

資料

故峯村光郎名誉教授筆記

神戸寅次郎先生講述 民法総論（法律行為ノ部）

——神戸寅次郎民法講義拾遺

I ——

内 池 慶 四 郎

資料解題

峯村ノート「民法総論」覚え書き

一 本資料——峯村ノート——について

本資料は、故峯村光郎名誉教授（昭和五年義塾法学部卒業）が学部学生の当時に故神戸寅次郎先生の民法講義を筆記されたノートに依るものである。峯村先生が慶應義塾を定年退職なされた後で筆者が先生から頂戴したものである。筆者がかねてより神戸学説に興味を持ち神戸学説に関する資料を収集していることをお知りになった先生が、御自分が学生時代に筆記されたノートを君にあげようと仰って下さったものである。峯村先生は昭和五年の御卒業であるから、このノートはおそらくは先生

が学部一年生の昭和二年当時に学部で行われた神戸先生の民法講義と思われる。従って先に「神戸寅次郎民法講義」として法学研究会叢書第六〇巻（初出・法学研究六五巻四・五号、近代日本研究七・八巻）に公表した津田利治名誉教授の筆記講義録（大正十二年当時の講義）より四年後の神戸民法講義ということになる。

この峯村ノートは、横書きA4版百頁綴の大学ノートに万年筆で浄書された講義録である。民法総論は二冊半、債権総論・債権各論各二冊に亘る。先に公表した津田ノートとの違いは、神戸民法講義を受講筆記された両先生のノート整理方法の差異もあるが（津田ノートが伝統的民法教科書の構成に従って講義内容を厳密に区分けし構成されているのに対して、峯村ノートは講義の流れに沿ってかなり自由に書き留めている）、重要なことは神戸講義そのものが講義年度ごとに講義内容の範囲と

重点を移して、その膨大緻密な学説の一端を示しているように思われることである。古い時期の受講学生の講義筆記（例えば蘆立ノート・大正九年当時）と対比して観ても、その内容が改説された部分もあり、神戸学説が一朝一夕に完成したものではないことを知り得ると共に、晩年においても先生が飽くなく思考を重ねて理論の構築に努められておられた事実を、これらの講義ノートの変化から窺うことが出来る。

特にこの峯村ノートは、神戸先生の畢生の研究対象であった契約・法律行為論の総論的課題である意思表示・代理・無効・取消の部分の詳細が明瞭に記録されていることに重大な意義がある。神戸学説の記述において従来欠けていた基本理論の失われていた一環がここに見いだされたことになる。前の津田ノートに続けて今回峯村ノートによる神戸講義を公表する学問的意味はこの点にある。先の津田ノートに今回の峯村ノートを加えて、義塾法学部における神戸先生の民法講義の全貌が次第に明らかとなりつつあることを喜ぶたい。

峯村教授による本ノートについても、津田ノートについても同様に言えることであるが、ここに記録された神戸先生の民法学説の精緻かつ周到なことは、長い年月を経た現在においても尚驚嘆に値するものがある。この難解にして高度な学問を見事に受講して正確に記録された若き日の先輩たちの努力と才能を通じて、神戸学説が今日にまで承継された事実に深い感銘と感謝の念を抱くばかりである。

なお本稿の上梓については、記述内容の点検に恩師津田利治先生の御懇切な指導を賜ったことを付記してここに深謝申し上げる次第である。

二 本ノートにおける講義範囲

講義の範囲・進度については、本ノートを先の津田ノートと比較すると、債権総論と債権各論とはほぼ同様であり、具体例の提示や説明の繁簡に多少の相違ある程度である。これに対して民法総論の科目では大きな違いが認められる。即ち津田ノートにおける神戸講義は大正十二年の大正地震災のために講義時間が大幅に制限された影響からか、第一章「緒論」より始まり第八章「物」（民法総則第三章第八九条まで）で講義が終結しているのに対して、この峯村ノートでは、講義は第一章「人」より始って第四章「法律要件」（民法総則第四章第四節・第二二六条まで）に及んでいる。即ち津田ノートにおける冒頭の五章（緒論・民法と習慣・民法法規・権利・私権の主体）が峯村ノートでは省かれている反面、「自然人」より「物」に至る部分が両ノートにおいて重複する。特に峯村ノートの特色として、講義が民法総則第四章「法律行為」の第一節「総則」・第二節「意思表示」・第三節「代理」・第四節「無効及び取消」（第九〇条以下第二二六条まで）に及んでいることが注目される。民法総論の講義範囲が広い所から、この年度の講義では緒論にあたる部分が省略されたものであろうか。ともあれこのために法律行為・

意思表示の重要部分が峯村ノートによる講義筆記には含まれることとなったのである。

講義された神戸先生の学説内容については、津田ノートと峯村ノートとが重複する部分の範囲では大きな差異は認められない。唯興味深いのは、津田ノートで詳細に論じられている箇所が峯村ノートの講義では簡略に触れられている所がある反面に於て、津田ノートの講義で触れられていない箇所が峯村ノートが詳細に講義を展開している箇所もある点である（例えば未成年者の為す法律行為についての法定代理人の同意の法的性質・要件・効果論や一般行為能力に対する特別行為能力の説明等）。

三 本ノートの文体・構成・体裁等

当時の神戸先生の講義は、議論の大綱部分を先生が読み上げられて受講学生に書き取りをさせた後に、逐次に具体例や図解を付されて具体的に説明されたようである。津田ノートにおいては、本文・注記という形でこの区別が書き分けられており、更に質疑という項目を立てて受講者としての津田先生のお立場からの神戸説に対する質疑・批判が加えられている。この峯村ノートではこのような区別はなく、神戸先生の講義が本文に其の仮説明が接続する形で記述されており、峯村先生ご自身の質疑は載せられていない。時として神戸先生の漢文体の文章に口語の説明が繋がるというような形で、いわば忠実な講義再現ということが出来る。但し本資料においては、神戸先生の講義本

文の体裁に合わせ、説明の重複を省き、全体の文体と用語例を統一した。

1 本資料においては津田ノートと重複する第一章「人」、第二章「法人」、第三章「権利ノ客体」までの部分を省いて、第四章「法律要件」からノート末尾の「取消権ノ消滅時効」までの後半部分を収録した。

2 講義の文体の大部分は「・ナリ」「・トス」というように文語体であるが、元ノートの記述には「・デアル」といった口語的語調が混用されている所がある。これは文語体に統一した。

3 元ノートには「ケレドモ」という接続詞が随所に出てくるが、この「ケレドモ」という表現は、その用いられている内容から「但シ」或は「然レドモ」の意味の場合もあり、前の叙述を承け其内容を敷衍して「而シテ」或は「即チ」の意味で用いられている場合もかなり多いようである。これらは各場合にに応じて書き換えた。

4 元ノートの「ヨリ」「ヨツテ」「依リ」「拠リ」等は、各場合に付いて「依り」あるいは「因り」に使い分けた。「之」「是」「此」「其」「此処」「茲」等の用法はほぼ元ノートに従っている。

5 説明の不完全な箇所は補充を加え、明瞭な誤記はこれを訂正した。

6 巻頭に掲げた目次は、読者の便宜のために内池におい

て適当に付したものである。

四 本ノートの学問的意義

以下に於て本資料に見られる神戸学説の幾つかなの特微的論点を提示しておく。

例えば、①化形的意思表示と非化形的意思表示の区別に関連して後者に於ける再現不可能性の指摘、②対話者・隔地者の区別、特に対話者に対する意思表示の効力発生時の問題に關して到達と了知との内的関連性の指摘や所謂客観的了知の概念構成に於ける利益考量の試み、③法律行為の要件としての意思実現の扱い、④取消権と追認権との競合の問題処理、⑤代理に於ける意思表示の処理、特に積極代理と消極代理の明確な区別、⑥詐欺と強迫との第三者に対する効果の区別の実質的理由づけ等が注目される。以下にその具体的論点を幾つか取り上げて考察しよう。

1 神戸説に於ける了知概念の決定方法

神戸学説の学問上の特質を示す具体例として、本ノートにおける意思表示の効力発生時期に関する論述を見よう（第十節）。民法典は九七条において隔地者間の意思表示の効力発生時につき所謂到達主義の規定を設けているが、この規定の適用範囲や到達の意義については周知のように争がある。

神戸説においては、相手方ある意思表示は「相手方ニ了知セ

ラルヲ以テ其終極ノ目的ト為スモノナルガ故ニ」その効力発生は相手方の了知可能性を前提とするものであって、発信主義とか到達主義とかという立法は、了知可能性の客観的判断基準に過ぎないとして、意思表示の意思伝達の道具としての元來の性質から相手方の了知（可能性）が、効力発生について不可欠の要因であることを明快に論じている（二二頁参照）。それ故に特別の規定のない対話者間の意思表示については、「相手方アル意思表示ノ目的ヲ根拠トシ条理ニ基テ」考えるべきであり、了知主義に拠って解決することを正当とする（二二頁）。

但し注目すべきは、この了知という觀念が神戸説では「客観的ニ相手方が了知シタリト看做スコトヲ得ル状態ノ発生」であるとして、主観的內心的意味での了知ではなく「客観的ノ了知」を以て足りる、と解している点である。即ち神戸説では、了知可能性という意思表示の本來の要請に則しつつ、しかも了知妨害や過失不知等の具体的場合における表意者と相手方との利益考量から、客観的了知という規範的判断から答を引き出している。

もとより之によつて神戸説の了知概念が純客観的に構成されてしまふのではなく、相手方の内部における了知可能性が受領能力という角度から問題とされている事からも（二二頁）、了知可能性の問題が神戸説に於て相手方・表意者双方の側から考察されていることが重要である。対話者間の意思表示について了知妨害の点を意識して直ちに到達主義の解決を提唱する近時

有力学説は、果たして神戸説のような精密な考察をしているであろうか。

2 対話者・隔地者間の意思表示と化形的・非化形的意思表示の区別

本ノートで興味があるのは、意思表示の効力発生時期を巡って対話者・隔地者という従来の法典上・学説上の区別に関連して、神戸説が意思表示の態様を化形的意思表示と非化形的意思表示（*verkörperte-nicht verkörperte Willenserklaerung*）とに分類し、其の態様の差異に即応して対話者・隔地者の問題を分析していることである（一二〇頁）。

即ち神戸説によれば対話者・隔地者の区別は、意思表示が「独立ノ媒介ニ依ル通達」か否かに依るものであるとされ、表意者と相手方との間に「独立ノ媒介」を置く場合の処理が民法第九七条の隔地者間の意思表示に関する規定によって図られていると見る。その一方に於て、神戸説では意思表示は、口頭の意味表示のように完成の瞬間に於て消滅する所謂「非化形的」意思表示と、書面に依る意思表示のように完成の瞬間に消滅することのない所謂「化形的」意思表示とに区別されるとする。

そして此の対話者・隔地者の区別と化形的・非化形的意思表示との区別が組み合わされて、各場合の処理が定まる事になる。その結果として、非化形的意思表示が対話者間になされる場合には「相手方アル意思表示ノ目的ヲ根拠トシ条理ニ基テ」了知

主義に依るのが正当であるとし、対話者間に於ても化形的意思表示がなされる場合には「隔地者間ノ場合ト大ナル相違ナキガ故ニ」到達主義に依るべきものとする。隔地者間の場合についても、第九七条が直接に規定しているのは化形的意思表示のなされた場合であるとして、この化形的意思表示が隔地者間になされた場合には同条の到達主義が適用されるのであるが、非化形的意思表示が隔地者間になされた場合には、対話者間において非化形的意思表示がなされた場合と同様に見るべきであるとして了知主義に依るとする（一二二頁）。

私見に依れば、神戸説の特色は法が直接に規定を設けている第九七条の適用場面を、その立法の狙いとした具体的状況を正確に判定しようとする解釈論の立場の一貫性と共に、相手方の了知をその終極的目的とする相手方ある意思表示の基本的性質の認識と、口頭・書面という表示形式の基本的特質（当事者の意識のみに係る存在か、記録・再現可能性——事後の了知可能性——があるか）の関わり合いの認識による具体的諸事情の緻密な分析的把握にあるということが出来よう。対話者間に於ても意思表示が書面に依ってなされる事が多く、書面に依る契約締結が日常稀でないことは生活体験の示す所であって、此場合に第九七条の到達主義適用の合理性があることは、神戸説の指摘する通りと言わざるを得ない。

化形的意思表示が対話者間になされる場合や非化形的意思表示が隔地者間になされる場合として、具体的にどのような事例

をあの当時に神戸先生が想定されたのかは、残念ながらもはや伺うことが出来ないけれども、近時の通信手段の急速な発達に
 応じて、各種の複雑な事例が今後ますます増大し、その対処に
 迫られることは必至である。現在当面し近い将来に予想される
 具体的諸場合を分析してそれに適応する法を発見することは、
 解釈学の現在の課題と言ふべきであろう。

一般に隔地者といえは直ちに書面を想定し対話者といえは直
 に口頭の表示を連想する単純な区別をしやすいものであるが、
 現実の生活はそれほど簡単ではない。一見して煩瑣とも見える
 神戸説の分析が、当時の生活関係の具体的諸事情を考慮した上
 での周到な現実観察と明晰な法理論の総合の上に構築されてい
 る事を知り得るのである。ともあれここにおいては、第九七条
 の到達主義の合理的適用範囲の確定という解釈論に加えて、直
 接の規定のない対話者間の場面における意思表示の目的と条理
 に基づく法発見の手法が、明快かつ具体的に示されている箇所
 として神戸学説の興味ある一場面ということが出来よう。

故峯村光郎名誉教授筆記
 神戸寅次郎先生講述
 民法総論（法律行為ノ部）

目次

第四章 法律要件	九
第一節 総論	一〇
第二節 法律効果	一〇
1 権利ノ発生	一〇
2 権利ノ消滅	一〇
3 権利ノ変更	一〇
第三節 法律要件ノ分類	一〇
1 人ノ行為以外ノ事実	一〇
2 人ノ行為	一〇
(1) 意思表示	一〇
(2) 意思実現	一〇
(3) 意思通知	一〇
(4) 觀念表示	一〇
(5) 感情表示	一〇
(6) 事実行為	一〇
第四節 法律行為	一〇
法律行為ノ意義及ビ種類	一〇
第五節 法律行為ト認許法・慣習トノ関係	一〇
第六節 法律行為ノ成立要件	一〇
第七節 法律行為ノ有効要件	一〇
第一款 内容ノ可能	一〇
第二款 内容ノ確定	一〇

第三款	内容ノ適法	二〇七
第四款	意思ト表示トノ不一致	二〇八
第八節	意思ト表示トノ不一致	二〇九
第一款	故意ノ不一致ノ場合	二〇九
第二項	心裡留保	二〇九
第二項	虚偽表示	二一〇
	隠匿行為	二一一
	信託行為	二一一
第二款	不慮ノ不一致ノ場合（錯誤）	二一二
第一項	錯誤ノ性質	二一二
第二項	錯誤ノ場合	二一三
第三項	意思ノ不正ノ伝達	二一四
第四項	錯誤ノ効果	二一四
第九節	瑕疵アル意思表示	二一五
第一款	総論	二一五
第二款	詐欺	二一五
第一項	詐欺ノ性質	二一五
1	欺罔行為アルコト	二一六
2	欺罔ノ故意アルコト	二一六
3	表意者ガ欺罔行為ニ因リ錯誤シ之ニ因テ意思表示ヲ為シタルコト	二一六
第二項	詐欺ノ効果	二一七
第三款	強迫	二一七
第一項	強迫ノ性質	二一七
1	害悪ノ通知ヲ為スコト	二一七
2	強迫ノ故意アルコト	二一八
3	表意者ガ恐怖ノ念ヲ生シ之ニ因テ意思表示ヲ為シタルコト	二一八
4	不適法ナルコト	二一八
第二項	強迫ノ効果	二一九
第十節	意思表示ノ効力発生ノ時期	二一九
第一款	総論	二一九
第二款	對話者間ノ意思表示ノ場合	二二〇
A	化形的意思表示ノ場合	二二〇
B	非化形的意思表示ノ場合	二二〇
第三款	隔地者間ノ意思表示ノ場合	二二三
A	非化形的意思表示ノ場合	二二三
B	化形的意思表示ノ場合	二二三
第四款	意思表示ノ受領能力	二二三
第十一節	代理	二二三
第一款	代理ノ意義	二二三
第二款	代理行為ノ成立要件	二二三
1	代理人ガ自ラ意思表示ヲ為シ又ハ之ヲ受クルコト	二二三
2	代理人ガ本人ノ為ニスルコトヲ示シテ法律行為上ノ意思表示ヲ為スコト	二二三
第三款	代理行為ノ効力	二二四
第四款	代理ト類似觀念	二二四
1	代理ト使者	二二五
2	間接代理	二二五
3	第三者ノ為ニスル契約	二二五
4	代位訴權	二二五
5	質權者・抵当權者	二二五

6 保証人	三三	(3) 相手方ノ位置 A催告権 B取消権	三三
7 妻	三三	2 追認又ハ其拒絕後ノ法律關係	三三
第五款 代理權	三三	(1) 追認後	三三
第一項 代理權ノ性質	三三	(2) 追認ノ拒絕後	三三
第二項 代理權ノ発生原因	三三	第二項 单独行為ノ場合	三三
第三項 代理權限	三三	1 積極代理ノ場合	三三
第四項 代理權ノ制限	三七	2 消極代理ノ場合	三三
第五項 代理權ノ消滅	三六	第十一節 無効及ビ取消	三三
1 共通ノ事由	三六	第一款 総論	三三
2 法定代理權消滅ノ特別事由	三六	第一項 無効ノ意義	三三
3 委任代理權消滅ノ特別事由	三六	第二項 無効ノ種類	三四
第六款 復代理	三六	1 原始的無効ト事後ノ無効	三四
第一項 復代理ノ性質	三六	2 絶対的無効ト相對的無効	三四
1 復任契約	三六	3 一部無効ト全部無効	三四
2 復代理人ノ權限	三六	第三項 無効行為ノ転換	三四
第二項 委任代理ノ復代理	三六	第四項 無効ノ法律行為ノ追認	三五
第三項 法定代理ノ復代理	三六	第二款 取消	三五
第七款 表見の有權代理	三六	第一項 総説	三五
(1) 授權通知ノ場合	三六	第二項 取消權者	三五
(2) 越權ノ場合	三六	1 無能力者	三五
(3) 代理權消滅以後ノ場合	三六	2 瑕疵アル意思表示ヲ為シタル者	三六
第八款 無權代理	三六	3 代理人	三六
第一項 契約ノ場合	三六	4 承継人	三六
1 追認又ハ其拒絕前ノ法律關係	三六	5 夫	三六
(1) 本人ノ位置	三六	第三項 取消ノ方法	三六
(2) 無權代理人ノ位置	三六	第四項 取消ノ効果	三七

第五項 取消シ得ベキ行為ノ追認

1 任意追認

(1) 追認ヲ為シ得ル者

(2) 追認ノ要件及ビ方法

(3) 追認ノ効果

2 法定追認

第六項 取消権・追認権ノ競合

1 当事者一方ニ数個ノ取消権ノ存スル場合

(1) 妻ガ取消シ得ベキ行為ヲ為シタルトキ

(2) 無能力者ガ瑕疵アル意思表示ヲ為シタルトキ

トキ

2 当事者双方ノ側ニ取消権ノ存スルトキ

第七項 取消権ノ時効

神戸寅次郎先生講述 民法総論

故峯村光郎名誉教授筆記ノート

(昭和二年) (民法総論・法律行為ノ部)

第四章 法律要件

第一節 総論

宇宙間ニ種々ノ事実アレドモ其中ニハ法律ガ之ニ対シテ法律効果ヲ附スルニ適スルト認ムル事実ト適セズト認ムル事実アリ。其適スルト認ムル事実ヲ法律事実ト称ス。

普通ニ吾人ハ一定ノ事実ガ原因トナリテ一定ノ効果ガ生ズト説明スレドモ、実ハ其事実ヨリ此効果が天然自然ニ発生スルニハ非ズ。法律ガ共同生活ノ必要上一一定ノ事実ニ対シテ一定ノ効果ヲ附著セシメタルモノナリ。故ニ或一定ノ事実ヨリ或一定ノ効果が生ズルヤ否ヤガ問題トナリタルトキハ、物理学上ニ於ケルガ如ク原因結果ノ自然的法則ニ基テ之ヲ解決スルコトヲ得ズ。法律其モノガ其一定ノ事実ニ対シ或一定ノ効果ヲ附著セシメタリヤ否ヤヲ研究シテ初メテ之ヲ解決シ得ルニ過ギズ。

法律事実ハ単一ニテ一定ノ法律効果ヲ生ゼシムルコトアレドモ、大多数ノ場合ニ於テハ数個ノ法律事実ノ集団ガ一定ノ法律効果ヲ生ゼシムルヲ常トス。其一個ノ法律事実タルト数個ノ法律事実ノ集団タルトヲ問ハズ其一定ノ法律効果ヲ生ゼシムル原

因タル事実ヲ指シテ之ヲ法律要件ト称ス。各種ノ法規ハ法律要件又ハ法律効果ノ全部若クハ一部ヲ直接若クハ間接ニ規定ス。例ヘバ民法第一条ハ私権ノ享有ハ出生ニ始マルト規定シ、以テ一ノ法律要件ト一ノ法律効果トヲ規定セリ。即チ出生ノ完成ト云ヘル法律要件ト權利能力ノ發生ト云ヘル法律効果トノ二者ナリ。以下ニ於テハ先ズ法律効果ノ大要ヲ述べ然ル後ニ法律要件ニツキ論述セン。

第二節 法律効果

法律効果トハ一定ノ法律的状态ニシテ結局公權力ノ作用ヲ意味スルモノニ他ナラザレドモ、斯ノ如キ抽象的ノ説明ノミニテハ種々ノ法律効果ノ大要ヲ知ルコト能ハザルガ故ニ從來學者ハ具體的ニ説明スルヲ常トセリ。即チ私権ノ得喪變更換言スレバ權利ノ發生消滅變更ヲ以テ法律効果ナリトセリ。而シテ之等ガ法律効果ノ全部ナリヤ否ヤニ付テハ今日尚多少ノ争ナキニ非ザレドモ、法律効果ノ範圍ハ尚一層広汎ニシテ其他ノ事物ヲモ亦法律効果ノ中ニ包含スト解スルヲ要ス。例ヘバ權利能力又ハ行為能力ノ發生消滅ノ如キ之ナリ。即チ苟モ公權力ガ事実關係ニ加リテ法律關係ヲ生ゼシムルニ至リタルトキハ其關係ハ皆法律効果トナル。其法律効果ノ主要ナルモノハ權利ノ發生變更消滅ナリ。左ニ之ヲ略述セン。

1 權利ノ發生 權利ノ發生ハ二個ニ分テ觀察スルヲ便トス。絶対的の發生ト相對的の發生之ナリ。

絶対的の發生トハ從來ノ權利ニ關係ナク獨立ノ權利ノ發生スルコトヲ云フ。或ハ其權利ヲ取得スル者ヨリ立言シテ原始的の取得トモ云フ。例ヘバ無主物ノ先占・取得時効・附合又ハ加工ニヨル權利取得ノ如キ之ナリ。

相對的の發生トハ一人ノ權利ガ他人ノ權利ニ基テ生ズルコトヲ云フ。一般取引上ニ於テハ之ガ寧ロ普通ナリ。其權利ヲ取得スル者ヨリ之ヲ立言シテ之ヲ權利ノ承継取得又ハ伝來取得ト云フ。權利ノ此發生ハ相對的ニシテ単ニ主觀的ニ觀察シテ發生ト云フ意味ヲ有スルニ過ギズ。此承継取得ニ二アリ。即チ所謂移轉取得及ビ設定取得之ナリ。前者ハ權利ノ讓渡又ハ相続等ヲ云フ。後者ハ他人ノ土地ニ地上權・永小作權等ヲ設定スルガ如キヲ云フ。此場合ニハ前主ノ權利ハ形式的ニモ實質的ニモ後主ノ權利トハ異ナル。即チ例ヘバ地上權設定ノ場合ニハ前主ノ權利ハ所有權ナレドモ後主ノ權利ハ地上權ニシテ、兩者ハ性質及ビ分量ニ於テ全ク異ナルモノナリ。

2 權利ノ消滅 權利ノ消滅ハ又二個ニ分ツ。絶対的の消滅及ビ相對的の消滅之ナリ。

前者ハ權利ガ其主体ヨリ離レテ以後何人ニモ附著セザルコトヲ云フ。例ヘバ權利ノ放棄ノ如キ之ナリ。後者ハ權利ガ唯其主体ヲ變ズルコトヲ云フ。即チ前主ガ權利ヲ喪失シ承継人ガ之ヲ取得スル場合ナリ。前主ヨリ立言シテ之ヲ相對的の消滅ト云フ。前主ト承継人トノ間ニ權利ガ移轉スルニ過ギザルヲ以テ、之ヲ併称シテ權利ノ得喪又ハ移轉ト称スルヲ常トス。

3 權利ノ變更

權利ノ變更トハ權利ガ其性質ヲ變スルコトナク從テ其存在ヲ失フコトナクシテ唯其態様ノミヲ變更スルコトヲ云フ。例ヘバ存続期間四十年ノ地上權ヲ五十年ニ變更シタル場合ノ如シ。又五百坪ノ土地ノ上ニ存シタル賃借權ヲ千坪上ニ存スルモノトシタルガ如シ。尚原權ト救済權トノ關係ニ付テハ議論アレドモ場合ヲ分テ觀察スルノ外ナカルベシ。即チ債務不履行ニ基ク損害賠償請求權ノ發生ノ場合ニハ權利ノ變更アリトナスヲ通説トス。之ニ反シテ不法行為ニ基ク損害賠償請求權ノ發生ノ場合ニハ、權利變更ハ之ナシトスルヲ通説トス。

第三節 法律要件ノ分類

法律要件ハ法律事實ヲ以テ其組成分子ト爲ス。法律事實ハ單一ニテ又ハ他ノ事實ト結合シテ法ニ依リ法律効果ヲ附著セシメラルル事實ヲ云フコトハ前述ノ如シ。法律事實ハ之ヲ種々ニ分類スルコトヲ得。

即チ或ハ事物ノ動靜ナル性狀ヲ標準トシテ動の事實即チ所謂出來事ト靜の事實即チ狀態トノ二ニ之ヲ分ツコトヲ得。例ヘバ外界ニ於ケル事物ノ變動ハ動の事實ニ屬シ人又ハ物ノ位置等ハ靜の事實ニ屬ス。又或ハ事物ノ發生スルト否トヲ標準トシテ積極の事實及ビ消極の事實ノ二ニ區別スルコトヲ得。作為ハ前者ノ例ニシテ不作為ハ後者ノ例ナリ。自然の現象ニ於テハ消極の事實ハ外界の變動ヲ發生セシムルコト能ハザレドモ、而モ法律ハ其事實ニ對シテモ亦法律效果ヲ附著セシムル事ヲ得ルガ故ニ

其事實モ亦法律要件分子ヲ成シ得ルモノナリ。法学上法律事實ノ最も重要ナル分類ハ人ノ行為及ビ行為以外ノ事實ノ分類ナリ。先ズ人ノ行為以外ノ事實ヨリ述ベシ。

1 人ノ行為以外ノ事實 法律ガ法律效果ヲ附著セシムル

事實ニハ人ノ心理作用ヲ包含スルモノト然ラザルモノトアリ。人ノ行為以外ノ事實トハ其心理作用ヲ包含セザル法律事實ヲ云フ。通例之ヲ事件ト稱ス。例ヘバ人ノ出生・死亡・成年トナルコト又ハ時ノ經過等ト云フガ如シ。時ノ經過ノ如キハ純然タル自然の事實ニシテ人ノ心理作用ヲ包含セザルコトハ勿論ナレドモ、而モ人ノ出生疾病等ノ如キハ人ノ心理作用ニ對シテ多少ノ關係ヲ有スルコトアルモ、而モ法律ガ其事實ニ對シテ法律效果ヲ附著セシムルニ心理作用ヲ以テ其組成分子トシテ要求セザル場合ニハ其事實ハ仍此処ニ云フ所ノ行為以外ノ事實ナリ。從テ人ノ知・不知即チ法律ニ云フ善意惡意ノ如キ純然タル内心の事實ノミナラズ人ノ行為ナルモノモ一ノ法律關係ノ當事者以外ニ存スル第三者ノ行為ナリシトキニハ、其行為モ亦此処ニ云フ事實ノ中ニ屬ス。要スルニ法ガ要求スル心理作用ヲ包含セザル事實ハ總テ皆此事實ニ屬ス。後述ノ意思表示等ノ行為ニ關スル法規ハ、此事實ニ對シテハ全ク準用スラモ之ナキモノナリ。

2 人ノ行為 人ノ行為トハ人ノ心理作用ヲ包含スル事實

ヲ云フ。即チ行為トハ人ノ心理作用ト外界ノ事實トノ結合ヨリ成ル。人ノ行為ハ之ヲ大別シテ二トナス。即チ公法上ノ行為ト私法上ノ行為トナリ。吾人ガ此処ニ述ベントスルハ專ラ私法上

ノ行為ナリ。

此私法上ノ行為ハ之ヲ大別シテ二トス。即チ適法行為及ビ不適法行為之ナリ。不適法行為ハ之ヲ違法行為若クハ不法行為トモ云フ。但此不適法行為ニ付テハ不法行為ノ条下ニ於テ特ニ論ズルコトトス。

適法行為ハ又二個ニ之ヲ大別ス。意思ヲ包含スル行為、之ヲ包含セザル行為之ナリ。元來人ノ心理状態ハ從來普通ニ三個アリト云フ。即チ知情意之ナリ。此三個ノ内意即チ意思トハ法律上最も重要ニシテ、意思ト其表示即チ後述スル所ノ意思表示ハ法律効果ノ一大原因ヲナス。意思表示ヲ包含セザル其他ノ法律事實ハ之ヲ大別シテ五個トナスコトヲ得。即チ意思實現・意思通知・觀念表示・感情表示及ビ事實行為之ナリ。以下ニ於テ此等種々ノ法律事實ニ付テ漸次略述セン。

(一) 意思表示 意思表示ハ意思ト其表示トノ二者ヨリ成ル法律事實ナリ。

今意思表示ノ生ズル経路ヲ觀ルニ、物ノ買入ノ例ヲ以テスレバ先ズ其物ヲ買ハントスル決意ヲ促シタル欲望ノ生ズルヲ常トス。此欲望ノコトヲ動機若クハ原由ト云フ。

(イ) 其物ヲ買ハントスル決心ヲ生ズ。此決心ヲ内心の効果意思ト云フ。

(ロ) (イ)ノ決心ヲ外部ニ表現セントスルノ決心ヲ為ス。此決心ヲ表示意思ト云フ。

(ハ) (ロ)ノ決心ヲ実行スル方法ノ決心ヲ為ス。此決心

ヲ行為意思ト云フ。例ヘバ書面ニ認メントノ決心ヲ為シタルガ如シ。

(ニ) (ハ)ノ決心ヲ實現スル行為ヲ為ス。此行為ハ法学上之ヲ表示行為ト称ス。例ヘバ書面ヲ認ムル行為ノ如シ。

(ホ) 此所ニ於テ其表示行為ニ於テ(イ)ノ内心の効果意思ノ内容ガ表現セラル。此表現ハ之ヲ表示上ノ効果意思ト云フ。或ハ之ヲ表示力若クハ表示価値トモ云フ。

此等(イ)ヨリ(ホ)ニ至ル五個ノ事實ハ意思表示ノ組成分子ヲ成ス。最初ニ生ジタル欲望即チ動機或ハ原由ハ原則トシテ意思表示ノ組成分子ヲ成スコトナシ。蓋シ此事實ハ同一ノ性質ノ意思表示中ニアリテモ場合ニヨリ種々アリテ一定スルコトナキノミナラズ、同一ノ意思表示ニヨリテモ種々ノ異ナリタル数个ノ動機ヨリ成ルコトアルガ故ナリ。但当事者ハ特別ノ意思表示ニ依リ之ヲ組成分子ト成スコトヲ得ルモノナリ。

上述ノ五個ノ事實ノ中(イ)及ビ(ホ)ノ効果意思ニ関シテハ從來議論ナキニ非ズ。元來効果意思ト云フハ法律上ノ効果ヲ欲スル意思ト云フ義ナリ。今当事者ハ物ノ売買等ヲ為スニ当リ果シテ法律上ノ効果ヲ欲スル意思ヲ表示スル必要アリヤ否ヤトノ問題ナリ。或ハ此必要アリトナス者アリ。或ハ此必要ナク単ニ自ラ惹起セントスル事實の結果ヲ欲スルノ意思ヲ有スルノミヲ以テ充分ナリトナス者アリ。

吾人ハ二個ノ意思ヲ有スルコトヲ必要トナスモノナリ。唯當事者が事實の結果ヲ真面目ニ欲スルノ意思ヲ有スルトキハ、其意思ノ中ニハ法律上ノ効果ヲ欲スル意思ガ自ラ包含セラルルモノト解スルヲ正当ト認ム。故ニ当事者が特ニ法律上ノ効果意思ヲ有セザル旨ヲ表示スルトキニ限り其意思ナキモノト解スルヲ正当ト観ル。唯効果意思ナル語ハ從來ノ慣用語ナルヲ以テ以下ニ於テハ尚此語ヲ用キルコトセン。此意思表示ヲ包含スル行為ハ所謂法律行為ニシテ民法ノ研究上最も重要ナルガ故ニ、之ニ付テハ後ニ別ニ論述スルコトス。

(2) 意思実現 意思表示ハ前述ノ如ク内心の効果意思ノ表現ナリ。此場合其効果意思ハ表示意思・行為意思及び其両意思ノ実現ノ結果タル表示行為ナル三個ノ事実ノ介在アリテ其三個ノ事実ノ作用ニ因リ初メテ表現セラル。故ニ意思表示ハ五個ノ組成分子ヨリ成ルモノト説明ス。

然ルニ法律ハ此意思表示ノ他ニ意思実現ナルモノヲ認メタリ。此意思実現トハ内心の効果意思ノ表現ヲ指シテ云フニ他ナラザレドモ、而モ此場合ニハ効果意思ハ意思表示ノ場合ニ於ケルガ如クニ表示意思・行為意思・表示行為ノ三者ノ介在スルコトナクシテ表現セラル。即チ意思実現ハ表示行為以外ノ外部の事実ノ上ニ表レタル効果意思ナリ。故ニ意思実現ハ単ニ内心の効果意思ト外部の事実ノ上ニ存スル効果意思トノ二個ノ組成分子ノミヨリ成ル。例ヘバ民法第五二六条条第二項ノ承諾ノ如キ之ナリ。

(3) 意思通知 意思通知トハ前二者ノ如ク意思ノ表現ニ他ナラザレドモ、唯其意欲ノ対象ハ法律上ノ効果ニ非ズシテ事實上ノ効果ナリ。法律ハ此事実ニ法律上ノ効果ヲ附著スルコトアリ。故ニ意思通知ハ上述ノ意思表示及び意思実現トハ下ノ点ニ於テ相違アリトス。即チ意思表示及び意思実現ナル法律事実ノ法律効果ハ其意思ノ内容ノ實現ナルニ反シ、意思通知ナル法律事実ノ法律効果ハ其意思ノ内容ノ實現ニ非ズシテ全ク別異ノ效果ナリ。而シテ法律ハ其別異ノ效果ヲ表意者ノ意思ノ存スルト否トニ拘ラズ附著セシム。即チ意思通知ト意思表示トヲ比較スルトキハ、意思其モノノ対象ニ相違アルノミニシテ其他ノ点ニ於テハ全ク相違アルコトナシ。從テ意思通知其モノモ亦五個ノ組成分子ヨリ成ル。即チ(イ)内心の効果意思、(ロ)表示意思、(ハ)行為意思、(ニ)表示行為、(ホ)表示上ノ効果意思之ナリ。

意思通知ニハ種々アリ。或ハ他人ノ行為ヲ許容スル意思ノ通知ナルコトアリ(第六二五条第二項ノ承諾、第七五三条ノ承認、第八八一条ノ許可)。或ハ他人ノ行為ヲ請求スル意思ノ通知ナルコトアリ(第一九、三九五、四〇四、四一二、四五〇、四六一、四八四、四八六、五四七、一〇二九各条参照)。或ハ他人ノ欲スル行為ヲ自ラナス意思若クハ之ヲ拒絶スル意思ノ通知ナルコトアリ(第三八四条ノ滌除ノ提供、第四九三条ノ受領ノ催告、第四二三、四九三、四九四、五八三、七五五、一〇四七各条ノ拒絶等ノ文字等参照)。

(4) 観念表示 此処ニ観念トハ知識ノ意味ニシテ、観念表示トハ知識ノ表現ノコトナリ。

換言スレバ過去又ハ現在ニ於ケル事物ノ状態(人ノ心理内ノ状態タルト心理以外即チ外界ノ状態タルトヲ問ハズ)ニ対スル知識ノ表現ナリ。或ハ又之ヲ観念通知トモ云フ。

而シテ観念表示ノ経路ハ意思表示ト異ナル所ナク心理内ニ存スル概念ガ表示意思・行為意思及ビ表示行為ニ依リテ表現セラル。元來観念表示ハ前述ノ如ク一個ノ知識ニ他ナラザルガ故ニ、何等外界ニ事物ノ變動ヲ生ゼシムル力アルコトナシ。故ニ法律ハ此表示ニ対シテハ勿論観念ノ内容中ニ存セザル法律効果ヲ附スルモノナリ。例ヘバ民法第四六七条ノ通知ハ債權譲渡ニ対スル知識ノ通知即チ観念ノ表示ニシテ、法律ハ此表示ニ対シ譲渡ノ對抗力発生ノ効力ヲ附著セシメタルガ如シ。民法ニ此表示ヲ認メタル場合ハ少カラズ(第一四七、一五五、三六七、三七六、四四三、四六七、五二二、六一五、六五五、六六〇、六八〇、六九九条等)。

(5) 感情表示 感情表示ハ感情ノ表現ナリ。

法律ハ之ニ法律効果ヲ附スルコトアリ。此感情表示ハ表示意思・行為意思・表示行為ニヨリテ生ズルコトヲ要セズ。単ニ感情ノ存在ヲ推知シ得ベキ外部的状态ノ存スルヲ以テ充分トス。法律ガ此ニ対シテ法律効果ヲ附スル場合ハ甚ダ多カラズ。第八一四条第二項、八六八条ノ宥恕ノ如キ其例ナリ。其法律効果ハ感情ノ内容ト異ナルコトハ勿論ナリ。

(6) 事実行為 事実行為トハ行為意思ノミニ基ク外界の事実ヲ云フ。

他ノ行為ノ如ク意思ト外界の事実ノ結合ヨリナルコト勿論ナレドモ、而モ前述ノ五個ノ適法行為ノ如クニ知情意ト云ヘル三個何レノ心理状態ノ表現ニモ非ズ。即チ単ニ行為意思ニ基ク行為ガ存スルノミニテ何等ノ表示力若シクハ表示価値ノ存在スルコトナシ。法律ハ時ニ之ニ法律効果ヲ附著セシムルガ故ニ之亦適法行為ノ一タルヲ失ハズ。民法ガ之ヲ認メタル場合ハ種々アリ。例ヘバ第二四〇条ノ拾得、第二四一条ノ発見、第二四六条ノ加工等ノ如シ。

第四節 法律行為

法律行為ノ意義及ビ種類

法律行為ナル語ハ近世独逸ニ於テ用キラレ初メ一八〇五年ニHugoノPandektenニ現レタル言葉ナレドモ此語ハ今日ノ意味ト全ク同一ニハ非ザリキ。我民法モ遠ク此Pandektenニ源ヲ発シタルモノナレドモ其意味ハ少シク異ナル。我民法ハ此法律行為ニ付テ特ニ定義ヲ下スコトナシ。従来ノ学説及ビ我民法ノ諸關係法規ヲ根拠トシテ其意義ヲ研究スルトキハ法律行為トハ意思表示又ハ意思実現ヲ主要ナル組成分子トスル法律要件ヲ云フ。意思表示ノ意思ノ内容ニ基テ其法律効果が生ズルモノナルガ故ニ法律行為ノミガ所謂私的自治行為ナリ。故ニ上述ノ意思通知・観念表示・感情表示又ハ事実行為ヲ組成分子トスル法律要件ハ法律行為ニハ非ズ。之等

ノ諸要件ノ法律効果ハ当事者ノ意思ニ基テ生ズルモノニ非ズ。法律ガ特ニ附著スルモノナルガ故ニ此等ハ所謂私的自治行為ニハ非ズ。此等ノ諸法律要件ハ学者之ヲ法律上ノ行為（Rechts-handlung）又ハ準法律行為ト称スルヲ常トス。法律行為ノ分類ハ種々ノ標準ニ依リテ之ヲナスコトヲ得レドモ意思表示ノ状態・法律効果等ニ基テ之ヲナスヲ通例トス。今其古キ分類ノミヲ例示スレバ次ノ如シ。

- 1 単独行為・双方行為
 - 2 生前行為・死後行為
 - 3 債權行為・物權行為
 - 4 要式行為・不要式行為
 - 5 有因行為・無因行為
 - 6 有償行為・無償行為
 - 7 主たる行為・従たる行為
 - 8 典型的行為・非典型的行為
- 此等ノ分類ニ付テハ他ノ諸場合ニ於テ度々之ヲ説明スル機会アルガ故ニ此処ニハ特ニ説明セズ。

第五節 法律行為ト認許法・慣習トノ關係

法律行為ノ内容タル事項ハ後述ノ如ク法規ニ違反セザルコトヲ要スレドモ其法規トハ強行法規ヲ云フニ他ナラズ。法律行為ノ内容タル事項ハ認許法ニハ違反スルモ何等ノ支障アルコトナシ。即チ法律行為ノ当事者ガ公ノ秩序ニ関セザル規定即チ認許

法ニ異リタル意思ヲ表示シタルトキハ法律ハ其意思ヲ重ジテ之ヲ有効ト認ムルコトトセリ（第九一條）。之民法ノ特ニ規定スル所ナレドモ之ハ当然ノ原則ヲ規定スルモノニシテ無用ノ規定ノ如キ觀ヲ呈スレドモ、民法ハ種々ノ規定ニ於テ此原則ヲ明言セルガ故ニ（第三八、一二七、一二五〇、二八一、七九三、一〇〇六条等）、此等ノ規定以外ノ場合ニハ認許法ニ反スル意思ハ之ヲ認メザルモノトノ誤解ヲ生ズルコトナキニ非ザルガ故ニ、此意味ヨリシテ誤解ヲ妨グルガ為ニ此規定モ亦必要ナリ。即チ學理上明ニシテ特別ノ言明ヲ必要トセザルガ如キモノナレドモ而モ尚疑ヲ除ク為ニ必要ナリ。

次ニ法律行為ト慣習ノ關係ヲ述ベンニ慣習ニハ法タル慣習ト事實タル慣習トノ二アリ。法例第二條ハ法規ニ違反セザル範圍内ニ於テ慣習法ノ成立ヲ認メタルモ、認許法ニ反スル慣習ハ如何ト云フニ、之ハ法トハナサズ唯事實ヲ慣習トシテ存シオキ之ヲ意思表示ノ補充ノ標準トナスコトトセリ。換言スレバ其慣習ヲ無意味ノモノトセズシテ、一ノ効力アルモノトナシタルナリ。從テ第九十二條ハ意思表示ノ補充規定ト解スルコトヲ正当ト認ム。即チ当事者ガ認許法ニ反スル慣習アル場合ニ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムベキトキハ其慣習ニ存スル事項ヲ以テ法律行為ノ内容ト觀ルコトトセリ。

第六節 法律行為ノ成立要件

法律行為ハ有効ノ法律行為ト無効ノ法律行為トノ二に分ツ。

而シテ有効ノ法律行為トハ成立要件ト効力要件トヲ完全ニ具備スルモノヲ云フ。無効ノ法律行為トハ単ニ成立要件ノミヲ具備シテ効力要件ヲ備ヘザルモノヲ云フ。今茲ニ述ベントスル要件ハ成立要件ナリ。

此要件ハ之ヲ二ニ分ツ。即チ一般成立要件・特別成立要件之ナリ。一般成立要件ハ如何ナル法律行為モ必ズ之ヲ備フルコトヲ要シ、之ヲ欠クトキハ不成立トナル。其一般成立要件ハ如何ナルモノカ学者間ニ多少ノ議論アリ。或ハ当事者ト目的及ヒ意思表示ノ三者ヲ以テ一般成立要件トナス者アリ。或ハ単ニ意思表示ノミヲ以テ其要件トナス者アリテ其説一ニ帰セズ。元来我民法ハ此等ノ要件ニ付テ明示ノ規定ヲ設ケザルノミナラズ、無効ト云ヘル文字ノ使用方法モ極メテ曖昧ニシテ一定シ居ラザルガ故ニ、此点ニ付テハ争アルコトヲ免レズ。無効ナル文字ノ使用方法ノ良否如何ニ拘ラズ法規ノ形式ノミヲ標準トシテ一般成立要件ナルモノハ何カト云フナラバ単ニ意思表示ノミト説明スルヲ簡明トス。当事者ノ意思能力ノ如キモ固ヨリ成立要件ト觀ルコトヲ得ベキモ、之ハ意思表示ノ中ニ包含セラレ居ルガ故ニ之ヲ一ノ要件トシテ挙グル必要ナシ。目的ノ適法又ハ可能ハ之ヲ成立要件ト觀ルヲ正當ト認ムベキガ如クナレドモ而モ之亦法文ノ意味ニ從ヒ之ヲ成立要件ト觀ザルヲ正當トス（第九〇、五六一条以下参照）。即チ目的ガ不法又ハ不能ノ場合ニモ法律行為其モノハ成立スルモノト解スルノ他ナシ。

然ラバ意思表示ノ内如何ナル組成分子ガ成立要件トシテ重要

ナルモノナルカト云フニ、意思表示ハ前述ノ如ク五個ノ組成分子ヨリ成レドモ、意思実現モ亦法律行為ノ組成分子ヲナスコトヲ得ルガ故ニ効果意思ナル組成分子ノミガ成立要件ナリ。而シテ効果意思中表示上ノ効果意思ノミガ成立要件ニシテ内心的効果意思ハ成立要件ニ非ズ。蓋シ此二個ノ効果意思ノ不一致ノ場合ニモ表示上ノ効果意思ノミガ成立要件ヲ成シ意思表示ハ成立スルコトトナルガ故ナリ（第九三〜九五条等参照）。

特別成立要件トハ各個ノ法律行為ノ成立ニ必要ナル要件ノコトヲ云フ。例ヘバ婚姻行為ニ於ケル届出又ハ遺言ニ於ケル一定ノ形式ノ如キ之ナリ。

第七節 法律行為ノ有効要件

有効要件トハ既ニ成立シ了リタル法律行為ガ其効力ヲ生ズルニ必要ナル要件ヲ云フ。之ヲ分テ二トナス。一般有効要件ト特別有効要件之ナリ。特別有効要件トハ各個ノ法律行為ニ特有ノモノニシテ其法律行為トシテノ効力ヲ生ズルニ必要欠クベカラザル要件ヲ云フ。例ヘバ遺言ナル法律行為ニ於ケル遺言者ノ死亡ノ如シ。一般有効要件トハ如何ナル法律行為モ其効力ヲ生ズルニ必要欠クベカラザル要件ヲ云フ。即チ次ノ如シ。以下ニ於テ順次ニ之ヲ説明セン。

- 1 法律行為ノ内容タルベキ事項ノ可能ナルコト
- 2 内容ノ確定セルコト
- 3 内容ノ適法ナルコト

第一款 内容ノ可能

内容ハ可能ナルコトヲ必要トスルモ之ハ法律ノ原則ナルト同時ニ自然的法則ト觀ルコトヲ得。即チ内容ハ之ヲ實現シテ初メテ法律行為ヲ為シタル目的ヲ達スルモノナルガ故ニ其内容が實現不能ノモノナルトキハ其法律行為ヲ無効トスベキハ當然ナリ。不能ニハ客觀的不能ト主觀的不能トアレドモ此所ニ不能トハ単ニ客觀的不能ノミヲ意味ス。又不能ニハ先発不能ト後発不能トアレドモ此所ニ不能トハ主トシテ先発不能ヲ云フ。何故ナラバ此所ニ云フ不能ハ法律行為其モノガ無効ナルヤ否ヤヲ決定スル標準ナルガ故ナリ。而シテ不能が果シテ法律行為ヲ無効ト為スベキヤ否ヤハ其成立ノ時期ヲ標準トシテ之ヲ定ムベキモノナリ。又或ハ不能ヲ分テ事實不能ト法律不能ト為ス者アレドモ此區別ハ大原則トシテハ不要ナリ。内容が法律上可能ト云フハ寧ロ之ヲ適法ト解スルヲ正当トス。又内容ガ不能ト云フハ寧ロ不適法ト解スルヲ得ルガ故ナリ。

第二款 内容ノ確定

法律行為ノ内容が確定セザルトキニハ之ヲ實現スルコト能ハズ。故ニ之ハ當然ノ有効要件ナリ。但法律行為成立ノ當時ニ於テ必ズシモ確定セルコトヲ必要トセズ。其當時ニ於テハ之ヲ確定スル方法が定マリ居レバ充分ナリ。其方法ニ種々アリ。第三者ノ指定ナルコトアルベク或ハ慣習ナルコトアルベク又或ハ法律ナルコトモアルベシ（第四〇六、四八九、五一二条等参照）。

第三款 内容ノ適法

法律行為ノ内容が法律ノ規定ニ適合スルコトヲ要スルト云フハ當然ノ原則ニシテ特ニ之ヲ云フノ必要ナキガ如シ。然レドモ或具體的ナ場合ニハ適合スルト否トガ稍困難ナル問題トナルコトアルガ故ニ學說ハ常ニ之ヲ挙ゲテ説明スルコトトス。元來法律ハ一ノ原則ヲ示スニ就テ明示的又ハ默示的の二個ノ規定ヲ設クルコトヲ得。即チ

1 強行法規ニ反セザルコトヲ要求スル規定（第九一条）

2 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ以テ法律行為ノ内容トナサザル旨ヲ要求スル規定（第九〇条）

強行法ハ元來或事ヲ命ジ又ハ禁ズルモノナルガ故ニ、他方ニ於テ之ニ反スル事項ヲ内容トスル法律行為ニ法律上ノ効果ヲ与フルトキハ茲ニ法律其モノノ内部ニ於テ一大抵觸ヲ生ズルガ故ナリ。例ヘバ法律ノ認メザル物權關係ヲ創設スルガ如キ行為ハ即チ強行法ナル第一七五条ニ反スルモノナルガ故ニ無効ナリ。

而シテ此強行法ニ反スルトハ、直接ニ法律ノ文面ニ反スルコトヲ云フハ勿論ナレドモ單ニソレノミヲ云フニ非ズシテ其精神ニ反スルコトモ亦包含セラル。即チ違法行為ハ勿論所謂脱法行為モ亦強行法ニ反スルモノト云フベキナリ。例ヘバ利息制限法ノ設ケタル制限利率以上ノ利率ニヨル利息ヲ約スルガ如キ場合ノミナラズ、其利息制限法ノ法規ノ禁止セル利息ヲ他ノ手段ニテ支払フコトト為ス法律行為即チ所謂天引・手数料ト云ヘルガ如キ名称ニ依ル約束ノ場合ハ所謂脱法行為ニシテ法律ニ違反シ

タル場合ナリ。

次ニ公ノ秩序・善良ノ風俗ニ反スルトハ如何ナル意味ナルカト云フニ、此意味ニ就テハ広狹種々ノ見解アレドモ通説ハ独逸民法第一草案理由書ノ説明スル所ト殆ド同様ニ解ス。即チ公ノ秩序ニ反ストハ国家ノ一般ノ利益ニ反スル意味ナリ。又善良ノ風俗ニ反ストハ国民一般ノ道德觀念ニ反スル意味ナリ。要スルニ共同生活若クハ社会生活ガ理想トシテ要求スル標準ヲ現スモノト解スベキナリ。

其公序ト良俗トヲ二ツ並ベテ規定シタルコトハ正當ナリヤ否ヤトノ問題アリテ、之ハ寧ロ重複ニシテ立法上否ナリトスル議論アレドモ、文字上正確ニ云フ時ハ此議論ハ必ズシモ不當ニハ非ザルモ、而モ此二者ハ全ク同一ノ意味ヲ有シ全然重複スルモノトハ云フコト能ハザルガ故ニ、仮令或部分ハ重複スルモ尚此二者ヲ規定スルコトハ必ズシモ不當ニ非ズ。寧ロ用意周到ナリトシテ賛成スル者多シ。吾人モ亦之ニ賛意ヲ表スルモノナリ。

今事項ガ果シテ公序良俗ニ反スルヤ否ヤハ結局裁判官ノ認定ニ任ズベキモノナレドモ、此問題ハ第九〇条ノ内容ノ解釈問題ナルガ故ニ事実問題ニ非ズシテ法律問題ナリ。而シテ此問題ハ時ニ極メテ困難ナルコトアレドモ而モ大約以下ノ三個ノ場合ノ中ニ入ルベキモノナリ。

- 1 行為ノ内容其モノガ直接ニ不當ナル場合 例ヘバ殺人放火等ヲ為スベキ旨ノ契約ノ如シ
- 2 行為ノ内容其モノハ不当ニ非ザレドモ之ヲ法律上ノ義

務トシテ強要スルコトガ不當ナル場合 例ヘバ婚姻又ハ改宗ヲ為シ若クハ為サズト云フ契約ノ如シ

- 3 行為ノ内容ハ不当ニ非ズ寧ロ正當ト見ルベキモノナレドモ、唯之ヲ金錢上ノ利益ト結合セシムルコトガ不當ナル場合 例ヘバ犯罪ヲ為サズト云ヘルコトニ對シテ報酬ヲ約スルガ如シ

元來強行法ハ公序良俗ニ関スル規定ナリ。即チ所謂公益上ノ理由ヲ根拠トシテ設ケラレタル規定ナリト云ハザルベカラズ。故ニ強行法ニ反スルコトヲ得ズト云ヘル原則アラバ其外ニ別ニ第九〇条ノ規定ヲ設クル必要ナキガ如シ。又其反對ニ第九〇条ノ規定アラバ強行法ニ違反スル云々ノ原則ノ必要ナキガ如シ。然レドモ法律ハ種々ノ強行法ヲ設ケタレドモ尚公序良俗ニ反スル總テノ行為ヲ規定シ尽ス事能ハズ。殊ニ公序良俗ハ時代ニヨリテ多少ノ変更アルモノナルガ故ニ強行法ニテハ充分ナラズト認メタルガ故ニ、法律ハ更ニ第九〇条ヲ設ケテ總テノ場合ヲ網羅スルコトト為セリ。故ニ強行法ニテ法律行為ヲ無効トナスコト能ハザル場合ニハ第九〇条ノ適用アルモノト解スベキナリ。

第四款 意思ト表示トノ一致

法律行為ガ有効ナルガ為ニハ原則トシテ意思ト表示トガ一致スルコトヲ要ス。此意思ト表示トガ一致セザル場合ニ種々アリ。此意思ト表示トガ一致セザル場合ヲ學者之ヲ意思欠缺ノ場合ト云フ。此不一致ニ二種アリ。一ハ故意ノ不一致ニシテ他ハ無意

ノ不一致ナリ。便宜上以下節ヲ改メテ論ズルコトトス。

第八節 意思ト表示トノ不一致

意思ト表示トガ一致セザル場合ニ意思ニ重キヲ置クベキカ表示ニ重キヲ置クベキカハ從來ノ問題ナリ。例ヘバ甲ガ自己ノ長官ノ乙ニ対シテ乙ノ意向ヲ察シタル結果トシテ自己ノ金時計ヲ乙ニ贈与スベシトノ意思表示ヲ為シタルモ、甲ハ心中ニ於テハ全ク贈与スルノ意思ナク唯一種ノ阿諛ノ為ニ表示ノミヲ為シタリ。之ハ即チ表示ノミアリテ意思ナキ場合ノ一例ナリ。又甲ガ長官ノ乙ニ対シテ自己ノ時計ヲ贈与セントノ意思ヲ有シタルモ場合ノ都合上其表示ヲナサザリシ。之ハ即チ意思ノミアリテ表示ナキ場合ノ一例ナリ。

後ノ場合ハ全ク問題トナラズ。意思表示ナキ場合ニシテ其意思ノ無効タルコトハ勿論ナリ。前ノ場合ニ於テノミ問題ヲ生ズ。元來心中ニ於ケル真意ト外形ニ現レタル表示トガ相一致セザルトキハ、法律ヲ離レテ考フルモ固ヨリ無意味ノ場合ト云ハザルベカラズシテ其表示ハ無効ナリト云ハザルベカラズ。然ルニ此ノ如キ單純ナル表示ノミヲ以テ無効トナスヤ否ヤノ問題ヲ生ジタル所以如何ト云フニ、之即チ法律ノ種々ノ場合ニ起リ得ル問題即チ吾人ノ利益ト社会ノ利益トノ調和如何ト云ヘル問題ヲ根拠トシテ生ジタルモノナリ。

此意思ト表示トノ不一致ノ場合ニ就キ法律學上ニ二種ノ主義ヲ生ジタリ。意思主義ト表示主義トナリ。

意思主義ハ心中ニ存スル真意ニ適合セザル表示ハ全然無効ナリト為ス主義ナリ。表示主義トハ心中ニ存スル意思ノ如何ニ拘ラズ表示ノミアレバ其表示ハ有効ナリト為ス主義ナリ。意思主義ハ表意者ノ保護ニ重キヲ置キ、表示主義ハ表意者以外ノ者即チ相手方又ハ第三者ノ保護ニ重キヲ置クモノナリ。此等ノ主義ハ相当ノ理由ヲ有スルモノナレド何レモ一長一短アリ。我民法ハ原則トシテ意思主義ヲ採リ或場合例外トシテ表示主義ヲ採レリ。以下不一致ノ場合ヲ分説セン。

第一款 故意ノ不一致ノ場合

此場合ヲ二個ニ分ツ。所謂心裡留保及ビ虚偽表示ノ場合ナリ。

第一項 心裡留保

表意者ガ真意ニ非ザルコトヲ知リツツ尚之ヲ表示スルコトアリ。此場合ニ表意者ハ其表示セラレタル意思ガ世人ニ依リ真意ナリト認メラルコトヲ期待シテ之ヲ為スコトアリ、又ハ期待セズシテ之ヲ為スコトアリ。前ノ場合ハ之ヲ心裡留保ト云ヒ後ノ場合ハ之ヲ諸謔表示ト云フ。

心裡留保ハ他人ヲ欺キ又ハ害スルノ動機ヲ以テ之ヲ為スヲ通例トス。例ヘバ長官ノ欲心ヲ得シガ為ニ贈与ヲ為スガ如シ。意味不明ナル言辞ヲ弄スル場合ニハ心裡留保アリト認ムルコトヲ得ベシ。反之諸謔表示ハ表意者ガ真意ト認メラルル期待ヲ有セズシテ之ヲ為スモノ即チ世人ガ其非真意ヲ非真意ナリト認ムル

期待ヲ以テ之ヲ為スモノナリ。故ニ表意者ハ他人ヲ欺キ又ハ害スルト云フガ如キ動機ヲ有スルコトナシ。例ヘバ社交上ノ辭令トシテ、又ハ演劇ノ為ニ又ハ教授ノ為ニ之ヲナスガ如シ。

心裡留保ノ意思表示ノ効力如何ト云フニ、此場合ニハ意思ト表示トガ一致セザルガ故ニ意思主義ニ依ルトキハ此意思表示ハ無効ト云ハザルベカラズ。然レドモ法律ハ此場合ニハ特ニ表意者以外ノ者ノ保護ノ為ニ其意思表示ヲ原則トシテ有効トセリ。故ニ此意思表示ハ相手方アル場合ト之ナキ場合トヲ區別セズ有効ナルヲ原則トス。唯相手方ノ利益ヲ保護スル必要ナキ場合ニハ例外トシテ之ヲ無効トセリ。而シテ此無効ハ絶対的ノ無効ナリ。即チ相手方ガ表示サレタル意思ハ表意者ノ真意ニ非ザル旨ヲ知り又ハ過失ニテ知ラザル場合之ナリ。此場合ノ無効ハ第九四条第二項ノ無効ト同ク相對的無効ニシテ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズトノ見解ヲ採ル者アレドモ吾人ハ之ヲ採ラズ。此場合ニハ第九四条第二項ノ如キ規定無キガ故ナリ。

諸語表示ノ効果如何ト云フニ之ニ就テハ議論アリ。或ハ民法第九三条ハ表意者ノ動機如何又ハ表意者ノ期待ノ内容ノ如何ヲ問ハザルガ故ニ諸語表示ハ心裡留保ノ意思表示ト同一ニ取扱ハルベキモノトシ、或ハ此二者ノ間ニ明確ナル區別アルガ故ニ別ニ取扱フベシト為セリ。吾人ハ後説ヲ採ラントスレドモ唯諸語表示ノ場合ヲ二個ニ區別シテ研究スルコトヲ要ス。即チ諸語表示ガ非真意ノ表示ナルコトノ客觀的ニ明確ナル場合例ヘバ演劇ノ台詞ノ場合ト、其表示ガ非真意ノ表示ナリト世人ニ依リテ認

メラルベシト表意者ノ期待セル場合即チ主觀的ニノミ非真意ト認メララルベシトノ期待アル場合之ナリ。後ノ場合ニノミ第九三条ノ適用アリ。前ノ場合ニハ同条ハ適用ナク意思表示ハ全然無効ナリト解スルヲ至當ト認ム。故ニ例ヘバ戯レニ作リタル遺言ノ如キハ無効ト解スルヲ正當トス。

第二項 虚偽表示

虚偽表示トハ表意者ガ相手方ト通謀シテ為シタル非真意ノ表示ヲ云フ。此場合ニハ二個ノ合意アリ。即チ一ノ非真意ト他ノ非真意トノ合意及ビ非真意ノ合意ヲナスト云ヘル二個ノ意思表示ノ合意ナリ。例ヘバ税額ヲ減ゼンガ為ニ売買代金ヲ減少シテ記載セル場合、又ハ差押ヲ免ルル目的ニテ債務者ト通謀シテ債務免除ヲ仮装スルノ類之ナリ。

此故ニ心裡留保トハ下ノ点ニ於テ異ル。即チ心裡留保ハ表意者ガ非真意ヲ外部ニ表示シ真意ヲ心中ニ留保シ置クノ作用ヲ云フモノニシテ此場合ニハ表意者一人ノ意思活動ノミガ存スルニ過ギズ。相手方ノ意思活動ハ毫末モ必要トセザルガ故ニ相手方ノ有無ヲ問ハズ之ヲ為スコトヲ得。反之虚偽表示ハ一方ニ於テ表意者ガ非真意ノ表示ヲ為シ且ツ自己ノ非真意ト相手方ノ非真意トノ合意ヲナスベキ旨ノ意思表示ヲ為シ即チ二個ノ意思表示ヲ為シ、而シテ他ノ一方ニ於テ相手方ガ此二個ノ意思表示ニ對シテ承諾ヲ為スナリ。故ニ虚偽表示ハ二人ノ二個ノ意思活動ガ必要ナルノミナラズ二個ノ合意ノ存在ガ必要ナリ。

虚偽表示ノ法律上ノ效果如何ト云フニ此意思表示ハ原則トシ

テ無効ナリ（第九四条第一項）。蓋シ意思ト表示トガ一致セザルガ故ニ我民法ノ原則トシテ採用セル意思主義ニ依リ然ラザルヲ得ザルガ故ナリ。殊ニ此虚偽表示ノ場合ニハ単ニ非真意ノ表示アルニ止ラズ之ニ付テ通謀ナル合意アルガ故ニ無効タルベキハ当然ナリ。元来虚偽ノ表意者等ハ其為シタル法律行為ヲ有効ト為シ以テ第三者ヲ欺クノ目的ニテ之ヲ為スモノナルガ故ニ、此法律行為ガ無効ト為サルトキニハ第三者ハ欺カルコトナキコトトナルガ故ニ特ニ第三者ヲ保護スルノ必要ナキガ如シ。

然レドモ第三者ノ位置ニハ種々アリ。即チ或第三者ハ其法律行為ガ有効ナルガ為ニ欺カルコトアリ又或第三者ハ無効ナルガ故ニ欺カルコトアリ。例ヘバ甲ガ債権者ノ差押ヲ免レンガ為ニ乙ニ其土地ヲ虚偽の譲渡シタリトセンニ、甲ノ債権者タル第三者丙ハ此譲渡ガ有効ナルトキハ欺カルコトニナル。然ルニ此行為ガ無効トナサルトキハ丙ハ欺カルコトナキモ、而モ乙ナル債権者ヨリ其土地ヲ買受ケタル丁ハ欺カレタル結果トナルベシ。而シテ丁ハ其行為ガ有効トナサルトキハ却テ欺カレザルコトトナル。

故ニ法律ハ此法律行為ヲ意思主義ニ基テ無効トシ、而モ唯善意ノ第三者ヲ保護スル目的ヲ以テ其第三者ニ対シテハ当事者ヨリ其無効ヲ主張スルコトヲ得ザルモノトセリ（第九四条第二項）。從テ善意ノ第三者ハ二個ノ権能ヲ取得スルコトトナル。即チ其第三者ハ当事者ニ対シテ選択のニ有効又ハ無効ヲ主張スルコトヲ得。此ノ如クスレバ善意ノ第三者ハ保護セラル。然レドモ第

三者ガ此行為ノ有効ヲ主張スルモ之ガ為ニ其行為ガ有効トナルニ非ズ。唯当事者ト第三者トノ間ニ於テ恰モ行為ガ有効ナルガ如クニ取扱ハルルニ過ギズ。前例ニ於テ第三者ノ丙ハ無効ヲ主張シ之ニ反シテ丁ハ有効ヲ主張セル場合ニハ事實上両主張ヲ両立セシムルコトヲ得ズ。故ニ丙ノ主張ハ事実ニ合シ丁ノ主張ハ事実ニ合セザレドモ、丁ノ主張ハ丁ト当事者トノ間ニ於テノミハ事実ニ合スルモノト看做シテ取扱ヲナスニ過ギザルナリ。

虚偽表示ハ右ノ如ク無効ナルヲ原則トスレドモ其裏面ニ隠蔽セラレタル行為ガ潜在スルコトアリ。例ヘバ甲ガ乙ニ一ノ土地ヲ一万円ニテ売却シ甲乙完全ニ其行為ヲ実行シタレドモ、登記ニ際シテ甲ト乙トガ共謀シ右ノ土地ヲ五千元ニテ買受タルモノトシテ其意味ノ売買ヲ為シタル旨ヲ登記所ニ申請シ以テ登記ヲ為サシメタリ。之固ヨリ登記料ヲ減額センガ為ナリ。此場合ニ於テハ五千元ノ売買契約ハ虚偽表示ノ契約ニシテ其裏面ニ隠レタル一万円ノ売買契約アリ。之即チ裏面ニ潜在スル契約ニシテ學問上之ヲ隱匿行為ト云フ。此行為ハ一般ノ法律行為ノ要件ノ備ハルニ於テハ有効ナルコトハ勿論ナリ。

虚偽表示ヲ組成分子トスル法律行為即チ所謂虚偽行為若クハ仮装行為ト信託行為トハ之ヲ混同セザルコトヲ要ス。信託行為トハ例ヲ以テ之ヲ述ブレバ

- 1 一ノ債権ヲ担保スル目的又ハ物ヲ管理スル目的ヲ以テ其物ノ所有権ヲ譲渡スル行為

- 2 一ノ債権ヲ担保スル目的又ハ債権ノ取立ヲ為ス目的ヲ

以テ其債權ヲ讓渡スル行為等ノ如シ

第一ノ例ニ付テ甲ガ乙ニ一〇〇〇円ノ債務ヲ負担スル場合ニ他方一〇〇〇円ノ価値アル土地ヲ有スルトキ甲ハ其債務ニ担保ヲ供スルニ付キ二個ノ方法ノ一ヲ選択スルコトヲ得。即チ甲ハ其土地ノ所有權ヲ自己ノ手元ニ存シ置キ唯其担保トシテ之ヲ供スル普通ノ行為ヲナスコトヲ得。又ハ其土地ヲ担保ニスル明カナル目的ヲ有スルニモ拘ラズ其土地ノ所有權ヲ乙ニ移転スルコトヲ得。第一ノ行為ハ普通ニ云フ担保權ノ設定ナリ。第二ノ行為ハ所謂信託行為ナリ。即チ經濟上ノ目的ハ担保ノ供与ナレドモ法律上ノ目的ハ所有權ノ移転ナリ。

此二個ノ目的ヲ調和的ニ達セシメント欲スレバ一種ノ担保所有權移転ト云ヘルガ如キモノナカルベカラズ。然レドモ担保ハ単ニ債權ノ保全ヲ目的トスルノミニシテ所有權ノ移転ヲ目的トスルコトナシ。之ニ反シテ所有權ノ移転ハ所有權移転ヲ目的トスルノミニシテ担保ノミヲ目的トスルコトヲ得ズ。即チ此兩者ハ相抵触スルガ故ニ同時ニ單一ノ行為ヲ以テ其目的ヲ達セシムルコトヲ得ズ。是ニ於テカ物權的行為ヲナスト同時ニ信託ヲ基礎トスル債權的行為ヲナシ、以テ其二個ノ目的ヲ不完全ナガラモ達成セントスルナリ。即チ之ニヨレバ第一ニ物權的目的ヲ達センガ故ニ甲乙之間ニ所有權移轉行為ヲナシ、同時ニ第二ニ信託ヲ基礎トスル債權的目的ヲ達センガ為ニ当事者間ニ債權債務ヲ創設スルナリ。

更ニ具體的ニ之ヲ云ヘバ第一ニ甲乙之間ニ土地ノ所有權移轉行

為アリ。第二ニ乙（受信者）ハ土地ノ所有權ヲ讓受ケテ自ラ所有者トナルモ、其土地ハ単ニ担保ノ目的ノ為ニノミ之ヲ利用シ他ノ目的ノ為ニハ一切之ヲ利用セズト云ヘル債務ヲ負担シ、甲（与信者）ハ此債務ニ対スル債權ヲ取得スルナリ。此故ニ一見スル時ハ乙ハ表面上第三者ニ対シテハ所有權者ナルモ裏面ニ於テハ單純ナル担保權者ナルヲ以テ、第一ノ物權的行為ハ虚偽行為ノ如ク見ユルガ故ニ此信託行為ト虚偽行為トハ學者屢々之ヲ混同ス。

然レドモ此二者ノ間ニハ極メテ明確ナル區別アリ。即チ虚偽行為ニアリテハ所有權移転ト云フ物權的行為アルモ之ハ他人ヲ欺クヲ目的トセルモノニシテ、当事者間ニハ所有權ヲ移転スル真ノ効果意思ナク単ニ非真意ノ表示ノミアリ、且ツ其非真意ノ表示ヲナスコトニ付キ通謀ナル合意アルナリ。之ニ反シテ信託行為ニアリテハ所有權移轉ナル物權行為ニ付キ真ノ効果意思アリテ通謀ナル合意アルコトナシ。又債權的行為ニ付テモ真ノ効果意思ノ表示アルコトハ勿論ナリ。要スルニ信託行為ノ場合ニハ對外關係ニ於テハ受信者ハ所有權者ニシテ与信者ハ所有權者ニ非ズ。故ニ受信者ガ其所有權ヲ如何ニ行使シ処分スルモ其行為ハ有効ナリ。然レドモ唯對內關係ニ於テハ債權關係アルガ故ニ、受信者ガ其土地ノ担保以外ノ目的ニ利用スルトキハ債權侵害ニ他ナラザルガ故ニ与信者ニ対シテ損害賠償ノ義務ガ存スルモノナリ。

第二款 不慮ノ不一致ノ場合（錯誤）

第一項 錯誤ノ性質

錯誤トハ一般的ニハ認識ト対象トノ不一致即チ誤認ノコトヲ云フ。意思表示ノ場合ニ錯誤トハ誤認ノ原因ニ因リ意思ト表示トノ内容ガ一致セザルニ至リタルコトヲ云フ。故ニ仮令誤認アルモ意思ト表示トガ一致スルトキハ錯誤アルコトナシ。

例ヘバ表意者が特定ノ馬ヲ牛ト誤認シ牛ヲ買フ決意ヲ為シ、相手方ニ対シテ単ニ「之」ヲ買ハントノ意思表示ヲ為シタルトキハ意思ト表示トノ間ニ不一致アリ。何故ナレバ表意者が「之」ト云ヒタルハ其牛ト思違タル馬ヲ指シタルモノナレドモ、客観的ノ見解ニ依レバ「之」トハ牛ニ非ズシテ其現存スル特定ノ馬ヲ意味スルガ故ナリ。其表意者が此場合ニ「牛」ヲ買ハント表示シタルトキハ意思ト表示トノ間ニ不一致ナシ。但シ相手方ガ此現存セザル牛ヲ買入ルル申込ニ対シテ承諾ヲ為スコトハ通常ハアリ得ザルナリ。要スルニ錯誤トハ一ノ表示行為ニ対シテ表意者ノ付シタル主観的意味ト客観的意味トノ間ニ不一致ノ存スルコトヲ云フ。

第二項 錯誤ノ場合

錯誤ノ場合ヲ三個ニ分ツコトヲ得。緣由ノ錯誤・意思表示ノ内容ノ錯誤・表示行為ノ錯誤之ナリ。

緣由ノ錯誤トハ法律行為の意思（内心的効果意思）ノ決定ノ理由ニ関スル錯誤ナリ。緣由ノ意思ハ特ニ之ヲ表示スルコトヲ要セザルモノナルガ故ニ、緣由ニ付キ認識ト対象トノ不一致アル

ルモ法律行為の意思ト表示トノ間ニハ不一致ナキヲ通例トス。例ヘバ他人ニ贈与スルノ目的即チ緣由ニテ花ヲ買ヒタルニ其他人が其時既ニ死セル場合ノ如シ。此場合ニ花ノ買主ト花屋トノ間ノ意思表示自体ニハ錯誤ナク完全ナル意思表示アリタルガ故ニ其効力ノ発生ニ付テハ疑ナシ。即チ完全ニ効力ヲ生ズ。唯買主ノ自己ノ心中ノ緣由ニ間違アリタレドモ之ハ法律行為ノ分子トハ成ラザルガ故ニ法律行為ノ効力ニハ關係ナシ。

意思表示ノ内容ノ錯誤トハ法律又ハ当事者が当該法律行為ノ内容ト為シタル事項ニ関スル錯誤ヲ云フ。此場合ニハ意思ト表示トノ不一致ガ存在ス。此場合ヲ分テ二トス。事実ノ錯誤及ビ法律ノ錯誤之ナリ。事実ノ錯誤トハ内容タル事実ニ関スル意思ト表示トノ不一致ヲ云フ。人・物・時期・場所・方法等ニ関スルコトアリ又ハ人若クハ物ノ性状等ニ関スルコトアリ。而シテ大多数ノ錯誤ハ此人又ハ物ノ性状ノ錯誤ノ場合ニ屬ス。法律ノ錯誤トハ法律上ノ觀念ニ関スル誤解ニ因リ生ズル意思ト表示トノ不一致ヲ云フ。例ヘバ連帶ヲ保証ナリト誤解シ保証ヲナス内心意思ヲ有シ乍ラ連帶ヲナスト表示ヲナシタルガ如シ。此所ニ法律ト事実トヲ區別シタレドモ、実ハ法律モ亦一ノ事実ニ外ナラザルガ故ニ唯便宜上之ヲ區別シタルニ止リ法律ノ錯誤モ事実ノ錯誤ト同ジク同様ノ取扱ヲ受クベキモノナリ。要スルニ此等ノ場合ハ表意者が表示行為ガ有スルモノト信ジタル表示力ト客観的の見解ニ依ル表示力トノ不一致ノ場合ナリ。

表示行為ノ錯誤トハ、表意者が表現セント欲シタル効果意思

ノ内容ト異リタル内容ヲ誤テ表示シタル場合ニ存スル意思ト表示トノ不一致ヲ云フ。例ヘバ「一〇〇ト云ハント欲シテ\$一〇〇ト云ヒタル場合」ノ如シ。其他誤記誤植ノ場合モ亦皆同様ナリ。此表示行為ノ錯誤ノ場合ト上述ノ内容ノ錯誤ノ場合トハ之ヲ混同セザルコトヲ要ス。即チ表示行為ノ錯誤ノ場合ニハ上述ノ如ク「\$一〇〇ト云ハント欲シテ\$一〇〇ト云ヒテ意思ト表示トノ不一致ヲ来シタル場合ナリ。之ニ反シ内容ノ錯誤ノ場合ニハ表意者ガ「\$一〇〇ト\$一〇〇トハ同一ノ意味ヲ有スルモノト心中ニ於テ誤解シ之ニヨリ客觀の見解ニ依レバ\$一〇〇ト云フベキ所ヲ\$一〇〇ト云ヒテ意思ト表示トノ不一致ヲ来シタルナリ。即チ表示行為ノ錯誤ノ場合ニハ表意者ノ精神ニ誤ナシ。即チ誤解モ誤認モナク唯其表示機關ニ誤アリタルナリ。其機關ガ表意者ノ表現セントシタル内容ト異ナリタル内容ヲ表現シタルナリ。然ルニ内容ノ錯誤ノ場合ニハ表示機關ニハ何等ノ誤ナク表意者ノ精神ニ誤解若シクハ誤認アリタルナリ。要スルニ此場合ニモ表意者ガ表示行為ニ付セントシタル表示力ト客觀的表示力トノ間ニ不一致ガ存スルナリ。

第三項 意思ノ不正ノ伝達

意思ノ表示機關ト意思表示ノ伝達機關トハ之ヲ區別スルコトヲ要ス。意思ノ表示機關トハ表示ヲナス機關ニシテ表意者自身ノ口舌ノ如キ又ハ電話ノ如キハ明カニ之ニ属スレドモ、而モ此機關ニ依ル錯誤ハ表意者自身ノ錯誤ニシテ大多數ノ場合ハ上述ノ表示行為ノ錯誤ニ属ス。然ルニ時ニハ表意者ト相手方トノ間

ニ仲介者ノ存スルコトアリ。例ヘバ使者電信技手等ノ如シ。此等ノ者ガ故意又ハ無意ニテ意思表示ノ誤レル伝達ヲナシタルトキハ即チ此所ニ云フ意思ノ不正ノ伝達ナリ。此場合ニハ表意者自身ノ作成シタル表示行為ノ表示力ト仲介者ノ作成シタル表示行為ノ表示力トガ相一致セザル場合ナリ。故ニ普通ノ場合即チ同一ノ表示行為ニ付シタル主觀的表示力ト客觀的ノ表示力トガ相一致セザル場合トハ異なる。然レドモ此二個ノ場合ハ極メテ類似スルガ故ニ此場合ニモ錯誤ノ原則ヲ類推適用スベキモノト解スルヲ可トス(第九五條、独民第一二〇條参照)。

第四項 錯誤ノ効果

民法ハ意思表示ハ法律行為ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無効トスト規定セリ(第九五條本文)。即チ法律行為ノ内容ノ中要素ト要素以外ノモノトヲ區別シ単ニ要素タル内容ニ錯誤アルトキニ限り其意思表示ヲ無効トスルコトトセリ。即チ内容ノ重要ナル部分ニ錯誤アルトキハ其意思表示ハ無効トシ、内容ノ重要ナルザル部分ニ錯誤アルトキハ其意思表示ハ之ヲ有効トスルコトトセリ。

是ニ於テカ重要ナル内容トハ如何ナルモノカノ問題ヲ生ズ。要素トハ表意者ノ主觀的見解ト客觀的見解トノ兩者ヲ標準トシテ重要ナル内容ノコトヲ云フ。換言スレバ表意者ガ内容ノ或部分ヲ以テ重要ナルモノト思考シ而シテ一般取引上ノ觀念ヨリ觀テモ其部分ヲ重要ト觀ル部分ノコトヲ云フ。主觀的ノ二ノミ重要ト觀ルモ客觀的ニハ重要ナラザル部分又ハ其反對ノ部分ハ共ニ

要素タルコトヲ得ズ。何故ニ此二個ノ標準ニ依ルカト云フニ、表意者ト相手方トガ存スル場合ニ表意者ノ意思表示ニ対シ表意者自身ハ主観的ノ側ナレドモ相手方ハ既ニ客観的ノ側ニ属スルナリ。然ルニ単ニ主観的の見解ノミヲ標準トスルトキハ表意者ノミヲ厚ク保護スル弊ヲ生ズ。故ニ客観的の標準ニ依リテ上ノ主観的ノ見解ヲ制限スルハ公平ノ觀念ヨリ来ルモノニシテ法文ハ之ヲ前提トスルモノト解スルコトヲ得ルガ故ナリ。

錯誤ノ為ニ意思表示ガ無効トナルモ表意者ハ常ニ損害賠償ノ義務ヲ負フモノニ非ズ。不法行為ノ要件ノ備ハルトキニ限り其義務ヲ負フニ過ギズ。更ニ又民法ハ仮令法律行為ノ要素ニ錯誤アルトキト雖モ、表意者ニ重大ナル過失アルトキハ表意者ニ一種ノ制限ヲ加フルコトトセリ。即チ此場合ニハ意思表示其モノハ無効ナルコト前述ノ如クニシテ何人モ其無効ヲ主張スルコトヲ得レドモ唯表意者一人ハ之ヲ主張スルコトヲ得ズ（第九五条但書）。即チ例ヘバ相手方ガ上ノ意思表示ハ有効ナルガ故ニ之ニ基テ生ジタル債務ヲ履行スベシト主張シタル場合ニ、表意者ハ其意思表示ノ無効ヲ主張スルコト能ハザルガ故ニ自ラ其債務ノ履行ヲナサザルベカラズ。即チ此場合ニハ本来無効ノ意思表示ガ有効ノ意思表示ト同一ノ結果ヲ来スナリ。民法ハ損害賠償問題ノ発生ヲ防止スルガ為ニ此立法ヲナシタルナリ。

第九節 瑕疵アル意思表示

第一款 総論

上述ノ心裡留保・虚偽表示・錯誤ノ三者ニアリテハ意思ト表示トガ一致セザル故ニ之等ノ場合ヲ学者ハ意思欠缺ト云フヲ常トス。蓋シ外部ニ現ハレタル表示ニ対応スル内心意思ノ欠缺ヲ意味スルニ外ナラズ。然ルニ茲ニ云フ瑕疵アル意思表示ハ此内心意思ノ欠缺スル場合ニ非ズ、表示アリテ之ニ対応スル内心意思モアル場合即チ意思ト表示トハ相一致スル場合ナリ。唯其内心意思ヲ決定スルニ至ル理由即チ動機ニ関シテ他人ノ干渉アリ、之ニ因テ動機ニ錯誤ヲ生ジ而シテ此錯誤アル動機ニ基テ内心意思が生ジタル場合、又之ニ因リテ恐怖ノ念ヲ生ジ、之ニ基テ内心意思が生ジタル場合之ナリ。故ニ此場合ニハ意思表示其モノヲ当然無効トナスコトヲ得ズ。然リトテ之ヲ有効トナストキハ表意者ニ対シ極メテ酷ナリ。故ニ法律ハ其法律行為ノ効力ヲ制限シ取消シ得ベキモノト為シタリ。此意思表示ノ瑕疵ニ詐欺ト強迫トノ二場合アリ。

第二款 詐欺

第一項 詐欺ノ性質

詐欺トハ欺罔行為ニ依リ表意者ヲシテ錯誤ニ陥ラシメ之ニ因リテ表意者ヲシテ意思表示ヲナサシムルコトヲ云フ。故ニ詐欺ノ成立ニハ以下ノ条件ヲ必要トス。

1 欺罔行為アルコト

欺罔行為トハ虚偽ノ事実ヲ真実ナ

リト云ヒ又ハ真実ノ事実ヲ隠蔽シ又ハ真偽未定ノ事実ヲ既定ノ真実ナリト云ヒテ表意者ニ錯誤ヲ生ゼシムル一切ノ行為ヲ云フ。其方法ハ必ズシモ作為即チ陳述ナルコトヲ要セズ。場合ニ依リ沈黙モ亦欺罔行為トナルコトアリ。即チ例ヘバ陳述ヲナスベキ義務アル者が故意ニ沈黙シ之ニ因テ相手方ニ錯誤ヲ生ゼシムルが如シ。

又欺罔行為トハ事実ノ存否ニ関スル通知ニ外ナラザレドモ此通知ニ二種アリ。主観的ノ見解ニノミ基ケル観念ト観ルベキモノノ通知及ビ客観的ノ見解ニ基ケル観念ト観ルベキモノノ通知ベキモノニシテ欺罔行為ノ内容トナルコト能ハズ。後者ハ事実ノ客観的存否ヲ判断のニ通知スルモノナリ。而シテ之ノミガ欺罔行為ノ内容トナルコトヲ得。

又欺罔行為ハ一ノ行為ナルガ故ニ意思能力ヲ必要トスレドモ法律行為ニハ非ザルガ故ニ行為能力ヲ必要トセズ。又犯罪行為ニモ非ザルガ故ニ刑法上ノ責任能力ヲモ必要トスルコトナシ。然レドモ唯此欺罔行為ハ単ニ欺罔行為タルニ止マラズ不法行為ノ条件ヲ伴ヒテ不法行為トナルコトナキニ非ズ（第七〇九条）。又犯罪行為ノ条件ヲ伴ヒテ犯罪行為トナルコトナキニ非ズ（刑第二四六条）。不法行為・犯罪行為・及ビ欺罔行為其モノハ三個各別異ノ観念ナリ。唯時ニ相伴ヒテ現出シ以テ一個ノ行為ヲナスコトアルニ過ギズ。

2 欺罔ノ故意アルコト

此所ニ故意トハ二個ニ分析シテ

研究スル必要アリ。即チ欺罔者が相手方即チ表意者ヲ錯誤ニ陥ラシメントスルノ故意及ビ其錯誤ニ基テ一定ノ意思表示ヲナサシメントスルノ故意之ナリ。此二個ノ故意ヲ合シテ詐欺意思ト称スルコトアリ。民法上ノ詐欺ノ場合ニハ此二個ノ故意ヲ要スルニ止リ刑法上ノ詐欺ノ如クニソノ他ノ意思ヲ必要トスルコトナシ。即チ例ヘバ欺罔者が自ラ利得ヲ得ントスルノ意思又ハ表意者ニ損害ヲ被ラシメントスルノ意思等ヲ必要トスルコトナシ。加之表意者ニ寧ロ利得ヲ得セシメントスルノ意思アルモ尚民法上ノ詐欺タルコトヲ妨ゲザルナリ。

3 表意者が欺罔行為ニ因リ錯誤シ之ニ因テ意思表示ヲ為シタルコト

即チ欺罔行為ガ原因トナリ錯誤ナル結果ヲ生ジ其錯誤ガ更ニ原因トナリテ意思表示ナル結果ヲ生ズルコトヲ要ス。今欺罔行為ガ原因トナリテ錯誤ノ生ズル場合トハ、表意者が新ニ錯誤ニ陥ル場合ノミナラズ既ニ陥リタル錯誤ノ発見ヲ妨ギ其錯誤ノ程度ヲ強メ又ハ之ヲ継続セシムル場合ヲモ包含ス。

而シテ又其錯誤ハ意思表示ノ縁由即チ動機ニ存スルコトアリ又ハ意思表示ノ意思其モノニ存スルコトアリ。動機ニ錯誤アル場合ニハ之ニ基テ内心意思ヲ決定シ且ツ其決定シタル意思ヲソノママ表現スルモノナルガ故ニ意思ト表示トハ一致ス。此種ノ意思表示ヲ指シテ詐欺ニ因リ意思表示ト云フ（第九六条）。詐欺ノ条文ノ適用アル場合ハ主トシテ此場合ナリ。然レドモ又欺罔行為ヲ原因トシテ表意者ノ意思ト表示トノ不一致即チ意思ノ錯

誤ヲ生ズルコトナキニ非ズ。例ヘバ欺罔者ガ借用証書ヲ貸貸証書ナリト欺キ文旨ノ人ヲシテ記名調印ヲナサシメタル場合ノ如シ。此場合ハ第五條ノ錯誤ノ場合ナルガ故ニ要素ニ関スルトキニハ同條ノ適用アリ。要素以外ニ関スル場合又ハ表意者ニ重大ナル過失アル場合ニハ第九六條即チ詐欺ノ規定ノ類推適用アルモノト解スルヲ正当ト認ム。

第二項 詐欺ノ効果

詐欺ニ因ル意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得ルヲ原則トス。此意思表示ハ当然ニ無効ナルニハ非ズ。当事者ガ之ヲ取消シタルトキニ過及的ニ無効トナルナリ。唯善意ノ第三者ハ多少過失アル表意者ヨリモ尚一層之ヲ保護スルコトヲ要スルモノナルガ故ニ、此第三者ニ対シテハ其取消ヲ對抗スルコトヲ得ザルコトトセリ。但此第三者ノ中ニハ第三者ノ利益ノ為ニスル契約ニ於ケル第三者ハ包含セラルコトナシ（第九六條第三項、五三九條參照）。

而シテ此原則ハ、相手方ナキ意思表示ノ場合及ビ相手方アル意思表示ナルモ相手方ガ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ適用アルモノナリ。相手方アル意思表示ノ場合ニ第三者ガ詐欺ヲ行ヒタルトキハ其効果ハ少シク異ナル。即チ法律ハ相手方ノ善意惡意ヲ區別シテ其善意ナルトキハ之ヲ取消スコトヲ得ズ、但惡意ナルトキニ限り之ヲ取消スコトヲ得ルモノトセリ（第九六條第二項）。之善意ノ相手方ヲ保護スル趣旨ニ出デタルモノナリ。

唯此詐欺ヲ行ヒタル第三者ノ中ニ第三者ノ為ニスル契約ノ場

合ノ第三者ハ包含セラルコトナシ。蓋シ此第三者ハ契約ノ効力ヲ受クルノ点ニ於テハ当事者ト同一ノ利害ヲ有スルモノナルガ故ニ、此中ニハ包含セラレザルモノト解スルヲ正当トスルガ故ナリ。故ニ相手方ガ善意ナル場合ト雖モ、表意者ハ其意思表示ヲ取消スコトヲ得ルモノト解スルコトヲ要ス。蓋シ反対ニ解スルトキハ詐欺者タル第三者ヲ保護シ其不法ナル目的ヲ達セシムルコトトナルガ故ナリ。

第三款 強迫

第一項 強迫ノ性質

強迫トハ害惡ノ通知ニ依リテ表意者ヲシテ恐怖ノ念ヲ生ゼシメ之ニ因テ意思表示ヲ為サシムルコトヲ云フ。故ニ強迫ノ成立ニハ以下ノ要件ヲ必要トス。

1 害惡ノ通知ヲ為スコト 害惡ノ通知ハ一ノ行為ナルガ

故ニ意思能力ヲ有スル者ニ非ザレバ之ヲ為スコトヲ得ズ。然レドモ之ハ其自身ノミニテハ法律行為タル資格ヲ有セズ又不法行為若クハ犯罪行為タルノ資格ヲ有セザルガ故ニ、之ヲ為スニハ行為能力・不法行為能力及ビ犯罪能力ヲ有スルコトヲ必要トスルコトナシ。即チ強迫ノ行為ト不法行為・犯罪行為トハ必ズシモ相排斥スルモノニ非ズ又必ズシモ相伴フモノニ非ズ。

而シテ其通知ハ言葉又ハ態度ヲ以テ之ヲ為スコトヲ得。而シテ害惡トハ危害ヲ加フベキ事実ニシテ其種類性質ノ如何ヲ問ハズ。即チ例ヘバ生命・身体・自由・名譽・貞操・財産等何レニ

対スルヲ問ハズ。而シテ又其加ヘラルベキ人ハ表意者本人ナルト其親族友人ナルト強迫者自身ナルトヲ問ハズ。又其害悪其モノハ強迫者自身が惹起スベキモノタルト第三者ノ惹起シ得ベキモノタルトヲ問ハズ。又人爲ニ依リテ惹起シ得ベキモノタルト否トヲ問ハズ。故ニ客観的ニ観テ実現スルコト能ハザルモノト雖モ苟モ表意者ニ恐怖ノ念ヲ生ゼシムルニ適スルモノナルトキニハ総テ害悪ノ通知タルノ資格ヲ有ス。例ヘバ神仏ノ冥罰ト云ヘルガ如キ通知モ苟モ表意者ニ恐怖ノ念ヲ生ゼシムル以上ハ害悪ノ通知トナル。

2 強迫ノ故意アルコト

此故意ハ二個ノ分子ヨリナル。即チ表意者ニ恐怖ノ念ヲ生ゼシムルノ故意、及ビ其恐怖ニ基テ意思表示ヲ為サシムルノ故意之ナリ。此民法上ノ強迫ハ此他ニ何等ノ意思ヲ必要トセズ。即チ財産上ノ利益ヲ得ントスル意思又ハ表意者ニ損害ヲ加ヘントスル意思等ハ必要ニ非ズ。ノミナラズ表意者ニ利益ヲ得セシメントスル意思アルモ尚強迫ハ成立ス。

3 表意者ガ恐怖ノ念ヲ生ジ之ニ因テ意思表示ヲ為シタルコト

害悪通知ガ原因ヲ為シテ恐怖ノ念ヲ生ジ此恐怖ノ念ガ原因ヲ為シテ意思表示ヲ為シタルコト、即チ此通知・恐怖・意思表示ノ三者ノ間ニ原因結果ノ関係アルヲ要ス。即チ強迫ニハ所謂末遂ナシ。恐怖ノ念ヲ生ジタルヤ否ヤハ純然タル主観的問題ナルガ故ニ、客観的ノ標準ニ依レバ恐怖ノ念ヲ生ズル理由ナキトキト雖モ而モ尚表意者自身が恐怖ノ念ヲ生ジタルトキハ強迫

ハ成立ス。例ヘバ砂糖ヲ毒藥ナリト称シテ之ヲ飲マシメント強迫シタル場合ノ如シ。

4 不適法ナルコト

強迫者ハ害悪ノ通知ヲ手段トシテ被強迫者ヲシテ意思表示ヲ為サシムルコトヲ要ス。茲ニ於テカ從來学者ハ不適法トハ手段ノ合法ナラザルコトカ又ハ目的ノ合法ナラザルコトカトノ問題ヲ提起セリ。元來手段又ハ目的ト云フハ便宜上ノ説明ニ過ギザルガ故ニ目的モ手段モ合併シ全体トシテ合法ナルヤ否ヤヲ定ムルヲ正当トスレドモ、唯便宜上茲ニ此二個ヲ區別シテ説明スレバ手段モ目的モ不適法ナルコトヲ要ス。即チ手段・目的共ニ不適法ナルトキハ強迫ハ勿論成立ス。例ヘバ贈賄セザレバ汝ノ家ニ放火スベシト云ヒタルガ如シ。又目的ガ適法ナルモ手段ガ不適法ナルトキモ同様ナリ。例ヘバ債權者ガ債務者ニ対シ辨済セザレバ汝ヲ殺スベシト云ヒタルガ如シ。又手段ガ適法ナルモ目的ガ不適法ナルトキモ亦同様ナリ。例ヘバ贈賄セザレバ汝ノ犯罪ヲ告発スベシト云フガ如シ。手段・目的共ニ適法ナルトキニハ強迫ハ成立スルコトナシ。例ヘバ債權者ガ債務者ニ対シ辨済セザレバ訴訟ヲ提起スベシ又ハ担保權ヲ実行スベシト云フガ如シ。

唯問題トナルハ目的トナル事項ガ果シテ不適法ナリヤ否ヤト云フ点ニアリ。贈賄スベシト強フルコトハ不適法ナルコト明カナリ。即チ贈賄ナル事柄自身ガ元來不法ナルガ故ナリ。然ルニ契約ヲ為スベシ贈与ヲ為スベシト強フルハ果シテ不法ナリヤ否ヤト云フニ、契約ヲ為スコト自身ハ固ヨリ不適法ニ非ザレドモ

而モ強迫者ハ被強迫者ニ対シテ契約ヲ為サシムルノ權利又ハ贈与ヲ為サシムルノ權利ヲ有スルコトナキハ明カナルガ故ニ、之ヲ強フルハ適法ニ非ザルハ明カナリ。故ニ此等ノ場合ニモ其目的ハ不適法ナルガ故ニ強迫ハ成立スルモノト云ハザルベカラズ。

第二項 強迫ノ効果

強迫ニ因ル意思表示ニ於テハ強迫ハ単ニ意思表示ノ動機ニ属スルモノニシテ意思其モノニ関スルニ非ズ。意思ト表示トハ相一致スルガ故ニ此意思表示ハ意思主義ニ依ルモ無効ナルコトナシ。然レドモ動機ニ対シテ違法ナル干渉アリテ生ジタルモノナルガ故ニ、之ヲ完全ニ有効ナルモノトスルトキハ違法行為ヲ奨励スルコトナルガ故ニ、法律ハ之ヲ取消スコトヲ得ルモノトセリ（第九六条第一項）。而シテ其取消ハ何人ニモ之ヲ對抗スルコトヲ得。即チ第三者ガ強迫ヲ為シタル場合ニ善意ノ相手方ニ対シテモ亦之ヲ對抗スルコトヲ得。而シテ表意者ハ此善意ノ者ニ対シテ損害賠償ヲ為スヲ要セズ。

何故ニ詐欺ニ因ル意思表示ト此強迫ニ因ル意思表示トノ間ニ此如キ効果ノ差異ヲ設ケタルカト云フニ、詐欺ノ場合ニハ表意者ニ過失アルヲ常トス。強迫ノ場合ニハ表意者ニ過失ナシ。強迫ト云フハ無形のニ迫害スルノ行為ナルガ故ニ、有形のノ暴行ニ依リテ直接ニ捺印ヲナサシムルガ如キ場合ニハ単ニ外形上行為アルノミニシテ実ハ行為ニ非ズシテ其無効ナルコト勿論ナリ。強迫ニ因テ受ケタル恐怖ガ強度ニシテ一時其意思能力ヲ失フニ至リタルトキノ行為ノ如キハ又上ト同様ニシテ真ノ行為ニ非ズ。

故ニ外形上ニ存スル行為ハ寧ロ零ト観ザルベカラズ。強迫ニ因リ表意者ガ非真意ノ表示ヲ為シタル場合ニハ、相手方ガ強迫ヲ為シタル時ハ第九三条但書ヲ適用シ第三者ガ強迫ヲ為シタル時ニハ第九六条第一項ヲ適用スルコトヲ得ベシ。

第十節 意思表示ノ効力発生ノ時期

第一款 総論

意思表示ニハ其成立時期ト効力発生時期トが存在ス。此二個ノ時期ノ内効力発生時期ガ特ニ重要ナルガ故ニ単ニ之ノミヲ以テ表題ニ出スヲ通例トス。此二個ノ時期ハ多クハ同時ナレドモ必ズシモ常ニ然ラズ。即チ相手方ナキ意思表示ノ場合ニハ成立ト効力発生トガ同時期ナルヲ原則トス。即チ意思表示ノ完成ノ瞬間ニ於テ其効力モ亦発生ス。但寄付行為・懸賞広告等ニ付テハ特別ノ規定アリ（第三四、五三〇条参照）。

相手方アル意思表示ニ付テハ此等ノ時期ニ関シテ特ニ研究ヲナスノ要アリ。此等ノ時期ニ関スル從來ノ主義即チ表白主義・発信主義・到達主義若クハ受領主義及ビ了知主義ト云フハ、主トシテ所謂隔地者間ニ於テ意思表示ガ為サレ且ツ其意思表示ガ書面等ニ認メラレテ所謂化形的ノモノナル場合ヲ眼中ニ置キタルモノナリ。

即チ表白主義ハ書面ヲ書了リタル時ニ其意思表示ガ成立シ且ツ其効力ガ生ズト為ス。発信主義ハ書面ガポストニ投函セラレタル時ニ成立シ且ツ其効力ヲ発生ト為ス。到達若クハ受領主義

ハ其書面が相手方ニ到達シタル時若クハ相手方ガ之ヲ受領シタル時ニ成立シ且ツ其効力ヲ発スト為シ、了知主義ハ相手方ガ其書面ヲ読リテ其内容ヲ了知シタル時ニ成立シ且ツ其効力ヲ発スルト為ス。此等ノ主義ノ中何レガ可ナルカハ重要ナル立法問題ニシテ適当ニ之ヲ解決スルコトハ困難ナルガ為ニ大多數ノ法律ハ場合ノ如何ニ依リ種々ノ主義ヲ採用セリ。我民法モ略同様ナレドモ特ニ第九七条ヲ設ケテ以テ一般ノ原則ト定メタリ。然レドモ此条文ハ總テノ場合ヲ網羅スルモノニ非ズ。即チ我民法ハ単ニ所謂隔地者間ノ意思表示ニ付テノミ規定ヲ設ケ所謂對話者間ノ意思表示ニ付テハ全然規定ヲ設ケズ。以下ニ於テハ此各意思表示ヲ分ケテ論述セン。

第二款 對話者間ノ意思表示ノ場合

對話者・隔地者トハ元來場所の關係ヲ標準トシテ為シタル區別ナレドモ今日ニ於テハ此標準ハ不適当トナレリ。即チ電話ノ發明ガ殊ニ其原因ヲ成セリ。電話ニ依ル意思表示ハ場所の關係ヲ標準トスレバ隔地者間ノモノナレドモ、而モ其意思表示示其モノノ作用ヨリ云フトキハ對話者間ノモノト云フヲ寧ろ適當トスベキモノナリ。故ニ今日ニ於テハ對話者間・隔地者間ノ區別ハ獨立ノ媒介ニ依ル通達ト然ラザルトヲ以テ其標準トナスヲ正當トス。即チ隔地者トハ獨立ノ媒介ニ依ル通達ノ場合ニシテ對話者トハ然ラザルモノト觀ルベキナリ。

又意思表示ノ成立及ビ効力發生ノ時期ヲ研究スルニ付キ從來

學者ハ或ハ之ヲ化形的ノ意思表示ト非化形的の意思表示トノ區別ヲ為ス者アリ。即チ例ヘバ書面ニ認メタル意思表示ハ所謂化形的のニシテ口頭ニ依ルモノハ非化形的のト云フ。而シテ此區別ノ実益ハ主トシテ意思表示ガ完成ノ瞬間ニ消滅スルト然ラザルトノ点ニアリトス。之極メテ便宜ナル區別トス。

A 化形的の意思表示ノ場合 元來對話者間ノ意思表示ニ付テハ法律ハ規定ヲ設ケズ。故ニ可能ナル限り他ノ規定ノ準用又ハ事物ノ性質目的ヲ基礎トシテ條理上問題ヲ解決スル他ナシ。

對話者間ニ於テ表意者ガ書面ヲ以テ意思表示ヲ為シタル場合ニハ第九七条ヲ準用シ意思表示ハ到達時ニ成立シ且ツ効力ヲ生ズルモノト解スルヲ正當ト認ム。蓋シ意思表示ガ化形的ナルトキニハ隔地者間ノ場合ト大ナル相違ナキガ故ナリ。

B 非化形的の意思表示ノ場合 表意者ガ所謂非化形的の意思表示ヲ為シタル場合即チ例ヘバ口頭ヲ以テ若クハ電話ニテ之ヲ為シタル場合ハ如何ト云フニ、學者或ハ第九七条ヲ準用シテ到達主義ニ依ルベシトノ見解ヲ採ル者ナキニ非ズ。即チ曰ク此主義ニ依ルトキハ相手方ガ故意又ハ過失ニテ意思表示ヲ了知セザル場合ニモ亦其意思表示ハ効力ヲ生ズルコトナル実益アリト。然レドモ此見解ハ誤レリ。

元來到達主義ガ主義トシテ採用セラルルニ至リタル主要ナル理由ハ、到達ナル事實ハ相手方ニ於テ將來意思表示ヲ了知シ得ベキ状態ヲ發生セシムルガ為ナリ。然ルニ此状態ハ意思表示ガ化形的ノ場合ニハ到達ニ依リテ生ズレドモ非化形的ノ場合ニハ

到達アルモ此状態ハ發生スルコトナシ。何故ナラバ非化形的意思表示ハ其完成ト同時ニ消滅スルガ故ニ相手方が将来之ヲ了知スルコト不可能ナルガ故ナリ。故ニ此場合ニハ到達主義ニ依ルコトハ絶対ニ不可能ナルノミナラズ、到達ト云ヘルコト自身モ精密ナル考ニ於テハ之ヲ想像スルコトヲ得ズ。

故ニ此場合ニハ相手方アル意思表示ノ目的ヲ根拠トシ条理ニ基テ之ヲ定ムルノ他ナシ。相手方アル意思表示ハ相手方ニ了知セラルルヲ以テ其終極ノ目的ト為スモノナルガ故ニ、此場合ニハ了知主義ニ依ルヲ正当ト認ム。即チ相手方が意思表示ヲ了知シタル時ニ其意思表示ハ成立シ且ツ効力ヲ生ズルモノト解セザルベカラズ。唯了知トハ客観的ニ相手方が了知シタリト看做スコトヲ得ル状態ノ發生ヲ云フ。實際上主観的ニ了知シタルコトヲ要セズ。即チ客観的ノ了知ト主観的の了知トノ二種アルモノト解シ其客観的の了知ヲ以テ充分ナリト解釈セザルベカラズ。故ニ相手方が故意若シクハ過失ニヨリテ了知セザル場合ニモ客観的の了知アリタルモノト解スルコトヲ得ルハ勿論ナリ。

第三款 隔地者間ノ意思表示ノ場合

A 非化形的意思表示ノ場合 此場合ハ主トシテ表示機関タル資格ヲ有スル伝達者ニ依リ口頭ニテ意思表示ノ為サル場合ナリ。此場合ニモ到達主義ニ依ルベシトノ説アレドモ前述ノ理由ニ依リ到達主義ニ依ルコトハ不可能ナリ。故ニ同一ノ理由ニ依リ了知主義ニ依ルベキモノト為スヲ正当トス。

B 化形的意思表示ノ場合

此場合ハ既ニ第九七条ノ規定セル場合ナリ。同条ハ意思表示ノ成立ト効力發生トニ付キ別異ノ主義ヲ採リタリ。即チ意思表示ハ発信ノ時ニ成立ストナシ此成立ニ付テハ発信主義ヲ採リ、而シテ到達ノ時ニ於テ効力が發生ストナシ此効力發生ノ点ニ付テハ到達主義ヲ採リタリ。故ニ意思表示ハ発信ノ時ヨリ以前ニハ成立セズ又効力ヲ生ゼズ。発信ノ時ヨリ以後到達ニ至ルマデノ中間ニ於テハ客観的ニハ成立シテ一個ノ意思表示ナルモノ存在シ而モ唯其効力ヲ發生セズ。故ニ法律ハ此中間ニ於テ表意者が死亡シ又ハ能力ヲ失フモ、既ニ発信サレタル意思表示ハ後ニ生ズベキ効力ヲ内部ニ含有シツツアリテ何等ノ影響ヲ受クルコトナシトセリ（第九七条第二項参照）。

而シテ発信前ニ於テハ、意思表示ノ取消又ハ撤回ハ之アルコトナシ。何故ナラバ意思表示ハ未ダ成立セズ唯成立ノ準備中ニ過ギザルガ故ナリ。故ニ唯將來ノ成立ヲ妨グル行為アリ得ルノミナリ。例ヘバ書面投函ノ為ニ遣ハサレタル女中ヲ呼戻スガ如シ。而シテ発信後到達前ニ於テハ意思表示ハ之ヲ撤回スルコトヲ得ルニ過ギズ。取消ハ之ヲ為スコトヲ得ズ。而シテ到達後ニ於テ初メテ理由アラバ取消スコトヲ得ルナリ。到達後ハ撤回ハ之ヲ為スコトヲ得ズ。何故ナラバ意思表示ハ既ニ其効力ヲ生ジタルガ故ナリ。

第四款 意思表示ノ受領能力

相手方アル意思表示ハ相手方ノ了知ヲ目的トスルガ故ニ其効力發生ハ相手方ノ了知可能ヲ前提トス。其了知可能ト云ヘル状態ハ内外何レノ側ニモ存在スルコトヲ要ス。外部側ニ存スル此事実トハ主義ノ如何ニ從ヒ発信・到達等ノ事実即チ其了知可能ノ事実ナリ。今茲ニ述ベントスルところハ内部側ノ状態ナリ。内部側ノ了知可能ナル事実ハ何カト云フニ相手方ノ行為能力ハ其事実以上ノモノナリ。了知可能ノ状態ヲ作り得ザル状態ヲ受領無能力ト云フ。此無能力ニ付キ法律ハ総テノ場合ヲ規定セズ単ニ化形的意思表示ノ場合ノミヲ規定シタリ（第九八条參照）。此場合ハ未成年者・禁治産者ノ二者ノミガ此無能力者ナリ。即チ了知可能ノ状態ヲ作ルコトヲ得ザル者ナリ。從テ効力ノ發生ヲ制限セリ。即チ此等ノ者ガ意思表示ヲ受クルモ相手方ハ其意思表示ノ効力ヲ此等ノ者ニ對シテ主張スルコトヲ得ズ。唯其法定代理人ガ之ヲ了知シタル時ニ於テ初メテ之ヲ主張シ得ルニ過ギズ。

非化形的意思表示ノ場合ニハ矢張了知主義ニ依リ相手方ガ意思表示ヲ了知シタル時ニ其効力ヲ生ズルモノト解スルヲ正當トス。而シテ行為能力ハ又受領能力ヲ含有スルモノト解セザルベカラズ。但シ未成年者ト禁治産者トハ完全ナル了知能力ヲ有セザル者トナスガ故ニ此場合ニモ亦其原則ヲ準用シ法律ハ其効力ノ發生ヲ制限スルモノト解スベキナリ。

第十一節 代理

第一款 代理ノ意義

代理トハ一人ガ他人ノ為ニ意思表示ヲ為シ又ハ之ヲ受クルコトヲ云フ。而シテ其意思表示ヨリ成ル法律行為ノ効果ハ直接ニ其他人ニ就テ生ズ。其一人ヲ代理人ト云ヒ其他人ヲ本人ト云ヒ而シテ其代理人ノ相手方トナルベキ者ヲ相手方若クハ第三者ト云ヒ其意思表示ヨリ成ル法律行為ヲ代理行為ト云フ。而シテ從來用キラレタル代理關係ナル語ハ種々ノ意義ヲ有スレドモ本人ト代理人トノ關係・代理人ト第三者トノ關係・第三者ト本人トノ關係ノ三關係ヲ總稱スルモノト見ルヲ穩當トス。

第二款 代理行為ノ成立要件

1 代理人ガ自ら意思表示ヲ為シ又ハ之ヲ受クルコト 凡ソ法律行為ノ組成分子タル意思表示ハ其法律行為ノ当事者ナル効力ヲ受クル者ガ之ヲ作成スルコトヲ要ス。然ルニ代理行為ニアリテハ代理人自身が当事者本人ニ代リテ之ヲ為スコトヲ要ス。即チ消極代理ニアリテハ代理人自身が第三者ノ意思表示ヲ受領ス。即チ代理人ハ本人ノ意思ヲ傳達シ又ハ第三者ノ意思ヲ本人ニ傳達スル器具ニハ非ズ。故ニ郵便脚夫・電信技手又ハ單純ナル使者ノ如キハ代理人ニ非ズシテ使者ナリ。

此ノ如ク代理人ハ自ら自己ノ意思表示ヲ為シ又ハ自ら他人ノ意思表示ヲ受クルガ故ニ、意思表示ノ作成ニ関スル事実ノ有無

ハ凡テ代理人ニ就テ之ヲ定ムベキモノナリ。即チ意思ノ欠缺・詐欺強迫又ハ或事情ヲ知りタルコト又ハ知ラザル過失アリタルコトニ因リテ意思表示ノ効力が影響ヲ受クベキ場合ニハ、其事実に有無ハ本人ニ就テ之ヲ定メズシテ凡テ代理人ニ就テ之ヲ定ムベキモノナリ（第一〇一条第一項）。例ヘバ第三者が代理人ニ対シ非真意ノ表示ヲ為シタル場合ニ代理人ガ其第三者ノ真意ヲ知り又ハ知り得ベカリシトキハ其意思表示ハ無効トナル。之ニ反シ本人ガ其真意ヲ知り又ハ知り得ベカリシトキト雖モ代理人ガ之ヲ知ラザルトキハ其意思表示ハ有効ナリ。之ハ消極代理ノ例ナレドモ積極代理ノ場合モ亦同ジ。

此原則ニ対シ一ノ例外アリ。即チ代理人ガ特定ノ法律行為ヲ為スコトヲ委託セラレ而シテ本人ノ指図ニ従ヒテ其行為ヲナシタル場合之ナリ。此場合ハ本人ガ法律行為ノ性質ヲ特定シ（例ヘバ物ノ所有権ヲ取得セントスルニ當リ、其法律行為ハ贈与・交換又ハ売買ノ内何レカ一ナルコトヲ得ル場合ニ其内ノ売買ト特定シタルガ如シ）、且ツ代理人行為ノ相手方タルベキ三者ヲ特定ニ指定即チ指図シタル場合ナリ。例ヘバ甲ガ乙ヲ代理人トナシ丙ノ店ニ於テ一定ノ物ヲ買來ルベシト委託シタル場合ニ丙ガ非真意ノ表示ヲ為セル旨ヲ甲ガ知りタル場合ニハ乙ノ不知ヲ主張シテ其意思表示ヲ有効ナリト主張スルコトヲ得ザルガ如シ。又例ヘバ相手方丙ガ第三者ニ依リテ行ハレタル詐欺ニ因リ或意思表示ヲ為シタル場合ニ後日丙ガ其意思表示ノ取消ヲ主張シタルトキニ甲ガ自ラ其詐欺ノ行ハレタル事情ヲ知ルトキハ乙ノ不

知ヲ主張スルコトヲ得ザルガ如シ（第一〇一条第二項）。此例外的ノ原則ハ詐欺強迫ノ場合ニハ適用ナク意思欠缺ノ場合ニ適用アリトスル議論アレドモ、而モ此例外原則ハ事情ノ不知ノ問題ヲ生ズル場合ニハ如何ナル場合ニモ適用アルモノト解スベキナリ。即チ場合ガ意思欠缺ノ場合ナルカ又ハ詐欺等ノ場合ナルカハ問フコトヲ要セズ。唯委託ヲ必要トスルガ故ニ法定代理ノ場合ニハ適用ナキヲ原則トスベシ。

次ニ代理人ノ能力ニ就テ述ベンニ代理人ハ自ラ意思表示ヲ作成シ又ハ之ヲ受領スル機關ナリ。故ニ事實上単ニ之ヲ為スコトヲ得ルヲ以テ充分トス。故ニ意思能力ヲ有スルコトノミヲ必要トシ行為能力又ハ權利能力ヲ有スルコトヲ必要トセズ（第一〇二条）。此意思表示ヲ組成分子トスル法律行為ノ効力ハ本人ニ対シテ生ズルニ過ギザルガ故ナリ。従テ本人ハ權利能力ヲ有スルコトヲ要スルニ止マリ意思能力又ハ行為能力ヲ有スルコトヲ要セズ。唯法定代理ノ場合ニハ代理人ガ行為能力ヲ有セザル者ナルトキハ甚ダ不当ナル結果ヲ生ズルコトアルベシ。故ニ此点ニ関シテハ種々ノ制限の規定アリ（第八九五、九〇八、九三四第二項、一一一条等参照）。法律ニ特別ノ規定ナキ場合ニハ無能力者モ亦理論上法定代理人タルコトヲ得ザルニ非ズ。唯事實上之ヲ選任スルコトナカルベシ。

2 代理人ガ本人ノ為ニスルコトヲ示シテ法律行為上ノ意思表示ヲ為スコト 代理人ハ代理意思ヲ有シ且ツ之ヲ表示スルコトヲ要ス。法文ガ本人ノ為ニスルコトヲ示シテト云フハ即チ

此代理意思ノ表示ヲ意味ス（第九九条第一項）。即チ代理行為ハ二個ノ意思表示ヨリ成ルモノナリ。即チ法律行為上ノ効果意思ノ表示及ビ本人ノ為ニスル意思ノ表示之ナリ。故ニ積極代理ノ場合ニハ代理人ガ本人ノ為ニスル意思ヲ有シ且ツ之ヲ表示スル時ハ代理行為上ノ意思表示ハ正当ニ成立ス。

（1） 代理人ガ代理意思ヲ有スルモ之ヲ表示セズ又ハ自己ノ為ニスルコトヲ示シテ法律行為上ノ意思表示ヲ為シタルトキハ代理意思ノミノ点ニ付キ意思ト表示トノ不一致アリ。故ニ其意思表示ハ意思主義ニ從ヘバ無効ナリト云ハザルベカラズ。然レドモ法律ハ相手方保護ノ為ニ代理人ガ自己ノ為ニ之ヲ為シタルモノト看做スコトセリ。但シ相手方ガ本人ノ為ニスル旨ヲ知り又ハ知り得ベカリシトキニハ積極代理ノ普通ノ原則ニ從フベキモノトセリ（第一〇〇、九三条）。

（2） 代理人ガ代理意思ヲ有セズ而モ本人ノ為ニスルコトヲ示シテ法律行為の意思表示ヲ為ストキハ代理意思ノ点ノミニ就テ意思ト表示トノ間ニ不一致アリ。故ニ此意思表示モ亦無効ナリ。而シテ此ノ如キ場合ニハ多クハ詐欺ノ行為が存在ス。

消極代理ノ場合ニハ代理人ハ単ニ第三者ノ意思表示ヲ受領スルニ止マリ自ラ何等ノ意思表示ヲ為スコトナシ。即チ単ニ法律行為上ノ意思表示ヲ為サザルノミナラズ代理ノ意思表示ヲモ之ヲ為スコト能ハズ。第三者ガ代理意思ヲ有シ且ツ之ヲ表示スル

コトヲ要スルモノト解セザルベカラズ。何故ナラバ代理人ニ対シ本人ニ対シテ為スベキ意思表示ヲ為ス者ハ代理意思ヲ有シ且ツ暗黙ニ之ヲ表示セルモノト解スルコトヲ得ルノミナラズ、代理意思又ハ其表示ナキニ於テハ代理人自身ニ対スル意思表示ニシテ本人ノ為ニスルモノニ非ザルハ明白ナルガ故ナリ（第九九条第二項参照）。然ラバ第三者ハ本人ノ為ニスルコトヲ示サズシテ意思表示ヲ為ストキハ法律ハ此意思表示ハ代理人ノ為ニ為シタルモノト看做スカト云フニ然ラズ。此場合ニ就テハ何等ノ規定ナキガ故ニ此意思表示ハ一般ノ原則規定ニ從テ其効力ヲ定ムベキナリ。

代理意思ト共ニ為サルル意思表示ハ法律行為上ノ意思表示ニ限ル。從テ不法行為及ビ事実行為ニ就テハ代理ナルモノナシ。又意思表示ニ限ルガ故ニ意思表示以外ノ事実ハ仮令代理人ガ之ヲ為スモ代理行為ノ範圍内ニ入ラズ。例ヘバ質權設定ニ於ケル質物ノ引渡ノ如シ。法律行為ノ組成分子タル意思表示ハ代理ヲ許スヲ原則トスルモ例外アリ。明文上又ハ行為ノ性質上之ヲ許サザルモノアリ。遺言ハ明文上之ヲ許サズ（第一〇六七条以下）。行為ノ性質上之ヲ許サザルモノハ婚姻・縁組・相続ノ承認・拋棄等身分上又ハ相続上ノ行為ノ如シ。

第三款 代理行為ノ効力

代理行為ハ法律行為上ノ効果意思ト代理意思及ビ此等ノ表示ヨリ成ルハ前述ノ如シ。而シテ此代理行為ハ直接本人ニ対シ法

律上ノ効力ヲ生ズ（第九九条）。此ノ如ク其法律上ノ効力ヲ生ズル為ニハ代理意思及ビ其表示アルヲ以テ足レリトセズ其他ニ此代理意思及ビ其表示ノ効力発生原因ノ存在スルコトヲ要ス。即チ代理人ガ本人ノ為ニスル意思ヲ有シ且ツ其表示ヲ為スモ之ヲ為ス権能ヲ有セザレバ此等ハ結局何等ノ意味ヲモ成サズ。唯此権能アルガ故ニ初メテ意味ヲ成シ法律上ノ効力ヲ生ズ。此権能トハ即チ所謂代理権ナリ。所謂無権代理ノ場合ニハ代理権ハ存在セズ。此場合ニハ本人ノ追認ニ因リ初メテ法律上ノ効力ヲ生ズ。要スルニ代理行為ハ代理権又ハ本人ノ追認ノ存在スルトキニ限り法律上ノ効力ヲ生ズルナリ。故ニ代理権又ハ追認ハ代理行為ノ特別効力要件ト観ザルベカラズ。

第四款 代理ト類似觀念

1 代理ト使者 使者ハ或人ノ意思表示ヲ他人ニ伝達シ又ハ他人ノ意思表示ヲ或人ニ伝達スル機関ナリ。故ニ使者ハ自ら意思表示ヲ作成シテ之ヲ他人ニ通知シ又ハ他人ノ意思表示ヲ自ら受領スルニ非ズ。尤モ使者ガ他人ノ意思表示ヲ受取ルコトハアレドモ此受取ハ或人ニ伝達スルガ為ニ受取ルモノナルガ故ニ所謂受信主義ニ依ル受領ニハ非ズ。之ニ反シ代理人ハ自ら意思表示ヲ作成シテ之ヲ他人ニ通知シ又ハ受信主義ノ意味ニ於テ受領スルナリ。

2 間接代理 間接代理トハ一人ガ自己ノ名ニ於テ他人ノ為ニ行為ヲ為ス。而シテ其行為ハ直接ニ他人ニ對シテ効力ヲ生

ズルニ非ズ。先ツ自己ニ對シテ効力ヲ生ジ後ニ別ニ法律行為ヲ為シテ其効力ヲ他人ニ移ス。例ヘバ問屋ノ如シ（商法第三二三、三三四条）。

3 第三者ノ為ニスル契約 当事者ガ第三者ノ代リニ行為ヲナスガ如ク見ユルモ実ハ然ラズ。当事者ハ自己ノ名ニ於テ法律行為ヲ為シ而シテ其効果ノ大部分ハ当事者間ニ生ジ唯其効果ノ一部分ガ第三者ニ對シテ生ズルノミナリ。故ニ此場合ニハ普通ニ云フ代理ナルモノ存在セズ。古來此第三者ノ為ニスル契約ニ関シ多數ノ學者ガ代理ノ觀念ノ潜在ヲ主張シタレドモ正確ニ非ズ。

4 代位訴権 之亦代理トハ異ナル。此訴権ノ場合ニハ債權者ガ自己ノ名ニ於テ自己ノ為ニ債務者ノ權利ヲ行フモノナリ。此場合ニ債權者ハ債務者ノ法定代理人ナリトノ説アレド根拠ナシ。

5 質權者・抵當權者 此等ノ者ハ質物又ハ抵當物ノ競売ヲ請求スルコトヲ得レドモ（第三八七条）之亦自己ノ權利ヲ行使スルモノナルガ故ニ代理ニ非ズ。

6 保証人 保証人ハ保証契約ニ從ヒ辨済ヲナス場合ニ主タル債務者ノ債務ヲ代理シテ辨済スルガ如ク見ユレドモ実ハ然ラズ。自己ノ債務即チ保証債務ヲ辨済スルニ過ギズ。

7 妻 妻ハ日常ノ家事ニ就テハ夫ノ代理人ノ如ク見ユレドモ必ズシモ夫ノ名ニテ行為ヲ為スニ非ズ。故ニ必ズシモ代理人ト見ルヲ得ザレドモ唯法律ハ場合ニ依リ代理人ト看做スコト

トセリ。

第五款 代理権

第一項 代理権ノ性質

代理権ハ代理行為ノ効力要件ナリ。即チ代理人ガ此代理権ヲ有シ此代理権ニ基テ代理意思ヲ作成シ且ツ之ヲ表示シタルトキニ限り代理行為ハ本人ニ対シ直接ニ効果ヲ生ズ。此代理権ハ法典上ニ於テモ矢張り之ヲ代理権ト称スルガ故ニ（第一〇九、一一一―一一三、一一五、一一七、一一八条）一種ノ權利ナルカノ如ク見ユレドモ之ハ果シテ權利ナリヤ否ヤニ付キ争アリ。一種ノ形成権ナル權利ナリトノ説アレドモ反對論者ハ消極的代理ノ場合ヲ挙ゲテ形成権説ヲ否認セリ。故ニ代理権ハ權利ニ非ズシテ法律上ノ資格能力ト觀ルヲ正当トス。蓋シ形成権ハ其權利者ノ意思ニ依リテ其權利ヲ行使スレバ一方のニ直接權利變動ヲ生ゼシメ得ルモノナレドモ、殊ニ消極代理ノ場合ニハ其代理権者ハ全ク意思活動ヲ為スコトナクシテ代理行為ヲ有効ナラシメ得ルガ故ナリ。

第二項 代理権ノ發生原因

代理ハ之ヲ分ケテ二個トス。委任代理及ビ法定代理之ナリ。委任代理ノ代理権ノ發生原因ニ付テハ議論アリ。元來我民法ニ於テハ法定代理人ノ外ニ委任ニ因ル代理人ヲ規定スレドモ代理権ハ委任・雇用・請負・組合等ノ場合ニモ發生スルコトアルガ故ニ単ニ法定代理以外ノ代理ヲ總テ委任代理トスルハ一見不可

思議ノ如シ。然レドモ代理権ヲ与フル行為即チ授權行為其モノハ必ズシモ此等契約ノ中ニ含まレズ。授權行為ハ此等種々ノ行為ヨリモ別異ノ内容ヲ有スル行為ナリトスルヲ正当トス。而シテ其行為ハ委任契約ト共ニ為サルコト多キガ故ニ法律ハ委任代理ト称スルニ至リタルモ委任ナル文字ハ之ヲ広義ニ解シ広ク本人ノ自由意思ニ依ル授權行為ト解スルヲ可トス。斯ク解スルトキハ授權行為ナル契約ヲ發生原因トシテ生ジタル代理ハ總テ所謂委任代理トナスコトヲ得。吾人ハ此見解ヲ採ル。委任雇用等ノ基礎的契約ト付随的授權契約トノ二個アルヲ通例トスレドモ此二個ノ契約ハ不可分ノ關係ヲ有スルヤ否ヤ即チ授權契約ハ基礎的契約ヲ原因トスル有因契約ナリヤ否ヤハ問題ナリ。然レドモ吾人ハ之ハ有因契約ニシテ授權契約ハ必ズ基礎的契約ヲ原因ト為スコト解スルヲ正当ト觀ル。

法定代理ニ於ケル代理権ハ其代理権ノ發生ガ本人ノ自由意思以外ノ方法ニテ定メラルル總テノ場合ニ存スル代理権ヲ云フ。例ヘバ未成年者ニ対シテ親権ヲ行フ父又ハ母（第八八四条）・禁治産者ノ後見人（第九〇二、九〇三条）・妻ノ財産管理人トシテノ夫（第八〇一条）・本人以外ノ者ノ指定又ハ選定ニ依ル代理人即チ指定又ハ選定後見人（第九〇一、九〇四条）・裁判所ガ選任スル不在者ノ財産管理人（第二五二、二六条）・相続財産管理人等之ナリ。

第三項 代理権限

代理権ノ範圍即チ代理行為ヲ為シ得ル範圍ハ法定代理ニ在リ

テハ法律ノ規定ニ依リ之ヲ定ムルヲ常トス。例ヘバ第二八、五三条以下、七八、八八四条以下、九二三条以下。委任代理ニ在リテハ本人ト代理人トノ間ノ契約ニ依リ定メラルルヲ常トス。

法律ノ規定又ハ契約ノ内容ニ依ルモ尚其範圍ノ不明ナルコトアリ。即チ法定代理ノ場合ニ立法上必ズシモ其權限ノ定メニ遺漏ナシトセズ。又委任代理ノ場合ニモ代理權ハ之ヲ授与スルモ其範圍明カナラザル場合ナキニ非ズ。故ニ法律ハ民法第一〇三条ヲ設ケタリ。尤モ此規定ハ財産上ノ代理ニノミ適用アリテ其他ノ代理ノ場合ニハ適用ナシ。此規定ニ依レバ代理權限ノ定メナキ代理人ハ所謂處分行爲ハ一切之ヲ爲シ得ズ唯所謂管理行爲ヲ爲ス權限ヲ有スルニ過ギズ。所謂管理行爲トハ保存行爲・利用行爲及ビ改良行爲ヲ云フ。保存行爲トハ財産ノ惡變ヲ防止スルニ必要ナル行爲ヲ云フ。例ヘバ取得シタル權利ノ登記・時効ノ中断ノ如シ。又利用行爲・改良行爲ト云フハ代理ノ目的タル物又ハ權利ノ性質ヲ變ゼザル範圍ニ於テ其物又ハ權利ヲ利用又ハ改良スルコトヲ云フ。家屋ヲ賃貸スル行爲ノ如キハ所謂利用行爲ノ例ニシテ、無利息ノ債權ヲ利息附債權ト爲スガ如キハ即チ改良行爲ノ例ナリ。

第四項 代理權ノ制限

代理權ハ法律ノ規定又ハ當事者ノ意思ニ依リ之ヲ制限シ得ルハ勿論ナリ。而シテ法律ニハ代理權ヲ制限スル種々ノ規定アレドモ一般の制限規定ハ第一〇八条ナリ。即チ一人ガ同一ノ法律行爲ニ付キ其相手方ノ代理人トナリ又ハ當事者双方ノ代理人タ

ルヲ得ズトノ規定ニシテ從來ノ法學上ニ所謂自己代理又ハ双方代理ヲ禁止シタリ。今此禁止規定ハ強行法ナリヤ認許法ナリヤニ就テハ爭アリ。此法規ハ一人ニテ相對立スル二個ノ當事者双方ヲ公平ニ代理スルコトハ困難ナリト云ヘル理由ヨリ出デタルモノニシテ公益ニ関スルモノニ非ズ。一般ニ當事者ノ利益ノミヲ保護セントスルニ過ギザルガ故ニ認許法ト解スルガ正當ナルベシ。故ニ本人ガ同意スレバ此規定ニ異リタル代理ヲ爲スヲ得ベシ。又其同意ナシニ自己代理・双方代理行爲ヲ爲シタル場合ニ其行爲ハ當然無効ナリト見ルコトヲ得ズ。寧ロ後述スル無權代理行爲タルノ資格ヲ有スルニ至ルベシ。

此規定ハ法定及ビ委任ノ兩代理ニ適用アルベキモ法定代理ニ就テハ種々ノ規定アリ（第五七、八八一、九一五、九三〇、九三一、商一七六条）。今此法規ハ二個若クハ二個以上ノ當事者相對立シ且ツ其利害相反スル場合ニ限り適用アルニ過ギザルヤト云フニ、法文ハ利害相反スル旨ヲ要求スルコトナケレドモ二個若クハ二個以上ノ當事者ガ相對立スルコトヲ要スルモノト云ハザルベカラズ。然ルニ二個以上ノ當事者ガ對立スル場合ト然ラザル場合トハ一見シテ識別明カナラズ。吾人ハ所謂合同行爲ノ場合ニハ當事者ハ一ニシテ其法律行爲ハ一ノ相手方ナキ単独行爲ト觀ルガ故ニ此場合ニハ本条ノ適用ナシ。登記權利者・登記義務者又ハ株式名義書換人ノ如キ場合ニハ其間ニ利害相反スルコトナキモ當事者ハ二個ニシテ相對立スルモノト觀ザルベカラズ。然レドモ此二個ノ當事者ノ行爲ハ債務ノ履行行爲ナルガ故

ニ第一〇八条但書ノ適用アリテ一人ニテ數個ノ当事者ノ代理ヲ爲シ得ルモノト云ハザルベカラズ。此但書ノ債務ノ履行トハ單純ナル履行行為ニシテ当事者間ニ於テ利害相反セザルモノヲ意味スルモノト解セザルベカラズ。故ニ例ヘバ履行期前ノ債務ノ履行又ハ選択債務ノ履行ノ如キハ此但書ノ中ニ入ラズ。

第五項 代理權ノ消滅

第一一七条ハ代理權消滅ノ事由ヲ挙ゲタリ。此条文ハ總テノ代理權消滅事由ヲ挙ゲタルニ非ズ。又同条ハ認許法ナルガ故ニ当事者ハ之ニ異リタル消滅事由ヲ定ムルコトヲ得。代理權消滅ノ事由ニハ法定代理・委任代理ニ共通ナルモノ及ビ何レカ一方ノ代理ニ特殊ナルモノアリ。

1 共通ノ事由 共通ノ事由ハ本人ノ死亡ト代理人ノ死亡・禁治產又ハ破產ノ四者ナリ。本人ノ死亡ハ法定代理ノ場合ニハ代理人ノ必要ナキコトトナルニヨル。又委任代理ノ場合ニハ基礎トスル信任ヲ喪フコトニヨル。但シ商行為ノ委任ニ依ル代理ハ本人ノ死亡ニ因リテ消滅セズトノ例外アリ。代理人ノ死亡・禁治產・破產ガ代理權ノ消滅ヲ來スハ當然ニシテ特ニ説明ノ要ナシ。唯委任ニ依ル代理人ハ能力者タルヲ必要トセザルガ故ニ禁治產ヲ以テ代理權消滅ノ事由トナシタルハ稍不可思議ノ觀ナキニ非ザルモ、之ハ禁治產者ニ非ザル者ニ代理權ヲ与ヘタルモ其代理人ガ後ニ禁治產者トナリタルヲ云フ。

2 法定代理權消滅ノ特別事由 此事由ニ就テハ法律ハ各種ノ法定代理人ニ付キ各別ニ規定セリ（第二五条第二項、二六、

三七―第五号、七六、八九六、八九七、八九九、九〇八、九一一、九一七、九一九、九二〇、九八七条）。

3 委任代理權消滅ノ特別事由 委任代理權ハ委任ノ終了ニ因リ消滅ス。其他雇用・請負等ノ契約ト共ニ生ズル代理權モ亦授權行為即チ一種ノ委任契約アリタルモノト解セザルベカラズ。而シテ之ト基礎的契約トハ不可分關係ニアルモノト觀ザルベカラザルガ故ニ、此等ノ代理權モ基礎的契約ノ消滅ニ因リテ終了スルモノト解セザルベカラズ。尚委任代理權ハ委任者ノ破產ニ因リテモ消滅ス（第六五三条）。

第六款 復代理

第一項 復代理ノ性質

代理人ガ、自己ノ代理權ノ全部又ハ一部ヲ行ハシムルガ爲ニ自己ノ名ニ於テ一人ノ代理人ヲ選任シタル場合ニ此代理人ヲ復代理人ト云フ。

1 復任契約 復代理人ハ代理人ガ之ヲ選任スルモノナレドモ此選任ノ内容ハ一ノ契約ニシテ此契約ハ委任契約ト授權行為トノ二ヨリナルモノト解セザルベカラズ。此等ノ契約ハ代理人ガ自己ノ名ニ於テ締結スルモノナリ。元來代理人ハ我民法上一定ノ復任權ヲ有ス。此他ニ代理權ヲ有スレドモ此代理權ト復任權トハ混同セザルコトヲ要ス。代理權ハ本人ノ名ニテ行フモノニテ而モ之ハ權利ニ非ズ。之ニ反シテ復任權ハ一ノ權利ナリ。而シテ之ニ基テ爲サレタル契約ハ代理契約ニ非ズ。代理人ト復

代理人トノ間ニ為サルル一種ノ契約ナリ。唯其法律上ノ効力ハ、原則トシテ直接ニ本人ニ対シテ生ズルモノト観ルヲ穩當トス。即チ復代理人ハ代理人ノ代理人ニ非ズ。本人ノ代理人ナリ。復代理人ト第三者トノ間ノ行為ハ本人ノ名ニ於テ為サレ從テ本人ニ対シ直接効果ヲ生ズ。又復代理人ハ本人及ビ第三者ニ対シテハ自己ヲ選任シタル代理人ト同一ノ權利義務ヲ有ス（第一〇七条）。

2 復代理人ノ権限 復代理人ハ自己ヲ選任シタル代理人ノ権限ノ全部又ハ一部ヲ行フ権限ヲ有ス。然レドモ代理人ノ代理権限ハ之ガ為ニ復代理人ニ移転スルモノニ非ズ。代理人ハ依然從來ノ代理権限ヲ有ス。故ニ代理人及ビ復代理人ハ相並ンデ同一ノ権限ヲ有スルモノナリ。然ラバ復代理権限ノ中ニハ更ニ復任権ヲ包含スルヤ否ヤト云フニ、通説ハ之ヲ包含セズ即チ復代理人ハ更ニ自己ノ復代理人ヲ選任スルコトヲ得ズトナス。蓋シ法律上ノ根拠ナシト云フヲ以テ其理由ト為スナリ。

第二項 委任代理ノ復代理

委任代理ノ場合ニハ法律ハ原則トシテ復代理人選任ノ権限ナキコトトシ唯例外トシテ之ヲ許ス。蓋シ此場合ハ代理ハ本人ノ最高信任ニ基クヲ常トシ又代理権ノ範圍ハ狭小ナルヲ常トシ且ツ本人ガ自ラ代理人ヲ定ムルコトヲ得ルヲ常トスルガ故ナリ。其例外ノ場合トハ本人ノ許諾ヲ得タル場合又ハ止ムコトヲ得ザル事由ノ生ジタル場合ナリ。此等ノ場合ニハ復代理人ハ復代理人ヲ選任スル契約ヲ為スコトヲ得。而シテ此契約ハ本人ニ対シ

テ上述ノ効力ヲ生ズルノミナラズ法定的効果トシテ代理人ニ復代理人ニ対スル監督権及ビ解任権ヲ發生セシム。而シテ又代理人ハ本人ニ対シテ復代理人ノ選任及ビ監督ニ付キ責任ヲ負フ。若シ本人ノ指名ニ從テ復代理人ヲ選任シタルトキハ代理人ハ本人ニ対シ復代理人ノ不適任又ハ不誠実ナルコトヲ知りテ之ヲ本人ニ通知セズ又ハ解任スルコトヲ怠リタル場合ニノミ其責任ズ（第一〇五条）。

第三項 法定代理ノ復代理

法定代理ノ場合ニハ法律ハ原則トシテ復任権ヲ認メタリ。其理由ニハ種々アリ。即チ此場合ノ事務ハ極メテ広汎ナルガ故ニ唯一人ニテ之ヲ処理スルコトハ困難ナリ。又本人ガ代理人ヲ選任スルノ能力ヲ有セザルコト又或ハ法定代理人ハ必ズシモ本人ノ信任ニ基テ定メラレタルモノニ非ザルコト等ナリ。法定代理人ハ自由ニ復代理人ヲ選任スルコトヲ得レドモ其責任ハ重大ナリ。即チ代理人ハ其選任及ビ監督ニ付キ本人ニ対シ責ヲ負フハ勿論復代理人ノ行為ニ関シテモ凡テ責任ヲ有ス。唯止ムコトヲ得ザル事由アリテ復代理人ヲ選任シタル場合ニ限り選任及ビ監督ノミノ責任ズベキナリ（第一〇六条）。

第七款 表見的有權代理

代理ニ大約三種アリ。

- 1 有權代理 即チ代理権ノ存スル代理。上ニ述べ来リタル所ハ皆此代理ノコトナリ。

2 無権代理 即チ代理権ノ存セザル代理。之ニ付テハ

第八款ニ述ベントス。

3 表見の有権代理

之即チ茲ニ述ベントスルモノニシテ之ハ本来代理権ノ存セザル場合ナレドモ而モ尚本人ノ側ニ於テ代理権授与行為ヲナシタルガ如キ外形アリ。從テ第三者ニハ恰モ代理権ノ存スルガ如ク見ユル場合ノ代理ナリ。而シテ此表見の有権代理ニハ三個ノ場合アリ。即チ

(1) 授權通知ノ場合 或人ガ第三者ニ對シテ他人ニ代理権ヲ与ヘタル旨ノ觀念通知ヲ為シタル場合即チ特定ノ第三者及ビ不特定ノ一般世人ニ之ヲ為シタル場合ニハ、其他人ハ代理権ヲ有セズ所謂表見代理人ナリ。此場合ニ与ヘタリト云ヘル代理権ノ範圍内ニテ此表見代理人ト第三者トノ間ニ為サレタル法律行為ハ本来代理行為ニ非ザルモ法律ハ第三者ヲ保護スル為ニ本人ヲシテ其責ニ任ゼシムルコトト為セリ(第一〇九條)。此場合ノ責ニ任ズトハ其法律行為其モノヲ有権代理行為ト為スノ意義ニ非ズ。唯有権代理ノ場合ト同様ニ本人ハ直接ニ其法律效果ヲ受ク。

此法律效果ハ法定的法律效果トシテ其法律行為完成ノ瞬時ニ於テ本人ニ對シテ發生スルガ故ニ後述ノ無権代理行為ナルモノノ成立ノ余地ナシ。學者或ハ之ヲ以テ無権代理行為ナリトシ追認ヲ以テ其效果ヲ生ゼシムルヲ得ト為セドモ之ハ非ナリ。行為完成ノ瞬時ニ於テ本人ガ一定ノ責任ヲ負フ以上其法律要件ハ既

ニ其效果ヲ發生シタルモノナルガ故ニ更ニ他ノ效果ヲ發スルコトヲ得ズ。此場合ニ第三者ノ善意ヲ要スルヤ否ヤハ問題ナレドモ吾人ハ明文ヲ根拠トシテ之ヲ要セズトナス。蓋シ第三者ガ惡意ナル場合ニハ之ヲ保護スル必要ナキガ如シト雖モ法律ハ第三者ノ善意惡意ヲ問ハズ。

此授權通知ノ場合ノ原則ハ法定代理ノ場合ニハ適用ナシ。蓋シ法定代理ハ本人ノ授權ナキガ故ニ本人ノ授權通知ハ無意味ナレバナリ。

(2) 越権ノ場合 代理権ヲ有スル代理人ガ其權限以外ノ法律行為ヲ為スモ之ハ正當ナル代理行為ニ非ズ。無効ナルコト勿論ナレドモ唯法律ハ一定ノ場合ニ限り此行為ニ付キ本人ヲシテ其責ニ任ゼシムルコトトセリ(第一一〇條)。一定ノ場合トハ第三者ガ代理人ニ權限アリト信ズベキ正當ノ理由ヲ有セシ場合ノコトヲ云フ。例ヘバ本人ガ後ニ代理人ノ權限ヲ制限シタルニモ拘ラズ委任狀ヲ元ノ儘ニ存シ置キタル場合又ハ白紙委任狀等ニ代理人ガ權限外ノ事項ヲ挿入シタル場合ノ如シ。

正當ノ理由ノ存否如何ハ法律問題ナリヤ又ハ事實問題ナリヤニ付テ爭アレドモ吾人ハ之ヲ法律問題ト觀ル。即チ事實其モノハ事實上起ルニ相違ナケレドモ其起リタル事實ガ之ヲ正當ノ理由ト觀ルコトヲ得ベキヤ否ヤハ法律問題ナリ。而シテ此場合ニハ法律ハ第三者ノ善意無過失ヲ要求スルコトハ勿論ナリ。而シテ此原則ハ法定代理・委任代理ノ兩代理ニ適用アリ。

(3) 代理權消滅以後ノ場合 代理權消滅以後ニ於テハ其

代理人ガ前ノ代理權ニ基テ法律行為ヲ為スモ本来無効ナルコトハ勿論ナリ。唯法律ハ善意ノ第三者ヲ保護スルノ趣旨ヲ以テ何人モ代理權ノ消滅ヲ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノトセリ。此場合ニハ第三者ハ善意無過失ナルコトヲ要スルハ明文上明カナリ（第一一二条）。此場合ニハ代理行為ハ第三者ニ対シテハ代理權ノ消滅ナキモノトシテ取扱フガ故ニ本人ニ対シテ直接ニ効力ヲ生ズルハ勿論ナリ。

第八款 無權代理

或人ガ全ク代理權ナクシテ而モ他人ノ名ニ於テ他人ノ為ニ法律行為的意思表示ヲ為シ又ハ之ヲ受ケタル場合ニ其代理ヲ指シテ學問上之ヲ無權代理ト云フ。又前上ニ述ベタル代理人ガ越權行為ヲ為シタルトキ代理權限アリト信ズベキ正當ノ理由ナキ場合若クハ代理權消滅後前代理人ガ代理行為ヲ為シタルトキニ第三者ガ善意無過失ニ非ザル場合ハ所謂表見代理トナルベキ事由ナキ場合ナリ。故ニ此等ノ場合ハ無權代理ニ入ル。

今此無權代理ト云フハ固ヨリ本人ノ意欲セルモノニ非ズ。又代理人ト称スル者ハ何等代理權ヲ有スルコトナシ。而シテ代理人ハ本人ノ為ニスル意思即チ代理意思ヲ有シ且ツ之ヲ表示スレドモ而モ其意思ノ根拠トナルベキ代理權アルコトナシ。故ニ此所謂代理行為ナルモノハ全然成立セザルモノト観ルカ又ハ無効ナルモノト観ルヲ至當トスベキガ如シ。然レドモ第三者ノミナラズ本人モ之ヲ欲スルコトアラバ、之ヲ有効ト為シ直接ニ本人

ニ効力ヲ及ブベキモノト為スモ取引上便宜ナルベシ。之法律ガ所謂無權代理ヲ認メタル所以ナリ。

蓋シ民法ハ自己ノ名ニ於テ他人ノ利益ノ為ニ其事務ヲ処理スルコトヲ許シテ事務管理ノ制度ヲ設ケ、又ハ自己ノ名ニ於テ自己ノ利益及ビ第三者ノ利益ノ為ニスル所謂第三者ノ為ノ契約（第五三七条以下）ヲ認メタリト雖モ、未ダ之等ヲ以テハ充分ニ需要ヲ充タスニ足ラズ。即チ第三者ガ直接ニ本人トノ間ニ法律關係ヲ成立セシムルコトヲ希望シ又代理人タル者ガ自ラ直接ニ第三者トノ間ニ法律關係ヲ成立セシムルコトヲ欲セザル場合ニ本人ガ自ラ事務ヲ処理スルコト能ハザルトキハ無權代理ヲ以テ最モ便宜ノ方法ト認ムルコトヲ得ルガ故ナリ。無權代理ノ法律行為ノ効果ハ其行為ガ契約ナルト單獨行為ナルトニヨリテ大ニ異ナル。下ニ之ヲ分説セン。

第一項 契約ノ場合

無權代理人ガ第三者ト締結シタル契約ハ完成ノ瞬時ニ於テハ有効ニモ非ズ又無効ニモ非ズ未定ノ状態ニアリ。本人ハ之ニ拘束セラルルコトナシ。唯後述ノ如ク本人ハ之ヲ追認シテ有効ナル行為トナシ又ハ其追認ヲ拒絕シテ之ヲ無効トナスノ權利ヲ有ス（第一一二条）。此所ニ追認トハ無權代理行為ニ有權代理行為ト同一ノ法律効果ヲ生ゼシムル單獨行為ナリ。然レドモ取消シ得ベキ法律行為ノ追認トハ同一ニ非ズ。後者ハ取消權ノ拋棄ヲ意味スルニ反シテ茲ニ云フ追認ハ有効無効未定ノ行為ノ有効ヲ確定スルモノナリ。

1 追認又ハ其拒絶前ノ法律關係

(1) 本人ノ位置 本人ハ何時ニテモ自由ニ無権代理契約ヲ追認シ又ハ其拒絶ヲ為スノ権能ヲ有ス。唯相手方ガ取消権ヲ行使シタルトキハ最早追認ヲ為スコトヲ得ズ。

(2) 無権代理人ノ位置 無権代理人ハ締結シタル無権代理契約ニ付キ其本人ノ追認又ハ追認拒絶若クハ相手方ノ取消アルマデハ之ニ拘束サレ無権代理人自ラ之ヲ取消スコトヲ得ズ。蓋シ此契約ハ既ニ一種ノ効力ヲ生ジ居ルガ故ナリ。

(3) 相手方ノ位置 無権代理人ノ締結シタル契約ノ相手方ハ本人ニ対シ追認ノ催告ヲ為シ又ハ自ラ契約ノ取消ヲ為ス権能ヲ有ス。

A 催告権 相手方ハ相当ノ期間ヲ定メ其期間内ニ追認ヲ為スヤ否ヤヲ確答スベキ旨本人ニ催告スルノ権能即チ催告権ヲ有ス。之即チ本人ニ対スル意思ノ通知ナリ。若シ此期間内ニ本人ノ確答ガ相手方ニ到達セザルトキハ法律ハ追認ノ拒絶アリタルモノト看做スガ故ニ之ニテ此契約ノ本人ニ対スル無効ハ確定ス（第一一四条）。

B 取消権 相手方ハ契約ノ當時代理権ナキコトヲ知りタル場合ノ外ハ取消権ヲ有ス（第一一五条）。而シテ追認ナキ間ハ何時ニテモ之ヲ行使スルコトヲ得。其行使ノ意思表示ハ本人又ハ代理人ニ対シテ之ヲ為スコトヲ得。此取消ハ取消シ得ベキ法律行為ノ取消ト異リ追認権ノ消滅ヲ目的トスルモノナレドモ法律行為ノ消滅ヲ目的トスルモノニ非ズ。

2 追認又ハ其拒絶後ノ法律關係

(1) 追認後 追認ハ前述ノ如ク無権代理契約ノ有効ヲ確定スルコトヲ目的トスル単独行為ナリ。之ニ依テ契約ノ効果ハ直接且ツ遡及的ニ本人ニ対シテ発生ス。但シ此遡及効ハ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ザルガ故ニ、契約ノ完成ノ瞬間ト追認ノ瞬間トノ中間ニ為サレタル処分行為ハ追認ノ影響ヲ受クルコトナシ（第一一六条）。

(2) 追認ノ拒絶後 本人ガ追認ノ拒絶ヲ為シタル場合及ビ第一一四条ノ催告期間内ニ確答セザル為追認拒絶ト看做サル場合ニハ本人ト相手方トノ間ニハ何等法律關係ヲ生ズルコトナシ。而シテ又無権代理契約ハ代理人ト相手方トノ間ニモ最早契約トシテハ何等ノ効力ヲ有スルコトナシ。何故ナレバ之ハ代理人モ相手方モ本人ノ為ニスル意思ヲ以テ為シタルガ故ナリ。唯法律ノ直接規定ニ依リ追認拒絶後ノ無権代理契約ナル法律要件ニ対シ一個ノ法定的法律効果ヲ定メ、代理人ガ其代理権ノ存在ヲ証明スルコト能ハズ而モ本人ノ追認ナカリシトキハ相手方ハ代理人ニ対シ選択的ニ二個ノ權利ヲ取得ス。履行請求権又ハ損害賠償請求権之ナリ。但相手方ガ初メヨリ代理権ナキコトヲ知りタルトキ若クハ過失ニ因リテ之ヲ知ラザリシトキ又ハ代理人ガ無能力者ナルトキハ無権代理契約ハ何等ノ効力ヲ生ズルコトナシ（第一一七条）。此等ノ場合ニハ相手方ヲ特ニ法定的効果ヲ以テ保護スルノ必要ナキガ故ナリ。

第二項 単独行為ノ場合

無権代理人ガ自ラ為シ又ハ受ケタル単独行為ハ原則トシテ無効ナリ。蓋シ単独行為ノ場合ニモ本人ノ追認ニ因リテ有効トナルモノトセバ、本人ニハ大ナル利益ナルモ其他ノ者ニハ不利益ニテ不公平ノ結果トナルガ故ナリ。即チ積極代理ノ場合ニハ相手方ハ此行為ノ成立ヲ妨グル方法ナク消極代理ノ場合ニハ代理人ハ之ヲ妨グル方法ナキガ故ナリ。此原則ハ相手方ナキ単独行為ノ場合ニハ例外ナク行ハルルモ、相手方アル単独行為ノ場合ニハ法律ハ一定ノ要件ノ下ニ例外ヲ認メタリ（第一一八条）。即チ

1 積極代理ノ場合

a 相手方ガ代理人ト称スル者ノ代理権ナクシテ代理行為ヲ為スコトニ同意シタルトキ

b 相手方ガ其代理権ヲ争ハザリシトキ

ニハ其行為ハ本人ノ追認ニ因リ有効トナリ又相手方ハ追認ノ催告ヲ為スコトヲ得。

2 消極代理ノ場合

相手方ガ無権代理人ニ対シ其同意ヲ得テ単独行為ヲ為シタルトキモ亦本人ハ追認ヲ為スコトヲ得。相手方ハ催告ヲ為スコトヲ得。

第十二節 無効及ビ取消

第一款 総論

法律ハ一ノ法律行為ヲ前提トシテ之ニ法律上ノ効果ヲ附著セ

シムルコトハ既ニ述ベタルガ如シ。而シテ法律行為ガ完全ナルトキハ其法律上ノ効果モ亦完全ナリ。元来法律行為ナル事実ハ通例成立要件ト効力要件トノ二者ヨリ成ル。此二者ガ存在スルトキハ法律行為ハ成立シ且ツ其効力ヲ有ス。然レドモ成立要件ガ存在セザルカ又ハ存在スルモ欠点アルトキハ其法律行為ハ成立スルコトナシ。即チ此場合ニハ法律行為ハ不成立トナル。例ヘバ契約ノ申込アリテ其承諾ナキ場合ノ如シ。又成立要件ハ存在スルモ効力要件ガ存在セザルカ又ハ存在スルモ欠点アルトキハ法律行為ハ成立シ居レドモ其効力ヲ生ズルコトナシ。此場合ニハ法律行為ハ無効ナリ。例ヘバ契約ノ申込モ其承諾モアレドモ而モ其内容タル事項ガ善良ノ風俗ニ反スル場合ノ如シ。便宜上前者ヲ不成立ノ法律行為ト云ヒ後者ヲ無効ノ法律行為ト呼バン。此二者ノ區別ノ実益ハ主トシテ前者ハ之ヲ追認スルコトヲ得ザルニ反シ後者ハ之ヲ追認スルコトヲ得ル点ニアリ。然ルニ法律ハ此不成立ノ場合・無効ノ場合及ビ有効ノ場合ノ外ニ、無効ニモ非ズ又確定的ニ有効ニモ非ザル法律行為ノ場合即チ所謂取消シ得ベキ法律行為ナルモノヲ認メタリ。以下ニ無効及ビ取消ニ付キ分説セン。

第一項 無効ノ意義

既ニ一言セルガ如ク法律行為ノ無効トハ法律行為ノ不成立ニ非ズ。法律行為ハ成立スルモ当事者ノ欲望スル効力が生ゼザルコトヲ云フ。其原因ハ効力要件ノ欠缺ナリ。其原因ニハ一般の共通ノモノト各種ノ法律行為ニ特別ノモノトアリ。第九〇、九

三、九四、九五、一一八、一三二、一三三、一三四条等ニ規定セル事実又ハ目的不能等ハ一般的原因ト云フベク、特別原因ハ各種ノ条文ニ規定アリ。

而シテ法律行為ノ効力ハ外界ニ或變動ヲ惹起スルモノナレドモ無効ハ其反対ナルガ故ニ何等ノ變動ヲ惹起スルモノニ非ズ。即チ一ノ法律行為ノ無効ナルコトガ確定セル瞬間ニ於テ其無効ナル性質ハ定マリ後ニ至リテ變動スルモノニ非ズ。故ニ無効ノ原因ナル目的物ノ不融通ガ法律行為ノ完成ノ時ニ存スルトキハ其行為ハ無効トナル。後ニ至リテ其物が融通物トナルモ其行為ハ有効トナルコトナシ。而シテ又無効ハ法律上当然発生スルモノニシテ当然発生セザル無効ハ無効ニ非ズ。株主總會ノ決議無効ノ訴（商一六六条）ハ真ノ無効ノ訴ニ非ズシテ取消ノ訴タル性質ヲ有ス。又婚姻無効ノ訴ハ無効主張ノ訴ニ非ズシテ無効確認ノ訴ナリ。

第二項 無効ノ種類

1 原始的無効ト事後ノ無効 無効ノ原因ガ法律行為ノ完成ノ瞬間ニ於テ存在スルトキハ其無効ハ即チ原始的無効ナリ。例ヘバ其内容ガ公序良俗ニ反スル場合又ハ内心の意思欠缺ノ場合ノ如シ。之ニ反シテ無効原因ガ法律行為ノ完成ノ瞬時以後ニ生ズルトキハ其無効ハ事後ノ無効ナリ。例ヘバ取消ノ結果タル無効・無権代理行為ノ追認拒絶ノ結果タル無効ノ如シ。

2 絶対的無効ト相對的無効 前者ハ何人ヨリ何人ニ對シテモ主張シ得ル無効ニシテ即チ凡テノ人ニ對スル無効ナリ。後

者ハ或人ヨリ又ハ或人ニ對シテ主張シ得ザル無効ナリ（第九四條第二項、九五條但書、九六條第三項）。而シテ特別ノ明文ナキ場合ニハ無効ハ絶対的無効ナリ。

3 一部無効ト全部無効 法律行為ノ効果ノ全部が無効ナルト一部が無効ナルトニヨリ此區別ヲ生ズ。一部無効ハ其全部ノ無効ヲ来スヲ原則トス。蓋シ無効ハ原則トシテハ不可分のナルガ故ナリ（第一三二、一三三條）。唯法律ガ特ニ一部無効ヲ認メタルトキハ此限ニ在ラズ（第二七八、三六〇、四一〇、五六五、五八〇、六〇四條）。我民法ハ独逸民法ト異ニシテ当事者ノ意思解釈上一部無効ト看做スベキ特別ノ規定ヲ設クルコトナシ。故ニ当事者ガ無効ノ部分ナキモ尚残余ノ部分ノ行為ヲ為ス意思ヲ有シタル旨ヲ証明シ得ル場合ノ外一部無効アリト為スコトヲ得ズ。

第三項 無効行為ノ轉換

無効行為ノ轉換トハ一ノ法律行為ガ甲ナル行為ノ効力要件ヲ備ヘズ無効ナルモ乙ナル行為ノ効力要件ヲ備ヘタル場合ニ、甲ナル行為ノ行為者ガ乙ナル行為ノ有効ヲ事実上欲セザルモ客觀的事実ガ其欲望アリト觀ルコトヲ得ルトキハ法律ハ此法律行為ヲ乙ナル行為トシテ有効ト看做ス即チ擬制スルコトヲ云フ（独民第一四〇條）。然ルニ我民法ハ所謂無効行為ノ轉換ニ付テノ規定ヲ設クルコトナシ。故ニ法律上ハ轉換ナルモノナシ。唯当事者ガ特ニ乙ナル法律行為ノ効果ヲ欲スルノ意思ヲ有セントキハ此意思ヲ認メテ甲ナル行為ヲ乙ナル行為トシテ有効ト解スル

コトヲ得。之当事者ノ自由意思ヲ採用スルモノニシテ一般ノ原則ニ依ルニ他ナラズ。

第四項 無効ノ法律行為ノ追認

是ニ追認トハ既ニ為シタル無効ノ旧法律行為アル場合ニ其法律行為ヲ後ニ至リ有効ノモノト觀ルト云フ意思表示ヲ云フ。而シテ旧法律行為ハ無効ニシテ且ツ当事者ハ其無効ナルコトヲ知リ居ルコトヲ要ス。单独行為ノ場合ニハ一人ノミニテ此意思表示ヲ為スベキモ、契約ノ場合ニハ当事者双方ガ之ヲ為スコトヲ要ス。

此追認アル場合ニ其法律効果如何ト云フニ任意の効果即チ旧無効行為ヲ有効ト為スト云フ効果ハ生ズルコトナシ（第一一九条本文）。然レドモ法律ハ之ニ法定的法律效果ヲ附著セシメ当事者ガ旧法律行為ノ内容ト同一ノ内容ヲ有スル新ナル法律行為ヲ為シタルモノト看做スコトセリ（第一一九条但書）。此追認行為ト新法律行為ヲ作成スル行為ト間ニ如何ナル差異アリヤト云フニ、単ニ内容タルベキ事項ヲ特ニ繰返シテ表示スルト然ラザルトノ点ニ在ルノミ。其他ノ点ニ於テハ全ク新ナル行為ヲ作成スルト同一ナリ。故ニ其内容ヲ有スルベキ行為ガ有効要件ヲ備フルニ非ザレバ其追認ガ有効ナル行為トナルコトナシ。即チ例ヘバ意思無能力・法律ノ禁止・公序良俗ニ反スルコト等ノ無効原因ガ存シテ無効ナル行為ナリシナラバ、其無効原因事實ハ今ハ消滅シ居ルコトヲ要ス。新ナル行為ヲ為シタルモノト擬制セラルルガ故ニ其新ナル法律行為ハ遑及効ヲ有セザルハ勿

論ナリ。

第二款 取消

第一項 総説

我民法ニ於テハ取消ナル語ハ種々ノ場所ニ於テ種々ノ意味ニ之ヲ用キタリ。例ヘバ無能力者ノ行為ノ取消（第四、九、一二、一四条）、意思ノ瑕疵ニ因ル取消（第九六条）、方式欠缺ノ場合ニ於ケル取消（第八八七、九三六条）等ノ他ニ尚多クノ場所ニ於テ取消ナル語ヲ用キタリ（第四二四、五三〇、五五〇、七九二条等）。故ニ此取消ト云フ語ハ統一の觀念ヲ有セズ。

今茲ニ取消トハ民法第一二〇条以下ニ規定スルモノヲ意味スルニ過ギズ。而シテ此意味ニ於ケル取消ハ其物体ガ法律行為ニシテ其取消原因ガ無能力・意思ノ瑕疵ノ場合ニ適用アルニ過ギズ。此取消ヲ受クベキ法律行為ハ其取消アルマデハ有効ノ法律行為ニシテ単ニ取消權ガ附著シ居ルニ過ギズ。而シテ其取消アルトキハ其法律行為ハ嘗テ無カリシト同一ニ帰着ス。此意味ニ於テ法律行為ガ為サルトキハ其完成ノ瞬時ニ於テ取消權ナル形成權發生シ、其取消權ノ主体タル者ハ意思表示ニ依リテ其取消ヲ為スコトヲ得。

第二項 取消權者

取消權者タルベキ者ハ以下ノ如シ。

1 無能力者 未成年者・禁治產者・準禁治產者及ビ妻之

ナリ。此無能力者ハ取消權ヲ享有シ且ツ单独ニテ之ヲ行使スル

コトヲ得。準禁治産者及ビ妻ガ之ヲ单独ニテ行使シ得ルコトニ付テハ疑ナシ。唯未成年者及ビ禁治産者ガ之ヲ单独ニテ行使シ得ルヤ否ヤハ問題ナリ。或説ハ単独ニテ之ヲ行使スルトキハ其取消行為モ亦之ヲ取消スヲ得トナス。此説ニ依ルトキハ無限ニ取消ノ取消ガ重ナリテ尚決着スルコトナキニ至ルベシ。或ハ単独ニテ之ヲ取消スコトヲ得ルモ此取消行為ヲ取消スコトハ不可能トナスモノアリ。吾人ハ後者ヲ正当ト認ム。其理由如何ト云フニ取消其モノノ性質及ビ第一二〇条ノ法文ヲ根拠トスルトキハ自ラ明トナル。

2 瑕疵アル意思表示ヲ為シタル者 詐欺又ハ強迫ニ因ル意思表示ヲ為シタル者ハ取消権ヲ有シ且ツ之ヲ行使スルコトヲ得。

3 代理人 無能力者若クハ瑕疵アル意思表示ヲ為シタル者ノ代理人（法定代理人及ビ委任代理人）ハ自ラハ固有ノ取消権ヲ有セザレドモ本人ノ取消権ヲ代理行使スルコトヲ得。但シ委任代理人ハ取消ヲ為スノ権限ヲ有スルコトヲ要スルハ勿論ナリ（第二一〇条）。

4 承継人 取消権者即チ無能力者若クハ瑕疵アル意思表示ヲ為シタル者ノ承継人モ亦取消権ヲ有シ之ヲ行使スルコトヲ得。其承継人トハ包括承継人及ビ特定承継人ヲ包括スルモノト解スベシ。特定承継人ノ範圍如何ニ付テハ議論アレドモ広ク他ノ法律行為ヨリ生ジタル權利ト共ニ取消権ヲ承継シタル者ト解スルヲ正当トス。即チ此如ク解スルトキハ取消シ得ベキ行為ヨ

リ生ジタル權利ノ承継人及ビ其權利ノ設定者ノ承継人ヲモ共ニ包含スルコトトナル。但妻又ハ夫ノ取消権ノ承継者ハ此取消権ガ身分ニ附著スルノ故ヲ以テ之ヲ除外スルヲ正当ト認ム。又承継人ハ現ニ承継ヲ為シタル人ヲ意味スルガ故ニ承継人ガ取消権ヲ有スルニ至ルトキハ前主ハ之ヲ有セザルコト勿論ナリ。即チ前主及ビ承継人ガ独立シテ各自取消権ヲ有スルコトナキハ勿論ナリ。

5 夫 妻ノ行為ニ付テハ夫モ取消権ヲ有ス。但夫ノ代理人及ビ承継人ハ取消権ヲ有スルコトナシ。又其行使ヲモ為スコトヲ得ズ。蓋シ夫ノ取消権ハ身分ニ附著スルモノニシテ其帰属ニ於テモ其行使ニ於テモ身分ヲ離ルルコトヲ得ザルモノト解スベキガ故ナリ。

第三項 取消ノ方法

取消権行使ノ方法ハ意思表示ニ依ル。故ニ無能力者ガ単独ニテ取消スコトヲ得ル前述ノ例外ヲ除キテハ、凡テ意思表示ニ関スル要件ヲ具備スルコトヲ要ス。而シテ取消サルベキ行為ガ相手方アルモノナルトキハ其相手方ニ対シテ取消ノ意思表示ヲ為スコトヲ要ス（第二二三条）。相手方ナキモノナルトキハ世人ガ認識シ得ル方法ニテ其意思表示ヲ為スコトヲ要ス。其取消ヲ為スベキ時期ニ付テハ制限ナシ。故ニ追認又ハ時効ニ依リ取消権ガ消滅セザル間ハ何時ニテモ之ヲ為スコトヲ得。取消ニ条件ヲ附スルコトヲ得ルヤ否ヤハ問題ナレドモ原則トシテハ之ヲ附スコトヲ得ズト為スヲ通説トス。之取消ノ性質ヲ根拠トスルモノ

ナリ。然レドモ特ニ不確定ノ状態ヲ作ルコトナキ場合ニハ条件ヲ附スルモ可ナリト云フヲ亦通説トス。即チ例ヘバ相手方ノ意思条件ヲ附スルガ如キ之ナリ。

第四項 取消ノ効果

第一二条ニ依レバ取消シタル法律行為ハ初ヨリ無効ナリシモノト看做スト云フ。取消ハ前述ノ如ク意思表示ヲ以テ之ヲ為ス。其効果意思ノ内容ハ法律行為ノ取消ト云フ意味ヲ有スルモノト解セザルベカラズ。単ニ取消ト云フ漠然タル意味ヲ有スルヲ以テ充分トス。

而シテ法律ハ取消ナル法律行為ニ対シテ一ノ法定的ノ法律効果ヲ附スコトトセリ。即チ取消サレタル行為ハ初ヨリ無効ナリシモノト看做スト云ヘル効果之ナリ。尤モ此効果ノ意義ニ関シテハ議論アリテ見解分レタレドモ吾人ハ文字通りニ解スルヲ正当ト認ム。即チ取消サレタル行為ハ仮令成立スルモ初ヨリ即チ其成立ノ瞬時ヨリ全ク何等ノ効力ヲモ生ゼザルモノト解ス。此故ニ当事者ハ全ク行為ヲ為サザリシ以前ト同一ノ位置ニアルモノト解スルヲ要ス。故ニ例ヘバ債權契約ガ取消サルトキハ一旦生ジタル債權債務ハ初ヨリ生ゼザリシモノトナル。又物權契約ガ取消サルトキハ初ヨリ物權變動ナカリシモノト為サルルガ故ニ、移転セル物權ハ当然原權利者ニ復帰シ從テ原權利者ハ其以前ノ物權ニ基キ占有又ハ準占有ノ返還ヲ請求スルコトヲ得。又茲ニ問題トナルハ債權行為アリ之ニ基テ物權行為ガ為サレタルトキニ債權行為ノミガ取消サレタル場合ナリ。其物權行為

ヲ無因行為ナリト為ス見解ヲ採ル者ハ此場合ニハ物權行為ハ依然トシテ有効ニ存続スト為スナリ。之ニ反シテ物權行為ヲ以テ有因行為ナリト為ス見解ヲ採ル學者ハ物權行為モ亦当然ニ取消サルルモノト為シ初ヨリ無効ナリトノ説ヲ為ス。吾人ハ後説ヲ採ル。其他ノ種々ノトキニモ取消サレタル行為ハ嘗テ無カリシモノト解シ或ハ債權のニ或ハ物權のニ当事者ヲ原状ニ復セシムルガ如ク解スルコトヲ要ス。

唯此一般ノ原則ニ対スル例外ハ無能力者ノ場合ナリ。即チ法律ハ利益償還ノ点ニ付キ特ニ無能力者ヲ保護スルコトトセリ。即チ無能力者ハ取消サレタル行為ニ因リ受ケタル凡テノ利益ヲ全部返還スルコトヲ要スルニ非ズシテ取消ヲ為シタル後償還ヲ為スベキ時ニ於テ現ニ存在スル利益ヲ償還スル義務ヲ負フニ過ギズ。然レドモ無能力者ハ取消ノ結果トシテ常ニ債權の義務ヲ負フモノト即斷スベカラズ。取消サレタル行為ニ因リ無能力者ガ物權ヲ取得シ保有スル時ハ其物權ハ当然原權利者ニ復帰ス。取消ハ原則トシテ第三者ニ対シテモ其効果ヲ及ボス。唯例外トシテ第三者ガ第一九二条ノ所謂即時取得ノ規定ノ適用ヲ受クルコトヲ得ルトキニハ其規定ノ結果トシテ取消ノ効果ヲ及ボシ得ザルコトトナル。

第五項 取消シ得ベキ行為ノ追認

1 任意追認 取消シ得ベキ行為ハ之ヲ任意ニ追認スルコトヲ得。茲ニ追認トハ取消シ得ベキ行為ヲ其成立後且ツ効力発生後ニ効力ヲ確定的トスル効果意思ノ内容ヲ有スルモノト解ス

ルヲ可トス。尤モ此内容タルベキ事項ニ対スル意思ハ二個ノ方面ヨリ之ヲ立言スルコトヲ得。即チ取消シ得ベキ行為ヨリ立言スレバ法律行為ノ効力確定ノ意思表示ト云フコトヲ得ベク、又取消権ヨリ立言スレバ取消権ノ拋棄ノ意思ト云フコトヲ得。終ノ見解ヲ通説トス。即チ追認ハ一ノ意思表示ヨリ成ルモノニシテ相手方アルコトアリ又ハ之ナキコトアルモ常ニ単独行為ナリ。

（一）追認ヲ為シ得ル者 追認ハ取消権ノ拋棄ナルガ故ニ之ヲ為シ得ル者ハ取消権者ナリ（第二二〇条）。追認ハ取消ノ原因タル情況ノ止ミタル後之ヲナスニ非ザレバ其効ナシ（第二二四条第一項）。即チ取消原因タル無能力・意思ノ瑕疵ガ存続スル間ハ追認ヲ為スモ無効ナリ。此規定ノミヲ根拠トシテ之ヲ詳説スレバ、妻ハ婚姻中、準禁治産者・禁治産者及ビ未成年者ハ其無能力中ハ単独ニテ追認ヲ為スモ無効ナリ。故ニ取消権ノ發生ヲ防止スル力ノミヲ有スル法定代理人・保佐人ノ同意又ハ夫ノ許可ヲ得ルモ尚有効ナル追認ヲ為スコト能ハズ。之此法規（第二二四條）ヨリ生ズル理論ナリ。

然ルニ第一九条第四項ハ準禁治産者及ビ妻ハ保佐人又ハ夫ノ許可ヲ得テ追認ヲ為シ得ル旨ヲ規定スルガ故ニ、第二二四條第一項ハ準禁治産者ト妻トハ之ヲ除外スルモノト解セザルベカラズ。從テ未成年者ト禁治産者ト二者ノミガ独断ニテ又ハ法定代理人ノ同意ヲ得テモ追認ヲ為スコトヲ得ズト解セザルベカラズ。又瑕疵アル意思表示ヲ為シタル者ハ詐欺ヲ発見シ又ハ恐怖ノ念ノ去リタル後ニ非ザレバ追認ヲ為スモ無効ナリ。唯夫又ハ法定

代理人ハ取消原因ノ存スル間ト雖モ有効ニ追認ヲ為スコトヲ得（第二二四條第三項）。

第二二四條第二項ノ規定ハ禁治産者ノミニ関スル規定ナレドモ之ハ無用ナル贅文ニテ意味ヲ成サズ。能力回復ノコトハ第一項ニ規定アリ又行為ノ了知ト云フハ如何ナル時ニモ自然的ニ之ヲ必要トスルモノナルガ故ナリ。茲ニ問題トナルハ未成年者ガ取消シ得ベキ法律行為ヲ為シ成年ニ達スルト同時ニ禁治産者又ハ準禁治産者トナリタルトキハ如何。此トキニハ取消ノ原因タル未成年ト云フ無能力ハ止ミタレドモ新ニ他ノ無能力ノ原因ガ生ジ來リテ存在スルナリ。元來ノ原因ハ消滅シタレドモ而モ追認ハ一ノ法律行為ナリ。而シテ禁治産者又ハ準禁治産者ハ無能力者ナリ。此無能力者ノ内禁治産者ハ同意ヲ得ルモ全ク行為ヲ為スコトヲ得ザルモノナルガ故ニ此トキニモ追認ヲ為スコトヲ得ズ又準禁治産者ハ保佐人ノ同意ヲ得レバ追認ヲ為スコトヲ得ルト云ハザルベカラズ。

（二）追認ノ要件及ビ方法 追認ノ要件ハ①取消ノ原因ヲ自覺スルコト②取消ノ原因ガ存続セザルコト③取消権ノ發生シ居ルコトノ三者ナレドモ其未ダ述べザル第三ノ要件ノミニ付テ一言セン。追認ハ既述ノ如ク取消権ノ拋棄ナルガ故ニ取消権ガ發生シ居ルコトガ前提ナルコトハ勿論ナリ。唯茲ニ問題ハ取消権成立前ニ予メ追認ヲ為スコトヲ得ルヤトノコトナリ。元來公益ニ基テ發生セシメラレタル權利ト雖モ權利ノ行使ガ私益ノミニ関スルトキハ既得ノ權利ハ之ヲ拋棄シ得ルハ勿論ナリ。然レ

ドモ発生セザル以前ノ予メノ抛棄ハ不可ナリ。又之ヲ将来取得シタルトキニ抛棄スルコトヲ予メ表示シ置クコトモ不当ナリ。即チ予メノ追認ハ全然不可能ナリ。

(3) 追認ノ効果 追認ノ効果ハ法定の効果ニシテ取消シ得ベキ行為ハ初ヨリ有効ナリシモノト看做スト云フ効果ナリ。即チ其行為ハ初ヨリ有効ナリシモ取消権附有効ナリシヲ以テ、茲ニ有効ナリシモノトハ取消権ハ附著セズシテ純粹ニ有効ナリシモノト看做ストノ意味ナリ。即チ債権ノ発生ハ其儘ニ存シ又物権ノ変動ハ其儘ニ存スルモノナリ。効果ノ此確定ハ外界ニ特別ノ変動ヲ惹起スルモノニ非ザルガ故ニ第三者ニハ何等ノ影響ヲ及ボスコトナシ。第一二条但書ノ規定ハ何等ノ意味ヲ成スコトナシ。

2 法定追認 当事者ハ其自由意思ニ因リ明示の若クハ默示のニ追認ヲ為スコトヲ得。法律ハ此所謂任意追認ノ外ニ法定追認ヲ認メタリ。即チ法定追認トハ当事者ガ前述ノ任意追認ヲ為スコトヲ得ル時ヨリ後取消シ得ベキ行為ニ付キ法定ノ事実ヲ生ゼシムルコトヲ云フ。此場合ニハ当事者ノ任意追認ニ於ケル如ク追認意思ヲ明示又ハ默示ニテ表示スルコトヲ要セズ。取消原因ノ存スルコトヲ自覺スルコトヲモ要セズ。単ニ右法定事実ヲ生ゼシムルコトノミヲ以テ充分トス。法律ハ此事実ニ対シテ一ノ法定の効果即チ取消シ得ベキ行為ヲ初ヨリ有効ナリシモノト看做スト云フ効果ヲ生ゼシムルコトトセリ。唯当事者ガ右ノ法定追認事実ヲ生ゼシムルニ際シ此効果ヲ排斥スルノ意思表示

ヲ為ストキ即チ異議ヲ留保シタルトキハ此限ニ在ラズ。其法定事実ハ第一二五条ニ明規セリ。

第六項 取消権・追認権ノ競合

当事者ノ一人ガ取消権ヲ有スルトキハ同時ニ追認権ヲ有ス。一個ノ法律行為ニ関シテ単ニ一個ノ取消権者ノミガ存スルトキハ其者ハ追認権ヲ有スルモ別ニ競合問題ハ生ゼズ。即チ其取消権者ガ取消ヲ為ストキハ之ニテ取消事項ハ無効トナリ追認権ハ消滅シ、又追認ヲ為ストキハ之ニ依リテ取消権ハ抛棄ニ因リ消滅ス。時ニハ当事者ノ一方ニ二個ノ取消権ト二個ノ追認権トガ存スルコトアリ、又ハ当事者双方ニ一個ゾツ又ハ一個以上ゾツノ取消権・追認権ガ存スル場合アリテ競合ス。以下ニ場合ヲ分ケテ説明セン。

1 当事者一方ニ二個ノ取消権ノ存スル場合

(1) 妻ガ取消シ得ベキ行為ヲ為シタルトキ 此トキニハ妻ト夫トハ各自独立ノ取消権ト追認権トヲ有ス。故ニ妻又ハ夫ハ単独ニテ取消ヲ為スコトヲ得。今単独ニテ取消ヲ為ストキハ之ニテ取消シ得ベキ行為ハ無効トナルガ故ニ他ノ一人ノ取消権及ビ追認権ハ消滅ス。追認ハ夫ハ単独ニテ為シ得ルモ妻ハ夫ノ許可ヲ得ルニ非ザレバ之ヲ為スコトヲ得ズ。妻ガ夫ノ許可ヲ得テ追認ヲ為シタルトキニ夫ハ自己ノ取消権ヲ行フコトヲ得ルヤ。夫ガ追認ニ対シ許可ヲ与ヘタルモノナルガ故ニ夫ハ自己ノ取消権ヲ暗黙ニ抛棄シタルモノト解スルヲ正当トス。夫ガ単独ニテ追認ヲ為シタルトキハ妻ハ取消権ヲ行フコトヲ得ルヤ。法典ノ

解釈上ハ取消ヲ為シ得ルモノト云ハザルベカラズ。法律ガ夫ト妻ニ一個ツツノ取消權ヲ付与シタル以上ハ一ハ夫權尊重ノ意味ノ取消權、他ノ一ハ妻ノ無能力保護ノ意味ノ取消權ナリト解スルノ外ナキガ故ナリ。然ラバ夫ノ追認權ノ行使ト妻ノ取消權ノ行使トガ同時ナルトキハ如何。二個ノ權利行使ガ互ニ其効力ノ發生ヲ阻止スルガ故ニ結局何等ノ効力ヲ生ゼズ。

（2）無能力者ガ瑕疵アル意思表示ヲ為シタルトキ 此トキニハ無能力者ハ無能力ノ原因ニ因ル取消權ト瑕疵ノ原因ニ因ル取消權トヲ有ス。此トキニハ無能力者又ハ法定代理人ガ意思ノ瑕疵ヲ知リツツ取消又ハ追認ヲ為ストキハ、二個ノ取消權ハ同時ニ行ハレ又ハ拋棄セラレタルモノト解スルコトヲ得。之ニ反シテ意思ノ瑕疵ヲ知ラズシテ為シタルトキハ右ト異ル。即チ無能力者又ハ法定代理人ガ無能力ヲ原因トスル取消ヲ為ストキハ他ノ取消權モ消滅ス。之ニ反シテ追認ヲ為ストキハ瑕疵ヲ原因トスル取消權ハ尚之ヲ行使シ得ルモノト云ハザルベカラズ。

2 当事者双方ニ取消權ノ存スルトキ 当事者双方ガ無能力ナル場合及ビ当事者ノ一方ガ無能力ニシテ他方ガ瑕疵アル意思表示ヲ為シタル場合ニ当事者ノ一方ガ取消ヲ為ストキハ他ノ取消權・追認權ハ消滅ス。然ルニ追認ヲ為ストキハ他ノ取消權ハ消滅セズ。故ニ此取消權ハ之ヲ行フコトヲ得ルモノト解スルノ他ナシ。

第七項 取消權ノ時効

法律ハ取消權ノ時効ニ付テハ一般ノ通則即チ第一六七条第二

項ノ通則ニ依ラズシテ特別ノ規定ヲ設ケタリ。即チ取消權ハ行為ノ時ヨリ起算セズ追認ヲ為スコトヲ得ル時ヨリ起算シテ五年間又ハ行為ノ時ヨリ起算シテ二〇年間之ヲ行使セザルトキハ時効ニ因リテ消滅スルモノトセリ（第二二六条）。而シテ此期間ハ法文ニ明ナル如ク時効期間ニシテ除斥期間ニ非ズ。此二者ノ相違ハ援用ヲ要スルコト中断又ハ停止アルト然ラザルトノ点ニアリ。即チ時効ノ場合ニハ当事者ハ時効ヲ援用シ又ハ中断シ或ハ停止セララルコトアレドモ除斥期間ニハ全ク此等ノコトナシ。但シ我民法ニテモ親族法上ノ行為ノ取消ニ付テハ其期間ヲ除斥期間トナセリ。（第七五八、七五九、七八二、七八四、七八六、八五三、八五五、八五九条等）。

— 以上峯村ノート民法総論 終 —