



14
696

民法總則



始



民法總則

和

鳩山博士講述

(非賣品)

民法總則 (全)

大正九年度東京帝國大學講義

14-696



鳩山博士講述

(非賣品)

總則 (全)

大正九年度東京帝國大學講義

大正
12. 3. 20
内交



民法總則 目次

緒論

第一章	民法 / 概念	一
第二章	民法法典 / 編纂	三
第三章	民法 / 淵源	六
第四章	民法法規 / 種類	一二
第五章	民法 / 解釋	一五
第六章	民法 / 適用範圍	二一
第七章	私權 / 概念	二四
第八章	私權 / 分類	二七
第一節	絕對權及相對權	二七
第二節	財產權、親族權、人格權、 及社員權並 = 相續權	二八
第三節	支配權、請求權、形成權及抗弁權	三五

一 三 六 一二 一五 二一 二四 二七 二七 二八 三五

第四節 移転シ得ヘキ权利ト移転シ得サル权利
 第五節 一身專屬權ト一身ニ專屬セサル權利
 第六節 主タル權利ト従タル權利
 第九章 私權ノ行使及内容
 本論

第一編 總則

第一章 權利ノ主体

第一節 總論

第二節 人(自然人)

第一款 權利能力

第一項 權利能力ノ發生

第二項 權利能力ノ消滅

第三項 權利能力ノ範圍

第二款 行為能力

第一項 總說

三九
 四〇
 四一
 四二
 四五
 四五
 四七
 四八
 四八
 五二
 五四
 五七
 五七

第二項 無能力者

第三項 未成年者

第一目 未成年者ノ意義

第二目 未成年者ノ能力

第四項 禁治産者

第五項 準禁治産者

第六項 妻

第七項 無能力者ノ相手方ノ地位

第三款 住所

第四款 不在者ノ財産管理

第五款 失踪宣告

第三節 法人

第一款 法人ノ本質

第二款 法人ノ權利能力ノ始期、終期及範圍

第三款 法人ノ行為能力及不法行為能力

三

五九
 六三
 六三
 六五
 六五
 六五
 七九
 八八
 九五
 一〇〇
 一〇〇
 一〇九
 一一七
 一二五
 一三四
 一三四
 一三四

第四款	法人 / 種類	一五六
第五款	法人 / 設立	一五九
第六款	法人 / 登記	一七一
第七款	法人 / 住所	一七五
第八款	法人 / 機關	一七五
第一項	存說	一七五
第二項	理事	一七六
第三項	監事	一九一
第四項	總會	一九三
第九款	定款寄附行為 / 變更	二〇八
第十款	法人 / 監督	二〇六
第十款	法人 / 消滅	二〇八
第一項	解散 / 意義及事由	二〇八
第二項	解散 / 屆出及登記	二一四
第三項	清算	二一五

第十三款 外國法人
第二章 權利 / 客體

第一節	總說	二二八
第二節	物 / 意義	二二九
第三節	物 / 種類	二三三
第一項	融通物及不融通物	二三三
第二項	不動產及動產	二三五
第三項	主物及從物	二三七
第四項	代替物及不代替物	二三九
第五項	消費物及不消費物	二四〇
第六項	可分物及不可分物	二四一
第七項	單一物 / 合成物 / 集合物	二四一
第八項	元物及果實	二四二

第四節 財產
第三章 權利 / 得喪變更

第一節 總論

第一款 法律要件

第二款 權利 / 得喪變更

第三項 權利 / 取得

第四項 權利 / 喪失

第五項 權利 / 變更

第三款 法律事實 / 種類

第二節 法律行為

第一款 法律行為 / 性質

第二款 法律行為 / 種類

第三款 法律行為 / 一般的成立要件

第一項 當事者

第二項 目的

第三項 意思表示

第四項 意思表示 / 意義

二四九
二四九
二五二
二五二
二五四
二五五
二五六
二六三
二六三
二六九
二七三
二七四
二七五
二七九
二八〇

第二目 意思表示 / 種類

第三目 意思表示 / 解釈

第四目 意思表示 / 效力發生時期

第五目 意思表示 / 受領能力

第六目 意思ト表示ト / 不一致

第一則 總說

第二則 心理留保

第三則 虛偽表示

第四則 錯誤

第七目 意思決定 / 自由

第一則 詐欺ニ因ル意思表示

第二則 強迫ニ因ル意思表示

第四款 代理

第一項 代理 / 意義及性質

第二項 代理 / 種類

二八五
二八六
二八七
二九六
二九八
二九八
三〇〇
三〇三
三〇八
三一一
三一一
三二一
三二七
三三三
三三三
三三四

第三項	代理權	三五二
第四項	復代理	三五二
第五項	代理權 / 消滅	三五六
第六項	無權代理	三六〇
第一目	總說	三六〇
第二目	表現代理	三六一
第三目	狹義 / 無權代理	三六四
第一則	契約 / 無權代理	三六五
第二則	單行行為 / 無權代理	三六九
第五款	法律行為 / 無效及取消	三八一
第一項	無效	三八一
第二項	取消	三八六
第一目	取消 / 性質	三八六
第二目	取消 / 原因	三八八
第三目	取消權 / 性質	三八八

第四目	取消權者	三八九
第五目	取消 / 方法	三九三
第六目	取消 / 效果	三九四
第七目	取消權 / 消滅	三九九
第六款	法律行為 / 附款	四〇五
第一項	總說	四〇五
第二項	條件	四〇七
第一目	條件 / 意義	四〇七
第二目	條件 / 種類	四〇九
第三目	假裝條件	四一二
第四目	條件 / 成否	四一四
第五目	條件附法律行為 / 效力	四一七
第一則	條件成否確定後 / 效力	四一七
第二則	條件成否確立前 / 效力	四二二
第六目	假裝條件附法律行為 / 效力	四二四

民法總則 目次 終

第七目 條件 / 許可	四二七
第三項 期限	四二九
第一目 期限 / 意義	四二九
第二目 期限 / 種類	四三一
第三目 期限 / 到來	四三四
第四目 期限付法律行為 / 效力	四三四
第一則 期限到未後 / 效力	四三四
第二則 期限到未前 / 效力	四三五
第五目 期限 / 利益 / 拋棄及喪失	四三七
第六目 期限 / 許可	四四一
第三節 期間	四四一
第一款 期間 / 意義	四四一
第二款 期間計算法	四四二
第四節 時效	四四六
第一款 總論	四四六
第一項 時效 / 性質	四五二
第二項 時效制 / 理由	四五二
第三項 時效 / 效力	四五六
第四項 時效 / 拋棄	四五八
第五項 時效完成 / 障害	四五九
第一目 中斷	四六六
第二目 停止	四六九
第二款 取得時效	四六九
第一項 總說	四七〇
第二項 所有權 / 取得時效	四七三
第三項 所有權以外 / 財產權 / 取得時效	四七五
第三款 消滅時效	四七五
第一項 總說	四七八
第二項 債權 / 消滅時效	四七八

民法總則

鳩山博士述

緒論

第一章 民法ノ概念



一、民法トハ私法ノ通則即チ非支配的社會生活ノ一般の規範ヲ云フ

(1)、法又ハ法律ハ人類ノ社會生活ニ於ケル履行の規範ニシテ宗教並ニ道德ト相並ニテ社會生活ヲ維持發達セシムベキ社會則ノ一ニ屬ス、法ハ之ヲ公法、私法ニ分ツコトヲ得、公法ハ支配關係、規範ニシテ私法ハ非支配關係ノ規範ナリ、國家又ハ公共團體ト其ノ組織介子トノ間ニ於ケル支配關係ヲ規律スルモノハ公法ニシテ個人相互間又ハ公共團體トノ間ニ於ケル非支配關係ヲ規律スルノ法ハ私法ナリ、公法私法ヲ區別スル

標準ニツキテハ種々ノ學說アリ、或ハ主本ヲ標準トシ、或ハ目的ヲ標準トシ、或ハ又法律關係ノ性質ヲ標準トシテ分類ス、以上ハ最後ノ學說ニ從ヒタルモノナリ、

(2)、法律ヲ分テ普通法ト特別法ト爲ス、民法ハ普通法ナリ、非支配的事項ノ中商事ニ關シテハ商法アリ、其他特別ノ事項ニ關シテハ大々特別法アリ、民法ハ之等ノ特別法ニ對シテ普通法ノ性質ヲ有ス、特別法ハ其ノ特別ノ事項ニ關シテハ普通法ニ優先シテ實施セラル、モノナルニ因ヨリ金ク普通法ノ目的ヲ排斥スルモノコアラズ、

(3)、法律ヲ分テ實體法、手續法ト爲ス、民法ハ實體法ニ屬シ、權利行使ノ手續ヲ規定スルモノニアラズシテ權利義務ノ存否並ニ範圍ヲ規定スルモノナリ、

民法ニ關スル手續法ハ民事訴訟法、人事訴訟手續法、非訟事件手續法、不動産登記法、競売法、供託法、戸籍法、等ニシテ之等ハ公法ナル性質ヲ有ス、
二、民法ナル語ハ上ニ述ベタル事實上ノ意義ヲ有スル外尙本形式上ノ意義

ヲ有ス、即チ實質上普通法、私法ナル性質ヲ有スルニ否ヤ問ハス事或上民法法典ヲ指シテ民法ト云フコトアリ、形式上ノ意義ニ於ケル民法ハ主トシテ私法的方法規則ヨリナレ、然レトモ一面ニ於テハ實質上ノ意義ニ於ケル民法ノ全部ヲ包含スルモノニアラザル、ミナラズ私法的方法規則以外ノ法規ヲ包含ス、前者ノ主ナルモノハ慣習法ニシテ後者ノ主ナルモノハ諸權ノ罰則(第八十四條)及ヒ諸權ノ手續規定(第四一四條)ナリ、而シテ斯ノ如キ公法的方法規則ヲ民法法典ニ攝ケタルハ立法技術上悉ク不当ニハ非ラザルモ此ノ意ハ立法技術上ヨリ見テモ金ク妥當ヲ欠ケルモノトシテ之レナクニアラス、

第二章 民法法典ノ編纂

一、實質上ノ民法ハ範圍ニ於テモ古來存在セシコトハ固ヨリ疑ナシ、其ノ大部ハ慣習法又ハ不文法トシテ存在シタルモノニスギスシテ法典ノ形

次ヲ備ヘタルモノハ明治維新以前ニハ之ヲ見ス、昔支那ノ制度ヲ参酌シテ
テ大宝律令ヲ篇ヒシコトハ固ヨリ一代ノ歌事ナリシト雖モ其ノ實際適用
セラレタル範圍カ日本全國ナリシヤ否ヤハ史家ノ疑フ所ナリ、即チ封建
時代ニ至リテ貞永公曰、建武式目、御定百ヶ条、如キ五法下リシガ是
レ亦私法々典ノ篇纂ト見ルベキモノニアラス、庶民ノ私的干渉ハ慣習ニ
依リテ解決シ、争生スレバ町村ノ庄屋、名主慣習ヲ参酌シテ判断ヲ下シ
タルモノ、如シ、明治維新以後政府ハ國家ニ對シテハ法律的秩序ヲ確立
セシムルカ爲メニ又外國ニ對シテハ条約改正ノ基礎ヲ作ランカタメニ鏡
憲法典ノ篇纂ニ着手シ、佛英其他外國ノ法律ヲ研究セシムルト共ニ此回
本質ヲ各地方ニ派遣シ、故例暗熟ノ人ニ付テ慣例ヲ蒐集セシメタリ、
然レトモ泰西諸國ノ條約種ノ記録散逸セシカバ判例典典ヲ察見スルコト
甚ク難ク、而カモ法典篇纂ハ条約改正ノ急ヲ要スルタメ慣例ニ依ルコト少
クシテ、多ク外國法ヲ採録スルノ止ムヲ得ザリ、嘗チ外國ニ於テ法典篇
纂運動起リシ當時、假令歴史家ノ大家 *Canington* ハ其ハ誤ルベキモノ
ニシテ作ルベキモノニアラサルコト尙ホ言語ノ如シト主張セテ法典篇纂

ニ支那セシカ外國ニ於ケル民法法典ハ國民未だ知、制度ヲ輸入シタルモノ
頃レ多ク、而カモ社会進歩ニ適應シテ其ノ新制度ノ多クハ故カ國民ニ消化
セラレタリ、民法法典ニ於ケル法人及ヒ会社ノ制度、商法ニ於ケル保險、
手形法典ハ其ノ著例ナリ、固ヨリ故カ民法法典ヲ以テ完全ナレトハ其ハ
レサレトモ使ラニ古来ノ慣例ヲ云々シテ社会ノ進歩ニ逆行セントスル虞
化ヲ施サントスルカ如キハ断シテ採ラサル所ナリ、

二、明治三年三月太政官ノ制度取調局ヲ置キタルニ始マリ、明治三十一年
七月十日現行民法ヲ施行セラルルヲ以テ終リタル故カ民法法典篇纂ノ沿
革ハ今詳述スルヲ得サレトモ其ノ基礎トセル方針ニ付テハ大別スレハ
臨水三期ニ分ツコトヲ得、第一期ハ佛國民法ヲ編纂シ多少ノ修正ヲ加ヘ
テ然カ民法法典トナサントシタルモノナリ、著作博士主トシテ此ノ事業
ニ當ル(編纂民法時代)、第二期ハ主トシテ仏人 *Boissier* ヲ以テ
故カ民法法典ヲ起草セシメ唯人草擬及ヒ人草ニテ法典ノミハ邦人ヲ
以テ編纂セシメタル時期ナリ、明治十二年ニ始マリ二十三年所謂旧民法
ノ公布アリタル時ニ於ル、此ノ旧民法ハ明治二十六年一月一日ヨリ施行

セラルヘキモノナリシモ、之ヨリ先キ此ノ法典ニ対スル非難大ヒニ起リ
 明治二十二年法学士会ハ法典施行延期ノ意見ヲ發表シ延期論斷行論ノ
 議論朝野ニ喧シカリシカ明治二十三年夏民法商法施行延期法案議令ヲ通
 過シ、二十六年三月法典調節会ノ設置アリ、穗積、梅、富井ノ三博士起
 草委員トナリ新々ニ法典編纂ニ着手セリ、之ヲ第三期ト云テ得可シ、
 第三期ノ方針ハ従前ニ比シテ大ニ進歩ノ跡ヲ認ム、即チ可成旧慣ヲ参酌
 スルト共ニ当時最モ進歩シタル他乙民法ノ第一法案及ヒ瑞西債務法ヲ参
 考ニ供シタルモノ多シ、(穂積博士法典夜話參照)
 三、民法法典ノ編別、法典編別ノ主義ニ羅馬式編別法ト独乙式編別法ト
 リ、故カ民法ハ後者ニ從フ、

第三章 民法ノ淵源

民法ノ淵源ハ一級法律ト云シク民法、慣習法アリ、此ノ外判例ヲ法源

トシテ編ムル学者アレトモ我國ニ於テハ及州大陸ニ於ケルト云シク裁判所
 ハ判例ニ拘束セラレズ、故ニ判例ハ法ヲ作ラスト雖モサレハカラス(教權
 四八、四九条)

一、成文法

民法ノ淵源タル成文法又ハ制定法ノ主要ナルモノハ云フマテモナク民法
 法典ナリ、而シテ現行法典ハ憲法ノ所出法律ナルカ故ニ其ノ変更ヲ同的
 トスル法律ハ又憲法上ノ法律ナルコトヲ要ス、命令ヲ以テ法律ヲ変更ス
 ルコトヲ得ズ、(憲法九条、村敵取引禁止令、暴利取締令ハ此ノ意ニ付
 ハ憲法問題ヲ生シタリ)、
 命令ハ原則トシテ民法ノ淵源タルコト叙上ノ如クナレトモ憲法施行以前
 ノ命令ニシテ今日其ノ效力ヲ維持セルモノ少ナカラス、(憲法第七十六條
 民法第九條)、又皇族ニ関シテハ諸種ノ民法的皇室令アリ(皇族増補第
 七、八條、皇室親族法、皇室財産令)其他民法ノ変更ニアラスシテ民法ノ
 時憲セル手續ニ付テハ閣令其他ノ命令ヲ以テ之ヲ定ムタルモノ少ナカ

ラス、法ハ教立ニ于スル命令ノ如シ、

二、慣習法

- (1)、慣習法トハ國家ノ立法手續ニ依リテ制定セラレ、コトナク社會ニ於ケル慣習ニ依リテ成立セル社會規則ニシテ社會力ニ依リテ強行セラル、モノヲ云フ、昔時國家及ヒ法律ノ發達セザリシ時代ニ於テハ慣習法ハ頗ル重要ナル法源ナリシカモ十八世紀、末葉ヨリ歐大陸ノ諸國家統ツテ法典ヲ編纂シ、英國亦之ニ倣ヒシカモ今日ニ於テハ慣習法ハ大ニ其ノ重要ノ程度ヲ減シタリ、唯英米ニ於テハ今日モ尚本慣習法主義ヲ採リ歐文法ハ固々ノ特別ノ事項ニ付テ之ヲ定ム、歐文法主義ヲ採レル國ニ於テハ柱々慣習法ノ效力ヲ否認スル明文ヲ設クルモノアリ、然レトモ歐文法律ハ固ヨリ完全ヲ期スヘカラス、故ニ慣習法ノ發生ハ事實上之ヲ阻止スヘカラス、故カ法令第二條ニ於テ慣習法成立要件及ヒ其ノ效力ヲ規定セルハ此ノ意ヨリ見テ正当ナリ、
- (2)、慣習法ノ成立要件

(1)、慣習ノ存在

慣習トハ永年固ノ慣行ヲ云フ、如何ノ期間、如何ノ回数、公一行爲ノ反覆セラレタルコトヲ要スルカ乃至反對行爲ノ存在カ慣習ノ成立ヲ妨ケルカ等ノ問題ニ付テ一般ノ原則ヲ立ツルコトヲ得ス、其ノ社會ニ於ケル一般ノ社會規則ノ存在セルモノト被メレ程度ニ連シタルコトヲ以テ必要且ツ十カナル要件ナリト云フノ外ナシ、

(2)、慣習ノ内容ト公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサルコトヲ要ス、現代社會ノ維持及ヒ發達ニ害ヲ及ボスガ如ク慣習ハ法トシテ認ムベカラサルコト明カナリ、

(3)、法的慣習タルコトヲ要ス

法的慣習トハ其ノ慣行ヲ持續セル國民力主テ法ナリト被メ法ニ依リテ懲罰ヲ有スル慣行ヲ云フ、換言スレバ其ノ慣行ヲ繼續スルモノガ法則ヲ設ケンタル意思アルコトハ必要トセザレモ法ナリト被ムル義務ヲ必要トス、單ニ道徳上ノ行爲ナリトシ、又ハ好意的行爲トシテ及履セラル、ヲ以テハ足ラス、

慣習ノ存在
 月經行為ノ永年固ニ行ハレタル
 トキ一ノ例
 三ノ例
 三ノ例

法的認識力慣習法成立ノ要件タルコトニ付キテハ法例ニ特殊ノ規定ナ
シ、然レ法典カ慣習法ト事實タル慣習トヲ區別セシムヨリ云フモ又慣
習法カ法タル性質ヲ具備セシムヨリ云フモ此ノ要件ハ誤ナシ、
(二) 法令ノ誤ナル場合及ヒ (2) 法令ニ規定ナキ事項ニ関スルコトヲ
要ス (法例第二條)

(1) 慣習法ノ内容タル事項ニ干シテ依テ法律命令ニ規定アル
場合ニ於テハ其ノ法令カ慣習法ニ依レバキコトヲ定メタル場合ノ外
慣習法ハ成立セズ、民法カ物權篇ニ於ケル種々ノ規定ニ於テ其ノ規
定ニ異ナル慣習アルトキハソレニ依テ規定セシムルハ其ノ例ナリ、此
ノ場合ニ於テハ慣習法ノ效力ヲ慣習法ノ優先的効力ト云フ (民法第
一百十七條、第二百十九條、第二百二十八條、第二百三十六條、
第二百六十九條、第二百七十八條、第二百七十九條、第二百九
十四條、華商大商埠ニ關スル慣習ハ民法ニ優先スル効力ヲ有ス (商
法第一條)
(2) 慣習ノ内容タル事項ニ付キテハ法令ニ規定ナキ場合ニ於テハ慣

習法ハ將ニ法令ニ依リテ設メラレタルコトヲ要セズシテ成立スルコ
トヲ得、
此知ニ法令ニ規定ナレト云フハ其ノ事項ニ干シテ法令ノ規定ヲ
欠クノ云ヒニアラスシテ慣習法ノ内容カ依テ法令ニ反セサルコトヲ云
フ、此ノ場合ニ於ケル慣習法ノ效力ヲ其ノ補充的効力ト云フ、

(3) 慣習法ノ效力

(1) 法例第二條ニハ法律ト云一ノ効力ヲ有スト規定ス、其ノ法律トハ憲
法ニ所云法律 (即チ形式的法律) ニアラス、唯タ實際上法タルヲ要
スルノミ、故ニ命令ニ依リテモ慣習法ヲ改廢スルコトヲ得、

(四) 慣習法カ依テ改廢スル効力ヲ付スルニ否マハ學說上議論ノ存
スル所ナリ、一般法規ノ向題トシテハ慣習法ニ依テ改廢スル効
力ヲ認めルモ理論上妨ナシ、然レトモ國家ハ慣習法成立ノ要件及ヒ
效力ヲ制限スル権利ヲ有スルコト明カナレバ其ノ法例ノ如ク法令ニ
認めタル場合及ヒ法令ニ規定ナキ場合ニ限り慣習法ノ成立ヲ認め
ル法例ノ下ニ於テハ慣習法ハ改廢的効力ヲ有セズト見ルヲ正当トセ

一般法規ノ向題トシテハ

ン、(續續の反対)

(1)、慣習法カ法タル效力ヲ有スルニ至ル時期ニ就テモ学説上激論アリ、
既ハ裁判所カ慣習法ヲ適用シタル時期ヲ以テシタル学説ナキニアラ
サレトモ裁判官ハ立法機關ニアラズシテ法律適用ノ機關ナレハ其ノ
慣習法適用ノ以前ニ於テ慣習法ハ法タル效力ヲ有セサルヘカラス、
慣習法ハ法の会則トシテ行為ノ規範タル效力ヲ有スルモノナレハ其
ノ效力發生時期ハ法の社會則カ事實上成立シタルトキナリト云ハサ
レヘカラス、其ノ成立ノ証明ニ付キテハ民法第一九条ニ規定アリ、
(4)、慣習法ト事實タル慣習
事實タル慣習トハ法トシテ認めラレ、程度ニ及バザル慣習ヲ云フ民法
ノ淵源ニハアラズシテ只實際要素ヲ得難補充スルノ效力ヲ有スルニス
キス(九二条)、

第四章 民法法規ノ種類

一、強行法規及非強行法規

強行法規トハ當事者カ其ノ法規ノ規定セル事項ニ付キテ如何ナレ法律教
果ヲ發生セシメントスル意思ヲ表示セルカヲ謂ハス常ニ適用アルヘキ法
規ヲ云ヒ、非強行法規ヌハ(任意法規)トハ當事者カ反対意思ヲ表示スルコト
ニ依リ其ノ適用ヲ排除スルコトヲ得ルモノニシテ法律適用上主要ナル区
別ナリ、
法律ニ於テ強行の性質ヲ有スルコト、法ノ一種トシテ非強行法規ヲ稱ス
ルコト、ハ相矛盾スルコトナシ、蓋シ非強行法規ト雖モ當事者カ予メ反
對意思ヲ表示セサレトキハ強行の適用ヤル可キモノナレバナリ、民法
法規ハ強行法規ト任意法規トヲ包含ス、而シテ各個ノ規定カ其ノ何レニ
屬スルカハ其ノ法規ニ用ヒラレタル法文字句ト其ノ規定ノ立法理由トヨ
リテ決定スルノ外ナシ、換言セバ債權篇ニハ(當事者ノミニ關スルモ
ノ)任意法規多ク、其他ノ諸篇ニハ(一般の利害ニ關係アルモノ)強行
法規多シ、

任意法規ハ当事者ノ意思表示ヲ補充シ又ハ解釈スルコトヲ目的トスレ法
規ナリ、即チ一定ノ事項ニツキテ当事者カ意思表示ヲ為サ、レトキハ其
ノ欠ケタルヲ補充シテ法の關係ヲ定メ、又当事者カ一定ノ意思表示ヲナ
スモ不明ナルトキハ之ヲ解釈シテ法の干渉ヲ定ム、此ノ意ニ因テ任意法
規ヲ補充規定解釈規定トニ區別スルモ其ノ実益少ナシ(兩者共当事者ノ
反対意思ニ依リテ排除サル)

二、原則法規ト例外法規

然ル事項ニ于テ一般ニ適用サレ可ク法規ヲ原則法規ト云ヒ、其ノ事項ノ
内特別ノ事情ヲ伴フモノニ付キテノニ適用サレヘキモノヲ例外法規ト云
フ、

法律解釈トシテ然ル例外法規ハ嚴格ニ解釈スヘキモノト認メアレシカ
ラスシモ常ニ正当ニハアラス、例外法規カ理論ニ反スルモノナルトキハ
固ヨリ之トシテ推察的ニ解スヘカラサレモ其ノ理論ニ反セザルトキハ敢テ
推察解釈又ハ类推適用ヲ排セズ、尚ホ訴訟法上學証責任分配ノ原則トシ

一、例外法規ノ適用ヲ主張スルモノハ例外法規ノ前提タル特別ノ事情ヲ証
明スル責任ヲ負フ、

第五章 民法ノ解釈

一、法律ノ解釈

法律ノ解釈トハ法律ノ意義ヲ明カニスルヲ云フ、慣習法ニ付キテモ解釈
ノ必要絶~~無~~ニハ非サレモ多クハ存否ノ問題ニ止マリ其ノ存在明ラカナル
一至レハ其ノ意義ニ付キテハ問題ヲ生スルコト少ナシ、又之以テ文法ニ付
キテハ存否ノ問題ハ殆ントナク多クハ其ノ意義如何ノ問題ナリ、故ニ解
釈ノ必要ハ主トシテ文法ニ於テ在リトス、
解釈ハ有権的解釈、学理的解釈、ニツニ分ツコトヲ得、前者ハ又立法
的解釈ト稱ハラレ國家自ラ其ノ法律ニ依リテ法律ニ用ヒラレタル文字ノ意

一六
或ア定ムルナリ、全一ノ法律カ其ノ法律中ニ用ヒラレタル字句ノ意義ヲ
定ムルコトアリ、或ハ又新法カ旧法ニ用ヒラレタル字句ノ意義ヲ定ムル
コトアリ、復ノ場合ニハ新法ノ定ムタル意義カ正当ナルヤ否ヤヲ問ハス
又其ノ確定ノ效力ハ旧法実施ノトキニ逆レモ、トス（逆及効）、
学理的解釈トハ個人カ学理ニ依リテ法律ノ意義ヲ定ムルヲ云フ、其ノ解
釈ハ原ヨリ法律タル効力ヲ有スルモノニアラス、裁判官カ法ヲ解釈スル
場合亦然リ、裁判官ハ当該ノ事件ニ付テ法律効果ヲ定ムルニ止マリ、之
ニ依リテ其ノ適用シタル法律ノ意義ヲ確定スルモノニアラス、

二、学理的解釈

(1)、学理的解釈ノ目的ニ付キ旧派ノ学者ハ立法者ノ意思ヲ探究スルニ
リトナシ法律ノ草案、理由書、起草委員ノ記録、議案ノ説明、議會
記録等所云立法材料ヲ以テ解釈ノ資料トシカ止時、趨勢ハ之ニ及シ
テ法律其ノモ、意義ヲ探究スルヲ以テ解釈ノ目的ナリトス、即チ形
式論理ニ依リ立法者ノ具體的意ヲ探究スルコトヲ避テ社会ノ状態、

利益ノ数量、實際ノ便宜、善法律ノ目的ヲ標準トシテ社会的規範トシ
テ妥当ナル法規ヲ察見セシムルコトヲ求ム、前者ハ普遍ニ立法者意思
説、後者ハ法律意思説ト唱ヘラル、モ、ナリ、
唯フニ立法者ノ具體的ニ有シタル意思ヲ探究シテ法律意義ヲ確定セシ
トスルハ法律ノ社会的残余ヲ解セサルモノナリ、又立法者ノ隠レタル
意思ヲ根拠トシテ法律ノ意義ヲ定メントスルハ社会的規範トシテ法律
ノ有セサルヘカヲサレズ觀性ヲ危カレシムルノミナラズ、社会ノタメ
ニ存在スル法律ヲシテ社会ノ進歩ニ伴フ能ハサランニ於テ妥当ナル社会主義ノ條
ヲ愈々大ナラシム、法律其ノモノニ意思アリトハ用語妥当ナリト云フ
ヲ得スト然モ法律ニ依リテ表現サレタル意思ヲ観測標準ニ基キテ探
究シ、其ノ法律ノ表現ナル法文ノ許ス限リニ於テ妥当ナル社会的効果
ヲ挙ケント勉ムルハ法律解釈ノ實キ残余ナラサレヘカラス、全然法文
ヲ無視シテ唯一時ノ効果ノ便宜ナランコトヲ求ムルハ社会法則ノ確定
性ヲ危カラシムルモノニシテ予ノ採ラサル所ナリ、
一方法文ニ拘泥シテ社会的効果ノ如何ヲ顧ミサルハ之レ亦不当ナリ、

要スルニ法大ト法律ノ目的及ヒ通用ノ社会的效果トヲ比較シテ法大ノ
意味ノ許ス範圍内ニ於テ法律ノ目的ニ適シ安当ナル社会的效果ヲ得ル
コトニレ解款ノ目的ナリ、

(2)、学理解款ノ方法トレテ從來一般ニ大理解款ト論理解款トニ區別スル
ヲ常トセリ、前者ハ文字ノ意義ニ依リテ法律ヲ解款シ後者ハ其他ノ方
法ニ依リテ法律ヲ解セムトスルモノナリ、即チ目的解款、又對解款、
勿論解款ニ依ル、然レトモ解款ノ目的ハ上述ノ如ク法大ノ許ス範圍内
ニ於テ安当ナレ社会的規範ヲ定ムルモノナル故兩者ヲ區別スル必要ナ
シ、常ニ兩者ヲ併用シテ解款ノ目的ヲ達ス可キナリ、

三、類推

类推又ハ类推適用トハ一定ノ生活現象ニ付キテ定ムラレタル法律規定ヲ
之ト類似スル他ノ生活現象ニ多少ノ変更ヲ加ヘ又ハ加ヘスレテ適用スル
ヲ云フ、
法律カ自ラ準用スヘキコトヲ示シタル例ハ民法中頗レ多ク、之等ノ場合

ニ於テ类推適用ヲナサシムベカラサルハ言ヲ疑タスハ川名博士曰民法
余文)、同類ハ民法カ準用スベキコトヲ定メサル場合ニ於テモ尚ホ类推
適用ヲ許ス又否キニアリ、惟フニ类推、必要ハ事实上之ヲ疑フヲ得ヌ、
人為ノ法典ハ使令慎重ノ方法ヲ及ヌモ將來發生スルコトアルヘキ社会百
變ノ生活現象ヲ悉ク予見シ其ノ法律效果ヲ定ムルコトハ困難ナルカキメ
所謂法律ノ不備ハ事实上存在セザレバハス、然ルニ裁判官ハ法律ノ不備
ナルコトヲ理由トシテ判決ヲ控正スルコトヲ得ヌ、サレバ类推ニ依リ類
似ノ生活現象ニ付キテ法律ヲ準用スルコトヲ必要トスルニ至ル、之レ类推
指ノ根柢ニツキ又性質ニ付キテハ議論アレントモ类推ノ許サレバキコト此
時多ク問題ヲ見サレ所ナリトス、

类推ハ全一立法理由ノ存在スル場合ニ於テノ三許サレバモノナリ、仮
令法律現象カ類似シ居ルトモ法律カ規定セル生活現象ニ付キテ法律カ当
該法律效果ヲ認メタルト全一立法理由存在セザレトキハホテ許スヘ
キニアラス、类推ヲ適法トスル理由ハ全一立法理由ノ存在スルトキ
ハ全一又ハ類似ナル社会的規範存在セザレバカラズト云フ法律ノ基本

原則存在スルヲ以テナリ、类推カ法律ノ解釈ナレカ法律ノ創造ナルカハ
字義上議論アルモ殆ンド実益ヲ見サレ論争ナラヲ以テ述ヘス、

四、條理

法律ノ解釈ト關係シテ問題トナルハ裁判官カ條理ニ依リテ判決ヲ為シ得
ハキヤ否ヤナリ、瑞典法第一条、二項ニハ成文法ニ規定ナキトキハ慣習
法ニ依リ、慣習法ナキトキハ裁判官カ若シ自己カ立法者タルトセハ法規
トシテ定メタル可キ法規ニ依リテ裁判スベシト規定ス、之レ條理ニ依リ
テ裁判シ得ヘキコトヲ認めタル新ランヤ法律ナリ、國民草案一条ニハ法
律ニ規定ナキ關係即チ生活現象ニ付キテハ类推ノ關係ニ付キ有スル規定
ヲ準用シ、此ノ條ノ規定モ亦存在セザルトキハ法律ノ精神ヨリ生スル規
定ヲ適用スベシトアリタルカ現行民法ニハ何事ノ規定ナシ、裁カ民
法ハ此ノ意ニツキテ何事ノ規定ナキカ明治八年第一。三手布告裁判事務
心得ニ明文ナキ場合ニハ慣習ニ依リ、慣習ナケレバ條理ニ依リ可シトア
リ、コノ布告ハ民法第九條ニ列挙セル法律中ニ包含サレ居ラザルハ今日

尚ホ効力ヲ有スルモノトスルヲ正当トセン、然レコノ布告カ今日尚ホ故
カヲ有スルコトヲ理由トシテ條理モ亦民法ノ源ノ一ニ属スルモノナリト
ノ學說ニハ左担スルコトヲ得ス、社会法律ノ發達セル今日ニ於テハ裁判
官ハ唯々法律ニ依リテノミ裁判スヘク、而シテ社会別トシテ存在セザル
モノ即チ準トル條理ノ如キハ止ラ法律ト認ムルコトヲ得又故ニ法律ニ不
備アリテ慣習法又ハ类推ニ依ルモノ其ノ不備ヲ補充スル能ハサルトキ
ハ裁判官ハ法典全体ノ精神ニ基キ判断ノ基礎タルヘキ規範ヲ察見セザル
ヘカラス、蓋シ法典ハ如キ、条文ノ機械的結合ニアラズシテ統一的一体
ヲナセルモノナレハセテ適當ニ解釈スルトキハ叙上ノ欠点ヲ補充シ得可
キモノトス、

第六章 民法ノ適用範圍

一時ニ關スル適用範圍

中依前ノ條例ニ依ル、内地、朝鮮、台湾、南東洲ノ相互間ノ法律ノ效力
ニ付キテハ大正七年法律第三九号共通法ニ規定アリ、

二四

第七章 私権ノ概念

一、私利ハ特定ノ利益ヲ享受シ得可キ法律上ノ力ナリ。
人ノ利益ヲ保護スル法律ニニツク區別アリテ其ノ一ハ直接ニ人ノ利益ヲ
保護シ他、一ハ保護ヲ受クヘキ人ノ活動ヲ待テ初ニテ其ノ利益ヲ保護
スルモノナリ、前者ニアリテハ個人ハ法ノ反対作用トシテ当然利益ヲ保
護サル、ニ止マル、之レ利益ヲ享受スヘキ法律上ノ力ヲ付與サル、ニア
ラス、反之後者ニアリテハ個人ハ法律ニ依リテ特定ノ利益ヲ享受シ得可
キ利益ヲ附與サル、權利トハ即チ此ノ後ノ法律ニ依リテ附與サレタル法
律上ノ力ナリ、故ニ權利ヲ以テ法律上保護サレタル利益ナリト云フハ本
チニ失ズ、

利益ヲ享受シ得可キ法律上ノ力ハ義務ニ依リテ實現サル、ヲ謂トス、是
レ古來權利ノ本質ニ関シテ義務説ノ行ハレタル所以ナリ、然レトモ義務
ハ動機ニ於ケル權利ヲ連帶セテ必要トスルニ止マリ、動機ニ於テモ連帶
必スシモ之ヲ必要トセサレト共ニ義務ニ於ケル權利ハ義務ノ作用ヲ必要
トセス、故ニ義務ヲ以テ權利ノ本質トスル説ハ之ヲ排テス、又權利ハ法
律ノ付與スル力ナリ、能力、思考力ノ如ク自然ニ人ノ有スル力ニハア
ズシテ國家カ其ノ法律ニ依リ人ニ與フル力ナリ、故ニ所謂天賦人權ハ法
律上ノ所云權利ニハアラス、
權利ハ義務ト相對立スルヲ謂トス、債權ノ如キハ常ニ必ラス債務ト對立
スルモノナリ、然レテ凡テノ權利カ義務ト對立スレモノト云フハカラ
ズ、所云形式權ニハ之ト對立スル義務ナシ、義務トハ一定ノ行為即チ作
為(積極的)又ハ不作為(消極的)ヲナスコトヲ要スル法律上ノ拘束ヲ
云フ、
二、權利ヲ認ムル法律ニ公法、私法ノ別アレニ依リ權利ニ公權ト私權トノ
別ヲ生ズ、民法上ノ權利ハ私權ノ典型ノモノナリ、

二五

私権ノ成立要素ニハ三アリ、主体、内容及ヒ客体ナリ、私権ノ主体トハ私権ノ高スル人ヲ云フ、自然人ト法人之レナリ、少数ノ学者ハ主体ヲ以テ帯ニ必スレモ権利ノ成立要素ニアラストナシ所云無主体権利ノ成立ヲ説ク、然レトモ権利ヲ以テ法律ノ附與シタル力ナリトスレハ其ノ力ヲ有ス可キ人ナクシテ権利アルコトヲ得ヤレハ明ラカナリ、私法上特ニ主体ナクシテ権利ノ存在スルカ如キ外観ヲ呈スルコトアルモ審ニ之レヲ見シハ既ハ主体ノ存スルコトアリ、或ハ権利其ノモノ、存在セサルコトアリ、主体ナクシテ権利アルニアラズ、

利益ノ内容ハ又私権ノ目的ト云フハ権利者ノ享受シ得可キ利益ナリ、債権ニアリテハ債権者ノ給付、物権ニアリテハ物ニ付キテ権利者ノナシ得可キ行為ナリ、私権ノ内容ハ事實上権利者ニ利益ヲ與フルモノナレトモ、セズ、唯々法律カ権利者ニ利益ヲ與スモノナレトモナラザルコトヲ前提トシテ法律上ノ保護ヲ與ヘラレタルコトヲ要スルノミ、例之烟禁故ハ事實上相違人ニ不利益ヲ與フル場合ニ於テモ尚ホ権利タルヲ妨ケズ、

私権ノ客体トハ私権ノ目的ノ派立スルカタメニ欠クヘカヲサレテ対象ヲ云フ、物権ハ物ヲ客体トシ、債権ハ債権者ヲ客体トシ、人格権ハ権利者自身ヲ対象トス、

第八章 私権ノ分類

第一節 絶対権及相對権

権利ハ之ニ対立スル義務者ノ範囲ヲ標準トシテ區別スルトキハ絶対権及ヒ相對権トナスコトヲ得、特定ノ義務ト相對立スル権利ハ相對権ナリ、如斯ク特定人ノ義務ト相對立スルコトナク唯一個人力不可侵ノ義務ヲ負フニ止マシモノハ絶対権ナリ、所有権其他、物権ハ絶対権ニシテ債権、親族権ノ如キハ相對権ナリ、債権カ絶対的効力ヲ有スルモ否ハ第三者ニ依レ債権者ノ侵害不法行為トナルモ否マノ問題ニシテ學說上誤解アル所ナリ、余ハ此ノ意ニ對シテハ積極說ヲ採ルモノナリ、債権ニ付キテハ第三者ノ不可侵義

那ヲ認ムルタメニ絶対的ト相對的ト區別消滅スルモノト解スヘカラス、
債權ノ本質的内容ハ一定ノ爲附テ請求シ得ルニ存シ、而シテ此ノ給付ヲ爲
ス義務ハ債務者ノミ之ヲ負担スルモノナル故此ノ負ニ於テ債權ハ明ラカニ
相對的ナリ、債權ノ絕對的效力ト稱スルモノハ其ノ本質タル内容ニ對立ス
ル義務者カ一般ナルコトヲ云フニアラスシテ特定人ヲシテ其ノ内容ヲ実
現セシムルコトニ付キテ法律カ一般人ニ不可侵義務ヲ負担セシムト云フニ
スキヌ、所有權ノ如ク其ノ權利ト本質タル内容ニ付キテ特定人ノ義務カ對
立セザレトモ、之ヲ區別スルキハ明ラカナリ、然ラズ債權ニテハハ何レ
法律ノ規定ニ依リテ一般人ノ不可侵義務ヲ課メサレモ尚ホ權利タルニ妨ケ
ナキニテシテ所有權其他ノ物權ニテハ一般人ノ不可侵義務ヲ課メサレコ
トハ全時ニシテ權利トシテ課メサレノ結果トナレ、

第二節

財產權、親族權、人格權及
社會權並ニ相續權

此ノ區別ハ權利ノ内容ヲ標準トス、

一、財產權

財產權トハ金銭的利益又ハ經濟的利益ヲ内容トスル權利ヲ云フ民法ハ財
產權ヲ親族權、相續權等ヨリ區別シ之ニ付キテ通用アレ可キ諸種ノ規定
ヲ收ク、(一六三、一六七、二〇五、二六四、四二四、五五五條)、法
典カ之等ノ規定ヲ改ケタル立法理由並ニ財產權ナル文字ノ意義ニ依レハ
經濟的利益ヲ内容トスル權利ヲ以テ財產權ト解スルヲ正當トス可シ、經
濟的利益ヲ内容トスル權利ヲ以テ財產權ト認ムル學說ハ從來ノ多數說ナ
ルカ之ニ反對スル學說アリ、殊ニ民法ニ於テハ債權ヲ以テ金銭ニ見
積ルコトヲ得サルモノト或モ目的トナスコトヲ得ルモノトナシ(三三九
條)、且ツ一六七條ニ於テ債權其他ノ財產權ト稱ヘ居レテ以テ財產權ハ
債權ノ全部ヲ包含シ、而カモ債權ニハ經濟的利益ヲ内容トセザレモ、ア
リトシ單ニ人格權ニテアザレ權利ヲ以テ財產權ナリトスル學者尠ナカラ
ス(川名氏日本民法終論、總債民法終論)、然レトモ第三三九條ハ社

云、此種ニ養シ債権ノ範圍ヲ擴張シ財產權ヲサレ債権ヲモ認メタレモ
ノト解シテ何等妨ケナキノミナラス、一六七条ハ固ヨリ財產權ノ定義ヲ
示シタレモ、ニアラズ、唯々債権カ通常財產權ナレトニ基キ債権所有
權以外ノ財產權ト云ヒタレニスキスト解ス可シ、單ニ消極的ニ親族權、
人格權ニ非ヨサル權利ナリトシ何等ノ積極的特質ナキモ、ト解シテハ財
產權ニツキテ法典カ特權、規定ヲ改ケタレ故ヨリ解スルコトヲ得サレ可
シ、
財產權ハ原則トシテ讓渡シ得可キ權利ナリ、惟シ讓渡ヲ許サズル財產權
ニ存在セザレニアラズ所云經濟的價值ハ交換的價值タルコトヲ要セス、
使用價值ヲモ包含スルモノナル故財產權ヲ以テ知介シ得可キ權利トシテ
ハ知介シ得可キ利益ヲ目的トスル權利ナリトスレ説(梅博士ノ説)ハ誤
キニ失ス、
財產權ニハ物權、債權、無体財產權、等ノ種類ナリ、物權ハ物ニ付キテ
一定ノ利益ヲ享受シ得可キ權利ニシテ、債權ハ特定ノ給付(即チ作為、
不作為)ヲ請求シ得可キ權利ニシテ、無体財產權ハ特許權、意匠權、商

標權、實用新案權、著作權、等精神の產出物ノ上ニ存スル絶対權ナリト
ス學者ハ之ヲ工業所有權ト云ヒ、我國ニ於テモ此ノ名稱ヲ用ヒタレ然レ
テレトモ學問上ハ無体財產權ト云フ方妥當ナリ、
財產權ノ種類ハ以上ノ三種ニ限ルニアラズ、私業法、漢業法ノ如キ特別
法ニ依リ物權ト全一視サル、權利ハ現ニ特定ノ有体物ヲ客體トセサレ故
物權ニハアラザレモ財產權ナルコトハ明カナリ、又取消權、解除權、等
(即チ形成權)ノ中ニモ財產權タルモノ少ナカラズ(之ヲ例ハハ売買、
取消權、如シ)

二、親族權(身分權)

親族權トハ親族法上ノ身分ニ基キ權利ヲ云フ、故ニ又之ヲ身分權トモ云
フ、親權、夫權、戸主權、等ナリ、親族權ハ主トシテ支配權ナレカ他
人ノ行為ヲ内容トスル親族權モ亦存在セザレニ非ス、扶養請求權、同居
請求權ノ如シ、此後ノ親族權ハ債權ニ基キシル性質ヲ有スルモ特殊ノ身
分ヲ前提トシ、特殊ノ目的ト特殊ノ效果ヲ有スルカ故ニ債權トハ異リタ

ル特殊ノ請求権ナリト解スルヲ正当トス、
親族権ノ中ニハ上述ノ如ク支配権ヲ内容トスル権利ト特定人ノ行動ヲ内
容トスル外其ノ他ノモノヲ内容トスル権利又少ナカラズハ七九一条、七
九二条、八八四条、八九五条等ノ代表権、故ニ親族権ノ特定ノ目的ヲ
有スル権利ナルコトヲ否認スル学者アルモ親族権ハ親族法上ノ身办ヲ前
提トスルニ止マラス親族關係ニ於テ一定ノ利益ヲ享受スルコトヲ内容ト
スルモノナル故尙ホ之ヲ権利ノ内容ヲ標準トスル分矣、一ニ加フレラ正
当トスヘシハ(親族法ニ於テ)

三六

三、相続権

民法ハ相続権ナレト云葉ヲニ義ニ用フ、九七三条、九九五条、等ニ云フ所
ノ相続権ハ相続開始以前ニ於ケル相続人タルヘキモノカ有スレ法律上ノ
地位ニ付キテ之ヲ云フ、九六六、一〇九〇等ニ於テハ相続開始以後ニ於
ケル相続人ノ有スル法律上ノ地位ニ付キテ相続権ナレト云葉ヲ用フ、後者
ハ被相続人ニ相続セシメル権利ニシテ其ノ権利
ナルコトニ付キテハ学説上異論ナシ、又之前者ニ付キテハ単ニ希望ニス
キス権利ニアラスト解スル学説ナキニテラス、亦民法ハ法定推定家督
相続人及ヒ遺留物ヲ有スル推定遺産相続人ニ付キ其ノ将来相続ヲ為スヘ
キ希望ヲ保護スルカ故ニ単純ナル事實上ノ希望ニテラスシテ法律ノ保護
セル希望ナリト云ヘサル可カラス、從テ此ノ意義ニ於テル相続権ニ依ル
利、一種ニシテ所云希望権又ハ期待権ナレト性質ヲ有スルモノト解セサル
ヲ得ス、

四、人格権

人格権トハ生命、身体、自由、名誉、等、人トカ商スヘカヲサレ利益ヲ享
受スヘキコトヲ内容トスル権利ヲ云フ、此等ノ利益ハ單ニ刑法ニ依リテ
保護セラル、ノミナラス、民法ニ於テモ其ノ侵害ヲ不法行為トシテ損害
賠償請求権ノ發生ヲ認ムルカ故ニ之ヲ私権ノ内ニ數テ(七〇九条、七一
〇条)、人格権ノ一種トシテ私法上ノ私権ヲ認ムルコトヲ得ルヲ否
ヤニ付キテハ学説上議論アリ、後民一二、舊民二九、ハ明カニ之ヲ私権

三七

トシテ之ヲ認ムルカ於民法ハ只七四六條ニ於テ尸主及家族ハ其ノ家ノ民ヲ稱ストスルニスギス、此ノ規定ヲ根拠トシテ民法上個人ヲ也ノ個人ヨリ區別ス、キ標徴タル其名其ノモノニ付キテ私権其ノモノ、存在ヲ認メントスル字着(別名條)マレモ法典上ノ根拠薄弱ナリト云ハサル可カラズ、又々然然名ノ侵害カ名譽ヲ侵害スル場合ニハ名譽權ノ侵害トシテ不法行為トナル、營業權カ人格權ノ一種トシテ存在スルマ否マニ付キテハ概カ民法上規定ナシ、條ノ近時ノ判例ハ營業ノ侵害ニ付テ不法行為ノ成立ヲ認ムルニ傾ク、尚木松本博士ハ營業侵害權ナル特別ノ人格權ノ存在ヲ認ムラル、

五、社員權(團體的私權)

社員權ノ社員カ法人ニ對シテ有スル權利ヲ社員權ト云フ、法人ノ構成亦子トシテ其ノ事業ニ參與スルコトヲ内容トスル權利ナリ、學者或ハ其利益配當ノ點ニ着眼シテコノ權利ヲ請求權又ハ債權タル性質ヲ有スルモノトスルモ社員權ノ内容ハ利益配當ノ要求ニ尽クルニテラス、殊ニ公益法人ノ社員權ノ如キハ全ク利益配當ノ關係ナシ、故ニ事業ニ參與スル者決然テ以テコノ權利ノ本質トセザルヘカラス、即チ社員權ハ債權、物權ト異ナル一種ノ權利ニシテ之ヲ團體的私權ト稱スルコトヲ得可シ、

第三節

支配權、請求權、形成權、
及ヒ 抗 弁 權

此ノ區別ハ權利ノ作用ニ依ル。

一、支配權

支配權トハ權利ノ客體ヲ直接ニ支配スルコトヲ内容トスル權利ヲ云フ、物權及ヒ無體財產權ハ之ニ屬ス、此種ノ權利ハ債權ノ如ク其ノ内容タル利益ヲ享受スルニ付キテ他人ノ行為ノ介入ヲ必要トスレモノニテラスシテ權利者自ラ其ノ利益享受ヲ實現シ得可キモノナリ、親族權亦主トシテ支配權タル性質ヲ有スルモ請求權タル親族權モ亦存在スルコト已述ノ如シ、

支配権ハ排他性ヲ有スルヲ原則トス、(Eigentum) 即チ其
客体ニ付キ全一ノ内容ヲ有スル也ノ権利ノ成立ヲ許サザレモナリ、例
ハ一物ニ付キテ二個ノ成立ナレバ所有権ノ成立ヲ許サザルガ如シ、衣保
此ノ原則ニハ全ク例外ナキニアラズ、例ハ通行地役権ノ如シ、

三六

二、請求権

請求権トハ他人ノ行為即チ作為又ハ不作為ヲ要求スル権利ナリ、権利ノ
目的タル利益ヲ享受スルニ付キテ第一他人ノ行為ノ介以テ要求スルモノナ
リ、請求権ノ典型的ナルモノハ債権ナリ、債権以外ニモ請求権タル性質
ヲ有スルモノナキニアラズ、物権ノ侵害ニヨリテ生スル原状回復請求権
親族法上ノ同居請求権、扶養請求権、如キハ請求権ナレトモ債権其ノモ
トニハアラストスルヲ正当トセン、債権ニ付キテモ債権即チ請求権ナレ
カ、又ハ請求権ハ債権ヨリ流出スル債権、一作用ナリ又ハ學說上議論ノ
存スル所ナレカ、請求カ債権ノ本質的内容ニシテ請求以外ニ債権ノ本質
的内容ナキ故ニ債権ノ外ニモ之ト認ムル債権的請求権アリトスルハ不当

ナリ、(川名民法論ニハ卷五号、松本民法人及物六六頁、以上賛成、若
田法論ニ五卷九号、反対)

三、形成権

形成権トハ権利者ノ一方の意思表示ニヨリ権利ノ發生、變更、消滅其他
一定ノ法律效果ヲ發生セシメ得キ権利ナリ、例ハ八取消権、解除権、
追換権、相殺権、選択権、等、如シ、此等ノ権利ハ物其他ノ客体ニ付キ
テ支配ヲナスコトヲ内容トセサル故ニ支配権ト異ナリ亦他人ノ行為ヲ要
求スルモノニアラサル故ニ請求権ト異ナレ、我カ民法法典ハ此種ノ権利ニ
付キテ一般的名稱ヲ與ヘサレトモ一定ノ法律干渉ヲ形取スルコトヲ内容
トスルカ故ニ形成権ト云ヒ得可シ、
形成権ヲ認ムル実益ハ之ニ付キテ債権其他ノ権利ニ干スルト異ナリタル
法則ノ適用サレ、ニアリ、然ルニ我カ民法ハ(茲回皆全シ)形成権一般
ニ付キテ何等ノ規定ナシ、故ニ形成権一般ニ關スル法則ヲ察見スルコト
困難ナリ、從テ此ノ権利ヲ認ムル実益ハ今日ニ於テハ寧ろ消極的方面ニ

三七

民法

在リ、即チ債権ニ干スル法則カ当然形式的ニ通用サルヘキニアラストト
スニ存ス、

四、抗弁権

抗弁権トハ請求権ノ效力ヲ阻止スル及対抗ヲ云フ、公同履行ノ抗弁権(第
五三三條)、催告(四五二條)、換索(四五三條)、抗弁権等ノ如シ、相
手方、請求カ存在セザルコトヲ主張スルモ、ニアラスシテ請求権ハ存在
シ有故ナレトモ自己カ之ニ対シ其ノ効力ヲ阻止シ請求ヲ拒絶スルコトヲ
内容トスル権利ナリ、
抗弁権ヲ分テ一時的抗弁権(又ハ延期的抗弁権)ト永久的(又ハ永久却
却)抗弁権トニ種トスルコト雖乙字者ノ通説ナリ、理論上ニ若ク區別シ
得マキモ然カ民法ニハ後者ニ属スルモ、アラサルヲ以テ其ノ実益ナシ、
抗弁権ハ抗弁者、一方の意思表示ニ依リ請求ヲ阻止スル私法的作用ヲ生
スルカ故ニ學說上異説アルモ之ヲ一種ノ形成權ト観入可シ、抗弁権ハ行
使セラレ、ニアラサレハ何等ノ効力ヲ生セズトハ學者、殊々説ク時ナリ、

然レ此ノ原則ハ例外ハ正確ナリ、同ヨリ請求阻止ノ効力ハ抗弁即チ権利
者ノ意思表示ヲ待テ始メテ生ズルモノナレカ、抗弁権ハ其ノ存在ニ
ヨリテ之ノ請求阻止以外ノ派生種々ノ効力ヲ有スルコトナリ、例ハ抗弁
権ノ附着セル債権ハ相殺、連帯等ノ依ニ付普通ノ債権ト異リタル効力ヲ
有スルモノト解スヘキナリ、
新訟法上ノ抗弁ト云フハ私法上ノ抗弁ノ行使ノミヲ云ハスシテ被害カ防
禦方法トシテ用ユル一切ノ主張ヲ云フ、私法上兼権利ナルコトノ主張ア
リ、又管轄或他訴訟法ノ誤ナル特種抗弁ナリ、又民法ニ依テモ抗弁ナ
ル言葉ヲ上言ヨリ意義ニ用ユル例ナリ、民法第五三九條ニ依ル抗弁ハ異
議ト公義ニシテ権利ハ行使ヲ防クヘキ一切ノ主張ヲ包含ス、

第四節

移轉シ得ベキ權利ト
移轉シ得ザル權利

移轉シ得ベキ權利トハ權利ノ全一性ヲ害スルコトナクシテ其ノ主体ヲ変更
三七

得ル権利ヲ云ヒ、移轉シ得サレ権利トハ権利ト主体トヲ分離シ得サレ
 排ナリ、親族権、人格権ハ後者ニシテ財産権ハ原則トシテ移轉シ得可キ
 利ナリ、移轉シ得可キ権利ハ原則トシテ相續讓渡共ニ之ヲ許スモ、保シ相
 讓性ト讓渡性トハ必スシモ相伴フモノニ非ヨス、讓渡ヲ禁止サレタル債権
 ニシテ相續ヲ為シ得可キモノアルカ如シ、

第五節 一身專屬權ト一身ニ
 專屬セサル權利

一身專屬權ト云フ言葉ハ民法上之ヲ二種ノ場合ニ用フ、即チ債権者代位權
 ノ場合(四二三條)及ヒ相續ノ場合(九八六、一〇〇一條之ナリ)、其ノ
 文字ハ五十一ルモ其ノ意味ハ異ナルモノト解スルヲ正當トス、前者ハ行使
 ノ免ニ於テ專屬的ニシテ後者ハ專屬ノ意ニ於テ專屬的ナルモノナリ、(抽
 者債權檢論一六二頁、法志一七卷十一号)、然テ一身專屬權ナリヤ否ヤト
 云フコトノ區別トハ、移轉シ得可キ権利ナリヤ否ヤトノ區別ハ一何ノ標準ニ

コレルモノト知ルヘシ、

第六節 主タル權利ト從タル權利

他ノ權利ト從屬的權利ヲ有スル權利、即チ他ノ權利ナクシテハ成立スル
 フ得サレ權利ヲ從タル權利ト云ヒ、之レニ對シ其基本タル權利ヲ主タル權
 利ト云フ、例ハ、債權、抵當權、華、所謂担保物件ハ債權担保ノ目的ヲ有
 シ債權ニ從ヒタル權利ナリ、又地役權ハ要地ノ所有權ニ從タル物件ニシ
 テ利益債權ハ元本債權ニ從ヒタル債權ナレカ如シ、
 從タル權利ト主タル權利トノ結合千係ハ各種ノ從タル權利ニ付キ其ノ程
 度合シカラス、從タル權利ノ成立スルカタメニハ等ニ主タル權利ノ存在ヲ
 必要トスルモ一旦從タル權利成立ノ後ニ於テ其ノ權利力尙ホ主タル權利ト
 從屬的千係ヲ有スルモ否ヤニ付キテハ一様ニ論スルヲ得ヌ、例ハ、地役權
 ハ其ノ成立以後ニ於テモ要地ノ所有權ト從屬千係ヲ有シ、及シ利益債權
 ハ成立後全ク從屬千係ヲ有セサルニハテフサレモ成立ニシテ尙ホ分スルコト

ヲ得ハス。又、設立ニ消滅時効ニカ、リ得ヘシ。

第九章 私權ノ行使及内容

一、私權ノ行使トハ私權ノ内容タル利益ヲ享受スルコトヲ目的トスル行為ヲ云フ。權利ハ法律ノ及於作用タル利益ト異リ行使ニヨリテ其ノ内容タル利益享受ヲ實現シ得ヘキモノナリ、私權ノ行使ハ事實ノ行為ナリ、又法律行為タルコトアリ、所有権者カ其ノ所有物ヲ使用スルカ如キハ事實的行為ニシテ、取消権者カ取消権ヲ行使スルカ如キハ法律行為ナリ、私權ノ行使ハ裁判上ノ行為ナルコトアリ、又裁判外ノ行為ナルコトアリ、私權ハ原則トシテ裁判上及ヒ裁判外ニ於テ行使シ得ヘキモノナルモ、或レ私權ノ私權ハ特別ノ理由ニ依リ只裁判上ニ於テノミ之レヲ行使シ得ヘキモノトス。

例ハハ民法四一四條ノ債權者取消権ハ一三條ノ買取權カ如シ、裁判上ニ於テ私權ヲ行使スルニ付キテ或カ民法八廿五條ノ買取權ヲ許サス、故

乙民法ハ多少ノ範圍ニ於テ之ヲ認ム（民法ニ九、二三一系）。

二、私權ノ行使ハ權利者ノ自由ナルコトヲ原則トス、權利者ハ權利行使ノ義務ヲ負ハス、併シ權利ハ要ニ何人的利益ヲ保護スルカタメニノミ何人ニ与ヘラレタル法律上ノ力ニハアラス。直接又ハ間接ニ社會的利権ノタメニ之レヲ与ヘタルモノナルカ故ニ權利者ヲシテ權利行使ノ義務ヲ負ハレタルコトハ權利ノ本質ニ反スルモノニハアラス。且今日法例上權利者カ權利行使ノ義務ヲ負ハス、例本ニ屬スルモノナルカ故ニ特別ノ法例ナクシテ之レヲ認ムルコトヲ得ス、或カ民法一於テ之レヲ認ムル例ハ八七九條（親權ニ于スルモノ）、商法五六條（合名会社ノ社員ニ付キテ）ナリ。又直接ニハ權利行使ノ義務ヲ認メサルモ權利不行使ノ結果權利者カ利益喪失トスル不利ヲ被ムルコトヲ規定スル特別法アリ、例ハ工場法四〇條、特許法四七條ノ如シ、其ノ他契約ニヨリテ私權行使ノ義務ヲ定ムルカ如キ、例ハハ不用枯木等ヲ売却リタル場合ニ買主カ其ノ枯木ヲ引取ラザルトキハ売主ハ因却スルヲ以テ買主ハ之レヲ引取レヘキ義務ヲ契約ニヨリテ負フカ如シ。

三、権利ハ社会的利益ノタメニ設ケラレ、モノナルカ故ニ其ノ権利ヲ振メ
 タル社会的理由ヲ起感シテ社会生活ニ有害ナレバ行使即チ権利ノ濫用ヲナ
 スヲ許サス、故ニ民法ハ此ノ実ニ干シテ規定ヲ設ケ他人ニ損害ヲ加フル
 ノミノ目的ヲ以テナサレタレバ権利ノ行使ハ違法ナリトス（民法ニニ六条）
 又權利ニ系ニ項ハ権利ノ明白ナル濫用ハ法律ノ保護ヲ得サルモノトス、
 我民法ハ此ノ実ニ件キテ何種ノ規定ヲモ設ケサレトモ権利カ社会制度ナ
 ル性質上濫用ヲ許サ、レハ明文ヲ俟タズンテ明カナリ、
 併シ権利ノ行使カ他人ニ損害ヲ及ホスカタメニ直チニ權利ノ濫用アリ
 トサスヘカラス、國家カ法律ヲ設ケ各個人ニ收斂スル利益ヲ分配シテ其
 ノ主權シ得ヘキ範圍ヲ限定スルトキハ一面ニ權利ヲ認ムルカタメニ他ノ
 一面ニ損害ヲ及ホスコトナレハ免ルヘカフガレバ許ナリ、故ニ權利ノ行使
 カ其濫用トナリ、然ラズ不法行為トナルカタメニハ其ノ行使カ其ノ權利
 ア認メタル立法理由ニ起シテ公序良俗ニ反スルニ至リタレコトヲ必要ト
 スルモノト云ハサルヘカラス、詳細ハ不法行為ノ章ニ據ル、

本論

第一編 總則

第一章 權利ノ主体

第一節 總論

一、權利ノ主体トハ權利ヲ享有シ得ルモノ、即チ權利能力ヲ有スルモノヲ云
 フ、權利ヲ享有シ得ル法律上ノ資格ヲ權利能力ト云ヒ、故カ民法ハ行使
 ニ依ヒ私權ノ享有ナレ文字ヲ用ユルモ學問上ハ權利能力ト云フ方妥當ナ
 リ、私權ノ享有ト云フ文字ハ特定ノ權利ヲ有スルコトヲ意味スル限リ、
 權利能力ヲ有スル者ハ又全時ニ義務能力ヲ有スルモノナリ、古來ノ法制
 ニハ義務能力ヲ有スル奴隸ヲ認メタレトモ今日ノ法制ニテハ義務能力ア
 リテ權利能力ナキモノナク、又權利能力ノミヲ有シテ義務能力ヲ有セザ

ルモノナシ。故ニ権利能力ノ外ニ義務能力ナル觀念ヲ設ケルニ必要ヲ見ス。而シテ校ナ民法ハ権利ヲ本位トシテ法規ヲ設ケルカ故ニ義務能力ナル觀念ヲ設ケルヨリモ権利能力ナル觀念ヲ設ケルヲ正当トス、権利能力ハ権利ヲ享有シ義務ヲ負担スルヲ得ル基本法律上ノ地位(資格)ニシテ権利其ノモノニハアラス、或ハ権利能力ヲ一種ノ権利トシテ論ズル學者ナキニアラサルモ(例ハ *Cronin* 氏)多数ノ學者ハ権利能力ヲ法律上ノ地位ニシテ権利其ノモノニハアラサルモノトナス、惟フニ権利ハ特定ノ内容ヲ有スルニ反シテ権利能力ハ之ヲ有セス、又権利ハ動的状态ニ於テ之ヲ行使シ得可キモノナルモ権利能力ハ静的地位ニ止マルカ故ニ権利能力又権利ナリトノ説ハ適當ナラス。

二、民法法ハ権利能力ヲ有スルモノ即チ権利主体ハ人及ヒ法人ナリ、人即チ自然人カ権利主体タルコトニ付キテハ特ニ規定ナク民法ハ只人カ権利能力ヲ有スルニ至ル時期ヲ規定スルニスキサルモ凡テ人カ権利能力ヲ有スルコトハ近世法律ノ大原則ニシテ余カ民法亦之ヲ認ムルコト言フ俟タズ。

四又

法人ハ人即チ自然人ニアラスシテ権利主体タルモノナリ、権利能力ハ法律上ノ地位ニシテ自然人カ権利主体タルコトモ亦法律ニ基クモノナラズ。法人ノ権利能力ノミカ法律ニ基クモノト解スヘカラス、而者共ニ法律ニ基クモノナリ、

三、権利能力ヲ分テ一般ノ権利能力ト特別ノ権利能力トナスコトヲ得、前者ハ一般ニ權利義務ノ主体タリ得ル法律上ノ地位ニシテ、後者ハ特別ノ権利ヲ享有シ得ル法律上ノ地位ナリ、外國人及ヒ法人ニ付キテハ一般ノ権利能力ハ外國人及ヒ自然人ニ要ナル所ナキモ特別ノ権利能力ニ付キテハ差異アリ、

四、権利能力ニ関スル法規ハ一般ニ現行法規ナリ、然テ規約ニ依リ権利能力ヲ附與シ、剝奪シ又變更スルコトヲ得ス、又外國法ニ要ナル外國法ニ依リ権利能力ヲ定ムルコトナシ、(法例第三條)。

第二節 人(自然人)

四七

第一款 權利能力

第一項 權利能力ノ發生

一、自然人ノ權利能力ハ出生ニ始マル(第一条、條氏第一条、佛氏第八條、瑞氏第三條、等)。

(1) 出生

出生トハ母体ヨリ離レテ独立ノ生活体タル人ヲ生スル事實ヲ云フ、其ノ時期ニ付キテハ學說岐ル、今日ニ於テハ全部露出脫ト独立呼吸脫トヲ最モ有力ナル學說トナス、余ハ獨立生活体タル時期ヲ以テ權利能力發生ノ時期トナスヲ正當ナリト考フルカ故ニ醫學上獨立ノ生活体ナリト認メル時期即チ母体ヨリ獨立シ白己ノ呼吸ヲ以テ呼吸ヲ開始シタル時期ヲ以テ生活時期ナリト認ム、
出生ハ胎兒カ生キテ生レタルゴトヲ要シトス、胎兒トシテ分娩セシレタルモノハ人トシテ生レタルモノニテラサルカ故ニ權利能力ヲ有スル

ゴトナシ、然レトモ其ノ人トシテ存在シタル時期ノ長短ハ全ク之ヲ問ハサルモノニシテ苟クモ一旦呼吸ヲナサハ其體直チニ胎兒カ生有能カヲ有スルヤ否マヲ問ハス、又生兒カ普通人トシテ容體形態ヲ備フルコトハ出生ノ要件ニ屬セズ、從テ畸形兒モ人ナリ、即チ近世ノ法律ハ「ローマ」法ノ如ク人問ヨリ生シタルモノニシテ人問ニテラサル怪物ナルモノヲ誤メス、

(2) 人ノ權利主体トナルハ出生ノ時ナレ故ニ双生兒ニ付キテハ先キニ生レタルモノカ年長者ナリ、届出ノ前後等ニ依ルニテラス、

(3) 出生ノ時日

出生セリ、~~死~~産セリ、二人以上ノ出生ノ前後等ニ付キテハ各カ法律ニ依リテ其ノ証據方法ヲ限定スル主義ヲ採ラス、故ニ之等ノ事實ニ基キ權利ヲ主張セントスルモノハ常ニ證據ノ方法ニ依リテ之ヲ証明セサルヘカラス、戶籍法ニ出生後十四日以内ニ出生ノ届出ヲ為スヘキモノトスルカ故ニ戶籍法ノ記載ハ之等ノ事實ニ付キテ有力ナル証據トシ得可キモ然レテ訴訟法ハ自由ニ其主義ヲ採レルカ故ニ他ノ方法ニ依リ戶籍ノ証

効力ヲ覆スコトヲ妨ケス、

二、権利能力ハ出生ニ依リ始マレ、故ニ胎児ハ権利ノ主体トラス、然レトモ出生前ニ於テ胎児ニ有スル利益モ法律上多少之ヲ保護スレノ必要アレカ故ニ「ローマ」法以テ未滿回法則ハ何事カノ方法ニ依リ胎児ノ利益ヲ保護スルニ勉ム、其ノ保護ノ方法ニ付テハ「ニッ」主義ニ區別スレトコトヲ得、一ハ「ローマ」法及ヒ之ヲ兼認シタル英、蘭、半、如ク胎児ハ其利益ノタメニハ「ニ」生シタレモ「ト」見做シテ「本」範圍ニ於テ胎児ノ利益ヲ保護スルモ「ニ」シテ他ノ「ハ」後、母氏ノ如ク持定ノ場合ニ付ヤ「ト」ミ胎児ノ利益ヲ保護セントスレモ「ト」ナリ、故カ旧民法ハ人事篇第二項ニ於テ前主義ヲ採ラントシテ「現行法」ハ後ノ主義ニ依リ「準」損害賠償ノ請求（七二一条）、家督相続（八九八条）、遺産相続（九九三条）及遺贈（一〇六五条）ノ四場合ニ於テ胎児ヲ「ニ」生シタレモ「ト」見做ス、

「巴」ニ生レタル者ト見做サレタル胎児ハ如何ナル法律上ノ地位ヲ有スルカハ民法ノ解説上議論ノ存スル所ナリ、蓋シテ「巴」ニ於テ胎児ハ「胎」限内ノ胎者ナリ、又ハ「解」条中付テ「ニ」権利能力ヲ有スレモ「ト」ナシ、即チ

或ル意味ニ於テ胎児ハ「巴」ニ権利能力ノ主体タルコトヲ認ムル学者アルモ（松本博士民法論大集二巻二七八頁、中島民法教義一卷一一頁）ヲ終

多數ノ学者ハ出生以前ニ於テ人格者タルコト（権利主体タルコト）ヲ認メス、唯出生ノ法律效果力之事、場合ニ依リ出生以前ニ「過」及「ス」レモ「ト」ナリトス（川名曰木民法後論三六、松岡、櫻井講義）、惟「フ」ニ胎児ニ「干」スル「バ」法律ノ規定ハ字句曖昧ナル「ト」ミナラス不備ノ象少ナカラサルカ故ニ「何」レ「説」ニ依「フ」モ多少ノ不都合ヲ生スルヲ免レサレモ胎児保護ニ関スル前記諸種ノ規定ハ例外規定ナレカ故ニ其ノ例外法規ヲ設ケタル立法上ノ趣旨ニ依「フ」テ狭ク之ヲ解スルヲ正当トセン、即チ民法上権利主体ハ人及法人以外ニ存セス「ト」テ大原則ニ對スル例外ナリト認ムルヨリハ私権ノ享有ハ出生ニ始マル「ト」テ第一義ノ小原則ニ對スル（例外ナリト解シ、即チ出生ニ始マリシ権利能力カ恰カモ出生以前ニ権利能力アリタルト合一ノ法律效果ヲ生スマキコトヲ定メタルニ外ナラヌト解ス）ヲ以テ正当トセン、

以上述ヘタルニ就テ實際上ノ効果ニ於テ差異ヲ生ス、例ハハ

(4) 戸主死亡シテ女子及胎児アル時ニ當リ胎児ノ権利能力ヲ認ムル説ハ其ノ胎児ノ母ヲ決定シテ出生前ニ胎児カ相續人ナリト否ヲ決定スヘキモノナレモ、権利能力ヲ認メサレ説ニ依レハ一處ハ女子ヲ相續人トスルヲ正当トシ、亦像胎児カ生キテ生レ且ツ男子ナルトキハ其ノ胎児カ相續開始ノ時ヨリ相續人タリト爲シ一ノ結果ヲ生スルモノト認ム可シ、(4) 若シ胎児カ権利能力ヲ有スルモノトセハ未成年者トシテ之ニ法律代理人ヲ置クコト、ナレヘキモ、権利能力ヲ認メサル説ニ從フトキハ固ヨリ胎児ニ法律代理人ヲ置クヘキ理由ナシ、

第二項 權利能力ノ消滅

一、自然人ノ権利能力ハ死亡ニ依リテ消滅ス、此ノ旨ニ付キ民法ハ時ニ規定セサレトモ生活體タルコトノ絶對的禁止ト共ニ權利能力ノ消滅スヘキコト明カナルカ故ニ民法ハ特ニ兩言セサレナリ、死亡トハ生活ノ絶對的消滅ヲ云フ、即チ呼吸及ヒ心臓ノ運動ト絶對的消滅スレトト是ナリ、

一時仮死ノ状態ニ在ルモ蘇生シタルトヤハ權利能力ハ存続シタルモノニシテ中絶シタルモノニハ非ス、

二、死亡ハ自然人ノ權利能力ヲ消滅スル唯一ノ原因ナリ、現今ノ法律ハ人極大戦争又ハ痲死ト云フカモサキ判度ヲ認メス、或ハ我々民法上失踪宣告ヲ以テ權利能力消滅ノ原因ナリト解スル説アルモノトシテ權利能力ヲ有セサルモノアルヘカヲアルカ故ニ失踪宣告ヲ以テ一時的權利能力消滅ノ原因トナスハ誤ナリ(三一系)

三、人ノ死亡ニ付キテモ其ノ或生ニ付スルト否ヲ請證ノ証明ノ問題ヲ生ス「ローマ」法ハ比ノ夫ニ付キテ請證ノ推定規定ヲ設ケ、殊ニ全死ノ場合ニ於ケル死亡ノ時期ニ付キテ「ローマ」法ヲ設ケタル規定ハ請證ノ法律ノ採用シタル所ナレトモ我々國ノ法律ニハ規定ナシ推定ヨリ云ヘハ推定規定ヲ設ケスシテ各場合ニ於ケル事實上ノ証明ニヨルヲ正当トスヘキモ實際ニハ死亡時期ノ証明ヲナスコト困難ナル故ニ公平ナル結果ヲ生スル場合アルヲ免レス、

第三項 權利能力ノ範圍

五四

- 一、人ハ凡テ一般の權利能力ヲ有スルノミナラス其ノ權利能力ノ範圍モ亦同一ナルヲ以テ原則トス即チ現今ノ法律ハ男女ノ別、年令ノ別、宗教ノ別、階級ノ別、種族ノ別、特別の權利能力ニ差異ヲ認メタルヲ原則トス、之レ公法ト私法ト大ニ異ルトコロナリ、併シテ私法ニ於テモ人ノ特別の權利能力ニ全ク差異ナキニ非ラス、内小人ノ間ニハ其ノ特別の權利能力ニ差異アリ、又女子ハ公法ヲ有スルヲ得サル莫ニ於テ男子ト異ナレリ、
- 二、外國人ハ法令又ハ條約ニ禁止アル場合ヲ除ク外私法ヲ享有ス（第一條）
- (1)、外國人トハ日本ノ國籍ヲ有セザル自然人ヲ云フ、其ノ外國ノ國籍ヲ有スルモ公法ニ日本ノ國籍ヲ有セザル日本人ナリ、而シテ何人カ日本ノ國籍ヲ有スルカハ國籍法（明治二十二年法律第六號）ノ次ニ所定ニ依ル。
- (2)、外國人ノ權利能力ニ付キテハ條約主義ヨリ相互主義ヲ經テ平等主義ニ變化セリ、今日ノ諸國民法上ハ國民ハ均ニ條約相互主義（公法一）ニ依ル。

- 三、我カ法令上外國人ノ享有シ得ル權利ノ如シ、
- (1)、土地所有權、債權及遺贈權、（明治六年大政官布告地所領入條ノ規則七條）明治四十二年法律五（号參照）
- (2)、外國人ノ特殊銀行、株主タル能ハズ即チ、
- (a)、日本銀行、横濱正金銀行、朝鮮銀行、朝鮮殖産銀行、東洋拓殖會社ノ株主タルコト、又滿鐵ノ株主タルコトハ中華民國人以外ノ外國人ハ能ハズ
- (3)、日本船舶ヲ所有スルコトヲ得ス（船舶法一條）。
- (4)、鉱業權、砂鐵權ヲ有スルヲ得ス（鉱業法五條、砂鐵法第二十五條）。
- (5)、航路補助金ノ造船獎勵金、遠洋漁業獎勵金ヲ受クルコトヲ得ス
- (6)、取引所ノ會員又ハ仲買人タルコトヲ得ス。

五五

(17) 移民取扱人タルヲ得ス (移民保護法)

(18) 水北業内人タルヲ得ス

(19) 礦業相続人タルヲ得ス

四、日本人ヲ日本ノ國籍ヲ失ヒ外國人トナルトキハ依前有リタリシ權利ニシテ外國人ノ享有シ得ザルモノハ若シ何等特別ノ規定ナキトキハ當然之レヲ兼失スル結果トナルヘシ、然レトモ今日ノ法制ニテハ權利ノ結果トシテ國籍ヲ喪失スル場合ヲ認メズ、且ツ今日ノ社會觀念ヨリ見レモ外國人トナルフトテ深悉トハ認メザルカ故ニ法律ハ國籍喪失者ノ利益保護ノヲメ從來有リタリシ如上ノ權利ヲ當然失フコトナク唯喪失後一年以内ニシテ他人ニ讓渡セル場合ニ於テ始メテ之等ノ權利ヲ回復スルハ依前相續人ニ依テ復スルモノトス、(明治三十二年法律九四号) (凡九〇条第一項)

五、今次ノ世界大戰ニ際シテ外國人ノ權利能力ニ付テ是々別々ニ特別法ヲ制定引來止令、工業所有權取附法及取附財産管理令ニシテ聯合國ニテハ一概ニ此ノ種ノ法令ヲ設ケザリ、併シ國際法上歐國ノ臣民ハ當然取附ヲサレカ故ニ戰爭ノ目的上必要ナラザル場合ニ歐國人ノ權利能力ヲ制限スルハ理論上當テ無クモノニアラス。

第二款 行為能力

第一項 總說

一、行為能力トハ法律行為ヲナス能力ヲ云フ、自己ノ意思表示ニヨリテ有テタル法律行為ヲナシ得ヘキ法律上ノ地位、資格、道徳ナリ、權利能力ト稱シテ法律上ノ地位ナルカ權利義務ヲ享有シ得ル能力ニアラスシテ自己ノ意思ニヨリ權利ノ喪失変更消滅其ノ他ノ法律效果ヲ發生セシメ得ル法律上ノ資格ナリ、故ニ權利能力ヲ有スルモ行為能力ヲ有セザルモノアリ。

二、行為能力ハ意思能力ト異ナル、事實上意思能力ヲ有スルモ民法上行為能力ナキモノアリ、蓋シ行為能力ヲ有スルモ否々ハ形式上民法ニ所謂能力者ナリメ否々ノ要件ヲ備フルノ如何ニヨリテ決定セラルヘク事實上意

思能カヲ有スルヲ否ヤニハヨラス。

意思能カトハ行為其者ニ於テ思能ノ能力ト行為ノ結果ニ對スル合理
的判斷(豫測)能カトヲ包含ス、故ニ全然意識ヲ備ヘサルモノハ勿論意
思能カヲ有サルヘク、假令意識アルモ自己ノ行為ノ事實上如何ナル結果
ヲ生スルカヲ予期シ判斷シ得ザルモノモ亦之ニ屬ス、然レテ具體的ノ場合
一於テ其ノ行為者ノ意思能カヲ有ラザリシ否ヤハ其ノ行為ノ重要ト其ノ
者ノ精神状態ニ依リ定ムヘン

意思能カナル者ハ民法上明ラカニハ被テス、然レテ民法ハ不法行為ニ
於テ行為ノ責任ヲ非識人ニ定ムルハ其ノ知能ヲ備ヘサルモノハ賠償責任ヲ
シトス(此ニ參)

法律行為ニ於テモ意思能カ者ノ行為ハ取銷ヲ得ルニテ其ノ結果ニ對シ
ルモノト解スルハ其ノ故ニ我カ民法モ意思能カナル者ニ對シテ是レヲ正當ト
セシメ、(民法博士、法心志ニ一應一ヨリ言テ下意思能カ論)

一、文章ニ於ケル行為能カトハ法律行為能カ者ニ對テハ行為能カ不致行為
能カ(責任能カ)及準法律行為能カノ三者ニ分テテ、之法律上ノ結果

ヲ生スルハ其行為ヲ分テテ法律行為、不致行為及準法律行為トナシ、
對テ思能ルモノナリ、其ノ意義ハ後ニ詳述セシメ法律行為ノ結果ニ對スル思
能カ不致行為及準法律行為ノ意思能カ不致行為ノ結果ニ對スル思能ル
ナリ、不致行為ハ法規ニ違反シ、故意又ハ過失ニヨリ他人ノ權利ヲ侵害
ヲ加フル行為ナリ、又準法律行為又ハ法的行為トハ道義行為ニシテ行為
其ノモノニ對スル認識ヲ必要トスルモノ行為ノ結果ニ對スル意思ヲ必要ト
セザルモノナリ、茲ニ說明セントスルハ法律行為能カニ關ス。

第二項 無能力者

一、無能力者トハ法律行為能カヲ有セザル者ナリ。

人ハ一應ニ行為能カヲ有スルヲ以テ民法ハ權利義務ニ行為能カヲ有スル
者ヲ規定セシメテ無能力者ヲ規定ス、法律行為ノ結果意思ノ表示ヲ要ス
トスルカ故ニ表示行為ノモノニ對スル認識能カヲ具フルノミナラス合理
的ナル意思ヲ作ル能カヲ具フルモノニ非ラザレハ完全ナル法律行為能カ

フ有スベキ一非ラス、之レ諸國法則ニ於テ年令、疾病其ノ他ノ特別ノ事
情ノタメニ行為能力ヲ有セサルモノヲ規定スル所以ナリ。

二、行為能力ニ對スル制限ヲ定ムニ付テ立派上ニ種々設テリ、一ハ絶対的
無能力者ト限受能力者ノニニ區別スルモノニシテ前者ノ行為ハ絶対ニ無
效トシ、後者ノ行為ハ之ヲ取消シ得ヘキモノトス（民法一〇四、一〇五
条）ハ此主義ヲ採ル、他ノ主義ハ法律上無効能力者ノミク規定シ、他
無能力者ニ付テハ法律ニ規定ヲ設テス、我民法此主義ナリ、我民法ニ
ハ無能力者ナル文字ヲ用フルカ其規定ノ内容ニ付テ見レハ民法ニ所謂無
能力者ハ限定無能力タルコト明カナリ。

蓋レトモ我民法上絶対無能力者ナル觀念ヲ採メテ所以ハ事實上意思
能力ヲ備ヘテモ、行為ニ無効ニテラスシテ法律上取消得トノ謂ナラス、
蓋シ法律行為ハ本筋共ノモノニ付テモ意識ノ外ニ行為ノ效果ニ對スル意
思ヲ要求トスルカ故ニ此ノ效果意思ヲ備ヘサル者ノ行為ハ当然無効ナリ
ト解セサルハカラス、此ノ外ハ學者有健全意思ナリ（爾者民法原論）（總
論上二〇頁、根本博士一〇一頁）。

如斯民法上意思能力ナキ者ノ法律行為ヲ以テ絶対的ニ無効ナリト解ス
ルニ由ル我民法ト我民法トノ向ニ著シキ差異アリ、即チ我民法ニ於テハ七
才以下ノ幼兒其他法律上絶対無能力者ト定メラレタル者ノ行為ハ事實上
意思能力ヲ具フル場合ニ於テモ消滅無効ナルカ、我民法ハ如何ノ場合ニ
於テ事實力意思能力ヲ具フルモノ否々ニヨリ法律效果カ能并ニ無効ナリヤ
否ヤヲ決定ス、純理ヨリ云ヘハ我民法ノ規定カ正當ナルハ疑ナシト云モ
實際上ニ於テハ形式標準ニヨリ一是ノ狀態ニテモ、行為ヲ絶対ニ
無効ナリト定ハル方却テ取引ノ安全ヲ得ル所以ナルヘシ。

三、我民法上認めラレタル無能力者ハ未成年者、禁治産者、準禁治産者、
及妻ナリ、是等ノモノ、單級ニテモ行爲ハ原則トシテ取消シ得ヘキモノ
ナリ、即チ取消シノ意思未定アレ迄ハ效力ヲ有スル之類能力者ノ方面
ニ於テ其ノ效力ヲ遮断的ニ消滅シレハレ權利ヲ有ス。
如斯無能力者ノナレタル法律行為ハ其取消シ得ル處ハ當事者ヲ拘束ス
ルモノナリ、是レ無能力者ノ相手方ハ其取消權ヲ有セサル故法律ハ此不
利益ナル相手方ノ利益ヲ保護スルヲタメニ特別ノ規定ヲ設テ（第十九条

205/1-1/8

二〇条)

四、民法ノ無能力者ヲ認メタル理由ハ各能力有ニ伴キテ全シカラス、未
成年者、精神障害者及ヒ準禁治産者ハ其ノ有ノ精神状態カ普通人ト全一ナ
ラサルカタメニ無能力者トナサ、ルモノトシテ、之レヲ無能力者トスル
ハ主トシテ是等ノ有テ保護スルタメナレカ、要ニ至リテハ知識ニ欠失ア
ルカタメニ無能力者トセラル、ニイラスンテ夫レヲ準至リ一歳ノ平和ヲ
保フタメニ無能力者トセラル、ルノナリ。

五、民法總則ニ規定セレ無能力者ハ一般ノ法律行為ニ伴キテ行為能力ヲ明
限サレタルモノナリ、即チ行為能力ニ干スル民法三條以下ハ原則トシテ
例外ノ法律行為ニ適用ナリ、殊ニ民法ハ特殊ノ場合ニ付キテ特例ノ
規定ヲ設ケ或ハ總則ニ所謂無能力者ニ特別ノ規定ニ付キテ行為能力ヲ有セ
ルモノトナスコトアリ(七九二条、七九三條、七九四條)或ハ又總則ニ
所謂無能力者ヲ準至リ一歳ノ平和ヲ保フタメニ無能力者トセラル(七九
七四條、八四七條、一〇六二條)、是レヲ特別ノ行為能力トナス。

六、外國人ノ行為能力ハ原則トシテ外國人ノ本國法ニヨル(法例三條乃至

五條)。

七、行為能力ノ存否ニ干スル法律責任ハ無能力者ナルコトヲ主張スル者ノ
則ニイリ(民法四七條)、蓋シ人ハ原則トシテ能力者ニシテ其ノ無能力者
タルハ例外ニ屬スルカ故ナリ。

八、行為能力ニ干スル民法ノ規定ハ法律行為ニ適用ナリ、然レテ契約ニヨリテ行
為能力ヲ拡張スルハ別段スルコトヲ得ス、殊ニ或レ種ノ行為ヲナサストノ
契約ヲ以テ遺一行為能力ヲ制限スルモノト解スヘカラス、時定ノ行為ヲ
為サストノ契約ハ單ニ不作爲ノ義務(消極的)ヲ生スルニ止マリ行為能力
其ノモノヲ制限スルニイラス。

能

第三項 未成年者

第一目 未成年者ノ意義

未成年者トハ滿二十歳ニ達セサル人ナリ、人ノ身体及精神ノ発達ハ各何

人の付キテ必スレモ全一ナラサルカ如何ノ精神状態ヲ審査シテ其ノ行為ノ故カラズルハ繁雜ナルノミナラス、裁判所ニ於テ之レヲ審査スルニテ其ノ行為ノ有故ナリト無故ナリト知リ得サレ不便モテレハ各國ノ裁判ハ皆普通ノ状態ヲ標準トシテ成年ノ齡ヲ定ム、(英、米、仏、独、自、露、伊、年ハ二十一年、蘭、西ハ二十三年、澳ハ二十四年、葡ハ裁判所ト全ク二十年ナリ)。

六四

一、成年宣告ナル事項ナリ(英法三條) 概十八才ニ達シタルモノハ一、條件ヲ定ムタル場合ニ使現裁判所ノ宣告ニヨリ成年者ト全一ノ能力ヲ生ス、葡法十四條ニ依テ、又仏及ヒ仏法系ノ民法ハ自地産ノ制度ヲ採リ父スハ母年ナリ一定ノ年齢(十五才以上)ニ達シタル未成年者ニ於テ是ノ管理行為ヲナスコトヲ許シ得ルモノトス、他管領ニヨリ能力者トナレ制度ヲトルモノアリ、(葡法十四條ニ依テ)又管領ニヨリ自地産トナレ制度ニテレド(仏、伊)ニ依現行民法ハ種ノ制度ノ何レヲモ認メス、即チ成年者トナリ、成年者ト全一ノ能力ヲ有スレハ必ス概二十歳ニ達スルヲ要ス、唯使速クハキ管業ノ許可ハ此ノ種ノ制度ノ認ムル實益ノ下ルモノヲ收ムル

コトヲ得ルシムモノト云フヘシ、故言スレハ種ノ制度ノコレナキカダニニ生スル不都合ハ管業ノ許可ニヨリテ然ル如クシ得ヘシ、(六條)。

年齢ノ計算方法ニテキテハ明令三十五年法律第百五十五号ニ依テ規定ス、年齢ハ出生ノ時ヨリ起算スルモノトス、明令六年ノ報告三二六條ハ日ヲ以テ計算スヘキモノトシタルカ期滿計算ニテスル民法ノ規定ト調和セシムルタメニ此ノ特別法ヲ設ケタルナリ。

天皇、皇太子、皇太孫ハ十八年、其ノ他ノ皇族ハ民法ト合シテ二十年ナリ、(皇典一ニ條、一四條)。然レニ未ダ管業セサル未成年ノ皇族ノ財産ニテスル法律ヲナストキハ略々民法規定ニ合シテ法定代理人ノ公意ヲ要ス、(皇室財産令第一四條、二五條、三八條、皇典增補、第七條、八條)。

第二目 未成年者ノ能力 (能力制限)

一、原則

未成年者ノ法律行為ヲナスニハ法定代理人ノ公意ヲ必要トシ、公意ナ

六五

フレヲナシテ行爲ハ原則トシテ之ヲ取消スコトヲ得、(第四條)。
(1) 未成年者ノ法定代理人タルモノハ親族ヲ行フ又ハ母アル場合ハ夫
并ノ者ニシテ否ナル場合ハ後見人ナリ。

其ノ親族及後見ニ付キテハ前有ハ民法親族篇第八七条以下、後有ハ
第九〇条以下ニ規定ナリ。未成年者ノ法定代理人ハ未成年者ヲ代理
スル权限ト未成年者ノ能力ヲ補充スル权限トヲ有ス。法定代理人タル
名族ノタメニ法定代理人ノ行爲ハ凡テ皆代理行爲ナリト解スルナカレ。

(2) 法定代理人ノ同意ハ未成年者ニ對シテ其ノ行爲ヲナスコトニ異議ナキ
旨ヲ表示スル意思表示ナリ。其ノ同意ニ基キ未成年者ノナレタル行爲
ハ未成年者自身ノ行爲ニシテ法定代理人ノ行爲ニアラス。又同意ハ法
定代理人カ自己ノ名ニ於テナス意思表示ニシテ本人ノ名ニ於テナス意
思表示ニアラス。故ニ代理行爲ト其ノ性質ヲ異ニスルコト明カナリ。

同意ニシテ未成年者ハ單ニ有被テレ法律行爲ヲナシ得ハ其法律
上ノ地位ヲ取得ス。同意ハ此ノ法律效果ヲ生スルモノナル故ニ一法律
行爲ナリ。故ニ法律行爲ニテスル親族人皆同意ニ適用ナレ。

同意ハ何人ニ對シテナスヘキカ。民法ニハ特別ノ規定ナケレ其能力
補充行爲タル性質上無能力者ニ對シテ之レヲナスヘキモノト信ス。故
而一八五条ト会テ相テ方ニ對シテナスモノ有被ナリトスル也(川名氏四
四頁、中島氏一一二頁)一ハ此ヲ得ス。三項民法條則提要ハ余ト公
認ナリ。

同意ハハ法定ノ形式ナシ、無能力者ノナスヘキ法律行爲ヲ要式行爲
タル場合ニ於テモ之レニ對スル同意ハ要式行爲ノ一部ヲナスモノニ非
ラサルヲ以テ其ノ方式ニ依ラザ要ス。

同意ヲ与フル時期ニ付キテハ法律ニ規定ナシ、能力補充行爲タル性
質上未成年者カ法律行爲ヲナス前、又ハ之ト同時ニ之レヲ与フルコト
ヲ要ス。爾後ニ於テ未成年者ノナシタル法律行爲ヲ有效ナラシメント
シハ追認ノ方式ニシテ要ス。

或ハ之ニ及シ爾後ニ於ケル同意カ追認ト同一ノ效力ヲ有スルモノト
解スル見解アリ。然レ此ノ見解ハ同意カ補充行爲ニシテ追認カ之レト
性質ヲ異ニスル取消權放棄行爲ナルコトヲ定ムル者ナリ。民法・規定

一 依ハハ氏強ク追認ヲナスニハ相手方ニ對スル通知ヲ必要トシタルハ
一 二三条) 依旨ニ反スルモノナリ、此ノ突ニ干スル詳細ニ付キテハ法
依三四卷七号注文ヲ参照スヘシ。

全意ハ未成年者ノナメハキ何々ノ法律行為ニ對スル能力補充行為ニ
シテ概括的ニ未成年者ヲ能力者トナスモノニアラス、故ニ一定ノ期間
内ニ於ケル未成年者ノ行為ニ對シテ概括的ニ全意ヲ与フルカモヤハ氏強
ノ規定スル所ニテラス、唯法定代理人カ將來トスニトテレハキ數年ノ
行為ノ内容ヲ予想シ、之レヲ一括シテ全意ヲ与フルカモヤニ付キテハ
解説上議論アリ、或ハ斯レ概括的同意ヲ認ムルコトヲ以テ未成年者保
護ノ精神ニ反シ且氏強五、六条ニ於テ概括的同意ノ特別ノ場合ヲ有效
ナリト認メタル趣旨ニ反スルモノトス(川島氏) 或レトモ第五、六
条ハ必ズシモ法定代理人カ未成年者ノナメハキ何々ノ行為ヲ予見シタ
ルモノトシテ要セザレバ以テ之等ノ規定ノ反對解釋ニヨリテ何々
ノ行為ヲ予見シタル包括的同意ニ無效ナリト解スレハ正當ナラス、又
一但ノ意思表示ニヨリ包括的同意ヲ与フルモ法定代理人カ未成年者

六八

二、例示

ノナメハキ何々ノ行為ヲ予見シタル場合ニハ其ノ全意シタル行為ヲ認
ムルコトニヨリ未成年者ニ保護ヲ及ホムコトナキ故ニ未成年者保
護ノ精神ニ反スルコトナカレヘシ、要スルニ包括的同意ハ之レヲ有效
ナリト認ムモノトス(全說教本博士一四頁)。

全意ハ之ヲ撤回シ得ルカ其ノ全意ニ基キ已ニ法律行為ヲナシタル後
ニテハ相手方トノ間ニ確定的ニ法律行為ヲ生ズルカ故ニ更ニ之レヲ撤
回シ得サルコト明ナルモ未ダ法律行為ヲナサ、尚且法定代理人ハ任
意ニ之レヲ撤回シ得ルモノトス、蓋シ全意ハ能力ヲ補充スルニ止マリ
未成年者ニ付シテ其ノ法律行為ヲナス權利ヲ与フルモノニテサレバ
故ナリ。

未成年者カ單独ニナシテ法律行為ハ原則トシテ取消シ得ヘキモノナ
ルコトハ上述ノ如シ、或レ法律行為ハ單ニ未成年者ニ利益ノミヲ与フル
モノナルカタメナリ、未成年者ヲシテ單独ニ之レヲナサシムルモ未成年
者保護ノ趣旨ニ反セザレコトアリ、又也ノ程度ノ行為ニ付キテモ法定代

六九

本人ノ公意ヲ必要トスルカタメニ却テ未成年者ノ趣旨ニ反スルコトアリ
之レ民衆カ救上ノ原則ニ対シテハ如キ例外ヲ認ムル所以ナリ。
①、単一権利ヲ得スハ義務ヲ免ルヘキ行為ハ未成年者ニ單独ニ之レヲナ
スコトヲ得(第四條一項但書)

單一権利ヲ得ル行為トハ例ハ八頁担十ヲ贈与ヲ受クル契約ヲナスカ
如キヲ云ヒ又ハ單一義務ヲ免ル、行為トハ義務ノミ負擔セシメ契約利ハ
ハ單独委任スハ無償寄託ヲ解除スルカ如キヲ云フ、或ハ未成年者ニ便
利有ヨリ債務ノ免除ヲ受クル行為ヲ云フ、或ハ云フ單一義務ヲ免ルヘ
キ行為ナリト云フ學有アルモ債務ノ免除ハ我カ民法上債権有リ單独行
為(五一九條)アルカ故ニ未成年者ノ其ノ債権有リ意思未達債権ノ
行使力有スルヤ否ヤノ問題ハ意思未達債権力ノ問題(九八條)ニ
シテ意思未達ヲナス債権力ノ問題(四條)ニテラス。
未成年者タル債権者カ債権ノ行使ヲ受クル行為カ單一権利ヲ得ル行
為ニ當ラスレバ否ヤニ付キテハ學理上多少議論アリ、或ハ單独行使
レタル未成年者人亦條ノ目的ナレズノ一付キテ権利ヲ取得スヘク而シ

テ其ノ権利取得ノ結果債権ノ消滅スルハ目的到達ノ理由ニヨルモノニ
シテ債権者ノ意思ニヨルモノニ非ラカ民法第百二條ニ於テモ元来テ債
権スル行為ヲ場ケ居ルト比較スルハ未成年者ハ單独ニ之レヲナシ得ナ
ルモノト解サレヘカラス。

②、法定代理人カ目的ヲ定メテ処分ヲ許シタル財産ハ其ノ目的ノ範
圍内ニ於テハ又目的ヲ定メスシテ処分ヲ許シタル財産ハ未成年者自由
ニ之レヲ処分スルコトヲ得。

①、未成年者カ日帯ノ監護ナル行為ヲナスニ付キ帯ニ法定代理人ノ公
意ヲ必要トスルナラハ又テ未成年者ニ不便ヲ与フルコト要ヤカ故ニ
諸國ノ法律ハコノ不便ヲ避クルタメニ何等カノ方法ヲ精セリ、英法
ニハ *Infant Relief act (1872年)* ニ於テ必要ニ
ニ對スル契約ヲ有效トセリ、故民一七〇條ハ我カ民法ト合標ノ規定
ヲ設ケタリ、コノ二ツノ主義ヲ比較スルハ英法ニ對シテハ如何ナ
ル契約カ其出款ノ未成年者ニナリテ必要ニ供給ヲ目的トスルモノナ
リヤ否ヤヲ第三條(即チ他人)カ義務ニ減額シ得サレノ不便アリ、

又保護主義即チ市民保護主義ニ於テハ未成年者ト取引ヲナサントスル
 モノニ於テ財産処分許可ノ目的ノ範圍ヲ知り得ナレド不便ナラズミ
 ナラス、未成年者ト現ニ財産ヲ有セシ場合ニ於テ必要否ノ依給ヲ
 度アル限ハサレノ不便アリ、即チ固有長短辨別アル所以ナリ、
 四、目的ヲ定メテ処分ヲ許シタル財産トハ例ハハ花學ノ目的ヲ以テ學
 資金ヲ使スルカ限キヲ云フ、即チ処分セラルヘキ財産ト其ノ財産ヲ
 処分スヘキ目的トカ共ニ限定セラル、モナリ、目的ヲ定メスレテ
 処分ヲ許シタル財産トハ單ニ処分セラルヘキ財産ノミヲ限スレテ之
 フ如何ナル目的ニ処分スヘキカハ未成年者ノ任意ナルモノナリ、
 例ハハ小使使ノ如シ、氏姦ハゴノ兩者ニ於テ其ノ処分セラルヘキ
 財産ノ限定セラルヘキコトヲ明告セサレトモ未成年者保護ノ趣旨ヲ
 リ考テハ未成年者ノ所有スレ一切ノ財産ニ付キテ処分ヲ許スカ如
 キハ無效ナリト云ハサレヘカラス、処分ヲ許スト云テハ其ノ財産ヲ
 他人ニ移取スルコトヲ許可セシ場合ノミナラズ、財産ヲ買取上ル
 分スルコト、即チ其ノ財産ヲ毀滅スルコトヲ許シタル場合ヲモ包含

ス。

(一) 処分ヲ許サレタル財産ニヨリ未成年者ヲ取得シタル財産モ亦一夫
 ノ範圍内ニ於テハ処分ヲ許サレタル財産ナリ、評言スレハ目的ニ依
 テア処分ヲ許サレタル財産ニヨリテ未成年者ヲ取得シタル他ノ財産
 例ハハ學資金ニテ購入シタル書籍ハ飲食ノ目的ノタメニ之レヲ交換
 スルコトヲ得サレモ修學ノ目的ノタメニ他ノ書籍ト交換スルヲ得ヘ
 グ又小使使ニヨリテ買ヒシ雜物ハ之ヲ自由ニ処分スルコトヲ得ヘシ
 (大正八年高等法院行政科口答問題)。

(二) 財産ヲ処分スト云フハ之レヲ他人ニ移取スレコトヲ云フナリ而シ
 テ処分能力ヲ有スルモノハ当然管理能力ヲ有スヘキモノナル故、
 例ハハ未成年者カ一棟ノ家屋ヲ処分スルコトヲ許可サレタル場合ハ
 ハ之ヲ賣買スルコトモ亦許可セラレタルモノト云ハサレヘカラス、
 財産ヲ他人ニ移取スルニ付キテハ先ツ売買其ノ他ノ債權契約ヲ締
 結シ然ル後其ノ履行トシテ所有權ヲ移取スルヲ道例トス、而シテ嚴
 格ニ財産ノ処分ト云フナラハ其ノ後ノ場合即チ所有權移取ノミヲ包

合スルモノナルカ民律五條ノ趣旨ニツレハ其ノ嚴格ナル意義ニ於テ
ル財産処分行為ト爲レハカヲサレテ係ニアル前者即チ債權契約ヲモ
亦未成年者單欲ニシテアナン得レモノト解セサルヘカラス。

未成年者カ未ダ処分ヲ許サレタル財産ヲ所有セサレトキニ或レ債
權契約ヲナシ後ニ至リテ処分ヲ許サレタル財産ヲ以テ先ニナシタレ
契約ノ債務ヲ未済シタル場合ニ於テ其ノ第一ノ債權契約ハ之レカダ
×一完全ニ有效トナリ未成年者ハ更ニ之レヲ取消又コトヲ得ル×否
×ハ解款上議論ノ存スレ所ナリ。

此ノ場合ニ於テ其ノ第一ノ債權契約當時未成年者ハ未ダ処分スヘ
キ財産ヲ有セサルモノナレハ其ノ債權契約ヲ以テ処分ヲ許サレタル
財産ノ処分行為ト解スヘカヲサレハ明カナリ、即チ消滅シ得ヘキ行
爲ナリ、故一同意トナル人又後ノ処分ヲ許サレタル財産ヲ以テシテ
ル未済カ第一ニ五條ノ解款上取消シ得ヘキ行為ノ追認トナル×否×
ノ事ナリ、而シテ第一ノ取消シ得ヘキ第一ニ五條ニ於テ前條ノ規定ニヨリ
テ追認ヲナスコトヲ得レ時ヨリ被未済其他ノ行為アリタル場合ニ於

テノミ法定追認トナルモノト規定セシカ故ニ未成年者カ未ダ能力者
トナラサル向ニ未済ヲナスモ追認トナラサルモノト論ス、(未及學士
法律新報二五卷五号)。

然レトモ第一ニ五條ニ於テ前條ノ規定ニヨリア追認ヲナスコトヲ
得ルトモ以後トスヘル文字ヲ掲ケ居ルハ理論上第一ニ無能力者カ單欲
ニナンタル未済ソ、他ノ行為ヲ除外スル趣旨ヲ有スルニスヤサレモ
ト解スヘリ、即チ法定代理人カ自ら未済ヲ行爲ヲナシスハ未成
年者カ法定代理人ノ同意ヲ得テ之ヲ行爲ヲナシタル場合ニ於テ之
ヲ追認ト認ムヘキハ明カナルカ故ニ未成年者カ処分ヲ許サレタル財
産ヲ以テ未済ヲナシタル場合ニモ第一ノ效果ヲ生スルモノト解スルヲ
正当ナリト信ス、(松木氏、人、法人及物、中島氏民法論)

(四)、未成年者カ第一者ヨリ財産ノ贈与ヲ受ケル場合ニ於テ其民法ハ其
ノ処分ヲ許可スル权限ヲ有スルモノニテ特別ノ規定ヲ設ケス、於
テ此ノ場合ニ於テモ尚ハ法定代理人ニ於テ其ノ処分ヲ許可スル×
否×ヲ決定スヘキモノナリ、但シ其ノ財産ヲ贈与シタル第一者ヨリ親

故ヲ行フ父又ハ母又ハ後見人ヲシテ之ヲ管理セシムル意思ヲ表示
シタルトキハ身入ルニ及ルニ至ラズニシテ是ノヲ行ハルヘキ管理人ヲ
必令許否ノ权限ヲ有スルモノト解スヘキナリ。

(3) 一種又ハ數種ノ營業ヲ許サレタル未成年者ハ其ノ營業ニ于テハ成
年者ト同一ノ能力ヲ有スヘキナリ。

(1) 未成年者ノ位置、境況、知識等ニヨリテ未成年者ヲシテ自立ニ
營業ヲナサレムルコト必要ナル場合アリ、然レテ其ノ營業ヲナス場合
ニ於テ營業ニ于スル何レノ行為ニ付キテ決定代理人ノ同意ヲ要スル
モノトモハ畢竟營業ヲナスコトヲ解サレ結果ニ於テハ其ノ以テ民法
ハ營業許可ニヨリテ未成年者ハ其ノ營業ニ于テハ成年者ト同一ノ
能力ヲ有スルモノトス、故、有年宣告、从ノ自財產ノ別産ト其ノ概
クテ全クス (第一目條條)

(2) 營業トハ營利ノ目的ヲ以テ一夫ノ計畫下ニ組織的ノ事業ヲナスヲ
云フ、其ノ種類ハ商業タルトモ工業タルトモ同ハス利益ヲ得ルコト
ヲ目的トスルモノヲモサレヘカラス、又決定代理人ノ營業許可ヲ与

フルニ付キテ其ノ營業ノ種類ヲ特定セズニテ凡テノ營業ヲ許可ス
トスフカ如キハ民法ニハ認メサルコトナリ。

(3) 營業許可ハ純然の公益ニハアラスレテ營業ニ于テ未成年者ノ能
力ヲ擴張スル行為ナリ、故テ營業ヲ許可レタル限ニ於テハ擴張代理
人ハ其ノ營業ニ于スル行為ニ付キテハ公益狀ヲ自セサルノミナラス
代理权ニ本立テ有セサルモノトス、又營業ヲ許可スルニ當リテ其
營業ノ屬スル何レノ行為、例ハ一夫ノ全額以上ノ取利ニ付キテ決
定代理人ノ同意ヲ要スヘキモノトスコトヲ解。

(4) 營業ヲ許可セラルタル未成年者ハ其ノ營業ニ于テハ成年者ト同
一ノ能力ヲ有ス。

如何ナル法律行為カ營業ニ于スル行為ナルカハ事實上其種別困難
ナレコトアルモ民法ハ「營業ニ于テレナル稍々漠然タル文字ヲ用
フルカ故ニ營利ヲ目的トスル行為ノミナラス其準備若クハ補助タル
行為ヲモ之レヲ包含スルモノトモセサル可カラス、但シ他人ノ使用人
トシテ又ハ代理人トシテ營業ヲナス場合ハ之ノ限リニアラス。

(四) 未成年者才未タ其ノ營業ニ堪ヘサル事情アルトキハ其法定代理人ハ親族簡ノ規定(民法八七八条)九二一条(其)ニ依ヒ其ノ許可ヲ取消シ又ハ之ヲ制限スレトク得、親族簡ノ規定ニコレハ親族ヲ行フ他父母嫡母又ハ被見人ハ親族全ノ合意ヲ得テノミ之ヲナスコトヲ得ヘキモ(民法八七八条)九二一条(其)他ノ親族有ハ自己ノ判断ニヨリテ之ヲナスコトヲ得ヘン。

許可ノ取消トハ將來ニ於テ其ノ效力ヲ消滅トシムル法定代理人ノ意思表示ナリ。民法ハ取消ニ適反放テ返ムル例少ナカテサレカ其ノ願者ナレモノハ第一ニ一系ナリ、然レトモ此処ニ云フ取消シハ將來ニ對シテノミ放テ有スルモノナルコトハ疑フ所ナシ。

許可ノ制限トハ許可セザレタル營業ノ範圍ヲ縮小スル法定代理人ノ意思表示ナレカ其ノ制限以後ニ於テモ其ノ未成年者ハ尚ホ營業ノ許可ヲ受ケタル未成年者タルコトヲ要スレカ故ニ特定ノ行為ヲナスニ付キテ法定代理人ノ合意ヲ要ストスルカ如キハ制限ヲ放テルコトヲ得

七八

未成年者ニ許スル營業許可ノ取消及制限ハ善意ノ第三者ニ之ヲ對抗スルコトヲ得、此ノ意ニ於テハ別ニ規定ナケレバ第一六条但書ト比較スレハ此処ニ所謂取消スルハ別ニ規定ナケレバ其ノ效力ヲ有スレト明カナリ、即チ何處ニ於テモ效力ヲ生ズ。

(五) 商業ノ許可及其ノ取消ノ要件ハ商法及非訴事件手続法ニ特別ノ規定アリテ何レモ登記ヲ必要トス(商五条)一五条、非訴手続一六六、一六八条) 五

第四項 禁治産者

一、心神喪失ノ情況ニアル者ニ付ヤアハ一定ノ者ノ請求ヲレトキハ裁判所ノ宣告ニヨリ之ヲ禁治産者トナスコトヲ得、(七条)

心神喪失ノ情況ニ在ル者ニ付ヤア禁治産宣告ノ制限ヲ設ケタル理由ハ一面ニ於テハコノ狀態ニアル者ヲ保護シ、他ノ一面ニ於テハ取引ノ安全

七九

解シテ之レヲ決定スヘキナリ。

禁止産宣告ノ實質的要件ハ以上ニ止ル。宣告ヲ受クヘキ者ヲ多數ノ財産ヲ有スル者、否ヤ、財産ヲ善悪スルノ虞アリヤ否ヤ、此ノ禁産力者ナリヤ否ヤハ之レヲ問ハス。此ノ最後ノ実ニ付キテハ民法カ第七條ニ於テ請求ヲナシ得ル者ノ中ニ被見人、保人及配偶者ヲ等ケ居ルニ見テ明カナリ。即チ被見人トアルニヨリテ未成年者ヲ保人トアルニヨリテ準禁止産者カ宣告ヲ受ケルヲ得ルモノナルヲ如レヘク凡ソニ係二項及ヒ第三項ノ規定ニヨリテ知アル、如ク配偶者ヲ等ケ居ルニ見テ妻及夫ハ各々宣告ヲ受ケルヲ得ヘキモノナルヲ知ル。

(2) 形式的要件ハ今述ヘタル民法七條ニ掲ケ居ル者ノ請求アルニトフレナリ。

フノ請求アルコトヲ必要トセルカ故ニ裁判所ハ自ラ進ンテ即チ裁取上禁止産宣告ヲナスコトヲ得ス。

三、宣告ノ手續

禁止産宣告ノ手續ハ人部四〇條以下ニ規定ナリ、其ノ宣告ハ區裁判所

ノ規定ニヨリ、英ノ管轄ヲ有スル區裁判所ハ禁止産ノ宣告ヲ受クヘキモノカ暫置裁判斷ヲ有スル地ノ區裁判所ナリ、裁判所ハ宣告ヲ受クヘキ者カ心神喪失ノ状況ニアルヲ認め且ツ決定請求有リ請求アルニ拘ハラヌ、事情ノ如何ニヨリア曲ニ禁止産ノ宣告ヲナサント自由ヲ有スルヤ否ヤ、此ノ実ニ付キテハ禁止産上、一〇、一一、一三、一四、一五ニ條ノ千條上解散ノ裁斷アリテ、第七條ニハ宣告ヲナスコトヲ得ト規定セルカ故ニ裁判所ハ自ラトナサント自由ヲ有スルモノト斷スル學說上寧ロ多數ナルニ(官件一三〇頁、民法提要三三頁、松本民法全卷一三九頁)。

我民法ハ必スンニ第三條ニ條格ナル意義ニ於テ得ト云フ文字ト要スト云フ文字ト區別シテ使用セズ得ト云フモ為スヘント云フ當然ノ意ニ解スヘキコトナリ、要スト云フモ稀ニハ可散ノ意ニ解スルコトナリ。而シテ此ノ場合ニハ心神喪失ノ情況ニ依リテ云フコトヲ禁止産宣告ノ唯一ノ實質的要件トナスモノナレカ故ニフノ要件ヲ具フレバ要メテ、尚ホ宣告ヲナサントハ遺憾ノ決定ナリト考フ。(川名氏四八頁、平沼氏民法總論八三頁)

四、禁止産宣告ノ效力

(1)、禁治産者ハ之レヲ後見ニ附ス(八条、九〇条)

後見人タルヘキ者及ヒ其ノ職務ノ权限等ニ付テハ九〇ニ条以下及
九一ニ条以下ニ規定サル。

後見人ハ禁治産者ヲ保護シ看養スル義務及財産ニ干スル行為ニ付キ
テ禁治産者ヲ代理スル法定代理権ヲ有スルモノナリ。(九二ニ、九三ニ
条)詳細ハ親族篇ニ據ル。

未成年者ノ後見人ト禁治産者ノ後見人トノ权限ヲ比較スレハ前者ハ
法定代理権ト同意权(即チ能力補充权)ト保ヒテ有スルカ、禁治産者
ノ後見人ハ後ニ述フルカ如ク同意权ヲ有セザル矣ニ於テ看シキ差異アリ。

(2)、禁治産者ノ能力制限

禁治産者ノ行為ハ之レヲ取消スコトヲ得(九条)。禁治産者ヲ其ノ
行為當時意思能力ヲ欠ヤ居レハ其ノ行為ハ取消シテ使テスレテ當時禁
治ナルカ意思能力存否ノ向應ニ觸レズレバ禁治産者ノ行為ヲ取消
シ得ヘキモノトシタル矣ニ於テ禁治産制度ノ效用存ス。

此ノ處ニ牽連シテ解説上頗ル議論アルハ禁治産者カソノ心神恢復中
法定代理人ノ全意ヲ得テナセル行為モ亦取消シ得ヘキモノナリヤ否ヤ
ノ點ナリ。有カナル及對親(海民法要義二九頁、中島民法教義一三〇
頁、龍博民法要義三二卷大号)之レナキニアラサレトモ民法ハ他ノ無能
力者ニ付キテ禁治産者ノ方法ヲ規定セルニ拘ハラズ、禁治産者ニ
就テ禁治産者ニシテ取消アルト及禁治産者ノ行為ノ效力ヲ則チ一物ヲラシ
メントスル立法上ノ理由ニ就テ考ヘ見レハ斯クノ如ク禁治産者ノ行為
モ亦之ヲ取消シ得ヘキモノト解セサルヘカラス、即チ前者セル如ク取
消ノ制度ノ效用存スルナリ(富井一三二頁、川島氏四八頁、平沼氏
一六五頁、石坂法志一七卷一号、岡松意思能力論、根本民法條則一四
八頁等)。

五、禁治産宣告ノ取消

禁治産宣告ノ取消ニ二種類アリ、一ハ民法ノ規定スル所、他ノ一ハ人事
訴訟法ノ規定スル所ナリ。

(1)、禁治産宣告ノ原因ノ止ミタルコトヲ理由トスル取消(第一〇条)

(4) フノ取消ノ要件ハ始メヨリ宣告ノ原因ナカリシコトニハテラスレ
テ棄却産者カ心神ヲ恢復シテ且告ノ原因ノ消滅シタルコトナリ。

(4) 手続
此手続ハ人事訴訟法第六十三條ノ規定スレルニヨレ、宣告ト全ク
区裁判所ノ決定ニヨル

(1) 效力
此ノ取消ノ效果ハ將來ノミニ及ス、取消前ニ棄却産者ノナシタル所
為ハ取消後ニ於テモ尚ホ取消ノ得ヘキモノニシテ宣告取消前法是代理
人ノナシタル行為ハ完全ニ有效ナリ。

(2) 棄却産宣告ノ不当ナルコトヲ理由トスル取消ハ人事訴訟手続法五五
條)。

民法ノ規定ニ於テハ棄却産宣告ノ申立ヲナスコトヲ得ルモノハ其ノ
宣告ニ對シテ一ヶ月内ニ訴テ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得、而シテ裁
判所カ比ノ訴ヲ理由アリト認ムルトキハ棄却産ヲ宣告シタル決定ヲ取
消スヘキモノナリ(人事訴訟法五五條)。

(1) 此ノ取消ノ要件ハ始メヨリ取消ノ原因ナカリシコトナリ。

(2) 手続
此ノ取消ハ棄却産宣告ヲナシタル裁判所ノ上級裁判所タル地方裁
判所ニ於テナスヘキモノナリ、而シテ地方裁判所カ此取消ヲナスニ
ハ民事七條ノ規定スル有カ宣告後一ヶ月内ニ取消ノ訴ヲ提起シタル
コトヲ要ス。

(2) 效力

此取消ハ管ア宣告ナカリシト全クノ效果ヲ生ス、然レテ棄却産者
ノ行為ハ其後之ヲ取消スコトヲ得ス、依テ法律ハ此ノ溯及効ヲ絶対
的ニ認ムルトキハ宣告後取消前後見人カ何等ノ行為ヲナスコトヲ得
サレニ至ルヘキヲ慮リ、後見人ノ行為ハ其ノ效力ヲ喪セサルモノト
ナス(人事訴訟法六一條、民法一一五條一項)。

如斯宣告後取消前棄却産者ノナシタル行為モ其ノ後見人ノナシタ
ル行為モ其ニ有效ナルカ兩者矛盾シタル場合ニ於テ如何ナル法律效
果ヲ生スルカノ問題ナリ、我法典ハ此ノ處ニフキテ何等ノ規定ヲ

ハハ
元欲テオロカ改ニ其ノ行為ハ時ノ前伏ニヨリ決定スルノ体ナカルハ
シ。

第五項 準禁治産者

一、心神耗弱者、癡者、哑者、盲者及浪費者ハ準禁治産者トシテ之ガ保佐人ヲ附スルコトヲ得、(ハ一ニ条)、蓋シ之等ノ者ハ精神上又ハ身体上ノ不具者ニシテ正常ナル判断力ヲ具ヘサルモノナル故民法ハ之レヲ準禁治産者トナスコトヲ得ルモノトス。

二、要件

(1)、準禁治産宣告ノ実質的要件ハ宣告ヲ受ケヘキ者カ右ニ列挙シタル者ノ一ニ屬スルコトナリ。
心神耗弱者ト称スルハ判断力ヲ喪人ニ比シテ著シク不完全ナルモノニシテ其ノ不完全ナル理由ハ老衰其他ノ後天的ノ理由アルト、先天的ノ欠点ニ基クトナリトハス心神喪失者ト、向ニハ唯程度ノ差アルノミ。

癡者、哑者、盲者ハ知識経験ヲ輸入スヘキ重要ナル機件ノ一ヲ欠ケ
モノナリ。其精神状態モ普通ノ場合ニ於テハ常ニ劣ルコトヲ得トスル
カ故ニ癡者ノ者ハ他ニ欠陥アルヲ受セシテ準禁治産者トナシ得ヘキ
モノトス。

浪費者トハ前後ノ思慮ナクテ財産ヲ蕩尽スル性質ヲ有スルモノヲ
云フ、其ノ浪費スルハ浪費トナレバ否メハ標準トシテ決定スヘキモノニ
シテ必スシモ自己又ハ家族ヲ窮ラシムヘキ危険アルコトヲ要セス、乍
併其ノ財産ヲ消費スル目的ハ不道德ナルコトヲ必要トセス、浪費者ト
云フカタメニハ其ノモノカ積極的ニ財産ヲ消費スルコトヲ要ス。

單ニ財産ノ管理ヲ怠ルモノトシテ浪費者トナスコトヲ得ス、又之
レヲ準禁治産者トシテ保佐人ニ附スレモ保佐人ハ法定代理権ヲ有セル
カ故ニ何等ノ利益ナカルヘシ。

(2)、準禁治産宣告ノ形式的要件ハ禁治産宣告ニフキテ述ヘタルト全シ。
保佐人カ請求者トナルコトナキノミ(ハ一ニ条)、保佐人ハ準禁治産
宣告アリテ初メテ生スルモノナレハナリ。

三、宣告ノ手続

準禁治産宣告ノ手続ニ付キテハ禁治産宣告ノ手続キテ準用ス（八折六
三條一項）、此ノ場合ニ於テモ宣告ヲ受クヘキ者ハ第一一三條ニ列挙セル
者ナル場合ニ裁判所ハ其ノ宣告ヲナサル、コトヲ得ルヤ否ヤノ問題アリ、
疑問タルヲ免レストモ此ノ場合ニ於テハ盲者、哑者等ニ付キテ必ズ以
テ宣告ヲナス実情上ノ必要ナキカ故ニ民一一三條ノ文字ノ如ク裁判所ハ宣
告ヲナスコトヲ得ルニ止リ必ズ之ヲ要セサルモノト解スルヲ正當ト
スヘシ、即チ或レ場合ニハ解、或レ場合ニハ要スト解スヘシ。

四、宣告ノ效力

(1)、準禁治産者ハ之レニ保佐人ヲ附ス（一一三條）。

準禁治産宣告アリタル時ハ必ズ之レニ保佐人ヲ附スルコトヲ要スル
ヤ否ヤ、民法第十一條ノ規定ノ文字ニヨリテ之レヲ附スルコトヲ得レ
ニ止マルモノト解スル者（平沼、叔岡両氏）アルモ之ヲ無効力者トシ
テ其ノ無効補充ノ機干ヲ置カサルノ理由ナキカ故ニ必ズ保佐人ヲ付ス
ルコトヲ要スルモノト考テ（多數說）而シテ保佐人タルヘキモノハ親

族中ノ親類ニシテ禁治産者、被見人タルヘキ者トシテ、
即チ親族ヲ行フタ若クハ母、配偶者、戸主、又ハ親族会ニ於テ選ビ
テレタ者トス（九〇ニ乃至九二條）。

保佐人ハ準禁治産者ノ無効補充ヲ行フテ法定代理人ニアラス、即
チ公益権ノミヲ有スル者ニシテ全ク代理権ヲ有スルコトナシ故ニ準禁
治産者ヲ相手方トシテ行ハル行為ニ付キテハ保佐人ハ第一三條ノ地位ニ
アル者ナリ。

又保佐人ハ事前ニ於テ公益ヲ失フレバ得ルモ専横ニ於テ取消シテナ
シ又ハ追認ノ制限ヲ有セズ。

(2)、準禁治産者ノ行為無効

(1)、準禁治産者ハ第一一三條ニ列挙セル左ノ行為ヲ行フスニ付キテハ保佐
人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

(2)、元本ヲ領收シ又ハ之レヲ利用スルコト（一一三條一號）。

元本ト称スルハ果實ニ付ス、果實ヲ生ムヘキモノヲ元本ト称ス、
例ハハ準禁治産者ノ利息ヲ領收シ債貸料ヲ取立ソルニ付キテハ保佐

人ノ同意ヲ要セザルモ元金ヲ取立テ質貸地ノ返還ヲ請求シ或ハ其元金、土地等ヲ更ニ貸付アルニ付キテハ（即チ元金利用ノ保佐人ノ同意ヲ要ス。

山、借財スハ保証ヲナスコト

借財ト云フ人消費貸借ニヨリテ金銭又ハ準スヘキモノヲ借入ル、
フズ、約束手形ノ振出行為カ借財ニ屬スルモ否ヤニ付キテハ解
上議論アルカ借財ニ該當セザルモノト解スルヲ正当トス（梅澤士ハ
金銭消費ノタメニ約束手形ノ振出ヲナスハ借財トシ及シ其ノ他ノ目
的ノタメニ之レヲ振行スルハ借財ノミナラストス）然レトモ約束手
形ハ無因契約成立行為ナルヲ以テ之ヲ如何ナル目的ニ履行スルモ差
異ナシ。

保佐人トハ保証契約ニヨリ保証債務ヲ負擔スレヲ云フ。

(C) 不動産又ハ重要ナル動産ニ付スル権利ノ得喪ヲ目的トスル行為ヲ
ナスコト。
民法ハ不動産キ普通ノ場合ニ於テハ動産ヨリ財産的価値大ナルモ

ノト定メ不動産ノ目的トスル行為ハ借入保佐人ノ同意ヲ要スルモ動
産ニ付キテハ唯其ノ重要ナル動産タル場合ニ於テノミ保佐人ノ同意
ヲ要ストナス。

権利ノ得喪ヲ目的トスル行為ト云フハ直接ニ所有權其ノ他ノ物權
ノ移転スル行為ノミナラス、其ノ移転ノ債務ヲ生スヘキ債權的行
為モ含ム。

山、新設行為ヲナスコト。

新設行為ハ新設法上即チ公法上ノ行為ニシテ法律行為ニハテラス
故ニ民法カ該ニ之レヲ屬ケシハ唯便宜ノタメノミゴノ規定アルニヨ
リ或チ法史辭典上新設行為モ私法法律行為ナリト解スヘキニテラス、
或學者ハ新設行為ヲナスニ付キテノ法律行為ヲナスモノト解スルモ
当ラス、然レモ、之レヲ規定セルハ不当ナルヲ以テ民法改正ノ曉
ニハ除カルヘキモノト信ス。

(山) 贈與、和解又ハ仲裁契約ヲナスコト（五四九条、六九五条、民新
仲裁手続）

(4) 相續ヲ承認シ又ハ之ヲ批棄スレコト
必、贈與若クハ遺贈ヲ拒絕シ又ハ及祖付ノ贈與若クハ遺贈ヲ受諾スル
コト。

(5) 新築、改築、増築又ハ大修繕ヲナスコト。

(6) 第六〇二条ニ定ムル期間ヲ超ニシ貸貸借ヲナスコト。

(7) 裁判所ハ場合ニヨリ準禁治産者カ第一ニ條一項ニ掲ケサル行為ヲナ
スモノニモ拒ソノ保佐人ノ同意ヲ要スル旨ヲ宣告スルコトヲ得(一ニ
条ニ項)、コレ宣告ヲ受クヘキ者ノ事情ニ應ジ其能力制限ノ範圍ヲ概
限スレ限マ裁判所ニ与ヘタルモノナリ、殊ニ第一ニ條一項ハ平形行
為其他有価証券ノ取引ニ于テ全ク揚ケサルヲ以テ宣告ヲ受ク
ヘキ者カ是等ノ行為ヲナスヘキ事情アル場合ニ於テハ之等ノ行為ヲナ
スニ付キテ準禁治産者ノ能力ヲ制限スルコト實際上極メテ必要ナレハ
シ。

(8) 保佐人ノ同意ヲ要スル行為ヲ準禁治産者カ單欲ニナセシ場合ニ於テ
準禁治産者ハ之ヲ取消スコトヲ得、相手方ノ善意ナレト悪意ナレトナ
シ。

問ハス、即チ例ハハ準禁治産者ナレコトヲ知レルト否トテ問ハス、又
其ノ行為カ準禁治産者ニ損害ヲ及スレタルコトヲ必要トセズ、而シテ
ソノ取消权ヲ有セシ者ハ準禁治産者自身ニシテ保佐人ハ之レヲ有セズ
唯準禁治産者カソノ取消权ヲ拋棄スレコト、即チ遺贈ヲナスニ付キテ
ハ保佐人ノ同意ヲ要ス(一九条四項)。

五、準禁治産宣告ノ取消。

準禁治産宣告ノ取消ニニ種類アルコト禁治産宣告ノ取消ニ合シ一ハ原
因ノ止ミタルコトヲ理由トス、其ノ取消ノ效力ハ既往ニ遡レコトナシ(一
二条)。

他ノ一ハ其ノ原因ナカレシコトヲ理由トスルモノニシテ其ノ效力ハ已
往ニ遡レモノトス(八条新加入条)。

第六項 妻

一、妻トハ有夫ノ婦ヲ云フ、即チ婚姻中ノ女子ナリ、即チ民法ノ認ムル嫁

姻ナラシテハ妻ナク又婚姻解除後ニハ妻ナシ、現今ノ法制ニ於テハ女子ハ女子タルカダメニ私法上ノ権利能力又ハ行為能力ヲ制限サルハ、元ノニフヲカレカ妻ニ付キテハ一概ノ平和ヲ保ワカダメニ諸國ノ法制ニ於テ概不何等カノ制限ヲ設ク、然レ其ノ制限ノ内容ハ各國必スレ七全條ナラス、英、独ニ於テハ妻ヲ一概無能力者トハナサスレテ唯何々ノ行為ニ付キテ多少ノ制限ヲ設ケル止レ、

我民法ニ於テ妻ヲ一概無能力者トシタリシハ、民法ニ一五條ニ依リタル也ノナルカ立法論トシテハ寧ロ親族篇ニ於テ夫ノ效果又ハ夫婦財産制ノ内容トシテ之レヲ規定スルヲ正当トスヘシ、

一、妻ノ行為能力ハ準禁治産者ノ行為能力ニ似タリ、其ノ若シク異レル莫クハ妻カ夫ノ許可ヲ要スル行為ハ法律上ノ制限セラレ裁判上之レヲ擴張スルコトヲ得サルコトナリ、(第一ニ条ニ規定參照)、其ノ並異ヲ認メタル理由ハ云ハスレテ明カナリ、即チ準禁治産者ノ場合ニハ精神状態ニ精確ノ差異アレモ妻ノ場合ニハ夫ノ許可ヲ擴張スルノ必要ナレハナリ、法律上妻カ夫ノ許可ヲ要スル行為ト準禁治産者カ保佐人ノ同意ヲ要スル行為トノ間ニハ次ノ二ノ差異アリ、

第一、妻カ夫ノ許可ヲ要スル行為ハ第一ニ条一号乃至六号ニ掲ゲタル行為ニシテ、第八号、第九号ノ行為ニ付キテハ夫ノ許可ヲ必要トシ又財産上重大ナル行為ナレトモ夫ノ同意ニ干渉スルトコロエレナキテ以テナリ、

第二、妻ハ一概ニ贈與又ハ遺贈ヲ受諾シ、又ハ之ヲ拒絶スルコトニ付キテ行為能力ヲ制限サルヘシ(第一四条第一号)準禁治産者ノ如ク負擔ナキ贈與又ハ遺贈ヲ單依ニ受諾スルコトヲ得ス、準禁治産者ノ場合ニハ準禁治産者ノ同意トナレトナレハ可ナリ、妻ノ場合ニ於テハ

第一ノ行為ナレモ一家ノ平和ヲ亂スコトアレハナリ、

第三、ニ身体ノ竊削ヲ受クヘキ契約ヲナスコト(第一四条第二号)ニ付キテハ夫ノ許可ヲ要ス、

三、妻カ夫ノ許可ヲ要スル行為ヲ單依ニテナラズ場合ニハ妻及夫ニ於テ之レヲ取消スコトヲ得(第一四条二号及一七〇条二項)。

四、夫ノ許可ハ未成年者ニ對スレば法定代理人ノ同意トシテ許可セラルヘシ

行為ニ付キテ要ノ能力ヲ補充スル行為ナリ、全意ト全クシテ許可ナ
ル文字ヲ用ヒタルニ付キテハ別段ノ意味ナレ、學問上ハ許可モ全意ニ
共ニ全意義ナリ。

四、許可ハ要カズレニ基キ行為ヲナス以前ニ於テハ之レヲ取消シ、又ハ
制限スルコトヲ得、但シ其ノ制限又ハ其ノ取消ヲ以テ善意ノ第三者ニ
対抗スルコトヲ得ス（第一六条）コノ規定ハ實際上ハ營業許可ノ取
消又ハ制限ニ付キテ適用ヲ見ルコトヲカレハ如何トシ、行為ニ付スル許
可ニ付キテ適用アルヘキモノナリ。而シテ營業許可ノ取消又ハ制限ヲ
リタル場合ニハ第六條ニ項ノ取消又ハ制限ト異レコトヲ注意スヘシ。
未改年者ノ場合ニハ其利益保護ノタメナルカ故ニ之レヲ以テ何人ニ
モ対抗スルコトヲ得レトモ要ノ場合ニ於テハ單ニ大権ヲ尊重シ一強ノ
平和ヲ得レハ足ルヲ以テコノ際善意ノ第三者ノ利益ヲ犠牲トスヘカラ
ストノ趣旨ナリ。

三、大カ未改年者ナル場合ニハ夫々其ノ法定代理人ノ全意ヲ得レニアラ
ザレハ要ノ行為ヲ許可スルコトヲ得ス（一八条）其ノ法定代理人ノ全
意ヲ得スレバ其ヘラレタル許可ハ取消シ得ヘキ許可ナリ。而シテコノ
場合ノ取消レハ無能力ヲ理由トスル取消ナレカ故ニ第一六條ノ規定ス
ル撤回タル取消トハ其ノ效力ヲ異ニシ、已任ニ遊リテ始メヨリ許可ナカ
リント同一ノ效力（結果）ヲ生ス。且ツ其ノ效力ヲ以テ善意ノ第三者
ニ対抗スルコトヲ得。

未改年ノ大カ已ニ其ヘタル許可ヲ取消又ハ制限スルニ付キテモ法定
代理人ノ全意ヲ要スルニ付キ、第一八條ハ特ニ許可ヲ得フル場合ニ付
キテノミ法定代理人ノ全意ヲ要スル旨ヲ規定スルカ故ニ許可ノ取消制
限ニ付キテハ全意ヲ要セザレモノト解スルヲ正当トス、實際上ヨリス
テモ大カ許可ヲ取消シ又ハ制限シテコトヲ欲シ即チ要カ其ノ行為ヲナ
サザルコトヲ欲スルニ拘ハラズ、法定代理人ノ意思ニヨリ許可セザレニ
至ルハ其結果額ル不当ナリトスハサレヘカラス（全說圖井、櫻、平沼
川名、板岡、諸氏、又河中島氏）、故ニコノ場合第一八條ノ取消解除
人有故ナリ。

四、例外トシテ夫ノ許可ヲ必要トセザル場合ナリ、氏法第一七條ニ於
テ

テ之ヲ列挙ス、大ノ許可ヲ受ケルコトヲ事實上不能ナルカスハ著シク
困難ナル場合、若クハ其ノ許可ヲ必要トスルコトカ條理上不当ナル場
合ニレナリ。

5、夫ハ妻ノ行為ニ付キテ許可権即チ同意権ヲ有シ許可ナカリシ場合ニ
ハ取消シ権ヲ有スルモ妻ノ法定代理人ニハアラス、夫婦財産契約又ハ
夫婦財産制ノ結果、夫カ妻ノ代理権ヲ有スルコトナキニアラス（七九
三、八〇一條）。

四、一種又ハ數種ノ營業ヲ許可セラルタル妻ハ其ノ營業ニ干レテハ設立人
トシテノ能力ヲ有ス（第一五條）。
營業許可ノ性質内容及效果ニ付キテハ未成年者ニ對スル營業許可ニ付
キテ述ヘタル如クニ合シ。

第七項 無能力者ノ相手方ノ地位

一、取消シ得ヘキ行為ハ效力不確定ナル法律關係ヲ生シ、效力不確定ナル

法律關係ハ相手方及第三者ニ損害ヲ及ボスコト少ナカラス故ニ民法ハ元
テノ取消シ得ヘキ行為ニ付キテ特ニ取消権ノ短期時效ヲ認メ（一ニ六條）
法律關係ノ長ク不確定ノ状態ニアルヲ避テ、而シテ無能力者原因トスル
取消ニ付キテハ其他ノ事由即チ詐欺又ハ強迫ヲ原因トスル取消シト異リ
取消権者ノ相手方ニ何等責ハヘキ事情ヲ有ラレカ故ニ之レヲ保護スルカ
タメニ特ニ規定ヲ設テ、第一九條及第二〇條即チ之レナリ。

二、無能力ノ相手方ハ自ら其ノ取消シ得ヘキ行為ヲ取消スコトヲ得サルモ
取消シ得ヘキ行為ヲ承認スルヤ否ヤヲ催告スル権利ヲ有シ、其ノ催告ニ
於テ法律關係ヲ確定セシムルコトヲ得（一九條）。

1、催告ハ無能力者トナリタルトキハ其ノ能力者ニ對シテ之レヲナスハ
ク或テ能力者トナフアル場合ニハ未成年者及ビ禁治産者ニ對シテハ準
據者自身ニ之ヲナスヘク、妻ノ行為ニ付キテハ夫又ハ夫ノ何レニ對
シテモ之レヲナスコトヲ得。

2、催告ハ取消シ得ヘキ行為ヲ承認スルヤ否ヤヲ催告スルヘキ旨ヲ通知スル
意思通知ナリ、相手方ニ對シテ一定ノ行為ヲナスコトヲ認ムル意思ノ

通知ナルカ故ニ一程ノ意思通知 (Willens mitterung)ニ属スルモノナルカ、所云意思表示 (Willens erklärung) (199) 又ハ法律行為ニハアヲサルモノト考フ。

催告ニハ一ヶ月以上ノ期間ヲ定ムルコトヲ要ス、民法ハ二ノ種ノ催告ニ付キテ多クハ相当ノ期間ヲ定ムヘシト規定スルモ (五四一、五五七、四〇八条)、コノ場合ニハ特ニ一ヶ月以上ト規定ス、而シテ催告人ニ期間ヲ定ムルコトヲ必要トスル場合ニ於テ催告者カ其ノ期間ヲ定メサル場合又ハ其ノ定メタル期間カ短キニ決スル場合ニモ催告者ノモ人ノ有效ニシテ催告者相当ノ期間ヲ経テ法定ノ相当ノ效果ヲ生スルモノト解スル學有聲口多キモ余ハ大審院ノ判例ト全ク相当ノ期間ヲ定ムルコトハ催告者ノモカ效力ヲ生スル要件ナリト考フ。

105

催告ニ対シテ取消権有カ取消スヘシト規定ノ意思表示ヲナシタルトキハ其ノ意思表示ノ效力ヲ生スルコト勿論ナリ、而シテ之等ノ意思表示カ效力ヲ生スルタメニハ其ノ確答カ定メラレタル期間内ニ是レヲ定ムルコトヲ要ス、又或論トシテハ当否辨

疑フヘキモノアレモ民法一九条一人特ニ確答ヲ求セシメトキニハ五七トアルカ故ニ民法七条ノ通則ニヨラサルモノト解セサルヘカラス (八九七条ノ所云到達主義又ハ受信主義ヲ採レルモノナリ、

催告ヲ受ケタル者カ之ニ対シテ何等ノ意思表示ヲモナサ、ルトキニハ其ノ取消シ得ヘキ行為ハ追認又ハ取消ノ何レカ確定ス、ソハ次ニ述フル如シ。

(1) 確答ヲ受信ナキニ拘ラス追認アリタルモノト見做ス場合ハ效力者トナリタル者、無能力者又ハ禁治産者ノ法定代理人又ハ妻ノ行為ニシキテ大ニ対シテ催告ヲナシタル場合ナリ、(一九条I及II)、之等ノ場合ニ於テ催告ヲ受ケタル者ハ何人ノ同意ヲモ必要トセス、自己ノ意思ノミニヨリテ取消スヘシト追認ヲナシ得ルニ拘ハラズ之レヲ他種ノ人ノ同意ニ現状ニ対シテ変更ヲ加ヘサル意思ナリト認ムヘキ、然レテ取消得ヘキ行為ハ当然無効ニハアラスナテ取消シナクハ有効ナルカ故ニ民法ハ是等ノ場合ニ追認アリタルト全一ノ結果ヲ生セシメタルナリ。

法定代理人ニ対シテナンタル催告ハ其ノ法定代理人ノ权限内ノ行
 爲ニ付キテノミ其ノ效力アリ(一〇九条ニ項、但各)。其ノ法定ノ字
 句簡ニシテ其ノ意旨カイラスト或モ法定代理人カ専任ニ追認シ得ル
 行爲ニ付キテハ之ニ対スル催告ハ上述ノ如キ效力ヲ有スヘフ、法定
 代理人カ親族会ノ全意ヲ要スル行爲ニ付キテハ其ノ項ノ規定スルカ
 如キ效力ヲ有スヘフ、又法定代理人カ親族会ノ全意ヲ得ルセナスコ
 トヲ得サル行爲、即チ全額其ノ权限外ニ在ル行爲ニ付キテハブレニ
 対スル催告ハ全ク無効ナルモノト云ハサルヘカラス(一〇九ニ条及九
 二六条)。

四、確答ナキニ拘ハラズ法律行爲ヲ取消シタルモノト見做ス場合ハ特
 別ノ方式ヲ要スル行爲ニ付スル場合及親族会ノ全意ヲ得ルニ付シテ催
 告ヲナンタル場合コレナリ(第一九条、三、四項)

特別ノ方式ヲ要スル行爲トハ例ヘハ夫カ妻ノ行爲ヲ許可スルニ付
 オナ夫カ或母有ナル故ニ法定代理人ノ全意ヲ要スル場合、又ハ母ヲ
 ル親族会又ハ叔見人カ未成年者ノ行爲ニ全意ヲ与フルニ付キテ親族

会ノ全意ヲ要スル場合(一〇八条、九二九条)、セキヲ云フ、之レ等
 ノ場合ニ於テ追認ヲナスニハ特別ノ手續キヲ要スルニ拘ハラズ確答
 フ形セシメテ期間ヲ経過シタルニヨリ追認ヲナシタルト全一ノ結果
 ヲ生セシムルトキハ法律力特別ノ手續キヲ必要トシタル趣旨ヲ没却
 スルガ故ニ法律行爲ヲ取消シタルモノト見做サル、ナリ。

妻ノナンタル行爲ニ付キテ妻又ハ夫ノ何レニ対シテモ催告ヲ為ス
 コトヲ得、而シテ相手方カ其ノ兩者ニ対シテ催告ヲナシタル場合ニ
 於テハ法律ニ特別ノ規定ナキカ故ニ親族会ノ全意ヲ要スル法律行爲ヲ生ス、
 即チ妻ト夫トカ相手方ノ全意ヲ表示スコトヲ想像シ得ヘク、
 又兩者何レモ確答ヲ形セサル場合ニハ妻ニ付キテハ取消シタルモノ
 ト見做サル、夫ニ付キテハ追認アリタリト見做サル、カ故ニ其ノ結
 果ハ当然矛盾セルカ也(一〇九条四頁)。

然レトモ一ノ法律行爲ニ付キテ取消ト追認トカ故ニ其ノ效力ヲ有
 スルコトハ理論上アリ得ヘカラサル、ガ故ニ若シ之等ノ行爲又ハ事
 実ニ付キテ時ノ前後アルトヤハ前ニナシタル行爲又ハ事實ニヨリ

ア法條千條ヲ確定セシムヘク、若シ併然ニ之等ノ行為カ同時ニ效力
ヲ生スルトキハ夫ニ付キテ生シタル事實又ハ夫ノ行為カ法律千條ヲ
定ムル效カアルモノト解スヘシ蓋シ妻ヲ無能力者トナセシハ夫ノ保
護ノ理由ニ基クノミナラス、又ハ取消权ト追認权ト夫ニ行成スル
ニ拘ハラズ、妻ハ夫ノ許可ナクシテハ追認ヲナシ得サルモノナレハ
ナリ。

三、無能力者カ其ノ能力者タルコトヲ信セシムルタメニ詐術ヲ用ヒタル時
ハ其ノ行為ヲ取消スコトヲ得(民法二〇条)。

無能力者カ能力者タリト信セシムルタメニ詐術ノ手段ヲ用ヒタルナキ
キ無能力者ハ之レヲ保護スル必要ナキガ故ニ相手方保護ノタメニ次ノ特
項ヲ設ク。

一、無能力者タルコトヲ信セシムルカタメトハ必スシモ其ノ者ガ一般ニ能
力者タリト信セシムルコトヲ要セス、当該ノ行為ニ付キテ能力者有ス
ルコトヲ信セシムルヲ以テ又ハ、故ニ例ハ八準條始産者カ保佐人ノ全

意思ヲ偽造シ、又ハ未成年者カ保佐人ノ全意思ヲ偽造シタルカ如キ場
合ヲモシニ包含ス、又例ハハ妻カ夫ヲシテ信セシムルカ如キ場合
ナリ。

二、相手方ガ其詐術ヲヨリテ錯誤ニ陥リ無能力者ヲ能力者ナリト信シタ
ルコトヲ要ス。

三、無能力者カ詐術ヲ用ヒタルコトヲ要ス。
詐術ヲ用ヒタリト云フカタメニハ無能力者カ相手方ヲ欺罔シ

テ、結果トシテ相手方ヲシテ法律行為ヲナサシメントスル故意ヲ有ス
ルコトハ要ス(詐術ノ主観的要件)。

詐術ノ客観的要件トシテハ積極的ニ或レ詐術ヲ用ヒタレト云フ要スル
カ或ハ卑ニ能力者ナリト告ケタルコトヲ以テ是ルヲニ付キテハ解状上
多少議論アリ、判例(大正五年十二月六日大審院判決)、反多数ノ學者
ハ卑ニナル陳述ヲ以テハ定ヲ積極的ニ或レ詐術ヲ用ヒタルコトヲ必要
トス(全說面井一五四頁)(捲五五頁)(中島、岡本氏)(又對ニ確

民法統則編 鳩山秀夫博士述

博士

民法九卷四号一余ハ殺ニ詐断ナル文字ニ拘泥セルニアラス、單ニ
殺ケ有リト告テタル無能力者ニ取消权ヲ与ヘサルハ余リニ無能力者
保護ノ範圍ヲ縮少スルモノナルカ故ニ多数説ニ從ハントス。
四、民法第二〇条ノ適用アル場合ニ於テハ其ノ無能力者ノナシタル行為
ハ完全ニ有效ナリ。

彼ヲ要力詐術ヲ用ヒタル場合ニ於テハ夫モ亦取消权ヲ有セサルモノ
ト解ルルヘカラス。

無能力者カ能力者タルコトヲ信セシムルタメニ詐欺ヲ行ヒタルモ民
法第二〇条ニ所謂詐術ニ該当セサル場合ハ無能力者ノ無能力ヲ理由ト
シテ取消权ヲ有スヘク、相手方ハ詐欺ノ理由トシテ民法九卷二〇
条ニ取消权ヲ有スヘク且ツ其ノ詐欺ニヨリ損害ヲ蒙リ無能力者カ不法
行為能力ヲ具ヘタル場合ニハ損害賠償請求权ヲモ之レヲ有スヘシ。

第三款 住所

一、住所トハ人ノ生活ノ本拠ヲ云フ（第一條、住民票七条、民法第一
〇二条等）。

(1)、住所カ一定ノ場所ナルカ或ハ一定ノ場所ニ存スル法律關係ナルカハ
學說上多少ノ議論アリ、从國學者中住所ヲ以テ人ト場所トノ間ニ存ス
ル法律關係ナリトスル學者有ラレモ (*Andrijet Beau*) 英國
ノ學者ハ殆ント皆住所ヲ以テ一定ノ地点ナリトス (土方博士及判)
民法ニ所云住所ハ憲法第二五條、刑法一三〇条以下ニテ住所トハ異
リ有形ノ住宅ヲ意味スルモノニハテラザルモ之レヲ人ト土地トノ間ニ
存スル法律關係ナリト云フハ住所ノ觀念ヲ荒蕪タラシムルモノナリ、
人ト土地トノ間ニ緊密ナル關係ノ存スル地與カ住所ナリト解スルヲ正
當トス。

(2)、生老ノ本拠トハ人ノ一徹的生活關係ノ中心タル場所ヲ云フ、尚斷ナ
ク在居スル地與ヲ云フニ非ラス、又時間上最も長ク存在スル場所ヲ云

フニエアラス、其ノ人ノ全收ノ生活状態ヲ客観的ニ觀察シテ其ノ中心ト認メラルヘキ土地ヲ云フ。

我國ニハ戸籍法上本籍及ヒ寄留籍ナレモ一ナリ。併シ此ノ本籍又ハ寄留籍ハ形式的標準即チ届出ニヨリテ定メラルヘキナレハ實際上ノ標準ニヨリ決定セラル、住所トハ必ラスレモ一致スルモノニアラス

但シ旧民法ニ於テハ住所ノ意義ヲ定ムルニ付キテ凶水等火災的標準ヲ難ハレテ現行民法ハ全ク形式的標準ヲ捨テ事實上生活ノ本拠トスル地ヲ以テ住所トスルノ主義ヲ採ル。

本籍及ヒ寄留籍ハ公法上意義アリ、凶水私法上ニ於テハ届出等ニ付テ標準トナル。

二、住所ノ決定ニ定住ノ事實ノ外定住ノ意思ヲ要スト解スルヲ學者尙ノ通説トス學者ノ多數モ *domicile willful* ヲ説キ、
又ノ學者亦然リ、瑞士民法ハ明文ヲ以テ之レヲ規定ス。

凡ソ併テ民法ノ解釈トシテハ少敷説ニ從ヒ定住ノ意思ヲ要セズ、定住ノ事實ノミヲ以テ足ルモノト解セントス、(富井氏説) 蓋シ民法ハ住所

ノ意義ヲ定ムテ生活ノ本拠トスフニ止リ、而シテ生活ノ中心ハ人ノ意思ノミニヨリアハ決定スルモノニアラスシテ其ノ人ノ生活狀態ニヨリア事實上決定セラル、モノナレハナリ。

定住ノ相似タル概念タル定着ト之ヲ比較スルモ兩者共ニ必ク人ノ意思ニヨリ作ラル、モノニアラス、唯人ト土地又ハ人ト物トノ干渉ヲ人ノ意思ニ基キテ作ラル、場合ニ於テノ定住又ハ定着ノ意思ナルモ否キカ標準トナルニスキナルナリ、例ハ定着ニ付キテ云ハハ人カ栽植シタル樹木ニ付キテハ如何ナル意思ヲ以テ栽植シタルカ、定着ニ付キテハ否キテ決定スルノ標準トナルヘキモ自然ニ住ハ居ル樹木ニ付キテ人ノ意思ハ定着ニ係リマ否キニ付キテ標準トシラサルヘシ。

人ト土地トノ干渉ニ付キテモ全權ニシテ幼児、心神喪失者ノ如ク意思欲ヲ備ヘサル者ニ付キテハ單純ニ客観的標準ノミニヨリ住所ノ所在ヲ定ムヘク、之レニ及レテ意思欲ヲ有スルモノニ付キテハ其ノ意思ノ如何ハ定住ノ事實アリキ否キヲ決定スルノ標準タルヘキナリ。

例ハハ就學ノ目的ノタメニ下宿ニ住居セルトキハ其ノ下宿ノ存スル地

点ト其ノ人トノ間ニ生活ノ本拠タルヲ係ヲ決ムヘシマシテハ就テノ目的
トスヲ意思ヲ標準トシテ之レヲ決定スヘキカセシ。

①、元來住所ヲ定メシハ其ノ人ノ利益ノミナラス其人ノ干渉ハル他人ノ
利益ヲモ顧慮シタルモノナレハ其ノ人ノ意思ノミヨリテ定ムルハ其ノ
当トラス、客観的標準ニヨレヘキナリ。

②、我民法カ諸外國ノ法律ト異リ任意住所ト決定住所トノ別ヲ認メサル
矣ニツキ考ヘ見ルモ住所ノ決定ニハ意思ヲ要セサルヲ以テ正当トシ
即チ意思無カブ有セサル者ニ付キテモ住所ヲ認ムルコトヲ得ル。

③、其ノ人ノ意思如何ニヨリ外敵ニ干渉ナク住所ヲ決定スルトキハ其ノ
土地ニ定住スル意思ナクナリタルトキニ於テ住所ハ消失セルモノト云
フハク法律上住所ヲ定メタル主旨ニ反ス。

住所ノ決定ニハ意思ヲ要セサル結果トシテ住所ノ決定ハ固ヨリ一ノ
法律行為ニハアラス、之レヲ以テ一ノ法律行為ナリト解スル説モ亦誤
イレリ、時ニ意思ノ存否ヲ以テ標準トスルコトナレモ意思ノ存在スル
コトハ要件ニハアテラサルカ故ナリ。

住所ノ變更ハ廢止ニ付キテモ其放棄トシテ意思ヲ要スルモ否マノ據
論アリ、コレ等ノ案ニツキテモ意思ヲ要素トヒサレモノト解スルヲ正
當トス。

三、人ハ一何ノ住所ノミヲ有スルコトヲ得ルカ、或ハ同時ニ數何ノ住所ヲ
有スルコトヲ得ルカ、住民ハ明カニ數何ノ住所ヲ認ムルカ（住民七条ニ
視）其ノ他ノ國ノ法律ハ概テ一何ノ住所ノミヲ認ム。

我民法ニ於テ生活ノ本拠ヲ以テ住所トシ人ハ一何ノ住所ノミヲ認ムル
主旨ト解スヘシ、此ノ案ニ付キテハ議論ナシ、若シ數何ノ住所ヲ認ムル
時ハ極メテ複雑ナル法律干渉ヲ生シ法律カ住所ヲ認メタル利益ヲ失フコ
トナレヘシ。

四、住所ノ法律上ノ效果ニ付キテハ民法條則ニハ特別ノ規定ナシ、其ノ重
ナルモノヲ尋ケレハ次ノ如シ。

①、不在者ノ意義ヲ定ムル標準トナリ、（第ニ五条）、從テテ失踪宣告ノ
要件ヲ定ムル標準トナリ。

②、債權承継ノ場所ヲ定ムル標準トナリ、（四八四條）保證人タルノ要

件ハ三アリ。

- (3)、保證人ノ要件ノ(タルコトアリ。(四三〇条)、保證人タルノ要件ハ三アリ。
 - (4)、相続開始ノ場所ヲ定ムル標準タリ。(第九六五条)。
 - (5)、後見特任ノ理由ヲ定ムル一標準タリ。(九〇七条ニ号)。
- 此外民法以外ノ法律ニヨリ住所ノ有スル法律ノ效果ヲニニ例示スレハ訴訟上裁判籍ヲ定ムル標準タルコト(民訴一〇条) 手取干渉ニ於テ主要ナル意義ヲ有スルコト(商法四四二条、四三二条、四七二条、四九〇条)及國際私法上準拠法ヲ定ムル(標準タルコト(法例四九条、九条、一二条、二三条、二七条等)。

五、居所

居所ト住所トノ差異ニツキテハ住所ノ意義ニ于テ學說ノ如何ニヨリテ要ナレ、住所ニツキテ定住ノ意思ヲ要スト説ク者ハコノ意思ナキアテ居所ノ特色トシ、若シ住所ニツキテ意思ヲ要件トセサレトキハ住所ト居所トノ差別ヲ誤スルコトヲ得サルヘント説ク。

又ニ住所ノ意義ニツキテ意思説ヲ採ラサル者ハ固ヨリ意思ノ存否ニヨリテ兩者ヲ區別スルコトヲ得サルヲ以テ人ト土地トノ向ノ客観的干渉ノ深淺ニヨリテ兩者ヲ區別スヘキモノトナス、即チ此ノ説ニ從フ時ハ居所トハ人カ多少ノ時間継続シテ居住スルモ生活ノ本拠トナラサル場所ヲ云フ而シテ其ノ生活ノ本拠トナラサル理由ハ定住ノ意思ナキニヨルコトナキニアラスト云々之レノミヲ以テ理由トスルニアラサルモノトス。

六、居所ト現住所

居住ハ上述ノ如ク多少継続的ナル干渉ヲ要素トスルモ、現住所ハ継続的干渉ノ存在ヲ要セス、例ヘハ下管ハ居所ニシテ宿屋ハ現住所ナルカ如シ、民訴一〇条、一五条ニ現在地ナレヨリ兼テ用テ。

居所ノ法律上ノ效果トシテ民法ノ誤ナルモノニアリ。

(4)、住所ノ知レサル場合ニハ居所ヲ以テ住所ト見做ス(二二条) 住所ノ知レサル場合トハ、住所アルモ知レサル場合ト住所ナキ場合トヲ含ム、而シテ此ノ場合ニ居所ヲ以テ住所ト見做スト云フハ居所カ法定住所ニナルニアラステア住所ニツキテ法律ノ誤メタル上述ノ種類ノ效果

ハ凡テ皆居所ニツキテ之レヲ生スルコトヲ云フ。

(四)、日本ニ住所ヲ有セサル者ハ其日本人タルト外國人タルトア向ハス曰本ニ於ケル居所ヲ以テ其ノ住所ト見做ス、但シ法令ノ異ナル所ニ從ヒ住所地球ニヨルヘキ場合ハ此限ニアラス(民法ニニ条)。

日本ニ住所ヲ有セサルモノニシテ若シ外國ニモ住所ヲ有セサレトキハ前述(民法ニニ条)ノ規定ニヨリテ日本ニ於ケル居所ヲ以テ其ノ住所ト見做スヘキコト明カナリ、故ニ弗ニニ条ノ適用セラル、ハ其ノ有カ外國ニ於テ住所ヲ有シ、日本ニ住所ヲ有スル場合ナラサルヘカラスコレニニ条ニ但肩ヲ設ケタル所以ナリ、

國家私法上住所地ノ法律ニヨルヘキ場合ニ於テハ我カ國ノ住所ヲ以テ住所ト見做スヘカラサルハ吾ヲ俟タサルナリ。

七、假住所

假住所トハ或行為ニツキテ當事者カ選定シタル場所ニシテ其ノ行為ニ干シテハ住所ト全一ノ效果ヲ有スルモノナリ、(併ニ四條)。
例ハハ東京ニ居ル甲カ大阪ニ居ル乙ト一定ノ契約ヲ締結スルニ當リソノ

契約ニテソレヲハ乙カ東京ニ於ケル兩ノ住所ヲ假住所ト選定スルカ如シ、假住所ハ選定ノミニヨリア定ムルモノニシテ當事者カ其ノ場所ニ住居スルコトヲ要スルモノニアラサルカ故ニ固ヨリ生活ノ本拠ニハアラス、只辦理ノ通知ヲ受ケヌハ債務ノ弁済ヲ受ケル場所タル點ニ於テ住所ト全一ノ效果ヲ有スルニキス。

新法決上假住所ト稱スルモノナリ、民訴一四ニ条、刑訴一八條ハ一定ノ場合ニ於テ訴訟當事者カ假住所ヲ選定シテソノ届出ヲナスヘキ旨ヲ定ム、ソノ假住所ノ效果ハ訴訟法上ノ種類ノ送達ニ關スルモノニシテ民法ニ所及假住所トハ其ノ性質ヲ全フスルモノニアラス。

第四款 不在者ノ財産管理

一、民法ハ失踪ト題スル節ノ内ニ於テ不在者ノ財産管理ト失踪宣告トヲ規定ス、乍併失踪宣告ヲ受ケサル不在者ニ付キテハ失踪ナル名ヲ用ヒサル

ア正当ナリト考フルカ故ニ不在ト失踪トア區別シテ述ヘントス。
 不在者即チ従来ノ住所又ハ居所ヲ去リタルモノニ付キテハ二種ノ關係
 ニ於テ法律ノ規定ヲ設ケル必要アリ、其ノ一ハ不在者トナリタル者ノ利
 益ヲ保護スルカタメニ其ノ財産ヲ管理スルコトニシテ他ノ一ハ不在ノ期
 間長キニ亘リ生死不明ナルノミナラス既ニ死亡セルモノト推定シテ其ク
 誤リナキ場合ニ於テ相続人其他利害干係人ノタメニ其ノ不在者ヲ死亡者
 ト定メ法律干係ヲ確定スルコト之レナリ、民法二五乃至二九条ハゴノ第一
 ノ目的ニ出テタル財産管理ニ付スル規定ニシテ三〇乃至三二条ハゴノ所
 ニノ目的ニ出テタル失踪宣告ニ付スル規定ナリ。

二、不在者トハ従来ノ住所又ハ居所ヲ去リタル者ヲ云フ（第二五条）。
 其ノ生死不明ナリヤ否ヤハ之レヲ向ハス、住所又ハ居所ヲ去ルトハ其ノ
 場所ニ生居セサルニ至ルコトヲ云フ、單ニ現在其ノ場所ニ在ラスト云フ
 事實ヲ以テハ足ラス、相当ノ期間尋索セストノ事情アルヲ要スルナリ。

三、不在者ニ付スル民法ノ規定ハ總テ財産管理ニ付ス、從ツテ不在者カ従
 来ノ住所又ハ居所ニ何種ノ財産ヲモ既ニ置カサリシ場合ニハ民法ノ規定

ハ適用ノ余地ナシ、但シ其ノ財産トハ必スシモ積極財産タルヲ要セス、
 債務ヲモ之ヲ包含スルモノナリ、人ハ自ラソノ財産ヲ管理スルコトヲ得
 ル場合ニハ國家ハ曠ノ管理ヲ何人ノ自由ニ任セ敢入ラズ之レニ干渉セス、
 乍併人カ不在者トナリ財産管理人ヲ置カサレカ或ハ財産管理人ヲ置キタ
 ルモ其後管理权ノ消滅其他特別ノ事情ヲ生シタル時ハ國家ハ一面ニハソ
 ノ不在者ノ利益ノタメニ他ノ一面ニハ利害干係人ノ利益ヲ保護シ且ソ
 彼ノ經濟上財産ノ朽腐ヲ防止スルカタメニソノ不在者ノ財産ヲ管理スル
 方法ヲ消ス、コレ民法カ不在者ノ財産管理ニ付キ規定ヲ設ケタル所以ナ
 リ。

四、不在者ニ付キテ財産管理人ノ存セサル場合ニハ裁判所ハ其ノ財産ノ管
 理ニ付キ必要ナル処分ヲ命スルコトヲ得（第二五条）。

(一)、財産管理ニ付キ必要ナル処分トハ或ハソノ財産ヲ親権ニ附シ（例ハ
 ハ債務ノ場キ物ニ付キテ非致五八条）或ハ財産ノ封印ヲ命シ（非致四
 六乃至五四条）等種々ノ方法ヲ包含スルカ管理人ノ選任ヲ以テ最モ
 重要ナルモノトス、ハ非致四六条以下）民法ハ管理人選任ノ場合ノ

ミツキテ規定ヲ改テ。

管理人ハ裁判所之レヲ選任ス、何人ヲ管理人ニ選任スルカハ裁判所ノ自由ニ決定シ得ルカ其ノ選任セラレタル者ハ必スシモ選任ヲ承認スルコトヲ要セス、裁判所ニ辭任ヲ届出ワルコトニヨリテ管理人タル地位ヲ脱スルヲ得（非改四、二頁）

(2)、財産管理人ニ于スル処分ハ裁判所カ職权的ニ之レヲナスモノニハアラスシテ利害干係人又ハ檢事ノ請求アリタルコトヲ要ス、利害干係人トハ不在者ノ財産ヲ保全スルニツキテ法律上正当ナル利益ヲ有スル者ヲス、例ハハ推定相続人、配偶者、主、家族、債権者、共同債務者（例ハハ不在者カ連帶債務者ノ一人ナルトキ）等ノ如シ、單ナル次人隣人ノ如キハ之レヲ含メズ、而シテ之ノ請求者ノ中ニ檢事ヲ加ヘタルハ不在者ノ財産管理カ公益ニ干渉アルコトヲ示スナリ。

(3)、不在者カ財産管理人ヲ置キタル場合ニモ本人ノ不在中管理人ノ权限カ消滅スルカ（二五條一項末文）或ハ不在者ノ生死未明ナラサル時ハ裁判所ハ利害干係人又ハ檢事ノ請求ニヨリ新タル管理人ヲ選任シ

或ハ管理人ヲ改任スルコトヲ得（第二六條）

五、財産管理人ノ法律上ノ性質ハ不在者之レヲ置キタル場合ト裁判所之レヲ選任シタル場合トニヨリテ異レ、前者ハ不在者トノ委任契約ニヨリ財産管理ノ義務ヲ負ヒ其ノ事務處理ノタメニ有スル代理权ハ委任又ハ任意代理权ナリ。

又之裁判所ノ選任シタル管理人ハ本人ノ意思ニ基キソノ权限ヲ取得シ本人トノ契約ニヨリ義務ヲ負フモノニハ非ラサルヲ以テ性質上一種ノ法定代理人ナリ。

管理人ノ权限モ亦上述ニ種ノ管理人ニ付キテ異ル、不在者ノ置キタル管理人ノ权限ハ委任契約ニヨリテ決定サル、コト勿論ナリ、從テ法律ハコノ場合ニ付キテハ唯補充的規定ヲ設ケルニ止メ不在者ノ生死分明ナラサル場合ニ於テ其ノ管理人カ不在者ノ定メ置キタル权限ヲ越スル行為ヲ必要トスル場合ニ於テハ裁判所ノ許可ヲ得テ之レヲナスコトヲ得ルモノトス（第二八條後段）。

裁判所ノ選任シタル管理人ノ权限ハ法律ノ規定ニヨリテ定マル即チ管

理人ハ第一〇五條ニ定メタル权限ノミヲ有スルヲ原則トシ之ニ起スル行
 為ヲ必要トスルトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ得ルモノトス（第
 二八条） 民法一〇三條ハ权限ノ定メナキ代理人ノ有スル权限ニ干スル
 規定ナリ、從ツテ不在者ガ管理人ヲ置キタル場合ニ於テモ其ノ委任契約
 ニ於テ特ニ权限ヲ定メサリレ場合ニ於テハ一〇三條ニ規定スル权限ノミ
 ヲ有スルモノナリ、即チ財産ノ保存行為、物スハ权利ノ性質ヲ受セサル
 範圍内ニ於テ其ノ利用スハ改良ヲ目的トスル行為ノミヲ得ルモノト
 ス。

管理人ノ義務ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ不在者ノ財産ヲ管理スル
 コトヲ其ニ在タルモノトス、コノ責ニ付キテハ民法ハ規定ヲ設ケサレモ委
 任契約ニ基ク管理人人ノ受任者トシテ当然コノ義務ヲ負フヘク（六四四條）
 又裁判所力選任シタル管理人ニ付キテ非訟事件手続法四二條ニ民法
 四四條ヲ準用セルヲ以テ之レ本合一ノ義務ヲ負フコト明クナリ、
 管理人ノ有スルコノ主タル義務ニ從ヒタル義務ハ財産目録調製義務ト
 担保供與ノ義務ナリ、財産目録ノ調製ハ管理人ノ受領シタル財産ヲ明カ

ニシ、管理ノ結果ヲ審查スルコトヲ便ナラシムルモノナルカ故ニ民法ハ
 諸種ノ管理人ニ付キテ之レヲ認ム、不在者ノ財産管理ニ付キテハ選任管
 理人ハ当然ソノ義務ヲ負担スルモ委任管理人人唯不在者ノ生死分明ナラ
 サル場合ニ於テ利益干渉人又ハ檢事ノ請求ニ基キ裁判所カ之レヲ命シタ
 ル場合ニ於テソノコノ義務ヲ負フモノトス（二七条二項）、其目録調製
 ノ方法ニソノキテハ非訟事件手続法五五條以下ニ規定アリ、又其費用ハ不
 在者ノ財産ヲ以テ之レヲ支弁スルモノトス（第二七条一項本文）。

財産ノ管理及ビ返還ニ付キテ担保ヲ供スル義務ハ何レノ管理人モ法律
 上当然之レヲ負担スルモノニテラス、即チ裁判所カ之レヲ命マルコトニ
 ヲリコノ義務ヲ生ス、蓋シ管理人ハ善良ナル管理ノ注意ヲ以テ財産ヲ管
 理スル義務ヲ負ヒ且ツ其ノ管理終了ノ場合不在者又ハ其ノ承継人ニ財産
 ヲ返還スヘキ債務ヲ負フモノナルカ故ニ管理人カ之等ノ義務ヲ怠ルヘキ
 場合危険アルトキハ裁判所ハ其ノ事情ニ應シテ管理人ヲシテ或ハ保證人
 ヲ立ラシメ或ハ抵当权ヲ設定セシムル等相當ナル担保ヲ供セシムルコト
 ヲ得ルモノトシタルナリ（第二九条一項） 民法二九條ノ文字解釈ニヨ

ル七即十他ノ場合ニ於テハ委任管理人ト選任管理人トヲ區別スルニ拘ラ
ズコノ場合ニハ專ニ^カ管理人ト規定スルヲ以テ委任管理人ヲモ包含スルモ
ノト解スルコトヲ理論ト雖モ見テ正当ナリ。
以上述ヘタル諸種ノ義務ノ外裁判所カ不在者ノ財産保存ニ必要ナリト
認メテ管理人ニ命ジタル処分ハ管理人之レヲナスヘキ義務ヲ負フ(二七
条三項)。

管理人ノ有スル権利トシテ民法ノ規定スルモノハ報酬請求権ナリ、而
シテ其報酬権ハ管理人ノ当然之レヲ有スルモノニハアラスレテ裁判所カ
管理人ト不在者トノ關係其他ノ事情ニヨリ相当ノ報酬ヲ与フヘキモノト
ナシタル場合ニ於テ^ノ之レヲ有スルモノナリ、(二九条二項) 例ハ
ハ管理人カ配偶者又ハ親族ナレトモ報酬ヲ与フル必要ナランモ然ラ
ザル場合ニ於テハ之レヲ有スヘキモノナリ、コノコトハ前二九条一項ニ
述ヘタル如ク委任管理人ニモ之レヲ適用スヘキモノナリ。
管理人カ財産管理ノタメニ費用ヲ支出シタルトモハソノ費用カ管理ノ
タメニ必要ト認ムヘキ費用ナルトモハ民法六五〇条及非訟事件手続法第

一三四

四三條ニ依リソノ立替ヘタル費用及ヒソノ支出ノ日以後ニ於ケル利息ノ
償還ヲ請求スルコトヲ得(委任管理人、選任管理人共)、管理人ノ权限ハ
左ノ事由ニヨリ消滅ス。
(一) 本人ノ遺キタル管理人即チ委任管理人ノ权限ハ委任契約終了ニヨリ
ヲ消滅ス、而シテ裁判所ハ不在者カ末日ニ至リ、管理人ヲ置キタルトモ
不在者カ自ラ財産ヲ管理スルコトヲ得ルニ至リタルトモ、不在者ノ死
亡カ分明トナリタルトモ、又ハ不在者カ失踪宣告ヲ受ケタルトモ、以
上ノ四ノ何レカ場合ニ於テ本人、管理人、利害關係人又ハ檢事ノ請求
アリタルトモハ其ノ命令ヲ取消スコトヲ要スルモノトス(非訟五九条
及二五條二項参照)

第五款 失踪宣告

一、失踪宣告

一二五

失踪宣告ハ永年向生死不明ナル不在者ニ對シ利益關係人ノ請求ニヨリ之レヲ死亡者ト見做ス裁判ナリ、不在者ニツキテハ已ニ財産管理ノ例度アルモノノ例度ノミヲ以テシテハ残存配偶者、推定相続人等ノ利益ヲ保護スルニ足ラサレハ民法ハ他法ノ例ニ依ヒ財産管理ノ外ニ失踪宣告ノ例ヲ設ケテアリ、

二、

(1)、失踪宣告ヲ受クヘキモノハ不在者ナルコトヲ要スルヲ原則トス(身ニ口糸)。

失踪宣告ヲ受クヘキモノカ常ニ不在者ナレコトヲ要スルヲ否クニツキテハ即救上多少疑向ナルカ所ニ口糸條一項ノ場合即チ普通ノ場合ニ於テハ之レヲ必要トシ、全条ニ項ノ特別ノ死亡ノ原因タルヘキ危難ノ存在セル場合ニ於テハ必スシモ之レヲ要セザルモノト解スルヲ正当トスヘシ。

(2)、失踪宣告ヲ受クヘキモノ、生死不明ナラザルコト、生死不明ナラストハ徳ヘテノ人ニ對スル關係ニ於テ其ノ生死カ分明

ナラスト云フノ意ニアラスレテ失踪宣告ノ請求者及ヒ裁判所ニ分明ナラサルコトヲ云フ、又分明ナラストハ証拠ニヨリテ死亡セルカ或ハ尚ホ生存セルカヲ決定スルコトヲ得ナレバ又、即チ一取ノ見解ニヨリテハ死亡シタルモノトノ推測ヲ下シ得ヘキ事情アルモノ之レヲ確定スヘキ証拠ナキコトヲ云フ。

(3)、生死不明ノ事實カ決定ノ期向継続セルコト、(1)、普通ノ場合ニハ不在者ノ生死カ七年期間分明ナラザルコトヲ要ス、

コノ七年期間ノ期向ハ生死不明トナリタル時ヨリ起算スヘキモノナリ、例ハハ毎月一回通信ヲナレタル移民者(失踪人)ヲ某月十五日最後ノ音信ヲナシテ後音信不通トナレルトキハ其ノ最後ノ音信アリタル時ヨリ起算スヘキニアラスレテ其翌月末日ニ死亡ノ推測ヲ下スヘクコノ時ヨリ七年期間ヲ起算スヘントナス。

失踪宣告ノ要件タル普通期間ヲ定ムルニフキ我々民法ハ宣告ヲ受クヘキ者ノ年令ニヨラス唯時ノ経過ノミヲ標準トセルカ外國ノ法明ニハ或ハ主トシテ年令ニヨレルモノアリ、或ハ期間ノ経過ヲ主タル

標準トシ年令ヲモ加味セルモノナリ、年令ヲ標準トスルハ死亡ノ
事實カ偶然ノ事情ニヨルコトヲ旨通スルモノニシテ理論上正當ナリ
トスルヲ得ス。

(M)、戦地ニ陥ミタル者ハ沈没シタル船舶中ニアリタル者、其他死亡ノ
原因タルヘキ危難ニ遭遇シタル者ノ生死ヲ戰爭ノ止ミタル後、船舶
ノ沈没シタル後又ハ其ノ他ノ危難ノ去リタル後三年間分明ナラサル
トキハ火跡宣告ヲナスコトヲ得、蓋シ戰爭船舶沈没、地震、火災等
ノ事災ニ遭遇シタル者ニワキテハ死亡ヲ推測スヘキ比較的致カ理由
アルヲ以テナリ。

戦地ニ陥ミタル者ニワキテ戰トハ單ニ國際法上ノ所云戰爭ノミヲ
意味セス不ク内乱ヲ含ム、戦ニ陥ミタル者トハ軍人軍屬ノミナラス
誰ニテモ戦地ニ陥ミタル者ヲ云フ、但シ其ノ地位住者其他偶然戦地
ニ入りタル者ハ之レヲ含マス、又ハ出征途上ニアリシモノハコノ内
ニ含マス、戰爭ノ止ミタル後トハ戰爭全般ノ終リタルコトニテ何々
ノ戦場ノ止ミタル時ヨリ起算スヘキニアラス、又戰爭ノ止ミタルマ

否々ハ事實問題ニ屬ス平和條約締結ト千係ナレ。

船舶失蹤ニ付キテハ故長一ニ條ノ如ク細密ナル規定ナレ、但シ難

舶トハ商法五三八條ニ規定スルヲ如ク狭義ノモノニアラスシテ広ク

救法ニ所云航行具ヲ意味ス。

(N)、利害千係人ノ請求アルコトヲ要ス、(第三七條)

利害千係人トハ火跡宣告ニ付キテ法律上ノ利害千係ヲ有スル者ヲ云

フ、コノ場合宣告請求者ノ内ニ檢事ヲ加ヘサルハ火跡宣告ノ制度カ既

偶者相徒人其ノ他ノ利害千係人ヲ保護スルコトヲ以テ其ノ主タル目的

トスルカ故ナリ、而シテ利害千係人ノ請求アリ、且ツ宣告當時七年又

ハ三年ノ期間ヲ経過セルトキハ裁判所ハ宣告ヲナスコトヲ要スト解ス。

(O)、裁判所ハ公衆宣告ヲナスコトヲ要ス(人新七〇條)。

M。公衆宣告ト稱スルハ平統或カ不明ナル事實ヲ分明ナラシムルタメニ

其ノ事案一ツキテ證據ヲ有スル者ニ對シテ中立ヲナスヘキ旨ヲ一徹ニ

他告スル平統ニシテコノ場合ニハ不在者及ヒ不在者ノ生死ヲ知ルモノ

對シテ普通大ケ何ノ期間内ニ其ノ生存セルコトヲ届出ツヘキコトヲ他告

スルモノナリ、而シテコノ期間内ニ何等ノ届出ナキ時ニ始メテ宣告ヲ
ナスハキモトス。

三、失踪ノ宣告ノ效力、

(1)、失踪宣告ヲ受ケタルモノハ失踪期間ノ満了ノ時ニ死亡シタルモノト
見做ス。(第一三一条)。

此ノ規定ニヨリ我カ民法カ失踪宣告ノ效力ヲ單純ナル死亡ノ推定ニ
止メスシテ反証ヲ許サ、ルヲ知ル。失踪宣告ノ取消アルニアラサレハ
当然死亡ノ事實アリタルト全一ノ效果ヲ発生セシムル主義ヲ採リタル
コト明カナリ(民法第三二条ニヨレハ死亡ト推定スルハ見做スコト
ナク、例ハハ只相続人ヲシテ財産保護上有リナシムルニスルニスルニ
依リ該人死亡ト推定スルニ止マルカ故ニ反証ニヨリ其ノ效果ヲ覆シ
得ヘク失踪宣告ノ取消ヲ要セス)。

(2)、失踪者ハ何時ニ於テ死亡シタルモノト看做サルカ、コノ点ニ關シ
テハ從來ニ主義アリキ宣告ノ日又ハ宣告確定ノ日ヲ死亡ノ時期トナス
モノ、最近ノ首倡ノ時ヲ死亡ノ時期トナスモノ及ヒ法定期間満了ノ日ヲ

以テ死亡ノ時期トナスモノトアリシヤ我カ民法ハコノ最近ノ主義ニ従フ。
第一ノ主義ハ請求者ノ意思又ハ裁判手続ノ遲延ニヨリ死亡ノ時期左
右ニアル、ヲ以テ實際上不当ノ結果ヲ生スヘク第一ノ主義ハ法定期間
經過ヲ必要トシタル主旨ニ又スルカ故ニ理論上採ルヘカラス、之我民
法カ第一ノ主義ヲ採レル所以ナリ。

(3)、失踪者ハ如何ナル範圍ニ於テ死亡シタルモノト見做サルカ、第一
條ハ本ク死亡シタル者ト見做スト云ヒ何等ノ制限ヲモ認メサルカ故ニ
私法上ノ關係ニ於テハ一概ニ死亡者ト見做スヘキカ如キカ、コノ見解
ヲ採ル者モ之ナキニアラサルモノニシテ權利能力ヲ有セサル者アル
ハカヲサルノヒナラス、第二ニ條ニヨレハ失踪宣告ヲ受ケタル者ハ失
踪者トモ宣告ノ取消ヲナシ得ルモノトセルカ故ニ絶対ニ死亡者トナス
ノ趣旨ナリト稱スヘカラス、故ニ失踪宣告ヲ受ケタルノ法律ノ目的ニ
ヨリ其ノ效力ヲ制限シ、又失踪者ノ從來ノ住所又ハ居所ニ於ケル法律
ノ條ヲ確定スル目的ノ範圍内ニ於テノ死亡者ト見做スヘキナリ、從
ツテ例ハハ失踪者カ將來其宣告後新ニ契約ヲ締結シ或ハ不法行為ヲナ

レタル行為ト解スヘカラサルナリ。

唯從來ノ法律關係ニツキテハ徳ヘテ死亡者ト見做サル、カ故ニ失踪者
カ産主ナルトキハ家督相続、家法ナルトキハ遺産相続開始スヘク、火
疎者ノ親族ノ承継消滅シ婚姻ハ解消スルカ故ニ殘存配偶者ハ再婚ヲナス
ヲ得ヘク、遺言、生命保險ノ如キモ其ノ效力ヲ生スルモノトス。

四、失踪宣告ノ取消

(1) 失踪宣告ハ失踪者ノ生存スルト又ハ異リタル時期ニ於テ死亡シ
ルコトノ証明アリタルトキハ本人又ハ利害干渉人ノ請求ニヨリ裁判之
レヲ取消スヘキモノトス。(第三條) 裁判官ハ如ク失踪宣告ヲ以
テ死亡ノ單純ナル推定ニ止メスレテ及証ヲ許サハルモノニ在リテハ其
ノ取消シヲ認ムル必要アルコト明カナリ。

(2) 失踪宣告取消シノ效果ハ逆及效ヲ有シ嘗テ失踪宣告ナカリシト全一
ノ法律效果ヲ生スルヲ原則トス、故テ例ヘハ失踪者ノ遺存生存セル
場合ニハ其ノ家族關係及親族干渉ヲ恢復スヘク失踪宣告ノ效果相續其
他ノ原因ニヨリ財産ヲ取得シタルモノハ之レヲ返還スルコトヲ要ス。

(3) 宣告取消ノ效果ハ逆及效ヲ有スルヲ原則トストモ若シコノ原則ヲ

貫徹スルニ於テハ相続人、殘存配偶者等ハ安シクテ法律行為ヲ
ナスコトヲ得ス、失踪宣告制度ヲ設ケタル趣旨ノ大旨ハ没却セラルヘ
キヲ以テ民法ハコノ原則ニ對シテニツノ重要ナル例外ヲ認メタリ。

(4) 失踪宣告ノ後其ノ取消前ニ善意ヲ以テナシタル行爲ハ失踪宣告ノ
取消アルモノノ效力ヲ及セズ(第三條一項但書)

此ノ規定ニヨリテ效力ヲ維持スヘキ法律行為ハ失踪宣告後ニナサ
レタルコトヲ要シ、仮令死亡時間ト見做サル、時期以後ニナサル、
ル宣告前ニ於テナシタルモノハ之レヲ包含セズ、又其ノ法律行為
カ双方行為(契約其ノ他)ナルトキハ當事者ノ双方共善意ナルコト
即チ失踪宣告ノ善意ニ及セルコトヲ知ラズシテ其ノ行為ヲナセルコ
トヲ要ス。

(5) 失踪宣告ニヨリテ財産ヲ得タル者ハ其ノ取消ニヨリテ権利ヲ失フ
モ現ニ利益ヲ得タル程度ニ於テノミソノ財産ヲ返還スル義務ヲ負フ
(第三條一項)。

此ノ規定アルカクニ相統人ハ其ノ財産ヲ処分シ、消費シタル場
合ニ於テモ現存利益ヲ返還スルヲ以テ足り、供フテ不測ノ後等ヲ業
ル莫クナリ、失踪宣告ニ依リテ財産ヲ得タルモノトハ失踪宣告ノ
直接ノ結果財産ヲ取得シタル者ヲ云ヒ、宣告ノ間接ノ原因トシテ財
産ヲ取得セシ場合ヲ包含セズ此ノ場合ハ(1)、即チ三ニ条一項但唇ヲ
適用シ其ノ善意ナルトキハ返還義務ヲ負ハス、悪意ナルトキハ之ヲ
負フ、現ニ利益ヲ受クル限度ノ意義ニ付キテハ多少ノ議論アルカ
一ニ一條及ヒ第一九一條ニ於ケルト全シテ第七〇ニ條ニ於テ利益ヲ
有スル限度ト云フト意義ヲ異ニセサルモノト解スヘシ、詳細ハ第一
二条ヲ述フル時ニ譲ル。

一三四

第三節 法人

第一款 法人ノ本質

一、法人ノ由来

法人トハ自然人ニアラスレテ権利ノ主体タルモノヲ云フ。
自然人以外ニ権利主体ヲ認ムルハ一面ニ於テハ之レヲ認ムル社会ノ需
要ニ基クモノニシテ他ノ一面ニ於テハ社会組織ノ單位カ必スシモ各個人ノ
個人ニ限ラス、何人以外ノ諸種ノ団体ノ如キモ社会組織ノ單位ナリ、社
会ノ主体タル社会的事業ニ根據ヲ有スルモノナリ、法人ヲ認ムル社会の
需要ノ存在スルコトハ多ク云ハズシテ明ナリ、概ノ千餘ニ於テモ條ノ
千餘ニ於テモ各個人ノ力ト生命トハ狭ク限ラレタルモノニシテア爾々永
的ナル目的ヲ達セザルニ至ラズシテ永久的ナル事業ハ比較的大ナル規模ヲ有シ永久的
ナル目的ヲ有スル事業ヲ行フニ付キテハ狭クヘカラサルコトナリ、コノ
法人ヲ認ムル社会ノ需要ハ古ニ於テモ全然存在セザリシニハアラサレト
モ商工業飛進シ文明進歩スルニ於テコノ需要ノ益々大トナリシハ歴史上
概通スヘカラサレ事業ニ屬ス。
法律ノミニ付キテ之レヲ觀察スルモ百十余年前从國民法制定當時ニハ
此ノ需要大ナラザリシモノト見エ、从民法ニハ全然法人ニ于スル規定ナ

一三五

レ、民法々系ノ民法亦然リ、民法カコノ尖ニ干シテ詳細ナル規定ヲ致クニ至ニ至リシハ、一九世紀商工業ノ偉大ナル發展ニヨル我ク民法ヲ主トシテ民法改テ模範トシテ法人及会社ニ干スル規定ヲ致ケテヨリ稍々大規模ナル公益事業及ヒ營業カ法人組織ニヨリ行ハレワ、アルコトハ顯著ナル事類ナリ。

二、法人ノ権利能力ハ法律ニ基クモノナリ。

然レシレテ理由トシテ法人ノ権利主体タルハ自然人ノ権利主体タルトソノ法律上ノ理由ヲ異ニスルモノト解スヘカラス、已ニ述ヘタル如ク自然ノ権利主体タルコトモ亦法律ニ基クモノニシテ嘗テ自然人ニシテ権利主体タラサルモノ即チ奴隷ヲ買メタルコトアルニ徴スルモ人尚ナルカ故ニ法律上当然權利主体タルニアラサルコトヲ見ルニ知ル。

三、法律ハ何カ故ニ自然人以外ノ者ニ對シテ權利能力ヲ認メタルカ是レ所謂法人本質論ノ問題トスル所ニシテ其ノ本質ノ如何ニ次定セラル、カニヨリテ法人ノ行為能力、理事ノ性質ノ精向題カ次定セラルハ其モノナルヲ以テ今簡單ニ之等ノ字說ヲ現ハントス。

一、擬制說

此ノ說ハ自然人ノミカ法律上權利主体タルヘキモノトシテ法人ヲ權利主体トナスハ自然人ニ擬シテ國體又ハ財産ヲ人格アルモノト仮定セルニ趣キナルモトス (施博士、民法原理一六四頁、土方博士) (Admiralty, Puchta, Windscheid 諸氏)。
コノ說ニ對シテハ、數号ノ非難ヲ加フルヲ得レトモ其ノ最モ重要ナルモノヲ挙ケレハ法律カ何人ノタメニノミ存在シ、何人ノミカ權利主体ナリト云フ前提ヲ取り置ク何人ノ自然意思以外ニ何人ノ意思ニヨリテ組織サル可キ社会意思ノ存在ヲ否認スル莫ニアリ。

二、法人否認說

法人否認說ハ之レヲ細別スルニ (一) 目的財產說 (二) 法人本質論 (三) 法人否認說 (四) 法人否認說 (五) 法人否認說
Beckmann 諸氏 (一) 即チ特定ノ目的ニ屬スル財產ヲ以テ法人ノ財產ヲ以テ法人ノ財產ナリトスル說 (二) 享益者主体說即チ利益ヲ享有スル者ヲ以テ主体ナリトスル說 (三) 管理者主体說 即チ管理者ヲ以テ法人財產ノ主体ナリトスル說、以上三種アルモ何レモ法律上明白ニ否

人ト云フ権利主体ヲ認ムル我カ民法上ノ解衆ニフキテ採ルヘカラサル
ハ明カナリ。

(三) 法人實在説

法人ノ実体ハ法ノ仮設ニタルモノニアラスシテ権利能力ヲ認ムヘキ
実体カ現ニ存在スルモノトスル學說ニシテ更ラニ之レヲ分テ有機体
説及ヒ組織體説トナスコトヲ得。

(1) 有機體説

法人ノ実体ヲ以テ社会的有機體ナリトシ、社団ニマリテハ社員ノ
總意ニヨリテ統括ヒラル、社会的有機體、財団ニアリアハ總統的ニ
存在スル設立者ノ意思ニ基キテ活動スル社会的有機體ナリ、即チ具
体的ニ存在スルカ故ニ法律ハ之レヲ以テ権利主体トナスモノナリト
ス (仁井田氏法學ニ文卷一ニ号及ニ七卷一号、美濃部氏日本行政
法日着)

法人ノ人格ハ擬制ニ基クモノニアラスシテ人格ヲ認ムヘキ社会的
現象ノ存在スルコトヲ理論上及正史上説明シタルハゴノ説ノ大ナル

效果のルカソノ社会的現象ヲ説明スルニソキテ有機體ナル觀念ヲ認
メ自然人と比較シテ有機體ト類似セル實アルヲ指サスルニ勉メタル
ハ無用ニシテ寧ロ有害ナリ、自然人カ権利主体タルハソノ有機體タ
ルニヨルニアラスシテ又有機體ニシテ権利主体タラサルモノ要々コ
レアルカ故ニ法人ノ實在ナルコトヲ説明セシカタメニ有機體タルコ
トヲ説クハ全く無用ナリトス。

(四) 組織體説

法人ノ実体ハ有機體ニハアラスレトモ権利主体ノ基礎タレ可キ組
織カ觀念上存在スルモノナリトス、ソノ組織ノ何物ナルヲニ付キテ
ハ共同ノ目的ヲ達スル組織ナリトシ、或ハ共同ノ意思ヲ発表シ得ル
組織ナリトスルモノアルカゴノ説ハ近時ニ於ケル多數ノ學者ノ採ル
所ト認メテ可ナリ (Ammeleer und Demkany
諸氏)

我カ民法ノ解衆トシテ以上數説中何レニヨルヘキカハ頗ル重要ナ
ル問題ナルカ民法ハ明クマ以此ノ問題ヲ決セサルノミナラス、如

斯向題ハソノ性質上法典ニヨリテ決定スヘキモノニテラサルカ故ニ
 権利及ヒ権利主体ノ本項ニ基キテ理論上之レヲ決定セサル可カラハ
 或ハ民法第三三條、四三條、四四條ヲ根拠トシテ我カ民法カ擬制説
 フ採ルモノナリト論スル学者アルモ之等ノ規定ハ何等ノ學說ヲ採ル
 モノナリト論スル学者アルモ之レ并ノ規定ハ何等ノ學說ヲ採ルモノ
 容及ヒ其ノ存在ノ理由ヲ説明シ得ヘキモノナルカ故ニ擬制説ノ根拠
 トスル人不当ナルコト後ニ述フルカ如シ。

我カ民法ニ件キテ法人ノ本質ヲ論スル学者或ハ法人ノ人格カ自然
 人ノ人格ト全ク法律ノ規定ニヨルモノナリト云フヲ以テ是レリト
 レ其ノ人格ヲ認メテラタル法人ノ実体ニワキテ研究スルハ法律上乘
 用ノ研究ナリトス、然レトモ法人ノ人格カ法律ニ基クモノナリト云
 フコトノミヲ以テテラハ法律カ之レニ人格ヲ認ムルニワキテ正當ナ
 ル理由アリヤ否ヤ、権利及権利主体ノ概念ニ齟齬スルコトナキヤ
 否ヤヲ明ニシ得サルノミナラス、已ニ述ヘタル如ク單ニ法律ノ規定
 ニ基クモノナルコトノミヲ以テテラハ法人ノ行為能力、不行為能力

等ノ向題ヲ決定スルコトヲ得サル可シ

権利及ヒ権利主体ノ概念ヨリ法人ノ権利主体タルヘキ本質ヲ具
 ルヤ否ヤヲ考究スルニ権利ハ既ニ述ヘタルカ如ク一定ノ利益ヲ享受
 シ得ヤキ法律上ノ力ナレハ其ノ権利ノ主体タルモノハ利益ヲ享受シ
 得ルニ適スル統一性タルコトヲ要スルモノト云ハサル可カラス、而
 シテ自然人ハ自然的統一性ナルカ故ニ其ノ統一性ヲ具スルモノハ
 其ノ之ヲ分解シテ統一性ヲ理由ヲ説明スル必要ナリト云フモ法人ハ当然
 統一性ニハテラサルカ故ニソノ組織ヲ分解シテ統一性タル要素ヲ具
 ルヤ否ヤヲ考究セサル可カラス、而シテ若シ統一性タル要素ヲ具
 サルトキハ仮令其ノ人格ハ法律ニヨリテ認メテラタルニモセテ、法
 律ノコレヲ認メタルハ理論ニ及ンズルモノト云フ可ク、若シ統一性
 タル要素ヲ具フルナラハ法律カソノ権利主体タルコトヲ認メタルノ
 理論ニ適スルモノト云フヘキナリ。

今我カ民法ノ認メタル各種ノ法人ニワキテ之レヲ研究スルニ所謂
 相統法人ノ如ク稱ナル例外ナキニテラスト云フモ夫レ以外ノ法人ハ社

団財団共ニ定款又ハ寄附行為ニヨリテ一定ノ目的ノ下ニ一定ノ財
 産ヲ供シソノ目的ヲ遂行スルニ足ル可キ意思組織ヲ定メラル、モノ
 ナリ、目的、財産、法人等ノ雜然タル集合ニハアテサルヲ以テ定款
 又ハ寄附行為ニ表ハレタル目的及ヒ意思組織ニヨリア統一セラル、
 統一存存在シ之ニ對シテ法律ハ人格ヲ付スルモノト解スヘキナリ、
 要之我民法ノ解承トシテモ組織體視ヲ正當ト信スルモノニシテ而
 シテソノ組織如何ト云フニ共同ノ目的ノ為メニ其ノ目的ヲ遂行スヘ
 キ意思組織ナリト答ヘントス。

第二款 法人ノ権利能力ノ始期、終期、及範圍

一、法人ノ権利能力ノ始期

法人ハ一般ノ権利能力ヲ有スル理由ニ基キテハ前款既ニ之レヲ述ヘタリ
 ソノ権利能力ノ始期ハ各種ノ法人ニヨリテ異ル、公法法人ニ付キテハ主
 務官庁ノ許可アリタルトキナリ(三四条) 会社ニ付キテハ或ハ定款作

成終了ノ時(商四九条) 或ハ株式全部ノ引受アリタル時(商一ニニ条
) 或ハ又創立總會終結ノ時(定三九条)ナリ、而シテ法人ノ設立サレタ
 ルトトハ之レヲ一般ノ人ニ公示スル必要アルヲ以テ民法ハ設立登記ノ完了
 スル迄ソノ設立ヲ以テ他人ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス。(四五条
 二項)

ル。

二、法人ノ特別ノ権利能力ニハ次ノ如キ制限アリ

一、法人ノ性質ヨリ生スル制限

法人美在税ヲ採ルモ法人ハ固ヨリ肉體、生命ヲ具ヘタルモノニハ非サ
 ルカ故ニ之レヲ前提トスル權利ハ法人ニ之レヲ享有スルコトヲ得ス、而
 民五ニ条ハ此点ヲ明カニス、從フテ例ハハ身體權、生命權、身體的自
 由ニ關スル自由權、親族權ノ如キ之ヲ享有スルコトヲ得ス、相続權ニ
 付キテハ家督相続權ハソノ性質上法人ニ之ヲ享有シ得サルコト明カナリ、
 遺產相續權ハ財產ノミヲ相續スル權利ナル故ニ之レハ性質上法人ノ享

有し得サルモノニ非ラサルカ我民法ハ遺產相繼人タルヘキモノヲ法律
上限定シ指矢(遺言ニヨリ)選定(親族會議ニヨリ)ニヨル遺產相繼
人ヲ認メサルカ故ニ法人ハ包括受遺者(一〇九ニ條)タルコトアル
ニ止リ遺產相繼人タルコト無キモノト云ハサル可カラズ

法人カ名譽權ヲ有スルカ否カニ付キテハ要久議論アルカ、名譽トハ
一種ノ感情ニハテラスシテ社会的地位ナリト解スルヲ以テ正当ナリト
考フレカ故ニ法人亦之ヲ享有シ得ヘキモノナリト信ス

法人カ社員權ヲ享有シ得ルヤ否カニ付キテモ亦議論アリ、然レトモ苟
モ其ノ法人ノ設立目的ニ必要スハ利益ナル範圍内ニ於テハ他ノ法人ノ
社員タルコトヲ得タルモノタルト解スルヲ正当トス、(大正二年二月
五日大審院判決)

(2) 法人ノ目的ニヨル制限

法人ハ法令ノ規定ニ從ヒ定數スハ併解行為ニヨリテ定マリタル目的
ノ範圍内ニ於テ權利ヲ有シ義務ヲ負フ、(四二條)
蓋シ法人ハ一定ノ目的ヲ遂行スルタメニ存在スル體一體ナレハ其ノ

(3) 外國法人ノ權利能力ニ付キテハ俄ニ速ク可シ(第三六條二項)

目的以外ノ事項ニ付キテ權利能力ヲ有セズ、從ツテ又其ノ目的ノ範圍
外ノ行為ヲナセルトキハソノ行為ハ法人ニ對シテハ無効ナリト云ハカ
ルヘカラス、一定ノ行為カ法人ノ目的ノ範圍外ナリト否ヤハ之レヲ決
定スルコト往々困難ナリ、然レテ一決ノ學者反判例ハ(明治三六年一
月十九日大審院判決大正元年九月二十五日大審院判決)ハ法人ノ目的
ヲ遂行スルニ必要ナル行為ノミヲ以テ目的ノ範圍内ノ行為トセルカ稍
狭キニ決スルモノナリ、必要ナル行為ノ外ソノ目的ヲ遂行スルニ於テ
有益ナル行為ヲモ包含スルモノト解スルヲ以テ正当トス

第三款 法人ノ行為能力及ヒ不法行為能力

一、法人ノ行為能力

法人ノ行為能力ヲ有スルヤ否ヤノ向類ハ自然人ノ行為能力ヲ有スルヤ
否ヤノ向類ト其ノ意義ヲ異ニス、自然人ノ行為能力ヲ有スルヤ否ヤノ向

應ハ自然ノナレタル行為カ法律上完全ニ有效ナリヤ否ヤノ問題ナルカ
法人カ行為能カヲ有スルヤ否ヤノ問題ハ法人ノナレタル行為カ完全ニ有
效ナリヤ否ヤノ問題ニアラスンテ法人ノ行為ナルモノアリ得ルヤノ問題

法人ノ性質ヨリコノ問題ヲ考フルニ擬制説ヲ採ル者ハ法人ニハ意思ヲ
有ラズテ其ノ行為ナルモノアル可カラサルモノトシ、有體體説ヲ採ル者
ハ法人モ亦有機的意識ヲ有スルカ故ニ意思能カヲ具ヘ行為能カヲ具ソテ
之レヲ有スルモノトス、余ハ有機體説ヲ採ラサルモ組織體説ヲ採リ法人
ニハ既ニ其ノ法人ノ意思ヲ組織以ヘキ意思組織ノ備ハレルモノト解スル
カ故ニ法人ニ亦行為能カヲ有スルモノト解ス、

我民法ノ規定ヨリ此ノ問題ヲ解スルニ民法ハ明カニコノ問題ヲ決ス可
キ規定ヲ設ケサルモ第四四條ニ理事其ノ他ノ代理人ト規定シ理事ヲ以テ
代理人トナスカ故ニ一徹ノ學者ハ理論上法人ノ行為能カヲ認ムルコトヲ
得ルモ我民法ノ解釈上之レヲ認ムルコトヲ得サルモノトスハ仁井田教授
ニヒテ一考シ、若シ代理人ノ行為ハ本人ニツキテ法律上ノ效果ヲ及ホス

ニ止リ、代理人ノ行為カ本人ノ行為トナルモノニアラサルカ故ナリ、然
レトモ第四四條ハ法人ノ不法行為ニ對スル責任ヲ規定シタルニ止マルモ
ノニシテ其ノ「理事其ノ他ノ代理人」ト云ハル字句ヲ補ヘテ理事ノ本質
ヲ決定シテ法人ノ性質ヲ決定シタルモノト解スルコトヲ得ス、
理事ハ法人ノタメニ法律行為ノミヲナス权限ヲ有スルモノニアラスン
テ社員名簿ノ作成、財産目録作成等事實上ノ行為ヲナス权限ヲ有スル
コト法律ノ明カニ規定スル処ナリ、即チ法律行為タルト專斷行為タルト
ヲ向ハス法人ノ事務ニツキテ凡テ法人ヲ代表スルモノナリ、(五一條、五
三條)

然ルニ代理人ナルモノハ意思表示、法律行為ノミニ關スルモノナルコ
ト明カナルカ故ニ民法ノ規定ヨリ之ヲモ理事カ代理人タル地位ノミヲ有
スルニ止マルモノト解スヘキニ非ス、又理事カ法人ノタメニ意思表示ヲ
ナシ又ハ之レヲ受クルニ當リテ代理ノ規定ニ從フコトヲ明カニセシカダ
メニ理事カ代理人ト云ヒタルニ違ヤサルナリ、
斯ノ如ク我カ民法ノ規定ヨリ論スルモ理事ハ代理人タル地位ノミヲ有

スレモノニアラスンテ法人ノ機關タル地位ヲ有スルモノト解ス可キカ故ニ我民法ノ解法上法人ニ行為能力アリトナスニ付キテ理事ヲ代理人トナシタルコトハ何等妙ケトナラザルモノト解ス可キナリ。

二、法人ノ不法行為能力

法人カ不法行為能力ヲ有スルヤ否ヤニ付キテモ學說頗ル議論アリ。擬剛説ヲ採ル者ハ固ヨリコノ能力ヲ認メサルカ實在説者モ不法行為ヲナスコトハ法人ノ目的ノ範圍内ニ屬スルコトアル可カラストナシ此ノ能力ヲ認メサルモノナキニアラス。然レトモ既述ノ如ク目的ノ範圍内ニ屬スル行為トハ法人ノ目的ヲ遂行スルニ必要欠ク可カラサル行為ノミヲ云フニアラスレテ之レト。畢竟タル行為ヲモ包含スルモノナルカ故ニ法人ノ範圍ハ法人ノ目的ヲ遂行スルニ必要又ハ有益ナル行為ヲオスニ付キテ他人ノ損害ヲ加ヘタル場合ニハ其ノ範圍ノ行為ハ法人ニ利益ヲ齎ス一面ニ於テノ不法行為ノ行為タルニアラスンテ他人ニ損害ヲ加ヘ延テ法人ニ損害ヲ及ホス他ノ一面ニ於テモ亦法人ノ行為タルモノト云ハサルヘカラス。法人カ不法行為能力ヲ有スルヤ否ヤノ問題ハ學問上ノ問題トシテハ與

味アル問題ナルカ實際上ノ問題トシテハ民法カ第四四條ヲ以テ之レヲ決定セルカ故ニ多ク研究ノ価値ナン、唯若シ理論上法人ノ不法行為能力ヲ認め可シトスフ見解ヲ採ル時ハ、コノ民法ノ規定カ單ニ實際ノ便宜ノミニ付キテ設ケラレタルモノニアラスンテ理論上當然ノ規定トナルヘク、又解法ニ付キテモ理論上法人ノ不法行為カ如何ナル場合ニ於テ成立スルカヲ解法ノ標準トナスヘキナリ。

民法四四條一項ニヨレハ法人ハ理事其ノ他ノ代理人カ其職務ヲ行フニ付キテ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ズ、從ワテ法人ノ責任ヲ生スルカタメニ次ノ三何ノ要件ヲ具フルコトヲ要ス。

(一) 法人ノ理事其他ノ代理人カソノ行為ヲナセルコトヲ要ス

理事ハ法人ノ常置必須ノ機關ナリ、畢竟行為タルト法律行為タルトフ向ハス、凡テ法人ノ事務ニ付キテ之レヲ代理スルモノナルカ故ニソノナシタル行為ニ付キテ法人カ責ニ任ズルハ固ヨリ正当ナリ。

理事以外ノ代理人ノ意義ニ付キテハ解法上重大ノ疑問アリテ意思表不ニ付キテ法人ヲ代理スル权限ヲ有スルモノハ法人直接ノ機關ニ非ズ

シテ理事ニヨリテ委任セラレタル者ニモ之レヲ包含スルモノト解ス
ル等者之レナキニアラヌ、

然レトモ代理ハ法律行為ノミニ付キテ存在シ、不法行為ニ付キテハ
代理ナルモノアル可カラサルカ故ニ法律行為ニ付キテ法人ヲ代理スル
权限ヲ有スルモノノナレタル不法行為ニ於テ法人カ当然ソノ責任ス
ルノ理由之レナシ、然レテモ、其ノ他ノ代理人ト云フハ依理事、特
別代理人ノ如ク法人直接ノ機干タルモノ、ミテ云ヒ、理事ノ委任レタ
ル代理人ノ如キハ之レヲ包含セザルモノト解スルア正當ナリト考フ。
或ハ曰ク第四四條ノ規定ハ理論上当然ノ規定ニハヤラスシテ理事其
他ノ代理人ノ行為ハ法人ニ利益ヲ齎スコトアルカ故ソノ何々不利益ヲ
與フル場合ニ於テモ法人ヲシテソノ責任ニ付キテハ之レヲ解スルコト衡平ノ原則ニ
適スルノミナラス法人ハ理事其ノ他ノ代理人ニ對シテ無償ノ資力ヲ有
スルコト多キヲ以テ被侵害者保護ノ意ヨリ又ソノ其ノ資カアル法人ヲシ
テソノ責任ニ付キテシムルヲ便利トスヘク、加之ナラス法人ヲシテ重大ナ
ル責任ヲ負ヘシムルハ其ノ信用ヲ辱カシムル所以ナレテ以テ法人ノ

ノモノニ取リアモ却テ利益トスル所ナリ、而シテ之等ノ理由ニ基キテ
改テアレタルコトノ規定ハ之レゾ委任代理人ニ適用スルモ何事ノ不都合
コレナシト或ハ曰ハシ、

然レトモ之等ノ理由ハソノ委任代理人カ法人ノ委任代理人タル場合
ニ於テノト有スルモノニアラス、而シテ自然人ノ委任代理人カ他人ニ
損害ヲ加ヘタル場合ニ於テハ其ノ本人ト代理ハトノ間ニ委任監督ヲナ
シ得ヘキ使用干係存在スル場合ニ於テノミ本人ニ責任アリ、且ソノ
委任監督ニ付キテハ本人ニ何等ノ過失ナキトキハ本人ノ責任ヲ負ハサ
ルモノナルカ故ニ法人ノ委任代理人カ他人ニ損害ヲ與ヘタル場合ニ於
テモ亦同一ノ要件ノ下ニ責任ヲ負担スルヲ以テ十分ナリト云ハサル可
カラヌ、

換言スレハ不法行為ニ對スル法人ノ責任ニ付キテハ民七一五條、四
四條ニ適用アルモノニシテ第七一五條ニ於テハ本人ニ過失ナカリシ
コトノ証明ヲ許スニ及シ第四四條ニ於テハコノ所稱免責規定ヲ置カサ
レハ七一五條ハ法人ノ使用スル者ノ行為ニカ、リ即干係人自身ノ行為

ニアラサルニ及シ、四四条ハ法ハ自身ノ行為ト認ム可キモノナルカ故ナリ、而シテ委任代理人カ其ノ何レニ属ス可キカハ多ク及ハズシテ明カナラン、直接ノ機干ニハアラズシテ理事ノ選任シタル者即チ採用者ナレハ七一五条ヲ適用ス可キモノナリ、(大正五年十二月二十七日
東京控訴院判決)

更ニ一歩ヲ進メテ論スレハ法律行為ニ付キ代理権ヲ有セサル者トモ法人ノ専断上ノ事務ヲ行フ法人直接ノ機干ニソキテハソノナシタル行為ニ就キテハ第四四条ヲ適用スルヲ正当ト信ス、例ハ法人ノ定款ヲ以テ社員名簿、財産目録ヲ作成スヘキ書記ヲ定メタル場合ニ於テハソノ書記ハ外部ニ對シテ法人ヲ代理スルノ限ヲ有セザレトモ法人ノ事務ヲ司ル可キ直接ノ機干ナレハソノ財産目録ニ誤リタル記載ヲナレ之ニヨリア他人ニ損害ヲ加ヘタル時ハソノ責任ニ任ス可キ也

(2) 理事其他ノ代理人カ其ノ職務ヲ行フニソキナシタル加害行為ナルコトヲ要セス、
職務ヲ行フニソキナシトハ「職務ヲ行フニ際シ」ト異ルハ疑フ概レサ

ル所ナリ、即之等ノモノカ職務執行ノ際偶然他人ト衝突シテ損害ヲ加フルモ法人ニハ責任ナシ、然レ他ノ一面ニ於テハ他人ニ損害ヲ加フルコトカ之等ノ者、職務ナルコトヲ要セス、即チ職務執行行為ノ内部的索償ノ際ヲ有シ、客観的ニハ職務執行行為ト認メ得ヘキコトヲ必要トス、

(3) 他人ニ損害ヲ加ヘタルコトヲ要ス
損害ヲ加フルニ付キテ理事其ノ他ノ代理人ニ故意又ハ過失アリタルコトヲ要スルニ否ハ民法四四条ニハ規定ナシ、然レトモ自認人自ラソノ不法行為ヲナシタル場合ニ比シテ法人ノ不法行為上ノ責任ガヨリ重ナル可キ何等ノ理由ナキカ故ニ原則トシテハ理事ニ故意又ハ過失アリタルコトヲ要シ、又自認人モ亦当然ノ行為ニ付キテ無過失責任ヲ負フベキ場合ニ於テノミ法人モ亦理事ノ過失ナキ行為ニ付キ責任ヲ負フモノト解セザル可カラズ、

法人ノ理事ノ責任

(1) 被害者ニ對スル損害賠償責任

法人カ第四四條一項ニヨリテ損害賠償責任ヲ負フ場合ニ於テ理事其
 ノ他ノ代理人モ亦被害者ニ對シテ賠償責任ヲ負フヤ否ヤハ民法ハ明
 ニ之ヲ規定セサルモ幾テ構成スル自餘人ハ二何ノ方面ヲ有シ一面
 ニ法人ヲ代表スルト同時ニ他ノ一面ニ於テハ自己ノ行為ヲナスモノ
 ナルコト恰モ手ノ運動ガ人ノ運動タルト公時ニ手ノ運動タルカ如キ
 モノナレハ法人カ責任ヲ負フ場合ニ於テモ理事モ亦責任ヲ負担シ、
 従ツテ被害者ハソノ損害ノ賠償ヲ得ル迄法人及ヒ理事ノ何レニ對シ
 テモ賠償請求ヲナシ得ルモノトス（明治三九年十月三日大審院判決
 ハ公說ニシテ大審院上ノ通説ナリ）

(2) 法人ニ對スル賠償義務

法人カ被害者ニ對シテ賠償ヲナシタル場合ニ法人ハ当該ノ理事ニ
 對シテ求償權ヲ有スルヤ否ヤ、七一五條ニツキテハ被害者ハ被害者
 ニ對シテ此種ノ求償權ヲ有スルコトヲ明カニ規定セルニ又シ（七一
 五條二項）コノ場合ニハ（四四條）コレヲ規定セサルカ故ニ解
 釈上多少ノ疑問ノ余地ナルモ理事カソノ行為ニヨリテ法人ニ賠償責

任ヲ負ハシメタルコトク過次ニ基ク場合ニ於テハ債務不履行ヲ理由
 トシテ理事ハ法人ニ對シテ賠償義務ヲ負フモノト解スルヲ正当トス
 蓋シ理事ト法人トノ對内的法律關係ハ委任又ハ準委任ノ關係ニシテ
 従ツテ理事ハ善管注意ヲ以テ法人ノ事務ヲ行フ義務ヲ負担スルモノ
 ナレハナリ當井二一三頁、中島ニ七五頁、川名一〇四頁等參照）

(3) 法人ノ目的ノ範圍外ノ行為ニヨル賠償

法人ノ目的ノ範圍内ニテ行ハレタル行為ニヨリテ他人ニ損害^害加ヘタル
 時ハソノ事項ノ議決ニ違反シタル社員及理事及ヒ之レヲ履行シタル
 理事其ノ他ノ代理人連帶シテ賠償ノ責ニ任スルモノトス（第四四條
 第二項）

斯クノ如ク法人ノ目的外ノ行為ニツキテハ法人自身ノ責任ヲ認ム
 ルコト假ハサルヲ以テナル可ク被害者ヲ厚ク保護セシメタメニソノ
 行為ヲナシタル者ト之ニ責任シタル者カ連帶責任ヲ負フモノトナシ
 タルナリ。

第四款 法人ノ種類

一、公法人及私法人

公法人トハ国家及ヒ国家カノノ編制カノ作用トシテ設ケタル事業ヲ行フ法人ヲ云ヒ、從テサレ法人ヲ私法人トス。

国家ノ統治權ノ一部ヲ行フ法人ニソキテ特別法規適用セラル例ハ其ノ法人ノ構成分子カソノ義務ヲ履行セサル場合ニ、国税徴収法其ノ他公法上ノ手續キニヨリ特別ノ強制手段ヲ有スルカ故ニ之レヲ他ノ法人ヨリ區別スルノ必要アルナリ。

二、公益法人及営利法人

私法人ヲ分テテ公益法人及営利法人（会社）トス

公益法人トハ祭祀、宗教、學術、慈善、救養、其ノ他公益ニ關スル事項ヲ目的トシテ設ケタル私法人ニシテ（三四条） 営利法人トハ營利ヲ目的トスル私法ナリ。

公益法人ハソノ積極的要件トシテ公益ヲ目的トスルノミナラス、ソノ

積極的要件トシテ營利ヲ目的トセサルヲ要ス、其ヲ營利ヲ目的トセサルニ公益ヲ目的トセスレバハ、例ハハ會員ノ親睦ヲ目的トスルカ如クハ之レヲ公益法人トナスコトヲ得サルナリ。

營利トスコトノ意義ニ付テハ學說上異論アル所ナルカコノ事業ヨリ生スル利益ヲ何人ニ分配スルコトヲ目的トスル場合ニ於テノミ營利ヲ目的トスルモノト解ス可ク、假令營利行為ヲナスモノノ利益ヲ法人自身ニ分配シシメ何人ニ分配セサルトモハ營利ヲ目的トセサルモノト解スルヲ正当トス（法條ニハ三、四号 営利法人ノ觀念、私本博士）

営利法人ハ民法上ノ営利法人即チ民事会社ト商行ヲナスヲ業トスルタルト同時ニ商事会社タルコトヲ得ルモ否ヤハ曾テ疑問アリシカナルカ改正後ノ商法ニ於テハ民事会社ヲ以テ商法ノ会社ト見做セルカ故ニ（商法四二条） コノ疑問ハ自ラ消滅セリ。

三、社團法人及財團法人

社團法人ハ社員ヲ構成ノ分子トスル法人ナリ、社員ハ定款ノ變更、法人

ノ解散、其ノ他ノ事項ニ付キテ表決権ヲ有スル法人ノ構成分子ニシテ社
 団法人ハ人ノ結合タル法人也。
 財団法人ハ之レノ異リ以上ノ如キ制限ヲ有スル社員ナシモノヲ有シ人
 徒ラ又總會ナルモノナク理事ハ又寄附行為ノ定ムル所ニ依ヒテ事務ヲ行
 フニ止リソノ寄附行為ヲ変更シ、或ハ法人ヲ解散スル权限ヲ有スルモノ
 ニアラス、依ソテ財団法人ハ人ノ結合ニハテラスシテ一定ノ目的ニ依テ
 ラレタル財産ヲ中心トスル法人ナリ。

兩者ノ得失

如斯社団法人ト財団法人トハ大イニ法律上ノ性質ヲ異ニスルモノナレカ
 タメニ兩者ノ間ニソノ目的トスヘキ事業ニソキテモ法律上ノ差異ヲ存ス
 ルモノト解スルハ誤ナリ。企一ノ目的ニ或ハ社団法人ノ形式ニヨリ或ハ
 財団法人ノ形式ニヨリテ之レヲ遂行スルコトヲ得ヘク必スシモノノ何レ
 カニヨカナル可カラスト云フ制限ナシ、只實際上ノ便宜ヨリ云ヘク、
 法人ニハ社員總會ナル限高族千ナリテソノ目的遂行ノ方法ノミナラスソ

ノ目的自体ヲモ変更シ得ルニ及シ財団法人ニハ法律上斯ノ如キ最高族千
 ナキカ故ニ時勢ニ應ジテ變更ヲ容ヘ得ヘキ彈力性アル法人ヲ設立セント
 スルトキハ社団法人ヲ選フ可クソノ確定ノ目的ノタメニ確定ノ組織ヲ作
 ラントスル場合ニハ財団法人ヲ選フ可シ。

第五款 法人ノ設立

一、法人設立ノ主義

法人設立ニオンテハ諸種ノ主義アリ
 (1) 自由設立主義

法人ノ設立ニ干レテ何等ノ制限ヲモ設ケス設立者ノ意思ニ依テ自由
 ニ之レヲ設立セシムル主義ヲ云フ。
 實際上諸種ノ障害ヲ生スルカ故ニ學說上之レヲ主張シタル者アルモ
 立法上採用セラレタルコトナシ。

(2) 特許主義

法人ヲ設立スルニ付キテ主権者又ハ法律ニヨル特許ヲ必要トスル主義ヲ云フ

其ハ諸國ニ於テソノ主義ヲ採用シタリレカ今日ニ於テハ之レヲ採用スルモノ少シ

(3) 免許主義

法人ヲ設立スルニ付テ行政官庁ノ免許ヲ要件トスル主義ヲ云フ、コノ設立ノ免許又ハ許可ト法人ノ目的トスル事業又ハ營業ニ對スル免許トハ明ニ之レヲ區別スルヲ要ス後者ハ自然人カ其ノ事業ヲ営ム場合ニ於テモ尚ホ之ヲ必要トスルモノナリ、從ソテ人格ノ成立トハ全ク干渉ヲ有セサルモノナリ

(4) 準則主義

法律ヲ以テ法人設立ノ要件ヲ規定シテコノ要件ニ從ソテ法人設立ノ意思ヲ表示セラレタル場合ニハ特許又ハ免許ヲ必要トセス之ヲ法人トスル主義ナリ、コノ主義ハ法人ノ設立フニテ比較的容易ナラシムル利益アルノミナラス主務官庁ノ設レル認定ニ基ク免許ノタメニ法人ノ

二、我國採用ノ主義

我が法典ニ於テハ法人ハ民法其ノ他ノ法律ノ規定ニアルニテラサレハ成立スルコトヲ得サルモノトスルヲ故ニ(三三三條)自由設立主義ヲ採リタルコトハ明ナリ、而シテ公益法人ニ付キテハ第三四三條ニヨリテ免許主義(許可主義)ヲ採リ營利法人ニ付キテハ第三五三條ニ於テ準則主義ヲ採リ餘下ヲ何々ノ特別ノ会社ニソキテハ法律ニヨル特許主義ヲ採用シタルモノナキニテラス、例ハ日本銀行ハ法律ニヨル特許主義也(明治五年)

三、公益法人ノ設立

公益法人ノ設立ニハ設立行為ト稱スル法律行為ト主務官庁ノ許可トヲ要ス

甲、設立行為

設立行為ハ法人ト云フ人格者ヲ設立セシムルコトヲ目的トスル私人ノ

法律行為ニシテソノ法律上ノ性質ハ社團法人ト財團法人トニヨリテ異

一六二

(1) 社團法人ノ設立行為

1. 社團法人ノ設立行為ハ定款作成ト云ヘル形式ニヨリテナサルル
コトヲ要ス故ニ設立行為ハ一ノ要式行為ニシテ設立セラルヘキ法人
ノ組織及活動ニ于スル基本的前提ハ之レヲ定款ニ記載シテ設立行為
ニヨリテ之レヲ確定スルコトヲ要ス、定款ノ記載事項ニ付キテ學問
上必要の記載事項ト任意の記載事項トヲ區別ス、前者ハ必ス之レヲ
定款ニ記載セサル可カラサルモノニシテ其ノ一ツ欠ク時ハ定款作成
ハ無効ニシテ法人ノ設立行為ハ無効タル可キモノナリ、任意記載事
項ト称スルハ法人ノ設立者力之レヲ設立スルニヨリテ始メテ定款ノ
内容トナル可キ事項ナリ、ソノ記載カレタル後ニ変更スル行為モ亦
定款変更ナリト云モ之レヲ変更トカカ故ニ效力ニ何等ノ影響ヲモ
及ハサ、ルモノナリ、例ハ八通商總會ノ定期、總會ニ於ケル決議方
法、解散事由、残余財産処分法等ノ如シ、

定款ノ必要の記載事項ニ次リ

(2) 目的

目的ノ記載方法ニ付キテハ法律上特別ナル制限ナシ、行政官庁ノ
自由裁量ニ任ス

(3) 名称

名称ニ付キテモ亦特別ノ制限ナシ

(4) 事務所

事務所トハ法人ノ目的ナル事業ニ付キテ中心タル可キ場所ヲ云フ
回リ獨立家屋ヲ有ヘルコトヲ必要トスルニアラス、而シテ事務所
數個アル場合ニハ皆之レヲ掲ケソノ内主タル事務所ヲ定ムルヲ要ス
ル、資金ニ于スル規定

資金ニ于レテハ(法人設立ト同時ニ法人ニ取得スヘキ財産)ト(財
産法人ノ取得ヘキ財産)トヲ併セテ記載スルコトヲ要ス、而シテ法
人ヲ設立スルニ当リテハ通常財産目録ヲ調製スルモ第五一条及三七
条ノ解釈トシテハ法人設立後設立當時ニ於ケル財産目録ヲ調製スル

一六三

フ以テ足り其ノ細則ヲレタルコトハ設立ノ要件ニ属セルモノト考
ス、

(七) 理事ノ任免ニ于スル規定

理事ハ法人ニズク可カラサル概テナレハソノ任免ノ方法ニ付キテ
ハ必ラス定款ニ規定アルコトヲ要ス、而シテ社団法人ニ於テハ總會
ノ決議ニヨリテ理事ノ任免ヲ決定スルヲ通常トスルモ法律上何等ノ
制限ナレ

(八) 社員タル資格ノ得喪ニ于スル規定

入社及退社ノ条件手續ヲ定款ニヨリテ明カニスルコトヲ要スルハ
社団法人カ人ノ団体タル性質上寧ロ當然ト云フ可シ
定款ニ特別規定ナキ場合ニ於テ社員タル資格、即チ社員権ハ社員
ノ死亡ニヨリテ当然消滅スルヤ否ヤ、民法上ハ特別ノ規定ナク、而
シテ公益法人ノ社員タル地位ハ会社ノ株主又ハ社員タル地位ト異リ
テ一身ニ專屬スヘキモノト解スルカ故ニソノ相続ヲ認メシメ
ハ特ニ定款ニ規定スルコトヲ要ス、

(四) 社団法人ノ設立ハ私法上二人以上ノ設立者ヲ必要トス、人
ノ團體ナルカ故ニ一人ニテ之ヲ組織スルコトヲ得サルハソノ法人ノ性
質上明カナルノミナラス、民法第三四條ハ社団法人トナスコトヲ

得ト規定スルカ故ニ其ノ法人タル許可ヲ受クル以前ニ既ニ團體タル
社団法人ノ存スルコトヲ必要トスルモノト云ハサルヘカラス、
設立者ノ數ニ付キテハ民法五六條ハ七人ヲ最多数トシ、其ノ商法
モ亦株式会社ニ付キテハ七人ヲ最少数トセルカ(商一一九條)民法
ニ於テハ何等ノ制限ヲモ置カサルカ故ニ二八以上ヲ以テ足ルモノト
解セサル可カラス、

(ハ) 設立行為ノ性質

社団法人設立行為ヲ法律上ノ性質ニ付キテハ契約説ト合同行為説
トノ二説アリ、我國ニ於テモ契約説ヲトシ守者ナキニテラスト至モ
ハ私法会社法一三四頁) 近時多數ノ學者ハ合同行為説ヲ採ル(岡
野、根本、石坂、中島、川名、岡松法律行為論、未収録氏)
社団法人ノ設立ニ係リ所謂發起人ノ向ニ定款ノ内容トナスヘキ事

項ニフキテ契約ヲナスコトハ事實上納ナラヌト云々此ノ契約ト設立
行為ノノモトトハ明ニ之ヲ區別スルコトヲ要ス 而レテ其ノ設立行
為ノノモトハ設立者全部ノ意思表示ノ合致ヲ必要トセシメ、其ニ於テ
稱々契約ニ類似セシムルカ、其ノ各個ノ意思表示ハ例ヘハ先買契約ニ於
ケル先主及ヒ買主ノ意思表示ノ如ク各当事者ニ對シテ異リタル意
ヲ有スルモノニテラステ新ナル人格者（被利主体）ヲ創設スルト
云フ全一ノ目的ヲ有スレニ止ルモノナリ、故ニ多數ノ意思表示ノ合
致ヲ要素トスル法律行為ノ中ニ契約ト合同行為トヲ區別スレハ社団
法人設立行為ハ合同行為タルモノト云ハサル可カラズ。

(2) 財団法人設立行為

財団法人ノ設立行為、設立者ノ寄附行為ナリ
寄附行為ハ財団法人ノ設立ヲ目的トスル法律行為ニシテ社団法人ノ
設立行為トシテ要式行為ナリ、而シテ其ノ方式ハ並前行為ヲ以テナ
シ、又場合ト違フヲ以テ又場合トニヨリテ異ルナリ、前者ハ法律ニ
定メタル事項ヲ書面ニ記載スルヲ以テ足レトシ、後者ハ遺言ニテス

ル嚴格ナル方式ニ依フコトヲ要ス。

(1) 寄附行為ノ必要ノ記載事項ニ付テハ第三九条ニ規定アリ、大体
ニ於テ定款ノ必要ノ記載事項トシテトモ社員タル資格ノ得喪ニ
テスル規定ハ、固ヨリ財団法人ニハ之レヲ要セス、其他ノ点ニ付キテ
ハ大ニ注意ヲ要スルハ財団法人設立者ノ寄附行為ノ必要ノ記載事項
中目的ト資産ニテスル規定ノミヲ定メ、其他ノ事項附テ名称、事務
所又ハ理事任免ノ方法ヲ定メ、又シテ先立シタルキハ裁判所ハ利害
干係人又ハ檢事ノ請求ニヨリ之ヲ補充スルコトヲ要スルモノトナシ
タル決ナリ（四〇条、非決ニ四条）

(2) 寄附行為ハ法人ノ設立ヲ目的トスル寄附行為ナリ、固ヨリ單純ニ
財産ノ出捐ノミヲ目的トスルモノニテラズ、通格ニ「寄附」ト稱スル行
為ト法律ニテ又寄附トハ全一ノ意義ニテラズ、然レ寄附行為ハ財産
ニ干係ナキ行為ニハテラズ、財団法人ノ財産ヲ基本トスルモノナレ
ハ財産ナクシテ財団法人トシテ可カラズ、其ノ法人ノ成立セフカタメ
ニハ其ノ設立ト同時ニ法人ニ帰屬スヘキ財産アルコトヲ必要トス、

而シテコノ財産ヲ供スルユトテ目的トスル行為ト法人設立ヲ目的ト
 スル行為トハ認めル可カラサルヲ係テ有テ財產供共行為ハ財団法
 人設立行為ノ要素タルモノト解スルヲ正當トスレカ故ニ財產供共行
 為カ無効ナル時人許附行為ハ總テ無効ナルモノト解ス可キ也
 許附行為ハ相手方ナキ單行行為ナリ。設立者カ其ノ意思ヲ表示シタルコトヲ
 不ヲナスヲ以テ足り。或ル人ニ對シテ其ノ意思ヲ表示シタルコトヲ
 要セス。事實上往々數人ノ設立者共同シテ許附行為ヲナスコトアル
 也。二人以上ノ由事者アルコトハコノ行為ノ要件ニ屬スルモノニテ
 ラス。コノ点ニ於テ社団法人設立行為ト異ルモノナリ
 如斯許附行為ハ總テ單行行為ニシテ其ノ生前行為ヲナザル、
 場合ニ於テモ贈與トシテ性質ヲ異ニスルモノナルカ無効ナル財産権
 ノ処分ヲ包含スル点ニ於テ贈與及遺贈ト類似セルカ故ニ民法ハ之ニ
 付キテ贈與又ハ遺贈ニテスル規定ヲ準用スバキモノトセリ(四一條)
 ソノ準用セラル可キ規定ノ重ナルモノハ敬花担保ニテスル規定(一
 五五一條)及ヒ遺留分ニテスル規定(一一〇條以下)ナリ

乙、主務官庁ノ許可

許可ハ法人ノ人格ヲ成立セシムル民法上ノ行為ニシテ設立者ノ設立
 行為ト相俟テ公益法人ヲ成立セシムルモノナリ。故ニ許可ナヤトス
 ハ公益法人ノ成立セザルハ言フ俟タザルコトナリ。各法令許可ア
 ルモ設立者ノ設立行為カ無効ナル場合、又ハ取消サレタル場合ニハ
 法人設立ハ無効ナリトス。
 例ハハ設立者カ意思無効カナリシ場合、解散強迫ニ基テ場合必要
 的記載事項ヲ欠如セル場合ノ如シ
 主務官庁ト云フハ法人ノ目的タル事業ヲ管轄スル行政官庁ヲ云フ
 衆祀、宗教ニツキテハ文部省、慈善、衛生ニツキテハ内務省ナルカ
 如シ、而シテ若シ法人ノ目的タル事業カニ何ノ主務官庁ノ管轄ニ屬
 ル時ハ兩者ノ許可ヲ要スルモノトス
 法人ノ人格ハ法人ノ設立要件全部ヲ具備シタル時ニ成立ス。公益
 法人ニツキテハ主務官庁ノ許可アリタル時ナリ。コノ時ヨリ法人ハ
 権利主体ナリ。財産ハコノ時ヨリ法人ニ帰屬スルナリ。民法四二條

カ生前死^分ヲ以テ寄附行為ヲナレタルトキハ寄附財産ハ設立許可アリタル時ヨリ法人ノ財産ヲ組成スト規定スレハ(企業ニ項)理論上当然ノコトニシテ寧ロ必要ナル規定ナリ。又法律ハ遺言ヲ以テ寄附行為ヲナレタル場合ニ付テ例外ヲ定ムル必要ノタメ生前死^分ヲ以テナレタル場合ヲモ併シ規定シタルモノナリ。

即チ遺言ノ場合ニハ寄附財産ハ遺言カ效力ヲ生シタルトキ、即チ遺言者カ死亡シタル時ニ遡リテ法人ニ取属シタルモノト見做サル、モノニシテ(第四ニ条ニ項)コノ特別規定ニヨリ遺言執行者カ設立許可ノ申請ヲ遅延セシムルカタクニ寄附行為ヨリ生スヘキ果実ヲ取得スルコトヲ防止シ得ルナリ。

法人ニ帰属スルモノト定メラレタル財産ハソノ法人設立ノ時又ハ遺言ニヨリテ寄附行為ヲナレタル場合ニハ遺言者死亡ノ時ヨリ法人ニ帰属スルガ、若シ其ノ財産ノ中ニ對抗要件ヲ必要トスルモノアリシ場合ニハソノ對抗要件ヲ具備スルニテラサレハ法人カソノ財産ヲ取得シタルコトヲ以テハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヤレモノトス。

第六款 法人ノ登記

登記トハ一定ノ事項ヲ公ノ帖簿ニ記載スレコトヲ云フ、一定ノ事項ヲ公示シテ取引ノ安全ヲ期スルカタメニ法律ノ要ヲ利用スル制度ナリ。法人ニ于テスル登記ハ之ヲ分ツテ設立登記、変更登記及ヒ解散登記トナスコトヲ得ソノ登記ヲ申請スルハ理事又ハ清算人ノ職務ニシテ之レヲ怠ルトキハ罰則アリ(八四)又ソノ手續ノ詳細ニ付キテハ非訴訟一七系以下ニ規定アリ。

一、設立登記

設立登記トハ法人ヲ設立シタルコトノ登記ナリ、民法ニ於テハ經濟上ノ目的ヲ有シテ法人ニシテハ登記ヲ設立要件トセルカ(民法二一條)我民法ニハ如斯規定ナシ。

ハ、登記事項

登記事項ハ第四ニ条ニ規定スルカ如ク目的、名称、事務所、設立許可ノ年月日并シ期間ヲ定メタレトキハソノ時期資産ノ總額及資ノ方法ヲ定

×タルトキハソノ方法理事ノ氏名住所之レナリ

要スルニ定款ハ奇跡行為ノ基本的内容ノ外ニ法人ノ機干トソノ活動ノ
中ハタレ可キ場所ヲ登記セシムルナリ

(2) 登記ノ時期

登記スヘキ時期ハ設立許可ノアリタル日ヨリ二週間以内トス

(3) 設立登記ノ場所

設立登記ハ各事務所ノ所在地ニ於テナスコトヲ要ス、設立後事務
所ヲ新設レタルトキハソノ所在地ニ於テモ亦全一ノ事項ヲ登記セサルハ
カラス(四五条、三項)

(4) 設立登記ノ效力ハ法人ニ對外的效力ヲ失フルニアリ、即チ法人設立ノ
許可アルモ、主ナル事務所ノ所在地ニ於テ登記ヲナスニアラサルハ之ヲ以
テ他人ニ對抗スルヲ得サルモノトス(四五条、二項)

コノ規定ニツキ研究ヲ要スルモノ次ノ如シ
(1) 「對抗スルヲ得ス」ト云フハ他人ニ對スル干渉ニ於テ法人ハ未ダ存在
ヒスト云フ意味ニハアラスンテ當事者ヨリ他人ニ對シテ法人ノ存在ヲ

ニ派スレコトヲ得スト云フ意ナリ、之レ多數説ナルカ稱ニハ天ヤ説アリ
(川名博士)

(2) 「他人」ノ意義ニ付キテハニ説アリ、法人以外ノ者ノ一切ヲ包含シ即チ
設立者、主幹官庁ノ如ク設立ニ干渉シタル者モ亦法人ヨリ之レヲ見
レハ他人ナリト解スレ學説ナリ(富井原論 一一四頁、因氏氏法理由
九四頁)

又之レト異リ法人及ヒ設立者以外ノモノヲ云フモノト解スル學説アリ
(川名九六頁、平沼三四〇頁、中島二七八頁、法律新聞五七九号所
載大阪地方裁判所判決)

前説ハ法人ヲ標準トシ法人以外ノ者ヲ他人ナリト解シ、後説ハ設立
行為ヲ標準トシ之ニ干渉セサル者ヲ他人ト云フ字句ノミヨリ見レハ
何レノ説フ正當トスヘキカ決定スルヲ得サレトモ登記ヲ必要トシタル
理由ニ基キテ解散スルトキハ設立行為ニ干渉スル者ニ對シテ法人ノ設
立ヲ主張スルカタメニハ公不方法ヲ必要トセサルモノト解スヘキナリ
故ニ例ハハ設立者ノ一人ニ對シテ出資ヲ要求スルカタメニハ法人ノ登

此ヲ要セサルモノト解ス。

主タル事務所以外ノ事務所ニ於ケレ登記ハ成立ノ對抗要件ニ入ラズ、若シ其ノ登記ヲ怠レハ過料ノ制裁ヲ受クルニ止マルモノトス。

二、変更登記

登記制度ノ当然ノ結果トシテ登記シタレ事項ニ変更ヲ生スレハ変更登記ヲナスコトヲ要ス（第四八条）而シテソノ変更登記以前ニ於テハ其ノ変更ヲ以テ他人ニ對抗スレコトヲ得サルモノトス。其ノ登記ノ期間ハ一週間ナリ。
事務所ノ移転ハ一ノ登記事項ノ変更ナリ、故ニ移転アルトキハ旧事務所ノ所在地ニ於テハ移転登記ヲナシ新事務所ノ所在地ニ於テハ設立登記ヲナスコトヲ要ス。但シ移転カ全一登記所ノ管轄区域内ニ於テナサレタルトキハ移転登記ヲナスコトヲ以テ足ル（第四八条）

三、解散登記

解散登記ハ解散ノ部分ニ於テ説ハルヲ以テ茲ニハ省綱ス。

第七款 法人ノ住所

法人ノ住所ハソノ主タル事務所ノ所在地ニアリ（五〇条）事務所一箇所ナレトモハ其ノ事務所ノ所在地カ住所ニシテ幾何アルトキハソノ中極タル事務所ノ所在所ヲ其住所トス
ソノ住所ニ伴フ法律效果ニワキテハ自然人ノ住所ニワキテ迷ハタル所ニ全シ

第八款 法人ノ機関 第一項 序説

一、法人ノ機関ノ性質
法人ノ機関ノ性質如何ニワキテハ擬制説論者ト突在説論者ト自ラソノ見解ヲ異ニス、前説ヲ採ル者ハ法人以外ニテリテ法人ヲ代理スレモノナ

リトナシ。後説ヲ採ルモノハ法人ノ内ニアリテ法人ヲ組織スルモノナリトス

一七六

二、法人ノ機關タル自然人

法人ノ機關ヲ組織スル自然人ハ機關タル方面ノミヲ有スレニアラスシテ紙上ノ人タル方面ヲ有スルコト勿論ナリ。ソノ機關タルハ法律定款スハ併行行爲ニ基キテ機關タルコトカ定メラレ、ニヨルモノニシテ從テソノ定メラレタル範圍内ニ於テノミ機關タルノ地位ヲ有ス

三、法人ノ機關ノ種類

法人ノ機關ニハ理事、監事、及ヒ社員總會アリ、前二者ハ社団、財団ニ通スル機關ニシテ總會ハ社団法人ノミニ存スル所ノ機關ナリ。

第二項 理事

一、理事ノ種類

理事、法人一切ノ事務ヲ執行シソノ事務ニソキテ法人ヲ代表スル权限

コト有ルモ法人必須ノ機關ナリ。ソノ員數ソノ任免ノ方法ノ如キハ定款スハ併行行爲ニヨリテ自由ニ定ムルコトヲ得ルカ、理事ヲ置クヤ否ヤニ付ヤハ定款併行行爲トモ之ヲ左右スルコトヲ得ス。即チ規定ノ自由ヲ有セズ、然レ理事ノ向斷ナキ存任ハ法人ノ存任ニ必要ナリト云フコトヲ得ス。若シ理事ノ死亡スハ辭任ニヨリテ一時理事ヲ欠クコトアルモ法人ハ尚ホ権利主体トシテ存続スルモノナリ。又コノ場合ニ於テハ法律ハ巨ニ定フルカ如ク役員專ノ制度ヲ設ケテソノ欠陥ヲ補フコトヲ勉メ又ソノ役員專ニ選任セラレサル以前ニ於テハ法人ハソノ代表機關ヲ失ヒタル状態ニ於テ存任スルモノナリ。幼兒スハ意思氣力者ニソキテ法定代理人ノ死亡セラルカ如キモノナリ

二、理事ノ選任

1) 理事ノ資格

理事ハ自然人ヲ以テ之ヲ組織ス、他ノ法人ヲ以テ理事トナスコトハ我カ法律ノ認メサル所ナリ

2) 理事ノ員數

一七七

理事ノ員數ニツキテハ制限ナシ、又其ノ員數ヲ定ムルコトハ定款等
附行爲ノ必要的記載事項ニハテラサレテ以テ制限ノ定メナクシテハ
法人ニ於テハソノ總會ノ決議ニヨリテ理事ノ員數ヲ定ムルコトヲ得ル

ハ、理事數人ノ場合ニ於ケル法人ノ事務

理事數人ナル場合ニ於テハ定款等附行爲ニ別改ノ定メナキトキハ該
人ノ事務ハ理事ノ過半數ヲ以テ之レヲ決ス(第五二条二項)
フノ規定カ対内干渉ニ於ケル事務執行ノ決議ノミニナスルカ或人対
外干渉ニ於テ法人ヲ代表スルニツキテモ過半數ノ理事ク當事者トナル
ヲ要スルカ、解決上多少疑問ナルカ、対外干渉ニ於ケル代表ト対内干
渉ニ於ケル事務執行トハ理論上之レノ區別スルヲ正当トスルノミニナラ
ズ我民法ハ五二条、五三条ニ於テ兩者ヲ分テ規定セルカ故ニ代表ニ
ツキテハ理事獨立ニ代表権ヲ有スルモノト考フ、例ハハ或機械ヲ購求
スルヤ否ヤハ理事ノ過半數ヲ以テ之レヲ決スルモ購入行爲ニ至リテハ
各理事單決ヲ以テナスコトヲ得ルガ如シ(一)同法中條二九五頁、及於

川名一〇七頁)

(二) 理事任免ノ方法

理事任免ノ方法ニ付キテハ一ニ定款、寄附行爲ノ定ムル所ノミニニ四
ル

(六) 理事選任行爲ノ性質

理事選任行爲ノ法律上ノ性質ニ関シテハ曾テ株式会社ノ取締役ニ付
キ論等ヲ見タルコトアリ、或、理事ハ法定代理人ナリト云フコトヲ
理由トシテ理事タルヘキ者ノ承認ヲ要セスレテ選任行爲ハ當然ソノ效
力ヲ生スト論スル者有レルカ(梅波志入号一頁一四頁、川名二〇八
頁、三十大條八頁二十八日大審院判決) 法定代理人タルカ故ニ当然
代理人タルヘキモノ、全意ヲ受セムンテ代理權ヲ生スルモノト解スル
ハ理由ナキノミナラズ理事ヲ以テ法人ノ法定代理人トナスコトノ不当
ナルハ又既ニ述ヘタル如クナレハソノ理由ニヨリテ選任行爲カ單執行
爲ナリト解スルハ不当ナリ、而シテ商法ハ取締役タルヘキ者ヲ株主ニ
限リタルモ株主タルカ故ニ取締役トナルノ義務ヲ負フモノト解スヘカ