

法律事實のことを或ひは法律要件といふ名を以つて呼び、法律要件を組成する事實をば法律事實といふとする説がある。例へば、契約は法律要件であつて、契約を組成する申込又は承諾が法律事實であるとする。然し法律學に於ける通常の用語としては、事實は外界及び内界に於ける現象をいひ、要件は法律概念を構成する事實をいふのであつて、兩者は全然異つた標準に立つ用語である。故に法律事實の語に代ふるに法律要件の語を以つてするは誤りではないけれども、別な觀點に立つものである。之れに反し、要件を組成するものが事實であるとする見解は、誤りたる標準に立つ觀念を混用せるものであつて、従つて亦た誤りである。

法律事實は斯くの如く法律效果發生の要件となつた事實を謂ひ、他の事實の介在に因つて原因結果の連鎖を爲すに至つた事實、即ち法律效果の發生に對して因果關係を有する事實は法律事實ではない。例へば、占有取得行爲(一八)は占有權發生の原因たる行爲であつて、法律事實である。所有權取得行爲は、或ひは法律行爲なることがあり(例、契約)、或ひは占有取得行爲なることがあり(二三九)、或ひは發見行爲なることもある(二四)。何れも當該の行爲が法律事實である。然るに添附と稱せられる場合(二四二乃至二四六)に於いては、物に付いて生じた一定の状態が所有權發生の原因たる法律事實であつて、添附が行爲に因つて行はれるときと雖も(例、附合、加工)、添附行爲は法律事實ではない。住所設定行爲も同様であつて、住所に附せられた法律效果は居住の事實から

發生し、設定行爲から生ずるのではない。之れを要するに、法律事實が法律效果の原因であるといふ意味は、法律效果の附著してをる事實であるといふに在る。

(二) 法律事實は苟も法律效果の原因となるべき一切の事實をいひ、其の有形の事實たる無し無形の事實たるを問はず、又た動的事實(事件)たるを靜的事實(狀態)たるを問はぬ。或ひは靜的事實は事實に非ずとする説があるけれども、或る事物が或る狀況に於いて存在する狀態は其の事物の發生又は消滅する事實(出來事)とは別な意義に於ける一の事實である。又た法律事實は人事物に關する事實なることもあり、物に關する事實なることもある。以上の標準に従つて法律事實は種種に分類される。然し其れ等は何れも重要な分類ではない。然るに總ての法律事實中最も主要なるは人の行爲である。故に行爲と其の他の法律事實とに分類することは極めて有意義である。而して行爲を除いた法律事實を狹義の法律事實と名ける。

九六 第二款 行爲

(一) 行爲 (acte; Handlung; act) とは意思に基く身體の舉動をいふ(二八切)。廣く行爲と謂へば、法律事實たる行爲と然らざる行爲とを併せ含み、前者を法律上の行爲、後者を事實上の行爲と呼ぶ。後者は法律上意義なき行爲である(例、社交上の行爲、宗教上の行爲、道德の上行爲)。

同じ種類の行爲が時として法律上の行爲たることがあり、又は時として事實上の行爲たることがある(例、飲食、約束、讀經)。

意思無能力者の行爲

行爲は意思に基くことを要するからして、意思の發動に非ざる舉働は行爲ではない(例、反射作用、失神中の行爲、習性作用)。此の點に就き問題となるは、意思能力なき者の行爲は法律上行爲と稱すべきか否かである(二八切)。意思無能力者の意思は法律上意思に非ずとするときは、其の行爲は法律上行爲なき場合であり、意思無能力者の意思も法律上の意義に於ける意思なりと解するときは、其の行爲は法律上行爲であつて、唯だ意思能力なき爲に無効となるのである。此の問題は人格及び物の觀念と相對して考ふべきものであつて、權利能力がないと人又は物と稱せざると同じく、意思能力なき者の行爲は法律上行爲に非ずとするが、至當と思ふ。即ち意思無能力者の行爲は之れを事實上の行爲中に編入すべきものである。

不作爲と受忍

舉働に積極的舉働と消極的舉働とがある。之れに因つて行爲を作爲及び不作爲(又た行爲及び不行爲ともいふ)に別ける。兩者共に意思の發動に基かねばならない。然るに受忍義務(又は容認義務)なるものが認められ、其れは不作爲義務の一種であるか否か争はれてをる。思ふに、受忍義務は唯だ權利者の行爲を甘受する義務であつて、何等意思の發動に基くことを要せぬ。故に受忍は行爲ではない。

法律上の行爲の分類

法人は意思を有せずとするときは、法人には自己の行爲はありえないことになる。之れに反して、法人は機關を通じて活動すると解するときは、機關の意思は即ち法人の意思であり、法人は行爲を爲しうることになる。

(一) 法律上の行爲が法律事實として法律効果を發生するには、種種なる様相がある。之れに従つて法律上の行爲が種種に分類せられる。

(1) 適法行爲、違法行爲 其の行爲の法律事實たる所以が法律の認容に基くと、不認容(禁止)に基くととの區別である。即ち適法行爲とは法律が其の行爲を認容するに因つて其の効果を賦與するものをいひ、違法行爲とは之れを認容せざるが故に其の効果を賦與するものをいふ。

從來法律學の或る部門に於いて適法行爲と違法行爲との區別をば、法律の認容すると否との標準に依るべきか、又は法律の禁止すると否との標準に依るべきかといふことを論議してをる。之れは事實上の行爲を認めざる意味に於いて謂ふものであつて、即ち違法行爲の限界を法律に禁止規定ある場合に限るとする説と、法律に許可せる行爲を除く外は悉く違法行爲であるとする説との争ひである。然し法律が或る行爲を認容せりや禁止せりやは各法規の意義を解釋して決すべきものであつて、兩者の中間に適法行爲にも違法行爲にも非ざるものが存したとても毫も不可ないのであつて、其れが即ち事實上の行爲なのである。

(2) 表示行爲、非表示行爲 行爲者の意思の内容が明確に外部に向つて現れると否とに依る區別である。而して行爲が法律事實として重要な點は其の行爲より生ずる法律效果に在るからして、表示行爲とは一定の法律效果を行爲者が意欲してをることが外部に明白に現れる行爲であると解するを、適當と思ふ。即ち表示行爲とは行爲者の效果意思が的確に外部より推知しうべき方法にて發表せられたる行爲をいひ、非表示行爲とは行爲者が效果意思を有すると否とに拘はらず其の行爲の法律上の效果を生ずるものをいふ。

(3) 法律行爲、準法律行爲、現實行爲 之れ等は適法行爲の細別であつて、其中、法律行爲及び準法律行爲は表示行爲であり、現實行爲は非表示行爲である。

法律行爲及び準法律行爲の區別は表示行爲を分かつて意思表示及び其の他の心の裡表示とに區別する學說に依つて立てられたものである。然し此の區別の學問上無價値なることに就いては後に述べる(一〇一切)。假に心裡作用を智(觀念)、意(欲望)、情(感情)に區別する心理學說を法律學に採用するとしても、法律效果に非ざる事實上の結果を希求するに過ぎざる行爲、又は單なる智識感情を表示するに過ぎざる行爲の如きは、之れを表示行爲と認むることを得ざるものであつて、即ち其の行爲より生ずる法律效果は表示せられたる意思の内容には屬しないのであり、其れは畢竟非表示行爲に過ぎないのである。

現實行爲は前には事實上の行爲と名けられたけれども、法律上の行爲の名稱として不適當である。故に或ひは法的行爲と呼ぶ説がある。之れは法律行爲と紛らはしい用語である耳ならず、上述の準意思表示を内容とする行爲を法的行爲と呼ぶ説もあつて、名稱上混雜を生じ易いことを注意すべきである。此處に現實行爲と呼ぶものは適法なる效果の發生の原因となる非表示行爲をいふ。詳言すれば、現實行爲は法律事實であつて、一定の法律效果が行爲に賦與せられてをり、そして其の法律效果が法律の認容に基くことと、行爲者の效果意思が其の法律效果發生の要件となつてゐないことを、其の特色とする。例へば、無主物先占^(二二)、遺失物拾得^(二四)、埋藏物發見^(二四)の如きは、之れに屬する。之れに反し、單に法律效果の間接の原因となつた行爲は現實行爲ではない。例へば、添附行爲^(參照二四二乃至二四六)、住所設定行爲^(參照二一及び五〇)は之れに屬する。之れ等は單なる事實上の行爲である(參照前切)。乍然其の行爲と其の法律效果との間に離るべからざる關係があるところからして、之れを法律上の行爲と考へられることがないではない。此の場合にも法律效果の直接の原因でないことに依つて、現實行爲と區別される。

以上に因り、適法行爲は法律行爲と現實行爲との二である。所謂準法律行爲なるものは、之れを認むることができない。現實行爲のことを準法律行爲と呼ぶならば、單に名稱上の問題であつて、唱ふる者の隨意であるけれども、上述の準法律行爲と混同され易いからして、避けた方が可

い。準法律行爲なるものは、現時の日本民法學に於ける塵掃溜である。其の效果意思が的確に推知せられるものは法律行爲であり、然らざる場合には現實行爲である。次に事實上の行爲は全然法律上の意義なきものと、間接に法律効果の原因となるものとに別れる。後者は其の間接の結果をも含めて觀察すれば一種の法律上の行爲である。然し之れに對しては未だ名稱はない。

(4) 不法行爲、準不法行爲、無過失不法行爲、其の他の違法行爲 之れ等は違法行爲の細別であつて、行爲者の故意又は過失を必要とするや否やに因る區別である。然し其の區別に就いては種種議論があつて、未だ充分には見解が一定するに至らない。

不法行爲とは最も古くは行爲者が故意に他人に損害を加ふる行爲であるとされた。頓て之れに對し過失に因る場合を故意の場合と同一に扱ふ爲に準不法行爲なるものが認められた。近世法に至り、故意たると過失たるとを問はず不法行爲とする見解が確定し、更に不法行爲は必ずしも故意又は過失を必要とせずとする説を生じ、無過失不法行爲又は無責不法行爲と呼ばれてをる。而して無過失不法行爲を廣く解するときは、結局不法行爲は違法行爲と同じ意味となる。

準不法行爲は上述の如く、最初は故意の不法行爲に準じて扱はれる侵害行爲を指し、之れを過失に因る行爲と稱したのであつて、即ち過失とは故意の推定をいふものに外ならなかつた。然るに心理學上の説明が法律學に混入するに及び、過失に何等か實質的内容あるかの如く誤解せられ

過失

るに至つた。又た一方に於いては法律概念としての過失の推定及び過失の看做(確定推測)が行はれ、之れを心理學上の實質的過失の代用として來たのであつて、此の方法に依つて故意と過失とを並べて共に主觀的違法性を具へた固有の不法行爲であると解してゐた。然るに此の傳統の見解に於ける過失なきに拘はらず不法行爲の成立する場合ありとして、客觀的違法性の概念を生じ、此處に新らしい意義に於ける準不法行爲が発見せられるに至つた。之れ即ち無過失不法行爲である。乍然、過失を以つて主觀的内容の概念と考ふること自體が誤謬であつて、過失の本來の意義は上述の如く故意の推定に外ならず、而して其の推定の材料は客觀的標準に依るのであつて、舊き意義の過失責任も、新らしき意義の無過失責任も、眞實に就いては共に客觀的違法性に對する責任であり、兩者の相違は唯だ違法を認定する材料に存するに過ぎないのである。要するに古い意味の準不法行爲が其の範圍を擴張したものが、新らしい意味に於ける準不法行爲である。

不法行爲を廣く解するときには總ての違法行爲を包含するけれども、之れを狭く解するときには不法行爲に非ざる違法行爲が別に存する。例へば、債務不履行(四一)、不當利得(七〇三及七〇四)、所有者責任(七二)の如き、之れである。

九七

第三款 狹義の法律事實

(一) 行爲を除いた狭義の事實にも法律事實たるものと然らざるものがある。寧ろ吾人の耳目に觸れる現象の大部分は法律上意義なき事實である(例、天然現象、經濟現象、宗教上又は社交上の出來事、等)。唯だ其の無数の事實の中に法律上の效力の附著するもの丈を集めて、法律事實と呼ぶに過ぎぬ。

前に行爲に付いて、法律上の行爲と事實上の行爲との區別は、法律上の行爲を以て法律効果の直接の原因たる行爲と解すると、間接の原因たる行爲をも包含せしむるとに依つて、廣狹の二義あることを述べた(前切二)。狭義の事實に付いても同様であつて、若し間接に法律効果の發生に係ある事實をも包含せしむるならば、法律上の事實の範圍は非常に擴大することになり、通常事實上の事實と考へられてをるものも、殆ど法律上の事實ならざるは無きことになる。例へば、暴風は物理學上の現象であるけれども、之れを果實分類の原因として觀察すれば法律上の事實である。斯く解するときは、多くの事實は觀方に依つて或ひは法律上の事實であり、或ひは事實上の事實である。故に、法律事實たる事實は單に直接に法律効果發生の原體たる事實に限るを可とする。然らざれば其の範圍不明瞭となるを免れない。

(二) 狭義の法律事實に屬する重なる例を擧ぐれば、次の如くである。

(1) 人に關する事件に屬するは、出生(一)、死亡、相續開始(九六四、九九二)、混同(一七九、五二〇)、等であ

る。之れ等は皆な人の一身に關する出來事ではあるけれども、本人の行爲ではない。死亡が本人の行爲の結果である場合に於いても、死亡自體は本人の意思を以つて左右することのできない嚴肅なる出來事である。故に自殺行爲又は殺人行爲が法律上の行爲となるは死亡といふ結果に對して法律効果を賦與するのではなくて、死亡の結果を生ずるに足るべき行爲なる點に意義を求めなければならぬ。殺人を不法行爲とする説は、此の見解に出づるものである。

不當利得(七〇三及七〇四)は他人の財産又は勞務に因つて利益を得てをる事實であつて、利得行爲の要否を問はず、其の行爲ある場合にも行爲自體は法律事實ではないと認められてをる。然し不當利得の本體は無權原占有に存するのであり、占有取得行爲(一八)なき場合には、不當利得も成立しない。故に無權原の占有取得行爲が不當利得であると解するを、正當とする。

(2) 人に關する状態に屬するは、年齢(三、七六五、一〇六一、等)、心神障害(七一)、生死不明(三)、或る事項に付いての知又は不知(九三、九四、一〇〇)、等である。住所又は居所は場所その者であるが(四〇切)、之れに一定の法律上の效力を生ずる所以は其の場所に人の居住する設備の存することであつて、即ち人に關する状態である。占有の要件たる物の所持(一八)は、物が或る人の實力内に在る状態であり(一二三切)、又た占有が取得時効の要件となる場合(以下)は、一定の意思を以つてする所持が長年間繼續せる状態であつて(一四七切)、即ち共に人に關する状態である。占有取得行爲が法律事

事件と状態
の差異

實となる場合と、占有の體素たる所持が法律事實たる場合とは、其の概念を異にすることを注意すべきである。

事件と状態との差異は動的事實たると靜的事實たるに在る。或ひは状態を獨立の法律事實と認めず、其の状態を生ずるに至りたる事件を以つて法律事實なりとする説があるけれども、人の出生と人が生存せる状態とは明かに異つた事實であり、人が一定の年齢に達した事實の如きは、之れを事件と解するにせば間斷なき生理的發展と解すべきであらうけれども、間斷なく繼續發生する事件なるものは畢竟状態に外ならぬのである。

(3) 人に關せざる事件の主なるものは、物の新生及び消滅である。果實の分離は物の新生である。その他、動産としては、製造、加工は大多數は物の新生であり、不動産としては、島嶼の新生は勿論、土地の開墾、家屋の新築の如き、之れである。

無體物の新生及び消滅も有體物の場合と同様に解すべきこと、疑ひがない。例へば、著述、作曲、發明の如き、之れである。然し之れ等は獨立の無體物とならずに人格の内容を成す間は、上述の人に關する事件中に分類しなければならぬ。尙ほ權利の發生及び消滅は權利は法律效果であつて法律事實ではないけれども、權利の發生消滅が他の法律效果の原因となる場合に於いては、之れを法律事實として觀察するに妨げない。例へば、或るが條件附法律行為の效力を生ぜ

しめ、又は或る權利の消滅が其の權利の上に存する擔保權を消滅せしむる場合の如きは、之れである。

(4) 人に關せざる状態に屬するは、土地の隣接(以下九)は其の最も適例である。附合(以下二四二)、混和(以下二四)、加工(以下二四)も之れに屬する。之れ等の添附が行為に因つて行はれた場合でも、行為が所有權發生の要件ではなく、出來た物が法定の要件に該つてをる状態が、法律事實である。

九八 第四款 時

(1) 時 (tempus; temps; Zeit; time) の經過に因つて法律上の變動を生ずる場合が非常に多い。或ひは直接に權利の發生消滅を來たし(例、時効、埋藏物發見、遺失物拾得)、或ひは不確定な權利又は法律關係を確定させる(例、失踪、盜品又は遺失物の占有、占有回收)。此處に於いて時の經過は法律事實であるか否かの問題を生ずる。時の本質は哲學上の問題に屬し、一般にはカントの時は空間と共に直觀の形式であるとする説が行はれてをる。時その者は事實ではなく、一の事實と他の事實とを連絡する尺度に過ぎない。故に時は獨立の法律事實ではなく、時が法律效果發生の原因と見える場合は、或る事實が一定期間繼續する状態(參照前切)が法律事實であると解すべきものである。

時の法律上
の意義

(二) 時を定めるに二の方法がある。期日及期間が之れである。

(1) 期日とは不可分として扱はれる一定の時点をいふ。即ち期日は時の単位である。単位は如何様にも小さく又大きく定めることができるけれども、法律上は日を以つて単位とすることが最も普通であるからして、此の名稱があるのである。^{註一}然し世間の取扱上又は當事者の意思に依り不可分と認められる一定の長さの時ならば、總て之れを期日と呼んで可い。例へば、『明日正午參集』、『五分間拾錢』、『第一著一秒十分の三』、等、は時又は較り小さき單位を以つて定められた時点であり、『今週中有効』、『來月開催の豫定』、等、は日より大なる單位を以つて定められた時点である。日給、月給、年俸が不可分に支給せられる場合には、其の不可分の時点は期日である。

(註一) 同日に爲されたる二個の贈與は同時に爲されたものとする昭九・九・一五大判(民集一三卷一七九三頁)。

(2) 期間とは一の時点より他の時点迄の繼續せる時長をいひ、而して其の始点を起算期、終点を満期といふ。期日と期間との差異は一定の時が不可分的に考へられると、可分的に考へられるとの、相違である。例へば、一日は日を單位とするときは期日であるが、時、分、秒、等を單位とすれば期間である。時は通常は日を單位とするからして、週、月、年、等は通常は期間として定められてをる。

(三) 期間には種種な分類がある。

(1) 繼續期間、不繼續期間 繼續期間とは一度進行を始めた後は中絶することなく經過することに因つて法律上の效力を生ずる期間をいひ、不繼續期間とは間歇的に進行するも法律上の效力を生ずる期間をいふ。期間は通常は皆な繼續期間である。不繼續期間は例へば一年内に三ヶ月間勞務に服し、一月中に四日間休暇を與ふるの類である。複利の要件として一年分以上利息の延滞することを要するは(四〇)、不繼續期間であると解せられてをる。

(2) 確定期間、不確定期間 期間の長さの確定せると否とに依る區別である。前者は時の經過に因つて測定される事實が豫定されてをるものであり、後者は其の事實が豫定せられざるものをいふ。例へば、地球の廻轉、その他豫め確定せる天然現象に因つて測定する期間は前者であり、天然現象と雖も豫定しえざるもの、例へば、彗星の出現、雨雪、渡鳥、等、に因つて測定するものは後者である。人の生死は不確定期間の最も代表的な例である。

(3) 豫定期間、不豫定期間 豫定期間は又た不變期間ともいふ。期間經過中に伸長せられることのない期間である。之れに反し、期間經過中の事情に因り伸長せられることあるべき期間は不豫定期間である。確定期間及び不確定期間の區別は期間その者の測定が確定せる事實と不確定なる事實とに繋がつてをるに反し、豫定期間及び不豫定期間は確定期間たると不確定期間たるとを問はず、豫定せられた時長が後の事情に因つて變更を來たすことなきと否との區別である。

期間は通常は豫定期間である。不豫定期間は例へば時効期間(註二)の如きであつて、其の経過中に中断又は停止の事由あるときは、期間の伸長を來たすのである(一五〇切)。

(註二) 民法第五六七條の期間は時効期間に非ずとする昭一〇・一一・九大判(民集一四卷一九〇三頁)。

(4) 設権期間、除斥期間 前者は權利發生の要件となる期間をいひ、後者は期間の経過に因つて權利の消滅を來たす場合をいふ(一四八切)。權利に限らず、他の法律上の效力の發生又は消滅に付いても適用しうる區別である。

九九 第五款 期間計算法

(一) 期間の計算法に付き民法は次の如き規則を立ててをる(一三八)。

(1) 法令に定めある場合 單に私法上の期間耳ならず、公法上の期間をも包含する。何となれば、期間は時の長さであるから其の測定法の如きは公法たと私法たとに依つて異るところがないからである。現行法令中特別な期間計算法を定めてゐる重なるものは、刑法(二二乃)、刑事訴訟法(八)、民事訴訟法(一五五六)、年齢の計算に關する法律(明治三五年)である。

(2) 裁判所の命令に依つて定められる場合(註一) 裁判所が法定期間の伸長又は短縮を命ずることがあり(民訴一)、又た訴訟上又は私法上の行爲を爲すべき期間を定むることは少くない。裁判

官も亦た期間を定むる場合があり、又た其の定めた期限を伸縮することもできる(民訴一)。

(註一) 控訴期間の計算法に關する昭六・四・二一六判(新聞三二六四號一六頁)、競賣期日の始期に關する昭八・一・二四
大決(民集一二卷七頁)。

(3) 當事者が法律行爲に於いて定めたる場合 期間計算法は法律事實成立の態様を決するものに過ぎないからして、法律行爲の當事者は自由に之れを定めうるものとしたのである。例へば、銀行預金の利息を初日から附け、一个月を三十日計算とする如き、之れである。

(4) 民法の期間計算法 之れは以上列擧の期間計算法の定められない場合に適用せられるのであつて、即ち之れが期間の計算に關する普通法である。而して民法は、(i)期間を定むるに時を以つてした場合、(ii)日を以つてした場合、(iii)週、月、又は年を以つてした場合に分けて規定してをる。之れ等は期間の起算期を定むるに、時、日、週、月又は年を以つてした意味か、又は中間の長さを定むるに、時、日、週、等を以つてした意味か、明かでない。然し中間の長さが時、日、週、等である場合に限り之れ等の規定を適用するは、狭きに過ぎる。寧ろ之れ等は起算期を定むるに時、日、週、等を以つてした場合にも適用する規定であつて、中間時を定むる標準とは別けて適用すべきものと考へる。之れに因つて、期間には其の起算時と、中間時と、満了時とが、區別されることになる。

(二) 期間を定むるに時を以つてした場合には、即時より起算する(一三九)。即時とは指定せられた時刻の義である。其の時刻は特に反対の現れざる限りは國定標準時に従ふ。

此の規定は起算時に關するからして、中間時は時を以つて定めたと、日、週、月、等を以つて定めたとを間はず適用がある。而して中間及び満了時の計算法に關しては日、週、月、等を以つて定められた場合に對しては下述の如き規定があるけれども、時を以つて定められた場合に對しては規定がない。然し所定の時間を現行の時計制度に依つて計算し、而して最後の時點に達した時を満期と解すべきである。例へば、五時より三時間といへば八時が満期である。

時を以つて定められた期間の計算法は、時よりも短い單位(分、秒、等)を以つて定められた期間に準用せられる。例へば、五時三十分より一時間といへば六時三十分であり、十五分といへば五時四十五分である。

(三) 期間を定むるに日を以つてした場合に付いても、起算時を定むるに日を以つてした場合と、中間時を定むるに日を以つてした場合とに區別して、考へなければならぬ。

民法は期間を定むるに日を以つてした場合には、午前零時から始まる場合の外は初日を算入しない旨を規定してをる(一四〇)。之れは中間時を定むるに日を以つてした場合と解されてをる。乍然某日午前零時から起算するものと定むるは、例へば某日正午より始まる旨を定めた場合と同

様に、上述の期間を定むるに時を以つてした場合であつて、即時より起算するものと解するが穩當である。故に本條は専ら起算期を定むるに日を以つてした場合に關するものと解せねばならぬ。例へば、『本日より十日間』、『四月十二日より三ヶ月間』、『來月末日より一年間』と定められた場合には、初日が省算せられ、其の翌日より起算されるのである。而して日を以つて定められたに拘はず午前零時から始まる場合には初日が算入されるのであるが、其れは如何なる場合であるか稍や疑問である。某日零時より始める旨を定めた場合は、前述の如く時を以つて定められた場合である。單に日を以つて定められたに拘はず午前零時から始まる場合は、接續した二個の期間ある場合に、其の第二の期間は之れに屬する(參照一)。通常の場合にも其の日が午前零時より取引を爲すことの明かなる場合には初日が算入されるけれども、然らざる限りは初日は省算されるものと解すべきである。

中間時を日を以つて定められた場合は、時を以つて定められた場合と同様に時計制度に従つて計算すべきである。而して日を以つて中間時を定められた場合の満了時に關しては民法に規定されてをり、即ち期間を定むるに日を以つてした場合には末日の終了を以つて期間が満了する(一四一)。終了とは正午十二時に達することをいふ。然るに、末日が大祭日、日曜日、其の他の休日(註二)に當たるときは、其の日に取引をしない慣習のある場合に限り、期間は翌日を以つて満了する(一四二)。此の

場合にも其の翌日の終了することを必要とする。尙ほ法令、慣習、又は特約に因り、取引時間の定めある場合には、期間は其の取引時間の経過に因つて満了するものと解せねばならぬ。是れ第一四一條に對する別段の定めの外ならぬからである(一三)。

(註二) 年末年始の休業日は一般休日に非ずとする見解は早くより現れてをり(明二六・九・二五大判、自治館全集一一頁)、今日迄も維持せられてをる。年末年始の休業は一般休日に非ずとする昭五・四・三〇大判(民集九卷四二三頁)及び昭六・九・一八大判(新聞三三一八號一七頁)、一月二日は一般休日に非ずとする昭五・四・一五大判(新聞三一一九號一四頁)及び昭六・七・八大判(新聞三三〇七號一一頁)、一月一日は一般休日に非ずとする昭九・一一・二〇大判(民集一三卷二〇九〇頁)。尙ほ熱田神宮遷座祭に付き諸官員に休暇を賜りたる昭和一〇年一月一日は一般休日に非ずとする昭一〇・一二・一四大判(刑集一四卷一四二二頁)がある。

(四) 期間を定むるに週、月、又は年を以つてした場合に關しては、民法は起算時の計算法と中間時の計算法とを規定してをる。之れに依つて時又は日を以つて定めた場合が起算時に關する規定であることが、確められる。

起算時を定むるに週、月、又は年を以つてした場合には、日を以つてした場合と同様に規定されてをる(一四〇)。即ち例へば今週、今月又は今年より始まる旨を定めた場合にも、唯だ初日丈が省算されるのである。又た來週、來月、來年より始まるものと定めた場合には、期首の日の午前零時から始まることの明白なるときは初日を算入し、通常の場合には依然初日が省算される。

曆定期間

曆定起算時

曆定中間時

中間時を定むるに週、月、又は年を以つてした場合には、曆に従つて計算する(一四三・一)。勿論現行の曆法を指す。^(註三) 舊曆又は外國曆に従つて計算する特約は、該曆法が法律に依つて禁止せられたものでないならば、期間計算法に關する特約として有効である(一三三)。現行曆に依り中間時に長短の差異を生ずるは、月の大小、年の平閏であるが、若し週に付いても長短を認むる曆法が採用されたと假定すれば、其の曆法の定めに従ふべきである。

(註三) 曆に存せざる日(十一月三十一日)を記載したる手形を無効とする昭六・五・二二大判(新聞三三二五號一一頁)。

週、月、又は年を以つて定めた場合の満了時は、其の時點(週、月、年)の満了に依るのでなく、日を以つて計算するのである。之れ民法の期間計算法の一特色である。而して起算日が期首の日でない場合には最後の週、月又は年に於いて起算日に應當する日の前日が満期日である。但し最後の月に應當日のない場合には其の月の末日を満期日とする(一四三・二)。例へば、一月一日から一个月といへば一月二日から起算し、一个月を経た最後の月(二月)の起算日應當日(二月)の前日、即ち二月一日を以つて満了する。又た例へば、一月三十日から一个月といへば一月三十一日から起算し、二月には起算日應當日(即ち三十一日)がないから、其の月の末日(即ち平年二十八日、閏年二十九日)を以つて満了する。期首から起算する場合と、中間から起算する場合とは結果に於いて異なる。法文に應當日といふのは、起算日應當日の義とも、又た起算日の

曆定満了時

前日の應當日の義とも解しうるけれども、何れに依るも結果は同一に歸する。

末日は終了を要すること、竝に末日が休日であると取引をしない慣習のある場合に限り翌日を以つて満了することは、日を以つて期間を定めた場合に同じい。取引時間に關する別段の定めに就いても、同様である。

逆算期間

(五) 一の時點から遡つて期間を定めた場合には、上述の諸原則を其の儘に適用して逆算的に計算すべきである。例へば、法人總會の招集は五日前に之れを爲すことを要す^(三六)といふのは、總會當日を初日として之れを省き、逆順に五日を算へ、而して末日は終了することを要するからして、其の終了する日の前日に通知すべきである。^(註四)其の日に通知を發すれば可なるか、又は其の日迄に到達することを要するかは更に別問題である。但し之れ等の問題に對しては、慣習上特別の計算法が行はれることが多い。^(註五)

(註四) 失權豫告附拂込催告の通知は拂込期間の最終日が二週間目に當たるも可なりとする昭六・五・二大判(新聞三三二七號一八頁)。

(註五) 漁業組合の總會招集の通知は總會の日との間に少くとも三日以上の日時を存せしむることを要すとす昭九・一二・三大判(民集一三卷二一九七頁)、株主總會招集の通知は通知書を發したる日の翌日より起算して會日迄の間に少くとも二週間を存することを要する旨の昭一〇・七・一五大判(民集一四卷一四〇一頁)。

法律行為の
意義

第二節 法律行為

第一款 總 說

100 第一項 法律行為の意義

(一) 法律行為 (acte juridique ; Rechtsgesch ft ; legal act) とは意思表示を要分とする法律事實をいふ。意思表示の何たるかは後に説明する(次切)。意思表示は行為であるからして、之れを要分とするところの法律行為も亦た行為であると考へられてをる。法律行為が法律事實の一種であること、及び其の分類上の地位は前に述べた(九六切)。而して法律行為は凡ゆる法律事實中最も重大な意義を有するものである。

從來法律行為を定義するに當たり、行為者が一定の法律効果を希望するに因り法律が其の希望を容れて其の効果を賦與する旨を掲ぐるを例とした。然し之れは意思表示を要分とすと言へば既に其の内に包含せられる事項であつて、特に之れを明言するの必要がないと思ふ。何となれば、意思表示は一定の法律上の効果を希望することを以つて其の内容とするからして、之れを要分とする法律から生ずる効果は、必然的に其の希望せられた効果であらねばならぬからである。法律

法律行為の
意義

行為が表示行為たる所以も、意思表示を要分とするからに外ならぬ。

(二) 法律行為といふ語は或ひは契約と同義に用ゐられ、又た或ひは意思表示と法律行為とが同義に用ゐられることがある。之れは法律行為なる概念の發達せる沿革から來てをることなのである。古くは法律上の行為は契約と不法行為の二であつて、即ち適法なる行為と謂へば總て契約又は準契約であつた。此の時代に於いては若し法律行為といふ語を用ゐたとしても、契約を指す以外には意味がなかつた。今日に於いても契約といふ語と法律行為といふ語が往々交用せられるのは、此の思想に基く殘象である。然るに單獨行為が獨立の法律事實となるに及び、法律行為と契約とは同意義ならざるに至つたのであるが、別に意思表示が法律行為と同義に用ゐられるに至つたのである。之れは前には餘程廣く行はれた用例であつて、意思表示即ち法律行為であると考へられてをつたのである。然し此の考へは最早今日では採用せられない。何となれば、個々の意思表示が常に法律行為となるのではなく、二個以上の別種な意思表示が合して法律行為となる場合があり、又た特に意思表示と、他の要分即ち方式とが合して、初めて法律行為となる場合があるからである。斯くの如く法律行為と意思表示とは區別すべきものであるからして、法律行為が單に一個の意思表示から成つてをる場合でも、意思表示は法律行為の構成成分であつて、法律行為の成立要件に外ならぬと考へられるやうになつた。

法律行為の
要素

(三) 上述に因つて既に明かなる如く、法律行為の成分たる事實(法律要件、參照九六切一)は意思表示と、方式とであつて、之れを法律行為の要素といふ。要素とは或る法律事實の成立に缺くべからざる要件をいふ。但し方式は常に法律行為の構成成分を爲すのではなくて、之れを必要とする場合と然らざる場合とがある。

101 第二項 意思表示

意思表示の
意義

(1) 意思表示(*Declaration de volonté*; *Willenserklärung*; *declaration of will*)とは一定の私法上の效力を生ぜしむる意思を以つて、外部からの確に其の意思が推知せられうる方法に依つて、之れを發表する行為をいふ。

意思表示の
要件

(二) 意思表示は行為であるからして、即ち意思と舉動との二要素を必要とする。今ま此の二者に就いて分説する。

表示

(1) 意思表示といふ行為を構成する舉動を表示と名ける。表示は意思の内容が明確に外部に向つて顯れる方法に依らなければならぬ。上述の如く、法律行為が表示行為であるといふのは、畢竟其の要分たる意思表示に於いて法律効果が示現されてをるといふことに外ならぬ。素より毫末も意思の現れない舉動といふものはありえない。特に意思表示に就いてこのことを明言する所

以は、法律行為から生ずる法律効果をば行為者が希望してをることが明白に示されることを必要とするといふ、意味である。此の意思内容の顯れうる方法でさへあれば、積極的舉働であると、消極的舉働であるとは、之れを問はぬ。

意思

(2) 意思表示を構成する意思は、三點に付いて存しなければならぬ。

(イ) 先づ表意者が一定の私法上の效力を欲することを要する(例、『やる』と考へること、即ち無償で財産権を移轉する考へを有つこと)。之れを行爲意思(Gesch. fswille)といふ。又た吾が國に於いては效果意思(Wirkungswille)とも名けられてをる。或ひは行爲意思と效果意思とを別物とする説がある。其の不可なることは下に述べる。

(ロ) 次に表示を爲す意思、換言すれば行爲意思の存在することを發表する意思が、なくてはならぬ(例、『やる』といふ言葉を述べる考へ)。之れを表示意思(Erklärungswille od. Erklärungs-bewusstsein)といふ。或ひは前述の行爲意思を以つて此處に述ぶる表示意思の意味に解する説がある。此の説に従へば效果意思と行爲意思とは別義のものとなる。之れは用語の問題であるからして、何れを正とし、何れを非とすべきものでない。唯だ其の意味を誤解しなければ可い。

(ハ) 更に其の表示は行爲意思を發表する爲に適當なものであると考へることを要する(例、『やる』といふ言葉を述べれば『やれる』ものと考へること)。詳言すれば、表示意思に基いて

爲されたる表示が行爲意思を顯はすに適當な方法であると考へることであつて、之れを合致意思(Identitätswille)と名ける。或ひは前述の表示意思を此の合致意思のこととする説があり、又た合致意思を表示意思中に包含されるとする説もある。

(ニ) 以上の外に、尙ほ多くの意思を必要とする説が續出してをる。例へば、行爲意思の外に更に私法上の效力を欲求する意思(效果意思)が存せねばならぬとし、表示の意味が客觀的に行爲意思と一致することを知らんことを要するとす如き、之れである。意思表示の意思は本來不可分なる心裡作用の概念上の分析に過ぎないのであるからして、標準の立て方に因つて如何やうにも分析することができる。故に概念的分析は常に必要な限度に止むべきものである。意思表示に於ける意思の分析は以上の三者にて足ると思ふ。

(3) 上述の三點に付いて眞實の意思が存在し、而して其の意思に適合せる表示の行はれたる場合に、始めて意思表示は完全である。其の何れかに付いて齟齬があれば、意思表示は瑕疵あるものとなる。行爲意思と表示意思との齟齬(『やる』意思にて『うる』と言はうと考へる)、行爲意思と合致意思との齟齬(『やる』意思を現はすに適當な言葉は『うる』といふ言葉であるとか考へる)、表示意思と合致意思との齟齬(『うる』といふ言葉を使ふ意思にて『やる』と言ひ違へる)は、何れも意思の錯誤である。其の結果以上の意思の何れかの點と表示との不合致を來たす

瑕疵ある意思表示

のであつて、之れを表示の側から観察すれば意思の欠缺である。故に意思の観点よりするも、表示の観点よりするも、其の意思表示は不完全なるものとなるを免れないのである。

準意思表示
擬態的現實
行爲

(三) 人の心を知意情に區別し、而して意思表示は唯だ意の働きの中私法上の効力を欲するものに限るとする説がある。此の説の主唱者に依つて準意思表示なるものが創作せられ、廣く吾が國の學界に流布するに至つた。尤も此の語の流行に連れて其の意義にも種種なる擬態を生じ、或ひは既述の如く(九六切二)現實行爲のことを指し、或ひは狹意の意思表示に非ざる總ての適法行爲を指すものとする説がある。然し所謂準意思表示の本當の意味は、非表示行爲は含ましめず、表示行爲に付き四種の區別を設け、私法上の効力の慾望表示を以つて意思表示なりとし、其の他の慾望表示(所謂事實上の慾望表示)(例、催告^{一四})、觀念表示(例、通知^{九七})、感情表示(例、宥恕^{八一四}、^{八六八})の三種を以つて、準意思表示なりとするのである。乍然、此の説には絶對に賛成することができない。^(註一)心理作用を知意情に區別するは舊時の心理學説であつて、今日の心理學に於いては斯くの如き單純なる分類は認められない。強ひて此の區別に従ふとするも、感情表示の如き本能的作用が法律上の行爲となるべき筈がない。特に法律事實は法律効果の原因たる事實である點に注視するときは、表示行爲は其の法律効果を行爲者が意欲してをることが外部に現れる行爲であると解するが適當である(九六切)。而して意思表示に於いても行爲者は寧ろ事實上の結果

を希望してをるのであつて、其れを法律家の眼から見て一定の法律効果を意欲するものと解釋するのである。上に行爲意思と效果意思とは區別しがたいと説いたのは此の意味であつて、人の心は心理學上、經濟學上、社會學上、等の見地から、夫々の意味内容を有するであらうけれども、其れは法律學の問題ではない。法律上は常に人の心が一定の私法上の効果に向けられてをるか否かの點からして觀察せねばならぬ。換言すれば、夫々の事實上の意味内容中に法律上の効果に對する欲求が包含されてをるか否かを探求せねばならぬのであつて、更に別言すれば、當事者の表示せる事實上の心理内容中に、解釋に依つて法律効果の欲求を發見しなければならぬのである。斯かる解釋を経ないならば、民法に規定せる心裡表示は皆な準意思表示になつてしまひ、意思表示は一も存しないことになるであらう。故に今日通説に依つて準意思表示と稱せられてをるものは殆ど悉く固有の意思表示であり、解釋に依つて法律効果に對する意欲の現れざるものは現實行爲である。準意思表示なる學説は抹殺されなければならぬ。

(註一) 大正の初めに小生も一時意思表示と他の心裡表示を區別する説に賛成したことがあつたが、既に前者「民法總論」に於いて改説し(同書二四二頁)、特に中央大學五十周年記念論文集に於いて其の理由を詳細に論述した。

1011 第三項 意思表示の種類

(一) 独立の意思表示、不独立の意思表示 單獨の意思表示が法律行為を組成する場合を獨立の意思表示といひ、他の意思表示と相俟つて法律行為を組成する場合を不獨立の意思表示といふ。後述する契約及び共合行為を組成する意思表示は不獨立の意思表示であり、獨立の意思表示は單獨行為(例、取消、解除)を組成する意思表示である。

(二) 要式的意思表示、不要式的意思表示 之れは表示の方法に關する區別であつて、法律又は當事者の意思に依り表示方法の制限せられたる場合を要式的意思表示といひ、如何なる方法に依つて表示するも妨げなきものを不要式的意思表示といふ。今日の私法に於いては意思表示は不要式なのが本則であつて、要式的意思表示は例外である。

要式的意思表示は一定の方法に依る意思表示であるから、其の方法に依らざる場合には意思表示その者が成立しない。之れは成立した意思表示が其の效力を有せざる場合とは別である(一切)。其の方法は種種ある。(i)或ひは書面の作成であることあり(例、遺言^{一〇、六七}、書面に依る贈與^{五五}、當事者が契約書作成を以つて契約成立の要件と定めた場合)、(ii)或ひは一定の事項又は一定の文言を記載したる書面の作成であることあり(例、定款又は寄附行為^{三七及三九}、手形^七

及び、小切手^{一、七五})、(iii)或ひは一定の人の面前に於いて表示行為を爲すに在ることあり(例、遺言^{一〇六九、一〇七〇、一〇七六乃至一〇八〇})、(iv)或ひは一定の國語を用ゐること^(註二)に存する^(裁一五)こともある。

(註一) 合資會社の定款作成と意思表示の成立に關する昭七・四・一九大判(民集一一卷八三七頁)。

(註二) 朝鮮語を用ゐて記載せる上告趣意書を無効とする昭一〇・一〇・二九大判(刑集一六卷一五六四頁)。

(三) 明示の意思表示、黙示の意思表示 之れ亦た表示方法に依る區別である。表示が直接に行爲意思を推知せしむるに足るときは、其の意思表示を明示の意思表示といひ、又た表示方法として用ゐられた舉動が直接には行爲意思を推知せしむるに足らざるも、周圍の事情からして之れを其の行爲意思の表示と推知される場合には、之れを黙示の意思表示といふ。行爲意思を推知せしむるに足るか否かは取引の通念に従つて定むべきである。(i)言語は口頭たると書面に依るとを問はず明示表示の最も著しい場合である。(ii)符號も明示表示たることが多い(例、電信符號、盲人用點字、暗號表に依る暗號の類)。之れに反し、矢印の如きは黙示表示である。(iii)信號は明示表示たることもあり(例、取引所の振手、旗信號)、黙示表示たることもある(例、サイレン、號砲、烽火)。(iv)舉動は多くは黙示表示であるが(例、電車に向つて手を挙げ、店頭に代金を投ずる類)、其の意味が慣習上明白なる場合には明示表示である。(v)靜止も稀には黙示の意思表示となることがある。但し周圍の事情上意思に基くことが推知せられる場合に限る

(例、停留場に停立し、決議の際沈黙を守る)^(註三)

(註三) 黙示の意思表示に依る無権代理の追認に關する昭六・三・六六判(新聞三二五二號一三頁)、土地賃貸借あることを知るも必ずしも繼續貸借を承諾したるものと解すべからずとする昭一三・二・二二大判、新聞四三六六號一七頁。

沈黙

表示された
意思

黙示の意思表示も亦た意思表示であるからして、必ず何等かの舉働に依つて意思が發表されなければならぬ。沈黙が意思表示となる場合は、其の消極的舉働(靜止)が意思の發動なるが故である。故に全然意思なきか、又は表示なき場合には意思表示ではない。之れに種々な場合がある。(i)何等意思も舉働もないに拘はらず、意思表示と看做されることがある(例、無能力者の行爲の追認又は取消の看做^一、無権代理行爲の追認拒絶の看做^四)。(ii)或る舉働あるときは、意思の有無を問はず意思表示と看做されることがある(例、取消しうべき行爲の追認の看做^五)。以上二者を推測的意思表示と名ける。然し意思なきことを證明しても免れることはできないのであつて、即ち單なる推測ではない。其の實に於いては意思表示なきに拘はらず、意思表示あると同様に扱ふのである。(iii)又た表示せられざる意思に効力が賦與せられる場合がある。第九二條の場合が之れである(本切末段及び一一四切参照)。之れ亦た意思表示ではない。(iv)或る舉働が表示せられざる意思と合して法律効果を賦與される場合がある。之れは占有取得に於いて見るところであつて、即ち占有権は自己の爲にする意思を以つて物を所持するに因つて發生し、而して其

無主物先占

所有權拋棄

意思表示の
解釋

の意思が所有の意思であることは、表示するを必要とせず、其の意思を有するものと推測される(一八六)。即ち物を所持することに因つて所有の意思を有するものと推測せられるのであつて、恰も推測的意思表示に似てをる。其の異るところは、自己の爲にする意思は現れなければならぬ。唯だ此の意思は證明されることを以つて足るのであつて、即ち意思と舉働とが別別に法律事實の要件を爲してをり、舉働を通じて意思が表示されることを要件とするところの意思表示とは全く違つた基礎に立つ制度である。無主物先占は占有の取得に因つて當然所有權を發生するものであつて(二・三九・一)、即ち占有の一效力に外ならず、従つて意思表示ではない。

所有權の拋棄は意思表示であるか否か議論があり、或ひは占有の拋棄に因つて當然所有權が消滅するとする説がある。然し占有の喪失は決して所有權を失はしめない。そのためには必ず拋棄の意思が現れなければならぬ。而して拋棄の意思は推測せられることなく、必ず表示されなければならぬ。少くも黙示の表示に依り周圍の事情に因つて推知せられなければならぬ。故に所有權拋棄は先占と異つて、意思表示である。

意思表示の解釋に因つて判明する事項は其の意思表示の内容であるか否かに就いても、争ひがある。解釋の意味は前に述べた(七切)。解釋は解釋される事項の意義を確定することであつて、其の事項に屬せざる屬性を附加することではない。故に解釋に依つて現れるものは意思表示自身

前提
行為礎

の内容である。法律行為の前提 (Voraussetzung) は黙示の条件であつて、即ち意思表示の附加的内容である。^(註四)然るに行爲礎 (Geschäftsgrundlage) の名稱に依つて、之れを解釋に因つて現れる意思であると爲し、而して解釋に因つて生ずる意思は意思表示の内容ではないとする説がある。民法が第九二條に於いて表示せられざる意思に效力を賦與したのも、此の行爲礎説に依つて説明されうるかも知れない。乍然、凡そ解釋を俟たずして明瞭な意思は恐らく一として存しないからして、此の説に依れば大部分の意思表示は行爲意思の内容に屬せざる意思に効果を賦與せられることになり、意思表示は行爲意思に効果を賦與したものであるとする根本の原則が破れてしまふことになる。思ふに、意思表示の解釋から生ずる結果は皆な意思表示の内容であり、解釋から現れない結果は唯だ推測に因つて把握しうるのみである。そして其の推測は解釋とは別な論理的操作に依つて行はれる。故に之れを意思の論理上の結果と名けるを正當と考へる。第九二條は此の意思の論理上の結果を規定した適例であつて、即ち意思表示の内容には屬せざる意思を、法律に依つて推測したものであると解する^(註五) (一一四切)。

(註四) 一定量の産乳に對して代金を支拂ふべき契約は搾乳に付いての注意を前提とする旨の昭四・一二・一八大判(新聞三〇八一號一〇頁)。
三〇八一號一〇頁。

(註五) 一日一定量以上産乳せし場合に代金殘額を支拂ふ旨の契約は、故意過失に因り搾取せざる場合に搾取せると同じ責

意思の論理
上の結果

任を負ふ契約を包含すとする昭四・一二・一八大判(新聞三〇八一號一〇頁)、家督と共に相續せしむべき記載は家督相續人の指定を包含すとする昭五・四・一四大判(新聞三一一九號一二頁)、株式譲受人は株金拂込義務並に後の轉得者が拂込を爲さざる場合の責任を引受くる意思ありとする昭六・一一・一三大判(新聞三三四一號八頁)、印鑑證明書の交付は印章使用の許可を含まずとする昭八・七・二九大判(新聞三五九三號一二頁)。

(四) 相手方ある意思表示、相手方なき意思表示 此處に相手方とは意思表示を受くべき特定人をいふ。即ち特定人に對して爲す意思表示は相手方ある意思表示であつて、一般世人に對して爲す意思表示が相手方なき意思表示である。

意思表示は大多數は相手方あるものに屬する。契約の申込及び承諾は勿論、單獨行爲にても、催告^(一九、七九)、取消^(二二)、追認^(二三)、解除^(五四)の如き、何れも然りである。相手方なき意思表示の最も顯著なるものは公告である。^(註六)公告が或る人に對して爲される場合でも(例、七九)、意思表示自体は何人にも知れうべき方法にて爲さるるが故に、之れを相手方なき意思表示に入すべきである。定款行爲^(七三)又は寄附行爲^(九三)は將來設立せらるべき法人に對して爲さるるものであるからして、行爲の時を標準として見れば相手方なき意思表示である。法律行為の取消にも相手方なき場合ありうる^(三二)、例、廣告の取消。

(註六) 廣告の意義に關する昭一〇・一〇・二二大判(刑集一四卷一〇四三頁)、新聞紙編輯人が新聞紙に記載するは醫師法第七條の廣告となすとする昭一三・一一・一四大判(刑集一七卷八一四頁)。

公告

(五) 對話者に對する意思表示、隔地者に對する意思表示　これは同地者間の取引及び異地者間の取引の區別とは其の意義を異にする。而して此の區別に就いては種種な説がある。(イ) 舊くは表意者と相手方との間の距離の長短に依る區別と考へられた。之れに依れば電話又は信號に依るは隔地者に對する意思表示である。(ロ) 或ひは意思表示が相手方に達する時の遅速に依つて區別する説がある。之れに依れば使者に依る意思表示は對話者に對するか隔地者に對するか疑問となる。(ハ) 或ひは相手方が直接に表示自體を了知しうるか否かに依つて區別する説がある。之れに依れば同室内に在る者でも、書面を以つてすれば隔地者である。(ニ) 或ひは媒介物を使用すると否とに依つて區別する説がある。之れに依れば通辯を用ゐるは隔地者であり、其の他媒介物の解釋に依つて多くの場合が隔地者たるに至る。

對話者及び隔地者の區別は民法の認めてをるところではあるが(九七、五二四)、單なる沿革的遺物に過ぎないのであつて、今日に於いては實際上の必要なきものである。對話者たると隔地者たるとに因つて意思表示の效力を區別するは、全く理由のないことだからである。之れに就いては後に述べる(一二二切)。

(六) 本人の意思表示、他人に依る意思表示　此の區別には二の意義がある。一の意義に於いては、其の意思表示が何人の行爲であるかを標準とする區別であり、即ち他人に依る意思表示

とは代理人の意思表示の義である。又た他の意義に於いては、表示を何人が爲すかを標準とする區別であり、即ち自己の意思表示をば他人を通じて表示するを他人に依る意思表示といふ。使者通辯、郵便、電信の如き、之れである。此の意義に於ける他人に依る意思表示に付いては、傳達の誤謬が問題となる。尙ほ通常は他人に依る意思表示といふ語は、以上兩者を含めたる意義に使用されてをる。

一〇三 第四項 方式

(一) 法律行爲の方式 (forme ; Formel ; form) には種種な意義がある。

(1) 要式的意思表示に於いて必要とする一定の方法(前切二)は、畢竟其の意思表示を要分とする法律行爲の方式である。舊くは意思表示と法律行爲とを同一に考へ、従つて法律行爲の方式をば總て此の意義に解してをつた。

(2) 意思表示とは別に、法律行爲の一要件を爲す一定の事實のことをも方式といひ、今日方式といふ語は狭意に於いては此の意義のもの耳を指す。法律行爲の方式には前述の意義のもの外に此の第二の意義のものあることが發見せられて、此處に意思表示と法律行爲との關係が判明するに至つたのである(一〇〇切)。法律行爲は今日の法律に於いては無方式なるを本則とし、

狭義の方式は前の意義の意思表示の方式と同じく例外的な制度であつて、僅かに例へば、要物契約は之れに屬する(質契約、使用貸借、消費貸借、^(註一)寄託)。然し當事者の特約に依つて或る方式を定むることはできる(例へば、物の引渡に因つて賣買契約が成立すと定め、現實の出資と共に組合契約を成立せしむる類)。

(註一) 金錢授受前に作成したる消費貸借證書の效力に關する昭一・六・一六六判(民集一五卷一三六頁)。

(3) 法律行為の外に在つて、其の法律行為の效力發生の要件となつてをる事實をも、方式と呼ぶことがある。是れ法律行為の成立要件と效力要件とが區別せられなかつた爲であるが、兩者の區別せられた(一一一切)今日の法律學に於いては、此の第三の意義に於ける方式は實は法律行為の外に存する法律事實である。

(二) 方式は意思表示とは別別に獨立した法律行為の要素であるが、往時法律行為と意思表示とが同視せられてをつた頃には、上述の三義の方式が皆な一樣に意思表示の態様であると考へられたのである。然るに狭意の方式は意思表示その者の方式ではないことが氣付かれるに及んで、方式が獨立なる法律行為の成立要件と認められたのであるが、然し今日に於いても第一の意義なりや、第二の意義なりや、時として不明な場合を生ずる。例へば、證書に捺印する(四七〇、一〇六八以下)は意思表示の方法とも、又た意思表示とは別な方式とも解することのできるものである。^(註二)更に狭意

三義の方式
相互の關係

の方式と法律行為外の法律事實との區別も不明な場合を生ずる。其れは或る方式が法律行為の成立要件なりや、又は效力要件なりやの認定に疑ひを生ずるからであつて、例へば、法人設立の許可、婚姻又は縁組の届出、物權の設定移轉の登記又は目的物の引渡の如きは、其の著しきものである。之れ等は法律行為の成立要件ではなく、其の效力要件と解すべきものである(一一一切)。條件附法律行為に於ける條件事實、又は遺言に於ける遺言者の死亡の如きも、同様に單なる效力要件である。之れ等は最早法律行為の方式と稱せざるを可とする。故に今日の法律學に於いては方式は法律行為の成立要件たるものと、其の效力要件たるものとに區別せねばならぬ。

(註二) 手形の署名に代へうべき記名捺印には捺印を含まずとする昭七・一一・一九六判(民集一一卷二二二頁)、手形の署名と捺印の合意を效力なしとする昭一〇・一二・二四六判(民集一四卷二一〇五頁)、印章の押捺のみを以つて署名に代へうるものとする昭一二・一〇・七六六判(刑集一六卷一三四二頁)。

第二款 法律行為の種類

104 第一項 契約、單獨行為、(附)共合行為

(一) 契約 (contrat ; Vertrag ; contract) とは同一内容であつて且つ互ひに反對の行為意思から成る二種の意味表示を要分とする法律行為をいふ。即ち、(i) 契約は必ず二種の意味表示から成

契約

一〇四 契約、單獨行為、(附)共合行為

四〇九

立する。之れを申込及び承諾といふ。或ひは契約は申込と承諾との合致であるとし、契約の本體は合致であつて、合致に因つて申込も承諾も其の存在を失ふが如く考ふる説がある。然し合致とは申込と承諾の内容が一致することであつて、勿論其れは行為ではない。契約が法律行為たる所以は内容の一致する二種の行為が並び行はれることに在る。契約の成立と同時に申込又は承諾が消滅してしまふのではない。申込の效力と承諾の效力とが共に存在し、兩者相俟つて契約としての效力を發揮するのである。故に申込と承諾との合致を以つて恰も化學上の化合に比すべき現象の如く説明するは、單なる譬喩であつて、本質的説明ではない。(ii) 申込と承諾とは全然同一内容でなくてはならぬ。微細な點に付いても不一致があれば、契約は成立しない。但し此の點に付いては、意思表示は信義誠實の原則に従つて解釋せねばならぬとする思想が、特に債權法の部門に於いて強く承認せられて來た。勿論之れは債權法上の契約に限るべきことではなく、一般の契約に付いて行はるべき原則である(參照八切)。(iii) 其の同一内容の事項に付き、申込者の行為意思と承諾者の行為意思とが正反對の意味を有し、其の結果、契約から生ずる效力は兩者に全く反對に働くことを要する。例へば、賣買に於いて賣主は所有權を失ひ、買主は所有權を取得し、又た代金に就いては、恰も其の反對になるのである。

(註一) 信義誠實の原則に關する從來の判例は、特に履行の問題に就いて發展してをる(例へば、前出大一四・一二・三大

信義誠實の原則

判一民集四卷六八五頁、前出昭七・七・一四六判一新聞三四四九號一七頁、前出昭九・二・二六六判一民集三卷三六六頁、前出昭一三・六・一一一六判一新聞四三九七號一二頁、前出昭一四・四・一二六判一民集一八卷三五〇頁。

契約自由の原則

契約は法律事實中最も重要なものであつて、其の種類も甚だ多く、法律に多數の種類が規定せられてをる外に、當事者は契約自由の原則に依り、公序良俗に反せざる限りは、任意の契約を締結することができる。然るに吾が民法が契約に付いての總則を規定してゐないのは、其の一缺點とされるところである。之れは民法起草者の考へでは、契約は總て債權を發生するものと解した爲である。故に債權を發生せずして直ちに物權的變動を生ずる契約のあることが學問上肯定せられたならば、其の契約に債權編に於ける契約の總則が許す限りに於いて準用せられるものとすべきである。是れ民法の沿革的解釋上疑ひなきところである。

このことは身分上の契約に就いても異るところはない。身分上の行為を爲すべき債權債務を生ずる契約は通常の債權契約であるからして、之れに債權編の規定が適用せられることは言ふ迄もない(例、親族を入籍せしむる契約^{七三}、分家を爲す契約^{七四})。又た上の如き債權債務を發生せしむること自體が公序良俗に反する場合には(九)、其の契約自體が無効である(例、認知を爲すべき旨の契約^{七二}、親權を拋棄すべき旨の契約^{八九})。然るに當事者の合意(協議)に因つて直接に身分上の效力を生ずる場合(例、婚姻、縁組、離婚、離縁)に於いては、果して之れを契約と認むべ

身分上の行為を爲すべき債權契約

身分上の契約

きや、契約と認むべしとせば債權契約の規定の準用ありや否やに就き、從來屢ば議論が繰り返されてをる。思ふに、婚姻又は縁組を債權契約と認めることは吾が國古來の淳風美俗に反する。さればとて戸籍吏への届出(七五、八一〇、八四七、八六四)を以つて婚姻等の實體であると解することも、亦た慣行に反するのである。之れ等の身分上の行爲の本體は依然當事者の合意であつて、之れに要する方式は何れも第二義的の要件である。而して此の合意は同一内容であつて、且つ當事者雙方に取つて反對の意義を有するものであるからして、之れを契約と解すべきものである。然らば之れに債權契約の規定の準用ありや否やは更に別問題であるが、財産上の變動を生ずることが法律の目的である場合と、身分上の變動を生ずることが其の目的である場合とは、根本の目的を異にするものであるからして、明白なる類推適性の現れざる限りは之れを準用すべきものではない。之れは意思表示に關する規定は財産上の目的と身分上の目的とを問はず一様に適用されることとは、全く異つた見解に立つ問題である。

單獨行爲

(一) 單獨行爲 (*acte unilatéral ; einseitiges Geschäft ; unilateral act*)とは唯だ一種類の意思表示を要分とする法律行爲をいふ。一人の意思表示なることもあり(例、遺言、寄附行爲)、又た數人の意思表示であることもある(例、定款行爲)。此の後の場合は特に之れを共合行爲と名け、單獨行爲とは別種の法律行爲であるとする説がある。之れは此の場合を一個の意思表示と見るか、又

共合行爲

は數個の意思表示と見るかに依つて定まる問題である。次段に説明する。

單獨行爲は近世に至つて定立した制度であり、其の種類も今日のところ未だ多くはない。形成權の行使は單獨行爲である(取消、解除、催告、等)。その他には、法人設立行爲、遺言、等がある。手形行爲は吾が國に於いては單獨行爲説が通説であり、懸賞廣告にも單獨行爲説がある。債務の一方的承認は吾が國に於いては未だ確定的には承認されてはゐない。

共合行爲

(二) 共合行爲 (*Gesamtakt*)は共同行爲又は合同行爲とも呼び、同一内容であつて且つ同一の行爲意思から成る數人の意思表示をいふ。

共合行爲の性質に關しては諸説がある。(イ)舊くは共合行爲は契約であると考へられ、契約とは二人以上の者の意思の合致をいふと定義し、單獨行爲に對して之れを雙方行爲 (*acte bilatéral ; zweiseitiges Geschäft ; bilateral act*)と呼んでをつた。乍然、契約を組成する二種の意思表示は前述の如く相反對せる行爲意思から成るに反し、共合行爲に於いては數個の意思表示が皆な同一の行爲意思から成つてをる。此の根本の區別が発見せられてから、契約と共合行爲は全く別種のものと考へられるに至つた。(ロ)然るに共合行爲の行爲意思が總ての行爲者に付いて同一であり、従つて行爲より生ずる効力は唯だ一種であることからして、共合行爲は單獨行爲の一種であるとする説があり、又た單獨行爲は常に一人の行爲であるとして、共合行爲は契約と單獨行爲との中

間に位する別種の法律行爲であるとする説も行はれる。(ハ)思ふに、共合行爲は實は意思表示の一種なのであつて、獨立の法律事實たる法律行爲ではない。このことは契約の要分たる申込又は承諾が共合的に行はれる場合を見れば、極めて明白である。然らば共合行爲は一個の意思表示か又は數個の意思表示かは、各種の共合行爲に就いて研究する必要がある。又た其れは必要的共合行爲と任意的共合行爲とに依つて區別ありや否やの點をも、觀察する必要がある。

定款作成行爲は必要的共合行爲であつて、二人以上の設立者が一通の書面に依り同時に爲すところの意思表示である。此の場合數個の意思表示が共同の書面に依つて爲さるるものと見ること也不可能ではないけれども、要式行爲の性格からは同一の書面に依つて共同的に表示される一個の意思表示と解すべきものである。殊に設立者の追加を許すや否や(例、法人の追加發起人)の問題を考慮に入れるならば、一個の意思表示には追加はありえざるものと解せねばならぬ。之れは定款行爲の如き必要的共合行爲のみならず、任意的共合行爲(例、寄附行爲)に於いても、亦た同様である。

決議

決議は共合行爲の顯著なる一種である。決議とは同一の場所に會同した複數の者が賛否を發表し、其の各自の表示した意見を集めて、多數者の賛成する意見を以つて行爲意思と爲す意思表示である。一所に會同するは意見を交換する爲であるが、團體主義の見地よりすれば、一所に會同することは團體意思の決定に缺くべからざる要件である。之れに反し、個人主義の意思決定方法としては、必ずしも一所に集合する必要はないのであるからして、所謂持廻り決議なるものも決議として有効である。^(註二)民法が書面表決の方法を許してをるもの^(六五)、個人主義の影響を受けたる爲である。代理人に代る表決は必ずしも個人主義と解すべきでない。

(註二) 持廻り決議の效力に關する大一二・四・二五大判(民集二卷二六六頁)。

決議は一個の意思表示であるか數個の意思表示であるかも、見方に依つて違ふのであつて、決議は團體意思の表示であると見れば勿論一個の意思表示である。之れに反し、各人の個個の意思表示の集合であると解するとき、決議中に反對者の意見は含まれてゐないことになり、反對者は決議に拘束せられないことになる。思ふに、決議が反對者に對しても效力ある爲には、多數決といふ方法に因つて行爲意思を決定するところの一個の意思表示と見なければならぬ。

契約の共同申込、共同承諾、又は共同保證^(四五)、等は何れも任意的共合行爲である。之れ等の意思表示を各別に行つたとき^(參照四五六)は、之れを共合行爲と解すべきものではなくて、各個の意思表示が別別に契約其の他の法律關係に加入する作用を爲すのであるから、之れを共合行爲と呼ぶざるを可とする。共合行爲の特色は二人以上の意思が合同的に表示せられる點に在る。そのことは任意的共合行爲たるに必要な共合行爲たるに依つて異るところはないのである。故に凡ゆ

る法律行爲は共合行爲より成立することを得るのであるが、例外として法律に依り共合行爲として行ふことを禁ぜられた場合もある。遺言の如き之れである(七一〇)。(七五)

一〇五 第二項 身分行爲、財産行爲

(一) 身分行爲(身分上の行爲)及び財産行爲(財産上の行爲)は身分權及び財産權に對應する區別であつて、即ち身分上の變動を生ぜしむる行爲意思を以つてする法律行爲が身分行爲であり、財産法上の變動を以つて行爲意思とするものが財産行爲である。

(二) 身分權は往時の外國法に於いては、親族關係の外に封建關係の存在したことを前に述べた(一三切二)。吾が國にも親分子分關係の如きがあつたけれども、現行法としては唯だ親族關係がある丈であり、民法親族編及び相續編は此の關係を規定したものである。故に此の二編に規定されてをる法律行爲は多くは身分行爲であるが、^(註二)財産行爲も亦た少くない。^(註三)身分上の效力を生ずるが爲に財産上の關係に影響を及ぼすこともあるけれども(例、扶養義務^{九五四}以下、隱居者の財産留保^{九八}、相續^{九八六}、^{一〇〇一})、財産取得が獨立の目的でないから、身分行爲である。

身分行爲の種類

(註一) 親族相續法に規定せられた身分行爲を舉ぐれば、入籍の同意(七三五、七三七、七三八、七四一)、入籍反對の意思表示(七三六)、實家再興(七四〇)、分家(七四三)、廢絶家再興(七四三)、廢家(七六二)、復籍拒絶(七四二)、

居所指定(七四九、八八〇)、離籍(七四九)、婚姻及び縁組の同意(七五〇、八四三、八四四)、隱居(七五二以下)、隱居の取消(七五八以下)、婚姻(七六五以下)、婚姻の取消(七七九以下)、離婚(八〇八)、嫡出子否認(八二二)、私生子認知(八二七以下)、認知の承諾(八三〇)、認知に對する反對事實の主張(八三四)、認知請求(八三五)、養子縁組(八三七)、縁組の意思表示(八四二、八四八)、縁組の代諾(八四三)、縁組の取消(八五二以下)、縁組の追認(八五三)、離縁(八六二以下)、未成年者の監護、教育、懲戒に關する法律行爲(八七九、八八二、九二一、參照九五)、兵役出願の許可(八八一)、職業の許可(八八三)、戸主權の代行(八九五、九三四)、親權の代行(八九五)、親權喪失の請求(八九六、九九七)、後見人の指定(九〇一)、後見監督人の指定(九一〇)、禁治產者の監護(に關する法律行爲九二二)、相續人の廢除及び其の取消(九七五乃至九七七、九九八、九九九)、家督相續人の指定及び其の取消(九七九及び九八一)、家督相續人の選定(九八二、九八三)、等である。

身分法に規定せる財産行爲
疑ひとなる場合

(註二) 親族相續法に規定せられたる法律行爲であつて、財産行爲なることの疑ひなきものを舉ぐれば、家族が特有財産を取得する行爲(七四八)、夫婦間の契約の取消(七九二)、夫婦財産契約(七九三、七九四、七九六)、夫婦財産契約の變更(七九六)、夫婦共有財産の分割(七九六)、夫の財産管理(八〇一)、妻の代理(八〇四)、妻の特有財産取得行爲(八〇六)、親權者の財産管理(八八四以下)、親權者の財産上の行爲の代表(八八四)、子と利益相反する行爲(八八八)、母の財産管理の辭退(八九九)、後見の事務(九一七乃至九三五)、後見人の財産の管理及び代表(九二三)、後見人の報酬請求(九二五)、後見計算(九三七以下)、國籍喪失者の所有權讓渡(九九〇)、遺贈(一〇〇七)、遺産分割に關する種種なる意思表示(一〇一〇乃至一〇一六)、相續財産の管理(一〇二一、一〇二八、一〇四〇)、財産分離(一〇四一乃至一〇五〇)、財産分離の防止(一〇四九)、相續人曠缺に關する行爲(一〇五一以下)、遺贈の拋棄(一〇八八乃至一〇九一)、等である。

(註三) 身分行爲か財産行爲か疑ひとなるものは、扶養行爲(七九〇、九五四乃至九六三)、隱居者の財産留保(九八八)、
一〇五 身分行爲、財産行爲
四一七

相續分の指定(一〇〇六)、遺贈又は贈與に異りたる意思表示(一〇〇七・三)、相續分買戻(一〇〇九)、相續の承認及び拋棄(一〇一七、一〇二六、一〇三八)、相續の承認及び拋棄の取消(一〇二二)、遺言書の提出(一一〇六)、遺言執行者の指定(一一〇八)、遺留分減殺請求(一一三四乃至一一四〇)である。佛蘭西法流の考へ方からは之れ等は總て財産行爲である。然し扶養請求權又は相續權は單に財産的利益を與ふことを目的とする權利ではなくて、親族生活の發展に資せむが爲に資財を供與せしむるものである。故に之れを身分權と解すべきものであり、從つて上に列擧したる行爲も亦た之を身分行爲と解すべきものである。唯だ最後の遺留分減殺請求權は民法は之れを消滅時効に罹るものとしてをからして(一一四五)、之れを財産權と解しなければならぬ(參照一六七)。即ち之れは親族權から流出したる財産權と見るべきものであつて、從つて其の權利の行使も財産行爲である。遺言には其の内容が財産權に關するものと、身分權に關するものとある。故に其の内容に依つて之れを財産行爲とも、又た身分行爲とも解すべきである。遺言の取消(一二二四)も亦た同様である。

財産行爲の
種別

(三) 財産行爲は種々な標準に依つて細別される。

(1) 物權行爲、債權行爲 民法物權編に規定せられたる行爲を物權行爲といひ、債權編に規定せられたる行爲を債權行爲といふことができる。乍然、此の區別には殆ど實益がない。物權行爲及び債權行爲の語は通常は之れとは異つた意味に用ゐられ、大切に述ぶる區別を指すことが多い。

(2) 商行爲、民事行爲 商行爲の何たるかは商法の規定に依つて定まる(註四) (商五〇一乃至五〇三)。商行爲に對して其の他の法律行爲を民事行爲といふ。然し民事行爲は財産行爲に限らず、身分行爲を

も含むことを注意せねばならぬ。

(註四) 推定的商行爲(商五〇三・二)に關する昭一五・七・一七六判(民集一九卷一一九七頁)。

(3) 給與行爲、勞務行爲 (Vermögenszuwendung; Arbeitsleistung) 給與行爲は或る財産を他人に歸屬せしむることを目的(行爲意思)とする財産行爲である。之れに屬する主なるものは、物權の移轉、他人に對する物權の設定、他人の物の上に存する物權の拋棄、債權の讓渡、債務の免除、及び以上の行爲を爲すべき債務を負擔する行爲、等である。之れに對し、勞務行爲とは専ら行爲者の勤勞を給付せしむることを目的とする財産行爲をいひ、純粹作爲債務及び不作爲債務を負擔する行爲が、之れである。出捐といふは此の給與行爲と勞務行爲を併せ含む語である(四四二、四四九、四六一、四、四六三、五六七)。又た給付といふ語も兩者を併せ含む語であるが(一六九、四〇)、其の相違は、出捐は有償契約の對價であり、之れに對して、給付といふは債務の履行として爲さるる總ての行爲をいひ、出捐よりも廣く使用せられる點に在る。

出捐
給付

給與行爲といふ語には諸義がある。或る學者は之れを上述の出捐行爲と同義に用ゐ、又た或ひは物權行爲耳を指稱することがあり、又た單に契約に依る場合耳を指すこともある。

(4) 處分行爲、管理行爲 財産の利用を目的とする法律行爲を處分行爲と管理行爲とに大別する。前者は財産の實質を變ぜしむることに因つて其の利用目的を達する法律行爲をいひ、後

者は財産の實質を變ぜしめざる、換言すれば其の存續を維持しつつ、利用目的を達する法律行為をいふ。民法は代理人に依る法律行為に關して此の區別を規定してをる(一〇)。(三)之れに依れば、(i)保存行為、(ii)目的物(客體)の性質を變ぜざる範圍内の利用行為、(iii)性質を變ぜざる範圍内の改良行為の三種を管理行為と認めてをる。従つて處分行爲は(iv)目的物の性質を變ずる利用行為(例、賣却、改築)、(v)目的物の性質を變ずる改良行為(例、開墾、消費貸)である。

處分能力(六〇) 又は管理能力(參照八〇)は上述の意味に於ける處分行爲又は管理行為を爲しうる能力(行為能力)の義と解すべきである。尤も場合に依りて特別な意味に解されることもある。(註五)

(註五) 管理の能力に關する昭一三・二・四(大判)民集一七卷九一頁。

一〇六 第三項 債權行為、非債權行為

意義

(一) 債權行為とは債權の發生を以つて行為意思とする法律行為をいひ、之を除いた總ての財産上の法律行為が非債權行為である。前切に物權行為と稱したのは非債權行為の全部(廣意の物權行為)又は一部(狹意の物權行為)を指稱する語である。

契約と合意

此の區別は古く既に契約に付いて認められてゐたところであつて、即ち債權の發生を目的とする場合を契約といひ、之れに對して、債權たる物權たるを問はず或る權利の設定、移轉、變

更、又は消滅を目的とする場合を合意と呼んだ(舊民財三九六)。然るに其の後總ての契約は先づ一度は債權を發生せしむるものであるとする考へが行はれるやうになり、契約と合意とは全く區別を失ふこととなつた。之れが民法制定當時の見解である。更に一時期を経てから、物權契約は直ちに物權上の變動を生ぜしむる法律行為であつて、決して先づ債權を生じて然る後に其の履行に因つて物權上の變動を生ずるのではないといふ見解が、民法第一七六條の解釋として樹立せられた。然るにこのことは債權の移轉又は消滅を目的とする場合に於いても同一であるところからして、之れに對して準物權行為といふ名稱が用ゐられるやうになつた。要するに、債權行為及び物權行為の名に依つて、契約と、契約を除いた合意との區別に關する舊い思想が、復活したのである。最近に至つて生じた物權的債權的行為説に就いては次段に述べる。

債權行為と非債權行為との區別は契約に限らず、單獨行為にも妥當することは言ふ迄もない。(二) 債權行為と非債權行為との區別は、通常は一個の法律行為より生ずる効果が債權なるか債權の外の權利なるかに依る區別であるけれども、又た時としては一個の法律行為より債權的效果と非債權的效果とを併せ生ずることを妨げない。之れは就中永小作權設定行為に就いて最も議論せられたる問題であつて、同様の問題は例へば營業讓渡(商二)の如き複雑なる内容を有する法律行為に就いても起きる。或ひは物權行為の不要因性(一〇八切)よりして他の効果とは併存する

一行爲より
二種以上の
效果

ことを得ざるものと解し、數個の法律行爲の複合に外ならぬとする説があるけれども、法律行爲の行爲意思は必ずしも單純なるに限らず、吾人の意思作用の複雑なるに從つて複雑なる効果を意圖することもできるのであるからして、一個の法律行爲に於いて債權的效果と物權的效果とを併せて生ずることを得ずと解するは、當事者の意思に反し、法律行爲の性質にも適せざる考へである。然るにこのことからして更に進んで、法律行爲の目的となれる同一の事項に付き同時に物權的效果と債權的效果とを併せ生ずるとする學説が作られるに至つた。之れは第一七六條と第五四九條、第五五五條等に規定せるものとを同一の意思表示であると解し、そして其の間の調和を圖らむとした考へである。乍然、同一事項に付き同時に債權的效果と物權的效果とを意欲することは不可能であり、又た既に物權的效果を生じたならば最早債權的效果は不必要である。又た未だ物權的效果を發生する要件の具はらざる場合には債權的效果耳を發生せしめる必要がある。故に此の新説には賛成することができない。本來法律行爲に於いて當事者が意欲しうるは唯だ債權的效果に限り、物權的效果は法律が賦與するのであつて、即ち意思自由の原則に依つて發生するは總て債權の效力であり、物權の設定移轉は第一七六條の規定に依つて行はれるのである。斯く解するときは、既に物權が發生すれば債權は發生せざる理由も、又た反對に物權を發生しあはざる事情の存在する場合には常に債權が存在する理由をも、説明することができる。

一〇七 第四項 要式行爲、不要式行爲

意義

(一) 要式行爲には二義がある。

(1) 狹意に於いては要式行爲とは要式的意思表示を要分とする法律行爲をいふ(一〇二切)。此の意義に於いては、不要式行爲とは意思表示の方法に制限なき場合である。然るに既述の如く(一〇三切)、意思表示とは獨立して法律行爲の要分を爲すところの方式があるからして、不要式行爲は分かれて二となる。即ち一は不要式的意思表示耳から成るもので、之れを契約に付いては從來諾成契約と呼んでゐる。又た一は不要式意思表示と方式とから成るものであつて、此の種の契約を實成契約(又は要物契約)と呼んでをる。之れ等の名稱を一般的に擴張して、諾成行爲及び實成行爲と呼んで妨げぬだらう。

(2) 廣意に於ける要式行爲は上述の狹意の要式行爲と實成行爲とを併せ含む。故に此の意義に於ける要式行爲とは方式を必要とする法律行爲であると説明することができる。其の方式が成立要件たる場合と、效力要件たる場合とあることに就いては、後述する(一一一切)。

(二) 古代に於ける法律行爲は皆な要式行爲であつたが、近世法に於いては要式行爲は狹義のものも廣義のものも共に例外である。狹意の要式行爲の例としては、定款行爲^(七)、寄附行爲^(九)、

例 要式行爲の

遺言(一〇六)、手形行爲(手一及、裏書手一三及、引受手二、保證手三、參加手五五及)、小切手行爲(振出七以下)、讓渡小一、保證小二、其の他の有價證券行爲(商五)があり、實成行爲の例としては、質契約(三四)、消費貸借(七八)、使用貸借(五九)、寄託(七五)がある。婚姻又は縁組の届出(七七五、八四七)も實成行爲の方式であると解せられてをる。之れに就いては後に述べる(一一一切)。

一〇八 第五項 要因行爲、不要因行爲、(附)從たる行爲

意義

(一) 要因行爲とは原因 (Causa ; Cause ; Grund ; cause) と分離することを得ない法律行爲をいひ、不要因行爲とは原因に關係なく、其れ自身獨自の存在を爲すものをいふ。斯く原因關係より離れて一定の法律效果耳が行爲意思の内容となることを名けて、不要因行爲の抽象性といふ。此の區別は給與行爲に付いてのみ認められてをるけれども、其の他の法律行爲に付いても排斥せらるべき觀念ではない。

原因の意義

然るに原因とは何をいふかの問題に至ると、學説が頗る岐れてをる。(イ)或ひは之れを給與を爲すに至つた心理上の理由であるとし、而して利益を得るの意思(有償行爲の原因)、又は恩恵を與ふるの意思(無償行爲の原因)が、之れであると説明する。之れに依れば、行爲者の氣分に因つて或ひは原因あることとなり、或ひは原因なきこととなつて、法律行爲の効力が不確定になる。

(ロ)或ひは原因を以つて法律行爲を爲すに至つた法律上の理由であるとして、其の法律行爲の目的(即ち内容)を原因なりとする。之れに依れば、原因とは法律行爲の内容のことであつて、既に原因といふ語の存在の必要を失つたものである。(ハ)或ひは法律行爲から生ずる法律效果を負擔するに至つた理由を以つて原因であるとする。之れ例へば、所有權を移轉すべき債務を負擔するに至つた原因は賣買であるといふに在つて、自己を以つて自己の原因なりといふに均しい説である。(ニ)或ひは一の法律行爲の基礎となつてをる他の法律行爲を以つて、其の第一の行爲の原因であるとする説がある。思ふに此の説は非難すべきところがない。之れに依れば、例へば、所有權移轉行爲の原因は賣買であるとし、手形行爲の原因は消費貸借であるとするに在る。前諸説と異なる著しい點は、二個の法律行爲が關連して行はれた場合に於ける原因結果の關係を認むることに存する。

原因の種類

古來原因の種類として、(i)給與原因 (Causa donandi)、(ii)與信原因 (Causa credendi)、(iii)免債原因 (Causa solvendi)の三が擧げられをる。然し原因は此の三種には限らざることが、一般に承認せられてをる。例へば、手附を交付するは賣買の解除權を留保する爲であつて(五五)、即ち手附交付の原因は賣買である。又た結納を交付するは婚姻の成立を確保する爲であつて、即ち結納行爲の原因は婚姻である。之れ等の場合を上掲の三種中に屬するものとして説明するか否かは、

概して見方の相違である。而して何れの場合に於いても同一の法律行爲の内容中に原因が包含されるならば、特に之れを原因として説明する必要がない。唯だ第一行爲の効力が第二行爲の効力を左右する意味に於ける原因は獨立なる法律現象として承認しなければならぬのであつて、之れに依つて要因行爲と不要因行爲とが區別せられることになる。

因に、法律行爲の原因は不當利得の場合の原因^(三七)とは別義である。法律行爲の原因は上述の如く、或る法律行爲を有效ならしむる法律事實なるに反し、不當利得の場合に問題となるは、利得を適法ならしむる法律事實を指して原因といふのである。故に法律行爲に因つて利益を得たる場合に於いては、其の法律行爲自體が利得の原因であり、恰も上述の第三説に於けると同義に解すべきが如くである。此の見解を採る學者は兩者を同義なるが如くに説明する。然し法律行爲の原因を上述の第四説の如く解すれば、利得の原因たる法律行爲の効力を支配する前行の法律行爲を指すことになり、不當利得の場合とは全然其の意義を異にする。加之、利得の法律上の原因は勿論單に法律行爲には限らないのであつて(例、時効、即時時効、相續、等)、法律行爲の原因よりは遙かに廣義である。

(二) 不要因行爲の觀念を身分行爲にも應用すべきものとせば、身分行爲は常に不要因行爲である。例へば、持參金契約に基いて婚姻を締結した場合に、其の持參金が取消されても婚姻は影

不當利得の
場合の原因

不要因行爲
の種類

響を受けぬ。之れに反し、財産行爲は多くは要因行爲である。例へば、代金を消費貸借に振替へた場合に於いて^(五八)、若し賣買が無効ならば消費貸借も無効である。上記の結納の場合も、婚姻が無効ならば結納契約も無効である。或ひは物權行爲は不要因行爲であるとする説がある。之れは主として不當利得の規定^(七〇)から説明されてをるけれども、不當利得の原因と法律行爲の原因とは別義なること上述の如くであるからして、兩者を同一に論ずることはできない。例へば永小作權設定行爲^(二七)に於いて、小作料が無効であるときは永小作權も無効に歸するからして、此の場合には法律行爲の原因も、不當利得の原因も問題にならない。之れに反し、永小作權が無効なるが故に、外見上の永小作人の收取した果實の返還を請求するは、不當利得である。然るに賣買に因つて永小作權を取得した場合に、賣買が無効なれば永小作權も無効となるのであつて、之れを不當利得の規定より推論して、原因は無効なるも永小作權は有効なりと、論ずることはできない。

財産行爲が不要因行爲となるは、唯だ其の結果たる行爲が要式行爲であつて、且つ其の形式に依つて法律行爲が客觀化されてをる場合に限る。其の最も著しきは手形行爲であり^(五一、七一)、其の他法人設立行爲^(三四、三七)も同様と解する。

(三) 一の行爲の存在を前提として成立する法律行爲を従たる法律行爲といふ。例へば、擔保

従たる法律
行爲

契約は貸借契約に従たる行爲であり、利息支拂契約は元本給付契約に従たる行爲であり、夫婦財産契約は婚姻に従たる行爲である。従たる行爲は必然的に要因行爲である。一般の要因行爲と異り、其の成立後に於いても主たる行爲に對し從屬關係に立つ。但し其の從屬の程度は場合に依つて異なる(參照九三切)。

一〇九 第六項 生前行爲、死後行爲

(一) 生前行爲とは行爲者の生存中に效力を發生する法律行爲をいひ、死後行爲とは行爲者の死亡に因つて效力を發生するものをいふ。

(二) 法律行爲は通常は生前行爲である。死後行爲の最も著しいものは遺言である(一〇六以下)。遺言に依つて財産を處分する場合を遺贈と名ける(八〇八以下)。遺言に依る寄附行爲も遺贈を含むこと前述の如くである(六三切)。遺言の外に民法は死因贈與なるものを認めて、遺贈の規定に従はしめてをる(四五)。贈與に限らず、如何なる契約も當事者は之れを死後行爲と爲すことを得る。

相手方又は第三者の死亡に因つて效力を生ずべき法律行爲を爲すことは勿論妨げない。然し之れは行爲者の生存中に效力を生じうるものであるからして、生前行爲である。

一一〇 第七項 契約に特別なる分類

(一) 上述の外に尙ほ契約に耳應用される分類がある。

(1) 有償契約、無償契約(註一) 此の區別は單獨行爲にも適用されるとする説がある(例、相殺五〇)。

(註一) 破産法第七二條の無償行爲の意義に關する昭一一・八・一〇大判(民集一五卷一六八〇頁)。

(2) 雙務契約、片務契約 此の區別は唯だ債權契約耳に適用される。

(3) 實定契約、射倖契約

(4) 有名契約、無名契約

(5) 自由契約、附從契約(註二) 又は附合契約

(註二) 獨占的地位に在る市場仲買人は販賣取引を拒絶しえずとする昭一五・八・三〇大判(民集一九卷一五二二頁)。

(6) 單獨契約、團體協約

(二) 之れ等の分類に就いては、總て契約法の説明に譲る。

第三款 法律行為の要件

一一一 第一項 法律行為の成立要件と效力要件

(一) 法律行為には其の成立要件と、效力要件とがある。成立要件とは法律行為の成立に缺くべからざる事項をいひ、其の一を缺くときは法律行為は不成立に終はる。之れに對して、效力要件とは成立した法律行為が其の效力を發揮するに必要な事項をいふ。故に成立要件も效力要件も共に法律行為の要素である。

行為が法律上問題となるのは法律効果を發生するからである。故に法律上行爲が成立するといふは其の效力を發生することに外ならぬとして、法律行為の成立要件と效力要件との區別を否認する説がある。思ふに、法律上或る行為が問題となるは其の法律事實たるが爲であつて、即ち全然法律効果を生じえざる行為は、法律上の觀察に入らないことは、確かである。此の意味に於いて法律行為の無効を其の不存在と同視するは正當であつて、無効といふ語が成立要件を缺く意味にも、又た效力要件を缺く意味にも使用されてをるのは、之れに因るのである。唯だ兩者は區別せねばならぬことは、法律行為の成立と其の效力の發生とが時を異にする場合を見れば、明白である。其の最も顯著な例は、條件附法律行為(七・二)及び遺言(一〇)である。契約に付いても其の

法律行為の
成立と發効

成立と效力の發生とが區別されてをる場合がある(五二六、九七・一)。然らば成立と發効とが同時に行はれる場合に於いても、概念上成立要件と效力要件との區別あることを、承認しなければならぬ。是れ恰も權利能力と行為能力との區別に比すべきものであつて、即ち、成立要件を具へた行為は法律上行爲としての資格を得たものであり、更に效力要件を具ふるに及んで、初めて其の賦與せられた法律効果を發揮するに至るのである。而して成立要件と效力要件とは通常は同時に具備するのであるからして、民法起草者は或る法律行為が成立することを、其の發効の方面に著眼して、效力を生ずると規定してをることが、少くない。

何が成立要件か

(二) 然らば何が成立要件であり、何が效力要件であるかは、時として判断しにくい場合がある。上述の如く、民法は行為の成立と發効とを同視する見解を採り、「成立ス」といふべきところを「效力ヲ生ス」と言ひ、又た「無効」といふ語を「不存在」の義にも用ゐてをる。故に此の問題は民法の用語に従つて決することはできぬ。乍然、法律行為は意思表示と方式とを要分とするものであるからして、此の二者が法律行為の成立要件であることは了解し易いところである。其の孰れかを缺くときは、法律行為は不成立に終はる。例へば、死者又は假想人物(虚無人)の意思表示、^(註一)要式的意思表示の方式に反する場合、^(註二)實成契約に於ける物の引渡を爲さざる場合の如き、^(註三)之れである。

(註一) 假想の法律行為の相手方に關する昭四・六・五大判(新聞三〇二三號一五頁)、質借證書の捺印なき場合に未だ證書完成せずとする昭四・一二・二六六判(新聞三一二五號八頁)。

(註二) 一覽拂手形に「二箇月据置三日前通知拂」と記載する手形行為は無効なりとする昭六・三・一三大判(新聞三三二五號一五頁)。株式會社の發起人の署名追完に關する昭八・四・二四大判(民集一二卷一〇〇九頁)、發起人の住所の記載なき定款の效力に關する昭八・五・九六判(新聞三五六一號八頁)。

(註三) 利息の天引を無効とする昭五・一・二八六判(新聞三一〇七號一八頁)及び昭五・七・一七六判(新聞三一五五號一一頁)。

意思表示に就いて

(三) 問題となるは、果して意思表示なしと見るべきか、又は意思表示が不完全に存在すると見るべきかが不明な場合である。(i) 特に法律行為の目的が適法、確定、又は可能に非ざることは意思表示その者を不成立ならしむるか否か、大いに疑問となる。然し不法、不能、不定の目的を有する意思表示も、斯くの如き意思を有し、其の意思を發表したのであるからして、之れを意思表示なしとするは適當でない。唯だ其の目的が不法、不能、不定なる爲に行爲者の效果意思は實現されないといふに止まる。故に之れを效力要件と見るが適當と思ふ。(ii) 意思と表示の不合致の問題は效力要件に關すること、不合致の儘で意思表示が有効に成立する場合のあること(三九)に照らして、明白である。(iii) 意思表示が法律行為を組成する爲には必ず意思表示としての效力を發生しなければならぬからして、意思表示の通知の到達に關する規定(九七、九八)は法律行為

の成立要件である(參照一二一切)。(iv) 行爲者が意思能力を有することは法律行為の成立要件であつて、之れに反して行爲能力を有することは法律行為が完全なる效力を發生するに就いての效力要件であることは、前に述べたところからして自ら結論される(七三切)。

(四) 方式に就いても法律行為の成立要件か效力要件かが問題となる。舊時は成立要件及び效力要件を區別する思想が發達しなかつた爲に、法律行為の成立又は發效の孰れかを制限する事實が一様に方式と呼ばれて來たことを前に述べた(一〇三切)。就中例へば、法人設立の許可(三)、

方式に就いて

不動産物權の得喪を第三者に對抗する要件たる登記(七)、動產物權の讓渡を第三者に對抗する要件たる引渡(一七)、婚姻、縁組、離婚又は離縁の届出(七七五、八一〇、八四七、八六四)の如き、之れである。そのうち登記又は引渡が物權行為の成立要件に非ざることには既に承認されてをる。法人設立の許可に就いても、其の許可と定款作成又は寄附行為とが合して法人設立行為といふ一の法律行為を成すとは、通常は考へられてゐない。設立行為は定款行為又は寄附行為であつて、許可は其の設立行為を發效せしむる要件と解せられてゐるやうである。然るに婚姻又は縁組等に關しては之れと反對の見解が行はれ、届出その者が婚姻又は縁組等であるかの如く、考へられてをる。

思ふに、一の法律行為に官廳が協力する場合に於いては、官廳の意思が法律行為の效果意思であると解することはできない。若し爾うとすると、法律行為は行爲者と官廳との共合行為である

官廳の協力

ことになるからである。之れは公法私法を截然と區別した從來の法律に於いては到底考へられな
い耳ならず、指導原理を容れて官廳を以つて個人生活の指導者なりと考ふるに於いても、官廳が
法律行為の締結者であると解することはできないのであつて、官廳は當事者が法律行為を締結す
るに付いての指導者であり、助成者であると認むべきものである。故に官廳が行爲者の申請を許
可すると否との權限を有する場合に於いても、其の官廳の許可は法律行為の成立要件と考へるこ
とはできない。法律行為は當事者の行爲に因つて成立し、官廳の行爲は其の法律行為の效力要件
であると爲さざるを得ない。法人設立行爲の場合には之れである。然るに官廳の協力が單なる形式
的調査權として行はれ、何等實質的に許否の權限を有せざる場合に於いては、之れを指導原理に
依つて説明すること困難に屬するである。此の種の形式的協力は之れを法律行為の外方に於いて
其の效力を左右する獨立の要件と見るよりは、寧ろ法律行為の成立要件又は效力要件と解するを
適當と考へる。而して此の種の協力は意思表示その者の成立要件としての方式を爲すこともあり
(例、遺言に諸種の官公吏が協力する場合^{一〇六九、一}、^{〇七七以下}、意思表示外の法律行為の成立要件として
の方式を爲すこともあり(例、會社設立登記^{商五}、^七、既に成立したる法律行為の發効要件たることも
ある(例、婚姻届出^{七七}、^五)。)

婚姻の届出

婚姻の届出に付いては從來の通説は之れを婚姻契約の成立要件と解してをる。此の届出を以つ

婚姻の本質

て遺言の證人等と同様なる意思表示の方式なりと解するときは、此の見解は外見上正當である。
乍然、婚姻が果して一片の届出に依つて成立しうべきものか否かに就いては、根本的に疑問があ
る。寧ろ男女の同棲に因つて初めて成立するものとする古來の慣習上の要式行爲(「三々九度」)
が、婚姻の本體であつて、届出は單に婚姻が法律上の效力を發生するに就いての要件に過ぎない
のである。此の見解は民法の解釋にも採用せられべきものであつて、即ち同棲を主眼とする慣
習上の婚姻の行はれなかつた場合には、是れ即ち「當事者間ニ婚姻ヲ爲ス意思ナキ」場合であつ
て^(七七)、婚姻は(不成立といふ意味に於いて)無効である。故に親族法改正要綱が「慣習上認め
ラレタル儀式」を以つて婚姻の成立要件とせる點は正當であるけれども^(同要綱)、然らざる場合に
於いては婚姻は届出に因つて成立するものとしてをる點^(同上)は、現行民法と同様に疑義を招き
易きものである。寧ろ之れは事實上の同棲が法律上の婚姻としての效力を生ずる要件を規定せる
ものと、解すべきである。既に婚姻の届出を以つて效力要件であると解する以上は、縁組の届出
^(七八)をも同様に解すべきである。之れに反し、離婚又は離縁は婚姻又は縁組の法律上の效力を
失はしむることを目的とする法律行為であるから、届出に依つて成立する要式的意思表示と解す
るが、正當である。故に其の届出を爲したる後に於いて猶ほ同棲を續くる者があるならば、之れ
を事實上の關係と解しなければならぬ。

(五) 法律行為の成立又は效力要件は之れを一般要件と特別要件とに區別する。總ての法律行為に缺くべからざると、或る種の法律行為に必要なるとの區別である。例へば、遺言の方式は遺言の特別成立要件であり、又た遺言者の死亡は其の特別效力要件である。

從來法律行為の成分として、要素、常素、偶素を區別することが行はれてをる。要素とは法律行為に缺くべからざる成分の義であつて、上述の一般及び特別要件が之れである。常素とは通常は法律行為の成分を爲す事項であるけれども、特に意思表示を以つて除外しうるものをいふ。例へば、賣主の擔保義務(二五七)は其の適例である。隨意規定中には之れに屬するものが多い。又た偶素とは通常は法律行為の成分でないけれども、特に意思表示に依つて成分として附加しうるものをいふ。例へば、條件又は期限は之れである。契約自由の原則に依つて附加する事項は皆な之れに屬する。之れ等の區別は成立要件と效力要件とに拘はらず適用されるのであつて、個個の法律行為の要件たる點に於いて變りはない。

(六) 法律行為の意味は解釋を俟たなければ確定することはできない。凡そ言語には固定した意味はないのであるからして、言語に依つて表現せられるものは、法規たると、法律行為たるとに論なく、解釋が行はれるのである。故に前に法規の解釋に就いて述べたところ(七切)は大體法律行為の解釋にも應用しうる。唯だ法律行為には意思表示の解釋の外に方式に就いても解釋が

行はれなければならぬ場合がある。意思表示に就いては、用語に拘泥せず眞意を探究すべきであり、同一の用語にも異つた意義があり、效果意思の及ぶや否やが問題となる場合があり、要式的意思表示も時として解釋が必要であり、總じて意思表示は無効と解するよりは有効と解するを本則であるとされる。方式に就いて屢は問題となるは、要物契約に於ける物の引渡の有無であり、又た一般に占有を法律行為の要件とする場合に於いては、其の要件を充たしか否かは、解釋に依つて決しなければならぬ(一八〇、一八五)。

(註四) 證書の字句に拘泥せず眞意を探究する解釋の原則を認むる昭五・四・一四大判(新聞三一一九號一二頁)、「窮境」の語を無資力の義と解したる昭五・七・七大判(新聞三一六五號九頁)、貸借借と使用貸借の用語の區別に關する昭八・七・一三大判(新聞三五九一號一〇頁)。

(註五) 「貸す」といふ語は廣く一時的に物を交付する意味ありとする昭九・五・一八大判(民集一三卷七七四頁)。

(註六) 毎年四圓宛九百七十一年間に辨濟すべき旨の特約を身代持直しの節一時に辨濟すべき意味と解したる昭四・一二・二六大判(新聞三六八一號一六頁)、契約書に土地の坪數を表示するは代金算定の基礎を表示せるに非ずとする昭五・七・三〇大判(新聞三一六七號一〇頁)、酌婦の稼高とは法律上正當なる收入を意味し淫賣に因る收入を含まずとする昭六・一〇・二四大判(新聞三三四一號一八頁)、強制執行を受くるときは期限の利益を失ふ旨の特約は利益を失はしむる意思表示を必要とする昭九・一一・一大判(民集一三卷一九六三頁)、酒代の不足に對し猥褻繪を渡すは販賣行為なりとする昭一〇・一一・一一大判(集一四卷一一六五頁)、保險契約「家督相続人」と表示して隠居後死亡せる場合の保險受取人は何人なりやに關する昭一三・一二・一四大判(民集一七卷二四〇一頁)。

- (註七) 手形上の意思表示にも解釋行はるとする昭五・二・一五大判(新聞三一〇號一三頁)、約手受取人「靜鐵業部池野鐵業所」と裏書人「池野鐵業所長後藤房三」との間には裏書連續ありとする昭二〇・一・二二大判(民集一四卷二二頁)。
(註八) 凡そ當事者の行為は法律上有意義に解釋するを本則とする昭一三・四・二三大判(民集一七卷八〇八頁)。
(註九) 公正證書作成後金銭を没受したる場合の消費貸借を有効とする昭一一・六・一六大判(民集一五卷一三六頁)及び昭一四・五・六大判(新聞四四四四號七頁)。
(註一〇) 要物契約とは何等かの實際的效果を生ずる意であるとする昭一一・一・一七大判(民集一五卷一〇八頁)。

第二項 法律行為の目的の確定、可能、適法

一一二 第一目 目的確定の原則

(一) 法律行為が有効に成立する爲には、其の目的が確定し、可能であり、且つ適法でなければならぬことが、古來汎く認められたところであつて、其の一を缺けば法律行為は當初より無効である。即ち目的確定の原則、目的可能の原則、目的適法の原則は、法律行為の效力要件として、何等の規定を必要とせざる迄に知れ渡つたものである。

或ひは之れ等の原則は法律行為の成立要件であるとする説がある。目的の不定、不能、不法の爲に意思表示なしと認めらるべき場合には、法律行為も不成立なること勿論である。然し此の場合には虚無の意思表示と同様に論ずべきものであつて、敢て之れ等の原則の適用を俟たぬのであ

る(例、何かを贈與すべき約束、月世界へ運送する契約、法律を廢止する合意)。之れ等の原則を適用する必要あるは、常識上意思表示が成立してをる場合に、其の效力を發揮することの不可能なることが、解釋に依つて現れる場合である。

(二) 法律行為が有効に成立する爲には、其の目的が確定(*determination*; *Bestimmtheit*; *determination*)でなければならぬ。目的の不定(*indetermination*; *Unbestimmtheit*; *indetermination*)なる法律行為は無効である。此處に謂ふ目的とは法律行為の内容といふ意味である。單に目的物(客體)に限らず、其の客體に對して加へらるべき動作の不明瞭なることも亦た目的の不定を來たす。既に述べた如く、客體未定(例、「何か遣らう。」、又は動作未定(例、「どうするか見ろ。』)の場合には、其の行為は捕捉しがたきものであつて、此の場合には行為その者が存しないのである。之れに反し行為は成立して其の目的も理解しうる程度に定まつてはをるけれども、其の實現の合理性を缺くことがある。此の場合に於いて其の行為は目的の確定せざるものとして無効である。例へば、一定の値段にて一匹の動物を賣る契約の如きは、其の値段、取引關係、履行方法等の解釋に依り、合理的實現性ある場合に於いては、其の法律行為は有効である。反對に値段からも、取引の事情其の他からも、合理的實現性を緝き出しえざる場合には、無効である。

目的確定の原則に付き近世の法律學者は、法律行為の時に於いて確定せることを要せず、將來

確定しうべきこと (Bestimmbarkeit) を以つて足ると説いた。思ふに、其の意味は確定の標準が與へられてをることとを以つて足るといふに在る。例へば、不特定物の給付を目的とする法律行為は實は不確定な目的を有するものである。然るにも拘はず古來目的の確定せるものと認められてをったのは、種類、品質、數量を定めることに因つて、將來確定すべき標準が與へられてゐるかである。單に不特定物の給付に限らず、苟も確定の標準が定められてをれば、總て之れを確定の目的を有するものと認むべきである。

確定の標準は、(i) 或ひは取引の慣習に依つて定まることがある。例へば、『相當の値段』を以つてする賣買の如きである。傭船契約は運送の目的物が取引の慣例に依つて定まらべき積荷と解すべきものであつて、亦た此の種の例に屬する。(ii) 或ひは職業又は身分に依つて定まることがある。例へば、或る人の職業から生ずる債務を保證し(例、身元保證^{同法})、又は或る人の身分相應な扶養を約する(參照六八^九、九六〇)如き、之れである。(iii) 或ひは法律の規定に依つて定まることがある。例へば、不特定債權の特定化(四〇二)、選擇債權の選擇(四〇六以下)、債務の充當(四八^九)、相殺の充當(五一^二)の如き、之れである。然るに選擇目的を有する物權の如きは、未だ確定の標準なきものであつて、無効である。^(註一)(iv) 又た第三者の意思に依つて確定の標準が與へられることのあることは、疑ひがない。例へば、或る第三者の指定せる値段にて賣買する如きは、之れである。

確定の標準

(v) 然るに、當事者の意思に依つて定むるものとした場合は、之れを確定の標準が與へられたものといふべきか、又は不確定として無効と解すべきかに就いては、争はれてをる。例へば『汝の欲する値段』で賣り、『私の欲する物』を與へるが如きは、之れである。之れ等は當事者の恣意に因つて如何様にも變更せらるべきものであつて、之れを確定せる標準と解することができないと思ふ。以上を要するに、標準とは當事者の意思外に存する解釋の方法のことである。

(註一) 選擇目的を有する物權契約を無効とする昭一一・七・一七大判(民集一五卷一四五七頁)。

一一三 第二目 目的可能の原則

(一) 法律行為の目的は可能 (possibilit; Möglichkeit; possibility) でなくてはならぬ。不能 (impossibilit; Unmöglichkeit; impossibility) の目的を有つた法律行為は無効である。此の目的も内容の義であること明白である。

(二) 不能に種種の區別がある。從來學者に依つて論議せられた種種の分類に就いて略説すると、次の如くである。

(1) 絶對的不能、相對的不能 絶對的不能は或ひは物理的不能又は論理的不能と呼び、現代に於ける何人にも爲しあたはざることをいふ。相對的不能とは物理的に可能であるけれども、

不能の種類

之れを實現することの至難なるものをいふ。例へば、大洋中に沈没せる荷物の引上の如きである。相對的不能は更に種種なる細別が爲される。物理上可能であつても法律上期待することのできない場合を法律的不能といひ、社會通念上許すべからざる場合を社會的不能^(註一)といひ、又た前次の世界戦後の經濟的困難時代に於いて經濟的不能なるものが認められるに至つた。要するに、之れ等は相對的不能をば夫夫違つた角度から取り上げたものに、外ならぬのである。

(註一) 不能は絶對的不能のみならず一般取引の觀念上不能視せられる場合をも含むとする昭九・一二・二一六判(民集一三卷二三四九頁)。

(註二) 經濟的不能を認めた前出昭九・一二・二一六判(註一)、價格低落に因り競賣金の減少する見込を經濟的不能とせる昭一一・四・一三六判(民集一五卷六三三頁)、水道撤去並に設置に巨大なる物資と勞力を空費し、社會經濟上の損失大なることを以つて經濟上の不能とせる昭一一・七・一七六判(民集一五卷一四八四頁)。

(2) 客觀的不能、主觀的不能 客觀的不能とは世間一般人に取つて不能なるをいひ、主觀的不能とは行爲者に不能なるをいふ。上述の絶對的及び相對的不能は總て客觀的不能に屬する。主觀的不能は例へば、金錢を有せざる者が支拂ひあたはず、病氣に罹れる者が出席しあたはざるが如き、之れである。

不能は客觀的不能に限り、主觀的不能は不能中に入るべきものでないとする説があり、又た行爲者に取つて不能なことは何人が行爲者となるも不能ならざるを得ないからして、主觀的不能なる觀念は存在しないとする説がある。

(3) 法律的不能、事實的不能 此處に謂ふ法律的不能は上述の法律的不能とは異つた意味であつて、即ち不能の原因が法律の禁止に基くものをいふ。例へば、法律の認めざる物權を設定する如き^(註三)、之れである。即ち此の意義の法律的不能は常に絶對的不能である。之れに對し、事實的不能は自然的不能^(註三)ともいひ、不能の原因が法律外に存するものをいふ。

(註三) 偽造の承諾書に依りて爲された登記を無効とする昭一五・一一・一二六判(民集一九卷二〇二九頁)及び偽造の船荷證券の割引を無効とする昭一五・六・二八六判(民集一九卷一〇八七頁)は、不法(民九〇)の見地に立つても説明しうるけれども、寧ろ自然的不能と見るべきものである。

法律的不能は何等か特別なる取扱ひを受けるものとする思想がある。然し民法に於いては原則として法律的不能と事實的不能との間には效力上の區別はない。唯だ法律的不能は同時に不法を來たすことが多いからして、其の場合には不法の程度に應じて行爲の效力に差異を生ずる。即ち或ひは行爲を不成立ならしむる場合もあり(例、殺人契約、窃盜宣言)、或ひは行爲は成立するも其の目的の不能を來たす場合もある(例、貨幣法違反行爲、利息制限法違反行爲)。此の場合には其の違法が癒やされさへすれば、其の行爲は初めより有效となる^(註四)。或ひは不法が行爲の目的を不能ならしめざる場合もある(例、或る種の統制法違反行爲、縣令違反行爲)。此の場合には違法の

制裁を受けながらも、法律行為自體は有効に成立する。

註四 無効の株式申込證に依つて引受を爲したる株主が其の無効を主張せずには株主權を行使するときは申込證の瑕疵は治癒せらるゝとする昭一一・七・一七六判(民集一五卷一四五七頁)。

(4) 一時的不能、永久的不能 不能の原因が一時的なることを豫見しうる場合を一時的不能といひ、豫見しえざる場合を永久的不能といふ。蓋し不能原因は多くは一時的であつて、永久的に不能なるものは少く、又た如何なる場合にも永久的に不能なることを確言することは人間にはできない。故に一時的と永久的の區別は豫見性に求むるより外はない。例へば、降雨は近日中に晴天となることを豫期しうるが故に、其の不能原因は一時的である。之れに反して、戦争は何時終局すべきか何人にも豫見しあたはざるが故に永久不能である。

一時的不能は單に一時的の障害であつて、之れを不能として扱ふべきものでないとする説があり、又た不能なりや否やは行為の時を標準として決せねばならぬからして、一時不能と永久不能とを區別することはできないとする説がある。

(5) 一部の不能、全部的不能 法律行為の目的の一部分が不能なると、全體が不能なるとの區別である。

一部不能は不能として扱ふべきや、可能として扱ふべきや、又は其の不能なる部分耳に付いて

不能原則を適用すべきやが、問題となる。下に述べる。

(6) 原始的不能、後發的不能 不能が法律行為成立の時に存すると、其の成立後に至つて生ずるとの區別である。或ひは事前不能及び事後不能とも名ける。不能その者が事前に發生するか又は事後に發生するかの區別であつて、不能を生ずる原因が事前に在るか事後に在るかの區別ではない。原狀回復の不能は後發不能の一種である。(註五)

註五 鐵道線路附近の埋立土砂の除去を原狀回復の不能と認定した昭一三・一〇・二六六判(民集一七卷二〇五七頁)。

法律行為の效力要件としての不能は原始的不能に限り、後發的不能は法律行為成立の際には問題に這入つて來ない。唯だ後發的不能が行為の際に豫見されてをる場合には、既に之れを行為成立に對する故障と認むべきである。然らざる限りは、後發不能は唯だ履行不能の問題を生ずるに止まる。

(三) 以上各種の不能の中如何なるものが法律行為を無効ならしめるかに就いては、一應の考察を必要とする。

(1) 先づ把握すべきは、法律行為の不成立を來たす場合と、成立したる法律行為が無効なる場合と、有效なる法律行為が後に至りて履行不能に陥る場合との、區別である。不能が顯著であつて、意思表示を不成立ならしむるか(例、晝虎を生捕る契約)、又は目的を脱落せしむるか(例、天

無効要件として不能

城山にて虎狩の約束) 場合には、如何にしても法律行為は成立しがたい。之れに反し、其の意思表示及び目的が合理的な外見を具へてをる場合には、法律行為は成立する。然るに實質的に其の目的が不能な場合には其の法律行為は無効であり、又は履行不能の問題を生ずる。

(2) 故に法律行為の無効を來たさしむるは、原始的不能に限り、後發的不能は唯だ原始的不能に準ずべき場合、即ち行為の際無効の豫見せられる場合、又は條件の成就が後發的に不能となつた場合の如きを除く外は、履行不能の問題を生ずるに止まる。

(3) 原始的不能中法律行為を無効ならしむることの疑ひなきものは、絶對的不能である。其の法律的不能たると、自然的不能たるとを問はない。

(4) 争ひとなるは、相對的不能、主觀的不能、一時的不能、又は一部の不能が法律行為を無効ならしむるか否かの問題である。

(イ) 相對不能中特に法律的不能を絶對的不能と同一に扱ふことは從來廣く行はれた考へであつて、吾が國に於いても通説の認むるところであるけれども、そのことが如何に困難だからとて、當事者が知りつつ其の困難を引き受くるならば、之れを無効とすべき理由は毫も存しないのであり、又た其の困難を知らずして引き受けたならば、之れ後述する錯誤の場合であつて、錯誤の原則に従つて判斷すべものである(一一八切)。敢て不能の觀念を借りるに及ばぬ。

所謂社會的不能は大體に於いて從來の法律的不能を語を變へたものであるが、其の基くところの理念は、社會通念上不能と認められる程度のもは、法律上之れを不能と認めざるべからずといふに在る。故に或ひは之れを不法の意味に於ける法律的不能と同視する見解も成り立つてあらう。然し彼れは法律の禁止に由來するに反し、是れは事實上の困難を救濟する爲であつて、兩者其の理念を異にするものである。然し其の事實上の困難を以つて不能と見る點からは、上述の法律的不能と同趣旨である。

經濟的不能は經濟事情に即應する社會通念を取り上げたものである。故に社會的不能に關する見解が之れに適用される。加之、經濟的不能は物理的可能を前提とすること明白であつて、可能を不能と解するは論理的矛盾である。故に之れに不能原則を適用せず、他の法則に依つて救濟を與ふるを可とする。事情變更の原則(二切)は此の目的に應ずる制度である。(註六)

(註六) 大審院は經濟的不能に不能原則を適用してをる(參照本切註二引用諸判例)。然し原始的經濟不能は錯誤の場合の外は救濟する必要なく、後發的經濟不能は事情變更の原則に依る解除權を與ふるを適當とする。

(ロ) 主觀的不能に就いては二段の觀察を必要とする。一般的には不能を來たさざる程度の事情と雖も、行為者の特別な素因が加はつて不能なることはありうるからして、主觀的不能なしとする説には賛成できない(例、行為者の不注意の爲に金を失ひ、又は病氣に罹つた場合)。然し

此の種の不能には多くは過失の問題が混入するからして、其の不能は行爲者の責に歸すべきものである。稀に行爲者の責に歸すべからざる場合があつたならば、其れは不能原則に従はしめなければならぬ。尙ほ法律は過失の有無に拘はらず主觀的不能をも不能中に包含せしめてをる場合もある。法人の目的の不能^(六八)の如き、之れである。

(ハ) 一時的不能は永久的不能と同じく法律行爲を無効ならしめるとする説には、賛成できない。此の説の理由は、不能は法律行爲の時を標準として決めなければならないからして、此の時に於いて不能ならば、既に法律行爲が無効となり、假令後に至つて可能となつたとしても、最早復活するに由ないといふに在る。乍然、將來可能なことの明白なものを不能と考へるは、^(註七)法律行爲の成立と其の發效とを混同した考へ方であつて、法律行爲は效力を生ぜざる状態の儘で成立し、將來可能となつた時に其の效力を發生すると認めて、何等の支障を生じない。

(註七) 將來の取引關係を開始すべき契約に關する昭八・六・一五大判(新聞三五七六號一三頁)。現在に於いて可能なる事項に付き將來取引を開始すべき契約の有効なることは勿論、現在に於いては不能の事項と雖も、將來可能となるを待つて取引を開始すべき契約も亦た有効である。

(ニ) 一部の不能は其の不能なる部分に付き法律行爲を無効ならしめる。このことは争ひがない。問題は其の可能なる殘部に付き法律行爲は成立するか否かの點である。之れ法律行爲の目的

の不可分性を認むるか認めざるかに依つて解決を異にするのである。通説は本則として可能なる殘部に付いて耳法律行爲成立するものとし、例外として一部不能の爲に法律行爲を爲した目的を達しがたいときは、法律行爲全部が無効とする。之れは法律行爲の目的の不可分性を認めざる説である。既に不可分性を認めないとすれば、可能なる部分に付いて迄も法律行爲が無効となることはありえないのである。故に之れに不能原則を適用することはできないのであつて、若し行爲者の意思と違ふ點に理由を置くならば、錯誤の原則に依つて決せらるべき問題である。之れに反し、不可分性を認める立所からは二様の見解が成り立つのであつて、即ち或ひは一部不能に因り當然に法律行爲全部が無効となるのであつて、行爲者の意思如何に拘はるべきものでないとする。或ひは同じく不可分性を認める見地に立つて、一部不能にも拘はらず法律行爲が全部的に成立するとの見解もある。是れ契約者の擔保^(五六一)を以つて原始不能の場合の責任であるとする説の根據となれる思想である。此の説は原始不能に因る損害賠償義務の理論付けの爲にも、又た法律行爲は無効と解するよりは有効と解すべしとする解釋の原則に照らすも、當然無効説よりは優れるものと謂はねばならぬ。

一一四 第二目 目的適法の原則

(1) 法律行為の目的が適法 (i'garité; Rechsm sigkeit; legarity) であるべきこと、即ち違法 (illegarité; Rechtswidrigkeit; illegarity) の目的を有つた法律行為の無効であることは、上述の確定及び可能の二原則と共に確定的に承認せられたところである。然るに民法は前二原則に就いては何等規定を置かないのに反し、適法の原則に關しては特に規定して、公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為を無効とすると明言した(九〇)。是れ善良の風俗に反すること亦た違法であることを明かにする必要があつたからであつて、而して此の規定に依つて本來道徳上の事項たる善良の風俗が、法律上の制度となつたものと、解せねばならぬ。換言すれば、此の規定に因つて適法の原則が擴張せられたものに、外ならぬ。

然るに吾が國の通説は、本條を以つて公序良俗の原則を規定せるものとし、之れを適法の原則とは別個の原則と解し、羅馬法以來當然認められたる三原則の外に第四の原則を新設せしものと説明する。然し此の説には賛成しがたい。何となれば、法律に違反することは公の秩序に違反する中に含まれてをることは疑ふべき餘地がないのであつて、寧ろ法律違反と公序違反とは同一概念であると解すべきものである。民法自身も強行法を以つて公の秩序に關する規定であること(九)を明言してをる(九)。通説は獨逸民法の影響を受けたものであるが、吾が國と獨逸との間には規定に大差あることを看過してはならない。即ち彼れは單に善良の風俗 (Guten Sitte 獨逸民三三八) 耳に付

いて規定せるに反し、吾が民法の立法者は特に之れを公の秩序と列べて規定したのである。獨逸に於いては適法の原則(公序の原則)の外に良俗の原則を新設せるものであつて、假令適法の原則の外に別に公序の原則ありとする見解に立ち、之れを公序良俗の原則として一原則に纏めるとしても、其の所謂公序は良俗に吸収せられる程度のものであつて、重點觀察からは適法の原則と良俗の原則とが對立するのである。之れに反し、吾が民法に於いては公序と良俗を明かに別異の概念として認めつつ、兩者を同一の原則の下に統括してをるのであつて、其の趣旨は適法の原則中に良俗の原則を取り入れるに在るのである。決して公序の原則の外に別に良俗の原則を認むるものでもなく、又た公序の原則と適法の原則とを別個の原則と認むるものでもないのである。(註一)

(註一) 第七〇八條の不法原因給付を以つて不法原因が公序良俗に違反する場合をいふとする説は、不法原因と反公序良俗原因とを別異視する見解に立つものである。恩給を擔保に入れるは脱法行為として無効なるも、公序良俗に反せざる故不法原因給付に非ずとする昭九・八・三大判(新聞三七三九號一八頁)。然し民法の建前は不法即ち反公序良俗なのであるからして、不法原因とは別な反公序良俗原因なるものは存しないのである。

(11) 公の秩序 (ordre public; öffentliche Ordnung; public policy) とは社會の公安をいひ、善良の風俗 (bonnes moeurs; guten Sitte; good morals) とは國民の道徳をいふ。兩者は全然別個の概念であるからして、實際上に於いても必ずしも常に一致するには限らない。或ひは第九〇條は適

法の原則を規定せるものであるとする見地よりして、良俗違反は唯だ公序違反となる場合に於いて耳本條の適用を受くるとし、或ひは反對に、本條は適法の原則とは別な原則を新設せるものとする見地よりして、公序違反は唯だ良俗違反を伴ふ場合に於いて耳本條の適用を受くるとする説がある。然し本條が公序と良俗とを對等に規定せることは文面上明白なる耳ならず、適法の原則を擴張せるものとする立法の趣旨に鑑るときは、公序と良俗とを併せ認めてこそ擴張の目的が達せられるのであつて、唯だ法律問題となることのできない純粹なる良心上の出來事の如きものは、適法の原則中に入りえない結果として、自ら除外されるといふ迄である。

公の秩序は時代に依り、社會情勢に依つて推移することが唱へられてをり、善良の風俗も同様とする説と、道德には或る程度の固定性ありとする説とがある。善良の風俗の外に淳風美俗を認むる説は前の見解に立つものであつて、即ち善良の風俗は現代の道德感覺に従ふに反し、淳風美俗は古來確定せる道義觀念なりとする。又た善良の風俗と信義誠實との對立を認むる説は後の見解に立ち、善良の風俗は普遍的な道德であり、信義誠實は實際社會の取引に於いて現れた道德思想であるとする。思ふに、公序良俗が政治、經濟事情、國際情勢、等に依つて影響せられる以上、之れに確固たる恒常性を望むことはできないのであつて、若干の程度に於いて變動性あるものと爲さざるを得ないのである。乍然、之れ等の外部的の事情に因つて移動するは唯だ公序良俗

の發現の形態に過ぎないのであり、其の本體は吾が國古來の國本的道義精神である。詳言すれば、吾が國體を發揚するに必要な秩序が公の秩序であり、吾が國風を維持する内容の道德が善良の風俗である。公の秩序といひ、善良の風俗といふ用語の辭典上の意義は必ずしも爾うではないに違ひないけれども、然し吾が國に於ける現行法の用語となつた上は、此の意義を有するものと解せねばならぬ。此處に民法の日本の性格があるのである。

從來の判例に現れた公序良俗は、必ずしも上述の如き日本精神を明確に判示せるものには限らぬであらう。然し時勢の波に揺られて變動する尖端を見ずに、判例の基調となれる根本思想を捕ふるならば、常に國體及び吾が國固有の道義の維持に努めてゐることを知ることができる。^(註二)而して公序に反する事項と良俗に反する事項とは多くの場合に於いて一致するけれども、必ずしも爾うとは限らない。若し常に一致するならば公序良俗は不可分な觀念であつて、公序又は良俗と規定するは適當でないことになる。然し例へば、所有權の讓渡を禁ずる行爲、^(註三)絶對的に營業を禁ずる行爲、^(註四)三等親の婚姻^(七六)の如きは、^(註五)専ら公序に耳反する事項であり、私通、獨身を守る約束の如きは、^(註六)専ら良俗に耳反する事項である。公序又は良俗に反する事項中特に法律の規定を以つて禁止せられた場合がある。所謂強行法に反する場合と稱せられるもの即ち之れである。^(註七)之れ等の行爲と雖も勿論第九〇條の適用を受けるのである。又た個個の規定の禁止を免れる爲に手段を

講じて當該禁止規定の要件に觸れざる行爲を爲すことがある。之れを脱法行爲と名け、^(註八)直接に法律の禁止に違反する違法行爲と區別する説がある。其の第九〇條の適用を受くる點に於いては全く同一である。又た特別な禁止規定なきに拘はらず第九〇條の適用を受ける場合がある。^(註九)之れを違法の目的を有する行爲と名けて、上述の違法行爲と區別する説がある。然し既に第九〇條の適用を受ける行爲が違法行爲なることを認むるならば、違法行爲たることを、脱法行爲たることを、違法の目的を有する行爲たることを區別する必要はない。之れ等の間に本質上の區別は存しないからである。強ひて區別すれば、個々の規定に依つて禁止せられたるが故に第九〇條の適用を受けるのと、第九〇條の規定に依つて一般的に禁止せられたると、いふ迄である。

(註二) 公序良俗とは法に於ける忠孝仁義であると明言せる昭一三・三・一一大判(刑集一七卷二四二頁)は國本思想の最も顯著に現れた判例である。愛國思想に基く法律秩序の破壊も犯罪となるとする昭八・四・一〇大判(新聞三五五五號一四頁)は外見上法と愛國心との不一致を認めてをるやうであるけれども、決して法律秩序の破壊は愛國心に反せざるものと爲すのではない。唯だ愛國心に基く場合にも法秩序破壊は愛國心に基かざると同様の責任を生ずることありといふのである。

(註三) 永久に譲渡せざるべき旨の約款を附したる贈與は公序違反なることが、早く明三二・三・一五大判(自治館全集一六一頁)に現はれてをる。最近の判例として前出獨占的地位にある仲買人は取引を拒絶しえずとする昭一五・八・三〇大判(民集一九卷一五二頁)も、専ら反公序の見地に立つものである。

(註四) 商業を營まざるべき旨の特約と雖も一定の期間及び區域を定めたる時は有効であることが、早く明三二・三・二

一大判(自治館全集一七〇頁)に認められ、近くは昭七・一〇・二九大判(民集一一卷一九四七頁)にも營業自由を制限する特約を有効と認めてをる。

(註五) 三等親間の結婚は舊時に於いては稀有でなかつた。民法後に至つても地方には其の實例を絶たない。然し之れを公序良俗に反せざる行爲と解するは、公序の發展的意義に合せざるものである。

(註六) 妻の連子との情交に因り生まれたる子の認知を無効とする昭六・一・二三大判(新聞三二七號一五頁)、殺人死體を他に運搬する行爲を風俗破壊なりとする昭一・一・二九大判(刑集一五卷三三頁)の如きは、専ら良俗違反の點から觀察せらるべきものである。

(註七) 鑛業法に違反する鑛物の賣買を無効とする大一四・二・三三三判(民集四卷五一頁)、鑛業權者が採掘權を他人に授與する契約は鑛業法に違反し無効とする昭五・六・二二大判(新聞三一六四號一四頁)、民法第三一五條に反する行爲を無効とする昭五・六・一六大判(新聞三一七二號一〇頁)、贈賄の意思表示に關する昭七・七・一六六判(新聞三四六七號六頁)、一時拂の無盡掛金の特約を無効とする昭一〇・三・八八大判(民集一四卷三三一頁)、合百賭博に關する昭一〇・一一・二八六判(刑集一四卷一二四六頁)、恩給受領者の地位を譲渡す契約を無効とする昭一二・一一・二二大判(民集一六卷一五八一頁)、不作爲犯と公序良俗違反の關係に關する昭一三・三・一一一六判(刑集一七卷二四二頁)、法律事務取扱の取締に關する法律第二條に反するに至りたる法人の法律行爲を無効とする昭一五・七・六六六判(民集一九卷一一五七頁)。

(註八) 債權擔保の目的を以つて恩給證書を交付するは脱法行爲なりとする昭六・六・二七六判(新聞三三〇二號一八頁)。

(註九) 當事者の一方のみが上訴を爲さざる旨の合意を無効とする昭九・二・二六六判(民集一三卷二七一頁)、借地人が借地を買取らざるときは違約罰を拂ふ旨の契約を無効とする昭九・四・一二二大判(民集一三卷五九六頁)、一部株主のみに年賦拂込を許す旨の拂込催告を無効とする昭九・一〇・二五五判(民集一三卷一九五二頁)、清算人の免責を目的とす

る持株譲渡を無効とする昭一〇・六・六六判(民集一四卷一二三五頁)、権利移轉行為を無効とせる場合に關する昭一二・四・七六判(民集一六卷三九八頁)、密淫賣行為に因り取得せる金員の分配契約を無効とする昭一二・五・二六六判(民集一六卷八八五頁)。

(註一〇) 前註と反對に第九〇條に反せずと認められた例は、辨護士が高率の手數料を特約したる場合に關する昭六・七・四六判(新聞三三〇七號一六頁)、營業自由を制限する特約に關する前出昭七・一〇・二九六判(民集一一卷一九四七頁)、産業組合が過怠金を附する行為に關する昭一〇・一〇・二二六判(民集一四卷一七五三頁)。

目的の意義

(三) 第九〇條に於ける目的といふ語の意義に就いては疑ひがある。目的といふ語は種種の意味に用ゐられ、其の法律行為の目的といふ場合には、前述せる法律行為の内容又は客體といふ意味(八六切)の外に、尙ほ緣由といふ意味にも用ゐられる。緣由とは法律行為を爲すに至つた動機をいひ、即ち行為意思を決定するに至つた原因である。之れを法律行為その者から見れば行為の究局目的に外ならぬ。可能又は確定の原則に於いては、目的の語は當然法律行為の内容に限られる。緣由は縱令不能又は不定であつても、内容が可能且つ確定であれば充分に其の目的を實現しうるからである。之れに反し、緣由の違法は法律行為その者に違法性を帶有せしむることがありうるのであつて、即ち適法の原則は能く緣由の合法性をも包含しうるものである。

然るに、早くは法律行為の無効を來たすは唯だ法律行為の内容が公序良俗に反する場合丈であつて、緣由の不法は法律行為を無効ならしめずとせられた。之れは緣由に付いて生ずる問題は法

律行為の效力を左右せずとする傳統的な見解(參照一一八切)に立脚する説である。然し斯くの如き見解は公序良俗の性質に適せざるものである。或ひは違法と公序良俗とを區別する説を採り、違法は専ら法律行為の内容に付いての問題であるけれども、公序良俗は緣由に付いても問題となるとする見解がある。違法の原則と公序良俗の原則を區別する理由なきことは前に述べた通りであるが、今の問題に就き兩者を區別するは尙更ら理由のないことである。思ふに、法律行為を無効ならしむるは、公序良俗違反が法律行為の内容に在るか緣由に在るかの問題ではなく、其の事項の全體から見て公序良俗に合するか否かに依つて決すべきである。例へば、犯罪用に供する物を授受することは通常は公序良俗に反しないが、然し特別な事情に因つては公序良俗に反する行為である(例、賭博場に於いて資金を貸與する行為^(註一二))。更に權利濫用には公序良俗違反の緣由に因つて爲さるる權利の行使と解すべき場合が多い。之れも畢竟緣由に第九〇條が適用せられる場合である。^(註一二)

(註一一) 賭博資金を貸與するは賭博の前後を問はず反公序良俗とする昭一三・三・三〇大判(民集一七卷五八一頁)。

(註一二) 告訴を利用して民事事件を解決する意圖の下に告訴を他人に委任する行為をば第九〇條に反するものとする昭一五・八・七六判(民集一九卷一八一頁)。

取締法規に違反する行為は必ずしも公序良俗違反に非ずとする見解が、割合に廣く行はれてを

(註一三) 之れは違法と反公序良俗とを區別する見地に立つ説もあり、行政法規と私法とを別個の秩序とする見地に立つ説もあるが、又た取締法規の違反は私法上の行爲に取つては緣由に過ぎずとする見地に立つ説もあつた。之れ等の見解は今後の法律學に於いては皆な一掃せられねばならぬものであつて、緣由の違法は行爲の違法を來たさずとか、公序良俗違反とならざる違法行爲ありとか、況や公法と私法とは其の目的を異にするが故に公法違反は必ずしも私法行爲の違法性を生ぜずとかいふは、何れも道義に反する學説である。若し取締法規の違反が私法上の行爲を無効ならしめざる場合ありとせば、道義の要求が法規の技術的適用を是認せざる場合である。此の場合に於いては當該行政法規の運用が果して私法上の行爲を通じて現るる國家全體の秩序を阻害することなきや否やを考察して、其の行爲の效力を決定せねばならない。

(註一三) 行政官廳の禁止規定に違反する行爲に關する昭二・一二・一〇大判(民集六卷七四八頁)、取引所法第二條ノ四第二項に反する行爲は無効に非ずとする昭九・三・二八大判(民集一三卷三一九頁)、地方長官の定めたる定率を超過する利息にて耕地整理組合の爲す負債を無効とする昭九・一〇・一〇大判(民集一三卷一八一八頁)、産業規則に違反するも公序良俗に反せずとする昭一三・三・三〇大判(民集一七卷五六七頁)、保險募集規則第一八條違反行爲は同規則の制裁を受くるに止まり、行爲は無効に非ずとする昭一三・一〇・一三大判(新開四三三五號一六頁)、東京市條例に違反する行爲が東京市との關係に於いて無効なるも、當事者間に於いては有効に成立すとする昭一五・八・二大判(民集一九卷一二五二頁)。

更に刑法上犯罪となる行爲は、最も多くは公序良俗に反するけれども、稀には民法上有効に成立することが認められてをる。(註一四) 是れ所謂自然犯と法定犯との區別に由來する觀念である。

(註一四) 民事と刑事は別觀念なりとする昭一二・八・三一大判(刑集一六卷一三六二頁)、刑罰を課する行爲は必ずしも無効ならずとする昭一五・一〇・一一大判(民集一九卷一七八九頁)。

(四) 法律の規定を分けて強行法及び隨意法とする。強行法とは公の秩序に關する規定であつて、此の規定に反する法律行爲は公序違反行爲として無効なること、上述の如くである。之れに反して、隨意法とは公の秩序に關せざる規定であつて、行爲者が之れに反する意思表示を爲した場合には、其の意思に従ふ(九一)。之れも古來行はれた原則であつて、要するに適法の原則の主旨をば布衍したものに外ならない。如何なる規定が強行法であるか、又は隨意法であるかは、往々にして問題となるを免れない。當該の規定の包擁する目的範圍と、之れに背反せむとする意思目的とを對比考量して、道義に依據しての批判が行はれなければならない。上述の取締法規の如きは其の一例である。民法の規定中、身分法及び物權法の規定は大部分強行法であり、債權法の規定は大部内隨意法であると稱せられる。勿論大體の區別である耳ならず、個個の規定と雖も上述の如き道義的判斷に従ひ、之れに背反する法律行爲の目的を或ひは有効ならしめ、或ひは無効ならしむる場合を生ずるのである。

隨意法違反
の法律行爲

表示せられ
ざる意思

隨意法の適用を免れる爲には、其の旨の意思を表示しなくてはならぬ。然るに隨意法に反する慣習のある場合に於いて、法律行為者が之れに依る意思を有するものと認むべきとは、其の慣習に従ふ(九二)。即ち意思表示なきに拘はらず其の意思ありと認めるのである。何となれば、若し意思表示があれば前條に入り、本條は不必要となるからである。而して表示されない意思は到底之れを知るに由ないからして、本條は結局意思ありと推測するものと解するより外はない。之れ既に前に意思の論理上の結果として研究せしところであつて(一〇二切)、表示せられざる意思は前提説からも、行為礎説からも、把握できないものであり、要するに、意思表示の解釋に因つて生ずる結果は總て意思表示の内容に屬し、解釋から現れない結果は唯だ推測に因つて把握する外はないのである。

事實たる慣
習

而して或る慣習の存する場合に、行為者が之れに依る意思を有するものと推測するには、結局反對の意思が表示せられない限りは、其の慣習が適用せられることになるのである。斯くの如く意思補充の用を爲す慣習を、慣習法(二)に對して、事實たる慣習といふ。例へば、辨濟の場所に關する規定(四八)に反する掛取の慣習、初日を算入せざる規定(〇四)に反し初日から利息を取る慣習の如きは、之れである。之れに反して、商業上の慣習に屬するものは慣習法である(一)。(註一六)或ひは慣習法と事實たる慣習との本質上の區別を否認する説がある。乍然、單なる慣習は如何に永く

反覆されても法とはならぬのであつて、其の爲には法律の規定なり、判決なり、又は他の方法なりに依つて、國家の裁可が行はれなければならない。

(註一五) 小作料定免の慣行は多數府縣に存すとす昭一一・二・二一六判(民集一五卷二四二頁)、子が親の郵便貯金の拂戻を受くるには委任状を要せざる慣例ありとする昭一一・二・二七六判(民集一五卷二五八頁)は、共に事實たる慣習に關する。

(註一六) 白紙委任状附株券擔保者が辨濟期に辨濟を爲さざるときは債權者は任意に賣却しうる商慣習ありとする昭九・四二八大判(新附三七二二號八頁)。

第三項 意思表示の真正及び自由

一一五 第一目 真正、自由、完全の原則

(一) 法律行為の有効に成立する爲には、古來其の目的が適法、可能、確定でなくてはならないとすると同時に、又た法律行為を組成する意思表示が真正、自由、完全でなくてはならないとせられた。真正の原則とは意思が表示と合致することをいひ、自由の原則とは其の真正な意思が外部の強要に因らずして決定せられたものであることをいひ、完全の原則とは行為者が行為能力を有することをいふ。之れ等の要件に該當せざる法律行為をば夫夫不真正、不自由、不完全(invrai, inliberal, incomplete; unechte, unbreie, unvollkommene; untruc, unliberal incomplete)なる法律

行爲といふ。行爲能力に就いては既に述べたからして(二八切以下)、此處に説明するのは眞正及び自由の原則である。

(二) 意思表示が眞正、自由、完全なる爲には次の如き要件が具はらなければならぬ。

(1) 意思と表示とが存在しなければならぬ。意思の欠缺する場合(例、強制)、表示の不在の場合(例、潜在行爲)には、意思表示は成立しないからして、之れに眞正、自由、完全の原則は適用されない。

(2) 意思と表示とが合致しなければならぬ。之れ即ち眞正の原則である。意思と表示との不合致には種種な場合がある。

(イ) 先づ其の不合致を表意者が知る場合を故意の不合といひ、更に之れを(i)表意者が眞意を黙秘せる場合(心裡留保)と、(ii)其の眞意を發表せる場合(假裝表示)とに別つ。

(ロ) 次に意思と表示の合致せざることを表意者が知らざる場合を不慮の不合といひ、之れを細別して、(iii)其の不合致を來たした原因が表意者自身に在る場合(單純なる錯誤)と、(iv)他人の詐欺に因つて不合致を來たした場合(詐欺に因る錯誤)とする。

(3) 意思と表示とは合致するも、其の決意自體に缺陷があつてはならない。即ち意思表示は自由であり、且つ完全でなければならぬ。

(イ) 其の決意が他人の影響に因つて行はれた場合には、之れを不自由なる意思表示といふ。廣意に於いては詐欺も不自由なる意思表示であるが、詐欺は同時に不眞正なる意思表示となるからして、狹意に於いては不自由なる意思表示とは強迫の場合をいふ。決意が他人の影響に因つて行はれても(教唆)、表意者自身の選擇に因つて行はれる場合は、自由なる意思決定である。

(ロ) 決意が表意者の自由なる意思決定に因つて行はれた場合、表意者の意思活動に缺點あるときは、之れを不完全なる意思表示といふ。無能力者の行爲即ち之れである。

(三) 意思表示の瑕疵といふ語には諸義がある。最も廣意に於いては眞正、自由、完全の原則の何れかに反する場合に總て妥當する語である。又た取消しうべき行爲の要分たる意思表示を指して謂ふことも少くない。無能力竝に詐欺及び強迫に基く行爲の外、法律上の要件の欠缺に基く取消(例、^{四二四}_{五五〇})をも含む。然し通常は詐欺又は強迫に因る意思表示(一三)の義に用ゐられる。

一一六 第二目 心裡留保

(一) 心裡留保(reservatio mentalis; r servatio mental; geheimer Vorbehalt)とは表意者が其の眞意に非ざることを知つて爲したる意思表示をいふ(九三)。即ち心中を黙秘した虚偽の意思表示であつて、行爲意思を有せざるにも拘はらず行爲意思あるものの如く振舞ふことである。心中を黙

心裡留保の
意義

意思表示の
瑕疵

祕することを以つて要件とすることは、後述する假裝表示と對比すれば明白である。心裡留保を生ずるは、他人を欺く爲であることがあり(例、詐欺)、諧謔の爲であることがあり(例、戲言)、又は引例の爲であることがあり(例、教材)、その他如何なる理由に因るを問はぬ。

心裡留保の要件

(二) 吾が民法に於ける心裡留保の要件は「表意者カ其眞意ニ非サルコトヲ知ル」ことである。之れを他の類似の場合と比較して考察すれば、次の如くである。

(1) 絶対に行爲意思を缺如せる表示は意思表示を成立せしめないからして(例、演劇)、此の場合には心裡留保にはならない。心裡留保となるのは外見上の行爲意思は存在し、而して行爲者自ら其の意思の眞實ならざることを認識せる場合である。實際問題としては行爲意思なしに表示耳が存する場合と、眞實に非ざる行爲意思が表示された場合とは、判別に困難な場合が多いであらう。疑はしきときは實際上之れを心裡留保として扱ふより外はない。然し其の故を以つて本條を意思なき表示に效力を與へる規定であると解することはできない。

(2) 眞實の行爲意思を默祕するが爲に眞實ならざる意思を表示したる場合、例へば顧みて他を言ふ(贈與を拒絶する意思を以つて賣買の申込を爲す類)如きは、之れを眞實の(即ち默祕せられたる)意思の表示方法と解しうべき限りは、之れに心裡留保の規定は適用されない。此の場合には他を言つたことにはならぬのであるからして、従つて表見上の意思表示は存在しない。之れ

に反して眞實の意思の表示と解することのできない場合には、其の表見上の意思表示に心裡留保の規定が適用せられる。

(3) 心裡留保は眞正の行爲意思を知りつつ默祕することを要件とするからして、錯誤に因つて眞正の行爲意思を發表するに足らざる表示を爲した場合には、心裡留保の規定は適用がない。此の場合には錯誤に關する第九五條が適用される。

(4) 眞實の行爲意思を表示するも、他の法律上の要件を默祕する場合(例へば、妻たることを默祕して意思表示を爲し^二、又は反對に妻に非ざる者が妻として意思表示を爲す^四八〇。如き)は、行爲意思は存してをるのであるからして、心裡留保ではない。斯かる行爲の效力は當該の規定の解釋に依つて決すべきものである。

心裡留保の效力

(三) 心裡留保の意思表示の效力は次の如くである。

(1) 本則として、心裡留保の爲に意思表示は其の效力を妨げられない(九三・本)。效力を妨げられずとは、效力を有することを示す語である。心裡を默祕した爲に行爲意思が不明となり、意思表示の不成立なる場合に於いては、本條は其の適用がない。本條の適用あるは、外見上の意思表示が能行爲意思を推知せしむるに足る場合であつて、此の場合に於いては行爲者の眞意は本人の心内の事實たるに止まり、之れに法律上の效力を賦與するに由ないのである。

(2) 例外として、心裡留保の意思表示が無効となる場合がある(九三・但)。
 (イ) 相手方が表意者の真意を知りしとき 之れは相手方が表見上の意思表示の眞實ならざることを知る意味である。表意者が行爲意思を有せずして表示を爲した場合なるときは、表見上の意思表示が無効であり、眞意を黙秘する爲に表見上の意思表示を爲した場合なるときは、其の表見上の意思表示が無効なると同時に黙秘せる意思にも効力はない。黙秘意思は表示されてゐないからである。黙秘意思が表示されたと見るべき場合に就いては上に述べた(本切二)。
 (ロ) 相手方が表意者の眞意を知ることを得べかりしとき 即ち相手方が過失に因つて表意者の眞意を知らざる場合である。表意者の行爲意思が眞實ならざること知らざるか、又は黙秘意思を有することを知らざるをいふのである。

(3) 心裡留保は第三者に對しては如何なる効力を有するかに就いては、種種な見解がある。
 (イ) 或ひは心裡留保を無効とするは故意過失ある相手方に對する關係に於いて耳適用される例外であつて、第三者に對しては常に有效とする説があり、(ロ) 或ひは本條の相手方とは心裡留保の意思表示の効力を受くる凡ての者を指し、第三者をも包含すとする説があり、(ハ) 或ひは相手方なき意思表示と、相手方ある意思表示とを區別し、前者は第三者との關係に於いて常に有效であり、後者は相手方に對する關係に於いて有效なると無効なるとに従つて、第三者に對して

相手方又は
 第三者の意
 思表示

も亦た同様とする。思ふに、心裡留保は本則として行爲意思ある行爲として扱はれてをるのであつて、唯だ表意者の眞意に對して故意過失ある相手方に對し、表意者を保護する爲に例外を設けたに過ぎないのであるからして、第三者に對しては常に有效とする説を至當と考へる。

(四) 心裡留保の意思表示に對し相手方又は第三者の爲した意思表示は、次の區別に従ふ。

(1) 相手方が善意無過失なるときは、心裡留保の意思表示も有效であるからして、之れに基いて相手方の爲した意思表示も有效である。此の場合に相手方は心裡留保者の眞意を知らざる點に於いては錯誤があるけれども、斯くの如き錯誤は當面の法律行爲に影響しないものであるからして、何等問題にならない。

(2) 之れに反して、相手方が過失に因つて心裡留保者の眞意を知らない場合には、心裡留保者の意思表示は無効であるからして、之れに基いて相手方の爲した意思表示は有效であるとする。其の相手方は不測の危害を招くことになる。故に此の場合には錯誤に關する第九五條の規定が適用されなければならない。従つて亦た相手方に重過失ある場合には錯誤に因る意思表示の無効を主張しえないことになる(九五)。このことは心裡留保者に對する意思表示たると、第三者に對する意思表示たるとを、問はない。

(3) 相手方が心裡留保者の眞意を知りつつ意思表示を爲した場合には、相手方の意思表示が

亦た心裡留保の適用を受けることがあり、時としては通意あるものとして第九四條の適用を受けることもありうる。然らざる場合には相手方の意思表示は眞意に基くものとして有効である。

(4) 心裡留保の意思表示に基いて第三者が爲す意思表示は、總て有效なる意思表示である。第三者に對しては心裡留保は常に有効と解すべきこと上述の如くであるからして、之れに基いて第三者の爲した意思表示に付いては、相手方の意思表示に於ける如き區別を爲す必要がない。唯だ斯かる第三者に對しては心裡留保者に不法行爲の責任を生ずることはありうるであらうし、又た第三者の行爲を有効とすることが道義に反する場合に於いては、其の理由に據つて救済を與へられなければならぬ。

一一七 第二目 假裝表示

(一) 假裝表示 (simulatio; simulation; Scheingeschäft; simulation) とは相手方と通じて爲したる虚偽の意思表示をいふ(九四・一)。通ずる(通意)とは、表意者が眞意を發表するの義である。必ずしも相手方との通謀を必要とせざる耳ならず、相手方が表意者の發表せる眞意を了知することもない。若し爾うでないとすると、心裡留保と假裝表示との區別が不明確になり、其の何れにも屬せざる部分を生じ、其の效力を曖昧ならしむるからである。故に本條を解するに、或ひ

は意思共同説を以つてし、或ひは行爲共同説を以つてするは、共に正確を缺くものである。尙ほ本條の行爲を虚偽の意思表示又は虚偽表示と呼ぶことは廣く行はれるところであるけれども、此の名稱は正しくない。心裡留保と假裝表示とは共に虚偽の意思表示であつて、其の異なるところは唯だ、一方は眞意を默秘するに反し、他方は外部に向つて眞意を發表する點に存するのである。假裝表示も心裡留保と同じく、詐欺、諧謔、演劇、等の爲に行はれる。

(註一) 離婚の假裝に關する昭六・一・二七六判(新聞三三三三三號八頁)、質權設定の假裝に關する昭六・六・九六判(新聞三三三四號八頁)、賣渡擔保と虚偽の意思表示に關する昭七・一・二九六判(新聞三三七二號九頁)、虚偽の合意を以つてしたる質權設定に關する昭七・一・一〇六判(新聞三四九五號八頁)、株金拂込の假裝に關する昭八・四・一九六判(民集一二卷八三八頁)

假裝表示の要件

(二) 假裝表示の要件は「相手方と通シテ爲シタル虚偽ノ意思表示」たることを要する。
 (1) 相手方と通ずること(通意)を必要とする。
 (イ) 故に相手方なき意思表示には本條は適用がない。此の種の意味表示に付き眞意に非ざることが發表されてをるならば(例、「練習用」と印刷せる無記名式手形)、是れ意思表示を不成立ならしむるものであつて、本條を適用する必要がない。
 (ロ) 相手方に對する通意が行はれなければならぬ。其の方法は通謀に依ると、通達に依ると以心傳心に依るとを問はない。通意の行はれざる場合には心裡留保が成立する。相手方が了解す

ることは必要でないからして、相手方が通意を了解せず、又は過失に因つて誤解したる場合に於いても、假裝表示は成立する。

(2) 虚偽の意思表示たることを要する。

(イ) 意思表示中に現れた行爲意思是眞實のものに非ざることが、表意者より相手方に通ぜられると、之れに因つて其の意思表示は全然成立せざることもあり、又た目的の不確定を來たすこともあり、又た矛盾したる條件に繋がらむることもある。其の何れたるを問はず、之れを假裝表示として扱ふのである。

(ロ) 眞實の行爲意思を隠秘するが爲に眞實ならざる意思を表示した場合、例へば、登記料を軽減する爲に贈與を賣買と假裝し、又は代金を少く假裝し、又は甲より乙を経て丙に移轉せるものを、甲より直接に丙に移轉せる如く假裝したる場合に於いて、眞正の意思が表示せられしものと解釋されるときは、其れは一個の有効なる意思表示であつて、假裝表示ではない。前諸例をば所有權移轉の意思表示と解釋するの類が、之れである。之れに反し、二個の矛盾せる行爲意思と解釋されるときは、表見上の行爲意思を要分とする假裝表示と、眞正の行爲意思を要分とする潜伏行爲(又は潜在行爲)の二個の意思表示に分かれる。但し潜伏行爲は表示せられなければならないからして、單に行爲意思が潜在する耳にては潜伏行爲ではない。通常は假裝表示が同時に潜伏行

爲の表示と解釋せられ、而して兩者は其の何れか一方耳が有効となるのである。假裝表示と潜伏行爲とが共に有効となる場合はありえない。

(ハ) 錯誤に因つて虚偽の意思表示を爲し、而して其の虚偽なることを相手方に通じた場合には、其の錯誤に因る意思表示は假裝表示か否か疑ひとなる。心裡留保と同じく、假裝表示に於いても表意者が虚偽なることを知ることを要するものと解する。故に此の場合は錯誤の規定に従ふべきである。

(ニ) 假裝表示たるが爲には表示せられた行爲意思が眞正ならざることを要する。故に表示せられた行爲意思が眞正なる場合には、假裝表示に似たりと雖も非なるものである。信託行爲は早くは假裝表示と解せられてゐたけれども、其の異なる點は、信託行爲に於いては財産の移轉其の他の處分を目的とする眞正の行爲意思が存在することに在る(信託法一)。而して相手方をして信託目的に従ひ信託財産の管理又は處分を爲さしむるは(同法一)及び(四)、假裝表示に對する潜伏行爲と異り、同一の信託行爲の内容であつて、決して矛盾せる二個の行爲意思ではない(註二)。通説は相手方の此の義務を債務と解してをるけれども、物權的權能なることもありうる。

(註二) 母の名義にて子の所有金を貯金するは信託行爲とする昭一〇・一〇・四六判(民集一四卷一九五四頁)、信託讓渡の效力に關する昭一二・一二・六六判(民集一六卷一七一九頁)及び昭一二・一二・二八六判(民集一六卷二〇九〇頁)。

親母子講掛返債權を世話人名義とせる場合に關する昭一五・八・一七判決（民集一九卷一四八二頁）。

假裝表示の效力

(三) 假裝表示の效力は次の如くである。
(1) 假裝の意思表示は無効である(九四・一)。之れは心裡留保と異なる點であつて、相手方の心理状態に依る例外を認めないのである。其の理由は、彼れは表意者が眞意を默秘せるに反し、是れは眞意を發表してをるからである。

(2) 假裝表示の無効は之れを以つて善意の第三者に對抗することを得ない(九四・二)。或ひは此の規定を以つて善意の第三者との關係に於いては假裝表示が有効となるとする説がある(相對的無効説)。乍然、「無効ヲ對抗スルコトヲ得ス」といふ法文は「其效力ヲ妨ケラルルコトナシ」とは文理解釋上異なる耳ならず、第三者の側から無効を主張することをも許さずと解するは、必要を超えた干渉である。無効の本來の性質は法律が一定の事實に其の効果を賦與せざること存するのであつて、相對的に有効であつて且つ無効であるといふ如き觀念は無効の本來の性質に適せざるものである。唯だ法律が特別の理由あるときは或る人に無効の主張を許さざること、無効の本質にも反せず、又た公益保護の必要上許さるべきことであつて、本條の場合に在つては、第三者より無効を主張しうるも、當事者(即ち表意者及び相手方)の側よりは其の主張を許さないものである(參照一四一切)。是れ全く取引の安全を保護する目的に出づるものであつて、第九四條第

相對的無効

二項は第一九二條と其の性質を同じくする規定である。故に本條の保護を受くる第三者は單なる善意者に限らず、善意無過失なることを要するものと、解すべきである。此處に善意とは假裝表示なることを知らざるを謂ひ、表意者の通意を知ると否とに拘はらない。何となれば、通意は相手方と雖も知るを要せざること上述の如くだからである。^(註三)

(註三) 虚偽行為の無効と轉得者の保護に關する昭六・九・一六判決(民集一〇卷八〇六頁)、通謀に因る虚偽の意思表示と善意の第三者との關係に關する昭八・四・一九大判(新聞三五七四號一〇頁)、銀行が甲と通謀せる預金契約と乙に對する支拂義務との關係に關する昭九・五・二五大判(民集一三卷八二九頁)、假裝賣買の買主が善意の第三者に對し抵當權を設定せる場合に關する昭一〇・五・三一大判(民集一四卷一二二〇頁)。

相手方又は第三者の意思表示

(四) 假裝表示に對して相手方又は第三者が爲したる意思表示は如何に解すべきか。
(1) 相手方に對しては其の故意過失に拘はらず假裝表示は無効であるからして、之れに基いて相手方が意思表示を爲した場合に、其の相手方の意思表示には種種な區別がある。即ち通謀に因る場合は相手方の意思表示も多くは本條の適用を受けるけれども、然し相手方が自己の眞意を默秘する場合には第九三條の意思表示となることもあり、又た稀に相手方が假裝表意者の眞意を誤解したる場合には、相手方の意思表示は第九五條の意思表示となることもありうる。尙ほ相手方の意思表示は假裝表示者に對する場合と、第三者に對する場合とがある。兩者共に上述の區別に従ふべきである。

(2) 第三者が假裝表示に基いて爲す意思表示も、假裝表示が無効なることを基準として其の效力を決すべきものであつて、唯だ善意無過失の第三者は恰も假裝表示が有効なると同様に其の意思表示の效力を生ずるのである。第三者より假裝表示の無効を主張した場合に於いては、自己の意思表示も其の基礎に立つて錯誤の意思表示として扱はれる。第三者が過失ある場合にも錯誤を主張しうるけれども、自ら過失の責を負はなければならぬ(九五)。第三者が悪意の場合には其の意思表示は多くは心裡留保であり、時として假裝表示となる。然し錯誤とはならない。

(五) 假裝表示は無効なる行爲であるから、之れを取消すことはできない。然し之れを撤回することができる。(註四) 蓋し無効の行爲と雖も成立してをるのであり、殊に假裝表示は第三者に對しては無効を主張しえない場合があるからして、之れを撤回する必要がある。

(註四) 虚偽行爲の撤回に關する昭一三・三・八大判(民集一七卷三六七頁)。

一一八 第四目 錯誤に因る意思表示

(一) 錯誤 (error ; erreur ; Irrtum ; error) とは事物の誤解をいふ。或ひは誤解と不解とを區別する考へが行はれたけれども、不解の結果は誤解を來たすからして(例、眞實なることを知らずに拒絶し、虚偽なることを知らずに承諾する類)、此の區別は必要がない。錯誤に因る意思表示と

は誤解に基く意思表示であつて、即ち不慮の不合の一場合である。

(二) 錯誤には種々な區別がある。

(1) 積極的錯誤、消極的錯誤 上述せる誤解と不解との區別であつて、或る事物の意味を違へて理解するを誤解といひ、其の意味を解せざるを不理解といふ。其の何れたるを問はず、之れに基いて意思表示を爲すときは、其の意思表示は錯誤の原則の適用を受ける。

(2) 内容の錯誤、縁由の錯誤 之れ古くから行はれた分類であるが、其の意義は甚だ明白でない。大體に於いては、(イ)内容の錯誤に屬するは、(i)法律行爲の性質の錯誤(註一)(例、連帶を保證と誤解)、(ii)原因の錯誤(註二)(例、有償を無償と誤解)、(iii)目的の同一の錯誤(註三)(例、甲地を乙地と誤解)、(iv)當事者の同一の錯誤(註四)(例、次男を長男と誤解)、(v)履行の時又は場所の錯誤、(vi)附帶約款(例、條件、負擔、利息、違約金)に關する誤解であり、(ロ)又た縁由の錯誤に屬するは、(vii)目的物の性状の錯誤(註五)(例、鍍金を純金と誤解)、(viii)當事者の性状の錯誤(例、軍人と平人と誤解)、であると考へられた。

(註一) 切替手形と誤解して新手形に爲したる裏書に關する昭七・六・二二大判(民集一一卷一一一八頁)。

(註二) 土地所有者の承諾を得たる旨を明言して轉貸借を爲せる場合に、其の承諾欠缺すれば轉貸借は無効なりとする昭九・七・二五大判(新聞三七二八號一四頁)。

(註三) 品質の錯誤に關する昭一〇・一・二九大判(民集一四卷一八三頁)。

(註四) 空頭の保證證書に他人を主債務者として記入するは要素の錯誤となる昭九・五・四大判(民集一三卷六三三頁)。

(註五) 抵當權を設定すべき旨の約束にて連帶保證人となりたる場合に其の抵當權設定の約束は緣由に過ぎずとする昭四・一二・一七六判(新聞三〇九〇號二二頁)、家督相續人指定の理由は指定の效力に影響なしとする昭八・九・五大判(新聞三六一三號一二頁)。

此の區別に對しては非難すべき點が多多あるけれども、此の區別その者が實際上の價値を有たないからして、批評を省く。

(3) 法律の錯誤、事實の錯誤 法律の錯誤とは法律の規定を誤解するをいふ。例へば、連帶を保證と誤解するは、之れに屬する。之れに對し、事實の錯誤とは法律の規定の外の事項を誤解するをいふ。刑法に於いては法律の錯誤は犯罪を成立せしむる場合があるけれども、^(註六)民法に於いては兩者に依つて取扱ひを異にしない。

(註六) 法律の錯誤は犯罪の成立を阻却せずとする昭七・四・二一六判(新聞三四二五號一〇頁)、區有林伐採を認許する慣例ありと誤信せる場合に關する昭七・八・四大判(刑集一一卷一一五三頁)。

(4) 意義の錯誤、用語の錯誤 意義の錯誤とは或る言葉の内容を誤解することをいふ。例へば、連帶といふ語の意味を保證と取り違へる如きである。此の場合には用ゐられた言葉は正し

いけれども、其の内容に誤謬がある。又た用語の錯誤とは用語その者を違へることをいふ。例へば、六九を九六と書き誤る類である。他人に依る意思表示に於いて生ずる傳達の錯誤は常に用語の錯誤である(例、誤電、使者の口上の誤、參照一〇二切)。

(5) 過失ある錯誤、過失なき錯誤 錯誤に陥つた原因が、表意者の過失に出づると否との區別である。

(6) 單純なる錯誤、詐欺に因る錯誤 錯誤に陥つた原因が、表意者自身に存すると、他人の詐欺に因るとの區別である。

(7) 效果錯誤、表示錯誤、合致錯誤 之れは意思表示の意思に付いて錯誤を區別せる新分類である。本來意思表示の意思は三點に分けて觀察することを得るからして(一〇一切)、錯誤も亦た其の三點に付いて存しうることは明白である。之れに依つて錯誤を區別すると、(イ)效果錯誤とは行爲意思の決定が誤解に基く場合である。從來内容錯誤と稱せられたものが之れに屬する。然し目的物又は當事者の性狀も、行爲者が其の資格に法律效果を結び付けむとする意思を有した場合には、法律行爲の内容であつて、之れに關する錯誤は效果錯誤である。此の意味に於いて從來之れを緣由の錯誤としたのは正確でない(緣由の意義に關する一一四切參照)。(ロ)表示錯誤とは表示意思に付いての誤解であつて、即ち其の表示を爲す考へなくして爲されたる表示である。

上に用語錯誤として擧げたものが之れである。(ハ)次に合致錯誤とは合致意思に誤解ある場合であつて、即ち行爲意思と表示意思とが齟齬することに氣付かざるをいふ。從來意義錯誤と呼ばれるものが之れである。

然るに、效果錯誤は獨自の存在としては現れず、必ず表示錯誤又は合致錯誤となつて現れる。之れ蓋し錯誤が問題となるのは常に或る表示あることを前提とするからである。今ま此處に一の表示がある場合に、其れが全然行爲意思を缺く表示であるならば、錯誤としてでなく、意思能力の問題として觀察される(例、夢中又は催眠中の行爲)。其れが錯誤として扱はれるのは、行爲意思は存するものと認められる場合であつて、そして其の行爲意思が表示と齟齬するのである。故意の不合に於ける眞意に非ざる意思表示又は虚偽の意思表示も此の點は同様であつて、唯だ今の場合は不慮の不合なることが異なる丈である(例、『やる』考へて『うる』と言つた)。而して斯かる效果錯誤を來たした所以は、或ひは誤つた表示意思を有つ爲(『やる』と言ふべきところを『うる』と言ひ違へた)か、又は誤つた合致意思を有する爲(『やる』と言へば『うる』と考へた)かの、何れかである。

(8) 重要錯誤、輕微錯誤

法律行爲の重要な點に付いて存する錯誤と、輕微なる點に付いて存する錯誤との區別である(*errores essentialis et concomitans*)。蓋し錯誤は法律行爲の微細な點

に付いても存しうるからして、其の總ての錯誤に法律上の効果を賦與することは、到底取引の實際に適合しない。故に此の區別を爲すことは必要であつて、從來の内容錯誤及び緣由錯誤の區別も畢竟重要錯誤の内容を決定せむとしたものに外ならない。然し從來の區別が不明瞭なところから、民法は新たな標準を立て、錯誤を分けて法律行爲の要素の錯誤と其の要素に非ざる錯誤とし、而して要素の錯誤は意思表示を無効ならしむるものと定めた(九五)。是れ民法が法律行爲の要素の錯誤を以つて重要錯誤と解釋したのである。

法律行爲の要素の意味に就いては、初めは之れを法律行爲の目的であると解してをつた。然るに目的の意味に就いて疑ひを生じ、客觀的に之れを法律行爲の内容又は目的物(客體)の義に解する説に對し、法律行爲の目的は當事者の定むるところであるからして、當事者の意思に従つて解しなければならぬといふ主觀説を生じた。更に折衷説が現れ、若し其の錯誤なかりせば當事者は其の法律行爲を爲さず、又た世間一般人を當事者の地位に置くも其の行爲をしなかつたであらうと認むべき錯誤が法律行爲の要素の錯誤であると、解せられるに至り、此の意味を現す語として主客觀的重要の錯誤といふ語が用ゐられた。思ふに、法律行爲の要素は客觀的に定まるが本當であるが、行爲の内容と謂つても目的及び態様の何の程度迄を要素と認むべきかは問題であり、又た當事者を除外するの非なることは明白である。然し當事者と雖も常に要素と考ふる必要はない

からして(例、賣買)、個々の法律行為に於いて果して要素と認むべきか否かは、主觀的に定むる外はない。唯だ純粹主觀說に依るときは學證の困難を生ずるからして、取引の通念に従ひ、即ち世間普通人を當事者の地位に置き變へて問題を判斷するを、適當と謂はなければならぬ。

之れに因り、要素の錯誤に屬すべきは、從來内容の錯誤と稱せられたもの許りでなく、緣由の錯誤と稱せられたものをも含む^(註八)。唯だ其れが各個の場合に當事者が行為意思として有した事項に付いての錯誤(效果錯誤)であつて、而も世間一般人を當事者に置いて見て重要な錯誤でなくてはならぬ。故に之れを緣由の錯誤と解すること自體が正確でないことになる。要素の錯誤たるが爲には、意義の錯誤(合致錯誤)たると用語の錯誤(表示錯誤)たると、又た法律の錯誤たると事實の錯誤たると、又た過失なき錯誤たると過失ある錯誤たると、又た特に單純なる錯誤たると詐欺に因る錯誤たるとを、問はぬのである。之れに反し、要素に非ざる事項に付いての錯誤は、法律の效力に影響しない^(註九)。

(註七) 金額の相違せる抵當附債權の讓渡に關する昭六・四・二大判(新聞三二六二號一六頁)、手形の裏書に關する昭七・六・二二大判(民集一一卷一二一八頁)。

(註八) 土地の競落に因り土地を明渡さざるべからずと誤信したる賃借權の拋棄を無効とする昭六・四・三〇大判(新聞三二六八號一四頁)、隱居の意思表示と財産留保の錯誤に關する昭八・五・三大判(民集一二卷一〇六四頁)、動機が法律行為の内容を爲すも要素に非ざる場合に關する昭九・一・一三大判(新聞三六六五號一八頁)。

(註九) 要素に非ざる錯誤と認められたるものは、賣買の目的物の數量不足又は一部滅失は要素の錯誤に非ずとする昭四・一一・二八大判(新聞三一四三號一二頁)、人に重を置かざる賣買に關する昭八・四・一二大判(新聞三六一四號一三頁)、建物の坪數の僅少の誤謬に關する昭八・六・一五大判(新聞三五七六號一五頁)、敷地の賃借權なきことは家屋競落の要素の錯誤に非ずとする昭一二・三・一三大判(民集一六卷二七五頁)。

(三) 錯誤に因る意思表示の效力は次の如くである。

(1) 法律行為の要素に錯誤あるときは、其の意思表示は無効である(九五・本)。意思表示の要素(即ち當事者、目的、方式)をいふのではない。意思表示の要素であつても、法律行為としては上述の意義の要素でない場合がある(例、人違ひ)。此の場合は下に述べる。法律行為の要素に錯誤があれば意思表示その者が無効となるのである。そして其の結果法律行為が不成立となる。契約に在つては、申込が無効であれば、之れに對する承諾が無効となり、契約は成立しない。申込は有効であつても、承諾が無効であれば、或ひは申込は有効に存續し、或ひは申込も其の效力を失ふ(例、^{五二}一・二)。單獨行為に在つては、意思表示の無効と共に法律行為は不成立となる。

表意者が錯誤に陥りたる事由の何たるを問はない。相手方又は第三者の心裡留保の意思表示に對し、其の心裡留保なることを知らずして爲す場合があり、又た表意者自ら心裡留保の意思表示を爲したにも拘はらず、其の留保せる眞意が錯誤に因つて決せられたる場合(例、黄金に非ずと信じ、又た黄金の香爐を賣買の意思なくして賣る旨の意思表示を爲したる場合)にも、第九三條

と共に本條の適用がある。相手方と通じたる虚偽の意思表示に付いては、其の通意せる虚偽と眞意とが齟齬せる場合には、矢張り本條の適用がある。又た相手方又は第三者の詐欺に因つて錯誤に陥れる場合にも、本條の適用がある。不能を可能と信じた場合に於いては、本條の外に不能原則が適用せられる。

(2) 要素の錯誤は法律を無効ならしむるけれども、表意者に重過失ありたる場合には、表意者自身は其の無効を主張することを得ない(九五・但)。無効を主張しえざる結果は、無効なる法律行為がある丈であつて、有效となるのではない。或ひは本條の場合にも相對無効を認むる説があるけれども、相對無効といふ觀念自體が無意義なること、既述の如くである(前切三)。表意者に輕過失あるに止まる場合には、表意者は無効を主張することを得る。又た重過失ある場合と雖も、相手方の心裡留保に基いて錯誤を來たした場合には、第九三條に依つて相手方の意思表示の無効を主張し、其の結果自己の錯誤の意思表示を空化することはできる。相手方の心裡留保に基かざる場合でも、相手方に過失ある場合には、重過失ある表意者は之れに對して自己の意思表示の無効を主張しうるものと、解すべきである。蓋し表意者に無効の主張を許さざるは、外觀上の事實に依つて取引の安全を保護する精神に出たものに外ならぬからである。尙ほ相手方に對して無効を主張しえざる者は、第三者に對しても無効を主張しえざるものとされる。(註一一)

(註一〇) 監査役が株主總會の決議に依り免責を得たるものと信ずるは重大なる過失なりとする昭一三・二・二一六判(民集一七卷二三二頁)。

(註一一) 第九五條の無効を主張しえざる者は第三者に對しても之れを主張しえずとする昭一四・八・五大判(民集一八卷七九二頁)。

(3) 法律行為の要素に非ざる點に付いて錯誤あるも、其の意思表示は有效である。故に他の法條(九三、九六)と競合する場合にも、本條に依る無効を主張することを得ず、専ら他の法條の適用に依らなければならぬ。

(四) 錯誤は法律行為成立の時に現存する事項の誤解である。故に將來の事項に對する誤解は錯誤ではない。即ち法律行為成立の際行為意思の内容を爲した事項と全く異つた事項が將來に於いて發生した場合が、之れである。是れ前に前提又は行為礎として考へられた場合であるけれども(一〇一切)、決して獨立した法律行為の要件ではない。現在の事項の誤解を錯誤と稱するに對して、將來の事項の誤解を準錯誤と名けることができる。準錯誤の爲に法律行為の不能を來たした場合には、履行不能に關する規定が適用される。然るに不能を來たさざる場合に關しては前には之れを適用すべき原則がなかつた。前次の世界戦後の經濟上の動搖の結果之れに對して適用せらるべき原則が確立したのが、即ち事情變更の抗辯(*clausula rebus sic stantibus*)である。

一一九 第五目 詐欺に因る意思表示

(1) 詐欺(dolus; dol; Betrug; fraud)とは故意に人を欺罔して錯誤に陥らしむることをいふ。即ち詐欺は三要件から成る。詐欺意思、欺罔行爲、錯誤、之れである。

(1) 詐欺意思とは虚偽の表示に因つて他人を錯誤に陥らしめ、之れに因つて一定の意思表示を爲さしめむとする意思である。即ち先づ表意者の自ら示す事項が眞實でないことを表意者が知らなければならぬ。故に詐欺は心裡留保の一種であつて、通常の心裡留保と異るところは他人をして錯誤に陥らしめ、且つ其の他人が錯誤に基いて意思表示を爲すべきことを希求することを要する。故に單に錯誤に陥らしむる目的あるも未だ詐欺でない(例、誇張の爲の偽言^(註一))。單純なる心裡留保と詐欺とは此の詐欺意思の有無に依つて區別される。詐欺は亦た假裝表示に依つても行はれる。此の場合に在つては、通意者雙方に詐欺意思の存することもあり、其の一方耳に存することもある。詐欺に因る意思表示を構成する點は異らぬ。詐欺意思は以上の要件を具ふるを以つて足り、自己又は第三者の財産上の利益を圖り、又は相手方に損害を興ふる意思は必要でない。却つて相手方の利益の爲にする場合と雖も詐欺は成立する。是れ刑法の詐欺とは目的が違ふからである。

詐欺意思

(註一) 被保険者の既往症に關する虚偽の陳述と詐欺行爲との區別に關する大一一・二・六大判(民集一卷一四頁)。

詐欺意思は上述の如く、相手方をして錯誤に因る意思表示を爲さしむることを目的とするものであるからして、法律上の効果を希求するものであつて、即ち一種の行爲意思である。故に意思能力なき者は詐欺意思を有しえない。然し詐欺意思は表示行爲を通じて發表されることを要件とせず、他の證據に依つて其の存在を確められるを以つて足るからして、詐欺行爲は法律行爲ではない。又た必ずしも不法行爲の成立することを必要としない。故に詐欺意思を有するが爲には意思能力あるを以つて足り、行爲能力又は不法行爲能力を具ふことは必要でない。

欺罔行爲

(2) 欺罔行爲とは詐欺者が眞實ならざる事項を表示することをいふ。必ず行爲がなければならぬけれども、作爲たると不作爲たるとを問はぬ。例へば、事實を捏造し又は之れを隠蔽し、誤つた意見を陳述するの類である。沈黙も亦た不作爲を認むべき場合(九六切)に於いては、欺罔行爲となる。^(註二)

(註二) 相場を知りつつ合百を爲すは緘黙と積極行爲との合體に因る欺罔行爲なりとする昭一〇、一一、二八大判(刑集一四卷一二四六頁)。

詐欺は法律行爲に限らざること上述の如くであるけれども、其の法律行爲の外觀を呈する場合(例、偽物を眞物として賣り、賣る意思なくして賣る)には、心裡留保又は假裝表示に關する規定

が適用せられる。又た不法行為の要件を具ふる場合に於いては、其の規定が適用される。

(3) 詐欺の結果欺罔行為の相手方又は第三者が錯誤に陥ることを要する。此の意味に於いて民法の詐欺には未遂がない。詐欺は理論上は錯誤に陥らしめた時に成立するのであるが、実際上は錯誤者が意思表示を爲した時に初めて錯誤に陥つたことが判明する。然し他の證據に依つて錯誤に陥つたことが分明すれば、詐欺に賦與せられたる他の効果は發生する。

(二) 詐欺に因る意思表示とは詐欺意思の目的となつた意思表示をいふ。即ち詐欺の結果として爲された意思表示であつて、意思表示の要素たる三種の意思(参照一〇一切)の何れかが詐欺の結果として決定せられたものをいふに外ならぬ。例へば、偽作を眞作と欺かれ(效果錯誤)、異名同人であると欺かれ(合致錯誤)、銘鑑の番號を偽られ(表示錯誤)、錯誤に因る意思表示を爲した場合の如き、之れである。詐欺者に對して爲した意思表示たると、第三者に對して爲したるものたるを問はぬ。詐欺の直接の結果として爲された意思表示に限るか、又は其の間接の結果たる意思表示をも含むか。例へば、偽作を眞作と信ぜしめた場合に、其の偽物を買ふ行為は詐欺に因る意思表示たること疑ひないけれども、其の偽物を買ふ爲に他人から金を借りる行為は詐欺に因る意思表示か否か。此の場合借金と偽作との間には實際上因果關係はあるけれども、其の借入れた金銭が偽物購入に宛てられる迄は未だ其の因果關係は必然的と謂ひがたい。故に借入行為その

詐欺に因る
意思表示

者を詐欺に因る意思表示と認めることはできない。

詐欺に因る
意思表示の
效力

(三) 詐欺に因る意思表示の效力は次の如くである。

(1) 詐欺に因る錯誤が法律行為の要素に關する場合には、既述の如く(前切)、意思表示が無効となる。要素に非ざる錯誤であると、其の意思表示を取消すことを得る(九六・一)。斯かる錯誤は單純なる錯誤の場合には意思表示の效力に影響を及ぼさないのであるが、特に詐欺に基く理由で取消を許すのである。

故に縁由の錯誤と雖も、詐欺との因果關係が證明される限りは、取消の理由となる。前例に於いて、偽物を買ふ爲に借金するは、偽物を買ふことが借金の縁由であるけれども、偽作と借金との間に必然的因果關係がないからして、借金の取消すことはできない。之れに反し、其の偽物を買ふ行為は若し詐欺なかりせば單なる縁由の錯誤として效力を及ぼさないけれども、詐欺を理由とするときは、之れを取消すことができるのである。

(2) 詐欺に因る意思表示が詐欺者外の者に對して爲された場合に於いては、其の相手方が詐欺の事實を知つてゐる場合に限り、表意者は其の意思表示を取消すことを得る(九六・二)。是れ蓋し、詐欺に陥れる表意者よりも、善意の相手方を保護する必要あるが爲である。

(3) 詐欺に因る意思表示の取消は善意の第三者に對抗することを得ない(九六・三)。善意と

は詐欺の事實を知らざることをいふ。善意である限りは、過失ある第三者に對しても對抗できない。^(註三)蓋し詐欺に陥るは多くの場合に於いて表意者にも過失があるからである。第三者が詐欺を行つた場合に於いては、相手方が善意なる限りは其の意思表示を取消しえざること上述の如くであるから、悪意の第三者に對しても取消を對抗しえない。之れに反し、相手方が悪意なる場合には取消することができ、そして其の取消は勿論詐欺者其の他の悪意者には對抗することができけれども、依然善意の第三者に對しては之れを對抗しえない。取消を對抗しえずといふのは、有效となるといふ意味ではない。取消の結果(即ち無効)を主張することができないといふ意味である。故に前に相對的無効に就いて述べたところが其の儘に適用せられる。之れに對して第三者の側より無効を主張することはできる。

(註三) 善意の第三者に關する昭七・八・九大判(民集一一卷一八七九頁)。

(四) 詐欺は不法行爲となることが多い^(註四)(七〇)。或ひは財産權の侵害を來たすこともあり、或ひは自由權の侵害を來たすこともある。又た刑法の詐欺罪を構成することもある^(刑二)(四六)。

(註四) 詐欺に因る取消を爲さず直ちに不法行爲の損害賠償を請求しうる旨の昭一三・一一・一九大判(新聞四三四九號九頁)。

1110 第六目 強迫に因る意思表示

(一) 強迫 (vis et metus ; violence ; Drohung ; threat) とは人を迫害して畏怖心を生ぜしむることをいふ。強迫も詐欺と同じく強迫意思を必要とする説があるが、之れには賛成しがたい。今ま強迫の要件を詐欺の要件と比較して之れを述べれば、次の如くである。

(1) 強迫意思とは他人に畏怖心を生ぜしめ、之れに因つて一定の意思表示を爲さしめむとする意思であると、解せられてをる。之れに従へば、強迫も詐欺と同様に意思能力者でなければ行ふことができないことになる。其れは乍然理由のないことと思ふ。強迫が不法行爲又は犯罪たるが爲には不法行爲能力又は犯罪能力を有すべきこと勿論であるが、強迫に因る意思表示の效力を定むるに強迫者の能力は問題とならない。蓋し、強迫に因る意思表示を法律が保護する所以は、被強迫者に畏怖心を生ずるに因る。換言すれば、其の意思表示は自由なる意思決定に基かないからである。之れを詐欺に因る意思表示と比較すると、彼れには假令錯誤に基くにもせよ自由なる意思決定がある。加之、詐欺に罹るか罹らないかは、詐欺者と被詐欺者との自由意思の競争に依つて定まる。故に詐欺に付いては詐欺者に意思能力ある場合に限つて被詐欺者を保護することの理由がある。之れに反して、強迫は君子と雖も免れがたきものであつて、即ち被強迫者の意思に

強迫意思は
不必要

迫害行為

依つて免れることのできないものである。此の制度の立法の主旨から考へて見て、強迫に因る意思表示の效力を定むる爲には、強迫者が意思能力を有すると否とを問ふべきでない。

(2) 迫害とは害悪を加ふべき旨の發表をいふ。通常之れを迫害行為と稱するも、行為意思は必要でなく、人の舉働あるを以つて足りる。人の動作に限る理由は、自然力の迫害に因つて意思表示を爲した場合には、行為者が其の結果を負擔するが當然だからである。詐欺は不特定人に對しても行ふことを得るけれども、強迫は必ず特定人に對して耳行はれる。不特定人に對する迫害は存しえないからである。(例へば、全都を焼き拂ふべしと強迫するは、其の都市に現存する總ての人に對する強迫である)。加ふべき害悪の何たるを問はず、又は之れを加へらるべき人の被強迫者自身なると他人なるとを問はぬ。害悪を加ふべき旨の發表たるを以つて足り、實際害悪を加へると否とを問はぬ。

(註一) 契約を締結せざれば犯罪を告訴すべしと強ふるは強迫なることと然らざることとする昭四・一・二三大判(新聞二九四五號一四頁)、私生子が嫡出子に對し身分權確認訴訟を提起して先代の秘密を暴露すべき旨を暗示して金員を交付せしめたるを強喝罪なりとする昭一〇・一一・一四大判(刑集一四卷一一九九頁)。

迫害行為は意思能力者の行為なるときと雖も意思表示ではない。強迫意思は私法上の效力を欲求する意思ではないからである。例へば、危険物の賣買を申込むことに因つて相手方に畏怖心を

生ぜしめた場合には、其の申込は意思表示であるけれども、不法の目的を有するが故に無効である。故に之れに對し相手方が強迫に因る意思表示として承諾を爲すも亦た無効である。然るに其の申込が適法の程度のものであるならば、之れを強迫と認むることはできない。従つて之れに對する相手方の承諾も有効である。若し強迫者が其の申込に應ぜざれば危険を加ふべき旨を通告すれば、其の通告は申込とは別個の迫害行為である。

(3) 強迫の結果相手方が畏怖心を生ずることを要する。民法の強迫は畏怖状態に於いて爲されたる意思表示を救済することを目的とするからである。^(註二)故に迫害行為あるにも拘はらず、畏怖心を生ぜざれば強迫とならない。又た既存の畏怖心を繼續せしめるは、新たに畏怖心を生ぜしめるのではないからして、強迫でない(例、溺者に對して救助料を請求する如き)。

(註二) 強迫罪の成立には畏怖心を生ぜしむることは必要でない(昭八・一一・二〇大判判—新聞三六五一號一〇頁)。是れ民法の強迫と異なる點である。金員交付の要求が被要求者の職業を背景とする爲に畏怖の念を生ぜしめた場合に關する昭一二・三・三大判(刑集一六卷二三〇頁)。

(二) 強迫に因る意思表示とは、被強迫者が畏怖状態に於いて爲した意思表示であつて、斯かる状態に於いて決意を爲すことが公の秩序又は善良の風俗に反するものをいふ。

(1) 強迫に因つて生じた畏怖状態に於いて爲されたる決意を必要とするからして、強迫と因

果關係ある意思表示でなければならぬ。^(註三)然し必ずしも強迫の目的となつた意思表示たることを必要とせぬ。例へば、質に取れと強迫されて其の品物を買取るのも、強迫に因る意思表示である。詐欺との間に此の相違ある所以は、強迫に因つて意思自由を失つてをる間の意思表示は、皆な本條に含まれるからである。

^(註三) 強迫に因る意思表示の因果關係に關する昭一・一一・二一 大判(民集一五卷二〇七七頁)。之れは甲が乙を告訴すべき旨を通知し、丙が危険の身に及ばむことを怖れて手形行爲を爲したる場合である。

(2) 強迫と因果關係ある總ての意思表示をいふのではなく、畏怖状態に於いて決意を爲すことが公序良俗に反する場合に限る。

(イ) 公序良俗に反せざる場合に於いては、たとひ強迫に因る意思表示と雖も、之れに救済を與ふる必要がない。道義の要求に基く強要は勿論であり、社會生活の必要上個人の意思自由を制限することが公序良俗に依つて承認せられてをる場合には、個人は其の強迫を甘受しなければならぬのが當然である。例へば、隣人を強要して公定價格を守らしむるの類である。

(ロ) 不法なる事項を以つて強迫するは、殆ど常に公序に反するものと認めて可い。然し爾うでない場合もある。例へば、身體、自由、名譽に對する侵害^(參照七)を以つて強迫するは、大多數の場合に於いては公序違反であるけれども、違法性阻部の原因(例、義務行爲)があるときは、其

の強迫は公序良俗に反せざるものとなる。

(ハ) 適法なる事項を以つて強迫するは通常は公序良俗に反しない。例へば、辨濟を爲さざれば告訴する旨の強迫を爲す如き、之れである。乍然、適法なる事項を以つてする強迫と雖も公序良俗に反する場合がある。例へば、家賃の値上に應ぜざれば或る犯罪を告發すると強迫するが如き、之れである。

(ニ) 強迫の目的となつた以外の意思表示は、多くは其の畏怖状態に於ける決意が公序良俗に反せざるものである。例へば、金を出さずば殺すと強迫せられて、護身用の短銃を買ふ如きである。乍然、公序良俗に反する場合あることは、上述の質入の強迫の例に依つても知られる。

(三) 強迫に因る意思表示は意思表示としての意思及び表示に付いての要件を具へなければならぬ。此の點に於いて強迫と區別される場合がある。

(イ) 強制 (vis absoluta) の場合には被強制者の行爲が存在しない。^(註四)例へば、畏怖の極心神を喪失した者が金を與へ、又は強制者が被強制者の手を取つて書かせた場合の如き、之れである。前例に於いては意思能力を缺くが故に行爲ではない。後例に於いては強制者の行爲がある中で、被強制者には意思も舉働もない。

^(註四) 強迫に因る意思表示と強制に因る債務免脱との區別に關する昭六・五・八大刑判(新聞三二八四號一四頁)。

強迫と區別すべき場合

強制

(ロ) 強迫を免れる爲に爲す「心にもなき意思表示」(vis compulsiva)は強迫に因る意思表示か否か疑ひがある。例へば、強盜に金を與へる行為の如きである。此の場合に於いては金を與へる意思なくして外見上の行為を爲すのであるからして、意思決定に基いて贈與を爲す場合とは區別しなければならぬ。故に此の場合は強迫に因る意思表示ではなく、其の表見上の意思表示は心裡留保の規定(三九)に従つて無効である。

(ハ) 強迫に因る意思表示は畏怖状態に於ける決意に基く場合であつて、即ち自由ではないながらも、意思と表示とを具へた場合(mens)である。例へば、強盜に強迫せられて、正業に就かざるを勧めて資金を與ふるが如き、之れである。

(ニ) 強迫に因る意思表示は之れを取消すことを得る(九六・一)。取消を許す理由は、其の意思決定が畏怖状態に於いて行はれ、且つ其の強迫が公序良俗に反するが故である。故に其の意思表示の無効なる場合に於いては、本條の適用はない。上述せる不法目的を有する申込(〇九)、意思能力を喪失せる行為(強制)、意思決定なき行為(三九)の外に、不法條件を附したる法律行為(例、殺人を條件とする贈與)は之れである。之れ等の場合にも其の無効なることが證明されない場合には、強迫を理由として取消することができる。

強迫に因つて取消しうるは、強迫者に對する意思表示なると、第三者に對する意思表示なると

強迫に因る
意思表示の
效力

を問はぬ。又た其の取消は何人に對しても之れを對抗することができる。詐欺の場合と異なる理由は、彼れに在つては自由意思の働く餘地があるに對し、是れは其の餘地がない爲である。尙ほ詐欺は注意深き人ならば免れうるに反し、強迫は如何に注意するも免れがたきことも、理由に數へられてをる。

(四) 強迫も不法行為となることが多い(七一)。又た刑法上脅迫罪(刑三三三)、強盜罪(刑二三六)、恐喝罪(刑二四九)、等の犯罪を成す場合が多い。

第四項 意思表示の成立並に發效の時期

一一一 第一目 意思表示の成立と發效

(一) 意思表示は何時成立し又た何時效力を生ずるかの問題も、亦た法律行為の成立又は效力要件の問題である。前には意思表示の成立と發效とは區別せず考へられてをつたけれども、此の兩者の區別すべきことは、法律行為に於けると異なるところがない(一一一切)。

然るに、意思表示が效力を生ずるとは何をいふか、研究を要する。其の意味が行為意思の目的となつた法律効果を生ずる義ならば、是れ法律行為が效力を生ずるものに外ならぬ。このことと意思表示が法律行為の要分としての働きを現すこととは別であつて、而して後者も亦た意思表示

意思表示の
發效の意義

の効力の發生であることは疑ひがない。例へば、條件附法律行為の申込を爲す場合、其の行為意思の目的たる効力は條件成就の後でなければ發生しないけれども(七・二)、申込としての効力、即ち承諾と合して法律行為を組成する力は、遙に其の以前に存しなくてはならぬ。此處に問題となつてをる意思表示の効力とは、斯くの如き意味である。

此の意味に於ける意思表示の効力は、之れを意思表示の成立と區別しうることは疑ひがない。單に成立した丈で効力を發生せざる意思表示は、未だ法律行為を組成する働きを爲しあはぬからである。特に未だ効力を生ざせる申込に對しては、承諾を爲すことはできない。

以上に因り、意思表示が効力を發生することは、之れを要分とする法律行為の成立要件であることが知られる(一一一切)。

(二) 意思表示の効力の發生時期に就いて從來四主義が行はれてをる。尤も之れ等諸説は意思表示の成立と發効とを嚴格に區別してゐないけれども、單に成立したる耳にては未だ法律行為を組織しえざること上述の如くであるからして、實益上の觀察としては、意思表示の發効時期に關する問題を解決する爲の標準が必要である。

(1) 表示主義 表示行為の完了した時に於いて意思表示が効力を生ずるとする。例へば、書狀を認め終へた時、口上を述べ終はつた時。

發効時期に關する諸説

此の説は不必要に早く意思表示の効力を生ぜしむるものであつて、實際上不適當な場合がある(例、机上に置きたる信書又は手紙を盗まれた場合)。

(2) 發信主義 意思表示の通知が表意者の支配範圍を離れた時に於いて効力を生ずるとする。例へば、郵便を投函し、又は電信を依頼した時、但し使者の場合には少しく問題となる。

此の説は迅速敏活を貴ぶ取引に適するものであるが、相手方ある意思表示に在つては、先方に到着せざる意思表示が効力を生ずることになり(例、信書紛失)、却つて取引の混雜を來たすことになる。

(3) 受信主義 相手方が意思表示を了知すると否とが其の者の自由の範圍に入つた時に於いて、意思表示の効力を生ずるとする。例へば、郵便が受函に投入され、家族又は雇人に手交された時。使者が先方の家族又は雇人に口上を述べ終へた時。

此の説は確實を期する上に於いて前説に優り、敏活を貴ぶ點に於いて之れに劣る。又た此の説は唯だ相手方ある意思表示耳に付き行はれる。

(4) 了知主義 相手方が意思表示を了解した時に効力を生ずるとする。意思表示の存在を知了する意味とする説(例、家族又は雇人より信書を受取つた時)と、意思表示の内容を了解することを要する説(例、書面を読み終へた時)とある。此の説の前説に對して有する意義は、内容の

了知の點に在ると思はれる(參照九八)。

此の説は相手方の保護厚きに過ぎ、又た相手方が故意に了知を遷延せしむる弊害がある。

(三) 民法は今の問題に付き隔地者間の意思表示と對話者間の意思表示とを區別して規定してをる。隔地者及び對話者の意義に關して諸説あることは、前に述べた(一〇二切)。尙ほ此の問題は相手方ある意思表示に付いて耳ならず、相手方なき意思表示に付いても起きる。之れ等各種の意思表示に就き大切に説明する。

一一三 第二目 各種の意思表示の成立並に發效の時期

隔地表示の發效期

(一) 民法は隔地者に對する意思表示(隔地表示)の發效期に付き、次の如く規定してをる。
(1) 隔地者に對する意思表示は其の通知が相手方に到達した時から效力を生ずる(九七・一)。即ち受信主義を明言したものである。意思表示の通知とは意思表示その者でなくとも、其の記録であれば可いといふ意味である(例、謄本、電報、送達)。
到達の意義に關しては時として問題となるを免れない。^(註一)郵便に依る意思表示又は其の通知は郵便法に規定せる要件を具ふることを要し、^(註二)電信に依る意思表示の通知に付いては電信官吏の作成せる書面が電信法に規定せられた方法に從つて交付されなければならぬ。又た公示の方法に依る

意思表示は民事訴訟法の規定に從つて裁判所の揭示場に揭示し、且つ其の旨を官報及び新聞紙又は之れに代はるべき場所に掲載して之れを爲し、而して最後の掲載の日より二週間を經過した時に、相手方に到達したものと看做される(九七ノ二)。

(註一) 債權讓渡通知の到着時に關する昭六・二・一四大判(新聞三二二六號八頁)、第九七條第一項の到達の意義に關する昭一一・二・一四大判(民集一五卷一六四頁)。

(註二) 郵便に依つて訴狀を提出した場合には、裁判所に到達したる時に訴の提起ありとする昭六・四・二大判(新聞三二六二號一二頁)、破封書留郵便も受領を拒絶しえず(郵二三)とする昭六・五・二一大判決(新聞三二九〇號七頁)。

意思表示の通知を發したる後に表意者が死亡し又は能力を喪失するも、之れが爲に意思表示は其の效力を妨げられない(九七・二)。是れ到達は意思表示の發效要件に過ぎないからして、其の時に表意者が生存し又は能力を具ふることは必要でないからである。此の規定からして、民法は隔地者に對する意思表示は發信の時に成立するものと定めたことを、知るに足る。蓋し意思表示は其の成立の時に表意者が意思能力を具ふることを要するからである。尙ほ此の規定は公示に依る意思表示にも準用される。

(2) 受信の時に效力を發生する本則に對しては、例外がある。

(イ) 通知到達の時に相手方が未成年者又は禁治産者であると、其の意思表示を以つて對抗す

隔地表示の成立期

ることを得ず、法定代理人の了知を俟つて對抗しうる(九八)。準禁治産者及び妻は本則に従はしめたのは、其の能力の程度が違ふからである。

(ロ) 發信の時に效力を生ずる場合がある。(i) 法律に發信の時に效力を生ずる旨を明言することがある。例へば、無能力者の行爲の追認催告に對する確答(九一)の如きである。^(註三)(ii) 契約の承諾をも同様と解する説がある^(五二)。然し承諾は到達の時に效力を生ずるのであつて^(五二一・二)、承諾が到達するときは其の發信の時に遡つて契約が成立するものと、解すべきである。(iii) 意思表示の通知が不到達なる場合には發信を以つて效力を生ずるとされる場合がある。^(註四)

^(註三) 漁業組合法第二七條の總會の通知は發信の時に效力を生ずるとする昭九・一二・三六判(民集一三卷二一九七頁)。

^(註四) 離除不承諾の通知が轉居の爲に不到達の場合には、發信を以つて有效とする昭五・七・二六六判(新聞三二〇七號一三頁)。

(二) 對話者間の意思表示(對話表示)に付いて民法に規定の無いのは、通常は表示と受領と了知とが殆ど時を同じうして行はれるからして、之れを規定する必要がないからである。乍然、實際上受領と了知とが一致しない場合がある。例へば、表意者の發した言葉は耳に響いたが、他の音に妨げられ、又は相手方が他事を考へてゐた爲に、之れを了解しなかつた場合、又は相手方が故意に耳を掩うて了知を妨げた場合の如き、之れである。之れ等の場合に於いては、隔地者に付

對話表示の發效期

いて立てられた原則が其の儘行はれなくてはならぬ。何となれば、此の問題に就いて兩者を區別する何等の理由も存しないからである。

故に未成年者又は禁治産者に對する意思表示に就いての例外は、對話者としての意思表示にも適用される。而して第九八條の規定に「受ケタル時」とあるのは、對話者にも受信主義の原則の行はれることの、一理由となるものである。

對話者に對する意思表示に於いては表示の時と發信の時を區別することはできない。故に其の成立の時と發效の時とは常に同時である。

(二) 相手方なき意思表示は其の成立の時並に發效の時共に規定の徴すべきものがない。若し公示の方法に依る意思表示の規定^(九七)に従つて解すべきものとせば、一定の場所に揭示並に掲載を爲したる時に成立し、最後の掲載の時より相當の期間を経たる時に效力を生ずるものといふことになる。然し相手方なき意思表示の表示方法を限定するは不必要であり、特に表示後一定の時期を経過したる後に發效とするは不適當である。故に特に第九七條ノ二を準用すべき理由の存せざる限りは、表示の時に成立し及び效力を生ずると解すべきである。表示の程度の認定は、實際問題である(例、新聞廣告、アドバルーン、學校又は病院の揭示)。

(四) 時として意思表示の場所が問題となる^(註五)ことがある。畢竟成立の場所に依るか、發效の場

相手方なき
意思表示

所に依るの問題に外ならぬ。

(註五) 藤除の場所に關する昭五・七・二六六判(新聞三二〇七號一三頁)。

第四款 代理に依る法律行爲

第一項 總 說

一三三 第一目 代理の意義及び種類

(一) 代理 (repräsentation; Stellvertretung; representation) とは或る人が他人と同一視せられる法律上の地位をいひ、其の他人を本人、代理の地位に在る者を代理人といふ。通常は代理のことを「他人の名に於いてする」と呼び、自己の名に於いてすると對立せしめてをる。そして其の意義を解して、代理とは他人の爲に自ら爲す事項が其の他人に對して直接に效力を生ずることをいふと説明されてをる。

斯く代理の觀念が多様に説明されてをる理由は、此の制度發達の沿革に求むることができるのであつて、即ち最初身分法上の關係として家族又は奴隸が家長の手足と爲り、又は反對に家長が家族の保護者として行動した時には、未だ代理の觀念は發展しなかつた。然し其の身分法の時

代に行はれたと同一の關係が契約に因つて設定せられうることが承認せられるに至つて、始めて代理といふ觀念を生じ、其れも最初は自己の名に於いて行はれてゐたのであるが、頓て本人の名に於いて行動することになり、此處に代理制度の確立を見るに至つた。此の間に個人主義の進展に連れて、代理人の法律上の地位も身分法の關係を脱して、本人と同視せられたことから、對等人格者の獨立の行爲が本人に對して效力を生ずるものと、解せられるに至つたのである。

(二) 代理の要件たる他人の名に於いてすることと、代理に類した他の場合に於ける類似の要件とを比較すれば、次の如くである。

(1) 或る人が自己の爲にする行爲は代理ではない。通常の行爲は自己の爲にするものであつて、そして其の行爲の效力は自己に歸屬する。他人に對して效力を及ぼすことがあつても、其れは自己に對して生ずる效力の結果であつて、他人に對して效力を生ぜしむることが其の行爲の本來的目的ではない。例へば、質權者、抵當權者が擔保物を處分し(三六一、三三)、債權者が代位訴權又は取消訴權を行ひ(四二三、四二四)、保證人が債務を辨濟する(四四)が如き、之れである。

(2) 他人の爲にする行爲といふ語は廣く用ゐられる。

(イ) 法人の機關として爲す行爲を機關行爲といふ。之れ自己(機關を構成する者)の行爲が他人(法人)の行爲を構成する場合であつて、本來の性質は代理ではない(六七切)。

自己の爲にする行爲

他人の爲にする行爲

(ロ) 他人の補助者として爲す行爲は、廣意に於いて機關行爲中に入れることを妨げぬ。然し上述の場合と異なるところは、自己の行爲は法律上の意義を有せざることに存する。故に他人の資格に於いてするといふ語は最も良く此の場合に適合する。尤も此の語は上述の機關行爲をも含ましむることもある。身分法時代の代理の觀念は此の場合に屬し、代理人は補助者に過ぎなかつたのである。今日の法律に於いては占有代理(一八)の觀念となつて残つてをる。單に物の所持に限らず、事實上の行爲を他人の爲にする場合は常に之れに屬し、^(註一)法律上の行爲と雖も他人の手足となつて行動するは之れに屬する(例、使者、雇人)。

(註一) 代診は醫師の手足であるとする昭一一・一一・六大刑判 刑集一五卷一三八五頁。

(ハ) 他人の名に於いてする場合は即ち代理である。其の他人の資格に於いてする場合との相異は、今日の代理制度は獨立人が自己の資格に於いてする行爲であつて、即ち自己の行爲として行ふのであるが、他人の名に於いて行ふ結果其の行爲より生ずる法律効果が直接に他人に歸屬するのである。是れ自己の爲にする行爲又は他人の資格に於いてする行爲と異なる點であつて、即ち代理は此の兩者の中間に在り、所謂他人の名に於いてするとは自己の資格に於いて他人の爲にすることをいふのである。

(ニ) 他人の名に於いてすると相對して、自己の名に於いて他人の爲にする場合がある。上述

の自己の爲にする行爲は勿論自己の名に於いてするものであるが、其れは特に言ふ必要がない。特に自己の名に於いてすると稱せられるのは、他人の名に於いてする場合に對し、他人の爲にする場合の一を指すのであつて、即ち自己の資格に於いてする行爲の効果が一度は自己に歸屬する點に着眼するのである。他人の名に於いてする場合には其の効果が直接に他人に歸屬するからして、之れを直接代理と呼び、之れに對して自己の名に於いてする場合は、間接代理と呼んでをる。委任の場合が即ち之れである^(三四)。間接代理と呼ぶ所以は、自己に歸屬したる効果を改めて他人(委任者)に移轉すべき義務を負ふからである^(參照六)^(四六)。然し代理の特色は直接に他人に對して效力を生ずる點に在るからして、間接代理は代理ではない。

(ホ) 他人の爲にする行爲の一種として、全く特別の構成を爲すは第三者の爲にする契約^(五三)である。之れは代理に非ざることを特色とすると説明せられてをる。さすれば上述の自己の爲にする行爲が他人に對して效力を及ぼす場合に屬するかと思はれる。信託行爲が受益者に效力を及ぼす場合^(七)は、爾か解すべきものである。運送契約^(商五)^(八三)、保險契約^(商六)^(七五)も、同様に解することができる。

(三) 他人の計算に於いてするは、他人の爲にするとは異なる。之れは或る行爲の經濟上の結果が他人に歸屬する義であつて、其の行爲の法律上の効果が何人に歸屬するかとは別個の觀念であ

他人の計算
に於いてする
行爲

代理の種類

法律行為の代理

る。自己の爲にする行為なることもあり、他人の爲にする行為なることもある。

(二) 代理の内容は法律行為に限るや否やは議論となつてをる。此の問題は身分法時代の觀念と獨立法時代の觀念とが交錯する故に、混雜を生ずるのである。

(1) 純粹なる法律行為の代理にも種種な場合がある。

(イ) 働方代理、受方代理 代理の最も通常の場合に意思表示を爲すことに存する。他人の爲に積極的に意思表示を爲すを働方代理と名ける。然るに又た代理は他人の爲に意思表示を受けらるることに存する場合がある。之れをも意思表示の代理と考へて、働方代理に對して之れを受方代理と名ける。單に之れを受くべき法律上の地位が代理の内容となつてをるに止まる。故に此の場合に著眼すれば、代理は代理人の行為を必要とするに限らないことが明白である。素より意思表示を受くるに付き何等かの行為を必要とする場合は意思表示又は其の他の代理であつて、今の場合には含まない(例、辨濟の受領)。

代理は通常は働方代理及び受方代理を併せ含むけれども、特に其の一方耳を設定することを妨げない。^(註三)又た此の區別は往々契約の申込の代理及び承諾の代理、又は要約代理及び諾約代理の區別と混同せられることがある。勿論之れ等は別個の觀念であり、且つ代理の性質上の區別ではない。

(註三) 保險會社支部長の代理店契約解除の受方代理に關する昭一〇・二・一二大判、民集一四卷六一頁。

(ロ) 所持の代理、方式の代理 法律行為は常に意思表示耳から成立するものではなく、通常は目的物の所持又は其の所持の移轉を必要とし、又た時として法律行為の成立又は效力要件としての方式を必要とする(例、危急遺言の場合に證人が遺言書を作成する如き^{七九〇})。他人の爲に之れ等事實上の事項を充たす者は、身分法時代の代理人であり、今日も下述する占有代理として殘存してをる。然し獨立法の見解としては、之れ等事實上の要件を充たす他人は代理人ではなくて、補助者である。

(ハ) 特定代理、包括代理 代理は個個の法律行為に付いて存することがあり、又た或る範圍の事項に亘つて存することがある。之れに因つて特定代理と包括代理とが區別される。然し此の區別の標準は時として不明である。或る單數の法律行為(例、特定物の賣買)を目的とする代理は特定代理なること疑ひないけれども、一定の物又は事項に付き一團の法律行為を目的とする代理(例、此の家屋を管理し、此の商店の營業品を買入れる如き)は何れに屬するか疑ひとなる。代理は相續と異り、或る人の財産關係の二分一を代理するといふ如きことはありえないからして、包括代理とは代理權の發生に付き個個の權原を證明することを要せざるものと解すべきである。例へば、個個の不動産の管理に付き其の代理權原の證明を必要とするならば特定代理であり、之

れに反し、親権者、支配人、取締役の如く、其の資格を證明すれば、個々の権原の證明を必要とせざるものは、包括代理である。

(ニ) 特種代理、一般代理 特定代理及び包括代理は代理の目的たる事項に關するものであるが、兩者共に其の目的たる事項に必要な権限は制限せられてゐないのが通常である。之れを一般権限の代理といひ、「何何の事項に關する一切の権限」と記すは之れである。之れに反し或る特種の権限耳の代理を爲さしむることは勿論妨げない。之れを特種権限の代理といふのである(例、賣方代理、買方代理)。包括代理は常に一般代理である。

占有の代理

(2) 民法は法律行為の代理の外に、占有の代理に付いて規定してをる(一八一乃至一八四、二〇四)。

(イ) 占有者が占有代理人をして所持を爲さしむる場合(一八一、参照)に於いては、其の代理人は單なる占有機關であつて、法律行為の代理人ではない。故に其の代理人は本人の爲に意思表示を爲すことはできない。

(ロ) 意思表示に因つて占有權の讓渡が行はれる場合(一八二、二〇四、一八三、ii)に於いては、占有代理人の爲す意思表示は其の者自身の意思表示であつて、占有者又は占有讓受人の代理人として爲す意思表示ではない。而して此の意思表示が現實占有移轉行為に代用するのであるから、占有の體素が意思表示から成るのではない。占有は此の場合にも所持を内容とするのであつて、即ち其の

意思表示を爲した後の占有代理人は依然占有機關であつて、代理人ではない。

(ハ) 前述の場合に於いて、占有代理人が占有者(占有讓受人)に代はつて占有權取得の意思表示を爲すことはありうる(一八二、二〇四、一八四)。此の場合に於いては占有代理人が法律行為の代理人たる資格を兼有するのであつて、後者に付いては代理の規定が適用せられる(註三)。

(註三) 拙著日本民法總論一〇〇切最末に述べてをるのは、此の場合である。

(ニ) 法律行為の代理人が本人の爲に占有を取得するには、本人が占有意思を有し、代理人が所持を爲すに因つて達成しうることは言ふ迄もない。此の場合には法律行為の代理人が占有代理人を兼ねるのである。従つて此の代理人は上述の占有取得の意思表示をも本人の爲に爲すことができる。問題は一般の場合に法律行為の代理人は本人の爲に占有取得の意思表示を爲しうるや否やに在る。第一八一條以下の代理人は占有代理人であると解せられてをる(註四)。占有意思は法律行為の意思ではないからして、法律行為の代理人が本人の爲に占有意思を有つた丈では、本人が占有意思を有つたことにはならない。其の如き效力を認むる爲には、法律に特別な規定があるか、又は代理人は本人の意思を補充する資格を有するものと認める外はない。此の點は學問上未だ解決されずに残つてゐる。

(註四) 民法第一八一條の代理人は法律行為の代理人に非ざることには川名先生の指摘せられたところである。若し之れを法

律行爲の代理人と解するときは、占有代理の制度が不明瞭になり、第一八二條以下の規定も解しがたきことになる。

一二四 第二目 代理行爲

代理行爲の
二義

(一) 代理行爲とは他人に對して直接に效力を生ぜしむべき意思を以つて爲す意思表示をいひ、斯くの如き意思表示を要分とする法律行爲を代理に依る法律行爲といふ。例へば、代理申込は代理行爲であつて、之れに對する承諾に因つて成立する契約は代理に依る法律行爲である。但し代理に依る法律行爲を省略法に依つて代理と呼ぶことは、稀でない。

代理意思

代理行爲が通常の意思表示と異るところは、其の行爲より生ずる私法上の效力をば自己に對して生ぜしむることを行爲意思とするのではなく、他人に對して直接に生ぜしむることを以つて行爲意思とすることに存する。此の意思を代理意思と呼ぶ。即ち代理意思は單に一個の行爲意思であつて、決して行爲意思の外に別に代理意思が並存するのではない。

代理意思は行爲意思であるからして、外部からの確に推知しうべき方法で發表されなければならぬ(一〇一切)。即ち、代理人が本人の爲にすることを示して意思表示を爲すことを必要とする(九九・一)。同様に、代理人に對して意思表示を爲す者も、本人の爲にすることを示して爲さねばならぬ(九九・二)。

(註一) 手形行爲に於ける代理意思の表示は本人の爲なることを認識しうるを以つて足るとする昭五・二・一五大判(新聞三一〇號一三頁)。

代理行爲は代理意思を有する點で他の類似の意思表示と區別される。自己の爲にする行爲は假令他人に對して直接に効果を生ずる場合でも、代理意思ではない。唯だ其の行爲の必然の結果他人に對して效力を生ずるに止まる。故に他人の爲にする意思が外部に現れることは必要でない。又た所謂間接代理の場合には他人の爲にする意思は行爲の緣由に過ぎず、行爲の内容は専ら自己に對して效力を生ぜしむべき通常^(註一)の行爲意思から成る。又た意思表示の傳達の場合には、自己の意思表示は存しないのだからして、代理意思は問題とならない。

(二) 代理行爲と法律行爲の要件との繋屬に付き、特に注意すべき點を擧ぐれば、次の如くである。

(1) 代理行爲は代理意思を要素とするからして、若し本人が存在しなかつた場合には、代理行爲に依つて成立する法律行爲は其の效力の歸屬者を缺き、法律行爲の目的の不能を來たす。本人が將來に於いて存在すべき見込のある場合(例、胎兒)には、其の見込の消滅する迄は、目的の不能とはならない。同様に、本人が不特定人であつても、其の特定すべき標準が與へられてれば、法律行爲の目的可能といひうる。

代理行爲の
要件

目的の不能

目的の不法

(2) 意思表示が代理に親しまざるものである場合にも、代理行爲に依る法律行爲の無効を來たす。意思表示が代理に親しまざるは、代理を禁ぜられた爲であることがあり(例、復代理禁止^{五五、一〇四})、又た代理せしむることが公の秩序善良の風俗に反するが爲であることもある(例、身分上の行爲、遺言)。身分上の行爲は代理に親しまざることを本則とするけれども、特別な人耳に代理を許されることもある^(八九五、八九五)。

(3) 代理行爲は代理人の意思表示であるから、意思表示の真正又は自由に關する原則は總て代理人に付いて適用すべきであつて、本人に瑕疵の有無を問ふべきでない。故に意思の欠缺、詐欺又は強迫、若くは或る事情の知又は不知は、總て代理人に付いて之れを定める^(一〇一・一)。然るに知又は不知に就いては一の例外が認められ、特定代理の代理人が本人の指圖に従つて行爲した場合には、本人自ら知り又は過失に因つて知らなかつた事情に付き代理人の不知を主張することを得ない^(一〇一・二)。故に相手方の側から代理人の不知を主張することはできる。

^(註二) 公益質屋の善意取得には上席書記の善意は標準とならずとす(昭一二・二・一六六判(民集一六卷一六二四頁))。

(4) 意思表示完全の原則も、本來は代理人に付いて定むべき筈である。然るに之れに就いては、代理人は能力者たることを要せざる旨が規定せられてをる^(一〇二)。此の規定の解釋に關しては、場合を區別して考察しなければならぬ。

其の完全

(イ) 代理人が意思無能力者なる場合には、代理行爲の要素たる行爲意思が存しないからして其の法律行爲は無効である。故に代理人と雖も意思能力は具へなければならぬ^(註三)。例へば、禁治産者たる代理人が其の病氣の發作中に爲したる行爲、又は幼兒を代理人として爲したる行爲は、之れを本人自身の行爲と解すべからざる場合には、本人に對して效力を生じない。

^(註三) 十五歳の男子は家屋貸借の意思能力を有するか否かに關する(昭八・八・七六判(新聞三五九七號一八頁))。

(ロ) 代理人が相對無能力者なる場合には、代理行爲は瑕疵ありながらも有効に成立するのであり、而して之れが取消を許す所以のものは無能力者自身を保護する爲である。然るに代理の場合には代理人自らは其の行爲の效力を受けないからして、之れを取消さしむる必要がない。本條は此の意味に解すべきものである。之れに對する例外として、法定代理に付いては能力者たることを必要とする場合がある^(八九五、九三四・二、九〇八、一一一)。

(ハ) 代理人が能力者なる場合には、代理行爲は完全に有効である。故に本人は自己の無能力を理由として代理行爲を取消することはできぬ。代理人は能力者たることを要せずとするは、上述の如く、意思表示の完全の原則が代理人に付いて適用せられるに對し例外を規定せるものであつて、代理行爲の完全なるや否やを本人の能力を標準として定むる意味でないことは勿論である。然し任意代理の場合には、其の授權行爲は本人の無能力を理由として取消することができる。授權

行爲が取消されたときは、代理權も初めから發生しなかつたものとなり(二)、其の結果代理行爲は無權代理行爲(一二九切)となる。

(三) 代理行爲の効力は代理行爲が代理權に基いて爲されたときと否とに因つて異なる。代理權に基かずして爲された代理行爲の中には、代理權あると同一に扱はれる場合と、然らざる場合とがある。通常之れを無權代理と總稱し、其の中前者を表見代理、後者を狭意の無權代理と呼ぶ。以下に之れ等各場合の意義と併せて代理行爲の効力を説明する。

第二項 代理權

一二五 第一目 代理權の意義及び要件

(一) 代理權とは代理意思をば有效なる行爲意思たらしむべき法律上の資格をいふ。即ち此の資格に基いて他人の爲に直接に効力を生ぜしむる意思を以つて意思表示を爲した場合に、初めて其の希望の如くに他人に對して直接に効力を生ずることを得るのである。又た此の資格なくして上と同様の意思を以つて行つた場合には、其の意思表示は無權代理行爲となるのである。

代理權は權利なりや、又は權利に非ざる法律上の資格なりや、争はれてをり、權利の本質に關する利益説の見解から、代理權は負擔であつて利益でないから權利に非ずとする説、又は行爲説

代理權の意義

代理權の性質

形成權

代理權の種類
任意代理

の見地から、受方代理は行爲を内容としないから權利に非ずとする説がある。之れ等權利の本質論に就いては既に前に批評した(二一切)。代理權は或る法律行爲の効果を發生せしむる法律上の資格であり、そして權利義務を吸收保有する資格ではないけれども、權利義務の發生又は消滅の要件であり、代理の目的たる事項を正當化する法律上の資格(地位)である。故に之れを權利と解する。而して其の權利の種類は、最初の身分法的な意義の代理權は人格權的なものであつた。然し今日の如く獨立法上の代理が定立した時代に於いては、其の性質は明かに形成權である。そして代理を以つて單に取引法上の制度とする説に於いては財産權であるが、身分法に於いても代理は存しうるものであるからして、財産的形成權たる場合と、身分的形成權たる場合とを併せ含むと解する。之れは勿論形成權の觀念に反するものではない。

(二) 代理權發生の原因に依つて、代理を任意代理と法定代理とに分ける。

(1) 任意代理とは本人の授權行爲に因つて代理權が發生する場合をいふ。法文に所謂「委任ニ因ル代理」と規定せるは之れである(二〇四、一)。初め吾が國には此の種の代理權は委任契約から發生すとし、又は委任、雇傭、請負、組合、等の諸契約から發生するとする説が行はれた。然し雇傭、請負、等から代理權が發生するとする説は法文上の根據すらもない。委任契約から代理權が發生するとする説は法文の用語には適するけれども、委任は或る事を爲すべき債務を受任者に負擔

せしむるに止まり(六四四、六四六・)、受任者が直接に本人に對して效力を生ずべき意思を以つて行動せねばならぬことは、委任に關する規定からは毫も現れて來ない。加之、委任は受任者が自己の名に於いて權利を取得することが、民法自體に規定せられてをる(六・二四)。故に代理權が發生する爲には委任とは別な授權行為が存在すると爲さざるを得ない。授權行為は委任、請負、組合、等の契約と並存することが普通であるが、獨立なる法律事實である以上、其れ自身單獨に存することも妨げない。

然るに授權行為を認むる説に於いても、早くから單獨行為説の行はれたに對し、之れを委任に準ずる契約であるとする説が行はれてをる。理論上單獨行為説が正しいことは疑ふ餘地がない。何となれば、授權行為は唯だ代理人の意思表示の効果を本人に歸屬せしむる丈の效力を有するものであつて、些も代理人に義務を負担せしむるものではないからして、其の承諾を必要とする根據がないからである。民法の規定上の根據を求むるに、「委任ニ因ル代理」と規定せることは、沿革上代理が委任として發達したることを示すものであつて、即ち代理は先づ間接代理として行はれ、頓て直接代理の觀念を生じたる後も、委任の一内容として授權行為が行はれるものと考へられたのである。詳言すれば、此の時代に於ける授權行為は委任契約その者ではなく、委任契約の目的たる法律行為の委託に授權行為が包含せられたのであつて、要するに委任に因る代理とは

授權行為を伴ふ委任といふ意味である。此の時に於いては既に授權行為は委任者の單獨行為であつたのである。委任契約の目的として委任者と受任者とが代理權授受契約を結ぶといふときはは無意味だからである。實際の慣行に於いても「代理委任狀」は明かに單獨行為として行はれてをる。故に所謂「委任ニ因ル代理」とは沿革上委任として發達したる代理といふ意味であつて、委任より分化したる授權行為を此の用語に依つて規定せるものと解せねばならぬ。

因に第一〇九條に第三者に對して他人に代理權を與へた旨を表示した者が代理と同一の効果を負擔することを規定してをるのを、從來單獨行為説の根據にも、又た契約説の根據にも利用せられたけれども、共に賛成しがたい。同條を以つて直接に單獨行為説の理由とすることは、法文の用語にも適せざる耳ならず、同條は後述する如く(一三〇切)總ての第三者を含みうる規定であつて、斯かる廣い意思表示に因つて代理權の發生しやう筈はない(參照獨民一六七・一)。又た同條の反對解釋に依り吾が民法上代理權は契約に因つて發生すと解することも亦た適當でないのであつて、寧ろ同條に所謂他人に對して代理權を與ふる旨を表示したならば之れに因つて代理權は發生するが故に、第三者に對してそのことを表示した者は本當は他人に代理權を與へなかつた場合にも、其の他人の行為に付き責に任せねばならぬと解するを、適當とする。

(2) 法定代理とは授權行為外の原因に因つて代理權が發生する場合をいふ。之れを法定代理

と稱する所以は、斯くの如き代理人は常に法律に於いて其の設定を命じてをり、従つて其の代理權が法律の規定に基いて發生すと見られたからである。之れに種種なる場合がある。(i)或ひは法律の規定に依つて代理人たるべき者が當然定まつてをる場合があり(七四、八〇一、八〇四)、(ii)或ひは法律の規定に基いて裁判所の選任する場合があり(二五、二六、五六、五七、七五)、(iii)或ひは他の機關に依つて選任される場合がある(七四、九〇一、九)。法人の代表機關は代理人ではないけれども、現行民法は之れを代理に關する規定に従はしめてをること、既述の如くである(六七切、七〇切)。故に法定代理か否かを決する必要が起る。理事は總會其の他の機關の選任に因つて定まる場合でも(參照六九切)、選任機關が法人の代表機關となつて授權行爲を行ふものとは解しがたい。故に法定代理人である。

法定代理とは代理權が法律の規定に基いて發生することをいひ、(i)其の代理權の範圍が法律に依つて定まることをいふのではない。任意代理人と雖も權限の定めなき場合には、其の權限は法律の規定に依つて定まる(三〇)。又た法定代理人と雖も選任機關に依つて權限を定むる場合はある(參照四五)。(ii)代理人たるべき者の承諾を要件とする場合は、法定代理たるに妨げるものではない。任意代理も單獨行爲たる授權行爲に因つて生ずる。法定代理人の就任に其の者の意思を容れることは、代理人に伴ふ地位の發生要件であつて、代理權發生の要件ではない。

代理權發生の要件

白紙委任狀

(三) 代理權發生の要件は、代理の基礎要件と、代理の目的とに、別つことができ。

(1) 代理の基礎要件は、任意代理に在つては授權行爲の有効に成立すること、法定代理に在つては各場合に於ける法律の規定に従つて代理人たる資格の發生することである。授權行爲は法律行爲であるから、其の成立竝に效力要件を具備せねばならぬ。法定代理人も選任行爲に因つて地位の定まる場合に於いては、其の選任行爲の成立竝に效力要件が問題となる。白紙委任狀は代理人を定めずして交付せられたる場合には單なる授權行爲ではなく、被交付者に一定の處分權を與ふことを目的とする信託行爲である(註一)。代理人を定めて其の權限を記載せざる場合には、權限を定むべきことの委託を包含する授權行爲である(註二)。代理人をも權限をも定めざる白紙委任狀は目的確定せざるものとして無効である。

(註一) 白紙委任狀附株券擔保の場合に辨濟なきときは債權者は株券を賣却しうるものとする昭九・四・二八大刑判(刑集一三卷五四八頁)。

(註二) 白紙委任狀附株券の質入は配當金の質入をも包含するとする昭一三・四・一四大判(民集一七卷七〇八頁)。

(2) 代理權を發生するが爲には其の代理の内容が代理に親しむものたるを要する。代理に親しまざる事項に付いて代理權を賦與しても、代理權は發生しない。之れに基いて爲された代理行爲は無効である。然らば其の結果として代理人の責任は之れを無權代理に於いて本人の追認を得

ざる場合(七一)に準じて扱ふべきか否かは、疑問であるが、無権代理は代理に親しむ行為に耳適用されるのであつて、既に代理行為の成立せざる場合なる以上、無権代理の規定も亦た其の適用なきものと解する。

(3) 代理の内容は代理に親しむものであつても、特別な理由からして代理の禁ぜられる場合がある。其の一の場合として擧ぐべきは、所謂雙方代理の禁止である(一〇八)。之れに依れば、同一の法律行為に付き當事者雙方の代理人と爲り、又は自己と相手方との間の法律行為に付き相手方の代理人となることはできない。^(註三)之れは契約耳ならず、單獨行為も適用せられるからして、働方代理たると受方代理たるとを問はず、相手方ある意思表示の雙方代理人となり、又は相手方の代理人となることはできない。

(註三) 雙方代理を許さずとせる昭七・六・六六判(民集一一卷一一一五頁)、^(註三) 辨護士と當事者雙方の代理に関する昭七・六・一八六判(民集一一卷一一七六頁)、昭八・四・一二大判(新聞三五五三號一〇頁)、昭九・一二・二二大判(民集一一三卷二二二頁)。尙ほ信託受託會社の雙方代理に関する昭六・一一・一四六判(新聞三三七六號一〇頁)。

本條立法の趣意は、義ならむとすれば損する底の憾みなからしめむが爲である。故に其の懼れなき場合には相手方代理も有効である。^(註四)又た本條に反する特約と雖も、其の行為が代理に親しむ以上は有効であり、^(註五)而して本條に反する代理は無権代理としての效力を生ずる。^(註六)

(註四) 債務者が債権者の代理人として質物を受取るは第一〇八條に該當せずとする昭九・六・一九大判(新聞三七四二

號一〇頁)、親権者が未成年の子に贈與を爲すは第一〇八條に抵觸せずとする昭一四・三・一八六判(民集一八卷一八頁)。

(註五) 雙方代理も本人が許容すれば有効とする大二・一一・二六六判(民集二卷六三四頁)、昭三・二・一五六判(新聞二八一九號五頁)、合資會社の無限責任社員の同意を得て自己の債務を保證するは有効とする昭一二・六・三〇大判(民集一六卷一〇三七頁)。

(註六) 雙方代理は無権代理行為とする大二・五・二四六判(新聞二一四六號一九頁)。

本條は債務の履行を除外してをる(一〇八・但)。單純なる債務の履行は法律行為ではなく、其の代理人は占有代理人に過ぎないからして、本條の適用なきは當然である。履行に伴つて法律行為の行はれる場合には、果して本條の適用なきや否や疑問である。^(註七)特に履行の目的物の所有權が債権者の同意に因つて移轉する場合^(參照四)に於いて、本條の禁止に反する代理行為は債権者の追認を必要とすると思はれる。

(註七) 債權讓渡の承諾と第一〇八條との關係に関する昭四・二・二三六判(民集一〇卷三三七頁)、^(註七) 辨濟に関する協定と代理人選任契約の效力に関する昭七・六・三〇大判(民集一一卷一四六五頁)。

一二六 第二目 代理権の效力

(一) 代理権の作用を代理權能といひ、其の權能の及ぶ範圍をば代理權限又は略して單に權限

といふ。

(1) 権限は法定代理に於いては民法の規定(二八、五三、七八、二、八)又は其の他の法律の規定に依つて定まり、任意代理の場合には授權行為に依つて定まる。^(註一)

(註一) 産業組合の理事の法律行為に関する昭六・一一・一二大判(新聞三三七七九頁)。

(註二) 銀行支店長の手形取引上の権限に関する大一三・三・一〇大判(民集一三卷一一二頁)、取引所に於ける定期買入と代理権授與に関する昭六・四・二一六判(新聞三二六五號一六頁)、事業經營の承諾中には手形振出の承諾をも含むとする昭六・五・九大判(新聞三二七三號八頁)、主人のため一切の代理権を有する番頭の手形振出行爲に関する昭八・五・一六六判(民集一二卷一一六四頁)。

(2) 然るに若し何等権限の定めがなかつた場合には、代理人は次の行為を爲す権限を有する(1011)。

(イ) 保存行為 此處に保存行為とは財産上の損失を豫防する行為と解せられてをる(例、家屋の焼失を防ぐ爲に人を雇ひ、権利の滅失を防ぐ爲に保存登記又は時効中斷を爲す類^(註三))。故に物又は権利の現狀を維持する行為(例、腐敗し易き物品の賣却)には限らない。

(註三) 二番抵當權の共有者が一番抵當權の消滅に因る登記抹消の訴を提起するは保存行為なりとする昭一五・五・一四六判(民集一九卷八四〇頁)。

(ロ) 存質利用行為 此處に利用とは物又は権利の有償的使用をいふと解せられてをる。而

して物又は権利の性質を變ぜざる場合を存質行為といひ、其の性質を變ずる場合を變質行為といふ。存質利用行為に屬するは、例へば、利用方法に變更を加へずして爲す有償の貸家、貸地、預金、著作權の興行許可、等である。

(ハ) 存質改良行為 改良行為とは財産的價格を増進するに適する行為をいふと解せられてをり、而して本條は物又は権利の性質を變ぜざる場合である(例、家屋に電燈を取付け、家屋の間取を變更する爲の契約を爲し、無利息債權に利息を附し、所有權より抵當權を除く類)。

以上諸種の行為は之れを總括して管理行為と稱せられるものである。管理行為は處分行爲に對する語であるが、兩者の限界は必ずしも明かでないからして、民法は本條の規定に於いて管理行為の意味を定めたものであると、梅先生は説明せられた。故に以上列記の範圍を越ゆるものが處分行爲であつて、即ち變質利用行為(例、金錢を以つて株を買ふ)、變質改良行為(例、耕地を宅地に變更する爲にする法律行為)は、處分行爲に屬する。^(註四)

(註四) 民法第一一五條の處分の意義に関する昭二・九・一六判(民集六卷五〇一頁)。

(ニ) 代理權に基いて爲されたる法律行為の效力は、代理權の代理行為に及ぼす效力であり、畢竟代理權その者の效力に外ならぬ。

(1) 代理人が其の權限内に於いて爲した意思表示は本人に對して直接に效力を生ずる(九九

管理行為と
處分行爲

代理行為の
效力

働方代理

・一。故に其の意思表示が單獨行為を組成し、又は申込として契約の因子と爲り(五三二)、又は承諾として契約を成立せしむる效力(五三三)は、何れも皆な本人に歸屬するのであつて、其の結果法律行為が恰も本人の締結したと同一となり、其の行為より生ずる権利義務其の他一切の効果が本人に歸屬するのである。其の歸屬する主なるものを擧ぐれば、債權行為に於ける履行の請求、非債權行為に於ける權利の取得の外に、取消權、解除權、損害賠償請求權、等、凡そ法律行為の有効無効なるに因つて生ずる一切の効果である。

之れに因り、代理は『契約は他人を利せず、又た害せず。』といふ古來行はれた格言を破り、之れに對する重大なる例外を作つたものと謂ふべきである。然るに代理人は本人と同視せられ、其の爲したる意思表示は代理人のものなるに拘はらず、其の効果より見れば本人の法律行為なるが如くに考へられた爲に、古來の上述の原則は代理の制度に依つて破られざるものとせられたのである。

(2) 意思表示の代理に受方代理なるものの存することを前に述べた(一二三切三)。此の場合にも或る意思表示を受けたことから生ずる法律効果が總て本人に歸屬する(九九・二)。例へば、催告を受けることが無能力者の取消權消滅の原因となり(九一)、時効中斷の效力を生じ(一五三)、契約解除の原因となる(一五四)の類、之れである。受方代理に斯くの如き效力を生ずる爲には、代理人

受方代理

に對して意思表示を爲す者が本人の爲にすることを示し、且つ其の事項が代理人の權限内に在ることを必要とする。

代理意思を
表示せざる
代理行為の
效力

(三) 代理意思は之れを表示せねばならぬことを前に述べた。之れを表示せずして爲したる代理行為は、如何なる效力を有するであらうか。

(1) 代理意思を表示せざるにも拘はらず、例外として意思表示が本人に對して直接に效力を生ずる場合がある。

(イ) 意思表示の相手方が其の本人の爲にすることを知り、又は過失に因つて知らなかつた場合には、代理意思を表示した場合と同一に扱ふ(一〇〇・但)。之れは默示の意思表示ありとするのではない。代理意思は表示せられないけれども、相手方に故意過失あるの故を以つて表示せられざる代理意思に效力を與ふるのである。甚だ特異なる意思推測の一場合である。

(ロ) 妻が日常の家事に付いて夫の代理人と看做されるのも、此の例外の一場合である。^(註五)或ひは妻は夫の代理人に非ずとする説があるけれども、法文にも代理權と規定してをり(八〇・二)、妻は夫の意思を傳達するに止まらず、自らの判断に基いて意思表示を爲すのであるからして、之れを夫の法定代理人と認むべきものである。其の代理人と看做すといふ所以は、代理意思を表示することを要せぬからである。然し妻が自己の爲にする意思を表示した場合には、其の有効なること

妻

は言を俟たぬところであつて、即ち妻の代理意思は反対の現れざる限り存在すと推測せられるものに外ならぬ。

(註五) 内縁の妻が夫に宛てた郵便の受取を拒んだ場合に到達と認められた昭一・二・一四六判(民集一五卷一六五頁)、金百圓の消費貸借は日常の家事に屬せずとする昭三・九・二〇大判(新聞二九四八號九頁)。

(ハ) 商行為の代理に付いては、相手方が本人の爲なることを知ると否とを問はず、代理意思を表示することを要せぬ(商五〇四)。

(ニ) 遺言執行者が相続人の代理人と看做される(一七)のは、遺言者の代理人ではないことを示すものであつて、遺言執行者は遺言者に依つて指定せられる場合があり(〇八)、又た裁判所に依つて選任せられる場合がある(二一)けれども、前の場合に於いても、代理行為の效果を受くべき本人が既に死亡してをるからして、遺言者の代理人と解することはできない。或ひは遺言執行者は受遺者の利益の爲に行動するものであるから、其の代理人と解しうる餘地がある。民法は此の疑問を解決する爲に相続人の代理人と看做したのであつて、代理意思の表示に關して直接に規定せるものではないけれども、尙ほ遺言執行者たることを示すを以つて足り、相続人の爲にすることを表示するには及ばぬと、解すべきである。

(ホ) 夫が妻の財産を管理する(八〇)は、妻の法定代理人であるか否か問題となるけれども、(註六)

遺言執行者

夫の管理権

此の管理権は夫たる資格に於いて行ふものであり、又た妻が女戸主に非ざる限りは夫の使用収益權(九・九)と相應するものであり、之を代理權と解せざるを可とする。

(註六) 夫の財産管理権は代理權を伴ふか否かに關する昭七・五・一〇大判(新聞三四三號一四頁)、夫は妻の不動産に關する訴訟に於いて當事者たる資格とする昭一〇・一〇・二九大判(民集一四卷一七九頁)、夫は自己の名を以つて妻の爲に保險契約を締結しうるものとする昭一二・一二・八大判(民集一六卷一七六頁)。

(2) 代理意思を表示せずして代理の效果を生ずる場合を除き、代理人が本人の爲にすることを示さずして爲したる意思表示は、代理人自身の爲に爲したるものと看做される(一〇〇・本)。代理意思を有しながら之を表示しないのは、多くは心裡留保に屬し、其の自己のものと認むべき意思表示は有效である(三九)。然し時には錯誤に屬することもありうる(例、本人の名と代理人の名と言ひ違へ、本人の爲なることを言ひし心算で言ひ忘れし場合)。其の何れたるを問はず本條の特別規定が適用せられる。尙ほ此の種の錯誤が法律行為の要素の錯誤となることは通常はありえない。本人と自分とを取り違へることは表意者自身に取つては重要錯誤であるが、法律行為全體からは主客觀的重要の錯誤と認めがたい場合が多い。然し若し要素の錯誤と認むべき場合があつたならば、本條の適用なく、第九五條の規定が適用される。何となれば、要素の錯誤ある法律行為を有效と認むる如きは、道義に反するからである(例、字を知らぬ者が他人から欺かれて

受方代理に於ける代理意思の無表示

本人の名の代りに自己の名を書きし場合。

(3) 受方代理の場合に於いて、第三者が本人の爲にすることを示さずして代理人に對して爲した意思表示に關しては、規定がない。代理人が本人の爲なることを知り又は知りうべかりしを故を以つて、本人に對して直接に效力を生ぜしむることは、本人に累を及ぼす結果となる。故に働方代理に於いて相手方に故意過失ある場合の規定を準用するは不當である。第九三條又は九五條の適用に依つて問題を解決すべきである。(註七)

(註七) 拙著日本民法總論の此の點に關する説述は適當でない(同書一〇三切三二〇頁)。

一二七 第三目 多數の代理人

共同代理

(一) 數人が共同に一個の代理権を行ふものと定められた場合を共同代理といふ(商三九、七)。此の場合に於いては數人が一致しなければ代理行爲を爲すことを得ない。但し受方代理に付いては、各共同代理人が單獨に意思表示を受けうることもある(商三九、二六、二七)。
(二) 互に獨立した數人の代理人ある場合を複(又は複數)代理といふ(五三、商三八、二、七)。此の場合に於いては各代理人が獨立の権限を有し、各代理人相互間には何の關係もない。時として各代理人の代理順位を定めた場合もある(市制九、六、二)。

復代理

復代理

(三) 代理人が其の固有の權利として選任したる他の代理人を復代理人といふ。固有の權利とは、此の點に付き本人より権限を授けられることを要せざる意味である。本人より他の代理人を選任すべき代理権を授與され、之れに基いて選任した場合は、前述の復代理人に外ならぬ。

(1) 復代理人選任權(所謂復任權)は任意代理人は本則として之れを有せず。(註一)唯だ本人の許諾を得たとき、又は已むことを得ざる事由あるときに限り、之れを有する(一〇四)。許諾を得るは代理権を授與せられるのではない。故に許諾を得ずして爲したる復代理人の選任も代理人との關係に於いては有効である。本人に復歸せざる丈である。之れに反して法定代理人は常に復代理人選任権を有する(一〇六)。(例外、理事五)。

(註一) 復代理人選任權の欠缺に關する昭七・九・二七六判、新聞三四八〇號一三頁、運送取扱人の復代理人選任權に關する昭一三・三・五六判、民集一七卷三三六頁。

(2) 任意代理人が復代理人を選任するは本人の許諾を得たか又は已むを得ざる事由ある場合であるからして、其の選任及び監督に付いて耳の責に任ずる(一〇五・一)。又た本人が許諾を與へたに止まらず、復代理人たるべき者を指名した場合に於いては、更に責任を輕減して、復代理人の不適任又は不誠實なることを知りつつ本人に告げず、又は解任することを怠つた場合に限り責に任ずる(一〇五・二)。之れに反し、法定代理人は總ての點に付き責を負ひ、唯だ已むを得ざ

る事由に因つて復代理人を用ゐた場合であると、任意代理と同様に選任及び監督に付いて耳の責に任ずる(一〇六)。此處に謂ふ責任とは本人に對して法律上不利益なる地位に立つことをいひ、選任及び監督に付いての責任は不法行為に於ける使用者の責任(五・一)である。法定代理人が其の以上に負ふところの責任は、復代理人と同様の責任を負ふ義と解すべきであつて、復代理人の不法行為は勿論、其の他一切の責任が法定代理人に及ぶのである。

(3) 復代理人は常に代理人の授權行為に依つて成立する。即ち復代理は任意代理であつて、法定代理はない。或ひは代理人が法定代理人なる場合には、復代理人も法定代理人であるとする説がある。恐らく第一〇七條第二項から出た解釋と思はれるが、同條は代理權發生の原因迄を含んだ規定と解することはできぬ。

(4) 復代理人の代理權限も授權行為に定めたとおりに従ふ。或ひは代理人の有する權限の全部なることがあり、或ひは其の一部なることもある(參照五五)。而して復代理人は其の權限内の行為に付き本人を代表する(一〇七・一)。即ち復代理人は直接に本人の代理人である。然るに復代理人は本人の代理人であると同時に又た代理人の代理人であるか否かが争はれてをる。沿革上復代理といふ名稱は、代理人の代理人が爲した行為の効力が本人に復るといふ意味に出てをることは疑ひがない。單に本人耳の代理人であるならば、此の名稱は無意味である(參照、支配人の番頭

手代選任權^{商三}八・二)。又上述の如く代理人が復代理人の行為に付き責に任ずるは、之れを代理人の責任が本人に歸する故と解しうるのであつて(二〇一・五)、是れ復代理人が代理人の代理人であることの一理由となる。又た若し復代理人は本人耳の代理人であるとすると、代理人と復代理人と二人の代理人が併存することになり、兩者が矛盾した行為を爲した場合に何れが本人に對して効力を生ずるか不明となる。然るに復代理人は代理人の代理人として、即ち代理人を通じて本人に効力が復歸するものとするときは、代理人と矛盾せる復代理行為は代理人を超えて遡らざることを理解しうる。故に復代理人は代理人の代理であつて且つ本人の代理人である。

(5) 復代理人は本人及び第三者に對して代理人と同一の權利義務を有する(一〇七・二)。之れも亦た復代理人が代理人の代理人なることの一證左である。本人耳の代理人ならば、代理人と同一の地位に立つ理由がない。此處にいふ權利義務とは言ふ迄もなく代理權の行使に關する權利義務である。其の主なるものは、本人の爲にすることを示すこと、之れを示さなかつた場合には復代理人自身の爲に爲したるものと看做されること(一〇)、本人の指圖に従つた行為の効力が本人に歸屬することを主張しうること(一〇)、權限の定めなき場合に管理行為を爲しうること(三〇)、復代理人選任權を有すること(一〇四・五)、である。權限外の行為を爲し本人の追認を得なかつた場合に、假令其れが代理人の過失に出づるにもせよ、復代理人は第三者に對して自ら履行又

は賠償の責に任ぜねばならぬこと(一一一)も、此の規定中に含まれる。尙ほ本條の權利義務を代理に伴ふ他の法律關係より生ずる權利義務の義とする説には賛成しがたい。例へば、登記を申請する爲に後見人が登記所の代書人を復代理人に選任したとしても、其の代書人が後見人となるのではない。又た其の者は必ずしも後見人と同一の報酬を受けるのでもない。

(四) 代理人が自己の責任を以つて使用する者を代理人の補助者といふ。之れに代理権を有する場合と、然らざる場合とがある。代理権を有する補助者と復代理人との相異は、本人に對して直接の關係に立たざる點にある。復代理人を選任しえざる代理人も、特に反對の現れざる限りは補助者を使用することを妨げない。(例、辯護士の雇人、代理商の使用人商四六、三)。

(五) 從來の代理人が代理権を失ひ、新たなる代理人を生ずる場合を、代理人の交迭といふ。本人が直接に代理人を解任し、新代理人を選定したるときは、交迭者間には何等の法律關係を生じない。代理人が本人の許諾を得て新代理人を選任し、之れと同時に自ら退任する場合に於いては、恰も代理権の譲渡の如き趣きを呈するけれども、代理権は其の性質上の一身專屬權であるからして、假令代理人の交迭か他の權利の譲渡に伴つて行はれる場合に於いても、代理権は更新せられる。

代理人の補助者

代理人の交迭

一三八

第四目 代理権の消滅

消滅の原因

(一) (1) 法定代理権は次の原因に因つて消滅する(一一一・一)。

(イ) 本人又は代理人の死亡

(ロ) 代理人の禁治産又は破産 禁治産を代理権消滅の原因とした理由は、初めから禁治産者を代理人に選任すると、普通人たる代理人が新たに禁治産者になつたとは、大いに趣きを異にするからである。

(ハ) 其の他、法律に特別な消滅原因を定めた場合が少くない。例へば、親權者が家を去れば親權を失ひ(八七)、親權の濫用又は不行跡に因つて親權を失ふこと(八九)、後見人に付いては辭任又は資格喪失に關する規定がある(九〇七、九〇八)。又た本人が成年に達し、又は禁治産宣告が取消されれば、後見の任務終了に因つて其の代理権も消滅する。

(2) 任意代理権は次の原因に因つて消滅する。

(イ) 本人又は代理人の死亡 之れに對する例外として、商行為の任意代理権は本人の死亡に因つては消滅しない(商五、〇六)。

(ロ) 代理人の禁治産又は破産

(ハ) 其の他、任意代理権は授權行為の終了に因つて消滅する(一一一・一一二)。法文に「委任」とあるは授權行為の義と解すべきこと、代理の沿革上の解釋として疑ひがない。勿論授權行為が委任、雇傭其の他の契約に従として行はれた場合には、其の主たる契約の終了と共に授權行為も消滅する。然し稀に契約關係なくして代理権が授與せられ、又は契約關係とは獨立して授權行為が行はれた場合には、其の授權行為の終了も依然本條の適用を受ける。例へば、授權行為の目的を達し、又は期限附の授權行為に於いて期限の到來した場合の如き、之れである。

(二) 代理権消滅の直接の効果は、沿革的に謂へば代理人たる資格の消滅であるが、權利本位の觀點からは次の如きことが言へる。

(1) 代理人の爲す行為は爾後無權代理行為となる。従つて後述する表見代理又は狹意の無權代理の規定が適用されることになる。

(2) 代理権の消滅は之れを以つて善意無過失なる第三者に對抗することを得ない(一一二)。之れは第三者に對しては代理権が消滅せぬといふ意味ではない。第三者との關係に於いても代理権は消滅するのである。故に爾後無權代理の規定が適用せられることになる。唯だ第三者が代理権の消滅を承認せざるときは、表見代理として扱はれることになる(參照次切)。

(3) 代理権が他の法律關係に隨伴する場合に於いては、通常は代理権の消滅と共に他の法律

關係も終了する。又た稀には代理權耳が消滅して、他の法律關係は存續する場合もある。之れ等の場合に於いて元代理人が其の法律上の義務として爲す行為(例、六五四、六五五、六八一、六九七、等)は、無權代理行為として扱はれる。

(4) 代理権の消滅後、代理人が代理行為に因つて取得した物又は權利の所持又は占有を續ける場合に於いては、其の代理占有は代理権の消滅にも拘はらず存續する。

第三項 無權代理

一二九 第一目 無權代理の意義

(一) 無權代理とは代理權なき代理をいふ。代理を法律上の資格と解するときは、未だ何等の行為の行はれざるに當つても無權代理は存しうる。之れに反し、代理は代理行為を有效ならしむる場合に限ると解するときは、代理權なくして代理行為の行はれた場合に初めて無權代理が存する。又た代理は代理權の行使をいふと解するときは、無權代理なる觀念は存しないことになる。思ふに、今日の代理は沿革上身分法より脱胎したものであるけれども、行為を離れては無權代理といふ資格は認めがたい。然し代理權なくして爲された行為にも現行法は一定の效力を與へてをるからして、無權代理といふ觀念を否認することも適當でない。斯く無權代理は行為に付いて

代理權の補充

存する觀念であるが、然らば法律行為に限るか否かは、下に述べる。

代理權なくして行はれた代理行為が本人に對して直接に效力を生ずる爲には、代理權の補充を必要とする。蓋し斯くの如き代理行為に於ける本人の爲にする意思は、未だ法律上の行為意思とはならないからして、本人に對して效力を生ずることはできない。此の不完全なる意思を有效な行為意思たらしめるものは代理權である。恰も所有權讓渡の意思表示が所有權移轉の效果を生ずる爲には必ず所有權がなくはならないのと、異るところがない。而して代理權が加はれば、此處に有效な行為意思としての代理意思が成立し、其の意思の效力として希望の如き法律效果を生ずるのであつて、即ち無權代理行為は代理權の補充に因つて有權代理行為となるのである。有權代理は意思表示の行為意思に因つて本人に對して效力を生じ、無權代理の場合には何か特別な原因に因つて法律效果を生ずるのではない。

或ひは代理權に基かずして行はれた代理行為は無効ではないかといふ疑ひを生ずる。然し法律行為は本來當事者の意思を認容して其の希望の法律效果を賦與するものであるからして、出來うる限りの方法に於いて當事者の希望を充たさしむるが至當である。従つて法律行為成立の際直ちに所期の效果を發生しえずとも、後より之れを發生しうる見込があるならば、其の行為を無効とするは早計である。法律行為の目的は將來確定しうることを以つて足るとせられるのも、此の故

無權代理に
適する行為

である(一二二切)。他人の物の賣買が有效なものと同じ理由に出づる(五六)。代理權の補充が許されるのも、全く同一の理由に外ならない。

(二) 無權代理は唯だ行為に付いて耳認められること、上述の如くである。然らば如何なる行為は無權代理に適するかは、研究を要する。

(1) 意思表示に付いて無權代理の行はれることは疑ひがない。働方代理たると、受方代理たるとを問はない。代理に親しまざる法律行為に付いては、無權代理行為も亦た無効なること、言ふ迄もない。

(2) 法律行為の方式に付いては無權代理は行はれるか否か。物の引渡其の他占有の移轉を以つて方式とする場合は、下に述べる。其の他の方式(例、届出)を無權限者が爲した場合にも、占有意思の補充と同様に解して差支へないと思ふ。

(3) 債務の辨濟は第三者も之れを爲すことを得る(四七)。辨濟受領も、受領の權限を有せざる者の受領と雖も、債權者が利益を受けた限度に於いては有效である(四七八、四七九)。之れは無權代理の法理に依つて説明せずとも、法律の規定に依つて第三者に辨濟權限又は辨濟受領權限を賦與したるものと、説明しうるのである。

(註一) 拙著日本民法總論一〇七切三三一頁には辨濟を代理權として説明してをる。

(4) 代理占有と無權代理との關係は、占有の體素は勿論代理人自身の所持であり(參照二〇)、物に對する實力關係であるから、代理といふことは考へられない。之れに反して心素は他人に依つて補充せられることを得るのであり、少くも法定代理の場合には、代理人が本人の爲にする意思を有するに因つて、代理占有が成立するものと解せねばならぬ。然らば任意代理の場合にも同様に解すべきであらうかといふに、代理人の意思が代理占有存立の要件であることは民法自身も認めてをるところであり(二〇四)、問題は本人も亦た代理人をして占有せしむる意思を有することを要件とするか否かにあるが、無權代理に在つては、本人が何等の意思をも發表せざるに其の代理占有が成立すると認むるは不穩當である。無權代理人より本人に對して本人の爲に占有すべき意思を表示し、之れに對して本人より代理人に對して占有を爲さしむる意思を表示することを要するものと解するが、民法の趣旨に合するものと思ふ。斯く解するときは、本人の意思表示が無權代理占有の追認となるのである。

(5) 包括代理と無權代理との關係は、包括的に代理權の補充が許されるか、又は個個の事項に付いて其の補充を必要とするかの問題がある。特に包括的代理權授與の範圍が慣習上明白な場合の外は、個個的の代理權補充を必要と解する。

(三) 代理權補充として認められた場合が二ある。一は代理權なきにも拘はらず代理權がある

と同一の責任を生ずる場合であり、之れを表見代理といふ。他に本人の追認に依つて本人に對して直接に效力を生ずる場合であつて、之れを狹意に於ける無權代理といふ。

III 第二目 表見代理

(一) 表見代理とは前述の如く、代理權なきに拘はらず代理權があると同一の責任を生ずる場合である。即ち法律の規定に依る代理權の補充である。之れを代理權の補充でなく、法律の規定に依つて直接に本人に對して效力を生ぜしむるものとは、見ることができない。何となれば、代理行為が本人に對して效力を生ずるは代理人の意思表示の效力であつて、代理人が代理權を有せざるならば、本人に對して直接に效力を生ずべき行為意思はありえないのであつて、其れを代理行為と呼ぶことはできないからである。故に表見代理は本人の爲にすることを表示する場合であつて、既述の代理意思を表示せずして爲した代理人の意思表示(一二四切一)とは異なる。(註二)

(註一) 表見代理の要件に關する昭六・三・五大判(新聞三二五六號七頁)。

代理權あると同一の責任を生ずるといふは、本人をして代理の効果を受けしむる意味である。責任は不利益なる法律上の地位をいひ、勿論單に損害賠償義務を生ずるには止まらない。本間の場合に於いては、本人が無權代理人の行為より生ずる一切の不利益を負擔することを意味する。

(二) 表見代理に屬する場合は種種ある。

(1) 第三者に對して他人に代理權を與へた旨を表示した者は、其の代理權の範圍内に於いて其の他人と第三者との間に爲した行爲に付き、責に任ずる(註一)。(一〇九)。第三者に對して乙に代理權を與へた旨を表示した甲は、乙と第三者との行爲に付き責に任ずる義である。其の第三者は必ずしも特定人たることを要せぬ(例、新聞廣告)。従つて甲の意思表示を受けた第三者と乙と行爲を爲した第三者とは同一人たることを必要としない。既に代理權を與へた旨の表示が必要である。蓋し代理權を與ふる旨の意思表示は即ち授權行爲であつて、之れは代理人に對して表示されなければならぬ。第三者に對して他人に代理權を與ふる旨又は與ふべき旨を表示するも、本條の適用はない。表意者甲が上述の意味の責に任ずる結果、甲が乙の行爲より生ずる權利をも取得し、結局乙の行爲が直接に甲に對して效力を生ずることとなるのである。即ち本條の責任の結果は代理權を補充すると同一となるものである。故に第三者が代理權なきことを知り又は過失に因つて知らなかつた場合には、本條の保護を與ふる必要がない。

(註一) 自己の名義を使用せしめたる場合に關する昭四・五・二大判(民集八卷四四七頁)、名義使用を許すことが第三者に對し代理權を與へたる者の表示と同視されるとする昭五・五・六大判(新聞三一二六號一四頁)、頼母子講の代理人たることを表示したる者の責任に關する昭五・一〇・三〇大判(民集九卷九九九頁)、營業讓受人が従來の商號に自己の名を冠して用ゐたる場合の讓渡人の責任に關する昭一五・四・二四大判(民集一九卷七四九頁)。

本條の適用を受けるは、勸方代理たると受方代理たるとを問はぬ。代理權限が明確に定められなければならない。越權行爲に就いては次に述べる。

(2) 代理人が權限外の行爲を爲した場合に、第三者が權限ありと信すべき正當の理由を有したるときは、本人が代理人と第三者との間の行爲に付き其の責に任ずる(一一〇)。之れは越權行爲と稱せられる場合である。正當の理由に因つて第三者が權限ありと信じたことを必要とするが故に、第三者が權限なきことを知り又は過失に因つて知らなかつた場合には、本條の適用がない。正當の理由は客觀的に認定すべきものであつて、例へば、代理權限よりも廣い意味の委任狀を與へ、白紙委任狀に代理人が權限外の事項を記載し、本人から託せられた實印を權限外の事に使用するの類、之れである(註六)。

(註六) 民法第一一〇條の正當事由中には無過失の要件をも含むとする昭一二・一二・一大判(民集一六卷一九一六頁)。

(註四) 委任狀中に實際の代理權限よりも廣き記載を爲した場合は、之れを第三者に對する意思表示であると解して、第一〇九條が適用せられるとする説がある。然し委任狀は第三者に對する通知ではなく、代理人に對する授權行爲であるからして、第一一〇條を適用するが正當である。

(註五) 保險會社の勸誘員の代理權の有無に關する昭六・七・一六大判(新聞三三一八號一八頁)、代理人の權限外の行爲に關する昭七・三・五大判(新聞三三八七號一六頁)、民法第一一〇條の適用ある行爲に關する昭七・一一・二五大判(新聞三四九號九頁)、妻の消費貸借と民法第一一〇條との關係に關する昭三・九・二〇大判(新聞二九四八號九頁)及び昭八・一〇・二五大判(新聞三六六九號九頁)、民法第一一〇條適用の前提たる家政整理の確定に關する昭九・一一・一三大

判(民集一三卷二)七三頁、法定代理人が行爲が民法第一一〇條に該當する場合に關する昭一〇・三・二五大判(民集一四卷三六九頁、債主が借主より宛名の記載なき借用證書を受取り、之れを第三者に差入れて借金した場合に第一一〇條の準用ありとする昭一五・一一・二〇大判(民集一九卷二〇六七頁)。

(註六) 他人の印類の使用を許したる者の越權行爲に關する昭八・八・七六判(新聞三六四九號九頁)。

本條と第一〇九條及び第一一二條との關係は問題となる。表見代理は法律の補充に依つて有權代理と同一に扱はれるものであるからして、第三者が表見上の權限を越ゆる行爲を權限ありと信すべき正當の理由を有した場合には、更に本條を適用するを至當と考へる。

本條は民法上の效力を定めたものであるから、刑法又は訴訟法上の效力は別である。

(註七) 民法第一一〇條の適用を受くる行爲が犯罪となる場合に關する昭七・一〇・二七六判(刑集一一卷一五〇六頁)。

昭一〇・九・一二大判(刑集一二卷九二三頁)、昭一一・七・一八六判(刑集一五卷一〇七三頁)。

(註八) 民法第一一〇條の適用あるも偽造の委任狀には執行力なしとする昭一一・一〇・三六判(民集一五卷二〇三九頁)。

(3) 代理權の消滅は之れを以つて善意無過失の第三者に對抗しえざることを前述した(一一二)。^{註九} 即ち代理權消滅後に代理人が第三者と行爲を爲した場合に、其の第三者が代理權の消滅を知らず且つ知らざるに付き過失のなかつた場合には、此の者に對しては代理權の消滅を對抗することができないのであつて、即ち本人が其の責に任ずることになるのである。故に表見代理となること上の二場合と同様である。^{註九} 尙ほ代理人と行爲を爲したる第三者は故意過失があり、他の第

代理權消滅
後の代理行
爲

三者(例、第三取得者)が善意無過失であつた場合には、其の第三者耳に對して代理權の消滅を對抗しえざるかの如き解釋があるけれども、代理は總て代理人と直接の行爲を爲す第三者との關係であるからして、間接の關係に立つ第三者を保護する爲には、代理の規定に依らず、他の原則の適用に依つて解決せらるべきである。

(註九) 拙著日本民法總論一〇七切の此の點に關する説述は「對抗スルコトヲ得ス」といふ法文の解釋を誤れるものである。

(三) 表見代理の效力は、本人が代理人の行爲に付き責に任ずることに在る。責任は義務と異り、行爲を爲すべきことを命ずるものではない。然し本人をして代理より生ずる責任を受けしむるには、代理行爲の效力が直接に本人に及ぶことにならなければならぬのであつて、此の點に於いて表見代理は有權代理と同一の法律上の地位を生ずると解すべきである。責任は不利益なる效果を受くることが通常であつて、本人は表見代理人の行爲に付き權利を主張することはできないかの如き觀がある。然し本條の責任は代理の效果を受くることをいふと解すべきこと、上述の如くであつて、代理行爲より生ずる一切の效力が本人に及ぶものと解しなければならぬ。唯だ第三者が本人の責任を問はざる限りは、本人は何等代理の效果を受けないのであつて、責任といふ語の意義は此處に在り、有權代理との差異を生ずる點である。

尙ほ表見代理は第三者に對する責任であつて、本人と代理人との間には代理關係を生ずるもの

表見代理の
效力

でないからして、代理権なきものとして其の間の関係を規正しなければならぬ。

一三一 第二目 狭意の無権代理

代理権の補充

(一) 狭意の無権代理とは、前述の如く、本人の追認に因つて之れに對して直接に效力を生ずる場合をいふ。即ち本人の意思に因る代理権の補充である。此の場合に於いては代理権の補充たることが表見代理に比して一層明瞭であつて、追認は恰も事後的に與へられた授權行為に外ならぬのである。

狭意の無権代理を生ずるは、最初より代理権なきことが明白なる場合に於いて、働方又は受方の代理行為の行はれた場合の外に、^(註一)上述の表見代理となるべき場合に於いて、其の要件を缺くが爲に其の各條の適用に入らざる場合をも含む。^(註二)尙ほ受方代理の禁止に反する行為も無権代理となる場合のあることを、前に述べた^(註三)(一二五切三)。

(註一) 無権代理人の爲したる契約に關する大一四・一二・二四大判(民集四卷七六五頁)、無権代理人が本人の記名捺印を爲したる手形行為の效力に關する昭七・五・三大判(民集一一卷八七二頁)、代理権なき者に支拂ひたる保険料の效力に關する昭七・八・一七大判(新聞三四五六號一六頁)。違法なる辯護士選任と無権代理行為に關する昭一三・一二・一九大判(民集一七卷二四八九頁)。

(註二) 保險會社の外交員は代理権なしとする昭七・二・一九大判(新聞三四一九號一三頁)。親權者の親族會の同意を

得ざる行為に關する昭一一・八・七大判(民集一五卷一六三〇頁)。雇人が雇主の代理人と稱して支拂を求めたる小切手の支拂に第一一〇條の適用なしと認定した昭一五・七・二〇大判(民集一九卷一三七九頁)。

(註三) 産業組合の理事が自己と爲したる契約の效力に關する昭六・一一・一二大判(民集一〇卷九六一頁)。親權者が子に講加入權を讓渡した場合にする昭一三・一二・一三大判(新聞四三六六號一頁)。

無権代理行為の效力

狭意の無権代理の場合には、代理行為の成立と其の發效とが區別して行はれるのであつて、即ち代理行為は代理権なくとも成立し、其の所望の法律効果を生ずる爲には本人の追認を必要とするのである。是れ恰も後述する條件附法律行為に於けると同趣である。而して其の所望の法律効果を生ずる前に於いても行為は成立してをるからして、之れに伴つて種種なる效力を生ずる。行為意思の内容となつた法律効果を法律行為の主たる效力と名け、之れに對して其の行為に附隨して法律の賦與する効果を、法律行為の從たる效力と名けることができる(一三九切)。無権代理行為から生ずる主たる效力は、言ふ迄もなく、本人に對して直接に生ずべき目的上の效力であり、其の從たる效力は、本人の追認權、相手方の追認催告權、取消權、無権代理人に對する履行又は賠償の請求權である。

本人の追認

(二) 追認とは無権代理人の爲した代理行為の效力を、自己に對して直接に生ぜしむることを目的とする本人の意思表示をいふ。

(1) 追認の対象は法律行為に限る。其れは無権代理人が第三者と締結したる契約なることがあり(一一三・一)。無権代理人の爲したる單獨行為なることがあり(一一八・前)、^(註四) 第三者が無権代理人に對して爲したる單獨行為なることもある(一一八・後)。何れの場合に於いても表意者が本人の爲にすることを示さなければならぬ。

(註四) 無権代理人の手形行為と追認に關する昭七・七・九大判(民集一一卷一六〇四頁、新聞三四七八號一三頁)。

(2) 追認は本人の單獨行為であつて、本則として相手方に對する意思表示に依つて行はれる。^(註五) 無権代理人其の他の者に對して爲したる追認は、相手方が其の事實を知つてをる場合に限り之れに對抗することができ(一一三・二)。追認は法律行為であるからして、亦た代理人に依つて之れを爲すことを得る。其の他一般の法律行為の原則が之れに適用せられる。

(註五) 追認の相手方に關する昭九・一・一三大判(新聞三六六五號一八頁)。

(3) 追認は單獨行為に依つて他人の意思表示の效力を自己に享くことを目的とするものであつて、追認を爲すは権利である。本人が追認権を有するに對し、相手方は其の追認を催告する権利を有する。其の催告は相手方自ら相當の期間を定めて、其の期間内に確答すべき旨を本人に對して表示すべきである(一一四)。

(4) 追認の效力は、代理行為の效力が本人に對して直接に生ずるに在る。而して斯くの如き

追認権と催告権

效力を生ずる時期は、本人自ら定めることができるけれども、無権代理行為が契約である場合には、此の時期に就いても相手方の承諾を要する。既に無権代理行為に於いて發効期を定めてをる場合(例、『本人の追認の時から』)には、勿論之れに従ふ。之れ等別段の意思表示がないと、行為の時に遡つて其の效力を生ずる(一一六・本、一一八)。然し此の遡及効は^(註六) 第三者の権利を害する力を有せぬ(一一六・但)。即ち其の中間時に^(註六) 権利を取得した第三者は、追認に因つて権利を失ふことはない。

(註六) 民法第一一六條の第三者の権利は追認に因つて害せらるべき總ての権利の義であるとする昭五・三・四大判(新聞三一四七號八頁)。

(5) 無権代理人が本人を相續したときは、無権代理行為なることを主張しえない。^(註七) 即ち之れに因つて當然有権代理行為となると共に、追認権は消滅する。

(註七) 無権代理人が本人を相續したるときは無権代理行為なることを主張しえずとする昭九・九・一〇大判(民集一三卷一七七七頁)。

(三) 無権代理行為が代理行為としての效力を生ぜずに終はる場合が二ある。本人の追認の拒絶及び相手方の取消、之れである。

(1) 本人の追認のない間は相手方は無権代理行為を取消すことを得る(一一五・本、一一八)。

相手方の取消権

之れ追認催告權と竝んで相手方に與へられた權利である。^(註八)此の取消權は法律行為の當時代理權なきことを知らなかつた相手方にも與へられる(一一五・但)。取消の意思表示は代理人又は本人に對して爲しうる。追認のない間は既に追認催告を爲した後も取消すことを得る。取消に因つて無權代理行為は成立しなかつたものとなる。取消權は追認に因つて消滅する。

(註八) 無權代理人の爲したる契約の一部取消に關する大一一・六・七大判(民集二卷三八三頁)。

本人の拒絶

(2) 本人は無權代理行為の追認を拒絶することができる。

(イ) 追認の拒絶は追認權の拋棄であつて、獨立の權利ではない。所謂拒絶權とは追認する義務がないといふ丈の意味である。追認權の拋棄は意思表示であり、追認の拒絶とは此の意思表示をいふに外ならぬ。拒絶も本則としては相手方に對して表示することを要し、他の者に對する拒絶は相手方が之れを知つたときに限り之れに對抗することを得る(一一三・二)。拒絶は本人自ら進んで之れを爲す場合があり、又相手方の催告に對して爲すことがある(一一四・前)。更に相手方が催告中に定めた期間内に確答を爲さざるときは、追認を拒絶したるものと看做される(一一四・後)。但し此の效力を生ずるには相手方の定めた期間が相當のものでなければならぬ。

(ロ) 追認の拒絶に因つて無權代理行為は全く效力を生じあたはざるものとなる。即ち此の時迄未定效であつた法律行為の無効が確定するのである。

追認催告權

(ハ) 無權代理行為の無効が確定するときは、相手方の選擇に従ひ履行又は損害賠償の責に任ぜなければならぬ(一一七・一)。

之れは無權代理行為の無効なことから生ずる責任であるからして、追認が拒絶せられるか、又は拒絶と看做される場合に限る。未だ追認の拒絶のない間は無權代理人は此の請求に應ずることを要せぬ。又た代理權あることを證明して本條の責任を免れうることは勿論である。無權代理人に對して爲したる追認^(參照一一・三・二)も、時として此の證明に役立つであらう。相手方が無權代理人の代理權なきことを知り又は過失に因つて知らざりし場合、又は無權代理人が無能力なりし場合にも本條の責任を負はない(一一七・二)。

此の責任は代理行為が無効なる爲に生ずるものであつて、相手方と無權代理人との間に行爲が成立するのではないからして、代理人の側から相手方の履行を請求することを得ない。此處に所謂履行の請求とは、無權代理人が債務者となるといふ意味である。本人と相手方との間に效力を生ぜざる債權債務をば特に法律に依り無權代理人と相手方との間に效力を生ぜしむるのである。故に履行の請求を受けた無權代理人は相手方に對し反對給付を請求しうることになる。

次に損害賠償請求權の性質も履行請求權と同様無權代理人固有の債務であり、法律が履行に代はるべき賠償義務を賦課したのであつて、無過失責任と稱せられるもの一種である。其の賠償

無過失責任

責任の限度も有限であつて、相手方が履行を得べかりし利益の限度に限られ、不履行に因つて生じた損害(四一五)又は不法行為に因る損害(七一)ではない。但し不法行為の要件が具はる場合に於いては、本條の外に不法行為の賠償請求権を行ふことを得る。特に無權代理人が無能力の場合(七二)、又は相手方に過失ある場合(七三)に於いても、不法行為請求権は成立する。

一三二 第四目 單獨行為と無權代理

(一) 表見代理に於いては契約たると單獨行為たるとに依つて異るところがない。即ち上述せるところが總て單獨行為の表見代理にも適用される。狭意の無權代理の場合には契約と單獨行為とに依つて幾分の相異がある。其の類似の點に就いては既に上に契約と併せて説明した。然し此處に單獨行為と狭意の無權代理との關係を纏めて説明する。

(二) 働方代理即ち無權代理人が本人の爲に單獨行為を爲した場合に就いては、相手方ある意思表示と相手方なき意思表示とを區別する。

(1) 相手方なき意思表示即ち特定人に對せざる無權代理人の意思表示は、全然無効である。即ち本人は追認に依つて之れを有效ならしむることを得ず(七四)、代理人は其の行為に付いて契約の場合の如き責任を負はない。例へば、無權代理人の爲した寄附行為、相續の承認、其の地棄

の如き、之れである。

(2) 相手方ある意思表示に就いては、其の行為の當時相手方が無權代理人の代理權なしに意思表示を爲すことに同意し、又は其の代理權を争はなかつた場合には、契約に於ける無權代理と同一に扱ふ(註一)一八・本。即ち本人には追認權を生じ、相手方は追認催告權又は取消權を有し、又た本人の追認を得なかつた場合には代理人に對して履行又は賠償請求權を有する。但し相手方が同意した場合には取消權及び履行又は賠償請求權を有しないから(一七五、一)、唯だ追認權と追認催告權と丈がある。次に相手方が代理權を争はなかつた場合とは、代理權なきことを知りつつ主張しなかつた義であるとする説と、代理權なきことを知らなかつたから主張しなかつた場合をも含むとする説とがある。後説が正しい。若し然らずとせば、本條を適用すべき最も重なる場合が除外されることになるからである。其の知りつつ争はなかつた場合は、上述の同意の場合と同様になる。結局此處に述ぶる總ての權利を生ずるは、相手方が代理權なきことを知らなかつた場合である。

(註一) 無權代理人の手形行為の追認に關する前出昭七・七・九大判(民集一〇卷一六〇四頁)。

相手方ある意思表示に付き、其の行為の當時相手方が無權代理人が其の行為を爲すことに同意せず、又は其の代理權なきことを争つた場合には、無權代理人の單獨行為は相手方なき場合と同

受方代理

じく全然無効であると、解せねばならぬ。

(三) 受方代理即ち無權代理人を代理人として之れに對して爲された單獨行爲は、無權代理人が其の行爲を爲すことに同意した場合には、契約に關する規定が準用される(一一八・本)。此處に同意を得るとは代理權なくして代理人として意思表示を受くる旨を表示せしむるをいふ。故に無權代理人が同意を表示せざる場合には、假令代理權なきことを知つてをつた場合でも、本條の適用はない。

此の場合の準用法に就いて疑ひを生ずる。表意者が追認權を有するものとも、本人が追認權を有するものとも取れるからである。表意者の意思は既に確定的に表示されたのであるから、之れに追認權を與ふる理由がない。又た此の場合は表意者の單獨行爲であつて、本人は其の意思表示その者を追認すべき理由がない。思ふに、此處にいふ追認とは代理人として意思表示の受者たる地位の許容であつて、即ち代理權の補充を指すものに外ならぬ。故に本人は他の諸場合と同様に追認權を有し、表意者は其の追認を催告する權利を有する。之れに反して表意者の取消權及び履行又は賠償請求權(例、負擔附遺贈の負擔請求)は生じない。何となれば、前述の如く無權代理人の同意を得た場合であるからして、表意者は代理權なきことを知つてをるからである。

表意者が相手方の同意を得て單獨行爲を爲したるに非ざる限りは、無權代理人に對して爲され

た單獨行爲は總て無効である。即ち、代理權ありと誤信した場合(例、代理人の人違ひ、權限踰越)、代理權なきことを知るも同意を求めざりし場合(例、父との法律行爲の取消を子に對して爲した場合)、單に表意者より相手方の代理權なきことを表示したるに止まる場合(例、子が無權代理人として父に對する催告書を送つた場合)。

第五款 條件又は期限附法律行爲

第一項 條件附法律行爲

一三三 第一目 條件の意義及び種類

(一) 條件 (conditio ; condition ; Bedingung ; condition) とは表意者が法律行爲の效力の發生又は消滅の抑制として意思表示に附加したる到來の不確實なる事實をいふ。

(1) 條件となるべき事實を條件事實といふ。條件事實は到來の不確實なることを要する。即ち或ひは到來することもあるべく、又た到來せざることもあるべき事實でなければ、條件とはならない。既に到來した事實(所謂現在條件又は過去條件)、又は到來せざることの確實な事實(不能條件)は條件事實とはならない。到來が不確實なるや否やは世間の取引觀念に従つて決すべき

條件事實

ものであつて、表意者に取つて不確實な丈ではならず、又た物理的に不確實なるには限らない。次に其の不確實なるや否やは意思表示成立の時を標準として定むべきものであつて、其の效力發生の時(参照一二二切)を標準とすべきものではない。條件事實は或ひは當事者の意思に因つて左せられる事實であることがあり(隨意條件)、又は當事者の意思に關せざる事實であることもある(偶成條件)。其の中には條件として無効なものも存するけれども(後述)、條件事實は必ずしも外界の事實には限らない。又た注意すべきことは、條件といふ語は必ずしも嚴格な意味に使用されるには限らないことである(下述)。(註一)

(註一) 條件といふ語は必ずしも固有の意義に限らずとする昭四・五・一八大判(新聞三〇二三號一四頁)。

(2) 條件は表意者が意思表示に附加した制約である。このことを示す爲に任意附款といふ語が用ゐられてをる。附款とは法律行為の偶素のことであつて、即ち行為者が特に附加した法律行為の成分である(一一二切)。然し附款であるからといつて、意思表示の内容を成すことは敢て變はるところがない。即ち此の場合の意思表示は制限附な行為意思から成るのであつて、此の行為意思をば條件意思と名ける。條件意思は一個の行為意思である。普通の行為意思の外に別に條件意思が存在するのでないことは、恰も代理意思の場合と異ならない(参照一二四切)。

次に任意附款と稱せられる所以は、附款に法律上當然附加されるものがあるとする見解に出た

附款

條件意思

條件

もので、此の種のもを法定條件と呼び、其れと固有の條件とを區別せむとするのである。然しこのことも條件意思が行為意思であることからして當然に生ずることであつて、即ち條件は法律が當事者の希望を容れて之れに效力を賦與するものに限り、當事者の意思如何を問はず法律上當然に效力を生ずるものは條件ではない。故に所謂法定條件は條件ではない。例へば、遺贈が效力を生ずるには遺贈者の死亡の時に受遺者が生存することを要する如き、之れである。尙ほ法定條件の語は更に廣意に法律行為の成立要件に迄も擴用せられることがある。例へば、法人設立の條件(三五、七一)、保證人の條件(四五〇、四五一)、賃貸借又は雇傭の條件(六一九、六二九)、隱居の條件(七五)、婚姻の條件(七七)、縁組の條件(八五)の如き、之れである。之れ等は此處に述ぶる條件ではない。條件意思は行為意思であるからして、外部からの確に推知しえられる方法で之れを表示せねばならぬ。明示たると默示たるとを問はぬ。然し何等の表示なきに條件意思を推測することは許されない。

(3) 條件は其の附加せられた意思表示を要分として成立する法律行為の效力の發生又は消滅を制約する。古くは條件は法律行為の成立を制約とする説が行はれた。然し今日では條件が法律行為の效力を制約するものであることは、争ひなく認められてをる。即ち條件は法律行為の成立要件ではなく、其の效力要件である。條件附意思表示を要分とした法律行為は行為の時に成立

する。而して其の効力の發生又は消滅が條件に繋がつてをるのである。

(二) 從來條件と稱せられるものの中には、既に上述からして明かなる如く、眞の意義の條件と然らざるものがある。今ま其れ等をも含めて、重なる分類を擧ぐれば、次の如くである。

(1) 停止條件、解除條件

停止條件とは法律行為の効力の發生を制抑する條件をいひ、即ち條件事實の發生に因つて從來未効の法律行為が其の主たる効力を生ずるのである。解除條件とは法律行為の効力の消滅を制抑する條件をいひ、即ち條件事實の發生に因り從來發効せる法律行為が其の主たる効力を失ふのである。^(註)兩者の區別は要するに、停止條件附法律行為は條件成就の時初めて其の主たる効力を生じ、解除條件附法律行為は法律行為の成立と共に其の主たる効力を生じ、條件成就に因つて其の効力が消滅することに、在る。

(註二) 手形交換所に於ける交換は手形の不渡を解除條件とする決濟手段であるとする昭九・四・一〇大判(民集一三卷六四七頁)。

或ひは條件は總て停止條件であつて、解除條件も停止條件の一種に外ならぬとする説がある。例へば、今年中に平和條約成立せば武器購入契約を解除すべしといふ場合に、武器購入契約は直ちに効力を生じ、而して其の効力の消滅が年内に平和條約の成立することの停止條件に繋がつてをるとするのである。此の説は無條件に法律行為を發効せしむる意思表示と、其の法律行為の効

力の消滅を停止する意思表示と、二個の意思表示あることを認むるものであつて、正當と謂ひがたい。此の場合に於ける當事者の意思は、解除の場合を豫想しつつ契約の効力を生ぜしむることに在つて、即ち不可分なる一個の意思表示である。若し概念的に意思の分析を許すならば、停止條件の場合と雖も、法律行為を發効せしめざる意思表示と、其の不發効を解除する意思表示との二種に區別することができる。斯くの如き概念分析は何れも無價値である。兩者の區別は斯かる概念操作に因つて發見せられるのではなくて、法律行為の効力の發生を停止すると、其の消滅を停止するとに存し、觀點を變へて謂へば、法律行為の不發生の効力を解除すると、其の發生せる効力を解除するとに存するのである。

(2) 偶成條件、隨意條件

偶成條件とは條件の成否が當事者の意思に拘はらざるものをいひ、隨意條件とは條件の成否を當事者の意思に依つて左右しうるものをいふ。偶成條件と隨意條件との合した條件事實から成る場合を混合條件といふ。外界の事實は多くは偶成條件であるけれども、當事者の意思が加はれば混合條件となる。例へば、『秋實らば』は通常は偶成條件であるけれども、當事者の耕作が加はる場合には混合條件である。稀に實らしむると否とが當事者の意の儘になるならば、隨意條件である。

隨意條件は純粹隨意條件と尋常隨意條件とに區別される。前者は専ら當事者の意思耳に繋がる

條件であつて、例へば『汝が好むならば』、『私が欲するならば』の類である。後者は意思に基いて或る行爲を爲すことを必要とする場合であつて、例へば、『汝が旅行せば』、『私が結婚せば』の類である。尋常隨意條件と混合條件とは區別しがたいことがある。例へば、『私が結婚せば』を私の行爲として見れば隨意條件であるが、配偶者其の他の者の同意を要する點から見れば、混合條件である。

隨意條件は又た當事者一方の隨意條件と、當事者雙方の隨意條件とに區別される。前者は例へば、『私が旅行せば』、『汝が入學せば』。後者は例へば、『吾吾が消費貸借をしたならば』。

(3) 肯定條件、否定條件　これは又た積極條件及び消極条件ともいふ。或る事實の發生に因つて條件が成就すると、不發生に因つて成就するとの區別である。

此の區別は勿論停止條件及び解除條件に共通する。そして又た其の附加せられる法律行爲が積極的意思表示から成る場合と、消極的意思表示から成る場合とを併せ含む。即ち、停止條件にも肯定的停止條件があり(例、『獨米開戦せば武器を供給せよ』、『當日雨降らば運動會を開かざるべし。』)、否定的停止條件もある(例、『日米戦はざれば金を貸さう』、『明日雨降らば旅行すべし。』)、又た解除條件にも肯定的解除條件があり(例、『武器供給を獨米開戦せば解除すべし。』、『武器不供給契約を獨米開戦せば解除すべし。』)又た否定的解除條件もある(例、『武器供給を

今年内に兩國戦はざれば解除すべし。』、『石油不購入を兩國開戦せざれば解除すべし。』)

(4) 眞正條件、假裝條件　假裝條件とは法律上條件としての效力を有せざるものを一括した名稱である。其の主なるものを擧ぐれば、(i)法律行爲の性質に因り、又は法律の規定に依つて定まつた制限を、法定條件といふ(本切首段)。(ii)現在又は過去の事實を條件とするを、現在條件又は過去條件といひ、或ひは兩者を總稱して既成條件といふ。(iii)到來の確實なる將來の事實を條件とするを、必成條件といふ。之れは實は期限である(一三六切)。(iv)公の秩序又は善良の風俗に反する事項を條件とするを、不法條件といひ、(v)客觀的に不能な事項を條件とするを、不能條件といふ。但し主觀的不能の事項と雖も條件と爲しうることは勿論であるが、之れは有效な條件であつて、若し可能とならない場合には、條件の不成就として扱はるべきものである。(iv)法律行爲の内容と兩立せざる事項を條件とするを、矛盾條件といふ。矛盾條件は不能條件の一種に外ならない。

(5) 固有條件、擬似條件　固有條件とは本切に於いて扱ふもの、即ち法律行爲の附款としての條件をいひ、然らざるにも拘はらず法律が條件と稱するものを、一括して擬似條件といふ。法定條件も其の一である。その他には例へば、時効の條件(二八九、三九七)の如きがある。

一三四 第二目 條件附法律行為の意義及び要件

(一) 條件附法律行為とは條件附意思表示を要分として成立する法律行為をいふ。既に述べた如く、條件附意思表示は條件意思を以つて行為意思とするものであつて、其の意思表示を要分として成立する法律行為の效力を制抑することを以つて、其の目的としてをる。此の行為意思の效果として法律行為は表意者の希望するが如き制限を有しつつ成立する。之れ即ち條件附法律行為である。

(二) 條件附法律行為の要件は次の如くである。

(1) 法律行為は條件に親しむものと、親しまざるものがある。條件に親しまざることの明白なのは、條件を附することが公の秩序又は善良の風俗に反する場合である。身分行為は總て之れに屬する(例、婚姻、縁組、離婚、離縁、私生子認知、等)。但し人事調停に於いて離婚又は離縁に考慮期間を與ふる如きは、之れを以つて條件附と解するよりは、寧ろ即時に離婚又は離縁を許さざる爲の手段と解すべきである。

財産行為は概して條件に親しむけれども、例へば土地所有權の讓渡は公序違反の理由に因つて條件を附しえないとする説がある(參照獨民九二五・二)。吾が國に於いては土地所有權の讓渡にも條件を附

條件に親しむ行為

しうると解せられてをる。

次に單獨行為は總て條件に親しまないとする説があり、又た或る場合に於いては單獨行為も條件に親しむとする説があり、而して其の理由も一樣でない。思ふに、條件を附しえないのは、法律上無制限に效力を生ぜしむる必要ある場合であつて、就中形成權の行使たる單獨行為は之れに屬する。蓋し形成權は即時に法律上の變動を生ぜしむることを目的とする權利であつて、其の行使に條件を附するは形成權の本質に反するからである。相殺(五〇)、取消(二二)、選擇(四〇)に條件を附しえざるは此の理由に因る。契約解除(五四)も同様でなければならぬ。所謂條件附解除説には賛成することができない。其の他にも單獨行為に條件を附することは公の秩序善良の風俗に反する場合があらう(例、手形裏書^{手一})。結局單獨行為は概して條件に親しまないのであつて、條件に親しむ單獨行為は例外的に過ぎない(例、免除^{五一}、遺言^{一〇}、^{八七})。

(2) 現在條件又は過去條件は條件に非ざること上述の如くである(前切)。然るに既成の事實を條件とした場合(既成條件)に於いては、其の法律行為は或ひは無條件となり、或ひは無効となる(一三二・一及び二)。

(イ) 停止條件とした事實が既に成就してゐた場合には、其の法律行為は無條件に成立する。例へば『年内に支那事變が終局するならば、上海行商品を貴店から買はう。』といふ契約を締結し

既成條件

た時に、時局は既に終結を告げてゐた場合。

(ロ) 解除條件とした 實が既に成就してゐた場合には、其の法律行為は無効である。例へば『年内に事變が終局するならば、此の武器購入契約を解かう。』といふ契約を爲した時に、既に時局が終結を告げてゐた場合。

(ハ) 停止條件とした事實の不成就が既に確定してゐた場合には、其の法律行為は無効である。例へば『照國丸が無事に歸航せば、同船の積荷を賣らう。』に於いて、照國丸は既に布設水雷に懸かつて爆沈せる場合。

(ニ) 解除條件とした事實の不成就が既に確定してゐた場合には、其の法律行為は無條件に成立する。例へば『照國丸が無事歸航せば、貴會社との傭船契約は之れを解かう。』に於いて、照國丸は既に沈没せる場合。

(三) 法律行為の目的の適法、可能、確定の原則は皆な條件附法律行為にも適用がある。之れに就き民法に特に二三の規定が置かれてをる。

(イ) 條件が法律行為の目的を不法ならしむるは、(i) 條件を附することが公の秩序又は善良の風俗に反する場合(即ち條件に親しまざる行為)、及び(ii) 條件が不法なる結果(即ち不法條件) 法律行為其の者が公序良俗に反するに至る場合の、二である。此の兩者共に法律行為を無効なら

しむることは、第九〇條の適用上明白である。然るに民法は之れに對する一の注意規定を置いてをる(一三二)。之れは第九〇條に對する單なる注意規定である。

本條に従へば不法の條件を附した法律行為は無効である。所謂不法の條件とは前切に述べた不法條件であると解し、不法條件を附した法律行為を總て無効とする説がある。乍然、不法條件を附しても法律行為その者は不法とならない場合がある。例へば『汝若し人を殺さば私に違約金を拂へ。』此の品を與へるが惡事をするを取り返す。』といふ如きは、之れを無効とすべき理由がない。反對に不法條件ではなくとも、之れを條件として附することが法律行為を不法ならしめる場合がある。條件に親しまざる行為に條件を附するは多くは之れに屬する。例へば『君と結婚するが、本年中に子が出来なかつたら解除する。』『君が僕と結婚するならば金をやらう。』と約するが如き、之れである。要するに、此の規定は前掲の二場合(即ち不親行為及び不法條件)を併せ含むのであつて、而も其の總ての場合ではない。故に此處に謂ふ不法の條件とは、條件事實が法律行為に不法の性質を與ふるものをいふと解すべきである。

本條後段に規定せられてをる場合は、不法行為を爲さざることを以つて條件とするのであるからして、條件事實その者は勿論不法ではない。例へば『汝三十歳迄盜をしなかつたら此の土地をやらう。』といふ如きは、斯くの如き條件を附することが法律行為に不法の性質を與ふるのであつ

て、畢竟前段と法意を同じくするものである。後段より推して、前段は不法行為を爲すことを條件とすると解する説の非なることは、上述に照らして明かである。従つて不法行為を爲さざることとを條件とする場合でも、其の結果法律行為が公序良俗に反するものとならざる場合には、其の法律行為は有効である。道義の要求に合する場合は、即ち之れである。

不能條件

(ロ) 不能條件に關しては、停止條件と解除條件とに依り反對の結果を生ずる。不能の停止條件を附した法律行為は無効である(二三三・一)。之れは條件が不能なる爲に法律行為の目的が不能となるからである。例へば『ソクラテスが復活したら此の寶を汝に遣らう。』之れに反し、不能の解除條件を附した法律行為は無條件とする(二三三・二)。是れ此の場合には條件耳が不能であつて、法律行為の目的は可能と見ることを得るからである。例へば『汝に此の金を遣るが、若し月世界へ移住するなら返せ。』

隨意條件

(ハ) 隨意條件に就いては、停止條件附法律行為は其の條件が單に債務者の意思耳に繋かるときは無効とする(二三四)。即ち債務者の純粹隨意條件を無効とするのである。是れ此の場合に於いては法律行為の目的が不確定だからである。例へば『私の氣が向いたら金をあげやう。』之れに反し、債權者の純粹隨意條件は有効である。債務者の意思は確定してをるからである。例へば『汝が欲するならば金を贈らう。』尙ほ當事者雙方の純粹隨意條件を附した法律行為は、多くは目

的不確定を來たす。例へば『君も欲し、僕も欲するならば、旅行に出やう。』

純粹隨意條件を以つて解除條件とした場合は、債權者側たると債權者側たるとを問はず、總て條件附法律行為として有効に成立する。是れ恰も解除權の留保を爲したると異るところがないからである。例へば『汝に金を與へるが、私の都合で解除する。』『汝に金を贈るが、汝が厭ふならば解除する。』『汝に金を贈るが、汝と私との氣が變はつたら解除する。』

尋常隨意條件は當事者の何れの側たるを問はず、條件附法律行為として有効である。當事者雙方の合意を爲すことを停止條件又は解除條件と定むるは、共に尋常隨意條件である。

一三五 第三目 條件附法律行為の效力

條件成就の效力

(一) 條件事實の發生を條件の成就といふ。肯定條件の場合には豫期の變化を生ずることであり(例、『年内に彼れが死亡せば』に於いて其の人の死亡)、否定條件に於いては現状の存續することである(例、『年内に彼れが死亡せずば』に於いて其の人の生存)。

(1) 條件が成就すると法律行為に附せられてをつた效力の制抑が除かれる。即ち停止條件附法律行為は其の效力を生じ(一二七・一)、解除條件附法律行為は其の效力を失ふ(一二七・二)。此處に效力とは法律行為の主たる效力のことであつて(一三九切)、即ち物權行為に於いては其

の物權が発生し又は消滅することである。物權が発生又は消滅せしむべき債權が生ずるのではない。之れ條件の物權的效力と稱せられるものであつて、解除條件の成就と契約解除(五四・一)との相異は此處に存する。又た債權行為に在つては條件成就と共に所期の債權が発生し又は消滅する。此の場合と豫約上の債權が本約に變ずることとは區別しなければならぬ。本約完結權(五五・一)の場合には停止條件と紛らはしいことを、注意すべきである。

(2) 上述の權利の發生消滅の效力は本則として條件成就の時に生ずる。即ち條件成就は將來に向つて耳效力を生じ、遡及効は有つてゐない。之れも亦た契約解除の場合の原狀回復と異なる點である。然るに例外として、當事者が條件成就の效力を其の成就前に遡らしめる意思を表示した場合には、其の意思に従ふ(一二七・三)。當事者とは契約の場合には雙方當事者をいふ。條件成就前の任意の時迄遡らせうるのであつて、必ずしも法律行為成立の時たるを要せぬ。條件成就に因つて物權的效力を生ずる場合には、其の物權的遡及効を生ずるのであつて、之れ物權的原狀回復であり、最も原狀回復義務と異なる點である。

原狀回復の意思表示は何時行はれなければならぬかに就き、或ひは條件附法律行為の内容として行はれなければ物權的遡及効はないとする説がある。然し民法は其の意思表示を爲すべき時を限定してゐない。又た債權的遡及効即ち原狀回復義務を發生せしむる丈ならば、本條の明文を

無遡及効の有

俟たない。故に本條は何時にても物權的遡及効ある意思表示を爲しうることを定めたものと、解せねばならぬ。勿論條件成就後に於いては既に效力を生ずるを以つて、物權的に之れを遡及せしむることは不可能であるが、條件の成否未定の間は此の意思表示を爲しうる。

(3) 條件の成就に因つて權利が発生消滅した場合に於いて、其の權利の得喪を以つて第三者に對抗するには第三者對抗要件を具へなければならぬ。即ち物權に於いては登記又は引渡が必要であり(一七七・一七八、不動登記二、七・二)、債權讓渡又は更改に於いても法律に定められた對抗要件が必要である(四六七、五一五)。問題は條件成就前に既に第三者對抗要件の具はつてゐる場合に、更に條件成就を公示しなければならぬか否かに在る。各場合の説明に譲る。(註一)

(註一) 解除條件の成就は登記事項であるとする昭四・二・二三六判(新聞三三一〇號一三號)。

條件の成否未定中の效力(期待權)

(二) 條件の成否未定の間は條件附法律行為の主たる效力は未だ發生しない。然し條件の成就に因つて或る權利を取得すべき希望は既に行爲成立の時から存してをる。之れを期待權といふ。

(1) 期待權は權利であるか否かが争はれてをる。早くは之れを希望に過ぎずとして、即ち停止條件が成就すれば之れに因つて發生する權利を得べき希望、又た解除條件が成就すれば權利が消滅するに因つて利益を得べき希望が、其れであるとされた。之れに對して、期待權とは條件の成就に因つて發生すべき權利のことであるとして、之れを單なる將來の權利であるとす説があ

り、又た將來取得すべき權利とは別に、現在に於いて既に或る法律上の地位が與へられてをると見て、恰も相續開始前に於ける相續權に比すべき一種の權利であるとする説がある。注意すべきことは、期待權のことを條件附權利と呼ぶ説があるけれども、^(註二)之れは將來の權利を指すか、又は現在の權利を指すか不明である。之れを現在の權利であるとする見解からして、所謂條件附權利は唯だ解除條件附法律行為の目的となつてをるもの(例、解除條件附地上權設定行為)に限るとする説があり、又た停止條件附法律行為の場合にも條件附權利はあるとする説(例、停止條件附所有權移轉行為)がある。何れにせよ、之れ等は現在の權利であるからして、期待權といふ名に適はざるものである。

(註二) 「條件附權利」の意義に關する昭一一・七・一七六判(民集一五卷一四六三頁)、「條件附權利」とは期待權をいふとする昭一一・八・四六判(民集一五卷一六二二頁)。

(2) 期待權の意義は上述の如く學說上争はれてをるに對し、民法は條件の成就に因つて生ずべき利益に付いて規定してをり、條件附法律行為の各當事者は條件の成否未定の間に於いて、條件の成就に因つて生ずべき相手方の利益を害することを得ざるものとしてをる(一一二八)。之れは各當事者に對し條件の趣旨に反する行為を禁じた法意であることは明白である。故に此の規定は所謂期待權を規定せるものと解しなければならぬ。唯だ之れを單なる希望を保護したものと解す

るか、又は條件成就に因つて生ずべき將來の權利に關する規定と解するか、又は現在の特別な權利として保護する規定と解するかは、法文からは充分に明白でない。若し本條の禁止に反する行為を直ちに無効と解するならば、現在の權利としての期待權を認めたものであること疑ひがない。乍然、本條は其れ程に強い保護を與へたものではなく、條件が成就した場合には其の侵害行為が無効となるといふ文と解するならば、此の範圍に於いて條件成就に遡及效を認めたものに過ぎないことになる。或ひは其の侵害行為に對して單に損害賠償責任を課するに止まるといふ説も成り立つ。そして之れを單に希望の保護とする見解と、權利の保護とする見解とがありうる。要するに、本條の規定の解釋からは期待權の性質を解明することはできない。

(3) 更に民法は條件の成否未定の間に於ける當事者の權利義務は一般の規定に従つて處分、相續、保存、擔保しうることを規定してをる(一一一九)。之れは條件の成就に因つて生ずべき權利義務に關する規定なること明白である。特別な意味の期待權及び之れに附隨する義務に關する規定であるならば、一般の規定に従ふといふ意味不明である。將來の權利義務を其の種類に依り夫一般の規定に従つて現在に於いて處分を許したものと解せねばならぬ。所謂期待權をば本條の意味に解するならば、條件の成就に因つて生ずべき將來の權利を^(註三)いふものに外ならぬ。條件附權利^(註四)といふも同義である。登記法に於いて保護せられてをる條件附權利も此の將來の權利の意味で

ある(不動) 或ひは本條の條件附權利と前條の期待權とは別異のものとする説がある。然し此の説は立法の沿革に反する。

(註三) 期待權の處分に關する前出昭一・八・四大判(民集一五卷一六二二三頁)。

(註四) 將來の權利義務に關する判例としては、將來の賃料債權に關する大・四・七・一〇大判(民集四卷二六九五頁)、昭五・

二・五大判(新開三〇九三號九頁)、昭一〇・二・一二大判(民集一四卷二〇七頁)、將來の債務の保證に關する昭九・二・

二七大判(民集一三卷二一五頁)、昭九・五・二五大判(民集一三卷八四二頁)、將來の債權の讓渡に關する昭九・一二・二

八大判(民集一三卷二二六一頁)。

(4) 既成條件は眞正の條件ではないからして第一二八條及び第一二九條は其の適用がない。然るに當事者が其の條件の成就又は不成就を知らざる間は、此の兩條を準用する旨が規定されてをる(一三一・三)。然し既成條件附法律行為が無條件に成立する場合(即ち停止條件成就一三、一解除條件不成就一三)に於いては、期待權はありえないからして之れを侵害することもできず、又た其の既成の權利義務の處分の有效なることは勿論である。故に此の準用規定は唯だ既成條件附法律行為が無効なる場合(即ち解除條件成就一三、一及び停止條件不成就一三)に限る。而して當事者が其の條件の成就又は不成就を知らずして相手方の期待權を侵害した場合には、如何なる責任を負ふべきか、不明である。當事者は知らざるにもせよ、期待權は客觀的に存在しないのであるからして、之れを侵害することは不可能である。故に唯だ無形損害の賠償責任を生ずるに止ま

る。次に當事者が知らずに將來の權利義務ありと信じて之れを處分した場合に於いても、客觀的には其の如き權利義務は存在しないのであるからして、處分行爲も亦た無効であるけれども、恰も有效なりしものと看做して、之れに對する救済を與へるのである(不當利得、原狀回復、履行不能、等)。

當事者が條件の成就又は不成就を知りたる場合には、第一二八條及び第一二九條の準用はないからして、既成條件附法律行為が無條件に成立せる場合には、之れより生ずる相手方の權利の侵害又は自己の權利義務の處分等は、總て一般の規定に従つて處置せられ、又た既成條件附法律行為の無効なる場合には、期待權の侵害も處分もありえないからして、無効行為に對する一般の規定が適用される。

(三) 條件事實の不發生が確定することを條件の不成就といふ。不發生が確定したか否かは世間の取引觀念に依つて決すべきものであつて、必ずしも物理的に不能となることを必要とせぬ。例へば『甲男が乙女と結婚したらば』といふ場合に、乙が丙と結婚し『明日彼れが來訪せば』といふ場合に、今日彼れが遠方へ旅行した類は、既に之れを不成就と謂ひうる。

(1) 條件が不成就に終はるときは、停止條件附法律行為は無効となり、解除條件附法律行為は其の效力の永續が確定する。而して此の效力を生ずるは條件不成就の原因の何たるを問はぬ。

條件不成就
の效力