特別の規定がないから、管理人に過失なしと認定せらるべき期間内になせば足る)、委任管理人は、不在者の生死が不明なる場合に於て、利害關係人又は檢事の請求に基き發せられる裁判所の命令により、始めてこの義務を負ふ(本條第二項)。尙ほ場合により、裁判所は、公證人をして財産目録を調製せしむべき旨を、管理人に命ずることを得る(非訴五五・五六)。

利害關係人は、財産目録の閲覧を申請し、又は手数料を納付してその謄本の交付を申請することを得る(非訴五七)。

(ロ) 狀況報告及び計算義務 裁判所はその選任したる管理人に、財産の狀況を報告し且管理の計算をなすべき旨を命ずることを得る(非訴四一)。不在者の生死不明なる場合に於て、利害關係人又は檢事の請求あるときは、裁判所は、委任に基く管理人にもこの命令をなすことを得る(非訴四一)。利害關係人は、是等の報告及び計算に關する書類の閲覧を申請し、又は手数料を納付してその謄本の交付を申請することを得る(非訴四二)。

(ハ) 占有又は権利移轉の義務(非訴四三、民六四六)

(ニ) 利息の支拂、損害賠償の義務(非訴四三、民六四七)

(ホ) 右の外總べて不在者の財産の保存に必要と認むる處分は、之を管理人に命ずることを得る(非訴五八)。利害關係人は、不在者の財産の管理若しくは保存につき、處分を命じ、又は其の處分を取消したる裁判に對して、抗告をなすことを得る(非訴六〇・六一・六二)。

(四) 管理人の管理に關する附隨の權利義務

(イ) 報酬請求權(二九〇參照)

(ロ) 費用償還請求權、損害賠償請求權(非訴四三、民六五〇)

(ハ) 擔保提供の義務(二九一參照、非訴四四・四五)

第二十八條

管理人カ第百三條ニ定メタル權限ヲ超ユル行爲ヲ必要トスルトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得不在者ノ生死分明ナラサル場合ニ於テ其管理人カ不在者ノ定メ置キタル權限ヲ超ユル行爲ヲ必要トスルトキ亦同シ

(一) 本條は不在者の財産管理人の管理權(從つて亦その代理權)の範圍を明にするものである。

(二) 普通の場合に於ける管理權(代理權)の範圍

(イ) 委任による管理人の管理權の範圍は、委任契約の内容による。委任契約に於て特にその權限の定めがない場合には、民法一〇三條によつてその範圍が決定せらるべきである。

(ロ) 裁判所の選任せる管理人の管理権の範囲については、本條により民法一〇三條が適用せられる(前條註(一)參照)。

(三) 権限の擴張 民法一〇三條に定めたる権限を越ゆる行爲を必要とするときは、管理人は、裁判所の許可を得て、之をなすことを得る。不在者の生死不明なる場合に於ては、委任による管理人についても、亦その委任契約の範圍を越ゆる行爲を必要とするときは、同様の権限の擴張が認められてゐる。権限の擴張を認むる裁判に對して、利害關係人は、抗告をなすことを得る(非訟六〇一)。

(四) 権限の制限 財産管理人の権限の制限については、別段の規定はないが、裁判所の選任せる管理人については常に、又委任による管理人については、不在者の生死不明なる場合に限り、裁判所は権限の制限をなし得るものと解すべきである。

第二十九條 裁判所ハ管理人ヲシテ財産ノ管理及ヒ返還ニ付キ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得

裁判所ハ管理人ト不在者トノ關係其他ノ事情ニ依リ不在者ノ財産中ヨリ相當ノ報酬ヲ管理人ニ與フルコトヲ得

(一) 管理人の擔保提供の義務

(イ) 裁判所の選任したる管理人のみこの義務を負ふか、或は委任による管理人に對しても、裁判所は、この義務を負はしめ得るかは、學說の岐るる所である。民法は、不在者の生死が不明なる場合には、一般に、選定管理人と委任管理人とを同一に取扱ふものと、見るを得るから、(二六・二七・二八後段)この場合には、委任管理人も亦、本條による擔保提供の義務を負ふものと解すべきである(相當の反對説がある)。

(ロ) 財産管理人は、當然にこの義務を負ふことなく、裁判所の命令によつて始めてこの義務を負ふに至る。

(ハ) 裁判所は、管理人をして擔保を提供せしめたる後、其増減變更を命じ、又は免除をなすことを得る(非訟四四)。

(ニ) 擔保の種類は、人的擔保たると(四五〇・四五一)、物上擔保たるとを問はない。尤も質物は管理人自身の占有する所となるから、質權の設定を許さないものと解すべきである(三四五)。その種類、目的は、全く裁判所の裁量によつて決定せられる。

(ホ) 管理人の設定すべき擔保は、將來に於て發生することあるべき債務を擔保するものなれば、根擔保たる性質を有する。

(ヘ) 擔保は、裁判所に對して提供せらるべきものではなくして、不在者自身に對して提供せ

らるべきである。不在者の爲めに擔保を提供することは、自己契約の形式を以てなさるることを得るから(一〇八參照)、實際上何等の不都合はない。

(ト) 財産管理人が、相當の期間内に、擔保を提供しないときは、裁判所は、その管理人を解任することを得るのみならず(非訟四〇)、之を解任せずして**その提供を強制し得るものと解すべきである。**

(ニ) **管理人の報酬請求權** 委任に基く財産管理人の報酬請求權の有無、並にその額は、委任契約の内容による。尤も不在者の生死不明なる場合には、その無償の場合と雖も、本條の適用により、裁判所の決定に基き、相當の報酬を請求し得るものと解すべきである(多數説は反對)。

第三十條 不在者ノ生死カ七年間分明ナラサルトキハ裁判所ハ利害關係人ノ請求ニ因リ失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得

戰地ニ臨ミタル者、沈没シタル船舶中ニ在リタル者其他死亡ノ原因タルヘキ危難ニ遭遇シタル者ノ生死カ戰爭ノ止ミタル後、船舶ノ沈没シタル後又ハ其他ノ危難ノ去リタル後三年間分明ナラサルトキ亦同シ

本條は**失踪宣告の要件を**、一般失踪の場合と、危難失踪の場合とに分ちて規定してゐる。

(一) 一般失踪

(イ) 不在者の生死が、裁判所の審査の結果、尙ほ不明なること(民施一八參照)。死亡を推測するに充分なる事情あるときは、**認定死亡**として、敢へて失踪宣告をまたずして、死亡者として取扱はれる(戸法二〇、尙、「死亡ノ推定カ或ル事件ニ對スル判斷ニ止マリ失踪宣告ノ如ク一般ニ死亡者トシテ效果ヲ發生セシムルモノニアラサルトキハ裁判所ハ自由ノ心證ヲ以テ之ヲナスヲ妨ケス」六七、一二、二五神地判)。

(ロ) 不在者の生存を推測せしむるに足る最後の音信(何人より何人へ對する音信たるを問はず)がなされたときより、七ヶ年繼續すること(**失踪期間**)。期間の計算は民法一四〇條以下の規定に従ふ。

(二) 危難失踪

(イ) 戰地に臨みたるまゝ、或は沈没せる船舶に乗り込みたるまゝ、その他死亡の原因たるべき危難(飛行失踪、地震その他天災地變による失踪)に遭遇したるまゝ生死不明となること。

(ロ) 其の生死が、戰爭の熄みたる後、船舶が沈没したる後、又はその他の危難の去りたる後、三年間不明なること。

(三) 一般失踪の場合たると、危難失踪の場合たるとを問はず、**利害關係人の申立**ある場合に限る、裁判所は、失踪宣告をなすことを得る。又その要件を具ふる限り、利害關係人の申立ある場

合には、必ず失踪宣告をなすべきである。

- (イ) **利害關係人**とは、失踪宣告につき、法律上の利害關係を有するものを謂ひ、**國庫**も亦相続税等の關係に基き、法律上の利害關係を有するときは、失踪宣告を申立つることを得る。
- (ロ) **宣告の申立**は、失踪期間満了前に於ても、之をなすことを得るか否かは、多少の疑あるも、民法は、失踪期間の満了を以て、失踪宣告そのものの要件となすに過ぎないから、満了前の申立も亦有効と解すべきである(尤もこの場合には公示催告期間満了のときに失踪期間も亦満了すべきことを疏明することを要する)。

- (ハ) 失踪宣告の申立は、書面又は口頭を以て、不在者の住所地の區裁判所に對してなさるべきである(人訴七一、民訴七六五)。申立には、その原因たる事實及び證據方法を表示すべきである(人訴七四四・四二二)。各利害關係人は、共同の申立人として手續に加はり、又は申立人に代りて手續を續行することを得る(人訴七五)。

(四) 失踪宣告の手續

- (イ) **公示催告**(民訴七六五・七七五、人訴七〇・七二以下・七六) 失踪宣告の申立ある限り、特に公示催告の申立を要しない。公示催告の内容は、不在者及び不在者の生死を知るものに對する届出の催告であり、催告期間は、六ヶ月以上なることを要する(人訴七二、尤も不在者の出生後百年以上を經

過したる場合には、公示催告期間は、二个月以上なるを以て足る。人訴七三二)

- (ロ) **檢事の立會**(人訴七四一・七五二)
- (ハ) **證據調**(人訴七四四・四六)
- (ニ) **手續費用の負擔者**(人訴七七)
- (ホ) 裁判所が申立に表示したる事實及び證據方法を斟酌し、職權を以て、生死不明なるか否かの證據調をなし、且公示催告期間満了するも不在者の生死尙ほ不明なるときは、失踪を宣告すべきである。**失踪宣告の判決**(「失踪宣告ノ裁判ノ形式ニ關シテハ明文ナキモ除權判決ニ相當スルヲ以テ判決ニヨリ之ヲ言渡スモノナリ」大五、五、二四東地判)に對して上訴は許されないが、不服の申立をなすことを得る(人訴七八・七九)
- (ヘ) 失踪宣告の届出(戸法一二四)

第三十一條 失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ハ前條ノ期間満了ノ時ニ死亡シタルモノト看做ス

失踪宣告の確定により、失踪者は、失踪期間満了の時より死亡者と看做される。

- (一) 看做さるるが故に、反證を擧げて生存すること、若しくは他の時期に死亡したることを主張するを得ない(**擬制主義**)。この種の主張をなす爲には、失踪宣告を取消すことを要する(次條

参照。

(二) 死亡者と看做さるる時點は、前條に規定する失踪期間満了の時である。故に反對説あるも、失踪期間満了の時までは、尙ほ生存せるものと看做さるべきである（反之、何時以來生死不明なるかの點にまで、失踪宣告の既判力は及ばない）。失踪期間満了の時より死亡者と看做さるるが故に、例之、失踪期間満了後失踪宣告申立前に、失踪者の債權者が正當に判決をうけてなしたる強制執行は、失踪宣告後は、他人の財産に對する強制執行となり、従つて競落人は相續人より返還請求をうくる結果となる（大五、六、一大判）。

(三) 失踪宣告は、何人に對しても**絶對的の效力**を生じ、單に當該の手續に参加したる當事者に對してのみ、發生するに止まるものではない。

(四) **死亡者と看做さるる法律關係の範圍** この點については、吾民法に特別の規定はないが、失踪者は、その總ての法律關係に於て、死亡者と看做さるゝのではない。その範圍に關しては、從來、或は失踪期間満了の時に於ける法律關係にのみ限ると主張せられ、或は從來の住所又は居所を中心とする法律關係にのみ限ると主張せられ、又或は失踪期間満了の時に於ける法律關係にして、失踪宣告により確定することを要する場所に於けるものに限ると説明せらるるも、**不正確**である。例之、次に掲ぐる法律關係は、如何に取扱はるべきであらうか。

- (1) 甲が、京都を去り、樺太に居住する場合に、失踪期間満了前、樺太に於て、取得したる財産に關する權利は、失踪宣告により相續人に移轉するか否か。
 - (2) 甲が、京都を去り、その失踪期間満了後、甲の財産管理人乙を代理人として、彼に對して、丙が贈與をなしたる場合に、甲に對する失踪宣告の結果、その贈與は無効となるか否か。甲の爲めに丙が債務の免除をなしたる場合如何。
 - (3) 甲は、失踪後、その妻と共に、尙ほ樺太に居住する場合に、京都に於ける失踪宣告は、甲乙間の婚姻をも解消せしむるか否か。
 - (4) 甲の妻乙は、尙ほ京都に居住して、樺太にある甲と文通せる場合に、甲に對する失踪宣告は、甲乙間の婚姻を解消せしむるか。乙は、時に樺太と往復し、乙との間に子を設けたる場合に、その子は、失踪宣告の取消がない限り、私生兒となるか否か。
 - (5) 失踪者甲は、京都、長崎、朝鮮、樺太等に財産を有する場合に、如何なる場所に於ける財産が、失踪宣告の結果、相續財産を構成するものと認むべきか。
- 失踪宣告により、失踪者が死亡者と看做さるる限界を、明確に決定するを得ないのは、寧ろ吾が民法が、失踪宣告の效力に、擬制主義及び絶對主義を採用した當然の結果ではあるまいか。

第三十二條 失踪者ノ生存スルコト又ハ前條ニ定メタル時ト異ナリタル時ニ死亡シタルコトノ證明アルトキハ裁判所ハ本人又ハ利害關係人ノ請求ニ因リ失踪ノ宣告ヲ取消スコトヲ要ス但失踪ノ宣告後其取消前ニ善意ヲ以テ爲シタル行爲ハ其效力ヲ變セス
失踪ノ宣告ニ因リテ財産ヲ得タル者ハ其取消ニ因リテ權利ヲ失フモ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テノミ其財産ヲ返還スル義務ヲ負フ

(一) 失踪宣告取消の要件

(イ) 失踪者の生存すること、又は死亡の時と定めたる時(失踪期間満了の時)と異なる時に、死亡したることの證明あるとき。本條には直接の規定はないが、消極的に失踪期間満了の時は、尠くとも、生存することの證明ある場合にも、失踪宣告の取消がなされるべきである(多數説)。この場合には、失踪者が生存することの明かなるときより、更に失踪期間の満了することによつて新なる失踪宣告を申立つることを得る。失踪宣告取消の申立ありたる時が、既に失踪期間を經過せる場合に於ても、新なる失踪宣告の申立がない限りは、その者は、尙ほ生存者と看做される。

(ロ) 本人又は利害關係人の請求あること。この申立は、訴の形式を以て、失踪宣告の申立人又は檢事を相手方としてなされるべきである(人訴八〇・七八。失踪宣告の申立人も亦、利害關係人として、失踪

宣告取消の申立をなすことを得べく、此場合には人訴七八Ⅱを準用して、檢事を以つて相手方となすべきである。昭二、三、三一法曹會決議)。

(二) 失踪宣告取消の手續

(イ) 管轄裁判所(人訴七一)

(ロ) 取消手續(人訴七四、七五)

(ハ) 取消の判決に對する不服申立(人訴八〇、民訴七五五)

(三) 失踪宣告取消の効果

(イ) 失踪宣告の效力は、その取消の判決が確定するまで繼續し、取消の判決がない限りは、何人と雖も、反證をあげて、その效力を争ふを得ない。失踪宣告取消の判決が確定するときは、既になされたる失踪宣告は、宣告の時に遡つてその效力を失ひ(遡及效)、失踪宣告がなされざりしと同一の法律關係を回復せしむるを原則とする。

(1) 失踪者の生存することの證明ある爲めに、失踪宣告が取消された場合には、失踪者が失踪宣告によつて死亡者と看做されたるによつて生じたる法律上の效力は、既往に遡つて消滅する。従つて、例之、失踪者の妻が、未だ他人と婚姻せずして、尙ほその家に止まる場合には、失踪者との婚姻は間斷なく繼續するものとして取扱はるべく(法曹會決議、記事八九ノ三一)、既に開始

したる相續は、既往に遡つて、その效力を失ふが故に、失踪者は、相續人に對して、相續回復請求權類似の請求權を行使することを得る（九六六・九九三）。この請求權が、如何なる程度まで、相續回復請求權と同一の取扱をうくべきかは、解釋上の疑問である（獨民二〇三一參照）。

(2) 失踪者が、失踪期間満了の時と異なる時に死亡したることの證明ある場合には、その效力は、その死亡の時より發生したこととなる。

(3) 失踪期間満了の時は、尠くとも、生存せることの證明あるときは、更にその後の失踪期間の経過を理由とする再度の失踪宣告がなされない限り、失踪者は尠ほ生存するものとして取扱はれる。

(ロ) 以上述べた原則を貫徹するときは、失踪宣告によつて確定せられたる法律關係の關與者について、甚だ酷なる結果を生ずることがあるから、この結果を緩和する爲めに、民法は二種の例外を認めてゐる。

(A) 例外の一 失踪の宣告後、その取消前に、善意を以てなしたる行爲は、其效力を變じない（本條第一項但書）。

(1) ここに善意とは、失踪者が生存すること、若しくは失踪期間と異なるときに死亡せざること、又は少くとも失踪期間満了の時は尠ほ生存せることの認識がないことを意味する。或る

行爲が相手方ある場合には、相手方も亦善意なることを要するとなすを通説とする。尤も失踪宣告により財産を承繼した者の處分行爲については、相手方が善意なる限り民法一九二條商法四四一條の善意取得に關する規定の適用あることに注意すべきである（契約の場合に於ても、一方の當事者が善意なれば足ると解する少數説がある。又契約の場合には双方の善意を要すると解しながら、單獨行爲の場合には、受領者の善意惡意を問はずと解する學者もある）。

(2) 失踪宣告後その取消前になされたる行爲のみに限られるから、失踪宣告のなさるべきことを豫期してなしたる行爲なるも、宣告前の行爲なる場合には（假令失踪期間満了後の行爲であらうとも）、その行爲の效力は、常に失踪宣告取消の影響をうける。例之、妻の婚姻は重婚となる。

(3) 本條第一項但書による例外は、失踪宣告後の行爲のみにつき認めらるる所であるから、相續又は遺言その他失踪者の死亡を原因とする法律上當然の權利取得は、失踪宣告の取消により既往に遡つて無効となる。

ここに善意を以てなしたる行爲とは、法律行爲、例之婚姻、養子縁組、戸主の廢家（失踪宣告ヲウケタル戸主ノ家督相續ヲナシタル長男カ適法ニソノ家ヲ廢シソノ母ト共ニ他家ニ入りタル後失踪宣告ノ取消アリタ

リトセンカ失踪者タリシ戸主ハ前戸主權ヲ回復スル能ハスシテ一家ヲ創立スヘクソノ妻トノ婚姻ハ解消セザリシモノトナルカ故ニ身分登記變更手續ニヨリ他家ニアル妻ヲ自己ノ家ニ入籍セシムヘキモノトス(四五、三、一六法曹會決議)等の身分行為、相續財産、受遺財産の處分等の財産法上の行為は勿論、苟も法律上意義を有する總べての行為(例之、妻の姦通、相續財産の占有その毀滅)を包含するも、失踪者の死亡せるか否かにより法律上の效力に差異を生ずべき行為のみに限られる(相續人の選定は、失踪者の死亡せることを前提としてなされる行為なるも、選定相續人の相續による財産承繼は、失踪宣告による法律上當然の効果に外ならぬから、失踪宣告の取消により、相續が無効となる間接の結果として、相續人の選定行為も亦無効となるものと解すべきである)。

- (4) 以上の要件を具ふる行為は、失踪宣告の取消に拘はらず、全般的にその效力を維持し、従つて、之と牴觸する舊關係は、踪失宣告により消滅したまま復活するものではない。故に例之、善意の婚姻により、失踪者との舊婚姻は、既に解消したものととして取扱はるべく(舊婚姻は當然に無効ではなく、單に取消され得るに過ぎずと解する學説がある)、又法定の推定家督相續人に對する失踪宣告後、善意を以て養嗣子を迎へたる場合には、その養子縁組が、確定的に有效なるのみならず、失踪者が生存する場合にも、彼は家督相續人たる地位を回復しない。
- (5) 反之、以上の要件を具へない行為は、失踪宣告の取消により、失踪者が生存し、又は失

踪期間と異るときに死亡したるものとして取扱はるることによつて影響をうくる。尙ほ民法に直接の根據はないが、失踪者の利益となるべき財産法上の行為(例之、相續人のなせる時效の中断行為)は、行為者の善意なると悪意なるとに不拘その效力を變じないものと解すべきである。

(B) 例外の二 失踪宣告によつて財産を得たる者は、その取消の効果として、遡及的にその權利を失ふも(尤も失踪期間と異るときに死亡せることを理由として宣告が取消されたる場合には、その時期より權利を取得したるものとして取扱はれる。失踪期間満了の時に死亡したるものと看做さるるの故を以てのみ、權利を取得した者が、その權利を失ふに至るは勿論である)、現に利益をうくる限度に於てのみ、その財産を返還する義務を負ふ。

- (1) 失踪宣告によつて財産を得たる者とは、失踪者の死亡を原因として、直接に財産權を取得したる者を謂ひ(故に失踪宣告により戸主權を取得せる場合を除くべきである)、間接に、例之、失踪者の相續人との取引に於て權利を取得したもの(之等の者が、有効に權利を取得するか否かは、前項但書による)を包含しない。
- (2) 失踪宣告によりて直接に取得したる財産權は、その取消により、或は消滅し、或は死亡の時期の異なるにより變更をうける。故に

(a) 失踪宣告により、相續財産を取得したる者に對しては、失踪者、又は死亡の時期の異

る爲め、他人が相續人たる場合には、この者より、相續回復請求權、又は類似の請求權を行使すを得る（九六六・九九三）。

(b) 遺贈、死因贈與、その他死亡を期限又は條件とする法律行爲によりて權利を取得せる者は、法律上の原因なき利得として、利得返還の義務を負ふ。

(c) 保險金受取人も亦、保險者に對して同様の義務を負ふ。

(3) 利得者の利得返還の範圍は、本條に的確な根據はないが、一般の不當利得に關する規定に從つて、決定せらるべきものと解するを通説とする（七〇三以下・一二一參照。尤も少數の反對説がある）。從つて善意の利得者は、現に利益をうくる限度に於て（民七〇三に所謂利益の存する限度とその範圍を異にするを見る學説あるも、兩者は同一に解して差支へない）、その利得を返還する責に任じ、惡意の利得者は、その當初うけたる利得は勿論、全損害の賠償の責に任すべきである（本條第二項を物上請求權の制限たる規定として、利得者の善意惡意を問はず、現存利得の返還のみに限らんとする少數の學説がある）。

(4) 失踪宣告によりて取得したる財産權が、取得時効の要件を具へ、免れたる債務が、消滅時効の要件を具ふる場合には、その利得は、失踪宣告によるものにはあらずして、別個の原因たる時効を理由とするものなれば、利得の返還問題を生じない（尤も有力なる反對説がある）。

第二章 法人

(一) 法人の本質

(イ) 法人の本質については、從來種々の學説（擬制説、有機體説、享益者主體説、目的財産説、管理者主體説、今日の通説は組織體説である。此點を明にした判例は、明三九、五、一五東控判）が提唱せられてゐるが、結局は、權利の本質論（特に法人格の概念）に歸着する。一般に、法人格は、法律效果の歸屬點に外ならぬから、如何なる要件を具ふれば、そのものに法律效果を歸屬せしむるを便宜とするかの問題を、各種の組織體につき、個別的に検討して、その法人たるの要件を決定すべく、すべての法人につき、一律にその要件を定むる必要は毫も存しない。故に公法人と私法人、社團法人と財團法人、公益法人と營利法人とは、それ／＼その目的を異にするに従ひ、その法人格の要件を異にすべきである。

(ロ) 如何なる要件を具ふる組織體を、現實に、法人として取扱ふべきか否かは、全く實定法の決する所である。例之獨逸法上合名會社は、法人ではないが、吾商法上は法人として取扱はれる。故に或る組織體が法人なるか否かは、各個の法規の内容を検討して判定せらるべく、例之、判例は寺

院(民施二八參照)、聯合會議所、産牛馬組合(明四〇、二、一四、同四一、一一、一九、大四、一〇、一九大判)を、法人として認定したが、頼母子講、醫師會(後に法律によつて法人とせられた)、神社、寺院以外の宗教團體(明三二、一一、一四大判、大八大阪區判、昭三、三、二朝高法院判)を法人にあらずと見てゐる。

法人と自然人たる個人との中間的獨立の存在者(人格者)として、**權利能力なき社團(又は財團)**の概念を認むべきか否かは、特に獨逸の學界に於て、争の存する所である。權利能力なき社團(又は財團)は、假令中間に位する獨立の人格者ではないにしても、種々の法律關係に於て、法人類似の取扱を受くべき必要があることは疑ない。

(1) 權利能力なき社團と組合(組合なる語は、或は法人又は權利能力なき社團の名稱としても屢々用ひられる)との區別は、構成員の變更が、團體の同一性を害するか否か、その財産が、構成員の共有に屬するか、或は合有に屬するかを標準として、決定せらるべきである。例之氏子團體、檀徒團體、入會權を中心とする團體、労働組合、學術親睦等を目的とする各種の團體にして、未だ法人格を認められないものは、權利能力なき社團である。

吾が民法には、權利能力なき社團につき、何等の規定も存しないから、**如何なる範圍迄、法人又は組合に関する規定が適用せらるべきかの問題を生ずる。**内部の組織、その他一般に社團の内部關係については、法人に関する規定が類推適用せらるべく、社團の代表即ち外部關係につ

いては、構成員各自が共同に行動するか、若しくは一定の代表者を定めて、個人として、社團の爲めに(信託的に)、行動せしむる外はない。**尙社團の債務**については、尠くとも團體財産を限度とする物的責任が認めらるべきであらう。

(2) 吾が民法上、如何なる財團(一定の目的の爲めに他の財産と別個の取扱を受くべき財産)を以て、**所謂權利能力なき財團**として取扱ふべきかは、疑問である。公法上の營造物にして、獨立の組織を有するも、未だ法人格を有しないものは、公法上の權利能力なき財團として取扱はるべく(例之、帝國大學)、又一定の目的の爲めに、他の財産と別個の取扱を受くべき財産にして、特に法律上管理人を要するもの(相續拋棄期間中の相續財産、限定承認、遺言執行中の相續財産、一定の目的の爲めに募集せられた寄附財團)は、私法上、權利能力なき財團として取扱はるべきであらう。尙財團法人となるべき財團が、未だ主務官廳の許可を得ない間は、權利能力なき財團である。

(3) 權利能力なき社團又は財團は**訴訟當事者能力**を有する(民訴四六)。

(二) 法人の種類

法人は、標準を異にするに従ひ、種々に分類せられ得る。

(イ) **公法人と私法人** 此區別は、必ずしも明瞭と謂ふを得ないが、大體に於て、公法人とは、

國家及び國家の行政行為によつて行政組織の一構成體として(大ニ、二ニ、一ニ、同五、三、三大刑判參照)組織せられ(公共團體)、又は認定せられ(例之、神社)、從つてその構成が、公法法規によつて、規律せらるるものを謂ひ、私法人とは私人の意思に基き(更に國家の許可を要することもある)設立せられ、從つてその構成が、私法上の定款又は寄附行為によつて規律せらるるものを謂ふ(その公益を目的とすると營利を目的とするとを問はない)。公法人も亦、私的取引關係に於ては、私人として取扱はれ(國家が私法關係に於て、財産主體として現はるときは、之を特に國庫と謂ふ。七二Ⅲ・二三九Ⅱ・一〇五九)、從つて、亦私法(その訴訟については民事訴訟法)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(ただ公法人の機關の構成に關するが如き紛争については、司法裁判所に之が解決を求むるを得ない。昭五、四、七六判)。ただ問題とすべきは、如何なる法律關係につき、公法人も亦私法の適用を受くるかの點であつて、此點は畢竟各個の法規の解釋によつて、個別的に、決定せらるる外はない(國家又ハ其他ノ公法人カ公共ノ利益ノ爲メニ經營スル事業ト雖モ共事業施行ノ爲メニ爲ス行為中公ノ權力ニ服從セシムル關係ニ於テ爲スモノニ限り公法上ノ關係ニ屬シ然ラスシテ全ク私人ト對等ノ關係ニ於テ爲ス行為ハ私法上ノ關係ニ屬スルモノトス。大七、一〇、二五六判、尙同六、二、六六判參照)。

(ロ) 社團法人と財團法人

(1) 共同の目的の爲めに、二人以上の構成員(社員)より組織せられ(成立についてのみならず、

存續についても、二人以上の社員あることを要件とするか否かは、學說の岐るる所である)、その事務が、構成員の多數決によつて決定せらるる法人を社團法人と謂ひ、一定の目的を遂行する爲めに、提供せられた財産を基礎とする組織にして(一時財産を失ふとも、當然には財團法人そのものは消滅しない)、構成員を缺くものを財團法人と謂ふ。吾國の法律上、財團法人は、公益法人に限られてゐる。近時社團法人(特に株式會社)が、實質上は、益々財團法人化せらるる傾向を呈してゐることは、注目に値する。

(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(法人格者たる營造物)とを區別することを得るも、各別に適用せらるべき一般的规定を缺くが故に、區別の實益に乏しい。

(3) 財團法人と信託財産(殊に公益信託財産、信託法六六以下)とは、同様の目的の爲めに成立するものであるが、前者は、財産自體法人格を有するも、後者は他の權利主體の財産に屬し、ただその取扱が、同一權利主體の他の財産と區別せらるるに過ぎない。

(ハ) 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、技藝その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(三四參照)(法人カ公益ヲ目的トスルモノナリヤ將タ營利ヲ目的トスルモノナリヤハ單ニ法人ノ目的トシテ標榜スル所ノミニ從ヒテ判定スルコトヲ得スシテ其事業ヲ經營スル方法モ亦法人ノ

何レノ種類ニ屬スルヤヲ定ムルノ資料トナササルヘカラス學術技藝ニ關スル社團ニシテ其事業ノ方法ニ依リテハ營利ヲ目的トスルモノト認ムヘキモノアル如シ」明三九、六、七東控判、此目的を達するに必要な經費を得るために、營利事業を営むことあるも、必ずしも公益法人たるに妨げない。吾が民法上の公益法人にして、特殊の取扱を受くべきものは神社及び寺院である。

(a) 神社(官國幣社等の特殊の神社のみならず、すべての神社をば、判例は公法人として認めてゐるやうである。即ち「神社ハ國家ノ事務ニ屬スル祭神ヲ目的トスル一種ノ公法人ニシテ神社ニ職ヲ奉スル社掌ハ府社縣社以下神社ノ神職ニ關スル件及府社縣社以下神職任用規則等ヲ參照スルトキハ所定ノ試験合格者ヨリ地方長官之ヲ任命スルヲ常トシ判任官ヲ以テ待遇セラルルノミナラス其職司ハ神明ニ奉仕シ祭祀及庶務ニ從事スルニ在ルヲ以テ其ノ法律上ノ地位ハ氏子團體ノ雇員トシテ目スヘキニ非ス寧ロ神社ノ機關ニシテ其ノ資格任用ノ形式待遇職務ノ性質等ニ鑑ミ之ヲ官吏ト斷スルヲ相當トス」昭二、七、二六六判例) 又は寺院は、吾國古來の慣習により、一定の財産を基礎とし、神官と氏子、又は住職と檀家等を構成員とする組織體であつて、社團法人にもあらず、又財團法人にも屬しない特殊の法人として、取扱はるべきである。その公益法人として、法人格を有することは、民法施行前よりの事實である(明一〇年太政官布告第四三號)。

(b) 神社、寺院については、從來の慣習法が適用せらるべく、従つて民法施行法二八條は、法人に關する規定の適用を保留してゐる。尤も法人に關する民法の規定と雖も、法人たる限り必然的に適用せらるべきものは、從來の慣習法と抵觸しない限り、神社寺院についても適用せられる。従つて、

り必然的に適用せらるべきものは、從來の慣習法と抵觸しない限り、神社寺院についても適用せられる。従つて、

(i) 神社寺院は慣習上定まれる目的の範圍内に於てのみ、權利を有し義務を負ひ、その目的に抵觸する行爲により權利を取得し、又は義務を負擔するを得ない(大五、五、一六六判例・明四〇、二、一四六判例参照。「寺院ハ佛教各派ノ儀式ヲ行ヒ且其宗教ヲ宣布スルヲ目的トスル法人ナルヲ以テ寺カ他人ノ委任ヲ受ケ他人ノ小作料ヲ取立テ若クハ他人ノ山林ヲ管理スルカ如キハ其目的ニ非サルヲ以テ其能力ナキモノトス」明四二年三月一二日の東控判がある)。

(ii) 慣習上、神社寺院を代表すべき者(神官、住職、氏子總代、檀徒總代)は、神社寺院の事務につき、神社寺院を代表する(五三參照)。その代表權限は、從來の慣習によつて決定せらるべきである。住職の任免は「各管長カ法ノ委任ニ依リ管掌スル行政事務ノ一部ニシテ從ツテ私法上ノ法律關係ニ非サルカ故ニ其當否ヲ判斷スルハ固ヨリ司法裁判所ノ權限ニ屬スヘキモノニ非ス」(大六、一二、五・同七、四、一九・同一〇、二、三六判例)。神官の任免も亦、同様に行行政爲と解すべきである(前掲大判參照、寺院檀信徒總代の選舉につき、同趣旨判決は、大一一、五、五東控判)。

神社寺院を代表すべき者は、神社又は寺院と利益相反する事項に付ては、代理權を有する

ことなく、特別代理人を選任すべきである（五七參照、同題旨明四一、二、三法曹會決議）。

(ii) 氏子團體の決議、檀徒團體の決議方法については、別段の慣習がない限り、社員總會の決議に關する規定が類推適用せらるべく、その効力は全く慣習によつて定めらるるの外はない。

(iii) 神社寺院に對する寄附（贈與）の有効なることは、疑の餘地がない。從來行はれたる所謂永代寄進（子孫代々米幾何石、或は金幾何圓を毎年寄進すべき約束）が如何なる範圍迄、有効なるかは、頗る疑問である。恐らくは、約束者が相當の資力を失ふことを解除條件とする贈與契約の性質を有するものと解すべきであらうが、その相續人をも拘束するか否かは、尙解釋上の疑問たるを免れない。

(2) 營利法人とは、營利を目的とする法人を謂ひ、偶々公益事業をなすと否とを問はない。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（三五、商四二二・二八五ノ二）。近時經濟事情の著しい變動の爲め、營利法人も亦、公益法人と同様に、國家的統制を必要とするに至つたことは、特に注目に値する。

民法の法人に關する規定は、主として、公益法人に適用せられ、その營利法人にも當然に適

用せらるるものは、三三・三五・四三・四四條の四ヶ條に過ぎない（商六二二・八四・九一參照）。商

法に規定がない場合と雖も、民法の法人に關する規定は、補充的に適用せらるべきではない

〔商法中會社ノ假取締役ヲ選任スル規定ナケレハ民法第五六條ニ準據シテ假取締役ヲ選任シタルハ違法ニシテ法律上何等ノ效力ナシ民法第一編第二章ノ法人ニ關スル規定中第三三條ノ如キハ總テ法人ニ適用アルヘキ一般ノ規定ナルモ其他ハ専ラ民法ノ法人ニ關スルモノニシテ商法中ノ會社ニ關スル規定ニ對スル一般規定ナリト謂フヲ得ヌ即チ民法ノ社團法人ノ規定ト商法ノ會社ニ關スル規定トハ兩々並ヒ行ハルルモノニシテ一般法ト特別法トノ關係ヲ有スルモノニ非ス〕大二、一〇、一三名控判。尤も「營利法人ノ性質上、公益法人ニ關スル規定ノ適用ヲ許シ難キ場合、若クハ法律上別段ノ規定アル場合ハ格別、私法人一般ニ共通ナル性質ヲ有スル規定ハ、假令該規定カ、民法ノ公益法人ニ付キ定メラレタリト雖モ、之ヲ營利法人ニ類推適用スルコトヲ妨ケス」（大二、一五、四法曹會決議）。

(3) 營利と公益との兩者を目的とする法人、又は營利も公益も共に目的としない法人（例之、社交團體）を、一般に、設立し得るか否かは疑問である（産業組合ハ其ノ組合員ノ産業又ハ經濟ノ發達ヲ企圖スルコトヲ目的トスルモノナレトモ直接ニ公共ノ利益ヲ其ノ目的ト爲スモノニ非サルヲ以テ之ヲ日シテ公益的社團法人ト爲スヲ得サルト同時ニ組合員ニ利益ヲ分配スルコトヲ本來ノ目的ト爲スモノニ非サルヲ以テ之ヲ稱シテ營利法人ナリト解スルモ亦妥當ニ非サレハ産業組合ハ民法ニ所謂公益法人及營利法人ノ何レニモ屬セサルモノニシテ産業組合法ニ依リ認メラレタル特種ノ中間的社團法人ナリト解スヘキモノトス〕昭二、六、二二大刑判。

(三) 内國法人と外國法人

- (1) 外國法人と内國法人との區別の標準 (三六註(一)參照)
- (2) 日本に於て法人格を認めらるゝ外國法人 (三六註(三)參照)
- (3) 外國法人の權利能力 (三六註(四)參照)
- (4) 外國法人に關する登記 (四九參照)
- (5) 特に外國商會社 (商二五五以下)
- (6) 準外國法人 (三六註(五)參照)

(ホ) 眞正の法人と擬制による法人 學者或は清算法人、相續人曠缺の相續財産(一〇五)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が、その當否は頗る疑はしく、又特に斯くの如き概念を認むる必要もない。

(三) 法人の設立 (本章第一節)

(四) 法人の能力

(イ) 意思能力 法人は、權利主體たると同時に、意思主體として取扱はるべきか否かにつき、吾が民法には、充分の根據がない。吾國の多數説は、獨逸普通法以來の一般の學説と同様に、法人の意思能力を認めてゐるが、尠くとも、吾が民法の解釋上は(私法人については)、寧ろ反對に論ず

べきものと考へる。蓋し、吾が民法上、法人の機關と、意思無能力者の法定代理人とは、全然同一視せられて差支ないのみならず、又法人は、その機關の不法行爲につき、責任を負ふのみで、自ら不法行爲をなす能力を有するとは考へ得られないからである(同趣旨、明四二、二、一三長崎地判)。

(ロ) 權利能力の範圍 (三六註(四三)參照)

(ハ) 責任能力(不法行爲能力) (四四參照)

(五) 法人の組織並に管理 (本章第二節)

(六) 法人の消滅 (本章第三節)

(七) 法人の取締 (本章第四節)

(八) 法人に關する登記

法人の設立、變更(組織の變更)及び消滅等は、取引の安全を圖る爲めに、公示せられる必要があるから、民法は法人に關する登記制度を定め(四五・四六註(四八・七五・七七)、登記につき一定の効果を認むると同時に、登記を懈怠する場合に關する罰則を設けてゐる(八四、一號參照)。

第一節 法人の設立

(一) 法人の設立については(1)法人の設立は、如何なる範圍迄許されてゐるか(民法の規定する公益法人の設立については、主務官廳の許可を必要とするから、此問題は重要でない)、(2)社團又は財

團の設立には、如何なる行爲を必要とするか、(3)如何にして、社團又は財團は、法人格を取得するか、三問題を検討しなければならぬ。

(イ) 社團法人を設立する爲めには、二人以上の者(株式會社については、七人の發起人を必要とする。民法は特に發起人なる概念を認めてゐない)が**社團設立契約**——此契約によつて、社員の交替あるも社團の同一性を害しない團體組織、及び獨立の社團財産に關する諸問題が確定せらるべきである——をなし、その契約内容を書面に作成して(定款の作成、三七參照)、法人設立の許可を受くることを要する(三四參照)。更に、その法人格を以つて、第三者に對抗する爲めには、一定事項を登記しなければならぬ(四五參照)。社團の設立契約は、その内容が定款に記載せらるると同時に、不特定多數人(一般公衆)に對する設立者の共同の一方的意思表示たる性質を有し(此意味に於て社團の設立行爲を合同行爲として理解することを得る[同趣旨、明七、四、一九大判]。設立者相互の關係に於ては、設立行爲は契約に外ならぬから、契約に關する規定は、すべて適用せられるが、此契約は、双務契約でもなければ片務契約でもない。組合契約類似の特種の契約として取扱はるべきである)、従つて個々の設立者が、契約の相手方たる他の設立者の詐欺に基き、設立契約に合意して定款の作成に協力した場合と雖も、詐欺を理由として、その意思表示を取消すことを得ない(九六參照)。社團設立行爲によつて成立せる社團は、所謂權利能力なき社團に過ぎないが、

設立者各自の財産とは別個の取扱を受くべき社團財産を有し得ることは勿論であり、此財産は、主務官廳の許可による法人格の取得と同時に、法律上當然に(明示又は默示の移轉行爲を要せずして)、法人の財産を形成するに至る(尤も對抗要件を具ふることを要する)。蓋し、設立者又は其他の者が、法人格取得前の社團に、財産を出捐するのは(又は信用を與へて債務を負擔せしむること)、その法人格取得の時には、當然に、當該法人の財産を形成すべきものとしてなすに外ならぬからである(同趣旨、明四五、七、二〇東地判、本文に述べた意味に於ては、財産の歸屬は、全く出捐者の意思效果に外ならぬ)。

(ロ) 財團法人の設立には、民法の定むる形式に於ける寄附行爲(財産を提供して、此財産に關する組織を寄附行爲書に作成すること)と、主務官廳の許可とを必要とし(三九以下・三四參照)。更にその法人格を以つて第三者に對抗するには、設立登記をなすべきである(四五以下參照)。

(ハ) 法人設立行爲が、始めより無効なるか、取消事由あるため、取消によつて、無効とせられた場合には、假令主務官廳の許可あるも、又設立の登記がなさるるとも、共に何等の效力を生じない。「民法ニハ特ニ設立無効ニ關スル規定ナシト雖モ一般ノ原則ニヨリテ商事會社ト均シク利害關係者ハ設立無効(確認)ノ訴ヲ提起スルコトヲ得」(大一一、六、二九東控判)べきは勿論である。

(ニ) 法人の組織の變更(三八、三九註(五)參照)

第三十三條 法人ハ本法其他ノ法律ノ規定ニ依ルニ非サレハ成立スルコトヲ得ス

本條は、法人の設立につき、吾國法が、準則主義を採用したことを明にするものである（従つて民法その他の法律の定むる所に従はずして設立せられた社團又は財團又は、權利能力なき社團又は財團として、法人類似の取扱を受くることあるに過ぎない）。法人の設立については、從來自由設立主義、準則主義、行政上の許可主義、立法上の特許主義（例之、日本銀行その他の所謂特殊銀行につき認めらるる所である）及び強制設立主義（水利組合、土功組合、醫師會、貸家業組合等につき適用せられてゐる）が行はれたが、吾國法は、營利法人につき準則主義を採用し（特別法により主務官廳の許可を要する營利法人もある）、公益法人については、準則主義と許可主義とを併用してゐる（次條參照）。

第三十四條 祭祀、宗教、慈善、學術、技藝其他公益ニ關スル社團又ハ財團ニシテ營利ヲ目的トセ

サルモノハ主務官廳ノ許可ヲ得テ之ヲ法人ト爲スコトヲ得

(一) 公益法人の意義（本章註(二)(ハ)(イ)參照）

(二) 主務官廳の許可

(イ) 主務官廳とは、法人の目的たる公益事業を管轄する中央行政官廳を謂ひ、許可の申請手續は、閣令及び省令を以つて定められてゐる。若しその目的たる事業が、數多の主務官廳の管

轄に屬するときは、總べての官廳の許可を要するものと解すべきである（例之、赤十字社はその設立につき内務省外務省陸軍省の許可を經た）。

(ロ) 許可は、行政處分に屬し、その許否は、主務官廳の裁量に委ねられてゐる。許可の撤回、取消、不許可に對する救濟手段等は、すべて行政法の理論による（許可が拒否されても行政訴訟の途はない。行政裁判法一五參照。尤も許可の再申請をなすを妨げない）。

(ハ) 法人の設立行爲完了するも、許可なければ、未だ法人は成立しない。反之、許可ある限り、その時より法人は成立し、理事其他の役員の選舉が既になされたと否とを問はない（大ニ、二、六大控判）。

(三) 本條は、公益法人たる私法人についてのみ適用せらるべく、公法人の設立については、全く各個の公法法規の定むる所によるべきである。尙神社寺院については民法の法人に關する規定の適用はないから（民施二八）、神社寺院は、慣行上、相當の手續を踐んで設立せらるる限り、本條及び本條以下の規定によらずして、法人格を取得する（同趣旨法曹會決議）。

(四) 民法施行前より公益法人としての組織及び獨立の財産を有するものは、民法施行後も依然としてその法人格を維持する（民施一九、明四〇、二、九大判參照）。

第三十五條 營利ヲ目的トスル社團ハ商事會社設立ノ條件ニ從ヒ之ヲ法人ト爲スコトヲ得

前項ノ社團法人ニハ總テ商事會社ニ關スル規定ヲ準用ス

本條は、所謂**民事會社**(本章前註(二)(ハ)(四)參照)、即ち例之、農、漁、林、鑛業等商行爲以外の營利行爲をなすを業とする營利法人の設立をなすには、商法の規定によるべきことを明にするものである。本條第二項は、商事會社に關する規定を民事會社に準用すべき旨を規定してゐるが、商法四二條第二項は民事會社を商事會社と看做してゐるから(故に商事會社と民事會社とを合併することを得る)、今日に於ては全く空文である。

第三十六條 外國法人ハ國、國ノ行政區畫及ヒ商事會社ヲ除ク外其成立ヲ認許セス但法律又ハ條約

ニ依リテ認許セラレタルモノハ此限ニ在ラス

前項ノ規定ニ依リテ認許セラレタル外國法人ハ日本ニ成立スル同種ノ者ト同一ノ私權ヲ有ス但外國人カ享有スルコトヲ得サル權利及ヒ法律又ハ條約中ニ特別ノ規定アルモノハ此限ニ在ラス

(一) **本條の趣旨** 本條は、外國法人の法人格の有無を、専ら法廷地法たる日本の法律(本條)によつて決定すべきこと、並に吾國の裁判所に於て、外國法人が(當該の外國法上法人なることを要する)法人格者として認められる限界を明にするものである。尙本條は、外國法人を外國法人と

して認許するに過ぎずして、本條に該當する外國法人をば内國法人と同一視する趣旨ではない。

(二) **外國法人の意義**

外國法人とは、外國法の規定に從つて設立せられた法人を謂ふ(準據法說、同趣旨法曹會決議、記事一八ノ四・三一)。從來、内外法人區別の標準としては、準據法說の外、**住所地說**(主たる事務所又は營業

所の所在地を標準とするもの、商二五五以下を根據とする。吾國法に準據して成立する法人は、必ず事務所を存し、主たる事務所の所在地に於て、吾國法に從ひ一定事項の登記をなすべきであり、又日本に本店を設くる會社は、内國會社と同一の規定に從ふべきであるから、結果に於ては、準據法說と住所地說とは互に一致する。ただ住所地說は、理論上の缺點を有するのみ。商二五八參照)、**國籍地說**(設立者又は社員の國籍を標準とするもの)、**營業中心地說**(商二五八參照。内

國法人が外國を主要なる營業活動の場所となすも、外國法人とはならぬ)等あるも、吾國の多數說は、準據法說を採り、理論上も正當である。

(三) **外國法人にしてその法人格が認許せらるる範圍**

(イ) **國、國の行政區劃**

(ロ) **商事會社** 或る外國會社が商事會社なるか否かは、吾國法によつて決定せらるべく(尤も當該會社の本國法により法人格を有するものに限る)、從つて、所謂民事會社と雖も、當該會社の本國法に於て、商事會社に關する規定により設立せられ、商事會社と、看做されるものは

(商四二〇参照)、商事會社として、その法人格が認許せられるものと解すべきである。外國會社については、特に商法第二編第六章に規定が設けられてゐる。

(ハ) 民法は、原則として、外國の公益法人及び(イ)に掲げた以外の公法人を認許しない。蓋し各國必ずしもその公益とする所を同じうせず、且つ外國の公益法人は多く吾國と交渉がないからである。尤も必要があれば法律又は條約を以つて、之等の外國法人を認許することを得るも(本條第一項但書)、現在かやうな法律又は條約はない。

(四) 外國法人の權利能力

(イ) 本條によつて認許せらるるもの(本條第二項)

(1) 原則として、日本に於ける同種の法人と同一の權利能力を有する。日本に同種の法人が存在しないときは、日本に於ける類似の法人と同一の權利能力を有するものと解すべく(商二五五参照)、その權利能力の範圍をば、當該外國法人の本國法によつて決定すべきではない(本國法說を採る學者もある)。日本に於ける同種又は類似の法人が享有し得る私權は、假令その本國法によれば享有し得ないものと雖も尙之を享有する。

(2) 外國の自然人が享有するを得ない私權を享有し得ない(二條参照)。

(3) 法律又な條約によつて制限を受くる私權を享有し得ない。尤も現在かやうな法律又は條

約は存しない。

(ロ) 認許せられない外國法人 此種の法人は、吾國法によれば、法人ではないから、その代表者又は代理人の行爲は、その個人の行爲として取扱はるべく、従つてその行爲は、錯誤により無効となることもあり、或はその個人につき效力を生ずることもあり得る。吾國に於て認許せられない外國法人と雖も、吾國に於ける法人類似の組織を有する限り、所謂權利能力なき社團又は財團として取扱はるべく、従つてその名に於て訴へ又は訴へらるることを得るものと解すべきである(民訴四六)。

(五) 準外國法人

(イ) 外國人が日本の法律によつて設立した法人は、内國法人であるが、特別の取扱を受ける(大正九年勅令四八號特殊財産管理令一、外國人土地法二)。

(ロ) 植民地の法律によつて設立された會社は、國際法上は内國會社であるが、内國法上は、外國會社として取扱はるべきである。

第三十七條 社團法人ノ設立者ハ定款ヲ作り之ニ左ノ事項ヲ記載スルコトヲ要ス

一 目的

第二章 法人

- 二 名稱
- 三 事務所
- 四 資産ニ關スル規定
- 五 理事ノ任免ニ關スル規定
- 六 社員タル資格ノ得喪ニ關スル規定

(一) 定款作成行為の性質

定款は社團の組織を定むる規範（従つて實質上私的自治法の一に屬するも——否寧ろすべての法律行為の内容を私的自治法として理解することを得るも、團體設立契約に於ては、此點が特に顯著に窺はれるに過ぎない——現行民事訴訟法の解釋上は、裁判所が職權を以つて調査すべき法規ではない）であり、定款の作成行為は、設立者間の社團設立契約（従つてその内容につきすべての設立者の意思の合致を必要とする）の内容を、一般公衆に對して表示する設立者の合同行為（併行的意思表示の合致）である（本節前註（一）（イ）參照）。

(イ) 社團設立契約は、契約に外ならぬから、契約に關する一般の規定の適用がある。従つて例之、民法一〇八條により、當然には、何人と雖も他の設立者又は設立者の多數を代理して、設立契約をなすことを得ず（東控判、最近判七卷一九二）、又一設立者が他の設立者の詐欺に基き契約

をなした場合には、相手方の詐欺を理由として之を取消すことを得る。乍併、設立契約の内容が定款に記載せられ、有效なる設立行為がなされたときは、此行為は、その原因たる社團設立契約とは無關係な獨立の法律行為に外ならぬから（設立契約は單にその動機に過ぎない）、設立契約が無効又は取消されるとも、定款作成行為自體が、その要件を具ふる限り、有效であり、又定款作成行為自體は一般公衆に對する意思表示なれば、特定の相手方なく、従つて一設立者が他の設立者を代理し、又は同一人が設立者の多數を代理して定款作成行為をなすことを得る（大九、二、一八東地判）。

(ロ) 定款作成行為は、書面に認めらるることを要する要式行為であるから、書面に表示せられない限り、未だ效力を生じないが、特定の相手方なき意思表示たる性質を有するものなれば、その表示は何人にも到達するを要せずして、定款の内容が外部より認識し得る状態に置かるれば足る。

(二) 定款作成の要件

(イ) 定款は、設立者によつて書面に表示せらるるを要するも、設立者の署名あるを要しない（大一二、五、一大判）。

(ロ) 定款は一定の内容（必要的記載事項）をもつことを要し、その記載を缺くものは無効で

ある。その記載の精粗の程度については、民法に特別の制限はないが、主務官廳が設立許可を與ふるか否かにつき、裁量の資料とせられる。

(1) 目的

(2) 名稱 公益法人は、法人たることを示すべき文字を名稱中に使用することを要しない（反之、商一七、産業組合法四）。

(3) 事務所 法人の業務の中心點を事務所と謂ひ、數個ある場合には、悉くその所在（法人ノ定款ニ記載スヘキ事務所ハ其所在ヲ最小ノ行政區劃ニヨリ表示スルヲ以テ足ルモノトス）大二三、一二、一七、司法次官回答）を記載し、且つその内何れが主たる事務所なるかを表示すべきである。

(4) 資産に關する規定 如何なる程度迄、資産に關する規定を表示するを要するかは、すべての法人につき、必ずしも一律に論斷するを得ない。各個の法人につき重要視せらるべき規定（例之、資産の總額、各社員の出資額、出資の種類方法等）を表示すれば足り、何が重要なかは主務官廳の審査の範圍に屬する。

設立者が、定款上、一定の財産出資をなすことを表示したときは、法人の成立後、法人は、設立者に對して、その出資を請求する權利を取得する。此出資請求權は、設立者間の契約に基づくものである（未來の第三者の爲めにする契約）。第三者が法人の成立前に設立者に對して、

法人の爲めに一定の出捐をなすべきことを約するときは、法人はその成立後、その出捐を請求する權利を取得する。此場合にも、將來成立すべき法人（第三者）の爲めにする契約の効果として、法人は當該の請求權を取得するものと見るべきである。

(5) 理事の任免に關する規定 即ち理事の任免の方法に關する規定を意味する。不能又は違法でない限り、あらゆる方法を用ふることを得る。或は社員總會の任免によるとなし、第三者の指名によるとなし、或は理事たるべき者の資格（例之、社員に限るとするが如く）を定むることを得る。社員總會の決議その外、人の意思に基かずして、一定の事實が発生すれば、當然に理事に任じ、又は理事を免せらるるものとなす定めも亦、任免に關する規定として有効である（例之、或る人を理事に任じ、その人の家督相續人をして代々理事たらしむるが如し）。

(6) 社員の資格の得喪（入社、退社、除名）に關する規定 絶対に退社するを得ずと定め、或は退社の要件として不相當の違約金を定むるが如きは、公序良俗に反する定めとして無効である。

(ハ) 定款には、右の外、設立者が法人の組織として定めたる事項を記載することを得る（任意的記載事項）。之等の事項は、強行法規又は當該法人の目的に違背しない限り、定款に記載せらるることにより、必要的記載事項と同一の效力を有し、その變更も亦定款變更の手續による

べきものとなる。

通常民法の豫想する任意的記載事項は、(i)定款變更に關する規定(三八I但)、(ii)理事の職務執行に關する規定(五二II・五三・五五)、(iii)監事の設置に關する規定(五八)、(iv)社員の表決權に關する規定(六五III)、(v)解散の原因(六八・二號・六九但)、(vi)解散後の財産の歸屬(七二)、(vii)清算人に關する規定(七四但)である。

第三十八條 社團法人ノ定款ハ總社員ノ四分ノ三以上ノ同意アルトキニ限り之ヲ變更スルコトヲ得

但定款ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

定款ノ變更ハ主務官廳ノ認可ヲ受クルニ非サレハ其效力ヲ生セス

(一) 本條の趣旨

社團法人が、その當初定めた組織を變更するときは、その同一性を害するか否かは、法人の本質に關聯して考究せらるべき問題であるが、本條は法人の組織に變更あるも(假令目的又は名稱を變更しても)、法人はその同一性を害しないと云ふ立場をとり——故に社團法人の同一性は設立行爲を標準として決定せらるべきである——茲にその變更方法を規定するのである。

(二) 定款變更の意義

既に定めた定款事項(その必要的記載事項たるを問はず)の變更のみならず、或る事項の附加も亦、法人組織の變更なれば、定款の變更と解すべきである。字句の修正は、定款の變更であるが、字句の誤謬の訂正は、定款の變更と謂ふを得ない。

(三) 定款變更の限界

(イ) 變更された定款も亦、公益社團法人の定款としての要件を具ふることを要する(例之、社員の表決權を奪ふが如く強行法規に違反するを得ない)。故に**目的を變更して公益法人を營利法人となす**には、從來の公益法人を解散して、新に營利法人を設立する方法に出づることを要し、單なる定款の變更を以つて之をなすを得ない(此點は獨法上争の存する所であり、一派の學者は、主務官廳の認可あれば單なる定款變更の方法を以つて、公益法人を營利法人となすことを得と主張してゐる)。

(ロ) 定款の變更により、法人はその同一性を害しない。目的の變更さへも、吾民法上、法人の同一性を害するものとは考へられないから、公益社團法人としての組織を維持する限り、無制限に定款の内容を變更し得るものと解すべきである(尤も目的等法人の基本規定たる定款の内容を變更し得ずと云ふ少數の學說がある)。

(四) 定款變更の方法

(イ) 定款に變更方法の定めあるときは、その方法によるべきである。尤も定款の變更は、社

員總會に専屬する行爲と見るべきであるから、社員總會の決議以外の定款變更の方法を定むるを得ないのみならず、社員總會の決議によるも、表決社員の過半数の賛成を得るを要せずとするが如く、決議自體の本質に反する定めをなすは無効である。

(ロ) 定款に別段の定めがないか、之あるも無効なる場合には、總社員の四分の三以上の同意を得て、定款を變更することを得る。單なる同意を以つては足らず、必ず社員總會に於て、同意の表示あることを要し、出席社員の數、表決數の如何を問はない。

定款に於て、その内容の變更を許さずこの定めある場合にも、四分の三以上の議決を以つて足るか(その意味に於て不變更の定めは無効なるか)、或は此場合と雖も定款の變更は許されるが(何者、絶対に定款の變更を許さずとなすことは、社團法人の本質と矛盾するから)、總社員の同意を要するかは(定款變更の禁止を以つて、總社員の一致がなければ變更し得ないと云ふ定款變更の方法に關する定めと解して)、學者間に議論の存する所である(多數説は後説を採る)。

(ハ) 主務官廳の認可

(五) 定款變更の效力

(イ) 定款を變更するも、法人はその同一性を害せられない。

(ロ) 定款の變更に同意しない社員は當然に退社することを得るか。定款に特別の定めあるときは、之によるべく、然らざるときは、當然には退社するを得ずと解すべきである。尤も定款の變更により法人の目的が變更せられた場合には、民法に特別の規定を缺くも、之に同意しない社員は、無條件に、退社の權利を有するものと解すべきである(瑞民七四參照)。蓋し、法人は、その目的の範圍内に於てのみ存立するものなれば(四三參照)、社員は、その目的の存續を豫想して入社したるものと謂ふべく、従つて、目的の變更により、も早や、當該法人は、之に同意しない社員を拘束するを得ないからである。

(ハ) 定款の變更は、主務官廳の認可を受けた時に、その效力を生じ、敢て定款書の變更を必要としない。

(ニ) 變更せられた定款の内容が、登記事項に該當するときは、之を以つて第三者に對抗するには、登記を必要とする(四六Ⅱ)。

第三十九條 財團法人ノ設立者ハ其設立ヲ目的トスル寄附行爲ヲ以テ第三十七條第一號乃至第五號

ニ掲ケタル事項ヲ定ムルコトヲ要ス

(一) 寄附行爲の意義及び性質

寄附行爲とは、財産を提供して（財産の提供を要せずと云ふ少數の反對説がある）、之を以つて、一定の公益の目的のために、法人格を有すべき一定の組織をもつ設備（寺院は前述のやうに社團法人にもあらず、財團法人にもあらず、一種特別の法人として取扱はるべきであるが、本章前註（二）（ハ）（イ）参照、その設立は、甚だ財團法人に類似するものであるから、その設立行爲は、寄附行爲と同様の法則に従ふものと解することを得る。此理由から、大正十一年三月七日の長崎控訴院が「法律ハ財産ニ關シ遺贈重ニ財團法人設立ノ爲メニスル寄附行爲ハ遺言ヲ以テ之ヲ爲シ得ヘキ旨ヲ定ムレトモ民法法人ニ關スル規定ハ寺院ニ適用ナキコト民法施行法ノ規定ニヨリ且寺院創建ノ行爲ハ民法ノ所謂寄附行爲ニアラサルノミナラス遺贈ハ遺言者カ死亡ノ時ヲ期シ財産ノ全部又ハ一部ヲ受遺者ノ利益ノ爲メニ處分スル單獨行爲ニシテ遺言ノ效力發生ノ際受遺者アルコトヲ要ス然ルニ寺院ヲ設立スト云フカ如キ遺言ニ付キテハ其效力發生當時受遺者ノ存在スヘキ理由ナキカ故ニ遺贈トシテモ其效力ナキモノト謂ハサルヘカラス」と判示したのは誤りである。尙遺贈として無効なることは、此判決の示す通りであるが、本判決は相續人に對する負擔として、相續人に寺院を建立すべき義務を負はしめ得ることさへも見落してゐる）を設定する旨の、一方的受領を要しない（一般公衆に對する）書面上の意思表示を謂ふ（數人が共同して寄附行爲をなす場合も寄附行爲自體は一方行爲である）。尤も之によつて財團法人が成立する爲めには、主務官廳の許可を必要とする（三四参照）。

（イ）一般に寄附行爲は、之によつて生ずべき財團の組織の定めを包含すべきものであるが、特定の場合には、設立者が一定の財産を、一定の公益の目的の爲めに、獨立の財團として提供する旨（寄附行爲の本質的要素）の意思表示をなせば、寄附行爲として有效なることがある（次

條参照）。

（ロ）寄附行爲は、一方的無償の出捐行爲（財産の提供）を要件とする。

（1）出捐は、寄附行爲の一部をなすから、出捐行爲が無効又は取消された場合には、寄附行爲も亦無効となる。

（2）財産は、必ずしも物權的に現實に提供せらるるを要せずして、債權的の提供を以つて足る。

（3）出捐行爲は、一方的無償たることを要するから、その性質頗る贈與及び遺贈に類似し、従つて民法は寄附行爲につき、贈與及び遺贈に關する規定を準用してゐる（四一参照）。

（ハ）寄附行爲は、主務官廳の許可あるによつて、始めて財團法人を成立せしむるものであるが、許可以前と雖も、意思表示自體が有効に成立する限り、爾後設立者が死亡し、又は意思能力を失ふとも、その効力は消滅しない（九七II参照）。

（ニ）之に反し、寄附行爲なる意思表示自體が、一旦有効に成立するも、未だその本來の效力を生じない限りは（即ち主務官廳の許可ある迄は）、設立者に於て、任意に寄附行爲を撤回することを得る。

（1）寄附行爲が特定人に對する義務の目的たる場合（負擔の内容たる場合、又は共同設立の