思表示又ハ契約ハ其内容ニ於テ便宜上定款ヲ引用スルコトヲ妨ゲズ。

総會招集

IV. 社員總會ハ總社員ヲ一定ノ場所ニ會合セシメ、法人ノ事務ニ付キ意思ヲ發表シ其決定ヲ爲サシムルコトヲ目的トス。一定ノ場所ニ會合セシムルコトナシニ、各地方ニ於テ數個ノ會合ヲ開キ、各會合ニ於テ議定セラレタル結果ヲ綜合シテ、社員總會ノ決議ヲ作ルコトヲ得ルカ否カハ疑問ナリ。書面又ハ代人ノ表決ヲモ許ス立法ノ下ニ於テハ(民法65 II)、結局社員ノ會合ヲ一切省略スルコトヲモ許スニ似タリ。斯クノ如キハ總會ノ性質ヲ無意味ナラシメ、法人ノ管理ニ付キ私議ノ行ハルヽ機會ヲ多クスルコトトナル可シ。獨逸及瑞西ノ民法ノ如キハ明カニ書面ノ表決ニ依テ會合ヲ省略スルコトヲ認ムルモ(獨民§ 32 II. 瑞民§ 66 II)、立法上論議ノ餘地多シ。

通常總會 臨時總會

理事ハ少クトモ毎年一回社員ノ通常總會(ordentliche Mitgliederversammlung)ヲ開クコトヲ要ス(民60)。尙ホ理事ハ必要アリト認ムルトキハ何時ニテモ臨時總會(ausserordentliche M.)ヲ招集スルコトヲ得(61 I)。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(民61 II)。コノ請求權ヲ少數社員權ト云フ(註一)。但シ此定數ニ付キ定款ニ增減ノ規定アルトキハ之ニ依ルモノ

招集要求

トス(民61 II但)。マタ總會ハ監事ニ於テモ之ヲ招集シ得ルコトアリ(民59④)。法人ガ解散シ清算手續ニアルトキモ總會招集ノ權利ハ理事又ハ監事ニアリテ、清算人ガ招集スベキモノニ非ラズト解ス。

清算中ノ招集

招集方法

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テ、定款ニ定メタル方法(註二)ニ從テ之ヲ爲スコトヲ要ス(民62)。意思表示ニ關スル原則ニ依レバ五日前ニ各社員ニ通知ヲ到達セシムルコトヲ要スベシ(民97)。多數社員中ニハ到達ノ時期ヲ異ニスル者アル可キニ依リ最後ノ到達ガ五日前ナルコトニ注意セザル可カラズ。立法論トシテハ商法ニ於ケルガ如ク發送主義ヲ採リ其代リ期間ヲ長クスルヲ適當トス(商156)。

註一 理事が少數社員權ニ基ク請求ニ應ゼザル場合ニ如何ナル方法アリヤ。民法四一四條二項但書ニ基キテ理事ニ對シ總會ヲ招集ス可キ旨ノ判決ヲ得タル上、之ヲ以テ招集ニ代フ可キモノトス。商法ニハ株主ガ裁判所ノ許可ヲ得テ招集スルノ途アリ(商160 II)。

註二 總會招集ノ方法トシテ定款ニ定メラルヽモノニハ、例ヘバ議題ヲ記載セル書面ヲ送ルトカ、更ニ審議ノ材料ヲ添附スルトカ、或ハ新聞廣告等ニ依ルトカノ如キモノアラム。此等ノ點ニ付キ何等ノ規定ナキ場合ハ招集者ニ於テ相當ノ方法ヲ選ブ可キモノトス。

總會ノ權限

V. 社團法人ノ事務ハ定款ヲ以テ理事其他ノ役員ニ委任シタルモノヲ除ク外、總テ總會ノ決議ニ依テ之ヲ行フモノトス(民63)。即チ社員總會ノ決議權ハ法人ノ目的ニ適スル一切ノ事務ニ及ブヲ原則トス。其例外ハ定款ヲ以

テ理事其他ノ役員ニ委任シタル事務ニ付テノミ決議權ヲ有セザルコトナリ。總會ハ法人ノ事務ニ付テ決議權ヲ有スルニ止マリ、代表權及ビ事務ノ管理權ヲ有セズ。代表權及ビ管理權ハ理事ニ專屬ス。法人管理ニ付テハ總會ノ決議ハ理事、監事、社員等ヲ拘束スルモノトス。蓋シ社員總會ハ社團法人ノ內部組織ニ於テハ最モ權威アル機關タレバナリ。然レドモ第三者ヲ拘束スルハ法律ノ規定アル場合ニ限ル(例、民53–55)。マタ社員總會ハ社員ノ固有權ヲ害スルガ如キ決議ヲ爲シ得ザルコトニ付テハ獨逸民法ニ於ケルガ如キ規定(§35) ヲ待タズシテ明白ナリト解ス可シ。更ニ强行法ニ反シ又ハ社團法人タル公益法人ノ性質ニ反スルガ如キ事項ノ決議ヲ爲スコトモ能ハズト解ス。

尙ホ總會ハ定款變更(民38)、解散(民68 II)ニ付テハ獨占的議決權ヲ有シ、其他ノ方法ヲ許サズ且ツ他ノ機關ノ干涉ヲ許サザルモノトス。

決議事項ノ制限

VI. 總會ニ於テハ定款ニ定メタル方法ニ從ヒ少クトモ五日前ニ通知セラレタル事項ニ付テノミ決議ヲナスコトヲ得(民64)。此通知以外ノ事項ヲ決議シタルトキハ無效トス。只ダ其決議ガ有效ナルハ定款ニ別段ノ定アルトキニ限ル(民64但)。例ヘバ定款ニ出席社員ノ全部ガ同意シタル場合ニハ必ズシモ五日前ニ通知セザリシ事項ニ付テモ決議スルコトヲ得ト定メタルガ如キ場合ナリ。

表決

VII. 各社員ハ定款ニ別段ノ定ナキ限リハ平等ナル表決權ヲ有スルモノトス(民65 I. III)。故ニ定款ヲ以テスルトキハ或社員ハ一個ノ表決權ヲ有シ、他ノ社員ハ數個ノ表決權ヲ有スルモノト爲スコトヲ得。然レドモ社員ニ一個ノ表決權ヲモ與ヘザルコトヲ得ズト解ス。蓋シ表決權ハ社員タル資格ノ要件ナル可ケレバナリ。私益法人タル株式會社ノ如キモノニアリテハ、私有財產保護ノ立場ヨリ見テ、各株主ノ表決權ニ差等ヲ生ズルコトハ或ハ正當トスルモ、公益法人ノ社員總會ニ於テ社員ノ表決權ヲ不平等ニスルコトヲ許スハ立法上不當ナリト信ズ。尙ホ社團法人ト或社員トノ關係ニ付キ決議ヲナス場合ニハ其社員ハ表決權ヲ有セザルモノトス(民66)(註一)。表決權行使ハ社員ガ自ラ出席スルノ外、定款ニ別段ノ定ナキ限リハ書面又ハ代人(註二)ヲ出シテ之ヲ爲スコトヲ得可シ(民65 II. III)。

註一 社員除名問題ニ付テハ其問題ノ社員ハ表決權ヲ有セザルモノト解ス可シ。役員選擧ニ付テ自選權アリヤ否ヤハ疑アルモ私ハ之ヲ積極ニ解ス。蓋シ選擧ノ如キハ表決ニ非ズト見ルヲ相當トスレバナリ。表決ハ特定ノ議題ニ付キ贊否何レカノ意思ヲ表示スルモノナルモ、選擧ハ特定ノ議題ヲ掲ゲザルガ故贊否何レカノ意思ヲ表示スルト云フガ如ク單純ナルモノニ非ラズ。故ニ自己ニ利害關係アル事項ニ付テハ選擧ヲ許シ表決ヲ禁ズルノ差別ヲ生ズルノ理由アルナリ。

註二 民法ハ「代理人」ナル語ヲ使用スルモ、其九九條以下ニ言フ所ノ「代理人」トハ異ナル。私ガ特ニ「代人」ト稱スルハ此間ノ區別ヲ明カニスル爲メナリ。茲ニ代人トハ社員ノ意思ヲ傳達スル表決機關トナル者ヲ

言フ。即チ自己ノ意思ヲ以テ表決スルモノニ非ラザルナリ。立法論トシテハ書面ノ表決ヲ許ス迄ハ妥當ナランモ(獨民§32 II. 瑞民66 II)、代人ニ依ル表決ハ正確ヲ欠キ易ク、公益法人ナルニモ拘ハラズ、社員ノ私見ヲ尊重シ過ギタル感アリ。

決議方法

VIII. 總會ノ決議ハ定款變更又ハ解散ノ場合ニ於ケルガ如キ特別ナル法律ノ定(民38, 69)ナキ限リハ、出席社員ノ過半數表決ニ依テ成立スルモノトスルヲ通常トス。然レドモ此點ニ付キ法律ノ規定ヲ缺クガ故ニ一ニ定款ノ趣旨ニ依ル可キモノト解ス。定款ニモ何等ノ定ナキトキハ條理(獨民32 I.瑞民67 II)ニ從ヒ過半數決ニヨル可キモノトスルナリ。

決議ノ無效問題

決議ノ內容ガ法令又ハ定款ニ於テ許サレザルモノナルトキハ其決議ハ當然ニ無效ナリ。之ニ反シテ決議ハ內容ニ於テ有效タルヲ得可キモノナリト雖モ總會招集ノ手續又ハ其決議ノ方法ガ法令又ハ定款ニ違反スル場合ニハ、其決議ノ效力如何ニ付テハ商法ニ於テハ特ニ規定ヲ設ケテ訴ヲ以テノミ無效ヲ主張シ得ル旨ノ制限ヲ設クルモ、民法ニハ斯カル制限ナキヲ以テ訴ニ依ラズシテ無效ヲ主張シ得ルノ自由アリ(註一)。但シ招集手續又ハ決議方法ハ決議ノ內容ニ變化ヲ來タシ得可キ程度ニ於テ法令又ハ定款ニ違背シタル場合ニ非ラザレバ其決議ヲ無效ナラシムルモノニ非ズ。其程度ニ至ラザル輕微ナル點ニ付テノ法令又ハ定款ノ違背ハ單ニ關係者ノ責任問題ヲ生ジ得ルニ止マリ、決議自體ヲ無效ナラシムルモノニ非ラズト解ス可シ。

表決ト決議

表決ハ法律行爲ニモ非ラズ、意思表示ニモ非ラズ、觀念ノ表示ナリ。決議ハ同一內容ヲ有スル表決ノ集合ナリ。故ニ表決及ビ決議ニ對シテハ法律行爲及ビ意思表示ノ諸法則ガ當然ニ適用セラルヽモノニ非ラズ。然レドモ之ニ關シ特ニ據ル可キ規定ナキヲ以テ表決及ビ決議ニ對シテモ法律行爲及ビ意思表示ノ諸原則ガ應用セラルヽニ至ル。

註一 瑞西民法ハ取消ノ訴ヲ爲シ得ルモノトナス(§75)。

財團法人ト合議機關

IX. 財團法人ニハ社員ナルモノ無キヲ以テ社員總會ナルモノ無キコトハ勿論ナリ。然レドモ財團法人ニモ社團法人ニ於ケル社員總會ノ如キ法人ノ事務ニ付キ合議ヲナス機關ヲ置クコトハ、寄附行爲中ノ任意事項トシテ之ヲ定ムルコトヲ得ルモノト解ス。例ヘバ管理委員會、評議員會、維持員會、參議員會、大學タル財團法人ノ教授會等ガ寄附行爲中ノ特設合議機關トシテ財團法人ノ管理ニ當ルコトハ世ノ通有事ナルガ如シ。然レドモ其ノ合議機關ノ決定スル事項ハ法人內部ニ拘束力ヲ有スルニ止マリ、第三者ニ對シテハ拘束力ヲ有ス可キモノニ非ラズト信ズ。此點ハ社團法人ニ於ケル社員總會ノ決議ト幾分趣ヲ異ニスル所アリ。蓋シ斯カル合議機關ハ財團法人ノ組織ニ於テ任意ニ設置セラルヽモノニシテ、社團法人ノ社員

總會ノ如キ法定ノ必須機關ニ非ラザレバナリ。

社團法人ニアリテハ社員總會が理事ノ代理權ヲ制限シタルトキハ其ノ制限ハ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ惡意ノ第三者ニハ對抗スルコトヲ得(民54.)。財團法人ニアリテハ寄附行爲ニ因テ特設セラレタル合議機關が理事ノ代理權ヲ制限シタルトキハ、其制限ハ理事が法人ニ對スル職務ノ關係ニ於テ即チ內部的ニ拘束力ヲ有スルニ止マリ、外部ニ對シテハ善意ノ第三者ニ對シテハ勿論、假令惡意ノ第三者ニ對シテモ其制限ヲ以テ對抗スルコトヲ得ザルモノトス。尤モ合議機關が寄附行爲ニ基テ其制限ヲ爲シタル場合ハ、斯クノ如キ制限ニ違反スルコトが結局ハ寄附行爲ノ趣旨ニ違反スルコトトナリテ其制限ハ善意ノ第三者ニノミ對抗スルコトヲ得ザルコトトナリ、惡意ノ第三者ニハ對抗シ得ルコトトナルハ勿論ナリ(民53.54)。故ニ寄附行爲ニ因ル特設合議機關モ結局ハ社員總會ノ如キ作用ヲ爲スコトヽナル。

又タ社團法人ノ理事が社員總會ノ決議ニ違反シテ特定ノ行爲ノ代理ヲ他人ニ復任シタルトキハ其ノ復任行爲ハ全然無效ナレドモ(民55.)、財團法人ノ理事ハ寄附行爲ニ因テ特設セラレタル合議機關ノ決議ニ違反シテ斯カル復任行爲ヲ爲シタルトキト雖モ其行爲ハ法人ト被復任者トノ間ニ於テハ有效ナリ(民106)。即チ其被復任者ハ法人ノ代理人トナル。只ダ理事ハ法人ニ對シテ責任ヲ負フ可キノミ。尤モ合議機關が寄附行爲ニ基テ該禁止ノ決議ヲナシタル場合ハ、斯カル決議ニ違反スルコトが結局ハ寄附行爲ノ禁止ニ違反スルコトトナリテ、斯カル復任行爲が全然無效トナルハ勿論ナリ(民55)。故ニ寄附行爲ニ因ル特設合議機關ハ此點ニ於テモ結局ハ社員總會ノ如キ作用ヲ爲スコトヽナル。

招集表決 上記ノ寄附行爲ニ因テ特設セラレタル財團法人ノ合議機關ノ招集表決等ニ付テモ何等法律ノ規定ナキヲ以テ、總テ寄附行爲ノ定ムル所ニ據ル可キモノト解ス。若シ寄附行爲中ニ其規定ナキ場合ハ條理トシテ社團法人ノ社員總會ニ關スル規定ヲ準用ス可キカ。而シテ斯カル特設合議機關ノ決議ハ理事ニ對シテ如何ナル拘束力ヲ有スルカ

對理事力

ハ、理事ノ法人ニ對スル債務關係ニ依テ定マルモノトス。即チ理事ハ斯カル合議機關ノ決定ニ對シテ服從ス可キ義務ヲ法人ニ對シテ負擔シタルカ否カノ問題ニ歸ス可シ。蓋シ法律ニ定メラレタル社團法人ノ社員總會ノ決議ガ當然理事ヲ拘束スルト云フガ如キ論結ヲ生ゼザルニ因ル。

第四款

國家監督

業務監督 I. 法人ノ人格ハ主務官廳ノ許可ニ因テ成立ス(民34)。マタ其許可ノ取消ニ因テ消滅ス(民68)。從テ法人ノ業務ハ主務官廳ニ依テ監督セラルルモノトシ、主務官廳ハ何時ニテモ職權ヲ以テ法人ノ業務及ビ財產ノ狀況ヲ檢查スルコトヲ得ルモノトス(民67)。故ニ主務官廳ハ法人ノ業務ガ其目的ニ反スルコトナキヤ、マタ公益ニ反スルコトナキヤ、理事、監事等ニ不正ノ行爲ナキヤ等ノ事項ヲ檢查スルモノトス。法人ノ目的事項ガ數箇ノ主務官廳ノ所管ニ屬スルトキハ數箇ノ主務官廳ガ各獨立ニ監督權ヲ有スベシ。監督官廳ハ必ズシモ法人ノ設立ヲ許可シタル官廳ト同一ナルコトヲ要セズ。行政制度ノ變更ニ依リ許可官廳ト監督官廳トハ異ナルコトアリ。

清算中 法人ガ解散シテ清算手續中ニアルトキト雖モ業務及ビ

財産ノ狀況ニ付テハ尙ホ主務官廳ガ監督權ヲ保有スルモノトス。殊ニ清算中ノ現務ノ結了ニ關スルコトハ解散前トノ關係ニ於テ其監督ヲ怠ルコト能ハザルモノアラム。即チ清算ノ結了迄ハ其業務ト財産ニ關スル限リ主務官廳ノ監督權ガ存續スルコトハ民法八三條ノ規定ヨリモ之ヲ察知シ得ル所ナリ。

解散監督 II. マタ法人ノ解散及ビ清算ハ裁判所（法人住所地ノ區裁判所——非訟35 II）ノ監督ニ屬シ、裁判所ハ何時ニテモ職權ヲ以テ此監督ニ必要ナル檢査ヲ爲スコトヲ得(民82)。故ニ裁判所ハ法人解散ノ事由アルニ拘ハラズ、其業務ヲ繼續スルニ非ラズヤ、マタ解散事由ナキニ拘ハラズ解散及清算ノ手續ヲ進ムルモノニ非ラズヤ、マタ清算事務ニ不正ノ行爲ナキヤ等ノ事項ヲ檢査スルモノトス。而シテ裁判所ハ清算人ヲ解任スルコトヲ得ルハ後ニ述ブルガ如シ(民 76)。裁判所ハ特ニ選任シタル者ヲシテ法人ノ監督ニ必要ナル檢査ヲ爲サシムルコトヲ得(非訟36)。

監督官廳 III. 民法ノ公益法人ニ對シテハ其公益的見地ニ於テ特ニ國家監督ノ必要アリ。是レ商事會社等ニ見ザル上ノ如キ制度アル所以ナリ。主務官廳ノ監督事項ト裁判所ノ監督事項トヲ區別スル所以ハ、一ハ公益業務ニ關スル行政事項ニシテ業務ノ種類ニ依リ所管官廳ヲ異ニスルニ反シ、他ハ債權債務等ノ大量的且ツ一時的決濟ニ當リテ起リ易キ多クノ民事上ノ法律關係ヲ含ムモノニシテ所管官廳ノ類別ヲ生ゼザル事項ナレバナリ。主務官廳ノ監督ト裁判所ノ監督トヲ矛盾衝突セシメザルガ爲メニハ其監督事項ノ性質ノ判斷ヲ誤ラザルヲ要ス。理事、監事、清算人等ガ主務官廳又ハ裁判所ノ檢査ヲ妨グルトキハ過料ノ制裁ヲ受ク可キコトハ後ニ述ブルガ如シ(民84)。

第十一節

定款·寄附行爲ノ變更

序言 I. 法人ノ組織活動ノ準則タル定款又ハ寄附行爲ヲ變更スルコトハ誠ニ重大ナルコトナレバ、特別ナル法則ニ從フコトヲ要スルモノトス。定款又ハ寄附行爲ノ變更トハ定款又ハ寄附行爲ニ記載セラレタル事項ヲ實質的ニ變更スル場合ハ勿論、單ニ記載ノ字句ヲ修正シ記載ノ樣式順序ヲ代フルガ如キ場合ヲモ含ムモノトス。斯クノ如クシテ定款及ビ寄附行爲ハ實質的且形式的ニ其眞正ヲ保證セラルヽコトヽナル。

定款變更 II. 定款ハ法人ノ成立（行政許可）以前ニ於テ、變更(撤回 widerruf)スルニハ、設立者總員ノ同意協定ヲ以テセザル可カラズ。然レドモ法人成立後ニ於テ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

得ルモノトス（民38 I本）。但シ定款ニ別段ノ定アルトキハ之ニ據ルベキモノトス（民38 I但）。例ヘバ過半數決又ハ全數決ニ據ル可キコトヲ定メタル場合ニハ、其數ノ議決ヲ以テノミ定款變更ヲ爲シ得ルモノナリ。民法ハ社員總會ヲ招集セザルモ定數社員ノ同意ヲ以テ定款變更ヲ敢行シ得ルガ如キ語氣ノ規定ヲ爲スモ其眞義ハ然ラズ。總社員ノ意思ヲ統一スル方法トシテノ總會ヲ要スルモノナルコト疑ナシ。

別段ノ定

茲ニ別段ノ定ト云フハ、變更決議ノ定數ニ付キテ云フモノニシテ、變更決議ヲ爲スコトヲ禁ズルガ如キ定ヲ指スモノニ非ズ。故ニ定款中ニ假令此定款ヲ變更スルコト能ハズト明記スルモ、斯カル定款ノ規定ハ無效ナレバ、總社員ノ四分ノ三以上ノ同意アルトキハ變更スルコトヲ得。定款變更ガ效力ヲ生ズル爲メニハ、主務官廳ノ認可ヲ得ルコトヲ要ス。其認可アル迄ハ變更前ノ定款ガ其效力ヲ有ス（民38 II）。

目的變更

III. 定款變更ノ方法ニ據ルトキハ、法人ノ目的ヲモ變更スルコトヲ得ルモノト解ス。但シ民法ノ認メザル法人即チ私益目的ヲ有スル法人トナスガ如キ變更ハ自ラ許サレズ。又タ社團法人ヲ財團法人ト爲スコトモ、定款變更ノ方法トシテハ不能ナリトス。

法人ノ目的變更(Umwandlung des Zweckes)ニ付テハ

特ニ議論アリ。即チ擬制說ノ系統ニ屬スル學說ニ於テハ法人ノ目的ハ法人ノ生命ナリトシ、目的ヲ變更スレバ舊法人ハ消滅シ新法人ガ設立セラルヽコトヽナルモノト解シ、舊法人ノ存續ヲ前提トスル目的ノ變更ハ之ヲ認メズト爲スニアリ。

然レドモ目的ノ變更ハ人格ヲ消滅セシムルヤ否ヤハ、法律ノ效力ニ關スルコトナリ。法人ハ目的ヲ變更スルモ人格ハ尙ホ消滅セザルモノトスルコトハ法律ノ效力トシテ決シテ不當ニ非ズ。從テ法律ガ許ス所ノ定款變更ノ方法ニ據テ目的ヲ變更スルコトハ、人格ノ消滅ヲ來サヾルモノト解セザル可カラズ。此問題ハ財團法人ノ目的變更ニ付テモ同理ナリ。瑞西及ビ獨逸ノ民法ハ明文ヲ以テ、法人ノ目的及ビ組織變更ヲ認ム（瑞民§§74.86.85.獨民§§85.87 II）。

寄附行爲變更

IV. 財團法人ノ規則タル寄附行爲ノ變更ニ關シテハ、現行法ハ何等ノ規定ヲ設ケズ。法人成立前ニ於テハ、單獨寄附行爲者ノ意思又ハ總寄附行爲者ノ同意(協定)ヲ以テ、寄附行爲ヲ變更(又ハ撤回)スルコトヲ得可シト雖モ、法人成立後ニ於テハ、寄附行爲者ノ意思ヲ尊重シ其變更ヲ許サザルモノト解スルコトモ一理アリ。即チ財團法人ハ設立當初ニ於ケル一定不變ノ規則ニ拘束セラル可キ運命ヲ以テ成立シタルモノト解スルコトトナル。從テ若シ

變更不能論

時運ノ必須ニ應ズル寄附行爲ノ變更ガ不能ナル爲メニ、法人ノ目的タル事業ハ成功不能トナルトキハ、財團法人ハ解散スルヨリ外ナシ(民68)。元來財團法人ハ極メテ保守的ノモノト見ルコトハ妥當ナリト雖モ、寄附行爲中ニハ事務所ニ關スル規定等モアリテ事務所燒失スルモ他ニ事務所ヲ移轉スルコト能ハズシテ解散ニ至ラシムト云フガ如キハ、法理ノ硬化モ其度ヲ過グルノ感ナキ能ハズ。

變更可能論ト方法

財團法人ト雖モ時勢ニ順應スルノ必要上、主務官廳ノ認可ヲ得テ寄附行爲ヲ變更シ得ルモノト解スル可キガ如シ。但シ主務官廳ガ之ヲ認可スルニ付テハ當該寄附行爲制定ト同一又ハ同樣ノ方法、若クハ少クトモ當該財團法人管理ニ付テ行ハル可キ最モ愼重ナル方法ヲ履ミタルコトヲ前提トス可キモノト解スルヲ妥當トス可キガ如シ。

然シ寄附行爲者ガ特ニ財團法人ノ規則タル寄附行爲ヲ變更シ得可キ旨、及ビ其變更方法ヲ寄附行爲中ニ定メ置キタル場合ニハ、コレニ準據シテ寄附行爲ヲ變更スルコトヲ得ルモノト思フ。而シテ變更セラレタル寄附行爲ガ效力ヲ生ズルハ、主務官廳ノ認可ノ時ト思フ。私ハ少クモ寄附行爲變更ニ關スル規定ヲ、民法中ニ置カザリシコトハ立法上ノ重大ナル脫漏ナリト思フ。獨逸及瑞西ノ民法ニ於テハ財團法人ノ目的(Zweck)及組織(Verfassung, Organisation)ノ變更ニ就テハ、特別ナル規定ヲ設ケタリ

(獨民§ 87. 瑞民§§ 85.86)。

第十二節

法人解散

解散ノ意義

I. 法人ノ解散(Auflösung)トハ其人格ガ消滅スベキ事由ノ生ジタル狀態ヲ云フ。人格消滅ハ解散ト同時ナルコトアリ、解散後一定ノ手續ヲ經過シタル後ナルコトアリ。

法人ガ解散シタル場合ニ全然決濟ス可キ財產關係又ハ殘務ガ存セザルトキハ、淸算手續ヲ開始スル必要ナキヲ以テ解散ト同時ニ法人ノ人格(權利能力)ハ消滅ス(民73)。然レドモ斯クノ如キハ稀有ノ例ニ過ギズ。通常、人格ハ淸算手續ノ結了ニ因リテ消滅スルモノナリ。

一般解散事由

II. 社團法人及ビ財團法人ニ共通ナル解散理由ハ次ノ如シ(民68 I)。

1. 定款又ハ寄附行爲ヲ以テ定メタル解散事由ノ發生(例、存續期間ノ滿了)。
2. 法人ノ目的タル事業ノ成功又ハ其成功ノ不能。
3. 破產。

法人ガ其債務ヲ完濟スルコト能ハザルニ至リタルトキハ、裁判所ハ理事若シクハ債權者ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ破產ノ宣告ヲ爲ス(民70 I)。又タ理事ハ債

務完濟ノ不能ヲ知リタルトキハ、直チニ破產宣告ノ請求ヲ爲スコトヲ要ス(民70 II)。

4. 設立許可ノ取消。

法人ガ目的外ノ事業ヲ爲シ、又ハ設立許可ノ條件ニ違背シ、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(民71)。

主務官廳が正當ノ理由ナクシテ法人ノ設立許可ヲ取消シタルトキ(又ハ民法施行前ヨリ存スル社團又ハ財團ノ解散ヲ命ジタルトキ)ハ、其法人ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得ルモノトス(民施25)。

特別解散事由

III. 尙ホ社團法人ニ特別ナル解散事由ハ次ノ如シ(民68 II)。

1. 總會ノ決議。

社團法人ハ總社員ノ四分ノ三以上ノ承諾アルニ非ラザレバ解散ノ決議ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス、但シ定款ニ別段ノ定アルトキハ之ニ依ルモノトス(民69)。

2. 社員ノ缺亡。

通說

通說ハ社員ガ一人ニテモ存スル以上ハ社員ノ缺亡ニ非ラズト解ス。蓋シ公益事業ノ廢止ヲ成ル可ク避ケシメントスルニ基ク。通說ニ依レバ社團法人ノ設立要件トシテハ二人以上ノ設立者(通常ハ設立ト同時ニ社員トナル)ヲ要スレドモ、存續要件トシテハ最少一人ノ社員アルヲ以テ足ルモノトスルナリ。而シテ二人以上社員ナクンバ社員總會ヲ構成スルコト能ハザルガ故ニ、入社ニ依リテ

增員スル迄ハ社員總會ヲ欠缺スルモ止ムヲ得ズトスルナリ。

卑見

然レドモ私ハ一時的ニハ社員ガ全缺トナルモ、容易ニ之ヲ補充シ得ル狀態ニアルトキハ解散原因タル社員ノ缺亡アリト見ル可キモノニ非ラズト信ズ。而シテ一人ノ社員アルモ之ヲ增員シ得ル見込ナキ狀態ニ至ルトキハ解散原因タル社員ノ缺亡アリト見ル可キモノト信ズ。蓋シ後ノ場合ニ於テハ永久ニ社員總會ノ機能ヲ缺ク社團法人ヲ認ムルコト能ハザレバナリ。

解散ノ效果

IV. 法人ガ解散シタル場合ニ決濟ス可キ財產關係又ハ殘務ナキ時ハ、法人ハ解散ト同時ニ權利能力ヲ失フ。然レドモ苟モ決濟ス可キ財產關係アルトキ(例ヘバ債權ヲ取立テ、債務ヲ辨濟シ又ハ殘餘財產ノ歸屬者ヲ定ムルガ如キ必要アル場合)ハ、解散ト同時ニ淸算又ハ破產ノ手續ヲ開始シ、法人ハ淸算又ハ破產ノ目的ノ範圍內ニ於テ淸算又ハ破產ノ結了ニ至ルマデ權利能力ヲ保有スルモノトス(民73破產法4)。即チ法人ハ解散ニ依テ從來ノ目的ヲ變更シ、淸算又ハ破產ノ目的ノ爲メニ存續スルモノトス。從テ解散後ノ法人ハ新ニ事業ヲ營ムコトヲ得ズ、僅カニ解散前ノ事業ノ結末ヲ着クル爲メニ其事業ヲ繼續シ得ルニ過ギズ。茲ニ注意ス可キコトハ目的ヲ變更スルモ法人格ニ變更ヲ來ス可キモノニアラザルコトナリ。從テ解散

前ノ法人ノ權利義務ハ當然、清算法人又ハ破產法人ノ權利義務タルコト明カナリ。而シテ解散前ノ法人ノ各機關ハ清算法人ノ各機關トシテ殘ルモノトス。只ダ清算人ヲ生ズルトキハ理事ハ殆ンド無用ノモノトナル。然シ全然理事ノ存在ヲ否認スルガ如キ說ヲ爲スハ誤ナラム。解散後ニ於テモ理事ニ幾分ノ職務ヲ殘ス(後段參照)。殊ニ清算人ノ生ズルマデハ理事ハ法人ノ管理ヲ續行セザル可カラザルモノト解ス。

清算法人ノ性質

清算法人ノ性質ニ付テハ法律ノ擬制ニ因テ其人格ヲ認メ得ルモノト解スル說アリ。然レトモ私ハ清算法人モ固有ノ機關ヲ有シ固有ノ組織ヲ有スル實在體トシテ觀察スルコトヲ妨ゲザルモノト信ズ。而シテ清算法人ガ新タニ設立セラレタルモノト見ルハ誤ニシテ、從前ノ法人ガ存續スルモノト見ル可キコトハ上記ノ趣旨ニ依リ明カナリ。

第十三節 清 算

清算手續ノ開始

I. 法人解散シ決濟ス可キ財產關係又ハ殘務アルトキハ破產ニ因ル解散ノ場合ヲ除ク外、民法ノ規定ニ從テ清算手續ヲ爲サザル可カラズ。破產ノ場合ニハ破產法上ノ手續ニ據ル可キモノトス故ニ民法上ノ清算手續ニ據ル可キモノハ殆ンドナシ。從テ以下述ブル所ノ清算手續ヲ開始スル

場合ハ、破產以外ノ原因ニ因テ解散シ、且ツ決濟ヲ要スル財產關係又ハ殘務アル場合ニ限ルモノトス。

清算人

II. 此清算手續ニ於テハ其事務ヲ處理ス可キ中心機關ヲ必要トシ之ヲ清算人ト稱ス。事業經營ノ法人ニ理事ヲ要スルガ如ク、清算法人ニハ清算人ヲ要スルナリ。而シテ民法ハ破產以外ノ原因ニ因リテ解散シタルトキハ理事ハ當然清算人(Liquidator)ト爲ルモノトス(民74)。蓋シ事業ノ經營ニ當レル者ハ其結末ヲ着クベシトスルニアリ。但シ定款若シ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非ズ(民74但)。此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ズル虞アルトキハ、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(民75)。マタ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(民76)。例ヘバ清算人ガ法人ノ財產ニ付キ不正ノ行爲アルトキノ如キハ此方法ニ因テ解任スルコトヲ得可シ。此解任ハ前揭七四條ノ清算人タルト、七五條ノ清算人タルトヲ區別スルコトナシト解ス。解任ハ清算人ニ不名譽ナルコトアル可シト雖モ之ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ許サズ(非訟37.137)。破產ニ因テ解散シタルトキハ破產管財人ヲ生ズルニ依リ(破產

法)、民法ハ清算人ノ選任ヲ強要セザルナリ(民74)。然レドモ破産手續以外ニ清算事務アリトシテ清算人ヲ選任スルコトハ妨ゲザルモノト解ス可シ。

清算人ノ職權

III. 清算人ハ解散シタル法人ノ現務結了、債權取立、債務辨濟及ビ殘餘財產引渡ヲ職務トシ、此等ノ職務ヲ行フニ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲スコトヲ得(民78)。詳言スレバ清算人ハ清算法人ノ爲メニ事務管理權及ビ代理權ヲ有スルモノニシテ、恰モ理事ノ如キ法律上ノ地位ヲ有スル法人ノ機關ナリ。故ニ其行爲ニ因リ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ民法四四條ニ依リ法人ニ賠償責任ヲ生ズルモノトス。其他理事ニ關スル法理ハ清算人ニモ應用セラルヽコトヽナル。清算事務(民78)ニ關シテ社員總會ヲ招集スルノ權利ハ清算人之ヲ有ストモ解シ得ルガ如シト雖モ其他ノ事務ニ關シテノ社員總會ノ招集權ハ依然理事ニ存スルモノトス。殘餘財產處分ニ付テノ總會ヲ招集スル權利ノ如キハ理事ニアリテ清算人ニナシ(民72 II但)。清算手續ニ於テハ監事ハ理事ヨリモ寧ロ清算人ノ監督ヲ主眼トセザル可カラズ。此點ニ於テ對理事的ノ規定ハ對清算人的ノ規定トシテ應用セラレザル可カラズ(例、民59)。清算人ハ其職務ヲ行フ爲メニ一切ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ルト雖モ各行爲ニ付テノ特別ナル制限ニ服セザル可カラザルハ勿論ナリ。故ニ例ヘバ裁判上ノ行爲ヲ爲スニ付テ

ハ訴訟法ノ制限ニ從ハザル可カラザルナリ(民訴79)。

條件付又ハ期限付ノ債權債務ノ取立又ハ辨濟ニ付テハ特別規定ナキヲ以テ清算手續ノ進渉ニ付キ少カラズ障害ヲ來スコトアリ。成ルベク斯カル債權ハ對價ヲ得テ讓渡シ、斯カル債務ハ對價ヲ拂テ他人ニ引受ケシムル等ノ方法ヲ講ジテ、清算ノ結了ニ努力スベキモノナラム。尤モ限定相續(民1032)財產分離(民1047III)、會社清算(商法91/2.105.234.236)ノ場合ニ於ケルガ如ク、裁判所ノ選任シタル鑑定人ノ評價ニ依リテ辨濟シ得可キモノト解スルノ說多シ。便宜主義ニ走リ解釋ノ程度ヲ過グルノ感アリ。

登記及ビ届出

清算人ハ破產ノ場合ヲ除ク外解散後一週間內ニ其氏名住所、解散ノ原因及ビ其年月日ノ登記ヲ爲シ(非訟122)、マタ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(民77 I)。清算手續中ニ職就シタル清算人ハ就職後一週間內ニ其氏名、住所ノ登記ヲ爲シ且ツ之ヲ主務官廳ニ届出ツルコトヲ要ス(民77 II)。登記ハ廣ク第三者ニ公示スル爲メニ爲サレ、届出ハ主務官廳ニ知ラシムル爲メニ爲サルヽモノトス。何レニシテモ此登記及届出ハ單純ナル宣言ノ爲メニ爲スモノトス。或ハ解散登記ハ解散ヲ第三者ニ對抗スル爲メニ必要ナル條件ナリト論ズル者アルモ法文ノ據根ナクシテ斯カル解釋ヲ爲スヲ得ズ(商法76.225.對照)。

破產ノ場合ニハ裁判所ハ職權ヲ以テ遲滯ナク囑託書ニ破產決定書ノ謄本ヲ添附シテ、破產ノ登記ヲ各事務所ノ所在地ノ登記所ニ囑託スルコトヲ要ス(破產法119)。マタ裁判所ハ破產ノ宣告アリタル旨ヲ主務官廳ニ通告スルコトヲ要ス(破125 I)。

除斥公告

IV. 清算人ハ其就職日ヨリ二箇月內ニ少クモ三回ノ公告ヲ以テ、債權者ニ對シ一定ノ期間內ニ其請求ノ申出ヲ

爲ス可キ旨ヲ催告スルコトヲ要ス、其申出期間ハ二箇月ヲ下ラザル範圍ニ於テ清算人ガ自由ニ之ヲ定ム可キモノトス（民79 I）。第二回目ノ公告及第三回目ノ公告ノトキニハ申出期間ハ既ニ進行シツヽアルモ妨ゲナシ。申出ツルニ二箇月ヲ下ラザル期間アレバ可ナリ。此公告ニハ債權者ガ期間內ニ申出ヲ爲サザ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（民79 II）(註一)。申出デザル債權ハ其公告ノ趣旨ニ從テ別段ノ意思表示等ヲ要セズシテ法律上當然ニ消滅スルモノト解ス。是レ多數者保護ノ爲メニ少數者ヲ犧牲ニシテ清算ノ結了ヲ速進セシムルノ原則ナルモ、茲ニ例外二アリ。其一ハ知レタル債權、其二ハ期限後申出ノ債權ナリ。即チ清算人ハ知レタル債權者ヲ除斥スルコト能ハズシテ之ニ對シテハ各別ニ其申出ヲ催告スルコトヲ要ス（民79 II但 III）。此申出期間內ニ申出デタル債權者ハ一般ノ原則ニ從テ辨濟セラル可シ。商法ニハ此期間內ノ辨濟ヲ禁ズル旨ノ規定アルモ（商法262[12]）、民法ハ其辨濟ヲ自由ナラシム。此期間經過後ニ申出デタル債權者ハ、其期間內ニ申出又ハ知レタル債權者ニ辨濟セラレタル後、尙ホ殘餘財產ガ未ダ歸屬權利者ニ引渡サレザル場合ニノミ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノトス（民80）。

除斥原則ノ二例外

註一　公告ハ裁判所ガ爲ス可キ登記事項ノ公告ト同一ノ方法ヲ以テ爲コトヲ要ス。故ニ官報及ビ新聞紙上ニ之ヲ爲スコトヲ要ス（民施26.24. 非訟125 I.144 I）。

V. 清算手續ハ殘餘財產ヲ歸屬權利者ニ引渡スニ依テ結了スルモノナリ。歸屬權利者ハ定款又ハ寄附行爲ヲ以テ指定セラルルモノナリ（民72 I）。定款又ハ寄附行爲ガ之ヲ指定セズ又ハ指定方法ヲモ定メザリシトキハ、理事ハ主務官廳ノ許可ヲ得テ其法人ノ目的ニ類似セル目的ノ爲メニ其財產ヲ處分スルコトヲ得、但シ社團法人ニ在リテハ總會ノ決議ヲ經ルコトヲ要ス（民72 II）。此等ノ方法ニ因テ尙ホ處分セラレザル財產ハ國庫ニ歸屬スルモノトス（民72 III）。茲ニ歸屬トハ權利ノミヲ取得スルモノニシテ、何等ノ義務其他ノ負擔ヲ承繼セザルコトヲ意味ス。

殘餘財產

民法七二條二項ガ理事ニ殘餘財產ノ處分權ヲ認メタルコトハ不當ナリト思フ。殘餘財產ノ處分ハ一ノ清算事務ナレバ此權利ハ清算人ニ認ムルヲ相當トス。一說ニ依レバ理事ハ解散前ニ此處分權ヲ有スルモノニシテ、解散後ニ於テハ此處分權ハ清算人ニ移ルモノトモ解セラル。然レドモ民法七二條ノ法文ヲ解散前ニ殘餘財產ヲ豫想シテ處分スルコトヲ定メタルモノト解スルコトハ困難ナリ。

殘餘財產處分權者

民法七二條二項ニ據ルモ理事ハ清算法人ノ管理權ヲ全然有セザルモノニ非ラザルコトヲ知ル。即チ清算人ノ職務（民78）ニ屬セザルコトニ付テハ理事ノ管理權ヲ認メ得

ルモノトス。總會招集ノ權利ノ如キハ清算中ト雖モ依然理事又ハ監事ニアルモノト解スルヲ妥當トス（民60.61.59[4]）。

清産中ノ破産

VI. 清算中ニ法人ノ財産ガ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、清算人ハ直チニ破産宣告ノ請求ヲ爲シ其旨ヲ公告（民施26.非訟125 I.144 I.）スルコトヲ要ス（民81 I）。破産管財人ヲ生ジ之ニ清算中ノ一切ノ事務ヲ引渡シタルトキハ清算人ノ任務ハ終了シタルモノトス（民81 II）。破産手續ニ關係ナキ清算事務ハ破産管財人ニ引渡スコトナク清算人ノ手ニ殘ル。破産スルモ清算人ナル法人機關ハ消滅スルモノニ非ラザルナリ。

管財人ノ取戻權

破産手續ニ於テハ清算手續中ニ支拂ヒ又ハ歸屬權利者ニ引渡シタル財産アルトキハ、破産管財人ハ是等ノ財産ヲ取戻スコトヲ得ルモノトス（民81 III）。蓋シ破産ハ總債權者ヲ平等ニ滿足セシムルコトヲ目的トスルモノナルガ故ニ、債務完濟ノ不足ヲ豫想セズシテ爲サレタル辨濟、又ハ過剰ヲ豫想シテ爲サレタル歸屬權利者ニ對スル引渡等アルトキハ、破産手續ニ於テハ之ヲ取戻ス可キハ至當ナルヲ以テナリ。此場合ノ取戻權ハ第三者タル轉得者ニ對シテモ主張シ得可キモノナルカノ疑アルモ積極ニ解ス。商法ハ會社ノ債務ヲ辨濟シタル後ニ非ラザレバ會社財産ヲ社員（民法法人ノ歸屬權利者ニ相當）ニ分配スルコトヲ

得ザルモノトス（商法95.105.234.236）。民法ニモ此種ノ規定ヲ設クルノ必要アリ。

清算監督 清算結了

VII. 法人ノ解散及ビ清算ハ裁判所（法人住所地ノ區裁判所ー/非訟25 II）ノ監督ニ屬ス（民82 I）。裁判所ハ何時ニテモ職權ヲ以テ此監督ニ必要ナル檢査ヲ爲スコトヲ得（民82 II）。清算ガ結了シタルトキハ清算人ハ之ヲ主務官廳ニ届出ヅルコトヲ要ス（民83）。法人ガ數箇ノ主務官廳ノ監督ヲ受クル場合ニハ各主務官廳ニ各別ニ届出ヲ爲サヾル可カラズ。尚ホ監督ニ關スルコトニ付テハ第十節第四款國家監督中ノ說述ヲ參照スベシ。清算ガ結了スレバ法人ノ人格ハ茲ニ全ク消滅スルモノトス。清算ガ結了シタルヤ否ヤハ事實上ノ問題ニシテ、假令結了シタリトシテ主務官廳ニ届出ヲ爲ストモ、事實ニ於テ結了セザルトキ（例、辨濟スベキ債務アルトキ）ハ、尚ホ法人ノ人格ハ存續スルモノトス（民73）。會社ニ於テハ清算結了ハ登記スルヲ要スルモ（商法99.105.234.236）、民法ハ主務官廳ヘノ届出ニ止メタリ。

第十四節

外 國 法 人

內外法人ノ區別

I. 外國法人ト內國法人トノ區別ノ標準ニ關シテハ學說ノ分ルル所ナリ。惟フニ外國法人トハ外國法ニ準據シ

テ成立スル法人ニシテ、內國法人トハ日本ノ法律ニ準據シテ成立スル法人ナリ（設立準據法主義）。主タル事務所ガ外國ニ在ルト日本ニ在ルトヲ以テ區別ノ標準トスル（住所地主義）ハ當ラズ。尤モ日本法ニ準據シテ成立シタル法人ハ日本ニ主タル事務所（住所）ヲ設ケテ其地ニ於テ登記ヲ爲スガ如キ必要アリ（民45）。此場合ニハ設立準據法主義ト住所地主義トハ一致ス可シ。然レドモ日本ニ主タル事務所ヲ設ケ乍ラ外用法ニ準據シテ成立シタル法人ハ外國法人トシテ取扱ハルヽモノナリ。故ニ事務所ノ內外ハ法人ノ內外ヲ區別スル標準トスルニ足ラズ。マタ設立者ノ國籍、設立行爲地、事業ノ中心地等モ法人ノ內外ヲ區別セシムル丈ケノ重要性ヲ有スルモノト考フルコト能ハザルナリ。

外國的成分ノ多キ日本法人

設立者ガ全部外國人ニシテ設立行爲ヲ總テ外國ニ於テ爲シ、事業地ヲ外國トスルガ如キ法人ト雖モ、日本法ニ準據シテ設立セラルヽ以上ハ日本法人ナリ。只タ斯カル外國的成分ノ多キ法人ハ主務官廳ノ許可權ヲ以テ其成立ヲ阻止スルコトヲ得可シ。然レドモ主務官廳ノ許可等ヲ要セザル商事會社ノ如キハ甚タシク外國的成分ノ多キニモ拘ハラズ日本法人タルコトアリ。設立ニ付テ日本法ニ準據シタル以上ハ其日本法人タルコトヲ禁ズ可キモノニ非ラズ。特別法ノ領域ニ於テハ外國的成分ノ多キ法人ニ

對シテハ其ノ外國法人ナルト日本法人ナルトニ拘ハラズ特殊ノ權利能力ヲ制限スルコトアリ（例、外國人土地法2.5）。

我國法ノ認ムル外國法人

II. 外國法人ハ日本ニ於テ當然、法人タル效力ヲ有セズ。自然人ハ國籍ノ如何ニ拘ハラズ當然、權利能力ヲ有スルヲ原則トスルモ、外國法人ニアリテハ當然、權利能力ヲ有セザルヲ原則トス。例外トシテ次ノ外國法人ハ日本ニ於テモ法人タル效力ヲ有スルモノトス（民36 I）。

1. 國
2. 國ノ行政區畫
3. 商事會社
4. 法律又ハ條約ニ依テ認許セラレタル外國法人

吾民法ニ於テハ商事會社ニ非ラザル外國營利法人及ビ營利ヲ目的トセザル外國法人ノ如キハ法人タル效力ナキモノトス。故ニ斯カル外國法人ハ權利ヲ有シ義務ヲ負フノ資格ヲ有セザルナリ。

外國法ニ據リテ成立シタル公益法人ハ吾民法ニ於テハ法人ト認メズ。吾民法上法人タラントスルニハ別ニ吾民法ニ準據シテ設定セラレザル可カラズ。思フニ或事業ガ公益ニ適スルヤ否ヤハ絕對的ニ之ヲ定メ得ルモノニ非ラズ。外國ノ公益トスル所ハ必ズシモ吾國ノ公益ニ適セザルコトアリ。例ヘバ民選ノ大統領政治又ハ共產主義ヲ宣傳スルガ如キコトハ或外國ニ於テ公益ニ適ス可キモ吾國現代ノ公益ニハ適セザルナリ。故ニ民法ハ外國ノ公益法人ハ當然之ヲ認ムルモノニ非ラズ。之ニ因リテ見ルモ社會的實在體ハ必ズシモ吾國ニ於テハ法人ニ非ラザルナリ（前段參照）。

權利能力

III. 日本ニ於テ法人タル效力ヲ有スル外國法人ハ日本法ニ準據シテ成立スルト同種ノ法人ト同一ナル權利能力

ヲ有ス(民36 II)。但シ外國人ナルガ故ニ享有スルコトヲ得ザル權利(本書八〇頁參照)及ビ法律又ハ條約中ニ特別ノ規定アルモノハ此限ニ非ラズ(民36 II但)。尤モ現行ノ法律又ハ條約中ニハ外國法人ノ權利能力ヲ一般的ニ制限シタルモノナシ。

茲ニ云フ權利能力モ私法ノ範圍內ニ於ケルモノナレバ外國ノ國家及ビ行政區畫等ガ日本ノ國家及行政區畫ニ於ケルガ如ク統治權ヲ以テ臨ムコトヲ認ムルモノニ非ラザルコト勿論ナリ。外國ノ國家及ビ行政區畫ガ吾國ニ於テ公債ヲ發行シ財產ヲ取得スル等ノ場合ニ於テ、日本ノ國家及ビ行政區畫ト同視セラルヽニ過ギザルナリ。

登記

IV. 日本ニ於テ法人タル效力ヲ有スル外國法人ハ日本ニ事務所ヲ設ケタルトキ又ハ事務所ヲ移轉シタルトキニ於テ內國法人ニ於ケルト同一ナル事項ヲ登記スルコトヲ要ス、又タ登記事項ニ變更ヲ生ジタルトキモ同樣ニ變更ノ登記ヲ爲サザル可カラズ(民49 I)。其登記期間ハ外國ニ於テ生ジタル事項ニ付テハ通知ノ到達シタル時ヨリ起算スルモノトス(民49 I但)。外國法人ガ始メテ日本ニ事務所ヲ設ケタルトキハ其事務所ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲スマデハ他人ハ其法人ノ成立ヲ否認スルコトヲ得(民49 II)。外國法人ガ日本ニ事務所ヲ設ケズシテ日本ニ於テ活動スル場合ニハ登記ヲ爲スノ要ナキノミナラズ登記スルコト能ハザルナリ。此場合ニハ他人ハ斯カル外國法人ノ成立ヲ否認シ得ルコトハ勿論ナリト解スベシ。蓋シ折角、事務所ヲ設ケタルニ拘ハラズ登記セザル間ハ外國法人ノ成立ヲ否認シ得ル法意ニ徵スルトキハ、事務所ヲモ設ケザルガ如キ外國法人(即チ登記セントスルモ登記スルコト能ハザルガ如キ朦朧タル法人)ハ尙ホ更ラ之ヲ否認スルコトヲ得ザル可カラザレバナリ。以上述ブル登記ノ原則ノ外、外國ノ商事會社ニ對シテハ商法二五五條乃至二五八條ニ特別規定アリ。

外國法人タル國及國ノ行政區畫ニ付テハ日本法人タル國及國ノ行政區畫ト同ジク登記制ナシト解ス。

國際私法

V. 外國法人ノ組織及ビ管理等ニ關シテハ如何ナル法律ヲ適用ス可キモノナルカ。民法三三條以下ノ規定ハ概ネ日本法人ニ對スル規定ニシテ外國法人ニ對シテハ僅カニ權利能力(民36)及ビ登記(民49)等ニ關シテ規定アルノミ。仍テ此他ノ關係ニ付テ適用スベキ法律ヲ定ムルニハ全ク國際私法上ノ諸原則ニ從ハザル可カラザルナリ。

第十五節

法人管理ノ强制

管理者ニ對スル制裁

I. 法人ノ理事、監事、又ハ淸算人ハ種々ナル事項ニ

付キ法人管理ノ義務ヲ負擔ス。公益上ノ必要ニヨリ此義務ヲ强制スルガ爲メ、此等ノ者ガ次ノ違反行爲ヲ爲シタル場合ニハ五圓以上二百圓以下ノ過料ニ處スルコトトス(民84)。

1. 法人登記ヲ爲スコトヲ怠リタルトキ。
2. 民法五一條ノ規定ニ違反シ又ハ財產目錄若クハ社員名簿ニ不正ノ記載ヲ爲シタルトキ。
3. 民法六十七條又ハ八十二條ノ場合ニ於テ主務官廳又ハ裁判所ノ檢查ヲ妨ゲタルトキ。
4. 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。
5. 民法七十條又ハ八十一條ノ規定ニ反シ破產宣告ノ請求ヲ爲スコトヲ怠リタルトキ。
6. 民法七十九條又ハ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」

登記申請ノ義務ヲ怠リタルトキ理事數名アル場合ニハ、法律上又ハ定款上何人又ハ何名ガ其義務ヲ負擔スルモノナルヤヲ定メ以テ處罰スヘキ者ヲ決定セザル可カラズ(明治三五年大審院判決)

過料ノ意義

II. 過料ハ刑事罰タル科料ト趣ヲ異ニシ義務履行ノ强制手段ニ過ギズ。之ニ對シテハ刑事法ノ適用ナシ。過料ハ義務ガ履行セラルヽ迄ハ何回ニテモ反覆シテ之ヲ課スルコトヲ得可シ。既ニ義務ガ履行セラレタル後ハ爾後ノ不履行ヲ警ムル必要ニ於テノミ過料ヲ課ス可キモノト思フ。過料ニ處スル裁判ノ形式效力及ビ執行ニ關シテハ、非訟事件手續法二〇二乃至二〇八條ヲ參照スベシ。

此過料事件ハ非訟事件トシテ過料ニ處セラルヘキ者ノ住所地ノ地方裁判所ノ管轄トス(非訟206)。過料ノ裁判ハ理由ヲ附シタル決定ヲ以テ、當事者ノ陳述ヲ聽キ檢事ノ意見ヲ求メテ、之ヲ爲ス可シ(非訟207 I. II)。而シテ過料ノ裁判ハ、執行力アル債務名義ト同一ノ效力ヲ有スル檢事ノ命令ヲ以テ、執行セラル、而カモ執行前裁判ノ送達ヲ要セズシテ、民事訴訟法第六編ノ規定ニ從テ執行セラル(非訟207 I. 208)。同趣旨ノ規定ハ刑事訴訟法五五三條ニモアリ。

科料ハ純然タル刑罰ニシテ(刑法9.8)、其事件ハ刑事訴訟事件トシテ區裁判所ノ管轄ニ屬シ(裁判所構成法16)、制裁額ハ十錢以上二十圓未滿ニシテ(刑法17)、之ヲ完納スルコト能ハザル者ニハ一日以上三十日以下ノ期間、勞役場留置ノ換刑制度アリ(刑法18 II)。

第六章

物

第一節

物ノ觀念

權利ノ客體

I. 權利ノ客體又ハ目的(Gegenstand, Objet)トハ權利ノ主體(自然人及法人)ニ對スル反照語(本書五三頁比照)ニシテ、權利ノ內容タル法律上ノ特定利益(本書五〇頁以下比照)ノ源泉ナリ。而シテ權利ノ客體ニハ種種アリ。或ハ物(Sachen, choses)ナルコトアリ(物權)、或ハ人ノ行爲ナルコトアリ(債權其他ノ請求權)、或ハ思想上ノ結果タル精神的作爲ナルコトアリ(例ヘバ著作權、發明權ノ如シ)、或ハ權利ノ客體ハ他ノ權利ナルコトアリ(例、權利質、地上權又ハ永小作權上ノ抵當權其他)。或ハ權利者自身ノ身體、生命、社會的他位(人格)又ハ身分ナルコトアリ(例、生命權、身體權、名譽權、身分權)。或ハ他人ノ身體(註一)ナルコトアリ(例、子ノ身體ニ對スル親ノ監護權)。其他種々ナル生活資料ハ時運ノ進展ト法律制度ノ充實ト共ニ權利ノ客體トナルコトヲ得ルモノ多カルベシ(例、電氣、電話、水道、瓦斯ノ如キ特殊ナル人的

物的設備ノ支配權)。

註一　古代法ニ於テハ奴隸所有權、戶主權、親權、夫權等ハ奴隸、家族、子、妻等ノ人體ヲ客體トスル權利ト考ヘラレタルモ、近代法ニ於テハ慨ネ斯カル權利ハ人ノ行爲ヲ客體トスル範圍ニ於テノミ認メラルヽニ至レリ。

II. 民法總則ニ規定セル「物」ハ僅カニ一部分ノ權利ノ客體ヲ定ムルモノニ過ギズ。而シテ物ノ觀念トシテ規定スル所ハ單ニ「物トハ有體物ヲ謂フ」トアリ(民85)。然レドモ民法上ノ物ノ觀念ヲ定ムルニハ此規定ヲ以テ唯一ノ根據ト爲スコトヲ得ズ。一般ノ法理ヲ推究シテ決定セザル可カラズ。惟フニ此規定ハ物ハ必ズ有體物ナラザル可カラザルコトヲ定ムルモ、有體物ノ總テガ物ナリト謂フノ義ニ非ラズト信ズ。民法上ノ物トシテハ結局次ノ要件(1.2.3)ヲ具備セザル可カラザルモノト信ズ。

物

獨逸民法モ物(Sachen)ニ關スル規定ヲ總則編ニ置クモ、瑞西民法ハ之ヲ物權編ニ置ク。民法ハ有體性ノ物ノ上ニ存スル權利ヲ物權ト稱スル外無體性ノモノノ上ニ存スル權利ヲモ物權トナス(例、權利質權、地上權又ハ永小作權上ノ抵當權)。

有體性

1. 有體性(Körperlichkeit)アルコト。

有體性トハ空間(註一)ヲ占領シテ存在スル性質ヲ意味ス。從テ氣體、液體、固體ハ皆ナ有體性ヲ有スルモノトス。反之、光、熱、音、電氣(註二)、味、香、考、信用、名譽等ノ如キ吾人ノ官覺若クハ意識ノ上ニ存スルニ止マルモノハ無體性ノモノナルガ故、民法上ノ物ニ非ラズ。權

利モ亦タ無體性ノモノナルガ故ニ物ニ非ラズ。羅馬法及ビ佛法系ノ民法ハ物ヲ分テ、有體物(res corporales, choses corporelles)及ビ無體物(res incorporales, choses incorporelles)トナスモ、吾民法ハ獨逸民法(§90)ノ如ク無體物(註三)ナル觀念ヲ認メズ。權利ハ客體ガ有體性ノモノナルトキハ其レ夫レ客體ノ個性ガ特定スルコトヽナリテ、假令同種同量同價ナリトスルモ他ノ客體ヲ以テ代フルコト能ハザラシム。從テ有體性アル權利ノ客體ハ其所在ガ明確ニシテ權利者ハ其所在ニ追及シテ權利ヲ行フコトヲ得ルニ至ル。

註一 空間其レ自體ハ有體性アル物ニハ非ラザルモ權利ノ客體タルコトヲ得可キモノナリ。唯ダ空間ハ其レ自體獨立シテ權利ノ客體タルコトハ現代ノ社會文明ト法律制度ノ程度ニ於テハ不能ナラム。僅カニ土地ノ上空ガ土地ノ一部トシテ、建物又ハ箱ヲ以テ包容セラルル空間ガ建物又ハ箱ノ一部トシテ、土地、建物、箱ノ權利ノ客體タルヲ得ルガ如キ程度ニ止マルモノト思フ。

註二 電氣ニ付テハ前刑法時代ニ竊盜ノ客體トナルヤ否ヤ論議ヲ生ジタルモ、現刑法ハ盜罪ニ付テハ電氣ハ之ヲ財物ト看做ス旨ノ規定ヲ設ケテ其論議ヲ解決シタリ(刑245)。然レドモ民法ニ於テハ有體性ヲ欠ク電氣ハ物ト見ルコトヲ得ズ。物理學上ノ研究ノ結果ガ電氣ハ「力」ニ非ズシテ「物質」ナルコトヲ證明シ得テモ、吾々ノ社會的觀念ニ於テハ之ヲ物質トシテ考ヘ得ル程度ノモノニ非ズ。故ニ有體物ト見ルコトハ失當ナリ。然ルニ近時電氣工業ノ盛ンナルト共ニ、電氣ノ取扱及ビ取引ノ實狀ハ、全ク電氣ヲ以テ一個ノ商品トスルニ至レリ。從テ電氣ニ付テモ其ノ占有權ヲ保護スルノ必要アラン。然シ電氣ヲ以テ物トナシ、其權利ヲ物權トシテ取扱フニハ種多ノ難問ヲ伴フ。蓋シ電氣ニハ特定性ナケレバナリ。特定性ナキモノヲ物權ノ客體トスルトキハ物權法ノ諸原則ノ適用ニ困難ヲ來ス。

註三 或權利ガ他ノ權利ノ客體タルトキニ(例、權利質、權利抵當ノ場合)、其客體タル權利ヲ無體物ト見ルコトハ一學說トシテ吾民法上ニモ成立スルコトヲ得ベシ。

2. 一般ニ支配力ノ及ブコト。 支配可能ノ事實的

a. 月、太陽、地球、海水、空氣等ハ今日吾人ガ事實上支配シ得ザルモノナルヲ以テ、之ヲ民法上ノ物トシテ論ズルコトハ無意味ナリ。蓋シ民法ノ物トハ權利ノ客體トシテ之ヲ認メタルモノニ外ナラズ。從テ支配不能ニシテ權利ノ客體タルニ適セザルモノガ茲ニ言フ「物」ニ非ザルハ明カナレバナリ。只ダ地球ノ一部分ヲ區畫シテ土地(陸地湖沼海洋ヲ含ム)トナシ(註一)、海水、空氣(註二)ヲ汲ミ取リ又ハ其一部ヲ圍ミテ取扱フ場合ニハ、吾人ノ支配力ノ及ブモノトナリテ物タル性質ヲ有スルニ至ル。

註一 地球全體ノ如キハ單ニ事實的支配ノ不能ナルノミナラズ、一國ノ法制ニ於テハ何人ノ支配ニモ服セシムルコト能ハザルガ故、次ニ述ブル如ク法律的支配ノ不能ナル點ヨリスルモ權利ノ客體タル物ニ非ラザルコトヲ知ル。公海ノ如キモ此理由ニ依リ物ニ非ラズ。國ノ領海部分ガ漁業權等ノ目的タル物トナルコトハ、國ノ領土部分ガ土地所有權等ノ目的タル物ナルガ如シ。

註二 海水、空氣等ハ自然ノ狀態ニ於テモ幾分ノ人爲的支配ヲ爲シ得ルモノヽ如シト雖モ、其支配タルヤ殆ンド法律上ノ保護ヲ受クル價値ナキモノナレバ茲ニ權利ノ客體トシテノ物ト觀察スルコトヲ得ザルナリ。

b. 支配ノ不能ハ法律制度ノ結果ナルコトアリ。例ヘバ人ノ身體及ビ其一部分ハ一般ニ支配ヲ禁ゼラルルガ故ニ物ニ非ラザルナリ。人體及ビ其一部ハ全ク取引ノ目的トナラズ。即チ之ヲ處分スルコトモ(例、所有權又ハ質 法律的

權ノ目的トスルコト)、マタ處分スル義務ヲ負フコトヲモ得ズ。奴隷制度ヲ存置シタル古代法ニ於テハ奴隷ハ物ナリシナリ。奴隷ヲ賣買貸借質入スルコトヲ得タリ。然レドモ近世文化國ニ於テハ斯カル觀念ヲ認メザルナリ。唯ダ親ガ子ノ身體ヲ監護スルガ如キ特別ノ場合ニ限リ子ノ身體ハ物ナリト云フコトヲ得可シ(民879)。唯ダ一般ノ用例ニ反シ實益少キノミ。茲ニ注意ス可キコトハ妻ノ身體ハ夫權ノ客體ニモ非ラズ、從テ物ニモ非ラザルコトナリ。蓋シ夫ハ妻ニ對シ或種ノ行爲ヲ求ムル權利ヲ有スルモ妻ノ身體ヲ支配スル權利ヲ有セザレバナリ(詳細ハ婚姻法ノ研究ニ讓ル)。人ノ身體ノ一部ハ之ヲ分離シタルトキハ物トナル(無主物トナリ先占セラルルコトヲ得——反對說アリ)。人爲的ニ人體ニ密著シ其ノ生理的機能ヲ補助スルモノハ身體ノ一部ト同視ス可シ(例、入齒、義足)。從テ此等ハ物ニ非ラズ。衣服、指環ノ如キハ著用中ノモノト雖モ物ナリ(但、衣服ハ民事訴訟法上差押ヲ禁ゼラルヽコトアリ——民訴570)。

死體ハ死亡ト同時ニ無主物トナル(相續財產ト解スル者アリ——川名氏日本民法總論——然レドモ被相續人ノ有セシモノニ非ザル權利ハ相續財產ニ非ズ、民986.1001)。然レドモ公序良俗ニ反スル方法ヲ以テ死體ヲ取扱ヒ(本書七一頁參照)、又ハ取引スルコトヲ許サザルモノト解ス(民90)。尙ホ死體ニ對シテハ普通ノ物ト異ナル特別ノ保護ヲ加ヘ、其取扱ニ關シテハ特別ノ制限アリ(刑法190.191.警察犯處罰令31.)。

獨立性 **3.** 取扱上又ハ取引上獨立性ヲ有スルコト。

物ノ獨立性ハ吾人ノ日常生活ニ於ケル取扱上又ハ取引上ノ通念ニ從テ、又ハ各種ノ法律制度ノ結果トシテ決定セラル可キモノナリ。物ノ箇數ヲ算定スル標準ノ如キモ斯ノ獨立性ヲ具フルヤ否ヤニ因ル可キモノト信ズ。土地ノ如キハ一萬坪ニテモ一箇ノ物、一坪ニテモ一箇ノ物タルコトアリ。全ク其取扱上又ハ取引上ノ實際關係ニ從テ其獨立性ト其箇數トガ定マルモノナリ。

百坪ノ土地が一箇ノ土地トシテ一所有權又ハ一抵當權ノ目的トシテ取扱ハレ又ハ取引セラルヽトキト雖モ、其所有權又ハ抵當權ノ對抗ノ爲メニスル登記ニ於テハ登記簿上數筆ノ土地即チ數箇ノ土地トシテ取扱ハルコトアリ。マタ之ト反對ニ登記簿上ノ一筆ノ土地即チ一箇ノ土地が、其實際ノ取扱又ハ取引ニ於テハ數箇ノ土地トシテ見ル可キモノナルコトアリ。民法上土地ノ箇數ヲ定ムルニハ實際上ノ土地ノ取扱又ハ取引ノ狀況ニ應ズ可ク、登記簿上ノ取扱ト合致スルヲ要セズ。

堆積物 **a. 堆積物** 一俵ノ米ノ中ノ一粒、一樽ノ酒ノ中ノ一滴ノ如キハ通常ノ取扱又ハ取引ニ於テハ獨立性ヲ有セザルガ故ニ物ニ非ラズト解ス。即チ或數量ノ米又ハ酒トシテ各一個ノ權利ノ目的トナリ、各粒ノ米、各滴ノ酒ニ付キ各別ノ權利ガ成立ス可キモノニ非ラズ。然レドモ特ニ一粒ノ米又ハ一滴ノ酒ヲ取扱又ハ取引スルガ如キ場合ニハ、其各粒各滴ハ獨立性ヲ有シ物タルコトヲ妨ゲザルハ勿論ナリ。

一俵ノ米、一樽ノ酒ハ各一個ノ物ナリ。之ヲ二分シテ二俵ノ米又ハ二樽ノ酒トナストキハ各二個ノ米又ハ酒ト

ナル。更ニ之ヲ元ノ一俵又ハ一樽トナストキハ各一個ノ物ニ返ル。要スルニ數量的ニ分離併合ノ自由ナル物ハ取扱上又ハ取引上ノ狀態ニ依リ、大量ナルト少量ナルトニ拘ハラズ一個又ハ數個ノ物トナル。通貨ノ如キモ數量的ニ取扱又ハ取引セラルヽガ故ニ十圓ノ兌換券一枚ハ一個ノ物タルヲ得ルモ、其百枚ヲ一束トスルトキハ百個ノ物ト見ル可カラズシテ百枚ニテ一個ノ物ト見ル可キナリ。

（觀念） 數量的ニ取扱又ハ取引セラレ其一定量ノ各部分ニ付テ個性ヲ認メザル物ヲ堆積物ト云フ。例ヘバ米、酒、通貨ノ如キ是レナリ。土地ノ如キモ數量的ニ取扱又ハ取引セラルヽト雖モ、其位置等ニ付キ各部分ニ多クノ個性ヲ認メラルヽガ故ニ、土地ハ堆積物ニ非ラズトス。

組成物 **b. 組成物** 物ノ組成（構成）部分ハ其物ト一體ヲ成シ獨立ノ物ニアラズ。例バ器械ノ構成部分、動物ノ體軀ノ一部分ノ如キハ獨立性ヲ有セザルガ故ニ物ニ非ラズ。或物ガ他物ノ組成部分ナルカ否カハ疑問ヲ生ズルコト少カラズ。疊、建具ノ如キハ家屋ノ組成部分ト解セズ別個ノ物ト見ルヲ得可シ。蓋シ家屋ニハ疊、建具等ノ附設シアルモノト然ラザルモノトアルヲ以テ、家屋ト疊、建具トハ別物トシテ觀察スルコトガ社會觀念ニ適合スレバナリ。然レドモ屋根瓦、雨戸ノ如キハ家屋ノ一部分ニシテ家屋ト別個ノ物ト見ルヲ得ズ。蓋シ屋根瓦、雨戸ノ如キハ社會觀念上家屋ノ必要的構成部分ニシテ、家屋ノ柱、床、棟等ト同樣ノモノナレバナリ。要スルニ疊、建具ハ物ナルモ、屋根瓦、雨戸、柱、床、棟等ハ物ニ非ラズト見ルヲ社會通念ニ適スベシ。或物ガ他物ニ附合シ（民242—）又ハ附加シテ民（370）、其獨立性ヲ失フトキハ其或物ハ「物」タル性質ヲ失フコトヽナル。物理的ニ一體ヲ爲ス一家屋ノ如キハ各階層又ハ各室ヲ分離的ニ取扱又ハ取引（例、讓渡、擔保提供、賃貸借）スル場合ニハ其取扱又ハ取引ニ從テ各別ノ物トナル。是レ皆ナ社會一般ノ觀念ニ從テ決ス可キ各場合ノ認定問題ナリトス。組成物ヲ分解スルトキハ、其各部分ガ獨立性ヲ有スルコトヽナリテ、各部分ガ各一個ノ物トナルハ勿論ナリ。

鑛物 未掘採ノ鑛物ノ如キハ土地ノ組成部分ナル可キモ鑛業法ハ一定ノ鑛物（鑛業法ノ鑛物）ヲ土地ト獨立セシメテ、土地ノ所有權ニ服セズシテ國ノ所有ニ屬スルモノトセリ（鑛業法 3）。

聚合物 **c. 聚合物** 商店ノ商品、倉庫ノ荷物、圖書館ノ圖書、牧場ノ群羊、一對ノ手袋ノ如キハ一括シテ取扱ハレ又ハ取引セラルル場合ニハ、其一括セラルヽ範圍ニ於テ一ノ獨立性ヲ有スルコトトナリテ民法上一個ノ物ナリトス。各品、各冊、各羊、各片ヲ以テ分離的ニ取扱ヒ又ハ取引スルニ合場ハ各別ノ物トナル。故ニ各物ハ聚合物ノ一部

タル關係ニ於テハ獨立ノ物ニ非ラズト雖モ、聚合物タルノ關係ヲ離レテ觀察スルトキハ其レ自體ニテ一個ノ獨立性ヲ有スル一個ノ物タルヲ得ルモノトス。

總財産包括財産

債務者ノ總財産ガ一括シテ一般先取特權ノ客體トナリ(民306)、包括財産ガ一相續又ハ一遺贈ノ目的トナルトキハ(民986.1001.1092)、總財産又ハ包括財産ハ一ノ聚合物トナリ其中ノ各物ハ獨立性ヲ失ヒテ聚合物ノ一組成部分タルニ止マルコトヽナル。マタ特別法ノ下ニ於テハ土地及ビ其工作物、機械器具等ノ數多ノ物ヲ一括シテ獨立ノ一物トスルコトアリ。財團ノ制度ハ即チ之ニ屬ス(鐵道抵當法、鑛業抵當法、工場抵當法、軌道ノ抵當ニ關スル法律、運河法)。立木ノ如キモ其ノ特別法ニ依リ一團ノ立木ヲ一物トシテ取扱フ(後段詳述)。即チ一定ノ標準ニ因テ吾人ノ支配力ガ統一セラレ得可キ狀態ニアル限リハ、數多ノ物ヲ一括シテ一個ノ獨立性ヲ有スル一個ノ物ト見ルコトヲ妨ゲザルナリ。

財團

立木

聚合物ノ自由

聚合物ナル觀念ハ特別ナル法律制度ノ結果トシテノミ認メラルヽモノナルカ、各人ハ自由ニ聚合物ヲ構成スルコトヲ得ルモノナルカニ付テハ重要ナル疑問アリ。私ハ特別ナル法律ノ制限ナキ限リハ各人ハ數多ノ財産ヲ一括シテ處分スルコトノ自由ヲ有スルモノト解シ、聚合物ハ特別ナル法律規定ヲ待タズシテ當事者ガ自由ニ之ヲ構成スルコトヲ得ルモノト思フ。一ノ事業財産ヲ一括シテ讓

渡スルハ自由ナリ。營業讓渡ノ場合等ニ多ク其例ヲ見ル(商22)。唯ダ第三者ニ對抗スルノ條件等ニ付テハ各別ナル方法ヲ要スルコト多シト雖モ(民177.178.467其他)、處分行爲ハ一括的ニ爲スコトヲ妨ゲザルモノニシテ、聚合物ノ構成ニ付テモ成ル可ク各人ノ自由ヲ認メザルヲ得ズ。一對ノ手袋ノ如キハ當事者ノ自由意思ニ基ケル慣習上ノ聚合物ナリ。

之ヲ要スルニ民法上權利ノ客體トシテノ「物」タルガ爲メニハ有體性、支配可能性、及ビ獨立性ノ三要件ヲ具ヘザル可カラズトス。 結論

第二節

動産ト不動産

概念

I. 動産(bewegliche Sache, personal property, bien meuble.)、不動産(unbewegliche Sache, Liegenschaft, real property, bien immeuble.)ノ對立ハ財産法制(就中物權法制)ニ重要ナル意義ヲ有スルモノナリ。マタ古來何レノ法制ニモ廣ク認メラルヽ物ノ分類ナリ。昔時ニ於テハ財産ノ大部分ハ不動産ナリシ爲メ財産法ハ不動産本位ニ發達シタル感アルモ、近時ニ於テハ商工業ノ發達ニ伴ヒ動産ノ數量ヲ增大シ殊ニ有價證券取引ノ發達ト共ニ益

動產法ノ發達ヲ誘致セリ。不動產法ハ物ガ其所在ヲ變ジ難キコトヲ基本ノ觀念トシテ成立シ、動產法ハ物ガ其所在ヲ變ジ易キコトヲ基本ノ觀念トシテ成立スルモノニシテ、兩法ニハ各自然的特性アルモノナレバ古來何レノ法制ニモ動產法ト不動產法トノ對立ヲ見ル。

吾法制ニ於テモ不動產ト動產トノ區別ニ基キ法律上種々ナル點ニ於テ取扱ノ相違ヲ來ス。例ヘバ民法ニ於テハ不動產ト動產トニ就テハ、之ヲ客體トシテ成立シ得ル物權ノ種類ヲ異ニシ、其物權ノ對抗要件ヲ異ニシ(民177.178)、特ニ動產ノ取引ニハ即時取得ノ保護規定アリ(192)。民事訴訟法ニ於テハ動產ト不動產トニ付キ裁判管轄ヲ異ニシ(民訴17)、又タ强制執行ノ方法ヲ異ニスルガ如シ(民訴610—)。此他公法關係ニ於テモ動產法ト不動產法トノ對立ヲ見ルコト甚ダ多シ。

動產不動產ノ區別ノ標準

II. 吾民法ハ土地及ビ其定著物ハ之ヲ不動產トシ、此他ノ物ハ總テ之ヲ動產トス(民86 I II)。土地トハ地球ノ一部分及ビ其上ノ空間ヲ意味ス(民207)。土地ハ地表ヲ標準トシテ取引セラルヽモ、土地ノ觀念ニハ地表ノミナラズ地體及ビ其上空ヲモ含ムモノナリ。

定著物

III. 定著物トハ一定ノ土地ニ永續的ニ附著シテ容易ニ分離ス可カラザル狀態ニアル(即チ定著性ヲ有スル)物ヲ云フ。即チ土地ニ附著スルハ一時的ナラズ永續的ナルコトヲ要シ、尙ホ其附著ハ分離スルコトガ經濟上又ハ技術上困難ナルコトヲ要スルモノト解スベキナリ。附著ノ一時的ナルカ永續的ナルカ、マタ分離ノ容易ナルカ困難ナルカノ如キ問題ハ時ト所トニ應ズル社會觀念ニ依テ決ス

可キモノトス。故ニ木造建物ノ如キハ發達セル技術ヲ以テスレバ案外簡易ニ移動セシムルコトヲ得ルモ、吾國ノ社會觀念ニ於テハ定著物タル不動產タルコトヲ妨ゲザルモノト解セラル(註一)。家屋、橋梁、堤防、銅像、電柱、郵便函、地下埋設物、軌道ノ如キハ何レモ定著物タル不動產タルコトヲ得可キモノナリ(註二)。是レ等ノ土地ノ工作物ハ工事ノ當初ニ於テハ定著性ヲ有セザルモ、工事ノ進行ト共ニ定著性ヲ有スルニ至ルモノナリ。其如何ナル程度ニ達シタルトキヲ以テ定著物ト認ム可キカハ亦タ社會觀念ニ從フ可キモノトス。

之ニ反シテ足場、假小屋、公園ノ腰掛、假植中ノ竹木、野菜類ノ如キハ一時的ニ土地ニ附著スルモノタルノミナラズ、其分離モ容易ニシテ定著性ヲ有セザルモノト見テ動產ト解ス可シ。機械類ハ据付ケノ狀態ニ依リ定著物タルコトアリ、マタ然ラザルコトアリ。樹木ハ一本ツヽノ物トシテ又ハ其ノ集團ノ物トシテ、土地ノ定著物タル不動產(土地ヨリ獨立セル不動產)トシテ觀察シ得ル場合少ナカラズ(註三)。尙ホ特別法ニ依テ不動產ト看做サルヽ立木ナルモノアリ(後段詳述)。

定著ト組成

定著物ハ土地ノ組成部分(wesentliche Bestandteile)ト區別ス可シ。蓋シ定著物ハ土地ト獨立シタル不動產ナルモ組成部分ハ土地ノ一部ヲ成シ土地ト共ニ一個ノ不動產

ヲ成スヲ以テナリ。例ヘバ土砂、岩石、泉水、鑛物(註四)ノ如キハ土地ノ組成部分ナリ。敷石、石段ノ如キハ土地ノ定著物(登記簿上建物)ト見ルヲ相當トス可キモ、土地ヲ建固ニスル爲メニ打込ミタル材木、瓦石ノ如キハ土地ノ組成部分ト見ルヲ相當トス可シ。

註一 建物ハ一時或地點ト分離シタルガ爲メ其本質タル不動產性ヲ喪フモノニ非ズ、從テ其建物ハ同一ノ不動產ナリトス(大正七年大審院判決)。

註二 定著物タル不動產ニ關スル權利ノ登記ハ建物登記簿ニ於テ爲サル可キモノトス。從來ノ學說ハ建物ノ意義ヲ狹ク解シタルモ私ハ建物登記簿上ノ建物トハ廣ク上記ノ如ク家屋ハ勿論、一切ノ土地ノ定著物ヲ指示スルモノト解ス。然ラザレバ登記ノ方法ナキ不動產ヲ生ズルニ至ル可ケレバナリ。

註三 樹木ガ定著物トシテ不動產タル以上ハ其權利ノ對抗ノ爲メニ必要ナル登記ハ、建物登記簿ニ於テ爲スベキモノト解ス可キナリ。然ルニ判例ハ登記法ノ建物ノ意義ヲ狹ク解シ、樹木ノ如キハ登記制度ナキ不動產ナリトシテ、現場ニ於テ適當ノ公示方法ヲ採ル可キモノト爲スモノヽ如シ。例ヘバ樹木ノ皮ヲ削リ所有主ヲ記載スルトカ若クハ松樹ノ根廻ヲ爲ストカ又ハ製炭業ノ設備アルガ如キコトヲ以テ足ルモノト爲ス(大正九年二月一日、大正六年十一月十日、大正四年十二月八日各大審院判例)。然レドモ斯カル不確實ナル公示方法ガ許サルヽニ於テハ不動產取引ノ安全ハ到底期待ス可カラザルコトヽナル。而シテ立木ニ關スル法律ニ該當セザル立木ハ獨立ノ不動產トシテ登記ノ目的ト爲スヲ得ザルヲ以テ(中略)、地盤ノ所有者ガ何人ナルヤヲ認知スルコトニ依リ一應立木ノ所有權ノ何人ニ屬スルヤヲ知リ得ベキモノトスル判決(大正十年大判)モ失當ト思フ。蓋シ私ハ斯カル立木(樹木)ハ民法上定著物タル不動產トシテ不動產登記法上ノ建物トシテ登記ス可キモノト解スレバナリ。

註四 鑛業法ノ定ムル鑛物(金鑛、銀鑛、鐵鑛、石炭、石油……其他)ハ未ダ掘採セザル限リハ國ノ所有ニ屬スルモノニシテ(鑛業法3)、其鑛物ヲ包含スル土地ノ所有權ニ服セズ。鑛業法ノ鑛物ニ非ラザル鑛物(例、硅石)ハ掘採セザル限リ土地ノ構成部分トシテ土地ノ所有權ニ服ス。未掘採ノ鑛業法ノ鑛物ハ不動產ナリヤ動產ナリヤノ問題アルモ、鑛業法ノ特殊研究ニ讓ル。

立木

IV. 土地ノ定著物タルコトヲ理由トセズシテ不動產ト看做サルヽモノアリ。即チ民法ニ基カズシテ特別法ニ依リテ不動產ト看做サルヽモノナリ。例ヘバ立木ニ關スル法律(明治四二年法律二二號)ニ於テハ立木ヲ不動產ト看做シタリ(立2 I)。而シテ本法ニ於テ立木ト稱スルハ一筆ノ土地又ハ一筆ノ土地ノ一部分ニ植栽ニ依リ生立セシメタル樹木ノ集團ニシテ其ノ所有者ガ本法ニ依リ所有權保存ノ登記ヲ受ケタルモノヲ謂フ(立1)。故ニ鉢植ノ樹木ハ立木トナラズ、自然生ノ樹木モ立木トナラズ、樹木ノ數ハ多少ヲ問ハザルモ集團ト認メ得可キ狀態ニアルヲ要ス、且ツ其未登記ノ間ハ立木ニ非ラザルナリ。而シテ立木ハ土地ト獨立シタル不動產ト看做サレ、立木ノ所有者ハ土地ト分離シテ立木ヲ讓渡シ又ハ之ヲ以テ抵當權ノ目的トナスコトヲ得可ク、土地所有權又ハ地上權ノ處分ノ效力ハ立木ニ及バザルモノニシテ(立2 II III)、其土地ト立木トノ關係ハ恰モ土地ト建物トノ關係ニ於ケルガ如シ。立木タルガ爲メノ登記ハ立木登記簿ニ於テ之ヲ爲スモノトス(立12)。

準不動產財團

V. 財團ハ觀念上一箇ノ物トナルコトハ前述ノ如ク(本書222頁)、且ツ夫々特別法ニ於テモ一箇ノ物ト看做ス旨ヲ規定スト雖モ(例、鐵道抵當法2 III)、之ヲ民法上ノ

觀念ヨリ見ルトキハ動產ナルカ不動產ナルカノ問題ヲ生ズベシ。特別法上ノ物ナルガ故ニ動產又ハ不動產ノ何レカニ分屬セシムルコトハ或ハ無要ナラムモ、不動產ト同樣ノ物ト解シテ可ナリト思フ。蓋シ財團ハ抵當權ノ目的トスル爲メニ設ケラレ其他法律上ノ取扱ハ總テ不動產ニ於ケルト同樣ナレバナリ。故ニ財團ハ之ヲ準不動產ト解スルモ可ナリ。

鑛業權
漁業權

鑛業權ハ物權トシ不動產ニ關スル規定ヲ準用スルモノトシ(鑛業法15)、漁業權ハ物權ト看做シ土地ニ關スル規定ヲ準用スルモノトスルガ故ニ(漁業法 7)、鑛業權及ビ漁業權ノ如キハ準不動產ト稱シ得可シ。斯ク權利ヲ不動產トシテ觀察スルコトハ恰モ次ニ述ブル如ク無記名債權ヲ動產ト看做スコトニ相當スルモノナリ。

船舶

船舶ハ明白ニ動產ナルモ其登記制度アリテ抵當權ノ目的トナルコトヲ得可ク、其抵當權ニハ不動產ノ抵當權ニ關スル規定ガ準用セラルヽ點ヨリ見レバ、船舶ヲモ一種ノ準不動產ト解シ得可シ(商法686)。

動產

VI. 不動產以外ノ物ハ總テ動產ナルモ、尙ホ民法ハ無記名債權ハ之ヲ動產ト看做シ、之ニ動產ニ關スル法理ヲ適用セントス(民86 III)。蓋シ無記名債權ハ其證券ニ何人ガ債權者ナルカヲ表示セズシテ、債權ハ證券ノ作成ニ因テノミ成立シ、債權ノ存立ニハ證券ノ保有(所有又ハ占

無記名債權

有)ヲ要シ、債權ノ行使(請求、辨濟受領)及ビ處分(讓渡、質入等)ニハ證券ノ呈示交付ヲ要スト云フガ如ク、債權ト證券トハ密接不離ノ關係ヲ有スル特殊ノ債權ニシテ、從テ其證券ノ重要ナルコトハ證券自體ガ債權ナルガ如キ感アリテ、證券ハ債權同樣ノ有價物ト見ラレ、債權ハ證券タル動產ノ如ク取扱ハレ且ツ取引セラルヽヲ以テナリ。例ヘバ手形、商品切手、乘車券、觀劇券、湯札等ニ於テ、證券面ニ權利者ヲ表示スルコトナク證券保有者ヲ以テ直チニ債權者ト見ル場合ニハ、該證券ニ表示セラルル債權ハ之ヲ無記名債權トシテ動產ト看做スモノナリ。元來、無記名債權ヲ動產ト看做シテ之ニ動產法ヲ適用セントスルハ、近世ニ於ケル無記名債權ノ取引ガ恰カモ動產取引ニ於ケルガ如ク盛ンナルニ因ルモノナリ。然ルニ更ニ近時ニ於テハ寧ロ無記名債權(其他有價證券上ノ權利)ノ取引ガ遙カニ著大ナルノ結果トシテ、無記名債權(其他有價證券上ノ權利)ニ關スル特別規定ガ發達シタルニ依リ(商法手形編、商法282.333—.358—.620—.民473 等々)、動產法ノ一般規定ノ適用ヲ受クル必要ハ案外少シ。即チ有價證券法ノ發達ハ無記名債權ヲ動產視スルノ必要ヲ漸時少カラシムルモノナリ。

記名式所持人拂債權、白紙委任狀附記名債權(及ビ株券)、無記名株式等モ殆ンド無記名債權ト同樣ニ取引セラルヽモノナルモ、未ダ動產トハ看做サレズシテ動產法ノ適用ヲ受ケズ。

第 三 節

主物ト從物

概念

I. 物ニハ其レ自體ニ於テ獨立ノ價値效用アル物(例、家屋)、ト他ノ物ノ價値效用ヲ補助スルニ過ギザル物(例、建具)トアリ。而シテ社會通念ニ於テ 前者ニ付テノ 賣買其他ノ取引ハ後者ニ付テノ賣買其他ノ取引ヲ包含スルモノト解釋セラルヽコト多シ。故ニ法律ハ、當事者ガ前者ノミ又ハ後者ノミヲ取引スルノ自由ヲ有スルコトハ勿論ナルモ、特ニ反對ノ意思ヲ表示セザル限リ、前者ノ取引ハ後者ノ取引ヲ伴フモノトスル、(主物ト從物トノ關係ヲ定メテ取引界ノ實情ニ適合セントス。斯クノ如キ主從ノ關係ハ一般的ニハ物ニ關シテ認ムルニ止マルモ、權利等ニ付テモ主從ノ關係ヲ認ムル可キ場合少ナカラズ。各個ノ事案ニ付テ取引行爲ノ解釋上權利ニ付テモ主從法理ノ適用ヲ見ルコト多シ(註一)。或權利ト他ノ權利トノ間ニ主從ノ關係ヲ認ムル爲メニハ民法ハ屢特ニ明文ノ規定ヲ以テスルガ故ニ(例、民281.447)、權利間ノ主從關係ハ未ダ一般的ニハ認メラレザルモノト解ス可シ。

註一 債權ノ轉付命令ノ效力ハ利息ニモ及ブモノトセラル(大正十年十一月十五日大審院判例)。

主物ト從物トノ區別ノ標準

II. 或物(主物)ノ所有者ガ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物ヲ從物トス(民87 I)。此ノ從物(Zubehör, Zugehör, Nebensache, Accessoire) ニ對スル關係ニ於テ 其或物ヲ主物(Hauptsache, chose principale.) ト稱ス。例ヘバ家屋ノ疊建具、湯殿、納屋、便所、倉庫ノ鍵、庭園(土地)ノ樹木、時計ノ鏈ノ如キハ從物ニシテ、家屋、倉庫、庭園、時計ノ如キハ主物ト解ス可キガ如シ。主物ト從物トノ關係ハ動產タルト不動產タルトニ關係ナシ。

從物ノ要件

III. 尙ホ上記ノ觀念ヲ分說シツヽ從物タルノ要件ヲ示スベシ。

常用

1. 主物ノ常用ニ供セラルヽ物ナルコト。

常用トハ繼續的ノ關係ヲ意味ス。故ニ一時的ノ代用品ノ如キハ從物トナラズ。例ヘバ倉庫ノ鍵ヲ金庫ニ代用スルモ其鍵ハ金庫ノ從物トナラザルナリ。

同有

2. 主物ト所有者ヲ同ウスルコト。

故ニ家屋ノ所有者ガ設備シタル疊建具ハ其家屋ノ從物トナルモ、借家人ガ持込ミタル疊建具ハ其家屋ノ從物トナルコトナシ。此要件ノ立法理由ハ後段ニ述ブル「從物ノ運命」ヲ決スル必要ニ基クモノナリ。蓋シ然ラザレバ主物ノ處分ハ他人ノ物ヲ從物トシテ處分スルガ如キ惡結果ニ到ルヲ以テナリ。

附屬

3. 主物ノ附屬物ニシテ組成部分ニ非ラザルコト。

附屬ト見ラルヽ爲メニハ價値效用ヲ補助スル關係アルヲ要ス。主物ト從物トハ接着セザルモ附屬關係ヲ認ムルニ足ル。倉ノ鍵ノ如キハ倉ニ接着セザルトキト雖モ從物タリ得ルガ如シ。而シテ物ノ組成部分ハ其レト一體ヲ爲ス一部ナレバ、其レト別立スルヲ要スル從物トナルコトナシ。疊、建具ハ家屋ノ組成部分ニ非ラザルモ、家根瓦、雨戸ノ如キハ家屋ノ組成部分ニシテ從テ家屋ノ從物ニ非ラズ。從物ナルカ組成部分ナルカハ社會生活ノ實情ニ關係シテ定ム可キ各場合ノ認定問題ナリ。

從物ノ運命

IV. 從物ハ主物ノ處分ニ隨フ(民87 II)。茲ニ處分トハ事實上ノ處分ヲ含マズ、法律上ノ處分ニ限ル。法律上ノ處分タル以上ハ債權的處分ナルト物權的處分ナルトヲ區別スルコトナシ。故ニ例ヘバ主物ニ付キ賣買、讓渡、又ハ抵當權ノ設定等アルトキハ其賣買讓渡又ハ抵當權設定(註一)ノ效力ハ從物ノ上ニモ及ブモノトス。

是レ普通ノ場合ニ於ケル當事者ノ意思ニ適合セシムル爲メノ制度(任意規定)ナレバ、當事者ハ是ト反對ノ特約ヲ爲シ得ル自由ヲ有スルコトハ勿論ナリ。

註一 主物ニ對スル抵當權設定カ動產タル從物ニ及ブヤ否ヤハ問題ナルモ、以前ノ判例ハ消極說ヲ採リ近年ノ判例ハ積極說ヲ採ル。私モ積極說ヲ採ル。即チ抵當權ノ客體ヲ不動產トスル原則ヲモ破リテ、主從運命論ヲ徹底セシメントスルモノナリ。然レドモ其從物タル關係ヲ失ヒテ獨立ノ動產トナルニ至レバ當然ニ抵當權ノ負擔ヲ脫スルモノト解セントス。即チ抵當權ノ追及力ニ制限ヲ加フルナリ。詳細ハ物權法ニ讓ル。

第四節 元物ト果實

序言

I. 民法ニ果實(Früchte, Fruits)ト云フハ天然果實及ビ法定果實ヲ包含スルモ、民法ハ其ノ各別ノ觀念ヲ規定スルニ止メ兩者ヲ統一シタル果實ノ觀念ヲ定ムル規定ヲ置カズ。法文ニハ單ニ果實トアルモ兩者ヲ含ム場合ト其一方ノミヲ指ス場合トアリ。其解釋ハ各條ノ說明ニ讓ル。

天然果實

II. 天然果實(natürliche Früchte, fruits naturels)トハ或物(元物)ノ用方ニ從ヒ收取スル產出物ヲ云フ(民88 I)。此ノ天然果實ニ對スル關係ニ於テ其或物ヲ元物(die sog. Muttersache der Früchte, Substanz, chose originaire)ト稱ス。

元物

天然果實ノ要件

III. 尙ホ上記ノ觀念ニ基キ天然果實タルノ要件ヲ說明スルコト次ノ如シ。

1. 產出物(Erzeugnisse, Erträgnisse)ナルコト。

產出物

產出物トハ元物ノ性質ニ基キ其レヨリ分割スル物ヲ云フ。例ヘバ樹木ノ果實、牛馬ノ子ビ牛乳、土地ノ土砂石、鑛物ノ類、泉水、農作物、雜草ノ如キ是ナリ。產出物ハ元物ヨリ分割スルマデハ元物ノ組成部分ナリ、分割ニ因テ獨立ノ物トナル。

或時期ニ於テ收取スル桑葉ハ果實ト謂フヲ得ヘシト雖モ、桑樹其物ハ土地ノ定著物ニシテ果實ニ非ズ（大正五年大審院判決）

2. 用方ニ從ヒテ收取スルコト。

用方

物ノ用方トハ物ノ經濟的管理方法ヲ意味ス。産出物ヲ收取スルニ適スル管理ノ結果トシテ收取セラレタル物ハ茲ニ謂フ用方ニ從ヒテ收取セラレタル物ナルモ、斯カル管理トハ無關係ノ狀態ニ於テ（偶然ニ）收取セラレタル物ハ、茲ニ謂フ用方ニ從ヒテ收取セラレタル物ニ非ラズ。而シテ物ノ用方ハ收取者ノ意思ト其實行狀態トノ一致ニ因テ定マル。即チ主觀的ニ且ツ客觀的ニ之ヲ定ムルモノトス。例ヘバ牛ヲ飼養スル者ガ荷牛トスルカ乳牛トスルカノ意思ト其意思ノ實行狀態トノ一致ニ因テ、其牛ノ用方ガ定マル。

用方ヲ定ムル必要

用方ニ從テ收取シタル産出物ナリヤ否ヤ、即チ果實タル産出物ナリヤ果實以外ノ産出物ナリヤヲ定ムルノ必要ハ、他人ノ所有物ニ付キ收益權ヲ有スル者ノ在ル場合ニ於テ顯著ナリ。例ヘバ或土地ニ付キ所有者以外ノ者（例、永小作權者）ガ耕作上ノ收益權ヲ有スル場合ニハ、該收益權者ハ其土地ヨリ收取シタル土砂石等ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得ズ。蓋シ土砂石等ハ耕作地ノ用法ニ從ヒテ收取シタルモノニ非ラザルヲ以テナリ。マタ善意ノ占有者又ハ賣主ハ用方ニ從ヒテ産出物（果實）ヲ收取スル權利ア

ルモ（民189.575 I）、用方ニ從ハザル産出物ヲ收取スルノ權利ヲ有セザルナリ。然ルニ所有權者ニ於テハ用方ニ從ヒタルト否トニ拘ハラズ、一切ノ産出物ヲ收取スルノ權利アルモノトス。故ニ所有者ノ收取權ヲ定ムル點ニ於テハ果實タル産出物ト果實タラザル産出物トヲ區別スルノ必要ナシ。

天然果實ノ收取

IV. 天然果實ハ其元物ヨリ分離シタル時ニ獨立ノ物（註一）トナルガ故ニ、此時ニ於テ之ヲ收取スル權利者ニ屬スルモノトス（民89 I）。即チ分離時ヲ標準トシテ收取權者ヲ定ムルモノナリ（註二）。蓋シ分離前ノ果實ナルモノハ元物ト一體ヲ爲シ元物果實共ニ一箇ノ權利ニ服ス可キモノナレバナリ。而シテ果實ノ産出ニ努力シタル者及ビ努力ノ量等ヲ考慮シテ果實ヲ公平ニ分配スルコトハ頗ル困難ナルモノアル可キガ故ニ（獨逸固有法ハ生産主義ヲ採リタルモ）、民法ハ羅馬法其他ノ近世諸國法ニ行ハルヽ分離主義ヲ採用シテ簡單ナル方法ヲ以テ果實ノ收取權者ヲ決定セシメントスルモノナリ。果實收取權者ガ何人ナリヤハ一般ノ規定ニ依テ定マル（民189.206.270.356.575.593.601.799.890.）。天然果實ハ分離ト云フ事實ニ因テ法律上當然ニ收取權者ニ屬スルモノニシテ、收取權者ノ行爲ヲ要セザルナリ。

分離問題

吾民法ハ天然果實ノ分離（perceptio）ノ時期（成熟、未

熟）及ビ原因（自然、人爲）ニ付キ何等ノ制限ヲ置カザルガ故ニ、收取權(Bezugsrecht)ヲ亂用シテ成熟セザル果實ヲ收取スルガ如キ弊害ヲ生ズベシ。經濟關係ヲ保護スル爲メ適當ナル立法ノ餘地アリ。現行法ノ下ニ於テハ果實ヲ生ズ可キ物ノ取引ヲ爲ス者ハ果實ノ處置ニ付テ特ニ考慮ヲ要スルモノトス。蓋シ例ヘバ果實ヲ生ズ可キ果樹ノ所有權ヲ讓渡スル場合ニ果實ヲ取得ス可キ者ハ、讓渡人ナルカ讓受人ナルカノ如キ關係ハ、特約ヲ爲サヾレバ分離ノ時ニ於ケル果樹ノ所有者ガ其果實ヲ取得スルコトヽナリ、而カモ分離ノ原因ガ人爲ナルヲ得ルノ結果ハ所有權ノ移轉ニ先ンジテ讓渡人ガ果實ヲ全部收得スルコトヲ得可ク、斯クテ果實ヲ期待シテ讓受ケタル者ハ其期待ヲ害セラルヽコトアレバナリ。

註一 果實ハ未ダ樹枝ト分離セラレザル以前ヨリ一種ノ動產トシテ取扱ハルルコトヲ妨ゲザルモノトス(大正九年大審院判決)。物ノ觀念ヲ定ムルニ必要ナル獨立性ノ問題ヲ判斷スルニ付テ重要ナル意義ヲ有スル判例ト思フ（本書二一九頁對照)。私ハ果實ガ分離前ニ於テ元物ト獨立シタル取扱ヲ受クルトキハ（從テ元物ノ所有者ト果實ノ所有者ガ別人ナルニ至レバ)、寧ロ其レハ果實ノ法理ヲ以テ觀察ス可キモノニ非ラズ、マタ純粹ナル果實ニモ非ラズト思フ。

註二 青田ノ時田地ノ賣買ヲ爲シタル場合ニハ其年全部ノ小作米ヲ買主ノ所得ニ歸セシムルハ相當ニシテ特約ノ存セサル限ハ賣主ハ月割ノ利益ヲ受クルコトヲ得ス(明治二八年大審院判決)

法定果實

V. 法定果實(gesetzliche Früchte, fruits civils, fruits légals)トハ或物（元物）ノ使用(註一)ノ對價トシテ受ク可キ金錢其他ノ物ヲ謂フ(民88 II)。此法定果實ニ對スル關係ニ於テ其或物ヲ元物ト稱ス。例ヘバ家賃、地代、利息ノ如キハ法定果實ニシテ、貸家、貸地、貸金ノ如キハ元物ナリ。法定果實ハ金錢其他ノ物ニシテ之ヲ請求スル權利ニ非ラズ。獨逸民法ハ法律關係ニ因テ生ズル物又ハ權利ノ收入ヲモ之ヲ果實トスル旨ヲ規定ス(獨民§99Ab.3)。吾民法ニ於テハ法定果實ハ物ノ使用ノ對價トシテ受取ル物ナルヲ以テ權利使用ノ對價トシテ受取ル物ハ法定果實ニ非ラズ。マタ其ノ使用セラルヽ權利等ハ元物ニアラザルモ元本ノ一種ナリ。即チ元物ハ物タルヲ要スルモ元本ハ物タルヲ要セズシテ、元本ナル語ハ元物ヨリモ廣義ニ用ヒラルヽコトアリ(例、民12.14.929)。マタ或ハ元本ナル語ハ利息ノ母體（元金）ノ意義ニ用ヒラルヽコトアリ(例、民297.346.405.491.691)。

元物ト元本トノ區別

使用トハ何ゾヤ

茲ニ使用ト云フハ使用貸借ニ於ケル使用ノミナラズ。消費貸借ニ於ケル使用ヲモ含ム。即チ消費シテ他ノ物ヲ返還スルハ茲ニ云フ使用ニ當ルモノト解ス。返還ヲ要セズシテ消費シ得ルコトノ對價物ハ賣買代價ノ如キモノトナリテ果實ト見ル可キニ非ラズ。

法定果實ハ元物ノ使用期間中不斷ニ且ツ比例的ニ生ズルヲ通常トスルモ、此點ハ法定果實タルノ要件トナス可カラズ。故ニ使用後一時拂ノ法定果實ヲモ認ムルコトヲ

得可シ。

法定果實ノ收取權者ハ當事者ノ契約又ハ各條ノ規定等ニ依テ定マル。收取ノ分量ハ收取權ノ存續期間日割（日數）ヲ以テ之ヲ定ムルモノトス(註二)(民89 II)。此規定ハ强行規定ニ非ラザルヲ以テ特ニ時間割、月割、年割等ノ約定ヲ爲スヲ妨ゲズ(註三)。

註一 現實ニ使用シタルコトヲ要セズ、使用シ得ル狀態ヲ以テ足ル。故ニ借金、借家、借地等ヲ使用セザルモ、其對價ハ法定果實タルヲ妨ゲズ。損害賠償金ノ不履行ニ基ク一定利率ノ賠償金ノ如キモ（民419）、基本ノ賠償金ヲ元物トスル法定果實ト見ル可キモノトス。蓋シ基本ノ賠償金ヲ支拂フ可キニ其支拂ヲ爲サヾルハ、之ヲ使用シ得タル狀態アリテ其對價タル可ケレバナリ。株式配當金ノ如キハ更ニ幾分ノ疑義モアリ異論モアレド、株金使用ノ對價ト見テ法定果實ノ原則ヲ適用ス可キモノト思フ。

註二 家賃收得ノ權利ハ特別ノ合意ナキトキハ其家屋ノ所有權移轉ノ日ヨリ當然買主ニ屬スヘキモノトス(明治二九年大審院判決)。元本債權又ハ株式ノ讓渡ノ場合ニハ讓渡日以後ノ利息又ハ配當金ハ讓受人ガ取得スルモノトス。然シ讓渡契約ニ於テハ未ダ受取ラザル利息又ハ配當金ハ既生ノ分ヲモ全部元本又ハ株式ト共ニ讓渡スルコト多カル可シ。

註三 法定果實ノ數量ヲ指示スルニ年額又ハ月額ヲ以テシタルトキニ之ヲ日割ニ換算シテ一日分ノ單位額ヲ算出スルニハ、年額ハ問題ノ年ノ長短ニ拘ハラズ(平年閏年ニ拘ハラズ)常ニ之ヲ三百六十五分シ、月額ハ問題ノ月ノ長短ニ拘ハラズ（三十一日、三十日、二十八日、二十九日ノ何レノ月ナルニ拘ハラズ）常ニ之ヲ三十分ス可キモノトス。是レ法文ニ規定ナキ所ナルモ社會ノ慣習ニ適シ、計算ヲ簡易化セシムルニ適スル解釋ナリト思フ。

法定果實ヲ月額ニテ定メタルトキハ三十一日ノ月モ三十日ノ月モ二十八日又ハ二十九日ノ月（二月）モ、法定果實ハ各月ノ長短ニ拘ハラズ同量トスル旨ノ特約（又ハ之ニ相當スル慣習）アルモノト見ル可キナリ。例ヘバ「一ケ月三十圓ノ家賃」ヲ定メタル場合ニハ各月（長短ニ拘ハラズ）同額ノ家賃ヲ定メタルモノト見ル可キナリ。然シ此特約ハ全月ニ係ラザル場合（月ノ中途ニ於テ契約ガ結バレ又ハ其契約ガ終了スル場合）ニハ、其月

ノ家賃ハ日割ニテ支拂ヒバ足ルモトト解ス。其場合ニ一日ノ單位ヲ算出スルニハ上述ノ如ク一ケ月分ヲ常ニ三十分ス可キモノトス。故ニ二月ニ於ケル十五日間ノ家賃ハ$\frac{30圓}{30日}$×15日＝15圓トナル。之ヲ$\frac{30圓}{28日(又ハ29日)}$×15日ト算出ス可キモノニ非ラズ。年額ニテ定メタルトキモ此理ニ依ル可キモノナリ。

第五節

餘述

民法總則第三章中ニハ規定ナキ事項ニ係ルモ、尙ホ私法上重要ナル意義ヲ有スル物ノ分類アルガ故ニ、茲ニ之ヲ一瞥スルノ要アリ。

I. 特定物(bestimmte Sache)、不特定物(unbestimmte S.)

特定物、不特定物

特定物トハ當事者ガ具體的ニ指定セル物ヲ云ヒ、之ニ反シテ不特定物トハ抽象的ニ指定セル物ヲ云フ。換言スレバ前者ハ物ノ個性ヲ要件トシテ指定サレ、後者ハ物ノ種類ヲ要件トシテ指定サルヽナリ。物權ハ特定物ノ上ニ成立ス可キモノナルモ、債權ハ特定物ニ關スルコトアリ、マタ不特定物ニ關スルコトアリトス（民400.401.483.484.534.535)。

II. 代替物（vertretbare S.)、不代替物（unvertretbare S.)

代替物、不代替物

此分類ハ不特定物、特定物ノ分類ト一致スルコト多シト雖モ其觀念ハ異ナル。代替物トハ當事者ノ指定如何ニ拘ハラズ、社會常態ニ於テハ種類ヲ以テ定マリ、個性ヲ

問ハザル物ヲ言ヒ（例、米、金錢、木材）、之ニ反シテ不代替物トハ當事者ノ指定ニ拘ハラズ、社會常態ニ於テハ個性ヲ以テ定マリ、同一種類内ニ於テモ選定ノ餘地ナキ物ヲ云フ（例、土地、家屋、時計、寶物）。代替物ハ通常、不特定物ニシテ、不代替物ハ通常、特定物ナリトス。然レドモ當事者ハ特別ノ必要ニ依リ、代替物ヲ特定物トシ、不代替物ヲ不特定物トシテ取引スルコトアリ。要スルニ特定物、不特定物ノ分類ハ當事者ノ取引行爲ニ基因スル主觀的分類ニシテ、不代替物、代替物ノ分類ハ一般社會ノ取引狀態ニ基因スル客觀的分類ナリ。

物權ハ不代替物ノ上ニ成立シ、債權ハ代替物ニ關シテモ不代替物ニ關シテモ成立スルモノトス。消費貸借及ビ消費寄託等ノ法律關係ハ代替物ニ關シテノミ成立シ得ルモノトス（民587.666）。マタ民事訴訟法ノ督促手續ハ代替物債權ニ付テノミ許サルヽモノトス（民訴430）。

III. 消費物（verbrauchbare S.）、不消費物（unverbrauchbare S.）

消費物、不消費物

消費物トハ通常、一回ノ使用ニ因テ其效用ヲ失フ物ヲ言ヒ（例、米、酒、油、炭）、不消費物トハ通常繼續シテ使用シ得ル物ヲ言フ（例、土地、家屋、家具、書畫）。金錢ノ如キハ客觀的ニハ繼續使用ヲ可能トスルモ、主觀的ニハ一回ノ使用ニ因テ其效用ヲ失フ物ニシテ、通常ハ消費物トシテ取扱ハル。

消費物モ不消費物モ物權ノ客體トナルコトヲ得ル點ニ於テハ同一ナルモ、債權ノ目的トシテ之テ觀察スルトキハ、前者ハ消費貸借及ビ消費寄託ノ目的拋トナリ（民587.666）．後者ハ使用貸借及ビ通常ノ寄託ノ目的物トナルコトヲ得可シ（民593.601.657）。

IV. 可分物（teilbare S.）、不可分物（unteilbare S.）

可分物、不可分物

可分物トハ性質上且經濟上、現實的分割ノ可能ナル物ヲ云ヒ、不可分物トハ其不能ナル物ヲ云フ。例ヘバ一頭ノ馬又ハ一個ノ机ハ之ヲ現實的ニ分割スレバ、馬又ハ机タル性質ヲ失フコトヽナルヲ以テ不可分物ナリトス。マタ一個ノ家屋又ハ一個ノ寶石ハ家屋又ハ寶石タル性質ヲ害セズニ分割シ得ルトシテモ、其レガ爲メニ著シク其價格ヲ損ジ又ハ過分ノ費用ヲ要スルモノナルトキハ、經濟上ハ分割ノ不能ナルモノトシテ不可分物ト見ル可キモノナリ。之ニ反シテ米、金錢、土地ノ如キハ通常ハ性質上モ經濟上モ分割ノ可能ナル物トシテ可分物トナル。茲ニ云フ分割トハ現實的ノ分割ヲ意味シ、賣却シタル代金ヲ以テスルガ如キ經濟的分割ヲ意味スルモノニ非ラズ。一頭ノ馬ハ現實的分割ハ不能ナルモ、經濟的分割ハ可能ナリ。

可分物ト不可分物トノ分類ハ物權關係（民256）ニ於テモ、債權關係（民427）ニ於テモ其實益ヲ生ズル觀念ナリ。

V. 融通物(verkehrfähige S.)、**不融通物**(unverkehrfähige S.)

融通物、不融通物

融通物トハ一般ニ法律取引ノ目的トスルコトヲ得ル物ヲ云ヒ、不融通物トハ然ラザル物ヲ云フ。例ヘバ爆發物、僞造物、阿片煙、不穩文書、猥褻畫等ヲ取引スル法律行爲ハ普通ノ場合ニハ無效ニシテ(民90)、斯カル物ハ不融通物ト見ル可キモノナリ。然レドモ斯カル物ノ所有權ト占有權トハ必ズシモ否定セラルヽモノニ非ラズ。故ニ不融通物ハ取引能力ヲ有セザルモ權利客體能力ヲ有スルモノト云フコトヲ得可シ。若シ取引ヲ禁ゼラルヽノミナラズ、所有及占有ヲ爲スコトマデモ禁ゼラルヽガ如キ場合ニハ(例、人ノ身體)、寧ロ權利ノ客體トシテノ「物」ト見ルコト能ハザルニ至ル可シ。

公用物、公有物

一般ノ公用ニ供セラルヽ所謂「公用物」(res communes omnium)及ビ國家其他ノ公法人ノ所有ニ屬スル所謂「公有物」(res publicae)ヲモ、不融通物ト解スル學者少ナカラズ。然レドモ公用物及ビ公有物ハ物ノ性質上、私用物又ハ私有物タルコトノ不能ナル物ニハ非ラズ。從テ斯クノ如キ分類ハ公用又ハ公有中ニ於ケル一時的現象ヲ說明スルニ止マリ、物其レ自體ノ一般的性質ヲ說明スルモノトシテハ殆ンド價値ナキ觀念ナル可シ。然レドモ特別ナル法律ノ規定ヲ以テ公用物ガ私權ノ目的タルコトヲ制限セ

ラルヽコトアリ。公川及ビ道路等ニ其例ヲ見ル(河川法、道路法)。

第七章
法律行爲
第一節
緒論

法律效力ノ觀念

I. 凡ソ法律效力又ハ法律上ノ效力（Rechtswirkung）トハ吾人ノ法律意識ノ上ニ現ハレタル現象ニ外ナラズ。其意識界ノ現象ナルノ點ニ於テ他ノ自然界ノ現象ト區別セラレ、又タ法律意識ノ上ニ現ハルル現象ナルノ點ニ於テ他ノ意識界ノ現象ト區別セラル。法律效力ノ實體ハ吾人ノ生活關係ニ外ナラズシテ法律效力アル生活關係ヲ法律關係ト云フ。法律效力ハ直接又ハ少クトモ間接ニハ權利義務ニ關セザルハナシ（本書55頁對照）。殊ニ近世私法ハ權利本位ニ發達セルガ故ニ其法律效力モ亦タ權利本位ニ說明セラルヽモノ多シトス。

權利能力、行爲能力ノ如キモ法律效力ニ外ナラズ。權利及ビ義務ノ觀念モ法律效力ナリ。就中權利及ビ義務ハ法律效力ノ主要ナルモノナリ。權利及ビ義務ハ或ハ新ニ發生シ（註一）、或ハ其主體（註二）又ハ內容（註三）ヲ變更シ、或ハ消滅（註四）スルコトアルモ、皆ナ吾人ノ法律意識ノ上ニ現ハレタル現象ニシテ法律上ノ效力ニ外ナラズ。

註一　新タニ發生スル權利ヲ取得スルヲ原始的取得 ursprünglicher oder originärer Erwerb, original acquisition）トイフ。新タニ發生スル權利ヲ取得スル場合ニ於テモ他人ノ權利ヲ基礎トスル權利取得ハ純粹ナル原始取得ト見ズシテ、寧ロ繼受取得ノ性質ヲ有スルモノト解シ得可シ。蓋シ例ヘバ所有權者ヨリ地上權又ハ抵當權等ノ設定ヲ受ケル場合ニハ、其地上權又ハ抵當權ハ所有權ヲ基礎トシ恰モ一部ノ所有權ヲ分與セラルヽガ如キ關係ニ立ツモノナレバナリ。

註二　他人ノ有スル既存ノ權利ヲ取得スルヲ繼受的取得（abgeleiteter Erwerb, derivative acquisition）トイフ。前主ヨリ見レバ權利ノ喪失（Verlust）ナリ。權利自體ヨリ觀察セバ權利主體ノ變更ニ外ナラズ。故ニ之ヲ權利ノ移轉（Uebertragung, transmission.）ト稱ス。

註三　權利ノ同一性（存立基礎）ヲ害スルコトナク權利ノ內容又ハ作用ヲ變ズルコトヲ權利ノ變更（Aenderung, modification.）トイフ。權利ノ主體ヲ變ズルコトハ通常權利ノ變更ト解セズ。地上權存續期間ノ十年ヲ二十年トナシ、質權又ハ抵當權ニ依テ擔保セラルル、一千圓ノ債權ヲ二千圓ノ債權ト爲スガ如キハ何レモ地上權・質權・抵當權・債權等ノ變更ナリ。

註四　權利ノ消滅（Untergang, extinction）トハ何人ノ爲メニモ權利ガ存在セザルニ至ルコトヲ云フ。故ニ之ヲ絕對的又ハ客觀的消滅トモ考フルコトヲ得可シ。反之、權利主體ノ變更ハ之ヲ相對的又ハ主觀的消滅ト稱スルコトモアリ。

法律事實

II. 法律效力ヲ惹起ス可キ原因タル自然界ノ現象ヲ法律事實（juristische Tatsache, fait juridique.）トイフ。例ヘバ人ノ出生ニ基テ權利能力發生シ、人ノ死亡ニ基テ相續ガ開始シ又ハ遺言ガ效力ヲ生ジ、果實ノ發生分離ニ因テ物ノ所有權ヲ取得シ、一定ノ狀態ヲ保ツ時ノ經過（時效）ニ因テ權利ノ得喪ヲ來シ、家屋燒失ニ因テ其所有權ノ消滅スルガ如キハ、皆ナ自然界ノ現象ヲ基本トスル法律上ノ效力ナリ。故ニ出生、死亡、果實分離、時ノ經過及ビ家屋燒失等ハ皆ナ一ノ法律事實ナリ。

法的行爲

III. 人類ノ動作モ亦タ廣義ニ於テハ自然界ノ現象ニ

シテ法律上ノ效力ヲ惹起ス可キ原因(法律事實)トナル。是等ヲ法的行爲(juristische Handlung)ト稱シテ他ノ自然界ノ現象ト區別セントス。ソノ行爲ハ人類ノ意識ニ基ク身體ノ動作ナラザル可カラズ。其意識ニ基カザル身體ノ動作ハ單純ナル自然界ノ現象タルニ止マリ之ヲ法律上人ノ行爲ト稱スルヲ得ズ。睡眠中又ハ人事不省中ノ動作、事物ノ辨識能力ヲ有セザル幼者ノ動作及ビ外部ノ强制ニ基ク動作ノ如キハ、其動作者ノ意識ニ基クモノト見ルヲ得ザルガ故ニ法的行爲ニ非ラザルナリ。

法律行爲トノ區別

IV. 法的行爲ニハ行爲者ガ或法律效果ヲ欲シタルガ故ニ其效果ヲ生ズルモノト、欲シタルト否トニ拘ハラズ或一定ノ法律效果ノ生ズルモノトアリ。法律行爲ハ前者ニ屬ス。不法行爲ノ如キハ後者ニ屬ス。上ニ述ベタル法的行爲ハ廣義ニ於テハ法律行爲ヲ包含ス。然レドモ法律行爲ナル語ハ現行法上竝ビニ學界ニ於ケル一定ノ術語ナルヲ以テ、狹義ニ於ケル法的行爲ハ法律行爲ト分離スルコトヲ適當トス。吾民法ハ法律行爲ニ對シテハ總括的ノ原則ヲ定ムルモ、法的行爲ニ對シテハ全ク之ヲ定メズ。

法律行爲ナル語ハ吾國ニ於テハ現民法ニ於テ始メテ之ヲ用ヒタルモノニシテ、其起源ハ獨逸民法第一草案ニ表ハレタル „Rechtsgeschäft" ナル語ヲ繼受シタルモノナリ。英語ノ "juristic act" 及ビ佛語ノ "acte juridique" ハ

獨逸法ノ影響ヲ受ケタル學術語ナルモ未ダ成法上ノ術語トナルニ至ラズ。羅馬法ニモ法律行爲ナル統一的觀念ハ無カリシナリ。

適法行爲ト不適法行爲

V. 狹義ノ法的行爲ニハ適法ナルモノアリ、不適法ナルモノアリ。所有權ノ拋棄、先占ノ如キハ適法行爲ニシテ不法行爲ノ如キハ不適法行爲ナルガ如シ。又タ法的行爲ニハ法律行爲ニ類似セルモノ(rechtsgeschäftsähnliche Handlung)ト、然ラザルモノトアリ。前者ニ對シテハ法律行爲ニ關スル原則ヲ準用スルノ必要ヲ感ズルモノナリ。

例ヘバ請求、通知、承認、同意ノ如キハ法律行爲ニ非ズシテ(意思表示ナク觀念表示アルニ過ギズ)、法的行爲ノ一種ナレドモ、法律行爲ニ類似スルガ故ニ之ニ對シテハ總括的ノ原則ヲ定メザル吾法制ノ下ニ於テハ法律行爲ニ關スル原則ヲ準用スルコトヲ適當ト信ズ。從テ例ヘバ無能力者ガ此等ノ行爲ヲナシタルトキハ取消シ得可キモノト解スルガ如シ。

法律效力ノ處理

VI. 吾人ハ法制ヲ通ジテ廣汎ナル範圍ニ於テ自由意思ニ基キ法律效力ヲ處理スルコトヲ得ルノ力ヲ有ス。是レ法律ハ各人ニ日常生活ニ於ケル自治(Autonomie)ノ力ヲ認メ、民事上ノ自治的生活ヲ爲サシムルガ爲メニ外ナラズ。各人ノ日常生活ニ於ケル法律效力ハ其レガ財產關係ニ付テナルト又ハ身分關係ニ付テナルトヲ問ハズ、各人ノ欲スル所ニ從テ之ヲ處斷セシムルコトハ曾ニ各人ノ最モ幸福トスル所ナルノミナラズ、延イテハ社會ノ爲メニモ最モ幸福トスル所ナリトシ、茲ニ民事自治ノ原則ヲ

生ズルモノナリ。而シテ各人ハ其法律效力ノ處理ニ付テ欲スル所ノ意思ヲ表示スルノ自由アリ(註一)。之ニ因テ法律效力ニ對シテ爲サルル所ノ意思表示ナルモノアリ。

意思表示ト法律行爲

意思表示ハ單獨ニ又ハ他ノ意思表示若シクハ其他ノ事實ト結合シテ法律上ノ效力ヲ處理スルモノナリ。斯カル法律效力ヲ處理スルノ事實ヲ法律行爲ト稱ス。從テ意思表示ハ其內容ニ於テハ法律行爲ノ一部分ニ過ギザルモノトス。意思表示ハ法律行爲ノ重要ナル成分ナルモ、兩者ノ關係ヲ過重視シテ之ヲ混交ス可カラズ(註二)。

固ヨリ民法ハ意思表示及ビ法律行爲ノ定義ヲ示サズ。仍テ吾人ハ各種ノ規定ヲ說明スルニ付キ最モ適當ナル標準ヲ考案シテ其意義ヲ定メザル可カラズ。

註一　個人自治ノ原則ハ近世殊ニ佛蘭西革命以後ニ確定セルモノナリ。其レ以前ノ封建的階級制度ノ社會ニ於テハ各人ノ財產關係モ身分關係モ多クハ固定的ナル身分ニ基イテ定マリ、各人ノ自由意思ニ因テ之ヲ定ムルノ餘地ハ甚ダ少カリシモノナリ。即チ各人ハ他人ト互ニ對等ナル地位ニ於テ自由ナル意思ヲ以テ契約ヲ結ブコトハ近世ニ於テ著シク發達セルモノナリ。故ニ近世法ハ「身分ヨリ契約へ」(from status to contract)發達シタリト觀察セラル。然レドモ近代ハ有產者ト無產者トノ間、就中大資本家又ハ大企業家ト勞働者トノ間ニ、自由意思ニ基ク契約ノ締結ヲ見ルコトハ甚ダ困難トナレリ。契約ノ內容ハ有產者側ニ於テ決定シ無產者ハ之ヲ締結スルヤ否ヤノ自由ヲ有スルニ過ギズ。而カモ周圍ノ狀勢ハ屢締結ヲモ强制スルノ感アルナリ。故ニ契約其他法律行爲ノ自由トハ法制上ノ自由ヲ意味シ、經濟上社會上ノ自由ト一致セズ。各人ニ日常生活上ノ法律效力ヲ自由ニ處理シ得ルモノトスルノ原則ハ、各人ニ將來ノ著大ナル不自由ヲ招來セシムルノ自由ヲ認ムルコトヽナル。無統制ノ自由ハ有害ナル不自由ヲ招クノ自由トナル。故ニ法律行爲ノ自由ニハ適度ノ節制ヲ加ヘテ、稍極端ナル近代原則ヲ適度ニ修正スルノ要アラン。例ヘバ或種ノ契約ハ之ヲ禁制シ改造シ又ハ强要スル(Kontrahierungszwang)等ノ私法的作用ト相待テ、行政的ニハ或種ノ契約ニ對シテ國家的監督ヲ加フルノ要アリ。

註二　Vgl. Enneccerus, Lehrbuch BR.; Biermann, Lehrbuch BR.; Staudinger, Kommentar BGB.; u. s. w.

第二節

法律行爲ノ觀念

法律行爲ノ成分

I. 法律行爲トハ法律效力ヲ處理セントスル意思表示ヲ必要的ニ包含スル(要件トスル)法律事實ナリ。即チ法律行爲ガ法律效力ヲ處理スルハ、法律行爲中ニハ法律效力ヲ處理セントスル意思表示ガ包含セラルル爲メナリ。換言スレバ法律行爲ノ法律效力ナルモノハ、法律行爲ノ要件タル意思表示ヲ基礎トシテ生ズルモノナリ。故ニ法律行爲ノ成立ニハ常ニ意思表示ノ成立ヲ必要トシ、意思表示ハ法律行爲ノ要件ナリト云フモノトス。而シテ普通ノ法律行爲ハ意思表示ノミヲ其成分ト爲スガ故ニ、法律行爲ト意思表示トハ同一ノモノト考フルモ大ナル誤トハナラズ。然レドモ特殊ナル法律行爲(例、占有權讓渡)ニ於テハ意思表示以外ノ事項(例、物ノ引渡)ヲ其成分トスルコトアルガ故ニ、一般的ニハ法律行爲ト意思表示トヲ同一ノモノト考フルコトハ誤解ナリ。

法律行爲ト否トノ區別

不法行爲ハ其法律的構成ニ於テ意思表示ヲ包含セザル

點ニ於テ法律行爲ト區別セラル。蓋シ損害賠償ノ責任ハ偶不法行爲者ノ欲望セル私法上ノ效果ナリシトスルモ、斯クノ如キ欲望(效力意思)ノ存否ニ拘ハラズ一定ノ行爲者ニ對シテハ、法律(民709)ハ當然ニ損害賠償ノ債任ヲ負ハシムルモノナルヲ以テナリ。其他私法上ノ效力ヲ惹起スル吾人ノ各種ノ動作ガ偶其欲望スル所ナリシトスルモ、斯カル欲望ハ其效力ヲ生ズルニ付キ必要ナルモノニ非ザルトキハ、其動作ハ法律行爲トナルモノニ非ラズ(註一)。

註一 例ヘバ果實分離(民89 I.)、所有物毀滅、遺失物拾得(民240)等ノ如キハ所有權ノ得喪(私法上ノ效果)ヲ來ス可キ行爲タル場合ト雖モ、斯カル法律上ノ效果ニ付キ毫モ法律ハ當事者ノ欲望ノ存否ヲ問ハザルガ故、假令當事者ハ斯カル法律上ノ效果ヲ欲望シテ爲シタル場合ト雖モ其行爲ハ法律行爲トナルモノニ非ラズ。

法律行爲ノ效力

II. 法律行爲ノ效力ハ法律行爲ノ要素タル意思表示ノ效力意思(私法上ノ效力ニ對スル欲望)ニ據ル。從テ例ヘバ表意者ハ賣買ノ效力ヲ生ゼシムルコトモ贈與ノ效力ヲ生ゼシムルコトヲモ得可ク、又タ是等ノ效力發生ヲ或條件ニ懸ラシムルコトヲモ得ルガ如シ。固ヨリ斯クノ如ク法律上ノ效力ヲ左右スルコトハ法制ノ許ス範圍內ニ於テ爲ス可キモノトス。爰ニ注意ス可キコトハ法律行爲ノ總テノ效力ハ當事者ノ欲望(效力意思)ヲ限度トスルモノニ非ザルコトナリ。即チ法律行爲ノ效力ハ當事者ノ意思ニ基礎ヲ置クモ、其效力範圍ノ總テガ當事者ノ意思ニ限極

セラルヽモノニ非ラザルナリ。當事者ガ欲望シタルト否トニ拘ハラズ(屢其欲望ヲ超越シテ)法律行爲ノ效力トシテ規定セラルルモノ少ナカラズ。例ヘバ當事者雙方ガ財產權給付債務ト代金支拂債務トヲ交互ニ負擔スルノ欲望ダニアラバ賣買ナル法律行爲ヲ認メ、之ニ對シテハ當事者ノ認識セザリシ賣主ノ擔保責任ヲ認ムルコトアルガ如シ(民560)。

成立ト效力

III. 法律行爲ノ成立ト法律行爲ノ效力トハ之ヲ區別シテ觀念ス可シ(民法ノ規定中ニハ屢之ヲ混同シタルモノアリ)。既ニ成立シタル法律行爲モ其效力ヲ生ゼザルコトアリ得可シ。殊ニ法律行爲ハ其成立時期ト其效力時期トガ區別セラルヽトキニ於テ此兩觀念ノ區別ハ明白トナル。而シテ法律行爲ノ成立ト效力トヲ區別シテ觀念スルトキハ、無效ナル法律行爲モ尙ホ一種ノ法律行爲タルヲ妨ゲザルコトヽナル。或事項ガ法律行爲ノ成立要件ナルカ效力要件ナルカニ因リ、其行爲ハ不成立ナルカ無效ナルカノ區別ヲ生ズルコトアルモ、此問題ハ各部ノ法理ノ解釋ニ讓ル。

法律行爲ガ成立スル爲メニハ當事者、目的、及ビ意思表示ノ三事實ノ存スルヲ要シ、之ヲ一般ノ法律行爲ノ成立要件ト云フ(特殊ナル法律行爲ノ成立要件ハ各部ノ說明ニ讓ル)。

一說ニハ當事者(能力)及ビ目的ハ意思表示ノ成立要件ナルガ故ニ、法律行爲ノ成立要件トシテハ意思表示ヲ擧ゲルヲ以テ足ルト爲ス。然レドモ法律行爲ト意思表示トハ別個ノ觀念ナルガ故ニ、當事者及ビ目的ハ意

思表示ノ要件ナリト云フ理由ヲ以テ、是等ヲ法律行爲ノ要件外ニ置クコト能ハズト信ズ。寧ロ吾民法ハ當事者及ビ目的ノ如キハ法律行爲ノ要件トシテ觀察シ、意思表示ノ要件トシテ觀察スルコトヲ省略シタルノ感アリ。

法律行爲ノ成立要件ハ外形的ニ認メ得レバ足ル。各要件ガ法律的ニ價値アルモノタルコトヲ要セズ。故ニ一應法律行爲ラシキ外觀ヲ呈スルモノアレバ即チ法律行爲アリトナシ、其效力如何ハ之ヲ問フヲ要セザルナリ。從テ法律行爲ノ成立要件ハ其效力發生ノ要件ト區別セラル。或事實ガ法律行爲ノ成立要件ナルカ又ハ效力要件ナルカハ其事實ト其行爲トノ性質ニ因リ決ス可キモノトス。能力(意思能力、行爲能力)、目的(可能、確定、公序良俗、適法)ニ關スル事實ノ知キハ效力要件ト見ル可ク、成立要件ト見ル可キモノニ非ラズ。

意思表示ニ關スル規定

IV. 意思表示ハ法律行爲ノ重要ナル成分ナルガ故、民法ハ屢意思表示ニ關スル原則ヲ規定スルコトニ因テ、間接ニ法律行爲ニ關スル原則ヲ示スノ方法ヲ採ルコトアリ。從テ民法ガ意思表示ト謂ヘル場合ハ法律行爲ト謂ヘルト同義ニ解釋ス可キコトアリ。即チ意思表示ノ效力ニ關スル規定ハ其意思表示ヲ內容トスル法律行爲ノ效力ニ關スル規定ト解スルコトヲ得可シ。

實體的成分

V. 意思表示ハ凡テノ法律行爲ノ成立要素ナリ。而シテ多クノ法律行爲ニアリテハ其全內容ガ意思表示ヲ以テ滿タサル。然レドモ特種ナル法律行爲ハ更ニ意思表示以外ノ法律事實ヲ其成立要素トナス。此事實ヲ實體的成分(Realerfordernis)ト名ツク。斯クノ如ク意思表示以外ノ法律事實(實體的成分)ヲモ成分トスル法律行爲ヲ實體行爲(Realgeschäft)ト稱ス。例ヘバ占有權ノ讓渡ニハ意思

表示以外ニ占有物ノ引渡アルヲ要スルガ如シ(民182)。實體的成分ハ之ヲ法律行爲ノ成立要件ト爲サザルモ效力發生ノ要件ト爲スコトアリ。斯カル行爲ヲモ實體行爲ト稱ス可キヤ否ヤハ用語ノ爭ニ歸ス(註一)。

或ハ實體的要素ハ表意者ノ直接動作ニ因ルコトヲ必要トセズ、且ツ實體的要素ハ部分的ニ成立シ結局之ヲ綜合的ニ觀察スルトキニ之ヲ具有スルヲ以テ足ルト說ク者アリ(註二)。然レドモ斯クノ如キハ法律ガ各行爲ニ付キ實體的成分ヲ要求スル趣旨如何ニ依リテ定マル問題ニシテ、概括的ニ斯カル論斷ヲ下スハ早計ナリト信ズ。

註一　買物ノ引渡(民344)、消費貸借又ハ使用貸借ノ目的物ノ引渡(民587.593)、婚姻又ハ養子緣組ノ屆出(民775.847)ノ如キハ、買權設定、消費貸借、使用貸借、婚姻、緣組等ノ成立要件ト見ル可キヤ其效力要件ト見ル可キヤノ問題アリ。

註二　Vgl. Enneccerus. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. 1.

公法上ノ行爲

VI. 民法ハ私法上ノ意思表示及ビ法律行爲ノコトヲ規定スル外ニ、屢公法上ノ意思表示及ビ法律行爲ノコトヲモ規定ス。然レドモ後者ニ對シテハ所謂(私法上ノ)意思表示及ビ法律行爲ニ關スル原則ノ適用ナキモノト解ス。例ヘバ禁治產宣告ノ請求及ビ之ニ對スル裁判所ノ宣告ノ如キハ民法ニ規定セラレ且ツ私法上ノ效力ヲ生ズ可キ意思表示ナレドモ、之ニ對シテハ私法上ノ意思表示ニ關スル原則ヲ適用セザルモノト解ス可キガ如シ。主トシテ人事訴訟手續法ノ規定ニ據ルベキモノトス(人訴40—)。

第四節

法律行爲ノ種類

法律行爲ハ之ヲ觀察ノ方面ニ從テ種々ナル分類ヲ爲スコトヲ得可シ、其主要ナルモノ次ノ如シ。

I. 單獨行爲、契約、合同行爲

單獨行爲

單獨行爲又ハ一方的行爲(einseitiges Rechtsgeschäft, acte unilatéral, unilateral act)トハ當事者一方ノ意思表示ヲ基礎トシテ成立スル法律行爲ヲ云フ。例ヘバ寄附行爲、遺言、取消、解約、債務免除、私生兒認知等ノ如シ。一當事者ハ數人ヨリ構成セラルヽコトアリ。數人ガ同一ノ地位ニ於テ共同ニ意思表示ヲ爲ストキハ其意思表示ハ單獨行爲ヲ構成スルモノナリ。

契約

契約又ハ雙方行爲(Vertrag, zweiseitiges Rg., contract)トハ數個ノ當事者ノ意思表示ノ化合ニ因リテ成立スル法律行爲ヲ云フ。即チ數當事者ノ意思表示ハ一ハ申込トシテ他ハ承諾トシテ化合スルコト多シ。恰モ水素ト酸素トガ化合シテ水トナルガ如ク、申込ト承諾トハ化合シテ契約トナル。例ヘバ一方ノ當事者ハ賣ル可キコトノ意思表示(申込)ヲ爲シ他方ノ當事者ハ之ニ對シ買フ可キコトノ意思表示(承諾)ヲ爲ストキハ、兩意思表示ハ化合シテ賣買契約ヲ成立セシム。若シ當事者雙方ガ賣ル可キコト又ハ買フ可キコトノ意思表示ヲ爲シタル場合、及ビ買フ可キコトノ意思表示ト賣ル可キコトノ意思表示トガ偶〻合スルモ其間ニ因果關係ノ存セザル場合ニハ兩意思表示ハ化合ニ適セズ。茲ニ注意ス可キコトハ申込及ビ承諾ハ共ニ「契約」ナル法律行爲ヲ組成ス可キ意思表示ナレドモ、各獨立シテ法律行爲タルノ性質ヲ有セズ。申込ト承諾トガ化合シタルトキハ申込及ビ承諾ハ全ク其存在ヲ失ヒ、契約ナル第三ノ法律事實ヲ存セシムルノミ。契約ハ必ズシモ申込ト承諾ナル形式ニ於ケル意思表示ヲ以テ締結セラルヽコトヲ要セズ。何レノ當事者ガ申込ヲ爲シ又ハ承諾ヲ爲シタルヤニ拘ハラズ、苟モ兩意思表示ガ化合シタル以上ハ茲ニ契約ノ成立ヲ認メザルヲ得ズ。吾民法ハ契約ヲ以テ債權發生ノ原因ナリトスル羅馬法以來ノ觀念ニ基キ契約ニ關スル規定ヲ債權編ニ設ケタリ。然レドモ契約ハ債權關係ニ特有ナルモノニ非ラズ、物權關係、親族關係、相續關係ニモ契約アリトス。故ニ獨逸民法ノ如ク契約ニ關スル規定ヲ民法總則編中ニ置クハ當ヲ得タルモノト謂フ可シ。

合同行爲

數當事者ノ意思表示ノ單ナル集合統一ハ之ヲ契約ト區別ス可シ。例ヘバ數人ニテ爲ス定款又ハ寄附行爲ノ協定ノ如キハ同種ノ意思表示ガ單ニ集合統一セルモノニシテ前述セル意思表示ノ化合ノ觀念ヲ缺クガ故ニ契約ニ非

ズ。恰モ水素ト水素トハ化合ニ適セザルガ如ク、法人ノ設立ヲ目的トスル(內容ノ同一ナル)數人ノ意思表示ハ互ニ化合ニ適セザルナリ。定款又ハ寄附行爲ノ協定行爲ノ如ク數個ノ當事者ガ共同目的(例、法人設立)ノ爲メニ各同種ノ意思表示ヲ爲シ、其總テノ意思表示ガ統一セラレテ一個ノ法律行爲トナルトキハ之ヲ合同行爲(Gesamtakt)ト稱ス。合同行爲ハ多數ノ當事者ノ意思表示ヲ基礎トスル點ニ於テ單獨行爲ト異ナリ、多數ノ當事者ガ同一種ノ意思表示ヲ爲ス點ニ於テ契約ト異ナルモノナリ。決議、選擧ノ如キモ法律行爲的ニ觀察スルトキハ合同行爲ノ類ニ入ル可キモノナリ。

II. 有因行爲、無因行爲

有因行爲

有因行爲(Kausalgeschäft)トハ當事者ガ財產權ノ得喪變更ヲ欲望スルニ至リタル一定ノ原因ヲ成立要件トスル法律行爲ヲ謂フ。之ヲ原因行爲又ハ要因行爲トモ云フ。

無因行爲

無因行爲(abstraktes Geschäft)トハ斯カル原因ニ關係ナク(獨立シテ)當事者ガ欲望セル如ク財產權ノ得喪變更ヲ來ス可キ法律行爲ヲ謂フ。之ヲ不要因行爲トモ云フ。

法律行爲ノ原因

抑モ法律行爲ノ原因(Rechtsgrund, consideration, causa, cause.)ナル觀念ヲ認ム可キヤ否ヤニ就テハ學者ノ努メテ論爭スル所ナリ。惟フニ當事者ガ或法律上ノ效力ヲ欲望スルニハ夫々ノ原因ナカル可カラズ。此原因タルヤ

各行爲ニ付キ千態萬樣ナリ。然レドモ法律ハ一般取引ノ觀念ニ從テ各種ノ法律行爲ニ共通ナル原因ヲ定メ、之ヲ以テ其種ノ法律行爲ノ成立ニ必要ナル內容トナシ、財產的行爲ノ法律的構成ヲ合理的ナラシム。然レドモ一方亦タ取引ノ敏活ヲ計ルガ爲メ原因ニ關係ナク獨立的ニ成立シ得可キ法律行爲ヲモ認メタリ。前者ハ即チ有因行爲ニシテ後者ハ即チ無因行爲ナリトス。

茲ニ述ブル法律行爲ノ原因ハ其實質ハ後段述ブル所(本書二九七頁)ノ法律行爲ノ動機ニ外ナラザルモノトス。唯ダ動機ナルモノハ法律行爲ノ成立ニ必要ナル內容トナレル場合ニハ、最早之ヲ動機トハ稱セズシテ原因ト稱スルナリ。無因行爲ニ付テハ動機ト原因トノ區別ヲ認ムル能ハズ。

有因行爲ノ例

例ヘバ賣買ノ如キハ財產權給付債務ノ負擔ト代金支拂債務ノ負擔トガ互ニ他方ノ原因トナルコトニ因テ成立スル法律行爲ナルガ故、有因行爲ナリ。故ニ賣買契約ニ於テハ其一方ノ債務ノミガ發生シ他方ノ債務ガ發生セズト云フガ如キ不合理ナル效力ヲ見ルコトナシ。マタ贈與ノ如キハ「無償ニテ」財產ヲ與フルコトガ法律ノ要求スル一定ノ原因ナリ。即チ反對給付ナキコトガ贈與契約ヲ合理化スル原因トナル。從テ有償ナル場合ハ贈與契約トナルコトナシ。斯クノ如ク贈與ハ無償ト云フ授益原因ヲ成立

要素トナス法律行爲ナルガ故、有因行爲ナリ。

無因行爲ノ例

反之物權行爲、手形行爲ノ如キハ原因ノ存否、態様ヲ問フコトナクシテ成立スルモノナルガ故、無因行爲ナリ。此等ノ行爲ハ固ヨリ有償ナルト無償ナルトニ關係ナク成立スルモノナリ。即チ所有權ノ讓渡ハ代金ヲ受ク可キ賣買ノ爲メナルカ(原因)、又ハ消費貸借契約締結ノ爲メナルカ(原因)等ニ關係ナク、獨立ニ成立シ獨立ニ效力ヲ生ズ可キ無因行爲タル物權行爲タルガ如シ。マタ賣買代金支拂ノ爲メニ(原因)手形行爲ヲ爲シタルカ、或ハ贈與金交付ノ爲メニ(原因)手形行爲ヲ爲シタルカ、其他如何ナル原因ノ爲メニ爲シタルカニ關係ナク、手形行爲ハ獨立的ニ成立シ且ツ效力ヲ生ズルモノナルガ如シ。

原因關係ノ影響

賣買ニ基ク所有權讓渡行爲及ビ其代金支拂ノ爲メニセル手形行爲ノ如キハ、基本タル賣買ガ無效ナリシトキ又ハ取消サレタルトキト雖モ、何等ノ影響ヲ受ケズシテ所有權讓渡又ハ手形上ノ效力ヲ存續スルモノトス。是レ無因行爲ハ原因關係ニ獨立シテ其成立及ビ效力ヲ觀察セラルヽガ爲メニ外ナラズ。唯ダ賣買ガ無效ナリシカ又ハ取消サレタルトキハ、買主ノ得タル所有權モ賣主ノ得タル手形上ノ利益モ各不當利得トシテ返還セザル可カラザルモノトス。マタ手形ニ付テハ直接ノ對抗ヲ許サル(商440)。

原因論ノ範圍

原因行爲ナル觀念ハ財產權ノ得喪變更ヲ目的トスル法律行爲ニ付テノミ存スルモノトス。故ニ此他ノ行爲例ヘバ身分關係ノ行爲ノ如キモノニハ動機アルモ、原因ナルモノヲ認メズ。仍テ財產權ノ得喪變更ヲ目的トセザル法律行爲ハ總テ無因(不要因)行爲ナリト云フモ誤ニハアラズ。唯ダ從來ノ用例ニ從ハザルノミ。

我民法ハ無因行爲ニ付テ別段ノ制限ヲ附セザルヲ以テ公序良俗ニ反セザル限リハ汎ク無因行爲ノ有效ナルコトヲ認メザル可カラズ(民90)。物權取引ハ無因ニノミ許サレ(民176)債權取引ハ有因ニモ無因ニモ許サル。唯ダ此點ニ付キ獨逸民法ハ一定ノ方式ヲ經タル場合ニ限リ單純ナル債務承認又ハ債務約束(Schuldenerkenntnis, Schuldversprechen.)ヲ有效トシタリ(獨民 780.781.)。佛民法ニ於テハ解釋上疑義アリテ茲ニ引照スルコト適當ナラズ(佛民1108.1131.1123)。

III. 生前行爲、死後行爲

生前行爲、死後行爲

生前行爲(Rechtsgeschäft unter Lebenden, negotium inter vivos.)トハ表意者ノ生存中ニ效力ヲ生ジ得ル法律行爲ヲ云フ。多クノ法律行爲ハ之ニ屬ス。用語トシテハ生前行爲ト云フヨリハ死前行爲ト云フヲ可トスベシ。死後行爲(Rechtsgeschäft von Todeswegen, negotium mortis causa.)トハ表意者ノ死亡ニ因テ效力ヲ生ズル法律行爲ヲ云フ。第三者ノ死亡ニ因テ效力ヲ生ズル行爲(例、

長男ノ死亡ヲ期トシテ財産ヲ處分スルノ契約）ヲ死後行爲ト稱スルヤ否ヤハ用語ノ爭ニ歸スルモ、私ハ表意者ノ死亡ヲ標準トシテノミ此兩行爲ノ區別ヲ認メ得ルモノト思フガ故ニ、斯カル行爲ハ死後行爲ト見ザルナリ。

遺言ノ加キハ必要的死後行爲ナリトス。贈與者ノ死亡ニ因テ效力ヲ生ズ可キ贈與ヲ死因贈與ト云ヒ、其成立及ビ效力ハ總テ遺贈ニ關スル規定ニ從フ(民554)。死亡保險契約ハ死後行爲ニ非ズ。蓋シ死亡ニ依リテ保險金債權ノ辨濟期ガ到來スルモノニシテ法律行爲ノ效力ガ新タニ生ズルモノニ非ラザレバナリ。

IV. 要式行爲(Formalakt)、不要式行爲

要式行爲・不要式行爲

法律行爲ノ要素タル意思表示ハ一定ノ方式ニ依テ爲スコトヲ要スルヤ否ヤニ因テ生ズル區別ナリ。吾民法ハ近世ノ法理ニ從ヒ表示方法(Erklärungsmittel)ニ就テハ自由方式(Formfreiheit)ヲ以テ原則トス。特種ナル行爲ニ就テノミ一定ノ方式（例ヘバ書面）ヲ必要トスルコトハ前述シタル所ナリ。定款及ビ寄附行爲ノ協定、遺言、手形行爲ノ如キハ要式行爲ナリ。

V. 相手方アル行爲、相手方ナキ行爲

相手行爲・無相手行爲

是レ法律行爲ノ要素タル意思表示ノ受領者アルヤ否ヤニ因テ生ズル區別ナリ。行爲ノ成立及ビ效力發生ノ時期等ニ關シテ意義アル區別ナリ。

VI. 實體行爲、單純行爲

實體行爲・單純行爲

實體行爲トハ意思表示以外ノ事實ヲ成立要素トスル法律行爲ニシテ、單純行爲トハ意思表示(單獨又ハ化合)ノミニ因リテ成立スル法律行爲ヲ云フ(本章第三節V參照)。

VII. 有名行爲、無名行爲

有名行爲・無名行爲

法律ニ於テ特ニ名稱ヲ附セル(殊ニ其法理ヲ規定セル)法律行爲ヲ有名行爲(典型行爲)ト言ヒ、然ラザルモノヲ無名行爲(不典型行爲)ト言フ。贈與、賣買ト云フガ如キ民法債權編ノ各種ノ契約ハ何レモ有名契約ナリ。無名行爲モ公序良俗ニ反セザル限リハ各人ガ自由ニ之ヲ爲シ得可シ(民90)。

第六節

法律行爲能力

行爲能力ノ意義

I. 法律行爲能力(Geschäftsfähigkeit, capacité d'exercice des droits civils, legal capacity.)トハ人ガ獨斷ニテ法律行爲ヲ確定(安定)的有效ニ爲シ得ルノ適格ヲ云フ。行爲能力ヲ有セザル者ノ獨斷ニ出ツル法律行爲ハ取消サルルコトヲ得可シ。即チ無效ニハ非ラザルモ取消サレ得ル狀態ニ於テ有效ナルノミ。從テ法律行爲能力ハ其行爲ガ確定的ニ(取消サルヽ不安ナシニ)有效ナルガ爲メノ要件ト云ハザル可ラズ。行爲能力者ノ範圍ハ行爲無能力者ヲ說明スルコトニヨリ消極的ニ說明セラル。民法ノ用例ニ於テハ以下述ブルガ如ク未成年者、禁治產者、準

禁治產者、及ビ妻ヲ以テ行爲無能力者又ハ單ニ無能力者トナス。從テ其他ノ者ハ行爲能力者ナリ。

法律行爲能力ノ外、不法行爲能力(Deliktsfähigkeit)ヲモ含ム意味ニ於テ行爲能力(Handlungsfähigkeit)ナル語ヲ用フルコトアリ。即チ法律的價値アル一切ノ行爲(法律的行爲)ノ能力ヲ總稱スルモノナリ。然レドモ通常單ニ行爲能力又ハ行爲無能力ト稱スルハ法律行爲ノミニ付テ謂フモノナリ。不法行爲ノ能力ノ有無ハ各人ニ付キ各場合ノ知能ヲ調ベテ決ス可キモノナルモ(民712.713)、法律行爲ノ能力ノ有無ハ一般的ニ抽象的ノ標準ヲ以テ定メラル。

意思能力トノ區別

II. 法律行爲能力ハ之ヲ意思能力(Willensfähigkeit)ト區別ス可シ。意思能力トハ日常生活ニ必要ナル事物ヲ辨識スルノ腦力ナリ。換言スレバ人ノ意思トシテ法律上ノ保護ヲ受クルニ適スル、價値アル意思ノ活動ノ能力ヲ意味ス。其意思ニ動的ノモノト靜的ノモノトアリ。法律行爲ノ意思能力ハ通常ノ取引上ノ判斷力ヲ要スルモノナルガ故ニ動的ノモノニ該當シ、占有ノ意思能力ノ如キハ靜的ノモノニ該當ス。法律行爲ノ意思能力ヲ有セザル者ハ其ノ行爲能力ヲモ有セズ。蓋シ法律行爲ノ何タルカヲ判斷スルノ能力(意思能力)ヲ有セザルガ如キ者ハ、假令取消シ得ル狀態ニ於テナリトモ一應有效ナル可キ行爲ヲ

爲シ得ル能力(行爲能力)ヲ有セザルハ勿論ナレバナリ。サレド意思能力ヲ有スル者ニテモ行爲能力ヲ有セザルコトアリ。蓋シ意思能力者ノ行爲ナレバ一應有效ナレドモ、行爲無能力者ノ行爲トシテ取消ヲ許ス可キモノアレバナリ。意思能力ヲ有スルヤ否ヤハ各人ニ付テノ各場合ノ知能ニ關スル認定問題ナリ。爭アルトキハ裁判ヲ以テ決セラル可キモノトス(註一)。然レドモ法律行爲能力ノ有無ハ法律上抽象的ノ標準ヲ以テ一定セラレ其範圍明カナリ。即チ前者ハ自然的能力(capacité naturelle)ニシテ後者ハ法律的能力(capacité légale)ナリ。意思能力ヲ有セザル者ノ法律行爲ハ無效ナリ。蓋シ法律ハ其行爲ノ價値ヲ認メザレバナリ。

註一 滿八歲ノ者及ビ滿十三歲二ケ月ノ者ニ意思能力ヲ認メタル判例アリ(昭和二年六月東京控訴院判決、大正四年二月大審院判決)。

能力問題ノ性質

III. 意思能力及ビ行爲能力ノ有無ハ法律問題ナリヤ事實問題ナリヤハ一概ニ論定ス可キモノニアラズ。能力ノ有無ヲ定ムル爲メニ必要又ハ相當トスル事實ノ有無ヲ決スルコトハ事實問題ナルモ、此等ノ事實アリト認メタル上ニ能力ノ有無ヲ決スルハ既定ノ事實ニ對スル法律的評價ヲ與フルコトヽナルガ故ニ法律問題トシテ、裁判ニ於テハ上告審理セラル可キモノナリト解ス(民訴394)。

無能力制度ノ存廢

IV. 民法ニ於ケル無能力制度ハ、知能ノ發達ノ未熟ナ

ルカ病的ナル者ヲ保護シ、夫妻ノ共同生活ヲ圓滿ナラシムルガ爲メニ、無能力者側ニ法律行爲ノ取消權ヲ與フルノ制度ニシテ、個人ノ財產其他ノ私的關係ノ保護ニ走リ社會ノ不安ト損失トヲ全ク犧牲ニスルノ感アリ。幾分ニテモ個人本位ノ法律理論ヲ團體(社會)本位ノ法律理論ニ改造スルノ必要アリトセバ、無能力制度ノ如キハ第一ニ廢止ス可キモノト思フ。社會主義的觀察トシテハ現代ノ無能力制度ハ屢無能ナル有產者ヲ助ケテ有能ナル無產者ヲ害スモノナリトモ見ラレ得可シ。マタ夫婦ヲ助ケテ社會ヲ害スコトヽナリ、私情ヲ立テヽ公義ヲ倒スコトヽナルトモ見ラル可シ。或人ノ年齡、知能、裁判、配偶等ノ能力ニ關スル事項ヲ他人ガ審查スルコトハ制度上不能ニハ非ラザルモ、日常頻繁ナル取引ニ於テ之ヲ强ユルコトハ殆ント不能ナリ。其不能ヲ强ユルガ如キコトハ制度トシテ根本的ニ失當ノモノニハ非ラザルカ。

郵便取扱、郵便爲替、郵便貯金、電信又ハ電話取扱ニ關シ、無能力者ガ夫々ノ官署ニ對シテ爲シタル行爲ハ能力者ノ爲シタルモノト看做サルヽガ故ニ、是種ノ國家企業ニ於テハ國家ハ其私法的關係ニ於テモ無能力制度ノ不安ヲ免ルヽノ特權ヲ有ス（郵便法10.郵便爲替法4.郵便貯金法11. 電信法12.）。

第一款 未成年者

成年年齡

I. 未成年者（Minderjähriger, Unmündiger, Mineur, Minor）トハ年齡二十歲ニ達セザル者ヲ云フ(民3)。其年齡ニ達シタル者ヲ成年者トス。天皇、皇太子、皇太孫ハ民法上ニ於テモ滿十八歲ヲ以テ成年トナルモノト解ス(皇室典範13)。外國人ノ成年年齡ハ其本國法ニ依ルモノトス（法例3）。

婚姻ニ付テハ男ハ十七年以上、女ハ十五年以上ナルコト(民765)、養子緣組ニ付テハ養子タル可キ者ノ十五年以上ナルコト(民844)、遺言ニ付テモ十五年以上ナルコト(民1061)、隱居ニ付テハ六十年以上ナルコト(民752)、其他特別ナル法律行爲ニ付テ特別ナル年齡ヲ定ムル場合少ナカラズ(民772. 809. 893. 867)。

年齡ハ出生日ヨリ起算シ曆ニ從テ計算シ二十年目ノ起算日相當ノ日ノ前日ノ終了時ニ於テ滿二十歲トナス(明治三五年一二月一日法律五〇號)明治六年三六號布告ノ月ヲ以テスル計算ハ改正セラレタルナリ。

埃國民法ハ二十四歲ヲ以テ成年トシ、伊國民法、佛國民法及ビ獨逸民法ニ於テハ二十一歲ヲ以テ成年(Majorité, Volljährigkeit)トナシ、瑞西民法ニ於テハ二十歲ヲ以テ成年（Mündigkeit)トナス。而シテ獨逸及ビ瑞西ニ於テハ十八歲ニ達シタル者ニ對シテハ成年宣告(Mündig- od. Volljährigkeitserklärung)ノ制度アリ。佛國民法ニ於テハ十五歲ニ達シタル者ハ自治產(Émancipation)ノ宣告ヲ受ケテ自ラ財產ノ管理行爲（acte d'administration)ヲ爲スコトヲ得ルモノトス。尤モ處分行爲（acte de disposition)ハ之ヲ爲スコトヲ得ズ。

法定代理人ノ同意ト行爲ノ取消原因

II. 未成年者ガ單獨ニテ確定的ニ有效ナル法律行爲ヲ爲スニハ豫メ法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス（民41)。此同意ナクシテ爲サレタル行爲ハ有效ナレドモ取消

シ得可キモノトス(民4 II)。斯カル取消制度ヲ設クルハ智能發達ノ不完全ナル可キ年少者ガ法律行爲ヨリ生ズル利害關係ノ判斷ヲ誤リ、計ル可カラザル損害ヲ受クルコトアル可キヲ憂ヒ社會政策的必要ニ依リ年少者ヲ保護セントスルモノナリ。意思能力ヲ有セザル、幼者、精神病者ノ如キハ假令法定代理人ノ同意ヲ得ルモ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ズ。斯カル者ノ法律行爲ハ無效ナリ。獨逸民法(§104.105)ハ七年未滿ノ者其他精神ニ障碍アル者ハ意思能力ナシトシテ其行爲ヲ無效トス。吾民法ニ於テハ各人ニ付キ自由ニ其意思能力ヲ認定シ其行爲ノ有效無效ヲ決ス可キモノトス。

意思能力ヲ有セザリシコトヲ證明シ得レバ行爲者ノ年齡ニ拘ハラズ其行爲ノ當然無效ヲ主張シ得ルモ、此證明ヲ爲スコトノ困難ナル場合ハ未成年者ノ行爲ナリシコトヲ理由トシテ取消無效ヲ主張シ得ルナリ。コノ取消ニハ行爲者ノ知能ノ有無、判斷ノ當否等ヲ問フノ要ナシ。

同意ノ性質

III. 法定代理人ノ同意トハ未成年者ノ爲ス法律行爲ニ贊成スルヲ云フ。同意ハ單ニ事實上ノ觀念ノ表示ニ過ギズシテ私法上ノ效果ヲ欲望スルコトヲ必要トセザルガ故ニ法律行爲ニ非ラズ(通說反對)。同意ハ各個ノ行爲ニ付テ具體的ニ其行爲ヨリ生ズル未成年者ノ利害得失等ヲ判斷シテ之ヲ與フ可キモノナレバ、當分如何ナル行爲ヲ

爲スモ妨ゲナシト云フガ如キ總括的同意ハ、茲ニ同意タル價値ナキモノト解ス可シ。同意ヲ與フル方法ニ付テハ別段ノ制限ナキヲ以テ自由式ノモノト解ス。故ニ例ヘバ法定代理人ガ未成年者ノ行爲ニ手傳ヲ爲シタル事實アレバ、同意シタルモノト見得ルコトアリ。同意ハ必ズシモ未成年者ニ對シテ爲スコトヲ要セズ。未成年者ト取引ヲ爲ス相手方ニ對シテ爲スモ可ナリト解ス。此點ハ獨逸民法(§ 182)ノ如キ明文ノ規定ナキモ當然ノ條理トシテ認メザル可カラズト信ズ。法定代理人ハ同意ヲ與ヘタル後ニ於テモ、未ダ未成年者ガ行爲ヲ完了セザル間ハ同意ヲ撤回シ、同意ナカリシ狀態ニスルコトヲ得ルモノト解ス。蓋シ斯カル撤回ハ未成年者保護ノ精神ニ反セザルノミナラズ、寧ロ其神精ニ適スル運用トモナル可ク、且ツ其相手方ノ固有ノ利益ヲ害スル憂ナキモノナレバナリ。

同意撤回

同意不要ノ場合

IV. 未成年者ハ次ノ行爲ヲ爲ス場合ニ限リ法定代理人ノ同意ナクシテ、確定的有效ニ(取消サルヽ憂ナシニ)法律行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノトス。

利益行爲

1. 未成年者ガ單ニ權利ヲ得又ハ義務ヲ免ルベキ行爲(民4 I但)。

未成年者ガ受贈者トナリテ締結スル贈與契約ハ前者ノ適例ニシテ、債務ノ免除ヲ受ク可キ契約ヲ締結スルハ後者ノ適例ナリ。

未成年者が受贈者トシテ贈與契約ヲ爲スハ、即チ單ニ權利ヲ取得スル行爲ニ外ナラザレバ、此場合ニ於ケル贈與者ハ縱令未成年者ニ對シ親權ヲ行フ父又ハ母ナリトスルモ、民法八八八條一項ノ適用ナシ（大正九年大審院判決要旨）。

財産處分

2. 法定代理人ガ目的（例、修學、旅行、病養）ヲ定メテ處分ヲ許シタル財産ノ其目的ノ範圍内ニ於ケル處分、又ハ目的ヲ定メズシテ處分ヲ許シタル一定ノ財産（例、小遣金）ノ處分（民5）。

法文少シク曖昧ノ感アルモ、結局前ノ場合ニ於テハ目的ヲ限定スル代リニ財産ヲ制限セズ、反之、後ノ場合ニハ財産ヲ限定スル代リニ目的ヲ制限セザルナリ。同意ハ各個ノ行爲ニ付キ各別ニ爲サル可キヲ原則トスルモ、目的ヲ定メ又ハ財産ヲ限リテ包括的ノ同意ヲ許ス例外ヲ認ムルモノナリ。

營業許可ノ行爲

3. 許サレタル一種又ハ數種ノ營業ニ關スル行爲。

斯カル營業上ノ行爲ニ就テハ未成年者ハ成年者ト同一ノ能力（註一）ヲ有スルモノトス（民6 I）。此場合ニ包括的ノ同意ヲ得タルモノト解スルハ不適當ナリ。蓋シ營業ニ對スル許可ト法律行爲ニ對スル同意トヲ混同ス可カラザレバナリ。營業ノ許可ハ具體的ニ指定シタル一種又ハ數種ノ營業ニ關シ未成年者ノ能力ヲ擴張スルモノナリ。營業トハ繼續的ニ營利行爲ノ繰返サルル狀態ヲ云フ。商業、農業、工業、等皆ナ此例テラン（註二）。

營業ノ許可權

未成年者ノ營業ヲ許可スル權利ハ法定代理人ニアルモノト解スベシ。而シテ其許可ヲ取消又ハ制限スルノ權利モ法定代理人ニアルモノトス。唯ダ其取消又ハ制限ヲ爲スニ付テハ相當ノ事由ニ基キ相當ノ方法ニ據ラシムルノ要アリ。故ニ民法ハ未成年者ガ未ダ其營業ニ堪ヘザル事跡アルトキハ、其法定代理人ハ親族編ノ規定ニ從ヒ、其許可ヲ（將來ニ向テノミ）取消又ハ制限（註三）スルコトヲ得ルモノトス（民6 II. 883 II. 921）。未成年者ト取引スル一般人ハ未成年者ガ果シテ如何ナル程度ニ於テ營業ヲ許可セラレタルモノナルヤヲ確ムル必要アルモ、之ヲ審査スル確タル方法ナシ。而カモ許可アリタルヤ否ヤ爭アルトキハ許可アリシコトヲ主張スル一般人ニ於テ立證セザル可カラザルニ至ル危險アリ。尤モ商法ハ商業ニ關シテノミ許可ヲ登記シテ公示セシムルノ制度ヲ採レリ。即チ法定代理人ノ許シタル營業ガ商業ナルトキハ登記ヲ爲スコトヲ要スルモノトス（商法5. 15. 非訟166—）。

註一　未成年者ナリトモ其許サレタル營業ノ範圍内ニ於テハ成年者ト同一ノ能力ヲ有ス可キガ故ニ、法定代理人ハ其範圍ニ於テ代理權ヲ失フモノト解釋ス可キモノトス（民884. 923）。尤モ民法五條ニ依リ法定代理人ガ許シタル範圍内ノ未成年者ノ財産處分ニ關シテハ法定代理人ハ代理權ヲ失フモノニ非ラズ。即チ民法五條ハ財産處分ヲ許ス丈ケニテ未成年者トシテ取扱フモノナルモ、民法六條ハ成年者トシテ取扱フモノナルコトヲ注意ス可シ。

註二　藝妓ハ其抱主ニ對シ或期間其家ニ在テ營業ヲ爲スノ義務ヲ負フト雖モ之ガ爲メ獨立ノ營業者タルコトヲ失ハザルモノトス。藝妓ハ其業

體上美養ヲ爲スノ要アルモノナレバ必要ナル衣類ヲ購買シ之ガ代金ヲ目的トシテ消費貸借ヲ爲スガ如キハ其營業ニ關スル行爲ナリト謂ハザルヲ得ズ(大正四年大審院判決要旨)。

註三 營業許可ノ取消又ハ制限ハ之ヲ知ラザル善意ノ第三者ニ對シテモ對抗力アリテ、後述スル妻ノ場合ヨリモ一般人ノ取引上ノ不安大ナリ(民16 對照)。故ニ營業ノ許可ヲ取消サレ又ハ制限サレタルコトヲ知ラズシテ、先ノ許可ガ存續スルモノト信ジテ未成年者ト取引シタル者ハ、其取引行爲ヲ取消サルヽガ如キコトアルモ止ムヲ得ザルナリ。

3. 隱居(民756)、婚姻(民765—)、私生兒認知(民828)、(無能力者)遺言(1061)。

身分上ノ行爲ハ法定代理人ノ同意ヲ要セザル場合多ク寧ロ之ヲ必要トスル場合ニ其規定ヲ設クルコトアリ(民737 II. 743 I.但 881. 921)。

4. 會社ノ無限責任社員トナルコトヲ許サレタル場合ノ會社ノ業務上ノ行爲(商6)。

法定代理人ノ任務

V 法定代理人トシテ未成年者ノ法律行爲ニ對シテ同意ヲ與フルノ權利ハ何人ガ之ヲ有スルモノナルカ、マタ同意ヲ與フルニ付テ如何ナル方式カニ據ル可キカハ專ラ親族編ノ規定ニ因テ定メラル。未成年者ノ法定代理人トハ親權者及ビ後見人、竝ビニ民法八八八條ノ特別代理人、民法八九二條ノ管理者ヲ總稱ス。而シテ親權者タル父ハ常ニ單獨ニテ同意ヲ與フルコトヲ得ルモ、親權者タル母ハ民法八八六條所定ノ行爲ニ對シテ同意ヲ與フルニハ親族會ノ同意ヲ要シ、マタ親權者タル繼父母嫡母及ビ後見人ガ同意ヲ與フルニハ更ニ廣範圍ニ於テ親族會ノ同意ヲ要ス(民878.921.929)。親族會ノ同意ヲ得ズシテ未成年者ノ行爲ニ同意ヲ與ヘ、未成年者ガ之ニ基キ法律行爲ヲ爲シタルトキハ、其行爲ハ恰モ法定代理人ノ同意ナクシテ爲シタルトキノ如ク取消シ得ルモノトナル(民887. 936)。尙ホ詳細ハ親族篇ノ說明ニ讓ル。

法定代理人タル性質上未成年者ニ代ツテ法律行爲ヲ爲スコトヽ、未成年者ガ自ラ法律行爲ヲ爲スニ付キ(其行爲ノ利害得失等ヲ考慮シテ)同意ヲ與フルコトヽハ、法定代理人ノ任務トス。即チ法定代理人ハ未成年者ノ爲メノ法律行爲ニ付テハ其ノ代理權ト同意權トヲ併有スルモノナリ。

第二款 禁治產者

禁治產宣告ノ要件

I. 禁治產者(Entmündigte, Interdit)タルハ裁判所ノ宣告ニ依テ定マルモノトス。此宣告ヲ爲スノ要件ハ其宣告ヲ受ク可キ者ガ心神喪失ノ常況ニ在ルコト(實質的要件)、及ビ本人(註一)、配偶者(註二)、四親等內ノ親族(註三)、戶主(註四)、後見人(註五)、保佐人(註六)、又ハ檢事(註七)ノ請求アルコト(形式的要件)トス(民7)。心神喪失ノ常況(état habituel, Beständigkeit)トハ意思能力ヲ缺ク常況ト云フコトニ外ナラズシテ、日常生活ノ全般ノ狀勢ヨリ見テ精神ニ異狀アリテ法律生活ヲ爲スニ堪エザル繼續的

狀態ヲ意味ス。時々本心ニ復スルコトアルモ心神喪失ノ常況ト認メ得ルコトアル可シ。果シテ異狀アリヤ且ツ其異狀ガ常況ナリヤ否ヤハ裁判所ノ判斷ニ依テ決セラル。而シテ裁判所ハ禁治產ノ原因（心神喪失ノ常況）ヲ認メタル以上ハ、必ズ禁治產ノ宣告ヲ爲ス可キモノニシテ、之ヲ爲サヾルノ自由ヲ有スルモノニ非ラズ。民法七條ハ「宣告ヲ爲スコトヲ得」ト規定シテ、恰モ宣告ヲ爲スモ爲サヾルモ自由ナルガ如キ語氣ヲ示スモ、此規定ハ裁判所ノ權能ノ方面ヲ直示シタルモノナルモ、其反面ニ於テハ其職務トシテ宣告ヲ强要スルモノト解ス可シ。

註一　心神喪失中ノ本人ヨリ禁治產宣告ヲ請求スルモ、裁判所ハ其宣告ヲ爲ス可キモノニ非ラズ。唯ダ本心ニ復シタルトキノ請求ニ基キテノミ此宣告ヲ爲シ得可キモノトス。

註二　夫ノ爲メニ妻、又ハ妻ノ爲メニ夫ヨリ請求シ得ルモノトス。

註三　親族ノ範圍及ビ親等ノ計算ニ關シテハ親族編ノ規定ニ依ルベキモノトス(民725. 726)。四親等ノ姻族ハ親族ニ非ラザルヲ以テ禁治產宣告ノ請求權ナシ。

註四　家族ノ爲メニ戶主ガ禁治產宣告請求權ヲ有スルコトハ、家族制度ノ趣旨ニ適ス。

註五　後見ニ服スル未成年者ノ爲メニ禁治產宣告ヲ爲スコトハ、未成年者トシテノ無能力ヨリモ一層深キ無能力保護ヲ加フルコトヽナル。殊ニ成年期ニ達シ後見ノ終了セントスル際等ニ於テ、此宣告ヲ受クルコトノ必要ヲ見ルコトアリ。

註六　準禁治產者ヲ禁治產者トスル場合ニハ、保佐人ヨリ宣告請求ヲ爲スコト多カル可シ。

註七　禁治產者タル可キ者ヲ普通人ト同樣ニ取扱フコトハ、精神異狀者ヲ欺ク犯罪ノ機會ヲ作リ刑事政策上モ等閑ニ附ス可キモノニ非ラザルノミナラズ、其他公益的見地ニ基キ殊ニ弱者保護ノ必要ヨリ檢事ニ此請求權ヲ認メタルナリ。檢事ハ多ク刑事上ノ職務ヲ有スルモノナルモ、民事

ニ付テモ公益的事項ニ對シテハ屢其職務アリ。

宣告手續

II. 禁治產宣告ノ請求ニ關スル裁判手續ニ付テハ主トシテ人事訴訟手續法(40—69)ニ據ラザル可カラズ。民法ハ禁治產宣告ノ「請求」ト云ヒ、人事訴訟手續法ハ禁治產ノ「申立」ト云フ。禁治產ノ申立ハ禁治產ノ宣告ヲ受クベキ者ガ普通裁判籍ヲ有スル地ノ區裁判所ノ管轄ニ專屬ス(人訴40)。妻ガ夫ノ禁治產ノ申立ヲ爲スニハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要セズ(人訴41)。檢事ハ他ノ者ガ禁治產ノ申立ヲ爲シタル場合ニ於テモ、申立ヲ爲シテ其手續ヲ追行シ且ツ期日ニ立會ヒテ意見ヲ述ブルコトヲ得(人訴45 I)。裁判所ハ申立ニ表示シタル事實及ビ證據方法ヲ斟酌シ、職權ヲ以テ心身ノ狀況ニ關スル探知及ビ必要ト認ムル證據調ヲ爲スベシ(人訴46 I)。裁判所ハ鑑定人ノ立會ヲ以テ禁治產ノ宣告ヲ受ク可キ者ヲ訊問スベシ(人訴47 I)。禁治產ノ宣告ハ心身ノ狀況ニ付キ鑑定人ヲ訊問シタル後ニ非ラザレバ之ヲ爲スコトヲ得ズ(人訴48)。然レドモ裁判所ハ醫學上ノ見解タル鑑定ニ拘束セラルヽモノニ非ラズ。民法ニ云フ所ノ心神喪失ノ情況アリヤ否ヤヲ判斷スルニ付テ鑑定ノ結果ヲ斟酌ス可キノミ。

禁治產ヲ宣告シタル決定ハ禁治產者ノ法定代理人又ハ法律ニ依リ後見人ト爲ルベキ者ガ其送達ヲ受ケタル日ヨリ效力ヲ生ズ。法定代理人又ハ法律ニ依リ後見人ト爲ルベキ者ナキ場合ニ於テハ檢事ガ送達ヲ受ケタル日ヨリ效力ヲ生ズ(人訴52)。斯クノ如ク禁治產ノ宣告ハ其確定ヲ待タズシテ效力ヲ生ズルモ、一方ニ於テハ民法ノ規定ニ依リテ禁治產ノ申立ヲ

爲スコトヲ得ル者ハ、其宣告ニ對シ一个月内ニ訴ヲ以テ(地方裁判所ニ)不服ヲ申立ツルコトヲ得ルモノトス(人訴50—)。尙ホ其判決ニ對シテハ民事訴訟法ニ基キ上訴ノ途アルハ勿論ナリ。而シテ其確定判決ニ於テ禁治産宣告ガ維持セラルヽトキハ別ニ問題ヲ生ゼザル可キモ、若シ其確定判決ニ於テ禁治産宣告ガ取消サレタルトキハ初ヨリ禁治産宣告ハ無カリシコトヽナリ、一時後見人トナリタル者ガ其際ニ爲シタル代理行爲ハ無權代理行爲トナル可キモノナルモ、法律ハ特ニ後見人ノ行爲ハ其效力ヲ變ゼザルモノトシテ保護シタリ(人訴61 I)。而シテ一時禁治産者トナリタル者ノ其際ノ行爲ハ非禁治産者ノ行爲ト見ラレ、禁治産ヲ宣告シタル決定ニ基キテ取消スコトヲ得ザルモノトナル(人訴31 II)。其結果ハ一時後見人トナリタル者ノ代理行爲ト一時禁治産ノ宣告ヲ受ケタル者ノ行爲トガ兩立シ得ルコトヽナル。

禁治産ノ宣告及ビ其取消宣告ハ其關係者ニ送達スルノ外(人訴51 II. 62 I)、一般人ニ公示センガ爲メ公告ス可キモノトス(人訴53.62 II)。公告ハ官報及ビ一定ノ新聞紙ニ少クモ一回ノ揭載ヲ以テスルヲ原則トス(人訴69. 明治三一年司法省令9號)。

禁治産ノ申立ニ關スル手續ノ費用ハ禁治産ノ宣告アリタル場合ニ於テハ禁治産者ノ負擔トシ、其他ノ場合ニハ申立人ノ負擔トシ、唯ダ檢事ガ申立ヲ爲シタル場合ニ於テハ國庫ノ負擔トス(人訴49)。

後見ノ範圍

III. 禁治産者ハ之ヲ後見人ニ附スルモノトス(民8)。何人ガ後見人トナルカ(民901—)、後見ノ事務ハ何ナルカ(民917—)ハ親族法ノ規定スル所ナリ(註一)。後見人ハ禁治産者ノ財産ヲ管理シ又タ其代理人トシテ財産ニ關スル一切ノ法律行爲ヲ爲スモノトス(民923)。從テ禁治産者ハ假令後見人ノ同意ヲ得タルトキト雖モ自身ニテ法律行爲ヲ確定的有效ニ(取消サルヽ不安ナシニ)爲スコトヲ得ザルモノト解ス(註二)。若シ之ヲ爲シタルトキハ取消スコトヲ得ルモノトス。禁治産者ハ心神喪失ノ常況ニアル者ナレバ一時本心ニ復スルコトアルモ、何時再ビ心神喪失ニ至ルヤモ計リ知ル可カラザル者ナレバ、豫メ法律行爲ヲ爲スニ付キ後見人ノ同意ヲ得ルガ如キハ、禁治産者保護ノ趣旨ヨリ見テ到底許サル可キモノニ非ラズトス。要スルニ後見人ハ禁治産者ノ爲メニ代理權ヲ有スルモ、同意權ヲ有スルモノニ非ラズトス。然レドモ禁治産ノ制度ハ被宣告者ノ財産的利益ヲ保護スルコトヲ目的トスルモノナレバ、身分上ノ行爲ハ禁治産者ガ本心ニ復シタル場合ニ於テ自ラ確定的有效ニ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス。例ヘバ婚姻、私生子認知、養子緣組、遺言等ヲ爲スコトヲ得ルナリ(民779. 828. 852. 1062)。

註一　禁治産者ノ後見人ハ禁治産者ノ資力ニ應ジテ其療養看護ヲ力ムルコトヲ要ス。禁治産者ヲ癲癇病院ニ入レ又ハ私宅ニ監置スルト否トハ親族會ノ同意ヲ得テ、後見人之ヲ定ムルモノトス(民922)。

註二　或ハ代理人ハ能力者タルコトヲ要セズトノ規定(民102)ヲ引用シ、或ハ後見人ノ同意ハ取消權ノ拋棄ナリト論ジテ禁治産者ガ本心ニ復シタル間ニ後見人ノ同意ヲ得テ爲シタル行爲ハ有效ナリト解スル者アリ(梅氏民法要義總則篇三〇頁、中島氏民法釋義總則篇一三〇頁參照)。何レモ窮策的形式理論ニシテ別シテ根底アル理論トハ思ハレズ。

禁治産者ノ行爲

IV. 禁治産者ノ法律行爲ハ總テ之ヲ取消スコトヲ得ルモノトス(民 9)。然レドモ禁治産者ガ心神喪失中ニ爲シタル行爲ハ取消ヲ待タズシテ當然ニ無效ナル可シ。故ニ禁治産者ノ行爲トシテ取消シ得可キモノナルハ、寧ロ禁治産者ガ本心ニ復シタルトキニ爲シタル法律行爲ヲ指スモノトス。然レドモ禁治産者ノ行爲トシテ取消スニハ

禁治産者ガ本心ニ復シタルトキノ行爲ナルコトヲ證明スルコトヲ要セザルモノト解ス可シ。蓋シ其無效ヲ主張スル爲メニハ心神喪失中ノ行爲ナルコト之ヲ證明セザル可カラザルモ、其取消ノ爲メニハ禁治産者ノ行爲ナルノ一事ヲ證明スレバ足リ、其行爲ガ心神喪失中ノモノナリシヤ心神健全ナルトキノモノナリシヤヲ問ハザレバナリ。故ニ禁治産ノ制度ハ禁治産者ニ對シ重大ナル保護ヲ與フルモノナリ。反面ニ於テハ無能力制度ハ一般社會ニ不安ヲ感ゼシム。

他ノ無能力者ノ禁治産宣告

V. 禁治産者ノ爲シタル法律行爲ハ總テ取消スコトヲ得ルモノナルガ故、禁治産者ノ無能力ノ程度ハ他ノ無能力者(未成年者、準禁治産者、妻)ニ於ケルヨリモ高シ。從テ他ノ無能力者モ禁治産ノ宣告ヲ受ケテ無能力ノ程度ヲ高ムルノ必要アルコトアリ。

禁治産宣告ノ取消

VI. 禁治産ノ宣告ハ裁判ニ依テ取消スコトヲ得。此取消裁判ヲ爲スノ要件ハ禁治産ノ原因止ミタルコト及ビ禁治産宣告請求權者ヨリ該取消宣告ノ請求アリタルコトトス。此取消宣告ハ禁治産ノ原因止ミタルコトヲ理由トシテ禁治産者(無能力者)タリシ者ヲ將來ニ向テ(註一)能力者トスルノ效力ヲ有スルモノナリ(民10.人訴63—)。故ニ禁治産宣告其ノモノガ初ヨリ不法又ハ不當ナリシモノトスル不服ノ訴(人訴55)ニ基キテ爲ス禁治産宣告ノ取消

トハ異ナル(註一)。

準禁治産者ガ禁治産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ該禁治産宣告ガ取消サレタルトキハ準禁治産者ニ復ス。蓋シ禁治産宣告ニヨリテ前ノ準禁治産宣告ガ當然ニ取消サレタルモノト見ルコトヲ得ザレバナリ(反對說アリ)。

註一 民法ニ於ケル禁治産宣告ノ取消ハ將來ニ向テ效力ヲ生ズルモノニシテ所謂創設的效力(konstitutive Wirkung)ヲ生ズルモノナレドモ、人事訴訟手續法ニ於ケル禁治産宣告ノ取消(人訴55)ハ宣告ヲ不法又ハ不當ナリトシテ宣告無カリシト同一ノ結果ニ至ラシムルコトヲ目的トスルモノナレバ宣告當時ニ遡テ效力ヲ生ズ可ク、即チ宣告無カリシト同一ナル認定的效力(deklarative Wirkung)ヲ生ズルモノナリ。

民法十條ニ依ル禁治産取消ノ宣告ニ對シテハ檢事ノミ即時抗告ヲ爲スコトヲ得(人訴35 III)。他ノ者ガ別ニ再度ノ禁治産宣告ヲ請求シ得ルハ勿論トス。

第三款

準禁治産者

準禁治産宣告ノ要件

I. 準禁治産者(demi interdit)タルハ裁判所ノ宣告ニ依テ定マル。其宣告ノ要件ハ心神耗弱者(註一)聾者、啞者、盲者、(註二)、又ハ浪費者(註三)ナルコト、及ビ本人、配偶者、四親等內ノ親族、戶主、後見人又ハ檢事ノ請求アルコトトス(民11.13.7)。宣告ノ手續ニ付テハ禁治産宣告ニ關スル規定ガ準用セラル(人訴67 I)。

禁治産ト準禁治産トノ調和

裁判所ハ禁治産宣告ノ請求ヲ受ケタル場合ニ其審理ノ結果、禁治産ノ原因ヲ認メザルモ準禁治産ノ原因ヲ認ム

ルトキハ、準禁治産ノ宣告ヲ爲シ得可キヤ。マタ之ト反對ニ準禁治産宣告ノ請求ヲ受ケタル場合ニ禁治産ノ宣告ヲ爲シ得可キヤ。積極說アルモ私ハ消極說ヲ採ル。蓋シ禁治産ノ宣告モ準禁治産ノ宣告モ裁判所ハ一定ノ者ノ請求ニ基キテノミ之ヲ爲シ得ルモノナレバ、裁判所ハ請求ヲ受ケザル宣告ヲ爲スコト能ハザレバナリ。民事訴訟法總則ニ依ルモ裁判所ハ當事者ノ申立テザル事項ニ付キ裁判ヲ爲スコトヲ得ザレバナリ（民訴186. 207）。然レドモ審理中ニ禁治産ノ申立ヲ變更シテ準禁治産ノ申立ト爲シ、又ハ準禁治産ノ申立ヲ變更シテ禁治産ノ申立ト爲スコトハ許サル可キガ故ニ、此方法ニ據テ禁治産制度ト準禁治産制度トノ運用ヲ調和スルコトヲ得可シ。

準禁治産制度ノ運用

裁判所ハ準禁治産ノ原因ヲ認メタル以上ハ禁治産ノ場合ノ如ク（前款II末段）、必ズ其宣告ヲ爲サヾル可カラザルモノナルカ疑アリ。心神耗弱者又ハ浪費者ト認メタル以上ハ準禁治産宣告ヲ爲サヾル可カラザルモノト解シテ可ナルモ、聾者、啞者、盲者ト認ムルモ其精神能力ニ於テ普通人ニ劣ラザル者ナルコトヲ認メタル場合ニモ、之ニ準禁治産ノ宣告ヲ爲サヾル可カラズトスルコトハ、準禁治産制度ノ惡用セラルヽ危險アリ。故ニ斯クノ如キコトハ明白ナル權利ノ濫用トシテ許サレザルモノト解ス可キナリ。權利ノ濫用ハ私法行爲ニ於テノミナラズ、公法

的行爲ニ於テモ禁ゼラルヽモノト解ス可シ。

註一 心神喪失ト心神耗弱トノ間ニ如何ナル差異アリヤ、私ハ此間ニハ單ニ程度ノ差異アルニ過ギズト解ス。其程度ハ裁判所ノ裁量ニ依テ決セラル可キモノナリ。論者或ハ心神耗弱トハ全然事物ノ辨識能力ヲ缺クニ至ラズシテ單ニ精神作用ノ耗弱セルコトヲ意味ストナス(Planiol, Droit Civil. 1,2110,28)。

註二 聾者、啞者、盲者タルガ爲メノ聽力、話力、視力ノ缺乏程度ハ裁判所ノ裁量ニ依テ決セラル可キモノナリ。

註三 浪費者トハ思慮ナク財産ヲ濫費スル者ヲ云フ。假令公益ノ爲メニ私財ヲ投ズルモ自己又ハ家族ノ生活ヲ困難ニ陷レシムルガ如キ消費ヲ爲ス者ハ浪費者ト目スコトヲ得可シ(獨民§6.12.瑞民§370)。竝ニ浪費トハ必ズシモ積極的濫費ノ場合ノミニ限ラズ、財産管理ヲ誤ルガ如キ消極的濫費ノ場合ヲモ含ムモノトス(Vgl. Enneccerus, 1. § 86)。

保佐人ノ職務

II. 裁判所ガ準禁治産ノ宣告ヲ爲シタルトキハ其宣告ヲ受ケタル者ヲ保護スル爲メニ保佐人ヲ生ズ。保佐人タル可キ者ハ禁治産者ノ後見人タル者ニ同ジ（民909）。而シテ保佐人ハ單ニ準禁治産者ノ法律行爲ニ同意ヲ與フルコトヲ職務トシ、禁治産者ノ後見人ノ如ク法律行爲ノ代理權ヲ有セズ。マタ準禁治産者ノ行爲ヲ取消シ又ハ追認スル權利ヲモ有セズ（民120,122）。即チ準禁治産者ハ次ニ列擧スル行爲ヲ爲スニハ保佐人(conseil judiciaire)ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(民12)。

保佐人ノ同意ヲ要スル行爲

1. 元本ヲ領收シ又ハ之ヲ利用スルコト。

元本ノ領收利用

元本トハ收益ヲ生ズ可キ基本財産ヲ云フ。例ヘバ利息家賃、地代、損料等ヲ生ズ可ク貸付ケタル金額其他ノ物又ハ權利ヲ云フ。從テ收益ヲ生ゼザル無利息貸金ノ回收

ノ如キハ茲ニ所謂元本ノ領收ト云フコトヲ得ルカハ疑ノ存スル所トス。具體的案件ニ於テハ收益ヲ生ゼザル場合ト雖モ、通常、收益ヲ生ジ得ル關係ニアル基本財産ヲ領收シ、殊ニ之ヲ利用スルガ如キハ重大ナル結果ヲ生ジ易キモノナレバ、茲ニ保佐人ノ同意ヲ要スルモノト解スルヲ相當トス。收益(利息、家賃、地代、損料等)ノ領收利用ニハ保佐人ノ同意ヲ要セズ。領收トハ引渡ヲ受クルコトヲ意味シ、利用トハ收益ヲ計ルコトヲ意味ス。收益ヲ得ルノ目的ヲ以テ貸付ケタル物又ハ權利ヲ處分スルコトヲ許シ、若シクハ貸付ノ條件(期間對價其他)ヲ變更スルガ如キハ何レモ元本ノ利用ト見ル可キナリ。

2. 借財又ハ保證ヲ爲スコト。

借財又ハ保證

借財トハ金錢借入及ビ通常之ト同視セラルヽ債務負擔ノ行爲ヲ云フ。例ヘバ消費貸借、消費寄託、立替委托等ニ因リテ金錢債務ヲ負擔スルガ如シ。全ユル金錢債務ノ負擔行爲ヲ含ムトナスハ廣キニ失ス。賣買、請負、贈與等ニ因ル金錢債務ノ負擔ハ借財ト見ル可カラズ。手形行爲ハ借財又ハ保證ノ方法トセラルヽコトアルモ、原因(借財、保證)ヨリ獨立セル行爲ナレバ、手形行爲其レ自體ヲ借財又ハ保證ノ行爲ト解ス可キモノニ非ラズトノ消極說アルモ、積極說多シ、判例亦タ然リ。思フニ民法ガ單ニ借財ト云フガ如キ通俗語ヲ用ヒタル趣旨ニ徵スレバ、其意義モ亦タ理論ニ走リテ嚴格ニ解スルノ必要ナク、寧ロ通念ニ適應スル樣ニ解釋シ其運用ヲ計ル可キモノトス。故ニ手形行爲ニシテ通俗的ニ借財行爲ト見ラルヽモノニハ、茲ニ述ブル能力法理ヲ適用ス可キモノト解ス。

3. 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。

不動産、重要動産ニ關スル取引

本規定ハ之ヲ廣義ニ解釋スルヲ近時ノ傾向トス。即チ不動産又ハ重要ナル動産ニ付テノ權利其モノヲ取引スル場合ハ勿論、斯カル物ニ關連スル權利ヲ取引スル場合ニモ此規定ヲ適用セントスルニアリ。例ヘバ株式、公債、社債、商品券、其他有價證券ノ取引及ビ電話加入權、特許權、著作權等ノ取引モ、直接ニハ動産其モノニ付テノ權利ノ取引ニアラザルモ、幾間接ニハ必ズヤ金錢其他ノ動産ニ關スル權利ノ取引ト見得ルモノナリ。尤モ本規定中「動産」ノ意味ヲ廣義ニ解シテ、不動産以外ノ總テノ財産ヲ指スモノト爲ストキハ、「關スル」ヲ上述ノ如ク廣義ニ解セザルモ、其レト略同樣ニ妥當ナル運用ヲ見ルコトヲ得可シ。

或動産ガ重要ナリヤ否ヤヲ判斷スルニ付テハ一般人ガ當該準禁治產者タリシ場合ヲ假定シテ客觀的ニ定ム可キモノニシテ、當該準禁治產者ノ主觀的判斷ニ據ル可キモノニ非ラズト解ス。

4. 訴訟行爲ヲ爲スコト。

訴訟行爲 訴訟行爲自體ニ付テ保佐人ノ同意ヲ要スルヤ否ヤハ訴訟法ニ規定ス可キコトナレドモ、立法上ノ便宜ノ爲メカ之ヲ民法ニ定メタルモノト解セラル。民事訴訟法モ訴訟能力ノコトハ民法ノ規定ニ委スルノ主義ヲ採ル(民訴45)。尤モ準禁治產者ガ相手方ノ提起シタル訴又ハ上訴ニ付キ訴訟行爲ヲ爲スニハ、保佐人ノ同意ヲ要セズト爲ス(民訴50 I)。即チ準禁治產者ヨリ發動的ニ訴訟ヲ爲スニハ保佐人ノ同意ヲ要スルモ、準禁治產者ガ受働的ニ訴訟ヲ爲スニハ其同意ヲ要セズトスルモノナリ。尤モ準禁治產者ガ訴、控訴若クハ上告ノ取下、和解、請求ノ拋棄若クハ認諾又ハ脫退ヲ爲スニハ特別ニ保佐人ノ同意ヲ受クルコトヲ要ス(民訴50 II)。訴訟代理人ノ選任モ一ノ訴訟行爲ナレバ準禁治產者ハ之ニ付キ保佐人ノ同意ヲ得ザル可カラズ。訴訟代理人ニ報酬ヲ與フルノ契約ノ如キハ訴訟行爲ニ非ラザルモ、前號ノ重要ナル動產ニ關スル權利ノ得喪ヲ目的トスル行爲トシテ保佐人ノ同意ヲ要スルコトアリ。

準禁治產者ニ關スルコノ規定ハ妻ニ準用セラルルガ故ニ、其一方ニ付テノ判例ハ他方ノ爲メニ參照スベシ(例、次款[II]登載)。

5. 贈與、和解、又ハ仲裁契約ヲ爲スコト。

贈與和解仲裁契約 玆ニ贈與(民 549)トハ準禁治產者ガ財產ヲ與フルノ贈與ヲ意味シ、彼レガ財產ヲ受クルノ贈與ヲ含マザルモノトス。蓋シ準禁治產者ノ財產的利益ヲ保護スル爲メノ制度ナレバナリ。債務免除(民519)ノ如キハ玆ニ贈與ヲ爲スコトヽ同視ス可キニアラザルカ。

和解トハ當事者ガ互ニ讓步シテ其間ニ存スル爭ヲ止ムル契約ヲ云フ(民695)。裁判上ノ和解ハ玆ニ含マズ、上段ノ訴訟行爲トシテ同意ヲ要スルノミ。

仲裁契約トハ一名又ハ數名ノ仲裁人ヲシテ爭ノ判斷ヲ爲サシムル合意ヲ云フ(民訴786)。仲裁判斷ハ當事者間ニ於テ確定シタル裁判所ノ判決ト同一ノ效力ヲ有スルモノナレバ(民訴800)、斯カル重大ナル結果ヲ生ズル契約ニ付キ保佐人ノ同意ヲ要ストナスハ必然ナリ。

6. 相續ヲ承認シ又ハ之ヲ拋棄スルコト。

相續承認拋棄 被相續人ノ權利義務ヲ無限ニ承認スル單純承認(民1023)モ、相續ニ因テ得タル財產ノ限度ニ於テノミ被相續人ノ債務及ビ遺贈ヲ辨濟スルコトヲ留保スル限定承認(民1025)モ、又タ相續トハ全ク無關係ナラントスル相續ノ拋棄(民1038)モ、何レモ重大ナル結果ヲ生ズ可キモノナレバ、準禁治產者ハ此等ノ行爲ニ付テハ保佐人ノ同意ヲ要スルモノトセルナリ。

7. 贈與若シクハ遺贈ヲ拒絕シ又ハ負擔附ノ贈與若シクハ遺贈ヲ受諾スルコト。

受贈拒絕負擔受諾 贈與ノ拒絕トハ贈與ノ申込ヲ拒絕スルコトヲ意味シ、

遺贈ノ拒絶トハ遺贈ヲ抛棄スルコト(民1088)ヲ意味ス。負擔附ノ贈與若クハ遺贈ノ受諾トハ、受贈者ニ何等カノ義務ヲ負擔セシムル贈與（民551 II. 553.）ノ申込ヲ承諾シ、若シクハ受贈者ニ何等カノ義義ヲ負擔セシムル遺贈(民1104. 1105）ヲ承認スルコトヲ云フ。

8. 新築、改築、增築又ハ大修繕ヲ爲スコト。

工事

準禁治產者ガ斯カル工事ニ付キ請負契約等ヲ締結スル場合ハ、其注文者タルト其請負者タルトヲ問ハズ、保佐人ノ同意ヲ得ザル可カラズ。

9. 民法六〇二條ニ定メタル期間ヲ超ユル賃貸借ヲ爲スコト。

賃貸借

賃貸借ハ日常通有ノ取引ナレバ短期ノモノハ準禁治產者ガ單獨ニ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトシ、其長期ニ亘ルモノハ賃貸ナルト賃借ナルトヲ問ハズ、利害ノ影響大ナルモノアルヲ以テ、保佐人ノ同意ヲ要スルモノトナセルナリ。

無能力ノ擴張

III. 以上列記以外ノ行爲ニ付テモ裁判所ノ特別ナル宣告ニ因テ、保佐人ノ同意ヲ要スルコトトナスヲ得可シ(民12 II)。

取消原因

IV. 準禁治產者ガ以上述ブル所ノ必要ナル保佐人ノ同意ナクシテ爲シタル法律行爲ハ取消スコトヲ得ルモノトス(民12 III)。

準禁治產宣告ノ取消

V. 準禁治產ノ宣告ハ裁判ニ因テ之ヲ取消スコトヲ得ルモノトス。此取消裁判ノ要件ハ準禁治產ノ原因止ミタルコト及ビ準禁治產宣告請求權者ヨリ該取消ノ請求アリタルコトトス(民13.10)。此取消ニ因テ準禁治產者ハ將來ニ向テ(註一)、能力ヲ回復スルコト禁治產宣告取消ノ場合ト同一ナリ(前段參照)。

註一 人事訴訟手續法ニ於ケル準禁治產宣告ノ取消ハ民法ニ於ケル斯ノ取消ト性質及效力ヲ異ニスルコト、禁治產ノ場合ニ付テ述ベタル所ト同ジ(前款VI參照)。

第四款

妻

妻ノ無能力

I. 妻(Ehefrau, Femme.)トハ婚姻中ノ女ヲ云フ。妻ヲ無能力者トスルハ夫權ヲ尊重シ、夫妻生活ノ圓滿ヲ計リ、家庭ノ平和ヲ保護スルガ爲メニ認メタル制度ナリ。

未成年者、禁治產者、及ビ準禁治產者ノ無能力ハ自然的能力ノ不十分ナル彼等自身ノ財產的利益ヲ保護スルノ制度ナリ。然レドモ妻ノ無能力ノ理由ハ妻ハ自然的能力ガ不十分ナリト云フニハ非ラズ。蓋シ旣婚ノ女ハ未婚ノ女ヨリモ能力不十分ナリト云フ理由ナケレバナリ。惟フニ妻ノ無能力ハ妻ヲ保護スルニ非ズシテ夫ヲ保護スルノ制度ナリ。尤モ夫ヲ保護スルノ反射的效果トシテ妻ノ保護トモナル、然レドモ是レ法律ノ直接ニ目的トスル所ニ

アラザルナリ。從テ妻ニ無能力ナル名稱ヲ附シテ他ノ無能力者ト同列ニ總則編ニ規定シタルハ立法組織ノ當ヲ得ザルモノト信ズ。婚姻ノ效力トシテ親族編ニ規定ス可キモノナラン。諸外國ノ民法亦タ概ネ妻ノ能力ヲ制限スル規定ヲ婚姻關係ノ規定中ニ置クヲ例トス。

古代ヨリ何レノ國ニ於テモ女子ハ男子ニ比シ法律上幾分劣等ノ地位ニ立ツ、殊ニ公法上ノ地位ニ於テ著シキ懸隔アリ。然レドモ私法上ニ於テハ男女平等ナルヲ原則トス。唯ダ女子ハ結婚ニ因リテ幾分能力ノ制限ヲ受ク。

夫ノ許可ヲ要スル行爲

II. 妻ハ準禁治產者ニ付テノ前揭「1—6」ノ行爲ヲ爲スコト、及ビ贈與若クハ遺贈ヲ受諾シ又ハ之ヲ拒絕スルコト、竝ビニ妻ノ身體ニ羈伴ヲ受ク可キ契約ヲ爲ス場合ニハ、夫ノ許可 (Autorisation) ヲ受クルコトヲ要スルモノトス (民14 I)。妻ノ無能力ノ理由ガ此他ノ無能力ノ理由ト異ナル點ニ鑑ミテ、夫ノ許可ヲ必要トスル妻ノ行爲ノ範圍ニ特殊ノモノアルコトヲ知ルベシ。

取消原因

此許可ナクシテ妻ガ獨斷ニ此等ノ行爲ヲ爲シタルトキハ、其行爲ハ取消スコトヲ得ルモノトス(14 II)。

許可ノ方法

妻ニ對スル許可ハ未成年者又ハ準禁治產者ニ對スル同意トハ其方法ヲ異ニスルコトヲ得ルモノト解ス。蓋シ未成年者又ハ準禁治產者ニ對スル同意ハ此等ノ者ヲ保護スル爲メノモノナレバ、其箇々ノ行爲ニ付テ利害得失ヲ考

慮シテ個別的ニノミ爲シ得可ク包括的ニ爲スコトヲ得ザルモノト解ス可シト雖モ、妻ニ對スル許可ハ夫權尊重ニ由來スルモノナレバ夫ノ都合ニ依リテハ包括的ニ許可スルコトモ可ナリト解ス可キモノヽ如シ。例ヘバ夫ハ其外國旅行中理財上ノ妻ノ行爲ヲ包括的ニ許可スルガ如シ。マタ其許可ハ一定ノ方式ヲ以テスルコトヲ要セザルガ故ニ、留守ヲ託セル狀態ヨリ其許可アリト見ラル可キコトアリ。

妻が夫ノ許可ヲ得ズシテ爲シタル訴訟行爲ト雖モ之ヲ取消サザル間ハ有效ノモノトシテ成立スルカ故ニ夫ノ追認ヲ受クルトキハ最初ヨリ許可アリタルト同一ノ效力ヲ有スルモノトス(明治三七年大審院判決)。夫ハ民法上妻ノ訴訟行爲ニ付キ各審ヲ通ジテ無制限ニ許可ヲ與フルコトヲ得ルノミナラズ民事訴訟法ニ於テモ審級毎ニ夫ノ許可ヲ證スル書面ヲ要ス可キ規定ナケレバ苟モ夫が起訴ノ當時無制限ノ許可ヲ與ヘタル以上ハ妻ハ各審級ニ於テ有效ナル訴訟行爲ヲ爲シ得可キモノトス(同判決)。

民法ハ他ノ無能力者ノ行爲ニ就テハ「同意」ト規定シ妻ノ場合ニハ「許可」ト云ヘルモ、其法律的意味ハ多ク同一ナルモノト解ス。只ダ妻ハ夫ニ服從ス可キ關係アリトシテ禁制ノ解除ヲ受クルノ意味ニ於テ「許可」ト云ヒ、其他ノ無能力者ハ精神力ノ補充ヲ受クルノ意味ニ於テ「同意」ト云ヒタルモノト解シ得可シ。許可モ同意ト同ジク法律行爲ニ非ズ(第一款 III 參照)。

夫ノ管理權

夫ハ前揭ノ如ク妻ノ或種ノ行爲ニ付キ許可權及ビ取消權ヲ有ス。尙ホ妻ノ財產ニ付キ管理其他ノ權利ヲ有スルコトハ親族編ノ規定ニ明カナリ(民801—)。

營業行爲

III. 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 (民 15)。故ニ妻ハ

其範圍ニ於テハ妻タラザル人ト同樣ニ（夫ノ許可ヲ受ケズニ）、其行爲ヲ爲シ得可シ。尤モ妻ガ未成年者ナルトキハ、更ニ未成年者トシテノ營業ノ許可、又ハ各行爲ニ付テノ同意ヲ受クルノ必要ヲ生ズルコトハ勿論ナリ。

許可ノ取消制限

IV. 夫ハ一旦與ヘタル許可ヲ取消シ又ハ制限スルコトヲ得ルモノトス（民16本）。其取消又ハ制限シ得ル許可ハ、營業ニ對スル許可（民15）ナルト各行爲ニ對スル許可（民14）ナルトヲ問ハズ、兩者ヲ含ムモノト解ス可シ。而シテ其取消又ハ制限ニハ別ニ理由アルコトヲ要セザルナリ。故ニ夫ノ專橫ヲ許スノ弊ヲ生ジ易シ。仍テ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ザルモノトス（民16但）。茲ニ善意ノ第三者トハ其取消又ハ制限ヲ知ラズシテ、先キノ許可ガ存スルモノト信ジテ取引シタル者ヲ云フ。

例ヘバ夫ハ妻ガ第三者ニ不動產ヲ讓渡スルコトヲ一旦許可シタルニ拘ハラズ後ニ之ヲ取消シタリトス。然ルニ第三者ハ其取消アリタルコトヲ知ラズ、前ノ許可ヲ信賴シテ妻ヨリ不動產ヲ讓受ケタリトセバ、夫ハ妻ト第三者トノ間ノ讓渡行爲ヲ取消スコト能ハザルガ如シ。マタ例ヘバ夫ノ營業許可アルコトヲ信ジ其レガ取消又ハ制限セラレタルコトヲ知ラザル第三者ニ對抗シテ、妻ノ營業上ノ行爲ハ夫ノ許可ヲ欠クモノナルコトヲ理由トシテ取消スコト能ハザルナリ。

夫ノ許可ヲ要セザル場合

V. 前揭夫ノ許可ヲ要ス可キ妻ノ行爲ハ次ノ場合ニハ例外トシテ其許可ヲ要セザルモノトス（民17）。

1. 夫ノ生死分明ナラザルトキ。

2. 夫ガ妻ヲ遺棄シタルトキ。
3. 夫ガ禁治產者又ハ準禁治產者ナルトキ。
4. 夫ガ癲癲ノ爲メ病院又ハ私宅ニ監置セラルルトキ。

明治三三年法律三八號精神病者監護法參照

5. 夫ガ禁錮一年以上ノ刑ニ處セラレ其刑ノ執行中ニ在ルトキ。
6. 夫婦ノ利益相反スルトキ。

尙ホ遺言（民1062）及ビ會社ノ無限責任社員タルコトヲ許サレタル場合ノ會社業務上ノ行爲（商6）等モ、妻ノ獨斷ニテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス。

夫ガ未成年ノ場合

VI. 夫ガ未成年者ナルトキハ妻ニ與フル許可ハ夫ガ其法定代理人ノ同意ヲ經タル上ニ爲サザル可カラズ、其同意ヲ經ズシテ爲シタル許可ハ取消スコトヲ得可ク、其取消ノ結果ハ妻ノ行爲ハ夫ノ許可ナクシテ爲シタルモノトシテ亦タ取消シ得ルモノトナル（民18）。民法ハ夫タル地位ト未成年者タル地位トヲ併合セシムルノ主義ヲ採リタルモノナルモ、立法論トシテハ夫妻間ノ關係ニ對シテ餘人ヲシテ干涉セシムルコトハ適當ト認メ難シ。

未成年ノ夫ガ妻ノ行爲ニ對シテ一旦與ヘタル許可ヲ取消又ハ制限スルニハ、夫ハ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セザルモノト解ス。蓋シ許可ト其取消制限トヲ同

一ニ論ズルノ必要モ無ク、法文モ亦タ之ヲ同一ニ取扱ハザレバナリ。故ニ未成年者タル夫ガ一旦與ヘタル許可ヲ取消シ又ハ制限スルモ、其取消又ハ制限ノ行爲ハ法定代理人ノ同意ヲ得ザリシコトヲ理由トシテ之ヲ取消スコト能ハザルモノト解ス可シ。然ラザレバ「許可ノ取消又ハ制限」ヲ取消スト云フガ如キ頗ル複雜ナル法律關係ヲ生ズ可シ。

妻ガ未成年ノ場合

VII. 妻ガ未成年者ナル場合ハ妻タル地位ニ於テ夫ノ許可ヲ受クルノ外、尙ホ未成年者タル地位ニ於テ法定代理人ノ同意ヲ受ケザレバ、法律行爲ヲ爲スコト能ハザルコトアリ。此場合ニモ夫妻間ノ關係ニ餘人ガ干渉スルノ餘地ヲ作リ、夫妻中心主義ノ近時ノ傾向ト反スル結果ヲ生ジ一家ノ平和ヲ害シ易シ。尤モ妻ガ未成年者ナルモ夫ガ成年者ナルトキハ、夫ハ後見ノ職務ヲ行フガ故ニ（民791）、妻ニ對スル親權者以外ニハ夫妻生活ニ餘人ノ干渉スルヲ免レ得ルモ、夫ガ未成年者ナルトキハ之ヲ免ルルコト能ハズ。

夫妻共ニ未成年ノ場合

VIII. 夫妻共ニ未成年者ナルトキハ夫ハ其法定代理人ノ同意ヲ得タル上許可ヲ爲シ、更ニ妻ノ法定代理人ガ同意スルニアラザレバ、妻ハ法律行爲ヲ爲スコト能ハザルコトアリ。斯クノ如ク夫妻ノ關係ニ餘人ノ干渉ヲ認ムルコトハ、却テ一家ノ平和ヲ破ルコトヽナリ、而カモ取引

ノ安全ヲ害シ第三者ニ不測ノ損害ヲ加フルニ至ル惡制ニ非ラザルカ。寧ロ婚姻ハ未成年者ニ對シテモ成年能力ヲ與ヘ、社會的ニ獨立獨行セシメルモノト爲ス可キニ非ラザルカ。瑞西民法ニ於テハ未成年者ハ婚姻ニ依リ成年者トナルモノトス（瑞民14 II）。

第五款

無能力者ノ相手方保護

相手方ノ保護

I. 無能力ヲ原因トスル法律行爲ノ取消權ハ無能力者側ニ存シ、其相手方ヨリ取消スコトヲ得ザルモノトス（後段詳述）。從テ無能力者ノ法律行爲ノ相手方トナリタル者ハ何時取消サルルヤモ計リ知ル可カラザルノ不安ナル地位ニアリ。マタ無能力者ノ行爲ヲ基礎前提トセル幾多ノ第三者ノ行爲モ、其取消ノ影響ヲ受ク可キ不安アリ。此不安定ナル地位ニアル相手方ヲ保護スル爲メニ法律ノ認メタル催告權（Aufforderung, sommation.）ナルモノアリ。此催告權ハ直接ニハ相手方ヲ保護スルニ止マルモ、間接ニハ無能力者ノ行爲ヲ基礎前提トスル取引ヲ爲シタル第三者ヲ廣ク保護スルコトヽナリ得ルモノトス。其保護ノ方法（催告ノ效果）二アリ。一ハ行爲ガ取消サレザルコトヽナリテ其效力ノ安定スルコトナリ（民19 I.II）。他ハ行爲ガ取消サレタルコトヽナリ無效行爲トシテ取扱

ハルヽコトニ確定スルコトナリ(民19 III. IV.)。斯ク相手方ヲ保護スル反面ニ於テハ、其レ丈ケ無能力者ノ保護ヲ制限スルコトヽナルモノナリ。尙ホ次ニ之ヲ分說ス。

詐欺又ハ强迫ニ因ル取消ニ付テハ取消權者側ノ保護ヲ貫徹セシムル爲メニ、相手方ノ催告權ナルモノヲ認メザルナリ。

能力者トナリタル者ニ對スル催告(追認效)

II. 無能力者ガ能力者トナリタル後相手方ハ前無能力者ニ對シ一ケ月以上ノ期間內ニ取消シ得可キ行爲ヲ追認スルヤ否ヤノ確答ヲ爲スベキ旨ヲ催告スルコトヲ得ルモノトス、若シ前無能力者ガ其期間內ニ確答ヲ發セザルトキハ其行爲ヲ追認シタルモノト看做ス(註一)(民19 I)。即チ無能力者タリシ時代ニ於テ爲シタル行爲ヲ能力者トナリタル後ニ、冷靜ニ判斷シテ取消スヤ否ヤノ態度ヲ決セシムル制度ナリ。追認トハ法律行爲ノ取消性ヲ排除シ、其效力ヲ確定スルコトナリ。其結果ヨリ見レバ取消權ノ喪失ヲ意味ス。催告期間ハ催告ノ到達シタル時ヨリ起算シテ一ケ月以上ナルコトヲ要ス。其期間ハ相手方ニ於テ自由ニ指定スルコトヲ得可シ。一ケ月ヨリ短キ期間ヲ指定シタル場合ニハ一ケ月ノ期間ヲ以テ催告セラレタルモノト看做ス可ク、催告自體ヲ無效ト解セザルヲ可トス。

未成年者ガ成年者トナリ、禁治產者又ハ準禁治產者ガ其宣告ヲ取消サレタル場合ニ於テ、此催告權ヲ行使シ得

ルコトハ勿論ナルモ、婚姻ノ解消ニ因テ妻ガ獨立人トナリタル場合ニモ此催告權ハ許サルベキモノナリヤ疑アリ。此催告權ハ被催告者タル者(前ニ妻タリシ者)ニ取消權ノ存スルコトヲ前提トスルモノナリ。然ルニ婚姻解消後ニ於テハ該取消權ノ存否ニ疑アリ。此取消權ノ問題ハ後段ニ說ク。仍テ其催告權ノ問題ハ其說明ニ因テ決セラルヽモノトス(本書　頁參照)。

註一　民法ニハ屢「看做ス」又ハ「推定ス」ノ用例アリ。前者ハ法律上ノ效力ノ確定的ナルヲ意味シ後者ハ其假定的ナルヲ意味ス。從テ後者ノ場合ニ於テハ訴訟ニ於テ其規定ノ趣旨ト反對ノ立證ヲ爲シ得ルモ前者ノ場合ニ於テハ之ヲ許サズ。

夫又ハ法定代理人ニ對スル催告(追認效)

III. 無能力者ガ能力者トナラザル場合ハ相手方ハ無能力者ノ法定代理人又ハ夫ニ對シ上述ノ催告ヲ爲スモノトス。而シテ其催告ニ對シ確答ヲ發セザルトキ亦タ追認ノ效力ヲ生ズルモノトス。但シ法定代理人ニ對シテハ其權限內ノ行爲ニ付テノミ此催告ヲ爲スコトヲ得(民19 II)。例ヘバ親權者ト未成年ノ子ト利益相反スル行爲ニ付テハ親權者ハ代理權ヲ有セザルガ故(民888)、斯カル代理權外ノ行爲ニ對シテハ法定代理人ニ對シ催告ヲ爲スコトヲ得ズ。蓋シ取消シ得可キ行爲ノ追認ヲ爲スハ自身ニテ其行爲ノ代理ヲ爲スニ等シキ關係ニ立ツ可キヲ以テナリ。此場合ニハ特別代理人(民888)ニ對シテ催告ヲナスベキモノトス。マタ親權者及ビ後見人ニ管理セシメザル財產

(民892. 936) ニ關スル、未成年者又ハ禁治產者ノ行爲ニ付テモ同樣ナリ。

特別方式ヲ要スル行爲ニ付テノ催告(取消效)

夫又ハ法定代理人ニ對シ此催告ヲ爲ス場合ニ其取消シ得可キ行爲ガ有效ナル爲メニ特別ノ方式ヲ必要トスルモノナルトキハ、該催告期間內ニ其方式ヲ踏ミタル旨ノ通知ヲ發セザルトキハ之ヲ取消シタルモノト看做ス(民19 III)。例ヘバ夫ガ未成年ナル爲メ妻ノ行爲ニ對シ許可ヲ與フルニ當リ先ヅ法定代理人ノ同意ヲ經ザル可カラザル場合ニハ(民18)、妻ノ行爲ヲ追認スルニモ其方式(法定代理人ノ同意)ヲ踏ムコトヲ要ス可キガ故ニ、該方式ヲ踏ミ其旨ノ通知ヲ發セザルトキハ妻ノ行爲ハ取消サレタルモノト看做サル。マタ法定代理人ガ同意ヲ與フルニ付キ親族會ノ同意ヲ要スル場合ニモ同樣ナリ(民886. 878. 929)。

準禁治產者及妻ニ對スル特別催告(取消效)

IV. 準禁治產者及ビ妻ニ對シテハ相手方ハ一ケ月以上ノ期間內ニ保佐人ノ同意又ハ夫ノ許可ヲ得テ其行爲ヲ追認スベキ旨ヲ催告スルコトヲ得、若シ準禁治產者又ハ妻ガ該期間內ニ同意又ハ許可ヲ得タル旨ノ通知ヲ發セザルトキハ之ヲ取消シタルモノト看做ス(民19 IV)。蓋シ準禁治產者及ビ妻ハ未成年者及ビ禁治產者ノ如ク知慮不十分ノ者トシテ取扱フコトナク、斯カル特別催告ニ依テ相手方ノ地位ヲ確定スルコトヲ得ルモノト爲シタルナリ。未

成年者又ハ禁治產者ノ相手方ハ彼等ガ能力者トナルヲ待テ、彼等ニ對シテ直接催告ヲ爲スカ、若シ之ヲ待ツコト能ハザルトキハ其法定代理人ニ對シテ催告ヲ爲ス可キモノトス。未成年者又ハ禁治產者自身ニ對シテ爲シタル催告ハ何等ノ效力ナシ(前揭 II. III. 對照)。

夫ノ追認妻ノ取消

夫妻ニ對シ別々ニ催告ヲ爲シタルモ何レヨリモ確答通知ナカリシトキハ、夫ニ對スル催告ノ結果ハ追認效ヲ生ジ(民19 II)、妻ニ對スル催告ノ結果ハ取消效ヲ生ズル(民19 IV)ガ如キコトヽナルモ、其先キノ效果ヲ認メ後ノ效果ヲ認ムル可キモノニ非ラズト解ス。若シ同時ニ其效果ヲ生ズ可キ關係トナリタルトキハ、追認效ヲ認ムルコトガ夫權尊重主義ト相手方保護主義トニ適スル解釋ト思フ。

無能力者ノ詐術ト取消權ノ制限

V. 無能力者ガ其相手方ニ對シ自己ノ能力者タルコトヲ信ゼシムル爲メ詐術ヲ用キタルトキハ其行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得ザルモノトス(民20)。蓋シ斯カル場合ニハ無能力者ヲ保護スルノ必要ナキヲ以テナリ。無能力者ガ無能力者ナルコトヲ告白シツヽ、法定代理人、保佐人又ハ夫ノ同意若ハ許可ヲ得タルコトヲ信ゼシムル爲メノ、詐術ヲ用ヒテ爲シタル法律行爲モ取消スコトヲ得ザルモノト解ス。蓋シ當該行爲ニ付テハ能力ノ缺陷ヲ補充シタルコトヲ信ゼシムルモノナレバナリ。茲ニ詐術ト云フハ誤信セシムルニ適スル術策ト解シ、從テ相當ニ念ノ入リ

タル積極的手段タルヲ要シ、消極的手段ノ如キハ詐術ト見ル可キモノニ非ラズトスルヲ通說トス。佛伊民法ノ如キハ成年者ナルコトノ單純ナル陳述ハ取消權ノ行使ヲ妨ゲザル旨ノ規定ヲ設ク。然レドモ私ハ吾民法上苟クモ有能力ヲ信ゼムルニ付キ相手方ヲ錯誤ニ陷レタル場合ハ、手段ノ如何ヲ問ハズ取消權ノ行使ヲ禁ズルモノト解シ、無能力者ノ過當ナル保護ヲ制約スルノ必要ナキニシモアラズト思フ。

相手方ノ取消ト賠償請求

反面ニ於テハ詐術ヲ用ヒラレタル相手方ハ詐欺ニ因ル意思表示ヲナシタルコトヲ理由トシテ取消ヲ爲スコトヲ得可ク、マタ相手方ハ無能力者ニ對シ不法行爲ノ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルハ後ニ說明スル所ノ如シ。

第五節 法律行爲ノ目的

目的ノ觀念

I. 法律行爲ノ當事者ニ因テ欲望セラレタル私法上ノ效力ヲ組成スル內容事項（當事者ノ欲望事項）ヲ法律行爲ノ目的ト云フ(民90)。即チ法律行爲ノ目的ハ法律行爲ノ效力其レ自體ニハアラズシテ、其效力ヲ組成スル事柄タル事實關係ニ外ナラズ。從テ何ガ法律行爲ノ目的ナルカハ各種ノ行爲ニ付キ抽象的ニ一定スルモノニアラズ、各個ノ行爲ニ付テ目的ハ異ナルモノトス。

動機トノ區別

II. 茲ニ於テ法律行爲ノ目的ハ之ヲ法律行爲ノ緣由若シクハ動機(Beweggrund, Motive.)ト區別ス可シ。動機トハ法律行爲ヲ爲サントスル（法律效果ヲ欲望スルニ至リタル）決意ノ理由ナリ。而シテ目的ハ法律行爲ノ構成內容ナルモ動機ハ然ラズ。

原因トノ區別

III. 又タ法律行爲ノ目的ハ之ヲ法律行爲ノ原因トモ區別セザル可カラズ。原因ハ既述セル如ク實質ニ於テハ動機ト同一ナリ。而シテ或種ノ法律行爲(原因行爲)ノ成立要素ナリ。且ツ其種類ノ法律行爲ニ於テハ原因ハ同一ナリ。然レドモ目的ハ同一種類ノ法律行爲ニ於テモ各行爲ニ付キ同一ナラザルコト動機ニ於ケルガ如シ。故ニ同種ノ行爲中ニモ目的ノ不法ナル行爲アリ。目的ノ適法ナル行爲モアリ。又タ法律ハ無因行爲ナルモノヲ認ムルモノト解ス可キガ故ニ法律的構成ニ於テハ原因ヲ有セザル行爲モアルナリ。然レドモ目的ヲ有セザル行爲ナキナリ。又タ原因ハ財產的行爲ニ就テノミ認メラルル觀念ナルモ、目的ハ非財產的行爲ニ就テモ認ム可キハ勿論ナリ。

第一款 目的ノ可能性

可能不能ノ意義

I. 法律行爲ノ目的(欲望事項)ガ可能ナルコトハ一般行爲ノ有效要件ナリ。茲ニ可能トハ法律行爲ノ目的タル

、當事者ノ欲望事項ガ實現シ得可キ豫見アルヲ云ヒ、此豫見ナキヲ不能ト云フ。法律行爲ノ目的ガ客觀的ニ不能ナルトキハ其行爲ハ無效ナリ。主觀的不能ナルトキハ、有效ト解ス。例ヘバ月世界ニ物ヲ輸送スルトカ又ハ太平洋ヲ一時間內ニ橫斷スルト云フガ如キハ、現今ノ觀念ニ於テハ客觀的不能ノ事項ナルガ故、斯カル事項ヲ目的トスル法律行爲ハ無效ナリ。然レドモ盲者ガ讀書ス可キコトヲ約スルガ如キハ主觀的不能ノ事項タルニ止マルガ故有效ナル契約トナル可シ。從テ讀書ノ義務ヲ履行シ得ザル者ハ損害賠償ノ責任ヲ負フコトヽモナル。法律行爲ノ目的ノ不能トハ物理學的ニ不能ナルコトヲ要セザルモノトス。太平洋ヲ一時間內ニ橫斷スルガ如キコトハ物理學的ニ不能ト論ズルコトヲ得ザル可シト雖モ文明生活ノ現狀觀察ニ於テハ斯クノ如キ事項ハ不能事項ナルガ故、之ヲ目的トスル法律行爲ハ少クモ法律上ニ於テハ不能事項ヲ目的トスル法律行爲トシテ無效ナルモノト解ス。

不能ニハ事實上ノ不能ト法律上ノ不能トアリ。前揭設例ハ事實上ノ不能事項ナリ。婚姻中ニアル者ガ更ニ第三者ト婚姻ヲ爲スガ如キハ法律上ノ不能事項ナリ。何レノ場合モ法律行爲ハ無效トナル。唯ダ法律上ノ不能アルトキハ多ク强行法違反ト云フ理由ニ依テモ其行爲ハ無效トナラム。

不能可能ノ決定時

II. 法律行爲ノ目的ガ不能ナリヤ否ヤハ法律行爲ノ成立時ヲ標準トシテ決ス可キモノトス。從テ法律行爲ノ成立時ニ於テ不能事項ヲ目的トシタル以上ハ、其後ニ於テ可能事項トナルモ、其法律行爲ハ效力ヲ發生スルコトヲ得ザルモノトス。凡ソ法律行爲ノ效力ハ成立當時ニ於テ運命ヲ決ス可ク、後日ノ事情ニ因テ影響ヲ受ク可キモノニ非ザルナリ。

法律行爲成立當時ハ目的ガ可能ナリシモ後ニ目的ガ不能トナルトキハ事後將來ニ向テ法律行爲ハ效力ヲ失ヒ、權利ヲ失シ義務ヲ免ルヽ者ヲ生ズ可キモノト解ス。

不能ノ效果

III. 吾民法ニハ不能目的ノ法律行爲ヲ無效トス可キ明文ノ規定ナシト雖モ條理上當然ノコトニシテ一般ニ認メラルル所ナリ。蓋シ法律ハ「不能ヲ强ヒズ」ノ主義ニ據ルヲ以テナリ。然レドモ外國立法例ニ於テハ特ニ明文ノ規定ヲ設ケテ不能ノ內容(unmöglicher Inhalt)ヲ有スル契約ヲ無效ナリト定ムルモノアリ(瑞債§20. 獨民§306)。

法律行爲成立當時ハ目的ガ可能ナリシモ後ニ目的ガ不能トナルトキハ事後法律行爲ハ無效トナル可キモ、反之當初不能ナリシ目的ガ後ニ可能トナルモ法律行爲ハ有效トナラザルコト上述セル如シ。

第二款

目的ノ確定性

確定又ハ確定可能

I. 法律行爲ノ目的ハ行爲ノ成立當時ニ確定セルカ又

ハ將來確定シ得可キ豫見アルニ非ラザレバ其法律行爲ハ無效ナルモノトス。例ヘバ「金千圓支拂」ト云フガ如キハ法律行爲ノ目的ガ確定セルモノナルヲ以テ斯カル目的ヲ有スル行爲ハ有效ナリ。「金千圓若シクハ米百俵ノ給付」ト云フガ如キハ目的ノ確定シ得可キ豫見アルガ故ニ斯カル目的ヲ有スル行爲モ有效ナリ。然レドモ單ニ「何物カヲ與ヘン」ト云フガ如キハ將來ニ於テモ目的ノ確定シ得可キ豫見ナキガ故ニ、斯カル事項ヲ目的トスル法律行爲ハ絕對ニ無效ナリ。蓋シ斯カル事項ニ對シテハ法律效果ヲ生ゼシムル餘地ナク僅カニ道德的效果ヲ生ジ得ル位ノモノナレバナリ。

確定方法

II. 「確定シ得可キ目的」ニ就テハ其確定ガ法律ノ規定ニ因ルコトアリ。即チ確定ニ付テ特ニ法律規定ガ協力スルコトアリ。例ヘバ當事者ガ品質ヲ定メズシテ種類ノミヲ以テ債權ノ目的物ヲ指示シタル場合ハ、法律規定ニ依テ其品質ハ中等ノモノト定マルガ如シ(民 401)。又タ當事者ノ指定シタル方法（例、當事者又ハ第三者ノ選定裁斷）ニ因テ確定スルコトアリ。或ハ慣習其他ノ事情ニ因テ當事者ノ意思推定ヲ理由トシテ確定シ得ルコトアリ。

第三款

目的ノ公序良俗性

公序良俗違反ト法律行爲ノ無效

I. 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗（公序良俗性）ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行爲ハ無效トス(民90)。即チ個人意思ノ保護ハ近代私法ノ大精神ナルモ、而カモ其保護タルヤ絕對無制限ナル能ハズシテ社會ノ保護ヲ限度トセザル可カラズ。故ニ反社會性ノ法律行爲ニ對シテハ法律ニ於テ其保護ヲ拒否シ、其效力ヲ否認スルモノナリ。諸外國ノ法律モ概ネ之ト同樣ナル規定ヲ設ケテ私法一般ノ原則トナス。蓋シ公序良俗ニ反スル事項ニ對シテ法律上ノ效果ヲ與フルコトヲ否認シ、以テ私法上ノ領域ニ於テモ社會ノ公序良俗ヲ保全セントスレバナリ。

「公ノ秩序」「善良ノ風俗」

「公ノ秩序」(ordre public, öffentliche Ordnung, public policy.)ナル觀念ト、「善良ノ風俗」(bonos mores, bonnes moeurs, gute Sitte, good morals.)ナル觀念トハ別異ノ觀念ト見ルコトハ困難ニシテ寧ロ一括シタル觀念ト見ルヲ適當トス。或ハ「公ノ秩序」トハ社會ノ公安又ハ社會一般ノ利益ヲ意味ストナシ、「善良ノ風俗」トハ道德ノ維持ヲ意味スト說ヲ爲ス者アリ。然レドモ公安又ハ一般利益、及ビ道德ナル語モ多クノ疑問ヲ含ミ問ヲ以テ問ニ答フルノ感アリ。然カモ兩者ハ相關連シテ到底分離ス可カラズ。

假リニ分離シ得テモ法律效果ハ同一ナルガ故ニ其實益ナシ。仍テ寧ロ「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗」ナル觀念ハ一括シタル民法九〇條ノ獨特ノ觀念ト爲スヲ正當トス可シ。

民法九〇條ノ運用

II. 法律ハ社會的妥當性ヲ缺ク可キ一切ノ行爲ヲ豫見シテ其箇々ニ付テ禁止規定ヲ設クルコトヲ至難トシ、民法九〇條ノ如キ彈力性ニ富ム規定ヲ以テ法律行爲ノ妥當性ヲ維持スルノ安全辨トナセルナリ。故ニ犯罪其他ノ不正行爲ヲ懲懲加擔シ其他正義ノ觀念ニ反スル事項、人倫情義ヲ破壞スルノ事項、著シク射倖心ヲ刺戟シ健實ナル生業心ヲ衰退セシムルガ如キ事項、個人ノ行動、營業其他ノ自由ヲ極端ニ制限スル事項、經濟上社會上著大ナル衝動ヲ生ゼシメ社會制度、國家制度ヲ無視シ又ハ之ヲ混亂セシムルガ如キ事項ヲ目的トスル法律行爲ハ上記ノ理由ニ因リ無效トナル可キモノナラムモ、當該法律行爲ノ目的タル各個ノ事項ガ果シテ公序良俗ニ反スルヤ否ヤハ時ト場所トノ關係ニ適順シ、社會組織ト時代思潮トヲ參酌シテ決定ス可キ程度問題ナリ。殺人ノ約束、密淫實ノ約束ノ如キハ明カナル無效行爲ノ例トナラム。獨逸民法ハ人ノ困難、輕卒又ハ無經驗ナルニ乘ジテ不均衡ナル給付ヲ約セシメタルトキハ之ヲ暴利行爲(wucherische Geschäft)トシテ無效トス(§138 II)。更ニ獨逸憲法ハ暴利ヲ禁ズ、善良ノ風俗ニ反スル法律行爲ハ無效ト定ム

(§152 II)。將來ノ財產ノ全部又ハ一部ノ處分ヲモ無效トスル立法例少ナカラズ(瑞民310. 墺民 944. 佛民 943)。吾民法ハ斯カル規定ヲ設ケザルモ民法九〇條ノ運用ニ依テ略同一結果ニ到來ス可シ。民法九〇條ノ運用ニ關シテハ研究ス可キ判例甚ダ多シ(註一乃至一六)。

註一 離婚セラレタル實母ヲ同居セシムルトキハ子ハ其父ニ對シ違約金ヲ支拂フベシトノ契約ハ公ノ秩序ニ反スルヲ以テ無效ナリトス(明治三二年大審院判決)。

註二 娼妓ガ貸座敷營業者ニ對シ一定ノ年期中勞務ニ服ストノ契約ハ法律上無效ナリ。身體ノ拘束ヲ目的トスル契約ハ自由契約ノ範圍外タルヲ以テ當然無效ナリ(明治二九年大審院判決)。

註三 妾ナルモノハ男女間ニ於ケル內輪ノ關係ニシテ一夫一婦タル善良ノ風俗ニ反スルモノナレバ法律ハ其關係ヲ認メズ。從テ妾ナル人格ハ正當ノ身分トシテ之ヲ認ムルヲ得ズ。故ニ妾タル身分ノ關係ニ基キ取結ビタル契約ハ不法ノ原因ニ基クモノナレバ裁判上之ガ履行ヲ許容スベキモノニ非ラズ(明治三〇年大審院判決)。

註四 終身間扶養料給與契約ハ原告間ノ妾契約ヲ前提トシ之ガ繼續ヲ目的トスル附隨的契約ナレバ其效力ナキコト明カナリ(昭和四年三月十三日大坂地方裁判所判決)。

註五 娼妓營業ハ公認セラレ居ルヲ以テ債務者タル娼妓ガ債權者ニ對シ自己ノ營業ヨリ生スル收益ヲ以テ其債務ノ辨濟ニ供スベキコトヲ約スルモ毫モ公ノ秩序若シクハ善良ナル風俗ニ反スル所ナシ(明治三五年大審院判決)。

註六 債務者ヲシテ如何ナル事情アルモ解約等ヲ爲スノ餘地ナカラシメ契約期間內ハ必ズ藝妓稼業ヲ爲サシメントスル契約ハ民法第九十條ニ依リ無效ナルモノトス(大正四年大審院判決)。

註七 甲乙連帶シテ丙ニ對シ甲ノ藝妓稼業契約期間(十年)中藝妓嫁業ヨリ生ズル收益全部ヲ丙ノ所得ト爲シ甲ニ退去逃走等ノ所行アリタルトキハ契約成立ノ日ヨリ總テノ損害ヲ賠償スベキコトヲ約スルガ如キハ、甲乙ヲシテ苛重ノ責任ヲ負ハシメ依テ以テ十年間甲ヲシテ藝妓嫁業ヲ行ハシメンコトヲ目的トスルモノナレバ著シク甲ノ自由ヲ拘束スルモノト

謂フベク、從テ斯ノ如キコトヲ内容トスル藝妓稼業契約ハ民法九十條ニ依リ無效ナルヲ以テ之ガ保證契約モ亦無效ナリトス（大正十年大審院判決）。

註八 乙ガ甲ヲシテ其ノ意ニ反シ轉籍ニ同意セシムルノ手段トシテ贈與ヲ約シタルモノナリトセバ其ノ契約ハ不法ニ甲ノ自由意思ヲ制限スルニ歸シ無效ナルモ、若シ其趣旨ニシテ甲ノ轉籍ニ同意シタル場合ニ於テ乙ノ贈與ガ其ノ效力ヲ生ズルコトヲ合意シタルニ過ギザルモノトセバ其ノ契約ハ有效ナリトス（大正十一年大審院判決）。

註九 受贈者ニ於テ受贈ノ土地ヲ絕對永久ニ他ニ讓渡セザルコトヲ約諾シテ其土地ノ贈與ヲ受クルガ如キ法律行爲ハ公ノ秩序ニ反スルヲ以テ當然無效ナリ（明治三二年大審院判決）。

註一〇 自己ノ終身間所有權ノ移轉ヲ爲サザル義務ヲ相手方ニ對シテ負擔スル約款ハ、親族關係ヲ有スル者ノ間ニ於テ一方ヨリ他方ニ對シ其終身ヲ期シテ物ノ使用收益ノ權利ヲ確保セントスル場合ニ必要ニシテ相手方ヲシテ物ノ所有權ヲ永久他人ニ移轉セザル義務ヲ負擔セシムルガ如キ約款トハ全然其趣ヲ異ニスルモノナレバ、法律上何等不法ナルモノニ非ラズ（大正六年大審院判決）。

註一一 取引ニ關シ代理人ヲ使用スルト否トハ本人ノ自由權能ニ屬スルヲ以テ本人ガ相手方ノ承諾ナクシテ代理人ヲ使用セザル旨ヲ特約スルモ其效ヲ生ゼザルモノトス（大正六年大審院判決）。

註一二 賣主ガ入札ノ方法ニヨリ賣買行爲ヲ爲サントスルニ當リ豫メ買主ガ連合シテ價格ヲ協定スル等所謂談合ヲ遂ゲテ入札ヲ爲ストキハ、賣主ニ於テ其期待セル如キ自己ニ有利ナル價格ニテ賣買契約ヲ締結スルコトヲ妨ゲラルヽコト時ニナキニ非ラズト雖モ、元入札ニ依ル賣却行爲ニ於テ賣主ハ買主ノ賠中機索的競爭ヲ利用シテ自己ニ有利ニ賣買契約ヲ締結セントスルモノナルテ以テ、買主ガ之ニ對抗シテ自己ノ利益ヲ擁護スル爲メ豫メ互ニ價格等ノ點ニ付協定ヲ遂ゲルモ毫モ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反セザルモノトス（昭和四年七月二九日東京地方裁判所判決）。

註一三 故意若シクハ之ニ齊シキ重過失ハ格別通常ノ過失ニ付キ契約ヲ以テ其責任ヲ免レシムルモ決シテ公共ノ安寧ヲ害スルモノト謂フ可カラズ、故ニ他ノ要件ニシテ欠クル所ナキニ於テハ之ヲ有效ノ契約ト論定セザルベカラズ（明治二七年大審院判決）。

註一四 契約ガ債務者其他ノ者ノ輕卒無經驗又ハ急迫ナル困窮ニ乘ジテ締結セラレタリト認ム可キトキハ、公序良俗ニ反スルモノトシテ之ヲ

無效トスベキモノナレバ本件ノ流抵當ノ特約ハ法律上無效ナリ（大正十四年一月二三日京城地方法院判決）。

註一五 一ケ年二十四割ノ利米ヲ附スルガ如キハ利息トシテ高率ナリト雖モ利息制限法ノ適用ナキ米穀ノ貸借ニ付キ其利率ノ苛重ナルノ故ヲ以テ直ニ民法九十條ニ該當スル無效ノ法律行爲ナリト謂フヲ得ズ（大正七年大審院判決）。

註一六 取下ヲ爲ス可キ契約ハ民事訴訟法ニ於テ其ノ效力ヲ認メザルヲ以テ之ヲ無效トス（大正十一年大審院判決）。

動機ノ公序良俗違反

III. 法律行爲ハ其目的ガ公序良俗ニ反スルトキハ無效ナルモ、其動機ガ公序良俗ニ反スルニ止マルトキハ有效ナリ。例ヘバ殺人用ノ爲メ銃劍ヲ買入ルルガ如キ、又ハ密淫賣業開帳ノ爲メ適當ナル家屋ヲ賃借スルガ如キハ有效ナルヲ妨ゲズ。蓋シ動機ハ當事者ノ心情ニ關スルモノニシテ外部ヨリ窺知シ難キ事項ナリ、然ルニ之ニヨリ法律行爲ノ效力ヲ左右スルモノトスルハ取引ノ安全ヲ害ス可ケレバナリ。尤モ斯クノ如キ動機ヲ表示シ又ハ相手方ガ其動機ヲ承知シツヽ（情ヲ知ツテ）、若ハ其動機ニ出ツルモノナルコトガ明白ナル狀態ニ於テ、斯カル法律行爲ノ行ハレタル場合ニハ、法律行爲ハ單ナル動機ノ不法（公序良俗違反）ニ止マルモノニ非ラズシテ、此客觀的狀勢ニ於テ既ニ目的ハ公序良俗違反化セラレテ、其行爲ハ無效トナルモノト解スルヲ相當トス。尙ホ法律行爲ハ其條件ガ公序良俗ニ違反スルトキモ無效トナルコトハ後段ニ詳述スベシ（民132）。

公序良俗ニ反スルヤ否ヤハ法律問題ナリ

IV. 或事項ガ果シテ公序良俗ニ反スルヤ否ヤハ法律問題ナリ。故ニ裁判ニ於テハ上告審理セラルルコトヲ得ル事項ナリトス。蓋シ確定事實ニ對シテ民法九〇條ヲ適用ス可キヤ否ヤノ法律ノ適用範圍ヲ決スル問題ナレバナリ。換言スレバ其事項ノ法律的評價ノ問題ナレバナリ。尤モ其事項ノ評價ヲ爲スニ付テ或事實ノ存否等ガ問題トナレバ、其問題ハ事實問題トシテ上告審理ノ許サレザルモノナルコト疑ナシ。

法律行爲ノ自由原則

V. 此規定ノ反面解釋トシテハ公序良俗ニ反セザル事項ヲ目的トスル法律行爲ハ有效ナリト云フ原則アルヲ知ルニ足ル。即チ私法上ニ於テハ各人ニ自治ノ力ヲ認メテ其自由意思ニ因テ法律關係ヲ處理スルコトヲ得シムルモノナリ。此レ私法生活ニ於ケル自治制ニシテ法律行爲就中契約ノ自由原則ヲ認ムルモノニ外ナラズ。民法九〇條ヲ根據トシテ契約自由ノ原則ヲ認ムルコトニ就テハ學說上爭ナキ所ナルモ單獨行爲ノ自由原則ヲモ之ヲ認ム可キヤニ就テハ爭アリ。然ルニ民法九〇條ハ法律行爲ニ關スル原則ヲ定ムルノ規定ナルヲ以テ契約自由原則ノ根據ヲ同條ニ求ムル以上ハ單獨行爲ノ自由原則ヲモ同樣ニ之ヲ認メザルヲ得ザルナリ。只ダ單獨行爲ニ因テ他人ニ義務ヲ負ハシムルコトハ公序良俗ニモ反スルコトトナリテ法理上認メ得ザルガ故ニ斯クノ如キ點ニ於テ此原則ハ自ラ

制限ヲ受ク可キハ當然ナリ。然レドモ單獨行爲ヲ以テ他人ニ對シ義務ヲ負擔スルガ如キコトハ固ヨリ法理上正當ナリト云ハザル可カラズ。然レドモ相手方ニ於テハ其意思ニ反シテモ必然的ニ其義務ニ對應スル權利ヲ取得ス可キモノト解スルノ必要ナシ。相續ノ如キ特別ナル法制アル場合ノ外ハ權利ノ取得ト雖モ取得者ノ意思ニ基カズシテ其效果ヲ生ゼシム可カラズ。

民法九〇條ト全私法行動

VI. 民法九〇條ノ正文ハ法律行爲ノ原則ヲ示スモノナルモ、公ノ秩序善良ノ風俗ニ反セザルコトヲ要スルノ觀念ハ獨リ法律行爲ノミニ止マラズ、吾人ノ全私法的行動（例、權利ノ行使、義務ノ履行）ニ及ブモノニシテ、同條ハ寧ロ私法組織ノ根本理念ヲ示スモノト解スルヲ近時ノ傾向トス（本書七一頁參照）。

第四款 目的ノ適法性

強行法

I. 法律行爲ノ當事者ガ法令中ノ公ノ秩序ニ關セザル規定（任意法）ニ異ナリタル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ（民91）。公ノ秩序ニ關スル規定ハ公益規定ニシテ強行規定ナレドモ公ノ秩序ニ關セザル規定ハ私益規定ニシテ任意規定ナリ。故ニ當事者ハ強行規定ノ適用ヲ排斥シ得ザルモ任意規定ノ適用ヲ排斥シ得ルモノトス。蓋

シ公ノ秩序ニ關セザル範圍ニ於テハ當事者ノ意思ヲ尊重シ法律行爲自由ノ原則ヲ一貫セシメンガ爲メナリ。從テ强行法ニ異ナル事項ヲ目的トスル法律行爲ハ無效ナルモ任意法ニ異ナル事項ヲ目的トスル法律行爲ハ有效ナリ。例バ法律ニ定メタル種類ニ該當セザル物權ヲ設定スルコトハ物權法ノ强行規定(民175)ニ反スル行爲トシテ無效ナリ。マタ一夫一妻ハ婚姻法ノ强行規定ナルヲ以テ之ニ反スル婚姻契約モ無效ナリ。然レドモ法定果實ヲ日割取得トスルハ(民89II)任意規定ナルガ故之ニ反シテ月割取得ノ特約ヲ爲スハ有效ナリ。或規定ガ强行法ナリヤ任意法ナリヤハ當該規定ノ性質ヲ探究シテ決ス可キナリ。

之ヲ要スルニ法律行爲ノ自由原則ヲ認ムルモ法律行爲ノ目的ハ常ニ强行法ニ違反セザルコトヲ要スルモノトス。唯ダ任意法ニハ違反セル事項ヲ目的トスルコトヲ得可シ。換言スレバ法律行爲ノ目的ハ强行法ニ適合スルコトヲ要スルモ、任意法ニハ適合スルコトヲ要セザルナリ。

行政廳ノ禁止規定ニ違反スル行爲ノ效力ハ其規定ノ趣旨ニ從テ之ヲ定ム可キモノトス(昭和二年大審院判決)。即チ其規定ハ私法關係ニマテ影響ヲ及ボス可キモノナリヤ否ヤヲ判斷セザル可カラザルモノトス。故ニ法律行爲ノ內容ガ公序良俗ニ反セザル以上ハ法律上效力ヲ發生シ、行政上ノ取締ノ爲メニスル規則ニ依リ其效力ヲ左右セラルヽモノニ非ラザルナリ(大正八年大判)。

脫法行爲

II. 法律ガ或事項ヲ目的トスル法律行爲ヲ禁ズル場合ニ、此禁止ヲ脫潛スルガ爲メ迂回セル方法ニ因テ、即チ他

ノ行爲ニ因テ該禁止事項ト同一ノ結果ヲ生ズル法律行爲ヲ爲スコトアリ。之ヲ脫法行爲(rechtsgeschäftlicher Schleichweg, Gesetzesumgehung, agere in frauden legis.)トシテ無效ナリト論ズル者多シ。惟フニ法律ガ或種ノ法律行爲ヲ禁ズル場合ニハ其法律行爲ヨリ生ズル結果ヲ禁ズルモノナルコトアリ、或ハ特ニ一定ノ形式ニ依ル法律行爲ヲ禁ズルモノニシテ其行爲ノ結果ハ必ズシモ禁ズルモノニ非ラザルコトアリ。法律ノ禁止理由ガ果シテ何レニアリヤヲ決スルコトハ極メテ困難ナル場合多シ(例、動產ノ讓渡擔保—民345. 349.)。脫法行爲論ハ前者(結果禁止)ノ場合ニ於テ起ルモノナリ。

判例ニ依レバ金鵄勳章年金ノ支給ヲ受クル權利、及ビ扶助料ヲ受クル權利ノ如キハ讓渡シ又ハ質入スルコトヲ得ザルモノナレバ、委任ノ形式ニ依リ債權者ニ是等ノ受領ヲ委託シ、債權者ハ其受領シタル金額ヲ以テ債權ノ辨濟ニ充當シ且ツ完濟ニ至ルマデ委任ヲ解除セザルコトヲ約スルハ脫法行爲トシテ無效ナリトス(大正四年十二月二日大審院判決)。

第五款

法律行爲ノ解釋

法律行爲解釋ノ意義

I. 法律行爲ノ解釋(Auslegung)トハ法律行爲ノ意義

法律解釋トノ關係

ヲ明カニシ其内容ヲ定ムルコトヲ云フ。思フニ或法律行爲ガ如何ナル法律效果ヲ生ズルモノナルカヲ定ムルニハ一面ニ於テハ法律行爲ノ意義内容ヲ明カニスベキ法律行爲ノ解釋ト、更ニ他面ニ於テハ法律行爲ニ適用セラルル可キ法律ノ意義内容ヲ明カニスル法律ノ解釋トヲ必要トス可シ。即チ法律行爲ノ解釋ト法律ノ解釋トハ共ニ法律行爲ノ法律效果ヲ定ムルニ付テ必要ナル行程ナリトス。

法律ノ解釋ハ多數ノ不特定ノ抽象的案件ヲ標準トスルモ、法律行爲ノ解釋ハ各箇ノ特定セル具體的案件ヲ標準トス。而シテ法律ノ解釋ニハ法律成立後ノ社會事情ノ變化ニ應ジテ變化シ得ル彈力性アルモ、法律行爲ノ解釋ニハ法律行爲成立當時ノ社會事情ヲ專ラ顧慮ス可ク、其後ノ事情ニ因テ變更ヲ受ケザル固定性アリ。

意思解釋

II. 法律行爲解釋ノ最重點ハ意思表示ニアリ。蓋シ法律行爲ハ民事自治ノ根本制度ニシテ、個人意思ノ發動タル意思表示ヲ其ノ成立要件トスルモノナレバナリ。法律行爲ヲ構成スル意思表示ノ當事者ハ或ハ單數ナルコトアリ、或ハ複數ナルコトアリ。其單數ナル場合ニハ其者ノ意思ヲ基礎トシ、之ニ反シ其複數ナル場合ニハ共通ノ意思ヲ定メ之ヲ基礎トシテ、法律行爲ヲ解釋セザル可カラズ。尤モ當事者ノ意思ニ因ルト云フモ内心ニ潛メル意思ヲ探究シテ、之ニ因ルモノニハ非ラズシテ、表示セラレタル意思ノ意義内容ヲ定ムルモノニシテ、其レガ爲メニハ一般世人ガ其當事者ノ地位ニ立チシ場合ヲ想像シテ合理的ニ判斷ス可キモノトス。故ニ個人意思ガ短刀直入的ニ法律效果ヲ處理スルト云フヨリハ、寧ロ合理的ニ客觀化セラレテ法律效果ヲ處理スルコトヽナルモノナリ。意思表示ノ意義ヲ合理化シ當事者ノ效果意思ヲ客觀化シテ、法律行爲ノ正確ナル解釋ヲ得ルニ付テハ、當事者ガ表示ニ付テ用ヒタル言語、文章、態度等モ其固有ノ意義ニノミ解ス可カラズシテ、其用ヒタル時期、場所、其他各種ノ事情ヲ參酌シテ眞義ヲ決ス可キモノトス。故ニ例ヘバ建物所有ノ目的ヲ以テセル土地ノ貸借ハ假令、其期間ヲ三年トスル旨ノ契約書面ノ記載アルモ、此期間ハ貸借期間ト解セズシテ地代据置期間ト解釋セラレ、又ハ請求次第何時ニテモ明渡ス可シト云フガ如キ記載ハ例文ニ過ギザレバ無效ナリト解釋セラル可キコトアルガ如シ。

慣習ニ依ル解釋（目的ノ慣習化）

III. 表示セラレタル效果意思ノ不明ナル場合ニ據ル可キ最モ重要ナル標準トナルハ慣習(Verkehrssitte, Geschäftsgebrauch, Usance.) ナリ。即チ慣習ニハ世人ヲ指導スルノ力アリテ、慣習ハ意思表示ノ解釋(Auslegung)又ハ補充(Ergänzung)ヲ爲スノ作用アルモノナリ。民法九二條(註一)ニ依レバ法令中ノ公ノ秩序ニ關セザル規定(任意規定)ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ、法律行爲ノ

當事者ガ之(慣習)ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムベキトキハ、其慣習ニ從フモノニシテ其規定ニ從フモノニアラザルナリ。即チ慣習ヲ基本トシテ當事者ガ任意法ノ適用ヲ排斥セントスル意思ヲ推定シ保護スルモノニシテ、此規定モ亦タ法律行爲自由原則ヲ尊重スルノ趣旨ニ出ツルモノナリ。故ニ例ヘバ法定果實ノ日割取得ニ關スル民法規定ハ任意規定ナルガ故ニ(民89 II)、其月割取得ノ慣習アル場合ニ於テ當事者ガ此慣習ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムベキトキハ、其事件ノ法定果實ハ月割取得ト定メラル可キガ如シ。

表示不要

此場合ニ當事者ハ慣習ニ依ル意思ヲ表示シタルコトヲ要セザルナリ。其表示アル場合ハ寧ロ民法九一條ノ適用ヲ受ク可キモノトナル。而シテ九二條ヲ適用スルニハ慣習ニ從ヒテ法律行爲ヲ解釋スベキ合理的ノ事情アルヲ以テ足リ、從テ此點ニ關スル事件ノ判決裁判所ハ證據ニ基キテ「當事者ガ慣習ニ依ル意思ヲ有セシコト」ノ表示セラレザル內心ヲ認定スルノ必要ナシ。其意思ヲ有セルモノト認ム可キ合理的事情ヲ認定スレバ足ル。例ヘバ前示設例ニ於テ當事者ハ法定果實ニ付テハ常ニ月割ノ取引ヲ爲シ來レル事實ヲ認定スルガ如シ。

註一 法律行爲又ハ契約ノ解釋ニ關シテハ特別ナル規定ヲ設ケル立法例アリ。明治十年司法省達「裁判上契約證書解釋方法ノ議」、舊民法財356—360. 佛民法1156—1164、獨民133. 157、瑞債18 等ノ如シ。獨逸民法一

五七條ニ契約ハ取引上ノ慣習ヲ考慮シ信義誠實ノ要求ニ從ヒ解釋スルヲ要ストアルハ、吾民法九二條ニ相當ス。法律行爲ノ解釋ニ關スル規定ノ如キハ、多ク自明ノ理ニ過ギザレバ近時其規定ヲ整理スルノ傾向アリ。

事實タル慣習ト慣習法ノ別

上ニ述ブル慣習トハ事實タル慣習ニシテ、慣習法トハ之ヲ區別セザル可カラズ。事實タル慣習タルニハ同一習俗ガ繼續シテ反覆セラレ、其レガ公序良俗ニ反セザルコトヲ要スルモ、慣習法ノ如ク法律的效力ヲ有スルモノト認メラルヽコト(法的意識)ヲ要セズ。

規定ニ依ル解釋

IV. 法律行爲ハ特別ナル法律規定ニ依リテ解釋セラルヽコトアリ。即チ法文中ニハ或ハ「別段ノ意思表示(定、契約)ナキ限リ云々」トカ(例、民38. 116. 138. 281. 359. 417. 427. 484.)或ハ「云々ト推定ス」トカノ文言ヲ以テ(例、民136. 250. 420. 449. 573. 674)、其他斯カル文言ニ依ラザルモ表示セラレタル效果意思ノ不明ナル場合ニ據ル可キ解釋規定ヲ見ルコト多シ(例、民87II. 447. 558.)。斯カル解釋規定ハ前述セル慣習トハ異ナリテ、當事者ガ之ニ依ルノ意思ヲ有セルモノト認ム可キ事情アルヲ待タズシテ、當然ニ適用セラルヽモノナリ。唯ダ斯種ノ規定ハ任意規定ナルガ故ニ、當事者ハ其適用ヲ排斥スルノ自由アルノミ。

慣習法ト情理法ニ依ル解釋

V. 法律行爲ノ解釋ニ付キ據ル可キ慣習ナキカ、又ハ其慣習アルモ當事者ガ之ニ依ルノ意思ヲ有セシモノト認ムルコト能ハザル場合ニ、解釋規定モ存セザルトキハ、何ニ據テ當該行爲ヲ解釋ス可キカ。曰ク慣習法アラバ之

ニ基キ、慣習法ナキトキハ情理法ニ基キ解釋ス可シ。蓋シ慣習法ト情理法トハ成文法ヲ補充スルノ法源ナレバナリ（本書三三頁以下參照）。即チ獨逸民法（§157）ガ取引上ノ慣習ヲ顧慮シテ信義誠實（Treu und Glauben）ノ法則ニ從テ解釋ス可シト云フト略同一ニ歸ス可キモノト思フ。之ヲ法律行爲解釋ニ於ケル合理化（Rationalisierung）ト考フルコトヲ得可シ。

法律行爲ノ解釋ハ法律問題カ事實問題カ

VI. 法律行爲ノ解釋問題ハ法律問題ナルカ、事實問題ナルカ爭アリ。私ハ之ヲ分解ス可キモノニシテ一概ニ論斷ス可キモノニ非ラズト思フ。即チ事實タル慣習ノ存否及ビ當事者ガ其慣習ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ム可キ合理的事情アリヤ否ヤヲ判斷スル爲メニ必要又ハ相當トスル或事實ノ存否ノ如キハ、共ニ事實問題ニシテ慣習法ノ存否ノ如ク上告審理ニ適ㇾル法律問題ニ非ラズ。然レドモ存在スルモノト認メラレタル其レ等ノ事實ヲ法律的ニ判斷評價スルコトハ、法律適用ノ問題トナル。故ニ法律行爲ノ解釋問題ハ其手段的部分ハ事實問題トナリ、其結論的部分ハ法律問題トナルモノト思フ。

畔道博士（法律問題說）—法律行爲ノ解釋（京法十卷十一號）—續法律行爲ノ解釋（京法十一卷五—十一號）。

第六節
意思表示

第一款
意思表示ノ觀念

總說

I. 意思表示（Willenserklärung）ハ法律行爲成立ノ要件ニシテ私法上ノ效力ノ欲望ヲ必要トスル意思ノ發表ナリ。從テ意思表示ハ其內容ニ於テ私法上ノ效力（Rechtswirkung. Vorwirkung）例ヘバ法律關係ノ創設、廢止、變更ニ就テ爲サルルコトヲ要ス。

效力意思又ハ行爲意思

II. 意思表示ガ成立スルニハ私法上ノ效力ヲ欲望スル意思即チ效力意思（Wirkungswillen）ナカル可ラズ。欲望セラレタル私法上ノ效力（gewollte Wirkung, Endwirkung.）ハ意思表示ノ效力ニ非ズシテ、此意思表示ヲ內容トス可キ法律行爲ノ效力ニ外ナラザルガ故ニ、此效力意思ヲ行爲意思（Geschäftswillen）トモ名ツク。例ヘバ契約ノ申込ヲ爲ス者ノ效力意思ハ、意思表示ニ過ギザル申込ノ效力ヲ欲望スルモノニハ非ズシテ、法律行爲タル可キ契約ノ效力ヲ欲望スルモノナリ。從テ效力意思ト稱スルヨリハ行爲意思ト稱スル方、却テ用語的確ナルヲ感ズルコトアリ。

行爲意思ノ實質

III. 尤モ行爲意思ノ實質ハ何ナルカニ就テハ從來、學者ノ論爭スル所ニシテ各說ノ要旨ヲ對比スルコト次ノ如シ。

積極的欲望說

第一說　私法上ノ效力ニ對スル積極的ノ欲望ヲ必要ト

シ、斯カル欲望ハ結局心理學上ノ意義ニ於ケル欲望ニ外ナラズト爲ス。是レ吾國及ビ獨逸ニ於ケル通說ナリ。私モ亦タ上記既ニ此見解ニ據ル。蓋シ意思表示及ビ法律行爲ニ就テノ民法ノ制度ハ、吾人ニ自治的生活ヲ爲サシメンガ爲メニ私法的效果ヲ處理スルノ自由ヲ認ムルモノニシテ、吾人ハ此自由ナル地位ニ於テ特ニ或法律上ノ效果ヲ欲望スルガ爲メニ法律ハ之ニ基キテ效果ヲ附スルモノナレバナリ。仍テ私法上ノ效果ヲ欲望スルコトヲ必要トセザル心裡作用ノ發表ハ之ヲ意思表示ト謂フコトヲ得ザルナリ。然レドモ民法ハ斯クノ如キモノニ對シテ適用ス可キ原則ヲ別ニ規定セザルヲ以テ、法制ノ運用上ハ條理トシテ意思表示ニ關スル原則ヲ之ニ準用ス可キモノナランカ。

感情ノ表示 Gefühlsäusserung（例、民814.「宥恕」）、又ハ觀念ノ表示 Vorstellungsmitteilung（例、民52.「社員總會招集通知」、民147.「債權承認」、民412.「催告」）、若クハ事實ノ通知（例、民467.「債權讓渡ノ通知」、民495「供託通知」）ノ如キハ何レモ法律上ノ效果ヲ欲望シタルト否トヲ問ハズシテ、夫々ノ法律效果ヲ生ズ可キモノナルヲ以テ意思表示ニモアラズ、法律行爲ニモアラズ。單ニ民法ノ規定スル心裡作用ノ發表ニ外ナラズ。如斯行爲意思ノ實質ヲ探究シテ民法上ノ意思表示ト、從來之ト混交セラレタル心裡作用ノ表示トヲ劃然區別スルニ至リタルハ獨逸學者ノ科學的研究ニ基因スルモノナリ（Vgl. Zitelmann, Rechtsgeschäft im Entwurf BGB. I. S. 22. ff., Enneccerus, Lehrbuch BR. I § 128; u. s. w）。

精神作用說

第二說 行爲意思ノ內容ハ心理學上ノ意義ニ於ケル欲望ヨリモ廣義ニシテ單ニ精神作用ニシテ解シ、請求通知ノ如

キモノヲモ當然民法上意思表示タルコトヲ得可キモノナリト解スルアリ（中島氏民法釋義、Breit, Geschäftsfähigkeit）。然レドモ私ハ民法ノ意思表示及ビ法律行爲ニ就テノ制度ハ斯クノ如キ漠然タル精神作用ヲ根據トスルモノト考フルコト能ハズ、前述ノ如ク吾人ノ積極的欲望ヲ根據トスルモノナリト信ズルヲ以テ此說ニ贊同スルヲ得ズ。

法律效果ノ認識

IV. 法律上ノ效果ニ對スル欲望ノ生ズルニハ法律上ノ效果ヲ認識スル所無カル可カラズ。蓋シ其認識ナクシテ該欲望ノ生ズ可キ道理ナキヲ以テナリ。然レドモ其認識ハ法律家ノ有スルガ如キ精密ナル法律效果ニ就テノ認識ナルヲ要セズ。各種ノ法律行爲ノ要件ヲ認識スルヲ以テ足ル。例ヘバ賣買契約ヲ爲サントスル當事者ノ欲望ノ程度ハ、代金債務ト財產權給付債務トヲ交換的ニ負擔スルノ認識アレバ足ルモノニシテ、賣買契約ヨリ生ズル一切ノ法律上ノ效力ヲ認識スルコトヲ必要トセザルナリ。唯ダ法律ハ當事者ガ認識シタルト否トニ拘ハラズ、其意思表示ノ結果トシテ之ニ種々ナル效果ヲ連結スルコト多シ。例ヘバ賣買契約ニ於テ賣主ニ對シテ種々ナル擔保ノ責任ヲ負ハシムルガ如シ（民560——）。斯クノ如キ效果ヲ法律ノ附隨的效果（gesetzliche Nebenfolgen.）ト稱ス。

異論

V. 或ハ行爲意思ノ內容トシテハ法律上ノ效果其モノヲ欲望スルコトヲ要セズシテ、法律行爲ニ伴フ經濟上又

ハ社會上ノ事實的效果ヲ欲望スルヲ以テ足ルト論ズル者アリ。然レドモ意思表示又ハ法律行爲ノ制度ハ各人ニ法律效果ヲ處理スルノ自由ヲ認ムルモノナルヲ以テ、當事者ガ實際法律效果ヲ欲望セザル場合ニハ意思表示ヲモ法律行爲ヲモ認ムルノ餘地ナシ。例ヘバ甲乙友人間ニ於テ散步ノ約束ヲ爲スガ如キ場合ニハ當事者ハ該約束ヨリ生ズル社會上又ハ經濟上ノ事實的效果ヲ欲望ス可シト雖モ、該約束ニ對スル法律效果ヲ欲望スルモノト見ルコトヲ得ザルガ故、斯カル約束ハ法律上契約ヲ以テ目ス可カラザルナリ。故ニ私ハ行爲意思ノ內容トシテハ必ズ法律效果ノ欲望ナカル可カラズト信ズ。

發表動作

VI. 意思表示ノ成立ニハ前述セル效力意思ノ外其發表動作(Willensäusserung, Aeusserungshandlung)ナカル可カラズ。發表動作ハ通常、表示行爲トモ稱セラルルモノニシテ效力意思ガ外部ニ表ハルルニ必要ナル程度ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス。即チ通常ノ社會見解ニ從テ(客觀的ニ)其動作ニ根據シテ內部ニ存スル效力意思ヲ認メ得可キモノナルコトヲ要ス。斯ク如クノ客觀的標準ニ依リテ效力意思ノ存在ヲ認メ得可キ以上ハ其動作ハ積極タルト消極タルトヲ問ハズ。又其方法ハ口述タルト文字ニ依ルト其他ノ擧動タルトヲ區別セズ(註一)。此ノ如キ何等ノ方式ニ據ルコトヲ必要トセザル所謂不要式原則ハ近世ノ法

理ニシテ吾民法亦タ此原則ヲ採用ス。其例外トシテハ特ニ一定ノ方式例ヘバ書面ニ據ルコトヲ要スル場合アリ(註二)。特定人ニ對スル意思表示ハ通常其特定人ニ了解セラルル可キ方法ヲ以テスルコトヲ要シ且ツ之ヲ以テ足ル。

註一 取引所等ニ於テ爲ス手振、旗振ノ如キハ其社會ニ於テハ意思表示タルコトヲ得可シト雖モ一般ノ社會ニ於テハ意思表示タルコトヲ得ズ。又タ外國語ヲ解セザル者ニ外國語ヲ以テ爲シタル意思表示ハ成立セザルモノト解ス。裁判上ノ用語ハ日本語ニ限ル旨ノ規定アレドモ(裁構115)民法ニハ斯クノ如キ規定ナシ。聾者ニ口述ヲ以テ、盲者ニ書面ヲ以テスル意思表示ハ成立ス可シ。唯ダ聾者盲者ニ對シテハ特別ナル保護ヲ爲ス必要アルノミ(民11—、98)。

註二 意思表示ニ一定ノ方式ヲ必要トスル所謂要式的例外ハ意思表示ノ存否內容ヲ明確ナラシムルコトヲ目的トスルモノナリ。手形發行ニ就テハ嚴格ナル方式ヲ踏ムニ非ザレバ手形債權ハ成立セザルモノトス(商法145. 525.530.)。又タ方式ヲ踏マザル意思表示ノ效力ヲ特ニ制限スルコトアリ(民550)。

發表動作ニ明示ト默示トノ區別ヲ立ツルハ從來ノ通說ナリ。而シテ其區別ノ標準ニ就テハ學說區々ナリ。然レドモ之ヲ區別スルコトハ吾民法上何等ノ實益ナシ(Hölder, BGB. § 106)。明示、默示ハ了解可能ノ程度ノ差アルノミ。

法律ハ發表動作ナクトモ法律上ノ效果ノ欲望ヲ根據トナシ之ニ法律上ノ效果ヲ附スル場合アリ(例、先占又ハ所有權拋棄)。之ヲ意思行爲(Willensgeschäft)ト名ツク可シト論ズル者アリ(川名氏法律行爲ニ關スル一新學說、法學協會雜誌二四卷一一號、Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907.)。

因果關係發表意思ト

VII. マタ意思表示ノ成立ニハ效力意思ト發表動作トガ直接ノ因果關係ヲ有スルコトヲ以テ要件トス。吾人ガ內部ニ效力意思ヲ有シ而シテ外部ニ偶之ニ適合スル發表動作アリトスルモ此兩者ノ間ニ因果關係(Zusammenha-

ng) ナキトキハ意思表示ハ成立スルモノニ非ズ。斯カル因果關係ノ存スルガ爲メニハ內部的ノ效力意思ヲ外部ニ發表ス可キ決意ナカル可カラズ。之ヲ發表意思又ハ表示意思(Äuszerungswillen)ト名ツク。即チ發表意思ハ效力意思ト發表動作トノ間ニ連絡ヲ保タシムル精神作用ナリ。例ヘバ意思表示ノ爲メニ手紙ヲ認メタル者ガ其發信ノ時期ヲ考慮シツヽアル際ニ、家人ガ不用意ニ之ヲ發信シ受信人ニ配達セラレタルトキハ、效力意思モアリ發表動作モアリタレド、發表意思ヲ欠クニ因リ意思表示ハ未ダ完成セザルモノト云ハザル可カラズ。即チ偶然ナル無意識ノ表示ニテハ意思表示トナラザルナリ。之ヲ要スルニ意思表示ノ完成ニハ效力意思ト發表動作ト發表意思トノ三要素ヲ具ヘザル可カラザルモノトス。

意思表示ノ效力

VIII. 效力意思(意思)ト發表動作(表示)トガ一致スルコトハ意思表示ノ效力發生ニ必要ナル基本ノ觀念ナリ。

意思主義

故ニ其不一致ノ場合ニハ意思表示ナルモノハ、意思ノ伴ハザル外形的ノ表示ニ過ギザルガ故ニ、其效力ヲ生ズ可カラザルノ理ナリ(意思主義—虛僞表示、錯誤表示——民94.95)。

表示主義

然レドモ取引安全保護ノ爲メニ法律ハ兩者不一致ノ場合ニハ專ラ發表動作ヲ標準トシテ意思表示ノ效力ヲ認ムルコトアリ(表示主義——非眞意表示——民93)。マタ效力意思ノ構成ガ自由ナル決意ニ基カザルトキハ(詐欺又ハ强迫ニヨル場合)其意思表示ニ瑕疵アルモノトシテ之ヲ取消シ得ル狀態ニ於テ不安定ナル效力ヲ認ムルコトアリ(民96)。是レ當事者ノ意思決定ノ自由ヲ尊重スルノ趣旨ニ基ク一種ノ意思主義ノ結果ニ外ナラズ。以下各場合ニ付キ分說ス可シ。

第二款 非眞意表示

有效ノ場合

I. 意思表示ハ表意者ガ其眞意ニ非ザルコトヲ知リテ之ヲ爲シタル爲メ其效力ヲ妨ゲラルルコトナシ(民93前)。是レ所謂非眞意表示(Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung) 又ハ心裡留保 (Mentalreservation, reservatio mentalis.) ノ表示ナリ。自己ノ眞意ニ適セザル表示ナルコトヲ知リツヽ敢テ其表示ヲ爲スモノナリ。抑モ私法上ノ效果ニ對スル欲望ナキニ拘ハラズ之ヲ有スルガ如ク發表動作ヲ爲スモ意思表示タル效力ヲ認メ得ザル筈ナリ。然レドモ民法ハ取引安全保護ノ爲メ發表動作ヲ基本トシテ之ニ意思表示ノ效力ヲ認メタルナリ。即チ表示主義ヲ採ルモノナリ。

無效ノ場合

II. 但シ相手方ガ表意者ノ眞意ヲ知リ又ハ知リ得可カリシトキハ斯カル惡意者及過失者ヲ保護スルノ必要ナキニ依リ其意思表示ハ無效トス(民93但)。故ニ前段ニ述ベ

タル表示主義ノ有效ハ相手方保護ノ必要ニ基クモノナルコトヲ知ル。非眞意表示ノ無效ハ假令善意ノ第三者ニ對シテモ主張スルコトヲ得ルモノヽ如ク見ユ。即チ絕對無效トナルモノヽ如シ。尤モ民法九四條二項ノ規定ノ趣旨ヲ擴張シテ、茲ニ類推適用シ無效主張ヲ制限スベシトスル說モアリ。然レドモ私ハ九三條但書ハ當事者間ノミノ特別ノ規定ニシテ、第三者關係ニ於テハ相手方ノ意思如何ニ拘ハラズ九三條本文ニ基キテ有效ナルモノト解シ得可シト思フ。茲ニ「知リ得可カリシ」トハ日常生活ニ必要ナル相當ノ注意ヲ用キンニハ表意者ノ眞意ニ基ク動作ニ非ラザルコトヲ知リ得可キ場合ヲ意味ス。即チ法律ノ要求スル注意力ノ程度ハ客觀的ノ標準ニ據ル可ク主觀的ニ之ヲ定ム可カラズ。

設例 **III.** 例ヘバ日常生活ニ於テ人ヲ欺カンガ爲メ贈與契約ノ申込タル意思表示ヲ爲シタルニ、相手方ガ表意者ノ不眞意ヲ看破セズ且ツ之ヲ看破セザルコトニ付キ過失モ無カリシ場合ニハ、之ニ對シ有效ナル承諾ヲ爲シタルトキハ有效ナル贈與契約ヲ成立セシムルコトヲ得ルモノトス。

諧謔表示、舞臺演壇敎場等ニ於ケル表示ハ、外觀的ニモ意思表示タル價値ナキモノナルコト明カナルモノニ屬スルヲ以テ、寧ロ意思表示ノ成立ヲモ否認スルコトヲ得可シ。然レドモ假リニ意思表示ノ成立ヲ認ムルトセバ、

相手方ハ表意者ノ眞意ヲ知リ又ハ少クモ知リ得可カリシモノナレバ、結局無效ナルコトニ歸ス。即チ不成立無效ナルカ成立無效ナリトス。故ニ結果的ニハ實益ナキ論トナル。

適用範圍 **IV.** 非眞意表示ハ契約ヲ組成ス可キ意思表示ノミニ限ラズ、單獨行爲ヲ組成ス可キ意思表示ニ付テモアリ得可キコト勿論ナリ。マタ九三條但書ノ場合ハ相手方アル意思表示ニ限ルモ、若シ相手方ナキ意思表示（例、寄附行爲）ナルトキハ非眞意表示ノ爲メニ效力ヲ妨ゲラルル場合ナシ。即チ常ニ有效ナルコトヲ得ルモノトス。

表示者ノ責任 **V.** 非眞意表示ガ無效ナル場合ニハ表示者ハ其相手方又ハ第三者ニ對シテ、不法行爲者トシテ損害賠償ノ責任ヲ負ハザル可カラザルニ至ルコトアリ。後段ニ述ブル虛僞表示者及ビ錯誤表示者ニモ同然ナリ。獨逸民法ニハ此點ニ關シテ特別ナル規定ヲ見ルモ（獨民§122）、吾民法ニハ斯カル規定ナキヲ以テ一般不法行爲ノ法理ヲ運用ス可キノミ。

第三款 虛僞表示

觀念 **I.** 相手方ト通ジテ爲シタル虛僞ノ意思表示(Schein-erklärung, Simulation, Contre-lettre.)ハ無效トス(民94)。

要件　故ニ例ヘバ債務者ガ債權者ノ差押ヲ免ルル爲メニ、財產ヲ相手方ニ假裝的ニ移轉スルモ無效ナルガ如シ。尙ホ虛僞表示ノ要件ヲ分說スルコト次ノ如シ。

假裝　1. 效力意思(法律上ノ效力ニ對スル欲望)ヲ有セザルニ拘ハラズ、之ヲ有スルガ如ク裝ヒテ爲シタル外形上ノ意思表示アルコト。

通謀　2. 相手方ガ之ヲ了知シ而カモ表意者ト通謀シタルコト。

範圍　故ニ虛僞ノ意思表示ハ契約又ハ相手方アル單獨行爲ニ付テノミ之ヲ爲スコトヲ得可シ。相手方ナキ單獨行爲ニ付テハ虛僞ノ意思表示アルコトナシ。蓋シ虛僞ノ意思表示ハ相手方ト通謀シテ爲スコトヲ要スレバナリ。從テ例ヘバ債務免除(相手方アル單獨行爲)ハ虛僞ノ意思表示ヲ以テ爲スコトヲ得ルモ、寄附行爲(相手方ナキ單獨行爲)ハ假令數人ガ共同シテ之ヲ爲スモ虛僞ノ意思表示トナルコトナシ。勿論、遺言モ同然ナリ。非眞意表示トナルコトアルノミ。從テ有效ナリ。

效力　II. 上ノ二要件ヲ具備スルモノハ即チ虛僞ノ意思表示トシテ無效ナリトス。蓋シ當事者ガ私法上ノ效果ニ對シテ欲望ナキニ拘ハラズ其效果ヲ生ゼシムルコトハ意思表示ノ本旨ニ反シ、法律行爲ノ精神ニ戻ルヲ以テナリ。然レドモ其無效ハ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノ

トス(民94 II)。

(第三者)　第三者トハ表意者、其相手方及ビ是等ノ者ノ包括承繼人(例、相續人)以外ノ者ニシテ其無效主張ニ付キ法律上正當ナル利益ヲ有スル者ヲ云フ。通說ニ於テハ表意者、其相手方及ビ是等ノ者ノ包括承繼人以外ノ者ハ凡テ第三者ナリト解スレドモ斯クノ如キ廣汎ナル保護ハ必要ノ程度ヲ超ユルモノト思フ。法律ノ保護スル第三者トハ常ニ其保護ヲ受クルニ付キ正當ナル利益ヲ有スル者ナルコトヲ要スルモノト信ズ。斯カル正當ナル利益ヲ有スル者トハ虛僞ノ意思表示ノ效力ノ影響ヲ受ク可キ法律取引ヲ爲シタル者ナラザル可カラズ。從テ竊盜者ノ如キハ第三者タルコトヲ得ザルモノトス(註一)。然レドモ窃盜者ヨリ盜品ヲ讓受ケタル者ハ第三者タル可シ。

(善意)　第三者ノ善意トハ其意思表示ガ虛僞ニ基クモノナルコトヲ知ラザルノ謂ヒナリ(註二)。虛僞表示ニ因ル財產讓渡ガ基礎トナリ其財產ガ多數人ニ轉輾セラレタルトキハ轉得者中ニハ或ハ善意者アリ、或ハ惡意者アリ。從テ無效主張ハ或ハ許サレ、或ハ禁ゼラルル複雜ナル關係ヲ生ズ可シ。故ニ一旦善意ノ第三者ニ取得セラレタル以上ハ、其後ハ惡意者ニ轉得セラルヽモ、之ヲ善意者トシテ保護ス可シトノ說ヲモ生ズ。虛僞行爲ノ效力ヲ早ク確定シ、取引界ヲ保護スルニ便宜ナルノ說ト云フ可シ。

虛僞ノ意思表示ノ無效ハ之ヲ當事者側ヨリハ主張スルコトヲ得ザル場合ト雖モ、第三者ヨリハ主張スルコトヲ得可シ(註三)。

註一 例バ甲ガ其所有權ヲ乙ニ虛僞ノ意思表示ヲ以テ讓渡シタリトス。然ルニ丙ガ其讓渡ノ虛僞ナルコトヲ知ラズシテ（善意ニ）其物ヲ竪取シタリトス。然ルトキハ甲ハ虛僞讓渡ナルガ故ニ其所有權ハ尙ホ自己ニ存スルコトヲ理由トシテ丙ニ返還請求ヲ爲スコトヲ得可シ。此場合ニ丙ハ假令甲乙間ノ讓渡ガ虛僞ノ意思表示ナルコトヲ知ラザリシ(善意)ニモセヨ、所謂第三者タル資格ヲ有セザル者ナルガ故ニ甲ノ所有權ヲ否認シテ其返還ヲ拒ムコト能ハザルナリ。

註二 例ヘバ甲其財產上ニ受クル强制執行ヲ避ケンガ爲メ乙ニ謀リ、全財產ヲ乙ニ讓渡シタルガ如ク裝ヒテ形式上讓渡契約ヲ締結シタリトス(不動產ニ就テハ移轉登記ヲモ了シタリトス)。斯カル讓渡契約ハ虛僞ノ意思表示ヨリ成ルモノナレバ無效ナリ(民94 I)。然レドモ乙ガ其名義上ノ財產ナルコトヲ奇貨トナシ之ヲ甲乙ノ讓渡ガ虛僞ノ意思表示ニ基クコトヲ知ラザル(善意ノ)丙ニ讓渡シタリトセバ、甲ハ後日丙ニ對シ甲乙間ノ讓渡ガ虛僞ノ意思表示ヨリ成リシモノナルコトヲ主張シテ該財產ノ權利ヲ主張スルコトヲ得ズ。然レドモ丙若シ其讓受行爲ノ當時甲乙間ノ讓渡行爲ガ虛僞ノ意思表示ヨリ成ルモノナルコトヲ知レル(惡意ノ)者ナルトキハ、其讓渡行爲ノ無效ナリシコトヲ丙ニ對シテ主張シ元ノ財產權ハ甲之ヲ回復スルコトヲ得可シ。

註三 該無效主張ノ制限ハ當事者側（甲、乙及ビ是等ノ者ノ包括承繼人）ニ對スルモノナルガ故ニ、第三者（丙者）ヨリハ其善意惡意ニ拘ハラズ無效ヲ主張シ得ルコト自ラ明カナリ。

反射效力

III. 虛僞ノ意思表示ノ場合ニハ其當面ノ意思表示ノ效力ハ之ヲ否認スルモ他ノ法律關係ニ於テ反射的效力(Reflexwirkung)ヲ生ズルコト稀ナラズ。例ヘバ甲乙ハ其間ニ財產權ノ移轉義務發生ヲ欲望シタルモ、代金債務發生ハ之ヲ欲望セザルニ拘ハラズ尙ホ其欲望アルガ如ク裝ヒテ賣買契約ヲ締結シタルトキハ其意思表示ハ賣買契約トシテ無效ナレドモ、當事者ハ結局無償ニテ財產ヲ與フルノ意思ヲ有シタルモノト認ム可キガ故ニ、隱匿セラレタル行爲(verdecktes Rechtsgeschäft, dissimuliertes Rg.)ノ效力トシテ贈與契約ノ效力ヲ認ム可キガ如シ。此場合ニ表示セラレザル意思ニ基キテ法律效果ヲ認ムルモノト解ス可カラズ。賣買ヲ虛僞トシタル其反面ニ於テハ、贈與ノ表示アリタルコトガ推論的ニ認メラルルモノナリ。マタ例ヘバ不動產ヲ賣買スル當事者ガ登錄料ノ關係等ニ於テ、互ニ通謀シテ賣買代金一萬圓ナルヲ五千圓ト記シタル證書ヲ作ルコトアリ。此場合ニモ五千圓ノ賣買ハ虛僞ナルニ依リ無效ナルモ、其反面ニ於テハ一萬圓ノ賣買ガ隱匿セラレタル行爲トシテ有效ナルヲ妨グルモノニ非ラザルナリ。更ニ例ヘバ契約當事者ガ相通謀シテ、眞ノ當事者名ヲ以テセズシテ、他人名又ハ虛無名(假名 fictitious name)ヲ以テ契約ヲ締結シタルトキハ、使用セラレタル名義人ノ爲メニハ契約ハ虛僞ナルニ依リ無效ナルモ、眞實ノ當事者ノ爲メニハ有效ナル可キガ如シ。

苟モ贈與者ノ權利移轉ノ意思明確ナルニ於テハ、賣買ニ假託シテ贈與ノ證書ヲ作成スルモ、之ヲ以テ脫法行爲ト謂フヲ得ズ（大正三年大審院判決)。

第四款 錯誤表示

錯誤ノ意義

I. 意思表示ハ法律行爲ノ要素ニ錯誤(Error, Irrtum.)アリタルトキハ無效トス(民95前)。茲ニ錯誤トハ當事者ガ眞實ヲ誤解スルノ謂ナリ。換言スレバ認識(主觀)ト對象(客觀)トノ不一致ナルニモ拘ハラズ一致セルモノト信ズルコトナリ。非眞意表示及ビ虛僞表示ニアリテハ當事者ニ於テ意思ト表示トノ不一致ヲ知悉スルモノナレドモ、錯誤ハ意思ト表示トガ不一致ナルヲ其一致セルモノト信ズルモノナリ。即チ前者ハ惡意ノ不一致ニシテ後者ハ善意ノ不一致ナリト謂フ可シ。錯誤ハ當事者ノ一方ニノミ存スルコトアリ、或ハ双方ニ存スルコトアリ。而シテ其双方ノ錯誤ハ同一ナルコトアリ、或ハ相異ナルコトアリ。民法ハ錯誤ガ當事者一方ノミニ存スルトキト雖モ、意思表示ヲ無效ナルモノトシテ表意者ノ意思ノ眞正ヲ保護スルコトヽセリ。然レドモ其レニ因テ相手方及ビ第三者ヲ犧牲ニ供スルコトノ弊ヲ制約スルガ爲メ民法ハ錯誤事項ヲ限定シタルナリ。即チ錯誤ハ法律行爲ノ要素ニ付テ存セザル可カラザルナリ。

法律行爲ノ要素

II. 惟フニ日常ノ法律行爲ニ於テハ當事者ハ多少ノ誤解ヲ爲スコト稀ナラズ。如何ニ輕微ナル誤解ニテモ直チ

ニ法律行爲ノ效力ニ影響ヲ及ボスモノト爲スガ如キハ取引ノ安全ヲ害スルコト甚シ。故ニ民法ハ法律行爲ノ效力ニ影響ヲ及ボス可キ錯誤ノ程度範圍ヲ限定スルガ爲メニ「法律行爲ノ要素ノ錯誤タルコトヲ要スルモノト爲セルナリ。茲ニ錯誤事項タル「法律行爲ノ要素」トハ當該法律行爲ノ重要ナル內容ノ義ナリ。或事項ガ法律行爲ノ內容ナルカ否カハ必ズシモ各種ノ法律行爲ニ付キテ抽象的ニ一定スルモノニアラズシテ、各箇ノ法律行爲ニ付キテ具體的ニ定マルモノナレバ、同一事項ト雖モ或ハ法律行爲ノ內容トナリ、或ハ然ラザルコトアリトス。而シテ法律行爲ノ內容トナリタル或事項ガ果シテ當該法律行爲ニ取リテ重要ナリヤ否ヤハ主觀的且客觀的ノ判斷ヲ以テ之ヲ決セザル可カラズ。詳言スレバ行爲ノ當事者ハ勿論一般人モ其行爲ノ當事者タランニハ、斯カル錯誤ナカリセバ(認識ト一致セザル斯カル對象ノ下ニ於テハ)其行爲ハ之ヲ爲サザリシナル可シト認メラル可キ場合ニ於テハ、其行爲ノ重要ナル內容ニ錯誤アルモノト解ス可ク、反之斯カル錯誤ナカリシトキト雖モ(認識ト一致セザル斯カル對象ノ下ニ於テモ)其行爲ヲ爲シタルモノト認メラル可キ場合ニハ行爲ノ重要ナル內容ニ錯誤アルモノト解ス可カラズ。從テ前ノ場合ニハ意思表示ハ無效ナリ、後ノ場合ニハ其有效ナルコトヲ妨ゲザルナリ。

意思表示又ハ法律行爲ノ效力ニ影響ヲ及ス可キ重要ナル錯誤ニ付テハ吾民法ノ如ク概括的規定ヲ置クノ主義（民95 獨民法119）ト、瑞西債務法(23)ノ如ク重要ナル錯誤ヲ列擧スルノ主義トアリ。吾舊民法亦タ列擧主義ヲ採リタリ（舊財309—）。

各說

III. 尙ホ各種ノ事項ヲ引照シテ法律行爲ノ要素ニ付テノ錯誤ノ範圍ヲ明カニセントス。

1. 意思表示ノ錯誤

意思表示ノ錯誤

法律行爲ノ當事者ガ效力意思（意思）ト發表動作（表示）トノ不一致ナルニモ拘ハラズ、一致セルモノト誤解スルハ即チ意思表示ノ錯誤ニシテ屢、法律行爲ノ重要ナル內容ノ錯誤トナル。例ヘバ抵當權設定ノ意思ヲ有スルニ拘ハラズ抵當權設定契約ヲ締結スルニハ質入證書ヲ作成ス可キモノト誤解シテ之ヲ作成シタルガ如キ場合、又ハ金十圓ノ借用證書ヲ作成スルニ當リ金千圓ト表示シタルガ如キ場合ニハ、何レモ意思ト表示トノ不一致ヲ一致セルモノト誤解シタルナリ。前者ハ意思表示ノ意義ノ錯誤ニシテ、之ヲ內容ノ錯誤ト云フ。後者ハ表示方法ノ錯誤ニシテ之ヲ表示上ノ錯誤ト云フ。誤記、誤談、誤達(註一)ノ如キハ多ク後者ニ屬ス。斯カル意思表示ハ表示行爲（質入、千圓借用）ニ伴フ效果意思ヲ缺クモノナレバ純理ニ基キ民法ハ之ヲ無效トナシタリ。即チ表示セラレタル質入又ハ千圓借用ノ效果ハ生ゼザルナリ。然レドモ當事者ノ眞意ニ適スル抵當權設定又ハ十圓借用ノ效力ハ必ズシ

モ之ヲ否定スルコト能ハザルナリ。恰モ虛僞表示ノ無效ハ反面ニ隱匿セラレタル行爲ノ效力ヲ認ムルコトヲ妨ゲザルガ如シ（前款III對照）。

註一　使者又ハ通信機關等ニ因テ意思表示ガ誤達セラレタルトキハ、此等ノ者ハ表示機關ナルカ意思表示ノ傳達機關ナルカニ依リ、法律的意義ヲ異ニス。表示機關ニ依ル誤達ハ本條ノ錯誤ト見ルヲ得ルモ、傳達機關ニ依ル誤達ハ意思表示ハ未ダ到達セザルモノト見ルコトヲ得レバナリ。然シ獨逸民法ハ特ニ明文ヲ以テ之ヲ錯誤表示トシテ取扱フ（獨民120）。

2. 實體的要素ノ錯誤

實體的要素ノ錯誤

實體的成分ヲ要素トスル法律行爲（實體行爲）ニ於テハ其實體的成分ニ付キ當事者ノ認識ト對象トノ不一致ナル場合アリ。例ヘバ占有權讓渡行爲ノ實體的要素タル占有物引渡ニ當リ一番地（又ハ金時計）ヲ引渡ス可キニ、二番地（又ハ銀時計）ヲ引渡シ乍ラ當事者ガ之ニ氣付カザルガ如キ場合ハ、法律行爲ノ重要ナル內容ニ付テノ錯誤アルコト明カナルヲ以テ斯カル占有權讓渡ハ無效ナリ（民182）。即チ一番地ニ付テモ二番地ニ付テモ占有權移轉ノ效力ハ生ゼザルナリ。蓋シ一番地ニ付テハ占有權讓渡ノ意思表示ノミアリテ、土地ノ引渡ヲ欠キ、二番地ニ付テハ土地ノ引渡ノミアリテ意思表示ナケレバナリ。引渡物ノ間違ハ動產物權ノ對抗條件ヲ妨ゲ（民178）、質權、消費貸借、及ビ使用貸借等ノ成立效力ヲ害スルコトアリ（民344. 587. 593）。民法ハ意思表示ヲ無效トスル旨ノ規定ヲ揭

グルモ、此場合ニハ寧ロ法律行爲ノ無效ト解スルヲ適當トス。

3.　決意理由ノ錯誤

決意理由ノ錯誤

所謂法律行爲ノ動機ノ錯誤ハ法律行爲ノ要素ノ錯誤ニアラズトスルヲ通說トス。例ヘバ自宅ガ燒失セルモノト誤信シテ家屋買入ヲ爲シタルガ如キ場合ハ通常賣買契約ノ動機ノ錯誤ナルガ故ニ法律行爲ノ效力ニ影響ヲ及ボサザルモノトス。然レドモ斯クノ如キ場合ニ於テモ當事者ガ特ニ該燒失ノ事實ヲ要件トシテ賣買契約ノ成立ヲ決シタルモノト認ム可キ場合ニハ、此事實ハ法律行爲ノ重要ナル內容ヲ爲スモノナルガ故ニ、之ニ付テノ錯誤ハ意思表示ヲ無效ナラシムルコトヲ得ルモノトス(註一、二)。

註一　法律行爲ノ要素ハ之ヲ抽象的ニ定ムルコトヲ得ズシテ、各箇ノ法律行爲ニ付キ表意者ノ意思表示ノ內容ト取引上ノ通念トニ依リ、具體的ニ定マルモノナレバ、緣由若シクハ條件タル事實ト雖モ或ハ要素タルコトアルヘク、又タ典型的法律行爲ノ成立要件ト雖モ、或ハ要素タラザルコトアルモノトス(大正七年大審院判決)。

註二　例ヘバ買主ハ買入ニ際シ居宅ノ燒失セル事情ヲ話リ、賣主亦タ之ニ同情シテ賣ル可キ旨ヲ告ゲタルガ如キ場合ニハ、居宅燒失ナル事實ハ單ニ家屋賣買ノ動機ト見ル可カラズシテ、其賣買ノ內容ト見ル可キナリ。從テ斯カル部分ノ錯誤ハ賣買ヲシテ無效ナラシムルコトヲ得ルモノナリ。

4.　目的物ノ錯誤

目的物ノ錯誤

銀時計ヲ白金時計ト誤信シ、又ハ老朽ノ駄馬ヲ受胎セル良馬ト誤信シテ、高價ニ買ヒタルガ如キ場合ニハ、目

的物ノ性狀ニ付テ錯誤アリ。而カモ斯クノ如キハ該取引ニ於テハ重要ナル部分ニ付テ錯誤アルモノト見ル可キモノナレバ、茲ニ無效タル可キナリ。目的物ノ數量品等產地用方等ニ付テノ錯誤ガ果シテ要素ニ付テノ錯誤ナリヤハ、各般ノ事情ヲ考慮シテ定メザル可カラズ。

5.　當事者ノ錯誤

當事者ノ錯誤

贈與、委任、信託其他ノ對人信用ヲ基礎トスル行爲及ビ婚姻緣組ノ如キ特定人ヲ要件トスル行爲(民778[1]. 851[1].)ニ於テハ、人違ハ要素ノ錯誤ナルコト明カナルモ、現物賣買ノ如キニアリテノ人違ハ通常要素ノ錯誤トナラズ。醫師又ハ辯護士ノ無資格者ヲ有資格者ナリトノ錯誤ノ下ニ、資格ヲ前提トシテ爲サレタル報酬契約ハ茲ニ無效トナル可キモ、其資格ノ有無ニ拘ハラズ治療又ハ事件解決ニ對シテ爲サレタル報酬契約ハ有效ナリ。能力者ヲ無能力者ナリトノ錯誤ノ下ニ、無能力者タルコトヲ前提トシテ爲シタル贈與ハ茲ニ無效トナリ、斯カル錯誤アルモ其無能力者ナルト否トニ拘ハラズ爲サレタル贈與ハ有效ナルヲ得可シ。

6.　法律ノ錯誤

法律ノ錯誤

法律ノ規定又ハ其解釋ニ就テ錯誤アル場合ニ於テモ、當事者ハ特ニ此等ノ事項ニ依テ法律行爲ノ成立ヲ決シタルモノト認ム可キトキハ、法律行爲ノ內容ノ錯誤トナル

可キガ故ニ、其錯誤ニ因テ意思表示ノ無效ヲ來ス可シ。事實ノ錯誤タルト法律ノ錯誤タルトヲ區別セズ、苟モ其錯誤ナカリセバ其意思表示ハ之ヲ爲サザリシナル可シト認メラル可キ場合ニハ法律ノ錯誤ナルガ爲メニ意思表示ガ無效トナラザルノ理ナシ。例ヘバ贈與契約ハ書面ニ依ルモ任意ニ取消シ得ルモノト誤信シ(民550)、此誤信無カリセバ贈與契約ヲ爲サザリシナル可シト認メラルル場合ハ此錯誤ハ贈與契約ヲ無效ナラシムルコトアル可シ。蓋シ斯カル錯誤ハ效果意思ヲ欠缺セシムルニ足ルモノナレバナリ。尤モ錯誤ニ付キ重大ナル過失アリトシテ無效ノ主張ヲ制限セラルルコトアル可シ。

無因行爲ト原因ノ錯誤

IV. 無因(不要因)行爲ニ於テハ其原因ニ錯誤アルモ其意思表示ハ無效トナラズ。蓋シ法律ガ或行爲ヲ以テ無因行爲トスル所以ノモノハ、原因ノ如何ニ拘ハラズ其行爲ヲ有效ナラシメントスルモノナレバナリ。故ニ賣買ハ無效ナルニ之ヲ有效ナリト誤信シテ、其義務履行ノ爲メニ爲サレタル代金支拂ニ關スル手形行爲、又ハ所有權移轉行爲ハ有效ナルヲ得ルモノトス。

錯誤ノ效果

V. 意思表示又ハ法律行爲ノ錯誤ノ效果ニ就テハ無效主義ト取消主義トアリ(註一)。吾民法ハ原則トシテ法律行爲ノ要素ノ錯誤ノ場合ニ就キテ意思表示ヲ無效トスルノ主義ヲ採レリ。蓋シ法律行爲ノ重要事項ニ付キ認識ト全

然一致セザル對象ノ下ニ於テハ當事者ハ法律效果ヲ欲望スルコト無カル可キヲ以テナリ(註二)。然レドモ民法ハ錯誤ニ基ク意思表示ノ無效ノ主張ニ付キテハ制限ヲ附シタリ。即チ重大ナル過失(註三)ニ因テ錯誤ニ陷リタル表意者ハ該無效ノ主張ヲ爲スコトヲ得ズトス(民95但)。之ニ因テ極端ナル個人意思ノ保護ニ伴フ弊ヲ避ケントスルモノナリ。錯誤ニ陷ラザル當事者ハ勿論、無效ヲ主張スルコト能ハザルモノト解ス。從テ有效ナル結果ヲ認容セザル可カラズ。

註一 羅馬法、瑞西債務法(22.24.27.31)、獨逸民法(119.120.121.)及埃國民法(871—873)ハ取消主義ヲ採リ、佛國民法(1109. 1110.1117.)及ビ佛法系ノ伊國民法、西國民法、和蘭民法等ハ無效ノ場合ト取消ノ場合トヲ區別シテ規定ス。

註二 錯誤ニ因ル意思表示ヲ無效トスルハ個人意思ノ眞正ヲ保護スルコトヽナル(民95)。詐欺又ハ强迫ニ基ク意思表示ヲ取消スコトヲ得ルモノトスルハ、個人意思ノ自由ヲ保護スルコトヽナル(民96)。今兩制度ヲ比較スルニ錯誤者ハ無效ヲ主張スルコトヲ得ルガ故ニ、被詐欺者及ビ被强迫者ガ取消ヲ爲スコトヲ得ルヨリモ、更ニ大ナル法律的保護ヲ受クルガ如キ結果トナル。

註三 過失トハ注意ノ缺陷ヲ意味ス。其注意力ノ態樣ヲ標準トシテ過失ヲ客觀的過失(culpa in abstracto)ト主觀的過失(culpa in concreto)トニ分ツコトヲ得。前者ハ社會生活ノ常況ニ於テ必要ナル一般的注意ノ缺陷ヲ意味シ、後者ハ各人ノ能力ヲ標準トシテ其用ヰ得ル程度ノ注意ノ缺陷ヲ意味ス。而シテ民法九五條但書ノ過失ハ客觀的注意ヲ標準トスル重過失(culpa lata)ヲ意味スルモノト解ス。即チ輕微ナル注意ヲ用ヰンニハ其錯誤ナカリシニモ拘ラズ、該注意ノ欠缺ノ爲メニ其錯誤ニ陷リタリト認メラルル場合ニハ九五條ノ所謂「重大ナル過失」トナル可シ。

法律ノ錯誤ハ多クノ場合ニ於テ重大ナル過失ニ基クモノト解スル者多シ。此論ハ法律ノ不知ヲ理由トシテ其適用ヲ避クルコト能ハズト云フガ

如キ傳說ニ源ヲ發スルモノノ如シ。然レドモ社會ノ萬人ハ法律家ニ非ヲ法律生活ノ安全ヲ妨害スルモノニシテ人格權ノ侵害ナリト云ハザル可カラザレバナリ。且ツ詐欺又ハ强迫ニ依リテ財產的法律行爲ヲ爲サシメタル場合ニハ財產權ノ侵害トモナルコトアリ。

第五款　瑕疵表示

詐欺又ハ强迫ノ概念

I. 詐欺又ハ强迫ニ因ル意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得ルモノトス(民96)。既述セル非眞意表示、虛僞表示及ビ錯誤表示ノ場合ニアリテハ表示ニ適應スル意思ヲ欠缺スルモノナリ。然ルニ詐欺又ハ强迫ニ基ク意思表示ニアリテハ表示ニ適應スル意思(效果意思)ハ存スルモ其意思ガ他人ノ不正ナル干涉ニ基テ構成セラレタルモノトス。即チ效果意思ガ全然欠缺スルニ非ズシテ其構成ニ瑕疵(Willensmängel)アルモノト解セラルルガ故ニ、民法ハ該意思表示ノ效力ヲ否定スル(無效トナル)コトナク之ヲ取消シ得可キモノトナセリ。然レドモ詐欺又ハ强迫ノ爲メ全然效果意思ガ欠缺シ單ニ外形上ノ表示アルニ過ギザルニ至ルトキハ、斯カル意思表示ハ法律上全然無效ナリ、茲ニ述ブル詐欺又ハ强迫ニ因ル意思表示トシテ目ス可キモノニ非ラザルナリ。

不法行爲トノ關係

II. 詐欺又ハ强迫ハ一ノ不法行爲タルヲ以テ該被害者ニハ意思表示ノ取消權ヲ認ムルノ外、不法行爲ニ基ク損

害賠償ノ請求權ヲ認ムルコトヲ得ルモノト解ス。蓋シ詐欺又ハ强迫ハ吾人ノ法律生活ノ安全ヲ妨害スルモノニシテ人格權ノ侵害ナリト云ハザル可カラザレバナリ。且ツ詐欺又ハ强迫ニ依リテ財產的法律行爲ヲ爲サシメタル場合ニハ財產權ノ侵害トモナルコトアリ。

民法九〇條トノ關係

III. 茲ニ注意ス可キコトハ詐欺又ハ强迫ニ因ル意思表示ハ民法九〇條ノ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノト解ス可カラザルコトナリ。固ヨリ詐欺又ハ强迫其モノハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ナリト雖モ、詐欺又ハ强迫ヲ爲スコト自體ガ法律行爲ノ目的ヲ組成スル事項ニ非ズ、單ニ行爲意思ノ構成ニ影響ヲ及ボスモノタルニ過ギズ。民法九〇條ハ法律行爲ノ目的ニ關スル規定シテ、民法九六條ハ法律行爲ヲ爲サシムル手段ニ關スル規定ナリ。若シ夫レ詐欺又ハ强迫ヲ爲スコトヲ目的トスル法律行爲ナランニハ、勿論民法九〇條ニ依リテ其行爲ハ無效タルナリ。故ニ民法九六條ノ規定ニ依リテ取消シ得ル行爲タルニハ、民法九〇條ニ反セザル範圍內ノ行爲ナラザル可カラズ。民法九〇條ニ依リテ無效ナルトキハ民法九六條ニ依リテ取消シノ餘地ナキモノトス。

詐欺又ハ强迫能力

IV. 詐欺又ハ强迫ハ法律行爲ニ非ザルガ故ニ法律行爲能力ヲ有セザル者ニ於テモ之ヲ爲スヲ得可シ。無能力

者ノ爲シタル詐欺又ハ强迫ニ基クモ、意思表示ヲ取消スコトヲ得可シ。然レドモ詐欺强迫ハ人ノ行爲タルコトヲ要スルヲ以テ、自然事實ト同一ナル幼者、狂者ノ動作ハ詐欺又ハ强迫ト目スルコトヲ得ズ。

第一項 詐欺

詐欺ノ意義

I. 詐欺ニ因ル意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得（民96）。茲ニ詐欺(dolus, dol, Betrug, arglistige Täuschung)トハ表意者ヲシテ或事實ヲ誤信セシムルニ足ル可キ故意ノ不眞實ノ動作ヲ云フ。尙ホ分說スルコト次ノ如シ。

1. 故意

故意

詐欺ノ故意トシテハ自己ノ不眞實ノ動作ガ表意者ヲシテ或事實ヲ誤信セシムルコトヲ得可キモノナルコトノ認識ト、表意者ハ其誤信ニ基キテ效果意思ヲ構成シ（法律效果ノ欲望ヲ起シ）意思表示ヲ爲スニ至ル可キコトノ認識トヲ包含スルモノト解ス。刊行物等ニ捏造記事ヲ揭載スル者ハ、前ノ認識ヲ有スルモ後ノ認識ヲ有セザル可シ。刑法上ノ詐欺ノ故意ハ財產的利益ヲ得ントスル意思アルヲ要スルモ（刑法246）、民法上ノ詐欺ノ故意ハ斯クノ如キ意思アルヲ必要トセズ。從テ詐欺ニ因ル意思表示ハ非財產的法律行爲ニ就テモ認ムルコトヲ得可キハ勿論

ナリ。

2. 不眞實ノ動作

不眞實ノ動作

詐欺ノ成立ニハ表意者ヲシテ或事實ヲ誤信セシムルニ足ル不眞實ナル動作（欺罔行爲）ナカル可カラズ。其誤信ヲ生ゼシムルニ足ル動作ナリヤ否ヤハ表意者（被詐欺者）ヲ標準トシテ主觀的ニ定ム可キモノト解ス。不眞實ト信ジテ爲シタル動作ガ偶然ニモ眞實ノモノナリシトキハ詐欺行爲トナラズ。詐欺動作ハ積極的手段タルト消極的手段タルトヲ問ハズ。沈默ガ詐欺トナルカ否カハ議論ノ存スル所ナリ。然レドモ法律上又ハ取引上ノ慣習ニ從ヒ或事實ヲ陳述ス可キ義務アル者ガ、故意ニ其陳述ヲ爲サザルトキハ詐欺トナルモノト解ス。是レ消極手段タル不眞實ノ動作ナリトス。要スルニ欺罔行爲タル可キ不眞實ノ動作ハ、其レガ積極手段タルト消極手段タルトニ拘ハラズ、公序良俗ニ反スル程度ノモノナラザル可カラズ。即チ欺罔行爲ハ違法行爲タラザル可カラズト云フニ歸ス。

3. 表意者ノ誤信

表意者ノ誤信

被詐欺者タル表意者ニ於テ或事實ヲ誤信セザルトキハ詐欺行爲ハ成立スルモノニ非ラズ。蓋シ民法ニ於テハ詐欺ノ未遂ヲ認ムル餘地ナキヲ以テナリ。

詐欺ト因果關係

II. 上記三條件ヲ具フル場合ニ於テハ詐欺行爲ヲ認ム

ルコトヲ得ルモノトス。民法九六條ノ所謂詐欺ニ因ル意思表示トハ斯カル詐欺行爲ヲ主要ナル原因トスル意思表示ヲ意味スルモノト解ス。即チ故意ノ不眞實ノ動作ニ因テ或事實ヲ誤信シ之ニ基テ效果意思ヲ構成シタル意思表示ナリトス。約言スレバ詐欺行爲ト意思表示トノ間ニハ緊切ナル因果關係ナカル可カラズ。仍テ若シ表意者ニ於テ誤信スルコトナク又ハ誤信ニ基カズシテ自主的判斷ニ因テ其意思表示ヲ爲シタル場合ニハ詐欺ニ因ル意思表示ト爲ラズ。

例ヘバ土地ヲ賣ラントスル甲者アリ。乙者ニ向テ近ク其隣地ニ電車ハ開通ス可キコトニ確定セル旨ヲ說キテ其不眞實ヲ誤信セシメ以テ其土地ヲ高價ニ賣却セントシタリトス。然ルニ果セル哉乙ハ甲ノ詐言ヲ信ジタルガ爲メ其高價ヲ支拂ヒテ該土地ヲ買收シタリトセバ（其詐欺ナカリセバ其賣買契約ハ之ヲ爲サザリシナル可シト認メラル可キ場合—詐欺ヲ主因トスル賣買）此賣買ハ詐欺ニ因ル意思表示トナル可シト雖モ、若シ乙ニ於テ甲ノ詐言ヲ信ジタルト否トニ拘ハラズ則ニ見ル所アリテ甲ノ欲スル代價ヲ支拂ヒテ其土地ヲ買收シタリトセバ其賣買ハ詐欺ニ因ル意思表示トナルモノニアラズ。

錯誤トノ關係

III. 詐欺ノ結果表意者ハ法律行爲ノ要素ニ付テ錯誤ニ陷リタル場合ハ民法九五條ノ適用ヲ受クルコトトナリテ、其意思表示ハ無效トナルヲ以テ、民法九六條ノ詐欺ニ因ル意思表示ヲ以テ目スル餘地ナシ。故ニ詐欺ニ因ル意思表示トシテ取消サレ得可キモノタルニハ法律行爲ノ要素ニアラザル內容（重要ナラザル內容）又ハ法律行爲ノ動機等ニ付テノ錯誤アル場合ナラザル可カラズ。

第三者ノ詐欺

IV. 第三者ガ詐欺ヲ行ヒタル場合ハ相手方ガ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ルモノトス(民96 II)。蓋シ詐欺ニ基ク意思表示ノ取消ハ被詐欺者（誤信者）ヲ保護スルノ制度ナルモ、詐欺行爲ガ相手方ニ依テ爲サレタルニ非ズシテ第三者ニ依テ爲サレ、然カモ相手方ニ於テ其意思表示ノ成立當時之ヲ知ラザルニ於テハ、善意ノ相手方ヲモ保護スル必要上斯クノ如ク取消ノ制限ヲ設ケタルモノトス。

取消ト善意ノ第三者

V. マタ民法ハ同趣旨ニ基キ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ザルモノトセリ（民96 III）。此規定ハ取消ノ制限ニハ非ズシテ取消ノ效力ヲ制限スルモノトス。從テ善意ノ第三者アルトキト雖モ取消スコトヲ妨ゲズ、只ダ善意ノ第三者ニ對シテ其取消ノ效力ヲ及ボサシメ(對抗セシメ)ザルノミ。例ヘバ詐欺ニ基ク意思表示ヲ以テ物品ヲ讓渡シタルニ讓受人ガ更ニ之ヲ善意ノ第三者（詐欺ニ因ル讓渡ナルコトヲ知ラザル者）ニ讓渡シタリトセバ、後日被詐欺者ハ其讓渡ヲ取消スコトヲ得ルモ善意ノ第三者ノ手ニ在ル物品ハ最早ヤ之ヲ回復スルニ由ナシ。從テ相手方ニ對スル損害賠償請求ヲ以テ滿足スベキノミ。

第三者ノ意義

茲ニ第三者トハ詐欺ニ因ル意思表示ヲ爲シタル者、其相手方、及ビ是等ノ者ノ包括承繼人以外ノ者ニシテ、詐

欺ニ因ル意思表示ナルコトヲ理由トシテノ取消ノ影響ヲ排斥スルニ付キ、正當ナル法律上ノ利益ヲ有スル者ナラザル可カラズ。故ニ例ヘバ詐欺ニ因ル意思表示ヲ以テ讓渡セラレタル物ヲ、其讓受人ノ手中ヨリ竊取シタル者ハ、假令詐欺取引ナルコトヲ知ラザル點ニ於テ善意ナリトスルモ、茲ニ第三者ト見ルコト能ハズ。從テ讓渡人ハ取消ノ結果、所有權ヲ主張シテ竊盜者ヨリ物ヲ回復スルコトヲ得可キナリ。

第二項 強迫

強迫ノ意義

I. 強迫ニ因ル意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得（民96 I）。茲ニ強迫(metus, menaces, Drohung.)トハ表意者ヲシテ恐怖セシムルニ足ル可キ故意ノ加害ノ通告ヲ云フ。尙ホ分說スルコト次ノ如シ。

1. 故意

故意

ヿ強迫ノ故意トシテハ自己ノ加害ノ通告ハ表意者ヲシテ恐怖心ヲ懷カシムルコトヲ得可キモノナルコトノ認識ト表意者ハ其恐怖ニ基キテ效果意思ヲ構成シ（法律效果ノ欲望ヲ起シ）意思表示ヲ爲スニ至ル可キコトノ認識トヲ包含スルモノト解ス。

2. 加害ノ通告

加害ノ通告

强迫ノ成立ニハ表意者ヲシテ恐怖心ヲ懷カシムルニ足ル加害ノ通告ナカル可カラズ。恐怖心ヲ懷カシムルニ足ルカ否カハ表意者（被强迫者）ヲ標準トシテ主觀的ニ定ム。實際ニ於テ加害スルノ決意又ハ準備アルヲ要セズ。單純ナル通告ニテ可ナリ。然レドモ茲ニ加害トハ强迫者ノ意思ニ基ク加害タルコトヲ要シ、天災其他ノ不可抗力又ハ自己ノ支配外ニアル第三者ノ爲ス加害ノ如キハ之ヲ通告スルモ强迫トナラズ。例ヘバ汝ノ住家ヲ贈與セザルトキハ天災ニ依リテ滅失ス可シト說示スルガ如キハ詐欺トナルコトアルモ强迫トナラズ。加害及ビ其通告ハ積極手段タルト消極手段タルトヲ問ハズ。例ヘバ醫者ガ手術ヲ中止シテ死ニ至ラシム可キコトヲ知ラシムルガ如キ（消極手段）モ强迫トナル。茲ニ加害トハ正當ナラザル加害ノ通告ヲ意味スルガ故ニ、債務ヲ辨濟セザレバ出訴ス可シト告グルガ如キハ强迫トナラズ。マタ或事件ニ關シ單ニ告訴又ハ告發ヲ爲ス可シト告グルノミニテハ、正當ナル加害ニ外ナラザルモ、不正ノ利ヲ得ンガ爲メニ告訴又ハ告發ヲ爲ス可キコトヲ告ゲタルコトノ明カナル場合ハ、正當ナル加害ノ範圍ヲ脫シ斯カル通告ハ强迫トナルコトアリ。要スルニ通告セラルヽ加害ノ內容ハ公序良俗ニ反スルモノ、換言スレバ違法性ノモノナラザル可カラズト云フコトニ歸ス。

表意者ノ恐怖

3. 表意者ノ恐怖

被强迫者タル表意者ニ於テ恐怖心ヲ懷カザル場合ニハ强迫行爲ハ成立セズ。蓋シ民法ニ於テハ强迫ノ未遂ヲ認ムル餘地ナケレバナリ。

正當ノ權利ナクシテ害惡ノ來ルコトヲ示シ他人ニ畏怖ノ念ヲ生セシメタルトキハ其權利ナキコトヲ知リ乍ラ故意ヲ以テシタルト將タ過失ニ依リ權利アリト誤信シタルニ基クトヲ問ハス民法九六條ノ强迫ニ該當スルモノトス(明治三七年大審院判決)。

强迫ト因果關係

II. 上記三條件ヲ具フル場合ニ强迫行爲ヲ認ムルコトヲ得ルモノトス。民法九六條ノ所謂强迫ニ因ル意思表示トハ斯カル强迫行爲ヲ主要ナル原因トスル意思表示ヲ意味スルモノト解ス。即チ故意ノ加害ノ通告ニ因テ恐怖心ヲ起シ、之ニ基テ效果意思ヲ構成シタル意思表示ナリトス。約言スレバ强迫行爲ト意思表示トノ間ニハ緊切ナル因果關係ナカル可カラズ。仍テ若シ表意者ニ於テ恐怖心ヲ起サズ、又ハ恐怖心ニ基カズ、自主的判斷ニ因テ爲シタル意思表示ハ强迫ニ因ル意思表示トナラズ。

例ヘバ甲ガ乙ニ對シ金品ヲ贈與スルニ非ザレバ汝ヲ殺害ス可シト告ゲ爲メニ乙ハ恐怖心ヲ起シテ贈與ヲ爲シタルトキハ、其贈與ハ强迫ヲ主要ナル原因トスルモノナルガ故ニ(其强迫ナカリセバ其贈與契約ハ之ヲ爲サザリシナル可シト認メラル可キガ故ニ)取消サルルコトヲ得ルモノトス。然レドモ乙ハ其强迫ニ因テ恐怖心ヲ起シタルト否トニ拘ハラズ別ニ考フル所アリテ贈與ヲナシタルトキハ、其贈與ハ强迫ヲ主要ナル原因トスルモノニ非ザルヲ以テ取消スコトヲ得ザルガ如シ。

九六條ノ適用範圍

III. 强迫ニ因ル意思表示ハ之ヲ取消シ得ルモノトシテ一應其效力ヲ生ゼシムルコトヽナセルハ、表意者ニ效果意思アル場合ヲ前提トスルモノナリ。若シ夫レ强盜ニ財物ヲ强取セラレタルガ如キ場合ニアリテハ、假令外形的ニ贈與ノ如キ意思表示ヲ爲シタリトスルモ、其表意者ハ全ク效果意思ヲ有セザルモノナルベキガ故ニ、斯カル意思表示ハ取消ヲ待タズシテ當然無效ナリ。此事タルヤ法文ヲ待タズシテ法律行爲ノ全理論ヨリ認メラルル可キモノニ屬ス。故ニ民法九六條ニ依リテ取消シ得ル程度ノ强迫ニ因ル意思表示トハ、强盜ニ至ラザル程度ノモノ所謂「ユスリ」位ノモノニ罹リタル場合ニ之ヲ見ルモノト云フベシ。

取消ノ無制限

IV. 强迫ニ因ル意思表示ハ詐欺ニ因ル意思表示ニ比シ、表意者保護ノ程度ヲ高ムルノ必要アルヲ以テ、第三者ガ强迫ヲ爲シタルト否トニ拘ハラズ、又タ第三者ノ善意ナルト否トニ拘ハラズ、無制限ニ取消スコトヲ許シ且ツ取消ノ效果モ無制限ニ及ボシ得ルモノトセリ。

第六款

意思表示ノ發效期其他

序言

I. 意思表示ノ效力發生時期ハ必ズシモ其成立時期ト同一ナラズ。成立シタル意思表示ハ次ノ區別ニ從テ其效力ヲ生ズルモノトス。即チ受領者(相手方)ヲ必要トスル

意思表示ト、受領者(相手方)ヲ缺ク意思表示トニ因テ、其效力發生期ヲ異ニス。又タ受領者ガ隔地者ナルカ對話者ナルカニ因テモ其觀察ヲ異ニセザル可カラズ。

意思表示ト其受領者

意思表示ニハ之ヲ受領ス可キ人(Erklärungsgegner)ニ爲スコトヲ要スルモノト、一定ノ受領者ヲ缺クモノトアリ。前者ハ所謂受領者ヲ必要トスル意思表示(empfangsbedürftige Willenserklärungen)ト名ツク。此意思表示ノ受領者ハ特定人タルト不特定人タルト、其一人タルト數人タルト、又私人ニ對スルト官廳ニ對スルトヲ區別スルコトナシ。申込及ビ承諾(民521—)、催告(民19.)、解約(540—)、廣告(民529.)、婚姻届(民775)ノ如キハ受領者ヲ必要トスル意思表示ナリ。定款行爲(民37)、寄附行爲(民39)、相續ノ單純承認(民1023)、遺言(民1060)ノ如キハ受領者ナキ意思表示(nichtempfangsbedürftige WE.)ナリ。

受領者ヲ要スル意思表示

II. 受領者(相手方)アル意思表示

A. 受領者ガ隔地者ナル場合

隔地者間ノ意思表示

「隔地者」(Abwesenden)ナル語ハ民法法典上ノ用語ナリ。然レドモ「對話者」(Anwesenden)ナル語ハ民法法典上ノ用語ニ非ズシテ、寧ロ民法ノ規定スル隔地者ノ意義範圍ヲ決定スルガ爲メニ用フル學究上ノ對照語タルニ過ギズ。尤モ商法二六九條ニハ「對話者」ナル語ヲ使用スルモ明カニ其術語ノ觀念ヲ示スコトナシ。

而シテ意思表示ノ相手方ハ常ニ必ズ隔地者ニ非ザレバ對話者ナル可ク其何レニモ屬セザル相手方アルコトナシ。茲ニ於テカ隔地者ト對話者トノ區別ヲ明カニスルコトハ民法九七條一項ノ規定ヲ適用ス可キ範圍ヲ決定スルコトトナル。此區別ニ就テハ種々ナル說アリ。

隔地者ト對話者トノ區別

惟フニ隔地者ト對話者トノ區別ハ意思表示ノ發送時期ト相手方ニ到達スル時期トノ間ニ、日常取引ノ觀念ニ於テ時間ノ存在ヲ認メ得ルカ否カノ標準ニ依ラザル可カラズ。例ヘバ會見シテ對談シ、電話ヲ以テ意思ヲ表示シ、又ハ信號旗ヲ振テ意思ヲ表示スルガ如キ場合ニハ、表意者ノ發表動作ノ完成時ト相手方ガ其意思表示ヲ受領シ且ツ之ヲ了知スル時トノ間ニハ日常取引ノ觀念ニ於テハ全ク時間ノ存在ヲ認ムルノ餘裕ナシ。固ヨリ物理學的ニハ此等ノ場合ニモ常ニ幾何カノ時間ノ存在セザル筈ナシト雖モ、如斯時間ハ法律取引ノ觀念ニ於テハ其存在ヲ認ムルノ必要ナシ。即チ此等ノ場合ニハ意思表示ノ發送時ト到達時トハ權利義務ノ關係上一致スルモノト見ル可ク、從テ斯クノ如キ意思表示ハ對話者間ノ意思表示トシテ目ス可シ。反之、郵便ニ依ル意思表示ノ如キ場合ニハ前揭各時期ノ間ニ充分ニ時間ノ存在ヲ認メ得可キガ故ニ隔地者ニ對スル意思表示ト目ス可キモノトス。茲ニ異說ノ主張スル如ク表意者ト受領者トノ所在距離如何、又ハ意思表示受領ノ直接ナルカ又ハ間接ナルカノ如キ點ハ、隔地者ト對話者トノ區別ノ標準トシテハ考慮ス可キ値ナキモノトス信ズ。

筆談ニヨル意思表示、通譯者ヲ用キテ爲ス意思表示ノ如キハ前述セル時間ノ存否ニヨリ、或ハ對話者間ノ意思表示トナリ或ハ隔地者間ノ意思表示トナル。

使者ノ口頭ニヨル意思表示ハ隔地者ニ對スル意思表示ナリト解スル者アレドモ、斯カル使者ハ單ニ意思發表ノ機關トナルモノナレバ使者ヲ以テ本人ノ延長ト解シテ可ナリ。仍テ此場合ニモ對話者間ノ意思表示タルヲ妨ゲズ(Vgl. Oertmann, § 130.)。

民法ノ原則

隔地者ニ對スル意思表示ハ其通知ガ相手方ニ到達シタル時ヨリ其效力ヲ生ズルモノトス(民97 I)。茲ニ到達(Zugehen)トハ意思表示ガ其受領者ノ支配內ニ置カレタルコト、即チ何時ニテモ了知シ得可キ狀態ニ置カレタルコトナリトス。例ヘバ手紙ガ受領者ニ配達セラレタル時又ハ受領者ノ家人ニ傳言ヲ託シタル時ハ到達アリタルモノト見ル可シ。抑モ隔地者ニ對スル意思表示ノ效力發生時期ニ於テハ表白主義、了知主義、發送主義及ビ到達主義等アリ。吾民法ハ原則トシテ此最後ノ主義ヲ採レルナリ。然レドモ隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立スルモノトシテ、發送主義ノ例外ヲモ認メタリ(民526)。マタ無能力者ノ行爲ノ追認及取消ニ付テモ發送主義ヲ採ル(民19)。更ニ商法ニモ屢發送主義ヲ採用スルコトアリ(商法37. 156. 270. 271. 286. 288. 308)。發送主義ヲ採リタル場合ニ於テモ到達ナシニ效力ヲ生ジ得ルモノト解ス可カラズ。相手方ニ對スル意思表示ハ相手方ノ知リ得ル狀態ナシニ效力ヲ生ズ可キモノニ非ラズ。故ニ意思表示ノ通知ガ發送後途中ニテ紛失シタル等ノ爲メ不到達ニ終リタルトキハ、假令發送主義ニ依ル可キトキト雖

例外

發送主義

發送主義ト不到達

モ效力ヲ生ズ可キモノニ非ラズ。相手方アル意思表示ハ相手方ニ到達スルコトガ、其效力發生ノ要件タルナリ。唯ダ其效力發生ノ時期ハ發送時ニ遡ルコトヲ得ルノミ。

表白主義

a **表白主義** (Äusserungs- od. Dekralationstheorie)—法律行爲意思ヲ表白(成立)スルヤ否ヤ直チニ效力ヲ生ズルモノトナス。此主義ニ依レバ相手方ノ知不知ニ拘ハラズ效力ヲ生ズルガ故ニ實際上不都合ナリ。即チ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コトアリ、又タ表意者ニ於テモ意思表示ガ相手方ニ到達スル前ニ於テ早ク意思表示ヲ撤回スルノ自由ヲ失フニ至ルガ故、此主義ハ立法上採用ス可カラズ。

了知主義

b **了知主義** (Vernehmungs- od. Recognitionstheorie)—意思表示ノ受領者ガ之ヲ了知シタル時ニ於テ效力ヲ生ズルモノトナス。此主義ニ依ルトキハ相手方ハ通信ヲ受領スルモ此ヲ披見了知スルニ非ザレバ效力ヲ生セザルコトトナル。然カモ一度其證據問題ニ入ランカ殆ンド此主義ハ意思表示ノ效力ヲ生セシムルコト能ハザルニ至ルコトアラン。故ニ是レ亦タ立法上採用ス可カラザルノ主義ニ屬ス。

發送主義

c. **發送主義** (Uebermittelungstheorie)—表意者ガ意思表示ヲ相手方ニ通知スル目的ヲ以テ自己ノ實力支配ヲ離脫シタル時ニ效力ヲ生ズルモノトナス。例ヘバ信書ヲ郵便ニ投函シタル時ニ效力ヲ生ズルガ如シ。此主義ハ取引ノ敏活ヲ計ル爲メニ適シ英米法ノ採ル所ナリ。此主義ニ依ルトキハ相手方ニ到達セザルモ發送ノミニ因テ效力ヲ生ズルモノト誤解セラレ易シ。且ツ到達ノ如キハ如何ニ遲延スルモ發送時ニ遡テ效力ヲ生ズルモノト解セラレ易シ。

到達主義

d. **到達主義** (Empfangstheorie)—意思表示ノ通知ガ相手方ニ到達シタル時ニ效力ヲ生ズルモノトナス。即チ通知ガ相手方ノ支配內ニ置カレタル時ハ到達アリタルモノトス。此主義ニヨルトキハ表意者ニ於テ最善ノ手段ヲ盡シテ發信スルモ其相手方ニ到達スルコトナキニ於テハ其意思表示ハ效力ヲ生ジ得ザルモノトス。又タ延着シタルトキハ效力發生モ遲延スルニ至ルモノトス。獨逸民法及ビ瑞西債務法ハ此主義ヲ採ル。

批評

此等ノ諸主義中實際ニ採用シ得可キモノハ發送主義及

ビ到達主義ナリ。此兩主義ハ通信機關ノ發達ト相待テ行ハレ且ツ之ニ依テ取引ノ安全ヲ保持スルヲ得ルモノトス。確實ニシテ迅速ナル通信機關ヲ利用スルニ至ルトキハ此兩主義ハ事實ニ於テ愈近接シ殊更ニ隔地者間ノ意思表示ト見ル可キモノハ減少スルニ至ル可シ。吾民法ハ隔地者間ノ意思表示ノ效力發生時期ニ就テハ到達主義ヲ以テ原則トナシ、其受領者ガ特定人ナルト不特定人ナルトヲ問ハズ意思表示ハ其到達アリタル時ニ效力ヲ生ズルモノトス。從テ例ヘバ甲ガ乙(特定人)ニ手紙ヲ以テ意思表示ヲ爲ストキハ其手紙ガ乙ニ到達シタル時ニ其效力ヲ生ズ可キモ、汎ク社會一般ノ公衆(不特定人)ニ對シテ新聞廣告ヲ以テ意思表示ヲ爲ストキハ各新聞紙ガ各別ノ讀者ニ配布セラレタル時ニ效力ヲ生ズルモノトス。總テノ讀者ニ合一的ニ一定ノ時期ニ效力ヲ生ズルモノトハ解スルヲ得ズ。民法九七條一項ノ規定ノ隔地者トハ特定人及ビ不特定人ヲ包含スルヲ以テ(前段參照)、意思表示ハ單一ナルモ受領者ガ多數アル場合ニハ各別ノ到達ニ因テ各獨立セル多數ノ效力ヲ生ズルニ至ルモノトス。

解說

隔地者ニハ特定人ナル場合アリ、不特定人ナル場合アリ。或ハ隔地者及ビ對話者ハ特定人ナル場合ニ限ルト說ク者アルモ、隔地者ニモ對話者ニモ特定人ナル場合アリ、不特定人ナル場合アリト信ズ。新聞紙上ノ廣告ニ依ル意思表示ノ如キハ不特定ナル隔他者ニ對スル意思表示ナリ、公衆往來ノ場所ニテ演述ニ依ル意思表示ノ如キハ不特定人ナル對話者ニ對スル意思表示ナリ。

B. 受領者ガ對話者ナル場合

對話者間ノ意思表示

對話者間ニ於ケル意思表示ハ何時ニ效力ヲ生ズ可キカニ付テハ直接ノ規定ヲ缺クガ故多少ノ疑義アリ。或ハ了知時ナリト說ク者アリ、或ハ到達時ナリト說ク者アリ(獨逸ニ於テモ同ジク兩說アリ)。

然レドモ私ノ見解ヲ以テスレバ對話者間ノ意思表示ニ付テハ少クトモ表白時、發送時、到達時等ノ區別ハ無意味ニ屬スルモノトナル。此等ノ時期ハ日常取引ノ實際ニ於テハ合一スルヲ以テ對話者間ノ意思表示ノ特色トナス。若シ夫レ此等ノ時期ガ明カニ區別セラル可ク而シテ其區別ニ從テ取引上ニ影響ヲ來ス場合ニハ、其意思表示ハ既ニ對話者間ノ意思表示ニハ非ズシテ隔地者間ノ意思表示ナリトス。民法ガ隔地者間ノ意思表示ニ就テハ其效力發生時期ハ到達時ナルコトヲ規定シテ暗ニ到達時以外ニ表白時、發送時、了知時等ノ存スルコトヲ推理セシムルニ反シ、對話者間ノ意思表示ニ就テハ何等ノ規定ヲ爲サザリシ所以ノモノハ、寧ロ該意思表示ニアリテハ此等ノ時期ノ區別ハ總テ之ヲ日常取引ノ實際上存在セザルモノト見タルガ爲メニ外ナラズ。果シテ然ラバ對話者間ノ意思表示ノ效力發生時期ニ就テ殊更ニ到達時ナリト論ズルガ如キハ結局無意味ノ爭議ニ歸ス可シ。

或ハ了知時ナラザル可カラズトナスガ如キハ甚ダ失當

ノ見解ト謂ハザル可カラズ。蓋シ例ヘバ相手方ガ耳ヲ掩ヒテ故意ニ意思表示ノ了知ヲ避クル時ハ對話者間ノ意思表示ハ竟ニ其效力ヲ生ジ得ザルニ至ルヲ以テナリ。

了知可能ノ狀態ト表白時、發送時、到達時

故ニ私ハ對話者間ノ意思表示ハ相手方ガ了知シ得可キ狀態ニ於テ爲サレタル時ハ、即チ表白時(成立時)ニシテ同時ニ發送時ニシテ且ツ到達時ナリト解シ、此時ニ效力ヲ生ズルモノト考フルナリ。從テ對話者間ノ意思表示モ到達時ニ效力ヲ生ズルモノト觀念スルヲ妨ゲズ。只ダ對話者間ノ意思表示ハ其成立時、發送時、到達時等ノ區別ナキヲ以テ其特色トスルガ故ニ、殊更ニ到達時ニ效力ヲ生ズルモノト云フハ語弊ナキニ非ズ。又タ從テ民法ガ對話者間ノ意思表示ノ效力發生時期ニ付キ、何等ノ規定ヲ設ケザリシハ實際上必要ナキヲ以テナリ。

前述ノ如ク對話者ニモ特定人ナル場合アリ、不特定人ナル場合アリ。何レノ場合ニモ意思表示ノ成立時及ビ發送時ト一致スル到達時ニ於テ效力ヲ生ズルモノトス。例ヘバ甲ガ乙(特定人)ニ對談スル場合又ハ公衆往來ノ場所ニ於テ演述シテ契約ノ申込ヲ爲スガ如キ場合(不特定人ニ對スル場合)ニモ同理ニ基テ意思表示ノ效力ヲ生ズルモノトス。後者ノ場合ニハ意思表示ハ單一ナレドモ其效力ハ各獨立シテ多數ノ公衆ニ對シ各別ニ意思表示ノ效力ヲ生ズルモノト解ス。

以上述ブル所ノ相手方アル意思表示ハ假令相手方ニ到達スルト雖モ、相手方ニ於テ意思表示ヲ受領ス可キ場所ニ就テ異議ヲ主張シ得ルトキハ意思表示ハ效力ヲ生ジ得ザルコトアリ。即チ吾人ハ生活ノ本據タル住所ヲ有スル以上ハ、諸般ノ意思表示ハ其住所ニ於テ受クルコトニ付キ、法律上正當ナル利益ヲ有スルモノト云ハザル可カラズ。從テ住所以外ノ場所ニ於テ爲サレタルニモ拘ハラズ、受領者ニ於テ意思表示ノ效力ヲ否定スルコトヲ得ルモノト云ハザル可カラズ。

然レドモ住所ヲ有セザル者ハ住所ニ付テノ法律上ノ利益ヲ受クルコトヲ得ザルモノナルヲ以テ、斯クノ如キ主張ヲ爲スコトヲ得ザルモノト解ス。

又タ住所ニ宛テテ爲サレタル意思表示ハ一般ニ之ヲ受領ス可キ義務アルモノト解ス可キナリ。從テ之ヲ受領セザルトキハ義務不履行ノ責任ヲ生ズルモノト解ス。郵便法ニ於テハ更ニ廣ク其受領義務ヲ課セリ。即チ受取人ハ郵便料ヲ完納シタル郵便物ノ受取ヲ拒ムコトヲ得ザルモノトス。マタ差出人ハ還付郵便物ノ受取ヲ拒ムコトヲ得ザルナリ(郵便法23)。

III. 受領者ナキ意思表示

受領者ヲ缺ク意思表示

受領者ヲ缺ク意思表示ハ法律ノ規定又ハ法律行爲ノ性質上特別ナル理論ノ存セザル限リハ、意思表示ノ成立ト同時ニ效力ヲ生ズルモノト解セザル可カラズ。若シ然ラザル時ハ效力ヲ生ズ可キ時期ノ到來スルコトナカル可キヲ以テナリ。例ヘバ所有權ノ拋棄ヲ目的トスル意思表示ノ如キハ成立ト同時ニ效力ヲ生ズルモノトス。特別ナル法律ノ規定トシテハ、例ヘバ遺言者ノ死亡時ニ遺言ガ效力ヲ生ズルコト(民1087)、又ハ主務官廳ノ許可アリタル時ニ寄附行爲ノ效力ヲ生ズルコト(民34)ノ如シ。又タ停止條件附法律行爲ノ場合ニハ條件ノ成就シタルトキニ效力ヲ生ズルガ如キコトハ其行爲ノ性質上自ラ明カナリ。要スルニ意思表示ハ相手方ノ利益ヲ考慮スル等ノ特別ノ事由ニ依リ、效力發生期ニ付テ特別ノ法理ノ生ゼザル限リハ、其成立ト同時ニ效力ヲ生ズルヲ寧ロ本則トスルモ

ノナリ。

表意者ノ死亡又ハ能力喪失

IV. 表意者ガ意思表示ヲ爲シタル後ニ死亡シ又ハ能力ヲ失フモ意思表示ハ之ガ爲メニ效力ヲ妨ゲラルルコトナキモノトス（民97 II）。即チ之ガ爲メニ無效（效力不發生）トナルコトモナク又ハ取消原因ヲ生ズルコトモナキモノトス。民法九七條二項ハ隔地者ニ對シテ意思表示ヲ發シタル場合ヲ規定スルガ如シト雖モ總テノ意思表示ニ付テ同趣旨ノ結論ヲ生ズルモノト信ズ。蓋シ意思表示ノ效力要件ハ其成立時ヲ標準トシテ定ム可キモノナレバ、其後ノ事情ニ因テ效力ニ影響ヲ及ボス可キモノニ非ザレバナリ。從テ例ヘバ寄附行爲ガ適法ニ成立シタルモ其效力ヲ生ズル時ニ寄附行爲者ガ死亡シ又ハ禁治產者タリシトスルモ、之ガ爲メニ寄附行爲ハ完全ニ效力ヲ生ズルコトヲ妨ゲザルガ如シ。

效力要件ト成立期

對相續人

茲ニ注意スベキコトハ表意者ノ死亡ノ場合ニハ其者ノ相續人ニ對シテ效力ヲ生ズ可キモノトス。然レドモ相續人ナキカ又ハ相續人ニ對シテハ效力ヲ生ジ得ザル性質ノモノナルトキハ、斯カル場合ノ意思表示ハ效力ヲ生ゼズシテ止ムモノトス。是レ民法九七條二項ニハ「效力ヲ生ズ」トハ規定セズシテ、「效力ヲ妨ゲラルルコトナシ」ト規定シタルニ依リテモ明カナリ。

第七款

意思表示ノ受領能力

受領者ノ保護

I. 受領者アル意思表示ハ受領者ニ到達スルニ因テ效力ヲ生ズ可キモ、其受領者ガ當時未成年者又ハ禁治產者ナルトキハ是等ノ者ニ對シテ意思表示ノ效力ヲ對抗スルコトヲ得ザルモノトス(民98本)。是レ全ク受領者保護ノ規定ナルヲ以テ受領者ニ於テハ意思表示ノ效力ヲ主張スルコトヲ妨ゲザルハ勿論ナリ。未成年者及ビ禁治產者ガ自ラ爲シタル意思表示ハ一定ノ條件ノ下ニ取消スコトヲ得ルモノトシテ彼等ヲ保護シ、更ニ彼等ガ第三者ヨリ受クル意思表示ニ付テハ其對抗ヲ受ケザルノ方法（意思表示受領能力ノ制限）ヲ以テ彼等ノ保護ヲ徹底セシム。

準禁治產者及ビ妻ハ法律行爲能力ヲ制限セラルルモ意思表示ノ受領能力（Empfangsfähigkeit der Willenserklärung）ハ完全ニ之ヲ有スルコトヲ注意ス可シ。

保護ノ限度

II. 意思表示ノ受領無能力者(未成年者及ビ禁治產者)ト雖モ法律行爲能力ヲ有スル範圍ニ於テハ意思表示ノ受領能力ヲ有スルモノト解ス。故ニ例ヘバ營業ヲ許サレタル未成年者ニ對シテハ營業ニ關スル意思表示ヲ以テ之ニ對抗シ得ルガ如シ(民6)。

意思表示ノ受領無能力者（未成年者、禁治產者）ニ對シ

テ爲サレタル意思表示ト雖モ、其法定代理人ガ意思表示ヲ了知シタルトキハ其效力ヲ以テ該無能力者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトス(民98但)。故ニ實際ニ於テハ直接ニ法定代理人ニ意思表示ヲ爲スヲ得策トス可シ。

第七節 代理

第一款 代理ノ觀念

概念

I. 吾々ガ法律生活ノ爲メニ、意思表示ヲ爲シ又ハ之ヲ受クルニ付テハ、總テ自身ニテ之ヲ爲スコトヲ要セズ、マタ自身ニテ之ヲ爲シ得ザルコトアリ。茲ニ於テカ人文ノ發達ハ自然ニ他人ノ協力補助ヲ得テ、意思表示ヲ爲シ又ハ之ヲ受クルノ方法ヲ生ズルニ至ル。即チ意思ヲ決定スルニ付テハ顧問、鑑定家ヲ用ヒ、マタ意思ヲ表示スルニ付テハ使者、通譯人、郵便電信機關ヲ用フルコトアリ。マタ他人ノ意思表示ヲ受ケ之ヲ了知スルニ付テモ其等ノ者ノ協力補助ヲ得ルコトアリ。然レドモ是等ノ者ハ何レモ自カラハ意思表示ヲ爲シ又ハ之ヲ受クル者ニ非ラザルガ故ニ、別ニ法律上ノ地位ヲ有セズ、從テ之ニ關シ格別ノ法律關係ヲ生ゼズ。然ルニ人文ノ發達ハ更ニ他人ノ爲メニ意思表示ヲ爲シ、又ハ之ヲ受クル法律上ノ特有ノ地位アル者ヲ生ズルニ至ル。而シテ之ニ關シテハ複雜ナル法律關係ヲモ見ルニ至ル。代理ハ即チ此場合ニ備ハルノ制度ニシテ、法律行爲自由ノ原則ト民事自治ノ精神ニ於テ發達シタルモノナリ。

小史

代理制度ハ羅馬法ノ後期ニ於テ漸ク萌芽ヲ發シ、中世紀ニ於テ羅馬法ガ獨逸ニ繼受セラレテ發達シ、第十七世紀頃ヨリ近世式ノモノトナリテ廣ク歐洲諸國ニ行ハレタリ。

意義

代理(Stellvertretung, Procuration, Representation.)トハ或者(代理人)ガ他人(被代理人—本人)ノ爲メニ效力ヲ生ズル意思表示ヲ爲シ又ハ之ヲ受クル法律關係ヲ云フ。尙ホ代理ノ觀念ニ付キ分說セントス。

本人表示

II. 代理タルニハ本人ノ爲メニ(本人ノ名義ニ於テ)スルコトヲ示シテ意思表示ヲ爲スカ、又ハ本人ノ爲メニスルコトヲ示シタル意思表示ヲ受クルニアリ(註一)。前者ヲ發働代理(aktive Stellvertretung)ト云ヒ(民99 I)、後者ヲ受働代理(passive Stellvertretung)ト云フコトヲ得可シ(民99 II)。民法ハ多ク發働代理ノ場合ヲ標準トシテ規定ヲ設ケタルモ、其規定ノ趣旨ハ受働代理ノ場合ニモ應用セラル可キモノ多シ。

註一 「本人ノ爲メニスルコトヲ示ス」トハ必ズシモ本人ノ氏名等ヲ示

スコトヲ言フニ非ラズ。本人ノ氏名等ハ示サズトモ本人ノ何人ナリヤヲ告ゲテ意思表示ヲ爲セバ代理トナリ得可シ。然レドモ慢然ト何人カヲ本人トスルモノナルコトヲ告ゲテ意思表示ヲ爲スモ代理トナラズ。必ズ本人ヲ具體的ニ指定シテ爲スコトヲ要ス。故ニ多クノ立法例ニハ「本人ノ名ニ於テ」スルコトヲ要スルモノト爲ス(佛民1984.獨民164.瑞債36.蒼民取229)。其「名」トハ必ズシモ戸籍上ノ氏名又ハ通稱名ノ如キモノタルコトヲ要セズ。本人ヲ識別セシムル爲メノ全ユル證明方法ヲ以テスルコトヲ含ムモノト如シ。故ニ吾現行民法ト規定ノ文例ヲ異ニスルモ同一ノ結果トナラン。

本人ヲ示サザル場合

若シ代理人ガ本人ノ爲メニスルコトヲ示サズシテ意思表示ヲ爲シタルトキハ本人ノ爲メニ效力ヲ生ゼシムルコトヲ得ザルガ故、自己(代理人)ノ爲メニ爲シタルモノト看做ス相手方保護ノ規定ヲ設ケタルナリ(民100本)。蓋シ相手方ニ於テハ代理人タル資格ニ於テ意思表示ヲ爲ス者ナルコトヲ明言セラレザル場合ニハ、表意者自身ノ爲メニ爲サルル意思表示ナリト了知スルヲ至當トスレバナリ。然レドモ其相手方ガ本人ノ爲メニスルコト(即チ表意者ハ或者ノ代理人トシテ意思表示ヲ爲スモノナルコト)ヲ知リ、又ハ知ルコトヲ得可カリシトキハ、其保護ノ必要ナキニヨリ直接本人ニ對シ效力ヲ生ゼシムルモノトセリ(民100但)。本條ハ受働代理ニハ準用スルコト能ハズ。

商法ニ於テハ敏活ヲ尊ブノ主義ニ於テ、本人ノ爲メニスルコトヲ示ス必要ナシトス。其代リ相手方ガ本人ノ爲メニスルコトヲ知ラザリシトキハ、代理人ニ對シテモ(本人ニ對シテハ勿論)履行ノ請求ヲ許セリ(商法266)。民

法ニ於テハ本人カ代理人カノ何レカ一方ニノミ請求シ得ルニ止ルト異ナル。

代理意思行爲意思

III. 代理行爲ガ完成スル爲メニハ二樣ノ意思活動アルヲ要ス。即チ代理意思ト行爲意思トヲ要ス。行爲意思ハ法律行爲上ノ效力ヲ欲望スル意思ナルモ、代理意思ハ其法律行爲上ノ效力ヲ本人ニ歸セシメントスル意思ナリ。代理意思ハ發動代理ノ場合ニハ代理人ニ於テ之ヲ有シ且ツ之ヲ示スコトヲ要ス。反之、受働代理ノ場合ニハ代理人ノ相手方(第三者)ニ於テ代理意思ヲ有シ且ツ之ヲ示スコトヲ要スルモノトス。

代理人ノ固有意思

IV. 代理行爲ハ代理人ノ意思表示ヨリ成ルモノトス(代理人主義)。代理人ノ意思表示ヲ殊更ラニ本人ノ意思表示ト擬制スルノ(本人主義)必要ナキハ勿論、本人ト代理人トガ共同シテ意思表示ヲ爲スモノト解クノ(共同主義)必要モナシ。代理人ノ行爲ノ效果ガ本人ニ歸スルノ法理ヲ說明スルニ付テハ、昔ノ學者ハ本人主義又ハ共同主義等ヲ唱ヒタルモ、今ハ代理人主義ニ歸一スルモノヽ如シ。吾民法モ代理人ハ其固有ノ意思ヲ以テ意思表示ヲ爲スモノトスルノ主義ヲ採レリト解ス。從テ固有ノ意思ヲ表示スルコトナク單ニ他人ノ意思ノ表示機關又ハ他人ノ意思表示ノ傳達機關タル使者(Bote)ハ代理人ニ非ザルコト明カナリ。

代理ニ依ル意思表示ノ效力ガ意思ノ欠缺、詐欺、强迫又ハ或事情ヲ知リタルコト若シクハ知ラザルニ付キ過失アルガ爲メ影響ヲ受ク可キ場合ニハ、其事實ノ有無ハ代理人ニ付キ之ヲ定ムルモノトス(民101 I)。蓋シ代理ニ依ル意思表示ハ代理人ノ固有意思ヲ以テ爲サルルモノナレバナリ。例ヘバ代理人ニ對シ詐欺ヲ行ヒタルトキハ、代理ニ因ル意思表示ヲ取消スコトヲ得ルモ、本人ニ對シテ詐欺ヲ行ヒタリトノ理由ヲ以テハ取消スコトヲ得ザルモノトス。然レドモ特定ノ法律行爲(例、或土地家屋買入)ヲ爲スコトヲ委託シタル場合ニ於テ、代理人ガ本人ノ指圖ニ從ヒテ其行爲ヲ爲シタルトキハ、本人ハ自ラ知リタル事情(例、土地家屋ノ瑕疵)ニ付キ代理人ノ不知ヲ理由トシテ法律行爲ノ效力ヲ云爲スルコトヲ得ザルモノトス。而シテ本人ガ過失ニ因リテ知ラザリシ事情ニ就テモ同一ナリトス(民101 II)。蓋シ斯カル指圖ヲ爲シタル場合ニハ本人自ラガ其行爲ヲ爲シタルニ等シカル可キヲ以テナリ。

效力ハ本人ニ歸ス

V. 代理ノ效果ハ直接本人ニ歸ス。是レ代理ノ本質ナリ。即チ代理人ハ意思表示ノ當事者ナルモ本人ハ其效力ノ當事者ナリ。詳言スレバ本人ニハ代理人ノ意思表示ニ依テ當然ニ權利義務ヲ生ズ、代理人自身ニハ何等ノ權利義務ヲ生ズルモノニ非ズ。即チ代理人ハ代理行爲ノ結果

ニ對シテハ直接ノ利害關係ヲ有セザルナリ。從テ代理人ハ法律行爲無能力者タルモ妨ナク、其故ヲ以テ代理行爲取消ノ理由トスルコトヲ得ザルモノトス(民 102)。然レドモ代理人ト本人トノ間ノ行爲(授權契約、委任契約等)ノ取消ハ自ラ別問題ナリ。

茲ニ能力トハ法律行爲能力ノコトニシテ意思能力ノコトニアラズ。代理人ト雖モ意思表示ハ完全ニ爲シ得ルコトヲ要スルヲ以テ、意思能力ナキ者ハ代理人ニ適セザルコト勿論ナリ。民法一〇二條ハ發働代理ニモ受働代理ニモ適用アリ。マタ任意代理ニモ法定代理ニモ適用アル可キナリ。唯ダ法定代理ニ於テハ各所ノ規定ニテ無能力者ヲ代理人ヨリ除外スルコト多キノミ(例、民895. 902 III. 908. 934 II)。蓋シ無能力者ヲ代理人ニ選任スルコトハ各人ノ自由トシテ可ナルモ、法定代理ニ於テハ代理行爲ノ適正ヲ期スルノ要アレバナリ。

意思表示ノ代理

VI. 代理ハ意思表示ノ代理ヲ意味スルモノトス。屢法律行爲ノ代理ト說ク者アレドモ、精確ナル意味ニ於テハ法律行爲ノ成分タル意思表示ノ代理ニ外ナラズ。從テ契約ノ申込又ハ承諾ノミニ就テモ代理ヲ見ルコトヲ得可シ。又タ實體行爲ニ於テ其成分タル意思表示ノミヲ代理人ニ依テ爲シ、實體的成分ハ之ヲ本人ニ於テ補足スルコトヲ得可シ。民法ニハ占有ノ代理(民184)ナルモノアレ

ドモ固ヨリ特種ナル代理ニシテ之ヲ意思表示ノ代理ト混交ス可カラズ。マタ不法行爲ニ付テハ代理ノ觀念ヲ容ルヽコト能ハザルガ故ニ、代理人ガ代理行爲ヲ爲スニ當リテ他人ニ加ヘタル損害ト雖モ、本人ニ賠償ノ責任ヲ生ズルコトナシ。唯ダ法人ガ其代理人ノ不法行爲ニ付テ責任ヲ負フハ特別ナル必要ニ因ル例外制度ナリ(民44 I)。事業主ハ代理權ヲ有セザル被用者ノ不法行爲ニ付テハ責任ヲ負フモ(民715)、代理人ノ不法行爲ニ付テハ責任ヲ負ハザルナリ。蓋シ代理人ハ固有ノ人格ニ於テ其固有ノ意思ヲ以テ行動スルモノナレバ、其固有ノ責任ニ止マル可キヲ以テナリ。

代理ニ親ム意思表示ノ範圍

民法ハ如何ナル意思表示ニ付キ代理ヲ許シ又タ之ヲ禁ズルカ、換言スレバ代理ニ親ム意思表示ノ範圍ニ付キ、必ズシモ明カナル規定ヲ設ケザルガ故ニ、各個ノ意思表示ニ付キ審究スルノ外ナシ。然レドモ民法總則中ニ此制度ヲ設ケタル以上ハ一般ノ意思表示ハ代理ニ據ルコトヲ許スヲ原則トスルモノト解セザルヲ得ズ。唯ダ意思表示ノ性質上特ニ本人自身ニ於テ爲スコトヲ要スルモノ、例ヘバ親族法及ビ相續法上ノ意思表示(例、婚姻、養子緣組、私生子認知、遺言)ノ如キハ其例外トナル。從テ代理人ニ依テ此等ノ意思表示ヲ爲スヲ得ズ。

間接代理

VII. 間接代理(mittelbare Stellvertretung)ト稱スルモノハ代理人ガ自己ノ名ヲ以テ本人ノ利害ニ於テ意思表示ヲ爲スモノナリ。從テ意思表示ノ效果ハ直接ニハ該代理人ニ歸シ本人ニ歸セズ。唯ダ該代理人ト本人トノ關係ニ於テ其效果ガ代理人ヨリ本人ニ轉嫁ス可キモノトス。斯クノ如キ意味ノ代理ハ吾民法ノ代理ニ非ラズ。學問上ノ一觀念タルニ止マル。唯ダ制度上ニハ斯ノ間接代理ニ相當ス可キモノハ斷片的ニ散見ス。即チ問屋、信託ノ受託者、及ビ自己ノ名ニ於テ委任事務ヲ處理スル受任者等ノ如キハ、玆ニ所謂間接代理人トシテ觀察スルコトヲ得ルモノニ屬ス(商法313—、信託法1—、民643—)。

他理

XIII. 擔保物權者ガ擔保物ノ競賣ヲ請求スル權利(競賣法 3.22)、債權者ガ債務者ノ權利ヲ行使スル權利(代位權—民423)、第三者ノ辨濟權(民474)、日常ノ家事ニ付テノ妻ノ(代理?)權利(民804)、遺言執行者ノ(代理?)權利(民1117)、破產管財人ノ破產財團ノ管理及ビ換價ノ權利(破產法 185—)等ハ何レモ、自己ノ名ヲ以テ權利ノ行使ヲ爲スモノトスレバ代理ニ非ラザルコトハ勿論ナルモ、權利行使ノ效果ハ必ズシモ自己ニノミ歸スルモノニモ非ラズ、殊ニ後三者ノ如キハ明カニ他人ニ歸スルモノナレバ間接代理ニモ非ラザルナリ。故ニ是等ノモノニ他理等ノ特殊名稱ヲ附シテ、新タナル法律觀念ヲ樹立スルノ餘地アラム。

代理人ト使者トノ區別

IX. 發働的ノ意思表示ニ付テハ代理人ト使者（通譯人モ）トハ明白ニ區別セラル。蓋シ發働代理人ハ自ラ意思表示ヲ爲ス者ナルモ、發働使者ハ自ラ意思表示ヲ爲スニ非ラズシテ、本人ノ意思ヲ表示シ又ハ本人ノ意思表示ヲ傳達スルノ機關タルニ止マレバナリ。之ニ反シテ受働的ノ意思表示ニ付テハ代理人ト使者トノ區別ハ甚ダ曖昧トナル。寧ロ其間ニハ區別ナシト解スル者アリ。然シ觀念上ハ依然區別ス可キモノト思フ。即チ他人ノ意思表示ヲ受クル場合ニ於テモ代理人ト使者トハ之ヲ區別ス可シ。代理人ニ對スル意思表示ハ代理人自身ニ對シテ爲サルヽモノナルモ、使者ニ對スル意思表示ハ實ハ使者自身ニ對シテ爲サルヽモノニハ非ラズシテ、相手方本人ノ機關タル使者ニ對シテ爲サルヽモノトス。從テ原則トシテ前ノ場合ニハ意思表示ハ代理人ニ到達シタル時ニ效力ヲ生ズ可キモ、後ノ場合ニハ使者ニ到達シタル時ニ效力ヲ生ズルモノト見ル可キモノニ非ラズシテ、使者ニ到達シタリト云フハ實ハ本人（ノ機關）ニ到達シタルモノト看ル可キモノナルガ故ニ其時ニ效力ヲ生ズルノミ。但シ此區別ハ實益ナシ。尙ホ茲ニ使者ト云ヘルハ通譯人ニモ共通スベシ。

代理ト信託トノ比較

X. 代理ハ他人（被代理人—本人）ノ名義ヲ以テ意思表示ヲ爲シ其法律效果ヲ直接ニ其他人（名義人）ニ歸セシムル法律關係ナレドモ、信託ニ基ク意思表示又ハ法律行爲ハ行爲者（受託者—被信託人）自身ノ名義ヲ以テ爲スモノナレバ其法律效果ハ之ヲ直接ニ他人ニ歸セシムルコト能ハザルナリ。信託ニ基ク法律行爲ノ效果ハ一旦其名義人タル受託者（被信託人）ニ歸スルモ、受託者ハ結局其效果ヲ委託者（信託人）其他ノ者（受益者）ニ轉嫁スル權利ト義務アルナリ。故ニ信託ハ既述セル「間接代理」ノ一種ト解スルコトヲ得ベシ。代理ニ基ク法律行爲モ信託ニ基ク法律行爲モ共ニ其經濟的效果ハ行爲者（代理人、受託者）以外ノ者（本人、委託者其他ノ受益者）ニ歸ス可キモノナリ。即チ法律行爲ヨリ生ズル一切ノ利害ガ行爲者以外ノ者ニ歸ス可キ點ハ代理ト信託トノ一致スル點ナリ。故ニ代理ハ勿論信託ニ基ク法律行爲モ、所謂「他人ノ計算ニ於テ」之ヲ爲スモノト云ハザル可カラズ。要スルニ代理ト信託トハ法律的構成ニ於テ大ニ差異アルモ、其經濟的效果ニ於テハ寧ロ同類ノモノタルナリ。

上記セル所ハ發働的ノ代理ト之ニ相當ス可キ信託トヲ比較シタルモノナルモ、其理ハ受働的ノ代理ト之ニ相當スル信託トノ比較ニ於テモ同然ナリ。尙ホ上記セル所ハ法律行爲ノ直接間接ノ效果ニ付テ代理ト信託トヲ比較シタルモノナレドモ、更ニ代理ニ因リテ運用セラルル權利ト信託ニ因リテ運用セラルル權利トヲ比較セントス。代

理ハ本人ノ權利ヲ本人ノ名義ニ於テ運用スルモノナレバ其運用ノ利害モ總テ本人ニ歸ス可キハ勿論ナリ。然レドモ信託ノ場合ニアリテハ自己(受託者)ノ權利ヲ自己ノ名義ニ於テ運用シ、唯ダ其運用ノ利害ハ總テ他人(委託者其他ノ信託受益者)ニ歸セシムルコトヲ要スルモノナリ。即チ信託セラレタル權利ハ其領有者ト其受益者トガ異ナルモノナリ。權利ノ利益ヲ享受ス可キ者ハ權利者以外ノ者タルナリ。尙ホ詳細ノコトハ信託法ノ研究ニ讓ル。

第二款

代理權ノ發生

代理權ノ必要

I. 代理ニ依ル意思表示ノ效果ガ直接ニ本人(被代理人)ニ歸スルガ爲メニハ、代理人ニ代理權アルヲ要スルヲ原則トス。民法九九條ニ「權限內」ト謂ヘルニ依テ明カナリ(例外——民109,110)。

法定代理任意代理

II. 代理權ハ法律行爲(代理權授與行爲—授權行爲)ニ因テ發生スルコトアリ。又タ專ラ法律(必ズシモ明文ノ規定ト限ラズ)ニ因テ發生スルコトアリ(例、法人理事、親權者、後見人ノ代理權—民53,884,923)。前者ヲ任意代理(gewillkürte Vertretung)ト稱シ、後者ヲ法定代理(gesetzliche V.)ト稱ス。任意代理ト法定代理トノ區別ノ標準ニ付テハ學說分レ、或ハ代理權ノ範圍ガ專ラ法律ニテ定マルトキハ法定代理ニシテ、其他ノ代理ヲ任意代理トスル說アリ。然レドモ私ハ此區別ヲ代理權ノ範圍ノ問題ニ先ンジテ、代理權ノ發生原因ヨリ決ス可キモノト思フ。抑モ此區別ヲ立ツルノ必要ハ如何ナル點ニアリヤヲ先ヅ考ヘザル可カラズ。兩者ヲ區別スルノ實益ハ主トシテ復代理人ノ選任問題ニ關ス。此點ヨリ考フレバ任意代理ニ於テハ本人ハ代理人ニ對シテ個人的信任ヲ有スルモノナルコトヲ知ル。蓋シ任意代理人ニハ復代理人ノ選任ヲ嚴制スレバナリ。之ニ反シテ法定代理人ニアリテハ、個人的信任ヲ基礎トセザルガ故ニ、復代理人ノ選任ヲ大ニ自由ニセリ。故ニ任意代理人トハ本人ヨリ自由ニ選任セラレタル代理人ナルモ、法定代理人トハ法律上一定ノ地位資格アル者ガ機械的ニ當然ニ代理人トナレル者ナリト解スルヲ正當ト信ズ。民法成文ニ於テハ任意代理ヲ委任代理ト云フ。委任代理ナル用語ハ代理權ノ授與行爲ヲ委任ト解シタル舊說ニ因ヲ有スル名稱ナルモ、近時一般ニ舊說ノ妥當ナラザルヲ察シテ、學用語トシテハ任意代理ト改稱セラル。尙ホ此兩者ヲ區別スル實益問題タル複代理ノコトハ後段ニ說述スベシ。

異說

卑見

法定代理ノ例

不在者財產ノ管理人、法人理事、親權者、及ビ後見人等ハ其レ夫レノ法律規定(民25.53.884.923)ニ因テ代理權ヲ得ルモノナレバ、何レモ法定代理人ナリ。尤モ管理人、理事、後見人トナルニハ裁判所又ハ私人ノ選任、議決、指定等ニ因ルコトアリト雖モ、彼等ノ代理權ナルモノハ其選任、議決、指定等ニ因ルモノニ非ラズシテ、全ク法律規定ニ因ルモノナ

レバ之ヲ法定代理ト解シテ何等ノ妨ゲナシ。復代理人ハ任意代理人タルコトアリ、法定代理人タルコトアリ、コノ點ニ付テハ特別ノ規定アリテ(民107)上記ノ區別ニ依ルコト能ハズ。其詳細ハ後段ニ述ブ。

代理權ヲ行使スル義務其他ノ關係

III. 凡ソ代理權ガ發生スル場合ニハ、其反面ニ於テ通常、代理權ノ行使ニ付テノ債權及ビ報酬費用等ニ付テノ債權ヲ生ズルモノトス。蓋シ代理人ヲシテ無責任ナラシメザルガ爲メナリ。例ヘバ親權者ガ法定ノ代理權ヲ與ヘラルヽ反面ニハ(民884)、親權者ハ自己ノ爲メニスルト同一ノ注意ヲ以テ管理ヲ爲スノ義務ヲ課セラル(民889)。マタ任意ニ代理權ヲ授與スル場合ニハ反面ニ於テ代理權ヲ如何ニ行使ス可キカヲ定ムル契約ガ結バルヽヲ通常トス。之ヲ他面ヨリ見レバ或契約上ノ義務ヲ履行スルノ手段トシテ、對外的ニ必要若シクハ便宜トスル代理權ヲ授與スルモノナリト見ルコトヲ得可シ。其契約ハ代理權授與ノ原因トナルモノニシテ、最モ多クハ委任ナルモ雇傭、請負又ハ組合等ノコトモアリ。

委任ハ代理權ヲ生セズ

代理權ノ授與行爲ト代理行爲ヲ爲サシムル委任契約等トハ、同時ニ爲スヲ通常トス。之ガ爲メ舊時或ハ委任契約ハ代理權發生ノ原因ナリト誤解スル者アリキ。吾民法亦タ「委任ニヨル代理」ナル語ヲ用フルハ、佛民法等ニ由來スル其舊思想ノ影響ヲ受ケタルモノニシテ、其當ヲ得タルモノニ非ラズ。マタ代理權授與證書ヲ通常委任狀ト稱スルモ、當ヲ得タルモノニ非ラズ。蓋シ民法上委任

契約ハ單ニ法律行爲ヲ爲ス可キ當事者間ノ債務關係ヲ創設スルニ止マリ、法律行爲ノ效力ヲ直接ニ本人ニ歸セシムルガ如キ關係(代理權)ヲ創設シ得ザレバナリ(民643—)。

授權ノ無因性

代理權ヲ授與スルモ委任ナキコトアリ、マタ委任アルモ授權行爲ナキコトアリ。蓋シ授權行爲ハ代理人トシテ對外的ニ活動シ得ル根據ヲ定ムルモノナルモ、委任ハ委任者ト受任者トノ間ノ對內關係ヲ定ムルニ止ルモノナレバナリ(雇傭、請負、組合モ同然)。故ニ授權行爲ハ委任等ノ成否及ビ其效力如何ニ拘ハラズ、全然之ト獨立シテ成立シ效力ヲ生ズルモノナリ。故ニ授權行爲ハ無因行爲ナリ。此點ハ法定代理ニ於テモ同樣ナル觀察ヲナス必要アリ。即チ代理權ヲ授與スル法律ト其代理人ノ義務責任等ヲ定ムル法律トハ獨立ニ適用セラルヽモノト解ス可シ。要スルニ代理人ガ如何ナル注意ト責任トヲ以テ代理行爲ヲ爲スベキヤ、又タ代理人ハ報酬費用等ヲ請求スル權利アリヤ等ノ問題ハ、授權行爲又ハ授權法ヨリ獨立セル委任其他ノ契約關係又ハ授權法以外ノ法律ニ依テ定マルモノトス。

獨逸ニ於テハ無因說ヲ以テ現時ノ通說トス(Vgl. Enneccerus, Lehrbuch BR. dagegen Planck, Komm. zu § 167 BGB.)。吾民法ノ代理ニ關スル規定ノ如キハ其最大部分ヲ獨逸民法ニ採リタルニモ拘ハラズ、同法ノ骨髓タル授權ノ思想ヲ入レザリシハ奇異ノ感ナキ能ハズ。

元來、代理權ノ發生原因タル法律行爲(授權行爲)ノ性質ニ就テハ、羅馬法以來、委任契約ナリト解セラル。佛國及ビ墺國ニ於テモ廣ク委任契

約說が行ハレタリ(佛民1984.瑞民1002)。然ルニ獨逸ニ於テハラーバンドが代理ト委任トノ觀念ヲ區別シテ、代理權ノ發生原因ハ無因契約ナリトノ說ヲ提唱シテ以來(Laband, Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäft, in Goldschmidt, Z. f. H. R. Bd. X. S. 183 ff.)、獨逸ニ於テハ委任契約說ノ勢力ハ失墜セルナリ。

授權行爲ノ形態

IV. 授權行爲 (Vollmacht, Bevollmächtigungsakt) ハ契約ナリヤ、單獨行爲ナリヤニ就テハ議論ノ存スル所トス。吾國ニ於テハ契約說(無名契約說)ヲ以テ通說トシ、獨逸ニ於テハ法文ニ確實ナル根據アリテ(獨民167)、單獨行爲說ヲ以テ通說トス(註一)。惟フニ吾人ハ單ニ代理權ヲ授與セラルルコトニ因テ何等ノ不利益モ拘束ヲモ蒙ルモノニ非ズ。故ニ代理權ノ授與ニ就テハ代理人ノ意思ヲ問フノ必要ナク、授權者ノ單獨ノ意思表示ヲ基礎トシテ其效果ヲ生ゼシメントスル場合ニハ法律ハ之ヲ認メザルヲ得ズ。一方又タ授權者ト代理人トガ其相互ノ意思表示ノ化合ヲ基礎トシテ其效果ヲ生ゼシメントスル場合ニハ法律ハ亦之ヲモ認メザルヲ得ズ。即チ代理權ハ授權者ノ單獨行爲ニ因リテモ、授權者ト代理人トノ契約ニ因リテモ發生スルモノト解ス。是レ何レモ民法九〇條ニ照シテ、公序良俗ニ反セザル事項ヲ目的トスル法律行爲ナルヲ以テ共ニ當事者ノ欲望スル如ク有效タラザルヲ得ザルガ爲ナリ。單獨行爲ニ依ルコトハ敏活ナル取引ニ適シ、契約ニ依ルコトハ取引ノ確實ヲ期スルニ適ス。

單獨行爲ニテモ契約ニテモ可ナリ

單獨行爲ヲ以テ代理權ヲ授與スル場合ハ、其單獨行爲ハ相手方アル意思表示ヲ以テ之ヲ爲サザル可カラザルモノト解ス。而シテ其相手方トシテハ代理人(精確ニ云フトキハ「代理權ヲ授與セラル可キ人」)又ハ代理人ト法律行爲ヲ爲ス第三者ノ何レヲ選ブモ可ナリト解ス。此點ニ付テハ吾民法ニハ別段ノ規定ナキモ此旨ヲ規定スル獨民法(167)ト同趣旨ニ解ス可キナラン。

註一 獨逸ニ於ケル單獨行爲說ハレーネルノ學說ニ負フ所多シトス(Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, Jhering J. B. XX. IV.)。

第 三 款

代理權ノ範圍

代理權限

I. 代理權ノ範圍(代理權限)ハ法定代理ニ於テハ法律ノ各規定(例、民28.53.78 II. 884.923)ニ因テ定マルモ、任意代理ニ於テハ授權行爲ニ因テ定マルモノトス。即チ代理權ノ範圍ハ代理權ノ發生原因ノ解釋ニ依テ定マルヲ本則トス。然レドモ其解釋ニ疑義アル場合ニ應ズル爲メ、法律ノ補充的規定ニ因テ代理權限ヲ定ムルコトアリ。民法ハ財產管理ノ場合ニ於ケル代理權限ニ付キテ次ノ如ク補充的規定ヲナセリ。即チ權限ノ定ナキ代理人ハ次ニ述ブル行爲ノミヲ爲ス權限ヲ有スルモノトス(民103)。

II. 保存行爲

保存行爲

保存行爲トハ請求權ノ實行、消滅時效ノ中斷、損敗シ易キ物品ノ處分、家屋修繕等凡テ財產ノ現狀ヲ維持ス可キ法律行爲ヲ意味ス。固ヨリ其事實行爲ヲ意味スルモノニ非ラザルコトハ、事實行爲ニ付テハ代理ト云フコトナキニ依リ明カナリ。債務辨濟、相殺、更改等モ債務不履行ノ損害ヲ免ルル爲メニ必要ナル限リハ、財產ノ現狀ヲ維持ス可キ行爲トシテ保存行爲ノ範圍內ニ入ルモノト見ル可キナリ。

利用行爲

III. 物又ハ權利ノ性質ヲ變ゼザル範圍內ノ利用行爲

茲ニ利用行爲トハ物又ハ權利ニ付テ收益ヲ目的トスル法律行爲ヲ意味ス。其事實行爲ニ非ザルコト上揭保存行爲ニ付テ述ベタル所ノ如シ。例ヘバ銀行預金ヲ引出シ高利ノ貸付金トナシテ利殖ヲ計リ又ハ家屋ノ賃貸ヲ爲シ若クハ特許權、著作權等ノ賃貸ヲ爲スガ如シ。然レドモ家屋、特許權、著作權等ヲ賣却シテ現金ニテ保管シ、或ハ現金ヲ以テ株式ヲ買求スルガ如キハ、物又ハ權利ノ性質ヲ變ズルモノナルガ故ニ其代理權ノ範圍內ニ非ザルナリ。

債權ノ取立ヲ以テ利用行爲ナリト說ク者アリ。然レドモ適當ナル時期ニ於テ債權ヲ取立ツルハ上揭保存行爲ト見ル可キモノト信ズ。

改良行爲

IV. 物又ハ權利ノ性質ヲ變ゼザル範圍內ノ改良行爲

茲ニ改良行爲トハ物又ハ權利ノ客觀的價値ヲ增加セシムルコトヲ目的トスル法律行爲ヲ意味ス。例ヘバ家屋改修、土地負擔ノ除去、貸金利息ノ增加ヲ目的トスル法律行爲ヲ爲スガ如シ。然レドモ耕地ヲ宅地トナシ、預金ヲ株式ト爲スガ如キハ、物又ハ權利ノ性質ヲ變ズルモノナルガ故ニ、代理權ノ範圍ニ屬セズ。

法定代理ト一〇三條

V. 民法一〇三條ハ法定代理ニモ、適用シテ可ナル規定ナルモ實際ニハ殆ント其適用ヲ見ル場合ナキモノヽ如シ。蓋シ法定代理ニ於テハ各規定ヲ以テ代理權ノ範圍ヲ明定スレバナリ。只ダ民法一〇三條ハ法定代理權ノ範圍ヲ明定スルニ當リ、標準的規定トシテ屢各所ニ引用セラルヽヲ見ル(例、民28.102 III. 1053)。

代理權限ノ制限

VI. 代理權限ノ制限トシテ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ザルモノトス(民108)。蓋シ斯クノ如キ所謂相手方代理又ハ雙方代理ヲ爲ストキハ、代理權行使ニ付キ關係者間ノ利害ニ衝突ヲ來シ本人ニ對シ誠實ヲ缺クノ憂アレバナリ。然レドモ此制限ハ債務ノ履行ニ付テハ代理人ニ判斷ノ餘地殆ントナク從テ代理人ノ誠實ヲ要求スル必要ナキヲ以テ除外シタリ(民108但)(註一)。

限外代理

此制限ニ違反シテ爲シタル相手方代理又ハ雙方代理(限外代理)ハ共ニ無權代理トシテ其ノ法理ノ適用ヲ受ク可キナリ。全然無效ナル行爲ト解スルハ根據ナキ所說ナ

リ(註二)。故ニ本人ハ之ヲ追認シテ其效力ヲ生ゼシムルコトヲ得可シ。マタ豫メ本人ノ許諾ヲ得ルトキハ始メヨリ有效ニ相手方代理又ハ双方代理ヲ爲スコトヲ得ルモノトス。此點ニ付テハ獨逸民法ハ明文ノ規定ヲ以テ之ヲ認メ、吾國ニハ之ヲ認ムル判例アリ(註三)。

註一 代物辨濟(民482)ハ新タナル利益ヲ處分スルコトヽナリ、特別ナル判斷ヲ要スルモノナレバ、單ナル債務ノ履行トシテ、相手方代理又ハ双方代理ヲ許シ得可キモノニ非ラズト解ス。然レドモ相殺(民505)ヲ爲スコトハ寧ロ本條立法ノ趣旨ヨリ見テ之ヲ許シテ可ナリト信ズ。マタ白紙委任狀附記名株式ノ讓受人ガ本人ヲ代理シテ株式名義ノ書換手續ヲ爲スモ、本條ニ違反スルモノニ非ラズトセラル(明治三八年九月大審院判決)。

註二 Cosack, Lehrbuch BR. § 68; Oertmann, Komm. BGB. 181; Planck, Komm. PGB 181.

註三 BGB 181. 大正八年十二月及昭和三年二月大審院判例。

一〇八條ト法定代理

民法一〇八條ハ任意代理ニモ法定代理ニモ適用セラル。法定代理ニ付テハ更ニ特別ナル制限ヲ見ルコト多シ(例、民57.888.915$\underline{4}$.930.商法176)。

第四款

復代理

「附、多數代理及共同代理」

觀念

I. 代理人ハ自ラ代理行爲ヲ爲サズシテ更ニ代理人ヲ選任シテ之ヲシテ爲サシムルコトヲ得。復代理(Substitut. sub-agent)ノ制度即チ是ナリ。

獨逸民法ハ復代理人ニ付テ規定ヲ設ケズ。佛民法ハ僅カニ復代理人選任ノ場合ニ於ケル代理人ノ責任ニ付キ規定ヲ設ク(佛民§1994)。

代理人ハ其手足ノ如キ機關トシテ活動スル使者ヲ用フルコトニ付テハ、法律上何等ノ制限ヲ受ケザルモ、固有ノ意思ヲ以テ活動スル人格者タル復代理人ヲ選任スルニ付テハ、法律上一定ノ制限ヲ受クルモノトス。即チ代理人ハ次ノ區別ニ從テノミ復代理人ヲ選任スルコトヲ得ルモノトス(復任權)。

任意代理人ノ復任

II. 任意代理人ハ原則トシテ復代理人ヲ選任スルコト能ハズ。蓋シ任意代理人ハ個人的信頼ニ基キテ選任セラレタルモノナレバ代理事務ヲ他人ニ轉嫁スルコトヲ禁ズルニアリ。唯ダ本人ノ許諾ヲ得タルトキ又ハ已ムコトヲ得ザル事由(例、病氣)アル場合ニ於テ復代理人ヲ選任スルコトヲ得ルモノトス(民104)。尤モ民法ハ「委任ニ因ル代理人」ナル語ヲ用フルモ茲ニ「委任」ナル意味ハ前述ノ如ク民法六四三條以下ノ「委任」ノ意味ト一致セザルガ故、學理上ノ用語トシテハ任意代理人ト稱スルヲ適當トス可シ。

復代理人ノ選任及監督

任意代理人ガ復代理人ヲ選任シタルトキハ復代理人ノ選任及ビ監督ニ付キ本人ニ對シ其責ニ任ズルモノトス(民105 I)。從テ其選任及ビ監督ノ不十分ナル場合ハ損害賠償ノ責任ヲ負フコトアリ。代理人ハ當然復代理人ヲ監督スル權利ヲ有スルモノニ非ラズ。代理人ハ復代理人ヲ

選任スルニ當リテ契約ニ因リテ其監督ノ目的ヲ達スルニ必要ナル權利ハ之ヲ留保スルコトノ義務アルモノト解セザル可カラズ。例ヘバ委任契約ヲ締結シテ代理事務ノ報告ヲ求ムル權(民645)、解除權(民651)等ヲ留保スルガ如シ。斯クノ如クシテ復代理人ヲ監督スルニ付キ適當ナル處置ヲ採ラザル可カラズ。然レドモ任意代理人ガ本人ノ指名ニ從ヒテ復代理人ヲ選任シタルトキハ、其不適任又ハ不誠實ナルコトヲ知リテ之ヲ本人ニ通知スルコトヲ怠リ、又ハ之ヲ解任スルコトヲ怠リタルトキニ非ザレバ前揭責任ヲ負ハザルモノトス(民105 II)。

法定代理人ノ復任

III. 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(民106)。即チ任意代理ノ場合ニ比スレバ無條件ニ復任シ得ル代リニ其責任モ廣汎ナリ。「其責任ヲ以テ」トアルガ故ニ、復代理人ヲ選任セザレバ生ゼザリシモノト認メラルル損害ハ、總テ代理人ニ於テ之ヲ賠償セザル可カラズ。故ニ例バ普通ノ代理人ナレバ百圓ニテ買入得可キ物ヲ、復代理人ガ百五十圓ニテ買入レタリトセバ、本人ハ代理人ニ對シ五十圓ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得可シ。然レドモ民法ハ法定代理人ガ已ムコトヲ得ザル事由ニ因テ復代理人ヲ選任シタルトキハ、代理人ニ全責任ヲ負ハシムルコトハ酷ナルヲ以テ、單ニ復代理人ノ選任及ビ監督ニ付テノミ責任ヲ負ハシムルコトトナス(民106但)。復代

代理人ノ全責任

理人モ債務ノ不履行トシテ損害賠償ノ責任ヲ負フ可キトキハ、本人ハ代理人ニ對シテ賠償ヲ請求スルモ、又ハ復代理人ニ對シテ請求スルモ自由ナリトス。

復任ノ性質

IV. 上記セル代理人ノ復代理人選任權即チ復任權(Substitutionsmacht)ハ代理權ノ範圍內ニ屬スルモノニハ非ズ。代理人ノ有スル特權ナリ。從テ復任權ノ行使ハ本人ノ名義ヲ以テス可キモノニ非ズ。自己ノ名義ヲ以テス可キモノトス。從テ代理人ハ其復任ニ付テ本人ニ對シテ上記ノ如キ責任アルモノトス。固ヨリ代理權ヲ授與スル法律行爲ハ之ヲ一般ノ原則ニ從テ代理スルコトヲ得可ク、此場合ニハ本人ノ名義ヲ以テ爲ス可キハ勿論ナルモ、斯クノ如キハ復任ト見ルコト能ハザルナリ。

代理人ハ復代理人ヲ選任スルモ自己ノ代理權ヲ失フモノニ非ズ。蓋シ復任ハ代理權ノ讓渡(後段VI)ニ非ラズシテ、新タナル代理人ヲ任設スルモノナレバナリ。代理人ノ代理權ト復代理人ノ代理權トハ相竝ビ存スルコトヲ妨ゲザルモノトス。

復任ニ伴フ委任

復任行爲モ尙ホ一種ノ授權行爲ナリ(授權行爲ノ性質ニ付テハ前段參照)。而シテ復任行爲ト同時ニ代理行爲ヲ爲ス可キ債務關係ヲ生ゼシムル爲メニハ別ニ委任契約ノ締結セラルルヲ通常トス。該委任契約ハ本人ノ爲メニ代理人ト復代理人トノ間ニ締結セラルル民法五三七條ニ準

據スル第三者ノ爲メニスル契約ナリトス。從テ復代理人ハ直接ニ本人ニ對シテ委任契約ノ受任者タル義務ヲ負フニ至ル可シ。

復代理人ノ性質

V. 復代理人ハ代理人ノ代理人ニハ非ズ。直接ニ本人ノ代理人ナリ。即チ復代理人ハ其權限內ノ行爲ニ付キ本人ヲ代表スルモノトス(民107 I)。從テ復代理人ハ本人及ビ第三者ニ對シテ代理人ト同一ノ權利義務ヲ有ス(民107 II)。故ニ代理人ガ本人ニ對シ受任者トシテ有スル報酬權又ハ負擔スル管理義務ハ復代理人モ亦タ之ヲ有シ又ハ負擔スルモノト解セザル可カラズ。マタ復代理人ハ代理人ト同一ノ資格ト責任ヲ以テ、更ニ復代理人ヲ選任スルコトヲ得可シ。即チ任意代理人ヨリ選任セラレタル復代理人ハ本人ノ任意代理人トシテ、法定代理人ヨリ選任セラレタル復代理人ハ本人ノ法定代理人トシテ、前述ノ如ク各固有ノ復任權ヲ有スルモノト解ス。

復代理人ノ代理權ハ代理人ノ代理權ニ基因スルモノナレバ、復代理人ノ代理權ハ代理人ノ代理權ヨリモ廣汎ナルヲ得ズ、狹少ナルヲ得ルノミトス。マタ代理人ノ代理權ガ消滅スルトキハ、復代理人ノ代理權ハ當然消滅ス。尙ホ後段「代理權ノ消滅」ノ所ニテ詳述ス。

代理權ノ讓渡

VI. 代理權ハ之ヲ讓渡スルコトヲ得ルカ否カニ付テハ明カナル規定ナク疑問トス。代理權ノ讓渡ハ從來ノ代理

人以外ノ者ガ代理行爲ヲ爲スニ至ルモノナレバ、本人ノ利害ヨリ見レバ恰モ復代理人ヲ生ジタルガ如キ結果トナル。故ニ法律ノ精神ヲ推究シテ代理人ガ復代理人ヲ選任スルト同一ノ條件及責任ヲ以テスルトキニ限リ、代理權ノ讓渡ヲ有效ナリト認ムルヲ適當ト信ズ。尤モ代理人ノ死亡ニ依リ代理權ヲ消滅セシムル規定(民111 I2.)アルヨリ見テモ明カナルガ如ク、代理權ハ特定人ノ信用ヲ基礎トシテ認メラルル權利ナレバ、一般ニハ財產權ノ如キ移轉性ヲ有セザルモノト解セラル。僅カニ上記ノ如キ制限ノ下ニノミ其移轉性ヲ認メ得ルモノトス。

多數代理

VII. 民法ノ規定中ニ存セザルモ茲ニ多數代理又ハ競合代理(Kollektivevollmacht)ナル觀念アリ。即チ本人ガ同一事項ニ付キ多數ノ代理人ヲ選任スルカ又ハ代理人ガ復任權ヲ行使シタル場合ニハ多數ノ代理人ヲ生ズ可シ。マタ法人ノ理事ガ數人アル場合ニモ數人ノ代理人ヲ生ズ可シ。斯クノ如ク一事項ニ付キ多數ノ代理人ガ競合スル場合ニ於テ(競合代理)彼等ガ各獨立シテ代理權ヲ行使シタル場合ニ生ズル矛盾ヲ避クルガ爲メニハ、適當ナル立法ノ必要ヲ感ズルモノナリ。別段ノ規定ナキ以上ハ各代理人ノ代理行爲ハ總テ均シク本人ノ爲メニ效力ヲ生ズ可ク、只ダ性質上兩立シ得ザル二箇以上ノ代理行爲ハ最先ノ代理行爲ガ效力ヲ生ジ其他ノ代理行爲ハ效力ヲ生ジ得

ザルコトアリ。例ヘバ法律行爲ノ取消權ヲ有スル者ノ一代理人ガ既ニ其行爲ヲ追認シタル以上ハ、後ニ他ノ代理人ガ其行爲ヲ取消サントスルモ能ハザルガ如シ。然レドモ性質上併立スルコトヲ妨ゲザル限リハ總テノ代理行爲ハ悉ク有效ナル可キガ故ニ、本人ハ一箇買入レ丶バ足ル物ヲ多數ノ各代理人ニ依テ無用ニ多數ノ物ヲ買入ル丶ガ如キ結果ヲ招クコトモナキニ非ラザル可シ。斯ルガ故ニ本人ハ多數ノ代理人ト特約ヲ締結シテ其多數ノ代理人ガ共同ニ又ハ適度ノ連絡ヲトリテ代理行爲ヲ爲ス可キコトヲ定ムルコトヲ適當トス。然レドモ此特約タルヤ固ヨリ當事者間ノ債務關係ヲ定ムルニ止リ、第三者ニ對シテハ各代理人ハ無制限ナル代理權ヲ有スルモノトス。尤モ法人理事ノ代理權制限ニ付テハ對外的效力ヲ生ズル場合アリ（民54）。商法ニハ明治四十四年ノ改正ニ依リ此點ニ關シ特別ナル考慮ヲ用ヒタル規定（商法30/2.61/2.105.170.243）ヲ見ルモ民法ニハ未ダ斯カル規定ヲ見ズ。

共同代理

VIII. 尙ホ民法ノ規定中ニハ共同代理、合同代理又ハ連合代理(Gesamtvollmacht, Solidarvollmacht) ノ觀念モ存セズ。即チ一箇ノ代理權ヲ數人ガ有スルモノニシテ數人共同ニ一體トシテノミ代理權ヲ行使シ得可ク、各代理人ノ單獨行動ヲ許サヾルモノナリ。多數ノ代理人ヲ共力一致セシムルニ適スル授權方法ト云フベシ。故ニ數人ガ

各獨立セル代理權ヲ有スル多數代理ノ觀念トハ全ク趣ヲ異ニスルモノナリ。

解釋

IX. 或代理權授與ノ效果ガ多數代理トナルヤ共同代理トナルヤハ、授權行爲又ハ授權法ノ解釋ニ因テ定マルモノトス。

民事訴訟法ニ於テハ數人ノ訴訟代理人アルトキハ各自當事者ヲ代理スルモノトシ當事者ガ之ト異ナル定ヲ爲スモ其ノ效力ヲ生ゼズトナス（民訴33）。即チ民訴ニ於テハ多數代理ヲ認メ、共同代理ヲ認メザルナリ。

第五款

表見代理

表見代理ノ觀念

I. 表見代理 (Scheinvollmacht, agency by estoppel) トハ實際ニハ代理權ナキモ外形的ニハ代理權アルガ如ク見ユルモノヲ云フ。コノ表見代理行爲ヲ全然無效ノモノトスルトキハ、甚ダシク取引ノ安全ヲ害ス可キヲ以テ、或程度ニ於テハ法律上代理權アリト同樣ノ取扱ヲ爲スノ必要アリ。而シテ其被代理人タル本人ヨリ見ルモ、全然何等ノ基因ナクシテ其效果ヲ附セラルヽモノニ非ラザル限リハ、之ヲ單ニ無權代理トスルニ止メズシテ、一定ノ制限ノ下ニ有權代理ノ取扱ヲ爲シテ可ナリトス。

言責代理

II. 第三者ニ對シ他人ニ代理權ヲ與ヘタル旨ヲ表示(註一)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サレタル行爲ニ付キ其責ニ任ズルモノトス

(民109)(註二)。蓋シ本人ノ言明ヲ信ジテ爲ス第三者ノ取引ノ安全ヲ保護スルノ規定ナリ。茲ニ「責ニ任ズ」トハ眞正ナル代理行爲タルノ效果ヲ生ズルノ意味ナリ。其效果ヲ內容トスル債務關係ヲ生ズルコトヲ意味スルモノニ非ズ。即チ代理權ヲ與ヘザルモ之ヲ與ヘタル旨ヲ表示シタルコトニ因リ、實際ニ與ヘタリト同一ノ效果ヲ附スルモノニシテ、約言スレバ性質上ノ無權代理ニ對シ法律ハ有權代理ト同一ナル法律效果ヲ附スルモノナリ。通常之ヲ表現代理ノ一種トナス。本條ハ未ダ代理權ノ授與セラレザルコトヲ知ル者(惡意者)及ビ過失ニ因テ之ヲ知ラザル者ノ保護ニモ適用アリヤ否ヤノ疑問ヲ生ズ。消極說モ有力ナレド私ハ積極說ヲ採ル。蓋シ人ノ惡意又ハ過失ヲ云爲スルヨリモ表示ニ責ヲ負ハシムル必要アレバナリ。而シテ法文ニモ第三者ノ善意惡意又ハ過失ノ有無ヲ問ハザルハ之ガ爲メナリト解ス。

任意代理ニ限ル

一〇九條ハ其文理ヨリ見ルモ任意代理ノ場合ニ限リ、法定代理ニ適用ナシ。故ニ第三者ニ對シ或他人ヲ自己ノ法定代理人ナリト表示スル者アルモ、第三者ハ之ヲ信賴ス可カラズシテ果シテ其他人ガ法定代理人ナリヤ否ヤヲ調査セザル可カラズ。而シテ其調査ハ任意代理人ヲ調査スルニ比スレバ遙カニ公明簡易ナルヲ常トス。

註一 代理權ヲ與ヘタル旨ノ表示ハ如何ナル方法ヲ以テスルモ其效果ヲ生ズ可キモノニ非ズ。而シテ其表示ハ意思表示ニ非ラズ、所謂觀念ノ表示ナルモ意思表示ノ諸原則ガ應用セラルヽモノトス(明治四五年二月大審院判決)。

註二 例ヘバ甲ガ乙ニ代理權ヲ與ヘタルコトヲ丙ニ表示シタルトキハ乙丙間ノ取引ハ甲丙間ノ取引タル效力ヲ生ズルモ、丁ガ乙ヲ以テ甲ノ代理人トシテ爲シタル乙丁間ノ取引ハ甲丁間ノ取引タル效力ヲ生ズ可キモノニ非ラズト解ス可キガ如シ。

越權代理

III. 代理人ガ其代理權限外ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ第三者ガ其權限アリト信ズ可キ正當ノ理由ヲ有セシトキハ代理權アルト同一ノ效果ヲ生ズルモノトス(民110)。是レ亦タ通常、表見代理ト稱セラルヽモノニシテ、性質上ノ無權代理ニ對シテ有權代理ト同一ナル法律效果ヲ附シテ第三者ノ取引ノ安全ヲ保護セントスルモノナリ。此效果ノ生ズルニハ代理權アルモ其權限ヲ超越シタル表面上ノ代理行爲アルヲ要シ、全然代理權ヲ有セザル者ガ單ニ表面上ノ代理行爲ヲ爲スモ此效果ヲ生ズルコトナシ。而シテ第三者ニ於テ權限外ノ代理行爲ヲ權限內ノ代理行爲ナリト信ズルニ付キ正當ノ理由ヲ有セシコトヲ要ス。例ヘバ委任狀ヲ巧妙ニ變造シテ實際ノ代理權ヲ表見的ニ擴張シ之ヲ示シタルガ如キ場合、マタ或ハ白紙委任狀ヲ交付セラレタル代理人ガ授權外ノ目的ニ其白紙委任狀ヲ利用シタルガ如キ場合ハ本條ノ適用ヲ受ク可キナリ。故ニ他人ニ代理權ヲ授與スル者ハ斯カル變造濫用セラルヽコトナキ樣ニ注意シテ證書ヲ作成セザル可カラズ。本條ハ第三者ヨリ見テ代理權アリト信ズ可キ客觀的