

人ノ代表機關ヲ缺クガ故ニ速ニ之ヲ補充スルノ必要アリ又民法ハ之ガ爲メニ損害ヲ生ズルコトヲ虞レテ假理事ヲ置クベキモノトス(五六)。

任理事ノ選

二 理事ノ選任

(1) 理事ハ自然人ヲ以テ之ヲ組織ス。法律上特ニ制限ナキモ法人ヲ他ノ法人ノ理事トスルハ法律ノ認メザル處ト解ス(同趣旨、昭和二年五月一九日、大判判、刑集、六卷一九〇頁、同年五月六日、民事局、局長回答、法曹五卷六號一)。

(2) 理事ノ員數ニ付テハ法律上制限ナシ。又定款ノ必要的記載事項ニアラザルヲ以テ社團法人ニ於テハ總會ノ決議ニ依リテ之ヲ定ムルコトヲ得。

(3) 理事任免ノ方法ハ定款寄附行爲ノ定ムル所ニ依ル。

(4) 理事選任行爲ノ性質ニ付テハ株式會社ノ取締役ニ關シ嘗テ論争ヲ見タリ。大審院ハ此點ニ付キ總會ノ決議ニ依リ當然取締役トナリ、契約ヲ要セザル旨ノ判決ヲ爲シタルコトアリ(註一)。然レドモ被選者ノ承諾ナクシテ理事ノ重責ヲ負擔セシムルハ被選資格ヲ社員ニ限ラザル公益法人ニ付テハ特ニ不當ナルヲ以テ委任及ビ準委任ニ類似スル契約ナリト解スルヲ正當トス(註二)。

選任行爲ノ性質

(註一) 明治三六年三月一四日、大判、民錄、九輯三〇七頁、同年八月二八日、大判、民錄、九輯九四八頁、四一年二月三日、大判、民錄、一四輯二九頁、梅氏、最近判例批評、續編、一三九頁。

(註二) 現今ニ於テ多數說ナリ、商法ニ關スル諸著ノ外三藩氏、提要、二〇一頁、穂積氏、二五六頁、菅原氏、二六四頁、我妻氏、二五七頁。委任及ビ準委任ニ類似スル契約トイフハ法人ノ機關トスル契約ニシテ民法ニ謂フ委任、準委任ト稍性質ヲ異ニスルガ故ナリ。仁井田氏ハ承諾ヲ效力發生效件トスル單獨行爲ナリトス、總論、二一〇頁以下。結果ニ於テ契約說ト殆ンド異ラザルモ、事實上契約ノ成立ヲ認ムルニ困難ナル場合アルヲ以テ此ノ如ク説明スルモノナルベシ、然レドモ單獨行爲ナリトスレバ承諾ガ效力發生效件ナルコトヲ説明スルニ法律上ノ困難アリ、寧ロ被選者ノ承諾ニ因リ契約成立スルモノト解スルヲ適當トセン。

(5) 被選任資格ニ付テハ公權剝奪者及ビ公權停止者(刑、三六條)タルコトヲ得ズトイフ外(民、七條)別段ノ制限ナシ。

三 理事ノ權限

理事ノ權限ニ付キテハ法人代表ト事務執行トヲ區別スルヲ要ス。商法ハ會社ニ付キ明ニ會社ノ内部ノ關係ト外部ノ關係トヲ區別ス。民法ハ此ノ如ク明瞭ニ兩者ヲ區別セザルモ民法第五十二條ト第五十三條トヲ對比スレバ民法モ亦兩者ヲ區別スルノ趣旨ヲ窺フコトヲ得ベシ。法人代表ハ對外關係ニシテ法

限理事ノ權

人ト第三者トノ關係ナリ。事務執行ハ對内關係ニシテ法人ト理事トノ關係ナリ。理事ハ對内關係ニ於テ法人ノ爲メニ其事務ヲ行フ職務權限ヲ有スルノミナラズ、對外關係ニ於テ法人ヲ代表スル權限ヲ有ス。

法人代表

(1) 法人代表 理事ハ總テ法人ノ事務ニ付キ法人ヲ代表ス(五三)。裁判上タルト裁判外タルトヲ問ハズ法人一切ノ行爲ニ付キテ理事ハ法人ヲ代表スル權限ヲ有スルヲ原則トス。代表スト謂フハ法人ノ行爲タルベキ行爲ヲ爲スノ謂ニシテ、理事自身ノ行爲ガ法人ニ法律效果ヲ及ボスト言フニアラズ。隨ツテ代表ト代理トハ性質ヲ異ニシ又代理ハ法律行爲ニ限ルモ代表ハ之ニ限ラズ。然レドモ理事ガ法人ヲ代表シテ法律行爲ヲ爲スニ付テハ代理ノ規定ニ從ハシムルヲ便トシ、民法ハ「理事其他ノ代理人又ハ「理事ノ代理權ト言ヘル字句ヲ使用ス。故ニ代理ニ關スル規定ハ理事ノ代表行爲ニ準用セラルルヲ原則トス。例ヘバ第九十九條第百條第百一條第百十三條乃至第百十八條ノ如シ。第百二條ニ付テハ多少ノ疑問アリ。無能力者ヲ理事ニ選任シタル場合ニ無能力者ガ代表行爲ヲ爲シタルトキハ法人ニ付テ其效力ヲ生ズルモノト解スルモ、理事選任行爲ハ

理事が本来的に
133条の
規定に
依る

代理權授與行爲ト異リ性質上理事ニ義務ヲ負擔セシムルモノナルガ故ニ、未成年者及ビ禁治産者ハ之ヲ取消スコトヲ得ルモノト解ス。

理事ノ代表權ニ付キ二三ノ特別アリ。次ノ如シ。

(イ) 定款、寄附行爲又ハ總會ノ決議ニ從フコトヲ要ス(五三條)。即チ定款、寄附行爲又ハ總會ノ決議ニ依リ理事ノ代表權ニ制限ヲ加フルコトヲ得ルナリ。其ノ他ノ方法ニ依リ理事ノ代表權ニ制限ヲ加フルモ其效力ナシ。

理事ノ代表權ニ加フベキ制限ノ種類ニ付テハ特殊ノ規定ナシ。或ル行爲ニ付テ總會ノ同意又ハ監事ノ同意ヲ要スルモノトシ、或ハ總理事ノ共同ヲ要スルモノトスルガ如キハ其例ナリ。法人代表ニ付テハ第五十二條第二項ノ如キ規定ナク隨ツテ各理事獨立シテ代表權ヲ有スルモノナルガ故ニ、共同代表ヲ必要トスルハ理事ノ代表權ニ對スル制限トナルモノトス(註一)。此ノ如ク制限ノ内容ニ付テハ制限ナキモ、制限甚シク爲メニ理事ヲシテ法人ノ一般代表機關タル地位ヲ失ハシムルニ至ルコトヲ得ザルモノト解ス。

理事ノ代表權ニ對スル制限ハ理事ニ對シ之ニ從フベキ義務ヲ負ハシムルニ

代表權ニ
關スル特
則

制限ノ第
三者ニ對
スル效力

止マラズ、對外關係ニ於テ其代表權ヲ制限スルモノニシテ其制限ニ違背セル理事ノ行為ハ權限ヲ越エタル行為トナルモノトス。然レドモ民法ハ理事ノ代表權ニ制限アルコトヲ知ラザル第三者ヲ保護センガ爲メニ特別ヲ設ケ、理事ノ代理權ニ加ヘタル制限ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノトス(五、四)。獨逸民法(二六條、二八條)ノ如ク登記ノ有無ヲ標準ト爲サザルハ更ニ厚ク第三者ヲ保護スルノ趣旨ニ基ク(註二)。

(註一) 理事ノ法人代表ニ關シテ從來三說アリ、單獨代表說、過半数代表說及ビ總員代表說是ナリ。余ハ單獨代表說ヲ採リ隨ツテ共同代表ヲ必要トスルハ代表權ノ制限ナリト解スルナリ。同說、中島氏、釋義、二九五頁、三濬氏、提要、二〇〇頁、菅原氏、民法論、二六八頁、穂積氏、二五八頁、仁井田氏、二一六頁、我妻氏、二五八頁、田中耕太郎氏、新報、二八卷二號一頁、過半数說、梅氏、要義、一二二頁、川名氏、總論、一〇七頁、平沼氏、總論、三一三頁。此說ハ事務執行ト法人代表トヲ混同ス。總員代表說、富井氏、二七四頁。此說ハ理事ガ全體トシテ法人ノ機關ヲ構成スルコトヲ理由トス。然レドモ五二條ノ理事ハ理事員タルコト明ナレバ五三條ノ理事モ理事員ヲ指稱スルモノト解スルヲ妥當トスベシ。殊ニ理事全體トスレバ第三者ガ法人ニ對シテ意思表示ヲ爲ス場合ニ不都合ナル結果ヲ生ズ。獨逸民法二八條參照。

(註二) 漁業組合令第二〇條ニ依リ理事ノ代表權ヲ限定シタルハ民、五四條ニ謂フ制限ニアラ

ズ大正一五年一二月一七日、大判、集、五卷八六二頁。ソノ評釋、末弘氏、判例民事法、大正一五年六一〇頁。

法人ト利益相反スル場合

(口) 法人ト理事トノ利益相反スル事項ニ付テハ理事ハ代理權ヲ有セズ(五七)。法人ト理事トノ利益相反スル事項ニ付テ理事ヲシテ法人ヲ代表セシムルトキハ法人ニ損害ヲ及ボスノ虞アルヲ以テ此制限ヲ設ケタルナリ。而シテ廣ク利益相反スル事項ト言フガ故ニ理事ト法人トガ法律行為ヲ爲スベキ場合ニ限ラズ法人ト第三者トガ法律行為ヲ爲スベキ場合ヲモ包含ス。例ヘバ理事ガ法人ノ債務者タル第三者ノ保證人タル場合ニ其理事ガ法人ヲ代表シテ第三者ト和解又ハ更改ヲ爲シ或ハ辨濟ノ猶豫ヲ與フルガ如シ。此點ニ於テ第百八條ヨリ制限ノ範圍廣シ。

特別代理人

右ノ場合ニ於テ裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ特別代理人ヲ選任スベキモノトス(五七條後段、非訟、三五條)。理事ノ權限ヲ制限シタルガ故ニ、法律ハ其權限ヲ補充スベキ機關ヲ認メタルモノニシテ、此特別代理人ハ當該ノ事項ノミニ付テ權限ヲ有スルモ尙法人ノ機關タルモノトス。法人ト理事トノ利益相反スル

場合ニ於テハ常ニ特別代理人ヲ選任スルコトヲ要スルカ。理事一人ノミナルカ或ハ理事全部ノ利益ト法人ノ利益ト相反スルトキハ特別代理人ヲ選任スルコトヲ要スルコト勿論ナルモ、理事數人アリ其一人ト法人トノ利益相反スル事項ニ付テハ特別代理人選任ノ要ナク他ノ理事ニ於テ法人ヲ代表シ得ルモノト解ス。

復任權

(ハ)理事ハ定款、寄附行爲又ハ總會ノ決議ニ依リテ禁止セラレザルトキニ限り特定ノ行爲ノ代理ヲ他人ニ委任スルコトヲ得^(五)。

理事ガ法人ヲ代表スルニ付キテ一切ノ事務ヲ自ラ行フコトヲ要スルモノトセバ、實際上ノ不便多カルベク又制限ナク他人ヲシテ之ヲ行ハシムルコトヲ得ルモノトセバ法人ニ損害ヲ及ボスノ虞アルヲ以テ法律ハ特定ノ行爲ニ限り理事ノ復任權ヲ認メタルナリ。特定ノ行爲ト謂フハ個々ノ行爲トイフ意味ニシテ行爲ノ種類ノミヲ限定スルニテハ足ラザルナリ。若シ此規定ナクバ理事ハ法定代理人ト同様ナル法律上ノ地位ヲ有スルモノトシテ第六條ノ適用ヲ受クベシ。

理事ノ委任スル代理人ハ法人ノ復代理人トナル。隨ツテ其性質ハ自然人ノ復代理人ト異ルコトナク、之ヲ法人ノ機關ニ數フルハ當ラズ。又復代理人ガ法人ノ爲メニ法律行爲ヲ爲スニ付テハ復代理ニ關スル規定ニ從フベキコト勿論ナリ。

復代理人ノ行爲ニ對スル代理人ノ責任ニ付キテハ第六條ヲ適用スベカラズ、責任ノ點ニ付テモ第五十五條ハ第六條ニ對シ特則タルモノトス。然レドモ理事ハ復代理人選任ニ付テ全然無責任ナルニアラズ、復代理人ノ選任監督ニ付テ過失アリタル爲メニ法人ニ損害ヲ及ボシタルトキハ理事ノ職務執行ニ付キ過失アルモノナルガ故ニ賠償ノ責任ニ任ズルモノトス。

事務執行

(2)事務執行 理事ハ法人ノ事務ヲ執行スル權限ヲ有ス。

(イ)理事數人アル場合ニ於テ定款又ハ寄附行爲ニ別段ノ定ナキトキハ法人ノ事務ハ理事ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス^(五二條)。之ヲ決ス^(二項)ト言フガ故ニ此規定ガ對内關係ニ於ケル事務執行ニ關スルモノナルコト明ナリ。

(ロ)事務執行ハ定款、寄附行爲ノ趣旨ニ違反セザルコトヲ要シ又社團法人ニ在リ

テハ總會ノ決議ニ從フコトヲ要ス。此點ニ付テ民法ニハ直接ノ明文ナク、第五十三條ハ法人代表ニ關スルモノナルモ、事務執行ニ付キテモ同一ノ制限アルベキハ理論上疑ヲ容レザルヲ以テ第五十三條ヲ類推適用スベシ。此點ニ付キ多少問題トナルハ總會ノ決議ガ法令又ハ定款ニ違反セル場合ニ於テモ理事ハ尙之ニ從フコトヲ要スルヤ否ヤノ點ナリ。法令又ハ定款ニ違反セル總會ノ決議ハ有效ナル決議ニアラザルヲ以テ理事ハ之ニ服從スルノ義務ナキノミナラズ之ニ服從スベカラザルモノト解ス。第四十四條第二項ニ依リテモ此趣旨ヲ窺フコトヲ得ベシ。

(ハ) 理事ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ法人ノ事務ヲ執行スル義務ヲ負フ。理事ト法人トノ間ノ法律關係ニ付テハ委任ニ關スル規定ヲ類推適用スベキモノナルガ故ニ善良ナル管理者ノ注意ヲ用フベキコト明ナリ。

(ニ) 理事ノ爲スベキ事務トシテ法律ノ規定セルモノヲ數フレバ次ノ如シ。理事ノ爲スベキ事務ガ以下列舉ノモノニ限ラザルハ言ヲ俟タズ。

(a) 理事ハ法人ノ登記ヲ爲スコトヲ要ス。之ヲ怠リタルトキハ過料ニ處セラル

理事ノ事

(一八四條)

(b) 理事ハ財産目録及ビ社員名簿ヲ作り常ニ之ヲ事務所ニ備へ置クコトヲ要ス
(四一四條)

財産目録ノ調製

財産目録 (inventaire; Inventar od. Inventur; inventory) ハ法人ノ積極及ビ消極財産

ノ總目録ニシテ即チ貸方及ビ借方ニ關スル財産ノ明細表ナリ。法人ニ屬スル動産、不動産、債權債務、著作權、特許權其他ノ財産ハ總テ之ニ掲グルコトヲ要ス。

但商人ノ作ルベキ財産目録ニ異リ各個ノ財産ニ價額ヲ付スルコトヲ要セズ(商六條)。又商人ハ財産目録ノ外貸借對照表ヲ作ルコトヲ要スル。民法ノ法人ニ付テハ之ヲ必要トセズ。

財産目録ノ調製ニハ二種ノ目的アリ。一ハ法人財産ノ狀況ヲ明確ニシ、監督官廳其他第三者ヲシテ之ヲ知ルコトヲ得シムルコト是ナリ。他ノ一ハ設立者、理事、社員等ノ個人ノ財産ト法人ノ財産トヲ明確ニ區別シ、理事其他ノ機關ヲシテ不正行爲ヲ爲スコトヲ得ザラシムルコト是ナリ。之レ財産目録ノ調製ヲ以テ法人ノ義務トシ且理事ノ職務トスル所以ナリ。

財産目錄ハ之ヲ調製スベキ時期ニヨリ二種ニ分ツコトヲ得。一ハ法人設立ノ時ニ作成スベキモノニシテ之ヲ基本財産目錄ト言フヲ得ベシ。他ノ一ハ毎年度定期ニ作ルベキモノニシテ之ヲ毎年度財産目錄ト言フヲ得ベシ。毎年度財産目錄ヲ調製スベキ時期ニ付キ民法ハ毎年初ノ三ヶ月内ニ之ヲ作ルベキモノトシ、事業年度ヲ設クルモノニ付テハ其年度ノ終ニ於テ之ヲ作ルベキモノトス。法文ノ意稍明瞭ヲ缺クモ毎年度財産目錄ヲ調製セシムル法律ノ目的ヨリ論ズレバ各年度ノ成績ヲ明ニセンガ爲メニ年度末ニ於ケル財産ノ總目錄ヲ作ラシムルモノナルガ故ニ、事業年度ヲ設ケザル場合ニ付キ毎年初ノ三ヶ月内ト言フハ前年末日ノ財産状態ヲ明ニスベキ目錄ヲ作ラシムルノ趣旨ニシテ又事業年度アル場合ニ付キ、年度ノ終ニ於テト謂フハ年度末ノ財産状態ヲ明ニスベキ目錄ヲ次年度初ノ三ヶ月内ニ作ルコトヲ要スルノ趣旨ト解セザルベカラズ。

財産目錄ハ常ニ之ヲ事務所ニ備ヘ置クコトヲ要ス。事務所數個アルトキハ各事務所ニ備ヘ置クコトヲ要スルノ趣旨ナリ。理事ガ之ヲ怠リタルトキ又ハ不正ノ記載ヲ爲シタルトキハ過料ニ處セラル。

社員名簿

社員名簿ハ社員ノ全部ヲ記載シ、社團法人ヲ組織スル社員ノ何人ナルカヲ明ニスル帳簿ナリ。社團法人設立ノ際之ヲ作成シ、社員ニ變更アル毎ニ之ヲ訂正スルコトヲ要ス(五一條)。之ヲ作成シテ事務所ニ備ヘ置クハ理事ノ職務ナリ。過料ノ制裁アルコト財産目錄ト同様ナリ(八四條)。

(c) 理事ハ通常總會ヲ招集スベキ義務ヲ負フ(六〇條)。又臨時總會ヲ招集スルコトヲ得(六一條)。

(d) 理事ハ一定ノ場合ニ破産ノ請求ヲ爲スコトヲ要ス(七〇條、八四條、五號)。

(e) 理事ハ解散ノ場合ニ清算人トナルヲ原則トス(七四條)。

四 理事ノ退任 理事ノ退任ニ付キテハ定款又ハ寄附行爲ノ規定スル所ニ從フ。民法第百十一條及ビ第六百五十一條ハ定款又ハ寄附行爲ノ規定ヲ補充スル效力ヲ有スルニ過ギザルモノトス。理事ノ任免ニ關スル規定ハ定款、寄附行爲ノ必要的記載事項ナルモ之ニ遺漏アルトキハ上記ノ規定特ニ第六百五十一條ニ依リテ之ヲ補充セザルベカラズ。

五 理事ノ登記 理事ノ氏名、住所ハ登記事項ニ屬ス(四六條)。隨ツテ其選任、退任

理事ノ退任
民法第百十一條
第六百五十一條

ハ總テ之ヲ登記スベク、登記スルマデ選任又ハ退任ヲ以テ他人ニ對抗スルコトヲ得ズ。

假理事

六 假理事

理事ノ缺ケタル場合ニ於テ遲滯ノ爲メ損害ヲ生ズル虞アルトキハ裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ假理事ヲ選任ス(五六條)。理事ノ缺ケタル場合ト謂フハ理事ノ一人モ存セザルニ至リタル場合ノ外定數ヲ缺キタル場合ヲモ包含ス。然レドモ之ガ爲メニ損害ヲ生ズルノ虞アルコトヲ要件トスルガ故ニ定數ヲ缺キタルニ止マル場合ニ假理事ヲ選任スルハ實際上稀ナルベシ。遲滯ノ爲メ損害ヲ生ズル虞アリト謂フハ定款、寄附行爲ノ定ムル所ニ從ヒテ理事ノ補充セラルルヲ待ツトキハ法人又ハ法人ト取引ヲ爲セル者又ハ爲スベキ者ニ損害生ズルノ危険アルコトヲ謂フ。

假理事ハ一時的ノ機關タル點ヲ除ク外其性質ニ於テ理事ト異ルコトナシ。其權限ガ特定ノ事項ニ限ラザルノ點ニ於テ特別代理人ト異ル。尙假理事選任ノ手續ニ付テハ非訟事件手續法(一七條三五條)ヲ見ルベシ。

假理事ノ權限ハ通常ノ手續ニ依ル理事ノ選任セラレタルトキハ當然消滅スルモノト解スベシ。蓋シ假理事ノ選任ニハ性質上當然此ノ期限ノ附着セルモノト解スベケレバナリ(註)。

(註) 同說、穂積氏、二五九頁、菅原氏、二七四頁、仁井田氏、二二七頁、我妻氏、二六二頁。反對裁判所ノ解任ヲ要ストス、中島氏、三〇〇頁、大正九年九月二五日、法曹會決議、法曹記事、三〇卷一一號四七頁所載。

第三項 監事

監事ノ性質

一 監事 (Aufsichtsrat) ハ法人ノ財産ノ狀況及ビ理事ノ業務執行ノ狀況ヲ監査スル任意機關ナリ(五八條五九條)。財産ノ狀況モ亦畢竟理事ノ事務執行ト離ルベカラザル關係ヲ有スル事項ナルヲ以テ監事ハ理事ヲ監督スベキ法人ノ機關ナリト謂フヲ得ベシ。之ヲ以テ法人ヲ監督スル機關ナリトスルハ固ヨリ當ラズ。法人ヲ監督スル機關ハ後ニ述ブル主務官應ナリ。

二 監事ハ任意機關ナリ。定款、寄附行爲又ハ總會ノ決議ヲ以テ一人又ハ數人

任意機關ナリ

ノ監事ヲ置クコトヲ得ルモノトス(五八)。此點ニ於テ株式會社ノ監查役ト異ル(商、一八〇)。

監事ノ選任ニ付テハ理事ノ選任ニ付テ述ベタル所ニ同ジ。其被選資格ニ付テ制限ナキコト亦理事ト同様ナルモ理事ノ監督機關タル性質上理事ト相兼スルコトヲ許サザルモノト解セザルベカラズ。商法ノ監查役ニ付テハ取締役ニ於ケルト同ジク社員ニ限ルノ制限アリ(一八九條)。但此商法ノ規定ハ立法論トシテ考慮ノ餘地アリ。

職務

三 監事ノ職務左ノ如シ(五九)。

- (1) 法人ノ財産ノ狀況ヲ監查スルコト 隨ツテ監事ハ監查ノ爲メニ財産目錄ヲ閱覽シ其眞僞ヲ調査シ得ルハ勿論不正ノ記載アル場合ニ監事が過失ニ因リテ之ヲ看過スルトキハ過料ニ處セラル。
- (2) 理事ノ業務執行ノ狀況ヲ監查スルコト ココニ謂フ監查ハ單ニ業務執行ガ適法ナリヤ否ヤノ監查ニ止マラズ、法人ノ目的タル事業ヲ遂行スルニ適當ナリヤ否ヤノ點モ之ヲ監查スベキモノトス。

(3) 財産ノ狀況又ハ業務ノ執行ニ付キ不整ノ廉アルコトヲ發見シタルトキハ之ヲ總會又ハ主務官廳ニ報告スルコト。

(4) 前號ノ報告ヲ爲ス爲メ必要アルトキハ總會ヲ招集スルコト。
叙上民法第五十九條ニ掲ゲタル監事ノ職務ハ定款、寄附行爲又ハ總會ノ決議ニ因リ之ヲ伸縮スルコトヲ得ベシ。法人ト理事トノ利益相反スル場合ヲ豫想シ監事ヲ以テ此場合ニ於ケル法人ノ代表機關ト爲スコトヲ得ベキカ。多少ノ疑問アルモ定款、寄附行爲ヲ以テ此ノ如キ特別機關ヲ置クコトヲ妨ゲザルガ故ニ監事ヲシテ此特別機關ヲ兼ネシムルモ亦妨ゲナキモノト解ス(註)。

(註) 結果同說、中島氏、三〇四頁。多少疑問ナリトイフハ監督機關タル監事ヲシテ特定ノ行爲ニ關スルトハイ代表機關ヲ兼ネシムルガ故ナリ。然レドモ極メテ一時的現象ナルヲ以テ敢テ支障ナカルベシ、商法一八五條參照。

監事數人アル場合

四 監事數人アル場合ニ於テ各監事が獨立ニ其職務ヲ行フコトヲ得ルヤ否ヤ法律ニ規定ナシ。定款、寄附行爲又ハ總會ノ決議ニ於テ之ヲ定メタルトキハ其定ニ從フベキコト勿論ナルモ然ラザル場合ニハ第五十二條第二項ヲ類推適用

スベキカ或ハ單獨ニ之ヲ行フコトヲ得ルモノト解スベキカ稍疑問ナリ。余ハ
監事ノ職務ノ性質上單獨ニ行フコトヲ得ルモノト解ス(註)。

(註) 菅原氏(二七八頁)ハ特別ノ決意ヲ要スル事項ハ第五二條二項ノ類推ニ依リ過半数ヲ以テ
之ヲ決スベキモノトス。然レドモ監事ハ積極的ニ法人ノ爲メニ事業ヲ爲スモノニアラザ
レバ事業ヲ爲ス場合ニ關スル規定ヲ類推スルノ根據ニ乏シ。

第四項 社員總會

總會ノ性
質

一 社員總會(Mitgliederversammlung; assemblée générale; general meeting)ハ社員全部ヲ
以テ組織セラルル議決機關ニシテ社團法人ノ必要の最高機關ナリ。
(1)總會ハ社員全部ヲ以テ組織セラルル機關ナリ。社員全部ヲ以テ組織セラル
ルト謂フハ固ヨリ社員ノ全部ガ總會ニ出席シ又ハ表決權ヲ行使スルコトヲ要
スルノ意ニアラズ社員ノ全部ガ表決權ヲ有スルニアラザレバ總會ノ成立セザ
ルコトヲ謂フナリ。即チ定款ノ規定ヲ以テスルモ總會ノ決議ヲ以テスルモ一
部ノ社員ノ表決權ヲ剝奪スルコトヲ得ズ又一部ノ社員ニ總會招集ノ通知ヲ爲

最高機關

ラズ表決權行使ノ機會ヲ與ヘザル場合ニハ總會ハ有效ニ成立スルコトヲ得ザ
ルナリ。但第六十六條ニ依リテ社員ガ表決權ヲ有セザル場合ハ此原則ニ對シ
テ例外ヲ爲スモノトス。

(2)社團法人ノ事務ハ定款ヲ以テ理事其他ノ役員ニ委任シタルモノヲ除ク外總
テ總會ノ決議ニ依リテ之ヲ行フ(六三)條。殊ニ定款ノ變更(三八)條解散(六八)條ノ如キ
ハ之ヲ總會ノ專屬權限ト解スベキモノトス。而シテ總會ノ決議ガ定款及ビ法
令ニ違背セザル限リ法人ノ理事其他ノ役員ハ之ニ從フコトヲ要ス。之レ總會
ヲ法人最高ノ機關トイフ所以ナリ。

決議機關

(3)總會ハ法人ノ議決機關ナリ。換言スレバ議決ノ方法ニ依リテ法人ノ意思ヲ
決定スルノ機關ニシテ、此意味ニ於テ總會ハ法人ノ意思機關ナリト言フコトヲ
得。擬制説論者ガ意思機關ナル觀念ヲ排斥スルハ更ニ説カズシテ明ナラン。

總會ハ議決機關ニシテ法人ノ意思ヲ決定スルモ、其決定セラレタル意思ヲ實
行スルハ他ノ機關即チ理事ノ擔當スル所ニシテ總會ハ執行機關ニアラズ又外
部ニ對シテ法人ヲ代表スベキ代表機關ニアラズ、唯内部ニ於テ法人最高ノ意思

ヲ決定スルノ機關タルナリ。

(4) 總會ハ社團法人ノ必要機關ナリ。財團法人ニ社員總會アルベカラザルハ言ヲ俟タズ。社團法人ニ付テ總會ガ必要機關タルハ社團法人ガ人的結合タル性質ト民法ノ規定(六三〇條)トニヨリテ疑ヲ容ルルノ餘地ナシ。定款ノ規定ヲ以テスルモ總會ノ決議ヲ以テスルモ總會ヲ廢止スルコトヲ得ズ。

二 總會ニハ通常總會ト臨時總會トノ二種アリ。

通常總會ハ毎年一回開催セラルル總會ニシテ理事之ヲ招集スベキモノトス(六〇條)。之ヲ開催スベキ時期ニ付テハ先ヅ定款ノ定ムル所ニ依ルベク、定款ニ其定ナキトキハ總會豫メ之ヲ定ムルコトヲ得ベク、其孰レニモ定ナキトキハ理事之ヲ定ムベキモノトス。一年以上通常總會ヲ開カザルコトハ民法ノ許サザル處ナリ。

臨時總會ハ臨時ノ必要ニ應ジテ開カルベキモノニシテ其場合三アリ。(1) 理事ガ必要ト認ムルトキ(六一條)(2) 監事ガ第五十九條第四號ニ基キテ總會ノ招集ヲ爲ストキ及ビ(3) 總社員ノ五分ノ一以上ヨリ會議ノ目的タル事項ヲ示シテ總會

○

總會ノ種類

招集ノ請求ヲ爲シタルトキ是ナリ(六一條)。コノ總會招集ノ請求ヲ爲シ得ベキ

社員ノ數ハ定款ノ規定ヲ以テ之ヲ増減スルコトヲ得(六一條)。此但書ノ規定

ハ定數ノミニ關スルモノニシテ定款ノ規定ヲ以テスルモ社員ノ此權利所謂少

數社員權ヲ奪フコトヲ得ザルモノトス。尙此總會招集ノ請求ハ理事ニ對シテ

之ヲ爲スベク、而シテ理事ハ其請求ガ第六十一條第二項ノ要件ヲ具ヘタル場合

ニハ自ら總會招集ノ必要ヲ認ムルト否トニ拘ハラズ之ヲ招集スル義務ヲ負フ

モノトス。理事ガ此義務ヲ履行セザル場合ニ付キ商法(一六〇條)ハ株主ガ裁判所

ノ許可ヲ得テ總會ノ招集ヲ爲シ得ベキ旨ヲ規定スルモ民法ニハ此ノ如キ規定

ナキガ故ニ同一ニ解スルコトヲ得ズ、民法第四百十四條第二項但書ヲ準用シ、理

事ニ對シ總會ノ招集ヲ爲スベキ旨ノ判決ヲ得テ總會ノ招集ヲ爲スノ外ナシ(註)。

通常總會ト臨時總會トハ唯其招集ノ時期ニ於テ異レルノミニシテ其權限ニ

差異アルニアラズ。通常總會ニ於テモ豫メ通知ヲ爲ストキハ臨時ノ事項ヲ決

議スルコトヲ妨ゲザルナリ。民法ハ通常總會ニ提出スベキ事項ニ付テ規定ヲ

設ケザルヲ以テ此點ニ付テ議論ナキモ、商法(一五八條)ハ之ヲ定メタル爲メニ解釋上

議論ヲ生ジタルヲ以テ商法中改正法律ハ此規定ヲ削除シタルナリ。

(註) 同說、味道氏、要論、二三九頁、穂積氏、二六二頁。

招集手續

三 總會ノ招集ハ少クとも五日前に其會議ノ目的タル事項ヲ示シ定款ニ定メ

タル方法ニ從ヒテ之ヲ爲スコトヲ要ス(六三)。

(1) 五日前ニ爲スコトヲ要スト謂フハ招集ノ通知ガ五日前ニ各社員ニ到達シタルコトヲ要スルノ意味ニアラズ招集手續ヲ五日前ニ完了スルコトヲ要スルノ意味ナリ(註)。随ツテ五日前ニ各社員ニ通知ヲ發シタル場合又新聞廣告ヲ以テ招集ノ方法ト定メタルトキハ五日前ニ招集廣告ガ所定ノ新聞紙ニ掲載セラレシ場合ニハ適法ナル招集アリタルモノトス。

(註) 通説ナリ。反對、梅氏、要義、二二八頁。五日前ノ期間ハ立法論トシテ短キニ失スルヲ以テ定款ニ適當ノ期間ヲ定ムルコトニ注意スベシ。

(2) 會議ノ目的タル事項トハ總會ニ於テ決議スベキ事項ヲ謂フ。如何ナル程度ニ於テ決議スベキ事項ヲ示スコトヲ要スルカハ嘗テ商法百五十六條ノ解釋上疑問ヲ生ジタルニ因リ、商法中改正法律ハ舊規定ニ總會ノ目的及ビ總會ニ於テ

決議スベキ事項トアリタルヲ改メ、會議ノ目的タル事項ト爲セリ。故ニ民法ノ解釋トシテモ所謂議事日程ヲ通知シテ決議スベキ事項ノ何タルカヲ知ラシムルヲ以テ足ルモノニシテ、其事項ノ可否ヲ判斷スベキ材料ヲ通知スルコトヲ要セザルモノト解セザルベカラズ(註)。

(註) 菅原氏、二八四頁、三瀧氏、二一〇頁ガ商法ノ舊規定ニ對スル判決ヲ援用シ、調査、考慮ノ材料ヲ通知スルコトヲ要スルモノト解スルハ當ラズ。尙松本氏、商法改正法評論、六二頁參照。

(3) 招集ノ方法ハ定款ノ定ムル所ニ依ル。定款ハ各社員ニ對シテ通知ヲ爲スベキモノト定ムルコトヲ得ベク、又公告ノ方法ニ依ルベキモノト定ムルコトヲ得ベシ。招集ノ方法ハ定款ノ必要的記載事項ニアラザルガ故ニ定款ニ規定ナキコトアリ得ベシ。此場合ニ於テハ招集者ハ各社員ニ總會招集ノ事實ヲ知ラシムルニ足ルベキ適宜ノ方法ヲ採ルベキモノト解セザルベカラズ。

總會ノ決議

四 總會ノ決議

(1) 總會ノ決議ヲ爲スニハ先ヅ總會ノ成立スルコトヲ要ス。此點ニ付テ民法ハ定足數(Quorum)ヲ定メザルガ故ニ定款ニ別段ノ定ナキトキハ出席者少數ナルモ

總會ノ成立ヲ妨ゲザルモノトス。但唯一人ノ出席者アルニ止マルトキハ總會ハ成立セザルモノト考フ(註)。召集ナキトキ又ハ召集アルモ其手續適法ナラザルトキハ總會ハ有效ニ成立セザルコト言フ俟タズ。

(註) 反對、仁井田氏、二三八頁、出席者一人ニテモ足ルモノトス。然レドモ一人ニテ總會成立スト爲スハ議決機關ノ性質ニ反ス。書面ニテ表決權ヲ行使スルノ方法アルコトハ此結論ヲ覆ヘスニ足ラズ。

(2) 決議事項ハ豫メ通知シタル事項ニ限ル但定款ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラズ(六四)。

(3) 各社員ノ表決權ハ平等ナルモノトス(六五條)。株式會社ニ於テハ出資ノ額ニ依リテ表決權ニ差異ヲ設クルモ(商一六)民法ノ法人ニ付キテハ出資ノ額ニ依リテ差異ヲ設クルヲ正當トセザルニヨリ法律ハ出資ノ額如何ニ拘ハラズ各社員平等ニ表決權ヲ有スルモノトシタルナリ。但定款ニ於テ之ニ異リタル定ヲ爲シタル場合ニ於テハ其定ニ從フ(三五條)。

定款ヲ以テ社員ノ表決權ニ差等ヲ設ケ得ルハ上ニ述べタルガ如クナルモ、定

款ノ規定ヲ以テスルモ社員ノ表決權ヲ奪フコトヲ得ザルモノト解ス。蓋シ表決權ハ社員權ノ中樞ニシテ各社員ガ表決權ヲ有スルコトハ社團法人ノ本質上必要ナルガ故ナリ(註一)。

社團法人ト或社員トノ關係ニ付キ議決ヲ爲ス場合ニ於テハ其社員ハ表決權ヲ有セザルモノトス(六六)商法ニ於テハ總會ノ決議ニ付キ特別ノ利害關係ヲ有スル者ハ議決權ヲ行フコトヲ得ザルモノトス(商一六)此點ニ於テ最モ問題トナルハ理事其他ノ役員ノ選舉ニ於テ自選投票ヲ爲シ得ルヤ否ヤノ點ナリ。惟フニ民法第六十六條ハ法人ト社員ト對立關係ニ在ル場合ヲ規定スルモノト解スベキガ故ニ役員選舉ノ如ク法人ノ組織ヲ定ムル場合ニハ其適用ナキモノト解スルヲ正當トスベシ(註二)。

(註一) 同說、穗積氏、二六一頁、富井氏、二八四頁、二八九頁等。反對、睡道氏、二四〇頁。

(註二) 同說、我妻氏、二六七頁、菅原氏、二九〇頁ハ法人ト其社員ト互ニ利益ノ衝突スル關係ニアラザルヲ理由トス。商法ニ付テハ議論アリ、岡野氏、會社法講義案、一五八頁、松本氏、會社法講義、三二八頁、現代法學全集、十三卷會社法一三八頁、片山氏、株式會社法論、三九四頁等。

(4) 總會ニ出席セザル社員ハ書面ヲ以テ表決ヲ爲シ又ハ代理人ヲ出ダスコトヲ得。但定款ニ別段ノ定アルトキハ其定ニ從フ(六五條二)。商法ニ於テハ代理人ヲ以テ議決權ヲ行使スルコトヲ認ムルモ出席セズシテ書面ヲ以テ議決權ヲ行使スルコトヲ得ザルモノトス(一六條)。

(5) 決議方法ニ付テ民法ハ定款改正及ビ解散ニ付テノミ規定ヲ設ク(三九條)。其他ノ場合ニ付テハ規定ナキモ、決議體ノ原則ニ因リ行使セラレタル表決權ノ過半數ニ依リ決議ハ有效ニ成立スルモノト解セザルベカラズ。表決權ノ行使セラレタルモノヲ標準トスルガ故ニ、採決マデニ書面ニ依リテ行使セラレタル表決權モ亦之ヲ算入スベキモノトス。

第九款 定款及ビ寄附行爲ノ變更

一 社團法人ノ目的及ビ組織ハ設立者ガ定款ニ因リテ定ムル所ナルモ、社團法人ニハ常ニ社員アリ、必ラズ社員總會アリ總會ハ社團法人ノ意思ヲ決定スベキ最高機關ナルヲ以テ、社團法人ノ憲法タル定款モ此最高機關ニ依リテ變更シ得

ベキモノトス。外國ノ法制中或ハ定款ノ内、基礎的ナルモノト然ラザルモノトヲ分チ前者ニ付テハ變更ヲ認メザルノ例アルモ、我法律ハ之ニ從ハズ(註)。此ノ如ク我民法ハ定款ノ變更ニ付テ何等ノ制限ヲ認メザルモ、法律ノ命令的規定ニ反セルトキ又ハ社團法人ノ本體ニ反セルトキハ定款變更決議ハ無効ナルモノト解セザルベカラズ。例ヘバ公益ノ目的ヲ營利ニ變ジ事務所ヲ全廢シ、總會ヲ廢止シ、社員ノ奪フベカラザル權利ヲ剝奪シ、又ハ或ル社員ニ對シ其ノ基本定款ノ認メザル新ナル負擔ヲ命ズル決議ノ如シ。

(註) 英法ニ於テハ memorandum of association ハ變更シ得ザルモノトシ唯 Articles of association ノミノ變更ヲ認ム。瑞西民法七四條ハ法人ノ目的變更ハ少數社員ニ強制スルコトヲ得ザルモノトシ、獨民三三條ハ目的變更ニハ總社員ノ同意ヲ要スルモノトス。

二 定款ヲ以テ定款ヲ變更スベカラザル旨ヲ規定シタル場合ニ於テモ尙定款ヲ變更スルコトヲ得ベキカ。惟フニ總社員ノ同意アルモ尙定款ヲ變更スルコトヲ得ズト爲スハ社員ノ團體タル社團法人ノ本質ニ反スルモノニシテ、又此定款ノ條項モ亦定款ノ一條項ニ外ナラザルガ故ニ絶對ニ變更ヲ許サザルモノト

解スベキモノニアラズ。民法第三十八條ニ別段ノ定トアルハ定數ニ關スル別段ノ定ト解スベキナリ。然レドモ此ノ如キ定款ノ禁止ヲ普通ノ方法ニ依リ即チ四分ノ三以上ノ同意ニ依リテ破ルコトヲ得ルモノト解スルハ著シク當事者ノ意思ニ反ス。故ニ適法ナル範圍内ニ於テ最モ定款變更ヲ困難ナラシムルノ趣旨ト解シ即チ總社員ノ同意ヲ要スルモノト解スベキナリ(註)。

(註) 同說穂積氏、二三二頁菅原氏、三二五頁、我妻氏、二七一頁。反對、三瀨氏、一七九頁(四分ノ三以上ニテ禁止ヲ解キ得トス)。尙富井氏、二九五頁ハ三瀨氏ノ解釋ニ對シ大ニ疑アリトス。

定款變更ノ意義

三 定款ノ變更トハ定款ニ記載セル事項ノ變更ヲ謂フ。其記載事項ノ變更ニ因リ既存定款ノ内容ニ變更ヲ生ズル場合ハ勿論内容ニ實質的變更ヲ生ゼズ單ニ字句ヲ修正スルニ止マル場合ニ於テモ亦定款變更タリ。既存定款ノ意義ヲ明瞭ニシ其趣旨ヲ布衍スルモ亦固ヨリ定款ノ變更ニ屬ス。

四 定款變更ハ總會ノ專屬權限ニ屬スルコト第三十八條ニ依リテ明ナリ。定款ノ規定ヲ以テスルモ之レヲ理事其他ノ機關ノ權限ト爲スコトヲ得ズ。而シテ總會ニ於テ此決議ヲ爲スニ付テハ特ニ其方法ヲ慎重ナラシメ、總社員ノ四分

定款變更ノ方法

ノ三以上ノ同意ヲ要スルモノトス。但此ノ定數ハ定款ノ規定ヲ以テ増減スルコトヲ得。商法ノ株主總會ニ於ケルガ如ク總會ニ出席セル社員ノ數ヲ問ハザルハ(九條)表決權行使ノ方法ニ差異アルガ故ナリ。

目的ノ變更

法人ノ目的モ亦定款變更ノ普通ノ方法ニ依リテ變更スルコトヲ得ルヤ否ヤ解釋上議論アルモ我民法第三十八條ハ何等ノ制限ヲ設ケザルヲ以テ目的モ亦定款變更ノ普通ノ方法ニ依リテ變更シ得ルモノトス。或ハ目的ハ法人ノ生命ナリトシ其變更ノ爲メニハ總社員ノ同意ヲ要スルモノトシ、或ハ又普通ノ方法ニ依リテ目的ヲ變更シ得ルモ爲メニ舊法人消滅シテ新法人設立セララルモノトス。然レドモ一定ノ目的ノ爲メニ存在スル活動ノ主體ガ其活動ノ範圍ヲ擴張シ又ハ變更スルモ之ガ爲メニ當然人格ノ同一性ヲ失フモノト解スベキ理由ナシ。法人ノ目的ヲ以テ自然人ノ生命ニ比スルハ擬制說ノ臭味ヲ脱セザル比喩ニ過ギズ。時勢ノ進展ニ伴ヒ法人ノ目的ニ變更ヲ加フルコトヲ得ルハ社團法人ガ彈力性ヲ有スルノ特色ニ基ク。民法ハ此趣旨ニ基キ定款變更ニ制限ヲ加ヘザルニ解釋ヲ以テ之ヲ制限スベキ必要ヲ認めザルナリ(註)。

(註) 現今ノ通説ナリ、平沼氏、三二五頁、松岡氏、三一二頁、川名氏、八九頁、三浦氏、一七八頁、穂積氏、二二頁、仁井田氏、二四二頁、睡道氏、二二三頁、菅原氏、三二六頁、中島氏、釋義、二五三頁、ハ舊法人消滅シ新法人成立スルモノトス、然レドモ解散決議ニ因ラズシテ法人消滅ノ效果ヲ生ジ設立行爲ニ因ラズシテ新法人成立ノ效果ヲ認ムベキ法典上ノ根據ナク、又民法ガ解散アラバ必ラズ清算之ニ伴フモノトスルノ趣旨ニ反ス。富井氏、原論、舊版、十四版マテニ於テハ疑ヲ存シテ總社員ノ同意ヲ要スルモノト爲シタルモ、二〇四頁新版ニ於テハ總社員ノ同意ヲ必要トスル理由ナキニ非ズ、然レドモ通説ハ普通ノ手續ニテ變更シ得ルモノト爲ス如シト述ブレニ止ム(二九四頁)。外國ノ法制ニ付テハ既ニ述ベタリ。立法論トシテ他ノ事由ヨリ其變更手續ヲ慎重ナラシムル理由ナキニ非ザルモ定款變更タル總テノ事項ニ付テ總社員ノ四分ノ三以上ノ多数ヲ必要トシタル我民法ニ於テハ更ニ嚴重ナル手續ヲ必要トセザルベシ。

主務官廳ノ許可

五 公益法人ノ定款變更ハ總會ノ決議ノミニ因リテハ其效力ヲ生ゼズ主務官廳ノ認可ヲ受クルニ非ザレバ其效力ヲ生ゼザルモノトス(三八條)基本定款ニ付キ許可ヲ要スルモノナルガ故ニ其變更ニ付キ許可ヲ要スルハ寧ロ當然ト言フベシ。而シテ定款ノ變更ガ登記事項ノ變更ヲ包含スルトキハ變更登記ヲ爲スコトヲ要シ其登記前ニ於テハ變更ヲ以テ他人ニ對抗スルコトヲ得ズ(四六條)

六 寄附行爲ノ變更ニ付キテハ民法ニ全ク規定ナシ。民法ハ財團法人ノ目的

寄附行爲ノ變更

及ビ組織ハ寄附行爲者ノ意思ニ因リ確定スベキヲ原則トスベキモノトシ、其變更ニ付テ規定ヲ設ケザルナリ。然レドモ寄附行爲ニ於テ寄附行爲ノ變更ヲ認メ且變更ノ手續ヲ定メタル場合ニ於テハ其定ムル所ニ從ヒ寄附行爲ヲ變更シ得ルモノト解セザルベカラズ。寄附行爲ノ定ムル所ニ從ヒテ之ヲ變更スルハ寄附行爲者ノ意思ヲ實行スルモノニシテ固ヨリ其意思ニ反スルモノニアラザレバナリ。而シテ財團法人ノ寄附行爲ト雖モ全ク永久不變ノモノトスルハ不都合ナル結果ヲ生ズルコト尠カラザルヲ以テ或ハ理事ニ寄附行爲變更ノ權限ヲ與ヘ或ハ評議員會ヲ設ケテ之ニ寄附行爲變更ノ權限ヲ與フルコト寧ロ便宜ニ適スルモノト言ハザルベカラズ。

寄附行爲ニ於テ其變更手續ヲ定メザル場合ニ於テモ事務所ノミハ之ヲ變更シ得ルモノト解スベキカ。或ハ事務所ノ移轉ニ關スル民法ノ規定(四六條乃至四八條)ニ基キ理事ガ主務官廳ノ許可ヲ經テ事務所ヲ變更シ得ベキモノト解スルノ說アリ。然レドモ第四十六條以下ノ規定ハ適法ニ事務所ノ變更セラレタル後ニ於ケル登記手續ノミニ關スルモノナルガ故ニ之ニ基キテ財團法人ノ事務所ガ理

事ノ意思ニ依リテ變更シ得ベキモノト解スルコトヲ得ズ。然レドモ例ヘバ事務所ノ燒失シタル場合ニ於テ財團法人ノ目的不成功ニ終リタルモノトシテ之ヲ解散セシムルハ民法第四十條ノ趣旨ニ反スルコト明ナルガ故ニ余ハ事務所燒失シタル場合又ハ從來ノ事務所ガ其用ヲ爲サザルニ至リタルガ如キ場合ニ於テハ理事其他利害關係人ハ第四十條ノ類推適用ニヨリ裁判所ニ寄附行爲ノ變更ヲ請求シ得ベク、之ニ基キテ事務所移轉ノ登記ヲ爲シ得ベキモノト解スルヲ正當ナリト信ズ(註)。

寄附行爲ガ適法ニ變更セラレタル場合ニ於テ主務官廳ノ許可ヲ要スベキコトニ付テハ又法律ニ規定ナシ。然レドモ第三十八條第二項ハ寧ロ當然ノ事理ヲ規定シタルニ過ギザルモノナルコト上述ノ如クナルヲ以テ、之ヲ此場合ニ類推適用シ、主務官廳ノ許可ヲ必要トスルモノト解セザルベカラズ。

(註) 富井氏、舊版、二〇六頁以下、三藩氏、一八三頁、穂積氏、二三六頁。但之等ノ學者ハ第四十條ヲ類推適用スベシトイフニアラズ。

第十款 法人ノ監督

法人ノ監督ハ二種ニ分ツコトヲ得。業務監督ト解散及ビ清算ノ監督ト是ナリ。

業務監督

一 業務監督 業務監督ハ法人ノ業務ガ法人ノ目的ニ反スルコトナキヤ、公益ニ反スルコトナキヤ、理事、監事等ニ不正ノ行爲ナキヤ等ノ事項ヲ監督スルモノニシテ、法人ノ目的ニ應ジテ其監督官廳ヲ定ムルヲ適當トスルガ故ニ、主務官廳ヲシテ此任ニ當ラシム(六七條)。監督ノ目的ヲ達スル爲、主務官廳ハ何時ニテモ職權ヲ以テ法人ノ業務及ビ財産ノ狀況ヲ審査スルコトヲ得(六七條)。若シ理事、監事之ヲ妨グルトキハ過料ニ處セラル(三八四條)。法人ガ其目的以外ノ事業ヲ爲シ又ハ設立ノ許可ヲ得タル條件ニ違背シ其他公益ヲ害スベキ行爲ヲ爲シタルトキハ主務官廳ハ其許可ヲ取消スコトヲ得(七一)。設立許可ノ取消ニ因リ法人ガ解散スルコト民法ノ規定スル所ナリ(六八條一)。

二 解散及ビ清算ノ監督 法人ノ解散及ビ清算ハ裁判所ノ監督ニ屬シ、裁判所

解散清算ノ監督

ハ何時ニテモ職權ヲ以テ此監督ニ必要ナル検査ヲ爲スコトヲ得(八二)。解散及ビ清算ノ監督トハ解散事由ナキニ解散スルニアラザルカ、解散事由アルニ業務ヲ繼續スルコトナキカ、清算人ノ事務其他清算事務ニ付キ不正ノ行爲ナキカ等ヲ監督スルモノナリ。此種ノ監督ヲ爲スベキ機關ハ法人ノ目的タル事業ニ因リテ差異ヲ設クルノ要ナク、且利害關係人ヲ保護スルノ要アルガ故ニ裁判所ヲシテ其任ニ當ラシメタルナリ。裁判所ハ特ニ選任セル者ヲシテ法人ノ監督ニ必要ナル検査ヲ爲サシムルコトヲ得(六三、三)。清算人又ハ監事が裁判所ノ検査ヲ妨グルトキハ過料ニ處セラル(三八、四)。尙裁判所ガ清算人ヲ解任スルコトヲ得ルハ後ニ述ブルガ如シ(七六)。

三 監事ハ理事ヲ監督スベキ法人ノ機關ニシテ法人ソノモノヲ監督スベキ機關ニアラザルコト嘗テ述ベタルガ如シ。

第十一款 法人ノ消滅

第一項 解散ノ意義及ビ原因

解散ノ意

一 法人ノ解散(Auflösung; dissolution)ハ法人ガ權利能力ヲ失フニ至ルベキ原因ナリ。之ニ因リテ法人ガ權利能力ヲ失フベキ状態ヲ生ズ。解散ヲ以テ權利能力消滅ノ絶對的原因トスレバ法人ニハ相續ナルモノナキガ故ニ法人ニ屬セル權利義務ハ主體ヲ失ヒテ消滅スルニ至ルベシ。此ノ如キ不都合ナル結果ノ生ズルコトヲ防ガンガ爲メニ、民法ハ解散アラバ必ラズ清算之ニ伴フベキモノトシ而シテ清算ノ終了スルマデ法人ハ尙ホ存續スルモノト看做ス(七三)。之レ解散ハ法人ノ人格ガ直チニ消滅スルノ原因ニアラズシテ人格ヲ失フニ至ルベキ原因ナリトイフ所以ナリ。

清算法人ノ性質

二 解散後存續スル法人即チ清算法人ガ如何ナル法律上ノ性質ヲ有スルカニ付テハ學說上議論アリ。或ハ法人ハ解散ニ因リテ消滅シ、清算法人ハ法律ノ直接作用ニ因リテ新ニ設ケタル法人ナリトシ(註一)或ハ之ニ反シ法人ノ權利能力ハ解散ニ因リテ消滅セズ解散ハ法人ノ權利能力中其生産的方面(productive Part)ヲ失ハシムルニ過ギザルモノニシテ爾後存續スル法人ハ解散前ノ法人ト同一法人ナリトス(註二)。惟フニ民法第七十三條ハ尙ホ「存續スルモノト看做ス」ト

謂フガ故ニ同一法人ノ存續スルト同一ノ法律效果ヲ認ムベキハ疑ヲ容レズ唯問題ハ此同一法人ノ存續ガ擬制ナリヤ否ヤノ點ニ存ス。而シテ解散後ニ於テ解散前ト同一ナル社會組織體ノ存續スルモノト認メ難キ場合アリ(例社員ノ缺亡)又民法ハ「看做ス」トイヘル字句ヲ用ヒタルガ故ニ清算法人ガ解散前ノ法人ト同一法人タルハ擬制ニ因ルモノト解スルヲ正當トスベシ(註三)。

清算法人ハ唯清算目的ノ範圍内ニ於テノミ權利能力ヲ有シ法人設立ノ目的タル事業ハ之ヲ遂行スルヲ得ズ又清算目的ヲ變更シテ再ビ本來ノ目的タル事業ヲ遂行スベキモノト爲スコトヲ得ズ(註四)。然レドモ清算目的ノ範圍内ニ於テハ從來ノ法人尙存續スルモノト看做サルガ故ニ法人ハ對内及ビ對外關係ニ於テ尙存續シ、監事總會ハ尙法人ノ機關トシテ清算ヲ監督スルヲ得ベク、又法人ノ債權者ハ依然法人ニ對スル債權者ニシテ清算人又ハ歸屬權利者ニ對スル債權者ニ非ズ、法人ノ債務モ亦依然法人自身ノ債務タルナリ(註五)。

(註一) 中島氏、釋義、三三七頁。

(註二) 獨逸ノ民法、商法ノ學者ニシテ此說ヲ採ル者多シ、例クベオertmann, zu §§ 47, 49 B.G.B.; Staub-

dingen-Joewenfeld, zu § 48 B.G.B.; Staub's Komm. s. 292, S. 1082, etc. 我妻氏、前掲、二七二頁。

(註三) 同說、穂積氏、二六九頁。破産後存續スル法人ニ付キ破産法四條參照。

(註四) 大正二年三月二七日、東地判決、法律新聞、八五四號二五頁。會社ニ付キ存立期間滿了後總會ノ決議ヲ以テ存續期間ヲ延長シ得ザルモノトス。

(註五) 大正五年三月四日、大判、民錄、二二輯五一三頁、訴訟提起後法人ノ解散シタル場合ニ訴訟手續ノ中斷(民訴、二〇八條以下)ヲ生ゼザルモノトス。

解散事由

三 法人ノ解散原因次ノ如シ(六八)。

(1) 定款又ハ寄附行爲ヲ以テ定メタル解散事由ノ發生 定款寄附行爲ハ自由ニ解散事由ヲ定ムルコトヲ得。其最モ通常ナルハ存立時期ノ定ナリ。此定アル場合ニ於テモ時期到來前、定款、寄附行爲ヲ變更シテ期間ヲ延長スルコトヲ得ルモ期間滿了後ニ於テハ直チニ解散及ビ清算ヲ生ズルヲ以テ期間ヲ延長スルコトヲ得ズ(註)。

(註) 商法ハ合名會社及ビ合資會社ニ付キ期間滿了後ニ於テモ會社ヲ存續スルコトヲ得ルモノトス。

(2) 法人ノ目的タル事業ノ成功又ハ其成功ノ不能 法人ノ目的トシタル事業ヲ

完了シタルトキハ之ニ因リテ法人ノ解散スベキコト疑ナシ。成功ノ不能ニ付テハ法律的不能ト事實的不能トヲ區別スルコトヲ得。又不能ノ意義ハ一ノ社會觀念トシテ之ヲ決定スベシ。隨ツテ物理的ニ絶對不能ナル場合ノミナラズ事業ヲ爲スコトガ極メテ困難ニシテ一般觀念上不能ト認ムル場合ヲモ包含スルモノトス(註)。

(註) 同說、松本氏、會社法講義、一四四頁、同氏、會社法、三三二頁。反對、中島氏、三二四頁。

(3) 破産 法人ニ對スル破産宣告ノ要件ハ其財産ヲ以テ債務ヲ完済スルコト能ハザルコト是ナリ(七〇條、破産)。自然人ニ對スル破産宣告ノ要件ニ付キ舊法ハ支拂停止トシ(七九條、舊商)、新破産法バ支拂不能トナスモ(六一條、新法)ニ付テハ、債務超過(Uberschuldung)ヲ以テ要件トス。法人ノ資力ハ主トシテ財産ニ因リテ成ルノミナラズ債務超過ノ法人ヲ存續セシムルトキハ第三者ニ損害ヲ及ボスノ虞アルガ故ニ其破産條件ヲ異ニシタルナリ。而シテ此要件アルトキハ裁判所ハ理事又ハ債權者ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ破産宣告ヲ爲スベキモノトシ又理事ハ直チニ破産宣告ノ請求ヲ爲スベク(七〇條)理事之ヲ怠ルトキハ過料ニ處セラル

ルモノトス(八四條、五號)。

(4) 設立許可ノ取消 法人ガ其目的以外ノ事業ヲ爲シ又ハ設立ノ許可ヲ得タル條件ニ違反シ其他公益ヲ害スベキ行爲ヲ爲シタルトキハ主務官廳ハ其許可ヲ取消スコトヲ得(七一條)此取消ニ因リテ法人ハ解散ス。設立許可ノ取消ハ第七十一條ニ規定スル要件ヲ具備シタル場合ニ於テノミ爲スベキ行政處分ナリ。此要件ヲ備ヘザル場合ニ於ケル許可ノ取消ハ無効ニアラザルモ法人ハ之ニ對シテ行政裁判所ニ出訴スル權利ヲ有シ(五五條、二)行政裁判所ガ取消ヲ以テ理由ナシト判決シタルトキハ法人ハ初ヨリ解散セザリシモノトス。

(5) 總會ノ決議 總會ノ決議ハ固ヨリ社團法人ニ付テノミ解散原因タリ。其決議ニハ總社員ノ四分ノ三以上ノ承諾ヲ要スルヲ原則トシ、定款ヲ以テ別段ノ定ヲ爲シ得ルモノトス(六九條)。所謂別段ノ定ハ定數ニ關スル別段ノ定ト解スベシ。條件附又ハ期限附ナル解散決議ハ有效ナルモノト解スベキカ。大審院ハ嘗テ確定期限ヲ附シタル解散決議ヲ有效ナルモノト判決シタルコトアルモ條件又ハ期限ヲ附シテ解散決議ヲ爲サントスル場合ニハ何時ニ法人ガ解散スルカヲ

公示スルノ必要アリ又將來ニ於テ法人ガ解散スベキ場合ニ於テハ解散事由トシテ定款又ハ寄附行爲ニ之ヲ規定スベキコト民法ノ趣旨タルコト明ナルガ故ニ、定款變更ノ手續ニ依ルヲ正當トスルモノト信ズ(註)。

(註) 會社ニ關ス大正二年六月二八日、大判、民錄一九輯五三〇頁。參照、松本氏、私法論文集、七四七頁、本文ト同說。

(6) 社員ノ缺亡 此解散事由モ亦固ヨリ社團法人ノミニ關ス。「缺亡」ト謂フハ社員ガ全滅シタルコトヲ謂フ。一人ニテモ存在スルトキハ社團法人ハ尙存續スルコトヲ得。立法論トシテハ議論ノ餘地アルモ解釋論トシテハ一人ニテモ社員アルトキハ尙社團法人解散ノ事由タラザルモノト解スルノ外ナシ。民法ハ他ノ社員ヲ得ル可能性アルガ故ニ社團法人ヲ存續セシムルモノナルベシ。株式會社ニ於テハ株主ガ七人未滿ニ減ジタルトキハ解散原因タルモノトス(商、二條)。民法ニ於テモ殘存セル一人ノ社員ヲシテ總テノ事務ヲ兼行セシムルハ立法論トシテ不當ナリ。

第二項 解散ノ届出及登記

法人解散シタルトキハ一週間内ニ主務官廳ニ届出ヲ爲シ且解散登記ヲ爲スコトヲ要ス(七七條)。前者ハ主務官廳ヲシテ解散ノ事實ヲ知ラシムルガ爲ニシテ後者ハ此實事ヲ公示スルコトヲ目的トス。届出及ビ登記ノ義務ヲ負フ者ハ普通ノ解散ノ場合ニ於テハ清算人ニシテ(七七條)破産ノ場合ニ於テハ破産宣告ヲ爲シタル裁判所ガ職權ヲ以テ登記所ニ破産登記ノ囑託ヲ爲シ(破産法、一)且主務官廳ニ破産ノ宣告アリタル旨ヲ通知スベキモノトス(破産法、一)。

解散登記ニ付テハ解散ノ原因、其年月日ノ外、清算人ノ氏名住所ヲ登記スルコトヲ要ス(七七條一項、非、一、二條)。

第三項 清算

一 清算(Liquidation)ハ法人ノ殘務處理ノ手續ニシテ民法ノ法人ニ付テハ解散ノ必然的結果ナリ。商法ニ於テハ合併ニ因リ會社財産ガ包括的ニ他ノ會社ニ

清算ノ性質

移轉スルコトヲ認ムルモ民法ハ之ヲ認メズ。法人ニ對シテ破産宣告アリタルトキハ破産法ノ規定スル手續ニ依リテ殘務ヲ處理ス。其手續ハ民法規定スル所ト同一ニアラザルモ固ヨリ一種ノ清算手續ニ外ナラズ。以下述ブル所ハ民法ノ清算手續ニ止マル。

清算ノ性質ハ解散ノ性質ニ索聯シテ上ニ述ベタルガ如シ。解散後存續スルモノト看做サルル法人ニ付キ其解散當時ニ於ケル法律關係ヲ終結セシムルコトヲ目的トスル手續(Verfahren)ナリ。手續トハ同一ノ目的ヲ有スル連續セル行為ヲ謂フ。

清算ニ關スル民法ノ規定ハ強行法規ナリ。商法ニ於テハ合名會社及ビ合資會社ニ付キ任意清算ヲ認ムルモ(商八五條)民法ノ法人及ビ商法ノ株式會社株式合資會社ニ付テハ任意清算ナルモノナシ。隨ツテ定款寄附行為ノ規定ニ依ルモ總會ノ決議ニ依ルモ法律ニ規定スル清算手續ニ依ラズシテ解散シタル法人ノ殘務ヲ處理スルコトヲ得ズ。但民法ノ法人ニ付キ殘餘財産ノ歸屬者ヲ定ムルコトヲ得ルハ後ニ述ブルガ如シ。

清算人

二 清算事務ヲ行フベキ法人ノ機關ヲ清算人ト謂フ。其法人トノ關係ハ理事ト法人トノ關係ニ異ナラズ。之ニ清算人トイフ名稱ヲ與ヘタルハ其權限ガ清算ニ限ルヲ以テナリ。

清算人タルベキ人ハ破産ノ場合ヲ除ク外原則トシテ理事ナリ(七四條)解散前ニ理事タリシ人ヲシテ殘務處理ヲ爲サシムルコト便宜ニ適スルヲ以テ此規定ヲ設ケタルナリ。然レドモ定款又ハ寄附行為ニ別段ノ定アルトキハ固ヨリ之ニ依ルベク又總會ガ他人ヲ選任シタルトキハ之ニ從フベキモノトス(七四條)總會ハ理事タリシ人ノ外ニ清算人ヲ加フルヲ得ベク又理事タリシ人ヲ排シテ別ニ清算人ヲ選任スルコトヲ得。

以上ノ事由ニ因リテ清算人タル者ナキトキ又ハ當初清算人アリタルモ爾後清算人ノ缺ケタル爲メ損害ヲ生ズル虞アルトキハ裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ清算人ヲ選任スルコトヲ得ルモノトス(七五條)重要ナル事由アルトキハ裁判所ハ利害關係人若クハ檢事ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ清算人ヲ解任スルコトヲ得(七六條)。孰レノ事由ニ因リテ清算人

ト爲リタルカヲ問ハズシテ裁判所ニ此解任權ヲ認メタルハ清算手續ガ利害關係人保護ノ爲メニ嚴格ナル監督ヲ要スルガ故ナリ。此他清算人ノ權限ガ理事ニ於ケルト同一ノ原因ニ因リテ消滅スルハ理事ト清算人トガ同一ノ法律上ノ地位ヲ有スル當然ノ結果ニシテ特ニ說クヲ須キザルベシ。

之ヲ要スルニ清算人タルベキ者ハ理事ヲ原則トシ、定款、寄附行爲、總會ノ決議又ハ裁判所ノ決定ヲ以テ他人ヲ清算人タラシムルコトヲ得ルモノトス。

清算人ノ職務

三 清算人ノ職務ハ之ヲ客觀的ニ觀察スレバ清算事務ノ内容ナリ。之ヲ時ノ

順序ニ從ヒ、清算前ノ職務、清算中ノ職務及ビ清算後ノ職務ト爲スコトヲ得ベシ。(1) 清算ニ着手スル前、清算人ハ解散届出及ビ解散登記ヲ爲スコトヲ要ス(前出)。

(2) 清算中ノ職務ニ付キ民法ハ現務ノ結了、債權ノ取立、債務ノ辨濟及ビ殘餘財産ノ引渡ヲ掲グ。然レドモ之ヲ以テ清算ノ範圍ヲ限定セルモノト解スルハ當ラズ。固ヨリ新ニ事業ヲ營ムコトヲ許サズト雖モ、從來ノ法人ノ殘務ヲ處理スル範圍内ニ於テハ必ラズシモ直接ニ法典ノ列舉スル所ニ該當セザルモ尙法人隨ツテ其清算人ノ之ヲ爲シ得ルモノト解スルヲ正當トス。此點ニ付テ二三ノ判

例アリ(註)。

(註) 清算人ハ解算決議無效ノ訴ヲ提起スルコトヲ得、明治三五年五月二一日、大判、民錄、八輯五卷一〇二頁、株主總會無效確認ノ訴ヲ提起シタル後、會社ニ對シ破産宣告アルモ、其訴訟ニ付テハ清算人ガ會社ヲ代表スベキモノナレバ訴訟ハ中斷セズ、大正四年二月一六日、大判、民錄、二一輯一四五頁、設立無效確認ノ訴ニ付キ亦同シ、大正九年五月二九日、民錄、二六輯七九六頁、商法九一條ハ專ラ清算人ノ當然ノ職務トシテ爲シ得ベキ範圍ヲ定メタルニ過ギズシテ之ヲ以テ會社清算ノ範圍ヲ限定シタルモノト爲スヲ得ズ、會社ニ功勞アル者ニ對シ慰勞金ヲ贈與スル總會ノ決議ハ有效ナリ、大正二年七月九日、大判、民錄、一九輯六一九頁。

(イ) 現務ノ結了 法人解散ノ當時既ニ着手シ未ダ結了セザル事務ヲ完結セシムルヲ謂フ。結了ノ爲メニ必要ナルトキハ新ニ法律行爲ヲ爲スヲ妨ゲズ。

(ロ) 債權ノ取立 債權ノ取立ト謂フハ辨濟期ニ在ル債權ニ付テ辨濟ヲ求ムル外債權ヲ讓渡換價スルコトヲモ包含スルモノト解ス。期限附債權及ビ條件附債權ヲ換價スルコトガ清算ノ爲メニ必要ナル場合ニハ讓渡ノ方法ニ依ラザルベカラズ。其必要ナラザルトキ之ヲ換價セズシテ殘餘財産ニ加フルコトヲ得ル

ハ固ヨリ言フ俟タズ。

(ハ) 債務ノ辨濟 債務ノ辨濟ニ付テハ一面ニハ債權者ヲシテ公平ニ辨濟ヲ受ケシムル必要アリ他ノ一面ニハ成ルベク速ニ清算事務ヲ結了セシムル必要アルヲ以テ法典ハ次ノ如キ除斥公告ノ制度ヲ設ク。

(a) 清算人ハ其就職ノ日ヨリ二ヶ月内ニ少クモ三回ノ公告ヲ以テ法人ノ債權者ニ對シ二ヶ月ヲ下ラザル一定ノ期間ヲ定メテ其期間内ニ債權ノ申出ヲ爲スベキ旨ノ催告ヲ爲スコトヲ要ス(七九條一項、民施行法、二六條)此公告ニハ債權者ガ期間内ニ申出ヲ爲サザルトキハ其債權ハ清算ヨリ除斥セラルベキ旨ヲ附記スルコトヲ要スルガ故ニ(二)之ヲ除斥公告ト稱スルナリ。除斥公告ニ定ムルコトヲ要スル債權申出期間ハ毎回ノ公告ニ付キ二ヶ月ヲ下ラザル期間ヲ定ムルノ趣旨ニアラズ第一回ノ公告ニ二ヶ月ヲ下ラザル期間ヲ定メ爾後二回ノ公告ニ於テハ當初定メラレタル期間内ニ債權ヲ申出ヅベキ旨ヲ催告スベキモノトス。此ノ如ク解スルハ法文ニ一定ノ期間ト規定セルニ因ルモノニシテ、又清算人ニ於テ一旦定メタル債權申出期間ヲ變更シ得ルモノト解スルトキハ、此規定ニ依

リテ辨濟禁止期間ヲ定メタル商法第二百六十二條適用上極メテ不當ナル結果ヲ生ズルガ故ナリ(註一)。

24
1955
April 20th

除斥公告ハ速ニ清算手續ヲ終了セシムル外法人ノ帳簿其他ニ依リテ明ナラザル債權者ニ對シ債權行使ノ機會ヲ與フル目的ヲ有ス。故ニ清算人ハ必ラズ此公告ヲ爲スコトヲ要シ、之ヲ怠ルトキハ過料ニ處セラル(八四條六號)。

知レタル債權者ニハ各別ニ債權ノ申出ヲ催告スルコトヲ要ス(七九條三項)此催告ハ三回反覆スルコトヲ要セザルモ其期間ハ公告ニ定メタル期間ト同一ナルコトヲ要スルモノト解セザルベカラズ。此催告ハ除斥催告ニハアラス。債權者ガ其債權ヲ申出デザルモ、清算人ハ之ヲ除斥スルコトヲ得ズ(七九條二項但書)。尙此催告ハ債務存在ノ事實ヲ認ムルモノナルガ故ニ承認トシテ時効中斷ノ效力ヲ有スルモノトス(註二)。

(註一) 會社ニ付キ清算人ハ此期間ヲ延長スルコトヲ得ズ、隨ツテ當初定メタル期間ヲ經過スルトキハ辨濟ヲ爲スコトヲ要スルモノトシタル判決アリ、正當ナリ、明治三六年一〇月六日、

大控判、新聞、一六八號一二頁、四三年、德島地判、新聞、六二六號一五頁。

(註二) 大正四年四月三〇日大判、民錄、二一輯六二五頁。

(b) 債權者ガ債權申出期間内ニ債權ノ申出ヲ爲シ辨濟ノ請求ヲ爲シタルトキハ清算人ハ普通ノ原則ニ從ヒテ辨濟ヲ爲スコトヲ要ス。會社ニ付テハ期間内ニ辨濟ヲ禁止スル規定アリ(商、二六二條)又限定承認及ビ財産分離ニ付テハ期間満了前辨濟ヲ拒ムコトヲ得ルモノト規定スルモ(一〇〇三〇條)民法ノ法人ニ付テハ此ノ如キ規定ナキガ故ニ、清算人ニ辨濟拒絶權ヲ認メ、即チ債務者タル法人ニ猶豫ノ期間ヲ與フベキ法典上ノ根據ナシ。民法ハ法人ニ付キ普通ノ清算手續ヲ採ル場合ニハ法人ノ財産ヲ以テ其ノ債務ヲ完済シ得ルコトヲ豫想スルモノニシテ、又清算中破産宣告ヲ爲スニ至ルトキハ管財人ニ於テ既ニ債權者ニ支拂ヒタルモノヲ取戻シ得ルガ故ニ(八一條)債權者ノ請求ニ應ジテ順次辨濟ヲ爲サシムルモ不當ナル結果ヲ生ズルノ虞ナシト認メタルモノナルベシ。然レドモ取戻權ハ必ズシモ常ニ實效ヲ舉グルモノニアラザルヲ以テ、立法論トシテハ商法ト同様ナル規定ヲ設クルヲ以テ適當トスベシ。

(c) 條件附又ハ期限附債務ノ辨濟ニ付テハ如何ナル方法ヲ以テ辨濟ヲ爲スベキ

カ。民法ハ相續ノ限定承認(九三〇條)及ビ財産分離(一〇四七條)ニ付キ之等ノ債務ノ辨濟方法ヲ規定セルニ拘ハラズ法人清算ノ場合ニ付キ規定ヲ設ケザルハ法典ノ不備ナリ。會社ニ付キテモ嘗テ規定ナキガ爲メ不便ヲ生ジタルヲ以テ商法中改正法律ヲ以テ其不備ヲ補ヘリ(商、九二條)。辨濟期到來、條件成否確定ヲ待チテ初メテ辨濟ヲ爲スベキモノト解スルトキハ著シク清算手續ノ遲延ヲ生ジ法律ノ目的ニ反スルガ故ニ上述諸種ノ規定ヲ類推適用シテ辨濟ヲ爲スベキモノトス(註)。

(註) 同說、仁井田氏、二七五頁、穂積氏、二七五頁。反對、川名氏、一二六頁。

(d) 債權者ガ債權申出期間内ニ其債權ヲ申出デザルトキハ其債權ハ清算ヨリ除斥セララルルヲ原則トス。此原則ニ對シテ二個ノ例外アリ。其一ハ知レタル債權者ヲ除斥スルコトヲ得ザルコトニシテ既ニ述ベタリ。其二ハ期間後ニ申出デタル債權者モ、法人ノ債務完済ノ後未ダ歸屬權利者ニ引渡サザル財産ニ對シテハ請求ヲ爲シ得ルコト是ナリ(八〇條)。此ノ如キ債權者數人アリ、殘存財産ガ其全部ヲ辨済スルニ足ラザルトキハ次條ニ從ヒテ破産宣告ヲ申請スベキカ或ハ

申出期間
ニ遅レタ
ル債權

破産宣告

清算人ニ於テ適宜辨濟スベキカ解釋上多少疑アルモ破産宣告ヲ申請スベキモノト解スルヲ正當トスベシ(破産法一、二八條)。但之等ノ債權者ハ唯殘存財産ニ付テノミ請求權ヲ有スルモノナレバ第八十一條第三項ノ適用ナキコト明ナリ。

(e) 清算中ニ法人ノ財産ガ其債務ヲ完済スルニ不足ナルコト分明ナルニ至リタルトキハ清算人ハ直チニ破産宣告ノ請求ヲ爲シテ其旨ヲ公告スルコトヲ要ス(八一條、八四條、破産法、一、二八條、一三三條、二項)。破産ノ嚴格ナル手續ニ依リ總債權者ヲ公平ニ保護スルコトヲ目的トスルモノナリ。此場合ニ於テ既ニ債權者ニ支拂ヒ又ハ歸屬權利者ニ引渡シタルモノヲ破産管財人ニ於テ取戻シ得ルモノトシタルハ(八一條、三項)此目的ヲ達スルガ爲メニシテ、引渡シタルモノノ全部ヲ返還セシムベク、不當利得返還ノ範圍ニ限ルニアラズ。

清算人ハ破産管財人ニ其事務ヲ引渡シタルトキハ其任務ヲ終ハリタルモノトス(八一條、三項)。此ノ任務終了ハ清算人ノ任務ガ全部終了スルノ意義ナルカ或ハ破産財團ニ關スル事項ニ付テノミ終了スルノ意義ナルカ多少疑アルモ、後ノ見解ヲ正當トスベシ(註)。

(註) 同說、大正四年二月一六日、大判、民錄、二一輯一四五頁、大正九年五月二九日、大判、民錄、二六輯七九六頁。

殘餘財産ノ引渡

(二) 殘餘財産ノ引渡

法人ノ債務ヲ完済シ尙殘餘財産アル場合ニ之ヲ何人ノ所有ニ歸セシムベキカハ立法上ノ一問題ナリ。自然人ニ付テハ相續人アルヲ原則トスルガ故ニ、其存在セザル稀有ノ場合ニ於テ相續財産ヲ國庫ニ歸屬セシムルモ(九〇、五、九條)多ク不當ナル結果ヲ生ズルコトナシ。然ルニ法人ニハ相續人アルコトナキヲ以テ法人ノ殘餘財産ヲ常ニ相續人曠缺セル相續財産トシ、之ヲ國庫ニ歸屬セシムルハ法人設立者ノ意思ニ反スルコト多カルベシ。之レ法律ガ殘餘財産ノ歸屬者ヲ定ムル所以ナリ。而シテ會社ハ社員タル個人ノ利益ヲ目的トスルモノナルヲ以テ殘餘財産ハ之ヲ社員タリシ者ニ分配スルモ、公益法人ハ個人ノ利益ヲ目的トスルモノニアラザルガ故ニ、成ルベク其設立目的ニ適スルガ如ク殘餘財産ヲ處分スルヲ要ス。民法ガ次ノ如キ處分方法ヲ定メタルハ此理由ニ基クナリ。

(a) 定款又ハ寄附行爲ヲ以テ歸屬權利者ヲ定メタルトキハ其定ニ從フ(七二條、一、項)。

直接ニ歸屬權利者ヲ定メザルモ之ヲ定ムベキ方法ヲ定メタルトキハ之ニ依ルベキコト勿論ナリ。

(b) 定款又ハ寄附行爲ヲ以テ歸屬權利者ヲ指定セズ又之ヲ指定スベキ方法ヲ定メザリシトキハ理事ハ主務官廳ノ許可ヲ得テ其法人ノ目的ニ類似セル目的ノ爲メニ殘餘財産ヲ處分スルコトヲ得但社團法人ニ在リテハ總會ノ決議ヲ經ルコトヲ要ス(七二條)。

(c) 以上ノ方法ニ依リテ歸屬權利者ノ定マラザルトキハ殘餘財産ハ國庫ニ歸屬ス(七二條)。國庫ノ收入トナリタル殘餘財産ニ付テハ特ニ用途ノ制限ナシ。

歸屬權利者ハ法人ニ對シ殘餘財産ノ讓渡ヲ請求スル債權ヲ有スルニ止ルカ或ハ法人解散ト同時ニ殘餘財産ノ權利者トナルカ解釋上多少疑問ナルモ前ノ見解ヲ正當トス。蓋シ解散後清算ノ終了スルマデ民法ガ法人ノ存續ヲ認メタルハ之ヲ尙權利及ビ義務ノ主體ト認メタルモノナルコト明ナルガ故ナリ(註)。

(註) 中島氏(七二頁、七八頁)ハ殘餘財産アルコト確定シタル瞬間ニ於テ當然權利移轉ヲ生ズルモノト解スルモ法典上何等ノ根據ナシ。

清算人ノ地位

(3) 清算後ノ職務 清算後ノ職務トシテ清算人ハ清算ノ結了シタルコトヲ主務官廳ニ届出ヅルコトヲ要ス(八三條)。之レ設立ヲ許可セル官廳ニ其消滅シタルコトヲ知ラシメンガ爲ナリ。

四 清算人ハ以上述べタル職務ヲ行フ爲ニ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲ス權限ヲ有ス(七八條)。清算人ハ理事ト同一ノ法律上ノ地位ヲ有スル法人ノ機關ニシテ只其權限ガ清算ノ範圍ニ限ラルルニ過ギズ若シ其行爲ニ因リ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ民法四十四條ニヨリ法人其責ニ任ズルモノトス。

第十二款 外國法人

一 自然人ニ國籍ノ別アルガ如ク法人ニモ亦內國法人外國法人ノ別アリ。其何レニ屬スルカニ因リテ權利能力ノ範圍ヲ異ニシ又其代表、其管理及ビ之ニ關スル監督ノ規定ヲ異ニス。

自然人ノ國籍ニ付テハ血統ヲ標準トスルヲ原則トスルモ此標準ヲ法人ニ付テ用フベカラザルハ明ナリ。設立者ノ國籍ニ因リテ法人ノ國籍ヲ決定セント

內外法人ノ區別ノ標準

スル少數ノ學者アルモ我國ニハ之ヲ採ルモノナク其誤レルコト言フ俟タズ。民法ハ法人ニ付キ其内外ヲ區別スベキ標準ヲ示スコトナク只此區別アルコトヲ前提トシ外國法人ノ人格ヲ我國ニ於テ認許スベキヤ否ヤノ點ニ關シテ規定ヲ設ク。故ニ内外法人ヲ區別スル標準ハ民法其他ノ法律ガ兩者ヲ區別シタル立法上ノ理由ニ基キ之ヲ決定セザルベカラズ。此問題ハ主トシテ國際私法ニ於テ研究セラルル所ナルモ民法ノ法人ニ關スル規定ノ適用範圍ヲ定ムルガ爲ニ簡單ニ内外法人區別ノ標準ヲ述ベントス。

內國法人タルガ爲メニハ第一ニ內國法ニ依リテ設立セラレタルモノナルコトヲ要ス。人格ハ法律ノ賦與スルモノナルガ故ニ他國ノ法律ニ依リテ人格ヲ與ヘラルルモ當然我國ニ於テ人格ヲ有スルモノトナスコトヲ得ズ。從ツテ例ヘバ外國ニ於テ外國法ニ從ヒ設立セラレタル法人ガ其住所ヲ我國ニ移轉スルモ之ニヨリテ當然內國法人タルモノトナスベカラズ(註)。第二ニ我國ニ住所即チ主タル事務所ヲ有スルコトヲ要ス。理論上ヨリ言フトキハ法人ノ住所即チ其主タル事務所ヲ以テ國籍決定ノ標準ト爲スヲ正當トス。蓋シ國籍ヲ定ムル

ガ爲メニハ其人又ハ法人ト其國トノ間ニ密接ナル關係ノ存スルヤ否ヤヲ標準トセザルベカラズ。而シテ法人ニ於テハ其住所ハ其事業ノ中心點ナルヲ以テ其中心點ノ存スル土地ニ於テ法人ト國家トノ間ニ最モ密接ナル關係ヲ生ズルモノナレバナリ。加之我法典ニ付テ之ヲ見ルモ法人ノ設立ニ付テハ常ニ事務所ヲ定ムルコトヲ要シ主タル事務所ノ所在地ニ於テ設立登記ヲ爲スヲ以テ設立ノ對抗要件トシ又其登記ハ我國法ニ從ツテ之ヲ爲スベキコト明ナルヲ以テ日本ノ領土内ニ住所ヲ有セザル法人ニ付テハ其設立登記ヲ爲シ得ザルコト明ナリ。之等ノ理由ニ因リテ見ルトキハ我國ニ住所ヲ有スルコトハ內國法人ノ一要件タルコト明ナルベシ。

以上二ニ分チテ內國法人ノ要件ヲ述ベタルモ我民法ノ解釋トシテハ內國法ニ從テ設立スル法人ハ常ニ內國ニ住所ヲ有スルモノナルコトヲ要シ又內國ニ住所ヲ有スベキ法人ハ常ニ內國法ニ從テ之ヲ設立スルコトヲ要スルモノニシテ其一方ノミノ要件ヲ備ヘタル法人ハ存在スルコトヲ得ズ。國際私法上設立行爲アリタル土地ヲ標準トシ或ハ實際上事業ヲ爲ス土地ヲ標準トスル學說ア

ルモ斯ノ如キ偶然ナル關係ヲ以テ法人ノ國籍ヲ定ムルハ學問上ノ根據ナシ。

(註) 同説、富井氏、三一―二頁以下、松本氏、會社法講義、四六〇頁、同氏、現代法學全集第一五卷會社法
一二四頁。反對、中島氏、三六頁。

内國ニ於
テ認許セ
ラルル外
國法人

二 外國法人ハ國、國ノ行政區劃及ビ商事會社ノ外其成立ヲ認許セズ但法律又ハ條約ニ依リテ認許セラレタルモノハ此限ニ在ラズ(三六)條。

(1) 外國法人ノ認許(Anerkennung)トハ外國法人トシテ内國ニ於テ權利能力ノ主體タルコトヲ認ムルヲ謂フ。固ヨリ外國法人ヲ以テ内國法人ト爲スノ謂ニアラズ。

(2) 外國ノ公益法人ハ法律又ハ條約ニ依リテ特ニ之ヲ認許シタル場合ヲ除クノ外内國ニ於テ權利義務ノ主體タルコトナシ。之レ公益ニ關スル認定ハ諸國ニ於テ必ラズシモ同一ナラザルノミナラズ、其活動範圍ガ國外ニ涉ルコトハ寧ロ稀ナルガ故ナリ。

外國國家ノ成立ヲ認許スト謂フハ固ヨリ其統治權ノ主體タルコトヲ承認スルノ意ニ非ズ、我國法上私權ノ主體タリ得ルコトヲ認ムルノ意ナリ。國ノ行政

區劃ニ付テ亦同ジ。而シテ國ノ行政區劃中我國ニ於テ權利主體タルコトヲ認許セララルルモノハ、其本國ニ於テ法人タルモノニ限ル。

外國ノ商事會社ハ内國ニ於テ權利主體トシテ認許セラル。會社ハ常ニ營利ヲ目的トスルモノニシテ、其目的ニ付テ國家ノ許可ヲ必要トセザルモノナルノミナラズ、其活動範圍ノ國際的ナルモノ尠カラザレバナリ。外國會社ノ支店登記等ニ付テハ商法第二百五十五條以下ノ規定アリ。

三 成立ヲ認許セラレタル外國法人ハ日本ニ成立スル同種ノ者ト同一ノ私權ヲ有スルヲ原則トス(三六)條。外國ニ於テ有シ得ベキ權利ニシテ内國ニ於テハ之ヲ有シ得ザルモノアルベク、又反對ニ外國ニ於テハ有シ得ザルモノ、内國ニ於テハ之ヲ有シ得ルモノアルベシ。若シ内國ニ同種ノ法人存在セザルトキハ其外國法人ノ權利能力ノ範圍ハ本國法ニ依リテ之ヲ決定スベキモノトス。
以上ノ原則ニ對シテ二ツノ例外アリ。

(1) 外國人が享有スルコトヲ得ザル權利ハ外國法人モ亦之ヲ享有スルコトヲ得ズ。

權利能力
ノ範圍

(2) 法律又ハ條約中ニ特別ノ規定アルトキハ之ニ從フ。

四 外國法人ノ管理ニ付テハ特別ノ規定ナシ。當該外國法人ノ本國法ニ從フモノト解スルヲ正當トス。蓋シ外國法人ノ成立ヲ認許スト謂フハ外國法人トシテ其人格ヲ認ムルノ意ナルコト上述ノ如クナルヲ以テ其機關其代表方法等ニ付テハ總テ本國法ニ從フモノト解セザルベカラズ。解散事由ニ付キ亦同ジ。

五 外國法人ガ日本ニ事務所ヲ設ケタルトキハ內國法人設立ノ場合ト同一ノ事項ヲ登記スルコトヲ要ス。而シテ始メテ日本ニ事務所ヲ設ケタルトキハ其事務所ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲スマデハ他人ハ其法人ノ成立ヲ否認スルコトヲ得ルモノトス(四九條)。

外國法人ハ事務所ヲ設ケズシテ日本ニ於テ諸般ノ行爲ヲ爲スコトヲ得。此場合ニ於テハ登記ナキモ他人ハ外國法人ノ成立ヲ否認スルコトヲ得ズ。然ルニ事務所ヲ設ケタルトキハ登記ヲ爲スマデハ他人ハ其外國法人ノ成立ヲ否認シ得ルモノトス。惟フニ外國法人ガ日本ニ事務所ヲ設ケルニ至ルトキハ其外國法人ハ繼續的ニ日本ニ於テ事業ヲ營マントスルモノナルガ故ニ、第三者保護

ノ爲メニ其基礎其組織等ヲ公示スルノ必要アリトシタルガ故ナルベシ。登記期間ハ外國ニ於テ生ジタル事項ニ付テハ其通知ノ到達シタル時ヨリ起算スルモノトス。

第十三款 罰則

一 法人ノ理事、監事又ハ清算人ハ一定ノ場合ニ於テ五圓以上二百圓以下ノ過料ニ處セラ(八四條)。法人ニ對スル監督ヲシテ實效アラシメンガ爲メニ、法人ノ機關ニ職務懈怠アルトキ金錢罰ヲ課シ得ルコトトシタルナリ。其各個ノ場合ニ付テハ既ニ述べタル外、法文ヲ一讀スレバ明ナルベシ。

二 過料ハ刑法總則ノ規定スル刑罰ノ孰レニモ該當セザルガ故ニ刑法總則ノ適用ヲ受クベキ刑罰ニハアラス。隨ツテ累犯併合罪等ニ關スル刑法ノ規定ハ其適用ナシ。其性質ハ私法法規ノ遵守ヲ強制スルコトヲ目的トスル強制罰ナリ。故ニ一旦過料ニ處セラルモ尙法規ニ從ハザルトキハ更ニ過料ヲ繰返シ得ルモノトス。然レドモ一旦法規違反アリタルトキハ縱令處罰前ニ違反ヲ改

ムルモ處罰ヲ免ルルコトヲ得ズ。

三 過料ニ處スル手續ニ付テハ非訟事件手續法第二百六條以下ニ規定アリ。刑事訴訟手續法ニ依ラズ、過料ニ處セラルベキ者ノ住所地ノ地方裁判所ニ於テ當事者ノ陳述ヲ聽キ且檢事ノ意見ヲ求メタル後理由ヲ附シタル決定ヲ以テ過料ノ裁判ヲ爲スモノトス。此決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得。

過料ノ裁判ハ檢事ノ命令ヲ以テ之ヲ執行ス。此命令ハ執行力ヲ有スル債務名義ト同一ノ效力ヲ有ス。

第二章 權利ノ客體

第一節 總說

一 權利ハ法律上活動ノ主體ト認メラレタル者(權利主體)ガ一定ノ社會的利益ヲ享受シ得ベキ法律上ノ力ナリ。故ニ權利ノ成立スルガ爲メニハ權利主體ノ外其内容トシテ一定ノ社會的利益ヲ要ス。此社會的利益ヲ權利ノ目的ト言フ。

權利ノ客體ノ意義

而シテ權利ノ目的ガ成立スル爲メニハ一定ノ對象即チ生活資料ノ存在スルコトヲ必要トス。此對象ヲ權利ノ客體(Objekt; Gegenstand, Objekt)ト言フ。權利ハ常ニ何モノカニ付テ認メラレタル法律上ノ力ニシテ此モノヲ權利ノ客體ト言フナリ。之ヲ法律ノ方面ヨリ觀察スレバ法律ハ諸般ノ生活資料ニ付テ各人及ビ各團體ノ享受シ得ベキ範圍ヲ定ムルモノニシテ、其範圍ノ定メラレタルトキココニ權利ヲ生ズルモノナルガ故ニ、其諸種ノ生活資料ヲ權利ノ客體ト稱スルナリ。

權利ノ客體ト權利ノ目的トヲ同一意義ニ用フル學者尠カラズ。用語論ニ過ギザルガ故ニ深ク論ズルノ要ナキモ、權利ノ内容ソノモノト其内容ノ成立スルガ爲メニ必要ナル生活資料トハ之ヲ區別スルノ要アルガ故ニ、余ハ前者ヲ目的ト言ヒ、後者ヲ客體ト言ハントス。例ヘバ物權ニ於テ一定ノ物ハ權利ノ客體ニシテ、其物ニ付テ權利者自ラ一定ノ利益ヲ享受シ得ベキコトハ權利ノ目的ナルガ如シ。從ツテ所有權ト其他ノ物權トノ間ニ、客體ニ付テハ差異ナケレド、目的ニ付テハ差異アリ。債權ニ付テ債權者ノ需要ヲ充タスベキ對象ハ債務者ノ

人ナルガ故ニ、債權ノ客體ハ債務者ナリ。而シテ債權ノ目的ハ債務者ニ對シテ一定ノ行爲ヲ要求シ得ベキコト是ナリ。要スルニ權利ノ客體トハ權利ノ内容ヲ構成スベキ生活資料ヲ言フナリ。

二 權利ノ客體ハ各種ノ權利ニヨリテ異ル。物權及ビ債權ノ客體ニ付テハ上ニ述ベタリ。人格權ノ客體ハ權利者自體ナリ。親族權ノ客體ハ親族關係ニ在ル他ノ人ナリ。相續權ノ客體ハ戶主權及ビ相續財產即チ權利義務ノ一體ナリ。無體財產權ノ客體ハ精神的產出物ナリ。此他權利モ亦他ノ權利ノ客體タルコトヲ得。之等諸種ノ客體ニ付テハ各種ノ權利ニ付テ之ヲ述ブルヲ適當トスベク民法モ亦總則編ニ一般的規定ヲ置カズ唯其一種タル物ニ付テ規定ヲ設クルニ止ム。權利ノ客體タルモノハ文明ノ進歩スルニ從ヒテ次第ニ増加スルノ傾向アルモ、物ハ尙其最も重要ナルモノタルコトヲ失ハズ、之レ特ニ物ニ付テ總則編ニ規定ヲ設クル所以ナリ。

第二節 物ノ意義

無體物ナ
ル觀念ヲ
認メズ

一 民法ニ於テ物トハ有體物ヲ謂フ(八五條、獨)。ローマ法及ビ佛法系ノ民法ニ於テハ有體ヲ以テ物ノ要件トセズ隨ツテ物ヲ分テ有體物(res corporales; choses corporelles; körperliche Sachen)ト無體物(res incorporales; choses incorporelles; unkörperliche Sachen)トニ分チタルモ、我民法ハ獨逸民法ニ倣ヒ無體物ナル觀念ヲ認メズ。其理由ハ無體物ナル觀念ヲ認ムルトキハ所有權、債權ノ如キ權利モ亦物ト稱スル結果トシテ其上ニ更ニ所有權ヲ認ムベキコトトナリ實益ナクシテ債權、物權ノ別ヲ紊ルト謂フニ在リ(註)。

(註) 民法修正案理由書。其當否ニ付キ三瀆氏、無體物觀念ノ排斥ニ關スル疑問、梅博士追悼記念論文、所載、同氏、提要、一三三七頁。

二 有體物トハ人間以外ニ存シ、空間ノ一部ヲ占ムルモノヲ謂フ。空間ノ一部ヲ占ムト謂フハ有形的存在ヲ有スルノ意ナリ。其空間ヲ占ムル形狀ハ固ヨリ之ヲ問ハザルガ故ニ、固體ノ外液體、氣體ノ如キモ亦有體物ナリ。然レドモ光、熱、音響ノ如キハ物ニアラズ。電氣ニ付テハ嘗テ刑法上竊盜ノ目的物トナルヤ否ヤニ付テ議論ヲ生ジタルガ故ニ之ヲ「財物ト看做ス」旨ノ規定ヲ設ケタリ(註一)。

有體物ノ
意義

民法ニ於テ電氣ガ物ナルヤ否ヤハ物理學上電氣ヲ物ト認ムルヤ否ヤニ因リテ決ス。現今ニ於テハ物ニアラズトスル見解ヲ採ルノ外ナシ(註二)。

物ハ有體物ニ限ルガ故ニ權利、債務、行爲、信用、精神的產出物ノ如キハ物ニアラズ。此點ニ付キテ民法ニ一ノ例外アリ、即チ無記名債權ハ之ヲ動產ト看做ス(六八

項三)。無記名債權ト之ヲ證スル無記名證券トハ極メテ密接ナル關係ヲ有シ、債權ニ關スル法律關係ヲ定ムルニ付キ、之ヲ證券ナル動產ト分離セザルヲ適當トスルガ故ニ此ノ如キ規定ヲ設ケタルナリ。無記名株式ニ付テハ規定ナク、株主權ト債權トガ性質ヲ異ニスルハ嘗テ述べタルガ如クナルモ、權利ト證券トノ關係ニ付テハ彼此全ク差異ナキヲ以テ之ヲ動產ト爲スヲ正當トスベシ。記名債權、記名株式ガ動產ト認ムベカラザルハ論ヲ俟タズ(註三)。

(註一) 刑法、二四五條。尙獨逸ニ於テモ同一ノ問題起リタルガ爲メニ一九〇〇年四月九日ノ特別法ヲ設ケタリ。

(註二) 末弘氏物權法、上卷、二四頁ハ電氣ノ所有權ヲ普通動產ノ所有權ト同一ニ取扱フベキモノトス。然レドモ通説ノ如ク電氣ノ上ニ所有權ヲ認メザルモ不當ナル結果ヲ避クルニ苦シマズ。

(註三) 定期預金證書ニ付キ、昭和二年二月一日、大判、集、六卷三五頁(此評釋、伊澤氏判例民事法、二六頁)白紙委任狀ノ添付アル記名株券ニ付キ、昭和二年五月二三日、大判、集、六卷二六九頁(此評釋、伊澤氏判例民事法、二二三頁)共ニ動產ニアラザルモノトス。

人體ハ物ニアラズ

三 物ハ生活セル人間ノ身體ヲ包含セズ。此意味ニ於テ物ハ外界ノ一部ナルコトヲ要ス。自己ノ身體ハ身體權、他人格權ノ客體トナルモ、之レ權利者ノモノガ權利ノ客體タル當然ノ結果ニシテ、身體ガ獨立シテ權利ノ客體タルニアラズ。他人ノ身體又ハ其一部ガ物トシテ權利ノ客體トナルコト無キハ言ヲ俟タズ。人工的ニ身體ニ接着セシメタル物ガ身體ノ一部ト認ムベキモノタルトキハ、又物トシテ權利ノ客體トナルコトナシ。例ヘバ義齒、植肉ノ如シ。之レニ反シテ時々身體ト結合シテ使用セラルルニ止マルモノハ身體ノ一部ニアラズ獨立シテ權利ノ客體タルコトヲ得。

人ノ身體ヨリ分離セラレタル齒、毛髮ノ如キハ物ニシテ權利ノ客體トナル。此場合ニ於テ其分離セラレタル物ハ分離以前ニ屬シタル人ノ所有ニ歸スルモノトス。其理由ニ付キ二三ノ學說アルモ、身體ノ各部ハ其人ニ屬スルモノニシ

テ人ガ其身體ノ上ニ所有權ヲ有セザルハ唯生活セル身體ノ一部ナリトイフ故障ノ存在スルガ故ニ外ナラザルヲ以テ其故障ノ撤廢セラレタルトキ即チ分離シテ身體ノ一部タラザルニ至リタルトキニ於テ、人ガ從來其身體ノ一部ニ付テ有シタル權利ハ當然所有權ニ變ズルモノト解スベキナリ。

身體ノ一部ヲ分離スル契約又ハ他人ヲシテ身體ノ一部ヲ分離セシムル契約ガ有效ナリヤ否ヤハ其效力ヲ認ムルコトガ公序良俗ニ反スルヤ否ヤニ因リテ決ス。理髮ヲ爲サシムル契約、手術ヲ爲サシムル契約ノ如キハ有效ナルモ、故ナクシテ身體ノ一部ヲ切斷セシムル契約、身體ノ一部ヲ債權ノ擔保トスルガ如キ契約ハ無効ナリ。

屍體ニ付テハ先ヅ物ナリヤ否ヤノ論アリ、又如何ナル權利ノ客體タリ得ルヤ議論アリ、余ハ物ニシテ且相續人ノ所有權ノ客體タルモノト解ス。死亡シタル後人體ハ物界ニ歸スルモノニシテ之ヲ物ト爲サザルベカラズ(註一)。又之ヲ所有權ノ客體ニアラズトスル見解ハ屍體ガ財産ニアラズ之ニ付テ存スル權利ガ財産權ニアラザルコトヲ理由トスルモノナルモ、所有權ハ必ラズシモ經濟的價

値ヲ有スルコトヲ要セザルモノナルガ故ニ其理由ナシ。他人ヲ排シテ之ヲ支配スル權利ヲ有スル者ハ假令公益及ビ公序良俗ニ因リテ種々ノ制限ヲ受クルモ尙所有權ヲ有スルモノト言ハザルベカラズ(註二)。而シテ相續人ガ屍體ニ付テ所有權ヲ有スル理由ハ直接ニ法律ニ求ムルコトヲ得ズ又先占或ハ相續ヲ理由トスルコトヲ得ズ、屍體ニ付テ相續人ガ一定ノ處分權ヲ有スルコトヲ認ムル慣習法アリ而シテ此處分權ハ法律上所有權タルモノト解スベシ(註三)。

屍體ノ處置ニ關スル遺言、其他ノ法律行爲ハ當然無効ナルコトナシ。解剖ニ關スル遺言ノ如キハ原則トシテ有效ナルモノトス。唯其法律行爲ノ内容ガ公序良俗ニ反スルトキハ其理由ニ因リ無効タルベキノミ(註四)。

(註一) 屍體ヲ人格ノ殘餘(Überrest der Persönlichkeit)トスル見解アリ、Gierke, Deutsch. Privatrecht II, S.

335. 死者ノ遺志、遺靈ヲ尊重スルハ道德論トシテ適當ナルモ屍體ガ外界ノ一部ナルヲ否認スルノ理由トナラズ。

(註二) 相續人ハ埋葬ノ權利義務ヲ有スルノミニシテ此權利ハ所有權ニアラズ一般人ニ對抗

シ得ベキ一種特別ノ對世權ナリトス、中島氏、三六五頁以下、同氏、論叢、七卷一號、批判、v. Blunne
屍體ニ付キ近親ノ親族權ヲ認ムルモ之ニ近シ、Archiv für Zivil. Prax. Bd. 112, S. 367 ff. 本文ト

同說、仁井田氏、二八八頁、三藩氏、二四〇頁、穂積氏、二八四頁、菅原氏、三七〇頁等通說。我妻氏、一四六頁ハ所有權ヲ認ムルモ、ソノ所有權ハ喪失一人ニ屬スルモノトス。

(註三) 大正一〇年七月二五日、大判、民錄、二七輯一四〇八頁ハ家族ノ遺骨ニ付キ其遺產相續人ノ所有權ヲ認ム。昭和二年五月二七日、大判、集、六卷三〇七頁ハ前戸主ノ遺骸ニ付キ家督相續人ノ所有權ヲ認メ且ソノ目的ハ埋葬管理及祭祀供養ニ限ラルルモノトス。

(註四) 同說、仁井田氏、二八九頁等。反對、穂積氏、二八五頁。穂積氏ハ相續人ガ屍體ノ所有權ヲ取得スル原因ガ相續ニアラザルコトヲ理由トスルガ如シ。然レドモ相續人ガ屍體ノ所有權ヲ取得スル理由ガ慣習法ニアリトスルモ其慣習法ガ絕對的ニシテ、死者ノ適當ナル處分ヲモ排斥スルモノト解スル理由ナシ。

物ノ權利能力
物ノ取引能力
(取引能力)
能力
權利

四 物ハ私權ノ客體タルニ適スルコトヲ要ス。私權ノ客體タルニ適セザルモノハ物理学上物ナルモ、民法上物ニアラズ。私權ノ客體タリ得ベキ適格ヲ物ノ權利能力 (Rechtsfähigkeit der Sache) ト言ヒ、之ニ對シテ取引ノ客體ヨリ得ベキ適格ヲ物ノ取引能力若クハ行為能力 (Verkehrs-od. Handlungsfähigkeit der Sache) ト言フ。權利能力ヲ有セザル物次ノ如シ。

- (1) 人力ノ支配内ニ在ラザル物ハ物ニアラズ。日月、星、晨、太洋ノ如シ。
- (2) 物ノ一部ハ物ニアラザルヲ原則トス。然レドモ此原則ニ對シテハ重要ナル

例外アリ。

(イ) 法律ガ物ノ一部ニ付テ獨立ナル物權ノ成立ヲ認ムルコトアリ (二〇八條、二)。

此場合ニ於テハ物ノ一部モ亦物權ノ客體タルコト明ナリ。

(ロ) 社會觀念上物ノ一部ヲ獨立ナル權利ノ客體ト認ムルコトアリ此場合ニ於テハ其社會觀念ニ從フベキモノトス。蓋シ物ガ獨立ナリヤ否ヤハ畢竟社會觀念ニ從ヒテ決定スベキモノナレバナリ。此點ノ詳細ハ物權法ニ讓ルベキモ判例ニ現ハレタル一二ノ例ヲ舉ゲン。

(a) 分離前ノ果實 分離前ノ樹木ノ實ハ元物ノ一部ニ過ギザルモ其成熟シタル後ハ之ヲ獨立ノ物トシテ賣買スルノ慣行アリ判例ハ之等ノ成熟セル果實ニ付キ分離以前所有權移轉ノ契約ヲ爲シ得ベキモノトシ、其對抗要件トシテハ一般第三者ニ公示スベキ適當ノ方法ヲ講ズベキモノトス (註)。

(註) 大正五年九月二〇日、大判、民錄、二二輯一四四〇頁、雲州蜜柑ニ關ス、大正九年五月五日、大判、民錄、二六輯六二二頁、末弘氏、物權法、三一頁以下、昭和二年六月一四日、大判、刑集、六卷三〇四頁、稻立毛ニ關ス、末弘氏、評釋、判例民事法、三四一頁以下。

(b) 立木 ココニ立木トイフハ立木法ニ依リテ所有權ノ保存登記ヲ爲シタル樹木ノ集團タル立木以外ノ個々ノ樹木ヲ謂フ。此立木ガ毀損スルカ又ハ不相當ナル費用ヲ費スニアラザレバ土地ト分離スルコトヲ得ザル關係ニ在ルトキハ土地ノ一部ヲ成スモノト言ハザルベカラズ。然レドモ從來ノ慣行及ビ判例ハ此土地ノ一部タル立木モ獨立シテ取引ノ目的タリ所有權ヲ他人ニ移轉シ得ベキモノトス。而シテ此場合ニモ對抗要件トシテハ一般第三者ニ公示スベキ適當ノ方法所謂明認方法ヲ講ズベキモノトス(註)。

(註) 明治三十八年五月一日、大判、民錄、一一輯七二六頁、大正五年二月二二日、大判、民錄、二二輯一六八頁、同八年一〇月三日、大判、民錄、二五輯一七三七頁、大正一〇年二月一七日、大判、民錄、二七輯三二九頁。大正一二年七月二六日、大判、集二卷五六六頁、平野氏、評釋判例民事法、四二二頁以下。

物ノ集團

五 物ノ集團ハ一個ノ物ニアラズ隨ツテ一個ノ權利ノ客體トナラザルヲ原則トス。例ヘバ群羊、圖書館ニ包藏セラルル圖書ノ如キハ一個ノ所有權ノ客體トハナラズ、其各個ノ物ニ付テノミ所有權ノ成立スルモノトス。之ニ對シテ次ノ

例外アリ。

- (1) 一定量ノ物が集合シテノミ社會的價値ヲ認メラルルモノニアリテハ其一定量ノ集合物ガ一個ノ權利ノ客體タルモノトス。例ヘバ米穀、土砂等ノ如シ。各粒ノ米ガ權利ノ客體タルニアラズシテ一合、一升等ノ米ガ權利ノ客體タルナリ。
- (2) 法律上特殊ノ經濟的價値ヲ有スル財團ヲ以テ法律上一個ノ不動產又ハ物ト看做スコトアリ、此場合ニ於テハ物ノ集團ハ法律上一個ノ物ト看做サレ一個ノ權利ノ客體トナル。工場財團(工場抵當法、一四條)鑛業財團(鑛業抵當法、一條、三條)鐵道財團(鐵道抵當法、二條)軌道財團(軌道抵當法、一條)立木(立木法、二條)等はナリ(註)。

(註) 參照、松本氏、總括的意義ニ於ケル財團論文集、一卷二六五頁以下。尙立木法ノ適用ヲ受ケザル樹木ノ集團ニ付テモ判例ハ集團トシテ所有權ノ移轉ヲ爲シ得ベキモノトシ、且ソノ對抗要件トシテハ所謂明認方法ヲ講ズベキモノトス、詳細ハ物權法ニ讓ル、大正九年二月一日、大判、民錄、二六輯一四二頁、大正四年一月八日、大判、民錄、二一輯二〇二八頁。

第三節 物ノ種類

民法ハ物ノ種類ニ付テ唯動産ト不動産、主物ト從物、及び元物ト果實ノ別ヲ規定スルニ止メタリ。然レドモ此他ローマ法以來認めラレタル物ノ種別ヲ否認スルノ趣旨ニハアラザルコト明ナルヲ以テ、民法ニ規定セララルモノノ外一般ニ認めラルル物ノ種別ニ付テモ簡單ニ述ブベシ。

第一項 融通物及び不融通物

不融通物ト
融通物ト

融通物ト不融通物トハ物ノ取引能力即チ融通能力ヲ標準トスル種別ナリ。權利能力ヲ有セザル物ハ民法上物ニアラザルガ故ニ當然又融通能力ヲ有スルコトナシ。融通物、不融通物ヲ民法上ノ物ノ種別トスレバ權利能力ヲ有セザル物ヲ不融通物ノ一ニ加フルハ理論上正當ニハアラザルモ便宜上之ヲモ次ニ掲グルコトトス。

公共物

不融通物 (*res extra commercium*; *Verkehrsunfähige Sachen*)ノ主要ナルモノ次ノ如シ。
一 公共物 (*res omnium Communis*) 大氣、太洋ノ如ク萬人ノヲ使用シ得ルモ何人ノ支配ニモ屬セザル物ヲ謂フ。權利能力ヲ有セザルモノナルコト上述ノ如シ。

空氣ト空間トハ之ヲ區別スルヲ要ス。土地ノ所有權ハ地上、地下ニ及ブモノナルガ故ニ(七條)地上ノ空間モ亦土地所有權ノ範圍ニ屬ス。然レドモ空氣ハ一定ノ容器ニ收メラレタル場合ノ外權利ノ客體トナルコトナシ。流水ニ付テモ其關係相似タリ(註一)。

公共物ハ特定人ノ權利ノ客體トハナラザルモ、一般人皆之ヲ使用シ得ルモノナルガ故ニ、他人若シ不當ニ其使用ヲ妨害スルトキハ人格權殊ニ自由權ノ侵害トシテ不法行爲ト爲ルモノトス。

公共物ハ一般ニ私權ノ客體トナラザルモ國家ノ行政行爲ニ因リ特ニ之ヲ以テ權利ノ客體ト爲スコトヲ得。例ヘバ海面ノ一部ヲ以テ獨占ノ漁場ト爲シ又ハ水面埋立權ヲ認ムルガ如シ(註二)。

(註一) 拙著、增訂、日本債權法各論、八七六頁以下參照。

(註二) 大正四年一月二日、大判、民錄二一輯二二七五頁、同六年八月二日、大判、民錄二三輯一二二八頁。

公有物

二 公有物 (*res publicae*) 公有物ニハ廣狹二義アリ。廣義ニ於テハ國家其他ノ

公法人ノ所有ニ屬スル物ヲ總稱シ、狹義ニ於テハ右ノ内公用ニ供セラルル物ノミヲ謂フ。廣義ノ公有物中國家其他ノ公法人ノ私用ニ供セラルル物即チ其收益財產(Finanzvermögen)例ヘバ國有ノ林野、有價證券ノ如キハ不融通物ニアラズ。唯狹義ノ公有物ノミガ不融通物ナリ。公用ニ供セラルル公有物ノ中直接ニ國家又ハ公法人ノ公務用ニ供セラルル公務用物ト、公衆ノ用ニ供セラルル公衆用物トヲ區別スルコトヲ得。官公廳舍、要塞、軍艦ノ如キハ前者ニシテ、公川、港灣ノ如キハ後者ナリ。共ニ公用ノ廢止セラルルマデ融通性ヲ缺ク。

公用物

三 公用物 公共ノ用ニ供セラルル物ヲ謂フ。其國家又ハ公法人ノ所有ニ屬スルトキハ公用物ニシテ又同時ニ狹義ノ公有物ナルモ、私人ノ所有ニ屬スルトキハ公有物ニアラズ。河川法ニ依レバ公共ノ利害ニ重大ノ關係アリト認定セラレタル河川即チ所謂公川ニ付テハ其河川並ニ其ノ敷地若クハ流水ハ私權ノ目的トナルコトヲ得ズト定メラルルヲ以テ公用物且公有物ニシテ完全ニ不融通物ナリ。之ニ反シテ道路法(六)ハ公道ニ付キ其敷地ノ所有權移轉及ビ抵當權ノ設定移轉ヲ妨グザルヲ以テ道路ニハ私有物タル公道即チ公用物アルコト明ナ

リ。隨ツテ私有タル公道ハ公用トイフ制限ノ附着スル儘之ヲ取引ノ目的トスルコトヲ妨グザルモノトス(註)。

(註) 道路ノ敷地ニ付キ私人ガ取得時効ニ因リ所有權ヲ取得スルコトヲ得ルカ、判例ハ之ヲ否定ス、大正八年二月二四日、民錄、二五輯三三六頁、大正一〇年二月一日、民錄、二七輯一六〇頁。其當否ヲ疑フ、此判決ニ對スル評釋、平野氏、判例民法、一九頁。

禁制物

四 禁制物 法令ノ規定ニヨリ取引ヲ禁止シタル物ヲ謂フ。所有又ハ所持ヲモ禁止セラルル物ト單ニ取引ノミヲ禁止セラルル物トヲ包含ス。阿片煙、偽造貨幣、猥褻ノ文書圖書(刑、一三六條乃至一四〇條、一四一條、一四五條)ノ如キ是ナリ。法令ニヨリ讓渡差押等ノ處分ヲ制限セラレタル物モ亦一種ノ不融通物ト見ルベシ。例ヘバ華族ノ世襲財產(同法、一八條)特別保護建造物及ビ國寶(古社寺保、存法、五條)等是ナリ。

第二項 代替物及ビ不代替物

代替物
不代替物

一般ノ取引上品質種類又ハ數量ニ着眼スル物ヲ代替物(res fungibilis; vertheilbare)

Sachen) ト言ヒ、取引上個性ニ着眼スル物ヲ不代替物 (res non fungibilis; Individualsachen, unverbrechbare Sachen) ト言フ。取引上同種、同量ノ他ノ物ヲ以テ代ヘ得ルヤ否ヤヲ標準トスルモノナリ。例ヘバ米穀、酒、油、金錢、書籍ノ如キハ代替物ニシテ、土地、家屋、時計、寶石ノ如キハ不代替物ナリ。

代替物不代替物ノ別ハ貸借及ビ寄託ニ關係アリ、消費貸借及ビ消費寄託ハ代替物ノミヲ目的トス(五六七條)。又民事訴訟手續ニモ關係アリ(三〇條)。

第三項 特定物及ビ不特定物

當事者ノ意思其他ノ事實ニ因リテ具體的ニ定マリタル物ヲ特定物 (bestimmte Sachen) ト言ヒ、唯抽象的ニ種類、品質、數量ヲ定メラレタルニ過ギザル物ヲ不特定物ト言フ。此區別ハ大體ニ於テ代替物、不代替物ノ別ト一致スルモノナルモ代替物、不代替物ノ別ハ一般ノ取引上物ガ如何ニ取扱ハルルカニ因リ、而シテ特定物不特定物ノ別ハ各個ハ取引ニ於テ當事者ガ如何ニ定ムルカ等ノ事情ニ因リテ定マルモノナルガ故ニ、當事者ハ代替物ヲ特定物トシテ取引スルコトヲ得ベ

不特定物ト

ク又通常不代替物タル物ヲ不特定物トシテ取引スルコトヲ得ベシ。例ヘバ特定ノ貨幣ヲ寄託スルハ前者ノ例ニシテ、某會社製何號ノ時計二十ヲ賣買スルガ如キハ後者ノ例ナリ。尙特定トスルヤ否ヤハ通常當事者ノ意思ニ因リテ決定スルモ、種類債權ガ第四百一條第二號ニ依リテ特定スル場合ニハ特定セントスル當事者ノ意思ヲ要セザルヲ以テ當事者ノ意思其他ノ事實ニ因リ具體的ニ定マルコトヲ以テ特定物ノ要件トシタルナリ。

特定物、不特定物ノ別ハ債權法ニ於テ顯著ナリ(四〇〇條、四〇一條、四八三條、四)。
又物權ハ特定物ノ上ニノミ存スルヲ原則トス。

第四項 消費物及ビ非消費物

消耗シ又ハ讓渡スルコトニ因リテ物ヲ使用スル目的ノ達セラレル物ヲ消費物 (res consumptibles; verbrauchbare Sachen) ト言ヒ、然ラザル者ヲ非消費物 (res non consumptibles; unverbrauchbare Sachen) ト言フ。穀物、酒、油、金錢ノ如キハ前者ノ例ニシテ書籍、衣服、時計ノ如キハ後者ノ例ナリ。

消費物ト

非消費物ト

消費物、非消費物ノ別ハ貸借及ビ寄託ニ關係アリ。消費物ハ消費貸借及ビ消費寄託ノ目的物トナリ(五八七條、六六六條)非消費物ハ使用貸借、貸借及ビ通常ノ寄託ノ目的物トナル(五九三條、六〇一、六五七條等)。

第五項 可分物及ビ不可分物

分割ニ因リテ性質ヲ變ゼズ又著シク價格ヲ損セザル物ヲ可分物 (res dividuae; teilbare Sachen) ト言ヒ、分割ニ因リテ性質ヲ變ズルカ或ハ著シク價格ヲ損スル物ヲ不可分物 (res indivisibiles; unteilbare Sachen) ト言フ。例ヘバ一頭ノ馬ヲ分割スレバ馬タル性質ヲ失フガ故ニ不可分物ニシテ、一個ノ眞珠ヲ分割スレバ著シク價格ヲ損スルガ故ニ不可分物ナリ。
可分物、不可分物ヲ區別スル實益ハ共有及ビ多數當事者ノ債權ノ如ク一個ノ物ニ付キ數人ガ物權又ハ債權ヲ有スル場合ニ現ハル(二五八條、四、二七七條以下)。

第六項 單一物合成物及ビ集合物

單一物 (einfache Sachen) トハ形體上獨立ノ一體ヲ爲ス物ヲ言フ。自然的ニ一體ナリヤ人爲的ニ一體トセラレタリヤハ之ヲ問ハザルモ、其各構成部分ガ個性ヲ失ヒタルコトヲ要ス。

合成物 (Zusammengesetzte Sachen) トハ數個ノ物ノ結合ニ因リテ成立セル物ヲ言フ。其結合セル状態ニ於テハ一個ノ物トシテ一ノ權利ノ客體トナルモ其各構成部分ガ尙一個ノ物タリ得ベキコトヲ認メ得ル物ナリ。例ヘバ建物又ハ寶石入指環ノ如シ。

單一物ト合成物トハ取引上及ビ法律上其取扱ヲ異ニセズ隨ツテ之ヲ區別スルノ實益ヲ見ザルモ、從來ノ例ニ從ヒ又合成物ト集合物トヲ對比セシムル爲メココニ之ヲ述べタリ。

集合物ノ中物ノ集團ニ付テハ上ニ述べタリ。之ヲ事實上ノ集合物ト謂フ。其一物ニアラザルハ上述ノ如シ。此他法律上ノ集合物ト稱フルモノアリ。包括財産ノ如ク權利義務ヲ一括シテ一定ノ名稱ヲ附シタルモノナリ。此集合物モ亦物ニアラズ。財産ナル語ハ權利義務ノ集團ノ意義ニ用ヒラレ、或ハ積極財

不可分物ト

單一物、
合成物及
集合物

産ノ意義ニ用ヒラレ又或ハ財産權ノ意義ニ用ヒラル。

第七項 動産及び不動産

一 土地及び其定着物ハ不動産ニシテ其他ノ物ハ總テ動産ナリ(八六)條。

動産(res mobiles; meubles; movables; bewegliche Sachen, Fahrnisachen, Mobilien)不動産(res immobiles; immovables; inmuebles; unbewegliche Sachen, Liegenschaften, Immobilien)ノ別ハ物ノ重要ナル種別トシテローマ法以來孰レノ國ニ於テモ概ネ認メラル所ナリ。之ヲ區別スル理由ニアリ。其一ハ其社會上、經濟上ノ價值ニ差異アルコト是ナリ。封建時代ニ於テ土地ハ宗家ノ世襲財産トシテ特ニ重要ナル社會的價值ヲ有シ法律上特殊ノ待遇ヲ必要トシタルコト言フ俟タズ。封建制度廢止後ニ於テ此社會的價值ハ多少減少シタルモ尙生活ノ根據トシテ重要ナル地位ヲ占ムルノミナラズ、經濟的價值ニ於テモ尙多數ノ動産ニ比シテハ優越ノ地位ヲ有ス。此理由ハ近時船舶、有價證券等重要ナル動産ヲ生ズルニ至リテ多少其重要ノ度ヲ減ジタリト雖モ現今民法ニ於テモ尙此理由ニ因リテ不動産ニ付

キ特別ノ待遇ヲ爲ス規定無キニアラズ(一八六條一項三號、一四條一項、一八六條三號、四號、九二九條)。其二ハ不動産ノ性質ニ基ク理由ナリ。不動産ハ全ク又ハ容易ニ其位置ヲ變更スルコトヲ得ズ且帳簿ノ記述ニ依リテ其同一性ヲ認識シ得ベキ性質ヲ有スルヲ以テ、其所在地ニ於ケル公簿ニ因リテ其法律關係ヲ公示シ得ル特徴ヲ有ス。之レ不動産ニ付テハ動産ト異リ登記ノ制度アル所以ナリ(一七七條、一七八條、一六二條、一六三條、法例三)。此後ノ理由ハ今後永ク動産ト不動産ト法律上ノ取扱ヲ異ニスベキ理由タルベシ。

二 不動産ハ土地及び其定着物ナリ。

(1) 土地トハ地球ノ一部ニシテ人力ノ支配ニ屬スルモノヲ謂フ。單ニ表面ノミナラズ地殻ヲモ包含スルモ(七二條)人力ノ支配ノ及バザル部分ハ物ニ屬セズ。

(2) 土地ノ定着物

性質上絶對ニ不動ナル物ハ土地ニ限ルモ、土地ト永續的ニ接着セル物ハ其所在ヲ移轉スルコト容易ナラザル點ニ於テ、動産ト異リタル法律上ノ取扱ヲ爲スヲ便宜トス。故ニ諸國ノ法制概ネ皆之ヲ以テ不動産トス。然レドモ之ヲ不動

土地ノ定着物

産トスル形式ニ付テハ各國ノ法制必ラズシモ同一ナラズ。ローマ法ニハ地上ノ物ハ土地ニ屬ス(Superficies solo cedit)トイフ原則アリ、土地ニ固着スル建物其他ノ物ハ土地ノ構成部分 (Bestandtheil) トシテ之ヲ不動産トス。歐洲諸國ノ法制ハ此原則ヲ採用ス。我民法ニ於テモ土地ノ構成部分ナル觀念ヲ全然排斥スルニアラザルモ建物ヲ土地ノ一部分ト觀察スル慣習ハ全ク我國ニ存在セザルヲ以テ上述ノ原則ヲ採ラズ土地ノ定着物ハ土地ノ一部ニハアラズシテ獨立ノ不動産タルモノトス。

土地ノ定着物タルガ爲メニハ物ト土地トノ間ニ如何ナル關係ノ存在スルコトヲ必要トスルカ、民法ハ特ニ之ヲ規定セザルモ定着物ヲ不動産ト爲シタル理由及ビ登記法ノ規定ニ因ルトキハ次ノ要件ヲ必要トスルモノト解セザルベカラズ。

(イ) 定着物ハ土地ニ附着セル物ナルコトヲ要ス。附着ノ原因ハ自然的タルト人爲的タルトヲ問ハザルモ、單ニ土地ニセルニ止マル石燈籠ノ如キハ定着物ニアラズ。

(ロ) 繼續的ニ土地ニ附着シテ使用セラレルモノト一般觀念上認めラルル物ナルコトヲ要ス。定着物ハ單ニ土地ニ附着スルノミナラズ、定着スルコトヲ要ス。而シテ定着トイフハ物理的觀念ニハアラズシテ社會的觀念ナリト解スルヲ法律ノ目的ニ適スルモノトス。社會的觀念又ハ取引上ノ觀念トシテ土地ト物トノ間ニ如何ナル關係ノ存在スルモノト認めラルルコトヲ要スルカ。定着物ヲ不動産トシタル理由ヨリ考フルトキハ人爲的ニ附着セシメタル場合ト、自然的ニ結合セル場合トヲ問ハズ、其物が繼續的ニ土地ニ附着シテ人ノ需要ヲ充タスベキモノト認めラルルコトヲ要スルモノト解スルヲ正當ト信ズ。此理由ニ因リ足場、假小屋ノ如キハ不動産ニアラズ。而シテ物理的觀念ニハアラザルヲ以テ毀損スルニアラザレバ土地ト分離スルコトヲ得ザルモノナルコトヲ要セズ。

(ハ) 社會觀念上獨立ノ物ト認めラルルモノナルコトヲ要ス。土地ノ定着物ノ内建物ハ不動産登記法ニ於テ土地トハ別ニ登記ヲ爲シ得ベキモノトセルヲ以テ之ヲ獨立ノ不動産ト爲セルコト明ナリ。社會觀念ニ於テモ之ヲ土地ノ一部ト認めザルコト既ニ述べタルガ如シ。随ツテ我法典上建物ガ土地ノ定着物トシ

テ不動産ナルコト疑問ノ餘地ナシ。

建物以外我法典上土地ノ定着物トシテ不動産ナルモノアリヤハ解釋上ノ一疑問ナリ。不動産登記法ニハ土地及ビ建物以外登記シ得ベキ不動産ヲ認メズ。故ニ個々ノ立木ノ如ク土地ニ定着セル物ヲ獨立ノ不動産トスルハ解釋上困難ナルベシ。判例ガ上ニ述ベタルガ如ク、立木ヲ獨立ノ取引ノ目的トナリ得ベキモノトシ、之ニ付テ所有權ノ移轉ヲ爲シ得ベキモノトスルニ拘ハラズ尙之ヲ土地ノ一部ナリト認ムルハ此理由ニ基クモノナルベシ。隨ツテ解釋論トシテハ建物ノミガ定着物トシテ獨立ノ不動産ナリトシ建物以外土地ト密接ニ着合セル物ハ土地ノ一部ナリトスベク、而シテ此土地ノ一部タル物ノ中社會觀念上獨立ナル權利ノ客體タルモノト然ラザルモノトノ二種ヲ認ムルノ外ナシ(註)。

立木法ニ依リ保存登記ヲ爲シタル樹木ノ集團ガ不動産ト看做サルルハ上ニ述ベタルガ如シ。

(註) 參照、末弘氏、法協、三〇卷一一號、一二號、同氏、物權法、三二頁以下、一七九頁以下。三瀧氏、提要、二四八頁、個々ノ立木ヲ定着物トシテ獨立ノ不動産ト爲スカ如シ。仁井田氏ハ現行法上

不動産タル物ヲ土地、建物及ビ立木法ニ依ル立木ニ限ルノ點ニ於テ本文ト同說ナルモ不動産ニ非ザル土地ノ定着物ニシテ土地ノ一部タルモノヲ動産ナリトス(三〇九頁以下)。不動産ノ一部タルモノヲ動産ナリトスル理由明ナラズ。富井氏(三三七頁)ハ建物及ビ立木法ニ依ル立木以外ノ定着物ハ其性質ヲ失ハザル間ハ土地ト分離シテ單獨ニ所有權又ハ抵當權ノ目的物タルコトヲ得ザルモノトス。所有權ノ目的物トナラズトスルハ從來ノ慣習及ビ判例ニ反シ不當ナル結果ヲ生ズベシ。

三 不動産以外ノ物ハ總テ動産ナリ。民法ハ動産ノ意義ヲ積極的ニ定メズ消極的ニ不動産以外ノ物ヲ總テ動産ナリトス。之ニテ充分明瞭ナルベシ。尙無記名債權ヲ動産ト看做セルコト上述ノ如シ。

第八項 主物及ビ從物

一 從物(choses accessoires; Nebensachen, Zubehör, Partinzen)トハ或ル物ノ所有者ガ其物ノ常用ニ供スルガ爲ニ之ニ附屬セシメタル自己ノ所有物ヲ言ヒ、此附屬物ニ對シテ其主タル物ヲ主物(choses principales; Hauptsachen)ト言フ(八七)。

二 從物タルガ爲ニ物ハ次ノ要件ヲ備フルコトヲ要ス。

第二章 權利ノ客體 物ノ種類

動産

主物及從物

從物ノ要件

(1) 獨立セル物ナルコトヲ要ス。物ノ構成部分ト從物トハ異ル。物ノ構成部分ハ物理上物ト結合セルモノニシテ、一般觀念上物ノ一部ト認めラレ、法律上同一ノ所有者ニ屬スルヲ原則トス(三四二條)。之ニ反シ從物ハ物理上物ト結合セルコトヲ要セズ、一般觀念上物ノ一部ト認めラレルモノニアラズ又法律上從物タルガ爲メニ主物ト同一ノ所有者ニ屬スルニアラズ、同一所有者ニ屬スル場合ニ於テノミ從物タルモノトス。

從物ハ動産ナルコト多キモ、之ヲ必要トスルニアラズ。不動産モ亦稀ニ從物タルコトアリ。例ヘバ大農園ニ附屬スル小家屋ノ如シ(註)。

(註) 同說、大正七年七月一〇日、大判、民錄二四輯一四四一頁、同一〇年七月八日、大判、民錄二七輯一三一三頁。

- (2) 主物ト同一ノ所有者ニ屬スルコトヲ要ス。故ニ例ヘバ建物ノ賃借人ガ其建物ニ疊、建具ヲ備付クルモ建物ノ從物トナラズ。
- (3) 主物ノ常用ニ供スル爲之ニ附屬セシメタル物ナルコトヲ要ス。
- (4) 常用ニ供スル爲ナルコトヲ要スルヲ以テ一時的ノ目的ノ爲メニ附屬セシメ

ラレタルモノハ之ヲ包含セズ。而シテ民法第八十七條ノ字句ノミヨリ言ヘバ常用ノ爲ナリヤ一時的の使用ノ爲ナリヤハ主物所有者ノ意思ノミニ因リテ決定スベキガ如クナルモ從物ヲシテ主物ト同一ノ法律上ノ處分ニ從ハシメタル理由ヨリ考フルトキハ、主物從物間ノ客觀的關係ヲモ標準トセザルベカラズ。例ヘバ掛物額ノ如キハ數年間掛ケ代ヘザル意思ヲ以テ座敷ニ掛クルモ家屋ノ從物トハナラズ。

(ロ) 主物ノ常用ニ供スル爲ナルコトヲ要ス。隨ツテ主物ノ所有者ノ常用ニ供スル爲ノミナルヲ以テ足ラズ。例ヘバ時計ノ鎖ニ附着セシメタル印形裝飾具ノ如キハ鎖(主物)ノ所有者ガ鎖ト同時ニ使用スルヲ常トスルモ鎖ノ使用目的トハ何等ノ關係ナキモノナレバ鎖ノ從物トハナラズ。

(ハ) 主物ノ所有者ガ其物ノ常用ニ供スル爲附屬セシメタルコトヲ要ス。附屬セシムルト謂フハ物理的ニ主物ト結合セシムルノ意ニアラズ、任意ニ取離シ得ルモ、主物ノ爲メニ隨時使用シ得ベキ場所的關係ノ存スルトキハ從物トナルモノトス。

三 從物ハ主物ノ處分ニ從フ(八七條)。主物ト從物トハ同一ノ經濟上ノ目的ノ爲ニ使用セララルルモノナルガ故ニ、其處分ニ當リテハ從物ハ主物ニ隨伴スルヲ原則トス。然レドモ此規定ハ多數ノ場合ニ於ケル當事者ノ意思ヲ推測シタルモノニシテ固ヨリ強行法規ニアラズ。主物ヲ處分スルニ當リ特約ヲ以テ從物ヲ除外スルヲ得。從物ノミヲ處分シ得ルハ言ヲ俟タズ。

主物ノ處分ニ從フト謂フハ所有權讓渡、抵當權設定ノ如キ處分行爲ノミニ付キテ從物が主物ト同一ノ法律上ノ運命ニ從フコトヲ言フニアラズ、處分行爲ノ前提タル債權契約ニ付テモ亦同一ノ取扱ヲ受クルモノトス。蓋シ此規定ハ上述ノ如ク多數ノ場合ニ於ケル當事者ノ意思ヲ理由トスルモノニシテ、此點ヨリ言ヘバ處分行爲ト債權契約トノ間ニ差異ヲ認ムル理由ナケレバナリ。

從タル權利ガ主タル權利ノ處分ニ從フベキコトニ付テハ法律ニ特別ノ規定ナキモ、全ク同一ノ法律的理由アルガ故ニ此規定ヲ類推適用スベキモノトス(註)。

(註) 利息債權ニツキ大正一〇年一月一日、大判、民錄、一九五九頁、判例民法、五五九頁、平野氏、評釋、參照。

第九項 元物及ビ果實

一 果實(fructus; fruits; Früchte)トハ物ヨリ生ズル收益物ヲ言ヒ、其收益ヲ生ズル物ヲ元物(chose originaire; Mutter Sache, Substanz)ト言フ。獨逸民法(九九)ハ權利ヨリ生ズル收益ヲモ果實ト稱スルモ、我民法上ノ果實ハ物ヨリ生ズル收益ニ限ル。故ニ例ヘバ特許權ノ使用料ノ如キハ果實ニアラズ。

果實ヲ分チテ天然果實(fructus naturales; fruits naturels; natürliche Früchte)ト法定果實(fructus civiles; fruits civils; juristische Früchte)トス。

二 天然果實トハ物ノ用方ニ從ヒテ收取スル產出物ヲ言フ(八八條)。天然果實ノ意義ニ付テハ數個ノ見解アリ。自然科學上ヨリ觀察シ物ノ有機的產出物(organische Erzeugnis)ノミヲ果實ト稱スル學說ハ嘗テ獨逸ニ於テ廣ク行ハレタルモ、近時ノ學說ハ經濟上ノ見地ヨリ果實ノ意義ヲ定ムベキモノトシ無機的產出物ヲモ果實トス。經濟上ヨリ果實ノ意義ヲ定メントスル學說ニ定期收穫ヲ必要トスルモノアリ又元物ノ消耗セラレザルコトヲ必要トスルモノアリ。我民法ハ

其孰レヲモ必要トセズ物ノ用方ニ從ヒテ收取スル產出物ヲ以テ果實ナリトス。

(1) 產出物トハ自然ニ因ルト人工ニ因ルトヲ問ハズ或ル物ヨリ分出スル物ヲ謂フ。有機的タルト無機的タルトヲ問ハザルヲ以テ果樹ノ實、乳牛ノ牛乳等ノ外石炭、石材、土砂、礦物等モ天然果實タルコト疑ナシ。然レドモ物ガ其形態ヲ變更スルハ產出若クハ分出ニアラザルヲ以テ雞卵ヨリ生レタル雛、屠牛ノ肉ノ如キハ果實ニアラズ。又產出若クハ分出ト謂フガ爲ニハ一旦元物ノ一部タリシコトヲ要スルヲ以テ、養漁場ニ於テ捕獲シタル魚ノ如キモ果實ニアラズ。

(2) 物ノ用方ニ從ヒテ生ジタル物ナルコトヲ要ス。元物ノ經濟上ノ用途ニ從ヒテ生ジタル物ナルコトヲ要スルヲ以テ、果實ヲ生ズベキ經濟上ノ目的ヲ有セザル物ヨリ產出シタル物ハ、我民法上果實ニアラズ。例ヘバ盆栽ノ實、庭園ノ枯葉ノ如シ。獨逸民法ハ有機的產出物ニ付テハ物ノ用方ニ從ヒテ生ジタルモノナルコトヲ必要トセズ。

物ノ用方ハ其使用者ノ定ムル所ニ從フ。使用者之ヲ定メザルトキハ物ノ經濟的性質ニ依リテ之ヲ決定ス。

物ノ用方ニ從ヒテ「收取」スト謂フハ敢テ收取トイヘル人ノ行爲ヲ必要トスルノ意ニアラズ。自然的ニ分離スルモノガ之ヲ分離セシムルモ固ヨリ果實タルコトヲ妨ゲズ。

(3) 未分離ノ果實ガ取引ノ客體タリ得ルヤ否ヤニ付テハ物ノ一部ニ付テ上ニ述ベタル所ヲ見ヨ。

三 天然果實ハ其元物ヨリ分離スル時ニ之ヲ收取スル權利ヲ有スル者ニ歸屬ス(八九條)。獨逸固有法ハ生産主義ヲ採リタルモローマ法ハ分離主義ヲ採レリ。我民法ハ近世諸國ノ法制ト同ジク分離主義ヲ採ル。果實ノ生産中ニ資本又ハ勞力ヲ供シタル者ト果實分離ノ時ニ元物ノ所有權其他收益權ヲ有スル者ト異レル場合ニ後者ヲシテ果實ノ所有權ヲ取得セシムルハ現今ノ社會制度上寧ロ當然ノ事ト言フベシ。法律的ニ言ヘバ分離ノ時ニ始メテ獨立ノ物ヲ生ジ獨立ノ所有權ヲ生ズルヲ以テ、此時ニ所有權ヲ取得スベキ權利ヲ有スル者ガ果實ノ所有權ヲ取得スルナリ。

天然果實ノ歸屬權利者ヲ定メタル民法ノ規定ハ、果實分離ノ時ニ於ケル法律

天然果實ノ歸屬

生産主義
分離主義

強行法規

關係ニ因リテ果實ノ歸屬者ヲ劃一的ニ決定スル趣旨ニ基クモノニシテ強行法規ニ屬スルモノトス。隨ツテ特約ヲ以テ之ヲ變更スルコトヲ得ズ、但歸屬權利者ガ將來取得スベキ果實ニ付テ豫メ讓渡行爲ヲ爲スヲ妨グズ、又成熟ニ近キ樹木ノ果實ノ如ク、社會觀念上獨立ノ物ト認メラルル物ニ付テハ分離前處分行爲ヲ爲シ得ベキコト嘗テ述べタルガ如シ。

何人ガ果實收取權ヲ有スルカノ問題ハ民法總則ノ規定スル所ニアラズ、民法ハ諸種ノ物權、債權等ニ付キ收益權ヲ包含スルヤ否ヤヲ規定ス。例ヘバ所有權(二〇)善意ノ占有者(一八九)地上權者(二六)永小作權者(二七)使用借主(三九)賃借人(〇六)夫、女、戶主(七九)等ノ如シ。

法定果實ノ意義

四 法定果實トハ物ノ使用ノ對價トシテ受クベキ金錢其他ノ物ヲ謂フ(八八條)。(1)物ノ使用ヲ他人ニ許容スルコトニ對スル報酬、代價ナリ。權利ノ使用ノ對價ハ之ヲ包含セズ。

(2)使用ヲ許容スルモノナルガ故ニ、使用後返還ヲ爲スベキ法律關係ノ存在スルコトヲ要ス。此返還ハ受領シタル物ソノモノノ返還ナルコトアリ、又受領シタ

日や同量

ル物ハ之ヲ消費シ之ト同種同量ノ物ヲ返還スルコトアリ。地代、借貸、永小作料ノ如キハ前者ニシテ消費貸借ニ於ケル利息ハ後者ナリ。共ニ法定果實ニ屬ス。民法謂フ所ノ利息ハ約定利息ノ外法定利息ヲ包含スルヲ以テ、利息ノ總テガ法定果實ナリトイフコトヲ得ズ。株式會社ノ配當ハ法定果實ニアラズ。株主ハ會社ニ對シ拂込ミタル株金ノ返還請求權ヲ有セザレバナリ。所謂工事利息(商九六)ニ付テ又同ジ。

(3)法定果實ハ之ヲ生ズベキ法律上ノ原因ヲ必要トス。使用ヲ許容スル法律關係アルモ當然果實ヲ生ズルニアラズ、特ニ使用ノ對價ヲ支拂フベキ義務ヲ生ズル原因アルコトヲ要ス。此原因ハ法律行爲ナルコトアリ、又法律ノ規定ナルコトアリ。

(4)法定果實ハ金錢其他ノ物ナリ。對價ヲ受クベキ債權ガ利息タルニハアラズ。五 法定果實ハ之ヲ收取スル權利ノ存續期間日割ヲ以テ之ヲ取得ス(八九條)。

使用ノ對價タル法定果實ハ使用ヲ許容スル權利ノ存續期間常ニ之ヲ生ジツツアルモノト認ムルヲ正當トスルガ故ナリ。隨ツテ其存續期間内ニ收取權者ニ

變動ヲ生ジタルトキハ、新舊權利者各其權利ヲ有シタル期間ニ比例シテ其法定
果實ヲ分配スベキモノトス。

第三章 法律行為

第一節 總說

第一款 法律關係及ビ法律效果

法律關係

一 法律關係 (Rechtsverhältnis) トハ法律ノ規定スル生活關係ヲ謂フ。人ノ生活關係 (Lebensverhältnis) ニハ法律規範ノ對象ト爲レルモノト然ラザルモノトアリ。前者ハ即チ法律關係ニシテ後者ハ單純ナル生活關係又ハ事實關係ナリ。賣買ニ因リテ生ズル賣主、買主間ノ關係ハ前者ニ屬シ、友人間ノ散步ノ約束ニ因リテ生ズル關係ノ如キハ後者ニ屬ス。而シテ社會ガ進歩シ、國家ガ諸般ノ生活關係ヲ法律ヲ以テ規律スルニ及ビテ、法律關係ハ漸次増加スルノ傾向ヲ有ス。

法律效果

二 法律關係ト單純ナル事實關係トノ差異ハ前者ガ社會ノ中心力(國權及ビ之ニ基ケル法律)ニ依リテ認知保護セララルルニ反シ、後者ガ此保護ヲ缺クノ點ニ存

法律效果
ノ内容

ス。此保護アルガ故ニ法律關係ノ基礎タル事實ハ單ニ事實上ノ效果ヲ生ズルニ止マラズシテ、又法律上ノ效果ヲ生ズ。此效果ヲ法律效果 (Rechtswirkung) ト謂フ。故ニ法律關係ハ又法律效果ヲ伴フ生活關係ナリト言ヒテ可ナリ。

三 法律效果ハ權利ノ得喪變更ヲ以テ其主要ナルモノトス。法律ガ生活關係ヲ法律關係トシ、法律效果ヲ發生セシムルハ、其生活關係ノ社會的作用ニ基因スルモノニシテ、現今ノ法律ハ此社會的作用ヲ實現セシムル手段トシテ權利ト義務トヲ認ム。故ニ現今ノ法律ニ於テ法律效果ノ主要ナルモノハ權利義務ノ發生、變更及ビ消滅ニ外ナラズ。之ヲ權利ヲ本位トシテ觀察シ權利ノ得喪變更ヲ以テ法律效果ノ主要ナルモノト謂フナリ。

權利ノ得喪變更ハ法律效果ノ主要ナルモノナルモ、此他ニ法律效果無キニアラズ。權利能力ノ取得、行為能力ノ取得、擴張又ハ制限、代理權ノ發生ノ如キモ一種ノ法律效果タルコト明ナリ。之等ハ權利ノ得喪變更ニ影響アル法律上ノ變動ナルヲ以テ、法律效果ハ權利ノ得喪變更及ビ之ニ影響アル法律上ノ變動ナリト謂フヲ得ベシ。

權利取得
ノ意義

四 法律效果ノ發生スルガ爲ニハ常ニ其原因タル事實アリ。之ヲ法律要件ト謂フ。法律行為ハ此法律要件ノ一ニ屬ス。故ニ法律行為ノ研究ニ入ルニ先ダチ權利ノ得喪變更及ビ其原因タル法律要件ニ付テ略述セントス。

第二款 權利ノ得喪變更

第一項 權利ノ取得

一 權利ノ取得トハ權利ガ或ル特定ノ主體即チ自然人又ハ法人ト結合スルコトヲ謂フ。權利ノ本質上主體ナキ權利ヲ認ムルトキハ理論上權利ノ成立ハ必ラズシモ權利ノ取得ニハアラザルベシ。余ハ權利ハ總テ主體ヲ有スベキモノトナシ、主體ナキ權利ヲ認メザルガ故ニ權利ノ成立又ハ發生ハ常ニ必ラズ權利ノ取得タルモノトス。

二 權利ノ取得ニハ原始的取得 (originärer, ursprünglicher oder selbständiger Rechts-

erwerb; acquisition originale ou primitive) ト繼受的取得 (derivativer oder abgeleiteter Rechts-erwerb; acquisition dérivée) トノ二種アリ。前者ハ他人ノ有シタル權利ニ基クコト

權利取得
ノ種類

ナクシテ獨立ニ權利ヲ取得スルヲ謂ヒ、先占、取得時効ノ如キハ之ニ屬ス。後者ハ他人ノ有シタル權利ニ基キテ權利ヲ取得スルヲ謂ヒ、相續、讓渡ノ如キハ之ニ屬ス。現今ノ法律上權利ハ其同一性ヲ失ハズシテ其主體ヲ變更シ得ルガ故ニ權利取得ニ此二種ノ別ヲ生ズルナリ。

繼受的取得ハ左ノ特質ヲ有ス。後主ノ權利ガ前主ノ權利ニ基因スル結果ナリ。

(1) 承繼人ノ權利ハ原則トシテ前主ノ權利ニ優ルコトヲ得ズ(註)。隨ツテ前主ノ權利ノ瑕疵、制限ハ後者ノ權利ニ付テモ存在ス。但法律ハ取引ノ必要ニ基キ此原則ニ對スル例外ヲ定ムルコトアリ。

(註) 「何人モ自ら有スルヨリ大ナル權利ヲ他人ニ移スコトヲ得ズ」(Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet) トイフ法律格言アリ。

(2) 承繼人ガ權利ヲ取得シタルコトヲ證明センガ爲メニハ權利承繼ノ事實ノ外前主ノ權利ノ存在シタルコトヲモ併セテ證明スルコトヲ要ス。

(3) 承繼人ハ原則トシテ從タル權利ヲモ取得ス。

繼受取得ノ種類

三 繼受的取得ヲ分チテ設定的又ハ創設的取得(Konstitutiver Rechtsverwerb)ト移轉的取得(transferativer Rechtsverwerb)トス。前者ハ既存ノ權利ニ基キテ別個ノ權利ヲ設タルヲ謂フ。例ヘバ土地所有者ガ地上權、永小作權、質權等ヲ設定スルガ如シ。

此場合ニ前主ノ權利ハ單ニ制限ヲ受クルノミニテ消滅スルニハアラズ、又後者ノ權利ハ前主ノ權利ト同一ノ内容ヲ有セザルモ、其權利ハ尙前主ノ權利ニ基因スルモノナルガ故ニ繼受的取得ニ屬スルナリ。移轉的取得トハ既存ノ權利ヲ既存ノ狀態ニ於テ取得スルモノニシテ讓渡ニ因ル權利取得ノ如キハ之ニ屬ス。

包括承繼ト特定承繼

四 繼受的取得ハ又之ヲ分チテ包括承繼(Universal sukzession, Gesamtnachfolge)ト特定承繼(Singular sukzession, Sondernachfolge)トス。前者ハ前主ニ屬シタル財産ヲ單一ノ原因ニ基キ一體トシテ承繼スルモノニシテ、相續、包括遺贈(二〇九條)及會社ノ合併(二〇八條)ハ之ニ屬ス。後者ハ個々ノ權利ヲ個々ノ原因ニ基キテ取得スルモノナリ。

第二項 權利ノ喪失

一 權利ノ喪失トハ權利ガ其主體ヨリ分離スルコトヲ謂フ。

權利ノ喪失

二 權利喪失ヲ分チテ主觀的又ハ相對的喪失ト客觀的又ハ絕對的喪失トス。前者ハ從來ノ權利者其權利ヲ喪失スルモ他ニ其權利ヲ取得スル者アル場合ニシテ、取得者ヨリ言ヘバ繼受的取得タリ權利ソノモノヨリ言ヘバ主體ノ變更タルモノナリ。後者ハ權利ソノモノノ消滅スルモノニシテ例ヘバ物ノ滅失ニ因ル權利喪失ノ如キ是ナリ。

第三項 權利ノ變更

權利ノ變更

一 權利ノ變更トハ權利ガ其存在ヲ失フコトナクシテ其存在ノ體様ヲ變更スルヲ謂フ。

二 權利ノ變更ニハ次ノ三種アリ。

(1) 主體ノ變更

(2) 內容ノ變更 權利ノ內容ニ數量的變更ヲ生ズルモ權利ノ本質ニ影響ナク、其同一性ヲ失ハザルコト疑ヲ容レズ。例ヘバ附合ニ因リテ所有權ノ物體ガ擴張シ、一部辨濟ニ因リテ債權ノ內容ガ縮少シ、又ハ權利ノ存續期間ヲ延長若クハ短

縮スルガ如シ。權利ノ內容ニ性質的變更ヲ生ズル場合ニ於テモ、權利ガ同一性ヲ失ハズ隨ツテ權利ノ變更タルコトアリヤ否ヤ。此問題ハ債權ト其債權ガ債務者ノ責ニ歸スベキ事由ニ因リテ履行不能トナルコトニ因リテ生ズル損害賠償請求權トノ關係ニ付テ特ニ議論アリ。余ハ同一債權ノ存續スルモノト解スルヲ正當ト信ズ(註)。

(註) 拙著、增訂改訂日本債權法總論、六八頁參照。

(3) 作用ノ變更 第三者ニ對抗シ得ザル權利ヲ變ジテ對抗シ得ルモノト爲スガ如キヲ權利ノ變更ト謂フ。廣義ニ於テ內容ノ變更ト稱スルコトヲ得ベキモ、權利ノ直接ノ內容即チ權利者ノ享受シ得ベキ利益ニ變更ヲ生ズルニアラズシテ利益享受ヲ實現シ得ベキ權利ノ作用ニ變更ヲ生ズルモノナレバ狹義ニ於ケル內容ノ變更ト之ヲ區別スルヲ正當トスベシ。

第三款 法律要件及ビ法律事實

法律要件

一 一定ノ法律效果ノ原因タル事實ノ全體ヲ法律要件(Juristischer Tatbestand)ト

謂ヒ、法律要件ヲ構成スル各個ノ事實ヲ法律事實 (Juristische Tatsache) ト謂フ。例ヘバ契約ハ一ノ法律要件ニシテ、之ヲ組成スル申込及ビ承諾ハ各法律事實ナルガ如シ(註)。

(註) 法律要件トイフ觀念ハ刑法學ニ於テ犯罪ノ構成要件 (Tatbestand des Verbrechens) トイフニ基キ私法學ニ於テ近時漸ク用ヒラルルニ至レルモノニシテ用語未ダ熟セズ。余ハ嘗テ之ヲ法律事實ト言ヒ(法律行為乃至時效、三頁)本文ニ言フ法律事實ヲ、法律事實ノ構成分子ト稱シタルモ、用語ノ統一ヲ圖ルガ爲メ多數ノ用例ニ從ヒ法律要件ナル名稱ヲ用フルコトトス。

二 法律事實ハ之ヲ人ノ精神作用ニ基ク事實ト然ラザル事實トニ分ツコトヲ得。人ノ精神作用ニ基ク事實ハ行為トシテ外部ニ表ハルルモノナルコトヲ常トスルモ、單ニ内部の事實タルニ止マルモノアリ、兩者ヲ合シテ容態 (Verhalten) ト言ヒ、前者ヲ外部の容態、後者ヲ内部の容態ト言フ。人ノ精神作用ニ基カザル事實ハ之ヲ事實 (Ereignisse) 又ハ狹義ノ事實ト言フ。次ノ如シ。

(一) 容態

(1) 外部の容態行為 人ノ精神作用ニ基ケル身體ノ動靜ナリ。其身體ノ狀態ガ

法律事實ノ分類

容態

積極的運動ナルトキハ作為ト謂ヒ、消極的状態ナルトキハ不作爲ト謂フ。

人ノ身體ノ舉動ニハ法律效果ヲ生ズルモノト然ラザルモノトアリ。散歩、訪問ノ如キハ法律效果ヲ生ゼザルモノニシテ法律事實ニ屬セズ。法律效果ヲ生ズル身體ノ舉動ハ總テ皆法律事實ニ屬スルモ、中ニ就キ一定ノ精神作用ヲ要素トスルモノト然ラザルモノトヲ區別スルコトヲ得。ココニ外部の容態又ハ行為ト謂フハ即チ法律效果ヲ生ズル身體ノ舉動ニシテ且一定ノ精神作用ヲ要素トスルモノヲ謂フナリ。一定ノ精神作用ヲ要素トセザルモノハ事件ニ屬ス。

外部の容態ハ之ヲ其法律效果ヲ生ズルノ點及ビ行為タルノ點ヨリ觀察シテ廣義ノ法的行為 (Rechtshandlung im weiteren Sinne) ト稱スルコトヲ得ベシ。之ヲ其法律效果ヲ生ズル理由ニ因リテ分類シ、適法行為及ビ違法行為トス。

(イ) 適法行為 法律ニ適シタルモノトシテ法律效果ヲ認メラルル行為ナリ。法律ガ法律效果ヲ認ムルニハ法律ニ適應シ、法律ノ許容シタル行為トシテ法律效果ヲ賦與セラルルモノト、法律ニ違背シタルガ爲ニ法律效果ヲ附着セシメラルモノトアリ。之ニ因リテ適法行為ト違法行為トノ別ヲ生ズ。

適法行為ハ其要素タル精神作用ノ内容及ビ其精神作用ト法律效果トノ關係ニ基キ之ヲ意思表示 (Willenserklärung) ト意思表示以外ノ適法行為トニ分ツコトヲ得。意思表示以外ノ適法行為ヲ「狹義ノ法的行為 (Rechtshandlung im engeren Sinne) ト稱セントス(註)。

(註) 此ノ如キ名稱ヲ用フルハ之ヲ意思表示及ビ法律行為ヨリ區別シ之等ニ關スル法規カ必ラズシモ總テ所謂狹義ノ法的行為ニハ適用ナキコトヲ明ニセンガ爲メナリ「狹義ノ法的行為」ト言フ名稱ハ余ガ從來用フル所ナルモ(法律行為乃至時效二二頁以下)一般ニハ行ハレズ或ハ準法律行為ト謂フ。

(A) 意思表示 一定ノ效果ノ發生ヲ目的トスル意思(效果意思)ノ表示ヲ謂フ。法律行為ノ基本ニシテ法律行為ハ必ラズ之ヲ要素トス。其意義ハ後ニ詳説スベシ。

(B) 狹義ノ法的行為 狹義ノ法的行為ノ特徴ハ一定ノ精神作用ヲ要素トスルモ、其精神作用ガ效果意思ニアラズ、隨ツテ之ヨリ生ズル法律效果ガ行為者ノ欲シタルモノナルコトヲ要セザルノ點ニアリ。此特徴アルガ故ニ余ハ之ヲ意思表

示及ビ法律行為ト本質ヲ異ニスルモノトシ、唯其一定ノ精神作用ヲ要素トスル點ニ於テ意思表示ト類似ノ點アルガ故ニ其類似セル範圍内ニ於テノミ意思表示及ビ法律行為ニ關スル規定ヲ之ニ類推適用スベキモノトス。

狹義ノ法的行為ハ其要素タル精神作用ノ内容ニ從ヒ之ヲ次ノ三種ニ分ツコトヲ得。

(a) 意思通知 (Willensmitteilung) 效果意思以外ノ意思ノ表示行為ヲ謂フ。意思表示ト意思通知ハ表示ト言ヒ通知ト言フ發表行為ニ於テ異ルニハアラズシテ、發表セラルル意思ソノモノニ差異アルナリ。故ニ意思通知ト言ハシヨリハ寧ロ非效果意思表示ト言フヲ理論上正當トスベキモ、餘リニ名稱トシテ生硬ナルヲ以テ從來ノ稱呼ニ從ヒ意思通知ト言ハシ。債務ノ履行ヲ要求スル催告(一五三條三項)其他他人ノ行為ヲ要求スル意思ノ通知及ビ追認ノ拒絶(三條)債務履行ノ拒絶(四九三條)申込ノ拒絶(五二條)等諸種ノ拒絶ノ意思ノ通知ハ之ニ屬ス。之等ノ行為ガ意思表示ニアラザル理由ハ各個ノ行為ニ付テ之ヲ述ブベキモ、要スルニ之等ノ行為ニ因リテ生ズル法律效果ガ行為者ノ欲シタルモノナルコトヲ要

セザルガ爲ナリ。

(b) 觀念通知 (Mitteilung, Vorstellungsmittelung) 觀念通知ハ又事實ノ通知ト謂フ。過去又ハ現在ノ事實ニ付テ行為者ノ有スル觀念又ハ認識ノ通知ナリ。知ノ表示タル點ニ於テ意ノ表示タル意思表示ト其性質ヲ異ニス。債權讓渡ノ通知(六條七)承諾延着ノ通知(五條二)社員總會招集ノ通知(六條二)等其例多シ(註)。

(註) 石坂氏、通知及ビ通知義務、京法、四卷七號、九號、民法研究、上卷二九六頁參照。

(c) 感情ノ表示 (Gefühlsäußerung) 一定ノ感情ヲ現ハス行為ヲ謂フ。情ノ表現タル點ニ於テ意思表示ト其性質ヲ異ニス。其例極メテ稀ニシテ我民法上唯一ノ宥恕(八條一)アルノミ。

(d) 違法行為 違法行為ハ法律ガ社會生活ヲ害スル行為ナリト認メ其ノ鎮壓ノ爲メ及ビ之ニ因リテ生ジタル損害ヲ除去センガ爲メニ一定ノ法律效果ヲ附着スルモノナリ。而シテ刑法ハ主トシテ鎮壓ヲ目的トシ民法ハ主トシテ損害ノ填補ヲ目的トスルモ民法モ亦全ク鎮壓ヲ度外視スルモノニハアラス。今問題トスルハ固ヨリ私法上ノ違法行為ニ限ル。

違法行為ヲ分チテ不法行為及ビ債務不履行トス。債務不履行ハ債權ヲ侵害スル債務者ノ行為ニシテ、其性質上不法行為(七〇九條以下)ト異ルコトナシト雖モ、民法ハ特ニ其要件及ビ效果ヲ定ムルガ故ニ不法行為ト相竝ビテ違法行為ノ一種タルモノト認メザルベカラズ。

(2) 内部の容態

内部の容態トハ法律效果ヲ生ズル一定ノ精神作用ニシテ外部ニ現ハルコトヲ必要トセザルモノヲ謂フ。其精神作用ノ内容ニ從ヒ次ノ二種ニ分ツコトヲ得。

(a) 意思の容態 一定ノ意思ヲ有スルヤ否ヤノ事實是レナリ。隠レタル意思ガ法律效果ヲ生ズルハ例外ニ屬スルモ、全ク其例無キニアラズ。例ヘバ第三者ノ辨濟ガ債務者ノ意思ニ反スルヤ否ヤニ因リテ其效果ヲ異ニスルガ如シ(四七四條二項)。

(註) 拙著、增訂改訂、日本債權法總論、三九六頁參照。

(b) 觀念の容態 一定ノ觀念又ハ認識ヲ有スルヤ否ヤ、即チ一定ノ事實ヲ知ルヤ

否ヤノ精神狀態是ナリ。善意、惡意ハ即チ此容態ノ別ニシテ其法律效果ヲ異ニスル例多シ。

事件

(二)事件 人ノ精神作用ヲ要素トセザル法律事實ヲ謂フ。時ノ經過、人ノ生死、身體ノ狀況(心神喪失等)物ノ破壊、果實ノ分離等ノ如シ。事件ノ特徴ハ人ノ精神作用ヲ要素トセザルノ點ニ在リ。故ニ偶々人ノ精神作用ヲ伴フコトアルモ、精神作用アルコトガ要件タラザルトキハ尙事件タルモノトス。例ヘバ果實ノ分離ハ自然的ニ分離スルモ、人之レヲ分離セシムルモ、法律效果ニ於テ差異ナキガ故ニ、後ノ場合ニ於テモ尙事件タルガ如シ。同一ノ理由ニ因リ、人ノ身體ノ舉動ヲ必要トスルモ、精神作用ヲ必要トセザルモノハ事件ノ一種タルモノトス。事實行為(Rechtsakt)ト稱スルモノ是ナリ。例ヘバ住所ノ設定、變更及ビ加工(二四六條)等ノ如シ。此事實行為ハ狹義ノ法的行為ニ比シテ法律行為ト異ルコト更ニ著シク、意思表示及ビ法律行為ニ關スル規定ハ之ニ準用スベキニアラズ。

第二節 法律行為ノ本質及ビ種類

第一款 法律行為ノ本質

一 個人的生活ニ於テ人ハ其自ラ欲スル所ニ從ヒテ其需要ニ應ズベキ關係ヲ決定シ得ルヲ原則トス。之ヲ私法的自治(Privat-Autonomie)ノ原則ト言フ。法律行為ハ此私法的自治ヲ實現スベキ行為ニシテ、私法上諸般ノ法律要件中最モ重要ナルモノニ屬ス。

私法的自治ハ、程度ニ於テコソ異レ、古來孰レノ社會組織ニ於テモ認めラレタリ。物々交換、賣買、貸借等私法上ノ自治行為ハ古クヨリ存在シタルコト疑ヲ容レズ。然レドモ此原則ガ契約自由ノ原則ノ名ノ下ニ、私法ノ基本原則トシテ認めラルルニ至リタルハ、十八世紀後半ヨリ十九世紀ニ互リ歐洲ノ思想界ヲ風靡シタル自由主義ノ影響ニ外ナラズ。公法ノ上ニ於テ自由、民權ノ思想ガ當時ノ基調ヲ爲シタルト同ジク、私法ノ上ニ於テハ契約ノ自由、遺言ノ自由、社團設立ノ自由等個人意思自由ノ原則ガ社會組織ノ基調ヲ爲シ、個人ノ意思ハ理法上當然

私法的自治

法律行為
社會的
作用

契約自由の原則

効力ヲ有スベキモノト認めラレタリ。固ヨリ當時ニ於テモ往々此原則ニ對スル例外ヲ見ザルニアラザルモ、之レ極メテ例外的現象ニ屬シ、唯之ガ爲メ社會ノ共同生活ガ積極的ニ脅威セラルル場合ニ限レリ。

私法上ノ自治及ビ之ニ基ケル法律行為自由ノ原則ハ現在ノ社會組織、現在ノ法制ニ於テモ尙基礎の原則タルヲ失ハズ。然レドモ現在ノ法制ガ之ヲ認ムルハ個人ノ自由意思ヲ神聖ナリトシ、其効力ヲ認ムルヲ絶對ノ理法ナリトスルガ故ニアラズ。社會ノ維持及ビ發達ハ個人ノ發展ニ俟ツベク而シテ個人ノ發展ヲ期センガ爲ニハ、個人ノ自治ヲ認メ、其意思ノ効力ヲ認ムルヲ適當トスルガ故ナリ。惟フニ國家又ハ社會ガ個人各種ノ需要ニ對シテ總テ其配給ノ任ニ當ルハ現代ノ個人及ビ社會ノ發達ノ爲メニ適當ナラザルベキガ故ニ、個人自ラヲシテ其欲スル所ニ從ヒテ或ハ有形的需要ノ爲メニ諸種ノ財産上ノ行為ヲ爲シ、或ハ無形的需要ノ爲メニ諸種ノ親族上身分上ノ行為ヲ爲スヲ得シメ所謂私法的自治ヲ原則トシテ認ムルハ立法政策トシテ當ヲ得タルモノナルベシ。然レドモ此私法的自治、個人意思自由ノ原則ガ夫レ自體絶對ノ價值ヲ有スルモノニアラ

ズシテ、其社會的價值ノ爲メニ認めラルベキモノナルハ立法ニ付テ又解釋ニ當リテ常ニ之ヲ牢記スルヲ要ス。住宅法ニ付キ、勞働法ニ付キ、或ハ農耕法ニ付キ所謂社會的立法ニ依リテ契約ノ自由ニ制限ヲ設ケラルルコトアルハ、契約自由ノ原則ヲ認ムル本然ノ理由ニ適應スルモノニシテ敢テ此原則ニ違背スルニハアラザルナリ。獨逸民法ハ契約ノ解釋ニ付キ、取引上ノ慣習ヲ顧慮シ誠實ノ原則ニ從フベキコトヲ規定ス(七一五條)。我民法ニハ同趣旨ノ規定ナキモ、上ニ述べタル立法ノ趣旨ニ依レバ同様ノ原則ニ從ヒテ個人ノ意思ヲ解釋スベキコト疑ヲ容レザルベシ。所謂「公ノ秩序善良ノ風俗」ノ意義ヲ解スルニ付テモ亦然リ。適當ナル意義ニ於ケル私法的自治ノ實現ハ即チ法律行為ノ社會的作用タルベキモノトス。

二 法律行為 (Rechtsgeschäft; act juridique; juristic act) トハ意思表示ヲ要素トシ意思表示ニ基キテ法律ガ法律效果ヲ生ズル法律要件ヲ謂フ。

(1) 法律行為ハ意思表示ヲ其缺クベカラザル要素トス。意思表示ハ所謂效果意思ノ表示ナリ。法律行為ハ人ノ自治行為ニシテ、一定ノ效果ヲ發生セシメント

意思表示
ヲ要素ト
ス

法律行為
ノ意義

スル人ノ意思ヲ基本トスルモノナルガ故ニ效果意思ノ表示ハ常ニ必ラズ法律行為ノ構成分子タルベキモノトス。

意思表示ヲ缺クベカラザル要素トスト謂フハ、當該ノ法律行為ヨリ生ズベキ效果ソノモノニ付テ、行為者ガ常ニ必ラズ之ヲ欲スルノ意思ヲ有セザルベカラズト謂フノ意ニアラズ。法律ハ時ニ行為者ガ眞ニ效果意思ヲ有セザル場合ニ於テモ法律效果ヲ發生セシムルコトアルガ故ニ、行為者ノ效果意思ソノモノガ法律行為ノ缺クベカラザル要素タルモノト言フコトヲ得ズ。然レドモ此ノ如キ場合ニ於テモ、尠クトモ、常ニ效果意思アリト認ムベキ表示ハ存在スルコトヲ要スルヲ以テ意思表示ハ法律行為ノ缺クベカラザル要素ナリト言フコトヲ得ルナリ。

意思表示
ト法律行為

(2) 法律行為ハ一ノ法律要件ナリ。意思表示ト法律行為トノ關係ニ付テハ二個ノ見解アリ。從來ノ見解ハ法律行為ヲ以テ一個又ハ數個ノ意思表示ナリトシタルモ(註一)近時ノ多數說ハ法律行為ヲ以テ意思表示ソノモノニハアラズ意思表示ヲ要素トスル法律要件ナリトス。兩說ハ我民法ノ適用上差異ヲ生ゼザル

ヲ以テ多ク論ズルノ價值ナキモ、要物行為ハ意思表示ノ外物ノ引渡ナル事實行為ヲ必要トシ、又契約ハ意思表示ノ合致トイヘル事實ヲ必要トスルヲ以テ理論上ニ於テハ、後ノ見解ヲ正當トス。即チ法律行為ハ一ノ法律要件ニシテ、意思表示ハ此法律要件ヲ構成スル一ノ法律事實ナリトス(註二)。

(註一) 梅氏、要義、一九八頁、富井氏、原論、三八七頁以下。

(註二) 拙著、法律行為乃至時效、三一頁以下、及ビ同處引用ノ諸著ノ外、岡松氏、法律行為論、四頁以下、三瀧氏、二七六頁、唯道氏、二九三頁、我妻氏、一七一頁。

(3) 法律行為ハ私法的效果ヲ生ズ。法律效果ニハ公法的效果ト私法的效果トアリ、民法上ノ法律行為ハ私法的效果ヲ生ズルモノニ限ル。隨ツテ官吏ノ任命、訴ノ提起ノ如ク公法的效果ヲ生ズル行為ハ公法上ノ行為ニシテ、民法謂フ所ノ法律行為ニハアラズ。而シテ法律行為ニ關スル規定ガ一般ノ理論上ノ原則トシテ公法上ノ行為ニモ類推適用セラルベキヤ否ヤハ公法ニ於テ研究スベキ問題ニ屬ス。

私法的效果ノ範圍ニ付テハ二說アリ。或ハ直接ニ權利ノ得喪變更ヲ生ズル

私法的效果
果ヲ生ズ

コトヲ目的トスルモノノミヲ法律行為ナリトシ(註一)或ハ間接ニ權利ノ得喪變更ニ影響ヲ及ボスモノモ尙法律行為ナリトス。余ハ後ノ説ヲ採ル。蓋シ法律ニハ何等ノ制限ナキガ故ニ、苟クモ私法的效果ヲ生ズル行為ニシテ、且其效果ガ行為者ノ意思ヲ基本トシテ認メラルモノナルトキハ、假令其效果ガ獨立ノ目的ヲ有セズ權利ノ得喪變更ソノモノヲ目的トセザルモ、之ヲ法律行為トスルヲ理論上正當トスベク、且實際上ニ於テモ此種ノ行為ニ法律行為ニ關スル規定ヲ適用スル必要アルガ故ナリ。例ヘバ未成年者ニ對スル法定代理人ノ同意、妻ニ對スル夫ノ許可ノ如キハ行為能力ヲ擴張スルニ止マルモノニシテ、未成年者又ハ妻ニ其行為ヲ爲スベキ權利ヲ與ヘ又ハ義務ヲ負擔セシムルモノニアラザルモ之ヲ法律行為ナリト解スルヲ正當トス(註二)。

(註一) Rehbain, Komm. I. S. 101; Fitzbacher, Handlungsfähigkeit, S. 122.

(註二) 拙著、法律行為乃至時效、四頁、岡松氏、法律行為論、一五頁等。獨逸ニ於テモ多數説ナリ。

(4) 意思表示ニ基キテ法律效果ヲ與ヘラルルモノナリ。

(イ) 總テノ法律效果ハ法律ニ依リテ與ヘラル。此意味ニ於テハ法律行為ノ法律

意思表示ニ基キテ法律效果ヲ與ヘラル

效果モ亦法律ニ依リテ與ヘラルルモノナリ。然レドモ法律ガ法律效果ヲ附與スル理由ハ常ニ必ラズシモノナラズ、或ハ當事者ガ之ヲ欲シタルコトヲ理由トシ、或ハ當事者ノ意思如何ニ拘ハラズ法律之ヲ認ム。法律行為ハ上ニ述べタルガ如ク私法上ノ自治行為ニシテ當事者之ヲ欲シタルガ故ニ法律ガ法律效果ヲ與フルコトヲ以テ其特徴トス。此特徴アルガ故ニ法律行為ヲ事實行為及ビ狹義ノ法的行為意思通知觀念通知及ビ感情表示ヨリ區別スルナリ。例ヘバ債權讓渡ノ通知ハ讓渡ニ對抗力ヲ與ヘ即チ一ノ私法的效果ヲ生ズルモ此效果ハ通知者ガ之ヲ生ズベキコトヲ知り又之ヲ生ゼシメント欲シタルコトヲ理由トシテ認メラルルモノニアラザルガ故ニ法律行為ニハアラズ又債務履行ノ請求ハ債務者ノ遲滯(四一三)及ビ時效中斷(七一四)ノ效果ヲ生ズルモ、此兩ツノ效果共ニ催告者ガ之ヲ生ズベキコトヲ知り又之ヲ生ゼシメント欲シタルコトヲ理由トシテ認メラルルモノニアラザルガ故ニ法律行為ニアラザルナリ。

(ロ) 法律行為ヨリ生ズル法律效果ハ行為者ノ意思表示ニ基クモノナリト雖モ必ラズシモ常ニ行為者ノ眞意ニ適スルモノニハアラズ。蓋シ法律行為ヲ認メタ

ル趣旨ヨリ考フルトキハ行為者ノ真意ニ適スル場合ニ於テノミ法律效果ヲ發生セシムベキガ如シト雖モ、若シ此ノ如クスルトキハ相手方又ハ第三者ハ不測ノ損害ヲ被ルコトアリ、取引ノ安全ヲ害スベキガ故ニ法律ハ行為者ノ表示即チ行為者ガ自己ノ意思ナリトシテ表示シタルモノヲ標準トシテ法律效果ヲ定メ、敢テ行為者ノ内心ニ潛メル真意ヲ問ハザルコトアルナリ(至九三條乃至九五條)。此場合ニ於テ行為者ノ内心的效果意思ハ法律效果ノ基本トナラザルモ法律ハ尙行為者ノ表示上ノ效果意思ヲ基本トスルガ故ニ、法律行為ノ理論ニ反スルモノト見ルベカラズ。

(ハ) 法律行為ヨリ生ズル法律效果ハ總テ皆意思表示ニ基クコトヲ要セズ又全然意思表示ト合致スルモノナルコトヲ要セズ唯其主要ナル效果ガ意思表示ニ基ケルモノナルヲ以テ足ル。法律行為ヨリ生ズル主要ナル效果ニ附屬シテ法律ガ一定ノ效果ヲ認ムルコトアリ此場合ニ於テ其主要ナル效果ガ當事者ノ意思表示ヲ基本トスルモノナルトキハ其行為ハ固ヨリ法律行為タルヲ妨ゲズ。例ヘバ賣買ヨリ生ズル財産權移轉ノ債務ト代金支拂ノ債務トハ行為者ノ意思表示

示ニ基ク法律效果ニシテ賣買ノ目的物ノ瑕疵ニ對スル擔保責任(五六五條乃至五七一條)ハ當事者ガ之ヲ欲スル意思ヲ表示シタルコトヲ要セズシテ法律ノ之ヲ發生セシムルモノナルガ如シ。蓋シ當事者ハ必ラズシモ常ニ法律行為ヨリ生ズルコトアルベキ總テノ結果ヲ豫想シテ之ニ關スル意思表示ヲ爲スモノニアラザルヲ以テ法律ハ當事者ノ意思表示ヲ補充シ法律行為ノ結果タル法律關係ヲ定ムルナリ。之ニ因リテ法律行為ヨリ生ズル法律效果ニ當事者ノ意思表示ヲ要スルモノト然ラザルモノトノ別ヲ生ズ。前者ヲ法律行為的效果ト言ヒ後者ヲ非法律行為的效果ト言フ。

法律ハ又當事者ノ意思表示ノ内容タル效果ノ全部ヲ認メズシテ唯其一部ノミヲ認ムルコトアリ。此場合ニ於テモ其發生スル法律效果ハ當事者ノ意思表示ニ基クモノナルガ故ニ其行為ハ法律行為タルコトヲ妨ゲザルモノトス。例ヘバ五十年以上ノ期間ヲ以テ永小作權ヲ設定シタル場合ニ之ヲ五十年ニ短縮シ(二七八條一項)又ハ十年以上ノ期間ヲ以テ不動産質權ヲ設定シタル場合ニ之ヲ十年ニ短縮スルガ如シ(三六〇條一項)。要スルニ法律行為ヨリ生ズル法律效果ガ當事者ノ

意思表示ヲ基本トスト謂フハ唯其主要ナル效果ノミニ付テ謂フモノトス。

第二款 法律行為ノ種類

法律行為ノ種類

法律行為ハ種々ノ標準ニ依リ之ヲ分類スルコトヲ得。次ノ如シ。

一 單獨行為、契約及ビ合同行為

單獨行為(unilateral act; acte unilatéral; einseitiges Geschäft)ハ又一方行為ト言フ、當事者一方ノ一個ノ意思表示ニヨリテ成立スル法律行為ナリ。遺言、寄附行為、債務ノ免除等ノ如シ。

契約(contractus; contract; contrat; Vertrag)ハ又雙方行為(bilateral act; acte bilatéral; zweiseitig e Geschäft)ト言フ。異リタル意義ヲ有シ相適應スル内容ヲ有スル二個以上ノ意思表示ノ合致ニヨリテ成立スル法律行為ナリ(註1)。

合同行為(Gesamtkakt)ハ又協定行為トイフコトアリ。同一ノ内容、同一ノ意義ヲ有スル意思表示ノ合致ニヨリテ成立スル法律行為ナリ。從來複數ノ意思表示ニヨリテ成立スル法律行為ハ汎ク契約ト稱シタルモ、獨逸ノ學者クンツェ(Kunze)

ハ千八百九十二年「合同行為論」ヲ著ハシ、多數ノ意思表示ヨリ成立スル法律行為ノ中契約ト合同行為トヲ區別スベキコトヲ論ジタルヨリ學說ハ二派ニ分レタリ。合同行為ナル獨立ノ概念ヲ認メザル學者ハ或ハ之ヲ以テ契約ト異ラザルモノトシ、或ハ之ヲ共同シタル單獨行為ニシテ單獨行為ニ外ナラザルモノトス。然レドモ合同行為ヲ以テ契約及ビ單獨行為ト異リタル特殊ノ法律行為トナスヲ正當トス。其契約ト異ルハ契約ニ於テハ各個ノ意思表示ガ各當事者ニ對シテ別異ノ意義ヲ有シ、隨ツテ其法律行為ガ二個以上ノ目的ヲ有スルニ反シ、合同行為ニ於テハ總テノ意思表示ハ總テノ當事者ニ對シテ同一ノ意義ヲ有シ、隨ツテ其法律行為ハ單一ノ目的ヲ有スルニ過ギザルナリ。例ヘバ賣買ニ於テ賣主ノ「賣ル」トイフ意思表示ト買主ノ「買フ」トイフ意思表示トハ純粹ニ客觀的ニ言ハバ同一ノ内容ヲ有スルモノト言フコトヲ得ベキモ各當事者ニトリテハ異リタル意義ヲ有スルニ反シ、社團法人解散ノ決議ニ於テ各社員ノ意思表示ハ各社員ニ付テ總テ社員權ヲ喪失セレムトイフ同一ノ意義ヲ有スベク、又賣買ニアリテハ賣主ノ目的ト買主ノ目的ト二個ノ異リタル目的アルニ反シ、解散決議

又ハ社團法人設立行為ニアリテハ總テノ當事者ニ付テ同一ナル單一ノ目的アルニ過ギザルガ如シ。實際上ニ於テモ例ヘバ民法第百八條ノ適用ニ付テ兩者ヲ區別スルノ實益無キニアラズ。

合同行為ヲ以テ共同シタル單獨行為ニ過ギザルモノトスル見解ハ之ヲ以テ契約ト異リタルモノトスル點ニ於テ正當ナリト雖モ、性質上數個ノ意思表示ヲ要シ數個ノ意思表示ノ合致ヲ必要トスル法律行為ト、性質上之ヲ必要トセズ唯偶然數個ノ意思表示アルニ過ギザル法律行為トヲ混同スルハ理論上正當ナリト言フコトヲ得ズ(註二)。

(註一) ローマ法、フランス民法及ビ舊民法ハ契約ヲ債權ヲ成立セシムルモノノミニ限ルニ反シ、ドイツ民法ハ債權成立以外ノ效果ヲ生ズル合意モ亦契約ト稱シ、契約ノ通則ヲ其民法總則中ニ規定ス。我民法ニ於テハ契約ニ關スル規定ヲ債權編ニ規定スルガ故ニ債權編ニ謂フ所ノ契約ハ債權契約ヲ指稱スルモノナルモ、廣義ニ於ケル契約ノ觀念ヲ排斥スルニアラズ。百十三條乃至百十八條ニ於テ單獨行為ト契約トヲ對立セシメタルハ我民法ガ廣義ニ於ケル契約ノ觀念ヲ認メタル證據ナリ。

(註二) 本書一六四頁參照。尙決議ハ總テ法律行為タルニハアラズシテ私法的效果ヲ生ズベキモノノミガ法律行為タルナリ。而シテ決議ニ於テ多數決ニヨリ全員ノ合同行為タル效

生前行為
死後行為

果ヲ生ズルハ多數者ノ意思表示合致スレバ全員ノ合同行為トシテノ法律效果ヲ生ズベキ趣旨ノ法律ノ規定アルカ又ハ當事者ノ協定アルニ因ル。此ノ如キ定ナキトキ合同行為ハ多數決ニ依リテ成立スルモノト稱スベキニアラズ。多數決ノ説明ニ付キ穂積氏、下卷二〇頁參照。

二 生前行為、死後行為

死後行為ハ又死因行為(Negotium mortis causa; acte à cause de mort; Rechtsgeschäft von Todeswegen)ト言フ。行為者ノ死亡ニ因リテ其效果ヲ生ズベキ法律行為ナリ。遺言及ビ死因贈與(四五條)ハ之ニ屬ス、生命保險契約ハ生前ニ於テ保險料支拂義務ヲ生ズルガ故ニ死因行為ニアラズ。生前行為(negotium inter vivos; acte entre vifs; Rechtsgeschäft unter Lebenden)トハ死後行為ニアラザル總テノ法律行為ヲ謂フ。買賣、貸借等普通ノ法律行為ハ皆之ニ屬ス。

三 要式行為、不要式行為

要式行為(formelles Geschäft)トハ法律行為ヲ組成スル意思表示ガ一定ノ方式ニ從ヒテ爲サルコトヲ必要トスルモノヲ言ヒ、不要式行為(formelles Geschäft)トハ之ヲ組成スル意思表示ノ方式ニ制限ナキモノヲ言フ。我國ノ法律ハ近世諸國

不要式行為
爲

ノ法制ト同ジク方式自由ノ原則(Prinzip der Formfreiheit)ヲ採リ、特殊ノ法律行為ニ付テノミ方式ヲ必要トス、婚姻、隱居、遺言、手形行為ノ如シ。之等ノ要式行為ニ於テ法律ノ必要トスル方式ヲ具備セザルトキハ其行為ハ無効ナリ。尙我民法上贈與ハ純粹ナル要式行為ニハアラザルモ書面ニ依ラザル贈與ハ薄弱ナル效力ヲ有スルニ止マルモノトス(五五條)。之ヲ準要式行為ト稱スルコトヲ得ベシ。

法律ガ方式自由ヲ以テ原則トスルハ法律行為ヲ爲スノ方法ヲ當事者ノ選擇ニ任ジ窮屈ナル制限ヲ設ケザルガ爲メニシテ固ヨリ正當ナルモ比較的重要ナル行為ヲ爲サントスル當事者ハ證書ノ作成其他ノ方法ニ依リ證據ヲ保存スルヲ適當トスベシ。法律ガ特殊ノ法律行為ヲ要式行為ト爲セル理由ハ各種ノ要式行為ニ付キ必ラズシモ同一ナラズ。或ハ其行為ヲ爲スヲ特ニ慎重ナラシメシガ爲メナルコトアリ、或ハ特ニ證據保存ノ必要ナルコトアリ、或ハ又權利ノ範圍ヲ確定シ其流通ヲ圓滿ナラシムル爲メナルコトアリ、手形行為ハ主トシテ此最後ノ理由ノ爲ニ要式行為トセラレタルモノナリ。

有償行為
無償行為

四 有償行為、無償行為

財産ノ出捐ヲ目的トスル法律行為ノ中對價アルモノヲ有償行為(acts à titre onéreux; entgeltliches Geschäft)ト謂ヒ、對價ナキモノヲ無償行為(acts à titre gratuit; unentgeltliches Geschäft)ト謂フ。賣買、貸借ハ前者ノ例、贈與、使用貸借ハ後者ノ例ナリ。有償契約ニ付テハ賣買ノ規定ガ準用セララルルヲ以テ(五五條)有償、無償ヲ區別スルノ實益アリ。

主たる行為
從たる行為

五 主たる行為、從たる行為

從タル行為(acts accessoire; Nebengeschäft, nebensächliches Geschäft)トハ其成立スルガ爲ニ他ノ行為又ハ他ノ法律關係ノ存在ヲ前提トスル法律行為ヲ謂ヒ、其前提トセラルル法律行為ヲ主タル法律行為(acts principale; Hauptgeschäft, hauptsächliches Geschäft)ト謂フ。例ヘバ夫婦財産契約ハ婚姻ノ從タル契約、質權設定契約、保證契約ハ債權又ハ貸借契約ノ從タル契約ナルガ如シ。從タル行為ハ從屬關係アルガ爲ニ其法律上ノ運命ニ於テ主タル行為又ハ主タル法律關係ニ支配セララル、但シ其從屬關係ノ深淺ハ各種ノ從タル行為ニ付キ必ラズシモ一ナラズ。

獨立行為
補助行為

六 獨立行為、補助行為

補助行為 (Hilfsgeschäft) トハ同意又ハ許可ノ如ク獨立ノ實質内容ヲ有セズ他ノ行為ノ效力發生ノ條件ヲ爲ス行為ヲ謂ヒ、之ニ對シテ獨立ノ實質的内容ヲ有スル法律行為ヲ獨立行為ト謂フ。

有因行為
無因行為

七 有因行為、無因行為

財産ノ出捐ヲ目的トスル法律行為ノ中其財産上ノ出捐ノ直接原因タル事實ヲ包含スル法律行為ヲ有因行為又ハ要因行為 (kausales Geschäft) ト謂ヒ其ノ原因ヨリ獨立シ、單ニ財産上ノ出捐ノミヲ目的トスル法律行為ヲ無因行為又ハ不要因行為 (abstraktes Geschäft) ト謂フ。而シテ無因行為ノ中當事者ノ意思表示ニヨリ之ヲ有因トナシ得ベキモノヲ相對的無因行為ト謂ヒ當事者ノ意思表示ニヨリテモ有因トナシ得ザルモノヲ絕對的無因行為ト謂フ。例ヘバ物權契約ハ我民法上相對的無因行為ト解スベク又手形行為ハ我商法上絕對的無因行為ナリ。人ガ權利ヲ處分シ又ハ債務ヲ負擔スル等財産ノ出捐ヲ爲スニ付テハ、心理的ニ言ヘバ必ラズ何等カノ原因アルベク、漫然出捐ヲ爲スモノニアラズ、或ハ債務ヲ辨濟スルガ爲メニシ、或ハ債權ヲ取得スルガ爲メニシ、或ハ又相手方ニ利得ヲ

與フルガ爲メニスルガ如シ。然レドモ法律ハ必ラズシモ常ニ此原因ヲ以テ財産出捐行為ノ要素ト爲スコトヲ要スルニアラズ、之ヲ要素トシタル場合ニハ其行為ハ有因行為トナリ、之ヲ要素トセズ財産出捐行為ヲ其原因ヨリ分離シタル場合ニハ其行為ハ無因行為トナル。有因行為タル場合ニ原因ヲ缺クトキハ其財産出捐行為ハ無効ナリ、例ヘバ賣買ニ於テ買主ガ代金支拂ノ債務ヲ負擔スルハ賣主ガ財産權移轉ノ債務ヲ負擔スルガ爲メニシテ、此相互ニ原因タル二個ノ財産出捐ハ合シテ一ノ法律行為タルガ故ニ賣買ハ一ノ有因行為ナリ隨ツテ一方ノ債務ガ成立セザルトキハ賣買ハ無効ニシテ他方ノ當事者モ亦債務ヲ負擔セズ。之ニ反シ無因行為ニ於テハ原因ノ存否ハ無因行為ソノモノノ效力ニハ關係ナク、原因ヲ缺ケル場合ニハ唯不當利得返還ノ義務(七〇三條以下)ヲ生ズルニ止マル、例ヘバ約束手形ノ振出行爲ハ無因行為ナルガ故ニ、代金支拂ノ爲メニ約束手形ヲ振出シタル場合ニ、假令代金債務存在セザリシトスルモ手形ソノモノハ無効ニアラズ、唯不當利得返還ノ債務ヲ生ズルニ止マルガ如シ。

如何ナル行為ガ無因ニシテ如何ナル行為ガ有因ナルカハ各種ノ法律行為ニ

付テ研究スルコトヲ要スルガ故ニ今之ヲ述ブルノ所ニアラズ。唯重要ナル問題ニ付テ結論ノミヲ示セバ、所謂物權契約即チ物權ノ設定、移轉、變更ヲ目的トスル法律行為ハ無因ヲ原則トシ、唯當事者ノ意思表示ニ依リテ之ヲ有因ト爲シ得ルモノト解スベク、之ニ反シテ民法上ノ債權契約ハ有因ヲ原則トシ、唯當事者ノ意思表示ニヨリ之ヲ無因ト爲シ得ベキモノト解スベシ。此最後ノ點ニ付キ獨逸民法ハ一定ノ方式ヲ具ヘタル場合ニ於テノミ無因ナル債務約束ヲ有效ナルモノト規定セルモ(獨民、七八〇條)我民法ハ何等ノ規定ヲ設ケザルガ故ニ解釋上多少ノ疑問アリ。惟フニ我民法ハ債權契約ガ原因ヲ要スル旨ヲ規定セズ又無因ノ債權契約例ヘバ金若干圓ヲ支拂フトイフ契約ノ如キハ敢テ公序良俗ニ反スルコトナキヲ以テ之ヲ有效ナルモノト解スルヲ正當トスベシ(註)。

(註) 無因行為ニ付テハ石坂氏「法律行為ノ原因ト不當利得ニ於ケル法律上ノ原因」同氏「民法研究」上卷一九九頁、拙著「法律行為乃至時效」四一頁以下、同、增訂「日本債權法各論」八〇二頁以下參照。尙本文ニ謂フ所ノ原因ト緣由トハ之ヲ區別スルヲ要ス、緣由ハ法律行為ヲ爲スニ至リタル動機ニシテ特ニ之ヲ條件トシタル場合ニアラザレバ法律行為ノ效力ニハ影響ナシ、其區別ノ標準ニ付テ上掲諸著參照。

第三節 法律行為ノ目的

第一款 法律行為ノ成立要件及ビ效力發生要件

一 法律行為ノ成立要件トハ其法律行為ノ成立スルガ爲ニ必要缺クベカラザル事實ヲ謂フ、即チ其事實ナクバ法律行為ノ存在ヲ認ムベカラザルモノ是ナリ。法律行為ノ成立要件ハ之ヲ效力發生要件ト區別スルヲ要ス。法律行為ノ成立ト效力發生トハ之ヲ區別スベク、法律行為成立スルモ直チニ效力ヲ生ズルヲ必要トセザルガ故ニ、成立ノ要件ト效力發生ノ要件トハ之ヲ區別セザルベカラズ。例ヘバ條件成就、代理權ノ存在ノ如キハ成立要件ニハアラズシテ效力發生要件ナルガ如シ。

二 法律行為ノ成立要件ニハ總テノ法律行為ニ共通ナル要件ト個々ノ法律行為ニ特殊ナル要件トアリ。前者ヲ一般成立要件、後者ヲ特別成立要件ト謂フ。特別成立要件ハ各種ノ法律行為ニ付テ之ヲ研究スベク、ココニ問題トナルハ一

般成立要件ニ限ル。

法律行為ノ一般成立要件ハ當事者目的及ビ意思表示ノ三ナリ。學者或ハ意思表示ノミヲ一般成立要件トシ當事者及ビ目的ハ之ヲ法律行為ノ成立要件トセズ(註一)。然レドモ當事者ナキ法律行為目的ナキ法律行為ハ法律行為トシテ存在シ得ザルガ故ニ此二者モ亦意思表示ト竝ンデ法律行為ノ成立要件タルモノト解スルヲ正當トス。反對論者ハ當事者及ビ目的ガ共ニ意思表示ノ要件ニシテ意思表示ハ法律行為ノ要件タルガ爲メニ意思表示ノ外當事者及ビ目的ヲ法律行為ノ要件トスルノ理由ナシトス。然レドモ意思表示ト法律行為トハ別個ノ觀念ナルヲ以テ當事者及ビ目的ガ意思表示ノ要素ナリトイフ理由ニ因リテ其法律行為ノ成立要件タルコトヲ否認スルハ理論上正當ナリトイフコトヲ得ズ(註二)。但シ實際問題トシテハ多ク論ズルノ價值ナシ。

目的ガ一定ノ要件(可能、確定、適法)ヲ具フルコトハ法律行為ノ成立要件ナリヤ或ハ效力發生要件ナリヤ。此問題モ亦實際的價值ナキガ故ニ詳論セザルモ、余ハ效力發生要件ニ屬スルモノト解ス(註三)。蓋シ苟モ或ル目的ヲ有スル法律行為アルトキハ假令其目的ガ如上ノ要件ヲ具ヘザルモ法律行為ハ存在スルモノトイフベク、問題ハ唯其法律行為ガ效力ヲ生ジ得ベキモノナリヤ否ヤニ付テ生ズルノミナレバナリ。

(註一) 平沼氏、四二四頁、三濤氏、三一頁。

(註二) 同說、穂積氏、二五頁、我妻氏、一七五頁。富井氏、三九九頁ハ意思表示ト目的トヲ一般成立要件トス、尙富井氏ハ法律行為ノ完成要件ナルモノヲ認メ(一)意思表示ニ瑕疵(詐欺又ハ強迫)

ナキコト及ビ(二)行為能力ヲ有スルコトヲ完成要件ナリトス。之ヲ完成要件ト稱スルヲ妨

グズト雖モ完全ニ成立スルノ要件ニハアラズシテ完全ナル效力ヲ生ズルノ要件ナリ。

(註三) 同說、川名氏、一九八頁以下、三濤氏、三一頁、穂積氏、二六頁。富井氏、四〇一頁ハ成立要件トス。

第二款 目的ノ確定

一 法律行為ノ目的トハ當事者ガ其法律行為ニヨリテ發生セシメント欲シタル事項即チ法律行為ノ内容ヲ謂フ。而シテ法律行為ハ當事者ノ隠レタル意思ヲ基本トスルモノニアラズシテ其表示セラレタル意思即チ意思表示ヲ基本ト

目的ノ意

スルモノナルガ故ニ、當事者ガ其法律行為ニヨリテ發生セシメント欲シタル事項ヲ決定スルニ付テモ亦當事者ノ意思表示ヲ解釋シテ之ヲ決定スベク各當事者ノ法律行為ヲ爲スニ至リタル動機又ハ緣由 (motif; Motiv, Beweggrund) ハ特ニ之ヲ表示シタル場合ニアラザレバ法律行為ノ内容ヲ決定スベキ標準トナラザルモノトス。

法律行為ノ内容ニ付キ抽象的内容ト具體的内容トヲ區別スルコトヲ得。前者ハ法律ノ規定スル各種ノ典型的法律行為ニ付テ法律ガ其内容トシテ定ムル事項ニシテ通常之ヲ分チテ要素 (essentia) 常素 (naturalia) 及ビ偶素 (accidentalia) ノ三種トス。要素ハ其種類ノ法律行為ガ成立スルガ爲ニ必要ナル事項ニシテ例ヘバ賣買ニ付テハ財産權ノ移轉ニ對シテ代金ノ支拂ヲ約スルコト是ナリ。常素ハ通常其法律行為ノ内容タルモ當事者ノ意思表示ニ因リテ之ヲ排除シ得ベク、之ヲ排除スルモ其種類ノ法律行為タルコトヲ妨ゲザルモノニシテ例ヘバ賣買ニ於ケル擔保責任ノ如シ。偶素ハ通常法律行為ノ内容ヲ爲サズ唯當事者ガ特ニ之ヲ附加シタル事項ニシテ、例ヘバ買戻約款、代金支拂ノ期限ノ如シ。法律

抽象的内容
具體的内容

要 素 と い ふ に

行為ノ具體的内容トハ各個ノ具體的法律行為ニ付テ當事者ノ内容トシタル事項ヲ謂フ。抽象的内容ノ如ク法律ノ決定スル所ニハアラズシテ主トシテ當事者ノ意思表示ノ決定スル所ナリ、法律ハ唯其意思表示ヲ解釋シ又ハ之ヲ補充スルコトアルニ過ギズ。而シテ實際上ノ問題ハ固ヨリ具體的ノ法律行為ノミニ關スルモノナルヲ以テ上ニ述べタル要素、常素、偶素ノ別ハ實際上ニ於テハ多クノ價值ナシ。

二 法律行為ノ目的ニ付テ民法ハ其強行法ニ反スベカラザルコト及ビ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスベカラザルコトヲ規定スルニ止マル。然レドモ此他目的ガ可能ナルコト及ビ確定シ得ベキコトモ亦有效ナル法律行為ノ成立スベキ要件ナルコト一般學說ノ認ムル所ニシテ理論上疑ヲ容レズ。

法律行為ノ目的ハ當事者ノ意思表示ノミニヨリテ全然確定セルコトヲ必要トセザルモ、意思表示、周圍ノ事情、取引上ノ慣習及ビ法律ノ規定ニヨリテ確定シ得ベキモノナルコトヲ要ス。蓋シ法律行為ガ如何ナル事項ヲ目的トスルモノ

目的ノ要件

確定シ得
ベキコト

ナルカ確定シ得ザルトキハ法律ガ法律效果ヲ與フベキ對象ヲ缺クガ故ナリ。而シテ意思表示ノミニヨリテハ法律行為ノ内容ヲ確定シ得ザル場合ニ於テモ其缺ヲ補フベキ法律ノ規定アルトキハ之ニ依リテ法律效果ヲ定ムベク(註)又意思表示當時ニ於ケル周圍ノ事情又ハ其事項ニ關スル取引上ノ慣習ニ依リテ意思表示ノ意義ヲ明ニシ得ベキ場合ニハ之ニ依リ法律效果ヲ定ムベシ。之等孰レノ方法ニ依ルモ其内容ヲ確定シ得ザルトキハ法律行為ハ無効ナリ。

(註) 例ヘバ單ニ米一升ヲ給付スベキ契約ニ付テ如何ナル品質ノ米ヲ給付スベキカハ四〇一條ニヨリテ之ヲ定ムルヲ得ルガ故ニ其契約ハ有效ナルガ如シ。

第三款 目的ノ可能

- 一 不能ナル事項ノ實現ニ付テ法律上ノ效力ヲ認ムベカラザルハ明ナルガ故ニ不能ナル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効ナリ。
- 二 不能ハ法律行為ノ内容タル事項ノ實現ガ物理的ニ不能ナル場合ノ外、社會觀念上不能ト認ムル場合ヲモ包含ス(註一)。例ヘバ數ヶ月間ニ富士山ヲ以テ東

目的ノ可能

京灣ヲ埋立ツルガ如キハ社會ノ通念上不能ト認ムベク之ヲ目的トスル法律行為ハ無効ト解スベキナリ。

不能ニ原始的不能ト後發的不能トヲ區別ス。前者ハ法律行為成立ノ當初ヨリ其事項ノ實現ガ不能ナルヲ謂ヒ、後者ハ事後ニ至リ不能トナルヲ謂フ。ココニ問題トナルハ原始的不能ニ限ル。

不能ニ客觀的不能ト主觀的不能トアリ。主觀的不能トハ不能ノ原因ガ其事項ヲ實現スベキ當事者ノ一身上ノ事情ニ存スルモノヲ謂ヒ客觀的不能トハ其以外ノ不能ヲ謂フ。其ノ事項ノ實現ソノモノガ不能ナルトキハ常ニ客觀的不能ナリ。有效ナル法律行為ノ成立ヲ妨グル不能ハ客觀的不能ニ限ル。主觀的不能タルニ止マル場合ニ於テハ相手方又ハ第三者ハ法律行為ヲ有效ト信ズルコトアルガ故ニ之ヲ有效トシ行為者ノ責任ヲ認ムル必要アルナリ。例ヘバ語學ノ素養ナキ者ガ通辯タルコトヲ約スルガ如シ。

不能ハ又事實的不能ト法律的不能トニ分ツコトヲ得。事實上ノ理由ニ因ル不能ト法律ノ規定ニ因ル不能トノ別ナリ。學者或ハ法律的不能ト法律違反ト

ヲ同視シ、法律的不能ノ問題ハ法律行為ノ内容ガ適法ナリヤ又ハ公序良俗ニ反スルヤ否ヤノ問題ナリトス(註二)。然レドモ一定ノ事項ノ實現ガ可能ナルモ違法ナル場合ト、實現ソノモノガ法律ノ規定ノ爲ニ不能ナル場合トハ之ヲ區別シ得ベキガ故ニ違法ノ外法律的不能ヲ認ムルノ餘地アリ。例ヘバ十年間共有物ヲ分割セザル契約ハ可能ノ事項ヲ目的トスルモ強行法ニ反スベク(六二五)之ニ反シ妾タル法律上ノ地位ヲ與ヘントスル契約ハ、此ノ如キ法律上ノ地位ナキガ故ニ實現不能ナリト言フベシ。

法律行為ノ内容ノ全部ガ不能ナルトキハ全部不能ト言ヒ内容ノ一部ノミガ不能ナルトキハ一部不能ト言フ。一部不能ガ法律行為ノ内容ノ殘部ニ如何ナル效力ヲ及ボスベキカニ付テハ法律ニ一般的规定ナシ。特殊ノ法律行為ニ付キ法律ニ規定アル場合ニハ(期間等)之ニ從フベク、然ラザル場合ニハ當事者ノ意思ヲ解釋シテ之ヲ決定スベシ(註三)。

(註一) 判例、所有權ノ移轉ヲ目的トセズ唯登記簿上ノ所有名義ヲ移轉スベシトノ契約ハ目的不能ナリ、明治四〇年一〇月九日、宮控判、判例一卷一七四頁。將來ノ債權ノ讓渡ニ於テ當事

者ガ債權發生シタル場合ニ讓渡ノ效力ヲ生セシムル意思ナラバ目的可能ナリ、明治四三年二月一〇日、大判、民錄、一六輯八四頁、第三者所有ノ土地ニ工事ヲ施スベキ契約ハ目的可能ナリ、明治四〇年一月四日、大判、民錄、一三輯一〇七四頁、第三者ヲシテ建築工事ヲ請負ハシムベキ契約モ、當事者ガ此債務ヲ負擔スルニ止マルトキハ有效ナリ、明治三九年九月二八日、大判、民錄、一二輯一一五一頁。

(註二) 三浦氏、三一六頁、穂積氏、下卷二七頁。

(註三) 不能ハ給付不能又ハ履行不能ノ問題トシテ特ニ債權法ニ於テ問題トナルガ故ニ其研究ハ債權法ニ讓ル、拙著、增訂改訂、日本債權法總論、一四二頁以下參照。

第四款 目的ノ適法

一 強行法規即チ法令中ノ公ノ秩序ニ關スル規定ニ反スル法律行為ハ違法ノ内容ヲ有スルモノトシテ無効ナリ。民法第九十一條ハ直接ニハ任意法規即チ非強行法規ニ異リタル事項ヲ内容トスル法律行為ガ有效ナルコトヲ規定スルト同時ニ、間接ニハ強行法規ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ノ無効ナルコトヲ規定ス。理論上ヨリ謂フモ強行法規ニ反スル法律行為ノ無効タルベキハ

目的ノ適法

其法規ノ性質上疑ヲ容レズ(註)。強行法規ト非強行法規トヲ區別スル標準ニ付テハ嘗テ之ヲ述ベタリ(本書、一)。

(註) 訴訟費用ニ關スル規定ハ強行法規ニシテ之ニ反スル特約ハ無効、明治三八年五月二六日、大判、民錄、一一輯七六三頁。

脫法行為

二 強行法規ニ直接ニハ違反セザルモ、其法規ノ内容トスル效果ト同一ノ效果ヲ他ノ迂回セル方法ニ依リテ達セントスル行為ヲ脫法行為(In fraudem legis agere; Gesetzesumgehung, rechtsgeschäftlicher Schleichweg)ト謂フ。

脫法行為ノ效力ハ其回避セントスル禁止法規ノ趣旨ニ依リテ異ル。禁止法規ノ趣旨ガ法律行為ノ目的ニ存スル場合ニ於テハ他ノ手段ニ依リテ同一ノ目的ヲ達セントスル所爲ハ尙此禁止法規ニ違反スルモノニシテ無効ナリ、例ヘバ利息ノ名稱ヲ用ヒズ、天引、手數料等ノ名稱ニヨリ實質上制限外ノ高利ヲ定ムル契約ノ如シ(註一)。之ニ反シ禁止法規ノ趣旨ガ唯特定ノ手段ニ依リテ一定ノ效果ヲ發生セシムルコトヲ禁止スルニアルトキハ他ノ手段ニ依リテ同一ノ效果ヲ發生セシムルハ此法規ニ違反スルコトナク有效ナリ、例ヘバ債權擔保ノ目的

ヲ以テ信託的ニ動産所有權ヲ讓渡スルハ流質契約ヲ禁止スル規定(三四)ニ對スル脫法行為トシテ無効トスベキニアラズ、蓋シ此禁止ハ質權設定トイフ方法ニ依ル場合ニ限ルモノナレバナリ(註二)。

(註一) 金鵝勳章年金ノ支給ヲ受クル權利、扶助料ヲ受クル權利ハ讓渡シ又ハ質入スルヲ得ズ、委任ノ形式ニヨリ債權者ニ之等ノ受領ヲ委託シ債權者ハ其受領シタル金額ヲ以テ債權ノ辨濟ニ充當シ、且完済ニ至ルマテ委任ヲ解除セザルコトヲ約スルハ脫法行為トシテ無効ナリ、大正四年一月二日、大判、民錄、一一輯一九七一頁、評論、五卷四三四頁、大正五年三月二七日、東區判、判例一卷二號、民、六一頁、大正五年三月八日、東區判、判例一卷、一九頁。

(註二) 脫法行為ニ付キ、三瀦氏、國家學會、二八卷九號、拙稿、志林、一二卷六號六五頁、其他信託行為ニ關スル學說參照。尙營業ヲ爲ス手續ニ違法ノ點アルモ營業上ノ法律行為ハ尙無効タルモノニアラズ、官吏ガ服務規律ニ違背シテ爲シタル營業上ノ法律行為及ビ營業讓渡行為ハ有效、明治三八年一月三十一日、東控判、新聞、二六四號一〇頁。行政上ノ取締規則ニ違反スル行為ハ規定違反ノ制裁ヲ受クルモ、爲メニ民法上常ニ無効ニアラズ、大正四年八月二七日、大判、民錄、一一輯一四一一頁、同年一月二二日、大判、民錄、二一五八頁、大正五年一月二九日、大判、民錄、二二輯六六頁、大正八年七月三日、大判、民錄、二五輯一〇三一頁。尙昭和二年一月一日、大判集、六卷七四八頁參照。ソノ批評、美濃部博士、國家學會、四二卷六四五頁、反對、我妻氏、判例民事法、四八七頁以下、反對、末川氏、民法研究、第一卷一五九頁。

第五款 目的ノ社會的妥當

目的ノ妥當

一 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス(九〇)。公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ナル觀念ヲ以テ法律行為ノ内容ヲ制限スルコトハ既ニ羅馬法ニ存シタル所ニシテ、フランス民法之ヲ承繼シ(佛民一三三條)獨逸民法(獨民一八條)其他近世諸國ノ法制概ネ皆之ヲ認ム。法律ハ社會ノ維持及ビ發達ヲ以テ其目的トスルモノナルガ故ニ、私法自治行為モ固ヨリ此目的ニ合スル範圍内ニ於テノミ其效果ヲ認ムベク、社會ノ秩序ヲ害シ社會道德ニ背馳スル行為ニ法律ノ保護ヲ與フベカラザルコト明ナリ。而シテ此公序良俗ナル觀念ハフランス民法制定當時ニ於テハ契約自由トイフ大原則ヲ制限スルニ止マルモノト認メラレタルニ反シ近時ニ於テハ私法ヲ支配スル一大原則ト認メラレ契約ノ自由ノミナラズ權利ノ行使ノ如キモ此原則ノ範圍内ニ於テノミ正當視セララルルニ至レリ(獨民八二條參照)。

二 法律行為ノ目的ガ公序良俗ニ反スト謂フハ直接ニ法律ノ規定ニ反スト謂

公序良俗ノ意義

フニハアラズ、法規ノ明文上禁止セラレザルモ、社會ノ公益ニ害アリ國民ノ道德觀念ニ反スルコト即チ社會的妥當性ヲ缺クコトヲ謂フ。法律ハ社會的妥當性ヲ缺クベキ一切ノ行為ヲ豫見シテ之ヲ禁止スルコトヲ得ザルガ故ニ、彈性性ヲ有スル規定ヲ設ケテ反社會的、反道德的行為ノ效力ヲ否認スルナリ。此規定ヲ非難シテ其内容漠然タリト言フハ此種ノ規定ノ眞意義ヲ解セザルモノト言フベシ。

「善良ノ風俗」トイフハ後ニ述ブルガ如ク畢竟道德的觀念ナリ。然レドモ此道德的觀念ヲ以テ法律行為ノ内容ヲ制限スルハ敢テ法律ト道德トノ限界ヲ紛淆スルモノトイフコトヲ得ズ。蓋シ總テノ道德善ヲ助成スルハ法律ノ任務ニ屬セズトスルモ、道德惡ヲ獎勵シ之ニ法律的保護ヲ與フベカラザルハ明瞭ナルガ故ナリ。

三 公ノ秩序 (public policy; *ordre public*; *öffentliche Ordnung*)ニ反ストハ國家社會ノ一般の利益ニ反スルヲ謂フ(註)。現代ノ社會ノ秩序ヲ紊亂スルガ如キ内容ヲ有スル法律行為ニハ法律ノ保護ヲ與フベキモノニアラズ。

公ノ秩序ノ意義

(註) 獨逸民法第一草案ニ於テハ善良ノ風俗ト竝ビテ公ノ秩序ヲ掲ゲタルガ(現行法ニ於テハ善良ノ風俗ノミトス)其ノ理由トシテ第一草案理由書ニハ國家ノ一般的利益(allgemeine Interessen des Staates)ニ反スルモ必ラズシモ道德ニ反スト言ヒ難キモノアリトシ其例トシテ營業ノ自由ニ反スル法律行為ヲ擧グ。我民法ニ公ノ秩序ト言フモ同意義ニシテ國家ノ一般的利益ヨリ觀察シテ社會ノ維持及ビ發達ノ要件ヲ謂フナリ。

善良ノ風俗ノ意義

四 善良ノ風俗 (bonos mores; good morals; bonnes meurs; gute Sitten) トハ現代社會ノ健全ナル思想現代ノ國民道德ノ規準ヲ謂フ。當事者又ハ裁判官ノ個人的道德觀ヲ謂フニハアラズシテ社會一般ノ道德觀ヲ謂フナリ。現代ノ社會ニ於テ一般ニ道德ニ反スルモノト認ムル行為ヲ法律ニ於テ保護スルハ社會ノ維持及ビ發達ヲ害ス。是レ此ノ如キ行為ヲ無効トスル所以ナリ。

社會ノ道德觀ニ反スル行為ト謂フハ現代ノ社會ニ類例稀ナル反道德ノ行為ナリト謂フ意味ニハアラズ、假令現時ノ社會ニ於テ往々其例ヲ見ルガ如キ行為ナリトスルモ、一般人ガ認メテ道德上擯斥スベキ行為ナリト認ムルモノハ善良ノ風俗ニ反スルモノト言ハザルベカラズ。此意味ニ於テ善良ナル風俗トイフ觀念ハ理想的分子ヲ包含スルモノト言フベシ。然レドモ純粹ナル理想若クハ

公序ト善良ノ風俗トノ關係

抽象的ナル理想ヲ謂フニハアラズシテ、現代ノ社會ヲ基礎トシ、現代ノ社會ニ於ケル道德的方面ヲ謂フナリ。

五 公ノ秩序ト善良ノ風俗トハ其基礎觀念ヲ一ニス、民法ガ公ノ秩序ト善良ノ風俗ト孰レカニ反スル法律行為ヲ無効トシタルハ健全ナル社會狀態ヲ害スベキ法律行為ヲ遺憾ナク網羅センガ爲ニシテ、兩者ノ間ニ區別ヲ設ケントスルノ意ニアラズ。唯公ノ秩序トノミ謂フトキハ社會ノ安寧秩序ニ影響シ直接ニ一般社會ヲ害スベキ行為ノミヲ指稱スルノ嫌アリ又善良ノ風俗トノミ謂フトキハ道德的ニ非難スベキ行為ノミヲ謂フモノト解セラレル虞アルガ故ニ社會ノ秩序ヨリ謂フモ、道德觀念ヨリ謂フモ、社會的妥當性ヲ缺如セル行為ヲ包括センガ爲メニ公ノ秩序ト善良ノ風俗トノ兩者ヲ用ヒ然モ兩者ヲ連結スルニ又ハナル文字ヲ使用シタルナリ。故ニ或ル行為ガ公序良俗ニ反スルガ爲ニ無効ナルコトヲ主張スルニ當リテハ強ヒテ公序ト良俗トノ孰レニ反スルカヲ明ニスルノ必要ナキモノトス。

反社會性ガ法律行為

六 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効ナリ。

此規定ニ依リ法律行為ノ内容ソノモノガ公序良俗ニ反スルトキ其行為ノ無効ナルハ明ナルモ、動機ノ反社會性(公序良俗ニ反スルコト)ハ行為ノ效力ニ關係ナキヤ否ヤノ問題アリ、延イテ内容ノ意義如何、内容ノ反社會性ノ意義如何ノ問題ヲ生ズ。此點ハ公序良俗ト當事者ノ主觀トノ問題トシテ近時多ク論議セラルル所ナリ(註)。

(註) 牧野氏、自由法論ノ研究ニ關スル二三ノ補遺志林、二四卷九號、一一號、一二號、同氏、民法の基
本問題、四四頁以下、長島氏、緣由ノ不法ト民法九〇條法曹、一卷六號、穂積氏判例批評、法協、三
九卷一九一、二頁等。

(1) 純粹ナル動機ノ反社會性ハ法律行為ノ效力ニ關係ナキコト疑ヲ容レズ。即チ當事者ノ一方又ハ雙方ガ公序良俗ニ反スル動機ニ基キテ法律行為ヲ爲スモ之ヲ發表スルコトナク、又相手方ニ於テ之ヲ知ラザリシトキハ其法律行為ハ公序良俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノト言フコトヲ得ズ。公序良俗ニ反スル事項ヲ目的トスルト謂フハ法律行為ソノモノ即チソノ内容ガ公序良俗ニ反スルコトヲ謂フモノニシテ、單ニ法律行為ヲ爲スニ至リタル理由ガ公序良俗ニ

反スルニ止マル場合ヲモ包含スルモノニアラズ。

(2) 法律行為ノ内容ガ公序良俗ニ反スト謂フコトノ意義ヲ決定スルガ爲ニハ先ヅ内容ノ意義ヲ決定スルコトヲ要ス。此點ニ關スル疑ナキ第一ノ原則ハ既ニ述べタルガ如ク、具體的ノ意思表示ニ基キテ各個ノ法律行為ノ内容ヲ決定スベキコト是ナリ。法律ハ賣買、貸借等諸種ノ法律行為ニ付キテ其抽象的内容ヲ定ムルモ、法律行為ガ反社會性ヲ有スルヤ否ヤニ付キ問題トナルハ此ノ如キ抽象的内容ニ關スルニハアラズシテ具體的ノ各個ノ法律行為ニ付キ、當事者ガ其内容ト定メタルコトガ反社會性ヲ有スルヤ否ヤノ點ナリ。

具體的ニ法律行為ノ内容ヲ定ムルニ付テ問題トナルハ當事者ガ發生セシメント欲シタル法律效果ノミヲ内容トスベキカ或ハ法律效果以外ノ點ニ於テモ當事者ガ意思ヲ表示シタル事項ハ内容ト認ムベキカノ點是ナリ。例ヘバ猥褻行為ノ爲ニ使用スルコトヲ條件トシテ、家屋ヲ賃借シタル場合ニハ猥褻行為ノ爲ニ使用ヲ許可スルコトハ法律效果ノ内容トナリ、隨ツテ法律行為ノ内容トナルコト明ナルモ、之ヲ條件トセズ單ニ猥褻行為ノ爲ニ使用スルヲ發表シテ家屋

法律行為ノ目的

ヲ賃借シタルニ止マルトキハ如何。此點ニ關シテ次ノ三個ノ見解アリ。

第一說
客觀說

(イ) 動機ハ之ヲ條件トシタル場合ニ於テノミ法律行為ノ内容トナル、而シテ民法第九十條ノ適用アリヤ否ヤハ内容ソノモノガ公序良俗ニ反スルヤ否ヤニヨリテ之ヲ決ス。隨ツテ動機ガ公序良俗ニ反スルトキハ其動機ヲ條件トシタル場合ニ於テノミ第九十條ノ適用ヲ受ク(註)。

(註) 此說ヲ從來ノ多數說ト見ルヲ得ベシ、富井氏、四〇一頁、四〇七頁以下(十七版)、中島氏、四六三頁、三浦氏、三二四頁、松岡氏、四二五頁等。

第二說
主觀說

(ロ) 動機ハ之ヲ條件トシタル場合ニ於テノミ法律行為ノ内容トナルモ、其内容ガ公序良俗ニ反スルヤ否ヤハ内容自體ニ付テノミ之ヲ決定セズ、表示セラレタル動機及ビ表示セラレザルモ相手方ニ知レタル動機ハ内容ノ反社會性ヲ決定スルノ標準トスベシ(註)。

(註) 此說ヲ主觀說ト稱スルヲ得ベシ、牧野氏、前掲、長島氏、前掲、末川氏、法學論叢、七卷五號三五頁以下。

(ハ) 動機ハ之ヲ條件トシタル場合ノミナラズ之ヲ發表シタル場合ニ於テハ條件

第三說
折衷說

トナサザルモ尙法律行為ノ内容タルモノトス。隨ツテ發表セラレタル動機ノ反社會性ハ之ヲ以テ當該ノ法律行為ガ第九十條ノ適用ヲ受クルヤ否ヤヲ決定スルノ標準トナサザルベカラズ(註)。

(註) 拙著、法律行為乃至時效、六七頁以下。余ガ此著ニ於テ述ベタル所明瞭ナラザリシ爲ニ第一說ト認メラレタルハ(長島氏、前掲、九頁)遺憾ナリ。長島氏ハ本文ニイフ第一說ヲ客觀說、第二說ヲ主觀說、第三說ヲ折衷說ト稱ス。

余ハ上ニ述ベタル第一說ヲ採ラズ。發表セラレタル動機ハ、假令之ヲ以テ條件トナサザルモ、法律行為ノ反社會性ヲ決定スベキ標準タルモノトス。蓋シ法律行為ノ内容ハ具體的法律行為ニ付テ之ヲ決定スベキコト上ニ述ベタルガ如ク、而シテ具體的ニ之ヲ決定スルニ付テハ、法律行為ヲ組成スル意思表示ノ内容其他諸種ノ客觀的事實ハ總テ之ヲ標準トスベキモノナルヲ以テ、發表セラレタル動機ノ如キモ其客觀的事實ノ一トシテ法律行為ノ内容ノ社會的意義ヲ決定スベキ標準トナサザルベカラズ。論者ガ條件トシタル場合ニ於テノミ動機ヲ法律行為ノ内容ニ屬スルモノトナスハ、此場合ニ於テノミ動機ニ關スル意思表示

示ガ法律行為ヨリ生ズベキ法律效果ソノモノニ影響ヲ及ボスガ故ナルベシト雖モ、民法第九十條ニ於テ公序良俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ト謂フハ此ノ如ク狹義ニ解スルノ理由ナシ。假令法律行為ヨリ生ズル法律效果ソノモノガ公序良俗ニ反セズトスルモ、法律行為ヨリ生ズベキ生活關係ガ公序良俗ニ反スルトキハ、法律ハ此ノ如キ生活關係ニ法律效果ヲ與ヘテ之ヲ保護スルノ理由ナク、又之ヲ以テ公序良俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノト解スルモ、法律ニ反スルコトナシ。條件トセラレザル動機ノ發表ハ法律行為ヨリ生ズベキ法律效果ソノモノニハ影響ヲ及ボサザルモ、法律行為ヨリ生ズベキ生活關係ノ意義ヲ定ムルモノナルガ故ニ、其反社會性ハ法律行為ノ效力ニ影響ヲ及ボスモノト解セザルベカラズ。

發表セラレタル動機ヲ以テ法律行為ノ反社會性ヲ決定スベキ標準ト爲スノ點ニ於テ上述第二說ト第三說トハ結果ヲ同ジウス。唯其發表セラレタル動機ヲ法律行為ノ内容ニ屬スルモノト見ルカ或ハ内容以外ニアリテ内容ノ性質ヲ決定スベキ標準タルモノト見ルカノ點ニ於テ兩說ノ間ニ差異アリ。此點ハ實

際ニ差異ヲ生ゼザルガ故ニ詳論スルノ要ナキモ、余ハ上ニ述べタルガ如ク内容ノ意義ヲ法律行為ヨリ生ズベキ生活關係ノ意義ニ解シ、而シテ何が爲メノ生活關係ナルカガ發表セラレタル場合ニ、其何が爲メトイフコトト生活關係ソノモノトヲ強ヒテ分離スルノ必要ヲ認めザルガ故ニ發表セラレタル動機ハ法律行為ノ内容ヲ構成スルモノト解ス。

第二說ト第三說トノ間ニ存スル第二ノ差異而シテ主要ナル差異ハ發表セラレザル動機モ亦法律行為ノ反社會性ヲ決定スベキ標準ト爲スベキヤ否ヤノ點ニアリ。惟フニ公序良俗ニ反スルガ爲メニ法律行為ヲ無効トスルハ當事者ノ違法行為ニ對シテ制裁ヲ加フルガ爲メニアラザルコト言フ俟タザルガ故ニ、一方當事者ノ違法ノ動機ソノモノハ法律行為ヲ無効トスルノ效力ヲ有スベキニアラズ。唯動機ガ法律行為ノ内容即チ法律行為ヨリ生ズベキ生活關係ニ反社會的性質ヲ附着セシムル場合ニ於テノミ、動機ハ法律行為ソノモノニ反社會的性質ヲ與フルモノト言ハザルベカラズ。此理由ニ由リ余ハ上述第三說ヲ採リ發表セラレタル動機ノミガ法律行為ノ反社會性ヲ決定スベキ標準タルモノト

録
結
も
鳩
山
も
女
か
外
を
な
く
せ
に
何
も
言
ふ
か
い

解ス。唯如何ナル動機ニ出ヅルカガ當事者雙方ニ明瞭ナル事實ナルトキハ特ニ之ヲ明言セザルモ、一ノ客觀的事實トシテ法律行為ノ内容ヲ決定スベキ標準トナスコトヲ得ベシ(註一)(註二)。

(註一) 余ガ客觀的事實ニ依ルベキモノト解スルハ客觀的事實トイフ概念ニ拘泥スルガ故ニアラズ客觀的事實ニ基キテ法律行為ノ有效無効ヲ確定スルコトガ取引ノ安全ノ爲ニ必要ナリト考フルガ故ナリ。刑法ニ於ケル主觀的傾向ヲ民法ノ解釋ニ應用スルニ付キテハ特ニ民法ト刑法ト各特殊ノ目的ヲ有スルコトヲ考慮セザルベカラズ。一當事者ノ反社會的心情ガ客觀的事實トシテハ現ハレザル場合ニ取引ノ安全ヲ犧牲トシテ其心情ヲ法律行為ノ效力ヲ決定スベキ標準ニ加フルハ余ノ贊同シ難キ所ナリ。我妻氏、二〇四頁ハ同說ナルガ如シ。

? (註二) 公序良俗ニ反スル婚姻豫約(現在ノ妻トノ間ノ婚姻解消シタル後婚姻スベキ豫約)ヲ爲シ其婚姻ヲ爲シ得ルマテ扶養料ヲ給與スベキ契約ニ付キ、大審院ハ、右豫約ノ維持ヲ目的トシ之ヲ契約ノ内容ト爲スモノナレバ扶養料給與ノ契約ソノモノモ亦善良ノ風俗ニ反スルモノトス、大正九年五月二八日、大判、民錄、二六輯七七三頁、此判決ニ付キ穂積氏、前掲、牧野氏、前掲、志林、二四卷一一號一頁以下、長島氏、前掲、一三頁。何カ故ニ扶養料ヲ給與スルカノ理由ハ本件ニ於テ明ニ發表セラレタルモノナルガ故ニ本判決ハ正當ナリ。

七 手段ガ公序良俗ニ反スルモ之ガ爲ニ法律行為ヨリ生ズベキ效果ニ影響ヲ

手段ノ反
社會性

及ボサザルトキハ公序良俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ト謂フコトヲ得ズ(註)。例ヘバ脅迫的態度ヲ以テ契約ヲ解除スルガ如シ。但脅迫罪トナルコトアルベク(刑、二二二條以下)又之ニ因リテ相手方ニ意思表示ヲ爲サシメタルトキハ第九十六條ノ適用ヲ受クベシ。

(註) 同說、三諸氏、三二四頁。

八 一定ノ法律行為ガ公序良俗ニ反スルヤ否ヤノ問題ハ事實問題ナリヤ法律問題ナリヤ。此點ニ付テハ二個ノ問題ヲ區別スルヲ要ス。即チ法律行為ノ内容タル生活關係ガ如何ナル生活關係ナルカノ問題ト其確定セラレタル生活關係ガ公序良俗ニ反スルヤ否ヤノ問題ト是ナリ。前者ハ事實確定ノ問題ニシテ事實審ノ專權ニ屬シ、後者ハ法律問題ニシテ上告ノ理由トナスコトヲ得。或ル法律行為ガ公序良俗ニ反スルヤ否ヤノ問題ヲ以テ事實問題ナリトスル見解ハ各個ノ具體的事實ニ付テ決スベキ法律問題ヲ以テ法律問題ト爲サザルモノニシテ其誤レルコト明ナリ。一定ノ事項ガ公序良俗ニ反スルヤ否ヤノ問題ハ其事項ノ法律的評價ノ問題ニシテ即チ民法第九十條謂フ所ノ公序良俗ニ反スル

事實問題
ト法律問題

ヤ否ヤノ問題ナリ之ヲ以テ法律問題トスベキハ疑ヲ容レズ(註)。

(註) 我國ニ於ケル通説ナリ判例ガ此見解ヲ採ルコトハ公序良俗ノ意義ニ付キ多數ノ大審院ノ判例アルニヨリテ明ナリ。尙拙稿「法律問題トシテノ公序良俗」志林、一卷六號、民法研究、第一卷一一二頁參照。

九 如何ナル法律行為ガ公序良俗ニ反スルカニ付テ其抽象的標準ハ上ニ述ベタルモ、其具體的内容ハ判例及ビ實社會ノ研究ニ俟タザルベカラズ。我國ニ於テモ此判例ハ既ニ其數頗ル多ク其分類又頗ル難シ。左ニ揚グルモノハ説明ノ爲メノ例示ニ過ギズ(註)。

(註) 判例ニ付テハ我妻榮氏判例ヨリ見タル公ノ秩序善良ノ風俗「法協」四一卷九〇四頁以下、五號一〇八頁以下ヲ見ヨ。

(1) 當事者ノ爲スベキ行為ソノモノガ公序良俗ニ反スルコトアリ。例ヘバ賭博ヲ爲ス契約、姦通ヲ爲ス契約ノ如シ(註)。

(註) 射倖性ニ關係アル契約ニ付キ、我妻氏、一四四頁以下、妾關係、私通關係等ノ不倫ノ關係ヲ持續スルコトヲ目的トスル契約ハ無効ナルモ、之ヲ斷絶スルコトヲ目的トスルモノハ有效ナ

リ、同氏、一一〇頁以下。妾契約及ビ之ニ附隨スル扶養料給與契約ノ效力ニ付キ大阪地方、昭和四年三月一三日、新聞、二九五九號四頁。

(2) 當事者ノ爲スベキ行為ソノモノハ公序良俗ニ反セザルモ之ヲ法律上強制スルコトガ公序良俗ニ反スルコトアリ。藝娼妓營業ハ營業トシテ行政上許サレタル行為ニシテ其行為ソノモノガ公序良俗ニ反スルトイフコトヲ得ザルモ契約ノ結果此ノ如キ行為ヲ爲スベキ法律上ノ拘束ヲ生ゼシムルハ公序良俗ニ反ス。此點ニ關スル判例ニハ種々ノ變遷アリ、現時ニ於テハ藝娼妓ヲシテ永ク其抱主ノ許ニ止マルノ已ムヲ得ザルニ至ラシムルモノハ著シク個人ノ自由ヲ拘束スルモノトシテ無効トシ、前借金ニ付テハ純然タル消費貸借タル場合ニハ有效ナルモノトス(註一)。

營業ノ自由ヲ制限スル契約モ亦此種類ニ屬ス。營業ヲ爲サザルコトハ固ヨリ公序良俗ニ反セザルモ一定ノ營業ヲ爲サザルベキ義務ヲ負擔セシムル契約ハ其制限ノ程度ニヨリ公序良俗ニ反スルモノト認メザルベカラズ。其制限ガ如何ナル程度ニ達シタル場合ニ公序良俗ニ反スルモノトスベキカハ制限ノ期

間、場所及ビ制限セラレタル營業ノ内容ニ從ヒ、且當該ノ營業ニ關スル一般ノ事例ヲ參酌シテ決定スルノ外ナキモ、商法ガ營業讓渡人^(商二條二)ニ付テ定メタル制限ノ範圍内ニ於テハ原則トシテ有效ナルモノト解スベシ。要スルニ此問題ニ付テハ被制限者ノ生存ノ問題ト競争者ノ出現ヲ阻止スルコトニ因リテ一般社會ノ受クベキ利害トヲ考慮シ合理的判斷ヲ下スノ外ナシ^(註二)。

婚姻豫約ノ效力モ或ハ婚姻ノ自由ヲ制限スル契約トシテ考究スルコトヲ得ベシ。然レドモ此點ニ關シテハ大正四年一月二十六日ノ大審院民事聯合部ノ判決^(民錄二一)以來確固タル判例アリ婚姻^(届出)ヲ強制スルコトヲ得ザルモ違約ニ基ク損害賠償ヲ請求シ得ベキコトニ定マレルヲ以テ、ココニ論ゼズ、唯將來婚姻ヲ爲スベキコトヲ強制スルノ意味ニ於ケル豫約ハ公序良俗ニ反スルモノトシテ無効ナルコトヲ一言スルニ止ム。

家族ガ財産ノ分與ヲ得テ分家ヲ爲スベキ旨ノ契約ニ付キ、分家ヲ爲スハ固ヨリ適法ナルモ後日意思ノ變更ニヨリ分家ノ届出ヲ肯ンゼザルニ當リ、他ヨリ強制シテ分家ヲ爲サシムルハ即チ人ノ自由ヲ害シ公ノ秩序ヲ害スルヲ以テ無効

ナリトノ判決アリ^(註三)。正當ナリト考フ。

^(註一) 藝娼妓契約ニ付テハ我妻氏、前掲、一一五頁以下ニ詳ナリ。

^(註二) 營業又ハ販賣ヲ爲サズトイフ契約及ビ同業者間ノ規約ニ付キ、判例ハ尙被制限者ノ個人的事情ノミヲ問題トスルガ如シ、我妻氏、前掲、一三二頁以下。

^(註三) 明治四四年一〇月一六日、大判、民錄、一七輯五八〇頁。尙自由ノ制限ニ關スル契約トシテ將來ノ全財産ノ讓渡ヲ無効トスル法制多シ^(佛民、九四三條、獨民、三一〇條)。我民法ニ付テモ同様ニ解スベシ。

(3) 當事者ノ爲スベキ行為ソノモノハ公序良俗ニ反セザルモ之ヲ金錢的利益ト連結スルガ爲ニ公序良俗ニ反スルコトアリ。例ヘバ官吏、議員ガ正當ナル職務ヲ行フニ付キ金錢的利益ヲ受クベキ契約ノ如シ^{(註一)(註二)}。

^(註一) 僧侶ガ住職ニ選任セザルル對價トシテ其寺ノ財産整理ヲナスベキ旨ノ契約ハ無効ナリ、寺院ノ住職ハ社會上清高タルベキ職ノ一ニ屬シ其任免ハ法令上各宗管長ノ職權内ニ存シ固ヨリ世俗ニ所謂運動ニ類スル行為ヲ以テ左右スベキニアラズ^(大正四年一〇月一九日、大判、民錄、二一輯一六六一頁)。

^(註二) 本文ニ述ベタル反公序良俗ノ三種類ハ初ニ述ベタルガ如ク唯公序良俗ノ觀念ニ付キ具體的事例ヲ示ス爲ノ便宜ニ出デタルニ過ギズ、此他ニモ尙反公序良俗ノ事例尠カラズ、絶

對ニ處分ヲ禁シタル所有權ノ讓渡ハ物ノ改良融通ヲ阻遏シ社會經濟上ノ利益ヲ害スルヲ以テ公ノ秩序ニ反スルモノトス、明治四五年五月九日、大判、民錄、一八輯四七五頁、故意ニ因ル債務不履行ニ對シテモ責任ナシトスル契約ハ債權ノ本質ニ反スルモノトシテ無効トス、大正五年一月二十九日、大判、民錄、二二輯二〇〇頁、此最後ノ判例ニハ贊成シ難シ、拙著、增訂日本債權法各論、九〇二頁。此他尙公序良俗ニ反スル事例多シ。

暴利行為

一〇 獨逸民法(條一三八)ハ他人ノ窮迫、輕卒又ハ無經驗ニ乘ズル暴利行為(wucherisches Geschäft)ヲ特ニ無効ナリトス。即チ給付ト反對給付トノ關係ガ著シク權衡ヲ失スルトイフ客觀的事實ノ外ニ、相手方ノ窮狀、輕卒等ヲ利用セントスル主觀的事情ノ存スル場合ニ其暴利行為ヲ以テ善良ノ風俗ニ反スルモノトスルナリ。我民法ニ付テハ同様ニ解釋スルコトヲ得ザルベシ。蓋シ對價ノ著シク不相當ナリトイフ客觀的事實ハ未ダ契約自由ノ範圍ヲ脱セザルモノト言フベク又相手方ノ窮狀ニ乘ゼントスルノ單純ナル意思ハ法律行為ノ内容ニ反社會性ヲ與フルモノト言フコトヲ得ザレバナリ(註)。

(註) 同說、三藩氏、三二七頁等、反對、睡道氏、三五二頁。立法論トシテハ利息制限法ト共ニ考慮スベキ問題ナリ、穂積氏三四頁。尙窮狀ノ持續ヲ以テ強迫シタル場合ニ於テモ九六條ニヨリ

テ取消シ得ベキ行為トナルコトハ、單ニ窮狀ヲ利用シタル場合ニ無効ト解スベカラザル理由ノ一トスルヲ得ベシ、但九〇條ト九六條トノ關係ニ付テハ、牧野博士ノ反對ノ見解アリ、同氏、志林、二四卷一二號七頁以下。

第四節 法律行為ノ解釋及ビ事實タル慣習

解釋ノ意

一 法律行為ノ解釋(Auslegung)トハ法律行為ノ意義ヲ確定スルヲ謂フ。法律ヲ適用シテ法律行為ノ法律效果ヲ定ムルニ付テハ一面適用セラルベキ法律ノ意義ヲ確定シテ論理上ノ大前提ヲ定ムルト共ニ、他ノ一面ニ於テ適用ヲ受クベキ法律行為ノ意義ヲ定メ、論理上ノ小前提タルベキモノノ内容ヲ定ムルコトヲ要ス、前者ハ法律解釋ノ問題ニシテ後者ハ法律行為解釋ノ問題ナリ。法律行為ノ解釋トハ法律效果ヲ有スル法律行為ノ意義ヲ確定スルニハアラズシテ、法律效果ヲ有スルヤ否ヤニ付キ標準トナリ對象トナルベキ法律行為ノ意義即チ法律效果ヲ有スルコトアルベキ法律行為ノ意義ヲ定ムルコト是ナリ。

法律行為ヲ解釋シ其意義定マリタル後、ソレガ法律效果ヲ有スベキ否ヤハ意思ト表示トニ齟齬ナキヤ、内容ガ公序良俗ニ反セザルカ等法律ノ原則ニ依リテ定マルモノトス。

二 法律行為解釋ノ基礎ハ意思表示ニ在リ、單獨行為ニアリテハ其行為者ノ意思表示、又契約及ビ合同行為ニ於テハ當事者ノ合致シタル意思表示ニ在リ。意思表示ヲ基礎トシテ解釋スト謂フハ二ツノコトヲ意味ス。其一ハ内心的效果意思ヲ標準トスルニアラズシテ表示上ノ效果意思即チ表示セラレタル效果意思ヲ標準トスルコト是ナリ(註一)。其二ハ表示ヲ標準トシテ解釋スルニ付キ使用セラレタル字句ノミニ拘泥スルコトナク、意思ノ表示トシテ合理的ニ解釋スルコト是ナリ。當事者ノ内心ニ潛メル意思ヲ決定スルコトハ解釋ノ任務ニアラザルモ、表示セラレタル意思ヲ決定スルニ付テハ徒ラニ字句ノミニ據ルベカラズ(註二)(註三)。

意思表示ノ意義ヲ合理的ニ解釋スルニ付キ法律行為成立ノ時ニ於ケル周圍ノ事情當事者ノ經濟上ノ目的等ニ特別ノ事情アルトキハ之ヲ參酌スベキコト

勿論ナルモ(註四)此ノ如キ特別ノ事情ナキトキハ普通人ガ其行為ノ内容ト認め、其行為ノ目的ト爲ス所ヲ以テ標準ト爲サザルベカラズ。此點ニ於テ法律行為ノ解釋ハ事實タル慣習ト密接ナル關係ヲ有ス。

(註一) 法律行為ノ解釋ガ當事者ノ隠レタル眞意ヲ基礎トセズ、其表ハレタル事實ヲ基礎トスベキコトハ近時一般ニ認めラルル所ナリ、私法上ノ自治ト謂フハ個人ノ意思ソノモノノ效力ヲ認ムルコトニアラズシテ表示セラレタル意思ノ效力ヲ認ムルコトナリ、我妻氏、ダントツノ裁判官ノ解釋的作用「法協、四一卷一號、二號、三號、睡道氏、法律行為ノ解釋」(民法第九十二條)京法、大禮記念號(大正四年一月)二九三頁、續法律行為ノ解釋「京法、一一卷五號、七號、一一號參照。

(註二) 獨民、一三三條、一五七條、二四二條參照。

(註三) 法律行為ノ解釋ト法律ノ解釋トハ共ニ客觀的事實ニ基キテ合理的意義ヲ定ムベキノ點ニ於テ似タリ、サレド全ク同一ニアラズ。法律ハ一般人ニ對スル表示ニヨリテ成立シ且比較的ニ永續的關係ヲ定ムルコトヲ目的トスルニ反シ、法律行為ハ特定人ニ對スル表示ニ依ルコト多ク且一時的關係ヲ定ムルコト多キヲ以テ、兩者ノ解釋ニ供スベキ資料ハ異ラザルヲ得ズ。法律制定後ニ於ケル社會事情ノ變化ハ法律ノ解釋ニ影響ヲ及ボスヲ正當トスルモ法律行為ノ解釋ニ付テハ然ラズ、又法律行為ニ於テハ特定人間ニ特別ノ意義ヲ有スベキ旨ノ特別關係アルトキハ其特別ノ意義ニ依ルベキモノトス。

(註四) 如何ナル特別ノ事情ヲ顧慮スベキカハ議論アリ、一方當事者ノミノ特別事情ニシテ相手方ノ知り又ハ知ルコトヲ得ベカリシ事情ナキモノハ之ヲ顧慮スベカラズ、當事者間ニ此特別事情例ヘバ特殊ノ用語例、特殊ノ經濟上ノ目的ニ據ルベキ旨ノ特別關係アルコトヲ要ス、同說、睡道氏「綴法律行為ノ解釋」京法、一一卷一一號四四頁以下。

三 事實タル慣習 (Usance, Geschäftsgebrunch, Verkehrssitte) ニ付テハ民法第九十二條ノ規定アリ。法令中ノ公ノ秩序ニ關セザル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ「法律行為ノ當事者ガ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムベキトキハ」其慣習ニ從フモノトス。

事實タル慣習トハ慣習法タルベキ他ノ要件ヲ具備スルモ法タル要件ヲ具ヘザル慣行ヲ謂フ。其法タル要件ヲ具ヘザル理由ニヨリテ二種ニ分ツコトヲ得。其一ハ所謂法的認識ヲ缺キ、隨ツテ法的慣行ニアラザルガ爲ニ法タル要件ヲ具ヘザルモノナリ。其二ハ法令ニ規定アル事項ニ關シ而シテ法令ニ於テ認メラレタルモノニアラザルガ爲ニ法例第二條ニ依リ慣習法タルコトヲ得ザルモノ是ナリ。任意法ニ異ナリタル慣習ハ、事實タル慣習トシテハ常ニ第九十二條ノ

認ムル効力ヲ有スルモ、慣習法トシテハ唯特ニ慣習ニ依ルベキ旨ヲ定メタル特別ノ規定アル場合ニ於テノミ成立スルコトヲ得ルナリ。

事實タル慣習ハ意思表示ヲ解釋又ハ補充スル効力ヲ有ス(註一)。而シテ事實タル慣習ガ此効力ヲ有スルガ爲メニハ「法律行為ノ當事者ガ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムベキトキ」ナルコトヲ要ス。隨ツテ事實タル慣習ガ如何ナル場合ニ法律行為ノ内容ヲ決定スル効力ヲ有スルカハ此字句ノ意義如何ニ依リテ決定セラル。

事實タル慣習ハ當事者ガ之ニ依ル意思ヲ表示シタル場合ノミニ効力ヲ有スルニハアラズ。法文ハ表示ヲ必要トセザルノミナラズ、若シ之ヲ必要トスルトキハ第九十一條ノ外第九十二條ヲ設クルノ理由消滅スベシ。然レドモ當事者ガ之ニ依ラザル意思ヲ表示セザルトキ常ニ慣習ノ効力ヲ認メタルモノト解スルハ他ノ極端ニ走ルモノト言フベシ。余ハ兩者ノ中間ニ於テ事實タル慣習ニ從ヒテ法律行為ノ意義ヲ決定スベキ合理的ノ事情アル場合ニ之ニ依ルベキモノト解ス。其合理的の事情アリヤ否ヤハ事實タル慣習ガ普遍的ナリヤ否ヤニ依

リテ異ルベク、其普遍的ナラザル場合ニハ單ニ之ニ依ラザル意思ヲ表示セザルノ事情アルヲ以テ足ラザルモ、普遍的ニ行ハルル慣習ニ付テハ此事情アルヲ以テ足ルベシ。其孰レノ場合ニ於テモ裁判所ガ事實タル慣習ノ效力ヲ認ムルガ爲ニハ證據ニ基キテ當事者ガ之ニ依ル意思ヲ有シタルコトヲ認定スルノ要ナシ(註二)。

事實タル慣習ノ存否ハ事實問題ニシテ慣習法存否ノ如ク法律問題ニアラズ(註三)。然レドモ裁判所ガ事實タル慣習ノ存在スルモノト認定シタル後、之ニ依リテ法律行為ヲ解釋スルヤ否ヤハ第九十二條ノ適用問題ニシテ上告ノ理由タルベキ法律問題タルモノトス。

(註一) 意思表示ノ解釋(Auslegung)ト補充(Ergänzung)トハ觀念上之ヲ區別スルコトヲ得ザルニアラズ、當事者ガ如何ナル意思ヲ有シタルカヲ決定スルハ解釋ニシテ、當事者ノ意思ヲ超エテ目的慣習等ニ依リ法律行為ノ内容ヲ決定スルハ補充ナリ。然レドモ法律行為ノ内容ヲ決定スルニハ常ニ當事者ノ表示其他客觀的事情ヲ標準トスベク、内心的效果意思ヲ標準トスベカラザルモノトスルトキハ解釋ト補充トノ間ニ性質上ノ差異ヲ認ムルノ要ナシ。

(註二) 判例ハ同趣旨ナルガ如シ、大正八年一月五日、大判、民錄、二五輯二二三頁(保險業者ハ被保險者ニ結核性腹膜炎ノ既往症アルトキハ保險契約ヲ締結セザル慣習アリトスルモ、斯ル慣習ヲ以テ直ニ保險業者ニ非ザル普通人ガ之ニ依ル意思ヲ有セリト推定スルヲ得ザルモノトス)當事者一方ノミニ存スル慣習ヲ以テ契約ヲ解釋スルノ標準トスルハ不當ナルガ故ニ此判決ハ正當ナリ、大正六年五月八日、大判、新聞、二二七〇號三〇頁(九二條ノ慣習存スル場合ニ於テ通常之ニ依ルノ意思ヲ以テ爲スベキ地位ニ在リテ取引ヲ爲ス者ハ特ニ反對意思ヲ表示セザル限りハ之ニ依ルノ意思ヲ有スルモノト推定スベキ場合ナリトシ、原判決ガ暗黙ノ意思表示ヲ爲シタリト認ムベキ事實ナシトシテ九二條ヲ適用セザル判決ヲ破毀ス)、大正五年三月一四日、大判、判例、一卷、民、一三六頁、大正五年一月二一日、大判、民錄、二二輯二五頁、大正三年一月二三日、大判、民錄、二〇輯一一六〇頁(地代増額)大正一五年一〇月五日、大判、判、評論、一六卷刑法一一二頁(不作ノ年ニ相當小作料減免)昭和二年三月一一日、大判、評論、一六卷商法三八七頁(貨物引換證)等。

(註三) 大正九年四月三〇日、大判、民錄、二六輯六一四頁參照。慣習ト慣習法トガ其要件及ビ效力ニ於テ差異アルハ言フ俟タザルベシ。尙九二條ヲ改メテ、當事者ガ之ニ異ナル意思ヲ表示セザルトキハトナシ事實タル慣習ヲ以テ任意法トナサントスル提案(穂積氏三七頁)アルモ余ハ慣習法タルベキ實質上ノ要件(法的認識ヲ具備セザル慣行ガ實際上存在スルコトニ鑑ミ、之ニ慣習法ト異ナリタル效力ヲ認ムルヲ正當ト信ズ)。

第五節 意思表示

第一款 意思表示ノ意義

意思表示 (Willenserklärung; déclaration de volonté; declaration of intention) 一定ノ私法的效果ヲ發スル意思ノ發表タル行為ヲ謂フ。其成立要素三アリ、效果意思、表示意思及ビ表示行為是ナリ。

一 效果意思 (Erfolgswille) 效果意思ハ法律行為ノ效果ニ對スル意思是ナリ。或ハ法律行為意思 (Geschäftswille) ト謂フコトアレド、舉動ニ對スル意思ヲ行為意思 (Handlungswille) ト言フト區別センガ爲ニ近時ハ效果意思トイフ名稱ヲ用フル者多シ。

(1) 效果意思ハ表示ニ基キテ行為者ガ之ヲ有シタルモノト認定セララルルノミヲ以テ足ルカ或ハ事實上行為者ガ之ヲ有シタルコトヲ要スルカ。前者ヲ表示上ノ效果意思ト言ヒ、後者ヲ内心的效果意思ト言フ。例ヘバ非眞意表示(九三)ハ表示上ノ效果意思ヲ具フルモ、内心的效果意思ヲ具備セザルガ如シ。表示上ノ效

Declaration of intention

意思表示ノ意義

效果意思

表示上ノ效果意思
内心的效果意思

效果意思ノ内容

果意思ハ意思表示ノ缺クベカラザル要素ナルモ、内心的效果意思ガ常ニ意思表示ノ要素ナリヤ否ヤハ後ニ述ブルガ如ク意思主義ト表示主義トノ争フ所ナリ。而シテ我民法ハ純粹ナル意思主義ヲ採ラズ唯意思主義ヲ原則トスル折衷主義ヲ採ルニ止マルガ故ニ、内心的效果意思ハ唯通常意思表示ノ要素タルニ止マリ其缺クベカラザル要素ニハ屬セザルモノトス。

(2) 效果意思ノ内容ニ付テハ法律的效果說ト經濟的效果說トアリ。前者ハ法律行為ヨリ生ズベキ法律效果ソノモノガ效果意思ノ内容タルベキモノトシ、後者ハ法律效果ソノモノヲ認識シ欲望スルコトヲ要セズ法律行為ヨリ生ズベキ經濟的又ハ社會的效果ヲ認識シ欲望スルヲ以テ足レリトス。惟フニ法律行為ヲ認ムル法律ノ目的ト取引ノ實際トヲ考察スルトキハ極端ナル法律效果說、極端ナル經濟效果說共ニ採ルベカラズ、效果意思ノ内容トシテハ法律行為ヨリ生ズベキ法律效果ノ主要ナルモノヲ事實トシテ發生セシメント欲スルコトヲ要シ且此效果ヲ發生セシムルニ付キ法律的手段ニハ依ラザル旨ノ意思ナキコトヲ要スルモノトス。分說スレバ次ノ如シ。

(イ) 法律行為ヨリ生ズベキ法律效果ソノモノヲ欲スルコトヲ要セズ。當事者ガ一定ノ生活關係ヲ成立セシメントスル意思ヲ表示スルトキ法律ガ之ヲ認メテ法律關係トシ法律效果ヲ認ムルモノナルガ故ニ、法律效果ソノモノハ當事者ガ之ヲ欲シタルコトヲ要セザルナリ、又實際上ヨリ言フモ當事者ハ諸種ノ法律行為ヲ爲スニ當リ常ニ法律問題ト爲スベキコトヲ豫期スルモノニアラザレバ法律效果ソノモノヲ以テ法律效果ノ内容トスルハ取引ノ實際ニ反ス。之レ事實トシテ欲スルコトヲ要ストイフノ意義ナリ。

(ロ) 當事者ガ事實トシテ欲スルコトヲ要スル效果ハ法律行為ヨリ生ズベキ法律效果ノ全部ニ互ルコトヲ要セズ其ノ主要ナルモノヲ欲スルヲ以テ足ル。法律ハ當事者ノ意思表示ヲ補充シテ法律效果ヲ認ムルコト尠カラザルガ故ニコノ效果ニ對シテハ當事者ノ意思表示アルコトヲ要セズ。而シテ法律效果ノ内執レノ效果ガ主要ナルモノニ屬スルカハ各種ノ法律行為ニ關スル法律ノ規定ヲ解釋シテ之ヲ決定スルコトヲ要ス。

(ハ) 當事者ガ法律的手段ニ依ラザル意思ヲ有シタルトキハ法律行為タルコトヲ

得ズ。積極的ニ法律問題トスル意思ヲ要セザルハ上述ノ如シト雖モ、法律問題トセズ、權利義務ノ問題トセザル意思ヲ有シタルモノト認ムベキ時ハ法律ガ法律效果ヲ附與スベキ根據ナシ(註)。例へバ親ガ子ニ小刀ヲ貸與スル場合ノ如シ。

(註) コノ意味ヲ現ハス爲ニ余ハ嘗テ必要ナル場合ニハ法律的手段ニ出ヅルノ意思アルコトヲ要スト言ヘリ、法律行為乃至時效、一八頁。然レドモ必要ナル場合ヲ豫想シタル積極的事實アルコトヲ要求スルハ尙強キニ失スルガ故ニ唯法律的手段ヲ避ケルトイフ事實ノ無キコトノミヲ以テ足レルモノトス。カクノ如ク説明スレバ本文ニ述アル所ハ法律效果説ト經濟效果説トノ折衷説ニシテ寧ロ經濟效果説又ハ事實效果説ニ近キモノト言フベシ。

(3) 效果意思ノ心理上ノ性質ニ付テハ效果ヲ欲スル心理作用即チ效果ニ對スル欲望ヲ必要トスルカ或ハ欲望以外ノ心理作用ヲ以テ足ルカノ問題アリ、自治行為タル法律行為ノ性質ヨリ論ズレバ欲望ヲ要素トスルモノノミヲ法律行為トスルヲ正當トスベク、又法規適用ノ上ヨリ言フモ欲望ヲ要素トスルモノト然ラザル適法行為トハ之ヲ區別スルヲ適當トス。

效果意思ガ法律行為ノ效果ニ對スル欲望ヲ要素トスルコトニ付テハ次ノ二點ヲ明ニスルコトヲ要ス。

效果意思
ノ性質

(イ) 效果意思ヲ組成スル心理作用ハ法律行為ノ效果ヲ對象トス。随ツテ效果ヲ對象トセザル心理作用ハ效果意思ヲ成立セシムルニ適セズ、此ノ如キ心理作用ヲ成立要素トスル法律事實ハ意思表示ト言フコトヲ得ズ。上ニ法的行為又ハ準法律行為トシテ述べタル觀念通知、意思通知及ビ感情表示ガ意思表示ニアラザルハ此理由ニ因ルナリ。

(ロ) 效果意思ハ效果ニ對スル認識ノミヲ以テ足ルカ或ハ之ニ加ヘテ效果ヲ發生セシメントスル欲望ヲ必要トスルカ。多少議論アルモ欲望ノ表示ヲ要スルモノト解スルヲ正當トス(註)。

(註) 岡松氏、法律行為論、二九頁以下、一〇四頁以下ニ之ヲ詳論ス。意思ニ關スル觀念主義ト意思主義又ハ欲望主義トハ刑法ニ於テ犯意及ビ故意ノ内容トシテ特ニ議論アリ、此議論ガ法律行為ノ本質論ニ影響シタルモノナルモ法律行為論ニ付テハ表示上ノ意思ニ付テハ欲望ヲ要スルモノト解スベキコト疑ナク、而シテ内心的效果意思ハ意思表示ノ必須要件ニアラザルガ故ニ多ク論ズルノ要ナカルベシ。

二 表示意思(Erklärungswille) トハ效果意思ト表示行為ヲ連絡スル心理作用ヲ謂フ。民法ハ特ニ表示意思ヲ意思表示ノ要件トシテ規定セザルモ、意思表示ノ

表示意思

觀念上表示行為ノ表示力(表示價值)ニ對スル心理作用ナカルベカラズ。此心理作用ヲ表示意思ト稱ス。

(1) 表示意思ハ内心的效果意思ヲ發表セントスル心理作用ナリヤ或ハ行為ガ意思表示タリ得ベキ性質ヲ有スルコト即チ表示力ヲ有スルコトニ對スル心理作用ナリヤ。通常法律行為ヲ爲サントスル者ハ先ヅ效果意思ヲ決定シ、次ニ之ヲ發表セントスル意思ヲ定メ、最後ニ其發表手段タルベキ行為ヲ爲スモノナルガ故ニ通常ノ場合ニ於テ此第二段ノ心理作用ハ内心的效果意思ヲ發表セントスル心理作用ナリト言フモ誤ナシト雖モ意思表示及ビ法律行為ノ成立スルガ爲ニハ必ラズシモ常ニ内心的效果意思ヲ要セザルガ故ニ其效果意思ヲ發表セントスル心理作用モ亦意思表示ノ要件タルモノト言フコトヲ得ズ。意思表示ノ要件タル表示意思ハ表示上ノ效果意思ニ付テ存在スベキ心理作用ニシテ即チ表示行為ガ效果意思ノ表示タリ得ベキコトニ對スル心理作用ナリト言ハザルベカラズ。例ヘバ非真意表示(九三)ニ於テハ真意ヲ發表セントスル意味ニ於ケル表示意思ナキモ表示行為ガ意思表示タリ得ベキコトニ對スル自覺アリ此意

味ニ於ケル表示意思アルガ故ニ意思表示トシテ成立スルモノトス。

(2) 表示意思ハ表示行為ガ表示力ヲ有スルコトニ對スル欲望又ハ目的ヲ必要トスルカ(目的主義)或ハ表示力ヲ有スベキコトニ對スル認識又ハ自覺ヲ以テ足ルカ(觀念主義)多少議論アルモ觀念主義ヲ正當トス(註)。蓋シ效果意思ノ發表手段タルベキコトヲ知リテ表示行為ヲ爲シタル者ニ付テハ既ニ意思表示ヲ爲シタルモノト認ムベキ充分ナル根據アルガ故ナリ。例ヘバ沈黙ガ或ル意思ノ表示タルベキコトヲ知リテ沈黙スルトキハ假令之ニ因リテ意思ヲ表示スベキ欲望ヲ有セザルモ意思表示ヲ爲セルモノト言ハザルベカラズ。

(註) 參照拙著、增訂、日本債權法各論、六〇頁、同說岡松氏、法律行為論、一九一頁以下。反對、石坂氏、日本民法、一八八九頁以下。

(3) 表示意思ハ表示行為ガ或ル效果意思ニ付テ表示力ヲ有スベキコトヲ知ルヲ以テ足ルカ或ハソノ表示行為ニ現ハレタル特定ノ效果意思ニ付テ表示力ヲ有スベキコトヲ知ルヲ要スルカ。問題ハ誤言誤記ノ如キ所謂表示上ノ錯誤ニ付テ生ズ。表示意思ヲ以テ或ル效果意思ノ發表手段タルコトヲ知ルヲ以テ足ル

モノト解スレバ、誤記等ノ場合ニモ表示意思アリ、隨ツテ意思表示ハ此點ニ於テ成立要件ヲ備へ、其效力ハ錯誤ニ關スル規定(九五)ニ依リテ決スルコトトナルベク之ニ反シテ表示意思ヲ以テ表示ニ現ハレタル特定ノ意思ニ對スルモノトセバ、表示意思ナク意思表示ハ成立要件ヲ缺クノ結果トナルベシ。余ハ或ル效果意思ノ表示手段タルベキコトニ付テ認識アルヲ以テ足ルモノト解ス(註)。

(註) 同說岡松氏、法律行為論、一六八頁以下、拙稿、表示上ノ錯誤法協、三六卷六四〇頁、四號一五六頁、民法研究、第一卷五一—五五頁。嘗テ拙著、法律行為乃至時效、一三五頁以下ニ於テハ反對ノ見解ヲ採レリ、説ヲ改メタルハ本文ニ述ベタル程度ニ於テ表意者ト表示行為トノ間ニ心理的連絡アルトキハ表意者ノ意思表示ト認ムルニ足ルモノト解スルヲ意思表示ノ觀念上正當ナリトシ、又實際上ノ結果ニ於テ優ルモノアルガ故ナリ、然レドモ單ニ或ル意思ト言フニアラズシテ或ル效果意思トイフモノナルヲ注意スベシ。承諾ノ意思ノ表示行為ナルヲ知ラズシテ手ヲ舉ゲタル者ガ友ヲ呼ブ意思ヲ有スルモ表示意思ナシ申込ノ表示ナリト誤信シタル場合ニハ表示意思アリ、九五條ノ適用ヲ受ク。尙行為意思ト異ルコトハ後ニ述アル所ニヨリ明ナラン。

表示行為

三 表示行為ハ表示價值ヲ有スル人ノ行為ナリ。

(1) 表示ハ人ノ行為ナリ。身體ノ動靜ト之ヲ惹起コスベキ意思トヲ要ス。此意

思ヲ行為意思(Handlungswille)ト謂フ。行為意思ナクバ行為ニアラズ故ニ固ヨリ表示行為ニアラズ、例ヘバ睡眠中ノ舉動、抵抗スベカラザル強制ニ因ル舉動ノ如シ(註)。

(註) 同說、岡松氏、法律行為論、一五七頁以下等、通說。

(2) 表示ハ表示價值(Erklärungswert)ヲ有スルコトヲ要ス。表示價值ハ又表示力ト言フ、一定ノ意思ノ存在ヲ推斷スルニ足ルベキ行為ノ性質是ナリ。

表示價值ハ客觀的標準ニ依リテ之ヲ決スルコトヲ要ス。表意者一方ノ主觀的標準ニ依ルベカラズ又相手方一方ノ主觀的標準ニモ依ルベカラズ、若シ表意者ト相手方トノ間ニ表示ノ意義ニ關スル特別ノ關係アラバ之ニ從フベク、此ノ如キ關係ナキ場合ニ於テハ、信義ノ原則ニ從ヒ、各場合ニ於ケル具體的事情ヲ知悉シタルベキ公平ナル第三者ヲ標準トシテ之ヲ決セザルベカラズ。

不作爲(沈黙)ガ表示價值ヲ有スルヤ否ヤモ右ニ述ベタル標準ニ依リテ之ヲ決ス。即チ不作爲ヲ以テ一定ノ意思ノ表示ト爲スベキ特定人間ノ特別ノ事情アルカ或ハ取引上之ヲ一定ノ意思ノ表示ト認ムベキ事情アルニアラザレバ不作

爲ヲ以テ表示行為ト爲スコトヲ得ズ。「沈黙スル者ハ承諾ト看做ス(Qui tacet con-sentire videtur)」トイフハ一般ノ標準ト爲スベカラズ。

表示ニ明示ト默示トヲ區別スルコトハ我民法ノ如ク孰レノ意思表示ニ付テモ特ニ明示タルコトヲ必要トセザル法制ニ於テハ實益ナキモノト言フベシ(註一)。然レドモ立法論トシテハ或ル種ノ意思表示殊ニ普通ノ法律關係ニ異レル特殊ノ法律關係ヲ定メントスル意思表示ニ付テハ明示ヲ必要トスルノ理由アルベシ。而シテ此場合ニ於テ明示默示ヲ區別スルニ付テハ特ニ當該ノ相手方ニ意思表示ノ内容ヲ了知セシムルニ足ルベキ方法ヲ採リタリヤ否ヤヲ標準トスルヲ正當ト信ズ。

表示ニ一定ノ方式ヲ必要トスルトキハソノ行為ヲ要式行為ト言フ。此點ニ付テハ既ニ述ベタリ(註二)。

(註一) 拙著、法律行為乃至時效、一頁以下ニ解釋上區別ノ實益ナキ理由ヲ述ブ。

(註二) 表示ニ付キ拙稿、表示ヲ論ズ、志林、二卷一一號、民法研究、第一卷一二九頁。

四 内心的效果意思ハ意思表示ノ缺クベカラザル要素ナリヤ否ヤ。之レ意思

意思主義
表示主義
及折衷主義

ト表示トノ齟齬スル場合ニ於テ、即チ表示上ノ效果意思アルモ、之ニ對應スベキ内心的效果意思ヲ缺ク場合ニ於テ、其意思表示ヲ無効トスベキヤ否ヤノ問題ニシテ、意思主義、表示主義及ビ折衷主義ノ争フ所ナリ(註)。

(註) 獨逸ノ學說ニ付テハ岡松氏、法律行為論、一二二頁以下参照。

(1) 意思主義 (Willensheorie) 法律ガ意思表示ニ法律效果ヲ與フルハ當事者ノ意思ニ基クモノニシテ表示ハ唯此意思ヲ知ルノ方法ニ過ギザルモノナルガ故ニ假令表示アルモ表示ソノモノハ法律效果ノ原因タルコト能ハズ、隨ツテ内心的效果意思ニ基カザル表示ハ無効タルベキモノトス。此說ハサヴィニー (Savigny) ウィンドシアイド (Windscheid) 等古來多數學者ノ唱ヘタル所ナリ。

(2) 表示主義 (Erklärungstheorie) 意思ハ直接ニ之ヲ知り得ベキモノニアラズシテ唯其發表手段ヲ通ジテノミ之ヲ知り得ベキモノナルノミナラズ取引ノ安全ヲ保持スルガ爲ニハ眞意ノ如何ニ拘ハラズ表示セラレタル所ヲ標準トシテ法律效果ヲ與フベキモノトス。ロトマー (Lotmar) ダンツ (Danz) 等此說ヲ採ル者モ亦尠カラズ。

(3) 折衷主義 (Vermittelungstheorie) 極端ナル意思主義、極端ナル表示主義共ニ不當ナリトシ、或ハ意思主義ヲ原則トシテ之ニ例外ヲ認め、或ハ表示主義ヲ原則トシテ之ニ例外ヲ認め、デルンブルヒ (Dernburg) レオンハルド (Leonhard) 等之ヲ唱フ。

惟フニ意思主義表示主義ノ争ハ法律行為及ビ意思表示ノ理論ニ基キテ決定セラルベキ問題ニハアラズシテ當事者ノ公平ナル保護ト取引ノ安全トヲ考慮シ社會的便宜ニ基キテ決定セラルベキモノナリ。而シテ意思ト表示トノ一致セザル場合ニ意思主義ニ依リ内心的意思ナキコトヲ理由トシテ其意思表示ヲ無効トスレバ表意者ハ其豫期セザル法律效果ヲ受クルコト無キガ故ニ全ク損害ヲ被ラザルニ反シ、相手方及ビ第三者ハ意思表示ヲ有效ナリト信シタルガ爲ニ損害ヲ被ルベク、又表示主義ニ依リテ眞意ヲ伴ハザル表示ヲ常ニ有效トスレバ相手方及ビ第三者ハ損害ヲ被ルコト無キモ、意思者ハ其豫期セザル法律效果ニ拘束セララルルノ損害ヲ受クベシ。極端ナル意思主義及ビ極端ナル表示主義共ニ採ルベカラズ兩者ヲ折衷シテ當事者ノ保護ヲ計ラザルベカラズ。我民法ハ次款ニ述ブル所ニ依リテ明ナルガ如ク折衷主義ヲ採リ且ツ其折衷主義ハ寧

口意思主義ニ傾ク。其折衷主義ヲ採レルハ正當ナルモ立法論トシテハ尙此問題ガ當事者保護ト言ヘル個人的方面ノ外更ニ取引安全トイヘル社會的方面ヨリ考慮スベキモノナルニ鑑ミ寧ロ表示主義ヲ原則トセル折衷主義ヲ採ルヲ正當トスベシ(註)。

(註) 例ヘバ錯誤ニ因ル意思表示ヲ當然無効トセズシテ取消シ得ベキモノトシ且取消ヲ爲ストキハ或ル程度ノ損害賠償義務ヲ認ムルヲ立法論トシテハ正當トスベシ。尙岡松氏、法律行為論、一三六頁以下ハ純然タル法理論トシテハ意思主義ニ傾カザルヲ得ズトシ立法上ノ政策論トシテハ意思主義、表示主義共ニ極論ニ失シ一方ノミヲ採用スルヲ得ズ成法ノ規定ニ依リ兩者ヲ調節融合スベシトス。

第二款 意思ト表示トノ不一致

意思ト表示トノ不一致トハ意思表示アリ即チ表示價值ヲ有スル人ノ行為アルモ其表示價值ニ依リテ推斷セラルル效果意思(表示上ノ效果意思)ニ對應スベキ内心的效果意思ナキコトヲ謂フ。簡單ニ言ヘバ眞意ト表示ト一致セザル場合是ナリ。

意思ト表示トノ不一致ハ之ヲ二種ニ大別スルコトヲ得。表意者ガ其不一致ヲ知レル場合ト表意者ガ其不一致ヲ知ラザル場合ト是ナリ。前者ハ心裡留保及ビ虚偽表示ノ場合ニシテ之ヲ故意ノ不一致ト稱スルコトヲ得。後者ハ即チ錯誤ノ場合ニシテ之ヲ不慮ノ不一致ト言フヲ得ベシ。

第一項 心裡留保

一 心裡留保 (reservatio mentalis; mental reservation; réservation mentale; Mentalreservation) ハ又非眞意表示或ハ單獨虚偽表示ト謂フ。表意者ガ眞意ニアラザルコトヲ知リツツ爲シタル意思表示是ナリ。學問上之ヲ心裡留保ト謂フハ自己ノ心中ニ於テノミ其眞意ニアラザルコトヲ留保スルガ故ナリ。

- 二 心裡留保ノ成立要件次ノ如シ。
 - (1) 意思表示ノ存スルコト。客觀的ニ表示價值アル行為ナクバ心裡留保トハナラズ。
 - (2) 表示ト眞意ト符合セザルコト。

心裡留保ノ意義

心裡留保ノ要件

(3) 表意者自ら其真意ト表示トノ符合セザルコトヲ知レルコト。

心裡留保ノ要件ハ以上ニ盡ク。如何ナル理由ニ基キテ非真意ノ表示ヲ爲セルカハ之ヲ問ハズ。表意者ハ或ハ相手方又ハ第三者ヲ欺罔セントスルコトアルベク或ハ相手方又ハ第三者モ表意者ノ真意ニアラザルコトヲ認識スベシト期待シテ非真意ノ表示ヲ爲スコトアルベシ。此後ノ場合ハ學問上戲言或ハ諧謔表示(Cholera)ト稱スルモノニシテ獨逸民法ハ之ヲ他ノ非真意表示ヨリ區別スルモ(獨民、一八條參照)我民法上其法律效果ニ差異ナケレバ區別ノ實益ナシ。

三 心裡留保ハ意思表示ノ效力ニ影響ナキヲ原則トス(九三)。「其效力ヲ妨ゲラルルコトナシ」ト謂フハ心裡留保ヲ理由トシテハ意思表示ガ無効又ハ取消シ得ベキモノト爲ラザルノ意味ナリ。若シ心裡留保以外ニ無能力、強迫等ノ原因アラバ其理由ニ因リテ意思表示ノ效力ヲ害セラルベキコト言フ俟タズ。

心裡留保ガ欺罔ノ動機ニ出デタルトキハ其表意者ヲ保護スベキ何等ノ理由ナク心裡留保ノ爲ニ無効又ハ取消ノ效果ヲ認ムベカラザルコト勿論ナリ。其欺罔ノ動機ニ出デズシテ戲言タル場合ニ於テモ客觀的ニ觀察シテ表示價値ア

心裡留保ノ效果

例外

ル行為ヲ爲シタル場合ニ於テハ戲言ヲ弄シタル表意者ヨリハ寧ロ之ニ信賴シタル相手方又ハ第三者ヲ保護スルコトヲ要ス。之レ法典ガ真意ナキニ拘ハラズ此ノ意思表示ヲ原則トシテ有效ト爲シタル所以ナリ。

心裡留保ノ效果ニ對シテ例外アリ、即チ相手方アル意思表示ニ於テ其相手方ガ表意者ノ真意ヲ知り又ハ之ヲ知ルコトヲ得ベカリシトキハ其意思表示ハ無効トス(但書、九三條)。表意者ノ真意ニアラザルコトヲ知り又ハ知ラザルニ付テ過失アル相手方ハ之ヲ保護スルノ必要ナキガ故ナリ。相手方ガ表意者ノ真意ヲ知ルニ付テハ表示行為自體ニ依リテ知リタルト他ノ事情ニ依リテ知リタルトヲ問ハザルモ行為當時ニ之ヲ知ルニアラザレバ但書ノ適用ナシ。知ラザリシコトガ過失ナリヤ否ヤヲ決スルニ付テ標準トナルベキ時期モ亦行為當時ナリ。行為當時トハ嚴格ニ言ヘバ相手方ガ表意者ノ表示行為ヲ了知シタル時期ナリ。此例外ハ法文上相手方アル意思表示ノミニ關ス。然レドモ客觀的ニ真意ノ表示タラザルコト明ナルモノハ相手方ナキ單獨行為タルモ固ヨリ無効ナリ。尙婚姻及ビ養子縁組ニハ第九十三條ハ適用ナシ(七七八條一號、八五一條一號)。

心裡留保アル意思表示ガ例外トシテ無効ナル場合ニ其無効ハ之ヲ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得ベキカ。余ハ嘗テ第九十三條但書ニ付テハ第九十四條第二項ノ如キ規定ナキコトヲ理由トシテ善意ノ第三者ニモ無効ヲ對抗シ得ルモノト解シタルモ(註一)實質上不當ナルガ故ニ之ヲ改メ第九十四條第二項ヲ此場合ニ類推適用シテ善意ノ第三者ヲ保護スベキモノト解ス(註二)。

(註一) 拙著、法律行為乃至時效、一〇六頁、富井氏、四二六頁、三藩氏、三三五頁等、多數說。此論者モ立法論トシテ八九四條二項ト同一ノ規定ヲ設ケベシトス。

(註二) 同說、穂積氏、下、五五頁、我妻氏、二〇九頁。當事者ヲ保護スベキ理由ナク第三者ヲ保護スベキ理由アル點ニ於テ通謀虛偽表示ノ場合ト區別スベキ理由ナシ。

舉證責任

四 意思表示ノ有效ナルコトヲ主張スル當事者ハ唯表示價值アル行為ノ存在ヲ證明スルヲ以テ足り固ヨリ心裡留保ノ不存在ヲ證明スルヲ要セズ。之ニ反シテ表意者ガ意思表示ノ無効ヲ主張セントセバ心裡留保アリタルコトヲ證明シタルヲ以テ足ラズ更ニ相手方ガ眞意ニアラザルコトヲ知り又ハ知ラザルニ付テ過失アリタルコトヲ證明スルカ或ハ心裡留保ニアラズシテ錯誤ナルコト

隱匿行為

ヲ證明スルヲ要ス。多少問題トナルハ相手方ガ心裡留保ナルコトヲ證明シテ眞意ナキコトヲ理由トシ意思表示ノ無効ヲ主張シ得ルヤ否ヤノ點ナリ。惟フニ第九十三條ハ表意者自ラ心裡留保ヲ理由トシテ無効ヲ主張スルヲ許サザルノ趣旨ニ出ヅルモノナルベシト雖モ、法文ハ廣ク其效力ヲ妨ゲズト規定スルノミナラズ相手方ガ此ノ如キ主張ヲ爲ス場合ハ同條但書ニ該當セザル場合ニシテ随ツテ相手方ハ意思表示ヲ有效ナリト信ジタル場合ナルヲ以テ特ニ法文ヲ變更シテ相手方ニ無効ノ主張ヲ許スベキ理由ナキモノト解ス。

五 心裡留保アル意思表示ガ他ノ法律行為ヲ爲ス眞意ヲ隱匿スルコトアリ。其隱レタル行為ヲ隱匿行為(dissimuliertes Geschäft)ト謂フ。隱匿行為ハ內心的效果意思ノ點ニ於テ缺點ヲ有セザルモ單ニ其レノミニヨリテ有效ナル行為トナスコトヲ得ズ唯其效果意思ノ表示アリト認ムベキ場合ニ於テノミ意思表示、法律行為トシテ其成立ヲ認ムルコトヲ得。

第二項 虛偽表示

虚偽表示ノ意義

一 虚偽表示 (simulatio; simulation; Scheingeschäft, Simulation) ハ又通謀虚偽表示或ハ假裝行為ト謂フ。相手方ト通ジテ爲シタル真意ニアラザル意思表示是ナリ
 (九四) 意思表示アルコト真意ト表示ト一致セザルコト表意者ガ其不一致ヲ知ルコトノ三點ニ於テハ心裡留保ト同一ニシテ唯之ニ第四要件トシテ相手方ト通ジテ爲シタルコトノ一事實ヲ加フ。心裡留保ニ於テハ相手方ガ表意者ノ真意ヲ知ルコトアルモ表意者トノ間ニ通應ナシ。相手方ト通ズト謂フハ真意ニ非ラザル表示ヲ爲スニ付キ表意者ト相手方トノ間ニ合意アルコトノ意味ナリ。
 虚偽表示ハ特定ノ動機ニ出デタルコトヲ必要トセズ。通常第三者ヲ欺罔スル目的ノ爲ニ之ヲ爲スコト多キモ此ノ如キ欺罔ノ目的ヲ必要トセズ。又第三者ニ損害ヲ加ヘ或ハ自ラ利益ヲ得ントスル意思ヲ必要トセズ。
 二 虚偽表示ノ效果ハ當事者相互間ト對第三者トニ依リテ異ル。
 (1) 當事者間ニ於テハ常ニ無効ナリ。孰レノ當事者モ無効ヲ主張スルヲ得ベク又假令第三者ガ有效ヲ主張シタル場合ニ於テモ之ガ爲ニ當事者間ニ於テ有效トナルコトナシ。

虚偽表示ノ效果

虚偽表示ノ效果
 虚偽表示ノ效果は、當事者間の無効と、第三者に対する有効とに分れる。
 虚偽表示は、相手方の真意を知りながら行われる行為である。
 虚偽表示は、法律行為の成立要件を満たす必要がある。
 虚偽表示は、意思表示の瑕疵である。
 虚偽表示は、意思表示の自由を侵害する行為である。

(2) 第三者ニ對スル關係ハ第三者ガ善意ナルカ惡意ナルカニ依リテ異ル。惡意ノ第三者ニ對スル關係ニ於テハ當事者間ニ於ケルト同ジク孰レノ方面ヨリモ無効ヲ主張スルコトヲ得ベシト雖モ善意ノ第三者ニ對シテハ無効ヲ主張スルコトヲ得ザルモノトス。之レ當事者ノ通謀ト虚偽表示トノ爲メニ第三者ガ損害ヲ被ルコトナカラシメンガ爲ナリ。尙善意ノ第三者ニ對シテハ當事者ノミナラズ他ノ第三者モ無効ヲ主張シ得ザルモノト解スベシ(註一)。
 「第三者」ハ虚偽表示ノ當事者及ビ其包括承繼人以外ノ者ヲ謂フ。債權者ヲ詐害スル目的ヲ以テ假裝行為ヲ爲シタルトキ其債權者ハ固ヨリ第三者ナリ又假裝行為ニ依リテ名義上ノ權利者ト爲リタル者ヨリ其權利ヲ讓受ケタル者即チ特定承繼人ハ第三者ナリ。其權利ヲ相續ニ因リテ取得シタル者ハ包括承繼人ニシテ第三者ニアラズ。相續人ハ被相續人ト同一ノ法律上ノ地位ヲ有スル者ナレバナリ。

「善意」ノ第三者ト謂フハ當該ノ意思表示ガ虚偽表示ナルコトヲ知ラザル第三者ヲ謂フコト明ナルモ何時ニ於テ知ラザルコトヲ要スルカ稍疑問ナリ。此規

定ヲ設ケタル趣旨ニ基キ第三者ガ其虛偽表示ノ效力ト利害關係ヲ生ジタル時ニ於テ善意ナルコトヲ以テ必要ニシテ充分ナル要件ナリト解ス(註二)。

對抗スルコトヲ得ズト謂フハ對第三者關係ニ於テ有效ナリトイフ意味ニアラズ第三者ニ對スル關係ニ於テモ一應ハ無効ニシテ若シ善意ノ第三者ガ其無効ヲ否認シ或ハ有效ヲ主張シタルトキハ其第三者トノ關係ニ於テハ恰モ虛偽表示ガ有效ナルト同一ノ法律效果ヲ生ズルノ謂ナリ。

當事者ガ合意ニ依リテ虛偽表示ヲ撤回シタルトキハ虛偽表示ナキニ至ルヲ以テ第九十四條第二項ヲ適用スルノ餘地ナキモノトシタル判決アリ。然レドモ善意ノ第三者ヲ害スベキ結果ヲ生ズルガ故ニ此判決ニ賛成スルヲ得ズ(註三)。尙身分上ノ行為例へバ離婚ニ付テハ當事者間無効對第三者間無効ニアラズトイフガ如キ法律關係ヲ認ムベカラザルガ故ニ假裝ノ協議離婚ノ如キハ對第三者關係ニ於テモ無効ナリトス(註四)。

(註一) 同說、三七年一月二日、大判、民錄、一〇輯一六九六頁、三瀧氏、三三九頁。

(註二) 昭和元年一月二日、大判、評論、一五卷民法五五六頁參照。

(註三) 大正八年六月十九日、大判、民錄、二五輯一〇六三頁。其判批法協、三八卷一一〇頁、拙著、民法研究、第一卷三一四頁、同說、三瀧氏、三三九頁。

(註四) 同趣旨、大正一一年二月二十五日、大判、集、一卷六九頁、判例民事法、十一年度五二頁、總積氏、評釋。

隱匿行為

三 隱匿行為ハ虛偽表示ニ付テ存スルコト心裡留保ニ付テ存スルヨリモ事實上多シ例へバ賣買ニ裝ヒテ贈與ヲ爲スガ如シ。其隱匿セラレタリトイフ理由ノミニ因リテハ無効タラズ又眞意アリトイフ理由ノミニ因リテハ有效タラザルコト心裡留保ニ關シテ述べタル所ニ同ジ。

信託行為

四 虛偽表示ト明ニ區別スルコトヲ要スルモノハ信託行為(Hincia; fideiuziarisches Geschäft)ナリ。信託行為トハ相手方ニ於テノ行為ノ經濟上ノ目的ニ超過シタル權利ヲ與へ且其經濟上ノ目的ノ範圍内ニ於テノミ其權利ヲ行使セシメントスル法律行為ヲ謂フ。例へバ一定ノ物ヲ擔保ノ目的ニ供セントスルニ際シ質權、抵當權ノ如キ擔保物件ヲ設定セズシテ相手方ニ所有權ヲ移轉シ相手方ヲシテ唯擔保ノ目的ノ爲メニノミ其所有權ヲ行使セシメントスル行為(賣渡抵當)或ハ

債權取立ノ爲メニ相手方ニ取立權ヲ與ヘントスルニ際シ取立ノ委任ヲ爲スコトナクシテ取立ノ爲メニ債權ヲ讓渡スルガ如キ行為是ナリ。舊時ニ於テハ此種ノ信託行為ト虚偽表示トヲ混同シタルモ近時ニ於テハ兩者ヲ區別スベキコト一般ニ認めラルルニ至レリ。虚偽表示ニアリテハ法律效果ヲ發生セシメントスル意思ヲ缺クニ反シ、信託行為ニアリテハ法律效果ヲ發生セシメントスル意思アリ唯之ト伴ヒテ其法律效果ヲ對内關係ニ於テ制限セントスル意思アルニ過ギザルヲ以テ兩者ヲ區別スベキハ殆ンド言ヲ俟タズ。

信託行為ニ伴フ制限ガ物權的制限ナリヤ債權的制限ナリヤハ學說上議論アル所ニシテ判例ニ於テモ種々ノ變遷ヲ經タリ。近時ノ判例ハ物權的制限タルコトアリ又債權的制限タルニ止マルコトアリトシ其孰レナルカハ當該信託行為ニ於ケル當事者ノ意思ヲ解釋シテ之ヲ決定スベキモノトスルモノノ如シ(註)。然レドモ對外關係ニ於テハ物權其他ノ權利ノ移轉アルモ對内關係ニ於テハ權利ノ移轉ナシト解スルハ理論ニ反シ且實際上ノ理由ニ乏シキガ故ニ對内的制限ハ唯債權的制限ニ止マルモノト解スルヲ正當トス。

各種ノ信託行為爲殊ニ賣渡抵當ニ付テハ脫法行為ナルコトヲ理由トシテ之ヲ無効トスルノ論アリ。余ハ判例ト同ジク有效論ヲ採ル者ナルモ其理由ハ之ヲ物權法ニ讓ラントス。

信託ニ關シテハ近時信託法及ビ信託業法ノ制定アリ。信託法第一條ハ「財産權ノ移轉其他ノ處分ヲ爲シ他人ヲシテ一定ノ目的ニ從ヒ財産ノ管理又ハ處分ヲ爲サシムル」コトヲ以テ同法ニ謂フ所ノ信託ナリトス。之レ英、米法ニ所謂トラスト(Trust)ニ該當スベキ信託ニシテ賣渡抵當ノ如ク主トシテ受託者ノ利益ノ爲メニ爲サル信託ハ之ヲ包含セザルモノト解セザルベカラズ。

(註) 信託行為ニ關スル判例ハ頗ル多ク今其總テヲ舉グルヲ得ズ、大正一〇年五月三〇日、大判民錄、二七輯一〇二四頁ニ對スル平野氏ノ評釋大正十年度判例民法、二六五頁以下ニ判例ノ狀況ヲ簡單ニ述ブ、尙大正一五年九月九日、大判、評論、一六卷民法七四六頁。尙松本氏「賣渡抵當及ビ動産抵當論」法協、三一卷二號乃至四號、中島氏「賣渡抵當」京法、九卷九號、一〇號、睡道氏「信託行為論」京法、六卷六號、遊佐氏「信託法提要、細矢氏「信託法理及信託法制概論」法協、四二卷八號一頁以下等參照。

五 虚偽表示ト不當利得トノ關係ニ付テハ之ヲ債權各論ニ讓ル。虚偽表示ニ

基ケル給付ナルガ故ニ當然不法原因ニ因ル給付(七〇八條)ナリト解スベカラズ。

第三項 錯誤

錯誤ノ意

一 錯誤(error; mistake; erreur; Irrthum)トハ認識ト對象トノ齟齬即チ觀念ト事實トノ不一致ヲ謂フ。其效果ハ公法私法ニ跨リ又其私法上ノ效果モココニ述ブル所ニ限ラズ。ココニ問題トナルハ錯誤ノ意思表示ノ效力ニ及ボス效果ニシテ錯誤ノ效果ノ重要ナルモノニ屬ス。

動機ノ錯誤

二 意思表示ニ關スル錯誤ニ二種アリ。意思表示ヲ爲シタル動機(motif; Beweggrund, Motiv)ニ付テノ錯誤ト意思表示ソノモノニ付テノ錯誤ト是ナリ例ヘバ近ク電車ノ開通セラレルモノト誤信シテ其沿道ノ土地ヲ買ヒタル場合ニハ動機即チ緣由ノ錯誤タルニ止マル。此種ノ錯誤ハ效果意思ト表示トノ不一致ヲ生ズルモノニアラズ且動機ハ同種ノ法律行為ニ付テモ千差萬別ナルヲ以テ其如何ニ依リテ意思表示ノ效力ヲ左右スルトキハ著シク取引ノ安全ヲ害スベシ。故ニ我民法ニ於テモ諸國ノ法制ト同ジク動機ノ錯誤ハ意思表示ノ效力ニ影響

表示ノ内容ノ錯誤

表示ノ内容ニ關スル錯誤ノ效果

ナキモノトス。然レドモ一定ノ事實ガ法律行為ノ内容ニ屬スルカ或ハ動機タルニ止マルカハ嘗テ述べタルガ如ク各個ノ具體的意思表示ニ付テ之ヲ決定スルコトヲ要ス。前例ニ於テモ當事者ガ電車開通ヲ以テ賣買ノ條件トシタルトキハ電車開通ハ賣買ノ動機タルニ止マラザルナリ。

三 意思表示ソノモノニ關スル錯誤ハ更ニ分テテ二種トナスコトヲ得。表示上ノ錯誤ト表示ノ内容ニ關スル錯誤ト是ナリ。前者ハ誤記、誤言ノ如ク表示行為自體ヲ誤ルヲ謂フ。後者ハ表示行為自體ヲ誤ルモノニアラズシテ其表示ノ意義ヲ誤ルヲ謂フ。普通ノ錯誤ニヨル意思表示ハ表示ノ内容ニ關スルモノナルヲ以テ先ヅ其效果ヲ述べ次ニ表示上ノ錯誤ニ付テ説明セントス。

四 表意者ガ表示ノ内容ヲ誤リタルトキハ表示上ノ效果意思ニ對シテハ表意者ノ内心的效果意思ヲ缺ク即チ表意者ノ真意ハ表示セラレズ表示セラレタル所ハ表意者ノ真意ニアラザルナリ。茲ニ於テ此ノ如キ意思表示ヲ有效ト爲スベキヤ否ヤノ問題ヲ生ズ。若シ極端ナル意思主義ヲ採レバ此ノ如キ意思表示ハ總テ之ヲ無効トスベク之ニ反シテ極端ナル表示主義ヲ採レバ錯誤ハ意思表

示ノ効力ニ對シテ何等ノ影響ナカルベシ。前者ハ表意者ノ保護ニ偏シテ相手方及ビ第三者ノ利益ヲ犧牲トスベク、後者ハ相手方及ビ第三者ノ保護ニ偏シテ表意者ニ對シテ酷ニ失ス。故ニ諸國ノ法制皆其中間ニ於テ唯重要ナル錯誤ニ付テノミ意思表示ノ効力ヲ左右スル效果ヲ認ム。我民法亦折衷主義ヲ採リ法律行為ノ「要素」ニ錯誤アリタルトキニ限り其意思表示ヲ無効トス。

法律行為ノ要素ニ錯誤アリト謂フハ法律行為ノ内容中其重要ナル部分ニ付テ錯誤アルヲ謂フ。法律行為ノ要素ナル文字ハ法律行為成立ノ要件ノ意義ニ使用セラルルコトアルモ、ココニ問題トナルハ法律行為ノ成立ニハアラズシテ既ニ成立要件ヲ備ヘタル法律行為ニ付テ表意者ノ真意ト表示ノ内容トノ間ニ重大ナル齟齬アリヤ否ヤノ點ニ關スルモノナルガ故ニ、ココニ法律行為ノ要素ト謂フハ其成立ノ要素ニハアラズシテ内容中ノ要素ヲ謂フモノト解セザルベカラズ。

法律行為ノ要素ニ錯誤アリト謂ハンガ爲ニハ先ヅ錯誤ガ法律行為ノ内容ニ付テ存スルコトヲ要ス。此意義ニ於テ動機ニ關スル錯誤ハ要素ニ關スル錯誤

ニアラザルナリ。何ガ法律行為ノ内容ナルカハ上ニ述べタルガ如ク各個ノ意思表示ヲ客觀的ニ解釋シテ之ヲ決定スベキモノトス。

要素ニ關スル錯誤ハ内容中ノ要素ニ關スル錯誤ナルコトヲ要ス。何ガ内容中ノ要素ナルカハ主觀的標準及ビ客觀的標準ニ依リテ決定スルコトヲ要ス。錯誤ヲ理由トシテ意思表示ヲ無効トスルハ表意者ヲ保護スルノ趣旨ニ外ナラザルガ故ニ表意者ガ法律行為ノ内容ノ重要ナル部分ト考ヘザル點ニ付テ錯誤アルモ其錯誤ノ効力ヲ認ムルノ理ナシ。故ニ先ヅ表意者ノ主觀ニ於テ其錯誤ナクバ其意思表示ヲ爲サザリシナルベシトイフ關係ノ存スルコトヲ要ス。然レドモ此主觀的標準ノミニ依ルトキハ錯誤ノ効力ヲ認ムル場合多キニ失スルノミナラズ表意者ノ主觀的判斷ハ人ニ依リテ異リ又外部ヨリ之ヲ窺ヒ知ルコト困難ナルガ故ニ此標準ノミニ依ルトキハ相手方及ビ第三者ヲ害スル場合多ク取引ノ不安ヲ惹起スベシ。加之民法ガ法律行為ノ要素ナル文字ヲ使用シタルハ客觀的標準ニ依ルノ趣旨ヲ表ハセルモノト解スベキガ故ニ錯誤ノ存シタル部分ガ主觀的ニ重要ナルノミナラズ客觀的ニモ亦重要ナルモノナルコトヲ

要ス。

法律行為ノ内容中如何ナル部分ガ客觀的ニ重要ナルカヲ定ムルニ付テハ二個ノ標準アルコトヲ得。其ノ一ハ抽象的標準ニシテ他ノ一ハ具體的標準ナリ。前者ハ總テノ法律行為ニ通ジテ重要ナル部分ト然ラザル部分トヲ決定スルモノニシテ此標準ニ依ルトキハ法律效果ヲ生ズベキ錯誤ト然ラザル錯誤トハ截然之ヲ區別スルコトヲ得ベキモ各事件ニ付テ妥當ナル結果ヲ收ムルコトヲ得ズ。後者ハ具體的ニ各個ノ事件ニ付キ諸種ノ客觀的事情ヲ參酌シテ當該ノ法律行為ニ付テハ其錯誤アリタル部分ガ客觀的ニ重要ナリト認ムベキヤ否ヤヲ決定スルモノナリ。具體的妥當ヲ目的トスル民法ノ趣旨ヨリ言ヘバ此後ノ具體的標準ヲ採ルヲ正當トスベク又民法ガ法律效果ヲ生ズベキ錯誤ヲ列舉セズ「法律行為ノ要素トイヘル彈力性ヲ有スル文字ヲ用ヒタルハ又此趣旨ヲ表ハセラルモノト言フベシ」。

之ヲ要スルニ我民法上法律行為ノ要素ニ錯誤アリト言ハンガ爲ニハ先ヅ其表意者ニ於テ其錯誤ナクバ其意思表示ヲ爲サザリシナルベシトイフ關係ノ存

スルコトヲ要シ且此關係ヲ認ムルコトガ當該ノ場合ニ於テハ合理的ナルコト即チ通常ノ合理的ナル人ガ其表意者ノ地位ニアルモ此關係ヲ認メタルベキコトヲ要ス(註)。

(註) 此主觀客觀兩標準ヲ用ヒテ「法律行為ノ要素」ノ意義ヲ決スルハ近時我國ニ於ケル多數說ニシテ判例亦之ヲ採ル、大正一〇年五月二八日、大判、民錄、二七輯九七六頁、之ニ對スル東氏、評釋大正十年度判例民法、二四五頁ニ多數ノ判決ヲ引用ス、特ニ大正三年一月一日、大判、民錄、二〇輯一一〇二頁、大正七年三月二七日、大判、民錄、二四輯五九頁、尙昭和二年六月二〇日、大判、評論、一六卷商法四五頁、手形行為、會社設立行為ノ如ク、取引上行爲ノ外形ニ信賴スル行為ニ付テ九五條ノ適用ヲ制限セントスル傾向アリ、判例民法、大正十年度一三二事件、末弘氏評釋、大正十二年度判例民事法二九事件、田中耕太郎氏、評釋參照。同說、富井氏、四四一頁以下、穂積氏、六四頁、我妻氏、二一七頁等。獨民、一一九條參照。

五 要素ノ錯誤ノ意義ニ付テ上述ノ如ク具體的標準ヲ採ルトキハ意思表示ニ效果ヲ及ボスベキ錯誤ノ種類ヲ一般的ニ限定スルコトヲ得ザルハ言ヲ俟タズ。然レドモ普通ニ重要ト認ムベキ錯誤ト然ラザル錯誤トヲ區別スルハ具體的判斷ニ付テ多少ノ參考トナルベキガ故ニ次ニ各種ノ錯誤ニ付テ述ブベシ。

- (1) 法律行為ノ性質ニ關スル錯誤 (error in negotia) 例へば贈與ト貸借トヲ誤リ保證ト連帶保證トヲ誤ルガ如シ。通常要素ノ錯誤トナル。
- (2) 目的物ノ同一ニ關スル錯誤 (error in corpore) 例へば厩ニ甲馬アリト信ジテ厩ニ在ル馬ヲ買ハント申込ミタルニ其實乙馬アリタルガ如シ。通常要素ノ錯誤トナル。
- (3) 當事者タル人ニ關スル錯誤 (error in persona) 法律行為ノ種類ニ依リテ異ル。婚姻、養子縁組ニ於テ人違ハ固ヨリ無効ノ原因タリ(七七八條一號、八五一條一號) 贈與、及び信用ヲ基礎トスル信用賣買、委任等ニアリテハ要素ノ錯誤タルヲ常トシ、之ニ反シテ現物賣買ノ如キニアリテハ通常要素ノ錯誤トナラズ。
- (4) 當事者又ハ目的物ノ性状品質ニ關スル錯誤 (error in substantia) 偽筆ヲ眞筆ト誤リ、非罹災者ヲ罹災者ト誤ルガ如シ。通常動機ノ錯誤ニ止マルモ其性状品質ノ有無ニヨリテ取引上別種ノ人又ハ物ト認ムル場合及び當事者ガ特定ノ性状品質ヲ有スベキコトヲ法律行為ノ内容トシテ表示シタルトキハ要素ノ錯誤タルヲ得(註)。

(註) 擧例、當事者ノ性状ニ關スル錯誤志林、一八卷(大正五年)六號五五頁

(5) 目的物ノ數量、履行ノ時期、履行ノ場所ニ關スル錯誤 法律行為ノ内容ニ關スル錯誤ニハアレド通常要素ノ錯誤ニハアラズ。

以上列舉セル錯誤ノ種類ハ固ヨリ各種ノ錯誤ヲ網羅セルモノニアラズ右ノ外例へば金錢ヲ貸付クルニ際シ擔保品ノ價格ニ關スル錯誤、保證人ノ資産ニ關スル錯誤アルコトアルベク又保證人トナルニ付テ他ニ保證人又ハ連帶債務者アリヤ否ヤニ付テ錯誤アルコトアルベク其他尙種々ノ錯誤アリ。其要素ノ錯誤トナルヤ否ヤハ上記ノ標準ニ從ヒ各個ノ場合ニ付キ取引ノ通念ヲ參酌シテ之ヲ決定スベシ。

六 錯誤ノ效果ニ付テハ意思表示ヲ無効ナラシムル主義ト取消シ得ルモノトスル主義トアリ。獨逸民法ハ取消主義ヲ採リ且相手方ガ取消ニ因リテ蒙リタル損害ノ中所謂消極的契約利益 (negatives Vertragsinteresse) 即チ相手方ガ意思表示ヲ有效ナリト信ジタルガ爲メニ受ケタル損害但契約ガ有效ナリシ場合ニ受クベカリシ利益ヲ超エズヲ賠償スベキモノトス(獨民、一一九條、一二二條)。我民法ハ之ニ異リ

錯誤ノ效果

無効主義ヲ採リ要素ノ錯誤ヲ以テ意思表示無効ノ原因トス(九五條)。無効主義ヲ採リタルハ意思主義ノ理論ニ基ケルモノナルベシト雖モ、錯誤ノ爲メニ意思表示ノ効力ヲ左右スルハ偏ニ表意者ヲ保護スルノ趣旨ニ出ヅルモノナルノミナラズ當然無効トスレバ意思表示ガ有效ナリヤ無効ナリヤ當事者及ビ第三者ニ不明ナルコト尠カラザルヲ以テ立法論トシテハ取消主義ヲ以テ正當ナルモノト信ズ。尙我民法ノ解釋上錯誤者ニ錯誤ヲ理由トシテ賠償責任ヲ認ムベカラザルハ多ク疑ヲ容レズ(註)。

以上ノ原則ニ對シテ一ノ例外アリ、即チ表意者ニ重大ナル過失アルトキハ表意者自ラ意思表示ノ無効ヲ主張シ得ザルモノトス(九五條但書)。錯誤ニ陥ルニ付キ重大ナル過失アル表意者ハ之ヲ保護スルニ値セザルヲ以テ自ラ無効ヲ主張シ得ザルモノトシタルナリ。重大ナル過失トハ普通人ノ用フベキ注意ヲ著シク缺クコトヲ謂フ。

(註) 拙稿債權法ニ於ケル信義誠實ノ原則法協、四二卷一四〇三頁、八號五一頁、民法研究、第三卷一頁參照。

事實ノ錯誤ト法律ノ錯誤

表示上ノ錯誤

七 錯誤ヲ分チテ事實ノ錯誤ト法律ノ錯誤トナスコトヲ得(舊民法三一條但書)。然レドモ我民法上兩者ノ間其效果ニ差異ナク法律ノ錯誤ト雖モ法律行為ノ要素ニ關スルトキハ意思表示無効ノ原因トナルガ故ニ兩者區別ノ實益ニ乏シ。唯法律ノ錯誤ハ表意者ノ重過失ニ歸スベキコト比較的多カルベキノミ。

八 表示上ノ錯誤ノ效果ニ付テハ二說アリ。或ハ表示意思ヲ伴ハザル表示ニシテ表示上ノモノガ不成立ナルガ故ニ如何ナル點ニ於テ錯誤アリタルカヲ問ハズ常ニ無効ナリトシ(註一)或ハ之ニ反シテ尙表示意思アリトシ隨ツテ其效果ハ第九十五條ヲ適用シテ之ヲ定ムベキノトス(註二)。余ハ嘗テ前說ヲ採リタルモ後改メテ後說ヲ採レリ。蓋シ實質上ノ結果ヨリイフトキハ十や一どト十め一とるトガ同一ナリト信ジタル場合ト十や一どヲ十め一とるト誤記シタル場合ト當事者ノ保護ニ於テ差異ヲ設クベキ何等ノ理由ナキノミナラズ意思表示ノ理論ニ於テモ表示意思ヲ以テ上ニ述べタルガ如ク或ル效果意思ノ發表手段タルコトニ對スル心理作用ナリト解スレバ表示意思ヲ具備スルモノト解スニ妨ナキガ故ナリ。

(註一) 富井氏、四三八頁、拙著、法律行為乃至時效、一三五頁以下。

(註二) 拙稿、表示上ノ錯誤、法協、三六卷四號六四〇頁、民法研究、第一卷五一五頁、三藩氏、下、三四七頁、穂積氏、下、六九頁、中島氏、釋義、五〇一頁。

意思表示ノ誤達

九 仲介者例へバ使者、電信技師等ヲ介シテ意思表示ヲ傳達セシムル場合ニ其傳達ヲ誤ルコトアリ、之ヲ意思表示ノ誤傳又ハ誤達ト謂フ。獨逸民法ハ此場合ニ付キ明文(一)(二)ヲ設ケ錯誤ト同一ノ條件ノ下ニ之ヲ取消シ得ベキモノトス。我民法ニハ明文ナシ。理論ニ依リテ之ヲ解釋スレバ仲介者ニ依リテ意思表示ノ補助ヲ爲サシムル場合ハ之ヲ二種ニ區別スルヲ得ベシ。其一ハ仲介者ヲ以テ表示機關ト爲ス場合ニシテ其二ハ仲介者ヲ以テ完成シタル意思表示ノ傳達機關ト爲ス場合ナリ。若シ表示機關タル使者ガ其表示ヲ誤リタル場合ニ於テハ表意者自ラ其表示ヲ誤リタル場合ニ準ジ第九十五條ヲ類推適用シテ其法律效果ヲ定ムベク、之ニ反シテ傳達機關タル使者ガ傳達ヲ誤リタル場合ニ於テハ意思表示ハ未ダ到達ナキガ故ニ其效力發生要件ヲ具ヘザルモノト解セザルベカラズ(註)。

(註) 拙稿、使者及ビ代理人、富井先生還曆祝賀法律論文集、五七三頁、使者ニ依ル意思表示、法協、三七卷一號以下、民法研究、第一卷一四八頁、同說、三藩氏、三八四頁。

錯誤ト不
合意

十 錯誤ト契約トノ關係ニ於テ問題トナルベキ點ノ一二ヲ述ベン。

(1) 契約法ニ於テ不^レ合意(Dissensus; Disconsensus)ト謂フト錯誤トハ異ル。不^レ合意トハ契約ノ要素タル二個ノ意思表示ガ客觀的ニ其内容ヲ異ニスルヲ謂ヒ、錯誤ニ因ル意思表示トハ一方ノ意思表示ニ付テ意思ト表示トガ一致セザルヲ謂フ。不^レ合意ハ固ヨリ雙方的の行為ニアラザレバ問題トナラズ而シテ雙方的の行為ニ於テ不^レ合意アルトキハ其法律行為ハ成立セザルモノトス。

(2) 賣買ニ於ケル瑕疵擔保ノ責任ト民法總則ニ於ケル錯誤ニ關スル規定トノ關係ニ付テハ解釋上多少議論アリ。其說明ハ債權各論ニ讓ル(註)。

(註) 拙著、增訂、日本債權法各論、三四五頁以下。

第三款 瑕疵アル意思表示

他人ノ不當ナル干涉ニ基キテ效果意思ヲ決定スルコトアリ。此場合ニ於テ

表意者ハ效果意思ヲ有シテ意思表示ヲ爲スモノナルモ其效果意思ヲ決定シタルハ他人ノ不當ナル干涉ニ基ク。故ニ民法ハ此意思表示ヲ當然無効トハナサザルモ干涉ヲ受ケタル者ニ於テ之ヲ取消シ得ベキモノトス。此種ノ意思表示ヲ瑕疵アル意思表示ト謂フ。詐欺ニ因ル意思表示及ビ強迫ニ因ル意思表示是レナリ。

第一項 詐欺ニ因ル意思表示

一 詐欺(dolus; dol; fraud; Betrug, arglistige Täuschung)トハ人ヲシテ錯誤ヲ生ゼシムルコトヲ目的トスル故意ノ行為ヲ謂フ。其效果ハ民法刑法ニ跨ル。刑法ハ社會ノ秩序ヲ維持スルガ爲メニ詐欺者ニ對シテ刑罰ヲ定メ民法ハ詐欺ヲ受ケタル個人ノ爲メニ其利益ヲ保護センコトヲ圖ル。兩者ハ其目的ヲ異ニシ隨ツテ其法律關係ヲ異ニス。

詐欺ノ民法上ノ效果ニアリ。一ハ詐欺ニ因リテ爲シタル意思表示ニ對スル效果ニシテ詐欺ヲ受ケタル當事者ハ意思表示ノ取消權ヲ取得シ其取消ニ因リ

詐欺

テ法律上ノ拘束ヲ免ルルコトヲ得。他ノ一ハ詐欺ニ因ル加害行為ニ對スル效果ニシテ民法ハ之ヲ不法行為トシ被害者ニ對シ損害賠償ノ責ニ任ゼシム。兩者相俟チテ詐欺ヲ受ケタル者ノ保護ヲ期スルナリ、今述ブル所ハ其前者ニ限ル(註)。

(註) 詐欺ヲ我民法上不法行為ト解スベキ理由ニ付テハ拙著增訂日本債權法各論、八七四頁、八七七頁註十七參照。

二 詐欺ニ因ル意思表示トハ相手方又ハ第三者ノ故意ノ行為ノ爲メニ錯誤ニ基キテ爲シタル意思表示ヲ謂フ。隨ツテ錯誤アルヲ要シ錯誤ハ相手方又ハ第三者ノ故意ノ行為ニ基キタルコトヲ要シ、且錯誤ニ陥リタルガ爲メニ意思表示ヲ爲セルコトヲ要ス。

(1) 錯誤ノ存スルコトヲ要ス。表意者ガ錯誤ニ陥リタルコトヲ要スルヲ以テ民法上未遂ノ詐欺ハ法律上ノ效果ヲ生ゼズ。

錯誤ハ法律行為ノ内容タル事項ニ付テ生ジタルコトヲ必要トセズ。法律行為ヲ爲シタル動機ニ付テ錯誤ヲ生ジタル場合ニモ之ヲ詐欺ニ因ル意思表示ト

詐欺ニ因ル意思表示

解スベキコト疑ナシ。然レドモ法律行為ノ内容タル事項ニ付テ錯誤ヲ生ジタル場合ニ於テモ常ニ第九十六條ノ適用ナキニアラズ、内容中ノ要部(法律行為ノ要素ニアラザル部分ニ付テ)錯誤ヲ生ジタル場合ニハ第九十五條ノ適用ナク專ラ第九十六條ノ適用アルコト明ナリ。之ニ反シ詐欺ニ因リテ要素ノ錯誤ヲ生ジタル場合ニハ第九十五條ニ依リテ意思表示ハ當然無効ナルガ故ニ更ニ之ヲ取消スコト理論上アルベカラズトシ第九十六條ハ其適用ナキモノト解スルヲ通説トス。理論上ニ於テハ通説ノ述ブル所ノ如シト雖モ詐欺ニ因リ錯誤ニ陥リタル者が要素ノ錯誤ナルコトヲ主張セズシテ單ニ詐欺ヲ理由トシテ取消ヲ爲シタル場合ニ於テハ相手方ハ其要素ノ錯誤ナルコトヲ理由トシテ當然無効ナルコトヲ主張シ得ザルモノト解スヲ正當ト信ズ。

(2) 錯誤ハ欺罔行為ニ基ケルコトヲ要ス。之レ單純ナル錯誤ト詐欺ニ因ル錯誤トヲ區別スベキ要素ナリ。

欺罔行為トハ眞實ナラザル事實ヲ眞實ナリトシテ表示スル行為ヲ謂フ。虚偽ノ事實ヲ捏造スルモ眞實ナル事實ヲ隱蔽スルモ共ニ欺罔タルコトヲ得。純

欺罔行為

粹ナル沈黙ハ通常詐欺トナラザルモ法律上契約上又ハ取引ノ慣習上告知ノ義務アル事項ヲ告ゲザルハ詐欺トナルモノト解スルヲ通説トス(註一)。余ハ結果ニ於テ通説ヲ是認スルモ理由稍異ル。義務アル場合ニ於テ初メテ欺罔行為トナルニアラズ欺罔ノ故意ヲ以テ自己ノ知レル事項ヲ告ゲザルハ事實ヲ隱蔽スルモノトシテ欺罔行為トナルモ告グルノ義務ヲ認ムベカラザル場合ニ於テハ違法ノ要素ヲ缺キ随ツテ意思決定ニ對シテモ不當ナル干渉トナラザルガ故ニ其欺罔ハ法律效果ヲ生ゼザルナリ。

評價的意見ノ陳述ガ詐欺トナルヤ否ヤノ問題モ沈黙ニ付テ述べタルト略同。一ノ標準ニ依リテ之ヲ決定スベシ。或ル物ニ付テ自己ガ上等ナリト認ムルカ下等ナリト認ムルカハ尙一ノ事實ナルガ故ニ下等ナリト信ジツツ之ヲ上等ナリトイフハ虚偽ノ事實ヲ告グルモノト言ハザルヲ得ズ。然レドモ取引上相手方ヨリ赤裸ナル意見ノ告知ヲ豫期シ得ベカラザル場合ニ於テハ自己ノ意見ヲ愚直ニ發表セザルモ之レヲ以テ相手方ノ意思決定ニ對シテ不當ナル干渉ヲ爲スモノト解スベカラザルガ故ニ此ノ如キ場合ニハ詐欺トナラザルモノトス(註