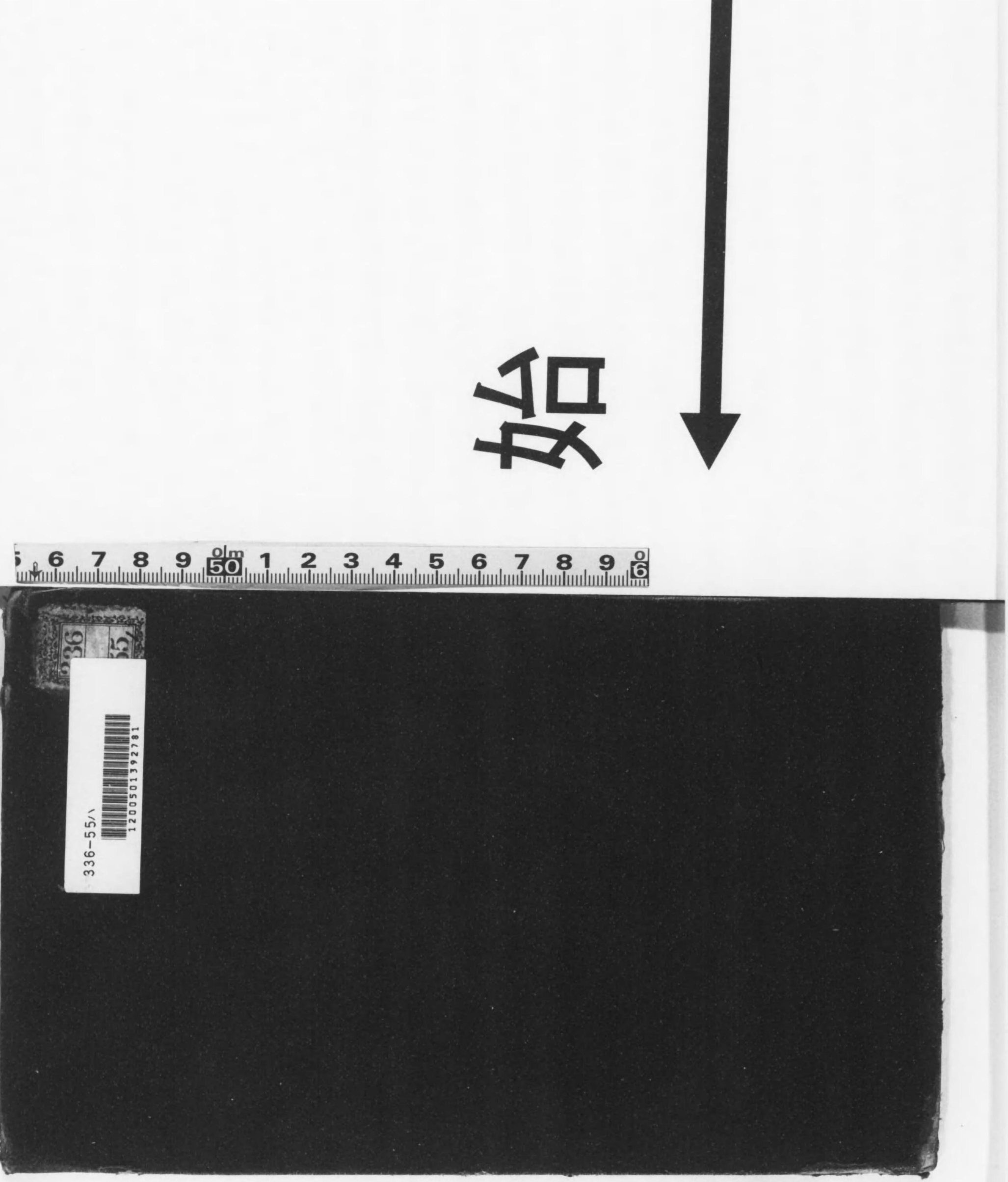

336-55ハ
1200501392781
336
55

始

15.8. 8

336-55

京都帝國大學法科大學教授（京都帝國大學 法科大學教授）法學博士中島玉吉著

中島
川名

民法釋義

卷之一 總則篇

明治 45.8.23 納本

東京 金刺芳流堂

序

本書ノ目的ハ我民法典ヲ釋明シ主トシテ實際家ニ便セントスルニ在リ、故ニ沿革、比較、批評等ハ成ル可ク之ヲ避ケ特ニ力ヲ實際ニ生シ易キ問題ノ解決ニ用ウ、

本書ニ於テハ外國ノ參考書ハ多ク之ヲ引用セス、蓋シ外國書ノ引用ハ其國語ニ通セサル者ノ爲メニハ何等ノ利益ナク又之ニ通スル者ノ爲メニハ徒ニ蛇足ヲ加フルノ感アレハナリ、然カモ猶往往之ヲ掲ケタルハ彼此對照以テ我民法ノ旨意ヲ明瞭ナラシムルノ用ニ資セントスルノ意ニ外ナラス、

本書ハ其體裁ヲ獨逸ノ民法註釋書ニ採リ、各章節ノ前ニ總

說ヲ置キ以テ全般ニ關スル事項ヲ說キ各條ノ釋義モ亦數段ニ分チ一々見出ヲ冠シ之ニ**「ゴシック」**體ノ活字ヲ用ヰ且ツ卷尾ニ索引ヲ附シタリ、是レ皆閱覽ニ便ナランコトヲ欲シテナリ、

本書ハ下名ノ共同著作ニシテ總則物權親族ノ三編ハ中島之ヲ擔當シ債權相續ノ二編ハ川名之ヲ擔當ス、然レトモ其起稿ニ當リテハ互ニ交渉スル所アルニ非ス、若シ夫レ完成ノ期ニ至リテハ敢テ豫告スルノ限ニ非サレトモ公務ノ餘暇全力ヲ盡サンコトヲ期ス、

明治四十四年八月

川名兼四郎
中島玉吉 共識

民法釋義第一卷目次

緒論……一
第一編 總則……七五
第一章 人……七七
第一節 私權ノ享有……七八
第二節 能力……一〇一
第三節 住所……一六九
第四節 失踪……一八〇
第二章 法人……二一八
第一節 法人ノ設立……二三七
第二節 法人ノ管理……二九〇
第三節 法人ノ解散……三二〇

第四節　罰則……三五六
第三章　物……三六一
第四章　法律行爲……四一七
第一節　總則……四五〇
第二節　意思表示……四七一
第三節　代理……五四五
第四節　無效及ヒ取消……六五四
第五節　條件及ヒ期限……七〇〇
第五章　期間……七七四
第六章　時效……七九一
第一節　總則……七九六
第二節　取得時效……八五一
第三節　消滅時效……八七五

民法釋義　巻之一

法學博士　中島玉吉著

緒論

第一　民法ノ成立

(一)民法制定前ノ私法狀態　我國上古ハ血統ヲ以テ基礎トナス氏族制度行ハレ、氏ニ氏上アリテ族人ヲ統轄シ、事公私ノ別ナク皆慣習ニヨリ處斷シ、未タ成文ノ法律アルニ至ラサリシ、孝德天皇ノ朝ニ至リ氏族制度ヲ打破シ郡縣ノ制ヲ立ツ、大化ノ新政之ナリ、此ノ時ヨリ諸種ノ制度詔敕ニヨリ定マルモノ多シトス、然レトモ未タ法典ヲ成スニ至ラス、天智天皇十年ニ至リ法典始メテ成ル、二十二巻ト傳ヘラル、日本書記同年ノ段ニ甲辰東宮太皇弟奉宣施行冠位法度之事トアルハ即チ之ナリ、西暦六百七十一年ニ當ル、是レ近江令ト稱セラルヽモノナリ、然レトモ其書今傳ハ

ラス、降テ天武天皇ノ朝ニ至リ律令改正ノ擧アリ、同記十年ノ段ニ朕今更欲定律令改法式故倶修是事云々トアルハ之ナリ、更ニ文武天皇ノ四年刑部親王、藤原不比等ニ勅シテ律令ヲ撰定セシム、明年即チ大寶元年八月ニ至リテ成ル、令十一卷律六卷トナス、之レヲ大寶令律ト云フ、同年天下ニ頒布シ、明法博士ヲ諸國ニ遣シ講習セシメタリ、此ノ書亦堙ヒテ傳ハラス、是ノ後元正天皇ノ養老年中ニ至リ、更ニ藤原不比等ニ勅シテ律令ヲ修定セシメ各々十卷トナス、養老律令ト稱ス、然レトモ之レ大寶律令ヲ修正補充セルニ過キサルカ故ニ、後世之レヲ大寶律令ト稱ス、現ニ存スル我國ノ最古ノ法典ナリ、

令ハ全部後世ニ傳ルト雖モ律ハ應仁ノ亂後散逸シテ現今僅カニ名例、賊盜、職制、禁衛ノ四篇ヲ存スルノミ、故ニ當時ノ法制ノ全體ヲ知ル能ハサルモ、其母法タル唐律ヲ參照シテ其欠ヲ補フ時ハ大體ヲ知ルコト難カラサルナリ、律ハ今日ノ刑法ニ相當シ、令ハ其ノ内容極メテ廣ク、皇室、官吏、政府、信教、財政、軍防、教育、民政等ニ渉リ、民法ニ關スル事項モ亦此ノ内ニ收メラル、百事簡易ナリシ當時ノ法律ナレハ詳細ナル規定ハ固ヨリ存セスト雖モ、財産、身分、親族、相續ニ關シ必要ナル規定ヲ存ス、(有賀博士、大寶令中私法上ノ條項、法制論纂中ニ收ムヲ參照ス可シ)斯クテ大寶律令ハ王政ノ基礎ヲナシタリ、爾後時勢ノ必要ニ應シテ改正補修セルモノヲ格式トナス、格式ノ數固ヨリ少カラスト雖モ、大寶律令ヲ全部廢止スルコトナクシテ以テ鎌倉幕府創立ニ至レリ、

鎌倉幕府草設ノ際ニ當リテハ、天下ノ政令凡ソ三途ヨリ出ツ、朝廷ノ直割ノ地ハ國領ト稱シ、郡司國司政ヲ行ヒ尚ホ大寶律令ヲ適用シタルモノヽ如ク、公卿ノ莊園ハ私領ト稱シ、領家各々法制ヲ立テ莊司代官ヲ置テ支配セシメ、武家ノ知行タル關東八州ハ幕府之レヲ支配セリ、執權北條泰時ノ時ニ至リテ法典編纂ノ擧アリ、貞永元年八月八日ニ成ル、故ニ之レヲ貞永式目ト云フ、五十一ヶ條ヨリ成ル、三善康連主トシテ編纂ノ任ニ當レリト云フ、貞永式目ハ本來關東御家人ノ間ニ行ハン爲メノモノナレトモ、朝廷ノ權衰ヘ幕府ノ勢力盛ナルニ及ンテハ、此ノ法律ノ及フ範圍漸ク廣マリ遂ニ海内ニ普キニ至レリ、(萩野博士貞永式目考參照)貞永式目ノ内容ハ民事刑事ニ渉ル司法法規ナリ、貞永以後ノ追加ノ條々モ亦尠カラス、

足利氏北條氏ニ代ハルニ及ンテ別ニ法典ヲ作ラス、鎌倉幕府ノ後繼者ヲ以テ自ラ任シ、貞永式目ヲ襲用シ時宜ニ從ヒテ改正補修ヲ加ヘ、建武以來ノ追加ノ條々モ亦少カラス、(萩野博士論文前掲參考)別ニ建武式目ナルモノアリ、其ノ性質ニ付キテハ議論アル可シト雖モ、僧是圓等ノ政治上ノ意見書ニシテ、法律トシテ施シ行ヒシモノニ非ストナス説ハ眞ニ近キカ如シ、(萩野博士、建武式目ノ辨、同補正、倶ニ法制論纂

ニ載ス參考ス可シ)何レニシテモ室町時代ニ發シタル式目追加ハ、貞永式目ニ對スル追加ナルハ疑フ可ラス、

戰國時代ニ於テハ一統ノ法制ナク、群雄各々家法ヲ制シタリ、就中大內家壁書、長曾我部元親百ケ條、信玄家法等後世ニ傳ハルモノ少カラス、此ニ於テ各地法制ヲ異ニスルニ至ル、是レ戰國時代ニ於テ尤モ注目ス可キ現象ナリ、

織田豐臣ノ二氏ハ治世短カヽリシヲ以テ、法制ノ見ル可キモノ無ク、以テ江戶幕府ノ建設ニ至ル、

德川氏亂離ノ後ヲ受ケ專ラ力ヲ撫民ニ用ヒ、二百五十餘年ノ大平ヲ得タリ、然レトモ舊慣仕來ニ從フヲ以テ政治ノ要トナシ、敢テ新法典ヲ編制スルヲナサス、僅カニ科條類典百ケ條アルノミ、他ハ單行ノ法律命令ノミ、而カモ之レ猶ホ其ノ直轄地ニ對シテ施シタルニ過キス、諸侯ハ各々其ノ封內ニ於テ立法司法ノ權ヲ有セリ、故ニ各藩殆ント法律慣習ヲ異ニスルニ至レリ、此ノ如クニシテ明治維新ニ及ヘリ、

(二)民法典編纂ノ動機

民法典編纂ノ動機ヲナスモノ少カラサル可シト雖モ、其ノ主要ナルモノ二アリ、(一)ハ即チ王政復古ナリ、封建ノ時代ニ於テ各地法律ヲ異ニセルコト右述ヘタルカ如シ、然ルニ王政維新天下ノ政令一途ニ出ルニ及ンテハ、是レヲ統一スルノ必要アリ、法律ヲ統一スルハ即チ各藩ニ分離セラレタル民族ヲ統合スル所以ナレハナリ、(二)ハ即チ開國ノ國是ナリ、當時歐州先進ノ國民大抵法典ヲ有ス、之レヲ我國ノ不文不明ノ慣習法ニ比スレハ其ノ便不便霄壤ノ差ノミニ非ス、此ニ於テカ彼レノ制ヲ取テ之レニ模セントスルノ念、國民一般ノ思潮ヲ刺擊シ、以テ民法ノ編成ヲ促シタリ、以上ノ二理由ニヨリ、成典ノ必要既ニ切ナルノ時ニ於テ、更ニ第三ノ原因トシテ條約改正ノ問題ヲ加ヘタリ、當時我國ニ領事裁判ノ制度アリ、其ノ國威ヲ毀ル甚大ナルヲ以テ、條約ヲ改正シテ之レヲ撤廢セント欲ス、然ルニ外國ハ其ノ法典ノ不備ニシテ、司法ノ威信足ラサルヲ理由トシテ之レニ應セス、此ニ於テカ法典ノ編成司法制度ノ改善ハ條約改正ノ必要條件トナリ、以テ法典編成ノ事業ヲ促進セリ、

(三)民法ノ編纂

明治政府カ民法編纂ノ業ニ着手シタルハ實ニ明治三年ニ在リ、同年三月大政官ニ制度取調局ヲ置キタルヲ以テ始メトス、其後幾多ノ變遷ヲ經テ、明治十一年ニ至リ一旦草案ノ成立ヲ見タリシモ、之レヲ以テ不十分ナリトシ、翌十二年佛國ノ法學者「ボアソナード」氏ヲ聘シテ民法ノ起草ニ從事セシメ、當時ノ法律家數名ヲ擧ケテ委員トナシ、專ラ氏ノ立案ニ付キ討議セシメ、明治十九年ニ至リ民法ノ一部ノ草案脫稿スルニ至レルモ故アツテ廢案ニ歸シタリ、然カモ政府ハ再ヒ其ノ事業ヲ繼續シ、其ノ財產關係ニ屬スル部分ハ「ボアソナード」氏ヲシテ起草セシメ、

親族關係ニ屬スル部分ハ邦人ヲシテ立案セシメ、明治二十二年元老院ノ議決ヲ經、翌二十三年ニ至リ法律トシテ之レヲ公布シ、明治二十六年一月一日ヲ以テ施行ノ期ト定メタリ、之レ所謂舊民法ナルモノニシテ、其ノ大體ハ人事編、財產編、財產取得編、債權擔保編、及ヒ證據編ヨリ成リ、其ノ規定ハ佛蘭西民法ニ依ル處頗ル多カリシ、其ノ施行ノ時期將ニ近カントスルニ當リ、非難ノ聲漸ク高ク、延期修正ノ議大ニ起リ、遂ニ明治二十五年十一月法律第八號ヲ以テ、之レヲ修正スル爲メニ明治二十九年ノ終リ迄其ノ施行ヲ延期セリ、翌二十六年ニ法典調査會ヲ起シ、朝野ノ學者數十名ヲ擧ケテ委員トナシ、更ニ穗積、富井、梅ノ三法學博士ヲ以テ起草委員トナシ、明治二十九年四月ニ至リテ其ノ一部タル總則編、物權編、債權編ヲ公布シ、而シテ其ノ殘部タル親族相續ノ二編ハ明治三十一年六月ニ至リテ始メテ成レリ、同年七月十六日ヨリ民法全部ハ付屬法ト共ニ施行セラル、此ノ修正案即チ現行民法ナリ、（富井博士民法原論五十三頁以下江木博士現行民法論五十九頁以下ニ詳シ參照ス可シ）

(四)民法編纂ノ方針

現行民法ハ所謂舊民法ヲ以テ基礎トナシ、諸國ノ民法及ヒ民法草案ヲ比較研究シテ其ノ粹ヲ集メ、且ツ成ル可ク我國ノ從來ノ慣習ヲ維持シタリトハ、當時ノ議會ニ於ケル當局者ノ說明スル處ナリ、（明治二十九年二月二十八日衆議院第一讀會議事錄）然シナカラ成典ノ實際ニ就キテ之レヲ見ルニ、佛民法及ヒ獨逸民法草案第一草案）ハ尤モ多ク參照セラレ、其ノ他ノ國ノ民法ヨリ採用シタル規定ハ極メテ少シトス、又我國ノ舊慣ヲ維持シタル點ハ、物權編中ニ多少アリ、尤モ重ナルモノハ親族法、相續法ニ渉ル家族制度ノ保存之ナリ、總則債權ノ二編ニ至リテハ佛獨民法ノ規定ヲ採用スルコト尤モ多シトス、其ノ編成ノ方針此ノ如クナルカ故ニ、我民法ヲ明ニスルニハ外國法ノ研究ヲ忽ニス可ラス、

第二　民法修正理由書

近時法典ヲ編纂スルニ當リテハ、諸國大抵之レト共ニ理由書ヲ公ニス、我國ニ於テハ其ノ前三編ヲ公布スルニ當リテハ理由書ヲ公ニセス、只「以活版換謄寫」ト冠セル修正理由書アリ、之レ恐クハ委員間ニ頒チタルモノナル可シ、後ノ二編ニ付キテハ博文館ヨリ出版セル民法修正案理由書ナルモノアリ廣ク坊間ニ行ハル、之レ法典調査會ノ起草ニ成レルハ疑ナキ處ナリト雖モ、同會ヨリ公然出版セルモノニハ非ス、此ノ二者ハ民法解釋ノ參考トナス可シ、然レトモ杜撰ナル點少カラス、殊ニ外國法律ノ參照條文ノ如キハ當ラサルモノ多シ、梅博士カ政府カ民法修正案參考書トシテ議會ニ提出シタルモノハ、主トシテ起草委員補助ヲシテ立案セシメタルモノニシテ（中略）中ニ往々杜撰タルヲ免レサルモノアリ、（梅博士民法要義凡例）ト云ヒタルハ蓋シ眞ナリ、之レ

ヲ參考スルハ可ナリ、然レトモ重キヲ置クハ不可ナリ、余ハ法典調査會カ堂々タル理由書ヲ公然發表セサリシヲ遺憾トス、

第三　民法ノ內容

(一)民法ハ私法ノ原則法ナリ　墺國民法第一條ハ民法ノ定義ヲ揭ク、我民法ハ如此ノ態度ヲ採ラス、其ノ性質ノ如キハ凡テ學術ニ一任ス、適當ナリト云フ可シ、而シテ其ノ內容ハ學術上所謂私法ノ原則ヲ包含ス、往々公法ノ性質ヲ帶フル規定(例ヘハ裁判所ノ職權ニ關スル規定)ヲ存スルハ、便宜ニ出テタル例外ノミ、又私法ニ關スル事項ト雖モ悉ク之レカ規定ヲ網羅セルニ非ス、只其原則ヲ定ムルノミ、故ニ商事ニ關シテハ之レヲ商法ニ讓リ、著作權、特許權、意匠商標權等ハ各々特別法ニ讓リ、又手續ニ關スル規定ハ概シテ民法中ニ存セス、之レヲ民事訴訟法、人事訴訟手續法、非訟事件手續法、破產法、登記法、戶籍法等ニ讓リタリ、往々手續ニ關ズル規定ヲ挿入セルハ立法ノ便宜ニ從ヘル例外ノミ、

(二)私法ハ公法ニ對ス　公法私法ノ區別ハ法律ノ根本ノ區別ニシテ尤モ大切ナリ、然シ其ノ標準明ナラス、公法私法ノ區別ハ其ノ源ヲ羅馬法ニ發シ、羅馬法ノ傳播ト共ニ諸國ニ傳ハレルモノナリ、(獨逸ニハ此ノ思想ナカリシト云フ O. Gierke Deutsches privat recht Bd. I§4.)其ノ由來スル所此ノ如クニ久シキカ故ニ、普通一般ニ公法私法ト稱セラルヽモノ沿革的ニ定マリ、即チ民法商法ヲ以テ私法トナシ、憲法、行政法、刑法、民刑訴訟法等ヲ以テ公法トナス、今日學理上ノ根據ニ基キ區別ノ標準ヲ定ムルモ、其ノ結果沿革的ニ定マレル所ノモノニ適合セサルトキハ、徒ラニ專斷ノ譏ヲ招クノミニシテ實際ニ益ナシ、又之レニ反シ現在ニ定マレル所ノモノヲ採テ材料トナシ、形式的ニ之レニ迎合ス可キ定義ヲ求ムルモ區別ノ依テ來ル根本ヲ示スニ非サレハ學問上無價値ナリ、是レ公法私法ノ區別ヲ明ニスルノ困難ナル所以ナリ、沿革的ニ學說ノ變遷ヲ說明センニ、羅馬ノ古キ時代ニ於テハ之ヲ以テ法律ニ從事スル事務家及ヒ學者ノ區別トナシ、公共ノ事務公共ノ執法ニ從事スル政治家ヲ名ケテ公法家トナシ、市民間ノ法律事務ヲ取扱フモノヲ名ケテ私法家ト云ヘリ、(Vergl. Derunburg. Pand. I, §21.)故ニ法律其ノモノヽ分類ニ非スシテ寧ロ法律家ノ分類ナリキ、然レトモ其實ハ法律家ノ從事スル法律其ノモノニ區別存スルカ故ニ、法律家ノ區別ヲ生シタルモノナリ、故ニ公法私法ノ區別ハ旣ニ此ノ時代ニ濫觴セルモノト云フテ可ナリ、降テ「ウルピアヌス」ノ時代ニ至テハ、明ニ之レヲ以テ法ノ區別トナス、其ノ定義ニ曰ハク、公法ハ國家ノ地位ニ關スル法律ニシテ、私法ハ一個人ノ利益ニ關スル法律ナリト、(Publicum Jus est, quod. ad statum (Stellung) re romana: spectat Privatum quod ad Singlorum utilitatem, Libro I inst.) 是確カニ一部ノ眞理ヲ包含スルモノナリ、然ルニ其ノ利益ナル文字明了ヲ欠クヲ以テ種々ノ解釋ヲ生ス、私益ハ個人トシテノ利益ニシテ、公益ハ即チ社會全體ノ利益ナリトスルヲ普通トス。(S. Dernburg. Pand. Bd. I § 21. Lehmann bei stobbe Bd. II S 71) 是レ所謂利益說ナリ、然レトモ利益ナル觀念其レ自身カ不明ナルト同時ニ、公法モ私法モ凡テ私益ニ關スルト同時ニ公益ニ關シ、其ノ限界ニ至テハ明ナラス、茲ニ至リ羅馬法源ヲ離レテ、純然タル學理上ノ說ヲ輩出スルニ至レリ、

學理上法規ヲ分類スルニ凡ソ三ノ方法アリ、(一)ハ法ノ保護セントスル利益ノ公私ニ標準ヲ求ムルモノニシテ前示ノ利益說之ナリ、(二)ハ法律關係ノ主體ニヨル分類ニシテ、國家其他ノ公共團體カ少クトモ法律關係ノ一方ノ主體タル規則ヲ定ムルヲ公法トナシ、私人相互間ノ關係ヲ定ムルモノハ私法ナリトナス、此說ハ其結果ニ於テハ今普通ニ公法私法ト稱スルモノニ適合ス、然レトモ猶機械的ニシテ其根據ヲ示サヽルノ憾アリ、(三)ハ其ノ區別ノ標準ヲ法律關係ノ性質ニ求ムルモノニシテ、公法ハ權力關係ノ規定ニシテ、私法ハ對等關係ノ規定ナリトナス、此ノ說タルヤ論理底徹甚タ痛快ナルモノアリト雖モ、其ノ結果ハ國際公法ヲ以テ私法トナシ、民法親族編中親權戶主權ニ關スル規定ヲ公法ニ屬セシムルニ至ル、現在ノ法學ノ情態ニ衝突スルコト此ノ如ク甚シ、故ニ未タ多クノ勢力ヲ得ル能ハス、此ノ如クニ學說一定セス、甚シキハ公法私法ノ區別ヲ否認スルモノアリ。(Schlossmann, Vertrag S. 206, 富井博士民法原論二四頁ハ沿革ノ力ニ其價値ヲ歸ス可キモノトス。)是レヲ否認スル固ヨリ不可ナシト雖モ、然ルトキハ別ニ之レニ代ハル可キ基礎的分類ヲ爲スノ必要アリ。(學說ハ Thon. Rechtsnorm u. Subje Ktives Recht. S. 108 ff. Bierling. Zer Kritik 150. Jellineck, Das Systim der suejektiven affentlihen Rechts 50 ff. Gierke Deutnhes Privot Recht. I § 4 ヲ參考ス可シ)

右ノ如クニ學說紛々タルモノアルニ拘ハラス、余ハ猶公法私法ノ區別ヲ以テ基礎的分類トナスノ價値アリト信ス、且ツ此ノ分類タルヤ引ヒテ公權私權ノ分類ヲ來ス、モノナレハ、民法上モ亦認メラレタル分類トナス、(民法第一條)余ノ解スル處ニ於テハ公法私法ノ分類ハ個體(Individum)及ヒ社會(Gattung)ノ觀念ニ基クモノナリ、現今ノ社會ニ於テハ個人ハ相集合シテ社會ヲナシテ生活ス、故ニ一方ニ於テハ社會團體ノ一員タルト同時ニ、他ノ一方ニ於テハ個人トシテノ存在ヲ有ス、之レ公法私法ノ區別ヲ生スル所以ナリ、人ハ個人タルノ存在ヲ失フコトナクシテ、一家ニ屬シ、其ノ家族ト共ニ社會生活ヲナス、又一村一町ニ屬シ、一郡一府縣ニ屬シ、更ニ大ニシテハ國家ニ屬シ、國際團體ニ屬ス、然リ而シテ之等ノ大小種々ノ社會團體ハ、更ニ無形ノ一體トシテ法律關係ノ主體トナリ、權利義務ノ主體トナル、之レ今日ノ實際ナリ、故ニ法律ノ規定スル事項ハ一個人カ一個人トシテ他ノ一個人ニ對スル關係ト、一

個人カ社會ノ一員トシテ團體ニ對スル關係及ヒ團體相互ノ關係トニ分タル可シ、前者ハ所謂個人法ニシテ（individualrecht.）後者ハ所謂社會法ナリ（Sacialrecht.）而シテ社會團體ノ中ニ就テ更ニ之レヲ分テハ、統治ノ作用ヲナス所謂政治的團體ト非統治關係ノ團體トナル、國家府縣市町村ノ如キ前者ニ屬シ、家族關係及ヒ民事上ノ社團法人ハ後者ニ屬ス、其統治作用ヲナス團體ニ關スル法律ガ公法ナリ、約言スレハ公法ハ政治團體ノ統治關係ニ關スル法律ニシテ、私法ハ非統治關係ノ法律ナリ、更ニ之レヲ詳言スレハ、公法ハ國家其他ノ公共團體ノ組織（憲法等）及ヒ之等ノ團體カ他ノ公共團體ニ對シ（國際公法等）又ハ之レニ服從スル團體又ハ個人ニ對スル（行政法刑法等）統治關係ヲ規定スル法律ニシテ、其ノ特色ハ統治關係ニ關スルニ在リ、私法ハ個人又ハ私的團體相互間又ハ私人ノ資格ニ於ケル公共團體ニ關スル法律ニシテ、其ノ特色ハ統治關係ニ關セサルニ在リ、

民法ノ内容トスル規定ハ、財產關係及ヒ親族關係ニ關ス、而シテ親族關係ハ社會組織ノ一部分ナリト雖トモ統治關係ニ非ス、故ニ之レニ關スル法規ハ私法ナリ、

第四　民法ノ組織

前段ニ述ヘタル私法法規ヲ一ノ法典ニ收ムルニ二樣ノ前例アリ

(一)「インスチチユチオン」式　此ノ組織方法ハ其源ヲ羅馬ノ法律家「ガイウス」（Gaius）ノ institutiones ニ發ス、氏ハ十二表法ノ註釋ヲ作ルニ當リ、之レヲ分ツテ三部トナセリ、第一編ハ人事編 Jus quod ad personam partinet 第二編ハ財產編 Ju· quod ad res pertinet 第三編ヲ訴訟編 Ju· puad ad actiones pertinet トナス、此ノ分類法カ「ユスチニアン」帝ノ法典ノ一部タル Institutions ニ採用セラレタリ、故ニ之レニ倣フモノヲ「インスチチユチオン」式ト稱ス、但シ「ユスチニアン」ノ「インスチチユーチオン」ハ四編ヨリ成ル、然レトモ是レ只各編ノ分量ヲ相均シカラシムル爲ニ出テタルモノニシテ、其根本ノ觀念ハ「ガユウス」ニ出ツルヤ疑ナシ、(S. Leonhard.institution1 § 62.)要スルニ實體法ヲ人事法ト財產法トニ大別シタルモノニシテ、自ラ一定ノ根據アリ、佛蘭西民法及ヒ佛法系ノ民法ハ其ノ第三編ヲ民法中ヨリ除キ、第二編ヲ二分シテ二編トナシ、人事編ト合セテ三編トナシタルモノナリ、即チ佛民法ハ第一編ヲ人事編、第二編ヲ財產及ヒ所有權ノ變更、第三編ヲ所有權取得ノ種々ナル方法トナス、西班牙伊太利民法モ之レト同シ、墺太利民法モ同シク三分法ヲ取リ、第一編ヲ人法トナシ、第二編ヲ物法トナシ、物權債權凡テ此ノ中ニ包含セラル、而シテ第三編ニ於テ總則編ヲ置ケリ、之レ又「インスチユチオン式ノ一變體ナリ

(二)「パンデクテン」式　之レ羅馬法カ獨逸ニ輸入セラレ、獨逸ノ學者之レヲ研究ス

ルニ當リテ爲シタル分類法ナリ、何人ニ始マリシヤ明ナラス、兎モ角モ新シキモノナリ、民法全部ヲ分ツテ五編トナス、第一編總則編、第二編物權編、第三編債權編、第四編親族編、第五編相續編ト爲ス組織ナリ、「サクセン」民法先ツ之ヲ採用シ、「バイエルン」民法草案（千八百六十一年）モ之ニ倣ヘルモ債權編ヲ物權編ノ前ニ置ク、獨逸民法ハ第一草案以來「バイエルン」草案ニ倣ヒタリ、其理由ハ、債權法ハ(一)取引上尤モ大切ナリ(二)債權法ハ他ノ各編ノ規定ヲ前提トスルコト少シ、反之他ノ各編ノ規定ハ大抵債權法ヲ以テ前提トナスト云フニ在リ、（獨逸民法理由書緒論三頁然レトモ此ノ論ニ對シテハ學者ノ比評甚タ區々タリ、Vergl. Staudinger I. S. 9 Endemann, Einfuhlung I S. 18, Hoelder Kommentar S. 59.60 ハ之レヲ可トス）我民法ハ前示ノ「サクセン」民法ヲ以テ範トス、其ノ旨意ハ第一編ニ於テ他ノ各編ニ共通ナル規定ヲ設ケ、（勿論原則トシテ）以テ其ノ規定ノ重複ヲ避ケ、第二編第三編ハ共ニ純然タル財産權ノ規定ナリト雖モ、物權債權性質ヲ異ニスルカ故ニ各々獨立セシメ、第四編ニ於テ親族關係ヲ規定シ、終リニ人ノ死亡ニヨリ生スル權利義務ノ移轉即チ相續遺贈ヲ規定セルモノナリ、

立法ノ便宜問題トシテハ知ラス、學理上此ノ編別法ハ一定ノ標準ヲ貫クモノニ非ス、即チ第二編乃至第四編ハ權利ノ性質ヲ以テ標準トナシ、第五編ニ於テハ權利ノ移轉原因ヲ規定シ、以テ前三者ニ對セシムレハナリ、其他詳細ノ點ニ付キテハ、各編ノ緒論ニ於テ論スル處アル可シ、（富井博士民法原論六十一頁以下參照）

第五　民法附屬法及ヒ改正ノ條々

(一)民法ノ附屬法　民法ハ實體私法ヲ定ムルヲ以テ本領トナス、故ニ手續法ハ大抵之レヲ特別法トナセリ、其ノ主ナルモノハ民法施行法（三一、法十一號）、競賣法（三一、法十五號）、戸籍法（三一、法十二號）、人事訴訟手續法（三一、法十三號、）非訟事件手續法（三一、法十四號、）不動産登記法、（三二法二十四號）等ナリ、商法、民事訴訟法、破産法ハ民法ノ運用上至大ノ關係アリト雖モ、之ヲ民法ノ附屬法ト稱スルハ妥當ニ非サル可シ、是等ノ附屬法ハ只ニ民法ノ運用上必要ナルノミナラス、民法ノ解釋ヲ助ク可キ必要ナル材料ヲ供給スルコトアリ、故ニ併テ研究スルヲ要ス、

(二)改正補修ノ條々　民法施行セラレテヨリ茲ニ十四年、其ノ實際ノ活用ニ當リ不都合ナル點ヲ發見スルコト少ラス、既ニ左ノ改正補修ヲ經タリ、

(一)失火ノ責任ニ關スル件（三二、法四〇號）、(二)抵當權ニ關スル件、（三四、法三六號）(三)分家ニ關スル件、（三五、法三十七號、）(四)建物保護ニ關スル件即チ土地ノ賃借權、地上權ニ關スル件、（四二、法四〇號、）(五)立木ノ登記ニ關スル件（四二、法二二號、）等ナリ、

第六　民法ト慣習法ノ關係

(一)慣習法ハ制定法(民法典)ト同一ノ效力ヲ有ス　是レ從來大ニ議論ノ存セシ處ニシテ、今日猶決定シタル問題ニ非ス、而シテ其ノ問題タルヤ、獨リ民法上ノ問題ニ非スシテ、一般法律哲學上ノ問題ナリ、法律ノ本質ニ關スル問題ナリ、余輩ノ解スル處ニ於テハ、法律ハ人類共同生活ニ於ケル法的確信ノ表現ナリ、法的確信トハ服從セサル可ラストナス信念ヲ云フ(opinio necessitatis)是レ實ニ法規ノ特徴ニシテ道德宗教ノ規則ト區別セラル可キ要點ナリ、國民一般ニ絶對的ニ服從セサル可ラトス確信スル處ノ規則ハ、其ノ內容ノ眞否ニ拘ハラス凡テ法律ナリ、而シテ其ノ法的確信ノ表示ニ二方法アリ、立法機關ニヨル表示ト慣行ニヨル表示之ナリ、此ニ至テ制定法非制定法ノ差別ヲ生ス、然レトモ之レ唯法規ノ成立ノ形式ノ差別ニ過キス、其ノ法律タルノ效力ノ源ニ至テハ一ナリ、此ノ故ニ兩者ノ效力ハ同等ナリ、同等ナルカ故ニ後法ヲ以テ前法ヲ廢止變更スルコトヲ得ルノ原則ニヨリ、制定法ハ以テ慣習法ヲ變更廢止ス可ク、慣習法ハ又制定法ヲ廢止變更スルコトヲ得、而シテ制定法ヲ以テ將來ノ制定法ノ發生ヲ防止スルコトヲ得サルト同一ノ理由ニヨリ、制定法ヲ以テ將來ノ反對ノ慣習法ノ發生ヲ防止スルヲ得ス、我法例第二條ハ既存ノ慣習法ニ關スル規定ニシテ、將來發生ス可キ慣習法ヲ防遏セント企テタルモノニ非ス、假リニ將來ノ慣習法ニモ關スルモノト解スルモ、慣習法ハ能ク法例第二條ノ規定ヲ變更廢止スルコトヲ得ルカ故ニ、其ノ曉ニ於テハ慣習法ノ發生ニ何等ノ制限ヲモ加フルモノナシ、慣習法ノ效力ニ關シ凡ソ三種ノ學說立法例アリ、

(イ)無效說　之レ既ニ羅馬ノ「コンスタンチン」帝ニヨリ唱ヘラレタル所ナリ、後十八世記ノ終ヨリ十九世記ノ始メニ渉リ、法典熱ノ流行セル時ニ際シテハ慣習法ノ運命ハ益々危殆ニ瀕シ、諸國ノ法典中ニ全然之レカ效力ヲ排斥スルモノ少カラス、例ヘハ普國國法緒論第三條ハ法典ニ收メラレサル慣習ハ效力ナキ旨ヲ規定シ、墺國民法第九條ハ本法ハ立法者ニヨリ變更セラレ又ハ明示的ニ廢止セラルヽ迄效力ヲ有ス可シ、第十條ハ慣習ハ法典カ之レヲ適用ス可キモノトセル場合ニ限リ適用セラル可シト規定シ、佛國民法モ亦同樣ニ解セラル、(Sachariae-crome Freiv l Recht. Bd. I. S. 90.)其他バーテン國法第六條「サクセン」國法第二十八條等ハ、慣習ハ只當事者ノ意思ヲ解釋スルノ具ニシテ法律タルノ效力ヲ有セスト規定ス、之等ハ皆法典ノ明瞭ナルノ利益ヲ知テ、社會ノ變遷ハ一日モ已ム時ナキヲ知ラサルノ謬見ニ出テタルモノニシテ、立法政策ヲ誤リタルモノナリ、抑モ法ノ存在トハ法ノ實行セラルヽヲ云フ、實行ハ法ノ生命ナリ、國民ノ法的確信カ著シク變更

セラレ現在ノ制法ヲ實行セサルニ於テハ、法文ハ其儘ニ存スルモ法トシテハ、既ニ死滅シタルモノナリ、而シテ國民ノ法的確信ノ變遷ハ、制定法ヲ以テ支配シ得可キモノニ非サルカ故ニ、慣習法ニヨル制定法ノ廢止ハ之ヲ禁スルヲ得ス、

(ロ)同效說　之レ獨逸歷史法派ノ宿論ナリ（Gierke, D.P.R.B'.I.S.171.2. Stobbe-LehmannD. P. R. § 23. n.I, Be el r, D. P. R. S. 32）羅馬法モ亦然リシナル可シ（Derunburg Pand, Bd. I. § 28. nm,5Regelsberger Pand. I § 23, Windscoeid. Pand. I. § 18. anm2）獨逸新民法制定ノ際ニ當リテハ、其第一草案第二條ニ於テ慣習法ハ法典ノ認メタル者ニ限リ效力アリト規定セリ、蓋シ法曹會ノ決議ニ從ヘルモノナリ（mo iu S.6.7.）然レトモ遂ニ世論ニ抗スル能ハスシテ之ヲ削除シ、今ヤ慣習法ハ制定法ヲ改廢スルノ力アリト解スルヲ通說トス（Euneccerus. Lehrbuch. Bd. I S.123; Hoelder, allg S. 52. crome. System Bd. I. S 80. C.sackI.3.39. Standinger I 11. Oertmann XII 兩者ノ關係ハ實力ノ優劣ニヨリ決ストナスモノハ Endemann, I.S.34. 之レ非ナリ）

(ハ)補充的效力說　即チ制定法ニ反對スルヲ得サレトモ、制定法ニ規定ナキ事項ニ付キテハ法律タルノ效力アリトナス、我法例第二條ハ往々此ノ如クニ解セラル、之レ實ハ(イ)ノ主義ト其ノ根據ヲ同フシ、制定法ニ卓越セル效力アリトスルモノニシテ不能ヲ求ムルモノナリ只(イ)ハ全部ノ無效ヲ主張シ、本說ハ一部ノ無效ヲ主張スルヲ差異トス、其ノ誤レルコトハ既ニ述ヘタリ。

(ニ)慣習法ノ成立要件　慣習法ノ法効ノ根據ニ付テハ、國民ノ暗默意思（(tacitus consensus popoli.)ニ因ルトナスアリ、主權者ノ暗默ノ同意（tacitus conseusus speriotis)ニ因ルトナスアリ、或ハ又時效ニ因リ個人カ權利ヲ取得スルカ如ク、國民ハ永年ノ慣習ニヨリ法律ヲ取得スト說明ス、是等ノ說ノ批評ハ他日ニ讓リ、直ニ余ノ信スル處ヲ述ヘン、抑モ法ノ最終ノ源ハ人ニ在リ、人ノ法的確信ニ在リ、人ナクンハ法ナク、人ニシテ法的確信ナクンハ又法アルコトナシ、法ノ最終ノ源ハ人ノ法的確信ニ在リ、多數人カ一定ノ地區ニ住シ、互ニ相交通スルニ至リテハ、各個人ハ意識的若シクハ無意識的ニ相互的ニ心理上ノ影響ヲ受ケ、一ノ團體ニ屬スル個人ハ、自ラ一定ノ心理的傾向ヲ有スルニ至ル、日本人ニハ自ラ日本的ノ氣象アリ、支那人ニハ支那魂アル可シ、之レヲ擂象的ニ觀念シテ團體意思又ハ共同意思ト云フ、（Wundt, P. ilosophie S 611ff 參照）之レ余輩ノ所謂共同的確信ナリ、只意思ナル文字ハ欲望ト通シ、語弊アルヲ以テ確信ト改メタルノミ、其共同的確信ハ事物ノ各方面ニ涉テ存ス、其中彼ノ規則之レ絕對ニ服從セサル可ラストナスモノ之レヲ法的確信（法律ナリトノ確信ノ義ヲ約ス）ト稱ス、其ノ法的確信ヲ生スルノ原因ハ種々アリ、理性ニ基ク場合アリ、立法機關ニ對スル確信ノ如キハ之ナリ、人ノ慣習性ニ基ク場合アリ、慣習法ハ主トシテ此ニ發源ス、然レトモ法的確信其ノモノハ未タ法ニ非ス、法ヲ形成ス可キ一ノ原案ニ過キス、

法的確信カ發現シテ、具體的形體ヲ採ルニ及ンテ始メテ法トナル、故ニ慣習法カ、成立スルニハ内部ノ要素ト外部ノ要素ヲ必要トス、恰モ制定法ノ成立ニハ立法機關ノ成立ト、其ノ意思ノ發表トヲ要スルト相似タリ、

(イ)内部要素

内部要素ハ即チ法的確信ナリ、彼ノ規則ニハ絕對ニ服從ス可キ義務アリトナス自覺之ナリ、其ノ内容ハ之レヲ問ハス、其ノ内容ハ善法惡法ノ分カルヽ所以ニシテ、國民ノ文化ノ程度ニヨリ異ル、人或ハ(一)其ノ合理的、(Rationabität)ナルコトヲ要求ス(例ヘハDernburg. Pand. Dd. I §28. Regelsberger I §20)、然レトモ之レ必要ニ非ス、其ノ時代民心ノ一般ニ向フ所之レヲ是レ合理ト云フヨリ外ナシ、故ニ腐敗シタル時代、腐敗シタル國民ノ間ニハ自ラ腐敗シタル法律ヲ生スヘシ (Gierke D. P. R. I s 20同論)、(二)或ハ又慣習カ法ノ誤解ニ出テサルヲ要ストナス、(Dernburg Pand. I §27)、其ノ理由ハ制定法ノ誤解カ法效ヲ生ストセハ、立法ノ精神ハ沒却セラル可シト云フニ在リ、然レトモ慣習法ハ畢竟制定法ヲ改廢スルノ力アルモノナラハ、誤解曲解ト雖モ慣習トナルニ於テハ法效ヲ生スルニ差支ナシ、

(ロ)外部要素

外部要素ハ即チ慣行ナリ、慣行トハ或期間或事項ニ付キ同樣ノ行爲ヲ反覆スルヲ云フ、然レトモ其ノ反覆ノ度數及ヒ期間ハ、數ヲ以テ示スヲ得ス、要ハ規則ノ發現カ確實ナルニ在リ、

(三)慣習法ノ適用

慣習法ハ法律ナルカ故ニ、裁判官ハ職務上當然之レヲ知ラサル可ラス、事實上之レヲ知ラサルトキハ自ラ進ンテ之レヲ研究ス可シ、又當事者ハ自己ノ利益ノ爲メニ證明シテ之レヲ助ク可シ、裁判所之レヲ適用セス、又ハ誤解スルニ於テハ上告ノ理由トナル、我民事訴訟法ハ(二一九)當事者ハ之レヲ立證スルヲ要シ、且ツ裁判所ハ當事者ノ申立ノ有無ニ拘ハラス、職權ヲ以テ必要ナル取調ヲナシ得ル旨ヲ規定ス、此ノ規定タルヤ未タ慣習法ノ性質ヲ十分ニ了解セサル嫌アリ、元來慣習法ノ立證ハ事實ノ立證ニ非ラス、其實際知レ難キカ故ニ之レヲ立證シテ裁判官ヲ助クルニ過キサルナリ、故ニ其ノ立證ハ通常ノ事實ノ立證ニ關スル法則ノ支配ヲ受クルモノニ非ス、裁判所ハ當事者カ全ク申立ヲ爲サヽル場合ニモ職權調査ヲナス可キモノナリ、通常慣習法ノ立證ノ用ニ供セラルヽモノハ、古文書、先例古老ノ證言、法律格言等ナリ、

(四)地方的慣習法

地方慣習ハ其ノ地方ニ關シテ民法ヲ廢止スルノ效力アル慣習法トナルコトナシ、人或ハ地方慣習ハ其ノ地方ニ關シ民法ノ例外ヲナス特別法ト同一ノ效力アル法規ヲ定ムルニ至ル可シト解ス、然レトモ之レ誤レリ、能ク法ヲ作ル者ハ又能ク之レヲ廢止ス、一般的又ハ共同的法的確信ハ一般法ノ源ナリ、故ニ一般慣習法ハ能ク民法ヲ廢止ス、然レトモ自ラ法ヲ作ル能ハサル者ハ之レヲ廢止ス

ルノ力ナシ、一地方ノ人集ハ全國ニ對シテ法ヲ作ルノ能力ナシ、故ニ一般法タル民法ヲ廢止スルノ力ナシ、且ツ反對論ハ政策上不可ナリ、全國ノ法律ヲ統一センカ爲メニ作リタル民法ヲ、各地ノ慣習ニヨリ廢止シ得ルモノトセハ、再ヒ各地法制ヲ異ニスルニ至ル可ケレハナリ、獨逸ノ學者ハ通常右ト同論ナリ、(Vergl. Crome I s 85. Certmann-Garais Eimleitung 14. Planck I s 38 Eunecerus I §. 123.) 而レトモ地方慣習ハ一般法ノ規定ニ反セサル範圍ニ於テハ、前述(二)ノ條件ヲ具備スルニヨリ法規タル效力ヲ生ス、即チ現在ニ於テハ、法例第二條ノ規定ニ反スルヲ得サルカ故ニ(一)公ノ秩序ニ反セサルコト(二)法令ニ規定ナキ事項ニ關シ法律ト同一ノ效力ヲ生ス、

(五)事實タル慣習　事實タル慣習トハ法タルノ效力ナキ慣習ヲ云フ、(Verkehessitte. Geschaftsgebrauch.) 絕對服從ノ確信ヲ欠ク慣行之ナリ、全國ニ渉リ存スルアリ、一地方ニ限リ存スルアリ、醫師辯護士、貴族、僧侶等或階級ノ人士ノ間ニ存スルアリ、或ハ又甲商店乙商店ノ間ト云フ如ク特定人ノ間ニノミ存スルアリ、此ノ種類ノ慣習ハ法規ヲ定メス、故ニ裁判官ハ之レヲ適用スルヲ得ス、然レトモ意思表示ノ解釋上極メテ大切ナリ、即チ法律行爲ノ當事者カ慣習ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ム可キトキハ、其ノ慣習ニ依テ意思ヲ解釋ス(九二)慣習法ハ當事者カ之レヲ知ルト否トニ關ハラス、裁判所ハ當然之レヲ適用スルコト制定法ト異ナラサレトモ、事實タル慣習ハ意思解釋ノ資料トナルニ過サルカ故ニ、當事者カ之レヲ知ラサル場合ニハ適用ナシ、又慣習法ハ一般慣習法ナルト地方慣習法ナルトニ論ナク裁判所職權ヲ以ツテ調査ス可キモノナレトモ、事實タル慣習ハ必ラス當事者ノ立證ヲ俟ツ可キモノナリ、

第七　民法ノ解釋

(一)法ノ檢認 (Pruefung d. Recht. od Kritik) 法ノ適用ハ法ノ解釋ヲ待チ、法ノ解釋ハ法ノ檢認ヲ以テ前提トナス、法ノ檢認トハ有效ナル法律存在スルヤ否ヤヲ確ムル行爲ヲ云フ、換言スレハ或法文カ法律トシテ現ニ有效ナリヤ否ヤヲ檢査スルニ在リ、有效ナル法ノ存在ニハ一方ニ於テハ法カ適法ニ成立セルヲ要シ、他ノ一方ニ於テハ其ノ成立後消滅原因ノ生セサルヲ要ス、民法典其ノモノニ付キテハ實際上檢認ノ必要ナカル可シ、然レトモ民法前後ノ單行ノ法律命令ニ付キテハ其ノ必要ヲ見ル、

(イ)裁判官ノ制定法檢認ノ權限　我國法上裁判官ノ法ヲ審査スル權限ニ付キ直接ニ規定シタルモノナシ、然シナカラ裁判官ハ有效ナル法ヲ適用スルノ職責ヲ有ス、故ニ或法文カ有效ナリヤ否ヤヲ審査スルノ權ハ、當然其ノ職務ニ包含セ

ラル、モノト云ハサル可ラス、法ノ有效無效ヲ審査スルハ啻ニ其ノ權利ニ屬スルノミナラス又其ノ義務ナリ、然レトモ其ノ範圍ニ付キテハ疑ハシキ問題少カラス、

(ロ)公布ノ有無ヲ審査ス　此ノ點ハ學說一致スル處ナリ、(S. Gierke. D. P. R. I. S. 135. 6. Regelsderger I s. 135.)、公布ハ只ニ法律ヲ告知スル事實上ノ行爲ニ非ス、法律制定ノ一條件タリ、今日ノ法制ニ於テハ公布ノ權限アル機關カ適法ノ方法ニヨリ之レヲ爲スヲ要ス、

(a)公布機關　公布機關ハ必シモ立法機關ト同一ナルヲ要セス、然レトモ公布ハ法律制定ノ一順序ニ屬スルモノナレハ、別段ノ規定ナキ限リハ立法ノ權限アルモノハ同時ニ公布ノ權限アリ、憲法上ノ法律及ヒ敕令ハ天皇之レヲ公布ス(憲法第六條明治四十年公式令第六條第七條)閣令省令ハ之レヲ發スル機關各々公布ノ權限ヲ有ス、(公式令第十條)明治四十年前ニ發布セラレタル法律命令ハ公文式ニ依ル可キモノナリ、然シ其ノ內容ハ公式令ト同一ナリ、警視廳令府縣令等ニ付キテハ、明治二十六年十月地方官ノ發スル命令ノ公布式ニ依リ、命令ヲ發スル官廳自ラ公布ス、

(b)公布方法　公布ハ單ニ事實上ノ行爲ニ非サルカ故ニ、公布ノ方法モ亦法律ニ定メタル方法ニ依ルヲ要ス、法律敕令、閣令、省令等ハ官報ニ塔載シテ公布ス(公式令第十二條)、警視廳令以下ハ官報ニ依ラス、之等ノ命令自身カ便宜之レヲ定ム、通例ハ地方新聞ヲ指定シテ之レニ塔載ス(明治二十六年十月敕令第百九十八號)、以上ノ要件ヲ具シタルモノニ非サレハ適法ノ公布ニ非ス、公布ナキ法律、公布ノ權限ナキ機關ノ公布シタル法律、及ヒ適法ノ方法ニヨラスシテ公布シタル法律ハ、拘束力ヲ生スルコトナシ、故ニ裁判官カ之等ノ事實ヲ發見シタルトキハ、其ノ法律命令ハ之レヲ適用ス可ラス、

(ハ)權限ノ有無ヲ審査ス　官廳ノ發スル命令ニ付キテハ、其ノ權限ヲ越ユルコトナキヤ否ヤヲ審査ス、是レ又今日學說ノ一致スル處ナリ、蓋シ官廳ハ法令ニヨリ付與セラレタル權限ノ範圍內ニ於テノミ命令ヲ發スルノ權アリ、其ノ權限ヲ越ユレハ全ク立法權ナシ、故ニ命令ノ有效無效ヲ檢スルニハ第一ニ此ノ點ニ着目スルヲ要ス(Laband Staatsrecht. II s 58. Regelsberger S. 138.)、

(ニ)憲法上ノ法律ニ付キテハ議會ノ協贊ノ有無ヲ審査ス可シ　此ノ點ハ從來議論ノ多キ處ナリ、(Verg Laband. staatsrecht. II § 55. insbesondere S. 42ff)、或ハ曰ハク議會ノ成立兩院ノ協贊、絕對多數ニヨル議決ノ有無等ハ立法府ノ內部關係ニ屬シ(interna corpolis)、立法府自身ニ其ノ有效無效ヲ審査スル權限アリ、故ニ立法府カ自

己ノ行爲トシテ發表スル所ノモノニ對シテ裁判所ハ審査權ナシト、然レトモ此ノ說ハ恐クハ誤リナラン、何トナレハ儼然タル憲法ノ存スル限リハ、立法府ハ憲法ノ規定ニ違反シテ立法スルヲ得ス、之ニ反スルモノハ違憲ノ法律ニシテ無效ナリ、憲法ハ法律ハ必ス帝國議會ノ協贊ヲ經ルコトヲ要求ス、故ニ帝國議會ノ協贊ヲ經サルモノハ法律タルノ效力ヲ生セス、又帝國議會ノ協贊ハ合法ナルヲ要ス、故ニ苟モ違法ナル點アルトキハ協贊タルノ價値ナシ、從テ有效ナル法律ヲ成立セシムルノ力ナシ故ニ有效ナル法律ヲ發見スルニハ此點ヲ審査スルヲ要ス、法律ノ公布式トシテハ帝國議會ノ協贊ヲ經タル旨ヲ記載スルヲ要ス（公式令第六條）此方式ヲ備ヘサルモノハ之レ帝國議會ノ協贊ヲ經サル證ナリ、然レトモ之ヲ備ヘタリトスルモ事實上協贊ヲ經サルモノハ法律トシテ成立スルコトナシ、

(ホ)裁判所ノ實質上ノ點ニ付キ憲法違反ヲ審査スル權限

此ノ點ハ只ニ學說ノ岐ルノミナラス諸國ノ憲法ノ大ニ異ル處ナリ、普國憲法ハ明文ヲ以テ之レヲ裁判所ヨリ奪ヒ（普國憲法第百六條）米國憲法ハ明文ヲ以テ之レヲ裁判所ニ與ヘタリ、我國ノ憲法ニハ直接ノ明文ナシ、或ハ曰ハン、苟モ憲法ノ存スル以上ハ實質上之レニ反對スル法律ハ憲法違反ナリト、曰ハク然リ、想像上實質上ノ違憲法律アリ得ルナリ、然シナカラ之ヲ以テ何人カ憲法違反ヲ裁斷スルノ權能アリヤノ問題ト混合スルヲ得ス、余ハ茲ニハ只裁判所ニ裁斷權能ナシト主張スルノミ、抑モ我國ノ憲法ハ天皇單獨ノ意思ヲ以テ定メ給ヘル憲法ナリ、故ニ其ノ最上ノ解釋權ハ天皇ニ在リ、天皇ノ意見ヲ以テ憲法違反ニアラストシテ裁可シタル法律ハ確定的ニ憲法違反ニ非ス故ニ、裁判所ノ解釋ヲ以テ之レヲ爭フヲ得ス（Laband, a. a. O. II S. 38ff.）人或ハ難セン、帝國議會ノ協贊ノ有無ハ之ヲ審査ス可シトナシ、實質上ノ點ハ審査スルヲ得ストナスハ是レ矛盾ナラスヤト、曰ハク然ラス、帝國議會ノ協贊ノ有無ハ事實ナリ意見ニ非ス、故ニ之ヲ審査スルモ天皇ノ解釋權ヲ爭フモノニ非ス、然ルニ實質上ノ問題ニ付キ審査ヲ許ストセハ、之意見ヲ相鬪ハスモノナリ、故ニ天皇ニ勝ツ能ハストナサヽル可ラサルナリ、且ツ又實際上ノ結果ニ付キテモ反對論ハ不可ナリ、何トナレハ法ヲ適用スルモノハ獨リ裁判所ノミニ非ス、行政官廳モ皆之レヲ適用ス、然ラハ行政官廳モ亦裁判所ト同シク、憲法違反ヲ判シ其ノ無效ヲ宣言スルノ權ナカル可ラス、然ラハ即チ同一ノ法律ニ關シテ裁判所行政廳意見ヲ異ニシ、臣民ハ其ノ適從スル處ヲ知ラサルニ至ル可シ、

(ヘ)立法ノ理由ニ付キテハ裁判所ハ審査スル權ナシ

例ヘハ或法律又ハ命令カ立法政策上甚タ失當ニシテ、國民ノ福利ヲ害スルコト顯著ナル場合ニ於テモ、其ノ形式ニシテ完備セル以上ハ、裁判所ハ之レヲ適用セサル可ラス、家康百ケ

條ニ曰ク、法ハ理ヲ敗ルコトアリ、理ハ法ヲ破ルコトナシト、之ナリ、

（ト）法律ノ消滅原因ノ檢認　右ノ如クニシテ法律ノ有效ニ成立セルヲ確メ、而シテ後其ノ法律ノ消滅セサリシヤ否ヤヲ確メサル可ラス、法律ノ消滅原因ハ法律自身ニ之レヲ定ムルアリ、例ヘハ有效期間ヲ定ムルカ如シ、又後法カ明ニ前法ヲ廢止スル旨ヲ規定スルアリ、此ノ場合ニハ法律ト命令ノ關係ニ注意スルヲ要ス、又明ニ廢止ノ旨ヲ規定セサルモ、前法ト矛盾スル規定ヲ定メタルトキハ、前法ハ後法ニヨリ廢止セラル可シ、又反對ノ一般慣習法ニヨリ制定法ノ廢止セラルヽコトハ、之レヲ慣習法ノ段ニ述ヘタリ、

（二）民法解釋ノ意義及ヒ其ノ種類　民法ノ解釋トハ民法ノ内容ヲ確定セシムルコトヲ云フ、法規ノ内容確定シテ初メテ實際問題ニ適用スルコトヲ得、故ニ解釋ノ必要ハ決シテ立法ノ必要ニ讓ラス、解釋ノ困難ハ又決シテ立法ノ困難ニ讓ラス、解釋ノ種類ハ通常大別シテ二トナス、

（イ）公權的解釋　公權的解釋トハ法律ヲ以テ法律ヲ解釋スルヲ云フ、其ノ解釋ハ強制的效力アリ、故ニ之レヲ強制的解釋ト稱スルコトアリ、公權的解釋ハ或ハ制定法ヲ以テナスコトアリ、此ノ場合ニハ立法的解釋ト云フ、或ハ又慣習法ニ依ルコトアリ、此ノ場合ニハ慣行的解釋ト云フ、何レニシテモ法律ヲ以テ法律ヲ解釋スルモノニシテ、其ノ目的ハ前法ノ解釋ニ在リ然レトモ其ノ實ハ新ナル立法ナリ、故ニ公權的解釋ハ解釋ニ非ストナス論モ少カラス、解釋スル處ノ法律ハ解釋セラル處ノ法律ト同一ノ效力ヲ具備スルコトヲ要ス、命令ヲ以テ憲法上ノ法律ヲ解釋スルモ、公權的ノ力ナシ、此ノ場合ニハ同一ノ事項ニ付キ法律ト命令ト併ヒ存スルニ至ル、故ニ命令ノ規定ハ法律ニ一歩ヲ讓ル、公權的解釋ハ其ノ效力ヲ既往ニ及ホス、蓋シ解釋ナレハナリ(Regelsberger I. § 142. Derunburg Pand. I § 37)、然シナカラ如何ナル點マテ溯及スルヤニ付キ定說ナシ、余輩ノ尤モ健穩ト信スル處ニヨレハ、(一)公權解釋前ニ生シタルモ未タ判決ヲ經サルモノ、(二)既ニ判決ヲ經タルモ未タ確定セサルモノニ對シテハ溯及ス可シ、(一)既ニ確定判決ヲ經タルモノ、(二)判決ニ依ラス當事者ノ行爲ニ依リ既ニ結了シタル事件ニ對シテハ溯及セサルモノトス(Deruburg. a. o. O. Windscheid. I § 33)、公權的解釋ハ近時甚タ稀ナリ、

（ロ）學理的解釋　學理的解釋ハ裁判所、私人ノ解釋ニシテ強制力ヲ有セス、是レ眞ノ解釋ニシテ尤モ大切ナルモノナリ、以下述フル處ハ凡テ學理的解釋ニ關ス、

（三）民法解釋ノ方法

（イ）解釋ノ資料ヲ外國法ニ求メサルヲ得ズ　歐米ニ於テハ、多クハ其ノ國ニ於テ學術先ツ進歩シテ而シテ後法典成ル、故ニ自國ノ法學ノ力ヲ以テ之レヲ解

釋スルコトヲ得、然ルニ我國ノ事情ハ全ク之レニ反シ、法律學未タ發達セサルニ法典先ツ成レリ、而シテ其ノ成立ノ歷史ニ徵スルニ、家族制度家督相續等ヲ除キテハ、大抵ハ範ヲ歐米ニ取レリ、故ニ民法ヲ解釋シ其ノ意義ヲ明ニスルニハ、外國法ノ研究ニ力ヲ用ヒサル可ラス、之レ悲シム可キ現象ナリト雖モ、後進國ノ常トシテ又已ヲ得サルナリ、殊ニ困難ナルハ、民法編纂ニ際シ參考シタル外國法ノ多數ナルコトナリ、少クトモ英佛獨ノ法律ハ大ニ影響ヲ與ヘタリ、然シ之レ等ヲ悉ク研究スルハ實ニ容易ナラサル業ナリ例ヘハ契約ナル文字ニ相當スル語ハ、英Contract、佛contrat、獨Vertrag.ナリ、而シテ各々多少其ノ意味ヲ異ニス、今我民法ノ契約トハ果シテ何レニ依レルモノナリヤ、契約ノ語義ニシテ已ニ然リ、況ンヤ其ノ他ノ少細ナルモノニ於テヲヤ、故ニ法典ノ解釋稍ヤ一定シ、國民ノ普通生活ト相接近スルニ至ルハ、遠キ將來ニ待タサル可ラス、

(ロ)法文ノ文字ハ普通ノ語義ニ從フ

文字ハ時代、地方、或ハ之レヲ用ユル人ニヨリ、其ノ意義ヲ異ニスルコトアリ、然レトモ法律ハ普通一般人ニ對スル國家意思ノ傳達ニ外ナラサレハ、其ノ文字ハ普通ノ意義ヲ有スルモノト解釋セサル可ラス、是レ實ニ條文解釋ノ第一義ナリ、然シ普通ノ意義ニ解釋シテ意ヲ通セサルカ又ハ非常ニ不都合ノ結果トナルカ、或ハ全ク普通ニ用ヒサル文字アル場合ニハ、之レヲ法律學ノ力ニ訴ヘサル可ラス、之レ術語ニシテ、特別ノ意義ヲ有スルモノナリ、而シテ其ノ術語ノ解釋ニ付キ特ニ困難ナル事情存ス、即チ我民法ハ歐米ノ法律ヲ承繼移殖シタルモノナルカ故ニ、歐米ノ法律ヲ研究スルニ非サレハ、其ノ意義ヲ明ニスルヲ得サルコト之ナリ

(ハ)民法ヲ全體トシテ解釋スルヲ要ス

民法ハ五編千百四十六條ヨリ成ルト雖モ、是レ一個ノ法典ナルカ故ニ、前後貫通全體ヲ總合スル基礎的觀念アリテ之レヲ支配スルモノナリ、故ニ其ノ各條ハ互ニ連絡ヲ保チ相矛盾セサル樣ニ解釋スルニ力ム可シ、是レ解釋ノ最終ノ目的ナリ、此ノ如キハ推理ノ方法ニ依ルコト多シ、故ニ學者之レヲ論理的解釋ト云フ、抑モ民法ハ人生ノ私的生活ノ全部ヲ支配スルモノナリ、而シテ人生ハ諸種無數ノ方面ヲ有スト雖モ、畢竟ハ調和アル一全體ヲナスモノナリ、法律モ亦之レニ相當フ、其ノ多數ノ規定ハ變化アル日常生活ニ相當ス、然レトモ法律全體トシテハ一體トシテノ人生ニ相當セサル可ラフ、是レ實ニ法律ノ統一的解釋ヲナス必要アル所以ナリ、若シモ人生カ前後左右相矛盾スルヲ許シ、又ハ其ノ各方面各々獨立セルモノナラハ、其ノ各方面ヲ規定セル法條ヲ他ノ部分ト無關係ニ解釋セハ能事終ル可キナリ、然レトモ人間ノ生活ハ一體ナリ、故ニ法律モ亦相調和スル一體タラサル可ラス、之レ統合的解釋ノ基

體ナリ、此ニ於テカ各條ニ對シテ擴張的解釋、縮少的解釋ノ必要ヲ生ス、一條一項ノ法規ハ全體ノ一部ニシテ獨立存在ヲ有セス、一ノ規定ノ內容カ他ノ規定ノ內容ト相競合スルコトアリ、此ノ場合ニハ何レカ一方カ縮少的ニ解釋セラル、ニ非サレハ、全體トシテノ調和ヲ失ス、或ハ又或事項ニ付キテハ全ク固有ノ規定ヲ欠クコトアリ、此ニ於テカ他ノ規定ヲ擴張的ニ解釋シテ以テ其ノ缺ヲ補ヒ、而シテ全體ト調和ヲ保タシムルノ必要アルナリ、此ノ如クニ多數ノ規定ヲ相牽聯セシメテ解スルトキハ、人事百端其ノ數限リナシト雖モ、法典ノ中ヨリ大抵ノ場合ニ應スルノ規則ヲ求ムルコトヲ得可シ、現行法解釋ノ能事ハ統合的解釋ニ盡ク、

第八　類推適用 Analogie.

(一)類推適用ノ意義及其性質　類推適用トハ或事項ニ付キ法規ノ缺ケタル場合ニ、之レト類似セル他ノ事項ニ關スル法規ヲ應用スルヲ云フ、其ノ性質ハ頗ル不明ニシテ凡ソ三種ノ學說アリ、

(イ)立法說　類推適用ハ適用ス可キ法規ナキヲ前提トシ、或法規、又ハ多數ノ法規ヨリ生スル結果ヲ立法者ノ豫測セサリシ場合ニ應用スルモノナレハ、其ノ場合ニ關シテ新法ヲ作ルモノナリト（Derunburg Pand I § 38. Beseler D. P. R. § 25. s. 72-73. Binding strafr s 46.）此ノ論ヤ頗ル鋭利ナルニ似タリ、然レトモ之レ裁判官ニ立法權ヲ與フルモノナリ、果シテ十分ナル根據アリヤ、

(ロ)解釋說　類推適用ハ解釋ナリトナス（Saviguy Syst. I s 46. Windsheid. I. S. 22. 23.）蓋シ類推適用ハ新シキ原則ヲ立ツルモノニ非ス、從來ノ原則ヲ活用スルニ過キス、是レ解釋說ノ起ル以所ナリ、然レトモ解釋ハ立法者ノ意思ヲ求ムルヲ本領トシ、法規ノ存在ヲ前提トス、然ルニ類推適用ハ法規ノ欠乏ヲ前提トシ、或法規ヲ立法者ノ想像セサリシ場合ニ適用スルモノナレハ、其ノ本質ニ於テ解釋ト異ル、故ニ此ノ說ハ謬ナリ、

(ハ)折中說　類推適用ハ其ノ本質ハ法ノ設定ナリ、然レトモ其ノ法律上ノ形式ハ解釋ナリトナスモノナリ、（Gierke D. P. R. I s. 141. Regelsberger. S. 141）之レ尤モ苦心シタル說ナリ、曰ハク類推適用ハ只ニ法ヲ解釋スルノミナラス、之レヲ開發シテ以テ新法規ヲ發見ス（法ノ設定）、然レトモ立法者タルノ態度ニ依ラス、現行法中ニ包含セラレタル原則ノ發展ヲ旨トス（外形ハ解釋ナリト）、故ニ其ノ說明ノ方法稍ヤ異ルト雖モ畢竟ハ立法說ナリ、

余ハ以上ノ說ニ服スル能ハス、余ノ見ル處ニヨレハ類推適用ハ立法ニ非ス、何トナレハ法規ヲ定メサレハナリ、又解釋ニ非ス、何トナレハ法規ナキヲ前提トスレハナ

リ、其性質ハ法規ノ欠ケタル場合ニハ類似ノ場合ニ關スル法規ヲ適用シテ以テ其ノ事件ヲ處分スルモノニシテ處分行爲ナリ、故ニ類推適用ニヨリ其ノ事件ハ終結ヲ告ケ、當事者間ノ權利義務ヲ定ムト雖モ、法規ヲ生スルコトナシ(Gierke. a. a. O. S. 142. Enneccerus I § 66.)、左レハ裁判官ノ立法權ノ根據ヲ問フノ必要ナシ、尤モ慣行セラル、トキハ慣習法トナルコトアリ得可シト雖モ、是レ自ラ別問題ナリ、

(二) 類推適用ノ必要

近世ノ立法ハ詳細ヲ極ムト雖モ、猶ホ遺漏ナキヲ保セス、又假リニ法律制定ノ當時ニ於テハ、完全無缺ナリトスルモ、人事ハ不斷ノ發達ヲナシ法典ハ往々百年ノ生命ヲ保ツ、此ノ故ニ實際上法典ノ豫想セサリシ新事件ヲ生シ、適用ス可キ法律ナキ場合ヲ生ス、此ノ欠ヲ補フノ手段トシテ、類推適用ハ尤モ適當ナルモノト信セラル、

(三) 類推適用ノ根據

類推適用ハ其ノ性質解釋ニ非ス、又眞ノ法ノ適用ニ非ス、此ノ故ニ裁判官ニ此ノ如キ權限アリヤ否ヤノ問題ヲ生ス、依テ明文ノ根據ヲ置キタル立法例アリ(例ヘハ墺民第七條普國國法緒論第四十七條)、獨逸民法モ其ノ第一草案ニ於テハ、第一條ニ類推適用ノ原則ヲ揭ケタリシカ、當然自明ノ事理トシテ削除セラレタリ、我國ニ於テハ何等明文ナシト雖モ其ノ必要ハ之レヲ爭フモノナカル可シ、然レトモ必要ハ未タ以テ法效ヲ生スルニ足ラス、之レテ說明スルモノ或ハ曰ハン之レ慣習法ナリト(Regelsberger a. a. O. § 37. anm 5. Enneccerus I S. 154. anm 3.)、然レトモ若シ之レヲ慣習法ナリトセハ、之レ成法ノ適用ニシテ類推適用ニ非サルナリ、或ハ又曰ハン之レ立法者ノ意思ノ推定ナリト、之レ非ナリ、其旨意若シ表示セラレタル立法者ノ意思ノ推定ナリトセハ、之レ解釋ニシテ推類適用ニ非ス、若シモ表示セラレサル意思ノ推定ナリトセハ此ノ如キノ意思果シテ何ノ效力アルカ、

余ノ解スル處ニ於テハ其ノ根據ハ裁判官ノ職責ニ存ス、蓋シ裁判官ハ法ノ欠缺ヲ理由トシテ、提起セラシタル訴訟ノ判決ヲ拒ムコトヲ得ス(佛民法第四條)、此ノ原則ハ我舊法例ノ末條ニ揭ケラレタルカ、現行法例ハ之レ當然ニシテ其ノ必要ナシトシテ削除セリ、故ニ今ヤ法文ニ規定ナシト雖モ、猶認メラレタル原則ナリ、裁判官ニ此ノ職責ナシトスレハ、類推適用ノ必要モナク又其ノ根據モナシ、恰モ此ノ職責存スルカ故ニ、適用ス可キ法律ナキ場合ニハ尤モ適當ナル標準トシテ類似ノ場合ニ關スル法規ヲ適用スルモノナリ、蓋シ同一ノ事件ハ同一ニ判決セラレ、類似ノ事件ハ類似ノ法規ノ支配ヲ受ク可キハ事理ノ當然ニシテ、理性ヲ有スル一般人類ノ確信ニ合ス、故ニ類推適用ノ根據ハ、形式上ハ裁判官ノ職責ニ存シ實質上ハ同一ノ事實ハ同一ノ規則ノ支配ヲ受ク可シトナス吾人ノ確信ニ在リ、

(四) 類推適用ノ要件

是レ實際上尤モ困難ナル問題ナリ、(一)ノ條件トシテ制定法

慣習法ニ適用ス可キ法規ナキヲ要ス、若シモ適用ス可キ法律存スルニ之レヲ發見又ハ了解スルヲ得スシテ、直チニ類推法ニ依ラハ之レ誤判ナリ、類推適用ノ危險ニシテ容易ニ採ル可ラサル理由茲ニ存ス、殊ニ我民法ノ規定ハ抽象的ナルモノ多シ、解釋宜キヲ得ハ運用ノ餘地頗ル廣シ、輕々ニ法律ノ缺陷ヲ斷言スルヲ得ス(二)ノ條件トシテハ類似ノ場合ニ關スル法規ヲ適用スルヲ要ス、凡ソ法律事實ハ或少數ノ場合ヲ除クノ外ハ多數ノ要素ヨリ構成セラル、其ノ要素ヲ一々點檢シテ尤モ類似シタル事項ニ關スル法律ヲ適用スルヲ要ス、例ヘハ現ニ問題トナレル事件ハ $a+b+c$ ナリ、然ルニ他ニ $a+b+x$ ニ關スル法規アリ、又 $a+b$ ニ關スル法規アリトセハ、何レニ依ル可キヤ、

第九　條理ハ民法ノ法源タル可キ乎

(一)條理トハ何ソヤ　是今日不可解ノ問題ナリ、條理ハ客觀的ニ存スル乎、曰ハク然リ曰ハク否、其ノ然リト云フハ他ナラス、今日ノ文明ノ最高最終ノ原則存スルヲ想像シ得レハナリ、其ノ否ト云フハ他ナラス、未タ之レヲ發見スル能ハサレハナリ、故ニ實際條理ニ依ル場合ニハ、裁判官ノ主觀的ノ理性ヲ標準トナサヽルヲ得サル可シ、

(二)條理ハ法源ニ非ズ　主觀的意義ニ於ケル條理ハ以テ法源タル可キカ、是レ近來獨逸ニ於テ論戰尤モ盛ナル問題ナリ、(Hedemann' Archiv f Bürg R. 31. S. 296 ff ニ學說一覽アリ又 Oertmann-Garais commentar Einleitung S. 17 ニ參考書ヲ集メタリ)、我國ニ於テハ明治八年布告第百三號ニ於テ成文法慣習法ナキ場合ニ於テハ條理ニヨリ裁判ス可キ旨ヲ定メタリ、故ニ人或ハ條理ハ第三位ニ於ケル法源ナリト說ク、然レトモ余ハ之レニ服セス、蓋シ客觀的法規ノ源ハ國民ノ共同的精神作用ニアリ、(意思又ハ確信)、故ニ一個人ノ意思ハ法源タルヲ得ス、或ハ曰ハン明治八年ノ布告ハ裁判官ニ與フルニ第三次ニ於ケル立法權ヲ以テシタルモノナリト、曰ハク然ラス、是レ裁判事務心得ナリ、條理ニヨリ裁判ス可キ旨ヲ命シタルノミ、條理ヲ以テ法トナスヲ許シタルモノニ非ス、故ニ條理ニ依リ裁判スルトキハ其ノ裁判ハ有效ニシテ、當事者間ノ關係ハ之ニヨリ確定ス、然レトモ一般人ニ對シテ拘束力ヲ生ス可キ法規ヲ生スルコトナシ、裁判ハ當事者ヲ拘束スト雖モ、法規ヲ設定スルモノニ非ス、是レ余カ條理ハ法源ニ非ストナス所以ナリ、乍然條理ニ基ク判決カ慣行セラレ、慣習法トナル場合ニ於テハ法規ヲ生スルハ勿論ナリ、

人又問ハシ、抑モ裁判ナル行爲ハ法律ヲ適用スル行爲ナラスヤ、然ラハ條理ニ依リ裁判ストセハ條理ハ裁判前ニ存シ裁判所ハ只之ヲ適用スルニ非スヤト、曰ハク之

レ條理ヲ客觀的ニ解セル論ナリ、若シ條理客觀的ニ存スルモノトセハ論者ノ說是ナリ、然レトモ如何セン今日其ノ標準ヲ得ル能ハス、條理ニヨルトハ平易ニ云ヘハ裁判官ノ見込ニヨリ裁斷ヲナスト云フト其ノ實ヲ異ニセス、其ノ事件ニ關シ適用ス可キ法律ナク、已ヲ得ス裁判官ノ主觀的理性（Subjektive vernunft）ニ訴ヘタルモノナリ、故ニ條理ニヨリ裁判スルハ法規ヲ適用シテ裁判スルニ非ス、法規ヲ適用セスシテ提起セラレタル事件ヲ處分スルモノナリ、

第十　私權ノ觀念

(一)一般的權利觀念ノ價値　自然法上ノ論ハ註釋書タル本書ノ問題外ナレハ措テ論セス、成法上ノ論トシテ一般的權利論ノ價値アリヤ否ヤ、是レ稍ヤ疑問ニ屬ス余ノ見ル處ニ於イテハ實際ニ存在シ、且ツ行ハルヽ處ノモノハ只各種ノ權利ニシテ、一般權利ナルモノハ存在セス、蓋シ成法上ノ論トシテ、一般的權利觀念ヲ定ムルハ、歸納法ニヨリ各種ノ權利ニ共通ナル觀念ヲ定ムルヨリ外ニ方法アルコトナシ、假ヘハ茲ニ$a+b$, $a+c$, $a+d$ナル權利アリト假定シ、$b+c+d=x$ナルヲ發見セハ、權利ハ$a+x$ナリト論斷スルナリ、故ニ現實ニハ$a+x$ナルモノ存在スルコトナシ、故ニ實際ニ當リ毀損セラルヽコトアリ又保護スルヲ要スル權利ハ只各種ノ權利ノミ、例ヘハ第七百九條ノ如キハ尤モ廣ク權利ナル文字ヲ使用スト雖モ、是レ成法ニヨリ認メラレタル各種ノ權利ヲ總稱スルノミ、故ニ實際上ハ只各種ノ權利ヲ研究スレハ足ル、法律ノ規定スル處モ亦各種ノ權利ニ過キス（岡村博士權利否定論、京都法學會雜誌四卷十二號）、然レトモ學術上ノ問題トシテハ各種ノ權利ニ通スル通念ヲ作リテ以テ思索ニ便スルノ益アリ、余輩ノ茲ニ權利論ヲナス亦此ノ旨趣ニ外ナラス、

又或ハ曰フ、權利觀念論ノ世ニ行ハルヽ久シ、然レトモ遂ニ歸一スル處ナシ、是レ其ノ用ユ可ラサル證ナリ、宜シク義務又ハ拘束（Zweckverband.）ノ觀念ヲ以テ之レニ代フ可シト（Puntschart, D. Modernen Theorie d. P. R. S. I ff.）、是レ所謂義務本位論ニシテ確カニ眞理ヲ包含ス、殊ニ我國ノ道德ノ如ク儒敎ト云ヒ武士道ト云ヒ皆義務ノ觀念ヲ以テ本位トナスモノニ於テハ、義務本位ノ法典ヲ以テ尤モ適當トナス、然シナカラ權利ト義務ハ常ニ相對スルカ故ニ、權利本位義務本位ト云フモ其ノ觀察ノ方面ヲ異ニスルノミニシテ內容ニ於テ異ルコトナシ、只間接ノ利益トシテ權利本位ハ個人ノ獨立進取ノ風ヲ獎成シ、義務本位ハ謙讓守成ノ德ヲ貴ク、其ノ弊害トシテハ義務本位ハ因循ノ風ヲ致シ、權利本位ハ相爭ノ俗ヲ釀スニ至ル、法律ヲ論スルモノ宜シク此ノ間接ノ效果ニ思ヲ致サヽル可ラス、羅馬法英國普通法ノ如キハ義務ノ方面ヨリ觀察スルヲ主トセリ、然ルニ自然法ノ勢力ニヨリ權利本位ハ大ニ力ヲ得今日ノ

法律學ノ大勢ヲ成シ、我立法者モ亦此ノ趨勢ニ準シ、權利本位ニヨリテ法典ヲ編成セリ、故ニ是非ノ論ハ別問題トシ民法ノ解釋トシテハ權利ヲ主トシテ立論スルヲ至當トス、

（二）權利ノ本質

權利ノ本質ニ關スル學說ハ頗ル多ク、凡ソ法律家ニシテ權利論ヲ試ミサルモノナシト云フテ可ナリ、然レトモ今猶定說ナシ、或ハ曰ハク權利ノ觀念ハ絕對ニ定ムルヲ得ス時ノ法律ノ變化ニ從テ之レヲ定メサルヘカラスト（Bekker Pand. S. 49.）、是レ尤モナル論ナリ、成法ノ解釋論トシテ一般的權利觀念ヲ求ムルニハ飽迄モ成法其ノモノヲ以テ前提トナサヽル可ラス、故ニ成法ノ變化スルニ從ヒ權利觀念ノ改マル可キハ當然ナリ或ハ又曰ハク權利ナル文字ニヨリ表彰セラルヽ思想ハ雜多ニシテ其ノ性質相異ルモノヲ包含ス、之レヲ總合シテ一ノ觀念ヲ作ルハ假令不能ニ非サルモ無益ノ業ナリト（Bierling, Zur Kritik S 147.）、曰ハク否、之レヲ實用ノ點ヨリ論スレハ論者ノ言ノ當レルコト前段ニ述ヘタルカ如シ、然レトモ實用以外ニ豈ニ有用ノモノ無カランヤ、請フ先ツ從來ノ學說ヲ述ヘンニ、

（イ）意思說

本來ノ意思說ハ人ノ心理上ノ意思ノ支配範圍（法律ノ保護ニヨリテ）ヲ以テ權利トナスモノナリ（Savigny syst. Bd. I §4. S.7）、曰ハク若シモ法規ハ意思ヲ制限スルモノナラハ權利ハ制限セラレタル意思ナラサル可ラスト（Gierke, Privatrecht. Bd. I. S. 253.）、此ノ說ハ現行法ヲ說明スルヲ得ス、何トナレハ權利ノ本質ハ個人ノ自然ノ（心理上ノ）意思ナリトセハ、意思ヲ有セサル者ハ權利ヲ有スル能ハサル結果トナラサル可ラス、然ルニ事實ハ之レニ反スレハナリ、

（ロ）法規說

是レ「ウインドシヤイト」一派ノ說ナリ、曰ハク權利ハ法律ニヨリ與ヘラレタル意思ノ力又ハ意思ノ支配力ナリト（Windheid' Pand. § 37.）、人通常之レヲ以テ意思說トナス、然レトモ氏ノ所謂意思トハ權利者ノ心理上ノ意思ヲ意味スルニ非スシテ法規其ノモノ、意思ヲ意味ス、即チ法規ヲ意味ス、故ニ結局或人ニ屬スル法規ノ力ナリト云フト異ルナシ、故ニ余ハ從來ノ慣行ニ反シテ法規說ト名ツケタリ、蓋シ前者ト區別シ其ノ特徵ヲ表示セシト欲スル微旨ニ外ナラス、此ノ如クニシテ「ウ」氏ハ意思無能力者カ權利主體トナリ能ハスト云フ不當ノ結果ヲ避クルヲ得タリ、又能ク權利ノ支配力ノ源ヲ示セリ、然レトモ惜ム可シ權利ノ內容實質ヲ示サス、氏ハ能ク權利ノ形式的定義ヲ完成シタルモノト云フ可シ、

（ハ）利益說

利益說ハ「イエリンク」ニヨリ始メテ唱導セラル、氏ノ定義ニヨレハ、權利ハ法律ニヨリテ保護セラレタル利益ナリ（Jhering Geist des Röm. R. III S. 327 ff）、氏ハ意思說ノ獨斷形式的ニシテ權利ノ目的、權利ノ實質ヲ表示セサルヲ以テ憾トナシ、專ラ權利ノ發生スル原因ヨリ立論シ、意思ハ權利ノ目的ニ非ス、又其ノ原動

力ニ非ス、故ニ意思又ハ力ト云フ觀念ヲ以テ權利ノ意義ヲ明ニスル能ハストシテ之ヲ排斥シ、進テ權利ニ實質的要素及ヒ形式的要素アルヲ示シ、實質的要素ハ有益、有用、所得等ニシテ、形式的要素ハ即チ法ノ保護ナリトシ、實質的要素ハ權利ノ神髓ニシテ、形式的要素ハ之レヲ保護スル表皮ニ過キストシ、猶其ノ二者ノ關係ヲ說キテ、前者ハ權利ノ目的ニシテ、後者ハ之レヲ達スル手段ニ過キストナシ、遂ニ重キヲ實質的要素ニ置キ、權利ハ法ニヨリテ保護セラレタル利益ナリト定義セリ、猶注意シテ利益トハ金錢上又ハ經濟上ノ利益ニ限ラス、廣ク無形ノ利益ヲ包含スルトナシ、法律ノ保護ハ私權ノ範圍ニ於テハ訴權ヲ意味ストナセリ、

利益說ニ對スル非難少カラス、曰ハク權利ノ目的カ利益ナルハ疑ヒナシト雖モ權利ノ目的ハ權利其ノモノニ非スト、之レ「ウインドシャイド」氏ノ批評ナリ、然リ利益說カ重キヲ目的ニ置クコト過キタルノ失アルハ事實ナリ、然レトモ是レ又同時ニ其ノ長所ニシテ、之レニヨリテ法規主義ノ形式的ニ流ルヽノ弊ヲ救フヲ得可シ、利益說ノ第二ノ欠點ハ法人ノ權利ヲ說明スル能ハサル點ニ在リ、「イエリング」氏ノ說明スル處ニヨレハ、權利主體ハ即チ利益ノ歸屬スル處ノ者ナラサル可ラス、故ニ社團法人ニ於テハ社員ヲ以テ權利者トナスニ非サレハ論理ヲ貫カス、是レ實ニ法人否認論ナリ、「イエリング」氏ハ實際此ノ結論ニ到着セリ(Geist Bd. III S. 61.)、然シ氏ハ法人ヲ論スルニ當リ其ノ論鋒ヲ轉シテ、法人ニ於テハ訴訟ノ實際ノ便宜ノ爲メニ外部ニ對シテハ、各社員ニ非スシテ全ク機械的ニ其ノ全體ヲ以テ一體トナシ以テ共同ノ利益ヲ保護セシム、之レ利益ト訴權トカ其ノ主體ヲ異ニスル例外ニシテ全ク法律ノ形式ノ結果ナリ、然レトモ之レヲ以テ社員ニ全ク權利ナシトナスハ不可ナリ、眞ノ權利者ハ社員ナリト、此ノ如クニ氏ハ自ラ利益說ノ欠點ヲ暴露シ、終リニ若シ余ノ法人論ヲ不可ナリトセハ宜シク先ツ權利論ニ對シテ攻撃ヲ加フ可シト結論セリ、是レニ依テ之レヲ見レハ、氏ノ權利論ハ法人ノ權利ヲ說明スルニ不適當ナルコトハ氏自ラ自覺セル處ナル可シ、

(二) 折衷說

以上ノ三說ハ多少ノ欠點アルニモセヨ共ニ眞理ヲ包含ス、現今法律思想界ニ於ケル主流ナリ、其ノ長ヲ採リ短ヲ補ヒ以テ完全ヲ期スルモノ即チ折衷說ナリ例ヘハ「レーゲルスベルゲル」氏ハ權利ハ承認セラレタル利益ヲ充實セシムル爲メノ力ナリト云ヒ(Pand. S. 76)、「イエリネック」氏ハ權利ハ人ノ意思ノ力ヲ認ムルニヨリテ保護セラレタル利益ナリト定義セリ(Syst. d. Subjektue Geffent. R. S. 42)、一ハ力ノ觀念ニ重キヲ置キ一ハ利益ノ觀念ニ重キヲ置ト雖モ共ニ折衷說ナリ、近頃ノ學者ハ大抵之レニ屬ス、今煩ヲ厭フテ一々上ケス、余モ亦力、利益、ノ二觀念ヲ結合スルヲ以テ尤モ至當ノ方法ト信スル者ナリ、

權利ハ如何ナル種類形狀性質ヲ有スルモノト雖モ必ラス二要素又ハ二方面ヨリ成ルモノナリ、(一)ハ實質上又ハ事實上ノ關係ニシテ法律ノ作製スル處ニ非ス、是レ「イエリング」氏ノ所謂利益ニ相當ス、(二)ハ即チ形式的又ハ法律的方面ニシテ(一)ノ利益ヲ充實スル爲メニ法律ノ與ヘタル力ナリ、「ウインドシヤイド」氏ノ指摘セル如ク法規ノ力ニ外ナラス(此ノ關係ヲ說明セルモノ Neuner, wesen u. Arten d. Privatrechtsverhältniss 1866. S. 9 ff.)、此ノ二者相合シテ權利トナルモノナリ、乍然利益ハ之レヲ主觀的意義ニ解ス可ラス、若シ之レヲ主觀的意義(人ノ欲求スル處ノモノト云フ義)ニ解セハ「サビニー」氏ノ意思說ト同シク、意思ナクンハ利益ナク從テ權利ナキ結果トナリ、法人嬰兒ノ權利ヲ否認セサル可ラサルニ至ラン、故ニ之レヲ客觀的ニ解シ、或主體ニ屬スルモノトシテ法律ノ認メタル利益ノ義ニ解スルヲ要ス、然ラハ即チ法人モ嬰兒モ皆利益ヲ有スルコトヲ得ルナリ、故ニ現行法上權利ト主體トノ關係ヲ說明スルニ支障ナカル可シ、

利益充實ノ爲メニ法律カ與ヘタル力トハ、其ノ本質法規ノ力ニシテ權利主體ニ屬スル意思ノ力ニ非ス、左ラハ權利主體ノ意思ニ反シテ權利ヲ與フルヲ得可ク、又意思ナキ者カ權利主體トナルト雖モ毫モ支障ナシ、故ニ權利ハ特定人ノ爲メニ法律カ認メタル特定ノ利益(事實)ヲ充實スル爲メニ法律カ特定人ニ賦與シタル力(法規ノ力)ナリト云フヲ得可シ、(Regelberger aa. O ト比較ス可シ)、

此ノ定義タルヤ實際頗ル機械的ナリ、且ツ一ノ定義中ニ「法律」ノ文字ヲ加フルコト二回ナリ、決シテ滿足ス可キモノニ非ス、然レトモ是レ本來成法ノ解釋トシテ試ミタル者ナレハ、成法ニ衝突スルハ之レヲ避ケサル可ラス、之レヲ避クルニハ迎合的態度ニ出ツルハ已ヲ得サル處ナリ、(岡松博士權利論內外論叢一卷一號二號、參照)

第十一　私權ノ要素及ヒ其ノ分類

(一)私權ノ要素　上述ノ權利觀念ニヨレハ權利ハ四要素ヨリ成ルヲ知ル可シ、

(イ)權利主體　權利主體トハ利益充實ノ爲メニ法律カ或力ヲ附着セシムル者ヲ云フ、自然人及ヒ法人之ナリ、

(ロ)權利ノ內容(Praedikat)　權利ノ內容トハ權利主體ニ賦與セラレタル力ノ內容ヲ云フ、例ヘハ「請求」「支配」ト云フカ如シ、內容ナキ力存スルコトナシ、

(ハ)權利ノ目的　權利ノ目的トハ權利主體ニ屬スル力ノ對抗ヲ受クル者ヲ云フ、即チ義務者ナリ、權利者義務者ノ間ノ關係ヲ權利本位ニヨリ其ノ權利ノ方面ヨリ觀察スルトキハ、他ノ一端タル義務者ハ權利ト云フ力ノ働キヲ受クル目的ト

ナル、目的トナルモノハ義務者ノ行爲ニ非スシテ義務者ノ人格ナリ、（此ノ用語ハ極メテ正確ナリト信スレトモ我國ニ於テハ未タ普通ニ非ス Vergl. Neuner Wesen u. Arten d. Privalrichtsverhelfnifs. S. 70. Gierle D. P. R. Bd. I S. 257.）、

(ニ)權利ノ客體(Gegenstand.)　權利ノ客體トハ權利者ノ力或ハ之レニ對スル義務者ノ消極的ノ力ノ包容スル物體ヲ指ス、

以上分柝スル處ヲ例示スレハ、甲（權利主體）ハ乙（權利目的）ニ對シテ金百圓ノ給付（權利ノ客體）ヲ請求（内容）スルコトヲ得、是レ債權ノ例ナリ、甲（權利主體）ハ一疋ノ馬（客體）ヲ支配シ凡テノ人（權利ノ目的）ハ之レヲ妨クルヲ得ス（内容）、是レ物權ノ例ナリ、

以上ノ四者ハ凡テノ權利ニ欠ク可ラサル元素ナリ、然レトモ用語一定セス、往々内容、目的、客體ノ文字ヲ混用スルコトアリ、

(二)私權ノ分類

私權ハ前記ノ四要素ニ付キ之レヲ分類スルコトヲ得、

(イ)權利主體ニヨル分類

權利主體ノ性質構成ハ種々アリ、例ヘハ自然人タルアリ法人タルアリ、單獨人タルコトアリ或ハ數人タルコトアリ、是等ハ皆法律上少カラサル影響ヲ有スルモノナリ、然レトモ尤モ重要ナルハ權利ト權利主體ノ關係ナリ、權利カ權利主體ニ付着スルニ二樣ノ體樣アリ、(一)ハ直接付着(二)間接付着ナリ、直接付着トハ中間ノ關係ナクシテ付着セルモノヲ云フ、之レヲ原則トナス間接付着トハ或權利關係又ハ事實關係先ツ存在シ、之レヲ基礎トシテ權利ノ附着セラルヽモノヲ云フ、例ヘハ親族關係又ハ戸主家族ノ關係先ツ存シテ、而シテ後ニ扶養ノ權利義務附着セラル、又或ハ有價證券ニ於テハ證券ノ所有權存シテ、而シテ證書上ノ權利之レニ伴フ、或ハ地役權ニ於テハ要役地ノ所有權等カ其ノ基礎トナリテ地役權之レニ伴フ、是レ其實例ナリ、間接附着ノ權利ハ中間ノ基礎的關係消滅スルトキハ消滅ス、是レ此ノ區別ノ實用ナリ、

又權利ノ權利主體ニ附着スル程度ニ疎密ノ差アリ、或權利ハ之レヲ其ノ權利主體ヨリ分離シテ他ノ主體ニ移スコトヲ得、財産權ハ多クハ然リ（勿論然ラサルモノアリ）反之全ク其ノ權利主體ヨリ分離スル能ハサルモノアリ、前者ハ讓渡シ得ル權利ニシテ後者ハ讓渡シ能ハサル權利ナリ、

(ロ)權利ノ目的ニヨル分類

(a)義務者ヲ變更シ得ルモノト否ラサルモノ、及ヒ直接附着間接附着ノ區別ハ(イ)ニ述ヘタル處ト相對ス、

(b)義務者カ特定ノ一人又ハ數人ナル場合ト一般不定人タル場合、前者ハ相對權(relatives recht.)又ハ對人權(personl Recht.)、後者ハ之レヲ絶對權(absolutes R.)又ハ對世權(Dingliches R.)ト稱ス、然レトモ此ノ區別ハ相調和ス可ラサル對照ニ非ス、或權

利ハ或特定ノ義務者ニ對シテハ一定ノ内容ヲ有スル權利關係ヲ有シ、他ノ一般人ニ對シテハ之レト異ル内容ヲ有ス、此ノ如キ場合ニ於テハ其ノ特定ノ義務者ニ對スル關係ハ相對的權利關係ニシテ、他ノ一般人ニ對スル關係ハ絕對的權利ナリ、例ヘハ夫婦間ニ於テハ同居ノ權利義務其他種々ノ對人的權利關係アリ、而シテ一般人ハ之レヲ侵害ス可ラサル消極的義務ヲ負擔ス、夫婦間ノ關係ハ對人的ナリ、一般人ニ對スル關係ハ絕對的ナリ、債權ニ於テモ之レト異ルコトナシ、其ノ債務者ニ對シテ一定ノ給付ヲ請求スル力ハ對人的ナリ、然レトモ之レト同時ニ一般人ハ債權者債務者間ノ權利關係ヲ侵害ス可ラサル消極的義務ヲ負擔ス、即チ對世權之ニ伴フモノナリ、此ノ故ニ債權ヲ第三者ヨリ侵害スルトキハ不法行爲ヲ構成ス（四二、一〇、二九、宮城控訴院判決、富井博士民法原論、一卷百十頁同二卷第五頁以下 Neuner. a. a. O. § 37. Stammler, Recht. der Schuldverhalrniss S. 10′ maschke, Eigeuthinn S. 2. 3. 反對說ハ Regelsbnger S. 205.6. Thon, Rechtsnorm S, 189. 307,-210. Certmann Der Schadensersetsanspruch, d, obligätoisl. Bereehtigtem. Berliner Festgabe für Dernburg）、

（八）權利ノ客體ニヨル分類　權利ノ客體即チ權利者ノ力ノ包含スル物體ハ種々ノ形ヲ有ス、或ハ客體夫レ自身ノ構造性質ヲ異ニスルコトアリ、或ハ權利者ニ對スル關係カ直接ナルアリ間接ナルアリ、此等ノ點ニヨリ權利ヲ分類スルコトヲ得而シテ之レ實ニ權利ノ主タル分類ナリ、

（a）權利者自身ノ人格ヲ以テ客體トナスモノ、所謂人格權（Persönlichkeitsrecht.）之ナリ、生命、自由、健康、安全、名譽等權利者ノ人格ノ全部又ハ一部ヲ以テ法律利益トナスモノナリ、故ニ之レヲ人格權ト稱ス、此ノ如キ權利ハ通常當然人格ノ存在ニ伴フモノナリ、然レトモ亦特別ノ取得原因ヲ要スルモノアリ、例ヘハ氏名權ノ如キ是ナリ、人格權ニ對スル義務ハ對世的ニシテ凡テノ人ハ之レヲ侵害ス可ラサル義務ヲ負擔ス（Gierke. D. P. R.I. § 702 ニ詳シキ參考書アリ）、英米法ニ於テハ人格權ノ觀念ハ夙ニ認メラレ、名譽權、自由權、等ハ私權トシテ一般ニ認メラル、獨逸ニ於テハ生命自由名譽等ノ侵害カ不法行爲トナリ、損害賠償ノ訴權ヲ生スルハ疑ナシト雖モ、猶之ヲ以テ權利ト認ム可キヤ否ヤニ付テ爭ナキニ非ス（Vergl. Enneccerus I s. 98）然シテ其ノ論據ハ之レヲ權利ナリトスル法規ナシト云フニ在ルモノヽ如シ、我民法ニ於テモ人格權、或ハ自由權、名譽權等ノ文字ナシ、然レトモ第七百九條ニ於テ不法行爲ノ定義ヲ下シ、權利侵害ヲ以テ其ノ要件トナシ、第七百十條第七百十一條ニ於テ生命、身體、自由、名譽ニ對スル不法行爲ヲ規定セリ、左レハ生命身體自由名譽等ニ對スル侵害ハ權利侵害ナルヲ認メ

タルモノト云ハサル可ラス、

(b) 物又ハ權利ヲ以テ客體トナス權利、物又ハ權利ヲ以テ直接ノ客體トナス權利ハ物權ナリ、權利主體ノ其ノ客體ニ對スル支配關係ヲ保障スルカ爲メニ一般人ニ對シテ一切之レニ干渉スルヲ禁ス、此ニ於テ第二段ニ於テ一般人ハ權利主體ト其ノ客體トノ間ニ於ケル一定ノ關係ヲ侵害ス可ラサル消極的義務ヲ負擔ス、權利カ他ノ權利ノ客體タルヲ得ルヤ否ヤハ從來大ニ議論ノ存スル處ナリ、然レトモ權利質ニ於テハ質權者ハ質權ノ目的タル債權ヲ直接ニ取立ツルコトヲ得（三六七）ルカ故ニ、債權其ノモノカ質權者ノ支配ニ屬スルモノト見ルヲ得、故ニ質權ノ目的ハ債權其ノモノナリト解スルヲ正當トス（Neuner a. a. O. s. 52. Hartmaun Oog jb Bd. 17. s. 86. Bierling Prinzip I. I. s. 270 ff 等ハ之レヲ認メ Exner Pfandbegriffs. II. Regelsberger I §. 94 等ハ反對ナリ）、猶此ノ點ハ物權法ニ於テ詳論ス可シ

(c) 他人ノ行爲ヲ以テ客體トナス權利、詳言スレハ或特定ノ他人ノ行爲ヲ以テ權利者ノ法力ノ客體ト爲スモノナリ、他人ノ人格全體ヲ支配セス、只一定ノ範圍ニ於テ他人ノ人格ヲ使シ義務者ハ其ノ特定範圍ニ於テ自己ノ行爲ヲ權利者ノ爲メニ犧牲ニ供スルモノト見ルコトヲ得ル權利アリ、債權之ナリ、債權ノ客體ハ債務者ノ行爲ナリ、然レトモ其ノ行爲ハ或物又ハ權利ニ關スルヲ通例トス、此ノ場合ニ於テハ其ノ物又ハ權利ハ債權ノ間接ノ客體ヲナス、裏面ヨリ云ヘハ給付ノ客體ヲナス、然レトモ此ノ點ニ關シテハ反對說少カラス、曰ハク債權ノ客體ハ債務者ナリト（Regelsberger I §. 94）曰ハク債務者ノ意思ナリト、曰ハク債務者ノ財產ナリト（Koeppen System d. Erbrecht. s. 246 ff.）、今茲ニ論評セス、

(d) 他人ノ身體ヲ以テ客體トナス權利、戸主權、父權、夫權等ノ親族權ニ於テハ權利ノ客體ハ義務者ノ行爲ニ非スシテ義務者ノ身體夫レ自體ナリ、又其ノ內容ハ請求ニ非スシテ直接ニ權利者ノ力ヲ實行スルニ在リ、之レ債權ト異ル處ナリ、然レトモ親族權ニ於テモ義務者ノ人格ヲ全然權利者ノ支配ニ屬セシムルコトナシ、之レ人ヲ奴隷トナスモノニシテ今日認メサル處ナリ、必ラス或範圍ニ限ラル可シ、此ノ種類ノ權利ハ直接ニハ特定ノ人格ニ對スルモノニシテ對人權ナリ、然レトモ同時ニ一般人ハ之レヲ侵害ス可ラサル義務ヲ負擔ス、

權利ノ客體トナリ得ルモノハ以上ノ四者ニ限ラス、故ニ此ノ標準ニヨリ猶他ノ權利ノ一團ヲ認ムルコトヲ得可シ、然レトモ以上ノ四者ハ其ノ主ナルモノニシテ、我民法ノ編別ハ此ノ四者ニ相當ス故ニ其他ノ種類ニ付キテハ述ヘス、只人格權ハ不法行爲ノ訴權ニヨリ保護セラル丶ノミニシテ、特別ノ規定ヲ設クルノ必要ナキカ故ニ獨立ノ一編ヲナサス、若シ夫レ相續法ニ至リテハ特別ノ權利ヲ定ムルモノニ非ス、故ニ權

利ノ性質ニヨリ民法ノ材料ヲ編別スルナラハ、相續ヲ以テ特別ノ一編トナシ物權債權等ト對セシムルハ不當ナリ、然レトモ立法ノ便宜問題トシテハ必シモ不可ナラス

(二)權利ノ内容ニヨル分類

權利ノ内容ハ即チ法律ニヨリ賦與セラレタル力ノ内容ニシテ主タルモノ三アリ、

(a) 支配權、(Beherrschungsrecht) 支配權トハ權利ノ客體上ニ干渉スルノ力ヲ以テ内容トナス權利ニシテ、第三者ノ干渉ヲ排斥スルノ力ヲ伴フヲ通常トス、物權、親族權、等之レニ屬ス、然レトモ往々第三者ヲ排斥スル力ヲ伴ハサルコトアリ、例ヘハ通行權者(地役)ハ他人ノ土地ヲ通行スルコトヲ得、然レトモ必シモ第三者ノ通行スルヲ排斥セス。

(b) 請求權、(Ansprüche) 請求權トハ義務者ニ對シテ特定ノ作爲不作爲ヲ促進スルノ力ヲ以テ内容トナス權利ヲ云フ、此ノ如キ權利ハ常ニ特定ノ義務者ニ對ス、私法ノ範圍ニ於テハ一般人ニ對シテ特定ノ作爲不作爲ヲ請求スル内容ヲ有スル權利ノ實例ナシ、促進權ノ客體ハ又常ニ義務者ノ作爲又ハ不作爲ニ在リ、促進ニ應シテ之レヲ實行スルニ因リ權利ハ其ノ目的ヲ達ス、債權ハ其ノ顯著ナル例ナリ、然レトモ亦物權其他ノ支配權ヨリシテ請求權ヲ生スルコトアリ、猶此ノ點ハ之レヲ後段ニ述フ可シ、玆ニハ只其ノ權利ノ内容ハ促進ニ在ルヲ一言スルノミ、且ツ又請求權モ第三者ニ對シテハ之レト内容ヲ異ニスル力ヲ伴フコトアルコトハ、既ニ相對權絶對權ノ區別ニ付キ述ヘタリ、

(c) 可能權、(Kann-Rechten) 是レ「チーテルマン」氏ノ用語ニ從ヒタルモノナリ(Zitelmann. int rnationales Privatrechrt II s. 45.)、然レトモ其ノ譯語ノ甚タ不當ナルヲ告白ス、蓋シ可能權ト云ヘハ不能權又ハ不可能權ヲ認ムルモノト解セラル、弊アレハナリ、石坂博士之レヲ能權ト譯スレトモ同一ノ弊アル可シ(京都法學會雜誌二卷十號)、余カ玆ニ可能權ト稱スルハ將來ノ法律上ノ效果ニ對スル現在ノ力ニシテ權利者單獨ノ行爲ニヨリ直接ニ之レヲ實行スルコトヲ得ル權利ヲ云フ、其ノ力ノ内容ハ單ニ「能フ」ニ在リ、「可能」ニ在リ、故ニ可能權ト稱セリ、特定ノ客體ニ對シテ現ニ之レヲ支配スルニ非ス又特定ノ義務者アリテ之レニ對シテ請求スルニ在ラス、現在ノ狀態ニ於テハ只能フノ力トシテ存在シ、其ノ實行ニヨリテ始メテ其ノ目的トスル法律上ノ效果ヲ生スルモノナリ、例ヘハ取消權解除權ノ如キ之ナリ、實際取消權者解除權者ハ取消サル可キ法律行爲又ハ解除セラル可キ契約又ハ之レヨリ生セシ法律關係ヲ支配スルニアラス、其實行前ニ於テハ權利者ハ其ノ法律關係上ニ何等ノ力ヲモ有セス、權利質ト對照シテ其差ヲ明ニス可シ、而シテ其ノ權利ヲ實行スルニハ相手方ニ對シテ請求ヲナスヲ要

セス、又請求スルヲ得ス、只單ニ其ノ能フノ力ヲ實行スレハ足ル、而シテ之ヲ實行シタル以上ハ法律上ノ效果ハ當然生シ、從前ノ法律關係ニ變更ヲ來シ新ナル法律關係ヲ生ス、其ノ特徴ハ權利ノ内容タル法律上ノ力カ支配ニ非ス請求ニアラス只「能フ」ニ在ルニアリ、此ノ如キ内容ヲ有スル一團ノ權利ノ存在ハ之レヲ認メサルヲ得ス、

可能權ノ觀念ハ比較的新シキモノニシテ今日不明ナル點少カラサルノミナラス其ノ存在實用カ猶争ハレツヽアリ、右述フル處ハ主トシテ「チーテルマン氏ニ從ヘルモノナリト雖モ多少異ル處アリ、例ヘハ Zietelmann ハ權利質ヲ可能權トナス(International Privat R. II s. 49.) 然レトモ我民法ニ於テハ之レヲ支配權ト見ル可キコト第三百六十七條ノ規定ヲ見レハ殆ント疑ナカル可シ、又 Enneccerus ハ可能權ハ客體ヲ有セサル權利ナリト云フ(Lehrbuch I §. 98.)ト雖モ殆ント了解ニ苦シム處ナリ、權利ノ客體ハ權利ノ要素ニシテ客體ナキ權利ハ觀念上存在スル能ハス只可能權ニ於テハ客體ニ對スル力ノ關係カ支配請求ニ非サルノミ、取消權ニ於ケル法律行爲、解除權ニ於ケル契約等皆權利者ノ力ノ及フ可キ物體ナレハ其ノ客體ヲナスルモノト解スヲ正當トス、

可能權ハ夫レ自身獨立存在ヲ有スル權利ナリ、然リト雖モ其ノ存在ノ目的ハ他ノ權利ノ發生、變更又ハ消滅ヲ致サシメンカ爲メナリ、換言スレハ他ノ權利ノ發生變更消滅ノ手段トシテ存在スル權利ナリ故ニ此ノ點ヨリ觀察シテ之レヲ變權權、(Rechte auf Rechtsänderung)ト稱スルモノアリ(Enneccerus a. a. O. s. 88) 或ハ之レヲ形成權、(Gestaltungsrecht)ト稱スルモノアリ、之レ Seckel 氏ノ提唱ニ掛ル(Berliner Festgabe f koch s. 205.) Oertmann 氏ノ如キハ之レニ賛成シ(Oertmann-Garais s. 595.) 我國ニ於テハ石坂博士(前出之レニ從ヘルモノヽ如シ、變權、形成共ニ相似ノ思想ナリ、然シ變權ハ稍ヤ狹キニ失ス、形成權ノ名稱ヲ撰ム可シ、形成權ハ前述ノ支配權、請求權其ノモノニ非スシテ之等ノ權利ノ發生變更消滅ヲ致サシムル權利ナリ、故ニ前者ト之レヲ區別シテ獨立セシムルハ至當ナリ、

余ハ形成權ノ思想ハ之レヲ認ム、然レトモ茲ニ之レヲ取ラサル所以ハ他ナラス、余カ取ラントスル分類ノ基礎ニ合セサルカ故ナリ、余ハ今權利ノ内容ニ付キ分類ヲナス、然ルニ形成權ノ觀念ハ權利ノ作用ヲ示セトモ内容ヲ表示スル所ナシ、故ニ取ラス、然レトモ形成權ハ其ノ實ハ可能權ニ相當スルモノニシテ、權利ノ作用ヨリ見レハ形成權ニシテ、權利ノ内容ヨリ見レハ可能權ナリ、然レトモ此方面ノ特徴ヲ抽出表示シ請求權、支配權ト對照セシメンニハ可能權ノ觀念ヲ取ラサル可ラス、

第十二　請求權(Anspruch)

(一) 沿革

請求權ノ觀念ハ「ウインドシヤイド」ノ創唱スル處ナリ(Windschei1. D. Actio d romishen Zivilr. von standpunkt der heutigen Rechts 1856)、氏以前ニ在リテハ獨リ訴權(Actio od Rlagrecht.)ヲ認メテ滿足シタリ、然カシ訴權ノ本質ニ付キテハ固ヨリ議論アリ Savigny ハ之レヲ以テ毀損セラレタル權利ヨリ發生スル獨立ノ權利ナリト解ス Sy tem II § 204.205.)英米法ノ救濟權(Remedial right)ノ思想ト符節ヲ合スルカ如シ、Puchta 曰ハク訴權ハ權利ノ附屬物ナリ(Annexum eines Rechts ein Zusatz zu Seinem Inhalt nicht wie manche geglaubt habeu, ein Recht für sich, pand. §.125.)、獨立シタル權利ニ非ス、故ニ權利ト其ノ發生ヲ同フス、而シテ權利ノ毀損ハ現實ノ訴權ニ動機ヲ與ヘ(Veranlassung)之レニヨリ訴追ヲ實行シ得ルニ至ラシムト、兩氏ノ說ク所大ニ眞理ヲ包含ス、以テ後世ノ法律學ノ發展ヲ助ケタリ、乍然此ノ兩氏ノ說ニ於テハ訴權ハ一體ナリ、相手方ニ對スル關係ト裁判所ニ對スル關係トハ未タ分離セラレサリシナリ「ウインドシヤイト」氏ハ訴權ヨリ裁判上訴追ト云フ分子ヲ除キ去リ、當事者間ノ實質關係ヲ獨立セシメタリ、之レ「ウインドシヤイド」氏ノ功ナリ、之レ所謂請求權ナリ、請求權夫自身ニハ裁判上訴追(Gerichtlichs Verfolgbacke t)ト云フ分子ヲ包含セス、然シナカラ請求權ノ側ラニ訴權(Rechtsschu zanspruch)ナルモノ存シ、其ノ作用ニヨリ請求權ハ保護セラル、請求權ハ對人的ノ私權ナリ、訴權ハ相手方ニ對スル權利ニ非スシテ國家ニ對シテ保護ヲ求ムル公權ナリ、之レ實ハ Wach 氏カ其著 Feststellungsanspruch 1888. ニ於テ明ニシタル所ナリ、請求權ノ思想ト相俟テ以テ訴訟ノ性質ヲ明瞭ナラシム、

ウ氏ノ說ハ多少ノ反對アリシニモ拘ハラス、旣ニ普通法時代ニ於テ勢力ヲ得、次テ獨逸民法ノ採用スル處トナリ(百九十四條)今ヤ法典上ノ觀念トナレリ、然シナカラ猶疑點少カラス、之レニ關スル參考書頗ル多シ、就中 Langheineken Anspruch und Einrede 1903. Hellwig anspruch. Rlagrecht 1900 ヲ尤モ詳シトス、

(二) 請求權ノ觀念

獨逸ニ於テ請求權トハ或他人ヨリ作爲又ハ不作爲ヲ請求スル權利ヲ云フ(獨民百九十四)之レ法典ノ定義ナリ、故ニ彼ノ地ニ於テ之レヲ爭フモノナシ、我民法上之レヲ認ムルヲ得ルカ、又其ノ必要アリヤ、之レ實ニ死活問題ナリ、余ハ之レヲ論スルニ先チテ、少シク獨逸學者ノ說ニ從ヒ其ノ主要ナル點ヲ說明ス可シ、

(イ) 請求權ハ權利ヨリ生ス、物權其他ノ對世權ヨリハ物權的請求權ヲ生シ、債權ヨリハ債權的請求權ヲ生ス、然レトモ是等ノ請求權ハ之レカ基礎タル權利ト同一ニ非ス、基礎權ノ性質如何ヲ問ハス凡テ前示ノ內容ヲ有スル法律上ノ力ヲ概括シ

ヲ請求權ト稱ス

(ロ)請求權ハ獨立存在ヲ有ス、請求權ハ基礎權ヨリ生ス、基礎權ノ存在ヲ前提トナス、然レトモ一旦生シタル以上ハ獨立存在ヲ有シ基礎權ト運命ヲ共ニセス、基礎權ハ存在シテ請求權ノミ消滅スルコトアリ、或ハ請求權ノミヲ讓渡スコトヲ得ト、以上ハ請求權ノ觀念ノ骨髓ナリ、獨逸ニ於テ之レヲ承認セサル可ラサル理由多多アリ、就中重要ナルモノハ時效制度ニシテ、其ノ第百九十四條ニヨレハ消滅時效ノ客體ハ權利ニ非スシテ請求權ナリ、基礎權ハ消滅セスシテ請求權ノミ時效ニ掛ルトナス、故ニ之レヲ研究スルノ必要アリ、然ルニ我民法ニ於テハ消滅時效ノ客體ハ權利其ノモノナリ(一六七等)其他各種ノ基礎權ヨリ生スル請求權ニ共通ナル法條存スルコトナシ、此ノ故ニ請求權ノ觀念ヲ認ム可キ必要ノ有無問題トナル或ハ前示Puchta氏ノ如クニ獨立シタル請求權ノ觀念ヲ認メスシテ權利ハ當然其ノ內容ニ應シテ國家ノ保護ヲ受クルモノナリト解シテ滿足ス可キカ、或ハ又富井博士ノ如ク請求權ナルモノハ畢竟他ノ權利ノ效力ニ外ナラス(原論百十四頁)トシテ其ノ獨立存在ヲ否認ス可キカ、余ノ見ル處ニ於テハ我法典上モ亦獨立シタル請求權ノ觀念ヲ認ムルノ必要アリト信ス、其ノ理由ハ(一)民事訴訟ノ觀念ヲ明カニスルニハ請求權ノ觀念ノ力ヲ借ルヲ便トス、例ヘハ占有回收ノ訴ニ於テハ其間接ノ基礎ヲナスモノハ占有權其ノモノナリ、然レ共占有權其ノモノヲ立證シタルノミニテハ未タ訴ヲ維持ス可ラス、被告カ占有權ノ侵害者ナルコトヲ證明シ、被告ノ侵害ニヨリテ被告ニ對スル請求權ノ存在ヲ立證スルヲ要ス、之レ訴ノ基礎ヲナスモノハ請求權其ノモノナルコトヲ證明スルモノナリ、此關係ハ債權ノ訴(對人訴權)ニ於テモ異ルナシ、故ニ給付ノ訴(Leistungsklage)ノ實質的基礎ヲ明ニセント欲セハ請求權ノ觀念ニ依ルヲ要ス、(二)請求權ハ權利ヨリ生スト雖モ一旦生シタル以上ハ獨立存在ヲ有ス、其ノ證據ハ權利ヲ讓渡セスシテ請求權ノミヲ讓渡スルコトヲ得ルニ因リテ明ナリ、例ヘハ甲者ノ所有物ヲ乙者占有スル場合ニ甲之レヲ丙者ニ賃貸セント欲セハ、甲カ乙ニ對シテ有スル請求權ヲ丙ニ讓渡セハ丙ハ之レニヨリ乙ニ對シテ其ノ目的物ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得、所有權ハ丙ニ讓渡セラレスシテ請求權ノミ讓渡セラル、是レ獨立存在ヲ有スル證ナリ、尤モ此ノ關係ハ物權的請求權ニ於テノミ見ル處ニシテ債權的請求權ニ於テハ請求權ノ讓渡ハ債權ノ讓渡トナル(三)物權的債權的請求權ニ共通ナル原則アリ、即チ請求權ノ競合之レナリ、故ニ此兩者ヲ包容スル概括的觀念ヲ認ムルヲ要ス、

(三)請求權ト權利ノ關係

請求權ハ權利ヨリ發生ス、然レトモ其基礎タル權利ト同一ニ非ス、其債權ヨリ發生スルモノハ債權的請求權ト稱シ、對世權ヨリ生スルモノハ物權的請求權ト稱ス、此ノ點反對論ナキニ非ス、曰ハク請求權ハ凡テ同種類ナ

リ、皆債權的性質ナリト、此ノ論ハ正當ナリ、請求權其ノモノニ就キテ論スレハ皆債權的性質ナリ、今ハ只「ウインドシャイド」氏以來ノ慣用ニ從ヒ其ノ基礎權ノ性質ニヨリ分類セルノミ（Pand. I §. 43.）

（イ）物權的請求權

物權的請求權トハ物權其他ノ對世權ヨリ生スル請求權ヲ云フ、此ノ點モ用語一定セス、或ハ物權ヨリ生スル請求權ノミヲ物權的請求權ト云フ（ウ氏前出）是レ本來ノ語義ナリ、然カシ他ノ對世權ヨリ請求權ヲ生スル場合ニ於テモ其ノ權利トノ關係全ク同一ナリ、故ニ其ノ意義ヲ廣メテ人格權、親族權、無體物權等ヨリ生スル請求權ヲ包含セシムルヲ便トス（Enneccerus s. 513.）若シ然ラサルトキハ之等ノ權利ヨリ生スル請求權ヲ表ハス可キ名稱ナキカ故ニ、人格權的請求權親族權的請求權等ノ名稱ヲ用ヒサル可ラス、之レ正當ナリト雖モ煩ニ失ス、物權的請求權ハ之レヲ分ツテ二種トナス。

第一種ハ物權其他ノ對世權ニ當然包含セラル、多數ノ請求權ニシテ凡テノ人ニ對ス、其ノ內容ハ消極的ニシテ權利者ノ其ノ客體ニ對スル支配關係ヲ防害セサルヲ以テ本旨トス、物權ノ構造ハ之レヲ分テ對物對人ノ二方面トス（一）前者ハ權利主體カ其ノ客體ニ對スル關係ニシテ直接支配ハ其ノ內容タリ、ウ氏ハ之レヲ以テ單ニ事實關係ニ過キストナシ物權ノ內容ヨリ除斥セリ（Pand. I §. 38.）是レ法規ハ對人間ノ規則ニシテ法律關係ハ必ラス對人的タル可シトスル前提ヨリ來ル論理上ノ結果ナリ然レトモ對物支配ニ於テモ其ノ範圍ハ法規ノ定ムル處ナリ、故ニ之レ又物權ノ內容ヲ成スト見ルヲ正當トス（二）物權ハ第二ノ內容トシテ凡テノ人カ物ノ支配ヲ妨クルヲ禁止スル力ヲ包含ス、此ノ第二ノ內容ハ對人的ナリ、而シテ凡テノ人ニ對ス、各人ニ對スル不作爲ノ請求權ヲ以テ內容トナス、即チ不作爲ノ請求權ノ集合ナリ

物權ハ其ノ對物的方面ニ於テハ請求權ヲ生スル理由ナク只支配アルノミ、然シナカラ其ノ對人的方面ニ於テハ其ノ成立ト共ニ當然無數ノ請求權ヲ包含スルモノナリ、（S. Bierling Princip. I S. 164 ff. Hellwig anspruth u. Rlagrechts.26 富井博士原論二卷五頁以下）反對論ニ曰ハク（一）請求權ハ法規侵害行爲ニヨリテ始メテ發生ス、法規侵害行爲以前ニアリテ只一般法規ノ命令トシテ一般的拘束存スルノミト（Thon, Recht-norm §. 37）思フニ此ノ論タルヤ、法規ノ一般的拘束ハ特定人ノ權利ヲ其內容ニ應テ保護スルカ爲メニ存スルモノナルコトヲ看過シタルモノナリ、何カ故ニ一般的拘束生スルヤ、是レ特定人ノ權利ノ內容ニ屬スルカ故ニ外ナラサル可シ、左レハ拘束ノ內容ハ精密、ニ特定人ノ權利ノ內容ト相應ス、今物權ニ就テ之レヲ論スレハ、權利者カ各人ニ對シテ不侵害ノ請求權ヲ有ス故ニ各人ハ之レニ相當

スル拘束ヲ受クルノミ、只漫然一般的拘束ナルカ故ニ請求權ニ對スルモノニ非ストナスハ正確ニ非ス、(二)或ハ又曰ハク、侵害前ノ請求權ハ觀念上之レヲ認メ得ルトスルモ、之レ未タ裁判上行使ス可ラサルモノ又タ獨立シテ讓渡ス可ラサルモノナリ、權利夫レ自身ノ別名ニ過キス、故ニ獨立ノ價値ヲ有セサル觀念ナリト(Leonhard. civilich. Pross. XV s. 334. Regelsberger I s. 216. 7.)是レ尤モ有力ナル反對論ナリ、余ハ答ヘテ曰ハン、請求權ノ觀念ニハ現在ニ於テ裁判上行使シ得ルコトヲ必要トセス、請求權ハ現在ニ存シ而シテ訴求權　Rechtssutzanpruch) 未タ發生セサル場合ニハ請求權ハ未タ實行シ能ハサル狀態ニ於テ存在ス(Langheinecken. Anspruch s. 21. Urtheilsanspruch s. 123. Hellwig. a. a. O. S. 67, Windscheid. §. 107 Oertman-Garais s. 588. 反對說ハ Dernburg §. 175 I. crome §. 115. Regelsberger 前出)故ニ此ノ理由ニヨリ物權侵害前ノ請求權ノ存在ヲ否認スルヲ得ス、尤モ專斷的ニ請求權ノ觀念ニハ即時行使ノ要素ヲ包ムモノトセハ我又何ヲカ曰ハン、殊ニ我民法ニ於テハ侵害前ニ行使シ得ル場合アリ、第百九十九條占有保全ノ訴之ナリ、之レ占有權侵害ノ虞アル場合ニ起ス訴ナリ、占有權侵害ノ虞アルトキトハ未タ侵害ナキヲ意味ス、故ニ法律ノ精神ハ侵害前ニ其ノ行使ヲ許スモノニシテ、侵害前ニ請求權ノ存在セルコトヲ證明スルモノナリ、川名博士氏名論第四十九頁以下ニ曰ハク、侵害禁止ノ請求權ハ占有權ノ成立ト共ニ當然存在スルニ非スシテ、將來占有ノ妨害セラルヽ虞アル事情アルトキハ其ノ事情ノ存在ニヨリテ發生スト、然レトモ侵害ノ虞トナル事情ノ存在ハ之レ只訴權(Rechtssutzanspruch)ノ發生原因タルノミ、訴權ハ請求權保護ノ爲メニ存ス、故ニ訴權カ侵害ノ虞アルトキニ發生スルナラハ請求權ハ其ノ以前ニ存在スルヲ要ス、

第二種ノ物權的請求權ハ物權ノ侵害ニヨリテ生ス之ヲ分テ(一)物ノ返還請求權(二)防害排除ノ請求權トナス、此二者ハ物權者カ物權者トシテ享有ス可キ狀態ト現實ノ狀態ト相異ナルニヨリ生スルモノニシテ、防害者ノ行爲カ不法ナルヲ以テ其ノ要件トナサス、只防害者ノ行爲カ合法ノ原因ニ因ルトキハ防害者ハ抗辯ヲ有スルヲ以テ之レニヨリ物權者ノ請求ヲ斥クルコトヲ得可キノミ、物權カ不法ニ侵害セラレタル場合ニ於テハ金錢損害賠償ヲ請求スル權利ヲ生ス、是前者ト異リ物權的請求權ニ非ス物權侵害ヨリ生スル債權ナリ、或ハ物權的債權的請求權ナル名稱ヲ用ユルモノアルモ非ナリ、之レ物權者ノ享有ス可キ狀態ヲ回復スルヲ以テ其內容トナサヽルカ故ニ全ク物權的請求權ニ非サルナリ、

(ロ) 債權的請求權

人或ハ債權ト之ヨリ生スル請求權ヲ同一視ス(例ヘハ Hellwig a. a. O. s. 5. Enneccerus I §. 203 Kipp bei windscheid. §. 43)、然レトモ之レ誤レリ、若シ債權ト請

求權カ同一ナリトセハ特ニ請求權ノ觀念ヲ認ムルノ必要ナシ、物權的請求權ノ如キモ物權ヨリ生スル債權ト解スレハ足ル可キニ非スヤ、是レ請求權ノ觀念ヲ破壞スル論ナリ、吾人ノ解スル處ニ於テハ債權ハ二方面ヨリ成ル、積極的ニハ債務者ニ對シテ給付ヲ請求ス、消極的ニハ債務者カ爲シタ給付ヲ保持スル原因トナル、此ノ兩者ハ共ニ債權ニ包含セラルヽ力ナリ、然ルニ通常其ノ積極的方面ノミヲ見テ消極的方面ヲ見ス、蓋シ之レヲ以テ當然自明ノ事理トナスモノナリ、故ニ完全ナル債權ハ當然請求權ヲ包含ス（Regelsberger 前出ハ裁判上直ニ實行シ得ルヲ以テ請求權ノ要素トナス故ニ期限付債權ハ期限ノ到來ニヨリ請求權生スト此ノ論ハ採ラス）然レトモ請求權以外ニ消極內容ノ存スルアリ、此ノ故ニ債權ト請求權ハ同一ニ非ス、其ノ現象ハ不完全債權自然義務）ノ場合ニ尤モ顯著ナリ、不完全債權ニ於テハ其ノ消極的ノ力ノミ存シテ、請求權即チ積極的ノ作用ヲ欠ク、故ニ自ラ進テ請求ヲナスノ權能ナシ、請求ヲナスノ權利存セサルカ故ニ之レカ保護ヲ目的トスル訴權ヲ生セス、即チ給付ノ訴ヲ起スヲ得ス、然レトモ債務者カ任意ニ給付ヲナシタルトキハ其ノ給付ヲ保持スルノ原因トナリ、不當利得トシテ取戻サルヽコトナシ、是レ即チ請求權ノ存セサル權利ナリ、故ニ二者全ク同一ニ非サルヲ知ル可シ、學者通常自然義務ハ訴權ナキ債權ナリト解ス、然レトモ權利ハ國家ノ保護アルカ故ニ權利ナリ、保護ナキ權利ヲ認ムルハ矛盾ナリ、自然義務ハ實際保護ナキ權利ニ非ス、只權利ノ內容ニ於テ請求權ヲ含マス故ニ保護モ亦其內容ニ相當シ訴權ヲ生セサルノミ、論者ノ如ク自然義務ニ亦請求權ヲ包含スルモノトシテ、而シテ訴權ヲ缺クト爲サハ之レ國家ノ保護ナキ力ヲ以テ權利ノ內容ノ一部トナスモノニシテ自家撞着ス、（東京地方（ウ）一五八〇參照）

(四)請求權ノ客體

請求權ノ客體ハ如何ナル場合ニ於テモ義務者ノ行爲ナリ、其ノ行爲ハ純然タル行爲ノ場合アリ、或ハ更ニ第二段ニ於テ物其他ノ物體ヲ包含スルコトアリ（Beziehungsgegenstand.）之レヲ給付ノ物體ト稱ス（Gegenstand d. Leistung.）行爲ハ之レヲ分ツテ作爲不作爲ノ二トナス、

(イ)作爲ノ請求權

義務者ノ作爲ヲ以テ客體トナスモノ之ナリ、其ノ作爲ハ(一)單ニ一回ニテ終了スルアリ(二)或ハ一定ノ期間繼續スルアリ、(三)或ハ一定ノ時期ニ於テ數回繰回サルヽコトアリ、此ノ二及ヒ三ノ場合ニ於テ請求權ハ一ナルカ或ハ多數ニシテ連續シテ又ハ其ノ都度發生スルモノナリヤノ問題ヲ生ス、是レ請求權ノ發生ノ時期ニ關シ、從テ辨濟時期時效ノ起算點等ニ付キ必要アル問題ナリ思フニ之レ一概ニ論斷スル得ス、請求權ノ發生原因ニヨリ定マル可キ問題ナリ、其原因カ一ナル場合ニ於テハ之ヨリ發生スル請求權ハ一ナリ、故ニ給付カ數

回ニ分カレ又ハ繼續スル場合ニ於テモ請求權ハ一個ナリトス、但シ原因カ一ナリヤ否ヤハ細心ノ觀察ヲナスヲ要ス、其ノ外形上ノ現象ニ就キテノミ判斷セハ大ナル誤解ニ陷ルコトアリ、殊ニ請求權ノ基礎タル可キ權利ノ一ナリヤ否ヤニ注意スルヲ要ス、外形上ノ原因ハ一ナルモ之レニヨリ毀損セラルヽ權利カ數個ナル場合ニハ數個ノ原因アリ、故ニ數個ノ請求權ヲ生ス（此ノ點ハ Hellwig A. A. O. § 12）例ヘハ物ノ毀損ハ一行爲ニヨリ生ス、然レトモ之レニヨリ所有權、占有權ノ侵害トナル、故ニ請求權發生ノ原因ハ二アリ、故ニ所有權ノ訴（本權ノ訴）占有ノ訴ヲ生スルカ如シ、原因カ一ニシテ請求權カ一ナルトキハ給付ハ數回ニ分カレ又ハ繼續スト雖モ猶一體ヲナスモノト解ス可シ、故ニ其ノ請求權ニシテ發生シタル以上ハ全體トシテ現在ノ請求權ナリ、其ノ將來ノ部分ニ關スルモノハ其ノ時期ノ到ルニ及ンテ始メテ發生スルモノト解ス可ラス、而シテ請求權一ナレハ其ノ客體モ亦一體ナリ（Langheinecken A. A. O. S. 176）然カシナカラ此ノ論ニ因レハ、請求權ハ其ノ本然ノ同一性ヲ害スルコトナクシテ其ノ客體ノ減縮スルコトアルヲ認メサル可ラス、例ヘ三年間ノ雇傭契約ニ於テ既ニ一年ヲ經過シタル場合ニ於テハ請求權ノ客體（內容）ハ三分ノ二ニ減少セラル可シ、然カモ其請求權ハ同一ノ原因ヨリ發生シタル同一ノ請求權ナリ、是レ不都合ナルカ如キモ（一）觀念上不能ニ非ス（二）現行法上此場合ハ度々生ス例ヘハ一部辨濟ノ如キ之ナリ（三）擔保權トノ關係上同一權利ノ存續スルモノト解スルヲ實際上便利トナス、以上ハ原因カ一ナル場合ヲ想像セリ、隨テ請求權ハ一ニシテ又其ノ客體ハ一體ヲナス、反之多數ノ原因カ相次發生スルモノト見做サルヽ場合ニ於テハ請求權ハ時々刻々生ス、隨テ繼續的又ハ反覆的ノ行爲ハ多數ニ分割セラレ各々獨立シテ之レニ相當スル請求權ノ客體ヲナスモノト解ス可シ、故ニ現在ノ請求權ハ發生シ又ハ辨濟期ニ在リトスルモ、將來ノ部分ハ未タ發生セサルモノトナサヽ可ラス、法律上ノ扶養ノ義務ノ如キハ其ノ適例ナリ、多數ノ他ノ條件ノ外扶養ノ必要ノ生スルニ從テ時々刻々發生スルモノナリ（Planck vorm. Z. § 1601. Endemann II § 197 N. 4.）繼續的行爲ニヨリ物權其他ノ對世權ノ侵害セラルヽ場合ニ於テハ、之レヨリ發生スル請求權ハ侵害ノ始メニ於テ生スル一個ノ請求權ナリヤ、或ハ侵害ノ繼續スル間隨時發生スルモノナリヤ、何レニ答フルモ觀念上不能ニシテ誤レリト云フ可ラス、畢竟ハ各場合ノ解釋ニヨリ決ス可キナリ、即チ兩方ノ場合アリ然カシ權利者ノ任意行爲ニヨリ物權ノ不滿ノ狀態ヲ來シタル場合例之賃貸ニ於テハ原則トシテ前者ナリ、不法ノ侵害ニ基ク場合ニ於テハ後者ナリ故ニ其ノ請求權ハ不法行爲ノ繼續スル間ハ時效ニ掛ルコトナシ（二〇一）

(ロ)不作爲ノ請求權

義務者ノ不作爲ヲ以テ請求權ノ客體トナスモノ之ナリ不作爲ハ客觀的ニハ無ナリ、然レトモ爲シ得ルニ之レヲ爲サヽラシムル場合ニ於テハ消極的ノ或モノ存在スト觀念スルコトヲ得ルカ故ニ請求權ノ客體タルコトヲ得(川名博士不作爲ノ債權、法學協會雜誌二六卷七號四五八以下)民法モ亦之レヲ認ム(第四百十四條)物權的ナルアリ債權的ナルアリ、何レノ場合ニ於テモ不作爲其ノモノヲ客體トナス、作爲ノ請求權ト同シク(一)一定ノ時期ニ於ケル一回ノ不作爲ヲ以テ終ル可キ場合アリ、(二)又數回反覆的ナルアリ、(三)或ハ一定期間繼續的ナルアリ、終リノ二ノ場合ニ於テ請求權一個ナリヤ否ヤハ前述ノ場合ト同シク請求權發生ノ原因一ナリヤ否ヤニヨリ決ス、獨立ノ原因カ相次連續發生スルモノト見ル可キ場合ニ於テハ請求權モ亦其ノ數ニ應シテ生スルモノナリ、

(五)請求權ノ保護

請求權ハ作爲又ハ不作爲ヲ請求シ得ル權能ノ發生シタル時ニ發生ス、而シテ其ノ辨濟期ニ至リタルモノハ直チニ行使シ得ル請求權ナリ、然レトモ即時行使ハ請求權ノ要件ニ非サルコト前述ノ如シ、辨濟期未到來ノ請求權モ獨立シテ現在ノ請求權トシテ認メサル可ラス、請求權カ辨濟期ニ至リタルトキハ之レカ保護トシテ其ノ傍ラニ訴權ヲ生ス、訴權（Klagrecht. od Rechtsschutzanspruch）ハ國家ニ對シテ一定ノ判決ヲ求ムル公權ナリ、其ノ獨立シタル權利ナリヤ、公權ナリヤ等ニ付キ異論多シ Oertmann-Garais S. 597 ニ詳シキ學說及ヒ參考書ヲ揭ク又 Hellwig, Lehrbuch I. S. 148 ヲ參考ス可シ)其ノ訴權ノ行使ニヨリ請求權ハ裁判上ノ保護ヲ受ク、訴權ハ國家ニ對スル公權ニシテ請求權ハ相手方ニ對スル私權ナリ、故ニ此二者ヲ混合スルコトナキヲ要ス、其ノ同一ニ非サルハ(一)消極的確認ノ訴ノ如ク請求權ノ存在ヲ前提トセスシテ發生スル場合(二)請求權ハ現在ニ存スルモ辨濟期未到來ノ爲メニ訴權發生セサル場合ヲ見レハ明瞭ナリ、

訴權ハ公權ニシテ法律ニヨリテ生ス、故ニ訴權ノ存スル場合ニ於テハ裁判所ハ其ノ要求スル處ニ從ヒタル判決ヲ與フル義務アリ、換言スレハ訴權ハ勝訴ノ條件ヲナス、故ニ之レヲ無條件ニ凡テノ人ニ屬シ單ニ裁判ヲ求ムルノ權利ト同視スルナキヲ要ス此ノ後者ハ權利ト稱ス可キヤ疑問ナリ（Hellwig anspruch 143. 147.）

訴權發生ノ條件ハ單ニ請求權カ辨濟期ニ在ルヲ以テ足ルヤ否ヤ、此ノ問題ハ一概ニ答フルヲ得ス、訴ノ種類ニヨリ同シカラス、確認ノ訴ニ於テハ原則トシテ辨濟期ニアルヲ必要トセス、殊ニ其ノ一種タル消極的確認ノ訴ニ於テハ反對ニ權利關係(又ハ事實)ノ不存在ヲ以テ其ノ條件トス、然ラハ給付ノ訴ニ在テハ其條件如何之ヲ本問ノ骨子トナス、

給付ノ訴トハ原告ノ請求權ノ存在ヲ確定シ被告ニ對シテ其ノ履行ヲ命令スル判

決ヲ求ムル訴ナリ、此ノ如キ判決ヲ求ムルノ訴權ハ如何ナル條件ノ下ニ生スルヤ、

(イ)請求權辨濟期前ニ於テ將來ノ給付ヲ求ムルノ訴權ハ原則的ニ無條件ニ許ス可ラス何トナレハ辨濟期前ニ於テハ義務者ハ義務アリト雖モ未タ即時ニ履行ノ義務ナシ、其ノ履行期ノ到來スルニ及ンテハ遲滯ナク履行スルヤ未タ逆賭ス可ラス故ニ現在ニ於テハ未タ之ヲ保護ス可キ必要ナシ、無條件ニ訴權ヲ與フルハ却テ平和ヲ亂スノ怖ナシトセス、然レトモ辨濟期ニ至ルモ辨濟ヲ爲サヽルノ虞既ニ存在スルニ於テハ、將來ノ給付ノ訴ヲ許シ、期限到來ヲ待チ直ニ執行ヲナサシムルノ便宜ヲ與ヘテ可ナリ(獨民訴二五九民訴改正案二二二)現行法ニ於テハ一般ニ之ヲ許ス規定存セサルカ故ニ、特別ノ規定存スル場合ノ外將來ノ給付ノ訴權ヲ認メサルモノト解ス可シ

(ロ)請求權カ辨濟期ニ在ルトキハ直チニ給付ノ訴ヲ起シ得ルヤ、或ハ更ニ權利侵害ノアルヲ要スルヤ、此ノ問題ヲ生スルハ給付カ一定期間繼續的ナルカ或ハ數回反覆的ナル場合ナリ、一時一回ノ給付ヲ目的トナス場合ニ於テハ辨濟期ニ於テ給付スレハ履行アリ、然ラサレハ不履行即チ權利侵害アリ二者何レカ其ノ一ニ決ス、辨濟期ニアツテ而シテ權利侵害ナキ場合ヲ生セス、然ルニ繼續的又ハ反覆的給付ノ場合ニ於テハ(請求權一個ナルヲ前提トス)辨濟期到來後義務者カ何等違反行爲ヲナサヽルトキハ其ノ時マテハ義務ハ漸次履行セラレツヽアルモノニシテ、辨濟期ニアリト雖モ未タ侵害ナク請求權ハ滿足狀態ニ在リ、此場合ニ於テ直ニ給付ノ訴ヲ起シ得ルカ或ハ一回又ハ一時ノ違反アルニヨリテ訴權ヲ生スルヤ、凡ソ二說アリ、(一)辨濟期ニアルトキハ侵害ナシト雖モ直チニ給付ノ訴ヲ起シ得、然レトモ未タ必要ナクシテ訴ヲ起シタルモノナルカ故ニ、被告カ直チニ請求ヲ認諾シタルトキハ原告ノ勝訴トナルト雖モ原告ハ民訴第七十四條ニヨリ訴訟費用ヲ負擔ス可シ(Wach, Handbuch. S. 20. Hellwig Lehrbuch. I. S 149. Oertmann A. A. O. S. 582 川名博博士前出八三 I)訴權ト訴訟ノノ動機(誘因)(Klageveranlassung)ハ之レヲ判然區別ス可シ、訴權ハ勝訴ノ條件ニシテ、訴訟ノ動機ハ訴訟費用負擔ノ條件ナリ、訴權存シテ訴訟ノ動機未タ存セサル場合ニ訴ヲ起サハ、原告ノ勝訴トナルト雖モ訴訟費用ハ原告之レヲ負擔セサル可ラス、前示請求權滿足狀態ニ在ルモノハ即チ之ナリト、(二)第二說ニ曰ハク、請求權辨濟期ニ在リト雖モ侵害アルニ非サレハ未タ國家ノ力ニヨリ之レヲ保護スルノ必要生セス、故ニ權利侵害ヲ以テ訴權發生ノ條件トナス可シト(Windheid. § 122. Langheinecken S. 101. Euneccerus I § 205)即チ此ノ說ニヨレハ請求權滿足狀態(Saturierte ausspruch,)ニ在ル間ハ訴權ヲ生セス、故ニ前示ノ場合ニ給付ノ訴ヲ起サハ、只ニ原告ハ訴訟費用ヲ負擔ス可キノミナラス敗訴トナ

ラサル可ラス、前說ヲ可トス、

(六)請求權ノ消滅

請求權消滅原因ハ其ノ數多シ、債權ノ消滅原因ハ其ノ特別ナル場合ヲ除クノ外ハ物權的請求權ニモ適用アリ、兩者ニ共通ナル特別ナル消滅原因ハ請求權ノ競合ナリ、請求權ノ競合ハ同一ノ當事者間ニ於テ同一ノ目的ヲ有スル多數ノ請求權カ同時ニ存スル場合ニ生ス、例ヘハ物ノ侵奪ニヨリ所有權ノ訴占有ノ訴或ハ又場合ニヨリテハ不法行爲ノ訴權ヲ生ス、即チ三種ノ請求權同時ニ存ス、然レトモ其ノ經濟上ノ目的ハ唯一ナリ、故ニ其ノ一ノ請求權ヲ行使シテ辨濟ヲ得タルトキハ他ノ請求權ハ消滅ス、今日ノ法律ノ狀態ニ於テハ請求權ノ競合ヲ認メサルヲ得ス（拙文京都法學會雜誌法四卷三號）

第十三　抗辯

獨逸民法ニ於テハ抗辯權(Einrede)ト對抗事由(Einwendung)トヲ區別シ、一方ニ請求權存スル場合ニ之レニ反對シテ存在シ請求權ヲ破滅セシメ又ハ履行ヲ拒否シ得ル權利ヲ抗辯權ト稱シ請求權否定ノ權利及ヒ事實ヲ併セ指示スル場合ニ之レヲ對抗事由ト稱ス(Planck. Vormerkung VIII Oertmann-Garais s 587 ff.)我民法ニ於テモ抗辯ナル文字ヲ用ヒタル條文數個所アリ(第四百十九條第五百三十五條)事由ヲ以テ對抗ス云々ノ文字アル場合ハ枚擧ニ遑アラス、然シ余ノ見ル所ニ於テハ此ノ二者ノ間ニ獨逸民法ニ於ケルカ如キ區別存セス、其ノ權利ナルト事實タルトヲ問ハス苟モ相手方ノ請求ヲ拒ミ得ルノ手段即チ防禦ノ手段トシテ用ヒ得ルモノハ之レヲ抗辯又ハ對抗事由ト云フモノヽ如シ、例ヘハ時效ノ援用不可抗力ノ抗辯ト云フカ如キ文例ニ於テハ、一方ニ請求權存シテ之レニ反對シテ拒否權存スル義ニ非スシテ請求權否定ノ事實ヲ提出スルノ義ナリ、故ニ抗辯ノ本質ハ事實ナルアリ權利ナルアリテ一定セス、

對抗事由又ハ抗辯ハ之レヲ分ツテ二トナス、(一)ハ相手方ノ請求權ノ不發生又ハ消滅ノ事實ヲ提出スルヲ云フ、例ヘハ錯誤、意思能力ノ欠缺、辨濟、時效ノ如キ之ナリ、其ノ裁判上確認セラルヽニ於テハ相手方ノ請求權ハ存在セサルモノト確定ス、(二)ハ相手方ノ請求權ヲ否認セス只其ノ行使ヲ拒否スルモノナリ、同時履行ノ抗辯期限ノ抗辯或ハ所有者ノ返還請求權ニ對スル他物權賃借權ノ抗辯ノ如シ、此ノ場合ニ於テハ抗辯ハ實ニ相手方ノ請求權ノ行使ヲ防止スルノ力アリ、然レトモ之レヲ消滅セシメス、故ニ抗辯カ消滅スルカ又ハ之レヲ拋棄スル場合ニ於テハ相手方ハ再ヒ其ノ請求權ヲ行使スルコトヲ得、此ノ第二種ニ屬スルモノハ獨逸學者ノ所謂抗辯權ニ相當ス、

再抗辯(Replik)トハ相手方ノ抗辯ニ對シテ請求權者ノ有スル異議ノ事由ヲ云フ、其性質抗辯ト異ルコトナシ、再抗辯ニ對シテハ又再々抗辯アル可シ（拙文抗辯原法論六、八）

第十四　參考書

(一)注釋書　ハ梅博士民法要義全部五卷岡松博士民法理由三卷(總則物權債權)奥田博士親族法論相續法論各一卷松波仁保仁井田三博士合著民法正解三卷(總則物權債權)、松本博士民法註釋全書(總則ノ一部)鳩山博士同上(總則ノ一部)等

(二)組織的　ニ記述シタルモノハ富井博士民法原論、(總則及ヒ物權ノ一部)川名博士民法總論一卷、債權總論一卷、平沼博士民法總論一卷、横田博士、物權論一卷債權總論一卷、牧野學士親族法論相續法論各一卷、松岡學士民法論(總則ノ部及ヒ物權ノ一部)江木博士現行民法論一卷、石阪博士民法論(債權ノ一部)等

(三)雜誌　法學協會雜誌、京都法學會雜誌、法學志林、法學新報、法曹記事等ヲ主ナルモノトス

(四)判決例　大審院判決錄、判例彙報、法律新聞等ニ依ルヲ便トナス

民法

第一編　總則

(一)總則編ノ内容　總則編ニ收メラレタル規定ハ獨逸ノ「パンデクテン」教科書ノ總論ノ部分ニ相當ス、百七十四ケ條ヨリ成リ五章ニ大別セラル、章ノ細分ヲ節トナシ節ノ細分ヲ欵トナス、欵以下ノ細分ナシ(總則編ニハ欵ニ至ルモノナシ)、而シテ其各章節毎ニ必ラス表題ヲ設ク、是レ解釋家ノ爲メニハ便利ナルコト少カラス、

第一章第二章ニ於テ私權ノ主體タル人及ヒ法人ニ關スル規定ヲ設ケ、第三章ニ於テ私權ノ直接又ハ間接ノ客體タル物ヲ規定シ、第四章ニ於テ私權ノ取得、變更、消滅ノ主タル原因タル法律行爲ヲ規定シ、第五章ニ於テ期間ノ計算法ヲ規定シ第六章ニ於テ時效ヲ規定シ、其ノ分類ハ大體ニ於テ整然タルモノアリ、尚詳細ハ各章ニ付キテ述フ可シ、

只看過ス可ラサル欠點ハ人ト法人トヲ別章トナシ相對立セシメタルニ在リ、之

レ恰モ動產ト不動產トヲ各獨立ノ章トナシタルカ如キモノニシテ體裁ヲ失ス、宜シク之ノ兩者ヲ併セテ同一ノ章中ニ收メ其細分トシテ第一節ニ人（自然人）第二節ニ法人ヲ規定ス可カリシナリ、我民法カ此ノ態度ヲ採ラサリシハ人ナル文字ヲ自然人ノ義ニ用ヒ以テ通俗ノ看念ニ近ツカシメント欲シタルカ爲メナリ、然レトモ此ノ如キハ今日ノ法律學ニ背馳スルコト甚シ、人ヲ分ツテ自然人及ヒ法人トナスハ諸國殆ント共通ニ認メラルル處ナリ、故ニ必シモ通俗ノ義ニ拘泥スルノ必要ナキナリ、

(二) 總則編ノ意義　總則編中ニ收メタル規定ハ左ノ意義アリ

(イ) 民法ノ他ノ四編ニ共通ナルコト、是レ實ニ總則編ヲ設ケタル主ナル理由ナリ、總則編ハ他ノ各編ニ適當ノ地位ヲ發見スル能ハサルモノヲ便宜ノ爲メニ集メタルモノニ非ス、總則編ハ左レハ雜事編ニ非ス、其ノ規定ハ他ノ各編ニ適用セラルヽモノナリ、然シナカラ(一)特別ノ明文ヲ以テ之レヲ除外シタルモノ(二)特別ノ明文ナシト雖モ事物ノ性質上適用スルヲ得サルモノ無キニ非ス、

(ロ) 總則編ノ規定ハ民法以外ノ私法的單行法ニ適用セラル、總則編ノ規定中ニハ特ニ本法ニ於テト明言シ其適用ノ範圍ヲ局限シタルアリ（例八五、或ハ第百三十八條ノ如ク他ノ法律ニ牴觸セサル限リハ民法以外ノ事項ニモ適用セラル可キヲ明示シタルモノアリ、後者ハ勿論前者ノ如キ文例ニ於テモ特別ノ形式上實質上ノ理由存セサル限リハ之ヲ私法的單行法ニ適用スルコトヲ得可シ、何トナレハ民法ハ私法ノ原則法ナルカ故ニ爾後ノ單行法ハ之レヲ前提トシテ發スルモノナレハ特別ノ理由ナキ限リハ當然適用セラレサル可ラス、

第一章　人

(一) 人ノ意義　今日ノ法律學ニ於テ人トハ權利主體ヲ云ヒ自然人及ヒ法人ヲ包含ス、然ルニ本章ニ於テ人トハ自然人ノミヲ指ス、之レ第二章法人ト對セシメタルニヨリ明ナリ、之レ人ノ意義ヲ通俗ノ意義ニ近ツカシメント欲スル旨意ニ出タ、然レトモ之ヲ貫ク能ハスシテ第二編以下各條規定ニ於テ「或人」「他人」「一人」又ハ「數人」等ノ語アル場合ニ於テハ常ニ法人ヲモ併セ含ム、故ニ民法全體ヲ通シテ用語一定セス、是レ皆人ノ意義ヲ自然人ニノミ限リタル結果ナリ、

(二) 本章ノ内容　本章ノ内容ハ第一節私權ノ享有、第二節能力、第三節住所、第四節失踪ヨリ成ル、凡テ之レ自然人ニ關スル規定ナリ、然シナカラ凡ソ法律ハ自然人ニ關セサルモノナシ法人ノ規定ト雖モ亦然リ、然ラハ自然人ニ關スル規定中如何ナル種類ノ法規ヲ集メタルカ、換言スレハ前記四節ノ事項ニ共通ナル特性

存スルヤ、若シ其ノ性質ナシトセハ之レヲ他章ト分離シ同一章中ニ集ム可キ理由ナシ、余ノ見ル處ヲ以テスレハ前記ノ四者ハ皆自然人ノ法律的活動其ノモノニ關セスシテ、其ノ活動ノ基礎トナル可キ事項ナリ、故ニ之レヲ獨立ノ一章中ニ收ム可キ理由アリ、人往々之レヲ以テ權利主體ニ關スル規定トナス、即チ權利ノ主體トシテノ人ニ關スル規定トナス、必シモ不當ニ非サレトモ正確ニ非ス、純然タル權利主體ノ規定ハ只第一節及ヒ失踪宣告ニ關スル規定ノミ、

第一節　私權ノ享有

(一) 私權ノ觀念　私權ノ觀念ハ之レヲ緒論中ニ述ヘタリ、約言スレハ私權ハ統治關係以外ニ於テ特定人ノ爲メニ法律カ認メタル特定ノ利益ヲ充實スル爲メニ法律カ特定人ニ賦與シタル力ナリ、

(二) 私權ノ享有　私權ノ享有ナル文字ハ佛蘭西民法第一編第一章第一節ニ Jouissance des droits civils トアルヨリ來ルモノナリ、其ノ意義ハ私權ヲ享有シ得ルノ能力、或ハ私權ノ主體トナリ得ルノ資格ヲ云フモノニシテ、獨逸民法第一條ニ云フ Rechtsfähigkeit 即チ權利能力ニ相當ス、正確ニ云ヘハ法律カ權利ナル力ヲ賦與スルニ適當ナリト認メタル性質ヲ云フ、故ニ此ノ知キ性質ヲ有スルモノニシテ始メテ權利ヲ取得スルコトヲ得、權利能力ナクンハ權利ナシ

(三) 權利能力ト法律行爲能力　法律行爲能力 (Geschäftsfähigkeit) 又ハ單ニ行爲能力 (Handlungsfähigkeit) ト權利能力トハ截然之レヲ區別ス可シ、前者ハ單獨ニテ完全ニ自己ノ爲メニ有效ナル法律行爲ヲナスノ能力ニシテ、後者ハ權利主體トナルノ能力ナリ、故ニ權利能力者ハ行爲能力ナシト雖モ權利ヲ有シ義務ヲ負フヲ妨ケス、幼者狂人ノ如キハ其ノ適例ナリ、又權利能力ナシト雖モ當然行爲無能力之レニ伴フモノニ非ス、權利無能力者ノ法律行爲カ無效ナルハ行爲能力無キカ爲メニ非スシテ其ノ目的不法ナルカ爲メナリ

(四) 權利能力ハ法律之ヲ賦與ス　權利能力ヲ賦與セラル可キ客體タル人類、社團、財團ハ法律ノ創作スル處ニ非スト雖モ權利能力其ノモノハ法律ノ賦與スル處ナリ、之レ其能力ハ法律ヲ以テ剝奪シ得ルニ由リテ明ナリ、一時自然法ノ盛ナリシ時代ニ於テハ人類ノ權利能力ハ天賦ノ權利ニシテ人ハ皆生レナカラ之ヲ有スト信セラレタレトモ正シカラス、歷史ハ之レヲ反證ス奴隸ハ人類ニシテ權利能力ナキニ非スヤ、今日ノ法律ニ於テモ權利能力ノ一部ヲ剝奪スル例ハ稀ナラス、例ヘハ國籍喪失者ハ或種ノ權利ヲ享有スル能力ヲ失フ、又權利能力ハ獨リ人類ノ專占スルモノニ非ス、法律ハ其ノ與ヘント欲スルモノニ與フ、法人ハ其ノ

例ナリ、中世ニ於テハ物件動物ニ權利能力ヲ與ヘタル例少カラサリシト云フ(Gierke, D. P. R. § 30)、今ハ只其ノ實例ナキノミ、權利能力ヲ賦與セラレタルモノヲ法學上人(Person)ト云ヒ、或ハ其ノモノハ人格(Personlichkeit)ヲ有スト云フ

(五)權利能力ヲ賦與セラル可キ客體

權利能力ヲ賦與セラル可キ客體ハ其ノ時ノ法律思想ニヨリテ定マル、法律史上ニ種々ノ實例アリ、或ハ神ヲ以テ權利主體トナシ、或ハ動物ヲ以テ權利主體ト認メタルコトアリト雖モ、現行法ニ於テハ只(一)人類(二)人類ニヨリテ組織セラレ人類ノ目的ヲ遂スルノ手段タル組織體ニ對シテ之レヲ與フルノミ、前者ハ所謂自然人(Naturliche person)ニシテ、後者ハ之レヲ法人(Juristirhe person)ト稱ス、自然人ト法人ノ差別ハ法律カ權利能力ヲ賦與スル客體ノ差別ニシテ、權利能力ノ本源ヲ異ニスルニ非ス、自然人ハ自然ニ權利能力ヲ有シ、法人ハ法律ニヨリ始メテ權利能力ヲ有スト解セハ誤マレリ、兩者共ニ成法ニヨリ權利能力ヲ與ヘラレタルモノナリ、或人ハ自然人モ亦法人ナリト云ヘリ言頗ル奇ナルカ如シト雖モ之レ眞理ナリ、(Endemann § 24)本節規定スル處ハ自然人ニ關スル規定ナリ、即チ人類ノ權利能力ニ關スル規定ナリ法人ハ之レヲ第二章ニ規定ス

(六)權利能力ト義務能力

權利能力ト義務能力ハ相對シテ存在スル別物ナリ、法律ハ義務能力ヲ與ヘテ權利能力ヲ與ヘサルコトヲ得、現ニ羅馬ノ奴隸ノ如キハ然リシト云フ(Regelsberger S. 235)、我民法ハ獨リ權利ノ享有能力ヲ規定シテ義務負擔能力ヲ規定セス、其ノ理由ハ權利能力ハ義務能力ト相一致スルヲ前提トシ權利本位ニ依リ立言シタルカ故ナリ、左レハ權利能力者ハ同時ニ義務能力者ナリ、獨逸ニ於テハ權利享有能力義務負擔能力トヲ併セテ權利能力(Rechtsfähigkeit)ト云フヲ通常トス(Planck I. S. 55 O.rtmamun-Garais S. I Hälder S. 69)、何レニシテモ現行法ノ解釋上結果ヲ殊ニセス、然レトモ權利能力ナル語カ同時ニ義務能力ヲ包含ストナスハ觀念上面白カラス、此ノ兩者ハ相對立セシムルヲ可トス

(七)權利能力ノ本質

權利能力ノ本質ニ付キ余ノ知ル範圍ニ於テ三說アリ(一)權利能力ハ人格權(權利)ナリト(Gierke D. P. R. S. 265)、(二)權利能力ハ權利義務ノ主體トナルノ可能(Mäglichkeit)ナリト(Halder S. 69)(三)權利能力ハ權利義務ノ主體トナルノ性質ナリト、最後ノ說ヲ以テ可トス、蓋シ權利能力ハ權利取得ノ基礎トナルモノナレハ觀念上權利ト別ニ存在スルヲ要ス、若シ之レヲ以テ人格權ナリトナサハ更ニ人格權ヲ得ルノ基礎ヲ說カサル可ラス、然ラハ遂ニ其ノ底止スル處ヲ知ラサル可シ、故ニ第一說ハ不可ナリ、之レヲ以テ權利取得ノ可能ナリト說クハ誤レ

ルニ非ス、然シ其ノ可能タルヤ、或モノニ附着シテ其ノ性質ヲ成スモノナリ、故ニ權利能力ハ或モノヽ權利主體トナルノ「可能性」ナリト解セハ尤モ事實ニ近カランカ、

(八)强行規定　權利能力ニ關スル規定ハ強行規定ナリ、契約ニヨリ之レヲ制限スルヲ得ス、又之レヲ拋棄スルヲ得ス、或ハ又契約ヲ以テ之レヲ設定スルヲ得ス、權利能力ヲ與フルノ規定カ強行的ナルノミナラス、權利能力ヲ認メサルノ規定モ亦強行的ナリ、故ニ法人ハ契約ヲ以テ自由ニ設立スルヲ得ス、契約ヲ以テ外國人ノ權利能力ヲ擴張スルヲ得ス、

(九)適用ノ範圍　本節ニ規定スル權利能力ハ私權ニ關ス、故ニ公權即チ政治ニ關スル權利ニハ全ク適用ナシ、然シナカラ原則トシテ一切ノ私權ニ通スルモノナリ、民法規定スル處ノ私權ノミニ限ル可ナス、民法制定後單行法ヲ以テ認メラルヽ私權ニモ亦反對ノ明文ナキ限リハ當然適用セラル、

第一條　私權ノ享有ハ出生ニ始マル

(一)人類ノ權利能力　人類ニシテ權利能力ヲ有スルモノ之レヲ自然人ト云フ、民法ノ用語ニ於テハ「人」ト云フ、

(イ)凡テノ人類ハ權利能力ヲ有ス　古ヘハ諸國奴隸ノ制度アリ、我國ニ於テモ王朝時代ニハ良民賤民ノ別アリ、賤民ハ權利主體トナルヲ得サリシナリ、此ノ制度ハ自然法ノ力ニヨリテ打破セラレ、第十九世紀ノ半ニ至テ文明國中其跡ヲ絶ツ、然レトモ其ノ當時ニ於テハ大ニ疑ハシカリケレハ、奴隸廢止又ハ凡テ人類ハ權利能力者タル旨ヲ法典ニ規定シタル例少カラス（例ヘハ墺民第十六條）我舊民人事編第一條ノ如キモ亦之ナリ然シナカラ凡テ人類ハ權利能力者ナル可キハ爾後ノ文明ニヨリ固ク承認セラレタリ、故ニ今日ニ於テハ當然自明ノ事理ニシテ法典ニ揭クルノ必要ヲ見ス、我民法カ規定ヲ設ケサルモ亦此ノ旨意ナリ、故ニ内外人ノ差別ナク男女ノ差別ナク又年齡ノ差別ナク、尚モ人類ハ皆私權享有ノ能力ヲ有ス例ヘハ外國ニ奴隸制度ヲ認ムルモノアリト假定セヨ、其ノ奴隸逃レテ我國境ニ入ラハ當然民法ニヨリ自由ヲ獲得シ權利能力者トナル、

(ロ)人類ハ當然權利能力ヲ有ス　權利能力ハ成法ノ賦與スル處ナリ、然レトモ別ニ賦與ノ形式ヲ要セス、苟モ人類タルモノハ法律上當然權利能力ヲ有ス、戸籍法ニヨル出生屆出ノ如キハ權利能力ニ何等ノ關係ナシ、法人ニアリテハ之レト異リ特ニ官廳ノ許可ヲ必要トス

(ハ)人類ノ權利能力ノ範圍ハ平等ヲ以テ元則トナス

(一)男女ノ間ニ區別ナシ、古ハ戸主權後見人タルノ權ノ如キ男子ニノミ屬シタリシカ、我民法ハ女子ニ戸主タルヲ認メ又女子ニ後見人タルノ能力ヲ與フ、故ニ私權ノ範圍ニ於テハ女子カ女子トシテ其ノ權利能力ヲ制限セラル、著例ナシ、(二)年齡ノ長短ニヨル差別モ亦存セス、只婚姻年齡ノ制限アリト雖モ(七六五)婚姻年齡ニ達セサルモノヽ婚姻モ無效ニ非サルカ(七八一)故ニ之レ又眞ノ制限ニ非ス、(三)身分ニ基ク差別モ亦大ナラス、只華族ノ戸主ハ華族世襲財產法(十九、勅、三十四號)ニヨリ世襲財產ヲ創設スルコトヲ得、華族ニ非ラサルモノハ其ノ能力ナシ、僧尼ハ維新以前ニ在リテハ私ニ園宅財物ヲ畜ヘ及ヒ興販出息スルヲ得サリシカ、今ヤ此ノ禁ナシ、(四)內國人ト外國人ノ間ニ在リテハ其ノ差少カラス、此ノ點ハ第二條ニ於テ述フ可シ、

(ニ)人類權利能力ノ始期

此ノ點ハ本條ニヨリ直接ニ規定セラル、處ニシテ人類ノ權利能力ハ出生ニ始マル、故ニ其ノ反對論法ニヨリ未タ出生セサル胎兒ハ權利能力者ニ非サルコト明ナリトス、

(イ)出生ノ意義

出生ヲ以テ權利能力ノ始期トナシタルハ、人類カ獨立生存ヲ有スルニ及ンテ始メテ社會ノ一分子トシテ之レヲ認メントスルノ旨趣ナリ、獨逸民法ハ出生ノ完成ニ始マルト規定シ(獨民第一條)、瑞西民法ハ母體外ノ生活ヲ以テ始マルト規定ス(瑞民第三十三條)、言辭稍ヤ異ルト雖モ其ノ旨意ハ皆一ナリ、生理上ノ獨立生活ヲ必要トスルノ義ニ外ナラス、左ノ二條件ヲ要スルモノトス、

(a)胎兒ノ身體カ母體ヨリ全然脫出スルコト、　胎兒ノ身體ノ脫出ハ自然ノ現象ナリ、法律上ノ行爲ニ非ス、早產流產或ハ人工ヲ以テ保助ヲ加ヘタルト否トヲ問ハス、苟モ母體ヨリ脫出シタルモノハ皆出生ナリ、然レトモ產兒一部ヲ露出スルニ至ルモ全然脫出スルニ非サレハ吾人ハ未タ以テ出生ト稱セス、蓋シ生理上未タ獨立セサレハナリ、反之既ニ其ノ身體カ脫出シ終リタル以上ハ猶臍帶ヲ以テ母體ト連絡スト雖モ出生ト稱スルヲ妨ケス、臍帶ノ切斷ハ出生ノ要件ニ非ス、若シ之レヲ以テ要件トナストキハ人格ノ始期ハ之レヲ切斷スルノ時期ニヨリ決スルヲ以テ人意ヲ以テ左右スルコトヲ得ルカ故ニ、双生兒ノ場合等ニ於テハ弊害ヲ生スルコトナシトセス、

(b)脫兒カ母體ヨリ脫出セル後生活ヲ有スルヲ必要トス、此ノ條件ヲ要スルハ自然人ノ人格ノ基礎ハ生活セル人類ニ在ルヲ知ラハ自ラ明瞭ナリトス、故ニ胎內ニ於テ既ニ死亡セルモノ又ハ出生ノ未タ完成セサルニ死亡シタル

モノハ法律上人格者トナルコトナシ、然レトモ出生後長ク生活スルヲ要セス一瞬間タリトモ生活スレハ可ナリ、獨立ノ生活ハ出生兒カ空氣呼吸ヲナシタル時ニ始マル故ニ假死兒ノ如キハ空氣呼吸ヲ始メタル時ニ出生アリタリルモノトス、而シテ出生後生活ノ證明ハ如何ナル方法ニヨルモ可ナリ、羅馬法ニ於テ「プロクリアン」派ハ泣聲ヲ上クルヲ必要トナシ、泣聲ヲ上ケスシテ死亡セルモノハ死產兒トナシタリト雖モ此ノ論ハ何等ノ根據ナク、旣ニユスチニアンノ法典ニ於テモ採用セラレサリシ、我民法ノ解釋上此ノ如キ條件ヲ要ストナスノ根據ナシ、

我民法上ハ以上ノ二條件ヲ要スルノミ外國ノ事例ニヨレハ

(a) 生育能力、(Vitalität)ヲ必要トスルモノアリ、佛蘭西民法三百十四條ノ如キ是ナリ、生育能力トハ生育ノ見込アルモノヲ云フ、生育能力ナキモノハ之レヲ不熟兒(Abortus)ト稱シ、假令出生ノ際ニ於テハ生活ヲ有スルモ生育シテ社會ノ一員タルノ資格ナキカ故ニ始メヨリ權利主體タルヲ得ストセリ、此ノ論タルヤ多少見ル可キノ根據ナキニ非スト雖モ之レヲ實際ニ施スニ當リ非常ナル弊害アリ、故ニ我民法ハ之レヲ必要トセス、實際ニ當リ不熟兒ヲ定ムルニ就テハ二說アリ、一說ニヨレハ出生ノ時ニ於ケル身體全體ノ機關ノ發育ヲ見テ決ス可シト云フ、此ノ論ニヨレハ出產アルヤ否ヤ常ニ體格試驗ヲ要ス可シ、之レ煩ニ勘ヘサル處ナリ、且ツ其ノ認定頗ル困難ニシテ到底庸醫ノ任ニ非ス、若シ夫レ不熟兒ト認定シタルモノカ哺育其ノ途ヲ得タルカ爲メニ生育スルニ於テハ能力問題ハ如何ニシテ之レヲ決ス可キカ、第二說ハ形式的ニ姙娠ノ時ヨリ百八十一日ヲ經過シタルモノニ非サレハ不熟兒ナリト云フ、此ノ論ニヨレハ受胎ノ日ヲ定ムルコト困難ナルカ故所要ノ日子ヲ經過シタリヤ否ヤヲ定ムルコト難シ、又若シモ出生後醫師ノ認定ニヨリ百八十一日ヲ經過セリヤ否ヤヲ決セシムルモノトセハ前說ト同一ノ弊害アリ、故ニ此ノ如キ不確實ナル標準ニヨリ權利能力ノ有無ヲ決定セシムルハ危險ナリ、我民法カ之レヲ以テ要件トセサルハ當ヲ得タルモノナリ、

(b) 畸形兒(Monstrum)、羅馬法普國々法(第一章第十七條ヨリ第二十二條)ハ生兒カ人間ノ外形ヲ具フルヲ要セリ、人間ノ外形ヲ具セサルモノハ之レヲ畸形兒ト稱シ權利能力ヲ與ヘス、此ノ條件モ亦多少ノ理由ナキニ非ス、人間ノ外形ヲ有セサル者カ吾人ト幷ヒ立テ權利ヲ爭フハ不快ノ甚シキモノナリ、然レトモ如何ナル程度迄普通ノ人類ト外形ヲ異ニセハ以テ畸形兒トシ權利能力ヲ與ヘスシテ可ナルカ、其ノ限界ヲ知ルコト困難ナリ、故ニ此ノ條件ヲ加

フルハ實際上危險ナリトス、且ツ幸ニモ近世ノ醫學ハ畸形兒ノ出生ヲ否認ス、故ニ當然必要ナキ條件トナレリ、普國々法ノ如キモ此理由ニヨリ後ニ至リテ之レヲ削除セリ、我民法カ此ノ條件ヲ加ヘサリシハ至當ナリトス、故ニ民法ノ解釋トシテハ苟モ人間ノ母體ヨリ出生シタル兒ハ其ノ形狀ノ如何ニ拘ハラス皆權利能力者ナリトス、但シ母體ノ知レサル場合（例ヘハ棄兒）ニ於テハ其ノ形狀其他人類ノ特徵ノ有無ニヨリテ人類ナリヤ否ヤヲ判斷スルヨリ外ニ途ナシトス、

(ロ)出生ノ證據

權利能力ノ始期タル人類ノ出生ハ一ノ事實ナリ、訴訟上爭トナリタルトキハ立證ヲ要ス、其ノ立證方法ハ制限ナシ、然レトモ之レヲ容易ナラシムル爲メニ身分登記ノ制度アリ、出生ノ時、場所等ヲ公吏ヲシテ公簿ニ記入セシム戸籍簿之ナリ、然レトモ戸籍ハ絕對的ノ證據力アルモノニ非ス、反對ノ證據ニヨリ之レヲ破ルコトヲ得（戸籍法第六十八條第十七條第二十五條）、

(ハ)出生ノ時

出生ノ時ノ前後ハ法律上種々ノ場合ニ必要アリ、家督相續人ヲ定ムルニ當リ殊ニ必要ナリトス（九七〇、一項五號）、出生ノ前後ハ胎外空氣呼吸ヲナシタル時ノ前後ヲ以テ之ヲ定ム、之レ出生ノ意義ヨリシテ當然然ラサルヲ得ス、然シナカラ大多數ノ場合ニ於テハ生兒カ母體ヨリ全然脫出スルトキハ直ニ呼吸ヲナスモノナルカ故ニ實際上ハ脫出ヲ以テ之ヲ定メテ大過ナシ、其ノ受胎ノ前後ハ問題トナラス、故ニ双生兒ノ場合ニ於テハ先ツ母體ヨリ出テタルモノヲ以テ長トナス（普國々法第一章第十五條）、而シテ其ノ前後ヲ分ツヘキ證據ナキ場合例ヘハ產婆ナクシテ分娩シ產婦ハ知覺ヲ喪失セル場合ノ如キハ如何ニシテ長次ヲ定ム可キカ、家督相續ノ順位ヲ定ムルニ當リ尤モ必要ナリ（九七〇）普國々法ハ抽籤ニヨリ決ス可シトナス、之レ最後ノ策トシテ正當ナルモノナリ、然ルニ我國ニ於テハ此ノ場合ヲ決定ス可キ規定ナシ、故ニ畢竟訴訟法ノ原則ニヨリ定マル可シ、即チ先ツ事實上相續人ノ地位ニ就キタル者ノ勝利ニ歸スルナリ、何トナレハ訴訟ニ於テハ原告ハ被告ニ優リタル權利ヲ證明スルニ非サレハ其ノ主張ヲ貫ク能ハス、然ルニ出生ノ前後不明ナルカ故ニ、原告ハ自己カ年長者ナルコトヲ證明スル能ハサレハナリ、或人ハ出生ノ前後不明ナル場合ニハ共有タル可シト論スレトモ、家督相續人ハ同時ニ二人アルヲ得ス、故ニ此ノ論ハ不可ナリ、

(ニ)中性兒(Zwitter)

中性兒トハ男女何レカ一方ノ姓ニ屬セサルモノヲ云フ、現今ノ醫學ハ中性兒ノ出生ヲ否認ス、人類ハ必ラス男性ナルカ又ハ女性ナラサル可ラス、然シ實際問題トシテハ其性ヲ識別スルニ困難ナル場合ナシトセ

ス、故ニ男子トシテ屆出テタルモノカ後ニ女子ナルコト確定スルコトアリ、或ハ又之レニ反對ナル場合往々アリ、此ノ場合ニ於テハ其ノ兒ノ性ハ後ニ至リテ確定シタリト雖モ其ノ出生ノ時ニ於テ既ニ其ノ性ヲ有セサルモノト見做サヽル可ラス、何トナレハ出生後性ヲ變シ前半生ハ男子ニシテ後半生ハ女子ナルコトアリ能ハサレハナリ之レ婚姻縁組家督相續ニ於テ必要ナル問題ナリ（八三九、九七一、一項二號）、

(三)胎兒ノ權利能力(Nasciturus)

(イ)胎兒ノ意義　胎兒トハ母ノ胎內ニ在ル兒ヲ云フ、換言スレハ懷姙ノ時ヨリ出生ノ完成スル迄ノ間ヲ胎兒ト稱ス、

(ロ)胎兒ノ權利能力ヲ認ムル必要　胎兒ハ母體ノ一部ニシテ未タ獨立セル生存ヲ有セス、故ニ原則トシテ權利能力者ニ非ス、然レトモ胎兒ハ早晚出生シテ獨立ノ人類トナル可キモノナリ、故ニ胎兒ヲ保護スルハ間接ニ出生兒ヲ保護スル以所ナリ、故ニ刑法上種々ノ點ニ於テ保護ヲ受ク、民法上モ亦之レヲ保護スルノ必要少カラサルナリ、羅馬法、舊民法人事篇第二條ニハ廣ク胎兒ノ權利能力ヲ認メ、胎兒ハ其ノ利益ヲ保護スル爲メニハ既ニ生レタル者ト看做スト規定セリ、然レトモ此ノ如キハ廣キニ失シ且ツ其ノ範圍不明ナルカ故ニ本法ハ原則的ノ規定ヲ設ケス、個々ノ場合ニ於テ其ノ權利能力ヲ認ム、皆本條ニ對スル例外ナリ、(一)不法行爲ノ損害賠償（七二一）、(二)家督相續遺產相續及ヒ遺贈（九六八、九九三、一〇六五）之ナリ、

(ハ)胎兒ノ權利能力ノ性質　胎兒ニ權利能力ヲ認ムルハ畢竟胎兒ハ將來獨立ノ人類トナル可キモノナルカ故ナリ、適切ニ云ヘハ其ノ出生後ノ利益ヲ保護センカ爲メナリ、故ニ胎兒ノ權利能力ハ法律上ノ解除條件付ナリ、若シ屍體ニテ生レタル場合、又ハ出生セサル場合（例ヘハ母ノ死亡ニヨリ）ニ於テハ之レヲ保護ス可キ理ナキカ故ニ始メヨリ權利能力者ニ非サリシモノトナル、民法ハ或ハ之レヲ明言シ（九六八）、或ハ之レヲ明言セス（七二一）ト雖モ其ノ精神ハ常ニ右ノ如シ、

(ニ)胎兒ノ性　胎兒ハ胎兒トシテ一定ノ性ヲ有ス、然レトモ出生後ニ非サレハ之レヲ確定スルコト能ハス、故ニ其ノ權利カ性ノ男女ニヨリ異ル可キ場合ニ於テハ出生ニ至ル迄ハ未定ノ狀態ニ置キ、出生ニヨリ確定セルトキハ既往ニ遡リテ效力ヲ生スルモノトセサル可ラス、手續上一定期間內ニ之レヲ決定スルノ必要アツテ決定シタルニ、後ニ至リ反對ニ確定セルトキハ之レカ更正ヲ許サヽル可ラス、例ヘハ家督相續ニ於テ被相續人ノ死亡ノ時ニ一女子ト胎兒

トアル場合ニ於テハ何レカ先順位ニアリヤ、曰ハク胎兒カ男子ナラハ胎兒先順位ニ在リ（九六八、九七〇、一項二號）女子ナラハ既生ノ女子年長者ナルカ故ニ先順位ニ在リトス、此ノ如キ場合ニハ胎兒カ出生スル迄ハ相續人ヲ未定ノ狀態ニ置クヲ以テ得策トナス、然レトモ現行法ニハ此ノ手段ナシ、故ニ何レカ一方カ相續ヲナシ後反對ニ確定シタルトキハ、家督相續ノ回復ヲ求メサル可ラス、

(ホ)胎兒後見人

胎兒ハ前述四場合ニ於テ權利能力者ナリ、故ニ其ノ代理人ヲ定メテ之レヲ保護スルノ必要アリ、而シテ法典ニ「既ニ生レタルモノト看做ス」トアル場合ニ於テハ（七二一、九六八、九九二、一〇六五）、其事項ニ關シテハ既生兒ナルカ故ニ未成年者ト同一ニ取扱ハレ、父其親權ヲ行使シ父親權ヲ行ハサルトキハ母其親權ヲ行使ス、例ヘハ相續ノ承認、拋棄ニ付キテハ第千十九條ノ適用アル可シ、

然レトモ既生兒ト見做サル丶ハ皆一定ノ事項ニ限ラル、夫以外ノ事項ニ付キテハ既生兒ニ非ス、從テ法定代理人ヲ有セス、例之時效ニ關シテハ既生兒ト看做サレス、故ニ胎兒ニ對シテ權利ヲ有スル者ハ其父又ハ母ニ對シテ請求ヲナシ以テ消滅時效ヲ中斷スルヲ得ス、

(四)權利能力ノ終期

自然人ノ權利能力ノ終期ハ其ノ死亡ノ時ニ在リ、死亡トハ生活ノ喪失ヲ云フ、之レ事實問題タリ、故ニ之レヲ主張スルモノニ於テ立證スルヲ要ス

死亡ノ前後ハ場合ニヨリ重大ナル法律上ノ關係ヲ有ス、相續ニ於テハ代位相續ノ制度（九七四、九九五）ノ爲メニ其ノ必要ハ大ニ減セラレタリト雖モ猶全ク必要ナキニ非ス、例ヘハ夫婦共同ノ危難ノ爲メニ死亡セリトス、第九百九十六條ノ場合ニ於テ夫先キニ死亡セリトセハ妻ハ相續人トナル、故ニ妻ノ相續人ハ夫ノ財產ヲ併セ承繼ス可シ、妻若シ先キニ死亡セリトセハ夫其ノ相續人トナル、故ニ夫ノ相續人ハ死亡セル夫婦ノ財產ヲ悉ク相續スルニ至ルヘシ、此ノ如キ場合ニ關シ民法ハ何等ノ推定ヲモ設クルコトナシ、故ニ其ノ前後ヲ爭フモノハ立證ヲ要ス、立證スルヲ得サルトキハ訴訟法ノ原則ニヨリ被告ノ勝利ニ歸ス、然レトモ之レ殆ント不能ヲ責ムルモノニシテ妥當ナラス、適當ナル推定ヲ設ク可キナリ、

羅馬法ニ於テハ數人カ共通ノ危難ノ爲メニ死亡セルトキハ同時ニ死亡セルモノト推定シ、父子同原因ノ爲メニ死亡シ子未成年者ナルトキハ父先ツ死亡セルモノト推定シ、其ノ成年者ナルトキハ子先ツ死亡セルモノト推定ス、案スルニ之レ體力弱キモノハ強キモノニ先ツテ死亡スト云フ經驗ヨリ來リタルモノニシ

ヲ十分ナル根據アリトス、獨逸民法・第二十條ハ單ニ數人共通ノ危難ニヨリ死亡セルトキハ同時ニ死亡セルモノト推定セルノミニシテ父子同原因ノ爲メニ死亡セル場合ニ關スル規定ナシ、蓋シ代位相續ノ制度ヲ認ムル以上ハ羅馬法ノ規定妥當ナラサルカ故ニ之レヲ削リタルモノナラン、

以上ハ學者ノ所謂自然ノ死亡ナリ、之レト相對シテ死亡宣告又ハ失踪宣告ノ制度アリ、本章第四節ニ述フ可シ、其他羅馬ニ於テハ人格減少ノ制度アリ、獨逸ニ於テハ自由喪失及ヒ宗教上ノ死亡ノ制度アリ、英法ニ於テハ無保護、(Outlaw) ノ制度アリト雖モ民法ハ凡テ之等ノ制度ヲ認メス、

第二條　外國人ハ法令又ハ條約ニ禁止アル場合ヲ除ク外私權ヲ享有ス

(一)沿革　外國人ノ私法上ノ地位ハ國及ヒ時代ニヨリ著シク異ナル詳細ハ Andre Weiss, Droit international prive tome II. stobbe privatrecht Bd. I § 42 ヲ見ル可シ、殊ニ前者ヲ以テ詳シトナス、左ニ大體ノ傾向ヲ述ヘンニ凡ソ三時期アリ、

(イ)外國人無權利主義　上古ハ大抵ノ國ニ於テ外國人ニ權利ヲ與ヘス、印度、埃及、希伯來、亞典、羅馬ノ古代、日耳曼古代等皆然ラサルハナシ、其ノ理由ハ一ナラストト雖モ尤モ普通ニ行ハレタルモノハ宗教的排外思想タリ、一國又ハ一民族ニハ一定ノ宗教アリ、國又ハ民族ハ宗教ヲ基礎トシテ組織セラル、所謂神政政治(Theocracy)之ナリ、各般ノ法制ハ皆宗教ノ教義ヨリ出ツ、然ルニ外國人ハ宗教ヲ異ニス、故ニ宗旨ヨリ出ツル法律ノ保護ヲ受クルヲ得ストナス、

(ロ)相互主義　無權利主義ヲ破リタル主タル原動力ハ國際通商ノ發達ナリトス、蓋シ國際通商ノ繁榮ヲ期センニハ外國人ヲ優遇シテ其ノ渡來ヲ奬勵スルヨリ良策ナルハナシ、然レトモ一朝ニシテ當然外國人ニ神聖ナル權利ヲ與フルノ思想生ス可キニ非ス、外國人保護ノ思想ハ已ニ内ニ熟スト雖モ其ノ形式ハ全ク恩惠ニ出ツルモノトセリ、夫レ恩惠ナルカ故ニ内國人ニ比スレハ遙ニ下位ニ在ルハ勿論又何時ト雖モ之レヲ剝奪スルヲ得タリ、之レヲ恩惠主義ト稱ス、

相互主義ハ其ノ源ヲ恩惠主義ニ發ス、外國人ハ當然自國内ニ於テ權利ヲ有スルモノニ非ス、只恩惠トシテ保護セラル、故ニ外國カ自國人ノ其ノ地ニ在ル者ヲ保護スルナラハ自國モ亦其ノ外國ノ臣民ノ自國ニ在ルモノニ同等ノ保護ヲ與ヘントスルノ思想、即チ恩惠ノ交換ト云フ思想ヲ生シタリ、之レヲ相互主義ノ起源トナス、今日猶行ハル、此ノ主義ヲ分ツ條約相互主義ト法律相互主義

ノ二トナス、條約相互主義ハ恩惠ノ交換ヲ條約ヲ以テ互ニ約スルモノナリ、法律相互主義ハ或外國カ法律ヲ以テ其ノ國ニ在ル、自國人ニ與フルト同一ノ權利ヲ法律ヲ以テ自國內ニ在ル外國人ニ與ヘントスル主義ナリ、佛國ハ前主義ヲ取リ、（佛民第十一條）、墺國ハ後者ニ屬ス（墺民三十三條）、相互主義ニヨルトキハ各國互ニ報復權、（Retrosionsrecht）ヲ有ス、若シ對手國カ自國人ノ其ノ地ニ在ルモノヽ權利ヲ制限スルナラハ、已レモ亦之レカ報復トシテ自國ニ在ル對手國人ノ權利ヲ制限スルコトヲ得、故ニ外國人ノ權利ハ未タ强固ニ非サルナリ、

(八)平等主義

平等主義ハ尤モ新シキ思想ナリ、第十九世紀ノ中頃ヨリ國際通商ノ必要ニ促サレ次第ニ承認セラルヽニ至レリ、其ノ本旨ハ內外人ヲ平等ニ待遇セントスルニ在リ、伊國ハ千八百六十五年ノ民法ニ於テ（第三條）諸國ニ率先シテ之ヲ採用シ、次テ多數國ノ歡迎スル處トナレリ、我民法第二條モ亦此ノ主義ニ屬ス、即チ私權ノ享有ニ付キテハ內外人平等ヲ以テ原則トナシ、外國人ニ拒否スヘキモノハ例外トシテ別ニ之レヲ定ム、

(二)外國人ノ享有スルヲ得サル私權

ハ左ノ二種トス、

(イ)法令ヲ以テ禁止シタルモノ、　法令トハ法律及ヒ命令ノ義ナリ、內國人ニ對シテハ憲法第二章ノ規定ニヨリ保障セラレ、命令ヲ以テ制限スルヲ得サル權利ト雖モ外國人ニ對シテハ命令ヲ以テ制限スルコトヲ得、蓋シ憲法ハ日本臣民ノ權利義務ヲ保障シタルモノナレハ外國人ハ其ノ恩澤ニ浴スル能ハサレハナリ、現在ニ於テ外國人ニ認メサル權利ハ左ノ如シ、

(一)土地所有權、幷ニ質權抵當權者タルコト明治六年布告第十八號ニヨリ禁止セラレシカ、明治四十三年四月法律第五十一號外國人土地所有ニ關スル法律ニヨリ相互主義ニヨリ之レヲ許スコトヽナレリ、然カモ猶日本ニ住所若クハ居所ヲ有スルヲ條件トナシ、且ツ北海道、臺灣、樺太及ヒ國防上必要ナル地域ノ所有權ハ絕對ニ許サス、(二)日本船舶ノ所有者タルコト（明治三十二年三月七日法律第四十六號、船舶法第一條）、(三)日本銀行、橫濱正金銀行ノ株主タルコト（明治十五年六月二十七日第三十二號布告日本銀行條例第五條同二十年七月六日勅令第二十九號橫濱正金銀行條例第五條）、(四)取引所ノ會員又ハ仲買人トナルノ權（明治二十六年法律第五號取引所法第十一條）、(五)鑛業權、砂鑛採取權者トナルノ權、（三十八年法律四十五號鑛業法第五條、二十六年三月四日法律第十號砂鑛採取法第四條）、(六)航海造船、遠洋漁業等ノ獎勵金ヲ受クルノ權利、（明治二十九年三月二十三日法律第十五號航海獎勵法第一條同上法律第十六號造船獎勵

法第一條同三十八年二月二十八日法律四十號遠洋漁業奬勵法第二條)、(七)民事訴訟ニ於テ擔保ヲ供スルコトナク原告トシテ訴ヲ起スノ權(民事訴訟法第八十八條)、(八)清國人以外ノ外國人ハ南滿洲鐵道會社ノ株式ヲ取得スルヲ得ス(三十九年勅令百四十三號(九)移民取扱人タルヲ得ス(移民保護法七)、(十)水先人タルノ權(水先法二)等ヲ主ナルモノトス、

(ロ) 條約ヲ以テ禁止シタルモノ、　條約ノ性質ニ關シ二說アリ、(一)條約ハ國家間ノ契約ナリ、故ニ條約ニヨリ義務ヲ負擔スルモノハ其當事者タル國家自身ナリ、條約ハ直接ニ第三者タル臣民ニ對シテ遵法ノ義務ヲ課スルモノニ非ス、條約ノ結果國法ヲ發スルコトアルモ其ノ人民ニ對シテ拘束力アルハ國法其ノモノヽ力ニシテ條約ノ力ニ非ス（Laband. staatsrecht Bd. I S. 115）何トナレハ臣民ハ國家ノ命令ニ對シテ服從ノ義務ヲ負フト雖モ、條約ノ內容ハ臣民ニ對スル命令ニ非スト、(二)條約ハ對內的效力ヲ認メ國法ノ一種トナスモノナリ、曰ハク條約モ亦主權者ノ意思ナリ、故ニ其ノ內容臣民ノ權利義務ニ關スル場合ニ於テハ臣民ハ之レニ服從セサル可ラサルハ法律命令ト異ルコトナシト(美濃部博士國法學上卷三二七以下)、前說ヲ以テ可トス、主權者ノ意思ハ凡テ吾人ノ服從セサル可ラサルモノニ非ス、其ノ服從ヲ要求スルモノニ限リ吾人ハ服從ノ義務ヲ負フノミ、國際條約ハ臣民ノ權利義務ニ關スル場合ニ於テモ猶臣民ニ對スル主權者ノ意思ニ非ス、故ニ臣民ノ服從ヲ要求スルモノニ非ス、從テ直接ニハ遵奉ノ義務ヲ生セス、裁判所モ亦之レヲ以テ裁判ノ基礎トナスヲ得ス、

條約其ノモノニ對シテハ內外人共ニ遵奉ノ義務ナシ、然レトモ國法タル民法ヲ以テ條約ニ因ル外國人ノ權利能力制限ヲ認ムルカ故ニ外國人ノ權利能力ハ間接ニ條約ニヨリ制限セラル可シ、約言スレハ條約其ノモノヽ力ニヨリ外國人ノ權利能力ヲ制限スルヲ得ス民法第二條ニヨリ之ヲ制限スルモノナリ、民法第二條ハ條約ヲ以テ其ノ內容ト化スルモノナリ、條約ハ條約トシテ臣民ニ對シテ效力アルニ非ス、然レトモ國法ノ內容ヲナスカ故ニ臣民ニ對スル拘束力ヲ生ス、故ニ夫レカ爲メニハ法律命令ト同シク公布ヲ必要トナス、今ヤ條約ノ公布式ナルモノアリ(明治四十年勅令第六號公式令第八條第十二條)、故ニ其方式ニ從ヒ公布アリタルモノニ限リ臣民ニ對スル約束力ヲ生ス而シテ其ノ施行ノ期日ハ法例第一條ノ規定ニ依ル可キカ、或ハ公式令ノ規定ニ依ル可キカ何レニシテモ其ノ結果ヲ異ニセスト雖モ議會ノ協贊ヲ經タルモノニ非サルカ故ニ公式令ヲ準用スルヲ以テ可トス

現今各國ト締結セラレタル條約ニ於テハ外國人ノ權利能力ヲ制限シタル實

例ヲ發見スル能ハス、余ハ將來ニ於テモ永ク其ノ實例ヲ見ル能ハサル可キヲ信ス、蓋シ(一)我國ニ於テ外國人ノ權利能力ヲ制限セント欲セハ法律又ハ命令ニテ可ナリ、條約ニ依ルノ必要ナシ、(二)外國ノ立場ヨリ云ヘハ外國人ノ權利ヲ擔保スルノ必要コソアレ、之レヲ制限スルノ必要ヲ生スルコト稀ナル可ケレハナリ、

(三)外國人ノ意義　ハ國籍法ニヨリ定マル、日本ノ國籍ヲ有セサル自然人ヲ外國人ト云フ、外國ニ國籍ヲ有スルヲ必要トセス、所謂無國籍人モ亦外國人ナリトス、反之日本ノ國籍ヲ有スルト同時ニ重複シテ外國ノ國籍ヲ有スル者ハ日本人ナリトス(富井博士民法原論一卷百二十一頁同論)、外國法人ニ就テハ第三十六條ニ特別ニ規定アリ、故ニ本條ヲ適用ス可キモノニ非ス、

(四)國籍喪失者　ニ關シテハ特別ノ規定存ス、(一)其ノ戸主ナル場合ニ於テハ家督相續開始ノ原因トナル(九六〇)、而シテ日本人ニ非サレハ享有スルヲ得サル權利ヲ有スル場合ニ於テハ一年内ニ之レヲ日本人ニ讓渡ササルトキハ其ノ權利ハ家督相續人ニ歸屬ス(九九〇)、(二)其ノ家族ナル場合ニ於テ日本人ニ非サレハ享有スルコトヲ得サル權利ヲ有スル場合ニ於テ、一年内ニ之ヲ日本人ニ讓渡サヽルトキハ其ノ權利ハ國庫ニ歸屬ス(明治三十二年三月二十八日法律第九十四號)、

第二節　能力

(一)行爲能力ノ觀念　能力トハ元來人ノ資格又ハ性質ヲ指ス語ナリ、或事實カ其ノ人ニ付キ生シタル場合ニ之レニ一定ノ法律上ノ效果ヲ付スルニハ或資格アルヲ要ス、之レヲ能力ノ通念トナス、能力ハ獨立シテ法律上ノ效果ヲ生スルモノニ非ス、必ラス他ノ事實ノ存在ヲ俟テ之レニ一定ノ法律上ノ效果ヲ與フルノ力タリ、故ニ能力ハ潛勢力ナリ、行爲能力ト云ヘハ或人ノ行爲ニ法律上ノ效果ヲ附スルノ潛勢力ナリ、而シテ行爲能力ノ基礎ハ意思ニ在リ、故ニ行爲能力ハ意思能力即チ自覺シツヽ行動ヲナシ得ルノ能力ヲ前提トス、而シテ其ノ行爲ノ種類ニ依リテ法律ハ之レニ要スル能力ヲ異ニスト雖モ、苟モ自覺行動ヲナスノ能力ナキ場合ニ於テハ所謂行爲存在セサルカ故ニ如何ナル場合ニ於テモ其ノ行動カ法律上ノ效果ヲ生スルコトナシ、而シテ前述ノ如ク行爲ノ種類ニヨリ之ニ要スル能力ヲ異ニシ、所謂事實行爲ニ於テハ只事實上ノ行爲存スルトキハ當然法律上ノ效果ヲ生ス、前述ノ意義ニ於ケル自覺行動能力ヲ必要トスルノミ、例ヘハ先占、住所ノ設定ニ要スル能力ハ之ナリ、民法ハ此ノ點ニ關シテハ特ニ規定スル所ナシ、不法行爲責任能力ニ關シテハ第七百十二條第七百十三條ニ必要ナル能

力ヲ規定シ、法律行爲能力ニ關シテハ第三條以下ニ必要ナル條件ヲ定ム、

(二)法律行爲能力ノ觀念　法律行爲能力トハ單獨ニテ完全ニ自己ノ爲メニ法律行爲ヲ爲シ得ルノ能力ヲ云フ、而シテ法律行爲ハ意思表示ヲ以テ其ノ要素トナス、此ノ故ニ法律行爲能力ハ法律行爲上ノ意思表示ヲナシ得ルノ能力ナリ、意思表示ヲ受領スルノ能力ハ故ニ觀念上法律行爲能力ニ非ス、故ニ之ヲ本節ニ規定セス、第九十八條ニ規定ス、

(三)法律行爲無能力者　法律行爲無能力者トハ全ク法律行爲ヲナスノ能力ナキ者ヲ云フ、我民法ハ法律行爲無能力者ヲ規定セス、然レトモ幼者精神病者ニシテ全ク自覺的ニ行動スル能ハサル自然ノ狀態ニ在ルモノハ法律ノ規定ノ有無ニ拘ハラス無能力者ナリトス、無能力者ノ行爲ハ無效ナリトス、之レ意思表示ノ觀念ヨリ當然生スル論理上ノ結果ナリ、意思表示ハ其ノ語自身カ示ス如ク意思ノ表示ナリ、然ルニ自覺的行動ヲナスノ能力ナキモノハ意思ヲ有セス即チ表示ス可キ意思ナシ、其ノ外形ニ現ハレタル行爲ハ法律行爲ノ法律上ノ效果ノ原動力タル意思ヲ包含セス、故ニ無效タリ、此ノ如キ者ハ代理人ニヨリ法律行爲ヲナスヨリ外ニ途ナシ、

(四)限定能力者　限定能力者トハ法律行爲能力ノ一部ヲ欠クモノヲ云フ、法律行爲上ノ意思能力ヲ有セサルニ非サルモ其ノ完全ナラサルモノナリ、故ニ其ノ行爲ハ全然無效ニ非ス只欠點アルカ故ニ取消シ得可キモノナリ、第三者ノ意思ヲ以テ之レヲ補足スルトキハ完全ナル法律行爲トナル、我民法ハ四種ノ限定能力者ヲ定ム、未成年者、禁治産者、準禁治産者、及ヒ妻之ナリ、而シテ特ニ完全ノ法律行爲能力者ヲ規定セス、蓋シ其ノ旨意ハ凡テ意思能力者ハ行爲能力者ナルヲ前提トナスヲ以テ、只其ノ例外タル限定能力者ヲ規定セルナリ、總則編ニ規定スル限定能力者以外ニ猶特定ノ人ノ間ニ於テ法律行爲ヲナスヲ得サル場合アリ、第七百九十二條、第九百三十條、第九百三十一條、第九百三十九條等之ナリ、人或ハ之レヲ特別無能力者ト稱シ（富井博士民法原論一卷百二十五頁）以テ前者ニ對セシム、然レトモ其ノ行爲ノ效力ハ概括的規定ノ支配ヲ受クルコトナシ、故ニ之レヲ統一シテ一思想ノ下ニ集ムルノ利益ノ有無ヲ疑フ、

(五)法律行爲能力ニ關スル規定ハ凡テ強行規定タリ、契約ヲ以テ制限シ又ハ拋棄スルヲ得ス

(六)民法ノ用語　以上述ヘタル處ハ民法ノ用語ト一致セサルモノアリ、法典ニ於テ無能力者ト稱スルハ前示ノ限定能力者ニ相當ス、而シテ單ニ無能力者ト稱シテ四種ノ無能力者ヲ悉ク包含スル場合アリ、例ヘハ第百十七條第百二十條ノ如

キ之ナリ、又未成年者及ヒ禁治產者ノミヲ指シ準禁治產者及ヒ妻ヲ含マサルコトアリ、第百五十九條一項ノ如キ之ナリ、殊ニ親族篇及ヒ相續篇ニ於テ單ニ無能力者トアル場合ニ於テハ多クハ未成年者及ヒ禁治產者ノミヲ指ス、然レトモ此用方モ亦貫徹セルニ非ス、例ヘハ相續ノ承認、拋棄、遺贈ノ拒絕受諾等ニ關スル場合ニハ無能力者トハ準禁治產者及ヒ妻ヲ包含セサル可ラサルハ第十二條第十四條ノ規定ト對照シテ明ナリトス、故ニ各條ノ規定ニ於テ無能力者ノ範圍ヲ定ムルニ當リテハ、法典全體ノ精神ニ鑑ミ文字ニ拘泥セサルヲ要ス、

前示(三)ニ述ヘタル法律行爲無能力者ヲ表示ス可キ文字法典ニ存セス、又之レニ關スル規定ナシ、

(七)外國人ノ法律行爲能力 ハ法例第三條ノ規定ニヨリ其ノ本國法ニ依リテ之ヲ定ム、

第一　未成年者

(一)成年ノ時期　成年ノ時期トハ智能十分ニ發育シ獨立獨行社會生活ニ不都合ナシト法律ノ看做シタル時期ナリ、其ノ時期ニ達セサルモノハ未成年者ニシテ即チ無能力者ニシテ法律ノ特別ノ保護ヲ受ク、我民法ニ於テハ其ノ時期ハ滿二十年ナリトス、

(二)成熟時期　成年時期ノ外ニ別ニ成熟時期ヲ認ムルノ制度ハ羅馬法ニ起源ス、人ノ智能ハ其ノ生長スルニ從ヒ漸ヲ追フテ發達シ、一定ノ年齡ニ至リ社會ノ平準ニ達ス成年時期之ナリ、成熟時期ヲ分ツハ其ノ成年時期ニ達スル迄ノ間ヲ數段ニ分チ各々其ノ智能ニ相當スル能力ヲ與ヘントスル精神ナリ、羅馬ニ於テハ成年時期ハ滿二十五年ニシテ成熟時期ハ男子十四年女子十二年ナリ、成熟時期ニ達セル者ハ未タ完全ノ能力ヲ有スル能ハスト雖モ或範圍ニ於テハ獨立獨行ノ自由ヲ得タリ、此ノ制度ハ一度廣ク行ハレタリシカ近時ニ至リテハ殆ント跡ヲ絕テリ(Vergl. Stobbe Privatrecht. Bd. I § 40)、蓋シ理論上間然スル處ナシト雖モ實際上ノ不便多ケレハナリ、我民法ハ之レヲ認メス、

(三)絕對無能力ノ時期　我民法ノ規定ニヨレハ成年時期ニ達セサル者ハ凡テ未成年者ニシテ限定能力者ナリ、其ノ年齡ノ長幼ニヨリ差別アルコトナシ、尙事實上意思ヲ有セサル者即チ幼者ノ行爲ハ法律行爲ノ要素タル意思ヲ欠クカ故ニ全然無效タル可キモノナリ、其時代ニ於テハ假令法定代理人カ同意ヲ與ヘタリトスルモ自ラ法律行爲ヲナスヲ得ス、只法定代理人ハ其ノ代理權ノ範圍內ニ於テ幼~~者~~兒ニ代ハリテ法律行爲ヲナス、本節ニ於テ述ヘントスル所ハ皆意思ヲ有

スル未成年者ニ關スル規則ナリ、意思ヲ有セサル幼者ニ關シテハ別ニ何等ノ規定ナク意思能力ヲ有スルヤ否ヤハ事實問題トシテ各場合ニ付キテ決定セサル可カラス、羅馬法獨逸民法（第百〇四條）ニ於テハ滿七才未滿ノ者ハ法律上當然意思能力ヲ有セサルモノトナス、時レ實際ニ便利ナル規定ナリ

(四)成年宣告及ヒ婚姻自治產　前者ハ獨逸民法（第三條以下）ノ取ル制度ニシテ滿十八年ニ達シタル未成年者ニ對シテハ一定ノ條件ノ下ニ後見裁判所ハ成年ノ宣告ヲナシ成年者ト同一ノ行爲能力ヲ與フル制度ナリ、後者ハ佛國民法ノ主義ナリ、（佛民四百七十六條）、未成年者ハ婚姻ニ因リ當然自治產者トナルトナスモノナリ、此種ノ制度ハ極メテ必要ナリ、何トナレハ人ノ成育ニハ遲速アリ未タ成年ニ達セサルモ智能十分ニ發育シ獨立シテ社會生活ヲナスニ適スル者ナキニ非ス、此ノ如キ者ノ爲ニ例外ヲ認ムルノ途ヲ開クヲ要スレハナリ、然ルニ我民法ハ兩者共ニ之レヲ認メス、是レ疑モナク欠點ナリ、然レトモ其ノ欠點ハ第六條營業許可ノ規定ニヨリ幾分カ之レヲ補フコトヲ得可シ、

第三條　滿二十年ヲ以テ成年トス

(一)本條ハ成年時期ヲ定ム　未成年者トハ成年者ノ反對ニシテ成年時期ニ達セサル者ヲ云フ、故ニ本條ニヨリ未成年者ノ觀念ヲ定ムルコトヲ得、即チ未成年者トハ滿二十年ニ達セサル者ヲ云フ、而シテ男女ノ間ニ何等ノ差別ナキハ本條ニ其區別ナキニヨリ明ナリ、

(二)年齡計算法　年齡ノ計算法ハ從來年ヲ以テシ又ハ月ヲ以テナスノ慣習アリシカ、民法第百三十八條以下ニヨリ日ヲ以テ算ス可キモノトナセリ、猶明治三十五年法律第五十號ヲ以テ民法第百四十三條ヲ準用シ、日ヲ以テ算シ、且ツ初日ハ之レヲ算入ス可キモノトナス、

(三)成年ノ意義　人成年ニ達スレハ完全能力者トナル、故ニ未成年者保護ノ爲メニ設ケタル一切ノ法律上ノ設備ハ消滅ス、例ヘハ後見ノ終了ノ如シ、

(四)成年ノ例外　天皇及皇太子皇太孫ハ滿十八年ヲ以テ成年トナス（皇室典範第十三條）、之レ公法上ニ於ケル成年ヲ定メタルノミナラス私法上ニ於テモ亦然ル處ナリ、故ニ成年ノ例外ナリ、爾餘ノ皇族ハ滿二十年ヲ以テ成年トナスコト民法ノ規定ト同シ（皇室典範第十四條）、凡テノ法律行爲ニ就テ完全ノ能力ヲ有スルニハ成年ニ達スルヲ要ス、是ヲ原則トナス、然レトモ(一)、隱居（七五六）(二)私生子ノ認知（八二八）(三)遺言（一〇六一）等ニ付キテハ例外規定アリテ成年ニ達セサルモノモ單獨ニ成スコトヲ得、又之レニ反シ

ヲ成年者ト雖モ猶第三者ノ同意ヲ得ルヲ必要トスル場合アリ、例ヘハ婚姻（七七二）緣組（八四四）ノ如キ之ナリ、然レトモ之レ能力ノ制限ニ非スシテ法律カ特別ノ理由ニヨリ附加シタル條件ト見ルヲ可トス、何トナレハ無能力ノ原因ハ無能力者其ノ人ニ存ス、然ルニ以上ノ場合ニ於テハ主トシテ同意權者ノ利益ノ爲メニスレハナリ、且ツ同意權者ハ法定代理人ニ非ス、是レ又能力ヲ制限スルモノニ非サル證據ナリ、

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

前項ノ規定ニ反スル行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得

（一）未成年者ノ能力　ヲ本條ハ規定シタルモノナリ、換言スレハ未成年者ノ能力ノ制限ヲ規定シタルモノナリ、未成年者ハ原則トシテ一切ノ法律行爲ヲ單獨ニナスヲ得ス、其ノ單獨ニ爲シタル法律行爲ハ無效ニ非スト雖モ取消シ得可キモノナリ、之レヲ完全ナラシムルニハ法定代理人ノ同意ヲ要ス、

本條ハ又未成年者カ自ラ法律行爲ヲナス場合ヲ規定シタルモノナリ、（一）法定代理人カ其ノ代理權ニ基キテ未成年者ノ爲メニ法律行爲ヲナス場合ハ本條ノ内ニ在ラス、凡テ代理ノ規定ニ依ル、（二）又未成年者カ意思能力ヲ有セサルトキハ本條ノ適用ヲ受ケス、蓋シ全然意思能力ヲ欠ク場合ニ於テハ其ノ行動ハ法律行爲トシテ成立スルコトナキモノナレハ、第三者ノ同意ニヨリ有效トナルコト能ハサレハナリ

（二）法律行爲　法律行爲ノ意義ハ之レヲ第四章ニ述フ可シト雖モ、本條ニ所謂法律行爲ハ一切ノ財産上身分上ノ法律行爲ヲ指スモノナリ、論者或ハ曰ク本條ハ財産權ニ關スル法律行爲ニ關スルモノニシテ財産ニ關セサル行爲ニハ適用ナシト、其ノ理由ハ法定代理人ノ代理權ヲ規定シタル第八百八十四條第九百二十三條ニ於テハ財産ニ關スル法律行爲ニ付キ未成年者ヲ代表スト規定ス、即チ法定代理人ノ代理權ハ財産權ニ關スル行爲ニ限ラル、故ニ未成年者ノ無能力ノ範圍モ亦財産權ニ關スル行爲ニ限ル可シト云フニ在ルモノヽ如シ、余ハ此ノ說ヲ以テ當ヲ得サルモノトナス、（一）第四條ニ於テハ汎ク未成年者カ法律行爲ヲナスニハ其ノ法定代理人ノ同意ヲ得ルヲ要スト規定シ、之ヲ財産行爲ニ限ル可キ文

字ナシ、(二)代理權ト同意權トハ混合ス可ラサル別物ナリ、代理權ハ同意權ヲ包含スルハ事實ナリト雖モ代理權ナクシテ同意權ノミ存スルヲ妨ケス(例ヘハ、七三五、一項、七三七、七五〇、一項、七七二、八四四其他)、代理權ハ本人ニ代テ自ラ法律行爲ヲナスノ權能ナリ、同意ハ未成年者カ爲シタル法律行爲ヲ完全ナラシムル條件ニ過キス、代理行爲ノ(三)基礎ハ代理人ノ意思ニ在リ、單ニ同意ヲ要スル場合ニ於テハ其ノ行爲ノ基礎ハ未成年者ノ意思ニ在リ、第八百八十四條第九百二十三條ハ代理權ヲ規定シタルモノニシテ同意權ヲ規定シタルモノニ非ラス、法定代理人ノ代理權ハ財產行爲ニ限ラルヽハ右ノ二條ニヨリ明ナリト雖モ、之レヲ以テ同意權モ亦財產行爲ニ限ラル可シト論斷スルハ二者ヲ混合スルモノナリ、同意權ハ本條ノ規定ニヨリテ汎ク一切ノ法律行爲ニ關シ法定代理人ニ與ヘラレタルモノナリ、抑モ代理權ヲ財產行爲ニ限リ同意權ハ一切ノ法律行爲ニ及シタル理由ハ他ナラス、財產ニ關シテハ未成年者ノ意思ヲ顧ミス或ハ又未成年者ノ意思ニ反シテ未成年者ノ利益ヲ計ルノ必要アリ、反之身分上ノ行爲ニ關シテハ本人ノ意思ヲ重セサル可ラス、本人ノ意思ニ反シ代理人自ラ未成年者ノ爲メニ行爲ヲナスヲ許サス、故ニ之ヲ同意權ニ止メタルモノナリ(反對梅博士民法要義第四條參照)、

(三)法定代理人　法定代理人トハ本人ノ意思ニ基カスシテ代理權ヲ有スル代理人ヲ云フ(第四章第三節參照)、未成年者ノ法定代理人トハ親權ヲ行フ父又ハ母(八七七、八七八、八八四)及ヒ未成年者ノ後見人(九〇〇、一號九二三)ヲ云フ、親權ヲ行フ父又ハ母カ財產管理權ヲ喪失シ又ハ辭シタル場合ニ於テハ(八九七、八九九)、財產ニ關スル行爲ニ付キテノミ後見開始ス(九〇〇、一號)、此ノ場合ニ於テハ財產行爲ニ付キテハ後見人代理權同意權ヲ有シ、財產ニ關セサル行爲ニ付キテハ親權者同意權ヲ有ス、無償ニテ子ニ財產ヲ與フル者カ親權ヲ行フ父又ハ母又ハ後見人ヲシテ管理權ヲ有セシメサルノ意思表示ヲナシタルトキハ、(八九二、九三六)親權者又ハ後見人ハ其ノ財產ニ付キテハ代理權ヲ有セス、財產ヲ與フル第三者又ハ裁判所ノ選任シタル管理者代理權ヲ有ス、而シテ管理者ハ代理權ノ效果トシテ同意權ヲ有ス、

(四)同意　法定代理人ノ同意ハ未成年者ノ意思ノ不十分ナルヲ補足スルモノナリ、未成年者ノ代理人トシテ法定代理人自ラ行爲ヲナス場合ト混合セサルヲ要ス、未成年者カ同意ヲ得テ法律行爲ヲナス場合ニ於テハ其ノ法律行爲ノ基礎ヲナスモノハ未成年者ノ意思ナリトス、故ニ其ノ法律行爲ノ當事者ハ未成年者ナリ、或ハ法定代理人ハ從タル當事者トナルト云フ說アレトモ不可ナリ、蓋シ法定

代理人ノ意思ハ未成年者ノ行爲ノ一部ヲナスモノニ非ス、未成年者ノ行爲カ形式ヲ要スル場合ニ於テモ同意ハ形式ヲ要セス、之レ其ノ證ナリ、故ニ法定代理人ハ假令從タル地位ニ於テモ其行爲ノ當事者トナルモノニ非ス、

同意ハ一方行爲ナリ、未成年者ニ對シテ又ハ相手方ニ對シテ與フルコトヲ得、其ノ事前ニ與フルモノヲ同意ト稱シ事後ニ與フルモノヲ追認ト云フ、同意ト追認トハ時ニ前後ノ差アルノミニシテ其ノ性質及ヒ效力ヲ異ニセス、

同意ハ個々ノ場合ニ付キテ與フルヲ原則トス、蓋シ同意ハ未成年者ノ行爲ノ利害ヲ考察シテ之レヲ與フ可キモノナリ、個々ノ場合ニ臨マハ明ニ利害ヲ計量スルコトヲ得レトモ、概括的ニ或種類又ハ或期間ニ於ケル行爲ノ利害得失ハ豫メ之レヲ決スル能ハサレハナリ、例ヘハ何年間汝ノ欲スル行爲ヲナスニ同意スト云フカ如キハ同意ヲ必要トセル法律ノ精神ニ反ス、故ニ無效ナリト云ハサル可ラス、但シ第五條第六條ノ規定ハ之レカ例外ヲナス、

同意ハ之レヲ與ヘタル後ト雖モ未成年者カ未タ其ノ行爲ヲナサヽル前ニ於テハ何等ノ理由ナクシテ之レヲ撤回スルコトヲ得、蓋シ未タ何等ノ實質上ノ效果ヲ生セサルヲ以テ害ヲ他人ニ及ホスコトナケレハナリ、

同意ハ原則トシテ法定代理人ノ單獨ニ與ヘ得ル處ナリ、然レトモ或場合ニ於テハ(例之八八六、九二九)親族會ノ同意ヲ以テスルニ非サレハ完全ナル同意ヲ與フルヲ得ス、其ノ同意ヲ得スシテ與ヘタル同意ハ違法ナリ、故ニ未成年者ノ行爲ヲ完全ナラシムル效力ナク、未成年者ノ行爲ハ依然取消シ得可キモノナリ(八八七、九三六)同意カ詐欺又ハ強迫ニヨリ與ヘラレタル場合ニ於テハ第九十六條ノ規定ニヨリ其ノ效力ヲ決ス、同意カ取消サレタル場合ニ於テハ初ヨリ同意ナカリシモノト看做ス(第百二十條)、從テ未成年者ノ行爲ハ同意ヲ得スシテ爲シタル場合ト效力ヲ同フス、

(五)取消　未成年者ノ行爲ハ法定代理人ノ同意アルニ非サレハ取消シ得可キモノナリ、取消ハ第四章第四節ニ之レヲ述フ可シ、

(六)例外　未成年者ノ單獨ニナシタル行爲ハ原則トシテ取消シ得可キモノナリ、之レニ對スル例外ハ親族篇ニ多シ、隱居(七五六)私生子ノ認知(八二八)婚姻ノ無效若シクハ取消、離婚又ハ同居ニ關スル訴訟行爲(人事訴訟手續法、三、一項)養子緣組ノ無效若シクハ取消又ハ離緣ニ關スル訴訟行爲(同法二六)親子關係相續人廢除又ハ隱居ニ關スル訴訟行爲(同法三九、一項)ノ如キ之ナリ、之等ノ行爲ハ未成年者單獨ニナスコトヲ得、

以上個々的ノ場合ノ外本條第一項但書ノ例外アリ、即チ單ニ權利ヲ得又ハ義務

ヲ免ル可キ行爲ニ付キテハ法定代理人ノ同意ヲ要セス此ノ種ノ行爲ニ付キテハ未成年者ハ能力者ナリトス、

單ニ權利ヲ得義務ヲ免ル可キ行爲ハ經濟上ノ利益ノ有無ヲ以テ決ス可ラス、法律行爲ノ性質上之ヲ決ス可シ、例ハ百圓ノ價値アル動産ヲ五十圓ニテ買フ場合ニ於テハ經濟上ノ利益ハ即チ存ス可シト雖モ猶五十圓支拂ノ義務ヲ負フカ故ニ法律上ハ單ニ權利ヲ得ルノ行爲ニ非ス、又例ヘハ相殺ノ對抗ノ如キハ義務ヲ免ルノ結果ヲ生スト雖モ、自己ノ權利モ亦消滅ス、故ニ單ニ義務ヲ免ルヽ行爲ニ非ス、此ノ理ニヨリ一切ノ双務契約有償契約ハ單ニ權利ヲ得又ハ義務ヲ免ルカ可キ行爲ニ非ス、而シテ本條ハ固ヨリ契約ノミニ適用サル可キニ非ス、廣ク一方的行爲ニ適用アリ、左ニ其ノ例ヲ上ケン、

(一)贈與ノ受諾、但シ負擔アルモノハ此ノ限リニ非ス、(二)遺贈ノ承認、但シ負擔アルモノハ此ノ限リニ非ス、(三)債務免除ノ承諾、免除ハ一方行爲ニヨリ爲スコトヲ得(五一九)但シ契約ニヨル場合ナキニ非ス、例ヘハ汝承諾セハ債務ヲ免除セント云フカ如シ此場合ノ承諾ハ單ニ義務ヲ免カルヽ行爲ナリ、(四)未成年者カ單ニ義務ヲ負擔スル場合ニ於テ解約ノ申込ニヨリ之レヲ消滅セシメ得ルトキハ其ノ解約ノ申込、(五)第三者ノ爲メニスル契約ニ於テ未成年者第三者タルトキ契約ノ利益享受ノ意思表示(五三七)ノ如キ之ナリ、

獨逸民法第百七條モ本條ト同一ノ精神ノ例外ヲ設ク、然レトモ單ニ權利ヲ得義務ヲ免カル可キ行爲ト云ハスシテ、單ニ法律上ノ利益ヲ得ル場合云々ト規定ス、故ニ稍ヤ適用ノ範圍ヲ異ニス可シ、立法上何レカ可ナルカ、

疑ハシキ場合ハ(一)時效中斷、第百五十六條ノ場合ヲ除ク、(二)催告(三)辨濟ノ受領(四)家督相續人ノ指定(九七六)等ナリ

第五條　法定代理人カ目的ヲ定メテ處分ヲ許シタル財產ハ其ノ目的ノ範圍內ニ於テ未成年者隨意ニ之ヲ處分スルコトヲ得目的ヲ定メスシテ處分ヲ許シタル財產ヲ處分スル亦同シ

(一)本條立法ノ理由ハ概括的許可ヲ與フルノ途ヲ開カントスルニ在リ、未成年者ノ單獨ノ行爲ハ前條ノ規定ニヨリ取消シ得可キモノナリ、而シテ許可同意ハ各個ノ法律行爲ニ付キ與フルヲ原則トナス、(前條四)然ルニ未成年者年齡稍ヤ長シ多少ノ法律行爲ヲナサシムルノ必要アルニ及ンテ其ノ都度同意ヲ與ヘサ

ル可ラストセハ煩ニ耐ヘス、故ニ或範圍内ニ於テ概括的ニ同意ヲ與フルヲ許スモノナリ、本條規定スル場合ハ分ツテ二トナス、(一)目的ヲ定メテ財産ノ處分ヲ許ス場合、(二)目的ヲ定メスシテ處分ヲ許ス場合之ナリ、

(一)目的ヲ定メテ財産ノ處分ヲ許ス場合

例ヘハ學生ノ學資金ノ如キ其ノ適例ナリ、此ノ場合ニ於テハ目的ト財産トハ必ラス特定セルヲ要ス「人生一般」ノ目的ノ爲メ處分ヲ許スカ如キハ立法ノ精神ニ反ス、之レ法律カ目的ヲ定ムルヲ必要トセルニヨリ自ラ明ナリトス、又其ノ處分ヲ許ス財産モ其ノ範圍特定セルヲ要ス、汝ノ一切ノ財産ヲ云々ノ目的ノ爲メニ處分スルヲ許スト云カ如キハ無效タリ、若シ夫レ如此セハ營業ノ許可ニ關スル次條ノ規定ハ爲メニ蹂躙セラル可シ、又親權ヲ行フ母及後見人カ重大ノ事件ニ關シ未成年者ニ同意ヲ與フルニハ親族會ノ同意ヲ必要トスルコト前ニ述ヘタルカ如シ、(前條四)然ルニ法定代理人カ其ノ規定ニ依ラスシテ單獨ニ一切ノ財産ノ自由處分ヲ許シ得トナスハ矛盾ト云ハサル可ラス、然シナカラ苟モ目的及ヒ財産ヲ特定シ其ノ範圍ヲ限定シタル以上ハ其ノ廣狹ハ之レヲ問ハス、法律ハ法定代理人ニ賴信ス、第三者カ無償ニテ子ニ財産ヲ與ヘ親權者又ハ後見人ニ管理權ヲ有セシメサル場合(第八百九十二條第九百三十六條)ニ於テハ、其ノ財産ニ付キテハ第三者カ指定シタル又ハ裁判所ノ撰任シタル管理人ニ於テ本條ノ許可ヲ與フルコトヲ得、

本條ニ「處分」トハ廣義ニシテ其ノ財産ヲ消耗セシムルノ行爲ヲ包含ス、故ニ他人ニ使用權ヲ與フルノ行爲ハ當然其ノ中ニ在リ、例ヘハ無條件ニ建物ノ處分ヲ許シタル場合ニ於テハ之ヲ賃貸スル行爲ハ勿論、之レヲ賣却スル行爲ヲ含ム、而シテ其ノ處分ニヨリ得タル財産ニ對シテモ亦同樣ノ許可アルモノト見ルヲ妥當トス、然ラサレハ右ニ與ヘテ左ニ奪フ結果トナル可シ、例ヘハ汝ニ或土地ノ處分ヲ許ス以テ學資トナス可シト云フ場合ニ於テハ、未成年者ハ土地賣却ノ權能アルノミナラス之レヲ賣却シテ得タル代價ヲ學資ノ目的ノ爲メニ自由ニ處分スルヲ得ヘシ、

未成年者カ處分ヲ許サレタル財産ニ就キ指定セラレタル目的ノ範圍内ニ於テ爲シタル行爲ハ完全ニシテ取消スコトヲ得サルモノナリ反之其ノ目的ヲ踰エル場合ニ於テハ其ノ行爲ハ法定代理人ノ許可ナキカ故ニ取消シ得可キモノトナル、

(三)目的ヲ定メスシテ或財産ノ處分ヲ許ス場合

之レ所謂未成年者ノ特別財産ヲナスモノニシテ、小遣錢ノ如キ其ノ適例タリ、此ノ場合ニ於テモ財産ハ或範圍ニ限ラル、ヲ要ス、全財産ニ關シテ自由處分ヲ許スヲ得ス、許可ハ法定代理

人之ヲ與フ、第三者カ財産ヲ與ヘタル場合ニ關シテハ(二)ヲ見ル可シ、此ノ場合ニ於テハ未成年者ハ如何ナル目的ノ爲メニ其ノ財産ヲ處分スルモ其ノ行爲ハ完全ニ有效ナリ、未成年者カ其ノ特別財産ヲ以テ取消シ得可キ債務ノ辨濟ニ充テタル場合ニハ其ノ辨濟ハ有效ニシテ未成年者ハ之レヲ取戾スコトヲ得ス、或ハ曰ハン未成年者ハ單獨ニ取消シ得可キ行爲ヲ追認スルヲ得ス、從テ其ノ行爲ハ依然取消シ得可キモノナリ、之レヲ取消ス場合ニ於テハ債務ハ始メヨリ存在セサルモノトナルカ故ニ非債務辨濟トシテ取戾スコトヲ得サル可ラスト、曰ハク然ラス、法定代理人ノ許可ハ概括的同意ナリ、未成年者カ其ノ財産ヲ處分セント欲スル凡テノ行爲ニ對シテ概括的ニ同意ヲ與ヘタルモノナリ、即チ此ノ場合ニ於テハ取消シ得可キ債務ノ辨濟トナスコトニ就テモ亦同意ヲ與ヘタルモノナリ、即チ法定代理人ノ同意ヲ得テ辨濟シタルニ異ナラス、故ニ第百二十五條ノ規定ニ依リ取消權消滅スルヲ以テ取戾スヲ得ス、

(四)許可ノ撤回

前二ノ場合ニ於テ其ノ財産ノ處分前ニ於テハ法定代理人ハ其ノ許可ヲ撤回スルコトヲ得、但シ未成年者カ其ノ財産ノ全部又ハ一部ヲ目的トスル債務ヲ負擔シタル場合ニ於テハ之レ廣義ニ於ケル處分ニシテ許可ハ既ニ效力ヲ生シタルモノト見ル可キカ故ニ撤回スルヲ得ス、

(五)勞務ヲ目的　トスル行爲ニハ本條ノ適用ナシ、未成年者ノ行爲ヲ目的トスル法律行爲ヲナスニハ第八百八十四條但書ニ從ヒ本人ノ同意ヲ得テ法定代理人自ラ行爲ヲナスカ、又ハ各個ノ場合ニ就キテ同意ヲ與ヘテ未成年者ヲシテ法律行爲ヲナサシム、

(六)立證責任　本條ノ許可ノ有無爭ハルヽトキハ相手方ニ於テ立證スルヲ要ス、

第六條　一種又ハ數種ノ營業ヲ許サレタル未成年者ハ其營業ニ關シテハ成年者ト同一ノ能力ヲ有ス

前項ノ場合ニ於テ未成年者カ未タ其營業ニ堪ヘサル事跡アルトキハ其法定代理人ハ親族編ノ規定ニ從ヒ其許可ヲ取消シ又ハ制限スルコトヲ得

(一)未成年者ニ對スル營業許可　ヲ本條ハ規定シタルモノナリ、滿二十年ヲ以テ成年トナシ、未成年者ノ行爲ハ取消シ得可キモノトナスト雖モ、之人ノ普通ノ發育ヲ考ヘ平均此ノ年齡ニ達セサル者ハ未タ獨立シテ法律行爲ヲナスニ適セスト看做シタルニ過キス、故ニ各個人ノ實際ノ發育及ヒ家政上ノ必要存スルヲ

ラハ未成年者ヲシテ獨立シテ或種類ノ營業ヲ營ミ得ルノ途ヲ存セサル可カラス、然リ而シテ營業ヲ營ムニ當リ一々法定代理人ノ同意ヲ得ルヲ要ストセハ煩ニ堪ヘス、之レ本條ノ規定ヲ設ケタル理由ナリ、而シテ前述ノ如ク（總說四）我國ニハ成年宣告、自治産ノ制度存セサルカ故ニ本條ノ必要頗ル大ナリ、

(二)營業　營業トハ（第八百八十三條ニ於テハ職業ト云フ）必シモ商業ニ限ラス、工業農業其他ノ營利的職業ヲ包含ス、之レヲ抽象的ニ定義セハ法律行爲ヲナスヲ要スル一切ノ營利的職業ト云フ可シ、例ヘハ農業ノ如キモ土地ノ借入シ種子肥料ノ購入耕作人ノ雇入等多クノ法律行爲ヲ要スルカ故ニ本條營業ノ中ニ在リ、然レトモ法律行爲ヲ要セサルモノハ本條ノ中ニ在ラス、蓋シ本條ハ法律行爲能力ニ關スル規定ナリ、故ニ法律行爲ヲナスヲ要セサルモノハ無關係ナレハナリ、

(三)許可　營業ノ許可ハ法定代理人之レヲ與フ、外國ニ於テハ裁判所ノ許可ヲ必要トスルモノアリ（例ヘハ獨民百十二條）ト雖モ我國ニ於テハ必要ニ非ス、親權ヲ行フ父ハ獨斷ニテ許可ヲ與フルコトヲ得、親權ヲ行フ母及ヒ後見人ハ親族會ノ同意ヲ要ス（八八三、八八六、九二一）之レニ反スル許可ハ取消スコトヲ得ルモノナリ（八八七、九三六）

營業許可ヲ與フルニハ必ラス「何々業」ト云フ如ク一種若クハ數種ノ種類ヲ指定スルヲ要ス、「一切ノ營業」ヲ許可スルハ未成年者ニ對シ危險ナルノミナラス、法文ニ一種又ハ數種トアルノ文意ニ牴觸ス、

營業ヲ許可スヘキヤ否ヤハ全ク法定代理人ノ見込ニヨリ決ス、外國ニハ一定ノ年齡、例ヘハ十八年）ニ達スルヲ要スルモノアリト雖モ我國ニ於テハ必要ナラス、獨立ノ生計ヲ立ツルコトモ亦必要ニ非ス、

營業許可ハ未成年者ニ對シテ與フル一方的ノ意思表示ニシテ無形式ナリ、又明示タルヲ要セス、默示ノ場合ハ實際上殊ニ多カル可シ、但シ商業ヲ許可スル場合ニ於テハ登記ヲナスヲ要ス（商法第五條非訟事件手續法第百六十六條、登記ハ之レヲ公告スルヲ要ス（非訟事件手續法第百四十四條、許可ノ効力ハ登記ノ時ヨリ發生ス、

(三)營業未成年者ノ能力　營業ノ許可ヲ受ケタル未成年者ハ其ノ營業ニ關シテハ成年者ト同一ノ能力ヲ有ス、「營業ニ關シテ」トハ營業ニ必要ナル準備行爲及ヒ獨立シテ營業ヲナスニ必要ナル行爲ヲ包含ス、例ヘハ商業ヲ營ムナラハ店ノ借入レ器具ノ買入レ、又自己ノ生活ニ必要ナル諸種ノ行爲例ヘハ薪炭米鹽ノ購入ノ如キモ亦當然包含セラル、訴訟行爲ニ關シテモ亦成年者ト同一ノ能力アル可シ、但シ其營業ニ關シ生シタル訴訟ナルヲ要ス、

未成年者ニ營業ヲ許可シタル範圍ニ於テハ法定代理人ハ代理權ヲ有セス、若シ夫レ反對ノ解釋ヲ取ルナラハ、法定代理人ハ未成年者ニ許可シタル營業ニ關涉スルヲ得ルカ故ニ營業ヲ許可スルノ精神ト矛盾ス、

營業未成年者ノ能力ニ關スル規定ハ公益規定ナリ、未成年者ハ必ラス其ノ許可サレタル營業ニ關シテハ成年者ト同一ノ能力ヲ有セサル可ラス、法定代理人ハ之レヲ制限スルヲ得ス、例ヘハ某營業中不動産ノ賣買ニ限リ法定代理人ノ同意ヲ求ム可シトナスモ之レ無效ナリ、

(四)營業許可ノ取消及制限

法定代理人ハ一旦與ヘタル許可ヲ取消シ又ハ制限スルコトヲ得、取消トハ許可全部ノ取消ヲ意味シ、制限トハ數種ノ營業ヲ許可シタル場合ニ其ノ種類ヲ制限スルヲ云フ、然シテ一種ノ營業ヲ許可シタル場合ニ於テ其ノ能力ヲ其ノ營業中ノ或種ノ行爲ニ制限スルハ許ス可ラス、此ノ如キハ本條第一項ノ規定ニ矛盾ス、營業許可ヲ取消シ又ハ制限スルニハ、(一)未成年者ニ營業ニ堪ヘサル事跡アルヲ要シ(二)法定代理人ニ親族編ノ規定ニヨリ取消又ハ制限ノ權能アルヲ要ス、親權ヲ行フ父又ハ母ハ之レヲ單獨ニナスコトヲ得、後見人ハ親族會ノ同意ヲ以テスルヲ要ス(八八三、二項、九二一)、取消又ハ制限ハ未成年者ニ對スル無形式一方行爲ナリ、但シ商業ノ許可ニ關スルトキハ遲滯ナク登記ヲ爲スヲ要ス(非訟事件手續法一六八)、

(五)許可ノ取消制限ノ效力

取消ノ語ハ我民法ニ於テハ數義ニ用ヒラル、既往ニ溯リテ無效トナス場合(第百二十一條)、未タ效力ヲ生セサル意思表示ヲ撤回スル場合、(例ヘハ第千百二十四條)ニ用ユ、本條ニ於テハ許可ハ既ニ效力ヲ生シタルモノナレハ所謂撤回ニ非ス、然レトモ第一ノ意義ニ於ケル如ク溯及ノ效力アルモノト解ス可ラス、蓋シ第三者ヲ害スル甚シキモノアレハナリ、故ニ既ニ效力ヲ生シタル行爲ノ效力ヲ將來ニ對シテ消滅セシムルモノト解ス可シ、果シテ然ラハ(一)取消制限前ニ未成年者ノ爲シタル行爲ノ效力ハ之レカ爲メニ影響ヲ受ケス、(二)取消制限後ニ於テハ許可ナキモノトナル、而シテ其ノ取消又ハ制限ハ善意ノ第三者ニ對抗ス可キヤ否ヤ、商業ノ許可ニ關シテハ前示ノ如ク登記存スルカ故ニ善意ノ第三者ニ對抗スル效力アルモノト解スルハ至當ナリ、商業ニ非サル場合カ主トシテ問題トナル可シト雖モ、余ハ同シク善意ノ第三者ニ對抗シ得ルモノト解ス、其理由ハ(一)妻ニ關シテハ第十六條ニ反對ノ明文アルニモ拘ハラス年未成者ニ關シテハ明文ナシ、(二)商業ニ非サル營業ノ許可ノ取消制限ニ就テハ公示方法存セス、故ニ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得サルモノトセハ取消又ハ制限ハ實際ニ效力ナキモノトナリ未成年者ノ保護十分ナラス、

第二 禁治産者

(一)精神病者ノ行爲 禁治産ノ宣告ヲ受ケサル精神病者ノ行爲ノ效力ハ其ノ行爲ノ當時ニ於テ事實上意思能力ヲ有セシヤ否ヤニヨリ決定ス、法律行爲ノ基礎ハ意思ニ在リ故ニ其ノ當時精神錯亂意思ナカリシコトヲ立證シ得ルナラハ其ノ行爲ハ全然無效トナル、反之其ノ證據ヲ提出スル能ハサレハ完全ニ有效ナリ、

(二)禁治産制度ノ目的 禁治産ノ制度ハ羅馬以來存スル處ニシテ、其ノ目的ハ一方ニ於テハ精神病者ヲ保護シ他ノ一方ニ於テハ之レト取引ヲナス相手方ヲ保護スルノ精神ニ出ツ、前述ノ如ク心神喪失中ニ爲シタル行爲ハ當然無效ナリト雖モ、其ノ無效ヲ主張セント欲セハ其ノ行爲當時ニ於テ心神喪失ノ狀態ニアリシコトヲ立證セサル可ラス、是レ甚タ困難ナル處ナリ、又相手方ハ其ノ精神病者ナルヲ知ラスシテ取引ヲナシ後日ニ至リ之レヲ無效トセラルヽナラハ不測ノ損失ヲ蒙ルコト少カラサル可シ、故ニ此ノ兩者ヲ保護スルノ目的ヲ以テ或精神病者ハ裁判所ノ宣告ヲ以テ無能力者トナシ、其ノ期間内ニ爲シタル行爲ハ別ニ立證ヲ用ヒスシテ取消シ得可キモノトナシ以テ精神病者ヲ保護シ、之レト同時ニ禁治産ノ宣告ヲ公告シテ廣ク其ノ無能力者ナルヲ知ラシムルヲ以テ、第三者ハ自然其者ト取引ヲナサス故ニ損害ヲ蒙ルヲ免カル、

(三)外國人 ニ關シテハ法例第四條ヲ見ル可シ、

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

(一)禁治産ノ原因 ハ心神喪失ノ常況ニ在ルニ在リ、心神喪失トハ自己ノ行爲ノ結果ヲ辨識スル精神作用ノ欠乏ヲ云フ、白痴瘋癲ノ類之ナリ、而シテ神心喪失ノ原因ハ之レヲ問ハス、先天的ナルモノ後天的ナルモノ皆包含セラル、「常況」トハ一時的ノ心神喪失ニ非サルヲ意味シ、又繼續的ナルヲ必要トセス、時々本心ニ復シ時々發作アルカ如キ者ヲモ包含セシムルノ旨趣ナリ、

(二)禁治産請求權者 禁治産宣告ノ請求ヲ爲シ得ル者ハ、(一)「本人」時々本心ニ復スルコトアル可キ精神病者ハ自ラ禁治産ノ必要ヲ悟リ、本心ニ復シタル時ニ於テ請求ヲナスコトヲ得、(二)「配偶者」、(三)「四親等内ノ親族」、親等ノ計算法ハ第七百二十六條ヲ見ル可シ、親族ハ血族及ヒ姻族ヲ含ム、(第七百二十五條)四親等内トアルカ

故ニ四親等ノ親族ヲ包含ス、第五親等ノ者ハ請求權ナシ、凡テ親等ニヨリ之ヲ定メ、家ヲ同フスルノ必要ナシ、(四)「戸主」戸主ハ其家族ノ禁治産ヲ請求スルコトヲ得、戸主ナリヤ否ヤハ親族篇ノ規定ニヨリ定マル、戸主權者即チ戸主ナリ、而シテ實際上ハ戸籍ニヨリテ大ナル過ナシ、(五)「後見人」後見人ハ其ノ被後見人ノ禁治産ヲ請求スルコトヲ得、是レハ未成年者ヲ禁治産者トナス必要アル場合ニ適用ヲ見ル、茲ニ云フ後見人トハ未成年者ノ後見人ノ義ナリ、(六)「保佐人」保佐人ハ準禁治産者ヲ保佐スル者ナリ、一旦準禁治産ノ宣告ヲ受ケタルモノヲ更ニ禁治産者トナスノ必要アル場合ニハ其ノ保佐人ヨリ請求ヲナスコトヲ得、(七)「檢事」ハ公益保護ノ責務上請求權アリ、

禁治産請求權者ハ以上列記シタル者ニ限ル、例ヘハ債權者、友人、等ハ請求權ナシ、而シテ以上列記シタル者ノ間ニ於テハ順位ナシ何人カ請求ヲナスモ可ナリ、

禁治産ノ宣告ハ請求權者ノ請求ニヨリ裁判所ニ之レヲナス、請求權者ニ非サル者カ請求シタル場合ニ於テハ裁判所ハ其ノ請求ヲ却下ス可キモノナリ、

(三)禁治産宣告ノ手續　ハ人事訴訟法第四十條以下ヲ見ル可シ、裁判所ハ心神ノ狀況ニ付キ鑑定人ヲ訊問シタル後ニ非サレハ之レヲナスヲ得ス(同法第四十八條)、而シテ禁治産ノ宣告ハ決定書ヲ送達シタル日ヨリ效力ヲ生ス(同法第五十二條)、決定書ヲ送達シタルトキハ直チニ之ヲ公告ス可シ、(同法第五十三條)、

第八條　禁治産者ハ之ヲ後見ニ付ス

(一)禁治産ノ目的ハ禁治産者ノ身體財産ヲ保護シ之レヲ監督スルニ在リ、其ノ任ニ當ラシムル爲メニ**後見人ヲ置ク**　禁治産ノ宣告アリタルトキハ其ノ時ニ於テ後見開始ス(第九百條二號)禁治産者ニハ必ラス後見人ナカル可ラス、

(二)何人ガ後見人トナルカ　此ノ問題ハ第九百二條以下第九百四條ニヨリ決定ス可シ、未成年者カ禁治産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テハ親權ヲ行フ父又ハ母禁治産者ノ後見人トナル(第九百二條、一項、)此ノ場合ニ於テハ其ノ者ハ未成年者ニシテ且ツ禁治産者ナリ、故ニ之レヲ保護スルノ機關モ亦二重ニ存スルヲ要ス、但シ前示ノ場合ニ於テハ實際同一人ニシテ兩資格ヲ兼ヌ、然レ共未成年者ニ親權者ナキ場合ニ於テハ一方ニ未成年者ノ後見人ヲ要シ他ノ一方ニハ禁治産者ノ後見人ヲ生ス、即チ二人ノ後見人ヲ生ス、而シテ第九百六條ニヨレハ後見人ハ一人タルヲ要ス、然レトモ之レ後見開始原因ノ一ナル場合ヲ見タルモノナリ、故ニ前示ノ如ク後見開始原因二アル場合ニハ二人ノ後見人アルヲ妨ケス、其結果互ニ意見ヲ異ニシ不便ヲ生スルコト少カラサル可シ、之レヲ調節スルノ途ナ

シ、猶第四章三節代理ノ說明ヲ見ル可シ、然レトモ此ノ場合ニ於テモ同一人ニテ兩資格ヲ兼帶スルヲ妨ケサルノミナラス却テ便宜トナス、

(三) 禁治產者ノ後見人ノ**職務權限**ハ第九百十七條以下ヲ見ル可シ、而シテ禁治產者ノ後見人ト未成年者ノ後見人トハ其ノ職務權限同一ニ非サルヲ發見ス可シ（例ヘハ第九百二十二條）、之レ又未成年者カ禁治產者トナリタル場合ニ二人ノ後見人ヲ生セサル可ラサル理由ノ一トナスニ足ル、

第九條　禁治產者ノ行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得

(一) 本條ハ**禁治產者ノ能力**ヲ規定シタルモノナリ獨逸民法第百四條佛民法五百二條ハ禁治產者ハ絕對無能力トナス、余ハ之ヲ以テ理論ニ合スト信ス、蓋シ禁治產者ハ法律上心神喪失ノ狀態ニ在ルモノト看做サレタルモノナリ、然ラハ其ノ行爲ハ法律行爲ノ觀念ヨリ論シテ無效タラサルヲ得サル可シ、又實際上モ禁治產者ノ行爲ヲ假令取消シ得可キモノナルニモセヨ有效トナスノ必要アルヲ見ス、然ルニ本條ハ禁治產者ハ取消シ得可キ行爲ヲナスノ能力アルモノトナス、之レ事實上禁治產者ノ有セサル能力ヲ法律ヲ以テ賦與スル結果トナル、故ニ種々ノ弊害ヲ生ス、

(二) **無能力ノ範圍**　禁治產者無能力ノ範圍ハ原則トシテ凡テノ法律行爲ニ及フ、之レヲ財產上ノ行爲ニノミ限ラントスル說ハ本條ノ規定ヲ無視スルモノナリ、未成年者ト異リテ單ニ權利ヲ得又ハ義務ヲ免ル可キ行爲ト雖モ單獨ニ完全ニナスヲ得ス、又禁治產者ニ對シテハ營業ノ許可ヲ與フルヲ得ス、若シ禁治產者ノ病平癒シ此ノ如キ必要アルナラハ其ノ取消ヲ請求ス可キノミ、

例外ハ遺言（第千六十二條）、婚姻（第七百七十十條）、離姻（第八百十條）、緣組（第八百四十七條）、離緣（第八百六十四條）、私生子ノ認知（第八百二十八條）、其他人事訴訟手續法、非訟事件手續法等ニ散見ス、

本條ハ禁治產者カ意思表示ヲナス場合ニ關スル規定ナリ、禁治產者ニ對スル意思表示ニ付キテハ第九十八條ヲ見ヨ、

(三) 禁治產者カ**全然意思能力ヲ欠キタル時**ニ爲シタル法律行爲ハ取消シ得可キモノニ非スシテ無效タリ、之レハ禁治產宣告ノ效力ニ依ルニ非スシテ法律行爲ノ性質ヨリ來ル論結ナリ、法律行爲ノ基礎ハ意思ニ在リ、然ルニ其ノ意思ヲ有セサルカ故ナリ、但シ其ノ無效ヲ主張スル禁治產者其法定代理人又ハ相手方タルモノハ法律行爲ノ時ニ於テ全然意思ヲ欠キタルコトヲ立證セサル可ラス、此ノ立證ヲナシ能ハサル限リハ其ノ行爲ハ取消シ得可キ行爲タリ、

（四）**禁治産者カ本心ニ復シタル間**（Lucida intervalla）ニ單獨ニナシタル行爲ノ效力ニ付キテハ、羅馬法ニ於テハ之レヲ完全ニ有效トナシタリト雖モ我民法上ハ取消シ得可キモノトナスヲ正シトス、蓋シ禁治産ノ宣告ハ單ニ事實ヲ宣言スルモノニ非スシテ創設的效力ヲ有スルモノナリ、即チ其ノ宣告ノ取消サゝル迄ハ事實ノ如何ニ拘ハラス禁治産者ハ取消シ得可キ行爲以上ノ效力アル行爲ヲナスノ能力ナキモノト看做サレタルモノナリ、故ニ假令ハ精神病平癒ノ後ニ於テモ宣告ヲ取消サゝル以上ハ依然無能力者タリ、若シ反證ニヨリ之レヲ破ルヲ得トセハ禁治産ノ制度ノ精神ニ反ス、何トナレハ各行爲毎ニ其ノ當時本心ニ復シタリヤ否ヤヲ爭ハサル可ラサルニ至レハナリ、

（五）禁治産者カ本心ニ復シタル間ニ**法定代理人ノ同意ヲ得デ爲シタル行爲**ハ完全ニ有效ナリ、是レ獨逸民法等ト異ル處ナリ、蓋シ本條ニヨリ禁治産者ハ取消シ得可キ行爲ヲナスノ能力ヲ有ス、故ニ法定代理人ノ意思ヲ以テ之レヲ補助スルトキハ完全トナル、且ツ第百二十二條ニヨレハ法定代理人ハ禁治産者ノ行爲ノ追認ヲナスコトヲ得ルモノナリ、追認ハ事後ニ於ケル取消權ノ拋棄ナリ、事後ニ於テ追認シテ完全ノ行爲タラシムルヲ得ルモノナレハ事前ニ於テ同意ヲ與ヘテ完全ナラシムルヲ得サル可ラス（反對說平沼博士民法總編一六六）、

然シテ禁治産者カ其ノ有效ヲ主張センニハ、只法定代理人ノ同意ヲ得タルコトヲ立證スレハ可ナリ、其ノ當時ニ於テ本心ニ復セリヤ否ヤ即チ全ク意思ヲ欠キタルヤ否ヤヲ爭ハント欲セハ相手方ニ於テ之ヲ立證ス可シ、又相手方ハ法定代理人ノ同意ヲ立證シテ其ノ有效ヲ主張スルコトヲ得、禁治産者カ之レニ反對センニハ只其ノ當時事實上意思ヲ有セサリシコトヲ立證シテ無效ヲ主張スルカ又ハ法定代理人ノ同意ヲ否認シテ取消シ得可キ行爲ナルヲ主張スルノ途アルノミ、

右ノ如ク法定代理人ハ同意ヲ與ヘテ禁治産者ヲシテ法律行爲ヲナサシムルコトヲ得ト雖モ、之レ禁治産者カ事實上意思ヲ有スル場合ニ限ル、而シテ禁治産者ハ心神喪失ノ常況ニ在ル者ナルヲ以テ、意思即チ辨別力アル場合ハ稀ナル可シ、故ニ通常ハ後見人カ第九百二十三條ニヨリ其ノ代理權ニ基キ禁治産者ニ代テ法律行爲ヲナス、

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

（一）**禁治産宣告ノ取消**ハ裁判所職權ヲ以テ之ヲナスヲ得ス、必ラス請求權者

ノ請求ヲ俟ツ、其ノ請求權者ハ第七條ニ掲ケタル者ニ同シ、然レトモ禁治産ノ請求ヲナシタルト同一人カ取消ノ請求ヲナスノ必要ナシ、例ヘハ配偶者カ禁治産ノ請求ヲナシ、後本人カ其ノ取消ヲ請求スルヲ妨ケサルカ如シ、若シ反對ノ解釋ヲ取ラハ禁治産請求權者死亡シタルトキハ取消ノ請求ヲナシ能ハサルニ至ラン、

(二)其效力　禁治産取消宣告ノ效力ハ既往ニ溯ラス、其ノ決定ノ確定シタルトキヨリ禁治産者ハ能力ヲ回復シ、後見ハ終了ス、其ノ確定前ニ後見人ノ爲シタル行爲及ヒ禁治産者ノ爲シタル行爲ハ之レカ爲メニ影響ヲ受クルコトナシトス（人事訴訟法第六十一條）、

(三)其手續　ハ人事訴訟手續法第六十一條以下ヲ見ル可シ、

第三　準禁治産者

(一)準禁治産ノ制度　ハ禁治産制度ニ準シタルモノナリ、其ノ目的ハ準禁治産者ヲ保護セントスルニ在リ其ノ差異ハ左ノ諸點ニ在リ、

(イ)原因　禁治産ノ原因ハ心神喪失ニ在リ、準禁治産ノ原因ハ第十一條ニ列記スルカ如ク知能不完全ノ程度此ノ如ク甚シカラス、

(ロ)無能力ノ程度　ヲ異ニス、禁治産者ハ原則トシテ一切ノ法律行爲ヲ單獨ニナスヲ得ス、反之準禁治産者無能力ノ範圍ハ第十二條ニ列記シタル行爲ニ限ル、又意思表示受領ノ能力ニ付キテモ差異アリ第九十八條ヲ見ヨ、

(ハ)其保護ノ方法　ヲ異ニス、禁治産者ハ後見ニ付シ、後見人ハ財産ニ關スル行爲ニ付キテハ代理人タリ、故ニ自ラ禁治産者ニ代リテ法律行爲ヲナス、準禁治産者ハ之レト異リ保佐人ヲ附シ監督保佐スルニ止マル保佐人ハ代理人ニ非サルカ故ニ準禁治産者ニ代リテ法律行爲ヲナスコトヲ得ス、

(ニ)外國人　ニ關シテ法例第五條ヲ見ル可シ、

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

(一)準禁治産ノ原因　ハ左ノ五者ニ限ル、例ヘハ獨逸民法第百十四條ニ規定セル酒癖者ノ如キハ準禁治産ノ原因トナラス、

(イ)心神耗弱者　トハ全ク辨別力ヲ喪失セサルモ一部其ノ作用ヲ害サレタル者ヲ云フ、其ノ原因ハ之レヲ問ハス先天的ノモノ後天的ノモノヲ包含ス、然レトモ其ノ程度ハ單獨ニテ法律行爲ノ利害ヲ辨識スル能ハサルニ至ルヲ要

ス、果シテ此ノ如キ程度ニアリヤ否ヤハ專門家ノ鑑定ヲ俟テ裁判官之レヲ決ス、而シテ又心神耗弱ハ多少繼續的ナルヲ要ス、一時疾病ノ爲メニ生シタル神經衰弱ノ如キハ準禁治產ノ原因トナスヲ得ス、

(ロ)聾者、啞者、盲者、

聾者ハ聽能ヲ全缺損セル者、啞者ハ言語ヲ發スル能ハサル者、盲者ハ視能ヲ欠ク者ヲ云フ、而シテ準禁治產者トナスニハ其ノ原因ノ如何ハ之レヲ問フノ要ナシ、又其ノ先天的ナルト後天的ナルトヲ區別ス可キ理由ナシ、只現ニ事實トシテ聾者、啞者、盲者ナレハ足ル、而シテ尤モ疑ハシキ點ハ之等ノ官能ノ一ヲ全然欠クヲ要スルカ或ハ不完全ナラハ可ナルカノ問題ナリ、例ヘハ一耳聾ナル者一目盲ナル者或ハ口吃ナル者以テ準禁治產ノ原因トナスニ足ルカ、余ハ其ノ官能ノ一ヲ全然欠損スルヲ必要トナスモノナリ、反對論者或ハ曰ハン若シ官能ヲ全然欠クヲ必要ナリトセハ實際ニ適用セラルヽ場合甚タ少カル可シ、又或ハ曰ハン之等ノ不具者ヲ準禁治產者トナスノ理由ハ其ノ智能ノ不完全ナルカ爲メナリ、故ニ官能不完全ノ程度甚シクシテ若シ智能ノ發育ヲ害スルニ於テハ假令全然欠如スルニ至ラスト雖モ猶準禁治產者トナスノ理由十分ナル可シト、曰ハク然ラス、第一ノ論ハ多少理由アリト雖モ適用ノ縮少セラルヽト云フハ法規解釋上ノ反對ノ理由トナスニ足ラス、第二ノ論ハ根本ニ於テ誤レリ、不具者ヲ準禁治產者トナスハ其ノ不具者ナルカ爲メノミ、若シ夫レ智能不完全ナルカ故ニ準禁治產者トナスノ必要アラハ、宜シク(イ)ノ原因ニ依ル可キナリ、聾者啞者盲者ハ夫レ自身ニ於テ準禁治產者タルノ資格アルモノナリ、然ルニ反對說ノ如クセハ程度問題トナルカ故ニ其限界ヲ定ムル能ハサルニ至ル可シ、

(ハ)浪費者

浪費者ノ意義ハ羅馬法以來一定スル處アリ、文字ニ拘泥シテ解釋ス可ラス、浪費者トハ其ノ性質浪費ノ癖ニ陷リ、其ノ結果自己若シクハ自己ノ扶養ノ義務アル家族ノ生活ヲ明ラカニ危カラシムル者ヲ云フ、約言スレハ浪費カ其ノ性癖タルヲ要ス、即チ其ノ原因ハ(ロ)ノ場合ト異リ其ノ者ノ精神狀態ニ在リ、左レハ羅馬ノ學者ハ之ヲ以テ精神病ノ一トナセリ、多額ノ財產ヲ無用ニ消費スルモノト雖モ之レカ其人ノ習癖トナルニ非サレハ未タ浪費者ヲ以テ目ス可ラス、例之一時投機事業ニ從事シ損失スルカ如キハ其結果如何ニ有害ナリトスルモ未タ浪費者ヲ以テ目ス可ラス、

又浪費ノ觀念ニハ必シモ絕對無益ニ財產ヲ消費スルヲ必要トセス、有益ニ消費スト雖モ身分不相應ニシテ生活ヲ危フスルニ至ラハ以テ浪費者ト云フ可シ、例之不相應ニ慈善事業ニ出金スル習癖者ノ如キ之ナリ、

又無用ニ消費スルノ癖ニ在リト雖モ其ノ程度極端ナラサル場合ニ於テハ浪費者ニ非ス、例ヘハ旅行芝居等ヲ好ミ祖先ノ財産ヲ減少スルアリト雖モ、爲メニ自己又ハ扶養義務アル家族ノ生活ヲ危殆ナラシムルニ至ラサル者ハ浪費者ヲ以テ目ス可ラス、

故ニ浪費者ノ觀念ニハ、(一)財産ヲ消費スルノ習癖アルコト、(二)其ノ程度自己又ハ家族ノ生活ヲ危フスルニ至ルコトヲ要ス、我國ニ於テハ家族制度アリ家産ヲ重スルノ念強キヲ以テ、少シク之レヲ減少スルニ於テハ直ニ目スルニ浪費者ヲ以テスルノ傾アリト雖モ、準禁治産ハ其ノモノヽ能力ヲ減殺スルモノニシテ其者ニ對シテハ非常ナル大事アリ、故ニ前示ノ二條件ヲ具備スルニ至ラサレハ準禁治産者トナス可ラス、

人或ハ曰フ浪費者ハ財産ノ積極的消費者ニ限ル可ラス、自己ノ財産ノ保存ヲ等閑ニ附スル者、例之債務ノ履行ノ請求ヲナスヲ恥トナスノ癖アル者ノ如キモ亦浪費者ナリト、此ノ說ハ誤レリ、其ノ結果財産ヲ減少スルニ至ルハ一ナリト雖モ、此ノ如キ不作爲又ハ怠慢ニ基ク損失ハ準禁治産者トナスニヨリ救フヲ得ス、若シ之レヲ必要トセハ別ニ制度ヲ立ツルヲ要ス、蓋シ準禁治産ノ制度ハ準禁治産者ヲ無能力者トナシ、之レニ保佐人ヲ附シ之レヲ補翼セシムルニ在リ、而シテ保佐人ハ只同意權ヲ有スルノミニテ法定代理人ノ如クニ代理權及ヒ管理權ヲ有セス、故ニ準禁治産者カ自ラ進テ爲サントスル行爲ハ之レヲ制肘スルヲ得ト雖モ、準禁治産者ノ怠慢不作爲ニ對シテハ之レヲ強制スルノ手段ヲ有セサレハナリ、

(二)準禁治産ノ宣告　準禁治産ハ強制ノ制度ニ非ス、故ニ裁判所ハ必ラス請求權者ノ請求ヲ俟テ宣告ヲナス、請求權者ハ其ノ境遇ニヨリ請求ノ必要ノ有無ヲ決ス可シ、而シテ法定ノ原因存シ又請求權者ノ請求アリタル場合ニ於テモ、猶裁判所ハ其外部ノ事情ヲ調査シ自由裁量ニ依リテ準禁治産ノ宣告ヲナスノ必要アリヤ否ヤヲ定ム、法文ニ準禁治産者トナスコトヲ得トアルハ此ノ旨意ナリ、

(三)準禁治産者ニハ保佐人ヲ附ス　準禁治産ノ宣告ヲナス可キヤ否ヤハ裁判所ノ見込ニヨリ決ス可キモノナリト雖モ、一旦準禁治産ノ宣告ヲナシタルトキハ必ラス保佐人ヲ置カサル可ラス、蓋シ準禁治産ノ宣告ヲナスハ、之レヲ保護スルノ必要アルカ故ナリ、然ラハ同時ニ之レヲ保護スルノ手段ナカル可ラス、人ヲ無能力者トナシ之レヲ無保護ニ放任スルカ如キハ矛盾ノ甚シキモノナリ（梅博士民法要義第十一條反對）、

何人カ保佐人トナル可キカハ親族編ノ規定ニ依ル、即チ九百九條ニ依リ禁治産

者ノ後見人ニ關スル規定ヲ準用ス、法律上當然保佐人トナル者（法定保佐人）及ヒ親族會ノ選任ニ依ル者（選任保佐人）アリ、法定保佐人ナキ場合ニ於テハ必ラス親族會ヲ招集シテ保佐人ヲ選任スルヲ要ス、

(四)保佐人ノ權限　保佐人ハ法定代理人ニ非ス、故ニ代理權ナシ、只次條ニ掲ケタル行爲ニ付キ同意權ヲ有スルノミ、準禁治産者カ保佐人ノ同意ヲ得スシテ其ノ行爲ヲナシタル場合ニ於テモ保佐人ハ取消權ヲ有セス、從テ追認ヲナスヲ得ス、故ニ準禁治産者ヲ管督スルノ權限ハ大ナリト云フ可ラス、之レニ反シテ右ノ場合ニハ準禁治産者自身ニ取消權ヲ有ス（一二〇、一二二）然レトモ無能力中ニ取消又ハ追認ヲナサント欲セハ保佐人ノ同意ヲ得ルヲ要ス（一二四）、

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

一　元本ヲ領收シ又ハ之ヲ利用スルコト
二　借財又ハ保證ヲ爲スコト
三　不動産又ハ重要ナル動産ニ關スル權利ノ得喪ヲ目的トスル行爲ヲ爲スコト
四　訴訟行爲ヲ爲スコト
五　贈與、和解又ハ仲裁契約ヲ爲スコト
六　相續ヲ承認シ又ハ之ヲ抛棄スルコト
七　贈與若クハ遺贈ヲ拒絶シ又ハ負擔附ノ贈與若クハ遺贈ヲ受諾スルコト
八　新築、改築、増築又ハ大修繕ヲ爲スコト
九　第六百二條ニ定メタル期間ヲ超ユル賃貸借ヲ爲スコト

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

前二項ノ規定ニ反スル行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得

(一)本條ハ――**準禁治産者ノ能力**ヲ規定ス、禁治産者ハ原則トシテ無能力ナリ、反之準禁治産者ノ無能力ノ範圍ハ本條第一項ニ揭ケタル九種ノ行爲及ヒ第二項ノ場合ニ限ラル、夫以外ノ行爲ニ關シテハ全然能力者ナリトス、

(二)**第一項**ニ列記シタル行爲ヲ説明スルコト左ノ如シ、而シテ之等ノ項目ハ互ニ重複スルコト多シト雖モ實際ニ差支ナシ、

(イ)**元本ヲ領收シ又ハ之ヲ利用スルコト**　之レ佛國民法第五百十三條ヲ採用シタルモノニシテ其ノ意義頗ル漠然タリ、普通ノ生活方法トシテハ人ハ元本ヲ消費セスシテ其ノ果實即チ收益ニヨリ生計ヲ立ツ、元本ハ生活資料ノ基礎ニシテ大切ナリ、之レヲ失フトキハ即チ生計ノ途ヲ失フ、此ノ故ニ元本ト果實ヲ區別シ果實ノ領收及ヒ利用ハ單獨ニテ爲シ得ルモ元本ノ領收、利用ニハ保佐人ノ同意ヲ要スルモノトス、之レ其大旨ナリ、故ニ例ヘハ貸金、預金等ヲ回收シ免責證書ヲ與フル行爲ハ保佐人ノ同意ヲ要スルモ、其ノ利子ヲ受取ルハ然ラス、又其ノ回收シタル元本ヲ再ヒ他ニ放資スルニハ保佐人ノ同意ヲ要ス可キモ、利子ヲ放資スルニハ然ラストナス、而シテ其ノ元本ハ佛國民法ノ如クニ動産元本ニ限ラス、故ニ例ヘハ建物土地ヲ賃貸スル行爲、賃貸セルモノヲ解約スル行爲ノ如キモ包含セラル可シ、而シテ元本トハ元來果實ニ對スル語ナリ、故ニ果實ヲ生セサルモノハ元本ニ非ス、無利息ノ當座預金無利息貸金ノ回收ノ如キ茲ニ所謂元本ノ領收ト云フヲ得可キカ、疑ナキ能ハス、

(ロ)**借財又ハ保證ヲ爲スコト**　「借財」トハ金錢其他ノ消費物ヲ借入ルヽ行爲ナリ、無利息ノ場合モ勿論包含セラル、準禁治産者カ金錢其他ノ消費物ヲ借入ルヽトキハ容易ニ消耗シテ返濟ニ苦シムニ至ルハ往々見ル處ナリ、殊ニ浪費者ニ於テ然リトス、是特ニ借財ヲ此ニ揭ケタル理由ナリ、消費物ニ非サル物ノ借入レ例ヘハ借屋ノ如キハ吾人ハ普通ニ借財ト云ハス、況ンヤ勞務ヲ目的トスル債務負擔ノ如キオヤ、約束手形ノ振出ハ借財ニ非ス(反對三九、五、一七、大審院判決)、但シ其原因カ消費貸借ニアルトキハ借財ト見ル可ナリ、反之賣買ノ代價支拂ノ爲メニ約束手形ヲ振出スハ借財ニ非ス、其他類推ス可シ、「保證」トハ保證契約ヲナスノ義ナリ、主タル債務者ヨリ擔保ヲ得又ハ報酬ヲ得テ之ヲナス場合モ亦包含ス、保證人ハ本人カ債務ノ辨濟ヲナサヽルトキハ自ラ辨濟ヲナスノ義務アリテ危險ナリ、故ニ保佐人ノ同意ヲ要ス、連帶保證ハ保證ノ一種ナ

レトモ單純ノ連帶ハ保證ニ非ス、但シ連帶ニテ借財ヲナス場合ニハ「借財」ノ意義ノ中ニ入ル、債務者ノ爲メニ抵當權質權ヲ設定スル行爲（物上保證人）ハ本號保證ノ中ニ包含セラレス、

(八)不動産、又ハ重要ナル動産ニ關スル權利ノ得喪ヲ目的トスル行爲

不動産動産ノ義ハ第三章ヲ見ヨ、「不動産又ハ重要ナル動産ニ關スル權利」トハ不動産又ハ動産上ノ物權ヲ指スノミナラス、夫等ノ物權ノ得喪ヲ目的トスル權利（主トシテ債權）ヲ包含ス（三七、三、二五、大審院判決）、例ヘハ不動産所有權移轉ヲ目的トスル債權ノ處分ハ本條ノ適用ヲ受ク可シ、而シテ動産不動産ハ有體物ノ區別ナルカ故ニ苟モ有體物ニ關セサル權利ハ本條ノ適用ヲ受ケス、例ヘハ著作權特許權ノ賣却ハ保佐人ノ同意ヲ要セス、權利ノ得喪ヲ目的トスル行爲トハ權利ヲ取得スル行爲及ヒ喪失スル行爲ヲ云フ、喪失スル行爲ハ假令對價ヲ得ルニモセヨ準禁治産者ニハ危險ナリ、取得スル行爲ハ或ハ利益ノミ在テ危險ナキカ如ク見ユルモ之皮想ナリ、何トナレハ通常對價ヲ供スルモノナレハナリ、權利ノ取得喪失ニハ移轉的ノ場合ト建設的ノ場合アリ、移轉的トハ權利カ其儘ニ移轉スルヲ云フ、建設的トハ地上權地役權抵當權等設定ノ如ク、前主ノ權利ニ基キ之ト分量性質ヲ異ニスル他ノ權利ヲ他人ノ爲ニ建設スルヲ云フ、本條ハ右兩者ヲ包含ス、而シテ不動産ニ關シテ一切ノ場合ニ保佐人ノ同意ヲ要シ、動産ニ付キテハ重要ナル場合ニ限ル、「重要」ナルト否トハ主觀的ニ準禁治産者ノ身分又ハ財産ニヨリ決ス可キカ、或ハ客觀的ニ普通ノ標準ニ依ル可キカ、此ノ場合ニハ寧ロ前者ヲ以テ可トス可シ、何トナレハ準禁治産ノ制度ハ準禁治産者其人ノ保護ヲ以テ目的トナスカ故ニ、其人ノ爲メニ重要ナルモノハ一般標準ニ於テ重要ナラスト雖モ同意ヲ要ス可ク、又其人ノ爲ニ重要ナラサレハ一般標準ニ於テハ重要ナリトスルモ同意ヲ必要トス可キ理由ナシ、

(二)訴訟行爲

本條ノ訴訟行爲中ニハ人事訴訟行爲ヲ包含セス（人事訴訟手續法第三條第三十九條第五十九條第六十七條）、理由書ニ依レハ「訴ヲ提起シ又ハ答辯スルコト」云々トアリ、故ニ其ノ原告タル場合ト被告タル場合ヲ包含ス可シ、然レトモ本條ハ訴訟行爲ヲ爲スノ能力ヲ規定シタルモノナレハ單ニ相手方ノ行爲ヲ受領スルノ行爲ヲ包含セス、此ノ如キハ保佐人ノ同意ヲ得スシテ爲スヲ得（同四〇三、三〇、大審院判決）、例ヘハ書類ノ送達ヲ受クル行爲ノ如シ、右ハ法律行爲上ノ意思表示ノ受領ニ保佐人ノ同意ヲ要セストセル第九十八條ト對照セハ明瞭ナリ、訴訟行爲ハ元來國家ニ對シテ私權ノ保護ヲ求ムル行爲ニシテ相手方ニ對シテ請求ヲナスモノニ非ス、其性質ハ公法上ノ行爲ニシテ

法律行爲ニ非ス、或ハ曰ハン本節ノ規定ハ法律行爲能力ニ關ス、而シテ民法ハ之レヲ其ノ内ニ數フ、故ニ民法上ハ訴訟行爲ハ法律行爲ナリト、此ノ論ハ誤レリ、蓋シ本條ノ規定ハ訴訟行爲ノ性質ヲ決定セントスルモノニ非サレハナリ、只訴訟行爲ハ間接ニ私權殊ニ財產權ノ得喪ニ影響スルコト大ナルヲ以テ便宜上之ヲ玆ニ規定セルノミ、訴訟行爲ノ同意ハ其各行爲ニ就キ之ヲ與ルヲ要セス、起訴又ハ應訴ニ付キ同意ヲ得タルトキハ該事件ノ終ルニ至ルマテノ同意ヲ包含スルモノト解ス可シ（四一、二、二六大審院判決）、殊ニ各審每ニ同意ヲ得ルノ要ナク、又苟モ訴訟行爲ニ屬スルモノハ訴ノ取下、認諾、拋棄、和解等皆其中ニ包含セラル、

(ホ)贈與、和解、又ハ仲裁契約　贈與ハ無償ニテ財產權ヲ他人ニ移轉スル契約ナリ（五四九）、其ノ損失ナルコト勿論ナルカ故ニ保佐人ノ同意ヲ要ス、動產ノ贈與ナルト不動產ノ贈與ナルト或ハ又其額ノ多少ヲ問ハス、凡包含セラル、債權ノ免除、物權ノ拋棄ハ贈與ニ非ス、是等ハ（ハ）ノ中ニ包含セラル可シ、和解ハ兩當事者互ニ讓步ヲナシテ爭ヲ中止セシムル契約ニシテ又權利ノ得喪ニ關ス（六九五）、仲裁契約トハ一定ノ權利關係及ヒ其關係ヨリ生スル爭ヲ第三者ヲシテ判斷セシムルノ合意ナリ（民訴七八六、七八七）、

(ヘ)相續ノ承認又ハ拋棄　相續ハ遺產相續及ヒ家督相續ヲ含ム、又承認ハ單純承認及ヒ限定承認ヲ含ム（一〇一七以下）、

(ト)贈與遺贈ノ拒絕又ハ負擔付ノ贈與若クハ遺贈ノ受諾　此ノ裏面ヨリシテ直チニ單純ノ贈與ヲ承諾シ又ハ單純ノ遺贈ヲ承認スルニハ保佐人ノ同意ヲ要セサルヲ推知スルヲ得可シ、

(チ)新築、改築、贈築、又ハ大修繕ヲ爲スコト　是等ハ皆事實行爲ニシテ法律行爲ニ非ス、故ニ其ノ效力ノ有效無效ノ問題ヲ生ス可キニ非ス、法文ヲ活シテ解釋セント欲セハ、之等ノ行爲ニ必要ナルカ又ハ之レヲ目的トスル法律行爲ノ義ニ解ス可キナリ、

(リ)第六百二條ニ定メタル期間ヲ越ユル賃貸借

以上九種ノ行爲ニ付テハ準禁治產者ハ當然無能力者ナリ、裁判所ハ其中ノ一種又ハ數種ノ行爲ニ關シテハ保佐人ノ同意ヲ要セサル旨ヲ宣告スルヲ得ス、

(二)第二項　ハ裁判所ハ第一項ノ行爲以外ニ於テ猶保佐人ノ同意アルコトヲ要スル旨ヲ宣告スルノ權能アルヲ定メタルモノナリ、換言スレハ其ノ無能力ノ範圍ヲ擴張スル權限ヲ與ヘタルモノナリ、此ノ場合ニ於テハ(一)準禁治產請求權者ノ請求ヲ待ツヲ要ス、(二)準禁治產宣告決定書中ニ之レヲ明言スルヲ要ス、然レト

モ必シモ同時タルヲ要セス、初メニ單純ノ準禁治產ノ宣告ヲナシ後必要ニ應シ請求ヲ待テ本項ノ宣告ヲナスコトヲ得、(三)本項ノ規定アルニモ拘ハラス法律ニ於テ保佐人ノ同意ヲ要セサル旨ノ規定アル事項ニ付キ保佐人ノ同意ヲ要スト宣告スルヲ得ス、

(三)第三項　ハ準禁治產者カ單獨ニテナシタル行爲ノ效力ヲ定メタルモノナリ（勿論一項二項ノ行爲ニ限ル）、其行爲ハ取消シ得可キモノナリ無效ニ非ス、

第十三條　第七條及ヒ第十條ノ規定ハ準禁治產ニ之ヲ準用ス

(一)本條ハ準禁治產請求權者及ヒ其取消請求權者ニ關シ禁治產者ニ關スル規定ヲ準用シタルモノナリ、其ノ手續及效力ニ關シテモ亦禁治產者ニ關スル規定ヲ準用ス（人事訴訟手續法第六十七條民法第七條第十條）、

(二)第十二條二項ノ宣告アリタル場合ニ於テハ其ノ宣告ニ關シテノミ變更又ハ取消ヲ請求スルコトヲ得、其手續ハ人事訴訟手續法第六十八條ヲ見ヨ、

第四　妻

(一)女子ノ法律上ノ地位　ハ法制史上之ヲ分ツテ三トス、

(イ)女尊男卑主義　夫婦間ノ關係ニ於テ女子ニ優越ナル地位ヲ與ヘ、又相續ニ於テ女子ヲ先順位トナスモノニシテ、古代「エヂプト」ノ如キ之ナリ、今日ニ於テモ印度、亞弗利加ノ種族中ニ此ノ風俗ヲ有スルモノアリト云フ (Unger, Die Ehe in ihrer welthistorirhen Entwicklung. S. 36)

(ロ)男尊女卑主義　之レ多數有爲ノ國民間ニ行ハレタル思想ナリ、支那、印度マヌ法典、波斯ゾロアスター敎典、回敎々典、希臘ノ亞典、スパルタ、羅馬、日耳曼等ニ行ハレ、我國ニ於テモ固ヨリ然リシナリ、女子ハ獨リ政治上公法上ニ於テ男子ノ後ニ立チシノミナラス、私法上殊ニ財產關係ニ於テモ遙ニ男子ノ後ニ在リ、相續ニ於テハ男子ヲ先ニシ、或ハ其相續分ハ男子ニ及ハサルモノトシ、又夫婦間ニ於テハ夫權強大ニシテ其ノ熾ナルモノハ生殺ノ權アリ、微弱ナルモノモ猶懲戒權ヲ有シ其ノ能力ニ於テハ女子ハ終生男子ノ保護ノ下ニ立ツ可キモノトス、此ノ如キ制度ヲ生シタル理由ハ諸國多少異ルト雖モ、主トシテ女子ハ體力薄弱ニシテ武器ヲ取ルノ力ニ於テ男子ニ如カサルカ故ニ、男子ノ爲メニ壓倒セラレタルモノナリ、

(ハ)男女同權主義　古代ハ一般ニ男尊女卑ナリシカ、法律進化ノ大勢ハ次第

ニ女子ノ地位ニ高ムルニ向ヘリ、政治上ハ別問題トシテ私法上ニ於テハ十八世紀以來男女同權ヲ主義トスルモノ次第ニ多キヲ加ヘタリ、我民法モ亦此趨勢ニ傚ヒ私法上ハ男女同權ヲ主義トシ、女子ハ女子ナルカ故ニ不利益ノ地位ニ立ツコトナキヲ以テ原則トス、只家督相續ニ於テ男子ハ女子ニ先ツ（九七〇）之レ實ニ女子ノ權利ニ加ヘタル一大痛棒ナリ、女子ノ社會上ノ地位賤シキハ職トシテ之ニ由ル、

(二)妻ノ無能力ノ理由

妻トハ婚姻中ニ在ル女子ヲ云フ、女子ハ女子トシテ其ノ行爲能力ヲ制限セラルヽコトナシ、乍然妻タルノ身分ヲ有スルニ由リ無能力者タリ、我國現代ノ思想ニ於テハ夫婦ハ同權ニ非ス、夫ハ優越ナル地位ニ在リテ妻ニ對シ、之レト同時ニ妻ヲ保護スルノ責アリ、妻ハ夫ニ服從シ之レヲ助ケ、苦樂共ニ夫ニ依ル可キモノトス、此ノ思想我民法ノ基礎ヲナス、即チ第八百一條ニ於テハ夫ハ妻ノ財産ヲ管理スル權アリ、第八百十三條ニ於テハ妻ノ姦通ハ離婚ノ原因トナルト雖モ夫ノ姦通ハ然ラス、本節ニ於テ述ヘントスル妻ノ無能力ノ如キモ亦然リトス、夫ハ婚姻ニ因リ無能力タラスト雖モ妻ハ無能力トナル、即チ夫ハ尊クシテ妻ハ賤シ、夫ニ屬スル此ノ優越ナル權利ヲ名ケテ夫權ト云フ、夫ハ其ノ權利ニヨリ妻ヲ制肘シ或程度迄妻ヲ抑制シテ以テ夫婦間ノ平和ヲ保タシメント欲ス、左レハ妻ノ無能力ノ理由ハ前述ノ三無能力者ト異ル、前三者ニ在リテハ無能力者ハ其ノ意思能力不完全ノ爲メナリ、其ノ目的ハ專ラ無能力者ノ利益ヲ保護スルニ在リ、妻ニ在リテハ即チ然ラス、妻ハ敢テ財産ヲ管理スルノ智能ナキニ非ス、獨身ナル婦女カ完全ナル能力ヲ有スルニ婚姻シタレハトテ一朝ニシテ其ノ智能ヲ失フ可キ理ナシ、故ニ其目的ハ前述ノ如ク全ク婚姻ノ利益(夫婦共同ノ)ヲ全フセシメンカ爲ナリト云ハサル可ラス、

(三)妻ノ無能力ノ範圍

妻ノ無能力ノ範圍ヲ定ムルニ付キ種々ノ規定ノ立テ方アリ、或ハ妻ハ元則トシテ無能力者トナシ、例外トシテ夫ノ許可ヲ要セサル行爲ヲ列記スルモノアリ佛民法ノ如キ之ナリ(佛民二一五、二一七、)我民法ノ主義ハ之レト異リ、妻ハ原則トシテハ能力者ナリ、故ニ唯例外トシテ夫ノ許可ヲ要スル行爲ノミヲ列記ス、列記セラレサル行爲ニ付キテハ妻ハ能力者ナリ、乍然其ノ列記ノ範圍頗ル廣ク準禁治産者ト略相當ル、

第十四條　妻カ左ニ掲ケタル行爲ヲ爲スニハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要ス

一　第十二條第一項第一號乃至第六號ニ掲ケタル行爲

ヲ爲スコト

二　贈與若クハ遺贈ヲ受諾シ又ハ之ヲ拒絶スルコト

三　身體ニ羈絆ヲ受ク可キ契約ヲ爲スコト

前項ノ規定ニ反スル行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得

(一)妻ノ無能力ノ範圍　ハ本條之ヲ規定ス、其ノ第一號ハ準禁治産者ニ付キ述ヘタル所ヲ參照ス可シ、第二號ハ第十二條一項第七號ト對照シテ其ノ旨意ヲ明ニスルヲ得可シ、即チ準禁治産者ハ單純ノ贈與若クハ遺贈ヲ拒絶スルニハ保佐人ノ同意ヲ要セシモ、之ヲ受諾スルニハ保佐人ノ同意ヲ必要トセサリシ、然ルニ妻ハ之ヲ受諾スルニモ夫ノ許可ヲ要ス、之レ他ナラス妻カ贈與又ハ遺贈ヲ受諾スルハ夫ニ不快ノ感ヲ與ヘ一家ノ平和ヲ破ル原因トナルコトアルカ故ナリ、其ノ額ノ多少ハ之レヲ問ハス、又其ノ贈與者カ妻ノ親族ナルト否ト男子ナルト女子ナルト等ハ之レヲ問ハス、第三號身體ニ羈絆ヲ受ク可キ契約トハ妻自身ノ行爲ヲ以テ辯濟セサル可ラサル債務ヲ生スル契約ヲ云フ、廣義ニ於テハ一切ノ契約ハ皆多少債務者ヲ拘束スルモノナリ、然ルニ玆ニ特ニ「身體ヲ羈絆ス」ト云フハ其ノ身體ノ自由ヲ拘束シ自身辯濟セサル可ラサル種類ノ行爲ヲ示サンカ爲メナリ、雇傭契約ノ如キ其ノ適例ナリ、妻カ婚姻前ヨリ此ノ如キ債務ヲ負ヘル場合ニハ本條ノ適用ナシ、

其無能力ノ範圍稍ヤ準禁治者ト異ナルカ故ニ、妻モ亦之ヲ準禁治産者ト爲スヲ得可シ(第九百九條)、

(二)夫ノ許可　夫ノ許可ト云フハ夫ノ同意ト云フト同義ナリ、乍然一方ハ無能力者ノ意思ヲ補充スル行爲ニシテ、一方ハ妻ニ對スル禁止ヲ解除スル行爲ナリ、故ニ用語ヲ異ニス、許可ハ一方行爲ニシテ無形式ナリ、妻又ハ相手方ニ對シテ之ヲ與フ、夫ハ代理權ヲ有シ其作用トシテノ許可權ヲ有スルニ非ス、夫ハ許可ヲ與フルヲ得レトモ妻ニ代ツテ法律行爲ヲナスヲ得ス、夫ハ妻ノ法定代理人ニ非ス、許可ハ第十六條ノ規定ニヨリ之レヲ取消(撤回)スコトヲ得、此ノ場合ニ於ケル取消ハ性質上其ノ效力ヲ既往ニ及サス、故ニ妻カ許可サレタル行爲ヲ未タ實行セサル場合ニ其實益アリ、

(三)妻カ單獨ニテ爲シタル行爲ノ效力　ハ取消シ得ルニアリ、其ノ效力ハ第百二十一條ニ依ル、而シテ其行爲ニ對シテハ妻ノミナラス、夫モ亦取消權ヲ有ス、

第十五條　一種又ハ數種ノ營業ヲ許サレタル妻ハ其營業

ニ關シテハ獨立人ト同一ノ能力ヲ有ス、

(一)營業ノ意義　ハ第六條ヲ見ヨ夫カ之ヲ許可スルニハ何等ノ形式ヲ要セス、但シ商業ノ許可ニ付キテハ商法第五條非訟事件手續法第百四十條以下ニヨリ登記ヲナシ公告ヲナスヲ要ス、

(二)獨立人ト同一ノ能力　獨立人トハ婚姻中ニ在ラサル婦人ノ義ナリ、而シテ婚姻中ニ在サル婦人ノ能力ハ男子ノ能力ト同一ナリ、即チ妻ハ其ノ營業ニ關シテハ完全ナル能力ヲ有ス、妻カ未成年者ナル場合ニ於テハ第六條ノ許可ト本條ノ許可ト共ニ存スルヲ要ス、第六條ノ許可ハ法定代理人之ヲ與ヘ、本條ノ許可ハ夫之ヲ與フルモノニシテ全ク別物ナリ、

營業ノ許可ヲ受ケタル妻ハ其ノ營業ニ關シテハ全ク能力者ナリ、本條第一項ニ規定スル行爲ト雖モ一々夫ノ許可ヲ受クルヲ要セス、又第八百一條ノ規定ニヨリ夫カ妻ノ財産ヲ管理スル權利ヲ有スル場合ニ於テモ、其ノ營業ニ屬スル財産ニ關シテハ管理權ヲ有セサルモノトス、然ラサレハ一方ニ自由ヲ與ヘ一方ニ干渉スルコトヽナリ其實ヲ上クル能ハサル可シ、

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

(一)本條ノ規定　ハ第十四條第十五條ノ許可ニ共通ナリ、即チ個々ノ行爲ニ付キ與ヘタル許可ヲ取消シ又ハ制限シ、又一種又ハ數種ノ營業ヲ許可シタル場合ニハ之レヲ全部取消シ又ハ其ノ種類ヲ制限スルコトヲ得、然カシ或營業中ノ或行爲ニ關シテハ同意ヲ要ストナスヲ得ス、此ノ如キハ前條ノ規定ト矛盾ス、

(二)取消制限ノ效力　許可ノ取消制限ハ其ノ性質ハ所謂撤回ニシテ其ノ效力既往ニ遡ラス、

(三)本條ノ制限ハ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得ス　之レ第六條ト異ル處ナリ但シ妻カ商業ヲ營ム場合ニ於テ之ヲ取消シ又ハ制限シ且ツ其ノ登記ヲナシタルトキハ善意ノ第三者ニ對抗シ得ルモノトス、若シ然ラサレハ其ノ登記ヲナサシムルノ理由ヲ發見スルヲ得ス(非訟事件手續法第百六十八條)、

第十七條　左ノ場合ニ於テハ妻ハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要セス

一　夫ノ生死分明ナラサルトキ

二　夫カ妻ヲ遺棄シタルトキ

三　夫カ禁治産者又ハ準禁治産者ナルトキ

四　夫カ瘋癲ノ爲メ病院又ハ私宅ニ監置セラルルトキ

五　夫カ禁錮一年以上ノ刑ニ處セラレ其刑ノ執行中ニ在ルトキ

六　夫婦ノ利益相反スルトキ

(一)本條　ニ揭ケタル場合ニ於テハ妻ハ夫ノ許可ヲ受クルヲ要セス、其ノ營業ヲ爲サントスル場合ニ於テモ亦同シ、例ヘハ妻カ商業ヲナサントスル場合ニ於テハ本條ノ理由ヲ證明シテ登記ノ申請ヲ爲スコトヲ得可シ（非訟事件手續法第百六十七條第三項）、

(二)原因　夫ノ許可ヲ必要トセサル原因ハ本條ノ六者ニ限ル、

(イ)夫ノ生死分明ナラサルトキ　之レ夫カ未タ失跡宣告ヲ受ケサル場合ヲ指ス夫カ失跡宣告ヲ受ケタルトキハ妻ハ獨身者トナル故ニ當然許可ヲ要セス、本條ニハ分明ナラサルトキトアルカ故ニ遠隔ノ地ニ在リト雖モ其ノ生存確實ナルトキハ此ノ内ニ在ラス、又單ニ「生死分明ナラサルトキ」トアルカ故ニ長年月間生死不分明ナルヲ要セス、

(ロ)夫カ妻ヲ**遺棄**シタルトキ　遺棄トハ妻ヲ顧ミサルノ意思ヲ以テ妻ヲ棄ツルヲ云フ、夫ノ所在ノ不明ナルヲ要件トセス、又單ニ扶養ヲ盡サヽルノミニテ未タ遺棄ト云フ可ラス、

(ハ)夫カ**禁治産**又ハ**準禁治産**ナルトキ　此ノ場合ニ於テハ夫ハ精神作用ノ不完全ナル爲メニ能力ヲ制限セラレタル者ニシテ事實上一家ヲ主宰スルノ力ヲ有セス、故ニ妻ヲシテ獨立セシムルヲ要ス、且ツ禁治産者準禁治産者ハ單獨ニ法律行爲ヲナスヲ得サル者ナリ、故ニ猶且ツ夫ノ許可ヲ必要ナリトセハ、法定代理人又ハ保佐人ノ同意ヲ以テ許可ヲ與ヘサル可ラス、然ルニ法定代理人保佐人タル者ハ妻ナル場合多シ（九〇二、九〇九）、然ラハ自ラ自己ノ行爲ヲ許可スト同シ、之レ無意味ナリ故ニ許可ヲ必要トセス、本號ハ禁治産又ハ準禁治産ノ宣告アリタル場合ニ限リ適用セリ、單ニ事實上精神病ナルトキハ次號ノ適用ヲ受クルカ、然ラサルトサハ禁治産又ハ準禁治産ノ請求ヲナシ而シテ後

本號ノ適用アル可シ、

(ニ)夫カ**瘋癲**ノ爲メニ病院又ハ私宅ニ監置セラルヽトキ、本號ノ適用ヲ受クルニハ瘋癲ナル文字ニ重キヲ置クヲ要ス、瘋癲ニ非スシテ監置セラルヽ場合例ヘハ違法ニ監禁セラルヽ場合ニハ適用ナシ、本條ノ適用ニハ禁治產ノ宣告アルヲ必要トセス

(ホ)夫カ**禁錮一年以上ノ刑**ニ處セラレ其刑ノ執行中ニ在ルトキ、　犯罪ノ性質種類ハ之ヲ問ハス、只刑期ヲ標準トナス、執行中ニ在ルヲ要スルカ故ニ執行猶豫中ニ在ル者及ヒ執行ヲ終リタル者ハ適用ナシ、

(ヘ)夫婦ノ**利益相反スルトキ**　妻カ爲サントスル法律行爲ノ性質上夫婦間ノ利益相反スル場合ヲ云フ、例ヘハ夫婦間ノ賣買其他ノ双務契約或ハ訴訟ノ如キ之ナリ、但シ契約ニ就キテハ第七百九十二條ノ規定アリテ夫婦間ノ契約ハ婚姻中何時ニテモ夫婦ノ一方ヨリ取消スコトヲ得、此ノ規定ノ適用ニヨリ夫ノ許可ヲ受ケスシテ契約ヲナシ得ルトスルモ猶其ノ契約ハ取消シ得可キモノタリ、故ニ本號ハ契約ニ非サル場合ニ主トシテ實際ノ適要ヲ見ル可シ、

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

(一)**未成年ノ夫カ許可ヲ與**フルニハ法定代理人ノ同意ヲ以テスルヲ要ス、蓋シ未成年者ハ自己ノ爲メニ法律行爲ヲナスニ付キ法定代理人ノ同意ヲ要ス、然ルニ妻ノ法律行爲ヲナスヲ許可スルニ之レヲ要セストセハ權衡ヲ失スレハナリ本條ハ第十四條第十五條ノ許可ニ共ニ適用アリ、

法定代理人カ同意ヲ與フルニハ其ノ權限內ナルヲ要ス、或行爲(例ヘハ營業ノ許可)ニ付キテハ法定代理人ハ親族會ノ同意ヲ以テスルニ非サレハ未成年者ニ對シテ完全ナル同意ヲ與フルヲ得ス(第四條注解參考)、故ニ未成年ノ夫カ許可ヲ與フルニ同意スルニ付キテモ亦同樣ノ條件ヲ必要トスルモノト解ス、是レト彼レトハ全ク場合ヲ同フセス、然レトモ未成年者ノ爲メニ單獨ニ同意ヲ與ヘ能ハサル者カ未成者カ他人ニ許可ヲ與フニハ單獨ニテ同意ヲ與ヘ得ルトナスハ權衡ヲ失スル論ナリ、

(二)**第四條ノ規定ニ違反**シデ**未成年ノ夫カ與ヘタル許可**ハ取消シ得可キモノニシテ無效ニ非ス、本條ニ第四條ノ規定ニ依ルニ非サレハ云々ト云フハ「第四條ノ規定ニ從フ」ト云フト同義ナリ(梅博士民法要義第十八條同論)、論者或ハ曰

ハン法定代理人ノ同意ナクンハ其ノ許可ハ取消シ得ト云フナラハ之レ規定ヲ待タサル處ナリ、何トナレハ許可ハ法律行爲ナルコト勿論ナル可ケレハ當然第四條ノ適用アル可ケレハナリ然ルニ特ニ本條ヲ設ケタル所以ハ法定代理人ノ同意ヲ以テスルニ非サレハ其ノ許可ハ無效トナスノ旨意ナラサル可ラスト、曰ハク然ラズ、(一)禁治産者、準禁治産者ニ付キテハ第十七條三號ノ規定アリ、故ニ疑ヲ避クル爲メニ之レヲ明言スルノ必要アリ、(二)夫ノ許可ハ本來夫權ノ保護ノ爲メニスルモノナリ、故ニ法定代理人ノ容喙ヲ許ササル者ナル可キカノ疑アリ、故ニ特ニ本條ノ規定ヲ置キタルモノニシテ敢テ夫專獨ノ許可ヲ禁止スルノ旨意ニ非ス、立法論トシテハ余ハ本條ノ規定ニハ反對ナリ、佛國民法ノ婚姻ニヨル自治産ノ制度ニ倣ヒ一刀兩斷男女共ニ婚姻ニ因リ成年者ト同一ノ能力ヲ得トナスヲ以テ、早婚ノ弊次第ニ矯正セラレツヽアル今日ノ實際ニ適スルモノト信ス、

(三)許可ノ取消又ハ制限ニ付キテモ亦法定代理人ノ同意ヲ必要トス可キカ一說ニハ本條ハ單ニ「妻ノ行爲ヲ許可スルヲ得ス」トアリ即チ許可ヲ與フルニ付キテノミ第四條ニ依ル可キコトヲ規定セリ、故ニ其ノ反面解釋トシテ許可ノ取消又ハ制限ニハ法定代理人ノ同意ヲ要セスト、第二說ニハ許可ノ取消又ハ制限ハ法律行爲ナリ故ニ當然第四條ノ適用アリト、後說ヲ以テ可トス、蓋シ本條ハ注意的ニ夫ノ許可ニ關シテ第四條ノ適用アルヲ示シタルニ過キス、若シ夫レ第一說ノ如ク解釋セント欲セハ夫ノ許可ハ(許可ヲ與フルコト取消制限スルコト)第四條ノ例外ヲナスヲ前提トナシ、本條ハ例外ノ例外トシテ法定代理人ノ同意ヲ必要トス、故ニ本條ニ規定セラレサル部分(即チ取消制限)ハ其ノ例外ノ適用トナリ同意ヲ要セストノ論式ニ依ラサル可ラス、然レトモ本條ノ文句ハ注意的ノ規定ト讀ムヲ至當トスルカ故ニ反面論法ニ依ルハ不可ナリ、且ツ非訟事件手續法第百六十八條第二項ニ依レハ妻ノ商業許可ノ取消制限ノ登記申請ニハ同意書ヲ添附スルヲ要ス、商業ノ許可ノ取消制限ニ同意ヲ要ストセハ其他ノ場合ニ於テモ亦異ルナシト解スルヲ至當トス(反對論者梅博士民法要義第十八條、平沼博士民法總論百九十五頁富井博士民法原論百四十九頁)、

(四)未成年ノ夫カ妻ノ財産ヲ管理ス可キ場合ニ於テハ親權ヲ行フ父又ハ母之ニ代ハリテ其財産ヲ管理ス(第八百八十五條)夫カ妻ノ財産ヲ管理スル場合ハ夫婦財產契約ニ依ル場合ノ外第八百一條ノ場合ヲ包含ス、故ニ夫カ未成年者ナル場合ニハ實際妻ノ財産ハ親權者ノ管理ニ屬スルコト多シトス、故ニ未成年ノ夫カ妻ニ許可ヲ與ヘテ法律行爲ヲナサシムル場合ハ甚タ頻繁ナラス、

第五　相手方ノ保護

第十九條　無能力者ノ相手方ハ其無能力者カ能力者ト爲リタル後之ニ對シテ一个月以上ノ期間内ニ其取消シ得ヘキ行爲ヲ追認スルヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ得若シ無能力者カ其期間内ニ確答ヲ發セサルトキハ其行爲ヲ追認シタルモノト看做ス

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

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

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

（一）本條ハ**相手方ヲ保護スルノ目的**ヲ以テ相手方ニ**催告權**(Aufforderungsrecht.)ヲ與ヘタルモノナリ、獨逸民法第百八條ニ相當ス、無能力者カ單獨ニナシタル行爲ハ取消シ得可キ行爲ナリ、而シ取消權ハ無能力者、法定代理人又ハ夫ニ屬シテ相手方ハ取消權ヲ有セス、其法律行爲カ未タ實行セラレサル前ト雖モ相手方ハ既ニ拘束セラレ脫退スルノ自由ヲ有セス、取消權者カ其取消權ヲ行使シテ其行爲ヲ取消スカ、或ハ取消權ヲ拋棄シテ其行爲ヲ追認スルニ至ル迄ハ相手方ノ地位

ハ不確定ナリ、而シテ取消權ハ行爲ノ時ヨリ二十年無能力者カ能力者トナリテヨリ五年間經過スルニ非サレハ時效ニヨリ消滅スルコトナシ（第百二十六條）、此長日月ノ間相手方ヲ不確定ノ地位ニ置キ苦シムルハ甚タ酷ナリト云フ可シ、故ニ相手方ヲ保護スル爲メニ之レニ與フル催告權ヲ以テシ、取消權者ニ對シテ追認ヲナスヤ否ヤヲ催告セシム、若シ取消權者カ之レニ應シ確答ヲ發スルナラハ相手方ノ地位ハ茲ニ確定シ相手方ハ目的ヲ達ス、然レトモ此ノ如キハ法律ノ明文ヲ待タスシテ爲シ得ル處ナリ、之レニ反シテ取消權者カ確答ヲナサヽル場合ニ於テハ取消シタルモノト見ル可キカ追認シタルモノト見ル可キカ、之レ法律ノ規定ニヨルニ非サレハ解決シ能ハサル問題ナリ、本條ハ之レニ答ヘタルモノナリ、

（二）催告ノ性質

催告ハ一方行爲ニシテ我民法ニ於テハ何等ノ方式ヲモ必要トセス、而シテ相手方ニ到達シテ始メテ效力ヲ生ス（第九十七條）、相手方ハ要スルニ取消權者ナリ、其ノ相手方ノ異ルニヨリ效力ヲ異ニス、催告ニハ必ラス一ケ月以上ノ期間ヲ附スルヲ要ス、之レ追認ス可キヤ否ヤヲ熟考セシムル爲メナリ、一ケ月ノ期間ハ催告ノアリタル時（隔地者間ニ在リテハ其到達シタル時）ヨリ算ス可キモノナリ、其ノ期間內ニ確答ヲ發セサルトキハ本條ニ規定スル效力ヲ生ス

（三）第一項

第一項ハ無能力者カ能力者ト爲リタル後之レニ對シテ催告ヲ爲ス場合ナリ、茲ニ云フ無能力者トハ未成年者、禁治産者、準禁治産者ノ三者ナリ、妻ハ婚姻ノ解消ニヨリ能力者トナルト雖モ婚姻ノ解消後ハ取消權ヲ有セス（猶第四章四節ヲ見ル可シ）故ニ其適用ナシ、本項ノ場合ニ於テ無能力者カ催告期間內ニ確答ヲ發スレハ格別、然ラサルトキハ其行爲ヲ追認シタルモノト看做ス、蓋シ是等ノ者ハ單獨ニテ取消シ得ル者ナリ、然ルニ取消サヽルハ其ノ意之レヲ追認スルニ在ルモノト看做サヽルヲ得サルナリ、

（四）第二項

第二項ハ無能力者カ未タ能力者トナラサル時ニ於テ夫又ハ法定代理人ニ對シテ催告ヲナス場合ナリ、本項ノ無能力者中ニハ準禁治産者ヲ包含セス、是レ準禁治産者ハ保佐人ヲ有スレトモ法定代理人ヲ有セサルニヨリ明ナリ、此ノ場合ニ於テモ夫又ハ法定代理人ハ單獨ニテ取消シ得ルモノナリ、然ルニ催告ニ遇フテ確答ヲ發セサルハ其ノ意追認ニ在リト見ルヨリ外ナシ、故ニ一項ノ場合ト同シク追認ヲナシタルモノト看做ス、

但シ法定代理人ニ對シテ催告ヲナス場合ニハ其ノ權限內ノ行爲（卽チ單獨ニテ取消又ハ追認ヲナシ得ル行爲）ニ限リ前述ノ效力ヲ生ス、蓋シ權限外ノ行爲ニ付キテハ法定代理人ハ取消又ハ追認ヲナスヲ得ス、故ニ確答ヲ發セスト雖モ追認

シタルモノト見做スヲ得サルナリ、此ニ權限外ノ行爲トハ如何ナル行爲ヲ云フヤ、親族會ノ同意ヲ得ルニ非サレハ取消シ能ハサル行爲ハ次項ニ所謂特別ノ方式ヲ要スル行爲ニシテ權限外ノ行爲ニ非サルナリ、思フニ第八百九十二條第九百三十六條ノ場合ニ於テハ子ノ財産ハ法定代理人ノ管理ニ屬セス、故ニ其財産ニ關スル行爲ハ權限外ノ行爲ナリ、之レ其ノ適例ナル可シ、

(三)第三項　第三項ハ第二項ト牽聯シテ讀ムヲ要ス、夫又ハ法定代理人ニ對シ催告ヲナス場合ニ於テ其確答ニ特別ノ方式ヲ要スル行爲ニ付キ催告期間内ニ其ノ方式ヲ踐ミタル通知ヲ發セサルトキハ取消シタルモノト看做ス、蓋シ取消權者ハ特別方式ヲ得ル能ハサルカ故ニ確答ヲ發セサリシモノト見ルヨリ外ナケレハナリ特別方式ヲ要スル場合トハ法定代理人カ取消ヲナスニ親族會ノ同意ヲ要スル場合、親權ヲ行フ父ニ付テハ適用ナシ親權ヲ行フ母後見人ニ付キテハ第八百八十六條第九百二十九條)未成年ノ夫カ妻ノ行爲ヲ取消スニ法定代理人ノ同意ヲ要スル場合等ナリ、

(四)第四項　ハ準禁治産者及ヒ妻ニ對シテ催告ヲナス場合ナリ、是等ノ無能力者ハ第九十八條ノ規定ニ明ナルカ如ク意思表示ヲ受領スル能力ヲ有ス、故ニ其ノ無能力中ト雖モ催告ヲナスコトヲ得ルナリ、然レトモ其ノ單獨ノ取消又ハ追認ハ取消シ得可キモノナリ、故ニ催告ヲナスニ當リテハ保佐人ノ同意又ハ夫ノ許可ヲ得テ追認ヲナスヤ否ヤヲ催告セサル可ラス、而シテ準禁治産者又ハ妻カ其ノ期間内ニ保佐人ノ同意又ハ夫ノ許可ヲ得タル確答ヲ發セサルトキハ、同意又ハ許可ヲ得ル能ハサルカ故ニ確答ナキモノト見ルヲ至當トスルカ故ニ其ノ行爲ヲ取消シタルモノト看做ス、

(五)夫及ヒ妻ニ對シテ催告スル場合　夫ニ對シテハ第二項ノ催告ヲナシ妻ニ對シテハ第四項ノ催告ヲナシタルトキハ其ノ結果如何、曰ハク兩者共ニ確答ヲナシタルトキハ其ノ先ツ發シタルモノニヨリ效力決定セラル、蓋シ此ノ場合ニ於テハ取消權者二人アリ、然レトモ同一ノ法律行爲ノ效力ヲ二樣ニ決定スルハ不能ナリ、故ニ取消又ハ追認何レナリトモ先ヅ行ハレタルモノニヨリ效力ヲ決定スルヲ可トス、此ノ如キハ(一)法律行爲ノ效力ヲ速ニ決定セシムルノ利益アリ、(二)其行爲ノ運命ニ付キ尤モ熱心ナルモノヽ意思ヲ尊重スルモノナルカ故ニ道理アリトス、

一方カ確答ヲナシ他ノ一方カ確答ヲナサヽルトキハ其ノ行爲ノ效力ハ確答ニヨリ決ス、蓋シ確答ハ必ラス催告期間内ナルヲ要スルカ故ニ、本條ノ規定ニヨリ

追認又ハ取消シト看做サル、前ニ於テ其行爲ノ運命ハ確答ニヨリ決定ス可ケレハナリ、其ノ理由ハ前段ノ場合ト同シ、但シ兩者ニ對シ催告ヲナスノ時期ヲ異ニシ、又ハ催告期間ヲ異ニシ、一方ノ催告期間經過後ニ於テ他ノ一方カ確答ヲ發シタル場合ニ於テハ反對ノ結果トナル可シ、何トナレハ其ノ期間經過ノ時ニ於テ法律ニヨリ取消又ハ追認ト見做サル、カ故ニ、爾後ノ確答ニヨリ其ノ效力ヲ左右スルヲ得ス、其ノ理由ハ前段ト同シ、

兩者共ニ確答ヲ發セサル時ハ如何、第二項ニヨレハ追認ト看做サレ第四項ニヨレハ取消ト看做サル可シ、此ノ場合ニ於テハ確答期間ノ先ツ經過シタルモノヲ以テ優越セル效力アリトナシ之レニヨリ行爲ノ效力ヲ決定ス可シ、何トナレハ其ノ期間經過ノ時ニ於テ本條ニヨリ既ニ取消又ハ追認ト見做サル、カ故ニ、爾後ノ事實ニヨリ之レヲ左右ス可ラサレハナリ、期間ノ終期ニ就テハ本條(二)ノ說明ヲ見ヨ、

論者或ハ曰ハン、本問ノ如キハ實益ナキ論ナリ何トナレハ第二項ノ場合ハ夫ニ催告シ第四項ノ場合ハ夫ノ許可ヲ得テ確答ス可キ者ノ催告ナリ、故ニ其ノ答ヲ異ニス可キ理由ナカル可シト、曰ハク然ラス、(一)兩者共ニ確答ヲナサヽル場合ハ有リ得可シ、而シテ法律ノ推定相異ルカ故ニ前示ノ問題ヲ生ス、(二)本條第四項ノ場合ニ於テ第十七條ノ適用アルトキハ妻ハ夫ノ許可ヲ要セスシテ確答ヲナスコトヲ得、故ニ夫ト妻ト確答ヲ異ニスルコトアリ、或ハ又曰ハン、相手方ハ何レカ一方ニ對シテ催告ヲナセハ事足ル何ソ兩方ニ對シテ催告ヲナスノ愚ヲナサンヤト、曰ハク然ラス、相手方ノ利益ハ可成速ニ確答ヲ得ルニ在リ、兩者ニ對シテ催告ヲナセハ速ニ確答ヲ得ルノ希望大ナリ、故ニ實益存ス、加之法律上相手方ハ兩者ニ對シテ催告スルノ權能アリ、故ニ假令實益ナシトスルモ兩者ニ催告スルヲ妨ケス、

第二十條　無能力者カ能力者タルコトヲ信セシムル爲メ詐術ヲ用ヰタルトキハ其行爲ヲ取消スコトヲ得ス、

(一)本條立法理由　本節ニ無能力者ト云フハ法律行爲無能力者ノ[illegible]リ、而シテ法律行爲無能力者ト雖モ第七百十二條第七百十三條ニ該當セサル限リハ不法行爲ニ付テハ責任ナキ能ハス、而シテ無能力者カ能力者タルコトヲ信セシムル爲メニ詐術ヲ用ヒ損害ヲ蒙ムラシムルナラハ之レ不法行爲ナリ、故ニ無能力者ハ責任ヲ免レス、之レヲ形式的ニ論スレハ無能力者ハ一方ニ於テハ法律行爲ヲ取消シ得可ク、他ノ一方ニ於テハ不法行爲ノ責任ヲ負擔ス可キナリ、然ルニ損害

賠償ハ通常之ヲ金錢ニ見積ルモノニシテ其ノ賠償額ハ往々ニシテ正鵠ヲ失スルコトアリ、故ニ相手方ノ保護ハ十分ナラサルコト無シトセス、然ルニ恰モ其損害ハ其法律行爲ヲ取消シタルカ爲メニ生スルモノナレハ始メヨリ其ノ損害ノ原因タル行爲ノ取消ヲ許サヽルナラハ、無能力者ハ賠償責任ナク相手方モ亦十分ノ保護ヲ受ク可キナリ、此レ兩方ノ爲メニ利益ニシテ且ツ公平ヲ致スノ途ナリ、是レ本條ノ理由ナリ、本條ノ先例ハ佛國民法第千三百七條墺太利民法第八百六十六條等ニ在リ、

(二)詐術ノ意義　本條ニ詐術ト云フハ單ニ口頭ニテ能力者ナリト言明シタルノミニテハ不十分ニシテ、自己ヲ能力者ナリト信セシムル爲メニ不法行爲ノ性質ヲ帶フル詐僞手段ヲ取リタルヲ要ス、例ヘハ戸籍ヲ變造シ又ハ證人ヲ立ツルカ如キ之ナリ、右ハ稍ヤ文義ニ反スト雖モ其ノ沿革上又其ノ立法理由上疑ナシ、

(三)疑義　本條ハ佛墺ノ民法ニ於テハ皆未成年者ニ關スル規定ナリシ、然ルニ我民法ハ廣ク無能力者ニ關スル規定トナセリ、故ニ其ノ適用ニ付キ多クノ疑問ヲ生ス、本條ニ「其行爲ヲ取消スコトヲ得ス」トアルハ何人モ之ヲ取消スヲ得ス即チ其行爲ハ絕對ニ完全ナリトノ義カ、或ハ「無能力者ハ取消スヲ得ス」ト云フ義カ、然ラハ取消權者數人アルトキハ他ノ者ノ取消權ヲ害セサル可キカ、之レヲ妻ノ場合ニ適用スルニ當リテハ何レニ解釋スルモ不條理ノ結果ヲ生スルヲ免カレサル可シ、例ヘハ妻カ詐術ヲ用ヒ身體ニ覊絆ヲ受ク可キ契約ヲナシタリトセハ如何、前者ノ如ク解セハ夫ハ取消權ナカル可シ、之レ豈ニ不條理ナラスヤ、後者ノ如クニ解シ夫ニ取消權アリトセハ不法行爲ノ損害賠償ニ關スル問題ヲ生セサルヲ得ス、然ラハ立法ノ目的ハ之ヲ貫ク能ハス、是レ本條ノ適用ヲ妻ニ及ホシタル結果ナリ、左リナカラ法文ニハ廣ク「無能力者」トアルカ故ニ解釋上妻ニ對シテモ適用ナキ能ハス、

第三節　住所

(一)住所ノ觀念　住ハ「トヽマル」ノ義ナリ、人此世ニ在リテ止マリ生活スル地ヲ住所ト云フ、民法ハ之ヲ定義シテ生活ノ本據ト云ヘリ(二一)、猶詳細ハ同條註釋ヲ見ル可シ、

(二)本籍地　本籍地トハ人ノ戸籍ノ管轄地ヲ云フ、住所ハ事實ニヨリ定マリ、本籍地ハ屆出ニヨリ定マル、其ノ變更ノ場合ニ於テモ亦然リ、我國現今ニ於テハ住所ト本籍地トアリ、各々其ノ效力ヲ異ニス、混同ス可ラス、住所ハ民法ニヨリ定マリ本籍地ハ戸籍法ニヨリ定マル、

本籍地ノ外ニ更ニ**寄留地**ナルモノアリ、是レ又屆出ニヨリ定マリ、一定ノ法律上ノ效力アリト雖モ住所ト混同スルヲ得ス（明治十九年九月內務省令第十九號）、

(三)住所ノ法律上ノ效力　住所ノ法律上ノ效力ハ公法私法ニ涉リ甚タ多ク一々玆ニ數ヘ盡スヲ得ス主ナルモノ左ノ如シ、

(イ)住所ハ裁判籍ヲ定ムル標準トナル、（民事訴訟法一〇、人事訴訟手續法一、二七、四〇、非訟事件手續法二、三四、三八、九〇、九二、九六、九八）、

(ロ)住所ハ家督相續（九六五）遺產相續（九九三）開始ノ地トナル、

(ハ)債務辨濟地ハ原則トシテ債權者ノ住所ナリ（四八四、商二七八）、

(ニ)住所ハ國際私法上適用ス可キ法律ヲ定ムル標準トナル、法例四、九、一二、二三、二七）

(四)住所ノ證明　住所ハ事實ニシテ法律上何等ノ推定ナシ、故ニ住所ニ付キ爭ヲ生シタルトキハ之ヲ爭フモノ之ヲ立證スルヲ要ス、而シテ其ノ立證方法ニ關シテハ何等ノ制限ナシ、本籍地ハ住所ト同シカラサルコト前述ノ如シ、故ニ本籍地ノ證明ハ住所ノ證明トナラス、直接ニ其ノ事實上生活ノ本據地タルコトヲ立證スルヲ要ス、但シ裁判籍ニ關シテハ民事訴訟法第十一條以下ヲ見ル可シ、

(五)法人ノ住所　ハ第五十條ヲ見ヨ、

第二十一條　各人ノ生活ノ本據ヲ以テ其ノ住所トス

(一)住所ノ觀念　本條ハ住所ノ定義ヲ下シタルモノナリ、住所トハ各人ノ生活ノ本據タル地ヲ云フ、然レトモ其ノ意義猶不明ナルモノアリ、之レヲ從來ノ學說ニ見ルニ、(一)人ノ生活ノ中心點トナスモノアリ、(二)人ノ法律上ノ活動ノ中心點トナスモノアリ、(三)主タル營造物ノ所在地、(四)常住ノ地トナスアリ、各々多少其意義ヲ異ニス、前二者ハ生活又ハ活動ト云フ如ク無形ノ動キノ中心點トナスカ故ニ主觀主義ト名クルヲ得可ク、後ノ二者ハ營造物又ハ永續スル住居ノ所在地ヲ指スカ故ニ客觀主義ト稱シテ可ナリ、我民法ノ定義中ノ「生活」トハ無形ノ活動ヲ意味ス、然ラハ即チ主觀主義ニ屬シ、人間ノ活動ノ中心點タルノ地ノ義ニ解シテ大過ナカル可シ、猶之ヲ形容スレハ恰モ圓ニ中心アルカ如ク人ノ社會上ノ活動ニモ自ラ中心點アリテ其ノ地ヲ根據トシテ四方ニ向テ活動ス、其ノ中心點タルノ地ヲ名ケテ住所ト云フ、

(二)住所ト營業所　營業所ナル文字ハ商法ニ多ク使用セラル、營業所ハ營業ノ中心點ト見ル可キ場所ニシテ營業主ノ生活ノ中心點ト區別スルコトヲ得、然レトモ事實上一致スルハ稀ナラス

(三)一人多數ノ住所　アリ得可キカ、我民法ノ解釋トシテハ消極說ヲ正シトス、蓋シ生活ノ中心點ハ二個アリ能ハサレハナリ、住宅ト營業所、本宅ト別墅ト云フ如ク人ノ多少ノ期間定居スル場所數個アル場合ニ於テハ其ノ中ニ就テ主從ヲ別ツ可シ、主タルモノハ生活ノ本據ナリ住所ナリ、獨逸民法ハ常住地ヲ以テ住所トナス、常住地トハ繼續シテ住居スル地ノ義ナリ、此ノ故ニ同時ニ數個アリ得ルナリ(獨民第七條)、彼ト我トハ主義ヲ異ニス同日ニ論ス可ラス、

(四)無住所者　アリ得ルヤ佛ノ學者ハ無住所者ヲ認メス、蓋シ佛民法第百二條ニ凡テノ佛人ハ云々ノ場所ニ住所ヲ有スト云フ規定アルカ故ニ、佛人ニシテ住所ナキ者アリ得可ラスト云フ論結ヲ來スナリ、然レトモ之レヲ移シテ我民法上ノ論トナス可ラス、我國ニ於テハ法律上凡テノ日本人ハ住所ヲ有スト云フ規定アルナシ、人カ生活ノ本據ヲ有スルヤ否ヤハ純然タル事實問題ナリ、故ニ事實生活ノ本據ヲ有セサル者ハ無住所ナリ、所謂浮浪人或ハ甲地ヨリ乙地ヘ轉々スル職人ノ如キハ然リトス、

(五)住所ノ種類

(イ)法定住所、任意住所　法定住所トハ事實上或人カ生活ノ本據ヲ有スルト否トニ拘ハラス法律上其人ノ住所ト見做サルヽモノヲ云フ、例ヘハ幼者、妻ハ事實ノ如何ニ拘ハラス、其父母又ハ其夫ト同一ノ地ニ住所ヲ有スト做スカ如キ之ナリ、此制度ハ實際ニ便宜ナルコト少カラス、獨佛民法共ニ之ヲ認ム(佛民一〇六、一〇九、獨民九、一一)、我國ニ於テハ戶主及ヒ親權者ハ家族又ハ未成年者ニ對シテ住所指定ノ權利ヲ有ス(七四九、八八〇)、妻ハ夫ト同居スノ義務ヲ負フ(七八九)、然レトモ住所ハ事實ニヨリ定マルカ故ニ、家族未成年者、妻カ其ノ義務ニ從ハスシテ他所ニ於テ生活スル場合ニ於テハ其ノ事實ニヨリテ住所地ヲ定メサル可ラス、而シテ我國ニハ廣ク法定住所ヲ認メタル法規ナシ、只軍人軍屬ハ裁判籍ニ付テハ兵營地若シクハ軍艦定繫所ヲ以テ住所トス(民訴一二)、是レ法定住所ノ唯一ノ例ナリ、然レトモ是レ只裁判籍ニ關シテ住所ト看做サルヽモノニシテ其他ノ關係ニ及ハス、

任意住所トハ各人カ任意ニ設定スル住所ニシテ事實上生活ノ本據タリヤ否ヤニヨリ決ス、

(ロ)本住所ト假住所　本住所ハ事實生活ノ本據タル地ナリ、假住所トハ契約ニヨリ住所ト定メタル地ナリ、前者ハ事實ニシテ後者ハ法律關係ナリ、其ノ性質全ク異ル(第二十四條參考)、

(六)住所ノ設定

住所ノ設定ニハ主觀的要素ト客觀的要素ヲ要ス、是レ從來學說

ノ一致スル處ナリ、主觀的要素ハ一定ノ地ヲ以テ生活ノ本據トナサントスルノ意思ナリ、客觀的要素トハ其ノ實行ヲ云フ

(イ)住所設定ノ意思　一定ノ地ヲ以テ生活ノ中心ト爲サントスルノ意思ヲ住所設定ノ意思ト云フ、生活ノ中心トナサントスルノ意思ハ必ラス或不定ノ期間其地ニ生活セントスル意思ヲ包含ス、不定ノ期間トハ長年月ト云フニ非ス、又永久ト云フ義ニ非ス、一時的ニ對スル義ナリ、換言スレハ豫メ確定又ハ不確定ノ期間生活セントスル場合ニ非サルヲ云フ、例ヘハ代議士ハ議會ノ開會中東京ニ住スルモ閉會ノ後ハ歸國スルノ意思アリ、即チ其ノ滯京ハ始メヨリ一定ノ目的ノ爲メニスルモノナリ、故ニ東京ハ其ノ住所ニ非ス、書生ノ遊學スル又同シ、又病院ニ在ル病人、兵營中ノ兵卒、獄中ノ囚人ノ如キ始ヨリ病院、兵營、監獄ヲ以テ生活ノ中心トナサントスルノ意思ナシ、故ニ病院兵營監獄ハ其ノ住所ニ非スシテ居所ナリ、

此ノ如クニ住所ノ設定ニハ意思ヲ要ス、然レトモ其意思タルヤ敢テ他人ニ對シテ表示セラルヽヲ須ヒス、只其事實タル行動ニヨリ推知スルヲ得レハ足ル、故ニ住所ノ設定ハ意思表示ニ非ス、

(ロ)客觀的要素　事實上其土地ヲ以テ生活ノ中心トナスヲ要ス、之レカ爲メニハ居宅ヲ設ケ家族ヲ置クカ如キハ必シモ必要ニ非ス、住所ヲ市中ニ有スル者家族ヲ別莊ニ置クカ如キ稀ナラス、或ハ又旅館下宿屋ノ類ヲ以テ住所トナスコトナキニ非ス、

(ハ)住所設定ノ性質　住所ノ設定ニハ意思ヲ要ス、然レトモ其ノ意思ノ特ニ表示セラルヽヲ要セス、左レト之ヲ以テ住所設定ニハ意思ヲ要セスト論スル勿レ、若シ然ラハ何ニ依テカ住所ト居所トヲ區別スルヲ得ン、住所ノ設定ハ意思ヲ要スル行爲ナリト雖モ法律行爲ニ非ス、蓋シ法律行爲ハ或法律上ノ效果ヲ以テ目的トナシ之レニ應スル效果ヲ生スルモノナラサル可ラス、住所ノ設定モ重要ナル法律上ノ效果ヲ生ス、然レトモ之レ當事者カ欲スルカ故ニ生スルニ非ス、法律上當然附加セラルヽモノナリ、法律行爲上ノ意思ハ法律上ノ效果ニ對ス、住所設定ノ意思ハ然ラス某地ヲ以テ生活ノ中心トナサントスル單純ナル事實ニ對ス、故ニ其內容ヲ異ニス、左レハ行爲能力ニ關スル規定ハ住所ノ設定ニハ適用ナシ、然レトモ之レ法律上ノ效果ヲ生スル行爲(Rechtshandlung)ナルカ故ニ其設定ニハ必ラス意思能力ナカル可ラス、意思無能力者ニハ住所ナシ、

(七)住所ノ變更　住所ノ變更トハ從來ノ住所ヲ拋棄シテ新ナル地ヲ選テ生活

ヲ本據トナス行爲ヲ云フ、人カ住所ヲ見捨ツルハ通常同時ニ他ニ新住所ヲ定メンカ爲メナリ、然レトモ稀ニハ從來ノ住所ヲ去テ新住所ヲ定メス諸方ヲ遍歷スル者ナキニ非ス、住所ノ拋棄ハ再ヒ歸來セサルノ意思ヲ以テ住所地ヲ引拂フニヨリテ效力ヲ生ス、一時的ノ旅行ノ如キハ如何ニ長キニ渉ルト雖モ再歸ノ意思アルモノナレハ住所ノ拋棄トナラス、又住所ヲ引拂フノ意思アリト雖モ之レヲ實行スルニ非サレハ住所ノ拋棄トナラス、單ニ意思ノ變更ノミニテハ住所ハ變更セラレス、

住所ノ變更ハ自由ナリ、之レ憲法第二十二條ノ保障スル所ナリ、

第二十二條 住所ノ知レサル場合ニ於テハ居所ヲ以テ住所ト看做ス

(一)居所ノ意義 居所トハ人カ一時的ノ目的ノ爲メニ居住スル地ヲ云フ、其ノ住所ト異ルハ其ノ意思カ一時的ニ特定ノ目的ノ爲メニ居住セントスルニ在ルニアリ、一時的ト云フモ必シモ短時間ナルヲ要スル義ニ非ス、特定ノ事業ノ終了後ハ他ニ移ラントスル意思アルナラハ一時的ノ目的ノ爲ニスル居住ト云フヲ得可シ、學生ノ學校所在地ニ於ケル、病人ノ病院ニ於ケルカ如キ之ナリ、居所ハ更ニ之レヲ現在地ト區別ス、現在地トハ現ニ其人ノ身體ノ在ル場所ヲ云フ、故ニ時々變化シツヽアルモノナリ、私法上現住地ハ無意味ナリ、

(二)居所ノ效力 住所ノ知レサル場合ニ於テハ居所ヲ以テ住所ト看做シ、住所ニ附シタル效力ヲ居所ニ附ス、住所ノ知レサル場合トハ住所ノ無キ場合及ヒ住所ハ存ス可キモ其地ヲ確ムル能ハサル場合ヲ包含ス、本條ニ住所ノ知レサル場合トアルヲ根據トシテ我民法ハ住所無キ者ハ之レヲ認メスト論スルハ非ナリ、住所無キ場合ハ住所ノ知レサル場合ノ一ニ過キス、故ニ本條ノ内ニ包含セラルヽハ疑ナシ、一言之レヲ約スレハ居所ハ第二位ニ於ケル住所ナリ、

猶居所ノ效力ハ次條ヲ見ヨ、

第二十三條 日本ニ住所ヲ有セサル者ハ其日本人タルト外國人タルトヲ問ハス日本ニ於ケル居所ヲ以テ其住所ト看做ス但法例ノ定ムル所ニ從ヒ其住所ノ法律ニ依ルヘキ場合ハ此限ニ在ラス

(一)日本ニ住所ヲ有セサル場合 トハ外國ニ住所ヲ有スル場合及ヒ全ク住所

ヲ有セサル場合ヲ包含ス、然レトモ此後ノ場合ハ前條ノ内ニ包含セラルヽヲ以テ、本條ノ實際ニ適用アルハ外國ニ住所ヲ有シ日本ニ居所ヲ有スル場合ナリ、住所外國ニアル場合ニ於テハ之レニ總說ニ於テ述ヘタルカ如キ效果ヲ附スルハ啻ニ不便ナルノミナラス、我國權ノ及フ範圍外ナルヲ以テ其效果ヲ付スルハ或ハ不能ナリ、故ニ日本ノ居所ヲ以テ住所ト看做ス、

（二）例外

法例ニ於テ住所地法ヲ適用ス可キ場合少カラス（法例一二、二七、二項）、是等ノ場合ニ於テ本條本文ヲ適用スルトキハ常ニ日本法律ヲ適用ス可キ結果トナリ、法例カ住所地法ニ依ラシメントスル精神ニ反ス、故ニ但書ノ例外アリ、

第二十四條　或行爲ニ付キ假住所ヲ選定シタルトキハ其行爲ニ關シテハ之ヲ住所ト看做ス

（一）假住所ノ性質及其選定

假住所ハ又契約上ノ住所或ハ選定住所ト稱ス、住所ハ事實ナリ反之假住所ハ意思表示ニヨリ當事者ノ選定スル所ナリ、故ニ此ノ名アリ、假住所ノ選定ハ一定ノ土地ニ住所ノ效力ヲ付セント欲スル意思表示ニヨリ行ハル、故ニ法律行爲ナリ、從テ行爲能力ニ關スル規定ノ適用ヲ受ク、通常ハ契約ニヨリ之ヲ爲ス、然レトモ契約タルヲ要セス、當事者一方ノ意思ニヨリ爲スコトヲ得、例ヘハ某地ヲ以テ拙者ノ住所トナスト通知スレハ足ル、此ノ場合ニ於テハ其選定シタル人ニ對シテノミ住所ノ效力アリ、佛國民法ニ於テハ假住所ノ選定ハ書面ヲ要スレトモ我民法上ハ然ラス、加之其意思表示ハ明示タルヲ要セス、然レトモ其要件トシテハ必ラス或特定ノ行爲ヲ指定スルヲ要ス、例ヘハ云々ノ營業ヨリ生スル法律關係ト云フカ如シ、然ルトキハ其特定ノ行爲ニ關シ住所ト同一ノ效力アリ、其ノ範圍ハ當事者任意ニ定メ得可シト雖モ必ラス一定ノ限度アルヲ要ス本條ニ「或行爲ニ付キ」トアルハ此ノ意ナリ、住所ハ事實ナレトモ假住所ハ法律關係ニシテ多クハ契約關係ナリ、故ニ住所ニ於ケルカ如ク任意ニ之ヲ拋棄スルヲ得ス、又住所ハ本人ノ死亡ニヨリ消滅スルハ當然ナリト雖モ、假住所ハ法律關係ナルカ故ニ相續人ニ對シテモ假住所タルノ效力アリ、

（二）假住所ノ效力

或行爲ニ付キ假住所ヲ選定シタルトキハ其行爲ニ關シテハ之ヲ住所ト看做ス、其他一般契約ニ關スル規定ノ支配ヲ受ク、殊ニ假住所ハ當事者間ニ於テノミ效力アリ、而シテ本住所ト假住所ノ關係ハ左ノ如シ、

（イ）本住所ヲ除斥スルモノ、　其特定ノ行爲ニ關スル事項ハ假住所ニノミ屬シ本住所ニ屬セストナスモノアリ、例ヘハ債務ノ履行ニ付キ假住所ヲ選定シタ

ル場合ニ於テハ、債務者ハ假住所ニ於テノミ履行ヲナス可ク本住所ニ於テ履行ノ提供ヲナシタルトキハ債權者ハ受領ヲ拒ミ得トナスカ如キ之ナリ、

（ロ）本住所ト併立スルモノ、　前例ニ於テ債務者ハ本住所又ハ假住所ニ於テ履行ヲナスコトヲ得トナスカ如キ之ナリ、

本住所ト假住所ノ關係ハ當事者ノ意思解釋ニヨリ之ヲ決定ス可シ、然レトモ意思不明ナルトキハ本住所除斥的ノ效力ヲ付スルノ意思アルモノト推定スルヲ至當トス、蓋シ當事者カ假住所ヲ選定スルハ、之レヲ以テ本住所ニ優リ便利ナリトナスカ爲メナレハナリ、

(三)假住所ノ限界　假住所契約ハ法律行爲一般ノ原則ニ從ヒ、公ノ秩序ニ反セサルヲ要ス、住所ノ變更ハ本來自由ナリ、從テ假住所契約モ自由ナルヲ原則トナス、然レトモ行政法規殊ニ警察法規等ニ於テ其ノ事實上ノ住所ニ效力ヲ附スル場合ニ於テハ之レニ反スル假住所契約ハ無效ナリ、

第四節　失踪

本節ハ全ク性質目的ヲ異ニスル二制度ヲ包含ス、(一)不在者ノ財産管理(二)失踪之ナリ、前者ハ財産ニ關スル制度ニシテ後者ハ權利能力ニ關スル制度ナリ、此ノ二者ヲ同節ニ規定スルハ理論上正シカラス、況ンヤ之ニ題スルニ失踪ノ文字ヲ以テスルニ至テハ體裁ヲ害スル尠少ニ非サルナリ、宜シク本節第三十條以下ノ規定ハ之レヲ第一章第一節ニ移ス可キモノナリ、不在者ノ財産管理ニ關スル規定ニ至リテハ其地位ヲ定ムルコト困難ナリ、獨逸民法ハ之ヲ親族編中ニ置クト雖モ正シカラス、或ハ之レヲ民法中ヨリ除キテ非訟事件手續法中ニ收ム可シトノ案ナキニ非サルモ、之レ又妥當ニ非ス、蓋シ其ノ規定ハ手續ニ關スル規定ノミニ非サレハナリ、比較的妥當ナルハ我民法ノ如ク之レヲ總則編中住所ニ次テ位セシムルニ在リ、然レトモ之レヲ失踪ト混シテ規定シタルハ不可ナリ、失踪ハ私權ノ享有ノ節ニ移シ、不在者ノ財産管理ノミヲ獨立ノ一節トナスヲ正シトス、

第一　不在者ノ財産管理

(一)不在者ノ財産管理ノ必要　人カ從來ノ住所又ハ居所ヲ去リ財産ヲ殘シ管理人ヲ置カサリシ場合ニ於テハ、其財産ハ滅失毀損ノ虞アリ、故ニ直接ニハ本人ノ爲メニ、間接ニハ債權者其他ノ利害關係人(例之相續人)ノ爲メニ更ニ間接ニハ國家經濟上之レヲ管理スルノ必要アリ、是等ノ場合ニ應スルノ手段トシテハ、(一)無權代理、(二)事務管理ノ制度アリト雖モ、(一)自進テ他人ノ財産ヲ管理セントスル

者アルニ非サレハ之等ノ制度ハ役ヲナサス、(二)之等ノ制度ニ於テハ裁判所ノ監督ナキカ故ニ私曲ノ行ハルヽ弊ナキ能ハス、故ニ特ニ之レヲ保護スル爲メノ制度ヲ設クルヲ要ス、本節ノ規定即チ之ナリ。

(二)諸國ノ制度　羅馬法ニ於テハ不在者ノ財產管理ノ爲メニ Curator bonorum absentis ナルモノヲ置キ、不在者ノ生死カ裁判上確定スル迄其財產ヲ管理セシメタリ、而シテ死亡宣告ノ制度ナク裁判上ノ立證ニヨリ裁判官ノ見込ヲ以テ生死ヲ決定シタルモノヽ如シ(Gierke. Bd. I. S. 367)、獨逸古法ニハ管理人ノ制度ナク不在者ノ相續人ヲシテ直ニ相續スルヲ許シタリ、然レトモ若シ不在者歸來セハ之レヲ返還ス可キモノトシ、其ノ必要上相續人ヲシテ擔保ヲ供セシメタリ(Gierke A. A. O.)、獨逸(獨民一九一一)佛朗西、(佛民一一二)ハ共ニ羅馬法ヲ承繼ス、本節ノ規定モ亦羅馬法ヨリ來リタルモノナリ、日耳曼主義ハ簡便ヲ以テ其長所トナス、然レトモ監督ヲ欠クカ故ニ其ノ間私曲ノ行ハレ債權者ヲ害スルナシトセス、管理人ヲ置ク制度ハ能ク其缺點ヲ補フモノナリト雖モ、複雜ニ流レ不在者ノ財產額僅少ナル場合ニ於テハ管理ノ費用ヲ要スル多キカ故ニ不眞ナル結果ヲ生スルコトナシトセス、

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

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

(一)不在者　從來ノ住所又ハ居所ヲ去リタル者ヲ不在者ト云フ、住所ト居所ヲ別ニスル場合ニ於テ其居所ヲ去リ住所ニ現住スル場合ハ不在者ニ非ス、法文ニ居所ヲ去リタル者ト云フハ住所ナクシテ居所ノミ有スル者カ其居所ヲ去リタル場合ヲ云フ、其生死不分明ナルヲ必要トセス、生存ノ確實ナル者ト雖モ財產ヲ殘シテ住所又ハ居所ヲ去リタルトキハ其財產ヲ管理スル必要アリ、例ヘハ家財ヲ

殘シテ外國ニ出稼スル者ハ其ノ生存確實ニシテ且其ノ居所モ亦知レタル場合ト雖モ、猶其ノ財産ヲ管理スル必要アル可シ、其所在地ノ不分明ナルコトモ此ノ故ニ不在者ノ觀念ニ必要ニ非ス。

(二)管理人ヲ撰任シ得ル場合ハ左ノ如シ、

(イ)不在者カ財産管理人ヲ置カサリシ場合、　此ノ場合ニ於テハ原則トシテ管理人ヲ選任スルコトヲ得、然レトモ不在者ニ後見人アル場合(九二八)、不在者カ親權ノ下ニ在ル場合(八八四)、不在者ノ夫カ財産管理權ヲ有スル場合(八〇一)ニ於テハ管理人ヲ選任スルヲ得ス、之等ノモノハ不在者ノ置キタル管理人ニ非スト雖モ法律上ノ代理人ニシテ財産管理權ヲ有スルカ故ニ、裁判所ハ更ニ財産管理人ヲ選任スルヲ得ス、蓋シ其必要ナケレハナリ、

(ロ)不在者カ財産管理人ヲ置キタル場合、　ニハ原則トシテ裁判所ハ財産管理人ヲ選任スルヲ得ス、蓋シ其必要ナケレハナリ、然シナカラ(一)管理人ノ權限消滅シタルトキ、例ヘハ任期終了、死亡ノ如シ、此ノ場合ニハ恰モ始メヨリ管理人ヲ置カサリシト同一ナルカ故ニ裁判所ハ管理人ヲ置クコトヲ得、(二)不在者ノ置タル管理人ノ權限カ財産ノ一部ニ限ラルヽ場合ニハ殘部ノ財産ニ付キテハ管理人ナキカ故ニ、殘部ノ財産ニ付キテノミ管理人ヲ選任スルコトヲ得、

(三)管理人ノ選任ノ手續

(イ)管理人ノ選任ハ請求ヲ俟テ之ヲ爲ス、裁判所職權ヲ以テ選任スルヲ得ス、管理人選任請求ハ訴訟ニ非ス非訴訟事件ナリ(非訟事件手續法三八以下)、

(ロ)管理人選任請求權者ハ利害關係人及檢事ナリ、利害關係人ナル文字ハ我民法ノ好テ用ユル所ナリト雖モ其範圍明了ナラス、宜シク各條ノ精神ニヨリ解釋スルヲ要ス、本條ノ場合ニ於テハ不在者ノ財産ノ滅失又ハ毀損ニヨリ法律上損失ヲ蒙ル可キ地位ニ在ル人ヲ云フ、必シモ不在者ノ財産上ニ權利ヲ有スル者ノミニ限ル可ラス、例ヘハ不在者ノ相續人ノ如キハ不在者ノ財産上ニ權利ヲ有スル者ニ非スト雖モ、其ノ財産ノ滅失ニヨリテハ損失ヲ蒙ル可キ地位ニ在リ、故ニ利害關係人ナリ、例ヘハ不在者ノ家督相續人、遺産相續人、配偶者、戸主、家族、債權者、保證人、連帶債務者ノ如キ本條ニ云フ利害關係人ナリ、而シテ不在者本人ハ茲ニ云フ利害關係人ニ非ス、論者或ハ曰ハン本人ハ利害關係人ノ最タル者ナリト、答テ曰ハク然ラス、本人ハ財産管理ニ付キ利害關係アルハ勿論ナリト雖モ、本人ノ請求權ヲ認ムルハ本制度ノ精神ニ反ス、蓋シ裁判所カ管理人ヲ選任スルハ其必要アル場合ニ限ルナリ、本人カ管理人ヲ置キタル場合、法律上ノ管理人アル場合ニ管理人ノ選任ヲ許サス、又裁判所管理人ヲ選任スルモ

本人自ラ管理シ得ルニ至ラハ之レヲ取消スカ如キ、皆其ノ旨意ナリ、若シ夫レ本人カ裁判所ニ對シ管理人ノ選任ヲ請求シ得ルモノトセハ、之レ本人ハ自ラ管理人ヲ選任シ得ル地位ニ在ルモノナリ、故ニ裁判所ヲ煩ハスヲ許サス、反對説ニヨレハ狡猾ナル徒ハ常ニ自己ノ私ノ便利ノ爲メ國家ノ機關タル裁判所ヲ利用スルニ至ラン、例ヘハ海外旅行ヲナサントスルニ當リテハ裁判所ヲ煩ハシテ財産ヲ管理セシムルニ至ラン、之レ豈ニ法律ノ精神ナランヤ、獨逸民法モ居所ノ知レタル不在者ノ爲メニ管理人ヲ附スルヲ認ムレトモ、只絶對的ニ(例之精神錯亂)自ラ管理人ヲ選任シ能ハサル場合ニ限ル、我民法ノ精神モ之レニ異ルナシ、

(四)財産管理ニ必要ナル處分

不在者ノ財産管理ニ關スル裁判所ノ權限ハ管理人ノ選任ニ止マラス、又管理人ノ選任ヲ必要トナスモノニ非ス、或ハ管理人ヲ選任セスシテ他ノ必要處分ヲナスコトヲ得、或ハ管理人ヲ選任シテ猶他ノ必要處分ヲナスコトヲ得、必要處分トハ財産ノ供托、競賣、封印ノ類ナリ、管理人ノ選任ハ其最ナルモノナリ、裁判所ノ處分ハ其種類限リナシト雖モ財産管理ノ目的以外ニ出ツル能ハス、我民法カ管理人ノ選任ニ限ラス廣ク必要ナル處分ヲナスヲ得ト規定シタルハ尤モ事宜ニ適ス、殊ニ不在者ノ財産僅少ナル場合ニ於テハ管理人ノ選任ハ費用手數ヲ要スルコト多キカ故ニ却テ夫レカ爲メニ財産ヲ消耗シ盡スカ如キコトナキニ非ス、宜シク裁判所ハ本條ノ權限ニ基キ簡單ナル方法ヲ案出シ、其最終ノ目的ニ適スルコトヲ期ス可キナリ、

(五)管理人ノ性質

裁判所ノ選任シタル管理人ハ本人ノ意思ニ基カサル代理人ナリ、所謂法定代理人ナリ、其ノ代理權ノ範圍ハ第二十八條ヲ見ヨ、

(六)數人ノ管理人

管理人ハ數人アルヲ妨ケス、後見人ノ如ク本人ノ事務全體ヲ代表スルヲ要スルモノニ非ス、其ノ目的ハ只財産ノ管理ニ在リ、故ニ或不動産ヲ管理セシムル爲メニ一人ヲ選任シ、他ノ不動産ヲ管理セシムル爲メニハ他ノ一人ヲ選任スルコトヲ得、不在者ノ財産カ各地ニ散在スル場合及ヒ數種ノ營業ヲ營ム場合ニハ數人選任スル必要アリトス、

又不在者カ置キタル管理人ノ權限カ其財産ノ一部ニ限ラル、トキハ、裁判所ハ他ノ財産ノ爲メニ管理人ヲ置クコトヲ得、是レ又數人ノ管理人アル場合ナリ、然シナカラ裁判所カ管理人ヲ置ク場合ニ於テ特ニ其管理ス可キ財産ヲ指定セサルトキハ其權限ハ全財産ニ及フモノトス、但シ前段ノ如ク財産ノ一部ニ關スル不在者ノ置キタル管理人アルトキハ此限ニ非ラス、

數人ノ管理人ヲ置クニ當リテハ其ノ權限ハ種々ノ方法ニヨリ之ヲ定ムルコト

ヲ得、各管理人ノ管理ス可キ財産ヲ指定スルカ如キ一法ナリ、或ハ數人ヲ以テ共同管理人トナスモ其一方法ナリ、(詳細ハ第四章第三節ヲ見ル可シ)、此ノ場合ニ於テハ全員協力スルニ非サレハ管理ヲナスヲ得ス、相續人ヲ管理人トナス場合ニ於テ其數人アルトキノ如キハ共同管理ヲ便利トス、共同管理ハ往々敏活ヲ缺クノ弊アリト雖モ、相互的ニ監督スルカ故ニ私曲ノ行ハルヽヲ防クノ利アリ、

(七)管理人ノ改任及取消

(イ)裁判所ノ選任シタル管理人ハ何時ニテモ裁判所之ヲ改任スルコトヲ得、此裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス(非訟事件手續法第四十條)、

(ロ)本人ノ置キタル管理人ハ裁判所之レヲ改任スルヲ得ス、猶第二十六條ヲ見ヨ、

(ハ)裁判所カ管理人ヲ選任シタル後本人カ自ラ管理人ヲ置クニ至リタルトキハ裁判所ハ其管理人、利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ其命令ヲ取消スヲ要ス(本條第二項)、然レトモ其命令ノ取消アルマテハ裁判所選任ノ管理人ハ其代理權ヲ失ハス、故ニ其間ハ二人ノ管理人アル可シ、又玆ニ云フ取消ハ性質上其效力既往ニ溯ルモノニ非ス、取消前ニ管理人ノナシタル法律行爲ノ效力ハ取消ニヨリテ影響ヲ受ケス、

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

(一)適用　本條ハ不在者ノ置キタル管理人ヲ裁判所カ改任スル例外規定タリ、故ニ(一)不在者ノ法定代理人カ管理スル場合ニハ適用ナシ、(二)本條ノ適用アルニハ不在者ノ生死不分明ナルヲ要ス、然レトモ多年生死不分明ナルヲ必要トセス、(三)又不在者ノ置キタル管理人ニ不正ノ行爲アルヲ必要トセス、(四)改任ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ヲ俟ツ可シ、之レ又裁判所選任ノ管理人ヲ改任スル場合ト異ル、

(二)理由　裁判所ハ原則トシテ個人ノ財産管理ニ干渉ス可キニ非ス、故ニ本人カ管理人ヲ置キタル場合ニハ其能不能適不適ハ一ニ本人ノ鑑識ニ任ス可キナリ、然レトモ本人ノ生死不明ナル場合ニ於テハ本人ハ管理人ヲ監督スルヲ得ス、假令不正怠慢ノ廉アルモ之ヲ改任スルヲ得ス、此ノ故ニ利害關係人本人或ハ間接ニハ國家ノ利益ヲ害スルコト少シトセス、故ニ本條ニヨリ裁判所ニ改任ノ權ヲ

與フ、然シテ之レ裁判所ノ權利ニシテ義務ニ非ス、故ニ前示ノ條件アルトキト雖モ其ノ得失ヲ考量シテ改任ノ請求ヲ斥クルコトヲ得、又反對ニ改任カ管理人ノ爲メニ不利益トナル場合ト雖モ前示ノ條件アルトキハ之ヲ改任スルヲ妨ケス、例ヘハ管理人カ多額ノ報酬ヲ得ルノ權利アル場合ノ如シ、

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

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

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

(一)管理人ノ義務　本條ハ主トシテ管理人ノ義務ヲ規定ス、管理人ハ次條ノ權限內ニ於テ不在者ノ財産ヲ管理スルヲ以テ其職務トナス、而シテ其職務ノ執行ニ付キテハ善良ナル管理者ノ注意ヲ拂フヲ要ス（非訟事件手續法四三、民法六四四）過失アル場合ニ於テハ利害關係人一般ニ對シテ損害賠償ノ責任ヲ負擔ス、管理人ノ選任ヲ請求シタル者ニ對シテノミ責任ヲ負フニ非ス、

(二)財産目錄調製ノ義務　財産目錄ヲ調製セシムル目的ハ財産ノ管理ニ付キ過失ノ有無ヲ檢スルニ便ナラシムルニ在リ財産目錄ノ調製方法ハ非訟事件手續法第五十五條第五十六條ヲ見ヨ、財産目錄ハ之ヲ二通調製シ、一通ハ管理人之ヲ保管シ、一通ハ裁判所ニ提出ス、而シテ利害關係人及檢事ハ財産目錄ノ閲覽ヲ求メ又ハ謄本ノ交付ヲ請求スルコトヲ得、財産目錄ハ管理人ノ管理ニ屬スル財産ノ證ナリ、故ニ之レヲ現財産ト對照スルトキハ減少毀損喪失又ハ故ナクシテ處分シタル物ノ有無ヲ一目ノ下ニ瞭然タラシムルコトヲ得、

裁判所ノ任命シタル管理人ハ必ラス財産目錄調製ノ義務アリ、而シテ財産目錄調製ノ目的ハ前示ノ如クナルカ故ニ、其就任ノ始メニ於テ之ヲ作ルヲ要ス、此ノ場合ニ於テハ裁判所ハ職權ヲ以テ其調製ヲ命ス可キモノトス、不在者ノ置キタル管理人ニ對シテモ其生死分明ナラサルトキハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニヨリ財産目錄ノ調製ヲ命スルコトヲ得、而シテ管理人ハ之レヲ拒ムノ權ナシ、只

辭任ノ途アルノミ、

(三)財產目錄調製ノ費用 ハ不在者ノ財產中ヨリ之ヲ支出ス、而シテ裁判所カ管理人ヲ任命スルトキハ必ラス之レヲ作ルヲ要スルカ故ニ不在者ノ財產僅少ニシテ財產目錄ヲ作製スル費用ヲ辨スルニ足ラサルトキハ、裁判所ハ管理人ヲ選任セスシテ簡單ナル處分ヲ命スルヲ可トス、

(四)其他ノ處分 管理人ノ職務監督ノ手段トシテ財產目錄ノ調製以外裁判所ハ必要ト認ムル行爲ヲ管理人ニ命スルコトヲ得、例ヘハ金錢ヲ寄托ス可キ銀行ヲ指定シ、或ハ時々財產ノ狀況ヲ報告セシムルカ如キ之ナリ（非訟事件手續法四一、）是等ノ場合ニ於テハ管理人ハ之レヲ拒ムヲ得ス、

第二十八條　管理人カ第百三條ニ定メタル權限ヲ超ユル行爲ヲ必要トスルトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得不在者ノ生死分明ナラサル場合ニ於テ其管理人カ不在者ノ定メ置キタル權限ヲ越ユル行爲ヲ必要トスルトキ亦同シ、

(一)裁判所選任ノ管理人ノ權限 ハ原則トシテ第百三條ニ依ル、裁判所ト雖モ之ヨリ廣キ權限ヲ與フルヲ得ス、然レトモ必要アル場合ニ於テハ裁判所ハ第百三條ニ屬セサル行爲ヲナスコトヲ許可スルコトヲ得、第百三條ハ所謂權限ノ定ナキ代理人ノ權限ヲ定メタルモノニシテ頗ル難解ノ條タリ、同條ハ佛國民法ノ管理行爲ニ相當スルモノニシテ處分行爲ト相對ス、(一)保存行爲、(二)代理ノ目的タル物又ハ權利ノ性質ヲ變セサル範圍內ニ於テ其利用又ハ改良ヲ目的トスル行爲ヲ含ム、詳細ハ第百三條ヲ見ヨ、

(二)不在者ノ置キタル管理人ノ權限 ハ不在者自ラ之ヲ定ム、裁判所ハ之ニ干涉スルヲ得サルヲ元則トス、然レトモ不在者ノ生死不分明ナル場合ニ於テハ管理人ハ裁判所ノ許可ヲ得テ其權限ニ屬セサル行爲ヲナスコトヲ得、蓋シ本人ノ生死不分明ナルカ故ニ管理人ハ如何ナル急迫ノ必要アリト雖モ授權ヲ求ムルヲ得ス、授權ナクシヲ權限外ノ行爲ヲナストキハ無權代理トナリ、其ノ追認ヲ得ル能ハサル場合ニ於テハ第百十七條ノ責任ヲ免カルヽ能ハス、此ノ故ニ管理人ハ自然必要ナル管理行爲ヲ怠ルニ至ル可シ、此ノ如キハ本人利害關係人ノ爲ニ不利益ナルカ故ニ裁判所ノ許可ヲ得テ之レヲ爲スヲ得セシム、又前條三項ノ規定ニヨリ利害關係人ヨリ請求アリタルトキハ裁判所ハ其必要ナル行爲ヲナス

コトヲ得可シ、

不在者カ管理人ニ命スルコトヲ得可シ、不在者カ管理人ヲ置キテ而カモ特ニ其權限ヲ定メサルトキハ其ノ權限ハ第百三條ニヨリ定マル、

(三)**本條許可ノ性質**　本條ニヨル裁判所ノ許可ハ特種ナル授權行爲ト解ス可シ、故ニ許可ヲ得テ爲シタル行爲ハ權限內ノ行爲トナル、

(四)**管理人ノ權限ノ制限**　前示管理人ノ權限ハ裁判所ノ命令ヲ以テ之レヲ制限スルコトヲ得、之レ前條第三項ヲ以テ根據トナスモノナレハ裁判所選任ノ管理人、及ヒ本人ノ置キタル管理人ニ付キテハ其生死不明ナル場合ニ限ル、例ヘハ或不動產ノ賃貸ヲ禁シ、又ハ其解約ヲ命シ、或ハ金錢ヲ寄托ス可キ銀行ヲ指定スルカ如キ之ナリ、

(五)**管理人ノ權限ノ消滅**　本人ノ置キタル管理人ノ權限ハ本人ノ死亡、失踪、宣告、任期滿了、管理人ノ死亡等（第百十一條）ニヨリ當然消滅ス、裁判所選任ノ管理人ノ權限ハ固ト裁判ニヨリ生シタルモノナレハ裁判所カ其任命ヲ取消スニヨリ消滅ス、取消前ニ於テハ假令取消原因ハ旣ニ發生スト雖モ當然消滅スルモノニ非ス（非訟事件手續法第五十九條）、

以上ノ場合ニ於テハ委任ノ終了ニ關スル規定ヲ準用ス、管理人ハ其財產ヲ權利者ニ引渡シ又管理ノ計算ヲナスヲ要ス、猶非訟事件手續法第四十三條ヲ見ヨ、

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

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

(一)**管理人ノ擔保義務**　之レ本條第一項ニ規定スル處ナリ、管理人ハ不在者ノ財產ヲ占有シ廣大ナル權限ヲ以テ之ヲ管理ス、而シテ其ノ管理中ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ要シ、管理終了後ハ後任ノ管理人本人、相續人等ニ財產ヲ引渡スノ義務アリ、故ニ過失ニヨリ財產ヲ減少シ或ハ返還セス、若シクハ返還スル能ハサルニ至リタルトキハ損害賠償ノ義務ヲ負擔スル者ナリ、故ニ之ヲ確保シ安全ナラシムル爲メニ相當ノ擔保ヲ供セシム、然レトモ擔保ハ管理人ノ信用如何ニヨリテ必要ナル場合ト然ラサル場合アリ、故ニ之レヲ供セシム可キヤ否ヤハ裁判所ノ見込ニヨリ定メシム、之レ法文ニ擔保ヲ供セシムルコトヲ得トアル所以ナ

リ、

(二)擔保義務ハ裁判所選任ノ管理人ニ限ル　本人ノ置キタル管理人ニ對シテハ裁判所ハ擔保ノ供與ヲ命スルヲ得ス、法文ニハ廣ク管理人トアルカ故ニ或ハ反對說ヲナスモノアランモ、本人カ信用シタル管理人ニ對シテ裁判所カ擔保ヲ求ムル理由ナシ、或ハ又第二十七條第三項ヲ根據トシテ本人ノ生死不明ナル場合ニハ必要ナル處分トシテ擔保ヲ供セシムルヲ得ト論スルモノアランモ、之レ非ナリ、同條ニハ「財產ノ保存ニ必要ナル處分」云々トアリ擔保ハ保存ニ必要ナル處分ニ非ス、且ツ若シ同條ノ處分中ニ擔保ノ供與ヲ包含スルモノトセハ本條ノ規定ハ全ク必要ヲ失フ可シ、此ノ場合ニ於テ若シ管理人不信用ナラハ第二十六條ニヨリ之レヲ解任センノミ、

(三)擔保ノ種類　擔保ノ種類ハ法律ニ制限ナシ、然シ實際ハ質權抵當權及保證ノ三者ニ出テサル可シ、而シテ、

(イ)質權ノ設定ニハ債權者ニ其目的物ヲ引渡スヲ要ス(三四四)、而シテ此ノ場合ニ於ケル債權者ハ不在者ナリ、不在者ニ對シテ占有ヲ引渡スハ困難ナリ、而シテ法律ニハ特別ノ便法アルナキカ故ニ質權ヲ設定セシムルハ不能ナルカ、然ラサルモ甚シク困難ナリ

(ロ)抵當權ノ設定ハ普通契約ニ依ル可キモノナリト雖モ裁判所カ設定ヲ命シタル場合ニ於テハ管理人ノ同意ヲ要セスシテ、之レニヨリ不在者ノ爲メニ抵當權發生スルモノトス、而シテ其登記ヲナスニハ登記權利者及ヒ義務者ノ申請ヲ要ス可キ理ナレトモ、不在者ハ申請ニ協力スルヲ得ス、此ノ故ニ裁判所ノ囑託ヲ以テ登記ヲナスコトヲ得セシム(非訟事件手續法第四十五條)、

(ハ)**保證人**　ヲ立ツル場合ニ於テハ勿論保證人ノ同意ヲ要ス、裁判所ハ管理人ニ對シテ保證人ヲ立ツ可キ旨ヲ命シ得ルノミ、管理人カ之ニ遵ハス又ハ保證人ヲ得ル能ハサル場合ニ於テハ強制スルノ途アルナシ、

以上ノ如キ有樣ナレハ尤モ適當ナルモノハ抵當權ノ設定ヲ命スルニ在リ、然レトモ管理人カ不動產ヲ有セサル場合ニ於テハ已ヲ得ス保證人ヲ立ツルヲ命ス可キナリ、然レトモ是レ有力ナル方法ニ非ス、故ニ金錢又ハ有價證券ヲ裁判所ニ拱托セシムル方法ヲ認ムルヲ至當トス、

以上何レノ場合ニ於テモ擔保ハ所謂根擔保ノ性質ヲ有ス、

(四)擔保義務ノ制裁　管理人ハ法律上擔保ヲ供スルノ義務アル者ナルカ故ニ裁判所ヨリ之ヲ命セラレタルトキハ拒ムヲ得ス、管理人カ之ヲ欲セサルトキハ只其任務ヲ辭スルノ途アルノミ、而シテ管理人カ其任務ヲ辭スルニハ裁判所ノ許

可ヲ要セス届出ニテ可ナリ、

(五)報酬　管理人ハ重キ責任アリ、且ツ其管理ス可キ財產多額ナルトキハ其勞務モ亦少ナカラス、故ニ相當ノ報酬ヲ與フルハ當然ナリ、本條ハ裁判所カ報酬ヲ與フル場合ヲ規定シタルモノナリ、本人カ與フルニハ別ニ規定ヲ要セス、裁判所カ報酬ヲ與フルハ裁判所ノ選任シタル管理人ニ限ル可キカ或ハ本人ノ選任シタル管理人ト雖モ裁判所カ目錄ノ調製其他ノ行爲ヲ命シタル場合ニハ報酬ヲ與フルコトヲ得ルカ、積極説ヲ正シトナス、蓋シ裁判所ノ命シタル行爲ニ關シテハ裁判所ノ任命シタルモノト異ルナケレハナリ、而シテ裁判所ノ命スル行爲ハ凡テ本人ノ財產保存ノ爲メニシテ、本人ハ之レニヨリ利益ヲ受ク、故ニ相當ノ報酬ヲ與ヘテ可ナリ、

報酬ハ不在者ノ財產中ヨリ之ヲ支出ス而シテ不在者ノ同意ハ固ヨリ必要ニ非ス、

裁判所ノ選任セル管理人ニ對シテモ報酬ハ必シモ之ヲ與ヘサル可サラルモノニ非ス、管理人ト不在者ノ關係其他ノ事情ニヨリ裁判所之ヲ決ス、例ヘハ管理人カ相續人ナルカ近親者ナル場合ニ於テハ其管理ハ畢竟管理人自身ノ爲メニモ利益トナル可キモノナルカ故ニ與ヘスシテ可ナルカ如シ、管理ス可キ財產ノ額及ヒ管理ノ勞ノ多少モ亦之レヲ參考ス可シ、報酬ノ額モ亦右ト同シク種々ノ事情ヲ參酌シ裁判所之ヲ決ス、其ノ額ニ付キテハ管理人ハ之ヲ爭フノ權利ナシ、又報酬ノ有無及其額ハ管理人選任ノ當時ニ於テ之レヲ決スルヲ得レトモ後ニ至テ之ヲ決スルヲ妨ケス、

(六)報酬ト實費ノ賠償　報酬ハ裁判所ノ見込ニヨリ與フル處ナリ、管理人ハ權利トシテ之ヲ請求スルヲ得ス、然シ實費ノ賠償ハ然ラス、本人ノ選任シタル管理人ハ第六百五十條ニヨリ、裁判所ノ選任シタル管理人ハ非訟事件手續法第四十三條ニヨリ直接ニ權利トシテ不在者ニ對シテ之ヲ請求スルヲ得、二者ヲ混同ス可ラス、

第二　失踪宣告

(一)失踪宣告制度ノ目的　死亡ハ事實ニシテ之レヲ主張スルモノハ立證ノ責任アリ、然レトモ實際ニ於テ死亡ノ蓋然數甚タ大ナルモ而カモ之レヲ立證スル能ハサル場合少カラス、此ノ場合ニ於テ猶立證ヲ要ス可キモノトセハ其不能又ハ困難ナル爲メ其人又ハ其利害關係人ノ權利關係ハ永ク不定ノ狀態ニ殘ラサル可ラス、例ヘハ其配偶者ハ重婚ノ禁アルカ故ニ再婚スルヲ得ス、又其相續人ハ

被相續人ノ死亡ヲ立證スル能ハサルカ故ニ永ク相續スルヲ得ス、之レ皆實際ノ必要ニ應スル所以ニ非ス、茲ニ於テカ一定ノ條件ノ下ニ死亡蓋然數大ナル者ハ法律上死亡者ト看做シテ取扱フノ必要アリ、失踪宣告ハ此必要ヲ滿スヲ以テ目的トス、

(二) 沿革

(イ) 羅馬法ニ於テハ失踪宣告ニ比ス可キ特別ノ制度ナク、死亡モ亦他ノ事實ト同シク之レヲ立證ス可キモノトシ裁判官ノ自由心證ニヨリ之ヲ認定セルモノヽ如シ、

(ロ) 壽命ノ推定ヲ設ケ推定年齡ニ達スルトキハ死亡者ト見做ス制度、之レ伊太利ノ註釋家ノ發見スルトコロナリト云フ(Gierke, Privatrecht Bd. I § 42)、人ノ壽命ヲ形式的ニ百歲ト定メ、生死不明者カ若シ生存セハ百歲ニ達ス可カリシ時ニ至テ猶生死不明ナルトキハ死亡者ト推定ス、之レ法律上ノ死亡推定制度ノ起源ナリ、後十七世紀ノ頃ニ至リサクセンノ裁判慣習ハ其推定年齡ヲ七十歲ニ短縮セリ、之レ聖書讃美歌第九十節ニ人生七十トアルニ基因スト云フ、思フニ當時宗教ノ勢力熾ナリシカ故ニ名ヲ聖書ニ借テ伊太利制度ノ長キニ失スルノ弊ヲ改メタルモノナル可シ、之レヲサクセン式失踪制度ト云フ是等ノ制度ニヨレハ三十歲ニテ生死不明トナリタルモノハ前者ニヨレハ七十年後者ニ依ルモ猶四十年間生死不明ノ間ニ在リ、之レ長キニ失ス、又六十八歲ニシテ生死不明トナリタル者ハ前者ニヨレハ三十二年ナルモ後者ニ依レハ僅カ二年間ニシテ死亡者ト看做サル、之レ短カニ失ス、故ニ此等ノ主義ハ事宜ニ適セス、

(ハ) 生死不定ノ期間ニ依リテ死亡者ト看做ス制度之レハ千六百年ノ始頃シュレザエンヨリ其端ヲ發ス、人カ生死不明トナリテヨリ普通時效期間ヲ經過スルトキハ其時ニ於テ死亡セルモノト推定ス、然カモ當時ハ猶裁判所ノ宣告ヲ必要トセス、而シテ其期間ハ之レヲ三十年トセリ、之レヲジュンチエン式失踪制度ト云フ、此ノ制度ハ生死不明トナリタル時ヨリ一定ノ期間ヲ算スルカ故ニ前制度ニ於ケルカ如キ極端ナル場合ヲ生セス、

(ニ) 裁判所ノ宣告ニヨリ死亡ト看做ス制度　之レハ第十八世紀ノ中葉ニ至リテ漸ク發達シタルモノナリ、大體ハシュンザエン式ト結付キテ行ハレ、一定ノ期間生死不明ナルトキハ裁判所ノ宣告ニヨリ死亡者ト看做スモノナリ、其期間ハ墺太利ハ三十年(墺民二四)獨逸ハ十年(獨民一四)等諸國差アリ、我民法ハ之レニ倣ヘルモノナリ只其期間ハ原則トシテ七年トス、

(ホ) 佛民法ノ制度　佛朗西ニハ死亡推定ノ制度ナシ、不在者ニ關スル時期ヲ分テ

ニトナス、(一)不在ノ時期(La période d' absence)、此ノ時期ニ於テハ法律ハ只不在者ノ財產保護ニ必要ナル處分ヲ命スルノミニシテ主トシテ財產管理人ヲ選任ス、我民法ノ財產管理ニ相當ス、(二)失踪宣告ノ時期(La declaration d' abseuce)ニシテ裁判所ノ宣告ヲ以テ失踪ノ宣告ヲナス、此ノ時期ヲ更ニ分テ二トナス、(イ)財產假占有ノ時期(La p'eriode de l'emvoi en possession provisoire)、不在者カ財產管理人ヲ置カサリシトキハ四年、之ヲ置キタルトキハ十年ヲ經テ相續人ニ財產假占有ヲ許ス(佛民一一五、一二〇)而シテ相續人ノ財產假占有ハ佛民法上ハ寄託ニ過キス相續人ハ管理權ヲ有スルモ處分權ヲ有セス、且ツ其管理幷ニ返還ニ付キ相續人ハ擔保ヲ供ス可キモノトセリ(佛民一二五)、(ロ)財產確定占有ノ時期(La période de l'emvoi en possession definitif)、假占有ノ時ヨリ三十年ヲ經過シ、或ハ不在者ノ年齡百歲ニ達シタルトキハ相續人ハ財產確定占有ヲ請求シ得ルモノトス(佛民一二九)、確定占有ニヨリ相續人ハ第三者ニ對シテ全ク所有者ト同一ノ地位ニ立チ、財產ヲ處分スルコトヲ得、而シテ其處分ハ失踪者歸來スルモ效力ヲ變セサルモノトス、然レトモ相續人ト失踪者ノ間ニ於テハ猶依然タル假占有ニシテ失踪者歸來セサルトキハ現狀ニ於テ財產ヲ返還ス可キモノトセリ(佛民百三十二條)、

此ノ如ク時期ヲ數段ニ分チ漸次其ノ效力ヲ進メ死亡ニ近カシムルハ頗ル理由アル制度ナリトス、然レトモ其ノ最後ニ及ンテ死亡ヲ推定スルノ時期ナキハ欠點ト云フ可キナリ、何トナレハ不在者ノ死亡ヲ主張セント欲セハ何年ノ後ト雖モ猶之ヲ立證スルヲ要スレハナリ、

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

戰地ニ臨ミタル者、沈沒シタル船舶中ニ在リタル者其他死亡ノ原因タル可キ危難ニ遭遇シタル者ノ生死ガ戰爭ノ止ミタル後、船舶ノ沈沒シタル後又ハ其他ノ危難ノ去リタル後三年間分明ナラザルトキ亦同シ、

(一)本條ハ**失踪宣告ノ條件**ヲ定メタルモノナリ、其第一項ハ一般ノ場合ニ付キ規定シ、第二項ハ特別ノ危難ニ遭遇セル者ニ付キ規定シタリ、前者ニ在リテハ

生死不分明ノ期間七年ニ涉ルヲ要シ、後者ニ在リテハ三年ニシテ足ル、蓋シ第二項列記ノ場合ニ於テハ死亡ノ蓋然數普通ノ場合ニ比シテ頗ル大ナルカ故ナリ、

(二)不在者ノ生死不分明ナルコト　之レ何レノ場合ニ於テモ欠ク可ラサル要件ナリ、生死不分明者トハ生存明カナラス又死亡明ナラサル者ヲ云フ、換言スレハ其生存及死亡ニ付キ全ク音信ナキ者ヲ云フ、不在者自身ヨリ音信ナキハ勿論第三者ヨリモ音信ナキヲ要ス、例ヘハ或人カ外國ニ於テ出會セルコトアリ又ハ外國新聞ニ其所在掲載セラルヽ場合ノ如キハ所謂生死不分明者ニ非ス、

(三)失踪期間　ハ普通ノ場合ニ於テハ七年ニシテ最後ノ音信アリタル時ヨリ起算ス、其計算法ハ本篇第五章ノ規定ニ依ル、第二項ノ場合ニ付キテハ三年ニシテ特別ノ記算點アリ、

(四)第二項列記ノ場合

(イ)戰地ニ臨ミタル者　「戰地」トハ武裝シタル軍隊ノ間ニ戰鬪ノ行ハルヽ地域ヲ云フ、宣戰ノ布告ノ有無ヲ問ハス只事實上戰鬪行爲ノ現實ニ行ハレタル地域ヲ云フ、例ヘハ日露戰爭ハ滿洲ニ行ハレタリト云フト雖モ滿洲全體ヲ指スニ非ス、其ノ現ニ戰鬪行爲ノ行ハレタル地域ヲ指ス、蓋シ戰地ニ臨ミタル者ニ對シ特例ヲ設ケタル所以ハ戰爭行爲ニヨリ死亡ノ蓋然數大ナル可キヲ以テナリ、故ニ現實ニ戰鬪行爲ノ行ハレタル地タルヲ要ス、其內亂ナルト國際戰爭ナルト又其地カ日本ノ領土內ナルト否トヲ問ハス、又交戰國ノ一方カ帝國ナルヲ必要トセス、外國間ノ戰爭ニ加擔シタル者又帝國ト外國ノ戰爭ニ於テ敵軍ニ加擔シタル者モ之ヲ包含ス「戰地ニ臨ミタル者」トハ戰鬪ノ行ハルヽ地ニ身ヲ置キタル者ヲ云フ、軍人軍屬又ハ義勇兵或ハ人夫等ノ名義ニ於テ戰爭ニ加ハリタル者ハ勿論、新聞通信員、寫眞師等凡テ其地域內ニ入込ミタル者ヲ包含ス、

此ノ場合ニ於テハ戰爭ノ止ミタル時ヨリ三年ノ期間ヲ記算ス、蓋シ戰爭ハ往々數年ノ永キニ涉ルコトアルカ故ニ戰爭開始ノ時ヨリ起算スルトキハ、戰爭ノ未タ止マサル間ニ三年ノ期間ヲ經過スルノ不都合アレハナリ、戰爭ノ已ミタル時トハ事實上戰鬪行爲ノ止ミタルトキヲ指ス、平和條約ノ締結ノ時ヲ指スニ非ス、蓋シ內亂ノ場合ニハ通常戰爭ハ敵軍ノ降服ニヨリテ止ミ、平和條約ナク又國際戰爭ニ於テモ兩軍疲勞シ條約ナクシテ休止スル場合少カラサス、反對說ニヨレハ之等ノ場合ニ於テハ其起算點ヲ定ムル能ハサル可シ、從テ本例外ヲ適用スル能ハサルニ至ラン、

(ロ)沈沒シタル船舶中ニ在リタル者　茲ニ船舶トハ商法ニ云フ船舶ト其義

ヲ一ニセス（商法第五百三十八條）、海洋、湖、沼、河川ノ航行ニ用ユル一切ノ材料ヲ云フ、其大小形狀等ハ固ヨリ問フ所ニ非ス、蓋シ死亡ノ蓋然數ハ船舶ノ大小形狀ニヨリ區別ナケレハナリ、我國ニ於テ尤モ頻繁ナル漁船ノ沈沒ノ如キ勿論本例外ノ適用ヲ受ク可キモノナリ、而シテ又其ノ船籍ノ日本ニ屬スルヤ否ヤ、沈沒シタル場所カ我領海ナルト公海ナルト將タ又外國ノ領海領水ナルトヲ問ハス等シク適用アル可キナリ、

三年ノ期間ハ船舶ノ沈沒シタルトキヨリ之ヲ起算ス、而シテ船舶ノ沈沒ニ付テハ何等ノ推定ナキカ故ニ、本例外ノ適用ヲ受クルニハ船舶ノ沈沒ノ事實及ヒ其日時ハ之ヲ立證セサル可ラス、例ヘハ船舶カ港ヲ發シテ一年二年ノ長キ其目的港ニ到着セサル場合ト雖モ、猶沈沒ノ證ナクンハ沈沒ノ事實ヲ認ムルヲ得ス、是レ實際ノ適用上遺憾ナシトセス（外國ノ事例ハ獨民十六條ヲ見ヨ）、

（八）其他ノ死亡ノ原因タルヘキ危難

法律ハ其種類ヲ限定セスト雖モ其危難ノ性質ハ死亡ノ蓋然數大ナル可モノナルヲ要ス、之レ法律カ危難ノ文字中ニ包含セシメタル義ナリ、又本例外ヲ設ケタル立法ノ旨意ヨリ察知スルヲ得可シ、本場合ハ獨逸民法ニ Unfallverschollenheit トアルモノニ相當ス、歐大陸ノ失踪制度中ニ以前ハ此例外ナカリシカ、墺都ウイン府リンケ劇場燒失ノ際多數ノ不幸者ヲ生シテ問題トナリ、恰モ起草中ノ獨逸民法ニ入リ遂ニ我民法ニ承傳セラレタルモノナリ、故ニ危難ノ種類ハ之ヲ問ハサル旨意ナル可キモ、其程度ハ前示ノ如ク死亡ノ理由ノ頗ル大ナルモノナルヲ要ス、例ヘハ震災、火災、海嘯、洪水等ニシテ其災害ノ程度甚シキモノニ適用セラル可シ、

此ノ場合ニ於テハ危難ノ去リタル時ヨリ三年ノ期間ヲ起算ス、而シテ猶其危難ニ遭遇セルノ證ヲ要ス、即チ危難ノ生シタル際ニ其地ニ在リシコトヲ證明セサル可ラス、

（五）利害關係人ノ請求

失踪宣告ハ裁判所職權ヲ以テ之ヲ爲サス必ラス利害關係人ノ請求アルヲ要ス、而シテ本條ノ條件ヲ具備シタル場合ニハ裁判所ハ失踪ノ宣告ヲ下スコトヲ得、法文ニ「失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得」トアルハ之ナリ、故ニ利害ヲ考量シテ失踪宣告ヲ爲ス可キヤ、否ヤヲ決ス、

利害關係人トハ不在者ノ生死ニ付キ法律上ノ利害關係ヲ有スル者ヲ云フ、配偶者相續人及財產管理人ヲ含ム、本人ハ勿論其內ニナシ、民法理由書ハ不在者ノ債權者ヲ其內ニ數フ、而シテ此說廣ク傳播セリト雖モ正シカラス、蓋シ債權者ノ利害ハ履行ノ有無ノ外ニ出テス、而シテ債權者ハ失踪宣告ヲ請求シテ其ノ相續人ニ對シテ請求スルト、之ヲ爲サスシテ管理人ニ對シテ請求スルトニヨリ法律上

ノ利害關係ヲ異ニセサレハナリ、債權者ハ債務者ノ財産ノ減少ニヨリテ影響ヲ蒙ルト雖モ、其生死ニヨリ影響ヲ受クルナシ、檢事モ亦失踪宣告請求權ナシ、之レ第二十七條ト對照セハ特ニ其記載ナキニヨリ明ナリ、蓋シ失踪宣告ノ效果ハ親族上ノ關係ニ及フカ故ニ其ノ干渉ヲ避ケタルモノナラン、

(六)失踪宣告ノ手續　人事訴訟法第七十條以下ニ規定ス、其中尤モ重ナルモノハ公示催告ノ手續ナリ、即チ一定ノ期間ヲ定メ不在者若シクハ第三者ヲシテ其生存又ハ死亡ノ屆出ヲナス可キコトヲ公示ノ方法ニヨリ催告スルモノナリ、此ノ手續ヲ終リタル後ニ非サレハ失踪ノ宣告ヲナスヲ得ス、

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

(一)本條ハ**失踪宣告ノ效力**ヲ規定シタルモノナリ、前條ハ失踪ノ宣告ヲ爲シ得ル條件ヲ規定シタルニ過キス、而シテ其條件ヲ具備シタルノミニテハ未タ何等ノ效力ヲモ生セス、之レニヨリ裁判所ノ宣告アリテ始メテ本條ノ效力ヲ生ス、之レ失踪宣告ノ效力ナリ、而シテ特ニ注意ス可キハ、

(二)不在者ヲ死亡者ト看做ス

(イ)死亡ノ時期　即チ如何ナル時期ニ於テ死亡セルモノト看做スカ、此點ニ就キ數説アリ、(一)最後ノ音信ノ時ヲ以テ死亡ノ時期トナス、此ノ説ハ事實ニ反ス、蓋シ最後ノ音信アリタルトキハ死亡ノ時ニ非スシテ生存ノ證アル時ナリ、死亡ハ論理上其後ニ生シタル事實ナラサル可ラス、故ニ今ハ此説ヲ奉スルモノナシ、(二)失踪宣告アリタル時ヲ以テ死亡ノ時期トナス、墺民(二七九)普國國法(一章九、三六七、二章一、六六五)等ノ取ル處ナリ、獨逸民法モ草案ニ於テハ此主義ヲ取リケルカ(第一草案二一)、多數ノ反對ノ爲メニ遂ニ其説ヲ改メタリ此ノ説ハ一應理論ニ合スル點アリ、即チ失踪宣告ノ效力ハ裁判ノ效力ナリ、故ニ裁判ノ時ニ於テ生ストナスハ理アリ、然レトモ實際ニ害アリ、即チ死亡ノ時期ハ請求者ノ意思ニヨリ左右セラレ、又裁判ノ遲速ニヨリ左右セラルヽ弊アリ、(三)失踪期間ノ滿了ノ時ヲ以テ死亡ノ時期ト看做ス主義ナリ、此説ハ理論上モ法定條件ヲ具備セル時ニ死亡セルモノトスルカ故ニ不當ニ非ス、又前説ノ如キ實際上ノ弊害ナシ、本條ハ此ノ最後ノ説ヲ取リタルモノナリ、

(ロ)失踪宣告ノ判決　ハ第二説ニヨレハ失踪期間ニ拘ハラス判決其ノモノニヨリ死亡者ト看做サルヽカ故ニ創設的效力アリ、然ルニ我民法ノ主義ニヨレハ判決ハ單ニ失踪者カ失踪ノ法定條件ヲ具備スルヲ認メ之ヲ宣告スルニ過キ

ス、所謂宣告的效力アルニ過キサルナリ、失踪宣告ノ結果ハ左ノ二點ニ在リ、

(a) 失踪期間滿了ノ時ニ於テ死亡シタルモノト看做ス、

(b) 失踪期間滿了前ニ於テハ生存セルモノト看做ス

而シテ右ノ效力ハ裁判ニヨリ決シタルモノニシテ、獨リ其請求者ニ對シテ生スルノミナラス凡テノ人ニ對シ又凡テノ人ノ爲メニ生ス、即チ何人モ之ヲ援用スルヲ得、

(八) 效力ノ範圍

失踪宣告ハ即チ死亡ノ宣告ニシテ失踪者ハ死亡者ト看做サル、然ラハ如何ナル範圍ニ於テ死亡者ト看做サルヽヤ數說アリ、

(a) 財產關係ニ於テノミ死亡者ト看做ス　是レ獨逸普通法時代ニ於テハ多數說ナリシナリ、此ノ說ニヨレハ失踪宣告ノ結果相續開始セラレ、遺贈及ヒ死因贈與效力ヲ生スト雖モ、親族關係ニ影響ナク殊ニ婚姻ハ解消セス、

(b) 自然死亡ト全ク同一ノ效力ヲ生ストナス說　此ノ說ニヨレハ失踪者ノ權利能力カ全然消滅スルカ故ニ、財產ハ相續人ニ移リ婚姻ハ當然解消ス、

(c) 折衷說　之レ獨逸民法ノ主義ナリ、元則トシテ失踪者ハ凡テノ關係ニ於テ死亡者ト看做サル、然レトモ例外トシテ婚姻ハ當然解消セス、配偶者カ再婚ヲナシタル場合ニ始メテ解消ス（獨民一三四八）、佛民ハ失踪ニヨリ婚姻ノ解消スルヲ認メス、配偶者カ再婚ヲナシタル場合ニ失踪者歸來スルトキハ其婚姻ノ取消ヲ請求シ得ルモノトス（佛民一三九）、

第一說及ヒ佛民法ノ如キハ其ノ效力カ狹キニ失ス、失踪制度ノ目的ハ主トシテ相續人ヲシテ相續財產ヲ取得セシメ、配偶者ヲシテ再婚ヲナスヲ得セシムルニ在リ、然ルニ其效力ヲ財產關係ニ止ムルナラハ其目的ノ一半ハ之ヲ達スルヲ得ス、然レトモ第二說ノ如クニ婚姻當然解消ストナスハ不必要ナリ、此ノ如クセハ配偶者歸來セル場合ニ於テハ再ヒ婚姻ノ手續ヲ要ス可シ、實際ノ要求ハ、配偶者ヲシテ再婚ヲナスノ障害ナカラシムレハ足ル、故ニ獨逸民法ノ主義尤モ優ル、然レトモ我民法ハ第二說ヲ取リタリ、之レ本條ノ規定ヲ一度讀下セハ明了ナリ、而シテ親族篇其他ニ於テ例外ヲ認メタル規定一トシテアルナシ、

以上ハ橫斷的ニ其效力ノ範圍ヲ論シタルモノナリ、更ニ之ヲ縱斷的ニ觀察スレハ、失踪宣告後事實上不在者生存スル場合ニ於テハ其權利能力如何、其行爲ノ效力如何ノ問題ヲ生ス、本條ノ規定ハ極メテ廣ク絕對ニ死亡セルモノト看做スカ如シ、然レトモ此ノ如キハ失踪制度ノ精神ニ適セス、失踪宣告ハ不在者ヲ罰スルニ非ラス、只失踪期間滿了ノ時ニ於ケル權利關係ヲ確定セシムルヲ

以テ目的トナス故ニ其ノ效力ハ(ハ)ノ範圍ニ於テ失踪期間滿了ノ時ニ於ケル權利關係ニ付キテノミ死亡セルモノト看做スモノト解釋スルヲ至當トス、(川名博士民法總論一四九、然ラハ失踪者カ事實上生存セハ權利ヲ取得シ法律行爲ヲナスニ何等ノ妨ナシ、

失踪宣告ノ制度ハ民事上ノ制度ナリ、故ニ刑事ニ關シテハ全ク關係ナク、失踪者カ失踪宣告前又ハ後ニ於テ犯セル犯罪ハ之ヲ罰スルヲ得可ク、又失踪者ニ對シテモ殺人毆打等ノ犯罪成立スルヲ妨ケス、

(三)看做ス　本條ニ死亡シタルモノト看做ストアルハ所謂確定推測ニシテ、反對證據ヲ以テ其ノ效力ヲ破ルヲ得ス、其效力ヲ消滅セシムルニハ次條ノ規定ニ從ヒ失踪宣告取消ノ宣告アルヲ要ス、

第三十二條　失踪者ノ生存スルコト又ハ前條ニ定メタル時ト異リタル時ニ死亡シタルコトノ證明アルトキハ裁判所ハ本人又ハ利害關係人ノ請求ニ因リ失踪ノ宣告ヲ取消スコトヲ要ス但失踪ノ宣告後其取消前ニ善意ヲ以テナシタル行爲ハ其效力ヲ變セズ

失踪ノ宣告ニ因リテ財產ヲ得タル者ハ其取消ニ因リテ權利ヲ失フモ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テノミ其財產ヲ返還スル義務ヲ負フ

(一)失踪宣告取消ノ條件　本條ハ失踪宣告ノ取消及ヒ其效力ヲ規定ス、失踪宣告ハ擬制ナリ、生死不分明者ヲ一定ノ時ニ於テ死亡シタルモノト看做スモノナリ、故ニ事實之レニ反スル證明アリタルトキハ之レヲ取消スヲ得サル可ラス、其條件トシテハ

(イ)反對事實ノ證明　失踪宣告ハ二個ノ推定ヲナスモノナリ、(一)不在者ノ死亡、(二)其時期之ナリ、故ニ其ノ一カ事實ニ合セサルノ證アルナラハ之ヲ取消スヲ得ルナリ、此故ニ失踪宣告取消ノ請求ヲナスニハ失踪者ノ生存スルコトヲ立證スルカ、又ハ其時期ト異リタル時ニ於テ死亡シタルコトヲ立證スルヲ要ス、其他ノ立證ハ不必要ナリ、又不十分ナリ、失踪者ノ生存スルコトヲ立證スルニハ必シモ失踪者自ラ裁判所ニ出頭スルヲ要セス、其他ノ方法ニテ可ナリ、死亡

推定ノ時以外ノ時ニ於テ死亡セルコトヲ立證スルニハ、(一)其時以前ニ死亡セル證據、(二)其時ニ於テハ生存セシ證據、(三)其時期以後ニ於テ生存又ハ死亡セル證據ヲ提出スルヲ要ス、

死亡推定ノ時期ノミニ關シ失踪宣告ノ取消ヲ請求スルノ利益ハ從來ハ相續ニ關シ殊ニ大ナリシカ、代位(代承)相續ノ制度ニヨリ大ニ減セラレ、今ヤ殆ント中間ノ利益ノ得喪ニ關スルノミナリ、例ヘハ相續開始ノ時期ニ關シ、生命保險金受取ノ時期、終身定期金終了ノ時期等ニ關スルモノナリ、

推定時期以外ノ時ニ於テ死亡セルノ證アルニヨリ失踪宣告ノ取消請求アリタル場合ニ於テハ單ニ其ノ宣告ヲ取消ス可キノミ、以前ノ失踪宣告ヲ變更訂正シテ事實上死亡シタルノ時ニ於テ死亡シタリト宣告ス可キニ非ス、蓋シ失踪宣告ハ生死不明者ニ對シテ爲ス可キモノナリ、一定ノ時ニ於テ死亡セルノ證アルナラハ之レ生死不明者ニ非サレハナリ、尤モ不在者カ推定時期當時又ハ其後ニ於テ生存セルコトノ證アルニヨリ取消シタル場合ニ於テハ、更ニ第三十條ノ條件ヲ具備スルトキハ再ヒ失踪ノ宣告ヲナスコトヲ得、

(ロ)本人又ハ利害關係者ノ請求ヲ要ス、

(二)取消スヲ要ス

(一)ノ條件アリタルトキハ裁判所ハ失踪宣告ヲ取消スヲ要ス、

其ノ事實ヲ認メテ請求ヲ却下スルハ如何ナル理由アルニセヨ不法ノ裁判ナリ、

(三)失踪宣告取消ノ手續

ハ人事訴訟手續法第七十條以下ニ規定ス、

(四)失踪宣告取消ノ效力

失踪宣告ノ取消ハ其ノ效力既往ニ溯ル、始メヨリ失踪宣告ナカリシト同一ノ結果トナル、失踪者カ生存セル故ニ取消サレタル場合推定時期以外ノ時ニ於テ死亡セルカ故ニ、取消サレタル場合皆同シ、即チ其主ナル適用ニ付キ述フレハ其相續人ハ相續財產ヲ全部返還ス可ク、又之ヲ處分シタル場合ニハ他人ノ物ノ處分トナル可ク、又其配遇者トノ間ノ婚姻ハ始メヨリ解消セサリシモノト看做サレ、再婚ヲナシタル場合ニ於テハ重婚トナル、然シナカラ左ノ例外アリ、

(イ)失踪宣告後取消前ニ他人カ善意ニテ爲シタル行爲ハ其效力ヲ變セス、之レ第一項但書ニ規定スル處ナリ、善意トハ民法ノ用語ニ於テ或事實又ハ事情ヲ知ラサルヲ云フ、惡意ハ反之、本條ノ適用ニ於テハ失踪者カ事實上生存セルヲ知リ又ハ推定時期以外ノ時ニ死亡セルヲ知ルモノハ惡意者ナリ、善意者ハ反之、

例之配遇者カ善意ニテ再婚シタル場合ニハ其ノ婚姻ノ效力ハ失踪ノ取消ニヨリ影響ヲ受ケス、之ニ反シ惡意ナリシ場合ニ於テハ例外ノ適用ヲ受ケサルカ故ニ再婚ハ重婚トナリ之ヲ取消スヲ得ルニ至ル、(七六六、七八〇)、又例ヘハ相

續人カ善意ニテ相續財産ノ全部又ハ一部ヲ處分シタルトキ（例ハ讓渡）、其處分行爲ハ失踪ノ取消ニヨリ影響ヲ受ケス、反之惡意ナリシトキハ前同樣ノ理由ニヨリ他人ノ物ノ處分トナル可シ、本條ニ云フ善意トハ契約ニ付キテハ兩當事者ノ善意ナルヲ云フ、一方カ惡意ナルトキハ全部惡意ナル契約ナリ、一方行爲ニ付キテハ、行爲者ノミニ付キ之ヲ判ス、相手方ノ善意惡意ハ之ヲ問ハス、又善意惡意ハ行爲ノ時ニ於テ判ス、失踪宣告請求ノ時ニ於テ判スルニ非ス、例ハ善意ニテ失踪宣告ノ請求ヲナシ後不在者ノ生存セルヲ聞知シタルニモ拘ハラス、之ヲ奇貨トシテ再婚ヲナスナラハ之レ惡意ノ婚姻ナリ、

（ロ）失踪宣告ニヨリ財産ヲ得タル者ハ不當利得ノ原則ニヨリ返還ノ義務ヲ負フ、失踪宣告ニヨリ財産ヲ得タル者トハ相續人、受遺者、死因贈與ノ受贈者、生命保險金受取人等ヲ云フ、失踪宣告ノ取消ニヨリ財産取得ノ原因消滅スルカ故ニ之レヲ返還セシムルナリ、然レトモ其取得財産ヲ全部返還セシムルニ非スシテ返還請求ヲ受ケタル時ニ於ケル現存利益ヲ返還セシム、例之相續人カ全部消費シタルトキハ全ク返還ノ義務ナク、半ヲ消費セルナラハ殘存ノ半ヲ返還スレハ可ナリ、又其ノ取得シタル財産カ增加シタル場合ニ於テハ增加部分モ亦之ヲ返還ス可キモノナリヤ否ヤ等ニ付テハ拙文不當利得ヲ見ヨ（京都法學會雜誌三卷十一號一二以下、

本條第二項ノ明文ニ於テハ善意惡意ノ區別ナシ、然レトモ之レ利得者ノ善意ナル場合ニノミ關スル規定ニシテ其惡意ナルトキハ第七百四條ニヨリ返還義務ノ範圍ヲ定ム可キモノトスルヲ妥當トス（梅博士民法要義第三十二條モ同旨意也）、何トナレハ本條第二項ハ失踪宣告取消ノ效果ヲ不當利得ノ返還義務ニ制限シタル例外規定ニシテ、失踪宣告ニヨリ財産ヲ得タル者ヲ保護セントスルノ旨意ニ出ツ、而シテ惡意者ハ之ヲ保護ス可キ立法上ノ理由ナケレハナリ、

失踪者ハ失踪宣告取消ノ結果トシテ單ニ不當利得ノ訴權ヲ有スルモノナリヤ、或ハ又所有權ノ訴權モ亦之ヲ併有スルヤ、此ノ問題ハ消滅時效ニ關シ特ニ研究ノ實用アリ、蓋シ前者ハ時效ニ罹リ後者ハ時效ニ罹ラサレハナリ、而シテ法文ニハ「其取消ニ因リテ權利ヲ失フモ」云々トアリ、權利ヲ失フトハ所有權（其他ノ權利）ヲ失ヒ、其ノ權利ハ當然前主即チ失踪者ニ復歸スルノ義カ、若シ然ラハ失踪者ハ所有權ノ訴權モ亦之ヲ有ス可キナリ、或ハ又權利ヲ失フトハ「財産取得ノ原因タル權利」ヲ失フノ義ニシテ之レカ爲メニ無原因ノ利得トナルカ故ニ之ヲ返還セサル可ラストナスノ義カ、果シテ然ラハ利得者ハ未タ所有權

其他ノ權利)ヲ失ハス、故ニ失踪者ハ所有權ノ訴權ヲ有セス、余ハ後說ヲ以テ優レリトスルモノナリ、何トナレハ失踪宣告ノ效果ハ死亡ト看做スニ在リ、之レニヨリ利得者ノ爲メニ財産ヲ取得ス可キ權利(例ハ相續權)ヲ生シ其ノ權利ニヨリ財産(例ハ所有權)ヲ取得スルナリ、而シテ失踪ノ取消ハ死亡ノ推定ヲ除去スルニ在リ、故ニ其ノ直接ノ效果ハ財産所得ノ原因タル權利ヲ消滅セシムルニ止マラサル可ラサレハナリ、

(五)失踪者ノ財産ニ對シテ取得時效進行スルヤ否ヤ　之レ由來議論多キ問題ナリ、例ヘハ相續人受遺者カ取得時效ニ必要ナル占有ヲナシタルトキハ、失踪者ハ返還ヲ請求スルヲ得サルカ、一說ニ曰ハク相續人受遺者ハ自己ノ物トシテ占有スルカ故ニ取得時效ノ適用ナシト、曰ハク然ラス取得時效ニハ必スシモ惡意ヲ必要トセス、只他人ノ物ヲ占有スレハ可ナリ、而シテ取消ノ效力既往ニ溯ルカ故ニ始メヨリ他人ノ物ヲ占有セルト同一ノ結果トナル、故ニ取得時效ノ適用ヲ妨ケサルモノトス、

第二章　法人(Jnristishe perosn)

(一)法人ノ觀念　法人ハ人類ニ非スシテ權利義務ノ主體トナル資格ヲ有スル組織體ナリ、

(二)法人ノ必要　法人ニハ一定ノ目的ニ供セラレタル財團ヲ以テ基礎トナスアリ、多數人ノ集合ヲ以テ基礎トナスアリ、前者ヲ財團法人ト稱シ、後者ヲ社團法人ト稱ス、

社團法人ノ必要ハ多數人ノ協力ヲ必要トシ又便宜トナス場合ニ生ス、國家、府縣、市町村、商事會社、民事會社ノ類皆此ノ必要ニ因リテ生ス、尤モ多數人共同事業經營ノ方法トシテ別ニ組合ノ組織アリ、之レ又簡單ニシテ便利ナルコトアリ、然シナカラ組合ハ契約ニシテ組合員間ノ債權關係ニ過キス、組合ノ財産ハ組合員ノ共有ニ屬シ(六六八)、組合員カ脫退シタルトキハ其持分ヲ拂戾サヽル可ラス(六八一)、又組合員ノ一人カ債務ヲ負擔シタルトキハ債權者ハ組合員ノ持分ヲ差押フルコトヲ得可シ、故ニ組合ノ財産ハ内外ヨリ侵掠セラルヽ虞アリ、一定ノ目的ヲ達スルニ其ノ基礎十分强固ナラス、反之法人組織トナストキハ社員ヲ離レ別ニ權利義務ノ主體ヲ設ケ財産ハ其主體ニ屬シ社員ニ屬セス、從テ社員ノ退社アリト雖モ法人ノ財産ニ影響セス、又社員カ債務ヲ負フト雖モ債權者ハ法人ノ財産ニ指ヲ染ムルヲ得ス、此ノ如クニシテ法人ハ共同ノ目的ヲ達スルニ尤モ强固ナル組織ナリ、

財團法人ノ必要ハ一定ノ財産ヲ以テ一定ノ目的ヲ達セントスル場合ニ生ス、此ノ如キハ固ヨリ一個人ニテモ爲シ得ル所ナリト雖モ之レヲ法人トナサヽレハ債權者ノ爲メニハ差押ヘラルヽ怖アリ、又一朝死亡スルトキハ相續人ハ其事業ヲ中止シ其ノ財産ヲ處分スルノ自由アリ、之等ノ憂ヲ除カント欲セハ財團法人ハ尤モ便利ナル方法ナリ、即チ一定ノ目的ノ爲ニ財産ヲ供シ法人ニ屬セシメ其設立者ノ手ヲ離レシムルナラハ、凡テ設立者ニ付キ生シタル事項ハ法人ニ影響セサルカ故ニ一定ノ目的ヲ達スルニ其基礎極メテ強固ナリ、

(三)沿革

法人ノ思想ハ前述ノ如ク極メテ自然ニシテ且ツ必要ナルカ故ニ、稍ヤ發達セル社會ニ於テハ必ラス其存在ヲ見ル、然レトモ其種類及ヒ之ニ關スル法律ハ時代ト國ニヨリ大ニ異ル、サヒニーノ研究ニヨレハ法人ノ尤モ古キモノハ市町村國庫ノ如キ公共團體ニシテ、次テ私法上ノ社團ヲ生シ、財團法人ノ發達ハ最後ノ時期ニ屬スルモノヽ如シ、(System Bd. II § 87.88) 獨逸ニ於テモ粗ホ然ルカ如シ (Gerke I § 58) 我國ニ於テモ神社佛閣ニ神田、神地、寺領ヲ供シタルノ歴史ハ遠ク上古ニ在リ、私法上ノ社團法人カ從來存セシヤ否ヤハ疑問ニ屬ス、

(四)法人ノ權利能力

人格即チ權利義務ノ主體タルノ資格ハ自然人ナルト法人ナルトヲ問ハス凡テ法律ノ賦與スル所ナリ、只自然人ニアリテハ肉體及生活ヲ有スル人類ヲ以テ基礎トナシ、法律ハ之レニ權利能力ヲ賦與ス、法人ニアリテハ人類ニ非サル組織體ヲ基礎トナシ、法律ハ之ニ權利能力ヲ賦與ス、自然人ハ自然ニ人格ヲ有シ法人ハ法律ニヨリ人格ヲ有スト解ス可ラス、人格ノ源ハ共ニ法律ニ在リ、其差異ハ人格ヲ賦與セラルヽ基礎ニアルノミ、

(五)法人存在ノ基礎

法律カ人格ヲ賦與スル基礎トナル可キ或モノヽ性質如何ノ問題ナリ、或ハ單ニ法人本質ノ問題トナス其義ハ一ナリ、此點ニ關シ種々ノ說アリ、尤モ廣ク傳ヘラルヽモノヲ擬制說及ヒ集合人說トナス、故ニ先ツ此二者ヲ述ヘ次テ二三ノ少數說ヲ述フ可シ、

(イ)擬制說(Fictionstheorie)

擬制說モ猶之ヲ細分スレハ數種ニ分ル、(一)財團又ハ社團ヲ以テ人類ニ擬シ之レニ人格ヲ與フトナス、若シモ人類ニ非サレハ權利主體トナル能ハストナス、不動ノ原則アルモノトセハ、財團又ハ社團ヲ以テ人類ト看做スノ必要アル可シ、(二)法人ハ全ク思想ノ作用ニヨリ創設セラレタル假設的人格ニ過キス、法律技術ノ缺點ヲ補ヒ一個人ニ適用セラル可キ權利ノ觀念ヲ一個人ニ非サルモノニ流用センカ爲メニ案出シタル機械的人格ニ過キストナス(Besonders, Windscheid. § 59) 此等ノ說ニヨレハ法人ハ實在ヲ有セス全ク思想上ノ存在物タリ、

(ロ)集合人說

（Theorie d. Verbandpersönlichkeit）集合人說ハ其起源比較的新シク、千八百四十三年ベーゼレルニ依リ始メテ唱ヘラレ、後ギルケー大ニ之ヲ擴張改頁シ、レーゲルスベルゲル、チーテルマン等之ニ和スル者多シ、其說又人ニヨリ多少異ル、今ギルケーニヨリ大要ヲ述ヘンニ、

方今ノ法律思想ニ於テハ權利主體トナリ得ルモノハ意思能力ヲ有スルモノニ限ラサル可ラス、異日或ハ土地物件ヲ以テ權利主體ト認ムルノ日到來スルヤ計リ知ル可ラスト雖モ、實際法律ノ目的ヲ達シ效果ヲ收ムルニハ權利主體トニハ意思ナカル可ラス、故ニ法律ハ只一個人及ヒ集合人ヲ認メテ權利主體トナスノミ、一個人ハ何等外部ノ力ヲ要セスシテ、獨立ノ意思ヲ有スレトモ、集合人カ獨立意思ヲ有スルニハ社會力ニ俟タサル可ラス、吾人共同生活ヲナス者ハ一方ニ於テハ個人トシテ生活シ、他ノ一方ニ於テハ共同的生活ヲ營ム、玆ニ於テカ吾人ノ意思ハ別カレテ二トナル、一部ハ吾人自存ノ爲メニスル個人意思ニシテ、他ハ共同生活ニ屬スル共同意思(Gemeinwille)ナリ、共同意思相集リテ團體ノ意思ヲ成ス、故ニ其團體ハ團體員ト全ク獨立シタル意思及生活ヲ有ス、法律ハ此クノ如クニシテ獨立ノ現實ノ意思ヲ有スル團體ヲ認メテ之ニ人格ヲ付シ法人トナス云々(Gierke, genossenschafts-theorie S. 23-25)、氏ハ當時尤モ熾ナリシ擬制說ノPhantonヲ一掃シ、法人ノ基礎ヲ實在ノ上ニ置カント試ミタルモノナリ、故ニ(一)權利主體ハ意思能力ヲ有セサル可ラスト前提シ(二)團體ノ意思ハ個人ノ共同意思ノ集合ナリト斷シ、其ノ實在ヲ有スルヲ主張シタルモノナリ、

其說ハ巧妙ナリト雖モ遽ニ賛成ス可ラス、(一)權利主體ハ意思能力者ニ限ラル可キカ、幼者狂人或ハ又胎兒ノ如キ權利主體トナリ得ルノ事實アルニ非スヤ、若シ權利主體ハ意思能力者ニ限ルモノニ非ストセハ強テ法人ノ意思ヲ說クノ必要ナカル可シ(二)氏ハ法人ハ想像上存在ストナス擬制說ヲ罵テPhantonナリトナシ(A. A. O. S. 5)之ヲ認識シ得可キ實在ノ上ニ置カント試ミタリ、乍然想像ハ僞ニシテ實在ハ眞ナリトノ斷定ハ吾人之ヲ首肯スル能ハス、假リニ之ヲ以テ正シトスルモ各人ノ醵出ヨリ成ル團體意思ハ果シテ獨立ノ存在ヲ有スルヤ否ヤ疑問ナリ、若シモ實在意思トハ意思ノ原因タル可キ物質(Substanz)ヲ要スルノ義ナリトセハ、氏ノ所謂團體意思ハ個人意思ノ集合ニ過キサルカ故ニ獨立シテ實在スルモノニ非サルヤ明ナリ(Vergl. wundt philosophie S. 611 ff)、

且ツ氏ノ論ハ主トシテ社團法人ニ付キ試ミタルモノニシテ、之ヲ財團法人ニ應用スル能ハス、然ルニ氏ハ強テ之ヲ試ミタルカ故ニ不都合ナキ能ハス、曰ハク財團法人ニ在リテハ法人ノ意思ハ即チ設立者ノ意思ナリト、然レトモ之レ

事實ニ反ス、實際財團法人活動ノ基礎ヲナスモノハ管理人ノ意思ニシテ設立者ノ意思ニ非ス、設立者ノ意思ハ管理人ノ爲メニ準則トナルニ過キス、又財團法人設立ノ目的ノ一ハ財團法人ヲ設立者ノ意思ト無關係タラシメントスルニ在リ、然ルニ設立者ノ意思之ヲ支配ストナスハ矛盾ナラスヤ（Verg kippbei windsheid. § 59）

(ハ)組織體說（Organisationstheorie）法人ノ基礎ハ一定ノ目的ヲ有スル社團又ハ財團即チ組織體ニ在リトナスモノナリ（Derunbrg. Burgerlihes Recht I § 65 Ennec:crus I § 96）乍然其旨意ハ具體的ノ組織體其ノモノヲ以テ法人ノ基礎トナスニ非ス之ヲ抽象シタル無形ノ觀念（Vorslellnng）ヲ以テ基礎トナスニ在リ、其ノ基礎ハ法律ノ作製物ニ非ストスル點ニ於テ從來ノ擬制說ト異ル、而シ又其ノ組織體ハ意思ヲ有スルヤ否ヤヲ說カサル點ニ於テ集合人說ト異ル、然レトモ其裏面ニ於テ法人ノ基礎ハ實在ニ非ス抽象的觀念ナリトスル點ニ於テハ擬制說ニ一致シ、又全然法律ノ作製物ニ非ストスル點ニ於テハ集合人說ニ一致ス、

以上述フル處ハ私見ヲ雜ユル多ク先輩ノ說ク處ト必シモ符合セス、主トシテ實際ニ法人ヲ設立スル有樣ヲ觀察シテ其ノ有ノ儘ヲ述ヘタルモノナリ、法人ヲ設立スルニハ一定ノ目的ト社團又ハ財團ヲ要ス、之ヲ併セテ假リニ組織體ト稱ス、此ノ組織體ニ對シテ法律ハ人格ヲ賦與スルモノナリ、其意思ヲ有スルヤ、否ヤ實在ヲ有スルヤ否ヤ等ハ法律ノ問ハサル處ナリ、而シテ權利主體ト權利トノ關係ヲ說クニ當リテモ、權利主體ハ意思ヲ有スルモノニ限ルトナス前提ヲ撤廢スル以上ハ之等ノ點ヲ論スルノ必要アルヲ見ス、然レトモ具體的ノ組織體其ノモノカ直接ニ法人ノ基礎ヲ爲ストセハ、其ノ増減アル場合ニ同一性ヲ失フ結果トナルカ故ニ之ヲ抽象シテ一體トナシ、其抽象的觀念ヲ以テ法人ノ直接ノ基礎タラシムルノ必要アルナリ、例ヘハ某神社、某寺院ヲ法人トスト云フカ如キ場合ニハ此說尤モ適切ナリトス、商事會社ノ如キ複雜セル場合ニ於テモ會社ノ全體ノ仕組ヲ一體トシテ觀察シ、之レニ人格ヲ賦與スト說カハ尤モ自然ニシテ聊カ不都合ヲ生スルヲ見ス、

(ニ)法人否認說　旣ニ法典ニ於テ法人ヲ認メタル以上ハ法人否認說ハ之ヲ說クノ要ナキカ如シト雖モ參考ノ爲ニ主ナルモノヲ掲ク、

(a)目的財產說（Zweckvermögens Theorie）之ブリンツ氏ノ說ナリ、氏ハ劇烈ナル攻擊ヲ擬制說ニ加ヘ擬制說ハ案山子ヲ以テ人トナシ之ヲ人類ノ分類中ニ加ヘントスルモノナリト痛罵シ、以テ法人ノ存在ヲ否定シ、目的財產ノ觀念ヲ以テ之ニ換ヘントスルモノナリ、其要ニ曰ハク單ニ想像上存スル法人ヲ人、

ノ分類ノ內ニ加ヘ（Diviso personarum）自然人ト相對セシムルハ不可ナリ、羅馬人モ人ニ非サリシモノヲ人トシテ取扱ヘルハ事實ナリ、然レトモ此ノ如キモノハ之ヲ人ノ內ニ數ヘタルコトナク、却テ物ノ分類中（Diviso rerum）ニ加ヘタリトシ、羅馬法源ニ基キ法人ノ存在ヲ否定シ、進テ說テ曰ハク凡ソ財產ハ一定人ニ屬スルモノ（persöneurvermögen）ト、一定ノ目的ニ供セラレタルモノ（Zweckvermögen）ノ二種ニ分カル、前者ハ主體ニ屬シテ其用ヲ爲シ、後者ハ主體ニ屬セスシテ其目的ニ屬シ目的ノ爲メニ利用セラル、前者ニ在リテハ財產ノ歸點（Gehörpunkt）ハ主體ニ在リ、後者ニアリテハ客觀的ノ目的ニ在リトシ、其ノ適用ヲ進ヘテ曰ハク、國家公共團體其他ノ財團社團ノ財產ハ（所謂法人ノ財產ハ）後者ニ屬スト（Brinz, Pand. 3 Bd. 2. abtheilung I Lieferung 2. anf. 1888）、氏ノ所謂目的財產ハ無主體財產ナルカ故ニ今日普通ノ思想ニ於ケル權利ニ非ス、一定ノ目的ノ爲メニスル約束（Gebundenheit）ニヨリ維持セラルヽモノナラサル可ラス、之レ法人ノ財產ノ爲メニ權利ノ觀念ヲ排シ、新思想ヲ入レントスルモノナリ、然ラハ法人財產ハ拘束ニシテ個人財產ハ權利ナリトナスカ、然ラサレハ成一的ニ一切ノ權利ヲ否認シ、之レニ代フルニ拘束ノ觀念ヲ以テスルカ二者一ヲ擇ハサル可ラス、何レニシテモ時代思想ト相距ルコト甚タ遠キカ故ニ、一時ハ世人ノ注目ヲ惹起シタレトモ大ナル勢力ヲ得ルニ至ラスシテ止ミタリ（氏ノ說ヲ承繼シ全然權利ノ觀念ヲ排シ拘束ノ觀念ヲ以テ之レニ代ヘント試ムルモノハ Punschart, modernentheorie d. Privatrecht 1893 アリ）、

(b) イエリング氏ノ說

氏ノ法人論ハ其權利論ト相照應スルモノナリ、氏ハ權利ハ法律ニヨリ保護セラレタル利益ナリトシ、權利主體ハ其ノ利益ノ歸屬者ナリトス、而シテ利益ノ歸屬者ハ只人類ニ限ルト云フ根本觀念ニ基キ社團及ヒ財團ヲ論シテ、社團ニ在リテハ眞ノ權利者ハ社員ナリ、財團ニ在リテハ病者貧民等法人ニヨリ利益ヲ受ク可キ者カ眞ノ權利者ナリト（Gaist III § 61）、氏ノ論ハ全ク其ノ權利ノ定義ヨリ演繹シテ玆ニ至リタルモノニシテ、法人ヲ全然否認スルニ非サレハ實ハ論理ヲ貫カス、然レトモ氏ハ敢テ之ヲ斷言セス、鋒ヲ轉シテ曰ハク、社團ニ在リテハ訴訟ノ實際ノ便利ノ爲メニ外部ニ對シテハ全ク機械的ニ全體ヲ一體トナシ以テ共同ノ利益ヲ保護セシム、之レ利益ト訴權トカ其主體ヲ異ニスル例外ニシテ、全ク法律ノ形式ノ結果ニ過キス、之ヲ以テ社員ニ全ク權利ナシトナスハ不可ナリ云々、氏ハ其權利論ヲ貫カンカ爲メニ社團法人ノ社員ニ權利ヲ認メタリ、然レトモ實際法人ニ訴權アルノ事實ヲ否認スルノ擧ヲ敢テセス、故ニ其論旨ハ明

自ヲ欠クニ至レリ、其末尾ニ於テハ余ノ法人論ヲ駁セント欲セハ宜シク先ツ個利論ヲ攻撃セヨト附言セリ、

氏ノ論旨ハ利益歸屬者ハ實質上ノ權利者ニシテ、法人ハ形式上ノ權利者ナリトナスニ在ルモノヽ如シ、然レトモ余ヲ以テ見ルニ權利ハ法律カ利益ヲ與ヘントスル處ニ屬スルニ非スシテ利益ヲ充實センカ爲メニ力ヲ與ヘタル處ニ屬ス、其利益ノ主體ト法律上ノ力ノ主體ト相合致スルハ普通ナリト雖モ之ヲ異ニスル場合ニ於テハ法律上ノ力ノ主體ヲ以テ斷然權利主體ト認ムルヲ正當トナス、故ニ社員ノ利益ヲ充實スルカ爲メニ法人ニ訴權アルナラハ、法人其ノモノヲ以テ權利主體トナス可シ、貧民病者ニ利益ヲ與ヘンカ爲メニ財團ニ訴權ヲ認ムルナラハ、財團其ノモノヲ以テ權利主體ト認ム可キニ非スヤ、

(六) 權利能力賦與ノ形式

法人ノ權利能力ハ自然人ノ權利能力ト同シク法律ノ賦與スル所ナリ、只人類ニ在リテハ別ニ人格賦與ノ形式ヲ須ヒス、其出生ノ完成ト共ニ當然權利能力ヲ認ム、反之法人ニ於テハ特ニ權利能力賦與ノ形式ヲ必要トス、其主義左ノ如シ、

(イ) 自由設立主義　羅馬法ニ於テモ獨逸固有法ニ於テモ古代ハ一般ニ自由主義ニシテ、別ニ國家ノ行爲ヲ要セスシテ設立者ノ自由意思ニ放任セリ、

(ロ) 特許主義　法人カ人格ヲ得ルニハ特許ヲ必要トスルモノニシテ更ニ分レテ二トナル、(一)法律特許主義　議會ノ協贊ヲ經タル法律ヲ以テ特許スルモノ、(二)國長特許主義　別ニ議會ノ協贊ヲ要セス國長ノ特許ニテ足ルトナスモノアリ、

(ハ) 準則主義　ハ法律ヲ以テ準則ヲ定メ之レニ適合シタルモノハ當然法人トシテ成立ストナスモノナリ、此主義ハ通常登記主義ト相伴ヒ一定ノ事項ヲ登記・公告セシム、

以上ノ三主義ハ各々長短アリ、自由主義ハ其ノ設立尤モ簡便ナリト雖モ放任ニ失シ國家ノ監督ヲ欠キ公益ヲ害スル怖アリ、特許主義ハ十七世紀以來尤モ廣ク行ハレタリト雖モ、立法者又ハ國長ノ特許ヲ要スルカ故ニ設立ニ日時ヲ費スコト多ク、又其許可ハ許可者ノ任意ニ出ツルカ故ニ不公平ノ行ハルル怖アリ、準則主義ハ是等ノ弊害ナシトス、今日商事會社ニ付キテハ廣ク行ハル、

(ニ) 吾國ノ主義　我國ニ於テハ法人ハ公法人ナルト私法人ナルトヲ問ハス凡テ法律ノ規定ニヨルニ非サレハ成立スルヲ得ス(三三)、即チ自由設立主義ハ凡テ之ヲ禁シタルモノナリ、而シテ實際ハ左ノ四種類アリ、

(a) 法律ノ直接規定ニ依ルモノ、即チ別ニ設立者ノ行爲ヲ用ヒスシテ法律カ權利能力ヲ認メタルモノ、府縣（府縣制二）、郡（郡制二）、市町村（市制二、町村制二）、相續人曠欠ノ相續財產（千五十一條）、及國庫（民法上ハ七二、二九三、一〇五九等ナリ）其例ナリ、

(b) 特許主義ニヨリタルモノ　日本銀行（明治十五年布告三二）、橫濱正金銀行（明治二十年敕二九）、日本勸業銀行（明治二十九年法八二）、日本興業銀行（明治三十三年法七〇）、臺灣銀行（明治三十年法三八）、北海道拓殖銀行（明治三十二年法七八）等アリ、

(c) 準則主義ニヨルモノハ民法上ノ營利法人及ヒ商法ニヨル商事會社アリ、

(d) 特許主義ト準則主義トヲ折衷セルモノ、民法上ノ公益法人之ニ屬ス、其ノ設立ニハ法律ノ條件ヲ具備スルノ外更ニ主務官廳ノ許可ヲ要ス、猶此種類ニ屬ス可キモノハ公法人ニ多シトス、

(七) 法人ノ分類

(イ) 公法人ト私法人

此ノ區別ノ標準ヲ得ルハ頗ル困難ナリ、或ハ此區別ヲ否認スルモノナキニ非ス、然シ我國法ハ此區別ヲ認ム（例ハ商法二、民訴一四）、故ニ其標準ヲ定ムルニ非サレハ解釋ノ目的ヲ達スルヲ得ス、(一) 公法人私法人ノ區別ハ社會觀念ニ基クモノナリ、故ニ單一ノ標準ヲ定メ之レニヨリ理論ヲ貫徹シ以テ社會觀念ニ衝突ス可ラスト（Regelsberger Pand. § 80; Gierke I § 75. 美濃部博士行政法五八三モ之ニ近シ）此論ハ不可ナリ、吾人ハ論者所謂社會觀念ヲ問ハントスルモノナリ、正當ニ之ヲ解スルニ於テハ何ソ實際ニ背馳スルノ憂アランヤ、(二) 其目的タル事務ノ公私ニヨリ之ヲ區別セントスルモノアリ、此說不可ナリ、同一ノ性質ノ事務ト雖モ國家之ヲ行ヘハ公ノ事務トナリ、私人之ヲ行ヘハ私ノ事務トナル、例ヘハ學校、鐵道、通信、食鹽、煙草等ノ專賣ノ如シ、故ニ目的タル事務ノ公私ハ法人ノ性質ヲ定ムルニ足ラス、(三) 設立者ノ公私ニヨリ區別セントスルモノアリ（Crome Bd. I § 49）、此說ニヨレハ政府設立ノ銀行其他營利事業ヲ目的トスル法人ハ公法人トナリ、又相續人曠欠ノ相續財產ノ如ク特ニ設立者ナク法律ニヨリ當然法人タルモノハ何レニ屬ス可キカ、(四) 國家ニ對シ特別ノ利害關係ヲ有シ又特別ノ保護ヲ受クルモノハ公法人ナリ、私人ノ利益ヲ直接ノ目的トナスモノハ私法人ナリト（Derubug I § 65）、此ノ論ハ之ヲ實際ニ應用スルニ當リ限界明了ヲ欠ク故ニ採ラス、(五) 國家ニ對シ公法ニヨリ其目的ヲ實行ス可キ義務ヲ負フモノハ公法人ナリト、之レ有名ナルロジーン氏ノ說ナリ（Rosin, Das Recht d. Oeffentlichen Genossenschaft. 1886, S. 18）、曰ハク事務ノ公私ハ事務ノ性

實ニヨリ分ツ可ラズ、然レトモ公事務ハ國家事務ナリ、故ニ團體カ公事務ヲ目的トスルトキハ國家ハ之レヲ自由ニ放任セズ必ラス之レヲ實行ス可キ義務ヲ負ハス、蓋シ之レ國家自身ノ目的ヲ達スル所以ナレハナリ、反之其目的私事務ナルトキハ直接ニ國家ニ關係ナキカ故ニ、國家ハ其遂否ヲ自由ニ委ス云々、余ハ嘗テ此說ヲ奉シタリシカ面白カラサル點アリ、何トナレハ同一ノ性質ノ事務ヲ目的トスル法人ニシテ、義務ノ有無ニヨリ性質ヲ異ニスルニ至ルカ故ナリ、例ヘハ私設鐵道、私立學校等ニシテ國家ニ對シ其目的タル事業ヲ成就ス可キ義務ヲ課セラレタルモノハ公法人トナリ、然ラサルモノハ私法人トナル、之社會通念ニ反ス、(六)公法人ハ權力團體ニシテ然ラサルモノハ私法人ナリト(G. Mayer Verwaltungsrecht. I S. 48)、此說大ニ當ル處アリト雖モ猶採ラス、蓋統治關係(即チ命令服從ノ關係)ト其ノ實質ヲ同フスル關係ハ私的生活ニ於テモ猶之ヲ認ムルヲ得レハナリ、今其例ヲ欠クト雖モ之ヲ想像スルニ難カラス、例ハ家ヲ法人トナサハ如何、

如上遂其區別ノ標準ヲ得ルコト困難ナリ、其困難ナル所以ハ他ナラス、公私ノ觀念ハ本來社會觀念ニシテ漠然タルモノナレハナリ、故ニ之ヲ法律的ニ說明スルニ當リテハ吾人ハ社會觀念ニ背馳セサルヲ力メサル可ラス、我國語ニ於テ「公」ト云フ場合ニ於テハ常ニ國家ニ關スル事項ヲ指ス、故ニ公法人ハ國家及ヒ其機關タル法人ヲ云フト定義スルハ尤モ妥當ナル可シ、國家ノ特質ハ統治權ニ在リ、命令强制ニ在リ、然レトモ命令强制ヲ用ヒサル場合ト雖モ國家カ公ノ利益ヲ達スルカ爲メニスル作用ハ等シク統治權ノ發動タリ、此ノ故ニ國家ハ其ノ機關タル法人ニ對シテ或ハ統治的權力ヲ賦與スルコトアリ、或ハ其ノ特權ヲ與ヘサルコトアリ、前者ハ普通ナリ、然シ後ノ場合ニ於テモ苟モ國家ノ機關トシテ(國家ノ爲メニ存ス)國家ノ事務ヲ行フヲ目的トナス以上ハ公法人タリ、今其適例ヲ欠クト雖モ官立大學ヲ以テ法人トナサハ其性質右ノ如ケン、又國家機關タル法人ハ國家ニ對シテ其目的遂行ノ義務ヲ負フハ當然ナリ、然シ此ノ如キノ義務ハ國家機關ニ在ラサル法人モ亦之ヲ負フコトアリ、故ニ之ヲ以テ要件トナスヲ得ス、要スルニ法人ノ目的タル事務ノ性質、又其特權ノ有無、義務ノ如何ヲ問ハス、國家ノ機關タリヤ否ヤニヨリ截然區別シテ普通觀念ニ背クコトナク、又公法人ハ其設立、管理、監督等公法ニ依ラシムルト云フ旨意モ右ノ觀念ト能ク調節スルヲ見ル可シ、

公法人ハ國家、府縣、郡、市町村ノ如キ地方團體、水利組合、消遣組合、水產組合、農會ノ如キ公共組合是ナリ、私法人ハ民法ニヨリ設立セラル、公盆法人及ヒ商事

會社ヲ主タルモノトス、

日本銀行、横濱正金銀行、日本勸業銀行、日本興業銀行、南滿洲鐵道會社、東洋拓殖會社等ニ關シテハ其性質多少疑ハシ、何トナレハ政府自ラ設立ノ任ニ當リ且ツ其理事等ヲ任命スルカ故ニ、國家ノ機關タルノ觀アルカ故ナリ、然レトモ余ノ見ル所ニ於テハ之皆私法人ナリ、何トナレハ是等ハ皆株式組織ニシテ特別法ナキ限リハ商法ノ支配ヲ受ケ、直接ニハ私人ノ利益ヲ計ルヲ以テ存在ノ目的トスルモノナレハナリ、政府カ特ニ監督スル所以ノモノハ其利害關係大ナルカ故ノミ、之ヲ以テ國家ノ爲メニ存在ヲ有スル機關ト見ル可ラス、

(ロ)社團法人ト財團法人

社團法人ハ一定ノ目的ヲ以テ集マレル多數人ノ團體ヲ以テ基礎トナス法人ナリ、其員數ハ民法上制限ナシト雖モ必ラス社員ヲ有セサル可ラス、是レヲ社團法人ノ特徴トナス、財團法人ハ一定ノ目的ニ供セラレタル財産ヲ基礎トナス法人ナリ、社員ヲ有セサルヲ以テ特徴トナス、此區別ハ公法人私法人ニ共通ナリ此區別ハ法人ノ組織ノ區別ナルカ故ニ其ノ目的タル事業ノ性質ハ之レヲ問フノ要ナシ、財團法人ニモ社團法人ニモ非サル或ハ兩者ノ性質ヲ兼有スル中間ノモノアルコトナシ、

(ハ)公益法人ト營利法人

營利法人ハ營利ヲ目的トスル法人ニシテ、公益法人ハ公益ヲ目的トスルモノ即チ營利ヲ目的トセサル法人ナリ、故ニ公益ヲ目的トスルト同時ニ營利ヲ目的トスル法人アリトセハ之レ營利法人ナリ（松本學士營利法人ノ觀念、法學協會雜誌第二十八卷三號二二以下）、中間ノ性質ヲ有スルモノナシ（富井博士民法原論一九八反對）、

營利法人ノ觀念ヲ定ムルニ付キ二主義アリ、

客觀主義ニヨレハ設立者カ自己ノ利益ヲ計ルヲ目的トナスト否トニ拘ハラス苟モ法人ノ目的タル事業カ其性質上經濟上ノ行爲ヲナスニ在ルトキハ營利法人ナリトス（Planck com. I S. 21. Crome syst. I S. 235）、

主觀主義ニヨレハ社員ノ利益ヲ計ルヲ以テ最終ノ目的トナスモノハ營利法人ニシテ、然ラサルモノハ公益法人ナリトス、其目的タル事業カ經濟上ノ行爲ヲナスニ在ルト否トヲ問ハス（Stäudinger Bratter ノ R anw. 62. S. 118. Hölder com. S. 133. Gierke verein ohne Rechtsfähigkeit S. 55. Enneccerus I 240 annahrend 松本學士前揭一六以下）、

後說ヲ正シトス、何トナレハ、(一)財團法人ハ公益法人タルヲ得レトモ營利法人タルヲ得ス、是レ利益ヲ受ク可キ社員ヲ欠クカ故ナリ前說ニヨレハ財團法人ハ何故ニ營利法人タル能ハサルカヲ說明スル能ハス、(二)公益法人ノ設立ニハ主務官廳ノ許可ヲ要ス、營利法人ハ然ラス、其理由ハ案スルニ公益法人ハ其目

的公益ニ在ルカ故ニ其ノ濫設ヲ憂ヘ之レヲ制肘セント欲テナリ、然ルニ若シモ反對說ニ從ヘハ營利事業ヲ營ミ其ノ收益ヲ公益ニ用ヒントスル法人ハ單純ナル營利法人トナリ、主務官廳ノ許可ヲ要セスシテ設立シ得ルニ至ラン、此ノ如クンハ法律カ設立條件ヲ異ニシタル理由ヲ沒却スルニ至ラン、個々ノ場合ニ當リ公益法人ナルカ營利法人ナルカノ問題ハ目的カ公益ニ在リテ其ノ營マントスル事業カ營利的ナル場合ニ生ス、目的ト手段ト共ニ營利的ナルカ又ハ非營利的ナルトキハ何レノ說ニ依ルモ議論ナシ、前段ニ示シタル理由ニ由リ、法人ノ最終ノ目的カ公益ニ在ルトキハ其取ル處ノ手段ノ營利的ナルト否トニ拘ハラス之ヲ公益法人トナス可シ、例ヘハ殖林事業、印刷事業等ヲ營ミ其收益ヲ慈善ノ爲メニ用ヒントスルモノ、又例ハ無職ノ職工ヲ救濟スルノ目的ヲ以テ設立シタル工場ノ如キハ公益法人ナリトス、反之相互保險購買組合ノ如キハ利益ノ配當ヲ以テ直接ノ目的トナサスト雖モ、畢竟團體員カ互ニ危險ヲ分擔シテ利益ヲ得、又ハ低價ノ供給ヲ受クルヲ以テ最終ノ目的トナスモノナレハ營利法人ナリト云ハサル可ラス、此ノ如クニ法人ノ性質ハ常ニ其最終ノ目的ニヨリ決ス可キモノナリ、（梅博士民法要義三十五條同論）、

（二）外國法人ト內國法人　此區別ニ付キテハ第三十六條ヲ見ヨ、

（八）本章ノ適用ノ範圍　本章ノ規定ハ公法人ニハ適用ナク私法人ニノミ適用アリ、而シテ私法人中商行爲ヲ爲スヲ業トスル目的ヲ以テスル社團（即商事會社）ノ爲ニハ別ニ商法ノ規定アルカ故ニ、第一段ニ於テハ商法ニ從ヒ商法ニ規定ナキ場合ニ本章ノ規定適用セラル（商法第一條）、故ニ本章ノ直接ニ適用アルハ商行爲ヲナスヲ目的トセサル私法人ナリ、換言スレハ公益法人及ヒ商事會社以外ノ營利法人ナリ、

公法人及商事会社以外ノ法人ナリニあらずや?

[illegible]

（九）本章ノ規定　ハ別レテ四節トナリ、第一節法人ノ設立、第二節法人ノ管理、第三節法人ノ解散、第四節罰則トス、而シテ財團法人ト社團法人ヲ別々ニ規定セス、

第一節　法人ノ設立

（一）本節ノ規定　ハ別レテ四段トナル、第三十三條ヨリ第四十二條ニ至ルマテハ法人設立ノ條件ヲ規定シ、第四十三條第四十四條ハ法人ノ能力ヲ規定シ、第四十五條ヨリ第四十九條ニ至ルマテハ法人ノ登記ヲ規定シ、終リノ二條ニ於テ住所ト法人ノ帳簿ニ關スルコトヲ規定ス、

（二）法人設立ノ主義　公益法人設立ノ主義トシテ、我民法ハ準則主義ト特許主義ヲ併セ取リタリ故ニ法人設立ニハ本節ノ規定ニ從フ外主務官廳ノ許可ヲ要

ス、何レカ一方チ欠ク場合ニ於テハ法人ハ成立スルチ得ス、而シテ財團法人ト社團法人ノ間ニ區別ナシ、

登記ハ法人ノ成立要件ニ非ス、其成立チ第三者ニ對抗セシムル條件ニ過キス、

第三十三條　法人ハ本法其他ノ法律ノ規定ニ依ルニ非サレハ成立スルコトチ得ス

(一)法人　本條ニ法人トハ私法人チ指ス、舊民法人事篇第五條ニ「公私チ問ハス」云々トアリシチ削除シタルニヨリ明ナリ、且ツ理由書ニ「民法ニ於テハ公法人ニ關スル規定チ掲ケス」トアルニヨリ疑ナシ、

(二)本法其他ノ法律　私法人カ成立スルニハ必ラス本法ニ依ルカ、然ラサレハ他ノ法律ニ依ルチ要ス、故ニ(一)法律ニ依ラスシテ法人ハ成立スルチ得ス、即チ自由設立ハ之チ禁ス、(二)法人ノ成立ハ本法又ハ其他ノ法律ニ依ルチ要スルモノナリ、法律トハ帝國議會ノ協贊チ經タル所謂憲法上ノ法律チ指ス、各種ノ命令ハ之チ含マス、法典ノ用語ニ於テ命令チ包含セシメントスル場合ニハ必ラス「法令」ノ文字チ用ユ故ニ普通ノ勅令チ以テ私法人チ設立スルチ得ス、此ノ如キハ勅令チ以テ法律タル民法チ改廢スルモノナルカ故ニ憲法上不能ナリト云フ可シ、況ンヤ其他ノ行政命令行政處分等ニ於テオヤ、

(三)法人ノ性質　本條ハ所謂法人ノ性質チ決定シタルモノニ非ス、只法人カ人格チ得ルニハ法律ノ規定ニ依ルコトチ要ストセルノミ、其ノ人格ノ基礎トナル可キ或モノカ實在チ有スルヤ、單ニ想像上ノ存在ニ止マルヤ等ノ問題ハ學者ノ自由ニ論シ得ル處ナリ、

第三十四條　祭祀、宗敎、慈善、學術、技藝、其他公益ニ關スル社團又ハ財團ニシテ營利チ目的トセサルモノハ主務官廳ノ許可チ得テ之チ法人ト爲スコトチ得、

(一)大意　本條ノ大意ハ所謂公益法人ハ主務官廳ノ許可チ得テ成立シ得ル旨チ定メタルモノナリ、然レトモ公益法人設立ノ條件ハ茲ニ盡キタルニ非ス、第三十七條第三十九條ニ定メタル所謂設立行爲チ必要トス可キハ勿論ナリトス、

(二)公益法人　公益法人ノ意義ハ之チ總説(七)ニ述ヘタリ、要スルニ社員ノ利益チ計ルチ以テ目的トナサス、一般社會ノ利益チ計ルチ以テ目的トナスモノハ公益法人ナリ、本條ニ於テハ其ノ尤モ普通ナル場合トシテ、祭祀、宗敎、慈善、學術、技藝ノ五者チ擧ケタリ、祭祀チ目的トスルモノトハ神社ノ類ナリ、宗敎トハ寺院敎會ノ

類ヲ云ヒ、慈善トハ孤兒院、救貧院ノ類ニシテ其ノ數枚擧ス可ラス、學術ト云ヒ技藝ト云フモ其ノ種類ハ制限ナシ、學舍ヲ設ケ書生ヲ教育スルモノヽミニ限ラス、此五者ハ法律ノ列示スル處ナルカ故ニ當然公益ニ關スルモノトス、其他博物館、動物園、植物園、公園、ノ設置ヲ目的トシ社員ノ利益ヲ計ラサルモノハ公益ニ關スル法人ノ例ナリ、

(三)主務官廳　トハ法人ノ目的タル事項ヲ管掌スル行政官廳ヲ云フ、例ヘハ教育學術ニ關スルモノハ文部大臣、祭祀宗教ニ關スルモノハ內務大臣ノ如シ、而シテ法人ノ目的廣クシテ、一官廳ニシテ之ヲ包含ス可キ權限ヲ有スルモノナキ場合ニ於テハ數個ノ官廳ノ許可ヲ受タルヲ要ス、例ヘハ財團ノ收益ヲ以テ一方孤兒ノ救護事業ヲ營ミ他ノ一方ニ於テハ醫學教育ヲ行ハントスル場合ニ於テハ內務大臣ト文部大臣ノ許可ヲ受クルヲ要スルカ如シ、蓋シ官廳ハ其權限內ニ於テノミ官廳ナリ、權限外ノ事項ニ付キテハ許可ヲ與フルヲ得サレハナリ、

(四)許可　許可ハ行政行爲ナリ、此ノ場合ニ於テハ官廳ノ自由裁量ニ依リテ拒否ヲ決ス、主務官廳カ不當ニ許可ヲ拒ミタリトスル場合ニ於テモ設立者ハ行政裁判所ニ出訴スル權ナシ（行政裁判法第十五條）、民法施行法第二十五條ニヨレハ正當ノ理由ナクシテ許可ヲ取消又ハ解散ヲ命シタル場合ニハ行政裁判所ニ出訴スルノ權アリ法人ハ主務官廳ノ許可ニヨリ成立ス、許可ノアリタル日ヲ以テ設立ノ日トナス、

主務官廳カ許可ヲ與フルニハ其ノ法人設立ノ法定要件ヲ具シタリヤ否ヤヲ審査スルニ止マラス、其法人設立カ公益ニ害アリヤ否ヤヲ審査スルコトヲ得、然レトモ許可ハ法定要件ノ欠缺ヲ補充スルモノニ非ス、例ヘハ定款ニ記載ス可キ法律上ノ必要條件ヲ欠キタル場合ニ於テハ例令許可アリト雖モ法人ハ有效ニ成立スルヲ得ス、第三者ハ其成立ヲ攻擊スルヲ得可シ、只主務官廳ノ許可ハ法定條件ヲ具備シタリトスル一應ノ推定ヲ生スルノミ、民法ハ準則主義ト特許主義トヲ折衷シタル主義ヲ取リタルカ故ニ、準則ニ適合スルト許可トカ法人ノ成立ニ必要ナリ、許可ノミニヨリ法人成立スルコトナシ、

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

前項ノ社團法人ニハ總テ商事會社ニ關スル規定ヲ準用ス

(一)營利ヲ目的トスル社團　トハ社員ノ利益ヲ計ルヲ目的トスル社團ヲ云フ（本章總說七）參考）、而シテ商行爲ヲナスヲ業トスルヲ以テ目的トスルモノハ商事會社ニシテ商法ノ規定ニ從ヒ本條ノ適用ヲ受ケス、本條ノ適用ヲ受クルモノハ商行爲以外ノ營利行爲ヲ目的トスル社團ナリ、例ヘハ農業漁業林業鑛業ヲ目的トスルモノ、如シ、商事會社ト相對シテ之ヲ民事會社ト稱ス、

(二)民事會社ノ設立　ハ其株式組織ナルト否トニ論ナク全然商事會社設立ノ條件ニ從フ、商事會社ノ設立ハ準則主義ニシテ主務官廳ノ許可ヲ必要トセス、其他總テ商法ノ規定ニ從フヲ要ス（本條第一項）設立以外ノ事項例ヘハ其管理合併解散罰則等ニ關シテモ亦全然商事會社ニ關スル商法ノ規定ヲ準用ス（本條第二項）、猶民事會社ハ改正商法第四十二條第二項ニヨリ商事會社ト看做サルルコトトナレリ故ニ爾後當然商法ノ適用ヲ受ク可シ、然レトモ二者ノ性質上ノ區別ハ滅却セルニ非ス

(三)營利法人ハ社團ニ限ル　本條第一項第二項共ニ社團又ハ社團法人ニ關スル規定ニシテ營利ヲ目的トスル財團法人ニ關スル規定ナシ、之レ法規ノ欠漏ニ非ス、營利法人ハ社員ノ利益ヲ計ルヲ目的トスルモノナリ、然ルニ財團法人ニハ社員ナシ、故ニ營利ヲ目的トスル財團法人アリ能ハサルカ故ナリ、

第三十六條　外國法人ハ國、國ノ行政區畫及ヒ商事會社ヲ除ク外其成立ヲ認許セス但法律又ハ條約ニ依リテ認許セラレタルモノハ此限ニ在ラス

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

(一)外國法人ノ性質　內國法人ハ日本ノ國法ニヨリ成立セル法人ナリ、外國法人ハ外國ノ國法ニヨリ設立セラレタル法人ナリ、一ニ法人ノ基礎トナル可キ法律ノ內外ニヨリ區別ス、其事務所ノ所在地ノ如キハ區別ノ標準トナラス、日本人ノミニテ外國ニ於テ外國法ニヨリ設立シタル社團ハ外國法人ナリ、又外國法ニヨリ日本ノ美術ノ爲メニ設ケタル財團法人ハ外國法人ナリ、反之外國人カ日本法律ニヨリ設立シタル社團法人財團法人ハ其目的カ日本ノ公益ノ爲メニスルト

外國ノ公益ノ爲メニスルトヲ問ハス日本法人ナリ、外國法人即チ外國ノ法律ニヨリ設立セラレタル法人ハ我國ニ於テ當然人格ヲ有スルニ非ス、且ツ外國ニ於テ公益ニ利アリトシテ認メタルモノモ我國ニ於テハ害アルヤモ知ル可ラス、故ニ外國法人ヲ當然認ムルハ獨リ法律上許可ス可ラサルモノナルノミナラス政策上モ亦不可ナリ、故ニ我國法ハ原則トシテ外國法人ノ成立ヲ認メス、本條ニ於テ認許シタルモノニ限リ我國法上其成立ヲ認メラル、此ノ故ニ外國法人ノ我國ニ於テ其ノ成立ヲ認許セラルヽハ全ク我國法ノ力ニ依ルモノナリ、隨テ其能力ノ範圍等モ我國法ニヨリ之レヲ左右スルコトヲ得ルナリ、然レトモ本條ハ創設的效力アルモノニ非ス、外國法ニヨリ人格ナキモノニ對シテモ人格ヲ與フルニ非ス、外國法ニヨリ既ニ法人トシテ成立シタルモノヲ認ムルニ過キス、故ニ法文ニ「外國法人ハ……其成立ヲ認許」云々ト云ヘリ、

(二)本條ニヨリ認許セラレタル外國法人ハ左ノ如シ、

(イ)國　本條ハ私權ノ主體トシテノ外國國家ヲ認メタルモノナリ、之レ本條第二項ニ「認許セラレタル外國法人ハ……私權ヲ有ス」トアルニヨリ明ナリ、又統治權ノ主體トシテノ外國法人ヲ認ム可キヤ否ヤハ公法ニ屬ス、而シテ本章ハ公法人ニ關スル規定ヲ設クルモノニ非サルコト理由書ニ詳ナリ（第三十三條ノ說明ヲ見ヨ）、

(ロ)國ノ行政區畫　外國ノ行政區畫中法人タルモノト然ラサルモノアリ、其法人タルモノ、人格ヲ認メタルモノナリ、本國ノ法律ニヨリ人格ナキモノハ本條ニヨリ人格ヲ認ムルモノニ非ス、其主ナルモノハ外國ノ地方團體ナル可シ、此ノ場合ニ於テモ前同樣私權ノ主體トシテノ存在ヲ認ムルモノナリ、其行政法上ノ權限等ニ付キテハ民法ノ關知スル處ニ非ス、

(ハ)商事會社　種々ノ組織ノ商事會社ヲ含ム、但シ本國法ニ依リ法人タルモノニ限ル、猶商法第二百五十五條以下ヲ見ヨ、

以上ノ三者ハ本條ニヨリ當然成立ヲ認許セラルヽモノナリ、別ニ何等ノ手續ヲモ要スルコトナシ、尤モ日本ニ事務所ヲ設ケタル場合ニ於テハ第四十九條ノ登記ヲ要ス、其商事會社ナル場合ニ於テハ商法第二百五十五條以下ノ登記ヲ要ス、此三者ハ法律ニヨリ認メラレタルモノナレハ之ヲ禁スルニハ又法律ヲ要ス、民法ニヨリ當然成立ヲ認許セラレタルモノハ前示三者ニ限ル、之以外ノモノ例ヘハ公益法人又ハ商事會社以外ノ營利法人ノ成立ヲ認可スルニハ特別ノ法律又ハ條約ニ依ルヲ要ス、然レトモ各法人ニ付キ法律ヲ發スルヲ要セス、例ヘハ或

種類ノ公益法人ニ關シテハ概括的ニ其成立ヲ認許ストナスヲ妨ケス、

(三)外國法人ノ權利能力ノ範圍　外國法人ハ我國法ニヨリ其ノ成立ヲ認メラレタルモノナリト雖モ、本來其本國ニ於テ有效ニ成立セルモノヲ認メタルニ過キス故ニ何等ノ明文ナクンハ其權利能力ノ範圍ハ其本國法ニヨリ定マルモノト云ハサル可ラス、然レトモ此ノ如クセハ外國法人ノ能力同種ノ内國法人ノ能力ヨリモ或ハ廣ク或ハ狹カル可シ、然ラハ其結果同種ノ法人ニシテ權利能力ノ範圍ニ廣狹アリ、世人ヲ迷ハシメ取引ノ安全ヲ害スルコトナシトセス、故ニ之ヲ整一ナラシムルカ爲メニ其狹キモノハ擴張シ廣キモノハ縮少シテ日本ニ成立セル同種ノモノト同一ノ私權ヲ有スルモノトス（本條第二項）、若シ日本ニ於テ成立セル同種ノ法人ナキ場合ニ於テハ勿論本條第二項ノ適用ヲ受ケス、其本國法ニ於テ有スルト同一ノ能力ヲ有ス、蓋シ前示ノ如ク本條第一項ハ外國法ニヨリ成立セル法人ヲ其ノ儘認メタルモノナレハ特別ノ明文ニヨリ其能力ヲ變更スルニ非サル限リハ其本來ノ能力ヲ維持ス可ケレハナリ、但シ此原則ニ對シ左ノ例外アリ、

(イ)外國人ノ有スル能ハサル權利ハ外國法人モ亦之ヲ有スル能ハス、

(ロ)法律又ハ條約ニ特別ノ規定アルモノ之ナリ、法律又ハ條約ニヨルトキハ日本ニ於テ成立セル同種ノモノニ比シテ其權利能力ノ範圍ヲ縮少又ハ擴張スルコトヲ得ルノミナラス、其本國法ニ於テ有セルモノヨリモ之ヲ廣カラシメ又ハ狹カラシムルコトヲ得、

(四)外國法人ノ管理解散　本條ハ外國法人ニ關スル唯一ノ條文ナリ、其管理解散等ニ付キ何等ノ明文ナシ、乍然法人ノ管理代表ニ關スル問題ハ本來法人ノ行爲能力ニ關スル問題タリ、故ニ法例第三條ノ規定ニヨリ本國法ニ依リ定ムルヲ至當トス、又其ノ解散原因モ本國法ニヨリ定ム可キモノトス、何トナレハ民法ハ本國法ニヨリ成立セルモノヲ認メタルニ過キス、故ニ本國法ニヨリ解散セルモノハ民法カ存續セルモノト看做ス可キ理由ナケレハナリ、

第三十七條　社團法人ノ設立者ハ定款ヲ作リ之ニ左ノ事項ヲ記載スルコトヲ要ス

一目的
二名稱
三事務所

四資產ニ關スル規定

五理事ノ任免ニ關スル規定

六社員タル資格ノ得喪ニ關スル規定

(一)設立者　社團法人ハ多數人ノ集合體ヲ基礎トナス、故ニ其設立ニハ少クトモ二人以上ノ設立者アルヲ要ス、一人ニテ社團法人ヲ設立セントスルモ不能ナリトス、而シテ其員數ニ至リテハ獨逸民法（五六）ハ其最少數ヲ七人トナシ、我商法（一一九）モ株式會社ニ付キテハ同シク七人トナス、民法ニハ何等ノ制限ナシ、一說ニハ何等ノ規定ナキトキハ其性質上三人以上ノ設立者アルヲ要ストナス、此說ハ羅馬法ニ起因ス Tres facere collegium 獨逸普通法ニ於テ廣ク認メラレタリ、其理由ハ社團法人ノ基礎ト爲リ且其活動ヲ支配スルモノハ多數者ノ意思ナリ、社員カ只二人ナルトキハ多數者ノ意思ヲ作ル能ハス、故ニ社團法人ノ性質上設立者ノ最少數ハ三人以上ナラサル可ラスト云フ、然レトモ此說誤レリ、社團法人ノ活動ヲ支配スルモノハ本來ハ多數者ノ意思ニ非スシテ社員ノ一致シタル意思ナリ、只社員ノ一致スル能ハサル場合ニハ必要上多數者ノ意思ヲ以テ之ニ代フルノミ、社員二人ニシテ意見相別ルヽトキト雖モ猶適當ノ規則ヲ設ケハ法人ノ意思ヲ作ルヲ得可シ、例ヘハ第三者ノ判決ヲ求ムルモ一方ナル可シ、出資格ノ多寡ニヨリ決スルモ一方ナル可シ、年長者ノ意見ニヨルモ亦一方ナル可シ、此ノ故ニ三人ヲ要ストナス理由ナシ、

(二)定款ノ作製　定款ハ社團法人ノ基礎トナルモノニシテ多數人カ一定ノ目的ノ爲メニ集合シタルコトハ之ニヨリ定マル、故ニ定款ノ作製ハ法人ノ設立ニ欠ク可ラス、定款ハ要式行爲ニシテ必ラス之ヲ書面ニ作リ且ツ法定ノ事項ヲ之ニ記載スルヲ要ス、

(三)定款事項　定款事項トハ定款ニ記載セラレ定款ノ內容ヲナス事項ヲ云フ、之ヲ分ツテ必要事項及ヒ任意事項トナス、必要事項トハ之ヲ記載セサレハ定款カ定款トシテ效力ヲ生セサルモノヲ云フ、任意事項ハ之ヲ記載スルト否トハ設立者ノ任意ニ屬シ定款ノ效力ニ影響ヲ及サス、然レトモ之ヲ定款ニ記載スルトキハ爲メニ定款事項トナリ其ノ變更ニハ定款變更ノ手段ヲ要スルニ至ル

(イ)定款ノ必要事項　之本條列記スル處ナリ、悉ク之ヲ具備スルヲ要ス、(一)目的、法人ノ目的タル事業ヲ示ス而シテ正確ニ記載スルヲ要ス、例ヘハ「學校」ト云フカ如キハ漠然タリ、醫學校、工學校ト云フカ如クニ其事業ノ性質ヲ明了ナラシムルヲ要ス、(二)名稱、稱呼ニ便ナラシムル爲メナリ、(三)事務所、定款ニハ

必ラス事務所ノ所在地ヲ定メ之ヲ記載スルヲ要ス、事務所數個アル場合ニハ悉ク之ヲ記載シ且ツ其ノ主タル事務所ヲ指定スルヲ要ス、(四)資產ニ關スル規定、資產ノ總額、各社員ノ出資額、出資ノ方法、出資ノ種類等、(五)理事ノ任免ニ關スル規定、例ハ總會ノ選任ニ依ルトナシ、第三者ノ指名ニ依ルトナシ、或ハ其任期ヲ定メ、又ハ其員數ヲ定ムルカ如シ、(六)社員タル資格ノ得喪ニ關スル規定、入社退社ノ條件手續ナリ、例ハ一定ノ行爲ヲ爲シタル者ニ對スル除名ノ手續、退者セントスル者ノ豫告期間ノ有無、退社ノ時期、入社セントスル者ノ保證、紹介等ナリ、

以上ノ事項ヲ如何ナル程度迄詳シク記載ス可キカニ付キテハ形式的標準ナシ、皆主務官廳ノ審査ノ範圍ニ屬ス、要スルニ法人ノ事業ノ性質、及ヒ其維持經營ノ方法明了ナラサレハ不可ナリ

(ロ)任意事項　法律ニハ制限ナシ、通常民法ノ豫想スル所ノモノハ(一)定款ノ變更ニ關スル規定(三八)、(二)理事ノ職務執行ニ關スル規定(五二)、(三)監事ノ設置ニ關スル規定(五八)、(四)社員ノ表決權ニ關スル規定(六五)、(五)法人解散ノ原因(六八)、(六)解散後ノ財產歸屬權利者(七二)、(七)請算人ニ關スル規定(七四)等ナリ、其他重要ナル事項ハ之ヲ定款中ニ規定スルヲ宜シトス、

(四)設立行爲ノ性質　社團法人ニハ社會上ノ事實現象トシテ生シタル集團ニ對シテ法律カ人格ヲ認メタルアリ、市町村ノ如キ之ナリ、反之一定ノ設立者アリ其ノ者ノ意思ニヨリ創設セラルヽモノアリ、民法商法ノ公益法人營利法人ハ後者ノ例ナリ、意思ヲ以テ法人ヲ作ル行爲之ヲ名ケテ設立行爲ト稱ス、設立行爲ノ法律上ノ性質ニ付テハ二說アリ、曰ハク契約說(Hölder vorm. III S. 130. Planck Z. § 25 n 1)曰ハク共同行爲說(Gesammtakt.)(Gierke, Genossenschaftstheosie S. 133 ff. Oertmann comunt S. 81)之ナリ、前說ニ依レハ設立行爲ハ設立者間ノ契約ナリ、法人設立ニ當リ設立者間ニ意思ノ交換意思ノ一致アルハ事實ナリ、然レトモ之ヲ契約トシテ說明ス可ラス、何トナレハ契約ハ利益相反スル兩當事者ノ對立ヲ以テ要件トシ、各當事者ハ當事者間ニ於テ法律上ノ效果ヲ生セシメントスル意思ヲ有シ其效果モ亦之ニ相當ス、故ニ第三者ノ爲メニスル契約ニ於テモ猶當事者間ニ法律上ノ效果ヲ生ス、然ルニ設立行爲ハ設立者間ニ法律關係ヲ生セシムルヲ以テ目的トナサス、其外部ニ於テ法人ヲ設置スルヲ以テ目的トナス、故ニ契約上ノ意思ト其內容ヲ異ニス、共同行爲說ハ法人ノ設立ト云フ、共同ノ目的ヲ有スル多數一方行爲ノ協力ナリト說明スルモノナリ、之ヲ以テ正シトナス、而シテ其ノ多數ノ一方行爲カ相集合シテ契約ニモ一方行爲ニモ非サル一種ノ法律行爲ヲ形成スルモノト見ル可

キカ、將タ又單ニ多數一方行爲カ併列スルモノト見ル可キカハ自ラ別問題ナリト雖モ、余ハ寧ロ後ノ見解ヲ取ルモノナリ（第四章總説ヲ見ヨ）、多數ノ一方行爲カ效力ヲ生スルニ因リテ各設立者ハ其内容ニヨリ拘束セラルルモノナリ、出資義務ノ如キモ其一方行爲ニヨリ生スルモノナリ、然シナカラ設立行爲ノ準備行爲トシテ設立者間ニ契約ノ存スルハ稀ナラサル可シ、然レトモ之ト彼トヲ混同ス可ラス、

各設立者ノ一方行爲ハ法律行爲ナリ、蓋シ私法上ノ效果ノ發生ヲ目的トスルモノナレハナリ、故ニ設立行爲ニハ法律行爲ニ關スル規定殊ニ能力ニ關スル規定ノ適用アリ、

第三十八條　社團法人ノ定欵ハ總社員ノ四分ノ三以上ノ同意アルトキニ限リ之ヲ變更スルコトヲ得但定欵ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス、

定欵ノ變更ハ主務官廳ノ認可ヲ受クルニ非サレハ其效力ヲ生セス

(一)定欵變更ノ條件　二アリ(一)總社員ノ四分ノ三以上ノ同意、(二)主務官廳ノ認可之ナリ、

總社員ノ四分ノ三ト云フハ現在社員全數ノ四分ノ三ヲ云フ、總會出席社員又ハ議決權ヲ行使シタル社員ノ四分ノ三ニ非ス、之レ本條ノ文字解釋ナリ、然シ之レ定欵ニ別段ノ定ナキ時ニ適用セラルヽ規定ナリ、總社員ノ同意或ハ過半數等苟モ定欵ニ定アルトキハ第一位ニ適用セラル、

主務官廳ノ認可ハ第三十四條ニ述ヘタル所ト同シ、

右ノ條件ハ定欵ノ變更ニハ常ニ必要ナリ、其必要事項ヲ變更スル場合ハ勿論、任意事項ト雖モ苟モ定欵ニ記載セラレタル事項ヲ變更スルハ皆本條ノ手續ニヨル、

(二)社團法人ノ目的ノ變更　社團法人ノ目的ハ之ヲ變更スルヲ得ルヤ、曰ハク然リ、本條ノ手續ニヨリ之ヲ變更スルヲ得、然レトモ目的ノ變更ハ其性質舊法人消滅シテ新法人ヲ以テ之レニ代フルモノト見ル可シ、蓋シ法人ノ權利能力ハ其目的ニヨリ範圍ヲ定ム、其目的ニシテ變更セハ權利能力ノ基礎ハ變換セラル、故ニ新舊法人ハ其ノ同一性ヲ失フ舊法人消滅シテ舊法人ノ材料（權利義務）ヲ其儘繼承スル新法人設立セラレタルモノト云フ可シ、故ニ民法上定欵變更ノ條件ハ

新設ノ條件ト異ルコトナシ、只定款變更ノ手續ニヨル場合ニハ舊法人消滅後ノ清算ノ手續ヲ略シ、又新設ノ手續ヲ略シ舊法人ノ權利義務ヲ直ニ新法人ヲシテ承繼セシムルモノナリ、故ニ舊法人ノ爲メニノミ存セシ權利義務ハ新法人ニ移ルコトナシ、例ヘハ耶蘇教ヲ目的トスル法人ノ爲メニ説教スルヲ約シタル者、寄付スルヲ約シタル者ハ、法人カ其ノ目的ヲ變更シ佛教法人トナリタル場合ニハ凡テ其義務ヲ免カル可シ、

寄附行爲ノ變更ニ付テハ次條ヲ見ヨ、

第三十九條　財團法人ノ設立者ハ其設立ヲ目的トスル寄附行爲ヲ以テ第三十七條第一號乃至第五號ニ掲ケタル事項ヲ定ムルコトヲ要ス

(一)財團法人設立者　ハ數人ニテモ一人ニテモ可ナリトス

(二)寄附行爲　財團法人ノ設立ヲ目的トスル行爲ヲ名ケテ寄附行爲ト云フ、生前行爲ニテモ可ナリ、又遺言ニテモ可ナリ(四二、二)、寄附行爲ハ要式行爲ニシテ必ラス之ヲ書面ニ作ルヲ要シ、且ツ法定ノ事項ヲ之ニ記載セサル可ラス、而シテ之ヲ主務官廳ニ提出シ許可ヲ得ルニ因リテ財團法人成立ス、寄附行爲ハ財團法人設立ノ要件タリ、

(三)寄附行爲ニ記載ス可キ事項　ヲ分テ三トナス、

(イ)必要事項　是本條ニ規定スル所ナリ定款ノ必要事項ト粗同一ナリ、第三十七條ヲ參照ス可シ、只財團法人ハ社員ヲ有セサルカ故ニ社員タル資格ノ得喪ニ關スル規定ハ之ヲ掲クルヲ要セス、又掲クルヲ得ス、

(ロ)補足事項　右必要事項中設立者カ或モノヲ定メスシテ死亡シタルトキハ、裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ依リ補足スルコトヲ得、之ヲ補足事項ト云フ、次條ニ規定スル所ナリ、

(ハ)任意事項　第三十七條ニ述ヘタル所ニ同シ、

(四)寄附行爲ノ性質　寄附行爲ハ契約ニ非ス、財團法人ヲ設立セントスル一方行爲ナリ、此點ハ學説一致スル所ナリ、然シ其ノ一方行爲ニハ相手方アリヤ否ヤノ問題ニ至テ學説二分ス、相手方アリトナス學者ハ主務官廳ヲ以テ相手方トナス、多數説ハ相手方ナキ行爲トナス、(Planck Z § St. Enneccerus S. 270, Cosack I § 38 U. A. M.)後説ヲ是ナリトス、若シ夫レ相手方アル行爲ナリトセハ設立者ハ相手方タル官廳ニ對シテ意思ノ内容ヲ通知スルノ意思ナカル可カラス、然シ此ノ如キハ實際ニ不必要ナリ、設立者ハ簡單ニ法人ヲ設立セントスル意思ヲ有スレハ足ル、拙稿法

律行爲ノ觀念京都法學會雜誌第五卷六號七八頁以下）、寄附行爲ハ主務官廳ニ提出セラレ其許可ヲ得ルニヨリ始メテ其目的トスル效果ヲ生スト雖モ、法律行爲トシテハ主務官廳ニ提出スル前ニ於テ完全ニ成立スルモノナリ左レハ寄附行爲ノ作製後設立者カ死亡又ハ能力ヲ喪失スルアリト雖モ寄附行爲ニ影響ヲ及サス、相續人又ハ法定代理人ヨリ之ヲ提出シテ許可ヲ求ムルコトヲ得、然シナカラ數人共同シテ設立スル場合ニ於テハ其相互ノ間ニ契約存スルハ稀ナラス、然ルトキハ相互間ノ關係ハ其契約ニヨリ支配サル、假令ヘハ主務官廳ニ提出後意思ヲ變更シ撤回ヲナス者ハ費用ノ賠償ヲナス可シト約スルカ如シ、

（五）寄附行爲ニハ一定ノ財產ノ提供ヲ要スルヤ

從來ノ通說ニ於テハ財團法人ノ基礎ハ財團ニ在リ財團ナクンハ財團法人ナシ Ohne vermögen keine stiftung トセリ故ニ財團法人設立行爲タル寄附行爲ニ於テハ必ラス同時ニ一定ノ財產ヲ指定シ提供スルヲ要ストセリ（Planck Z § St. Eademann Bd I S. 215）、反對論ニ曰ハク財團法人ハ財團其ノモノヲ法人ト看做シタルニ非ス、故ニ其存在ハ必要ナル條件ニ非ス、財團法人ニ於テモ財產ハ法人ノ目的ヲ達スルノ手段ニ外ナラス、社團法人ニ在リテハ社員アリテ以テ其目的ヲ達スルノ手段ヲ謀ス、然ルニ財團法人ハ社員ヲ有セサルカ故ニ之ヲ達スルノ手段ハ自ラ物的タラサル可ラス、從テ財團法人ニ於テハ財產ハ社團法人ニ於ケルヨリモ重要ナルハ論ヲ俟タスト雖トモ、其ノ成立ノ時ニ於テ現在ニ財產ヲ有セサル可カラスト云フ理由ナシ、將來ニ於テ財產ヲ取得スルノ方法確實ナルトキハ法人ノ成立ヲ妨ケス、例ヘハ設立者ハ主務官廳ノ許可ヲ得タルトキハ年々若干ノ寄附ヲナス可シ、或某財產ヨリ生スル將來ノ收益ヲ以テ法人ノ財產トナス可シト云フカ如キ場合ニハ其ノ收益ハ現在猶ホ存在セサルモ其ノ設立ヲ許可シテ可ナリト（Hölder, comnt. S. 189. Standinger Z. § 80. Derburg B. R. I § 92. II Enneccrus I S. 41. amn II）、我民法上直接ニ此點ヲ決定ス可キ材料ナシ、（一）寄附行爲ニハ資產ニ關スル規定ヲ揭ケサル可ラスト雖モ之レ敢テ資產ノ現存ヲ要求スルモノニ非ス、（二）第四十二條ニ於テハ寄附財產ノ歸屬ニ關スル規定アリト雖モ之レ寄附財產ノ現存スル場合ニ關スル規定ト解釋スル能ハサルニ非ス、然レトモ余ハ本法ノ解釋トシテ寧ロ舊說ヲ以テ正シトナスモノナリ、蓋シ民法ニハ設立行爲ノ文字ナク、常ニ寄附行爲ト稱ス、故ニ其語自身ニ於テ或目的ノ爲メニ財產ヲ提供スルノ義ヲ示スモノナリ、且ツ財團法人ハ財產其ノモノヲ法人トナスニ非サルハ勿論ナリト雖モ、財產ナクンハ吾人ハ財團法人ノ基礎タル組織體ノ存在ヲ認ル能ハス故ニ財團法人ノ觀念上モ財產ノ存在ヲ必要トス可シ、然シナカラ財產ノ存在トハ現實ニ物ノ存在スルヲ意味スルニ非ス、

設立者カ年々寄附ヲナス可キ債務ヲ負フカ如キ是レ財産ノ提供ナリ、其他財源ヲ指定シタル場合ニ於テ法人カ權利トシテ之ヲ要求スルヲ得ル場合ニ於テハ凡テ無形ノ財産ノ提供アルモノナリ、然レトモ財産ヲ取得ス可キ單ノ希望存スルノミニテハ財團法人成立スルヲ得ス、

(六)寄附行爲ノ撤回及取消

寄附行爲ハ(四)ニ述ヘタル如ク其書面ノ作成ニヨリ成立ス、然レトモ其效力ヲ生スルハ官廳ノ許可アリタル時ナリ、故ニ其效力ノ發生前ニ於テハ寄附行爲者ハ自由ニ之ヲ撤回スルヲ妨ケサルナリ、而シテ寄附行爲ノ撤回ニ付テハ法律ニ何等ノ明文ナシト雖モ、特別ノ方式ヲ要スル理由ナク、例ヘハ其書面ヲ破毀スルニヨリ撤回スルヲ得可シ、然レトモ既ニ之レヲ主務官廳ニ提出シタル後ナルトキハ撤回ノ意思表示モ亦主務官廳ニ對シテナスヲ要ス（Planck § 81. 5）

數人ニテ共同ニ寄附行爲ヲナシタルニ其內ノ一人カ撤回ヲナストキハ寄附行爲ハ全部無效トナル、蓋シ數人ニテ寄附行爲ヲナストキハ寄附行爲者ハ一定ノ數人共同シテ法人ヲ設立セントスルノ意思ヲ有スルモ、其共同者ヲ得サルモ猶法人ヲ作ルノ意思アルモノト見ルヲ得ス、故ニ一人カ脫退シタルトキハ他ノ者ノ法人設立ノ意思モ亦消滅ニ歸ス可ケレハナリ、而シテ撤回者ニ對シテ損害賠償請求權ヲ生ス可キヤ否ヤハ寄附行爲者間ノ契約關係ニヨリ定マル、

遺言ヲ以テ寄附行爲ヲナシタルトキハ遺言者ノ意思ハ之ヲ以テ相續人ヲ拘束セントスルモノナレハ相續人ニ於テ撤回ヲナスヲ得ス、遺言執行人ハ遺言ノ本旨ニ從ヒ執行ヲナスヲ要ス、許可カ拒絕セラレタル場合ニ於テハ第四十一條二項ノ結果遺贈ノ拋棄アリタルモノト同一ノ結果ヲ生ス可シ(一〇九七)、

寄附行爲ノ取消ハ之ヲ撤回ト判然區別スルヲ要ス、撤回ハ行爲ノ效力發生前ニ行ハル故ニ何等ノ原因アルヲ要セス、取消ハ既ニ效力ヲ生シタルモノヲ既往ニ溯リテ行爲ナカリシモノトナス行爲ナリ、故ニ法律上ノ取消原因アルヲ要ス、無能力、意思ノ瑕疵ハ主タル原因タリ、之等ノ原因アルトキハ寄附行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得、何トナレハ法律行爲ナレハナリ、而シテ凡テ第四章第四節ノ規定ニヨル可キモノナリ、故ニ寄附行爲ヲ取消ストキハ財團法人存在ノ基礎タル寄附行爲ハ始メヨリ存在セサリシモノト看做サル、カ故ニ、主務官廳ノ許可ノ存スルニモ拘ハラス法人ハ存在セサリシモノト看做サル、恰モ寄附行爲ナキニ主務官廳カ許可シタルト同一ノ結果トナル、社團法人ニ付キテモ同樣ノ問題ヲ生ス、民法ノ解釋論トシテハ右ノ結果ニ到着スルハ疑ナシ、然レトモ法人設立行爲ノ取消ハ第三者ニ影響ヲ及ス大ナルカ故ニ之ヲ禁スルカ或ハ善意ノ第三者ニ對

抗スルヲ得サルモノトスルカ、或ハ取消權ノ存續期間ヲ短縮スルカ適當ナル制限ヲ設クル必要アリトス（商法第百四十二條英會社法第十六條參照）

（七）寄附行爲ノ變更　寄附行爲ハ之ヲ變更スルヲ得ス、其ノ理由ハ（一）社團法人ノ定款ノ變更ニ付キテハ明文アルニ寄附行爲ノ變更ニ付キテハ規定ナシ之レ之ヲ許サルヽノ旨意ナリ、（二）社團法人ニ在リテハ設立者ハ社員トシテ永ク法人ト關係ヲ繼續ス故ニ社員多數ノ意思ニヨリ定款ヲ變更スルハ（社員ノ變更アルニモセヨ）猶設立者自ラ定款ヲ變更スルモノト見ルヲ得、故ニ主務官廳ノ許可ヲ得レハ之ヲ許シテ差支ナシ、然ルニ財團法人ニ在リテハ設立者ハ法人ノ成立ト共ニ關係ヲ絕ツ、故ニ後ニ至リテ之ヲ變更スレハ設立者ノ意思ニ戻ルニ至ルカ故ニ之ヲ許ス可ラス（梅博士民法要義第三十九條同說）、多數ノ學說ニ於テハ財團法人ノ目的ノ實行不能トナルカ又ハ事後ノ變遷ニヨリ公益ニ反スルニ至リタルトキハ官廳ハ其目的ヲ變更スルヲ得サル可ラストセリ（Hölder komt. S. 127. Gierke D. P. R. I § 78. Regelsberger Pand. S 92.）然シ我民法ニ於テハ寄附行爲ノ變更ニヨリ其目的ヲ變更スルノ途ナク、又前示ノ如キ場合ニ官廳ノ行爲ニヨリテ其目的ヲ變更スルノ途モナシ、固ヨリ我民法モ前示ノ如キ場合ヲ想像セサルニ非ス、然シ之ヲ以テ財團法人解散ノ原因トナシ、六八、或ハ主務官廳カ其許可ヲ取消シ得ル原因トナセリ（七一）、而シテ目的ノ變更ニ付キ規定スル所ナシ、故ニ官廳ハ目的變更ノ權限ヲ有セス畢竟解散ニ終ル可キナリ、然シナカラ寄附行爲ニ於テ明ニ理事ニ目的變更ノ權限ヲ與ヘタル場合ニ於テハ理事ハ主務官廳ノ許可ヲ得テ之ヲ變更スルコトヲ得、蓋シ此ノ場合ニ於テハ目的ノ變更ハ寄附行爲ノ旨趣ニ從フモノニシテ實ハ其ノ變更ニ非ス、故ニ其權限ニ基キ之ヲ爲スコトヲ得、

2、22、

第四十條　財團法人ノ設立者カ其名稱、事務所、又ハ理事任免ノ方法ヲ定メスシテ死亡シタルトキハ裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ之ヲ定ムルコトヲ要ス

（一）寄附行爲ノ補足事項ヲ本條ハ定メタルモノナリ、財團法人設立ノ意思ハ明白ナルモ寄附行爲ノ法定ノ必要事項ヲ欠クカ爲メニ法人成立スルヲ得ストセハ、公益ノ爲メニセントスル死者ノ公義心ヲ空フスルカ故ニ裁判所ヲシテ之ヲ補足スルコトヲ得セシム、社團法人ノ設立ニ當リテハ必ラス社員ノ生存スルアリ、故ニ定款ニ欠クル所アレハ設立者ヲシテ自ラ補足セシムルノ途アリ、之レ定款ニハ補足事項ナク獨リ

寄附行爲ニ補足事項アル所以ナリ、

補足シ得ル事項ハ名稱、事務所、及ヒ理事任免ノ方法ノ三者ナリ、目的及ヒ資產ニ關スル規定ハ補足スルヲ得ス、蓋シ此二者ハ財團法人ノ基礎中ノ基礎ナリ、裁判所之ヲ定メ得トセハ設立者ハ死者ニ非スシテ裁判所タルカ如キ奇觀ヲ呈ス可ク、且ツ死者ノ意思ニ背馳スルコトナキヲ保ス能ハサルカ故ナリ、裁判所ノ權限ハ本條列記ノ外ニ出ツル能ハス、故ニ所謂任意事項ヲ記入スルノ權限ナシ、蓋シ本條ノ旨意ハ死者ノ意思ヲ重シ法人ヲ成立セシメント欲スルニ外ナラス、任意事項ハ之ヲ記入スルナシト雖モ法人ノ成立ニ妨ケナケレハナリ、

(二)寄附行爲ヲ補足シ得ル場合　ハ設立者カ前示ノ三項ヲ定メスシテ死亡シタル場合ナリ、故ニ設立者カ之ヲ定メタル場合ニ於テハ裁判所ハ之ヲ變更スルヲ得ス、但シ其ノ定メ方不正確ナルカ爲メニ主務官廳ノ許可ヲ得ル能ハサル場合ニ於テハ之ヲ補足スルヲ得可シ、例ヘハ事務所ノ所在地ヲ定ムルニ單ニ業務某府トアリ漠然タルカ故ニ不可ナリトスルトキハ裁判所ハ其範圍內ニ於テ適當ニ之ヲ定ムルコトヲ得、

「死亡シタル場合」トハ生前處分ヲ以テ法人設立ヲ出願シ許可ヲ受クルニ及ハスシテ死亡シタル場合、及ヒ遺言ヲ以テ法人ヲ設立セントスル場合ヲ含ム、

第四十一條　生前處分ヲ以テ寄附行爲ヲ爲ストキハ贈與ニ關スル規定ヲ準用ス

遺言ヲ以テ寄附行爲ヲ爲ストキハ遺贈ニ關スル規定ヲ準用ス

(一)生前處分ニヨル寄附行爲　寄附行爲ハ第三十九條ノ(四)ニ述ヘタル如ク契約ニ非スシテ一方行爲ナリ、贈與ハ之ニ反シテ契約ナリ、故ニ贈與ノ規定ハ當然生前處分ニヨル寄附行爲ニ適用セラル可キニ非ス、然レトモ無償ニテ財產ヲ處分スルト云フ點ニ於テ相類似ス、故ニ贈與ニ關スル規定ヲ準用ス、實際準用アル可キ規定ハ第五百五十一條及ヒ第五百五十二條ナリ、寄附者ハ其提供シタル財產ノ瑕疵又ハ欠缺ニ付キ擔保ノ責ニ任セス、又寄附者カ定期ニ給付ヲナサントスル場合ニ於テハ寄附者ノ死亡ニヨリ給付義務消滅ス、然レトモ此準用規定ハ皆任意規定ナルカ故ニ寄附行爲ニ反對ノ意思明ナルトキハ準用ナシ、贈與ハ債權契約ナリ、故ニ本條ノ結果設立者ハ法人ニ對シテ財產ヲ移轉ス可キ債務ヲ負フニ止マル可キカ如キモ、次條第一項ノ規定ニヨリ反對ノ結果トナル、

（二）遺言ニヨル寄附行爲

此ノ場合ニハ遺贈ニ關スル規定ヲ準用ス、遺贈ハ死亡ニヨリ效力ヲ生ス可キ財産移轉行爲ナリ、而シテ遺贈カ效力ヲ生スルニハ遺言者死亡ノ時ニ於テ受遺者ノ存在ヲ必要トス（一〇九六）、然ルニ寄附行爲ニ於テハ受遺者ニ相當ス可キ法人ハ遺言者ノ死亡ノ時ニ於テハ未タ存在セス、遺言效力ヲ生シテヨリ寄附行爲ヲ主務官廳ニ提出シ其許可ヲ得ルニヨリ始メテ成立ス、故ニ二者ノ性質大ニ異ルアリト雖モ財産ノ死後處分タルハ一ナリ、故ニ明文ヲ以テ遺贈ニ關スル規定ヲ準用ス、

然ルニ遺贈ニ關スル規定ハ頗ル多シ、如何ナル範圍ニ於テ準用アル可キカハ詳細ナル研究ヲ要スト雖モ、主ナルモノハ(一)遺言ノ執行ニ關スル規定（一一〇六以下）(二)遺贈ノ拋棄ニ關スル規定（一〇八八其他）ハ主務官廳ノ許可ヲ得ル能ハサル場合ニ準用セラル可シ、猶次條ヲ見ヨ、(三)遺留分ニ關スル規定（一一三〇、一一三一一一三七、其他ノ準用アル可シ、

第四十二條　生前處分ヲ以テ寄附行爲ヲ爲シタルトキハ寄附財産ハ法人設立ノ許可アリタル時ヨリ法人ノ財産ヲ組成ス

遺言ヲ以テ寄附行爲ヲ爲シタルトキハ寄附財産ハ遺言カ效力ヲ生シタル時ヨリ法人ニ歸屬シタルモノト看做ス

（一）寄附財産ノ移轉

本條ハ寄附財産ノ移轉ヲ規定シタルモノナリ、

（イ）寄附財産ハ法律上當然

法人ニ歸屬ス可キカ、或ハ設立者ハ單ニ財産移轉ノ義務ヲ負擔スルノミニシテ之ヲ移轉セシムルニハ更ニ移轉行爲ヲ必要トスルヤ、是レ從來大ニ議論ノ存セシ處ニシテ法律ニ明文ナキ場合ニ於テハ設立者ノ意思ニヨリ決定ス可キ問題ナリ、然レトモ此ノ如キハ實際ニ不便ナルカ故ニ特別ノ明文ヲ設クルヲ可トナス、獨逸民法ハ債權主義ヲ取リ（八二）設立者ハ單ニ財産移轉ノ債務ヲ負擔スルモノトナス、本條ノ主義ハ之レト異リ物權主義ニシテ寄附財産ハ當然法人ニ歸屬スルモノトナス、第一項ニ於テハ「法人ノ財産ヲ組成ス」ト規定シ、第二項ニ於テハ「法人ニ歸屬シタルモノト看做ス」ト規定セルハ此旨意ナリ、吾民法ニ於テハ財團法人ハ財産ナクシテ成立スル能ハスト云フ根本ノ觀念ヲ認メタルカ故ニ、財團法人ハ其ノ成立ト同時ニ必ラス財産ヲ有スルヲ要スルカ故ナリ、

本條ノ結果寄附財產ハ當然法人ニ歸屬ス、然レトモ此ノ效力ハ設立者ト法人ノ間ノ關係ニ止マル、財產ノ移轉ヲ第三者ニ對抗セシムル爲メニハ更ニ對抗條件ヲ具備スルヲ要ス、即チ登記ヲ要スル物權ニ付キテハ登記ナクシテハ第三者ハ其移轉ヲ否認スルヲ得可ク、動產物權ナル時ハ引渡ヲ要ス、又寄附財產カ債權ナルトキハ之ヲ債務者ニ通知スルカ又ハ其承諾ヲ得ルニ非サレハ其移轉ハ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルヲ得ス（一七七・一七八、四六七、四六八）、

（ロ）寄附財產移轉ノ時期　生前處分ヲ以テ寄附行爲ヲナシタルトキハ法人設立ノ許可アリタル時ヨリ法人ノ財產ヲ組成ス（本條第一項）、遺言ヲ以テ寄附行爲ヲナシタルトキハ遺言カ效力ヲ生シタル時ヨリ法人ニ移轉シタルモノト看做ス（本條第二項）、遺言ヲ以テ寄附行爲ヲナス場合ニハ遺言者死亡シ遺言效力ヲ生シ、而シテ後相續人又ハ遺言執行人ヨリ寄附行爲ヲ主務官廳ニ提出シ許可ヲ求ムルヲ順トス、故ニ遺言カ效力ヲ生シタル時ニハ未タ法人ナシ、從テ理論上ハ遺言カ效力ヲ生シタル時ヨリ財產ノ法人ニ歸屬ス可キ謂ナシ、然レトモ此ノ理論ヲ貫クトキハ寄附財產ハ一旦相續人ニ移轉ス可キカ故ニ、相續人ハ有效ニ之ヲ處分スルヲ得ルヲ以テ、之ヲ處分シタルトキハ寄附者ノ目的ヲ達スル能ハサルニ至ル、是レ本條ニ於テ擬制ヲ以テ遺言效力ヲ生シタルトキヨリ法人ニ歸屬シタルモノト看做ス所以ナリ、而シテ前段（イ）ニ述ヘタル如ク財產ノ歸屬ハ物權的ナルカ故ニ相續人カ之ヲ處分シタルトキハ法人ハ物權ノ訴ニヨリ、第三者ニ對シ其ノ返還ヲ請求スルコトヲ得、又法人ハ遺言カ效力ヲ生シタル時ヨリ以後ノ果實ヲ取得スル權利アリ、前條第二項ノ規定アルニモ拘ハラス、第千九十四條ノ規定ヲ準用ス可キニ非ス、

（ニ）社團法人ノ財產歸屬　ニ關シテハ法律ニ明文ナシ、社團法人ハ財產ナクシテ成立シ得ルハ其性質上疑ナキ所ナリ、其定款ニハ資產ニ關スル規定ヲ要スト雖モ之レ敢テ其ノ成立ノ際ニ當テ財產ノ存在ヲ必要トスル旨趣ニ非ス、然シ通常ノ場合ニ於テハ各社員カ財產ヲ醵出シ以テ其活動ノ基礎トナスモノナリ、此ノ如キ場合ニ於テ社員ノ出資ハ法人ノ成立ト共ニ法律ノ作用ニヨリ當然法人ニ歸屬ス可キカ、或ハ法人ハ只出資ヲ要求スル請求權ノミヲ取得シ其行使ニヨリ財產ヲ取得ス可キカ、後說ヲ可トス、蓋シ我民法上財團法人ニ付キテハ本條ノ特別規定アルニモ拘ハラス、社團法人ニ付キテハ何等ノ規定ナシ、之レ其理由ノ一ナリ、又社團法人ノ設立者ノ意思ヲ案スルニ法人成立セハ之レニ對シテ財產ヲ移轉セントスルニ在ルモノヽ如シ、之レ理由ノ二ナリ、然ラハ其ノ出資タル物權又ハ債權ヲ法人ニ移轉スルニハ更ニ移轉行爲ヲ必

要トス可シ、且ツ對抗條件ノ具備ヲ要スルハ勿論ナリトス、社員ニ對シテ出資ヲ請求シ得ルモノハ法人自身ナリトス、社員相互ノ間ニ於テハ法人ノ爲メニ出資ヲナス可キコトヲ請求ス可キ權利ナシ、蓋シ法人設立行爲ハ一方行爲ナリ、社員ハ法人ニ對シ出資ヲナス可キ意思表示ヲナス、其ノ意思表示ノ效力ニヨリ社員ハ羈束セラル、ニ過キス、社員ハ他ノ社員ニ對シテ法人ノ爲メニ出資ス可キ契約(第三者ノ爲メニスル契約)ヲナスニ非ス、故ニ他ノ社員ニ對シ義務ヲ負フコトナシ、若シ出資義務ヲ以テ社員間ニ於ケル第三者ノ爲メニスル契約ニヨリ生スルモノト見ハ正ニ反對ノ結果トナル可シ(Vargl. Hellwig, verträge auf Leistung an Dritte 1899. § 12)、然レトモ此ノ如キハ實際ニ必要ナク却テ不便ナリ、

第四十三條　法人ハ法令ノ規定ニ從ヒ定款又ハ寄附行爲ニ因リテ定マリタル目的ノ範圍內ニ於テ權利ヲ有シ義務ヲ負フ

(二)法人ノ權利能力ノ範圍　法人格ハ法律ノ賦與スル所ナリ、故ニ其人格即チ權利義務享有能力ノ範圍モ亦法律ニヨリ之ヲ定ムルコトヲ得、法人ノ權利能力ノ範圍ヲ定ムルニ付キ從來二說アリ、

(イ)法人ノ權利能力ノ範圍ハ原則トシテ自然人ト同一ナリ、只個人ノ存在ヲ要件トスル權利義務ハ例外トシテ之ヲ有スルヲ得スト、之集合人說ニ基因スル說ナリ(Gierke, D. P. R. I. S. 515.)

(ロ)法人ハ或目的ノ爲メニ法律ノ設立セル人格ナリ、故ニ其目的ノ範圍內ニ於テノミ權利能力ヲ有スト、之擬制說ニ基因ス、

本條ハ第二ノ主義ヲ取リタルモノナルコト條文ノ文面ヨリシテ明瞭ナル所ナリ、故ニ法人ノ權利能力ハ(一)其目的ニヨリ制限セラレ、(二)法令ノ規定ニヨリ制限セラレ、(三)法人タルノ性質ニヨリ制限セラル、是等ノ範圍ヲ越ユルトキハ所謂越權行爲(Ultrr Uires)ニシテ、其行爲ハ無效ニシテ法人之レニヨリ權利ヲ取得スルヲ得ス、個々ノ場合ニ付テ述フレハ

(イ)公權　私法人ノ權利能力ハ私權ニノミ限ルニ非ス、其目的ノ遂行ニ必要ナル範圍ニ於テハ公權ヲ有ス、訴權ハ其尤モ著シキモノナリ、其他法令ノ規定ニヨリ或ハ議員ノ撰擧權ヲ有スルアリ(市制一二、町村制一二、二四、)其他納稅ノ義務ヲ負擔スルカ如キ普通ナリ、

(ロ)財產權　外國ニ於テハ法人ノ取得シ得可キ財產ノ額ヲ制限スルモノアリ、

或ハ特種ノ法人ニ限リ一定額以上ノ財產取得ニハ官廳ノ認可ヲ要ストスルモノアリ、蓋シ法人ノ財產非常ニ增加スルトキハ其ノ勢力强大トナリ、國家ノ存在ヲ脅カス虞アレハナリ、然シ我國ニ於テハ財產權ニ付キテハ制限ナシ、財產ハ社團法人ニ於テモ財團法人ニ於テモ其目的ヲ達スルニ必要ナル手段ト認メラルヽカ故ニ法律ニ制限ナキ限リハ無限ニ之ヲ有スルヲ得可シ、

(ハ)人格權

中自由、安全、健康ノ如キ人類ノ存在ヲ基礎トスルモノハ法人之ヲ有スルヲ得ス、反之著作權、特許權ノ如キハ法人之ヲ有スルヲ妨ケス、法人ニ名譽權アリヤ否ヤハ議論多キ處ナリ、名譽ノ本質ニ付キテハ議論多シ(Vergl. Binding. Ehre und ihre verlezbarkeit.)ト雖モ大別スレハ主觀客觀ノ二トナル、主觀說ニヨレハ名譽ハ自己ノ人格ニ對スル自覺ナリ(Bewußtsein des Eigenwerth)、客觀說ニヨレハ他人ヨリ受クル尊敬ナリ、多數說ハ後者ナリ(List. strafrecht S. 339. Mayer. strafr S. 514)、前說ニヨレハ名譽ハ外部ヨリ毀損シ能ハサルモノナリ、故ニ此種ノ論者ハ名譽毀損ハ不名譽ヲ歸スル積極的行爲ナリト解ス(Binding A. A. O.)、然レトモ敢テ不名譽ヲ歸セスト雖モ他人ノ名譽ヲ害スルコトアリ得ルヤ明ナリ、故ニ法律上ノ觀念トシテハ後說ヲ可トナス、

此客觀的意義ニ於テ法人モ亦名譽ヲ有ス、即チ第三者カ財產上ノ信用公益上ノ功績等ニ關シテ拂フ尊敬ハ法人ノ名譽ナリ、法人カ名譽ヲ有スル以上ハ自然人ノ名譽ヲ保護スルト同一ノ理由ニヨリ之ヲ保護スル必要アリ、第七百十條ニ於テハ他人ノ名譽ヲ害シタル場合云々トアリ、而シテ民法ハ始メハ人トハ自然人ヲ指シ法人ヲ包含セシメスト云フ態度ヲ取レリト雖モ、此用語法ヲ貫カス「或人」「他人」「一人」又ハ「數人」等ノ語アル場合ニ於テハ常ニ法人ヲ含ム、故ニ同條ヲ法人ニ適用スルモ何等ノ不都合ヲ見ス、我大審院モ亦法人ニ對スル誹譏罪ノ成立ヲ認ムルモノヽ如シ(大審院判決錄二五、一、九九)、

(ニ)親族權

親族權トハ親族關係ニ於テ生スル權利ノ總稱ナリ、他人ノ身體ヲ以テ客體トナスヲ以テ其特徵トス、親權、戶主權、夫權ノ如キ其例ナリ、後見人ノ權利ニ至リテハ其性質頗ル不明ナリ、親族編中ニ規定セラルト雖モ親族關係ヨリ生スルニモ非ス、又親族關係ヲ作ルニモ非ス、其性質前示數者ト大ニ異ナル所アリ、親族權中親權、夫權ノ如ク親族ノ關係ヲ前提トスルモノハ法人之ヲ有スルヲ得ス、然レトモ後見人ノ權利ノ如キハ之レヲ法人ニ與ヘ其機關ヲシテ之ヲ行ハシムルコトヲ得、例ヘハ孤兒ノ後見ヲ以テ目的トナス法人ノ如キ之レヲ許シテ可ナルニ非スヤ、後見人ノ權利ハ性質上法人ニ與フル能ハサル

モノニ非ス（Regelsberger Pand. § 81）我感化法（第八條）ハ感化院長ヲシテ親權ヲ行ハシム、之レ類似ノ場合ニ過キスト雖モ更ニ一歩ヲ進ムレハ法人ヲシテ其權利ヲ行ハシムル能ハサルニ非ス、

（一）目的ノ範圍　トハ目的ヲ達スルニ「必要ナル範圍」ノ義カ「相當ナル範圍」ノ義カ前者ハ狹キニ失シ法人ノ活動ヲ阻害スル怖アリ、故ニ後ノ如クニ解スルヲ至當トス、

（三）外國法人　本條ハ内國法人タル社團財團ニ限リ適用アリ、外國法人ニ付キテハ第三十六條ノ規定アリ、

第四十四條　法人ハ理事其他ノ代理人カ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス

法人ノ目的ノ範圍内ニ在ラサル行爲ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其事項ノ議決ヲ賛成シタル社員、理事及ヒ之ヲ履行シタル理事其他ノ代理人連帶シテ其賠償ノ責ニ任ス

（一）法人ノ不法行爲能力　不法行爲ノ責任能力ノ根據ハ意思能力ニ在リ自然人ト雖モ意思能力ナキモノハ不法行爲ノ責任ヲ負フコトナシ（七一二、七一三）、若シ不法行爲ハ故意又ハ過失ニヨル他人ノ權利侵害行爲ナリ（七〇九）、然ルニ意思能力ナキ者ニハ故意ナク過失ナク又廣ク行爲ナルモノアリ得可ラサレハナリ、故ニ法人ニ不法行爲能力アリヤ否ヤハ法人ニ意思アリヤ否ヤノ根本問題ニヨリ決ス、集合人說ヲ奉スル學者ハ法人ノ意思ヲ認ム、故ニ其當然ノ論結トシテ其ノ不法行爲能力ヲ認メ（Gierke, D. P. R. I. § 67. Derselbe genossenschaftstheorie S. 607. Regelsberger Pand. § 83. S. 327.8）、法人ノ機關カ其權限内ニ於テ爲シタル不法行爲ハ機關ノ不法行爲ニ非スシテ法人其ノモノヽ不法行爲ナリトス、反之羅馬法以來ノ擬制說ニヨレハ法人ニ不法行爲ナシ Societas delinquere non potest 曰ハク法人ハ法ニヨリ認メラレタル目的ノ範圍内ニ於テ存在ヲ有ス、而シテ法ハ不法ヲ認ムルコトナシ、故ニ若シ法人カ不法行爲ヲナスナラハ之レ其ノ目的ノ範圍ヲ越ユル行爲ナラサル可ラス、目的ノ範圍ヲ越ユレハ法人アルコトナシ、此故ニ法人ニ不法行爲ナシト又曰ハク法人ハ自ラ活動ヲナスコトナシ、其活動ハ代理人ノ行爲ニ因ル、然ルニ不法行爲ノ代理ハ何人モ認メサル所ナリ、故ニ代理人ノ不法行爲ニヨリテモ法人責任ヲ負擔スルコトナシト（Savigny system II S. 316）、我民法ハ第二說ヲ取ル、代理人カ不法行爲ヲナシタルトキハ其責任ハ代理人自

第ノ後

ヲ之ヲ負ヒ法人ニ責任ナシトスルヲ根本ノ觀念トス、(一)理由書ニ「法律ハ固ヨリ法人ニ不法行爲ヲナスノ能力ヲ與フルモノニ非ス」云々トアリ、(二)又若シモ第一說ヲ取リタルモノト假定セハ本條第一項ノ如キハ言ヲ俟タサル所ナリ、然ルニ特ニ之ヲ設ケタルハ其根本ノ觀念ニ於テ法人ニ責任ナシトスルカ故ニ其必要ヲ生シタルカ故ナリ、(三)理事ハ我民法上所謂法人ノ機關ニ非スシテ法人ノ代理人ナリ（次節總說參考）、故ニ若シモ理事ノ不法行爲ニ付キ法人カ當然責任ヲ負フモノトセハ之レ不法行爲ノ代理ヲ認ムルノ非理ニ毀ル可シ、

(二)理事ノ不法行爲ニ對スル責任

法人ハ不法行爲能力ナク、理事ノ不法行爲ニ付キテハ獨リ理事ノミ責任ヲ負フ可キモノナルコト、(一)ニ述フルカ如シ、然レトモ此ノ如クセハ被害者ハ理事其他ノ代理人ヲ訴フルヲ得ルモ法人ヲ訴フルヲ得ス、而シテ理事其他ノ代理人ニシテ資力ニ乏シキトキハ被害者ハ十分ナル救濟ヲ受クル能ハス、故ニ法人ハ次第ニ信用ヲ失シ人法人ト取引ヲ爲スヲ好マサルニ至ル可シ、此ノ故ニ法人ノ信用ヲ維持スルノ目的ヲ以テ特ニ本條第一項ノ規定ヲ設ケ、代理人カ其業務ヲ行フニ付キ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ法人自身ニ賠償ノ責ニ任スルモノトス、故ニ法人ノ責任ハ自己ノ行爲ニ對スル責任ニ非スシテ理事ノ行爲ニ對スル責任ナリ、故ニ法人ニ責任アルニハ理事ノ行爲カ責任ヲ生ス可キ行爲ナルヲ前提トス、此ノ如クニ法人ニ責任ヲ負ハスト雖モ之レ專ラ被害者保護ノ爲メニスルモノニシテ、理事其他ノ不法行爲者ヲ保護スルモノニ非ス、故ニ理事其他ノ代理人ハ之ニヨリ自己ノ不法行爲ニ對スル責任ヲ免カルヽヲ得ス（同旨三九、一〇、三、大審院判決）、被害者ハ其選擇ニ從ヒ法人又ハ理事ヲ訴フルコトヲ得可シ、此ノ如ク法人ハ被害者ニ對シテハ責任ヲ負フト雖モ法人ト理事トノ關係ハ本條ノ直接ニ規定スル所ニ非ス、其實質上ノ關係ニヨリ別ニ之ヲ定メサル可ラス、而シテ理事カ賠償ヲナシタルカ爲メニ法人カ責任ヲ免カレタル場合ニ於テハ理事ハ法人ニ對シ求償權ナシ、蓋シ是レ本來理事ノ不法行爲ナレハナリ、反之法人カ賠償ヲナシタルニヨリ理事カ責任ヲ免カレタル場合ニ於テハ法人ハ求償權ヲ有ス、蓋シ理事ハ法人ノ賠償ニヨリ自己ノ責任ヲ免カレ利得ヲナスモノナレハナリ、此點ニ付テモ若シ第一說ノ如ク法人自身ニ不法行爲アリトセハ被害者ハ法人ヲ訴ヘ得ルモ理事ヲ訴フル能ハサル可シ、蓋シ其行爲ハ法人ノ行爲トナリ理事ノ行爲ニ非サル可ケレハナリ（Holder N. P. J. person S. 66. 同論）、又從テ理事ニ對スル法人ノ求償權ヲ否認セサル可ラス、理事其他ノ代理人ノ不法行爲ニ付キ法人カ責任ヲ負フハ「其職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル」場合ニ限ル、例ハ戲場ノ理事カ興行ノ爲メニ他人ノ著作權ヲ侵

害シ、又ハ病院ノ理事カ其設備ニ關シ他人ノ特許權ヲ犯スカ如キ或ハ法人ノ爲メニ法律行爲ヲナスニ當リ詐欺ヲ行フカ如キ之ナリ、要スルニ其代理事務執行ニ關スルヲ要ス、

(三)法人ノ目的ノ範圍內ニ在サル行爲　ニヨリ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テハ法人ハ責任ヲ負ハス、之レ反對ノ明文ナキカ故ニ理論上明ナリトス、此場合ニ於テハ(一)其行爲ヲナシタル理事其他ノ代理人、(二)自ラ其事ヲ行ハスト雖モ之ヲ贊成シタル理事、(三)社團法人ニ在リテハ社員總會ニ於テ其事項ヲ贊成シ議決ニ至ラシメタル社員連帶シテ賠償ノ責ニ任ス(連帶ニ付テハ第三編第一章第三節第三款ヲ見ヨ)、

(四)法人ノ法律行爲能力　ニ付テハ次節總說ヲ見ヨ、

(五)法人ノ犯罪能力　ニ付キテハ本法別ニ規定スル所ナシ、多數ノ學者ハ法人ニ犯罪ナシト云フ(Savigny syst. II S. 310. Meyer strafr. S. 147. List strafr. S. 123.)、然シ租稅法等ニ於テ法人ニ罰金刑ヲ課スルコトナキニ非ス、本問ハ刑法ニ屬スルカ故ニ茲ニハ詳論セス、

第四十五條　法人ハ其設立ノ日ヨリ二週間內ニ各事務所ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲スコトヲ要ス

法人ノ設立ハ其主タル事務所ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲スニ非サレバ之ヲ以テ他人ニ對抗スルコトヲ得ス

法人設立ノ後新ニ事務所ヲ設ケタルトキハ一週間內ニ登記ヲ爲スコトヲ要ス

(一)法人登記ノ主義　本法ニ於テハ法人ノ登記ハ法人ノ設立其他法人ニ關スル事項ヲ第三者ニ公示スル手段ナリ、即チ實質上生シタル事實ヲ第三者ニ對抗セシムル條件タリ(四五、二、四六、二)故ニ左ノ意味アリ、

(イ)登記前ニ於テハ實質上生シタル事實ト雖モ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルヲ得ス、第三者ハ之ヲ否認スルヲ得、

(ロ)事實上生シタル事實ハ登記前ニ於テモ第三者ヨリ之ヲ認ムルヲ妨ケス、

(ハ)登記アリト雖モ事實上存在セサル事實ハ之ニヨリ存在セルモノト看做サルヽコトナシ、即チ登記ハ事實ノ公示手段ナルカ故ニ登記ニヨリ事實ハ變セス、

(ニ)事實上存在スル事實ヲ登記スルトキハ其效力ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得、

以上ノ場合ニ於テ凡テ第三者ノ善意ト惡意ヲ區別スルナシ、之レ我法人登記ノ主義ナリ、不動産登記ト同主義ナリ、此ノ故ニ法人ハ實質上成立セルモ第三者ニ對抗スルヲ得サル場合ヲ生スルヲ免カレス、外國ニ於テハ登記ニ大ナル效力ヲ附シ登記ヲ以テ成立ノ要件トナスモノアリ、是却テ便トス可キカ、因ニ法文ニハ他人ニ對抗云々トアリ、他人トハ第三者ト云フト同シク設立者主務官廳以外ノ人ヲ指ス（同論梅博士要義四十五條反對論富井博士民法原論一卷二一四）、

(二)登記ノ種類　ハ設立ノ登記（四五）、登記事項變更ノ登記四六（二）、事務所ノ新設移轉ノ登記（四八）ノ三種トナス、

(三)設立ノ登記　本條ハ設立ノ登記ヲ規定シタルモノナリ、本條第二項ノ登記アル迄ハ法人ノ設立ヲ以テ他人ニ對抗スルヲ得ス、

(イ)登記事項　ハ次條ニアリ

(ロ)登記ノ時期　ハ設立ノ日ヨリ二週間内ナリトス、但シ新ニ事務所ヲ設ケタルトキハ其期間ハ一週間トス（三項）、而シテ官廳ノ許可ヲ要スルモノハ許可書ノ到達シタルヨリ登記ノ期間ヲ起算ス（四七）、理事カ其期間ヲ怠リタルトキハ過料ニ處セラル（八四、一）、然レトモ期間經過ノ後ト雖モ登記官吏ハ其受理ヲ拒ミ得ルニ非ス、

(ハ)登記ノ手續　ハ非訟事件手續法第百十七條以下ヲ見ヨ、

第四十六條　登記スヘキ事項左ノ如シ

一　目的
二　名稱
三　事務所
四　設立許可ノ年月日
五　存立時期ヲ定メタルトキハ其時期
六　資産ノ總額
七　出資ノ方法ヲ定メタルトキハ其方法
八　理事ノ氏名、住所

前項ニ掲ケタル事項中ニ變更ヲ生シタルトキハ一週間

内ニ其登記ヲ爲スコトヲ要ス登記前ニ在リテハ其變更ヲ以テ他人ニ對抗スルコトヲ得ス

(一)第一項ハ登記事項ヲ定メタルモノニシテ財團法人社團法人ニ共通ナリ、法人ハ其設立ノ時ニ當リ必ラス、本項ノ登記ヲナスヲ要ス、而シテ其登記ハ第四十五條一項ノ規定ニヨリ各事務所ニ於テ爲ス可キモノナリ、右事項中第三號ニ「事務所」トアルハ主タル事務所ノミナラス凡テノ事務所ヲ指ス、凡テノ事務所ヲ凡テノ事務所所在地ノ登記所ニ於テ登記スルヲ要ス、又第七號「出資ノ方法」云々トアルハ社團法人ニ在リテハ社員ノ金錢其他ノ財産ヲ醵出スル方法ヲ指ス、例ヘハ年々又ハ月々若干宛ト云フカ如シ、財團法人ニ在リテモ設立者カ一時ニ財産ヲ寄附セスシテ年々又ハ月々ニ寄附スルコト稀ナラス、此ノ場合ニ於テハ其方法ヲ登記ス又財團法人社團法人ニ於テ一時ニ財産ノ全部ヲ醵出スルトキハ其旨ヲ登記スルヲ要ス

登記申請書ニ本條第一項ノ事項ヲ具備セサル場合ニ於テハ登記官吏ハ其申請ヲ却下スルヲ得可シ、然ルニ登記官吏カ之レヲ故意又ハ過失ニヨリ受理シ法人登記簿ニ登錄シ公告シタル場合ニ於テハ其效力如何、登記全部カ無效タル可キカ或ハ其登記アリタル事項ハ有效ニ登記アリタルモノト看ラル可キカ、本條第一項ニハ「登記ス可キ事項左ノ如シ」トアリ、故ニ本項ニ示ス事項ヲ悉ク登記スルニ非サレハ法律ノ要求スル登記ナキモノナリ、然レトモ之等ノ事項ヲ必シモ同時ニ登記スルノ必要アルコトナシ、法定ノ期間内ニ其事項ヲ登記シ終レハ可ナリ、故ニ欠缺アル登記ハ效力ヲ生スルコトナシト雖モ之ヲ補足シタルトキハ補足シタル時ヨリ效力ヲ生スルモノトス、

(二)第二項ハ登記事項變更ノ登記ヲ規定シタルモノナリ、但シ事務所ノ變更ニ付テハ第四十八條ニ別ニ規定アリ、登記事項ニ變更アリタルトキハ一週間内ニ其登記ヲナスヲ要ス、「其登記」トハ變更アリタル事項ノ登記ヲ云フ、全部ヲ新ニ登記スルニ及ハス、登記以前ニ在リテハ變更ヲ以テ他人ニ對抗スルヲ得ス、他人ハ現ニ登記シアリタル事實存スルモノト看做スコトヲ得、例ヘハ理事ノ變更アル場合ニ之ヲ登記セサルトキハ他人ハ登記シアリタル人ヲ以テ理事タルノ權限アルモノト看做スコトヲ得、

本條第一項ノ登記事項中第五號及ヒ第七號ハ其存スル場合ニハ之ヲ登記セサル可ラサルハ勿論ナリト雖モ其存セサル時ハ登記スルヲ得サルモノナリ、「存立時期ノ定ナシ」「出資方法ノ定ナシ」トノ登記ヲナス可シト解スルカ如キハ法文ヲ

情讀セサル者ナリ、法人設立ノ際ニ當リテハ是等ノ事項存セサルカ故ニ登記セス、然ルニ後ニ至リ之ヲ定メタル場合ニハ本條ノ適用ヲ受ケ、變更ノ登記ヲナサヽル可ラサルカ曰ハク然ラス、之レ登記事項ノ變更ニ非ス、登記事項ノ變更トハ現ニ登記シアル事項ノ變更ヲ云フ、故ニ登記シアラサル事項ヲ新ニ定ムルモ之ヲ登記事項ノ變更ト云フヲ得ス、故ニ一週間内ニ之ヲ登記セスト雖モ理事ハ過料ニ處セラルヽコトナシ、然レトモ之等ノ事項ハ登記ス可キ事項ニシテ又登記スルニ因リテ第三者ニ對抗シ得ル事項ナリ、故ニ理事ハ其ノ登記ヲ申請スルコトヲ得、又登記前ニ於テハ第三者ニ對抗スルヲ得サルノミ、

第四十七條　第四十五條第一項及ヒ前條ノ規定ニ依リ登記スヘキ事項ニシテ官廳ノ許可ヲ要スルモノハ其許可書ノ到達シタル時ヨリ登記ノ期間ヲ起算ス

(一)**登記期間ノ特別起算點**ヲ本條ハ定メタルモノナリ、第四十五條第一項ニ於テハ登記期間ハ設立ノ日ヨリ二週間トアリ、前條第二項ニ於テハ登記事項ニ變更ヲ生シタル時ヨリ一週間内ニ登記ス可キモノトセリ、然ルニ登記事項ハ官廳ノ許可ヲ待テ始メテ成立スルモノ多シ、而シテ其成立ト同時ニ期間ノ計算ヲ始ムル可シトスルハ理ニ於テ不可ナル所ナシト雖モ、官廳所在地ト設立者或ハ法人事務所ト遠隔セル場合ニ於テハ官廳カ許可ヲ與ヘタル日ト當事者カ許可書ヲ受取ル日トノ間ニ若干ノ日數ヲ要スルコトアル可キヲ以テ、前示ノ主義ヲ貫クトキハ其期間ハ事實上著シク短縮セラルヽ結果トナラサルヲ得ス、此故ニ許可書到達シタル時ヨリ登記ノ期間ヲ起算ス可キモノトス、

(二)**事務所移轉ノ登記**ニ本條ノ規定ハ適用アル可キカ、事務所ハ定款ノ必要事項ナリ、其變更ハ第三十八條第二項ニヨリ官廳ノ許可ヲ要スル事項ナリ、本條ノ適用ニヨリ許可書ノ到達シタルトキヨリ一週間内ニ登記ス可キカ、或ハ次條ノ規定ニヨリ事務所ヲ事實上移轉シタル時ヨリ其期間ヲ計算ス可キカ、後說ヲ正シトス、蓋シ事務所移轉ノ許可ノ如キハ豫メ之ヲ求ムルコト多シ、例ヘハ次ノ事業年度ヨリ事務所ヲ移轉セントスルニ其許可書今日到達セリトセハ今日ヨリ一週間内ニ之ヲ登記スルハ甚シク事實ニ反ス可シ、登記ノ目的ハ事實ヲ公示スルニ在リ、未タ事實上移轉セサルニ其登記ヲ強制ス可キ理由ナシ、

第四十八條　法人カ其事務所ヲ移轉シタルトキハ舊所在地ニ於テハ一週間内ニ移轉ノ登記ヲ爲シ新所在地ニ於

テハ同期間内ニ第四十六條第一項ニ定メタル登記ヲ爲スコトヲ要ス
同一ノ登記所ノ管轄區域内ニ於テ事務所ヲ移轉シタルトキハ其移轉ノミノ登記ヲ爲スコトヲ要ス

(一)**事務所移轉ノ登記**　ヲ本條ハ規定シタルモノナリ、甲登記所ノ管轄區域内ヨリ乙登記所ノ管轄區域内ニ移轉シタルトキハ舊所在地ニ於テハ單ニ移轉セル旨ノ登記ヲナシ、新所在地ニ於テハ設立ノ登記ト同一ノ事項ヲ登記スルヲ要ス（第一項）同一ノ登記所ノ管轄區域内ナルトキハ單ニ移轉セル旨ノ登記ヲナセハ足ル（第二項）

(二)**登記ノ期間**　登記ノ期間ハ二週間ニ非スシテ一週間ナリ、第一項ノ場合モ第二項ノ場合モ共ニ然リ、而シテ其ノ期間ハ前條ニ於テ述ヘタルカ如キ理由ニヨリ事實上事務所ヲ移轉シタル時ヨリ起算ス、法文ニ「移轉シタルトキ」トアルハ移轉ノ許可ヲ受ケタルトキノ義ニ非ス、移轉ノ事實ヲ指ス、

第四十九條　第四十五條第三項第四十六條及ヒ前條ノ規定ハ外國法人カ日本ニ事務所ヲ設クル場合ニモ亦之ヲ適用ス但外國ニ於テ生シタル事項ニ付テハ其通知ノ到達シタル時ヨリ登記ノ期間ヲ記算ス
外國法人カ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テハ他人ハ其法人ノ成立ヲ否認スルコトヲ得、

(一)**外國法人ノ登記**　ヲ本條ハ規定ス、外國法人ハ當然第三十六條ニヨリ成立ヲ認可セラル、故ニ登記ハ其成立ノ要件ニ非ス、然レトモ日本ニ事務所ヲ設クル場合ニ於テハ其事務所ノ所在地ニ於テ登記ヲナス迄ハ他人ハ其成立ヲ否認スルコトヲ得、但シ他人ヨリ其成立ヲ認ムルヲ妨ケス、日本ニ事務所ヲ設ケサルモノニ至リテハ全ク登記ノ義務ナク、登記ナシト雖モ他人ハ其成立ヲ認メサルヲ得ス、是權衡ヲ失スルニ似タリト雖モ却テ然ラス、(一)日本ニ事務所ヲ設クルモノハ

登記ヲ強制スルヲ得レトモ事務所ヲ設ケサルモノハ之ヲ強制スルヲ得ス、(二)日本ニ事務所ヲ設クルモノハ日本ニ於テ大ニ活動セントスルモノナリ、故ニ其目的組織等ヲ公示セシムル必要アリ、日本ニ事務所ヲ設ケサルモノハ我國ニ於テ取引ヲナス少ナキモノナリ故ニ登記セシメサルモ弊害大ナラス、

(二)其登記事項　及ヒ登記ノ期間、登記事項變更ノ登記、事務所移轉ノ登記等凡テ內國法人ト同一ノ規定ニ從ハシム(四五、三、四六、四八)、但シ登記事項變更ノ場合ニ於テ外國ニ於テ生シタル事項例ヘハ理事ノ更迭、目的ノ變更、等ニ付キテハ其通知ノ日本ニ於ケル事務所ニ到達シタル時ヨリ登記ノ期間ヲ起算ス、其理由ハ第四十七條ヨリ類推ス可シ、

(三)罰則ノ適用　アリヤ、外國法人カ日本ニ事務所ヲ設ケ第四十五條第三項ノ登記ヲナサヽル場合ニハ第八十四條ニヨリ外國ニ在ル其ノ理事ニ過料ヲ課スルヲ得ルヤ、之レ理論上不能ニ非サルニ似タレトモ裁判所ノ管轄及ヒ執行ニ關スル方法ヲ欠クカ故ニ實際行ハレ難シ、公益ニ反スル行動ヲナスアラハ行政上ノ手段ニヨリ之ヲ取締ルヨリ外途ナシ、

外國法人カ日本ニ事務所ヲ設ケ第四十五條三項ノ登記ヲナスニハ日本ニ於ケル代表者ヲ定ムルヲ要ス(非訟事件手續法一二四、二〇二)、而シテ後第四十六條第四十八條ノ登記ヲ怠リタル場合ニハ其代表者ヲ過料ニ處スルヲ得ルヤ、是疑問ナリ、何トナレハ第八十四條ニハ法人ノ理事、監事、又ハ清算人トアリ故ニ代表者カ之等ノ資格ヲ有スルモノニ非サルトキハ適用ナキニ似タリ、宜シク改正商法第二百六十二條ニ倣ヒ日本ニ於ケル代表者ヲ罰シ得ル途ヲ開ク可シ、

(四)本條ノ適用　ヲ受クルモノハ第三十六條ニヨリ認可セラレタル外國法人ナリ、然ルニ其ノ中商事會社ニ付キテハ商法第二百六十二條以下ノ規定存スルカ故ニ直接ニ本條ニ依ラス、又外國ノ國家行政區畫ハ日本ニ事務所ヲ設クルカ如キコト想像シ易カラス、故ニ實際適用アルハ外國ノ公益法人ナル可シ、然ルニ外國ノ公益法人ハ第三十六條ニヨリ當然成立ヲ認可セラレス、故ニ將來特別法又ハ條約ニヨリ其ノ認可ヲ受ケタルモノアル場合ニ始メテ適用ヲ見ル可シ、

第五十條　法人ノ住所ハ其主タル事務所ノ所在地ニ在ルモノトス

(一)本法ノ住所　トハ人ノ生活ノ本據地ナリ(二一)、然ルニ法人ハ生活ヲ有セス、從テ住所ナキ理ナリ、然レトモ法人カ權利義務ノ主體トナリ裁判上裁判外ノ法律活動ヲナスニハ其中心點ヲ定ムルノ必要ナルハ自然人ト異ルコトナシ、此故ニ

本條ヲ以テ主タル事務所ノ所在地ヲ以テ其ノ住所トナス、

(二)主タル事務所　事務所數個アル場合ニハ其主タル事務所ノ所在地ヲ住所トナス、而シテ何レカ主タル事務所ナリヤハ登記ニヨリ定マル、即チ事務所ヲ登記スルニハ其主タルモノヲ指示スルヲ要スルナリ、事務所一個ナルトキハ其事務ノ所在地即チ住所ナリ、

第五十一條　法人ハ設立ノ時及ヒ毎年初ノ三个月内ニ財産目錄ヲ作リ常ニ之ヲ事務所ニ備ヘ置クコトヲ要ス但特ニ事業年度ヲ設クルモノハ設立ノ時及ヒ其年度ノ終リニ於テ之ヲ作ルコトヲ要ス

社團法人ハ社員名簿ヲ備ヘ置キ社員ノ變更アル毎ニ之ヲ訂正スルコトヲ要ス

(一)財産目錄　ハ財産ノ種類數量等ヲ記載セル書面ナリ、之レヲ現物ト引合ハセ其ノ散亂私消等ヲ檢スルノ具トナス、(一)其作製ノ時ハ設立ノ時、相(當期間内)及ヒ爾後毎年始メノ三ヶ月内、事業年度ノ設アルモノハ設立ノ時及ヒ毎事業年度ノ終リトス、(二)之ヲ、事務所ニ備ヘ付クルヲ要ス、(事務所數個アル場合ニ於テハ各事務所ニ備ヘ付ク可シ)、又之ヲ常ニ備付クルヲ要ス、但シ一通作製スレハ可ナリ、二通ヲ作リ一通ヲ官廳ニ提出スルノ要ナシ、尤モ第六十七條ノ規定ニヨリ官廳ハ其監督權ノ作用ニヨリ特定ノ法人ニ對シテ財産目錄ノ提出ヲ命スルコトナキニ非ス、(三)財産目錄ノ作製ハ社團法人財團法人ニ共通ノ義務アリ、

(二)社員名簿　ハ社員ノ氏名ヲ記載シタル帳簿ナリ、社團法人ニノミ適用アルハ言ヲ俟タス作製ノ時期ニ付テハ明文ナシト雖モ性質上設立ノ當時ニ於テ作ル可キモノナリ、爾後ハ社員ノ變更アル毎ニ之ヲ訂正スルヲ要ス、毎年又ハ毎事業年度ニ於テ新ニ作製スルノ要ナシ、而シテ財産目錄ト同シク各事務所ニ備置ク可キモノナリ、

社員ノ「氏名」以外如何ナル事項ヲ之ニ記載ス可キカハ法律ニ明文ナシ、只社員タルノ人ヲ知ルニ足ル可キ程度ナレハ法律上ノ要求ハ滿サル可シ、然レトモ主務官廳ハ其監督權ノ作用ニヨリ記載ス可キ事項ヲ指定スルヲ得、例ハ住所年齡又變更ノ場合ニ於テハ其年月日及ヒ原因等ヲ記載セシムルヲ得可シ、

(三)作製者　財産目錄、及ヒ社員名簿ヲ作製ス可キ義務アルモノハ法人ノ理事ナ

リ、理事ハ其事實ヲ誠實ニ記載セサル可ラス、本條ノ規定ニ違反スルトキハ第八十四條ノ制裁アリ、

第二節　法人ノ管理

(一)法人管理ノ意義　法人ハ無形ノ權利主體ナリ、故ニ自ラ活動スル能ハス、其活動ハ自然人ノ力ニ依ラサル可ラス、之レ如何ナル學說ヲ取ルモ疑ナキ所ナリ、本法ニ於テ法人ノ管理トハ法人ノ爲メニスル自然人ノ活動ヲ意味ス、即チ本節ニ於テハ理事、監事、社員總會、及ヒ官廳カ如何ナル規則ニ從ヒテ法人ノ爲メニ活動ス可キカヲ示ス、

(二)法人管理人ノ性質　法人管理人ナル語ハ先例ナキ所ナリ、余ハ法人ノ爲メニ活動スル種々ノ自然人ヲ總稱センカ爲メニ此ノ語ヲ假用スルモノナリ、法人管理人ノ性質ニ關シ、從來二說アリ、集合人說ニヨレハ其性質ハ機關ニシテ擬制說ニヨレハ代理人ナリ、

(イ)機關說　機關(Organ)ナル語ハ何人カ始メテ用ヒタルヤ明ナラスト雖モ今日ニ於テハ法律上ノ語トナレリ、民法ニ後見ノ機關ナル語アリ、商法ニハ會社ノ機關ナル語アリ、機關ナル語ハ本來生物學上ノ語ニシテ機關ヲ有スルモノヲ有機體(Organisums)ト稱ス、機關ハ有機體ノ一部ヲナスモノニシテ獨立存在ノ目的ヲ有セス、故ニ機關ノ作用ハ有機體全體ノ作用ト見做サルヽモノナリ、例ヘハ人間ノ手ハ人間ノ一部ヲ成シ手ハ手トシテ獨立ノ目的ヲ有セス、手ノ作用ハ人間ノ作用ト見做サル、此觀念ヲ法人ニ應用シテ以テ法人ト其管理人ノ關係ヲ說明セントスルモノハ機關說ナリ、(Regelsberger § 82. Gierke genossenschaftstheorie S. 614 ff.)、故ニ機關說ニヨレハ社團法人ノ社員及ヒ法人ノ理事ハ法人ノ一部ヲナスモノニシテ其作用ハ社員理事一個人トシテノ作用ニ非スシテ法人其ノモノヽ作用ト見做サル、法人ニ意思アリ行爲能力アリトナス說ハ機關說ト相牽聯ス、

(ロ)代理人說　(Theorie der stellvertretung) 代理ノ觀念ニハ常ニ二個ノ人格ヲ必要トス、代理人及ヒ本人即チ被代理人之ナリ、代理人ハ本人ノ一部ニ非スシテ獨立シタル人格ナリ、即チ此說ニ從ヘハ法人ノ管理人ハ法人ノ一部ヲ形成スルモノニ非スシテ獨立ノ權利主體ナリ、管理人ノ行爲ハ法人ノ行爲ニ非スシテ管理人ノ行爲ナリ、只其效力法人ニ及フニ過キス、ヘルデルハ(Hölder. N. U. J. person S. 55 ff.)社團法人ノ總會モ亦代理ナリト論セリ、曰ク多數者ノ意思カ少數者ヲ覊束スルハ實ハ少數者ハ多數者ニヨリ代理セラルヽモノナリト、

(八)我民法ノ論　トシテハ一概ニ論斷スルヲ得ス、(一)理事ハ法人ノ代理人ニシテ機關ニ非ス、法文ニ「理事ノ代理權」(五四)、或ハ「理事其他ノ代理人」(四四)「理事ハ法人ヲ代表ス」(五三)等ノ文字アリ、之レ理事ヲ以テ代理人ト看做シ規定ヲ立テタル證據アリ、且ツ我民法ノ主義ニ於テハ理事ハ必シモ社員タルヲ要セス、社員ニ非サル第三者ヲ以テ法人ノ一部ヲ成ス機關ナリト說クハ妥當ヲ欠ク、(二)社員總會ハ之レト異リ代理人ニ非スシテ法人ノ機關ナリ、何トナレハ總會ハ獨立ノ人格ヲ有セス、總會ノ決議ハ總會ノ意思ニ非ス、社員カ一定ノ規則ニ從ヒ總會ニ於テ表示シタル意思ハ直接ニ法人ノ意思ト看做サルヽナリ、故ニ社員總會ハ法人ノ代理人ニ非スシテ法人ノ意思機關ナリトスルヲ正當トス、(三)監事ハ法人ノ活動ヲ管督スルヲ以テ職務トナス法人ノ役員ナリ、代理人ニモ非ス機關ニモ非ス、

機關ノ本來ノ意義ハ前(イ)ニ示スカ如シ、然シ近來ノ法律語トシテハ如此ニ嚴格ニ非ス、廣ク或目的ノ爲メニ設ケラレタル手段ヲ機關ト云フ、此ノ意味ニ於テハ理事監事モ亦之ヲ機關ト稱スルヲ妨ケス、余モ亦此ノ廣義ノ用方ニ從フコトアル可シ、

(三)管理人ノ種類

(イ)理事（Vorstand.）ハ社團法人財團法人ニ共通ノ管理人ニシテ必ラス之ヲ置クヲ要ス、故ニ人或ハ之ヲ必要機關ト稱ス、其職務ハ法人ヲ代表シ定款寄附行爲ニ定メラレタル事項及ヒ社員總會ノ決議ヲ執行スルニ在リ、故ニ又代表機關或ハ執行機關ノ名アリ、

(ロ)社員總會（Mitgliedversammlung.）ハ社團法人ニ於テハ存セサル可ラサル機關即チ必要機關ナリト雖モ財團法人ニハ性質上存スルコトナシ、其職務ハ法人ノ爲メニ意思ヲ作ルニ在リ、故ニ之ヲ意思機關ト稱ス、

(ハ)監事（Aufsichtsrath.）監事ハ理事ノ職務執行カ正當ナリヤ否ヤヲ監査スル職責ヲ有スルモノナリ、社團法人財團法人ニ共通ナリ、然レトモ之前二者ト異リ置クヲ要スルモノニ非スシテ置クヲ得ル機關ナリ故ニ必要機關ト相對シテ任意機關ト稱ス、

(ニ)其他ノ機關　以上三種ハ法典ニ規定ノ存スル機關ナリト雖モ設立者ハ其他ノ機關ヲ設クルヲ妨ケス、例ヘハ顧問、相談役、ヲ置キ得ルカ如シ、法典ニ規定ナキ役員ヲ置キタル場合ニ於テハ其職務權限ハ一ニ定款寄附行爲ニ依リテ定マル、其限界ハ只公益ニ反スルヲ得サルニ在ルノミ、

(ホ)主務官廳　ハ法人ノ機關ナリヤ、公益法人ノ業務ハ公益ニ關スルカ故ニ私人

ニ放任スルヲ得ス、主務官廳ハ廣大ナル權限ヲ以テ之ヲ監督ス、然シテ我國ニ於テハ官廳ヲ以テ法人ノ機關中ニ數フルヲ通説トスレトモ正シカラス、官廳ハ國家ノ機關ニシテ法人ノ機關ニ非ス、只法人ノ監督ヲ以テ其職務ノ一部トナスノミ、

第五十二條　法人ニハ一人又ハ數人ノ理事ヲ置クコトヲ要ス

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數ヲ以テ之ヲ決ス

(一) 理事ヲ置クコトヲ要ス　法人ハ自ラ活動スルノ能力ナシ、故ニ其機關トシテ必ラス理事ヲ置クヲ要ス、定款又ハ寄附行爲ニハ必ラス理事ノ任免ニ關スル規定ヲ揭ケサル可ラス(三七、三九)、而シテ事實上理事ヲ置カサル場合ニ於テハ主務官廳ハ其管督權ノ作用ニヨリ速ニ理事ヲ置ク可キコトヲ命スルコトヲ得、然カモ理事ヲ置カサル場合ニ於テハ設立許可ノ條件ニ反スルモノニ外ナラサルカ故ニ第七十一條ノ規定ニヨリ解散ヲ命スルコトヲ得、或ハ又利害關係人又ハ檢事ノ請求アルトキハ裁判所ハ假理事ヲ選任スルコトヲ得、

(二) 理事ノ員數　ハ法律ニ何等ノ制限ナシ、定款又ハ寄附行爲ノ規定ヲ以テ之ヲ定ム、

(三) 理事ノ選任　理事選任ノ方法ハ法律ニ制限ナク定款又ハ寄附行爲ノ規定ヲ以テ定ム、例ヘハ社團法人ニ於テハ總會ノ選任ニ依ルトナシ、財團法人ニ於テハ官廳ノ指名ニ任ストナシ、又ハ第三者ノ指名ニ委スルコトヲ得可シ、而シテ社團法人ニ於テ理事ハ必シモ社員タルヲ要セス(商法一六四對照)、剝奪公權者、停止公權者ハ理事タルノ資格ナシ(民施二七、刑法施三四、三六)、理事トナリテヨリ後ニ剝奪公權者停止公權者トナリタルトキハ理事タルノ職ヲ失フ、

(四) 理事數人アル場合ノ業務執行　此ノ場合ニ理事全員ノ同意ヲ必要トスル設ナキニ非ス(獨民第一草案四四)、然レトモ此ノ如クスルトキハ少數者ノ反對ノ爲メ、ニ事務ノ澁滯ヲ來ス怖アリ、故ニ我民法ハ(一)第一位ニ於テハ定款又ハ寄附行爲ノ規定ニ依ル可キモノトナシ、(二)第二位ニ於テハ本條ノ規定ヲ以テ理事ノ過半數ニヨリ決ス可キモノトス、然シナカラ本條ノ規定ト云ヒ寄附行爲定款ノ規定ト云ヒ皆內部ニ對スル關係ヲ定メタルモノニシテ理事カ之等ノ規定ニ違反スルトキハ法人ニ對スル損害賠償ノ原因タル可シト雖モ外部ニ對スル關係

ニ於テハ理事ハ各自ニ法人ヲ代表スルモノナリ（五三）、第三者カ法人ニ對シテ意思表示ヲナスニハ理事ノ各員ニ對シテ之ヲ爲スヲ要セス、理事ノ一人ニ對シテ意思表示ヲナセハ可ナリ、又法人ト取引ヲナスニ當リテハ理事ノ意見カ其過半數ノ同意ヲ得タルモノナリヤ否ヤヲ檢スルノ要ナシ、此點ニ關シテハ反對說多シ（梅博士民法要義第五十三條平沼博士民法總論第三百十四項）、然シナカラ（一）事務執行方法ハ法人ノ登記事項ニ非ス、故ニ第三者（外部）ニ對シテ效力アルモノトセハ取引ニ害アル可シ、（二）我民法ニ於テ理事トハ理事團ヲ指スニ非ス、各理事ヲ指ス、而シテ理事ハ總テ法人ノ事務ニ付キ法人ヲ代表スル權限ヲ有ス（五三）、故ニ多數決ニ依ル可シトナシ、其他業務執行方法ヲ定ムルナラハ之レ理事ノ代理權ニ加ヘタル制限ナリ（法律ニヨルト定款寄附行爲ニ依ルトヲ問ハス）、故ニ第五十四條ノ規定ニヨリ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得サルモノトセサル可ラス、

第五十三條　理事ハ總テ法人ノ事務ニ付キ法人ヲ代表ス但定款ノ規定又ハ寄附行爲ノ趣旨ニ違反スルコトヲ得ス又社團法人ニ在リテハ總會ノ決議ニ從フコトヲ要ス

（一）理事ノ代理權

理事ハ代理人ナリ、所謂法定代理人ナリ、何トナレハ本人（法人）ノ意思ニ基カスシテ代理權ヲ有スレハナリ、而シテ其代理權ノ範圍ハ極メテ廣大ニシテ「總テ法人ノ事務」ニ及フ、即チ理事ハ所謂包括代理人ナリ、然レトモ其代理權ヲ行フニ付テハ

（イ）定款ノ規定又ハ寄附行爲ノ趣旨ニ違反スルヲ得ス、
（ロ）社團法人ニ在リテハ總會ノ決議ニ從フコトヲ要ス、

此ノ二者ハ所謂指圖ノ性質（Instruction）ヲ有スルモノニシテ次條ニ所謂代理權ノ制限ナリ、理事カ之レニ違反スル場合ニ於テハ法人ニ對スル損害賠償ノ原因トナル然レトモ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得ス、例ヘハ定款ノ規定ニヨリ不動產ノ賣買ニ付キテハ總理事ノ同意ヲ要ストナス場合ニ於テ一人ノ理事カ專斷ニテ之ヲ賣却スルトキハ其賣買ハ善意ナル相手方ニ對シテハ有權代理行爲ニシテ直接ニ法人ニ對シテハ效力ヲ生ス、然レトモ之レニヨリ損害ヲ生シタルトキハ理事ハ法人ニ對シテ損害賠償ノ責ヲ負フ、

（二）法律行爲ニ非サル業務

本條ハ理事ノ代理權ヲ規定シタルモノナリ、代理ハ第九十九條ニ明ナルカ如ク意思表示ニ關シ、法律行爲ニ付キ行ハル、モノナリ、故ニ法律行爲ニ非サル法人ノ事務ニ關シテハ本條ノ規定スル所ニ非ス、然レトモ法人ハ自然人ニ依ルニ非サレハ苟モ活動スル能ハサルモノナレハ、本條ヲ

準用シテ法律行爲ニ非サル事務ニ關シテモ理事ハ之レヲ執行スル權限ヲ有スルモノト解スルヲ可トス

第五十四條　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ヲ得ス

(一)理事ノ代理權　理事トハ各理事ヲ指ス、各理事ハ皆代理權ヲ有ス理事多數ナル場合ニ於テモ理事團トシテ代理權ヲ有スルニ非ス、而シテ其代理權ノ範圍ハ前條前段ニヨリ定マル、之レ場合ニヨリテハ廣闊ニ失スルカ故ニ之ヲ制限スルノ途ヲ與ヘタリ、

(二)代理權ノ制限ノ效力　代理權ノ制限ノ效力ニ付キテハ(一)其制限ヲ登記セシメ第三者ニ對シテハ總テ有效ナリトスルモノアリ、(二)取引ノ安全ヲ計リ第三者ヲ保護センカ爲メニ其制限ハ全ク無效トナスアリ、(三)相手方ノ善意惡意ヲ區別シ其制限アルヲ知ラスシテ取引ヲナシタル者即善意者ニ對シテハ之ニ對抗スルヲ得ス、反之者即チ惡意者ニ對シテハ之レヲ有效トスルモノアリ、本條ハ第三ノ主義ヲ取ル、而シテ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得ストアルカ故ニ、事後第三者ヨリシテ其制限ヲ認ムルヲ妨ケサルヲ忘ル可ラス、

第五十五條　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サルトキニ限リ特定ノ行爲ノ代理ヲ他人ニ委任スルコトヲ得

(一)本條モ亦理事ノ代理權ノ制限ヲ規定シタルモノナリ、理事ハ前述ノ如ク法定代理人ナリ、法定代理人ハ第百六條ノ結果自己ノ責任(過失ノ責任)ヲ以テ自由ニ復代理人ヲ選任スルコトヲ得ルナリ、然ルニ法人ノ理事ハ其職公益ニ關スルモノナルカ故ニ其選任者ハ理事其人カ自ラ法人ノ事務ヲ處理スルコトヲ庶期ス、故ニ

(イ)包括的復代理ハ原則トシテ之ヲ許サス、定款、寄附行爲又ハ總會ノ決議ニ何等ノ規定ヲモ設ケサル場合ニハ當然之ヲ許サス、然レトモ定款寄附行爲又ハ總會ノ決議ニヨリ、特ニ之ヲ許スヲ妨ケス、本條ハ理事ノ職務執行ニ關スル規定ニシテ公益規定ニ非ス、

(ロ)特定行爲ニ關スル復代理ハ右ノ場合ト異リ定款寄附行爲又ハ總會ノ決議ニヨリ之ヲ禁スルヲ得レトモ之ヲ禁止セサル限リハ理事之ヲ爲スヲ妨ケス、

(二)複代理以外ノ使用人　ハ本條之ヲ禁スルニ非ス、凡テ理事ノ責任(過失ノ)ヲ

以テ之ヲ使用スルヲ妨ケス、

(三)本條ノ制限　モ亦理事ノ代理權ニ加ヘタル制限ナリ、故ニ前條ノ適用ニ依リ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得ス、例ヘハ特定行爲ノ復任ヲ禁スル定款ノ規定ニ違反シテ之ヲ選任スト雖モ其禁止ハ之ヲ以テ善意ノ第三者（復代理人ト取引ヲナス）ニ對抗スルヲ得ス、

第五十六條　理事ノ缺ケタル場合ニ於テ遲滯ノ爲メ損害ヲ生スル處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

(一)理事ノ缺ケタル場合　トハ初ヨリ理事ノ選任ナカリシ場合、及ヒ選任シタル理事ニ欠員ヲ生シ未タ其欠ヲ補フ可キ理事ヲ選任セサル場合ヲ含ム、又理事一人ノ場合ニ其ノ欠ケタル場合及ヒ定款寄附行爲ノ規定上一定數ノ理事アル可キ場合ニ一人又ハ數人ヲ欠キタル場合ヲ含ム、然レトモ理事カ怠慢ニシテ事務ヲ處理セサル場合、又ハ疾病ニテ事務ヲ執ル能ハサル場合ハ所謂理事ノ欠ケタル場合ニ非ス、

(二)遲滯ノ爲メ損害ヲ生スル處　アルトキト云フハ諸種ノ事狀ニヨリ之ヲ決ス、只ニ法人ニ損害ヲ生スル場合ノミナラス法人ト取引ヲナス第三者ニ損害ヲ及ス場合ヲ包含ス、例ヘハ法人ノ債權者カ法人ヲ訴ヘントスルニ其代表者タル理事ナキ場合ノ如シ、玆ニ述フル所ノモノハ(一)ニ述ヘタル所ト共ニ假理事選任ノ前提ヲナス、故ニ理事欠クト雖モ次ノ選任期近キニ迫リ損害ヲ生スル虞ナキニ於テハ裁判所ハ之ヲ選任スルヲ得ス、

(三)假理事ノ選任ノ手續　區裁判所之ヲナス（非訟事件手續法三五）、利害關係人又ハ檢事ノ請求ヲ待ツテ要ス、利害關係人トハ社員、法人ノ債權者、解散後ノ歸屬權利者等法人ニ理事欠ケタルニ因リ損害ヲ蒙ル可キ法律上ノ地位ニ在ルモノヲ云フ、

(四)假理事ノ權限　ハ普通ノ理事ト異ルナク、元則トシテ一切ノ事務ニ付キ法人ヲ代表ス、其權限ハ區裁判所ノ選任ノ時ニ生ス、其消滅ハ期間ノ滿了、條件ノ成就選任ノ取消等ナリ、只疑ハシキハ定款又ハ寄附行爲ノ規定ニヨリ選任セラレタル理事ヲ生シタル場合、又ハ理事欠乏ニ因スル損害ノ危險去リタルトキハ假理事ノ權限ハ當然消滅スルヤノ問題ナリ、一方ヨリ見レハ假理事ハ理事ノ欠ヲ補フモノナリ故ニ正式ノ理事アリタルトキ又ハ損害ノ危險ナキニ至リタルトキハ當然其權限ヲ消滅セシメテ可ナルカ如シ、然レトモ亦他ノ方面ヨリ見レハ假

理事ノ權限ハ裁判ニヨリ生シタルモノナリ、故ニ其消滅ニモ亦裁判ヲ要スルモノヽ如シ、余ハ後說ヲ取ル、蓋シ禁治產ノ宣告、失踪ノ宣告ノ效力ヲ消滅セシムルニ其取消ノ宣告ヲ要ストセル本法ノ精神ニヨレハ、此ノ場合モ亦類似ニ解釋セサルヲ得サレハナリ、尤モ選任ノ裁判其ノモノニ於テ正式ノ理事ノ選任ヲ以テ解除條件トナスノ旨意明ナルトキハ此限ニ在ラス、

(五)本條ハ强行規定ナリ、定款寄附行爲ノ規定ヲ以テ之ヲ排除スルヲ得ス、

第五十七條　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此場合ニ於テハ前條ノ規定ニ依リテ特別代理人ヲ選任スルコトヲ要ス

(一)前段　ハ法人ト理事ト利益相反スル事項ニ付キテハ理事ハ代理權ヲ有セサル旨ヲ定ム、其精神ハ第六十六條第百八條ト同一ナリ、理事ハ法人ノ利益ヲ計ルヲ以テ其職トナス、然ルニ法人ト理事ト利益相反スル事項ニ付キ代理權アルモノトセハ、理事ハ法人ノ爲メニ計リ又自己ノ爲メニ計ラサル可ラス、其間ニ於テ公平ヲ期スルハ頗ル難シ、故ニ斷然代理權ナキモノトス、利益相反スル事項トハ利害關係相反スル法律行爲及ヒ法律行爲ニ非サル行爲ヲ云フ、例ヘハ理事ノ所有地ヲ法人ニ賣却スル場合ノ如シ、

(二)後段　ハ特別代理人ノ選任ヲ規定ス其手續ハ前條ト同シク利害關係人又ハ檢事ノ請求ニヨリ區裁判所之ヲナス、利害關係人中ニハ前條ニ述ヘタルモノヽ外更ニ法人ト利益ヲ異ニスル理事ヲ數フ可シ、

(三)特別代理人ノ權限　特別代理人ハ法人ト理事ト利益相反スル行爲ニ關シテノミ法人ノ代理人タリ故ニ其行爲ヲ終了セハ其權限ハ當然消滅ス、

第五十八條　法人ニハ定款寄附行爲又ハ總會ノ決議ヲ以テ一人又ハ數人ノ監事ヲ置クコトヲ得

(一)監事ヲ置クコトヲ得　監事ハ監督機關ニシテ次條ノ職務ヲ有ス、法人ハ自然ノ存在ナキモノナルカ故ニ自ラ理事ノ職務ヲ監督スル能ハス、然ルニ理事ハ其權限廣大ナルカ故ニ專橫放肆ニ流ルヽノ弊ナキヲ保セス、故ニ監事ヲ置クノ必要ハ頗ル多カル可シ、然レトモ法人ノ性質、目的、規模ノ大小ニヨリ其必要切ナラサル場合モ亦少シトセス、此故ニ本條ニ於テ監事ハ法律上必ラス置クヲ要スルモノトセス、定款、寄附行爲又ハ總會ノ決議ニヨリ置クコトヲ得ルモノトナス、

(二)監事ノ選任　定款寄附行爲又ハ總會ノ決議ヲ以テ之ヲ置ク、其選任ノ方法モ

亦定欵寄附行爲總會ノ決議ニヨリ定マル、例ヘハ總會ニ於テ選擧シ又ハ官廳ノ選任ヲ求ムルモ差支ナシ

(三)監事ノ員數　モ亦法律ニ制限ナク一人又ハ數人ニテ可ナリ、定欵寄附行爲又ハ總會ノ決議ニヨリ之ヲ定ム、

(四)監事ノ氏名　ハ登記スルヲ要セス(四六)、然シ立法上ハ監事ヲ置キタルトキハ登記セシムルヲ可トス、

第五十九條　監事ノ職務左ノ如シ

一　法人ノ財産ノ狀況ヲ監査スルコト

二　理事ノ業務執行ノ狀況ヲ監査スルコト

三　財産ノ狀況又ハ業務ノ執行ニ付キ不正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

四　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

(一)監事ノ職務　監事ノ職責ハ後見監督人、株式會社ノ監査役ニ類似ス、自ラ法人ノ事務ヲ執行スルノ權限ナク、理事ノ職務執行ニ付キ不當ノ廉ノ有無ヲ檢スルヲ以テ本職トナシ、不正ノ廉ヲ發見シタルトキハ三號四號ノ規定ニヨリ之ヲ主務官廳又ハ總會ニ報告シ、又報告ノ必要上總會ヲ招集スル權限ヲ有ス、

(二)本條以外ノ職務　監事ハ當然本條ノ職務ヲ有ス、然レトモ定欵寄附行爲又ハ總會ノ決議ヲ以テ之レニ本條列記以外ノ權限ヲ與フルヲ妨ケス、只法律上理事又ハ總會ニ專屬ス可キ事項ハ之ヲ監事ニ屬セシムルヲ得ス、例ヘハ法人ト理事ト利益相反スル事項ニ付キテハ法人ヲ代表ストナスカ如キハ不可ナキ所ナリ、

監事ノ職務執行ニ付テハ本法ニ規定ナシ、定欵寄附行爲ノ規定ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得、殊ニ監事數名アル場合ニハ各自單獨ニ本條ノ職務ヲ行フヲ得ルヤ、或ハ共同スルヲ要スルヤ、例ヘハ第四號ノ目的ノ爲メニスル總會ノ招集ノ如キ監事一人ノ名ヲ以テスルヲ得ルヤ否ヤ等定欵ノ規定ニヨリ定マルモノトス、

第六十條　社團法人ノ理事ハ少クトモ毎年一回社員ノ通

常總會ヲ開クコトヲ要ス

(一)社員ノ通常總會　本條ハ社員ノ通常總會ヲ規定ス、通常總會ハ少クトモ毎年一回之ヲ招集スルヲ要ス、之レ理事ノ法律上ノ義務ナリ、定款ヲ以テ變更スルヲ得ス、

(二)總會ノ性質　總會ハ一定ノ規定ニ從フ社員ノ集合ニシテ獨立ノ人格者ニ非ス、社團法人ニハ欠ク可ラサル機關ナリ、又社團法人ノ最高ノ機關ナリ、總會ニ於ケル社員ノ意思ハ直ニ法人ノ意思ト看做サル、理事監事ノ報告ヲ總會ニ於テ承認シタル・トキハ法人其人カ承認シタルモノト看做サル、又總會カ一定ノ決議ヲナシタルトキハ理事ハ其旨意ニ從フノ義務ヲ負フ（五三）、

(三)總會ノ決議方法　總會ノ決議方法ニ關シテハ本法規定スル所ナシ、只定款ノ變更（三八）及ヒ解散ノ決議（六九）ニ就テハ總社員ノ四分ノ三以上ノ同意又ハ承諾ヲ要スルモノトス、然レトモ之レ強行規定ニ非ス、定款ノ規定ヲ以テ變更スルコトヲ得、故ニ決議方法ハ第一位ニ於テハ定款ノ規定ヲ以テ自由ニ定ムルコトヲ得、或ハ凡テノ場合ニ出席者ノ過半數ヲ以テ足ルトナシ、或ハ或事項ニ限リ總社員ノ同意ヲ要ストナスヲ妨ケス、定款ニ特別ノ規定ナキ場合ニ於テハ（一）法律ニ明文アルモノハ之ニ從ヒ、（二）別段ノ規定ナキモノハ行使セラレタル表決權ノ絶對多數即チ過半數（出席者ノ過半數ニ非ス書面ヲ以テ表決セルモノヲ算入ス）ニヨリ決ス可キモノトス、是レ合議體ノ意思ヲ決スル普通ノ方法ナリ、反對說ニ曰ハク絶對多數ヲ要ストセハ意見數派ニ岐レタルトキハ何レモ皆過半數ニ達セス爲メニ法人ノ意思ヲ作ル能ハサルノ不便アリト（Hölder comt. Z. § 27.3²）、然リ此ノ如キ場合ニハ議事不成立ノ不幸ヲ見ル可シ、然レトモ今日尤モ優良ナル方法トシテ一ニ般認メラルルモノハ過半數主義ナリ、故ニ法文ニ別段ニ規定ナキ以上ハ法律モ亦此ノ普通ノ方法ニ依ルノ意思アルモノト解スルヲ至當トス、然レトモ役員ノ選擧ノ如ク意見當然多數ニ岐レ然カモ一定ノ結果ヲ生スルヲ要スルモノニ至リテハ、比較多數ニヨルヲ普通トナスカ故ニ法律ノ旨意モ亦其普通ノ方法ニ依ラシムルニ在リトス、

(四)社員　社員ニハ法人ノ設立者タル者アリ、又設立後加入シタルモノアリ、而シテ社員タル資格ノ得喪ニ關スル規定ハ定款ノ必要事項ナリ（三七）、其規定ニ從テ社員タル資格ノ有無ヲ定ム、實際ハ總會招集ノ時ニ於ケル社員名簿ニヨリ判斷スルコトトナル、

(五)社員權　（Mitgliedschaft.）社員權トハ社員カ社員トシテ法人ニ對シテ有スル權利

義務ノ全體ヲ云フ、社員權ハ社員タル資格ニ基キテ存スル權利義務ノ集合ナリ、社員權ト稱スル一種ノ權利アルニ非サルナリ、其強制ヲ許シ又ハ毀損ニヨリ損害賠償ノ原因トナルモノハ凡テ各個ノ權利義務ナリ、社員權ト稱スル特種ノ權利アツテ存スルニ非ス、其關係ハ親權、父權、戶主權等カ一定ノ基礎的關係ニ因リ存スル權利義務ノ集合タルト酷似セリ、而シテ其權利義務ノ範圍ハ定款法律ノ規定或ハ又法人ノ種類ニヨリ同シカラス、

(イ)社員ノ義務　社員ノ義務ノ尤モ重ナルモノハ出資ノ義務ニシテ必ラス定款ニヨリ定マル(三七)、或ハ一時的ナルコトアリ、或ハ定期ニ支出ス可キコトアリ、或ハ金錢ヲ以テスルコトアリ、或ハ其他ノ財產勞務ヲ以テスルコトアリ、其範圍ハ各社員平等ナルヲ必要トセス、場合ニヨリテハ或社員ニハ全ク出資ヲ免除スルコトナシトセス

(ロ)社員ノ權利　社員ノ法人ニ對スル權利モ種々アリ皆定款ニヨリ定マル、然レトモ公益法人ノ社員ハ利益ノ分配ヲ請求スル權利ヲ有スルコトナシ、又法人ノ財產上ニ持分ヲ有セス故ニ其分割ヲ求ムルヲ得ス、又退社ノ際ニ當リ、其拂戾ヲ請求スル權利ナシ、蓋シ法人ノ存續中社員ノ利益ヲ計ルヲ許スハ公益法人ノ性質ニ反スレハナリ、然シ法人解散後ノ歸屬權利者ヲ定メ社員ニ平等ニ分配ス可シトナスハ違法ニ非ス、何トナレハ既ニ其目的消滅シタルモノナレハ之ヲ處分スルハ自由ナル可ケレハナリ

社員カ社員トシテ有スル權利ノ主ナルモノハ所謂表決權(Stimmrecht)ナリ、表決權ハ總會ニ於テ決議ニ參スルノ權利ナリ、其性質ハ債權ニ非スシテ可能權ナリ、表決權ノ範圍ハ定款又ハ法律ノ規定ニヨリ定マル(六五一)、然シナカラ定款又ハ總會ノ決議ヲ以テスルモ社員ノ表決權ヲ全然奪フヲ得ス(反對論 (Cosack, I § 10) 富井博士民法原論一卷二三二)、蓋シ此ノ如キハ社員ヲシテ全ク共同事業ニ關與スルヲ得サラシムルモノニシテ社員タルノ資格ヲ全ク沒却スルモノナレハナリ、故ニ苟モ社員タルモノハ皆表決權ヲ有ス、表決權ヲ有セスシテ單ニ出資義務ヲ有スルモノハ社員ニ非スシテ單純ナル寄附者ナリ、其表決權ヲ行使スル爲メニスル社員ノ集合即チ總會ナリ、

(ハ)特別社員權　(Sonderrecht)社員ノ權利義務ハ之ヲ分テ普通社員權ト特別社員權ノ二種トナス、普通社員權トハ一切ノ社員ニ平等ニ屬スル權利義務ヲ云フ、特別社員權トハ特別ノ原因ニヨリ特定ノ社員ニノミ屬スル權利義務ヲ云フ、普通社員權ハ定款ノ變更又ハ總會ノ決議ニヨリ之ヲ變更スルヲ得レトモ、特別社員權ハ定款ノ變更又ハ總會ノ決議ニヨリ之ヲ強制的ニ變更スルヲ

得ス、必ラス其權利者ノ同意ヲ得ルヲ要ス、

第六十一條　社團法人ノ理事ハ必要アリト認ムルトキハ何時ニテモ臨時總會ヲ招集スルコトヲ得

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請求ヲ爲シタルトキハ理事ハ臨時總會ヲ招集スルコトヲ要ス但此定數ハ定款ヲ以テ之ヲ增減スルコトヲ得

(一)臨時總會　本條ハ臨時總會ヲ規定ス、臨時總會ハ通常總會ニ對ス、通常總會ハ必ラス每年開ク可キモノナリ、臨時總會ハ反之臨時ニ其必要ノ生シタル時ニ招集スルモノナリ、其招集ノ方法及權限ニ至リテハ異ルコトナシ、

(二)如何ナル場合ニ招集ス可キカ

(イ)理事カ必要ト認メタル場合、　此場合ニ於テハ理事ハ何時ニテモ臨時總會ヲ招集スルコトヲ得

(ロ)社員ノ請求アリタル場合　之本條第二項ニ規定スル所ニシテ學者之ヲ少數者ノ權利(Minolitäsrecht)ト稱ス、即チ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請求ヲナシタルトキハ理事ハ自己ノ意見ノ如何ニ拘ハラス必ラス之ヲ招集セサル可ラス、之レ少數者ヲ保護センカ爲メニ與ヘタル權利ニシテ定款ヲ以テ之ヲ剝奪スルヲ得ス、然レトモ其但書ニ明ナルカ如ク其定數ハ定款ヲ以テ變更スルヲ妨ケス、

右ノ請求アリタルニ拘ハラス理事カ招集ヲナササルトキハ之ヲ如何ス可キ、商法第百六十條獨逸民法第三十七條等ハ社員ハ裁判所ノ許可ヲ得テ自ラ總會ヲ招集スルコトヲ得トナス、然レトモ民法ニハ此ノ如キ規定存セサルカ故ニ理事ニ對スル損害賠償ノ原因トナランノミ、

(ハ)監事之ヲ招集スルコトアリ　第五十九條第四號ノ規定ニヨリ監事ハ總會招集ノ權限ヲ有ス、

第六十二條　總會ノ招集ハ少クトモ五日前ニ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

(一)招集　招集ハ總會成立ノ第一ノ要件ナリ、招集ノ權限アルモノカ本條ノ規定ニヨリ之ヲナスヲ要ス、社員ノ全員カ偶然ニ集合スト雖モ招集ニヨリ集リタル

モノニ非サレハ總會ニ非ス、總會ニ非サル集合ニ於テ爲シタル決議ハ何等ノ效力ナシ、

總會ノ招集ハ法律行爲ナリ、理事カ其資格ニ於テ總會ノ爲メニ社員ノ集合ヲ求ムル意思表示ナリ、故ニ意思表示ノ通則ノ適用ヲ受ク（富井博士民法原論二二八反對）猶第四章第一節總說參照

(二)招集ノ方法

之本條ノ主トシテ規定スル所ナリ、左ノ條件ヲ具備スルヲ要ス

(イ)會議ノ目的タル事項ヲ示スヲ要ス之レ其輕重ニヨリ社員ヲシテ出席ス可キヤ否ヤヲ考量セシメ、又豫メ之ヲ知ラシメ調査ヲナサシムルカ爲メナリ、故ニ而シテ總會ハ豫メ通知シタル事項ニ付テノミ決議ヲナスコトヲ得（第六十四條）然レトモ會議ノ目的タル事項ハ如何ナル程度マテ詳シク通知スルヲ要スルカニ付キテハ一定ノ標準ナシ、要スルニ其事項ノ性質ヲ知ラシメ利害ヲ判斷スルニ足ルヲ要ス、例ヘハ單ニ「定款變更」ト云フカ如キハ不十分ナリトス（富井博士民法原論二二九第六十四條(二)ヲ見ヨ）

(ロ)招集ノ通知ハ五日前ニ之ヲ爲スヲ要ス　五日ノ期間ヲ定メタルハ專ラ通知ヲ受ケタル者ヲシテ考究ノ時間ヲ與ヘンカ爲メナリ、只疑問トナルハ通知ハ五日前ニ發スルヲ以テ足ルカ到達スルヲ要スルカノ問題ナリ、富井博士ハ招集通知ハ法律行爲ヲ組成スル意思表示ニ非ストナシ第九十七條一項ノ原則ニ依ルヲ得ストナス（前出）然レトモ法律行爲ニ非サル意思ノ通知ナレハトテ當然發信主義ニ依ル可キモノニハ非サルナリ

梅博士ハ之ヲ以テ法律行爲ト爲シ、第九十七條一項ノ適用アリトナス（民法要義六十二條）余輩ノ見ル所ニ於テハ總會招集ノ通知ハ法律行爲ナリ、社員ニ對シテ其投票權ノ行使ノ爲メニ出席ヲ催ス意思表示ナリ（本編第四章參考）然レトモ意思表示效力發生ノ時期ハ第九十七條ニ依ル可キニ非ス、文理ハ稍ヤ疑ハシキ點ナキニ非スト雖モ本條ニ「招集ヲ爲ス」トハ「招集ニ必要ナル行爲ヲ爲シ了ル」ノ義ニ解ス可シ、招集方法ハ定款ノ規定ニ從フ可キモノニシテ必シモ信書ニ依ラス或ハ新聞紙廣告ノ手段ヲ取ルコトアリ、故ニ「通知ヲ發ス」ト規定セスシテ招集ヲ爲スト規定セルノミ、其義ハ招集ニ必要ナル行爲ヲ爲シ了ル義ニ外ナラス、故ニ信書ニ依ル場合ニ於テハ五日前ニ發信スレハ可ナリ、

以上ノ二點ハ本條ノ定ムル所ナリ、而シテ之強行規定ニ非ス、定款ヲ以テ變更スルコトヲ得（六四但）或ハ議決事項ノ豫告ヲ必要トセストナシ又ハ通知期間ヲ短縮スルコトヲ得可シ、或ハ又以上ノ外ニ招集ノ要件ヲ定ムルヲ妨ケス、例ヘハ各別ニ通知ヲ發シ且ツ一定ノ新聞紙ニ廣告ス可シトナスカ如シ、此ノ場

合ニ於テハ其ノ要件ヲ滿スニ非サレハ招集ハ違法ナリ、

(三)違法招集　ニヨル總會ノ決議ノ效果ニ付キテ二說アリ、曰ハク取消說曰ハク無效說之ナリ、後者ヲ正シトス、蓋シ取消ノ原因ハ法律之ヲ限定ス、而シテ之ヲ以テ取消原因トナサス(一二〇)故ニ取消シ得可キニ非ス、而シテ招集ハ總會成立ノ要件ナリ、故ニ其招集カ違法ナル場合(例ヘハ權限ナキ者ノ招集本條ニ反スル招集)ニ於テハ招集ナキニ同シ從テ總會ハ成立セス、從テ其決議ハ法律上ノ總會ノ決議ニ非サレハ絕對無效トナスヲ至當トス

第六十三條　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ノ外總テ總會ノ決議ニ依リテ之ヲ行フ

(一)總會ノ權限　總會ハ社團法人ノ最高機關ニシテ法人ノ組織、事務、消滅ニ關シ凡テ重大ナル事項ハ總會ニ屬ス、而シテ其權限ハ之ヲ他ノ機關ニ委任スル能ハサルアリ(例ヘハ定款ノ變更解散)又他ノ機關ニ屬セシムルコトヲ得ルモノアリ、總會ノ決議ヲ以テ他ノ機關ニ屬セシメタルモノハ又總會ノ決議ヲ以テ之ヲ奪フコトヲ得、社團法人ニ於ケル總會ハ民主政治ニ於ケル國會ノ地位ニ似タリ、

(イ)定款變更ノ權限　定款ハ總會ニ專屬ス、之ヲ他ノ機關ニ委任スルヲ得ス(三八)定款ハ國家ノ憲法ニ比ス可キモノナリ、總會ハ之ヲ變更スルニヨリ法人ノ組織ヲ變更スルコトヲ得、然シナカラ特別社員權ニ屬スルモノハ(第六十條參考)其者ノ既得權トシテ尊重セサル可ラス、故ニ其者ノ同意ヲ得ルニ非サレハ之ヲ犯スヲ得ス、

(ロ)法人ノ解散　總會ハ又法人解散ノ決議ヲナスコトヲ得(六八)此權限ハ定款又ハ總會ノ決議ニヨリ他ノ機關ニ委スルヲ得ス、

(ハ)法人ノ業務　之本條ノ規定スル所ナリ、法人ノ業務ニ付キテモ總會ハ最高機關ナリ、定款ヲ以テ理事其他ノ役員(監事顧問等)ニ委任シタルモノヲ除キテハ總テ總會ノ決議ヲ以テ之ヲ行フ可キモノトス、總會ハ定款其モノヲ變更スル權限アルカ故ニ之ニヨリ理事其他ノ役員ノ權能ヲ奪フヲ得ト雖モ、苟モ定款ノ規定存スル以上ハ其規定ニ反シテ之ヲ奪フヲ得ス、此意味ニ於テ定款ハ總會ヲ拘束ス、定款ヲ以テ委任シタル事項ヲ除キテハ總會ハ凡テノ事務ニ付キ議決權アリ、其決議ハ理事其他ノ役員ヲ拘束ス(五三)之レ又總會カ最高機關タル所以ナリ、

(二)總會ノ權限外ノ決議　ハ無效ナリ、蓋シ其權限ヲ越ユレハ總會トシテ存在ヲ有セサレハナリ、

第六十四條　總會ニ於テハ第六十二條ノ規定ニ依リテ豫メ通知ヲ爲タル事項ニ付テノミ決議ヲ爲スコトヲ得但定款ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

(一)總會ノ決議事項　ハ第六十二條ノ規定ニヨリ豫メ通知シタル事項ニ限ルヲ原則トス、是重大ナル事項ヲ突然總會ニ附シ決議ヲ有名無實タラシムル弊ヲ防カンカ爲メナリ、然レトモ定款ニ反對ノ規定アルトキハ此限ニ在ラス、是ニヨリ弊害ヲ生スルアリト雖モ之レ自ラ招クノ禍如何トモス可ラス（Crome I S. 245 N. 32）、

(二)豫告ナキ事項ノ決議　ノ效力ハ無效ナリトス、之本條ノ規定ニ反シ違法ナレハナリ、但シ定款ニ反對ノ規定アル場合ニハ豫告ナキ事項ニ關シ有效ニ決議シ得ルハ勿論ナリトス、

第六十五條　各社員ノ表決權ハ平等ナルモノトス

總會ニ出席セサル社員ハ書面ヲ以テ表決ヲ爲シ又ハ代理人ヲ出スコトヲ得

前二項ノ規定ハ定款ニ別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セス

(一)各社員ノ表決權　各社員ハ必ラス表決權ヲ有セサル可ラス、表決權ナキモノハ社員ニ非ス、然レトモ其表決權ノ範圍ニ付テハ種々ノ定方アリ、或ハ出資ノ額ニ比列ストナスモ一方ナリ、株式會社等ニ於テ株主ハ一株ニ付キ一箇ノ議決權ヲ有ス（商法第一六二）トナスハ此旨意ナリ、本條ハ反對ノ主義ヲ取リ各社員ノ表決權ハ平等ナルモノトス、然レトモ定款ヲ以テ反對ノ規定ヲ設クルヲ妨ケス、

(二)表決權ハ社員出席シテ行使　スルヲ本則トス、然レトモ已ムヲ得サル事情アルモノハ書面ヲ以テ表決ヲナスヲ許ス、之ニヨリ見ルモ總會招集ノ通知ニ於ケル議決事項ハ漠然タルヲ許ササルヤ明ナリ、書面ニヨリ表決ヲ爲スヲ許スカ故ニ社員一人ノ出席スル者ナシト雖モ總會ノ決議ハ成立スルコトヲ得、但シ招集ナクンハ總會成立シ能ハサルコトハ前述ノ如シ、（六二）書面ヲ以テ表決ヲナシタル場合ニ於テハ一定ノ時期ニ於テ之ヲ開封スル前ニ於テハ之ヲ撤回スルヲ妨ケス、

表決ハ又代理人ニヨリ之ヲ爲スコトヲ得、代理人ニヨル場合ニ於テハ贊否ノ決定ハ代理人之ヲナス、社員ニ非サル者ヲ以テ代理人トナスヲ妨ケス、又一人ニテ數人ノ社員ヲ代表スルヲ妨ケス、而シテ又一社員カ數人ニ代理權ヲ與フルヲ妨ケス此ノ場合ニ於テハ其先ツ行使シタルモノヲ以テ有效トス、以上ノ二例外（書面及ヒ代理人ニヨル行使）ニ對シテモ定款ヲ以テ反對ノ規定ヲ設クルコトヲ得、

(三)社員ノ表決權ハ讓渡シ又ハ拋棄ス可ラサル人格權ナリ、之ヲ讓渡シ得トセハ其結果表決權ハ一人ノ手ニ集ルコトアル可シ、之ヲ拋棄シ得トセハ總會ハ成立スルコト能ハサルニ至ルコトアル可シ、之兩ナカラ其目的ニ反ス、通常棄權ト稱スルハ表決權ノ不行使ニシテ拋棄ニ非ス、

(四)表決權ノ行使ハ法律行爲ナリ　故ニ社員カ無能力者ナル場合ニ於テハ法定代理人之ヲ行フ、又ハ法定代理人ノ同意ヲ得テ無能力者之ヲ行フ、

第六十六條　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ス

(一)本條ハ　所謂利益ノ衝突(Interressenkolligien)ノ一ノ場合ナリ、社員ト法人トノ關係カ議題タル場合ニ於テハ其ノ社員ハ公平ニ表決ヲナスヲ得ス、故ニ其表決權ヲ奪フ、

(二)表決權ヲ有セズ　其社員ハ表決權ヲ有セス、故ニ其者カ投票ヲナスト雖モ議決全體ヲ無效トナス可キニ非ス、只其投票ハ無權利者ノ投票ナルカ故ニ之ヲ贊否ノ數ニ算入ス可ラサルノミ、總會招集ノ通知ハ表決權ヲ有セサル社員ニ對シテモ之ヲ發ス可キモノナリ、蓋シ其者ハ表決權ハ之ヲ有セスト雖モ總會ニ出席スルノ權利ヲ奪ハルルコトナケレハナリ、

第六十七條　法人ノ業務ハ主務官廳ノ監督ニ屬ス
主務官廳ハ何時ニテモ職權ヲ以テ法人ノ業務及ヒ財産ノ狀況ヲ檢査スルコトヲ得

(一)主務官廳ノ監督　法人ノ業務ハ主務行政官廳ノ監督ニ屬ス、故ニ裁判所ノ監督ニ屬セス、業務トハ法人カ其目的タル事業ヲ執行スル事務ヲ云フ、故ニ解散後ハ業務ナシ從テ行政官廳ノ監督ハ離レ裁判所ノ監督ニ服ス（八二）、法人ノ業務ヲ行政廳ノ監督ニ屬セシメタル理由ハ、(一)法人ニハ監事ヲ置ク場合ト置カサル場合アリ之レヲ置カサル場合ニ於テハ全ク監督機關ヲ欠ク、(二)監事

ヲ置ク場合ニ於テモ或ハ寛大ニ過キ或ハ無能ナルコトアリ、或ハ理事ト共謀シテ不正ノ處置ヲナスコト無キヲ保セス、此故ニ有爲ナル監督機關ヲ要ス、然ラハ裁判所ヲ以テ監督機關トナス可キカ行政廳ヲ以テ之レニ當ラシム可キカ、之稍ヤ考慮ヲ要ス可キ問題ナリト雖モ法人カ其ノ業務經營中ナルトキハ監督ノ目的ハ主トシテ法人ノ業務カ公益ニ反スル無キヤ否ヤヲ檢スルニ在リ、私權ノ保護ハ裁判所ノ任トスル所ナルモ公益ノ考量ハ寧ロ行政ニ屬ス、此ノ故ニ行政廳ノ監督ニ屬セシムルヲ可トス、故ニ前示ノ如ク一旦解散シタルトキハ監督事務ハ私權私益ノ保護ニ變スルカ故ニ之レヲ裁判所ニ移ス、

(二)監督手段　ハ(一)設立ノ許可(三四)(二)定款變更ノ許可(三八)(三)本條第二項ノ檢査(四)設立許可ノ取消(七一)等ヲ主ナルモノトス、然レトモ此四者ニ限ルニ非ス、公益ニ反スル處爲ナカラシムル爲メニハ隨時適當ナル手段ヲ取ルコトヲ得、

第三節　法人ノ解散

本節ハ(一)法人解散原因(六八乃至七一)(二)解散後ノ財産歸屬權利者(七二)(三)請算(七三乃至八一)(四)請算ノ監督(八二、八三)ヲ規定ス、

第六十八條　法人ハ左ノ事由ニ因リテ解散ス

一　定款又ハ寄附行爲ヲ以テ定メタル解散事由ノ發生

二　法人ノ目的タル事業ノ成功又ハ其成功ノ不能

三　破産

四　設立許可ノ取消

社團法人ハ前項ニ揭ケタル場合ノ外左之事由ニ因リテ解散ス

一　總會ノ決議

二　社員ノ缺亡

(一)本條ハ解散原因ヲ列記ス　ルモノニシテ本條揭示ノ六者以外ニ解散原因ナシ、之ヲ分類スレハ(一)設立者又ハ社員ノ意思ニ由ルモノ(一項一號二項一號)(二)法人ノ性質ニ基クモノ(一項二號二項二號)(三)官廳ノ命令ニ因ルモノ(一項三號四

說)トナル、

第一項ハ社團法人財團法人ニ共通ノ解散原因ナリ、第二項ハ社團法人ニノミ適用アリ、

(二)法人ハ解散原因ノ發生ニヨリ當然解散ス　其何レノ解散原因タルトヲ問ハス苟モ本條列擧ノ原因發生スルトキハ法人ハ之ニヨリ當然解散ス、主務官廳ノ許可又ハ之レニ對スル屆出ノ如キハ全ク必要ニ非ス、

(三)各種ノ解散原因　左ノ如シ

(イ)定款又ハ寄附行爲ヲ以テ定メタル解散事由　例ヘハ存續期間及ヒ解散ノ掛リタル條件ノ如キ之ナリ、凡テ定款又ハ寄附行爲ニ於テ定メタルモノナルヲ要ス、社員內部ノ規約、覺書等ノ規定ハ其效ナシ、就中尤モ適用多キハ存續期間ノ定ナリ、其期間ノ滿了ニヨリ法人ハ當然解散ス、若シモ社團法人ニ於テ社員カ法人ヲ繼續セシメント欲セハ其時期ノ到來以前ニ繼續ノ決議ヲナシ以テ定款ヲ變更スルヲ要ス、然ラサレハ法人ハ期間滿了ノ一瞬間ニ於テ當然解散スルカ故ニ更ニ其事業ヲ繼續セント欲セハ新設スルヨリ外ニ途ナシ(Gierke. genossenschaftstheorie. S. 81. N. 1)繼續ノ決議ハ社員全員ノ同意アルニ非サレハ社員全員ヲ拘束セス、蓋シ存立時期ノ定ハ社員ノ義務ノ範圍ヲ定ムルモノナレハ繼續ハ社員ニ定款ニ依ラサル新ナル義務ヲ課スル結果トナル、故ニ多數者ノ意思ヲ以テ少數者ニ新ナル義務ヲ負ハシムルヲ得サルヲ以テ多數決ニ依ルヲ得ス、第三十八條ノ規定ニヨリ定款ハ之ヲ變更シ得ルトスルモ不同意ナル社員ハ任意ニ脫退スルコトヲ得可シ、財團法人ニアリテハ寄附行爲ヲ以テ理事ニ其變更ノ權限ヲ得ヘタル場合ニ限リ理事ハ寄附行爲ヲ變更シ以テ財團法人ヲ繼續スルコトヲ得、

(ロ)法人ノ目的タル事業ノ成功又ハ其成功ノ不能　法人ノ目的タル事業ノ成功ニヨリ法人ハ其目的ヲ達ス、故ニ之ヲ以テ法人終了ノ原因トナスハ何人モ異論ナキ所ナリ、然レトモ成功ノ不能ニヨリ消滅ス可キヤ否ヤハ大ニ異論アリ、曰ハク不能ハ法人ヲ解散セシムル遠因タルニ過キス、之ニヨリ法人當然消滅スルモノニ非ス、其目的不能トナリタルトキハ法人ハ其目的ヲ變更シテ猶同一ノ法人トシテ存續スルコトヲ得ト(Regelsberger Pand. § 85 Stobbe Dd. I § 54. I. A)或ハ曰ハク目的ノ不能ハ法人消滅ノ原因タリト雖モ直接ニ目的變更ノ途存スルトキハ然ラスト(Gierke. g. theorie S, 843)是等ノ論ハ不可ナリ、目的ノ不能トナル以前ナレハ其目的ヲ變更シテ繼續スルヲ妨ケスト雖モ、一旦不能トナルナラハ其瞬間ニ於テ法人ノ存續ス可キ要件ヲ欠クカ故ニ此時ニ至テハ又救濟

ノ途ナシ、尤モ定款寄附行爲ニ目的ヲ定ムルニ當リ第一次ニハ何々若シ不能トナリタルトキハ何々ト云フカ如クニ豫メ其變更ノ途ヲ定メタル場合ニ於テハ其第一ノ目的ノ不能ニヨリ消滅セサルハ勿論ナリ、此場合ハ眞ノ目的ノ不能ニ非ス、

目的ノ不能トハ絶對的ノ不能ヲ意味ス或ハ常識アル方法ニヨリ目的ヲ遂行スル能ハサルトキハ之不能ナリト云フ（Cosack I § 36）モノアレトモ正シカラス、此ノ如キハ法人ヲ解散セシムル遠因トナルニ過キス、不能ハ又事實上ノ不能ト法律上ノ不能ヲ含ム。

(ハ) 破産　本條ニ破産トハ破産ノ宣告ヲ意味ス、現行ノ破産法ハ商人ニ非サルモノノ破産ヲ認メス(舊商法第九七八)故ニ當分ノ内ハ家資分散ヲ以テ破産ト看做ス民法施行法二)、

(ニ) 設立許可ノ取消　法人ハ主務官廳ノ許可ニヨリ人格ヲ得タルモノナリ、故ニ其取消ニヨリ人格ヲ失フ可キハ當然ナリ、主務官廳ハ設立ノ許可ヲ與ヘタル官廳ナルカ故ニ其取消權アリ、特別法ヲ以テ設立セラレタル法人ニ對シテハ設立ノ許可ナキカ故ニ設立許可ノ取消ナルモノアルヲ得ス、此場合ニハ法人ハ法律ニ依ルニ非サレハ解散セラルルコトナシ、尤モ或行政廳ニ特ニ解散ヲ命スル權ヲ與ヘタルトキハ此限ニ在ラス、

主務官廳カ設立ノ許可ヲ與フルハ全ク自由裁量ノ範圍ニ屬ス、然レトモ一旦與ヘタル許可ヲ取消スニハ法律上ノ根據ニ基カサル可ラス、之學說ノ一致スル所ナリトス（Hölder Kommt. S. 121. Regelsberger § 85 Windsheid. I. § 61. anm. I）其根據ハ第七十一條ニ規定ス、若シ其理由ナクシテ法人設立ノ許可ヲ取消又ハ解散ヲ命シタルトキハ其法人ハ行政裁判所ニ出訴スル權利アリ(民法施行法二五)行政裁判所カ許可ノ取消又ハ解散命令ヲ理由ナシトシタルトキハ主務官廳ノ取消ヲ待タスシテ法人ハ始ヨリ解散セサリシモノトナル(行政裁判法一八)、

設立許可ノ取消ハ將來ニ向フテノミ效力ヲ生ス、之其性質上疑ナキ所ナリ、

特別

(ホ) 總會ノ決議　總會ニ於ケル解散決議之ナリ、解散決議ハ社員ノ結合ヲ解除スルノ義ニ非スシテ直接ニ法人格ヲ消滅セシメントスルノ決議ナリ、解散ノ決議ニヨリ法人ノ基礎タル社員間ノ結合先ツ解ケテ其結果トシテ法人ノ人格消滅スルモノト解セハ誤レリ、故ニ解散後ニ於テ猶社員間ニ結合ノ存在スルヲ妨ケス、例ヘハ法人ヲ解散シ組合トシテ事業ヲ繼續スルヲ妨ケス(猶次條ヲ見ヨ)

(ヘ) 社員ノ缺亡　此點モ多少ノ議論アリ、羅馬法ニ於テハ社員カ一人モ殘存セ

サルニ至リ法人解散スルモノトス、蓋シ社員一人タリトモ存スルナラハ法人ヲ改造スルノ希望アリ、故ニ消滅セシムルノ要ナシト（Windscheid I § 61. anm 3. Dernburg Pand I § 64. I A）又少數論トシテハ社員悉ク欠亡スト雖モ猶法人ハ當然消滅スルモノニ非ストナス、其理由ニ曰ハク現在ニ於テハ社員一人モ存セサルモ將來社員ヲ得可キ希望確實ナルトキハ消滅セシムル必要ナシト、又曰ハク社員悉ク欠亡セハ社團法人ハ財團法人トナリテ存續ス可シト（Brinz Pand. aanf. III S. 454.）本條ハ第一說ヲ取リタルモノナリ「社員ノ缺亡」トハ社員悉ク缺亡シ一人ヲモ殘ラサルニ至レル義ナリ、

然レトモ社團法人ノ觀念ヨリ論スレハ人ノ集合即チ少クトモ二人以上ノ社員存スルニ非サレハ社團法人存續シ得ストナスヲ可トス、然レトモ立法論トシテハ商法第二百二十一條獨逸民法第七十五條等ノ列ニ倣ヒ最少數ヲ定ムルコト尤モ至當ノ策ナリ、蓋シ社員一人トナリ猶社團法人トシテ事業ヲ經營スルトキハ萬機皆其一人ノ裁量ニ依ルニ至ルカ故ニ弊害ヲ生スルノ怖アレハナリ、

第六十九條　社團法人ハ總社員ノ四分ノ三以上ノ承諾アルニ非サレハ解散ノ決議ヲ爲スコトヲ得ス但定款ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

(一)解散決議權ハ定款ニ基カズ　社團法人ノ性質上當然社員ニ屬スル權能ナリ、故ニ定款ニ何等ノ規定ナキ場合ニ於テモ總會ハ解散ノ決議ヲナスコトヲ得、定款ヲ以テ存立時期（一定ノ期間ハ解散セストノ規定）ヲ設ケタル場合ニ於テハ社員ハ先ツ其規定ヲ變更シテ而シテ後解散ノ決議ヲナスコトヲ得、

(二)特別議決方法ニ因ル　前述ノ如ク解散決議權ハ定款ニ基カサルカ故ニ多數者ノ意思ヲ以テ少數者ヲ壓スルヲ得ス必ラス全員ノ同意ヲ要ストノ論ヲ生ス（Stobbe I § 54. №9. Dernburg. B. R. I. § 64.）、然シナカラ少數者ヲ壓スルヲ得ストナサハ是却テ少數者多數者ヲ壓スルノ結果トナルニ非スヤ（Regelsberger § 85. V）茲ニ於テカ少數者ハ多數者ヨリ分離シテ法人ヲ繼續スルコトヲ得可シトノ論ヲ生ス（Windscheid. Pand. I § 61 anm 2）、然シ若シ少數者カ法人ヲ繼續スルノ權利アリトセハ多數者ハ法人ノ財產ヲ分割スルノ權利ナカル可ラス是兩ナカラ不便ナリ、此故ニ本條ニ於テハ(一)總會ニハ解散ノ決議權アルヲ前提トシテ承認シ、(二)總社員（出席社員ニ非ス）ノ四分三以上ノ承諾ヲ要ストナシ、一方ニ於テハ

全員ノ承諾ヲ必要トセサル旨ヲ暗示シ、他ノ一方ニ於テハ普通議決ノ方法ニテハ不十分ナルコトヲ示ス、即チ本條ノ規定ニヨリ不贊成ナル少數者ハ多數者ノ意見ニ服從セサル可ラサルコトトナル、但シ本條ノ定數ハ定款ヲ以テ變更スルヲ妨ケス、

第七十條　法人カ其債務ヲ完濟スルコト能ハサルニ至リタルトキハ裁判所ハ理事若クハ債權者ノ請求ニヨリ又ハ職權ヲ以テ破産ノ宣告ヲ爲ス

前項ノ場合ニ於テハ理事ハ直チニ破産宣告ノ請求ヲ爲スコトヲ要ス

(一)債務ヲ完濟スルコト能ハサルニ至リタルトキトハ債務カ法人ノ財産（積極）ヲ超過スルヲ云フ (Überschuldung) 之レ破産宣告ノ唯一ノ條件ナリ、破産法ニ於テハ支拂停止ヲ以テ條件トナス（舊商法九七八）債務超過ト支拂停止トハ其義ヲ一ニセス、債務超過ニシテ支拂停止ヲナササルアリ、支拂停止ヲナシテ而カモ債務超過ニ非サルアリ、破産法ハ今將サニ改正セラレントス、果シテ何レノ主義ヲ採ル可キカ未定ナリ、民事商事ニ共通ナル可キ破産法制定セラルルニ至ル迄ハ民法施行第二條ニヨリ家資分散ヲ以テ破産ト看做ス、故ニ本條ノ條件ヲ具ヘタルトキハ家資分散ノ請求ヲナス可キモノナリ、

(二)破産請求者　破産ノ請求ハ理事（全員ヨリスルヲ要セス）債權者之ヲ爲ス、又ハ裁判所職權ヲ以テ之ヲ爲ス、社員ハ請求權者ニ非ス、然レトモ其事情ヲ裁判所ニ具申シ裁判所之ヲ認メタルトキハ裁判所職權ヲ以テ破産宣告ヲナス可シ、理事ハ破産宣告請求權アルノミナラス又義務アリ（本條二項）、本條ノ事情ヲ知ルニ至リタルトキハ直ニ破産宣告ノ請求ヲナスヲ要ス、之ヲ怠ルトキハ過料ニ處セラル（八四、第五號）

第七十一條　法人カ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可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

(一)設立許可ノ取消原因ヲ定ム、

(イ)目的以外ノ事業ヲナストハ例ヘハ公益法人カ利益ノ分配ヲナシ、宗敎ヲ目的トスル法人カ政治運動ヲ爲スカ如キ之ナリ、

（ロ）設立許可ノ條件違反　設立許可ニ付キテハ官廳ハ條件ヲ附スルコトアリ、例ヘハ病院ニ於テハ一定ノ設備ヲナスヲ條件トナシ、學校ニ付テハ其教師ノ資格ヲ定ムルカ如キ之ナリ。條件違反トハ條件ヲ實行セサルヲ云フ、玆ニ條件トハ法律行爲ノ條件ト同シカラス、法人ハ之ヲ實行ス可キ義務ヲ負擔スルモノナリ。

（ハ）公益ヲ害ス可キ行爲　之尤モ廣汎ナルモノナリ、公益ニ害アリヤ否ヤハ行政官廳ノ認定ニヨリ之ヲ決ス、公益ヲ害ス可キ行爲ハ通常法人ノ目的以外ノ行爲ナリ、故ニ特ニ本號ノ規定ヲ要セサルモノノ如キモ然ラス、法人設立許可ノ際ニ當リテハ其目的タル事業公益ニ反セサリシモ爾後事情ノ變遷ニヨリ公益ニ反スルニ至ルコトアリ、此場合ニ於テハ法人ノ目的内ノ行爲ト雖モ公益ニ反スルニ至ル、本號ハ此ノ場合ヲモ包含ス、例ヘハ某國ノ移民ヲ目的トスル公益法人ヲ設立ス、後其國トノ條約ニヨリ移民ヲ禁止シタル場合ノ如キ之ナリ、

（ニ）法人カ前示ノ行爲ヲ爲ス　トハ法人ノ理事カ其職務トシテ前記ノ行爲ヲナシ社團法人ノ總會カ前記ノ決議ヲナスカ如キ之ナリ、法人ニハ行爲能力ナシ故ニ其機關ノ行爲ヲ以テ法人ノ行爲トナス、

（三）取消原因ハ三者ニ限ル　行政官廳カ設立ノ許可ヲ取消ス原因ハ（一）ニ述ヘタル三者ニ限ル、此原因ニ因ラスシテ許可ヲ取消シタルトキハ其行政行爲ハ違法ナリ、故ニ法人ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得（施行法二五）、

第七十二條　解散シタル法人ノ財産ハ定款又ハ寄附行爲ヲ以テ指定シタル人ニ歸屬ス

定款又ハ寄附行爲ヲ以テ歸屬權利者ヲ指定セス又ハ之ヲ指定スル、方法ヲ定メサ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其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

前二項ノ規定ニ依リテ處分セラレサル財産ハ國庫ニ歸屬ス

（一）解散後ノ財産ノ歸屬者　ヲ本條ハ定メタルモノナリ、即チ次ノ順序ニ依ル

（イ）定款又ハ寄附行爲ヲ以テ指定シタル人ニ屬ス、定款又ハ寄附行爲ヲ以テ殘餘財産ノ歸屬者ト指定セラレタル者ハ法人ノ存續中ハ未タ法人ノ財産上ニ何等ノ請求權ヲ有セス、何等ノ既得權ヲ有セス、只一種ノ期待權ヲ有スルニ過キス、恰モ相續開始前ニ於ケル相續人ノ地位ト相類似セリ、故ニ定款又ハ寄附行爲ヲ變更シテ以テ其地位ヲ失ハシムルコトヲ得、然シテ其地位ヲ失ハシムルニハ豫定歸屬權利者ノ同意ヲ要スルヤ否ヤ（Windnheid. I § 62. N. 3ハ積極說 Regelsberger Pand. § 87ハ消極說ナリ）、營利ヲ目的トスル法人ニ於テハ解散後ノ財産取得ハ社員權ノ重要ナル部分ニシテ社員ハ始メヨリ會社財産上ニ持分ヲ有スルモノナリ、故ニ多數決ニヨリ之ヲ除斥シ能ハサル明ヤナリ、公益法人ニ於テハ其關係大ニ異ル所アリ、豫定歸屬權利者ハ未タ法人財産上ニ何等既得ノ權利ヲ有セス、故ニ多數決ニヨリ之ヲ變更スト雖モ權利侵害トナルノ怖ナシ、

法人ノ解散ニヨリ期待權ハ其性質ヲ變シテ完全ナル財産權トナル、然シテ其權利ノ性質ニ付テハ數說アリ、或ハ之ヲ以テ法人ニ對スル債權ト解ス（Cosack I. S. 111. Eck S. 67. Rehbein I. S 56.）然シ本條ノ規定ニ於テハ殘餘財産ハ歸屬權利者ノ請求ヲ待タスシテ當然其者ニ「歸屬ス」ルモノナリ、其權利債權的ノ作用ヲ表ハスコトナシ、故ニ相續權ト相似タル一種ノ財産權ニシテ財産取得ノ法律上ノ原因（Berechtigungsgrund.）タル特別ノ權利ト解スルヲ可トス（Verg Hellmann Kritiche-V. J. S.40. 181. Hölder S. 163）故ニ殘餘財産アルコト確定シタルニ拘ハラス清算人カ之ヲ歸屬權利者ニ引渡ササルトキハ、歸屬權利者ハ所有權移轉請求ノ訴ヲ提起スルヲ得ス、必ラス所有權ノ訴ニヨリ其引渡ヲ請求ス可キモノナリ

殘餘財産ハ何時ニ於テ歸屬權利者ニ移轉スルヤ、曰ハク清算ヲ終リタル後（債務ノ辨濟ヲ終リタル後）始メテ歸屬權利者ニ屬ス、本條第一項ノ規定ニヨレハ法人ノ解散ト同時ニ歸屬權利者ニ移轉スルモノノ如ク見ユルモ、次條ノ規定ト相對照スレハ其然ラサルヲ知ル可シ、即チ解散法人ハ清算結了ニ至ル迄ハ尙存續スルモノト看做シ、其財産ハ依然トシテ其法人ニ屬ス故ニ、清算結了ノ時ニ至テ始メテ歸屬權利者ニ移轉スルモノト解ス可シ、

（ロ）類似ノ目的ノ爲ニスル處分　定款又ハ寄附行爲ヲ以テ歸屬權利者ヲ指定セス又ハ之ヲ指定スル方法ヲ定メサル場合ニ於テハ理事ハ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、其條件トシテ（一）主務官廳ノ許可ヲ要ス（二）社團法人ナルトキハ更ニ總會ノ決議ヲ要ス、本條ニ理事トアルハ清算人ノ義カ疑ハシ、蓋シ法人解散セル場合ニ於テハ理事ノ職務ハ

終了シ只清算事務ヲ殘スノミナリ、故ニ清算人アレトモ理事ナキ理ナリ、但シ普通ノ場合ニ於テハ理事ハ當然清算人トナル（七四）故ニ何レニ解スルモ實際ノ差別ナシ、然レトモ總會カ理事以外ノ者ヲ清算人ニ選任シ、又ハ第七十五條ノ規定ニヨリ裁判所カ選任シタル場合ニハ理事ト清算人ハ其人ヲ異ニス、此場合ニ於テハ清算人ハ清算事務ニ當リ前任ノ理事本條ノ處分ヲナス可キカ、

（八）國庫歸屬　（イ）（ロ）ノ方法ニヨリ歸屬權利者ヲ得ル能ハサルトキハ法人ノ財產ハ國庫ニ歸屬ス、國庫ハ第三次ニ於ケル歸屬權利者ナリ、此點ニ付キテモ從來學說一致セス、或ハ全然國庫ノ歸屬權ヲ否認シ最後ノ社員又ハ其相續人ニ歸屬セシメヨト云フ（Unger, Kritische überscha. V. I. S. 178 ff Arndt Pand. § 456）蓋シ是等ノ學者ハ國家カ殘餘財產ヲ取得ス可キ正當ノ理由ヲ認メサルモノナリ、我民法ハ設立者ノ意思ヲ重シ「公益法人ノ財產ハ固ト公益ノ目的ニ供シタルモノナルヲ以テ若シ前示ノ歸屬權利者ナキトキハ其遺產ヲ國庫ニ收入シテ一般ノ國用ニ供スルハ其創立者ノ意思ニ適合スルモノト謂ハサル可ラス」云々ノ理由ニヨリ國庫ノ歸屬權ヲ認ム、

然シテ其法律上ノ性質ニ至リテハ猶說明ヲ要スルモノアリ、一說ニハ國庫ハ法人ノ相續人トナルトナス、或ハ又少クトモ相續人曠欠ニ關スル規定ヲ準用ス可トナス（獨民四六 Windscheid. I § 62. anm 2. Brinz 2 auf III S. 586. Stobbe I. § 54. anm 14）他說ニヨレハ法人消滅シテ無主物トナルカ故ニ無主物國庫ニ屬スル原則ニヨリ國庫ニ歸屬ストナス（民法理由書第七十一條ノ部 Regelsberger Pand. § 86. S. 338）本條ノ解釋トシテハ兩說共ニ非ナリ、國庫カ相續人ニ非ルハ（一）相續編ノ規定ニ於テ法人ノ解散ヲ以テ相續開始原因ト認メス（九六四、九九二）國庫ヲ以テ相續人ト認メス、（二）若シ相續ノ規定ニヨル可キモノトセス國庫ハ法人ノ債權債務ヲ一撤シ所謂包括相續ノ原則ニヨリ承繼ス可キナリ、然ルニ我民法ノ規定ニ於テハ清算ハ解散ノ必然ノ結果ニシテ必ラス清算行爲ヲ了シ殘餘財產アル場合ニ始メテ國庫ニ引渡ス可キモノナリ故ニ相續法ノ原則ニ依ラス、是レ相續ニ非サル證ナリ、又無主物國庫歸屬ノ原則（二三九、二頁）ニ依ルモノニ非ス、第二百三十九條ノ規定ニヨリ國庫ニ屬ス可キモノハ無主ノ不動產ニ限ル、動產ハ無主ナルトキト雖モ國庫ニ屬セス、然ルニ本條ニヨリ國庫ニ歸屬スル財產ハ不動產ニ限ラサレハナリ、又解散後ノ法人ノ財產ハ所謂無主物ニ非ス之ヲ國庫ニ引渡スマテハ法人ニ屬スルモノナリ（七三）故ニ此說モ亦不可ナリ、畢竟法律ノ特別ノ規定ニヨリ國庫ハ直接ニ財產ヲ取得スルモノト解スルヨリ外ナシ、

(二)財產移轉ノ體樣　本條第二項ノ場合ニ於テハ財産(物權債權)ノ移轉ニハ處分行爲ヲ必要トス、第一項及ヒ第三項ノ場合ニ於テハ然ラス、清算行爲ノ終了(殘餘財産ノ確定)ト共ニ法律ノ規定ニヨリ直接ニ移轉ス、然レトモ第三者ニ對スル關係ニ於テハ對抗條件ヲ具備スルヲ要ス、其關係相續ト頗ル相似タリ、

第七十三條　解散シタル法人ハ清算ノ目的ノ範圍内ニ於テハ其清算ノ結了ニ至ルマテ尙ホ存續スルモノト看做ス

(一)解散ノ效力　法人解散ノ效力ニ付テ從來二說アリ

(イ)解散ニヨリ法人ノ權利能力消滅セス只其法人ハ之ニヨリ其生産能力(Productive seite)ヲ失ス、故ニ引續キテ新ニ事業ヲ繼續スルヲ得サレトモ清算ノ目的ノ爲メニハ同一ノ法人存續ストナス、之獨逸高等商事裁判所ノ判決ニ出テ廣ク商法家ニ歡迎セラルル說ナリ(Erk. R. O. H. G. Von 18 Jan 1876.)

(ロ)法人ハ解散ニ因リ全然其權利能力ヲ喪失ス、然レトモ此ノ如クセハ其財產ハ無主體トナリ不都合ヲ生スルカ故ニ法律ノ直接ノ働ニ由リ清算ノ目的ノ爲メニ所謂清算法人(Genossenschaft in Liquidation)ナルモノヲ設立スルモノナリト(Crome sytsem I § 53. Planck Zu § 41 Gierke, Theorie S. 859 885)、

以上ノ二說ハ其根本ニ於テ異ルカ故ニ其結果モ亦全ク同シカラス、前說ニヨレハ解散後ノ法人ハ解散前ノ法人ト同一人格ナリ、後說ニヨレハ前法人ハ消滅シテ之ニ代リテ清算法人カ設立セラルルモノナリ、從テ前說ニヨレハ法人ノ一身ニ專屬スル權利義務例之法人存續期間一定ノ給付ヲナスノ義務)ト雖モ解散ニヨリ消滅セス、後說ニヨレハ反之解散ノ時ニ於テ消滅シ清算法人ニ移ルコトナシ、

我民法ノ主義ハ後者ナリ、故ニ本條ニ於テ「解散シタル法人ハ……尙存續スルモノト看做ス」ト規定ス、其義ハ解散後ノ法人ハ當然存續スルモノニ非ス、故ニ法律ノ直接作用ヲ用テ尙存續スルモノト「看做」セルナリ、若シ反對說ヲ取ルナラハ本條ハ無用ノ條文トナル可シ、前法人ハ私人ノ設立セル法人ニシテ後法人ハ法律ノ直接作用ニ出ツ、故ニ其同一人格ニ非サルヤ明ナリ、且ツ理論上ヨリ論スルモ法人解散ノ原因ハ皆法人ノ存續ト相容レサル事實ナリ、例之法人ハ主務官廳ノ許可ニヨリ其成立ヲ得タルモノナリ、然ルニ其許可ノ取消サレタルニモ拘ハラス猶存續ス(或範圍ニ於テスルモ)トナスハ許可ナクシテ法人ノ成立ヲ認ムルモノニシテ解ス可ラサル論ニ非スヤ、

(二)清算ノ目的ノ範圍內　清算トハ通俗ノ語ニテ跡始末ト云フカ如シ、先ツ殘務ヲ終了シ、債權ヲ取立テ債務ヲ辨濟シ、猶殘餘財產アルトキハ前條ニ示シタル歸屬權利者ニ引渡ス行爲ヲ云フ、是等ノ行爲ヲ名ケテ清算行爲(Liquidationsakt.)ト稱ス、清算法人ハ之等ノ行爲ヲナス目的ノ爲メニ作ラルルモノナリ、

(三)清算ノ結了　清算ハ何時結了スルヤ、曰ハク法人ノ財產ヲ以テ債務ヲ完濟シ猶餘剩アル場合ニ於テハ之ヲ歸屬權利者ニ引渡スニ因リ結了ス、法人カ債務超過ニシテ第八十一條ニヨリ破產ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テハ、清算人カ其事務ヲ破產管財人ニ引渡シタルトキニ結了ス、本條ノ規定ニヨレハ法人ハ「清算ノ結了」ニ至ルマテ存續ス、然ルニ(一)破產宣告ニヨリ解散セル場合ニハ清算ナク、(二)第八十一條ノ場合ニ於テモ清算ノ終了ニヨリ始末ヲ付クルヲ得ス、破產手續ノ終了ニ因リ始メテ其目的ヲ達スルモノナリ、本條ヲ文字通リニ解釋スレハ前記ノ場合ニハ適用ナキニ至ル可シ、故ニ擴張シテ解釋シ清算ノ場合ニハ清算手續ノ結了マテ存續シ、破產ノ場合ニハ破產手續ノ結了マテ存續スルモノト解スルヲ可トス、

(四)清算手續ト破產手續　清算手續ハ裁判外ノ行爲ナリ、清算人ヲ機關トナシ法人自ラ爲ス行爲タリ、破產手續ハ之ト異リ裁判官ヲ以テ主任トナス裁判上ノ行爲タリ之ヲ二者ノ主要ナル差別トス、

第七十四條　法人カ解散シタルトキハ破產ノ場合ヲ除ク外理事其清算人トナル但定款若クハ寄附行爲ニ別段ノ定アルトキ又ハ總會ニ於テ他人ヲ選任シタルトキハ此限ニ在ラス

(一)何人カ清算人タル可キカ　之本條ノ規定スル所ニシテ理事ハ當然清算人トナル、但シ定款又ハ寄附行爲ニ別段ノ定アルトキ又ハ總會ニ於テ他人ヲ選任シタルトキハ此限ニ在ラス、破產ノ場合ヲ除外シタル理由ハ他ナシ、嚴格ナル破產手續ニ從フ可キカ故ニ本法ニ依ル清算手續ヲ要セサルカ故ナリ、此場合ニ於テモ民事ニ適用サル可キ破產法ノ制定セラルルマテハ不便ナルコト少カラス、即チ民法施行法ニヨレハ家資分散ヲ以テ破產ニ代フト雖モ家資分散ニ就テハ破產ニ於ケルカ如ク管財人ヲ任命スル規定存セサレハナリナリ、(二三、法律六九、家資分散法)

(二)清算ハ解散ノ必法ノ結果　破產ノ場合ヲ除キテハ法人解散セハ必ラス本

法ニヨリ清算ヲナササル可ラス、法人ノ財産ヲ一括シテ他人ニ讓渡スカ如キハ認メサル所ナリ、之レ本條ニ於テ理事ヲ以テ當然清算人トナシタルニヨリ推知スルヲ得可シ、

(三)清算人ノ性質　及ヒ其職務ハ第七十八條ヲ見ヨ、

第七十五條　前條ノ規定ニ依リテ清算人タル者ナキトキ又ハ清算人ノ缺ケタル爲メ損害ヲ生スル虞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選任スルコトヲ得

(一)前條ノ規定ニヨリ清算人ナキトキ　トハ定款寄附行爲ニ何等ノ定ナキ場合ニ於テ理事死亡又ハ辭任セル場合ナリ、此ノ場合ニハ理事清算人トナルノ規定ヲ適用スルヲ得ス、又定款寄附行爲ノ規定ニ依ルヲ得ス又理事ナケレハ總會ヲ招集シテ清算人ヲ選任スルコトヲ得ス、即チ清算人ナキ場合ナリ、

(二)清算人ノ缺ケタル場合　清算人ノ員數ハ法律ニ制限ナシ理事清算人トナル場合ニ於テハ理事ト同數ナリ、其他ノ場合ニ於テハ定款寄附行爲又ハ總會ノ決議ニヨリ定マル、要スルニ一人又ハ數人ナリ、清算ノ始メニ於テハ規定ノ清算人アリタルモ後ニ至リ其全部又ハ一部ヲ欠キタル場合ヲ指ス、

(三)裁判所ハ清算人ヲ選任ス　利害關係人（例ヘハ債權者歸屬權利者）檢事ノ請求ニヨリ若クハ職權ヲ以テ選任ス、而シテ之ヲ選任スルニハ(一)(二)ノ條件ノ外更ニ損害ヲ生スルノ虞アルヲ要ス、清算人ニ欠員アルモ、自ラ補欠ノ途アリテ且ツ其ノ補欠ヲ待ツモ損害ヲ生スルノ憂ナキトキハ清算入ヲ選任スルヲ得ス、清算人ノ選擇ハ裁判所ノ自由ナルヲ原則トス、然レトモ定款ニ於テ社員ヲ以テ清算人タルノ資格トナスノ定アル場合ニ於テハ社員中ヨリ選任セサル可ラス、其他非訟事件手續法三七、一三八等參考ヲ要ス、

第七十六條　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

(一)重要ナル事由　トハ頗ル漠然タル語ナリ、本條ニ於テハ清算人ヲ解任スル理由トナル可キモノナレハ清算人トシテ不適當ナル事情ノ著シキモノヲ指ス、例ヘハ不正ノ行爲アリタルトキ著シク無能ナルトキ又ハ病疾其職ニ堪ヘサルカ

知キヲ云フ、

(二)清算人數人アル場合　ニ於テハ前記ノ事情アル清算人ノミヲ解任スルコトヲ得、其何人カ選任セルヤハ之ヲ問ハス、例ヘハ定款寄附行爲ニ依ル清算人又ハ總會ノ選任シタル清算人ト雖モ之ヲ解任スルヲ得、

(三)解任　解任トハ其任務ヲ解クノ義ナリ、免職免黜等ト同義ナリ、裁判所ハ本條ニヨリ解任ノ權能ヲ有ス、但シ前條ノ必要アル場合ニ於テハ同條ニヨリ其後任者ヲ選任スルコトヲ得、清算人ノ解任ハ清算人ニ不名譽ナルハ勿論ナリト雖モ之ニ對シテハ不服ヲ申立ツルヲ得ス（非訟三七・一三七）、

第七十七條　清算人ハ破産ノ場合ヲ除ク外解散後一週間內ニ其氏名住所及ヒ解散ノ原因、年月日、ノ登記ヲ爲シ又何レノ場合ニ於テモ之ヲ主務官廳ニ届出ツルコトヲ要ス

清算中ニ就職シタル清算人ハ就職後一週間內ニ其氏名住所ノ登記ヲナシ且ツ之ヲ主務官廳ニ届出ツルコトヲ要ス

(一)解散登記ノ必要　第六十八條ニ於テ說明セルカ如ク法人ハ解散原因ノ發生ニヨリ當然解散ス、登記ニヨリ始メテ解散スルモノニ非ス、解散ノ登記ハ既成ノ事實ヲ登記スルモノナリ、本條第一項末段ノ主務官廳ニ對スル届出モ亦然リトス、然レトモ法人ハ設立ノ登記ニヨリテ第三者ニ對シテ其ノ成立ヲ認メラルルモノナリ、然ルニ設立ノ登記アリテ解散ノ登記ナクンハ第三者ハ法人猶存續スルモノト誤信スルニ至ルハ當然ナリ、故ニ解散ヲ登記セシム、解散ノ登記ト共ニ清算人ノ氏名住所ヲ登記セシムルハ法人ノ設立ノ登記ニ於テ理事ノ氏名住所ヲ登記セシムルト同一ノ理由ニ出ツ、解散後ハ理事ナク法人ノ代表者ハ只清算人アルノミ、法人ト法律行爲ヲナサントスル者ハ必ラス清算人ヲ相手方トナササル可ラス、故ニ解散ノ登記ト共ニ清算人ノ氏名住所ヲ登記セシム、

(二)解散登記義務者　ハ清算人ナリ、但シ破産ノ場合ニ於テハ清算人ナシ、故ニ之ヲ除外ス、此ノ場合ニ於テハ前任ノ理事ヨリ登記ヲナス可キカ破産管財人ヲ以テ登記義務者トナス可キカ、法文不備ナルカ故ニ疑問タルヲ免カレスト雖モ

前任ノ理事ヲシテ登記セシムルヲ可トス、蓋シ解散ノ登記モ亦法人ノ事務ノ一部ナリ、故ニ別段ノ規定ナキトキハ前任ノ理事ヲシテ登記義務ヲ負ハシメテ可ナリ、

(三)登記ノ期間 ハ第一項ニ於テハ「解散後一週間」トアリ、然レトモ此規定ハ穩當ニ非ス、蓋シ第七十四條但書及第七十五條ニヨリ、總會ニ於テ清算人ヲ選任シ又ハ官選スル場合ニ於テハ解散後一週間ニシテ猶清算人ノ就職ヲ見サルコト少カラサル可シ、清算人カ就職セサルニ早ヤク既ニ其登記期間ヲ經過スルニ至ルハ不都合ナリト云ハサル可ラス、本條ノ規定ハ宜シク「就職後一週間」ト改ム可キモノナリ、

(四)第二項ノ規定 ハ清算人ノ更迭アル場合ニ關ス、此場合ニ於テハ新任ノ清算人ハ就職後一週間内ニ其氏名住所ヲ登記シ且ツ之ヲ主務官廳ニ届出ツルヲ要ス(非訟三七、一七七)、

(五)登記懈怠ノ結果 ノ尤モ顯著ナルモノハ第八十四條第一號ニヨル過料ノ制裁ナリ、余ノ疑問トスル所ハ解散登記ノアル迄ハ解散ヲ以テ第三者ニ對抗スルヲ得サルヤ否ヤニ在リ、法人設立ノ登記(四五)不動産登記(一七七)、夫婦財産契約登記(七九四)等ニ於テハ凡テ登記ヲ以テ對抗條件トナスカ故ニ登記アルマテハ第三者ハ其ノ事實ヲ否認スルヲ得、本條ノ登記モ亦同一ノ效力ヲ有スルヤ、法文ニ之ヲ規定スルナシ、然レトモ法文ニ特別ノ規定ナクンハ他ノ登記ト同一ノ主義ヲ取リタルモノト解スルヲ妥當トス(商法二二五參考)、

第七十八條　清算人ノ職務左ノ如シ

一　現務ノ結了
二　債權ノ取立及ヒ債務ノ辨濟
三　殘餘財産ノ引渡

清算人ハ前項ノ職務ヲ行フ爲メニ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲スコトヲ得

(一)清算人ノ性質 清算人ハ法定代理人ナリ、本條第一項ノ行爲ヲ行フ爲メニ必要ナル一切ノ權限ヲ有ス、清算人數人アル場合ニ於テハ各自ニ代表權アルカ或ハ全員一致ヲ要スルカ又ハ多數ニ依ル可キカ大ニ疑ハシト雖モ理事ニ關スル規定ヲ準用スルヲ以テ其當ヲ得タルモノト信ス、理事ハ定款寄附行爲ニ別段ノ定ナキトキハ過半數ヲ以テ法人ノ事務ヲ處理スルモノナリ(五二)、清算人モ亦之

レト同シク過半數ニヨリ清算事務ヲ處理スル權限職務ヲ有ス、然レトモ之レ內部即チ法人ニ對スル關係ヲ定メタルモノニシテ善意ノ第三者ニ對シテハ各自代表權アルモノトス、故ニ債務者カ辨濟ヲナスニ當リテハ清算人ノ内ノ一人ニ對シテ辨濟ヲナスコトヲ得可シ、第五十四條ノ規定ハ之ヲ清算人ニモ準用スルコトヲ得可キナリ(商法九三參考)、

(二)清算人ノ職務　ハ左ノ如シ、

(イ)現務ノ結了　(Abwickelung d laufend gesthäf.) トハ既ニ着手シタル事務ヲ結了セシムルヲ云フ、清算人ハ新事業ニ着手スルノ權能ヲ有セスト雖モ現務結了ノ爲メニ新ニ法律行爲ヲナスヲ妨ケス、

(ロ)債權ノ取立及債務ノ辨濟　債權ノ取立ニ付キテハ特別ノ規定ナシ、清算手續ハ債務者ヲシテ期限ノ利益ヲ失ハシムルモノニ非ス、故ニ期限アルモノハ期限ノ到來ヲ待テ始メテ取立ヲナスコトヲ得、債務ノ辨濟ニ付キテハ次條ノ手續ヲ踐ムヲ要ス、

(ハ)殘餘財產ノ引渡　第七十二條ノ規定ニ從ヒ歸屬權利者ニ引渡スヲ要ス、然レトモ殘餘財產ハ引渡ニヨリ始メテ歸屬權利者ニ移轉スルニ非ス(第七十二條ノ說明ヲ見ル可シ)、殘餘財產ノ存在確定スルトキハ第七十二條ノ規定ニヨリ當然歸屬權利者ニ移轉ス、清算人ハ只其引渡ヲナスノ義務アルノミ、引渡ハ動產ニ付キテハ占有ノ讓渡ニヨリ之レヲナシ、不動產ニ在リテハ占有讓渡ノ外登記ヲナスニヨリ完了ス、債權ナルトキハ之ヲ債務者ニ通知スルモ引渡行爲ノ一部ナリ、

歸屬權利者數人アルトキハ定ツタル割合ニ應テ分配スルヲ要ス、然ヽ獨逸民法ニ於ケルカ如ク金錢ニ替フルヲ必要トセス、所謂自然分配ヲナスヲ妨ケス、自然分配ヲナス能ハサルカ著シク不利益ナル場合ニ於テハ本條第二項ノ權限ニヨリ清算人ハ之ヲ賣却シテ代價ヲ分配スルコトヲ得、

又獨逸民法ニ於テハ財產ノ引渡前ニハ若干ノ停止期間(Sper jahr)ヲ設ケ債權者ノ申出ヲ俟ツヲ要スト雖モ、本法ニ於テハ之ヲ必要トセス、清算人ハ殘餘財產アリト信セハ未タ債權者ニ辨濟ヲ終ラサル前ト雖モ引渡ヲ爲スヲ妨ケス、之レ第八十一條第三項ノ明ニ豫期スル所ナリ、

(三)清算人ノ責任　清算人ハ本條第一項ノ職務ヲ行フニ付キ法人ニ對シテ過失ノ責任ヲ負フ、例ヘハ債權ノ取立ヲナスヲ怠リ途ニ時效ニ掛ラメシタル場合ニ於テハ法人ニ對シテ損害賠償ノ義務ヲ負フ、

第三者ニ對スル不法行爲ニ就テハ第四十四條ノ規定ヲ適用ス可キモノトス、

第七十九條　清算人ハ其就職ノ日ヨリ二个月内ニ少クトモ三回ノ公告ヲ以テ債權者ニ對シ一定ノ期間内ニ其請求ノ申出ヲ爲スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ要ス但其期間ハ二个月ヲ下ルコトヲ得ス

前項ノ公告ニハ債權者カ期間内ニ申出ヲ爲ササルトキハ其債權ハ清算ヨリ除斥セラル可キ旨ヲ附記スルコトヲ要ス但清算人ハ知レタル債權者ヲ除斥スルコトヲ得ス

清算人ハ知レタル債權者ニハ各別ニ其申出ヲ催告スルコトヲ要ス

(一)債務辨濟ノ手續ヲ本條ハ規定ス、清算人ハ其就職ノ日ヨリ二ヶ月内ニ三回ノ公告ヲ以テ二ヶ月ヲ下ラサル期間ヲ定メ其期間内ニ債權ノ申出ヲナス可キ旨ヲ催告スルヲ要ス、而シテ此公告ニハ債權者カ期間内ニ申出ヲ爲ササルトキハ其債權ハ清算ヨリ除斥セラル可キ旨ヲ附記スルヲ要ス、故ニ一般ノ債權者カ右期間内ニ申出ヲナササルトキハ清算人ハ之レヲ清算ヨリ除斥シ之レヲ法人ノ債權者中ニ算セスシテ清算ヲ結了セシムルコトヲ得(但次條ノ規定ヲ見ヨ)、然レトモ本條ノ公告ハ申出ヲ怠リタル債權者ノ權利ヲ消滅セシムルモノニ非ス、

法人ノ帳簿等ニヨリ清算人ニ知レタル債權者ニ對シテハ各別ニ其申出ヲ催告スルヲ要ス(但シ一回ニテ可ナリ)此種ノ債權者ハ假令請求ノ申出ヲナサスト雖モ清算ヨリ除斥セラルルコトナシ(第二項但書)、清算人ハ申出ヲ爲シタル債權者ト同シク之レニ對シテ辨濟セサル可ラス、

(二)清算人カ本條ノ公告ヲ怠リタル場合ニハ第八十四條第六號ノ制裁アリ且ツ申出ヲナササル債權者ヲ除斥スルヲ得ス、然レトモ清算人ノ爲シタル辨濟ハ無效ニ非ス、故ニ本條ノ公告ヲナサスト雖モ清算ヲナシ能ハサルニ非ス、然シ債權者ヲ除斥スルヲ得サルカ故ニ申出ヲナス債權者アルニ從ヒ辨濟セサル可ラサルヲ以テ、非常ニ延引ス可シ

(三)催告期間内ニ辨濟ヲナシ得ルヤ　曰ハク然リ、除權公告ノ效力ハ只其期間内ニ申出テナササル債權者ヲ清算ヨリ除斥スルニ在リ、申出テナシタル債權ノ行使ヲ停止スルモノニ非ス、故ニ期限ノ到來セル債權ハ之レヲ辨濟シ得ルノミナラス其履行ノ請求ヲ拒ムヲ得ス、是破產ト異ル所ナリ（舊商法九八五參考）、故ニ催告期間内ニ辨濟ヲ開始セルニ債權申出次第ニ多ク債務ヲ完濟スル能ハサルニ至ルト雖モ清算人ノ過失ニ非ス、清算人ハ其場合ニハ第八十二條ニヨリ破產宣告ヲ請求ス可キノミ（反對四二、三、二七、東京地方裁判所判決法律新聞五六七）。

第八十條　前條ノ期間後ニ申出テタル債權者ハ法人ノ債務完濟後未タ歸屬權利者ニ引渡ササル財產ニ對シテノミ請求ヲ爲スコトヲ得

(一)除斥セラレダル債權ノ效力ヲ本條ハ定ム、前條ノ規定ニヨリ除斥セラレタル債權者ハ前條ノ規定ニヨリ申出ヲ爲シタル債權者及ヒ知レタル債權者ニ對シテ十分ノ辨濟ヲナシタル後猶歸屬權利者ニ引渡ササル財產ニ對シテノミ請求ヲナスコトヲ得、即チ(一)申出ヲ爲シタル債權ハ優先權ヲ有シ除斥セラレタル債權者ハ殘餘財產ニ對シテノミ權利ヲ行フ、(二)殘餘財產ヲ歸屬權利者ニ引渡シタルトキハ之レニ追及スルヲ得ス、

(二)辨濟ノ順序　前條ノ期間後申出ヲナス債權者數名アリタル場合ニ於テハ破產ニ於ケルカ如ク一定ノ割合ヲ以テ辨濟スルニ非ス、又其申出ノ前後ニヨリ辨濟スルニ非ス、清算人ノ選擇ニヨリ全部ノ辨濟ヲナスコトヲ得、蓋シ普通ノ債權ニハ順位アルニ非ス、債務者ノ選擇ニヨリ先ツ何レノ債權者ヨリ辨濟ス可キカヲ定メ得レハナリ、

右ノ如クニシテ殘餘財產悉キタル場合ニ於テハ清算人ハ辨濟ヲナスヲ要セス、蓋シ除斥セラレタル債權者ハ殘餘財產ニ對シテノミ權利ヲ行フコトヲ得ルモノナリ、故ニ殘餘財產悉クレハ全ク其權能ヲ行フ能ハサルハ理ノ當然ナリ、此ノ場合ニ於テハ次條ノ破產宣告請求ヲナスヲ要セス、

第八十一條　清算中ニ法人ノ財產カ其債務ヲ完濟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產宣告ノ請求ヲナシテ其旨ヲ公告スルコトヲ要ス

清算人ハ破算管財人ニ其事務ヲ引渡シタルトキハ其任

ヲ終リタルモノトス、

本條ノ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アルトキハ破產管財人ハ之ヲ取戾スコトヲ得

(一)破產宣告請求ノ必要　破產ニ於イテハ債權者ヲ平等ニ保護シ一定ノ割合ニヨリ分配スルノ必要上債權ノ總額ヲ知リテヨリ後辨濟ヲナス、清算手續ニ於テハ之レト異リ、(一)債權者ノ請求アルニ從ヒ順次辨濟ヲナス、(二)又債權額ノ全部ヲ辨濟セサル可ラス、此ノ故ニ一部ノ債權者ニ對シテハ全額ノ辨濟ヲナシ、剩餘ノ債權者ニ對シテハ全ク辨濟ヲナス能ハサル結果トナルコトアリ、是甚タ不公平ナリ、故ニ債務ノ全額ヲ辨濟スル能ハサルコト明ナルニ至リタルトキハ清算手續中何レノ程度ニアルトヲ問ハス、之ヲ破產手續ニ移シ公平ノ分配ヲナサシムル必要アリトス、

(二)債務ヲ完濟スルニ不足　ナル場合トハ第七十九條ノ規定ニヨリ催告期間內ニ申出ヲナシタル債權及ヒ知レタル債權ヲ完濟スルニ不足ナル場合ヲ指ス、除斥セラレタル債權者ハ第八十條ノ權利ヲ行ヒ得ルノミニシテ當然完濟スルノ必要ナキモノナリ、故ニ之レヲ包含セサルヤ明ナリトス、

(三)破產宣告請求ノ公告　破產宣告請求ヲナシタルトキハ之レヲ公告スルヲ要ス、是其ノ事實ヲ債權者ニ告知スルノ目的ニ出ツ、破產宣告ノ請求ハ或ハ却下セラルルコトナシトセス、然ルトキハ此公告ハ無意味ナリ、然レトモ清算人ハ法人ノ財產ノ狀況ニ尤モ精通スルモノナリ、故ニ却下セラルル場合ハ蓋シ稀ナル可シ、本條ノ公告ハ之ヲ破產宣告ノ公告ト混合セサルヲ要ス

(四)清算人ノ任務ノ終了　通常ノ場合ニ於テハ清算人ノ任務ハ殘餘財產ヲ歸屬權利者ニ引渡スニヨリ終了ス、本條ノ場合ニ於テハ清算事務ヲ破產管財人ニ引渡スニヨリ終了ス、(一)破產ノ決定書ニハ破產管財人ヲ選定スルヲ要ス(舊商法九八〇)ルモノナレトモ事實上清算事務ノ引繼アルマテハ清算人ハ其職務權限ヲ失ハス、(二)清算事務ヲ引渡シタルトキハ清算人ハ其任ヲ終リ破產管財人ハ法人ノ唯一ノ代理人トナル外國ノ法制ニ於テハ清算人ト破產管財人ト並立スル主義ヲ取ルモノアレトモ本條ハ之ヲ認メス、本條ニヨル清算人ノ解任ニハ何等ノ手續ヲモ必要トセス前示ノ事實ニヨリ當然解任セラル、

(五)第三項ノ規定　清算人カ其在任中ニ既ニ債權者ニ支拂ヒ又ハ歸屬權利者ニ

引渡シタルモノアルトキハ破産管財人ハ之レヲ取戻スコトヲ得、是レ破産ハ債權者ヲ平等ニ保護シ公平ナル分配ヲナスヲ目的トナセハナリ、若シ破産宣告アリタル時ノ財産狀態ニ付キテノミ右ノ元則ヲ適用スルモノトセハ、先ツ辨濟ヲ受ケタル債權者ハ益シ然ラサルモノハ損失ヲ蒙ル之レ不公平ナリ、此故ニ本條ノ規定ヲ設ケ一切ノ債權者ニ公平ニ分配セシムルモノナリ、歸屬權利者ニ至リテハ元來債務完濟ノ後始メテ財産ヲ取得ス可キモノナリ、然ルニ清算人ノ見込違ニテ先ツ引渡ヲ受ケタレハトテ之レニヨリ債權者ニ損失ヲ蒙ラシム可ラサルナリ、此故ニ之ヲ取戻スコトヲ得セシム、其他凡テ破産法ノ規定ニ依ル可キナリ、特ニ本條ノ規定ヲ置キタル理由ハ他ナラス、清算人ノ爲シタル本項ノ行爲ハ有效ナル行爲ナルカ故ニ法律ノ明文アルニ非サレハ管財人ハ之ヲ取戻ス能ハサルカ故ナリ、

清算人カ財産ヲ取戻スハ本條ノ規定ヲ根據トスルモノニシテ不當利得ノ元則ニ依ルニ非ス、故ニ債權者又ハ歸屬權利者ハ現存利益ニ限ラス受ケタル財産ノ全額ヲ返還スルヲ要ス、

第八十二條　法人ノ解散及ヒ清算ハ裁判所ノ監督ニ屬ス

裁判所ハ何時ニテモ職權ヲ以テ前項ノ監督ニ必要ナル檢査ヲ爲スコトヲ得

(一)解散清算ノ監督ノ必要　法人ハ第六十八條列擧ノ事實ノ發生ニヨリ當然解散ス然ルニ之ヲ監督スルモノナキトキハ或ハ其ノ事實ノ發生セサルニ解散セルモノトシ、又ハ其ノ事實發生スルモ之ヲ隱蔽シテ猶事業ヲ繼續スルカ如キ不都合ナシトセス、又法人解散後清算ニ移ルニ至リテハ、清算人ハ廣大ナル權限ヲ有シ重要ナル職務ヲ行フ然カルニ、別ニ之レヲ監督スルモノナクンハ不正ノ行爲ヲ敢テシ債權者又ハ歸屬權利者ヲ害スルコトナシトセス、故ニ有爲ナル監督機關ヲ要ス、

(二)解散清算ノ監督機關ハ裁判所也　公益ノ裁量ハ行政廳ノ得意トスル所ナリ、故ニ法人ノ業務ハ行政廳ヲシテ監督セシム(六七)、然レトモ一旦解散スルトキハ利害關係人ノ權利ヲ公平ニ保護スルヲ以テ主眼トス、之レ寧ロ司法官ノ職務ニ屬ス、故ニ解散清算ハ裁判所ノ監督ニ屬セシム、破産ノ場合ニ關シ本條ニ規定

ナキハ破産法ノ規定ニヨリ破産手續ハ當然裁判所主任トナリ之レヲ實行スルモノナルカ故ナリ、

(三)監督ノ手段ハ極メテ概括的ナリ、解散清算ノ監督ニ必要ナル一切ノ檢査ヲナスコトヲ得、而シテ其不正ナル點ヲ發見シタルトキハ或ハ第八十四條ノ過料ヲ課スルヲ得可ク、又詐欺私消等ニ渉ルトキハ刑事上ノ訴追ヲナスヲ得可シ、

第八十三條　清算カ結了シタルトキハ清算人ハ之ヲ主務官廳ニ屆出ツルコトヲ要ス

法人ハ固ト主務官廳ノ許可ニヨリ成立ス故ニ清算終了シ法人全ク消滅シタルトキハ之ヲ主務官廳ニ告知スルノ必要アリ本條ノ屆出ハ即チ之ナリ(商法九九參考)然レトモ之レ清算人ノ義務ナリ破産ノ場合(八一、ノ場合ヲ含ム)ニハ清算人ナシ然ラハ全ク屆出ナクシテ可ナルカ或ハ何人カ屆出ヲ爲ス可キカ、實際上ハ破産管財人ヲシテ屆出ヲナサシムルヲ便トス

第四節　罰則

第八十四條　法人ノ理事、監事又ハ清算人ハ左ノ場合ニ於テハ五圓以上二百圓以下ノ過料ニ處セラル

一　本章ニ定メタル登記ヲ爲スコトヲ怠リタルトキ

二　第五十一條ノ規定ニ違反シ又ハ財産目錄若クハ社員名簿ニ不正ノ記載ヲ爲シタルトキ

三　第六十七條又ハ第八十二條ノ場合ニ於テ主務官廳又ハ裁判所ノ檢査ヲ妨ケタルトキ

四　官廳又ハ總會ニ對シ不實ノ申立ヲ爲シ又ハ事實ヲ隱蔽シタルトキ

五　第七十條又ハ第八十一條ノ規定ニ反シ破産宣告

ノ請求ヲ爲スコトヲ怠リタルトキ

六　第七十九條又ハ第八十一條ニ定メタル公告ヲ爲スコトヲ怠リ又ハ不正ノ公告ヲ爲シタルトキ

(一)過料ノ性質

(イ)過料ハ民事上ノ金錢罰ナリ　刑事上ノ制裁ニ非ス、刑法ノ指示スル刑名ノ内ニ在ラス、又之ヲ課スルニハ刑事訴訟手續ニ依ラス、非訟事件手續法ニ依ル、同法第二百七條ニヨレハ過料ノ裁判ハ理由ヲ附シタル決定ヲ以テ之レヲ爲ス、而シテ過料ノ裁判ニ對シテハ、即時抗告ヲナスコトヲ得、過料ノ裁判ハ執行力アル債務名義ト同一ノ效力アリ(同法二〇八)、檢事ノ命令ニヨリ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒテ之ヲ執行ス、

(ロ)過料ノ制裁ニハ刑法總則ヲ適用セス　是過料ハ刑事制裁ニ非サルヲ以テナリ、故ニ再犯ノ場合ニ於テモ加重セス、又數個ノ違反行爲アリタル場合ニ於テハ其重キ一ヲ處分シ他ヲ免除スルヲ得ス、其各行爲ニ付キ過料ヲ併課セサル可ラス、

(ハ)過料ヲ課スルニハ警告ヲ要セズ　獨逸ニ於テハ過料(Ordnungsstrafe)ヲ課スルニハ豫メ期間ヲ定メテ警告ヲナスヲ必要トシ(獨逸非訟事件手續法第三十三條)、理事清算人等カ其期間内ニ法規ノ命スル所ニ從ハサルトキハ始メテ加罰スルコトヲ得ルナリ、故ニ過料ヲ課スル眞ノ原因ハ法規違反其ノモノニ非スシテ官廳ノ警告ニ從ハサルコトニ在リ、故ニ一度警告ニ從ハサルヨリ處罰セラレタル者カ猶法規ノ命スル所ニ從ハサルトキハ國家ハ更ニ警告ヲ加ヘ猶之ニ從ハサルトキハ再ヒ之レヲ處罰スルモ所謂一事不再理(Ne bis in idem)ノ原則ニ反スルコトナキナリ、

我國法ニ於テモ過料ノ罰ヲ課スル場合ハ單ニ法規ヲ維持スルヲ目的トスルモノニ非スシテ法規ノ要求ヲ强制シテ實行セシメントスルニ在ルヤ疑ナシ、左レハ違法者カ法ニ從フマテハ繰返シテ加罰スルニ非サレハ其目的ヲ達スルニ便ナラス、例ヘハ理事カ本章ノ登記ヲ怠リタル場合ニ於テ一度ハ之ヲ處罰スルヲ得レトモ理事頑トシテ猶登記ヲナササルトキハ如何トモスル能ハスト云フニ至テハ(解散命令ノ道アルニモセヨ)其效力薄弱ナリト云ハサル可ラス、故ニ獨逸法ノ如クニスルヲ以テ目的ニ適合スルモノトス、然ルニ民法及ヒ非訟事件手續法(二〇七以下)ニヨレハ違法行爲アルヤ否ヤ何等ノ警告ヲモ與ヘスシテ直ニ處罰スルコトヲ得ルナリ、故ニ處罰ノ原因ハ警

告不從ニ非スシテ法規違反其モノニ在リト云ハサル可ラス、然ラハ一旦處罰シタル以上ハ繰返シテ處罰ス可キ原因ナキニ至ル可シ、又法規違反其ノモノヲ以テ處罰ノ原因トナスカ故ニ一度法規ニ背キタル以上ハ處罰ヲ待タスシテ法規ノ要求ヲ滿スト雖モ猶加罰ヲ免カレサル可シ、假令ハ財產目錄ニ不正ノ記載ヲナシタルトキハ其時ニ於テ法規毀損ノ行爲成立ス、故ニ後ニ至リ之ヲ更正スト雖モ猶處罰ヲ受ケサルヲ得ス、此ノ如クンハ一旦不正ノ行爲ヲナシタル者ハ之ヲ更正スルヲ力メスシテ隱蔽スルヲ力ムルニ至ル可シ、故ニ我行政執行法ニ於ケルカ如ク（明治三十三年行政執行法）官廳ノ注意ヲ受ケ又ハ受ケスシテ其非ヲ改メ、法規ノ命令ニ從フニ至リタル者ハ其罰ヲ免除スルノ途ヲ開クヲ可トス、

(二)理事、監事、清算人數人アル場合ニハ連帶責任ナリヤ

或ハ各員別々ニ全部ノ責任ヲ負フヤ、曰ハク之等ノ者ノ代理權ノ共同ナルト否トニ拘ハラス本條ノ制裁ハ各自別々ニ負擔ス可キモノナリ、即チ本條ノ違法行爲ヲナシタルモノカ各自ニ全部ノ責任ヲ負擔ス可キナリ、理事、監事清算人カ各自獨立シテ業務執行ノ權利義務アル場合ニ於テハ違法行爲ヲナシタルモノ各自全部ノ責任ヲ負フ可シ、又合議ニヨリ事務ヲ處理シタル場合ニ於テハ違法行爲ニ加擔シタル者ノミ其責任アリ、例ヘハ三人ノ理事アル場合ニ於テ二人カ主務官廳ニ對シテ不實ノ申立ヲナスヲ主張シ、一人ハ之ニ反對シタルモ多數決ニヨリ遂ニ不實ノ申立ヲナシタリトセハ其反對シタル理事ハ責任ナキカ如シ、（反對三五、六四大審院判例）

(三)其他ノ制裁トノ關係

本條列記ノ違法行爲ハ或ハ刑法上ノ責任ヲ生スルコトアリ、或ハ法人又ハ第三者ニ對シテ損害賠償ノ原因トナルコトアリ、過料ノ制裁ハ之等ノ制裁トハ無關係ノモノナリ、故ニ常ニ之ヲ併課スルコトヲ得、

第三章　物

(一)本章ノ意義

前二章ニ於テハ權利ノ主體タル人ヲ規定シタリ、即チ之レニ次クニ權利ノ客體タル物ノ規定ヲ以テスルハ至當ノ順序ナリトス、從來ハ多ク物ノ規定ヲ物權編中ニ位セシメタリ（例ハ獨逸民法第一草案）、然レトモ物ノ觀念ハ獨リ物權編ニ必要ナルノミナラス債權編ニ於テモ亦其必要ヲ見ルモノナルカ故ニ、苟モ總則編ヲ置ク以上ハ之レヲ總則編中ニ收ムルヲ至當トス、本章ノ規定ハ本法全體ニ適用アル可キハ勿論他ノ私法的特別法ニモ亦適用アルモノト見テ可ナリ、殊ニ第八十五條ニ於テハ「本法ニ於テ」ト明言スト雖モ、民法

ハ私法ノ原則法ナルカ故ニ他ノ特別法ニ反對ノ明文アルニ非サレハ當然適用セラル可シ、

本章ハ物ニ關スル規定ヲ悉ク網羅セス、一般的ノ規定ヲ必要トセサルモノハ他ノ各編ニ於テ之ヲ認メタリ、例ヘハ特定物（四〇〇、五三四）、消費物（五八七）ノ類是ナリ、

（二）物ノ觀念

物ハ本來物理上ノ觀念ナリ、我民法モ亦之ヲ以テ基礎トナス、故ニ第八十五條ニ於テハ本法ニ於テ物トハ有體物ヲ云フト規定ス、然レトモ法律ニ於テハ私權殊ニ物權ノ客體トシテ之ヲ論ス、此ノ故ニ物理上有體物ナリト雖モ物權ノ（所有權）ノ客體タルヲ得サルモノハ法律上ノ物ニ非サルナリ、物ノ正當ノ觀念ハ此ノ二個ノ標準ノ競合スル圏内ニアリ、換言スレハ物理上ノ有體物ニシテ物權ノ客體トナリ得ルモノ之ヲ法律上物ト稱ス、

（イ）物ハ物理上ノ有體物ニ限ル

有體物トハ形體アル物即チ空間ヲ占ムル物質ヲ意味ス、或モノカ物質ナリヤ否ヤハ其時代ニ於ケル物理學上ノ原則ニヨリ之ヲ定ム、自然界ニ存在ヲ有スルモノニシテ吾人カ五官ヲ以テ認識シ得可キ現象ト雖モ、苟モ物質（分子）ナキモノハ物ニ非ス、例ヘハ音響、光線、熱、物ノ運動ノ如キハ吾人ノ認識シ得ル所ナリト雖モ物質ニ非サルカ故ニ物ニ非ス、況ンヤ吾人カ精神ノ作用ニヨリ想像スルモノニ於テオヤ、物質ニハ固體、液體、氣體ノ別アリト雖モ苟モ分子アルモノハ皆物ナリ、瓦斯ノ如キハ氣體ノ有體物タルコト論ナキ所ナリ、

電氣カ物ナリヤ否ヤハ前記ノ如ク其時代ノ物理上ノ原則ニヨリ之ヲ定ム、一時ハ電氣ハ力ナリ勢力ナリ或ハ動力ナリトシ其物質的存在ヲ否認セリト雖モ近時ニ至リテハ反對ニ其物質ナルヲ主張スルモノ多シト聞ク（電子說）此點ハ法律學ニ於テ深ク研究ス可キ問題ニ非ス、其時代ニ於ケル物理學者ノ言ニ賴信シテ可ナリ（刑事上ノ問題ニ付テハ新刑法第二百四十五條ヲ見ヨ）、

（ロ）物ハ吾人ノ支配シ得可キモノナルヲ要ス

是レ物理學上ノ意義ト其範圍ヲ一ニセサル所ナリ、物理上空間ヲ占ムル物質ナリト雖モ吾人ノ支配シ能ハサルモノハ物ニ非ス、何トナレハ吾人ハ物權ノ目的トシテ物ヲ論ス、物權ハ物ヲ支配スル權利ナリ、故ニ支配シ能ハサルモノハ物權ノ目的タルヲ得サレハナリ、例ヘハ太陽、太陰、星、雲、大洋ノ如キ之レナリ、而シテ其支配シ得ルヤ否ヤハ其時代ニ於ケル人智ヲ標準トシテ決ス、故ニ昔日ハ支配シ能ハサルカ故ニ物ニ非ストセルモノモ人智ノ進步ニ從ヒ之レヲ支配シ得ルニ至ラハ法律上ノ物タルニ至ル可シ、

論者或ハ第八十五條ヲ論據トシテ苟モ有體物ハ皆法律上物ナリ、只支配シ能ハサルモノハ物權ノ目的タルヲ得サルノミナリト云ハン、是レ實害アルニ非スト雖トモ物權ノ客體タルヲ得サルモノヲ物ノ觀念中ニ包含セシムルモ實益ナシ、故ニ取ラス、第八十五條ニ物トハ有體物ヲ云フトアルハ無體物ハ本法ニ於ケル物ノ觀念中ニ包含セラレサルヲ示スノミ、有體物ハ凡テ物ナリトノ義ニ非ス、

(ハ)物ハ獨立ノ一體ヲナスヲ要ス　物カ獨立ノ一體ヲナスヤ否ヤハ其時代ニ於ケル取引ノ慣習ニヨリ定ム、一體ヲ成スモノハ一物ニシテ其上ニ存スル所有權ハ一ナリ、一物ノ一部即チ構成分子ノ上ニハ所有權存スルコトナシ、即チ構成分子ハ物ニ非ス、例ヘハ一棟ノ建物一隻ノ舟ハ多數ノ木片ヨリ構成セラルト雖モ取引上一體ト認メラルヽカ故ニ法律モ亦之レヲ以テ一體ト爲ス、一體トシテ物權ノ客體トナルモノトナス、其各構成分子ノ上ニ無數ノ所有權存スルニ非サルナリ、然レトモ之レ各物體カ構成分子タル間ノミ、一旦之ヲ解體スルトキハ家ナク舟ナク只木片アルノミ、此場合ニハ家、舟ノ所有權ハ消滅シテ其構成分子ハ各獨立ノ物トナリ、獨立ノ所有權ノ目的トナル、

(ニ)生活セル人類ノ身體ハ物ニ非ス　是レ吾人ノ法律思想ニ基因ス、昔時ニ在リテハ奴隷ヲ認メ物ノ一種トセリト雖モ今ハ然ラス、然シナカラ人身ノ一部ト雖モ既ニ分離シタルモノハ物ニシテ所有權ノ客體トナスコトヲ得、毛髮齒牙ノ如キ其適例タリ、

又人ハ自己ノ身體上ニモ所有權ヲ有スルニ非ス、他人ノ身體ノミナラス自己ノ身體モ亦物ニ非ス、他人カ之レヲ毀損シタルトキハ損害賠償ノ原因トナルト雖モ、之所有權ノ毀損ニ非ス、自由權、安全權等自己ノ人格ヲ目的トスル人格權ノ毀損ニ因ルモノナリ、

(ホ)屍體ハ物ナリヤ否ヤ　此點ニ關シ凡ソ三說アリ、

(一)屍體ハ物ナリト雖モ所有權ノ目的タラス無主物ナリト(Biermann comt. § 104 Garais, Festschrift f schirner S. 93)、(二)屍體ハ物ニ非スト(Gierke D P. R. II S. 36. Regelsberger Pand S. 331)、(三)屍體ハ物ニシテ相續人ノ所有ニ屬スト(Bekker Pand. S. 331)、

我國法上屍體及ヒ屍體ノ埋葬ノ權利義務ニ關シ何等ノ規定ナシ、例ヘハ相續人ニ埋葬義務アリヤ戶主ニ埋葬義務アリヤ等ノ點スラ疑ハシ、戶籍法ハ死亡屆出義務者ヲ定ムト雖モ是レト彼トヲ混同ス可ラス、要スルニ慣習ニ基キテ其性質ヲ定ム可キナリ、

屍體ヲ以テ無主物トナス第一說ハ之ヲ取ラス、何トナレハ(一)同論ハ第二百三

十九條一項無主動產先占ノ規定ト調節スルコト困難ナリ(二)一方ニ於テ之ヲ以テ物ナリトナシ而シテ所有權ノ目的タラスト云フハ非ナリ、法律上物ノ觀念ハ所有權ノ目的トナルヤ否ヤニヨリ決ス可キモノナリ、物ニシテ所有權ノ目的タラスト云フハ物ニシテ物ニ非スト云フト擇フ所ナシ、本說ハ或ハ第八十五條ノ解釋ニ付キ凡テ有體物ハ物ナリトノ見解ヲ採ル學者ノ歡迎スル所トナランモ、其非ナルコトハ既ニ(ロ)ニ述ヘタルカ如ク斯クノ如クセハ吾人ハ所有權ノ客體タル物ト所有權ノ、客體タラサル物トノ區別ヲ認メサルヲ得ス、然ルニ所有權ノ客體タラサル物ハ實際法律ノ規定スル所ニ非ス、法律ノ規定中ニ在ル物トハ常ニ所有權ノ目的タル物ノ義ナリ、然ラハ此ノ如キ贅物ヲ定義中ヨリ除斥シ斷然所有權ノ目的タルヲ得サルモノハ物ニ非ストナスヲ要ス、

第三說ハ屍體ヲ物ナリトシ相續財產ノ一部トナシ相續人ノ所有權ヲ認ム、而シテ屍體ノ所有權ハ法律上慣習上著シキ制限ヲ受クルモノトナシ善良ノ風俗ニ反スル處分ヲ否認ス、故ニ實際上差支ナキモノヽ如シ、然カモ吾人ノ之ニ左胆セサル所以ノモノハ(一)吾國ノ法律思想ト相容レサルカ故ナリ、抑モ所有權ハ財產權ナリ、目的物ヲ隨意ニ使用收益處分スル權利ナリ、假令外部ヨリ之ヲ制限スルモノアリト雖モ苟モ之ヲ所有權トナス以上ハ其根本ニ於テ之ヲ財產ト認ムルモノナラサル可ラス、然ルニ吾國ノ一般ノ法律觀念ニ於テハ之ヲ財產ト認メサルモノヽ如シ(二)且ツ之ヲ財產權トナストキハ戶主ノ死亡ノ場合ニハ第九百七十條以下ニヨリ相續人ニ歸ス可ク家族ノ死亡ノ場合ニ於テハ、第九百九十四條ニヨリ其相續人決定セラルヽモノナラサル可ラス、然シテ之レ等ノ相續人ハ法定家督相續人ヲ除クノ外ハ皆相續ノ拋棄ヲナスヲ得ルモノナリ、然ラハ相續人ハ相續ヲ拋棄スルニヨリ被相續人ノ屍體所有權ヲ拋棄シ從テ埋葬ノ權利義務ヲ拋棄シ得ルモノト云ハサル可ラス、然レトモ此ノ如キハ我國ノ慣習ノ一般ニ許サヽル所ナリ、

我輩ハ第二說ヲ以テ正當トナス、即チ屍體ハ物ニ非ス隨テ所有權ノ目的トナルヲ得ス、又本法ノ規定ニヨリ相續セラルルモノニ非ス、然ラハ如何ナル權限ニヨリ埋葬權利義務或ハ火葬ニ附スル權利義務或ハ第三者カ占有スル場合ニ於テハ其引渡ヲ請求スル權利ヲ生スルヤト云フニ、余輩ノ見ル所ニ於テハ、是レ財產權ノ效果ニ非スシテ慣習ニヨリ定マレル一種特別ナル死屍埋葬ノ權利義務ノ存在スルニ因ル、其權利義務ハ固ヨリ死者ニ對スルニ非ス、直接ニ屍體其ノモノニ關シ一般人ニ對シテ存ス、所謂對世權ノ性質ヲ有スルモノナ

リ、而シテ何人カ埋葬權利義務者タルカハ明ナラトス雖モ、廣ク行ハルル慣習ニ於テハ第一ニ直系卑族、直系卑族ナキ家族ニ於テノ戸主ナルモノノ如シ、

(三)物ノ個性 (Individualisierung der sache) 如何ナル物質カ獨立セル一個ノ物トシテ取扱ハルルカ、之レ第一位ニ於テハ普通ノ取引ノ觀念ニヨリ決ス可シ、必スシモ絶對不可分ノ一體タルヲ要セス、若シ夫レ然リトセハ獨立物ハ只原子アルノミナラン、吾人ノ一物トシテ觀察スル所ノモノハ通常多數ノ部分ヨリ成立ス、然カモ吾人カ取引ニ於テ一體ト看做スカ故ニ法律上モ亦一物タリ、固體ノ物體ニ於テハ通常物理的ニ他物ト分離シテ一團ヲ爲スモノヲ一體トナス、液體及ヒ氣體ニ於テハ一定ノ容器ニ收メラレタル分量ヲ以テ一體ト見做スヲ通常トナス、

然レトモ亦當事者ノ意思ニヨリ之ヲ決スル場合ナキニ非ス、例ヘハ米鹽ノ如キハ通常一定量ニテ取引セラレ其各粒ノ取引ハ稀ナリ、然レトモ當事者ノ意思ニヨリ隨意ニ其ノ分量ヲ定ム可キカ故ニ極端ノ場合ヲ想像スレハ其各粒ヲ以テ一體トナスコト能ハサルニ非ス、

土地ハ此點ニ關シ他ノ固體物ト稍ヤ性質ヲ異ニス、人工的ニ甲地乙地ト區別スト雖モ本來物質的ニ互ニ獨立セルニ非サルナリ、一個ノ土地ト見做サレ一個ノ所有權ノ目的トナルモノハ不動産登記簿ニヨリ定マル、一個ノ土地即チ一筆ノ土地毎ニ一葉ノ登記用紙ヲ具ヘ之ヲ表示ス、故ニ大體ニ於テハ不動産登記簿ニ獨立シタル用紙ヲ有スルモノヲ一個ノ獨立シタル土地ト看做シテ可ナリ、然レトモ土地ハ又當事者ノ意思ニヨリ(其物體ヲ分離スルコトナクシテ)隨意ニ分割シテ數個ノ土地トナスコトヲ得、一筆ノ土地ヲ分割シ一半ハ甲ニ他ノ一半ハ乙ニ讓渡スコトヲ得、然ルトキハ一個ノ土地ハ分レテ二個ノ土地トナル、

(四)集合物 (Universitas factis) トハ多數ノ獨立物ノ集合ニシテ法律上一物トシテ取扱ハルルモノヲ云フ、羅馬法ニ於テ人羊群ヲ盜去リタルトキハ其所有者ハ各羊ノ所有權ヲ立證スルヲ要セスシテ一群トシテ其回復ヲ請求シ得タリ、此場合ニ於テ羊群ハ一體トシテ一所有權ノ目的ヲナスモノト見ル可キカ、或ハ所有權ハ各羊ノ上ニ存スルモ只訴訟及ヒ立證ヲ容易ナラシムル爲ニ一個ノ訴ニヨリ回復スルコトヲ認メタルモノナリヤ、學說一定スル所ナシ(Vergl. Windscheid. I § 137 Enneccerus S. 284)、我民法ニ於テハ集合物ノ觀念ヲ認メサルモノノ如シ、只債務者ノ總財産上ニ存スル先取特權ハ債務者ノ財産ヲ一體ト看做シ其上ニ存スルモノナレハ稍ヤ疑問タルヲ免カレス、然レトモ一般ノ先取特權ハ其性質物權ニ非スシテ債權ノ特別ノ效力タルニ過キス、故ニ集合物ノ觀念ニ依ラスシテ說明スルヲ得可シ、又鐵道抵當法ニ於テハ(同法第二條)鐵道財産ハ之ヲ一個ノ物ト看做ス

トアリ、之或ハ例外ニ屬ス可キカノ疑ナキニシモ非スト雖モ、其旨意ハ鐵道財産カ一物トナリ、一所有權ノ目的トナルト云フニ非ス、只抵當ニ於テハ其各物カ同一ノ目的ニ處分セラレ同一法規定ノ支配ニ服ス可キカ故ニ各物ニ付キ抵當權設定ノ手續ヲ省略センカ爲メノ規定ニシテ其性質上ハ其各物ノ上ニ抵當權設定セラルルモノト解スルヲ得可シ、此ノ如キハ獨リ鐵道抵當ノミナラス、倉庫内ノ各種ノ動産ヲ一括シテ質ニ供スルカ如キ場合ニハ常ニ行ハルルモノニシテ、其性質ハ各動産上ニ質權設定セラルルモノト解スルヲ正シトス、圖書館、博物館ノ類皆然トス、故ニ集合物ノ觀念ヲ認ム可キ必要ハ未タ之ヲ發見セス、

(五)權利ノ目的　ノ觀念ハ物ノ觀念ト其範圍ヲ一ニセス、民法ニ於テ權利ノ目的ト書ク場合ニハ有體物以外ノモノヲ客體トナス場合ヲ包含ス(例ヘハ二八一、三六二、三六三、三六九、二項)、反之有體物ヲ客體トナス場合ニハ目的物ナル文字ヲ用ヒ以テ兩者ヲ區別ス(例ハ三三二、三四三)、

(六)物ノ分類

(イ)融通物不融通物　(Res commercium, res extra commercium) 獨逸ニ於テハ近頃ニ至リ一般ニ物ノ權利能力及ヒ行爲能力ナル觀念ヲ認ム、物ノ權利能力トハ私權(殊ニ所有權)ノ客體トナリ得ル能力ノ義ニシテ行爲能力トハ讓渡ノ目的トナリ得ル能力ノ義ナリ、其用語ハ稍ヤ奇ナリト雖モ其思想ハ正確ナリ、此二者ハ通常併存スト雖モ或ハ一致セサル場合アリ、例ヘハ墳墓ノ圖畵ノ如キハ所有權ノ目的物タルコトヲ得ト雖モ賣買スルヲ得ス、故ニ權利能力アツテ行爲能力ナキモノナリ、然カシ苟モ行爲能力アルモノハ皆權利能力アルモノナラサル可ラス、權利能力ナキモノハ實ハ物ニ非サルナリ、恰モ權利能力ナキ人類ハ(若シ有リト假定セハ)人ニ非サルト一般ナリ、茲ニ云フ融通物ナルモノハ權利能力行爲能力ヲ具備スル物ヲ云ヒ、不融通物トハ行爲能力ヲ欠ク物ヲ云フ(Vergl. Regelsberger § 112)、物ハ原則トシテ融通物ナリ、故ニ此區別ヲ明ニスルニハ不融通物ヲ列記スレハ可ナリ、

(a)公共物　(Res omnium communes.) 凡テノ人ニマテ共通ノ物ト云フ義ナリ、換言スレハ個人ノ獨占ヲ許ササルモノナリ、例ハ空氣、流水、海洋、海岸、等ノ類ナリ、羅馬人ノ學說ニヨレハ是等ノ物ハ各人ノ生活ニ必要欠ク可ラス故ニ個人ノ專用ヲ許サストナス、是今日ニ於テモ猶認ム可キ論ナラスヤ、而シテ公共物ニ對シテハ凡テノ人ハ之ヲ使用スル權利ヲ有シ又其ノ一部ヲ取テ之ヲ專用スルヲ妨ケサルモノトス、猶流水ニ付テハ後段ヲ見ヨ、

(b)神物　Res divini juris. 神物トハ神ノ用ニ供シタル物ニシテ神ノ法ニヨリ支

配セラル可キ物ナリ、故ニ人間ノ法ニヨリ作ラレタル私權ノ目的タルヲ得スト云フ、其中ニハ Res sacrae ト稱シ神殿ニ奉納シタル物、Res religiosae 墓地及ヒ Res sanctae ト稱シ羅馬ノ城壁城門ヲ包含ス、

我國ニ於テハ神社寺院ハ大抵法人ナリ（民法施行法二八、三十三年八月內務省令）。之レニ奉納シタル物件ハ法人ノ所有タル可ク、又其境內ハ官有地ナルカ（明治二十四年內務省訓令四六三）、又ハ法人ノ所有ニ屬ス、而シテ之ヲ讓渡スルハ全ク禁止スル所ニ非ス、只官廳ノ許可ヲ要スル場合多キノミ（明治十七年十月內務省達）、尤モ古社寺保存法ニヨリ特別保護ヲ受クル建物及ヒ國寶ハ之ヲ處分スルヲ得サレハ不融通物ナリト云フ可シ（古社寺保存法五）、墓地ニハ官有ニ屬スルアリ私有ニ屬スルアリ（明治七年土地名稱區別）、何レノ場合ニ於テモ所有權ハ存ス、故ニ無主物ニ非ス、然レトモ墓地ノ新設、取擴ニ付テハ官廳ノ許可ヲ要ス（墓地及埋葬取締規則施行法第一條）、只墓地ヲ廢止セスシテ墓地トシテ讓渡シ得ルヤ否ヤ不明ナリト雖モ之ヲ禁ス可キ法文上ノ根據アルコトナシ、羅馬法ノ Res sanctae ニ相當ス可キ要塞敷地ハ國家ノ所有ニ屬スルコト疑ナシ、只要塞トシテ使用スル間ハ讓渡ヲ禁セラルルノミ、

(c) 公有物　Res publice　羅馬法ニ於テ公有物トハ國家ニ屬スル物ノ義ナリ、以テ私有物 Res privatum ト相對ス、然シ今日ニ於テハ公有物ノ義ハ之ヨリ廣ク國家以外ノ公共團體ニ屬スル物ヲ包含ス、公有物ハ之ヲ分テ二トナス、(一)ハ國家公共團體ノ經濟上ノ目的（收入ノ目的）ニ使用セラルル財產ニシテ、全然私法ノ支配ヲ受クルコト私有財產ト異ラス、例ヘハ國有市町村有ノ山林ノ如キ之ナリ、(二)ハ公ノ目的ニ使用セラルル物ナリ、例ヘハ學校、官廳舍監獄兵營練兵場及ヒ之等ノ附屬物ノ如キ之ナリ、是等ノ物件ハ國家又ハ公共團體ノ所有ニ屬ス、是異論ナキ所ナリ、只公ノ目的ニ使用セラルルカ故ニ公法上ノ制限ヲ受クルコト多シ、然レトモ之カ爲メニ民法上ノ所有權ハ其ノ存在ヲ失フコトナシ、一旦公用ヲ廢止スルトキハ公法上ノ制限ハ撤回セラルルカ故ニ所有權ハ其本然ノ效果ヲ顯ハシ、所有者ハ任意ニ之ヲ處分スルコトヲ得可シ、只其使用ノ目的ヲ繼續スル間諸種ノ制限アルノミ、

(d) 公用物　(Res in publico uso) 公用物トハ直接ニ公衆ノ使用ニ供セラレタル物ヲ云フ、直接トハ公衆カ何等ノ條件ナクシテ使用シ得ルヲ云フ、學校病院圖書館ノ如ク使用ニ許可ヲ要シ又ハ一定ノ資格ヲ有スルモノニ限ラルルモノハ公用物ニ非ス、又其使用料ヲ徵收スルト否トハ公用物ノ特性ヲ定ムル

標準ニ非ス、使用料ヲ徵收スト雖モ然カモ直接ニ公衆ノ用ニ供セラルルナラハ公用物タルヲ失ハス、公衆トハ限定セラレサル人衆ノ義ナリ、必シモ凡テノ人ト云フ義ニ非ス、一國體又ハ一國内ノ人ニ限ラルルモ特定セサル人衆ナラハ之ヲ公衆ト稱スルコトヲ得、

公用物ノ主ナルモノハ川河及ヒ道路ナリ、故ニ此二者ニ付キ述フ可シ、

公用物ノ一般ノ性質ニ關シ數說アリ、(一)無主物說、其根據ハ特定人ノ專用ニ屬セサルカ故ニ所有權ノ目的タラスト云フ、此ノ說ニ從ヘハ公用廢止ノ場合ニハ先占ニヨリ取得セラルル結果トナル、(二)私法上ノ所有權ヲ認メサルコト前者ト同シ而シテ或ハ之ヲ以テ直接ニ國家支配權(Hoheitsrecht)ニ屬ストナシ、或ハ公法上ノ所有權ノ目的タリトナス(Jhering geist III § 61 N, 476. O. Mayer. D. Verwaltungsrecht II S. 68 ff.)、(三)ハ私法上ノ所有權ヲ認メ之レト同時ニ公法上ノ制限ヲ認ムルモノナリ(Gierke. D. P. R. § 102. Regelsberger Pand. S. 423)、最後ノモノハ今日ノ通說ニシテ又尤モ正當ナルモノナリ、前數說ハ公用ト所有權トハ兩立シ得ストナス根本ノ思想ニヨリ他ニ適當ノ說明ヲ得ント試ミタルモノナリ、乍然所有權ハ物ヲ支配スル權利ニシテ必シモ現ニ物ヲ支配スルヲ要セス、例ヘハ地上權ヲ設定スルトキハ土地ノ所有權ハ其大部分ハ制限セラル、然カモ何人モ所有權ハ消滅セリト主張スルモノナカル可シ、公用物モ之ト同シク公用ノ制限ヲ受クト雖モ然カモ所有權之レカ爲メニ消滅スルコトナキナリ、故ニ公用ノ廢止セラレタルトキハ設定者ノ所有權ハ其作用ヲ回復ス、又公用ニ供セラルル間ト雖モ公用ト相牴觸セサル範圍ニ於テハ所有權ハ其作用ヲ有ス、例ヘハ道路ノ樹木又ハ川河敷地ノ土砂ヲ採取スルヲ得ルカ如キ之ナリ(Randa. Eigenthum S. 44. Gierke 24. amn. 13)、此二點ノ如キハ前二說ニ依リテハ到底說明シ能ハサル所ナリ、

河川ハ敷地(Alveus)流水(Fluor aque)及ヒ河岸(Ripae)ノ三者ヨリ成ル、而シテ此三者ハ各々法律上ノ性質ヲ異ニス、我國ニ於テハ河川ハ公共河川及ヒ私川ノ二種ニ分ツ、公共河川ハ河川法ノ適用ヲ受クルモノニシテ私川ハ民法ノ支配ニ屬ス、河川法ノ支配ヲ受ク可キ河川ハ主務大臣ノ認定ニヨリ之ヲ決ス河川法第一條)、必シモ舟筏ヲ通ス可キ水流ヲ以テ公共河川トナスニ非サルナリ、河川ノ範圍ハ地方行政廳ノ作製スル河川臺帳ニヨリ定マル(同法第二條)、而シテ河川及ヒ其敷地流水ハ私權ノ目的トナルヲ得ス(同法第三條)、故ニ公共河川ハ無主物ナリ、前示第二說ニヨリタルモノ如シ、河川敷地ヲ廢止シタルトキハ民法第二百三十九條ニヨリ國庫ハ民法上ノ所有權ヲ取得ス、而

シテ地方廳ハ命令ノ定ムル所ニ從ヒ之ヲ處分スルコトヲ得、公共河川ハ右ノ如ク我國ニ於テハ無主物ニシテ國家主權ノ直接支配ニ屬シ公衆ノ用ニ供セラレタル公用物ナリ、法律命令ニ反セサル範圍ニ於テ又他人ノ同等ノ使用ヲ害セサル限リハ何人モ之ヲ使用スルコトヲ得、而シテ其使用權ノ性質ハ私權ニ非スシテ公權ナリ、蓋シ公法ニヨリ各人ノ爲メニ生スルモノナレハナリ(Gierke II 102)、其內容ハ平等ナルヲ原則トス、然レトモ法規ニ基ク官廳ノ行爲ニヨリ特定人ニ特權ヲ與フルコトヲ得(河川法第十七條ノ場合ノ如シ)、此ノ場合ニ於テモ其特權ノ源ハ行政行爲ニ在ルカ故ニ其性質ハ公權ナリトス(Gierke A. A. O.)、而シテ一般使用權ハ人格ニ伴フ權利ナルカ故ニ拋棄又ハ相續スルヲ得サルモノナレトモ、前示ノ特權ニ至リテハ特定ノ取得原因ニヨリ生シタルモノナルカ故ニ財產權タルノ性質ヲ有シ、相續又ハ讓渡スルコトヲ得(Gierke II S. 26)、即チ公法上ノ財產權ナリ、私川ハ河川法ノ適用ナキモノニシテ民法ノ支配ヲ受ク、其ノ流水ハ性質上所有權ノ目的タルヲ得サレトモ、敷地及ヒ河岸ハ共ニ所有權ノ目的トナルコト普通ノ土地ト異ルコトナシ、其範圍モ亦土地臺帳不動產登記簿ニヨリ定マル、彼ノ水勢ノ中央ヨリ兩分シ河岸ノ所有者ニ屬セシムルトナス羅馬法ノ規則ハ我國ニ行ハルルコトナシ、(Verg Randa Eigenthum S. 59. 99.)、道路モ又之ヲ分テ公道及ヒ私道ノ二トナス、其意義ニ付テハ二說アリ、羅馬法ニ於テハ公道(Via publicae)ハ公ノ土地ノ上ニ設定セラレタルモノニシテ、私道ハ私人ノ土地ノ上ニ設定セラレタルモノトス、即チ敷地ノ公私ニヨリ道路ノ公私ヲ分ツ、然シ今日ノ通說トシテハ公道ハ公衆ノ用ニ供セラレタル道路ニシテ、私道ハ特定人ノ用ニ供セラレタルモノトナス、後說ヲ以テ正シトナス、國家公共團體ノ所有地上ニモ地役權又ハ貸借權等ニヨリ一個人ノ爲メニ私道ヲ設定スルコトアリ、反之私人モ亦公道ヲ設定スルコトヲ得、所謂私設公道之ナリ、故ニ敷地ノ公私ニ拘ハラス直接ニ公衆ノ用ニ供セラレタル道路ハ公道ナリトス、私道ハ全然民法ノ支配ニ屬ス

吾國ニ於テハ公道ニ關スル法規備ハラスト雖モ、其敷地ハ國家地方團體又ハ私人等設定者ノ所有ニ屬シ其所有權ハ公衆ノ用ニ供セラルル間公法上ノ制限ヲ受クルモノナリト解スルヲ可トス、所有權ハ其性質上公用ノ制限ト兩立スルヲ得ルモノナルカ故ニ河川法ノ如キ反對ノ法規存セサル限リハ所有權存スルモノト見ルヲ可トス(Randa Eigentnm S. 42.)、然ラサレハ公道ノ併木ニ生シタル菓實ノ如キ何人カ之レヲ取得ス可キヤ明ナラサルニ至ル

可シ、

公衆ノ使用權ハ道路カ公用ニ供セラレタルニヨリ生スル權利ナルカ故ニ公權ナリ、其內容ハ通行ニ在リ、道路警察ノ制限ニ從フノ外各人ノ使用權ノ內容ハ平等ナリトス、然レトモ官廳ノ許可ヲ受クルニヨリ專用權ヲ生ス、軌道敷設權ノ如キ之ナリ、專用權ハ讓渡シ得ル公法上ノ財產權ノ性質ヲ有ス、

(e)禁制物 (Vervotene Sache) 禁制物ト稱スルハ公法殊ニ警察法規ニヨリ破毀又ハ收去スルヲ要シ或ハ融通傳播ヲ禁止セラレタル物ヲ云フ、破毀收去スルヲ要スル物ハ破毀收去セラルルニヨリ所有權消滅スト雖モ夫レマテハ所有權ノ目的タリ、例之獸疫ニ罹レル家畜(獸疫豫防法一條乃至七條)、飮食物其他衛生上危險ナル物品(三三法律十五號)、摸造シタル通貨及ヒ證券(二八法律第二十八號)、安寧秩序ヲ害シ又ハ風俗ヲ壞亂スルト認メラレタル文書圖書(出版法二八)ノ如シ、其賠償ヲ與フ可キヤ否ヤハ一概ニ論ス可ラス、然レトモ所有權ハ法令ノ制限內ニ於テノミ存ス可キモノナルカ故ニ法規ニ基キ破毀收去シタル場合ニハ原則トシテ賠償ヲ與フノ必要ナシトス、然レトモ私人ニ及ス損害カ大ナルトキハ政策上賠償(或ハ手當ノ名義ニ於テ)ヲ與フルコトナシトセス、要スルニ法律ニ明文ナキ場合ニハ賠償ヲ與フルヲ要セサルモノトスルヲ正シトス、

單ニ融通傳播ヲ禁止セラレタル物ハ前者ト異リ之ヲ所有スルヲ妨ケス、只取引ノ目的トナスヲ得サルノミ、猥褻ノ文書圖畫ノ如キ之ナリ(刑一七五)、阿片煙ノ如キハ之レヲ販賣スルヲ得サルノミナラス又所持スルヲ得ス(刑法一四〇)、故ニ普通所有權ノ目的トナルヲ得スト雖モ官廳ノ許可ヲ得タル者ハ此限リニ非ス、

禁制物ハ物ノ性質上所有權ノ目的トナルヲ得サルニ非ス、只法規カ之レヲ禁スルカ故ニ其權利能力又ハ行爲能力ノ全部又ハ一部ヲ剝奪セラルルノミ、故ニ其制限ニ觸レサル範圍ニ於テハ所有權ノ目的トナリ、又其作用ヲ著ハスヲ妨ケス、

(ロ)動產不動產　第八十六條ヲ見ヨ、

(ハ)特定物不特定物　特定物トハ特ニ指定シタル一個體ヲ云フ、例ハ彼土地彼馬ト云カ如シ、不特定物トハ種類及ヒ分量ニヨリ定マリタル物ヲ云フ、例ヘハ上等米千石ト云フカ如シ、此ノ區別ハ物ノ性質ニ因ルニ非ス、例ヘハ米酒ノ如キハ通常種類分量ニヨリ取引セラルルト雖モ彼樽ノ酒此俵ノ米ト云フトキハ特定物タリ、又馬牛ノ如キハ通常特定物トシテ取引セラルルト雖モ北海道產

ノ馬牛何頭ノ賣買ト云フトキハ不特定物タリ、故ニ專ラ取引當事者ノ意思ニヨリ決ス可キモノナリ(Rogin La Règle de droit § 140)、

特定物不特定物ノ區別ノ必要ハ債權法ニアリ(例ハ四〇〇、四〇一、五三四、)不特定物上ニハ物權存在スルヲ得ス、故ニ此區別ハ物權法上無意味ナリトス、

此區別ハ從來物ノ分類トシテ論セラル、故ニ遂ヘタリ、然シ嚴格ニ論スレハ之物ノ分類ニ非ス、物自體ノ性質ニ特定不特定ノ區別アルニ非サルナリ、故ニ民法カ物ノ分類トシテ茲ニ規定セサリシハ正當ナリト云フ可シ、

(ニ)代替物不代替物

凡ソ各個ノ物ハ皆多少其性質ヲ異ニス、此故ニ始メテ個體ノ存在アリ、又多數ノ各個體ハ或點ニ於テ共通ノ性質ヲ有スルコトアリ、此故ニ種類ノ存在アリ、或種類ノ物ハ取引ノ觀念上ハ其各個體ノ性質ニ重キヲ置カス只其種類ニ屬スル物ノ一定ノ數量ニ着眼ス、即チ其個體ノ性質ヲ顧ミス、金錢、穀物、酒、石炭ノ如キ之ナリ、之レヲ代替物ト云フ、反之建物馬牛ノ如キハ通常ノ取引ニ於テ其個體性ニ重キヲ置ク、之レヲ不代替物トナス、代替物不代替物ノ區別ハ物ノ自然ノ性質ノ區別ニ非スシテ經濟上取引上ノ觀念ニヨリ定マル區別ナリ、然レトモ猶物ノ區別タルヲ失ハス(Regelsberger § 99 Enneccerus § 116)、人往々此區別ヲ以テ特定物不特定物ノ區別ト一致スルモノトナス、然レトモ正確ナラス、特定物不特定物ノ區別ハ取引當事者ノ意思ニヨリ主觀的ニ定マル、然ルニ代替物不代替物ノ區別ハ一般取引ノ觀念ニヨリ、客觀的ニ定マル、故ニ必シモ一致セス、然シナカラ代替物ハ通常多數ノ場合ニ於テハ種類數量ノミニヨリ取引セラルルト云フハ事實ナリ、

此區別ノ實用モ亦債權法ニ在リ、民法カ本章ニ規定セサリシハ欠點ニ非ス、

(ホ)消費物非消費物

凡ソ物ハ絕對的ニ消耗セサルモノナシ、然シ法律上消費物ト云フハ此義ニ非スシテ左ノ性質ヲ有スルモノヲ云フ、(一)一回ノ使用ニヨリ全ク消滅スルカ又ハ少クトモ取引上原物ト異ル性質ヲ有スルニ至ルヲ要ス、(二)其物ノ經濟上ノ性質ニヨル使用ニヨリ(一)ノ結果ヲ引起スヲ要ス、

以上ノ二性質ヲ有スルモノハ之レヲ消費物ト稱ス、米、鹽、石炭、油、酒ノ類之ナリ、衣類、器具、家屋ノ如キハ(一)ノ條件ヲ欠クカ故ニ消費物ニ非ス、又家屋ヲ破壞シ器具ヲ燃料トナスカ如キコトアリト雖モ之レ經濟上ノ使用ニ依ルニ非ス、故ニ之レニヨリ之等ノ物ハ消費物トナルコトナシ、

此區別ハ物ノ經濟上ノ性質ニ基ク區別ニシテ眞ニ物ノ區別タリ、通常代替物不代替物ノ區別ト一致スト雖モ常ニ一致スルモノニ非ス、例ヘハ有價證券ノ如キ代替物ナリト雖モ消費物ニ非ス、又金錢ハ一回ノ使用ニヨリ消滅スルモ

ノニ非ス、然レトモ使用者ヨリ見レハ消滅ト異ルコトナシ、又之レヲ回復スル場合ニ於テモ原貨幣ヲ回復スル能ハサルヲ常トス、故ニ消費物ト同一ノ法規ノ支配ヲ受ク、

此ノ區別ノ必要ハ物ノ使用權カ法律上ノ問題トナル場合ニ生ス、非消費物ハ一定ノ期間使用權ヲ與ヘ原物ヲ返還スル契約ノ目的トナル、例ヘハ賃貸借使用貸借ノ目的トナル、然レトモ消費物ハ其能力ナシ、消費物上ニ使用權ヲ有スル者ハ（七九九）同時ニ必ラス其物質上ノ處分權ヲ有シ（Enneccerus § 116 Crome I § 64 S. 297. Regelsberger § 100 同論）其物ヲ處分スルコトヲ得、而シテ返還スル場合ニ於テハ金錢ヲ以テ賠償スルカ或ハ同種ノ他物ヲ以テ之レヲ代フルコトヲ得、

（ヘ）可分物不可分物

一物ヲ分ツテ數個トナスヲ物ノ分割ト云フ、凡ソ物ハ分割シ能ハサルナシ、然シ法律上可分物ト云フハ此意義ニ非ス、一物ヲ數個ニ分チテ、其各部分ハ分量ヲ異ニスト雖モ然カモ全體ト同種ノ物ニ屬シ其各部分ハ分量ノ割合ニ應シテ價値ヲ有シ部分ノ全數ヲ合スレハ再ヒ分割前ノ全體ト粗同一ノ價値ヲ有スルモノヲ可分物ト云フ、略言スレハ（イ）分割ニヨリ其部分カ性質ヲ變セサルコト、（ロ）價値ヲ減セサルコトヲ要ス、故ニ可分物、不可分物ノ區別ハ物ノ經濟上ノ性質ニヨリ定マルモノトス、土地ハ可分物ナリ其分割ノ方法ハ極メテ簡單ニシテ單ニ其限界ヲ定ムレハ可ナリ、動產ノ分割ハ通常物理的ニ分離スルヲ要ス、單ニ分割ス可キ限界ヲ示ス所ノ線ヲ引キタルノミニテハ未タ分割ナシトス、例ヘハ木材ニ線ヲ施シタルノミニテハ未タ分割ナシトス（Dagegen Regelsberge: § 105）

建物動物ノ如キハ不可分物ナリ、之レヲ分割スルトキハ其價値ノ增減ニ論ナク其部分ト全體トハ性質ヲ異ニスルニ至レハナリ、織物、針金、ノ如キハ通常可分物ナリ、乍然極度ニ細分スルトキハ其部分ハ價ヲ有セサルニ至ルカ故ニ其程度ニ及ヘハ不可分物タリ、

分割ノ結果一物ハ別レテ數個ノ獨立セル物トナル、原物ハ消滅シテ其各部分ノ上ニ所有權其他ノ物權存スルニ至ル、始メヨリ二物ナルモノカ單ニ物理的ニ結合セルヲ分離スルハ分割ニ非ス、例ヘハ土地上ニ家屋アル場合ニ於テハ土地ト家屋トハ別物ナリ、故ニ其家屋ヲ他ニ移スモ之レ物ノ分割ニ非ス、

此區別ノ必要ハ（イ）裁判所カ共有物ノ分割方法ヲ定ムル場合ニ必要ナリ、可分物ナルトキハ自然分割ヲ命スルコトヲ得レトモ不可分物ハ之レヲ許サス競賣シテ代價ヲ分配ス（二五八）、又（ロ）數人ノ債權者又ハ債務者アル場合ニ債權ノ目的カ可分物ナルトキハ債權債務ハ當然當事者間ニ分割セラル（四二七）、不可

分物ナルトキハ不可分債權トナル（四二八）、猶當事者ノ意思ニヨル不可分物ナルモノアレトモ之レ物ノ性質ニ關セサルカ故ニ此ニ述ヘス、

第八十五條　本法ニ於テ物トハ有體物ヲ云フ

(一)本條ノ意義　ハ緒說(二)ニ於テ粗ホ之レヲ述ヘタリ、羅馬法佛民法舊民法等ニ於テハ有體物（Res corporales）ト相對シテ無體物（Res incorporales）ヲ認メタリ、當時權利ト其客體タル物ノ區別判然セス、所有權ハ物ヲ全然支配スル權利ナルヲ以テ之レヲ其目的物ト混同シ所有權ヲ以テ有體物トナシ、所有權以外ノ財產權債權地役權等ヲ以テ無體物ト稱シタリ（Dernburg Pand I § 67）、然レトモ此ノ觀念ヲ擴張スレハ債權ノ所有權地役權ノ所有權等ヲ生シ、物權ノ關係甚タ複雜トナルヲ以テ本條ハ獨逸民法草案ノ例ニ倣ヒ、有體物ノミヲ以テ物トナシ、物ノ觀念中ニ所謂無體物ヲ包含セシメス、有體物ニ非サルモノヲ以テ物權ノ客體トナス場合ニハ「云々ノ權利ヲ以テ目的トスル場合」ト云フカ如ク一々之ヲ明言ス、又「目的」ト「目的物」ノ文字ヲ判然區別シテ使用シ、目的物ト云フ場合ニハ必ラス、有體物ヲ指ス、目的ノ意義ハ之レヨリ廣ク有體物ニ非サルモノヲ客體トスル場合ヲ包含ス、

(二)適用　本條ニハ「本法ニ於テ」トアレトモ敢テ本法ノミニ限ラス、他ノ法律ニモ反對ノ明文ナクンハ適用セラル可シ、

第八十六條　土地及ヒ其定著物ハ之ヲ不動產トス
此他ノ物ハ總テ之ヲ動產トス
無記名債權ハ之ヲ動產ト看做ス

(一)動產不動產ノ區別ノ必要　所有權ノ歷史ニ徵スルニ尤モ古キ時代ニ於テ私人ノ所有權ヲ認メタルモノハ動產ニシテ土地ハ村落ノ共有ニ屬シ村民ノ共用ニ供セラレタリ、次テ私人ノ使用權先ツ發達シ、最後ニ土地所有權ノ看念ヲ生シタリ、此ニ於テカ動產ノ所有權ト不動產ノ所有權ト相併立スルニ至レリ、然ルニ土地ハ動產ニ比スレハ經濟上ノ價值多ク、又他ノ一方ニ於テハ政治上幷ニ社會上ノ種々ノ權利ノ基礎トナリ大ニ重視セラレタリ、故ニ動產ト不動產トハ同一ノ法律ノ支配ヲ受ケス、獨逸古代法ニ於テハ動產物權法ト不動產物權法トハ全ク相異ルモノト看做サレ物權法ノ細分ナリトノ觀念存セサリシト云フ、中世以降都市ノ發達ト共ニ動產ノ富大ニ增加シタリト雖モ、今猶土地ハ之レヲ動產ニ比スレハ遙ニ貴重ナリ、我國ノ如キハ明治五年ニ至ルマテハ土地ノ永代賣買

ヲ許サザリシ（明治五年二月布告）、之レ主トシテ土地兼併ヲ防キ細民ノ流離スルヲ防カントスル目的ニ出ツ因之觀之ルモ、如何ニ土地カ經濟上重視セラレタルカヲ知ル可シ、此ノ故ニ能力（一二、一四）、及ヒ法定代理人ノ權限（八八六、九二九）、ニ付キ動產不動產ヲ區別シ不動產ニ付キテハ一層鄭重ナル手續ヲ要ス、

又經濟上ノ價値如何ハ暫ク度外ニ置クモ動產ト不動產トハ其物理上ノ性質ヲ異ニシ、一ハ移轉スルモ他ハ場所ヲ變スルコトナシ、此ノ理由ニ因リ裁判所ノ管轄（民訴二二）、物權ノ設定移轉ノ對抗條件（一七七、一七八）强制執行方法（民訴第六編）等ニ關シ兩者ニ關スル規定同一ニ非サルナリ故ニ此區別ヲ明瞭ニスルヲ要ス、

(二)動產不動產ハ有體物ノ分類ナリ

羅馬法佛國民法普國々法其他無體物ヲ認ムル法制ニ於テハ動產不動產ノ區別ハ獨リ有體物ノ區別ナルノミナラス無體物殊ニ權利ニモ此ノ區別アルモノトス、而シテ通說ニヨレハ權利ノ目的タル物ノ動產ナルト不動產ナルトニヨリ權利ノ動產不動產ヲ別テリ（Windscheid I § 139 anm 5. Gierke II § 101. S. 13. III Boudry-Lacantinerie I N. 1438）權利ハ凡テ動產ナリトノ說ハUnger System I 394-400）然レトモ此ノ如キハ權利ト其客體トヲ混同スルモノニシテ正シカラス、本條ニ於テハ土地及ヒ其定著「物」ハ之ヲ不動產トシ此他ノ「物」ハ之レヲ動產トナスト規定ス、故ニ之レヲ前條ノ規定並ニ第三項ノ規定ト對照セハ有體物ノ分類ナルコト明ナリトス、

因ニ獨逸民法ハ動產不動產ノ區別ヲ認メス、只土地ト動產ノ區別ヲ認メ、土地ノ重要ナル構成分子ハ土地ト運命ヲ同フス可キモノトシ、而シテ構成分子ノ主ナル場合ヲ列記セリ（獨民第九十三條以下）、

(三)動產不動產ノ觀念

不動產ノ範圍ハ本條第一項ニ於テ列記的ニ確定セラル、即チ土地及ヒ其定著物カ不動產ニシテ其他ノ有體物ハ凡テ動產ナリ、即チ其性質ニ付キ之レヲ定義スレハ物ノ性質上全ク動カスコト能ハサルカ（土地）或ハ又毀損變更スルニ非サレハ其所在ヲ移ス能ハサル物（定著物）ヲ不動產ト云フ、之レニ反スル物ヲ動產ト云フ、故ニ其區別ノ標準ハ物ノ物理上ノ性質ニ在ルヲ知ル可シ、

(四)不動產

(イ)土地

土地ハ地球ノ一部ナリ、之レヲ區劃シテ甲ノ土地乙ノ土地ト云フ、然シ土地ト云ヘハ地表ノミヲ指スニ非スシテ地球ノ中心ニ達スル地殼ヲ云フ、地表ハ幾何學上ノ平面ナリ故ニ有體物ニ非ス、故ニ土地ハ必ラス厚サヲ有シ地殼ヲ包含スルモノナラサル可ラス、其範圍内ニ包含セラルル土壤、地下水、鑛物、岩石ノ類相集テ以テ土地ヲ構成ス、土地ノ所有權ハ觀念上凡テ其土地ノ包

藏スル物體ニ及フ、但シ例外的特別法存スルモノハ此限ニ在ラス、

(ロ)土地ノ定著物

トハ羅馬法ニ所謂 Quod solo inaedificatur (1. 29. § 2. D.)ニ相當ス即チ土地ト物理的ニ結合シタルモノヲ云フ、蓋シ物カ土地ト物理的ニ結合スルトキハ物理的ニ不可動ノ性質ヲ帶フ、此ノ故ニ不動産ノ規定ニ從フモノナリ、然レトモ、此定義ハ猶不完全ナリ、土地ト物トノ結合ハ其程度種々アリ、或ハ容易ニ分離シ得ルアリ、例之假小屋、足場、又ハ假植ノ庭木ノ如キ之レナリ、又反之土地トノ結合密着ニシテ土地ト不可分的ニ結合シ土地ノ一部ヲ構成スルニ至ルモノアリ、例之肥料播下セル種子ノ如シ、此二者ハ所謂定著物ニ非ス、前者ハ動産ニシテ後者ハ土地ノ一部ナリ、其中間ニ位スルモノカ定著物タリ、即チ定著物ハ一方ニ於テハ土地ニ固着シ吾人ノ取引ノ觀念上土地ニ付着セシメテ經濟上ノ目的ヲ達スルモノト看做サルルヲ要シ、他ノ一方ニ於テハ土地ノ一部ヲ成ササルヲ要ス、此二要素ヲ具備スル物ハ土地ノ定著物ニシテ不動産ナリ、其主ナルモノハ建物及ヒ立木ナリ、

此ノ故ニ我民法ノ定著物ハ獨逸民法ニ所謂「重要ナル構成分子」(Wesentliche Bestandthile)トハ性質ヲ異ニシ、土地ノ一部ニ非スシテ獨立シタル物ナリ、物ハ定著ニヨリ獨立性ヲ失ハス、獨逸民法羅馬法等ニ於テハ之レニ異リ定著物ハ土地ノ一部ヲ成ス、隨テ債權ノ目的トナリ得ルモ所有權ノ目的トナルヲ得ス、若シ土地ヲ讓渡セハ定著物モ同時ニ讓渡セラレ、土地上ニ抵當權ヲ設定セハ其效力ハ當然定著物ニ及フモノトセリ、尤モ第三者カ權限ニヨリ設置シタル場合ハ之レヲ例外トナセリ、我民法ノ主義ハ之レト異ルコト前述ノ如ク、土地ト定著物トカ同一ノ所有者ニ屬スル場合ニ於テモ之レヲ以テ二物トナシ各自別々ニ物權ノ目的トナル、例ヘハ土地ノ上ニ建物カ存スル場合ニ其土地ヲ賣却シタリトテ、建物ノ所有權ヲ失フコトナク、又土地上ニ抵當權ヲ設定スルモ其抵當權ハ建物ニ及フコトナシ(三七〇)、

立木ニ付テハ從來稍ヤ疑アリシカ明治四十二年法律第二十二號ニヨリ其性質明瞭トナレリ、立木ハ土地ノ一部ニ非スシテ獨立ノ不動産ナリ、故ニ立木ノ所有者ハ土地ト分離シテ立木ノミヲ讓渡シ又ハ之レヲ以テ抵當ノ目的トナスコトヲ得、又土地ノ所有權ヲ處分スルモ其處分ハ效力ヲ立木ニ及サス(同法第二條)、又立木ニ付キ所有權保存ノ登記及ヒ抵當權ノ登記ヲナスヲ得ルニ至レリ、

右ノ如ク定著物ハ獨立物ナリ、然レトモ土地ノ從物ヲナス場合ナキニ非ス、例ヘハ灌漑用ノ水桶ノ如キ然リトス、此ノ場合ニハ第八十七條二項ノ規定ニヨ

リ主物タル土地ト運命ヲ共ニス可シ、然レトモ之レ從物タルカ故ニシテ定著物タルカ故ニ非サルナリ、

定著物ハ土地ト結合セル間ノミ不動產ニシテ之レヲ分離シタルトキハ其性質ヲ變シテ動產トナル、伐採ヲ目的トスル立木ノ賣買ハ動產ノ賣買ナリヤ、不動產ノ賣買ナリヤ、之レ古來ヨリノ問題ニシテ獨逸ノ學者ハ多ク之レヲ以テ動產ノ賣買ナリトナス、其理由ハ伐採後生ス可キ動產（即チ將來ノ動產）ノ處分ト見做スニ在リ、是羅馬法ノ解釋上ハ正當ナリ、蓋シ立木ハ羅馬法上土地ノ一部ナリ、從テ獨立シテ物權ノ目的トナルヲ得ス、賣買ノ當事者ハ立木ノ儘ニテ其所有權ヲ移轉スルヲ得ス、從テ當事者ノ意思ハ伐採シテ動產トナシタル後其所有權ヲ移轉セントスルニ在ルモノト解スヨリ外ナケレハナリ、反之我國ニ於テハ定著物ト土地トハ別物ナルカ故ニ立木ノ儘ニテ其所有權ヲ買主ニ移轉スルヲ得ルモノナレハ之ヲ不動產ノ賣買トナスヲ正當トス（大審院三三、二卷、四六頁同旨趣）、

未分離ノ果實ノ賣買ハ反之動產ノ賣買ナリ、蓋シ未分離ノ果實ハ不動產タル樹木ノ構成分子ニシテ獨立ノ物ニ非ス、故ニ賣買契約ニヨリ直ニ果實ノ所有權ヲ與フルヲ得ス當事者ノ意思ハ之レヲ收取シテ動產トナリタル場合ニ之レヲ引渡ス可キ債務ヲ負ハシムルニ在ルモノナレハ動產ノ賣買ト見ルヲ可トス、

青田ノ賣買ノ性質ニ至リテハ我國ノ取引慣習上一定スル所ナシ、然シ尤モ廣ク行ハル慣習ニ於テハ未タ刈リ取ラサル稻ハ之レヲ定著物ト見ナサス土地ノ一部ヲ成スモノト見ルモノノ如シ、故ニ稻ノミヲ讓渡ストキハ將來之レヲ分離シテ動產トナリタルトキニ引渡スノ義務ヲ負フカ、又ハ買主ニ自ラ刈取ルノ債權ヲ與フルモノナリ、又土地ヲ讓渡シ稻ノミヲ留保スルトキハ土地稻一體トナリ其所有權買主ニ移リ、只賣主ハ稻刈取リノ債權ヲ留保スルニ過キス、

（五）動產

（イ）性質上ノ動產

物ヲ毀損スルコトナクシテ所在ヲ變更シ得ル有體物ヲ動產ト云フ、不動產以外ノ有體物ヲ總稱ス、動產ニハ自己ノ力ヲ以テ移動スルモノアリ、動物ノ如キ之ナリ、他ノ力ヲ以テ移動シ得ルアリ、器具ノ如キ之ナリ、然シ此區別ハ法律上無意味ナリ、

（ロ）無記名債權

動產不動產ノ區別ハ有體物ノ區別ナリ、權利ニ動產不動產ノ區別ナシ、然レトモ無記名證券上ノ權利ハ證書タル紙ト密着ノ關係ヲ有スルカ故ニ動產ノ規定ニ從ハシム、此ノ如ク本來物ニ非サルモノヲ物ノ分類中ニ

加フルモノナルカ故ニ本條第三項ニ於テハ之レヲ動產ト「看做ス」ト規定ス左ニ其ノ性質ヲ略述ス可シ、

(a) 證書

廣ク證書ト云ヘハ物體上ニ記載セラレタル記號(Zeichen)又ハ記號ヲ有スル物體ヲ云フ、物體ト記號ト相俟テ證書ヲナス、之レヲ其記號ノ方面ヨリ見ルトキハ其性質內容ニヨリ種々ノ意義ヲ有ス可シ、之レヲ物體ノ方面ヨリ見ルトキハ常ニ動產ナリ、故ニ動產ニ關スル規定ノ支配ヲ受ク可シ而シテ其記號ノ內容ハ權利ニ關スルモノト關セサルモノトアリ、手形受取證書ノ如キハ權利ニ關スルモノナリ、權利ニ關セサルモノニ至リテハ純然タル動產トシテ取扱ハル、反之權利ニ關スルモノハ其權利ト物トノ關係上種々特別ナル場合ヲ生ス、之レヲ大別スレハ立證方法タル證券(Beweismittel)ト有價證券(Werthpapier)ノ二トナル

(b) 立證方法タル證券

立證方法タル證券トハ權利ノ存在變更移轉消滅等ヲ立證スルノ手段ニ供セラルルモノヲ云フ、賣買貸借ノ證書受取證書ノ類之ナリ、權利關係ハ證書ニ依ラスシテ證書以外ニ存在ス只證書ハ其立證ノ具タルニ過キス、左レハ證書カ存在セサル場合ニ於テハ他ノ方法ヲ以テ權利關係ヲ立證スルコトヲ得、故ニ權利ト證券トハ未タ何等必然的ノ關係ヲ有セス

(c) 有價證券

有價證券トハ證書カ權利ノ負擔者(Träger des Rechte)ト見做サルルモノヲ云フ、反對ノ方面ヨリ云ヘハ權利カ證書ニ付着(Verkörpern)セルモノヲ云フ、故ニ此種類ノ證券ニ於テハ權利ノ主體ハ證券ニヨリ定マリ(Gierke D. P. R. II § 108 S. 105. cosack B. R. § 254 Crome. B. R. I § 63)、又權利ノ行使讓渡ニハ必ラス證券ノ存在ヲ必要トス、物タル紙ノ所有權又ハ占有權(Recht am papier)ト證券ニヨリ表示セラルル權利(Recht aus papier)ト密接ノ關係ヲ有ス、而シ其密接ノ程度ハ有價證券ノ種類ニヨリ同シカラス、左ニ之ヲ述フ可シ、

(d) 有價證券ノ種類

有價證券ハ種々ノ方面ヨリ分類スルコトヲ得

(1) 指名證券、指圖證券、無記名證券

(Rectapapier, ordrepapier, Inhaberpapier)之レ尤モ重要ナル分類ニシテ證書カ權利者ヲ定ムル方法ニヨリ此差別ヲ立ツ、指名證券ハ證書ニ權利者ノ名ヲ指定シタルモノナリ、記名株ノ如キ之ナリ、指圖證券ト云フハ一定ノ人又ハ其指圖人ヲ以テ權利者トナス證券ナリ、手形ハ原則トシテ指圖式ナリ、無記名證券トハ證券ニ權利者ノ名ヲ記載セサルモノヲ云フ、無記名ノ爲替手形(商法四四九)、無記名ノ株式(商法一五五)、無記名ノ公債、乘車券、入場券、諸種ノ切符ノ類之レナリ、此三者ノ區

別ハ實ニ紙ノ所有權又ハ占有權ト證券ニヨリ表示セラルル權利トノ密接ノ程度ヲ示ス、無記名證券ニ至リ有價證券ノ思想ハ尤モ完全ノ域ニ達ス、

(2) **表示セラルル權利ノ種類ニヨリ分類**　スルトキハ之レヲ物權的有價證券（Sachenrechtl. werthpapier）、債權的有價證券（obligationenrechtl. werthpapier）、及混性的有價證券（Gemischtes wpapier）トナスコトヲ得（Lehmann, theorie der werthpapier 1890. S. 39 ff. ハ凡テノ有價證券ハ皆債權的ナリト云フ）、物權的有價證券トハ物權ヲ包藏スル有價證券ナリ、故ニ其ノ證券ノ所有權ヲ有スルモノハ證券ニヨリ表示セラルル物ノ所有權ヲ有ス（Jacobi, werthpapier in Bürgerlichen Recht 1901. S. 271. Gierke D. P. R. II S. 109 同論）、債權的有價證券ハ債權ヲ包藏スル所ノモノニシテ其ノ內容ハ種々アリ、一定ノ金額ヲ目的トスルモノハ特ニ之レヲ金錢證券（Geldpapier）ト稱ス、手形公債ノ如キ之レナリ、或ハ一定ノ勞務又ハ一定額ノ代替物ヲ目的トナスコトアリ、松魚切手、吳服切手、滊車滊船ノ乘用券ノ如キ然リトス、混性的性質ヲ有スルモノハ殊ニ多シ其著シキモノハ株券ナリトス、株券ハ社員權ヲ表示ス而シテ其內容ハ混性的ナリトス、

有價證券ニヨリ表示セラルル權利ノ性質ハ此ノ如クニ相異ル、然ルニ我民法ニ於テハ常ニ指名債權、指圖債權、無記名債權ノ語ヲ用ユ、本條ニ於テモ亦然リ、故ニ債權的內容ヲ有セサル無記名ノ證券ニハ適用ナキカ如シ、債權編第四百六十七條以下ノ場合ハ債權ニ關スルモノナルカ故ニ之レヲ正シトスルモ、本條ノ場合トシテハ狹キニ失スルモノノ如シ、宜シク民訴訟法第七百七十八條以下、商法第二百八十一條等ノ例ニ倣ヒ「無記名證券」ノ文字ヲ用ユ可カリシナリ、

(3) **指名證券**　ハ證書ニ指定シタル人ヲ以テ權利者トナス有價證券ナリ、證書上ノ權利カ讓渡シ得ル場合ニ於テハ各々其權利ノ讓渡ニ必要ナル條件ヲ具備スルニヨリ之レヲ讓渡スルコトヲ得、其內容カ債權ナル場合ニ於テハ第四百六十七條以下ノ規定ニ從フ、債權ハ當事者間ニ於テハ意思表示ノミニヨリ移轉スト雖モ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルニハ債務者ニ通知ヲ與フルカ又ハ其承諾ヲ要ス、即チ證券ナキ債權ノ讓渡ト同一ノ手續ヲ要ス（株式ニ付キテハ商法一五〇）、單ニ證券ノミヲ讓渡シテ以テ證書上ノ權利ヲ讓渡スヲ得ス、故ニ權利ト證券トノ關係ハ猶頗ル粗ナリト云フ可シ、然レトモ證券上ノ眞ノ權利者カ其權利ヲ行使スルニハ證

券ノ所持ヲ必要トシ、義務者ハ又證券ニ對スルニ非サレハ履行スルヲ要セス、只此點ニ於テ權利ト證券ト相結合スルヲ見ル（Gierke A. A. H. S. 138、

(4) **指圖證券**　トハ證券ニ指定シタル特定人又ハ其指圖人ヲ以テ權利者トナス證券ナリ、其證書上ノ權利ヲ讓渡スニ付キ民法ト商法ト大ニ主義ヲ異ニス、民法ノ適用ヲ受ク可キ指圖證券ハ當事者間ノ意思表示ノミニヨリ證券上ノ權利ハ移轉シ、之レヲ第三者ニ對抗セシムル爲メニ裏書ヲナシ之レヲ交付スルヲ要ス、裏書交付ハ讓渡ノ對抗條件ニ過キス（四六九、商法上ノ指圖式證券ハ然ラス其權利ノ移轉ニ裏書及ヒ證書ノ引渡ヲ要ス（商二八二、四五五）即チ裏書交付ハ讓渡其ノモノノ要件タリ、商法ノ規定ヲ以テ優レリトス、何トナレハ權利者ハ證券アルニ非サレハ假令權利ヲ讓受ケタリトスルモ債務者ニ對抗スルヲ得サルカ故ニ之レヲ行フヲ得ス、義務者モ亦證券ト引換ニ非サレハ履行ノ義務ナキモノナレハ讓渡ノ名アッテ其實ナキ場合ヲ生ス、故ニ斷然裏書交付ヲ以テ證券上ノ權利ノ讓渡ノ要件トナスヲ得策トス、

指圖證券ハ之レヲ指名證券ニ比スレハ證書ト權利ノ關係一層密接ナリ、商法ノ主義ニ從ヘハ其權利ノ移轉ニハ證書ノ裏書交付ヲ要シ、證券ノ占有者ニ非サレハ權利ヲ行フヲ得ス、又證券ニ對スルニ非サレハ履行スルヲ要セス、然シナカラ其權利ノ移轉ニハ猶裏書ト云フ方式ヲ要シ單ニ證券ノミヲ讓渡シテ以テ讓受人ヲ權利者トナスヲ得ス、是レ權利ト證券ト未タ全ク結合セサル點ナリ、

(5) **無記名證券**　ハ證書ニ權利者ヲ示サス證書ノ所有權者ヲ以テ權利者トナシ（So genanten Eigenthumstheorie Vergl. Gierke A. O. § 112 dacit zahlreichen theorien）其移轉ニハ證書ノ所有權ヲ移轉スルヲ要スルノミニシテ別ニ證書上ノ權利ヲ移轉セシムルノ意思表示ヲ要セス、其行使ニハ證書ノ占有ヲ必要トシ、義務者ハ證書ノ占有者ニ對シテ履行ヲナスナラハ義務ヲ免カレ、占有者ハ義務者ニ對シテ何等ノ條件ナクシテ當然權利ヲ行フコトヲ得、然レトモ占有者ヲ以テ眞ノ權利者トナスニ非ス、眞ノ權利者ハ證券ノ所有權者ナリ、然レトモ權利行使ノ條件トシテ證券ノ占有ヲ必要トス、然ルニ義務者ニ於テ占有者カ眞ノ所有權者ナリヤ否ヤヲ調査スルノ權利及ヒ義務アルモノトセハ無記名證券ノ流通ヲ害スルヲ以テ、占有者ハ當然權利ヲ行ヒ又占有者ニ對シテハ有效ニ辨濟シ得ルモノトス、左レハ占有者カ權利者ノ地位ニ立ツハ獨リ義務者ニ對スル關係ニ於テ然ルノミ、證券ノ

所有者トノ關係ニ於テハ依然所有者ヲ以テ權利トナス、故ニ不法ニ占有ヲ得タル者ハ其所有者ニ對抗スルヲ得サルナリ（一九三）、故ニ無記名證券ノ眞ノ權利者ハ證書ノ所有權者ナリト云フテ可ナリ、

又證書ヲ毀滅スルトキハ證書上ノ權利ハ其性質上當然消滅ス可シ（Gierke A. A. O. S. 179）、尤モ商法第二百八十一條民事訴訟法第七百七十七條等ノ救濟方法ナキニ非ス、

此ノ如クニシテ無記名證券ニ於テハ證券ノ表示スル權利ノ移轉及ヒ消滅共ニ證券ノ所有權ト運命ヲ共ニス、此ノ故ニ本條ニ於テ無記名債權（證券）ハ之レヲ動產ト看做ス、本來權利ニ動產不動產ノ差別アルコトナシ、然ルニ證券ニヨリ表示セラルル權利カ動產タル紙ト運命ヲ共ニスルカ故ニ證券ニ附着セル權利其ノモノヲ動產ト看做シ動產ニ關スル規定ニ從ハシム、故ニ證券カ表示スル權利ヲ移轉スルニハ證券ノ所有權ヲ移轉スレハ可ナリ（一七六、一七八）、又之レヲ質ニ供スルニハ證券其モノノ占有ヲ移轉スレハ可ナリ（三五二）、又證券上ニ留置權ヲ有スル者ハ證書カ表示スル權利上ニモ留置權ヲ有ス、證券上ニ取得時效ヲ得ル者ハ證券ニヨリ表示セラルル權利上ニモ取得時效ヲ得、此ノ如クニ二者常ニ運命ヲ共ニスト雖モ本來證券ハ從ニシテ證書ニヨリ表示セラル權利其ノモノカ主タリ、故ニ後者カ消滅時效又ハ終期又ハ條件ノ成就等ニヨリ消滅シタル場合ニ於テハ證券其ノモノハ存在スト雖モ之レニヨリ表示セラル可キ權利カ存續スルヲ得サルハ勿論ナリトス、

第八十七條　物ノ所有者カ其物ノ常用ニ供スル爲メ自己ノ所有ニ屬スル他ノ物ヲ以テ之ニ附屬セシメタルトキハ其附屬セシメタル物ヲ從物トス

從物ハ主物ノ處分ニ隨フ

（一）從物ノ觀念　物ハ種々ノ有樣ニ於テ相結合シテ以テ吾人ノ用ニ供セラル主物從物モ亦其場合ノ一ナリ、二物相助ケテ共同ノ經濟上ノ目的ニ供セラルル場合ニ其主タル物ヲ主物ト稱シ從タル物ヲ從物ト云フ、本條第一項ハ其觀念ヲ示スモノニシテ左ノ諸點ヲ主要トス、

（イ）主物ト從物トハ二個ノ獨立シタル物タルヲ要ス、　主物從物ハ經濟上共同ノ目的ニ供セラルト雖モ各獨立シタル物ナリ、從物ハ主物ノ構成分子ヲナス

モノニ非ス、若シモ二物合體シテ一物ト成ルナラハ各構成分子ヲナスカ故ニ其間ニ主從ノ關係存スルコトナシ、例ヘハ柱ハ家ノ構成分子ニシテ家ノ從物ニ非ス、此點ハ往々誤解セラルル處ナリト雖モ、苟モ主從相對スル以上ハ觀念上二個ノ存在ヲ必要トスルヤ論ナシ、主物從物ハ二個ノ獨立セル物ノ間ノ關係ト知ル可シ、故ニ一物ヲ指シテ主物ナリヤ從物ナリヤノ問ハ意味ヲナサス、吾人ノ知ラント欲スル所ハ甲物ハ乙物ノ從物ナリヤ否ヤノ問題ナリ、

(ロ)主物ト從物ノ間ニハ主從關係アルヲ要ス、　此關係アツテ始メテ一物ハ他物ノ從物トナル、二物相依テ共同ノ目的ヲ達スル爲メニ供セラルル場合ト雖モ主從關係アルニ非サレハ主物從物ノ關係ヲ作ラス(Gierk: A. A. O. § 105. Regelsberger § 102)、本條ニ於テ「物ノ所有者カ其物ノ常用ニ供スル爲メ」云々ト規定セルハ此意ヲ示スモノナリ、本來物ハ人ノ用ニ供セラルルモノナリ物ノ用ニ供セラルルコトナシ、故ニ其眞ノ意義ハ一物カ他物ノ經濟上ノ目的ヲ達スル爲メ其補助ヲナスノ關係ニアルヲ要スルノ義ナリ、故ニ或ハ從物ハ之レヲ補助物(Hilf-sache)ト稱スルコトアリ、

主從關係ノ有無ハ主觀的ニ其附屬セシメタル所有者カ之レヲ決スルニ非スシテ一般ノ取引ノ通念ニヨリ之レヲ決ス、從來此點明ナラス、從物ニ法律上ノ從物ト任意ノ從物トノ區別ヲ立テ、物ノ所有者カ從物ナリト宣言スルトキハ客觀的ニハ主從關係ナキモノモ從物タルノ性質ヲ帶フト論スルモノアリ、若シ夫レ此ノ如クンハ主物從物ハ物ノ性質ニ基ク區別ニ非スシテ意思表示ノ效果トナル可シ、然ルニ本條ニ於テハ從物ノ要件トシテハ主物ノ常用ニ供スル爲メニ附屬セシメタル物タルヲ要シ、單ニ意思表示ノミニヨリ從物トナルコトナシ、故ニ本法ニ於テハ主從關係ハ主觀的ニ之レヲ決スルヲ得ス、

(ハ)從物ハ主物ノ常用ニ供スル爲メニ附屬セシメタル物ナルヲ要ス、　常用トハ永久ノ義ニ非ス、一時的ト云フ義ニ對ス、一物ヲ附屬セシメタル所有者ノ意思ニ於テ一時的試驗ノ爲メニ附屬セシメタルモノハ從物タルノ性質ヲ帶ヒス、此點ハ專ラ附屬セシメタル所有者ノ意思ニヨリ決ス可キナリ、此ニ於テカ主物從物ノ觀念ハ主觀的分子ヲ含ム、然レトモ(ロ)ニ示ス所ト矛盾セス、即チ主從關係ノ有無ハ客觀的ニ決シ、常用ノ目的ニ附屬セシメタリヤ否ヤハ主觀的ニ決ス、裏面ヨリ云ヘハ客觀的ニ主從關係アリト雖モ主觀的ニ常用ニ供スルモノニ非サレハ不可ナリ、又主觀的ニハ常用ノ爲メニ附屬セシムト雖モ取引ノ通念ニ於テ主從關係ヲ生スルモノニ非サレハ不可ナリ、實際ノ適用ニ當リテハ客觀的ニ主從關係アルトキハ從物ナリトノ一應ノ證トナスヲ得、其一時

的附屬ニシテ常用ニ非サルコトヲ主張セントセハ所有者ニ於テ反證ヲ上クルヲ要ス、

「附屬」トハ現實ニ主物ノ用ニ供スルノ義ナリ、單ニ從物トナサントスルノ意思アルノミニテハ未タ從物ヲ生セス、必ラス外部ヨリ見テ主物ニ附屬セシメタルノ實アルヲ要ス、例ヘハ疊建具ヲ買入レ之レヲ建物ニ敷込建付ヲナスヲ要スルカ如シ、單ニ敷込ミ又ハ建付ヲナサント欲シテ買入レタルノミニテハ未タ從物トナラス、又附屬ニハ必シモ二物物理的ニ結合スルノ必要ナシ、例ヘハ鍵ト時計トハ物理的ニハ相分離セルモ猶主物從物ノ關係アルカ如シ、

(二) 主物ト從物ハ同一ノ所有者ニ屬スルヲ要ス、　之レ本條明文ノ存スル所ニシテ解釋上疑ナシ、二物カ所有者ヲ異ニスル場合ニ於テハ同一所有者ニ屬スルニ至リタル時ヨリ主物從物ノ關係ヲ生ス、又同一所有者ニ屬セシ物モ所有者ヲ異ニスルニ至ルトキハ其時ヨリ此條件ヲ欠クカ故ニ主物從物ノ關係ヲ失フ

然レトモ此點ハ學說立法例大ニ岐ルル所ナリ、蓋シ主物從物ノ規定ヲ設クルノ必要ハ本條第二項ノ規定ヲ要スルカ故ナリ、若シ夫レ主物從物ヲ分離シテ處分スルコトカ國家經濟上不利ナルカ爲メナリトセハ、假令所有者ヲ異ニスルモ同一ノ運命ニ從ハシメテ可ナリ、其不公平ヲ生スルカ如キ場合ニハ損害賠償ノ方法ヲ以テ救濟スルコトヲ得可シ、然ルニ本條ハ此見地ヲ捨テテ本條第二項ノ規定ヲ以テ意思解釋ノ規定トナセリ、故ニ同一ノ所有者ニ屬スルヲ必要トスルニ至レリ、(后段(三)參照)

(二) 主物從物ノ實例

獨逸民法(九七)ハ從物ハ動產ニ限ルト云フ主義ヲ取レルモ我民法ニハ此制限ナシ、故ニ左ノ場合ヲ生ス、

(イ) 定著物カ土地ノ從物タル場合、　定著物ハ不動產ナレトモ土地ノ從物タル場合アリ、例ヘハ灌漑用ノ工設物、農業用ノ建物カ耕地ニ對スル關係ノ如シ、普通ノ建物ト敷地トノ關係ニ至リテハ我國現時ノ狀態ニ於テハ其間主從ノ關係アルヲ見ス、(韓國ニ於テハ敷地ハ建物ノ從物タリト聞ク)、土地カ土地ノ從物タル場合ハ未タ之レヲ聞カス寺院ノ附屬地別莊附屬地等ノ語ヲ聞クト雖モ之レ取引上ノ觀念ニハ非サル可シ、

(ロ) 動產カ不動產ノ從物タル場合、　動產カ土地ノ從物タル場合ハ壇、假小屋ノ類アリ、動產カ不動產タル建物ノ從物タル場合ハ住宅ト疊建具ノ關係ノ如キ主ナルモノナリ、其他製造所劇場ト其設備ノ如キ之レナリ、

(ハ) 建物カ建物ノ從物タル場合、　例ヘハ住宅ニ於テハ主タル家ト門、物置、湯場、

ノ如キ物ノ間ニ主從ノ關係ヲ見ル、

(二)動産カ動産ノ從物タル場合、　船ト船具、時計ト鍵、諸種ノ車ト其附屬品ノ如キ之レナリ、然シテ建物ヤ土地カ動産ノ從物タル場合ハ未タ之レヲ聞カス、要スルニ主物從物ノ關係ハ有體物ノ間ノ關係ナリ、無體物間ニハ此關係アルヲ認ムル能ハス、蓋シ本法ニ於テハ物ハ有體物ニ限ルカ故ナリ、例ヘハ所有權ト地役權、主タル債權ト利息ノ間ニ主物從物ノ關係ナシトス、

(三)效力　從物ハ主物ノ處分ニ隨フ（本條第二項）、之レ主物從物區別ノ實用アル所ナリ、然シ其意義明ナラサルモノアリ、第一ニ決定ス可キハ此原則ノ生スル理由ハ公益ニ在ルカ當事者ノ意思解釋ニ在ルカノ問題ナリ、若シ夫レ公益ニ在リトセハ其所有者ヲ異ニスル場合ニ於テモ之レヲ適用スルニ非サレハ其目的ヲ達セス（Gierke A. A. O. II. § 105. Dernburg preu. P. R. I § 60）、然ルニ本條第一項ニ於テ從物ノ觀念ニハ所有者ヲ同フスルヲ必要トセリ、之レニヨリ之レヲ見ルニ當事者ノ意思解釋ノ規定トナセルコト明ナリ、故ニ當事者ノ反對ノ意思表示アル場合ニハ適用ナシトス、然レトモ又純然タル所有者ノ意思解釋ノ規定ニ非ス、立法者ノ意思ヲ解釋スルニ當リテモ猶本原則ヲ適用ス可キ場合少シトセス（后段(ロ)ヲ見ヨ）、

(イ)主物ノ所有者カ意思表示ニヨリ之レヲ處分シタル場合ニ於テハ從物ハ主物ト運命ヲ共ニス、但シ反對ノ意思表示ヲ許ス、處分トハ民法ニ於テハ種々ノ意義アリ、本條ニ於テハ尤モ廣義ナリ、其所有權ノ拋棄、移轉、使用權ノ設定擔保權ノ設定、管理權ノ授與等ヲ含ム、從來屢々建物ノ抵當權カ疊建具ニ及フヤ否ヤニ付キ問題ヲ生シタリト雖モ、取引上之レヲ從物ト見ル地方ニ於テハ其疊建具ニ及フ可シ、然ラサル地方ニ於テハ之レニ反ス可シ、一ニ取引ノ慣習ニヨリ決ス可シ、概括的ニ斷スルハ根本ニ於テ誤レリ、何トナレハ主從關係ノ有無ハ取引ノ通念ニヨリ決ス可キ問題ナレハナリ、（三五、一二、一三、東京地方裁判所判決法律新聞一二〇號）、

(ロ)主物ノ所有者ノ意思ニ基カサル法律上ノ效果ニ付キテハ本原則ノ適用アル場合ト然ラサル場合アリ、元來本原則ハ解釋規定ナリト雖モ獨リ所有者ノ意思ニ關スルノミナラス、廣ク主物上ニ處分權ヲ有スル者ノ意思ニ關スルモノナリ、故ニ法律上主物上ニ存スル先取特權ニ付キテハ立法者ノ意思ハ之レヲ從物ニ及スニ在リト解釋スルコト至當ナリ、同樣ノ理由ニヨリ法律ノ直接規定ニヨリ生スル使用權、管理權等ニ付キテモ其效力ハ從物ニ及フモノトス、公用徵收其他行政上ノ處分ニ付キテモ主物ノ處分者ノ意思ハ之レヲ從物ニ及スニ在リト解スルヲ至當トス可シ、

然レトモ物ニ對スル或事實ノ存在スルニヨリ法律上ノ效果ヲ生スル場合ニ於テハ其事實ノ現ニ存在スル範圍ニ限リ、法效ヲ生ス可キカ故ニ其事實カ主物ニ限ラルルトキハ其效力モ亦主物ニ限ラル可シ、例ヘハ主物ヲ占有シ取得時效完成セル場合ニ於テハ其效力ハ從物ニ及ハス、主物ノ占有者カ留置權ヲ得ル場合ニ於テモ、其效力ハ從物ニ及ハサルモノトス、

(四)主物從物ノ關係ノ終了　(一)ニ示ス四個ノ條件ノ一ヲ欠クニ至ルトキハ從物關係ハ消滅ス、從物ヲ事實上分離セシメ又ハ他ノ目的ニ使用スルカ如キ、或ハ所有者ヲ異ニスルニ至レルカ如キ或ハ二物合シテ一物ト成レルカ如キ、皆然リ、只所有者ノ意思ヲ以テ常用ヲ廢止セントスル場合ニ於テハ單ニ其意思アリ、又其表示アルノミテハ不十分ナリ、常用廢止ノ事實カ外部ヨリ認識シ得ラルルニ非サレハ不可ナリ、之レ敢テ法規上ノ根據アルニ非スト雖モ從物性ハ元來取引ノ慣習ニヨリ生シ、第三者ヲ保護セントスルモノナレハ、主物從物ノ關係ノ消滅カ第三者ヨリ認識シ得ルニ非サレハ不測ノ損害ヲ及ス虞アル可ケレハナリ

(Gierke II § 78. Regelsberger I S. 391. Derburng P. P. R. I. S. 823 同旨意)

第八十八條　物ノ用方ニ從ヒ收取スル産出物ヲ天然果實トス

物ノ使用ノ對價トシテ受クヘキ金錢其他ノ物ヲ法定果實トス

(一)果實ノ觀念　本條及ヒ次條ハ果實ニ關スル一般規定ナリ、本條ハ果實ノ定義ヲ定メ、次條ニ於テハ果實ノ取得ニ關スル事項ヲ定ム、果實トハ物ノ用方ニ從ヒ收取スル産出物及ヒ物ノ使用ノ對價トシテ受ク可キ金錢其他ノ物ヲ云フ、其前半ハ之レヲ天然果實ト云ヒ、後半ハ之レヲ法定果實ト云フ、單ニ果實ト云ヘハ常ニ此二者ヲ含ム、

(二)天然果實ノ觀念　(Fructus naturalis) 果實ハ本來木實ノ義ナリ、然ルニ羅馬人ハ次第ニ其意義ヲ擴張シ途ニ一定ノ法律上ノ意義ヲ附スルニ至レリ、天然果實ノ觀念ニ付キ從來二三ノ說アリ、(一)元物ヲ消耗セスシテ收取スルヲ以テ果實ノ特性トナス(Windscheid § 144 Enneccerus Lehrbuch S. 120)、此說ニヨレハ石炭鑛物砂利燐土ノ如キハ收取スルニ從ヒ元物ヲ消滅スルカ故ニ果實ニ非ス、(二)定期ニ收取スルヲ以テ其特性トナス(Dernbur: pand. I § 78)、此說ニヨルモ石炭鑛物ノ如キ一定ノ收穫時期ナキカ故ニ果實ニ非ス、(三)用方ニ從ヒ收取スル産出物ヲ果實トナス之レ本條

ノ採用スル所ナリ、其觀念ニハ左ノ二要素ヲ要ス、

(イ)果實ハ元物ノ產出物タルコト、　產出ノ意義極メテ不明ナリ、猶十分ニ說明セラレス、先ツ(一)有機的ノ產出物、例ヘハ土地ノ草木ニ於ケル草木ノ成果ニ於ケル、動物ノ乳、毛、兒ニ於ケルカ如キ其元物ノ力ニヨリ養生セラレ後分離シテ一體ヲナスモノナレハ元物ノ產出物タルコト普通ノ語義ニ照シテ明ナリトス、(二)有機的產出物ニ非サル收益例ヘハ石炭鑛物砂利燃土ノ如キハ土地ノ產出物ト稱スルヲ得可キカ、疑ナキ能ハス、蓋シ是等ノ物ハ土地ノ包藏スル所ノ力ニヨリ養生セラルルニ非スシテ實ニ土地ノ構成分子ヲナスモノナリ、之レヲ收取スルトキハ元本ハ次第ニ其實質ヲ減ス、故ニ前者ト大ニ趣ヲ異ニス、然レトモ我民法カ元物ヲ消耗セサルヲ以テ要件トセサルヲ以テ見レハ、普通ノ經濟上ノ觀念ニ於テ一物ヨリ他物ヲ生スルモノト見ル可キ場合ニ於テハ之レヲ以テ其產出物ト爲スモノト解シテ誤リナカル可シ、然ラハ產出トハ經濟上ノ意義ニシテ本場合ノ如キ亦之レヲ包含スルモノトス、

產出ノ方法ニ至リテハ普通自然ニ產シ自由ニ採取スルモノ(Fructus mere naturalis)ト經濟上ノ目的ノ爲メニ人工ヲ加ヘテ養成シタルモノ(Fructus industriales)ノ別アリト雖モ我民法ニ於テハ此區別ノ實益ヲ認メス、

產出物ニ非サルモノハ果實ニ非ス、例ヘハ加工物、混和物ノ如キハ經濟上產出物ト見ス故ニ法律上モ果實ニ非ス、

(ロ)元物ノ用方ニヨリ收取スルモノナルヲ要ス、　用方ニヨリ收取スルトハ元物ノ經濟上ノ目的ニ從ヒ收取スルノ義ナリ、元物ノ產出物ト雖モ其經濟上ノ用方ニ從ヒ收取シタルモノニ非サレハ果實ニ非ス、先ツ有機的產出物ニ付キテ例セハ穀物、樹木、木實、牛乳、羊毛ノ如キ各其經濟上ノ目的ニ從テ收取シタルモノナルトキハ果實ニシテ其取得ニ關シテハ果實ニ關スル規定ニ從フト雖モ用方ニ從ハサルモノ例ヘハ盆栽ニ生シタル木實、暴風ノ爲メニ折レタル樹木、技勞動用ノ牛ノ產シタル犢ノ如キハ民法ニ云フ果實ニ非ス、獨逸民法(九九)ハ有機的產出物ハ其用方ニ從ヘルト否トニ論ナク凡テ果實ナリトス、兩主義ノ相異ル所ヲ見ル可シ、

有機的ニ非サル產出物ニ付キテモ之レト同シク元物ノ經濟上ノ用途ヨリ生シタルトキニ限リ果實トス、故ニ鑛物石炭石油ノ如キモ其鑛區ヨリ取得シタルモノナルトキハ果實ナリト雖モ、偶然庭內ヨリ發掘シタル金塊、耕地ニ於テ發見セル水晶ノ如キハ果實ニ非サルナリ、

右ノ如ク元物ノ用方ニヨリ收取セルヤ否ヤハ實ニ果然ナルト否トノ區別セ

ラルル要點ナリ、此ニ於テカ物ノ用方ハ何人カ之レヲ定ム可キカノ問題ヲ生ス、(一)所有者之レヲ定ムトナシ(Planck § 99. N. 2. Hölder § 99. N. 4.)、(二)一般觀念ニヨリ定ム可シトナシ(Leonhard. S. 172)、學說漸ク岐ルト雖モ余輩ノ信スル所ニ於テハ(一)物ノ性質ニヨリ不動的ニ定マレルモノアリ、(二)然ラサル場合ニ於テハ物上ニ權利ヲ有スルモノナルト否トヲ問ハス何人カ事實上用方ヲ定メタルトキハ其變更セラルル迄ハ之レヲ以テ其物ノ用方トナスヨリ外ナシ、例ヘハ竊盜カ物ヲ一定ノ目的ニ共シタル場合ニ於テハ之レヲ以テ其物ノ用方トナス、之レヨリ生スル產出物ハ果實タルヲ失ハス、只之レヲ取得スル權利アリヤ否ヤ或ハ又賠償問題ヲ生スルヤ否ヤ等ハ自ラ之レヲ區別シテ論スルヲ要ス、

以上論シタル如ク天然果實ハ有體物ト有體物ノ關係ナリ天然果實ハ物ヨリ產出シタル物ニ限ル、權利ヨリ生スル收益例ヘハ著作權ノ收益ノ如キ之レヲ果實トセス、又人ノ勞務ニヨリ得ル所ノ賃銀ノ如キ果實ニ非ス、本條ハ所謂絕對的客觀主義ヲ取リタルモノナリ、

(三)法定果實ノ觀念

(Fructus civilis)法定果實ノ觀念ハ天然果實ノ觀念ヲ類推擴張シタルモノナリ、全ク元物ノ產出物ニ非ラサルモ經濟上恰モ元本アツテ之レヨリ生產シ來ルト看做サルルモノヲ擬稱シテ天然果實ト云フ、本條ノ定義ニヨレハ物ノ使用ノ對價トシテ受ク可キ金錢其ノ他ノ物ヲ法定果實トス、此定義ヲ熟考スルトキハ元本ハ他人ヲシテ使用セシメタル物ヲ意味シ、果實ハ其ノ報酬トシテ受ケタル物ヲ意味ス、故ニ元本ト法定果實ハ物ト物トノ客觀的關係ナリ、之レ解釋上疑ナキ所ナリト雖モ之レ現今ノ通說ニ非ス、通說ニ於テハ法定果實ハ物ノ使用ノ對價ヲ請求スル權利ヲ意味ストナス(Regelsberger § 103. Enneccerus 120. N. 6)、物ヲ使用セシムルニヨリ直接ニ生スル結果ハ報酬トシテ受クル物ニ非スシテ報酬タル物ヲ請求スル權利ナリ、故ニ物ノ使用ノ對價ハ權利其ノモノナリトナスヲ正當トス可キカ、

本條ノ定義ニヨレハ元本ハ物ナリ法定果實モ亦物ナリ、其適例ハ利息、賃貸借ノ借賃ノ如キ之レナリ、權利ヨリ生スル收益例ヘハ一定期間特許權ヲ使用セシメタルニヨリ報酬トシテ受クル金錢ハ法定果實ニ非ス、何トナレハ元物カ物ニ非サレハナリ、又勞動ヨリ生スル賃銀ハ法定果實ニ非ス同一ノ理由ニヨル、又物ヲ使用セシメタルモ其對價トシテ受クル收益カ物ニ非サルトキハ法定果實ニ非ス、何トナレハ法定果實ハ物タルヲ要スレハナリ、

「使用」ノ意義ニ關シテハ元物タル物ヲ使用シテ之ヲ返還スル場合ヲ通例トナス、其物ノ實質ハ多少消耗スルアリト雖モ猶普通ノ觀念ニ於テ元物ヲ返還スルモ

ノト看做サルレハ可ナリ、故ニ賣買ノ代價ハ果實ニ非ス、只元本カ消費物ナル場合ニ於テハ使用權ハ本章總說ニ述ヘタルカ如ク當然其實質ヲ消耗スルノ權利ヲ含ム、而シテ返還ハ他物ヲ以テ之レヲナスモノナリ、故ニ消費貸借ノ利息ハ果實ナリ、

法定果實ハ對價タルヲ要ス、故ニ消費貸借ノ元本ノ返還ハ果實ニ非ス、數回ニ分割シテ返還スル場合ニ於テモ異ルコトナシ、月賦、年賦等ニテ返還スル場合ニ於テハ往々元本ト利子トヲ數回ニ分チテ返還ス、此ノ場合ニ於テハ其利子ノミカ果實ナリ、株主ニ配當スル利益ハ果實ナリヤ否ヤハ疑ハシ、之レヲ對價ト見ルヤ否ヤニヨリ決ス、株主ハ會社ニ資金ヲ貸與シ其ノ報酬トシテ利益ノ分配ヲ受クルモノトセハ果實タルノ性質ヲ帶フ、之レニ反シテ株主ハ會社ヲ設立シ共同シテ其業務ヲ營ムモノト見ルトキハ果實ニ非ス、後ノ見解恐クハ正當ナル可シ、

（四）果實ト收益

民法中所々ニ散在スル收益ノ觀念ハ（二〇六、三五六、五九三、六〇一、六〇九、七九九、八九〇）、果實ノ觀念ヨリモ廣クシテ物又ハ權利ヲ使用スルニヨリ受クル利益、並ニ權利ヲ使用セシムルニヨリ受クル對價ヲ包含ス、法典ニ果實トアル場合ニ於テハ（一八九、一九〇、一九六、二九四、五七九、七九九、八〇二、一〇九四）本條果實ノ觀念ニ依ル可シ、第千九十四條果實ノ意義ノ如キハ之レヲ廣義ニ解シ權利ヨリ生スル收益ヲモ包含セシムルヲ便宜トナスト雖モ解釋上ハ如何トモス可ラス、

第八十九條　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屬ス

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

（一）天然果實ト元物ノ關係

果實ノ既ニ生シ未タ元物ヨリ分離セサルモノヲ未分離果實（Fructus pendentes）ト稱ス、例ヘハ母胎内ニ在ル犢、樹技ニ在ル成果、未採掘ノ礦物ノ如キ之レナリ、未分離果實ハ元物ノ一部ヲ成シ未タ獨立セル物ニ非ス、物ノ一部上ニハ物權成立スル能ハサルカ故ニ未分離果實ハ將來ノ物トシテ債權ノ目的トナスヲ妨ケスト雖モ物權ノ目的トナスヲ得ス、其元物ヨリ離脫スル事實ヲ名ケテ分離（Perceptio）ト云フ、分離ハ自然ノ作用ニ出ツルアリ、又人工ニ基クアリ、分離ニヨリ果實ハ獨立シタル物トナル、而シテ分離後ニ於テ猶元物ニ對スル生產ノ關係ヲ保有ス即チ元物果實ノ關係之レナリ（Brinz

Pand. I. S 546)、

(二)天然果實ノ取得

天然果實カ分離シタル場合ニハ何人カ之レヲ取得ス可キカ、之レ本條第一項ノ定ムル所ナリ、即チ其元物ヨリ分離スル時ニ之レヲ收取スル權利ヲ有スル者ニ全部屬ス、

然レトモ果實ハ一朝ニシテ產スルモノニ非ス、元物カ甲ノ權利者ノ手ニ在ル間ニ其生產ヲ始メ、乙ノ手ニ移リタル時ニ分離スルコトアリ、此ノ如キ場合ニ獨逸固有法ハ、其培養者ニ屬ストナセリ(Productionsprincip)、羅馬法ニ於テモ嫁資(Dos)返還ノ場合ニハ前主後主之レヲ分配セリト云フ、然ルニ本條ハ近時多數ノ法制ニ傚ヒ(佛民五八五獨民一〇一)其分離ノ瞬間ニ於テ果實取得權ヲ有スル者ニ全部屬スルモノトス、果實取得權者ハ所有者二〇六)、所有者ト占有者ト異ル場合ニ於テハ占有者(一八九以下)、其他本權ニ基キ果實取得權ヲ有スル者ハ地上權者(二六五)、永小作權者(二七〇)、不動產質權者(三五六)、使用借人(五九三)、賃借人(六〇一)、夫(七九九)、親權者(八九〇)、受遺者(一〇九四)等ナリ、例ヘハ土地ノ賃借人カ作物ヲ殖ヘ其期間ノ滿了ノ時ニ未タ熟セサルトキハ借主ハ其成熟ヲ俟テ刈取ルヲ得ス、夫又ハ親權者カ、妻又ハ未成年ノ子ノ財產上ニ收益權ヲ有スル場合ニ於テ收穫季ノ將ニ近カントスルニ際シ收益權消滅スルトキハ未熟ノ果實ヲ收取スルカ又ハ其現狀ノ儘ニ於テ之レヲ返還セサル可ラス、之レ本條第一項ノ規定ノ當然ノ結果ナリ、

然レトモ此ノ如キハ公平ニ非ス、國家經濟上モ利トスル所ニ非ス (Enneccerus 121. anm 3)、宜シク普國々法ノ例ニ傚ヒ適當ノ割合ニヨリ果實ヲ分配セシムルカ、然ラサレハ本條ノ如クニ分離ノ時ニ取得權ヲ有スル者ニ全部屬セシメ、培養者ニ對シテハ相當ノ賠償ヲ拂ハシムルノ途ヲ設ク可キナリ、人或ハ曰ハン本問ノ場合ニ於テハ培養者ハ當然不當利得ノ原則ニヨリ求償權アル可シト、之レ誤レリ、果實取得者ハ本條ノ規定ニ基キテ全部ノ果實ヲ取得スルモノナリ、即チ權利ニ基キテ果實ヲ取得スルモノニシテ無原因ノ取得ニ非ス、故ニ不當利得ノ規定ヲ適用スルヲ得ス、

(三)法定果實ノ取得

法定果實ハ之レヲ收取スル權利者ニ屬ス、例ヘハ利息ハ主タル債權者、借賃ハ貸主之レヲ取得スルカ如シ、其權利者ニ變更アリタル場合ニ於テハ權利ノ存續期間日割ヲ以テ之レヲ分配ス(獨民一〇一、佛民五八六)、所謂時ノ長サニ比列シテ分配スルモノナリ(Pro rata tempolis)、例ヘハ一ヶ月三十圓ノ利息ヲ生ス可キ債權ヲ或月ノ十日ニ他人ニ讓渡シタルトキハ、其月ノ利息ハ前主十圓ヲ取得シ後主二十圓ヲ取得スルカ如シ、

本條二項ノ規定ハ定期ニ使用ノ對價ヲ支拂フ場合ニ極メテ公平ナリ、而シテ一時ニ果實ノ全部ヲ支拂フ可キ場合ニ猶適用アリヤ否ヤ、例ヘハ期限ノ終リニ至テ元本ト同時ニ利子ノ全部ヲ支拂フ可キ場合ニ於テ其期限前ニ債權ノ讓渡アリト假定シ、讓渡人ハ日割ニヨリ利子ヲ取得スルモノトセハ恐クハ人ノ豫期ニ反ス可シ、故ニ本條ノ規定ハ果實ヲ定期ニ支拂フ場合ニノミ適用セラレ然ラサル場合ニ於テハ辨濟期ニ於テ對價ヲ取得スル權利ヲ有スル者ニ全部屬スルモノト解ス可キナリ、又或ハ曰フ日割ヲ以テ對價ヲ拂フ場合ニ非サレハ法定果實ニ非ス故ニ前示ノ場合ニ當然本條ノ適用ナシト、之レ明ニ誤レリ、何トナレハ前條ノ法定果實ノ定義ニ於テ定期取得ヲ以テ其要件トナササレハナリ、

本條日割ヲ以テ分配スルノ原則ハ其眞意ハ時ノ長サニ比列シテ分配スルノ義ナリ、故ニ例ヘハ貸馬車ノ如ク日ヨリ短カキ期間ニ於テ元本ノ使用ヲ許シタル場合ニ於テハ、時間割ヲ以テ分配ス可ク其他之レニ準ス可シ、

又本法ニハ明文ナシト雖モ法定果實ノ取得ニ付キ郵税印紙税等費用ヲ要シタル場合ニ於テハ、之レ又果實取得額ニ應シテ負擔スルモノトナスヲ正當トス、利益ヲ受クル大ナルモノハ負擔モ亦大ナラサル可ラス、

(四) 本條ノ規定ハ強行規定ニ非ス、

MA

第四章　法律行爲

(一)法律現象(Rechtsvorgänge)權利ノ發生變更消滅ヲ總稱シテ法律現象ト稱ス、法律上ノ現象多樣ナリト雖モ要スルニ此三者ノ外ニ出テス、是ヲ茲ニ略述スル所以ハ法律行爲ハ法律現象ノ主要ナル原因ニシテ二者相牽聯シテ研究スルヲ便トスレハナリ、

(イ)權利ノ發生　權利ノ發生トハ權利カ特定人ニ附着セラルル現象ヲ云フ即チ語ヲ換フレハ權利ノ取得ナリ、

(a)原始取得(Originärerwerb)トハ他人ノ權利ニ基因セスシテ獨立ニ權利ヲ取得スルヲ云フ、先占ニヨル無主物ノ取得、所有權者占有權者等ノ果實取得、加工ニ依ル作製物ノ取得等之レナリ、取得時效ニヨル權利取得ハ稍ヤ異論アリ(Bring zanf. II S. 76.)取得時效ハ他人ノ物ノ占有ヲ前提トス、此點ハ承繼取得ニ近シト雖モ取得時效ニヨリ權利ヲ得ルモノハ他人ノ權利ヲ取得スルニ非スシテ他人ノ物上ニ自己ノ行使スル權利ヲ取得スルモノナリ、故ニ原始取得トナスヲ正シトス(同說 Enneccerus Lehrbuch § 130. Regelsberger, Gättinger Festgabe Für Planck S. 373)、第百九十二條ノ場合ニ於ケル善意占有者ノ權利取得モ亦然リ、

之レ前主カ權利者ナルト否トニ拘ハラス善意占有ト云フ事實ニヨリ權利チ得レハナリ（同論 Kohler, Bürg. Archv 18. S. 47 Enneccerus A. A. O. S. 133）、

(b) **承繼取得**　（Delivativ od abgeleitete Erwerb）承繼取得トハ他人ノ權利ニ基キテ權利チ取得スルチ云フ、即チ他人カ權利チ有スルチ以テ前提トナス、前權利者チ前主又ハ被承繼人（Vormann, actor juris）ト稱シ、新ナル權利者チ後者又ハ承繼人（Nachmann Successor）ト稱ス、而シテ其權利ノ一人ヨリ他ノ一人ニ移轉スル現象チ名ケテ承繼（Successio）ト云フ、承繼取得ハ取得者ノ意思ニ基ク場合アリ例ヘハ法律行爲ニヨル所有權ノ取得ノ如シ、又取得者ノ意思ニ依ラス法律上當然生スルコトアリ例ヘハ相續ノ如キ然リ、

(c) **承繼取得ノ分類**　承繼取得ハ之チ**移轉的取得**（Translativ Erwerb）ト**建設的取得**（Konstitutiver E.）ノ二トナス、移轉的取得トハ狹義ニ於ケル權利ノ讓渡ニシテ前主ニ屬セシ權利カ形チ變セス其儘後主ニ移轉スルチ云フ、即チ權利主體チ變更スルノミニシテ權利其ノモノハ前後同一ナルチ云フ、或ハ曰ク權利ハ特定ノ主體ナクシテ存在スル能ハス、然ラハ權利主體ハ權利ノ要素ナルカ故ニ權利主體カ變更セラルルナラハ權利ハ前後同一ナル能ハス、前主ノ權利ハ消滅シテ承繼人ハ其權利材料ノミチ以テ作ラレタル新權チ取得スルモノナリト（Kuntz, Obligation § 15-20. Neuner, wesen u. arten d. P. R. S. 116）即チ此説ニヨレハ權利材料ノ承繼チ認ムルモ權利ノ承繼ハ一切之レチ否認スルモノナリ、然シナカラ今日ノ法律思想ニ於テハ物權債權共ニ移轉スルチ認ム、權利ハ法律ノ力ニヨリ一定人ニ附着セラレタル力ナリ、故ニ又法律ノ力チ以テ之レチ他ノ人格ニ移スコトチ得サル可ラス、

建設的取得ハ前主ノ權利ニ基キ之レト分量及ヒ性質チ異ニスル他ノ權利チ取得スルチ云フ、例ヘハ土地ノ所有權者カ其土地上ニ地上權、地役權、抵當權等チ設定スルカ如キ之レナリ、是等ノ場合ニ於テモ前主ハ大ナル權利チ有スルカ故ニ之レヨリ小ナル新權チ設定スルチ得ルナリ、或ハ曰ハク取得者ノ權利ハ前主ノ權利ニ包含セラルル構成分子タリ只建設行爲ニヨリ前者ノ權利ヨリ分離獨立シテ取得者ニ移ルニ過キスト（Brinz 2auf II § 77.）、即チ此説ニヨレハ之レ建設取得ニ非スシテ移轉的取得ナリ、然レトモ此ノ説ハ正シカラス、何トナレハ所有權ハ本來多數ノ權利ノ集合ニ非スシテ唯一圓滿ノ權利ナリ、所有權ノ内ニ地上權、地役權、抵當權等カ豫メ包含セラルルニ非ス、故ニ建設行爲ニヨリ新權作製セラレ取得者ニ屬スルモノト見ルチ可トス、然レトモ之レ又前主ノ權利ニ基因スルモノナルカ故ニ原始取得ニ非ス、

反之分割シ得可キ權利ノ一部讓渡或ハ又所有者カ他人ヲ自己ト共有者タラシムル場合ノ如キハ前主ノ權利ヲ分量的ニ割讓スルニ過キサルカ故ニ移轉的取得ナリト云フ可シ、

特定承繼（Singural succession）**包括承繼**（un versal-Succession）特定承繼トハ個々ノ權利ヲ各別ニ承繼スルモノヲ云フ、其各別ノ權利ニ付キ獨立ノ取得原因アルヲ要ス數個ノ不動產ヲ同一ノ契約ヲ以テ賣買スルカ如キモ亦特定承繼ナリトス、包括承繼ハ多數ノ權利義務ヲ一體トシテ承繼スルカ故ニ個々ノ權利義務ニ付キ取得原因アルヲ要セス、只全體ヲ取得ス可キ原因アレハ足ル、然レトモ取得ノ目的ハ個々ノ權利義務ナリ、多數ノ權利義務合體シテ一物ヲ成シ承繼セラルルモノト解セハ誤レリ、我國ニ於テハ集合物ノ觀念ヲ認ムルコトナシ、二者ノ區別ハ權利移轉ノ體樣ニアリ

人或ハ包括承繼ハ人格ノ承繼ナリト說ク、其旨意ハ前主ト後主トハ同一人ノ如ク見做サルトナスニ在リ、然レトモ此說ハ正確ニ非ス、例ヘハ前主一身ニ專屬スル權利ノ如キハ包括承繼ニヨルモ移轉スルコトナケレハナリ、

又包括承繼ノ觀念ニハ前主ノ一切ノ權利義務ヲ一體トシテ承繼スルヲ要セス、只多數ノ權利義務ヲ一體トシテ承繼スレハ可ナリ、

包括承繼ノ場合ハ法律ニ限定セラル、家督相續（九八六）遺產相續（一〇〇一）包括受贈（一〇九二）解散後ノ法人ノ財產取得（七二）國庫ノ相續財產取得（一〇五九）及ヒ會社合併（商法二二五）ノ如キ之レナリ、營業ノ讓渡（商法二二、二三）カ包括承繼ナリヤ否ヤ疑ハシ（Heusler, institution S. 175177 ハ積極說 Regelsberger § 122 ハ反對ナリ）、

(d) **原始取得、承繼取得ノ區別ノ必要**　承繼取得ハ其如何ナル種類タルトヲ問ハス皆前主ノ權利ニ基キ權利ヲ取得スルモノナリ、故ニ「何人モ自己ノ有スル權利ヨリモ大ナル權利ヲ他人ニ讓渡スルヲ得ス」（Neno plus juris ad alium transfere potest quam ipso habet）トノ原則ヲ生ス、是レ承繼ノ觀念上當然然ル可キナリ、其意義ハ（一）前主カ權利ヲ有セサルナラハ後者ハ權利ヲ得ル能ハス（二）後者ノ權利ハ前主ノ權利ト同一ナルカ又ハ少ナルヲ要ス（三）前主ノ權利カ負擔瑕疵アルトキハ承繼人ノ權利モ亦負擔瑕疵アリトナスニ在リ、原始取得ニ於テハ此ノ如キ制限ナシ、

ロ) **權利ノ變更**　トハ權利ノ本質（Wesen）ニ影響ヲ及サス只其性質（Eigenschaft）ニ變更ヲ與フル現象ヲ云フ、故ニ其權利ハ前後同一ト看做サル、權利ノ變更ハ主體ノ變更客體ノ變更及ヒ內容ノ變更ノ三者トナス、

權利主體ノ變更ハ種々ノ形ニ於テ生ス、或ハ單ニ主體ヲ變更スル場合アリ之レ狹義ノ權利讓渡ナリ、或ハ一人ニ屬セシ權利カ數人ニ屬スルニ至ルコトアリ例ヘハ數人カ一人ヲ相續スル場合ノ如シ、或ハ又反對ニ數人ニ屬セシ權利カ一人ニ屬スルニ至ルコトアリ例ヘハ共有者ノ一人カ持分ヲ拋棄セル場合ノ如シ（二五五）、

權利ノ客體ヲ變更スル場合モ亦種々アリ、物權ニ於テハ其目的物ニ增減ヲ來シ而カモ同一物ト見做サルヽ場合ノ如キ之レナリ、債權ニ付キテハ一部辨濟、利率ノ變更、不特定物ヲ目的トスル債權ヲ特定債權ニ變スル場合ノ如キ之レナリ、

權利ノ內容ノ變更セラルヽ場合ハ例ヘハ條件付權利ヲ無條件トナシ、或ハ期限付權利ヲ無期限トナシ又ハ質權抵當權ニ於テ順位ヲ拋棄スルカ如キ之レナリ、

權利變更ノ場合ニ於テハ將來ノ權利ハ種々ノ點ニ於テ變更セルニモ拘ハラス猶同一ノ權利トシテ存在ス、故ニ一ノ權利カ消滅シテ其代リニ他ノ權利ノ生スル場合ト區別スルヲ要ス、實際上ハ權利ノ發生ノ時期ニ關シ必要アリ、又從タル權利殊ニ擔保權及ヒ權利ノ負擔カ消滅スルヤ否ヤニ付キ必要アリ、權利變更ノ場合ニ於テハ是等ノ權利及ヒ負擔ハ其儘存在ス、一ノ權利消滅シ他ノ權利生スル場合ニ於テハ從タル權利及ヒ負擔ハ法律ノ特別ノ規定ニ依ルニ非サレハ新權ニ移ルコトナシ、

(八)權利ノ消滅　ハ權利ノ發生ノ正反對ナリ、即チ權利カ權利主體ヨリ脫離スル現象ヲ云フ、之ヲ分テ關係的消滅ト絕對的消滅ノ二トナス、關係的消滅トハ權利ハ從來ノ主體ヨリ分離セラルルモ他ノ權利主體ニ移リテ存續スルモノヲ云フ、故ニ前權利者ヨリ立言シテ之レヲ關係的消滅ト云フモ後ノ權利主體ノ方面ヨリ見レハ取得ナリ、絕對的消滅トハ權利其モノカ破滅シテ全ク存在ヲ失フヲ云フ、

絕對消滅ノ原因甚タ多シ一々之レヲ列擧スルヲ得ス、或ハ法律ノ直接規定ニヨリ消滅スルアリ、或ハ權利ノ目的ノ消滅ニヨルコトアリ、或ハ權利カ其效用ヲ終ルニヨリ消滅スルコトアリ、或ハ又權利者ノ意思ニヨリ消滅スルコトアリ

拋棄ハ直接ニ將來ニ向フテ權利ヲ消滅セシメントスル意思作用ナリ、財產權ハ物權ナルト債權ナルトヲ問ハス元則トシテ拋棄スルコトヲ得、例外トシテ權利ノ性質上又ハ法律ノ明文ニヨリ拋棄ヲ許サヽルモノアリ、拋棄ノ結果ハ

他人ニ利益ヲ與フルヲ常トス、然レトモ之レ拋棄ノ間接ノ效果ニシテ他人ハ拋棄者ノ權利ヲ承繼スルカ故ニ非ス、故ニ拋棄ハ絶對消滅ノ原因タリ、例ヘハ地上權者カ之レヲ拋棄スルトキハ所有權者ハ之レニヨリ負擔ヲ免カレ利益ヲ得、然シ之レ拋棄ノ間接ノ效果ニシテ地上權者ノ權利カ所有權者ニ移轉スルニ非サルナリ、債權ノ免除モ亦之レト同シ債權者ノ權利カ債務者ニ移リ混同ヲ生シテ以テ債務消滅スルニ非ス故ニ免除ハ絶對消滅ナリ、拋棄ハ此ノ如クニ種々ノ場合ヲ含ムカ故ニ、其要件ノ如キハ概括的ニ之レヲ定ムルヲ得ス例ヘハ債權ノ拋棄ハ債務者ニ對スル意思表示ニテ足ル（五一九）、相續ノ拋棄ハ裁判所ニ申述スルヲ要ス（一〇三八）、

權利ノ拋棄ト區別セサル可ラサルモノハ權利ノ不行使ナリ、不行使ハ單ニ權利者ノ意思ニヨル場合アリ、或ハ行使ス可ラサル義務ヲ負フニ因ル場合アリ、何レニシテモ權利其モノヲ消滅セシムルモノニ非ス故ニ再ヒ之レヲ行使スルヲ妨ケス、

(二)法律事實

(Juristishe thatsache)

(イ)法律事實ノ觀念

凡ソ法律現象ノ生スルハ法律カ其效果ヲ附スル事實ノ存在スルニ因ル、即チ一方ニ於テハ法規存シ他ノ一方ニ於テハ法規ノ適用ヲ受ク可キ事實存在シテ茲ニ法律現象ヲ生ス、其ノ事實ヲ名ケテ法律事實ト稱ス、故ニ法律事實ハ法律現象ノ一原因ナリ、又若シモ法律現象ヲ以テ論式ノ結論ナリト假定セハ法規ハ大前提ニシテ法律事實ハ小前提タルノ關係ニ在リ、

凡ソ法律現象ノ内容性質ハ其原因タル法律事實ノ性質ニヨリ定マル法律事實カ發權事實ナルトキハ其結果ハ權利發生ナル法律現象トナリ、其事實カ變權事實ナルトキハ權利ノ變更ヲ生シ、滅權事實ナル時ハ權利ノ消滅ヲ來ス、法律事實ト法律現象トハ右ノ如ク原因ト結果ノ關係ニ在ルカ故ニ或法律現象例ヘハ權利ノ取得ヲ主張セント欲セハ其原因タル法律事實ヲ示シ其存在ヲ立證セサル可ラス、訴訟ニ所謂「申立ノ原因タル事實上ノ關係」（民訴一〇五）トハ右ノ意義ニ於ケル法律事實ヲ指スモノナリ、其事實ノ存否ニ關スル問題ヲ事實問題ト稱シ、之レヲ確立セシムル方法ヲ立證ト云フ、事實問題カ確定シタル後始メテ如何ナル法規ノ適用アル可キカノ問題ヲ生ス、之レヲ名ケテ法律問題ト云フ、法律問題ハ法律ノ解釋ニヨリ決ス當事者ヲシテ立證セシム可キニ非ス、事實問題確定シ之レニ法規ヲ適用シ茲ニ於テ我々ハ如何ナル法律現象カ存ス可キカヲ明ニスルコトヲ得ルナリ、

(ロ)法律事實ノ構成　法律事實ハ單一ノ事實ヨリ成ルコトアリ、例ヘハ人ノ出生死亡ノ如シ、又數個ノ事實ニヨリ構成セラルヽコトアリ、例之契約ハ二個ノ意思表示ヨリ成ルカ如シ、而シテ其多數ノ事實同時ニ存スルヲ要スルコトアリ、或ハ又先ツ一事實生シ漸次他ノ事實ノ加リ來ルアリテ完全ナル法律事實ヲ成シ完全ナル法律現象ヲ生スルコトアリ、斯ノ如キ場合ニ於テ未完成ノ法律事實カ既ニ一定ノ效力ヲ生シ、將來他ノ事實カ加リ來ルナラハ生ス可キ完全ノ效力ニ對スル希待ノ狀態ヲ生スルコトアリ(Zustand der Erwartung)、即チ爾餘ノ事實ノ加リ來ルヲ豫期シ一時法律事實ノ效力ヲ未定ノ狀態ニ置クモノナリ、條件付法律行爲ノ如キハ其適例ナリトス、

(ハ)法律事實ノ效力發生ノ時期　法律現象ハ法律事實ノ結果ナリ、故ニ理論上法律事實ノ效力發生ノ時期ハ法律事實ノ完成ノ後ナラサル可ラス、法律事實カ單獨事實ナルトキハ其事實ノ完成ノ時ニ效力ヲ生シ、漸次相次テ生スル數個ノ事實ヨリ構成セラルヽ場合ニ於テハ最後ノ要件ノ具リタル時ニ完成スルカ故ニ此ノ時ニ於テ效力ヲ生ス可キナリ、即チ法律事實ハ其完成ノ時ヨリ將來ニ對シテノミ效力ヲ生スルヲ原則トス、

然シナカラ法律ノ規定ニヨリ又ハ法律事實ノ性質上其效力ヲ既往ニ及シ恰モ既往ニ於テ其事實カ存セルモノト看做サルヽ場合アリ、之レ例外ノ場合ニシテ擬制ニ基クモノニシテ因果ノ理ヲ以テ律スルヲ得ス、例ヘハ失踪宣告ノ取消(三二)、法律行爲ノ取消追認(一二一、一二二)時效ノ效力(一四四)契約ノ解除(五四五)遺言ニヨル養子緣組(八四八)遺言ニヨル相續人ノ廢除(九七六)遺產ノ分割(一〇一二)相續遺贈ノ拋棄(一〇三九、一〇八八)ノ如キ之レナリ、如何ナル時期迄效力ヲ溯ラシム可キカニ付キテハ一定ノ原則ナシ、各場合ニ付キ決ス可キナリ、

(ニ)「推定」ト「看做ス」　此兩者共ニ法律ノ規則ナリ、推定トハ我民法ノ用語ニ於テハ或法律事實ノ存在ヲ一應推測スルモノニシテ立證責任ニ關スル規則ナリ、元來證據法ノ原則トシテ或權利ヲ主張セント欲セハ主張者ハ其權利ノ原因タル法律事實ヲ立證スルヲ要ス、然ルニ普通存在スル事實ニシテ然カモ其立證甚タ困難ナルモノアリ、此ノ如キ場合ニ於テ猶之レヲ立證セシム可キモノトセハ立證ノ困難ナル爲メニ其權利ヲ主張スル能ハサルニ至ル、故ニ法律ハ其法律事實ノ存在ヲ推測シ主張者ニ於テ其立證ノ責任ナキモノトス、然レトモ推定ハ確定ニ非ス、一應ノ推測ニ過キサルカ故ニ其事實ノ存否ヲ爭フモノハ反對ノ證據ヲ上ケテ之レヲ破ルコトヲ得、又推定ハ法律事實全體ニ對ス

ル場合アリ又其一部分ニ付キテノミ與フル場合アリ其理ハ一ナリ、「看做ス」ト云フハ種々意義アリト雖モ其事實ニ關スル場合ニ於テハ或法律事實ノ存在ヲ確定的ニ推測シ反證ヲ許サヽル義ナリ、現實ニ其事實ノ存スルト否トニ拘ハラス存在セルモノトシテ、存在セルト同一ノ法律上ノ效果ヲ生セシム、例ヘハ一九、二二、三一、一〇〇、一一四、一一九等其例多シ、或ハ又法律事實ノ效力ニ關シテノミ此種ノ推測ヲ與フルコトナリ(ハ)ニ述ヘタル遡及效ノ如キ其適例ナリトス、或ハ又性質上甲ノ法規ノ支配ヲ受ク可キモノヲ乙ノ法規ノ支配ニ屬セシムル場合ニ乙ノ性質ヲ有スルモノト看做スコトアリ例之無記名債權ハ之レヲ動産ト看做ス(八六)ト云フカ如キ之レナリ、然カシ此用方ハ頻繁ニ非ス尤モ頻繁ナルモノハ前二者ナリトス、今日ノ法律ノ大勢ハ法律事實ハ可成的客觀的事實ニ基キ存否ヲ決セントスルニ在リ、故ニ法律ノ力ニヨリ存在スルモノト看做スハ例外ナリトス、之ヲ現ニ存在スル事實ト相對シテ法律ノ擬制(Fiction)ニ基ク事實ト云フ、

(ホ)法律事實ノ分類

ニハ種々ノ標準アリ、

(a)單一事實ト構成事實

(ロ)ニ述ヘタリ、

(b)獨立事實ト附屬ノ事實

獨立事實トハ獨立シテ存在スル事實ヲ云フ、付屬ノ事實トハ獨立シテ存在スルヲ得ス必ラス他ノ事實ト結合シテ存在スルモノヲ云フ、例ヘハ善意、惡意、故意、過失ノ如キ然リ、之レ必ラス他ノ事實ト結合シテ存在ス、然レトモ猶固有ノ效果アリ故ニ別個ノ事實トシテ觀察スルコトヲ得、

(c)人ノ行爲ト人ノ行爲ニ非サル事實

之ヲ尤モ重要ナルモノトス、

(1)人ノ行爲又ハ單ニ行爲

ト稱スルハ人ノ意思ノ外界ニ對スル發動ナリ、而シテ其外的變動ヲ生セシムルモノヲ積極的行爲又ハ作爲ト稱シ(或ハ又狹義ノ行爲ト云フ)、外的變動ヲ來サヽルモノヲ消極的行爲又ハ不作爲(或ハ不行爲)ト稱ス、之レ從來普通ノ學說ナリ、故ニ意思能力ヲ有セサル幼者又ハ狂人ノ動作ハ行爲ニ非ス、法律上之レヲ偶然ノ出來事ト同一ニ待遇ス、又過失ニヨル不作爲(俗ニ忘却)ハ單ニ豫見ス可カリシ事實ヲ豫見セサルノミニシテ何等意思ニ基ク作爲ニ非ス、故ニ行爲ニ非ス、行爲ハ意思ヲ要件トス(反對說 (Enneccerus. § 128)

人ノ行爲ニシテ法律上何等カノ效力ヲ生スルモノト全ク效力ヲ生セサルモノアリ、前者ハ之レヲ法律上ノ行爲 (Juristishe Handlung) ト稱ス、之レ法律

ニ於テ論スル所ナリ、法律上效果ヲ生セサルモノニ至リテハ法律學ノ關知スル所ニ非ス、

法律上ノ行爲ハ細分スレハ私人ノ行爲ト國家ノ統治機關ノ行爲ノ二トナル、國家統治機關ノ行爲ハ私人ノ權利ニ影響ヲ及スコト著シキモノアリ裁判ノ如キ其適例ナリ、然レトモ之レ公法ニ屬スルカ故ニ茲ニ論セス、以下論セントスル所ハ私人ノ行爲又ハ國家カ私人トシテ爲ス行爲ナリ、

私人ノ行爲ノ細分

私人ノ法律上ノ行爲ハ從來之レヲ分ツテ法律行爲及ヒ不法行爲トナシタリ、之レ固ヨリ重ナルモノナリト雖モ猶ホ之レニ屬セサルモノアリ故ニ精密ノ分類ニ非ス、左ノ數種ヲ認ムル得、

(甲)法律行爲　法律行爲ハ意思表示ヲ要件トナス、或ハ單ニ意思表示ノミヨリ成ルコトアリ、或ハ意思表示以外ニ他ノ事實ヲ必要トスルモノアリ、然シ其ノ主成分ハ常ニ意思表示ナリ、

(乙)不法行爲　ハ故意又ハ過失ニ基ク他人ノ權利侵害行爲ニシテ損害賠償ノ義務ヲ生スルモノナリ(七〇九)債權編ニ述フ可シ、

(丙)客觀的違法行爲　客觀的違法行爲トハ故意又ハ過失ニ基カサル他人ノ權利侵害行爲ニシテ損害賠償ノ義務ヲ生スルモノナリ、然レトモ我民法上之レハ原則ニ非ス、法律ノ特別規定又然ラサルモ特別ノ理由アル場合ニ限ル可シ、此ノ如キ性質ノモノナルカ故ニ之ハ各々其場合ニ付キ述フ可シ、

(丁)法律行爲ニ屬セサル適法行爲　例ヘハ住所ノ設定無主物ノ先占ノ如キ之レナリ、猶準法律行爲(Rechtshandlung od Recht geschäft ähnliche Handlung)ナル觀念ヲ認ムル學者少カラス、之レニ就テハ後段ニ述フ可シ、

(2)人ノ行爲ニ非サル事實　之レニ屬スルモノハ其種類雜多ナリ、例之人ノ生死、自然力、第三者ノ行爲、時等ナリ、一般的ノ規定存セス場合場合ニ就キ述フ可シ、

(三)法律行爲 (Rechtsgeschäft)

(イ)法律行爲ノ沿革

羅馬法ニ法律行爲ノ觀念ナシ、其起源ハ獨逸ノ自然法ニ在リ千八百五年Hugo氏其著Pandectenニ於テ法律的行爲 Rechtliche geschäft, Actus Juriditi)ナル文字ヲ使用セリ、之レヲ稿始トナス、其當時ノ意義ハ不法行爲ニ對スル合法的行爲ノ總稱ナリシナリ(Breit, Geschäftsfahigkeit S. 78.79. Manigk, willenserklärung S. 27 ff)、後Savignyノ出ツルニ及ンテ之レニ一定ノ積極的ノ意義ヲ附シ廣ク學

界ノ歡迎スル所トナリ、獨逸普通法ニ於テ一般ニ認メラレ遂ニ獨逸民法ニ入リ、又我民法ニ承繼セラル、英語ニ Juridic act 佛語ニ Actes juridiqu sナル語アリト雖モ未タ成法上ノ用語ニ非ス、獨逸法ノ影響ヲ受ケタル學術上ノ用語ノミ、

(ロ)法律行爲ノ觀念

本法ニ法律行爲ノ定義ナシ、從テ學者ノ見界歸一スル所ナシ、之レヲ定ムルニハ先ツ其ノ沿革ニ鑑ミ又現行法ノ規定ニ依リ其精神ニ悖ラサルヲ要ス、抑モ法律行爲ノ觀念ノ起源ハ契約及ヒ單獨行爲ニ共通ナル觀念ヲ作ラントスルニ在リ、而シテ契約ハ私法上ノ效果ヲ生セシメントスル合意ニシテ單獨行爲ハ其ノ一方的ナルモノナリ、故ニ此二者ヲ包含ス可ク其共通ナル原素ヲ摘出セハ正ニ左ノ如クナル可シ、

法律行爲ハ私法上ノ效果ヲ生セシメント欲スル私人ノ意思ノ表示ヲ要素トナシ私人カ欲スルカ故ニ之レニ相當スル法律上ノ效果ヲ生スル法律事實ナリ、

之ヲ說明スルコト左ノ如シ、

(a)法律行爲ハ私人ノ行爲ニシテ私法上ノ效果ヲ生スル行爲ナリ、　國家ノ統治機關ノ行爲ニシテ私法上ノ效果ヲ生スルモノ多シ裁判、特許ノ如キ著シキモノナリ、又私人ノ行爲ニシテ公法上ノ效果ヲ生スルモノ少カラス、公務員ノ選擧ノ如キ之レナリ、然レトモ此二者ハ共ニ法律行爲ニ非ス、蓋シ民法ハ私法ノ原則法トシテ法律行爲ヲ規定スルカ故ニ其事實ハ私人ノ行爲タルヲ要シ其效果ハ私法上ニ留マルヲ要スルナリ、公法上ノ效果ヲ生スル行爲又公人ノ行爲ニ至リテハ公法ニ屬スルカ故ニ民法ノ關知スル所ニ非ス故ニ民法典上ノ法律行爲ノ觀念ヲ求ムルニハ此ノ二者ハ之ヲ除外セサル可ラス、

近頃公法學者中ニ公法上ノ法律行爲ナル語ヲ聞ク(美濃部博士法學新法二一、一)又タ夙ニ私法學者中ニモ國際條約ヲ法律行爲ノ觀念中ニ包含セシメント試ミタルモノアリ、(例之 Regelsberger § 135)、是等ハ皆大ニ注意ス可キ價値アル說ナリ、然レトモ民法典上ノ觀念トシテ民法法律行爲ノ規定ノ適用ヲ受ク可キ行爲トシテ法律行爲ノ觀念ヲ定ムルニ當リテハ、之レヲ私人ノ行爲ニシテ又私法上ノ效果ヲ生スルモノニ限ラサル可ラス、

(b)法律行爲ハ意思表示ヲ以テ要素トナス、　法律行爲ト意思表示トハ同義ナリヤ否ヤ之レ從來議論アリシ所ナリ、例ヘハ Savignyハ之レヲ全然同義ニ解セリ(System III S. 98. ff)、或ハ又二者全然異ル看念ナリトシ意思表示ト云ヘハ不法行爲モ其内ニ包含セラルトナス(Unger, System II S. 40. aum 1)、更ニ他ノ說ニ

ヨレハ法律行爲ト意思表示ハ觀念上其性質ヲ異ニスルモ實際上其ノ範圍ヲ同フストナス（Zitelmann, Rechtsgeschäft u. Irrtum S. 281. 282）．曰ハク一ハ Praedicat ニシテ一ハ Objekt ナリ、其差ハ Töten ト Mord ノ差ノ如シト、余輩ノ見ル所ニ於テハ二者全ク同一ニ非ス、只法律行爲ハ意思表示ヲ以テ主要ナル成分トナスノミ、(一)契約ハ一個ノ法律行爲ナリ而カモ二個ノ意思表示ヨリ成ル故ニ分量的ニ同一ニ非ス(二)所謂要物行爲(Realhandlung)ニ於テハ法律行爲ノ成立ニハ意思表示以外ニ物ノ授受ヲ必要トス、故ニ二者同一ニ非ス（Regelberger § 135. Enneccerus § 136, Crome system I § 73）．之等ノ事實ニ付キ見ルトキハ意思表示ト法律行爲トハ同一ニ非サルヤ明ナリ、然レトモ法律行爲ハ常ニ意思表示ヲ以テ要件トナス、意思表示ヲ含マサル法律行爲アルコトナシ(拙文法律行爲ノ觀念京都法學會雜誌第五卷第六號第五十七頁以下)、然シ我民法ノ用語ハ嚴格ニ非ス、時トシテハ之レヲ區別シ時トシテハ之レヲ混同ス、例ヘハ意思表示ノ錯誤、意思表示ノ相手方ト云フカ如キ場合ニハ各個ノ意思表示ニ付キ立言ス、反之反對ノ意思表示ト云フ場合ニハ契約要物的行爲ノ如キモ亦包含セラル、然レトモ之レ敢テ非難スルニ及ハス、何トナレハ一方ニ於テ意思表示ハ法律行爲中非常ニ重要ナルカ故ニ其ノ主ナルモノヲ擧ケテ全體ヲ示スコトヲ得可シ、又我國ノ文章ニ於テ單數ト複數トヲ示ス可キ便宜ナル形式存セサレハナリ、

(c)

法律行爲上ノ意思表示ハ私法上ノ效果ヲ生セシメント欲スル意思ノ表示ナルヲ要ス、　此點亦從來議論ノ多キ所ナリ、余輩ノ信スル所ニ於テハ法律行爲ノ根本ノ觀念ハ私法上ニ於ケル自治ニ在リ、故ニ私人カ私法上ノ效果ヲ欲スルカ故ニ法律カ之レニ相當スル效果ヲ與フト云フハ疑フ可ラサル原則ナリ、私人ノ意思ハ原因ニシテ法律上ノ效果ハ其結果ナリ、契約ニ於テモ單獨行爲ニ於テモ苟モ法律行爲タル以上ハ法律上ノ效果ヲ欲スルノ意思ハ必ラス其最後ノ原因ヲナスモノナラサル可ラス、然レトモ之ニ對スル非難モ亦少カラス、

或ハ曰ハク法律行爲ノ效力ハ表意者カ之レヲ欲シタルカ爲メニ生スルニ非ス、法律ハ當然表意者ノ外形上ノ行爲ニ效力ヲ付スルモノナリ、例ヘハ婚姻賣買等ニ於テモ表意者ハ其法律上ノ效果ヲ悉ク知テ之レヲナスニ非ス、表意者カ嘗テ念頭ニ想像タモセサリシ效果ヲモ生スルニ非スヤト、此反對論ハ極メテ有力ナリ、法律行爲タルコト疑ナキ事實ニシテ表意者ノ想像セサリシ效果ヲ生スル場合アルハ爭フ可ラサル事實ナリ、例ヘハ牛ヲ賣ル者

ハ牛ノ隱レタル瑕疵ニ付キ擔保ノ責任ヲ負フ、其擔保責任ハ通常牛ヲ賣ル人ノ腦中ニ存セサル所ナリ、然カモ猶牛ノ賣買ハ法律行爲タルコト人ノ爭ハサル所ナリ、此ニ於テカ種々ノ辯解説アリ、余ノ信スル所ニ於テハ法律行爲ノ效果ハ嚴格ニ表意者カ現ニ欲スル範圍ニ限ラルヽモノナリ、然レトモ法律ハ取引ノ安全ノ爲メニ其事實ニ對シテ表意者ノ欲セサリシ效果ヲ附加スルコトヲ得、瑕疵擔保ノ例ノ如キ然リトス、是レ法律上當然(Ex lege)生スル效果ニシテ嚴格ノ意義ニ於ケル法律行爲ノ效果ニ非ス、此二者ヲ截然區別セサルカ故ニ反對論者ノ主張スルカ如キ疑問ヲ生スルナリ、然レトモ此ノ如キ間接ノ附隨ノ效果ヲ生スルハ其基礎タル法律行爲アルカ爲メナリ、(Enneccerus § 136. Hölder dog. Jahrbuch L. V. S. 423)參照)、故ニ人多ク之レヲ以テ法律行爲ノ效果トナスト雖モ實ハ正確ニ非ス、

又曰ハク通常ノ取引ニ於テ表意者ハ法律上ノ效果即チ權利ノ發生變更消滅等ヲ欲スルコトナシ、其欲スル所ハ只經濟上ノ結果ニ在リ、故ニ法律行爲ノ要素トシテハ法律上ノ效果ヲ企圖スルヲ要セス只經濟上ノ結果ヲ欲スレハ可ナリト(Lenel, J. B. IXX S. 154. Manigk. Willenserklärung S 85)、然レトモ此説ハ當ラス普通人ハ物ノ授受、人ノ雇傭ト云フカ如キ事實上ノ利益ヲ腦中ニ畫キ之ヲ表示スルハ事實ナリ、然シ之レヲ法律的ニ看察スレハ法律上ノ效果ヲ欲スルモノニ外ナラス、通常人ハ他ノ形ニ於テ法律上ノ效果ヲ欲求スルモノナリ、

(四)準法律行爲ノ觀念ヲ排ス

準法律行爲(Rechtshandlung od. Rethtsgeschäftsähnliche Handlung)ノ觀念ハ晩近ニ至リテ唱道セラレタルモノナリ、而シテ獨逸ノ法律界ニ於テハ滔々トシテ其勢ヲ擴張シツヽアリ、然レトモ余輩ハ之レヲ正當ニ非スト信シ排斥セント欲スルモノナリ、

準法律行爲ノ觀念ハ意思表示ノ觀念ヲ不當ニ狹義ニ解スルヨリ生シタル贅物ナリ、此種ノ論者ハ意思表示ヲ以テ法律行爲ノ要素トナシ而シテ意思ヲ心理上ノ欲スル欲セサルノ精神作用ノ義ニ解ス、此ニ於テカ通知催告ノ如ク心理上ノ意思ニ非サル精神作用ノ表示ニシテ私法上ノ效果ヲ生スルモノヲ其觀念中ヨリ除斥セサル可ラサルニ至リ、之レヲ準法律行爲ノ觀念ノ下ニ一括シ法律行爲ニ關スル規定ヲ之レニ準用セントスルモノナリ、

然レトモ其説誤レリ(一)ニ法律學上ニ於ケル意思ハ心理上ノ意思ト同義ニ非ス、法律學上ニ於ケル意思ハ立法者カ之レニ附セントスル意義ヲ有ス、心理學上ノ用力ニヨリ左右セラル可キニ非ス、論者ノ態度ニヨレハ心理學ノ新研究ニヨリ

意思ノ意義一變スルアラハ法律上ノ意思ノ意義モ亦之レニ從テ變更セラレサルヲ得ス、此ノ如クンハ法ヲ作ルモノハ立法者ニ非スシテ心理學者タルノ奇觀ヲ呈ス可シ、(二)其結果甚タ不眞ナリ、從來一體ナリシ法律行爲ヲ割キテ正準ノ二種トナシ以テ其正確ナルヲ誇ラントスト雖モ、其ノ所謂準法律行爲ニハ正法律行爲ノ規則ヲ準用ス可シトナサハ、遂ニ之レ畢竟何等實益ナキ兒戲ニ類セスヤ、余輩ノ法律行爲上ノ意思ニ關スル意見ハ之レト異リ、心理學上ノ意義ニ拘泥セス、全然之レヲ立法者ノ使用セル意義ニ解釋セントスルモノナリ而シテ之レヲ求ムルノ方法ニ就テハ(一)立法當時ノ法律學ニ於テ普通ニ用ヒタル意義(二)法典自體ヨリ抽出スルコトヲ得ル意義ヲ參酌セントス、而シテ當時ノ法律ニ於テ意思ヲ心理上ノ欲望ニ限ラサルコト沿革上寔ニ明瞭ナリ(拙文法律行爲ノ觀念、京都法學界雜誌五卷六號)、又法典自身ニ於テ獨リ法律行爲ヲ規定シ準法律行爲ノ通則ヲ定メサリシハ立法當時ニ於テ準法律行爲ノ觀念ナカリシヲ證明スルモノナリ、

世間普通ノ意義ニ於テ又從來ノ法學ノ意義ニ於テ從テ民法典上ノ意義ニ於テ意思トハ頗ル廣キ精神作用ヲ指ス、(一)心理上ノ現象トシテ表意者ノ腦裏ニ存スル欲スル欲セサルノ精神作用、(二)欲スル欲セサルノ精神作用ニ非サルモ表意者カ之レヲ表示スルニ於テハ必ラス其裏面ニ何事カ欲求スルノ意思存在スルカ故ニ法律カ效力ヲ認ル場合ニハ其精神作用ノ表示ハ又之ヲ意思表示ト稱ス、此ノ後ノ場合ニ於テハ心理上ノ意思ハ全ク表示セラルヽコトナシ、其表示セラルヽモノハ意思ニ非サル精神作用ナリ、然レトモ猶法典ニ於テハ之レヲ意思表示ト稱スルコト疑ナシ、此部類ニ屬スルモノハ更ニ之レヲ再分スレハ、感情ノ通知、認識ノ通知、命令ノ通知トナルト雖モ、等シク之レ法律行爲ノ通則ニ從フ可キモノナレハ獨立ノ命辭ヲ認ム可キ價値ナシ、

(五)法律行爲ノ分類

(イ)一方行爲ト双方行爲(Einseitige-Zweiseitige R. G)又ハ單獨行爲ト契約

我民法上ノ用語ハ後者ナリ(一一七、一一八)、學術上ノ用語トシテハ寧ロ前者ヲ普通トス、一方ノ當事者ノ意思表示ニヨリ成立スル法律行爲ヲ一方行爲又ハ單獨行爲ト稱シ、相對立スル兩當事者ノ意思表示ノ合致ニヨリ成立スル法律行爲ヲ双方行爲又ハ契約ト稱ス例ヘハ催告、追認、取消、同意、許可、遺言ノ如キハ單獨行爲ナリ、其區別ノ要點ハ法律行爲ノ「完成」ニ相對立スル兩當事者ノ意思表示ノ合致ヲ要スルヤ否ヤニ在リ、猶疑ハシキ點ヲ上クレハ、

(a)單獨行爲ト契約ノ區別ハ單ニ其意思表示ノ數カ單數ナルカ複雜ナルカニ

ヨリ決ス可キニ非ス、契約ハ元ヨリ複數ノ意思表示ヨリ成ル、然レトモ多數ノ單獨ノ意思表示ノ總計ニ非スシテ申込承諾ト稱スル二個ノ相當スル意思表示合體シテ契約ト稱スル一ノ法律事實ヲ形成シ、其ノ力ニヨリテ兩當事者カ相結合セラルヽモノナリ、或學者ハ申込ト承諾ト合體シテ契約意思(Vertragswille)ト稱スル意思ヲ成シ其意思ノ力ニヨリ兩當事者結合セラルトナス(Regelsberger S. 544.)、説明稍ヤ巧緻ニ過クト雖モ其ノ意ハ味フ可キモノアリ、例ヘハ賣買ニ於テハ賣主ハ代價ヲ得テ財産權ヲ與フル意思表示ヲナシ、買主ハ代價ヲ與ヘテ財産權ヲ取得スルノ意思表示ヲナス、其内容相應スル場合ニ於テハ此ニ契約ト稱スル一個ノ法律事實ヲ生シ、其效力ニヨリ兩當事者拘束セラル、各當事者別々ニ自己ノ意思表示ニヨリ拘束セラルヽニ非ス、契約ノ效力ハ契約ノ效力ナリ、申込ト承諾ノ效力ノ合計ニ非ス、此ノ故ニ一方ノ意思表示カ錯誤ニヨリ無效ナルカ又ハ詐欺其他ノ理由ニヨリ取消サルヽ場合ニ於テハ他ノ一方ノ意思表示ハ瑕疵ナク存在スト雖モ契約トシテハ效力ヲ生セス、

一方行爲ニ於テモ亦多數ノ意思表示ヲ要スルコトアリ、多數決ニヨル決議ノ如キ之レナリ、此場合ニ於テハ相併行スル多數ノ一方的意思表示存シ一定ノ數ニ滿ツルニヨリ法律上ノ效果ヲ生スルモノナリ、其多數ノ意思表示相結合シテ一體ヲナスニ非ス、故ニ其一部分カ錯誤ニヨリ無效ナル場合ト雖モ其有效ナル部分ノミニテ定足數ニ滿ツルナラハ決議トシテ效力ヲ生スルヲ妨ケス、此ニヨリ其契約ト性質ヲ異ニスル所以ヲ知ル可シ、

(b) 契約ハ必ラス兩當事者間ニ效力ヲ生ス、　多數ノ意思表示存シ一定ノ法律上ノ效果ヲ生スル場合ニ其ノ契約ナリヤ一方行爲ノ集合ナリヤハ表意者間ニ法律上ノ效力ヲ生スルヤ否ヤニヨリ之レヲ判ス、契約ハ第三者ニ效力ヲ及ス場合ナキニ非サルモ必ラス當事者ニハ效力アリ故ニ當事者間ニ效力ナキモノハ、契約ニ非ス、一方行爲ハ多數併存スル場合ニ於テモ其意思互ニ結合スルコトナシ故ニ當事者ニ效力ヲ生スルコトナキナリ、

(c) **共同行爲** Vereinbarung　學者或ハ契約ニモ非ス、單獨行爲ニモ非サル中間ノ種類ノ法律行爲アリトナス、其例ヲ見ルニ數人シテ社團法人ヲ設立スル行爲親族會法人ノ社員總會等ヲ上ク、是等ノ場合ニ於テ其ノ法律上ノ效果ハ一ナリ、而シテ多數ノ意思表示ノ一致ヲ要ス此點ニ於テ契約ニ近シ、然レトモ其相互ノ間ニ法律關係ヲ生スルコトナシ此點ニ於テ契約ト異ル、故ニ之レヲ共同行爲ト稱シ中間ノ種類ノモノトナス、

余ノ見ル所ニ於テハ之レ特種ノモノニ非ス、實ハ一方行爲ノ集合ナリ、一方行爲ハ一方ノ意思表示ノミニヨリ行爲トシテ完成スルモノヲ云フ、前示ノ場合ニ於テハ其效力ノ發生ニ多數ノ意思ヲ要スト雖モ各員ノ意思表示ハ皆各別ニ完成ス、故ニ一方行爲ノ集合ナリトス、但シ一方行爲ト契約ト併存スル場合ナキニ非ス、例ヘハ法人設立者間ニ於テ中途撤回ヲナスモノハ違約金ヲ拂フ可シト約スルカ如キ之レナリ此場合ニハ契約ト一方行爲ト共ニ存スルモノニシテ中間ノ性質ノ一個ノ行爲ニ非ス、

又無能力者カ法律行爲ヲナスニハ法定代理人、保佐人、又ハ夫ノ同意ヲ要ス、故ニ催告追認ノ如キ單行爲ヲナスニモ常ニ二個ノ意思ヲ必要トス、故ニ皮想ノ見ヲ以テスレハ無能力者ノ意思表示ト法定代理人ノ意思表示ト合體シテ一ノ意思トナリ以テ效力ヲ生スルモノヽ如クニモ見ヘ、或ハ無能力者ト法定代理人ト共同シテ法律行爲ヲナスカノ如クニモ解セラル、然シ之等ハ皆誤レリ、何トナレハ無能力者ノ行爲カ形式ヲ要スル場合ニ於テモ法定代理人ノ同意ハ形式ヲ要セス、又無能力者ノ意思表示ニハ錯誤ナシトスルモ法定代理人ノ同意ハ錯誤ニ出ツルコトアリ、之レ二個ノ意思合體セサル證據ナリ、且無能力者ト法定代理人カ共同行爲者ニ非サルハ其行爲ニヨリ權利ヲ得義務ヲ負擔スルモノハ常ニ無能力者一人ニシテ同意者ハ相手方ニ對シテ責任ヲ負フコトナキニヨリ明ナリトス、畢竟此場合ニ於テハ法律行爲ノ基礎ヲナスモノハ無能力者單獨ノ意思表示ニシテ同意ハ外部ニ存シ之レヲ有效ナラシムル別個ノ意思表示ト解ス可キナリ、然ラハ之レ又契約ト單獨行爲ノ中間ニ存スル特種ノモノニ非ス、

(ロ)生前行爲及死後行爲

(Inter vivos, mortis causa)此分類モ亦法典ニ見ユ(四一、四二)、凡ソ人ノ行爲ハ皆其生前ニ在リ死後ニ行爲アル可キ謂ナシ、故ニ其ノ用語甚タ不當ナリ、暫ク慣例ニ從フノミ、其旨意ハ行爲ハ生前ニ成立スルモ死亡ニヨリ效力ヲ生スルモノヲ死後行爲ト稱シ、然ラサルモノヲ生前行爲ト稱ルニ在リ、又死後行爲ノ特性ハ其遺産ヲ處分スルニ在リ、故ニ生命保險契約ノ如キ死亡ニヨリ效力ヲ生スルモノト雖モ所謂遺産ノ處分ニ非サルモノハ死後行爲ニ非ス、

(ハ)有因行爲ト無因行爲

原因ヲ以テ法律行爲ノ内容トナスモノ之レヲ有因行爲(Kausal geschäft)ト爲シ、原因ヲ以テ法律行爲ノ内容トナサヽルモノ之レヲ無因行爲(Abstrakte geschäft)ト稱ス、凡ソ法律行爲ニハ事實上原因存セサルナシ、只其原因ト法律行爲ノ關係ノ異ルニヨリ此差別ヲ立ツ、有因行爲ニ於テハ其原

因カ無效ナルカ現實セラレサル場合ニ於テハ法律行爲ハ無效タル可ク、無因行爲ニ於テハ原因ハ法律行爲ノ外ニ立ツカ故ニ其現實セラル、ト否トニヨリ法律行爲ハ影響ヲ受ケス（猶本章第一節法律行爲ノ目的ト原因ヲ參照ス可シ）、只不當利得ノ請求權ヲ生スルノミ、

(二)法律行爲ノ内容ニヨル分類

之レ必シモ正確ニ非ス、又法典ノ取リタル分類ニ非ス、全ク學術上ノ分類ナリトス

(a) 債權的法律行爲 (Obligatorishe. R. G) 債權的法律行爲トハ債權ヲ發生セシムル法律行爲ヲ云フ、一方行爲又ハ契約ナルコトアリ、其契約ナル場合ハ之レヲ債權契約 (Obligatorishe vertrag) ト稱ス、

(b) 物權的法律行爲 (Dingliche RG) トハ債權ヲ發生セシメスシテ直接ニ物權ノ發生、變更、消滅ヲ來ス法律行爲ヲ云フ、一方行爲ニヨル場合アリ例ヘハ所有權地上權ノ抛棄ノ如キ之レナリ、然レトモ多クハ契約ナリ其契約ナルトキハ物權契約 (Dingliche Vertrag) ト稱ス

物權契約ノ語ハ我民法ニナシ、債權契約ノ語モ亦無シ、唯單ニ契約アルノミ、而シテ契約ト稱スル場合ニハ常ニ債權契約ヲ意味シ債權ノ發生變更消滅ヲ來ス場合ニ非サレハ契約ト稱セス、羅馬法英法佛法等ニ於テ Contractus, contrat, contract, ト稱スルトキハ常ニ債權契約ヲ意味ス、直接ニ物權ニ關スル場合ニ於テハ Agreement, Conveyance, 等ノ語ヲ用ユ、獨逸民法ニ於テモ物權行爲ハ之レヲ Einigung ト稱シ（合意ノ義）契約 (Vertrag) ト稱セス、我法典ハ設定行爲ナル語ヲ愛用シ（勿論凡テノ場合ニ通スルニ非ス）物權契約ナル語ナシ、然レトモ其行爲ノ性質契約ナルカ故ニ學術上之レヲ物權契約ト稱スルノミ、

又學術上ノ用語トシテ物權ノ發生變更、消滅ニ關係ナシト雖モ債權ヲ發生セスシテ直接ニ法律上ノ效果ヲ生スル場合ニハ其行爲ハ物權的效力 (Dingliche wirkung) アリトナス、之レニ反シテ當事者ノ請求ヲ俟テ效力ヲ生スル場合ニハ其行爲ハ債權的效力 (Obligatorishe wirKung) アルニ過キストナス、之レ用語ノ準用ニシテ時トシテハ混雜ヲ招クノ弊ナキニ非ス、

(c) 親族的法律行爲 (Familienrechtliche geschaft) 親族法上ノ效果ヲ生スル法律行爲ヲ親族的法律行爲ト稱ス、一方行爲ニ依ル場合ハ離籍（七四九、七五〇）隱居（七五二）婚因ノ取消（七七九）私生子ノ認知（八二七）嫡出子ノ否認（八二二）等アリ、契約ニヨル場合ハ婚姻、協議上ノ離婚、養子緣組、協議上ノ離緣等アリ、其契約ニヨルモノハ之レヲ親族契約 (Familienreche vertrag) ト稱ス、之レ又(b)同樣法典上ノ用語ニ非ス或ハ又「身分上ノ行爲」ナル語ヲ用ユルコトアリ、

(d) 相續法上ノ法律行爲(Erbrechliche Recht geschäft) 之レ又前同樣法典上ノ語ニ非ス、相續人ノ廢除、相續人ノ指定、隱居者ノ財産留保、相續ノ承認拋棄、財産分離等アリ、遺言モ亦之レヲ附加スルヲ忘ル可ラス、大抵ハ一方行爲ニシテ契約ニ依ルモノハ少シ、獨逸民法ニ於テハ相續契約(Erbvertrag)ト稱シ契約ニヨリ相續人ヲ定メ撤回シ能ハサル效力ヲ生スルモノヲ認ムレトモ我民法ニ此制度ナシ、

以上四者中(a)(b)ヲ併セテ財産上ノ法律行爲(Vermögensrechtl. R. G.)ト稱スルコトアリ、然レトモ既說ノ如ク此分類ハ正確ニ非ス、例ヘハ相續ノ拋棄ノ如キハ財産上ノ法律行爲タルノ性質ヲ有スルニ非スヤ、又一ノ法律行爲ニシテ二以上ノ性質ヲ兼備スルモノアル可ク、又代理權ノ授與ノ如ク物權行爲ニモ債權行爲ニモ非サルモノモナキニ非ス、

(六)法律行爲ノ原素

法律行爲ノ內容ハ種々ノ原素ヨリ成ルヲ常トス、而シテ種々ノ方面ヨリ看察シ分類スルコトヲ得、通常之レヲ分テ要素(Essentialia negoti)常素(naturalia n.)偶素(Accidentalia N.)ノ三トナス、要素トハ特種ノ法律行爲ノ成立ニ欠ク可ラサル原素ヲ云フ、例ヘハ賣買ニハ當事者ノ一方カ財産權移轉ヲ約シ相手方カ之レニ對シテ代價ノ支拂ヲ約スルヲ要スルカ如シ、要素ヲ欠ク場合ニハ其法律行爲ハ特性ヲ失ヒ其種類ノ法律行爲トシテ成立スルヲ得ス、常素ハ特種ノ法律行爲ニ通常伴フ原素ニシテ當事者カ其法律行爲ノ要素ヲ定メタル場合ニ於テハ法律上當然附加セラル可キ內容ナリ、固ヨリ當事者ハ之レヲ除クコトヲ得、又之レヲ除クモ法律行爲ハ其特性ヲ失ハス例ヘハ賣買ニ於ケル賣主ノ瑕疵擔保ノ義務ノ如シ、偶素トハ當事者カ特ニ附加スルニヨリ法律行爲ノ原素ヲ成スモノヲ云フ、而シテ之レヲ附加スルモ法律行爲ハ其種類ヲ變セス例ヘハ條件期限ノ如シ、法律行爲ノ要素ハ又之レヲ特種ノ法律行爲ノ要素ト一切ノ法律行爲ニ共通ナル要素トナスコトヲ得、特種法律行爲ニ關スルモノハ本章ニ述フル限ニ非ス、一切ノ法律行爲ニ關スルモノハ目的及ヒ意思表示ノ二者ニシテ本章第一節ニ於テ前者ヲ規定シ(九〇)第二節ニ於テ後者ヲ規定ス、

(七)法律行爲ノ自由ト模範的法律行爲(Typishe R. G.)

古代ハ(例之羅馬法)法律行爲(契約)ニ其種類限リアリ、其內容效力皆法律ニ規定セラレ法律ニ規定ナキ法律行爲ヲナスヲ得ス、又法律ニ規定シタル法律行爲ノ內容ヲ變スルヲ得サリシ、然レトモ此如キハ甚タ不便ナリ、世事ノ變化ハ其數限リ無シ安ソ能ク限リ有ルノ法律行爲中ニ之レヲ收メ盡スヲ得ンヤ、此ニ於テカ當事者カ爲サント試ムル

有益ノ業ニシテ法律ノ束縛ノ爲メニ之レヲ爲ス能ハサルアリ、或ハ又甲ノ契約ヲナサントスルモ其形式ナキカ故ニ枉テ乙契約ヲナスカ如キコトナキニ非ス、故ニ本法ハ形式主義ヲ取ラス法律行爲ノ内容ハ當事者任意ニ之レヲ定メ得ルヲ原則トス、之レヲ法律行爲自由ノ原則ト稱ス、之レヲ制限スルモノハ目的ノ不法不能ノ二者ニ過キス、然レトモ法律行爲自由ノ原則ノ尤モ完全ニ行ハルヽハ債權契約ニ在リ、親族法物權法相續法上ノ行爲幷ニ一方行爲ニ於テハ殆ント其餘地ナシトス、

模範的法律行爲ト稱スルハ法律カ名稱ヲ附シ内容ヲ定メテ規定シタル法律行爲ヲ云フ、例之賣買、交換、貸借、委任、婚姻、緣組ノ如キ之レナリ、之レニ對スル當事者意思ノ效力ハ場合ニヨリ大ニ異リ、親族相續上ノ行爲ニ付キテハ、當事者ハ法律ノ定メサル行爲ヲナスヲ得ス、例ヘハ養子緣組ハ之レヲ許スモ養弟ハ之レヲ許サス、相續人ノ指定ハ之レヲ許スモ相續契約ハ之レヲ認メサルカ如シ、又法律ノ定メタル行爲ニ付キテハ當事者ハ其内容ヲ變更スルヲ得ス、例之婚姻緣組ニ條件期限ヲ附スルヲ得サルカ如シ、當事者ノ意思ノ自由ノ認メラルヽハ只其模範的法律行爲ヲナスヤ否ヤヲ決スルニ在ルノミ、

債權的行爲ニ於テハ大ニ之レト異リ、當事者ハ原則トシテ模範的ニ規定セラレサル内容ヲ有スル法律行爲ヲナスコトヲ得、又ハ其内容ヲ變更スルコトヲ得、然ラハ債權的行爲ニ於テハ各種ノ法律行爲ヲ規定スルノ必要ナキニ似タリ、然レトモ實際當事者ハ法律行爲ノ内容ヲ詳細ニ約定スルハ稀ナリ、故ニ模範的行爲ヲ定メ當事者ノ約定スル所カ或模範的法律行爲ノ要素ト相合スル場合ニハ詳細ノ點ハ其法律行爲ノ常素トシテ當然法律上附加セラルヽモノトナシ紛擾ヲ避クルノ便アリ、

（八）法律行爲ノ當事者

當事者ナル語ハ二樣ノ意義ニ使用セラル、（一）法律關係ノ主體ヲ指ス例ヘハ時效ノ當事者（一四五）又ハ債權者債務者ヲ當事者ト云ヒ其他ノ者ヲ第三者トナスカ如キ之レナリ（四七四、五一三）、（二）法律行爲ノ當事者ノ義ニ用ユル場合ニハ法律行爲ナル法律事實ノ作製ニ干與スル者ヲ指ス、例ヘハ契約ニ於テハ申込者及ヒ承諾者ヲ當事者トナシ其他ノ者ヲ第三者トナス、其契約ノ效力カ他人ニ及フ場合ニ於テモ猶契約ト云フ事實ヲ基礎トシ觀察スルカ故ニ其者ハ第三者ナリ（五三七）、一方行爲ニ於テハ表意者即チ當事者ナリ（一一九、一二七等）、但シ一方行爲ニヨリ二主格ノ間ニ法律關係ヲ生スルトキハ（一）ノ意義ニ於テ二主格ヲ當事者ト云フ（例之相殺ノ當事者、五〇六）、

以上ノ二種ノ意義ノ關係ハ代理ニヨル法律行爲ノ場合ニ顯著ナリ、即チ（一）ノ意

義ニ於テハ本人ト相手方カ當事者タリ、(二)ノ意義ニ於テハ相手方ト代理人カ當事者タリ、

第一節　總則

(一)本節ノ規定　ハ三條ヨリ成リ三事ヲ規定ス、(一)第九十條ヲ以テ法律行爲ノ目的ニ關スル要件ヲ示シ、(二)次條ニ於テハ當事者意思ト法規ノ關係ヲ示シ、(三)第九十二條ヲ以テ法律行爲ニ關スル慣習ノ效力ヲ示ス、

(二)法律行爲ノ目的　トハ當事者カ實行セント欲スル事項ヲ云フ、法律行爲ハ意思表示ヨリ成リ而シテ意思ハ必ラス目的ヲ有ス、故ニ法律行爲ニハ必ラス目的ナカル可ラス、契約ニ於テハ兩當事者カ實行セント欲スル事項ノ全體ヲ其目的トナス、例ヘハ賣買ニ於テハ財産ノ移轉ト代價ノ支拂トヲ合セテ其ノ目的トナス、一方行爲ニ於テハ表意者ノ意思ノ内容ヲ以テ其目的トナス、要スルニ法律行爲ノ目的ハ法律行爲ノ内容ト同義ナリ、

(三)法律行爲ノ目的ハ當事者任意ニ之ヲ定ム　原則トシテ法律行爲ハ自由ナリ、當事者ノ欲スル所ハ凡テ法律行爲ノ目的トナシ之レニ效力ヲ附スルヲ得（本章總說(七)參考）、之ヲ制限スルモノ唯二アルノミ、(一)目的ノ不能(二)目的ノ不法之ナリ前者ハ事理上明瞭ナルカ故ニ本法ハ之レヲ規定セス、後者ハ第九十條ニ於テ規定ス

(四)目的ノ不能　ノ觀念ニ付テハ種々ノ見解アリ、或ハ不法ノ目的モ法律上ハ之ヲ實行スル能ハサルモノナルカ故ニ之レ又不能ノ目的ナリトナシ、目的ノ不能ヲ分テ事實上ノ不能ト法律上ノ不能ノ二トナス、然レトモ之レ不可ナリ、不能ト不法ハ同一ニ非ス、不能ハ事實上實行シ能ハサルモノナリ、故ニ法律カ效力ヲ附スルヲ得サルナリ、不法ハ反之事實上實行シ得ルモ法律カ效力ヲ付スルヲ欲セサルモノナリ、目的ノ可能不能ハ事實問題ナリ、反之目的ノ適法不法ハ法律問題ニ屬ス故ニ之レニ關スル法規モ二者全ク同一ニ非サルナリ、

(イ)客觀的不能ト主觀的不能　之レヲ或ハ絶對的不能ト關係的不能ト稱ス、客觀的不能ハ何人モ實行シ能ハサル事項ナリ、例ハ存在セサル物ノ讓渡シノ如シ、主觀的不能ハ只其當事者ノ實行シ能ハサル事項ナリ、主觀的不能ノ事項ヲ目的トスルモ其法律行爲ハ無效ニ非ス、例ヘハ無財産ノ者カ現金ニテ物ヲ買ハントス、代價ノ支拂ハ其者ニ取リテハ不能ナリ、然レトモ其行爲ハ無效ニ非ス、又英文ヲ解セサルモノカ飜譯又ハ通辯ノ義務ヲ負フ、之レ又其者ニ取リテハ不能ナリ、然レトモ猶債務ヲ生ス、之レ今日ノ實際ナリ、主觀的不能ノ目的

ヲ有スル行爲モ亦無效タラシム可シトノ說ハ理論上不可ナル所ナシト雖モ、通常ノ取引ニ於テハ相手方ノ主觀的狀態ハ之レヲ詳ニスルコト困難ナルカ故ニ往々詐欺ノ手段トナリ不公平ノ結果ヲ生シ易シ、故ニ今日ノ法律ハ主觀的不能ノ場合ニハ猶之レヲ強制ス、其實ヲ上クル能ハサルトキハ損害賠償ノ義務ト變スルノミ、故ニ主觀的不能ノ觀念ハ無用ナリ、Impossibilium nulla obligatio est「法ハ不能ヲ責メス」ノ原則ハ只客觀的不能ニノミ適用セラル(富井博士民法原論一卷三二九同論)、

客觀的ニ不能ノ事項ヲ目的トスル法律行爲ハ當事者カ其不能ナルヲ知ルト否トニ論ナク無效ナリ、然シ其不能ヲ知テ相手方ニ告ケス爲メニ相手方ニ損害ヲ及シタル場合ニ於テハ損害賠償ノ義務ヲ生スルコトナキニ非ス、然シ是レ自ラ別問題ニシテ不能ノ行爲ヨリ義務ヲ生スルニ非ス、

(ロ)一部不能　法律行爲ノ目的カ一部不能ナル場合ニ於テハ其可能ナル部分ニ付キ法律行爲ハ成立ス、尤モ當事者ノ意思カ可能ナル部分ノミナラハ始メヨリ法律行爲ヲナサヽリシモノト認ム可キ場合及ヒ目的ノ不可分ナル場合ハ此限ニ非ス(本章第一節總說(二)ノ(ト)ノ(b)ヲ見ヨ)、

(ハ)原始不能ト事後不能　法律行爲成立ノ時ニ於テ不能ナルモノヲ原始不能ト云フ、此ノ場合ニ於テハ後ニ可能ト變スルモ其行爲ヲ有效ナラシムルコトナシ、但シ當事者ノ意思カ其可能ト變スルヲ以テ條件トナスニ在ルトキハ其行爲ハ始メヨリ有效ナリトス、若シ可能ト變セサルトキハ條件ノ不成就ニヨリ效力ノ不發生確定スルノミ、

法律行爲ノ成立ノ時ニ於テ可能ナリシモノカ後ニ至リ不能ト變スルヲ事後不能ト云フ、然ルトキハ一旦成立セル法律關係ハ之レニヨリ消滅ス、不能ト變シタル原因カ當事者ノ過失ニ基クヤ否ヤヲ問ハサルナリ、但シ過失ノ有無ハ損害賠償責任ノ有無ニ關シ大切ナリトス(四一五)、

(五)法律行爲ノ目的ト其原因　法律行爲ノ目的ハ即チ其ノ内容ニシテ法律行爲ノ要素ヲ成ス、即チ必ラス存在スルヲ要シ又其可能適法ナルヲ要ス、本法ハ目的ノ觀念ヲ認メ之レニ付キテ規定ヲ設ケタリ(九〇)、然ルニ外國法ニ於テハ更ニ原因ノ觀念ヲ認ムルモノ多シトス、我民法ノ解釋上モ目的ノ觀念以外ニ原因ノ觀念ヲ認ムルノ必要アリヤ、

(イ)法律行爲ノ原因ノ觀念　羅馬法、英吉利法、佛朗西法ニハ學說トシテハ兎モ角モ成法上法律行爲ノ觀念ナシ、隨テ法律行爲ノ原因ナル觀念ナシ、原因論ハ契約(即債權契約)ノ要素トシテ論究セラル、獨逸法モ本ト羅馬法ヲ承繼シタ

ルモノナリト雖モ第十九世紀ノ始ノ頃ヨリ法律行爲ノ觀念ヲ生シ、此ニ至テ原因論モ其範圍ヲ擴張セラレ廣ク法律行爲ノ原因(Causa der Rechtsgeschaft)ナル問題トナレリ、尤モ學説ハ一定スル所ナク(一)前述ノ如ク法律行爲全體ニ通スル問題トナスアリ(Landsberg Burgerliches Gesezbuch I 163 Kindel, rechtsgeschaft u. S. Rechtsgrund)(二)或ハ一人ヨリ他ノ一人ニ財産ヲ移轉セシムル法律行爲ニ關スル問題トナス(oertmann comnt 1. s. 301)、(三)或ハ財産ヲ減少セシムル意思表示ニ關スルモノトナス(Enneccerus I 343)アリト雖モ英佛ト異リ債權契約ニ限ラサルモノヽ如シ、

(a) 羅馬法ノ Causa　羅馬ニ於テハ古ヨリ裸體ナル合意ハ原因ヲ以テ被ハルヽニ非サレハ訴權ヲ生セス(Nudum Poctum non pariunt actionem, Si nulla subest causa Dig II. 14. de pactis fr 7. § 4)ト云フ原則行ハレタルタルモノヽ如シ、而シテ古代ノ法律ニ於テハ所謂原因ハ形式的ニ限定セラレ、物ヲ受取ルコト一定ノ形式ヲ具備スルコト及ヒ契約ノ内容カ法律ノ定ムル典型ニ適合スルコトノ三者ナリキ、此三者ノ内ノ何レカニ該當スルニ非サレハ裸體合意ニシテ訴權ヲ生セサリシナリ、故ニ當時ノ原因ハ廣義ニ於ケル形式ヲ指スモノニ外ナラサリシナリ、

帝政時代ニ至テハ契約法ハ大ニ發達シ所謂無名契約ト稱シテ法律ノ規定セサル契約ノ效力ヲ認メタリ、然レトモ猶無原因契約ハ訴權ヲ生セストノ原則ハ之レヲ維持シ、無名契約カ效力ヲ生スルニハ原因ヲ必要トシタリ、然ルニ無名契約ハ形式ヲ有セス依テ何等實質的ノ原因アルヲ要セリ、之レニ關スル Pauls ノ所説ハ尤モ有名ナリ曰ハク Do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facios. Dig XIX 5. de prescriptis verbis Fr 5)、後世ノ原因論ハ之レニ基因スルモノ多シ、即チ相手方ノ作爲又ハ物ノ給付カ自己ノ作爲又ハ物ノ給付ノ原因タリトノ義ナリ、其趣旨ニヨリ例ヲ上クレハ賣買契約ニ於テ賣主カ物ヲ給付ス可キ義務ヲ負擔スルハ買主カ代價支拂ノ義務ヲ負擔スルカ故ナリ、双務契約ニ於テハ相手方ノ義務負擔カ互ニ原因ヲ爲スモノナリ、而シテ無償契約ニ於テハ贈與ノ意思(Animus donandi)其ノモノヲ以テ原因トナセルモノヽ如シ、是レ發達セル羅馬法ニ於ケル原因ノ觀念ニシテ訴權ノ發生ニハ原因ヲ要セルカ故ニ原告カ訴ヲ起スニハ原因ヲ與ヘタルコトヲ示スヲ要ス、然ラサルトキハ被告ハ詐欺ノ抗辨(Exceptio doli)ヲ提出シテ原告ノ請求ヲ斥クルヲ得タリ、又無原因ノ合意ニヨリ既ニ相手方ニ物ヲ引渡シタルトキハ不當利得(Condictio Sine causa)ノ訴ニヨリ之レカ返還ヲ求ムルヲ得タリ、

(b) 佛國民法ノ cause　佛民法ハ羅馬法ヲ承繼シ第千百三十一條ニ於テ原因

ナキ債務關係ハ何等ノ效力ヲモ有スルヲ得スト規定シタリ、羅馬法ノNudum pactumノ規定ヲ其儘承繼シタルモノナリ、而シ其次條ニ於テ假令原因ヲ表示セスト雖モ契約ハ之レカ爲メニ其效力ヲ妨ケラルヽコトナシト規定ス、此二條文ノ關係ニ付キテハ種々說アルモノヽ如キモ余ノ正當ト信スル所ニ於テハ契約ノ效力發生ニハ原因アルヲ要ス然レトモ其原因ヲ表示スルニ及ハストノ義ナルカ如シ、然ラハ佛國民法上ハ原因ノ要否ハ既ニ問題ニ非ス、原因論ノ要點ハ原因ノ觀念ヲ如何ニ定ム可キカニ在リト云フ可シ、

信ス可キ說ニヨルニ佛ノ原因ノ觀念ハ原トドマノ創見ニ出テ、以テ佛國民法ニ入リタルモノナリ、ドマハ羅馬法ノ Causa civilis ト不當利得 (Condictio S. causa) ノ觀念ヲ併セ取リテ以テ Cause ノ觀念ヲ作レルモノナリ (Planiol II n. 1031)、氏ノ說ニヨレハ原因ニ三種アリ、(一)双務契約ニ於テハ一當事者ノ債務ハ他ノ當事者ノ債務ノ原因ヲ爲ス、(二)踐成契約ノ場合ニ於テハ一當事者ノ給付カ他ノ當事者ノ債務ノ原因トナル、(三)無償契約ニ在リテハ贈與者ノ義務ノ原因ハ自己ノ慈惠心ニ在リトナス、後世ノ學者此三者ヲ合シテ成一的ノ定義ヲ作ラント試ムルモ未タ定說ナシ、今日ニ於テハ從來ノ原因ノ觀念ハ謬レリ不必要ナリトナス者多數ナリ (Planiol A. A. O. N. 1033) プラニオルノ論ニ曰ハク双務契約上ノ兩債務ハ同時ニ生スルモノナリ故ニ一ハ原因ニシテ他ハ結果ナリト云フハ論理ニ反ス、又無償契約ニ於テドマハ慈惠心ヲ以テ原因トナスモ之レ遠因ニシテ原因ニ非ス、債務ヲ生スル直接ノ原因ハ贈與ノ意思其ノモノナラサル可ラス果シテ然ラハ意思以外ニ原因ヲ要セサル結果トナル可シ、僅カニ踐成契約ニ於テ物ノ給付ヲ以テ相手方ノ債務發生ノ原因トナスノ思想ハ之レヲ維特ス可キモ、此場合ニ於テハ物ノ給付ナクンハ契約成立スルヲ得ス故ニ寧ロ債務ノ原因ハ契約其モノニ在リトナスノ優レルニ如カス云々、

此ノ如クニシテ原因ノ觀念ニ付キ定說ナシト雖モ先ツ前示ドマノ說ヲ以テ稍ヤ廣ク認メラルルモノトナス、

(c) 英米法ノ Consideration

英米法ニ於テハ契約ヲ別テ捺印證書契約 (Deed) ト不要式契約 (Simplecontract) ノ二トナス、而シテ前者ハ原因ヲ必要トセス後者ハ必ラス之レヲ要スルモノトス、而シテ其ノ原因ノ意義ハ羅馬法ノ思想ニ頗ル近ク、而シテ一層井然論理ヲ貫クモノアリ、曰ハク原因トハ契約ノ當事者カ債務ヲ負擔スル爲メニ相手方ヨリ受クル金錢上ノ價値ヲ有スル或モノヲ云フト即チ對價主義ナリ、贈與ノ如キハ相手方ヨリ受クル所ナキカ故ニ

原因ナシ、從テ不要式契約ニヨル贈與ハ無效ナリトス、羅馬法佛法ノ如クニ强テ贈與ノ原因ヲ求メス、此故ニ論理貫徹ス、

不要式行爲ニ原因ヲ要スル理由ニ至リテハ又大ニ耳ヲ傾ク可キモノアリ、曰ハク凡ソ常識ヲ有スル者對價ヲ得スシテ債務ヲ負擔スルコトナシ、對價ヲ得スシテ爲シタル約束ハ債務負擔ノ强固ナル意思アルモノト認ムルヲ得ス、故ニ債務ヲ生セス、然ルニ捺印證書ニ原因ヲ要セサルハ當事者既ニ形式ヲ踐ムノ勞ヲ辭セス、之レニヨリ强固ナル債務負擔ノ決心ヲ認ムルヲ得ルカ故ナリト、

(d) 獨逸法ニ於ケル Rechtsgrund

主觀的意義ニ於ケル原因トハ表意者ノ目的ノ義ナリ(Zweck. absicht, Ziel)表意者カ或意思表示ヲナスハ之レニヨリ他ノ目的ヲ達センカ爲メナリ、其目的カ原因トナリ表意者ハ遂ニ意思表示ヲナスニ至リタルモノナリ、凡ソ常識アル者目的ナクシテ意思表示ヲナス可キ理由ナシ、意思ハ其自然ノ形ニ於テ必ラス其原因ト結合ス、其目的ノ實行セラレタルモノ之レヲ客觀的意義ニ於ケル原因トナス、

原因ト法律行爲ノ關係ヲ分テ二トナス、(一)ハ原因ヲ以テ法律行爲ノ内容トナスモノ之レヲ有因行爲(Kausal gescheft)ト爲シ、(二)原因ト意思トヲ分離シ原因ヲ法律行爲ノ内容トナサヽルモノ之レヲ無因行爲(Abstracte geschäft)ト稱ス原因ト意思トハ本來必ラス相俟テ存ス可キモノナルカ故ニ法律行爲ハ原則トシテ有因行爲ナリ、然レトモ取引ヲ敏活ニシ相手方ヲ保護スル爲ニハ無因行爲ヲ認ムル場合少カラス、有因行爲ノ場合ニ於テハ原因カ不法不能又ハ實行セラレサル場合ニハ法律行爲ハ無效トナル無因行爲ニ於テハ然ラスト、

以上述ヘタルカ如ク、羅、佛、英、獨、皆原因ノ意義ヲ異ニス、我民法ノ解釋上原因ハ法律行爲ノ要素タル可キカ、又若シ然リトセハ果シテ何レノ意義ニ於テ然ルヤ

(ロ) 我民法上原因ハ法律行爲ノ要素タル可キカ

余ノ信スル所ニ於テハ原因ハ前記何レノ意義ニ於テモ法律行爲ノ要素ニ非ス、又廣ク法律行爲全般ヲ通シテ要素トナスヲ得サルノミナラス契約殊ニ双務契約ニ於テモ原因ハ必要ニ非ス、

其理由ハ(一)形式的ニハ本法ニ於テ原因ヲ必要トス可キ法條ナク又理由書契約成立ノ條ヲ見ルニ「契約ノ成立ニハ原因ノ存スルコトヲ必要トセサルノ主義ヲ取リタリ」云々ト明言ス、(二)實質的ニハ前記諸國ノ學者カ原因ノ觀念ニヨ

リ說明セント試ムル所ハ目的ノ觀念ヲ正當ニ解スルニヨリ之レヲ說明スルコトヲ得ルカ故ニ別ニ原因ヲ認ムルノ要ナシ、請フ少シク之レヲ說カン、法律行爲ノ目的ハ本節(二)ニ述ヘタルカ如ク法律行爲ニヨリ當事者カ實行セントスル事項ノ全體ナリ、此故ニ双務契約ニ於テハ兩當事者ノ欲求スル事項ハ二アリ、例ヘハ賣買ニ於テハ代價ノ支拂財產權ノ移轉之レナリ、此兩者カ法律行爲ノ目的ヲ形成ス、故ニ其一方カ不法不能ナル場合ニ於テハ法律行爲ノ目的カ不法不能ナリ、從テ無效ナルカ故ニ他ノ一方モ亦義務ヲ負擔スルコトナキナリ、例ヘハ茲ニ不融通物ノ賣買ヲ約スル者アランカ原因論ニヨレハ原因不能ナルカ故ニ買主ハ代價支拂ノ義務ナシト論スルナリ、我輩ノ主張スル所ニヨレハ賣買契約ノ目的不能ナルカ故ニ債務ヲ生セスト論斷ス可キナリ、其他ノ有償行爲皆類推ス可キナリ、贈與ハ實ニ原因論ノ難關ナリ、然ルニ我民法ノ主義ニヨレハ無償ニテ財產權ヲ移轉スルコトカ契約ノ目的ナリ、故ニ此ノ點ニ於テ障害ナクンハ當然效力ヲ生ス可キナリ、苦ンテ原因ヲ尋ヌルノ必要ナキナリ、其他一方行爲(拋棄、取消、解除、通知等)ニ至リテハ其ノ意思其ノモノカ直ニ效力ヲ生スルモノニシテ原因ノ存ス可キ理由ナシ、獨逸ノ學者或ハ之レヲ以テ必然的ノ無原因行爲ナリト說明ス窮說ナリト云フ可キナリ、

論者或ハ問ハン、第七百三條ニハ法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財產又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケ之レカ爲メニ他人ニ損失ヲ及ホシタル者ハ其利益ノ存スル限度ニ於テ之レヲ返還スル義務ヲ負フ(不當利得)、茲ニ所謂法律上ノ原因ハ法律行爲ノ原因ニ非スヤト、曰ク然ラハ、獨逸ノ學者ハ前述ノ如ク往々論者ノ說ノ如ク說明ス、然レトモ當ラサルノ甚シキモノアリ、不當利得ニ所謂法律上ノ原因トハ利得ヲ保持ス可キ權利其ノモノヲ指ス、債務ノ辨濟トシテ利得ヲナシタル場合ニハ債權其ノモノカ原因タリ、物權ノ效力トシテ利得ヲナシタル場合ニハ物權其ノモノカ原因タリ、其他類推ス可シ(拙文不當利得京都法學會雜誌第三卷第九號第十號第十一號參照)、若シ夫レ論者ノ言ノ如ク不當利得ノ原因ヲ法律行爲ノ原因ト同義ニ解セハ、不當利得ノ原則ノ適用セラル、ハ損失者ノ意思ニヨリ財產ノ移動アリタル場合ニ限ラル可キナリ、然ルニ斯クノ如キノ制限ヲ設ク可キ根據存スルコトナシ、

又或ハ曰ハン民事訴訟第百五條ニ於テハ原告ハ請求ノ原因ヲ示スヲ要ス、請求ノ原因トハ即チ法律行爲ノ原因ノ義ニ非スヤト、曰ク然ラス、同條ニ請求ノ原因トハ法律事實ヲ指スモノナリ、法律行爲ニ基キ一定ノ請求ヲナス場合ニハ法律行爲其ノモノカ原因タリ、不法行爲ニ基キテ一定ノ請求ヲナス場合ニ

ハ不法行爲其モノヲ原因トナス、故ニ法律行爲ノ原因ノ義ニ非サルヤ明ナリ、

(六)法律行爲ノ緣由(Beweggrund)　トハ法律行爲ヲ爲スニ至リタル動機ニシテ法律行爲ノ內容ヲ成サヽルモノヲ云フ、同一種類ノ法律行爲ニ於テハ其內容ハ常ニ一定ス、例ヘハ賣買ニ於テハ財產權ノ移轉ト代價ノ支拂ヲ以テ常ニ其內容トナス、反之動機ニ至リテハ千差萬別ナリ、例ヘハ買主ハ自ラ使用センカ爲メニスルコトアル可ク或ハ轉賣シテ利益ヲ得ント欲スルモノアル可ク或ハ他人ニ贈與セント欲スルコトアル可シ以テ二者ノ差ヲ明ニス可シ、

緣由ハ法律行爲ニヨリ直接ニ現實セラルヽモノニ非ス即チ法律行爲ノ內容ヲナサス、緣由ト目的トノ關係ハ猶原因ト結果ノ關係ノ如シ、故ニ或ハ之レヲ遠因(Causa remota)又ハ原因ノ原因(causa causarum)ト稱ス、緣由ハ不法又ハ不能ナリト雖モ法律行爲其ノモノヽ效力ニ何等ノ影響ヲモ及スコトナシ、又緣由ハ之レヲ相手方ニ告ケタルトキト雖モ其性質ヲ變スルコトナシ、例ヘハ第三者ニ贈與セントスル緣由ヲ以テ爲シタル賣買ニ於テ其第三者其時既ニ死亡セリトセハ緣由ノ實行ハ不能ナリ、然シ相手方カ之レヲ知ルト否トニ論ナク賣買ハ之レカ爲メニ無效トナルコトナシ、蓋シ緣由ハ法律行爲ノ外部ニ存シ之レニヨリ現實セラル可キモノニ非サレハナリ、

然シ緣由ヲ相手方ニ告ケタル場合ニ於テハ當事者ノ意思解釋上之レヲ以テ法律行爲ノ條件ト看做ス可キ場合ナキニ非ス、然ルトキハ法律行爲ノ內容ヲ形成ス隨テ其存否適法不適法ハ法律行爲ニ影響ヲ及ホス、

第九十條　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爲ハ無效トス

(一)本條ノ規定　法律行爲自由ノ原則ノ二大制限ノ一タル不法ノ目的ヲ規定ス、制限ノ他ノ一ナル不能ノ目的ニ付キテハ別ニ規定ナシ、既ニ總說(四)ニ於テ之レヲ略述シタリ、

(二)不法ノ目的ノ觀念

不法ノ目的トハ法律行爲ノ內容即チ其法律行爲ニヨリ現實セラル可キ事項ノ不法ナルモノヲ云フ、吾人ハ嚴格ニ之レヲ緣由ノ不法ナル場合ト區別スルヲ要ス、緣由ハ法律行爲ニヨリ現實セラル可キモノニ非サルカ故ニ其不法カ法律行爲ノ效力ニ影響ス可キ筈ナシ、且ツ之レヲ關聯セシメ其不法ヲ以テ法律行爲ヲ無效タラシムルトキハ取引ノ安全ニ害アリ、何トナレハ之レ相手方ニ通知セラルヽヲ要セサルモノナレハナリ、例ヘハ殺人ヲ行ハントシテ刀劍ヲ賣買シ賭博ノ資金トシテ金錢ヲ貸借ス、是レ目的不法ナルカ緣由

不法ナルカ、曰ハク之レ皆緣由ノ不法ナル場合ニシテ目的ノ不法ナル場合ニ非ス、蓋シ刀劍ノ賣買金錢ノ貸借ト云フ行爲ニ效力ヲ附スルモ之レニヨリ直接ニ前記ノ不法ノ結果ヲ生スルコトナケレハナリ、即チ法律行爲ノ內容其ノモノハ不法ニ非ス、只當事者ノ間接ニ企圖スル所(緣由)カ不法ナルノミ、但シ當事者カ其法律行爲ノ動機ヲ相手方ニ告ケ之レヲ以テ條件トナシ法律行爲ノ內容ノ一部トナストキハ其不法ナルトキハ法律行爲ヲ無效トス、例ヘハ前例ニ於テ殺人賭博ヲ以テ契約ノ內容トナスカ如シ、反之賭博ヲ爲サントスルノ契約、又ハ或人ヲ殺害セハ其報酬トシテ金錢ヲ與フ可シトスル契約ハ目的其ノモノヽ不法ナルモノナリ、何トナレハ若シ之等ノ契約ヲ實行スルナラハ直接ニ賭博殺人ト云フ不法ノ結果ヲ生スレハナリ、即チ契約ノ內容其ノモノカ不法ナリ、

(三)不法ノ事項　不法ナル事項ハ之レヲ大別シテ二トナスコトヲ得、(一)公ノ秩序ニ關スル法律ノ規定ニ違反スル事項、(二)公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ違反スル事項之レナリ、前者ハ明瞭ナルカ故ニ本法ハ規定セス、本條ニ於テハ後者ノミヲ規定ス、

(イ)公ノ秩序ニ關スル法規トハ公共ノ秩序又ハ利益ノ維持增進ヲ目的トシテ作ラレタル法規ナリ、如何ナル法規カ此ノ如キ性質ヲ有スルカハ各法規ノ解釋ニヨリ始メテ決定シ得可キ問題ナリトス、公ノ秩序ニ關セサル法規ニ違反スル法律行爲ハ無效ニ非ス(九二)、而シテ此點ニ關シテモ(二)ニ述ヘタル所ニ注意スルヲ要ス、即チ公ノ秩序ニ關スル法規ニ違反スル行爲カ悉ク無效ナルニ非ス、公ノ秩序ニ關スル法規ニ違反スルヲ以テ目的トナス行爲カ無效ナルナリ、例ヘハ詐欺取財ハ刑法之レヲ罰ス其公ノ秩序ニ關スル法規タルヤ論ナシ、然レトモ詐欺ニヨリ、財產權ヲ取得スル法律行爲ハ無效ニ非ス(九六)、蓋シ其手段ハ違法ナリト雖モ其行爲ノ內容ハ違法ニ非サレハナリ、是レ本條ノ適用ヲ受ケサル理由ナリ、反之詐欺取財ノ義務ヲ負ハシムル契約ハ明カニ本條ニ反スルカ故ニ無效ナリ、

又法律行爲ノ目的タル事項カ直接ニ公益規定ニ衝突セサルモ間接ニ其精神ニ反スル場合ニ於テハ之レヲ無效トス、蓋シ此ノ如キハ禁止法ノ法網ヲ潛ルヲ目的トスルモノニシテ(Agere in fraudum legis)結局公益規定ニ反スル事項ヲ目的トナスモノニ外ナラサレハナリ、之ヲ脫法行爲ト云フ、

(ロ)公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項、　公ノ秩序トハ社會ノ公安公益ヲ云フ、善良ノ風俗トハ法律行爲當時ニ於ケル善良ノ風俗ヲ云フ、而シテ公序、良俗ハ公法其他ノ法規ノ維持ヲ力ム可キ處ナリ、故ニ公秩良俗ニ反スル事項ハ

大抵ハ同時ニ法律ノ禁止ニ違反ス、然レトモ成法ヲ以テ悉ク之レヲ規定スルハ不能ナリ、故ニ特ニ本條ニ於テ概括的ノ規定ヲ設ケタルモノナリ、故ニ本條ハ(一)公序良俗ニ關スル法規ニ違反スル場合(二)成法ハ存在セサルヲ以テ之レニ違反セサルモ猶社會ノ公安風敎ヲ害スル場合ヲ含ム、

公序ト良俗ハ觀念上全ク相異ル、然シ實際上其範圍ヲ一ニスル場合多シ、其範圍ヲ同フセサル場合ニ於テハ何レカ一方ニ違反スルトキハ本條ノ適用ヲ受ク、之レ本條ニ公ノ秩序、又ハ」善良ノ風俗トアルニヨリ明ナリ、梅博士ハ單ニ善良ノ風俗ニ反スルモ若シ公ノ秩序ヲ害スルナクンハ法律ハ之レニ干涉ス可キ謂ナシ故ニ善良ノ風俗ニ反ストハ直接ニ風俗ヲ壞リ間接ニ公ノ秩序ヲ害スルモノナリ」云々ト論スレトモ(民法要義第九十條)之レ本條ノ明文ニ反ス、

或事項カ公序良俗ニ反スルヤ否ヤヲ具體的ニ決スルハ裁判官ノ職權ニ屬ス、然レトモ之レ公秩良俗ノ何タルヲ確定シ本條ノ內容ヲ確定スルヲ以テ前提トナスモノナルカ故ニ、事實問題ニ非スシテ法律問題ナリ、判決例ニヨリ其實例ヲ上クレハ親權ヲ抛棄セントスル契約(大審院三一、一〇、三一)、土地ヲ絕對永久ニ讓渡セサルヲ條件トセル贈與(同三二、三、二〇)、或工場ニ使用セラレタル職工ハ前工場主ノ承諾ヲ得タル上ニ非サレハ使用セストノ契約(同三四、一一、一六)、藝妓カ年限內ニ廢業スルトキハ違約過怠料ヲ拂フ可シトスル契約(同三七、一六八七)、娼妓ト貸座敷間ニ於ケル一定ノ年限中勞務ニ服セントスルノ契約(同二九、三五〇)等アリ、猶外國ノ例ヲ上クレハ賣淫ノ爲メニ金錢ヲ與ヘントスル契約、不法行爲ヲナサヽルカ爲メニ金錢ヲ與ヘントスル契約、或ハ法律ノ命スル所、又ハ旣ニ負擔セル債務ヲ履行セシムルカ爲メニ金錢ヲ與ヘントスル契約、或ハ終身婚姻セサルノ契約、報酬ヲ得テ婚姻ヲ媒介セントスル契約、生存中ノ第三者ノ遺產ヲ目的トスル契約、現在及ヒ將來取得ス可キ財產ノ全部ヲ移轉セントスル契約等ハ無效ナリトス、是等ノ實例ニ付キ余ハ異論ナキニ非ス、殊ニ外國ノ實例中ニハ約因ハ現實ナルヲ要スト云フ原則ニヨリ判斷セラレタルモノ多キカ故ニ我民法ノ解釋トシテハ適切ナラサルモノアリ、例ヘハ不法行爲ヲナサヽラシメンカ爲メニ報酬ヲ與ヘントスル契約ノ如キハ公序良俗ニ反スルモノニ非サル可シ、以上ハ只參考ニ資スルノミ、

(四)當事者意思トノ關係

目的ノ不法ハ客觀的ニ之ヲ定ム、當事者カ其目的トスル事項ノ不法ナルヲ知ルヲ要セス、又反對ニ不法ニ非スト信スト雖モ客觀的ニ不法ナルトキハ本條ノ適用アリトス、蓋シ客觀的ニ不法ナル行爲ハ之レヲ實行スルニヨリ公序良俗ヲ害ス可キハ當事者ノ主觀的條件ノ如何ニ拘ハラス一

ナレハナリ、

(五)效力　不法ノ事項ヲ目的トスル法律行爲ハ無效ナリ、無效ノ意義ハ本章第四節ヲ見ル可シ、猶第七百八條ノ制裁アリ、

(六)一部不法　法律行爲ノ目的タル事項ノ一部違法ナルトキ(條件ノ違法ノ場合ヲ含ム)其法律行爲ハ全部無效ナリトス、

第九十一條　法律行爲ノ當事者カ法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異リタル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ

(一)當事者意思ト法規ノ關係　ハ二樣アリ(一)ハ法規カ優力ニシテ當事者意思ヲ以テ之レヲ左右スル能ハサルモノ斯ノ如キ規定ヲ强行規定ト稱ス、(二)當事者意思カ優力ニシテ之レヲ以テ法規ノ適用ヲ排斥シ得ルモノ之レヲ任意規定ト稱ス、前條ハ强行規定ニ關スル規定ニシテ本條ハ任意規定ニ關スル原則ヲ示ス、

(二)如何ナル規定カ任意規定ナリヤ　曰ハク公ノ秩序ニ關セサル規定之レナリ、如何ナル規定カ公ノ秩序ニ關シ如何ナル規定カ公ノ秩序ニ關セサルカハ各規定ノ精神ヲ解釋シテ決ス可キ問題ナリ、單ニ法規ノ形式ニヨリ決スルハ危險ナリ、然レトモ法文中「別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス」「當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ之レヲ適用セス」「別段ノ意思表示ナキトキ……」「別段ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ」等ノ文字アル場合ニハ明ニ任意規定ナリトス、概言スレハ債權編中ノ規定ハ大部分任意的ナリ、物權、親族、相續編中ノ規定ハ强行規定ナルモノ多シトス、

(三)如何ニシテ任意規定ノ適用ヲ免カルルヲ得ルカ　曰ハク反對ノ意思表示ニヨリ其適用ヲ免ル、任意規定ハ本來當事者ノ意思ヲ解釋シ云々ノ場合ニハ斯々ノ意思ヲ有スルナル可シト推測シテ立テタル規定ナリ、然ルニ當事者カ反對ノ意思ヲ表示スルナラハ其推測ハ當ラサルカ故ニ之レヲ適用セサルナリ、要スルニ其適用ヲ免カルヽニハ反對ノ意思ヲ表示スルヲ要ス、但シ默示ニテ可ナリ、全然何等ノ意思ヲモ表示セサルトキハ任意法ト雖モ當然適用セラル、其適用ヲ受ケント欲スルノ意思ヲ表示シテ始メテ適用アルモノト解セハ誤レリ、

第九十二條　法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異リタル慣習アル場合ニ於テ法律行爲ノ當事者カ之ニ依ル意

思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ

（一）本條ハ慣習ノ效力ヲ定ム　凡ソ慣習ニ法タルノ慣習即チ慣習法ト事實タルノ慣習ノ二アリ、慣習法ニ付キテハ緒論第六ニ述フル所アリ、參照ス可シ、法タルノ慣習ハ制定法ト同一ノ效力アリ、裁判所ハ當然適用ス可キモノナリ、事實タルノ慣習ハ法規ヲ定メス只當事者ノ意思解釋ノ具トシテ認メラルヽノミ、本條ノ規定ハ事實タル慣習ニ關スルモノナリ（梅博士民法要義第九十二條同說）、

（二）如何ナル慣習ガ認メラル可キカ　曰ハク法令中ノ公ノ秩序ニ關スル規定ニ反セサル慣習之レナリ、抑モ事實タル慣習ハ當事者ノ意思ノ補充ノ具トシテ認メラルルモノナリ、而シテ公序ニ關スル規定ニ反スル當事者意思ハ第九十條ニ明ナル如ク無效ナリ、故ニ其ノ補充ノ具タル慣習モ亦公序ニ關スル規定ニ反スルヲ得サルヤ明ナリトス、然レトモ前條ニ說明セル如ク如何ナル法規カ公序ニ關スルヤヲ剖別スルハ容易ニ非ス、隨テ如何ナル慣習カ公序ニ關スル法規ニ反スルヤヲ明ニスルハ困難ナリトス、但シ本法ノ規定中慣習ニ從フ可キ旨ヲ明言セル法條亦少カラストス、其場合ニハ其內容ノ如何ヲ問ハス公序ニ反セサルモノトス其他ハ個々ノ場合ニ付キ其性質ヲ研究シテ決定セサル可ラス、

（三）如何ナル場合ニ慣習ニ依ル可キカ　事實タル慣習ノ效力ニ付キテハ種々ノ說アリト雖モ、本條ノ規定ニヨレハ「當事者カ之レニ依ル意思ヲ有セルモノト認ム可キ」場合ニ限ル、即チ一方ニ於テハ明示又ハ默示的ニ慣習ニ依ル可キ旨ヲ「表示」スルヲ要セス、然レトモ他ノ一方ニ於テハ慣習ニ依ル意思アルモノト認ム可キ「事情」アルヲ要スルナリ、抑モ本條ノ慣習ヲ認ムルノ範圍ハ（二）ニ述ヘタル如ク公益ニ關スル强行規定ニ反セサルモノ即チ任意規定ト兩立スル場合ニ限ル此ノ範圍ニ於テハ當事者ノ意思表示アルトキハ當事者ハ何レニ從フモ自由ナリ、又兩者共ニ之レヲ排斥スルコトヲ得ルナリ、故ニ其ノ一方タル慣習ニ從フ可キ意思ヲ認ム可キ事情アルトキハ之レヲ撰擇シタルモノト見ルヲ至當トス、故ニ法令ノ任意規定ヲ排シテ慣習ニ從ハシム、

（四）證據　當事者カ慣習ニ依ル可キコトヲ主張スルニハ（一）法律行爲ノ內容カ公序ニ關セサルコト、（二）公序ニ關セサル其法律行爲ニ付キ慣習ノ存スルコト、（三）其慣習ニ依ルノ意思ヲ認ム可キ事實ノ存スルコトヲ立證スルヲ要ス、

第二節　意思表示（Willenserklärung）

（一）意思表示ノ觀念　意思表示トハ外界ニ對シテ法律行爲上ノ意思ヲ表彰ス

ル行爲ヲ云フ、即チ法律行爲ヲ形成ス可キ内容ヲ有スル意思ヲ外部ニ表示スル行爲ヲ云フ、或ハ外部ニ表示セラレタル法律行爲上ノ意思ヲ云フ、意思表示ヲ全然其文字上ノ意義ニ從ヒ「意思ノ表示」ト解スルトキハ法律行爲的内容ヲ有セサルモノモ亦包含セラル可シ、例ヘハ詐欺ノ如キ不法行爲トナル意思ノ表示モ其ノ内ニ在リ、然レトモ民法ニ於テハ意思表示ハ法律行爲ノ構成部分トシテ之レヲ觀察シ規定スルカ故ニ法律行爲ヲ形成スルニ足ル可キ内容ヲ有スルモノ非サレハ之レヲ意思表示ト稱セス、

(二)意思表示ノ成立要件

意思表示ハ表意者ノ意思ノ表彰ニシテ他人ニ認識セラレ了解セラルルニ由リテ效力ヲ生スルモノナリ意思表示ニ相手方ナキ場合ト雖モ畢竟何人ニカ認識セラルヽニ非サレハ效力ヲ生セサルナリ、故ニ第一ニ意思其ノモノ、存在ヲ必要トシ、次ニ意思ヲ外部ヨリ認識スルニ足ル可キ或現象ノ存在ヲ必要トス、又法律行爲ノ要件タル意思表示ハ私法上ノ自治ノ發動ナリ故ニ其意意ノ表示ハ必ス表意者ノ任意ニ出ツルモノナラサル可ラス、終リニ法律行爲ノ效力ハ表意者カ之ヲ欲スルカ故ニ生スルモノナルカ故ニ必ラス效力ヲ生セシメント欲スルノ意思ヲ欠ク可ラス、要スルニ(一)法律行爲上ノ意思ノ存在、(二)表示行爲井ニ表示方法(三)效力意思即チ法律行爲上ノ意思ニ相當スル效力ヲ生セシメントスルノ意思ヲ必要トス、左ニ之ヲ説明ス可シ、

(イ)行爲意思（Geschäftswille）トハ或目的ニ對スル欲望ヲ云フ、例ヘハ某土地ノ所有權ノ取得ヲ欲ス金千圓ヲ某ニ贈與セント欲スト云フカ如シ、是レ即チ意思表示ノ内容ニシテ同時ニ法律行爲ノ内容ヲ形成ス可キ基礎ナリ、故ニ人或ハ之レヲ目的意思(Zweckwille)又ハ基礎的意思(Grundwille)ト稱ス、此ノ如キノ意思カ適法ニ表示セラレテ意思表示ヲ成ス、

行爲意思ノ成立ニハ凡ソ二段ノ順序アリ(一)外界ノ認識ニヨリ腦裏ニ其印象ヲ得、(二)考慮ノ結果之レヲ欲スル欲セサルノ決意ヲ生スルモノナリ、如何ナル複雜ナル場合ト雖モ歸スル處右二段ノ逕路ニ外ナラス、此ノ故ニ健全ナル行爲意思ハ之レカ對象タル事實ト一致ス、其一致ヲ欠ク場合ハ之レヲ後段ニ述フ可シ(九五)、

然シナカラ行爲意思ハ必シモ前述ノ心理上ノ意思ニ限ラレス、意思以外ノ心理現象ヲ表示通告スル場合ニ於テモ之レニヨリ表示者ノ潜在スル意思ヲ推知シ得可キカ故ニ法律カ效力ヲ認ムル場合ニ於テハ同シク意思表示ト稱ス(本章總説(四)ヲ見ヨ)、此ノ如キハ一方的行爲ニ於テ多ク其例ヲ見ル、例之同意、許可、通知、催告、撤回ノ如キ之レナリ、即チ之等ノ場合ニ於テハ行爲ノ内容ハ欲望

ノ形式ヲ成サス然レトモ猶本法ノ用語ニ於テハ之レヲ意思表示ト云フ、

(ロ)表示意思(Erklärungswille)　ト稱スルハ行爲意思ヲ外部ニ對シテ表彰セシメントスルノ意思ニシテ其實行ヲ表示行爲ト云ヒ、又ハ表示ト云フ、遺失又ハ盜難ニ掛レル書簡ハ假令其名宛人ノ手ニ落ツルアリト雖モ法律上ノ效力ヲ生セス、或ハ又他人カ腕力ヲ以テ强制シ證書ニ捺印セシムル場合ニ於テハ其證書ノ内容タル事項カ其者ノ正ニ爲ス可キ義務ニ相當シ或ハ其者カ裏心私ニ爲サント欲スル所ニ相當スト雖モ法律上何等ノ效力ナシ、之レ皆表示意思ヲ欠クカ故ナリ、故ニ其意思表示ノ要件タルハ論ナキ所ナリ、而シテ其本質ハ自己ノ表示行爲ノ自覺(Bewustsein)ナリヤ或ハ行爲意思ノ内容ヲ悉知シ之レヲ外部ニ表彰セントスル欲望ナリヤノ問題ニ至リテハ明瞭ナラサル點ナキニ非ス、行爲意思ノ内容ヲ悉知シ之レヲ表示セントスル欲望ナルコトハ普通ノ現象ナル可シト雖モ、往々取引ノ安全ヲ維持スルカ爲メニ之レヲ必要トセサルコトアリ、例ヘハ手形ノ裏書人ハ其文言ニ從ヒ責任ヲ負フ可ク苟モ任意ニ裏書ヲ爲シタル以上ハ其手形ノ内容ヲ知テ爲シタルト否トハ問題ニ非ス、故ニ之レヲ以テ表示意思一般ノ要件ト認ム可ラス、反之自覺ヲ以テ表示ヲナスハ如何ナル場合ニモ必要ナリ、神心喪失者ノ表示カ何等ノ效力ナキ之レ自覺ヲ欠クカ故ナリ、故ニ一般ノ要件トシテハ自覺ヲ以テ足ルモノトセサル可ラス、

(ハ)效力意思(Wirkungswille od Rechtswille.)　ハ行爲意思ノ内容ニ應シ法律上ノ效力ヲ生セシメント欲スル意思ナリ、行爲意思ハ事實タル目的ニ對スル欲望ニシテ效力意思ハ其ノ欲望ニ法律上ノ效力ヲ附セントスル欲望ナリ、苟モ法律行爲ノ私法上ニ於ケル自治ナルヲ認メ其效力ハ表意者カ之レヲ欲スルカ故ニ生スルモノナルコトヲ認ムル以上ハ、之レヲ以テ意思表示ノ要件トナスヲ拒ムヲ得ス、然レトモ此點ハ反對論少カラス、所謂表示主義ニヨル學者ハ意思表示カ效力ヲ生スルハ表意者ノ欲望ニ基因スルニ非ス法律ハ其ノ表示ニ對シテ當然效力ヲ附スルモノナリトナス、余ハ此論ヲ取ラス、蓋シ表意者カ效力ヲ生セシメントスルノ意思アルニ非サレハ意思表示ハ何等ノ效力ヲモ生セサル事實アレハナリ、例ヘハ共ニ散歩セントスル合意カ法律上何等ノ效力ヲモ生セサルハ效力意思ヲ欠クカ爲ナリ、又或ハ曰ハク意思表示カ法律上ノ效力ヲ生スルニハ只其眞面目(Ernst)ナルヲ要スルノミ效力意思ト云フカ如キ特別ノ意思アルヲ要セスト、乍然眞面目トハ何ソヤ、其意義ハ行爲ノ結果ニ付キ法律上ノ效果ヲ生セシメントスル決心ニ外ナラル可シ、果シテ然ラハ吾人ノ云フ效力意思ニ外ナラス、此點ハ社交上ノ意思表示ト法律行爲上ノ意思表示ノ

區別セラルヽ要點ナリ、故ニ諸忽ニ附セサルヲ要ス

(二)表示行爲(Erklärungsakt)　トハ行爲意思ヲ他人ヨリ認識シ得可キ狀態ニ置ク動作ナリ、換言スレハ表示行爲ハ表示思意ノ實行ニ外ナラス、故ニ(ロ)ニ述ヘタル所ト牽聯シテ讀ムヲ要ス、

表示行爲ヲ分テ作爲不作爲ノ二種トナス、前者ニ關シテハ說明ヲ要スルモノナシ、只後者ニ關シテハ疑ハシキ點ナキニ非ス、不作爲トハ意識的ノ不動作ヲ指スモノニシテ之レヲ意思モ動作モ存セサル無行爲ト區別セサル可ラス、余ハ不作爲ニヨリ意思表示ヲナスコトヲ得ト信ス(Enneccerus 373. Endemann I § 64 anm 19 同說)然シナカラ不作爲モ無行爲モ外部ヨリ見ルトキハ差別ノ存ス可キ點ナシ、只四圍ノ事情ヨリシテ不作爲ニヨリ其者ノ意思ヲ認知シ得ル場合ニ表示行爲トナル一般ニ云ヘハ沈默(Schweigen)カ法律上契約上又ハ慣習上承諾又ハ拒絕ヲ表示スル普通ノ方法タル場合(五二六、二)ニ於テ表示行爲トナル、即チ此ノ如キ事情ノ存スル場合ニハ表意者カ確答ヲナスノ義務アリ、然ルニ確答ヲ發セサルハ一定ノ意思アリテ之レヲ表示スルモノナリト見ルコトヲ得可シ、確答義務ハ法律(一九、一一四、五四七等)慣習又ハ契約ニヨリ生ス、一方的ノ意思ヲ以テ他人ニ確答義務ヲ課スルヲ得ス、羅馬法ニ於テハ沈默ハ承諾ト看做ストノ元則Qui tacit concentire videtur行ハレタリト雖モ是レ個人ノ自由ヲ害スルモノニシテ恐クハ我民法ノ主義ニ非サル可シ、故ニ例ヘハ契約ノ申込書ニ確答ナクンハ承諾ト看做スト附記スト雖モ之レニヨリ確答義務ヲ課スルヲ得サルカ故ニ苟モ承諾ヲ發スルニ非サレハ契約成立スルコトナシトス、

(三)表示方法(Erklärungsmittel)　トハ表意者カ自己ノ行爲意思ヲ發表シ外部ヨリ認識シ得ル狀態ニ置ク爲メニ用ユル手段ナリ、其手段ハ種々アル可シト雖モ尤モ普通ナルモノハ言語、書面、及ヒ動作ナリトス、前述ノ沈默ノ如キモ亦一種ノ表示方法トシテ觀察スルコトヲ得、

(四)表示方法ノ自由　我民法ハ表示方法自由ノ原則ヲ取ル、即チ表意者ハ任意ニ之レヲ撰擇シ便宜ニ從フヲ得、之レヲ不要式ノ原則ト云フ(Formfreiheit)、之レ一般的ニ形式ヲ必要トス可キ法條ノ存セサルニヨリ明ナリトス、然シナカラ例外トシテ一定ノ方式ニ從フヲ要スルコトアリ、之レ所謂要式行爲(Formalakt)ナリ、此場合ニ於テハ其方式ニ依ルニ非サレハ意思ヲ有效ニ表示スルヲ得ス即チ法律カ表示方法ヲ限定シタルモノナリ、其方法ハ種々アリ、或ハ單ニ書面タルヲ要スルアリ、或ハ又更ニ證人ヲ要スルアリ、或ハ又文書ニ記載ス可キ事項ヲ定ムルアリ、或ハ又一定ノ公吏ヲシテ作製セシムルヲ要スルアリ、是等ハ

皆各場合ニ付キ論ス可キ事項ナリ、

法律カ形式ヲ定ムル目的ハ(一)當事者ノ輕擧ヲ戒メ(二)法律行爲ヲ確實ニシ且ツ立證ヲ確實簡單ナラシメンカ爲ナリ、

形式ヲ定ムル諸法規ハ凡テ强行規定ナリ、

表示方法ハ又當事者間ノ契約ニヨリ之レヲ限定スルコトヲ得、（Ennecerus S. 383. Hölder comt Z § 127）、乍然其範圍ハ形式自由ノ範圍ニ限ル、例ヘハ債權契約ニ於テハ契約ノ申込人ハ一定ノ承諾方法ヲ指定スルコトヲ得、例ヘハ電報ニ依ル可シトナス場合ニハ郵便ニヨル承諾ハ承諾トナラス、

法律カ形式ヲ定メタル場合ニ於テハ當事者ハ之レニ反シ之レヲ要セサルモノトナシ又ハ之レヲ簡單ナラシムルヲ得ス、而シテ法定ノ形式以外ニ更ニ形式ヲ約定スルヲ得ルヤ否ヤ此問題ハ一概ニ答フルヲ得ス、例ハ單ニ書面ニ依ル可シトスル場合ニ當事者ハ公正證書ニ依ル可キ旨ヲ約定スルハ害ナシ、反之形式ヲ重カラシムルコトカ一種ノ條件ヲナスカ、故ニ之レヲ許サヽル場合アリ、例ヘハ婚姻ニ於テ戸籍吏ニ對スル屆出ノ外更ニ神前ニ於テ式ヲ行フ可シトスルモ其附加シタル形式ハ法律上效力ナカル可シ、

(五)默示ノ意意表示

ノ觀念ニ就テハ大體二說アリ(一)ハ主觀的要素ニヨリ區別セントスルモノニシテ行爲者カ其行爲意思ヲ表示セントスル目的ノミヲ以テ爲シタル表示ハ明示ナリ、行爲意思ヲ表示スルト同時ニ他ノ事實上又ハ法律上ノ目的ヲ達セントスルモノハ默示ナリト（Savigny system III § 1. S. 31. Dernburg Pand. I § 98）、(二)ハ客觀的標準ニ依ルモノニシテ行爲者ノ目的如何ヲ顧ミス其表示方法（Erklarungsmittel）カ取引ノ慣習上意思傳達ノ手段トシテ普通ニ用ヒラル・モノナルトキハ明示ニシテ然ラサルモノハ默示ナリトス（Windscheid Pand. § 72. Zitelmann, Rechtsgeschäft u. Irrtum S. 262. Manigk willenserkläung S. 304）、余ノ見ル所ニ於テハ明示默示ノ區別ハ假令以上ノ說ニヨリ之レヲ爲シ得ルトスルモ我民法ノ解釋上ハ其必要ナシ、蓋シ本法ニ於テハ其區別ヲ認ムルノ條文ナク、默示ノ意思表示ニテハ不十分ニシテ明示ナルヲ要スル場合ナシ、唯意思表示アリヤ否ヤノ問題トナルノミ故ニ特定ノ場合ニ於テ其意思表示カ明示ナリヤ默示ナリヤヲ決定スルノ必要アルヲ見ス（EnneccerusI. S. 372. Oertmann-Garais S. 306. Hölder kom. vorm V. モ亦此區別ヲ否認ス）、或ハ曰ハク要式行爲ノ場合ハ明示ノ意思表示ナリト、或ハ然ラン、然レトモ要式行爲ニ於テハ表示方法ハ一定ス假令所謂明示ノ表示ニヨルモ法定ノ方法ニヨルニ非サレハ不可ナリ、故ニ要式行爲ハ明示ナリト斷スルモ何ノ益スル所ナキナリ、或ハ又曰ク相手方ニ到達スルヲ要スル意思表示ハ明示ナルヲ要ス、默

示ノ意思表示ハ到達スルヲ得ス、是レ恐クハ誤リナル可シ、默示ノ意思表示モ意思表示タル以上ハ相當ノ表示方法存在ス可キカ故ニ相手方ニ到達スルヲ得サル理由ナシ、

更ニ根本的ナルハ默示ノ意思表示ハ表示意思ヲ欠クカ故ニ意思表示ニ非ス、單ニ意思實現ニ過キストナス論ナリ（Schlossmann. vertrag S. 55. 60. Bekker Syst II S. 68. Hölder Pand. S. 23. Planck commentar I. S. 205）、然シ余ハ之レニ贊セス、所謂默示ノ意思表示ト雖モ苟モ意思表示タル以上ハ無意識的ノ行爲ニ非ス必ラス之レヲ表示セント欲シテ表示シタルモノナラサル可ラス、故ニ此說ハ其前提ニ於テ誤謬アリ（京都法學會雜誌五卷六號八十四頁拙文法律行爲ノ觀念參照）、

（六）意思表示ノ種類

（イ）要物的意思表思ト單純ノ意思表示（Realakt: reinen Rechtsakt）

單純ノ意思表示トハ意思表示ノ成立ニ單ニ法律上ノ效果ヲ生セシメント欲スル意思ノ表示ノミヲ要スルモノヲ云フ、要物的意思表示トハ意思以外ニ同時ニ物（廣義）ヲ要スルモノヲ云フ、從來此區別ハ契約ノ分類トシテ論セラレタリ、然カシ契約以外ノ行爲ニ於テモ猶此ノ區別アルヲ發見ス、故ニ意思表示ノ區別トナスヲ正當トス、例ヘハ動產ノ所有權ノ拋棄ニハ所有權ヲ拋棄セントスルノ意思ト同時ニ其占有ヲ拋棄スルノ事實アルヲ要ス、故ニ要物的意思表示ナリ、反之通知催告等ニ於テハ單純ニ意思表示ヲ要スルノミナリ、

（ロ）相手方アル意思表示ト相手方ナキ意思表示（Emphangsbedürftig, nicht E. b）

此區別ハ一方行爲ト契約ノ區別ト混同スルコトナキヲ要ス、相手方ナキ意思表示トハ特定人ニ對スルコトナクシテ成立スル意思表示ナリ、相手方アル意思表示トハ實ハ相手方アルヲ要スル意思表示ノ義ニシテ其契約ノ要素タル可キ意思表示（申込承諾）ナルト一方行爲ナルトニ論ナク兎モ角モ特定ノ相手方アリテ之レニ對シテ表示セラレテ成立スル意思表示ナリ、例ヘハ催告ハ債務者ニ對スルヲ要ス、債權ノ免除モ亦然リ、故ニ之レ等ハ相手方アル意思表示ナリ、反之遺言、寄附行爲、懸賞廣告等ハ特定ノ相手方ニ對シテ表示セラルヽモノニ非ス、之レ等ハ相手方ナキ意思表示ナリトス、

然ルニ相手方ナキ意思表示ヲ否認スルノ論、近頃漸ク盛ナリ、其論據ニ曰ハク意思表示ハ其語義ニ依ルニ意思ヲ他人ニ通知シ明瞭ニナスノ目的ヲ以テ爲シタル表示ナラサル可ラス、而シテ意思ヲ通知（Kundgebung）シ明瞭ニナス（Klarmachen）ニハ相手方アルヲ要スル理ナリ、此故ニ意思表示ト云ヘハ必ラス相手方アル場合ニ限ル、相手方ノ存在ハ意思表示ノ要件ナリト（Hellmann. Dog. Jahrb. 42

S. 418. 437. Leonhard. L. B. 256. Binder Rechtsstellung d. Erben. S. 100. Manigk willenserklarung S. 190 ff.)特定ノ相手方ニ對セスシテ表白セラルヽモノハ意思表示ニ非ラス、意思表白(Willensausserung)意思實行(Willensbetatigung willensverwirklichung)又ハ意思行爲(Willensgeschäft)ト稱シ別ニ觀念ヲ立ツ可キモノナリトナス、此論ハ本法ノ解釋トシテハ採ル可ラス、本法ニ於テハ相手方ナキ場合、(一)遺言(一〇九〇、一〇九四、一〇九六、一〇九七、一〇九九等ヲ意思表示ト稱シ(二)懸賞廣告(五三一)ヲモ意思表示ト稱ス、故ニ本法ノ意思表示ノ觀念中ニハ相手方ナキ場合ヲ含ム(拙文法律行爲ノ觀念京都法學會雜誌五卷六號七十二頁以下ヲ見ヨ)、

(七)意思表示ノ效力ノ基礎

意思表示ハ上來說明セルカ如ク意思ト表示ノ二要素ヨリ成ル、而シテ表示手段ハ其數限リナク只其手段ハ何等カノ意義ヲ有スルヲ以テ要件トナスノミ、而シテ意思表示ハ相手方アル場合ハ勿論其ノ無キ場合ニ於テモ畢竟何人ニカ認識セラレテ始メテ效力ヲ生スルモノナリ、故ニ法律上效力ヲ生スル源ハ表意者カ其表示手段ニヨリ表示セントシタル眞意ナルカ、又ハ客觀的ニ取引ノ慣習カ、其表示方法ニ付スル意義ナルカ、前者ニ於テハ表意者カ拘束セラルヽハ自己ノ意思ノ力ニ依ル、後者ニ於テハ寧ロ其ノ表示ニヨリ拘束セラルル即チ Vis legis 法律ノ力ニヨリ拘束セラル、前者ハ此故ニ意思主義(Willenstheorie)ト稱シ、後者ハ之レヲ表示主義(Erklärungstheorie)ト稱ス、

意思主義ハ意思表示ノ拘束力ノ根據ヲ個人ノ自治ニ求ム(Autono nie)、人ハ自己ノ自由撰擇ニヨリ意思ヲ決定シ之レヲ表示ス、故ニ其意思ニヨリ羈束セラル、若シ其表示カ眞意ト異ルヲ立證シ得ルナラハ眞意ハ表示セラレス表示ニハ眞意伴ハス、從テ法效ヲ生ス可キ根據ヲ欠ク故ニ無效ナリト、猶或ハ曰フ自己ノ意思ニ拘束力ヲ付スルハ自己ノ意思ヲ實行スルモノニシテ表意者ノ利益ナリ故ニ之レヲ許スト、之レヲ難スル者ハ曰ハク若シ自治ノ範圍ナルカ故ニ效力ヲ生ストセハ一旦表示シタル意思ヲ變更シテ效力ヲ失ハシムルモ亦自治ノ範圍ニ屬セスヤ、又若シモ表意者ノ利益ナルカ故ニ強制力ヲ生ストセハ表意者カ單ニ義務ヲ負フ場合、給付ヲ約スル場合ニ於テモ猶利益ナリト云フヲ得可キカト(Vergl Schlossmann Vertrag § 10. 11. 12)、

表示主義ノ根據モ亦一ナラス、曰ハク表意者ハ自己ノ行爲ニヨリ他人ニ對シテ自己ノ意思ノ存在ヲ知ラシメントスル表示ヲナス、故ニ相手方カ過失ナクシテ其表示ヲ信スルナラハ其表示ニ法效ヲ付サヽル可ラスト(Theorie d. Gutenglauben)、或ハ曰ハク取引ノ安全ハ過失ナキ相手方ヲ保護スルニ非サレハ維持スルヲ得ス而シテ表意者ハ自ラ表示ヲナシタルカ故ニ之ニ對シテ責任ヲ負フ可シト、

以上ノ二主義ハ其根底ニ於テ相反對ス、故ニ表意者ノ意思ト表示トカ相一致スル場合ニ於テモ其法效ノ源ニ關シテハ說ヲ異ニセサル可ラス、然シナカラ兩者相一致スル場合ニ於テハ何レノ主義ニヨルモ實際上ノ差異ヲ生セス、其實際上結果ヲ異ニスルハ意思ト表示ト一致セサル場合ニ在リ、即チ意思主義ニヨレハ外見上ノ表示ハ眞意ヲ欠クカ故ニ無效タル可ク、表示主義ニヨレハ他人カ過失ナクシテ之レヲ信シタルトキハ有效タル可シ、前者ハ表意者ヲ保護スルコト厚ク後者ハ相手方ヲ保護スルコトニ至レリ、此ノ如クニ兩說共ニ眞理ヲ含ムト雖モ無制限ニ之レヲ貫ケハ各々欠點ヲ暴ス、故ニ何レニヨルモ例外ヲ認メサルヲ得ス、而シテ意思主義ノ例外トスル處ハ表示主義ノ原則ニシテ表示主義ノ例外トスル所ハ意思主義ノ原則トナル、

我民法ノ全體ヲ通覽スルニ契約ニ於テモ種々ノ一方行爲ニ於テモ個人ノ自由ハ原則ナリ、之レヲ制限スルモノハ只公益アルノミナリ、且又錯誤ノ效力ヲ定ムルニ當リテハ之レヲ無效トナシ（九五）意思無能力者ノ行爲ハ無效トナス是等皆其證左タラスンハアラス、

之ヲ要約スルニ本法意思表示ノ原則ハ、

(イ)表意者ノ眞意カ表示セラレ眞意ト表示ト相一致スル場合ニ法律上ノ效力ヲ生スルヲ以テ原則トナス、

(ロ)表示セラレサル意思、意思ナキ表示ハ何等ノ效力ナシ、

(ハ)意思ト一致セサル表示カ其表示ニ相當スル效力ヲ生スルハ公益上ノ理由ニ基ク例外ナリ、

(八)意思ト表示ノ不一致及瑕疵アル意思表示

(イ)意思ト表示ノ不一致トハ意思ト表示共ニ存シ兩者相一致セサルモノヲ云フ、意思ノ全ク存セサル表示例ヘハ神心喪失者ノ行爲ノ如キハ此内ニ在ラス、又表示ナキ意思ハ假令宣誓ニヨリ知リ得ルトスルモ此ノ内ニ在ラス、之等ハ前段、(ロ)ノ理由ニヨリ無效タル可シ、木節ハ之レヲ明瞭ナリトシテ規定セス、意思ト表示ノ不一致ヲ來ス場合ハ左ノ如クニ分類スルコトヲ得、

(a)表意者カ不一致ヲ知リツヽ表示ヲナシタル場合、

(1)眞意ヲ隱蔽シタル場合（心裡留保）、

(2)相手方ト通謀シテ眞意ニ相當セサル表示ヲナシタル場合（虛僞ノ意思表示）、

(b)表意者カ不一致ヲ知ラスシテ爲シタル表示カ偶然眞意ト一致セサル場合、（錯誤）、

而シテ其效力ヲ定ムルニ當リ本法ハ意思主義ノ原則ヲ貫カスシテ「公益」ト「過失」ノ觀念ヲ參酌シテ之レヲ制限シタリ、

(ロ)「瑕疵アル意思表示」ハ全ク前者ト其觀念ヲ異ニス、意思ト表示ト共ニ存シ又相一致スルモ、意思其ノモノノ成立カ健全ナラサル場合ヲ云フ、人之レヲ法律行爲ノ縁由カ法律行爲ニ效力ヲ及ス場合トナス、正當ナリ、我民法ハ強迫及ヒ詐欺ニ付キ規定ヲ設ケタリ、此ノ如クニ意思ト表示ノ不一致ト意思ノ瑕疵トハ全ク其觀念ヲ異ニスルカ故ニ、兩者競合スル場合ヲ生ス、例ヘハ意思ハ詐欺ニヨリテ生シ之レヲ表示スルニ當リ更ニ錯誤ニ陷ルカ如シ、此ノ場合ニ何レノ規定ニ依ル可キカ各場合ニ付キ述フ可シ、

第九十三條　意思表示ハ表意者カ其眞意ニ非サルコトヲ知リテ之レヲ爲シタルカ爲メニ其效力ヲ妨ケラルルコトナシ但相手方カ表意者ノ眞意ヲ知リ又ハ之レヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ其意思表示ハ無效トス

(一)心裡留保ノ觀念　本條ハ所謂心裡留保(Reservatio mentaris)ヲ規定ス、心裡留保トハ本條前段ニ定義セル如ク表意者カ其眞意ニ非サルコトヲ知リテ爲シタル意思表示ヲ云フ、即チ其表示ニハ行爲意思ヲ欠キ從テ效力意思ヲ欠タヲ以テ其特徵トナス、其表示ニ對スル相手方ノ信否ヲ自覺スルハ其要件ニ非ス、即チ表意者カ如此意思表示ヲナスノ理由ハ種々アリ或ハ諧謔ノ爲メニナシ又ハ説明ノ爲メニナシ、或ハ他人ヲ欺ク爲メニ爲ス、然レトモ其效力ニ於テハ常ニ一ナリ、故ニ此點ハ深ク研究スルノ要ナシ、

例ヘハ甲ノ土地ヲ讓渡ス可キ旨ヲ表示シ而モ其意中ニハ乙ノ土地ヲ讓渡ス可キコトヲ思ヘル場合、某財産ヲ贈與ス可キ旨ヲ表示シ而モ其意中ハ之レヲ賣買スルヲ思ヒ代價ヲ得ント欲スル場合、條件付ニテ或財産ヲ讓渡スルヲ思ヒ然カモ其條件ハ意中ニ留保シ單純ノ讓渡ノ意思ヲ表示スルカ如キ之レナリ、

(二)心裡留保ノ效力　本法ノ採用セル意思主義ノ原則ニヨレハ心裡留保アル場合ニハ其意思表示ハ無效タル可キナリ、何トナレハ其表示ニハ眞意伴ハサレハナリ、然レトモ斯クノ如クセハ人言ヲ信シテ取引ヲ爲ス能ハス信用ノ發達ヲ害スル大ナリ、此ノ故ニ本條ハ心裡留保ヲ以テ意思主義ニ對スル例外ノ場合トナシ、

(イ)原則トシテ其意思表示ヲ有效トナシ表示通リノ效力ヲ生セシム、但シ例外ト

シテ

(ロ)相手方カ眞意ヲ知リ又ハ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ其意思表示ハ之レヲ無效トナス、而シテ此ノ例外ノ場合ニ關シ左ノ疑問アリ、

(a)表意者カ心裡ニ留保シタル眞意ヲ相手方カ知リ又ハ知リ得可キ場合アリ得ルヤ、曰ハク然リ彼ノ戲言諧謔等ニ於テハ相手方ハ其眞意ヲ知リ得ルヲ常トス、然レトモ心裡ニ留保セラレ表示セラレサル意思ヲ外部ヨリ知リ得ト云フハ矛盾ナリ、實ハ此等ノ場合ニ於テハ嚴格ニ論スレハ二個ノ意思表示アルモノニシテ眞ノ心裡留保ニ非ス、即チ(一)ハ眞意ニ合セサル表見的ノ表示ニシテ(二)ハ間接ニ推知シ得可キ眞意ノ表示ナリ、而シテ其後者ヲ以テ前者ノ效力ヲ阻却スルカ故ニ相手方ハ損害ヲ被ルノ怖ナシ、從ツテ眞意ニ非サル意思表示ヲ有效タラシム可キ理由ナシ、是レ例外ノ場合ヲ生シタル理由ナリ、

(b)表意者ノ眞意ヲ知リ又知リ得可キ場合ヲ生スルハ相手方アル意思表示ニノミ限ル可キカ、本條但書ニハ明ニ相手方カ眞意ヲ知リ云々ト規定ス、故ニ但書ハ相手方アル意思表示ニノミ適用セラル可シト爲スヲ通說トス、然レトモ此ノ如キハ不都合ナル場合ヲ生スルコトナキニ非ス、例ヘハ戲ニ遺言書ヲ作リ受遺者相續人等皆其戲ナルヲ知ル、又ハ一人アリ戲ニ其所有權ヲ拋棄ス隣人其戲ナルヲ知テ之レヲ占有ス、此等ノ場合ニ其行爲ノ效力如何、意思表示ノ性質ヨリ云ヘハ之レ等ハ皆相手方ナキ意思表示ナリ若シ通說ノ如クニ解セハ、本條但書ノ適用ナキカ故ニ遺言、所有權ノ拋棄皆有效タラサルヲ得ス、然レトモ此ノ如キハ極メテ不都合ナル結果ト云ハサルヲ得ス、若シ本條相手方ノ意義ヲ廣義ニ例ヘハ「他人」ト云フカ如クニ解シ得トセハ其弊ヲ除クヲ得可シ、

(三)適用ノ範圍　本條本文ハ契約上ノ意思表示及ヒ一方行爲(相手方アルモノノ相手方ナキモノ)ニ例外ナク適用セラル、但書ノ規定ハ相手方アル意思表示ニノミ適用アル可キカ疑問ナリトス(本條(二))

(四)立證責任　表意者カ其意思表示ノ無效ヲ主張セント欲セハ(一)心裡留保ノアリシコト(二)相手方カ心裡留保ノ事實ヲ知リ又ハ知リ得可カリシ地位ニ在リシコトヲ立證スルヲ要ス、

第九十四條　相手方ト通シテ爲シタル虛僞ノ意思表示ハ無效トス

前項ノ意思表示ノ無效ハ之レヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

(一)虛僞ノ意思表示ノ觀念　本條ハ虛僞行爲(Sinulation, Scheingeschäft)ヲ規定ス、虛僞行爲トハ相手方ト通シテ爲シタル眞意ニ非サル意思表示ヲ云フ、虛僞行爲ノ特徵ハ當事者間ニ其表見上ノ行爲ニ法律上ノ效力ヲ生セサラシメントスル意思ノ連絡存スルニ在リ、換言スレハ當事者間ニ效力意思ヲ欠クモノナリ、之レヲ心裡留保ト比較スルニ心裡留保ニ於テハ表意者一人ノミカ其表示ハ眞意ニ非サルヲ知ルノミニシテ他人ニ對シテ其意思ノ通知ナシ、前條但書ノ場合ニ於テモ外部ヨリ其眞意ニ非サルヲ知リ又ハ知リ得可キノミニシテ當事者間ニ其表示ニ效力ヲ付セストスル合意存スルコトナシ、然ルニ虛僞行爲ニ於テハ此點ニ關シ常ニ合意存ス、故ニ學者或ハ心裡留保ハ一方的虛僞行爲ニシテ本條ノ場合ハ双方的虛僞行爲ナリト說明ス、未タ全ク當ラスト雖モ、比喩ノ言トシテ聞クノ價値アリ、

(二)虛僞行爲ヲナスノ理由　ハ種々アリ例ヘハ債務者カ其財產ヲ差押ヘラレンコトヲ怖レ表面上其友人ニ讓渡ス、或ハ登記料ヲ利センカ爲メニ賣買ノ代價ヲ實際ノ契約額ヨリモ低ク記入ス、會社ノ重役トナル資格ヲ得ンカ爲メニ株ノ名義ヲ書替フ、又ハ被選擧人タルノ資格ヲ得ンカ爲メニ不動產ノ名義ヲ書キ替フルカ如キ之レナリ、其目的ハ要スルニ表見上ノ行爲ノ效力ヲ以テ第三ノ目的ニ利用セントスルニ在リ、常ニ然リト云フニ非サルモ詐僞的ナルカ少クトモ不法ナル動機ニ出ツル場合多シトス、然レトモ動機ノ如何ハ虛僞行爲ノ性質效力ニ影響ヲ及サス

(三)虛僞行爲ノ效力　法律行爲ノ性質ヨリ論シテ虛僞行爲ハ當事者間ニ於テ效力意思ヲ欠クカ故ニ無效ナリ、又政策ノ上ヨリ論スルモ虛僞行爲ハ多クハ不法ノ動機ニ出ツ故ニ無效タラシメサルヲ得ス(本條第一項)、其無效ハ獨リ當事者間ニ於ケルノミナラス苟モ利害關係ヲ有スル第三者ハ其無效ヲ主張スルコトヲ得、例ヘハ債務者カ虛僞行爲ニヨリ其財產ヲ友人ニ讓渡シタル場合ニ於テハ債權者ハ之レヲ差押フルコトヲ得可シ、(本章第四節總說(二)ノ(ニ)(ホ)(ヘ)參考)而シテ其ノ給付ヲ終リタル場合ニ於テハ當事者間ニ原狀回復ノ請求權ヲ生ス、但シ虛僞行爲ノ原因カ不法ナル場合ニ於テハ第七百八條ノ適用ニヨリ給付者ハ其ノ返還ヲ請求スル權利ヲ裁判上行使スルヲ得ス、然レトモ債權者ヲ害スルヲ知テナシタル虛僞行爲ハ一般ニハ同條ニ云フ不法原因ノ爲メニスルモノニ非ス(四

二四參考)、

乍然本條但書ノ規定ニヨリ善意ノ第三者ニ對シテハ當事者ハ其無效ヲ主張スルヲ得ス、之レ專ラ虚僞行爲ヲ信シテ取引ヲ爲シタル善意ノ第三者ヲ保護センカ爲メナリ、此特別ナル無效ノ種類ヲ通常相對的無效ト稱ス(第四節總説(ニ)ノ(ト)參照)、其適用ヲ上クレハ(一)惡意ノ第三者ニ對シテハ當事者ハ其無效ヲ主張スルコトヲ得惡意ノ第三者モ亦其無效ヲ主張スルコトヲ得(二)第三者善意ナル場合ニ於テハ第三者ハ其無效ヲ主張スルヲ得レトモ當事者ハ其無效ヲ主張スルヲ得ス(三)而シテ善意ノ第三者ト雖モ其行爲ノ無效ヲ主張スルヲ得ス之レ相對無效ノ特性ナリ、例ヘハ債務者甲カ差押ヲ怖レテ虚僞行爲ニヨリ其不動産ヲ乙ニ讓渡シタルトキハ甲乙間ノ讓渡行爲ハ無效ナリ債權者ハ乙ノ手中ニ存スル其財産ヲ差押フルコトヲ得、然シ乙カ其財産ヲ善意ノ第三者丙ニ讓渡シタルトキハ甲ハ自己ト乙トノ間ノ行爲ノ無效ヲ主張シテ其財産ヲ丙ヨリ取戻スヲ得サルノミナラス、債權者モ亦其行爲ノ無效ヲ理由トシテ之レヲ丙ヨリ取戻スヲ得ス、反之丙ハ甲乙間ノ行爲ノ無效ヲ認メ乙ハ權利者ニ非サルコトヲ主張スルコトヲ得而シテ本條第二項ノ適用アルニハ第百七十七條第百七十八條ノ對抗條件ノ有無ヲ顧ミサルモノナルコトヲ忘ル可ラス、

(四)本條適用ノ範圍

(イ)相手方アル意思表示ニ限ル

本條ノ明文上又其性質上然ラサルヲ得ス、何トナレハ相通謀スルヲ要スレハナリ、然レトモ相手方アル意思表示トハ特定人ニ對シテ表示セラルヽヲ要スルノ義ニシテ必シモ契約ニ限ラス、例ヘハ債務者カ債權者ヲ欺カンカ爲メニ自己ノ有スル債權ヲ虚僞ニ免除スルカ如キ本條ノ適用ヲ受ク、然レトモ相手方ナキ行爲ニ適用ナシ、例ヘハ債務者隣人ニ告ケテ曰ハク我吾所有權ヲ拋棄ス可シト、隣人依テ直ニ之レヲ先占ス、拋棄ハ相手方ナキ行爲ナリ從テ相手方ト通謀ナシ故ニ、本條ノ適用ナシ、猶第四百二十四條ハ有效ノ行爲ヲ取消ス規定ナレハ虚僞行爲ハ同條ノ適用ヲ受ケス

(ロ)債權行爲ニ限ラズ

本條ノ適用アルハ債權行爲ニ限ラス、廣ク物權行爲其他ノ意思表示ニ及フ、而シテ實際上ハ多クハ財産ニ關スル法律行爲ナル可シト雖モ、必ラス然ラサル可ラサル理由ナシ、(七七八八五一參照)

(ハ)官廳ノ行爲ヲ要スル場合

官廳カ當事者間ノ虚僞行爲ヲ知ラスシテ之レト共ニ行爲ヲナシタル場合ニ關シテハ、(一)官廳ノ行爲カ創設的ノ力アル場合ニハ官廳ノ行爲ノミニヨリ效力ヲ生ス可キカ故ニ當事者間ノ虚僞ハ之レニ何等ノ影響ヲ及サス、例ヘハ虚僞ノ訴訟モ裁判所ニ繫屬ス可ク又之レニ對

スル判決ハ其虛僞ナルカ故ニ無效ニ非ス(二)之レニ反シ官廳ノ行爲ト當事者ノ行爲ト相合體シテ法律事實ヲ成シ又ハ當事者間ニ成立シタル行爲ヲ單ニ官廳ニ告知スル場合ニ於テハ其行爲ノ效力ハ虛僞ノ意思表示ニヨリ影響ヲ受ク可シ、例ヘハ虛僞行爲ノ登記虛僞ノ法人設立行爲ノ如シ、婚姻ニ付キテハ獨逸等ニ在リテハ議論アルカ如シト雖モ本法ニ於テハ第七百七十八條ニヨリ、其無效ナルヤ論ナシ、

(五)隱蔽セラレタル行爲ノ效力(Dissimulierte Geschäft)

例ヘハ當事者ハ贈與ヲ裝フモ其實當事者間ニ賣買ノ意思アリタルトキハ其賣買ヲ隱蔽セラレタル行爲ト云フ、隱蔽行爲ノ效力ハ一般法律行爲ノ元則ニヨリ支配セラル、即チ其目的不法不能ニ非ス、又適當ノ表示アリタルトキハ有效ナリトス、此點ハ異說アルヲ聞カス、

(六)虛僞行爲ト信用行爲(Fiducia)

信用行爲トハ甲ノ目的ヲ達センカ爲メニ夫ヨリ大ナル內容ヲ有スル法律行爲ヲ爲スヲ云フ、例ヘハ債務ノ擔保トナスノ目的ヲ以テ物ノ所有權ヲ讓渡シ又ハ債權ヲ讓渡シ、或ハ又手形ノ取立ノ目的ヲ以テ單純ノ裏書ヲナスカ如キ之レナリ、

(イ)其性質

信用行爲ニ於テハ其ノ行爲ニ效力ヲ生セシメントスル意思存シ又表示存ス、故ニ表示ノミ存シ效力意思ノ存セサル虛僞行爲トハ截然之レヲ區別ス可シ、而シテ信用行爲カ普通ノ法律行爲ト異ルハ行爲ノ目的(Zweck)ト其ノ手段タル法律行爲トカ範圍ヲ一ニセサル點ニ在リ、當事者ハ其ノ經濟上ノ目的ニ必要ナルヨリハ一層大ナル權利ヲ相手方ニ讓渡ス、從テ相手方ハ其ノ權利ヲ處分ス可キ權能ヲ有ス、然カモ之レヲ濫用スルコトナカル可シト信用シテ以テ其ノ危險ヲ犯ス、故ニ內部ノ關係ニ於テハ其ノ法律行爲ヲ制限セントスル契約存スルモノト見サル可カラス、羅馬法ニ於テハ法律行爲ノ種類ニ制限アリ、當事者ノ目的ニ適合スル法律行爲ノ種類存セサル場合アルカ故ニ已ムコトヲ得スシテ他ノ種類ノ法律行爲ニ依リタルモノ多シ、今日ハ之ニ反シテ法律行爲ノ自由ノ原則認メラルヽカ故ニ已ムヲ得ス信用行爲ヲナスカ如キハ蓋シ稀ナリ、寧ロ任意ニ手續又ハ費用ノ省略ノ目的ニ出ツル場合多シトス、(第二編質權ノ部參照)

(ロ)信用行爲ノ效力

信用行爲ハ前述ノ如ク二個ノ行爲ヨリ成ル、一方ニ於テハ財產移轉行爲アリ他ノ一方ニ於テハ其財產ヲ一定ノ目的以外ニ濫用セサル可シトスル債權契約存スルモノナリ、而シテ財產移轉行爲ハ外部ニ顯ハルヽモノニシテ第三者ハ之

ヲ信用スルハ當然ナリ、反之內部ノ債權契約ハ第三者ニ知レサルヲ通常トス、此故ニ讓受人ハ第三者ニ對シテハ完全ナル權利者ト看做サルヽニ非サレハ取引ノ安全ヲ害ス、故ニ讓受人カ其財產ヲ第三者ニ讓渡シタルトキハ其讓渡ハ完全ニシテ讓渡人ハ之レヲ攻擊スルノ手段ヲ有スルコトナシ、然レトモ內部即チ當事者間ニ於テハ讓受人ハ之レヲ其目的以外ニ處分セサル契約上ノ債務ヲ負擔ス、故ニ之レニ違反シタルトキハ損害賠償ノ義務ヲ免レス、例ヘハ擔保ノ爲メニ所有權ヲ讓渡シタル場合ニ於テ讓受人カ之レヲ第三者ニ轉賣シタルトキハ第三者ハ完全ニ所有權ヲ取得ス可シ、而シテ當事者間ノ關係ハ債權關係ニ止マルカ故ニ讓渡人ハ轉買人ニ追及スルヲ得ス、只讓受人ニ對シ債務不履行ノ損害賠償ヲ求ム可キノミ、

或ハ第三者カ惡意ナル場合ニ於テハ之レニ追及スルヲ得トノ說アリ(三一九二五大審院判決)、然シ之レ債權ニ追及權ヲ認ムルノ論ニシテ私法ノ組織ヲ全部改造スルニ非サレハ認ム可ラス、或ハ曰ハン第三者カ惡意ナル場合ニハ之レニ追及セシムルハ政策上至當ナラント、曰ハク然ラス、信用行爲ハ其名稱カ示スカ如クニ始メヨリ財產ノ讓受人ヲ信用シテ(債權關係)爲ス行爲ナリ、故ニ前示ノ危險ノ伴フハ當然ナリ、讓渡人ハ損害賠償ヲ以テ滿足セサル可ラス、

第九十五條　意思表示ハ法律行爲ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無効トス但表意者ニ重大ナル過失アリタルトキハ表意者自ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得ス

(一)錯誤ノ觀念　錯誤トハ廣義ニ於テハ偶然ノ原因ニ基ク意思ト事實ノ不一致ヲ汎稱ス、我々ノ心理ノ働キヲ考フルニ先ツ外界ノ事實ノ認識ニヨリ腦裏ニ其印象ヲ得、考慮ノ結果之レヲ欲スル欲セサルノ動的作用ニ移ル、之レヲ意思(欲望)ト稱ス、而シテ意思ハ猶人ノ內部ノ作用ニ屬ス、其外部ニ表示セラレ具體的ノ形ヲ取リテ始メテ意思表示トナリ法律上ノ效果ヲ生ス、故ニ廣義ニ於ケル錯誤ハ分テ左ノ二トナス、

(イ)意思ト之レカ原因タル事實ノ間ニ於ケル不一致、
(ロ)意思ト表示ノ間ニ於ケル不一致、

前者ハサビニー氏ノ所謂眞ノ錯誤ニシテ今日普通ノ名稱ニ於テハ緣由ノ錯誤ト稱ス、後者ハサビニー氏ノ眞實ナラサル錯誤ニシテ通常法律行爲ノ錯誤(Geschäftsirrtum) 又ハ單ニ錯誤ト稱ス(Savigny System III § 114-115-135-139)、本條規定スル所ハ後者ナリ、

(二)縁由ノ錯誤 (Irrtum in Beweggrund. od. in motif)

トハ意思ヲ作ルニ至レル事實ト意思其モノトノ間ニ横ハル不一致ナリ、故ニ其意思ハ事實ト合致セス、然レトモ意思其モノハ存在ス、故ニ其意思カ適當ニ表示セラレ表示カ其意思ト適合スルトキハ意思ト表示間ニ不一致ヲ來サス故ニ意思表示ノ錯誤ニ非ス、只其意思ハ欠點アルノミナリ、例ヘハ家ヲ賃借セントスル者四圍閑靜ナル可シト信シテ契約ヲ締結ス然ルニ事實之レニ反ス、是縁由ニ錯誤アルモノナリ、然レトモ其家ヲ賃借セントスルノ意思ハ即チ存ス、故ニ無效ニ非ス、又例ヘハ馬ヲ買フ者或馬ヲ見テ其性質温順ナル可シト信シ、之レヲ買ヘリ、然ルニ温順ニ非ス、此場合ニ於テハ温順ナル馬ト云フ印象ト事實ト合致セス、故ニ縁由ノ錯誤アリ、然レトモ特定ノ馬ヲ買ハントスル意思ハ即チ存ス、故ニ其意思表示ハ有效ナリ、

縁由ノ錯誤ニ效力ヲ附セサル理由ハ取引ノ安全ヲ維持センカ爲メナリ、實際表意者ハ皆或目的(縁由)ノ爲メニ法律行爲ヲナスモノナリ、其ノ錯誤ヲ顧ミストナスハ大ニ憐レム可キ事情ナシトセス、然レトモ之レヲ顧慮スルニ於テハ取引ノ安全ヲ期ズ可ラス、依テ斷然後者ニ重キヲ置テ縁由ノ錯誤ハ之レヲ顧ミサルモノトナス、或ハ又形式的ニ縁由ハ意思表示ノ構成分子ヲ成サス其外部ニ存スル事實ナルカ故ニ其錯誤ハ意思表示ニ效力ヲ及サスト說明スルモ可ナリ

然ルニ獨逸民法ハ物又ハ人ノ性質ニ關スル錯誤ヲ以テ意思ノ內容ニ關スル錯誤ト同視スル旨ヲ規定ス(獨民一一九、二)、此ニ於テカ註釋家ハ縁由ノ錯誤モ重大ナルトキハ法律行爲ノ效力ニ影響ヲ及スモノト論ス(Endemann I § 71. Anm 13. Crome I § 78)、蓋シ正當ナラン、然レトモ之レ本法ノ主義ニ非ス「單純ナル縁由ノ錯誤ノ爲メニ意思表示ハ無效トナルコトナシ」トハ理由書ニ明記スル處ナリ、又本條ノ正文ニモ「法律行爲ノ要素」ニ錯誤アリタルトキハ云々トアリ、而シテ要素トハ法律行爲ノ成分ヲ指スモノナラサル可ラス、而シテ縁由ハ法律行爲ノ成分ヲ成ササルハ如何ナル學說ニヨルモ異論ナキ所ナリ、左ラハ縁由ノ錯誤ハ法律行爲ノ要素ノ錯誤ニ非ス、隨テ意思表示ノ效力ニ影響ヲ及サスト論斷スルヲ至當トス、又之レヲ實際ニ施スニ當リテモ我民法ノ主義ハ不可ナル處ナシト信ス、蓋シ縁由ノ錯誤カ詐欺ニヨル場合ハ次條ニヨリ意思表示ハ影響ヲ受ク可ケ、又縁由ヲ以テ條件トナストキハ縁由ハ內容ヲナスニ至ルカ故ニ勿論法律行爲ノ效力ニ關係アリ、而シテ條件ノ附加ハ必シモ明示ノ意思表示ニ依ルヲ要セサルカ故ニ法律行爲ノ解釋ニシテ誤ナクンハ實際ニ不都合ヲ生スルコトナシ、

(三)意思ト表示ノ間ノ錯誤

是狹義ノ錯誤ニシテ本條ニ所謂錯誤ナリ、錯誤ハ意思ト表示ノ間ニ不一致ヲ來ス、此點ニ於テハ心裡保留虛僞行爲ト異ナラス、只

表意者カ自覺スルコトナクシテ不一致ヲ來ス點ニ於テ前二者ト異ル、

錯誤ハ意思ト表示ノ不一致ノ場合ナリ、故ニ意思及ヒ表示ノ存在ヲ前提トス、例ヘハ意思無能力者ノ行爲ノ如ク始メヨリ何等有效ナル可キ意思ナクシテ表示ノミ存スル場合ハ錯誤ニ非ス、蓋シ意思存セサレハ其表示トノ間ニ不一致アリ能ハサレハナリ、此ノ場合ハ意思無キヲ理由トシテ其意思表示ハ無效タル可シ本條ヲ適用ス可キニ非ス、又錯誤ハ法律行爲ニ影響ヲ及ス一成分トシテ看察セラル、モノナルカ故ニ意識的表示行爲ノ存在モ亦前提トセサル可ラス、若シ夫レ表示行爲存在セサルニ於テハ意思ト表示ノ不一致アリ得可ラス、例ヘハ他人カ手ヲ取リテ證書ニ署名捺印セシメタル場合ニ於テハ其證書ノ文言カ自己ノ意思ト一致セスト雖モ錯誤ニ非ス、チーテルマン氏ハ此場合ヲ意識ノ錯誤(Irrtum in Bewusstsein)ト稱シ錯誤ノ一種ト爲スト雖モ正確ニ非ス、此ノ場合ハ表示行爲存在セサルニヨリ全然無效タル可キナリ、本條但書ノ規定ノ如キモ亦適用アルニ非ス、以上ノ二ノ場合ハ本條ノ支配ヲ受クルニ非サレハ其要素ニ關スルヤ否ヤノ問題ヲ生セス、常ニ絶對ニ無效ナリ右ノ前提ノ下ニ錯誤ヲ定義スレハ

錯誤トハ表意者カ意識的ニナシタル表示カ偶然表意者ノ意思ト一致セサル事實ヲ云フ、

故ニ錯誤ハ獨リ行爲意思ト表示ノ間ニ存シ得可キナリ、而シテ錯誤ヲ生スル場合ハ左ノ如シ、

(イ)表意者カ眞意ニ相當スル表示ヲナサント欲シ又其表示方法ニ付キテハ正當ノ智識ヲ有スルモ之レヲ實行スルニ當リ誤リテ他ノ表示方法ヲ取リタル場合、例ヘハ賣買ヲナサント欲シ且ツ賣買ト曰ハント欲シタルモ之レヲ表示スルニ當リ偶然貸借ト云ヘルカ如シ(Verirrung in d. Erklärung)、所謂誤筆誤談ノ類ナリ、

(ロ)表示方法ノ意義ヲ誤解スル場合、例ヘハ表意者カ質權ヲ設定セント欲シ抵當ト質ハ同義ナリト誤解シ抵當ト表示スルカ如キ之レナリ(Errtum über d. Sinne der Erklärung)

此二場合ニ錯誤ヲ生ス、然シ其法律行爲ノ效力ニ及ス影響ニ至リテハ二者異ル所ナシ、

(四)錯誤ノ效力

錯誤ハ其直接ノ結果トシテ眞意ノ表示ヲ妨ク即其表示ニハ眞意ノ欠缺ヲ來スモノナリ、表示主義ニヨレハ錯誤ハ意思表示ノ效力ニ影響ヲ及サヽルヘシ何トナレハ表示存スルカ故ナリ、意思主義ニヨレハ錯誤ニヨル意思表示ハ無效タル可シ何トナレハ其表示ニハ眞意伴ハサレハナリ、前主義ヲ貫ク

ハ取引ノ安全ハ維持セラル可キモ表意者ノ不幸憐ム可キモノアリ、後ノ主義ニヨレハ反之、本條ハ元則ヲ意思主義ニ置キ之レニ對シテ多少ノ制限ヲ加フ、即チ左ノ如シ、

(イ)錯誤カ法律行爲ノ要素ニ關スルトキハ其意思表示ハ全部無效トス、

(ロ)法律行爲ノ要素ニ關セサル場合ニハ錯誤ハ法律行爲ノ效力ニ何等ノ影響ヲモ及サス、

(ハ)前示(イ)ノ場合ニ於テモ表意者ニ重大ナル過失アルニヨリ錯誤ヲ生シタルトキハ表示者ハ自ラ其無效ヲ主張スルヲ得ス、

(五)法律行爲ノ要素　前段ニ示ス如ク錯誤ノ效果ノ有無ハ其法律行爲ノ要素ニ關スルヤ否ヤニヨリ決ス、故ニ要素ノ意義ヲ確ムルコト極メテ大切ナリ、然ルニ法文ノ文字ハ簡單ニシテ法文上ニ根據ヲ求ムルコト難シ、案スルニ左ノ二方法アル可シ、

(イ)法律行爲ノ内容ヲ形成スル成分ヲ分析シ、其原素中主要ナルモノヲ求メテ以テ要素トナスノ方法、是レ要素ノ文字ニ拘泥スルモノニシテ彼ノ要素トハ廣義ノ目的ノ義ナリト論シ(梅博士民法要義第九十五條參考)又ハ當事者ヲ含ムヤ否ヤ等ノ論ハ皆此研究方法ヨリ來ル、

(ロ)意思主義ノ立脚地ニ據リ法典カ之レヲ制限シタル理由ヲ求メ一切ノ事情ヲ參酌シテ決定セントスルモノ、

(イ)ノ方法ニヨレハ要素ノ意義ヲ形式的ニ定ムルコトヲ得可シ、例ヘハ期限ハ要素ナリヤ條件ハ要素ナリヤ、賣買ニ於テハ何ヲ要素トナス可キカ交換ニ於テハ如何ノ問題トナル(ロ)ノ方法ニヨレハ各場合ニヨリ異ルコトヲ得可シ、例ヘハ賣買ニ於ケル瑕疵擔保ノ義務ノ有無ハ或ハ要素トナリ、或ハ要素トナラス、又賃貸借ニ於ケル期限ノ如キモ場合ニヨリ要素ヲ成シ又ハ成サス、

余ハ第二ノ見地ヲ以テ正當ト信スルモノナリ、抑モ我法典カ原則ヲ意思主義ニ置キタルニモ拘ハラス、法律行爲ノ要素ニ關セサル錯誤ハ何等ノ效力ナシトナシタル所以ハ、表意者ト相手方ノ利益ヲ調和セント試ミタル精神ニ出テタルヤ論ナシ、而シテ表意者ノ利益ハ凡テノ錯誤ニ意思表示ヲ無效ナラシムル效力ヲ付スルニ在リ、相手方ノ利益ハ之レニ反シ凡テノ場合ニ意思表示ヲ有效ナラシムルニ在リ、然レトモ此二者ハ到底兩立スルヲ得ス、依テ當事者ヲシテ些少ノ損害ヲ蒙ラシムルハ之レヲ忍ヒ極端ナル損失ヲ蒙ルヲ避ケシメントスルニ在リ、即チ知ル可シ要素トハ法律行爲中ノ「主タル利益ノ存スル點」ヲ指スニ外ナラサルヲ、此原則ヲ個々ノ場合ニ應用スルニ當リテハ凡テノ状

況ヲ攻究シテ何レカ主タル利益ノ存在點ナリヤヲ決定セサル可ラス、然トモ錯誤ハ獨リ行爲意思ニ付キテノミ存ス可キモノナルカ故ニ其外部ニ横ハル緣由ニ至リテハ之レヲ參考スルヲ得ス、必ラス行爲ノ内容ニ付キテ之レヲ定ムルヲ要ス、而シテ其標準ニ付キ三方法アリ、

(イ)主觀主義　表意者ヲ標準トシテ定メントスルモノ即チ錯誤ナカリセハ表意者ハ意思表示ヲナサヽリシナル可シトスル點ヲ以テ要素トスルモノナリ、此論ニヨレハ表意者カ常識ヲ失シ奇僻アリ、又ハ個有ノ特別ノ目的ノ爲メニ法律行爲ヲナス場合ニハ相手方ハ其犧牲トナル、例ヘハ株ノ賣買ニ於テ通常人ハ其番號ノ如キハ之レヲ眼中ニ置カス即チ主要ナル點ニ非ス、然ルニ表意者ハ「四」ノ數ヲ忌ムノ奇僻アリ四數ノ株ナラハ、到底之レヲ取得スル能ハストス、而シテ假リニ三百號ヲ買ハント欲シ誤テ四百號ト表示シタル場合ニ於テハ表意者ノ爲メニハ其番號ハ要素トナリ、賣買ハ無效トナル奇觀ヲ呈ス可シ、

(ロ)客觀主義　通常人カ表意者ノ地位ニ在リト假定シテ錯誤ニ陷ラサリシナラハ意思表示ヲナサヽリシナル可シトスル點ヲ要素トス、故ニ前例ニ於テ株ノ番號ノ錯誤ハ要素ノ錯誤ニ非サル可シ、

(ハ)折衷主義　即チ原則ヲ主觀主義ニ取リ客觀主義ニヨリ制限ヲ加フ可シトナスモノナリ、余ハ之レヲ可ト信ス、蓋シ本條ハ意思主義ノ根據ニヨリ錯誤ノ效力ヲ定メタレハナリ、即チ主觀的ニ要素ナリトスル點モ客觀的ニ見テ要素ニ非サレハ意思表示ニ影響ヲ及サストナスモノナリ、故ニ大體客觀主義ト結果ヲ一ニス、其異ル點ハ客觀的ニ要素ナリト[illegible]主觀的ニ要素ニ非ストセハ其意思表示ヲ有效トナシ得ルニ在リ、折衷主義ノ長所ハ此點ニ在リ、一例ヲ上クレハ甲者羽二重ヲ買ハントシ縮緬ト表示ス、客觀的ニ見レハ二者全ク別物ナリ故ニ其意思表示ハ無效タル可シ、然ルニ表意者ハ其意絹織物ヲ得ントスルニ在リ其羽二重ナルト縮緬ナルトハ實ハ眼中ニ置カサル所ナリトセハ折衷主義ニヨレハ之レヲ有效タラシムルヲ得可シ、

要スルニ法律行爲ノ要素ノ意義ハ諸種ノ事狀ヲ參酌シ右折衷主義ノ標準ニヨリ主タル利益ノ存スル點ニ關スルヤ否ヤニヨリ決ス可シ、其種類ノ如キ之レヲ列記シ得可キニ非ス、只單ニ例示ノ目的ヲ以テ從來學者ノ說ク所ヲ左ニ說明ス可シ。

(イ)法律行爲ノ種類ニ關スル錯誤(Error in negotia)　賣買ト貸借、物權ト債權、保證ト連帶、質ト抵當等ノ錯誤ヲ云フ、多クノ場合ニ於テハ要素ノ錯誤タル可シ、然レトモ必シモ常ニ然リト云フヲ得ス、例ヘハ委任契約ニ於ケル報酬ノ有無

消費貸借ノ利率、賃貸借ノ借賃支拂ノ時期等ニ付キ錯誤アルモ恐クハ要素ノ錯誤ト云フ能ハサル場合多カル可シ、

(ロ)相手方ノ同一ニ關スル錯誤(Error in persona)

甲者ト賣買セント欲シ乙者ト契約ヲナシ、甲ニ贈與セントシテ乙ニ贈與セル場合ノ如シ、其效力ハ一概ニ論斷ス可ラス、例ヘハ賣買ニ於テモ信用賣買ナルトキハ相手方ノ何人ナルカハ表意者ノ重キヲ置ク處ナリ、現金賣買ニ於テハ恐クハ之レニ反ス可シ、其他保證連帶等信用ヲ主眼トスルモノ又ハ贈與ノ如キハ通常相手方ノ何人タルカニ重キヲ置クモノナリ、人或ハ曰ハン錯誤ハ獨リ行爲意思ニ付キテノミ生シ得ルモノナリ、而シテ相手方ノ何人ナリヤハ行爲意思ノ内容ヲ爲サヽル可シト、曰ハク然ラス、一定ノ相手方ヲ以テ要件トナス意思表示ニ於テハ相手方ノ何人ナルカハ行爲意思ノ内容ヲ爲スモノナリ、例ヘハ贈與ニ於テハ單ニ財產權ノ移轉ヲ以テ其内容トナサス、「何某ニ移轉」ト云フコトカ意思ノ内容ナリ、故ニ相手方ノ錯誤ハ法律行爲ノ内容ノ錯誤トナリ、單ニ縁由ノ錯誤ニ非ル場合アリトス、

(ハ)法律行爲ノ目的タル物ノ同一ニ關スル錯誤(Error in corpore)

例ヘハ甲地ヲ賣ラント欲シ乙地ト表示セル場合ノ如シ、要素ノ錯誤トナル場合ト然ラサル場合トアリ、例ヘハ甲號ノ株式ヲ買ハント欲シ乙號ノ株式ト表示セル場合ノ如キハ通常要素ノ錯誤ニ非ス、前例ノ如キハ之ニ反ス可シ

物ノ同一ハ如何ニシテ之レヲ定ム可キカ、曰ハク腦裏ノ印象中ニ存スル物ト表示ノ指示スル物ト一致スル場合ニハ物ノ同一アリトス、單ニ名稱ニヨリ決ス可キニ非ス、例ハ競馬場ニ於テ目擊シタル名馬ヲ買ハント欲シ、其所有者ノ厩ニ就キ一頭ノ馬ヲ指シテ之レヲ買ヘリ、然ルニ其馬ハ他ノ馬ナリシトス、此場合ニ關シ「ウイントシャイド」氏ハ物ノ同一ニ關スル錯誤ナリトシ、チーテルマン氏ハ之レ物ノ性質ニ關スル錯誤ニシテ縁由ノ錯誤ナリトス、後說ヲ是ナリトス、蓋シ此場合ニ於ケル行爲意思ハ指示セル馬ヲ買ハントスルニ在リ而シテ之レヲ指示セリ、故ニ意思ト表示トハ不一致ニ非ス、只其指示セル馬ハ競馬場ニ於テ名譽ヲ得タル馬ナル可シト信セルカ故ニ之レヲ買ハントノ意思表示ヲ爲セルノミ、然ルニ其性質ヲ欠クモノナレハ性質ノ錯誤ニ過キス、若シ反之甲競馬場ニ於ケル名馬ヲ買ハント欲シ誤テ乙競馬ニ於ケル名譽ヲ買ハント申込ミタルナラハ、之レ眞ニ目的物ノ同一ニ關スル錯誤ナリ、

(ニ)物又ハ人ノ性質ニ關スル錯誤(Error in Substantia)

例ヘハ書家ナラント信シテ某ニ揮毫ヲ依賴セルニ其人ハ書家ニ非ス又ハ純金ノ品ト信シテ購ヒシ

ニ渡金ナリシ場合ノ如シ、其錯誤ノ性質ハ明ニ緣由ノ錯誤ナリ、「書案タルノ性質」「純金タルノ品質」ハ「揮毫ノ依賴」又ハ「賣買」ノ意思ヲ決定スルニ至リタル原因ニ過キサルナリ、而シテ法源欠如スルカ故ニ獨逸ノパンデクテン家ノ說ニ於テハ定說ナク、只其性質ヲ欠クカ故ニ物ヲ他ノ種類ノ物タラシムル場合ニハ所謂重要ナル錯誤ニシテ法律行爲ヲ無效タラシムル可シ、而シテ物ヲ他ノ種類ノ物タラシムルヤ否ヤハ取引ノ通念ニヨリ決ス可シトナス者多シ（Windscheid. § 76. A. Regelsberger § 142）、此論ニヨレハ店頭ノ時計、指環ヲ純金ト信シテ購ヒ純金ニ非サル場合ニハ其意思表示ハ無效タル可シ、又書畫ノ賣買ニ於テ某畫工ノ筆ナリト信シテ購入セルニ僞筆ナルトキハ無效トナル可シ、此思想ハ一部獨逸民法ニ入リ其第百九十條二項ニ物又ハ人ノ性質ニ關スル錯誤モ重要ナルトキハ意思表示ノ內容ニ關スル錯誤ト看做スト規定セラル、故ニ獨逸民法上ハ緣由ノ錯誤モ或場合ニ於テハ法律行爲ニ影響ヲ及ス、然レトモ本條ノ規定ニ於テハ錯誤ハ法律行爲ノ要素ニ關スルニ非サレハ何等ノ效力ナシ而シテ物又ハ人ノ性質ニ關スル錯誤ハ法律行爲ノ要素ニ非サルカ故ニ其效力ニ影響ヲ及サヽルモノト論斷スルヲ正當トス、

(六)表意者ノ重大ナル過失ニ依ル錯誤

(イ)過失ハ注意義務ノ毀損ナリ、吾人多數共同シテ社會生活ヲナスニ當リテハ當ニ相當ノ注意ヲ以テ行動シ他人ノ權利利益ヲ侵害セサルヲ力メサル可ラス、之レ即チ注意義務ニシテ之レヲ毀損スルモノ即チ過失ナリ、注意義務ハ道德上ノ義務ニ非ス法律上ノ義務ナリ法律ハ明文ヲ以テ之レヲ規定スルコト、アリ例ヘハ「相當ノ注意ヲ以テ云々」ト規定セル場合ノ如キ之レナリ、其然ラサル場合ニ於テモ當ニ注意義務ヲ怠ル可ラサルヲ前提トス、而シテ過失ハ左ノ場合ヲ含ム、

(イ)必要ナル注意ヲ怠ラサリシナラハ違法ノ結果ヲ豫見シ得可キニ注意ヲ怠リタルカ爲メニ豫見セサリシ場合、之レヲ**偶然ノ過失**ト云フ、

(ロ)違法ノ結果ノ發生スルコトアル可キコトハ之ヲ豫見セルモ其發生セサル可キヲ信シテ之レヲ防止ス可キ相當ノ手段ヲ講セサル場合、之レヲ**自覺的過失**ト云フ、例ヘハ小兒カ危險ノ場所ニ遊戲ス其負傷スルコトアル可キヲ知ル、然ルニ之レヲ放任セルカ故ニ負傷セリトセハ之レ自覺的過失ナリ、又騎馬スル者群集中ヲ通行ス其傷人ヲ傷クルコトアル可キハ豫見スル所ナリ、然カモ之レヲ中止セス遂ニ人ヲ傷ケタリトセハ之レ又自覺的過失ナリ、(イ)ニ於テハ違法ノ結果ノ觀念全ク念頭ニ存セス、(ロ)ノ場合ニハ之レヲ存ス之レヲ其發

異トナス、

過失ハ種々ノ標準ニヨリ之レヲ分類スルコトヲ得本法ノ採用シタルモノハ**(一)客觀的又ハ抽象的**標準ニ依ル過失(Culpa in abstracto)ト**主觀的又ハ具體的**標準ニ依ル過失(Culpa in concreto)ヲ主タルモノトナス、前者ハ共同生活ニ於ケル通常人ノ與フル注意ヲ要求スルモノナリ、即チ行爲者其人ノ注意能力ヲ標準トセス想像的ニ普通人ナルモノヲ創作シ(Bonus paterfamilias)其人ノ注意ヲ要求シ之レニ缺ク處アルモノヲ過失トナス、故ニ之ヲ抽象的過失ト稱ス、後者ハ之レニ反シテ其局ニ當ル者ノ能力ヲ標準トシテ注意ノ程度ヲ定ム、本法ニ於テ「自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意」又ハ「自己ノ爲メニスルト同一ノ注意」六五九、八〇五、八八九、九三六、一〇二一、一〇四〇等)トアルハ之レナリ、其注意義務ニ反スル者ハ主觀的標準ニ依ル過失者ナリ、而シテ(二)客觀的標準ニ依ル過失ハ之ヲ細別シテ**重過失** Culpa lata (九五、六九八、商法三四一、三九六、四四一、五八一等)及ヒ**輕過失** Culpa levis ノ二トナス、本法ニハ別ニ輕過失ノ文字ナシト雖モ、單ニ「過失」ト稱シ又ハ「相當ノ注意」又ハ「善良ナル管理者ノ注意」トアル場合ハ常ニ之レニ屬ス、蓋シ法律ハ元則トシテハ通常人ノ注意ヲ要求シ得ルノミナリ、之ヨリ重ク或ハ輕キ注意ヲ要求スルハ特別ノ事情ニ基クモノニシテ特別ノ明文ニ基カサル可ラス、故ニ特別ノ明文ナキトキハ輕過失ナリトス、重過失ノ觀念ニ付キテハ學説甚タ多シ、或ハ曰ハク重過失ハ惡意ナキ詐欺ナリト、或ハ曰ハク輕過失ハ注意ノ不充分ニシテ重過失ハ注意ノ全部欠乏ナリト或ハ又曰ハク重過失ハ通常人ノ注意ヲ拂サルモノニシテ輕過失ハ特ニ堪能ナル人ノ注意ヲ拂ハサルモノナリト、或ハ又全然二者ノ區別ヲ否認スル者アリ、余輩ノ解スル所ニ於テハ法典カ苟モ其區別ヲ認メタル以上ハ之レヲ否認スル論ハ解釋上到底執ル能ハス、而シテ其區別ハ標準ヲ異ニスルニ非ス、共ニ客觀的標準ニ依ルモノナリト雖モ其程度ヲ異スルモノナリ、少カニ通常人ノ注意ヲ欠クモノハ輕過失ナリ、其程度甚シキニ至ルモノハ重過失ナリトス、過失ノ有無過失ノ程度ハ事實問題ニシテ立證ヲ俟テ裁判官ノ決スル所ナリ、

(ロ)本條但書ニ於テ表意者ニ重大ナル過失アリタルトキハ表意者自ラ其無效ヲ主張スルヲ得ストアルハ便宜ニ基ク立法ニシテ大ニ理由アリトス、蓋シ錯誤カ法律行爲ノ要素ニ關スル場合ニハ其意思表示ハ性質上無效タラサルヲ得ス、其過失ニ出テタルカ爲メニ有效トナル可キ謂ナシ、只損害賠償ノ問題ヲ生スルノミナリ、而シテ表意者カ其無效ヲ主張スルニ於テハ表意者ハ過失アルカ故ニ賠償責任ヲ免カレス、而シテ其損害ハ意思表示無效ナルカ故ニ生シタ

ルモノナレハ過失責任ト相殺セシムルノ目的ヲ以テ表意者ヲシテ其無效ヲ主張スルヲ得サラシムルモノナリ、故ニ相手方ヨリ其意思表示ノ無效ヲ主張スルヲ妨ケス、要之(一)表意者ニ過失ナキトキハ意思表示ハ無效ニシテ損害賠償ノ問題ヲ生セス、(二)輕過失アリタルトキハ意思表示ハ無效ナリ而シテ相手方ノ權利侵害トナリタルトキハ第七百九條ノ規定ニヨリ損害賠償ノ責任ヲ生ス、(三)重過失アリタルトキハ表意者ハ其無效ヲ主張スルヲ得ス、從テ損害賠償ノ問題ヲ生セス相手方カ其無效ヲ主張シタル場合モ亦同シ、蓋シ此場合ニハ損害ヲ生スルアリト雖モ其直接ノ原因ハ相手方ノ行爲ニ在レハナリ、

(七)錯誤ト契約意思ノ不一致(Dissens)　契約ニ於ケル申込ト承諾ノ相當セサル場合ヲ通常錯誤ト稱ス、之レ敢テ不當ナリト云フニ非サルモ本條ノ場合ト區別スルヲ要ス、本條ハ各個ノ意思表示ニ付キ規定シ一方行爲上ノ意思表示ニモ適用アルモノナリ、故ニ二個以上ノ意思表示ノ内容相適應セサル場合ト區別セサル可ラサルハ明瞭ナリ、之レヲ契約ニ應用スルニ當リテハ申込承諾ノ各意思表示ニ付キ適用スルヲ要ス、例ヘハ申込ト承諾ト不一致ナル場合ニハ其何レノ意思表示ニモ錯誤ナシト雖モ契約ハ成立セス、之レ本條ノ意義ニ於ケル錯誤ニ依ルニ非ス意思ノ不一致ニ依ルモノナリ、又申込ニ錯誤アルトキハ申込其モノカ本條ニヨリ無效ナルカ故ニ之ニ相當スル承諾アルモ契約成立スルコトナシ、

(八)錯誤ト不知　錯誤ハ行爲意思ト表示ト共ニ存在シ其一致セサルモノヲ云フ、不知トハ一方ニ表示存スルモ其表示セラレタル事項ニ關スル認識ノ全然欠乏シタルモノヲ云フ、故ニ二者全然其觀念ヲ異ニス不知ニ關シテハ本條ノ規定ヲ適用ス可ラス、意思表示ノ要件ヲ欠クヲ理由トシテ無效タラシム可シ、故ニ其效力ヲ決スルニハ其要素ニ關スルヤ過失アリヤノ問題ヲ生スルコトナシ、但シ其過失ニ出テ相手方ニ損害ヲ及シ不法行爲トナルトキハ損害賠償問題ヲ生ス、

(九)立證責任　表意者カ錯誤ニヨル無效ヲ主張スルニハ錯誤アルコト及ヒ其錯誤カ法律行爲ノ要素ニ關スルコトヲ立證スルヲ要ス、相手方カ之レニ反對スルニハ(一)錯誤ノ存在ヲ否認ス、(二)其ノ錯誤カ要素ニ關スルコトヲ否認ス、(三)表意者ニ重大ナル過失アリタルコトヲ立證スルノ三途アリ、

第九十六條　詐欺又ハ强迫ニ因ル意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得

或人ニ對スル意思表示ニ付キ第三者カ詐欺ヲ行ヒタル

場合ニ於テハ相手方カ其事實ヲ知リタルトキニ限リ其意思表示ヲ取消スコトヲ得

詐欺ニ因ル意思表示ノ取消ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

(一)詐欺及ヒ强迫　ヲ本條ハ規定ス、此二者ハ前三條ニ規定スル所ト大ニ性質ヲ異ニス、前三條ノ規定スル所ハ皆意思ト表示ノ不一致ニ關ス、詐欺及ヒ强迫ハ之レト異リ意思ト表示ノ間ニ不一致ヲ來スニ非ス、只意思ヲ生セシメタル原因カ不正ナルモノナリ、即チ意思其モノカ自由ニ決定セラレタルニ非スシテ他人ノ不正ノ干渉ニ出テタルモノナリ、故ニ之レヲ意思表示ノ緣由ノ瑕疵トナス、緣由ノ瑕疵又ハ錯誤ハ意思表示ノ效力ニ影響ヲ及ホサヽルヲ以テ原則トナス、只本條規定スル二者ニ限リテ其效力ニ影響ス、

(二)詐欺ノ觀念（Dolus arglistige. Täuschung）　詐欺トハ他人ヲ錯誤ニ陷ラシメ意思表示ヲ爲サシムルノ目的ヲ以テ虛僞ノ事實ヲ表示スル行爲ヲ云フ、

(イ)詐欺ハ行爲ナリ、　故ニ幼者狂人等ハ意識ヲ有セサルヲ以テ詐欺ヲ行フヲ得ス、幼者狂人等ノ言ニ迷ハサレタル者ハ天災又ハ偶然ノ出來事ニヨル損失ト見ルノ外ナシ、然シナカラ詐欺ハ法律行爲ニ非サルカ故ニ無能力者モ亦詐欺ヲ行フコトヲ得、而シテ本條ノ詐欺ハ不法行爲トシノテ詐欺ト其實體ヲ同フスト雖モ其效果ヲ異ニスルカ故ニ、本條ノ效果ヲ生セシムルニハ不法行爲責任能力アルヲ必要トセス、

(ロ)詐欺ハ虛僞事實ノ表示ナリ　虛僞ノ事實ヲ表示スル方法ハ(一)存セサル事實ヲ存スルモノトシ又ハ存スル事實ヲ存セサルモノトシ(所謂事實ノ揑造)、(二)實際ニ存スル事實ト異リタル事實存スルモノト表示スル場合ニ別ツヲ得、而シテ其手段ハ必シモ直接ナルヲ要セス、巧妙ナル詐欺ハ直接ニ必要ナキ事實ヲ詐リ表意者ヲシテ自ラ歸納シテ錯誤ニ陷ラシム、而シテ其事實ノ虛僞ハ詐欺者之レヲ認識スルヲ要ス、不注意ニシテ事實ノ眞僞ヲ確メス眞實ナリトシテ表示スル所爲ハ吾人普通ノ道德上ノ觀念ニ於テ之レヲ詐欺トセス、法律上モ亦然ラサルヲ得ス、而シテ以上ノ事實ハ必シモ客觀的ノ事實タルヲ必要トセス、主觀的自已ノ精神狀態モ又事實ナリ(Subjective fact)例ヘハ代價ヲ支拂フノ意思ナクシテ其意思アリト表示シ以テ賣買ヲナス是レ詐欺ナリ、然レトモ詐欺ノ手段ハ必ラス事實ニ關スルヲ要ス、意見又ハ判斷ノ陳述ハ事實ヲ表示

スルモノニ非サルカ故ニ假令正鵠ヲ失スルアリト雖モ詐欺トナルコトナシ、例ヘハ鑑定人カ鑑定ヲ誤ルモ詐欺トナラス、

故意ニ事實ヲ隱蔽シテ表示セサルコト即チ沈默(Undisclosure of fact)カ詐欺トナルヤ否ヤハ古來議論ノ存スル處ナリ、多數說ニ於テハ取引ノ慣習又ハ當事者間ノ關係ニ於テ眞實ヲ表示ス可キ義務アル場合ニ故意ニ眞實ヲ表示セサルハ詐欺ナリトス(富井博士民法原論三六三、Endemaunl § 72 anm p. Rehbsin S. 146 Der. burg B. R. I § 104 anm 9)、我國民法商法ニ於テモ此思想ニヨリ規定ヲ立テタル場合少カラス(例五七二、六三六、六六一、商四二九、)然シナカラ其責任ノ根據ヲ案スルニ皆義務違反ノ責任ニシテ不正行爲ノ責任ニ非ス、抑モ沈默ハ相手方ノ錯誤ニ陷レルヲ知テ之ヲ救濟セサルノミナリ、自ラ虛僞ヲ表示シテ相手方ヲ錯誤ニ陷ラシメタルモノニ非ス、故ニ其性質ハ詐欺ト同シカラス(Regelsberger S. 536 II)、且ツ實際上ノ利害ヨリ論スルモ取引ハ戰爭ナリ、相手方カ自ラ陷リタル錯誤ヲ一々是正スルノ義務ヲ認ムルヲ得ス、法律行爲ヲナスモノハ自己ノ責任ヲ以テ利害ヲ考量スルヲ要ス(Caveat empior)、從テ概括的ニ沈默カ詐欺トナルト論スルハ實際ニ害アリ只法律、慣習又ハ當事者間ノ關係ニ於テ相手方ノ錯誤ヲ是正ス可キ義務アル場合ニ限リ之レヲ怠ルトキハ義務違反トシテ損害賠償ノ責任ヲ負ハシム可シ、本條ヲ適用シ法律行爲ヲ取消シ得可キモノトナスヲ得ス、從テ第三者ニ對抗スルヲ得サルハ當然ナリ、

(ハ)詐欺ノ意思

詐欺ニハ相手方ヲ錯誤ニ陷ラシメ之レニヨリ意思ヲ決定表示セシメントスル意思アルヲ要ス、是ニヨリテ始メテ詐欺ト錯誤ノ間ニ因果關係ヲ生ス、然レトモ不正ニ利益ヲ得又ハ相手方ニ財產上ノ損害ヲ蒙ラシムルノ意思ハ必要ニモ非ス又十分ニモ非ス、例ハ事實ヲ虛示シテ物ヲ買フニ當リ普通市場ニ於ケルヨリハ高價ノ代價ヲ支拂ヘリトスルモ猶詐欺ナリ、或ハ又友人ノ利益ヲ計リ某株ヲ買ハシメント欲ス、其躊躇スルヲ慮リ虛僞ノ物價表ヲ示シテ之レヲ買ハシメタリトス、友人之ニヨリ利益ヲ得ルト雖モ猶詐欺タルヲ免カレス、又詐欺ハ婚姻(七八三、七八四、七八五、)緣組(八五七、八五九)等財產ニ直接關係ナキ意示表示ニモ適用アル可キモノナレハ財產上ノ利得又ハ加害ノ意思ヲ以テ要件トナスヲ得ス、

(三)詐欺ニ因ル意思表示ノ效力

詐欺ノ直接ノ效果ハ被詐欺者ニ眞ノ事實ト異リタル意思ヲ作ラシムルニ在リ、換言スレハ緣由ニ錯誤ヲ生セシムルニ在リ、緣由ニ錯誤ヲ生セシムルカ故ニ間接ニ意思表示ニ效力ヲ及スモノナリ、故ニ其意思表示ニ效力ヲ及スニハ詐欺ト表意者ノ錯誤ノ間ニ因果關係アルヲ要ス、被

詐欺者カ詐欺ノ手段ヲ看破シ其術中ニ陷ラサリシ場合ニ於テハ其意思表示ハ詐欺ニ基因スト云フヲ得ス、故ニ詐欺ハ意思表示ニ何等ノ效果ヲモ及スコトナシ、民法上ノ詐欺ニハ未遂ナシ、

詐欺カ效ヲ奏シ被詐欺者カ意思表示ヲナスニ左ノ二場合アリ、

(イ)詐欺ニヨリ意思ヲ作リ之レヲ表示スルニ當リ更ニ錯誤ニ陷リタル場合、例ヘハ甲ナル者ニ一千圓ノ手形ヲ示シ五百圓ノ手形ナリト僞リ其引受ヲ承諾セシム、甲者署名スルニ當リ誤リテ裏書ノ署名ヲナシタリ、其效力如何、此場合ニハ意思表示ノ效力ニ影響ヲ及ス可キ原因二アリ、一ハ錯誤ニシテ一ハ詐欺ナリ、前者ニヨレハ無效ニシテ後者ニヨレハ取消シ得可キモノナリ、然シナカラ一行爲ノ效力二樣ニ決定セラル可キ理由ナシ、故ニ其強大ナル效力ノ爲ニ薄弱ナル效力ハ併呑セラレ畢竟無效トナル可キモノトス、然レトモ前條ニ明ナルカ如ク之錯誤カ法律行爲ノ要素ニ關スル場合ニ限ル、要素ニ關セサル場合ニ於テハ意思示表ハ錯誤ノ爲メニ影響ヲ受ケサルカ故ニ本條ノ規定ニヨリ取消シ得可キモノトナル、

(ロ)瑕疵アル意思ト其表示ト一致スル場合、　是普通ノ場合ナリ、此場合ニハ意思存シ又之レニ相當スル表示存ス、故ニ意思表示ノ原則上無效ニ非ス、然レトモ其意思ハ他人ノ不法行爲ニヨリ作ラレタルモノニシテ單純ノ縁由ノ錯誤ニ非ラス、被詐欺者ハ憐ム可キモノナリ、故ニ本條第一項ハ之レヲ取消シ得可キモノトス、然シテ詐欺ハ同時ニ不法行爲(七〇九)ノ條件ヲ具備ス(Planck vorm. Z. ad 124)故ニ不法行爲ニヨル保護モ亦存ス、或曰フ詐欺ハ不法行爲ニ非ス何トナレハ權利侵害ナシト、是レ權利ノ意義ヲ不當ニ狹ク解セルヨリ生スル誤解ナリ、第七百九條ニ權利トハ一切ノ公權私權ヲ含ムモノニシテ財産權ノミニ限ラサルナリ、詐欺ハ不正ノ干渉ニシテ人格權ノ侵害ナリ、吾人ハ肉體上及ヒ精神上ニ不正ニ干渉セラレサル權利ヲ有ス、是レ吾人ノ尤モ貴重ナル權利ナリ、故ニ詐欺ハ當然不法行爲ナリ從テ被害者ハ其法律行爲ヲ取消シ猶其ノ餘ノ財産上ノ損害賠償ヲ求ムルヲ得可シ、或ハ法律行爲ヲ取消サスシテ財産上非財産上ノ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得、又取消權カ時效ニヨリ消滅シタル場合ニ於テハ不法行爲ノ規定ニヨリ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得(梅博士民法要義第九十六條比較)、但シ詐欺者ニ不法行爲責任能力ナキ場合ニ於テハ獨リ本條ノ保護ノミ存スルハ論ヲ俟タス、

本條第一項ハ契約上ノ意思表示及ヒ相手方アル又ハ相手方ナキ一方的意思表示ニ廣ク適用アリ、猶後段ヲ見ヨ、

(四)特ニ第三者カ詐欺ヲ行ヒタル場合

之レ本條第二項ノ規定スル所ナリ、或人ニ對スル意思表示ニ付キ第三者カ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テハ「相手方カ其事實ヲ知リタルトキニ限リ其意思表示ヲ取消スコトヲ得」本來詐欺ニ因ル取消ハ不法行爲ヲ基トスルモノニシテ意思ノ欠缺ヲ基トスルモノニ非ス、故ニ第三者カ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テハ不法行爲者ハ第三者ニシテ相手方ニ不法ノ原因ナシ故ニ其意思表示ヲ取消シ能ハサル理ナリ、然ルニ相手方カ表意者ノ詐欺ニ掛レルヲ知テ之レヲ利用シ之レト法律行爲ヲナス場合ニ於テハ相手方ノ行爲ハ信義ニ反スルコト甚シク其惡ム可キコト自ラ詐欺ヲ行フト撰フ所ナシ、故ニ表意者ハ之レヲ取消スコトヲ得、此場合ニ於テ猶損害アリタルトキハ不法行爲者タル第三者ニ對シテ賠償ヲ求ムルコトヲ得可シ、詐欺ハ不法行爲ニ非スト云フ論ニ從ヘハ詐欺者タル第三者ハ全ク無責任タルノ不都合ヲ見ル可シ、本條第二項ハ相手方アル意思表示ノミニ適用アリ、之レ「相手方カ其事實ヲ知リタルトキ」云々トアルニヨリ明ナリ、然ラハ相手方ナキ意思表示ニ付キ他人カ詐欺ヲ行ヒタルトキハ之レヲ取消スコトヲ得サルカ、曰ハク然ラス、本條第一項ノ規定ニヨリ之レヲ取消スコトヲ得可シ、例ハ甲者カ乙者ノ詐欺ニヨリ地上權ヲ拋棄シ其結果丙ナル所有權者ニ利益ヲ與ヘタル場合ニ於テハ丙者カ詐欺ノ事實ヲ知ルト否トニ論ナク甲者ハ其拋棄ヲ取消スコトヲ得、此點ニ付キテハ異説アルヲ聞カス（Halder Kom S. 275 Endemann I § 72 梅博士要義第九十六條富井博士原論三七九、）而シテ其取消前ニ丙者カ完全ノ所有權トシテ其土地ヲ善意ノ第三者ニ讓渡シタルトキハ甲者其拋棄ヲ取消スト雖モ本條第三項ノ規定ニヨリ之レニ對抗スルヲ得サルカ故ニ損害ヲ蒙ルヲ免カレス、而シテ此場合ニハ甲者ハ丙者ニ對シテ損害賠償ヲ求ムルヲ得ス、蓋シ丙者ハ不法行爲者ニ非サレハナリ、宜シク不法行爲者タル乙者ニ對シテ損害賠償ヲ求ム可キナリ詐欺ハ不法行爲ニ非ストノ論ニヨレハ甲者ハ無保護乙者ハ無責任トナルノ不都合ヲ生ス、

(五)詐欺ニヨル取消權ニ對スル制限

取消權ハ之レヲ本章第四節ニ規定ス、第百二十一條ノ規定ニヨレハ取消ノ結果ハ善意惡意ノ區別ナク第三者ニ對抗スルヲ得可キナリ、然ルニ本條ハ取引ノ安全ノ爲メニ之レヲ制限シ詐欺ニ因ル取消ハ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス、

(六)強迫ノ觀念（Metus, Zwang drohung）

強迫トハ他人ニ恐怖ヲ生セシメ之レニヨリ法律行爲上ノ意思ヲ決定表示セシメントスルノ目的ヲ以テ不正ニ危害ヲ加ヘントスル行爲ヲ云フ

(イ)強迫ハ不法ノ行爲ナリ

強迫カ意思表示ニ效力ヲ及ス直接ノ原因ハ恐

怖ニアリ、然レ共凡テノ恐怖カ意思表示ニ效果ヲ及スモノニ非スシテ強迫ニ因ルモノヽミカ其效力アルヲ知ラハ強迫ハ(一)人ノ行爲ニシテ(二)不法行爲タルヲ要スルコト明ナル可シ、故ニ自然力ニヨリ例ハ地震、火災、洪水、等ノ爲メニ人カ危難ニ瀕スルモ之レ強迫ニ非ス、故ニ例ヘハ水中ニ溺レントスル者カ我ヲ救フ者ニハ千金ヲ與ヘント云フ塲合ハ強迫ニヨル意思表示ニ非ス、其意思表示ハ有效ナリ、但シ其者カ知覺精神ヲ喪失セルナラハ自ラ他ノ理由ニヨリ無效タル可シ、又強迫ハ不法行爲タルヲ要ス、此點ハ學說ノ一致スル所ナリ而シテ不法ノ意義ニ付テハ種々ノ說アルモ左ニ二塲合ハ安全ニ之レヲ認ムルヲ得可シ、(一)ハ行爲其モノヽ不正ナル塲合例ヘハ證書ニ署名セサレハ殺ス可シト云フカ如シ(二)行爲其モノハ合法的ナルモ之レヲ以テ不正ノ利得ノ用ニ供セントスル塲合ナリ、例之證書ニ署名セサレハ汝ノ犯罪ニ付キ告訴セント云フカ如シ、假令告訴權アル塲合ニ於テモ之レヲ以テ不正ノ利得ノ用ニ供スルトキハ不法行爲ニシテ強迫トナル、此點モ未タ異說ヲ聞カス(Regelsberger § 144 5. Crome I 95. b. anm 28)、反之債務ヲ履行セサレハ訴追ス可シト云フカ如キ又ハ勞働者カ賃銀引上ノ爲メニ同盟罷工ヲナスカ如キハ不法ノ行爲ニ非ス、故ニ之レニヨリ爲シタル行爲ハ有效ナリトス、但シ權利ヲ行ヒ義務ヲ強ユル塲合ニ於テモ其方法カ客觀的ニ不法ナル塲合ニ於テハ(一)ノ塲合ニ包含セラルヽカ故ニ不法タル性質ヲ帶ヒ強迫トナル、權利ノ行使其ノモノハ本來不法ニ非スト雖モ法律カ權利行使ノ方法ヲ定メタル塲合ニ於テハ之レニ反スルモノハ不法ナリト云ハサル可ラス、例之拳銃ヲ擬ケテ債務ノ履行ヲ迫ルカ如キ之レナリ、

(ロ)強迫ノ手段ハ危害ヲ加ヘントスルニ在リ　而シテ其危害ハ如何ナル種類ノモノナルト又如何ナル程度ノモノナルトヲ問ハス、只其危害カ被害者ニ恐怖心ヲ生セシムルニ足ルヲ以テ十分トス、之レ法律ニ何等制限的ノ明文ナク又強迫ノ直接ノ效果タル恐怖ヲ生セシムル關係ニ於テ差異ナケレハナリ、羅馬ノ學者ハ其危害ハ強迫者ノ直チニ實行シ得可キ性質ノモノタルヲ要求ス(Regelsberger § 144. Dernburg Pand. S. 103)、然ラサレハ被強迫者ハ之レヲ避クルノ途アルカ故ニ強迫タラスト論ス、然シ之レ通常ノ塲合ヲ見タルニ過キス、之レヲ要件トナスハ危險ナリ、例ヘハ玩具ノ拳銃ヲ示シ射殺ス可シト云フカ如キハ實行シ能ハサル處ナリ、而カモ之レニヨリ恐怖心ヲ生スルナラハ強迫ト稱シ不可ナキニ非スヤ、又證書ニ署名セサレハ後日匪徒ヲ集メテ汝ノ家ヲ破壞セント云フカ如キ塲合ニ於テハ危害ハ目前ニ迫ラスト雖モ猶恐怖心ヲ生セ

シメ强迫タルニ欠クル所ナキニ非スヤ、强迫ノ手段タル危害カ恐怖心ヲ生セシムルニ足ルヤ否ヤハ被强迫者ノ主觀的狀態ニヨリ之レヲ決ス可シ、例ヘハ男女、老弱、身體、腕力ノ强弱其他四圍ノ事情等凡テ之レヲ參酌ス可キモノトス、蓋シ意思表示ノ效力ニ影響ヲ及ス可キ恐怖心ヲ生スルヤ否ヤハ被强迫者ノ心的狀態ニヨリテノミ決定セラル可キモノナレハナリ、然ラハ即チ被强迫者ノ迷信又ハ特別ナル怯懦ノ性質ヲモ之レヲ參酌ス可キカ、思フニ元則トシテハ之レヲ參酌ス可キニ非ス、例ヘハ洋服ヲ着セルヲ怖レ又ハ鬚ヲ貯ヘタルヲ怖レ意思表示ヲナシタリトテ後日之レヲ取消スニ至テハ取引ノ安全ノ害セラルルヤ明ナリ、然レトモ强迫者カ特ニ被强迫者ノ性質ヲ知テ之レヲ利用シタル場合ニ於テハ其特性ヲモ參酌セサル可ラス、蓋シ之レ强迫者カ特別ナル有效ナル强迫方法ヲ撰ミタルモノニシテ、他ノ一般ニ通ス可キ有效ナル强迫方法ヲ取リタルト異ナルコトナケレハナリ、例ヘハ神佛ノ祟ヲ說キ勸化寄進ヲ求ムルカ如キ通常人ニ對シテハ恐怖心ヲ生セシムルニ足ラスト雖モ、迷信者ニ對シテハ恐怖心ヲ生セシムルヲ得可シ、故ニ强迫者カ之レヲ利用シタルナラハ强迫トシテ、其意思表示ヲ取消サシメテ可ナリ、獨逸ノ普通法ニ於テハ所謂客觀主義ヲ取リ强迫ノ手段ハ普通ノ能力者ヲ恐怖セシムルニ足ルヲ要ストセルモ其理由ナキナリ、

(八)强迫又ハ危害ノ容體　强迫ノ客體ニ付テハ何等ノ制限ナシトスルヲ正シトス、羅馬法ニ於テハ表意者又ハ其親族ノ生命身體及ヒ自由ニ對シテ加ヘラレタルヲ要セリ、然シ學說ハ一般ニ名譽及ヒ財產ニ對シテ危害ヲ加ヘントスルモノモ亦意思表示取消ノ原因ト認ムルモノノ如シ、佛國ノ民法ハ危害ハ表意者其配偶者、其尊屬親卑屬親ニ對スルヲ要スルモノノ如キモ(佛一一一三)、本法ニハ固ヨリ此ノ如キ制限ナシ要スルニ人間社會生活ノ資料ニ對スル主觀的價値ハ國ニヨリ時代ニヨリ又個人ニヨリ同シカラス、其變遷スルニ從ヒ危害ノ客體モ亦變遷ス、例ヘハ羅馬ニ於テハ名譽ニ對スル危害ハ能ク人ヲ恐怖セシムルニ足ラサリシモ、今日ニ於テハ名譽ハ非常ニ大切ナルカ故ニ之レヲ害セントスルハ恐怖心ヲ生セシムルニ足ル可シ、本條ニ於テ此點ニ關シ何等ノ制限ナキハ全ク形式的ノ制限ヲ設ケス苟モ表意者ニ恐怖心ヲ生セシムレハ足ルトナス精神ナリ、

(ニ)强迫ノ目的　ハ被强迫者ニ對シ恐怖心ヲ生セシメ之ニヨリ意思ヲ決定表示セシメントスルニ在ルヲ要ス、之レ强迫ト意思表示ノ間ニ因果關係ヲ生セシムル連鎖ニシテ、之レヲ缺ク場合ニ於テハ其意思表示ハ强迫ニヨリ生シタルモノト云フヲ得ス、然シ强迫者ノ要求スル意思表示ト被强迫者ノ現ニ爲ス

意思表示ト同一ナルヲ要セス、其相異ル場合ニ於テモ間接ニ因果關係ヲ認ムルヲ得ハ足ル、例ヘハ强迫者カ不法行爲ヲ爲ス可キコトヲ求メタルニ被强迫者ハ其不名譽ヲ避ケンカ爲メニ其ノ代リニ或財產ヲ給付ス可キコトヲ約ス、此場合ニハ强迫ト給付ノ約束ノ間ニハ因果關係アリトス、又强迫者ノ要求スル意思表示ハ特定スルヲ要セス、單ニ危害ヲ示スノミニテ其旨意ハ明ナラサルモ猶强迫トナル、之レヲ避ケンカ爲メニ被强迫者ノ擬定シテ爲シタル意思表示ハ强迫ニ因ル意思表示ト云フヲ妨ケス、蓋シ此ノ場合ニ於テハ强迫者ノ要求ハ概括的ナルカ故ニ被强迫者ノ試ミタルモノハ凡テ其中ニ包含セラレタルモノト見ルヲ得ルカ故ニ因果關係ヲ認ムルコトヲ可シ、

（七）强迫ト絕對强制 (Metus od. Vis compulsiva, Vis absoluta)　此二者ハ相類似スト雖モ混合ス可ラス、强迫ハ意思ヲ決定表示セシメンカ爲メニ加ヘタル强力ナリ、表意者ハ不完全ナカラモ之レニヨリ意思ヲ決定シ且ツ之レヲ表示ス、本條規定スル所ハ即チ之レナリ、學術上絕對强制ト云フハ之レト異リ直接ニ表意者ノ身體ヲ强制スル場合ナリ、例ヘハ手ヲ取リテ證書ニ署名セシムルカ如シ、此場合ニハ表意者ニハ何等ノ意思ナク又行爲ナク只强制者ノ力ニヨリ其身體カ運動セルニ過キス、故ニ其行爲ハ當然無效ナリ取消シ得可キニ非ス、然ラハ其行爲ハ强制者ノ行爲トシテ有效ナラスヤノ問題ヲ生ス、然レトモ之レ又消極的ニ答ヘサル可ラス、何トナレハ强制者ハ自已ノ爲メニ法律上ノ效果ヲ生セシメントスル意思ヲ有セサレハナリ、

（八）强迫ニ因ル意思表示ノ效力　强迫ハ（前示絕對强制ヲ除クハ勿論）二ノ場合ヲ生ス、（一）强迫ニヨル恐怖ノ程度甚シク爲メニ全ク知覺精神ヲ失フ場合此ノ際ニ爲シタル意思表示ハ絕對無效トス事理明白ナルカ故ニ本法ハ之レヲ規定セス、（二）强迫ニヨリ恐怖ヲ生スルモ全ク知覺精神ヲ失ハス、其危害ヲ避ケンカ爲メニ意思表示ヲナス場合、本條規定スル所ハ即チ之レナリ、其意思表示ハ取消シ得可キモノトス、蓋シ此場合ニハ意思ヲ決定表示セシメタル緣由ニハ瑕疵アリト雖モ兎モ角モ意思ト表示ト共ニ存ス、故ニ無效タル可キ理由ナシ、古代ノ羅馬法ハ此理ニヨリ强迫ニヨル意思表示ヲ有效トナシ、只不法行爲ノ訴權ヲ認メタリ、然レトモ此ノ如クセハ被害者ハ强迫ニヨル契約ヲ履行スル責ヲ免カルヽ能ハス、故ニ其保護ハ不完全ナリ、依テ裁判官 (Prätor) ハ原狀回復 In integrum restitutio 及ヒ强迫ノ抗辯 Exceptio metus ノ手段ヲ與ヘタリ (Regelsberger I § 145. II Dernburg Pand. I § 104)、本法ハ獨佛（獨一二三、佛一一一三）等ノ先例ニ倣ヒ之レヲ取消得可キモノトナス、猶左ノ點ニ注意スルヲ要ス、

(イ)強迫ニヨル取消權　ハ詐欺ノ場合ト異リ(一)絶對的ニシテ善意ノ第三者ニ對抗スル事チ得(二)相手方アル意思表示ニ於テ第三者カ強迫チ行ヒタル場合ニ相手方其事實チ知ラサルトキト雖モ表意者ハ猶取消權チ有ス、以上ハ本條詐欺ノ規定ト對照シ特別ノ制限ナキニヨリ明ナリ、然シ立法上ノ意見トシテ余ハ善意ノ第三者ニ對抗セシムルハ取引ノ安全ニ害アルチ以チ不可ナリトナスモノナリ、

(ロ)不法行爲ノ訴權　ト取消權ト併立ス、強迫ハ元來不法行爲ナリ、人格權ニ對スル侵害ナリ、故ニ當然損害賠償ノ訴權チ生ス、本條ニヨリ取消權チ與フルハ被害者チ一層厚ク保護センカ爲メナリ、本條ノ保護チ與ヘテ不法行爲ノ訴權チ奪フモノト解セハ誤ナリ、故ニ表意者ハ意思表示チ取消シ猶損害アルトキハ其賠償チ求ムルコトチ得、第三者カ強迫チナシタルトキハ相手方ニ對シテハ意思表示チ取消シ、強迫者ニ對シテハ殘餘ノ損害ノ賠償チ求ムルコトチ得、

(ハ)公序良俗ニ反スル場合　強迫ニヨリ決定シタル意思ノ内容カ第九十條ニ反スル場合ニ於テハ之レチ無效トス(其理由ハ本條注(三)強迫ニヨリ決定シタル意思チ表示スルニ當リ錯誤アリタル場合モ亦同シ、

第九十七條　隔地者ニ對スル意思表示ハ其通知ノ相手方ニ到達シタル時ヨリ其效力ヲ生ス

表意者カ通知ヲ發シタル後ニ死亡シ又ハ能力ヲ失フモ意思表示ハ之カ爲メニ其效力ヲ妨ケラルルコトナシ

(一)本條ノ大意　本條ハ隔地者ニ對スル意思表示ノ效力發生ノ要件チ規定シタルモノナリ、然シナカラ(一)相手方ナキ意思表示(二)對話者間ノ意思表示ニ關スル規定ハ之レチ缺ク、學說ニヨリ之レチ補ハサル可ラス、

(二)意思表示ノ成立ト效力ノ發生　此二者ハ必シモ時チ同スルモノニ非ス、意思表示ハ意思チ外部ヨリ認識シ得可キ狀態ニ置キタル時ニ完成ス、而シテ其效力ノ發生ニハ更ニ第二ノ要件チ要スルアリ又ハ其完成ト同時ニ效力チ生スルモノアリ、例ヘハ遺言ハ形式ニ從ヘル遺言者ノ行爲ノ完成ニヨリ成立シ其效力ハ死亡ノ時ニ發生ス、寄付行爲モ亦之ト同シク要式行爲ノ完成ニヨリ成立シ行政官廳ノ許可ニヨリ效力チ生ス、之レニヨルモ意思表示ノ成立ト其效力ノ發生ト要件チ一ニセサルチ知ル可シ、

(三) 意思表示效力發生ノ要件

完成シタル意思表示カ效力ヲ發生スルニハ如何ナル條件ヲ要スルカ、是茲ニ述ヘントスル問題ナリ、凡ソ意思表示ハ完成ニ至ルト雖モ效力發生前ニ於テハ表意者ハ何時ニテモ任意ニ撤回スルヲ得可キモノナリ、故ニ本問題ハ實際上極メテ貴重ナル意義ヲ有ス、例ヘハ遺言ハ生前ニ於テハ未タ效力發生ノ要件ヲ具備セサルカ故ニ任意ニ撤回スルコトヲ得可シ、寄附行爲ノ官廳許可前ニ於ケル亦同シ、而シテ其效力發生ノ要件ニ至リテハ行爲ノ性質ニヨリ異ル所アリ、本條ニ於テハ只其原則ヲ述ヘ得ルノミナリ、而モ亦意思表示ノ種類ニヨリ同シカラサルモノアリ左ニ區別シテ之レヲ論セン、

(イ) **相手方ナキ意思表示**　ハ法律ノ規定又ハ行爲ノ性質上特別ノ條件ヲ要スルモノトセサル以上ハ意思表示ノ完成ト同時ニ何等ノ條件ヲモ要セスシテ效力ヲ發スルモノトス、若シ夫レ然ラサレハ效力ヲ生ス可キ時期到來スルコトナケレハナリ、例ヘハ所有權ノ拋棄ノ如キハ其行爲ノ完成ト共ニ效力ヲ生ス、然シ此種ノ意思表示ニ付テハ特別ノ明文存スルモノ少カラス例ヘハ寄附行爲(三四)遺言(一〇八七)廣告(五三〇)ノ如キ之レナリ、

(ロ) **相手方アル意思表示**　ハ理論上相手方カ之レヲ了知シタルトキニ效力ヲ生ス可キモノト爲ス可キニ似タリ、何トナレハ相手方ヲシテ意思ヲ了知セシムルハ此種ノ意思表示ノ目的タル可ケレハナリ、左リナカラ此ノ如クニ解セハ意思表示カ效力ヲ生スルニハ相手方ノ協力(Mitwirkung)ヲ必要トシ、相手方ニ故障存スル場合ニハ(主觀的又ハ客觀的)意思表示ハ效力ヲ發生スルヲ得サルニ至ラン、故ニ相手方ノ了知ヲ以テ其要件トナスノ論ハ實際ノ不便アルカ故ニ採用ス可ラス、此ノ點ニ關シ左ノ學說アリ、

(a) **表白主義** (Ausserungs od. decra'ationstheorie) 意思ヲ表白スルヤ否ヤ直ニ效力ヲ生ストナスモノナリ、即チ意思表示カ成立スレハ無條件ニシテ效力ヲ生ストナスモノナリ、

(b) **發信主義** (Ubermittelungstheorie) 表意者カ意思表示ヲ相手方ニ通知スルノ目的ヲ以テ自已ノ實力支配外ニ置キタルトキニ效力ヲ生ストナスモノ、例ヘハ書狀ヲ投函セル時ニ效力發生ストナスカ如シ

(c) **了知主義** (Vernehmungs-Recogn'tions theorie) 相手方ノ了知ヲ以テ效力發生ノ要件トナスモノナリ、

(d) **到達主義又ハ受信主義** (Emphangstheorie) 意思表示ノ通知ノ相手方ニ到達スルヲ以テ效力發生ノ要件トナスモノナリ、

以上ハ從來契約ノ承諾ニ付キ主張セラレタル主義ナリ、然レトモ今ヤ我民

法ハ索遜民法獨民法等ニ倣ヒ意思表示ノ通則ヲ定メタルカ故ニ意思表示全體ニ通スル論トナレリ、而シテ前記ノ說ハ各相當ノ根據アリ、又主張者アリト雖モ何レモ完全ナルニ非ス、何レニ依ルモ多少ノ例外ヲ認ムルニ非サレハ實際ニ不便ナル場合ヲ生スルナキヲ保セス、左ニ其利害ヲ一言セン、

表白主義ニヨレハ相手方ノ知不知ニ拘ハラス效力ヲ生シ相手方及表意者共ニ拘束セラル可キカ故ニ形式上ノ理論ハ措キテ問ハス實際ニ不都合ナリ、例ヘハ催告通知等ニ於テハ之レヲ發信スルヲモ須ヰス其表示ノ完成ニヨリ效力ヲ生ス可キ結果トナルカ故ニ相手方ハ全ク其意思表示ヲ知ルノ機會ナクシテ拘束ヲ受クルニ至ル故ニ相手方ノ迷惑甚シトス、又表意者ノ方面ヨリ見ルモ其通知相手方ニ到達スル前ニ於テハ之レヲ撤回スルノ自由ヲ有セサル可ラス、然ルニ表白ニヨリ效力ヲ生ストセハ相手方ニ對シテハ未タ全ク何等ノ影響ヲモ及サヽルニ早ヤク既ニ其自由ヲ失ハサル可ラス、之レ必要ナラサル拘束ナリ、故ニ本法ハ之レヲ採ラス、

發信主義ノ理論上ノ根據ハ表意者ハ意思表示ノ通知ヲ自己ノ勢力外ニ置キタルヲ以テ自ラ爲シ得ル部分ヲ完了ス、是以上ヲ表意者ニ責ム可ラス故ニ此時ニ於テ效力ヲ生ス可シトナスニ在リ、又實際上ハ取引ノ敏活ヲ計ル爲メニハ表意者ハ意思表示ヲ發送スルヤ否ヤ直ニ實行ニ着手スルヲ要ス、然ルニ到達ニヨリ效力ヲ生スルモノトセハ表意者ハ到達ノ有無ヲ確メタル上ニ非サレハ實行ニ着手スルヲ得ス、是レ取引ノ敏活ヲ要スル今日ノ時勢ニ適セスト云フニ在リ、契約ノ承諾ニ付テハ民法編纂ノ際ニ當リテ之レヲ「各他ノ商業會議所及ヒ實業家ノ意見ニ徵スルモ其多數ハ發信主義ヲ是トセリ」ト理由書ニ見ユ、故ニ實際家カ之レヲ便トスルハ疑フ可ラス、英米法ハ獨リ契約ノ承諾ノミナラス、一方行爲ニ就テモ亦發信主義ヲ取ル、然シ發信主義ノ缺點ハ(一)發信ニヨリ效力ヲ生ストナスカ故ニ相手方ニ到達スル前ト雖モ電報急使等ニヨリ撤回スル能ハサルニ至ル之レ必要ナキ結果ナリ、(二)相手方ニ到達スルヲ要セサルカ故ニ通知カ發信後紛失シテ全ク到達セサル場合又ハ遲延セル場合ニ於テモ其發信ノ時ニ效力ヲ生ス、(三)契約ノ承諾ハ本來申込者カ誘發セルモノナレハ發信主義ニ依ルモ不可ナシトスルモ之レヲ一方行爲ニ應用スルトキハ相手方ハ全ク通知ヲ知ラスシテ其地位ヲ左右セラルヽ結果トナルト云フ諸點ニ在リ、

了知主義ハ其理想トスル所ハ可ナリ、然レトモ相手方ノ協力ヲ必要トスルカ故ニ實際ニ不可ナリ、表意者ハ如何ニ盡力スルモ相手方ノ行爲ナキ以上

ハ效力ヲ生スルヲ得サルノ不都合アリ、例ヘハ催告ノ書狀到達スルモ之レヲ披見スルニ非サレハ效力ヲ生セサル可シ、且ツ一度證據問題ニ想到セハ其用ユルニ足ラサルヤ明ナリトス、

到達主義ハ通知ノ到達ニヨリ效力ヲ生ストナスモノナリ、人多ク之ヲ以テ了知主義ニ接近スルモノトナス、當ラスト云フ可シ、其相手方ノ協力ヲ要セス完成スルト云フ點ニ於テ寧ロ發信主義ト共通ニシテ相近キモノト云ハサル可ラス、今其適用ヲ上クレハ通知ヲ發信スルモ途中紛失スレハ全ク效力ヲ生セス、延着スレハ延着ノ時ニ效力ヲ生ス、又發信後ニ於テモ到達前ナレハ之ヲ撤回スルコトヲ得、其弱點ハ表意者ハ意思表示通知ノ爲メニ全力ヲ盡スモ通信機關ノ不完全ナルカ爲メニ到達セサルトキハ意思表示效力ヲ生セス而シテ其結果ハ表意者之ヲ負擔セサル可ラスト云フ點ニ在リ、

以上ノ諸主義中實際ニ用ヒ得可キモノハ發信主義及ヒ到達主義ノ二者ナリ、而シテ兩者各々欠點アルコト前述ノ如シ、然シテ此欠點ハ通信機關ノ發達スルニ非サレハ之レヲ救フ能ハサル性質ノモノナリ、本法ノ規定ハ要スルニ、

(a)對話者間ノ意思表示ニ付キテハ規定ナシ、

(b)隔地者間ニ於テハ通知ノ到達ノ時ニ效力ヲ生ストナスヲ原則トス(九七)、

(c)契約ノ承諾ニ關シテハ發信主義ヲ取ル(五二六)、之レ一ノ例外ニ過キスト雖モ契約ノ承諾ハ本問題ノ焦點ニシテ適用極メテ多キカ故ニ茲ニ之レヲ上ケサルヲ得ス、其他第十九條ノ如ク特別ノ明文ヲ以テ發信主義ヲ認メタルモ少カラス、

立法政策ノ問題トシテハ余ハ本法ノ主義尤モ優レリト信ス、即チ契約ノ承諾ハ本來申込ニヨリ誘發セラレタルモノナルカ故ニ發信主義ニヨルモ不都合ナカル可ク、承認、追認、同意、催告、解除、解約、取消通知、等ノ相手方アル一方行爲ニ至リテハ相手方ハ始メヨリ何等豫期スル所ナキモノナルカ故ニ、一歩ヲ進メテ受信ニヨリ始メテ效力ヲ生ストナスハ至當ナル可シ、

(四)承前

相手方アル意思表示ニ付キ左ノ場合ヲ生ス、

(イ)對話者間ノ意思表示、　對話者トハ何ソヤ此語ハ隔地者ニ對スル語トシテ本條ノ裏面ヨリ來ル、又商法ニ此語アリ(商二六九)、其意義ニ付キテハ(一)表意者ト相手方ト距離ヲ隔ツルモノヲ隔地者トナシ著シキ間隔ナク在ル場合ヲ對話者トナス、(二)表意者相手方ノ間隔ノ如何ヲ論セス直接ニ意思ヲ交換シ得ル狀態ニ在ルモノハ對話者ニシテ或中間手段(例ヘハ郵便)ノ媒介ニヨリ意思表

示ヲナスモノヲ隔地者トナス說アリ、後說ヲ可ナリトス、蓋シ此區別ノ必要ハ(一)意思表示ノ成立ト效力發生時期ノ間ニ取引上顧慮ヲ要スル時間アリヤ、(二)成立シタル意思表示カ效力ヲ發生セスシテ止ムコトアリヤ否ヤニ關スルモノニシテ、當事者カ直接ニ意思ヲ交換シ得ル地位ニアリヤ否ヤニヨリテノミ右ノ差別ヲ生スルモノナレハナリ、

對話者間ノ意思表示ハ何時效力ヲ生ス可キカ、或者ハ之レヲ必要ナラサル問題トシテ等閑ニ付ス、我國ニ於テハ了知主義ニ依ル可シトスル者多數ナリ(富井博士原論三八八川名博士民法總論三八二、平沼博士總論五〇四反對)、獨逸ニ於テハ到達主義(Isay willenserklarung S. 99. Hölder, theocie D. W. E. 1905 S. 110. Rietzler, vorm Z. 116.)了知主義(Crome § 88. Planck § 130. 2. Enneccerus I § 154. S. 389. Oertmann S. 409)相半ス、

余モ且テ了知主義ヲ取リシカ實際上ハ到達主義ニ依ルヲ便宜ニシテ公平トナス、但シ例外ヲ認メサルヲ得ス、

余カ到達主義ヲ取ルノ主意ハ敢テ隔地者間ノ意思表示カ到達主義ナルカ故ニ對話者間ニ於テモ亦然ル可シト云フニ非ス、專ラ實際上ノ便宜公平ニヨリ立論シタルモノナリ、凡ソ對話者間ノ意思表示ハ書面ヲ提出スル場合ト口頭又ハ擧動ニ依ル場合ノ二トナス、了知主義ニ依ルトキハ相手方カ故意又ハ不注意ニシテ目ヲ閉チ又ハ耳ヲ掩ヒ其ノ書面ヲ讀マス又ハ其語ヲ聞カサル場合ニハ所謂了知ナキカ故ニ意思表示ハ效力ヲ生セサルニ至ル可シ、殊ニ通知催告等相手方ニ不利益ナル結果ヲ生スル意思表示ニ對シテハ相手方ハ右ノ手段ニヨリ巧ニ其不利益ヲ免レ以テ表意者ノ利益ヲ害スルヲ得ルニ至ラン、是レ豈ニ忍フ可ラサルノ結果ニ非スヤ、又第二ノ理由トシテハ郵便又ハ電報ニヨレハ相手方カ了知ヲ欲スルト否トニ論ナク有效ナル意思表示ヲナシ得ルニ、對話者間ニ於テハ相手方カ之レヲ欲セサレハ意思表示效力ヲ生セストス云フハ權衡ヲ失スル論ニ非サランヤ、此故ニ余ハ原則トシテハ隔地者間ニ於ケルト同シク到達主義ニヨル可キモノト信ス、

論者或ハ曰ハク書面ヲ面前ニ提出スル場合ハ或ハ到達ト稱スルヲ得可キモ口頭ニヨル場合ハ到達ハ不能ナリ、到達ノ目的物アルコトナシ(Oertmann A. A. O.)此反駁ニ怖レ書面ノ場合ハ到達主義ニヨル可ク口頭ノ場合ニハ了知主義ニ依ル可シトナスモノアリ、然レトモ余ヲ以テ之レヲ見ルニ口頭ノ意思表示ト雖モ到達ハ不能ニ非ス、抑モ言語音聲ハ意思ヲ表示スル方法(Erklärungsmittel)ニ過キス、其性質ハ有體物タル書面ト毫モ異ルナシ、書面カ表意者ノ手ヲ離レ相手方ニ歸スルヲ到達ト稱スルト同シ意義ニ於テ音聲ノ表意者ノ口ヨリ出テ、

相手方ノ耳朶ニ達スルヲ到達ト云フヲ得可シ、之レ俗人ノ觀ヲ以テスレハ稍ヤ奇ナルカ如キモ其意思表示ニ於ケル性質ヲ明ニセハ毫モ怪シムニ足ル可キモノナシ、

以上ハ原則ナリト雖モ相手方ニ於テ意思表示ヲ了知スルニ客觀的故障存スル場合ニ於テハ例外トシテ了知主義ニ依ル可シ、其理由ハ他ナラス(一)此場合ニ到達主義ニヨレハ相手方ハ全ク意思表示ヲ了知スルノ機會ナクシ其效力ヲ對抗セラル、ノ不都合ヲ見ル、例ヘハ相手方カ聾者ナルカ又ハ睡眠中ナル場合ノ如シ、(二)隔地者間ノ意思表示ニ於テハ相手方一人ニ存スル故障ハ之レヲ顧ミスト雖モ對話者間ニ於テハ大ニ事情ヲ異ニス、表意者ハ相手方カ如何ナル事情ノ下ニ在ルカヲ容易ニ知ルコトヲ得可キカ故ニ其不利益ノ事情ヲ利用スルヲ許ス可ラス、如此場合ニ於テハ表意者ハ宜シク相手方ヲシテ意思表示ヲ了解セシム可キ相當ノ手段ヲ講ス可キナリ、是レ一般ノ德義ノ要求スル所ナリ、例ヘハ相手方カ睡眠中ナラハ其覺醒ヲ待ツ可シ、相手方聾者ナラハ筆談ニヨル可シ、若シ又盲者ナラハ書面ヲ提出スルノ方法ハ之レヲ避ク可シ、

(ロ)隔地者間ノ意思表示、　隔地者トハ對話者ノ反對ニシテ或中間ノ手段ノ媒介ニヨリ意思ヲ傳達シ得ル地位ニ在ルモノヲ云フ、故ニ電話ニヨル談話信號ニヨル意思ノ交換ノ如キハ之レニ屬セス、寧ロ對話者間ノ意思表示ニ屬ス、

隔地者間ノ意思表示ハ原則トシテ到達ニヨリ效力ヲ生ス可キハ本條ノ規定スル所ナリ、而シテ到達ハ意思表示ノ成立要件ナリヤ、或ハ表白ニヨリ既ニ完成シタル意思表示カ效力ヲ發生セシムルノ要件トシテ到達ヲ要スルヤ、即チ到達ハ成立ノ要件ニ非スシテ效力發生要件ナリヤ、例ハ書面ヲ認メ終リタルトキニ意思表示ハ成立シ其效力發生ノ要件トシテ相手方ニ到達スルヲ要スルヤ、或ハ書面ヲ認メタルノミニテハ未タ完成セス到達ニヨリ完成スルモノナリヤ、學說相半ハス (Crome § 88. Enneccerus I § 54. Hölder N. I.ハ到達ニヨリ成立ストナシ反對說ハ Endemann § 66. Dernburg. I 132. PlancK. vorm Z. § 116. N 7. Oertmann S. 402. Jsay: WillensrKlarung S. 48)、之レ單ニ語ノ爭ニ似タリト雖モ其實ハ然ラサルモノアリ、成立要件トセハ意思能力其他ノ有效條件ハ到達ノ時ニ存セサル可ラス、反之有效條件トナセハ意思能力ノ如キ表意ノ時ニ存セハ其後ニ於テ喪失スルモ其效力ニ影響セサル結果トナル、本條ハ到達ヲ成立條件トセス效力發生ノ條件トナシタリ、之レ本條第二項ノ規定ニヨリ明ナリ、

到達ノ意義如何、　是レ頗ル困難ナル問題ニシテ近時ニ至リ之ニ關スル著書多シ、大體二說アルモノヽ如シ(一)相手方ノ占有取得ニヨリ到達アリトナス、

(二)通常ノ事情ノ下ニ相手方ヲシテ意思表示ヲ了知シ得可キ狀態ニ置クヲ以テ足レリトナス、余ハ後說ヲ以テ正シト信ス何トナレハ占有ノ取得ニハ相手方ノ意思ヲ要ス（一八〇）、故ニ反對說ニヨレハ相手方カ占有取得ヲ欲セサルトキハ意思表示ハ到達セス、恰カモ了知主義ニヨルト同一ノ不都合ヲ生ス、且又隔地者間ノ意思表示ト雖モ常ニ必シモ書面等占有ノ物體トナリ得ル方法ニヨルヲ要スルモノニ非ス、例ヘハ使者ヲシテ口頭ニテ通知セシムル場合アリ此場合ニハ相手方ノ占有ハ不能ナル可シ、此二理由ニヨリ占有說ノ維持ハ困難ナリ、反之相手方ヲシテ意思表示ヲ了知シ得ル狀態ニ置クハ將ニ表意者ノ力ムル可キ職分ナリ、表意者ハ必ラス此勞ヲ取ラサル可ラス、又此勞ヲ取リタルトキハ其全力ヲ盡シタルモノナレハ之レ以上ヲ責ム可ラス、故ニ後說ハ理論上モ根據十分ナリ、且ツ又實際ニ於テモ相手方ハ通常ノ事情ノ下ニ於テ意思表示ヲ了知シ得ル地位ニ在ルカ故ニ大多數ノ場合ニ於テハ事實上之レヲ了知ス可キカ故ニ弊害ナシトス、尤モ特別ノ事情ニヨリ之レヲ了知スルヲ得サル場合ナキニ非サル可シト雖モ此ノ如キ稀有ナル弊害ハ社會一般ノ利益ノ爲メニ之レヲ忍ハサル可ラス、

意思表示ヲ了知シ得ル狀態ニ置キタリヤ否ヤハ事實問題ニシテ四圍ノ事狀ヨリ之レヲ歸納セサル可ラス、殊ニ其時ニ於ケル慣習ハ之レヲ決定スルニ當リ有力ナル標準ヲ與フルモノナリ、例ヘハ今日ノ社會ノ事情ニ於テハ信書ヲ住宅ニ配達セルトキハ其郵便ニ依ルト否トニ論ナク又相手方カ自ラ之レヲ受取ルト信書受函ニ投入セラルヽト家族又ハ雇人カ之レヲ受取ルトヲ問ハス到達アリト見テ可ナリ、蓋シ通常ノ事情ナラハ畢竟本人ノ手ニ渡リ本人ニヨリ了知セラル可キ狀態ニ在レハナリ、一旦此狀態ニ置キタル以上ハ其時ニ到達アルカ故ニ表意者ハ之レヲ撤回スルヲ得ス、又偶然ノ事情（例之小兒戲ニ毀滅ス火災ノ爲メニ燒失ス）ニヨリ相手方本人ノ了知スル前ニ紛失毀滅スルコトアリト雖モ猶意思表示ハ效力ヲ生ス、

夜間又ハ執務時間經過後事務所ニ配達セラレタル信書ハ通常ノ場合ニ於テ受取ラレ了知セラル可シト看做サルヽ時ニ至テ到達アリトス、即チ翌朝トスルヲ可トス、

使者カ口頭ニテ通知スル場合ニ於テハ本人ハ勿論代理人、家族等通常本人ニ其旨ヲ傳達ス可シト看做サルヽ人ニ對シテ告知シタル時ニ到達スルモノナリ、故ニ直接ニ其告知ヲ受ケタル者カ之レヲ相手方本人ニ傳達スルヲ忘却シタルトキト雖モ、猶意思表示ハ效力ヲ生ス、恰モ配達セラレタル郵書ヲ小兒カ

燒毀シタル場合ト異ルコトナシ、或此場合ハ對話者間ノ意思表示ニシテ使者ハ表示機關ニ過キス表示セラレタル意思ヲ傳達スルモノニ非ストナスト雖モ之レ誤レリ、若シ此論ニ從ヘハ使者出發ノ後表意者カ死亡又ハ能力喪失者トナルトキハ其意思表示ハ正當ニ通知セラル、モ猶ホ效力ヲ生セサル結果トナル可シ、蓋シ表示當時ニ於テ意思ナク又ハ能力ナケレハナリ、然レトモ信書ヲ持參セシムルト口頭ニテ通知セシムルニヨリ斯ノ如キ差異生ス可キ理由ナク、又反對說ハ取引安全ヲ害スル弊アリ、

(五)相手方ノ指定　意思表示效力發生ノ要件ハ相手方之レヲ指定スルコトヲ得ルヲ原則トス、此場合ニ於テハ本條或ハ第五百二十六條ノ適用ヲ受ケス、一方行爲ニ於テモ發信主義ニ依ルヲ得可ク、契約ノ承諾ニ於テモ到達ヲ必要トナスコトヲ得、例ヘハ契約當時ニ於テ後ニ解除ノ必要アラハ其意思表示ハ發信主義ニヨル可シトナスコトヲ得、或ハ契約ノ申込ニ於テ承諾ハ電報タルヲ要ス、郵便ニテハ不可ナリトナスヲ得、此ノ場合ニ於テハ(一)凡テ其指定シタル方法ニヨルニ非サレハ效力ナシ(二)其指定シタル方法カ不完全ニシテ意思表示全ク到達セサル場合ニ於テモ其方法ヲ踐行シ盡セハ意思表示ハ效力ヲ生ス、

(六)表意者ノ死亡及能力喪失　意思及ヒ行爲能力ハ意思表示成立ノ要件ニシテ意思表示ノ效力發生ノ要件ニ非ス、故ニ意思表示成立發送後表意者カ死亡又ハ能力ヲ喪失スト雖モ意思表示ハ之ニヨリ其效力ヲ妨ケラルヽコトナシ（本條二項）故ニ本條ニ規定ナキ發信後ニ於ケル意思能力ノ喪失モ亦同樣ニ論スルコトヲ得可シ、又其裏面ヨリシテ發信ノ時ニ於テ能力喪失者ナルトキハ到達前ニ能力ヲ回復スト雖モ完全ナル效力ヲ生セサルコトモ亦明ナリ、

第九十八條　意思表示ノ相手方カ之ヲ受ケタル時ニ未成年者又ハ禁治産者ナリシトキハ其意思表示ヲ以テ之ニ對抗スルヲ得ス但其法定代理人カ之ヲ知リタル後ハ此限ニ在ラス

(一)意思表示受領能力　ヲ本條ハ規定ス、法律行爲能力ト意思表示受領能力ハ其性質ヲ異ニス、前者ハ自ラ意思ヲ決定スル能力ナリ、後者ハ消極的ニ意思表示ヲ受領シ之レヲ了解スルノ能力ナリ、從テ其範圍モ必シモ同一ナルヲ要セス、前者ハ第一章第二節ニ之レヲ規定シ後者ハ本條之レヲ規定ス、

(二)受領無能力者　ハ未成年者及禁治産者ナリ、妻及ヒ準禁治産者ハ意思表示ノ

受領ニ付キテハ完全ナル能力者ナリ、第十二條第十四條ニ記載セル事項ニ關シテモ猶完全ノ受領能力ヲ有ス、

(三)受領無能力者ニ對スル意思表示　ノ效力ハ絕對無效ニ非ス又取消シ得可キモノニモ非ス所謂關係的無效ナリ表意者ハ之レヲ以テ無能力者ニ對抗スルヲ得ス、表意者カ意思表示アリタルコトヲ主張シタルトキハ、無能力者ハ之レヲ否認スルコトヲ得、然レトモ之レ本無能力者保護ノ規定ナルカ故ニ無能力者ハ其意思表示ヲ利益ト認ムルトキハ之レヲ認メテ之レヲ以テ表意者ニ對抗スルヲ妨ケス、

無能力者ノ法定代理人カ意思表示到達ノ事情ヲ知リタルトキハ其時ヨリ效力ヲ生ス、期間ノ計算ヲナス可キトキハ法定代理人カ知リタル時ニ到達アリタルモノトシテ其時ヨリ起算ス、

法定代理人ノ同意又ハ許可ヲ得タル行爲ニ付キテハ本條ノ適用ナク未成年者禁治產者ト雖モ受領能力アルモノトス、法定代理人ノ同意ハ行爲能力ヲ補充スルモノニシテ受領能力ヲ補充セストノ論アランモ、其行爲ニ關シテハ同時ニ受領能力アルモノトスルニ非サレハ其行爲(例ヘハ契約)ヲ完成スル能ハサル結果トナリ、同意ノ目的ヲ達スル能ハサルカ故ニ受領能力ノ擴張モ當然包含セラルヘモノトス、第四條第一項但書ノ場合モ亦同シ、

(四)意思無能力者　ニ關シテハ本條ハ直接ニ規定スル所ナシト雖モ、理論上受領能力ナキモノトス、然ラサレハ他人ノ意思表示ヲ受クルニヨリ其權利關係ニ影響ヲ受クルカ故ニ之レヲ保護スルノ旨意ヲ貫徹スル能ハス、但シ一時的意思無能力(少許ノ時ノ經過後意思表示ヲ了知シ得可キ狀態ニアルモノ例之泥醉ノ類)ノ場合ニハ本條ヲ準用スルヲ得ス、

(五)本條適用ノ範圍　本條ハ隔地者間及對話者間ノ意思表示ニ適用セラル、然レトモ相手方アル意思表示ニ限ラル可キハ本條ノ明文上モ亦相手方ナキ意思表示ハ受領ヲ要セスシテ效力ヲ生スルト云フ點ヨリスルモ疑ナシ、

第三節　代理

(一)代理ノ觀念(Stellvertretung, répreisentation, agency)　廣義ニ於テ代理トハ他人(本人)ノ爲メニ意思表示ヲナシ又ハ受領スルヲ云フ、之レヲ分テ直接代理、間接代理ノ二トナス、

(イ)直接代理(Directe od. unmittelbare S.)　トハ一人(代理人)カ他人(本人)ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル意思表示又ハ其受領カ直接ニ其他人ニ對シテ效力ヲ

生シ(積極的效力)表意者又ハ其受領者(代理人)ニ對シテ效力ヲ生セサル(消極的效力)關係ヲ云フ、

(ロ)間接代理(Indirekte od. Mittelbare S.)　トハ代理人自身ノ名義ヲ以テ他人(本人)ノ爲メニ意思表示ヲナシ又ハ受領シ其結果ヲ本人ニ移轉シ又ハ引受ケシムル權利義務ヲ有スル關係ヲ云フ、

(二)直接代理ノ必要

間接代理ハ單純ナル債權關係ナリ、即チ代理行爲ノ結果ハ一旦代理人ニ對シテ生シ代理人ト本人ノ間ニ於テ其結果ヲ移轉シ又ハ引受ケシムル債權關係アルニ過キス、故ニ古代ヨリ發達シ又契約自由ノ元則ニヨリ何レノ國ニ於テモ認メラル、本法ニ於テハ特ニ之レヲ規定セスト雖モ其有效ナル可キハ論ヲ俟タス、然レトモ間接代理ニハ欠點少カラスシテ經濟上ノ要求ヲ滿スヲ得ス、(一)代理行爲ノ結果ハ一旦代理人ニ生スルカ故ニ若シ之レヲ本人ニ移轉スルヲ得サル事情生シタルトキハ代理人ノ損失トナル、(二)代理人カ其代理行爲ノ結果ヲ本人ニ移轉セス第三者ニ移轉シタルトキハ本人ハ代理人ニ對シテ債權ヲ有スルニ過キサルカ故ニ之レニ追及スルヲ得ス從テ損害ヲ蒙ル、(三)代理行爲ハ相手方ト本人ノ間ニ效力ヲ生セス、從テ相手方ハ本人ニ對シ履行ヲ求ムルヲ得サルヲ以テ代理人自身カ信用アルニ非サレハ相手方ハ之レト取引スルハ危險ナリ、此ノ如クニ代理人、本人、相手方共ニ損害ヲ蒙ル危險アルカ故ニ次第ニ其用ヲ滅シ途ニ直接代理ノ思想ヲ誘起セリ、只間接代理ノ利益ハ本人カ其名ヲ表ハスヲ欲セサル場合及ヒ委託販賣ニ於ケルカ如ク相手方カ代理人ノ信用ニ依リ取引ヲナサント欲スル場合ニ之レヲ用ヒテ便利アリ、

直接代理ノ起源ハ比較的新シク或ハ十三世紀ト云ヒ或ハ十七世紀ニ在リト云フ、蓋シ古代ニ在リテハ取引頻繁ナラサルヲ以テ其必要少ク、又法律ハ形式ヲ重シ多クハ自身ニ法律行爲ヲナスヲ要シタルカ爲メナリ、又甚シキハ一人ノ行爲カ直接ニ他人ニ效力ヲ及ストナスハ不法ナリト思意セル時代モナキニ非ス、然レトモ今日(一)他人ヲ使用シテ法律行爲ヲナスノ必要ハ益々切トナリ、(二)其需用ヲ滿シ前示間接代理ニ存スル欠點ヲ除クニハ直接代理ノ制度ニ依ラサル可ラサルハ明ナリ、此故ニ本法ハ本節ニ於テ單ニ代理ト題シテ直接代理ヲ認メ之レヲ規定ス、故ニ單ニ代理ト云ヘハ即チ直接代理ヲ指ス、間接代理ヲ表ハスニハ特ニ間接代理ト稱スルヲ要ス、

(三)直接代理ト區別スルヲ要スルモノ

(イ)前示間接代理、

(ロ)本人ノ爲メニ事實行爲ヲナス場合、　代理ハ第九十九條ニ明ナルカ如ク意

思表示及其受領ニ關スルモノナリ、故ニ本人ノ爲メニ事實行爲ヲナスハ代理ニ非ス、

(ハ)使者Bote. nuntius.　代理人ハ本人ニ對シテ效力ヲ生ス可キ意思ヲ自ラ決定シ之ヲ表示スルモノナリ、使者ハ本人カ決定シタル意思表示ヲ相手方ニ傳達スル機關ナリ、其區別ハ自ラ意思ヲ決定スルヤ單ニ機械的ノ勞務ニ服スルヤニ在リ、「ウイントシヤイト」カ代理人ハ意思ノ代理ニシテ使者ハ表示ノ代理ナリト說キタルモ(Pand. Bl § 73. a m 2.)、イエーリングカ代理人ハ法律行爲ヲナスモノニシテ使者ハ事實上ノ勞務ヲ供スルモノナリト說キタルモ(Jhering d. g. Bd. I S. 273)皆其旨意ヲ同フス、故ニ左ノ差別アリ、

(一)代理人ハ自ラ意思ヲ決定スルモノナルカ故ニ意思能力ヲ有スルヲ必要トス、使者ハ只機械的ノ勞務ニ服スルノ能力アレハ如何ナル幼者又ハ精神病者ト雖モ可ナリ、(二)代理ニ依ル意思表示ハ代理人ノ意思表示ナルカ故ニ意思ノ欠鈌詐欺、強迫、又ハ或事情ヲ知リタルコト若シクハ之レヲ知ラサル過失アルニヨリ意思表示ノ效力ニ影響ヲ及ス可キ場合ニハ其事實ノ有無ハ代理人ニ付キ之レヲ定ム(一〇一、一)、反之使者ニヨリ意思表示ヲ傳達スル場合ニ於テハ固ト本人ノ意思表示ナルカ故ニ右ノ事情ノ有無ハ本人ニ付キ之レヲ定ム、

(三)又代理ハ之レヲ許サヽル法律行爲(例之婚姻)ニ於テモ本人カ決定シタル意思表示ヲ使者ヲシテ相手方ニ傳達セシムルヲ妨ケス、

意思表示ノ效力發生ノ時期ニ關シテハ代理人ニ對シテ爲サレタル意思表示ハ第九十七條ニヨリ代理人ニ到達シタルトキニ本人ニ對シテ效力ヲ生ス、所謂意思表示受領ノ爲メニ使者ヲ出シタル場合(Empfangsbote)ニ於テモ之レト同シク使者カ受領シタルトキニ本人ニ對シテ效力ヲ生ス、蓋シ意思表示ヲ使者ニ交附スル時ニ於テ本人ニ到達アリト云フヲ得レハナリ、尤モ受領ノ爲メニスル使者ノ性質ニ付キテハ議論アリ或ハ之レ代理人ナリト云フ、然シ敢テ精紳上ノ働ヲナスモノニ非サレハ使者ナリトスルヲ正當トス、此點ハ代理ト使者ノ間ニ區別ナシ、

(ニ)意思表示ノ補助者(Gehilfe)　此ニ意思表示ノ補助者ト云フハ本人カ意思ヲ決定シ之レヲ表示スルヲ補助スル者ヲ云フ、使者モ亦此中ニ數ヘテ可ナランカ、使者以外ニ於テ通譯、書記、等アリ之レ等ハ意思ヲ決定スルモノニ非サルカ故ニ代理人ニ非ス、

(四)代理行爲ノ性質

代理行爲トハ代理人カ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル意思表示ヲ云フ、其性質ニ關シ數說アリ(參照拙文代理京都法學會雜誌

第二卷七號十九頁以下）

(イ)本人行爲說、　代理行爲ノ基礎ヲナスモノハ代理人ノ意思ニ非スシテ本人ノ意思ナリ、代理行爲ノ眞ノ當事者ハ本人ナリ、本人ハ言語又ハ書面ニヨリ意思表示ヲナスト同一ノ意義ニ於テ代理人ヲ中間人トシテ意思表示ヲナスト此說ハ用ヒ難シ、其理由ハ本說ニヨレハ(一)本人カ法人又ハ意思無能力者ナルトキハ代理人ニヨルモ法律行爲ヲナシ能ハサル結果トナル、(二)錯誤詐欺、強迫善意、惡意、過失ノ有無、等一身ノ事情ニシテ意思表示ニ影響ヲ及ス事實ハ本人ニ就キ判ス可キ結果トナル然ルニ本法ハ之レニ反ス(一〇一、一)、(三)此說ニヨレハ本人ハ授權行爲ノ時ニ當リ代理行爲上ノ確定セル意思ヲ有スルヲ要ス然ルニ之レ必要ニ非ス又實際上稀ナリ、(四)本人カ代理人ニ指圖ヲ與ヘタル場合ニ代理人之レニ反シ法律行爲ヲ爲ストキハ本人ニ對シ效力ヲ生セサルモノト云ハサル可ラス、然ルニ此ノ如キハ取引ノ安全ニ害アリ、以上ノ理由ニアリ本說ハ維持ス可ラス、

(ロ)共同行爲說、　本人ノ意思ト代理人ノ意思ト協合シテ一體トナリ代理行爲上ノ意思ヲ作ル、此說ニ對シテモ前說ニ對スルト同一ノ比難ヲ加フルヲ得、只全部ニ對スルト一部ニ對スルノ差アルノミ、

(ハ)代表說　意思表示其モノト其效力トハ全ク主體ヲ異ニシ意思表示ハ全然代理人ノ意思ノ表示ニシテ其ノ效力ハ全然本人ニ歸スルモノトナス、之レ本法ノ採用セル處ナリ其證ハ第百〇一條一項ニ在リ、而シテ同條第二項ニ代理人カ本人ノ指圖ニ從ヒ其行爲ヲ爲シタルトキハ本人ハ其ノ自ラ知リタル事情ニ付キ代理人ノ不知ヲ主張スルヲ得ストアルハ本人行爲說ヲ助クル材料トナルモノヽ如クニ見ユ、然レトモ余ヲ以テ見ルニ未タ本說ヲ破ルニ足ラス、抑モ事實ノ知不知ハ法律行爲意思ノ內容ヲナスモノニ非ス、故ニ法律行爲意思ハ代理人獨斷ニテ之レヲ決定シ、只其效力ノ主體タル本人ニ前述ノ事實存スルトキハ外部ヨリシテ其效力ニ影響ヲ生シ、本人ハ代理人ノ知、不知、ヲ主張スルヲ得ストナス獨立別體ノ效力ヲ生スルモノト解ス可ケレハナリ、

(五)代理行爲ノ要件

代理行爲ニハ左ノ條件ヲ要ス、

(イ)本人ノ爲メニスルコトヲ示スヲ要ス、　之レ第九十九條ニ明ナル所ナリ、本人ノ爲メニスルコトヲ示スニハ左ノ場合アリ(一)本人ノ名ニ於テ爲ス場合(二)自己ノ名ニ於テ行爲ヲ爲シ同時ニ其效力ハ本人ニ對シテ生ス可キヲ示ス場合之レナリ、而シテ第二ノ場合ハ更ニ分レテ二トナル、(一)本人ノ何人ナルヤヲ示シ代理人ノ名ニ於テ意思表示ヲナス場合、(二)本人ノ名ヲ指サスシテ單ニ本

人アルコトヲ示ス場合(Uudisclosed principal)之レナリ、第九十九條ハ「本人ノ名ニ於テ」ト規定セス「本人ノ爲メニスルコトヲ示ス」ト規定ス、故ニ前示ノ場合ヲ含ム、然ルニ我國ノ學者多ク代理行爲ハ本人ノ名ニ於テナスヲ要スルモノノ如ク說ク、法文ヲ無視スルモノト云フ可キナリ、(三七、六、一四、大審院判決同論)獨逸民法ニ於テハ(獨民一六四)本人ノ名ニ於テ爲スヲ要スル旨ヲ明言スト雖モ盲從ス可ラス、

(ロ)代理人ニ本人ノ爲メニスルノ眞意アルヲ要スルヤ、　曰ハク然ラス(Oertmann 509. Leonhard. Vertretung bei Farnisserwerb S. 6 ff 參考)客觀的ニ本人ノ爲メニスルコトヲ示ス事情存スレハ代理行爲トナル、右ノ如キ眞意アルヲ要セス、蓋シ外形上ニ於テ本人ノ爲メニスルコトヲ示シ內心自己ノ爲メニスルノ意思アリト雖モ其內部ノ意思ノ效力ヲ認ムルハ取引ノ安全ニ害アレハナリ、(九三)(同論三八、六、一〇大審院判決)

(ハ)相手方ニ於テハ如何ナル條件ヲ要スルヤ、　即チ相手方ハ本人ト取引ヲ爲スノ意思アルコトヲ要スルヤ、曰ハク之レ不必要ナリ、代理人ニ於テ本人ノ爲メニスルコトヲ示シタル以上ハ相手方ノ意思如何ニ拘ハラス本人ニ對シテ效力ヲ生ス、但シ代理人カ本人ノ名ニ於テ又ハ本人ノ何人ナリヤヲ示シテ意思表示ヲナシタル場合ニ於テ其人ニ錯誤アリタルトキハ所謂當事者ノ錯誤トナル故ニ無效ナリ(第九十五條)、

(二)代理人及本人ノ能力

(a)代理人ハ權利能力及行爲能力ヲ有スルヲ要セス、代理ニヨル意思表示ハ代理人ノ意思表示ナルカ故ニ其有效條件トシテ行爲能力アルヲ要スルモノノ如クニ見ユ、然レトモ能力ヲ制限スル法律ノ規定ハ本來無能力者ニ對シテ生ス可キ法律上ノ效果ニ對シテ之レヲ保護セントスル精神ニ出ツ、然ルニ直接代理ノ制度ニ於テハ代理人ニ對シテハ何等ノ法律上ノ效果ヲ生スルコトナシ、故ニ無能力者ヲシテ代理人トシテ法律行爲ヲナサシムルモ之レヲ保護セントスル精神ニ反スルコトナシ、故ニ代理人ハ行爲能力者タルヲ要セス(一〇二)、又代理人ハ自ラ權利ヲ得義務ヲ負擔スルコトナキカ故ニ其資格タル權利能力アルコトモ必要ニ非ス、例ヘハ外國人ハ日本船舶ノ所有者タルノ能力ナシト雖モ外國人ヲ代理人トシテ日本船舶ヲ取得スルヲ妨ケス、然レトモ代理行爲ハ代理人カ自ラ決定シ表示スル意思表示ナルカ故ニ代理人ハ意思能力者タルコトヲ絕對的ニ必要トス、

(b)本人ハ自ラ意思表示ヲナスモノニ非サルカ故ニ行爲能力又ハ意思能力ヲ

有スルヲ必要トセス、是無能力者ノ法定代理人、法人ノ理事等ニ付キ其實例ヲ見ル、乍然所謂任意代理ノ場合ニ於テハ代理人ニ代理權ヲ與フル行爲卽チ授權行爲ヲナスニ行爲能力ヲ必要トス、若シ之レヲ必要トセサルトキハ無能力者ハ代理人ヲ使用スルニヨリ能力ニ關スル規定ノ適用ヲ免レ得ル不都合ヲ生ス、([illegible])然レトモ本人ハ權利能力ヲ有スルヲ絕對ニ必要トス、蓋シ代理行爲ニヨリ權利ヲ得義務ヲ負擔スルモノハ常ニ本人ナレハナリ、若シ之レヲ必要トセサレハ權利能力ナキモノハ代理人ヲ使用スル、ニヨリ權利能力ニ關スル規定ノ適用ヲ免カレ得ル結果トナル、

(ホ)以上ハ各種ノ代理行爲ニ共通ノ要件ナリ、特種ノ代理行爲ニ必要ナル要件ニ關シテハ(六)ノ(ハ)ヲ見ヨ、

(六)代理ノ種類

(イ)直接代理ト間接代理、　(一)ヲ見ヨ、

(ロ)消極代理(Passive Stellvertretung)ト積極代理(Active S)消極代理トハ意思表示ノ受領ノ代理ヲ云ヒ、積極代理トハ意思表示ヲ爲ス代理ヲ云フ、

(ハ)有權代理、表見代理、無權代理、

(a)有權代理トハ代理權ニ基ク代理行爲ヲ云フ、其要件ハ(一)代理權ノ範圍內ナルコト、(二)本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲スコトヲ要ス、其效力ハ(一)積極的ニハ代理人ノ意思表示ハ直接ニ本人ニ對シテ效力ヲ生ス、(二)消極的ニハ代理人ノ意思表示ハ代理人ニ對シテ何等ノ效力ヲモ生セス、

(b)表見代理、　表見代理ノ觀念ハ英米法ノ認ムル處ナリ(Agency bei estoppel)、獨逸ニハ之レニ關スル學說少シ(拙文表見代理論京都法學會雜誌第五卷第二號參考)、本法ハ之レヲ認ムル場合少カラス、

表見代理ハ代理權ニ基カス、然レトモ外形ノ表見的ノ事實ニヨリ他人ヲシテ代理權ノ授與アリト信セシムル行爲ヲナシタルカ爲メニ其者ニ對シテハ代理權授與アリタルモノト看做サルヽヲ云フ、(一)其有權代理ト異ルハ代理權ニ基カサル點ニ在リ、(二)其無權代理ト異ルハ代理權ノ授與アリト信セシム可キ外形上ノ事實アルニ在リ其代理權ナキニ至テハ一ナリ、故ニ或ハ無權代理ヲ廣義ニ解シ表見代理ト單純ノ無權代理ヲ包含セシムルモ差支ナシ、然レトモ此二者ヲ混同スルハ不可ナリ、

表見代理ハ代理ナリ、故ニ表見代理行爲ニハ左ノ三條件ヲ要ス、

(1)表見的代理權ノ範圍內ナルコト、例ヘハ委任狀ヲ與ヘテ後委任契約ヲ解

除スルトキハ證書ノ取戻ヲナサスト雖モ代理權ハ消滅シテ存在セス、故ニ此場合ニ受任者カ其證書面ノ行爲ヲナスト雖モ有權代理ノアル可キ理ナシ、然レトモ委任者ハ善意ノ第三者ニ對シテハ代理權ノ授與アルモノトシテ責任ヲ負フ、即チ表見代理アリ、然レトモ表見代理ハ本來第三者保護ノ爲メニ認メラルルモノナレハ其行爲ハ委任狀ノ表示スル事務ノ範圍内ナルヲ要ス、蓋シ委任狀ノ範圍外ナルトキハ第三者ハ豫メ其代理權ナキコトヲ知リ得ルカ故ニ損害ヲ蒙ルノ怖ナク之レヲ保護ス可キ必要存セサレハナリ、

(2)本人ノ爲メニスルコトヲ示シテナシタル行爲ナルヲ要ス、是レ有權代理ノ場合ト異ナラス、若シ然ラサレハ相手方ハ本人ト法律關係ヲ作ルノ意思ナシ、從テ本人ニ對シテ效力ヲ生セシムル必要ナシ、

(3)相手方ノ善意ナルヲ要ス、相手方カ其表見事實ニヨリ代理權アリト信スルニ非サレハ損害ヲ蒙ルコトナキカ故ニ保護ノ必要ナキナリ、

表見代理ヲ認ムルノ必要ハ表見的授權ノ外形行爲ト代理權ト相伴ハサル場合ヲ生スルカ故ナリ、即チ相手方ハ善意ニテ代理權アリト信テ取引ヲナス、然ルニ代理權ナキカ故ニ有權代理ノ效力ヲ生セス、左レハトテ單純ノ無權代理トナストキハ本人ノ追認アルニ非サレハ本人ニ對シテ效力ヲ生セス、故ニ相手方ヲ保護スルニ足ラス、依テ授權ノ外形ノ行爲ニ效力ヲ付シテ以テ相手方ヲ保護セントスル旨意ニ出ツ、

若シ夫レ表見代理ノ效力ニ至テハ單純ナル本人ノ損害賠償ノ責任ニ非スシテ矢張リ代理ノ效力ヲ生スルモノナリ、然レトモ有權代理ニ於ケルカ如ク完全ニ非ス、左ノ如シ、

(1)本人ハ代理人ノ行爲ヲ以テ自己ニ對シテ效力ヲ生スルモノト主張スルヲ得ス、是レ有權代理ト異ル所ナリ、然レトモ本人カ追認ヲナストキハ無權代理ノ規定ニ從ヒ有權代理ト同一ノ效力ヲ生ス、

(2)相手方ハ之レニ反シテ本人ニ對シテ效力ヲ生スルモノト看做スコトヲ得、然レトモ之レ固ヨリ相手方保護ノ制度ナレハ相手方ハ代理權存在セサルノ事實ヲ認メ第百十五條ノ規定ニヨリ之レヲ取消スノ自由アリ、

要スルニ有權代理ノ效力ノ半面ノ效力ヲ生スルモノナリ、

表見代理ノ場合ハ(一)第三者ニ對シテ他人ニ代理權ヲ與ヘタル旨ヲ表示シタル場合、(一〇九)、(二)權限外ノ行爲(一一〇)、(三)代理權消滅後ノ代理人ノ行爲(一一二)、(四)本人カ指圖ヲ與ヘテ代理權ヲ制限シ代理人之レニ從ハサル場合等

ナリ、

(c) 無權代理（Vertretung ohne vollma'ht）、　第百十三條以下ニ規定スル所ニシテ啻ニ代理權ニ基カサルノミナラス相手方ヲシテ代理權アリト信セシム可キ外形上ノ事實モ存セサル代理ヲ云フ、(一)其有權代理ト異ル點ニ在リ、(二)其表見代理ト異ルハ代理權ノ授與アリト信セシム可キ外形上ノ事實ノ存セサルニ在リ代理權ナキハ二者ニ共通ナリ、其要件效力等ハ第百十三條以下ヲ見ヨ、

(七) 代理權（Vertretungsmacht. authority）、

(イ) 其性質

代理權トハ直接ニ他人ニ對シテ效力ヲ生ス可キ意思表示ヲナシ又ハ受領スル權能ヲ云フ、其本質ハ請求權ニ非ス、又支配權ニ非ス、或ハ之レヲ以テ可能權（Kannrecht）ニ屬ストナスト雖モ當ラス、蓋シ可能權トハ權利者單純ノ意思ニヨリ將來ノ法律上ノ效果ヲ生セシムルヲ得ル現在ノ法律上ノ力ヲ云フ（緒論第十一(二)ヲ見ヨ）、然ルニ代理ノ效力ハ代理人ノ意思ニヨリ生スルニ非ス、代理權ノ存スル場合ニハ代理人ノ意思如何ニ拘ハラス代理ノ效力ヲ生ス（本節總說(五)(ロ)ヲ見ヨ）、殊ニ消極代理ノ場合ヲ見レハ全ク代理人ノ意思ニ無關係ニ代理效力ヲ生スルコト明ナリ、故ニ可能權ニ非ス、英米法ノ學者ハ之レヲAuthorityト稱シ、能力（Capacity）ト併稱スルヲ常トス、之レ尤モ當ヲ得タルモノナリ、蓋シ能力ハ自己ノ爲メニ完全ナル效力ヲ生スル意思表示ヲナス潛勢力ナリ、苟モ能力ヲ有スル以上ハ行爲者ノ意思如何ニ拘ハラス、其行爲ハ完全ノ效力ヲ生ス、代理權モ亦全ク之レト同シ、苟モ代理權ヲ有スルトキハ代理人ノ意思如何ニ拘ハラス代理效力ヲ生ス、只其差ハ一ハ自己ノ爲ニ存シ他ハ他人ノ爲メニ存スルニアルノミ、其實質ニ於テ異ルアルヲ見ス、故ニ代理權ノ本質ハ他人ノ爲メニ效力ヲ生ス可キ意思表示ヲナシ又ハ受領スル能力ナリ潛勢力ナリト云フ可シ、然レトモ此ノ如キ能力ハ各人カ當然享有スルモノニ非ス、法律ニヨリ特ニ付與セラルヽヲ要ス（委任ニヨル場合モ又法律ノ力ニヨルモノナリ、）故ニ一種ノ權利ナルハ疑フ可ラス、然レトモ其性質ハ全ク特別ナルモノト認メサル可ラス（拙文代理、京都法學會雜誌、二卷七號六頁）、

然レトモ權能ト權利
トハ[illegible]觀念
[illegible]

(ロ) 代理權ノ發生

代理權ノ發生原因二アリ(一)ハ被代理人即チ本人ノ意思ニ基クモノニシテ任意代理ト稱ス（Gewillkürte vertretung）、(二)ハ被代理人ノ意思ニ基カスシテ發生スルモノニシテ之レヲ法定代理（Geszliche V.）ト稱ス、然レトモ之レ實ハ代理其モノヽ區別ニ非ス代理權發生原因ノ區別ナリ、故ニ任意代理權法定代理權ト稱スルヲ正確トス（Hupka vollmacht Einleitung）、

法定代理任意代理ノ區別ノ標準ニ付キテハ實ハ學説一定セサルモノアリ、或ハ法定代理ニ於テハ代理行爲上ノ意思表示ハ代理人ノ意思表示ナレトモ任意代理ニ於テハ本人ノ意思表示ナリト云フ是尤モ古キ説ナリ（Savigny obl. II S. 53）、或ハ又任意代理ニ於テハ代理行爲ハ本人代理人ノ共同ノ意思表示ナルモ法定代理ニ於テハ代理人ノミノ意思表示ナリト云フ（Mitteis, stellvertretung § 13）、是等ノ説ハ法定任意ノ區別ヲ以テ代理權發生原因ノ區別トナサス代理行爲其ノモノ、區別トナスモノナリ、然レトモ代理行爲其ノモノハ前述ノ如ク常ニ代理人一人ノ意思表示ナリ、故ニ此點ニ付キテ法定任意ノ區別ヲ立ツルヲ得ス、或ハ又法定代理ハ本人ノ無能力ヲ補充スル爲メノ代理ニシテ然ラサルモノハ任意代理ナリト云フ（Crome Bd. I § 103）、之レ有力ナル説ナリト雖モ此説ニヨルモ未タ其區別ノ標準明ナラス、例ヘハ裁判所ノ撰任スル不在者ノ財產管理人ノ如キ不在者能力者ナルトキハ任意代理人トナリ、無能力者ナルトキハ法定代理人トナル可シ、故ニ前掲ノ如ク代理權ノ發生カ本人ノ自由意思ニ基クヤ否ヤニヨリ生スル代理ノ區別ト見ルヲ正當トス、

(a) 法定代理人　本人ノ意思ニ基カスシテ生スル代理權ハ法定代理權ニシテ此ノ如クニシテ代理權ヲ有スル者ヲ法定代理人ト云フ、下ノ場合アリ、(一) 法律ノ直接規定ニ基キ代理權ヲ有スルモノ、例ヘハ未成年ノ子ノ財產ニ關スル法律行爲ニ付キ親權ヲ行フ父又ハ母（八八四）、妻ノ財產ニ付キ夫（八〇一）、日常ノ家事ニ付キ妻ノ代理權（八〇四）(二) 裁判所ノ撰任ニヨリ代理權ヲ有スルモノ、例ヘハ裁判所ノ撰任ニヨル不在者ノ財產管理人（二五、相續財產管理人（一〇二一、二頁、一〇五二）、假理事、特別代理人（五六、五七）、(三) 私人ノ撰任ニヨルモノ、法人ノ理事親族會ノ撰任ニヨル後見人（九〇四）等アリ、最後ノ場合ニ於テモ代理權ノ發生ニハ被代理人ノ意思ヲ要セス、

(b) 任意代理人　本人ノ自由意思ニヨリ發生スル代理權ハ任意代理權ナリ、此ノ如クニシテ代理權ヲ有スル者ハ任意代理人ナリ、而シテ代理權ヲ授與スル行爲ヲ名ケテ授權行爲（Bevollmachtigungakt）ト稱ス、

(1) 授權行爲ノ性質、　羅馬法ニ於テハ未タ直接代理ノ制度發達セス、只委任契約（Mandatum）アリシノミナリ、從テ授權行爲ニ關スル學説ナシ、英米法ハ授權行爲ヲ以テ雇傭契約（Employment）ト見ルヲ常トス、代理人ハ本人ノ事務ヲ處理ス可キ權利義務アル被傭人ナリトス、佛、墺、普、等ノ民法モ特ニ代理ニ付キ規定スル所ナク、只委任契約ノ規定アルノミナリ、故ニ代理ハ委任契約ノ外部關係ト見タルコト明ナリ、即チ本人代理人間ノ委任契約ニ

ヨリ代理人ハ本人ノ爲メニ其事務ヲ處理スルノ權利義務アリ其權利ノ行使ニヨリ代理關係ヲ生ストナス、之レ從來ノ委任說 Mamdattheorie ナリ、獨逸ニ於テモ以前ハ一般ニ此說ナリシカラバンド氏論文ヲ出シテ代理權ハ委任契約ニ非サル契約例ヘハ雇傭、組合ニヨリ生スルコトアリ、又間接代理ニ於テハ委任契約存スルモ代理權ナキ旨ヲ指摘シ、委任契約ト代理權トハ其範圍ヲ同フセスト論セリ（Laband, stellvertretung bei dem Abschuluss von Rechtsgeschöft, in Goldschmidt Z. S. Bd. X）、之レヲ近世代理論ノ一紀元トス、然レトモラバンド氏ハ猶代理權ハ一種ノ無名契約ニヨリ生スルモノナルコトヲ說キタルニ止マル、次テレーネル氏ハ始メテ授權行爲ハ一方行爲ナル旨ヲ唱ヘ（Lenel, stellvertretung U. Vollmacht, Jherings J. B. XX. IV. S. 15）、學說靡然トシテ之レニ傾キ遂ニ獨逸民法ノ採用スル所トナレリ、然ルニ最近ニ至リ再ヒ委任說ヲ主張スルモノ多キヲ加ヘタリ、本法ハ代理ハ總則編ニ規定シ、委任ハ債權編ニ規定シ、委任ト代理ハ同一ニ非ナルヲ示ス、然レトモ代理權ノ發生ヲ目的トスル行爲ニ付キテハ直接ニ規定スル所ナシ、此故ニ學說ノ相岐ルヽハ實ニ已ムヲ得サル所ナリ、左ニ學說ノ大要ヲ述ヘ次テ卑見ヲ述フ可シ、

(I)委任說（Mandattheorie）、　ハ代理權ハ本人代理人間ノ委任契約ニヨリ生ストナスモノニシテ尤モ、幼稚ナルモノナリ、實際委任契約ニヨリ代理權ノ生ス可キ理由ナキナリ、其理由ハ(一)代理權ハ債權ニ非ス而シテ委任契約ハ債權契約ナリ、故ニ債權契約ニヨリ債權ニ非サル代理權ノ生ス可キ理由ナキヤ明ナリ、故ニ近頃ノ委任說ハ委任契約ト同時ニ代理權ノ發生ヲ目的トスル契約アリトナシ又ハ代理權授與ノ契約ハ當然委任契約中ニ包含セラルトナス、此ノ如クニ說明スレハ右ノ非難ハ之レヲ免カルヽヲ得、然レトモ其ノ所謂委任契約ノ意義ハ全ク變更セラレ、本法債權編ニ規定スル單純ナル債權契約ニ非サルコトヽナル(二)委任契約以外ノ契約例ヘハ組合雇傭ニモ代理權ハ通常相伴フ、又委任ニシテ代理權ノ伴ハサルコト間接代理ノ如キアリ、故ニ此二者ハ範圍ヲ異ニス、(三)委任說ハ政策上不可ナリ、何トナレハ委任契約ハ代理人本人間ノ契約ナリ、第三者タル相手方ニハ告知セラレス、又告知スルヲ要セス、然ルニ委任ニヨリ代理權生ストセハ其無效又ハ取消サルトキハ代理權ハ當然消滅セサル可ラス、然ルトキハ相手方タル第三者ハ損害ヲ蒙ル結果トナル。

(II)無名契約說　之レラバンド氏ノ說ナリ、委任說ヲ稍ヤ改良シタルモ

ノニシテ委任ト代理權ハ範圍ヲ一ニセサルカ故ニ無名契約ニヨリ生スルモノト說明ス、而シテ其無名契約ハ當事者間ニ債權關係ヲ作ルノミナラス、第三者ニ對抗ストナス、是ニヨリ委任說ニ對スル第一ノ比難ハ之レヲ避クルヲ得タリ、何トナレハ本人代理人間ノ債權契約カ其內容ヲ以テ第三者ニ對抗スト說クカ故ニ債權ノ效力ニヨリ代理關係ヲ生セシムルヲ得ルカ故ナリ、然シ此論ニヨルモ未タ獨立セル代理權ノ存在ヲ認ムルモノニ非ス、加之債權カ第三者ニ對抗セラルヽニヨリ果シテ代理關係ヲ生スルヤ否ヤ多少疑問タラサルヲ得ス、委任說ニ對スル第二ノ比難ハ氏ノ說ニヨリ全ク避クルヲ得可シ、然シ其第三ノ比難ハ依然トシテ存ス、

(III) 一方行爲說、　一方行爲說トハ本人一方ノ意思ニヨリ代理權ハ授與セラルトナスモノナリ、獨逸ニ於ケル通說ナリ、其旨意ハ義務及負擔ハ其者ノ同意ヲ得ルニ非サレハ課スル能ハサルハ當然ナリ、然レ共代理權ハ權利ニシテ義務ニ非ス純然タル利益ニシテ負擔ニ非ス、故ニ一方的意思表示ニヨリ之ヲ他人ニ與フルモ不可ナルコトナシト云フニ在リ、而シテ此論ニヨレハ第九十七條ノ結果授權行爲ハ到達ニヨリ效力ヲ生ス可キカ故ニ代理人ハ全ク了知スルコトナクシテ代理權ヲ有スルニ至ル可シ、

一方行爲說ノ中ニ付テモ細目ハ種々ニ分カレ、授權ノ相手方ハ代理人タルカ將タ又相手方タルカ或ハ又何レニテモ可ナルカノ問題アリ、又授權行爲ハ本人代理人間ノ基礎的ノ法律行爲（委任雇傭組合等）トハ無關係タル可キカ、或ハ基礎的行爲ニヨリ其效力ヲ支配セラル可キカ、此ニ於テ有因說無因說ト分カレ、極的ナル兩說ノ間ニ更ニ折中說アリテ元則ハ有因ナルモ無因ノ場合モアリ得トナス、此有因無因ノ爭ハ立法政策上極メテ緊要ナル點ナリトス、

一方的無因行爲說ハ今日尤モ多數ノ說ナリ、然レトモ余ヲ以テ之レヲ見ルニ猶解ス可ラサル點ナキニ非ス、(一)代理權ハ利益ナルニモセヨ權利ナルニモセヨ、之レヲ他人ノ意思ニ反シ強制スルハ不正ナル干涉ニ非スヤ、一方行爲說ヲ貫ケハ其行爲カ完全ニ成立シ效力ヲ生スレハ之レニヨリ授權ハ完全ナリ、代理人カ反對シ又ハ之レヲ辭セント欲スルモ本人ノ意思カ動カサル以上ハ如何トモス可ラス、蓋シ代理人ノ意思ハ授權行爲ニハ全ク無關係ナル可ケレハナリ、然レトモ本法ノ大體ノ精神ニ於テハ假令利益ナリト雖モ其者ノ同意ナクンハ之ヲ與フルヲ得ストスルニアルモノヽ如シ、即チ贈與ハ單純ニ他人ニ利益ヲ與フルモノナリト雖モ相手

方ノ承諾アルニ非サレハ成立セス、又贈與ノ意思ヲ以テスル第三者ノ辨濟ハ單ニ債務者ヲシテ負擔ヲ免カレシメ利益ヲ與フルノミナリ而カモ債務者ノ意思ニ反スルヲ得ス(四七四)、第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ニ於テモ第三者ハ直接ニ權利ヲ得ルコトナク權利ヲ得ルニハ承諾ヲ要ス(五三七)、然ルニ獨リ代理權ハ他人ノ意思ニ反シテ之レヲ授與シ得トナスハ本法ノ精神ト調和セサル論ニ非スヤ、殊ニ法人ノ理事、會社ノ取締役支配人ノ如キハ其資格ヲ得ルニヨリ少カラサル義務ヲ負擔ス、左レハ一方行爲ニヨリ之等ノモノヲ選任シ得トセハ間接ニ一方行爲ニヨリ義務ヲ課スルコトヲ得ル結果トナル可シ、若シ其レ代理權ハ一方行爲ニヨリ生スルモ其ノ義務ハ承諾アルニ非サレハ生セスト爲サハ理事取締役等ノ職ヲ割テ二トナスモノニシテ理事取締役ニシテ代理權ナキモノ及ヒ代理權ノミアツテ業務執行ノ義務ナキモノヲ生スルニ至ラン、

以上ノ理由ニヨリ代理權ノ授與ハ代理人ノ意思ニ反スルヲ得ス、又代理人カ之ヲ欲セサルトキハ之ヲ拋棄辭任シ得ルモノナリトスルニ非レサハ實際ニ適セサルコト明ナル可シ、故ニ純然タル一方行爲說ハ余輩ノ左袒セサル所ナリ。

次ニ授權行爲ト其基礎的行爲トノ關係ニ至リテハ立法政策上之レヲ無因トナスノ利益ナルコトヲ疑ハス、蓋シ之レヲ有因トナストキハ第三者ニ知レサル又知ルコトヲ要セサル事實ノ存在ニヨリ第三者ノ地位ヲ左右スル結果トナレハナリ、

(IV)本法ノ解釋、　本法ハ直接ニ授權行爲ヲ規定セスト雖モ間接ニ委任說ヲ取リタルコトヲ推知スルヲ得可シ、其理由ハ(一)第百四條ニ「委任ニ因ル代理人」ノ文字アリ、(二)第百十一條ニハ「委任ニ因ル代理權」ナル文字アリ是等ハ皆委任契約ニヨリ代理權ノ發生シ得ルヲ認メタル證ナリ、然レトモ此ニ所謂委任トハ債權契約タル委任ノ義ナリヤ、或ハ又委任契約ト同時ニ契約又ハ一方行爲ニヨル授權行爲アルモノト見ル可キヤハ猶未定ナリ、余ノ見ル所ニ於テハ兩者共ニ非ナリ、前說ハ論理上不能ナリ、蓋シ受任者ハ委任者ニ對シテ委任事務ヲ處理ス可キ債務ヲ負フニ過キス(六四四)、故ニ代理權ヲ發生ス可キ餘地ナキナリ、又後說ノ如クニ委任ト同時ニ他ノ獨立シタル行爲アリテ之レニヨリ代理權生ストセハ之レ其行爲ニ因ルモノニシテ委任ニ因ラサル代理權ナリ、故ニ法文ニ反ス、此故ニ最後ノ解釋トシテ採ル可キ途ハ所謂委任トハ當事者間ニ債權關

係ヲ生セシメントスル意思アルト同時ニ代理權ヲ授與セントスル意思ヲ併セ含ム一個ノ契約ナリト解スルヨリ外ナシ左レハ代理權カ發生スレハ之ト同時ニ必ラス當事者間ニ誠實ニ其事務ヲ處理ス可キ債權關係ヲ生スル結果トナル、因ヨリ此如キハ債權編ニ所謂委任ニ非ス、然レトモ通常生活ニ於テ右ノ如キ契約ヲ委任ト呼フ、本節ニ委任トハ即チ之ナリ、然シテ授權行爲ハ無因ナリヤ否ヤノ問題ハ本來授權行爲ナルモノヲ基礎行爲ヨリ分離セシメタルカ故ニ生スルモノナリ、右ノ如クニ委任契約中ニ包含セラルヽモノト解セハ有因無因ノ論ハ無意味ナリ、委任契約カ消滅スレハ代理權ハ當然消滅ス（一一一、（二））、

組合雇傭等ニ代理權ノ伴フ場合ニ於テハ之レ又民法典ニ云フ組合雇傭ニ非ス、蓋シ純然タル債權契約ニ非サレハナリ、我輩ハ前示ノ意義ニ於ケル委任ニ外ナラスト解ス、通俗ノ用語ニ於テモ苟モ代理權カ伴フ以上ハ之レヲ委任ト稱スルヲ通常トス可シ、

然レトモ本法ノ解釋トシテ一方行爲說ヲ取ル學者又少カラス案スルニ其根據ハ（一）第百九條ニ第三者ニ對シテ他人ニ代理權ヲ與ヘタル旨ヲ表示シタル者ハ其代理權ノ範圍內ニ於テ其他人ト第三者トノ間ニ爲シタル行爲ニ付キ其責ニ任ストアルヲ根據トス、然レトモ之代理權授與ノ規定ニ非ス、若シ代理權授與ノ規定ナリトセハ「本人ニ對シ效力ヲ生ス」ト規定セサル可ラス、然ルニ「其責ニ任ス」トアリ、責ニ任スルト效力ヲ生スルトハ大ニ異ル、單ニ責ニ任ストアルハ反對ニ代理權ノ授與ナキヲ示スモノナリ、同條ハ全ク第三者保護ノ爲メニスルモノニシテ表見代理ノ一ノ場合ニ外ナラス、又本條ヲ以テ一方行爲ニヨル授權ヲ規定シタルモノトセハ宜シク「他人ニ代理權ヲ與フル旨云々」トアル可キ理ナリ、然ルニ「他人ニ代理權ヲ與ヘタル旨」云々トアリ、故ニ授權行爲ハ第三者ニ對スル意思表示前ニアルヲ要ス然ラハ第三者ニ對スル一方的意思表示ニヨリ代理權ノ生シタルニ非サルヤ明ナリ、故ニ授權行爲ノ性質ハ本條ニヨリ決スルヲ得ス、（二）無權代理行爲ハ本人カ追認ヲナストキハ本人ニ對シ效力ヲ生ス（一一三）、追認ハ事後ノ授權行爲ニシテ一方行爲ナリ、然ラハ事前ニ於テモ一方行爲ニヨリ代理權ヲ授與スルヲ得サル可ラスト、然レトモ追認ト授權行爲トハ其性質同一ニ非ス、授權行爲ハ一方行爲ニ因リ得ルトスルモ多數ノ說ニヨレハ代理人ニ對シテ爲スヲ要スルカ、又ハ少クトモ代理人ニ對シテハ之レヲ爲シ能ハサル可ラス、若シ然ラサレハ實際ノ不便少

カラサル可シ、然ルニ追認ハ必ラス相手方ニ對シテ爲スヲ要ス（一一三、二）之レ其性質ノ同一ニ非サル證ナリ、

要スルニ本法ノ解釋トシテハ一方行爲說ハ其根據薄弱ナリト云フ可シ、且一方行爲說ニヨルトキハ復代理代理權ノ消滅等ニ關シ規定ナキ場合ヲ生シ實際ニ不便ナリ、況ンヤ一方行爲說ナルモノモ完全無欠ニ非サルコト前述ノ如ク、少クトモ代理人ノ意思ニ反シ代理權ヲ強制スルノ不可、ナルコト又代理人カ辭任セントスルトキハ、之レヲ許サヽル可ラサルコトハ明了ナル事實ナリ、故ニ強テ一方行爲說ニ依ルノ利益モ亦之レヲ認ムルヲ得ス、

(2) 授權行爲ノ要件、　右說明スル授權行爲ノ成立ニハ契約ニ關スル一般ノ原則適用セラレ、代理人カ授權ヲ承諾シタルトキニ成立ス、一方行爲說ニヨルカ如ク單ニ本人ノ授權ノ通知ノ到達ニヨリ成立スルモノニ非ス、

(3) 私人ノ選任スル法定代理、　親族會ノ選任ニヨル後見人（九〇四）法人ノ理事會社ノ取締役等之レナリ、此ノ種ニ屬スルモノヽ内一旦適法ニ代理人ニ選任セラレタルキハ辭スルコトヲ得サル義務アルモノアリ、後見人ノ如キ之レナリ（九〇七）、此義務アルモノハ代理人ノ承諾ナクシテ代理權發生シ代理人トナル、反之就職ノ義務ナキモノ（理事取締役）ニ至リテハ就任ノ承諾アリテ始メテ代理人トナル、勿論代理人ハ選任ヲ受クト雖モ就職ヲ拒絶スルコトヲ得、本來授權行爲ノ性質ニ關シテハ法律ニ明文アルニ非ス學者宜シク實際ニ適切ナル解釋ヲナス可キナリ、然ルニ我國ノ實際ハ之レニ反シ就任ノ承諾ヲ要セサルモノトス（大審院判決錄三六、九四八頁）其理由トスル所ハ之レ委任代理ニ非サルカ故ナリト爲スモノヽ如シ、勿論總會ニ於ケル選擧ハ一方的意思表示タルハ疑ナシ、然シ（一）理論上一方的意思表示ニ於テモ其效力ノ發生ニハ第二ノ條件ヲ必要トスルヲ妨ケス、例ヘハ定款ノ作製寄附行爲ノ如キ皆一方的意思表示ナリ、然レトモ其效力ノ發生ニハ主務官廳ノ許可ヲ要スルニ非スヤ、故ニ理事取締役ノ選任ハ其承諾ヲ得ルニヨリ效力ヲ生ストナスモ其一方的意思表示タルノ性質ト矛盾スルコトナシ（二）之レヲ實際ノ利害ヨリ觀察スルニ此種ノ法定代理人ハ其資格ヲ得ルニヨリ登記其他種々ノ公法上ノ義務ヲ負擔シ又法人ノ事務ヲ執行ス可キ義務ヲ負擔スルモノナリ、代理人ノ同意ナクシテ此ノ如キ義務ヲ間接ナカラモ負擔セシムルハ不法ナリト云ハサル可ラス、且ツ又代理人ノ選任ニ代理人ノ意思ヲ要セスト云フ論ヲ貫ケハ代理人カ辭任セント欲スルモ之レヲ許サ

ル結果トナラサル可ラス、是兩ナカラ不必要ニシテ弊害アリ、或ハ曰ハン理事取締役ノ承諾ヲ要スルモノトセハ若シ何人モ承諾セサルトキハ遂ニ法定代理人ヲ得ル能ハサルニ至ラント、然レトモ此ノ如キハ實際ニ稀ナリ。又論者ノ言ニ從ヒ其職ヲ強制スト雖モ衷心之ヲ欲セサルモノニ重要ナル職ヲ與ヘテ果シテ何ノ益カアル、故ニ其就任ニハ代理人ノ同意ヲ要スルモノトシ又代理人ノ辭職ハ之レヲ認メサル可ラス、尤モ代理人カ一旦職ニ就キタルトキハ既ニ其同意アルカ故ニ一定ノ期間ハ辭職セサル義務ヲ負ハシメテ可ナリ。[illegible]

(八)代理權ノ範圍

(a)法定代理人、　代理權カ本人ノ意思ニ基カスシテ發生スル場合ニ於テハ代理權ハ法律ノ規定ニヨリ直接ニ生スルカ又ハ間接ニ法律ノ定メタル機關ニヨリ選任セラル、而シテ法律カ代理人ヲ要スルハ必ラス一定ノ行爲ヲ爲サシムルコトヲ要スルカ故ナリ、故ニ立法ノ遺漏ニ出テサル限リハ必ラス其爲ス可キ行爲ノ範圍ヲ定ム、之レ即チ代理權ノ範圍ナリ、例ヘハ理事（五三以下）親權者（八八四）後見人（九二一、九二三）管財人（二三）妻ノ代理權（八〇四）夫ノ管理權（八〇一、八〇二）會社取締役（商一七〇）等ナリ、其代理權ハ或ハ制限シ得可キアリ又制限シ能ハサルアリ、又制限シ得ルモ第三者（又ハ善意ノ第三者）ニ對抗シ能ハサル場合アリ、而シテ法ノ欠漏ノ爲メニ代理權ノ範圍ヲ定ムル規定全然存在セサルトキハ第百三條乃至第百八條ノ規定ニヨル、

(b)任意代理權　ノ範圍ハ授權行爲ノ解釋ニヨリ之レヲ定ム、其不明ナルトキハ第百三條乃至第百八條ニヨル、以下法典ニ規定ナキ場合ニ關シ二三ノ點ヲ論セン、

(1)特別代理、一般代理(Special vollmacht, general vm)、　特定行爲ニ關スル代理權ヲ特別代理ト稱シ全財産又特別ノ財團ニ關シ概括的ニ代理權ヲ與フルモノヲ一般代理ト云フ、外國ニ於テハ（普國法一部十三章第九十九條ヨリ第百九條佛民一九八八）特別代理ト一般代理ハ其效力ヲ異ニシ特ニ重要ナル行爲ニ關シテハ一般代理ニテハ效力ナク必ラス特別代理ニ依ル可シトナスト雖モ本法ニ於テハ斯ノ如キ差別ナク、此二者ハ單ニ代理權ノ範圍ノ差別タリ、

代理權ノ範圍ノ解釋ニ付キテハ因ヨリ特別ノ原則ナク法律行爲解釋ノ通則ニヨル、特ニ制限的ニ解ス可シトノ說ハ根據ナシ、或目的ヲ指示シタル場合ニハ其目的ヲ達スルニ必要ナル行爲ヲナスノ權限モ亦當然包含

セラル、モノト見ルヲ至當トス、例ヘハ債權ノ取立ノ代理權ハ受取證書ヲ與フルノ權能ヲ含ム、又單ニ法律行爲ノ種類ヲ示シタル場合ニハ從タル條件ハ代理人之ヲ決定スルヲ得可シ、例ヘハ米ノ賣却ノ代理權ハ履行ノ時場所等ヲ決定スル權能ヲ含ム、反之辨濟受領ノ代理權ハ代物辨濟受領ノ權限ヲ含マス、又債務ノ辨濟ノ代理權ハ相殺ノ對抗ニヨリ債務ヲ消滅セシムル權能ヲ含マス、要スルニ授權者ノ眞意ヲ得ルヲ主眼トス、

(2) 指圖 (Instruction)　トハ本人カ代理人ニ與フル指揮ヲ云フ、授權行爲ヲ以テ無因行爲トナス法制ニ於テハ指圖ハ本人代理人間ノ内部關係ナルカ故ニ代理權ニ何等ノ影響ヲ及サス、只代理人ハ其指圖ニ從フ可キ債務ヲ負擔スルニ過キス、之レニ反シ我民法ノ如ク委任說ヲ取ルトキハ委任契約ハ代理權ノ基礎ナルヲ以テ指圖カ委任契約ヲ制限スル場合ニハ代理權ハ從テ制限ヲ受ケサルヲ得ス、是レ委任說ノ弱點ナリ、然レトモ委任者ハ自己ノ行爲ニヨリ相手方ヲシテ廣大ナル代理權ヲ與ヘタリト信セシム可キ行爲ヲナシタルモノナルカ故ニ之レニ對シ責任ヲ負ハサル可ラス、即チ表見代理トナルカ故ニ相手方ハ之レニヨリ保護セラル、

(3) 共同代理 (Kollektivevollmacht)　代理權ハ一人ニ屬スルアリ、又一代理權ニシテ數人ニ屬スルアリ、前者ヲ單獨代理ト稱シ後者ヲ共同代理ト稱ス、而シテ内容ヲ同フスル多數ノ代理權ヲ同時ニ多數人ニ授與シタル場合ハ特ニ之レ集合代理 Solidarvollmacht ト稱ス、集合代理ハ單獨代理ノ集合シタルモノニシテ各代理人ノ代理權ハ獨立シテ存在ス、故ニ獨立シテ之ヲ行使スルコトヲ得、例ヘハ株式會社取締役ノ如キハ集合代理ナリ（商法百〇七）、共同代理ノ場合ニハ代理權ノ行使ニハ總代理人ノ協力ヲ必要トス、何トナレハ代理人ハ數人アリト雖モ代理權ハ一個ナルカ故ナリ、然レトモ數人カ時ヲ同フシテ共同ニ行爲ヲナスヲ要セス、一人先ツ行爲ヲナシ他ノ者カ後日之ヲ認ムレハ足ル、法律行爲ニ署名ヲ要スル場合ニハ一人先ツ署名シ他ノ者ハ後ニ之ニ加署スレハ足ル、然シナカラ全員ノ協力ハ有權代理行爲ノ成立要件ナルカ故ニ最後ノ一人カ協力スル迄ハ代理行爲ハ成立セス、反之善意惡意意思ノ欠缺等ノ事實ノ有無ハ各代理人ニ付キ之ヲ判ス、例ヘハ數人ノ中ノ一人カ惡意ナルトキハ其法律行爲ハ全部惡意ナリシモノト見ル（Hnpka vallmacht. S. 373 同說 Ring Aktien Gesellschaft art 229 反對）、一人ノ爲シタル代理行爲カ他ノ代理人ノ同意ヲ得ル能ハサル場合ニ於テハ其行爲ハ無權代理行爲トナル、其效力ハ本人ノ追認ノ有無ニヨリ決

セラル、但シ他ノ代理人ノ同意ヲ以テ代理行爲ノ條件トナシタル場合ニハ其同意ヲ得サルトキハ條件ノ不成就ニヨリ效力不發生ト決定ス、又共同代理ノ場合ニ於テハ復任ノ方法ニヨリ代理權ヲ一人ノ手中ニ集ムルヲ得ス、蓋シ授權者ハ代理事務ノ處理ニ數人ノ協力ヲ欲シタルナリ、之レヲ一人ノ手ニ集ムルハ授權者ノ意思ニ反ス(Hupka, A. A. C. S. 371.2)、以上ハ法定代理人カ數人アル場合ニ於テモ全ク同一ナリ、

同時ニ又ハ時ヲ異ニシ同一ノ事務ニ就キ、數人ノ代理人ヲ任命シタルトキハ共同代理ト見ル可キカ集合代理ト見ル可キカ、曰ハク何レモ不能ニ非ス、蓋シ代理權ハ同一ノ事務ニ付キ數個存スルヲ妨ケス、故ニ一個ノ代理權ヲ數人ニ與フルモ可ナリ、又各員ニ獨立シタル代理權ヲ與フルモ可ナリ、故ニ授權者ノ意思又ハ法律ノ規定明ナルトキハ之レニ從ヒテ決ス可シ、而シテ其不明ナル場合ニ關シテ羅馬法ニハ一般的推定ナク(Hupka A. A. O. 365)、寺院法ハ共同代理ト推定シ獨逸普通法ニ採用セラレ墺民(一〇一一)等之レニ依リ、佛民(一八五七)ハ反對ニ集合代理ト推定ス、我民法ハ一般的ニハ何等ノ規定ヲモ設ケス獨逸民法モ亦然リ、然シ此ノ如キ場合ニ關シテハ法律ヲ以テ推定ヲ設クルヲ要ス、而シテ共同代理ハ確實ナリト雖モ緩漫ノ弊アリ、集合代理ハ反之敏活ナリト雖モ粗濫ノ弊アリ、又本人ノ利益ハ共同代理ニ在リテ相手方ノ便宜ハ集合代理トナスニ在リ、故ニ一般的ノ推定トシテハ佛國民法ノ如ク集合代理トナスヲ可トス、

因ニ私人ノ任意ノ授權ニヨリ共同代理ヲ作リ得トセハ相手方ノ利益ハ害セラル可シトノ非難アル可シ、蓋シ相手方ハ善意ニテ其一人ト取引ヲナスト雖モ他者カ同意セサルトキハ本人ニ對シテ效力ヲ生セサル可ケレハナリ、然リ然レトモ此ノ如キ場合ニハ善意ノ第三者ハ表見代理ノ制度ニヨリ保護ヲ受ク(第百十條)ルカ故ニ實際ノ害ナシトス、

(4)
多數決ニヨル場合、　數人ニ代理權ヲ與ヘ多數決ニヨリ代理行爲ヲ爲サシムルコトヲ得、例之甲乙丙ヲ代理人トナシ多數決ニヨリ一定ノ法律行爲ヲナサシムルコトヲ得、法律ニ規定アルモノノ外授權者ノ意思ヲ以テ任意ニ斯ノ如キ形ヲ以テ代理權ヲ與フルコトヲ得、之レ公益ニ害ナキ所ナリ、然レトモ多數決ニ依ル可シトスル本人ノ意思ハ指圖(Instruction)ト同一ノ性質及ヒ效力ヲ有シ、相手方カ其事實ヲ知ル場合ニハ之レヲ以テ對抗スルコトヲ得可シ、然レトモ善意ノ第三者ニ對シテハ表見代理ノ原則ニヨリ各人獨立シテ代理權ヲ有スルモノト看做サル、(五二參照)

(二)代理權ノ消滅　第百十一條ヲ見ヨ、

(八)代理ヲ許ス行爲　凡テノ意思表示ハ代理ヲ許スヲ原則トス、然レトモ例外ノ場合少カラス、例之婚姻、縁組、遺言ノ如シ、各ニ其行爲ノ性質ニ付キ研究シ本人自身ニ意思ノ決定ヲナスヲ要スルヤ否ヤニ付キ判ス可シ、然レトモ概言スレハ財産ニ關スル行爲ハ代理ヲ許シ身分ニ關スル行爲ハ之レヲ許サヽルモノトス、又任意代理ハ之レヲ許サヽル性質ノ行爲ニシテ法定代理ハ之レヲ許ス場合少カラス(例之八四二、八四三、八九五)、

(九)本節ノ内容　本節ハ(一)有權代理、及代理權(九九ヨリ一〇八及一一一)(二)表見代理(一〇九、一一〇、一一二)(三)無權代理(一一三、一一八)ノ三者ヲ規定ス、

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

前項ノ規定ハ第三者カ代理人ニ對シテ爲シタル意思表示ニ之レヲ準用ス

(一)本條ノ規定　ハ有權代理ニ關シ三事ヲ含ム、(一)代理行爲ノ要件(二)代理行爲ノ效力(三)積極代理ノ規定ヲ消極代理ニ準用ス可キコト之レナリ、

(二)有權代理行爲ノ要件　(一)代理權ノ範圍内ナルコトヲ要ス、然レトモ代理人カ代理權ノ存在ヲ知ルノ要ナシ、代理權ノ範圍外ナルトキハ純然タル無權代理トナル場合ト第百十條ノ適用ヲ受ケ表見代理トナル場合アリ、第三者カ其權限アリト信ス可キ正當ノ理由ヲ有セシヤ否ヤニヨリ右ノ差別ヲ生ス、(二)本人ノ爲メニスルコトヲ示スヲ要ス、本人ノ爲メニスルコトヲ示ストハ本人ノ名ニ於テ爲ス場合ノミニ限ラス本人ノ名ヲ示シ又ハ示サスシテ本人ノ爲メニスルコトヲ示シ代理人ノ名ニ於テ意思表示ヲナス場合ヲ含ム(總説(五)ヲ見ヨ)、而シテ本人ノ爲メニスルコトヲ示スハ何レノ場合ニ於テモ明示タルヲ要セス四圍ノ事情ヨリ推知シ得レハ可ナリ、本人ノ爲メニスルコトヲ示サヽルトキハ次條ニヨル、以上ノ二者ハ有權代理行爲ノ特別ナル有效條件ナリ、其他意思表示ノ内容カ不法不能ニ非サルヲ要スル等ハ普通ノ法律行爲ト同シ、猶能力ニ關シテハ第百二條及總説(五)ノ(二)ヲ見ヨ、

(三)有權代理ノ效力　ハ「直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生ス」ト云フニ盡キタリ、即チ恰モ其意思表示ハ代理人之レヲナサス本人自ラ意思表示ヲナシタルト同

一ノ結果トナル、意思表示ノ效力ハ一旦代理人ニ生シ而シテ後本人ニ移ルニ非ス、即チ(一)本人ニ對シテ直接ニ效力ヲ生ス(積極的效力)(二)代理人ニ對シテハ何等ノ效力ヲモ生セス(總說(一)(二)ヲ參照ス可シ)、

(四)消極代理　本條第二項ニ之レヲ規定ス、消極代理トハ第三者カ代理人ニ對シテ意思表示ヲ爲スヲ云フ、即チ意思表示受領ノ代理ナリ、此場合ニハ第一項ノ規定ヲ準用シ、有權消極代理トナルニハ

(イ)代理權ノ範圍內　即チ代理人カ意思表示受領ノ代理權ヲ有スルヲ要ス、然レトモ注意ス可キハ此種ノ代理權ハ特ニ之レヲ授與スルコト稀ニシテ通常ハ或事項ニ關シ代理權ヲ授與スルトキハ其事項ニ關シテハ意思表示ヲナスノ代理權ト意思表示ヲ受領スルノ代理權アルモノトス、例ヘハ契約締結ノ代理權ハ當然相手方ノ申込ヲ受領スル代理權ヲ含ムカ如シ、代理權ノ範圍外ナルトキハ(二)ニ述ヘタル所ト同シ、

(ロ)本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル意思表示　ナルヲ要ス、積極代理ノ場合ト反對ニシテ代理人カ之レヲ示スニ非ス、相手方カ其意思表示ハ本人ノ爲メニスルモノナルコトヲ示スモノナリ、而シテ代理人カ之ヲ受領スルニ當リテハ敢テ本人ノ爲メニ受領ス可キ旨ヲ表示スルヲ要セス、蓋シ意思表示ノ受領ハ純然タル消極的ノ働ナルカ故ニ此ノ如キ意思表示ヲ以テ其構成分子ト見ルヲ得サレハナリ、

而シテ其效力ハ

(イ)代理人ニ對シテ何等ノ效力ヲ生セス

(ロ)本人ニ對シ直接ニ效力ヲ生ス、

ルコト積極代理ト異ルコトナシ、

(五)代理行爲ノ解釋　ハ代理人ヲ標準トス、例ヘハ個人固有ノ用語ニ重キヲ置タ場合ニハ代理人ノ用語ノ意義ニヨル可シ、蓋シ代理行爲ハ代理人ノ意思表示ナレハナリ、

(六)立證責任　代理行爲ニ付キ代理人カ訴ヘラレタルトキハ代理人ハ其代理行爲ナルコトヲ立證シテ責ヲ免カルヽコトヲ得、即チ(一)代理權、(二)其範圍內ナルコト(三)本人ノ爲メニスルコトヲ示シタルコトヲ立證スルヲ要ス、

第百條　代理人カ本人ノ爲メニスルコトヲ示サスシテ爲シタル意思表示ハ自己ノ爲メニ之ヲ爲シタルモノト看做ス、但相手方カ其本人ノ爲メニスルコトヲ知リ又ハ之

ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ前條第一項ノ規定ヲ準用ス

(一)代理ノ第二要件ヲ缺ク場合ヲ本條ハ規定ス、其目的ハ全ク相手方ヲ保護セントスルニ在リ、前條ニ於テハ意思表示カ本人ニ對シテ效力ヲ生スルニハ本人ノ爲メニスルコトヲ示スヲ要スルモノトセリ、蓋シ相手方ハ代理人カ本人ノ爲メニスルヲ示スニヨリ始メテ本人ト取引ヲナスヲ知ル、其然ラサルニ於テハ代理人其人ト取引ヲナスノ意思アルヤ明ナリ、然ルニ一方ニハ前條ノ條件ヲ缺クカ故ニ本人ニ對シテハ效力ヲ生セス、又他ノ一方ニ於テハ代理人ハ自己ノ爲メニスルノ意思ナキヲ以テ代理人ニ對シテモ效力ヲ生セス、畢竟無效ナリトセハ相手方ハ損害ヲ蒙ルヤ明ナリ、故ニ相手方保護ノ爲メニ代理人ニ對シテ效力ヲ生スルモノトス、

(二)適用ノ範圍

(イ)代理人ノ善意惡意ヲ區別セス、蓋シ相手方ヲ保護スル目的上之ヲ區別ス可キ理由ナケレハナリ、

(ロ)代理人カ個人トシテ意思表示ヲナス場合ニ適用ナシ、此場合ニ於テハ代理人ハ自己ノ爲メニスルノ意思ヲ有スルカ故ニ代理人ニ對シテ效力ヲ生スルハ當然ナリ、何ソ本條ノ規定ヲ俟タンヤ、

(ハ)代理人カ本人ノ爲メニスルノ意思ヲ有スル場合ニ於テモ之ヲ表示セサルトキハ已ニ第九十三條ノ規定アリテ其意思ハ表示セラレサルヲ以テ效力ナク當然自己ノ爲メニスルモノト看做サル、然レトモ本條モ亦適用アリ、

(ニ)代理人カ何人ノ爲メニスルカニ付キ確定的意思ヲ有セサル場合ニモ本條ハ適用セラル、

(三)效力　自己(代理人)ノ爲メニナシタルモノト看做ス(推定ニ非ス)、即チ

(イ)代理人ハ其行爲ニヨリ拘束セラル、

(ロ)相手方モ亦其行爲ニヨリ拘束セラル、後日ニ至リ代理人ノ眞意ハ自己ノ爲メニスルニ在サルコトヲ發見スト雖モ、相手方單獨ノ意思ヲ以テ其行爲ヲ撤回又ハ解除スルヲ得ス、

(四)但書ノ規定　ハ代理人ハ本人ノ爲メニスルコトヲ示サヽリシト雖モ相手方カ他ノ事情ニヨリ其本人ノ爲メニスルコトヲ知リ又ハ知リ得可リシ場合ニ關ス、然レトモ此ノ如キハ多クハ本人ノ爲メニスルコトヲ默示シタル場合ナリ、極メテ稀ニハ代理人ノ默示ナクシテ其意思ヲ知リ又ハ知リ得可キ場合アリ得可

キカ、代理人カ默示シタルニヨリ本人ノ爲メニスルヲ知リ又ハ知リ得可キ場合ナラハ當然前條第一項ノ適用ヲ受ケ本條但書ノ適用ヲ受ケス、故ニ本條但書ノ適用ハ極メテ稀ナル可シ、例之代理人カ第三者ニ對シテ代理人トシテ相手方ト取引ヲナス可キヲ告ケ、相手方ハ第三者ヨリ之レヲ聞知シタル場合ノ如キ適例ナランカ、

(五)但書ノ效力　前條第一項ノ規定ヲ準用ストアリ、準用スト云ヘルハ代理人カ相手方ニ對シテ本人ノ爲メニスルコトヲ示サヽル場合ニ關スルカ故ナリ、然シテ其效力ハ直接ニ本人ニ對シテ生シ、代理人ニ對シテハ何等ノ效力ヲ生セサルモノトス、獨逸ニ於テハ此場合ニ關シテハ本人ハ主タル效力ノ主體トナリ、代理人モ亦從トシテ擔保ノ責ニ任ストノ説アレトモ本條ノ規定ハ明瞭ニシテ此ノ如キ解釋ヲ許サス、

第百一條　意思表示ノ效力カ意思ノ欠缺、詐欺、強迫又ハ或事情ヲ知リタルコト若クハ之ヲ知ラサル過失アリタルコトニ因リテ影響ヲ受ク可キ場合ニ於テ其事實ノ有無ハ代理人ニ付キ之レヲ定ム

特定ノ法律行爲ヲ爲スコトヲ委託セラレタル場合ニ於テ代理人カ本人ノ指圖ニ從ヒ其行爲ヲ爲シタルトキハ本人ハ其自ラ知リタル事情ニ付キ代理人ノ不知ヲ主張スルコトヲ得ス其過失ニ因リテ知ラサリシ事情ニ付キ亦同シ

(一)代表説　ヲ取リタル結果ヲ本條ハ示ス、代理行爲ハ代理人ノ行爲ニシテ其效力ハ本人ニ及フモノナリ(九九)故ニ其行爲ニ影響ヲ及ス可キ事實ノ有無ハ本人ニ關セス代理人ヲ標準トシテ之レヲ定ム可キハ當然ナリ(總説(四)參考)、

(二)第一項ノ場合

(イ)意思ノ欠缺　トハ意思表示ニ眞意ノ伴ハサル場合ヲ總稱ス、故ニ(一)心裡留保(九三)、(二)虚僞ノ意思表示(九四)、(三)錯誤(九五)ヲ含ム、此ノ如キ事實ノ存セシヤ否ヤハ本人ニ付キ判定セス、代理人ニ付キ判定ス、意思能力欠缺ノ場合モ亦本條

ノ内ニ包含セラル、

（ロ）詐欺強迫　相手方カ詐欺、強迫ヲナシタル場合ノミナラス第三者カ詐欺強迫ヲナシタル場合モ亦此ノ内ニ在リ、凡テ代理人カ詐欺、強迫ニ遭ヘリヤ否ヤニヨリ決ス、本人カ詐欺強迫ニ遭ヘリト雖モ(授權行爲ニ非ス代理行爲ニ付キ之レヲ云フ混合ス可ラス)代理人カ詐欺強迫ニ遭ハサルトキハ其行爲ハ第九十六條ヲ適用シテ取消スヲ得ス、反之本人ハ詐欺、強迫ニ遭ハスト雖モ代理人カ詐欺強迫ニ遭ヒタルトキハ本人ニ於テ其行爲ヲ取消スコトヲ得、

（ハ）或事情ヲ知リタルコト　ニヨリ法律行爲ニ影響ヲ及ス場合ハ多々アリ、本法ニ於テ故意又ハ惡意ト云フ場合ハ凡テ之ニ屬ス、例之他人ノ物ノ賣買ニ於テ買主カ契約ノ當時其賣主ニ屬セサルコトヲ知リタルトキハ解除權ヲ有セス(五六一)、故ニ其物ノ賣主ニ屬セサルヲ知ルヤ否ヤハ代理人ニ付キ判スルカ如シ、又或ハ第百九十二條ノ場合ニ於テ占有ノ讓渡者カ權利者ニ非サルコトヲ知ルトキハ(惡意)占有取得者ハ同條ニヨリ權利ヲ取得スルヲ得ス、讓渡者ノ權利者ニ非サルヲ知ルヤ否ヤハ代理人ニ付キ之レヲ判定スルカ如シ、而シテ苟モ本條第二項ノ適用ヲ受ケサル限リハ本人ノ或事情ヲ知ルト否トハ代理行爲ノ效力ニ何等ノ影響ナシトス、

（ニ）或事情ヲ知ラサルニ付過失アル場合、　例ヘハ第百十七條二項代理人カ無權代理人(相手方)ト取引ヲナスニ當リ其代理權ナキコトヲ過失ニ因リテ知ラサリシ場合ノ如シ、猶第四百八十條ヲ見ヨ、

（ホ）任意代理　ノミナラス法定代理ニ付キテモ本條ハ等シク適用セラル、

（ヘ）積極代理ニ限ル　可キカ、本條ニ云フ意思表示トハ代理人ノ爲ス意思表示ノ謂カ、或ハ代理人ニ對シテ爲サレタル意思表示ヲモ包含スルカ、文意不明ナリトス、余ハ故ラニ前數段ニ於テハ代理人カ意思表示ヲナス場合ヲ想像シテ説明セリ、然レトモ精密ニ論スレハ兩者ヲ包含スルモノトスルヲ正シトス、例ヘハ代理人カ詐欺強〓ヲ行ヒテ意思表示ヲナサシムル場合(同論大審院三九三、三一)、或ハ第九十二條但書ノ場合ニテ代理人カ心理留保ヲ知リタル場合、或ハ他人ノ物ノ賣買ニ於テ代理人カ其買主ニ屬セサルヲ知リ又ハ過失ニヨリ知ラサリシ場合等ニ於テハ本人ニ關係ナク其行爲ノ效力ヲ定メテ可ナリ、

（ト）特定行爲ノ委任　ノ場合ニモ本條ハ適用セラル但指圖アリタルトキハ次項ニヨル、

（チ）復代理ニ關シテ　復代理人ニ付キ本條第一項ハ適用セラル可シ、蓋シ復代理人ハ本人ノ代理人トナルモノナレハナリ、猶其性質ニ關シテハ第百七條ヲ

見ヨ、

(三)第二項ノ場合

(イ)特定ノ法律行爲ノ委託ノ場合ニ限ル、　是法文ニ明ナル所ニシテ別ニ説明ヲ須キス、然レトモ之レ狹キニ失ス、概括的ノ委任ノ場合ニモ猶指圖ハアリ得ルナリ、

(ロ)任意代理ニ限ル、　是レ又法文「委託」ノ文字ニヨリ明ナル處ニシテ説明ヲ用ヒス、又實質上モ理由アル所ナリ、蓋シ法定代理ノ場合ニ於テハ代理權ハ本人ニヨリ授與セラレス、從テ本人カ代理人ニ指圖ヲ與フルコトナク又之レヲ與ヘタリトスルモ之レ第三者ノ干渉ニシテ代理人ハ之レニ從フ可キ義務アルモノニ非サレハ有效ナル指圖ニ非サレハナリ、

(ハ)指圖(Instruction od. Weisungen)　ハ委託セラレタル法律行爲ヲナスノ方針ナリ、或ハ甚タ嚴密ニシテ代理人ハ殆ント自由意思ヲ以テ考量スルノ餘地ナキアリ例ヘハ馬疋ノ購入ニ於テ某氏ヨリ某馬ヲ買フ可シトナス如シ、或ハ寛廣ニシテ猶代理人ノ自由行動ノ餘地ヲ存スルコト多キ場合アリ、例ヘハ前例ニ於テ其相手方トナナル可キ人ヲ指定セス只其代價ノ額ヲ制限スルカ如シ、指圖ハ授權行爲ノ一部ニアラス、獨逸民法ニ於ケル如ク授權行爲ヲ以テ一方的無因行爲トナストキハ指圖ハ本人代理人間ニ債權關係ヲ生スルニ過キス、代理權ヲ制限スルコトナシト説明スルヲ得レトモ、本法ノ如ク委任説ヲ取ルトキハ指圖ハ本人代理人間ノ内部ノ關係ノ制限スルカ故ニ從テ代理權ハ其程度迄制限ヲ受ケサルヲ得ス、之レニヨリ第三者カ受クル損害ハ第百十條ノ規定表見代理ニヨリ救濟スルヲ得可キノミ、

指圖ノ性質此ノ如シ、故ニ代理人ハ獨リ其指圖ニ從フ可キ義務アルノミナラス、其指圖ニ反シテ法律行爲ヲナス權限ヲ有セス、而シテ本人カ如此指圖ヲ與フルハ通常自ラ其法律行爲ニ付キ十分ノ調査ヲナシタル上ナラサル可ラス、此ノ故ニ代理人カ指圖ニ從ヒ委任行爲ヲナシタル場合ニハ本人ハ其自ラ知リタル事情ニ付キ代理人ノ不知ヲ主張スルヲ得ス、又過失ニヨリ知ラサリシ事情ニ付キ其不知ヲ主張スルヲ得サルモノトス、

然レトモ指圖ニハ寛嚴ノ差アルコト前述ノ如シ、凡テノ指圖ニ本條但書ノ規定ヲ適用スルモノトセハ却テ本條第一項ノ旨趣ヲ沒却スルニ至ル可シ、故ニ余輩ノ見ル所ニ於テハ本項ハ指圖ノ嚴密ナル場合ニ限リ適用アルモノトナサヽルヲ可ラス此ノ如クニ説明スルモ猶程度問題ニシテ不明ナルヲ免カレスト雖モ要點ハ或事情ノ知不知カ問題トナル可キ點ニ付キテハ本人カ嚴密ニ

シテ不動ノ指圖ヲ與ヘタル場合ニ限リ適用アリトスルニ在リ、例ヘハ建物ノ購入ヲ委任シ、某家屋ヲ購入ス可シト指揮シタル場合ニハ本人ハ其家屋ノ瑕疵ニ付キ不知ヲ主張スルヲ得サル可シ、然レトモ反之家屋ノ購入ヲ委任ス、然レトモ之レニ付キテハ某辯護士ノ意見ヲ聞ク可シト指圖シタル場合ニ於テハ本人ハ未タ如何ナル家ヲ買フ可キカヲ指示セス、故ニ其家屋ノ瑕疵ニ付キテハ本人ハ第一項ノ規定ニヨリ代理人ノ不知ヲ主張スルヲ得可シ、

(二)第二項ハ代理人ノ不知ノ場合ニ適用アリ、　代理人カ或事情ヲ知リタル場合ニハ特定行爲ノ委任ナルト將タ又指圖ノ有無ニ論ナク當然第一項ノ適用ヲ受ケ本人ハ其不知ヲ主張スルヲ得ス、第二項ノ適用アルハ本人カ或事情ノ有無ヲ知リ又ハ之レヲ知ラサルニ付キ過失アリテ代理人カ其事情ヲ知ラサル場合ニ限ル、而シテ其效力ニ關シテハ本人ハ代理人ノ不知ヲ主張スルヲ得ストアルカ故ニ相手方ハ代理人ノ不知ヲ主張シ本條第一項ノ元則ニ戻ルコトヲ得ルモノヽ如シ、

第百二條　代理人ハ能力者タルコトヲ要セス、

(一)**本節總說(五)ノ(二)ヲ見ヨ**

猶注意ス可キ點左ノ如シ、

法定代理ノ場合ハ[illegible]
無能力保護精神ト抵
觸スルコトナシヤ

(二)**本條ハ法定代理ニ適用アリ**　之レ(一)本條ノ文面上明ナリ、(二)代理人ハ能力者タルヲ要セスト云フ理由ハ能力制限ハ無能力者保護ノ目的ニ在リ然ルニ直接代理ニ於テハ代理人ノ行爲ハ代理人ニ對シテ效力ヲ生セサルカ故ニ無能力者ヲシテ其任ニ當ラシムルモ保護ノ目的ニ背ク所ナシト云フコ在リ、而シテ此理由ハ法定代理任意代理ニ共通也然レ共法定代理ニ關シテハ左ノ規定アリ、(一)後見人ニ付キテハ第九百八條ニヨリ未成年者、禁治産者及準禁治産者ハ其能力ナシ、(二)親權ヲ行フニハ成年者タルヲ要ス(八九五)、(三)清算人ニ關シテハ非訟事件手續法第百三十八條、第三十七條アリ、此ノ如キ明文ナキ場合ニ於テハ無能力者ヲ以テ法定代理人トナスコトヲ得、殊ニ法人ノ理事、會社ノ取締役トナスニ差支ナシトス、若シ無能力者ニ此ノ如キ重大ナル權限ヲ與ヘ本人タル法人會社損失ヲ招クコトアリト雖モ之レ撰任者ノ罪ノミ又如何トモス可ラス、

(三)**本條ハ代理關係ニ關ス**　本人ト代理人間ノ關係ニ於テハ若シ代理人無能力者ナルトキハ一般ノ規定ニ從ヒ保護ヲ受ク可キモノトス(梅博士民法要義第百二條)、例ヘハ代理人カ委任事務ヲ處理スルニ當リ過失ニヨリ本人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ損害賠償ノ義務ヲ負フ(六四四)、然レトモ代理人無能力者ナルトキ

ハ其委任契約ヲ取消シ以テ其責任ヲ免カルルコトヲ得可シ、

(四)本條ハ有權代理ニ關ス　無權代理ニ付キテハ第百十七條ヲ見ヨ、

第百三條　權限ノ定ナキ代理人ハ左ノ行爲ノミヲ爲ス權限ヲ有ス

一、保存行爲

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

(一)代理權ノ範圍　本條以下第百七條ニ至ルマテハ代理權ノ範圍ニ關スル規定ナリ、代理權ノ範圍ハ代理權ノ發生原因ニヨリ定マル、任意代理ノ場合ハ授權行爲ノ解釋ニヨリ法定代理ノ場合ハ法律ノ規定ニヨルヲ常トス、然ルニ授權行爲ノ意義明ナラス又法定代理ニ於テ代理權ノ範圍ヲ規定セサル場合ナキニシモ非ス(勿論立法ノ遺漏ナリ)、依テ本條ニ於テ權限ノ定ナキ(發生原因ニヨリ定マラサル)代理人ノ權限ヲ定ム、故ニ本條ハ其性質ハ補充的規定ナルコト明ナリ、又任意代理ト法定代理ニ適用アルヲ知ル可シ、

(二)本條ノ適用アル場合　凡ソ代理權ヲ與フルニハ單ニ某ヲ代理人トナストイフカ如キ漠然タルコトアルヘカラス、若シ此ノ如キコトアリトセハ法律行爲ノ目的ノ不確定ヲ理由トシテ其授權行爲ハ無效ニ歸ス可シ、本條ニ所謂「權限ノ定ナキ代理人」トハ右ノ如キ漠然タルモノヲ指スニ非ス、某々ノ財產ニ關シ何ノ某ヲ代理人ト爲スト云フカ如ク「委任ノ客體タル財產ハ限定セラレ而モ其財產ニ關シ如何ナル行爲ヲ爲ス可キカ指定セラレサル場合」ナリ、是レ一號二號ノ規定ヲ見レハ一目瞭然タル所ナリ、故ニ管理ノ目的タル財產ノ指定ナキ場合ニハ本條ヲ適用スルヲ得ス、又財產ニ關スル場合ニ非サレハ本條ヲ適用スルヲ得ス、之レ一見狹キニ失スルカ如キモ實際直接又ハ間接ニ財產ニ關セサル代理ハ極メテ稀ナル所ナリ、例ヘハ某ニ對スル交涉事件ニ付キ代理人トスト云フカ如キ場合ニ於テモ大抵ハ財產ニ關スル事件ナリ、財產ニ關セサル事件ハ多クハ代理ヲ許サス其代理ヲ許ス場合ハ大抵法定代理ニシテ法律ニ規定存ス(例之七五一、八四三、八九五、九二一)、故ニ一般的ノ推定規定タル本條ノ解釋トシテハ右ノ如クニシテ不都合ナカル可シ、

(三)一號二號ノ規定　本條ハ原ト佛民法第千九百八十九條ニ倣ヒタルモノナ

リ、同條ニヨレハ一般的委任ハ管理行爲（Actes d'. Administration）ノ外包含セストアリ、本條ノ精神モ亦之レニ外ナラス、然ルニ管理行爲ノ意義範圍明瞭ナラス佛國ニ於テモ議論多シ、之レニ鑑ミテ具體的ニ其内ニ包含セラル、保存、利用、改良ノ三者ヲ上ケタルモノナリ、

(イ)保存行爲　保存行爲トハ代理ノ目的タル物又ハ權利ノ滅失毀損ヲ防止スル行爲ヲ云フ、例ヘハ物ノ朽敗ヲ防クニ必要ナル法律行爲、時效ノ中斷、權利ノ登記等之レナリ、物ノ保存ノ目的ヲ以テ爲ス事實行爲（例之自ラ家屋ヲ修繕ス）ハ本條ノ内ニ在ラス、蓋シ代理ハ法律行爲ニ限レハナリ、保存ノ目的ヲ以テ事實行爲ヲナストキハ第六百五十六條ノ適用ヲ受クルカ、然ラサレハ事務管理トナル、

(ロ)「利用及ヒ改良ヲ目的トスル行爲」　利用トハ利殖ヲ云ヒ、改良トハ物ノ品質ヲ進メ效用ヲ益シ價値ヲ増大ナラシムル行爲ヲ云フ、然シナカラ其方法ハ物又ハ權利ノ性質ヲ變セサル範圍内ナルヲ要ス、例ヘハ金錢ヲ銀行ニ寄託シ不動産ヲ他人ニ賃貸スルカ如キハ物ノ利用ニシテ其ノ性質ヲ變セサルモノナリ、反之金錢ヲ以テ不動産ヲ買ヒ不動産ヲ賣却シテ金錢トナスカ如キハ住々利用ノ良途タル可シト雖モ物ノ性質ヲ變スルカ故ニ不可ナリトス、若シ夫レ權利ノ利用ニ至リテハ其例甚タ多カラスト雖モ特許權著作權、等ヲ一時他人ニ使用セシメ報酬ヲ得ルカ如キ、權利ノ利用ト稱スルヲ得可キカ、

物ノ改良トハ動産又ハ不動産ニ相當ノ設備ヲ施シ以テ其價ヲ増サシマルノ類ナリ、之レ其性質ヲ變セサルカ故ニ管理行爲ニ屬ス、然レトモ山林ヲ開拓シテ田畝トナシ獸皮ヲ以テ靴ヲ製スルカ如キ或ハ改良ト云ヒ得可シト雖モ物ノ性質ヲ變スルカ故ニ管理行爲ノ内ニ在ラス、權利ノ改良トハ負擔アル場合ニ之レヲ去リ條件アルモノハ之レヲ除ク等ヲ云フ之レ權利ノ性質ヲ變セサルモノナリ、然シ公債ヲ株式ニ換ヘ株式ヲ社債ニ換フルカ如キハ其性質ヲ變スルカ故ニ管理行爲ノ内ニ在ラス、

本條ニ利用改良ヲ目的トスル行爲トハ物又ハ權利ノ利用改良ヲ目的トナス法律行爲ヲ意味スル事(イ)ニ述ヘタル場合ト同シ、其事實行爲ナル場合ニ關シテモ亦(イ)ヲ見ヨ、

(ハ)處分行爲　要スルニ保存利用改良ノ三者ハ處分行爲ニ對スルモノナリ、處分行爲トハ權利ノ喪失移轉ヲ來ス可キ行爲ナリ、例ヘハ賣買、贈與、拋棄、免除、相殺ノ類之レナリ、之ヲ前述スル處ト相對照セハ管理行爲（保存利用改良）トハ權利ノ喪失移轉ヲ來サヽル範圍内ニ於テ保存利用改良ヲ目的トスルモノナリ

ト云フコトヲ得可シ、

第百四條　委任ニ因ル代理人ハ本人ノ許諾ヲ得タルトキ又ハ已ムコトヲ得サル事由アルトキニ非サレバ複代理人ヲ選任スルコトヲ得ス

(一)複代理人(Substitut, sub-agent)　本條以下之レヲ規定ス、便宜ノ爲メ玆ニ其一般ノ性質ニ付キ說明ス可シ、複代理人トハ代理人ヨリ其事務ノ全部又ハ一部ノ處理ヲ委任セラレタル者ヲ云フ、複代理人ヲ選任スル權限ヲ複任權(Substitutionsmacht)ト稱シ、複代理人ヲ選任スル行爲ヲ複任行爲(Substitution)ト稱ス、

(二)複任權　代理人ニ複任權アリヤ否ヤハ委任代理ニ在リテハ本人ノ意思ニヨリ法定代理ニ在リテハ其權限ヲ定ムル法律ノ規定ニヨリ定マル、之ヲ原則トス、而シテ授權者ノ意思明ナラス又ハ之レヲ定ムル法規ノ欠ケタル場合ニ關シテハ本條及ヒ第百六條ノ規定ヲ以テ之レヲ補フ、

(イ)委任代理　ニ付キテハ羅馬法上ハ解釋家ノ說一ナラス、多數ハ特ニ禁セサルトキハ複任ヲ許ストナス(Dernburg Pand. II § 116, Mitteis Stellvertretung S. 196, Hupka vollmacht, S. 345. 反對 Windscheid II § 410. anm 5.)、佛國ハ本人ハ複代理人ノ選任ヲ禁スルヲ得トナシ(一九九四)、獨逸民法ハ疑ハシキ場合ニ複任ヲ許サスト解釋セラル(Hupka aao. S. 352. Dernbug I S. 480. Oertmann S. 524.)、本條ハ一般ニ複任ヲ許サス其例外トシテ左ノ二ノ場合ニ之ヲ許ス、

(a)本人ノ許諾アルトキ、　許諾ハ授權行爲ト同時ニ之レヲ與フルヲ得、又ハ留後之レヲ與フルヲ得、而シテ明示タルヲ要セス、

(b)已ムコトヲ得サル事由アルトキ、　例ヘハ代理人ノ疾病、又ハ特別ノ技術上ノ知識ヲ要スル場合ニ代理人之レヲ有セサルトキノ如シ、代理權ハ本來權利ニシテ義務ニ非ス、左ラハ己ムヲ得サル場合ヲ生セサルモノヽ如シ、若シ夫レ事實上ノ故障アラハ其事務ヲ取ラサレハ可ナルモノヽ如シ、然レトモ本法ノ如ク代理權ハ委任契約ニヨリ生ストセハ代理人ハ同時ニ誠實ニ其事務ヲ處理ス可キ義務アリ、此ノ故ニ已ヲ得サル場合ヲ生スルナリ、

以上ノ二場合ノ外代理人カ漫リニ複代理人ヲ選任スト雖モ複代理人ハ本人ノ代理人トナリテ第百七條ノ效力ヲ生スルコトナシ、其複任行爲ハ權限外ノ行爲トナルカ故ニ第百十條ノ適用ヲ受ケサル限リハ複代理人ノ行爲ニ對シテハ代理人自ラ責任ヲ負フ可シ

(ロ)法定代理　ニ關シテハ第百六條ヲ見ヨ、

(三)複任權ノ性質　一說ニハ複任權ヲ以テ代理權ノ一部トナスモノアリト雖モ余ハ之レニ贊セス、其理由ハ㊀若シ之レヲ代理權ノ一部トナサハ複任行爲ハ本人ノ名ニ於テ行ハレサル可ラス（九九）、然ルニ事實ハ之レニ反シ代理人ノ名ニ於テ之レヲ爲ス、㊁代理事務ハ本人ノ事務ナリ然ルニ複代理人ハ代理人ノ事務トシテ之レヲ處理スルヲ以テ事實トナス、㈢若シ複任ハ代理行爲ナリトセハ一旦選任シタル複代理人ハ直ニ本人ノ代理人トナリ代理人ニ於テ之レヲ解任スル能ハサル理ナリ、然ルニ第百五條二項ニヨレハ代理人ハ解任ノ權限ヲ有ス、㈣複任權ヲ以テ代理權ノ一部ト解セハ一旦撰任セラレタル複代理人ハ本人ノ代理人トナリ代理人ノ代理權消滅スト雖モ猶其代理權ヲ失ハサル理ナリ、然ルニ複任ノ場合ニ於テハ複代理人ノ權限ハ代理人ノ權限ノ存續中ノミ存續ス、以上ノ理由ニヨリ複任權ハ代理權ノ一部ニ非スシテ之ニ伴フ一種特別ノ權利ト解ス可シ（Mitteis aao. 197. Hupka A. A. O. S. 358）、

(四)複任行爲ノ性質　複任行爲ハ代理權ノ一部又ハ全部ノ讓渡ナリトノ說アリト雖モ之レ不可ナリ、若シ眞ニ代理權ノ讓渡ナリトセハ複任ニヨリ代理人ハ代理權ヲ失ハサル可ラス、然ルニ複任ノ場合ニ於テハ代理人ハ依然代理權ヲ有ス、故ニ讓渡ニ非ス、吾輩ハ代理人ト複代理人間ノ新ナル委任代理ナリト解ス、

(五)複代理人ノ性質　複代理人ノ性質ハ複任行爲ノ解釋如何ニヨリ定マル、或ハ複代理人ハ單ニ本人ノ代理人ニシテ代理人ノ代理人ニ非スト解ス（富井博士民法原論四三一）、英米法ニ於テハ之レニ反シ複代理人ハ代理人ノ代理人ニシテ本人ノ代理人ニ非ストナス（Anson, cont. P. 343）、我民法ノ複代理人ハ其性質前二說ノ如ク簡單ニ非ス、恐クハ兩者ヲ兼ヌルモノナリ、一方ニ於テハ代理人ノ受任者トシテ代理人ニ對シテ誠實ニ事務ヲ處理ス可キ義務ヲ負擔シ、他ノ一方ニ於テハ直接ニ本人ニ對シテ效力ヲ生ス可キ法律行爲ヲナス權限ヲ有スルモノナリ、（S. besonderes Hupka. S. 356）、其證據ハ第百五條以下ニ規定セル如ク代理人ハ複代理人ノ行爲ヲ監督スル權利ヲ有ス、又之レヲ解任スル權利ヲ有ス、之レ即チ代理人ノ受任者タルノ證ナリ、若シ單純ニ本人ノ代理人ナルナラハ代理人ニ此ノ如キ權限アル可キ理由ナシ、又第百七條ニ於テハ複代理人ハ直接ニ本人ヲ代表ス可キ旨ヲ定ム、之レ本人ノ代理人タルコトヲ證明スルモノナリ、故ニ英法ノ如ク代理人ノ代理人ナリト解ス可ラス、要スルニ以上ノ二方面ニ對シテ權利義務ヲ有スルモノトス、

(六)複代理人ト區別ス可キモノ　凡ソ三アリ、

(イ)代理權ノ讓渡、　之レ代理人ハ代理權ヲ失ヒ後ノ代理人ハ前代理人ノ代理

擔ヲ承繼スルモノナリ、複代理ニ於テハ代理人ハ代理權ヲ失ハス複代理人ノ代理權ト併ヒ存ス之レ其區別ノ要點トス、

如何ナル場合ニ代理權ハ代理人一人ノ意思ヲ以テ之レヲ讓渡シ得ルカ、代理權カ代理人ノ利益ノ爲メニノミ存スルトキハ代理人單獨ノ意思ヲ以テ之レヲ讓渡スルヲ得可シ、例ヘハ債權取立ノ委任ヲ與ヘ且ツ其受領シタルモノヲ代理人ニ贈與ス可シトスルカ如シ、反之代理權カ代理人本人共通ノ利益ノ爲メニ存スルトキハ代理人單獨ノ意思ヲ以テ讓渡スルヲ得ス必ラス本人ノ同意ヲ要ストナスヲ通說トナス(Hupka. S. 356. N. 1)、蓋シ正當ナル可シ、

(ロ)代理人ノ選任ヲ以テ代理事務ノ內容トスル場合、　例ヘハ或商人カ某市ニ代理店ヲ設ケント欲シ其土地ノ事情ニ通シタル代理人ヲ得ンカ爲メニ其人選ヲ或人ニ委任スル場合ノ如シ、此場合ニハ其代理人ノ選人シタル代理人ハ直ニ本人ノ代理人トナリ第一代理人ト選任セラレタル代理人間ニ委任關係存セス、第一代理人ハ監督權モナク、又解除權モナシ複代理人ト區別ス可キ要點ナリ、

(ハ)事實上ノ補佐人、　代理人カ委任事務ヲ處理スルニ付キ使用スル所ナリ、代理人ト補佐人タル可キモノ、間ニ於ケル雇傭契約ニ因ルヲ常トス、其者ノ行爲ノ結果ハ代理人ニ歸シ本人ニ效力ヲ及サス、

(七)複代理人ノ行爲ノ效力　第百七條ヲ見ヨ、

(八)複任者ノ責任　次條ヲ見ヨ、

第百五條　代理人カ前條ノ場合ニ於テ複代理人ヲ選任シタルトキハ選任及監督ニ付キ本人ニ對シテ其責ニ任ス

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

(一)代理人カ自由ニ任選シタル場合　之レ本條第一項ニ規定スル所之レナリ、

代理人カ專斷ヲ以テ複代理人ヲ選任シタルトキハ代理人ハ本人ニ對シ、其選任及ヒ監督ニ付キ「過失ノ責」ニ任ス、適當ノ人ヲ選任シ相當ノ監督ヲ怠ラサリシ場合ニハ責任ナシ、本人カ代理人ニ對シテ損害賠償ヲ求ムルニハ本人ニ於テ代理

人ノ過失ヲ立證スル責アリトス、

是レ前條ノ範圍内ニ於テ代理人カ復代理人ヲ撰任シタル場合ナリ、若シ夫レ之レニ違反シテ復代理人ヲ選任シタルトキハ代理人ニハ何等ノ責任ナシ（假令過失アリトスルモ）、蓋シ此場合ニハ復任行爲ハ無效ニシテ復代理人ノ行爲ハ本人ニ對シテ效力ヲ生セサルカ故ニ本人カ損害ヲ蒙ル可キ場合ナケレハナリ、（前條（二）參照）、但シ復代理人ノ行爲ニ對シテハ代理人自ラ直接ニ責任ヲ負フ可シ、

（二）本人ノ指名ニヨリ復代理ヲ選任シタル場合　第二項ノ規定之レナリ、此場合ニ於テハ代理人ニ選任ニ關スル過失ノ責任アル可キ理ナシ、蓋シ本人自ラ指名セルカ故ナリ、然ラハ何等ノ責任ナキモノ、如キモ然ラス、代理人ハ本來本人ニ對シテ委任契約ニヨリ誠實ナル可キ義務ヲ負擔ス復代理人ノ不適任（本人ノ指名ニヨルモ）又ハ不誠實ナルコトヲ知テ本人ニ告ケス又ハ自ラ解任セサルニ於テハ誠實ノ義務ヲ盡シタリト云フヲ得ス、故ニ其場合ニハ損害賠償ノ義務ヲ負フ、

（三）本條ハ委任ニ因ル代理人ノ復任ニ關ス　法定代理人ノ復任ハ次條ヲ見ヨ、

第百六條　法定代理人ハ其責任ヲ以テ復代理人ヲ選任スルコトヲ得但已ムコトヲ得サルトキハ前條第一項ニ定メタル責任ノミヲ負フ

（一）法定代理人ノ復任權　ハ極メテ廣ク無制限ナリトス、自己ノ責任ヲ以テ自由ニ復代理人ヲ選任スルコトヲ得、即チ何等ノ理由ナクシテ選任シタル者ト雖モ當然本條ノ規定ニヨリ本人ノ代理人トナリ其行爲ハ本人ニ對シテ效力ヲ生ス、但シ例外規定ナキニ非ス例ヘハ第五十五條ノ如シ、

法定代理人ニ此ノ如キ廣キ復任權ヲ與ヘタル理由二アリ、（一）法定代理人ハ通常一般代理人ニシテ其事務ハ多シ故ニ悉ク自ラ處理スル能ハサル事情アリ、（二）本人ハ無能力者ナルカ又然ラサルモ事實上許諾ヲ與フ能ハサル場合多シ故ニ其許諾ヲ求ム可シトスルヲ得ス、左レハトテ事務澁滯スルトキハ損害ヲ生スル怖多ケレハナリ、

（二）法定代理人ノ責任　ハ任意代理人ノ責任ヨリ重シ、獨リ復代理人ノ選任監督ノミナラス凡テ復代理人ノ過失アル行爲ヨリ生シタル損害ニ付キ本人ニ對シテ賠償ノ責ニ任ス、本條ニ其「責任」ヲ以テトアルハ過失ノ責任ヲ指スモノナリ、蓋シ代理人自ラ事務ヲ處理スト雖モ過失ニヨルニ非サレハ損害賠償ノ義務ナ

シ（六四四）、然ラハ他人ヲシテ其局ニ當ラシメタレハトテ絶對的ノ責任アル可キ理由ナカル可シ、

法定代理人ノ責任重キ理由ハ、(一)其復任權ノ範圍廣濶ナルカ故ニ若シ其責任ヲ輕クスルトキハ法定代理人ハ其事務ヲ他人ニ委シテ顧ミサルカ如キ弊アリ、(二)本人ハ無能力者又ハ少クトモ自ラ事務ヲ見ル能ハサル地位ニ在ルモノ多キカ故ニ復代理人ヲ監督シ又ハ解任スル能ハサル事情アリ、故ニ代理人ノ責任ヲ重カラシメ濫リニ復任スルコトナカラシム、

(三)已ムヲ得サル事由アル場合　ニ於テハ委任代理ト選ム可キ處ナシ、故ニ法定代理人ハ前條第一項ノ規定ニ從ヒ復代理人ノ選任監督ニ關シテノミ過失ノ責ニ任ス（第百四條參照）、

第百七條　復代理人ハ其權限内ノ行爲ニ付キ本人ヲ代表ス

復代理人ハ本人及ヒ第三者ニ對シテ代理人ト同一ノ權利義務ヲ有ス

(一)復代理人ノ性質　ヲ本條ハ示シ且ツ復代理人ノ行爲ノ效力ヲ示ス、復代理人ハ代理人ノ代理人ニ非スシテ本人ノ代理人タリ、故ニ其權限内ノ行爲ニ付キテハ直接ニ本人ヲ代表ス、是第一項ノ旨意ナリ、

(イ)權限内　前記ノ效力ヲ生スルニハ代理人ノ權限内ニシテ且ツ代理人ヨリ委任セラレタル權限内ナルヲ要ス、代理人ハ自己ノ權限ニ屬セサル事項ヲ復代理人ニ委任スルヲ得ス、從テ復代理人ノ權限ハ代理人ノ權限ヨリ大ナルヲ得ス、又復代理ハ代理人ノ委任ニヨリ生スルモノナリ、故ニ假令代理人ノ權限ニ屬スルモノト雖モ其委任ヲ受ケサルモノハ復代理人ノ權限ニ屬セス、

右ノ規定ニ從ハスシテ(一)代理人カ其權限外ノ事項ヲ委任シタルトキハ第百十條ノ適用ヲ受クル場合アリ、然ラサレハ代理人ノ無權代理行爲トナル、然ルトキハ本人カ追認スルニ非サレハ復代理人ハ本人ノ代理人トナルコトナシ、反之代理人ハ復代理人ニ對シテハ第百十七條ノ責任ヲ負フ、但實際上ハ損害賠償ノ責任タルコト多カル可シ、(二)復代理人カ代理人ノ權限内ノ事項ナルモ而カモ其委任ヲ受ケサル行爲ヲナシタルトキハ復代理人ノ無權代理行爲トナル、從テ代理人ノ追認アル場合ハ直接ニ本人ニ對シテ效力ヲ生ス可キモ其以前ニ於テハ本人ハ之レヲ取消スコトヲ得可シ、

(ロ)代理行爲タルノ條件　復代理人ノ行爲カ直接ニ本人ニ對シテ效力ヲ生スルニハ代理行爲タルノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス、即チ本人(代理人ニ非ラス)ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル行爲ナルヲ要ス(第九十九條)、然シテ是以外ニ何等ノ條件ヲ要セス、例ヘハ代理人ノ名ヲ示スノ要ナシ、本人ノ爲メニスルコトヲ示サヽリシ場合ニハ第百條ノ適用ニヨリ自己ノ爲メニ爲シタルモノト看做サル、而シテ代理人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル行爲ハ無權代理行爲トナル、蓋シ復代理人ハ代理人ノ代理人ニ非サレハナリ、

(ハ)消極代理　本條第一項ハ積極代理ニ付キ規定スト雖モ第九十九ノ場合ト同シク消極代理ニモ之レヲ準用ス可キモノナリ、

(ニ)内部關係　本條第一項ハ代表關係(即チ眞ノ代理)ヲ規定シ第二項ニ於テ内部關係即チ復代理人ト本人トノ間ノ關係ヲ規定ス、本法ノ主義ニ於テハ代理權ハ契約ヨリ生シ一方ニハ代理權ヲ生スルト同時ニ必ラス他ノ一方ニ債權關係ヲ生スルモノトス、而シテ復任ノ場合ニ於テハ委任ハ代理人ト復代理人ノ間ニ行ハレ本人ト復代理人ノ間ニハ何等ノ契約ナシ從テ理論上其間ニ權利義務アル可キ理ナキナリ、然レトモ復任行爲ハ代理人タルノ資格ニ於ケル行爲ニシテ或意味ニ於テハ本人自ラノ行爲ト云フモ不可ナキナリ、從テ復代理人ハ本人ニ對シテ代理人ト同一ノ權利義務ヲ有スルモノト爲ス、例ヘハ代理人カ本人ニ對シテ報酬ヲ求ムル權利アルトキハ復代理人モ亦本人ニ對シテ同樣ノ權利アル可ク、又代理人カ本人ニ對シテ決算報告ノ義務アルトキハ復代理人モ亦同樣ノ義務ヲ負フ可シ、

人或ハ曰ハク第二項ハ復代理人ノ行爲カ直接ニ本人ニ對シテ效力ヲ生シ復代理人ハ權利義務ヲ取得シ又ハ負擔セサルコト代理人ト異ルナキヲ示シタルモノナリト、然レトモ之レ不可ナリ若シ然リトセハ全ク第一項ト同義ニシテ徒ラニ重複ス可シ、

然レトモ本項中「第三者ニ對シテ」ノ文字ハ解釋ニ苦シム所ナリ、抑モ第三者トハ如何ナル義ソ、前後ノ關係ヨリ推ストキハ相手方ノ義ニ解セサルヲ得ス、然ラハ代理人カ相手方ニ對シテ權利義務ヲ有スルコトアリヤ、曰ク然リ、代理關係ニ於テハ其效力ハ直接ニ本人ニ及フカ故ニ代理人カ權利義務ヲ有ス可キ餘地ナキヤ明ナリト雖モ「代理關係以外ノ法律關係ニ付キテハ相手方ニ對シ權利義務ヲ有スルコトナシト斷言スルヲ得ス、例ヘハ代理人ニ拂フ報酬ハ本人相手方之レヲ分擔ス可シトナスカ如キハ強チ稀ナラサル可シ、此場合ニ於テハ復代理人ハ相手方ニ對シテ報酬ヲ請求シ得ルコト代理人ト異ナラサル

可シ、

第百八條　何人ト雖モ同一ノ法律行爲ニ付キ其相手方ノ代理人ト爲リ又ハ當事者雙方ノ代理人ト爲ルコトヲ得ス但債務ノ履行ニ付テハ此限ニ在ラス

(一)當事者雙方ノ代理（Selbstkontrahieren）　トハ相手方ノ代理人トナリ又ハ兩當事者ノ代理人トナルモノニシテ一人ニテ相手方アル行爲ヲナス場合ヲ云フ、獨逸ニ於テハ之レヲ一人ニテ爲ス契約ト云フ、（當事者雙方ノ代理ト云フハ狹キニ失ス何トナレハ相手方ノ代理人トナル場合ヲ含マサレハナリ、暫ク我國ノ慣例ニ從ヘルノミ獨逸ノ用語モ亦面白カラス何トナレハ之レ一方行爲ヲ含マサレハナリ、）

(二)禁止ノ理由　何故ニ當事者雙方ノ代理人タルヲ許サヽルカ二説アリ(一)之レ觀念上不能ナリ、代理人タルノ資格ト個人タルノ資格、甲ノ代理人タルノ資格ト乙ノ代理人タルノ資格ト相對シテ契約スト雖モ其實人格ハ唯一ナリ一人ノ行爲ニ外ナラス、然ルニ契約ハ觀念上二人ノ當事者ヲ要ス故ニ契約トシテ成立スル能ハスト（Rümelin Selbstkontrahieren 1888）、(二)説ハ曰ハク當事者双方ノ代理人トナリ又ハ相手方ノ代理人トナリ、契約スルハ不能ニ非ス代理人タルノ資格ト個人タルノ資格ハ人格ヲ異ニス、然レトモ此ノ如キハ弊害ヲ生シ易キカ故ニ立法政策上許ス可ラサルナリト、後説ヲ正シトス、蓋シ相手方アル法律行爲ニ於テハ、兩當事者ノ利益ハ相反ス、然ルニ一人ニシテ其兩資格ヲ兼ヌルトキハ本人ノ爲メニ誠實ナラント欲セハ自己ノ利益ヲ犠牲ニ供セサル可ラス、甲ナル本人ノ利益ヲ計ラント欲セハ乙ナル本人ノ利益ヲ顧ミルヲ得ス、故ニ何レカ一方ニ偏倚スルニ至ルハ已ムヲ得サル所ニシテ弊害ヲ生スルコトヲ見易シ、是レ之レヲ許サヽル所以ナリ、若シモ反對説ノ如ク觀念上不能ナリトセハ本條但書ノ如キモ之レヲ認ムルヲ得サル理由ナラン、何トナレハ觀念ハ例外ヲ許サヽレハナリ、

(三)本條適用ノ範圍　ハ契約ニ限ラス、相手方アル一方行爲ニ及フ、又任意代理、法定代理積極代理、消極代理ニ共ニ適用アリ、猶法定代理ニ付キテハ第五十七條第八百八十八條第九百十五條四號ノ如キ特別ノ明文アルモノアリ、

(四)本條違反ノ行爲ノ效力　ニ付キ二説アリ(一)同條ハ公益ノ理由ニ基ク强行的禁止法ナルカ故ニ之レニ反スルモノハ無效ナリト云フ（Endemann § 80 anm 31. Planck Z § 181）、(二)同條ハ代理權ヲ制限スルモノナリ故ニ之レニ反スルモノハ有權代理行爲トシテ成立スルコトナシ然シ無權代理行爲タルノ效力アル可シト　（Dern burg § 170. II. 2 Enneccerus § 168.)、先ツ我法文ヲ案スルニ「代理權ヲ有セス」ト規定セスシテ「代理人トナルコトヲ得ス」トアリ、之レニヨリ之レヲ見ルニ本條ハ代理行爲(無權代理ヲ含ム)ヲ絶對ニ禁止スルノ意ナルコト明ナリ、若シ無權代理トシテ成立スト云フナラハ之レ代理權ナキニ過キサレハ代理權ヲ有セスト規定セサル可ラサリシナリ、代理權ナキモノナラハ追認ニヨリ之レヲ與ヘテ以テ有效タラシムルヲ得可シ、左レトモ代理人トナルヲ得サルモノナルカ故ニ代理權ヲ授與シテ以テ其行爲ヲ有效ナラシムルヲ得サルナリ、同一ノ理由ニヨリ本人カ豫メ之レヲ許可スト雖モ猶其行爲ハ無效タラサルヲ得ス、要スルニ本條ハ強行規定ナルコト何人モ……………代理人トナルコトヲ得ス」トアル文章ヲ正當ニ解セハ明ナル可シ、(三七、五、一二、大審院判決)

(五)例外

(二)ニ述ヘタル如ク當事者双方ノ代理人トナルハ觀念上不能ナルニ非ス政策上之レヲ禁スルモノナリ、故ニ弊害ヲ生スル虞ナキトキハ例外トシテ之レヲ許ス、本條ハ債務ノ辨濟ヲ以テ例外トナス、債務ノ辨濟ハ不作爲ノ債務ニ於ケル如ク相手方ナキ行爲ナルコトアリ、本條ハ固ヨリ其相手方アル行爲ナルトキニノミ關ス、

債務ノ辨濟ハ到底爲サヽルヲ可ラサルモノニシテ其內容ハ一定セルカ故ニ代理人ヲシテ辨濟セシムルト本人自ラ辨濟スルト本人自ラ受領スルト代理人ヲシテ受領セシムルトニヨリ利害ノ差ヲ生セス、是レ之レヲ例外トナス理由ナリ、而シテ茲ニ辨濟ト云フハ狹義ノ辨濟ナリ、代物辨濟相殺ノ對抗ノ如キハ猶利害ヲ考量ス可キ餘地多キカ故ニ例外ノ內ニ在ラス、一例ヲ上クレハ代理人カ本人ニ對シテ貸金アル場合ニ於テ本人ノ爲メ受取リタル金錢アルトキハ之レヲ以テ自己ノ債權ノ辨濟ニ充ツルヲ得ルカ如シ、

此例外ノ場合ニ於テ一人ニテ行爲ヲナスニハ如何ナル條件ヲ要スルヤ、一說ニハ其契約タル場合ニ於テモ猶一方的行爲ナリト(Rumelin Aao Hupka. S. 267)、他ノ說ニヨレハ一資格ヨリ他ノ資格ニ對シテ契約ヲ結フモノナルカ故ニ双方的行爲ナルハ勿論且ツ其意示ヲ認ム可キ事實アルヲ要ストナス(Oertmann Z § r81)、後說ヲ正シトナス、契約ハ双方的行爲ナル可キハ單ニ理論ノ要求スル所ナルノミナラス實際ニ於テモ一方ノ資格ヨリ他ノ資格ニ對シテ行爲ヲナセルコトヲ認識スルコトヲ得ル場合ニ非サレハ未タ以テ一人ニテ(兩資格間)契約ヲ締結セリト云フヲ得サルナリ、約言スレハ余ハ契約一般ノ原則ヲ此場合ニモ適用セント欲スルモノナリ、例ヘハ本人ノ金庫ニ在リタル金錢ヲ自己ノ金庫ニ移シ、又ハ帳簿上甲ノ財産タルモノヲ乙ノ財産ニ移シ、或ハ債務ノ辨濟ニ充テタル旨ヲ本人ニ通

知スルカ如ク其表示ト見ル可キ形跡ナカル可ラス、其結果代理人カ本人ノ爲メニ受取リタル物件ヲ自己ノ債權ノ辨濟ニ當テント企圖スルモ未タ之レヲ實行セル形跡ナキニ於テハ本人ノ債權者ハ之レヲ差押フルヲ得可シ、反之前記ノ如キ外形ニ表ハレタル行爲存スルトキハ債權者ハ之ヲ差押フルヲ得ス、

第百九條　第三者ニ對シテ他人ニ代理權ヲ與ヘタル旨ヲ表示シタル者ハ其代理權ノ範圍內ニ於テ其他人ト第三者トノ間ニ爲シタル行爲ニ付キ其責ニ任ス

(一)本條ノ解釋

ニ付キ二說アリ(一)曰ハク之一方行爲ニヨル授權ヲ規定シタルモノナリト(岡松博士民法理由第百九條)(二)曰ハク之レ第三者保護ノ爲メニスル規定ナリト(富井博士民法原論、四二一、梅博士要義第百九條不沼博士民法原論五四三、川名博士民法總論四〇七)、第一說ハ誤レルモノヽ如シ、若シ論者ノ說ノ如クンハ他人ニ代理權ヲ「與フル旨ヲ」表示シタル者云々ト規定セサル可ラス、然ルニ法文ニハ「與ヘタル旨」云々トアリ、又論者ノ說ノ如クンハ本條ハ有權代理ノ規定トナルカ故ニ「本人ニ對シテ效力ヲ生ス」ト規定ス可カリシナリ、然ルニ本條ハ「其責ニ任ス」ト云フニ過キス、本條ヲ熟讀スレハ授權ノ意思表示ヲ規定シタルモノニ非サルコト明ナリトス(詳細ハ梅博士前出ヲ見ヨ)、第二說ハ正當ナリ、其第三者保護ノ爲ニスル規定ナルコトハ爭フ可ラス、然レトモ其論旨ハ未タ(一)其者ハ其他人ト第三者間ノ如何ナル行爲ニ對シテ責ヲ負フカ、即チ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル行爲ナルヲ要スルヤ否ヤヲ說明セス、(二)其責ニ任ストハ履行ノ責カ損害賠償ノ責カヲ說明スル能ハス、故ニ余ハ之レヲ不完全ナリトス、余ノ見ル所ニ於テハ本條ハ表見代理ヲ規定シタルモノナリ、表見代理ハ有權代理ニ非ス、他人ニ代理權ヲ與ヘタリト信セシム可キ行爲ヲナシタルカ故ニ善意ノ相手方(第三者)ニ對シテハ代理權ヲ與ヘタルモノト看做サルヽヲ云フ、即チ第三者保護ノ爲メニスル制度ナリ、然レトモ前述多數說ノ如クニ單ニ其他人ト第三者間ノ行爲ニ付キ責ニ任スルニ非スシテ其他人ト第三者間ノ代理行爲ニ付キテ代理權ヲ與ヘタルモノト看做サルヽモノナリ(猶本節總說(六)ニ述ヘタル所ヲ參照ス可シ)、此故ニ本條ノ適用アルニハ左ノ條件ヲ要ス、

(二)本條適用ノ條件

(イ)第三者ニ對シテ他人ニ代理權ヲ與ヘタル旨ヲ表示スルコト、　是レ抑モ本人ノ責任ノ根據ナリ余ハ假リニ之レヲ授權ノ表見事實ト稱ス、此表見事實ニヨリ第三者(相手方)ヲシテ代理權ノ授與アリト信セシメタルカ故ニ本人ハ之

ニ對シテ責任ヲ負フ、故ニ第三者惡意ナル場合ハ本人之ニ對シテ責ヲ負フ可キ根據ナシ、而シテ茲ニ「表示」トアルハ法律行爲上ノ意思表示ニ非サルカ故ニ其規定ニ從フ可キニ非ス、他人ニ代理權ヲ與ヘタリト信セシムル可キ行爲ハ明示默示ヲ問ハス凡テ之レヲ包含ス、而シテ實際ニ尤モ適用多キ場合ハ本人カ他人ニ代理權ヲ與ヘント欲シテ委任契約ヲナシ、其事實ヲ第三者ニ通知シタルモ其委任契約カ取消サレ又ハ無效トナリタル場合ナル可シ、故ニ本條ニヨリ授權行爲ヲ有因行爲トナシタルヨリ生スル弊害ヲ救濟スルコトヲ得、

(ロ)代理權ノ範圍内ノ行爲ナルコト、　代理權ノ範圍内ノ行爲ト云ヘハ代理權ノ授與アルコトヲ前提トスルモノヽ如シ、然レトモ斯ク論スレハ第九十九條ノ適用ニヨリ當然有權代理ノ效力ヲ生セサル可ラス、然ルニ本條ノ末段ニハ「其責ニ任ス」トアルニ過キス之レ調和ス可ラサル論ナリ、故ニ本條ニ「代理權」トアルハ眞ノ代理權ヲ指スニ非ス、(イ)ニ說明シタル表見事實ヲ指スモノト解釋セサル可ラス、即チ云々ノ事項ニ付キ代理權ヲ與ヘタリト表示セルナラハ授權ノ有無ヲ問ハス其事項ヲ指スモノナリ、

然シテ本條ハ表見代理ノ規定ナルカ故ニ有權代理ノ場合ハ之レヲ除外セサル可ラス、例ヘハ甲カ乙ニ委任ニヨリ有效ニ代理權ヲ授與シ、其事實ヲ丙ニ通告シタル場合ハ本條ノ適用ヲ受ケス、乙カ其權限内ニ於テ丙トナシタル法律行爲ハ當然第九十九條ノ規定ニヨル可キモノトス、

(ハ)本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル行爲ナルコト、　是レ尤モ必要ナル條件ニシテ我輩カ本條ヲ以テ代理ノ一種ナリトノ說ヲ爲スノ已ムヲ得サルニ至ルモ此ノ條件アルカ爲メナリ、抑モ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル行爲ニ非サレハ相手方ハ始メヨリ本人ト法律關係ヲ作ルヲ豫想セス、故ニ本人ニ責任ヲ負ハシメスト雖モ相手方ハ損害ヲ蒙ルコトナク之レヲ保護スルノ必要ナカル可シ、故ニ此條件ハ本人ノ責任ノ根據ヲ明ニスル爲メニ欠ク可ラサルモノナリ、

(三)效力

本條ニ「其責ニ任ス」トアルハ損害賠償ノ責任カ或ハ履行ノ責任カ、余ノ解スル所ニ於テハ之レ其性質上損害賠償ノ責任タル可キモノナリ、何トナレハ本條ハ授權行爲ノ規定ニ非ス從テ履行ノ責任ヲ生ス可キ謂ナケレハナリ、然レトモ損害賠償ハ正確ヲ欠クノ怖アルカ故ニ相手方ヲシテ代理權ノ授與アルモノト看做スコトヲ得セシメタルモノナリ、即チ履行ノ責任ヲ生スト雖モ之レ相手方ノ自由ナリ、相手方カ代理權ノ授與ナキノ事實ヲ認ムルトキハ純然タル無權代理トナルカ故ニ本人又ハ相手方ハ其行爲ヲ取消(撤回)スコトヲ得可シ、反之本

人ハ責任アッテ自由ナシ、相手方カ代理權ノ授與アリシモノト主張スルトキハ之レニ對シテ反證ヲ上クルヲ得ス、

第百十條　代理人カ其權限外ノ行爲ヲナシタル場合ニ於テ第三者カ其權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有セシトキハ前條ノ規定ヲ準用ス

(一)本條ハ表見代理ヲ規定スルモノナリ、(一)其權限外ノ行爲トアルカ故ニ有權代理ニ非サルヤ明ナリ、(二)而シテ本人ノ責任ハ損害賠償ノ責任ニ非スシテ履行ノ責任ナルコト前條ヲ準用シタルニヨリ明ナリ、(三)而シテ其責任ノ根據ハ權限アリト信ス可キ正當ノ理由アルニアリ即チ本人カ權限有リト信セシム可キ行爲ヲ爲シタルカ故ニ外ナラス、然ラハ又單純ノ無權代理ニ非スシテ表見代理ナリトス、

(二)本條適用ノ條件

(イ)權限外ノ行爲ナルコト、

(ロ)權限アリト信ス可キ正當ノ理由ヲ有セシコト、　是レ即チ本人ノ表見的授權行爲ヲ云フモノナリ、例ヘハ本人カ代理人ニ甲乙ノ土地ノ賣却ヲ委任シテ其委任狀ヲ與ヘ、後甲ノ土地ノ賣却ノ代理權ヲ撤回シ而カモ委任狀ハ其儘ニシテ訂正セサリシトス、此場合ニ代理人カ甲ノ土地ヲ賣却セリトセハ之レ權限外ノ行爲ナリ、而カモ相手方ハ其委任狀ニ賴信スルハ當然ナルカ故ニ權限アリト信ス可キ正當ノ理由ヲ存ス、又例ヘハ白紙委任狀ニ權限外ノ事項ヲ記入シタルカ如キモ之レニ屬ス可シ、

(ハ)相手方ノ善意ナルヲ要ス、相手方惡意ナリシ場合ニ於テハ相手方ハ損害ヲ受ケス故ニ本條ノ適用ナシ、

(ニ)代理人カ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル行爲ナルコト、　若シ夫レ然ラサレハ相手方ハ本人ト法律關係ヲ作ルコトヲ豫期セス故ニ損害ヲ蒙ルノ怖ナシ、從テ本人ニ責任ヲ負ハシム可キ理由ナシ(前條參考、

(三)效力　前條(三)ニ述ヘタル所ト同シ、法文ニハ準用トアリト雖モ其異ル可キ點ヲ發見セス、

第百十一條　代理權ハ左ノ事由ニ由リテ消滅ス

一　本人ノ死亡

二　代理人ノ死亡、禁治産、又ハ破産

此他委任ニ因ル代理權ハ委任ノ終了ニ因リテ消滅ス

(一)**代理權ノ消滅原因**チ本條ハ規定ス、

(イ)本人ノ死亡、　委任者ノ意思ハ通常相續人チモ拘束セント欲スルモノニ非ラス、故ニ原則トシテ本條ノ規定ニヨリ本人ノ死亡ニヨリ任意代理ハ消滅ス、然レトモ之レ強行的ノ規定ニ非ラス、左レハ授權行爲ニ於テ特別ノ意思表示(Clausula heledem)アリタルトキハ相續人チ拘束スルハ勿論ナリトス、商法ハ反對ノ原則チ取ル(商二六八)、民事訴訟法ハ本人ノ死亡ニヨリ代理權ハ消滅スルモ相手方ニ通知スルニ非サレハ效力ナキモノトス(民訴六九)、法定代理ノ場合ニ於テハ本人ハ授權者ニ非ス、故ニ本人ノ死亡ニヨリ代理權ノ消滅スル理由ハ本人ノ意思ニ求ム可ラス、法定代理人チ必要トスル法律ノ精神ニヨルモノナリ、本人ノ死亡ニ比ス可キモノハ本人ノ失踪宣告及ヒ本人カ法人ナルトキハ其解散ナリトス、

(ロ)代理人ノ死亡、　代理權ハ其實質ハ能力ニシテ固有ノ意義ニ於ケル財産權ニ非ス、故ニ代理人ノ死亡ノ場合ニ相續人ニ移轉セスシテ消滅ス蓋ハ本人ハ代理人其人チ信用シテ、代理權チ與ヘタルモノナレハ之レチ相續人ニ移轉セシムルハ本人ノ意思ニ反スルト說明スルチ得可シ、法定代理ノ場合ハ本人ノ意思ニ基クモノニ非スト雖モ同一ノ理由アル可シ、即チ法律ノ直接規定ニヨル場合ニ於テハ法律ノ精神、裁判官又ハ私人ノ選任スル場合ニ於テハ選任者ノ意思ハ代理人其人チ信スルモノニシテ相續人ニ對シテモ同一ノ信用アルモノト見ルチ得ス、故ニ代理人ノ死亡ニ因リ消滅ストノ原則ハ正當ナリ、然レトモ之レ強行規定ニ非ス授權行爲ニヨリ相續人ニ移ルモノトナスチ妨ケス、此ノ場合ニ於テハ授權者ノ明示默示ノ意思表示ハ勿論更ニ委任事務ノ性質チモ併セ考フルチ要ス、

失踪宣告ハ死亡ト看做サル可ク又代理人カ法人ナルトキハ解散チ以テ死亡ト看做ス可キコト前ノ場合ト同シ、

(ハ)代理人ノ禁治產、　第百二條ニヨレ代理人ハ自己ノ爲ニ法律行爲チナスモノニ非ラサレハ能力者タルチ必要トセス、禁治產者チ以テ代理人トナスコトチ得(但シ本心ニ復セル間ナルチ要スルハ勿論ナリ)、然ルニ本條ニ於テ禁治產チ以テ代理權消滅原因トナシタルハ一見矛盾ノ觀アリ、現ニ代理人ノ意思能力ノ喪失又ハ行爲能力ノ制限ハ代理權ニ何等ノ影響チモ及サスト論スルモノアリ(Hupka Vallmacht. S. 383)、是レ恐クハ理論上正當ナルモノナル可シ、然レト

モ繼テ實際上ノ見地ヨリ看察スルトキハ本條ノ規定モ亦理由ナキニ非ス、蓋シ始メヨリ無能力者ト知テ其者ニ代理權ヲ與フル場合ト無能力者ニ非サルモノニ代理權ヲ與ヘタルニ後ニ至テ無能力者トナル場合ハ大ニ趣ヲ異ニス、本條ハ此後ノ場合ヲ見タルモノナリ、此場合ニ於テハ本人ハ通常其代理權ヲ存續セシムルノ意思アルモノト見ルヲ得ス、法定代理ノ場合ニ於テモ法律ノ精神ハ蓋シ同一ナル可シ、是レ恐クハ本條カ代理人ノ禁治産ヲ以テ代理權消滅原因トナシタル理由ナル可シ、果シテ然ラハ本條ハ代理ノ性質上ノ當然規定ニ非スシテ授權者ノ意思ヲ推測シタル規定ナリ、然ラハ本條ハ(一)反對ノ意思明ナルトキハ適用ナキモノト云ハサル可ラス、(二)始メヨリ禁治産者ヲ以テ代理人トナシタル場合、(三)代理人カ準禁治産者トナリタル場合、(四)意思能力ヲ失フモ未タ禁治産ノ宣告ヲ受ケサル場合ニ適用ナシ、但シ最後ノ場合ニ於テハ代理人ハ代理行爲ヲナスヲ得ス然レトモ代理權消滅セサルカ故ニ意思能力ヲ回復セハ再ヒ有權代理行爲ヲナスヲ得ルニ至ル、

(二)代理人ノ破産、　ハ代理人ヲシテ自己ノ財産ヲ處分スル能力ヲ喪失セシム、然レトモ他人ノ財産ヲ處分スルノ能力ヲ奪フモノニ非ス、而シテ代理行爲ハ代理人ノ財産ニ何等ノ影響ヲモ及サヽルモノナルカ故ニ代理權ノ存續ヲ妨ケスト論スルモノアリ(Hupka A. A. O. S. 358)、然ルニ本條ハ多數ノ立法例ニ從ヒ(佛民二〇〇三、墺民一〇二四、瑞債四二)、破産ニヨリ代理人ハ其信任ヲ受ケタル基礎ヲ失フト云フ理由ニヨリ之レヲ以テ代理權ノ消滅原因トナセリ、然ラハ破産カ代理權ノ消滅原因タル基礎ハ授權者ノ意思ニ在リトナスモノナルカ故ニ之レ又強行的ノ性質ヲ有セス、反對ノ意思表示アル場合ニハ代理權ノ消滅原因トナラス、且ツ始メヨリ破産者ヲ以テ代理人トナスヲ妨ケス、

本人ノ破産ニ就キテハ一般的ニ規定スル所ナシト雖モ余ノ信スル所ニ於テハ(一)代理權ニ關係ナキ財産ニ付キ破産宣告アリタルトキハ代理權ニ影響セス、但シ將來ノ破産法カ一部ノ財産ニ付キ破産宣告ヲ認ムルヤハ疑問ナリトス(二)代理權ニ關係アル財産若シクハ本人ノ全財産ニ付キ破産ノ宣告アリタルトキハ本人自ラ自己ノ財産ヲ處分スルノ能力ヲ停止セラルヽモノナルカ故ニ代理人ニヨリ之レヲ處分スルノ能力モ亦停止セラルヽモノト云ハサルヲ得ス、然レトモ本人カ能力ヲ回復シタル後ハ代理人ノ必要モ亦生スルモノナリ、故ニ當事者ノ意思ニ反シ全然代理權ヲ消滅セシムルノ必要ナク、只破産手續ノ完了ニ至ルマテ代理權ノ效力ヲ停止セシムルヲ以テ至當トス(Hupka S. 387)、立法例ハ佛(二〇〇三)、瑞債(四二)、伊民(一七五七)、獨(民法一六八、破二三、民法七

二八、七三六)ハ本人ノ破產ヲ以テ代理權ノ消滅原因トナシ、普(一部十二章一九九)、墺(一〇二四)ハ停止原因トナス、本法ニ於テハ委任代理ノ場合ニハ本人ノ破產ハ委任ノ終了原因ナルカ故ニ(六五三)本條第二項ノ適用ニヨリ代理權ノ消滅原因トナリ、法定代理ニ關シテハ一般ニ規定セスト雖モ親權者後見人ノ代理權ノ如キ消滅セサルコト疑ナシ、但シ破產管財人ノ權限ニ屬スル事項ニ關シテハ其代理權ハ停止セラル可シ、

(ホ)委任ノ終了。　前述ノ數個ノ消滅原因ハ法定代理委任代理ニ共通ナリ、今茲ニ述フル處ハ委任代理ニノミ適用アリ、本條第二項、我民法ハ代理權ハ委任契約ニヨリ生ストナス主義ヲ取リタリ、此故ニ委任關係消滅スレハ代理權消滅セサルヲ得サルナリ、授權行爲ノ性質ニ關シ所謂無因主義ヲ取ル法制ニ於テハ其基礎的關係タル委任(其他)消滅スト雖モ代理權ノ存在ニ影響ヲ及サヽルモノトナスコトヲ得、之レ第三者保護ノ爲メニハ或ハ便利ナル可シト雖モ本條ノ規定ハ明白ナルカ故ニ曲解ス可ラス、而シテ本條ノ結果第三者カ或ハ蒙ルコトアル可キ損害ニ對シテハ次條ノ保護アルカ故ニ實際ノ弊害アルコトナシ、今其適用ヲ上クレハ本人カ代理人ニ委任狀ヲ與ヘ而シテ後委任解除ノ通知ヲ爲ストキハ委任狀ヲ撤回セサルモ委任ハ之ニヨリ解除セラル(六五一)、從テ代理權其ノモノモ消滅ス、然レトモ相手方カ其委任狀ヲ信シテ取引ヲナストキハ次條ノ規定ニヨリ代理權ノ消滅ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得サルカ故ニ第三者ハ損失ヲ蒙ル怖ナシトス、

委任ノ終了原因ハ第六百五十二條以下ヲ見ヨ、

(二)本條ニ規定ナキ消滅原因

猶多シ、

(イ)委任事務ノ終了

(ロ)委任事務ノ不能、

(ハ)期間ノ定アル場合ニ於テハ其滿了、

(ニ)解除條件アル場合ニ於テハ其成就、

(ホ)拋棄及撤回、　拋棄(Kündigung)トハ代理人一方ノ意思ヲ以テ直接ニ代理權ヲ消滅セシムル意思表示ナリ、撤回(Widerruf)ハ之レニ反シ本人一方ノ意思ヲ以テ直接ニ代理權ヲ消滅セシメントスル意思表示ナリ、此二者ヲ認ム可キヤ否ヤハ授權行爲ノ性質上稍ヤ疑問タラサルヲ得ス、蓋シ代理權ハ契約ニヨリ生ス故ニ一方ノ意思ヲ以テ之レヲ消滅セシムルニハ特別ノ明文ヲ要スルモノヽ如シ、然レトモ基礎的債權關係ヲ離レ代理權其ノモノニ付キ考フレハ之レ一種ノ權利タルヤ疑ナキ所ナルカ故ニ代理權者ノ意思ヲ以テ消滅セシメ得

ルハ之ヲ認メサルヲ得ス、反之撤回ハ權利者ノ意思ニ因ルモノニ非サレハ同一ノ理由ヲ以テ論スルヲ得ス、然レトモ委任關係其ノモノハ本人一人ノ意思ヲ以テ解除シ得ルモノニシテ其結果代理權ヲ消滅セシメ得ルモノナルカ、故ニ先ツ委任ヲ終了セシメ其結果代理權ヲ消滅セシメ得ルハ明ナル所ナリトス、

(ヘ)消滅時效　代理權ハ請求權ニ非ス、故ニ獨逸民法ノ如クニ消滅時效ノ客體ハ請求權ナリトスル法制ニ於テハ消滅時效ニ掛ラサルモノト論セサルヲ得ス、然レトモ我民法ハ所有權以外ノ財產權ハ其請求權ナルト否トニ拘ハラス皆時效ニ掛ルモノナリトノ主義ヲ取ル（一六七）カ故ニ代理權モ亦消消時效ニ掛ルモノト認メサルヲ得ス、而シテ其期間ハ二十年ナリトス、

第百十二條　代理權ノ消滅ハ之レヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス但第三者カ過失ニ因リテ其事實ヲ知ラサリシトキハ此限ニ在ラス

(一)本條ノ目的ハ善意ノ第三者ヲ保護セントスルニ在リ、本法ノ主義ニ於テハ代理權ハ前條ノ消滅原因ノ發生ニヨリ當然消滅スルモノトナシ、之レヲ第三者ニ通知シ、又委任狀ヲ與ヘタル場合ニ於テモ其取戻ヲ以テ代理權消滅ノ條件トナサス、此故ニ代理權ハ消滅スルモ第三者之レヲ知ラサル場合ヲ生ス、本人ノ死亡委任契約ノ解除ノ如キ殊ニ然リトス、此場合ニ代理權ノ消滅ヲ以テ第三者ニ對抗シ得ルモノトセハ第三者ハ不測ノ損害ヲ蒙ルコトアル可キヲ以テ之レヲ保護スルノ途ナカル可ラス、之レ本條ノ目的ナリ、

(二)表見代理　本條モ亦表見代理ノ場合ノ一ナリ、本條ト同樣ノ規定ハ諸國ニ存ス（例之獨民一七二、一七三、佛民二〇〇五、二〇〇九）、然シテ從來學者ノ說明スル所ハ(一)本條ヲ以テ消滅シタル代理權ノ效力トナス（Enneccerus. L. B. 453）、然レトモ凡ソ事物消滅後ニ效力アル可キ理由ナシ、其效力アルハ消滅シタル代理權ノ效力ニ非スシテ消滅セサル或モノ、效力ナラサル可ラス、(二)代理權ノ消滅ハ絕對的ニ非ストナス（Oertmaun S. 529. N 4）、然レトモ之レ謬レリ、前條ノ消滅原因發生後ハ代理權ハ關係的ニモ部分的ニモ存續スルコトナシ其消滅ハ全ク絕對的ナリ、其存續スルモノハ代理權其モノニ非スシテ代理權アリト信セシム可キ客觀的事實ニ過キス故ニ余ハ之等ノ說明ハ皆合理的ニ非スト信ス、

余ノ見ル所ニ於テハ之レ又表見代理ノ一ノ場合ニ過キス、即チ一方ニ於テハ代理權ハ全然消滅シ終リ何等ノ效力ヲモ有ス可キ理由ナシ、然レトモ猶第三者ヲ

シテ代理權アリト信セシム可キ表見的事實存スルトキハ第三者ハ之ヲ信シテ取引ヲナスハ當然ニシテ之レヲ保護スルニ非サレハ取引ノ安全ヲ維持ス可ラス、故ニ其表見的事實ニ效力ヲ付シ本人ハ代理權ノ消滅ヲ主張スルヲ得サルモノトスル旨意ナリ、即チ表見代理ナリ、

(三)本條適用ノ要件

(イ)相手方ノ善意ナルコト、　即チ相手方カ代理權消滅ノ事實ヲ知ラス代理權存スルモノト信スルヲ要ス、相手方カ代理權存スルモノト信スルニハ必ラス代理權アリト信セシム可キ事實（表見事實）ノ存在ヲ要ス、其事實アルカ故ニ本條ノ效力ヲ生スルナリ即チ表見代理ナリ、例ヘハ甲カ乙ヲ其店員トシテ使用シ後不都合アリテ之レヲ解雇ス、然カモ猶乙カ店員ノ服ヲ着シ得意先ヲ廻ルヲ看過シタリトス、然ルトキハ本人ハ相手方ヲシテ代理權ノ存在ヲ信セシム可キ行爲ヲナシタルモノナリ、故ニ其表見事實ニヨリ羈束セラレ代理權ノ消滅ヲ主張スルヲ得サルナリ、但シ相手方カ解雇ノ事實ヲ知リタルトキハ相手方ハ之ヲ保護スルノ必要ナキカ故ニ必ラス相手方ノ善意ナルヲ要ス、

(ロ)相手方ニ過失ナキコト、　即チ相手方カ代理權消滅ノ事實ヲ知ラサルニ付キ過失ナキヲ要ス、之レ本人カ代理人ノ解雇ヲ通知シタルニ相手方之レヲ披見セス、又ハ新聞ニ廣告シタルニ現ニ其新聞ヲ取リナカラ之レヲ見サリシ場合、又ハ禁治産ノ宣告取消サレ公告アリタルニモ拘ハラス之レヲ知ラスシテ舊法定代理人ト取引ヲナスカ如シ、

(ハ)舊代理人カ其權限内ニ於テ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル行爲ナルコト、　若シ舊代理人ノ權限外ノ行爲ナルナラハ相手方ハ始メヨリ代理權アリト信ス可キ理由ナシ從テ之レヲ保護ス可キ理由ナシ、又本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル行爲即チ代理行爲ナルニ非サレハ相手方ハ始メヨリ本人ト取引ヲナスノ意思ナキモノナレハ本人責ニ任セスト雖モ相手方ハ損害ヲ蒙ル可キ理由ナシ、故ニ此條件ハ絶對ニ必要ナリトス、

(四)效力

前示ノ條件ヲ以テ舊代理人ノ爲シタル行爲ニ關シテハ本人ハ代理權ノ消滅ヲ主張スルヲ得ス、而シテ又代理權ハ消滅シタルモノナルカ故ニ其ノ存在ヲ主張スルヲ得サルハ勿論ナリトス、之レニ反シテ相手方ハ代理權存在スルモノト看做シ有權代理ト同一ノ效力ヲ生セシメ、又ハ代理權消滅ノ事實ヲ認メテ無權代理ノ規則ニヨリ其行爲ヲ撤回スルコトヲ得、

第百十三條　代理權ヲ有セサル者カ他人ノ代理人トシテ

爲シタル契約ハ本人カ其追認ヲナスニ非サレハ之ニ對シテ其效力ヲ生セス

追認又ハ其拒絶ハ相手方ニ對シテ之ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ其相手方ニ對抗スルコトヲ得ス但相手方カ其事實ヲ知リタルトキハ此限ニ在ラス

(一)無權代理ノ觀念　無權代理ニ廣狹ノ二義アルヲ認ム、廣義ニ於テハ代理權ヲ有セサルモノ代理ヲ汎稱ス、此ノ意味ニ於テハ表見代理モ亦無權代理ノ一種ナリ、第百九條第百十條第百十二條ハ皆代理權ヲ有セサル代理人ノ行爲ナリ、狹義ニ於テハ代理權ナキ者カ自ラ代理人ト稱シ他人ノ爲メニ法律行爲ヲナシ、而シテ本人ニ於テ何等責任根據トナル可キ行爲ヲナサヾリシ場合ノミヲ指ス、通常無權代理Vertretung ohne vollmacht, falsus procuratorト稱スルハ之レナリ、之レ本條以下ニ規定スル所ニシテ其效力全ク表見代理ト異ルカ故ニ相混同スルコトナキヲ要ス、本條以下ニ於テ單ニ無權代理ト稱スルトキハ常ニ之レヲ狹義ニ用ユ、

(二)無權代理ノ根據

無權代理ノ認メラルヽヤ久シ、既ニ羅馬法ニ於テ「追認ハ委任ニ同シ」Ratihabitio mandato Comparaturト云フ原則認メラレタリ左リナカラ無權代理ハ權利ナクシテ他人ノ事務ニ干渉スルモノニシテ一大變則ト云ハサル可ラス、然レトモ社會生活ノ實際ハ委任ヲ受ケスシテ他人ノ事務ニ干渉スルヲ必要トシ又有益トスル場合決シテ少カラス、例ヘハ財産ヲ殘シテ遠隔ノ地ニ在ル者カ管理人ヲ置カサリシ場合ニ於テハ親戚友人代テ之レヲ管スルハ極メテ有益ナリ、或ハ又後見人理事、其他任意代理人カ代理事務ヲ處理スルニ當リ其權限ニ屬セサル事務アルコトヲ發見シタル場合ニ於テ之ヲ擱任セハ損失ヲ生ス可ク又代理權ヲ得ルニハ其暇ナキ場合モ少カラサル可シ、是等ノ必要ニ應スルノ途全クナキニ非ス、例ヘハ

(イ)第三者ノ爲メニスル契約(五三七)、即チ他人ノ事務ヲ處理セントスルモノ自己ノ名ニ於テ本人ノ爲メニ契約ヲ結フコトヲ得、然ルトキハ本人ハ後ニ至リ其契約ノ利益ヲ受クルコトヲ得ルカ故ニ委任ヲ受ケスト雖モ、本人ノ利益ヲ計ルコトヲ得ルナリ、然シ第三者ノ爲メニスル契約ハ單純ニ第三者ニ給付ヲナスコトノミヲ目的トスル場合ニ非サレハ無效ナリ、故ニ双務契約ニヨリ本人カ義務ヲ負フ場合ニハ適用ナシ、故ニ未タ以テ需用ヲ滿スニ足ラス、

(ロ)事務管理　事務管理ハ管理人ノ名ニ於テ他人ノ事務ヲ處理スルモノナリ、

故ニ相手方カ管理人ヲ信用スルニ非サレハ用ヲナサス、又法律行爲ノ效力ハ管理人ニ對シテ生スルカ故ニ自ラ義務ヲ負擔スルヲ欲セサル者ハ敢テ事務管理ノ勞ヲ取ラサルナリ、此故ニ事務管理ノミニテハ本人ノ利益ハ十分ニ保護セラレス、故ニ代理權ナクシテ本人ノ名ニ於テ本人ノ爲メニ法律行爲ヲナシ而シテ後ニ本人ノ追認ヲ俟スノ途ヲ開クヲ要ス、無權代理ハ即チ之ナリ、要スルハ無權代理ハ第三者ノ爲メニスル契約事務管理等ニヨリ滿足セシムル能ハサル社會ノ必要ニ促サレテ生シタル思想ナリ、往時ハ無權代理ヲ以テ不法ノ行爲トナシ之レヲ禁セントスル說盛ナリシカ、前述ノ如キ必要アルニヨリ認メラレタル制度ナルカ故ニ今日ニ於テハ無權代理ヲ以テ不法ノ性質ヲ帶フルモノトナサス、

(三)無權代理行爲ノ要件

(イ)代理權ナキコト、　若シモ代理權存スルナラハ代理人カ其代理權ノ存在ヲ知ラサル場合ニ於テモ無權代理行爲トナラス有權代理行爲タリ、例ヘハ甲者友人ノ爲メニ家ヲ買入レントス依テ授權ヲ求メタリ、其返答ヲ待ツノ暇ナクシテ友人ノ名ニ於テ契約セリ、然ルニ其契約前ニ已ニ授權ヲ承諾スル旨ノ電報發セラレタリトセハ契約ハ(授權ノ)承諾ノ通知ノ發信ニヨリ成立スルカ故ニ賣買契約當時ニ於テハ已ニ代理權アリ、故ニ代理人ハ授權ノ已ニ行ハレタルヲ知ラスト雖モ其賣買ハ無權代理ニ非ス、從テ本人ハ其賣買ヲ取消スヲ得ス、

(ロ)相手方ヲシテ代理權アリト信セシム可キ事實ナキヲ要ス、　之レ表見代理ト異ル要點ニシテ其效力ヲ異ニスルモ全ク此差異ニ依ル、

(ハ)本人ノ名ニ於テ意思表示ヲナスヲ要ス、　其契約ナル場合ト一方行爲ナル場合ニヨリ大ニ效力ヲ異ニスト雖モ何レノ場合モ本人ノ名ニ於テ爲スヲ要ス、然ラサレハ事務管理トナル、是事務管理ト其性質ヲ異ニスル要點ナリ、又事務管理ハ法律行爲事實行爲ニ通スルモノナリト雖モ無權代理ハ代理ナルカ故ニ法律行爲ニ限ル、例ヘハ權利ナキ者カ自ラ使者ト稱シ他人ノ書簡ヲ送達スル場合ハ無權代理ニ非スシテ事務管理ナリ、

(四)無權代理行爲ノ效力

本條ニ於テハ無權代理契約ノ本人ニ對スル效力ヲ規定シ、相手方ニ對スル效力ハ第百十五條ニ定メ、無權代理人ノ責任ハ第百十七條ニ定メ一方行爲ニ關シテハ第百十八條ニ規定ス、

無權代理行爲ハ代理權ナクシテ他人ノ事務ニ干涉スルモノナリ、故ニ本人ハ之レニヨリ何等ノ拘束ヲモ受ク可ラス、而シテ又相手方ノ意思ハ本人ト法律關係

ヲ作ラントスルニ在ルカ故ニ本人カ拘束ヲ受ケサル以上ハ相手方モ亦拘束ヲ受ケサル理ナリ、然ラハ即チ無權代理人ノ契約ハ全然無效タル可キニ似タリ、然レトモ無權代理ハ原ト實際ノ必要ニ迫ラレテ生シタルモノナレハ本人及ヒ相手方ニ對シテ何等ノ損害ヲモ蒙ラシメサル範圍ニ於テ效力ヲ認ムルハ利アツテ害ナキ處ナリ、本法ノ精神モ全ク茲ニ在リ、即チ先ツ何レノ當事者ヲモ必然的ニ拘束セス、左レハトテ全然無效トセス、一時未然ノ狀態ニ置キ當事者ノ意思ニヨリ其效力ヲ終局的ニ確定セシメントス、故ニ

（イ）無權代理人ノ契約ハ　本人ニ對シテ法律行爲ノ內容タル效力ヲ生セス、本人ハ拘束ヲ受クルコトナシ、假令其取消ノ意思表示ヲナサスト雖モ其行爲カ本人ニ對シテ效力ヲ生スルニ至ルコトナシ、然レトモ本人カ追認ヲナストキハ有權代理ト同一ノ效力ヲ生ス、而シテ其追認前ニ於テハ相手方モ亦自由ニ其法律行爲ヨリ脫退スルコトヲ得（一一五）、

抑モ無權代理ハ今日ノ法律思想ニ於テハ不法行爲ニ非サルカ故ニ夫自身ニ於テ法律行爲ヲ無效ナラシム可キ成分ヲ包藏スルニ非ス、之レヲ有權代理ニ比スルニ其目的タル效力ヲ生スルニ必要ナル一條件（Rechtsbedingung）ヲ欠ク、故ニ有權代理タルノ效力ハ生セスト雖モ既ニ生シタル法律事實其ノモノヲ無效タラシム可キ理由ナシ、故ニ旣成ノ分部ハ之レヲ保存シ他日有效條件ノ加ハルヲ須テ有權代理タルノ效力ヲ生セシム、恰モ契約ノ申込ハ未タ契約タルノ效力ヲ生セスト雖モ無效ニ非ス、承諾ト云フ分子ノ加ハルヽニ因リ完全ナル契約ノ效力ヲ生スルカ如シ、故ニ學者無權代理ノ效力ヲ說テ效力ノ未發生（Unwirksam）又ハ有效無效未定狀態（Schwebende Znstand）ニ在リト云フ、之レ敢テ不可ナルニ非スト雖モ寧ロ無權代理ハ無權代理トシテ完全ナル效力ヲ生スト云フノ至當ナルヲ信ス、

（ニ）**追認**

追認ノ性質ハ事後ノ授權ナリト通常說明セラル、然レトモ之レ不可ナリ、何トナレハ本法ニ於テハ代理權ハ契約ニヨルニ非サレハ發生セス、而シテ追認ハ一方行爲ナルカ故ニ事後ノ授權ニ非ス、又假リニ此ヲ根據トシテ一方行爲ニヨル授權ヲ認ムトセハ、追認ハ相手方ニ對スルヲ要スルカ故ニ授權ハ常ニ相手方ニ對シテ之レヲ爲サヽル可ラサル結果トナル可シ、之レ實際ニ不便ナルノミナラス事實ニ反ス、余ハ一種特別ナル追認權ノ行使ナリト解ス、

追認ノ相手方ハ代理行爲ノ相手方ナラサル可ラス、代理人ニ對シテ爲シタル追認ハ效力ナシ、但シ相手方カ其事實ヲ知リタルトキハ此限ニ在ラス（本條第

二項)、

追認ノ方法ハ意思表示ニヨリ之レヲ爲スニ在リ、而シテ追認ハ代理行爲ノ一部ヲ成スモノニ非サルカ故ニ代理行爲ニ形式ヲ要スル場合ニ於テモ其形式ヲ必要トセス、例ヘハ無權代理人ノ手形發行行爲ヲ追認スルニモ無形式ノ意思表示ニテ可ナリ、而シテ其效力ハ相手方ニ到達シタル時ニ生ス(九七)、

追認ノ時期ハ法律ニ制限ナシ、相手方カ取消(撤回)ヲナス前ナラハ何時ニテモ追認ヲナスコトヲ得、取消アリタルトキハ無權代理行爲ノ運命ハ消極的ニ決定スルカ故ニ之レヲ追認スルヲ得サルニ至ル、

追認ノ能力ハ一般行爲能力ノ規定ニ從フ、

追認ノ效力ハ無權代理行爲ニ有權代理行爲ト同一ノ效力ヲ與フルニ在リ、而シテ其效力ハ元則トシテ既往ニ溯ル(一一六)、

(ハ)**追認ノ拒絶**　ハ追認ヲナス權利ノ拋棄ナリ、追認ノ拒絶ハ次條ノ規定ニ從ヒ相手方ノ催告ヲ俟テ爲スアリ、又ハ相手方ノ催告ヲ俟タスシテ豫メ之レヲナスコトアリ、一旦追認ノ拒絶ヲナストキハ再ヒ追認ヲナスヲ得ス、追認拒絶ノ方法ハ追認ト同シ、其相手方ハ代理行爲ノ相手方ナリトス、

(ニ)**相手方ノ取消**　相手方ノ取消ニヨリ無權代理行爲ハ無效トナル、從テ追認ヲナス能ハサルニ至ル(獨一一五ヲ見ヨ)、

第百十四條　前條ノ場合ニ於テ相手方ハ相當ノ期間ヲ定メ其期間内ニ追認ヲ爲スヤ否ヤヲ確答ス可キ旨ヲ本人ニ催告スルコトヲ得若シ本人カ其期間内ニ確答ヲ爲サヽルトキハ追認ヲ拒絶シタルモノト看做ス

(一)**本條ノ目的**　ハ第十九條ト同シク相手方ニ催告權ヲ與ヘテ以テ之レヲ保護スルニ在リ、無權代理人ノ行爲ハ本人ノ追認ニヨリ本人ニ對シテ效力ヲ生シ追認ノ拒絶ニヨリ全ク無效トナルモノナレハ追認又ハ其ノ拒絶ノ有ルマテハ相手方ノ地位ハ不確定ナリ、故ニ相手方ノ地位ヲ速ニ確定セシムルノ目的ヲ以テ相手方ニ與フルニ催告權(Aufforderungsrecht)ヲ以テシタルモノナリ、然レトモ之相手方カ追認ヲ希望スル場合ニ其用ヲナスモノニシテ若シ相手方カ始メヨリ其拒絶ヲ希望スルナラハ此迂遠ナル方法ニ依ルヲ須ヒス、次條ノ規定ニヨリ之レヲ取消スナラハ其目的ヲ達スルヲ得可シ、

(二)**催告權及確答義務**　催告權ハ確答ヲ請求スル權利ナリ、之ト相對シテ本人

ハ確答義務ヲ負フ、催告ニ遭フテ追認若シクハ其拒絶ヲ確答スルナラハ無權代理行爲ノ效力ハ其內容ニ應テ決定ス、然シナカラ確答ヲナサヽルトキハ如何ニス可キ、裁判ヲ以テ確答ノ意思表示ニ替フルハ妥當ナラス、確答ヲナス可クシテ確答ヲナサヽルハ(即チ沈默)進テ追認ヲナスヲ拒絶スルノ意思アルモノト見ルヨリ外ナシ、故ニ本條ハ確答ヲナサヽルトキハ追認ヲ拒絶シタルモノト看做ス、

(三)催告ノ方法　ハ無形式一方的意思表示ニヨル、

(四)催告期間　ハ法律之レヲ定メス、相手方ハ相當ノ期間ヲ定ムルヲ要ス、其期間カ相當ナリヤ否ヤハ事實裁判官之レヲ決ス

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

(一)相手方ノ權利　ヲ本條ハ規定ス、前條モ亦相手方ノ權利ヲ規定スルモノナリト雖モ前條ハ無權代理行爲ノ積極的ニ決定セラレンコトヲ希望シ其決定ヲ速ナラシメントスル場合ニ用ユル手段ニシテ本條ハ相手方カ無權代理行爲ノ效力ヲ消極的ニ決定セシメント欲スル場合ニ用ユル手段ナリ、抑モ無權代理行爲ハ無效ニ非スト雖モ未タ本人ニ對シテ何等ノ拘束ヲモ生セサルモノナリ、故ニ相手方ニ於テモ又自由ニ其行爲ヨリ離脫スルノ權能ナカル可ラス、本條規定スル所ノ取消權ハ即チ之レナリ、

(二)取消權ノ性質　本條規定スル所ノ取消權ハ第百二十條以下ニ規定スル取消權ト大ニ性質ヲ異ニス、無能力詐欺強迫等ニヨリ取消シ得可キ行爲ハ既ニ實質上ノ效力ヲ生シタルモノナリ、而シテ其取消權ハ其效力ヲ失ハシムル權利ナリ、反之無權代理行爲ハ未タ行爲ノ內容タル效力ヲ生セス、其取消ハ未タ效力ヲ生セサル意思表示ヲ除去スル行爲ニ過キス、獨逸ニ於テハ前者ハ取消權(AnfechtungsRecht)ト稱シ后者ハ撤回權(Wiederrufsrecht)ト稱シ之レヲ區別ス、本法ニ於テハ此ノ如キ用語上ノ區別ナシト雖モ二者全ク性質ヲ異ニスルカ故ニ混同ス可ラス、

(三)撤回ノ方法　相手方アル無形式一方的意思表示ニヨリ之レヲナスコトヲ得、

(四)撤回ノ相手方　ニ付キ法律ニ規定ナキハ一ノ欠點ト云フ可キナリ、余ノ信スル所ニ於テハ本人又ハ代理人ニ對シテ之レヲナスコトヲ得可キモノナリ、蓋シ撤回ニヨリ直接ニ影響ヲ受ケ追認權ヲ失フモノハ本人ナリ故ニ本人ニ對シテ

其意思ヲ表示シ得ルハ明ナリ、又撤回ニヨリ撤退セラル可キ法律事實ハ實ハ代理人ノ爲シタル行爲ナリ、故ニ代理人ニ對シテモ有效ニ其意思ヲ表示シ得ルモノト爲シテ可ナリ（獨民一七八參考）、

(五)撤回ノ時期　撤回ノ時期ハ本人ノ追認前ナルヲ要ス、蓋シ追認アリタル時ハ無權代理行爲ハ本人ニ對シテ效力ヲ生スルニ至ルカ故ニ相手方ハ之レヲ撤回ヌヲ得サルナリ、然シナカラ相手方カ詐欺又ハ強迫ヲ受ケタル場合ナルトキハ追認後ト雖モ猶第百二十條以下ノ規定ニ從ヒ取消スヲ得ルハ明ナリ、

(六)撤回ノ效力　撤回ニヨリ無權代理行爲ハ存在セサリシモノト看做サル、故ニ本人ハ追認ヲナスノ權利ヲ失フ、

(七)例外　契約ノ當時相手方カ代理權ナキコトヲ知リタルトキハ相手方ハ撤回權ヲ有セス、蓋シ此場合ニ於テハ相手方ハ始メヨリ本人ノ意思ニヨリ其行爲ノ運命ヲ決定セシメント欲シタルモノナルカ故ニ自ラ撤回スルノ自由ナキハ當然ナリトス、即チ本人ノ追認又ハ其拒絶ヲ待ツヨリ外ナシ、但シ此場合ニ於テモ相手方ハ前條ノ催告アルハ勿論、又詐欺強迫等ノ事由アリタル場合ニハ取消權アルハ疑ナキ所ナリ、

此例外ノ場合ニ於テ相手方ト代理人間ノ契約ニヨリ代理行爲ヲ解消セシメ得ルヤ否ヤハ疑問ナリ、余ハ之レヲ消極的ニ決セント欲ス、蓋シ無權代理行爲アルトキハ其時ヨリシテ本人ハ追認ノ權利ヲ取得スルモノナリ、故ニ相手方ト代理人間ノ契約ヲ以テ之レヲ解消シ得トセハ契約ヲ以テ第三者ノ權利ヲ剝奪スル結果トナル可ケレハナリ、人或ハ曰ハン相手方ト代理人ト契約（代理行爲）ヲナスト雖モ本人未タ之レヲ知ラサルナラハ再ヒ代理人ト相手方ノ契約ヲ以テ之レヲ解消セシムルモ本人ノ利益ヲ害スルノ患ナカル可シト之レ大ニ道理アリ、然レトモ若シ此旨意ヲ貫カハ相手方ニ撤回權ヲ與フルモ妨ケナキ理ナリ、然ルニ本條ニ於テ之レヲ禁シタルヨリ見レハ立法ノ精神ハ飽迄モ本人ノ意思ニヨリ其運命ヲ決定セシメントスルニ在ルヤ明ナリトス、

第百十六條　追認ハ別段ノ意思表示ナキトキハ契約ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ス但シ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス

(一)追認ノ效力　發生時期ヲ本條ハ規定ス、追認ハ無權代理行爲ノ欠點ヲ補ヒ有權代理ト同一ノ效力ヲ生セシムルモノナリ、而シテ一般ノ元則ニ從ヘハ法律事實ハ將來ニ對シテノミ效力ヲ生スルモノナリト雖モ此場合ニ於テ此元則ヲ貫

ケハ追認ノ時ニ新ニ有權代理ヲ爲シタルト同一ノ結果トナリ無權代理ヲ認メタル旨意ニ反ス、蓋シ無權代理ハ皆急迫ノ事情アリ授權ヲ求ムルノ暇ナク豫メ代理行爲ヲナシ後ニ追認ヲ求メ當初ヨリ代理權アリシト同一ノ結果ヲ生セシムルヲ目的トナス、然ルニ追認ノ時ヨリ效力ヲ生スルモノトセハ追認ノ時ニ至リ本人自ラ契約ヲナシ又ハ代理人ヲシテ契約ヲ爲サシムレハ事足ル可シ從テ無權代理ヲ認メタルノ實益ナキニ至ル可シ、此故ニ特ニ本條ヲ以テ其效力ヲ契約ノ時マテ遡及セシム、

（二）第三者ノ權利ヲ害スルヲ得ス　追認ニ遡及效アリトセハ第三者ノ權利ヲ害スルコトアル可キハ當然ナリト雖モ、此ノ如キハ取引ノ安全ニ害アルヲ以テ特ニ此但書ヲ設ケ其效力ヲ制限ス而シテ第三者ノ善意ト惡意トヲ區別セス、例之、甲者代理人ト稱シテ乙ノ土地ヲ丙ニ賣渡ス、爾後乙者ハ其土地上ニ丁ノ爲メニ地上權ヲ設定ス、此場合ニ乙者カ甲ノ賣買契約ヲ追認スルトキハ其效力ハ既往ニ溯ル可キカ故ニ乙者カ丁ノ爲メニ設定シタル地上權ハ他人(丙)ノ地上ニ設定シタル結果トナリ無效トナル可キ理ナリ、然レトモ之レ第三者タル丙者ノ權利ヲ害シ取引ノ信用ヲ損スルカ故ニ丙者ノ權利ハ害セラレサルモノトス、

（三）例外

原則トシテ追認ノ效力ハ既往ニ溯ルモ別段ノ意思表示アルトキハ例外トシテ既往ニ溯ラス、而シテ其別段ノ意思表示ハ無權代理行爲ノ時ニ存スルモノニ非スシテ追認ノ時ニ存スル意思表示ニシテ追認者ノ意思表示ナリ、文理解釋上右ノ結果ハ之レヲ疑フ可クモアラスト雖モ余ハ其妥當ナリヤ否ヤヲ疑フ、(一)契約ノ效力發生ノ時期ヲ追認者一方ノ意思ニヨリ決定セシムルハ果シテ合理的ナリヤ、(二)追認ノ效力既往ニ溯ラス、追認ノ時ヨリ生スルモノトセハ契約ノ時ヨリ追認ノ時ニ至ルマテノ代理行爲ノ效力ハ如何、例之甲者代理人ト稱シ不在者ノ財産ヲ銀行ニ預ケ后不在者之レヲ追認シ其效力ハ追認ノ時ヨリ生ス可シトスル別段ノ意思表示ヲナシタリトセハ、寄託ノ時ヨリ追認ノ時迄ノ利子ハ何人カ取得ス可キカ頗ル複雜ナル問題ヲ生セサルヲ得ス、

第百十七條　他人ノ代理人トシテ契約ヲナシタル者カ其代理權ヲ證明スルコト能ハス且ツ本人ノ追認ヲ得サリシトキハ相手方ノ選擇ニ從ヒ之レニ對シテ履行又ハ損害賠償ノ責ニ任ス

前項ノ規定ハ相手方カ代理權ナキコトヲ知リタルトキ

若シクハ過失ニ因リテ之レヲ知ラサリシトキ又ハ代理人トシテ契約ヲナシタル者カ其能力ヲ有セサリシトキハ之ヲ適用セス

(一)無權代理人ノ責任ノ根據

前數條ハ皆相手方ト本人間ニ於ケル無權代理行爲ノ效力ヲ規定シタルモノニシテ、本條ハ無權代理人ノ相手方ニ對スル責任ヲ規定スルモノナリ、無權代理人ノ責任ノ根據ニ付キテハ從來數說アリ左ニ之レヲ略說セン、

(イ)契約當事者說、　無權代理人ハ契約ノ當事者ナリ故ニ其契約ニヨリ拘束セラルト(Puchta Pand. S§ 273-279)、此說ハ間接代理ノ思想ヲ混スル弊アリ、無權代理人ハ契約ノ當事者タルニハ相違ナシ、然レトモ無權代理人ハ自己ノ爲メニ契約スルモノニ非ス相手方モ亦代理人ニ對シテ效力ヲ生セシメントスル意思アルニ非ス、故ニ此說ニヨリテハ代理人ノ履行ノ責任ノ根據ヲ明カニスルヲ得ス、

(ロ)不法行爲說　無權代理ハ不法行爲ナリ、故ニ相手方ニ對シテ責任ヲ負フト(Hellmann kritishe 4er J. S, X I X S. 396)、此說ハ誤レリ、今日ノ法律思想ニ於テハ無權代理ハ不法行爲ニ非ス、故ニ無權代理人カ責任ヲ負フハ故意過失ヲ以テ要件トセス、

(ハ)契約締結ノ過失說(Culpa in contrahendo)、　此說ハ最初「イエリング」氏ニヨリ唱ヘラレ爾後大ニ勢力アリ、其旨意ニ曰ハク過失ノ責任ハ遲滯不履行等成立シタル契約ニ付キテノミ生スルモノニ非ス、契約締結ニ際シテモ亦過失ノ責任ヲ生ス、契約ヲ締結セントスル者ハ其豫備行爲ニ關シ相當ノ注意ヲ拂フヲ要ス、無權代理人ハ先ツ代理權ノ有無及本人ノ追認ヲ得ラル可キヤ否ヤニ付注意ヲ怠ルヘカラス、今本人ノ追認ヲ得ル能ハサルハ契約締結ノ際ニ必要ナル注意ヲ拂ハサリシカ爲メナリ(Ihering, sein Jahrbuch f Dg II. S. 1. ff. Laband. Goldschmield Z. S. X. S. 234 Mitteis, Stellvertreturg S. 163. Dernburg Pand. I § 119 N4. II § 10 A. E, U. A. M.)吾國ニ於テハ富井博士此說ヲ取ルト雖モ(民法原論四五一)余ハ此說ヲ取ラス、蓋シ(一)若シ無權代理其モノカ當然過失ヲ含ムモノナリトセハ之レ無權代理ヲ以テ不法行爲ト爲スモノニシテ今日ノ思想ニ合セス、(二)又若シモ個々ノ場合ニ於テ無權代理人カ責任ヲ負フニハ過失ノ實在ヲ要ストノ意ナラハ相手方ハ過失ヲ立證スルニ非サレハ無權代理人ニ責任ヲ負ハシムルヲ得ス、又無權代理人ハ相當ノ注意ヲ拂ヒタルコトヲ證明シテ責任ヲ免カレ得可キ結果トナル、然

ルニ本條ニ於テハ過失ヲ必要トセス、(三)此說ニヨレハ無權代理人ノ責任ノ範圍ハ代理權アリト信セシメタルヨリ生スル損害ニ止マル可シ、即チ所謂消極的利益ノ賠償ニ止マラサル可ラス、然ルニ本條ニ於テハ履行ノ請求ヲ許ス是說明シ能ハサル所ナリ、

(二)擔保說(Theorie der Garantieübernahme)、　此種ニ屬スル說二アリ、一ニ曰ハク無權代理人ハ若シモ本人ノ追認ヲ得サルトキハ自ラ其契約ノ當事者タラントスル意思ヲ有スルモノナリト擬制ヲ加ヘテ說明スルモノアリ、(Buchka, Stellvertung S. 238)、二ニ曰ハク無權代理行爲ハ本人ノ名ニ於テ之ヲ爲スト雖モ之レト同時ニ若シ本契約カ成立セサルトキハ之レカ履行ヲ引受ケントスル從タル契約アリ其效果トシテ無權代理人ハ履行ノ責任ヲ負フト(Windscheid Pand. I § 74)、前者ハ擬制論ニシテ物ノ眞相ヲ捕ヘタルモノニ非ス、後者ハ其說明巧ナリト雖モ却テ巧ニ過キ多クノ欠點ヲ有ス、(一)若シ從タル擔保契約存ストセハ相手方ニ於テモ亦始メヨリ其意思存セサル可ラス、是レ果シテ眞カ、若シ然ラハ何故ニ相手方ハ撤回權ヲ有スルヤ(二)若シ擔保契約存ストセハ本條ノ如クニ履行ト損害賠償トヲ撰擇的ニ請求シ得ル理由ナシ、先ツ履行ヲ請求シ其實蹟ナキニ及ンテ始メテ損害賠償ヲ求ム可キニ非スヤ、(三)凡ソ擔保ナルモノハ主タル契約ノ成立ヲ前提トス、然ルニ主タル契約即チ代理行爲カ效力ヲ生セサレハ之レカ履行ヲ擔保スト云フハ聊カ矛盾タルノ感ナキヲ得ス、

(ホ)其他ノ學說、　猶多シ、或ハ無權代理人ノ擔保ハ契約ニヨルモノニ非ス、無權代理人ノ一方行爲ニヨルモノナリト、或ハ又曰ハク相手方ハ善意ナルカ故ニ取引ノ安全ヲ維持スル爲メニ履行ノ責任ヲ負ハシムト、或ハ又曰ハク無權代理人ハ代理權アリト主張シタルカ故ニ其主張ノ責(Behauptungsgarantie)ニ任スト(Hölder kommt. § 179)、

以上ノ諸說ハ無權代理人ノ責任ノ根據ヲ代理人ノ意思ニ求ムルカ、又ハ不法行爲ニ求ムルカ、或ハ法律ノ直接規定ニ求ムルモノニシテ學說ハ殆ント茲ニ盡キタリト云フモ可ナリ、先ツ民法ノ規定ニ於テハ無權代理人ノ故意又ハ過失ヲ以テ前提要件トセス、故ニ不法行爲說過失說ハ不可ナリ、又擔保契約說又ハ一方的擔保引受說ハ當事者ノ意思ノ推定ヲ根據トスルモノナルカ故ニ事實ニ合セサル場合ヲ生ス、此故ニ近頃ノ大勢ハ法律ノ直接規定ニヨル責任トナスニ傾ク(Endemann § 62 N 2. A. Hölder Komt. § 179. Riezler § 178. Hupka Vertretung ohne Vollmacht. S. 81. Crome S. 478. Oertmann S. 550)、蓋シ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテナシタル契約カ代理人ニ對シテ履行ノ責任ヲ生ストナスモノナルカ故ニ代理人

立退失當[illegible]

ノ意思ヲ以テ其責任ノ根據トナスヲ得ス、又過失ヲ要セスシテ損害賠償ノ責任ヲ生ストナスモノナレハ不法行爲ヲ以テ其根據トナスヲ得ス、歸スル所法律ノ直接規定ニヨル責任ナリト解スルヨリ外ナキナリ、而シテ此ノ如キ規定ヲ生スルニ至リタル立法上ノ理由ニ至リテハ種々ノ說明アリ、或ハ相手方ノ善意ヲ理由トシ或ハ取引ノ安全ヲ理由トシ或ハ主張ノ擔保責任（Behauptungsgarantie）ヲ理由トナス、思フニ此最後ノ者尤モ眞ニ近カル可シ、

(二)無權代理人ノ責任ノ範圍

無權代理人ハ相手方ノ撰擇ニ從ヒ履行又ハ損害賠償ノ責ニ任ス、即チ相手方ノ權利ハ撰擇債權ナリ、履行トハ無權代理行爲ノ履行ヲ意味ス、然レトモ契約ノ種類ニヨリテハ代理人ノ履行シ能ハサルモノアリ、例ヘハ本人ノ行爲ヲ目的トスル債務ノ如キ之レナリ此場合ニ於テハ損害賠償ノ請求ノミヲナスコトヲ得（四一〇）、撰擇ハ一方行爲ニシテ無權代理人ニ對スル意思表示ニヨリ之ヲ行フ、而シテ一旦選擇ヲナシタルトキハ無權代理人ノ地位ハ之レニヨリ確定シ相手方ハ撤回ノ自由ヲ有セス、（尤モ相手方カ履行ヲ撰擇シタル場合ニ於テ無權代理人ノ不履行又ハ過失ニヨリ事後不能トナリタルトキハ損害賠償ヲ請求シ得可キハ勿論ナリ）、而シテ相手方ノ選擇シ得ル、損害賠償ノ範圍ニ關シテ困難ナル問題ヲ生シ從來數說アリ、

(イ)消極利益說（Negative interesse）、消極利益トハ相手方カ代理權アリト信シタルカ爲メニ受ケタル損害及ヒ失ツタル利益ヲ云フ、所謂履行利益（Erfullungsinteresse）ト相對ス、履行利益トハ若シ其契約カ成立シ履行セラル丶ナラハ相手方ノ受ク可キ利益ヲ云フ、前者ハ契約カ無效ナルカ故ニ生スル損害ニシテ後者ハ有效ナル契約カ履行セラレサルニヨリ生スル損害ナリ、以テ二者ノ間ニ其觀念上ノ差異アルヲ知ル可シ、例之印稅、郵稅、旅費、鑑定料ノ如キハ當然消極利益中ニ包含セラル可シ、又例ヘハ實價千圓ノ土地ヲ八百圓ニテ賣買ス可キ契約ニ於テ履行利益ノ賠償ヲ求ムルニハ二百圓ヲ請求スルヲ得可シ（Differenztheorie）、消極利益ノ賠償ヲ求ムトセハ印稅郵稅旅費鑑定料等ヲ請求シ得ルニ止マル（富井博士原論四五一ハ消極利益說ヲ取ル獨逸ノ學說ハ一般ニ然リトス）、

(ロ)積極利益說（Erfullungsinterresse）、又ハ履行利益說ノ意義ハ前ニ述ヘタリ、余ハ本條ノ解釋トシテハ積極利益說ヲ以テ正シトナス、蓋シ法律カ履行ト損害賠償トヲ選擇的ニ請求シ得ルモノトナシタルハ二者同一ノ價値ヲ有スルモノト認メタルカ故ナラサル可ラス、而シテ履行ト同一ノ利益ヲ相手方ニ與フルニハ履行利益ノ請求ヲ許サ丶ル可ラサルコト明ナレハナリ、論者或ハ曰ハン此場合ニ於ケル損害賠償ハ有效ナル契約ノ履行セラレサル

損程約束ニ從ヒテ
公告トセズヤト

ニ由リ生スルモノニ非ス、反對ニ追認ヲ得ル能ハサルニヨリ契約カ無效トナリタルカ故ニ生スル損害ナリ、然ラハ有效ナル契約ノ履行ヲ標準トシテ賠償額ヲ定ムルハ事理顚倒ストス、曰ハク然ラス、余輩カ履行利益ノ賠償ヲ請求シ得ト云フハ敢テ契約（双務契約ト假定ス）ヲ有效ナルモノト「看做」シ代理人ニ於テ履行利益ノ全部ノ賠償ヲナシ相手方モ亦反對給付ヲナス可シト云フニ非ス、單ニ契約ヲ存效ナルモノト「假定」シ其額ヲ算定ス可シト云フニ外ナラス故ニ事理顚倒スルコトナシ、例ヘハ双務契約ナルナラハ相手方ノ給付ノ價格ト本人ノ給付ノ價格トヲ相對照シ其差額ヲ賠償セシム可キノミ（Differenztheorie）、

（三）無權代理人ノ責任ヲ負擔スル場合

無權代理ハ今日ノ法律思想ニ於テハ違法ノ行爲ニ非ス、而シテ何レノ場合ニ於テモ本人ノ意思ニ反シ本人ニ對シテ效力ヲ生スルコトナク、其本人ニ對シテ效力ヲ生スルハ本人カ是ナリトシテ追認ヲナシタル場合ニ限ル、故ニ無權代理人カ本人ニ對シ責任ヲ負フ場合ナシ、又相手方ノ利益ハ無權代理行爲カ本人ノ追認ニヨリ效力ヲ生スルト否トニヨリ影響ヲ受ク、其追認ヲ得タル場合ニ於テハ豫期ノ效果ヲ收メタルモノナルカ故ニ無權代理人ニ責任アルコトナシ、反之其追認ヲ得ラレサル場合ニ於テハ相手方ハ損害ヲ蒙ルカ故ニ原則トシテ前記（二）ノ責任ヲ負擔ス、例外左ノ如シ、

（イ）相手方カ代理權ナキコトヲ知リタルトキ、　此場合ニ於テハ相手方ハ始メヨリ危險ヲ冒シテ契約ヲナシタルモノナレハ之ニヨリ損害ヲ蒙ルアリト雖モ不平ヲ唱フルヲ得ス、

（ロ）相手方カ過失ニヨリ代理權ノ不存在ヲ知ラサリシトキ、　過失ニヨリ知ラサルハ知リタルト同視スルコトヲ得ルカ故ナリ、

（ハ）無權代理人カ無能力者ナリシトキ、　無能力者ハ自己ノ爲メニ完全ナル契約ヲナス能ハサルモノナリ、左レハ代理人トシテ契約ヲナシタレハトテ其責ニ任スルコトアル可ラス、若シ反對ニ無能力者ニ責任アルモノトセハ無能力者ハ代理人ト自稱シ契約ヲナスニヨリ能力ニ關スル制限ヲ免カルヽヲ得ルニ至ラン、然レトモ是等ハ皆無能力者保護ノ規定ナリ、故ニ無能力者カ法定代理人ノ同意ヲ得テ無權代理行爲ヲナシタルトキハ能力者ト同一ノ責任アル可シ、固ヨリ無能力者獨斷ノ行爲ト雖モ本人ノ爲メニスルモノニ非スシテ不法ノ目的ヲ有スル場合ニ於テハ不法行爲者トシテ責任ヲ負擔スルコトアルハ自ラ別問題トス、

（ニ）本人ノ追認又ハ拒絕前ニ相手方カ撤回ヲナシタルトキ、　此場合ニ於テハ

代理行爲カ本人ニ對シテ效力ヲ生セサルニ至リタル直接ノ原因ハ相手方自身ニ存スルカ故ニ無權代理人ニ責任ヲ負ハシムルコトヲ得ス、

第百十八條　單獨行爲ニ付テハ其行爲ノ當時相手方カ代理人ト稱スル者ノ代理權ナクシテ之ヲ爲スコトニ同意シ又ハ其代理權ヲ爭ハサリシトキニ限リ前五條ノ規定ヲ準用ス代理權ヲ有セサル者ニ對シ其同意ヲ得テ單獨行爲ヲ爲シタルトキ亦同シ

(一)單獨行爲ノ無權代理　ヲ本條ハ規定ス、其前段ハ無權代理人カ單獨行爲ヲ爲ス場合ニシテ後段ハ無權代理人ニ對シテ單獨行爲ヲ爲ス場合ナリ、

(二)其效力　ハ何レノ場合ニ於テモ絶對無效ヲ以テ原則トナス、學說モ亦大抵之ニ一致ス、然レトモ契約ト一方行爲ノ間ニ此ノ如キ差異ヲ設ケタル理由ハ未タ十分明ニ說明セラレス、余ノ見ル所ニ於テハ無權代理人カ單獨行爲ヲ爲ス場合ニ關シテハ本條ノ規定ハ正當ナリ、蓋シ契約ニ於テハ相手方ハ兎モ角モ意思表示ヲナス者ナリ、故ニ多少ノ拘束ヲ加フルモ不可ナシ、然ルニ單獨行爲ニ於テハ相手方ハ單ニ意思表示ノ受者トナリタルニ過キス自ラ意思表示ヲナシタルコトナシ、然ルニ此場合ニ前數條ノ規定ヲ適用シ、本人ノ追認ニヨリ效力ヲ生スルモノトシ、又相手方カ之レヲ免カレント欲セハ速カニ取消ヲナスノ手續ヲ要ストセハ相手方ハ何等ノ行爲ヲモ爲サスシテ拘束ヲ受クル結果トナリ不當タルヲ免カレサレハナリ、

相手方カ無權代理人ニ對シテ爲ス單獨行爲ニ付キテハ右ノ如キ理由ナシ、相手方ハ自ラ意思表示ヲナシタルモノナレハ本人ノ追認ニヨリ責任ヲ負ハシムルモ敢テ酷ナルコトナカル可キナリ、而カモ猶本條ニ於テ之レヲ無效トセルハ恐クハ相手方ヲ保護スル精神ニ非スシテ無權代理人ニ前條ノ責任ヲ負ハシムルノ不可ナルカ爲メナル可シ、

要スルニ本條ノ規定ニヨレハ單獨行爲ノ無權代理ハ無權代理人カ意思表示ヲ爲ス場合ナルト無權代理人ニ對シテ意思表示ヲナス場合ナルトニ論ナク、絶對ニ無效ニシテ相手方本人及ヒ無權代理人ニ對シテ何等ノ效力ヲモ生スルコトナシ、然レトモ左ノ場合ヲ以テ例外トス、

(イ)無權代理人カ單獨行爲ヲナスニ當リ相手方カ代理權ナクシテ之レヲ爲スニ同意シ又ハ其代理權ノ有無ヲ爭ハサリシ場合、　無權代理人ノ單獨行爲ヲ

ナスニ同意シタル者ハ之レヲ受クルニヨリ生スルコトアル可キ不利益ヲ甘諾シタルモノナリ、又代理權ノ有無ハ相手方ニ於テ調査スルヲ常トス、然ルニ相手方カ之レヲ調査セサルハ自ラ危險ヲ負擔シタル者ナリ、故ニ前數條ノ規定ヲ準用シ、(一)本人ニ追認權アリ、其效力ハ既往ニ遡ル、(二)相手方ハ追認又ハ其拒絶ヲ催告スル權利アリ、(三)相手方ハ取消權(撤回)ヲ有ス、此場合ニ於ケル相手方ノ撤回トハ固ヨリ自己ノ意思表示ヲ撤回スルニ非ス無權代理人ノ意思表示ニヨリ生スル拘束ヨリ離脱スルヲ意味ス、但シ相手方カ無權代理人ノ單獨行爲ヲナスニ同意シタルトキハ第百十五條但書ノ規定ニヨリ撤回權ヲ有セス(四)若シ夫レ無權代理人ノ責任ニ至リテハ前條ノ適用アルモノヽ如キモ實ハ然ラス、前條第二項ニヨレハ相手方カ代理權ナキヲ知リタルトキ又ハ過失ニヨリ之レヲ知ラサルトキハ無權代理人ハ責任ナキナリ、而シテ本條ニ相手方カ代理權ナクシテ單獨行爲ヲナスニ同意シ又ハ之レヲ爭ハスト云フハ皆其ノ内ニ包含セラルヽカ故ニ無權代理人カ相手方ニ對シテ責任ヲ負フ場合ヲ生セス、

(ロ)代理權ヲ有セサル者ニ對シ其同意ヲ得テ單獨行爲ヲナス場合、　代理人ノ代理權ナキヲ爭ハサリシ場合ハ此ノ内ニ在ラス、之レ(イ)ノ場合ト異ル所ナリ、

前五條ノ準用ノ範圍ハ(イ)ニ述ヘタル所ト粗ホ相同シ、但シ此場合ハ無權代理人ノ代理權ナキノ事實ハ相手方ハ常ニ之レヲ知ル可キヲ以テ相手方ニ撤回權ナキヲ常トス、

(三)相手方ナキ單獨行爲ノ無權代理ハ本條ノ規定スル所ニ非ス、本條ハ常ニ相手方アル場合ヲ想像ス、卑見ヲ以テスレハ相手方ナキ單獨行爲(懸賞廣告、權利ノ拋棄ノ類)ノ無權代理ハ絶對ニ無效タル可シ論者或曰ハン此場合ニ於テモ本人カ利益トスレハ追認シ不利益トスレハ追認セサルノミナリ故ニ全然無效トナサスト雖モ本人ノ利益ノ害セラルヽコト無カル可シト、理論上ハ或ハ然ラン然シ實際ハ弊害ヲ生シ易キカ故ニ斷然之ヲ無效トナスニ如カス、例ヘハ無權代理人カ所有權ノ拋棄ヲナスト假定ス、斷然之レヲ無效ト爲セハ之レヲ先占スル者ナカル可シ、然ルニ本條ノ準用アルモノトセハ第三者ハ必ラス之レヲ先占シ以テ本人ノ追認ヲ催シ又ハ催サスシテ以テ之レヲ所持スルニ至ラン、之レ弊害ノ源ナリ、又無權代理人カ他人ノ爲メニ懸賞廣告ヲナシ第三者之レヲ信シテ或行爲ヲナシタリトス、本人ハ追認スルニ非サル以上ハ責任ヲ負ハサルカ故ニ不利益ノ地位ニ立ツコトナシト雖モ其追認ヲナササル場合ニ於テハ第三者ハ損害ヲ蒙ルヲ免カレス、無權代理人ニ對スル損害賠償請求權ハ前條ノ準用ニヨリ

或ハ之ヲ認ムルヲ得トスルモ其無資力ナル場合ニ於テハ之レヲ如何トモス可ラス、且ツ又相手方ナキ單獨行爲ハ其種類モ少ク急速ヲ要スル場合ノ如キ蓋シ稀ナル可ケレハ之レヲ認ム可キ實際上ノ必要モ亦少カル可シ、

第四節　無效及ヒ取消

(一)完全ナル法律行爲ト不完全ナル法律行爲　法律行爲ノ效力トハ法律行爲ト稱スル法律事實ニ法律カ付シタル拘束力ヲ云フ、法律行爲カ表意者ノ欲スル所ニ適應スル效力ヲ生スルニハ形式的實質的積極的消極的ノ條件ヲ必要トス、其條件ノ凡テヲ具備スルモノハ完全ナル法律行爲ニシテ完全ニ其內容ニ應スル效力ヲ生ス、之レヲ有效(Vollgültig)ノ行爲ト云フ、其條件ノ一部ヲ欠クモノハ不完全ナル法律行爲ニシテ其效力モ亦不完全ナリ、不完全ナル法律行爲ヲ分テ(一)無效(Nichtig)(二)取消(Anfechtbar)ノ二種トナス、法律行爲ノ效力ニ關スル用語ハ學者ニヨリ、甚タ區々タリ、今茲ニ評論スルノ餘地ナシ右ハ只余ノ正當ト信スル所ヲ述ヘタルノミ(Mitteis. D. J. 28. 585. Jacobi Civ Prax.s 86. S. 51)、

(二)無效ノ行爲

(イ)其觀念　無效行爲トハ法律事實トシテハ客觀的ニ完成シタルモ然カモ其有效條件ヲ欠クカ故ニ當事者カ目的トスル所ノ效果ヲ全ク生セサルモノヲ云フ、故ニ學者無效行爲ハ法律行爲トシテハ存在ヲ有セサルモノナリト云フ、正當ナリトス、然シナカラ無效行爲ハ法律行爲トシテハ存在ヲ有セスト雖モ既ニ客觀的ニ完成セルカ故ニ事實上ノ存在ヲ有ス、故ニ當事者ノ欲スル效力ハ之レヲ有セスト雖モ夫以外ノ效果ヲ生スルコトナキニ非ス、例ハ不法行爲トナリ損害賠償ノ義務ヲ生スルコトナキニ非ス、

(ロ)無效ト不成立　無效行爲ハ法律事實トシテハ完成シ然カモ效力ヲ生セサルモノヲ云フ、即チ其法律事實(例ハ賣買)ニ必要ナル積極條件ハ悉ク之レヲ具備シタルモ完全ナル效力ノ發生ニハ存在ス可ラサル條件即チ消極條件カ伴フカ故ニ效力ノ發生ヲ妨止セラレタルモノナリ、行爲ノ不成立トハ積極條件ヲ欠クカ故ニ法律事實トシテ完成セサルモノヲ云フ、例ヘハ申込ノミアリテ之レニ對スル承諾ナキトキハ契約トシテハ不成立ナリ、是契約ト云フ事實ノ存在ニ欠ク可ラサル積極條件ヲ欠クモノナリ、之レニ反シ不法ノ目的ヲ有スル契約ハ無效ナリ、之レ契約ノ日的ハ不法ナル可ラスト云フ消極條件アルニ其隨伴スルアルカ爲メナリ、不成立ノ行爲ハ完全ナル效力ヲ生スルコトナシ、然レトモ亦常ニ全ク無效ニ非ス、殊ニ一ノ法律行爲カ多數ノ意思表示ヨリ

成ル場合ニ於テハ完成シタル程度ニ應テ效力ヲ生スルハ稀ナラサル現象ナリ、例ヘハ契約ノ申込ハ承諾前ニ於テハ契約トシテハ不成立ナリ、然カモ申込トシテ效力ヲ有スルカ如シ、

(ハ)無效行爲ト效力ノ不發生

無效行爲ハ效力ノ不發生ノ確定セルモノヲ云フ、效力ノ不發生トハ效力無キコト確定セサルモ猶現在ニ於テハ其內容ニ應スル效力ヲ發生セサルモノヲ云フ、無權代理行爲ノ如キハ之レナリ、無權代理行爲ハ效力無キ行爲ニ非ス、然カモ猶追認前ニ於テハ其內容ニ相應スル效力ヲ發生セス、故ニ用語ハ正確ニ非サレトモ通常之レヲ效力ノ不發生ト云フ、

(ニ)無效行爲ノ效力

(一)無效ノ行爲ハ之レヲ死シテ產レタル兒ニ比ス可ク如何ナル名醫モ之レヲ生ス可ラス、又何等ノ病因ナキモ死ハ始メヨリ確定セリ、故ニ其效果ヲ除斥スル爲メニハ何等ノ手續ヲナスヲ要セス、即チ當然無效ナリ、然レトモ其無效ナルコトヲ裁判上確定セシムル爲メニ消極的確認ノ訴ヲ提起スルヲ妨ケサルナリ、婚姻無效ノ訴(人訴一條以下)モ其性質ハ消極的確認ノ訴ニ外ナラス、(二)無效行爲ハ獨リ當事者間ニ於テ無效ナルノミナラス何人ト雖モ苟モ利害關係ヲ有スル者ハ其無效ヲ主張シ又ハ援用スルヲ得可シ、例ヘハ甲カ無效行爲ニヨリ其財產ヲ乙ニ讓渡セリトス、甲ノ債權者ハ其無效ヲ證明シテ其財產ニ對シテ執行ヲナスコトヲ得、猶婚姻、緣組ノ無效ニ就テモ法律上一定セル第三者ハ無效ノ訴ヲ提起スルヲ得可シ(人訴二、二六)、如此ニ凡テノ人ノ爲メニ又凡テノ人ニ對シテ無效ナルヲ原則トスト雖モ、法律ハ便宜上或人ニ對シテハ無效ヲ主張スルヲ許サヽル場合(九四(二))、又ハ或人ニ限リ無效ヲ主張スルヲ許サヽル場合ヲ認ム(九五、但)、之レヲ相對的無效ト稱ス、(參照後段(チ))(三)無效行爲ハ法律行爲トシテ存在ヲ有セサルモノナルカ故ニ苟モ其原因裁判所ニ顯著ナルトキハ當事者ノ主張ヲ待タスシテ裁判所ハ之レヲ認メサル可ラス、

(ホ)無效ノ原因

一般ニ通スルモノハ意思能力ノ欠缺、意思ト表示ト一致セサル場合(九三、九四、九五)、方式ヲ欠ケル要式行爲、不法ノ目的ヲ有スル行爲、不能ノ目的ヲ有スル行爲、及取消サレタル法律行爲(一二一)等ナリ、此他特別ノ行爲ニ付キテハ特別ノ無效原因ヲ認メタルモノ(一四六、五〇六)アリ、又反對ニ無效原因ヲ例記的ニ制限シタルモノアリ(七七八、八五一)、

(ヘ)無效行爲ノ救濟

無效行爲ハ法律行爲トシテ存在ヲ有セス故ニ救濟スル能ハス、(一)無效原因カ其後除去セラルト雖モ之レニヨリ當然效力ヲ回復スルコトナシ、例ヘハ禁止法律違反ノ法律行爲ハ無效ナリ、故ニ爾後其法律カ廢

止セラル、アリト雖モ其法律行爲ハ有效トナラス、(二)當事者カ無效行爲ヲ追認スト雖モ之レニヨリ效力ヲ生セス(一一九)、羅馬法ニ於テハ無效原因ノ除去セラレタル後追認ヲナストキハ遡及效ヲ以テ有效トナルモノトセリ(Dernburg Pand. § 122. Anm 5. Regelsberger § 176)ト雖モ本法ハ此主義ヲ取ラス、故ニ無效行爲ハ永久ニ無效ナリ(追認ニ付キテハ一一九ヲ見ヨ)、

(ト)無效行爲ニ基ク給付ニ對スル救濟

無效行爲ニ基キ給付ヲナシタル場合ニ於テハ當事者ハ互ニ相手方ヲ舊狀ニ復セシム可キ義務ヲ負フ、即チ其受ケタル給付ヲ全部返還セサル可ラス、但シ法律行爲ノ目的カ不法ナルカ爲メニ無效ナル場合ニ於テハ給付シタル物ノ返還ヲ請求スルヲ得ズ(七〇八)、原因行爲カ無效ニシテ同時ニ給付行爲モ亦無效ナル場合ニ於テハ給付者ハ前記原狀回復ノ請求權ノ外ニ所有權ニ基ク返還請求權(Rei Vindicatio)ヲ有ス(Dernburg B.R. Bd. I § 116. Oertmann komt Z. S. 138)蓋シ此場合ニ於テハ給付行爲ハ無效ナルカ故ニ給付者ハ所有權ヲ失ハス、而シテ相手方ハ占有ヲナスカ故ニ所有權ニ基ク訴權ニヨリ之レヲ取戻スコトヲ得ルナリ、

(チ)無效ノ種類

(a)絕對無效ト相對無效

從來絕對無效ト稱セルハ凡テノ人ニ對シテ又ハ凡テノ人ヨリ無效ヲ主張シ得ルモノヲ云フ、或人ニ對シ又ハ或人ヨリハ無效ヲ主張シ能ハサルモノヲ相對無效ト云フ(九四、九五、)相對無效ノ觀念ハ正當ナリヤ否ヤハ大ニ疑ハレツヽアリ蓋シ一方ニ於テハ效力ナシト云ヒ一方ニ於テハ或人ニ對シ又ハ或人ノ爲メニハ效力アリトナスモノナレハ矛盾ヲ包含スル觀念ナリト云ハサル可ラス、然レトモ所謂相對無效ヲ無效ノ觀念中ヨリ除斥スルトキハ吾人ハ之レヲ表示スルニ足ル可キ適當ノ名稱ヲ立テサル可ラス、而シテ之レニ付キテハ未タ何等ノ提唱アルヲ聞カサルナリ、法典ニ於テモ亦前示意義ニ於ケル相對無效ハ之レヲ無效ト稱ス、故ニ從來ノ用語ヲ襲踏スルハ便利ナリトス、

相對無效ト似テ非ナルモノハ或人ニ對抗スルヲ得サル有效ナル行爲ナリ、例ヘハ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ得サルモノ又ハ第三者ニ對抗スルヲ得サル行爲(一七七・一七八、四六七等)ノ如シ、前者ハ行爲ノ本來ノ性質ハ無效ナリ只或人ニ對シテ之レヲ主張スルヲ得サルノミナリ、故ニ何人モ之レヲ認メテ有效ト爲スヲ得ス、後者ハ本來有效ナリ有效條件ハ悉ク之レヲ具備ス、只或人ニ對シテ之レヲ主張スルヲ得サルノミナリ、故ニ其者ハ之レヲ認メテ有效トナスヲ妨ケス、

(b) 一部無效ト全部無效

法律行爲ノ内容ノ一部分無效ナルモノヲ一部無效ト稱シ、全部無效ナルモノヲ全部無效ト稱ス、

一部無效ヲ生スル場合ハ(一)法律行爲ノ内容カ數個ノ條項ヨリ成ル場合(二)法律行爲ノ内容ハ單一ナルモ分量的ニ其一部分カ法律ノ許可スル範圍ヲ超過スル場合ナリ、例ヘハ利息制限法(同法第三條)ニ牴觸スル利息ノ約束ノ如シ、要スルニ一部無效ノ問題ヲ生スルハ法律行爲ノ一個ナルヲ前提トス、故ニ外形上ハ一個ノ如クニ見ユルモ其實數個ノ法律行爲ノ結合ナルトキハ其一方カ無效ナルモ一部無效ト稱セス、例ヘハ甲乙ノ二卷ノ書物ヲ十圓ニテ賣買ス之レ一法律行爲ナリ故ニ甲ヲ給付スルコトカ不能ナル・トキハ一部無效トナル、反之甲書ハ七圓乙書ハ三圓ニテ賣買スルトキハ假令同時ニ契約スルモ二個ノ法律行爲ナリ、故ニ甲書ノ給付カ不能ナルモ一部無效ニ非ス、

双務契約ニ於テハ一契約ニヨリ兩當事者ニ對シ義務ヲ生ス、一人ノ義務ハ可能ナルモ他ノ一人ノ義務ハ不能ナル場合ニ於テハ一部無效ヲ以テ目ス可キヤ、曰ク然ラス、兩當事者ニ對シテ義務ノ發生スルコトハ双務契約ノ要件ナリ、故ニ一方ノ義務カ成立セサルトキハ双務契約ハ全部無效トナル故ニ一部無效ノ場合ニ非ス、

一部無效ヲ生スルハ法律行爲ノ内容ノ一部ニ付キ(ホ)ノ原因存スル場合ナリ、

法律行爲ノ一部ニ付キ無效原因存スル場合ニ於テ其法律行爲ノ全部ヲ無效トナス可キカ、或ハ其欠點アル部分ノミヲ無效トナシ他ノ部分ハ之レヲ有效トナス可キカノ問題ニ付キテハ一般ノ原則ヲ欠ク、(一)第一ニ現行法ノ規定ニヨリ決ス可シ(例ハ一三二、二七八、三六〇、五六三、五六五、五八〇、六〇四)、(二)法律ニ特別ノ規定ナキ場合ニ關シ羅馬法ニ於テハ有效ナル部分ハ無效ナル部分アルニヨリ毀傷セラレストノ元則Utile per inutile non vitiatur行ハレタリト雖モ之ヲ絕對的ニ貫クハ實際ニ不都合ナキヤヲ疑フ、英米法ニ於テハ無效原因ノ存スル條項カ條件(Condition)ナルトキハ全部無效トナシ、然ラサルトキハ單ニ損害賠償問題ヲ生スルニ過キストナス、余輩ノ正當ト信スル所モ其旨意ニ於テ之レト異ルニ非ス、少シク詳シク之レヲ述フレハ當事者ノ意思解釋ニヨリ之レヲ決定スルヲ以テ正確ヲ得タルモノト信スルナリ、蓋シ法律行爲ノ效力ハ結局當事者ノ意思如何ニヨリ定マル可キモノナレハナリ、即チ當事者ノ意思カ其有效ナル可キ部分ノミナルモ猶法律行爲ヲ

ナサントスルニ在ルトキハ法律行爲ヲ分割シ一部ヲ有效トシ一部ヲ無效トナス可シ、反之其有效ナル可キ部分ノミナルナラハ全然法律行爲ヲ爲スノ意思ナキモノト認ム可キ場合ニ於テハ全部ヲ無效トナス可シ、然レトモ當事者ノ意思明ナラサル場合例ハ契約ニ於テ此點ニ關シ兩當事者ノ意思齟齬スルニ於テハ全部無效ト決スルヲ以テ理論ニ合ス可シ、何トナレハ法律行爲ニ於テ意思ノ存在スルヲ要スト云フハ積極的ニ存在スルヲ要スルノ義ナリ、故ニ不明ナル場合ハ意思存在セサルモノト見ルヨリ外ナケレハナリ、

(c) 當初ノ無效ト事後無效

法律行爲ノ成立ノ時ニ當リ無效原因ノ存スルモノヲ當初無效ト稱シ、法律行爲ノ成立ト效力ノ發生ト時ヲ異ニシ其間ニ無效原因ノ生スル場合ヲ事後無效ト稱ス、例ヘハ遺言ハ法律ニ從ヘル形式ヲ踏ミタル意思表示アリタル時ニ成立ス、然カモ其效力ハ遺言者死亡ノ時ニ發生ス、而シテ現行法ニ於テハ遺言ニヨル私生子ノ認知ヲ許ス然ルニ現行法ノ下ニ於テ遺言ニヨリ私生子ノ認知ヲナシタルモ其者ノ死亡前ニ法律之レヲ禁止シタリトセハ事後無效トナル、

事後無效ト混同ス可ラサルハ法律行爲カ效力ヲ生シタル後ニ不能ニヨリ其效力ノ消滅スル場合ナリ、例ヘハ特定物ノ給付ヲ目的トスル契約カ成立シ效力ヲ生シタル後其目的物カ滅失シタル場合ノ如シ、此ノ場合ハ契約ハ有效ナリ、故債務ハ消滅スト雖モ猶損害賠償ノ問題ヲ生ス（債務者ニ過失アリタル場合）、故ニ法律行爲カ效力ヲ生セサル事後無效ト其觀念ヲ異ニスルヲ知ル可シ、

當初無效ノ原因ト事後無效ノ原因ハ必シモ同一ニ非ス、例ヘハ意思能力ノ欠缺ハ當初無效ノ原因ナリ、然レトモ一旦行爲ノ成立シタル後ハ行爲者カ意思能力ヲ喪失スルニ至ルト雖モ其行爲ノ效力ハ之レカ爲メニ害セラルヽコトナシ（前示遺言ニ付キ適例ヲ見出ス可シ）、反之權利能力、目的ノ可能、適法等ハ效力發生ノ時マテ繼續スルヲ要ス、故ニ完全ニ成立シタル法律行爲ト雖モ事後是等ノ點ニ付キ變更ヲ生スルトキハ事後無效ヲ來ス、

(リ) 無效行爲ノ變更 (konversion)

或法律行爲カ甲ノ法律行爲トシテハ無效ナルモ乙ノ法律行爲ノ有效條件ヲ具備スルコトアリ、此場合ハ乙ノ法律行爲トシテ有效ナリヤ否ヤノ問題ナリ、例ヘハ或法律行爲カ約束手形トシテハ要件ヲ欠クヲ以テ無效ナル可キモ普通ノ契約トシテハ有效ナリヤ、當事者ハ始メノ法律行爲ノ種類ヲ變更シ後ノ種類ノ法律行爲トシテ之レヲ取扱フコトヲ

得ルヤ否ヤ、

是レ大ニ議論ノ存スル所ナリト雖モ若シ其包含セラルヽ種類ノ法律行爲ノ有效條件ヲ具備スルニ於テハ其行爲トシテハ效力アル可キハ當然ナリ、余ノ見ル處ニ於テハ之レ存在スル事實カ之レニ相當スル效力ヲ生スルニ過キサレハ嚴格ノ意味ニ於ケル法律行爲ノ變更ニ非ス、

（三）取消シ得可キ行爲

（イ）其性質　取消シ得可キ行爲ハ當然其內容ニ相當スル法律上ノ效果ヲ生ス故ニ取消シ得可キ行爲ノ履行ヲ請求スルヲ妨ケス、然レトモ取消シ得可キ行爲ハ何レニカ欠點アルモノニシテ或特定人ハ之レヲ攻擊スル手段即チ取消權ヲ有ス、其權利ヲ行使スルニヨリ取消シ得可キ行爲ハ全ク其效力ヲ失ヒ始メヨリ無效ナリシモノト看做サル、其取消權ノ行使ヲ名ケテ取消ト稱ス、余輩ノ見解ニヨレハ取消シ得可キ行爲ハ不完全ナル法律行爲ノ一種ナリ、或ハ之ヲ相對的無效ト稱シ無效行爲中ニ加ヘントスル者アリ、或ハ之ヲ有效行爲中ニ包含セシメントスルモノアリ、學者ノ用語一ナラスト雖モ實質上ノ差アルニ非ス、多クハ語ノ用方ノ爭ナレハ玆ニ評論ス可キ興味ヲ有セス、

（ロ）取消ト撤回　取消（Anfechtung）トハ一旦效力ヲ生シタル行爲ノ效力ヲ既往ニ遡リテ消滅セシムル行爲ヲ云フ、撤回（Wiederruf revocation）ハ之レニ反シ未タ效力ヲ生セサル行爲ノ效力發生ヲ防止スル行爲ナリ、例ヘハ第百十五條第五百三十條第千百二十四條ノ如キハ取消ニ非スシテ撤回ナリ、二者此ノ如クニ性質ヲ異ニスルカ故ニ後者ハ宜シク之レヲ撤回ト稱シテ前者ト之レヲ區別ス可カリシナリ、然ルニ我民法ニ於テハ此區別ナク後ノ場合モ亦取消ト稱スルカ故ニ混雜ヲ免カレス、本節ノ規定ハ嚴格ノ意義ニ於ケル取消ニ關スルモノニシテ撤回ノ場合ニハ適用ナシトス、法律行爲一般ノ原則トシテ凡ソ意思表示ハ未タ效力ヲ生セサル前ニ於テハ表意者任意ニ之レヲ撤回スルコトヲ得ルモノナリ、例ヘハ申込ハ相手方ノ承諾前ニ於テハ自由ニ撤回スルヲ得可ク、寄附行爲ハ官廳ノ許可前ニ於テハ之レヲ撤回スルヲ得可ク、催告通知ノ如キハ相手方ニ到達前ニ於テハ之レヲ撤回スルヲ得可キカ如シ、

（ハ）取消權ノ性質　取消權ノ內容ハ敢テ相手方ニ對シテ或行爲ヲ請求スルニ在ラス、故ニ取消權ハ債權ニ非ス、又取消權者ハ取消サル可キ法律行爲上ニ何等ノ支配力ヲ有スルニ非ス、故ニ所謂支配權ニ非ス、取消權ノ內容ハ取消權者ノ意思ノミニヨリテ從來ノ法律關係ヲ變更シ之レト異ル法律關係ヲ生セ

シメ能フニ在リ、故ニ所謂可能權(kannrecht)又ハ形成權(Gestaltungsrecht)又ハ變更權(Änderungsrecht)ナルモノニ屬ス、而シテ又取消權ハ從タル權利ナルカ故ニ取消サル可キ行爲ニヨリ生シタル權利ト分離シテ讓渡スルヲ得ス、又其權利關係カ消滅シタルトキハ當然消滅ス可キモノトス、

(二)取消ノ原因　ハ法律行爲ノ瑕疵ニシテ(一)行爲能力ノ欠缺(第四條以下)(二)意思表示ノ瑕疵即チ詐欺及強迫(九六)、(三)債務者ノ詐害行爲(四二四)、(四)書面ニ依ラサル贈與(五五〇)、(五)夫婦間ノ契約(七九二)、(六)婚姻ノ取消(七七九以下)、(七)縁組ノ取消(八五二以下)、(八)其他八八七、九三〇、九三六、九七二等ナリ、取消ノ原因ハ凡テ法律ニヨリ限定セラレ其原因存スルトキハ取消權ハ當事者ノ意思ニ無關係ニ發生ス、

而シテ反對ニ當事者間ノ契約ヲ以テシテハ任意ニ取消權ヲ發生セシムルヲ得ス、然レトモ之レト粗同一ノ效力アル解除權ヲ留保スルヲ妨ケス、此兩者ノ差異ニ關シ或ハ取消ハ法律行爲ノ效力ニ關シ解除ハ法律行爲其モノニ關スト說明スルモノアレトモ不可ナリ、一旦生シタル事實ヲ滅却セシムルハ如何ナル權利ノ作用ニヨルモ不能ナリ、獨リ解除權之レヲ能クスルノ理ナシ、余ノ見ル所ニ於テハ取消ハ法律行爲ノ成分ニ瑕疵アルモノニシテ解除ハ法律行爲其ノモノニ欠點ナク只當事者又ハ法律ノ規定ニヨリ其ノ外部ニ附着セラル・權利ナリ、之レヲ以テ其性質ノ差異トナス、若シ夫レ其效力ノ差異ニ至リテハ前者ハ第三者ニ對抗シ後者ハ當事者間ニ止マルヲ以テ主點トナス、

(四)本節ノ規定　本節ハ無效及ヒ取消ヲ併セ規定ス、第百十九條ハ無效ニ關シ、以下數條ハ悉ク取消ニ關ス、而シテ完全ナル行爲即チ有效ナル行爲ノ效力ニ關シテハ別ニ規定ナシ、蓋シ完全ナル行爲ハ完全ニ其內容ニ相當スル效力ヲ生スルモノニシテ別ニ規定ヲ要セサルカ故ナリ、

第百十九條　無效ノ行爲ハ追認ニ因リ其效力ヲ生セス但當事者カ其無效ナルコトヲ知リテ追認ヲナシタルトキハ新ナル行爲ヲ爲シタルモノト看做ス

(一)無效行爲ハ救濟ス可ラス　是レ本條本文ノ旨意ナリ、無效行爲ハ單ニ欠點ヲ有スル行爲ニ非スシテ存在セサル行爲ナリ、欠點ヲ有スルモノハ之レヲ補ヒ(或ハ不可ナル部分ヲ除キ)以テ有效タラシムルヲ得ルモ全ク存在セサルモノニ至テハ之レヲ救濟ス可キ途ナシ、故ニ當事者カ、事後其行爲ヲ有效ナラシメントスル意思ヲ表示スルモ(追認)之ニヨリ其行爲カ效力ヲ生スルニ至ルコトナシ、之レ

事理明白ニシテ規定ヲ要セサルカ如キモ羅馬法ノ如キハ反對ニシテ追認ヲナストキハ既往ニ溯リ效力ヲ生ストセルカ故ニ疑義ノ生センコトヲ慮リテ特ニ本條ノ規定ヲ設ク、

(二)追認　茲ニ追認ト云フハ取消シ得可キ行爲ノ追認ト其意義ヲ同フセス、取消シ得可キ行爲ノ追認ハ取消權拋棄ノ義ナリ、即チ有效ナル行爲ヲ攻擊スル手段ヲ消滅セシムル行爲ナリ、無效行爲ノ追認ハ之レト異リ無效ノ行爲ニ效力ヲ生セシメントスル意思表示ナリ、前者ハ消極的ニシテ後者ハ積極的ナリ、無效行爲ハ當事者カ其行爲ノ無效ナルヲ知テ追認ヲナスト雖モ猶其行爲ニ效力ヲ生セシムルヲ得ス、但シ此場合ニ於テハ追認ハ全ク無效ニ非スシテ內容ヲ同フスル新ナル行爲ヲナシタルモノト看做サル、而シテ新行爲ト看做サルヽニハ左ノ條件ヲ必要トス、

(イ)當事者カ其無效ナルコトヲ知テ之レヲナスヲ要ス、本條但書之レヲ明言スト雖モ實ハ不用ナル規定ナリ、何トナレハ之レ當然追認ノ語義中ニ包含セラルレハナリ、無效ナルヲ知ラスシテ追認スルコトハ理トシテアリ能ハサルナリ、茲ニ於テカ余輩ハ本條本文ノ正否ヲ疑フ、何トナレハ之レヲ其但書ト相對照スルトキハ本文ハ其無效ナルヲ知ラスシテ追認ヲナシタル場合ヲ規定シタルカノ如ク解セラルレハナリ、又若シモ反對ニ本文ハ無效ナルヲ知テ追認ヲナシタル場合ナリト解セハ但書ニ於テ「當事者カ無效ナルヲ知リ」云々ト明言スルハ必要ニ非サル可シ、要スルニ追認ト云ヘハ常ニ必ラス無效ノ事實ヲ知テ之レニ效力ヲ生セシメントスル意思表示ヲ指ス、

(ロ)無效行爲ノ當事者ノ爲シタル追認ナルヲ要ス、

(ハ)無效行爲カ契約ナル場合ニ於テハ兩當事者カ追認ヲナスヲ要ス、或ハ無效ノ原因カ當事者ノ一方ニノミ存スル場合（例ヘハ一方ノ錯誤）ニ於テハ其當事者一方ノ意思ニヨリ追認シ得ルカノ疑ナキニ非サルモ追認ノ效力ヨリ之レヲ察スルニ追認ノアリタル時ヨリ新契約ヲナシタルモノト看做サルヽモノナルカ故ニ兩當事者ノ意思ヲ要スト解スルヲ妥當トス、一方行爲ナルトキハ表意者一人ニテ本條ノ追認ヲナスコトヲ得、

以上ノ三條件ヲ具備スルトキハ追認ノ時ニ於テ新ニ無效行爲ト內容ヲ同フスル行爲ヲナシタルモノト看做サル、故ニ無效ノ行爲カ既往ニ遡リ效力ヲ生ストナス羅馬法ノ規定ト異リ第三者ノ權利ヲ害スル虞ナシ、例ヘハ所有權ノ移轉ヲ目的トスル行爲ニ於テ舊行爲カ追認セラルトスレハ舊行爲ノ時ヨリ移轉ス可キモ新行爲ト見ルトキハ追認ノ時ヨリ移轉ス可シ、此ノ如クニ追認

ノ性質ハ新行爲ナリ、然レトモ其純然タル新行爲ト異ルハ法律行爲ヲ全然新ニ繰返スヲ要セス舊行爲ノ內容ヲ採リ直ニ新行爲ノ內容トナス點ニ在リ、故ニ舊行爲ノ內容ハ單ニ新行爲解釋ノ資料タルノミナラス新行爲ノ眞ノ內容ヲナスモノナリ（Hölder Roant Z. § 141. Oertmann § 141）、

右ノ如ク追認ハ舊行爲ト內容ヲ同フスル新行爲ト看做ルヽモノナルカ故ニ新行爲カ完全ナル效力ヲ生スルニハ法律行爲一般ノ有效條件ヲ具備スルコトヲ要ス、殊ニ無效ノ原因タル情況ノ止ミタル後ナルヲ要ス、例ヘハ舊行爲カ目的不法ナルカ爲メニ無效ナル場合ニ於テ之レヲ追認スルトキハ追認ノ時ニ新行爲ヲナシタルモノト看做サル可シト雖モ其不法原因未タ去ラサルナラハ新行爲モ亦無效タルヲ免カレサル可シ、又例ヘハ舊行爲カ法定ノ形式ヲ欠クカ爲メニ無效ナル場合ニ於テハ無形式ノ追認ハ新ニ無形式ノ行爲ヲナシタルモノト看做サルヽカ故ニ其企圖スル法效ヲ生セサルヤ論ナシ、

第百二十條　取消シ得ヘキ行爲ハ無能力者若クハ瑕疵アル意思表示ヲ爲シタル者其代理人又ハ承繼人ニ限リ之ヲ取消スコトヲ得

妻カ爲シタル行爲ハ夫モ亦之ヲ取消スコトヲ得

（一）取消權者　ヲ本條ハ規定ス、而シテ本條ハ列記的制限的規定ナルカ故ニ反面論理ニヨリ本條記載以外ノモノハ取消權ヲ有セスト云フコトヲ得、然レトモ廢罷訴權（四二四）婚姻取消（七八〇以下）緣組取消（八五三）等特別ノ規定アルモノハ此限ニ在ラス、

（二）承前

（イ）行爲能力ノ欠乏ニ基キ取消シ得可キ行爲ニ付キテハ無能力者取消權ヲ有シ、相手方ハ之レヲ有セス、但シ契約ノ兩當事者共ニ無能力者ナルトキハ兩方共ニ取消權ヲ有ス（妻ノ行爲ニ付キテハ後段）、

（ロ）詐欺又ハ強迫ニヨリテ爲シタル行爲ニ付キテハ被詐欺者又ハ被強迫者取消權アリ、被詐欺者又ハ被強迫者無能力者ナル場合ニハ無能力ニ基ク取消權ト意思表示ノ瑕疵ニ基ク取消權トヲ併セ有ス

（ハ）夫ノ同意ヲ得スシテ妻カ爲シタル行爲ニ付キテハ妻ト夫共ニ取消權ヲ有ス、

（ニ）代理人、　代理人ニハ法定代理人任意代理人ノ別アリ、本條ニ云フ代理人ハ兩者ヲ包含ス、代理人ハ無能力者ノ法定代理ノ場合ト雖モ自己固有ニ取消權

ヲ有スルモノニ非ス、只本人ノ爲メニ取消ヲナス代理權ヲ有スルニ過キス、即チ本人ノ取消權ヲ行使スル者ナリ、

代理行爲ニ於テ意思表示ニ瑕疵アルトキハ其事實ハ代理人ニ付キ之レヲ判定ス(一〇一)、然ラハ取消權ハ本人ニ在リヤ代理人ニアリヤハ稍ヤ疑問タル可キカ如キモ代理行爲ノ效力ハ直接ニ本人ニ對シテ生シ、恰モ本人カ其行爲ヲ爲シタルト同視ス可キカ故ニ取消權ハ本人ニ屬シ代理人ニ屬セス、蓋シ取消權ハ取消シ得可キ行爲ニヨリ損害ヲ蒙レルモノヲ保護セントスルヲ目的トスルモノナレハ行爲ノ主體タルモ效力ノ主體ニ非サル代理人ニ取消權ヲ與フ可キ理由ナケレハナリ、(富井博士原論四六五同論(Planck Z. S. 144)、

(ホ)承繼人、　無能力者又ハ瑕疵アル意思表示ヲ爲シタ者カ取消シ得可キ行爲ニヨリ取得シタル權利又ハ負擔シタル義務ヲ承繼シタル者ハ取消權ノ附着シタル狀態ニ於テ其權利義務ヲ承繼スルモノト見ル可キカ故ニ前主ト同シク取消權ヲ有ス、承繼人ニハ包括承繼人（相續人及ヒ包括受遺者）ト特定承繼人（例ハ買主）ノ別アリ、本條ニ承繼人トハ兩者ヲ包含スルモノナリ、但シ第百二十五條第五號ノ規定ニヨリ異議ヲ留ムルコトナクシテ取消シ得ヘキ行爲ニヨリ取得シタル權利ノ全部又ハ一部ヲ讓渡スルトキハ追認ヲナシタルモノト看做サル、カ故ニ承繼人カ取消權ヲ有スルハ同條ニ牴觸セサル場合ニ限ル、」

右說明スル所ニヨレハ承繼人ノ取消權ハ自己固有ノ取消權ニ非スシテ前主ニ屬セシ取消權ヲ承繼シタルモノナリ、故ニ時效期間ノ計算ニ於テハ前後ヲ通算ス可キモノナリ、此ノ如クニ取消權ハ讓渡承繼ヲ許ス權利ナリト雖モ取消サル可キ權利關係ヨリ分離シ獨立シテ讓渡スルヲ許サヽルモノトス、蓋シ取消權ハ從タル權利ニシテ取消サル可キ權利關係ニ變更ヲ與ヘシムルヲ目的トス、故ニ其權利關係ニ關係ナキ者ニ之レヲ與フ可キ理由存セサレハナリ、」

以上五者ヲ除ノ外ハ(法律ニ特別ノ明文アルモノヽ外)取消權ヲ有スル者ナシ、而シテ以上ノ五者ハ常ニ取消權ヲ有ス、然レトモ猶實際ニハ欠漏アル場合少カラサルナリ、一例ヲ上クレハ選擇債務ニ於テ第三者カ選擇權ヲ有スル場合ニ第三者カ詐欺又ハ強迫ニヨリ選擇ヲナシタリトス、此場合ニ本條ヲ適用スレハ第三者取消權ヲ有シ被害當事者ハ取消權ヲ有セサル結果トナル、然レトモ選擇ノ效果ハ第三者ニ付キテ生セスシテ當事者間ニ生ス、第三者ハ取消ニ付キ利害關係ヲ有セス實質上ノ利害關係ヲ有スル者ハ當事者ナリ、然ルニ利害關係ヲ有スル者ニ取消權ナク利害關係ヲ有セサル者カ取消權アルハ取消權ヲ認ムル精神ニ反ス可シ、故ニ此ノ如キ場合ニハ宜シク特別規定ヲ設ク可

キナリ、然ルニ本法ニ於テハ其欠ケタル場合多キハ遺憾トスル所ナリ、

(三)二個ノ取消權ノ存スル場合

同一ノ行爲ニ對シテ一人カ二個ノ取消權ヲ有シ、(二)ノ(イ)(ロ)又ハ二人ノ取消權者アル場合(二)ノ(ハ)ニ於テハ其行爲ハ如何ニ決定セラル可キカ、思フニ場合ニヨリ同シカラス、

(イ)妻ノ行爲ニ付キ夫妻取消權ヲ有スル場合、　此場合ニ於テ夫ハ單獨ニ取消又ハ追認ヲナスコトヲ得、反之妻ハ夫ノ許可ヲ得ルニ非サレハ追認又ハ取消ヲナスヲ得ス、夫ノ許可ヲ得サル取消又ハ追認ハ絶對無效ナリ(一二四)、此故ニ夫カ許可ヲ與ヘサル場合ニ於テハ兩者ノ意思相矛盾衝突スルコトナシ、其矛盾ヲ來ス場合ハ夫カ妻ニ對シテ豫メ取消又ハ追認ヲ許可シ、而シテ後自ラ之レニ反スル處置ヲ取リタル場合ナリ、余ノ見ル處ニ於テハ此ノ如キ場合ニハ其ノ先ツ效力ヲ生シタルモノヲ以テ優越セル效力アルモノトナシ、夫レニヨリ法律行爲ノ運命決定セラル、モノトナスヨリ外ニ途ナシ、蓋シ法律行爲ノ運命一旦決定セルトキハ相手方ハ之ニヨリ種々ノ處分ヲナス可キカ故ニ時後ニ至リ之ヲ變更セシムルハ相手方ノ利益ヲ害スルノミナラス往々第三者ノ利益ヲ害ス可キカ故ニ取引ノ安全ニ害アレハナリ、

(ロ)契約ノ兩當事者カ無能力ナル場合、　此場合ニ於テハ一方ノ追認ハ他ノ者ノ取消權ニ何等ノ影響ヲモ及ササルモノトス、即チ一方カ追認ヲ爲シタル後ト雖モ他ノ一方ハ取消スコトヲ得、蓋シ兩方共ニ保護ヲ要スル無能力者ナリ故ニ一方ノ意思ニヨリ他ノ者ノ地位カ決定セラル可キ理由ナシ、反之一方カ取消シタル場合ニ於テハ他ノ者ノ取消權ハ當然消滅ス、蓋其者ハ再ヒ取消ヲナスノ必要ナク又既ニ相手方カ取消シタル以上ハ追認ニヨリ有效ナラシムルヲ得サル可ケレハナリ、要スルニ一方カ取消ストキハ契約ノ運命ハ之レニヨリ決定ス、然レトモ一方カ追認シタル場合ニ於テハ他ノ一方ハ之レニヨリ取消權ヲ失ハス、

(ハ)原因ヲ異ニスル二個ノ取消權存スル場合、　例ヘハ無能力者カ詐欺又ハ強迫ニヨリ意思表示ヲナシタル場合ノ如シ、此場合ニ於テハ其兩原因止ミタル後(成年ニ達シ且ツ詐欺ヲ發見ス)其一方ノ取消權ニヨリ追認又ハ取消シタルトキハ之レニヨリ其法律行爲ノ運命ハ決定シ他ノ取消權ハ消滅スルモノトス、蓋シ法律行爲ノ運命ハ二樣ニ決定スルヲ得サルハ明ナリ、取消權者カ一方ノ取消權ニヨリ取消サント欲スルナラハ當然他ノ一方ノ取消權ハ之レヲ拋棄スルノ意思ヲ有セサル可ラス、又一方ヲ拋棄シ(追認シ)其法律衍爲ヲ確定的ニ有效ナラシメント欲スルナラハ論理上他ノ一方ノ取消權ヲ留保スルヲ得

サレハナリ、

反之一方ノ取消權ノ存在ハ之ヲ知ルモ他ノ取消權ノ存在ハ未タ之レヲ知ラサル場合（成年ニ達セルモ未タ詐欺ヲ發見セス）ニ於テハ取消ト追認トニヨリ結果ヲ異ニス可シ、知レタル一方ノ取消權ヲ行使シ取消シタル場合ニ於テハ他ノ取消權ハ無用ニ屬シ自ラ消滅ス可シ、蓋シ一旦取消シテ無效トナリタル行爲ハ再ヒ之レヲ追認スルヲ得ス、又之ヲ追認セント欲スルモ追認ハ無效トナリタル行爲ヲ蘇生セシムル作用ヲ有セサレハナリ、反之知レタル一方ノ取消權ヲ拋棄シ追認スト雖モ之ニヨリ他ノ知レサル取消權ハ消滅セス、蓋シ未タ其存在ヲ知ラサルモノナルカ故ニ之レヲ拋棄スルノ意思アルモノト見ルヲ得サレハナリ、例ヘハ未成年者成年ニ達シ追認ヲナシタル後ト雖モ後ニ詐欺ヲ發見スルニ於テハ詐欺ヲ理由トシテ取消スヲ得可シ、

第百二十一條　取消シタル行爲ハ初ヨリ無效ナリシモノト看做ス但無能力者ハ其行爲ニ因リテ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ償還ノ義務ヲ負フ

(一)取消ノ效力　之レ本條ノ規定スル所ナリ、取消ノ效果ニ關シテハ從來遡及主義ト不遡及主義、物權主義（又ハ直接主義）ト債權主義（間接主義）間ノニ激シキ論爭行ハレタリ、本條ノ主義ハ遡及的物權主義ナリ、即チ其效力ハ

(イ)取消ノ效力ハ既往ニ遡リ、取消サレタル行爲ハ初ヨリ無效ナリシモノト看做サル（例外婚姻ノ取消縁組ノ取消七八・七、九五九）、

(ロ)取消ノ效果ハ取消權者ノ請求ヲ須キスシテ生ス、

(ハ)取消ノ效果ハ原則トシテ第三者ニ對抗ス（例外九六、第三項）、ナリ、

(二)其適用

(イ)取消シ得可キ行爲ニヨリ債權關係ハ既ニ成立セルモ未タ之レニ基ク給付行爲ナキ前ニ取消サレタル場合、此ノ場合ニ於テハ其債權關係ハ既往ニ遡リテ消滅ス、而シテ未タ物權ノ移轉ナキカ故ニ如何ニシテ物權カ復舊スルヤノ問題ヲ生セス、

(ロ)物權行爲ノ取消サレタル場合、　物權行爲トハ直接ニ物權ヲ設定移轉變更又ハ消滅セシメントスル意思表示ナリ、物權上ノ效力ハ單ニ其意思表示ノミニヨリ生ス（一七六）、此ノ如キ行爲ハ通常債權的原因行爲存シ其履行ノ爲メニ行ハルヽモノナリ、然レトモ又其原因行爲ナクシテ行ハルヽコトナキニ非ス（例之義務ナクシテ地上權抵當權ヲ拋棄スルカ如シ）、此場合ニ於テハ其物權行

爲ハ始メヨリ無カリシモノト看做サル、故ニ物權上ノ效果ハ始メヨリ生セサリシモノト看做サル、故ニ(一)當事者間ニ於テハ物權ノ設定移轉變更消滅ナカリシモノトナリ物權ハ當然行爲以前ノ狀態ニ復ス、故ニ取消權者ハ不當利得ノ訴ヲ起スヲ要セスシテ當然物權者トナル、又物權回復ヲ目的トスル不當利得ノ訴ヲ起スヲ得ス、蓋シ物權ハ當然取消權者ニ歸シ相手方ハ物權ヲ利得スルコトナケレハナリ、而レトモ相手方カ物ヲ占有スル場合ニ於テハ物權ノ訴ニヨリ之レヲ回復スルヲ得可ク、又ハ占有ノ返還ノミヲ目的トスル不當利得ノ訴ヲ提起スルコトヲ得、(二)第三者ニ對スル關係則チ相手方カ物權ヲ第三者ニ讓渡(第三者ノ爲メニ物權ヲ設定シタル場合ヲ含ム)シタル場合ニ於テハ取消ノ結果相手方ハ遡及的ニ無權利者トナリ第三者ハ無權利者ヨリ權利ヲ得タル結果トナルカ故ニ當然其權利ヲ失ヒ取消權者ハ物權者タルノ權能ニ基キテ第三者ニ對シテ物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得、但シ第三者カ第百九十二條又ハ取得時效ニヨリ權利ヲ取得シタル場合ニ於テハ之ニ追及スルヲ得ス、蓋シ是等ノ取得原因ハ所謂原始的取得原因ナルカ故ニ前主カ權利者ナルヲ以テ其前提トナサス、故ニ取消ノ結果前主カ無權利者トナルト雖モ其權利ハ之レニヨリ影響ヲ受ケサレハナリ、而シテ此點ハ取消ノ原因カ無能力ニ在ルト否トニヨリ差別ヲ生スルコトナシ、

(ハ)債權的原因行爲存シ其履行トシテ前示ノ物權行爲(給付行爲)ヲナシタル後ニ其原因行爲ヲ取消シタル場合、此ノ如キハ原因行爲ハ取消シ得可キモノナルモ給付行爲ハ取消シ能ハサル場合ニ生ス、例之未成年中ニ賣買契約ヲナシ成年ニ達シタル後ニ異議ヲ留メテ給付ヲナシタル場合ノ如シ、

此場合ニ於テハ取消權者ハ物權ノ訴權ヲ有セサルハ論ナキ所ナリ、蓋シ給付行爲カ完全ニ存スルカ故ニ取消權者ハ物權者トナルヲ得サレハナリ、然ラハ如何ニシテ物權ヲ取戻スヤト云フニ多數ノ學者ハ不當利得ノ訴ニヨリ之ヲ取戻ス可シトナス(梅博士民法要義第百二十條富井博士原論四六九拙文不當利得京都法學會雜誌三卷十號四四)、獨佛ニ於テモ之レ通說ナリ、蓋シ物權取得ノ原因タル債權行爲始メヨリ無效ナリシモノト看做サルルカ故ニ物權ノ取得ハ無原因ノ利得トナルヲ以テ不當利得ノ條件ヲ具備ス可ケレハナリ、然レトモ解釋上ハ此論ハ不可ナリ、(一)我民法不當利得ハ「利益ノ存スル限度ニ於テ返還ス可キ義務ヲ負フ」モノトナスカ故ニ此論ニヨレハ取消シ得可キ行爲ノ當事者ハ利益ノ存スル限度ニ於テ返還義務ヲ負フニ過キサルカ故ニ一方ノ當事者カ利得ナキニ至ルトキハ不公平ノ結果ヲ生ス、(二)本條本文ト但書ノ關

係ハ本說ニヨリテハ之ヲ說明スル能ハス、既ニ本文ノ場合ニ於テ不當利得ノ原則ニ依ル可キモノトセハ（第七百三條ノ意義ニ於テ）特ニ但書ヲ設ケ無能力者ノ場合ニ不當利得ノ原則ニ依ル可シトセルハ全ク無意味トナル、或ハ「利益ノ存スル限度」ト「現ニ利益ヲ受クル限度」ノ間ニ差別ヲ認メント試ムルモノアレトモ（富井博士前出）到底附會ノ說タルヲ免カレス、此二者ハ其文字ヲ異ニスレトモ意義ヲ同フシ共ニ「現存利益」ヲ指スモノナリ、故ニ本文ト但書トハ返還義務ノ範圍ヲ異ニシ但書ニ於テハ現存利益ノ返還請求權ヲ認ムルモノナレハ本文ノ場合ハ其ノ範圍之レヨリ廣大ナルモノナラサル可ラス、即チ不當利得ノ原則ニ依ル可キモノニ非キルヤ明ナリ、

以上ノ旨意ニヨリ余輩ハ本文ノ場合ニ於テハ原狀回復ノ義務ヲ生スルモノト解セント欲ス、原狀回復トハ現存利益ノ返還ニ非スシテ受ケタル利益全部ヲ返還スルノ義ナリ、此ノ如クニシテ但書ノ關係始メテ明瞭ナルヲ得可シ、

本場合ニ於テハ取消ノ效果ハ善意惡意ヲ問ハス又取消原因ノ如何ヲ問ハス第三者ニ對抗スルヲ得ス、蓋シ取消ノ結果ハ當事者間ニ債權關係ヲ生スルニ過キス、而シテ債權關係ハ當事者間ニ止マリ第三者對抗シ能ハサルモノナレハナリ、若シ我國ニ於ケル通說ノ如クニ第三者ニ對スル效力ヲ認メント欲セハ物權行爲ヲ以テ有因行爲トナスヨリ外ニ途ナシ、物權行爲果シテ有因ナリトセハ原因行爲ノ取消ニヨリ物權行爲モ亦無效トナルカ故ニ物權ハ當然取消權者ニ復歸ス可キカ故ニ取消權者ハ物權ノ效力ヲ以テ第三者ニ追及シ得ル結果トナル、然レトモ物權行爲ハ有因行爲ニ非ス、若シ物權行爲ヲ以テ有因トナサハ取消ノ結果ハ所有權其他ノ物權ハ當然舊主ニ復歸ス可キカ故ニ上來說明セル利得返還請求權ヲ生ス可キ理由ナシ、然ルニ本條但書ニ於テハ明ニ「返還ノ義務ヲ負フ」ト規定セルニ非スヤ、是有因說ト相容レス、或ハ窮說ヲナスモノアリ、曰ハク本條本文ノ場合ニハ當然原狀回復トナリ但書ノ場合ニハ例外トシテ返還義務ヲ生ス、故ニ原則トシテ第三者ニ追及ス可キ權利ヲ生スルモ當事者カ無能力者ナルトキハ追及ス可キ權利ヲ生セスト、若シ此說ヲ正シトセハ物權行爲ハ相手方ノ能力如何ニヨリ或ハ有因トナリ或ハ無因トナル奇觀ヲ呈ス可シ、

（二）原因行爲及ヒ給付行爲共ニ取消シ得可キ場合、例之詐欺ニヨリ賣買契約ヲナシ未タ詐欺ヲ發見セスシテ給付ヲ終リタル場合、無能力中ニ賣買契約ヲナシ且其履行ヲ終リタル場合ノ如シ、之レ實際ニ尤モ適用多キ所ナリ、此場合ニ原因行爲及ヒ給付行爲ヲ取消ストキハ（ロ）ト同一ノ結果トナリ直ニ物權ヲ回復

シ且ツ第三者ニ對抗シ得ルニ至ル（原因行爲ノミヲ取消ストキハ（ハ）ト同一ノ結果トナリ、給付行爲ノミヲ取消ストキハ債權關係ハ消滅セス、

第百二十二條　取消シ得ヘキ行爲ハ第百二十條ニ掲ケタル者カ之ヲ追認シタルトキハ初ヨリ有效ナリシモノト看做ス但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス

(一)追認ノ性質

追認ハ取消權ノ拋棄ナリ詳言スレハ取消シ得可キ行爲ヲ攻擊スルノ手段（取消權）ヲ消滅セシメ以テ其行爲ノ效力ヲ確定セシムル意思表示ナリ、故ニ無效行爲ノ追認ノ如ク新行爲ヲナスモノニ非ス、又無權代理行爲ノ追認ノ如クニ積極的ニ效力ヲ發生セシムル效力アルモノニ非ス、假リニ十ヲ以テ完全ナル效力ト假定セハ無權代理行爲ハ九ニシテ猶一ヲ欠ク、其一ヲ付加スルモノカ追認ナリ取消シ得可キ行爲ハ之ニ反シ取消權ノ存スルカ故ニ不完全ナルモノナレハ其效力ハ十減一ナリ、其減一ヲ取リ去ルモノハ追認ナリ方程式ニヨリ其差ヲ示セハ無權代理行爲ノ追認ハ $9+(+1)=10$. ナリ、取消シ得ヘキ行爲ノ追認ハ $10-1-(-1)=10$ ナリトス、

(二)追認權者

追認ハ取消權ノ拋棄ナルカ故ニ追認權者ハ其性質上必ラス取消權者ト同一ナラサル可ラス、同一ノ行爲ニ對シテ取消權數個存スル場合ニ關シテハ第百二十條ノ(三)ヲ見ヨ、

(三)追認ノ效力

追認ハ取消權ノ拋棄ナルカ故ニ其效方ハ當然既往ニ溯リ追認セラレタル行爲ハ始メヨリ完全ナリシモノト看做サル、即チ追認ノ時ニ於テ新ナル行爲ヲナシタルモノト見ル可キニ非サルナリ、追認ノ遡及效ハ當事者間ニ於テハ絕對的ナリト雖モ之ニヨリ第三者ノ權利ヲ害スルヲ得ス、例ヘハ未成年者カ債權ヲ第三者甲ニ讓渡シ法定代理人之ヲ追認シタリトス、然ルニ法定代理人ハ未成年者ノ讓渡後追認前ニ於テ之ヲ他ノ第三者乙ニ讓渡シタル事實アリトス、然ルトキハ追認ノ效力カ溯及スル結果甲ニ對スル讓渡ハ確定的ニ有效トナリ乙ニ對シテ讓渡ヲナシタル時ニ於テハ讓渡人ハ權利者ニ非サルカ故ニ乙ニ對スル讓渡ハ無效タル可キニ似タリ、然シナカラ本條但書ノ結果乙ノ權利ハ之ニヨリ影響ヲ受ケス、而シテ第三者ノ善意ト惡意トヲ區別セス、又例ヘハ取消權者數人アル場合ニ於テハ一人ノ追認ニヨリ他ノ者ノ取消權ハ影響ヲ受クルコトナシ、

然シナカラ追認カ第三者ノ權利ヲ害スル能ハスト云フハ追認ハ無效ナリトノ義ニ非ス故ニ當事者間ニ於テハ其法律行爲ハ尚ホ當初ヨリ有效ナリシモノト

看做サル故ニ損害賠償ノ責任ヲ生スルコトナシトセス、例ハ右第一ノ例ニ於テハ第三者甲ニ對シテ損害賠償ノ義務ヲ生ス可シ、

尙ホ追認ノ效力ハ法律行爲ノ效力ヲ決定スルニ止マルカ故ニ追認ヲナスモ猶其行爲ニヨリ損害ヲ受ケタル場合ニ於テハ損害賠償ノ請求ヲナスヲ妨ケス（勿論損害賠償請求權ノ原因アル場合）、例ヘハ詐欺又ハ強迫ニヨル法律行爲ヲ追認スト雖モ之ニヨリ損害ヲ受ケタル場合ニ於テハ不法行爲ノ訴ニヨリ賠償ヲ求ムルヲ得可シ（詐欺強迫ハ不法行爲ナリ參照、第九六(三)(八)）

第百二十三條　取消シ得ヘキ行爲ノ相手方カ確定セル場合ニ於テ其取消又ハ追認ハ相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲ス

(一)取消及追認ノ方法ヲ本條ハ定メタルモノナリ、猶其有效條件ニ至リテハ次條ノ規定ヲ見ヨ、

(二)取消ノ方法　取消ハ無形式ノ一方的ノ意思表示ニヨリ之ヲ行フコトヲ得、然レトモ例外トシテハ訴ニ依ラサル可ラサルアリ、例ハ廢罷訴權(四二四)婚姻ノ取消(七七九以下)緣組ノ取消(八五二以下)ノ如シ、

(イ)取消ハ法律行爲ナリ、故ニ取消カ有效ナルニハ法律行爲ノ一般有效條件ヲ具備スルヲ要ス、故ニ例ハ錯誤ニヨル取消ハ無效ナリ強迫詐欺ニヨリ爲シタル取消ハ取消シ得ヘキモノナリ（尙次條ヲ見ヨ）、

(ロ)取消ハ明示タルヲ要セス、是法律ニ特別ノ規定ナキニヨリ認メサル可ラサル所ナリ（猶追認ニ付キテハ(一二五)(二五)）、

(ハ)取消ニハ其原因ヲ表示スルヲ要スルヤ、此點ハ種々解釋上ノ異說アルモノノ如キモ余輩ハ積極的ニ之レニ答ヘント欲ス、蓋シ取消ノ原因ヲ表示スルハ取消權者ニ取リテハ毫モ苦痛煩勞ニ非ス、而シテ相手方ニ取リテハ其原因ヲ示サレサルトキハ何ノ理由ニヨリ取消サレタルヤヲ知ルヲ得ス爲メニ其取消ノ效力ヲ爭ント欲スル場合ニ於テモ何レノ取消權ニ對シテ異議ヲ唱フ可キヤヲ知ラサルカ如キ酷ナル地位ニ陷ル可ケレハナリ、且ツ本法ノ規定ニ於テハ第百二十條ニ述ヘタル如ク取消權者カ數個ノ取消權ヲ有スルコトアルカ故ニ其何レノ權利ヲ行使スルカヲ示スニハ取消ノ原因ヲ表示スルヲ要スルモノトセサル可ラス、

(ニ)取消サル可キ行爲ノ表示、之殆ント說明ヲ俟タサル所ナリ而シテ其表示ハ敢テ詳細ニ渉ルヲ要セス、例ヘハ某土地ノ賣買、又ハ某事件ノ和解ト云フカ

如キ程度ニテ足ル、當事者間ノ關係ニ於テ何レノ行爲カ取消サレタリヤヲ了知シ得レハ可ナリ、

(ホ) 取消ニハ條件ヲ許スヤ否ヤ、　多數ノ學者ハ之ヲ否定ス、其理由ハ取消ハ取消サル可キ行爲ノ運命ヲ確定セシムルヲ目的トスル行爲ナリ、然ルニ之ニ條件ヲ付スルトキハ其行爲ノ運命ヲ確定セシムルヲ得ス、故ニ行爲ノ性質上條件ヲ付スルヲ許サストナス、然レトモ法律行爲ハ原則トシテハ條件ヲ許スモノナリ、故ニ弊害ナキ範圍ニ於テハ條件ヲ許シテ可ナリ、一般ニ云ヘハ條件ノ附加ハ相手方ノ地位ヲ不確定ナラシメ間接ニハ第三者ノ地位ヲ不確定ナラシムルカ故ニ弊害アリ、然レトモ相手方ノ行爲ヲ以テ條件トナスニ於テハ(所謂任意條件)右ノ如キ理由ナキカ故ニ之ヲ許シテ可ナリ、例ヘハ相手方カ百圓ヲ支拂フニ非サレハ取消スト爲スカ如キハ有效ナリトス、

(ヘ) 取消ノ相手方、

(a) 取消シ得可キ行爲ノ相手方カ確定セル場合ニ於テハ其行爲ノ相手方ヲ以テ取消ノ意思表示ノ相手方トナス、之レ契約及ヒ相手方アル一方行爲ニ共ニ適用セラルル所ナリ、相手方カ取消シ得可キ行爲ニヨリ取得セル權利ヲ他人ニ讓渡シタル場合ニ於テモ猶取得ハ取得シ得可キ行爲ノ相手方ニ對ス可キモノナリ、相手方ノ死亡セル場合ニ於テハ相續人ヲ以テ相手方トナス、相手方カ未成年者又ハ禁治産者ナル場合ニ於テハ其法定代理人ニ對シテ意思表示ヲ爲スヲ要ス(九八)、行爲ノ相手方カ官廳ナル場合(例相續ノ拋棄)ニハ取消モ亦官廳ニ對ス可シ、第三者カ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テモ取消ノ相手方ハ詐欺者ニ非スシテ行爲ノ相手方ナリ、第三者ノ爲メニスル契約ニ於テハ其契約ノ取消ハ第三者ニ對抗スルヲ得(五三九)ト雖モ猶當事者間ニ於テ其契約ヲ取消サントスル場合ニハ契約ノ相手方ヲ以テ取消ノ相手方トナス以上相手方アル場合ニ於テハ取消ハ相手方ニ到達シテ效力ヲ生ス可シ、

(b) 相手方ナキ行爲ノ取消、　ニ付キテハ實ハ本條ノ規定セサル所ナリ、相手方ナキ行爲トハ(一)懸賞廣告、(五三〇)(二)遺言(千〇六〇以下)(三)物權ノ拋棄ノ如キヲ云フ、而シテ懸賞廣告遺言ニ付キテハ法典ハ取消ノ方法ヲ定ム(五三〇、一一二四)ト雖モ是等ハ眞ノ取消ニ非スシテ實ハ撤回ノ方法ナリ、故ニ一般的ニ通ス可キ取消方法ヲ研究スル必要アリ、一說ニハ法律カ規定ヲ設ケサル以上ハ如何ナル方法ニヨルモ可ナリト云フ(富井博士原論四六七)ト云フト雖モ余輩ハ此說ニ贊セス、取消ハ畢竟取消シ得ヘキ行爲ノ效力ヲ消滅セ

シムルヲ目的トスルモノナレハ直接ニ取消ニ付キ利害關係ヲ有スルモノニ對シテ表示スルニ非サレハ效力ナキモノト信ス、例ヘハ地上權ノ拋棄ヲ取消サンニハ必ラス所有者ニ對シテ之ヲ爲スヲ要シ、懸賞廣告ヲ取消サント欲セハ廣告中ノ行爲ヲナシタル者ニ對シテ表示スルヲ必要トス、

(c)取消シ得可キ行爲ノ相手方數人アル場合ニ於テハ其全員ニ對シテ取消ノ意思表示ヲナス可キカ(Oertmann § 143. Planck Z. 143. N. 4)、又ハ其一人ニ對シテ取消ストキハ全部無效トナル可キカ(Hölder § 143)ニ付キテハ學說岐ルト雖モ原則トシテハ全員ニ對シテ爲ス可キモノト信ス、何トナレハ全員カ相手方ナレハナリ、然レトモ或一人ニ對シテ取消ヲナシ若シ其一人ノ行爲無效トナルナラハ他ノ數人モ亦法律行爲ヲナササリシモノト見做サルル場合ニ於テハ一人ニ對スル取消ハ法律行爲ノ效力ヲ全部消滅セシムル力アリト云ハサル可ラス、

(三)追認ノ方法　ハ取消ノ方法ト粗ホ同一ナリ、只注意ス可キ點二三アリ、(一)追認ハ追認セラル可キ法律行爲ノ一部ヲナスモノニ非ス追認セラル可キ法律行爲ノ外部ニ存スル取消權ノ拋棄ナリ、故ニ追認ニハ追認セラル可キ法律行爲ト同一ノ形式ヲ必要トセス、例ヘハ取消シ得可キ手形行爲ヲ追認スルニモ無形式ノ意思表示ニテ足ル、(二)追認ハ次條ノ條件ノ外、取消シ得ヘキ行爲ノ存在スル間ノミ行ハル、故ニ一旦取消シタル行爲ハ之ヲ追認スルヲ得ス、但シ第百十九條ノ條件ヲ具備シタルトキハ新行爲ト見ル可シ、

第百二十四條　追認ハ取消ノ原因タル情況ノ止ミタル後之ヲ爲スニ非サレハ其効ナシ

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

前二項ノ規定ハ夫又ハ法定代理人カ追認ヲ爲ス場合ニハ之ヲ適用セス

(一)本條ノ大意　本條ハ追認ノ條件ヲ規定シタルモノニシテ取消ニ適用ナキハ其文面ニヨリ明ナリ、其大體ノ旨意ハ追認ハ取消シ得可キ行爲ヲ有效ニ確定セシムルモノナレハ取消ノ原因タル情況止ミタル後ニ之ヲ爲スニ非サレハ不可ナリトスルニ在リ、

(二)第一項ノ規定ハ原則ニシテ追認ハ取消ノ原因タル事情止ミタル後ニ之ヲ爲スニ非サレハ全然「無效」ナリトナスモノナリ、純理ヨリスレハ取消原因ノ止マサル前ニ爲シタル追認ト雖モ全然無效ニ非スシテ取消シ得ヘキ者ナルカ如シ、然レトモ此ノ如キハ徒ニ煩雜ヲ加ヘ追認ノ目的ヲ達スル能ハサル可キカ故ニ斷然之ヲ無效トナシタルモノナリ、法文ニ「效ナシ」トアルハ無效ナリトノ義ナリ、取消ノ原因タル情況ノ止ム時トハ(一)詐欺ニ因ル法律行爲ニ付キテハ詐欺ニヨル錯誤ヲ發見シタル後、(二)強迫ニ逢ヒタル者ニ付テハ強迫カ去リテ完全ニ自由ヲ得タル後ヲ云フ、然シテ右(一)(二)ノ場合ニ取消ノ原因カ止ムト云フハ取消原因ノ繼續中ニテハ不可ナリト云フ義ニ同シ、故ニ前ノ原因カ去ツタル後他ノ取消原因ノ下ニ追認ヲナシタルトキハ本條ノ適用ナシ例ヘハ強迫ニヨリ意思表示ヲナシタル者カ既ニ自由ヲ得タル後更ニ他ノ者ノ詐欺ニヨリ追認スル場合ニ於テハ本條ノ適用ナク第九十六條ニヨリ其追認ハ取消シ得ヘキモノトナル可シ、(三)未成年者ノ行爲ニ付キテハ其者カ成年ニ達シタル後、(四)妻ノ行爲ニ付キテハ其婚姻ノ解消シタル後(五)準禁治產者ニ付キテハ其取消アリタル後ヲ云フ、此(三)(四)(五)ノ場合ニ於テハ其取消原因ノ去ラサル間ニ單獨ニ爲ス追認ハ無效ナリ、未成年中又ハ婚姻中又ハ準禁治產中ト雖モ法定代理人、夫、又ハ保佐人ノ同意ヲ得テ追認ヲナストキハ其追認ハ有效ナリトス、或ハ本條ノ文意ヲ誤解シテ未成年中婚姻中準禁治產中ハ取消原因ノ去ラサルモノナレハ假令前記ノ同意アリト雖モ猶有效ニ追認ヲナスヲ得スト云フモノアランモ明ナル誤ナリ、何トナレハ(一)是等無能力者ハ前記ノ同意アルトキハ追認ス可キ行爲ト同一ノ行爲ヲ新ニ爲シ得ル能力アリ、故ニ既ニ爲シタル行爲ヲ追認スルノ能力ナカル可ラス（梅博士民法要義第百二十四條、富井博士原論四七三、同論）且ツ(二)無能力者ノ行爲ノ取消原因ハ法定代理人、夫又ハ保佐人ノ同意ヲ得サリシニ在リ故ニ其同意ヲ得ルニ於テハ取消原因タル情況已ニ止ミタルモノト解スルヲ正シトス、

(三)第二項　禁治產者ノ追認ニ付キテハ二個ノ條件ヲ要ス、(一)ハ第一項ノ條件ニシテ禁治產ノ取消後ナルヲ要シ、(二)ハ本項ノ規定ニシテ其行爲ヲ了知シタル後ナルヲ要ス、禁治產者ニ付キ特ニ此ノ如キ鄭寧ナル規定ヲ設ケタル理由ハ他ナシ禁治產者ハ能力回復ノ後ト雖モ猶其心神喪失中ニ爲シタル行爲ヲ想起セサルコトアル可キヲ以テナリ、

(四)第三項　夫カ妻ノ行爲ヲ追認スルニハ婚姻ノ解消ヲ俟ツヲ要セス、法定代理人カ追認ヲナスニモ無能力者ノ能力者トナルヲ俟ツヲ要セス（保佐人ハ取消權ナシ、）而シテ余ノ信スル所ニ於テハ法定代理人ノ取消權ハ固有ノ取消權ニ非ス

シテ其代理權ニ基キ無能力者ノ取消權ヲ抛棄スルニ過キス、故ニ無能力者カ能力ヲ回復シタルトキハ法定代理止ミ代理權消滅ス可キカ故ニ追認ヲナス能ハサルニ至ル可シ、又妻ノ行爲ニ對スル夫ノ取消權ハ夫權保護ノ爲メナリ、然ラハ婚姻解消ノ後ニ至テハ夫ヲシテ之ヲ取消サシメ又ハ追認セシムルノ理由ナシ、故ニ夫又ハ法定代理人ノ取消又ハ追認ハ法定代理權又ハ夫權ノ存續スル間ニノミ限ル可キナリ、即チ取消ノ原因タル情況ノ繼續中ニ限リ取消又ハ追認ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ、其情況ノ止ミタル後ハ最早ヤ取消又ハ追認ヲナス能ハサルモノナリ、

第百二十五條 前條ノ規定ニ依リ追認ヲナスコトヲ得ル時ヨリ後取消シ得可キ行爲ニ付キ左ノ事實アリタルトキハ追認ヲ爲シタルモノト看做ス但異議ヲ留メタルトキハ此限ニ在ラス

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

(一)默示ノ追認 本條ハ佛學者ノ所謂默示ノ追認ヲ規定ス、本條列記ノ事實ハ皆法律行爲ヲ確定的ニ有效ト見タル上ニ非サレハナササル所ナリ、故ニ取消權者カ其行爲ヲナシタルトキハ追認ノ意思ヲ包含スルモノト見ルヲ至當トス、是本條ノ規定アル所以ナリ、而シテ本條ノ適用アルニハ左ノ條件ヲ必要トス、

(イ)前條ノ規定ニヨリ追認ヲナスコトヲ得ル時ヨリ後ナルヲ要ス、本條列記ノ行爲ヲ以テ默示ノ追認ト看做スカ故ニ此條件ヲ必要トス、

(ロ)異議ヲ留メサルヲ要ス 本條ハ默示ノ追認ノ規定ナルカ故ニ明ニ異議ヲ留メタル場合ニ於テハ追認ノ意思ヲ認ムルヲ得サルカ故ニ適用ナシ、但シ立法政策上ハ此異議ノ留保ハ之レヲ認メサルヲ可トナス、

(二)效力

前二個ノ條件ヲ具備シテ本條列記ノ行爲ヲナストキハ追認ヲナシタルモノト看做シ、反證ヲ許サス、

追認ハ第百二十三條ノ規定ニヨリ之ヲ爲ス場合ト雖モ必シモ明示タルヲ必要トスルモノニ非ス、然レトモ本條以外ノ場合ニ於テハ法律ノ確定推測ナキカ故ニ追認ヲ主張スル者ハ法律行爲一般ノ原則ニ從ヒ其意思ヲ證明スルヲ必要トシ、又相手方ハ反證ヲ擧ケテ之レヲ爭フコトヲ得、

(三)本條列擧ノ事實

(一)全部又ハ一部ノ履行トアルハ取消權者カ債務者タル場合ニ其負擔スル債務ヲ履行スル場合、及ヒ債權者タル場合ニ其履行ヲ受領スルヲ云フ、履行ハ現實ニ爲サレタルヲ要ス、履行ノ提供アリタルノミニテハ不可ナリ、且ツ此ニ履行ハ代物辨濟ヲ含ム(二)履行ノ請求ハ即チ催告ニシテ取消權者カ債權者タル場合ニ其履行ヲ催ス意思表示ヲ云フ、(三)更改トアルハ第五百十三條以下ニ規定スル更改ヲ指スモノナリ、當事者ヲ變更スル場合、目的ヲ變更スル場合皆包含セラル、然レトモ更改カ取消權者ニ關係ナク行ハルル場合ハ勿論本條ノ適用ヲ受ケス、(四)擔保ノ供與、取消權者カ債務者タル場合ニ其債務ノ履行ノ爲メニ擔保ヲ與フルヲ云フ、擔保トハ廣義ニシテ質權、抵當權ヲ設定シ保證人ヲ立ツルカ如キ普通ノ場合ノ外、連帶債務者ヲ立テ又ハ履行ノ爲メニスル債務負擔、(Verpflichtung für Erfüllungshalber)例ヘハ從來ノ債務ノ履行ヲ確實容易ナラシムル爲メニ約束手形ヲ與フル場合ヲモ包含ス可シ、(五)取消シ得可キ行爲ニヨリテ取得シタル權利ノ全部又ハ一部ノ讓渡、此第五號ノ適用セラルル場合ハ取消シ得可キ行爲ニヨリテ取得シタル債權ノ全部又ハ一部ノ讓渡アリタルトキ、幷ニ取消權者カ取消ノ原因タル情況ノ止マサル前ニ履行ヲ請求シテ受ケタル給付(所有權其他ノ權利)ヲ讓渡ス場合ナリ、追認ヲナスコトヲ得ル時ニ至リテヨリ履行ヲ受ケタル場合ハ第一號ノ内ニ包含セラルルカ故ニ之レニヨリ得タル權利ノ讓渡ヲ爲スヲ俟タスシテ取消權ハ消滅ス可シ、(六)強制執行、ハ民事訴訟法ノ規定ニ依ル、通常ハ確定判決ニ基キ之ヲナス、取消權者カ強制執行ノ申立ヲ爲シタル場合ハ當然此内ニ在リ、相手方カ強制執行ヲナス場合モ亦此中ニ在リヤハ疑問ナリトス、蓋シ強制執行ハ債務者ノ意思ニ關係ナク行ハル、而シテ本條ノ規定ハ取消權者ノ意思ノ推定ヲ以テ基礎トナス、然ラハ債務者タル取消權者ノ意思ニ基カサル強制執行カ何ニカ故ニ取消權者ノ取消權拋棄ノ意思ト見ルヲ得可キカ、然シナカラ強制執行ニ對シテハ債務者ハ或場合ニハ異議ヲ主張スルコトヲ得(例民訴五四五)、取消ノ原因ヲ口頭辯論ノ終局後ニ發見シタル場合ニ於テハ恐クハ強制執行ニ對スル異議ト爲スニ足ラン、然ルニ取消權者タル債務者カ之レヲ默

認シテ異議ヲ述ヘサルニ於テハ取消權ヲ拋棄スルノ意思アルモノト認メサルヲ得ス、然ラハ相手方ノ强制執行ニ對シテ取消ヲ原因トシテ異議ヲ述ヘ得ルニ之レヲ述ヘサル場合モ亦此ニ云フ强制執行中ニ包含セラレ、取消權消滅ノ原因タル可シ、

第百二十六條　取消權ハ追認ヲ爲スコトヲ得ル時ヨリ五年間之ヲ行ハサルトキハ時效ニ因リテ消滅ス行爲ノ時ヨリ二十年ヲ經過シタルトキ亦同シ

（一）取消權ノ時效　ヲ本條ハ定ム、獨逸民法ニ於テハ消滅時效ニ掛ルモノハ請求權ナリトス（獨一九四）、而シテ、取消權ハ請求權ニ非サルカ故ニ消滅時效ニ掛ラサルモノトシ個々ノ場合ニ關シ除斥期間ヲ設ケタリ、本法ニ於テハ消滅時效ノ客體ハ請求權ニ限ラス凡テノ財産權ハ消滅時效ニ掛ルト云フ主義ヲ取レリ（一六七）、故ニ取消權モ亦消滅時效ニ掛ルモノトス、本條ハ其期間ニ關シ特例ヲ設クト雖モ中斷停止其他一般ノ事項ニ關シテハ時效ノ總則第百四十四條以下）ノ規定ニ依ル然シナカラ取消權ニ關シテハ時效ノ規定ヲ適用スルハ立法上妥當ニ非ス宜シク除斥期間ヲ設ク可カリシナリ、何トナレハ之ヲ時效トナストキハ中斷スルヲ得ルカ故ニ中斷ヲ爲サレハ何年ノ久シキニ渉ルモ消滅スルコトナク、相手方相續人又ハ第三者ノ地位無限ニ不確定ノ狀態ニ置カレ一ニ取消權者ノ意思ニヨリ左右セラルル結果トナリ取引ノ安全ニ害アリ、之カ救濟方法トシテハ第十九條ノ規定存スト雖モ之レ只無能力者ノ相手方ニ與ヘタルモノニシテ一般ニ通スルモノニ非サレハ不十分ナリトス、

（イ）五年ノ消滅時效、　之其前段ニ規定スル所ニシテ立法ノ旨意ハ普通時效期間ハ二十年ニシテ永キニ失スルヲ以テ特ニ之ヲ短縮セントスル目的ニ在ルヤ疑ナシ、其起算點ハ第百二十四條ニ依リ追認ヲナスコトヲ得ル時ニ在リ、中斷原因中取消權ノ消滅時效ニ適用アルモノハ獨リ承認ノミナリ請求差押、假差押又ハ假處分等ハ適用ナシトス、何トナレハ取消權ハ請求權ニ非サレハ取消權ノ行使トシテ請求アル可キ理由ナシ、若シモ取消シ得可キ行爲ニヨリ取得シタル債權ノ行使トシテ請求ヲナスモノトスレハ前條ノ二號ノ規定ニヨリ追認アルモノト看做サル只確認ノ訴ヲ請求中ニ包含セシムルニヨリ僅カニ其適用ヲ見ル可シ（一四七(三)ヲ見ヨ）、又差押、假差押又ハ假處分ハ皆强制執行ノ手段ナリ、故ニ取消權者カ之等ノ手段ヲ取ルトキハ前條第六號ノ適用ヲ受ケ追認ト看做サル可ケレハナリ、但シ異議ヲ留メテ右ノ手段ヲ取ルトキハ一

面ニ於テハ追認ト看做サルルコトナク他ノ一面ニ於テハ時效中斷ノ效力ヲ生ス可キカ、

時效停止原因ハ第六章第一節ノ規定全部適用セラル可シ、

（ロ）二十年ノ時效、　本條末段ニ「行爲ノ時ヨリ二十年ヲ經過シタルトキ亦同シ」トアルハ時效ナリヤ除斥期間ナルヤ疑ハシ、四二六モ之レト同シ）「亦同シ」トハ「時效ニヨリ消滅ス」ニ掛ルモノトセハ二十年ノ時效ヲ定メタルモノトナル、反之單ニ「消滅ス」ニ掛ルモノトセハ除斥期間トナル可シ、然レトモ之ヲ本條ノ成立ノ歷史ニ鑑ミルトキハ二十年ノ時效ナルコト明ナリ、理由書ニ「普通ノ時效ニ必要ナル期間ヲ經過シタルトキハ取消權ハ前項ノ規定（五年ノ時效）ニ拘ハラス消滅ス」トアルヲ見レハ一點ノ疑ナカル可シ、

以上二個ノ消滅時效ノ關係ハ其起算點ヲ明ニスル時ハ之ヲ了解スルヲ得可シ、二十年ノ時效ハ行爲ノ時ヨリ進行ス、五年ノ時效ハ追認ヲナスコトヲ得ルトキヨリ進行ス、而シテ何レカ一方先ツ完成スルトキハ取消權ハ其ノ時ニ消滅ス、例ヘハ禁治產カ行爲ノ時ヨリ二十年ヲ經過シ猶其ノ取消ナキトキハ五年ノ時效ノ適用ナクシテ取消權ハ消滅ス可シ、但シ時效ノ中斷ニハ追認ヲナシ得ル時ニ達スルヲ必要トセサルカ故ニ禁治產者カ中斷ヲナストキハ（勿論法定代理人ノ同意ヲ得テ）其時ヨリ更ニ二十年間存續ス可シ、又例ヘハ被詐欺者カ詐欺ヲ發見シタル時ハ其ノ時ヨリ五年ノ時效進行ヲ開始ス、故ニ行爲ノ時ヨリ二十年ヲ經過スルヲ要セスシテ消滅スルコトアル可シ、但シ中斷ヲナストキハ永久ニ存續ス、

（二）取消權數個アル場合　ニ於テハ時效ハ各取消權ニ付キ別々ニ進行ス、一取消權ハ消滅シタルモ猶他ノ取消權ハ存續スルヲ妨ケス（參照一二〇）

（三）其他ノ消滅原因　時效以外ニ猶左ノ消滅原因アルハ之ヲ認メサルヲ得ス、

（イ）妻ノ行爲ニ對スル夫ノ取消權、　ハ婚姻ノ繼續中ニ限リ存續スルモノトス、即チ離婚又ハ夫婦ノ一方ノ死亡シタル後ハ其取消權消滅スルモノトス、此規定ハ舊民法ニ存セシヲ（人事編七三）現行民法ハ削除セルナリ、然レトモ全ク理由ナシ、抑モ夫ノ取消權ハ夫權ヲ保護スル目的ニ出ツ然ラハ婚姻解消後ハ夫權ナキカ故ニ之ヲ保護ス可キ取消權ハ其存在ノ基礎ヲ失フモノナリ、離婚ノ後、前妻ノ行爲ヲ取消スカ如キハ全ク謂ナキ干涉ニ非スヤ、況ンヤ離婚後、前妻カ再婚シタル後ニ於テ先夫カ之レヲ取消スカ如キニ於テオヤ、

（ロ）法定代理人ノ取消權、　ノ性質ニ付キテハ二樣ノ解釋アリ得可シ（一）法定代理人ハ其同意權ノ制裁トシテ固有ノ取消權ヲ有ス、（二）無能力者ノ取消權ヲ行

フモノナリト、余ハ第二ノ見解ヲ取ルカ故ニ法定代理人ノ代理權消滅シタルトキハ取消權ヲ行フヲ得サルハ當然ナリ、故ニ敢テ特別ノ消滅原因トシテ此ニ之ヲ舉クルヲ要セス然レトモ若シ反對ニ第一ノ見解ヲ取ルトスレハ其取消權ハ法定代理人タルノ資格アル間ニ限リ存續スルモノト決セサル可ラス、然ラサレハ無能力者カ能力ヲ回復シタル後ニ於テ無用ノ干渉ヲ爲ス結果トナル可シ、又法定代理人ノ交替アル場合ニ於テハ前法定代理人カ取消權ヲ有シ現在ノ法定代理人ヲ排スルカ如キ奇觀ヲ呈スルニ至ラン、

第五節　條件及ヒ期限

(一)條件附及期限附法律行爲ノ性質　此點ニ關シ從來二說アリ、

(イ)附款說（Nebenbestimmung）　之レ「ザビニー」氏ノ首唱セル所ニシテ尤モ廣ク行ハルル所ナリ、其旨意ニ曰ハク條件附期限附法律行爲ニ在リテハ一方ニ單純ナル基礎的法律行爲存在シ其ノ效力ヲ制限スルノ目的ヲ以テ表意者カ附隨ノ條款トシテ條件又ハ期限ヲ附加ス（Als Zusatz einer Willenserklärung）ルモノト看察スルナリ（Savigny Syst. Bd. III. § 116.—127）、其他條件期限ヲ以テ意思表示ノ效力ノ自制ト爲ス者（Windscheid. Bd. I. § 86）亦其旨意ヲ同フス、此說ニヨレハ條件附又ハ期限附法律行爲ハ單純ナル基礎的法律行爲ト附款ノ二ヨリ組織セラル、

(ロ)單一行爲說　條件期限ハ法律行爲ヲ制限スルモノニ非スシテ法律行爲ノ內容ヲ成スモノナリ、條件附期限附ノ法律行爲上ノ意思存在シ其表示セラルルモノ即チ條件附期限附ノ法律行爲ナリ、而シテ法律行爲ハ其意思ノ內容ニ從ヘル效力ヲ生スルモノナルカ故ニ條件附期限附法律行爲ニ於テモ亦其內容ニ應スル效力ヲ生スルニ過キスト、此說ニ從ヘハ條件附期限附法律行爲ハ二個ノ成分（基礎行爲ト附款）ヨリ合成セラルルニ非スシテ單一ノ法律行爲ナリ、之ヲ今日ノ通說トナス（Regelsberger § 151. Enneccerus, Suspensivbedingung S. 85—140）、

以上ノ二說ハ觀念上氷炭相容レサルモノアリト雖モ實際ニ大差ナシ、只立證責任問題ニ至リテ其結果ヲ異ニスルノミ、此點ハ後段ニ述フ可シ、我國ニ於テハ富井博士(原論四八五、平沼博士(總論六一一)ハ共ニ後說ヲ取ル蓋シ正當ナリト云フ可シ、(一)之レヲ事實ニ徵スルニ後說ハ適切ナリ、「汝若シ議員ニ當選セハ一千圓ヲ與ヘン」、「三ケ月ノ後ハ所有權ヲ讓渡ス可シ」ト云フ意思表示ニ於テハ一方ニ千圓ヲ與ヘ又ハ所有權ヲ與ヘントスル單純ノ意思存シ同時ニ之ニ制限ヲ加ヘ或ハ條件ニ或ハ期限ニ掛ラシメントスル意思存スルニ非ス、表意者カ實際現在ニ有スル意思ハ議員ニ當選セハ與ヘン三ケ月ヲ經過セハ與ヘント

スル意思ニ外ナラス、故ニ技巧ヲ用ヒス之ヲ有償ニ解釋スルヲ以テ實事ニ適切ニ合ス、(二)第百三十一條第百三十三條ニ於テハ條件ノミヲ無效トナシ法律行爲ヲ無條件ニ成立セシムル場合アリ、之レ或ハ前說ノ根據タルモノノ如シ、蓋シ基礎行爲ト附欵ヲ各々獨立存在ヲ有スルモノトシテ觀察スルニ非サレハ其一方ヲ無效トナシ他ノ者ヲ保存セシムルコト能ハサルカ如ク見ユレハナリ、然シナカラ其說當ラス前示ノ場合ニ於テハ表意者カ條件ナリトナス所ノモノ實際條件タルノ價値ヲ有セス從ツテ事實ニ於テ無條件ノ意思存在スルカ故ニ無條件ノ法律行爲成立スルノミ、

(二)條件及期限ノ效力

此點モ亦前示ノ見解ヲ異ニスルニヨリ答ヲ異ニス、條件期限ヲ以テ附欵ト解セハ其基礎行爲ノ效力ヲ制限スルモノト見ラルルナリ、乍然前述ノ如クニ條件附期限附行爲ニ於テハ一方ニ無條件無期限ノ基礎行爲存在スルモノニ非サルカ故ニ之レヲ制限スルモノト見ルハ正シカラス我々ノ見ル處ニ於テハ條件附期限附行爲ハ一體ニシテ其意思ノ內容ニ應シタル完全ナル效力ヲ生スルモノナリ、然シナカラ一ノ法律行爲ヲ分析シ條件又ハ期限ヲ一法律行爲ヨリ分離抽出シ以テ其他ノ構成分子トノ關係ヲ論スレハ其效力ヲ制限スルモノトシテ觀察スルコト能ハサルニ非ス、

(三)立證責任

原告ノ請求ニ對シテ被告カ其原因タル行爲ハ條件附又ハ期限附ナルコトヲ主張セル場合ニ於テハ其條件期限ノ立證責任ハ何人ニ在ルヤ、是學說ノ岐ルル處ナリ、通說ニ於テハ原告ニ於テ條件ノ成就又ハ期限ノ到來ヲ立證セサル可ラストナス（Windscheid § anm 4 Dernburg. B. R. § 159. Biermann § 87. Enneccerus § 81. Planck vorm. 4 iii N. 9）、其理由ニ曰ハク被告カ條件期限ノ存在ヲ主張スルハ原告ノ請求ノ根據タル可キ無條件又ハ無期限ノ行爲ヲ否認スルモノナリ即チ原告ノ請求ヲ否認スルモノナリ、此故ニ原告カ條件附期限附行爲ヨリ生スル請求權ヲ主張スルニハ原告ハ其ノ行爲ノ全體ヲ立證セサル可ラス、而シテ條件期限ハ行爲ノ內容ヲナスカ故ニ之レヲ立證シ且ツ其ノ成就又ハ到來モ之レヲ立證セサル可ラスト云フニ在リ、反對說ニ曰ハク（Fitting z. Z. Prax 1956. ff. Rosenberg beweis ast. S. 84 Oertmann S. 483）、凡ソ訴訟ニ於テ主張者ノ立證スルヲ要スル事實ハ全體トシテノ法律行爲其モノニ非ス、只自己ノ請求ヲ維持スルニ足ル丈ノ個々ノ事實ヲ立證スレハ足ル、而シテ條件附期限附ノ法律行爲ハ多數ノ事實ノ集合ナリ、而シテ被告ノ抗辯トスル所ハ原告ノ立證スル事實以外ニ尙ホ他ノ事實即チ條件期限ノ存在セルヲ主張セルニ過キス、原告ノ主張セル事實ハ之レヲ爭フモノニ非ラス、故ニ原告ノ立證責任ハ之レニ盡キタリ、條件期限ノ存在ハ宜シク被告ニ於テ

ヲ立證セサル可ラス云々、余輩ハ後說ヲ取ルモノナリ、蓋シ訴訟ハ戰爭ナリ、各當事者ハ各々自己ノ主張ヲ維持スルニ足ル丈ノ事實ヲ立證スレハ足ルモノナリ、原告カ條件期限ノ存在セルヲ示サスシテ只自己ニ利益ナル部分ノミヲ立證シテ請求ヲナス場合ニ於テモ被告ニ於テ何等ノ抗辯ヲモ試ミサルニ於テハ裁判所ハ勝ヲ原告ニ與ヘサル可ラス、而シテ被告カ條件期限ヲ以テ抗辯トナスト雖モ之レ敢テ原告主張ノ事實ヲ否認スルモノト云フ可ラス、原告ノ主張ニ對シテ抗辯ヲ提出シタルニ過キス、故ニ其抗辯ヲ確立シ有效ナラシメント欲セハ被告ニ於テ其抗辯ノ基礎タル條件期限ノ存在ヲ立證ス可キニ非スヤ、

(四)條件ノ觀念

條件トハ法律行爲ノ效力ヲ成否未定ナル事實ノ成否ニヨリ決定セシメントスル意思表示ヲ云フ、或ハ成否未定ナル事實其ノモノヲ云フ、

(イ)條件ノ意義

種々アリ或ハ單ニ事項、條項ト云フト同シク法律行爲ノ內容タル部分ヲ指スコトアリ、例ヘハ契約ニ於テ履行ノ時、場所、方法等ヲ條件ト云フコトアリ、是レ極メテ普通ノ用語ニシテ敢テ誤レリトナサス、又或ハ人或ハ物ノ性質ヲ指スコトアリ、例ヘハ能力者タルヲ條件トスト云フカ如シ、法典ニ於テモ此ノ如キ義ニ用ユルコト少カラス（例之四五〇）然レトモ法律學上ノ術語トシテ條件ト稱スルハ法律行爲ノ效力ヲ一時未定ノ狀態ニ置キ或事實ノ成否ニヨリ之ヲ決定セシメントスル爲ニ當事者ノ指示スルモノニ限ル、故ニ法律行爲ノ性質上又ハ法律ノ規定上法律行爲ノ效力ノ發生消滅ニ必要ナル事實ハ之ヲ條件ト稱セス、例ヘハ遺言カ效力ヲ生スルニハ遺言者ノ死亡ヲ必要トシ（千〇八七）、寄附行爲カ效力ヲ生スルニハ主務官廳ノ許可ヲ必要トスト雖モ之レ條件ニ非ス、羅馬法ニ於テハ表意者ノ意思ニ因ルモノヲ Conditiones facti ト稱シ、法律ニヨリ附加セラレタルモノヲ法定條件 Conditiones juris ト稱シ、同シク條件ノ內ニ加ヘタレトモ今日一般ニ法定條件ハ之ヲ條件ト稱セス、本節ニ於テ規定スル條件モ亦指定條件ニ限リ法定條件ヲ包含セス、條件ハ法律行爲ノ內容ヲ爲スモノナルカ故ニ一方行爲ニ於テハ表意者一方ノ意思ヲ以テ附加スルヲ得レトモ契約ニ於テハ條件ニ關シテモ兩當事者ノ意思一致スルヲ必要トス、

(ロ)條件ハ法律行爲效力ニ關ス

此點ニ付テハ學說多ク（一）條件ハ意思ノ存在ニ關ス欲スルカ欲セサルカハ條件ノ決定ニヨリ始メテ定マル、行爲ノ時ニ於テハ意思ハ未定ノ狀態ニ在リト（Brinz-Lotomar IV S. 563）、此ノ說ニヨレハ行爲ノ時ニ於テハ未タ決定シタル意思ナシ、然ラハ條件附法律行爲ノ成立ヲ否認セサル可ラサルニ至ラン、吾人ハ寧ロ條件付ニ欲スル又ハ欲セサルノ意思

カ行爲ノ時ニ存在スルモノト解スルノ正當ナルヲ認ムルモノナリ(二)條件附行爲ニ於テハ二個ノ意思存在ス條件ノ成就シタルトキハ欲スルノ意思、成就セサルトキハ欲セサルノ意思存在ス(Adickes, L. v. d. Bedingung S. 17)、然ラハ即チ條件ノ成否未定ノ間ニ於テハ如何ナル意思存在スルヤ不明ナリト云ハサル可ラス、

余輩ノ解スル所ニ於テハ條件附法律行爲ニ於テハ行爲ノ時ニ於テ條件付ニ欲スル又ハ欲セサルノ意思存在スルモノナリ(Regelsberger § 152 IV Windscheid I § 86. Endemann L. B. § 76. Besonders anm 5.)、其條件附意思表示セラレテ條件附法律行爲トナル、而シテ其條件タルヤ固ト外部ヨリ附加シタルモノニ非ス(本節總說一ヲ見ヨ)單一ノ意思ノ内容ヲ爲スモノナリ、然レトモ之ヲ假リニ分柝シテ說明スレハ條件ハ行爲意思ノ他ノ部分ノ效力ヲ制限スト見ルコトヲ得、例ヘハ某滊船到着セハ賣ラント云フ場合ニ於テハ其ノ意思ハ一ナリト雖モ之ヲ分柝スレハ賣ラント云フ意思ノ效力ヲ某滊船到着セハト云フ意思ニヨリ制限スルモノト見ラル、本法第百二十七條ニ於テ條件成就ノ時ヨリ效力ヲ生ス又ハ效力ヲ失フトアルハ條件ニヨリ制限セラレタリト見ル可キ行爲意思ノ部分ノ效力ヲ云フモノナリ、

(ハ)條件ハ不確定ナル事實ナルヲ要ス

當事者カ法律行爲ニ條件ヲ附スル目的ハ(精確ニ云ヘハ條件附法律行爲ヲナス目的ハ)法律行爲ノ效力ヲ不確定ナラシメ條件ノ成否ニヨリ其運命ヲ決セントスルニ在リ、故ニ條件トナリ得可キ事實ハ性質上不確定ナルヲ必要トス、而シテ其不確定ノ意義ニ關シ從來數說アリ、

(a)主觀主義　法律行爲ノ當事者カ法律行爲ノ當時未タ成否ヲ知ラサルノ事實ヲ以テ不確定トナス、即チ現在又ハ過去ノ事實ト雖モ當事者カ之ヲ知ラサルトキハ條件トナスコトヲ得トナス、例ハ「滊船何丸安全ニ横濱港ニ到着セハ」ト云フ場合ニ於テ其法律行爲ノ當時既ニ其船ハ沈沒シタリトスルモ契約ノ當事者カ之レヲ知ラサルトキハ條件トシテ有效ナリト云フ、

(b)客觀主義　條件タル事實ハ法律行爲ノ時ニ於テ事實上不確定タルコトヲ要ス、而シテ現在及過去ノ事實ハ客觀的ニハ皆確定シタル事實ナリ、客觀的ニ不確定ノ事實ハ獨リ將來ノ事實アルノミ、故ニ條件ハ將來ノ事實ニシテ且ツ成否未然タルコトヲ要ス、換言スレハ當事者カ事實ノ成否ヲ知ラスト雖モ行爲ノ當時既ニ事實上確定シタル事實ハ條件トナラス、例之先例滊船ノ場合ハ條件トナラス、又未來ノ事實ト雖モ其成否判然タルモノハ條

件トナルヲ得ス、例ハ「明日太陽上ラハ」或「某死セハ」ト云フカ如キハ事將來ニ屬スト雖モ其成就確定セルカ故ニ條件トナラス、又不成就ノ確定セルモノ例之「汝天ニ上ラハ」ト云フカ如キ條件トナラス、

(c)折衷說

條件タル事實ハ客觀的ニ不定ナルヲ必要トセス然レトモ(a)說ノ如ク單ニ當事者カ知ラサルノミニテハ不十分ナリ凡テノ人ニ知レサルヲ要スト(Enneccerus § 151)、或ハ客觀的ニ不確定ナルヲ必要トセス只當事者カ客觀的ニ不確定ナリト信スレハ足ルト(Fitting arch f civ Praxis. 39. S. 314 329)、

本法ハ客觀說ヲ取ル(富井博士原論四八六平沼博士、六一三、同論、川名博士民法總論四六三ハ主觀說ヲ取ル)、即チ第百三十一條ニヨレハ條件カ法律行爲ノ當時既ニ成就シ又ハ不成就ト決定シタル、場合(所謂既成條件)ニ於テハ法律ハ之レニ條件タルノ效力ヲ認メサルニヨリ明ナリ、假ニ既成條件カ條件タルノ效力アリトセハ法律行爲ノ效力ヲ不定ノ狀態ニ置クノ力ナカル可ラス、然ルニ同條第一項第二項ニヨレハ何レノ場合ニ於テモ既成條件ニハ此ノ如キ效力ナシ、只第三項ハ或ハ反對論者ノ根據タルカ如キ觀アルモ其末文ニ第百二十八條第百二十九條ヲ「準用ス」トアルニヨリ見レハ却テ反對說ノ不當ナルヲ證明ス、若シモ既成條件カ條件タルノ效力アルモノトセハ第百二十八條第百二十九條ハ當然「適用」アル可キナリ、然ルニ準用トナセルハ其性質條件ニ非サルヲ認ムルモノナラサル可ラス、

(二)條件ハ期限ヲ含ム

「議員ニ選擧セラレタルトキハ金百圓ヲ拂フ可シ」、「某婚姻セハ此賣買ハ效力ヲ失フ可シ」ト云フ場合ニ於テハ議員ニ選擧セラレタル日ヨリ法律行爲ハ效力ヲ生シ、又ハ婚姻ノ成立シタル日ヨリ賣買ハ效力ヲ失フモノナレハ條件ハ常ニ必ラス期限ヲ包マサル可ラス、然レトモ期限カ條件ト結合スル場合ニ於テハ其時期到來スル、ヤ否ヤ不明ナリ、是單純ノ期限ト異ル處ナリ、此ノ如クニ理論上ハ條件ハ期限ヲ包含スト雖モ其到來スルト否トカ不確定ナルカ故ニ分離ス可ラサル一體トシテ之ヲ看察シ全然條件ニ關スル規定ニ從ハシメ、又通常之ヲ單ニ條件ト稱シ其包含セラルル期限ハ之レヲ特ニ指擧セス、到達ノ確實ナルモノハ單純ナル期限ニシテ本節期限ニ關スル規定ハ獨リ單純ナル期限ニノミ適用セラル、

(五)條件ノ種類

(イ)積極的條件及ヒ消極的條件(Positive-negative B.)

積極的條件トハ「或事實カ發生セハ」云々ト云フモノナリ、消極的條件トハ「或事實カ發生セサレハ」云々ト爲スモノナリ、此區別ハ從來認ラルル處ナリト雖モ十分ノ根據ナシ何トナレ

ハ凡テノ事實ハ之ヲ消極的又ハ積極的ニ云ヒ表ハシ得ルモノナレハ此區別ハ單ニ言葉ノ差別ニ過キス、例ヘハ「汝若シ京都ニ止マラハ」ト云フモ「汝若シ京都ヲ去ラサレハ」ト云フモ實質上差別ナキカ如シ(Regelsberger § 152, Dernburg § 106)、故ニ本節ニ於テハ此區別ヲ認メテ規定ヲ設ケタルコトナシ、

(ロ)隨意條件偶成條件混合條件(Wirkliche, Zufällige, gemischte)　偶成條件トハ其成就カ毫モ當事者ノ意思ニ關セサルモノヲ云フ、即チ自然界ノ出來事又ハ第三者ノ意思ニヨリ成否決定スルモノヲ云フ、此種類ノ事實ハ成否不定ノ尤モ顯著ナルモノニシテ條件タルノ資格ヲ具備ス、

隨意條件トハ條件ノ成否カ當事者ノ一方ノ意思ニヨリ決定セラルルモノヲ云フ、條件ハ元來法律行爲ノ效力ヲ不確定ナラシムルヲ目的トスルモノナリ、然ラハ隨意條件即チ當事者一方ノ意思ヲ以テ決定セシムルヲ得ル事實ハ條件タルノ資格ヲ欠クモノノ如クニ見ユ、然レトモ尙一概ニ斷言ス可ラサルモノアリ隨意條件ハ之ヲ分ツテ純然タル隨意條件ト要物隨意條件ノ二トナスヲ得、例ヘハ「我欲セハ贈與セン」「汝欲セハ解除セン」ト云フカ如キハ純粹隨意條件ニシテ「我若外國ニ旅行セハ」「汝若シ十年間我店員タラハ」ト云フカ如キハ要物隨意條件ナリ、要物隨意條件モ隨意條件ナルカ故ニ當事者ノ意思ニ因ルニ非サレハ成就スル能ハサルヤ論ナキ處ナリト雖モ、單ニ當事者ノ意思ノミニヨリ決定セシムルヲ得サルカ故ニ或ハ當事者ノ意思ニ反對シタル決定ヲ見ルコトアリ、例ハ前例ニ於テ旅費ナクシテ外國旅行ヲナス能ハス又ハ疾病ノ爲メニ十年間店員トシテ繼續スル能ハサルカ如キ之ナリ、此ノ如クニ其成否ハ未定ニシテ成就又ハ不成就ニ決スル機會アリ、故ニ之ヲ以テ條件トナスコトヲ得、我國ニ多ク行ハルル出世證文ノ如キハ之レニ屬ス、但シ單ニ奬勵ノ爲メニ證文ヲ入レシムル場合ニ於テハ行爲意思ヲ欠クカ故ニ無效ナリトス、反之純粹隨意條件カ條件タル資格アリヤ否ヤハ大ニ議論ノ存スル所ナリ、殊ニ獨逸ニ於テハ消極說多シトス(Windscheid. Bd. I § 93. Dernburg B. R. § 108.)、我民法ノ規定ニヨレハ、

(a)純粹隨意條件ヲ以テ解除條件トナシタルトキハ其ノ何レノ當事者ノ意思ヲ以テ條件トナス場合ト雖モ條件トシテ有效ナリトス、之レ第百三十四條ノ裏面釋解上明ナル所ナリ、即チ其法律行爲ハ直ニ效力ヲ生シ當事者ノ何レカノ意思ヲ以テ解除シ得ルモノトス、蓋シ當該當事者ハ解除ノ意思ヲ表示スルコトナクシテ死亡スルカ如キ場合アリ得ルカ故ニ法律行爲ノ效力ヲ不確定ナラシムル性質アリト認メタルモノナリ、此ノ場合ニ於テハ其性

實ハ解除權ノ留保ト頗ル相類似ス、然レトモ(一)解除權ハ權利ナルカ故ニ當人死亡ノ節ハ相續人ニ移ルモ條件ハ事實ナルカ故ニ若シ當人其意思ヲ表示スルコトナク死亡シタルトキハ不成就ト決定スルモノニシテ相續人ニ於テ其意思ヲ表示スルヲ得ス、又(二)當事者カ解除條件付法律行爲ニヨリ取得シタル權利ヲ第三者ニ讓渡スル場合ニ於テモ解除權ハ共ニ之レヲ讓渡スヲ得ルモ條件ハ事實ナルカ故ニ之ヲ讓渡スヲ得ス、從來ノ當事者ノ意思ニ依然條件タル可シ(三)其效力ニ於テハ解除權ハ債權的ニシテ各當事者ハ其相手方ヲ原狀ニ復セシム可キ義務ヲ負フニ過キサレトモ(五四五)、解除條件ノ成就ノ效力ハ物權的ニシテ當然原狀回復ノ效果ヲ生ス(一二七)、

(b) 純粹隨意條件ヲ以テ停止條件トナス場合ハ更ニ之ヲ二ノ場合ニ區別ス、債權者ノ意思ヲ以テ條件トナス場合ニハ條件タルノ效力アリ(一三四)、例之「某家屋我意ニ適セハ借ラン」「某ノ酒我意ニ適セハ買ハン」ト云フカ如シ、此點ハ反對論者モ少カラス曰ハク「我意ニ適セハ」云々ト云フナラハ欲スル欲セサルノ意思未タ條件付ニモ存スルコトナカル可シ、然ラハ條件付ノ法律行爲成立スルヲ得サル可シト之レ一理ナキニ非ス、然シ本節ノ規定ハ前述ノ通リナリ、

純粹ナル債務者ノ意思ヲ以テ停止條件トナシタル場合例之「我若シ欲セハ金一萬圓ヲ與ヘン」ト云フ場合ニ於テハ本法ニ於テハ其法律行爲ハ無效ナリトセリ(一三四)、蓋シ此場合ニ於テハ債務ヲ負擔セントスルノ意思ハ未タ條件付ニモ存スルモノト見ル能ハサルカ故ナリ、

混合條件トハ當事者ノ意思ト他ノ事實ノ結合ヨリ成ル事實ヲ以テ條件トナスモノナリ、例ハ「汝若シ甲ト結婚セハ」ト云フカ如シ、其性質ハ要物隨意條件ナリ、條件トナスコトヲ得、此點異說ナシ(富井博士原論四九五)、

(八) 停止條件解除條件(Aufschiebend-Suspentiv-Anfangs Bedingung; anflösend-Resolutiv-Endbedingung.)

是ヲ尤モ主要ナル分類トス、停止條件ハ法律行爲ノ效力ノ發生ヲ停止スルモノニシテ其條件成就スルトキハ效力發生シ成就セサルトキハ效力發生セス即チ效力ノ發生ヲ不確定ナラシムルモノナリ、例之汝婚姻セハ金百圓ヲ與フ可シト云フカ如シ、解除條件ハ恰モ其反對ニシテ法律行爲ノ效力ノ發生ヲ妨ケス唯條件成就ノトキハ其效力ヲ消滅セシメ不成就ノトキハ其效力存續ス即チ法律行爲ノ效力ノ存續ヲ不確定ナラシムルモノナリ、例ヘハ「汝ニ金一萬圓ヲ與ヘン然レトモ若シモ汝離婚セハ之レヲ解除ス可シ」ト云フカ如シ、(一二七、參照)、

(二) 表見的條件ト眞ノ條件

眞ノ條件トハ法律行爲ノ成立ヲ妨クルコトナク只其ノ效力發生又ハ存續ヲ不確定ナラシムルモノヲ云フ、表見的條件トハ之レニ反シ之ヲ附加スルトキハ法律行爲ヲ全然無效ナラシメ又ハ之ヲ附加スルモ法律行爲ニ不確定ナル性質ヲ與フル資格ナキモノヲ云フ、左ノ種類アリ、

(a) 既成條件　第百三十一條ヲ見ヨ、

(b) 不法條件　第百三十二條ノ說明ヲ見ヨ、

(c) 不能條件　第百三十三條ニ述フ可シ、

(d) 必至條件

Conditio necessaris 必至條件トハ必ラス發生ス可キ事實ノ發生ヲ以テ條件トナスモノ及ヒ必ラス發生セサル事實ノ不發生ヲ以テ條件トナスモノナリ、例ヘハ「甲者死セハ」「晦日ニ月出テサレハ」ト云フカ如シ、人或ハ之レヲ消極的不能條件ト稱スルコトアリ、蓋シ不能條件ノ正反對ナレハナリ、

條件ハ不確定ノ事實ナルヲ要スルカ故ニ必至條件ハ眞ノ條件タルノ資格ナシ、即チ之ヲ附加スルモ條件タルノ效力ナシ、詳言スレハ之ヲ以テ停止條件トナストキハ無條件ナリ之ヲ解除條件トナストキハ其法律行爲ハ始メヨリ無效トナル、乍然場合ニヨリテハ必至條件ハ不確定期限タル性質ヲ具備スルコトアリ例之前示「甲死セハ」ノ例ノ如シ、

(e) 矛盾條件(Perplexe, Bedingung)

トハ法律行爲ノ主タル內容ト相矛盾スル內容ヲ有スル條件ヲ云フ、例ヘハ他人ノ物ノ賣買ニ於テ「若シ其所有者カ同意セサレハ讓渡ス可シ」ト爲スカ如シ、其效力ニ付キ二說アリ(一)停止條件ナルトキハ法律行爲ヲ無效トナシ解除條件ノトキハ條件ヲ無效トナス可シ即チ條件ノ附加ナキモノト同視ス可シト(Dernburg I § 107. Kipp Z. Windscheid I § 93 anm 8.)、(二)停止條件ナルト解除條件ナルトヲ問ハス凡テ法律行爲ヲ無效ナラシムト論スルモノアリ(Regelsberger § 153 C.)、前說ヲ可ナリトス、蓋シ停止條件ノ場合ニ於テハ條件ト法律行爲トカ相矛盾スルナラハ法律行爲ヲナスノ意思アルモノト見ルヲ得ス、故ニ法律行爲ヲ無效タラシム此點ハ兩說一致スル所ナリ、而シテ解除條件ノ場合ニ反對說ハ法律行爲ヲ全部無效ナリトナスモノナリト雖モ解除條件ニ於テハ法律行爲ハ直ニ效力ヲ生スルモノナリ故ニ苟モ法律行爲自體ニ於テ不法不能ノ分子ヲ包マサルニ於テハ之ヲ無效トナス可キ理由ナシ當事者ノ條件トナス所若シ其精神ニ於テ相矛盾スルナラハ宜シク其矛盾セル條件ヲ無效トナス可キナリ、

(f)法定條件　前述(四)ノ(イ)ヲ見ヨ、

(六)條件ノ許可及不許可

羅馬法ニ於テ法律行爲ニ條件ノ附加ヲ許可シタルハ遺言ニ始マルト云フ、蓋シ遺言ハ死亡ノ時ニ於テ效力ヲ生スル法律行爲ナルカ故ニ行爲ノ時ト效力ノ發生ノ時ノ間ニ長時間ヲ要スルハ普通ナリ、從テ其ノ間ニ種々事情ノ變化アリ得可キカ故ニ條件設定ノ必要尤モ切ナルモノナリ、然ルニ生前處分ニ於テモ將來ノ事情ノ變化ニ應シテ法律行爲ノ效力ヲ定ムルノ必要アルハ云フ迄モナシ、故ニ之ヲ諾成契約、踐成契約、スチフラチオ等ノ債權行爲ニ付キテ之ヲ認メタリ、然レトモマンチパチオ、イン、ユレ、セッシオノ如キ物權行爲ニハ之ヲ許ササリシナリ、ユスチニアン帝ノ頃ニ至リ始メテ法律行爲ニハ原則トシテ條件ヲ附スルヲ認メタリ、

本法ニ於テハ如何ナル法律行爲ニ條件ヲ許ス可キカヲ規定セル法條ナシ、是レ原則トシテ條件ノ許可ヲ認メタル旨意ト解シテ誤ナカル可シ、然レトモ例外トシテ左ノ場合ニハ條件ヲ許ササルモノトス、

(イ)法律ニ明文ノ存スルモノ、　例之相殺(五〇六)手形(商四四五)ノ如シ、

(ロ)條件ノ附加カ法律行爲ヲシテ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル性質ヲ帶サシムル場合、　例之婚姻、離婚、緣組、離緣、隱居、私生子ノ認知、嫡出子ノ否認、離籍、復籍拒絕等ノ親族上ノ行爲ニ於テハ其性質上其關係ハ絕對的ニ確定シ且ツ永久ニ確定スルヲ以テ法律ノ希望トナス、故ニ停止條件又ハ解除條件ヲ附スルヲ得サルモノトス、

(ハ)受領ヲ要スル一方行爲ニ於テ其意思表示カ相手方ノ權利關係ニ影響ヲ及シ相手方ハ其意思表示ノ確定ナルコトニ付キ利害關係ヲ有スル場合ニ於テハ原則トシテ條件ヲ許ササルモノトス、例之相殺、契約ノ解除、解約、契約ノ承諾、相續ノ承認拋棄、遺贈ノ承認及拋棄、取消、追認、各種ノ意思表示ノ撤回、選擇債務ノ選擇、催告、買戾等之ニ屬ス、然レトモ之等ノ行爲ニ條件ヲ許ササルハ主トシテ相手方ノ利益ヲ保護スル爲メナリ、故ニ相手方カ條件附行爲ニ同意シタル場合ニ於テハ條件ヲ附加スルヲ妨ケス(Bruck Bedingung feindliches Geschäft, S. 161. ff.)、又原則トシテハ條件ヲ許ササル場合ニ於テモ條件タル事實ノ性質ニヨリ相手方ニ損害ヲ及ササル場合ニハ之ヲ許シテ差支ナシトス例之「若シ代價ノ減額ヲナササレハ解約ス可シ」トナシ「延滯セル屋賃ヲ直ニ支拂ハサレハ取消ス可シ」ト云フカ如キハ差支ナキ所ナリ、要之各場合ニ付キ細詳ナル研究ヲ要スルモノニシテ右ハ只原則ヲ述ヘタルニ止マルモノト知ル可シ、

以上條件ヲ許ササル場合ニ條件ヲ附シタルトキハ其效力如何、條件ヲ無效ト

シテ無條件トナス可キカ將タ又法律行爲ヲ全部無效トナス可キカ、後者ヲ正シトス、蓋シ此場合ニハ當事者ノ意思ハ條件附ナルモノナリ、故ニ其條件ヲ無效トシ無條件ノ意思トナシ之レニ效力ヲ付スルナラハ表意者ノ有セサル意思ニ效力ヲ付スル結果トナリ法律行爲ノ一般ノ原則ニ反スレハナリ、然レトモ條件カ眞ノ條件ニ非スシテ法律上無價値ナル場合ニ於テハ之ヲ附加スルモ法律行爲ニ影響ヲ及ササルヤ、此點ハ大ニ議論アリ(一)無價値ナル條件ハ之ヲ附加スルモ附加セサルト同シ故ニ條件ヲ許ササル行爲ニ之レヲ附加スルモ差支ナシ法律行爲ハ無條件ニ成立ス可シト、少クトモ法定條件ヲ條件トシテ特ニ附シタル場合ニ關シテハ此說ヲ取ルモノ多シトス(Bruck. A. A. O. S. 158 Dernburg § 151. II)、(二)法律行爲カ性質上條件ヲ許ササル場合ニ於テハ法律行爲ノ形式カ之レヲ許ササルモノナリ故ニ如何ナル條件ヲ附加スルモ不可ナリト(Kipp bei Windscheid § 95 N. 2)、(三)折衷說、法律行爲ノ性質ニヨリ區別ヲナシ法律行爲ノ形式カ條件ヲ許ササル場合例之婚姻、緣組ノ如キハ如何ナル條件ヲ附スルモ法律行爲ヲ全部無效トナシ、單ニ意思表示ノ實質上ノ確定スルヲ要スル場合ニ於テハ無意味ノ條件ハ之レヲ附加スルモ妨ケナシトナス(Oertmann Komnt. S. 481 &.)、第三說ヲ可トス、凡ソ法律行爲ニ條件ヲ許ササルハ二ノ理由ニヨル、(一)ハ表意者ノ意思カ主觀的ニ即チ表意者ニ對シテ一定不動ナルヲ要スル場合ナリ婚姻緣組ノ如キ之レナリ、此ノ場合ニ於テハ如何ナル條件ト雖モ之レヲ附加スルニ於テハ表意者ノ意思猶不確定ナリト見ルコトヲ得ルカ故ニ其行爲ハ無效タラサルヲ得ス(二)客觀的即チ事實上確定セルヲ要スル場合ナリ、此ノ場合ニ於テハ條件カ無價値ニシテ條件ノ附加カ意思ノ不確定ヲ來ササルナラハ其法律行爲ヲ有效ト認メサル可ラス、例ハ相殺ノ意思表示ハ條件ヲ許ササルモ「若シ相手方ノ債權カ眞ニ存在セハ」相殺スト云フカ如キハ其不可ナルヲ見サルナリ、

(七)條件ノ決定

(イ)條件ハ成就又ハ不成就何レニカ決定スルモノナリ、

(ニ)當事者ハ條件ヲ成就セシム可キ義務ナシ、　條件ハ事實ニシテ義務ニ非ス、故ニ當事者一方ノ行爲ヲ以テ條件トナシ當事者ノ目的ハ其行爲ヲ強制スルニ在ル場合ト雖モ之ヲ成就セシム可キ義務ヲ包含セス、例ヘハ「汝能ク禁酒セハ金千圓ヲ與ヘン」ト云フカ如キ場合ニ在リテハ當事者ノ目的ハ禁酒ヲ強制セントスルニアルヤ疑ナシ、然レトモ禁酒ス可キ義務ヲ生セサルカ故ニ禁酒セスト雖モ義務違反トナルコトナク又相手方ハ禁酒ヲ強制ス可キ訴權ヲ有

スルコトナシ、是レ停止條件解除條件ニ共通ナル所ナリ、而シテ此點ハ解除條件ト負擔ト區別セラルル要點ナリ、負擔(Modus auflage)(五五三、一一〇四)ニ於テハ財產ヲ受ケタル者ハ負擔ヲ實行ス可キ義務(債務)ヲ負フ(一一〇四參考)、之レヲ實行セサルトキハ財產ヲ返還セシムルコトヲ得可キハ勿論ナリト雖モ之レヲ返還セシメスシテ裁判上負擔ヲ强制的ニ實行セシムルコトヲ得ルナリ、解除條件ニ於テハ即チ然ラス、

(ハ)條件ノ成就不成就ヲ決スルハ法律行爲ノ解釋問題ナリ、　抽象的ニ云ヘハ條件タル事實ノ現實ヲ以テ條件ノ成就トナシ其内容ノ現實セサルヲ以テ不成就トナス、即チ積極的條件ニ於テハ條件タル事實ノ發生ヲ以テ成就トナシ不發生ノ確定ヲ以テ不成就トナス消極條件ノ場合ニ於テハ條件タル事實ノ不發生ノ確定ヲ以テ成就トナシ其發生ヲ以テ不成就トナス、

條件ハ同時ニ確定的又ハ不確定的ノ期限ヲ包含スルコトアリ、例ヘハ「一年内ニ洋行セハ」ト云フハ確定期限ヲ包含スルモノナリ、又「汝結婚セハ」ト云フハ其人ノ一生涯中ニ結婚セハト云フ義ナリ故ニ不確定期限ヲ包含ス、此等ノ場合ニ於テハ積極的條件タルノ事實カ發生セスシテ其期限ヲ經過シタルトキハ不成就トナシ、消極的條件タルノ事實カ其期限内ニ發生セサルトキハ條件成就シタルモノトス

期限ノ定ナキ場合ニ於テハ條件ノ決定モ亦無期限ナリ、即チ何年間條件タル事實發生セスト雖モ不成就トナスヲ得ス、例ヘハ「東京市ニ下水ノ設備出來タルナラハ」ト云フカ如キハ期限ヲ含マサル條件ナリ、故ニ何年ヲ經過シテ下水設備出來スト雖モ條件不成就ト決定シタルモノト爲スヲ得サル可シ、然レトモ亦法律行爲ノ内容及ヒ其狀況ニヨリ適當ノ期間内ニ條件タル事實カ發生セサルトキハ不成就ト見ル可キ場合ナキニ非ス、專ラ當事者ノ意思解釋ニヨル可シ、例之當事者ノ行爲ヲ以テ條件トナス場合ニ於テ當事者之ヲ爲シ得ルニ故ナク之レヲ爲サス相當ノ期間ヲ經過セルトキハ不成就ト見ル可キニ非スヤ

又期限ノ定アル場合ニ於テモ當事者カ其條件タル行爲ヲ爲スノ意思ナキ旨ヲ表示シタルトキハ期限ノ到來ヲ待タスシテ不成就ト決定スルヲ得可シ、反之當事者ハ其行爲ヲ爲スノ意思アルモ過失ニ因ラスシテ其行爲不能トナリタル場合ニ於テハ成就ト見ル可キカ不成就ト見ル可キカ、例之「汝甲ト結婚セハ」ト云フ場合ニ甲死亡セリトセハ結婚ハ不能ナリ、此ノ點ハ議論岐ルル處ナリト雖モ法典ニ明文ナキ以上ハ不成就ト見ルヲ正當トス、蓋シ原因ノ如何ヲ

問ハス條件タルノ事實ハ發生セサルモノナレハナリ、

(ニ)擬制的成就、　條件ノ成否未定ノ間ニ於テハ當事者ハ誠實ニ其決定ヲ待ツ可キナリ、然ルニ當事者カ故意ニ自己ノ不利益ヲ免カレンカ爲メニ其成就ヲ妨ケタル場合ニ於テハ相手方ハ條件成就シタルモノト看做スコトヲ得(一三〇)、是レ成就セサルモノヲ成就シタルモノト看做スコトヲ得セシムルモノニシテ法律ノ擬制ナリトス(詳細ハ第百三十條ヲ見ヨ)、

(八)期限ノ觀念　期限トハ表意者カ法律行爲ノ履行或ハ效力ノ發生又ハ其效力ノ消滅ヲ掛ラシメタル將來ノ時期ヲ云フ、或ハ右ノ如キ時期ヲ定ムル意思表示ヲ云フ、(富井博士民法原論五一五以下參照)、

(イ)期限ハ表意者之ヲ附加ス　一方行爲ニ於テハ意思表示ヲナスモノ單獨ニ之ヲ附加シ、契約ニ於テハ期限ニ關シテモ亦意思ノ合致アルヲ要ス、法律ノ規定ニヨリ當然存スルモノハ之ヲ期限ト稱セス、例之第二百七十八條第五百八十條第六百四條ハ期限ニ非ス、

(ロ)期限ハ將來ノ時期ナリ　故ニ期限ハ必ラス到來ス可キモノナリ、是レ條件ト性質ヲ異ニスル所ナリ、條件ニハ成就不成就アレトモ期限ニハ不到來ナシ、

(ハ)期限付法律行爲ハ單一ナル法律行爲ナリ　條件ニ付キ述ヘタル所ト同シク主タル行爲ト期限ヲ附加スル行爲ト相結合シタルモノニ非サルナリ、故ニ單純ノ法律行爲成立シタル後ニ至リ附加シタル履行請求停止ノ從タル契約(Pactum de non petendo intre Certum tempus)ト之ヲ混同セサルヲ要ス、後者ハ二個ノ法律行爲ナリ、從テ其從タル契約カ錯誤ノ爲メニ無效ナル場合ニ於テハ主タル契約ハ無期限ニ存ス、期限付法律行爲ハ一ノ法律行爲ナルカ故ニ期限ニ付キ錯誤アリ又ハ意思一致セサル場合ニ於テハ其法律行爲ハ全部無效タルコトアル可シ、又後ノ場合ニ於テハ從タル契約カ消滅スルモ主タル契約ハ當然其儘ニ(無期限ニ)存續ス、然ルニ期限付契約ヲ單純ノ契約トナサント欲セハ前契約ヲ消滅セシメ新契約ヲ締結スルヲ要ス可シ、

(九)期限ノ效力　ニ關シテハ種々ノ學說アリ、

(イ)始期　ニ付キテ(一)佛蘭西民法第千百八十五條ハ期限ハ法律行爲ノ效力ノ發生ヲ停止セス只其履行ヲ停止スルモノトナス、獨逸ニ於テモ有力ナル學者間ニ此說アリ(Savigny sist III § 126. Dernburg I § 114.)、(二)始期ハ停止條件ト同シク法律行爲ノ效力ノ發生ヲ停止ストナス、之レ獨逸民法第百六十三條ノ取ル所ナリ(Enneccerus L. B. I § 186. Endenann I § 79 N 2. Unger. II § 83 II. I. Windscheid § 96.)、(三)法律

行爲ノ種類ニヨリ區別ヲ立テ債權行爲ニ期限ヲ附スルトキハ債務ハ期限付債務トシテ法律行爲ノ時ニ成立シ其履行カ期限ニヨリ停止セラル、反之引渡其他物權行爲ノ如ク法律行爲ノ成立ト其最終ノ目的ト同時ニ生ス可キ場合ニ於テハ始期ハ效力ノ發生ヲ停止ストナス（Heinbach, weiske's R. Lexkon, Schenrl. neben bestimmung S. 1—59. Hartmann Krit 4 jahr S. XIII S. 530.）、

余輩ノ信スル所ニヨレハ期限カ如何ナル效力ヲ有ス可キカハ表意者ノ意思如何ニヨリ決ス可キ問題ナリ、（一）債權行爲ニ於テ何月何日ヨリ債權（例之貸借權）ヲ生セシム可シト云フ場合ニ於テハ其時期ノ到來シタル時ヨリ債權ヲ生シ其以前ニ於テハ債權ヲ生スルコトナシ、蓋シ其以前ニ於テ債權ヲ生セシメントスル當事者意思ナケレハナリ、即チ此場合ニ於テハ效力ノ發生ヲ停止スルモノナリ（Beristete geschäft）、而シテ此場合ニ關シテハ法典ニ規定存セスト雖モ期限到來前ニ於テハ第百二十八條第百二十九條ヲ準用ス可キナリ、（二）債權行爲ニ於テ當事者カ債權關係ハ即時ニ發生セシメ只其履行ヲ將來ノ時期ニ掛ラシメント欲スル場合ニ於テハ其意思ノ內容ニ應シタル效力ヲ生スルモノトス、即チ債權ハ即時ニ生スルモ債權者ハ期限ノ到來スルマテ履行ノ請求ヲナスヲ得ス（Betagte geschäft）、之レ實ニ第百三十五條第一項ニ規定スル所ニシテ當事者カ債權行爲ニ期限ヲ附シタルトキハ元則トシテ此ノ如キ意思ヲ有スルモノト推定ス、（三）債權行爲以外ノ行爲例ヘハ所有權ノ移轉、他物權ノ設定、債權ノ讓渡等ニ關シテハ本法ニ規定存セス、蓋シ第百三十五條第一項ニハ「履行ハ……………之ヲ請求スルヲ得ス」トアリ而シテ履行ヲ請求シ得ルハ債權行爲ニ限ル故ニ同條ハ債權ヲ生セサル行爲ニ適用ナキコト明ナリ、故ニ此種ノ行爲ニモ始期ヲ附スルヲ許スヤ否ヤ若シ許ストセハ其效力如何、之レ純然タル理論上ノ問題ニシテ解釋問題ニ非ス、例ヘハ三ケ月ノ後ニ所有權ヲ讓渡シ地上權ヲ設定シ債權ヲ讓渡ス可シト云フ法律行爲ニ於テ當事者ノ意思カ三ケ月後ニハ直接ニ其目的タル效果ヲ生セシメントスルニ在ルトキハ所謂物權的行爲ニシテ苟モ債權ヲ生スルコトナク其時期ノ到來ニヨリ當然其目的タル效力ヲ生ス、故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ當事者ノ意思解釋上期限到來前ニ於テハ讓受人ハ所有者地上權者債權者トナルニ非ス期限ノ到來ニヨリ始メテ所有權者、地上權者、債權者トナルモノナレハ始期ハ效力ノ發生ヲ停止スルモノト解スルヨリ外ニ途ナシ、（第百三十五條ヲ參照ス可シ）期限ノ觀念ハ以上ノ三者ヲ包含スルモノトス、學者或ハ所謂 Beristete geschäft（一）及ヒ（三）ノ場合）ノミヲ期限ト稱シ、所謂 Betagte geschäft ヲ除斥セント試ムルモノナキニ非ス、余輩モ亦其

實質上ノ根據アルヲ認ムレトモ此ノ如クニスルトキハ第百三十五條ヲ無視スルニ至ル可キカ故ニ期限ヲ廣義ニ解シ效力ノ發生ニ關スルモノ及ヒ履行ノ請求ニ關スルモノヲ包含スルモノトスルヲ至當トス、(八)ニ述ヘタル定義ハ此ノ旨意ニ基クモノナリ、

(ロ)終期　終期ハ法律行爲ノ效力ノ消滅ニ關スルモノニシテ學說上異論アルヲ聞カス(一三五 二)、

(十)期限ノ種類

(イ)始期ト終期　始期ハ法律行爲ノ效力ノ發生又ハ履行ヲ停止スル時期ニシテ終期ハ法律行爲ノ效力ヲ消滅セシムル時期ナリ(參照九)、

(ロ)確定期限及不確定期限　確定期限トハ期限タルノ時期始メヨリ確定シタルモノヲ云フ(Dies certus an et quando)、例之「來ル何月何日」又ハ「本日ヨリ何日ノ後」ト云フカ如シ、其居日ハ法律行爲ノ當事者之レヲ知ラサルモ之レヲ確知シ得ル場合ニ於テハ確定期限ナリ、例ハ「明年節分ノ日」ト云フカ如シ、

不確定期限ト云フハ到來ス可キコトハ確實ナルモ其時期ノ不確定ナルモノヲ云フ、(Dies certus an incertus quando) 例之「甲ノ死亡ノ日」ト云フカ如シ、

以上ノ區別ノ必要ハ第四百十二條ニ於テ切ナリ、

以上ト異リテ時期ハ確定セルモ其到來ノ不確定ナルモノ(Dies incertus an certus quando)例之「汝成年ニ達スルノ時」ト云フハ期限ニ非スシテ條件ナリ、蓋シ其者成年ニ達セスシテ死亡スルトキハ到來スルコトナケレハナリ、又時期及其到來共ニ不確定ナルモノ(Dies incertus an incertus quando)例之「汝ノ婚姻ノ日」ニ於テト云フカ如キ亦然リ、要スルニ期限ハ必ラス到來ス可キ時期ナルヲ要ス(不確定期限ト雖モ)、到來ノ不確定ナルモノハ期限ニ非スシテ條件ナリ、

(ハ)不能期限(Dies certus non, Dies impossibilis)　學者ノ所謂不能期限ト云フハ甚シク遠キ將來ノ時期ヲ以テ期限トナシタルモノヲ云フ、例之「百萬年ノ後ニ」辨濟ス可シト云フカ如シ、是レ期限ノ性質上不能ニ非ス、其到來ス可キハ必然ナリ、性質上期限ニ不能ナカル可キナリ、然レトモ凡ソ法律ハ人生人事ヲ標準トスルモノナルカ故ニ此ノ如ク極端ナル場合ニ於テハ期限トシテハ之レヲ許サス、此ノ如キ期限ヲ以テ始期トナストキハ其法律行爲ハ無效トシ、終期トナシタルトキハ無期限トナス可シト云フモノナリ、此觀念ハ理論上正シカラス、且ツ又其限界ヲ定ムルコト困難ナルカ故ニ採用セサルヲ可トス、

(ニ)約定期限ト恩惠期限(Terme de grace)　債務者ノ狀情ニ鑑ミ裁判所ノ許與スル期限ヲ恩惠期限ト云フ、佛民法第千二百四十四條ハ一般ニ之レヲ認ム、只手形其他例外トシテ之レヲ認メサルモノアリ、執行力アル公正證書ノ存スル場

合ニ於テモ猶裁判所ハ期限ヲ許與スルコトヲ得トナス、此制度ハ債務者保護ノ目的ニ出テタルモノナレトモ裁判官ニ此ノ如キ裁量ノ自由ヲ與フルハ弊害ノ源ナリ、故ニ本法ハ元則トシテ之レヲ許サス、只例外トシテ法律ノ規定シタル場合ニ限リ之レヲ許ス（例之一九六、二九九、五八三）、約定期限トハ當事者ノ附加シタルモノヲ云フ、而シテ其效力ハ兩者全ク同一ナリトス、

(十一)期限ノ許可　期限ハ條件ト同シク元則トシテ凡テノ法律行爲ニ之レヲ附スルヲ許ス、然レトモ例外アリ、

其例外ノ場合ハ條件ニ付キ(六)ニ述ヘタル所ト略ホ相同シ、法律ノ特別規定又ハ法律行爲ノ性質ニヨリ定マル、然レトモ期限ヲ許サヽル行爲ト條件ヲ許サヽル行爲トハ其範圍精密ニ一致スルモノニ非ス、個々ノ場合ニ付キ研究スルヲ要ス、例之手形債務ハ期限ヲ許スモ條件ヲ許サス、又相續人ノ指定（九七九）ハ條件ヲ許ス可キモ始期又ハ終期ヲ附スルハ條理ニ反ス可シ、又法律行爲ノ種類ニヨリテハ始期ヲ許シテ終期ヲ許サヽル場合或ハ之レニ反スル場合モナキニ非サル可シ、例之債務ノ免除ハ始期ヲ許ス可キモ（Simeon, Wesen d. B.fristeten R. G. S. 13）、性質上終期ヲ許サス、

期限ヲ許サヽル場合ニ期限ヲ付シタルトキハ、其行爲ハ元則トシテ無效トナス、但シ法律ノ特別ノ規定ニヨリ其期限ノミヲ無效トナシ無期限トナスモノアリ、或ハ長期ノ期限ヲ附スルトキハ其期限ヲ短縮スルコトアリ（例之二六七、二七八、五八〇、六〇四）、

(十二)期限ノ到來　(一)期間ヲ以テ期限ヲ定メタルトキハ第百三十八條以下ノ規定ニヨリ計算シテ其到來ノ時期ヲ定メ、(二)事件ノ發生ヲ以テ期限ヲ定メタルトキハ其發生シタル時ヲ以テ到來ノ時期トナス、

(十三)本節ノ規定　本節ハ第百二十七條ヨリ第百三十四條ニ渉リテ條件ヲ規定シ、以下ノ三條ヲ以テ期限ヲ規定ス、本節ノ規定ハ凡テノ種類ノ法律行爲ニ關スル條件期限ニ適用セラルヽモノナリ、

第百二十七條　停止條件附法律行爲ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ生ス

解除條件附法律行爲ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ失フ」

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

(一)條件成就ノ效果ヲ本條ハ規定ス、即チ第一項ニ於テ停止條件ノ成就ノ果效ヲ規定シ、第二項ニ於テハ解除條件ノ成就ノ結果ヲ定メ、第三項ニ於テハ當事者ノ意思表示ニヨリ前二項ノ規定ト異リ其效果ヲ既往ニ溯ラシメ得ル旨ヲ示ス、而シテ條件ノ決定前ニ於ケル條件附法律行爲ノ效力ハ之レヲ第百二十九條ニ規定シ、條件不成就ノ效果ニ付キテハ規定スル所ナシ、

(二)停止條件成就ノ效果　停止條件附法律行爲ハ條件成就ノ時ヨリ效力ヲ生ス（本條第一項）、即チ條件ノ成否未定ノ間ニ於テハ第百二十九條ニ於テ說明スルカ如ク單ニ將來ニ於テ權利ヲ取得スルノ希望權ヲ有スルニ過キス、其希望權カ條件ノ成就ニヨリ發展シテ完全ナル權利トナル本條ニ「效力ヲ生ス」トハ此義ナリ、

停止條件附行爲ニ於テハ法律行爲ハ行爲ノ時ニ成立シ其效力ハ條件成就ノ時ニ發生スルモノナルカ故ニ行爲ノ成立ニ必要ナル要件即チ能力、詐欺、錯誤ノ有無等ハ其行爲ノ時ニ於テ之レヲ定ム、條件附行爲カ完全ニ成立シタル以上ハ其後當事者カ能力喪失又ハ死亡スルアリト雖モ之レニヨリ其效力ヲ害セラル、コトナシ、反之效力發生ニ必要ナル要件ハ條件成就ノ時ニ於テ之レヲ定ム、故ニ例ヘハ條件附行爲ノ目的カ爾後不法又ハ不能トナルトキハ假令條件其ノモノハ成就スト雖モ效力ヲ發生スルコトナシトス、

停止條件附行爲カ、債權行爲ナル場合ニ於テハ條件ノ成就ニヨリ債權ヲ發生シ停止條件附行爲カ物權行爲ナル場合ニ於テハ條件ノ成就ニヨリ物權ノ設定變更移轉ヲ來ス、獨逸民法第九百二十五條ニ於テハ不動所有權移轉行爲（Auflassung）ニハ條件又ハ期限ヲ許サスト雖モ、本法ニ於テハ第百七十六條ニ於テ物權ハ意思表示ノミニヨリ移轉スルモノトナシ條件期限ヲ禁スルノ明文ナク、又理論上物權行爲ニ條件ヲ附スルヲ得サル理由存セサルカ故ニ本法ノ解釋トシテハ物權行爲ニモ亦條件ヲ附スルヲ得ルモノトセサル可ラス、

條件ノ成就前ニ當事者カ其目的物ヲ處分シ其他條件成就ノ效果ヲ妨ク可キ行爲ヲナシタル場合ニ關シテハ次條ヲ見ヨ、

(三)解除條件成就ノ場合ニ於テハ條件附法律行爲ハ條件成就ノ時ヨリ效力ヲ失フ（本條第二項）、解除條件附法律行爲ハ行爲ノ時ヨリ實質上ノ效力ヲ生シ其債權行爲ナルトキハ債權ヲ生シ物權行爲ナルトキハ物權ノ設定變更移轉ノ效果ヲ生ス、而シテ條件ノ成就ニヨリ其行爲ハ效力ヲ喪失スルモノナリ、而シテ解除條件附行爲カ其效力ヲ喪失シタル結果ハ當事者間ニ於テ互ニ相手方ヲ原狀ニ復セシム可キ債權關係ヲ生スルニ過キサルカ（債權的效力說）、或ハ條件ノ成就

ニヨリ當然原狀ニ復スルヤ、即チ例ハ解除條件附ニテ物權ヲ讓渡シタル場合ニ於テハ其物權ハ當然舊主ニ復歸シ舊主ハ何等ノ手續(請求)ヲ要セスシテ物權者ト爲ルヤ(物權的效力說)ハ由來議論ノ多キ處ニシテ本節ニ於テハ直接ニ之レヲ決定セス學說ニ委シタルモノ、如シ、而シテ羅馬法ニ於テハ物權的效力ヲ生ストナスモノ多數ナリ(Windscheid. § 90. Regelsberger § 156)、余輩ハ本法ノ解釋トシテモ亦之レヲ正シト信ス、蓋シ解除條件成就ノ效果カ債權的ナル可キカ物權的ナル可キカハ當事者ノ意思ニヨリ定マル可キ問題ナリ、何トナレハ之レ又法律行爲ノ效力ニ外ナラサレハナリ、而シテ若シ債權的效力ヲ生スルニ過キストセハ舊主ハ中間權利者ヨリ之レヲ「取得」セントスルノ意思ヲ有シ中間權利者ノ承繼人トナルモノナラサル可ラス、然レトモ此ノ如キハ通常ノ場合ニ於ケル當事者ノ意思ニ非ス、當事者ハ通常條件成就セハ其權利ヲ舊主ニ「復歸」セシメントスル意思ヲ有スルモノナリ、然ラハ即チ其意思ニ從ヒ條件成就ノ場合ニハ當然舊狀態ニ復シ解除條件附ニ取得シタル權利ハ當然舊主ニ復歸スルモノト解ス可キナリ、是レ解除條件カ契約ノ解除ト其效力ヲ異ニスル點ナリ(五四五)、然レトモ當事者間ニ於テ或事實發生セハ互ニ相手方ヲ原狀ニ復セシム可キ債務ヲ負擔ス可シトナス契約ハ無效ニ非ス、是レ羅馬法ニ Rex commissoria ト稱スルモノニシテ眞ノ解除條件ニハ非ス、

解除條件ノ成否未定ノ間ニ於テ當事者カ成就ノ效果ヲ妨ケタル場合ニ關シテハ次條ヲ見ヨ、

(四)條件成就ノ效力ハ既往ニ遡ルヤ否ヤ

佛民(一一七九)ハ溯及效ヲ認メ獨民(一五八)ハ條件成就ノ時ヨリ效力ヲ生シ(停止條件)又ハ失フ(解除條件)トナス(但シ百五十九條ノ例外アリ)、學說ニ於テハ(一)條件成就ハ條件附行爲ニ效力ヲ發生セシメ又ハ其效力ヲ消滅セシムルモノナレハ性質上當然行爲ノ時マテ溯ラサル可ラストナシ、(二)溯及效ヲ與フ可キヤ否ヤハ當事者ノ意思ニヨリ決ス可シトナシ、(三)停止條件ト解除條件ノ間ニ區別ヲ設ケ停止條件ハ溯及效ナキモノトシ解除條件ハ溯及效アリトナス、或ハ又正反對ニ停止條件ニ溯及效ヲ認メ解除條件ニ付キ之レヲ認メサルモノアリ、

余輩ノ信スル所ニ於テハ之レ實ニ當事者ノ意思解釋ノ問題ナリ、蓋シ條件成就ノ效力ヲ溯及ス可キヤ否ヤハ條件附法律行爲ノ效力問題ニ外ナラス而シテ法律行爲ノ效力ハ當事者ノ意思ニヨリ定マル可キモノナレハナリ、本條モ亦此見解ヲ取リ第一項第二項ニ於テハ推定的規定ヲ設ケ原則トシテハ既往ニ遡ラストナスト雖モ第三項ニ於テ當事者カ反對ノ意思ヲ表示スルトキハ之レニ從フ

可キ旨ヲ示ス、而シテ第一項第二項ノ推定規定ハ果シテ能ク多數ノ場合ニ合スルヤ否ヤニ付キテハ余ハ疑ヲ抱クト雖モ之レヲ評論スルハ本書ノ目的ニ非ス、

(イ)停止條件カ成就シタルトキハ其行爲ハ成就ノ時ヨリ效力ヲ生ス、停止條件附行爲カ債權行爲ナルトキハ條件成就ノ時ヨリ債權ヲ生ス、故ニ(一)債務者ハ其以前ノ利息ヲ支拂フヲ要セス、(二)第三者カ條件成就ノ效果ヲ妨ケ(例ヘハ目的物ヲ毀損)タル場合ニ於テモ條件附債權者ハ第三者ニ對シテ不法行爲ノ訴權ヲ有セス、蓋其成就以前ニハ債權存在セサルカ故ニ債權ノ侵害ナケレハナリ、(三)條件附行爲ノ目的カ債務者(條件ノ成就ニヨリ債務者トナル可キ當事者)ノ責ニ歸ス可カラサル事由ニヨリ滅失スト雖モ其損害ハ相手方ニ屬セス(四〇五三五參照)、蓋シ條件ノ成就前ニ於テハ相手方ハ未タ債權者ニ非サレハナリ、

停止條件附行爲カ物權行爲ナルトキハ條件成就ノ時ヨリ物權ノ移轉設定變更ノ效力ヲ生ス、故ニ例ヘハ所有權ノ移轉行爲ニ於テハ讓受人ハ(一)條件成就前ニ分離シタル果實ヲ取得スルコトナシ、(二)條件ノ成就前ニ目的物カ滅失スルトキハ假令時後條件成就スルアリト雖モ條件附權利者ハ物權者トナルコトナク(三)條件成就前ニ第三者カ目的物ヲ侵害スト雖モ所有權ノ訴權ヲ有スルコトナシ、

(ロ)解除條件カ成就シタル場合、　ニ於テ條件附行爲カ債權行爲ナルトキハ債務者ハ(一)一回ノ履行ヲ目的トスルトキハ全ク履行ノ義務ヲ免ル、(二)債務カ繼續スル性質ノモノナルトキハ(例之賃借權)條件成就ノ時ヨリ其債務消滅ス、然レトモ既往ニ溯ラサルカ故ニ條件ノ成就以前ノモノハ影響ヲ受ケス、條件附行爲カ物權ノ讓渡ナル場合ニ於テハ條件ノ成就ノ時ヨリ其物權ハ讓渡人ニ復歸スルモ(一)條件成就前ニ取得シタル果實ハ之レヲ讓渡人ニ返還スルヲ要セス、(二)條件ノ成就前ニ第三者カ其物權ニ對シテ不法行爲ヲナシタル場合ニ於テハ讓渡人ハ第三者ニ對スル損害賠償請求權ヲ有セス、蓋シ讓渡人ハ不法行爲當時ニ於テハ所有者ニ非サレハナリ、

(ハ)當事者ノ意思ニヨリ溯及スル場合(本條第三項)、

(a)如何ナル時期迄遡及スルカ之レ當事者ノ定ムル處ニシテ必シモ行爲ノ時迄遡及スルヲ要スルモノニ非ス、法文ニ「成就以前ニ遡ラシム」云々トアルハ此旨意ヲ明ニスルモノナリ、然レトモ當事者カ單ニ遡及セシムルノ意思ヲ表示シ何レノ時期迄遡及セシム可キカヲ示サヽリシ場合ニ於テハ意思解釋上行爲ノ時マテ遡及セシムルモノト看做ス、

(b)遡及效アル場合ニ於テ條件成就ノ效果ハ物權的ナルカ、獨逸民法第百五十九條ハ之レヲ債權的ナリトシ各當事者ハ條件成就ノ效果ヲ生スル時ニ於テ相手方ノ有ス可カリシモノヲ與フルノ義務ヲ負フトナス、本法ニ於テ此ノ點ニ付キ明文ヲ設ケサリシハ欠點ナリトス、法文ヲ嚴格ニ解スレハ物權的效力ヲ認メサルヲ得サルモノヽ如シ、何トナレハ本條第一項第二項ノ條件成就ノ效果ハ物權的ナリ、而シテ第三項ハ之レヲ受ケテ「條件成就ノ效果ヲ其成就以前ニ遡ラシム」云々ト云フカ故ニ物權的效力アル條件成就ノ效果ヲ遡及セシムルヲ許スモノト解スルヲ至當トス可ケレハナリ、然シナカラ此ノ如キハ第三者ノ地位ヲ危フスル極メテ危險ナル說ニシテ到底之ヲ認ム可ラス、例ヘハ解除條件附ニテ所有權ヲ讓渡シ條件成就前ニ讓受人カ之レヲ第三者ニ賣却シタリトス、而シテ後ニ條件成就シ其ノ效力カ行爲ノ時ニ遡ルトセハ第三者ハ無權利者ヨリ權利ヲ得タル結果トナルカ故ニ眞ノ權利者タル讓渡人ノ追奪ヲ免カレス、又停止條件附ニテ物權ヲ讓渡シ其條件成就前ニ更ニ之レヲ無條件ニテ第三者ニ讓渡シ、而シテ後停止條件成就シ、其效力遡及ストセハ第三者ハ無權利者ヨリ權利ヲ得タル結果トナル可キカ故ニ第一ノ讓受人(條件附讓受人)ノ追奪ヲ免カレサル可シ、而シテ假登記即時時效ノ制度アルモ其適用ナキ場合ニハ取引ノ安全ヲ維持スルヲ得ス、之レニ對スル救濟方法ニアリ、(一)獨逸民法ノ如クニ條件成就ノ效力遡及スル場合ニ於テハ原狀回復ノ債權關係ヲ生スルニ過ストナスカ、(二)條件成就ノ效果ハ物權的ナルモ其遡及スル場合ニ於テハ、第三者ノ權利ヲ害スルヲ得ストナスカ、二者一ヲ擇ハサル可ラス、余ハ本法ノ解釋トシテ第二ノ方法ヲ以テ可トナスモノナリ、蓋シ前段ニ於テ論シタルカ如ク條件成就ノ效果ハ物權的ナル可キモノナリ(三)ヲ見ヨ)、只當事者ノ意思表示ノ效果トシテ第三者ノ權利ヲ害スルハ認ム可ラス、故ニ此點ニ於テ制限ヲ加ヘ當事者間ニ於テハ物權的ニ遡及スト爲スヲ以テ理論上又實際上館ノ得タルモノナリト信ス、

(五)條件不成就ノ效果

(イ)停止條件附法律行爲ニ於テ條件不成就ト決定シタルトキハ其法律行爲ハ效力ヲ發生セサルモノト確定ス、從テ(一)若シモ條件カ成就セハ發生ス可カリシ權利ハ永久ニ發生スルコトナシ、(二)條件ノ成否未定ノ間ニ存スル一切ノ權利義務消滅ス、例ヘハ所謂條件附權利ハ消滅ニ歸ス、其他從タル權利アリタル場合ニ於テハ之レモ亦消滅ス、然レトモ其法律行爲ハ無效行爲ニ非ス、條件附法

律行爲トシテ其本分ヲ終リタルモノナリ、

(ロ)解除條件附法律行爲ニ於テ條件不成就ト決定シタルトキハ既成ノ法律上ノ效果ヲ無條件ニ保存スルニ至ル、然レトモ不成就ト決定シタルニヨリ解除條件附行爲カ無條件ノ行爲ト化スルモノニ非ス、其效力ハ依然解除條件附行爲ノ效力ナリ、

第百二十八條　條件附法律行爲ノ各當事者ハ條件ノ成否未定ノ間ニ於テ條件ノ成就ニ因リ其行爲ヨリ生ス可キ相手方ノ利益ヲ害スルコトヲ得ス

(一)條件附權利ヲ本條及ヒ次條ニ於テ規定ス、停止條件附法律行爲ニアリテハ其行爲ノ目的タル效力ハ條件ノ爲メニ妨ケラレ發生スルヲ得ス、然レトモ當事者ハ條件成就ノ曉ニ於テハ權利ヲ取得ス可キ希望ヲ有ス、解除條件附行爲ニ於テハ其關係全ク反對ニシテ條件ノ決定前ニ於テ其目的トスル法律上ノ效果ハ完全ニ發生ス、然レトモ條件成就シタル場合ニ於テハ其法律行爲ハ效力ヲ失ヒ一旦取得シタル權利ハ舊主ニ復歸スルモノナリ、故ニ財產ノ處分者ハ條件成就ノ曉ニ於テ權利ヲ取得ス可キ希望ヲ有ス、條件成就ノ效果ヲ空シカラサラシムル爲メニハ前示ノ希望ヲ保護スルヲ必要トス、本條及ヒ次條ニ於テ其保護制裁ヲ規定ス、此ノ保護セラレタル希望ヲ條件附權利ト稱ス、故ニ條件附權利ハ條件ノ決定前ニ存スル權利ニシテ條件成就スルトキハ發展シテ完全ナル權利トナリ、條件不成就ト決定スルトキハ希望ノ絕滅ニヨリ消滅スルモノナリ、

條件附權利ハ將來條件成就ノ曉ニ於テ權利ヲ取得ス可キ現在ノ權利ナリ、故ニ之レヲ條件ノ成就ニヨリ取得セラル可キ權利ト混同ス可ラス、二者ノ關係ヲ適フレハ前者ハ手段ニシテ後者ハ目的ナリ、二者ハ合體シテ一トナルコトナシト雖モ影ノ形ニ於ケルカ如ク常ニ相伴ヒテ存在ス、而シテ其ノ手段タル條件附權利ハ目的タル權利ノ性質ニヨリ影響セラレ、目的タル權利カ物權ナルトキハ物權ノ規定ニ從ヒ債權ナルトキハ債權ノ規定ヲ適用ス可キ場合少カラサルナリ、次條ニ於テ「一般ノ規定ニ從ヒ」云々ト云フハ條件附權利カ其目的タル權利ト同一ノ規定ニ從フ可キヲ示スモノナリ、

(二)本條ノ保護　條件附法律行爲ノ各當事者ハ條件ノ成就ニヨリ權利ヲ得可キ希望權ヲ有ス（但シ一方ナルコトナキニ非ス）、故ニ各當事者ハ相手方ノ希望權ヲ害スル性質ノ行爲ヲナス可ラス、是本條ノ制裁ナリ、換言スレハ當事者ハ互ニ相

手方ノ希望權ヲ害ス可ラサル義務ヲ負擔ス、

(イ)相手方ノ利益ヲ害スル行爲、　ハ之レヲ分テ二トナス、

(a)事實行爲、　例之條件附行爲ノ目的物ヲ毀滅減少スルカ如シ、此ノ場合ニ於テハ損害賠償ノ義務ヲ生ス獨民一六〇）、

損害賠償義務ノ根據ハ之レヲ基礎關係（例之賣買賃貸借）ニ求ム可ラス、何トナレハ基礎行爲ハ侵害當時ニ於テハ未タ效力ヲ生セサルモノニシテ且ツ條件成就ノ效果ハ元則トシテ既往ニ遡ラサレハナリ、又之レヲ以テ不法行爲トナス可ラス、何トナレハ不法行爲ハ他人ノ權利ノ侵害ヲ前提トナス然ルニ此ニ問題トナレルハ、自己ノ物ヲ毀滅減少スル場合ナリ、即チ停止條件附ニテ賣却シタル物ヲ毀損減少スト雖モ之レ他人ノ物ヲ毀損減少スルニ非ス何トナレハ條件成就前ニ於テハ權利ハ未タ移轉スルコトナケレハナリ、又解除條件附ニテ取得シタル物ヲ毀損減少スト雖モ條件ノ成就前ニ於テハ其權利ハ讓受人ニ屬ス、故ニ何レノ場合ニ於テモ不法行爲タルノ前提ヲ欠ク可シ、故ニ余輩ハ條件附法律行爲ノ各當事者ハ特ニ本條ニヨリ相手方ノ利益ヲ害ス可ラサル義務ヲ負擔シ、其ノ義務違反トシテ損害賠償義務ヲ負フモノト解セント欲ス、

然シテ此損害賠償義務ハ條件ノ成就ノ時ニ成立スルニ非スシテ違反行爲ノアリタル時ニ直ニ成立スルモノナラサル可ラス、若シ反對ニ條件成就ノ時ニ始メテ成立スルモノト解セハ目的物ヲ毀損減少セル結果條件成就スル能ハサルニ至リタルトキハ賠償義務ヲ生セサル結果トナル可シ、然レトモ其損害賠償義務ハ單純ニ非スシテ解除條件附ナリ條件カ前示ノ行爲以外ノ事由ニヨリ不成就ト決定シタルトキハ消滅ス可キモノトナス、蓋シ條件不成就ト決定スルトキハ相手方ハ元來何等ノ利益ヲモ受ク可ラス、故ニ損害賠償ヲ請求ス可キ根據ナケレハナリ、

(b)法律行爲　例之停止條件附ニテ一人ニ讓渡シタル權利ヲ條件成否未定ノ間ニ於テ更ニ他人ニ讓渡ス、又或ハ解除條件附ニテ取得シタル權利ヲ條件ノ成否未定ノ間ニ於テ第三者ニ讓渡スカ如シ、

此場合ニ於ケル制裁如何、獨逸民法第百六十一條ニヨレハ其處分行爲ハ條件附行爲ノ效力ヲ減殺スル範圍ニ於テ效力ヲ生セストナシ、富井博士原論第五百四頁第五百五頁ハ理由ヲ示サスシテ全然之レニ從フ、然シナカラ其處分行爲ハ何故ニ無效ナルカ本法ニハ明文ナキカ故ニ其根據ヲ明ニスルコト困難ナル可シ、若シ(一)條件附行爲ノ目的物ノ處分ハ本條ニヨリ禁止セ

ラルヽカ故ニ無效ナリト解セハ誤レリ、何トナレハ然ルトキハ條件カ不成就ト決定シタル場合ニ於テモ猶其處分行爲ハ無效タラサルヲ得サレハナリ、(二)其處分行爲ハ他人ノ物ノ處分行爲ニモ非ス、蓋シ前條ノ規定ニヨルニ原則トシテ條件成就ノ效力ハ既往ニ遡ラサルカ故ニ條件成就前ノ處分ハ他人ノ物ノ處分ニ非ス故ニ此理由ニヨリ其處分ノ無效ヲ主張スルヲ得ス、(三)然ラハ本條ニ「相手方ノ利益ヲ害スルコトヲ得ス」トアルヲ解シテ條件附行爲ノ目的物ノ處分行爲ハ無效ナリトナスカ、之レ不可ナリ、何トナレハ若シ條件附行爲ノ目的物ノ處分ハ無效ナリトセハ相手方ノ利益ハ處分行爲ニヨリ侵害セラルヽコトナケレハ本條ト抵觸ス、本條ハ條件附行爲ノ目的物ノ處分行爲ハ相手方ノ利益ヲ害スル效力アルヲ(即チ有效ナルヲ)前提トスルモノナラサル可ラス、

右ノ如クニシテ余ハ遂ニ條件附行爲ノ目的物ノ處分行爲ハ無效ナリトナス根據ヲ發見スル能ハス、故ニ(a)ノ場合ト同シク處分行爲其ノモノハ有效ニシテ單ニ損害賠償ノ義務ヲ生スルモノト解セント欲ス、而シテ其根據モ亦前者ト同シク本條ニヨリ條件附行爲ノ當事者ハ條件ノ成否未定ノ間條件ノ成就ニヨリ、其行爲ヨリ生ス可キ相手方ノ利益ヲ害ス可ラサル義務ヲ負擔シ其義務ノ違反トシテ損害賠償義務ヲ生スルモノト說明セント欲ス、而シテ又實際ノ利害ヲ考察スルニ條件ノ成就ノ結果處分行爲ヲ無效トナスハ第三者ヲ害スルコト甚シ、寧ロ其制裁ヲ損害賠償ニ止メ以テ取引ノ安全ヲ計ルノ優レルニ如カサル可シ、

(ロ)第三者カ條件成就ノ效果ヲ妨ク可キ行爲ヲナシタル場合、例之第三者カ停止條件附ニテ賣却シタル物ヲ奪去リ又ハ解除條件附ニテ讓受ケタル物ヲ毀滅セル場合ノ如シ、本條ニハ「各當事者ハ」トアリ、故ニ此場合ハ本條ノ全ク想像セサル所ナリ、若シモ條件成就ノ效果既往ニ遡ルトナス主義ヲ取リタルナラハ始メノ場合ニハ買主、後ノ場合ニハ讓渡人ニ於テ條件ノ成就後ニ至テ不法行爲ノ訴權ヲ有スルヤ明ナリト雖モ、本法ハ不遡及ヲ以テ原則トナスカ故ニ買主又ハ讓渡人ハ其目的物ノ奪取毀滅ニヨリ權利ヲ害セラルヽコトナキカ故ニ不法行爲ノ訴ヲ起ス能ハサル可シ、然レトモ條件ノ決定以前ニ於テ買主又ハ讓渡人ハ條件附權利ヲ有スルヲ以テ第三者ノ行爲ハ其條件附權利ノ侵害トナル可キカ故ニ此ノ理由ニヨリ不法行爲ノ訴權ヲ有ス可シ、但シ其訴權ハ條件ノ成就ヲ以テ第二ノ要件トナス、何トナレハ此ノ時ニ於テ始メテ損害ヲ生シ不法行爲ノ要件ヲ完備スルニ至ル可ケレハナリ(Planck Z. § 160 Enneccerus §

第百二十九條　條件ノ成否未定ノ間ニ於ケル當事者ノ權利義務ハ一般ノ規定ニ從ヒ之ヲ處分、相續、保存又ハ擔保スルコトヲ得

185 I 2. C. Windscheid § 89 nr I)、

(一)**條件附權利ノ第二ノ保護**ヲ本條ハ規定ス、條件附權利義務ハ其ノ本質ハ希望ニ過キスト雖モ本節ノ規定ニヨリ保護セラルヽニヨリ權利タリ、故ニ一般ノ規定ニ從ヒ處分、相續、保存又ハ擔保スルコトヲ得ルモノトス、前條ノ(一)ニ述ヘタル如ク條件附權利ハ其ノ目的タル權利ノ影響ヲ受ケテ以テ其ノ性質ヲ定ム、本條ニ「一般ノ規定」トハ單純ノ權利義務ニ關スル規定ヲ云フ、即チ條件附權利ノ目的タル權利ニ關スル規定ト同一ノ規定ニヨリ條件附權利其モノヲ處分、相續又ハ擔保スルコトヲ得ルノ義ナリ、本條ハ停止條件解除條件ニ共ニ適用アリ、條件附權利ノ性質ニ付キテハ前條(一)ヲ見ヨ、

(二)**條件附權利ノ處分**トハ權利ノ讓渡拋棄(債權ニ付キテハ免除ト云フ)、及ヒ負擔ノ設定ヲ云フ、而シテ一般ノ規定ニ從フ可キモノナルカ故ニ條件附權利ノ目的タル權利カ債權ナルトキハ債權讓渡(四六六以下)債務ノ免除(五一九)債權質(三六三以下)ノ規定ニ從フ、其ノ物權ナル場合ニ於テハ第百七十六條第百七十七條第百七十八條ニ從フ、猶一般ノ規定ニ從フ可キモノナルカ故ニ(一)條件附權利ヲ處分スルニハ其目的タル權利ノ處分シ得可キモノナルコトヲ前提トシ、(二)處分ノ能力ニ關シテモ其目的タル權利ヲ處分スル能力アルヲ要ス、例之條件附ノ扶養ヲ受クルノ權利(契約上)ハ之レヲ處分スルヲ得ス、又外國人ノ享有シ能ハサル權利ヲ目的トスル條件附權利ハ之レヲ外國人ニ讓渡スヲ得サルカ如シ、

(三)**條件附權利ノ相續**　權利ノ相續ハ第九百八十六條及第千一條ニ規定ス、被相續人ノ權利ハ相續ノ開始ニヨリ其時ヨリ當然相續人ニ移轉ス、條件成就(決定)ヲ待テ移轉スルモノニ非ス、但シ條件附權利カ相續セラルヽニハ其ノ目的タル權利カ相續セラル可キ性質ノモノタルヲ要ス、又條件附權利ハ單純ノ權利ト同一ノ規定ニ從ヒ遺贈ノ目的トナスコトヲ得、

(四)**條件附權利ノ保存**　其目的タル權利カ不動產物權ナルトキハ假登記ヲナスヲ得可ク(不動產登記法、第二條)、又其ノ目的物ヲ第三者占有シ取得時效進行スル場合ニ於テハ條件附權利者ハ時效ノ中斷ヲナスコトヲ得(一六六)、又條件附權利者ハ權利確認ノ訴ヲ起スコトヲ得、之レ又權利保存ノ一方法ナリ、是等ハ法律ニ特別規定存スル場合ノ外ハ一般ノ規定ニヨル可キモノナリ、

(五)條件附權利ノ擔保　擔保トハ債權ノ擔保ヲ云フ、故ニ之レハ條件附權利ノ目的カ債權ナル場合ニノミ適用アリ、擔保ニハ純粹ナルモノト否ラサルモノトアリ、純粹ナルモノハ保證先取得權、留置權、質權、抵當權ナリ、故ニ條件附權利擔保ノ爲メニ是等ノ權利ヲ設定シ又ハ法律上發生セシムルコトヲ得ルモノト解釋ス可シ、純粹ナラサルモノハ違約金、(特ニ懲罰ノ性質ヲ有スルモノ)連帶、不可分特約等アリ、本條ニ云フ擔保トハ之レヲ廣義ニ解シ其純粹ナラサルモノヲモ包含スルモノトス、

本條ニ於テ特ニ此點ヲ明言シタル所以ハ他ナラス、凡テ擔保權ハ從タル性質ヲ有スルモノナルカ故ニ主タル權利(擔保セラル可キ權利)カ未タ完全ニ發生セサルニ先チテ擔保權ヲ發生セシメ得ルヤ否ヤ疑問タラサルヲ得サルカ故ニ之レヲ決スルノ目的ニ出ツ、

(六)其他ノ保護　條件附權利ハ前條及ヒ本條ニヨリ保護セラルヽノ外猶(一)破產ニ於テハ其屆出ヲナシ配當ニ加入スルコトヲ得、(二)條件決定前ニ條件附給付ノ訴ヲ提起シ得ルヤ否ヤハ疑問ナリトス、

然レトモ條件附權利者ハ(一)第四百二十三條ニヨリ間接訴權ヲ行フヲ得ス、又(二)第四百二十四條ニヨリ廢罷訴權ヲ行フヲ得ス、蓋シ條件決定前ニ於テハ果シテ債權發生スルヤ否ヤ未定ナリ、故ニ債務者ノ無資力カ果シテ條件附權利者ノ利益ヲ害スルヤ否ヤ未定ナレハナリ、而シテ(三)條件附義務者カ錯誤ニヨリ條件決定前ニ辨濟トシテ給付ヲナシタルトキハ所謂非債辨濟トナルカ故ニ不當利得トシテ其返還ヲ請求スルコトヲ得可シ、

第百三十條　條件ノ成就ニ因リテ不利益ヲ受クヘキ當事者カ故意ニ其條件ノ成就ヲ妨ケタルトキハ相手方ハ其條件ヲ成就シタルモノト看做スコトヲ得

(一)擬制的成就　ヲ本條ハ規定シタルモノナリ、條件ノ成否未定ノ間ニ於テハ當事者ハ誠實ニ其ノ決定ヲ待ツ可キナリ、然ルニ當事者カ故意ニ自己ノ不利益ヲ免カレンカ爲メニ其ノ成就ヲ妨ケタル場合ニ於テハ其ノ制裁トシテ相手方ハ其條件ヲ成就シタルモノト看做スコトヲ得ルナリ、事實上成就ノ妨ケラレタルモノヲ成就シタルモノト看做スモノナルカ故ニ之レヲ擬制的ノ成就ト云フ、例之遺言者甲カ乙ニ對シテ若シ汝丙ト婚セハ財產ヲ與ヘント云フ場合ニ甲ノ相續人タル丁カ乙ヲ丙ニ讒シ又ハ丙ヲ乙ニ讒シ之レカ爲メニ婚姻成立セサリシトス、此場合ニ於テハ丁ハ條件ノ成就ニヨリ不利益ヲ受ク可キ地位ニ立ツ可

キモノナリ而シテ、故意ニ條件ノ成就ヲ妨ケタルモノナリ、故ニ乙ハ丙トノ婚姻成立シタルモノト看做シ、遺贈ヲ請求スル權利アリトス、成立セサリシ婚姻ヲ成立シタルモノト看做スモノナルカ故ニ我々ハ之レヲ擬制的成就ト云フ、

(二)本條ノ適用　ニ付キ注意ス可キ點左ノ如シ、

（イ）相手方ハ看做スコトヲ得、　トアルカ故ニ法律上當然成就シタルモノト看做スニ非ス（獨民一六二ハ反之）、相手方ノ選擇ニヨリ「看做スコトヲ得」ルモノナリ、

（ロ）條件ノ成就ニ干與スル權利ナキモノ・干與シタルヲ要ス、　例之條件ノ成就不成就ヲ當事者ノ自由意思ニ委シタル場合ニ於テ其ノ當事者カ（不利益ヲ受ク可キモノト假定セヨ）、條件ヲ不成就ト決定セシメタル場合ニハ本條ノ適用ナシ、蓋シ本條ハ不誠實者ニ加ヘタル制裁ナリ、然ルニ右ノ如キ場合ニ於テハ條件ヲ何レニ決定セシムルモ其ノ當事者ノ自由ナリ、從テ不誠實ナリト云フヲ得サレハナリ、

（ハ）條件ノ成就ニヨリ不利益ヲ受ク可キ當事者カ其成就ヲ妨ケタルヲ要ス、第三者カ妨ケタル場合ニハ適用ナシ、玆ニ當事者ト云フハ條件附法律行爲ノ當事者ノミヲ指スニ非ス、條件成就ニヨリ生ス可キ法律關係ノ當事者ヲモ包含スルモノナリ（一ニ述ヘタル例ヲ見ヨ、又例之條件附債務ノ保證ニ於テハ保證人ハ條件附行爲ノ當事者ニ非スト雖モ條件ノ成就ニヨリ生ス可キ法律關係ニ於テ不利益ヲ受ク可キ地位ニ在ルモノナルカ故ニ保證人カ條件ノ成就ヲ妨ケタルトキハ本條ノ適用ヲ受ク可シ、

（ニ）條件ノ成就ヲ妨ケテ不利益ヲ免カレントスルノ意思即チ惡意アルヲ要ス、若シ夫レ正當ノ理由ニヨリ成就ヲ妨ケタル場合ニハ其適用ナシトス、例之我羊若シ子ヲ生マハ汝ニ金若干ヲ與ヘント云フ場合ニ於テ其羊獸疫ニ罹レルヲ以テ之レヲ撲殺シタリトス、此ノ場合ニハ惡意ナキカ故ニ本條ノ適用ナシトス、

(三)類推適用　本條ハ條件ノ成就ニ因リテ不利益ヲ受ク可キ者カ故意ニ條件ノ成就ヲ妨ケタル場合ノ規定ナリ、故ニ條件ノ不成就ニヨリ不利益ヲ受ク可キ者カ故意ニ條件ヲ成就セシメタル場合ニ適用ナシ、例之火災保險ニ於テハ被保險人ハ火災生セハ保險金ヲ得可シ、火災生セサレハ保險料ヲ失フ、即チ條件不成就ニヨリ不利益ヲ受ク可キ地位ニ在リ、若シ被保險人故意ニ其家ヲ燒クナラハ之レ故意ニ條件ヲ成就セシメタルモノト云フ可シ、此場合ニハ本條ノ類推適用ニヨリ相手方ヲシテ條件成就セサルモノト看做スコトヲ得セシメテ可ナリトス、

(四)本條ト第百二十八條ノ關係　此ノ二條文ハ決シテ重複スルモノニ非ス、全ク別事ヲ規定ス、本條ハ條件ノ成就ニ關スル不正行爲ノ制裁ニシテ、第百二十八條ハ條件ノ成就其ノモノニハ關係ナク只其ノ結果ヲ害スル行爲ニ對スル制裁ナリ、

第百三十一條　條件カ法律行爲ノ當時既ニ成就セル場合ニ於テ其條件カ停止條件ナルトキハ其法律行爲ハ無條件トシ解除條件ナルトキハ無效トス

條件ノ不成就カ法律行爲ノ當時既ニ確定セル場合ニ於テ其條件カ停止條件ナルトキハ其法律行爲ハ無效トシ解除條件ナルトキハ無條件トス

前二項ノ場合ニ於テ當事者カ條件ノ成就又ハ不成就ヲ知ラサル間ハ第百二十八條及ヒ第百二十九條ノ規定ヲ準用ス

(一)既成條件　ヲ本條ハ規定ス、既成條件ハ表見的條件ノ一種ニシテ之レヲ附加スルトモ條件タルノ效力ヲ生セス、即チ法律行爲ノ效力ヲ未定ノ狀態ニ置クノ資格ナキモノナリ、即チ既成條件ハ眞ノ條件ニ非ス、人或ハ本條ヲ以テ本法カ條件主觀主義ヲ取リタル證トナサント試ムルモノナキニ非サルモ其ノ誤レルコトハ本節總說(四)ノ(ハ)ニ述ヘタリ、然レトモ既成ノ事實ヲ以テ條件トシテ附加スト雖モ之レニヨリ法律行爲無效トナスニ非ス、法律ハ既成條件ヲ禁止シタルモノニ非ス、只既成條件ハ眞ノ條件タルノ效力ナキノミ、又既成條件ノ附加ハ全ク條件ノ附加ナキト同視ス可キニ非ス、其ノ效力ハ本條ニ於テ別ニ之ヲ規定ス、

(二)條件ノ成就確定セル場合　法律行爲ノ時ニ於テ條件ノ成就既ニ業ニ客觀的ニ確定セル場合ニ於テ其條件カ停止條件ナルトキハ其ノ法律行爲ハ無條件トナス、蓋シ當事者ハ其條件タル事實ノ發生ニヨリ法律行爲ニ效力ヲ生セシメントスル意思ヲ有ス、然ルニ其ノ事實既ニ發生セルカ故ニ其行爲ヲ無條件ニ成立セシムルハ當事者ノ豫期ニ合スルモノナリ、「無條件トス」ト云フト「條件成就シタルモノトス」ト云フハ同義ニ非ス、無條件トナストキハ、其行爲ハ行爲ヲナシタル時ヨリ效力ヲ生ス、條件成就シタルモノト見ルト云ヘハ第百二十七條ノ規定

ニヨリ條件タル事實ノ發生ノ時ヨリ效力ヲ生ス、故ニ此ノ場合ニ於テハ行爲ノ時ヨリ效力ヲ生ス可シ混同スル勿レ、

條件ノ成就既ニ客觀的ニ確定セル場合ニ於テ其條件カ解除條件ナルトキハ其ノ法律行爲ハ無效トナス、蓋シ當事者ノ意思ハ條件タル事實發生セハ法律行爲ヲシテ效力ヲ失ハシメントスルニ在ルカ故ニ、既ニ其事實發生セルナラハ始メヨリ效力ヲ生セシメサルヲ以テ其ノ豫期ニ合スルモノト云ハサル可ラス、

(三)條件ノ不成就確定セル場合

法律行爲ノ時ニ於テ條件ノ不成就カ既ニ確定セル場合ニ於テ其條件カ停止條件ナルトキハ其法律行爲ヲ無效トス、蓋シ當事者ノ意思ハ條件タル事實カ不發生ト決定スルナラハ法律行爲ニ效力ヲ生セシメサルニ在リ、然ルニ始メヨリ不發生ト決定セルカ故ニ其法律行爲ヲ無效トシ效力ヲ附セサルハ當事者ノ意思ニ合スルモノト云ハサル可ラス、又右ノ場合ニ於テ其條件カ解除條件ナルトキハ其法律行爲ハ無條件トス、是レ當事者ノ意思推定ニ基ケル規定ナリ、蓋シ解除條件不成就ニ決定スルトキハ法律行爲ノ效力ハ其ノ儘ニ存續ス可キモノナルカ故ニ始メヨリ不成就確定セルトキハ其行爲ヲ無條件ニ成立セシムルヲ以テ至當ト見タルモノナリ、此ノ場合ニ於テモ解除條件附行爲ハ無條件ニ成立スルモノナルカ故ニ其行爲ノ效力ハ行爲ノ時ヨリ生ス、條件タル事實ノ發生シタル時ニ遡リテ效力ヲ生スルニ非ス、

(四)主觀的ニ不確定ノ場合

條件ノ成就ハ客觀的ニ確定セルモ當事者ノ未タ之ヲ知ラサル間ハ眞正ノ條件ノ未定ノ間ニ關スル規定ヲ準用ス（本條第三項）其ノ旨意ハ條件ハ客觀的ニハ既ニ決定セルモ當事者猶其ノ事實ヲ知ラサレハ主觀的ニハ條件未決定ノ場合ト其ノ關係ヲ異ニセサルカ故ニ同一ノ規定ニ從フ可シト云フナリ、然シ本項ノ準用ハ極メテ困難ニシテ複雜ナル法律關係ヲ生ス、左ニ其ノ一例ヲ上ク可シ、

當事者カ條件既成ノ事實ヲ知ラスシテ之レヲ解除條件トナシ不動産ヲ讓渡シ、第三者之レヲ侵害シタリトス、然ルトキハ條件成就ノ事實未タ當事者ニ知レサル間ハ不動産上ノ權利ハ讓受人ニ屬スルモノト看做サル可キカ故ニ讓受人ハ其第三者ニ對シテ不法行爲ノ損害賠償請求權ヲ有ス、然レトモ其ノ讓渡行爲ハ本來無效ナリ、故ニ條件成就ノ事實ヲ覺知スルヤ否ヤ讓渡人カ第三者ニ對シテ損害賠償請求ヲナシ得ルニ至ル可シ、然ラハ讓受人カ既ニ損害賠償ヲ得タル場合ニ於テハ不當利得トシテ之ヲ讓渡人ニ返還セサル可ラサルカ、

(五)適用ノ範圍

本條ハ條件既成ノ事實ヲ當事者カ知ラスシテ條件トナシタル場合及ヒ知テ條件トナシタル場合ニ關ス、條件既成ノ事實ヲ知ルトハ契約

ニ於テハ兩當事者ノ之ヲ知ルヲ意味スルカ或ハ一方カ知リタルトキハ既ニ既成ノ事實ヲ知テ條件ト爲シタル法律行爲ト云フヲ得可キカ、余ハ後說ニ從フモノナリ、

終リニ當事者ノ一方又ハ双方カ既成ノ事實ヲ知テ條件トナス場合ニ於テハ當事者間ニ法律上ノ效果ヲ欲スルノ誠意（Ernst）ナキモノト見做ス可キ場合少カラサル可シ、其場合ニハ其法律行爲ハ常ニ無效タリ、

第百三十二條　不法ノ條件ヲ附シタル法律行爲ハ無效トス不法行爲ヲ爲サヽルヲ以テ條件トスルモノ亦同シ

(一)不法條件（Turpes conditio）ヲ本條ハ規定ス、不法條件ノ觀念ニ就テハ從來二說アリ(一)條件タル事實其ノモノ、不法ナルヲ不法條件トナス、(二)條件タル事實其ノモノ、適法不適法ヲ問ハス條件ヲ附スルニヨリ法律行爲ヲ不法ナラシムルトキハ其ノ條件ハ不法條件ナリト云フ、例之「子無ケレハ解除ス」ト云フ解除條件附ニテ爲ス婚姻ハ、前說ニヨレハ子無キノ事實ハ不法行爲ニ非サルカ故ニ不法條件トナラス、後說ニヨレハ不法條件トナル、本條ハ佛蘭西民法（一一七二）ト同シク前說ニヨリタルモノニシテ不法行爲ヲナスコト又ハ不法行爲ヲ爲サヽルコトヲ條件トナシタル場合ニ其ノ條件ヲ不法條件ト云フ、故ニ左ノ場合ハ本條ノ適用ヲ受クル限リニ非ス、

(イ)條件其ノモノハ不法行爲ヲナシ又ハ爲サヽルコトニ非スシテ法律行爲ノ內容ノ不法ナル場合例之「人ヲ殺サハ」千圓ヲ與ヘント云フ意思表示ハ本條ノ規定スル所ナリト雖モ「明日雨降ラハ」人ヲ殺サント云フ意思表示ハ本條ノ適用ヲ受ケス、第九十條ノ規定ニヨリ無效トナルモノナリ、

(ロ)條件其ノモノハ不法ニ非ス基礎タル法律行爲其ノモノモ亦不法ニ非サルモ條件ヲ附加スルコトノ不法ナルモノ、例之「子ナケレハ」解除セント云フ解除條件附婚姻ハ本條ノ支配ヲ受ケス、此種ノ行爲ハ條件ヲ許サヽル行爲トシテ全部無效タル可シ、

本條ニ用ヒタル「不法行爲」ノ文字ハ本法第三編第五章ニ云フ不法行爲ト其ノ意義ヲ同フセス、他人ノ權利侵害行爲ノミナラス、公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ廣ク指スモノト解ス可シ、故ニ例ヘハ「汝終世婚セサレハ」汝ノ子ニ財產ヲ與ヘント云フ場合ニモ適用アル可シ、

(二)不法條件ノ效力　不法條件ヲ附シタル法律行爲ハ條件ノミヲ無效トナシテ無條件ニ成立スルコトナク法律行爲ヲ全部無效ナラシム、而シテ其ノ條件ノ

停止條件ナルト解除條件ナルトニヨリ差別アルコトナシ、此ノ點ニ就キテハ實ハ學說未タ一定スル所ナキナリ、(一)不法條件カ停止條件ナル場合ニハ法律行爲ヲ全部無效ナラシム、之レ異論ナキ所ナリ蓋シ條件成就ノ利益ヲ受ケンカ爲メニ不法行爲ヲ敢テスル傾トナリ法律行爲全體ニ不法ノ性質ヲ帶ハシムルカ爲メナリ、(二)不法行爲ヲ解除條件トナシタル場合ニ於テハ不法行爲ヲナスモノハ利益ヲ失フ地位ニ在ルカ故ニ不法行爲ヲ抑制スルノ效力ナクンハ非ス、例之汝ニ不動産ヲ與ヘン但シ「若シ汝賭博ヲ爲サハ」之レヲ解除ス可シト云フ場合ニ於テハ人ハ不動産ヲ失ハンコトヲ恐レテ賭博ヲ愼シムニ至ル可シ故ニ公益ニ害アリト云フヲ得ス、然レトモ停止條件モ形ヲ更フレハ解除條件トナル、故ニ不法條件ヲ附スルモ其解除條件タル場合ハ差支ナシトノ原則ヲ立ツルトキハ言辭ヲ曲枉シテ不法ヲ奬勵スルカ如キ行爲ヲナスモノ相踵テ出テン、故ニ之レハ到底不可ナリ、左ラハトテ我民法ノ如クニ絕對ニ之レヲ無效トナスノ必要何處ニカアル、宜シク個々ノ場合ニ付キ公益ニ害アリヤ否ヤヲ驗シテ其效力ヲ定ム可キナリ、故ニ余輩ヲシテ言ハシムレハ解除條件ノ場合ニ關シテハ一定ノ原則ヲ立テサルヲ以テ宜ヲ得タルモノトス (Deruburg, pand, § 107 Anm 9.)、

本條ノ規定ハ敢テ解除條件ノ場合ニモ適用アル可キ旨ヲ明言スルニ非ス、然レトモ之レヲ前條及ヒ後條ノ關係ヨリ案スルニ皆一々停止條件解除條件ヲ區別シテ其ノ效力ヲ定ム、然ルニ本條ニハ此ノ區別ナシ故ニ兩種ノ條件ニ適用アル可シトノ解釋ヲ生スルハ已ヲ得サル所ナリ（梅博士民法要義第百三十二條富井博士原論四九八）

第百三十三條　不能ノ停止條件ヲ附シタル法律行爲ハ無效トス

不能ノ解除條件ヲ附シタル法律行爲ハ無條件トス

(一)不能條件(Unmögliche Bedingung)ヲ本條ハ規定ス、不能條件トハ成就スルコトナキコトノ確定シタル事實ヲ以テ條件トナスヲ云フ、即チ發生ノ確實ナル事實ノ不發生又ハ不發生ノ確實ナル事實ノ發生ヲ以テ條件トナシタルモノヲ云フ、

(イ)不能ニハ事實上ノ不能ト法律上ノ不能トアリ、或ハ法律上ノ不能ハ即チ不法ニ等シキカ故ニ前條ノ支配ヲ受ク可キモノニシテ本條ノ不能條件中ニ包含セラレス、本條不能條件ハ事實上ノ不能ノミヲ指ストノ論ナキニシモアラサルモ夫ハ正シカラス、(一)前條ノ不法條件ハ當事者カ不法行爲(廣義)ヲナシ

又ハ爲サヽルヲ以テ條件トナス場合ナリ、故ニ第三者カ「不法行爲ヲナシテ制裁ヲ受ケサルナラハ」ト云フ場合ハ其ノ內ニ在ラス、(二)法律上不能ニシテ而カモ不法行爲タル性質ヲ帶ヒサル場合アリ、例之「形式ヲ欠ク遺言カ有效ナラハ」ト云フカ如キハ明ニ法律上不能ナリ、然レトモ之レヲ以テ不法行爲ト云フヲ得ス、此ノ故ニ不能條件ニハ事實上ノモノト法律上ノモノトアリトナス舊來ノ說ヲ守ル可シ、然ラサレハ徒ニ法ノ欠陷ヲ生ス可シ

然レトモ法律上ノ不能條件ニシテ同時ニ不法條件タル場合ナキニ非ス、不法ナルカ故ニ不能ナル場合ハ凡テ然ル可シ、例之汝踝トナルコトナクシテ甲ヲ殺サハ千圓ヲ與フ可シト云フカ如シ、此ノ場合ニ於テハ其ノ效力ハ前條ニヨリ支配セラルヽカ本條ニヨリ支配セラルヽカノ問題ヲ生ス、其停止條件タル場合ニ於テハ何レニヨルモ其ノ效力同一ナリト雖モ解除條件タル場合ニ於テ前者ニヨレハ無效ニシテ本條ニヨレハ無條件ナリ、余輩ハ如此場合ニハ前條ニ依ル可キモノト信ス、

(ロ)事實上ノ不能ハ絕對的ナルヲ要スルヤ、或ハ其實現非常ニ困難ナルトキハ猶之レヲ不能ト同一ニ取扱フヲ得可キカ、余輩ハ後說ニ從フモノナリ(Windscheid. Bd. I § 94同論)、蓋シ法律ノ實際ノ目的ノ爲メニハ絕對的ニ不能ニ非サルモ我々ノ經驗上萬々實行セラルヽコトナキモノハ之レヲ實行不能ト看做シテ差支ナキナリ、例之「一日ニ能ク百里ヲ徒步セハ」ト云フカ如キ絕對不能ニ非ス、然レトモ吾人ハ經驗上未タ嘗テ如此ノ健脚家アルヲ知ラス、故ニ之ヲ不能ト見做シテ可ナリ、

(ハ)事實上ノ不能ハ事實問題ナリ、前述ノ旨趣ニ從ヒ其時代ノ智識經驗ヲ標準トシテ決ス可キナリ、疑ハシキ場合ニ於テハ之レヲ鑑定ニ附スルコトヲ得、其時代ノ智識ニ於テ不能ト決シタルモノカ數年ノ後可能ナルコトアルモ其ノ判定ハ誤判ニ非ス、例之「食鹽ヲ化シテ黃金トナス」ハ今日不能ナリ、故ニ今日此ノ事實ヲ判斷スルニ當リ不能ト判定シタルニ數年ノ後其ノ方法發見セラレタリトスルモ今日與ヘタル判定ハ誤判トナラス、

法律上ノ不能ハ現行法ノ解釋ニヨリ之ヲ決ス、

(ニ)不能ハ法律行爲ノ時ニ於テ不能ナルヲ要ス、法律行爲ノ時ニ於テハ可能不能不確定ニシテ後ニ至リテ不能ニ決シタル場合ハ所謂不能條件ニ非スシテ條件ノ不成就ナリ、又法律行爲ノ時ニ於テ不能ナルモノハ後ノ發明ニヨリ又ハ法律ノ變更ニヨリ可能ト變スルモ猶不能條件タルノ性質ヲ變セス、然レトモ當事者カ現在ニ於テハ其ノ不能ナルヲ知リテ將來其ノ可能ト變スルヲ以テ

條件トナストキハ不能條件ニ非ス、例之「富籤ヲ購買シテ羅トナラサレハ」ト云フ條件ハ不能條件ナリ、然レトモ、當事者ノ意思「若シ將來富籤購買ヲ許スノ法律制定セラルヽナラハ」ト云フニ在ラハ不能條件ニ非ス、而シテ其條件カ確定又ハ不確定期限ヲ包含スル場合ニ於テハ其ノ期限ノ到來ノ時ニ於テ其ノ成就不成就ヲ判定ス可キノミ（本節總說（七）ノ（ハ）ヲ見ヨ）、

（ホ）不能條件ト不能ノ行爲、　此ノ二者ハ之ヲ混同ス可ラス、前者ハ條件ハ不能ナルモ法律行爲ノ基礎的內容ハ可能ナルモノナリ、例之「汝天ニ上ラハ」金百圓ヲ與フ可シト云フカ如シ金百圓ヲ與フルハ不能ニ非ス、反之後者ハ條件タル事實ノ能否ヲ問ハス法律行爲ノ基礎的內容ノ不能ナルモノヲ云フ、例之「明日雨降ラハ」我「天ニ上ラン」ト云フカ如シ、不能條件ヲ以テ停止條件トナストキハ法律行爲ハ無效ナルモ之ヲ以テ解除條件トナストキハ法律行爲ハ無條件ナリ、然ルニ法律行爲ノ基礎的內容カ不能ナル場合ニ於テハ如何ナル場合ニ於テモ其行爲ハ無效ナリ、

（二）不能條件ノ效力　ハ不成就ノ決定ト粗ホ同一ナリ、當事者カ其不能ナルヲ知ルト否トニ論ナク、之ヲ以テ停止條件トナシタル場合ニ於テハ其ノ法律行爲ハ無效トシ、之ヲ以テ解除條件トナシタル場合ニ於テハ其法律行爲ハ無條件トナス、

第百三十四條　停止條件附法律行爲ハ其條件カ單ニ債務者ノ意思ノミニ係ルトキハ無效トス

（一）隨意條件　ヲ本條ハ規定シタルモノナリ、隨意條件ニハ要物隨意條件ト純粹隨意條件ノ二種アリテ要物隨意條件ハ停止條件トナスモ解除條件トナスモ條件タルノ效力アルコト偶成條件ト異ルコトナシ、故ニ此點ニ關シテハ本條ハ規定セス、純粹隨意條件ニ關シテノミ規定ス（本節總說（五）ノ（ロ）ヲ見ヨ）、

（二）純粹隨意條件　ノ效力ニ關シテ左ノ四場合ヲ分ツ、

イ）債權者ノ意思ヲ以テ條件トナス場合、　之ヲ分テ二トナス、

(ロ)債權者ノ意思ヲ以テ停止條件トナス場合、　例之「我欲セハ請求ス可シ」「某家屋我意ニ適セハ買ハン」ト云フ法律行爲ナリ、所謂試驗賣買 Kauf auf probe ナルモノハ之ニ屬ス、此ノ如キ法律行爲ハ條件附法律行爲トシテ成立ス、何トナレハ其債務者タル者ニ於テ已ニ無條件ニ承諾ヲ與ヘタル以上ハ法律上ノ拘束ハ已ニ存在スルモノト見ルヲ得可ク、又債權者ハ反對ノ意思ヲ表示スルコトモアル可ク或ハ何等ノ意思ヲモ表示セスシテ死亡スルコトア

得可キカ故ニ法律行爲ヲ不確定ナラシムルヲ得レハナリ、此ノ場合ニ於テハ條件ハ「欲スルノ意思表示」ニヨリテ成就ス、然シ此ノ如キ意思表示ハ事實ニシテ法律行爲ニ非ス、法律行爲（意思表示）ニ關スル規定ノ適用ナシ、只事實上其意思カ表示セラルレハ足ルモノナリ、而シテ通常ノ場合ニ於テハ特別ニ其ノ意思表示ヲナスコトナクシテ直ニ請求ヲ爲スナル可シ、債權者カ特ニ欲セサルノ意思ヲ表示シタルトキハ條件ハ不成就ト決定ス、

第百二十九條ノ規定ニヨリ條件附權利ヲ讓渡スル場合ニ於テモ條件ハ事實ナレハ之ヲ讓渡スヲ得ス、條件附權利ハ讓受人ニ移轉スルモ條件ハ讓渡人ノ意思ニヨリ決定ス、又債權者死亡ノ場合ニ於テハ條件ハ不成就ニ決定スルモノナリ、隨テ其相續人ハ之ニ代テ其意思表示ヲナスヲ得ス、

(ロ) 債權者ノ意思ヲ以テ解除條件トナス場合、　此ノ場合ニ於ケル債權者ト云フハ條件ノ成就ニヨリ權利ヲ取得ス可キモノヲ云フ、例ヘハ解除條件附所有權讓渡ノ場合ニ於テハ讓渡人ヲ云フ、「今所有權ヲ汝ニ與フ」然レトモ「若シ我欲セハ之ヲ解除ス可シ」ト云フカ如キ之ナリ、而シテ其解除條件トシテ有效ナル可キハ債權者ハ其意思表示ヲナサスシテ死亡スルコトアリ得可キカ故ニ法律行爲ノ效力ヲ不確定ナラシムルヲ得ルニヨリ明ナリ、

此ノ場合ハ解除權ノ留保ト其作用最モ相近シ、但シ左ノ區別アリ、(一)解除權ハ權利ナリ故ニ當人死亡ノ節ハ相續人ニ移ルモ條件ハ事實ナルカ故ニ若シ當人其意思ヲ表示スルコトナク死亡スルトキハ相續人ニ於テ其意思ヲ表示スルヲ得ス、條件ハ不成就ト決定シタルモノナリ(二)債權讓渡ノ場合ニ於テ解除權ハ之ト共ニ讓受人ニ移轉スルモ條件ハ事實ナルカ故ニ讓渡スルヲ得ス讓渡人ノ意思ヲ以テ依然條件トナス、(三)其ノ效力ニ於テ解除權行使ノ結果ハ債權的ナリ(五四五)解除條件成就ノ結果ハ物權的ナリ(一二七)、

(二) 債務者ノ意思ヲ以テ條件トナス場合、　之ヲ更ニ二ニ分ツ、

(イ) 債務者ノ意思ヲ以テ停止條件トナス場合、　例之「我若シ欲セハ金一萬圓ヲ與ヘン」ト云フカ如シ此ノ場合ニ於テハ債務ヲ負擔セントスル意思未タ存在セス故ニ法律行爲トシテ成立スルヲ得スト(梅博士第百三十四條參照)、此理由ニヨリ本條ニ於テハ其法律行爲ヲ無效トセリ、而シテ本條ニハ「單ニ債務者ノ意思ノミニ係ルトキハ」トアルカ故ニ双務契約ノ當事者ノ一方ノ意思ノミニ係ル條件ハ本條ノ適用ヲ受ケス其法律行爲ハ有效ナリ(梅博士要義第百三十四條)、蓋シ此場合ニ於テハ其者ハ債務者タルト同時ニ債權者タレハナリ、

(b)債務者ノ意思ヲ以テ解除條件トナス場合、　此場合ニハ其法律行爲ハ有效ニシテ解除條件附ニ成立ス、蓋シ債務者(解除條件ノ成就ニヨリ權利ヲ失フ可キ者)ハ解除ノ意思表示ヲナサヽル旨ノ意思表示ヲナシ、又ハ何等ノ意思ヲモ表示セスシテ死亡スルコトアリ得可キカ故ニ其法律行爲ノ效力ヲ不確定ナラシムルコトヲ得ルカ故ニ條件タルノ資格十分ナレハナリ、

(三)債務者ノ意思

本條ニ云フ債務者トハ嚴格ノ意義ニ云フ債務者ノミヲ指スニ非ス、條件ノ成就ニヨリ不利益ヲ受ク可キ地位ニ在ルモノヲ廣ク指ス、其債權者ト云フモノモ亦之ニ適應スルモノナリ、若シ反對ニ解セハ拾收ス可ラサル不都合ニ陷ル可シ、例ヘハ所有權ノ讓渡ニ於テ讓受人ノ意思ヲ以テ解除條件トナス場合ニハ條件成就ノ結果ハ物權的ニ生シ讓受人ハ債務者トナルコトナシ、故ニ反對論ニヨレハ其適用ヲ見サル可シ、又或ハ「汝欲セハ我不動產ヲ汝ニ與フ可シ」ト云フ場合ニ於テモ條件成就ノ結果ハ債權債務ヲ生スルニ非ス、物權的ニ效力ヲ生スルモノナリ、故ニ反對論ニヨレハ此場合ニモ適用ヲ見サルニ至ル可シ、其他類推ス可シ、要スルニ(一)條件ハ獨リ債權行爲ニノミ附シ得ルモノニ非ス、(二)條件成就ノ結果ハ物權的效力ヲ生スルヲ知ラハ、我輩ノ如ク廣義ニ解スルノ至當ナルヲ悟ルヲ得可シ、

第百三十五條　法律行爲ニ始期ヲ附シタルトキハ其法律行爲ノ履行ハ期限ノ到來スルマテ之ヲ請求スルコトヲ得ス

法律行爲ニ終期ヲ附シタルトキハ其法律行爲ノ效力ハ期限ノ到來シタル時ニ消滅ス

(一)期限ノ性質　ハ本節總說(八)ニ之ヲ述ヘタリ、

(二)期限ノ效力　ニ關シテハ本節總說(九)ニ之ヲ述ヘタリ、期限ニハ效力ノ發生ヲ停止スルモノト(Befristete geschäft)履行ノ請求ヲ停止スルモノト(Betagte geschäft)ノ二種類アリ、本條第一項ハ其後者ニ關スル規定ニシテ前者ニ關スル規定ハ本法ニ存セス、然レトモ其性質相異ルナキカ故ニ之レニ關シテハ停止條件ニ關スル規定ヲ準用ス可キモノナリ

債權行爲ニ時ノ指定ヲ包含スル場合ニ於テハ其何レノ性質ヲ有ス可キカハ第一位ニ當事者ノ意思ニヨリ之レヲ決ス可シ、意思不明ナル場合ニ於テハ本條第

一項ノ如ク履行ノ請求ヲ停止スル效力アルモノト推定ス可シ、物權行爲ニ附シタル始期ハ其性質上常ニ效力ノ發生ヲ停止スルモノナリ、蓋シ物權行爲ハ直接ニ效力ヲ生スルモノニシテ其履行ナルモノアリ得可ラサレハナリ、此場合ニハ停止條件ニ關スル規定ヲ準用ス可シ、終期ノ效力ニ關シテハ特ニ說明ヲ要ス可キモノナシ、期限ノ到來ニヨリ其法律行爲ノ效力消滅スト云フニ盡キタリ、

(三)所謂期限附債權

完全ナル債權關係ハ、(一)債務者ノ拘束(二)債權者ノ辨濟保有ノ權源、(三)履行請求權ノ三者ヨリ構成セラル(Siméon A. A. O. S. 136)、期限附債權ハ其第三ノ要素ヲ欠クモノナリ、故ニ期限前ニ請求ヲ受タルトキハ債務者ハ期限ノ抗辯ヲ有ス、然レトモ其他ノ要素ハ期限前ニ於テ既ニ存スルカ故ニ之ニ應スル效力ハ既ニ存在ス、即チ債務者カ期限前ニ辨濟ヲナスモ其辨濟ハ有效ニシテ辨濟者ハ當然之ヲ取戻スヲ得ス(七〇六)、又債務者ハ何時ニテモ期限ノ利益ヲ拋棄シテ履行ノ提供ヲナスコトヲ得、債權者カ受領ヲ拒ミタルトキハ債權者ハ受領ノ遲滯ニ陷ル(一三六、四一三)、其他債權者ハ期限到來前ニ於テモ自己ノ債權ヲ保存スル爲メニハ債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得(四二三)、又期限前ニ於テモ廢罷訴權ヲ有ス(獨逸廢罷訴權法第二條ハ辨濟期ニ在ルヲ必要トス)(第四百二十四條)、又假差押ヲナスコトヲ得(民訴七三七)、

(四)始期附債權讓渡

債權讓渡行爲ハ物權的ニ效力ヲ生スル行爲ナリ、換言スレハ當事者間ニ於テ債權ハ直接ニ移轉スルモノナリ、故ニ讓渡行爲ニ始期存スル場合ニ於テハ性質上其期限ハ效力ノ發生ヲ停止ス、換言スレハ期限ノ到來ニヨリ始メテ債權移轉ス、是レ明瞭ナル所ナリト雖モ其債務者ニ對スル效力ニ關シテハ不明ナル點アリ、即チ債務者カ期限附讓渡ノ通知ヲ受ケタル場合ニ於テハ債務者ハ其期限到來前ニ於テハ何人ニ對シテ辨濟スルヲ得可キカノ問題ヲ生ス、此點ニ關シ凡ソ三說アリ(一)債務者ハ讓受人ニ對シテ辨濟ス可シ(二)讓渡人讓受人ハ債務者ニ對シテハ共同債權者ナリ何レニ對シテ辨濟スルモ可ナリ(三)期限到來迄ハ債權ハ移轉セス故ニ讓渡人ニ對シテ辨濟ス可シト、余ノ見ル所ニ於テハ第三說ハ尤モ能ク理論ニ合ス(Simeon a a o § 77)、第一說ヲ取ル學者ハ曰ハク期限附讓渡ニ於テハ期限ハ早晚到來ス可キモノナリ、而シテ讓渡人ハ名ハ權利者ナリト雖モ既ニ其權利ニ付キテハ何等ノ利益ヲモ有セサルモノナリ、然ルニ之ニ對シテ辨濟セシムルトキハ讓受人ハ損害ヲ蒙ル可シト、此ノ論ヤ大ニ理由アリト雖モ法律ニ特別ノ明文アルニ非サレハ債務ハ眞ノ債權者ニ對シテ辨濟ス可キモノナリ、而シテ期限前ニ於テハ債權ハ未タ讓受人ニ移ラス故ニ讓渡人

ニ對シテ辨濟ス可シ、若シ夫レ第二說ニ至リテハ余輩ハ未タ其ノ根據ヲ聞クヲ得ス、

(五)始期附物權行爲

物權ノ設定及移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ效力ヲ生ス(一七六)、其意思表示ニ期限ヲ附シタルモノヲ始期附物權行爲ト云フ、物權行爲ニ始期ヲ附シタルトキハ其期限ハ性質上效力ノ發生ヲ停止ス、故ニ期限ノ到來スルマテハ物權ノ設定移轉ノ效果ヲ生セス、故ニ期限到來前ニ於ケル第三者ノ不法行爲ニ對シテハ讓渡人訴權アリ、又讓渡人カ再ヒ之ヲ第三者ニ讓渡シタルトキハ其讓渡行爲ハ有效ナリトス(第百二十八條(二)ノ(b)參照)

(六)終期附所有權ノ讓渡行爲

此點ハ從來議論ノ存スル所ナリト雖モ其ノ意義ヲ明ニスルニ於テハ强チ困難ナル問題ニ非ス、(一)何年間汝ニ所有權ヲ與フ期限到來後ハ余ニ返還ス可シ、又ハ當然復歸ス可シト云フ意義ナラハ其行爲ハ無效ニ非ス、或ハ曰ハン此ノ如キ行爲ニヨリ相手方ノ取得スル權利ハ所有權ニ非ス所有權ハ永久ナル可キ性質ノモノナリ、然ルニ一定期間後ニ於テハ之ヲ喪失スト云フナラハ之レ所有權ノ性質ニ反スト、曰ハク非ナリ、此場合ニ於テハ一定期間後所有權ハ再ヒ舊主ニ復歸ス可シトナスニ過キスシテ一定期間後所有權消滅ス可シトナスモノニ非ス、故ニ其永久性ト矛盾スルコトナシ、故ニ此ノ如キ現象ハ解除條件ニ就キテハ一般ニ認メラレ何人モ之レヲ怪マス、(二)汝ニ所有權ヲ與フルモ五年ノ後ニハ汝ノ權利ハ消滅ニ歸ス可シト云フ場合ニ於テハ權利其ノモノニ存續期間ヲ附スルモノナルカ故ニ所有權ノ性質ト相反ス、故ニ其ノ行爲ハ無效ナリ、要スルニ所有權ノ移轉行爲ニ終期ヲ附スルハ差支ナキモ所有權ニ存續期間ヲ定メント欲スル行爲ハ無效ナリ、

(七)期限ヲ許サヽル行爲　ニ關シテハ本節總說(六)(十一)ヲ見ヨ、

第百三十六條　期限ハ債務者ノ利益ノ爲メニ定メタルモノト推定ス

期限ノ利益ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得但之カ爲メニ相手方ノ利益ヲ害スルコトヲ得ス

(一)利益ノ拋棄　利益ハ之ヲ拋棄シ得ルハ一般ニ認メラル、所ナリ、故ニ本法ニ於テハ特別ノ明文ヲ設ケス、而シテ期限ハ當事者ノ一方又ハ双方ノ爲ニ利益ヲ與フルモノナリ、隨テ期限ノ利益ハ之ヲ拋棄スルヲ得サル可ラス、然レトモ(一)期限カ兩當事者ノ利益ノ爲ニ存スル場合ニ於テハ兩當事者ノ意思ニ因ルニ非サレハ之ヲ消滅セシムルヲ得ス、例之借換禁止又ハ据置年限ノ定アル公債ノ如キ

之レナリ、(二)債權者又ハ債務者一方ノ利益ノ爲メニ設ケタル期限ハ其ノ一方ノ意思ヲ以テ之ヲ抛棄スルコトヲ得、無償寄託(六六二)ハ前者ノ例ナリ、無償ノ消費貸借ハ後者ノ例ナリ、

(二)期限ノ利益ノ推定　期限ハ債務者ノ利益ノ爲ニ存スルモノト推定ス(本條一項)、是レ本ヨリ一ノ推定ニ過キス、故ニ其ノ何人ノ爲メニ存スルカハ(一)法律行爲ノ性質(二)當事者間ノ關係ニヨリ斷シ、其ノ不明ナル場合ニ本條ニヨリ決ス、此ノ點ニ關シ墺太利民法(一四一三)ハ兩當事者ノ利益ノ爲メニ定メタルモノト推定シ、佛蘭西民法(一一八七)ハ債務者ノ利益ノ爲メニ定メタルモノト推定ス、本條ハ佛蘭西民法ノ規定ニ則リタルモノナリ、余ハ法典カ此種ノ推定ヲ設ケタルヲ是トスルモノナリ、且ツ本條ノ如キハ其推定ヲ誤ラサルモノト言フ可キナリ、

(三)本條ノ規定ハ辨濟期ニ關スルモノナリ、期限ニハ法律行爲ノ效力ノ發生ニ關スルモノト債權行爲ニ於テ辨濟期ノミヲ定ムルモノアルコトハ前條ニ於テ之ヲ述ヘタリ、本條ハ其ノ辨濟期ニ關スル規定ナリ、

(四)第二項ノ規定ノ解釋ニ關シテ一疑問アリ、即チ相手方ノ利益ヲ害スル場合ニ於テハ期限ハ抛棄スルヲ得サルモノナルカ、又ハ抛棄ハ有效ナルモ相手方ノ利益ヲ害スルヲ得サルニ止マルカ、例之利息ヲ生ス可キ債務ニ於テ債務者カ期限前ニ期限ノ利益ヲ抛棄ス可キ意思表示ヲナシテ辨濟ノ提供ヲナシタルニ債權者之ヲ受領セサルトキハ遲滯ニ陷リ債權者ハ別ニ期限マテノ利息ヲ請求シ得ルニ止マルカ、或ハ其受領ヲ拒絕スルモ遲滯ニ陷ラサルカ、余ハ相手方ノ利益ヲ害スル場合ニ於テハ絕對ニ抛棄ヲ許サヽルモノト解釋セント欲ス、蓋シ本條ノ規定ノ根本ノ思想ハ「利益ハ抛棄シ得」ト云フニ在リ、然ルニ相手方ノ利益ヲ害スル性質ノモノナルトキハ義務又ハ不利益ヲ併セ抛棄スル結果トナリ其精神ニ背ク可ケレハナリ、

(五)期限ノ抛棄カ第三者ノ利益ヲ害スル場合　本條ハ期限ノ利益ノ抛棄カ相手方ヲ害スル場合ヲ規定スルモ類推適用ニヨリ第三者ヲ害スル場合ニモ亦其抛棄ヲ許サヽルモノト解スルヲ至當トス、例之主タル債務者ノ期限ノ利益ノ抛棄ハ保證人ニ對シテ效力ヲ有セサルカ如シ、

第百三十七條　左ノ場合ニ於テハ債務者ハ期限ノ利益ヲ主張スルコトヲ得ス

一　債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキ

二　債務者カ擔保ヲ毀滅シ又ハ之ヲ減少シタルトキ

三　債務者カ擔保ヲ供スル義務ヲ負フ場合ニ於テ之ヲ供セサルトキ

(一)本條ハ期限ノ利益ノ喪失ニ關スルモノナリ、皆債務者ノ意思ニ關係ナク效力ヲ生ス「期限ノ利益ヲ主張スルヲ得ス」ト云フハ債務者ハ期限ノ抗辯ヲ失フト云フト同義ナリ、且ツ本條ハ期限カ債務者ノ利益ノ爲メニ定メラレタル場合ニノミ關スル規定ニ非サル可キハ勿論ナリトス、其場合ハ左ノ如シ、

(イ)債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキ、　破産ノ場合ニ於テ若シ各債權者ノ期限ノ到來スル迄ハ辨濟ヲ拒ミ得ルモノトセハ、破産手續ハ徒ニ遲延シ最遠ノ期限到來スル迄ハ破産手續ノ終結ヲ見ルヲ得サル可ク殊ニ不確定期限ノ存スル場合ニ於テハ遂ニ其終局ノ日ヲ知ル能ハサルカ如キ不便アルカ爲メナリ、破産法草案九乃至一二、舊商法九八八一項參照)、而シテ期限マテノ利息ヲ失ハシム可キカ(舊商法九八九)或ハ割引ヲナサシム可キカ等ノ問題ハ破産法ノ規定ニ依ル可キモノナリトス、加之本號ハ破産ニ特別ナルモノナルカ故ニ期限カ債權者ノ利益ノ爲メ又ハ債權者債務者双方ノ利益ノ爲メニ定メラレタル場合ニモ適用アル可キヤ否ヤノ問題ハ破産法ノ規定ニ因ル可シ、

(ロ)債務者カ擔保ヲ毀滅シ又ハ減少シタルトキ、是レ債務ニ特別擔保アル場合ニ限リ適用アルモノナリ、其ノ理由ハ債務者ハ信用ノ基礎ヲ失フト云フニ在リ、其適用アルニハ債務者カ擔保ヲ毀滅減少スルニ當リ債權者ヲ害スルヲ知リ又ハ欲スルコト恐クハ必要ナラサル可シ、其效力トシテ債務者ハ期限ノ利益ヲ失フト雖モ債權者ハ必シモ期限ノ利益ヲ失ハス、是本條本文ノ規定ニヨリ明ナリ、換言スレハ「債務者ハ期限ノ利益ヲ主張スルヲ得ス」ト云フハ「期限到來シタルモノト看做ス」ト云フトハ其意義ヲ異ニス、故ニ期限カ債權者債務者ノ利益ノ爲メニ存セシ場合ニ於テハ債務者ハ期限ヲ失フカ故ニ請求ニ遇フモ抗辯權ナシ、然レトモ債權者ハ期限ヲ失ハサレハ債務者ハ期限前ニ有效ノ提供ヲナスヲ得ス、

終リニ本號ハ債務者カ擔保ヲ供シタル場合ニ適用アルノミナラス第三者カ擔保ヲ供シタル場合ニモ亦適用アリ、

(ハ)債務者カ擔保ヲ供スル義務ヲ負フ場合ニ之ヲ供セサルトキ、　本號ノ立法上ノ理由ハ前號ト同一ナリ、玆ニ「擔保ヲ供ス」ト云フハ物上擔保ヲ供ス可キ場

合及ヒ保證人ヲ立ツル義務アル場合ヲ包含ス「之ヲ供セサル」ニ至リタル原因ハ之ヲ問ハサルモノトス、供スルヲ得サルニ至リタル場合モ亦之ヲ包含ス、

本號モ亦前號ト同シク債務者ハ期限ノ抗辯ヲ失フニ過キサルカ故ニ債權者ハ期限前ノ提供ヲ拒絶スルヲ得可ク、又強制シテ擔保ヲ供セシムルコトヲ得ル場合ニ於テハ之レヲ強制スルノ權利ヲ失フモノニ非ス、

(二)立證責任　債務者ヲシテ期限ノ利益ヲ失ハシメント欲セハ前述ノ事實ハ債權者ニ於テ之ヲ立證スルヲ要ス、然シテ其事實ヲ立證スルナラハ債務者ハ本條ノ規定ニヨリ當然期限ノ利益ヲ失フカ故ニ債權者ハ別ニ期限ヲ喪失セシメントスル意思表示ヲナスヲ必要トセス、

第五章　期間

(一)時期ト期間　時期(Termin)トハ不可分又ハ不可分ト看做サレタル時ノ一點ヲ云フ、例之某日正十二時ト云ヘハ分ツヲ得可ラサル時ノ一點ナリ、又例ヘハ某月某日ト云ヘハ其日全體ヲ以テ時期トナス、故ニ一定ノ時ノ長サヲ包含ス、然レトモ吾人カ之レヲ以テ不可分ト看做ス場合ニハ時期タリ、時期ハ此ノ如クニ時ノ一點ナルカ故ニ經過アルコトナシ、

期間(Frist)トハ時期ト時期ノ間ノ義ナリ、故ニ必ラス一定ノ長サアリ、其ノ始メノ時期ヲ起算ノ時期ト稱シ、後ノ時期ヲ滿了ノ時期ト稱ス、或ハ略シテ起算點、滿期ト稱ス、起算ノ時期ヨリ滿了ノ時期ニ至ル時ノ經過ヲ期間ノ經過ト稱ス、

(二)時期及期間ハ法律事實ナリヤ　一說ニ曰ハク法律事實ハ現象ナリ、時及ヒ時ノ經過ハ現象ニ非ス、故ニ法律事實ニ非ス、只或法律事實ニ法律上ノ效果ヲ附スル標準トナルニ過キスト、他說ニヨレハ權利ノ得喪カ時ノ經過ニヨリ生スル場合ニ於テハ訴訟上吾人ハ時ノ經過ヲ立證セサル可ラス故ニ時ノ經過ハ法律事實ナリト、前說ヲ正シトナス、然シナカラ時ハ實ニ或事實ニ法律上ノ效果ヲ附スル標準トナル場合多キカ故ニ權利ノ得喪ニ重大ナル關係ヲ有ス、其場合ハ次ノ如シ、

(三)時ノ效力ノ分類

(イ)一定ノ期間又ハ時期ニ於テスルニ非サレハ法律事實カ一定ノ法律上ノ效果ヲ生セサルコトアリ、例之相續ノ承認又ハ拋棄ハ相續開始ノ時ヨリ三ケ月內ニスルヲ要シ(千〇一七)、人ハ滿二十年ニ達シタル時ニ成年トナル(三)、其他權利ノ存續期間ヲ定メタル場合ニ於テハ一定ノ期間內ニ於テスルニ非サレハ或事實一定ノ法律上ノ效果ヲ生セス、

(ロ)一定ノ期間經過後ニ非サレハ法律事實效力ヲ生セストナスコトアリ、例ヘハ判決ハ言渡ノ時ヨリ一ヶ月ヲ經過スルニ非サレハ執行力ナシ（民訴四九七、四九八）、又期限ノ定アル債權ハ一定ノ時期ニ達スルニ非サレハ履行ノ請求ヲナスヲ得ス、

(ハ)一定ノ事實カ一定ノ期間存續スルニ非サレハ法律上效力ヲ生セストナス、例之時效ノ如シ、

以上ハ皆法律事實ニ付キテ論シタレトモ法律命令其ノモノニ關シテモ又同樣ノ時ノ效力ヲ認ムルヲ得可シ、或法律ハ一定ノ時期ニ於テ效力アリトナシ、又ハ一定ノ期間ヲ經過セル後ニ非サレハ效力ヲ生セストナシ、又ハ一定ノ期間內ニ限リ效力ヲ有ストナスコトアリ、

(四)期間ノ計算法ニ付キ二主義アリ、

(イ)自然的計算法 Naturalis Computatio トハ一日ノ長サヲ二十四時間トシ一週ヲ七日トシ一ヶ月ヲ三十日一年ヲ三百六十五日ト定メテ計算スルモノナリ、故ニ此ノ方法ニヨレハ日週月年ノ包含スル時ノ長サハ常ニ同一ナリ、故ニ精密ナリ、例之或日ノ午後二時ヨリ一日ト云ヘハ翌日ノ午後二時ニ至ル滿二十四時間ヲ指ス、午後五時ヨリ一日ト云フ場合ニ於テモ之レト同シク翌日ノ午後五時ニ至リテ滿了ス、故ニ其內容ハ常ニ滿二十四時間ナリ、又某日ノ午後五時ヨリ二ヶ月ト云フ場合ニハ同日ヨリ六十日目ノ同時刻ニ至リ滿了ス、月ニ大小ノ別アリト雖モ關スル所ナク、單ニ日子六十ヲ算シテ之レヲ定ム、年ヲ以テ定ムル場合モ亦之ト同シク年ニ平閏ノ差別アルモ關スル所ナク單ニ三百六十五ノ日子ヲ算シテ之ヲ定ム、

自然的計算法ハ古代ノ羅馬法ニ於テ行ハレタリト云フ、我民法ハ原則トシテハ此ノ方法ヲ取ラス、只第百三十九條ニ於テ此ノ方法ニ依レルノミ、惟フニ今日ハ暦ノアルアリテ、暦ハ國民中一般ニ用ヒラレ普通生活ニ於テハ暦ニヨリ時ヲ算ス、故ニ自然的計算法ハ却テ社會ノ實際ト遠カルノ厭アレハナリ、然レトモ期間計算ニ關スル本章ノ規定ハ任意規定ナルカ故ニ、

(a)第百三十九條ノ場合、

(b)當事者カ自然的計算法ニ依ル可キ意思表示ヲナシタルトキ、

(c)或事實ノ發生ノ前後ヲ決スル場合、　例之二人ノ出生ノ前後又ハ質權抵當權ノ設定債權讓渡等ノ時期ノ前後カ問題トナル場合ニハ出來ル丈精確ニ時期ヲ算シテ決定ス、

(ロ)暦法的計算法（Computatio civilis）トハ暦ニヨル計算法ヲ云フ、本章ハ原則ト

シテ此計算法ニヨル、暦ハ我國ニ於テハ從來大陰暦ヲ用ヒ來リシカ明治五年十一月改暦ノ詔ニヨリ大陽暦ヲ採用スルニ至レリ、歐州ニ行ハルヽ暦法ニ二種アリ、一ハjurius caeser, ノ制スル所ニシテユリアン暦又ハ舊式暦ト云フ、露國其他希臘教國ニ於テ行ハル、他ハ法王gregor八世ノ制スル所ニシテグレゴール暦又ハ新式暦ト稱ス、歐米多數ノ國ニ行ハル、ユリアン暦ハグレゴール暦ニ比スレハ常ニ十二日ツヽ遲ルヽト云フ、我國カ現ニ採用セル所ハ此ノグレゴール暦ナリ、本來暦法ハ法律ニ非ス然レトモ法律ニ於テ時ノ計算法ハ暦ニ依ルト定メタル場合ニ於テハ其國ニ於テ採用セル暦ヲ意味スルモノナラサル可ラス、

暦ニ一日ト云フハ單ニ二十四時間ノ義ニ非ス子ノ刻ヨリ午ノ刻ニ至ル十二時間ト午ノ刻ヨリ子ノ刻ニ至ル十二時間即チ12×2=24時間ヲ意味ス、月ハ三十日ノ集合ニ非ス、一年ヲ大小十二ニ區分シタル其ノ一ヲ云フ、或ハ三十一日アルアリ三十日ナルアリ又二十八日ナルアリ皆時ノ單位ヲナス、年ノ長サモ亦常ニ同一ニ非ス、毎四年ニ一日ノ閏日アリ二月ノ末日ノ次ニ配ス（或曰フ二十五日ノ翌日ニ配スト）之レ又時ノ單位タリ、週モ亦時ノ單位ニシテ單ニ二十四時間ノ七倍ニ非スシテ日曜日ヨリ土曜日

ニ至ル七日ヲ意味ス、

以上數種ノ時ノ單位ニヨリ計算スルヲ暦法計算ノ根本トナス、例之一月一日ヨリ三ケ月ト云ヘハ六十日ヲ意味スルニ非スシテ暦ニヨリ一月ニ配セラレタル三十一日ト二月ニ配セラレタル二十八日（或二十九日）ヲ意味スルカ如シ

(五)繼續的期間ト非繼續的期間

繼續的期間（Tempus Continum）トハ一旦進行ヲ始メタルトキハ中絶スルコトナク經過スルモノヲ云フ、本章ニ期間ト云フハ常ニ此意味ナリ、非繼續的期間（Tempus utile）トハ繼續シテ經過スルヲ要セサルモノヲ云フ、例之一年内ニ三ケ月間勞務ニ服ス可シ一年内ニ一ケ月ノ休課ヲ與フ可シト爲ス場合ノ如ク三ケ月ニ相當スル日子勞務ニ服シ一ケ月ニ相當スル日子休課ヲ與フレハ必スシモ其日子繼續スルヲ要セサルモノヲ云フ、此ノ場合ニ關シテハ本法ニ規定存セス、宜シク取引ノ習慣殊ニ地方習慣ニヨリ決ス可キナリ、思フニ我國多數ノ地方ニ於テハ一ケ月ト云ヘハ三十日一年ト云ヘハ三百六十五日ヲ意味シ又之レニ相當シテ半ケ月ハ十五日半年ハ（又ハ半期ハ）六ケ月（百八十日）ヲ意味スルナル可シ、

第百三十八條　期~~限~~間ノ計算法ハ法令裁判上ノ命令又ハ法

律行爲ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外本章ノ規定ニ從フ

(一)本章ハ期間計算ニ關スル一般規定ナリ　獨リ法律行爲ノ當事者カ定メタル期間ノ計算ニ適用アルノミニ非ス、法律命令裁判上ノ命令ニ期間ノ定アル場合ニモ亦適用セラル、而シテ刑法(三二)刑事訴訟法(一五)民事訴訟法(一五五以下)ハ各々特別ナル計算法ヲ定ムルカ故ニ本章ノ規定ヲ適用ス可キ限ニ非ス、年齡ノ計算ニ關シテハ明治三十五年法律五十號ヲ以テ明治六年布告第三十六號ヲ廢止シ、大體本章ノ規定ニ依ル只初日ヲ算入スルヲ以テ其著シキ差異トナス、

(二)本章ノ規定ハ强行的ニ非ス　之レ又本條ノ明ニスル所ナリ、故ニ法律タル民法ニ於テ本章ノ規定ヲ設クルモ命令(裁判上其他)ヲ以テ之レニ反スル計算法ヲ設クルヲ妨ケス又當事者カ法律行爲ニ於テ期間ヲ定メタル場合ニ於テハ當事者ハ自ラ計算法ヲ定ムルコトヲ得、當事者ノ意思明ナラサル場合ニ始メテ本章ノ規定適用セラル、要言スレハ本章ノ規定ハ當事者ノ意思解釋ノ規定ナリ、此ノ故ニ大陰曆ノ實際ニ行ハルヽ地方ニ於テハ、當事者カ特ニ反對ノ明言ヲナサヽルトキハ意思解釋上大陰曆ニ從フノ意思アルモノト見ル可シ、

第百三十九條　期間ヲ定ムルニ時ヲ以テシタルトキハ即時ヨリ之ヲ起算ス

(一)自然的計算法　ヲ取リタル一例ナリ、本來曆ニハ日以下ノ單位ナシ、故ニ日以下ノ時ヲ以テ期間ヲ定メタルトキニハ之ニ從フヲ得ス、因テ自然的計算法ニ從ヒ即時ヨリ起算シ、一定數ノ時ヲ數ヘ以テ滿了ノ時ヲ定ム可キモノトス(a momendo ad momendum)、

(二)標準時　地方的取引ニ於テハ其地方ノ標準時ニヨリ時ヲ定ム、即チ其地方ニ於テ大陽子午線上ニ在ル時ヲ以テ正午ト定メテ計算シタル時ニ依ル、此ノ點ニ關シテハ固ト一定ノ學理アルニ非ス、只右ノ如キハ當事者ノ意思ニ合スルモノトシテ認ム可キナリ、

隔地者間ノ取引ニ於テハ反之國定標準時ニ依ル可シ、然ルトキハ例ヘハ午前五時ハ一地方ニ於テハ既ニ大陽ノ上リタル後ナルモ他ノ地方ニ在テハ猶夜半ニ屬スルカ如キ結果トナル可シト雖モ之レ已ヲ得サルナリ、若シ地方標準時ニ依ル可キモノトセハ兩地方其ノ時ヲ異ニスルカ故ニ一方ニ於テハ期間内ナル行爲カ他ノ地方ノ標準時ニ依ルトキハ期間經過後トナルコトトナリ其行爲ノ效カヲ判定ス可キ標準ヲ失フニ至ラン、國定標準時ニ依ルモ前示ノ如キ不便アリ

ト雖モ、全國劃一ナルカ故ニ少々ハ無理ナカラモ地方時ニ依ルカ如キ無標準ニ陷ルノ弊ナシトス、

國定標準時ニ就テハ暦ヲ見ヨ、

第百四十條　期間ヲ定ムルニ日、週、月、又ハ年ヲ以テシタルトキハ期間ノ初日ハ之ヲ算入セス但其期間カ午前零時ヨリ始マルトキハ此限ニ在ラス

（一）起算時期　ニ關スル規定ナリ、日、週、月、又ハ年ヲ以テ單位トナシ其倍數ヲ以テ期間ヲ定メタル場合ニ其初日ヲ算入ス可キヤ否ヤノ問題ヲ決シタルモノナリ、一說ニ日ハク多數ノ場合ニ於テハ期間ハ午前零時ヲ以テ始マラス、故ニ初日ヲ算入スルトキハ二十四時間ニ滿タサル時ヲ以テ一日ト爲ス結果トナリ嚴ニ失スルカ故ニ初日ハ之ヲ算入ス可ラスト、然レトモ他ノ方面ヨリ見ルトキハ初日算入カ一方ノ當事者ニ對シテ嚴ナルト同シク初日ノ殘部ヲ切棄ツルハ反對ノ當事者ノ爲メニハ酷ナル結果トナル可シ、故ニ此問題ハ右ノ如キ理由ニヨリ解決シ得可キモノニ非ス、是ヲ決定ス可キ唯一ノ標準ハ取引ノ慣習ニ在リ、本條モ亦取引ノ慣習ニヨリ定マリタルモノト說明セサル可ラス、

（二）但書　ハ期間カ午前零時ニ始マルトキハ初日ヲ算入ス可キ旨ヲ定メタルモノナリ、人或ハ此但書ノ場合ニハ端數トナラス滿二十四時間トナルカ故ニ即日ヨリ起算スト說明シ、以テ本條本文ノ規定ニ及シ其初日ヲ算入セサル理由ハ全二十四時間ニ滿タサルカ故ナリト論スルモ其誤レルコト前述ニヨリ明ナリ、此但書ノ規定モ亦便益ヲ旨トシ慣習ニヨリ定マリタルモノトシテ說明スルヲ可トス。

但書ノ規定ノ實際ニ適用アルハ期間延長ノ場合ヲ最トス可シ、期間延長ノ場合ニハ當事者ノ意思解釋上延長期間ハ從來ノ期間滿了ノ後ニ接着シテ存スルモノトナル可シ、而シテ期間ノ滿了ハ次條ノ規定ニヨリ期間ノ末日ノ終了ノ時ニ在リ、而シテ末日ノ終了ノ時ニ接着スレハ即チ午前零時ヨリ始マル結果トナル可シ、

（三）任意規定　本條ノ規定モ亦任意規定ナリ、當事者間ニ明示的反對意思表示アリタル場合ハ勿論取引ノ慣習上初日ヲ算入ス可シトスル場合ニ於テ當事者カ之レニ依ルノ意思アリト認ム可キ場合ニハ（九二）初日ヲ算入セサル可ラス、

第百四十一條　前條ノ場合ニ於テハ期間ノ末日ノ終了ヲ以テ期間ノ滿了トス

(一)滿了ノ時期ヲ本條ハ定メタルモノナリ、前條ノ場合トアルカ故ニ時ヲ以テ定メタル場合ニハ適用ナシ、時ヲ以テ定メタル場合ニハ最後ノ時ノ終了ニヨリ滿了スルニ非ス、所定ノ數ノ時ヲ經過シタルトキハ其ノ中間ニ於テ滿了スルヲ妨ケス、例ヘハ二時三十分ヨリ五時間ト云フトキハ七時三十分ニ至テ滿了ス、最後ノ時即チ七時ノ終了(八時)ヲ待ツ可キニ非ス、是レ自然的計算法ノ本旨ナリ(Oertmaun commt. S. 574 ニ反對說アリ)、

前條ノ場合即チ日、週、月、年ヲ以テ單位トシ其倍數ニヨリ期間ヲ定メタル場合ニ關シ、羅馬法ニ於テハ期間カ權利取得ニ關スルトキハ末日ノ到來ヲ以テ足ルモノトシ、權利ノ喪失ニ關スルトキハ末日ノ終リヲ以テ滿期トセルモノヽ如キモ之レハ甚タ不都合ナリ、蓋シ通常ハ一方ノ當事者ヨリ見レハ權利ノ取得ニシテ他ノ一方ノ當事者ヨリ見レハ權利ノ喪失タルコト多シ、左レハ決定スル能ハサル場合ヲ生ス可シ故ニ本法カ末日ノ終了ニヨリ滿了スト規定シタルハ其當ヲ得タルモノナリ、

(二)取引時間ノ定アル場合ニ於テハ末日ノ取引時間ノ終了ニヨリ滿了ストナス可キハ至當ナリ、然レトモ本法ニハ此規定ナシ商法第二百八十三條ニ債務ノ履行及ヒ履行ノ請求ニ關シ取引時間ニ關スル規定存ス、

第百四十二條　期間ノ末日カ大祭日、日曜日、其他ノ休日ニ當タルトキハ其日ニ取引ヲ爲サヽル慣習アル場合ニ限リ期間ハ其翌日ヲ以テ滿了ス

(一)本條適用ノ範圍　本條ハ期間カ取引ノ性質ヲ有スル法律事實ニ關スル場合ニ限リ適用セラル、故ニ例之年齡ノ計算ニハ適用ナカル可シ、之レ法文ニ「取引ヲ爲サヽル慣習アル云々」トアルニヨリ明ナリ、然シテ取引ノ性質ヲ有スル場合ニ於テハ制限ナク適用セラル可シ、

又本條ハ滿期日ニ關スル規定ナリト雖モ性質ノ許ス限リハ之レヲ時期ニ準用スルヲ得可シ、例之或行爲ヲ爲ス可キ時期カ休日ニ相當スル場合ニ於テハ其翌日ニ於テ之ヲ爲スヲ得可シ、大審院ハ手形ノ滿期日ハ期間ニ非スト云フ理由ニヨリ手形ノ滿期日ニ本條ヲ適用セサリシ(法律新聞三八號二〇頁)、是レ恐クハ正

當ニ非サル可シ、

(二)大祭日、日曜日其他休日

ニ期間ノ末日カ該當スル場合ニ當然期間カ延長セラル、ニ非ス、其日ニ取引ヲ爲サヽル慣習アルヲ以テ要件トナス、本條ノ「其日ニ取引ヲナサヽル慣習」云々ハ「其他ノ休日」ノミニ係ルニ非ス、大祭日、日曜日ニモ係テ讀ム可キナリ、大祭日ハ法律ニヨリ定マル國祭日ニシテ、日曜日ハ暦ニヨリ定マリ、其他ノ休日ト云フハ各地方慣習ニ依リ定マルモノトス、

當事者ノ一方ノ地方ニハ取引ヲナサヽル慣習アリ、他ノ一方ノ地方ニ於テハ其慣習ナキ場合ニハ如何、曰ハク此場合ニハ本條ノ適用アリ期間ノ延長ヲ來ス可シ、何トナレハ其一方ノ爲メニ取引ヲナサヽル慣習アル以上ハ其行爲ニ關シテ其慣習アリト云フヲ得可ケレハナリ、

(三)取引ヲナササル慣習

ハ期間ノ關スル行爲ニ關スルヲ要ス、例之湯屋床屋銀行等ニ限リ取引ヲ爲サヽル休日アリ此ノ場合ニハ其他ノ業務者ノ爲ニハ本條ノ適用ナシトス、又反之一般取引ノ休日ニ於テモ或種類ノ業務者ニ限リ例之鐵道、料理屋、旅館等ニ於テハ其慣習ノ及ハサル場合少カラス、此ノ場合ニハ其ノ慣習ナキ者ノ爲メニハ本條ノ適用ナシ、例之通常人カ料理屋ニ對シテ日曜日ニ仕拂フ可キ債務ヲ負擔スル場合ニ於テ日曜日ニ請求ヲ受ケタルトキハ本條ノ適用ニヨリ其請求ヲ拒ムコトヲ得可シト雖モ、債務者カ日曜日ニ提供ヲナシタルトキハ其提供ハ期限前ノ提供トナラス、

(四)本條ノ意義

本條ハ取引ヲナサヽル慣習アル日ニ取引ヲナスヲ禁止スルモノニ非ス、故ニ其慣習ニ反シテ爲シタル行爲ハ有效ナリ、

本條ハ債務者ノ利益ノ爲ニノミ設ケタル規定ニ非ス、債權者ノ利益ノ爲メニモ亦適用セラル可シ日曜日ニ於テ履行ノ請求ヲ受ケタルトキハ債務者ハ期限ノ抗辨ヲ爲スコトヲ得可ク、又期限前ノ請求ナル故ニ遲滯ニ陷ルコトナシ、又債務者カ日曜日ニ提供ヲナシタル場合ニ於テハ債權者其受領ヲ拒絶スト雖モ受領遲滯ニ陷ルコトナシトス(同論富井博士原論五三七)、獨逸ニ於テハ反對説多シ(Oertmann A. A. O. S. 575)、 本條ノ文言ヨリ見レハ日曜日ハ恰モ期間滿了前ト同一視セラル可キモノヽ如クニ解セラル、故ニ期限カ債務者ノ利益ノ爲メニ定メラレタル場合ニ於テハ債務者カ期限ノ利益ヲ抛棄シテ日曜日ニ提供ヲナストキハ債權者ヲ遲滯ニ陷ルノ效力アリトノ論アランモ、之レ本條ノ精神ヲ得タルモノニ非ス、本條ノ精神ハ日曜日ヲ以テ安息日トナシ取引日ノ内ニ數ヘサルニ在リ、取引上存在セサル日ト看做スニ在リ故ニ債權者債務者兩方ノ爲メニ效力ヲ生セサル可ラス、例ハ閉鎖セラレタル銀行ノ門前ニ提供ヲ爲スト雖モ銀行ハ遲滯

ニ陷ルコトナシ、若シ反對説ニヨルナラハ銀行ハ運滯ニ陷ルノ不利益ヲ避クル爲メニハ日曜日ニ於テ猶營業セサル可ラサルニ至ラン、是取引ヲ爲サヽル慣習アルヲ要件トセル本條ノ精神ニ矛盾スルモノト云フ可シ、然レトモ前述ノ如ク本條ハ取引ヲナサヽル慣習アル日ニ取引ヲナスヲ禁スルニ非サルカ故ニ債權者カ異議ヲ述ヘス提供ヲ受領スルトキハ其辨濟ハ期限前ノ辨濟トナルコトナシ、

第百四十三條　期間ヲ定ムルニ週、月又ハ年ヲ以テシタルトキハ暦ニ從ヒテ之ヲ算ス

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

(一)暦法的計算法ノ特色　ヲ本條ハ發揮シタルモノナリ、即チ暦法上ハ週、月、年、ハ單ニ日ノ集合ニ非スシテ各々時ノ單位ヲナスモノナリ、故ニ是ヲ日ニ換算スルコトナク其單位ニヨリ計算スルヲ以テ本條ノ根本ノ思想トス、而シテ第一項ニ於テ其原則ヲ宣言シ第二項ニ於テ其應用ヲ示ス、

(二)例示

(イ)日ヲ以テ期間ヲ定メタル場合ニ關シテハ本條規定セス、此ノ場合ニハ第百四十條ノ規定ニヨリ翌日ヨリ起算シテ其ノ日數ヲ數ヘ最後ノ日ヲ以テ期間ノ末日トナシ其日ノ終了ヲ以テ期間滿了ス、例ヘハ五日ヨリ向十日又ハ十日間ト云フ場合ニハ六日ノ日ヨリ起算シ十ケ日ヲ算シ以テ其末日トナス即チ十五日ノ終了ヲ以テ期間滿了ス可シ、

(ロ)週月又ハ年ヲ以テ期間ヲ定メタル場合ニ於テモ右ト原則ヲ異ニセス、指定ノ週數又ハ年數月數ヲ數ヘテ以テ末日ヲ發見スルコトヲ得、但シ此ノ場合ニ於テモ初日ハ之ヲ算入セサルコトヲ忘ル可ラス、

期間カ週月又ハ年ノ初日ヨリ始マル場合ニ於テハ其週月又ハ年ヲ以テ第一トナシ起算シ、指定ノ數ヲ數ヘ最後ノ週月又ハ年ノ終日ヲ以テ末日トナス、例ヘハ某年一月一日ヨリ三年ヲ算スルニハ某年ヲ初年トシ第三年目ノ年ノ末

日即チ十二月三十一日ヲ以テ末日トナス、其他之ニ做フ、

期間カ週、月、年ノ初日ヨリ始マラサル場合ニ於テハ（翌日起算シテ）其ノ週、月、年ヨリ起算シテ最後ノ週、月又ハ年ニ於テ起算日ニ應當スル日ノ前日ヲ以テ末日トナス、例之二月十日ヨリ五ケ月ヲ算スルニハ二月ヨリ始メ五ヲ算シテ六月ニ至リ、六月中ノ起算日ニ應當スル日ノ前日即チ六月九日ヲ以テ末日トナシ、其終了ニヨリ期間滿了スルモノトス、其他之ニ做フ可シ、

週ヲ以テ期間ヲ定メタル場合ニ於テハ最後ノ週ニ必ラス起算日ニ應當スル日アリ、故ニ右ノ方法ニヨリテ滿期日ヲ發見スル能ハサル場合ヲ生セス、然ルニ年又ハ月ヲ以テ期間ヲ定メタル場合ニハ最後ノ年又ハ月ニ應當日ヲ欠ク場合稀ナラス、蓋シ月ニハ二十八日ナルアリ二十九日ナルアリ三十日ナルアリ三十一日ナルアリテ其内容一定セサレハナリ、例之一月三十一日ヨリ起算シ一ケ月ノ期間ヲ數ヘンニ翌二月ニハ應當日ナシ、此ノ如キ場合ニハ前段ニ述ヘタル方法ニヨリ滿期日ヲ發見スルヲ得ス、故ニ本條第二項但書ノ規定ヲ以テ最終ノ月ノ末日ヲ以テ滿期日トナス、此ノ方法ハ自然的計算法ニ比スレハ不精確ニシテ一定數ノ月又ハ年ノ内容タル可キ日數ハ一定セス數日ノ差ヲ生スルヲ常トス、是暦法計算法ニ當然伴フ現象ナリ、

第六章　時效

(一)時效ノ觀念　時效トハ一定期間繼續セル權利ノ行使又ハ不行使ニヨル權利ノ取得又ハ喪失ヲ云フ、權利ノ取得ヲ來スモノヲ取得時效(Prescriptio Acquitiva)ト稱シ、權利ノ消滅ヲ來スモノヲ消滅時效(Prescriptio extinctiva)ト稱ス、此兩者ヲ併セテ時效(Prescriptio, Verjährung in W. S.)ト稱ス、

(二)沿革　時效ノ制度ハ羅馬法ヨリ來ル、羅馬ニ時ノ經過ニヨル權利ノ變更ニ關シ二制度アリ、

(イ)取得時效(Usucapio)、　Usucapio トハ使用ニヨル取得(Capere usu)ノ義ニシテ他人ノ物ヲ永年占有スルトキハ其ノ物ノ所有權ヲ取得スル制度ニシテ既ニ十二表法中ニ存セリト云フ(Unterholzner, Verjährungslehre § 70)、其始メ期間甚短ク動産ニ付キテハ一年不動産ニ付キテハ二年ノ占有ヲ要シタルノミナリシト云フ、然シテ此制度ハ市民法(Jus civile)ニ屬シタルヲ以テ羅馬市民及ヒ伊太利内ノ土地ニ對シテノミ適用アリ、外國人及ヒ殖民地ニハ其適用ナカリシナリ、故ニ其後殖民地ニ於テ必要上之レト精神ヲ同フスル制度發達セリ、其制度ニヨレハ占有者及ヒ所有者カ同州内ニ居住スル場合ニハ十年然ラサルトキハ二十年

間ノ占有ヲナストキハ土地ノ所有權ヲ取得スルモノトセリ（Dernburg Pand. I § 219 N 2）前者ニ比スレハ其期間著シク長シ故ニ之ヲ長期時效（Prescriptio longi lempolis）ト稱シタリ、後五百三十一年儒帝ノ時ニ至リ其區別ヲ廢シテ一トナス、而シテ動產ニ關シテハ Usucapio ノ規定多ク採用セラレタルモ不動產ニ關シテハ P. longi tempolis ノ規則採用セラレ十年二十年ノ區別ヲ存セリ、此制度ハ權利ノ取得ニ關スルカ故ニ後世之ヲ取得時效ト稱ス、獨逸ニ於テハ占有ニヨリ取得スルカ故ニ Ersitz ト稱ス、

（ロ）消滅時效（Prescriptio）

消滅時效ハ訴權（Actio）ニ關スル制度ナリ、羅馬市民法ニ於テハ訴權ハ時ノ爲メニ消滅スルコトナク一度成立シタルトキハ無限ニ存續スルモノトセリ、然ルニ裁判官（Praetor）ノ與ヘタル訴權ハ原則トシテ一定ノ期間內ニ行使スルヲ要シタリ、此ニ於テ訴權ニ永久訴權（Actio perpetua）ト有期訴權（Actio temporales）ノ差別ヲ生シタリ、後四百二十四年 Theodosius 二世ノ命令ニヨリ訴權ハ一般ニ三十年ノ時效ニ掛ルモノトセリ、然レトモ猶舊名ヲ保存シ三十年時效ニ掛ルモノヲ永久訴權ト稱シ短期時效ニ掛ルモノヲ有期訴權ト稱シタリ、儒帝ノ立法モ亦之レニ從ヘリ、

Prescriptio トハ元來訴狀（Formula Actionis）ノ一部ヲ爲ス前書ノ義ナリ、而シテ今日ノ所謂妨訴抗辯ニ相當スル事項ヲ記載シタルモノナリト云フ（Unterholzner § 3）、然ルニ時ト共ニ其ノ意義ヲ變シ遂ニ訴訟形式上ノ意義ヲ失ヒ prescriptio 則チ Exceptio（抗辯）ト同義ヲ有スルニ至レリ、故ニ當時ノ prescriptio ト稱スルハ權利取得又ハ權利消滅ノ意義ヲ有スルニ非スシテ請求權ニ對スル裁判上ノ保護ヲ與フル制度（Exceptio ヲ與フル制度）ニ外ナラサリシナリ、故ニ後世之レヲ prescriptio extinctiva（消滅時效）ト稱スルモ羅馬法ノ制度ニハ適合セサルモノト云ハサル可ラス、我民法ノ如クニ權利不行使ノ結果ハ權利其ノモノヽ消滅ヲ來ストナス制度ニ於テ始メテ消滅時效ノ名稱適合ス可シ、

以上ノ二制度ハ其異ル所多シ㈠ヌ起源ヨリ云ヘハ一ハ十二表法ニ存スル市民法ノ規則ニシテ一ハ裁判官ノ命令ニ起源シタルモノナリ㈡又其ノ要件ヨリ云ヘハ一ハ占有ヲ基礎トシ一ハ權利ノ不行使ヲ基礎トナス、㈢其效果ヨリ云ヘハ一ハ權利ノ取得ニ關シ一ハ權利ノ消滅ニ關ス（羅馬法ニ於テハ抗辯權ノ發生ニ關ス）、此ノ如クニ相異ルト雖モ其根本ノ精神ニ於テ同一ナル處アリ即チ兩者共ニ永ク行ハレタル事實上ノ狀態ヲ保護シ社會生活ノ秩序ヲ保チ曖昧ナル訴訟ノ濫起ヲ妨止スルニ在リ、此ノ故ニ中世以來此二制度ヲ時效（Prescriptio Verjährung）ナル概括名辭ノ下ニ集メ時效ヲ分テ消滅時效、取得時效ノ二

トナスニ至リ、佛蘭西民法(二二一九以下)墺太利民法(一四五一)、普國々法(一節九章五〇〇以下)ノ如キ皆此思想ニ基ク、獨逸普通法ノ學說モ亦一般ニ然リシナリ(Unterholzner, verjährungs lehre)、本章モ亦此ノ思想ヲ襲踏シタルモノナリ、

然ルニ獨逸民法ハ如上ノ先例ヲ破リ本來ノ羅馬法ノ精神ニ還戻ヲナシ消滅時效ニ相當ス可キ事項ハ之レヲ Verjährung ノ名ノ下ニ總則編中ニ置キ、取得時效ニ相當ス可キ事項ハ之レヲ Ersitzung ノ名ノ下ニ物權篇所有權取得ノ章下ニ置キタリ、理由書ニハ兩制度ヲ時效ノ觀念ノ下ニ統一ス可キ理由アルハ之レヲ認ムルモ兩者ニ關スル規定甚シク相異ルカ故ニ一所ニ規定スルヲ許サスト云々ト說明セラル(理由書二八九)然レトモ之レ強辯ニ過キス時效ニ於テ最モ多クノ規定ヲ要スルハ中斷及ヒ停止ニシテ其規定ハ大抵共通ナリ、現ニ獨逸民法取得時效ニ於テハ大抵消滅時效ニ關スル規定ヲ準用セルニ非スヤ、是レ兩者ヲ一所ニ規定スルコトノ不便ニ非サルヲ示スモノニ非スヤ、余輩ハ此ノ點ニ關シテハ獨逸民法カ羅馬法ニ忠義ナルヲ認ムルヲ得レトモ果シテ進步ナリヤ退步ナリヤヲ疑ハサルヲ得ス、

(三)時效ノ基礎

時效制度ノ基礎ハ永續セル事實上ノ狀態ヲ保護スル必要ニ基クモノナリ、永年間繼續セル狀態ヲ保護スルハ社會生活ヲ安固ナラシムル爲メ欠ク可カラサル要件ナリ、蓋シ一旦成立シタル狀態カ何等ノ故障モナク永續スルニ於テハ何人モ之レニ付キ安心シ隨テ其證據保存ノ如キハ之レヲ怠ルニ至ルハ當然ナリ、然ルニ後日ニ至リ其證據ヲ求メラルヽナラハ恐慌ヲ來スハ寧ロ通常ナリ、例ヘハ多年間故障ナク物ヲ占有シ權利ヲ行使スルモノモ其權利取得ノ證據ナケレハ之レヲ取戻サルヽ虞アルモノトセハ吾人ハ永久ニ證書ヲ保存セサル可ラサルノ煩アリ、又債務者カ辨濟ヲナスニ當リ證書ノ返還ヲ求ムルヲ怠リ又ハ受取證書ヲ紛失シタルトキハ多年ノ後再ヒ請求セラレ二重ニ辨濟セサル可ラサルニ至ラン、此ノ如キハ社會生活ヲ安固ナラシムル所以ニ非ス、故ニ時效ハ永ク權利ヲ行使スル者ヲ權利者トナシ永ク權利ヲ行使セサル者ヲシテ權利ヲ失ハシムルヲ以テ目的トナス、此ノ意味ニ於テ時效ハ證據ノ代用ヲナス(Surrogat für Beweis)、

又時效ハ大多數ノ場合ニ於テハ事實ニ合ス、永年權利ヲ行使セサルモノハ多ハ權利者ニ非ス、又多年物ヲ占有スル者ハ多クハ權利者ナリ、然レトモ極メテ稀ナル場合ニハ權利者ニ非サルモノカ惡意ヲ以テ他人ノ物ヲ占有シ以テ之ヲ取得シ、又ハ實際上未タ辨濟セサル債權カ消滅シテ理由ナク債權者ヲ害シ債務者ヲ益スルコトアリ、是時效制度ノ裏面ナリ、或ハ獨リ此點ノミヲ見テ時效ハ掠奪者

ヲ保護スル制度ナリト非難スルモノアリト雖モ固ヨリ正シカラス、蓋シ大利ヲ趨サント欲セハ小害ハ之ニ伴フハ已ヲ得サル所ナリ、此ノ如キハ一般ノ利益ノ爲メニ供セラレタル犧牲トシテ之レヲ忍ハサル可ラサルナリ、時效制度一旦認メラレタル以上ハ權利者ニ對シテ精神上ノ壓抑ヲ加ヘ可成權利行使ヲ等閑ニ附セサルノ美果アリ短期時效ニ於テ殊ニ然リトス是(一)ニハ權利關係ノ終了ヲ速ナラシムルヲ以テ取引ニ便益アリ、(二)權利ノ行使速ナレハ隨テ證據ハ明ナリ故ニ裁判上誤判ノ生スル弊ヲ減スルコトヲ得可シ、

(四)本章規定ノ內容　本章ハ(二)ニ述ヘタル旨趣ニ基キ兩種ノ時效ヲ統一シテ規定シ、第一節總則ノ題下ニ於テ兩種ノ時效ニ共通ナル規定ヲ設ケ、第二節ニ於テ取得時效ニ特別ナル規定ヲ設ケ、第三節ニ於テ消滅時效ニ特別ナル規定ヲ設ケタリ、

第一節　總則

(一)共通規定　本節ノ規定ハ取得時效及ヒ消滅時效ニ共通ナルモノニシテ第百四十四條第百四十五條ニ於テ時效ノ效力ニ關スル規定ヲ設ケ、第百四十六條ニ於テ時效ノ拋棄ニ關スル規則ヲ定メ、第百四十七條ヨリ第百五十七條ニ涉リテ時效ノ中斷ヲ規定シ、第百五十八條以下ニ於テ時效ノ停止ヲ規定ス、

(二)時效ノ要件　時效ハ權利ノ取得消滅ノ原因タル法律事實ニシテ左ノ條件ヲ要ス、

(a)取得時效ニ於テハ權利行使ノ事實即チ占有アルヲ要シ、消滅時效ニ在リテハ權利不行使ノ事實アルヲ要ス、

(b)右ノ事實カ法定條件間斷ナク繼續スルヲ要ス、是實ニ時效ノ名稱アル所以ナリ、

以上要件中(b)ニ屬スルモノハ取得時效消滅時效ニ共通ナリ即チ本節ニ於テ規定スル所ナリ、

(三)時效進行開始ノ時期　時效ハ取得時效ニ在リテハ他人ノ物ヲ占有シタル時ヨリ進行ヲ開始シ、消滅時效ニ在リテハ權利ヲ行使シ得ル時ヨリ進行ヲ開始ス(一六二、一六六)、而シテ法定期間其狀態ノ繼續スルニヨリ完成ス、一旦進行ヲ開始シタル時效ハ種々ノ原因ニヨリ其進行ヲ中斷又ハ停止セラル、ト雖モ其開始ノ時ニ當リテハ之ヲ妨害ス可キ事實アルコトナシ、例之權利者カ未成年者ニシテ法定代理人ナク實際權利ヲ行使スル能ハサル狀態ニ在リト雖モ猶消滅時效ハ進行ヲ開始ス、

(四)時效中斷ノ意義

時效中斷トハ時效ノ要素タル可キ權利ノ行使又ハ不行使ト兩立ス可ラサル事實發生シ權利行使又ハ不行使ノ狀態ノ繼續ヲ妨クルヲ云フ、故ニ時效中斷セラレタルトキハ其以前ニ經過シタル時ノ效力ヲ無效ナラシム而シテ其中斷原因ノ已ムト同時ニ再ヒ進行ヲ開始ス（一五七）、然レトモ更ニ法定期間ヲ經過スルニ非サレハ完成セス、中斷以前ノ期間ヲ通算スルヲ許サヽルナリ、

其原因ハ本節ニ限定的ニ列記ス、但シ取得時效ニ特別ナルモノハ次節ニ規定ス、

(五)時效ノ停止ノ意義

時效ハ權利者ニ如何ナル外部ノ障害アルモ其進行ヲ開始スルヲ妨ケス、然レトモ將ニ完成ニ垂トシテ外部ノ故障ノ爲メ中斷スル能ハス又ハ甚シク中斷ヲ困難ナラシムル事狀アルトキハ一定ノ期間時效ノ進行ヲ停止セシメ其完成ヲ妨ケテ以テ權利者ヲ保護ス、之ヲ時效ノ停止ト云フ、時效ノ停止ハ既ニ經過セル期間ヲ無效ナラシメス停止原因ノ去ルト共ニ再ヒ進行ヲ始メ前後ヲ通算シテ時效期間ニ滿ツルニ至テ完成ス、中斷ト相對照シテ以テ其差別ヲ明ニス可シ、

停止原因ハ本節ニ於テ限定的ニ列記セラル、

(六)時效ノ完成

時效ハ法定條件ノ完備ニヨリ完成ス、時效ニヨリ利益ヲ受ク可キ者カ之レヲ完成セシムルノ意思ヲ有シ又ハ行爲アルヲ必要トセス、又其者カ法定條件完備ノ事實ヲ知ルヲ必要トセス、換言スレハ時效ハ全ク客觀的ニ完成シ其效果ハ法律上當然（Ipso iure）生ス、

第百四十四條　時效ノ效力ハ其起算日ニ遡ル

(一)本條ノ理由

本條ハ舊民法證據編第九十一條ノ先例ニ依リタルモノニシテ外國ニ多ク先例ヲ見ス、但シ佛國ニ於テハ學說トシテ時效ノ遡及效ヲ認ムルモノヽ如シ（Baudry III 1959）、瑞西債務法第百五十一條ハ主タル請求權ト共ニ利息其他從タル請求權モ亦時效ニ掛ルモノトナシ、獨民法第二百二十四條モ之ト同旨意ナリ、本條ハ時效ノ效果ヲ擴張シタルモノニシテ取得時效及ヒ消滅時效ニ共ニ適用アリ、時效ハ權利ノ取得消滅ヲ來ス可キ法律事實ニシテ其事實ハ期間ノ滿了ニヨリテ完成ス可キカ故ニ理由書ニモ云ヘルカ如ク「特別ノ明文ナキトキハ決シテ既往ニ遡ルモノニ非ス、然リト雖モ時效ハ公益上ノ必要ヨリ生スルモノニシテ權利ノ長ク不確定ノ有樣ニアルコトヲ妨キ成ル可ク爭訟ノ少カランコトヲ欲スルモノナルニ、若シ此時效ノ主義ヲ一貫シ其效力ハ單ニ取得又ハ消滅ノ時以後ニアルモノトスルトキハ時效ノ起算日ヨリ其完成ノ時ニ至ルヽ

ヲノ期間ニ生シタル種々複雜セル法律關係ヲ一々決定セサル可ラサルコト、ナリ爲メニ時效ノ效用ヲ大ニ減少スルニ至ルヲ以テ本條ヲ設ケテ此種ノ弊害ヲ避ケタリ」トアルニヨリ明ナリ、即チ時效完成前ニ生シタル利息果實等ノ請求權ハ夫レ自身未タ時效ニ掛ラサルモ恰モ時效ニ掛リタルト同一ノ結果トナル、之レ本條ハ時效ノ效果ノ擴張ナリトスル所以ナリ、

(二)適用　本條ハ其「起算日ニ遡ル」トアルニヨリ明ナルカ如ク其起算日ニ於テ既ニ權利ノ取得又ハ消滅生シタルモノト看做サル、ナリ、猶細キ點ヲ上クレハ、

(イ)本條ハ取得時效消滅時效ニ適用アリ、

(ロ)債權カ消滅時效ニ掛リタル場合ニハ債務者ハ起算日ヨリ完成マテノ利息其他ノ果實ヲ拂フヲ要セス、取得時效ノ場合ニ於テハ占有者ハ起算日以後ニ收取シタル天然果實法定果實ヲ返還スルヲ要セス、

(ハ)取得時效ノ場合ニ於テ占有者カ時效完成前ニ其物ニ付キテ爲シタル處分(例之讓渡)ハ有效トナル、

(ニ)取得時效ノ場合ニ於テ時效完成前ニ第三者カ占有物ニ對シテ不法行爲ヲ加ヘタルトキハ時效完成後ニ至リテハ占有者損害賠償請求權ヲ有スルモ舊所有者ハ損害賠償請求權ヲ有セス、從テ舊所有者カ第三者ヨリ得タル損害賠償ハ之レヲ占有者ニ返還セサル可ラサル結果トナル、

(ホ)定期金債權ノ消滅時效ニ關シテハ第百六十八條第百六十九條ヲ見ヨ、

第百四十五條　時效ハ當事者之ヲ援用スルニ非サレハ裁判所之ニ依リテ裁判ヲ爲スヲ得ス

(一)時效ノ援用(Vorschutzen)ヲ本條ハ規定ス、本條ハ時效ノ性質ニ關スル大切ナル規定ナリ、時效ノ效力ニ關シ(殊ニ消滅時效)凡ソ三說アリ、

(イ)時效期間ノ滿了ニヨリ時效ハ完成シ消滅時效ニアリテハ權利消滅シ取得時效ニ在リテハ權利ヲ取得ス、然レトモ裁判所カ之レヲ以テ裁判ノ基礎トナスニハ當事者ノ援用ヲ要ス、此說ニヨレハ時效ハ裁判外ニ於テハ當事者ノ援用ヲ要セス當然效力アリ、

(ロ)權利ノ取得消滅タル時效ノ效力ハ援用ヲ俟テ生ス、然レトモ其效力ハ時效期間滿了ノ時ニ遡ル、而シテ此種ノ論者ハ時效期間滿了後ハ時效ノ中斷停止ハ行ハレサルモノトナス、故ニ期間ノ滿了ハ中斷停止ヲ除斥スルノ效力アルニ過キス、

(ハ)時效ノ效力ハ時效期間滿了ニヨリ生ス、然レトモ其效力タルヤ權利ヲ消滅セ

シムルモノニ非ス（取得時效ニハ言及セス）シテ義務者ノ利益ノ爲メニ抗辯權ヲ發生セシムルニ過キス、故ニ義務者カ其抗辯權ヲ援用スルニヨリ裁判所始メテ原告（權利者）ノ請求ヲ斥クルコトヲ得、

本法ニ於テハ取得時效ノ效果ハ第百六十二條以下ニ明ナル如ク時效期間滿了ニヨリ當然生シ權利ノ取得ヲ來シ、消滅時效ノ效果ハ第百六十七條以下ニ明ナル如ク時效期間ノ滿了ニヨリ當然生シ權利ノ消滅ヲ來ス、然レトモ本條ニ於テハ裁判所カ之ヲ以テ判決資料トナスニハ當事者ノ援用ヲ要ストナスカ故ニ第一ノ主義ヲ取リタルハ疑フ可ラス（同論三八、一一、二五、大審院判決）

右ノ如クニ一方ニ於テ當然權利ノ取得消滅ヲ來ストナス以上ハ苟モ其事實裁判所ニ知レタル場合ニ於テハ當事者ノ援用ヲ俟タスシテ之ヲ以テ裁判ノ基礎トナスヲ得可キ理ナリ、故ニ本條ニ於テ援用ヲ必要トセル理由ヲ説明スルコト極メテ困難ナリ、時效ノ效力ニ關スル本法ノ規定非ナルカ、或ハ本條ノ規定非ナルカ、本章第三節總説ニ於テ之ヲ詳論ス可シ、

外國ニ於テモ本條ニ相當スル法條ハ多ク之レヲ存ス（佛二二二三バーテン國法二二二三墺民一五〇一伊二一〇九葡四一四）、西班牙民法及獨逸民法ハ之レヲ欠ク、西班牙民法ニ關シテハ未タ其理由ヲ聞クヲ得サレトモ、獨逸ニ於テハ消滅時效ノ效力ニ關シ（ハ）ノ説ヲ取ルヲ以テ當然義務者ノ抗辯ヲ必要トスルカ故ニ此ノ如キ規定ヲ要セサリシナリ、而シテ取得時效ニ關シテハ時效期間ノ滿了ニヨリテ當然權利ヲ取得ストナスカ故ニ、當事者ノ援用ヲ要セスシテ裁判所之レヲ認ムルヲ得トナス、能ク理論ヲ一貫スルモノト云フ可シ

右ノ如クニ其法律上ノ説明ノ差別ハ之レアリトスルモ諸國多ク當事者ノ意思ヲ必要トス、其理由ハ思フニ時效制度ノ嚴峻ニ流ルヽノ弊ヲ矯正セントスルニ在リ、蓋シ（一）時效ハ往々ニシテ眞ノ權利者ヲシテ權利ヲ失ハシメ眞ノ權利者ニ非サルモノニ權利ヲ與フルノ弊アルコトハ既ニ總説ニ於テ述ヘタルカ如シ、故ニ時效ノ利益ヲ受ク可キヤ否ヤヲ當事者ノ良心ニ任セタルモノナリ、（二）時效ノ中斷ハ裁判外ノ行爲ニヨリ行ハレ裁判所ニ知レサルコト多ク、又時效ノ停止原因モ必シモ一件書類ニヨリ明ナラス裁判所ニ知レサル場合多シ、然ルニ裁判所ヲシテ當然之レヲ認ム可キモノトセハ誤判ニ陷リ易シ、故ニ當事者ヲシテ之レヲ援用セシメ相手方ノ注意ヲ惹起シ之レヲ攻撃スルノ機會ヲ與フルヲ以テ本條ノ目的ト爲スモノト解シテ可ナリ、

（二）本條ノ適用範圍

本條ハ消滅時效及ヒ取得時效ニ共ニ適用セラル、獨逸民法ノ如キハ消滅時效ニ關シテハ義務者ノ抗辯ヲ必要トスト雖モ取得時效ニ關

シテハ占有者ノ援用ヲ必要トセサルモノ、如シ、然シ時效援用ノ理由右ノ如シトセハ之レヲ兩種ノ時效ニ適用ス可キ實質上ノ理由アリ、

裁判外ニ於テハ時效ハ援用ヲ俟タスシテ效力ヲ生ス、例之消滅時效ニ掛リタル債務ノ辨濟トシテ給付ヲナシタルトキハ不當利得トシテ其取戻ヲ請求スル權利ハ給付ノ時ニ生ス可シ受益者カ其法律上ノ原因トシテ裁判上債權ノ存立ヲ主張シタル場合ニ於テ始メテ時效援用ノ必要ヲ見ル可シ、

本條ノ規定ハ「裁判所」云々トアレトモ之レヲ仲裁判斷ニ準用スルヲ得可キカ、

(三)時效ノ援用ノ意義(Vor chutz, Opposer, invoquer)

(イ)其意義、　時效ノ援用トハ完成シタル時效ノ效果ヲ主張スル意思表示ナリ、其ノ意思表示ハ裁判所ニ對シテ爲ス可キモノニシテ相手方ニ對シテ爲スモノニ非ス、是レ前段ニ述ヘタルカ如ク裁判所ハ當事者ノ眞心ニ反シ時效ノ利益ヲ強ユルコトヲ得サルカ故ニ援用ヲ必要トスルモノナレハ、援用ハ裁判所ニ對シテ利益ヲ主張シ又ハ受クルノ意思表示ナラサル可ラス、

(ロ)援用ハ必シモ相手方ノ請求ニ對スル抗辯タルヲ要セス(一)債務者ハ原告トシテ消滅時效ヲ援用シテ債務不存在確認ノ請求ヲナスコトヲ得、(二)占有者ハ時效ニヨル權利取得ヲ原因トシテ登記ノ變更ヲ求ムルコトヲ得、(三)第三者ニ對シテハ時效ヲ援用シテ原告トシテ其債務者ニ非サルコト又ハ權利者ナルコトヲ主張スルコトヲ得、(四)消滅時效ニヨリ消滅シタル債務ノ辨濟トシテ給付ヲナシタルトキハ債務者ハ時效ヲ援用シテ原告トシテ其返還請求ヲナスコトヲ得、要之本法ノ規定ニ於テハ權利ノ取得消滅ノ效果ハ援用ニヨリ生スルニ非ス、援用ハ只完成シタル時效ノ效果ヲ主張スルニ過キス、故ニ相手方ノ請求ヲ待テ其ノ妨禦方法タル抗辯トシテ提出シ得ルニ止マラス自ラ原告ノ地位ニ立チ主動的ニ其效果ヲ主張スルコトヲ得サル可ラス、

(ハ)時效ノ援用ハ事實ノ主張ナリ、故ニ第一審及ヒ控訴審ニ於テ之レヲ爲スヲ要ス、

(ニ)不援用、　ハ之レヲ時效利益ノ拋棄ト區別スルヲ要ス、拋棄ハ積極的ノ行爲ナリ、時效ノ效果之レニヨリ消滅ス、不援用ハ不行爲ナリ行爲ナキナリ故ニ之レニヨリ時效ノ利益ハ消滅セス、故ニ第一審ニ於テ援用セサリシ場合ニハ第二審ニ於テ採用スルヲ妨ケス、

(ホ)何人カ援用シ得ルカ、　本條ニハ「當事者カ援用云々トアリ」時效ノ當事者ハ如何ナル人カ、曰ハク茲ニ當事者ト云フハ時效ニヨリ直接ニ權利ヲ取得シ、又ハ相手方ノ權利消滅ニヨリ利益ヲ受クル者ヲ云フ、取得時效ニ於テハ占有者

ヲ意味シ、債權ノ消滅時效ニ於テハ債務者ヲ意味シ、取消權解除權ノ如ク一方ニ義務者ナキ權利ノ消滅時效ニ於テハ其權利ノ消滅ニヨリ直接ニ法律上ノ利益ヲ受ク可キモノ例ハ取消シ得可キ行爲ノ相手方又ハ解除セラル可キ契約ノ相手方ヲ意味スルモノトス、而シテ其ノ承繼人ハ舊主ト同視セラル可キハ云フニ及ハス、

時效ニヨリ間接ニ利益ヲ受ク可キ地位ニ在ルモノハ時效ノ當事者ニ非ス、何トナレハ時效ノ間接利益者ニ之ヲ許ストキハ其結果間接ノ利益者ニ與フルニ時效ノ利益ヲ直接當事者ニ強ユルノ權能ヲ與フルニ等シク援用ヲ必要トナス本條ノ精神ニ反ス可シ、例之債務者ノ債權者、占有者ノ債權者保證人、物上保證人ハ債務者、占有者、主タル債務者ノ爲メニ完成シタル時效ヲ援用スルヲ得ス、尤モ第四百二十三條ニヨリ債務者ノ權利ヲ行ヒ得ル場合ハ此限ニ非ス、其他連帶債務（四三九）連帶保證（四五八）等特別ノ規定アルモノハ、各其旨趣ニ從フ、（同論四三、一二五、大審院判決）

（ヘ）時效援用ノ效果、　時效ノ援用ハ時效ノ直接利害關係者之レヲ爲ス、然レトモ一旦正當ニ時效ノ援用アリタル以上ハ裁判所ハ之レヲ以テ第三者間ノ訴訟ノ判決ノ基礎トナスヲ妨ケス、例之主タル債務者カ時效ノ援用ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ之レニ基キテ債權者保證人間ノ裁判ヲナスコトヲ得、

第百四十六條　時效ノ利益ハ豫メ之ヲ抛棄スルヿヲ得ス

（一）時效進行前ノ抛棄　之レ本條ノ禁スル所ニシテ之レニ反スル契約ハ全然無效タル可シ、其理由ハ（一）時效ハ公益ニ關スル制度ナリ、故ニ當事者間ノ契約ヲ以テ其適用ヲ避クルヲ得ス、（二）若シ之レヲ許スモノト假定セハ債權者ハ常ニ契約ノ始メニ當リ豫メ時效利益ノ抛棄ヲ求メ債務者ハ德義ニ恥ヂテ必ラス之レニ應ス可シ、他人ニ物ヲ占有セシムル場合ニ於テモ亦常ニ同一ナル可シ、果シテ然ラハ時效制度ノ效用ヲ減殺スルコト大ナリ、之レヲ本條ノ理由トス、故ニ本條ノ規定ハ強行法ナリトス、

（二）時效完成後ノ抛棄　時效完成後ノ抛棄ハ之レヲ許ス、之レ本條ノ裏面解釋ニヨリ明ナル處ナリ、通常時效ノ利益抛棄トハ此場合ヲ指ス（佛民二二二〇以下墺民一五〇二）、

（イ）時效利益抛棄ノ性質、　本法ニ於テハ時效ハ（一）單ニ抗辯權ヲ發生セシムルモノニ非ス、（二）又援用ヲ以テ效力發生ノ要件トナスモノニモ非スシテ時效ハ其完成（時效期間ノ滿了）ニヨリ當然權利取得消滅ノ效果ヲ來スモノナリ、時效

拋棄ノ性質ヲ明ニスルニハ先ツ右ノ時效完成ノ效果ヲ了知スルコト必要ナリ、從來時效ノ拋棄ノ性質ニ關シテハ(一)權利讓渡說（Laurent 32, § 195）アリ、之レ拋棄ヲ以テ時效ニヨリ取得シタル權利ヲ舊主ニ讓渡スル行爲ナリト爲スモノナリ、此ノ說ハ我民法上假リニ取得時效ニ就キテハ維持スルコトヲ得可シトスルモ消滅時效ニ關シテハ全ク適用スルヲ得ス、何トナレハ讓渡ノ觀念ニハ讓渡セラル可キ權利ノ存在ヲ前提トス、然ルニ消滅時效ニ於テハ債務者ハ單ニ債務ヲ免カルヽノミニシテ讓渡ス可キ權利ヲ取得スルコトナケレハナリ、取消權解除權等ノ消滅時效ニ付テモ亦同シ、或ハ又時效ノ效果トシテ取得シタル抗辯權ヲ拋棄スルモノナリト說明スルモノアリト雖モ、本法ニ於テハ時效ハ抗辯權ヲ發生セシムルモノニ非サルカ故ニ採用スルヲ得ス、(二)權利承認說、是レ佛蘭西ニ於テハ多數說ナルカ如シ(Bandry III § 1590 Bähr, Anerkennung § 47)、其旨意ハ時效ニヨリ債務消滅スルモ債務者ノ拋棄ニヨリ債務ヲ再造ストナスニ在リ、然レトモ(イ)債務者ノ一方行爲タル可キ拋棄ニヨリ債務ヲ創造シ得ルヤ否ヤ疑問ナリ、假リニ手形振出行爲ノ例ニヨリ一方的ノ意思表示ニヨリ債務ヲ負擔シ得ルトスルモ拋棄ノ意思ハ事實上債務負擔ノ意思ヲ包容スルモノニ非ス、故ニ拋棄ニヨリ債務ヲ創設スル能ハサルヤ明ナリ、是レ其不都合ノ一點ナリ、(ロ)且ツ消滅時效ニ關シテハ此說維持シ得ルト假定スルモ取得時效ニ關シテハ到底維持スルヲ得ス、蓋シ一物ノ上ニハ同時ニ二個ノ所有權アル可ラス、時效ニヨリ占有者所有權ヲ取得ス、然ルニ拋棄ハ舊所有者ノ爲メニ所有權ヲ新設スルモノトセハ之レ同時ニ二個ノ所有權ヲ認メントスル意思ナラサル可ラス、故ニ此ノ場合ニハ少クトモ同時ニ占有者ハ法律上取得シタル所有權ヲ拋棄スト說明セサル可ラサラン、然レトモ當事者ハ果シテ如此ノ意思ヲ有スルヤ(ハ)且ツ承認說ハ實際ニ不都合ナル點多シ、即チ消滅時效ニ於テハ債務者ハ拋棄ニヨリ舊債務ト同一ノ內容ヲ有スル債務ヲ負擔スルニ至ルト雖モ、舊債務ハ消滅ニ歸シタルモノナルカ故ニ利息其他ノ果實ヲ支拂ヲ要セサルニ至ル可ク又舊債務ニ擔保アリタル場合ニハ擔保ハ消滅ニ歸ス可シ、取得時效ニ於テハ占有者ハ時效完成後拋棄前ニ收得シタル果實ヲ返還スルヲ要セサルニ至ラン、然レトモ此ノ如キハ拋棄者ノ豫想セサル結果ニシテ拋棄ノ意思ト矛盾スルモノト云ハサル可ラス、

余輩ノ信スル所ニ於テハ拋棄ハ時效完成セルニモ拘ハラス完成セサルモノトナス意思表示ナリ、此ノ如クニ解釋スルニヨリ消滅時效取得時效ニ共通ノ說明ヲ與フルヲ得可ク又拋棄者ノ豫期ニ適合スル結果ヲ得ラル可シ、即チ取

得時效ニ於テハ占有者ハ全ク權利ヲ取得セルコトナキモノト見ラル、カ故ニ所有者ノ返還請求ニ對シテ時效ノ抗辯ヲナスヲ得ス、又時效完成ノ時ヨリ拋棄ノ時ニ至ル間ニ生シタル果實ヲ返還スルヲ要シ、消滅時效ニ於テハ其權利嘗テ消滅セルコトナキモノト看做サル、カ故ニ債務者ハ中間ノ利息ヲ拂フヲ要シ又擔保權ノ存スル場合ニ於テハ擔保消滅セサル結果トナル、拋棄者ノ意思ニヨリ論スルニ拋棄者ノ目的ハ全ク時效ノ利益ヲ受ケサラントスルニ在ラサル可ラス、然ラハ即チ前示ノ結果ハ拋棄者ノ豫期ニ適合スルモノト認メサル可ラス。

(ロ)時效拋棄ノ方法。　(一)時效ノ拋棄ハ從來契約タルヲ要ストセルカ(例之Savigny V. S. 412)余ハ一方行爲ニテ可ナリト信ス(富井博士前出五五八、Baudry III § 1589 Regelsberger § 186同論)、若シ拋棄ヲ以テ權利讓渡ナリト説明セント欲セハ勢ヒ契約タルヲ要スルニ至ラン、何トナレハ一方行爲ニテ權利ヲ相手方ニ強ユルハ一般ノ原則上許ス可ラサレハナリ、又若シモ拋棄ヲ以テ債務ノ承認ト解スルモ恐クハ契約ヲ要ス可シ、何トナレハ一方行爲ニヨリ債務ヲ負擔シ得ルハ特別ノ場合ニ限ラルレハナリ(例之手形)、然ルニ我輩ハ拋棄ヲ以テ時效完成セサルモノト爲ス意思表示ト解スルカ故ニ自ラ利益ヲ受ケサルノミニテ敢テ他人ニ新ナル利益又ハ權利ヲ強ユルコトナシ、故ニ一方行爲ニテ足ル可シ、(二)拋棄ハ援用ト異リ裁判上ノ行爲タルヲ要セス、(三)拋棄ハ明示タルヲ要セス、例之消滅時效ノ場合ニ於テ債務者カ利息ヲ支拂ヒ(完成後ノ分)又ハ擔保ヲ供スルカ如キ取得時效ノ場合ニ於テ占有者カ果實ヲ返還スルカ如キハ默示ノ拋棄ト見ルヲ得可シ、但シ默示ノ拋棄トナルニハ拋棄者カ時效完成ノ事實ヲ知ルヲ以テ前提トナス、猶第七百五條ヲ參考ス可シ、

(ハ)時效拋棄ノ能力、　時效ノ拋棄ヲ以テ權利ノ讓渡ト爲ストキハ處分能力ヲ必要トス可シ(佛民二二二二)、之ヲ以テ債務承認ト爲スナラハ債務負擔ノ能力ヲ必要トス可シ、我輩ハ之レヲ以テ時效完成セサルモノト爲ス意思表示ナリト解ス、故ニ前二者トハ自ラ理由ヲ異ニスト雖モ取得時效ニ就テハ權利讓渡、消滅時效ニ於テハ債務承認ニ必要ナル能力即チ處分能力ヲ必要トナス、蓋シ時效完成セサルモノト爲ス結果ハ權利ノ喪失債務ノ存續ヲ來シ、其結果財產ノ處分タルノ性質ヲ帶フレハナリ、此ノ點ハ代理人殊ニ訴訟代理人ノ權限ニ關シ大ナル必要ヲ見ル、

(二)時效ノ拋棄ト不援用

往々此二者ヲ混同スルモノアリ(例之Heymann Vorschutzen der Veyährung § 19)、然シ明ニ區別スルヲ要ス、拋棄ハ時效ノ效力ヲ消滅セシム故

ニ再ヒ之ヲ援用ス可ラス、不援用ハ只裁判上之ヲ提出セサルノミナリ故ニ適當ノ時期ニ於テ再ヒ之レヲ援用スルヲ妨ケス、

(三)時效要件ノ變更

時效ノ要件ヲ變更セントスル契約ノ效力如何、此點（殊ニ時效期間）ニ關シ凡ソ三說アリ(一)時效ノ要件ヲ重カラシムルハ（例之期間ノ延長新ナル中斷原因ノ設定）公益ニ害アリ、然レトモ之ヲ輕カラシムルハ（例之期間ノ短縮）公益ニ害ナシ、又時效制度ノ精神ニ反セス故ニ有效ナリト、之レ獨逸民法第二百二十五條ノ主義ナリ、(二)時效期間ノ延長ト雖モ一般時效期間ヲ超加セサルモノハ有效ナリ（例之短期時效ヲ一般時效期間マテ延長ス）(Dernburg I § 145 N. 16 Wächter II S. 821 N. 7)、(三)時效要件ニ關スル規定ハ凡テ強行規定ナリ故ニ特別ノ明文アルニ非サレハ期間ノ延長ハ勿論短縮モ亦公益ニ害アリト (Regelsberger § 182 III Hölder kom. S. 347)

第一說ヲ正シトス、時效要件ニ關スル規定カ公益規定ナルハ余輩モ亦之レヲ認ム、然レトモ公益規定ニハ凡テノ方面ニ對シテ私人ノ意思ヲ容レサルモノト（例之成年婚姻適齡）或方面ニ對シテハ私人ノ意思ヲ許サヽルモ他ノ方面ニ對シテハ私人ノ意思ヲ許スモノアルコトヲ認メサル可ラス、時效要件ニ關スル規定ノ如キハ後者ニ屬ス、蓋シ時效ノ要件ヲ重カラシムレハ益々證據ヲ不明ナラシムル恐アリ故ニ時效制度ノ精神ニ反シ公益ニ反ス、然レトモ之レヲ輕カラシムルニ於テハ全ク此弊ナシ、故ニ其公益規定ナリト云フハ之ヲ重カラシムルヲ得スト云フ意義ニ於テ然ルナリ、故ニ反對ニ之ヲ輕カラシムルハ支障ナカル可シ、論者或ハ曰ハン義務者又ハ占有者ハ時效期間ノ短縮ヲ利トスルアルカ故ニ常ニ之レヲ要求シ以テ債權者又ハ所有者ヲ害スルニ至ラン、然ラハ公益ニ害ナシト云フヲ得スト、曰ハ然ラス、義務者占有者カ時效期間ノ短縮ヲ求ムルハ本來德義ニ反スルコトナリ、故ニ甚シク破廉恥ノモノニ非ラサレハ斯ル要求ヲナスコトナシ、又斯カル要求ヲナスモ所有者又ハ債權者ハ良心ニ疾シキ所ナク之レヲ拒絶シ得ルカ故ニ害ナシ、若シ又債權者所有者カ之レニ應シタリト假定センカ其ノ結果權利者ハ權利ノ行使ヲ等閑ニ附セサルニ至ル可キカ故ニ反對ニ取引ノ結末ヲ速ナラシメ公益ニ補益スル所アル可シ、

時效條件ノ輕減ト混同ス可ラサルモノハ、(一)權利ニ存續期間ヲ定ムル場合、(二)時效ニ掛ラサル權利ヲ時效ニ掛ルモノトナス場合ナリ、前者ハ一般除斥期間ニ關スル規定ニ從ヒ（本章第三節總說ヲ見ヨ）後者ハ公益ニ反スルヲ以テ其契約ハ全然無效トス、

第百四十七條　時效ハ左ノ事由ニ因リテ中斷ス

一　請求
二　差押、假差押又ハ假處分
三　承認

(一)時效中斷原因　本條以下ニ於テ規定ス、中斷原因ニハ自然中斷及ヒ法定中斷(Interruption Civile ou naturelle)ノ別アリ、自然中斷トハ占有喪失ニヨル中斷ヲ云フ、是レ取得時效ニ特別ナルモノナリ故ニ之レヲ次節(一六四、一六五)ニ規定シ、總則タル本節ニ於テハ取得消滅兩種ノ時效ニ共通ナル法定中斷原因ヲ揭ク、

(二)中斷原因ノ限定　時效中斷原因ハ本條列記ノ三者ニ限ル、濫リニ類推擴張スルヲ許サス、例之質權抵當權ノ實行ハ債權ノ時效中斷原因トナスヲ得ス、

(三)請求　外國ノ法律ハ多クハ羅馬法ノ先例ニ倣ヒ時效中斷ニハ裁判上ノ請求ヲ必要トス(Dernburg Pand I § 148、獨二〇九、佛二二四四)、本條ハ我國ノ慣習ニ於テハ裁判上ノ請求ノ如キハ萬已ヲ得サル場合ニ爲ス可キモノニシテ通常裁判外ノ意思表示ニヨリ催告ヲナス故ニ必ス訴ノ提起ヲ必要トセハ權利者ハ其煩勞ヲ恐レ空シク時效ノ中斷ヲ爲スヲ得サル弊アリ、故ニ苟モ請求タル實質ヲ有スル行爲ハ裁判外ナルト裁判上タルトヲ問ハス皆時效中斷ノ效力アルモノトセリ(理由書)、而シテ實質的請求トシテ、(一)裁判上ノ請求、(二)支拂命令、(三)和解ノ爲メニスル呼出任意出頭、(四)破產手續參加(五)催告ノ五者ヲ想像ス

本條ニ云フ「請求」トハ(一)義務者ニ對スル履行ノ請求ノミヲ意味スルカ、(二)或ハ裁判所ニ對スル保護ノ請求ヲモ併セ包含ス可キカ、通常實體法ニ於テ請求トアル場合ニハ相手方ニ對スル請求ト解スルヲ至當トナス可キカ如キモ此ノ場合ニ狹義ニ解スルトキハ左ノ不都合アリ、(一)時效ノ客體カ請求權ニ非サル場合(例之取消權解除權)ニハ中斷ノ機會ヲ與ヘスシテ權利ヲ喪失セシムルニ至ル、即チ請求權ニ非サレハ本號ニヨリ履行ノ請求ヲナスヲ得ス、又次號ニヨル差押等ノ適用ナキハ勿論ナリ、已ヲ得ス承認ヲ求ムルノ途ニ出ツ可キモ相手方カ承認ヲ與ヘサル場合ニハ如何トモス可ラス(四一三、二項但書ノ適用ナシ)、(二)確認訴訟ニヨリテ中斷ヲナスヲ得ス、何トナレハ之レ履行ヲ求ムルモノニ非サレハナリ、以上二者ハ實ニ時效制度ノ精神ト相容レサル不都合ナリ、故ニ之ヲ廣義ニ解シ裁判所ニ對スル保護ノ請求即チ確認訴訟ヲモ包含セシムル方實際ニ適合ス可シ、或ハ難シテ曰ハン若シ然リトセハ次條ノ規定ヲ如何ニ解セン、請求ニヨル時效中

斷ハ當事者間ニ於テノミ效力アリ故ニ請求者ト裁判所ノ間ニ於テ效力ヲ生スル奇觀ヲ呈セント、曰ハク然ラス此ノ場合ニハ實質上ノ關係ニ付キ當事者ヲ定ム可キノミ、之レ法典ニ例ノ存スル處ナリ、例之破産手續參加ハ敢テ債務者ニ對シテ請求ヲナスモノニ非サルモ中斷ノ效力ハ債務者ニ對シテ生ス可キハ何人モ疑ハサル處ナリ、故ニ此ノ例ニ從フ可キノミ、

(四)差押、假差押、假處分

差押ハ強制執行ノ方法ニシテ(民訴五六四、五九四、六四四、七一七)假差押ハ強制執行保全ノ爲メニ爲シ(民訴七三七)、假處分ハ係爭物ニ付キ現狀ノ變更ニヨリ當事者一方ノ權利ノ實行ヲナスコト能ハス又ハ之ヲナスニ著シキ困難ヲ生スル恐アル場合ニ之ヲ爲ス(民訴七五五)、皆權利者ノ申請(申立)ニ基キ裁判所ノ命令ニヨリ執達吏之ヲ實行スルモノナリ、權利實行ノ意思ノ尤モ強固ナルモノナリ、故ニ中斷ノ效力ヲ生スルハ何人モ疑ハサル所ナリ、然レトモ時效中斷ノ效力ヲ生スル時期ニ關シテハ疑アリ、(一)以上ノ行爲ノ實行ニ着手シタル時(獨民二〇九、五號)(二)以上ノ命令ノ申請アリタル時トナス、理論上ハ後者ヲ可トス可シ、何トナレハ(一)權利者ノ行爲ニ基ク時效中斷ニ於テハ權利者カ其爲シ得ル凡テノモノヲ終リタル時ニ中斷ナカル可ラス然ラサレハ權利者ハ中斷ヲ爲スノ能力ナキニ時效完成スルノ不都合ヲ見ル可シ、今此ノ場合ニ於テ權利者カ強制執行ノ中立ヲ爲シタルニモ拘ハラス裁判所遲延何等ノ命令ヲモ與ヘス、又ハ事情アツテ執達吏執行ヲナスヲ得サル間ニ時效完成ストセハ怠慢ナル權利者ヲ責ムトナス時效ノ精神ニ反スルヤ大ナリ、(二)加之訴ノ提起ノ場合ニ於テハ訴狀ノ提出ニヨリ中斷ノ效力ヲ生シ相手方ニ訴狀ヲ送達スルヲ要セス(一四九)、故ニ相手方カ何等覺知スルコトナクシテ時效ノ效力ヲ生スルヲ妨ケサル可シ、(三)本法ニ於テハ無形式ノ催告ニヨル時效中斷ヲ認ム、然ラハ強制執行ニ着手スルニ非サレハ中斷ノ效力ナシトスルハ權衡ヲ失スル大ナリト云ハサル可ラス、然レトモ本條ニハ明ニ「差押、假差押又ハ假處分」トアリテ其ノ「申請」トナシ、故ニ中斷原因ハ公ノ行爲タル差押假差押處分ニ在リテ私人ノ行爲タル其申請ニ在ラス、故ニ解釋上ハ差押等ノ行爲ニ着手アリタル時ニ中斷アルモノト斷定セサル可ラス、(同論四二、四、三〇、大審院判決)、

本號ノ處分ハ通常裁判上又ハ裁判外ノ請求後之ヲ爲ス、然ラハ前號ト重複シ不用ナルニ非スヤノ疑アリト雖モ全ク其必要ナキニ非ス、(一)請求ナクシテ差押等ノ行爲ヲナスコトアリ殊ニ假差押、公正證書ニヨル強制執行等然リトス、(二)時效再進行ノ時期ニ關係ス、例ヘハ訴訟提起ノ場合ニ於テハ訴ノ提起ノ時ヨリ確定判決ノ時マテ時效中斷セラレ判決確定後時效ハ再ヒ進行ヲ開始ス、然ルニ判決

確定後差押ヲナストキハ差押手續中ハ時效中斷セラレ其終了ヲ待テ時效再ヒ進行ス、

然レトモ假處分ニ至リテハ余輩未タ其必要ナル理由ヲ發見スル能ハス、蓋シ假處分ハ係爭物ニ對シテ爲スモノナリ(民訴、七五五)、然ラハ必ラス訴訟ノ提起ノ後ニシテ而シテ確定判決ノ前ニ爲スモノナラサル可ラス、然ルニ訴ノ提起ノ場合ニ於テハ時效ハ訴ノ提起ノ時ニ中斷セラレ裁判ノ確定スル迄繼續ス然ラハ其中間ニ於テ中斷ヲ爲スノ必要アリヤ、暫ク疑ヲ存ス、

(五)承認(Anerkennung, reconnaisance)　前二者ハ皆直接間接ニ權利者ノ行爲ニ基ク中斷原因ナリ、承認ハ之ニ反シテ時效ニヨリ利益ヲ受ク可キ者ノ行爲ナリ、消滅時效ニ於テハ債務者、取消シ得可キ行爲ノ相手方、解除シ得可キ行爲ノ相手方等ノ行爲ナリ、取得時效ニ於テハ占有者ノ行爲ナリ、

(イ)承認ノ性質、　學說二アリ(一)承認ハ義務存在ノ自覺ノ表示ニシテ法律行爲的ノ意思表示ニ非ス(二)相手方ノ權利ノ存在ヲ認ムル一方的法律行爲トナス、獨逸ニ於テハ前說ヲ普通トス(Angabe bei Oertmann S. 629)、我國ニ於テ富井博士ハ一方行爲ナリト云フ(原論五六八)、是ヲ實際ニ見ルニ債務者カ債務ノ存在ヲ認ムル旨ヲ表示シ占有者カ他人ノ所有權ヲ認ムル旨ヲ表示スルヲ承認ト云フ、左レハ承認ニハ何等慾望ノ包含セラル、コトナシ、殊ニ時效中斷ノ效果ヲ慾望スルコトヲ必要トセス、而シテ此ノ如キ慾望ハ心理現象トシテ存在セサルノミナラス法律ハ承認者ニ此ノ如キ潛在的ノ意思アル可キヲ推定シテ時效中斷ノ效果ヲ附シタルニ非ス、承認者カ時效中斷ノ效果ヲ欲セサル旨ヲ明言スト雖モ猶法律上當然時效中斷ノ效果ヲ生スルモノナリ、故ニ承認ハ法律行爲ニ非ストナスヲ正シトナス、故ニ法律行爲ニ關スル規定ヲ適用スルヲ得サルナリ、

承認ハ事實ノ承認ニシテ債務創設ノ效力アルモノニ非ス、故ニ例之債務者カ債務存在ノ承認ヲ爲スト雖モ事實上其債務存在セス又ハ既ニ消滅セルナラハ承認者ハ之レニヨリ債務ヲ負フコトナシ、占有者カ他人ノ所有權ヲ承認スト雖モ事實上自己ノ所有ニ屬セル場合ニ於テハ承認ニヨリ所有權ヲ失フコトナシ、

(ロ)承認ノ相手方、　承認ハ時效ノ相手方(所有者、債權者其他ノ權利者)ニ對シテ之ヲ爲スヲ要ス、是レ敢テ承認ハ一方行爲ナルカ故ニ然リト云フニ非ス、承認カ明確ナルカ爲メニハ相手方ニ對シテ爲スヲ要スルカ爲メナリ、

(ハ)承認ノ方法、　一定ノ方式アルコトナク或ハ口頭ニヨルアリ或ハ書面ニヨ

ルアリ、或ハ進テ承認スルアリ或ハ相手方ノ請求ニ應シテ之ヲナスコトアリ、又明示ナルアリ默示ナルアリ、例ヘハ一部辨濟・利息ノ支拂、擔保ノ供與、又ハ支拂猶豫ノ請求又ハ果實ノ返還、使用料ノ支拂ノ如キハ皆默示的ニ相手方ノ權利ヲ認ムルモノナリ、

(二)承認ノ能力、ニ關シテハ第百五十六條ヲ見ヨ、

第百四十八條　前條ノ時效中斷ハ當事者及ヒ其承繼人ノ間ニ於テノミ其效力ヲ有ス

(一)前條ノ時效中斷 トハ所謂法定中斷ニ當ルモノニシテ自然中斷(一六四、一六五)ハ此ノ中ニ在ラス、然レトモ前條ノ規定ハ消滅時效取得時效ニ共通ナルヲ以テ本條ノ規定モ亦消滅時效取得時效ニ共通ナリ、

(二)本條ノ理由 法定中斷ハ對人的ノ行爲ニ基クモノナルカ故ニ其效力モ亦對人的ナラサル可ラストナスニ在リ、(獨民九四一參考)、

(三)例示 占有者ニ對シテ共有者ノ一人カ承認ヲ求メ又ハ返還請求ノ訴ヲ起シタル場合ニ於テハ其者ノ爲メニ時效中斷スルモ他ノ共有者ノ爲メニ中斷セス、反對ニ數人カ共同ニ占有ヲナス場合ニ其一人ニ對シテ承認ヲ求メタルトキハ其者ニ對シテ時效中斷スルモ他ノ共同占有者ニ對シテハ效力ナシ、一ノ債權ニ付キ債權者數人アル場合(共同債權)一人カ請求ヲナシ他者ハ請求ヲナサヽリシトキハ其請求者ノ爲メニノミ時效中斷セラル、債權者ノ差押等ニ付キテモ同シ、債務者ノ承認モ類推ス可シ、但シ連帶債務ノ場合ニハ一人ニ對スル履行ノ請求ハ他ノ債務者ニ對シテモ其效力ヲ生ス(四三四)ルカ故ニ本條ノ例外ヲナス可シ然レトモ反對ニ一人ノ債務者ノ承認ハ他ノ債務者ニ對シテ效力ヲ生スルコトナシ、故ニ連帶債務者ノ一人ノ爲メニノミ時效完成スルコトアリ(四三九)、而シテ連帶債務者ノ一人ニ對スル差押假差押假處分モ亦他ノ債務者ニ對シテ時效中斷ノ效力ヲ生セス、是レ「請求」ト相對照スルトキハ大ニ權衡ヲ失スル處ナリト雖モ第四百四十五條ノ明文上已ムヲ得サル解釋ナリ、連帶保證ニ關シテハ第四百五十八條保證ニ關シテハ第四百五十七條ヲ見ヨ、

第百四十九條　裁判上ノ請求ハ訴ノ却下又ハ取下ノ場合ニ於テハ時效中斷ノ效力ヲ生セス、

(一)裁判上ノ請求 トハ之ヲ廣ク解スルヲ要ス、(一)民事訴訟ノミニ限ラス行政訴訟刑事訴訟附帶私訴ヲモ包含スルモノトス、蓋シ其ノ兩者ノ間ニ差別アルヲ見

サレハナリ、(二)給付ノ訴ノミニ限ラス確認ノ訴ヲモ包含スルコト此點ハ第百四十七條(三)ニ詳論シタリ、(三)本訴タルヲ要セス、反訴ヲモ包含ス可キコト勿論ナリ、蓋シ反訴モ亦裁判所ニ繫屬スルモノニシテ訴ノ提起ト云フヲ得レハナリ、然レトモ茲ニ云フ裁判上ノ請求ハ訴訟ノ提起ニヨルモノナラサル可ラス、之レ本條ニ「訴ノ却下」云々トアルニヨリ又支拂命令等訴訟ニヨラサルモノハ別ニ規定セルニヨリ明ナリトス、殊ニ裁判上抗辯トシテ權利ヲ行使スルモノハ訴訟ノ提起ニ非サルカ故ニ時效中斷ノ效力ナシ(獨逸民法理由三二八ヲ見ヨ)、但シ反對ノ立法例少カラス(瑞債一五四索遜民法一二八三、ドレスデン草案四一一等)、

(二)**時效中斷ノ時期**　ハ裁判上ノ請求アリタル時ニ在リ、而シテ裁判上ノ請求ハ訴ノ提起アリタル時ニ在リ(三六、五、五、大審院判決同旨意)、而シテ訴ノ提起ハ訴狀ヲ裁判所ニ提出シタル時ニ生ス(民訴一九〇)、訴狀ヲ被告ニ送達スルコト即チ權利拘束ノ生スルヲ必要トセス(民訴一九三)、又區裁判所ノ手續ニ於テハ口頭ニテ起訴スル場合アリ(民訴三七八、三八一)、此場合ニハ口頭ノ演述アリタルトキニ時效中斷ノ效力ヲ生ス、或ハ訴狀ノ送達アリタル時ヲ以テ時效中斷ノ時期トナサントスルモノアレトモ(法律新聞六〇、一〇、大阪地方裁判所判決)其根據ナシ、凡テ權利者ノ行爲ニ因リ中斷セラルヽ場合ニハ權利者カ其手段ヲ盡シ終リタル時ニ其效力ヲ生セル可ラス、故ニ權利者ノ行爲ニ非サル送達ヲ以テ要件トナスハ不可ナリ、若シ其論ニヨレハ訴ノ提起後時效完成スルノ不都合ヲ生ス、

(三)**中斷ノ期間**　時效ハ訴ノ提起アリタル時ニ中斷セラレ裁判ノ確定シタル時ヨリ更ニ進行ヲ始ム(一五七、二)、故ニ其間ハ中斷ノ期間ナリ、

(四)訴訟ノ提起カ中斷ノ效力ヲ生スル要件

(イ)訴ノ却下ナキヲ要ス、　訴ノ却下トハ訴カ訴訟法上ノ前提ヲ欠キ又ハ訴訟法上ノ妨訴抗辯ニ基キ却下セラレタル場合ノミヲ指スカ、又ハ訴訟カ本案ノ審理ヲ終リタル後請求其ノモノカ不當ナルニヨリ却下セラレタル場合ヲモ包含スルヤ、(獨民二一二ハ前主義ニシテ佛民二二四七ハ後ノ主義ナリ)、我國ニ於テハ後ノ說ヲ取ル學者多シ(梅博士民法要義一四九、富井博士原論五六三)、其理由ヲ聞クニ「判決ハ當事者間ニノミ其效力ヲ生スル結果トシテ訴訟當事者ニ代表セラレサル者ニ對シテハ不當ニモ時效中斷ノ效アルコトヽナルヘシ」云々、而シテ不可分債權者(四二八)連帶債務者(四三四)及ヒ保證人(四五七)ヲ以テ其例トナス、余ハ此通說ニ贊ス、反對說ノ根據ハ請求却下ノ場合ニハ請求者ハ權利ヲ有セサルモノト確定スルカ故ニ時效中斷ノ效力アリトスルヲ得ス、權利アツテ始メテ時效ノ問題ヲ生ス、從テ中斷ノ問題ヲ生ス、然ルニ權利無シト

確定セハ中斷問題ヲ生ス可キ前提ヲ缺クト云フニ在ルモノ、如シ、然レトモ我民法上ハ之ヲ認ム可キ二三ノ必要アリ、例之連帶債務者ノ一人ニ對シテ訴ヲ提起セハ他ノ債務者ニ對シテモ時效中斷ノ效力ヲ生ス（四三四）、然ルニ原告カ本案ノ理由ニヨリ敗訴セルニ猶時效中斷ノ效力アリトスレハ被告タル債務者ニ對シテハ何等ノ問題ヲモ生セサレトモ、他ノ連帶債務者ニ對シテハ依然時效中斷ノ效果ヲ有ス可シ、是レ裁判上無效トシテ却下セラレタル請求カ他ノ方面ニ於テ若干ノ效力アルヲ認ムルコト、ナリ理論ニ合セス、故ニ此場合ニハ他ノ債務者ニ對シテモ中斷ノ效力ナキモノトスル必要上本條訴ノ却下中ニハ請求ノ却下ヲ包含スルモノト解スルヲ可トス（同論四二、四、三〇、大審院判決）、

（ロ）訴ノ取下、　訴ノ取下トハ原告カ訴ノ提起ニヨリ生シタル法律上ノ效力ヲ拋棄スル意思表示ナリ、換言スレハ訴ノ取下ハ權利拘束ノ效果ヲ消滅セシムルモノナリ、然レトモ原告ノ請求權其ノモノハ消滅セス、故ニ再ヒ訴ヲ提起スルヲ妨ケス、其方法ハ第一審ノ口頭辯論開始前ニ於テハ被告ノ承諾ヲ要セス、其以後口頭辯論ノ終結マテハ被告ノ承諾ヲ要ス（民訴一九八）、此ノ如クニ訴ノ取下ハ始メヨリ訴ナカリシモノト同一ニ看做ス可キモノナルカ故ニ時效中斷ノ效力ヲ生セサルナリ、訴訟當事者カ一年間訴訟手續ヲ休止シタルニ因リ取下ト看做サル、場合モ亦之ヲ包含ス（民訴一八八、三）、

以上（イ）（ロ）ノ原因アリタルトキハ訴ノ提起ハ既往ニ遡リテ時效中斷ノ效力ナカリシモノト看做サル、

請求ノ一部却下、及ヒ訴ノ一部取下ノ場合ニ於テハ却下セラレ又ハ取下ラレタル部分ニ付キ前示ノ效力ヲ生ス可シ、

訴ノ却下（民訴一九二、其他妨訴抗辯ニ因ル）及取下ノ場合ニ於テ原告カ後日再ヒ訴ヲ提出シタルトキハ其ノ時ニ時效中斷セラル、外國ニハ一定期間內（例ヘハ六ケ月）ニ再ヒ訴ヲ提起スルトキハ前ノ訴ノ提起ノ時ニ遡リテ時效中斷ストナス例ニ乏シカラス（佛二二四六、瑞債一五八、獨、二一二、索遜一六六、ドレステン草案四一四）、其精神ハ形式上ノ欠缺ノ爲メニ時效中斷ノ時機ヲ失スルナカラシメントスルニ在リ、時效中斷ハ必ラス裁判上ノ請求ヲ要ストナス法制ニ於テハ是丈ノ宥恕特典ハ之ヲ認メサル可ラスト雖モ、本法ニ於テハ裁判外ノ無形式ノ催告ニヨリ中斷スルヲ得ルカ故ニ其必要ナキヲ以テ一切之ヲ認メス、

第百五十條　支拂命令ハ權利拘束カ其效力ヲ失フトキハ時效中斷ノ效力ヲ生セス

(一)支拂命令　支拂命令ハ督促手續ニヨル裁判上ノ請求ナリ(民訴三八二以下)、一定ノ金額ノ支拂其他代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求ニ付キ豫メ債務者ヲ審訊スルコトナク區裁判所ノ發スル命令ナリ(民訴三八六)、而シテ相手方ニ送達アリタルトキニ權利拘束ノ效力ヲ生ス(民訴三八七)、而シテ債務者カ口頭又ハ書面ヲ以テ異議ヲ唱フルトキハ其效力ヲ失フモノトス(民訴三八九、然レトモ權利拘束ノ效力ハ之レニヨリ當然消滅セス、一定期間内ニ債權者カ訴ヲ提起セサルトキハ始メテ權利拘束ノ效力ヲ失フ(民訴三九一)、支拂命令ハ右ノ如キ性質ノモノナルカ故ニ債務者ノ異議ニ對シテ債權者カ訴ヲ提起セサルトキハ未タ權利行使ノ實アリト云フヲ得ス、故ニ權利拘束カ訴ヲ提起セサルニヨリ消滅シタルトキハ時效中斷ノ效力ヲ生セサルモノトス、

(二)時效中斷ノ時期　時效ノ中斷ハ支拂命令ノ送達ノ時ニ生シ、支拂命令ノ申請ノ時ニ生スルニ非ス、大審院ノ判決ニヨレハ支拂命令カ債務者ニ送達セラレタルトキハ申請ノ日ニ遡リテ中斷ノ效力ヲ生ストナス(三四、九、六)、然レ共本條ニハ中斷ハ「支拂命令」ニヨリ生スルモノナルコト明ナリ、而シテ支拂命令ノ申請ノ時ニハ未タ支拂命令ナシ、故ニ其申請ニヨリ效力ヲ生ストナスハ法文上ノ根據ナシト云ハサル可ラス、況ンヤ法典ニ根據ナクシテ遡及效ヲ認ムルハ不可ナリ、然レトモ此判決タルヤ其眞意諒トス可キモノナキニ非ス、何トナレハ送達ノ時ヨリ效力ヲ生ス可キモノトセハ、申請後時效完成スルカ如キ不都合アリ得ルカ故ニ其缺ヲ解釋ニヨリ補ハントシ試ミタルモノナレハナリ、然レトモ法文ニ反スルカ故ニ余輩ハ取(ラ)ス(一四七ノ四參考)、

(三)權利拘束ノ喪失　支拂命令ノ送達ニヨリ時效中斷ノ效力ヲ生スト雖モ支拂命令カ權利拘束ノ效力ヲ失ヒタルトキハ遡及シテ始メヨリ時效中斷ノ效力ナカリシモノトナル、是本條ノ旨意ナリ、乍然債務者カ異議ヲ唱ヘタル後債權者カ訴ヲ提起シタルトキハ支拂命令ノ送達ニヨル時效中斷ハ其效力ヲ保存スルカ故ニ時效ハ支拂命令ノ送達ノ時ニ中斷セラレタルモノトナル、

第百五十一條　和解ノ爲メニスル呼出ハ相手方カ出頭セス又ハ和解ノ調ハサルトキハ一个月内ニ訴ヲ提起スルニ非サレハ時效中斷ノ效力ヲ生セス任意出頭ノ場合ニ

於テ和解ノ調ハサルトキ亦同シ

(一)和解ノ爲メニスル呼出及任意出頭　此二者ハ共ニ區裁判所ノ手續ナリ、債權者ハ訴ヲ起ス前ニ和解ノ爲メニ相手方ノ呼出ヲ請求スルコトヲ得（民訴三八一）、又ハ兩當事者任意ニ出頭シテ辯論ヲナスコトヲ得（民訴三七八）、此二者ハ請求ノ一方法トシテ時效中斷ノ效力ヲ生ス可シ、然レトモ呼出又ハ任意出頭ノミニテ當事者カ和解ヲモ爲サス又訴訟ヲモ爲サヽルニ於テハ未タ十分ニ其權利ヲ伸張スル意思アルモノト認ム可ラス、故ニ呼出ノ場合ニ於テハ相手方カ出頭セス又ハ和解ノ調ハサルトキ、任意出頭ノ場合ニ於テハ和解ノ調ハサルトキハ一个月中ニ訴ヲ提起セサルトキハ時效中斷ノ效力ナキモノトス、尤モ和解ハ調ハストスルモ其辯論中催告又ハ承認ト見ル可キ行爲アリタルトキハ其原因ニヨリ中斷セラル可シ、

(二)中斷ノ時期　右ノ場合ニ於テ訴ノ提起アリタルトキハ呼出ノ申請、又ハ任意出頭ノ時ニ時效中斷セラレタルモノトス、

第百五十二條　破產手續參加ハ債權者カ之ヲ取消シ又ハ其請求カ却下セラレタルトキハ時效中斷ノ效力ヲ生セス

(一)破產手續參加　トハ債權ヲ屆出テ債務者ノ財團ノ配當ニ加入セントスル行爲ノミヲ云フカ（舊商法一〇二三以下）、或ハ破產ノ申立ヲモ包含ス可カ、梅博士（民法要義第百五十二條）ハ之ヲ廣義ニ解シ富井博士（原論五六五）ハ狹義ニ解ス、獨逸民法第二百九條ハ明ニ「請求權ノ屆出」ト規定シ後說ヲ取ルモ我民法ノ用語ハ稍ヤ不明ナリ、然レ共(一)文字ノ意義ヨリスレハ之ヲ狹義ニ解スルヲ正シトス、(二)實質上ヨリ云フモ破產ノ申立ヲナスモ債權ノ屆出ヲナサヽルニ於テハ未タ十分ニ權利伸張ノ實ナシ、故ニ破產ノ申立其ノモノニハ中斷ノ效力ナク債權ノ屆出ニ中斷ノ效力アルモノト解ス可シ、

(二)破產手續參加ノ取消及却下　玆ニ取消ト云フハ第百二十條以下ニ云フ取消ト同シカラス、債權屆出者カ自ラ取下ヲ爲スヲ云フ、却下トハ破產裁判所ニ於テ請求ヲ不當トシテ却下スルヲ云フ（舊商法一〇二七）、破產決定ノ取消ハ（舊商法九七八、二）、破產手續參加ノ效力ヲ消滅セシムルヤ、此問題ニ付テハ(一)破產決定其モノカ取消サルヽトキハ破產手續參加ハ既往ニ遡リ無效トナル故ニ破產手續參加ハ中斷ノ效力ヲ失フ（Hölder komnt S. 442）、(二)時效中斷

ハ破產決定其ノモノヽ效果ニ非ス、破產法ニ從ヘル權利行使（債權屆出）其ノモノヽ效果ナリ、而シテ權利行使ハ事實ナルカ故ニ破產決定ノ取消ニヨリ消滅スルコトナシ、故ニ有效ナル破產手續參加アリタル時ハ其效力ハ破產決定ノ取消ニヨリ影響セラルヽコトナシ（Jaeger Konkurs ord § 35）、論理上ハ前者ヲ優レリトスレトモ實際上ノ見地ヨリシテ後者ヲ撰ム可キナリ（同論富井博士原論五六五）、蓋シ(一)本條ハ破產手續參加（屆出）ノ取消ニ關シテノミ規定シ破產決定ノ取消カ時效中斷ノ效力ヲ妨クル旨ヲ規定セス、(二)破產決定以後ハ債權行使ノ唯一ノ途ハ債權屆出ニ在リ、故ニ債權屆出ヲナシタルトキハ權利ノ行使ヲ等閑ニ附スルモノト云フヲ得ス、故ニ債權者ノ責ニ歸ス可ラサル破產取消ノ結果時效中斷ノ效力ヲ失フモノトスレハ債權者ハ過怠ナクシテ權利ヲ失フ結果トナリ時效ノ精神ニ反ス可シ、

(三)效力　破產手續參加ノ時ニ中斷ノ效力ヲ生スルモ其ノ取消又ハ却下アリタルトキハ其結果トシテ時效中斷ノ效力ハ既往ニ遡リテ消滅ス、

第百五十三條　催告ハ六ケ月內ニ裁判上ノ請求和解ノ爲メニスル呼出若クハ任意出頭、破產手續參加、差押、假差押又ハ假處分ヲ爲スニ非サレハ時效中斷ノ效力ヲ生セス

(一)催告　ハ即チ履行ノ請求ニシテ其性質左ノ如シ、

(イ)催告ハ法律行爲ナリ、　催告ノ性質ニ關シテハ獨逸ニ於テハ大ニ議論アリ、近時多數ノ學者ハ法律行爲ニ非ストナス、然レトモ其誤謬ナルコトハ本書第四章總說ニ於テ之ヲ述ヘタリ（拙文法律行爲ノ觀念京都法學會雜誌第五卷六號參照）、然レトモ其時效中斷ノ效果ハ當事者ノ欲望ニ基クモノニ非スシテ法律上當然生スルモノナリ、之レ法律行爲タル催告ニ法律カ附スル效果ナリ、時效中斷ノ效果カ法律上當然生スルヲ以テ催告ハ法律行爲ニ非ストノ論ヲ爲ス勿レ、其關係ハ一方ニ催告ト云フ有效ナル法律行爲存スルトキハ他方ニ於テ法律ハ外部ヨリ之レニ時效中斷ノ效果ヲ附スルニ在リ、故ニ催告カ法律行爲トシテ無效ナルトキハ法律上中斷ノ效果ヲ生スルコトナシ、恰モ財產權ノ移轉代價ノ支拂ト云フ合意アルトキハ法律上當然擔保義務ヲ附スルト云フト同シ、故ニ其基礎ハ法律行爲タル催告ニアリト云フコトヲ得ルナリ、催告カ時效中斷ノ原因トナルト云フハ此意義ナリ、

(ロ)催告ノ有效條件、　トシテハ(一)能力アルヲ要ス、但シ未成年者ノ催告ハ法定

代理人ノ同意ヲ得スト雖モ完全ニ有效ナリ、蓋シ之レ單ニ權利ヲ得ルノ行爲ニシテ未成年者ニ義務ヲ負ハシムルコトナケレハナリ(四)、妻準禁治產者ハ單獨ニ爲シ得ルハ勿論ナリ、獨リ禁治產者ノ單獨ニナシタル催告ハ取消シ得可キモノトス、(二)催告ハ權利者自ラ之ヲナスカ然ラサレハ權限アル代理人ニヨリ之ヲ爲ス、無權代理人ノ催告ハ第百十八條ノ條件アル場合ニ限リ有效ナリ、(三)催告ヲ受クル者カ未成年者禁治產者ナルトキハ法定代理人ニ對スルヲ要ス(九八)、又其不在者ナル場合ニ於テハ第二十五條ノ規定ニヨリ管理人ノ任命ヲ請求シ之ニ對シテ爲スカ又ハ民事訴訟法ニヨル公示催告ノ手續ニヨリ之ヲ爲ストキハ有效ナリ、不在者ニ對シテハ意思表示到達スルコトナシ、故ニ時效中斷ノ效力アル催告ヲナスヲ得ス、(四)催告ハ無形式ノ行爲ナリ、明示又ハ默示ノ意思表示ニヨリ之ヲ爲スコトヲ得、然レトモ債務ノ履行ニ債權者ノ行爲ヲ要スル場合ニ於テハ單純ノ意思表示ニテハ不可ナリ、債權者ハ自己ノ側ニ於テ履行ヲ受領スルニ必要ナル行爲ヲナスニ非サレハ有效ナル催告トナルコトナシ、其他手形上ノ債務ノ請求ニハ手形ヲ提示スルヲ要スルカ如ク、(三九、二八、二八、大審院特別ノ性質ヲ有スルモノハ各々其條件ニ從フ、(五)催告ノ場所ハ必シモ履行ノ場所タルヲ要セス只不適當ナル場所ニ非サレハ可ナリ、(六)催告ノ內容ハ債務ノ履行ヲ求ムルニ在ルヲ要ス、故ニ例ヘハ承認ヲ求ムル行爲ハ催告ニ非ス、其他債務ノ內容ニ非サル給付ヲ請求スルハ催告トシテ無效ナリ、然レトモ其額ニ付キ多少ノ差アルカ如キハ之レヲ問ハス、要スルニ何レノ債務ノ履行ノ請求アリタリヤヲ明ニスルヲ得レハ足ル、例ヘハ何月何日ノ貸金某土地ノ代金ト云フカ如キ程度ニテ十分ナリ、(七)催告ハ辨濟期ノ後ニ爲スヲ要ス、然レトモ一行爲ニシテ辨濟期ヲ定メ同時ニ催告タル場合ナキニ非ス例ヘハ請求次第返還ス可キ使用貸借ニ於テハ返還請求ハ辨濟期ヲ定ムルト同時ニ催告タル作用アリ、(八)催告ハ單純絕對ナルヲ要セス、條件附又ハ期限付ニナスコトヲ得、通常催告ハ條件ヲ許サスト論スレトモ理由ナシ、條件附催告ハ必シモ債務者ニ不當ニ不利益ヲ及スモノニ非ス、例ヘハ汝「旅行セハ使用借物ヲ返還ス可シ」ト云フカ如キハ公益ニ害ナシ(Enneccerus Leh B. S. 688. Oertmann Comm Z. Schuld S. 84)、期限附催告例之「一週間內ニ返還ス可シ」ハ學說一般ニ其有效ナルヲ認ム、以上ノ場合ニ於テハ條件成就ノ時又ハ期限到來ノ時ニ催告效力ヲ生スルカ故ニ斷效中時モ亦其ノ時ニ生ス、

(ハ)物權的請求權ニ準用ス、

催告ハ本來債務履行ノ請求ナリト雖モ物權的請求權ノ行使ニ之ヲ準用スルコトヲ得、故ニ本條ノ規定ハ取得時效ニモ亦適用

アリ、然レトモ請求權ヲ包含セサル權利カ時效ノ客體タル場合ニハ催告ナルモノアリ能ハス故ニ本條ノ適用ナシ（例之取消權ノ時效）、

(二)催告ニヨル時效中斷　之レ多數ノ立法例ニ於テ認メサルモノナルコト幷ニ我國ニ於テ特殊ノ慣例アルニヨリ本法ハ故意ニ之ヲ認メタルモノナルコトハ第百四十七條ニ述ヘタリ、

催告ハ一方行爲ナルカ故ニ相手方ニ到達シテ效力ヲ生ス（九七）、隨テ時效中斷ノ時期モ催告カ相手方ニ到達シタルトキニ在リ、

右ノ如クニ本法ニ於テハ無形式ノ催告ニ時效中斷ノ結果ヲ附スト雖モ債務者カ之ニ應セサルニ債權者之ヲ其儘ニ抛擲スルナラハ權利行使ノ意思未タ十分ニ強固ナラス、故ニ六ヶ月內ニ一層有效ナル權利行使方法タル裁判上ノ請求和解ノ爲メニスル呼出、若クハ任意出頭、破產手續參加、差押假差押又ハ假處分ヲナスニ非サレハ遡及シテ時效中斷ハ其效力ヲ失フモノトス、但シ之等ノ手段ヲ取ルナラハ時效中斷ノ效力ハ催告カ效力ヲ生シタルトキニ生シタル儘存續ス、

第百五十四條　差押、假差押及ヒ假處分ハ權利者ノ請求ニヨリ又ハ法律ノ規定ニ從ハサルニ因リテ取消サレタルトキハ時效中斷ノ效力ヲ生セス

(一)本條ノ旨意　差押假差押假處分ハ皆權利者ノ申請ニ基キ裁判所ノ發スル命令ナリ、而シテ其時效中斷ノ時期ハ差押等ニ着手シタル時ニ在リ（一四七參考）、然ルニ其處分カ權利者ノ請求ニヨリ取消サレ又ハ法律ノ規定ニ從ハサルニヨリ取消サルヽ場合ニ於テハ始メヨリ其處分ナカリシモノト同視ス可キカ故ニ時效中斷ノ效力ナシト云フナリ、

(二)適用　本條ノ適用アルハ之等ノ命令カ權利者ノ請求ニヨリテ取消サレタル場合及ヒ法律ノ規定ニ從ハサルニヨリ取消サレタル場合ニ限ル、故ニ債務者ノ請求ニヨリ法律ノ規定ニ從ヒ取消サレタル場合ハ本條ヲ適用ス可キ限ニ在ラス（例之民訴五〇〇、一項五四七、五四八等）、

第百五十五條　差押、假差押及ヒ假處分ハ時效ノ利益ヲ受クル者ニ對シテ之ヲ爲サヽルトキハ之ヲ其者ニ通知シタル後ニ非サレハ時效中斷ノ效力ヲ生セス

(一)差押假差押假處分ノ意義　ハ第百四十七條ヲ見ヨ、

(二)時效ノ利益ヲ受クル者 トハ消滅時效ニ於テハ債務者取得時效ニ在リテハ占有者（準占有者ヲ含ム）ヲ云フ、取消權解除權等ノ消滅時效ニ在リテハ其行爲ノ相手方ヲ時效受益者ト爲スト雖モ、其場合ニハ差押等ニヨリ中斷ヲ爲スヲ得サルカ故ニ本條ノ適用ナシ、時效受益者ノ代理人ハ時效受益者ト看做ス、

(三)時效受益者以外ノ者 ニ對シテ差押等ヲナス場合トハ債務者ノ財產ヲ代理人ニ非サル第三者カ占有スル場合ニ之レヲ差押フル場合占有者カ第三者ヲシテ物ヲ所持セシムル場合ニ之レヲ差押フル場合等ナリ、要スルニ時效ノ利益ヲ受ク可キ者カ差押等ノ事實アリタルヲ知ルヲ得サル地位ニ在ル場合ヲ云フ、

(四)效力 (三)ノ場合ニ於テハ差押等ハ時效中斷ノ效力ヲ生セス、而シテ時效受益者カ事實上其事實ヲ知ルト否トヲ問ハス、但シ其差押等ノ事實ヲ時效受益者ニ通知シタルトキハ其通知到達シタル時ヨリ中斷ノ效力ヲ生ス、通知ハ差押等ノ處分ヲ申請シタル者ヨリ之レヲ爲スヲ要ス、時效受益者カ第三者ヨリ其事實ヲ聞知スト雖モ通知ナクンハ中斷ノ效力ヲ生セス、

第百五十六條　時效中斷ノ效力ヲ生ス可キ承認ヲナスニハ相手方ノ權利ニ付キ處分ノ能力又ハ權限アルコトヲ要セス

(一)承認ノ性質 ハ第百四十七條ニ於テ之レヲ略述シタルカ如ク義務存在ノ自覺ノ表示ニシテ取得シタル權利ノ拋棄又ハ一旦債務消滅シタルニ新ニ債務ヲ負擔スル行爲ニ非ス、相手方ノ權利ノ存在ヲ有リノ儘ニ認ムル行爲ナリ、故ニ事實上存在セサル義務ハ承認ニヨリ存在スルモノト看做サルヽコトナク、事實上自己ニ屬スル所有權ハ承認ニヨリ之ヲ喪失スル憂ナシ、即チ承認ハ權利ノ得喪ニ關スル行爲ニ非サルカ故ニ所謂處分行爲ニ非スシテ管理行爲ナリ、此ノ性質ニ基キ本條ハ承認ニ必要ナル能力ヲ定ム、

(二)能力 有效ナル承認ヲナスニ處分ノ能力又ハ權限アルヲ必要トセス、管理ノ能力又ハ權限アレハ足ル、例之妻準禁治產者ハ不動產ニ關スル權利ノ得喪ヲ目的トスル行爲ヲ爲スニハ保佐人又ハ夫ノ同意ヲ要ス（一二、一四）、然レトモ自己ノ占有スル不動產ニ付キ他人ノ所有權ヲ認ムルニハ之レヲ必要トセス、又不在者ノ財產管理人（二八）權限ノ定ナキ代理人（一〇三）ハ其代理權ノ範圍內ニ於テ承認ヲ爲スヲ得可ク、親權ヲ行フ父（八八六）後見人（九二九）ハ親族會ノ同意ヲ要セスシ

ヲ承認ヲ爲スコトヲ得

第百五十七條　中斷シタル時效ハ其中斷ノ事由ノ終了シタル時ヨリ更ニ進行ヲ始ム裁判上ノ請求ニ因リテ中斷シタル時效ハ裁判ノ確定シタル時ヨリ更ニ進行ヲ始ム

(一)時效中斷期間　ヲ本條ハ定メタルモノナリ、中斷時期ハ各中斷原因ニ付キ一々之レヲ述ヘタリ、其中斷ノ生シタル時期ヨリ本條ノ期間内時效ハ中斷セラレ其期間ヲ經過シタル時ヨリ更ニ新時效進行ヲ開始ス、

(イ)裁判上ノ請求ノ場合ニハ裁判確定スル迄中斷セラル、即チ第一審控訴上告ヲ經ル場合ニハ上告ノ判決確定スル時マテ中斷セラレ、其時ヨリ新時效開始ス裁判所ノ休暇、當事者ノ合意ニヨル訴訟手續ノ休止等ハ如何ニ長キニ渉ルモ凡テ中斷期間中ニ包含セラル、

民事訴訟法第二百二十一條ノ規定ニヨリ當事者カ裁判上和解ヲナシタル場合ニ於テハ裁判ナクシテ訴訟ハ終了ス可キカ、若シ然リトセハ本條第二項ノ規定ハ不完全ト云ハサル可ラス、

(ロ)支拂命令ニヨル場合ニハ債務者カ之レニ應スルカ又タハ異議ヲ中立ツルカニヨリ中斷期間ヲ異ニス、後ノ場合ニハ畢竟訴訟ト爲ル可キモノナレハ(民訴三九〇)(イ)ニヨル可シ、若シ訴ヲ起サ丶レハ第百五十條ニヨル可シ、前ノ場合ニ於テハ假執行ニ終ル可キモノナレハ(民訴三九三)假執行ノ手續ヲ終了スル迄ハ中斷ノ期間タル可シ、

(ハ)和解ノ爲メニスル呼出(民訴三八一)及ヒ任意出頭(民訴三七八)ノ場合ニ於テハ和解カ調フモ又調ハサルモ其手續ハ裁判所ニ出頭辯論ヲナスニヨリ終了ス、故ニ新時效ハ直ニ其翌日ヨリ進行ス可シ、但シ第百五十一條ノ規定ニ從フヲ要ス、

(ニ)破産手續參加ノ場合ニハ破産手續ノ終了ニ至ルマテ時效中斷セラル、破産手續ハ協諧契約ノ確定(舊商法一〇三)又ハ配當ノ終了ニヨリ終了ス(舊商法一〇四八)、破産決定其ノモノ丶取消サレタル場合ニ於テハ取消ノ確定スルマテ中斷ノ效力繼續ス、

(ホ)催告ノ場合ニハ中斷ハ繼續セス、催告ノ到達シタル即時ヨリ新時效進行ス、

(ヘ)差押、假差押又ハ假處分ノ場合ニハ競賣配當又ハ供托ニヨリ其手續ヲ終ルマ

テ中斷セラル、

(二)中斷後ノ時效　中斷後時效ハ再ヒ進行ヲ始ム、但シ中斷ニヨリ時效ノ要件ヲ失ハサルヲ要ス、例之强制執行ノ爲メニ占有ヲ失ヒタルトキハ取得時效再ヒ進行スルコトナシ、而シテ新時效ノ期間ハ舊時效ト同一ナリ「中斷ハ時效ノ性質ヲ變セス」、外國ニ於テハ權利カ裁判上確認セラレタルトキハ時效期間ヲ延長ストナスモノ少カラス(獨民二一八、索遜民法一六八)、本法ニ於テハ一切之ヲ認メス、其理由ハ時效期間ハ權利ノ性質ニヨリ定マル可キモノナレハ裁判上ノ確認(判決ハ凡テ確認ナリ)ニヨリ變更ス可キニ非ストナスモノゝ如シ(第百六十七條參看)、然レトモ中斷ノ結果占有ノ性質ヲ變スル場合ニ於テハ此ノ限ニ在ラス、例之善意ノ占有者カ敗訴シタルニヨリ惡意ノ占有者ト見做サルゝ場合(一八九)ニ於テハ十年ノ取得時效ハ變シテ二十年ノ時效トナル可シ、消滅時效ニ付テハ此ノ如キ例ナシ、

第百五十八條　時效ノ期間滿了前六个月內ニ於テ未成年者又ハ禁治產者カ法定代理人ヲ有セサリシトキハ其者カ能力者ト爲リ又ハ法定代理人カ就職シタル時ヨリ六个月內ハ之ニ對シテ時效完成セス

(一)時效停止原因　ヲ本條以下四ヶ條ニ於テ規定ス、其數凡四アリ、是レ法律ノ限定列記スル所ナルカ故ニ類推スルヲ許サス、故ニ例之權利ニ始期ノ存スル場合又ハ相手方ニ抗辯權存スル場合ノ如キハ停止原因ニ非ス、

(二)停止ノ性質及效力　ニ關シテハ本節總說(五)ヲ見ヨ、

(三)本條ノ理由　無能力者ハ獨立シテ財產ヲ管理シ權利ヲ實行スルニ耐ヘサルモノナリ、故ニ無能力者ニ法定代理人ナキ場合ニ於テ之レニ對シテ時效ヲ完成セシムルハ不能ヲ罰スルニ等シク酷ナルカ故ナリ、佛蘭西民法(二二五二)ハ無能力者ノ權利ニ對シテハ時效ハ全然進行ヲ開始セサルモノトスト雖モ本法ハ取ラス、獨民(二〇六)ハ本條ノ通リ、

(四)適用

(イ)未成年者及ヒ禁治產者ニ限ル、(一)妻及ヒ準禁治產者ハ同シク無能力者ナリト雖モ其能力ノ範圍頗ル廣キカ故ニ停止原因トナラス、(二)又本條ハ法人ノ權利ニ對シテ理事ノ缺ケタル場合ニ適用ナク、(三)又權利者カ意思能力ヲ喪失セルモ未タ禁治產ノ宣告ヲ受ケサル場合ニ適用スルヲ得ス、此最後ノ二點ハ立

法上多少ノ非難ヲ免レサル可シ（獨民二〇六參考）、

（ロ）法定代理人無キ場合ニ限ル　法定代理人中親權ヲ行フ父又ハ母ハ財産管理權ヲ有セサルコトアリ（八九七）、此ノ場合ニ於テハ法定代理人ナキモノト見做ス可シ、蓋シ時效ノ中斷ハ財産管理行爲ナルカ故ニ其權限ナキニ於テハ其ノ點ニ關シテハ法定代理人ナキモノナレハナリ、尤トモ財産管理ノミニ關スル後見人ノ就職アリタルトキハ法定代理人アルモノナレハ停止原因トナラス、

（ハ）期間滿了前六个月内ニ於テ法定代理人ナキヲ要ス、故ニ其以前ニ於テハ法定代理人ナシト雖モ時效進行スルヲ妨ケス、例ヘハ十年ノ消滅時效ニ於テ三年目ニ於テ法定代理人ナシト雖モ時效ハ遠慮ナク進行ス、然レトモ九年六ケ月ニ至リテ法定代理人ナキトキハ茲ニ時效ハ進行ヲ停止ス、法定代理人カ就職シ又ハ其者カ能力者トナリ（準禁治産者トナリタル場合ヲ含ム）タル時ヨリ六ケ月ヲ經過スルニ非サレハ時效完成セス、

（ニ）無能力者ニ對スルモ時效ノ進行開始スルハ之レヲ妨ケス、

（ホ）六ケ月以内ノ短期時效、ノ場合ニ於テ猶無能力者カ能力者トナリ又ハ法定代理人カ就職シタル時ヨリ六ケ月ヲ經ルニ非サレハ時效完成セサルカ、曰ハク然ラス、此ノ場合ニ於テハ時效受益者ハ能力者トナリ又ハ法定代理人就職後ノ時效ノミヲ主張スルコトヲ得ルカ故ニ必シモ六ケ月ヲ待ツヲ要セス、

（ヘ）同一ノ時效經過中數回停止原因ノ存スルコトアリ、然ルトキハ（ハ）ニ述ヘタル適用ヲ繰返ス、例ヘハ十年ノ時效ニ於テ九年六ケ月ニ至リ本條ノ停止原因生シ、其消滅シテ再進行ヲ始ムルヤ少カニ二ケ月ニシテ再ヒ停止原因生シタリトセハ後ノ停止原因去リテヨリ六ケ月ヲ經ルニ非サレハ時效完成セス、

第百五十九條　無能力者カ其財産ヲ管理スル父、母、又ハ後見人ニ對シテ有スル權利ニ付テハ其者カ能力者ト爲リ又ハ後任ノ法定代理人カ就職シタル時ヨリ六个月内ハ時效完成セス

妻カ夫ニ對シテ有スル權利ニ付テハ婚姻解消ノ時ヨリ六个月内亦同シ

（一）**第二ノ停止原因**ヲ本條ハ規定ス、第一項ハ無能力者カ父、母又ハ後見人ニ

對シテ有スル權利ニ關シ、第二項ハ妻カ夫ニ對シテ有スル權利ニ關ス（獨民二〇四、佛民二二五三普國々法一部九章五二四等）、

(二)理由　無能力者ハ他人ノ保護ノ下ニ立ツモノナリ、故ニ保護者ニ對シテ權利ヲ實行スルハ困難ナリ、妻ハ夫ニ對シテ權利ヲ行フ能力ヲ有セサルニハ非スト雖モ事實上其權利ヲ行使スルハ困難ナリ、又近親者間ニ於テハ互ニ相信用シ權利ノ實行ヲ等閑ニ付スルハ世ノ習ナリ、故ニ他人ノ信用ヲ利用シテ自己ノ利益ヲ計ルハ美俗ニ非ス、是此停止原因ヲ認ムル所以ナリ、

(三)第一項ノ適用

(イ)無能力者、　本條ニ無能力者トハ禁治產者及ヒ未成年者ヲ指ス、妻ニ關シテハ第二項ノ規定アリ、又準禁治產者ニハ保佐人アレトモ法定代理人ナシ故ニ本條ノ適用ナシ、

(ロ)財產ヲ管理スル父、母又ハ後見人、　ニ對シテ無能力者ノ有スル權利ニ付キテノミ本條ノ適用アリ、繼父繼母及ヒ嫡母モ親權ヲ行フコトアルカ故ニ（八七八）又本條ノ父母中ニ包含セラル可シ、然レトモ左ノ場合ニハ適用ナシ、(一)父母又ハ後見人カ無能力者ニ對シテ有スル權利ニ付キテハ適用ナシ、(二)家ヲ同フセサル父又ハ母ニ對シテ有スル權利ニ付キ適用ナシ、(三)親權ヲ行フモ管理權ヲ有セサル父又ハ母ニ對シテ有スル權利ニ付キ適用ナシ（八九七、八九八）、(四)無能力者カ親族會員ニ對シテ有スル權利、戶主ニ對シテ有スル權利、孫カ祖父母ニ對シテ有スル權利ニ付テ適用ナシ、

右ノ如キ結果トナルカ故ニ本條ノ規定ハ稍ヤ狹キニ失スルカノ疑アリ（獨民二〇四佛民二二五三參照）、

(ハ)權利ノ種類、　本條ノ適用ヲ受ク可キ權利ノ種類ハ親權ノ行使又ハ後見事務ノ處理ノ爲メニ生シタル債權タルヲ要セス、無能力者カ管理權ヲ行フ父、母後見人ニ對シテ有スル一切ノ權利ニ適用セラル、但シ父又ハ母又ハ後見人カ管理權ヲ有セサル財產（八九七、八九九）ハ例外トス、

(ニ)其效力　ハ前條ト同シク無能力者カ能力者トナリ又ハ後任ノ法定代理人ノ就任スルマテ時效停止セラレ、其時ヨリ六ケ月ヲ經テ時效完成ス、

(ホ)無能力者ノ財產管理　ニ因リ生シタル債權ニ就テハ第八百九十四條、第九百四十二條ヲ參考ス可シ、是時效ノ起算日ニ關スル特別ノ規定ナリ、

(四)第二項ノ適用

(イ)妻カ夫ニ對シテ有スル權利、　ニ付キテノミ適用アリ、妻トハ本法第四編ノ規定ニ從ヒ婚姻中ニ在ル婦ヲ云フ、故ニ左ノ場合ニ適用ナシ、

(一)妾、(二)夫カ妻ニ對シテ有スル權利(三)夫婦間ノ財產權ナルモ時效ノ適用ナキモノ例之妻ノ夫ノ財產ニ對スル使用權收益權及ヒ管理權(七九九、八〇一)契約取消權(七九二)等ニ適用ナシ、

(ロ)婚姻ノ解消、　トハ婚姻關係ノ消滅ヲ云フ、其原因ハ之レヲ大別シテ二トナス、(一)當事者一方ノ死亡ニヨル解消ニシテ尤モ自然ナルモノナリ、此ノ場合ニ於テハ時效ハ死亡者ノ相續人ニ對シ繼續シテ進行シ完成ス、失踪宣告(三一)モ亦自然ノ死亡ト同視セラレ婚姻解消ノ原因タリ、然レトモ其取消ノ效力ハ既往ニ遡ルカ故ニ取消ノ場合ニハ婚姻ハ解消セサルモノトナル、故ニ失踪後進行シタル期間ハ遡及シテ效力ヲ失フ、然レトモ第三十二條一項但書及ヒ二項ノ適用ニヨリ時效受益者カ善意ニテ(例之失踪者ノ生存ヲ知ラスシテ所有權ヲ取得シタリト信シ)爲シタル行爲ハ其效力ヲ變セス、又失踪者ヨリ時效ヲ中斷セラレ請求ヲ受ケタル場合ニ於テハ現存利益ノ返還義務ヲ負フノミ、(二)生存者間ニ於ケル婚姻ノ解消ヲ分テ更ニ二トナス、一ハ離婚(協議上ト裁判上)二ハ婚姻ノ取消ナリ、離婚ノ效力ハ離婚屆出ノ受理(八一一)、又ハ離婚ノ裁判ノ確定ノ時ニ生シ、其時ヨリ時效再ヒ進行ス、婚姻ノ取消ハ其效力ヲ既往ニ及サス(七八七)、故ニ取消ノ裁判確定ノ時ニ解消スルモノトス、其時ヨリ六ケ月ヲ經テ時效完成ス、

無效ナル婚姻(七七八)ハ始メヨリ當然無效ナルカ故ニ時效停止ノ效力ヲ生セス、婚姻無效ノ裁判ハ其性質無效ヲ確認スルニ止マリ裁判ニヨリ有效ナル婚姻カ解消スルニ非ス、

第百六十條　相續財產ニ關シテハ相續人ノ確定シ、管理人ノ選任セラレ又ハ破產ノ宣告アリタル時ヨリ六个月內ハ時效完成セス

(一)本條ノ理由　相續開始シテ相續人未タ確定セス又ハ之レヲ代表スル者ナキニ於テハ之レニ對シテ又ハ之レカ爲メニ權利ヲ行フコト實際ニ頗ル困難ナルカ或ハ不能ナリ、之レ本條ノ理由ナリ、

(二)適用

(イ)相續財產　トハ相續ノ開始ニヨリ(九六四、九九二)被相續人ヨリ相續人ニ移轉ス可キ財產(權利及義務)ヲ云フ、

(ロ)相續財產ニ屬スル權利及ヒ相續財產ニ屬スル義務ニ付キ適用アリ、故ニ相續財產ニ「關シテハ」トアリ前條ト對照シ其區別ヲ明ニス可シ、

(ハ)相續人ノ確定、　本法ノ主義ニ於テハ相續ニヨル權利義務ノ承繼ハ相續開始ニヨリ法律上當然生シ相續人ノ承認ノ意思表示ヲ必要トセス（拙文相續ノ拋棄京都法學會雜誌四卷八號）、故ニ苟モ法定（九七〇、九八四、九九四）、又ハ指定（九七九）相續人アリタル場合ニ於テハ相續財産ハ一旦相續人ニ移轉ス、然レトモ法定推定家督相續人ヲ除クノ外ハ（一〇二〇）自己ノ爲メニ相續開始アリタルコトヲ知リタル時ヨリ三ケ月内ニ拋棄ヲ爲スコトヲ得（一〇一七）、選定相續人（九八二、九八四、九八九）ニ至テハ凡テ前示ノ期間内ニ拋棄ヲ爲スコトヲ得、而シテ拋棄ヲ爲シタル時ハ始メヨリ權利義務ヲ承繼セサリシモノト同一ノ結果トナル（一〇三五）、然レトモ前示ノ期間ヲ空シク經過スルカ又ハ其期間内ニ於テ限定又ハ單純ノ承認ヲナストキハ之レヲ拋棄スル能ハサルニ至ル（一〇一七、一〇二二）、本條ニ於テ相續人ノ確定ト云フハ恐クハ拋棄ヲナスヲ得サル相續人アルニ至リタルノ義ナル可シ、即チ法定推定家督相續人ノ場合ニ於テハ其何人ナルカ事實上分明ナルニ至ラスト雖モ法律上ハ其者カ相續ヲナス可キモノナルコト確定セルカ故ニ當然相續人確定シタルモノナリ、其他ノ場合ニ於テハ承認ヲナスカ又ハ拋棄期間ヲ徒過シタル相續人アルニ至リタルヲ意味スルモノナリ、

(ニ)管理人ノ選任、　ハ(一)相續人ノ確定前ニ裁判所之レヲナスコトアリ（一〇二一、三項）(二)相續人曠缺ノ場合ニ於テ之レヲ選任スルコトアリ（一〇五二）、管理人ハ第二十七條以下ノ規定ニ從ヒ管理能力ヲ有スルカ故ニ（一〇二一、三項一〇五三）時效ノ中斷ヲナスコトヲ得又之レニ對シテ時效ノ中斷ヲナスコトヲ得、

(ホ)相續財産ノ破産、　ノ制度ハ本法幷ニ舊商法ニ存セス、（破産法草案第百三十四條ヲ見ヨ）、但シ當分ノ中民法施行法第二條ニヨリ家資分散ヲ以テ之レニ代フ可キカ、梅博士此説ヲ取ルモ（民法要義一六〇）疑ナキ能ハス、蓋シ破産ヲ此ニ加ヘタルハ破産管財人ノ任命アツテ權利ヲ行使シ得ルカ故ナラサル可ラス、然ルニ家資分散ノ場合ニ於テハ破産管財人ニ相當ス可キ權限アル管財人ノ任命アルニ非サレハナリ、暫ク疑ヲ存ス、

第百六十一條　時效ノ期間滿了ノ時ニ當リ天災其他避クヘカラサル事變ノ爲メ時效ヲ中斷スルコト能ハサルトキハ其妨碍ノ止ミタル時ヨリ二週間内ハ時效完成セス

(一)理由　本條ハ事變ニヨル停止ヲ規定シタルモノナリ、事變ノ爲メ事實上時效ヲ中斷スル能ハサルニ時效ヲ完成セシムルハ不能ヲ罰スルニ等シク權利者ニ

酷ナルカ故ナリ、

(二)事變ノ觀念　事變トハ天災其他避ク可ヲサル妨碍ヲ云フ、天災トハ自然力ヲ意味ス、例之地震洪水ノ類ナリ、「其他」ト云フハ人力ニ因ルモノヲ包含セシムルノ意ナリ、例ヘハ戰爭ニヨル交通遮斷ノ如キ之ニ屬ス、

「避ク可ラス」ト云フハ絕對的ノ意味ニ非ス、若シ夫レ然リトセハ洪水ニヨル交通遮斷ノ如キ場合ニハ飛行器ニヨリ交通シ得ルカ故ニ中斷原因ト爲ラスト論斷セサル可ラサルニ至ラン、是レ豈ニ立法ノ精神ナランヤ、故ニ余輩ハ「常識アル方法ニ因リ」避ク可ラサルノ義ニ解釋セント欲ス、社會普通ノ人事ヲ標準トシテ立テタル法律ノ解釋トシテハ右ノ如クナラサル可ラス、

事變ハ又外部ヨリ來ル妨碍タルヲ要ス、此點ニ關シテハ反對說アリ曰ハク、當事者ノ精神上ノ狀態ニ基クモノモ又事變ナリ、例之權利者カ急ニ精神錯亂シテ時效中斷ヲナスヲ得サルカ如キハ其者ニ對シテハ全力ヲ盡スモ猶避ク可ラサル障碍ナリ故ニ之レヲ包含セシメサル可ラスト、卽チ所謂主觀的不可抗力ヲ認ムル論ナリ、余ハ之レニ反對ス、蓋シ此ノ如キハ自己ニ生シタル原因ノ結果ヲ他人ニ嫁スルモノニシテ正義ノ觀念ニ合セサレハナリ、

(三)適用ノ條件

(イ)中斷ノ凡テノ方法カ事變ニヨリ妨ケラルヽコトヲ要ス、本條ニ「中斷スル能ハス」トアルハ此ノ義ナリ、蓋シ中斷ノ途ハ種々アリ、其ノ一カ妨ケラルヽト雖モ他ノモノカ故障ナク行ヒ得ルニ於テハ「中斷スル能ハサル」場合ニ非サレハナリ、例之戰亂ノ爲メニ裁判所閉鎖セラルヽモ猶裁判外ニ於テ中斷ノ途アルトキハ本條ノ適用ヲ受ケス、

(ロ)事變ハ期間滿了ノ時ニ存スルヲ要ス、之レ本條ニ「滿了ノ時ニ當リ」云々トアルニヨリ解釋上疑フ可ラス、故ニ例ヘハ事變カ期間滿了ノ日ノ前日ニ止ミタル場合ニ於テハ本條ノ適用ヲ受ケス、然レトモ此ノ點ハ立法ヲ誤リタルモノニシテ宜シク第百五十八條ノ例ニ倣ヒ期間滿了前一定ノ期間內(例之三ケ月)ニ事變ノ生シタルトキハ適用アルモノト改メサル可ラス(獨民二〇三參考)、

(四)停止期間　本條ノ停止ハ事變ノ繼續中繼續ス、事變ノ止ミタル時ヨリ二週間ヲ經過シ時效始メテ完成ス、

第二節　取得時效

(一)取得時效ノ觀念　取得時效トハ繼續セル占有ニヨリ權利ヲ取得スル制度ヲ云フ、

（イ）占有

占有トハ自己ノ爲メニスルノ意思ヲ以テ物ヲ所持スル事實ヲ基礎トスル權利ヲ云フ（一八〇、二〇三）、而シテ占有ニハ直接占有ト間接占有ノ別アリ、又本法ニハ準占有ノ制度アリ（二〇五）、皆取得時效ノ基礎トナスコトヲ得、故ニ本法ノ取得時效ノ規定ハ殆ント外國ニ其例ヲ見サル程廣シトス、

（ロ）期間

取得時效ノ期間トハ占有繼續ノ期間ノ義ナリ、既ニ前節ニ於テ之レヲ述ヘタリ、又本節各條ニ渉リ之レヲ説ク可シ、只茲ニ一言ス可キハ時效ニハ期間ヲ必要トスルカ故ニ占有ニヨリ權利ヲ取得スル場合ニ於テモ即時ニ權利ヲ取得シ占有ノ繼續ヲ要セサルモノハ時效ニ非サルコト之レナリ、例之（一）第百九十二條ノ場合ハ時效ニ非ス、之レヲ佛國ニテハ（佛民二二七九、二二八〇）即時時效又ハ瞬間時效（Prescriptioin-tantanee）ト稱シ時效ノ中ニ加フモ時ノ效力ニ因ルモノニ非サレハ正シカラス、故ニ本法ニ於テハ之レヲ時效ヨリ除キテ物權篇中ニ置ケリ、（二）先占（Occupatio）（二三九）之レ又占有ニヨル所有權取得ノ方法タリト雖モ時ノ經過ヲ要セサルモノナルカ故ニ時效ニ非ス、

（ハ）他人ノ物ノ占有

取得時效ハ他人ノ物上ニ權利ヲ取得スル方法ナリ、故ニ他人ノ物ノ占有ヲ要件トス、故ニ（一）自己ノ物上ニハ取得時效進行スル事ナシ、縱令錯誤ニヨリ他人ノ物ナリト信シテ占有スル場合ト雖モ亦同シ、（二）無主物ノ上ニ取得時效ノ適用ナシ、此場合ニハ先占ニヨリ所有權ヲ取得スルヲ得可シ、（三）準占有ノ場合ニ關シテハ前ニ他人ノ物上ニ云々ト云ヒタルハ當ラスト雖モ宜シク其旨趣ヲ類推ス可キナリ、

（二）取得時效ノ客體

如何ナル權利カ取得シ得可キカ如何ナル物上ニ權利ヲ取得シ得可キカ是レ茲ニ述ヘントスル所ナリ、

（イ）取得シ得可キ權利

羅馬法ニ於テハ取得時效ヲ以テ所有權取得ノ方法ト爲シタレトモ本法ハ其例ニ從ハス、第百六十二條ニ於テ所有權ノ取得時效ヲ規定シ、次條ニ於テ所有權以外ノ財産權ノ取得時效ヲ規定シ、且ツ準占有ヲ認メ占有ニ關スル規定ヲ準用セルカ故ニ（二〇五）權利ノ行使ニ物ノ所持ヲ要セサルモノ例之債權、著作權、意匠、商標、特許權等苟モ財産權タルモノハ皆取得時效ノ目的トナル、然レトモ亦例外ナキ能ハス、

(a)法律ノ規定ニヨルモノ、　不繼續又ハ不表現ノ地役權（二八三）、

(b)權利ノ性質ニ基クモノ、　（一）公權ハ財産タルノ實質ヲ有スルモノト雖モ時效ニヨリ取得スルヲ得ス、例之租税ヲ徵收スル權利ハ時效ノ客體トナラス、取得時效ハ私法上ノ制度ナリ、（二）從タル權利ハ獨立シテ取得時效ノ目的トナラス、例之債權ヲ有セサルモノハ質權抵當權ヲ取得スルヲ得ス、（三）人ノ

身分ニ專屬シ讓渡スヲ得サル權利ハ財產權タルノ實質ヲ有スルモノト雖モ取得時效ニ掛ラス、蓋シ其基礎タル人ノ身分ハ之レヲ時效ニヨリ取得スル能ハサルカ故ナリ、例ヘハ扶養ヲ受クルノ權、恩給ヲ受クル權、妻ノ財產上ニ於ケル夫ノ用益權(七九九)子ノ財產上ニ於ケル親權者ノ管理權(八八四)等、(四)一回ノ行使ニヨリ消滅ス可キ權利ハ取得時效ノ客體トナラス、何トナレハ此ノ如キ權利ハ一定ノ期間永續シテ行使スルヲ得サレハナリ、例之取消權、解除權、買戻權ノ如キ之レナリ、此ト同一ノ理由ニヨリ一回ノ給付ヲ目的トスル債權ハ取得時效ノ目的トナルヲ得ス、

(ロ)如何ナル物上ニ權利ヲ取得シ得可キカ

(一)動產ノミニ限ラス、獨逸民法ハ取得時效ヲ以テ動產上ニ所有權ヲ取得スル方法トナス(獨九三七)、尤モ不動產ニ就テモ類似ノ規定アリ(獨九〇〇)、本法ニ於テハ取得時效ハ動產不動產ニ適用アリ(一六二)(二)自己ノ物併ニ無主物上ニ取得時效ノ行ハレサルコトハ前述ノ通リ、(三)權利能力ナキ物ノ上ニハ取得時效行ハレス、權利能力ナキ物ト雖モ占有ノ目的トナリ得ルハ疑ヲ容レス、然レトモ法律ハ其物上ニ凡テ所有權ノ成立スルヲ許サス、故ニ取得時效ト云フ方法ニヨルモ物權ヲ取得シ能ハサルヤ明ナリ、權利能力無キ物ニ關シテハ第三章總說(六)ヲ見ヨ、然レトモ甲種ノ權利ノ目的タルヲ得サルモ乙種ノ權利ノ目的タルヲ得ル場合ニ於テハ乙種ノ權利ノ取得時效ノ目的トナル、例之動產上ニハ質權ヲ設定シ得ルモ抵當權ヲ設定スルヲ得ス、故ニ動產上ニハ抵當權ヲ取得スルヲ得サレトモ質權ヲ取得スルコトヲ得、又河川法ノ適用アル河川ノ敷地上ニハ所有權ノ存在ヲ許サス、然レトモ債權的使用權ノ目的タルヲ妨ケサルカ故ニ其權利ハ時效ニヨリ取得スルコトヲ得、(四)物ノ一部ノ上ニ取得時效行ハルヽヤ、是レ羅馬法ニ於テ議論ノ八釜カリシ所ナリ(S. Windscheid § 175 a. N.)然レトモ畢竟左ノ斷案ニ歸着ス可シ、物ノ性質上一部分上ニ占有ノ行ハルヽヲ許ス場合ニシテ占有者ノ行使スル權利カ又物ノ一部上ニ成立スルヲ得ル場合ニ於テハ取得時效ニヨリ其權利ヲ取得スルヲ得、例之百坪ノ土地上五十坪ニ對シテ所有權ヲ行使スル場合ニ於テハ其五十坪ニ對シテ取得時效進行ス可シ、反之一棟ノ建物中ノ一室ヲ占有スル場合ニ於テハ其一室ノ所有權ヲ取得スルヲ得ス、蓋シ一棟ノ建物ハ二個ノ所有權ノ目的タルヲ得サレハナリ、然レトモ其一室ヲ使用スル債權ハ之レヲ取得スルコトヲ得可シ、(五)登記アル不動產物權ニ對シテモ取得時效ノ進行スルヲ妨ケス、蓋シ登記ハ占有ヲ補充スルモノニ非ス、甲者ノ名義ヲ以テ登記セラルヽト雖モ乙者事實上之レヲ占有シ法定條件ヲ滿スヲ妨ケ

サレハナリ、(六)遺失物盜品ニ對シテモ取得時效進行ス、此點ハ解釋上ハ疑ナキカ如キモ外國ニハ反對ノ立法例アルヲ以テ一言ス、

(三)取得スル權利ノ範圍

ハ占有者ノ行使セル權利ノ範圍ニヨリ定マル、例之所有權ヲ行使スル者ハ所有權ヲ取得シ、收益權ヲ行使スル者ハ收益權ヲ取得ス可シ、又物ノ全部ヲ占有スル者ハ全部ノ上ニ權利ヲ得、一部ヲ占有スル者ハ一部ノ上ニ權利ヲ取得ス(前述(二)ノ(ロ)參考)、

(四)取得時效ノ性質

取得時效ニヨル權利ノ取得ハ(一)法律ノ直接規定ニヨルモノニシテ占有者ニ權利ヲ取得セシメントスルノ意思アルヲ必要トセス、取得時效ハ法律行爲ニ非ス、故ニ無能力者モ取得時效ニヨリ權利ヲ取得スルコトヲ得、但シ權利能力ナキモノハ勿論取得時效ニヨルモ權利ヲ取得スルヲ得ス、(二)取得時效ニヨル權利取得ハ承繼的取得ナリヤ、又ハ原始的取得ナリヤ、此點ハ大ニ議論ノ存スル所ナリ、多數ノ學者ハ原始的取得ナリト云ヒ承繼取得トナス者ハ少數ナリ(Brinz Jahrb f. Gen R. III S. 31 32 Unterholtzner A. A. O. S. 6. Translative verjährung)、余モ亦通說ニ從ハントスルモノナリ、蓋シ第百六十二條ニ於テハ「所有權」ヲ取得ストアリ、而シテ所有權ノ意義ハ第二百六條ニ於テ之レヲ規定ス、故ニ第百六十二條ニヨリ取得スル所有權ハ第二百六條ニ相當スルモノニシテ完全ナル所有權ナラサル可ラス、從テ制限物權ノ存スル物上ニ取得時效カ完成シタル場合ニ於テハ從來存在セシ制限物權ハ皆消滅セサルヲ得サルナリ、此現象ヲ觀察スルニ以前ノ所有權ハ制限アルモノナリシニ占有者ノ取得セル所有權ハ完全ナルモノニシテ前後相同シカラス、故ニ承繼取得ノ觀念ニ反ス可シ、

其援用ヲ必要トスルコトハ第百四十五條參考、

(五)取得時效ノ效力

(イ)主タル效力ハ其行使スル權利ヲ取得スルニ在リ、

(ロ)其結果トシテ當然之ト相容レサル他人ノ權利ハ消滅ニ歸ス、然レトモ之レ消滅時效ニ因ルモノニ非スシテ取得時效ノ效果ナリ、故ニ取得時效ハ同時ニ消滅時效ノ要件ヲ具備スルヲ必要トセス、例之所有權ハ消滅時效ニ掛ラスト雖モ取得時效ノ完成シタルトキハ前者ノ所有權ハ消滅ニ歸ス、又其不動產上ニ存セシ第三者ノ抵當權質權等モ消滅ニ歸ス可シ(前述(四)參考)、

(ハ)登記ハ取得時效ニヨリ取得スルヲ得ス、蓋シ取得時效ハ權利取得ノ方法ナリ、然ルニ登記其ノモノハ權利ニ非サレハナリ、故ニ取得時效ニヨリ不動產物權ヲ取得シタル者カ之レヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ第百七十七條ノ規定ニヨリ登記ヲ爲スヲ必要トス(同論富井博士原論二卷七一以下)、

(六)本節ノ規定

ハ四ヶ條ヨリ成リ、第百六十二條及ヒ第百六十三條ニ於テ取得

時效ノ要件ヲ規定シ、次ノ二條ヲ以テ中斷ヲ規定ス、

第百六十二條　二十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ物ヲ占有シタル者ハ其所有權ヲ取得ス

十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ不動産ヲ占有シタル者カ其占有ノ始善意ニシテ且過失ナカリシトキハ其不動産ノ所有權ヲ取得ス

(一)所有權ノ取得時效ヲ本條ハ規定ス、其第一項ハ普通取得時效ニシテ動産及ヒ不動産ニ適用アリ、第二項ハ特別取得時效ニシテ不動産ノミニ適用アリ、其第二項ヨリ動産ヲ除キタル理由ハ他ナラス、動産ノ占有者ニシテ第二項ノ條件ヲ具備スルトキハ第百九十二條ニヨリ即時ニ其物上ニ行使スル權利ヲ取得シ得ルモノトナシタルカ爲メナリ、普通時效ト特別時效ノ差ノ主ナル點ハ一ハ善意占有ヲ必要トナシ他ハ之レヲ必要トセス、從テ期間ニ二十年ト十年ノ差ヲ生セシメタルニ在リ、

(二)普通時效ノ要件ハ之レヲ分テ二トナス、(一)占有(二)期間之レナリ、

(イ)占有

(a) 占有ノ要件ニ關シテハ羅馬法ニ於テ(一)心素(Animus)(二)體素(Corpus)ノ二者ヲ必要トナセリ、後世ノ學説モ此範圍ヲ出テス、本法ニ於テモ亦此觀念ヲ襲踏セリ、是レ第百八十條ニ於テ占有權ノ取得ニハ自己ノ爲メニスル意思ト物ノ所持ヲ必要トナシ、第二百三條ニ於テハ占有ノ意思ノ抛棄又ハ物ノ所持ヲ失フニヨリ占有權ハ消滅スト規定セルニヨリ明ナリ、而シテ占有意思ニ關シテハ古來種々ノ學説アリト雖モ本法ノ採用セルモノハ「自己ノ爲メニスル意思」(Animus rem sibi habendi)ニ在ルコトハ第百八十條ノ規定アルカ故ニ解釋上疑フ可ラス、

物ノ所持ニ至テハ(一)物理的ニ實力ヲ以テ把握スル場合、(二)社會的ノ觀念ニ於テ物ヲ支配スト看做サルヽ場合ヲ含ム、羅馬法ニ於テハ獨リ其前者ノミヲ認メテ後者ヲ認メサリシモノヽ如キモ實際ニ適切ナラス、現ニ不動産ノ占有ニ至テハ或ハ僅カニ圍障ヲ設ケ又ハ章標ヲ建テ又ハ耕作スルニヨリ所持アリ(支配アリ)ト看做サルヽニ非スヤ、其他遠隔ノ地ニ在リ足嘗テ之レヲ踏マサル土地ヲ占有スルカ如キ、廣大ノ建物中ニ在ル多數ノ物件ニシテ其存在ヲ一々記臆タニセサル物ヲ占有スルカ如キハ皆物理的實力支配ニ

依ルニ非スシテ社會上ノ觀念ニ於テ其物ヲ支配スト看做サルヽカ爲メニ外ナラス、故ニ強牽附會ノ說ヲナシ辯明ヲ試ミンヨリハ斷然前示(二)ノ觀念ヲ認ムルヲ可トス、

占有ハ之レヲ分テ直接占有間接占有ノ二トナス、直接占有トハ心素體素同一人ニ具ハルモノヲ云フ、間接占有トハ反之自ラ物ヲ所持セサル占有ヲ云フ、換言スレハ他人ヲシテ物ヲ所持セシメ占有者ハ物ノ所持人ニ對シテ其返還ヲ請求スル權利アリテ所持人ハ他人ノ爲メニ所持スルモノト看做サレ之レヲ返還ス可キ義務アル場合ヲ云フ、當事者間ニ於ケル此權利關係ヲ以テ間接占有ノ基礎トナス、即チ權利關係カ占有ニ必要ナル物ノ所持ヲ補足スル場合ナリ、例之代理人カ本人ノ爲メニ物ヲ所持スル場合ノ如キ又所謂容假ノ占有(precario)即チ所持人カ自己ノ爲メニスルト同時ニ他人ノ爲メニ所持スル場合ノ如キ之レナリ而シテ、取得時效ノ基礎トナルモノハ獨リ直接占有ノミニ非スシテ間接占有モ亦取得時效ノ基礎トナル、例之本人カ代理人ヲシテ物ヲ受取ラシメ未タ引渡ヲ了セサルニ時效期間ヲ經過セル場合ニ於テハ時效ヲ得ルモノハ本人ナリ、又例ヘハ竊盜カ竊取物ヲ質ニ供シ時效期間ヲ經過セル場合ニ於テハ取得時效ヲ得ルモノハ本人タル竊盜ナリトス、是皆間接占有ニヨル取得時效ナリトス、

尙ホ本條第一項ノ適用アルニハ占有ハ左ノ性質ヲ具備スルヲ要ス、

(b) 所有ノ意思ヲ以テスルコト、　所有ノ意思トハ所有者タルノ意思ヲ云フ、換言スレハ「所有者カ物ニ對スルト同一ノ意思」ヲ云フ、此點ハ種々ノ異說アルモ右ハ本條ノ解釋トシテハ正鵠ヲ得タルモノト信ス、何トナレハ取得時效ニ於テハ占有者ハ其行使スル權利ヲ取得スルナリ、故ニ所有權ヲ取得スルニハ所有權ヲ行使スルヲ必要トナス可シ、而シテ所有權ヲ行使スルニハ所有者カ物ニ對スルト同一ノ心ヲ以テ物ヲ支配スルヲ要ス可キ理ナレハナリ、而シテ所有ノ意思ハ「所有權ヲ取得セント欲スル意思」ト之レヲ解ス可ラサルコトハ取得時效ハ法律行爲ニ非サルノ一事ヲ明ニセハ自ラ疑ナカル可シ、

所有ノ意思ノ有無ハ事實問題ナリ、必シモ占有取得ノ權原ニヨリ之レヲ決定ス可キモノニ非ス、例ヘハ竊盜ノ如キハ全ク權原ヲ有セスト雖モ猶事實上所有ノ意思アル場合ニ於テ所有權ヲ取得スルヲ妨ケス、只權原ノ性質上占有者ニ所有ノ意思ナキモノトスル場合(例之寄託賃貸借質)ニ於テハ占有者カ事實上所有ノ意思ヲ有スルニ至ルモ占有ハ之レニヨリ其性質ヲ變セ

ス、蓋シ若シ然ラサレハ權利者カ其權原ニ重キヲ置キ安心シテ中斷ヲ爲サヽル間ニ權利ヲ喪失スルカ如キ結果トナレハナリ、此ノ場合ニ於テハ(一)自己ニ占有ヲナサシメタル者ニ對シテ所有ノ意思アルコトヲ表示シ、(二)又ハ新權原ニヨリ更ニ所有ノ意思ヲ以テ占有ヲ始ムルニ非サレハ占有ハ性質ヲ變セス(一八五)、

所有ノ意思ノ存在ハ占有者ニ於テ之レヲ立證スルヲ要ス、然レトモ之レ法律行爲ニ於ケル意思表示ノ如ク他人ニ對シテ表示セラルヽヲ必要トセス物ニ對スル支配行爲ヨリ之レヲ認ムルヲ得レハ足ル、而モ尙法律ハ其立證困難ナルヲ慮リ占有者ハ所有ノ意思ヲ有スルモノト推定ス(一八六)、故ニ占有者カ(a)ニ示シタル要件中「物ノ所持」ノ事實ヲ立證スルトキハ其「所有ノ意思」ハ推定セラルヽカ故ニ、相手方ニ於テ爭ハント欲セハ反證ノ責アリ、而シテ相手方ノ反證ニ對シテハ占有者ハ物ノ支配行爲ノ性質ニヨリ所有ノ意思ヲ認ム可キ旨ヲ主張スルコトヲ得、

(c) **平穩占有** (P. paisible)　平穩占有ト云フハ強暴占有ニ對スル語ナリ、暴力ヲ以テ占有ヲ取得シ又ハ保持スルモノニ非サルヲ云フ、善意占有者ト雖モ往々強暴ナルモノアリ、例ヘハ賃貸人カ期限滿了後強力ニ訴ヘテ賃貸物ヲ取戻スカ如シ、又ハ賃借人カ期限中暴力ヲ以テ其取戻ヲ防止スルカ如キ之レナリ、故ニ此區別ハ善意惡意ノ區別ト其範圍ヲ一ニセス、暴力ト云フハ不正ノ力ノ義ナリ、故ニ腕力ヲ用ユルモ其合法ナル場合(例之正當防禦緊急狀態)ニ於テハ猶平穩占有ト見ル可シ、而シテ此點モ亦第百八十六條ニヨリ推定セラルルカ、故ニ立證問題ハ前段ニ述ヘタル所ニ同シ、

(d) **公然占有** (P. publique)　ハ隱秘占有ニ對ス、占有ノ事實ヲ他人ニ發見セラレンコトヲ恐レテ故ラニ隱蔽スルモノヲ隱秘ト稱シ、然ラサルモノ即チ特ニ故ラニ他人ノ發見ヲ避クル行爲ヲナサヽルモノヲ公然占有ト云フ、即チ茲ニ「公然」ト云フハ全ク消極的ノ觀念ニシテ故ラニ他人ニ示スヲ必要トスルモノニ非ス、此點ニ關シテモ法律ノ推定アリ(一八六)、

(ロ) 期間

期間ハ之レヲ二十年トス、其計算法ハ第百四十條以下ニ依ル、外國ノ事例ニ於テハ普通時效ノ期間通常之レヨリ永ク或ハ四十年ニ至ルモノアリ(例之埃民一四七二)、大多數ハ三十年ナリ(佛二二二九、獨九〇〇)、然レトモ本法ニ於テハ交通ノ便次第ニ增加スルニヨリ財產ノ監督ハ容易トナリ、又取引ノ頻繁トナルニ從ヒ權利ヲ永ク不確定ノ有樣ニ置クノ不利益ナルカ故ニ之レヲ短縮シテ二十年ト爲セリ(理由書一六二)、

二十年間（イ）ニ述ヘタル性質ヲ有スル占有繼續スルニヨリ取得時效完成ス、而シテ所有ノ意思平穩、公然ノ三條件ハ占有ノ始メニ於テ存スルヲ要スルノミナラス、二十年間繼續シテ存スルヲ必要トス、故ニ例ヘハ占有取得ノ當初強暴ナリシモノハ取得時效ノ基礎トナラス、但シ平隱ニ變シタル場合ニ於テハ其時ヨリ法定條件ヲ具備スルカ故ニ取得時效進行ヲ開始ス可シ、又占有ノ當初ニ於テハ其各條件ヲ具備シタルモ後ニ至リ強暴又ハ穩祕ニ變スルトキハ此時ニ於テ時效ノ中時ヲ來スカ故ニ占有カ再ヒ平穩公然ニ變シタルトキヨリ進數再ヒ時行ス可シ、然レトモ強暴穩祕ノ瑕疵ハ絕對的ニ非スシテ相對的ナリ、故ニ時效ノ不利益ヲ受ク者ニ對シテ之ヲ爲スニ非サレハ時效ヲ中斷セス、例之甲者乙者ノ物ヲ占有スルニ丙者暴行ヲ以テ之レヲ甲者ヨリ奪取スルモ二十年ヲ經過スルトキハ時效完成ス、乙者ハ甲者ニ對スル丙者ノ暴行ヲ主張スルヲ得ス（Boudry III § 1609）、又例之甲者乙者ノ物ヲ占有シ他人ニ對シテハ穩祕シ置クモ乙者ニ對シテハ公然ナルトキハ時效ヲ得可シ、乙者ハ他人ニ對スル穩祕ヲ主張スルヲ得ス（Bandry III § 1610）、此點ハ猶多少ノ疑ナキニ非スト雖モ暫ク通說ニ從フ（富井博士原論五八三岡松博士民法理由百六十二條）、右ノ期間ハ必シモ一人ニ就キ經過スルヲ必要トセス、占有ハ承繼スルコトヲ得故ニ前主カ十年間占有シ後主又十年間占有スルトキハ前後通算二十年ニ達スルカ故ニ時效完成ス可シ（一八七）、而シテ占有ノ承繼、期間ノ通算（Accsesio temporis）ハ占有承繼原因ノ如何ヲ問ハス又承繼ノ體樣如何ニ論ナク適用セラル可シ、例之相續ニヨルモノ特定承繼ニヨルモノ、簡易引渡（一八二、二項）占有ノ改定（一八三）占有物返還請求權ノ讓渡ニ見ルモノ（一八四）ニ例外ナク適用アリ然レトモ占有ノ連結ヲナストキハ前主占有ノ瑕疵ヲモ之レヲ承繼スルカ故ニ（一八七、二項）、連結ハ必シモ占有者ニ益アリト云フ能ハス、例之前主ノ占有カ隱祕占有ナル場合ニ於テハ之レヲ連結スルトキハ占有如何ニ長キニ涉ルモ時效ヲ得ス、此ノ如キ場合ニハ之レヲ連結セスシテ自己占有ノミヲ主張スルニ利益アリトス、而シテ前主ノ占有ヲ連結ス可キカ又ハ自己ノ占有ノミヲ主張ス可キハ占有者ノ撰擇ニ任ス、

占有ハ前後兩時ニ於テ占有ノ證據アルトキハ其間繼續セルモノト推定セラル（一八六二項）、故ニ時效ノ利益ヲ主張スルモノハ只時效ノ起算日及ヒ滿期日ノ兩時ニ於テ物ノ所持ヲナシタルコトヲ立證スレハ可ナリ、相手方カ其間中斷アリシコトヲ主張セント欲セハ之レヲ立證スル責任アリ、所有ノ意思平穩公然ノ三者モ亦繼續セルモノト推定セラル、カ故ニ（一八六、一項）其條件ノ喪

失ニヨリ中斷アリシコトヲ主張スルニハ相手方ニ立證責任アリトス、

(ハ) 普通時效ハ所謂非常時效（Auserordentliche Ersitzung）ナルモノニ相當スルモノニシテ(イ)(ロ)ニ說明シタル要件ヲ要スルノミニシテ占有カ正權原（Justa causa）ニ基クコト幷ニ善意（Bona fides）ナルコトヲ必要トセス、又登記アル不動產物權ノ取得時效ニ關シテハ獨逸民法ニ於テハ不動產ヲ一定期間占有スルコトノ外ニ占有者ノ名義ニ於テ其期間爭ヒナク登記セラルヽコトヲ必要トスト雖モ（Tabularersitzung）（獨九〇〇）本法ニ於テハ之ヲ必要トセス、登記ヲ要スル不動產物權ト雖モ單ニ本條ノ占有ト期間カ具ハルナラハ之ヲ取得スルコトヲ得、

(三) 特別時效ノ要件

モ亦前者ト同シク(一)占有(二)期間ノ二ナリ、然レトモ其占有ニハ更ニ重キ條件ヲ要スルカ故ニ期間ハ之ヲ半減シテ十年トナス、

(イ) 占有、特別時效ノ占有ニハ普通時效ニ必要ナル條件ノ繼續スルノ外、更ニ其善意ニシテ過失ナカリシコトヲ要ス、多數ノ立法例ニ於テハ右ノ外猶正權原ヲ必要トスト雖モ本法ハ之ヲ取ラス、所謂正權限ト云フハ權利ノ讓渡ノ效果ヲ生スル法律事實ニ外ナラス、其主ナルモノハ所有權移轉ノ目的ノ爲メニスル占有ノ移轉、裁判上ノ處分、相續、遺贈等ナリ（Wind cheid § 178. 179）是等ノ事實存在スル場合ニ於テハ假令前主ニ權利ナキカ故ニ權利ヲ取得スル能ハサルモ猶占有者ハ善意ナリ、且ツ又其事實カ客觀的ニ存スル場合ニ於テハ假令シ無效ナリトスルモ猶占有者ハ善意ナリ（Putative titel）、故ニ正權原ニ基キ占有者カ善意ナルニ於テハ特別取得時效（Ordentliche Ersitzung）ノ利益ヲ受ク可シトナセルモノヽ如シ、然レトモ(一)實際ノ法律生活ニ於テハ占有ヲ其原因ヨリ分離スルコトカ恰モ必要ナリ（獨逸民法理由書三五一）、若シ夫レ原因ヲ必要トスルナラハ正權原ニヨリ有效ニ權利ヲ取得シタル場合ニ於テモ猶正權原ノ立證ヲナスヲ得サルカ爲メニ時效ヲ得サルノ弊アル可シ、(二)正權原アルモ猶過失アル場合アリ、例之過失ニヨリ相手方ノ無權利者ナルヲ知ラスシテ法律行爲ニヨリ占有ヲ取得スル場合ノ如シ、故ニ過失ヲ要件トセスシテ正權原ノミヲ要件トナストキハ其結果却テ過失者ヲ保護スルニ至ル可シ、此理由ニヨリ本條ニ於テハ其要件中ヨリ正權原ヲ除キテ過失ヲ加ヘタリ、

(a) 善意、ノ觀念ニ就テハ(一)積極的ニ所有權者トナリタリトノ確信ヲ要ストナシ（Savigny III S. 370）、(二)消極的ニ不正ニ占有ヲ取得シタリトノ自覺ナキヲ以テ足ルトナシ（Stintzing, das wesen von bona fides und titulus in der romishen Usucapionslehre）、(三)占有取得ニ付キ實質上不正行爲ナサストノ積極的確信ヲ要ストナス（Windscheid§ 176）、第三說ヲ正シトナス、若シ第一說ニ從フトキハ他人ノ物ノ實

買ニ於テ買主ハ其賣主ニ屬セサルヲ知ルカ故ニ之レカ引渡ヲ受ケト雖モ未タ所有權者トナリタリトノ確信アル可ラス、然カモ此場合ニ時效ヲ得ストナスハ不條理ナル可シ、第二說ニ從フトキハ所有權者トナリタリヤ否ヤ不正行爲ヲナシタリヤ否ヤニ付キ疑アリテ決定セサル場合ヲ善意ノ内ニ包含セシムル結果トナルカ故ニ用語上不都合ナリ、且ツ純然タル消極的ノ觀念ヲ以テ法律事實タル占有ノ要件トナスハ面白カラス、

以上ノ意義ニ於ケル善意ハ(一)占有取得ノ初ニ當リ存スルヲ要ス、而シテ法律行爲ニヨリ占有ヲ取得スル場合ニ於テハ其法律行爲ノ時ニ惡意ナルトキハ占有取得ノ際ニモ惡意ナリトノ證據トナル可シ、而シテ善意ハ時效期間中繼續スルヲ必要トセス、(二)代理人ニヨリ占有ヲ取得スル場合ニ於テハ第百一條ノ規定ニヨリ元則トシテ代理人ニ付キ善意惡意ヲ定ム、(三)占有者ノ善意ハ法律行爲ニ於ケル意思表示ト異リ特別ノ表示アルヲ必要トセス、占有ヲ取得スルニ至リタル各種ノ事情ヨリ推知スルヲ得レハ足ル、必シモ占有取得ノ權原ニ依ルニ非サレハ判ス可ラサルモノトナス勿レ、此ノ如キハ間接ニ正權原ノ證明ヲ強ユルモノニシテ正權原ヲ要件トナサヽル本條ノ旨意ニ反ス可シ、(四)善意モ亦第百八十六條ニヨリ推定セラルヽ故ニ反對當事者カ一應ノ反對證據ヲ上ケタル場合ニ占有者ハ始メテ(三)ノ方法ニヨリ之レニ反對ス可シ、

(b)無過失、　ハ占有取得ノ事實ニ關スルモノニ非スシテ前述ノ善意ニ關スルモノナリ、即チ過失ナクシテ善意ナルヲ要スルノ義ナリ、過失ノ程度ハ客觀的標準ニヨリ之ヲ決ス、代理人ニヨル場合ニ於テハ代理人ニ付キ之ヲ定ムルヲ原則トナス(一〇一)、既ニ善意ハ占有ノ始メニ於テノミ之ヲ要ストナス以上ハ、過失ナキコトモ亦占有ノ始メニ於テノミ必要ナル條件ナルコト明ナリ、

(ロ)期間、　ハ之ヲ十年トス、其他普通時效ニ關シ述ヘタル所ヲ見ヨ、

(ハ)動産ニ適用ナシ、　特別ノ取得時效ハ不動産ニノミ適用アリテ動産ニ關シテハ適用ナシ、之レ動産ニ付テハ第百九十二條ノ規定アルカ爲メナリ、

第百六十三條　所有權以外ノ財産權ヲ自己ノ爲メニスルノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ行使スル者ハ前條ノ區別ニ從ヒ二十年又ハ十年ノ后其權利ヲ取得ス

(一)所有權以外ノ財産權ノ取得時效　ヲ本條ハ規定ス、

(二)財産權ノ意義　財産權ナル文字ハ本法中屢々見ユ(一六三、一六七、二〇五、二六四、四二四、五五五、五八六、七一〇、七一一)、故ニ茲ニ其觀念ヲ明ニス可シ、抑モ財産權ナル文字ハ經濟上ノ觀念ナル財産ナル文字ヲ權利ニ冠セシメ經濟上財産ト見ラルヽ種々ノ權利ヲ包括セシメタル名辭ナリ、故ニ經濟上ノ意義ヲ離レテ其觀念ヲ定ムルヲ得ス、學說ニ於テハ(一)移轉シ得ル權利ヲ以テ財産權トナス、此說ハ狹キニ失ス此說ニヨレハ扶養ヲ受クル權利(九六三)恩給遺族扶助料、文武官ノ收入(恩給法一八、遺族扶助法一三)又讓渡ヲ禁止シタル債權(四六六、二項)ノ如キハ之レヲ財産權中ヨリ除カサル可ラス、然レトモ此ノ如キハ恐クハ立法者ノ財産權ナル文字ヲ用ヒタル規定ノ解釋トシテ適當ナラサル可シ、(二)財産權ハ權利者ノ利益ノ爲メニノミ存スル權利ナリトナス、此說ニヨレハ名譽權ハ財産權トナリ普通ノ觀念ニ反ス可シ、(三)處分シ得可キ利益ヲ目的トスル權利ヲ財産權トナス此ノ說ニヨレハ不作爲ヲ目的トスル債權ニ於テハ不作爲其ノモノカ處分シ得ルモノト云ハサル可ラス、其他公用物ノ使用權、演劇ノ觀覽權、船舶坐乘權等ニ於テ其權利ノ目的ハ果シテ處分シ得ルカ、疑ナキ能ハス故ニ取ラス、(四)金錢上ノ價値アル權利ヲ以テ財産權トナス、余ハ之ニ從フ可シ、蓋シ此說ハ財産權ナル語ノ意義ニ適スレハナリ、金錢上ノ價値アル權利トハ權利其ノモノニ金錢上ノ價値アルモノヲ云フ、故ニ或ハ權利其ノモノヲ讓渡シテ金錢ニ換ヘ得ルアリ(例之所有權)、或ハ權利ヲ行使スルニヨリ金錢ヲ得ル場合アリ(例之金錢債權)、或ハ權利ヲ行使シタル結果ヲ以テ金錢ニ換ヘ得ル場合アリ(例金錢ヲ目的トセサル債權買戻權取消權)之等ハ皆權利ニ金錢上ノ價値アルモノナリ、

右ノ定義ニヨレハ財産權ノ範圍ハ固定不動ニ非スシテ經濟思想ノ變遷ニヨリ伸縮スルモノナリ、例之社員ノ票決權ノ如キ現今ニ於テハ財産權ト云フヲ得サレトモ、之レカ賣買ヲ認ムル時代ノ到來スルアラハ財産權トナル可シ、

(三)財産權ハ凡テ取得時效ノ目的トナル　但シ少カラサル例外アリ、本節總說ノ(二)ヲ見ヨ、

(四)要件　所有權以外ノ財産權ノ取得時效ニハ前條ノ規定ヲ準用ス、

(イ)占有、　此ニ占有ト云フハ賃借權、質權、地上權ノ取得時效ノ如ク物ノ所持ヲ必要トスル場合アリ、又債權、著作權、意匠權、商標權、特許權ノ如ク物ノ所持ヲ必要トセサル權利ノ行使即チ準占有(二〇五)ヲ指ス場合アリ、其他前條所說ヲ參考セヨ、

(ロ)期間、　ハ前條ノ區別ニ從ヒ即チ占有ノ始メニ於テ善意無過失ナリシヤ

ハ十年、然ラサルモノハ二十年トス其他前條期間ニ付キ說ク所ニ同シ、

第百六十四條　第百六十二條ノ時效ハ占有者カ任意ニ其占有ヲ中止シ又ハ他人ノ爲ニ之ヲ奪ハレタルトキハ中斷ス

(一)自然中斷　ヲ本條ハ規定ス、取得時效ニハ前節第百四十七條以下ニ述ヘタル法定中斷ノ外ニ特別ニ此中斷方法アリ、自然中斷ハ占有ノ喪失ニヨル中斷ナリ、而シテ本條ノ規定ハ第百六十二條ノ場合ニノミ適用セラレ、第百六十三條ノ自然中斷ニ付テハ別ニ次條ノ規定アリ、

(二)自然中斷ノ要件　自然中斷ハ占有ノ喪失ニヨル中斷ナリ、而シテ占有ハ自己ノ爲メニスルノ意思(心素)ト物ノ所持(體素)ヨリ成ルカ故ニ其一或ハ二ヲ失フニヨリ中斷セラル、其詳細ハ左ノ如シ、

(イ)占有意思ノ喪失　ニハ(一)全ク自己ノ爲メニスルノ意思ヲ失フ場合アリ、例之占有者カ所有者ノ請求ニ遇ヒ其所有權ヲ認メ、爾後其者ノ代理人トシテ物ヲ支配スル場合ノ如シ、此場合ニ於テハ其者ハ所謂容假ノ占有者ニシテ眞ノ占有者ニ非サルカ故ニ幾年ノ久シキ物ヲ所持スルモ時效ヲ得ルコトナシ、(二)占有者カ從來ノ意思ヲ變更シテ他ノ意思ヲ有スルニ至ル場合アリ、例之從來所有ノ意思ヲ有シタリシモノカ之ヲ拋棄シテ永小作權者ノ意思ヲ有スルニ至ルカ如キ或ハ其反對ノ場合ノ如シ、此場合ニハ占有ハ其性質ヲ變スルモノニシテ從來ノ占有ハ勿論中斷セラルレトモ其時ヨリ更ニ新占有開始セラル、從テ新占有ニ基ク時效完成スルコトアリ、

(ロ)物ノ所持ノ喪失、　(一)任意ニ拋棄スル場合アリ、此ノ場合ニ於テハ再ヒ物ノ所持ヲ得タル場合ニハ時效ハ其時ヨリ新ニ進行ス可シ、(二)占有ヲ奪ハレタル場合、此ノ場合ニ於テハ占有回收ノ訴ニヨリ之ヲ回復シタルトキハ占有ハ中斷セサルモノト看做サル(二〇〇、二〇三、但)、(三)偶然占有ヲ喪失スル場合、例之遺失ノ如シ、此場合ニ於テモ適法ノ方法ニヨリ回復シタルトキハ中斷ナキモノト看做スヲ以テ至當トナス可シト雖モ、此場合ニハ占有回收ノ訴ヲ許サヽルカ故ニ第二百三條但書ニ依ル能ハス、且ツ本條ハ此場合ヲ想像セサルハ缺點ト云フ可キナリ、乍然之レニヨリテ一定期間內占有ノ繼續スルト云フ要件ヲ缺クニ至ルカ故ニ時效中斷ノ效力アル可キハ勿論之レヲ認メサルヲ得ス、只之レヲ回復シタル場合ニ中斷ナカリシモノト看做ス可キヤ否ヤハ疑問ナリ、余ノ意見ハ寧ニ前述ノ如シ、蓋シ任意ニ拋棄シタルモノニ非サルカ故ニ過去ノ利益ヲ無效ニ歸セシムルハ理由ナケレハナリ、然シ之レ法律ノ規定ヲ要ス

ル事項ナレハ法文ナキ以上ハ却テ反對ノ解釋ヲ是認セサルヲ得サル可キカ、

(ハ)代理占有、ノ喪失ニ關シテハ第二百四條ノ占有消滅原因アリ、而シテ多少本條ノ文面トハ容レ難キ點ナキニ非サルモ理論上皆中斷原因トナルモノト認ム可シ、

(ニ)占有ノ性質變更ニヨル中斷、　取得時效ニハ其共通ノ要件トシテ占有ノ平穩且公然ナルコトノ繼續スルヲ要ス、故ニ一定期間經過ノ後占有カ強暴又ハ隱祕ニ變スルトキハ時效中斷ヲ來ス、而シテ其強暴又ハ隱祕ナル間ハ時效進行ヲ開始スルコトナシ、之レ本條ニ規定スル所ニ非スト雖モ前二條ニ於テ占有ノ平穩公然ナルヲ要件トセルヨリ來ル當然ノ結果ナリ、

(三)自然中斷ノ效力

(一)既ニ經過セル時ヲ無效ナラシム之レ法定中斷ト同シ、(二)自然中斷ノ效力ハ絕對的ナリ、法定中斷ノ效力ニ關シテハ第百四十八條ニ於テ其相對的ナルヘキ旨ヲ規定セルニ本條ニ於テハ故ラニ此ノ如キ規定ヲ缺ク、之其絕對的ナルヲ認メタルモノナリ、又理論上ヨリ論スルモ法定中斷原因ハ皆特定人ニ對シテ爲ス行爲ナリ、故ニ其效力相對的ナル可キ理ナリ、然ルニ自然中斷ハ占有ノ喪失ニ基クモノニシテ特定人ニ對スルモノニ非ス、故ニ苟モ占有喪失カ中斷ノ效力アル場合ニ於テハ凡テノ人ニ對スルモノナラサル可ラス、只占有ノ性質變更ニヨル中斷ニ至リテハ其效力相對的ナリトスル者多シ（一六二、(二)ノ(ロ)ヲ見ヨ）、

第百六十五條　前條ノ規定ハ第百六十三條ノ場合ニ之ヲ準用ス

本條ハ所有權以外ノ財產權ノ取得時效ノ自然中斷ヲ規定シタルモノニシテ其實質相等シキカ故ニ前條ノ規定ヲ其ノ儘準用シタルモノナリ、而シテ所有權以外ノ財產權ノ行使ニハ物ノ所持ヲ必要トスルモノト然ラサルモノアリ、何レニシテモ其權利ノ行使カ(一)任意ニ中止セラルヽカ、(二)權利者又ハ第三者ノ行爲ニヨリ妨碍セラルルトキハ時效中斷ス、又其效力ニ至テモ絕對的ナルコト等凡テ前條ニ述ヘタル所ト同シ、

第三節　消滅時效

(一)消滅時效ノ性質

消滅時效ノ性質ハ之ヲ除斥期間(Preclusivefrist, Ausschlussfrist)或ハ豫定期間(Delai prefixe)ト相對照スルニヨリ明ニスルヲ得可シ、

(イ)除斥期間ト消滅時效ノ區別ハ千八百八十年 Grawein ノ始メテ明ニセル處ニシ

ヲ（Grawein, verjährung und Gesezlisbebefristung 1880）一時一般ニ認メラレタレトモ、近時ニ至リテハ兩者ノ間ニ性質ヲ異ニスル所ナシト爲ス學者漸ク增加シタリ（Wendt, unterlassungen und Versaümniss 1901. Hölder normierung der Verjährung Arch f. ziv Praxis Bd. 73. Rosenberg, verjahrung und gesetzlichen bestimmung 1904. b sonders S. 2）然レトモ猶大多數ハ其區別ヲ認ム、本法ノ解釋トシテハ Grawein ノ說大體ニ於テ當レルモノ、如シ、

權利ハ一般ニ法定ノ消滅原因ニヨリ消滅スルニ非サレハ永久ニ存續ス可キモノナリ、即チ時間的ノ制限ヲ包含スルモノニ非ス、然ルニ法定期間之ヲ行使セサルトキハ消滅ス、之レ即チ消滅時效ナリ、除斥期間ニ於テハ之ニ反シ權利ハ始メヨリ一定ノ時間的制限ノ範圍內ニ於テ存在ス、故ニ其終期ニ到達スルトキハ外部ノ原因ヲ須タスシテ當然消滅ス（Grawein A. A. O. S. 24. 27）、反對論ニヨレハ消滅時效ノ場合ニ於テモ權利ハ無限ニ存續シ得可キモノニ非スシテ時效期間內ニ限リ其存在ヲ認メラル（Hachenberg, vorträge S. 294 Rosenberg § 2. S. 17. ff.）、然レトモ中斷アリタルトキハ時間的ニ其分量ヲ增加スルモノナリトス、以上ハ實ニ本論ノ要點ナリ、我輩ハ前說ヲ可トス、其理由ハ（一）歷史的ニ權利ハ永久ニ存在シ得可キモノナリ（Actio perpetuae）、此ノ故ニ消滅時效ノ制度ノ必要ヲ生シタルモノナリ、消滅時效ノ制度ノ起源ハ權利ノ永久存在ヲ前提ノスルモノナリ、

（二）反對說ニヨレハ時效ノ中斷ハ權利創設ノ效力ナカル可ラス、然ルニ中斷原因タル訴ノ提起ハ勿論、判決ハ（給付ノ判決ニ於テモ）權利關係ヲ確認スルモノニシテ設權的效力アルモノニ非ス、殊ニ確認ノ判決ニ於テ然リトス、其他支拂命令、破產手續參加等ハ皆設權的ノ效力アルモノニ非ス、差押假差押、假處分ニ於テモ亦然リ、若シ失レ承認ニ至リテハ其設權的效力ナキコトハ第百五十六條ニ於テ處分能力ヲ必要トセサルノ一事ニ徵シテ明了ナリ、

以上ノ理由ニヨリ消滅時效ト除斥期間ノ區別ヲ否認セントスル說ハ本法ニ於テハ採用シ難シ、

（ロ）消滅時效ニハ期間ノ中斷停止アレトモ除斥期間ニハ元則トシテ中斷及停止ナシ、此點ニ關シテモ元則トシテ時效ノ中斷停止ノ規定ヲ除斥期間ニ適用セントスルモノナキニ非ス（例之 Rosenberg § 15. § 17 Wendt Arch civ Pex 92 S. 171 ff.）、然レトモ除斥期間ニ中斷原因ヲ認メントスルハ誤レリ、法律カ除斥期間ヲ定メタルハ一定ノ期間ヲ越ヘテ權利ヲ存續セシメサラントスルニ在リ、買戾權（五八〇）婚姻取消權（七八四）相續拋棄（一〇一七）等ニ於テ其旨意尤モ明了ナリ、然ルニ中斷ヲ認レハ之レヲ怠ラサル以上ハ幾年ナリトモ存續スル結果トナリ立法ノ精神ニ反ス、且ツ理由書ニハ「時效ノ規定ヲ適用ス可キ場合ニハ特ニ時效

ナル文字ヲ用ヒ其他ノ場合ハ豫定期間ト稱シ中斷•停止ノ規定ヲ適用セサルヲ妥當ナリトス」云々トアリ、故ニ法文ニ「時效」トナキ以上ハ中斷停止ノ規則ヲ適用ス可ラス（同論梅博士第六章總説、岡松博士民法理由三六一）、

（ハ）期間ノ起算點、　ニ關シテハ消滅時效ハ權利ヲ行使シ得ル時ヨリ進行ス（一六六）、除斥期間ニ付キテハ一般的ノ規定ナク各條ニ於テ之ヲ定ム、而シテ大抵ハ起算點ノ定アリト雖モ其無キ場合ニ於テハ元則トシテ權利カ完全ニ成立シタルトキヨリ直ニ進行ヲ開始スルモノトス可シ、蓋シ除斥期間ハ權利ノ時間的制限ヲ定ムルモノナレハ其完全ニ成立シタル以上ハ其時ニ既ニ權利アリト云ハサル可ラサルカ故ニ始期ハ其成立ノ時ト一致セサル可ラス（同論 Rosenberg § 11 S. 67）

（ニ）其效力、　期間滿了、ト時效完成トハ其效力ハ實際上同一ナリ、只（一）」其性質上ハ前者ニ在リテハ權利ハ其內部ノ力ニヨリ其ノ天壽ヲ終ルモ、後者ニ在リテハ外部ノ力ニヨリ其生命ヲ奪ハルヽノ差アリ（二）時效ハ當事者カ之レヲ援用スルニ非サレハ裁判上之レニヨリ裁判ヲナスヲ得サルニ反シ、除斥期間ノ場合ニハ苟モ裁判所ニ知レタル以上ハ裁判所職權ヲ以テ之レヲ裁判ノ資料トナスヲ要ス（Oertmann Komt. S. 601）、（三）完成シタル時效ノ利益ハ之レヲ拋棄スルコトヲ得（一四六）、蓋シ時效ハ財產權ノミニ關スルモノナレハ其ノ利益ヲ受ク可キ者カ之レヲ拋棄セントスルナラハ之レヲ許スモ公益ニ害ナケレハナリ、除斥期間ニ至テハ一概ノ規則ヲ立ツルヲ得スト雖モ、一方ニ於テハ滿了シタル期間ノ利益ヲ拋棄スルハ恰モ私人ノ意思ヲ以テ期間ヲ伸張スルト同一ノ結果トナリ、又他ノ一方ニ於テハ其性質期間ノ滿了ニヨリ權利ハ其天壽ヲ終ルモノナレハ期間ノ利益ノ拋棄ハ論理上新權利ヲ創設スルモノナラサル可ラス、故ニ其權利カ私人ノ意思ヲ以テ任意ニ創設シ得ル場合ニ非サレハ拋棄ハ何等ノ效力ヲモ生スルコトナカル可シ、

(二)消滅時效ノ客體

本法ニ於テハ消滅時效ノ客體ハ凡テノ財產權ナリトス（一六七）、此ノ點ニ關シテ瑞西債務法（一四六）獨逸民法（一九四）ハ消滅時效ニ掛ルモノハ請求權ナリトス、故ニ（一）請求權ニ非サル權利例之取消權、解除權等ハ絕對ニ消滅時效ニ掛ラス、（二）又所有權其他ノ物權ノ如クニ權利ヨリ請求權ヲ發生スル場合ニ於テハ其請求權ノミ時效ニ掛リ權利其ノモノハ時效ニ掛ラサル結果トナル、本法ハ故ラニ前示ノ主義ヲ取リタルモノニシテ法文上モ亦理由書ニヨルモ解釋上其正當ナルコトハ之ヲ疑フ可ラス、然レトモ請求權ニ非サル權利ノ消滅時效ヲ認メタル結果トシテ（イ）時效ノ進行ノ時期ヲ定ムルコト困難トナレ

リ(參考一六六條)、(ロ)中斷ニ關スル第百四十七條ノ規定甚タ不完全トナレリ、即チ同條ノ請求差押假差押假處分ハ皆請求權ニ非サレハ適用ナシ、故ニ請求權ニ非サル財產權ノ中斷ヲ得ンニハ勢ヒ承認ヲ求ムル方法ニ出テサル可ラス、然ルニ相手方カ承認ヲ與ヘサル場合ニハ之レヲ强制スルノ途アルカ、是既ニ疑問ナリ、便宜ニ從ヒ解釋セント欲セハ「請求」ノ中ニ確認訴訟ヲ包含セシメ以テ彌縫スルヨリ外ニ策ナキナリ(一四七條參考)、而シテ地上權、永小作權等ノ如ク兎モ角モ義務者ト認ム可キ者(所有者)アル場合ニ於テハ確認訴訟ヲ起スモ可ナラン、然レトモ著作權、特許權ノ如キ特定ノ相手方ナキ權利ニ於テハ確認訴訟ヲ提起シ得ルヤ否ヤ疑問ナリ、而カモ猶消滅時效ハ權利ヲ行使シ得ル時ヨリ進行シ、第三者ノ侵害ヲ俟タスシテ進行スルモノト解セラルヽカ故ニ其中斷ノ方法無キニ至ルコトナキヤヲ疑フモノナリ、論者或ハ曰ハン此ノ如キ場合ニハ權利ヲ行使セハ可ナリト、偖テ(一)著作權ノ行使トハ何ヲ意味スルヤ、(二)時效中斷方法ハ第百四十七條ニ限定セラル、而シテ消滅時效カ其他ノ方法ニヨル權利ノ行使ニヨリ中斷セラル可キヤ否ヤ疑問タラサルヲ得ス故ニ論者ノ說ハ猶根據十分ナリト認ムルヲ得ス、要スルニ本章第一節ノ規定ハ皆請求權ヲ眼中ニ於テ立テタルモノナリ、而シテ本章ニ至テハ突然請求權ニ非サル財產權ノ消滅時效ヲ認ム、故ニ相齟齬スルニ至レルハ固ヨリ其處ナリ、

財產權ハ原則トシテ消滅時效ニ掛ル、其物權ナルト債權ナルト或ハ所謂可能權ナルトヲ問ハス、然レトモ左ノ場合ハ例外トシテ時效ニ掛ラサルモノトス、而シテ消滅時效ニ掛ラサル權利ヲ消滅時效ニ掛ルモノトナス契約ハ無效ナリ、時效ハ此意味ニ於テモ强行法ナリ、

(イ)法律ニ反對ノ明文アルモノ、例之動產不動產ノ所有權(一六七、二項)物權的請求權ニ付テハ第百六十七條ヲ見ヨ、

(ロ)抗辯權、　抗辯權トハ相手方ノ請求權ニ對シテ存在シ其請求ヲ拒絕シ又ハ破滅シ得ル權利ナリ、而シテ其種類ハ分テ二トナス、(一)相手方ノ請求アルニ非サレハ行使シ能ハサルモノ(例四五二、四五三)、(二)獨立シテ行使シ得可キ權利ニシテ抗辯權ヲ生スル場合(例之地上權ハ所有權者ノ請求ニ對シテ抗辯トナル)之レナリ、前ノ場合ニ於テハ抗辯權ハ時效ニ掛ラス、其理由ハ相手方ノ請求權存スル間ハ時效進行開始ノ時期到來セスト云フニ非スシテ、法律カ抗辯權ヲ與フル目的上消滅時效ニ掛ラサルナリ、法律カ抗辯權ヲ與フル目的ハ相手方ノ請求ニ對シテ防禦ノ手段ヲ與フルニ在リ、故ニ苟モ相手方ノ請求權存スル間ニ之レヲ消滅セシムルハ法律カ之レヲ認メタル旨意ト矛盾スルカ故ニ性

質上時效ニ掛ラサルモノトス、後ノ場合ニ於テハ其基礎タル權利其ノモノカ時效ニ掛リ消滅スルカ故ニ抗辯權モ亦之レニ伴フテ消滅ス可シ(Windscheid § 132 num 618 unger II S. 510—513)（拙文京都法學會雜誌六卷八號）

(ハ)擔保權ハ擔保サル、債權ニ先チテ消滅時效ニ掛ルコトナシト論スル者アリ(富井博士五九一、平沼博士六八〇)、余ハ立法論トシテ其旨意ノ大ニ理由アルヲ認ム、然レトモ法典ノ解釋トシテハ反對ニ決セサル可ラス、抵當權ハ債務者及ヒ抵當權設定者ニ對シテハ其擔保スル債權ト同時ニ非サレハ時效ニヨリ消滅セス、然レトモ他ノ者ニ對シテハ(例之抵當不動產ノ第三取得者第二抵當權者等)債權ニ先ツテ時效ニヨリ消滅スルヲ妨ケサルハ法律ノ明ニ認ムル處ナリ(三九六、三六一、三四一)、

(ニ)隣地者間ノ權利、　隣地ノ使用權(二〇九)隣地ノ通行權(二一〇)流水權(二一四)ノ如キハ時效ニヨリ消滅セス、此等ノ權利ハ兩地互ニ境ヲ接スル以上ハ法律ノ規定ニヨリ時々刻々發生スルモノナレハナリ。

(ホ)共有物分割請求權(二五六)モ亦右ニ同シ、

(ヘ)身分關係ニ基キ發生スル財產權ハ概シテ時效ニ掛ラス、何トナレハ身分關係ハ消滅時效ノ目的トナラス、而シテ身分關係ノ存在スル間ハ法律ノ規定ニヨリ存在ス可キ權利ナレハナリ、例之夫婦間ノ契約取消權(七九二)配偶者ノ財產ノ使用收益權(七九九)ノ如シ、然レトモ其權利ノ性質上身分關係ヨリ發生シタルモ旣ニ成立シタル以上ハ獨立ノ存在ヲ有スト認メラル、モノハ消滅時效ノ目的タル可シ、例之扶養請求權ニ於テ一定ノ時期每ニ給付ス可キ場合ニ其各時期ノ請求權ノ如シ、

(ト)登記シアル不動產物權、　ハ獨逸ニ於テハ消滅時效ニ掛ラストナス(獨九〇二)、之立法政策上欠ク可ラサル例外ナリ、何トナレハ登記ヲ信テ取引ヲ爲ス者ハ之レカ爲メニ不測ノ損害ヲ蒙ル怖アルカ故ニ登記ノ信用力ヲ維持スル爲メニハ必ラス此例外ナカル可ラス、然ルニ我法典上ハ何等ノ明文ナキカ故ニ反對ニ決定ス可キハ當然ナリ、

(チ)除斥期間ノ定アル權利、　ニシテ其期間カ時效期間ヨリ短カキ場合ニ於テハ消滅時效ノ適用ナシ、反之時效期間ヨリ永キトキハ消滅時效ノ適用アリトナス、例ハ五十年ノ永小作權ヲ二十年間行使セサルトキハ時效ニヨリ消滅ス可シ、

(三)消滅時效ノ效力

物權的請求權ノ消滅時效ニ關シテハ從來ノ學說殆ント一致シ請求權其ノモノハ消滅スレトモ物權其ノモノハ消滅セストナス、蓋シ物權

ニ於テハ物權ト之レヨリ生スル請求權カ明瞭ニ區別シ得ルカ故ナリ、然ルニ債權ニ付キテハ其關係右ノ如クニ明ナラス、或者ハ債權ト之レヨリ生スル請求權ヲ同一視シ、或者ハ債權ヨリ請求權ヲ除クモ猶自然義務ヲ殘留スルモノト解ス、此ニ於テ左ノ說アリ、

(イ)權利消滅主義(Starkerewirkung)(Windscheid § 112. N. 5)、即チ債權其ノモノカ消滅ストナス、

(ロ)訴權消滅主義(Schwachere wirkung)(Savigny syt 5. § 248)、即チ消滅時效ノ結果債權其ノモノカ全然消滅スルコトナク、只訴權即チ債權ヲ裁判上實行スルノ權能消滅ストナス、故ニ此說ニヨレハ消滅時效完成後ニ於テハ訴權無キ債權即チ所謂自然義務(Obligatio naturalis)ヲ殘留セシムル結果トナル、

(ハ)抗辯權發生主義(Oertmann, Comm. d. Schuldv 7)、此主義ニヨレハ消滅時效完成ノ結果債權其ノモノハ毫モ害セラルヽコトナシ、即チ債權其ノモノハ勿論訴權モ亦消滅スルコトナシ、只反對ノ當事者ノ側ニ債權ノ行使ヲ阻却ス可キ抗辯權ヲ發生セシムルニ過キストナス、

消滅時效ノ性質上何レヲ可トス可キハ困難ナル而カモ興味アル問題ナリト雖モ本書ノ目的ノ爲メニハ今深ク論究スルノ要ナシ、蓋シ本法ハ其第一ノ主義ヲ取リタルコト第百六十七條以下ニ於テ「權利ハ消滅ス」ト明言セルニヨリ疑ヲ挾ム可キ餘地ナケレハナリ、然ラハ消滅時效ノ效果ハ法律上當然生スルモノ(Ipso jure)ナレハ當事者ノ援用ヲ待タスシテ(Ope exceptionis)裁判上之レヲ資料ニ供スルヲ得サル可ラサル理ナリ、然ルニ第百四十五條ニ於テ當事者ノ援用ヲ必要トナシタルカ爲ニ論理ヲ貫徹セサルニ至レリ、而シテ當事者カ之レヲ援用スルニ於テハ、

(a)相手方ノ請求ニ對シテハ其請求ノ基礎タル權利ハ時效ニヨリ消滅シタルコトヲ主張スルコトヲ得、即チ妨禦ノ手段トナスコトヲ得、然レトモ此場合ニ於テモ時效利益者ハ抗辯權(Einrederecht)ヲ有スルモノト誤解スルナカレ、蓋シ本法ノ主義ニヨレハ時效ノ結果トシテ權利消滅スルカ故ニ權利(殊ニ請求權)ニ對シテ存在ス可キ抗辯權ナルモノハ論理上存在スル能ハサル可ケレハナリ、

(b)消滅時效ノ利益ヲ受ク可キ者ハ時效ノ利益ヲ受ク可キ旨ヲ主張シテ權利不存在確認訴訟ヲ提起スルコトヲ得、而シテ其ノ結果トシテ物權ノ登記アル場合ニハ其抹消ヲ請求スルコトヲ得可ク、又債務證書相手方ノ手中ニ存スルトキハ其返還ヲ請求スルコトヲ得、(第四百八十七條類推)

(c) 債務者カ時效完成ノ事實ヲ知ラスシテ辨濟トシテ給付ヲナシタルトキハ所謂非債辨濟(Condictio indebiti)トナルカ故ニ不當利得ノ元則ニヨリ其返還ヲ請求スルコトヲ得、然レトモ時效完成ノ事實ヲ知テ辨濟ヲナシタルトキハ一方ニ於テハ時效利益ノ拋棄ト見ラルヽ一方ニ於テハ贈與ノ意思アルモノトモ見ラルヽカ故ニ其返還請求權ナシ(七〇五)、

(d) 主タル債務カ時效ニヨリ消滅シタル場合ニ於テハ從タル權利亦之レニ從テ消滅ス、其關係ハ主タル權利カ他ノ消滅原因(例之辨濟)ニヨリ消滅シタルト異ルコトナシ、例之主タル債權カ消滅時效ニヨリ消滅スルトキハ保證債務、質權、抵當權等當然消滅ニ歸ス(反對獨民二二三)、是レ本法ニ於テハ消滅時效ノ效力ハ權利其モノヲ消滅セシムトセル當然ノ結果ナリ、

(e) 時效ニヨリ消滅シタル債權ハ相殺ノ資料トナスコトヲ得(五〇八)、債權ノ對立ハ時效ノ進行ヲ妨ケス、故ニ其結果ハ全ク消滅シタル權利ヲ以テ相殺ノ用ニ供スルコトヽナリ、債權ノ現時ニ於テ對立スルヲ要件トナス相殺ノ元則ノ一例外ヲ爲ス、

(四)消滅時效ト取得時效ノ關係

此二者ハ別異ノ制度ニシテ同一ノ制度ノ兩面ニ非ス、故ニ例ヘハ債權カ消滅時效ニヨリ消滅スルモ之レヲ取得スル者アルコトナシ、又所有權ハ消滅時效ニ掛ラス然レトモ取得時效ノ目的トナル、取得時效ノ結果トシテ前主ノ所有權消滅スルモ之レ消滅時效ニ掛リタルカ故ニ然ルニ非ス兩制度ハ各々其法定ノ條件ヲ具備スルニヨリ進行シ完成スルモノナリ、

(五)消滅時效ノ要件

ハ(一)權利ノ不行使即チ權利者ハ權利ヲ行使シ得ルニ行使セサルコト、(二)期間ナリ、其期間ハ債權ニ關シテハ原則トシテ十年、其他ノ財產權ニ就テハ原則トシテ二十年トス、債權ノ普通時效ノ期間ハ諸國大抵之レヨリ長シ、三十年トナスヲ以テ通例トス、蓋シ羅馬法ノ先例ニ倣ヘルモノナリ、然レトモ取引ノ頻繁交通ノ便日ニ增加スル今日ニ於テ三十年ノ期間ハ永キニ失ス、羅馬法ノ先例ヲ追フハ宜シカラス、本法ハ政府案ニ於テハ二十年トアリケルカ議會ニ於テ之レヲ修正シテ十年ニ短縮セリ、蓋シ至當ノ修正ト云フ可シ(理由書附質疑要錄參考)、瑞西債務法第百四十六條モ之レヲ十年トナス、

(六)本節ノ規定

本節ハ消滅時效ノ通則ヲ定ムルモノナリ、特別ノ規定又ハ理由ナキ限リハ一切ノ財產權ニ適用アリ、然レトモ別ニ本法ニ於テ特別時效ヲ定ムルモノ少カラス、例之取消權ノ時效(一二六)、地役權(二八九乃至二九三)、抵當權(三九六、三九七)、廢罷訴權(四二六)、不法行爲ニ因ル損害賠償請求權(七二四)、親權者後見人親族會員ト子又ハ被後見人間ノ債權(八九四、九四二)、相續權(九六六、九九三)、相續ノ

承認拋棄ノ取消權（一〇二三）、遺留分ノ爲メニスル減殺權（一一四五）等アリ、商行爲ニ因リテ生シタル債權ハ元則トシテ五年ノ時效ニ掛ル（商二八五）、猶特別時效ノ定アルモノ多シ（商三二八、三二九、三五六、三七四、三八三、四一七、四四三、五七六、六一八、六五一）、特別時效ハ多クハ(一)期間(二)時效進行開始ノ時期ニ就キ本節ノ規定ノ例外ヲ設クル爲メニ設ケタルモノナリ、故ニ特ニ規定ノ存セサル點ハ凡テ本章ノ規定ニヨル、

第百六十六條　消滅時效ハ權利ヲ行使スルコトヲ得ル時ヨリ進行ス

前項ノ規定ハ始期附又ハ停止條件附權利ノ目的物ヲ占有スル第三者ノ爲メニ其占有ノ時ヨリ取得時效ノ進行スルコトヲ妨ケス但權利者ハ其時效ヲ中斷スル爲メ何時ニテモ占有者ノ承認ヲ求ムルコトヲ得

(一)消滅時效進行ノ時期　ヲ本條ニ於テ規定ス、其大體ノ精神ハ權利ハ之レヲ行使シ得ル狀態ニ在リナカラ之レヲ行使セサルカ故ニ消滅ス、故ニ時效ノ起算點ハ元則トシテ權利ノ成立ノ時ニ非スシテ行使シ得ル時ニ在リトスルニアリ（獨民一九八反對）、

(二)權利ヲ行使シ得ル時　權利トハ所有權以外ノ財產權ヲ總稱ス、（一六七）而シテ

(イ)債權、　ニ關シテハ債權者カ權利ノ內容ノ實行ヲ請求シ得ル時ヲ以テ債權ヲ行使シ得ル時トナス、此ノ故ニ

(a)將來ノ債權ニ對シテハ消滅時效進行スルコトナシ、（例之停止條件附債權始期附債權）、

(b)辨濟期到來前ノ債權ニ對シテハ消滅時效進行セス、債權ハ辨濟期到來前ニ於テモ少カラサル效力ヲ有ス（一三五(三)參考）、然レトモ未タ權利ノ內容ノ實行（履行）ヲ求ムルヲ得ス、此ノ故ニ時效進行セス、若シ夫レ反對ノ解釋ヲ取ランカ、債權者未タ其實行ヲ求ムルヲ得サルニ權利消滅スルカ如キ場合ヲ生ス、例之十年後ニ辨濟期ヲ定メタル債權ノ如シ、是時效制度ノ精神ニ反ス、故ニ此點ニ關シテハ反對說アルヲ聞カス、但シ獨逸民法（一九八）ニ於テハ消滅

時效ハ請求權ノ成立シタル時ヨリ進行ヲ開始スルモノトナシ、辨濟期ハ一種ノ抗辯トシテ時效ノ進行ヲ停止スル效力アリトナス（獨民二〇二）、是理論ニ於テ誤レルノミナラス本法ノ解釋トシテハ採用スルヲ得サルナリ、

債權ニ辨濟期ノ定ナキ場合ニハ其債權ハ成立ト同時ニ辨濟期ニ在リ、若シ此ノ如クニ決定セサレハ其債權ハ辨濟期ナキニ至ル可シ、故ニ此場合ニハ時效ハ債權ノ成立ノ時ヨリ進行ス、例之郵便貯金、當座預金ノ如シ、

確定期限ノ存スル場合ニハ期限到來ノ時ヨリ時效進行ス、當事者カ契約ヲ以テ猶豫期限ヲ設ケタルトキハ猶豫期限ノ滿了ノ時ヨリ進行ス、

不確定期限ノ存スル場合ニ於テモ右ト同元則ニヨリ期限到來ノ時ヨリ時效進行ス、第四百十二條ニ於テハ期限ノ到來ヲ知リタル時ヨリ遲滯ノ責ニ任ストナセトモ此規定ヲ準用ス可ラス、何トナレハ不確定期限ノ到來ノ時ハ即チ「債權ヲ行使スルコトヲ得ル時」ナレハナリ、權利ヲ行使シ得ル時ハ權利者カ之レヲ知ルト否トニ拘ハラス客觀的ニ到來ス、

債權者ノ一方ノ意思表示ニヨリ辨濟期ヲ定メ得ル場合（Kündigung）ニ於テハ其意思表示ノ效力ヲ生シタル時ヨリ時效進行スルカ、或ハ意思表示ヲナシ得ル時ヨリ時效進行スルカ、一說ニ曰ハク債權者ハ何時ニテモ意思表示ヲナシ辨濟期ニ到ラシムルコトヲ得可キ地位ニ在リ、故ニ其時ヨリ「其權利ヲ行使スルコトヲ得ル」地位ニ在リト云ハサル可ラスト（Dernburg B. R. § 146）、余ハ之レヲ取ラス、此場合ニ於テモ權利ノ實行ヲ請求シ得ルノ時期ハ意思表示ヲナシタル時ニ在リ、其以前ニ於テハ權利實行期ヲ定ムルノ權能ヲ有スルニ過キス、是ノ自ラ權利ノ實行ヲ請求スル權能ト區別セサル可ラス、故ニ意思表示アリタル時ヨリ時效進行スルモノト解セントス（反對獨民一九九）、又往々意思表示ヲナシタル時ヨリ一定ノ期間ヲ存シテ辨濟ニ至ルモノアリ（例之六一七）、所謂解約期間（Kundgungsfrist）之ナリ、此場合ニハ其期間滿了ノ時ヨリ時效進行ス、

(c) 不作爲ヲ目的トスル債權ニ於テハ違反行爲アリタル時ヨリ進行ス可キカ（獨一九八、二）、獨逸民法ノ說ニヨレハ不作爲ノ請求權ハ違反行爲アルマテハ滿足ニ履行セラレツヽアルモノナリ、故ニ時效進行セス、違反行爲アルニヨリ始メテ積極的ニ其除去ヲ請求スルコトヲ得、故ニ此時ヨリ進行ストナス、而シテ學說ニ於テハ不作爲ノ請求權其ノモノカ時效ニ掛ルトナスモノト、不作爲ノ請求權ハ時效ノ目的トナラス其違反行爲ニヨリ生シタル作爲ノ請求權其ノモノカ時效ノ客體トナルト爲ス者アリ、其ノ數相半ス（Angabe bei

Oertmaun comt 3. 614)、

本法ニ於テハ一切ノ財産權皆時效ノ客體トナル可キカ故ニ、苟モ不作爲ノ債權ナルモノヲ認ムル以上ハ時效ノ客體トナルト論スルニ非サレハ法文ニ牴觸ス、然リ而シテ時效進行ノ時期ニ關シテハ獨逸民法ト異リ違反行爲ヲ俟タスシテ不作爲ヲ請求シ得ル時ヨリスルモノト決セントス、此如キハ(一)ニ法文ニ尤モ能ク適合ス、(二)若シ違反行爲ニヨリ始メテ權利ヲ行使シ得ル時期到來スルモノト解セハ違反行爲ナクシテ不作爲ノ債務其期間滿了トナルトキハ權利ヲ行使シ得ルノ時ニ到來セスシテ消滅スルノ不條理アル可シ、論者或ハ曰ハン予ノ説ニ因レハ不作爲カ滯ナク實行セラレ債權者ハ安心セル間ニ權利消滅スルカ如キ結果ヲ生セサルカト、曰ハク然ラス、不作爲カ實行セラレツヽアル間ハ權利ハ行使セラレツヽアルモノト見ルヲ得可キカ故ニ消滅時效ノ條件具ハラス故ニ消滅時效進行セサルノミ、要スルニ其結果ハ反對論ト同一ナリト雖モ理論上ハ右ノ如クニ見ルヲ優レリトス

(d) 抗辯權ノ存スル債權、

抗辯權ニ二種類アリ(一)其行使ニヨリ相手方ノ請求權ヲ永久ニ破滅シ得ルモノ、(二)其行使ヲ一時阻却シ得ルモノ之レナリ、獨逸ニ於テハ其前ノ場合ニ關シテハ第一草案ニ於テハ義務者ハ時效ノ抗辯ヲ用ヒサルモ相手方ノ請求ヲ退クルコトヲ得ルカ故ニ時效進行セサルモノトナシ(理由書三一四)成文(二〇二)ハ反對ニ解釋セラレツヽアリ(Oertmann S. 626)、後ノ場合ニ於テハ權利者ハ其ノ權利ノ實行ヲ試ミル迄モナク當然義務者ノ爲メニ排斥セラル可キ狀態ニ在ルカ故ニ抗辯權ノ存在ハ時效ノ進行ヲ停止スルモノトナス、本法ニ於テハ此ノ如キ特別ノ規定存セス、然レトモ之レヲ實質上ノ利害ヨリ考フルニ其前ノ種類ノモノニ關シテハ時效進行ストナスモ債權者ニ害アルコトナシ、蓋シ債權者ノ權利ハ名義上ハ存在スト雖モ其實ハ何等ノ價値ナキモノナリ、只債務者カ其抗辯權ヲ確立セシム可キ證據ヲ失フタル場合ニ實際上ノ作用ヲ現ハスト雖モ之レ寧ロ病的ノ現象ニシテ債權者カ正當ニ享ク可キ利益ニ非ス、而シテ時效制度ノ目的ノ一ハ義務者カ債務消滅ノ證據ヲ失フタル場合ニ之レヲ保護セントスルニ在リ、而シテ債務消滅ノ證據ト抗辯權存在ノ證據トハ同一ニ非スト雖モ其作用ニ至テハ一ナリ、故ニ債務者カ抗辯權ノ證據ヲ失ツタル場合ニ之レヲ保護スル爲メニハ時效ニ掛ルモノトセサル可ラス、其ノ後ノ種類ノモノニ至テハ一概ニ斷言スルヲ得ス、抗辯權カ債權者ノ行爲ニヨリ消滅セシメ

得ルモノナルトキハ時效ノ進行ヲ妨ケス（例之同時履行ノ抗辯（五三四）保證人ノ抗辯（四五二、四五三））、若シ此場合ニ猶時效ノ進行ヲ停止スルモノトセハ却テ怠慢ナル債權者ヲ保護スル結果トナル可シ、反之抗辯權カ債權者ノ行爲ニヨリ消滅セシメ能ハサルトキ時效進行ヲ開始セス、何トナレハ債權者カ權利ヲ行使シ得ルノ時期未タ到來セサルモノト結果ヲ等フス可ケレハナリ、例之債務者カ期限ノ抗辯ヲ有スル場合ノ如シ、

(c) **繼續シテ行使セラルヽ債權、**　例ハ賃借權使用人ノ權利ノ如キモ權利ノ侵害アツテ始メテ時效進行スルモノニ非ス、權利ヲ行使シ得ル時ヨリ進行ス、然レトモ債權者カ現ニ權利ヲ行使スル間ハ消滅時效ノ要件具ハラサルカ故ニ進行セサルノミ、反之權利ヲ行使シ得ルノ時期ニ至テ債權者カ權利ヲ行使セサルトキハ他人ノ侵害アルト否トニ論ナク時效進行ヲ開始ス、

（ロ）**物權、**　所有權以外ノ物權ニ關シテハ右（イ）ノ(c)ニ述ヘタル所ト其關係ヲ等フス、地上權者、地役權者、永小作權者カ各其權利ノ內容ニ從ヒ物上ニ行爲ヲ施シ得ル時ヨリ時效進行ヲ始ム、故ニ其時期ニ至テ之レヲ等閑ニ附スルトキハ時效進行ス可シ、他人ノ侵害ハ要件ニ非ス、以上ハ疑ナキ所ナリ、只質權、抵當權ニ至テハ債權辨濟期トナリ、質權抵當權ヲ實行シ得ル時ヨリ進行開始スルカ、或ハ其成立ト共ニ時效進行スルカ疑問ナリトス、然レ共實際ハ質權、抵當權ヲ實行シ得ルノ時（競賣シ得ルノ時）ヨリ進行スルモノト爲スヲ可トス、若シ然ラサレハ債權カ辨濟期ニ到ラス從テ質權、抵當權ハ實行期到來スル前ニ消滅スルカ如キ不都合ヲ生ス、尤モ承認ニヨル中斷方法存セサルニ非スト雖モ質權、抵當權者ニ之レヲ要求スルハ普通ノ觀念ニ反ス（同理由書一六七）、

（ハ）取消權ニ關シテハ第百二十六條第四百二十六條ニ起算點ヲ規定ス、

（ニ）所謂無體物上ノ財產權（Immaterial güterrecht）ハ其性質ハ人格權ニ屬スルモノニシテ權利ノ客體ハ權利者ノ行爲ニ在リ、然レトモ財產權ノ性質ヲ有スルモノニシテ消滅時效ノ客體トナル、其起算點ハ權利者カ或行爲（例之著作物ノ復製販賣）ヲ爲シ得ルノ時ニ在ルカ或ハ他人ノ侵害ノ時ニ在ルカ、其前者ニ在ル可キハ權利ノ性質上又本條「行使」ノ意義上疑ナカル可シト信ス、只此ク解セハ其ノ中斷方法ニ關シテ疑問ヲ生ス可シ（總說（二）ヲ見ヨ）、

以上各場合ニ就テ「權利ヲ行使スルコトヲ得ル」時期ヲ論シタリ、而シテ之レ皆客觀的ニ定ム可キモノニシテ權利者自身ニ存スル事實上ノ理由（例之不可抗力、債權者ノ疾病等）ハ其時期ヲ左右スルニ足ラス、

（三）第二項ノ規定　消滅時效ト取得時效トハ同一制度ノ兩面ニ非ス、各々其法定

ノ條件ヲ具備スルニヨリ進行ス、故ニ本條第一項ノ規定ニヨリ消滅時效カ未タ進行ヲ開始スル能ハサル場合ト雖モ物ノ占有者カ前節ノ條件ヲ具備スルトキハ其者ノ爲メニ取得時效ノ進行スルヲ妨ケス、之レ本項本文ノ規定スル所ニシテ殆ント言ヲ俟タサルナリ、恐クハ其但書ノ規定ヲ誘出スル目的ノ爲メニ附加セラレタルモノト見テ可ナラン

(イ)始期附權利、　茲ニ始期附權利ト云フハ期限ノ到來ニヨリ發生ス可キ權利及ヒ權利ハ既ニ發生セルモ未タ辨濟期ニ達セサルモノヲ包含ス、

(ロ)條件附權利、　トハ停止條件ノ成就ニヨリ發生ス可キ權利及ヒ解除條件ノ成就ニヨリ舊主ニ復歸ス可キ權利ヲ指ス、（第百二十八、九條ト同義ニ非ス）

(ハ)權利者　ト云フハ以上ノ意味ニ於ケル始期附又ハ條件附權利者ノ義ナリ、占有物ノ所有者ヲ指スニ非ス、所有者（始期附又ハ條件附權利ニ對スル義務者）ハ本章第一節ノ規定ニヨリ當然取得時效ノ中斷ヲナスコトヲ得ルカ故ニ本條ニハ包含セラレサルモノト見ルヲ可トス、

(ニ)占有者ノ承認　ハ條件附又ハ始期附權利ノ目的タルコトノ承認ニ非スシテ義務者ノ所有權ノ承認ヲ意味ス、之レニヨリ占有者ノ取得時效ハ中斷セラルヽカ故ニ條件附又ハ始期附權利カ行使シ得可キ時ニ至リ其目的物ヲ第三者ニ取得セラルヽ恐ナシ、本條ニ「時效ヲ中斷スル爲メ」トアルハ右ノ如ク取得時效中斷ノ義ナリ、消滅時效ハ前項ノ規定ニヨリ、未タ進行ヲ開始セサルカ故ニ之レニ對スル中斷アルコトナシ、

本條ハ始期附又ハ停止條（二）件附權利者ニ承認ヲ求ムル權利ヲ與ヘタルモノナリ、占有者カ之レカ證ヲ與フルヲ拒ム場合ニ於テハ第四百十四條第二項但書ヲ準用シテ裁判上强制スルコトヲ得、

第百六十七條　債權ハ十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス

債權又ハ所有權ニ非サル財產權ハ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス

(一)**第一項**　ハ債權ノ普通消滅時效ノ期間ヲ定ムルモノナリ、外國ノ法律ハ之レヲ二十年若シクハ三十年トナスモノ多シ、皆羅馬法ノ先例ヲ追フモノニシテ時勢ニ適セス、本法政府案ニモ二十年トアリシカ議會ニ於テ十年ニ短縮セルモノナリ（總說(五)）、蓋シ至當ノ修正ナリ、本項ハ第百六十九條以下ニ規定スル短期時效

及ヒ法典各處ニ散在スル特別時效ノ定アル場合ヲ除クノ外凡テノ債權ニ適用アリ、猶注意スヘキハ

（イ）對人擔保物上擔保ニヨリ擔保セラル、債權ニ關シテハ或ハ時效全ク進行セストナスアリ、或ハ特ニ其期間ヲ延長スル例アリト雖モ本法ニ於テハ取ラス、十年ニテ消滅スルコト無擔保ノモノト異ルナシ、

（ロ）執行力アル證書アルモノト然ラサルモノ、間ニ區別ヲナスモノアリ（獨二一八）ト雖モ之レ又本法ノ取ラサル所ナリ、

（ハ）裁判上確認セラレタル債權ニ關シテハ其當初ノ性質ノ如何ヲ問ハス其期間ヲ延長スル制度アレトモ（例之獨二一八）之レ又本法ノ取ラサル所ナリ、普通時效ニ依ル可キカ又ハ短期時效ニ依ル可キカハ債權ノ本來ノ性質ニヨリ定マル、蓋シ判決ハ確認ノ判決ナルト給付ヲ命スル判決ナルトニ論ナク皆既存ノ權利ヲ確認スルニ過キス判決ハ權利ノ性質ヲ變スルコトナケレハナリ、若シ反對ニ判決ニ設權的ノ效力ヲ認ムルナラハ其論結ハ自ラ異ラサルヲ得ス、蓋シ本法ニハ判決ニヨリ生スル債權ニ關シ特別ノ時效期間ヲ定ムル規定ナキカ故ニ本來ノ權利カ短期時效ニ掛ル可キ場合ニ於テモ猶普通時效ニヨリ十年トセサル可ラス、

（ニ）債權ノ讓渡相續、ハ債權ノ性質ヲ變セス、其起源ニ於テ短期時效ニ掛ル可キモノナルトキハ矢張リ短期時效ニヨル、債權カ債務者ノ責ニ歸ス可キ事由ニヨリ不能トナリ損害賠償ノ責任ニ變スル場合ニ於テモ亦同シ、蓋シ此場合ニ於ケル損害賠償ハ從來ノ債務カ其內容ヲ變更シタルモノニシテ新債務ノ發生シタルモノニ非サレハナリ、但シ更改ノ場合ハ新債務發生スルモノナルカ故ニ之レニ反ス、

（二）第二項　ハ債權及ヒ所有權ニ非サル各種ノ財產權ニ通スル消滅時效ヲ規定スルモノニシテ其期間ハ二十年トス、財產權ノ意義ハ第百六十二條ニ述ヘタリ、

（三）特ニ所有權ヨリ生スル請求權　ニ關シ一言スル要アリ、所有權ハ物ヲ完全ニ支配スル權利ナルヲ以テ他人カ其物ヲ合法又ハ不法ニ占有スルトキハ物ノ返還ヲ請求スル權利（Rei vindicatio）ヲ生シ、他人カ物ノ支配ヲ妨碍スル場合ニ於テハ其除去ヲ請求スル權利（Actio negatoria）ヲ生ス、此ノ如キ請求權ハ消滅時效ニ掛ルヤ否ヤ、積極論ノ根據ハ之レヲ時效ニ掛ルモノトスルニ非サレハ多年不行使ノ權利ヲ行使スルヲ許スコトトナリ取引ノ平和ヲ害シ消滅時效ノ一般ノ目的ニ反ス可シト云フニ在リ（獨逸民法理由書二〇三）、消極說ニヨレハ所有權其ノモノカ消滅セサルニ所有權ヨリ生スル請求權ノミ消滅スルモノトセハ「權利アツテ

物ナキ所有權」Dominium sine re ヲ生シ、其名ノミアッテ保護ナキ所有權ヲ生シ却テ權利關係ノ曖昧トナルヲ防カントスル時效ノ目的ニ反ス可シト云フ、獨逸民法ハ登記及ヒ占有ニ特別ノ規定ヲ設ケテ遂ニ積極説ヲ取リタリ、余ハ本法ノ解釋トシテモ亦之ニ從フ可キモノト信ス、蓋シ請求權ノ消滅ハ所有權ノ消滅ヲ來サス、故ニ積極説ヲ取ルモ本條ニ反セス、且ツ請求權ハ所有權ヨリ生スト雖モ一旦生シタル以上ハ獨立ノ存在ヲ有ス、然ルニ之ヲ消滅セストセハ却テ本條ニ反ス可シ、其適用ヲ示セハ所有者タル質權設定者カ債權消滅後其返還ヲ請求スルコトヲ怠ルコト十年ニ至ラハ返還請求權消滅ス可シ、然レトモ所有權ヲ失ハス故ニ再ヒ其ノ占有（所有權ニ非ス）ヲ取得スルナラハ完全ナル所有權ヲ享有スルニ至ル、

第百六十八條　定期金ノ債權ハ第一回ノ辨濟期ヨリ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス最后ノ辨濟期ヨリ十年間之ヲ行ハサルトキ亦同シ

定期金債權者ハ時效中斷ノ證ヲ得ル爲メ何時ニテモ其債務者ノ承認書ヲ求ムルコトヲ得

(一)**定期金債權**(Rente)トハ一定若シクハ不定ノ期間定期ニ金錢其他ノ物ノ給付ヲ受クル債權ヲ云フ(Bandry III § 1686. Planiol I § 2251)、其全體ヲ指シテ定期金債權ト稱シ、各時期ニ受ク可キ給付ヲ定期給付(Arrerage)ト稱ス、其主タルモノハ終身年金、恩給、有期年金、定期拂ノ扶養料ノ如シ、其特性ハ債權ノ内容カ一定數ノ定期支拂額ヨリ成リ側ニ元本ノ返還請求權存セサルニ在リ(Planck III S. 512)、此ノ故ニ定期ニ利息ヲ生ス可キ債權、定期ニ借賃ヲ支拂フ可キ賃借權ハ所謂定期金債權ニ非ス、

定期金ハ有期ナルモノアリ無期ナルモノアリ、又有償行爲ニヨリ設定セラルヽモノアリ無償行爲ニヨリ設定セラルヽアリ、例之恩人ノ爲メニ終身扶養ヲ約スルハ後者ノ例ナリ、賣買ノ代金ヲ月賦年賦ニテ支拂フ場合消費貸借ニ於テ月賦年賦ニテ償還ス可キ場合（反對四〇、六、一三、大審院判決）、或ハ一定ノ金額又ハ其他ノ財産ヲ義務者ニ讓渡シ其報酬トシテ終身年金ノ權利ヲ得ルカ如キハ皆後者ノ例ナリ、或ハ又法律上當然發生スルコトアリ、親族間ノ扶養料ヲ年月賦ニテ支拂フ場合ノ如シ、

定期金債權ハ一定數ノ定期給付(Arrérage)ヲ以テ其內容トナシ其各時期ニ於ケル給付カ支拂ハル丶ニヨリ消滅ス、此ニ於テカ定期金債權ハ各定期給付ニ對スル債權ノ集合ニハ非サルカノ問題ヲ生スレトモ、其讓渡、拋棄、擔保等ニ於テ常ニ一個ノ債權トシテ取扱ハル、故ニ定期金債權ハ數個ノ定期給付ヲ請求スルヲ以テ內容トナス一個ノ債權ト見ルヲ至當トス、然レトモ其各定期給付ニ對スル權利ハ辨濟期ニ到來スルニ及シテハ獨立ノ性質ヲ有シ獨立シテ消滅シ又處分シ得ルニ至ルモノナリ、或ハ定期金債權ハ元權ニシテ各定期給付ノ請求權ハ之ヨリ發生スルカノ如クニ說クモノアリト雖モ正シカラス、或ハ又定期金債權ハ果實ナリト論スル者アリ(例之 Bandry III § 1686)ト雖モ之レ又正シカラス、蓋シ定期金ノ設定ニハ債權者カ豫メ債務者ニ資本ヲ供スルヲ常トスルカ故ナル可シト雖モ法定ノ扶養義務、無償行爲ニヨル定期金ノ設定ノ如ク權利者カ資金ヲ供セサル場合アルカ故ニ果實ト見ルハ不可ナリ、

定期金債權ニ於テハ其各給付ノ額一定スルヲ常トスルモ之必要ニ非ス、其額豫メ定マルナラハ一定セサルモ可ナリ、例ヘハ七月十二月ハ百圓ヲ給付シ其他ハ毎月五十圓ヲ給付ス可シト云フカ如キハ定期金ナリ、又各給付ヲ爲ス可キ時期ハ豫メ定マルヲ要スレトモ其時期ト時期トノ間隔ハ平等ナルヲ要セス、例ヘハ毎年一月十月十二月ニ給付ス可シト爲スカ如キハ定期金債權ナリ、

定期金債權ノ存續期間ハ有期ナルヲ得可ク、又無期ナルヲ得可シ、其長短ハ其性質ニ關係ナシ、但シ其定期給付ノ數ハ必ラス二個以上ナルヲ要ス蓋シ、定期給付カ操返サル丶ヲ以テ其要件トナセハナリ、

(二)定期金債權ノ時效ヲ本條第一項ニ於テ定ム、定期金ヲ以テ一個ノ債權ト爲スコト右ノ如クナルトキハ其最後ノ辨濟期ヲ以テ全債權ヲ行使シ得ル時トナス可キカノ疑アリ、然レトモ斯ノ如クセハ二十年ノ定期金ハ三十年無期ノ定期金ハ無窮ニ存續スルコト丶ナリ時效制度ノ目的ニ反ス、故ニ第一回ノ辨濟期ヨリ進行ヲ始メ二十年間之ヲ行使セサルニヨリ消滅スルモノトナス、但シ各給付カ滯ナク辨濟サレツ丶アル間ハ消滅時效ノ條件タル權利不行使ノ事實猶存セサルカ故ニ時效進行ヲ開始セサルハ勿論ナリ、期間ヲ二十年ニ延長シタル理由ハ他ナシ定期金債權ハ通常多年繼續ス可キモノナレハ十年ニテハ短カキニ失スルカ故ナリ、

第二ノ時效ハ之ヲ最後ノ辨濟期ヨリ起算シ十年ヲ以テ完成スルモノトナス、蓋シ債權ノ普通時效ハ十年ナリ(一六七、一項)、故ニ最後ノ辨濟期ヨリ十年ヲ經ルトキハ各定期給付ニ對スル債權消滅ス可キカ故ニ之ヨリ永ク存續セシムル必要

ナケレハナリ、而シテ(一)此時效ハ終期ナキ定期金債權ニハ適用ナシ、蓋シ最後ノ辨濟期ナケレハナリ、(二)定期金カ次條ノ適用ヲ受クル場合ニ於テハ最後ノ辨濟期ヨリ五年ヲ經ルトキハ各請求權悉ク消滅ス可キカ故ニ本條時效ノ適用ナシ、但シ一年以上ノ期間ヲ以テ定メタル定期金ナルトキハ其適用アリ、

右ノ二時效中何レカ一方完成スルトキハ定期金債權ハ之ニヨリ消滅シ他ノ一方ノ適用ナキニ至ル、例之十五年ノ定期金ニ於テ全ク之ヲ行使セサルトキハ二十年ヲ經テ消滅ス可シ、最後ノ辨濟期ヨリ算スレハ五年ヲ經過セルニ過キサルモ第一回ノ辨濟期ヨリ算スレハ二十年ヲ經過セルヲ以テナリ、又例ヘハ五年ノ定期金ヲ全ク行使セサルトキハ十五年ニ至テ消滅ス可シ、第一回ノ辨濟期ヨリ算シテ未タ二十年ニ滿タスト雖モ最後ノ辨濟期ヨリ算シテ十年ヲ經過セルヲ以テナリ、

(三)各定期給付(Arrèrages)ノ時效　ハ次條ノ短期時效ニ依ル、次條ノ適用ヲ受ケサルモノハ前條第一項ノ規定ニ依ル(同論梅博士民法要義第百六十八條富井博士原論六〇〇)、例ハ月々支拂フ可キ二十年ノ定期債權ニ於テ十二年間之ヲ行使セサル場合ニ於テハ本條ノ規定ノ適用ナシ、蓋シ第一回辨濟期ヨリ未タ二十年ニ滿タス、最後ノ辨濟期ハ未タ到來セサレハナリ、然レトモ其各定期給付ハ次條ノ適用ヲ受ケ五年ノ短期時效ニ掛ルカ故ニ其前七年分ノ定期給付ハ之ヲ請求スルヲ得ス、又同例ニ於テ隔年ニ支拂フ可キモノトセハ次條ノ適用ナシ、何トナレハ次條ハ一ケ年ヨリ短カキ時期ニ於テ支拂フ可キ債權ニ關スルモノナレハナリ、故ニ此場合ニハ第百六十七條一項ニ依ル可キモノニシテ最初ノ二ケ年分ハ之ヲ請求スルヲ得サル結果トナル、

(四)第二項ノ規定　之レ佛蘭西民法二千二百六十三條ニ修正ヲ加ヘタルモノナリ、同條ニ於テハ最後ノ辨濟期ヨリ二十八年ヲ經過シタルトキハ債權者ハ時效中斷ノ證ヲ得ル爲メ債務者ノ承認書ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス、之レ佛法ニ於テハ債權ノ普通消滅時效ハ三十年ナルカ故ニ(佛民二二六二)最後ノ二年ニ於テ債權者ニ此權能ヲ與ヘタルモノナリ、然ルニ本法ハ其時效期間ヲ著シク短縮セルヲ以テ何時ニテモ承認書ヲ求ムル權能ヲ與フ、

承認書ヲ求ムル權能ヲ與ヘタル理由ハ債務者カ滯ナク定期金ヲ支拂ヒ來リ第一回ノ辨濟期ヨリ二十年ニ滿ツニ及ヒ突然其支拂ヲ止メ時效ヲ援用シ債權ノ消滅ヲ主張シタル場合ニ債權者ハ通常中斷ノ證據ヲ有セサルヲ以テ之レニ對抗スルヲ得サルヲ以テナリ、蓋シ各定期給付ノ受取證書ハ債務者ニ與フ可キモノナレハ債務者ノ手中ニ存スルモ債權者ハ何等ノ證據ヲモ有セサル可ケレハ

ナリ、

「何時ニテモ」ト云フハ第一回ノ辨濟期以後何時ニテモノ義ナリ、第一回ノ辨濟期以前ニ於テハ時效ハ進行ヲ開始セス故ニ「中斷ノ爲メ」ニ承認證書ヲ求ムルヲ得ス、證書作製ノ費用ハ債務者之ヲ負擔ス、蓋シ證書ノ作製ハ債務者ノ承認義務履行ニ必要ナル行爲ナルカ故ニ法律カ承認義務ヲ課スルニヨリ證書作製費用負擔義務ヲモ課シタルモノト見ルコトヲ得可ケレハナリ、

本條ハ債權者ニ特別ノ中斷方法ヲ與ヘタルモノナリ故ニ、之ニヨリ第百四十七條ノ權利ヲ奪フモノニ非ス、故ニ債權者ハ之ニヨリ中斷ヲナシ得ルハ勿論ナリトス、

第百六十九條　年又ハ之ヨリ短キ時期ヲ以テ定メタル金錢其他ノ物ノ給付ヲ目的トスル債權ハ五年間之ヲ行ハサルニヨリ消滅ス

(一)短期時效ノ理由　本條以下數條ニ於テ短期時效ヲ規定ス、其列記シタル權利ハ日常ノ行爲ニ屬スルヲ以テ性質上通常速ニ請求セラレ又辨濟セラル可キ種類ノモノニシテ且ツ慣習上債務辨濟ノ證書ヲ永ク保存セサルヲ常トシ權利關係曖昧トナリ易キヲ以テ特ニ短期ノ時效ニ掛ラシム、

(二)本條ノ適用　アルニハ(一)「定期」ニ支拂ヲ受クル權利ナルヲ要ス、本條ニハ單ニ「時期」トアリテ一年以內ニ於テ辨濟期ヲ定メタル一回ノ給付ヲ目的トスル債權ヲモ包含スルモノヽ如クニ解釋セラルト雖モ立法ノ精神ヨリ見ルトキハ繰返シテ定期ニ支拂ハル可キ場合ニ限ラルヽコト明ナリ、蓋シ然ラサレハ普通ノ債權ナレハ特例ノ短期時效ニ從ハシムル理由ナケレハナリ、然シ法文ノ文字ハ妥當ニ非ス、(二)年又ハ之ヨリ短カキ時期ヲ以テ定メタルモノナルヲ要ス、玆ニ「年」トハ「一年」ノ義ナリ、第百四十條第百四十三條ニ於テハ「年」トハ年ヲ單位トシテ定ムト云フ義ナルカ故ニ數年ナルヲ豫想スト雖モ本條ハ然ラス、時期ノ最長期ヲ示スヲ目的トナスカ故ニ之ヲ一年ニ限ラサル可ラス、若シ然ラサレハ無制限トナル可シ、又本條短期時效ノ目的ハ定期ニ支拂ハル可キ債務カ債權者ノ怠慢ノ爲メニ推積シテ一時ニ債務者ヲ苦ムルノ弊ヲ除カントスルニ在リ、然ルニ若シ「年」ハ數年ヲ含ムト解セハ假リニ「五年」トセハ未タ全ク推積スルコトナク本條ノ適用ヲ受ケ立法ノ精神ニ背馳ス(三)金錢其他ノ「物」ノ給付ヲ目的トスル債權ニ限ル、或ハ本條ハ基本タル權利存シ其效果トシテ定期ニ債權ヲ發生スル場合ニ限リ適用セラル可シトナス(岡松博士民法理由、一六九條)ト雖モ法文上モ又立法理由

上モ其理由ナシ、前示三條件ヲ具備スルモノハ基本權ノ有無ニ關セス皆其適用アリ（同論富井博士原論六〇二）、今其例ヲ上クレハ(一)利息、(二)地代、借家料、(三)扶養料、年金、給料、等凡テ包含セラル可シ、或ハ年賦又ハ月賦ニテ辨濟ス可キ債權ハ之ヲ包含セストナス（富井博士原論六〇三、三十五年十二月十一日大審院判決）、惟フニ論者ハ本條ハ債權額カ漸次推積遞加スル場合ニ非サレハ適用ナク而シテ月賦年賦ノ場合ニハ其總額ハ始ヨリ一定シ増加セサルカ故ニ適用ナシトナスナラン、然レトモ其理由ナシ、(一)月賦年賦ヲ五年間推積シ一時ニ請求スルトキハ債務者ヲ苦シムル故ニ短期時效ニヨリ保護スル必要アリ、(二)反對論ニヨレハ有期ノ扶養料、年金、給料等ニハ其適用ヲ見サルニ至ル可シ、蓋シ其額始ヨリ一定スレハナリ、(三)法文上根據ナシ、

(三)本條ト以下數條ノ關係　以下數條ニ規定シタル債權ニシテ往々本條ノ條件ヲ具備スルモノアルヲ見ル、例ハ生徒ノ授業料（一七三、三號）雇人ノ給料（一七四、一號）ノ如シ、此ノ場合ニハ本條ハ適用ナシ、蓋シ本條ハ定期ニ支拂ヲ爲ス債權ノ時效ノ通則ヲ定メタルモノナレハ別ニ規定存スルモノニハ適用ナキナリ、

第百七十條　左ニ掲ケタル債權ハ三年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス

一、醫師、産婆、及ヒ藥劑師ノ治術、勤勞及ヒ調劑ニ關スル債權

二、技師、棟梁及請負人ノ工事ニ關スル債權、但此時效ハ其負擔シタル工事修了ノ時ヨリ之ヲ起算ス

(一)第一號　「醫師」ハ凡テノ種類ノ醫師ヲ包含ス、齒科醫、獸醫ハ勿論此中ニ在リ、醫師法ニヨリ其意義ヲ定ムルハ不可ナリ、只(一)官許ヲ受ケタル者ニ限ル可キカ、思フニ本條ハ其業務ノ種類ニヨリ定メタルモノナレハ適法ニ其業務ヲ取ルト不法ニ其業務ヲ取ルトニ論ナク苟モ其業務ノ種類カ醫術ニ在ルトキハ等シク適用セラル可シ、(二)醫師類似ノモノ例之按摩、針術、灸點、マッサージ、催眠術、接骨師、等藥品ヲ用ヒサルモノニモ適用アル可キカ、之等ノモノヲ醫師ト呼フハ稍ヤ普通ノ用語ニ反スレトモ等シク之レ所謂「治術」ヲナスモノニシテ同一ニ取扱フ可キ根據十分ナリ、若シ本號ノ適用ナシトスレハ第百七十四條第二號ヲ適用スル能ハサルハ勿論ナルカ故ニ十年ノ時效ニ掛ルモノトナリ却テ優遇ヲ受クル結

果トナラサル可ラス、之到底許ス可ラス、故ニ文義上ハ稍ヤ不穩ナレトモ本條ノ「醫師」中ニ包含セシム可シ、而シテ其債權ハ「治術」ニヨリ生シタルモノナルヲ要スルハ別ニ論證ヲ須キス、

「產婆」トハ助產婦ノ義ナリ、官許ヲ受ケタルト否トニ論ナク苟モ之ヲ業トナスモノヲ包含ス、然レトモ看護婦ハ此ノ中ニ在ラス、看護婦ハ第百七十四條二號中ニ包含セシム可キモノトス、而シテ其債權ハ助產ノ勤勞ニヨリテ生シタルモノニ限ル、

「藥劑師」トハ官許ヲ受ケテ調劑ヲ業トスル者ヲ云フ、醫師カ自ラ調劑スル場合ニハ醫師ハ藥劑師ヲ兼ヌルモノナリ、而シテ其債權ハ調劑ニ因リ生シタルモノニ限ル、藥劑師カ「賣藥」ヲ販賣スル場合ニハ其點ニ關シテハ第百七十三條第一號ノ適用ヲ受ク、

(二)第二號　「技師」トハ土木建築器機等ノ區別ナク廣ク「工事」ノ設計監督ニ從事スルモノヲ云フ、居職人勞働者ハ此內ニ在ラス、「棟梁」モ廣義ノ技師ナリ、通常建築ノ設計請負監督ニ從事スル者ヲ云フ、然シ本條ハ特ニ技師棟梁ト併書スルカ故ニ技師ノ內ヨリ除ク可キモノナリ、「請負人」ハ工事ノ請負人ノ義ナリ、供給契約者ノ如キハ此內ニ在ラス、本條ノ適用アル債權ハ右ノ者ノ工事ニ關スル債權ナリ、但シ請負人カ材料ヲ供給ス可キ場合ニ於テハ材料ニ關スル債權モ亦當然包含セラル、時效ノ起算點ハ其「負擔シタル工事終了ノ時」ニ在リ、之レ第六百三十三條ノ規定ト相照應ス、然レトモ報酬前拂ノ特約アル場合及ヒ工事終了後一定ノ期間ヲ經テ報酬ヲ拂フ可キ場合ニハ第百六十六條一項ニヨリ權利ヲ行使シ得ル時ヨリ進行ヲ開始ス可キハ勿論ナリ、

第百七十一條　辯護士ハ事件終了ノ時ヨリ公證人及ヒ執達吏ハ其職務執行ノ時ヨリ三年ヲ經過シタルトキハ其職務ニ關シテ受取リタル書類ニ付キ其責ヲ免ル

(一)辯護士公證人執達吏　トハ法律ニヨリ各々其資格アル者ヲ云フ、所謂代書人ナルモノハ假令公認セラレタルモノト雖モ此內ニ在ラス、

(二)其職務ニ關シ受取リタル書類　ニ限ル、職務以外ノ目的ノ爲メニ受取リタルモノハ此限リニ非ス、又職務ニ關スルモノト雖モ書類ニ非サレハ適用ナシ、例之證據物件トシテ或器具ヲ辯護士ニ渡シタル場合ニ適用ナシ、本條ノ規定ハ主トシテ事件ノ依賴人ヨリ交附シタル書類ニ付キ適用アル可シト雖モ依賴人ニ非サル者(例之保證人連帶債務者親叔知人)ヨリ交付シタル證據書類ト雖モ苟モ

職務ニ關スル以上ハ適用アリ、蓋シ本條ハ辯護士等カ職務ノ爲メニ受取リタル書類ヲ返還スルニ當リ一々受取證書ヲ徵シ永年月保存スルノ煩ヲ免カレシメンカ爲メニ特ニ保護スル規定ニシテ辯護士等ヨリ見レハ依頼人ヨリ受取リタルト第三者ヨリ受取リタルトニヨリ其差別ナケレハナリ、

(三)時效ノ起算點　ハ辯護士ニ付テハ「事件終了ノ時」即チ確定判決、和解、訴ノ取下ノ時ニ在リ、蓋シ此ノ時ニ於テ通常書類ヲ返還ス可キモノナレハナリ、然レトモ辯護士ニ依頼シタル事件ニシテ裁判所ニ繋屬スルコトナクシテ終了スルモノ多シ、例之定款起草ノ依頼、鑑定ノ依頼ノ如シ、此ノ場合ニ關シテハ一定ノ原則ヲ立テ難シ個々ノ場合ニ就テ決定ス可キノミ、或ハ曰ハン起草鑑定ノ如キハ辯護士ニ非サル者モ爲シ得ル所ナリ、故ニ辯護士ノ職務ニ屬セス、茲ニ「職務」トアリ又「事件」トアルハ「訴訟代理人」タル場合ニ限ル可シト、不可ナリ、起草鑑定ハ辯護士ニ非サルモノモ之ヲ爲シ得ルハ勿論ナリト雖モ辯護士カ之ヲ爲ス場合ニ於テハ其職務ニ屬スルモノナリ、公證人執達吏ニ付テハ「職務執行ノ時」ヨリ起算ス、其義ハ依頼セラレタル職務執行ヲ「終リタル時」ノ義ナリ、蓋シ職務執行ヲ終リタル時ハ書類ヲ返還スルヲ常トスレハナリ、

(四)時效期間　ハ之ヲ三年トス、

(五)時效ノ客體　ハ「債權ニ非スシテ物上請求權」ナリトナス者アリ（例之富井博士原論六〇四、岡松博士民法理由百七十一條）之レハ狹キニ失ス、抑モ物上請求權ハ物權ノ目的物ヲ他人カ占有スル場合ニ物權ニ基キテ生スル占有者ニ對スル返還請求權ニシテ物權者ニ非サレハ享有スルヲ得サルモノナリ、而シテ辯護士ニ書類ヲ交附スル行爲ハ一種ノ無名債權契約ニシテ一定ノ目的ノ爲メニ之ヲ占有シ使用シ其目的ノ終了ノ後ニハ之ヲ返還ス可キ債務ヲ生スルモノナリ、故ニ書類ノ交附者カ其所有者ナル場合ニハ債權的返還請求權ト同時ニ物上請求權ヲ有ス、反之書類ノ交付者カ其所有者ニ非サル場合ニハ交付者ハ返還請求ヲ目的トスル債權ヲ有スレトモ物上請求權ヲ有スルコトナシ、而シテ本條ニ「其責ヲ免ル」トアルハ以上兩種ノ請求權皆消滅スルコトヲ意味セサル可ラス、若シ物上請求權ノミ消滅スルモノトスレハ債權的請求權ハ殘存スル結果トナリ、之法ノ精神ヲ貫ク能ハサルニ至ラン、

或ハ又辯護士ハ本條ニヨリ取得時效ヲ得ルニ非サルカ故ニ書類ノ現存スル場合ニハ本條ニヨリ返還ヲ拒ムコトヲ得ス、其適用アルハ書類紛失ノ場合ニ限ルトナス（岡松博士前出）誤レリ、是レ恐クハ物權的請求權ハ取得時效ト同時ニ非サレハ消滅スルコトナシトスル佛國四ノ學說ニ依リタルモノナル可シト雖モ（佛民

二二六二、二一八〇）、本條ニ「其責ヲ免ル」トアルハ全然返還義務ヲ免カルヽノ義ニシテ物上請求權モ亦消滅ス可キモノナルカ故ニ其書類カ現ニ辯護士ノ手中ニ存スト雖モ所有者ハ之レニ追及スルヲ得サルモノトセサル可ラス、

第百七十二條　辯護士、公證人、及ヒ執達吏ノ職務ニ關スル債權ハ其原因タル事件終了ノ時ヨリ二年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス但其事件中ノ各事項終了ノ時ヨリ五年ヲ經過シタルトキハ右ノ期間內ト雖モ其事項ニ關スル債權ハ消滅ス

（一）職務ニ關スル債權　トハ辯護士公證人及ヒ執達吏カ其職務ニ關シテ依賴者ニ對シテ有スル債權（例之謝金、成功謝金、辯護料、日當、手數料、旅費、訴訟印紙等ノ立替金）及ヒ依賴者カ辯護士等ニ對シテ有スル債權（例之實費前拂ノ場合ニ於ケル剩餘金）ヲ包含ス、辯護士ノ職務ト云フハ訴訟代理ノミナラス裁判外ニ於テ起草鑑定等ヲナス場合ヲモ包含ス（參考前條（三）反對四〇、五、十四、大審院判決）、

（二）時效期間　ハ事件終了ノ時ヨリ二年トス、事件終了ノ意義ハ前條ヲ見ヨ、

（三）但書ノ規定　ハ事件中ノ各事項終了毎ニ其事項丈ニ付キ支拂フ可キ場合ニ適用アリ、例之第一審ニ付キ何程第二審ノ結了ニ付キ何程支拂フ可シトスル場合ニ適用アリ、事件全部終了シタル後ニ非サレハ報酬ヲ請求スルヲ得ストナス場合ニハ適用ナシ、其場合ニハ本條本文ニ依ル可キモノトス、

第百七十三條　左ニ掲ケタル債權ハ二年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス

一　生產者、卸賣商人及ヒ小賣商人カ賣却シタル產物及ヒ商品ノ代價

二　居職人及ヒ製造人ノ仕事ニ關スル債權

三　生徒及ヒ習業者ノ教育、衣食及ヒ止宿ノ代料ニ關スル校主、塾主、敎師及ヒ師匠ノ債權

（一）第一號　ノ適用ノ範圍ハ極メテ廣シ、殊ニ商行爲トナル可キ場合多キヲ以テ商法ノ時效トノ關係ヲ定ムルコト必要ナリ、商法第二百八十五條但書ニ依レハ

商行爲ヨリ生シタル債權ト雖モ他ノ法令ニ之ヨリ（五年ヨリ）短カキ時效期間ノ定アルトキハ其規定ニ從フトアリ、故ニ本號ノ適用ニ於テハ其商行爲トナルト否トヲ區別スルノ必要ナク、本號ノ文義中ニ包含セラル丶モノハ皆其適用ヲ受ク、

「生産者」トハ原始的生産者及ヒ加工生産者（例之織物業者）ヲ含ム、「卸賣商人」及ヒ「小賣商人」ノ意義ハ商法（商法四）ニヨリ之ヲ定ム、或ハ買主ハ消費者タルコトヲ要ストナスト雖モ（岡松博士民法理由一七三條三五、一一、二〇大阪控訴院判決）此ノ如キ制限ヲ認ム可キ根據ナシ、若シ然リトセハ卸賣商人ニハ適用ナキニ至ラン（同論三六、四、七、大審院判決）、然リト雖モ本號ハ或商人ノ營業ノ部類ニ屬スル商品ノ賣買ノ代價ニ限リ適用セラル可キハ明カナリ、所謂賣掛代金ト稱スルモノニ適用尤モ多シ、例之雜貨商カ不動産ヲ賣却セル代金ニ關シテハ適用ナシ、

（二）第二號　「居職人」トハ猶手工者ト云フカ如シ、工場職工ト相對ス（例ヘハ仕立屋足袋屋、理髮師、印版職、手織業、洗濯業ノ如シ）「製造人」トハ材料ニ加工シテ新物ヲ作製スルヲ業トスルモノヲ云フ、建具屋、馬具屋、靴屋、菓子屋ノ類ニシテ其ノ規模ノ大小ハ問フ處ニ非ス、「仕事ニ關スル債權」トハ仕事ニ關シ注文人ニ對シテ有スル債權及ヒ注文人カ居職人製造人ニ對シテ有スル債權ヲ包含ス、注文人カ材料ヲ給供シタルト否トハ之ヲ區別セス、

（三）第三號　「生徒及ヒ習業者」トハ學問藝術ノ習修者ヲ云フ、「校主塾主教師及ヒ師匠」トハ之ヲ授クル者（自ラ授ケ又ハ人ヲシテ授ケシムル者）ヲ云フ、「教育衣食及ヒ止宿ノ代料」トハ授業料寄宿料ノ類ヲ云フ、但シ所謂下宿屋ノ止宿料ハ此ノ内ニ在ラス、蓋シ本號ハ師弟間ノ債權關係ヲ規定シタルモノニシテ下宿屋ニハ其關係ナレハナリ、反之家庭教師ノ報酬ハ此内ニ入ル、

第百七十四條　左ニ掲ケタル債權ハ一年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス

一、月又ハ之ヨリ短カキ時期ヲ以テ定メタル雇人ノ給料

二、勞力者及ヒ藝人ノ賃金並ニ其給供シタル物ノ代價

三、運送賃

四、旅店、料理店、貸席及ヒ娯遊場ノ宿泊料、席料、木戸錢、消

費物代價竝ニ立替金

五　動産ノ損料

(一)第一號　ノ内ニ入ル可キモノハ雇傭關係アルモノニ限ル、例之番頭、手代、小僧、乳母、下婢、下男、車夫、馬丁ノ如シ、故ニ教師、看護婦ノ如キハ此内ニナシ、「月又ハ之ヨリ短カキ時期」トハ、一ケ月ヨリ短カキ時期ヲ云フ、例ヘハ日給週給月給ノ如シ、二ケ月以上ノ時期ニヨリ定メタルモノハ第百六十九條ニヨル、

(二)第二號　「勞力者」トハ勞力ヲ供給スルモ雇傭關係ナキモノヲ指ス、例之大工、左官、植屋、看護婦ノ如シ、「藝人」トハ對價ヲ得テ藝術ヲ演スルヲ業トスル者ヲ云フ、例之俳優、藝妓、落語家、講談師、手品師、義太夫語、相撲、音樂師ノ如シ、「賃金」トハ其對價ヲ云フ、「供給シタル物ノ代價」トハ其勞力又ハ藝術ヲ演スルニ付キ供シタル物ヲ指ス、例ヘハ大工カ釘ヲ供シ植木屋カ縄ヲ供スルカ如シ、其勞力演藝ニ關係ナキモノハ此限ニ非ス、

(三)第三號　「運送賃」ト云フハ商法ニ云フ運送ヲ業トスル者（商三三一）ノ運送賃ニ限ラス、廣ク運送ヲ業トセサル者ノ運送賃ヲモ包含ス、陸上、湖川、港灣ノ運送ニ廣ク適用アリ、例之車力、車夫、鐵道、汽船ノ旅客貨物ノ運送賃ノ如シ、然レトモ運送取扱人ノ報酬ハ「運送賃」ト云フヲ得サルカ故ニ包含セス、商法第三百二十九條ニ依ル、

(四)第四號　說明ノ要ヲ見ス、

(五)第五號　「損料」トハ賃貸借ノ借賃ヲ意味ス、衣服、夜具、蚊帳、葬具、書物ノ借賃ノ類ナリ、賃借物ヲ毀損紛失シタル爲メニ生スル損害賠償ハ此内ニ在ラス、通常「損料屋」ト稱スレハ動産ノ賃貸借ヲ「業」トナスモノヲ指スト雖モ、茲ニハ單ニ動産ノ損料トアルカ故ニ之ヲ業トスル者ノ場合ノミニ限ル可ラス、

民法釋義

卷之一終

索引

イ、井

一方行爲……四三九
一部不法……四六八
一部不能……四五二
一部無效……六六〇
一般代理……五七三
違法招集（總會ノ）……三一四
移轉的取得……四一八
隱蔽行爲……四九四
遺言ニヨル寄附行爲……二六四
意思表示ノ觀念……四七一
意思表示ノ成立……五二九
意思表示ノ要件……四七二、五三〇
意思表示ノ種類……四八〇
意思表示ノ受領能力……五四三
意思表示ノ錯誤……四九九
意思主義……四八二

ロ

浪費者……一三五
聾者啞者盲者……一三四

ハ

破産ノ請求……三二九
破産手續參加……八二九

ニ

任意代理……五六一
任意住所……一七二
任意出頭……八二八

ホ

法ノ檢認……一二三
法律現象……四一七
法律事實……四二四

法律事實ノ構成……四二六
法律事實ノ分類……四二八
法律行爲ノ觀念……四三二
法律行爲ノ沿革……四三一
法律行爲ノ目的……四五〇
法律行爲ノ當事者……四四九
法律行爲ノ自由……四四七
法律行爲ノ原素……四四六
法律行爲ノ原因……四五三
法律行爲ノ要素……五〇二
法律行爲ノ縁由……四六二
法律行爲能力……一〇〇
法人……二一八
法人ノ基礎……二二一
法人ノ設立……二三七
法人ノ權利能力……二二〇
法人ノ住所……二八七
法人ノ權利能力ノ範圍……二六八
法人ノ不法行爲能力……二七二
法人ノ犯罪能力……二六七
法人ノ管理人……二九〇
法人管理人ノ性質……二九〇
法人管理人ノ種類……二九二
法人財產ノ歸屬……二六五
保佐人……一三七
保佐人ノ權限……一三八
法定果實ノ觀念……四一〇
法定果實ノ取得……四一五
法定條件……七一六
法定住所……一七二
包括承繼……四二〇
保存行爲……五九四
本籍地……一六九
墓地……三七二

ヘ

ト

特許主義(法人)……二二九
特別代理……五七三

特別時效……八六六
特定物(不特定物)……三七九
特別代理人……三〇二
特定承繼……四二〇
特別社員權……三〇九、三一五
登記ノ主義(法人)……二七七
登記ノ種類……二七八
登記事項……二八〇
取消シ得可キ行爲……六六四
取消ノ法方……六八四
取消ノ效力……六七六
取消ノ原因……六六六
取消權ノ性質……六六五
取消權者……六七一
取消權ノ時效……六九六
當事者意思……四六七
當事者双方ノ代理……六〇八
統合的解釋……三一
獨立ノ事實……四二九
動產……三七九
道路……三七七
同意……一一

チ

地方的慣習法……二一
抽象的過失……五一〇
中性見……八九
中斷原因(時效ノ)……八一四
授權行爲……五六一
準法律行爲……四三七
準則主義……二二九
準禁治產者……一三二
準禁治產ノ原因……一三三
準禁治產ノ能力……一四〇
條理……三六
條件ノ觀念……七〇四
條件ノ遡及效……七三三
條件ノ決定……七一九
條件ノ立證責任……七〇三
條件ノ許可……七一六

條件不成就ノ效果……七三七
條件附行爲ノ性質……七〇〇
條件附權利……七三八
條件附權利ノ保護……七三九、七四四

リ

利用行爲……五九四
利害關係人……一八五、二〇七
理事ノ選任……二九五、五七〇
理事ノ代理權……二九六
理事ノ代理權ノ制限……二九八
理事ノ複任權……二九九
理事ノ業務執行……二九五
理事ノ責任……二七四
臨時總會……三一〇

ヌ

ル

類推適用ノ根據……三四
類推適用ノ必要……三四
類推適用ノ要件……三五

オ、ヲ

夫ノ許可……一五一
恩給期限……七二七

ワ

和解呼出……八二八

カ

可能權……五三
可分物……三八二
監事ノ性質……二九三
監事ノ選任……三〇三
監事ノ職務……三〇五
慣習ノ效力……四七〇
慣習法ノ效力……一六
慣習法ノ要件……一九
慣習法ノ適用……二一

解釋ノ意義……二八
解釋ノ種類……二八
解除條件……七一三
解除條件ノ效力……七三〇
解散原因（法人）……三二一
解散ノ效力……三三六
解散ノ決議……三二七
解散ノ登記……四三三
管理人ノ性質（不在者）……一八七
管理人ノ權限……一九三
管理人ノ義務……一九〇、一九一
管理人ノ員數……一八七
管理人ノ報酬……一九八
管理人ノ擔保義務……一九五
管理人ノ實費賠償……一九九
管理人ノ改任及取消……一八八
管理人ノ權限ノ制限及取消……一九四
管理人ヲ置ク場合……一八四
假差押、假處分……八一六
假理事……三〇〇
假住所……一七八
確定期限……七二六
河川……三七四
過料……三五八
過失ニヨル錯誤……五〇八
改良行爲……五九四
官廳ノ許可……二四〇
隔地者間ノ意思表示……五二八
客觀的違法行爲……四三〇
果實ノ觀念……四〇七
果實ト收益……四一二
學理的解釋……二九
外國人ノ意義……九八
外國人ノ權利能力……九三
外國人ノ行爲能力……一〇三
外國法人……二三六、二四三
外國法人ノ登記……二八五
外國法人ノ權利能力……二四六
外國法人ノ管理解散……二四七

ヨ

要物的意思表示……四八〇
要素數地……三七二

タ

對話者間ノ意思表示……五三五
胎兒ノ權利能力……八九
胎兒ノ性……九〇
胎兒後見人……九一
短期時效……九〇六
單獨行爲ノ無權代理……六四〇
第三者ノ詐欺……五二〇
大祭日、日曜日……七八六
脫法行物……四六五
代理ノ要件……五七九
代理人ノ能力……五九〇
代理權ノ範圍……五七二
代理權ノ讓渡……五九九
代理權ノ消滅原因……六一八
代替物……三八〇

レ

曆法的計算法……七七七

ソ

訴權……六八
相對無效……六五八
相續法律行爲……四四六
總會ノ性質……二九二、三〇六
總會ノ權限……三一四

ツ

通常總會……三〇六
追認ノ性質……六八二
追認ノ條件……六八九
追認ノ效力……六八三
追認ノ方法……六八八
追認權者……六八二
妻……一四六

妻ノ無能力ノ範圍……一四九
妻ノ無能力ノ理由……一四八
妻ノ營業……一五二

子

年齡計算法……一〇七

ナ

內國法人……二三六

ラ

ム

無能力者……一〇一
無能力者ノ詐術……一六七、一六八
無能力ノ時期……一〇四
無因行爲……四四三
無住所者……一七二
無權代理ノ觀念……六二八
無權代理ノ要件……六三〇
無權代理ノ根據……六二八
無權代理行爲ノ效力……六三一
無權代理行爲ノ追認……六三三、六三九
無權代理行爲ノ撤回……六三六
無權代理人ノ責任ノ根據……六四二
無權代理人ノ責任ノ範圍……六四六
無效行爲ノ觀念……六五四
無效行爲ノ效力……六五六
無效行爲ノ追認……六六八
無效行爲ノ救濟……六五七
無效行爲ニ基ク給付……六五八
無效行爲ノ變更……六六三
無效ノ原因……六五七
無效ト不成立……六五五
無效ト效力不發生……六五六
矛盾條件……七一五

ウ

訴ノ取下……八二四
訴ノ却下……八二三

ノ

ク

具體的過失……五一〇
偶成條件……七一〇

ヤ

マ

ケ

權利主體……四五
權利能力……七八、八一
權利能力ノ終期……九一
權限ノ定ナキ代理人……五九二
權限外ノ決議……三一六
權利ノ本質……四〇
權利ノ發生……四一七
權利ノ變更……四二一
權利ノ消滅……四二二
權利ノ目的……四五
權利ノ客體……四六
權利ノ內容……四五
契約……五一二
契約意思ノ不一致……五一二
決議方法……三〇六
繼續的期間……七七九
輕過失……五一〇
建設的取得……四一八
原始取得……四一七
原始不能……四五二
限定能力者……一〇一

フ

不法行爲……四三〇
不法條件ノ性質……七五四
不能條件ノ效力……七五四
不法期限……七二六
不能條件ノ性質……七五七
不能條件ノ效力……七六〇

不知……五一三
不可分物……三八二
不動產……三七九
不代替物……三八〇
不在者……一八三
不確定期限……七二六
不作爲ノ請求權……六八
不融通物……三七〇
附屬ノ事實……四二九
復代理人ノ性質……五九九、六〇五
復代理人選任者ノ責任……六〇一
復任權……五九六
復任行爲……五九八
物權的法律行爲……四四四
物權的請求權……六〇
物權的請求權ノ時效……八九九
文理解釋……三〇
普通時效……八五八

コ

公權的解釋……二八
公益法人……二三四、二三九
公法……八
公法人……二三〇
公用物……三七三
公有物……三七三
公共物……三七一
公示催告……三四八
行爲……四二九
行爲意思……四七三
行爲能力ノ觀念……九九
效力意思……四七五
抗辯……七二
顧問……二九三
混合條件……七一〇
婚姻ニ治產……一〇四
國籍喪失者……九九

エ、ヱ

營業所……一七一

營利法人……二三四、二四二
營業未成年者……一一九
營業許可……一二〇
營業許可ノ取消及制限……一三二、一三三
緣由ノ錯誤……四九八

テ

天然果實……四〇七
天然果實ノ取消……四一四
撤回(意思表示ノ)……六六四
停止條件……七一三
停止條件ノ效力……七三〇
定款ノ作製……二四九
定款ノ事項……二四九
定款ノ必要事項……二四九
定款ノ變更……二五三
定款ノ任意事項……二五〇
定期金債權……九〇一

ア

相手方ナキ意思表示……四八一
相手方アル意思表示……四八一

サ

債權ノ普通時效……八九七
詐欺ノ觀念……五一四
詐欺ノ效力……五一七
催告權(無能力者ニ對スル)……一六一、六三五
催告(中斷原因)……八三一
催告ノ性質……一六二
催告期間內ノ辨濟……三五〇
債權的法律行爲……四四四
債權的請求權……六三
作爲ノ請求權……六五
指圖……五七四、五八八
遡及效……四二六
錯誤ノ觀念……四九七
錯誤ノ效力……五〇一
差押……八一六
財產權ノ意義……八七〇

財產ノ提供……二五六
財產目錄(法人)……二八八
財產目錄ノ調製……一九一
財團法人……二三四
財團法人ノ設立者……二五四
財團法人ノ財產歸屬……二六七
裁判上ノ請求……八二一

キ

期間……七七四
期間ノ起算點……七八二
期間ノ滿了……七八四
期限ノ觀念……七二二、七六五
期限ノ效力……七二三、七六五
期限ノ到來……七二九
期限ノ許可……七二八
期限ノ立證責任……七〇三
期限ノ拋棄……七六九
期限ノ利益ノ推定……七七〇
期限ノ利益ノ喪失……七七二
期限附行爲ノ性質……七〇〇
期限附債權……七六六
寄附行爲……二五四
寄附行爲ノ性質……二五五
寄附行爲ノ事項……二五五
寄附行爲ノ撤回取消……二五八
寄附行爲ノ變更……二六〇
寄附行爲ノ補足……二六一
畸形兒……八七
歸屬權利者……三三一
旣成條件……七五一
禁治產ノ目的……一二四
禁治產ノ手續……一二六
禁治產ノ取消……一三一
禁治產取消ノ效力……一三二
禁治產ノ原因……一二五
禁治產請求權者……一二五
禁治產者……一二一
禁治產者ノ能力……一二八
禁治產者ノ後見人……一二七

禁制物……三七八
共同代理……五七四
共同行爲……四四一
居所……一七六
居所ノ效力……一七七
虛僞行爲ノ觀念……四九〇
虛僞行爲ノ理由……四九〇
虛僞行爲ノ效力……四九一
虛僞行爲ノ適用……四九三
强迫ノ觀念……五二一
强迫ノ效力……五二七
擬制的成就……七四七
義務能力……八〇

ユ

有因行爲……四四三
有權代理ノ效力……五七九
融通物……三七〇

メ

ミ

未成年者……一〇六
未成年者ノ能力……一〇八、一一四
未成年者ノ營業……一一七
未成年者ノ法定代理人……一〇九
民法ノ內容……八
民法ノ編纂……五
民法ノ組織……一二
民法ノ方針……六
民法前ノ私法狀態……一
民法ノ解釋……一三
民法附屬法……一五
民法編纂ノ動機……四
民法理由書……七
民事會社……二四二
看做ノ意義……四二七

シ

私法……八

私法人……二三〇
私權ノ要素……四五
私權ノ享有……七八
私權ノ分類……四六
屍體……三六五
死後行爲……四四三
支拂命令……八二六
支配權……五二
集合物……三六九
承繼取得……四一八
承認ノ能力……八三七
少數者ノ權利……三一〇
親族的法律行爲……四四五
取得時效……七九一
取得時效ノ效力……八五一、八五七
取得時效ノ性質……八五六
取得時效ノ客體……八五三
處分行爲……五九五
出生ノ意義……八四
出生ノ時……八八
出生ノ證據……八七
消極條件……七〇九
消極代理……五八〇
消費物……三八一
消滅時效……七九二
消滅時效ノ要件……八八七
消滅時效ノ效力……八八三
消滅時效ノ進行期……八八九
消滅時效ノ客體……八七九
消滅時效ノ性質……八七五
始期附物權行爲……七六八
始期附債權讓渡……七六七
始期ノ效力……七二三
終期ノ效力……七二六
終期附所有權讓渡……七六八
主務官廳……二四〇
主務官廳ノ管督……三一九
招集(總會ノ)……三一一
招集方法……三一二
心裡留保ノ觀念……四八六

心理留保ノ效力……四八七
心神耗弱者……一三三
信用行爲……四九四
自然人……八〇
自然中斷……八七二
自然的計算法……七七六
失踪……一八〇、一九九
失踪ノ要件……二〇三
失踪ノ效力……二〇八
失踪取消ノ要件……二一三
失踪取消ノ效力……二一五
社團法人……二三四
社團法人設立者……二四八
社團法人ノ目的變更……二五三
社員……三〇七
社員ノ權利……三〇八
社員ノ義務……三〇八
社員權……三〇七
社員名簿……二八九
人類ノ權利能力……八二
人類ノ權利能力ノ始期……八四
人格權……四九
人體（權利目的トシテ）……三六四
住所ノ性質……一六九、一七一
住所ノ效力……一七〇
住所ノ設定……一七三
住所ノ意思……一七四
住所ノ變更……一七五
住所ノ證明……一七〇
從物ノ效力……四〇四
從物ノ終了……四〇六
從物ノ實例……四〇三
事變……八五〇
事實タル慣習……二二
事後無效……六六二
事後不能……四五二
自由設立主義……二二八
神社……三七二
寺院……三七二
重過失……五一〇

純粹隨意條件……七六一
除斥權……三五〇
除斥期間ノ性質……八七五
時期……七七四
時效ノ觀念……七九一
時效ノ基礎……七九四
時效ノ進行……七九七
時效ノ中斷……七九八
時效ノ停止……七九八
時效ノ完成……七九八
時效ノ要件……七九七
時效要件ノ變更……八一二
時效ノ遡及效……七九九
時效ノ拋棄……八〇七
時效ノ援用……八〇一、八〇四
時效ノ中斷期間……八三八
時效停止原因……八四一

ヒ

人ノ意義……七七
必要條件……七一四
非閣權期間……七七九
非消費物……三八一
標準時……七八一
表意者ノ死亡……五四二
表意者ノ能力喪失……五四二
表見的條件……七一四
表見代理……六一二、六一六、六二五
表決權……三〇九、三一七
表決權ノ讓渡……三一八
表決權ノ行使……三一七
表示意思……四七四
表示行爲……四七六
表示方法……四七七
表示方法ノ自由……四七七
表示主義……四八二

モ

模範的法律行爲……四四七
物ノ觀念……三六二

物ノ個性……三六八
默示ノ意思表示……四七八
默示ノ追認……六九三
目的ノ不能……四五一
目的ノ不法……四六三

セ

生育能力……八六
生前處分（寄附行爲）……二六三
生前行爲……四四三
成年ノ意義……一〇七
成年ノ時期……一〇三
成年ノ例外……一〇七
成年宣告……一〇四
成熟時期……一〇三
清算人……三三九
清算人ノ性質……三四五
清算人ノ欠缺……三四〇
清算人ノ解任……三四一
清算人ノ職務……三四六
清算人ノ責任……三四七
清算ノ目的……三三八
清算ノ結了……三三八
清算ト破産……三三八
請求權……（五二）五六
請求權ノ觀念……五七
請求權ノ保護……六八
請求權ノ競合……七二
請求（時效中斷原因トシテ）……八一四
精神病者……一二四
積極條件……七〇九
設立行爲（法人）……二五一
設立登記……二七八
設立許可ノ取消……三二九
絶對強制……五二六

ス

推定……四二七
隨意條件……七一〇

ン

明治四十四年九月十四日印刷
明治四十四年九月十八日發行
明治四十五年二月二十四日再版發行

民法釋義卷ノ一奥附
正價參圓參拾錢

不許漢譯
不許複製
中島

著者　中島玉吉

發行者　金刺源次
東京市神田區今川小路一丁目五番地

印刷者　佐々木俊一
東京市神田區中猿樂町四番地

印刷所　秀光舍
東京市神田區中猿樂町四番地

發行所
東京市神田區今川小路一丁目五番地（電話本局七六六番）
東京市牛込區肴町卅二番地（振替貯金口座一二八九九番）

金刺芳流堂（振替貯金口座八四二四番）
武田芳進堂

市內大賣捌所

東京市神田區表神保町 武藏屋書店
同 神田區表神保町 東京堂
同 神田區一ツ橋通町 有斐閣
同 神田區今川小路 清水書店
同 神田區中猿樂町 巖松堂
同 神田區表神保町 三省堂
同 神田區表神保町 中西屋書店
同 神田區錦町 勉強堂
同 日本橋區數寄屋町 林平書店
同 牛込區早稻田 同文館支店
同 本郷區森川町 有終閣
同 本郷區本富士町 文光堂
同 本郷區本富士町 日本堂
同 神田區南神保町 東條書店
同 牛込區早稻田 文影堂
同 芝區三田 福島書店
同 芝區三田 岸田書店
同 神田區南神保町 稻葉書店
同 神田區南神保町 門部書店
同 小石川區關口水道町 開榮堂書店

地方大賣捌所

大阪市東區備後町 吉岡平助
同市東區南本町 三宅書店
京都市寺町通リ二條 若林書店
同市二條通リ河原町 寶文館支店
名古屋市本町 川瀨代助
仙臺市大町五丁目 藤崎書店
同市大町四丁目 金港堂支店
札幌區南一條西三丁目 富貴堂書店
神戸市元町通リ五丁目 寶文館支店
岡山市西大寺町 山陽書籍株式會社
廣島市鹽屋町 積善館
同市東横町 友田書店
福岡市博多中島町 積善館支店
久留米市米屋町 菊竹書店
熊本市新二丁目 長崎次郎
同市上通町三丁目 金書堂
長野市大門町 西澤書店
金澤市片町 宇都宮書店
朝鮮京城本町二 日韓書房
清國大連市大山通 大阪屋號書店

336
55

終