

〔資料〕

末弘巖太郎の最後の民法講義

五十嵐 清

〔はじめに〕

末弘巖太郎は、1944年（昭和19）年10月から12月にかけて、東京帝国大学法学部の1年生を対象に、民法1部の講義をした。それは、まもなく戦場に赴く新入生に、短期間に民法の神髄を授けたいという熱意にあふれた講義であり、幸いにしてその講義を聞く機会を得た学生に対し、終生忘れることのできない感銘を与えた。以下は、当時の私の講義ノートを公開しようとするものである。内容は、民法総則を中心とし、それに不法行為を加えたものである（この点では、拙著『私法入門』〔有斐閣、1991年〕とまったく同一である。拙著執筆時にはこのノートの存在を忘れていたが、やはり始めて受けた講義の印象は一生つきまとうものである）。末弘は戦後は労働法の講義をただけで、民法の講義をする機会がなかったので、これが末弘の最後の民法講義となったと思われる。末弘は、債権各論と物権法については教科書を残しているが、民法総則についてはまとまった著作を残していない。その意味では、この講義の公表はこれまでの空白を埋めるものである。最近、日本の民法学史について関心が高まり、末弘もその中心にあるので、戦争末期に末弘がどのような民法講義をしたかを明らかにすることは、当時その講義を聞く機会を得た者の義務であろう。

とはいっても、本稿に多くの限界があることも明らかである。末

弘はノートを取ることに批判的であり、私のノートも、末弘講義の一部を伝えるにすぎなく、とりわけそのダイナミックな講義手法は伝えるすべもない。しかもこのノートは、法学部に入学当初の学生の理解しえた範囲でのものである。こんにち読みなおしてみても、当時理解不十分だったと思われるところが多々ある。しかし、明らかに間違ったところや、意味の通らないところをしかるべく訂正したが、それ以外はなるべく当時のノートのまま再現した（ただし、条文の改正などのため、誤解を生ずるおそれのあるときは、〔 〕内でコメントをつけた）。この講義の公表が、末弘の真意を損なうことの少ないことを祈っている。最近『法学教室』に連載された高見勝利「憲法体制の転換と宮沢憲法学」（194—203号）における芦部ノートのように、他の聴講者による補正を期待したい。

〔末弘民法講義の目次〕

第1章 民法学

第2章 民法

第1節 民法の意義および性質

第2節 民法の法源

第3章 私法関係の主体に関する法

第1節 総説

第2節 自然人（人）

第3節 法人

第4章 法律関係とその変動

第1節 総説

第2節 法律行為

第3節 不法行為

第4節 時の経過、とくに時効

第1章 民法学

1) 法律学について

法律学の由来は、西洋にある。西洋においても急激に発達したのは新しく、ルネサンス以後、とくに18・19世紀に、近代国家（中央集権と法治国家Rechtsstaatを特徴とする）が起こるとともに、重要視された。日本が明治維新後、近代国家の形体を取ったことが、当

然西洋風の法律を輸入し、さらに法学も取り入れることになった。
中央集権と法治国家にとっては、法律がもっとも必要である。

これを内容にみると、まずキリスト教の影響（法律において何が正しいかをつきつめると、最後にキリスト教の神に達する）が極めて強く支配していた。ローマ教会は長く精神上のみならず、世俗の支配もした（人為法）。これに対し、近世には自然法が起り、人間の理性に基づくことを説いた。しかしキリスト教の影響はけっして失われなかった。19世紀の終わり、第2産業革命のとき、ふたたび自然法が盛んになったが、やはり神の信仰は衰えなかった（新トーマス派）。

第2の問題としては、法律制度が使っている法的技術を受け継いでいる。ギリシア以来のものを受け継ぎ、近代社会を規律するのに適合するものを取り入れている。そのなかで、大部分はローマ法である。ドイツで一番強く、フランスがこれに次ぐ。イギリスにおいても一般に信ぜられているよりも大きい。ローマの世界統一以前は、宗教と法律が区別されず、法律は必要でなかった。世界統一後、これを新たに規制するために、多くの法律学者の意見があったが、それをのちに統一したものが、ユスチニアヌスの法典である。異民族を沢山集めた国家は、中央集権に類似している。中世の終わり、ヨーロッパで異民族との交通が始まり、また中央集権の風となり、近代国家となるとともに、ローマ法の技術を取り入れたのである。いま一つは、イギリスの裁判官の努力が採用された（Common Law）。さらに、ヨーロッパの中世以後、海上の商取引が盛んになり、その間に長年の慣習法が発達し、その技術は現在の商法に採用されている。その他、ローマ的法技術に対するゲルマン的法技術があるが、これは大きな国家には適応しない。

第3の問題として、自然法思想の影響がある。ルネサンスは人間の権威の自覚であり、他律的より自律的となり、神という他のものによる秩序は次第に崩壊した。新しい秩序は必然的となり、それは人間の理往によるべしと主張された。その内容はすべての人に自由

平等を与えたが、その技術はローマ法の技術を道具として秩序を作った。19世紀の初め、プロイセン法典やナポレオン法典の成立したのは、自然法のおかげである。イギリスにおいても、Benthamが立法を説いた。国際法を説いたGrotiusは、中世以後の戦乱の後、国々との関係を法の支配するものとして、自然法を取り入れ、国を力の差にかかわらず一つの単位として、ローマ私法派の技術を使った。18世紀の終わりに、君主の権力をいかに規定するかの問題となり、君権神授説と社会契約説が対立し、後者が優勢を示した。Kantの意義は、神信仰のなくなった当時、人間の理性によって道德の基礎を作った点にある。

つぎは、近代国家が法律の必要を盛んにしたことについて。地方分立では、知っている人同士の間で秩序、取引が行われていた。この例外が商業で、知らない人と取引が盛んに行われていたので、ここに比較的早く法律が成立した。これに対し中央集権においては、知らない人の間に法律が成立する（ドイツで法律が完成したのは極めて遅いが、19世紀の初めに法典論争があった。自然法を作るという見解と、ローマ法からとった*gemeines Recht*を主とする民族精神に根を有するいままでの法典でよいという見解の間の論争である。Savignyがこの*gemeines Recht*を組織立てた。これにThibautが対立した。しかしSavignyのいう法は一般国民の間に植えつけられていたのではなく、裁判官の頭のなかにしか伝わっていないものであるとして、ゲルマニステンの考え方が19世紀半ばころ起こった。Gierkeがこの最後にでた。日本の市町村制は明治20年以後はローマ法式法人であったが、それ以前はGierkeの考え方に近い制度であった。入会権）。

また法治主義について。法治主義とは、国の政治に対し人民の自由を守る、つまり、人民の自由を法によって守る、逆に法で政治を縛ること（行政裁判）である。憲法、罪刑法定主義。法治主義については、また裁判には理由をつけなければならない。その理由は法律に基づかなければならない。

つぎに、権利について。権利を必要以上に使うと権利濫用になる。権利は元来個人的自由のためにあるもので、法律がこれを確保している。

近来日本法学の樹立が叫ばれていたにもかかわらず、その本質が変わらないのは、現在の国家体制が中央集権的であり、法治主義であるためである。法律思想のほうは変更できるが（小野清一郎）、技術のほうは難しく、それに代わる新しい技術を確立しなければ不可能である。法律の歴史的研究、比較法学および各国の慣習法を研究することによって、技術がえられる。

2) 民法学の目的

一般に法律学の目的は、良い法律、または正しい法律を発明することである。具体的には、立法のとき、良い法律を作ること、および裁判において、いかにしたら良い裁判ができるかということである。しからば正しい法律とはなにか。一つは正義の要求に合致している。いま一つは公平の要求に合致することである。イギリスの学者Maineは、昔は公平の要求は無かったが、人智が発達し、同じような事件が多くなると、神に対して面倒だから、一度決定したことは後になってもそれを使う、これが法律による裁判の起こった初めである、これが公平である、といっている。

正義についても、歴史的には初めは宗教的色彩をもっていたが、後には人間の理性によって立てられたものとした。なかにはこれに懐疑を抱き、正義の存在を否定して、合目的性をもってこれに代えた。19世紀のドイツ法学の発展においては、法律の目的を考えたことが非常な進歩である。刑法においてはとくに刑罰の目的を考えた。たとえばJheringは「法律における目的」を著している。しかし実際において立法者や裁判官は合目的性のみによって支配されているのではなく、それぞれ世界観に基づき正義の観念をもっている。とくに法治主義のような機械的なものを排し、機動性をもたせようとする現在では、正義の観念はますます主張されている。

正しい法を求める方法を歴史的に考えれば、初めは神により神託を考えたりした。それが覆って人間の理性に求められるようになり、法理学のような思弁的方法によった。19世紀には一応自然法が勝利を占めて法律が完成すると、一時はこれに自己満足を感じていた。このときは、法律と社会とが一致していたことを表す。しかるに、19世紀後半、自然法的に考えられた秩序が崩壊してきた。故意または過失責任主義→無過失責任主義。かくして各種の問題が起こってきた。以前には実定法 *positives Recht* に対する批判が無かったが、それ以後は法理学、法律哲学が盛んになった。以前は論理的完結性 *logische Geschlossenheit* が信ぜられ、法律学の方法とは、個々の事実を帰納して、論理を発見するにあった。これを概念法学という。論理的完結性とは、実定法のなかにすべての法が含まれている、という主張である。これに対して、実定法には欠陥があり、それを補充する方法が法律哲学の問題である。穂積重遠博士は、条理法の存在を主張した。それに満足しないで、もっと科学的方法を進めていかなければならないと主張したのは、有名なフランス人法学者 *Gény* であり、これを自由法学という。以上は、法理学の部門における発展である。

つぎに、19世紀の特徴としては、歴史学が科学として成立したことであるが（物事の因果関係は漠然と見ることはできないので、なんらかのモメントの発展と見た。たとえばマルクス主義における物質）、同時に社会学の発達も著しい。これによって人間社会が研究の対象となり、法則がそこに求められた。法律学も社会学の影響を受け、また歴史学によて与えられた古今東西における法律の研究対象が多くなり、交通の発達によって、他国の法律との比較も行われ、また未開民族を征服する間に、彼らの法律も研究された。そこに法に関する自然法則を見出すことができる。社会学の自然法則によって存在の法則が分かり、それを利用すれば目的が達せられることが分かる。法律の歴史学と法律社会学（比較法学あるいは一般法史学）は科学的であって、思弁的な方法によるよりも必要である。法律社

会学そのものは盛んでないが、現在の法律学には社会学的要素が多分に取り入れられている。

3) 法学の分類

(1) 法哲学 思弁的方法により正しい法を求める。高遠な問題ではなく、法的に物を処理する場合、意識的、無意識的に作用している。

(2) 法事実学 法を一つの社会的、歴史的事実と見て、それを客観的に研究する学問。これは二分される。

(a) 法史学

(b) 法社会学 社会学は次第に政治学、経済学、法律学等に吸収され、ついには方法論のみになった。Kohlerの一般法史学＝法社会学

19世紀に経済が発達すると、それに対する法則が生じ、その法則を法学が利用しようとした。その場合、経済の自然法則からは当為規範が出てくるかという問題がかってドイツで議論され、Stammelerが新カント派の立場からマルクスの唯物史観を批判した（「経済と法律」）。わが国にも、法学を経済学の法則から研究しようとすることが一時盛んであった。

(3) 法政策学 一国、一社会の実際の要求に即して法を考える（実用法学）。これは二分される。

(a) 立法学 これは割合に研究されない。これには豊富な法史学、法社会学の知識が必要である。新しい法を作ろうとする場合、第一に法哲学的思弁を要するが、それに劣らず上述の知識が必要である。最近の立法の粗製濫造の原因は、従来の大学教育が解釈法学に耽っていたことに求められる。外国法を参考にする場合は、その法の背景まで考えなければならない。

(b) 法解釈学（解釈法学） 一国の実定法の内容を理論的に解明する。民法学とは、日本の民法の内容を明らかにする。その目的の一つは、法の内容を明らかにすることによって、社会の秩序を保つ

ためであり、第二は、争いが起こったとき、それを裁断する裁判規範を明らかにして、裁判を合法的ならしめるためである。解釈学のなかで従来学者の心を惹いたのは後者である。理想的には前者（争いを未然に防ぐ）が注目されるべきである。但し刑法においては19世紀以後犯罪が多くなったのに関係して、刑事学等の刑法に関する社会学的研究が進んで、犯罪の予防がだいぶ進んだ。民法においてはいわゆる訴訟法学のみであったが、いまや立法学において予防的になり、解釈学にも予防の面を強調すべきである。

4) 解釈法学の本質

われわれの民法学とは民法に関する解釈学であり、民事的実定法を説明することである。説明とは民事的法規範を実質的に明らかにしようとすることであり、法学の理解力があって始めて可能である。しかし実際に解釈して行くと、まず同じ規定についての解釈が学者によって異なることがある。同じ法規範から生ずる結果が異なってくるので、問題が起こる。つぎに、当面の問題について法がないときはどうするか。これが法の欠缺の問題である。学者は、一般になんとか解釈して欠缺を少なくすることに努力する。欠缺を少なくするには二つの方法がある。一つはAnalogieにより、同じようなことは同じように扱う。これが公平の要求により最もよく使われる。刑法の場合はAnalogieは許されないので、表面は用いないが、実際は利用される。しかしAnalogieには反対が考えられる。いま一つの方法は、実定法のなかにある各種の例を集め、それを帰納して一つの抽象的な概念を作る（たとえば権利の概念）。かくして欠缺がないと主張するのが概念法学である。しかしいかにしても欠缺が存在するので、それを埋めようとする。一つは法思弁的な方法によって、正義の要求、合目的性、公平の要求から埋める。しかし、法のないときは、むしろそれが将来にも当てはまるように法を作り、当面の事件に当てはめて裁決すべきである。したがって解釈法学のもとで法学者は法を作っていくのである。解釈法学の任務として、法を創造

することを主張したい。法に欠缺がない、あるいは欠缺を少なくしようとするのは事実に反する（法に欠缺がないという主張は、憲法57条があるからである）。

第2章 民法

第1節 民法の意義および性質

1) 民法の意義

民法には、形式的意味における民法と実質的意味における民法とがある。前者は民法典を指すが、われわれの民法学の対象としているものは、たんに民法典だけでなく、付属法典や慣習法、判例などを取り扱う。これを実質的意味における民法という。

2) 形式的意味における民法

(1) 民法典編纂の由来

近世において民法が各国で作られたが、プロイセンのA.L.R.がまず作られ、つぎに1804年のナポレオン法典Code civil、つぎが1896年のドイツ民法典B.G.B. ドイツが遅れたのは、統一が遅れたのと、gemeines Rechtが代わりをしていたからである。このうち諸外国にもっとも影響を与えたのはCode civilで、その一般性のためにヨーロッパのみならず、ひろく世界各地に採用された（宮崎孝治郎『ナポレオンとフランス民法典』）。

わが国にも明治以後統一法典を作る国内上の必要があったが、とくに対外的に必要であった（山本『条約改正史論』）。まず江藤新平の案。つぎがフランス人、とくにBoissonadeを中心として民法案を作った。これを旧民法という。これに対する反対。国情に合わない。仏法対英法。延期に決す。梅、穂積、富井に委託（WindscheidのPandektenの影響）。明治29年、31年に成立。ドイツ民法的作り方。ドイツ民法の第1草案の模倣（初めの3編）。後の2編は穂積先生が苦心して作った。それ以後今日まで50年間あまり修正はない。初め

の 3 編は主として財産および取引に関しており、近代国家の自由主義的資本主義を取っているものであり、また財産編は技術的であるので、同じような社会に役に立つ。人事編のほうは西洋的なので、早くより改正が審議された。

(2) 民法典の機構

5 編よりなる。第 1 編総則、後の 4 編に通有なることを記す。第 2 編物権、第 3 編債権、第 4 編親族、第 5 編相続。後の 2 編は人事法。スイス民法には総則が消えている。純粹に言えば、総則は後の 4 編に共通するのではなく、とくに人事編には関係がない。

3) 実質的意味における民法

定義 一般私法関係を規律する法律。私法関係とはなにか。公と私の区別は歴史的に変遷している。田畑、結婚は徳川時代には公的であった。最近の統制経済はふたたび田畑を公的に考えている。しかし、公法と私法は今日では大体分けられている（美濃部達吉『公法と私法』）。今日で私法において次第に公的に変化しつつある。

一般私生活とはなにか。私生活には特殊のと一般的とがある。商人は家庭生活と商生活を行っているが、商生活に関しては特殊な法律ができています。これが商法である。商法 1 条にこの関係の規定がある。民法と商法とを統一すべしの議論がある。スイスにおいては区別しない。中華民国の民法もこの影響を受けている（民商統一論）。歴史的に見ると民法は保守的であり、商法は進歩的である。したがって商法上で成功した法律を民法に採用する。また 19 世紀にすべての人間が商人的になり、それを合理的と思った（たとえば委任に関する規定）。このことが民法と商法との区別を不合理と思うようになった。しかし人間は商人にはなりきれない。ここに民法の分かれる意義がある。

さいごに、一般私生活関係を規律するとあるが、この規律について。法律は行為の規範である。民法には一面社会に働きかけて規範としたいという面と、他方、裁判官が裁判するとき、それに従うと

いう間接的な面が非常に多い。すなわち、民法の法規のなかには多分に裁判規範に関するものがある（民法550条、792〔現754〕条）。

以上の定義を内容的にくだいていうと、①人事に関する法、②財産に関する法、③取引に関する法、④財産および取引関係の主体に関する法、⑤法的救済ならびに利害関係調整に関する法（債権編の終わりにある規定、不法行為と不当利得をさす）に分けられる。

第2節 民法の法源

法源とは、①実質的な意味における民法がいかなる法律から構成されているか、という意味で用いられる（静的定義）。②裁判その他の法的処理をする場合、どのような法によるか、という意味で用いられる。解釈法学としての民法学は、こちらの意味である。

- 1) 民法およびその付属法典については、いうまでもない。
- 2) 判例の問題 判決例が民法の法源であることの理論的根拠について。それは、②の動的な意味においては成立するが、①の実定法上の根拠は全然ない。ただ裁判所構成法49条。これは国の法政策上の問題であって、公平の見地から裁判官が全体との調和を破らないようにする。したがって理想としては大審院のみならず、全国の判例との調和を保つべきである。

判例と事件の具体性。

行政的解釈の法源性 理論的根拠はないが、在来のもものがすべて無効になるので、裁判所の注意が必要である。司法省と戸籍。

3) 慣習法の問題

商法1条、民法263条など。法例2条に法律上の根拠あり。慣習法の力の根拠はむしろ社会そのものにあり、国家にはない。国家がこれを規定するのは、法政策的な立場からである。慣習法を否定する時は、法典の完成期であり、過度期にすぎない。慣習法と事実たる慣習の区別。

- 4) 条理の問題 条理によることを法律によることに合わせる。事件に適合するような法を自ら作って裁判する。かくして法によ

る裁判という憲法の要求に適合する。スイス民法(Huber一人で原案を作った) 1 条「自分がもし立法者ならば制定するとき法によって裁判すべし。」これが条理による裁判であり、条理法が客観的に存在し、法源となることはない。

- 5) 学説の法源性 今日一般に否定される。ローマ法は学説が多い。スイス民法。実際は表面に表れないので、実質的に拠り所とならない。表面にでないのは、裁判は法律によらなければならないからである。

第 3 節 民法の適用範囲

1) 時的範囲

法例 1 条 大部分は勅令による。

法律不遡及の原則 法政策的見地よりでた原則。絶対的ではない。

民法施行法 1 条。

2) 地的範囲

原則としてすべての法律は日本全土に適用される。借地法、借家法はかつて一部にのみ施行された。現今でも朝鮮、台湾、樺太、関東州、南洋諸島は内地と区別されている。民法は外地に適用されるか。外地と内地は異なり、また外地同士でも異なる。内地と外地、または外地同士の関係によって起こる問題を処理するのが共通法である。

3) 人的範囲

民法はすべての日本人に適用される。内外人の別を問わず、日本の領土内に存するすべての人に適用される。これに対する例外が法例 3 条以下にある。涉外事件、国際私法（共通法の問題と国際私法の学問とは同じカテゴリーに属する）。民法は日本人である以上、階級、職業の別なく適用されるのが原則である。ただ皇族、華族、陸海軍現役軍人に多少の例外がある。

第3章 私法関係の主体に関する法

第1節 総説

1) 私法関係の主体としての人

民法はすべての生活関係を権利義務を内容とする法律関係として規定する。民法は、「主体なき権利義務なし」、「法律関係は民法がとくに法律関係の主体たりうべき資格を認めた者相互の間にのみ成立しうる」という原則の下にすべてを律している。かかる資格を学問上権利能力Rechtsfähigkeitといい、かかる資格を認められた者を人Personという。財団法人、民法1051〔現951〕条、信託trust。

この人なる概念は元来財産法上の概念として発達したものであるが、現在では一般に人事の関係を規定する身分法にも当然適用があるものと考えられている。19世紀に財産法が発展して、その理論を他の法にも応用した。現今の財産法は身分法と峻別するために生まれた。純粹に物の関係にする。その関係の主体者は抽象的な平等人であればよい。それが民法上の人である。この人が身分法にもあてはめられる。しかし純人事的なことを物的関係の理論で考えることは、はたして正当であるか（民法746条以下〔戸主及び家族の権利義務〕）。その背後に人間的倫理的関係が豊富にある。

2) 自然人

法人でない普通の人を自然人という。民法では第1章人というのが、これにあたる。民法はすべての人間に例外なく法律上人たる資格を与えている。その人たる資格を与えられた人間を称して自然人というのである。男女別、年齢、家族順序、国籍を問わない。人間即自然人ではない。私法上権利義務の主体となりうる資格を与えられた者を自然人といい、それは法人と同じである（民法43条）。こうした制度のできたのは近代である（Ehrlich『権利能力論』）。

3) 法人

民法33条。法人となれないもの 家、政党。社会的に財産を持っているもので、法人になれないものを、「人格なき社団、財団」の問題という。

第2節 自然人 (人)

1) 権利能力

人間にして権利能力なきものは無い。

(1) 権利能力の範囲 自然人が享有しうる権利義務の種類、これはすべての人について平等であるが原則である。例外として外国人(民2条)。この規定で問題となるのは、第一に外国人とは何かである。日本の国籍法によって日本の国籍を持たない者を外国人という。二重国籍。外国人の享有できないもの、とくに土地所有権。これは外国人土地法によって緩和された。それ以前は専管居留地を永代借地権としたが、昭和17年4月1日以後は無くなった。いま一つの方法は、民法265条の形式で地上権をうる。これは現存している。中国は昔からいままで外国人の土地所有権を認めない。外国人は外交上、宗教上の手段によって土地の権利を得たが、国内法との関係によってたえず問題が起こる。外国人に平等に権利能力を認めたのは19世紀以後である。

敵国人の私法的地位 敵国人にしても、私権の問題は別であって、権利能力は同様に持つ。ただし第1次大戦以来、敵国人の財産を管理することが行われた。

(2) 権利能力の始終 始めの問題は民法1条「私権ノ享有ハ出生ニ始マル」。まず出生とはどの時期をいうか(出生の有無および時期が問題である)。途中で死んだ場合はどうか。一通り終わった後を出生の時期とする。刑法の場合とは異なる。

胎児の法的地位 第1条の規定によれば、胎児に権利能力はない。しかしこれは胎児に気の毒なので、胎児は彼の利益のためにすでに生まれたのを見なすという包括的な立法もあるが、わが民法は

個別的に規定している。721、968〔家督相続〕、993〔遺産相続〕、974 II 〔家督相続〕、995 II 〔遺産相続〕、1065条〔受遺者〕の規定において、胎児は生まれたものと見なされている。相続に関して、胎児は生まれる以前に権利能力を持つや否やについて、二つの学説が対立している。

権利能力の終わり 死亡。果たして死んだかどうか、何時死んだかがやはり問題である。死亡の時期について、ドイツ民法20条は同時死亡の推定をしている〔現在削除、現失踪法11条〕。日本民法では家督相続に関し、970、979、982、984、985条が問題となる。

死亡の有無について、死骸のある場合は問題がない。死骸がない場合には、戸籍法119〔現89〕条による認定死亡がなされる。これをやらないと、民法30—32条により、3年または7年経なければ死亡したことにならない。

2) 行為能力

(1) 総説 人間はすべて権利能力者であるが、必ずしもそのすべてが行為能力者ではない。すなわち、ある種の人には自己独立の意思によって自己に法的効果を生ずべき行為をなす能力を有せず、もしくは制限されている。

近代法 私的自治の原則、さらに契約自由の原則。

無能力者 当該の法律行為の意味を理解するだけの意思能力がない。これを自然的無能力という。しかし立証の困難なため自然的無能力に任せることができない。いま一つには、取引の相手方は、形式的な標準がなければ、無能力か否かを判定できない。そこで未成年者、禁治産者のように法定無能力者を設定した。本人の保護、取引の安全のためである。

いかなる人が法定無能力者であるか ①当人の意思能力が不完全な場合 未成年者、禁治産者、準禁治産者。②ある一定の身分関係にある場合 妻(民14)。民法のことばでは法定無能力者をたんに無能力者という。

民法総則第 1 章第 1 節「能力」は行為能力についての規定であり、財産法、身分法いずれにも適用されるべきであるが(民 4、9)、これは主として取引を保護するために存在するのであって、身分法上の法律行為は取引に関係しないため、原則として自然的無能力によって行われている。とくに必要のある場合には、別の規定で行為能力を定めている。結婚(765)、父母の同意(772)、遺言能力(1063)など。

現在社会には一見契約のように見えるが、制度によって決定しているものが多い。たとえば電車への乗車。これを契約自由というのはおかしい。郵便法では民法の法定無能力の規定の適用はない。規定が無くても、適用すべきではない。すなわち、契約自由が行われていないところでは、法定無能力を適用すべきではない。

(2) 未成年者 民法 3 条 満 20 年。期間の計算については、民法 138 条以下。翌日より数える。例外、年齢計算に関する法律 当日から数える。民法で未成年者を無能力者とした主たる理由は、本人の財産を保護するためである。

民法 4 条 → 884 [親権者]、923 (900) 条 [後見人] 法定代理人。親権者または後見人は 2 種類に働く。一つは、未成年者に代理して法律行為を行う(884)。それは管理権のなかに含まれる。いま一つは、未成年者の行為は、その同意をえなければならない(4)。4 条以下は、法定代理人の同意を得て、未成年者自ら法律行為をなす場合の規定である。取消 民法 120、121 条。4 条 1 項本文は原則で、例外がある。4 条 1 項但書、5、6 条(営業とは同一種類の商取引を繰り返しやること)。

(3) 禁治産者 禁治産の宣告を受けて、未だ宣告の取消を受けない者。禁治産の宣告が何時効力を生じたか。取消の裁判が何時効力を生じたかが、法律上問題となる。

宣告を受ける条件 7 条。心神喪失 禁治産者にしなければならないほどの意思無能力者をいう。医学上からは決定されない。民法と刑法では程度が違う。法医学的知識はむしろ裁判官がもたなければ

ばならない。

宣告の手続き 7条。人事訴訟手続法40条以下（普通裁判籍、民訴法10条）。人訴52（効力発生の時期〔現在削除〕）。請求人 民7条（親等725、726条）。

宣告の取消 10条（その他、裁判所の宣告に不服を訴えて取り消すことができる。この二つは性格が違う。将来に向かって取り消す場合と、遡及して取り消す場合（人訴55、60、61II、I））。

禁治産者の行為能力 8、9条。禁治産者の機嫌のよいときに、後見人の同意をえて行った行為は取り消しうるか？ 取り消しうる（民9）。

(4) 準禁治産者 11条。とくに浪費者が問題。

準禁治産者の行為能力 12条。保佐人909条。923条の規定〔後見人の代理権限〕は準用されない。すなわち、保佐人は代理人にはなれない。同意を与えるだけである。ところで、120条の規定により、準禁治産者は取り消せるが、保佐人はできない。實際上からみて、この規定は立法の誤りであろう。しかし代理人の意味は同意権者であろう（普通の意味での代理人では無意味である）。したがって保佐人は同意権者であるから、取り消せる。

(5) 妻 法律上の妻、つまり婚姻の届け出をした者をいう。離婚もしくは夫の死亡まで。夫の許可を要する法律行為 14条。それに対する例外 15—17条。

妻を無能力者とするのは、第一に身分上から、第二には、婚姻の解消後も妻に取消権を与えるか否かと関連して、夫婦間の不和を避けるためであり、婚姻解消後は取消権はない。

主婦の地位の向上と取引の安全とが、この規定に問題となっている。家団。788条以下〔婚姻の効力〕、793条以下〔夫婦財産制〕、798条以下〔法定夫婦財産制〕 夫婦の財産関係の問題。夫婦財産契約（794） 実際はあまり用いられない。民法は家に財産を認めていない。家の財産は夫の財産か妻の財産かである。ただ民法798、799、801、904条により、夫のほうは妻の財産に管理権を有し、妻も夫の

代理人となれる。これらの規定と14条は一緒に読まなければならぬ。14条は妻の財産に関してのみ。したがってこの規定がなくても、経済的に夫の損害はないが、家庭の平和上面白くないので、設けられた。17条に列挙された場合には、夫の許可なしでよいが、これ以外はいけないか。妻の行為の取消権は結婚解消後も存在するか。

(6) 無能力者の相手方の保護 取引の安全。121条の「利益ヲ受クル限度」を広く解釈すれば、相手方は保護を受ける。

(a) 無能力の公示 官報、戸籍。

(b) 催告権 19条。取消権の安定 (126条の時効、125条の法定追認によって取消権は消滅するが、不十分)。不安定な相手方の地位を安定させる。

(c) 20条の規定 詐術の程度。無能力者の保護→相手方の安全に従って、その程度は低くなってきた。無能力者にとっては非難されるべき点、相手方には信用の程度によって、裁判官が決定する。

3) 住所

住所とは客観主義によれば「生活の本拠」を意味する (21条、たとえば民法484条や民訴法の裁判籍)。これに対し、本人の意思に基づく意思主義的見解がある (ドイツ民法)。わが国の学説は意思主義をとらないが、判例はその影響を受けている。日本でも意思は一つの基準である。ドイツでは幼児や軍人に法定住所を設けているが、わが国にはそれがない (ただし民訴法3、7条)。原則として人の住所は一か所である。しかし商人などは、一般生活と商生活と二つの生活の本拠を持っている。住所と営業所 (住所と同様に取り扱う)。最近では二つ以上の住所を認めるようになった。

住所と似て非なるもの。第一に本籍地。これは各人の戸籍に付けられている土地の番号で、全然実際の生活と無関係。第二に寄留地。寄留法によって届け出た土地が寄留地である。昔のように土着した時代と違って、現代は本籍と住所が異なり、法律上不便なので、寄留地の制を設けた。大体寄留地は住所と一致すべきであるが、例外

もある（下宿）。これによって教育、選挙権等の問題を処理する。

22条 居所。23条 法例。24条 仮住所。

4）失踪

(1) 不在者の財産管理（25—29条）

相続人がいない場合 1051、1052、1055条。

これは事実上の管理権ではなく、法律上の管理権を作ろうとする規定である。

管理人を選ぶ手続き 非訟事件手続法38条以下〔現在削除〕。

(2) 失踪宣言

失踪者の法律関係を一定の時期をもって整理する規定で、権利能力とは関係ない。死亡推定とは違う。

生きて帰った場合、失踪宣言取消という裁判によって、整理させられた法律関係が復活する。死亡推定の場合は、生きて帰ってきたという証明だけで、関係は復活する。

失踪宣言の要件および手続き 30条、人事訴訟手続法70—77条〔現在削除〕、公示催告。

失踪宣言の効果 31条。

失踪宣言の取消 32条 当人の生きて帰った場合と別な時期に死んだ場合。

取消の効果 ①復旧する。ただし利益を受けた限度で返す。②善意の行為は効力を変じない。

第3節 法人

1）序説

(1) 法人の本質 社会的に実在せる経済主体にして自然人にあらざるものを、自然人と同様、財産権の主体とし、あるいは取引の主体として法律上定立したもの。

近代は、私法関係のアナロジーをもって、行政法にあてはめ、さらに憲法にまで及んだ（Kelsen, Reine Rechtswissenschaft, 美濃部

『公法と私法』)。国家も経済主体として登場するときは、一般私法人と何ら異ならない。国家即法人と見るのではなく、私法上において国家を見るとき、等しく法人と見なすのである。国家を行政法の立場から見るときも、法人と見なしてよいが、憲法の立場から法人と見ることはできない。

法人の技術は、ローマ法、寺院法として磨かれ、今日に至った。とくに19世紀以後、株式会社の発達によって盛んになった。しかし歴史的比較法的に研究すると、これが唯一の技術ではない。たとえばイギリス法に由来する信託trustの原理、charitable trust(日本の財団法人の代わり)。

法人とは法技術のことをいうにもかかわらず、一般にはそうして成立したものが法人であると考えられている。団体というものがまずあって、それに法人という資格が与えられたものである。民訴46条。法人擬制説 Savigny。国家についても同様。

(2) 法人格付与に関する立法手段

政府が自由に法人格を付与する考え方と、それに対し、自ら法人になりたいものに何でも自由にやらせる考え方がある。

わが民法は、会社その他の営利法人については、準則主義(法人になるために取るべき一定の手續きについて準則を定め、それに従えば法人になれる)による(35条、「営利」とは利益を得て、それを社員に分配することである。商法52条、商事会社と民事会社)。これに対し、営利を目的としないもの(公益法人)は行政的許可主義をとる。

日中戦争以来、商法の準則主義ではうまく行かないので、沢山法律を作って、商法が適用されないようにした。一つの会社到一个の法律を作る。法人は設立できても、事業が許可されなければ、実際に仕事ができない。

(3) 法人学説 法人格づけられる実体の性質論。法人の性質論ではない。

Savignyは、この問題は法人論の扱うものでないと考えた。彼は、

法人格づけられる実体を財産権の主体となる能力のためにのみ考えた（擬制説）。これは法人格づけられた実体の性質論を論ずる前の時代のことで、まだそれは問題にならなかったのである。自然人になぞられて法人を作ったという説（fiction）。

問題はそれだけでは説明が足りない場合が出てくるからである。自然人について意思能力、行為能力、不法行為能力等の問題があるが、世の中に法人が沢山できると、法人にも不法行為等が出てくる。ここに自然人について考えられた法理論を法人に適用することが必要となった。法人に行為能力ありや（法人格づけられる実体に意思ありや。Savignyは法人の代表者を法定代理人と考え、法人格づけられる実体に意思ありや無しやは考えない）。实在説では、法人そのものに意思ありと説明した。その説明の仕方ですべての説に分かれた。不法行為の場合も同様。法人に意思がなければ、不法行為能力無し。これから法人格づけられた実体の性質を論ずることが起こり、实在説が発生した。19世紀の社会学の発達、団体の一つの実体として説明するようになった。始めは生物学的に（スペンサーの進化論、ギールケの有機体説）。擬制説では権利能力についてのみ説明できる。行為能力については、実はどちらでも説明できる。問題は不法行為についてである。会社の不法行為を説明するには、擬制説では不可能である。

有機体説のように、始めから法人の実体が存在するのではなく、法人格づけられる実体を法的に組織化されたものとする説がある。ギールケの説がいちばん適応するのは、国家や村のごとき、本当に社会的にあると思われるものであり、それを一般化して株式会社に当てはめると、無理に感ずる。組織体説の良く当てはまるのは会社であり、それは人為的に始めから法によって作られたものである。学説はある必要によって生まれる。その必要が無くならないかぎり、学説は生命を失わない（『法律学辞典』の「法人」、日本商法によって成立した外国人の法人は日本法人（組織体説）。これでは国籍法の趣旨は考えられない）。

2) 法人の種類

権利能力者としては、すべての法人は同種である。しかし国家の法秩序において国家から与えられる地位が違う。この点より、公法人と私法人に分かれる。あるいは、法人格づけられる実体の内容によって分ける。社団法人と財団法人。また法人の目的、すなわち法人格づけられた団体がいかなる目的を有するかにより、営利法人と公益法人に分かれる。こうした法人の違いによって、私法上の問題が起こる。ここに分類の必要がある。

(1) 公法人と私法人

国家→地方団体（府県、市町村、国家の統治作用の分担、二重性格）……公法人

営利法人（会社）→産業組合→公益法人（完全に私的な団体）……私法人

二つの法人の間には、区別できないものが多い。普通の学者は法人を二つに判然と区別しようとするが、区別できないようなものは、場合場合に応じて公法人あるいは私法人と見なすべきである。最近統制経済の発展により、いままで私法人に属していたものが、国家の統制の下に入って、ここに沢山公法人と私法人の区別ができないものが出現した。さらに進んで、株式会社の形を取らない営団が現れた。株式会社には株主総会があって、そこで資本の所有と企業の運営とが一致する。営団は私人の投資を認めても、総会を認めず、理事は国家が任命する。ここで資本の私有と企業の運営が分離した。なかには、利潤の配当を受けるものもあるが、然らざるものが多い。営団という名前をとらないが、金庫なども多い（西島『戦時企業態制論』）。産業組合の解消。公益法人は元来国家の統制を受けていたものであるが、最近益々統制は強化された。

(2) 公益法人と営利法人

公益法人は民法34条によって設立されたもの。営利法人は35条におよび商法によって法人格を与えられたもの。これが形式的分類で

ある。

34条と35条の差異。公益の意味。最近はややかに見るので、営利、非営利で大体区別がつく。営団は別の立法で設立されたものであるから、公益法人・営利法人に分属させる必要はない。

（3） 社団法人と財団法人

社団法人は人の結合であり、財団法人は一定の目的に基づく特殊財産を中心とする結合である。前者には社員総会があり、それが法人の最高意思を決定するデモクラチックなところがある。後者には社員はなく、その総会もなく、目的は始めより一定しており、理事がその目的の下に運営する。オートクラチックなところがある。34条は両方、35条は社団のみ。実際には全然財産を持たない、あるいは人を持たない法人はないので、設立の時に社団の形式で設立したものが社団であり、財団も同様、形式的に分類される。実質的には区別のできないものが多い。政策的目的的な見地からどちらかに選ぶ。

（4） 内国法人と外国法人

通説および現行法においては、日本法に基づいてできた法人を内国法人、外国法によってできた法人を外国法人という（準拠法説）。しかし外国人ばかりの法人が日本法によって成立した場合、自然人としての外国人の能力の精神に反する。外国人土地法2条。こうした規定のない場合は困る。民法36条、商法479条、民法49条2項。

国際法人 擬制説、組織体説においては、内国法人か外国法人かとなり、国際法人を理論的に認めることができない。

3） 法人の設立

営利法人は別にする。

33条 いままで実質の存していた団体が新たに法人の資格をうるときは、通説によれば、前と後とは判然と区別されている。不動産所得税。

（1） 社団法人の設立 34条。定款の内容 37条、最小限度の規定。

主務官庁は、それ以外にも要求することができる。各省の省令、内規、各省によって別々である。統一せる法律を作るべし。各省の規定に基づいて設立許可の申請をする。地方官庁から主務官庁へ。許可書が下りると、その日付の日から法人格が成立する。

(2) 財団法人の設立 39条。この規定は個人が自分の財産で財団法人を作る場合を考えたものであるが、他に多くの人が金を出し合って作ったものや、前からある団体が財団法人となるものが多い。

まず一定の人が財産供出行為をする。その方式は41条(549、1060条〔遺言〕)による。つぎに社団法人の定款に相当する寄付行為書を作る。39、40条。前から存在した団体が財団法人となるときは、寄付者は形式的である。

寄付財産は何時から法人のものとなるか。42条。寄付財産が特定財産であるときは、移転を必要としない。特定財産に非ざるときは、移転のための債務を履行したときに成立する。

最近では政府自ら財団法人を作る。基本金は少なく、活動費が多い。

4) 法人の組織変更

法人が同一性を維持しながら内部の組織を変更する。社団法人について、38条。財団法人に関して民法に規定がない。この欠陥を補うために、寄付行為変更の手続きを置かなければならない。またどのくらいまで変更することができるか、問題である。実際は、主務官庁がどのくらいまで認可するかが問題であるが、学説に比べて、相当強い変更を認めている。社団法人の場合、社員の変更は問題でない。

5) 法人の公示

法人と取引をする人は法人の内容を知りたい。

(1) 法人の登記 45条以下。登記事項 46条(変更登記 2項)。解散登記 77条。定款は見るを得ない。登記を怠ると、第三者に対

抗できない他、84条により罰せられる。

(2) 51条

6) 法人の事務所

50条、商法54条。

7) 法人の機関

公益法人について、民法上必ず置かなければならぬもの。

理事

社員総会 社団法人のみ。

58条の監事は置いても置かなくても良い。実際はほとんどすべての法人がこれを有する。その他の機関を置いても差し支えなし。

(1) 理事 内部に対しては事務を処理し、外部に対し法人を代表す。

(a) 理事の任免 定款または寄付行為でこれを定める。37、38条。社団法人の場合、理事は社員に限るか否か。現在では社員以外でもなれる。

理事の任免は誰がやるか。社員総会か会長の委任か。その場合、理事の同意を要するか。原則としては、理事の同意は認められる（すなわち、断ることができる）。ただし、定款または寄付行為に別の定めあるときは、例外である。

第三に、理事が同意を得てなったときは、民法の委任契約(643条以下)によって一種の委任と考えられる。しかし同意を得ないときは、委任契約ではないが、この場合も委任の規定が準用される。委任と雇用。ローマ法以来、後者は労働の売買、前者は報酬のいかんにかかわらず、善良なる管理者の注意をもってする（この点で寄託と異なる）。644、648条。元来ローマ法ではお礼は貰わなかった。後には謝礼honorariumを貰った。651条 委任は何時でも解除される。

(b) 理事の員数 52条1項。理事会内部のことを定める。外に対しては各理事が一人一人法人を代表する。

(c) 理事の職務権限

① 法人の内部的事務処理 52条 2 項、53条但書。この規定は内部的事務処理にも当然適用される。55条 特定の行為の代理。

② 外部に対する法人の代表 内部のことは自由にできるが、代表については、法律ではっきり規定しなければならない。53、54条。

擬制説によれば、理事は法人の代理人である。民法の起草者はかなりその影響を受けていたらしい。その後の学説は実在説をとって、理事は法人の内部に機関として存在する。民法99条の代理関係ではなくて、機関関係であると主張している。この間にすこし無理がある。なぜなら理事の権限についての規定は、53、54条のほかには全然ない。したがって擬制説をとれば、99条以下の代理関係を特別法として準用できる。

56条 仮理事。仮ではあるが、その限りにおいては、理事と権限は等しい。

57条 理事の代表権に関する制限。108条で一般的制限。

(2) 監事 定款・寄付行為に定めのあるのが原則。要するに理事の監督。

(3) 社員総会 定款の定めの中までは最高の意思を決定する。63条。

実際は社団法人についてはあまり問題がない（公益法人の場合）。したがって民法の規定は不完全である。株主総会については、問題が多い。商法の規定。

(a) 総会の成立 招集権者の招集によって成立する。60条、61条 1 項 理事。61条 2 項 社員。59条 4 号 監事。

(2) 招集の方法 62条 5 日前、会議の目的、定款に定めた方法。これに違反した決議の効力が問題である。商法232、247条。商法では軽い欠点のある場合は、ある期限を限って訴えることを要する。商法252条は、重い欠点の場合の無効を定めている。民法の公益法人の場合は商法を準用するか、あるいは全然無効にするか、種々の説がある。

(3) 総会の議事 64条、65条、66条（理事についての57条と同趣旨）。

8) 法人の能力

(1) 権利能力

（ノート2行空白）

43条 この規定において、定款、寄付行為または法令の規定を狭く解することができる。実在説は広く解する。判決は、営利法人については広く解し、公益法人については狭く解する傾向がある。

(2) 行為能力

擬制説的に考えれば、法人には行為能力はなく、理事による代理行為が行われる。現在の学説としては、理事は法人の機関である。機関を構成する自然人が法人に帰一し、法人の機関として法人のためになすところの法律行為は、すなわち法人の法律行為と考えている。この説によれば、法人の行為能力は理事の権限の問題となる。したがって53、54条がこの解答を与える。

(3) 不法行為能力

擬制説では理論上不可能。理事は権限内でなしたことのみに法人に責任がある。しかるに理事は不法行為をなす権限を与えられていないからである。法人を社会的実在となし、社会的活動において法人は利益を得、また損害を与えると考えると、不法行為能力が認められる。実在説の優勢になったのは、この法人に不法行為能力を認めさせることによる。

具体的には、何人が如何なる条件の下になした行為が法人の不法行為となるかが問題となる。44条がこの規定である。「何人がなすか」715条は使用者と被用者の関係。実在説をとる学者はこの規定を区別し、会社の機関（法人の理事）と被用者の行為に分ける。これが通説である。問題は、理事その他の代理人についてである。法人の代表機関（理事、仮理事、特別代理人）については問題がなく、通説

はそう解するが、代理人をすこし広く解すべきである。「いかなる条件の下に」715条につき判例が多い。「職務ヲ行フニ付キ」の解釈。これにも広狭ある。社会的に見て判断する。44条2項。

最後に、法人を代表して理事が不法行為をした場合、法人に対してのみならず、理事に対しても損害賠償を要求することができるか。715条にはこれが認められている。44条は、実在説的にのみ考えれば、理事に責任を要求することができない。通説はこれを認めている。

9) 法人の解散

法人の解散とは、法人がその本来の目的事項を行う能力を失って、以後残務整理、すなわち清算のためにのみ存続するに至ることをいう。

(1) 解散法人の性質 68条。法人が解散によって清算状態に入っても、法人の同一性は失われない。ただ本来の権利義務を行う能力はない。73条。

(2) 解散事由 68条以下。破産 70条、破産法127条。設立許可の取消 71条。68条2項 総会の決議、69条。

(3) 清算手続

何人がこれを行うか。清算人が当たる。74条以下。75、76条。破産の場合は破産管財人がこれを行う。

清算手続の内容 78条。債務の支払いについて、79条以下。残余財産 72条。民法では債務が財産より少ないことを予期している。債務の多いときは、破産手続に移る。81、72条。

清算手続の始まったときでも、理事、監事等の機関は残存している。事実上問題となるのは、それがどのくらい権限を持っているかである。

法人は債務に対し有限責任を持つ。無限責任はとくに規定したものに限る。合名会社、合資会社、貯蓄銀行。

10) 法人の監督

67条 常時 主務官庁。82条 解散の場合 裁判所。

84条 罰則 過料。行政罰で、刑法の罰ではない。非訟事件手続法。

第4章 法律関係とその変動

第1節 総説

民法の想定する法律社会は、その構成単位者たる人格者と人格者との間に結成される法律関係をもって構成せられる。しこうしてその法律関係はすべての権利義務から成立している。

1) 社会関係と法律関係

人間は生まれた時より何らかの社会関係にある。その関係は何らかの規範によって規律づけられている。その社会関係の実体については種々の説があるが、第一には、すべて権利義務の関係、すなわち法律関係としている。これが通説である。これは、財産法的な考え方にはかなり良く当てはまる。しかし継続的な関係において、たとえば地主と小作人、家主と店子等の関係においては、法律のみならず、道義的な関係が存在している。身分法上の関係においても、たとえば788条以下の婚姻の効力、746条以下の戸主及び家族の権利義務等において、権利義務の法律関係と見なされている。しかし道徳的規定を残らず民法に採用する必要はない。ただ道義的關係が乱されるような場合に、これを防ぐ規定だけを採用すればよい。

第二の考え方としては、法律関係と社会関係とを別個に考える。財産法上の関係は純粹な権利義務と考える。これに反して、身分法上では道義的關係としての社会関係を重んじて、民法の規定しているようなものは從屬的と見なす。しかしこれでは法律関係と社会関係が分かれすぎる。

結局第三の考え方として、社会関係は身分法上においても、財産法上でも、道義的關係であり、それが法律的關係でもある。社会関係は信義誠実Treu und Glaubenによって律せられている。それは法

律関係と異ならない。その関係の実現に関し、法律はいろいろの権利義務を規定して、その実現を図る。関係を主として考え、民法は従属的で、その関係によって支配される。

第一の考え方には矛盾が多い。90条の規定。国家は権利義務を一般に認めながら、政策上道義上抑えている。これは不合理である。そうでなくて、なぜ権利濫用がいけないかということを、最初から予定して、権利を認めるべきである。それには、信義誠実が始めから支配していると考ええる。身分関係でははっきりしている。財産関係も本来は信義誠実の支配する道義的關係であり、ただ身分法に較べて権利義務が強く主張されているにすぎない。イギリスの法律には、いまだにその関係が表れている。

法律と道義の背反。そのために、大正11年より調停に関する種々の法律ができた。借地借家、金銭貸借、人事調停法など。調停は全然法律を離れるのではないが、道義を重んずることができる。

2) 法律関係の分類

財産法的関係と身分法的関係に分ける。これは正しく、かつ必要である。

(1) 財産法的関係

近代の民法は財産法的関係を身分法的関係よりきりはなし、純粹に物的関係、権利義務の關係とした。これを法律技術的に二つに分ける。

(a) 債権関係 債権者という人と債務者という人との、人と人との相対的關係。

(b) 物権関係 人と物との關係は法律關係とはならない。一般に他人を排除して、物を自分のものとするのであり、その点で他人と關係する。不特定多数者がその所有權を侵さないという義務の総体である。

(2) 身分法的關係

これを純粹の権利義務の關係で考えるのは、財産法上の考え方の

不当な侵入である。身分法上の関係は、親と子、叔父と甥等のごとく、意味のある関係で、自然人のごとき幾何学的点の関係ではない。全人格的の関係であり、自然に生じた関係が多く、婚姻、養子のごときもたんなる契約関係ではない。民法に規定されたような条文を意図して関係を結ぶのではない。

3) 法律関係の変動とその原因

(1) 問題の理論的考察

第一に、自らの意思的要素の含まれている関係と意思に無関係な関係。関係の内容についても、意思の有無によって異なる。歴史的に見ると、意思的要素の重視と軽視が色々である。中世の封建社会においては、当事者の意思は無関係であり、近世の資本主義の社会はそうではない。資本主義的社会においても、最初の自由資本主義に対して、後の独占資本主義においては、意思的要素の重要さが減じてきた。さらに現在のごとき統制経済の社会においては、意思的要素はほとんど無くなった。しかし19世紀の法律学者は、意思的要素の増加していくのを歴史の方向と考えた。人は本来自由であるから、生まれることによって法律関係に入ることは、自由の拘束である。拘束と各人の自由との調和のために、拘束に入るには、個人の意思に基づかなければならぬ。したがって法律関係およびその内容は、意思に基づいて入らなければならない。その結果、あらゆる法律関係を個人の意思と関連して説明しようとした。その結果、初期資本主義の社会には説明されるが、独占資本主義の社会は説明することができない。

わが民法にも、契約に関する規定が多い。19世紀のドイツ私法学の影響。Maine—from status to contract. Tönnies—Gemeinschaft und Gesellschaft. Gemeinschaft的な考え方を法律技術の上にたてる。

第二に、過失主義の不法行為理論の確立。他人から損害を与えられた人が、損害賠償を要求する。18・19世紀の個人主義は、それに

ついて新たな理論を建設した。それが過失主義の不法行為理論である。われわれは故意または過失によらなければ責任を負わない。われわれが相当な注意をもって社会活動をしている限り、他人に害を与えても責任はない。これで活動の自由を保障している。わが民法も709条でこれを規定している。したがって学者の中には、無過失責任制度を設けるには、特別な法規によらなければならないと説いている者もある。

19世紀の後半以後、今日に至るまで、ヨーロッパの社会的発展により各種の事態が起こり、契約理論や過失主義不法行為理論では説明できなくなった。交通の発達、工場、鉱山。現在わが国で無過失賠償を認めているのは、工場法、鉱業法等である。

われわれは契約理論や過失賠償理論にとらわれた民法の規定を離れて、正しく解釈すべきである。

(2) 変動原因の分類

第一に法律行為、とくに契約。民法には沢山規定されてあるが、現在は契約では説明のできないものが多い。電車、電灯料、保険、工場の就業規則。当事者の意思に無関係で拘束される。契約内容の決定について、行為者の自由はない。フランスの*contrat d'adhésion* 附従契約がこれである。商法の普通約款。

さらに一步進むと、契約という言葉を使うこともおかしいのがある。ある一定の設備があって、その条件を満たして利用するものがある。ここでは意思能力さえ問題にならない。さらに身分法上の契約となると、夫婦関係、親子関係を作るとは契約であるが、それによって成立した関係の内容は、契約するときの意思以上のものである。たとえば、意思に関せず、姻戚関係が成立する。かくして民法の法律行為の理論の当てはまらない行為は多く存在し、また変更しなければならないものも多い。

第二に、人の行為には違いないが、行為者の意思に関係なく法律関係の変動が生ずる場合。697条の事務管理。衡平の見地より。お礼は特別法による。遺失物法等。ヨーロッパでは、これも契約原理で

説明しようとした。その他、このカテゴリーに入るものが多い。813、814条（宥恕による離婚請求権の消滅）。

第三に、人の行為以外の各種の事実。出生、死亡、時間の経過（144条以下）、不法行為（権利侵害によって他人に害を加えたという事実をいう。したがって行為は問題ではない。709条以下）、不当利得（703条以下、法律上の理由なく利得を得、他人を侵害する。32条、失踪宣言によって得た利益）。不当利得の歴史を見るに、法律行為でも不法行為でも人が保護されない場合に、この不当利得制度を作り上げた。121、248条。不法行為と不当利得の差異。不法行為は権利侵害となっても、自分の利益とならない場合。請求権の競合。時効の差。不法行為のみの場合（他人を負傷せしめる）と不当利得のみの場合（故意・過失無しに利得を占める）。

第2節 法律行為

1) 序説

(1) 法律行為法の課題

法律行為法は、ある人が一定のことを欲しいということを元として、その意欲に相当する効果の発生に法的助力を与える諸条件を規定したものである。

法律行為法における問題の一つは、一定の法的効果の発生を欲する意思の存否である。人の意思は内的なものであるから、何らかの外的事実によって判断しなければならぬ。ここに意思表示が問題となる。

第二の問題は（第一は解決したとして）、その意欲の実現に法的助力を与える価値ありや否や。その価値判断の標準は民法が規定している。これが法律行為の有効条件である（90条）。身分法上の法律行為には、とくに多い。

(2) 民法の規定する法律行為の構成

民法総則の法律行為は、財産法上の行為の通則で、身分法上の行為には関係しない。身分法上の行為は特別の規定があるか、または

解釈による。そこで総則の法律行為は、どの程度、身分法上に適用されるかが問題となる。90条はどちらにも関係するが、意思表示や代理等は身分法には適用されない。

さらに521条以下の契約の章に、各種の債権契約に関する通則の規定がある。

ドイツ流の法律行為理論がわが国に伝わったのは、比較的新しい。

2) 法律行為の概念と分類

(1) 概念 当事者があることを欲して、その欲したことに相応する効果が出ることを、法律行為という。催告は法律行為ではない(153、412条)。催告は当事者の意欲であるが、その結果は当事者の意欲と無関係である。これを意思の通知と名付ける。承認(147、156条)、宥恕、感情表示等も法律行為ではない。この区別は、行為者の行為能力を考慮するか否かの点で実益がある。

(2) 分類

(a) 単独行為、契約、合同行為

単独行為は、法律行為が一個の意思表示からなるものをいう。

契約は、二個の意思表示の存在と、その内容の一致が特色であるが、さらに当事者にとっては、よって生ずる効果が反対となる点に特色がある。

合同行為は、意思表示が二個以上あるが、その内容は一致している(社団の設立)。しかし反対の意味や利害関係を持たない点に、契約との差がある。

契約を意味するドイツ語のVertragとフランス語のcontratは同義、しかし英語のcontractは債権契約のみを意味している。

(b) 要物契約と諾成契約

質権、消費貸借、使用貸借、寄託等が要物契約。そうした物の引渡を必要とせず、単なる意思表示によって成立するものが諾成契約。要物契約は歴史的に意味があるが、現代的意義は乏しい。

(c) 要式契約と不要式契約

意思表示の方法が法律によって限定されている場合が要式契約、しからざる場合が不要式契約である。前者の例は遺言、贈与(550条)、後の大部分は後者である。

3) 意思表示

一定の法律効果の発生を欲する意思を効果意思(Erfolgswille)という。それが表示行為として、外に移される。しかし現実には法的効果を欲しない表示行為も多い。どういう事実が表示行為となるか。

(1) 効果意思の決定

(a) 意思表示の解釈(意思解釈) 原則は裁判官の常識による。法律に規定のある場合もある。420条3項。この規定を意思解釈法(あるいは解釈法)という。個々の場合だけでなく、一般的な規定もある。ドイツ民法157条。取引の一般的慣習に従い、信義誠実によって解釈すべし。わが民法では92条。強行法規違反の慣習は認めない。明らかに慣習によらないと書かない場合は、それによる意思を有するものと解す(大判大正3年10月27日)。

(b) 意思の補充 法律行為の重要な部分(売買の目的や値段)について意思表示のない場合は、その法律行為は無効。法律行為の一部のみを決めて、他の部分を決めない場合が多い。裁判所はこれに対し、あまり重要でない所(たとえば取引の場所)は、法律で補充している。とくに債権法に多い。補充法規、任意法規。40条も特殊な一例。

(2) 意思と表示の不一致

(a) 序説 外形的に見ると、一定の効果意思ありと明らかに判断できる。ところが、表意者の内心の効果意思とそれが違う場合がある(たとえば郵便局の電報の打ち違い)。表意者の意思を重んずる法律によれば、内心的効果意思を尊重すべきであるが、相手方および第三者の取引の安全のためには、外見的事実を尊重しなければならぬ。前者を意思説。後者を表示説といい、19世紀ドイツにおいて議論された。わが民法では、93条以下に一応の解答がある。それは意

思主義と表示主義とを調節している形である。しかし原則はどちらかが問題となる。93条以下に規定されていない場合の解釈。現在の学説では、表示主義が通説である。他方、身分上の法律行為では、意思主義が原則である。

(b) 心裡留保 93条

(c) 通謀虚偽表示 94条。債権者取消権424条。

信託的行為 質に入れることができず、また抵当も許されない場合(たとえば自動車)、売買の形式で同じ効果をうる行為。売って借りる。この行為を売渡抵当(または担保)という。また恩給法によると、恩給を担保とすることは許されないが、高利貸に債権取立委任をして實際上同じ効果をあげている。この場合も、経済上の目的は質に入れたのと同じ。以上の場合、当事者の法律的手段と経済的目的は別である。この行為を名付けて信託的行為fiduciaという。これは有効か無効か。無効の理由として、裁判所は94条の虚偽表示を考えたが、これは理由にならない。実際は脱法行為と考えられている。法律の禁止には二つの意味がある。一つは手段を禁ずることによって目的を禁じ、他のいかなる手段も禁ずる。他は、その手段のみを禁じ、他の手段によって目的を達するのは差し支えない。裁判所はこれによって売渡抵当は有効、恩給の場合は無効としている。

(d) 錯誤 95条。表意者自ら意思と表示の不一致に気がついていない。これには問題が多い。二つの標準。一つは、錯誤が法律行為の要素に関する場合に無効として、表意者を助ける。二つは、表意者に重大な過失がある場合は無効と主張することができない。最大の問題は、錯誤が法律行為の要素に関するか否かである。実際は沢山の判決が定めている。結局は裁判所から見て、こういう重要な間違いがあるならば、当事者は意思表示をしなかったであろうということが、合理的に思われる場合に無効とする。しかし本人がいかに主張しても、裁判所から見て重大でないと思われる場合は、錯誤ではない。これに対し、要素の意味を意思表示の内容にかぎり、動機は除外し、しかも錯誤の認められるのは重要な内容にかぎると解す

ると、実際上不都合を生ずる。人や物の性質に関する錯誤については、動機の錯誤を除外することはできない場合が多い。形式的に扱うことはできない。

(3) 意思表示の瑕疵

真意と表示の不一致はないが、真意の成立する過程に欠陥がある場合である。

無能力者

詐欺または強迫 96条。この場合、効果意思はある。動機の錯誤と詐欺の場合は、実質はほとんど同じ。また強迫と心裡留保も同様。96条の場合、無効ではないが取り消せる。民法では、詐欺、強迫の定義をしていない。詐欺による意思表示が要素の錯誤となり、95条の規定の適用を受ける場合には、96条の取消ができないという説がある。

(4) 意思表示の効力確定（完成）時期

97条 対話者と隔地者。前者については問題は起こらない。後者について到達主義をとる。本来は了知主義が良いのであるが、不都合が多い。意思表示の実質そのものは、発信の時期に定まっている（2項）。

97条ノ2 公示送達。民訴178条。

98条

521—528条 契約の成立についてのこの問題の規定。97条の規定と異なるものも多い。525、526条（発信主義）。

商法507条以下 商行為法。

4) 代理による意思表示

(1) 代理の意義および性質

99条 第1項は代理人が意思表示をする場合、第2項は相手方が代理人に意思表示をする場合。契約はこの二つを含む。第1項を能動代理、第2項を受動代理という。以下の説明は便宜上能動代理に限る。

代理の特徴として三つある。第一は、代理人が本人のためにすることを示して（本人の名において）意思表示をする。第二は、代理人が代理権を有する。第三は、その意思表示の効力が直接本人に帰属する。

第一の問題から、①本人のためにしているのであるが、その名を示さない場合について、100条。商法504条はこれと違う。②意思表示そのものは代理人の意思表示である。101条。本人はただ効果を受けるだけで、行為はしない。だが特定の法律行為を命ずる場合は、第2項。

第二の問題からは、代理権がなければ効力は生じないが、それでは不都合な場合が多いので、民法は無権代理について特別な規定を設けている（後出）。

第三の問題からは、本人が直接その行為の効果を受けるが、実際には商法551条の間屋のごとく、代理人が自らの名において行為をする場合がある。この場合を間接代理といい、前の場合を直接代理という。いま一つこの問題からは、本人に帰属するので、代理人には効力が及ばない。したがって、代理人は意思能力さえ有すれば、行為能力は必要でない。102条。行為能力は、自己の行為の効果が自己に及ぶことによって、不利益となる場合を防ぐために作られたものである。もっとも908条により、無能力者は後見人（法定代理人）にはなれない。これに対して、普通の委任代理の場合は、無能力者であっても取り消せない。

(2) 代理権

(a) 代理権の性質 代理行為の効果を直接本人に帰せしめうべき法的資格である。本人に対して代理行為をなすべき義務を負担していることとは別問題である。

代理行為をなすべき義務は、まず民法の規定によって生ずる。親権者、884条。後見人、921条。第二に、契約によってなされる場合は、643条以下の委任、667条以下の組合の規定による。この義務を果たさなかった場合、本人に対して債務不履行の損害賠償をしなけ

ればならぬ。415条。

代理権はこれとはまったく違う。844、921条の規定は、代理の義務ばかりでなく、一般の代理権をも含む。委任の場合は、事務処理の必要上、代理権を与える場合と、そうでない場合とがある。後の場合は、代理行為をなす義務はあるが、代理権はない。問屋。

委任が取消されると、代理権も取消されるか。取消せると相手側が困る。ドイツ民法は、委任は無効であっても、代理権授与行為は単独行為であるから有効と認められている。この場合、代理権があって、代理行為の義務はないことになる。また代理人が無能力者であっても、代理権授与行為は無効とならない。

わが民法はこれをどう扱っているか。そこでは代理行為をなす義務と代理権の区別は判然とせず、したがって上の場合は、109、112条の表見代理の規定によって救っている。この考え方で實際上不都合はない。

(b) 代理義務の内容 法定代理の場合は法律により、委任代理の場合は委任契約による。643条以下。415条。

民法では、複代理人の問題を委任のところに置かないで、代理のところに置く。104条以下。これは代理義務の問題である。107条は、かくして置かれた複代理人の代理行為についての規定である。

委任状 委任代理の場合、委任者から受任者へ委任状を発するのが普通である。委任状によって、109条の規定により第三者は保護される。

白紙委任状 代理人の名の書いてない委任状をいう（場合により委任事項の書いてないものもある）。記名式株式の売買。借地借家調停のために、家主が借家人より白紙委任状を取っておく。これは無効。

(c) 代理権の発生、消滅

消滅について、111条。

(d) 代理権の範囲

法定代理人は法律により、委任代理人の場合は委任事項による。

明瞭ならざる場合は、103条(管理行為はできるが、処分行為はできない。たとえば884条はこれにより制限される) および108条(双方代理または自己代理の禁止、「得ス」とは無効か。現在の判例は然らず。無権代理と見なす) による。

(3) 無権代理

代理権さえあれば、直接本人に効力が及ぶが、代理権を持たない場合、民法は相手側の保護のための規定を設けている。113条以下。第一は、本人が追認すれば、始めから有権代理であったと同一に見なす(113条1項、114条、116条。116条但書は不必要と見なされていたが、これを肯定する判例がある)。第二は、相手側で取り消せる(115条)。第三は、無権代理人に責任を負わせる(117条)

117条について。「履行又ハ損害賠償」 履行の場合ははっきりしている。代替的給付の場合である。これに対し、不代替的給付の場合は履行の請求はできない。その場合は積極的契約利益positive Vertragsinteresseの損害賠償がとれる。しかし時には(代金を支払わなければならぬ時)、消極的契約利益negative Vertragsinteresseのほうが得の場合がある。条文の「損害賠償」は消極的契約利益の損害賠償の意義であり、積極的契約利益の賠償は「履行」のなかに含まれる。相手にどちらかを選ばせるところに、「又ハ」の意義がある。

(4) 表見代理

無権代理の一種。109、110、112条の場合。普通の無権代理の場合より一步進んで、有権代理と同様に見なす。

表見代理は、①相手側が有権代理と信ずることが尤もである、②本人もそれを認めて然るべき責任がある場合に生ずる。似た規定は多い。480、478条等。判決にも同じような原理で保護を与えている場合が多い。名義を貸す。商法198条。

Estoppelの原理(ある立場にある以上、反対の主張はできない。訳語で「禁反言の原則」という)。

109条 代理権は与えてないが、委任状を渡した場合。

110条 代理人に一応権限があるが、それを越えた場合で、相手に誤信すべき理由があるとき。

112条

5) 法律行為の効力

(1) 序説

意思表示の形式的欠陥 意思表示そのものの欠陥、意思と表示の不合致、無能力者の行為、瑕疵ある意思表示。

この他に、意思表示の内容を実質的に調べてみると、国家の保護に値しない場合がある。これを実質的欠陥という。

「有効」と「無効」と「取消し得べきこと」の意味 「有効」とは、法律行為の効力が確定的に発生する場合で、無効でも取消でもない。「取消し得べき法律行為」とは、一応効力は成立しているが、取消権があって、それにより効力を失う。「無効」とは、始めから効力の生じないことが確定している。

法律行為の無効は永久に主張できるか。通説は、できるとする。実際は拒絶権のあることを比喩的に無効といい表わしたものに外ならぬ。歴史的に見れば、ローマ法以来の抗弁権である。したがって一つの権利であるから、166条の消滅時効にかかる。

相対的無効 94条。善意の第三者に対抗できない。この外、ある人は主張できない場合がある。これらを相対的無効という。通説は無効を事実状態と考えるから、絶対的無効を原則と考えている。しかし自分は反対する。

(2) 無効なる法律行為

法律行為の無効原因 形式的欠陥によるものと実質的欠陥によるものとがある。ここでは、後者について。

第一に、法律行為の内容が強行法規に違反する場合 91条(「公ノ秩序ニ関セサル規定」を任意規定という。債権法の大部分は任意規定)。強行規定とは、当該の規定に反する法律行為を無効とする趣旨を含む法規をいう。強行法規か否か不明の条文が多い。書いてある

方、借地法11条。不明の方、「…得ず」と書いてあり、罰則のある場合。これに違反したときは無効か。無効か否かは民事上の問題である。民事における訴訟では、相手は有効となることを欲しているのであるから、両方の利害を考えて、無効・有効を決すべきである。判決は、憲法問題にして、命令は契約に非ざるから無効を認めない。90条と708条は理論的に矛盾するが、実質的に不合理ではない。禁止規定に違反した行為も必ずしも無効とならない。

第二に、法律行為の目的が公序良俗に反する場合 90条。これは重要な規定で、契約の自由を制限できる。各国にこのような規定があるが、言葉は違う。日本とフランスは同じ。ドイツは良俗die guten Sittenのみ。昔はこの規定をなるべく狭く解したが、社会的利益を主張する傾向が強くなるにつれて、広く解するようになった。あまり広く解すると、取引の安全を害する。これらの調和を計らねばならぬ。判例を知ることが必要。

第三に、不能の事項を目的とする場合。物権の場合はもちろん無効である。債権の場合も、ドイツ民法は不能とし、消極的契約利益の損害賠償を認める。これに反し英米法では、場合により債権契約を無効とせず、履行に代わる損害賠償をとる。わが国では、この両方とも考えられうる。

無効行為の追認 無効が実質的欠陥より来るときは、追認はできないが、形式的欠陥（たとえば要素の錯誤）の場合は、無効を知った時に追認ができる。この場合は遡及ができるか。119条により、遡及権はない。

無効行為の転換Konversion 一つの法律行為が、ある法律行為とすれば有効だが、他の法律行為と考えれば無効となることがある。たとえば廃絶家再興の無効主張、遺言としては無効だが、贈与としては有効な場合に、これを有効とするのが、無効行為の転換である。

(3) 法律行為の取消

無能力者、詐欺または強迫による意思表示のように、意思表示そのものに欠点があり、その欠点を主張して効力を否定する場合が、

この取消である。これに対し、521条の「取消」は「撤回」で、意味が違う。ドイツ法では言葉を分けている。anfechten と widerrufen。

取消権が発生し、それによって取り消せる。

何人が取消権者であるか。120条。代理人の場合、任意代理人に取消を頼めば問題はないので、ここでは法定代理人を考えているものであろう。保佐人に取消権があるか。保佐人は法定代理人でないので、取消権のないのが通説である。しかし、この規定にある代理人は親権者、後見人の意味であり、彼らの取消権は保護監督権の一部である。こう解すれば、保佐人は保護監督権を持つから、その一部として取消権はあると解すべきである。つまり、代理人を一般の代理人と考えれば、この規定は不要である。法定代理人と解する場合も必要ない。

保証人は取り消せるか。120条の規定では解決できない。主債務者の取消権を保証人も持つか。446条。

取消の効果 121条。遡及法。「現ニ」とは、取消が効力を生じた瞬間をいう。現に利益が存するか否かは困難な問題である。元のものはないが、何らかその代わりの経済的利益が残っている場合は如何。判決の傾向は、相手側の保護のため、なるべく広く解するようになっている。つぎに、取消が効力を生ずる前に利益を悪意でなくした場合は、703、704条（不当利得）。相手方の返還義務については規定がないので、全部返さなければならぬか。当事者双方は不当利得返還の規定に従う。ただ本人のほうは、121条但書があると解すべきである。121条と703、704条とは、特別法、一般法の関係がある。

取消権の消滅 追認、法定追認、消滅時効。

追認は、取消権者が取消権を放棄することをいう。122条。「初ヨリ有効ナリシモノト見做ス」という規定は明白な誤りである。効力は初めから生じているのであって、ただ取り消されるという危険が無くなったのである。無権代理の追認とは違う。但書の規定も無意味である。追認とは、取消権のあることを知って追認することである。124条。

法定追認 125条。当事者の意思は認めない。

消滅時効 126条。

(4) 条件および期限

停止条件および始期 法律行為の当事者が、効力の発生・停止の付屬的約款を付することを、停止条件および始期という。127条。将来発生するかどうか不確実な事実を条件とすることを、停止条件という。これに対し、確実性のある場合を始期という。始期の場合、権利は直ちに発し、その債務履行の時期が後に発すると見るか、あるいは権利は始期に至るまで成立しないと見るか。わが民法は、135条の規定では前者と解される。ドイツ民法は反対で、始期と弁済期とを区別する。

解除条件および終期 法律行為をなす場合、付屬的約款を付し、将来ある事実が発生すれば法律行為は無効となす、というのが解除条件である。127条2項。解除条件は将来の発生が不確実な場合で、確実な場合は終期という。135条2項。

約定解除権 540条。これは契約によって解除権が発生する場合である。解除条件の場合は、その条件は客観的な事実で定まるが、解除権は解除権者の意思の発動による。これは579条以下の買戻権にもっとも良く表れている。

条件付権利（期待権） 停止条件の如く不確実な権利を法律上保護する。128条以下。

第3節 不法行為

1) 序説

不法行為とは、われわれが他人から損害を与えられたとき、その賠償を求める制度である。いかなる条件があれば賠償を求めることができるかが問題である。

(1) 不当利得および事務管理との関係

事務管理であれば不法行為にならない。不法行為と不当利得との関係は前出。事務管理によって相手が不当利得をする場合と、しか

らざる場合がある。後の場合は、損害賠償を請求できるか。不当利得で解決できれば、事務管理の制度は必要ない。18世紀および英米法は事務管理に対し冷淡であった。不当利得と事務管理とは、不当利得と不法行為の関係の如く重複する。

(2) 損害賠償が不法行為の目的である。その手段は、722条により金銭賠償をとる。唯一の例外が723条。しかし特に今日においては、金銭賠償が唯一の方法ではない。原状回復の請求については、709条以下には規定していない。また侵害行為が進行している場合、それを差し止める請求も、不法行為法に規定していない。この二つのことは民法上ほとんど規定がない。ドイツ法および英米法では、それぞれ解決している。この欠陥を学説および判例は如何に解決しているか。ドイツ民法の規定を借りて部分的に補っていたが、行きすぎたので修正している。ドイツには物権的請求権という理論がある。ローマ法以来、返還請求権、妨害排除請求権、妨害予防請求権。わが国ではこれを全面的に輸入して、物権が侵害された場合、不法行為によっては金銭賠償しかできないが、物権的請求権により、上の三つの請求権をもつと主張する。部分的であるというのは、物権のみに限ったからであり、行きすぎであるというのは、物権的請求権では相手が困る場合があるからである。そこでの問題は、なぜ物権のみ原状回復の権利をもつのか。またなぜ侵害者は不法行為と物権的請求権のどちらかを選べるのかということで、これは現在考えられている。不正競争防止法。この二つの調和を保っているのが、英米法である。

(3) 個人賠償主義 被害者に対し、だれか一人に損害賠償させる。それは、被害者を保護するとともに、加害者も保護しなければならぬ。加害者に過失無く、また責任能力の無い場合は、被害者は保護されない。これが民法の建前である。また加害者に過失あり、責任能力があっても、金があれば事実上賠償されないことになっている。例えば、円タクの轢き殺し。アメリカでは、自動車は保険をつけてから運転させている。これは個人賠償から社会賠償へ移ること

を物語る。

2) 不法行為の構成要件

三つの制度

① フランス法 統一的な要件、過失主義、わが民法はこれに近い。

② 英米法 各種不法行為につき、それぞれ特殊な構成要件

③ ドイツ法 両者の中間、一般的不法行為として原則的要件、漏れたものについては個々の規定（たとえば善良の風俗）

(1) 権利侵害 709条。権利侵害という言葉は、立案者にとっては漠然としていた。後の学者はドイツ法の影響を受けた。ドイツ民法は823条に権利を定めている。わが民法の709条はこれと似ているので、学者は混同した。ドイツ民法には、その他に823条に漏れた場合の規定がある。そこでわが国では、明治の終わりに大正の始めにかけて、権利の範囲が狭くなった。それは二段によって破られた。まず、ドイツ民法では、823条の権利を絶対権と考えた。これに対し相対権は、この規定によっては不法行為にならない。わが国でその真似をして、709条の権利は絶対権のみと考え、債権の侵害は不法行為としなかったが、大正の始め以来、相対権の侵害を不法行為と認める判例となった。絶対権、相対権の区別はローマ法以来のものであるが、近世になって債権関係が発達してくると、第三者によるその侵害が多くなってきた。

第二に、相対権のほかに、〇〇権と名のつかないものについて、判例はおおよそ権利と名のつくものには、すべて不法行為を認めるようになった（末川博『権利侵害論』）。かくして権利の範囲が広がったが、今度は何処までかが問題となる。

(2) 権利侵害が違法であること 権利侵害とは違法に損害を与えるものだと考える学者がいる（末川）。フランス民法。この問題をあげたのは、逆に違法性を阻却したものは不法行為になるかということがあるからである。720条、事務管理。権利の行使は不法行為とな

るか。判例はこの問題について、権利濫用を不法行為とした。「適法なる不法行為」適法行為であるが、損害を与えたら賠償させる。

(3) 損害のあること 英米法にはnominal damageという制度があるが、日本では損害がなければ原告は敗れる。

損害の種類 金銭的な損害に対し金銭で払うのは、問題はない。精神的な損害に対しても、金銭で払うかが問題であり、わが民法は710条によりこれにも賠償を払う。

因果関係があること 709条の「之ニ因リテ生シタル」の言葉より。民法では、これは損害の範囲についての問題となる。刑法上の因果関係とは違う。この損害はあの男の責任に帰せしめてもよいという、社会的観念による帰責関係。

(4) 故意・過失 不法行為能力のない者には、不法行為の責任はない。712、713条。しかし不法行為制度を被害者救済の立場から考えると、この規定はおかしい。無過失賠償制度。鉱業法、工場法の規定による扶助。

民法でも、過失という要件を緩めている。第一に、714、715、717、718条により、義務を怠らないという立証責任は被告側に帰せしめられる。第二に、717条は唯一の無過失責任である。ローマ法（当時、土地の工作物が唯一の危険物であった）以来、この準用で無過失賠償を広く認めてゆくテクニックがある。フランス。

3) 不法行為の効果

(1) 損害賠償 その方法は722条による金銭賠償。名誉毀損の場合は、723条。

賠償すべき損害の範囲 刑法の如く相当因果関係で行こうという理論は正しい。実際は、債務不履行の場合の416条の規定を類推して、通常生ずべき損害と、特別の事情によって生じた損害とを分け、後者は加害者が予見した場合とする。しかし実際の範囲の確定は困難である。生命が害された時、本人の能力に応じて賠償をとる制度と、遺族の損害を考えて賠償する制度がある。711条による慰謝料の請

求。判決によれば、一応被害者に損害賠償の権利が生じ、それが相続人に相続されるという。しかしこれはおかしい。大体、生命を金に見積もるのがおかしいのである。

(2) 権利者 だれが請求権を持つか。711条。特殊なものとしては、721条による胎児。これに関連して、胎児の権利は生まれたときに発するのか。あるいは胎児の中に発するかが問題である。父が殺された胎児の母が、胎児の生まれざる内に和解したが、胎児は出生後損害賠償を請求できるか。一つの学説は、胎児は生まれざる内は権利能力を持たないから、母が法定代理人となることはないとして、母の和解を無効と主張する。これに対し我妻先生は、胎児は生まれざる内に権利能力を持つと主張する。これは財産管理の必要上からである。判決が如何なる学説をとるかは、事件の実質による。

(3) 義務者 原則としては加害者である。ところが法律は、相当広く他人の行為から生じたもの、および物から生じた権利侵害についても、責任を負わせている。

714条 これを712条に關係させて、不法行為能力のある未成年者に責任を転嫁する。さらに学説は、責任について道徳的か法律的か分かれている。判決は、原告を勝たせるために、未成年者が法律的責任を弁識する能力がないとし、親に損害賠償をさせている。

715条 問題は「其事業ノ執行ニ付キ」の解釈如何である。判例で研究すべし。

717条 「瑕疵」の解釈が問題である。占有者と所有者。後者は唯一の無過失賠償。

718条

共同不法行為 719条。連帯債務、432条以下。被害者は加害者の誰からも賠償金がとれる。加害者は他の共同加害者に求償することができる。

短期の消滅時効 724条

法律の歴史において刑罰と損害賠償が区別されたのは、比較的近年のことである。とくに19世紀の刑法学の発達により、刑罰は報復

という思想から離れて、社会の利益および罪人の救済という思想に向かったので、民事責任においては被害者の保護を目的とするに至った。損害賠償は、被害者の保護という第一義的な目的のほかに、社会防衛という第二義的の考慮も加えるべきであろう。

722条2項 裁判官の政策関係〔?〕はまず416条の規定により、つぎにこの規定によって案配される。これを過失相殺という。

第4節 時の経過、特に時効

1) 期間計算法

138条以下。年齢計算に関する法律。

2) 時効

(1) 時効の概念

消滅時効 権利を行いうるにもかかわらず、一定の期間行わないと、その権利は消滅する。その期間は権利の種類によって色々規定されている。126条、724条、167条以下、商法。ただ所有権は時効にかからない。167条2項。

取得時効 これは実際の所有者、権利者が別にあるけれども、ある人が事実上所有者らしく振る舞うことが長きに及ぶと、その人をして所有権を得しめる制度。この場合、真の所有者は所有権を失うが、これは消滅時効ではない。

およそ時効とは、ある事実状態が長く続くと、それを法律状態に高めることである。歴史的に見ると、文字の発達につれて、時効は次第に長くなってきた。時間がたつと証拠が不確かになるので、ある期間を過ぎたものは、裁判所で取り扱わないほうが訴訟を少なくできる。この理由が時効制度を認める大きな理由である。根本は、人間が忘れっぽいからである。

取得時効と消滅時効は、細かく見れば違う点も多い。証拠が特に重んぜられるのは、消滅時効のほうである。取得時効のほうは、長く続いた事実関係を壊すのは却って社会の安全を乱すからである。

民法はこの二つの制度を一緒にして、144条以下に総則をおく。