

達との間に、相當の時間的間隙あるが故に、特に本條第二項は、表意者が通知を發したる後に死亡し又は能力を失ふも、意思表示は、之が爲めに、その效力を妨げらるることなしと規定して、發信後に於ける意思表示の獨立性を明にしてゐる。

(a) 本條第二項の立法理由は、頗る明白である。蓋し表意者の人的活動は、意思表示の發送によつて終了するが故に、その後人的活動の要件たる生命又は能力を失ふに至るとも、當該の意思表示に、何等の影響をも及ぼすべき理由がないからである。

(b) 右の理由から、吾が民法は、發信後の意思表示の獨立性を認むるに外ならぬから、意思表示が既に成立するも、その發送以前に（發送は表意者の意思に基きなされたことを要し、その意思に基かずして發送せらるるも、意思表示は未だ獨立性を有しない）死亡し又は能力を失ふ場合には、偶々相手方によつてその意思表示が了知せらるるに至るとも、その意思表示は、何等の效力をも生じない。

(c) 發信後到達前に、表意者が死亡し又は能力を失ふとも、意思表示がその效力を妨げられないことと、その意思表示によつて、有効に法律關係が形成せられ得るか否かの問題とは、區別せられねばならぬ。例之、表意者が受任者として、承諾の意思表示をなすも、その死亡し又は能力を失ふときは、委任契約そのものは、有効に成立するを得ない。即ち生命

又は能力が、當該意思表示の效力發生要件たる場合には、表意者の死亡又は能力の喪失によつて、その意思表示は、當然に無効となる（以上述べたる所と同様に、甲に對して債權讓渡の意思表示を發したる後、その到達前に、更に乙に對して債權の讓渡をなし、その對抗要件を具へたる場合には、甲に對する意思表示が到達するも債權讓渡の效力を生ずるを得ない。又讓渡人が讓渡の意思表示發送後到達前に、破産の宣告を受けたる場合にも、債權讓渡の意思表示は、その效力を生じない、破五三參照）。

(d) 民法五二五條の要件に該當する場合には、申込の意思表示は、發信後と雖も、尙ほ獨立性を有しない。

(ロ) 本條第二項が類推適用せらるべき場合

- (1) 表意者に於ける錯誤の有無、或事情の知、不知又は知るべき事情の存否等を判定するには、本條の類推により、意思表示の發送の時が、標準とせらるべきである。
- (2) 準法律行為についても亦、本條第二項が類推適用せらるべきは勿論である。

第九十八條 意思表示ノ相手方カ之ヲ受ケタル時ニ未成年者又ハ禁治産者ナリシトキハ其意思表示

ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ス但其法定代理人カ之ヲ知リタル後ハ此限ニ在ラス

(二) 意思表示の受領能力

意思表示は、到達によつてその效力を生ずるも、到達は、相手方の了知を前提とするものなれば、意思表示の内容を理解することを得ない者に意思表示が到達するとも、未だその效力が發生したるものと見るを得ない。意思表示の内容を理解し得る能力を、意思表示の受領能力と謂ひ、意思能力を缺く者は勿論、民法は、更に劃一的に、未成年者及び禁治産者を以て、受領無能力者として取扱つてゐる。

(二) 受領無能力者に到達したる意思表示の效力

(イ) 意思表示が、意思無能力者に到達するとも、未だその效力を生じない。意思無能力者を、使者として、その法定代理人に對して、意思表示を傳達せしむる場合には、法定代理人にその意思表示が傳達せらるることによつて、その效力を生じ、又意思無能力者に到達したる意思表示が、同時にその法定代理人にも到達したるものとして取扱はるべき限り(例之、意思無能力者とその法定代理人とが同居する場合、大六、五、二一六判)、直ちにその效力を生ずべきは勿論である。

尙ほ意思表示が、時の経過により、その效力を失ふべきものでない限り、爾後意思能力を回復したる無能力者又はその法定代理人が、その意思表示の内容を了知し得べき状態に達したるときは、その時より、その意思表示は效力を生ずる(意思表示が意思無能力者に對して爲されたる場合にも、その意思表示は、同時にその法定代理人に對してなされたるものと解すべきこと、恰も法人に對する意思表示を、その代表者に

對する意思表示と同一視すべきと同様である)。

(ロ) 禁治産者又は未成年者に到達したる意思表示の效力(その意思能力を有しない場合は(イ)に述べた所による)。

意思表示の相手方が、之を受けたる時に於て、**禁治産者又は未成年者なるときは**、その意思表示を以つて、之に對抗するを得ない。

- (1) 之等の無能力者の側より、その到達を主張するを妨げない(大四、七、三六判)。
- (2) 爾後禁治産の宣告が取消され、又は成年者になりたる後に於て、當該の意思表示が、之等の相手方によつて、了知せられ得べき状態に達したるときは、その時より、意思表示は效力を生ずる。
- (3) 禁治産者又は未成年者に對する意思表示は、通常の場合には、同時にその法定代理人に對してなされたるものとして取扱はれ得るが故に、その意思表示の内容を法定代理人が了知したるときは勿論(本條但書)、意思表示が法定代理人の支配圏内に到達したるときに於ても、その時よりその效力を生ずる。

(4) 未成年者に對して單に利益を與ふる意思表示は、未成年者に到達するによつて、直ちにその效力を生ずる(四但書)。例之、民法上の申達は、常に相手方に利益のみを與ふべき意思表

示なるが故に、未成年者に對する申込は、その到達によつて直ちにその效力を生ずる。民法五條・六條の要件を具ふる種類の意思表示も亦、同一に解せられ得る。

(5) 法定代理人の同意あるときは、如何なる種類の意思表示と雖も、未成年者又は禁治産者に於て、有効に之を受領し得るは勿論である(四・八参照)。

(ハ) 商法一七二條ノ二は、會社が個々の株主を知るを得ないことを理由とするものであり、従つて個々の株主の事情如何を問はず、その催告を有效ならしめんとするものなれば、本條に對する例外として、受領無効力者に對する催告も亦有效となすべきである(「該通知又ハ催告カ株主名簿

ニ記載シアル株主ノ住所ニ宛テ發セラレタル以上ハ特ニ其株主名簿ニ株主ノ法定代理人ノ氏名住所ノ記載アリトノ事實立證セラレサル限り未成年者タル株主ニ宛テナサレタル催告及ヒ通知ハ商法ノ規定ニ適合スルノミナラス未成年者ニ對スル催告及ヒ通知ハ通常ソノ法定代理人ニ於テ受領セラル、モノト推定セラル、モノトス」六一、九、二〇東地判)。

第三節 代理

(一) 法律行為は、各人がその自由意思に基いて、自己の法律關係を形成する手段に外ならぬから、原則として、自己の法律行為によつて他人の法律關係を形成するを得ないと同時に、又他人の法律行為によつて直接に自己の法律關係が形成せらるることはない。乍併、他人の法律行為によつて自己の法律行為が形成せらるることを、正當ならしむる何等かの理由ある場合には、法は、

他人の法律行為による自己の法律關係の形成を認むるのである。他人の一方行為による自己の權利の發生、義務の消滅、第三者の爲めにする契約による第三者の權利の發生、義務の消滅、多數決による全員の法律關係の變動並びに本節の規定する代理等は、その例である。

代理關係の存在により、他人の法律行為の效力が、本人に及ぶことを正當ならしむる理由は、法定代理にありては、直接に之を規定する立法の趣旨より明かにせられ得るし、委任代理にありては、授權行為に於ける本人の意思に之を求むることを得る。尤も之等の事情の存在は、必ずしも、すべての場合に於て、他人の行為の效力を本人に歸屬せしむる正當の理由たるを得ない。是れ特に代理に親まざる法律行為を認むべき所以である。

(イ) 特に本人の意思のみが法律上尊重せらるべき場合には、代理は許されない。例之、婚姻、離婚、養子縁組(例外八四三)、離縁(例外八六二)、私生子の認知、遺言及びその撤回。

(ロ) 戸主權の行使、夫の財産管理權の行使等については、法定代理は許さるるも(八八五・八九五・九二二・九三四)、委任代理は許されない。

(ハ) 本人と代理人との利益相反する行為については、原則として代理は許されない(五七・一〇八・八二三・八八八)。

(二) 代理の意義

他人が本人の爲めにすることを示して爲したる意思表示(積極代理)及び第三者が代理人に對して爲したる意思表示(消極代理)の効力が、すべて、直接に、本人に對して發生する場合に、その本人と代理人との間の法律關係を代理と謂ふ。

(イ) 代理は、意思表示についての認めらるるものなるが故に(同趣旨、大九、六、二四六判)、意思表示以外の代理、例之、占有代理(一八一)は、眞の意義に於ける代理ではない。尤も意思表示に準すべき意思通知並びに觀念の通知については、代理に關する規定が類推適用せらるべきである(同趣旨、大一〇、三、四六六判、獨大判 KGE 885 345 17)。

(1) 意思表示以外の行爲について代理關係が成立するを得ないことと、代理人の違法行爲につき本人が損害賠償の責を負ふべき場合あることは、區別して觀察せられねばならぬ。法定代理人が本人の債務を履行しないとき、又は本人の爲めに事務執行に關して違法行爲をなしたるときは、代表の理論又は民法四四條の特別規定により、本人のみ、又は本人も亦、その賠償責任を負ふべく、委任代理人が、同時に本人の被用者なるときは、民法七一五條に該當する不法行爲につき、本人も亦責を負ふべきである。

(2) 事實行爲については、如何なる場合にも、代理關係が成立し得る餘地はない。學者或は事實行爲についても、代理を認むべきものと主張する者もあるが、法律上別個の原因に基き、

事實行爲による法律効果が他人に歸屬する場合と混同するに外ならぬ。例之、補助者又は被用者の加工、發見による物の所有權が、本人に歸屬するか、補助者又は被用者に歸屬するかは、兩者の間に代理關係ありや否やによつて決定せらるべきではなくして、當事者間の雇傭契約關係其他の關係によつて決定せらるべきである。又他人による所持の移轉により、本人につき權利移轉の効果が發生するのは、それが代理人の行爲に基くためではなく、單に所持の移轉といふ事實の發生したることに基因するに過ぎない。尤も占有移轉の合意そのものは、意思表示なるが故に、代理せられ得ることは勿論である。

(ロ) 他人に代つて意思表示の内容を決定する者若しくはその内容を了知すべき者のみが、代理人なるが故に、他人の意思表示の内容の決定又は表示或はその傳達を補助するに過ぎない者、例之、通譯、顧問辯護士、使者等と本人との間には、代理關係は存在しない。特に使者と代理人とは(具體的の場合に、兩者を區別することは甚だ困難である。殊に受領使者と消極代理人との區別について然りである。意思表示の受領者が、意思表示の内容を了知すべきものとして授權せられたるか、或は單に言語又は文書自體を傳へしむる目的のみを有したかにより、區別せらるる外はない。尙ほ一般に代理人として意思表示をなしたる者は、その意思表示に對應する意思表示の受領代理人として取扱はるべく、使者として意思表示をなした者は、又相手方の意思表示の受領者として取扱はるべきである)、次の諸點に於て、法律上別個の取扱を受ける。

- (1) 使者が誤つて表示をなしたる場合にも、その要素の錯誤に該當しない限り、常に本人はその意思表示によつて拘束せらるるも、代理人の意思表示は、原則として、代理権の範圍に於てのみ、本人を拘束するに過ぎない(一〇一參照)。又受領使者に對する意思表示は、意思表示の到達の效力を生じ、使者に表示したる内容に従つてその効果を發生せしむる。その内容が誤り傳へらるることによる危険は、意思表示の受領者に於て、之を負担しなければならぬ。尙ほ使者によつて受領せらるる意思表示は、本來相手方に向けらるるものなるが故に、受領代理の場合と異なり、或事情の知、不知又は之を知らざるの過失の有無は、相手方本人について定めらるべきである(一〇一參照)。例之、賣買の目的物に瑕疵あることを、受領使者のみが知れる場合にも、擔保責任の問題を生ずる(五七〇・五六六)。
- (2) 使者は、事實上表示を傳達する能力を有すれば足るも、代理人は、自ら本人の爲めに意思決定をなし又は之を了知すべき者なるが故に、行爲能力を有することを要する。尤も行爲能力の制限は、その者の利益を保護する爲めに認めらるるに過ぎないから、委任代理人は、行爲無能力者たるを問はずとせられてゐる(一〇二)。
- (3) 代理に親まざる行爲と雖も、使者によつて傳達せられ得る。
- (4) 意思表示の表示機關たる使者と、傳達機關たる使者とを區別することは甚だ困難である。

大體に於て、書面その他有形的的方法による意思表示を傳達する者は、傳達機關として、口頭による意思表示を傳達する者は、表示機關として取扱はるべきであらう。

- (5) 使者は、表示機關たると傳達機關たると又受領使者たるを問はず、本人の明示又は默示の授權を受けたる者なることを要する。尤もその授權を缺くも、尙ほ家族、雇人等が、意思表示を受領することによつて、當該の意思表示が本人の支配内に入りたるものと認め得べきときは、意思表示は到達したものと看做さるべきである(九七參照)。若し然らざる場合には、意思表示を受領したる家族又は雇人は、表意者により授權せられたる意思表示の傳達使者に外ならぬから、その内容は、本人に到達したる所によつて定まる。

(ハ) 本人の名に於て意思表示をなす場合のみが代理であるから、本人の名に於てなされずして、しかも他人の法律行爲の効力が、債權的に、本人にも及ぶ所謂**間接代理**と代理(**直接代理**)とは、明かに區別せられねばならぬ。獨逸の學界に於ては、この區別を否認せんとする學者あるも、未だ通説の認むる所ではない。

間接代理とは、或人が第三者と法律行爲をなし、その行爲による權利義務は行爲者に歸屬するも、行爲者と本人との間に於ける法律關係(例之、委任、雇傭)に基き、更に當該の權利義務を本人に移轉すべき責を負ふ法律關係を謂ふ。間接代理にありても、當事者の經濟上の目的は、直

接代理の場合と何等異なる所がないから、或程度まで、代理の場合と同様に、間接代理人の爲したる法律行為の効力が、直接に本人に歸屬すべきものとなす必要が存するであらうが、民法に別段の規定が存しない限り、間接代理の効果は、全く本人と間接代理人との間の内部關係に基き、債權的にのみ、本人に歸屬するものと解せざるを得ない。尤も次の諸點に注意すべきである。

(1) 間接代理人と委託者との間に、委託者の爲めに間接占有及び所有權が取得せらるべき合意ある場合には、間接代理人が、その取引の相手方より、履行を受くる瞬間に於て、委託者は、占有改定によつて對抗要件を具ふる所有權の移轉を受くる結果となる(獨大判、KG. Grundst. 47 S. 97ff. RGE. 100 S. 192f. 108 S. 167. 代理人カ自己ノ名ニ於テ法律行為ヲナシタル場合ハ民法ニ所謂直接代理ニ非サレハ本人ニ對シ直接ニ效力ヲ生セサルハ勿論ニシテ第三者ニ對スル關係ニ於テ該行為ノ效果ハ代理人ニ歸屬スト雖モ本人ニ對スル關係ハ代理ニ外ナラサレハ代理人ハ之ヲ本人ニ歸屬セシメサルヘカラス而シテソノ代理ノ效果ヲ本人ニ歸屬セシムルタメノ意思表示ハ必スシモンノ效果カ代理人ニ歸屬シタル後ニ於テスルヲ要セサルカ故ニ當事者カ豫メソノ意思表示ヲナシタルカ如キ場合ニハソノ效果ノ代理人ニ歸屬スルト同時ニ轉シテ本人に歸屬スルトトシがある大七、四、二九大判)。斯くの如き合意がない場合、即ち一應間接代理人自身に物の所有權が歸屬する場合にありても、**間接代理人の破産又はその債權者により強制執行を受くる場合には、實質的利益**

の歸屬に従ひ、法律的形式が實質的形式に修正せられ、委託者は別除權を行使し得るものと解する有力なる學説がある。

(2) 商法三一四條は、間接代理の一種たる問屋と委託者との關係につき、代理に關する規定を準用すべき旨を定むるも、この規定の當然の結果として、問屋と委託者との間に於ては、問屋が受取りたる金銭其他の物は、直ちに委託者に歸屬するものと解すべきか否かは疑問である(積極説、大一二、一二、一大判、代理の規定にして問屋に準用あるは、間接代理と矛盾しない民法一〇四條・一〇五條・一〇七條二項の如きものに限ると解する學説がある)。

(三) 同様の理由から、他人(指圖人)に對して、自己の計算に於て、指圖人自身の名を以て金銭其他の代替物の給付を受取人になすべきことを指圖する書面上の授權行為に基く法律關係(獨民七八三以下、瑞債四六六以下)も亦代理ではない。又代理にありては、代理人の意思表示の効力が、全般的に、本人に歸屬するものなれば、法律行為の効力の或もののみが、直接に第三者に歸屬する第三者の爲めにする契約は、代理行為ではない(五三七)。

(三) 代理の原因

(イ) 代理の原因が、法律の直接規定に存する場合には(當然に一定の者が法定代理人たると、選任又は指定によるとを問はず)、之を**法定代理**と謂ひ(法定代理と委任代理との區別の標準については、種々の學説がある)。

法律は、必ずしも同一の標準に基いて法定代理人なる用語を用ひたるものと解するを得ないが、民法一〇六條に所謂法定代理人とは、この意味である）、親権者、後見人（民法が特に法定代理人なる語を以つて表示する狭義の法定代理人）、無能力者の特別代理人（八八八・八九二・九一五・五號・九三六）、不在者の財産管理人（二七）、遺産管理人（九七八Ⅱ・一〇二Ⅲ・一〇四〇Ⅱ・一〇五二）、破産管財人（判例は、破産者の法定代理人にあらずして、公の機關として、その名及びその責任を以つて、破産事務を處理すべき者と解してゐる。大二、七、五東地判）、遺言執行者（一一一七）、日常の家事の範圍に於ける妻（八〇四）、妻の財産を處分し得る範圍に於ける夫（八〇一・八〇二、同趣旨、昭七、五、一〇大判、獨大判、Kofu Tanshin）は法定代理人である。

(ロ) 法人の組織に基く代理は、通常之を代表と謂ひ、その代表者を機關と謂ふ。法定代理人と機關とは法律上區別せらるべきものとなすを通説とするも（第二章、第二節、前註参照）、尠くとも、私法上、兩者を區別すべき必要がないことは、既に述べた所である。故に法人の機關について、法定代理に關する規定は、法律、定款又は寄附行為に別段の定がない限り、當然に適用せられる（同趣旨、大九、三、二二大判）。

(ハ) 本人の授權行為に基く代理を、委任代理と謂ふ。

(1) 代理權の授與即ち授權行為とは、他人をして、自己の名に於て、意思表示をなし、又は之を受けしめ、その法律效果のすべてを、自己に歸屬せしむべきことを内容とする意思表示

を謂ひ、廣義に於ける同意の一種である。授權行為を全般的に制限する契約は無効である（大六、一二、一二大判）。

(2) 授權行為の性質については、學說岐れ、未だ定説はない（委任說、無名契約說、一方行為說、尤も民法一〇九條の規定があるが故に、その性質を決定する實益は殆ど存しない）。

(a) 授權行為は、通常委任契約に伴はるものなるも、委任そのものと授權行為とは同一ではない（大一〇、四、一三大判、委任契約がなさるとも、常に必ずしも授權行為ありと見るべきではない。「通俗ニ地所家屋ノ管理人若クハ差配人ト稱スル者ハ地所又ハ家屋ノ賃貸借ニ關シ地主又ハ家主ノ代理トシテ一定ノ權限ヲ有スルモノナリトノ慣例法則ノ徴スヘキナキヲ以テ其代理權ノ有無並ニ代理權ノ範圍ハ一ニ地主又ハ家主トノ契約ノ趣旨ニ因テ定マル」(大四、二、一六大判)。吾が民法には、授權行為の性質を決定するに的確なる根據を缺くも、授權行為が、本來同意の一種たる性質上、一方的意思表示を以つて足るものと解すべきである（同說、明四三、一〇、一一大判）。

(b) 授權行為は、代理人に對して爲さるるを要するか、或はその取引の相手方たる特定人に對して爲さるるを要するか、その何れに對しても爲され得るか。吾國及び獨逸の多數說は、その何れに對する授權行為たるを問はず、有效と解してゐる（代理人に對する授權を内部授權と謂ひ、取引の相手方に對する授權を外部授權と謂ふ）。尙ほ廣告その他の方法による不特定人に對

する授權行為も亦、有効と見るべきである（「白紙委任狀ハ不特定ノ人ニ對シ代理授權ノ意思ヲ表示シタル文書ナリ」大元、一一、二一六刑判）。尤も授權行為は受領を要する意思表示なるが故に、代理人若くは取引の相手方たるべき特定人に到達することによつて始めてその效力を生ずるものと解しなければならぬ。

(c) 授權行為が爲さるるに至れる**基礎的法律關係**は種々なることを得るも、その存否は、特に條件として、授權行為そのものの内容をなさぬ限り、授權行為自身の效力に何等の影響をも及ぼすことなく（民法一一一條二項は、之を以つて反對説の根據となし得るも、代理權が代理人に對して、授與せられたるときは、通常、授權行為の内容として、基礎的法律關係の存在を代理權存続の要件たらしむるものであるから、この場合についてのみ、當事者の意思効果を認めたるに外ならぬ）、従つて、代理人の行為により、その法律上の効果は、本人に歸屬する。尤も基礎的法律關係を缺くにも拘はらず、代理人が代理行為をなしたる場合には、本人と代理人との間に、特殊の法律關係を發生せしむることがあるが、之は全く當事者間の内部關係に外ならぬ。

(d) 授權行為と、之に基いて爲さるべき代理行為とは、別個の法律行為なるが故に、當該の代理行為に一定の形式を要する場合に於ても、必ずしも、授權行為は、その形式を踐むことを要しない。法律が授權行為自身に一定の形式を要求する場合は勿論、法律が代理の

目的たる行為につき意思決定の慎重なることを期する爲めに、一定の形式を要求する場合には（例之、贈與）、授權行為も亦その形式によるべきものと解すべきである。

(e) 授權行為も亦意思表示なるが故に、意思表示が有效なる爲めに必要なすべての要件を具ふることを要する。

(i) 無能力者の單獨の授權行為は、同意權者の同意を要しない特殊の法律行為を目的とする場合の外は、すべて取消され得る。尤も「代理權授與ノ行為カ取消シ得ヘキ行為ナルノ故ヲ以テ之ニ基キ代理人ノ爲シタル法律行為ヲモ取消シ得ヘキモノト謂フヲ得ス」(大八、八、一六判)。

(ii) 心裡留保、虚偽表示、錯誤に關する規定は、すべて授權行為に適用せられる。故に例之、授權行為の要素（代理人又は代理の目的たる法律行為の同一又は性質に關する錯誤）に錯誤あるときは、當然に無効である（九五）。授權行為の一部の錯誤の効果は、意思表示の一部無効の法理による（二一九）。詐欺による意思表示は、相手方の詐欺に基く限り、常に取消され得るも、その取消を以つて善意の第三者に對抗することを得ないから（九六Ⅲ）、代理人の代理行為の相手方が自ら詐欺を行ひたる場合又は詐欺による授權なることを知りたる場合の外は、本人はその取消を以つて授權行為の無効を主張するを得ない。

(f) 授權行為は、その他の同意と同様に、原則として、撤回せられ得る(例外、白地委任状による授權行為)。

(3) 授權行為も亦法律行為なるが故に、その内容は、確定し又は確定し得べきことを要するも、代理せらるべき行為が個別的に特定すること(特定代理)は要件ではない。例之、夫が外國旅行中妻を以て總代理人とし、公私一切の事件を代理せしむる旨の授權行為をなすも亦有效である(大三、一一、一三六判、この種の授權行為による代理人を總括代理人と謂ふ)。

(4) 授權行為は、通常、委任状なる書面を以つて明示的になさるるも(明治六年布告第二百五號代人規則第五條ハ注意的规定ニシテ委任状ノ書式ニ不備ノ點アルカ又ハ其ノ授受ナキカ爲メ委任契約ヲ無効トスル法意ニ非ス)大九、一〇、九六判)、特に法律上別段の方式を要しない限り、その默示的なるも有效である(同趣旨、大一二、八、二六判)。従つて或者が他人の代理人として、或種の法律行為を反復する場合に於ては、本人がその事實を知り且つ異議を申立て得るにも拘はらず、之を放任するが如きは、授權行為をなしたるものとして取扱はるべきである(同趣旨、明四四、一一、一六東控判)。

(四) 代理權

(イ) 代理權の意義 本人の爲めに行ふことを示してなしたる意思表示の效力又は本人の爲めに受けたる意思表示の效力を、本人に歸屬せしめ得る權利を、代理權と謂ふ。この意義に於け

る代理權は、單に代理人のみに限らず、代理行為の相手方も亦之を有するものと謂はねばならぬ。この理由から、代理關係(代理適狀)の外に、特に代理權なる概念を認むることの不當を指摘する學者あるも、本人の側に立ちて、その本人に代つて、意思表示をなし又は之を受領する者即ち代理人の權利を、便宜上、代理權と名付くるは毫も差支へなく、民法も亦この用語例に従ふのである。

(ロ) 代理權の性質 以上述べたる意味に於ける代理權が、眞の權利なるか、如何なる性質を有する權利なるかについても、學者間に種々の見解が主張せられてゐるが、一種特別の形成權と見て差支へないであらう(代理權ノ讓渡ハ代理ノ性質上原則トシテ之ヲナスコト能ハス唯委任者カ特ニ之ヲ許シタル場合ニ委任ニヨル代理人カ本人ノ特別授權行為ニ基キ本人ニ代リテ所謂補充代理人ニ自己ノ有スル權利ト同一内容ノ新ナル代理權ヲ授與シ自己ハソノ代理關係ヨリ脱退シテ以テ代理權讓渡ト同一效果ヲ收ムルコトヲ得ルニスキス)大一一、一二、一八名控判。白地委任状の交付は、代理權の讓渡を許諾するものなるかにつき「白紙委任状ノ交付ヲ受ケタル株式譲受人ニ名義書替ノ義務履行ノ代理ヲ委任シ且ツソノ受任者ニ於テ無限ニ之カ復任ヲナスコトモ承諾シタルモノニシテ受任者カ交付ニヨリテ轉帳スルハ該復任行為ヲナスニ外ナラス」大元、九、二二東控判)。

(ハ) 代理權の範圍 (一〇三參照)

(ニ) 代理權の得喪

- (1) 代理權の發生原因は、委任代理の場合には授權行為、法定代理の場合には一定事情の發生（八〇一・八〇四・八八四）、官廳又は社員總會或は親族會の選任又は特定人の指定行為である（三七、五號・三九・五六・九〇一・九〇四・一〇五二、破一四二）。法定代理人の選定又は指定が法律行為なる場合には授權行為と同様の取扱がなさるべきである。
- (2) 代理權の消滅原因については一一一條參照。

(五) 代理の種類

- (イ) 法定代理と委任代理（本節註(三)參照）
- (ロ) 積極代理（主動代理）と消極代理（受働代理）（本節註(二)參照）
- (ハ) 共同代理と單獨代理（又は獨立代理） 代理人數人あるも、數人共同に於てのみ代理行為をなし得るに過ぎない場合に、之を共同代理と謂ひ、各代理人單獨に代理行為をなし得べき場合を、單獨代理と謂ふ（一〇三註(一)(ロ)(4)參照）。
- (ニ) 特定代理と總括代理（本節註(三)(ハ)(6)參照） 代理人數人あるときに於て、その共同代理なるか單獨代理なるか明かでない場合に、如何なる取扱がなさるべきかにつき、吾が民法には、特別の規定を缺く。恐らくは特定代理の場合には共同代理として、總括代理の場合には單獨代理として推定せらるべきであらう（一〇三註(一)(ロ)(4)參照）。

(ホ) 有權代理と無權代理

- (1) 表見代理（一〇九・一一〇・一一二參照）
- (2) 狹義の無權代理（一一三以下參照）

(六) 復代理

- (イ) 復代理人選任の要件（一〇四・一〇六參照）
- (ロ) 復代理人選任上の責任（一〇五・一〇六參照）
- (ハ) 復代理人の行為の效力（一〇七參照）

(七) 代理人の行為の效力

- (イ) 代理關係に於ける效力（九九以下、一〇七參照）
- (ロ) 内部關係に於ける效力
- (1) 代理權を授與するに至れる本人と代理人との間の基礎的法律關係を、内部關係と謂ふ。内部關係は、或は委任なることあり、或は雇傭なることあり、或は組合なることある。代理人の代理行為が本人と代理人との間に如何なる法律効果を發生せしむるかは、専らこの内部關係によつて定まる。
- (2) 法定代理人と本人との内部關係は、之を規律する法規並びに法人の組織（定款、寄附行

爲)の内容によるべきも、別段の定がない限り、委任に關する規定が類推適用せらるべきである(八七九―八八四・八八九―八九〇・九二一・九三六・一一二四、破一六四・一六六・一六八、商一六四)。法定代理が本人の利益の爲めにのみ認めらるる場合には、代理人は、その本人との内部關係に基き、本人に對してのみその代理行爲による責任を負ふべきであるが、第三者の利益の爲めにも認めらるる場合には、第三者との間にも、委任類似の法律關係が発生するものと解すべきである。例之、破産管財人は、その注意を缺きたるがために生じたる損害賠償の責を、すべての利害關係人に對して負擔すべく(破一六四)、不在者の財産管理人、遺産管理人、遺言執行者は、その管理する財産に對して責を負ふべきが故に、間接に利害關係人に對しても責を負ふと同一の地位にある。

第九十九條 代理人カ其權限内ニ於テ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル意思表示ハ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生ス

前項ノ規定ハ第三者カ代理人ニ對シテ爲シタル意思表示ニ之ヲ準用ス

(一) 代理行爲の要件

(イ) 代理人が意思表示を爲し又は之を受領すること(代理人と使者との區別については、本節註(二)(ロ))

参照)

(ロ) 本人の爲めにすることを示して意思表示をなし又は之を受領すること(顯名主義)

(1) 茲に本人の爲めにすることを示すとは、意思表示の效力を直接に本人に歸屬せしめんとする意思(代理意思)の表示を謂ひ(代理人の眞意が本人のためにするにありと否とは、その代理行爲たるに妨げないとの判例あるも「明三八、六、一〇大判・大四、二、一五大判」、民法は、この場合につき、特に表示主義を採用したものと解するを得ないから、内心上代理意思を缺く場合には、心裡留保又は錯誤に關する規定に従ひ、代理行爲を無効ならしむることありと解すべきである)、本人の名に於てと謂ふと同意義である(本人の名に於てなす限り、敢て本人の利益の爲めにするを要しない、大六、七、二一・同九、一〇、二二大判)。故に本人の利益の爲めに又は本人の計算に於てすることを示して意思表示を爲すも、直接に意思表示の效力を本人に歸屬せしめんとする旨の表示を伴はない限り、代理行爲ではない。間接代理については、

前註(二)(ハ)参照。

(2) 代理意思の表示は明示たると默示たるとを問はない(代理人による手形行爲についても、一定の形式はないから、代理人が本人の爲め手形行爲をなしたることを表示するに足る記載あれば充分である。明四四、九、二大判)。場合の事情から代理意思が推斷せられ得れば足る。故に例之、被備者、官吏又は日常の家事に關する妻の行爲は、特に自己固有の必要の爲めに意思表示をなすものなることが明か

でない限り、雇主、國家又は夫の代理行爲として取扱はるべく、又債務の辨濟として、債務者に非ざる者が履行行爲をなしたる場合には、一般にその代理意思を推斷することを得る。

(3) 代理意思の表示は、本人の何人なるかを認識せしめ得ると否とを問はず有効である。従つて本人が客觀的に不確定なる場合にも（例之、多數の委託者ある場合に、買主の決定を留保する約款附の代理買入行爲。この場合には、買主を指定することによつて、賣買はその效力を生ずる。尙ほ或營業者と契約を締結せんとして、錯誤により、その代理人と契約を締結したる場合にも、代理人の意思表示は營業主の代理行爲として有効である。獨大判 K.G. Jur.W. 1921, S. 1800）、代理行爲たるに妨げない。

(4) 代理意思の表示を缺く場合には、原則として、代理行爲としてその效力を本人に歸屬せしむるを得ない。その行爲が如何なる效力を有するかは、次條の規定するところである。尤も消極代理にありては、表意者が本人に對して效力を生ずべきものとして、意思表示をなせば足り（その明示たると默示たるとを問はない、大四、一〇、二八東控判参照）、受領そのものは意思表示ではないから、直接に本人に對して効果を生ずべきものとして受領せられたるか否かは、場合の事情より決定せらるべきである。

(ハ) 代理行爲者がその行爲につき代理權を有したること 代理は、代理人の代理權の有無により、有權代理と無權代理とに區別せらるるに止まり、代理權の存在は、代理行爲そのものの成

立要件ではない。唯その效力發生要件に外ならぬ。尙ほ「代理權ヲ有スル者ト雖モ相手方ニ對シ本人ノ爲メニスルコトヲ示サス代理人自ラ本人ノ氏名ヲ冒稱シ自己ヲ以テ本人ナリトシテ相手方ト法律行爲ヲナスモ民法ノ代理ノ法則ヲ適用シノ效果ヲ本人ニ歸屬セシムルヲ得ス」（大一、一一、一〇朝高判、同趣旨、大一、六、五大判）。

(二) 代理行爲の要件に關する舉證責任

代理行爲の効果が、本人に歸屬すべきことを主張する側に於て、前述の代理行爲の要件のすべてを立證すべきである。

(三) 代理行爲の効果

(イ) 代理行爲の効果は、その意思効果たると法定效果たるとを問はず、すべて専ら本人に歸屬する。故に代理行爲によつて取得する權利、負擔する義務は勿論、例之、代理行爲が取消し得べきものなるときは取消權、解除し得べきものなるときは解除權も亦、本人に歸屬し、代理行爲が法律行爲としては無効なる場合に、この行爲によつて不當利得返還請求權が發生するときは、この權利又は返還の義務は本人につき發生する。

(ロ) 代理行爲によつて發生すべき權利義務につき、本人が權利能力を有しないときは、當該の代理行爲は、不能を目的とする法律行爲として、無効である。胎兒は、その權利能力を有す

る限度に於てのみ、代理せられ得る（未だ権利能力を有しない社團又は財團の爲めに、又は將來生ることあるべき者の爲めに、代理行爲がなされ得るか否かの問題は、消極に解せらるべきである。尤も、信託行爲により、之等の者の爲めにする代理行爲と同一の法律効果を發生せしめ得ることは勿論である）。特定の場合に、死者も尙ほ権利能力を享有し得るものとするれば、死者の爲めにする代理行爲をも是認すべきである（拙著相続法の研究第四参照）。

(ハ) 代理行爲が處分行爲につきなされたる場合には、本人が、代理行爲の效力發生の時に於て、處分権を有することを要する。尤も本人の處分権が制限せらるるとも、代理人に處分権が認めらるる場合には、この限りではない（例之、遺言執行者、破産管財人、特定の妻の財産の處分の場合に於ける夫）。

第百條

代理人カ本人ノ爲メニスルコトヲ示サシテ爲シタル意思表示ハ自己ノ爲メニ之ヲ爲シタルモノト看做ス但相手方カ其本人ノ爲メニスルコトヲ知リ又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ前條第一項ノ規定ヲ準用ス

(一) 本條の趣旨

代理人が、代理行爲として、意思表示を爲したる場合に於て、その表示の内容より代理意思を

認め得ないときは代理人自身の意思表示として取扱はるべきであるが、この意思表示は、錯誤に基く意思表示として、民法九五條により、代理人に重大なる過失がない限りは、無効でなければならぬ。本條は、相手方を保護する爲めに、この點に關して例外を規定するものであつて、この種の意思表示を無効とせずして、その意思表示は、代理人自身のためになしたる有效なる法律行爲と看做してゐるのである（故に例之「甲寺ヨリソノ財産ノ管理ヲ委任セラレタル前住職乙カ甲寺ノタメ保管中ノ金員ヲ丙銀行ニ預ケ入レタル場合ニアリテモ該預金カ乙個人ノ名義ヲ以テナサレアルニ於テハ反證ナキ限り乙ハ右預ケ入レノ際丙銀行ニ對シ甲寺ノタメニスルコトヲ示ササリシモノト認ムルヲ相當トスヘク且ツソノ當時丙銀行ニ於テモ右預金カ甲寺ノ爲メニナサレタルコトヲ知リ又ハ知リ得ヘカリシ事跡ノ存在ナル場合ハ民法百條ノ規定ニヨリテ個人ノ爲メニ該預金ヲナシタルモノト看做サルヘク從テ甲寺ハソノ財産管理ノ受任者タル乙若クハソノ相續人ヨリソノ預金債權ノ移轉ヲ受ケサル限り丙ニ對シ自己カソノ權利者ナルコトヲ主張シ得サルモノトス、大一、二、一七浦和地判）。即ち代理意思の表示を缺く代理人の行爲については、既に述べたる間接代理の法理によつて、その法律効果が確定せらるべきである。

(二) 本條の適用範圍

(イ) 代理意思が、表示の内容より、客觀的に認定せられ得る場合には（表示の解釋資料たるべき諸般の事情を通じて、代理行爲の相手方が、代理意思を認識し又は認識し得べかりしとき）、代理意思の表示ありと謂

ふべきが故に、本條の適用せらるる餘地はない。

(ロ) 表示の解釋資料たるべき諸般の事情以外の事情を通じて、尙ほ相手方が代理意思を認識し又は認識し得べかりしときは、前條第一項が適用せられる(本條但書。その眞正の代理行爲なることを主張する側に於て、之等の事實を立證すべきである。大九、一二、九大判)。

(ハ) 本條は、積極代理の場合のみを規定するが故に、表意者が、相手方を代理人として、意思表示の受領の効果を本人に歸屬せしむる意思の下に、意思表示をなしたるも、表示の客觀的内容より、その意思が認識せられ得ないときは、表意者は、場合により、その錯誤による無効を主張することを得る。

(ニ) 商行爲の代理人が、代理行爲に際し、明示又は默示に代理意思を表示せず、又は諸般の事情より相手方が代理意思を認識せず、又は認識し得べき事由の存しないときと雖も、代理行爲として、その效力を生ずる。尤も、本人の爲めにすることを認識せざりしことを立證するときは、相手方は、その選擇に従ひ、代理行爲として本人にその法律効果の歸屬せることを主張すると、本條により、代理人自身の行爲として、代理人に法律効果が歸屬せることを主張するとの自由を有する(商二六六)。

第一百一條 意思表示ノ効力カ意思ノ欠缺、詐欺、強迫又ハ或事情ヲ知リタルコト若クハ之ヲ知ラサル過失アリタルコトニ因リテ影響ヲ受クヘキ場合ニ於テ其事實ノ有無ハ代理人ニ付キ之ヲ定ム特定ノ法律行爲ヲ爲スコトヲ委託セラレタル場合ニ於テ代理人カ本人ノ指圖ニ從ヒ其行爲ヲ爲シタルトキハ本人ハ其自ら知リタル事情ニ付キ代理人ノ不知ヲ主張スルコトヲ得ス其過失ニ因リテ知ラサリシ事情ニ付キ亦同シ

(一) 本條の趣旨

本條は代理行爲が、代理人自身の意思決定に基く獨立の行爲たる當然の歸結として、代理行爲の成立要件の存否は、代理人自身について決定せらるべきことを明かにするものである(大二、四、一九大判參照。反之、代理行爲の効果は、全般的に本人に歸屬するが故に、權利能力等效果歸屬要件は、本人について、その存否が決定せらるべきである)。

(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

(イ) 或意思表示が文書を以つてなされるときに於て、代理人が本人に代つてその文書に記名捺印する場合に、之を代理行爲として認むべきか否かについては、學說上の争がある。假令記名捺印者は本人の補助者に過ぎずと解する說に従ふとも、その行爲については、代理に關する本條の類推適用を認むべきであらう。

(ロ) 代理人は、一般に、意思能力を有することを要するも、委任代理人は、その行為能力を有することを要しない(次條参照)。

(ハ) 意思表示の効力が、意思の欠缺(代理人ニ於テ意思ノ欠缺アル以上ハ假令本人ニ於テソノ欠缺ナキモ法律行為ノ効力ニ影響ヲ及ボスモノトス)明四五、五、三〇東控判)、詐欺(代理人が詐欺をなしたる場合には、相手方は、その意思表示を取消すことを得る、九六參照。この場合に、相手方が、代理人に對してのみならず、本人に對しても亦、不法行為上の損害賠償請求権を有するか否かは、四四條・七一五條の定むる所による)、強迫(強迫ニヨリ代理人自身カ自己ノタメニ畏怖シテ意思表示ヲナスト本人ノタメニ畏怖シテ意思表示ヲナストヲ問ハスソノ効力ハ何レノ場合ニ於テモ同一ニシテ強迫セラレタル事實ノ有無ハ代理人ニツキ定ムヘキモノトス)大七、三、一八東控判)、又は或事情を知りたることと若くは知らざる過失ありたることによりて、影響を受くべき場合には(一九二以下、五六二以下、代理人が、相手方と通謀の上、瑕疵ある物の賣買をなしたる場合には、相手方は、本人に對して、代理人がその瑕疵を知りたる事實を主張するを得ない。この點については、民法に明文はないが、信義誠實の原則上當然である。六三六・六四〇・七〇五參照)、その有無は、代理人のみに對して(故に例之、本人に對して、相手方が、詐欺強迫をなすも、代理人に對してなき限り、本人はその代理行為を取消すことを得ない。尤も詐欺強迫による授權行為が取消されたる場合には、代理行為も亦無効となる)、決定せらるべきである。

(ニ) 本條には明文を缺くも、契約に於ける意思の合致の存否も亦、代理人の意思のみにつき決定せらるべきは勿論である。

(ホ) 特定の法律行為をなすことを委託せられたる場合に於て、代理人が、本人の指圖に従ひ、代理行為をなしたるときは、本人はその自ら知り又は過失によつて知らざりし事情につき、代理人の不知を主張するを得ない(本條第二項)。

(1) この制限規定は、本人が善意の代理人を利用することによつて、自己の惡意の效果を回避するが如き不都合なる結果を防止する爲めに設けられたものであり、理論上亦本人が代理人の意思決定に重大なる影響を與へたる場合には、本人の知、不知は代理人の行為の效果に、その影響を及ぼすべきは寧ろ當然である。

(2) この制限規定の適用あるが爲めには、當該の意思表示が、代理人の意思表示たること、代理人が特に當該の意思表示をなすことを委託せられたること(特定代理)及び代理人の意思決定につき、本人が指圖をなしたること(指圖と代理權の制限との差異については、一〇三註(一)(ロ)(3)參照。積極的に指圖をなしたる場合に限らず、代理行為に本人が立會ひたる場合及び代理人が或行為をなさんとすることを本人が知り且つ之に對して異議を述ぶる機會を有したるにも拘はらず之を怠りたる場合にも亦、本項の適用を受ける、獨逸の下级審裁判所の判決は、この趣旨を認めてゐる、OLIGER, 281)を必要とする。使者による意思表示の場合には勿論、假令代理權の授與あるも、本人の決定したる意思を、代理人をして表示せしむるに止まる場合には、その意思表示は代理行為ではないから、専ら本人についてののみ、その

知、不知が問題とせらるべきである。

尙ほ本項の規定は、大體に於て、委任代理の場合に適用せらるるのであるが、法定代理についても、本人又は第三者が指圖を與ふる能力と權限とを有する限り、本項の適用をうくることあるに注意すべきである。例之、妻の特定の家事代理行爲に關して夫の指圖ありたること（八〇四參照）、法人の代表者の行爲に關して社員總會又は株主總會の決議による指圖ありたる時、無償にて子に財産を與ふる第三者が、財産の管理に關して指圖をなしたるとき（八九二―九三六參照）等は、その適例である。

(3) 表意者の知、不知が、意思表示の效果に影響を及ぼす場合には、代理人の知、不知のみならず、指圖者たる本人の知、不知も亦、表意者の知、不知と同一に取扱はれる（九三・九四・九五・九六Ⅱ・一九二・五六一以下・六三六・六四〇）。

(三) 本條を類推適用すべき場合

(イ) 本條は、代理人についてのみならず、法律行爲をなす際に、行爲者とその意思決定の資料として、他人をして或事實の有無を調査せしめ、之に基いて法律行爲をなしたる場合にも類推適用せらるべきである（故に例之、「保險醫カ被保險者ノ健康診斷上ナシタル過失ハ保險業者ニ對シテソノ效ヲ生シ醫師ノ知リ又ハ知リ得ヘカリシ事項ハ本人タル保險業者自ラ知リ又ハ知リ得ヘカリシ事項トシテソノ費ニ任スヘキモノ」である。大四、九、六六判）。

(ロ) 尙ほ本條は、占有者の善意、惡意の判定につき、占有代理の場合にも類推適用せらるべきものとなす判例がある（大一一、一〇、二五六判）。

第二百二條 代理人ハ能力者タルコトヲ要セス

(一) 本條の趣旨

本條は、代理行爲の有効なる爲めに、代理人が行爲能力を有することを要しない旨を規定する。蓋し本人が特定の人を代理人となすと否とは、本人の自由意思に基くものであり、苟くも、本人が無能力者を代理人として適當と認め、その行爲の效果を自己に歸屬せしめんと欲する限り、敢て本人の意思を否認すべき必要がないからである。従つて本條は當然には委任代理についてのみ適用せらるべく、法定代理については、之を認むる各個の規定の趣旨に徴して、その行爲能力者たるを要するか否かを決定しなければならぬ（明三九、四、二大判は、法定代理にも、特別の規定がない限り、本條の適用ありと判示してゐる）。

(二) 行爲無能力者の代理行爲の效力

本條は、代理人が行爲能力を有せずとも、その代理行爲は取消さるるを得ない旨を規定するに

止まるが故に、代理人が意思能力を缺く場合には、その意思表示は當然に無効であり、授權行為が、委任、雇傭、組合契約に不可分の結合する場合には、この種の契約の相手方たる代理人は、この種の契約に必要な行為能力を有することを要する。本條は、唯有效なる授權行為がなされたることを前提とする規定に外ならぬ。

(三) 法定代理人が、行為能力を有することを要するか否かは、前述の如く各種の法定代理人につき、個別的に検討せらるべきである。

(イ) 無能力者は後見人たるを得ない(九〇二・九〇八)。

(ロ) 無能力者が親權者たるを得るか否かについては、民法に直接の規定を缺くも、尠くとも、無能力者は、親權者として、法定代理權を行使するを得ずと解すべきである(八九五・九三四參照、同趣旨、明四四、一一、二七大判)。

(ハ) 特定の場合に於て、夫が、妻の法定代理人として、法律行為をなすには、行為能力を有することを要する(八八五・九〇二參照)。

(ニ) 妻はその行為能力を制限せらるるも、常に、家事代理權を有することは、寧ろ當然である(一四・八〇四參照)。

(ホ) 遺言執行者は無能力者たるを得ない(一一二二)。破産管財人、遺產管理人、不在者の財産

管理人については、特別の規定はないが、遺言執行者に關する民法一一一條が類推適用せらるべきである。

(ヘ) 無能力者が、法人の代表者たることを得るか否かについては、吾が民法に明文を缺く(商六參照)。定款、寄附行為の條項上、當然に代表者となるべき者が、代表行為をなすには、行為能力を有することを要するも(從つて無能力者たる代表者の行為は、その法定代理人又は他の代表者によつて取消され得る)、社員總會又は株主總會の決議により選任せられたる代表者は、本條の類推解釋により、行為能力を有することを要せずと解すべきである。

第三百三條 權限ノ定ナキ代理人ハ左ノ行為ノミヲ爲ス權限ヲ有ス

一 保存行為

二 代理ノ目的タル物又ハ權利ノ性質ヲ變セサル範圍内ニ於テ其利用又ハ改良ヲ目的トスル行為

(一) 本條の趣旨及び適用範圍

本條は、財産管理のために授權せられたる總括代理に於て、授權行為の解釋上、代理權の範圍を明にするを得ない場合に關する解釋規定であり(從つて「總括代理人カ曾ニ民法百三條ニ定ムル權限ノミナラス金員貸借抵當權設立ノ如キ處分行爲ニ付テノ代理權ヲモ有スルコトハ同條ノ禁止スル所ニ非サルモノトス、大五、八、

二大判)、従つて當然には委任代理の場合にのみ適用せられる。法定代理権の範圍は、之を認むる各個の規定若くは官廳の命令によつて、個別的に確定せらるべく(二八・五三・五七・七八・八〇・八〇四・八七八・八八四・八九五・九二三・九七八・一〇〇〇・一〇二二・一〇二八・一〇四〇・一〇四三・一〇五三・一一一四・一一一八・一一一九・商六一・六二・九一・一一四・一一五・一七〇・一八五・二四三・破一九七、町村長ハ私法上ノ行爲ニ付テモ町村ヲ代表スルコトヲ得ルハ勿論ナリト雖モ私法人ノ代表者ノ如ク概括的ニ權限ヲ附與セラルルモノニ非ス故ニ假令町村長カ歳入出豫算ニ定ムルモノノ外新ニ債務ヲ負擔シ若クハ權利ヲ拋棄スル意思表示ヲナスモソノ債務ノ負擔又ハ權利ノ拋棄ニシテ町村會ノ議決ヲ經タルモノニ非サル限り町村ニ對シ效力ヲ生セス(大五・一一・二七大判)、之等の法規又は命令によつてその權限を確定し得ない場合にのみ、本條の適用を認むべきである(二八參照)。

(イ) 本條は、總括代理にのみ適用せらるべく、特定代理にはその適用の餘地がない。

(ロ) 本條は、解釋法規に過ぎないから、授權行爲の解釋上、代理權の範圍を明かにし得る場合には適用せられない(大五・八・二大判)。是れ支配人(商三〇)、船長(商五六六・五六七)の代理權、辯護士たる訴訟代理人の代理權(民訴八一)に關する規定とその趣旨を異にする點である(之等の者の代理權に制限を加ふるも、之を以つて善意の第三者に對抗するを得ず、又は無効である)。

(1) 授權行爲の解釋は、一般に意思表示解釋の理論による(「東京市ニ於テ通俗ニ地所家屋ノ管理人若クハ差配人ト稱スル者ハ地所又ハ家屋ノ賃貸借ニ關シ地主又ハ家主ノ代理人トシテ一定ノ權限ヲ有スル者ナリトノ慣例法規ノ徴スヘキナキヲ以テ其ノ代理權ノ有無並ニ代理權限ノ如何ハ一ニ地主又ハ家主トノ契約ノ趣旨ニ因テ定ムルモノ

トス」大四、二、一六大判)。當事者間に於ける一般の慣例、授權行爲の目的並に授權者と代理人との内部關係(商二六七參照、授權行爲が委任、雇傭、組合契約等に結合せらるる場合には、代理權の範圍は、一般に之等の契約の内容と一致する)、又は何人が授權行爲の相手方なるか等の事情は、特に解釋の資料とせられ得る。例之、代理人に對する贈與の目的の爲めに、債權取立の授權がなされたる場合には、代理人は、現實に債務の給付を受領する代りに、他の物を代物辨濟として受領し或は債務者に對する代理人自身の債務と相殺をなすことを得るし、授權の意思表示が代理行爲の特定の相手方に對してなされたるときは、通常の場合には、所謂相對的代理(その相手方とのみ取引をなし得べき代理)と解せらるべく、廣告の方法により授權行爲がなされたるときは、**絶對的代理權**が授與せられたるものと解釋せらるべきである。

(2) 授權行爲の解釋上、代理權の範圍に屬する法律行爲が確定せらるるときは、別段の制限がない限り、その法律行爲の内容として許さるる總ての意思表示をなすことを得る。例之、或る物の購入又は賣却について代理權を授與せられたる者は、その目的物又はその代價を定め得るのみならず、履行の場所、日時、目的物の危險移轉、瑕疵擔保責任等諸般の約款を定めることを得る。尤も特に本人の不利となるべき意思表示、例之、一方的に違約金を約束し、擔保を提供し、同時履行の抗辯權を拋棄するが如きことは、その代理權の範圍外にあり

と解すべきである。

(3) 授權行為の撤回は、一般に許容せらるる所なれば、本人は、代理行為がなされる以前に於ては、既になしたる授權の範圍を制限し(その制限は、撤回の方法によるべきである)又は擴張することを得る。尤も**代理權の制限**と、一〇一條二項に所謂**指圖**とは區別せらるべきである。指圖は代理權の制限ではなくして、代理人に對する本人の希望の表示に外ならぬから(従つて本人と代理人との内部關係に影響を及ぼすことあるは勿論である)、代理人が指圖に従はずして行為をなすも、代理行為として有効である。

(4) 同一の法律行為につき、數人に代理權が授與せられたる場合に於て、數人の代理人は、共同に於てのみ有効なる法律行為をなすことを得るか(**共同代理**)、又は各自單獨に有効なる法律行為をなすことを得るか(**單獨代理**又は**獨立代理**)の問題は、全く授權行為の解釋によつて決定せらるべきであるが(例之、委任狀中に他の代理人を記載しないときは、獨立代理と認定すべく、反之、同一委任狀にすべての代理人の表示あるときは、共同代理と解釋せらるべきである)、此問題に關して、吾が民法は、何等の解釋法規をも設けてゐないから、通常、特定代理の場合には、共同代理の方法によるべく、總括代理の場合には、獨立代理の方法によることを得るものと解する外はない(商三〇二、六二、一七〇參照、尙民六七〇Ⅱは、代理權の行使についても、多數の業務執行者の共同を要する旨を定むるものと解すべきである)。

(a) 共同代理の場合には、すべての代理人が共同に意思表示をなすことを要するも、必ずしも同時に之をなすことを要しない。代理人の最後の意思表示がなされたる時に代理行為は完成する。尤も代理人の一人のなす意思表示につき豫め他の代理人が同意をなし得るか否かは、疑問である。共同代理は、本來、代理行為につき、個別的に、代理人をして協力せしむることを目的とするものなれば、恐らくは、事前の同意を無効と解すべきであらう(共同代理の場合に於ける一代理人の事前の同意を、復代理權の授與と解して、法定代理の場合には、その效力を認めんとする學說がある)。

(b) 共同代理の場合に於ても、意思表示の受領は、一代理人の受領を以つて足るか否かについては、民法に別段の規定がないが、商法三〇條ノ二、二項を一般的に擴張解釋すべきものと考へる。

(c) 代理人の知、又は過失による不知が、法律行為の效力に影響を及ぼすべき場合にも、その内一人の知又は過失を以つて見る(一〇一參照)。

(二) 本條による代理權の範圍

權限の定ない總括代理人は、本條列擧の法律行為(佛民一九八八條に所謂管理行為)のみをなすことを

得る。

(イ) 保存行爲とは、物又は権利の事實上又は法律上の保存に必要な法律行爲を謂ひ、授權行爲の目的が一定の財産なる場合には、その財産の全般的保存に必要な限り、當該財産に包含せらるる個々の物又は権利を處分する行爲(例之、不用品の賣却)も亦、保存行爲として取扱はるべきである(債務の辨済が保存行爲に該當するか否かは、學說上争の存する所である。債務の辨済それ自體は處分行爲として取扱はるべきであるが、全財産の保存のため必要な場合には、本條に所謂保存行爲に該當する。代物辨済、相殺、更改、債権の取立等についても亦、同一の觀察がなされるべきである)。

(ロ) 利用又は改良を目的とする法律行爲(六〇二參照)なるか否かは、客觀的に判定せらるべく、その利用又は改良行爲たる性質を有するものなる限り、その法律行爲によつて、事實上利用又は改良の効果を奏したると否とを問はない。尙ほ全般的に財産の利用又は改良のため必要なる行爲として取扱はれ得るときは、個々の物又は権利の性質を變更し又は之を他人に讓渡する行爲も尙ほ代理權の範圍に屬する。

(ハ) 以上述べた範圍内の法律行爲に該當する限り、代理人は、そのすべての行爲について、有效なる代理行爲をなすことを得る。如何なる場合にも個別的の授權行爲を要しない。

(三) 涉外事件に於ける代理權の範圍

法律によつて規定せらるる代理權の範圍につき、各國法がその規定を異にする場合には、法例第七條により、當事者の別段の定がない限り、行爲地法によつて、その範圍が確定せらるべきである。

(四) 代理權限外の行爲の效力

代理人がその權限外の代理行爲をなしたる場合には、その法律効果は、無權代理の法理による。尤も一〇條の特別規定あることに注意すべきである。

法定代理人たる親權者又は後見人が、親族會の同意を得て代理行爲をなすべき場合に、その同意を得ずして代理行爲をなすことも、亦無權代理行爲に該當する。蓋し斯くの如き場合には、法定代理人は、親族會の協力によつて、始めて當該法律行爲の代理權を有するものに外ならぬからである。尤も此種の無權代理行爲は、一般の場合と異り、當然には無効ではなくして、本人又はその法定代理人に於て、取消され得るに過ぎない(八八七・九三六)。

第四百條 委任ニ因ル代理人ハ本人ノ許諾ヲ得タルトキ又ハ已ムコトヲ得サル事由アルトキニ非サレハ復代理人ヲ選任スルコトヲ得ス

(一) 本條の趣旨

本條は、委任代理人が復任権(復代理權授與の權利)を有するか否か、法律の特別規定(例之、支配人、船長に關する規定)又は本人と代理人との内部關係上明らかでない場合に關する一種の補充規定である。

(二) 復任の性質

復任の法律上の性質については、學說上の争もあるも、代理人がその代理權の範圍に於て、本人との内部關係に基く權利(復任權)の行使により、その委託せられたる事務(代理すべき法律行為)の全部又は一部を執行せしむるために、代理人自身の名に於てなす授權行為(従つて復委任と區別せらるべきである。尤も復委任については、吾が民法に特別の規定を缺くが故に、復代理に關する本條が類推適用せられる)として、理解せらるべきである。故に、

(イ) 復任は代理權の讓渡と區別せられねばならぬ(明四四、四、二八大判)。代理權は特に本人の許諾ある場合の外は、一般に讓渡せらるるを得ない(大一一、一二、一八名控判、白紙委任狀の交付ありたる場合には、默示の代理權讓渡の許諾あるものと解すべきであらう。反對の趣旨、大元、九、二二東控判)。代理權が讓渡せらるるときは、代理人は、も早代理權を有しないから、爾後代理行為をなすを得ないが、復代理人を選任するとも、代理人は尙ほその代理權を失ふものではない(明四四、四、二八大判、尙、大一〇、一二、六六判參照)。

(ロ) 復任は、代理人が本人に代つて、本人の名に於て、第三者に對してなす授權行為と區別せらるべきである。此場合には、その第三者は、直接に本人の代理人たる地位のみを有し、その代理人と授權をなしたる代理人との間には、何等の法律關係をも發生することなく、授權行為の撤回は、本人のみ有効に之をなすことを得る。而して、代理人は原則として、特に本人の授權がない限り、此種の代理人を解任するを得ない。

(ハ) 復任は、代理人が自己の名に於てなす授權行為であり、授權行為に關する一般の法規はすべて之に適用せられる(例之、代理人は自己の名に於て復代理人を解任することを得るし、一〇五Ⅱ參照、復代理人の無權代理行為は、本人のみならず、代理人も亦、之を追認することを得る)。而して復任も亦委任、雇傭等の代理人復代理人間の内部的法律行為に結合せらるるを常とするから、兩者の内部關係は、此種の法律行為の内容によつて決定せらるべきである(一〇七參照)。

(ニ) 復任は、代理人の代理權を前提とするものなれば、復代理人の代理權は、代理人の代理權の消滅によつて當然に亦消滅する(大二、一二、二六東控判・同一三、七、二四・同一四、一二、一四大判、反之、代理人が本人の名に於て選任したる者の代理權は、代理人の權利の消滅に拘はらず、尙存續する)。

(ホ) 復任は、本人と代理人との内部關係に基く復任權の行使によるものなれば(尤も復代理人も本人の名に於て代理行為をなすものであり、前述の如く、代理人の代理權を前提とするものなれば、代理權を有しない受任

者は復任をなすを得ない、代理人は、復代理人の選任及び監督につき、本人に對して責任を負ふ（二〇五）。

（ハ）復任は、代理人によつてなされる復代理權授與行爲ではあるが、本人との内部關係に基き代理人が適法に有する復任權の行使によるものなれば、復代理人は、本人を代理する權利を有し（一〇七一、「復代理人ハ本人ノ代理人ニシテ代理人ノ代理人ニ非ス代理人ノ代理人ト謂フカ如キ關係ハ吾民法ノ認メサル所ナリ從テ代理人ノ代理人カ爲シタル行爲ノ效果ハ直接ニ本人ニ及ブモノニ非ス」大ニ、一〇、三〇東地判）、又復代理人と本人との間には、代理人と復代理人との間に於けると同一の内部的法律關係を發生せしむる（一〇七II）。

（三）代理人が復任權を有するか否かは、全く本人と代理人との間に於ける内部關係（委任、雇傭、組合）による。唯一般的に謂へば、代理行爲が代理人自身の行爲たるべき場合には、代理人は復任權を有しないが、その何れなるか當事者の意思解釋上不明なる場合には、本條の規定に従ひ、特に本人の許諾を得たる時又は已むことを得ざる事由（自ら代理行爲をなすことを得ず、且つ本人の許諾を得る暇がないとき）ある場合に限り、代理人は復任權を有するに過ぎない。

（四）復代理人が更に復代理人を選任することを得るか否かについては一〇七註（二）（イ）參照。

第二百五條 代理人カ前條ノ場合ニ於テ復代理人ヲ選任シタルトキハ選任及ヒ監督ニ付キ本人ニ對シテ其責ニ任ス

代理人カ本人ノ指名ニ從ヒテ復代理人ヲ選任シタルトキハ其不適任又ハ不誠實ナルコトヲ知リテ之ヲ本人ニ通知シ又ハ之ヲ解任スルコトヲ怠リタルニ非サレハ其責ニ任セス

本條は、代理人が復任をなしたる場合に、本人に對し如何なる責任を負ふべきかを規定する。復任が許される場合に於て、受任者が第三者に復委任をなしたる場合にも、本條が類推適用せらるべきである（六五八II・一一一八II參照）。

（一）復任に於て、代理人が本人に對して如何なる責任を負ふべきかは、本人と代理人との間の内部關係によつて決定せらるべきである。

（二）當事者の内部關係に徴して、代理人の責任の限度を決定するを得ないときは、本人が特に代理人に對して復任權を與へたる場合たる時、或は前條の規定により已むを得ざる事由によつて復任が爲さるる場合たる時を問はず、代理人は、復代理人の選任及び監督についてのみ、本人に對して、その過失の責に任ずれば足り、單に復代理人に過失あるのみを以てしては、何等の債務不履行上の責を負はない（本條第一項）。

（三）代理人が、本人の指名に從つて、復代理人を選任したるときは（復代理人選任後、之に對して、本

人が特にその承認をなしたる場合も亦、同様に解すべきである、その本人に對する責任は、更に輕減せられ、本條第二項の定むる責を負ふに過ぎない。

第一百六條 法定代理人ハ其責任ヲ以テ復代理人ヲ選任スルコトヲ得但已ムコトヲ得サル事由アリタルトキハ前條第一項ニ定メタル責任ノミヲ負フ

(一) 法定代理人の復任權

法定代理人の代理權の範圍は廣汎であり、且つ本人は意思能力を缺くか、或は本人の意思を尊重するを要しないことを一般とするが故に、法律は、法定代理人に對して、一般的に復任權を與ふるのである(「復委任ノ範圍ノ特定のナルト否トニツイテハ制限ナシ」明四一、三、二六六判)。尤も法定代理權の全範圍に付き總括的に復任をなすを得ないのみならず、各種の法定代理に關する規定の趣旨に従ひ、法定代理人自ら代理行爲をなすべきことが要求せらるる場合及び法律又は法人の組織上復任權が制限せらるる場合には、その範圍に於て、法定代理人は復任權を有しない(五五・一一八一、破一六五)。

法定代理人が復代理人を選任したる場合に於ても、復代理人の代理權は、法定代理人の代理權の存續を前提とする。尤も法定代理人が、授權行爲の代理權をも有すべき場合には(意思無能力者

の法定代理人及び法人の代表者ニ遺言執行者ハ或特定ノ行爲若クハ或範圍ノ行爲ニ付キ第三者ニ代理權ヲ授與スルハ固ヨリ妨クル所ニ非スシテ唯カノ總代理人ノ如キハ之ヲ任設スルヲ得サルモノトス」昭二、九、一〇大判)、本人の名に於て代理人を選任し得べく、斯くの如き場合には、當該の代理人は、單純なる代理人に外ならぬから、法定代理人の代理權の消滅に拘はらず、その代理權は存續する。

(二) 復任に於ける法定代理人の責任

法定代理人が復代理人を選任したる場合には、その復代理人の行爲により、本人に損害が発生せる限り、その選任監督上の過失に基くと否とを問はず、法定代理人は、本人に對して全責任を負ふ。その損害が、復代理人自身の過失に基くことをも要しない。法定代理人が、本人に代り、本人の名に於て授權行爲をなしたる場合にも、同一に解すべきである。この責任は、法定代理人と本人との間に存する委任契約上の債務に類似する法律上の義務の違反に基く責任である。

法定代理人が已むことを得ざる事由に基いて復代理人を選任し(又は本人の名に於て授權行爲をなし)たる場合には、法定代理人は、その選任監督についてのみ、過失の責に任ずれば足る(本條但書)。

第一百七條 復代理人ハ其權限内ノ行爲ニ付キ本人ヲ代表ス

復代理人ハ本人及ヒ第三者ニ對シテ代理人ト同一ノ權利義務ヲ有ス

本條は、復代理人の代理行爲の效力（外部關係及び内部關係に於ける）を規定するものである。

(一) 外部關係に於ける效力

(イ) 復代理人は、その權限内の行爲につき本人を代理する（本條第二項）。復代理人の代理權は、代理人の復任權に基く復任によるものなれば、畢竟本人の意思に由來すること、代理人の代理權と趣を異にしない。その權限は復任行爲の解釋によつて決定せらるべきであるが、復任者たる代理人の代理權の範圍を越ゆることを得ない。尙ほ復代理人の代理行爲も、その效果の全部が本人に歸屬するものなれば、本人の爲めにする代理意思の表示を伴ふことを要するは勿論である（反之、復代理人は自己に對し代理權を授與したる代理人を表示するを要しない、明三八、一〇、五九判）。

(ロ) 復代理人は、代理行爲の相手方たる第三者に對して、代理人と同一の責任を負ふ（本條第二項）。このことは本條第一項の規定上寧ろ自明の理である。即ち復代理人が代理行爲をなしたる場合には、代理人が之をなしたる場合と同様に、一〇〇條・一〇一條・一二七條の規定が當然に適用せられる。

(二) 内部關係

(イ) 代理人と復代理人との關係 代理人と復代理人との内部關係は、復代理權授與行爲に伴ふ代理人と復代理人との法律行爲（例之、委任、雇傭）の内容による。單に一方的に復任行爲がなされたるのみで、特に兩者間に何等の契約もなされざりし場合には、復代理人の代理行爲は、一種の事務管理であり、従つて事務管理に關する規定が、當然に適用せられる。復代理人が更に復代理人を選任し得るか否かは、本人と代理人との内部關係並びに代理人と復代理人との内部關係が、共に斯くの如き權限を與ふるものとして解釋せられ得るか否かによつて決定せらるべきである。従つて、事實上は、法定代理人の復代理人のみが復任權を有する場合あるに過ぎないであらう（大九、七、三法曹會決議參照）。

(ロ) 本人と復代理人との内部關係 本來、本人と復代理人との間には、直接には、何等の法律關係をも存在すべき餘地がない。強ひて本人と復代理人との直接の法律關係を求めんとすれば、一種の事務管理關係を認め得るに過ぎない。乍併、本條第二項は、轉貸の場合に於ける民法六一三條と同様に、本人と復代理人との間にも、本人と代理人との間に於けると同一の法律關係が発生すべきことを規定し、復代理人は直接に本人に對してその權利を行使し得ると同時に（例之、報酬請求權、費用前拂請求權）、本人も亦直接に復代理人の責任を問ふことを得るものとしたのである。尤も之等の關係が復代理人と代理人との間の内部關係により制限せらるることは勿

論である。

第一百八條 何人ト雖モ同一ノ法律行爲ニ付キ其相手方ノ代理人ト爲リ又ハ當事者雙方ノ代理人ト爲ルコトヲ得ス但債務ノ履行ニ付テハ此限ニ在ラス

(一) 本條の趣旨

代理は、通常、第三者に對して意思表示をなし又は第三者の意思表示を受領する場合に存在するものではあるが、代理人が、自己の名に於てなす意思表示を、本人の名に於て受領し、又は本人の名に於てなす意思表示を、自己の爲めに受領し(自己契約)、或は本人雙方の代理人を一人が兼ねて、意思表示をなし又は受領する場合(雙方代理)を想像することを得る。斯くの如き代理は、一般に本人の利益を害する虞れあるが故に、本條はこの種の代理に對して制限を附したのである。

(二) 自己契約又は雙方代理の性質

自己契約又は雙方代理が、理論上可能なるか否かについては、嘗て學者間に論争を見たのであるが、代理人の意思表示が他人の認識し得べき方法に於て爲さるる限り(例之、證人の面前に於てなし、帳簿に記入し、本人に報告する等)、この種の意思表示の效力を否認すべき理由なく、唯その本質が契約なるか(自己契約又は雙方代理が、解除、告知取消等の如き一方行爲なる場合に、その代理行爲も亦一方行爲なることは勿論である)或は契約と同一の效力を有する一方行爲なるかについては、今日尙ほ疑問とせらるる所である(自己契約又は雙方代理の場合には、事實上、代理人の一人の意思決定あるのみなれば、理論上、この種の行爲を一方行爲と見るべきであらう。尤も大正四年一月三日の大審院判決は、之を契約と解して、この種の代理行爲に於ても虚偽表示の成立し得べき旨を判示した)。

(三) 本條の適用範圍

(イ) 自己契約及び雙方代理を制限する本條は、本人の利益を保護することを目的とするものなれば、本人が特にこの種の代理行爲を許容する場合には、本人の意思に反してまで本人を保護すべき理由がないから、本條は純然たる任意法規として取扱はるべく(大八、一二、二六・同一二、一、二六・昭三、二、一五六判)、雙方代理又は自己契約が特に授權行爲の目的たる場合は勿論、その他の場合にありても、明示又は默示にこの種の代理についても授權行爲がなされたものと認むべき場合各には、本條は適用せられない(尤もこの種の代理行爲についても、授權せられたるか否かの確定は、一般の授權行爲の解釋方法と異なり、本人と代理人との内部關係の總べてを斟酌してなるべく、本人に不利益を被らしむべき危険の存する場合には、自己契約又は雙方代理に關する權限は、一應與へられざりしものと推定せらるべきである)。

(ロ) 本條は、委任代理についてののみならず、法定代理にも適用せられる。尤も次の諸點に注

意すべきである。

(1) 法規により特に本條の適用が制限せらるる場合には(例之、五七・八八・八九一五)、その範圍に於て、自己契約又は雙方代理は有効である(民法八八八條・九一五條が本條の適用を制限するものなるか否かについては學說上争あるも、本人と代理人との利益相反しない場合には、法定代理人は、自己契約又は雙方代理をなし得るものと解すべきである。後述參照。反對の趣旨、大六・二、二四法曹會決議)。又商法一七六條により、株式會社の取締役は、監査役の承認を得て會社と法律行為を爲すことを得る(大五・九、一九大判參照。尙「同一町村ノ一部タル二個ノ部落間ニ於ケル訴訟ニ付テハ同一町村長ニ於テ町村會ノ決議ヲ經テ兩部落ヲ代表スヘキモノトス」大一二、四、四四大判)。

(2) 裁判所、親族會、社員總會、株主總會等が、法定代理人に對して、特に自己契約又は雙方代理を許容し得るか否かは、解釋上の疑問である。獨逸の判例(獨大判・ROE. 67 S. 61 R. 11 S. 129 ff. 23 S. 32 ff.)は、後見裁判所のこの種の權限に付き、否定的の見解を維持してゐるが(合資會社ノ代表社員カ總社員ノ同意ヲ得テ會社ヲ代表シタルモ自己トノ間ニナシタル讓渡行為ニツイテハ民法ノ規定ニヨリテソノ效力ヲ定ムヘキモノトス)との判例がある。明四三、一〇、一一東控判)、本條の立法趣旨に徴し、寧ろ斯くの如き權限を認むべきものと考へる。

(ハ) 本條は、自己契約及び雙方代理のみを制限するに過ぎないから、本人又は代理人を相手方とする意思表示(「競賣ノ場合ニ於ケル賣主ハ競賣ヲ申立テタル債權者ニ非スシテ債務者ナレハ債權者ノ代理人トシテ競賣ノ申立ヲナシタル者カ競落人トナリタリト民法一〇八條ニ抵觸セス」大二、六、四四大判)、私は、競賣の場合に於ける賣主は債權者と解すべきものと信ずるも、競賣の性質上、本條が適用せられないことは、この判決の示す通りである)に付てのみ適用せられ(手形の振出裏書等は、その性質契約なると一方行為なるとを問はず、相手方ある意思表示なれば、本條の適用を受ける、明四〇、四、八・大六、三、一六東控判・同九、九、一八大判、反對大一一、五、二六東地判)、相手方なき意思表示の場合(登記の申請には本條の適用はない、大一一、九、一八民事局長回答)、例之、多數の人が一當事者として意思表示をなす場合(多數人が協力して寄附行為をなし又は解約告示をなす場合等)、或は合同行為の場合には(大九、二、一八東地判・同二〇、四、八東控判)、その内一人が他人を代理して意思表示をなすに何等の妨げなく、株主名簿上の名義書替も亦、本人に對する意思表示ではないから、記名株式の買主に對して名義書替を委託するとも、本條に抵觸しない(同趣旨、明三八、九、八大判)。

(ニ) 自己契約又は雙方代理に該當しない限り、假令代理人の行為により、本人の利益が侵害せらるる虞れある場合にも、本條の類推適用を認むべきではない。唯場合により、この種の代理行為が、公序良俗又は信義誠實の原則に反するものとして、無効となることあるに過ぎない。故に

(1) 代理人が、自己の債務の爲めに、本人の名に於て擔保權を設定し、自己の債權者の爲め

に、本人の名に於て債務引受行為をなし（六七、四、九東控判）、又は本人を保証人たらしむる行為をなし、或は指名債権の譲渡人が、債務者を代理して、譲受人に對して債權譲渡の承諾をなすが如きは（昭四、二、二三大判）、代理人と本人との内部關係上、義務違反の問題を生ずることあるも、代理行為としては有効である（五七・八八・九一五參照。獨大判は、一般的にこの趣旨を認めてゐるが、RCIE, 78 S. 322 & 108 S. 403, 153 S. 102, 反對説を唱ふる學者もある）。

(2) 代理人が復代理人を選任し、その後自己と復代理人との間に法律行為をなし、又は自己の代理人を選任して、自己と法律行為をなすも、自己契約と解するを得ない（獨大判、RCIE, 108 S. 403, 1. 尤も吾國には反對説を唱ふる者がある）。

(3) 同様の理由から、代理人が、自己の名に於て爲替手形を振出し、本人の名に於て之を引受くるも、自己契約ではない。

(ホ) 債務の履行は、自己契約又は雙方代理の方法によつてなさるとも、何等本人の利益を害する危険を伴はないから、例外として、常に有効の代理行為として取扱はれる（本條但書）。單に債務の履行たる法律行為に限らず、自己契約又は雙方代理が、本人に利益を與ふるに過ぎない場合（例之、本人が代理人に對して無償の出損行為をなす場合「振出人カ自己ヲ受取人ノ代理人トシテ之ニ對シテ手形ヲ振出シタルモ手形ノ振出ハ受取人ニ利益ヲ與フルノミニシテ損害ヲ加フルコトナキヲ以テ相手方本人ニ損害ヲ加フヘキコトヲ慮リ之ヲ防止スルタメノ民法一〇八條ノ禁止ノ場合ニ該當セス」六一〇、一〇、二五東地判）又は明かに本人に不利

益を被らしむる危険がない場合には（同趣旨、六九、八、二六東控判、例之、兩替をなし、或は代理人が本人の品物を正札にて購入する場合、取引所ノ仲買人ハ一人ニテ數多ノ客ヨリ賣又ハ買ノ委託ヲ受クルコトアリ、又客ノ委託ニヨル外自己ノ計算ニ於テ取引ヲナシ得ルモノナレハ取引所ニ於テハ同一仲買人カ同時ニ同一物件ニツキ自己又ハ委託者ノタメ賣主又ハ買主トナリ雙方行為ヲ有效ニ攝行シ得ルモノトス」六四、七、六六判）、反對説はあるが（六一二、五、二四六判）、この種の代理行為を有効と見るべきである。

(1) 單純なる辨濟行為（不動産ノ移轉登記カ辨濟行為ノ一部ナルトキハ一人カ登記權利者登記義務者雙方ノ代理人トナリ登記ノ申請ヲナスコトヲ得」との法曹會決議「六一〇、五、一四」あるも、登記の申請は、相手方ある意思表示ではないから、當然に本條の適用を受くるものではない）は、外部に認識せらるべき方法によつてなさるることを要するも、必ずしも、公證人又は本人に對する表示、若くは帳簿上の記入を要しない。尙ほ期限未到來の債務は、無利息の場合に限り、代理人側より期限前に辨濟をなし得るに過ぎない。抗辯權附着の債務の辨濟に付ても、亦同様に解すべきである。

- (2) 代物辨濟は、一般に自己契約又は雙方代理の形式に於てなさるるを得ない。
- (3) 相殺は、代理人側に於て相殺權を有する場合にのみ、之をなし得るに過ぎない。
- (4) 「消費貸借ニ於ケル物ノ授受ハ之アツテ後消費貸借成立シ授受スル物ノ數量ニ從ヒ債務ノ

範圍定マルカ故ニ之ヲ(辨濟と)同一ニ論スルヲ得ス」との判例(大一一、六、六六判、反對、同一〇、一〇、三長控判)あるも、諾成的消費貸借の履行として、目的物の授受に關する物權契約がなされるときは、單なる辨濟行爲と解することを得る。

(5) 債務の承認は、辨濟行爲ではないから、自己契約又は雙方代理の形式を以つてなされるを得ない(大八、六、二二宮控判、尙大八、一二、二六六判參照)。

(四) 本條違反の代理行爲の效力

本條に違反してなされたる自己契約又は雙方代理行爲が、全然無効なるか(古い大審院の判決は屢々この趣旨を判示した)、或は無權代理行爲として、本人の追認により有效となるかについては、獨逸の學者間に多少の争ひあるも、吾國及び獨逸の判例(大八、一二、二六・同一一、六、六・同一二、五、二四六判、獨大判、KGE. 53 S. 107 f. 119 S. 116)並びに通説は、後の見解を採つてゐる。尙ほ本人に於てこの種の代理行爲を追認すべきことが、信義誠實の原則上要求せらるる場合には、本人は、代理人に對して、追認の義務を負ふものと解すべきである(獨大判、KGE. 64 S. 373, 10 S. 216)。

第九九條 第三者ニ對シテ他人ニ代理權ヲ與ヘタル旨ヲ表示シタル者ハ其代理權ノ範圍内ニ於テ其他人ト第三者トノ間ニ爲シタル行爲ニ付キ其責ニ任ス

(一) 表見代理

本條は、次條及び一一二條と共に、學者の所謂表見代理の要件を規定するものである。

(イ) 表見代理の意義 代理行爲の効果が本人に歸屬するのは、その歸屬を認むるに相當なる理由の存するが爲めである。従つて法定代理の要件又は委任代理に於ける授權行爲を缺く場合(又はその無効なる場合)にも、取引の安全を圖る爲めに、他人の行爲の効果を本人に歸屬せしむるに相當なる他の理由の存するときは、宛かも真正の代理人の行爲に於けるが如く、その効果を本人に歸屬せしむべきである。是れ民法上表見代理が認めらるる所以である。

(ロ) 表見代理の性質 表見代理は、民法上全然真正の代理と同一に取扱はるべきか、或は無權代理の一種として、無權代理に關する一一三條以下の適用を受くるも(従つて本人は、代理行爲の相手方がその行爲を取消さない間に、之を追認するに非ざれば、之を以つてその相手方に對抗するを得ない)、唯取引の相手方に於て、真正の代理行爲ありし場合と同一の効果を主張し得るに過ぎずと解すべきかは(吾國の通説)、解釋上の疑問である。取引の相手方をして、本人の追認がない間は、一方的に、その行爲を取消して、既に成立したる法律關係より容易に離脱するを得しむることは、例之、投機賣買の如き場合に、相手方の利益のみを偏重する虞れなしと謂ふを得ないから、尠くとも立法論としては、前説を採るべきものと考へる。

(ハ) 表見代理の種類

(1) 代理権が始めより存在しないにも拘はらず、第三者に於て、代理権ありと信すべき相當の理由ある場合（本條及び次條）。

(2) 代理権が既に消滅せるも、相當の理由により、第三者が之を知らない場合（一一二）。

(二) 本條による表見代理の要件

(イ) 特定又は不特定の第三者に對して、他人に代理権を與へたる旨の表示をなしたること。

(1) 代理行爲をなしたる者が代理権を有しないこと。その原因が授權行爲の無効又は取消によると、表見的にも授權行爲を缺く場合たるとを問はない。

(2) 通知の相手方は、特定人たると不特定人たるとを問はない。故に例之、廣告の方法により、他人に代理権を與へたる旨の表示をなしたる場合は勿論、支配人の選任登記、婚姻の届出（夫又は妻の法定代理権につき）、認知の届出（父の法定代理権につき）がなされたる場合にも、本條の適用を認むべきである。

(3) 通知は直接たると間接たるとを問はない。苟くも第三者が、本人の行爲に基き、代理権の授與ありたることを確信すべき報告を得れば足る。例之、特定の事情の下に他人に實印を所持せしめたる場合（大八、二、二四六判參照）、或は他人に無効の委任狀を與へたる場合に於

て、その他人がその實印又は委任狀を特定の第三者に提示したる場合にも、個々授權者の占有にある委任狀を見ただけでは本條の適用はない、獨大判、*McIntosh v. S.S.*、亦本條の適用ありと謂はねばならぬ。

(4) 通知は、所謂觀念の通知の一種であり、從つて意思表示に關する規定の類推適用を受ける。故に、

(a) 通知をなしたる本人は意思能力を有することを要し、その行爲能力を缺くときは、法定代理人の同意がない限り、取消され得る。

(b) 通知自體に要素の錯誤があるときは、無効となり、又特定の第三者に對してこの通知がなされたる場合には、心裡留保として無効なることあるべく、尙ほ一般に詐欺、強迫による取消の問題を生ずることがある。

(5) 本條の規定する本人の責任は過失を要件としないから、その通知をなすにつき、本人に過失ありたるか否かは本條の適用に何等の影響をも及ぼさない。

(6) 通知を受けたる第三者と通知に於て代理人として表示せられたる他人との間に、法律行爲がなされたることを要する。故に通知を受けざる第三者とその他人との間に法律行爲がなされることも本條の適用はない（明三八、二、二一六判）。尤も第三者がその通知を受けたる限り、廣告により之を受けたると、直接に本人によつて通知を受けずして間接に代理人と稱する者

を通じて之を受けたるとを問はない。

(7) 通知に於て代理人として表示せられたる他人が、代理行為をなす以前に於て、通知が撤回せられたる場合には、通知は何等の效力をも生じない。吾が民法は、一般的に、授權行為の撤回又は本條の規定する通知の撤回につき、何等の規定をも設けてゐないが、理論上その撤回の可能なることは疑の餘地がない。尤も撤回の方法は、通知が特定人になされたる場合には、その特定人に對する意思表示によるべく、廣告によりてなされたる場合には、同一廣告の方法によるべく(五三〇参照)、既に他人に對して委任状を與へたる場合には、その回收又は破棄若くは取引の相手方たるべき者に對する意思表示を要するものと解すべきである(保證書の差入れ委託の撤回後、債務者が、保證書を債權者に差入れたる場合にも、有效なる保證が成立すべき旨の判決がある。昭六、一〇、二八大判)。

(ロ) 通知を受けたる第三者が、代理権の有無につき、善意無過失なることを要するか否かについては、本條に何等の規定なく、解釋上の一疑問たるを免れないが、本人が、第三者の惡意を證明し得る限り、表見代理は成立しないものと解すべきである(少數の反對説がある)。尤も第三者の過失の有無は問ふ所ではない。

(ハ) 以上の要件を具ふるときは、無權代理行為が、委任代理としてなさると、法定代理と

してなさるとを問はず、常に本條により表見代理を成立せしむる(前述イ)尚参照、尤も法定代理に本條の適用なしとの判例がある、明三九、五、一七六判、又吾國の通説である)。

(三) 效力(本條註(一)(ロ)参照)

第一百十條 代理人カ其權限外ノ行為ヲ爲シタル場合ニ於テ第三者カ其權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有セントキハ前條ノ規定ヲ準用ス

(一) 本條の趣旨

代理人は、その代理權限外の行為については、も早代理人ではないが(從て本條も尙廣義の無權代理に屬する)、本條は、前條の場合と異なり、或行為につき、一旦代理人となれる者は、第三者に於て、その行為に屬しない他の行為についても、代理權を有する者と誤信せられ易いから、特に第三者をして、その宥恕すべき誤信の結果を免れしめ、安全に取引をなさしめんとする趣旨の下に規定せられたものである。

(二) 本條適用の要件

(イ) 代理人が權限外の行為をなしたること。本條の明文上、行為者は、何等かの行為につき、代理權限を有することを要するものと解すべきであらうが(この點は學說判例の一致する所である。昭元、

一二、二七六判)、權限外の行爲については、代理人は、も早代理人ではないから、自稱代理人に全然代理權が存在しない場合にも、苟くも取引の相手方が、當該行爲につき、自稱代理人に代理權ありと信すべき正當の理由を有する限り、本條の擴張解釋を認むべきものと信する。故に例之、特定の事情の下に於て、自稱代理人が本人の實印を所持するが如き場合(「吾國ニ於テハ印影ヲ貴ヒ却テ署名ヨリモ之ヲ重スルノ慣習アリテ就中實印ハ日常ノ取引ニ於テ最重要視セララルモノトス從ツテ本人ハ深ク代理人ヲ信賴スルニ非サレハ之ニ實印ヲ託セサルヲ通常トスルヲ以テ第三者ハ實印ヲ託セラレタル代理人カソノ實印ヲ使用シテ取引ヲナセル場合ニアリテハソノ取引ヲナスヘキ權限ヲ有スルモノト信スヘキハ當然テアル」大八、二、二四六判)、或は授權行爲によつて代理人たるべき者が、授權行爲の無効又は取消により、始めから代理人たるを得ない場合、或は親族會の同意がないにも拘はらず法定代理人が第三者をして之ありと信せしめたる場合(この場合には、判例は、全然本條の適用を否認してゐる。明四三、七、七東控判・大二、二、一五長控判・大四、六、一九同六、一、二二大判・同一三、五、一長控判)等に於ても、その前條の要件を具へない限り、本條の適用を認むべきものと考へる。

(ロ) 代理人のなしたる代理行爲とその權限内の行爲とが、何等かの(第三者をして權限ありと信せしむべき正當の理由を更に強からしむる)關聯を有することを要するか否かにつき、判例は、斯くの如き關聯を要せずと判示してゐるが(大一一、一〇、一九・昭五、二、一二・昭七、五、一〇大判)、

若しこの種の關聯をも要せずと解すれば、自稱代理人に、何等の代理權をも存在するを要せずとの見解を是認しない限り、論理の一貫を缺くであらう。ただ此等の判例は、本條の適用あるが爲めには、自稱代理人に何等の代理權をも存在するを要せずとの見解を採るべきことを暗示するものとしてのみ注目に値する。

(ハ) 代理行爲の相手方が、代理人に(本人なりと信するにつき正當の理由あるも、本條は適用せられない。明四三、九、二九大控判・大一一、一一、一〇朝高判)その權限ありと信すべき正當の理由を有すること。

(1) 本條に所謂第三者とは、當該代理行爲の相手方のみを指し、その後その代理行爲のなされたる目的物につき、轉讓して行はれたる取引の當事者は、假令當初の代理行爲につき、代理人に代理權ありと信すべき正當の理由を有するとも、本條による保護を受けない(故に「手形讓受人カ手形引受ノ本人ニ對シ支拂ヲ請求スルニ當リ裁判所カ之ヲ排斥センニハ讓受人カ民法第一一〇條ニ該當セサルコトヲ判示スルヲ以テ足レリトセス當時現ニ引受ヲ請求シタル者即チ手形讓渡人ニモ亦同條ヲ適用スヘキ理由ノ存セサルコトヲ判示セサルヘカラス」大一一、八、二大判、同趣旨、大一一、三、一二・昭二、一二、二四六判)、尤も手形行爲の場合には、代理人の權限を信じて、權利者の地位に立ち得るすべての者を、代理行爲の相手方と同一に取扱ふべきものと解する有力なる學説がある)。

(2) 代理行爲の相手方は、代理人にその權限ありと信じたるを以つては足らず(大一一、四、六、一一

大判)、信するにつき無過失なることを要する(大三、一〇、二九大判は、無過失なることを要せずと判示してゐる)。代理行為の相手方は、一應代理人に代理権限ありや否やを審査すべき責を負ふが故に、相當なる審査を怠れる場合には、本條により本人の責任を問ふことを得ない。

授權の意思表示が取引の相手方に對してなされたる場合、又は本人の通知により取引の相手方が直接間接に代理権の授與せられたる事實を知りたる場合、或は代理権授與の表示が廣告によつてなされたる場合には、第三者は、原則として、代理権の有無及びその範圍を、之等の表示の内容のみについて審査すれば足るも、反之、代理人自身に對して授權の意思表示がなされたる場合には、取引の相手方は、本人代理人間の種々の事情を通じて、代理権の存否又はその範圍を審査しなければならぬ。相當の審査をなしたるか否か、之をなしたるも尙ほ代理権の存否又はその範圍を確定するを得ざりしか否かは、客觀的に判定せらるべく(大一四、

六、一一大判)本人カ署名捺印シテ他人ニ交付シタル白紙委任狀ニ他人カ擅ニ無權限ノ委任事項ヲ記入シ善意ノ第三者ニ對シテ之ヲ行使スルトキハ善意ノ第三者ハ右記入ノ事項ニツキソノ他人ニ本人ヲ代理スヘキ權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有スルモノト解スルヲ相當トス(大一一〇、一九大判)。「何等關係ナキ者カ他人ノ實印ヲ所持スル場合ト異ナリ妻カ他ノ家財家具ト共ニソノ夫ノ實印ヲ保管所持スルカ如キハ世上一般ノ常態ナルヲ以テ第三者カ他人ノ妻ト抵當權設定行為ノ如キ重要ナル法律行為ヲナスニソノ妻カ他ノ同種行為ニツキ實實夫ノ代理權ヲ有シタル事實アリトスルモ第三

者ニ於テカカル事實ヲ知ラス單ニ他人ノ妻カ實印ヲ所持シ夫ノ代理人ナリト自稱シ又ソノ法律行為ノ仲介人ニ於テ夫ノ代理人ナルコトヲ言明シタル事實アルノミヲ以テハ第三者ニ於テ直チニ民法第一一〇條ニ所謂代理權アリト信スヘキ正當ノ理由アルモノトナスヲ得サルモノトス(大一一五、三、四東地判)、その判定も亦法律問題なるが故に、之を誤りたるときは上告の理由とせられ得る(明三八、二、一四大判)。

(3) 代理人に本人を代理する權限ありと信すべき正當の理由ありや否やを判定するに當りては、代理人が意思表示をなし又は之を受領したる時を標準として、その存否を決定すべきである(大八、一一、三大判)。

(二) 代理行為の相手方をして、代理人に代理権ありと信せしめたる事情が、本人の作為又は不作爲に基くことを要するか否かについては、學說上の争ひあるも(積極の見解、大三、一〇、二九、同五、四、二九、同五、八、九大判、消極の見解を採る學者が多い。尙昭七、五、一〇大判参照)、尠くとも本人の過失に基くと否とを問はない(反對の趣旨、大元、一〇、五東控判)。蓋し本條も亦、前條と同様に、本人の過失責任を規定するものではないからである。

(三) 本條の適用範圍

本條は、委任代理についてのみならず、法定代理についても(尤も八八七條、九三六條の規定する場合に於ては、本條は適用せられないとの判決がある、大六、一二、二大判)適用せらるべく(明三九、五、九大判)、又積極代

理についてのみならず、消極代理にも適用せらるべきは勿論である。

(四) 本條による表見代理の效力(前條註(一)(ロ)参照)。

第百十一條 代理權ハ左ノ事由ニ因リテ消滅ス

- 一 本人ノ死亡
- 二 代理人ノ死亡、禁治産又ハ破産

此他委任ニ因ル代理權ハ委任ノ終了ニ因リテ消滅ス

(一) 本條の趣旨

本條は、代理權の消滅原因中、特に疑はしきものについて、之を明かにする爲めに設けられた規定に外ならぬ。

(二) 一般の代理權消滅原因

法定代理權は、法律、定款、寄附行爲に規定せらるる消滅原因の發生により消滅し、委任代理權は、授權行爲の失効原因の發生によつて消滅する。特に授權行爲の失効原因として注意せらるべきものは、**授權行爲の撤回**である。

(イ) 授權行爲は一方行爲であり、且つ一般に本人の利益の爲めにのみなされるものなれば、

敢て法律の明文をまたずして、原則として、之を撤回し得べきことは當然の事理である。尤も次の場合には、本人に於て任意に授權行爲を撤回するを得ずと解すべきである。

(1) 特に本人が撤回しないこと又は一定の原因が發生しない限り撤回しないことを表示し(この表示は一方行爲にて足る。反對の趣旨、獨大判、*ROC. 109, 5, 223*)、而かも撤回によつて、代理人又は第三者が不利益を被る虞れある場合(**撤回權の拋棄又は制限**)。尤も撤回權の拋棄が、不當に本人の自由を制限するものと考へ得べき場合には、その拋棄は無効である。

(2) 撤回權の拋棄又は制限の表示は、明示たると默示たるとを問はないから、授權行爲の基礎たる本人と代理人との内部的法律關係の性質上、代理權を任意に撤回しない旨の本人の意思が推斷せられ得べき場合(殊に代理人又は第三者の權利を確保し、又は權利を行使せしむる爲めに、或は本人と代理人との共同利益のために、授權行爲がなされたる場合、獨大判、*ROC. 109, 5, 223*)。例之、債務者が抵當債權者に對して抵當物上の貸貸を徵收して利息の支拂に宛つべき旨の授權をなし、或は記名株式の移轉のため名義書替の授權をなし、或は不動産物權の移轉のため移轉登記申請の授權をなしたる場合には、本人は、任意にその授權行爲を撤回することを得ずと解すべきである(已むことを得ない事由の發生するときは、上述の場合に於ても、撤回をなすことを得る。六二八・六七八參照)。

(ロ) 授權行爲の撤回も亦、一方行爲である。その明示たると默示(例之、委任狀の撤回)たるとは

問ふ所ではない。又代理人に對する意思表示を以てのみならず、代理行為の相手方に對する意思表示を以て、之をなすことを得る（代理人に對する意思表示によつて撤回がなされたる場合に、取引の相手方が、その撤回の事實を認識しないときは、次條の規定する所による）。授權行為が、廣告の方法によつて、不特定多數人に對してなされたる場合には、その撤回も亦同一廣告の方法によつてなされ得るものと解すべきである（五三〇條の類推による。反對説あるも、その撤回ありたることを知らざる第三者については次條の適用を認め得るが故に、上述の如く解するとも不當の結果を生ずる虞はない）。

(ハ) 授權行為の撤回をなし得る者は本人である。本人の死亡後も尙ほ代理權が存續する場合には、撤回權は相続の物體となる。尤も撤回權が財産權として相続せらるるものなるか否かは疑問であるが、恐らくは、之を積極に解すべく、從つて相続人の外に遺產管理人、遺言執行者ある場合には、彼等によつてのみ撤回せられ得べく、相続人多數なる場合には、各相続人は、代理權が自己の相続財産に關する限りに於てのみ、單獨に之を撤回し得るに過ぎない。

(三) 特に本條の規定する代理權の消滅原因

(イ) 本人の死亡（又は失踪宣告）

(1) 特に授權行為の内容、又は本人と代理人との特種の関係上、相続人の爲めにも代理權が存續すべきものとして取扱はるべき場合には、本人が死亡するとも代理權は消滅しない。尤

も本人の死亡後、始めて相続人の爲めに代理權が発生すべきことを表示するも、法律が特に之を許す場合（例之、九〇一）の外は、何等の效力をも生じない（死後行為限定主義の當然の結果である）。

(2) 特に法律が、本人の死亡後も代理權が存續すべきことを定むる場合がある（例之、商二六八、民訴八五）。尙ほ明文を缺くも、不在者の財産管理人、破産管財人の代理權は、當然には、本人の死亡により消滅しないものと解すべきである。

(3) 法人が解散するときは、理事その他の代理人の代理權も亦消滅する。

(4) 本人が破産の宣告を受くるときは、本人は破産財團に屬する財産の管理權及び處分權を失ふも（破五三）、尙ほ代理權そのものは消滅するものではない。殊に破産財團に屬しない財産に關する行為及び身分法上の行為については、代理人は、完全に有效なる代理行為をなすことを得る。

(ロ) 代理人の死亡

代理權は、代理人の死亡により消滅するを原則とするが故に（特に代理人の何人なるかを問題とせずして、代理權が相続人にも承繼せらるべきことが明示又は默示に表示せられたる場合、例之、白紙委任狀により代理權が授與せられ、不動産の買主に對して登記申請の代理權が授與せられたるが如き場合に於ては、代理權も亦相続せられ得る。獨大判、KCI. 88 S. 245, 100 S. 185）、代理權は、原則として、相続の物體たるを得

ない。法人が代理人たる場合には、その解散によつてその代理権も亦消滅する。

(ハ) 代理人の禁治産 禁治産者を代理人たらしむることは妨げないが(一〇三)、授權行為後、代理人が禁治産の宣告を受けたときは、本人の當初の信頼に反するが故に、民法は、授權行為の撤回をまたず、當然に代理権は消滅するものと規定したのである。

(三) 代理人の破産 破産者を新たに代理人となすを妨げない。尙ほ親権者は、破産の宣告を受くるとも、その法定代理権を失はない(後見人については九〇八、五號、遺言執行者については、一一一參照)。

(ホ) 委任代理にありては委任の終了

(1) 茲に委任の終了とは、單に例示に過ぎずして、授權行為が、雇傭、組合等を基礎としてなされ、或は代理人との間に事務管理關係の成立せる場合には、雇傭、組合、事務管理關係の終了によつて、代理権も亦終了するものと解すべきである。尙ほ之等の内部的法律關係が終了するとも、受任者、被用者、組合の事務執行者が、尙ほその委託せられたる事務の管理を繼續すべき場合には、代理権も尙ほ存續するものと見なければならぬ(六五四、法定代理の場合については、八九三・九四一・一一二二、破一六九參照)。

(2) 本條は、委任其他授權行為の基礎たる法律關係が無効又は取消されたる場合にも類推適用せらるべきか否か。授權行為の効力は、その基礎たる法律關係の無効又は取消によつて左

右せらるべき理由なく(この意味に於て、學者は、授權行為を無因行為として説明してゐる)、ただ本條は内部的法律關係の終了する場合には、本人に於て、授權行為を撤回する意思を有することを常とするが故に(例之、委任契約の解約を告知する場合には、通常授權行為の撤回の表示あるものと解することを得る)、敢て撤回をまたずして、内部的法律關係の終了と共に、代理権も亦消滅すべきものと規定するに過ぎない。従つて本人が、代理人に對して、その内部的法律關係の無効を主張し又は取消の意思表示をなしたる場合には、そのときに於て、始めて本條により代理権も亦消滅するに至るものと解すべきである。

(3) 當事者間に別段の定あるときは、内部關係が終了するとも、尙ほ代理権は存續する。

(四) 復代理権の消滅原因

復代理権も亦、上述の諸原因によつて消滅すること勿論であり、更に代理人の代理権の消滅も、その消滅原因たることに注意すべきである。

第一百十二條 代理權ノ消滅ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス但第三者カ過失ニ因リテ
其事實ヲ知ラサリシトキハ此限ニ在ラス

(一) 本條の趣旨

本條は、代理權消滅後に於ける善意無過失の第三者を保護するために、規定せられたるものであり、一〇九條、一一〇條と共に、法定代理及び委任代理の兩者に適用せられる。

(二) 本條適用の要件

(イ) 一旦有効に成立したる代理權が消滅したること。

- (1) 授權行為が初めより無効なる場合、或は取消により遡及的に無効とせられたる場合には、一〇九條・一一〇條の適用せらるべきことはあるが、本條適用の餘地はない(大七、六、一三大判)。
- (2) 授權行為が、代理人に對してなされたと、第三者に對してなされたと、或は廣告の方法によりてなされたとを問はない。代理人に對して授權行為がなされたる場合には、取引の相手方は、本人と代理人との間に存する種々の關係を調査して、代理權の存否、その消滅又は權限の範圍を確定すべき責を負ふが故に、斯くの如き授權行為により發生したる代理權が、何等かの原因によつて消滅したる場合には、理論上、善意の第三者を保護すべき理由なしとして、本條の適用を排斥せんとする學説あるも、唯第三者の過失の有無の判定につき斟酌せらるべき一資料たるに過ぎずして、苟くも相手方に於て、代理權消滅の調査につき過失なしと認定せらるる限り、如何なる形式の授權行為による代理權の消滅の場合たるかを問はず、本條による表見代理の効果を認むべきである。

(3) 代理權消滅の原因如何は問ふ所ではない。その消滅の事實を登記し且つ公告するに非ざれば(四六、商一二)、又はその消滅の通知をなすか或は第三者がその事實を知るに非ざれば、その消滅を以て第三者に對抗し得ない場合には(六五五・八九三・九四一・一一二二)、未だ之等の事實が發生しない限り、代理權は消滅したものと謂ふを得ない。

(ロ) 代理行為の相手方が、代理權の消滅を知らないこと。反證がない限り、相手方は、代理權の消滅を知らないものと推定せらるべきである(明三八、一二、二六大判)。

(ハ) 代理行為の相手方が、その責に歸すべき事由に基かずして、代理權の消滅を知らないこと。

- (1) 代理行為の相手方が、代理權消滅の事實につき善意無過失なる限り、爾後の轉得者が惡意なると否とを問はないが、代理行為の相手方が善意無過失でない場合には、爾後の轉得者が善意無過失なるも、本條による保護を受けない(昭二、一二、二四大判)。
- (2) 代理人に對する授權により代理權が發生したる場合には、代理行為の相手方は、代理人と本人との種々の關係を調査する責を負ひ、従つてその調査を怠るときは過失者として、本條の保護を受けない。尤も代理人選任の通知を受けたるときは(一〇九)、相手方は單にその通知の内容を調査すれば足る。

(3) 代理権消滅の通知又は授權行為撤回の意思表示が、取引の相手方に到達したるときは、も早その相手方は、その善意を主張するを得ない。反之、廣告の方法によつて代理権が授與せられ又は代理人選任の通知がなされた場合に於て、同様の方法を以てその撤回の表示がなされたるときは、その撤回の廣告を知らざるにつき過失なき相手方は、本條の保護を受けらる。

(4) 相手方が悪意なること又はその善意なるにつき過失あることは、本人の側に於て之を立證すべきである。

(三) 本條による表見代理の效力

本條は、一〇九條・一一〇條と異なり、代理権の消滅を以て第三者に對抗するを得ずと規定するも、之等の規定と別段の結果を認むべき何等の理由もない（反對説は、第三者に對する關係に於ては代理権は消滅しないものと解してゐる）。

第一百三十三條

代理權ヲ有セサル者カ他人ノ代理人トシテ爲シタル契約ハ本人カ其追認ヲ爲スニ非サレハ之ニ對シテ其效力ヲ生セズ

追認又ハ其拒絶ハ相手方ニ對シテ之ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ其相手方ニ對抗スルコトヲ得ス但

相手方カ其事實ヲ知リタルトキハ此限ニ在ラス

(一) 無權代理の意義

本條以下は無權代理の效力に關する規定である。一〇九條・一一〇條・一一二條の規定する所謂表見代理についても、本條以下の規定が適用せらるべきか否かについては、學說の岐るる所である。

代理權（法定代理權を有しない者が、法定代理人として代理行為をなしたる場合も亦無權代理である。大七、五、二三・同九、五、二二大判。尤も産業組合法三五條に違反する理事の行為は、無權代理に非ずとの判決がある、大九、一〇、四大大判）の存在しない場合に、代理行為の形式に於てなされる意思表示（自己の爲めにする意思を以て、擅に他人の代理資格を用ひて爲す行為も亦無權代理である。尤も大一一、一二、四大大判は反對の趣旨を判示してゐる）又はその受領、換言すれば、代理權を有せず又はその權限を超えて、他人の名に於て（未だ權利能力を有しない者の名に於て意思表示をなし、又は之を受領する行為は、不能を目的とする行為として、絶対に無効であり、従つて無權代理行為に該當しない。乍併無權代理の場合と特に別段の取扱がなされるべき實質上の理由がないから、無權代理に關する規定をこの種の行為についても、類推適用すべく、本人が權利能力を享有したる後に於て、その行為を追認したるときは、その效果は本人に歸屬し、之を追認しないときは、行為者をして一一七條の責に任せしむべきである）意思表示をなし、又は受領することを無權代理と謂ふ（或行為の一部につき代理權を有する場合にも、その全部につき無權代理を認む

べきか否かは、一部無効の法理による。法定代理人が、親族會の同意を得ずして代理行爲をなしたる場合には、その行爲は單に取消され得るに過ぎないから、無權代理に關する規定の適用を受けない。

何人と雖も、代理權なくして、自己がなしたる又は受けたる意思表示の効果を、直接に、他人に歸屬せしむるを得ないから、無權代理により、當然には本人については何等の法律効果をも發生する理由なく、又代理行爲者とその取引の相手方との間にも、その意思表示が他人の名に於てなされ又は受領せらるる限り、何等の法律効果をも發生せしむる理由はない。乍併、取引の相手方は、本人につきその代理行爲の効果が歸屬するものと信ずる場合多く、又本人もその代理行爲の効果を自己に歸屬せしめんと欲することあるべきが故に、民法は、特に契約の場合につき、本人に對しては無權代理の追認權を(一一三・一一六)、相手方に對しては催告權(一一四)並に取消權を認め(一一五)、且つ相手方の信賴を保護する爲めに、代理人と稱する者に一定の責任を負擔せしめたのである(一一七)。

無權代理の場合に於ける無權代理人と本人との法律關係は、或は事務管理關係なることあるべく(六七、七、一六九參照)、或は授權行爲を伴はない委任關係たることもあるべく、その何れなるかは、兩者間の内部的法律關係によつて決定せらるる外はない。

(二) 無權代理行爲の追認

(イ) 追認の自由 契約(その債權契約たると物權契約又は準物權契約たるを問はない)が無權代理人によつて締結せられたるときは、本人は、相手方がその意思表示を取消さない間は、之を追認することを得る(本條第一項)。本人は、相手方に對する關係に於ては、追認すると否との自由を有するも(尤も代理行爲の追認が、公序良俗又信義誠實の原則に反する場合には、追認をなすを得ない。無權代理人カ火災保險契約ヲ締結シ後チ保險金受取人ニ利益ヲ得セシメントノ意思ヲ以テ保險ノ目的物ヲ燒失シタルカ如キ場合ニハ保險金受取人ハソノ無權代理行爲ヲ追認シテ保險金ノ請求ヲスルコトヲ得ス蓋シ斯ノ如キ追認ハ公ノ秩序ヲ害スル脫法行爲ナレハナリ)大ニ、八、二三東控判)、無權代理人に對しては、或は追認をなすべき義務を負ふことがある(例之、本人と無權代理人との間に代理權を伴はない委任契約が締結せられ、又は無權代理行爲が事務管理に該當する場合、大六、三、三一大判參照。その外信義誠實の原則上本人が追認をなすべき義務を負ふものと認むべき場合)。本人が無權代理人に對して追認の義務を負ふに拘はらず、本人が之を追認しない場合には、民事訴訟法七三三條によつて、之を強制し得るは勿論、無權代理人は、無權代理行爲の費用其他一一七條による責任を負ふことによつて被りたる損害の賠償を請求することを得る(六五〇・七〇二)。

(ロ) 追認の性質 民法は、意思表示の追認につき三種の場合を認めてゐる。無効行爲の追認(一一九)、取消し得べき行爲の追認(一二三)及び本條の規定する無權代理行爲の追認(一個の追認が、同時に無權代理行爲と取消し得べき行爲又は無効行爲の追認の意思を包含する場合があり得る)。無權代理行爲の追

認は、效力不確定の行為の確定であり、實質上は、寧ろ事後に於ける代理權授與行為たる性質を有し、従つて授權行為に關する法理は、一般に、追認にも適用せらるべきである。尤も效力不確定の行為の確定たる性質上、追認が撤回し得べきものでないことは勿論である。

(ハ) 追認の方法

- (1) 追認は、無權代理行為の効果を自己に歸屬せしめんとすることを内容とする一方行為であつて、その明示たるを黙示たるを問はない。(無權代理人カ締結シタル契約ヲ本人ニ於テ主張シ相手方ニ對シテソノ契約履行ヲ訴求シタルトキハ本人ハ之ニヨリテ暗黙ニ該契約ヲ追認スル意思ヲ表示シタルモノニシテソノ訴狀カ相手方ニ送達セラレタトキハ相手方ニ對シテ追認ノ意思表示アリタルモノト謂フコトヲ得ヘシ大三、一〇、三大判)。
- 又無權代理行為の相手方に對しても、或は無權代理人自身に對しても、有効に之をなし得るものと解すべきである。尤も相手方に對して之をなすか、然らずとするも、相手方が追認の意思表示がなされたことを知るに非ざれば、追認を以つてその相手方に對抗するを得ない(本條第二項、代理人に對抗するには、代理人に對して追認又は拒絶をなすを以つて足る。大八、一〇、二三大判)。
- (2) 無權代理行為により締結せられたる契約が、一定の方式を要する場合に、追認の意思表示も亦その方式を要するか否かは、法律が方式を要求する理由によつて異なる。當該の契約が慎重なる考慮の下になさるべきものとして(例之、贈與)、一定の方式が要求せらるる場合に

は、追認の意思表示も亦その方式を踐むべきものと解すべきである。

- (3) 追認は、意思表示の全部につきなされることを要し、その一部につき追認をなし又は變更を加へて追認をなすとも、相手方の同意がない限り、無効である(明四四、一一、一五横地判、獨大判、RG. Wann. 1916, N. 218 意思表示が可分の内容を有し、相手方がその一部のみについても法律行為を爲すことを欲したるものと認定せらるべき特別の事情があるときは、相手方の同意を要しない)。
- (4) 相手方又は本人の死亡後、本人又は本人の相續人が追認をなし得るか否かは、五二五條の定むる趣旨によつて決定せらるべきである(明四一、四、一七六判)。
- (5) 追認は、本人のみならず、特に授權せられたるその代理人も亦之をなし得ることは勿論である。

(ニ) 追認の效力

- (1) 取引の相手方に對する效力(一一六)
- (2) 内部關係に於ける效力 無權代理人と本人との間に委任、雇傭、事務管理等の法律關係が未だ存在しない場合に於ては、本人の追認により、始めて本人と無權代理人との間に事務管理關係が発生する(大七、一二、一九六判)。

(ホ) 追認の拒絶

- (1) 追認の拒絶とは、追認する意思がないことを表示する一種の意思通知である。
- (2) 追認の拒絶により、本人は追認権を失ひ、無権代理行為は、本人に對して何等の效力をも生じないことに確定する。従つてその拒絶前に於て、本人に對する契約上の債務の履行として相手方のなしたる給付は、法律上の原因を缺くに至るから、本人に於て不當利得返還の責を負ふ(大八、一二、一二大判参照)。
- (3) 追認の拒絶は、その表示が相手方に到達し又は相手方がその事實を知るに非ざれば、之れを以つてその相手方に對抗するを得ない。
- (4) 追認拒絶の擬制(次條)

第一百四條 前條ノ場合ニ於テ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メ其期間内ニ追認ヲ爲スヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ヲ本人ニ催告スルコトヲ得若シ本人カ其期間内に確答ヲ爲ササルトキハ追認ヲ拒絶シタルモノト看做ス

(一) 本條の趣旨

本條は、無権代理行為による契約の效力を、なるべく速に確定せしむる爲め、取引の相手方に對して、催告権を與ふるものである。催告権は、形成権の一種に屬し、催告は追認をなすや否

やの確答を求むることを内容とする一種の意思通知である。

(二) 催告の要件

(イ) 無権代理行為が、本人につき效力を生ずるか否か不確定なること(主觀的に不確定なる場合、即ち契約の相手方が、代理行為者に代理権の存するか否かにつき疑を抱く場合にも、催告をなし得るものと解すべきである)。従つて未だ本人の追認又は追認の拒絶もなく、又次條に定むる取消もなされない間に於てのみ、催告をなすことを得る。

(ロ) 相當期間を定めて催告をなすこと。不相當に短い期間を定めてなしたる催告は無効と解すべきである。

(ハ) 催告の相手方は本人又はその法定代理人である(本人が受領能力を缺く場合については、九八參照)。

(三) 催告の效力

(イ) 相手方の催告あるときは、本人は、この相手方に對してのみ追認をなし得るに過ぎない。反對説あるも、無権代理人に對する追認は無効と解すべきである。

(ロ) 本人が、催告期間内に、確答をなさないときは(期間内に確答が到達することを要するか、或は之を發すれば足るかにについては學說上の争ひがある)、追認を拒絶したるものと看做される。本人が確答をなさないことが、その責に歸すべき事由に基くと否と、又詐欺、強迫、錯誤或は無能力によると否と

を問はない。尤も催告者が詐欺強迫をなしたる場合には、本條に定むる效力を以つて、本人に對抗するを得ずと解すべきである（悪意の抗辯）。

(四) 本條の類推適用を認むべき場合

「商法第一七六條ニ規定セル監査役ノ承認ハ事前ニアリテハ勿論事後ニアリテモ之ヲナスコトヲ得ヘク又事前ノ承認ナキ取締役ノ取引行爲ハ無効ナルモ確定的ニ無効ナルニ非スシテ事後ノ承認若クハソノ拒絶アルマテハ浮動ノ狀態ニアリテ之ヲ無權代理ノ場合に準スヘキモノト解スルヲ相當トス如上ノ場合ニ於テ監査役ノ承認ヲ得スシテ自己ノ爲メニ會社ト取引ヲナシタル取締役ハ民法第一一四條ノ規定ニ則リ相當ノ期間ヲ定メソノ期間内ニ承認ヲナスヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ヲ監査役ニ催告シ若シ監査役カソノ期間内ニ確答ヲナササルトキハ承認ヲ拒絶シタルモノト看做スコトヲ得ルモノトス」(大九、七、一〇大判)。

第百十五條 代理權ヲ有セサル者ノ爲シタル契約ハ本人ノ追認ナキ間ハ相手方ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得但契約ノ當時相手方カ代理權ナキコトヲ知リタルトキハ此限ニ在ラス

本條は、無權代理行爲による契約の相手方が、一定の期間は、その意思表示による拘束を受くること、並びにこの拘束を免かるが爲めには、その意思表示の取消（本條は取消なる文字を使用するも、その意義は撤回である）をなすべきことを規定するのである。

(一) 無權代理行爲による契約は、相手方がその意思表示を撤回しない限り、本人の追認によつ

て有効となるべき一種の法定條件附效力を有し、(i)相手方は、無權代理人との合意によつて、その契約内容を變更し又はその效力を消滅せしむるを得ない（尤も本人の財産の減少又は本人に對する負擔のみを内容とする契約については、同一に解するを得ない）。又(ii)本人が之れを追認することによつて無權代理行爲は有効に確定し、(iii)追認の拒絶によつて無効に確定する。

(二) 撤回權は、不確定なる法律關係を確定せしむる形成權に屬し、撤回は、無權代理人又は本人に對する受領を要する一方行爲である。撤回權は、本人が有効に無權代理行爲を追認するによつて消滅し、之れを拒絶することによつてその存立の意義を失ふに至る。前條により本人に對して催告をなしたる以後と雖も、追認の意思表示が到達するまでは、有効に撤回をなすことを得る（尤も撤回の意思表示の到達前に、追認の意思表示が到達したるときは、撤回は效力を生ずるを得ない）。

契約の當時、相手方が無權代理人に代理權の存在しないことを知りたるときは（過失によりて之を知らずとも尙撤回權を有する）、相手方は、その意思表示を撤回するを得ない（本條但書）。蓋し代理權の不在を知りて契約を爲す者は、本人が之れを追認するまで、その意思表示を撤回せずとの意思を有するものと認め得るがためである。従つて、此場合には、相手方は、單に前條の規定する催告の方法によつてのみ、無權代理行爲の效力を確定し得るに過ぎない。

第一百十六條 追認ハ別段ノ意思表示ナキトキハ契約ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ス但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス

本條は、無權代理行爲の追認の效力を規定するに過ぎない。

(一) 追認は、實質上、事後の授權行爲なるが故に、無權代理人の意思表示の效力は、すべて本人に歸屬すること、有權代理の場合と異なることなく、従つて無權代理行爲についても、一〇一條の適用あることに注意すべきである。尤も無權代理行爲に對する追認が、一二二條による取消し得べき行爲に對する追認の意思をも包含するものと認め得べきときは、本人又は代理人より、更に詐欺強迫を理由として、無權代理行爲の取消をなし得ざるは勿論、本人が知り若くは知り得べかりし事情と雖も、代理行爲の内容を具體的に知りながら之れを追認したる場合には、無權代理行爲の效力を定むるにつき斟酌せらるべきである。

(二) 追認は、事後の授權行爲ではあるが、本人に於ても亦相手方に於ても、無權代理行爲によつて契約が成立したる時より、その法律効果が自己に歸屬することを欲するを普通とするが故に、特に本條は追認の遡及的效力を認めたのである。固より強行法規ではないから、追認の時よりその效力を生ずべきことを定め得ると雖も、本人及び相手方の合意を要し、本人に於て一方的にこの種の定をなすを得ない。

追認の遡及効は債權的にあらずして物權的である。従つて契約の目的たる物より生じたる果實は、契約の時より讓受人に歸屬し(尤も五七五―參照)、契約上の利息は、契約の時より發生する。尤も契約上の權利の消滅時効は、法律上權利を行使し得る時より進行するものなれば(一六六一)、追認の時を以つてその起算點となすべきである。

(三) 追認の遡及効は、第三者の權利を害しない範圍に限られる(本條但書)。尤も追認の遡及効によつて事實上第三者の權利が害せらるる場合は、甚だ稀であらう。蓋し物權契約又は準物權契約については、その對抗要件を具ふる時の前後によりて、その權利者が決定せらるるからである。無權代理人ニ對スル債務者ノ辨濟後追認前ニ債權者ニ對シテ債權ヲ有スル者カソノ債權ヲ差押ヘ轉付命令カ債權者並ニ債務者ニ送達セラレタルトキハ爾後債權者ニ於テ無權代理ヲ追認スルモ之ヲ以テ轉付命令ヲ申請シタル者ノ利益ヲ害スルコトヲ得ス(昭五、三、四大判)。

第一百十七條 他人ノ代理人トシテ契約ヲ爲シタル者カ其代理權ヲ證明スルコト能ハス且本人ノ追認ヲ得サリシトキハ相手方ノ選擇ニ從ヒ之ニ對シテ履行又ハ損害賠償ノ責ニ任ス

前項ノ規定ハ相手方カ代理權ナキコトヲ知リタルトキ若クハ過失ニ因リテ之ヲ知ラサリシトキ又ハ代理人トシテ契約ヲ爲シタル者カ其能力ヲ有セサリシトキハ之ヲ適用セス

(一) 本條の趣旨

無權代理の効果が本人に歸屬しない場合に於ては、取引の相手方は、その本人に歸屬すること
を信じたるにより、通常、損害を被ることとなる。本條は、相手方保護の爲めに設けられたる
特別規定であつて、無權代理行爲者の無過失責任を認むるものに外ならぬ(獨大判、R.C.E. 106 S. 170)。

(二) 本條による責任發生の要件

(イ) 無權代理行爲がなされたること 代理人に全然代理權が存在しない場合たると、代理人
がその權限外の行爲をなしたる場合たるとを問はない。尤も無權代理行爲が可分的内容を有
し、その一部については代理人が代理權を有する場合に於て、相手方がその一部についても亦契
約締結の意思を有するものと認定し得べきときは、その部分は、代理行爲として有効であり、
無權代理人は、他の部分についてののみ本條の責を負へば足る。

權利能力なき者の名に於てなされたる行爲は、無權代理行爲に該當しないが、尙ほこの場合
にも本條を類推適用すべきである(獨大判、R.C.E. 106 S. 68)。

本條に於て、特に、他人の代理人として契約をなしたる者がその代理權を證明すること能はざ
る場合と規定せらるるものは、代理權存在の舉證責任を代理行爲者が負擔する旨を明かにする趣
旨に外ならぬ(既に存在せる代理權が消滅せる事實は、相手方に於て之を立證すべきである)。

(ロ) 無權代理人が、代理權の不存在につき善意無過失なると否とを問はない。

(ハ) 本人が無權代理行爲を追認しないこと 本人が、無權代理人との關係に於て追認をなす
べき義務を負ふ場合たると否とを問はない。又本人が追認をなすとも、之れを以つて無權代理
行爲の相手方に對抗し得ない場合にも(一三三Ⅱ)、無權代理人は、本條の責任を免かるを得な
い。追認を得ないことは(追認の拒絶ありたること或は本人に對して催告したが期間内に確答を得ないこと)、相
手方に於て之れを立證すべきである。

(ニ) 相手方がその意思表示を撤回しないこと 意思表示が撤回せられたるときは、契約は不
成立に終るから、相手方は、無權代理人の行爲が不法行爲に該當する場合に限り(従つて無權代理人
の過失を要件とする)、損害賠償を請求し得るに過ぎない。吾が民法には特別の規定を缺くから、一
般的に信賴利益の賠償責任を認むるを得ない。

(ホ) 相手方が、無權代理行爲の時に於て、行爲者に代理權がないことを知らず且つその不知に
つき過失がないこと 相手方の惡意又は過失による不知の場合にも、無權代理人が本人の追認
を得べきことにつき、擔保契約をなしたるときは、無權代理人は本條の規定すると同一の責任
を負ふべきであり、又相手方が過失によつて代理權の不存在を知らざりし場合と雖も、無權代
理人の行爲が不法行爲に該當する限り、損害賠償の責を負ふべきは勿論である。

代理權の濫用 (代理人がその代理權授與の目的又は本人の指圖と矛盾することを意識して、形式的にはその權限に屬する行爲をなしたる場合)の場合に、相手方が濫用の事實を知り又は知り得べきときは、相手方は、本人に對しても亦代理人に對しても、何等の責任を問ふを得ない。

(ハ) 無權代理人が行爲能力者たること、無能力者をして本條の責任を負はしむるときは、無能力者が自己の名に於て法律行爲をなしたる場合より以上の責を負ふ結果となるが故に、特に本條はこの要件を附加したものであり、従つて、無能力者が、その法定代理人、保佐人、又は夫の同意を得て、無權代理行爲をなしたる場合並に無權代理行爲が無能力者に於て單獨になし得べき種類のものなるときは、無能力者と雖も、本條の規定する責を負ふべきである。

(三) 無權代理人の責任

相手方は、その選擇に従ひ、無權代理人に對して、契約の履行又は損害の賠償を請求し得る。無權代理人が、本人を相續したるときは格別の事情がない限り、本人が自ら法律行爲をなしたる場合と同一の地位に立つものと解すべく、従つて相手方は、契約の履行のみを請求することを得るに過ぎない(昭二、三、二二大判)。

(イ) **責任の根據** 前述の如く、本條の定むる無權代理人の責任は、法定の無過失責任に屬し、無權代理人と相手方との間に默示の擔保契約ありとして認めらるるものではない。

(ロ) **相手方の權利の性質** 相手方は、履行を請求すると損害賠償を請求するとの選擇權を有するも、此權利は、純然たる選擇債權と同一に取扱はるべきではない。即ち選擇によつて始めて給付の物體が確定せらるるものではなく、相手方は當然には契約の履行を請求する權利を有し、唯その選擇の意思表示をなしたる場合に、始めて損害賠償請求權を行使し得るに過ぎない。例之、無權代理人によつて、契約の履行として或物が給付せられたるときは、その本人よりの履行として爲されたるか或は無權代理人よりの履行としてなされたるか、その名義如何に拘はらず、苟くも相手方に於て契約の履行として之れを受領したる限り、如何なる場合にも、相手方はその給付せられたる物を、不當利得として返還するを要しない(昭二、四、二一大判)。

(ハ) **契約の履行責任** 相手方が契約の履行を請求するときは、當該契約が、雙務契約なる場合には、雙務契約に關するすべての規定が適用せられる。その契約の履行が無權代理人には不能の場合には(例之、雇傭、請負)、履行の責を免かれ、唯損害賠償の責を負ふに過ぎない(四一〇參照)。無權代理行爲によつて物權契約又は準物權契約がなされたる場合にも、同様に解せらるべきである。

損害賠償責任

(イ) 茲ニ損害賠償ハ機械的損害ノ賠償ヲナサシムルモノニシテ契約カ本人トノ間ニ効力ヲ生キタル場合ト同一ニ相手方カ受ケタル損害及ヒ其ノ得ヘカリシ利益ニツキ履行ニ代ル賠償ヲナサシムルモノトス而シテ其ノ賠償請

求額トシテ賣買代價ト時價トノ差額ヲ計算スルニ當リテハ要債權利者ニ於テソノ時價ノ標準ヲ損害發生ノ當時ヨリ判決ヲ受クルマテノ間ニ於テ任意ニ定メ得ヘキモノトス」大四、一〇、二大判。

(四) 無權代理行為に於ける本人の責任

無權代理行為は、本人に於て之れを追認するにあらざれば、本人は、相手方に對して、何等の責を負はない。尤も無權代理人が本人の使用人なる場合に於て、使用人が不法行為に該當する無權代理行為をなしたるときは、民法七一五條により、本人も亦相手方に對して直接に損害賠償の責を負ふことあるは勿論である。尙ほ無權代理人が本條の責任を負ふ場合に於て、その無權代理行為が委任に基くときは、民法六五〇條第二項により、委任に基かないときは、同七〇二條第二項により、代理人は、本人をして、自己に代つてその辨濟をなさしめ又は相當の擔保を供せしむることを得る。

第一百八條

單獨行為ニ付テハ其行為ノ當時相手方カ代理人ト稱スル者ノ代理權ナクシテ之ヲ爲スコトニ同意シ又ハ其代理權ヲ爭ハサリシトキニ限り前五條ノ規定ヲ準用ス代理權ヲ有セサル者ニ對シ其同意ヲ得テ單獨行為ヲ爲シタルトキ亦同シ

本條は、單獨行為に於ける無權代理行為の效力を規定するのであるが、特に契約の場合と單獨行

爲の場合とを區別すべき實質上の理由あるか否かは頗る疑はしい。單獨行為が無權代理人によつてなされ又は受領せられたるときは、原則として、絶對的に無効であり、唯無權代理人の行為が、不法行為に該當する場合に限り、彼は、之によりて損害を被れる者に對して、損害賠償の責を負ふべきのみである。この原則は、受領を要しない單獨行為については、例外なく適用せらるるも(尤も受領を要しない意思表示にありても、相手方と同様に、實質上の利害關係を有する者ある場合、例之懸賞廣告については、この原則は適用せられずとの反對説がある)、受領を要する單獨行為については、次の如き例外が認められてゐる。

(一) 無權代理のときに於て、相手方が、自稱代理人の代理權なくして代理行為をなすことに同意し、又はその代理權の存否につき遲滞なく異議を挾まざりし場合には(例之、委任狀の提出を要求せず、或は自稱代理人の意思表示を拒絶しないとき)、相手方は、本人の追認を豫期するものと認め得るから、前五條の規定が準用せられる(一一五條も準用せられるか否かは學說上の爭あるも、之を否認すべき理由はない)。

(二) 受領を要する單獨行為が、無權代理人に對して、その同意を得てなされたる場合にも、亦前五條が準用せられる。蓋し斯くの如き同意が爲さるときは、默示の擔保契約の存在を認定することを得るからである(この場合に於ける無權代理の責任は、彼が恰も代理人の如く裝へる場合にのみ認めらるべきであら。獨大判・RGE. 60 S. 335)。

第四節 無効及び取消

(一) 法律行為の無効

法律行為は、表見的にその要件を具備するも、意思能力の欠缺、要素の錯誤、心裡留保、虚偽表示、目的の違法又は不能若くは不確定なる爲め、或は個々の法律行為に特別なる原因によつて、終局的に、法律行為としての本來の効力を發生せしめない場合がある。之を法律行為の無効と謂ふ。

(イ) 法律行為の不成立と無効とは、通常、學者によつて區別せらるる所であるが、その區別の標準は、甚だ明確を缺いてゐる。法律行為がその効力を生じないときは、法律行為としては未だ成立しないものと解すべきが故に、兩者を區別することは本來不可能となすべきであるが、唯便宜上、表見的に法律行為の要件を具へ、一應、有效なる法律行為として推定せらるべき場合、即ちその無効を主張する者がその無効原因の存在することを立證すべき責を負ふ場合と、表見的にも法律行為はその要件を缺き、従つて、その無効なる理由を主張するを要しない場合とを區別して、前者を法律行為の無効と謂ひ、後者をその不成立と名づくることは何等差支へない。

(ロ) 無効なる行為は、法律上不存在の法律行為なるが故に、何人の爲めにも、又何人に對しても、その本來の法律效果を生じない(故に「競賣手續ヲ實行シタル權利ニシテ本來無効ナル以上ハ競賣手續完結後ニ於テモ尙ソノ權利ノ無効ヲ主張シテ競賣ノ效力ナキコトヲ爭フコトヲ得ルモノトス」大八、二、六六判例)。尤も權利の善意

取得の場合には(一九二、商四四一・二八二)、讓渡人が無効行為により物又は證券の占有を取得したるときと雖も、讓受人に對する關係に於ては、その無効行為は恰も有效のものとして取扱はれる。

(ハ) 法律行為の無効なることが、裁判所に明かなる場合には、當事者の主張をまたずして、裁判所は、之を斟酌すべきである。當事者は、その行為が無効として取扱はるる爲めに、特に無効確認の訴を提起するを要しない(會社設立又は總會決議無効の訴は取消の訴である)。尤も無効行為と雖も、表見的にはその要件を具備する限り、特に無効確認の訴を提起すべき實際上の必要あるは勿論である。

(ニ) 無効行為は、終局的に無効なる行為なるが故に、新たに同一の法律行為をなさない限り、如何なる事實が發生するとも、爾後有效となることはない。従つて、或事實の發生によつて、始めから有效となるべき效力不確定の法律行為(例之、無權代理行為)と區別せらるべきである。

處分權限を有しない者の處分行爲も、亦吾が民法上、效力不確定の法律行為として取扱はるべきか否かは、疑問である。吾が民法にはこの問題を積極に解すべき何等の根據がないから、單なる無効行為として取扱はるべきであらう(大一一三、二、八六判例参照)。

(1) 爾後、權利者が、處分權限を有しない者の處分行爲を追認するとも、その追認は、新なる處分行爲に對する同意に過ぎないから、追認の時に於て、處分行爲の當事者に尙ほ處分行爲をなす意思がない限り、處分行爲を有效ならしむるを得ない。當事者間に尙ほ處分意思ありとするも、

權利者の追認の時より始めて處分行爲としての效力を發生せしむるに過ぎない(一一九・四七五・四七七參照。時效の進行については、追認の時を起算點となすべく、所有權者又は債權者として果實取得權を有する場合には、この權利は追認の時より發生する)。

(2) 處分權を有しない者の處分行爲は、原則として(例外、一九二・四七七、商四四二)、無効なるが故に、行爲者は、その意思表示を撤回するを要しない(一二五參照)。尤も爾後權利者が之を追認するとも、之を有效ならしめざることを明かにする意思の下になされたる撤回の表示は、爾後同一の處分行爲をなす意思がない旨の表示として、有效なるは勿論である。

(ホ) 無効行爲は、法律行爲として無効たるに止まり、その行爲が、不法行爲又は不當利得その他法律の直接規定に基く責任發生の原因(例之、一二七)たる要件を具ふるときは、行爲者又は相手方に於て、之等の責任を負擔すべきことは勿論である。

(二) 無効の種類

(イ) 確定的無効と不確定的無効(前述註(一)(二)參照)

(ロ) 絶對的無効と相對的無効 絶對的無効とは、何人の爲めにも又何人に對しても無効なることを謂ひ、相對的無効とは、一般的には有效、又は無効なるも、一定の利害關係人を保護する爲めに、之等の者に對しては、その法律行爲は恰も無効、又は有效なるものとして取扱はるる場合を

謂ふ。故に嚴格に謂へば、相對的無効の行爲と對抗力を缺く行爲とは區別せらるべきであるが、吾が民法が一定の利害關係人に對抗するを得ずと規定するすべての場合が、單に對抗力を缺く法律行爲のみに限るか、或は相對的無効の法律行爲なる場合をも包含するかは、必ずしも速断せらるべきではない。

(ハ) 全部無効と一部無効 法律行爲の内容が可分なる場合に、その全部が無効なることあり、その一部についてのみ無効原因の存するに過ぎない場合がある。後者を一部無効の法律行爲と謂ふ。

(1) 一部無効は、法律行爲の内容が可分なる場合にのみ認められ得る。従つて一個の行爲として數個の法律行爲がなされたる場合には、一部無効の問題を生ずる餘地なく、唯或法律行爲の無効が他の法律行爲に如何なる影響を及ぼすかの問題を生ずるに過ぎない。尤もこの場合も亦一部無効の問題と同一に取扱はるべきであるから、通常、この場合をも一部無効の法律行爲として論議せられてゐるのである。

(2) 法律行爲の一部無効が、その全部を無効ならしむるか否かは、全く當事者の意思解釋の問題である。この點に關して當事者間に特約ある場合には之に従ふべく、然らざる場合には、表示自體の内容又は當該法律行爲の經濟上の目的その他行爲の際に於ける諸般の事情を斟酌して、當事者の意思を推斷すべきである(大六・九・二〇大判は、一部無効に拘はらず法律行爲をなす意思ありと認め得る

か否かを標準として、この問題を決定すべきものと判示してゐる。一般的に謂へば、無効なる一部が全體として重要な部分なるときは、行爲の全部が無効となり(四一〇)、然らざる場合には、有効なる部分のみは有効なるものと解すべく、給付の最高額の制限ある場合には、その制限額を超過する部分のみ無効となすべく(例之、利息制限法に違反する利息の約束)、又數多の法律行爲が一個の行爲として結合せしめらるる場合にありても、各個の法律行爲が、經濟上の目的に於て、何等の關聯をも有しないとき、又は行爲の時に於て當事者がその一部の無効なることを知りたるときは、一法律行爲の無効は他の法律行爲の效力に何等の影響をも及ぼさぬものと解すべきである。

(三) 無効行爲の追認(一一九參照)

(四) 無効行爲の轉換

行爲者が當初企圖したる法律行爲としては無効なるも、その行爲が他種の法律行爲の要件を具ふる場合に、この種の法律行爲としてその效力を認むべきか(之を認むることを法律行爲の轉換と謂ふ)否かについては、法律上別段の規定がない限り(例之、五二八・一〇七一)、行爲者の意思解釋によつて、その認否を決すべきである(多數說、尤も大一一、一二、一四東控判は、吾が民法上一般に轉換を認め得ずと判示してゐる)。當事者の意思解釋上、他種の法律行爲としてはその效力を欲しないものと認定せらるる場合には、轉換は許されない。尤も企圖せられたる法律行爲と轉換せらるる法律行爲とが、經濟上の目的を

同じうする場合には、當事者は轉換を欲するものと推定すべきである(例之、地上權の設定契約としては無効なるも賃貸借契約として有効なる場合、無効の約束手形振出行爲が準消費貸借の要件を具ふる場合)。

(五) 取消の意義

取消とは、或行爲の本來の效力を、始めより發生せしめないことを欲する意思の表示を謂ふ。民法は、或は裁判又は行政處分の取消を規定し(例之、禁治産、準禁治産、失踪宣告の取消、法人設立許可の取消)、或は法律行爲の取消を規定する。更に後者の場合についても、民法は、未だその行爲の效力が發生しない以前に於ける取消(學者の所謂撤回)を規定し(例之、申込の取消、無權代理行爲の取消、遺言の取消)、或は既に效力を生じたる法律行爲の取消(真正の意義に於ける取消)を規定する。本節の規定する法律行爲の取消は、真正の意義に於ける取消に屬し、而かもその取消原因が行爲者の無能力又はその行爲が詐欺強迫に基く場合に限らるるから、その他の原因による法律行爲の取消(例之、夫婦間の契約の取消、書面によらざる贈與の取消、遺留分の減殺、詐害行爲の取消)又は撤回、裁判、行政處分の取消の性質及び效力如何は、之を認むる各個の規定を検討して個別的に決定せらるべく、本節の規定は、當然には、之等の取消の場合に適用せられない(同趣旨大八、五、五大判)。

(六) 取消し得べき法律行爲の性質

本節の規定する取消し得べき法律行爲は、その取消あるまでは有効にして(この點に於て無効行爲と區

別せられる)、取消の意思表示がなされることによつて、始めて遡及的に無効となる。従つて事實上、表見的に要件を具ふる無効行爲と甚だしき差異を見ない(是れ法律行爲の要素の錯誤を理由とする無効の主張と、詐欺を理由とする取消とを同時に認むべき必要ある所以である。尤も無効行爲が同時に取消し得べき行爲たる性質を有することは概念上あり得ない。唯表見的にその要件を具ふる無効行爲は當事者の無効の主張をまつて始めて無効行爲として裁判せらるべきものなるが故に、訴訟法上、無効の主張と取消とは選擇的になされ得る餘地あるに過ぎない)。

(イ) 有効に取消されたる法律行爲は無効行爲である(一一二參照)。従つて無効行爲につき述べた所は(殊に無効行爲の轉換及び追認に關して)、すべて取消されたる法律行爲に適用せらるべきである。

(ロ) 法律行爲の一部についてのみ取消原因が存するときは、その一部のみを取消し得るに過ぎない(「契約カ可分ナルトキハ其ノ一部ヲ取消ス意思表示ハ有效ナルトモ不可分ナルトキハ一部ヲ取消ス意思表示ハ其ノ效力ヲ生セス」大一二、六、七六判)。一部の取消により法律行爲の全部が無効となるか否かは、一部無効の法理による(獨大判、RG. E. No. 5847。例之、二人の買主と賣買契約を締結し、その一人との法律行爲が取消されるときは、原則として、全賣買契約が無効となる)。

(ハ) 取消し得べき法律行爲は、取消あるまでは、完全に有効であり、一般の有効行爲と別段の取扱を受くことはない。尤も取消し得べき行爲によつて一定の給付をなすべき義務を負ふべき者は、取消前と雖も、取消原因を主張してその給付を拒絶することを得るものと解すべきである

(抗辯權)。

(七) 取消の要件

(イ) 取消權 如何なる場合に、如何なる者に、取消權が歸屬するかは、各個の規定の定むる所による(一一〇參照)。取消權は、形成權たる性質を有し、讓渡又は相續の物體となる(尤も債權の讓渡又は債務の引受により、當然には、取消權は移轉しない。蓋し取消は、個々の債權債務のみを消滅せしむるものではなくして、法律行爲の効果たる債權關係そのものを消滅せしむるものであるからである。故に取消權は、行爲者たる地位の移轉と共にのみ移轉し得るに過ぎずと解すべきである)。取消權の消滅原因は、追認(一一二・一二五)と消滅時効である(一二六)。尙ほ特殊の取消權については、短期の時効期間又は出訴期間が定められてゐる(七八五Ⅲ・二〇二二)。

(ロ) 取消の意思表示 取消は、取消し得べき法律行爲の效力を始めより發生せざらしむべき旨の意思表示であり、意思表示に關する規定は、大體に於て、之に適用せらるるも、特に次の諸點に注意すべきである。

(1) 取消は、之によつて單に利益を得義務を免るべき場合たると否とを問はず、取消者に於て行爲能力を有することを要しない。この點は、一二〇條の法意より明かである。尤もその意思能力を要することは勿論である。

- (2) 取消の意思表示に於て取消原因が表示せらるることを要しない(獨大判、*100 E. S. S. 88 (1)*)。又必ずしも取消なる用語が用ひらるることを要しない(獨大判、*100 E. S. S. 88 (1)*)。
- (3) 原則として、取消には何等の形式をも要しない。尤も特殊の取消は、訴訟行爲として裁判上なされることを要し(七八〇・八五二、商一六三・二三二)、又一定の官廳に對してなされることを要する(例之、相續の拋棄、承認の取消)。
- (4) 取消の意思表示は、單純なることを要し、相手方の隨意條件の外は、之に條件を附することを得ない。尤も法律行爲の效力を否認し、且つその否認が眞實に合しない場合につき、之を取消す旨の意思表示(即ち豫備的になしたる取消の意思表示)は、條件附意思表示にあらずして法定條件たる法律行爲の存在を前提とするものに過ぎざれば、無効たるべき理由がない。
- (5) 取消が訴訟に於てなされる場合においても、取消は尙ほ私法上の意思表示たる性質を失はない。故にその效力は訴訟關係の如何により左右せらるることなく、又民法の規定する取消の要件を具ふることを要する。取消又はその受領につき特別の授權なくとも、訴訟代理人に於て當然にその代理權限を有するか否かは、獨逸の學說上争ひの存する所である。獨逸帝國裁判所の判決は、訴訟追行と取消とが關聯する限り、當然にこの權限ありと判示してゐる(民訴八一參照)。
- (6) 取消の相手方(二三參照)

(八) 取消し得べき行爲の追認(一二二・一二三・一二四・一二五參照)

第一百十九條 無効ノ行爲ハ追認ニ因リテ其效力ヲ生セス但當事者カ其無効ナルコトヲ知リテ追認ヲ爲シタルトキハ新ナル行爲ヲ爲シタルモノト看做ス

(一) 本條の趣旨

本條は、無効行爲が爾後如何なる事情の發生するとも有効となるを得ないこと、特に追認によるも行爲の時より有効とせらるるを得ないことを明かにすると共に、所謂無効行爲の追認は、單に表見的に追認の形式を有するに止まり、實は新なる法律行爲をなすに外ならぬことを明かにするものである。

(二) 無効行爲追認の要件

無効行爲の追認は、前述の如く、新なる法律行爲である。従つて、

- (イ) 當該行爲の方式(大ニ、一〇、二〇大判)その他の要件を具へない限り、追認は何等の效力をも生じない。
- (ロ) 無効行爲の追認は、當該の行爲に必要な全部の要件を具ふることを要せずして、既になされたる無効行爲中に或要件が包含せらるる限り、之等の要件を繰返すことなく、之に缺け

たる要件を附加するを以つて足る。この點に於て、表見的には、新なる法律行為と差異あるに過ぎない。故に當事者が既になされたる行為の無効なることを知りてその缺けたる要件を附加するにあらざれば、追認としての效力を生じない（本條第一項）。

(三) 無効行為追認の效力

(イ) 無効行為の追認は、新なる法律行為なるが故に、追認の時より、その效力を生じ、行為の時より無効行為をして有効ならしむるを得ない。この點に於て、無權代理行為の追認(一三)及び取消し得べき行為の追認と區別せらるべきである(二二)。處分權を有しない者の處分行為に對する處分權者の追認は、本條に所謂無効行為の追認として取扱はるべきである(本節註(一)(二)參照)。

(ロ) 當事者が特に遡及效を約するとも、單に當事者間の債權契約として債權的效力を生ずるに止まり、從つてこの種の合意は絶對的に第三者の權利に影響を及ぼすことはない。

(ハ) 無効行為の一部の追認も亦新なる行為としての要件を具ふる限り、有效なること勿論である。

第二百十條 取消し得べき行為ハ無能力者若クハ瑕疵アル意思表示ヲ爲シタル者、其代理人又ハ承

繼人ニ限り之ヲ取消スコトヲ得

妻カ爲シタル行為ハ夫モ亦之ヲ取消スコトヲ得

本條は、本節による法律行為の取消原因並に取消權を行使し得る者に關する規定である(本節に規定せられない取消權については、各個の規定の趣旨に徴して、之を行使し得べき者を決定すべきである。民法八八七條ノ取消權ハ未成年者ノ重要ナル動産ニ關シ和解契約ヲナシタル場合ト雖モ子ノ一身ニ專屬スル權利ニシテ子又ハ其ノ法定代理人ニ限り之ヲ行フコトヲ得ヘク、一二〇條ノ一般規定ニヨリ其ノ他ノ代理人又ハ承繼人ニ於テ之ヲ行フコトヲ得ス。大七、六、一九大判)。

(一) 取消の原因は、無能力者が同意權者の同意を得ずして法律行為をなしたること及び詐欺又は強迫に基いて法律行為をなしたることである(四以下・九六)。

(二) 取消權を行使し得べき者

(イ) 同意を得ずして法律行為をなしたる無能力者(無能力者は、意思能力を有する限り、單獨に取消權を行使することを得る。尤も準禁治產者がその取消權を行使するには、その保佐人の同意を要する旨の判決がある、六一一、六、二大判)及び詐欺又は強迫に基いて法律行為をなしたる者

(ロ) 之等の者の代理人 法定代理人が取消權を有することは疑ない(無能力者が法定代理人の同意を得て法律行為をなしたる場合に、その法律行為が詐欺又は強迫に基くときに於ても、無能力者の法定代理人は、取消權を行使し得るものと解すべきである)。取消も亦意思表示なる限り、この種の意味表示が委任代理人によつて

代理せられ得ることは勿論であるが、或法律行為をなすべき授權を受けたる代理人の行為が、詐欺又は強迫に基くことを理由として、その代理人が、當然に取消権を行使し得るか否かは、解釋上の疑問である。授權行為の解釋によつて、その何れなるかを確定することを得ないときは、恐くは、代理人は取消の権限を有しないものと解すべきであらう。蓋し、本條は、斯くの如き場合に於て一般に代理人が取消の権限を有することを規定したるものとは解するを得ないからである。

(ハ) (イ)に掲げたる者の承繼人 取消権は、一般に、一身専屬の權利ではないから(夫の同意を欠く妻の法律行為の取消権は夫又は妻に専屬するものと解すべきである)、包括承繼の物體となる(遺贈力詐欺又ハ強迫ニヨリナサレタル場合ニ於テハ遺贈者ノ死後其ノ相続人ニ於テ之カ取消ヲナシ得ヘキモノトス)昭二、一一、二四、法曹會決議。會社の合併の場合に付ても亦同様に解すべきである。反之、取消権のみを讓渡することは(取消權讓渡の意思表示は、一般に取消に關する代理權の授與として解釋せらるべきである)不可能であり、且つ取消し得べき法律行為によつて發生せる個々の權利又は義務の移轉は、必ずしも取消権の讓渡を伴ふものではない。尤も當該の法律行為によつて發生せる法律關係の全部の承繼がなされたるものと認定すべき場合には、疑はしき限り、取消権も亦承繼せられたるものと解すべく(尤も一二五條五號の制限あることに注意すべきである)、如何なる場合に、法律關係全部の承繼ありと見るべきかは、

個々の場合につき具體的に判定せらるべきである。例之、詐欺又は強迫に基き地上權を設定したる者より、所有權を承繼したる者は、當該法律關係の特定承繼人として、その取消権をも承繼するものと解すべきである。

(ニ) 夫 妻が、夫の許可を要すべき法律行為をその許可を得ずしてなしたるときは、妻のみならず、夫も亦その取消権を有する。

(1) 夫の取消権は一身専屬の權利であり、且つ婚姻の解消によつて當然に消滅する(大七、一、五名地判)。蓋し取消権は夫たる身分を前提としてのみ認めらるべきものだからである。尤も吾が大審院は、夫の取消権を以つて、夫の財産上の利益をも保護する爲めに認めらるるものとの理由から、婚姻解消後の取消権の存續を認めてゐる(大二、一〇、二五・同二三、七、一五・昭二、五、九六判。尙昭五、六、一〇六判、一四註(六)(イ)參照)。

(2) 夫の取消権は、妻が夫の許可を得ずしてなしたる法律行為についてのみ認めらるるものであり、夫は、當然には、妻が詐欺又は強迫に基いてなしたる法律行為の取消権を有しない。尤もその取消権の行使が、妻の財産の保存に必要な限り、夫はその財産管理權に基いて、自己の名を以つて、又は妻の名に於て、その取消をなし得るものと解すべきである(八〇一)。

(ホ) 準禁治產者の保佐人 準禁治產者の保佐人は同意權者なるも(二二)、法定代理權を有し

ない。従つて、通説は、保佐人は取消権を行使するを得ずと解してゐるが、實質上、取消権は法定代理権の内容に屬せずして、寧ろ同意権に當然に伴はるものと解すべきであるから、保佐人の取消権を認むべきである。

(ヘ) (イ)に掲げた者の債權者 取消権は、一般に一身專屬の權利ではないから(例外、夫又は妻の取消権)、取消し得べき法律行為をなしたる者の債權者は、民法四二三條により、その取消権を代位して之を行使し得るとなすを一般とする。

(ト) 取消し得べき行為によりて債務を負担したる者の保證人に對しても、取消権を認むべしとなす學説あるも、通説の採らない所である。蓋し保證人は、確定的に有效なる債務が発生したるものとして、保證債務を引受くるものであるから、偶々取消原因の存すればとて、主たる債務者の意思に反して、その行為を取消し、以つて保證債務を免れしむべき何等の理由をも存しないからである。

第二百一十一條 取消シタル行為ハ初ヨリ無効ナリシモノト看做ス但無能力者ハ其行為ニ因リテ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ償還ノ義務ヲ負フ

(一) 取消したる行為は、初より無効行為として取扱はれる。

(イ) 取消の効力は、遡及効を有するのみならず、物權的であり且つ絶對的である。單に取消者とその相手方との間に於てのみ、その行為が無効として取扱はるるものではない。何人より何人に對してもその無効が主張せられ得る。尤もこの點については、詐欺による法律行為の取消の場合に、一定の例外が認められてゐる(九六Ⅲ)。

(1) 不動産に關する權利の設定又は讓渡契約が取消されたるときは、讓受人より更にその不動産を轉得したる者の權利も亦消滅する(學者或は取消による物權の回復も、亦物權變動の場合なるが故に、取消後、回復者に於て、移轉登記の抹消をなさない限り、之を以て爾後の轉得者に對抗するを得ずと主張する者もあるが、吾が民法の解釋上、この說に左祖するを得ない)。

(2) 動産又は有價證券の占有に對しては、吾國法上公信力が認められてゐるから(一九二以下、商四四一・二八二)、轉得者が善意取得の要件を具ふる限り、取消により轉得者の權利は消滅しない。取消原因あることを知り若くは過失によつて知らざる轉得者は、善意取得の要件を具ふるものと解するを得ない。

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

を有効と見るべきである。

(4) 債務行為のみに取消原因あるときは(一二五、一號参照)、この行為のみを取消すことを得る。

この場合に於て、履行行為たる物権行為又は準物権行為も亦無効となるか否かは、物権行為又は準物権行為を有因行為と解するか否かによりその斷案を異にせざるを得ない。反之、履行行為にも亦取消原因あるときは、この行為をも取消すことを得る。その何れの行為を取消したるか疑はしき場合には、債務行為も履行行為も共に取消されたものと見るべきである
(獨大判、KGE. 68 S. 390, 69 S. 14, 70 S. 58, RG. Wam. 1912, N. 2a E. N. 380)。

(ロ) 取消により、取消し得べき行為は、當然に無効となり、敢て取消の訴を提起するを要しない(例外、七八〇以下・八五二以下)。尤も取消による無効確認の訴を提起し又は訴訟に於て取消権を行使し得ることは勿論である(取消前判決が確定するときは、取消権者は執行異議の訴を提起するを得ない。唯取消権を行使して、不當利得返還請求の新なる訴を提起し得るに過ぎずと解すべきである。反對の趣旨大一四、三、二〇大判「強制執行ノ債務名義タル判決ノ憑據ト爲シタル法律行為カ取消シ得ヘキモノニシテ債務者カ其ノ判決ノ口頭辯論終結前之ヲ取消スコトヲ得ヘカリシ場合ト雖モ口頭辯論ノ終結後始メテ取消ノ意思表示ヲ爲シ之カ爲メニ法律行為ノ無効ニ歸シタルコトヲ原因トシテ異議ヲ主張スルカ如キハ民事訴訟法第五四五條第二項ノ所謂口頭辯論終結後ニ生シタル原因ニ基キ異議ヲ主張スルモノニ外ナラサルモノトス」)。

(ハ) 法律行為の一部に取消原因ある場合(本節註(六)(ロ)参照)

(二) 利得償還

取消し得べき法律行為によつて何等かの利得を受けたる者は、取消によりその行為が遡及的に無効となる結果、その利得を償還すべきである。

(イ) 債務行為のみが取消され、未だ履行行為がなされないときは、履行すべき者は、當然に履行を免れ、その相手方が履行を請求したるときは、之を拒絶することを得る。

(ロ) 既に履行行為がなされたるときは、その受領者は、その受けたる利得を返還しなければならぬ。利得返還義務が、原状回復義務なるか(五四五参照)、或は不當利得返還義務に過ぎないかについては、本條に直接の明文はないが、本條但書の趣旨より推して、原状回復義務と解せざるを得ない(同趣旨、大三、四、一一大判)。尤も、果して一般の不當利得の場合とこの場合とを區別して取扱ふべき實質上の理由ありや否やは頗る疑はしい。

(1) 取消し得べき行為によつて利得を受けたる者は、その行為の當事者たると第三者たるを問はず、又その取消原因あることにつき善意なると悪意なると(善意取得の要件を具ふるものはこの限りではない)、或は利得者の利得額の如何に拘はらず、履行者をして履行の時の原状に回復せしむべき責を負ふ。即ち履行の目的物が、未だ履行せられずして、尙ほ履行者の支配内に存す

る場合を假定し、現に履行者がその目的物につき有し得べき利益の價額を算定して、その全價額を返還すべきである。若し原物が現存するときは、その物を返還すれば足るも、その物が利得者の支配にありし爲め、履行者の支配にありし場合に比し、その物の價額を低下せしめたる場合には、その低下したる價額を賠償しなければならぬ（従つて回復義務者が、詐欺又は強迫をなしたる爲め、不法行爲による責任を負ふべき場合と、然らざる場合とを區別する實益はない）。

茲に疑はしいのは、民法一八九條以下の規定が、原狀回復請求の場合にも適用せらるべきか否かの問題である。若しこの問題を積極に解すれば、原狀回復義務と不當利得返還義務とは事實上、その範圍に於て、殆ど一致することとなるであらう。蓋し(i)善意の利得者は（この場合の善意とは、取消原因あるを知らないことを謂ふ）、當然に利得したる物又は権利の使用収益権を有し（二八九一・二〇五）、假令占有者の責に歸すべき事由によりてその物が滅失毀損したるときと雖もその滅失又は毀損によりて現に利益を受くる限度に於て、賠償をなせば足るのみならず（一九一・七〇三）、利得者がその利得を返還する場合に於ては、その物の保存の爲めに費したる金額その他の必要費を、回復者より償還せしむることを得るし（一九六一）、(ii)悪意の利得者はその利得せる物の使用収益権を有することなく（一九〇）、又その物の滅失毀損による損害の全部を賠償すべき責を負ふからである（一九一・七〇四）。

(2) 當事者雙方が、取消し得べき法律行爲に基き、利得を受けたるときに於て、その利得返還請求權の行使につき、相互に牽連關係を認むべきか否かは、民法に直接の規定を缺くも、契約の解除に關する五四六條の類推解釋により、此場合にも同時履行の抗辯權を認むべきである（反對の趣旨、大三、四、二一六刑判）。

(3) 無能力者が、取消し得べき行爲によりて、何等かの利得を受けたる場合に、その行爲が取消されるときは、現に利益を受くる限度に於てのみ、償還の義務を負ふ（本條但書）。

(a) 本條は特に區別を設けてゐないが、この規定は、無能力者が、法定代理人又は保佐人の同意或は夫の許可を得ずして法律行爲をなしたる場合に於て、無能力者の側より取消がなされたる場合に限り適用せらるべきものと解すべく、(i)無能力者が、法定代理人の同意又は夫の許可を得て、法律行爲をなしたるも、詐欺又は強迫によることを理由として、之を取消す場合（この點については反對説がある。尙無能力と詐欺又は強迫を理由とする數個の取消原因あるときは、無能力者は、その無能力を理由とする取消權を行使するものと解すべきである）、(ii)無能力者と取引をなしたる相手方が、取消原因を有するため、その行爲が相手方によつて取消される場合、(iii)無能力者が第三者として（例之、轉得者、受益者）取消し得べき行爲を原因として利得を受けたる場合には適用せらるべきではない。蓋し本條但書の規定は、無能力者が、無能力者として、

法律行為をなしたる場合につき、無能力者を保護する爲めに設けられたるものに外ならぬからである。

(b) 現に利益を受くる限度(七〇三條に所謂現に利益の存する限度と同一の意義に解せらるべきである、通説)とは、如何なる範圍を指すか。

(i) 積極的に得たる利益を償還すべきことは勿論であるが、その利益額が、相手方の受けたる損害額を超過する場合には、その損害額を償還すれば足り、敢て全利得を償還するを要しない。例之、特許權の讓渡契約が取消されたる場合には、讓受人が、當該特許權の利用により、如何に莫大なる利益を得たるときと雖も、請求權者の損害額のみを償還すれば足る。尤も償還義務者の利得額は、通常、回復者の損害額と同一の程度にあるものなれば之を超過する事實は、償還義務者に於て之を立證すべきである。

(ii) 消極的に失ふべかりしものを、その利得によりて失はざりし場合にも、その價額を償還するを要する(大五、六、一〇・昭五、一〇・三三六判)。尤も如何なる程度まで、利得を受けたることと財産の喪失を免がれたることとの間に、因果關係を認むべきかは、甚だ解決の困難な問題である。例之、米を利得したる場合に米代を節約したるときは、その節約額は、通常現存利得として取扱はるべきであるが、酒を利得したる場合に酒代を節約し

たるときに於ても、尙ほその節約額を現存利得と見るべきであらうか。日常酒を嗜む者と然らざる者により、利得の有無に差異あるものと解せざるを得ないであらうか。

(iii) 償還義務者が、原物を償還する場合に於ては、一九六條の適用がある。

(c) 無能力者と雖も、取消原因あることを知り乍ら尙ほ履行を受けたるときは(一二五、一號參照)、本條但書による保護を受くることなく、惡意の不當利得に關する民法七〇四條の規定に従ひ、回復者の受けたる全損害の賠償をなさねばならぬ。

(4) 原状回復請求權若しくは不當利得返還請求權と物上請求權との關係如何は、頗る疑問である。原物仍ほ現存するときは、取消によつてその權利を回復したる者は、物上請求權を有すべく、而してこの權利を行使したるときは、その限度に於て、原状回復請求權並に不當利得返還請求權は、その範圍を縮小し、且つ占有物の返還に關する民法一八九條乃至一九一條及び一九六條の規定が當然に適用せらるるものと解すべきであらう(原状回復請求權又は不當利得返還請求權は、物上請求權とその發生原因を異にし、物上請求權を行使する者は、單に自己がその物につき所有權その他の物權を有することを立證すれば足る)。

(三) 法律行為の取消の効果については、本條の外、尙ほ婚姻、養子縁組の取消につき、七八七條・八五九條、夫婦間の契約の取消につき、七九二條、遺留分の減殺につき、一一三九條、書面に

よらざる贈與の取消につき、五五〇條の特別規定あることに注意すべきである。

第二百二十二條

取消シ得ヘキ行爲ハ第二百十條ニ掲ケタル者カ之ヲ追認シタルトキハ初ヨリ有效ナリシモノト看做ス但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス

(一) 追認の意義及び性質

追認とは、取消し得べき行爲を終局的に有效ならしむることを目的とする所謂取消權拋棄の意思表示を謂ふ。

(イ) 追認は、追認者に取消原因の存することの認識、換言すれば、取消權を有し又は有し得べきこととの認識あることを要する(獨大判、RGZ. 63 S. 400, 69, S. 411 f. 93 S. 233. 尙一二四II參照、「取消シ得ヘキ行爲ニヨリテ生シタル債務ヲ承認シ又ハ其ノ債務ニ付キ示談ノ申込ヲ爲スモ之ニ依リ直ニ追認アリタルモノト認ムルヲ得ス」大五、一二、二八大判)。故に或法律行爲に、數個の取消原因がある場合に於て、追認者が、その一のみを知りて追認をなしたるときは、之を原因とする取消權のみを拋棄したるものとして取扱はるべく、従つて、その後尙ほ他の原因による取消權の行使を妨げない。

(ロ) 追認は、取消し得べき行爲をなしたる者又はその同意權者によつてなされる(その同意權者によつてなされるときは、無權代理行爲の追認と同様に、事後同意として取扱はるべきである)。その何れの者より

なされる場合たるとを問はず、追認は、追認せらるべき法律行爲の一部をなすものではないから、追認せらるべき法律行爲に一定の方式が要求せらるるときに於ても、追認には原則としてその方式を要することなく、従つて默示の追認(例之、履行の提供、相殺の授用)も亦有效である(大七、四、二九大判)。尤も行爲者本人が追認をなす場合には、その追認せらるべき行爲が、慎重なる考慮の結果なされることを要するものとして、一定の方式を要するものとせらるる限り、追認も亦この方式を踐むことを要し、同意權者が追認をなす場合には、右の外更に事前の同意そのものに一定の方式を要するときに於ては(例之、親族會の同意)、その方式によることを要する。

(ハ) 追認は、追認せらるべき行爲が相手方ある場合には、その相手方に對する意思表示によりてなされるべきである(二二三)。故に同意權者が無能力者に對して與ふる事後同意は、追認としての效力を生じない。

(ニ) 追認は取消權の拋棄なれば、取消權を有する者でなければ、追認權を有しない。

- (1) 行爲者本人は、取消の原因たる情況の止みたる後でなければ、追認をなすことを得ない(二二四)。従つて亦無能力、詐欺による錯誤、強迫による畏怖狀態の繼續する間は、追認につき、他人に代理權を授與するを得ない。
- (2) 行爲者の承繼人(二二〇參照)

- (3) 法定代理人及び夫(一二四頁參照)
- (4) 保佐人 保佐人も亦同意権者なるが故に、本來事後同意たる追認をもなし得べきこと勿論であり、此點から推論するも、保佐人は、取消権をも有するものとなさざるを得ないであらう。
- (5) 取消し得べき行爲をなしたる者の債権者は、債務者たる行爲者に代つて、その取消権を行使し得るも、取消権の拋棄たる追認については、之に代位するを得ない。
- (ホ) 追認は、取消権の拋棄を内容とする意思表示なるが故に、取消権の消滅後は追認をなすことを得ない。追認権の消滅原因は、
 - (1) 取消権の消滅時効(一二六)
 - (2) 追認を擬制せらるる行爲(二五・一九一)
 - (3) 追認の拒絶及びその擬制(一九四) 追認の拒絶は、取消と同一視せらるべきこと自明の理として、吾が民法は、特に之を規定しないのである。
 - (ホ) 追認権は形成権の一種に屬し、此權利のみの移轉は許されないが、追認せらるべき行爲によつて發生せる法律關係と共に移轉せられ得べく、又包括承繼の物體となる。

(二) 追認の效力

(イ) 追認ある迄は、取消し得べき行爲の效力は不確定であり、追認によつて初めて有効に確定する。無能力者の法律行爲又は詐欺、強迫による法律行爲の相手方は、取消し得べき行爲の效力の不確定なる間にありても、その行爲の撤回権を有しない(單に無能力者の法律行爲の相手方が催告権を有するのみ。一九參照)。是れ無權代理行爲の場合と趣を異にする點である。

(ロ) 追認は、取消し得べき行爲の有効なることを確定する唯一の方法であり、その他の方法、例之、法定代理人が無能力者の行爲につき、無能力者に對して事後同意を與ふるとも、之によつて、その行爲の效力を確定するを得ない(尤も相手方に取消権を認めない吾が民法のもとにありては、此點は殆ど實益がない)。

(ハ) 取消し得べき行爲は、一應、初めより有効なる行爲なるが故に、その追認も亦遡及効果を有すべきこと寧ろ自明の理である。本條但書は、この遡及效により第三者の權利が害せらるべきことを豫想してゐるが、全く立法者の過誤に基くものと評せざるを得ない。

(ニ) 取消し得べき行爲の追認が、詐欺強迫をなしたる者に對する不法行爲上の損害賠償請求權の拋棄の効果をも發生せしむるか否かは、全く追認者の意思解釋の問題である。疑はしい場合には、一般に、その拋棄の意思を伴ふものと推定すべきである。

第二百二十三條 取消シ得ヘキ行爲ノ相手方カ確定セル場合ニ於テ其取消又ハ追認ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス

(一) 契約の場合には、契約の當事者(代理人により契約が締結せられたる場合にも、代理人は、當然には取消又は追認の相手方たるを得ない) 並にその包括承繼人が本條に所謂相手方として取扱はるべく、當該の契約によつて直接に權利を取得したる受益者又は契約により發生したる權利義務の特定承繼人は、相手方ではない(昭六、六、二二大判、獨大判、K.G. Schrift. A. 69 S. 310. 「手形ノ振出行爲ハ振出人カ手形ニヨリ債務ヲ負擔スル意思ヲ以テ之ヲ他人ニ交付スルニヨリテ成立スルモノナレハ其振出ニヨル債務負擔行爲ノ相手方カ振出人ヨリ手形ノ交付ヲ受ケタル最初ノ取得者ニシテ常ニ確定セルモノト謂フヘク從ツテ振出行爲ノ取消シ得ヘキ場合ニ於ケル取消ノ意思表示ハ民法二二三條ノ規定ニ從ヒ確定セル如上ノ相手方ニ對シ之ヲナスコトヲ要スルモノニシテ斯ノ如キ原則ハ爲替手形、約束手形及ビ小切手ニ通シテ適用アルモノニシテコト事ニ關シテハ、三者ノ間ニ差異ノ存スルコトナキモノトス」大一、九、二九大判)。

(二) 相手方ある一方行爲の場合には、その意思表示を受領すべき者が相手方である。

(三) 相手方なき一方行爲の取消又は追認が、受領を要する意思表示なるか否か、若し然りとすれば、何人に對して之等の意思表示がなさるべきかは、解釋上の疑問である。通説は、受領を要せざる意思表示を以て足るものと解してゐるが、その當否は、畢竟「行爲の相手方確定せる場合に於て」なる本條の規定の解釋如何に歸着する。惟ふに、本條の趣旨は、取消シ得べき法律行爲

によりて利害關係を有するに至れる者の地位を確保するに存するものと解すべく、從て本條に所謂確定せる相手方とは、當該の受領を要しない一方行爲によつて、直接の利益を得たる者をも包含するものと見るべきであらう。

(イ) 相手方なき一方行爲によりて、直接に利益を受けたる者とは、當該の法律行爲のみを原因として利益を受けたる者に限らず、廣く當該の法律行爲を原因として利益を得たる者をも包含する(尤も之等の者より權利を承繼したる者を包含しない)。例之、所有權の拋棄が詐欺又は強迫に基いてなされたる場合には、先占によりてその權利を取得したる者に對して、その取消又は追認をなすを要し、無記名債權の拋棄の場合には、現在の占有者に對して、取消又は追認をなすべきである。

(ロ) 相手方なき一方行爲によりて、直接に利益を得たる者、數人ある場合には、その全員に對して、取消又は追認をなすべきか、その一人に對する意思表示を以て足るものと解すべきか、例之、懸賞廣告に表示せられたる指定行爲を完了せる者數人ある場合、遺言により遺贈を受けたる者數人ある場合如何。私の見る所によれば、その全員に對する意思表示を要しないが、唯その意思表示が到達したる者についてのみ、取消又は追認の効力を生ずるものとなすべきである。

(ハ) 吾が民法には特別の規定を缺くも、相手方なき一方行爲が、特定の官廳に對してなざる

べき場合には（例之、相續の拋棄承認）、その取消又は追認も、當該の官廳に對してなされることを要するものと解すべきである。

(四) 取消し得べき行爲の當事者數人あり、又その相手方も數人ある場合については、契約の解除の場合と異なり（五四四參照）、民法に何等の規定なく、一般の理論によつて、この問題を解決する外はない。惟ふに、取消權が準共有の關係に於て數人に歸屬する場合には、原則として、取消又は追認は、全員より共同になされることを要し（二五二但書參照）、然らざる場合には、一人より一人に對する取消又は追認は、その者の間に限り有效となすべく、その取消又は追認の効果が、他の當事者間の法律關係にも影響を及ぼすか否かは、畢竟法律行爲の一部無効が全部を無効ならしむるか否かの問題に歸着する（獨逸の多數說、獨大判、ROHE, NS. S. 447. SS. 448. II. S. 235 f.）。

第二百二十四條

追認ハ取消ノ原因タル情況ノ止ミタル後之ヲ爲スニ非サレハ其效ナシ

禁治産者カ能力ヲ回復シタル後其行爲ヲ了知シタルトキハ其了知シタル後ニ非サレハ追認ヲ爲スコトヲ得ス

前二項ノ規定ハ夫又ハ法定代理人カ追認ヲ爲ス場合ニハ之ヲ適用セス

追認は、前述の如く、意思表示なるが故に、取消の原因たる情況の繼續中、追認がなされることも、

更にこの追認は民法四條以下並に九六條により取消され得ることとなり、法律關係は頗る複雑となるであらう。本條は、斯くの如き結果を避くる爲めに設けられたる規定であつて、無能力者は能力者となり（能力者となるも、そのなしたる法律行爲に取消原因あることを了知するにあらざれば追認するを得ない。

本條第二項は、單に禁治産者についてのみ、この趣旨を規定するも、注意規定たるに過ぎない。他の無能力者についても別段の取扱がなされるべき理由はない）、詐欺又は強迫を受けたる者は、詐欺による錯誤又は強迫による畏怖状態を離脱したる後にあらざれば、有效なる（故にそれ以前に於ける追認は、全く無効と見るべきである。尤も準禁治産者又は妻の追認は、無効の行爲でもなく取消し得べき行爲でもなく、效力不確定の行爲と解すべきである。一九四參照）追認をなすことを得ない旨を明にするのである。

取消の原因たる情況の繼續中と雖も、行爲者の承繼人（その無能力者でない場合に限り）及び同意権者のみならず（本條第三項、尤も法定代理人の追認が、親族會の同意を要するときは、その同意がない限り、本條第一項により、彼が單獨に追認をなすも無効と解すべきである。同趣旨、昭四、六、二五朝高判）、無能力者も亦、法定代理人の同意を得て、有効に追認をなすことを得る（少數の反對説がある。一九條四項は明文を以て準禁治産者又は妻が、保佐人若くは夫の同意を得て、追認をなし得べきことを規定する）。行爲者の承繼人又は法定代理人が、詐欺又は強迫に基いて追認をなし、又は追認の同意を與へたるときは、更にこの追認は、九六條の規定により、取消され得ることに注意すべきである。

第二百二十五條

前條ノ規定ニ依リ追認ヲ爲スコトヲ得ル時ヨリ後取消シ得ヘキ行爲ニ付キ左ノ事實アリタルトキハ追認ヲ爲シタルモノト看做ス但異議ヲ留メタルトキハ此限ニ在ラス

- 一 全部又ハ一部ノ履行
- 二 履行ノ請求
- 三 更改
- 四 擔保ノ供與
- 五 取消シ得ヘキ行爲ニ因リテ取消シタル權利ノ全部又ハ一部ノ讓渡
- 六 強制執行

(一) 本條の趣旨

本條は、學者の所謂法定追認に該當する行爲を、制限的に列挙するものである。之等の行爲がなされたる場合には、相手方は、取消し得べき行爲を完全に有效なるものと信するを常とするから、畢竟相手方の信頼を保護する爲めに設けられたる規定に外ならぬ。故に法定追認は、多くは默示の追認に該當するも、その該當すると否とを問はず、追認の效力を生じ、又本條に列挙せらるる法定追認以外の行爲(例之、相殺、履行の提供、債務の承認又は示談の申込)と雖も、默示の追認として解釋せられ得べき限り、追認として有效なること勿論である。

(二) 法定追認行爲の性質

法定追認行爲は默示の追認ではない。本條列挙の行爲それ自身が法律行爲なる場合にありても法定追認自體は法律行爲ではない。ただ本條に列挙する行爲ありたる事實に對して、追認と同一の効果が附加せらるるに過ぎない。

(イ) 本條列挙の行爲に該當する限り、敢て追認の要件を具ふるを要しない。例之、取消權の存在を知らずして斯くの如き行爲をなすとも、亦法定追認として有效である(大一二、六、一一大判)。

(ロ) 法定追認行爲は、默示の法律行爲ではないから、法律行爲の要件を與ふることを必要としない。従つて民法九三條以下の規定の適用もなく、行爲者が行爲能力を有することも必要ではない。尤も法定追認の内容たる行爲としては有效なることを要し、従つてその行爲自體が、法律行爲又は準法律行爲なる場合には、法律行爲の要件を具ふることを要し(その要件を具ふる限り、「權利ノ讓渡ニヨリテ一度追認アリト看做サレタル結果即チ取消權ノ拋棄ナリト看做サレタル以上ハ讓渡行爲ノ解除アルモ更ニ取消權ノ效力ヲ復歸スヘキモノニアラス」大七、一〇、三〇東控判)、訴訟行爲なるときは、訴訟行爲の要件を具ふることを要する。而かも法定追認行爲の大部分は、法律行爲又は準法律行爲或は訴訟行爲なるが故に、畢竟九三條以下の規定、行爲能力に關する規定は、大體に於て、適用せらるる結果となることに注意しなければならぬ。

(三) 法定追認の要件

(イ) 前條の規定により、追認をなすことを得る時より後に於て、取消し得べき行為につき、本條列擧の事實が発生すること(六一四、三、二四朝高判)

(ロ) 異議を留めないこと 異議(留保)とは、或行為につき、行為者の意思如何に拘はらず法律上當然に附加せらるる法律効果を排除すべきことを内容とする相手方ある意思表示を謂ふ。任意法規の效力を排除する場合に限り許される。

(ハ) 次に列擧する事實の 하나가發生すること。

(1) 全部又は一部の履行 取消権者が履行すると(強制履行ハ民法第一二五條第一號ノ履行ニ該當セサルモノトスル昭三、一一、三〇東地判)、その相手方の履行を受領することを問はない。履行の提供は默示の追認として有效なることあるも、法定追認行為ではない。

(2) 履行の請求 取消権者に於てなす場合に限ること、理論上當然である(明三九、五、一七六判)。尤も相手方の請求に對して、履行の延期を申入れ、又は示談を申入るる行為は、通常默示の追認として取扱はるべきである。

(3) 更改

(4) 擔保の供與 擔保は、人的擔保たると物的擔保たると、又取消権者の側より之を供與す

ると相手方の供與を受諾するとを問はない。

(5) 取消し得べき行為によりて取消権者たる行為者の取得したる権利の全部又は一部の讓渡、茲に讓渡とは権利の設定をも包含する。

(6) 強制執行 取消権者が執行をなしたる場合のみならず、之を受けたるも尙ほ救済手段を講じない場合をも包含する。

以上列擧の行為のみが法定追認に該當し、従つて「コノ規定ヲ類推シテ債務ノ承認又ハ示談ノ申込アレハ當然追認アルモノト謂フヲ得ス」(大五、一二、二八六判)。唯場合により、默示の追認として、その效力を認め得る場合あるに過ぎない。

第二百二十六條 取消権ハ追認ヲ爲スコトヲ得ル時ヨリ五年間之ヲ行ハサルトキハ時効ニ因リテ消滅ス行為ノ時ヨリ二十年ヲ經過シタルトキ亦同シ

(一) 本條の趣旨

本條は、本節の規定する取消権の消滅時効及びその起算點に關して、一般の形成権の消滅時効に關する一般規定(一六七II)の特則を設くるに過ぎないから、當然には、無能力、詐欺又は強迫以外の原因による取消権、例之、書面によらざる贈與の取消権には適用せられない(大八、五、五

大判。尤も大一一、一一、二〇東控判は、財産権の得喪變更を目的とする法律行為の取消権に適用ある旨を判示した。尙ほ特種の取消権については、本條よりも更に短期の時効期間又は除斥期間が認められてゐることに注意すべきである（四二六・七五八・七五九Ⅲ・七八二・七八四・三號・七八五Ⅲ・七八六Ⅱ・八五三・八五五Ⅰ・八五六・八五七Ⅱ・八五八Ⅱ・八五九・一〇二二Ⅱ・一一四五）。

(二) 時効の起算點

(イ) 五ヶ年の時効 吾が民法は、取消し得べき行為の相手方の地位を成るべく速かに確定せしむる爲め、一九條の催告の制度と本條の短期時効の制度とを認めてゐる。

(1) 短期時効の起算點は、各取消権者につき、夫々相異なる。取消し得べき行為をなしたる者及びその承繼人については、一二四條第一項及び第二項に定めたる追認をなし得べき時より時効は進行する。尤も之等の者が、取消原因を知りたる時より進行すべきものと解すべきか、或は單に詐欺による錯誤、強迫による畏怖状態が除去せられたる時又は無能力者が能力者となりたる時より進行するものと解すべきかは（大五、九、二〇大判）疑問である。

一人にて數個の原因に基づき、數個の取消権を有するときは、各別に時効は進行する。

(2) 夫又は法定代理人については、無能力者が取消し得べき法律行為をなしたることを知りたる時より、時効は進行する。

(ロ) 二十ヶ年の時効（この期間が時効期間なるか或は除斥期間なるかは、學說上争の存する所である） 取消し得べき法律行為をなしたる時より二十ヶ年経過するときは、五ヶ年の短期時効が未だ完成しない以前と雖も、取消権は消滅する。

(三) 時効完成の效力

(イ) 時効の完成によりて、一取消権者の権利が消滅する場合に、他の権利者の取消権も亦消滅するか否かについては、吾が民法に何等の規定なく、解釋上の疑問たるを免れない。

(1) 夫又は法定代理人の取消権が、時効により消滅するときは、被保護者たる無能力者の取消権も、亦消滅するものと解すべきである。

(2) 取消権者たる當事者數人ある場合には、原則として、一當事者の取消権の消滅は他の當事者の取消権を消滅せしむるものではない（五四四Ⅱ参照）。

(ロ) 時効によりて取消権が消滅するときは、取消し得べき行為は、始めより有効に確定し、之によりて發生せる権利義務も、亦確定的のものとなる。尤も取消し得べき行為によりて發生せる債務が、未だ履行せられない場合に於ては、行為者又はその承繼人は、常に履行拒絶権を有し、この拒絶権は、取消権が時効によつて消滅するに否に拘はらず、存続するものと解すべきである（この點は、吾が民法の特に規定しない所であるが、抗辯権の性質上、當然の事理

である。若し此理論を認めなければ、強迫により遺言書を作成せしめたる者が、時効期間中請求権を行使せずして取消権を消滅せしめ、爾後その請求をなしたるときは、相續人は之に應ぜざるを得ずと謂ふ不可解の結果を生ぜしむるであらう。

第五節 條件及び期限

(一) 法律行為の附款

法律行為の本來有すべき效力を制限する效果意思の内容を、法律行為の附款と謂ひ、吾が民法の一般的に規定するものは、條件と期限との二者である。この外尙ほ附款の一種として、民法は、贈與及び遺贈につき、負擔を認めてゐるが(五五三・一〇四・二一〇五)、負擔は、條件若しくは期限とは甚だしくその法律上の性質を異にし、後者は、法律行為の效力の發生又は消滅を、將來或る事實の發生する迄延期するに反し、前者は、法律行為の效力を直に發生せしめ、ただ相手方が、その效果として、出捐を受領せんと欲する場合につき、相手方をして一定の義務を負担せしむるに過ぎない。附款は、效果意思の内容なるが故に、被告が條件附又は期限附に法律行為がなされたことを主張するときは、原告に於て無條件又は無期限の法律行為がなされたことを立證しなければならぬ。蓋し、此場合に於ては、被告は、原告の主張するとは相異なる法律行為がなされたことを主張する者であり、従つて原告の主張を否定するものに外ならぬからである(同趣旨、同大判並に同逸學界の通

説。尤も始め無條件又は無期限の法律行為がなされたが、爾後に至り條件又は期限が附加せられたことを、被告が主張する場合には、被告に於て舉證責任を負ふ)。

以上述べた所は、停止條件附又は始期附法律行為の場合に限られ、解除條件附又は終期附法律行為にありては、被告に於て當該の法律行為のなされたことを承認する限りは、既に原告請求の權利が一應成立せることを承認するものなるが故に、被告に於てその法律行為に解除條件又は終期が附せられたること並に條件が成就し又は終期が到來せることを立證すべきことは理論上當然である(反之、法律上當然に解約告知權が認めらるる法律關係、例之、貸借、雇傭等において、一定期間告知權を除外する爲めに終期を附したることを主張する原告は、此點に關する立證責任を負ふ)。

(二) 條件の意義

或法律效果の發生又は消滅を、將來或る事實(成否未定の)發生するか否かによつて決定すべきことを内容とする法律行為を、條件附法律行為と謂ひ、當該の成否未定の事實を條件と謂ふ。

(イ) 條件たる事實は、法律行為の成立の當時に於て、客觀的(一般的)に不確定なるを要し、主觀的(當事者間に於て)に不確定なる事實、例之過去及び現在の事實(既定條件)は、真正なる意義に於ける條件ではない(一三一參照)。蓋し主觀的に不確定なるも客觀的に確定せる事實を條件とするときは、當該の法律行為の效力は、客觀的には、既に確定してゐるからである。

(1) 將來その事實の發生することが客觀的に確定せる條件を、**必成條件**と謂ひ、その本質は條件にあらずして期限である。

(2) 將來成就しないことの確定せる條件を、**不能條件**と謂ふ(一三四參照)。

(ロ) 行爲者の效果意思の内容をなすもののみが條件なれば、或法律行爲の性質上又は法律の直接規定により、將來發生するか否か不確定なる事實の成否が、當該法律行爲の效力の發生又は消滅の要件をなす場合、即ち學者の所謂**法定條件**は、眞正の意義に於ける條件ではない。

(1) 法定條件の效力は、その法律行爲の種類により、又法定條件たる事實の差異により、必ずしも一様ではない。又法定條件の成就是、遡及效を有するものもあれば然らざるものもあり、條件の成否未定の間に於ける法律關係も亦一律に決定せらるるを得ない。

(2) 法定條件の效力は、之を認むる各個の規定につき個別的に判定せらるべきであるが、その規定を缺く場合には、その性質の許す限り條件に關する本節の規定(特に一二八、一二九)が類推適用せらるべきである。

(三) 條件の種類

條件は、標準を異にするに従ひ、種々に分類せられ得る。

(イ) 停止條件と解除條件 法律行爲の效力の發生(積極的に權利を發生せしむる效力たる)と消滅(消滅的に權利を消滅せしむる效力たる)を問はず)に係る條件を、停止條件と謂ひ、その消滅に係る條件を解除條件と謂ふ(一二七・一三一・一三三・一三四參照)。この分類は、純理論上の要求に基くものにはあらずして、全く便宜上民法の認むるものに外ならぬ。故に行爲者が、或法律行爲に、解除條件を附加したるか、或は停止條件を附加したるかは、全く行爲者の意思解釋の問題であり(例之、今年中に日支條約成立せば、石油購入契約をやめる旨の契約)、その解釋に當りては、特に行爲者の利害關係を主眼としなければならぬ。解釋上その何れなるかを決定し得ないときは、一般に停止條件を附加したるものと推定すべきである。蓋し解除條件にありては、その行爲は條件の成否未定の間に於てもその效力を有し、しかも、斯くの如き結果は、行爲者が特に之を欲すること明かなる場合にのみ認めらるべきが故である(同趣旨、大五、二、八東控判)。

(ロ) 積極條件と消極條件 條件の内容たる事實が、現在の狀態に變動を生せしむる事實なる場合に、その條件を積極條件と謂ひ、然らざる條件を消極條件と謂ふ(單に用語上の差異ではない。例之、汝若し三十歳まで獨身なりせばといふも、汝若し三十歳まで結婚せざればといふも同じく消極條件である)。

(ハ) 随意條件と非随意條件(偶成條件及び混合條件) 當事者一方の意思のみによつて、條件の成否が確定せらるべきものを、随意條件と謂ひ、然らざるものを、非随意條件と謂ふ。随意條件の内、當事者一方の意思表示のみによりて成就する條件を、特に**純粹随意條件**と謂ふ(一三四參照)。

然らざる條件を單純隨意條件又は實行的隨意條件と謂ふ。純粹隨意條件附法律行爲(例之、試味賣買、賣買一方の豫約)と、未だ成立せずして爾後當事者の一方が同意の形式に於て意思表示をなすことにより、始めて成立するに至る法律行爲とは區別せらるべきである。後の場合には、當事者一方の意思表示あるまでは、未だ法律行爲は存在しない。その何れに屬するかは、當事者の意思解釋の問題である。獨逸に於ける一派の學説は、純粹隨意條件を、意思表示の概念に矛盾するものとして、之を否認すべきことを提唱してゐるが(純粹隨意條件否認説)、多數說並に判例の採らない所である。蓋し純粹隨意條件も條件たる限り、意思表示の效力を制限するものであつて、意思表示そのものの内容を制限するものではないからである。

非隨意條件は、更にその成否が全く當事者の意思に無關係なるもの即ち偶成條件と、その成否が當事者の意思及びその意思に無關係なる事實に基くもの即ち混合條件との二種に區別せらるるを一般とする。

(二) 眞正の條件と假裝條件 表見的に條件の形式を具ふるも、眞正の條件にあらざるものを假裝條件と謂ふ。

- (1) 既定條件、必成條件、不能條件(前掲(一)參照)。
- (2) 不法條件 或事實を條件とすることが、公序良俗に反するものを不法條件と謂ふ(一三二參照)。

照)。

(四) 條件(又は期限)の許可(條件又は期限に親しまざる法律行爲)

法律行爲の性質上一般的に條件(又は期限)を附することが禁止せらるる法律行爲を、**條件(又は期限)に親しまざる法律行爲**と謂ふ。吾が民法は、原則として、法律行爲につき條件(又は期限)を許可するも、次に掲ぐる種類の法律行爲には、條件(又は期限)を附することを得ない。この種の法律行爲に條件(又は期限)を附したる場合には、條件(又は期限)のみが無効とせらるべきではなくして、法律行爲そのものが無効とせらるべきである。

(イ) 特定の法律行爲は、之に條件(又は期限)を附することにより公序良俗に反するに至るが故に、條件(又は期限)に親しまざる行爲として取扱はれる(公益上の不許可)。この種の法律行爲に屬するものは、

- (1) 婚姻、養子縁組又はその解消を目的とする行爲、私生子の認知等廣く一般に身分關係の發生又は消滅を目的とする法律行爲。
- (2) 相續の拋棄、承認は、被相續人の債權者、債務者、次順位相續人、受遺者及び國庫の法律上の地位に重大なる影響を及ぼす行爲なれば、之等の行爲には條件(又は期限)を附することを得ない。

(3) 物權行為に條件(又は期限)を附することは、多少取引の安全を害する結果を生ずると雖も、吾が民法の解釋上は、物權行為には停止條件も解除條件も共に附し得るものとせられてゐるのである。

(ロ) 相手方ある一方行為が他人の財産關係に影響を及ぼす場合に於て、相手方の利害關係が直に確定せらるべきことが要求せらるるときは、之等の行為に條件(又は期限)を附加するを得ない(私益上の不許可)。尤も相手方ある一方行為のすべてを條件(又は期限)に親しまざる法律行為として一律に取扱ふを得ない。例之、債務の免除、授權行為(代理權の授與、同意)には條件(又は期限)を附することを得る(尤も之等の行為に停止條件又は始期を附したるときは、條件又は期限が到來し、しかも相手方がその到來を知るに非ざれば相手方に對して何等の拘束力をも及ぼすものではない)。

(1) 相手方ある一方行為として、特に民法の規定する條件(又は期限)に親しまざる行為は、相殺(五〇六一)及び手形の振出(商四四五)であるが、之等の行為に限らず、遺贈の拋棄若しくは承認(一〇八八・一〇八九)、法律行為の取消(獨大判、RGH. 65. 123)、契約の解除若しくは意思表示の撤回(獨大判、RG. Warn. 1915 N. 103)、選擇債務に於ける選擇、買戻權又は先買權の行使(一〇〇九・二六九・二七九)、時効の援用等も亦條件(又は期限)に親しまざる行為として取扱はるべきである(解約告知については多少の疑あるも、原則として、條件に親しまざる法律行為と見るべきである。獨逸の判例はすべて條件を附し得ないものと列示してゐる。催告も亦意思表示と同一に取扱はるべきであるから、原則として、之に條件又は期限を附するを得ない。尤も條件又は期限を附することが信義誠實の原則に反しない限り、之を許すべきである。同趣旨、獨大判、RGH. 755. 333)。例之、二週間に債務者が保険金を受領すれば、直ちに辨済を要求するといふが如き期限又は條件附の催告は有效である。この場合に於ては、債務者の履行遲滞は、期限の到來又は條件の成就の時に成立する)。

(2) 以上掲げたる一方行為と雖も、之に條件(又は期限)を附することによつて、何等相手方の利益が侵害せらるる虞れない場合(従つて原則として相手方の隨意條件を附することを得る)、又は相手方の同意ある場合には、之に條件(又は期限)を附加することを得るものと解すべきである。

(五) 條件附法律行為の效力

(イ) 條件の成否未定の間に於ける效力 條件の成否未定の間に於ては、當事者は、當該法律行為の效果として、未だ確定的には、權利を取得し、又は義務を負擔するを得ない。ただ、條件附權利(義務)即ち一種の期待權を有するに過ぎない。此種の期待權が如何なる效力を有するかは、當事者間に別段の合意がない限り、全く之を保護する爲めに設けられたる民法の規定によつて判定せらるるの外なく、民法は個別的に各種の條件附權利義務の效力につき規定を設くる外(例之、一六六Ⅱ・五一三・五三五・一〇三二・一〇三五・一〇四七・一〇五七)、一二八條以下に於て一般的原則を定めて

ある。

(ロ) 條件成就の効果 條件の成就によつて、法律行為の効力は、發生又は消滅に確定する(二七參照)。

(六) 期限の意義及び種類

期限とは、將來發生することが客觀的に確定せる事實(これ條件と區別せらるる唯一の標準である)の發生する迄、法律行為の効力の發生消滅又は債務の履行の時期を延期する法律行為の附款を謂ふ。民法は、債務の履行期たる期限のみを始期として規定してゐるが(一三五)、法律行為の効力の發生時期たる期限も亦始期である。尤も債務行為にありては、その履行期たる始期も、債權發生の時期たる始期も、法律上の效果に於て、殆んど異なる所がないから(始期附債權と雖も保全——始期附債權者も亦民法四二三條により代位權を行使することを得る——讓渡、相續せられ得るのみならず、即時に辨濟せられ——始期附債權の確認訴訟は勿論、特定の場合には給付訴訟をなし又はこの權利を保全するために假差押をなすことを得る——又は免除せられ得る限り、現實に發生してゐる債權と、何れの點に於ても差異を窺ふことを得ない。大九、一一、三大判參照)、事實上、兩者を同一視して差支へない。

法律行為の効力の消滅時期たる期限を、終期と謂ふ。期限をなす事實の發生する時期が確定せるものを確定期限と謂ひ、然らざるものを、不確定期限と謂ふ。不確定期限と條件とは、その事實發生時期が不確定なることに於ては同一なるも、事實の成否自體が、確定せるか否かによつて區別せられ得る。尤も具體の場合には、不確定期限を附したるものなるか或は條件を附したるものなるかの判定が、甚だ困難なることがある。例之、余上京せば、余出世せば(所謂出世證文、明四三、六、三〇東控判參照)等の約款ある場合には、當事者の意思解釋により(その意思解釋については、信義誠實の原則が特に標準とせらるべきである。「客觀的不確的ノ事實ト雖モ當事者ノ意思ニシテソノ事實到來セサルモ尙債務ヲ履行スルニアラハ期限ノ場合ニ於ケル事實トナスコトヲ得」明四四、一二、四東控判)、不確定期限として取扱はるべきこともあり得る(大四、二、一九同年、三、二四・同六、一一、二四・同九、四、二二大判)。

(七) 期限の許可 (前述(四)參照)

一般的に、死亡を期限(又は一當事者が他の當事者よりも長生することを條件とすること)となし得ることについては、殆んど疑を挾む者はないが、若しこの理論を貫徹すれば、民法が遺言その他の死後處分について嚴格なる方式を要求することは、全く無意味となるであらう。蓋し死亡を期限(又は條件)として贈與をなし、或は不相當の對價を以て有償契約をなすことにより、結果に於て、遺贈又は負擔附遺贈をなすと同一の效果を收め得るからである。死後行為と期限附(又は條件附)生前行為とは、理論上は、その效果を異にし、前者にありては、處分者の死亡の時まで處分の撤回が許され、且つ受遺者は未だ何等の期待權をも享有するを得ないが、後者にありては、處分者は處分の時よりそ

の處分行爲による拘束を受くるのである。果して然らば、遺言その他の死後行爲には寧ろ嚴格なる方式を要せずして、死亡を期限(又は條件)とする生前行爲にこそ嚴格なる方式を要するものとなすべきではあるまいか。

(八) 期限附法律行爲の效力

(イ) 期限の到來前に於ける期限附法律行爲の效力については、民法に特別の規定はないが、債務の履行期として期限が附加せられたる場合には、法律行爲が有効に成立したる時より現實に債權債務が発生し、法律行爲の效力発生又は消滅の時期として期限が附加せられたる場合にも、條件附法律行爲に於けるよりも、より以上に當事者の地位を保護すべき充分の理由があるから、當事者は、民法一二八條以下の規定する期待權を有するものと解すべきである。

(ロ) 期限到來後の期限附法律行爲の效力については、條件成就の場合に於けると、同一の觀察をなすことを得る(一二七・一三五參照)。

(ハ) 期限の利益の拋棄(一三六)及び喪失(一三七)。

第二百二十七條

停止條件附法律行爲ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ生ス

解除條件附法律行爲ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ失フ

當事者カ條件成就ノ效果ヲ其成就以前ニ遡ラシムル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ

(一) 條件成就の意義

條件の成就とは、條件の内容たる事實の發生することを謂ふ。尤も民法は、その事實が発生しな
いにも拘はらず、尙ほ條件の成就を擬制することがある(一三〇)。條件が成就したか否か、若くは
何時成就したかの問題が、往々にして、當事者の意思解釋によつて決定せらるべき場合がある。

この場合に於て、その意思を解釋するには、特に信義誠實の原則が標準とせらるべきである(例
之、或期間内に或行爲のなされるべきことが、條件とせらるる場合に於て、その期間が明でないときは、誠實にして信義を重
ずる當事者なりせば定めたるべき相當期間を以つて、その期間として解釋せらるべきである)。

(二) 條件成就の效力

(イ) 條件は、原則として、期限たる要素をも包含するが故に、條件成就の時より、法律行爲は
その效力を發生し又は消滅する。尤もこの法律效果は、條件成就の時に新に發生するものでは
ない。條件の成否未定の間に於ける期待權が、條件の成就によつて、現實の權利にまで變形せ
らるるに過ぎないのであるから、行爲者が、條件成就の時には、も早斯くの如き法律行爲をな
すを得ない場合にも、例之、當事者が死亡し又は意思能力を失ひ、或は處分權を失ふに至ると
も(例之、既に條件附行爲によつて他人に讓渡したる物を、更に第三者に讓渡したる場合)、條件成就の效果に何等

の影響をも及ぼさない。停止条件付に或物を處分したる者は、法律上、解除条件付に尙ほその目的物上の権利を有し、この権利は、条件の成就するまでは、有効に、第三者に譲渡せられ得る。斯くの如き場合に、条件が成就するときは、条件付行為の相手方の期待権は、現實の権利となり、条件の成否未定の間に於ける目的物の譲受人は、爾後その権利を失ふに至る、ただ条件付権利者の同意又は追認あるときに限り、譲受人はその権利を保有し得るに過ぎない（獨大判 *RGF. 76 s. 91*）。

条件が不成就に確定するときは、その時より、法律行為はその効力を發生せず又は消滅しないことに確定する。

(ロ) 當事者は、条件よりその期限たる要素を除外し得るが故に、任意に、条件の成就に遡及的効力を附することを得る（遡及の時点は、条件付法律行為のなされたる時点たるを通常とするも、必ずしもこの時点に限られない）。

条件成就に遡及的効力を附したる場合に、その効力が物權的（絶對的）に發生するか、債權的（相對的）に發生するかは、全く當事者の意思によつて決定せらるべく、特に獨逸民法に於けるが如き制限規定がない限りは、當事者の意思を無視して、單に債權的効力のみを發生するものとなすべき何等の理由がない。蓋しその物權的効力によつて被ることあるべき第三者の不當な

る損害は、民法一七七・一七八・一九二・四六七條等によつて防止せられ得るからである（同趣旨、大六、四、一〇行政判）。

(ハ) 解除条件に遡及的効力を附すると否とは、物權行為又は準物權行為或は繼續的給付契約の場合にのみ差異を生じ、通常の債權行為の場合にありては、結果に於て、殆んど差異がない。蓋し解除条件が遡及的効力を有せずとも、条件成就の結果は、尙ほその債權行為が始より存在しないと同一に取扱はるべきが故である。

第二百二十八條 条件付法律行為ノ各當事者ハ条件ノ成否未定ノ間ニ於テ条件ノ成就ニ因リ其行為ヨリ生スヘキ相手方ノ利益ヲ害スルコトヲ得ス

(一) 期待権(条件附權利)の性質

本條は、一二九條並に一三〇條と共に条件の成否未定の間に於ける条件付法律行為の効力、即ち期待権(条件附權利)の保護せらるべき一般的範圍を規定するものである。而かも後述する所によつて明なる如く、条件附權利者は、あらゆる點に於て、現實の權利者と同様の保護を受くるが故に、期待権も亦權利の一種として取扱はるるを妨げない（獨大判、*RGF. 69 s. 421 G*）。

(二) 期待権の不可侵

條件附法律行為の當事者は、未だ現實の權利を取得しないが、尙ほその相手方は條件附法律行為による一定の拘束を受く。

(イ) 當事者間に於ける關係

(1) 條件附に法律行為をなしたる者は、假令その條件が停止條件たる場合にありても、その行為を一方的に撤回するを得ない。

(2) 當事者の一方は、他の一方が條件附法律行為の効果として有する期待權を侵害するを得ない。この趣旨を規定する本條は、單に期待權の侵害が權利侵害(債務の不履行又は不法行為、大九、六、四國節控判參照)に該當することを明にするに過ぎないから(故に妨害豫防又は妨害停止請求權は直に發生する)、侵害行為が、更に違法行為を形成する爲めには、原則として、侵害者に故意又は過失あることを要し又期待權者に損害が發生することを要する。然るに現實の損害は、條件の成就するに至つて始めて確定するものなれば、條件の成就するまでは、期待權者は、損害賠償請求權を有するを得ない。(尤も、多少の疑はあるが、將來有することあるべき損害賠償請求權を保全する爲めに、**假差押をなすこと**を得るものと解すべきであらう(民訴七三七Ⅱ參照)。

(3) 前述の如く、期待權の侵害あるも、直に損害賠償請求權を行使するを得ずとすれば、期待權の保護に關する本條の規定は、甚だしく實用の價値を失ふであらう。而かも期待權も、亦民法上權利として取扱はるべき限り、理論上當然に、權利侵害により直に何等かの救濟手段が認められねばならぬ。吾が民法が、將來發生することあるべき損害賠償請求權を保全する手段として、多くの場合に擔保請求權を認め(二九一・四六一・五七六・六五〇Ⅱ・七〇二Ⅱ・八〇三・九三三・一〇四九・一〇九三)、又特に停止條件附受遺者の爲めに、遺贈義務者に對する擔保請求權を認むる趣旨に徴すれば、一般的に、期待權の侵害の場合にも、期待權者の爲めに**擔保請求權**を認むるものと解すべきではあるまいか(獨逸普通法上、慣習法として、斯くの如き危險が發生したる場合につき擔保請求權が認められてゐた。尙吾が民法は、損害賠償の方法としては、原則として、現實の金錢賠償のみを認むるに過ぎないが、期待權の侵害による損害も亦損害即ち未必の損害なるが故に、未必の損害賠償の方法として、理論上、擔保請求權が認めらるべきものと信ずる)。

(4) 侵害行為が法律行為なる場合には、期待權者の期待權と牴觸する限りに於て、その法律行為は無効である。

(a) 同一の目的物につき、債權行為をなすことは、一般に民法の認むる所なるが故に、期待權侵害の結果を生ずることはない。

(b) 同一の目的物につき、物權行為(又は準物權行為、對抗力を有する賃借權の設定)をなし

たる場合には、その行爲は期待權の侵害となり、何等の效力をも生じない。尤もその目的物につき權利を取得したる者が、期待權者より早く對抗要件を具へ、又は善意取得の要件を具ふるときは、その權利取得は有效であり、従つて期待權者は、讓渡人に對して前掲(2)又は(3)に述べたる權利を行使し得るに過ぎない。

(ロ) 第三者に對する關係 第三者が、條件附法律行爲により發生せる期待權を侵害したる場合に於て、現在の權利者(條件附義務者)の外、更に期待權者も亦不法行爲に基く請求權(妨害の豫防又は停止請求權、損害賠償請求權)を行使し得るか否かは、解釋上疑問たるを免れないが、苟くも期待權者に損害が發生し又は發生する可能性ある限り、その限度に於て、期待權者も亦之等の請求權を有するものと解すべきである(獨逸に於ける通説、條件附權利は不法行爲の成立要件として侵害せらるるを得る權利に該當せずとの少數の反對説がある)。尤も、一般に、條件附義務者(即ち解除條件附現在の權利者)が之等の請求權を行使するときは、一應期待權者の利益も亦同時に保全せらるるものと見るべく、現在の權利者が之等の權利を行使するとも、尙ほ期待權者に損害を被らしむる可能性大なる場合には、期待權者は、寧ろ現在の權利者に對して、前掲(イ)(2)(3)に述べたる假差押又は擔保請求權を行使し得べく、尙ほ條件成就後に於ては、現在の權利者が侵害者より受けたる賠償額をば、不當利得として、請求し得ることは勿論である。現在の權利者が賠償を受けるに先だち、條件が成就するときは、その損害賠償請求權は、法律上當然に期待權者に移轉し、原則として、彼のみ賠償請求權を行使することを得る。

第二百二十九條 條件ノ成否未定ノ間ニ於ケル當事者ノ權利義務ハ一般ノ規定ニ從ヒ之ヲ處分、相續、保存又ハ擔保スルコトヲ得

(一) 本條の趣旨

本條は、特に條件附權利(期待權)が、無條件の權利と同一の性質を有することを明にするために、規定せられたものである。

(二) 條件附權利者又は義務者は、同種の無條件の權利又は義務と同様に、之を處分、相續、保存又は擔保することを得る。その方法及び效力は、無條件の權利又は義務に關する規定によつて決定せられる。

(イ) 條件附權利も、亦意思表示のみによつて讓渡せられ得るも(一七六・四六七)、不動産物權については登記(條件附權利につき假登記がなされてゐる場合に、更にその上に權利を設定して、その假登記をなすことを得るか否かは疑問である)、動産については引渡(事實上、條件附權利者は、動産の引渡をなし得ないであらう)、債權については債務者に對する通知又はその承諾がなされない限り、之を以つて第三者に對抗す

るを得ない(一七七一七八・四六七四六九以下)。

(ロ) 条件附権利又は義務が相續の物體たる場合については、特に民法一〇三二條・一〇四七條・一〇五〇條・一〇五七條・一一三三條・一一三五條、相續税法五條等の規定がある。

(ハ) 条件附権利の保存行爲

(1) 訴の提起 条件が成就しない限り、条件附請求権に基き給付訴訟を提起するを得ないが、即時確定につき利益を有するときは、確認訴訟を提起することを得る。条件附権利者が、条件成就後義務者より履行を受くる見込がない場合に、將來の給付を求むる訴訟を提起し得るか(民訴二二六參照、獨逸に於ける學說判例は、獨民訴二五九條を根據として、この問題を積極に解してゐる。RGE. 11 S. 263)、或は条件附権利を保全するため、義務者の財産につき假差押をなすことを得るか否かは(民訴七三七、前條註(一)(イ)(2)參照)疑問である。

(2) 破産手續参加 (破二二三・二六六・二七一、四號二七五・二七六參照)

(3) 時效の中斷 条件附権利に關する時效は、条件成就の效果が遡及效を有すると否とに拘はらず条件成就の時より進行する。蓋し条件成就するまでは、權利者は、その權利を行使するを得ないからである(一六六一)。尤も停止条件附(又は始期附)權利の目的物を占有する第三者の爲めに、その占有の時より取得時效の進行するを妨げない。この場合に於ては、条件附

(又は始期附)權利者は、その時效を中斷するため、何時にても占有者の承認を求むることを得る(一六六)。

(4) 条件附不動產物權については、假登記をなすことを得る(登二二二號)。

(5) 条件附權利の目的物につき、他人が侵害行爲をなし又はなさんとするときは、妨害停止又は豫防の請求をなすことを得る(前條註(一)(イ)及び(ロ)參照)。

条件附權利につき保證債務が締結せられ、質權、抵當權が設定せられ得ることについては何等の疑もない。尤も、當事者の合意によらずして、条件附權利者が、法律上當然に、相手方に對する擔保請求權を有しないことは、無條件の債權の場合と同様である。但し停止条件附受遺者は、民法一〇九三條により、擔保請求權を有する。

(三) 条件附雙務契約の目的物に關する危險負擔については、一般の危險負擔の原則とは異なる特別が認められてゐる(五三五)。

(四) 条件附遺贈の場合に於ては、遺贈者の意思に基き、別段の定がなされない限り、受遺者がその條件の成就前に死亡したるときは、遺贈はその效力を失ふ(一〇九六)。

(五) 以上述べたやうに、条件附權利も、亦期待權として、大體に於て、無條件の權利に於けると同様の保護を受くるが故に、獨立の權利として取扱はるべく、

- (イ) 條件附に權利を讓渡したる者と第三者との間の訴訟に於て確定したる判決は、條件附權利者にその既判力を及ぼさない。
- (ロ) その經濟上の價值を有する限り、財産權として、財産の一部を構成し、權利者の破産の場合には破産財團に繰り入れらるべく(破六〇參照、獨大判、明治三〇年三月二日)、又條件附權利者の債權者は、強制執行によりその權利を差押ふることを得る。
- (ハ) 反之、條件の成就するまでは、當該の權利の内容たる利益が、現實に權利者に歸屬するか否か不確定なるが故に、條件附に或權利を取得したる者は、未だその權利を行使することを得ない。例之、條件附債權者に對する債務者の辨濟は、非債辨濟となり(七〇五)、條件の成就するまでは、未だ消滅時効は進行しない(一六六參照)。

第三百十條 條件ノ成就ニ因リテ不利益ヲ受クヘキ當事者カ故意ニ其條件ノ成就ヲ妨ケタルトキハ相手方ハ其條件ヲ成就シタルモノト看做スコトヲ得

- (一) 本條は、條件附法律行為によりて利益を受くる者を保護するために、條件成就の擬制を認むるものである。斯くの如き擬制は、多くの立法例、例之、獨・佛・奧・英法等に於ても亦認めらるる所である。

(二) 條件成就の擬制の要件

(イ) 條件の成就によりて不利益を受くべき當事者が、故意に(條件ノ成就ヲ妨クヘキ結果ヲ來スコトヲ知リテ或行為ヲシタルコトヲ以テ足リ必スシモ條件ノ不成就ヨリ來ル不利益ヲ免ル、ノ希望ヲ以テスルコトヲ要セス) 大九、一〇、一六判、條件の成就を妨げたること。

- (1) 過失によりて條件の成就を妨げたる者は、或は不法行為上の損害賠償の責を負ふことあるも、この場合には本條は適用せられない(後述註(三)(ロ)參照)。
- (2) 不利益を受くべき當事者とは、條件の成就によりて、直接に不利益を受くべき者、例之、停止條件附に權利を讓渡したる場合には讓渡人、解除條件附に之を讓渡したる場合には讓受人を指し、條件の成就によりて間接の不利益を受くる者、例之、解除條件附に權利を取得したる者の債權者が、故意に條件を成就せしむるとも、本條の適用はない。尤も本條に所謂當事者とは單に條件附法律行為の當事者に限らず、條件の成就により直接に不利益を受くべきすべての者を包含するものと解すべく、例之、解除條件附第三者の爲にする契約に基き、權利を取得したる第三者が、故意に條件の成就を妨げたる場合にも、亦本條は適用せられる。解除條件附法律行為の目的たる權利の轉得者が、本條に所謂不利益を受くべき當事者として取扱はれるか否かは、頗る疑問である。

(ロ) 條件の成就を妨ぐる行為が、信義誠實の原則に反すること 本條には、特にこの要件が示されてゐないが、自明の理として是認せらるべきである。例之、十ヶ年間忠實に勤めたならば特別の報酬を與ふべきことを約束し乍ら、雇主に於て、期間満了の直前、理由なく、その相手方を解雇するが如き、或は一定期間収益の配當をなすべきことを條件として賣買をなしたる場合に於て、故意にその配當を怠りたるが如き場合には、本條による條件成就の擬制を認むべきであるが (獨大判、KGE 79 S 577)、條件が當事者の隨意條件たる場合 (大一〇、二、一五長控判)、又は當事者間に條件の成就を妨ぐることあるべき明示若くは默示の合意ある場合は勿論、斯くの如き合意がないときに於ても、例之、賣買代金が支拂はるることを條件として仲買手數料を與ふべきことを約束したるに、買主の履行遲滯を理由として賣主が契約の解除をなすが如き場合には (大一一、九、二一東控判)、本條による條件成就の擬制を認むるを得ない。尤も當事者が條件の成就に必要な行為をなすべき義務を負ふと否とは、本條適用の有無の標準とせらるべきではない (獨大判、KGE 79 S 577)。

(ハ) 條件の成就が不能なることの確なる事實の存しないこと (大一四、四、一八大判參照)

(三) 條件附法律行為の當時に於て、殆んど條件を成就せしむるを得ない事情が存在するにも拘はらず、而かも條件の成就によりて不利益を受くべき當事者が、詐欺によつて、その相手方を

して、この點に關し錯誤に陥らしめたる場合にも、本條の類推適用を認むべきである (獨大判、KGE 79 S 577)。

(三) 條件成就の擬制の效力

(イ) 本條による擬制の效力は、條件成就を妨ぐる當事者の行為がなされることにより直に發生するものではなくして、唯爾後相手方に於て、條件が成就したるものと看做すことを得るに過ぎない (一方的意思表示のみによつて行使せらるる形成權)。

(ロ) 條件の成就により不利益を受くべき當事者の故意 (又は過失) に條件の成就を妨ぐる行為は、民法一二八條に於ける期待權侵害行為に該當する。故に期待權者は、本條による權利を行使すると、期待權の侵害を理由とする損害賠償請求權を行使するとの選擇權を有するものと解すべきである (條件成就の可能性甚だ大なる場合には、その條件が成就する時點として推定せられべきときに、條件が成就するものとして損害額を算定し、その額の賠償を求むることを得る。條件の成就によりて不利益を受くべき當事者が過失に基いて條件の成就を妨げたる場合、又は第三者がその責に歸すべき事由によつて條件の成就を妨げたる場合には、期待權者は、本條による權利を行使するを得ないから、唯前述の損害賠償のみを求むることを得るに過ぎない)。

(四) 條件の成就によりて利益を受くべき當事者が、故意に (信義誠實の原則に反する行為に基づき) 條件を成就せしめたるに於て、相手方は、條件を成就しないものと看做すことを得るか (商三九

この問題については、吾が民法に何等の規定なく、解釋上の疑問たるを免がれない。民法に特別の規定がない限り、一應この問題を消極に解すべきものの如く考へらるるが、斯くては、相手方は、民法一二八條による期待權の侵害を理由とする損害賠償請求權を行使する外、何等の救濟手段をも講ずるを得ない結果となるが故に（而かも前掲註（三）（ロ）に述べたるが如く、損害賠償請求權を行使するためには、條件不成就の可能性甚だ大なることを立證すべきものなるが故に）、この場合にも、本條を類推適用すべきであらう（反對の趣旨、大五、七、一七判例）。尙ほ條件附法律行為をなしたる當事者の意思解釋によるも、一般的に同一の結果を認め得るものと信ずる。

(五) 本條は、前二條と異り、その性質上、一般に法定條件には類推適用せらるるを得ない（獨大判、RGE. 129 S. 376）。

第三十一條 條件カ法律行為ノ當時既ニ成就セル場合ニ於テ其條件カ停止條件ナルトキハ其法律行為ハ無條件トシ解除條件ナルトキハ無効トス
條件ノ不成就カ法律行為ノ當時既ニ確定セル場合ニ於テ其條件カ停止條件ナルトキハ其法律行為ハ無効トシ解除條件ナルトキハ無條件トス

前二項ノ場合ニ於テ當事者カ條件ノ成就又ハ不成就ヲ知ラサル間ハ第二百二十八條及ヒ第二百二十九條ノ規定ヲ準用ス

既定條件は、真正の意義に於ける條件ではないが、主觀的に條件の成否が不確定なるものなるが故に、甚だ條件に類似し、従つて特に本條に於て注意的にその効力が明かにせらるるに外ならぬ（本條第一項及び第二項の趣旨は別段の説明を要しない）。既定條件の成否如何に關して、當事者が未だ認識を有しない間に於ける法律關係につき、本條第三項は、特に一二八條・一二九條の規定を準用すべき旨を定むるも、これ全く既定條件を真正の條件と同一視すべきものとする立法者の過誤に出づるのである（梅氏、民法要義、岡松氏、民法理由一三一條參照）。

第三十二條 不法ノ條件ヲ附シタル法律行為ハ無効トス不法行為ヲ爲ササルヲ以テ條件トスルモノ亦同シ

條件を附加することが、法律行為の内容を不法ならしむる場合に（特定の法律行為に一般に條件を附すること、又は特定の條件を附することが公序良俗に反する場合）、買主カ單ニ第三者ト養子縁組ヲナスコトヲ條件トスル買買契約ハ必スシモ養子トナルヘキ買主ノ自由ヲ強制スルモノニ非レハ公序良俗ニ反セス（大五、一二、一八大判）。將來夫カ私通ヲナシタル爲メ妻カ離婚ヲナス際ニハ夫ヨリ金錢ヲ交付スヘキ契約ハ其效力ノ發生ヲ不確實ナル事實ノ發生ニ繫ラシムルモノナルヲ

以テ有效ナル停止條件附法律行為ナリトス。六一五、四、一二法曹會決議、その附加せられたる條件を、不法條件と謂ひ、條件の内容が公序良俗に反する事實なると否とを問はない。法律行為の當事者又は第三者が、不法行為(公序良俗に反する行為)をなさざることを法律行為の條件となす場合にも、その條件が附加せらるることにより、當該の法律行為の内容を不法ならしめない限り、本條後段の規定あるに拘はらず、その行為は、有效と解せらるべきである(同趣旨、大六、五、二八大判)。

第三百三十三條 不能ノ停止條件ヲ附シタル法律行為ハ無効トス

不能ノ解除條件ヲ附シタル法律行為ハ無條件トス

(一) 不能條件の意義(本節註(二)參照)

條件の内容たる事實の發生が可能なるか否かは、法律行為の成立の時に於ける状態を標準として決定せらるべきである。法律行為成立の時に可能なるも、後に不能となるときは、條件は成就に確定する。

(二) 不能の停止條件附法律行為は無効であり、不能の解除條件附法律行為は無條件の法律行為として有効である。尤も不能の解除條件附法律行為が、當事者の錯誤により無効となる場合あることに注意すべきである。

第三百三十四條 停止條件附法律行為ハ其條件カ單ニ債務者ノ意思ノミニ係ルトキハ無効トス

(一) 純粹隨意條件の意義(本節註(三)(ハ)參照)

(二) 本條は、債務者の意思のみに係る停止條件附法律行為が無効なる旨を(その理由は、法律上の拘束を生ぜしめんとする意思表示ありと謂ふを得ない點に存する)規定するに過ぎない(純粹隨意條件が條件たり得るか否かについては、本節註(三)(ハ)參照)。

(イ) 法律行為が、物權行為又は準物權行為なる場合に於ても、その行為により、一方的に財産の出捐をなすべき當事者の意思のみに係る純粹隨意條件を、停止條件となす場合には、債務行為に於けると同様に、當事者の效果意思の存在を認むるを得ないから、その法律行為を無効となすべきである。

(ロ) 條件附法律行為が、債務行為なる場合にありても、債務者が同時に債權者たる地位を有すべき雙務契約については、本條適用の餘地はない。

(ハ) 純粹隨意條件が解除條件なる場合には、條件の内容たる事實の成否が、債權者の意思のみにより、又は債務者の意思のみによりて左右せらるるものなるとを問はず、當事者は之によりて法律上の拘束を生ぜしめんとする意思を有すること明なるが故に、之を有效とすべきことは當然である。

第三百三十五條 法律行為ニ始期ヲ附シタルトキハ其法律行為ノ履行ハ期限ノ到來スルマテ之ヲ請求スルコトヲ得ス

法律行為ニ終期ヲ附シタルトキハ其法律行為ノ效力ハ期限ノ到來シタル時ニ於テ消滅ス

(一) 本條の趣旨

本條第一項は、履行期たる始期を附したる債務行為のみに關する規定であるが、本來の意義に於ける始期が附せらるる債務行為も、亦性質上、之と同一に取扱はるべきことは、既に述べた所である(本節註(六)參照。尙始期附物權行為又は準物權行為の效力については註(八)參照)。本條第二項は、すべての終期附法律行為に適用せられる。

(二) 履行期

(イ) 債務行為に履行期を附すると否とは、當事者の自由である(當事者が、明示又は默示の意思表示により履行期を定めず、且つ履行期を決定するにつき、當事者の意思に代るべき慣習もない場合には、履行期は、民法四二二條三項の定むる所による)。尤も期限が餘りに長い將來に於て定められたる爲め、當該の期限附法律行為が無期限のものと解釋せられ、又は當事者の效果意思を缺くものとして、無効として取扱はるべき場合あることに注意すべきである。

(ロ) 債務行為に履行期を附したるときは、期限の到來するまで、既に發生せる債務の履行を請求するを得ない。期限の到來とは、期限たる事實が發生することを謂ふ。期日を以つて定められたる期限は、その日の到來により、期間を以つて定められたる期限は、當事者の特約又は一三九條以下の定むる期間計算法によつて決定せらるる末日の終了により、或事實の發生を以つて期限としたときは、その事實發生のとき又は不發生に確定したるときに於て(大九、四、二二、同八、二、六六判、同一四、四、一三東控判)、到來するものと解すべきである。尤も期限の利益を有する者が、之を拋棄したるときは、その瞬間に期限は到來し(二三六Ⅱ)、又民法一三七條の定むる事實が發生したるときは、債務者は、期限の到來前と雖も、その履行を拒むことを得ない。

(三) 終期附法律行為

法律行為に終期を附したるときは、その法律行為の效力は、期限の到來したる時より消滅し、當事者間の特約によるも、終期の性質上、效力の消滅に遡及的效力を附するを得ない。終期附法律行為に於て、終期の到來により權利を回復すべき者は、その終期の到來前、既に、恰かも解除條件附法律行為の當事者に於けると同一の期待權を有し、この期待權は、一二八條・一二九條による保護を受くるのである(本節註(八)參照)。

第三百三十六條

期限ハ債務者ノ利益ノ爲メニ定メタルモノト推定ス

期限ノ利益ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得但之カ爲メニ相手方ノ利益ヲ害スルコトヲ得ス

(一) 本條の趣旨

本條は、専ら期限附（その履行期たると、本來の意義に於ける期限たると、又當事者の定めたと、法律上直接に規定せらるるものたると、裁判官の定めたるものなるとを問はない）債務行為に着眼して規定せられたるものであるが、その性質の許す限り、期限附處分行為についても類推適用せらるべきである。

(二) 期限の利益とは、始期又は終期が附加せらるることによつて當事者の受くべき利益を謂ひ、何れの當事者がこの利益を受くるかは、法律行為の種類によつて異なり（例之、利息附消費貸借に於ける期限は、通常、當事者雙方の利益のために定められ、無償寄託に於ける期限は、通常債権者のみの利益のために定められたるものと見るべきである）、又同種の法律行為についても、當事者間の特約或は具體的の事情によりて、必ずしも一律に之を決定するを得ない。その何れなるか明でない場合には、債務者（始期附處分行為の場合には處分者、終期附處分行為の場合には、その處分により直接の利益を受けたる者）の利益のために定められたるものと推定せらるるから（本條第一項）、反對の主張をなす者が、その立證責任を負ふべきである。

(三) 期限の利益の拋棄

(イ) 期限の利益の拋棄とは、期限の到來と同一の法律効果を發生せしむべきことを内容とする相手方ある一方行為を謂ふ。期限の利益の拋棄により債権者はその履行の請求をなし（債務者がその履行をなさないときは、履行遲滞の責を負ふ）、又債務者は有効に履行の提供をなすことを得るのみならず（債権者が之を受領しないときは、受領遲滞の責を免がれない）、期限を前提とする法律効果（例之、期限の到來までの期間に相當する利息）は、爾後消滅するに至る（同趣旨、大七、三、二六大判）。

(ロ) 期限の利益は、その利益の歸屬者に於て、常に之を拋棄することを得るか、即ち相手方も亦期限の利益を有する場合に於ても、尙ほ一方的に之を拋棄することを得るか否かについては、學說上の争がある。或は(1)本條第二項に基き、期限の利益は、その利益の歸屬者に於て之を拋棄するを得るも、相手方も亦期限につき利益を有する限り、その損害を賠償すべきものとなし（比較的多數説）、或は(2)相手方も亦期限の利益を有するときは、一方的に之を拋棄することを得ずと解釋せられてゐる。乍併、本條第二項は、前項の場合を受けて規定せられたものと見るべきが故に、期限の利益を有する債務者は、債権者が期限につき有する利益を賠償して（例之、期限までの利息の全部を支拂ふことにより）、一方的に有效なる拋棄をなし得るも（同趣旨、大七、三、二〇大判、即ち本條第二項はこの場合のみを規定するものと解すべきである）、反之、債権者が期限の利益を有するも、同時に債務者も亦期限の利益を有する限り、債権者に於て、一方的にその利益の拋棄をなす

ことを得ずと解すべきである(例之「銀行業者カ期限前定期預金ノ拂渡請求ニ應スル「利率ヲ當座預金ニ低下シテ」事
例アリトスルモ畢竟預金者ノ便宜ヲ重シ自己ノ當然主張シ得ヘキ期限ノ利益ヲ拋棄シタルニ止ル」大五、三、二五六控判
の二ある)。

第三百三十七條 左ノ場合ニ於テハ債務者ハ期限ノ利益ヲ主張スルコトヲ得ス

- 一 債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキ
- 二 債務者カ擔保ヲ毀滅シ又ハ之ヲ減少シタルトキ
- 三 債務者カ擔保ヲ供スル義務ヲ負フ場合ニ於テ之ヲ供セサルトキ

(一) 本條の趣旨

本條に列擧せらるる事實が発生するときは、債務者の信用は著しく低下するが故に、期限の到來するまで、債權者が履行の請求をなすことを得ずとなすことは、頗る債權者にとつて酷なるのみならず、當該の債務につき特に期限が附加せられたる本來の趣旨にも反する。これ本條列擧の事實を以つて、債務者の期限の利益喪失の原因となす所以である。

(二) 期限の利益喪失の效力

本條列擧の事實が発生するとも、當然には、期限はその效力を失ふものではない。故に債權者

に於て尙ほ期限の利益を有する限り、彼はその利益を主張するを妨げない(故に債務者の履行を拒絶して期限までの利息等を請求することを得る。債權者が期限前の履行を受領したる場合に於ても、尙彼は期限の利益を主張して、利息等の支拂を請求し得るか否かは、解釋上の疑問である)。尤も債務者の破産の場合には、當然に期限が到來したるものと看做さるるが故に、債權者も亦期限の利益を主張するを得ない(破一七)。

(三) 債務者が期限の利益を喪失すべき原因

- (イ) 債務者が破産の宣告を受くること(破一七参照)。
- (ロ) 債務者が擔保を毀滅し又は之を減少すること(本條第二號)。
 - (1) 茲に擔保とは、物的擔保の外、人的擔保をも包含する。例之債務者が保證人を逃亡せしめたる場合も、亦擔保の毀滅に該當する(尤も少數の反對説がある)。
 - (2) 擔保は、法定擔保たると約定擔保たるとを問はないが、擔保の目的物は特定することを要するから、一般先取特權の目的たる總財産を減少せしむる行爲は、本號に該當しない。
 - (3) 擔保の毀滅又は減少とは、債權者をしてその擔保の目的物につき有する權利を喪失せしめ、又はその物の價格を減少せしむることを謂ふ。法律上の處分行爲によると(例之、先取特權の物體なる特定動産の讓渡、質入、又は登記以前に於ける抵當物の讓渡)、事實上の處分行爲(例之、抵當物の全部又は一部の毀滅)によるとを問はない。

(4) 擔保の毀滅減少は、債務者の行爲(作爲又は不作爲)に出づることを要するも、その過失に基くと否とは問ふ所ではない(通説)。

(ハ) 債務者が、法律上又は裁判所の命令或は當事者間の特約に基き(大九、六、二四、大判參照)、擔保を供すべき義務を負ふ場合に於て(人的擔保たると物的擔保たるとを問はず)、適法の時期に、適法の擔保を提供しないこと(本條第三號)。

(ニ) 以上列擧の事實の外、尙ほ當事者間の特約により、當事者が期限の利益を喪失すべき原因を定め得ることは(その公序良俗又は信義誠實の原則に反しない限り)勿論である(通常、期限喪失約款は、債務者のみにつき定めらるるものなるも、期限喪失後債權者が債務の全部の履行を請求しない場合に、殘額債權全部につき、消滅時効が進行するものと解すべきか否かは學說上争がある。一六六參照)。

第五章 期間

(一) 本章の規定

一定の時點(期日)又は一定の時の經過(一定の時點より他の時點に至る繼續的時の部分、即ち期間)は、法律事實として、私法上並に公法上、種々の法律效果の要件(例之、年齢、時効、除斥期間、期限等)とせられてゐる。本章は、法律事實たる期間の計算方法を定むるものであつて、私法上に於ける期間についてのみならず、別段の定がない限り、公法法規又は行政處分或は裁判所の命令によつて指定せらるる期間についても適用せらるるのである。

(二) 期間の種類

(イ) 法定期間、約定期間(一九・二四・五四一等)、裁定期間(裁判所の定むる期間、例之、一九六・二〇一七)

(ロ) 確定期間、不確定期間

(ハ) 繼續期間、不繼續期間 不繼續期間とは、繼續的に算定せられないもの、例之、一ケ年の中三ヶ月の休暇が定めらるる場合の如きを謂ふ。本章の規定は、繼續期間についてのみ適用せらるべく、不繼續期間の計算は、常に自然的計算法によるべきである。

(三) 期間計算の方法については、從來自然的計算法(自然的時間に従ひ計算する方法)と曆法的計算法(曆の定むる所に従ひ月又は年を計算する方法)とが認められてゐる。前者は、精密に期間を計算するに適するも、長期の期間を計算するに甚だ不便である。後者は、不精確なる期間計算の方法なるも、實際上の便宜に適する。吾が民法は、時又は之より短かき時間を單位として期間を計算すべき場合に、自然的計算法に従ひ(一三九參照)、月又は年を單位として期間を計算すべき場合に、曆法的計算法を採用してゐる(一四三)。

(四) 本章は、將來に於て終了すべき期間を前提とする規定のみを包含するも、過去に遡及して期間が計算せらるる場合にも、その適用あるは勿論である。

第三百三十八條 期間ノ計算法ハ法令、裁判上ノ命令又ハ法律行爲ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外本章ノ規定ニ從フ

本條は、本章の規定が任意法規なることを明にするに過ぎない。

(一) 法令による別段の期間計算法(刑二四、戸六三、破産法に於て、期間の計算につき、何日より起算してとあるときは、即日より起算せらるべきものと解せられてゐる。明治三十五年、法律第五十號、年齢計算ニ關スル件、「戸籍法第六九條第一項の出産届出期間ノ計算法ハ届出事件發生即チ出生ノ日ヨリ起算スルヲ要スルコト戸籍法第六三條第一項ノ規定

ニヨリ明ニシテ同規定ハ民法第一三八條ノ所謂特別ノ定アル場合ニ該當スル特別規定ナルヲ以テ出產届出期間ハ民法ノ通則ニ從ヒソノ翌日ヨリ起算スヘキモノニ非ス」六一、四、一〇大判)

(二) 裁判所又は当事者が期間の計算に關して別段の定をなしたるときは、その範圍に於て、本章の規定の適用は制限せられる。尤も強行法規又は裁判所の命令に一定の期間が指定せられてゐるときは、特に別段に解せらるべき原因がない限り、当事者に於て、任意にその期間の計算法を定むることを得ない。

(三) 法令、裁判所の命令又は当事者の特約により、特に期間の計算方法が定められてゐない限り、すべての法律上の期間につき、本章の規定が適用せられる(「商法第一四一條第五三條ノ登記期間ノ計算法ニ關シテハ商法中他ニ別段ノ定ナク又商慣習法モ存セサルヲ以テ同法第一條ニヨリ民法ヲ適用スヘキモノニシテ會社ノ取締役變更ノ場合ニ於テソノ登記ヲナスニツイテ全期間ノ利益ヲ享ケシメサル特別ノ理由アルニ非レハ民法第一四〇條第一四二條ノ規定ニ從ヒ選任ノ決議アリタル日ヲ二週間ニ算入セス又二週間ノ末日カ日曜日ニ當ルトキハ日曜日ハ登記所ノ休日ナレハ其ノ翌日ヲ以テ期間ノ満了スルモノト解スルヲ相當トス」六一〇、九、二九大決)。

第三百三十九條 期間ヲ定ムルニ時ヲ以テシタルトキハ即時ヨリ之ヲ起算ス

本條は、起算の時点(「民法上期間ニ付キノ起算點ヲ明示セサル場合ニハ其ノ法律行爲又ハ其ノ事由ノ發生シタル時ヨリ起算スルヲ以テ原則トス」明四五、四、二東控判)以後の期間が時(分、秒)を單位として定められたる場合

に（時を單位とするものなるか否かは、當事者の意思解釋の問題である）、自然的計算法によるべきことを明にするものである。起算の時點が、時又はそれ以下の單位によつて表示せらるる場合に於ても（例之、何月何日何時何分よりと謂ふが如く）、その期間が、時又はそれ以下の單位によつて計算せらるべきものとして解釋せらるべき事情がない限り、本條を適用すべきではない。

第四百十條

期間ヲ定ムルニ日、週、月又ハ年ヲ以テシタルトキハ期間ノ初日ハ之ヲ算入セス但其期間カ午前零時ヨリ始マルトキハ此限ニ在ラス

本條は、日又は日以上の單位によつて期間が計算せらるべき場合に於て、當事者間の特約（或日ヨリ滿三年間トアルノミヲ以テシテハ未タ以テ當事者間ニ期間ノ計算ニツキ初日ヲ算入スヘキ特約アリタルモノト認ムルヲ得ス）大ニ、一〇、二八東地判）、又は法律に別段の定がないときは（民事訴訟法第三九一條第二項ニ所謂通知書ノ送達アリタル日ヨリ起算ストハ其ノ日カ期間ノ初日ナルコトヲ意味スルモノニシテ通則ニ從ヒ其ノ日ハ期間ニ算入セサルモノト解スルヲ相當トスル）大一〇、一〇、一大判）、所謂延期的計算法によるべきことを明にするものである。例之、株金拂込の催告は、その株主に到達したる時より效力を生じ、從つて到達日の翌日より二週間の期間が存しないときは、商法一五二條二項に違反する催告として無効である（大一〇、一一、四大判）。尙ほ時効期間についても、本條の適用を否認すべき何等の理由もない（大六、一一、八大判）。

第四百十一條

前條ノ場合ニ於テハ期間ノ末日ノ終了ヲ以テ期間ノ滿了トス

(一) 時又は時以下の單位によつて期間が計算せらるべき場合には、自然的計算法による。故に期間滿了の時點が期間の終了點なることは明かである。

(二) 日又は日以上の單位を以つて、期間が計算せらるる場合には、初日は算入せられないから（前條）、期間の末日の終了を以つて期間の滿了とせられる。期間を定めたる日數に分數ある場合（例之、今日より一日半）には、特に時を單位としてその期間が計算せらるべきものとする別段の事情がない限り、分數を時に換算して、その終了點を決定すべきである（從つて設例の場合には、翌翌日の午前十二時にて期間は滿了する）。

(イ) 期間は、末日の終了、即ち末日の午後十二時に終了するを原則とするも、法令又は慣習或は當事者間の特約により、取引時間が定められてゐる場合には、一般に、商法二八三條の規定する趣旨に従ひ、取引時間の終了によつて期間も亦終了するものと解すべきである。尙ほ一定の時間以後、債務の履行等法律上の行爲をなし、相手方をして之を受領せしむることが、信義誠實の原則に違反するものと考へらるる場合には、その時間以後之等の行爲をなすことを得ない結果として、期間も亦その時間に於て終了することとなる。

(ロ) 期間の末日が休日なる場合については次條參照。

第四百四十二條 期間ノ末日カ大祭日、日曜日其他ノ休日ニ當タルトキハ其日ニ取引ヲ爲ササル慣習アル場合ニ限り期間ハ其翌日ヲ以テ滿了ス

(一) 本條適用の要件

(イ) 期間の末日が、大祭日、日曜日その他の休日に當ること

(1) 大祭日は、大正元年勅令第十九號の休日に關する件の定むる所による(尙その後十一月三日が大祭日中に追加せられた)。

(2) その他の休日とは、國家全體に亘る休日は勿論、一地方又は一階級のみに限る休日(例之、節句、盆等)をも包含するものと解すべきである(「年末年始ノ休暇ハ一般ノ祝祭日ニ非サルヲ以テ其ノ日カ抗告期間ノ終リニ當ルモ之ヲ期間ニ算入スヘキモノトス」大三、一一、五六判、同趣旨、大九、二、一三六判。「大正十一年一月二日ハ日曜日ニ非サルハ勿論又一般ノ祝祭日ニモ該當セサルヲ以テ民事訴訟法上同日ヲ期間ニ算入セサル理由ナシ」大一一、一、二六朝高判。「大正四年十一月十日ハ即位禮當日ニシテ一般ノ祝日ナルカ故ニ同日カ不變期間ノ最終日ニ相當スルトキハ之ヲ期間ニ算入スヘカラス」大五、六、六六判。「靖國神社臨時大祭ノ爲陸海軍軍除諸生徒鼓譟官員ニ休暇ヲ賜リタル日ハ刑事訴訟法第八一條第三項ニ所謂一般ノ休日トシテ指定シタル日ニ該當セス」昭七、七、四六判決)。

(ロ) その休日に取引をなさざる慣習あること 茲に取引とは、單に商取引たる法律行為又は準法律行為に限らず、廣く公法上又は私法上の行為を意味し(「出訴期間ヲ定メタル場合ニ於テ期間ノ

末日タル日曜日ハ裁判所役員ノ休務スヘキ日ナルカ故ニ民法第一四二條ニ所謂取引ヲナササル場合ニ該當スル無地判、新聞一八一八號三二)、取引をなさざる慣習は、當事者一方の慣習のみにて足るも(「民法第一四二條ニ所謂取引ヲナササル慣習アル場合トハ獨リ債務者ニ於テ取引ヲナササル慣習アル場合ノミナラス債權者ニ同一ノ慣習アル場合ヲモ亦之ヲ包含スルモノトス」明三六、五、五六判)、個人的休日は、所謂休日に該當しないことに注意すべきである。

(ハ) 法律關係の性質上、特に期間の繰延べを必要とすること この必要を認め得ない法律關係については、本條の立法趣旨に徴して、本條の適用をなすべきではない。例之時効期間又は一定の不作爲期間の如きは、末日が休日なると否とに拘はらず、末日の終了により期間も亦終了するものと解すべきである。

(ニ) 當事者間に別段の定ある場合又は法律に別段の規定あるときは、本條が適用せられないことは勿論である(「實用新案法第一九條ハ期間ノ末日カ日曜日又ハ一般ノ祝祭日ニ當ルトキト雖モ其日ノ終了ヲ以テ期間ノ滿了トスル法意ナリト解スルヲ相當トス」大九、二、九六判)。

(二) 本條は期日(例之、手形の満期日)にも亦類推適用せらるべきか否かは、學說の岐るる所である。

第四百四十三條 期間ヲ定ムルニ週、月又ハ年ヲ以テシタルトキハ曆ニ從ヒテ之ヲ算ス

週、月又ハ年ノ始ヨリ期間ヲ起算セサルトキハ其期間ハ最後ノ週、月又ハ年ニ於テ其起算日ニ應當スル日ノ前日ヲ以テ滿了ス但月又ハ年ヲ以テ期間ヲ定メタル場合ニ於テ最後ノ月ニ應當日ナキトキハ其月ノ末日ヲ以テ滿期日トス

本條は、(週)月、年を單位として、期間が計算せらるる場合に、月の大小、年の平閏を問はず、曆に従ひ之を計算すべき旨を明にするものである(曆法的計算法)。期間に分數が附加せらるる場合にも、別段に取扱はるべき事情がない限り、分數も、亦曆に従ひ算定せらるべきである(例之、大正八年一月一日を起算日として向う一年半と謂ふときは、大正九年六月三十日午後十二時に於て期間は滿了する)。

(一) 週、月又は年の始より起算するときは、最後の週、月又は年の終了によりて期間は滿了する。尤も一月一日に於て向う一ケ年間と謂ふときは、一四〇條の規定に従ひ、起算日は一月二日なることに注意すべきである。

(二) 週、月又は年の始より期間を起算しない場合(本條第二項)

(三) 舊曆の適用(民法一四三第一項ニハ期間ヲ定ムルニ週月又ハ年ヲ以テナシタルトキハ曆ニ從ヒテ之ヲ算ストアリ曆ノ新舊ヲ區別セサルカ故ニ舊曆時代ニ生マレタル者ニツイテモ其ノ出生ノ日ニ應當スル新曆ノ日ノ前日ヲ以テ滿年トナスヘク舊曆ヲ新曆ニ換算シテ應當日ヲ定ムヘキモノニ非ス但シ明治五年ハ十二月二十日ニ至ルマテヲ以テ一年トナスヘク又舊曆閏月中出生ノ者ハ其ノ前月末日ニ生レタルモノト看做シテ應當日ヲ定ムルノ外ナキモノトス) 同答、法曹會記事一三四號四二)

第六章 時 效

(一) 時効制度存在の意義

一定の期間、権利者として行動する者は、眞實に権利を有する場合多く——唯眞の権利者なることの立證をなし得ないに過ぎない(大九、七、一六六判參照)——假令眞實に権利を有せずとするも、相當長い期間繼續して権利者として行動したる者を、眞の権利者として取扱ふことは、繼續的な事實狀態に對する一般の信頼を保護する所以であり、又一定の期間權利を行使しない者は、眞實に權利を有しない場合多く——唯相手方が權利の消滅原因について立證をなし得ないに過ぎない——假令眞實に權利を有するとも、相當長い期間權利を行使しない者は、法律上保護を受くるに値しないのみならず、又一般人の信頼を保護するためには、彼を無權利者として取扱ふべき必要がある(時効ノ目的ハ不確定ナル權利關係ヲ長ク繼續シテ行使セラレタル現狀ニ從ツテ解決セントスルニアルモノトス) 昭二、四、一五朝高判)。これ時効制度存在の意義ある所以である(尤も各種の時効につき、各別の存在理由も亦あり得ることに注意すべきである)。

以上述べたやうに、時効制度は、私人の權利を保護すると同時に、一般の信頼を保護せんとす

る公益上の理由に出づるものであるから、時効に關する本章の規定は、大體に於て、強行法規に屬するものと解すべく（時効ハ其性質公益的規定ニ屬シ時効ノ長短ハ國際公安ニ影響ヲ及ホスモノナルカ故ニ米國法ノ消滅時効ニシテ吾國ノ消滅時効ヨリモ長期ナリトセハ法例第三〇條所定ノ如ク吾國ノ時効ヲ適用スヘク米國法ヲ適用スヘキモノニ非ス）大六、三、一七六判、時効の適用を、當事者の意思によつて排除し、又は時効期間を延長し或は時効中斷の原因を増加する等、時効の完成を困難ならしむる定をなすを得ない。反之、時効期間を短縮するが如く（當事者カ特約ヲ以テ權利ノ行使期間ヲ制限シ一定ノ期間内ニ請求セサルトキハ其權利ハ始ヨリ成立セザリシコトトナリ若クハ期間經過ト共ニ當然ニ消滅スヘシト定ムルコトハ苟モ其ノ權利ノ本質ニ反セス又公序良俗ニ背カサル限り之ヲナシ得サルモノニ非サルヲ以テカ、ル場合ニハ當該權利ハ特約ニヨリ如上ノ特質ヲ帶フルニ至ルモノト解シ得ヘク之ヲ目スルニ時効期間ノ短縮ヲ以テスル要ナキモノトス）昭二、八、三六判、時効の完成を容易ならしめ（昭二、二、一東控判、尤も少數の反對説がある）、或は時効完成後時効の利益を享受するか否かを、當事者の自由意思に委ぬるとも、時効制度によつて保護せらるる公益を害するの虞れなく、寧ろ之等の點は、當事者の便宜又は道義感に委ぬるを妥當とする（一四五・一四六參照）。

(二) 時効の意義

時効とは、一定の期間繼續して他人の權利を行使し、又は自己の權利を行使しないことを内容とする權利の取得又は消滅の原因たる法律要件を謂ふ。權利取得の法律要件たる時効は取得時効で

あり、權利消滅の法律要件たる時効は消滅時効である。

(イ) 時効は、一定期間の經過を要素とするが故に、動産又は有價證券の善意取得は（一九二以下、商四四一）、通常、即時時効と稱せらるるも、取得時効ではない。

(ロ) 時効は、一定の期間、他人の權利を行使し又は自己の權利を行使しないことを要件とするが故に、權利を行使すると否とに拘はらず、一定期間の經過による當然の權利取得（始期附權利）又は權利喪失（終期附權利）の存續期間を、除斥期間又は豫定期間と謂ふ。尙ほ實體法上の權利を消滅せしめずして訴權のみを消滅せしむる場合に、その訴權の存續期間を出訴期間と謂ふ）の原因たる期間は、時効ではない。

- (1) 除斥期間とは、權利の存續期間を謂ひ、或は法律上當然に特定の權利につき認めらるることあり、或は又當事者の特約によつて定めらるることもある（昭二、八、三六判參照）。除斥期間は權利そのものの存續期間なるが故に、この期間の經過により、權利は當然に消滅し、裁判官は、原告の陳述より除斥期間の定あることを認定したる場合には、職權により、之を斟酌すべきである。尤も法定の除斥期間が（例之、五六四・一九三・一九五）、訴訟進行の中途に於て満了するとも、期間内に訴の提起がなされたる限り、裁判官は、尙ほ當該權利の存續を認むべきである。
- (2) 除斥期間は、權利そのものの存續期間なるが故に、之については、時効に於けるが如く、

期間進行の中斷又は期間満了の停止を認むるを得ない(尤もすべての法定の除斥期間について、中斷、停止に關する規定が、全然類推適用せらるべき餘地がないか否かは、疑問である)。

- (3) 時効による権利の消滅は、當事者の援用を俟つて始めて裁判上認定せらるべきであるが、除斥期間による権利の消滅は、當事者の援用を必要としない。
- (4) 消滅時効の起算點は、権利者が権利を行使し得る時であるが、除斥期間の起算點は、別段の定がない限り、權利發生の時である。

(5) 除斥期間の経過による權利消滅の効力は、原則として、遡及しないが、消滅時効による權利消滅の効力は、常に遡及する(二四四)。

(6) 或期間が、除斥期間なるか時効期間なるかは、大體に於て、法律が時効によつて消滅すと謂ふ文句を用ひてゐるか否かによつて、判定せらるべきものと謂はれてゐる。

(三) 時効の起算點(取得時効については一六二、消滅時効については一六六參照)。

(四) 時効期間(一六二・一六三・一六七―一四七・二九一・三〇〇・三五〇・二八九―二九三・三九六・四二六・七五九・七二四・八九四・九四二・九四三・九六六・九九三・一〇二二・一〇三六・一〇四七・一〇五〇・一〇五七・一〇九二・一一四五) 取得時効は、善意占有の場合には十ケ年、惡意占有の場合には二十ケ年、特に本章の規定する消滅時効については、種々の事情を考慮して(權利の存否の原因たる事實關係の不明瞭の程度、權利の價格の大小、

その權利に關する取引が頻繁に行はるか否か、従つて又證據保存の程度等)、次の如き各種の時効期間が定められてゐる。

(イ) 長期時効、二十年(一六七―一六八)、十年(一六七―一六八)。

(ロ) 短期時効、五年(一六九)、三年(一七〇・一七一)、二年(一七二・一七三)、一年(一七四)。

(五) 時効期間の計算

期間の計算方法は、前章の規定する所による。尤も一四二條は、その性質上、時効に適用せらるべきではない(この點は民法一六一條の趣旨に徴するも明瞭である。一四二註(一)(ハ)參照)。

(イ) 債權的請求權は、債務者に交替あるも、その時効期間に何等の影響をも及ぼさない。

(ロ) 反之、物の占有者に對する物權的請求權は、義務者たる占有者に交替ある毎に、新に發生するものなれば、義務者の交替の時より新なる消滅時効が進行する。尤も物の占有が傳來的に他人に移轉せられたるときは、後主は前主の占有をも合せ主張することを得る(一八七)。占有又は準占有を要件とする取得時効についても亦同様である。

(六) 時効障礙

時効は、その進行を始めた後、一定の事實が発生することにより、或は既に經過したる期間を無効ならしめ(時効の中斷、一四七以下)、或は時効期間が延長せられる(時効完成の障礙或は時効の停止、一五八

以下)。茲に注意すべきは、吾が民法が、獨逸民法に於けるが如き、眞實の意義に於ける**時効の停止**（停止事由の存続する期間は、時効期間中に算入せられない制度）を認めないことである（大正十二年九月七日勅令第四〇四號第一條ニヨル三十日間ノ支拂延期許與セラレタリトテ之カ爲メ右期間時効停止シ該日數ヲ時効期間ノ計算ニ算入スヘキモノニ非ストナスハ當ラス。昭三、三、三一大判）。蓋し吾が民法の認むる時効の停止は、時効の完成が近づいたにも拘はらず（完成前六ヶ月内或は直前）、之によつて利益を失ふべき者が、時効を中斷し得ない事情が存する場合に、その者を救済するために認めらるる時効期間の延長であつて、必ず停止事由は、時効完成前一定の期間内に存在するを要し、又この事由によつて延長せらるる期間は、障礙事由の存続期間ではなくして、法律上一定せらるるのである（六ヶ月又は二週間）。例之、時効完成前六ヶ月以内に停止事由が発生すれば、その消滅後六ヶ月間は時効は完成せず、若しこの六ヶ月内に再び停止事由が発生すれば、その消滅後六ヶ月は、尙ほ時効は完成しないのである。この意味に於て、吾が民法の規定する時効の停止は、時効完成の停止又は時効完成の障礙と稱せらるべきものである。

(七) 時効によつて取得し得べき権利と消滅し得べき権利

時効によつて取得し得べき権利は、占有又は準占有の目的たるに適する所有權その他の財産權に限られ（一六三參照）、人格權、身分權又は之等の權利を基礎とする財産權（例之、扶養請求權）は、取得

時効の物體たるを得ない。尤も相續人が時効によつてその相續回復請求權を失ふ結果、**潜稱家督相續人が戸主權を取得することあるに注意すべきである。**

消滅時効によつて消滅すべき權利は、單に請求權（債權的又は物權的）に限らず、所有權、從つて亦物上請求權（大五、六、一三大判）以外のすべての財産權である。占有權、相隣權、共有物分割權、解約權（大七、一二、二三大判）、選擇權、登記請求權（大四、四、一・同一三、四、一七六判）の如き一定の事實關係又は法律關係と終始する權利は勿論、**抗辯權**は、その性質上、獨立に時効によつて消滅することはない（一六六參照）。尙ほ身分法上の權利も亦特に消滅時効によつて消滅することがある（例之、

隱居の取消權七五九Ⅲ、相續回復請求權九六六、相續の承認又は拋棄の取消權一一二Ⅱ）。

(八) 時効の效力

時効は、その完成により、その起算日に遡つて效力を生じ、當事者は、起算日より權利を取得し或は權利を喪失する（一四四參照）。斯くの如き時効の效力は、時効の完成により、實體法上確定的に發生するか（**訴訟行爲説**）——若し然りとすれば、時効の援用は、訴訟法上の行爲に過ぎない——或は時効完成後當事者の援用を俟つて始めて確定するか（**停止條件説**）、或は時効完成によつて一應その效力は發生するも、當事者が之を援用しないこと又は時効利益の拋棄により、遡及的にその效力が消滅するかは（**解除條件説**、**訴訟行爲説**）を採る學者の間にありても、時効利益を拋棄するこ

とを法定の解除条件とするものと説明する學者がある、從來學說の岐るる所である(一四五參照)。

第一節 總 則

本節は、取得時効及び消滅時効に共通なる時効の效力、時効の中斷及び停止の原因並にその效力を規定するのである。

第四百四十四條 時効ノ效力ハ其起算日ニ遡ル

(一) 取得時効完成の效力

取得時効の完成により、物の占有者又は財産權の準占有者は、その事實上行使する權利を取得し(一六二・一六三)、その權利取得は、時効の起算日に遡りその效力を生ずる。尤も時効完成による利益は、權利取得者に於て、時効完成後、自由に之を拋棄し得るのみならず(一四六參照)、權利取得者に於て、時効完成の事實を主張しない限り、裁判所は、時効の效力を認定して、之に基き裁判をなすことを得ない(一四五參照)。

(イ) 時効の起算日とは占有又は準占有を始めた日である。尤も時効期間の計算についてはその日は算入せられないことに注意すべきである(一四〇參照)。

權原の性質上、占有者又は準占有者に、所有の意思又はその他の財産權を行使する意思がな

いものとして取扱はるべき場合に於ては、その占有者又は準占有者が、自己に占有又は準占有をなさしめたる者に對し、所有權その他の財産權行使の意思あることを表示し、又は新權原(相續は新權原ではないとの判決がある。昭六、八、七六判)により、更に所有權その他の財産權行使の意思を以つて占有又は準占有を始めざれば、假令事實上占有者又は準占有者にその意思ありとするも、その意思を以つて占有又は準占有を始めたるものとなすを得ない。故に例之、他人の爲めに、他人所有の土地を管理すべきことを委託せられたる者は、自ら所有の意思あることを表示し、又は尠くとも表見上所有權移轉等の新權原により、占有を始むるにあらざれば、時効により所有權を取得することを得ない(前掲大判參照)。

(ロ) 時効の效力は起算日に遡る。

(1) 法律上の効果は、法律要件が成立したるときに始めて發生するを原則とするにも拘はらず、本條が、特に斯くの如き例外規定を設けた所以は、畢竟、時効進行中の事實狀態を保護しなければ、繼續的事實狀態に對する一般の信賴を保護せんとする時効制度の目的を貫徹するを得ないからである。

(2) 時効の完成により取得せられたる所有權その他の財産權は、時効の起算日に、その時の狀態に於て、占有者又は準占有者に歸屬したるものとして取扱はれる。故に、

- (a) 取得時効により、土地の一部の所有権を取得したる場合には、その占有を始めたる時に於て、土地は分割せられたるものと看做さるべきである(大一一三、一〇、七六民聯判)。
- (b) 取得時効によつて取得せられたる権利が、收益権をその内容とするときは、時効の起算日より、その果實は、時効取得者に歸屬する。尤も起算日以後の果實を眞の権利者に返還したる場合には、その行爲は、権利の承認として、時効中斷の效力を生ずる。
- (c) 時効の起算日以後に於て、時効取得者によつてなされたる権利の處分は、有効の行爲となる。反之、時効の起算日以後、眞の権利者が、その権利を處分したる場合には、時効の完成までは、一應その處分行爲は有効とせらるるも、時効の完成により遡及的に無効となる(権利の處分が、同時に、時効の中斷事由に該當しない限り、その處分につき既に登記がなされたる場合にも、時効の完成により、遡及的にその效力を失ふ)。
- (d) 時効完成の效力が遡及する結果として、時効の完成前に於ける**目的物に對する不法行爲を原因とする損害賠償請求權**は、時効取得者に歸屬するに至る。尤も既に不法行爲者が、原権利者に既に賠償したるときに於ても、その賠償が遡及的に無効となるか否かは頗る疑問である。恐くは、民法四七八條・四八〇條の類推適用により、その賠償を有効とし、唯時効取得者は、原権利者に對して不當利得の返還請求權を行使し得るに過ぎずと解すべきであらう。

(e) **不動産物權の時効取得を以つて第三者(時効完成の時に於て權利を失ふ者及びその包括承繼人以外の者、大一一三、一〇、二九・同一三、三、七六判)に對抗するには、登記を必要とする(大一一四、七、八六民聯判、尤も登記法上別段の登記方法が存しないから、不動産が既登記なる場合には移轉登記、昭二、一〇、一〇大判、未登記なる場合には保存登記をなせば足る)**。尤も時効取得の遡及効と登記の時期との關係につき、次の諸點に於て疑問を生ずる。

- (i) 甲の所有地を丙が取得時効により取得せる場合に、その時効完成前、甲は乙に對しその所有權を移轉して登記を経たるときは、丙は時効完成後任意の時期に時効取得の登記をなすことにより、その時効取得を以つて、乙に對抗することを得るか。時効完成後その登記前に、甲が乙にその權利を移轉して移轉登記をなしたる場合如何。
- (ii) 時効完成前その進行中に於て、丙が丁に對して自己の占有する土地の所有權を移轉したるときは、時効完成後、任意の時に、その登記をなすことにより甲の特定承繼人(その移轉登記をなしたる)に、その所有權を以つて、對抗することを得るか否か。時効完成後遅滞なくその登記をなすことにより、甲の特定承繼人に對抗することを得るものと解すべきか否か。

(iii) 時効完成後、甲はその所有権を乙に移轉し、又丙もその時効により取得したる土地を丁に移轉したる場合に於て、甲乙間の權利移轉が先に登記せられたる限り、丙若くは丁は、その時効取得を以つて、乙に對抗するを得ざるか否か。

(ハ) 時効取得は原始取得である(大七、三、二大判)。故に時効取得者は、その權利が原權利者に歸屬したる事實を立證するを要しないのみならず、原權利者の權利が、第三者の權利によつて制限せらるる場合に於ても、取得者は、その從來行使したる權利を取得し、原權利者の權利を基礎とする第三者の權利も亦消滅する(三九七參照)。尤も第三者の權利(例之、地役權)の存在を是認しながら、所有の意思を以つて、占有を繼續したる者は、地役權の制限ある所有權を取得するに過ぎない(大九、七、一六大判)。

(二) 消滅時効完成の效力

消滅時効の完成により、權利者は、時効の起算日に遡つて、その權利を失ひ、その權利が請求權なるときは、之に對應する他人の義務も亦消滅する。尤も權利の消滅は、相手方の援用を竣つて始めて裁判上斟酌せらるべく(一四五)、又相手方は、時効完成後、自由に時効の完成による法律上の利益を拋棄することを得る(一四六)。

(イ) 消滅時効の起算日は、權利者が權利を行使し得る日であり(一六六一)、時効が中斷せられ

たるときは中斷事由の消滅したる日である(一五七)。尤も時効期間も、亦民法一四〇條に従ひ、時効が進行したる日の翌日より起算せらるべきは勿論である。

(ロ) 消滅時効の完成により、權利は消滅する。單に權利者が訴權を失ひ又は義務者をして義務の履行を拒絶する抗辯權を取得せしむるに止まるものではない。故に、

(1) 消滅時効に罹れる義務の履行は、新に贈與の意思を以つてするにあらざれば、法律上の原因を缺き、不當利得返還請求の理由となる。尤も義務の履行が、時効利益の拋棄として取扱はるべき場合には、この限りではない(一四六)。

(2) 消滅時効に罹れる債務のために、擔保を提供するも、無効である。

(3) 主たる權利が、時効によつて消滅するときは、之に従たる權利も亦消滅する。

(a) 既に提供せられたる擔保は、債權が時効に罹ることにより、當然にその效力を失ふ。尤も不動産上の擔保物權は、その抹消登記をなすにあらざれば、その消滅を以つて、第三者に對抗するを得ない(一七七)。

(b) 利息債權も、亦その法定たると約定たるとを問はず、元本債權の時効完成によつて消滅する。故に元本債權の消滅につき時効を援用したるときは、特に利息債權につき之を援用せずとも、利息債權の存續が認めらるべきではない。

(c) 地上權、永小作權等が消滅したるときは、果實取得權、損害賠償請求權等も亦消滅する。

(d) 茲に疑問となるのは、**債權に附隨する抗辯權**（例之、同時履行の抗辯權、留置權）も亦、消滅時効による債權の消滅によつて同時に消滅するか否かの問題である（抗辯權が獨立に消滅時効により消滅し得べきものでないことは、抗辯權の性質上疑ひない）。理論上この問題は積極に解すべきであらうが、斯くては、甚しく公平の觀念に反する結果を認むることとなる（獨逸に於ける一部の學者は、債權と抗辯權とは互に牽連關係を有するも、その内容を異にするが故に、消滅時効に關しては、兩者の間に、從屬關係を認むべきにあらずと説明して居り、贊成者も相當に多い。同趣旨判例・OJGE 6 S. 51 反之、買主の代金の履行拒絶權は、權利擁護の形式に於ける減額請求權の行使に外ならぬから、減額請求權が消滅するときは、又この拒絶權も消滅する。五六四參照）。

(4) 不動産上の權利が消滅時効によつて消滅したる場合に、既にその權利につき登記あるときは、之を抹消せざれば、その消滅を以つて、第三者に對抗するを得ない（一七七）。

(ハ) 以上述べたる消滅時効完成の効力は、起算日に遡る。

(1) 元本債權が時効により消滅したるときは、元本債權は、起算日以後存在せざりしこととなり、起算日以後に發生したる履行遲滞に基く損害賠償請求權又は利息債權は、始より發生

せざりしものとなる（大九、五、二五六判）。

(2) 起算日以後になされたる權利の處分又は之に對應する義務の移轉（例之、債務の引受、履行引受）は、當然に無効となる。

(ニ) **消滅時効の效力に關する例外** 民法五〇八條は、「時効ニ因リテ消滅シタル債權カ其消滅以前ニ相殺ニ適シタル場合ニ於テハ其債權者ハ相殺ヲ爲スコトヲ得」と規定する。蓋し通常の取引に於ては、相殺適狀にある債權は、も早存在せざると同一に取扱はるるが爲めである。

第四百十五條 時効ハ當事者カ之ヲ援用スルニ非サレハ裁判所之ニ依リテ裁判ヲ爲スコトヲ得ス

(一) 本條の趣旨

時効の完成による法律上の利益を享受するか否かは、全くその利益の歸屬者の自由意思に委ねるを適當とする。蓋し、時効は、往々にして事實上眞の權利者より權利を奪ひ、眞の義務者の義務を免がれしむる結果を生ずるからである。この理由から、本條は、時効の效力を當事者の援用にかからしめたものであるが、時効完成の實體法上の效力そのものを制限せんとする趣旨なるか、或は訴訟法上、裁判官の職權に制限を加へて、以つて實體法上の效力に制限を加へたると同様の結果を生せしめんとする趣旨なるかは、從來學說の岐るる所である。通説及び判例は

後の趣旨に解してゐる。

(イ) 訴訟行爲説

民事訴訟法の一般原則によるも、當事者の主張しない事項は、之を以つて、裁判の資料となすことを得ないが、相手方の主張が、時効の完成と相容れない場合に於て、時効の利益を享くる者が、相手方の主張全部を否認する限り、特に時効完成の事實を主張せずとも、裁判官は當該時効の完成の有無を判断することを得るであらう。本條は、この點に關する特別規定であつて、時効の利益を享くる者が、特に時効完成の事實を裁判上主張するにあらざれば（一應ノ催促ヲ受けタルコトナキヲ以テ既ニ支拂済ナル旨ノ供述ヲ以テ直チニ消滅時効ノ抗辯ナリトシ時効ノ法期ヲ適用スルハ違法ナリ）明四二、二、二六大控判、當事者カ時効ヲ援用スルニ當リ其十年ノ時効ナリヤ將タ二十年ノ時効ナルヤハ特ニ之ヲ明示スル要ナシト雖モ時効援用ノ基本トスヘキ事實ニツイテハ必スヤ當事者ノ主張アルコトヲ要スルモノトス）明四五、五、二三・同四五、五、一一大判、裁判所は、之によつて裁判を爲すことを得ない趣旨を規定するに外ならぬ。従つて、

(1) 實體法上、時効の効力は、時効の完成によつて確定的に發生し（明三八、一一、二五・大八、六、一九・同八、七、四大大判）、次條に規定せらるる時効の利益の拋棄は、新なる贈與又は類似の無償處分に外ならぬ（尤も訴訟行爲説の論者の間にありても、時効利益の拋棄を法定の解除條件となすものと解する學者がある）。

(ロ) 時効の援用は、訴訟當事者の攻撃防禦の方法たる訴訟行爲の一種であつて（大一二、三、二六大大判）、裁判所に對してなされることを要し、遅くとも控訴審の口頭辯論の終結までに、之を爲すべきである（大七、七、六・同一二、三、二六大大判、第一審に於ける不援用は、當然には例令時効完成の事實の不知を立證することを得ずとするも時効の利益の拋棄ではない。大七、七、六大大判、尤も少數の反對説がある）。又當事者は一旦之を援用すると、任意にその撤回をなすを妨げない（大八、七、四大大判）。

(3) 時効の利益を拋棄しない限り、當事者は、裁判上時効を援用すると否との自由を有し、その援用不援用は、當該訴訟による判決の既判力が及ばない第三者に對して、何等の影響をも及ぼさない（尤も訴訟行爲説の論者にして、時効援用の効力が絶對的に第三者にも及ぶと主張する學者もある）。

(四) 時効の實體法上の效力を制限するとなす説（意思表示説） この派の學說に停止條件説と解除條件説の二種あることは既に述べた所である（この兩説の内何れを探るかによつて生ずる著しき差異は、消滅時効の完成後に於ても債務の承認又は債務の辨済が可能なるか否かの點に存する）。

- (1) 時効が完成するも、その効力は未だ確定的には發生しない。
- (2) 時効の援用は、實體法上の行爲であつて、時効の效力を確定的に發生せしむることを内容とする相手方ある意思表示である。

(3) 援用は、法律効果を確定する要件に過ぎないから、裁判上たると裁判外たるとを問はず有効になされ得る（援用を以つて實體法上の意思表示として取扱ふとも、必ずしも、裁判外に於ける援用をも有効としなければならぬ絶対的の理由はない）。故に時効により直接にはその利益を享受しない者が、時効の完成を理由として訴を提起する場合、例之、手形債権の消滅時効を理由として、債権者が償還請求をなすが如き場合に於ては、時効の利益の享受者が、裁判外に於て時効援用の意思表示をなしたることを證明して、その償還請求の理由あることを主張するを得る（大七、一二、二四東地判、大八、六、一九大判参照）。又一度有効に援用の意思表示をなしたるときは、爾後一方的に之を撤回するを得ないのみならず、特定の相手方に對する援用の意思表示は、すべての利害關係人に對してもその效力を生ずる。

(4) 裁判外に於て援用の意思表示がなされたる場合に於ても、裁判所は、その事實を明にするを得る限り、改めて裁判上の援用を竣たずして、時効の效力を認めねばならぬ。

(二) 援用の當事者

(1) 本條に所謂當事者とは、時効の完成により法律上直接の利益を受くべき者を謂ひ（大八、六二四・昭三、一一、八大判、例之、手形所持人は手形債権の消滅時効により直接の利益を受くる者ではないから、手形債務者が時効の援用をなさない限り、自ら時効を援用して償還の請求をなすを得ない。前掲註(一)(ロ)参照。尤も商法四四四條

は本條の適用を豫想するものではないと謂ふ有力なる學説がある）。廣く訴訟當事者を指示するものではない（大八、七、四大判）。尤も取得時効によつて權利を取得したる者、消滅時効によつてその債務若しくは權利上の制限を免がれたる者及び之等の者の包括承繼人（相續人、包括受遺者、他の會社を合併したる會社）のみに限らるべき理由なく（判例及び通説は此見解を採る）、更に時効完成の有無によりその權利を喪失し又は義務を免るるに至るか否か直接の法律上の利害關係を有する者をも包含するものと解すべきである（大六、五、一九法曹會決議）。

(1) 取得時効により取得せる財産權の**特定承繼人** 時効により他人が取得せる權利をそのままに承繼したる者たる（大一二、一一、三長控判）、その權利の上に設定せられたる權利を取得したる者たるを問はず、前主に權利が歸屬したることを原因として、その權利を取得するものなれば、前主が時効を援用しないことにより、直接に法律上不利益を被るべき地位にありと謂はねばならぬ。これ之等の者が獨立に援用權を有するものと解すべき所以である（反對の趣旨「被上告人等ハ潛稱相續人タル甲ヨリ其ノ潛稱相續ニカ、ル不動産ヲ買受ケ又ハ抵當權ノ設定ヲ受ケタル場合ニ於テハ被上告人等ハ其買受又ハ設定ニヨリテ該不動産上ノ權利ヲ取得シ得サリシ者ナルカ故ニ眞實ノ家督相續人タル上告人ノ有セル家督相續回復請求權ノ消滅時効完成シタルトキハ潛稱相續人ニ於テ之ヲ援用シ得ルハ勿論ナルモ被上告人等ハ自ラ之ヲ援用シ得ヘキモノニ非ス」昭三、四、二大判）。

(2) 消滅時効完成後、之に對應する債務又は當該權利により制限を受くる權利を承繼したる者(債務の引受は、債務の承認として時効中斷の事由となる。尙前掲大判參照)。

(3) 連帶債務者及び連帶保證人(四三九・四五八)

(4) 保證人については、特別の規定はないが、主たる債務が消滅したるときは、保證債務も亦當然に消滅するものであるから、假令主たる債務者が時効を援用せずとするも、保證人は獨立の援用權を有するものと解すべきである(大四、七、一三・同四、一二、一一大判)。

(5) 擔保設定者(物上保證人)及び抵當不動産の第三取得者は、保證人と同一視せらるべきが故に、又獨立の援用權を有するものと見るべきである(反對説及び反對の判例がある。明四三、一、二五大判。尤も大二三、一二、二五大判は債務者の時効利益の拋棄は抵當不動産の第三取得者に影響なしと判示した)。

(6) 反之、債務者の債權者は、債務者が債務を免がるることにつき、法律上の利益を有するも、之は債務者の財産が保存せらるることによる間接の利益に過ぎないから、獨立の援用權を有しない。又援用權が民法四二三條による債權者代位權の物體たるを得るか否かは疑問である

(債務者カ債權者ヲ許害スル爲メ法律行爲ヲ爲シタル場合ニ於テハ其相手方タル受益者ハ若シ債權者ノ債權カ消滅時効ニ因リ消滅スルトキハ其ノ債權者カ許害行爲ノ取消權ヲ失フノ結果トシテ受益者ノ取得シタル權利ノ安固トナルヘキ利益ヲ得ヘキモ其ノ利益タルト時効ノ直接ノ結果ニ非サルヲ以テ其ノ債務ノ消滅時効ヲ援用シ得ヘキ當事者ト謂フコトヲ

得サルモノトスレ昭三、一一、八大判、有力なる反對説がある。

(ロ) 援用權者數人ある場合に於て、一當事者の援用又は不援用は、他の當事者に對してもその影響を及ぼすか。

(1) 時効の援用を訴訟行爲と見る見解に従へば、援用をなし得べき者數人あるときは、各當事者は各自獨立して時効を援用すると否との自由を有すると共に、裁判所はその援用したる當事者の直接に受くべき利益の存する部分に限り、時効の效力を認定して、之による裁判をなすことを得べく、援用しない他の當事者に關する部分にまで之を及ぼすことを得ない(大八、六、二四大判、故に例之、保證人が時効を援用しないときは、當該保證人は時効完成の利益を享受することなく、反之、主たる債務者が時効の援用をなさずとするも、保證人は之を援用することを妨げない)。

(2) 以上述べたる所に反し、時効の援用を以つて、實體法上時効の效力を確定せしむる要件となす學說に従へば、本來權利の存否は、すべての者に對して同一に判定せらるべきものであるから、一當事者の援用は、すべての利害關係者に對してもその效力を及ぼし、一當事者が援用せずとするも、他の當事者は之を援用してその效力を他の當事者にも及ぼし得るものと解せざるを得ない。

(三) 時効援用の效力

(イ) 時効の援用により、時効完成の効力は、確定的に時効の起算日に遡つて發生する。

(ロ) 時効の援用の効力が絶対的に發生するか否かは既に述べた所である。

(四) 時効援用權の濫用

民法に直接の規定はないが、時効の完成により利益を受くべき者が、相手方の時効の中断を故意に妨げたる場合(獨大判、KGE. 34 S. 232 f. RG. Jur. W. 1916, S. 1183)、又はその責に歸すべき事由に基いて、相手方をして、その時効の援用をなさず又は時効の中断をなすことを要せずとの確信を抱かしむるに至れる場合には、相手方は、所謂惡意の抗辯により、時効の援用の無効を主張することを得るものと解すべきである(獨大判、KGE. 37 S. 232 RG. Warn. 1919, N. 2 KG. Rechts. 1921, N. 594)。

第四百四十六條 時効ノ利益ハ豫メ之ヲ拋棄スルコトヲ得ス

(一) 本條の趣旨

時効の完成前に於て、時効の利益の拋棄を許すときは(時効完成前の拋棄が、他人の權利の承認として、時効中断の效力を有することは勿論である)、時効によりて權利を失ふべき者は、時効によりて利益を受くべき者に對し、常に豫め援用權の拋棄を強要するに至るべく、斯くては時効制度を設けたる目的は破壊せらるるに至るであらう(尤も「將來時効其他ノ事由ニ因リ消滅スルモ尙手形金額ノ支拂ヲ爲スヘ

キ旨ヲ約スルカ如キハ契約自由ノ原則上固ヨリ有效ナルモノトス」昭四、六、一一東地判)。これ本條の立法理由である(この理由から、時効完成の條件を加重する行爲も無効である)。故に時効完成後、時効の利益を拋棄することは――前條の趣旨に徴するも――法律の認むる所と見るべきである。

(二) 時効利益の拋棄の意義及び性質

時効利益の拋棄とは、時効の完成による利益を享受しないことを内容とする、相手方ある無形式の一方行爲を謂ふ(大八、七、四大判)。

(イ) 時効の援用を訴訟行爲と解する學說に従ふも、又實體法上の行爲と見る學說に従ふとも、時効利益の拋棄が單なる訴訟法上の援用權の拋棄を内容とする訴訟行爲に屬しないことは明らかである(同趣旨、大九、一一、九大判)。

(ロ) 時効完成の効力は確定的であり、援用は單に訴訟上裁判所をしてその效力を認定せしむる要件に外ならずと解する學說に従へば、取得時効の拋棄は、既に取得したる權利を原權利者に讓渡する行爲であり、消滅時効の拋棄は、一旦免がれたる義務を新に負擔する一方的義務負擔行爲であつて、一種の無償處分と見る外はないであらう。尤もこの學說に従ふ學者にありても時効の利益の拋棄を、時効が完成しない状態を維持することを目的とする――時効完成の效力を遡及的に消滅せしむることを内容とする――意思表示として説明する者もある(大九、一一、九

大判参照。

反之、時効の援用を以て、實體法上時効完成の効力を確定する要件と解する學說に従へば、時効利益の拋棄は、實體法上の援用權(形成權)の拋棄に外ならぬ。従つて一旦時効によつて得たる權利の拋棄、免がれたる義務を新に負擔する行爲と區別せらるべきこととなる。

(八) 時効利益の拋棄と承認との差異(一五六參照)。

(三) 時効利益の拋棄の方法

時効の完成により、直接に不利益を受くる者に對する一方的意思表示を以つてなされることを要する(相手方の同意を要しない、大八、七、四大判)。その明示たると默示たるとは(單なる不援用は默示の拋棄ではない。大一一、四、一四大判)、固より問ふ所ではないが、尠くとも時効完成の事實を認識してなされることを要する(大八、五、一九・同一〇、二、七大判、故に時効の完成を知らずしてなしたる債務の承認、相殺の援用、辨濟猶豫の申出、擔保の提供、債務の辨濟等は、默示の時効利益の拋棄ではない。獨大判、*Verzicht auf die Forderung* 尤も吾大審院は、**互證がない限り、時効完成の事實を知りたるものと推定すべき旨を判示してゐる。**大六、二、一九・同六、四、二六・同一二、四、二六・昭二、六、八大判)。故に**時効完成後の債務の辨濟は、非債辨濟として、不當利得返還請求の原因となる。**尤もこの點につき、停止條件説に従ふ者は、援用前の辨濟を有効となし、又獨逸に於ける一部の學者は、此場合に不當利得の返還を認むるのは吾人の法的感情に

反すると云ふことを理由として、その辨濟を有効と解してゐる。

(四) 時効の利益を拋棄し得る者は、援用權者である。尤も一援用權者の時効利益の拋棄は、他人に對してその効力を及ぼさない(保證人につき大五、一二、二五大判、抵當不動産の第三取得者につき同一三、

一一、二五大判、連帶保證人につき昭五、一、二九大判)。

(五) 時効利益の拋棄の能力及び權限

時効利益の拋棄は、一種の處分行爲に外ならぬから、處分の能力及び權限を有する者でなければ之をなすを得ない(大八、五、一二大判參照)。これ時効中斷の原因たる承認と異なる點である(一五六參照)。

第四百四十七條 時効ハ左ノ事由ニ因リテ中斷ス

- 一 請求
- 二 差押、假差押又ハ假處分
- 三 承認

(一) 本條は、時効中斷の原因を、總括的に規定するものである。時効中斷には、法定中斷と自然中斷の二種がある。前者は本條の規定する中斷であつて、取得時効及び消滅時効に共に適用せられ、後者は取得時効の要件たる占有又は準占有の消滅を指す。

(イ) 請求 茲に請求とは、廣く裁判上又は裁判外の権利の行使を謂ひ、單に一四九條以下に規定せらるる行爲のみに限られない(多數說、反對の趣旨、大六、六、二二大判)。故に例之相殺(その債權が相殺適狀に存しないため相殺が無効なる場合は勿論、その有效なる場合には殘額債權についても權利を行使したるものと見るべきである。反對、大一〇、二、二大判)、清算人の催告に對する債權の申出(大六、一〇、一三大判)、民事訴訟法の規定による配當參加(大八、一二、二大判は、破産手續參加と同等の效力あるものと判示した)、破産の申請(債權者ノ破産宣告ノ申立ハ之ニ因リテ破産者ノ財産ヲ保全シ公平ニ辨濟ヲ受クルノ手續ヲナサシメンカ爲メニスルモノナレハ一種ノ裁判上ノ請求ニ外ナラス)明三七、一二、九大判)、仲裁判斷(吾民事訴訟法上ニ於テハ仲裁機關ヲ權利保護ノ機關トシテ之ヲ裁判所ト同視シタルコトヲ推認シ得ヘク)大一一、四、二二大控判、從つて「仲裁人カ事件ノ審理ニ着手シタル如キ場合ハ勿論仲裁判斷ニ因リ事件ヲ解決スルカ爲メニ必要ナル事柄ヲ當事者ニ於テ爲シタルトキハ之即チ權利者ニ於テ其ノ權利ノ行使ヲ怠ラサリシモノナルカ故ニ之ニ依リテモ亦時効中斷ノ效力ヲ生スルモノト解スルヲ相當トシ當事者ニ於テ仲裁人選定ニ關スル手續ヲ爲スカ如キハ右ニ所謂必要ノ事柄ヲナシタル一例ナルヲ以テ斯ノ如クシテ中斷セラレタル時効ハ仲裁手續ノ終了ニヨリ再ヒ其ノ進行ヲ始ムルモノトス」大一二、一〇、二九大判)、その他各種の調停法による調停の申立も、亦中斷事由たる請求中に包含せしめらるべきである。

(ロ) 差押、假差押、假處分 之等の行爲は、必ずしも裁判上の請求がなされたることを前提とするものではないから、之を別個の中斷事由となす所以である(一五四參照)。

(ハ) 承認(一五六參照) 承認は、即時に新なる時効を進行せしむる點に特徴を有する。

(二) 時効中斷の效力

中斷事由が発生するときは、既に進行したる時効期間を無効ならしめ、中斷事由の消滅後、新なる時効が進行するに至る。

(イ) 法定中斷の效力は、相對的であり(一四八)、又その中斷事由の範圍に於てのみ、當該權利の時効を中斷するに過ぎない(請求ニヨル時効ノ中斷ハ裁判上ノ請求タルト裁判外ノ請求タルト問ハス其ノ請求アリタル範圍ニ於テノミ時効中斷ヲ來スモノナルヲ以テ一部ノ請求ハ殘部ノ請求ニ對スル時効中斷ノ效力ヲ生スルコトナキモノトス、債權者カ裁判上ノ一部ノ請求ヲ爲シタル後其ノ訴ノ申立ヲ擴張シテ殘部ノ請求ヲ爲シタル場合ニ於テハ其ノ申立擴張ノ時ニ於テ始メテ殘部ノ請求ニ對シテ時効中斷ノ效力ヲ生スルモノト解セサルヘカラス)昭四、三、一九大判)。

(ロ) 自然中斷の效力は絶對的である(一六四・一六五參照)。

第四百四十八條 前條ノ時効中斷ハ當事者及ヒ其承繼人ノ間ニ於テノミ其效力ヲ有ス

(一) 法定中斷の效力の及ぶ人的範圍

(イ) 中斷の當事者、即ち時効の中斷をなしたる者及び之を受けたる者 債權者は、債務者に代位して、時効を中斷し得る者なれば(四二三)、債權者が債務者の爲めに時効を中斷したるとき

は、その効力は又債務者にも及ぶ。

(ロ) 當事者の承繼人 その包括承繼人たると特定承繼人たると、又移轉的にその権利又は占有を承繼したる者たると、創設的に承繼したる者たるとを問はない。

(ハ) 本條の規定する如く、時効中斷の効力は相對的にのみ發生し、當事者及びその承繼人以外の者に對しては、何等の効力をも及ぼすものではない。

(1) 一權利が數人に屬する場合にも、その一人のなしたる時効の中斷は、その者の爲めにのみ効力を生ずる。尤も中斷行爲は權利の保存行爲に外ならぬから、權利者の一人が他の者の爲めに保存行爲をなすべき權限を有する限り、その一人のなしたる時効の中斷は、他の權利者にもその効力を及ぼすべきは寧ろ當然である(大八、五、三一大判參照)。

(2) 共同占有者の一人に對する時効の中斷は、他の占有者に對する時効中斷の効力を生じない。尤も代理占有者に對する中斷は、占有者本人に對してもその効力を及ぼすものと解すべきである(大一〇、一一、三大判)。

(3) 同一人が、目的を同じうする債權を數人に對して有する場合に於ても、債權者がその債務者の一人に對してなしたる時効の中斷は、他の債務者に對してその効力を生じない(同趣旨、明三三、三、三大判)。

(4) 連帶債務者の一人のなしたる債務の承認は、他の債務者に對してその効力を及ぼさない

(民法四三四條ノ規定ハ連帶債務者ノ一人ニ對スル請求ノミニ付キ他ノ債務者ニ對シテモ効力ヲ生スルモノト爲シタルニ止マリ請求以外ノ時効中斷ノ事由ニ付テハ其ノ効力ヲ生セザラシムル法意トス) 大一一、三、二五五大判、同趣旨、昭二、六、八大判)。

(二) 以上述べたる時効中斷の相對的効力については、民法は、特殊の理由から、次の如き例外を認めてゐる。

(1) 共有者に對する時効中斷は、地役權を行使する各共有者に對して之をなすにあらざればその効力を生じない(二八四)。

(2) 連帶債務者又は連帶保證人に對する履行の請求は、他の債務者に對しても時効中斷の効力を生ずる(四三四參照、昭三、二、一五五大判、履行ノ催告ト謂ヒ訴ノ提起ト謂ヒ將々強制執行ト謂フモ結局何レモ權利ノ内容ヲ實現セントスル目的ヲ以テ債權者ノ爲ス所ニシテ簡單ニ謂ヘハ何レモ權利ノ本旨ニ從フ行使トイフ點ニ於テ同一類型ニ屬スル行爲ニシテコノ内訴ノ提起又ハ強制執行ハ履行ノ催告ニ比シ更ニ強力ナル中斷事由タルコトハ民法第一五三條、第四三四條ニ照シ明白ナル以上訴ノ提起又ハ強制執行カスカル効力ヲ生スルニ付キ勿論解釋ニ依ルコトハ吾現行法ノ精神ニ背反セサルモノトス) 大一一〇、一〇、一六東控判。尤も大一一四、五、一東控判は、連帶債務者の一人に對してなしたる差押は、他の連帶債務者に對して時効中斷の効力を生ずべき限りにあらずと判示してゐる。尙前掲大一一五、三、二五五大判參照)。

(3) 主たる債務者に對する履行の請求その他時効の中斷は、保證人又は連帶保證人に對しても、その效力を生ずる(四五七・四五八)。

(4) 不可分債權者の一人は、他の債權者の爲め履行を請求することを得る(四二八)。

(三) 法定中斷の效力の及ぶ物的範圍

この範圍は、如何なる權利が行使せられ、如何なる權利を保全する爲めに、差押、假差押、假處分がなされたるか、如何なる權利について、その相手方が、承認をなしたるかによつて決定せらるべきである。

(イ) 權利の一部についてのみ時効中斷事由が発生したる場合に於て、その權利が可分的の内容を有するときは、原則として、權利の一部についてのみ中斷の效力を生じ(表見上一部の權利行使が、權利の全部を行使したるものとして取扱はるべき場合がある。六一一、七一〇大判参照)、その内容が不可分なるときは、全部に對する中斷として、その效力を認むべきである。

(ロ) 一權利が、他の權利を基礎として存立する場合、例之、債權を擔保する爲めに抵當權が設定せられたる場合には、抵當權の行使又は承認は、債權そのものに關する時効中斷の效力を有する(尤も留置權、質權については、三〇〇條・三五〇條の特別規定あることに注意すべきである)。

第四百四十九條 裁判上ノ請求ハ訴ノ却下又ハ取下ノ場合ニ於テハ時効中斷ノ效力ヲ生セス

(一) 裁判上の請求の意義

(イ) 裁判上の請求とは、訴の提起を謂ひ(單純なる訴訟上の抗辯の如きを包含しない、大九、九、二九大判。尤も民事訴訟法三七八條第一項により、當事者雙方通常の裁判日に裁判所に出頭して、訴訟につき辯論をなすことも、訴の提起に外ならぬ)、その本訴たるを反訴たると、附帯私訴たると、又請求の變更によると(民訴二三二)、請求の擴張によるとを問はない(民訴二三四)。外國裁判所に提起せられたる訴は、民事訴訟法二〇〇條の要件を具ふるものに限り、時効中斷の效力を有する。

(ロ) 訴が權利の行使を目的とする限り、訴の種類如何は問ふ所ではない。その給付訴訟たると形成訴訟たると確認訴訟たると、又執行文附與の訴(民訴五二以下、明三〇、一一、二四大判参照)、若くは執行判決附與の訴(民訴五一四・五一五)たるとを問はず、時効中斷の效力を有する。學者間に争の存する點は、消極的確認訴訟に於て、權利者が被告として、原告敗訴の判決がなさるべきことを申立つることも、亦時効中斷の事由に該當するか否かである。獨逸及び吾國の判例は消極の見解を維持してゐる(獨大判・KGE 80 S. 281, 71 S. 73, 75 S. 316 大一一、四、一四・昭六、一一、一九大判)。尙ほ行政訴訟又は行政訴訟願は、その直接の目的が「私權ノ實行ニ非スシテ行政處分ノ取消若クハ變更ニアレハ時効中斷ノ原因タルヘキ裁判上ノ請求ト謂フコトヲ得ス」(大五、二、八