約の相手方に開陳するの義務なし、取得す可き目的物に對して有する見込みに付ても亦固より之を其の相手方に明言することを要せざるなり。

取引上重を置かざる過賞及阿諛の言辭は之を詐欺と認むべきにあらず。

(2) 欺罔は故意なることを要す。

卽ち若し欺罔に陷りたる者が豫め實情を知りたるときは、欺罔に基きて爲したる意思表示をなさざるか又は之と異りたる意思表示をなす可かりし事を意識して爲したることを要す、その表示により欺罔に陷りたるものが損害を被りたることを要せず、相手方の幸福を計るが爲めに出てたる欺罔も亦詐欺たることを得、卽ち相手方の自己決定を不當に干渉せんとしたることを以て足れりとす。

(3) 取消の要件として尙取消權者は意思表示をなす可き「決定」をなしたることを要す(一一三條、第一項)從て行爲の決定が詐欺に基かざる時は個々の決定に於ては詐欺が行爲の實行に優れるにも拘らず之を取消す事を得ず、例へば土地を從物と共に賣却し、從物の價額は一括して定めたる場合に賣主が現在する品目數を詐りて多く擧げたる場合の如し。

從て詐欺と行爲の間には因果關係の存在することを要するなり、唯その際欺罔が相當の思慮ある人に對して效力ありや否やは決定の標準とならず、欺罔が事實上有效に行はれたるを以て足るなり、例へば詐欺者が寡婦をして亡夫の靈魂を口寄せ其の命なりと稱してある意思表示をなす決定をなさしめたる塲合の如し。

五、詐欺に基く法律行爲の取消は原則としてその詐欺が取消の相手方より出てたることを要す、之が一般的除外例をなすものは第三者のなしたる詐欺も、若しその意思表示の相手方が意思表示の當時詐欺を知り又は知ることを得べかりし場合には取消の原因となること之れなり、その他第三者に對して取消しをなすを許さるる場合は第三者が意思表示により直接に權利を取得し其の取得の當時詐欺を知り又は知ることを得べかりしときなりとす、之れ第三者のためにする契約の場合に特に其適用あり(一一三條第二項後段)

六、詐欺による取消は一ケ年の時效期間の制限を受く、時效は取消權者が詐欺を發見したる時より進行す(一一四條、第一項及第二項)取消は意思表示の時より三十年の經過と共に排除せらる(一一四條、第三項)

七、詐欺が單に意思表示の外見を與へしむるに過ぎざる場合なきにあらず、例へば詐欺者が選擧の宣言書なりと稱して借用證書と騙りかへ署名せしめたる場合の如し、かかる場合には法律行爲成立せざるが故に固より取消を要せず。

八、詐欺を受けたるものは其の行爲の取消權を有する外、八二三條に依り詐欺者に對して損害賠償の(債權的)請求權を有す、八二六條も亦屢々採用せらるべし、詐欺を受けたるものが其行爲を取消したる塲合及び其の行爲を認め又は期間の懈怠により取消權を失ひたる場合共に損害賠償請求權を生ず、然れども固より此の請求權は兩者の場合に於て異りたる內容を有するなり、法律行爲を取消したる場合には當事者双方は共に無效となれる法律行爲により取得したるものを返還することを要す、詐欺を受けたるものは其の行爲が自己の意思により成立せざりしものとなるが故に積極的契約利益を請求することを得、詐欺に陷りたるものが其の行爲を追認したる場合には詐欺者は詐欺に陷りたる者か詐欺なかりせば得べかりし利得、從て其の積極的契約利益を之に與ふることを要す。

損害賠償請求權の消滅時效は八五二條の一般規定により三年若くは行爲の時より三十年にて完成す。

最後に詐欺を受けたるものは詐欺に基く行爲を自己に對して主張せんとする詐欺者に對して抗辯權を有す、此の抗辯權は時效によりて消滅せず(八五三條)

## 第三十五節　不法の强迫

一、身體的壓迫卽ち所謂絕對的强制は被强制者の欲せざる意思表示をなさしむることあり、例へば手を抑へて强制的に手形に署名せしむるが如し、斯る場合には單に行爲の外見を生ずるに過ぎざるが故に其の行爲は無效なり。

二、不法の强迫により意思表示をなすことを强制する場合(精神的强制Ger. compulsive)は更に多し。

羅馬法に於ては精神的强制に基く法律行爲は之を有效としたり、蓋し此の場合には表示意思あるものと認めたればなり、然し又之を無效とすることを得たり、蓋し精神的强制の不法なるが爲め被强迫者に對して畏怖に基く訴權(actio quod metus causa)を與へたればなり、而してこの訴權は强迫者のみならず、强迫の結果物を取得したる第三者に對しても援用することを得たり、近世立法例の基礎とされるものは之と異なれる見解なりこの見解によれば義務力を有するは自然意思に限り從て强迫に基く行爲は條件付に無效なりとす、民法がこの種の法律行爲を取消し得べきものと規定したるはこの根本見解に從ひたるなり。

三、取消の要件次の如し。

(1) 害惡を以て强迫し意思決定をなさしめたること。

其の害惡が羅馬法に於けるが如く重大なること、卽ち直接の關係ある事、否通行人に影響を及し得べき程度のものなることをも要せず、被强迫者をして之に因りて法律行爲をなす決意をなさしむるを以て足れりとす、被强迫者の身體及び心身の耗弱稍神經質なること、殊に公に曝露を避くることを要する窮迫の境遇等は普通の場合に於ては些細なることにても强迫と認むる價値あらしむるものなり、固より强迫を受けたりと稱するものは强迫により意思表示の決意をなしたることを疏明せざる可らず、之れ些細なる强迫にありては容易ならざる可し。

(2) 强迫が相手方によりて行はれたると第三者により行はれたるとを問はず。

後の場合に於ても尙自由なる自己決定の意思を要せず、從て行爲無能力者が强迫に因りて意思表示をなさしめたるときは其の意思表示は取消す事を得べし、然し戰爭破產の場合の如き畏怖の狀態は其れ自體に於ては取消をなすに足らず。

(3) 强迫者が意思表示を强制する權利を有する時は其の意思表示は有效なり、强迫は違法なることを要す、自己の權利に屬する手段否その權利に基く手段によりて强迫したる場合と雖も若しこの手段を以て意思表示を强制することが善良の風俗に反するときは其の强迫は不法なるものとす。

(4) 强迫に基きてなしたる法律行爲のみ取消し得べきものとす。

第三者の强迫したる害惡を免るるがためになしたる法律行爲例へば民衆の憤怒に對する辯護に對してなしたる報酬の約束の如きは之を取消すことを得ず。

(5) 羅馬法の畏怖に基く訴權は被强迫者に財產上に損害ありたることを前提とす。從て强迫者が例へば辨濟

期にある債務の履行を強制する場合の如く強迫に依りて強制したる意思表示に對し權利を有する場合に於ては此の訴權は除斥せらる。

民法の見地よりするは斯の如き場合に取り消しをなす可らざるものと認む可き何等の理由なし。

四、強迫に基く取消は詐欺に基く場合と同じく一年内に之をなすことを要す、此の期間は強迫の場合に於ては強迫の止みたる時より進行す（一二四條、第二項）此の取消權の有效期間は詐欺の場合と同じく三十年とす（一二四條第三項）

被強迫者は詐欺の場合の如く損害賠償を請求することを得、又時效によりて消滅せざる抗辯權を有す（八五三條）

# 第四章　條件及期限

## 第三十六節　條　件

一、法律行爲の效力の發生が將來不確定なる事實の發生に繫るときに於てのみ法律上の條件なるものを生ず。從て左の如きものは本來の條件と云ふ事を得ず（註）邦民一二七條以下參照

（a）必成條件及不能條件。

停止的必成條件の下になしたる法律行爲は無條件なり、又解除的必成條件の下になる法律行爲は無效なり然し必成條件を附する場合には概ね期限存す、不能條件は停止的なる場合には其の意思表示を無效とするも解除的なる場合には無條件なる意思表示とす。

（b）非常識條件及矛盾條件

停止的なると解除的なるとを問はず意思表示を無效とす。

（c）既定條件即ち條件は既に確定せるも其の結果が未だ知れざる過去の事實に關する條件。

其の事實が發生したるや否やに付き意思表示者は主觀的に不確定なりとするも、之れに因りて其の意思表示を條件付のものとなすものにあらず、客觀的には其の意思表示は始めより有效無效何れかに確定せるなり然し乍ら條件を附することを得ざる法律行爲（（註）婚姻養子緣組等之に屬す）にありては不確定の狀態は全く之と一致せざるが故に過去の事實に關する條件と雖も之を附することを得ず。

（d）所謂法定條件、即ち表意者の意思決定に基かずして法律上當然發生する條件は（例へば其の物を余に讓り渡さば余はその代價を支拂ふ可しと云ふが如し）之れ特別の意義なき無用の附加に過ぎず。

尙注意すべき事項左の如し。

（a）不法條件即ち法の禁止若しくは善良の風俗に反する條件は意思表示を無效とす、之れ生前行爲、死因行爲共に適用あり。

（b）無益なる條件は許す可きものなれば履行することを要す。

（c）多くの條件を付したるも、其の中の一條件を履行すれば足る場合に於ては別段の定めなき時は二六二條

の類推適用により條件を附加せられたるものが選擇權を有するものと推定す。

二、凡ての意思表示は原則として條件を附加することを得、之れが例外中重要なるものは相殺、明渡、婚姻認知相續又は遺產の承認及拒絶、その他一七二四條、二二〇二條及一五〇條二項なり、凡て之れ等の場合に於ては條件の附加は意思表示を全部無效となすなり。

三、停止條件の成就も解除條件の成就も共に遡及效を有せず、停止條件の成就にありては權利者は原則として中間利益の請求權を有せず、同樣に解除條件の成就に權利の消滅したるものは中間利益を返還することを要せざるなり、解除條件にありては條件の成就と共に以前の法律狀態が當然復歸するなり、解除條件の下に債權又は物の所有權が讓渡せらたる場合には債權及所有權は當然讓渡人に復歸するなり、土地の上の物權は消滅し、土地登記簿は八九四條に從ひ訂正せらる、この效力は登記簿の信賴又は善意取得の規定に照し保護せられざる限りは第三者に對しても生ずるなり——當事者間に(停止若しくは解除)條件成就の效果がある過去の時に迄遡及す可き合意ある場合にはかかる合意は當事者間に債權的效力を有するに過ぎず、即ち當事者は若し合意せる既往の時に條件成就せば得べかりしものを互に與ふることを要す(一五九條)

四、停止條件が尙ほ不確定の狀態に有る間は法律行爲の效力は未だ發生せず、所有權は未だ移轉せず、債務も未だ生ぜざるなり、乍併條件付債務は豫め保證擔保及假登記に因り之を確定することを得、之が擔保の方法として假差押(民訴九一六條第二項)及假處分あり、債務者の破產に於ては債務者に一の擔保權を與ふ(破產法第六七條)權利及び義務は相續し得べく且讓渡することを得、民訴二五六條の規定によれば不確實の狀態にある法律關係を確定する訴(確認の訴)を提起することを得、更に義務者は停止條件付權利を



自己の過失により毀損又は妨害することを得ず、毀損又は妨害したる時は條件成就の場合に權利者に對して損害を賠償する義務を生ず(一六〇條第一項)妨害停止の請求權は權利者に屬せず、權利の毀損又は妨害は事實上の行爲(例へば條件付給付の義務ある物の破壞)に因りても又法律上の處分(例へば條件付債務の目的物讓渡)によりても行はる、解除條件の下に於ける權利者は解除條件の成就に因りて利益を受くべきものに對して權利の毀損又は妨害をなせる場合には先遡せると同樣の損害賠償をなす可き義務を有す(一六〇條第二項)

五、目的物に關する停止條件付處分により利益を受く可きものは更に大なる保護を受く、即ち單に停止條件付債權的法律行爲をなしたる場合には權利者は自己の權利の不利益なる干涉に對して、一六〇條の損害賠償請求權によりて保護を受くるに過ぎざるに反し停止條件付物權的處分にありては、此の他尙權利者のために義務者は物的義務を有す、即ち義務が條件の確定せざる間に更に目的物に付て處分行爲をなしたる時は其の處分行爲は條件成就の時に於て之に因りて發生したる權利を毀損又は妨害したる範圍內に於て無效なりとす、然れども善意の取得者を保護する規定は此の場合にも準用あり、條件の成否未定の間に强制執行若しくは假差押の方法により又は破產管財人がなしたる處分も義務者自身に因る處分と同じ(一六一條)凡て之等の原則は權利者が條件の成否未定の間に以前の法律狀態を毀損し又は妨害す可き處分をなしたる場合には解除條件に於ても亦之を適用す。

六、當事者の一方が信義に反して條件の成就を妨げ又は誘致したる時は行爲自體は單に損害賠償の義務を生ずるに過ぎず、然し乍ら法典はこの場合に於て條件を成就したるもの又は成就せざりしものと見做せり(一六二條)信義に反するや否やは各個の場合に於て當事者の意思に依れば專ら偶然の事實により決す可きものとしたる

か或は當事者の行爲も亦許す可きものとしたるかに依りて判定す可きものとす。

七、條件の擧證責任に關しては獨民には何等の規定なく、相手方の主張する法律行爲は停止條件付にてなされたるものなりとの陳述には訴の原因の拒否存することは今日殆ど一般に認められる所にして一五八條の書方を生じたる所以なり、解除條件に關しては通說は反對の見地に立てるは正當なり、條件の成就又は不成就については當該の事實より權利を取得するものが之を證明する事を要す。

## 第三十七節　期　限

一、期限――始期又は終期――は將來到來することの確實なる時又は事實に關する場合に於てのみ生ず（即ち到來することが確實なる場合にして同時に到來するや確實なるも不確實なるも期限たるに妨げず、例へば一九一〇年一月一日にと云ひ、又はA死すればと云ふが如し）（註）

（註）何時に期限到來するや不確實なる場合あり、之をdisein certutun qadndoと云ふ、之に反し確實なる場合をdios incer tusanと云ふ、其の確實なる場合をdios certus quandoと云ふ。

又期限が到來するや否や不確實なる場合あり之をdies certusan et incertusan et quandoと云ふ。

（イ）大正十年一月一日に汝にこの書を與へんと云ふ時は期限の時期及び到來が共に確實にして期限付法律行爲なり（dies certus in et quando）

（ロ）A死すればと云ふ如きは期限の到來は確實なるも何時に到來するや不確實なる場合にして之れ又期限なり（dies certusa n et incertus quando）

（ハ）汝が成年になりたる時と云ふが如きは到來の時期（即ち滿二十歲になりたるとき）は確實なるも果して二十歲迄生きるや否や不明なれば期限の到來は不確實にして斯くの如きは條件にして期限にあらず（dies incertus an et quando）

（ニ）「汝の結婚の日に」と云ふが如きは期限の到來及時期共に不確なる場合にして條件なり（dies incertus an et quando）

將來の時期の到來が不確實なる場合（即ち到來するや否やか不確實にして何時に到來するや否やは確實なるも不確實なるも之を問はず、例へばAが成年に達したるときAが結婚したるときと云ふが如し）には、其到來の不確實なるがために條件の存在するものにして直接條件に關する規定の適用あり。

二、法律行爲をなすに當り始期又は終期の法律行爲の效力の發生又は消滅を期限の到來に係らしむる意味に於て附加せられたるときは停止條件及解除條件に關する一五八條、一六〇條の規定を準用す、從て期限の到來は何等遡及效を有せず（一五八條）終期の到來により以前の狀態は當然回復す（一五八條第二項）期限が到來せざる間は單純なる債權的法律行爲にありては義務者は他人の期限付權利を毀損し又は妨害したるときは損害賠償の義務あり、之に反し或る目的物に關する期限付處分にありては權利者のため物的義務を生ず。

三、一六三條の規定は法律行爲の效力が始期の到來により始めて發生すべき場合にのみ適用あり、之は例へば賃貸借又は雇傭關係が契約の內容に依り將來の期限より開始し所有權又は其の他の物權が將來の時期に於て始め

て取得若しくは喪失せらるる可き場合なり、之に反し法律行爲の效力が直に發生し、其の權利の實行のみが延期せらるる場合には（期限付權利例へば消費貸借上の借金を六ヶ年間に辨濟し賣買代價を三ヶ月後に支拂ふと云ふが如し）一六三條は之を適用することを得ず、一六三條の場合は尙法律行爲をなすに當りて期間の合意なきとき、從て法律行爲の效力が既に發生し後に至りて猶豫を與ふることを承諾したる場合には存在することなし。

四、一六三條の期限（始期及終期）は條件が許す可らざる場合と同一の場合に於ては許す可らず、期限付債權擔保の方法として假差押をなすことを得（民訴九一六條第二項）

# 第五章　代　理

## 第三十八節　代理の概念及許可

一、代理人とは他人（即本人）のために他人に付て效果を生ず可き意思表示をなし、又は受領するものを云ふ、從て代理を意思表示をなす代理と意思表示を受領する代理又は普通に所謂積極代理と消極代理とに分つことを得就中前者は重要にして法典に詳細に記載せらるるが故に之より述ぶ可し。

（1）（積極）代理の要件。

（a）代理人が自ら其の行爲を自己固有の意思を以てなしたること、此の點に於て代理は使者と異る、使者は表示を他人の表示として即ち本人の表示として傳達するに過ぎず（使者「×が馬を買ふと汝に傳へしむ」代理人「余は×の名に於て馬を買ふなり」）かく云ふも固より表示の言語によりて決するにあらずして、他の事情よりも亦推知し得べき意味によりて決するなり、此の區別より重要なる結果を生ず。

（b）使者によりて傳達せられたる表示は派遣者の表示なるが故に誤りて傳達せられたる場合に於ても尙其の表示は派遣者を拘束す、重大なる錯誤なる時は固より取消すことを得るも、取消權者より相手方に對し消極的利益を賠償する義務あり（一二二條）代理人の表示は之に反し代理權の範圍內に於てのみ本人を拘束す、而して權限踰越の場合に於て本人は消極的利益を賠償す可き義務すら負ふことなし。

（c）使者は法律行爲をなすものにあらざるが故に行爲能力ある事を要せず、寧ろ他人の表示を傳達する自然的能力あるを以て足れりとす、之に反し代理人は自ら行爲をなすものなれば行爲能力を要す、然し行爲能力の制限あるも妨げなし（一六五條）蓋し此の制限は主として本人の利益の爲めに設けられたるものなればなり、制限能力者は概して特別規定により法定代理より排除せらる。

（d）代理人とは他人の名に於て法律行爲をなすものを云ふ、卽ち法律行爲の效力、而して勿論個々の效力のみにあらずして全效力の其の他人に及ぶ可きことを表示するものにして從て其の法律行爲は效力の點より云へば其の他人の行爲となるものなり、而して代理人たる意思が明示せられたると當該の事情に從ひ推知し得べきものたるとを問はざるなり（一六四條第一項）

（2）受領代理人（消極代理人）とは之に對して他人に效力の及ぶ可き意思表示がなさるるものを云ふ、この場

含主として決定の標準となるものは其の表示が受領者に對して相手方の代理人としてなされたるものなりとの表意者の（明示又は事情に從ひ推知し得べき一六四條第三項）意思なりとす、蓋し受領には概して受領者の意思活動を要件とせず其の無意識なる場合に於ても尙之に表示をなす事を得ればなり。

（a）積極代理に於て代理人と使者とを區別したるが如く前揭（a）受領に於ても亦代理人と受領機關たる使者とを區別することを要す、代理人に對する表示は直接代理人自身に對して向けらるると雖も、使者に對する表示は直接この者に向けらるるにはあらずして彼を通じて受領するものに向けらるるなり、從て例へば相手方の惡意過失が問題となる時には代理人の惡意過失は決定の標準となれども受領機關たる使者の惡意過失は之を問はざるなり。

（b）代理人として表示をなしたるものは反對表示の受領に付ても亦代理人と認められ、之に反し使者として他人の表示を傳達し回答を受領す可き權限を有するもの多くは單に受領使者と認めらる可きものとす。

（c）表示は代理人に與へられたる時直に完成す、受領使者に與へられたる場合に於ても亦同じ、而して其の內容は之に與へられたる內容にして本人に對する（誤れる）通知によりて變更せらるるものにあらず。

（d）家族が（明示又は默示的に）意思表示的に意思表示受領の權限を有する場合には受領と認めらるる場合多く、此の權限を有せざる場合に於ても之に對してなされたる意思表示は既に相手方の實力內に入れりとの理由により完成すること少からず、此の場合にあらざるときは表意者が相手方に對して表示するために用ひたる使者に過ぎざるなり、從て此の場合には意思表示が相手方に到達したる時に始めて完成するものにして其の內容も到達の時に於て決定するなり。

二、本人の爲に及本人に對して與ひられ又は受領せられたる意思表示の效力は代理人が代理權を有するや否や及意思表示が代理權の範圍內に於て代理人により又は代理人に對してなされたるや否やによりて決せらる（一六四條第一項及第二項）然し乍ら代理權の欠缺は事情に從ひ代理人が本人の爲め及本人に對して生せざる場合にも尙代理の語を用ひたり。

三、羅馬法に於ては代理は一般に物的行爲に於ける占有及相續承認の際にのみ認められ殊に債權的取引に於ては之を除外し、代理人に附隨して本人の責任を認むることにより僅に不完全に之を補へるに過ぎざりしが代理の許可すべきことは獨逸に於ては第十七世紀以來原則として認められ從て個々の行爲に於て之を除外するは例外とせらるるに至れり、獨逸民法も亦この見地に立つが故に僅かに二三の行爲に於て特別の理由に基き代理を除外したるに過ぎず。

## 第三十九節　代理權の基礎及範圍自己契約

一、代理權は法律の規定若しくは公の規則、法人の定款又は法律行爲即授權行爲に基て生するものとす。

（1）直接法律の規定に基くが又は公の規定に基くものは殊に「法定代理人」の代理權なりとす。

（2）法人の定款に基くものは社團法人の理事が法人の意思機關として之を代表する權なりとす、理事は法文にも有るが如く「法定代理人たる地位」を有す（二六條、三〇條、八六條）

（3）代理權の基礎たり得べき第三の原因たる受權行爲に付ては後に述ぶ可し。

二、代理權の範圍は其の基礎によりて定まる、即ち或は法規及び官廳の規則により或は法人の定款により或は最後に受權行爲の內容によりて定まるものとす。

(1) 代理人が他人の代理人として自己自身又は第三者の代理人としての自己と法律行爲を締結し得るや否やの問題は學說及判例上頗る議論の存する所なり、凡て之等の場合を簡單に不適當乍ら「自己自身との契約」若しくは「自己契約」と稱す。

法律行爲若くは契約の本質は、かかる行爲若くは契約が有效なることと矛盾するものにあらず、本人の名に於て意思表示をなすの代理人が第三者若くは自己の名に於て其の意思表示を受領する行爲を自己自身の中に於て外部に現すことなくして實行することを得るのみならず、公證人、證人等の面前に於て又は記帳の方法による第三者に對して認識し得べき方法を以て之を實行し得る以上、何が故に同時に其意思表示を受領することを得ざるやを解することを得ざるなり、然し乍ら多くは斯る行爲に於て双方の利益は相反するものなり、從て代理人は原則として自己契約をなすこと を得との推定は本人の利益に反するのみならず、又本人(若くは法規)の趣旨にも叶はざるものなり、故に寧ろ斯る權限が特に與へらるるが又は相手方の利益が原則として過當に取得せらるる惧無き行爲に關する場合にのみ此の權限を是認する事を得るなり、羅馬法は債務の辨濟消費貸借の借入及競賣に於て之を採用したり。

(2) 民法は一八一條に於て原則として自己契約を排除したり、但し自己契約が法規、定款若くは受權行爲に依り「許さるる」か又は「法律行爲が專ら債務の履行に存するとき」は重要なる例外を認めたり、乍然之は事實上の履行の場合に限り代物辨濟を包含せず、未だ履行期に達せざる債務、訴ふることを得ざる債務、訴ふることを得ざる債務の辨濟を以て辨濟をなすにあらずして單に受領するに過ぎざるときは此の限りにあらず(註)邦民一〇八條參照

代理人が一八一條の規定に反してなしたる行爲は凡ての場合絕對に無效なりや、或は又本人が之を追認することを得るや否やは疑問にして既に第二委員會に於て論議ありし點なり(議事錄二卷、七三七四頁)一八一條に明かに規定するが如く代理權は斯る行爲に對しても及し得べく、從て其の行爲無效の原因は代理權の欠缺にあるが故に法の精神より論ずればこの行爲は無權代理人がなしたる行爲と同樣に取扱ふことを要す、之れ衡平の觀念にも應ふなり、强制賣買の場合には明文の規定すら設けらる(四五八條)

## 第四十節　代理權の效力

一、法律行爲が本人の名に於て代理人によりてなされたる場合も亦同じ(一六四條第三項)

本人の名に於て明示的になされたると、本人の名に於てなさるる時は其の全效力は直接本人に付てのみ生ず、其の表示が(一六四條第一項)

受領を要する意思表示が代理人に對してなされたる場合も亦同じ(一六四條第三項)

代理を許さるる行爲は固より之が例外をなすものにして此の場合は其の行爲は無效なり。

二、行爲の效力が本人に付て生ずるは當事者の明示若しくは默示の意思とこの意思を認めたる法の規定とに基くものなるが故に、この效力を表示するの爲めには本人自ら行爲をなすが、又は行爲をなすものと考ふ可きもの

なることを承認することを要せず、行爲自體は寧ろ全く代理人によりてなさるるものにして效力のみが本人に付て生ずるなり（所謂代理人行爲說）

此の點に付て普通法に於ては學者間に議論岐れ、法律上行爲者は本人のみにてし代理人は其の機械に過ぎずとなすものあり。

折衷說によれば本人及代理人は其の意思が表示を決定する原因となる範圍に於て各々行爲者たるものとす、然し乍ら代理人行爲說のみが正當なり、之れのみが擬制を用ひざるなり、蓋し事實上代理人のみが自己の意思及之に適應する表示によりて行爲をなすものにして（代理人は曰く「余は×の名に於て買ふなり」）本人の意思は之に反し、一方に於て代理人の意思及其の內容を決定する原因となると共に一方に於て代理人に代理權を授與するものにして決定原因も代理權の授與も共に行爲法律の要件をなすものにあらざればなり（註）

（註）邦民一〇一條參照我國に於ても此の點に付ては異論なし。

（1）代理人行爲說（又は代表說）は又民法の規定の基礎をなすものなり、意思表示の要件が問題となり、又は其の法律上の效力が事情を知りたるが又は過失により知らざりしかに係る限度に於ては常に第一に代理人に付て決し唯場合により附隨的に本人の意思若くは過失を問ふとの原則は此の說によりてのみ說明することを得るなり、此點が法文に明記せらるゝは二三の特に重要なる問題に付てのみなれど他の問題に付ても其の儘之を擴張して適用することを得べし。

（a）一六六條第一項は「意思表示の法律上の效力が意思の欠缺により影響を受く可き場合に於て」代理人の意思にのみ因りて之を定む可き旨を規定す、然しこゝに所謂「意思の欠缺」とは强迫、詐欺及錯誤のみならず心裡留保、虛僞表示眞意の欠缺に於ける意思の欠缺の場合も同樣に解す可し、又代理人の意思は法律行爲の存在に決定を與へたるものなればその行爲の內容に付ても標準となる可きものなるが故に從て代理人のなしたる法律行爲は本人の意思によらずして代理人の意思によりて解決することを要するなるが故に意思表示解釋の一般原則に從ひ代理人の意思により解釋することを要す。

從て法律行爲は代理人の心裡留保あるも尙有效なり、代理人が虛僞表示をなし又は眞意にあらざる意思表示をなしたるときは無效にして錯誤詐欺若くは不法の强迫に基くときは取消すことを得、代理人の錯誤により法律行爲が取り消されたるときは損害賠償の義務を生ず、代理人が相手方と一致せざるときは契約は無效なり、意思表示は代理人の意思表示なるが故に意思表示解釋の一般原則に從ひ代理人の意思により

（a）更に「意思表示の法律上の效力が或る事情を知りたること若くは知ることを得べかりしことにより影響を受く可き場合に於て」は代理人の一身が決定の標準となるものにして本人の一身は決定の標準となるものにあらず、從て例へば代理人により所有者にあらざるものより讓渡によりて所有權を取得し得るは代理人が善意なりし場合に限るものとす、代理人により買ひ取りたるもの、瑕疵に付ては代理人か之を知らざるか、又は知らざるにつき過失なき時に於てのみ賣買價格の交換若くは減額を請求することを得るなり相手方が代理人と通謀せる場合に於ては相手方は固より信義の一般原則により代理人が之を知りたることを援用することを得ず。

（2）斯の如く知らざりしこと及知ることを得べかりしにあらざることが效力に結び付けらるゝ時は常に代理

人の一身に付て之を決す可きものなれごも、其の代理權が授權行爲に基き授權者が其の事情を知りたるか又は知ることを得べかりしに拘らず問題となるも關係に於て法律行爲をなすに至らしめたる一定の指圖を與へたる場合に於ては代理人が知らざりしこと及び知らざるに付き過失なかりしことのみにては足らざるなり。

例へば馬が氣嘖なることを知りつつ之を三百馬克以下にて買ふべき代理權を與へたりとせば代理人が之を知らず及知らざるにつき過失なかりしことを採用することを得ざるなり。

## 第四十一節　無權代理の效力

代理人が本人の名に於て法律行爲をなすも代理權を有せざるか又は代理權を踰越したる時は同意を必要とする未成年者の法律行爲と同樣に其の法律行爲が契約なるか又は單獨行爲なるかに從て種々の效果を生ず。

(註)邦民一一三條乃至一一七條參照

一、契約に於ては本人に對する效力と代理人に對する效力とを區別することを要す。

(1)　本人に對しては契約の效力は不確定にして其の追認によりて確定す(一七七條第一項)追認は第三者に對し若くは代理人に對して表示することを得べく其表示は契約に對して定まれる方式に依ることを要す(一八二條)本人が追認をなすときは契約は(之れに依りて第三者の權利を害さざる限り)始より本人のために及び本人に對し有效なるものと見做さる、本人が追認を拒絶するときは契約は本人に對する關係に於て無效なり契約當事者は判決の時迄拘束せらる(次に述ぶる撤回權を生ぜざる限り)

(a)　然し乍ら相手方は「代理權の有無につき疑を有するに過ぎざる場合に於ても)本人に對し追認の表示をなす可きことを催告することを得、而して「追認は相手方に對してのみ之をなすことを得べく」催告前に「代理人に對して表示したる追認又は拒絶は無效とす」追認は二週間內に表示(從て到達)することを要す。然らざれば「追認を拒絶したるものと看做す」(一七七條第二項)

(β)　相手方は(本人に對して催告をなすべき場合と雖も)尙追認ある迄は撤回する權利を有す、但し契約の當時代理權なきことを知りたるときは此の限りにあらず、撤回は代理人に對しても亦之を表示することを得(一七八條)

(2)　契約の追認が拒絶せられ(又は拒絶せられたるものと看做さるゝ)ときは(一七七條第二項)代理人は「其の代理權を證せざる限り」相手方の選擇に從ひ「履行又は損害賠償の責に任ず」(一七九條第一項)

(a)　從て一の選擇債務を生じ其の選擇權は債務者之を有するなり、代理人は

(A)　代理人が有效なる場合に於て本人のなす可き給付を(この給付が一般に代理人によりて實行することを得る限度に於て)自らなすか。

(B)　又は行爲の當初の目的卽ち本人に對する效力を生ぜずして無效となりたるが爲め相手方に生じたる損害を賠償することを要す。

(b)　然しこの點につき二個の重要なる例外あり。

(A)　代理人が代理權なきことを知らざりしとき(其の擧證責任は代理人に屬す)は消極的利益に對してのみ其の責に任ずれごも其の額は契約の有效なるが爲めに相手方の取得す可き利益の額を超ゆることを得

ず（一七九條第二項）

（B）代理人の責任は相手方が代理權の欠缺を知り又は知ることを得べかりしとき、更に代理人の行爲能力が制限せられたるときは一般に取除かる、但し後の場合に於て法定代理人の同意ありたるときは此の限りにあらず（一七九條第三項）

（3）代理權踰越の場合に於ては其の行爲は（追認なきときは）本人に對し代理權なき場合と同く原則として無效なり、而して代理人は同樣に責任を有す、然し乍ら其の行爲が分割することを得るものにして且つ相手方が權限ある部分のみに對しても尙行爲をなす可き事を推定し得るか又は相手方が少くとも後に至りて行爲を分割することを承認したるときは其の行爲はこの部分に於て本人に對して有效なりとす（一三九條）從て代理人の責任は其超過部分に限らる、なり。

代理權（殊に授與代理權）が超過せらるるにあらずして濫用せられたる時は其の行爲は其れ自身有效なり、然し相手方が濫用を知れるか又は知ることを得べき場合に於ては本人は詐欺の抗辯及前者の場合には八二六條により賠償請求權を有す、其の他代理人は（其の本來の關係及八二六條により）固より其の責に任ず。

二、「一方的法律行爲に付ては代理權なき代理を許さず」（一八〇條前段）（註）邦民一一八條參照）

從てかゝる行爲は無權代理人によりてなされたる場合に於ても原則として無效なり、追認は之を認めず、代理人も亦その行爲によりて義務を負ふことなし、從て唯不法行爲の存する場合にのみ其の責に任ずるなり（八二二條第二項八二六條）然し乍らこの原則は凡て受領を要せざる意思表示に對してのみ例外なく行はるゝものにして無權代理人の表示せる懸賞廣告相續の承認若くは拒絶は直に無效なり、之に反し受領を要する意思表示例へば告知、解除、取消、相殺の意思表示に對しては頗る重要なる例外あり。

（a）斯くの如き意思表示に於て受領者が代理人が主張したる代理權を遲滯なく爭はず、又は代理人の代理權無くして行爲をなす事に同意したるときは「契約に關する規定を準用す」（一八〇條後段）即ち行爲（例へば告知）の效力は本人の追認により發生するなり、相手方は追認を催告することを得べく代理權なきことを知らざりしときは追認ある迄では其の行爲を取り消すことを得、而して追認が拒絶せられたるときは代理人は契約の場合と同樣の責に任ず。

（b）受領を要する意思表示が無權代理人に對して其の同意を得てなされたる場合も亦同じ（一八〇條末文）故にこの場合に於ても亦本人に對する效力は追認により生ずるものにして表意者は追認を催告することを得べく、代理權なきことを知らざりしときは其の表示を撤回することを得、然し表意者が之を代理人と認め且つ認むることを得たるときと雖も、無權代理人が代理人たる風を裝ひたるときは代理人の責任は尙之を認めさる可らず、然らざれば責任事由は全く之を缺くに足る可し。

# 消滅時效（註）邦民一六六條乃至一七四條參照）



## 第四十二節　總說

一、廣義の時效は權利の繼續せる行使若しくは不行使により權利の變更を生ずるものなり。

（a）此の廣義の時效は獨民によれば取得時效による動產上の所有權及び用益權の取得（九三一條・一〇三三條）並に登記取得時效（九〇〇條）の形式に於ける不動產上の權利取得（即ち所謂取得時效Praescriiition acquisitiva）に相當する權利取得及び獨民法に依れば請求權消滅時效に相當する所の權利消滅之れなり、獨民は後者をのみをUerjahrung（消滅時效）と云ふなり。

（b）消滅時效は就中健全なる信用制度を誘致し、過去の請求に對して現在を保護し、殊に時の經過によりて生じたる例へば受取證書の紛失による證明の困難を排除することを以て其の目的とす、故に義務者の善意なることは消滅時效完成の要件にあらず（寺院法にては異る）又消滅時效を加重することも禁示せらるゝなり。

（c）消滅時效と除斥期間（除權期間）とを混同せざることを要す、後者の進行は消滅時效と異り（後述參照）職權を以て調查す可きものにして認諾によるも尙中斷することなし例へば一二四條の取消期間參照除斥期間は又屢々保險契約若くは富籤契約に於て法律契約を以て定めらるる事あり。

（d）普通法に於てある狀態の存續に正當なりとの推定を與へたる所謂考へ得べからざる獨民の採用するところにあらず同樣に獨民に於ては物權例へば通行權は不行使によりて消滅することなし。

二、沿革。

（a）羅馬法に於てはius civil（市民法）の訴權は消滅時效にかかることなし——永久的訴權（actiones perpetuae）この例外——一時的訴權（actiones tempor ales）は少數に過ぎず即ちquerelainofficosi testamenti（不當遺言取消の訴）（註）は五年會計法上の權利に基く訴權は二十年自由人として死亡せるもの、自由に關する訴は本人死亡後五年にして消滅す、之に反し法務官若くは按察官のなしたる訴は短期の消滅時效期間を有す（例へば賣買、變換及減額の訴の如し、即ち前者（actio redhibitoria 賣買契約解除の訴は六ケ月後者は一年にて消滅す。

（註）被相續人が相續人を愛せざるがため、其の財產を他人に遺贈したる場合に於て其の遺贈が遺留分を侵害する時は相續人は其の遺言が心身耗弱者に依りてなられたるものとして、所謂心神耗弱の擬制colarinsanial之を取消す訴をなすことを得、この訴は五年の消滅時效を有す。

四二四年に至りホノリウス及テオドシウス二世が始めて一般的訴權の消滅時效を三十ケ年以下と定め、短期の消滅時效は其の儘に存置したり、然し尙一定の人（例へば敎會、慈善財團法人）の訴及少數の訴就中擔保物保全の訴（hypathecuria actio in rem）にして擔保物を占有する債務者に對して提起せらるゝものに對しては四十年の消滅時效期間を認めたり（テオドシウス二世は其他四三九年、既に普通法に於ける七人の證人の面前に於ける正式の私成遺言を定めたり、尙當時の重要なる今一つの事業は四二六年のバレンチニアン三世の引證法なり、之によりガドユス、パピニアン、ウルピアンパウルス及モデスチニスの著作が之に引證せら

れたる作家と共に法律と同樣裁判官を拘束する力を有するに至りたることなり、意見の異れる場合には多數說により結局パピニアンの說を採り、パピニアンが沈默せる場合には裁判官の自由裁量によりて之を決したり)

(b) 普通法は終始一貫して消滅時效を認め、從て固より訴權の消滅時效を認めたり、其の時效期間は訴權の發生したる時より(a die ex qua actio nata est)進行するものにして請求權自體の存在せる時より進行するにあらず、この兩者は一致するものにあらず、例へば代金支拂ひを猶豫したる場合には既に賣買當時請求權を取得すれども訴權は猶豫期間の經過により始めて生ずるものなり。

(c) 獨逸民法は請求權の消滅時效に付てのみ規定を設けたり、他人より作爲若くは不作爲を請求する權利(請求權anspruch)は時效によりて消滅す(一九四條第一項)斯くの如き請求權は例へば賣買所有權、請負契約等より生ずることを得れども解除權及取消權は之に反し請求權にあらざるが故に時效によりて消滅することなし、是等の權は或る行爲をなす權能に過ぎずして其の行爲の結果請求權を生ずる事を得るなり、然し乍ら之等の權能は一定の除斥期間內に於てのみ實行し得ること少なからず。

然し乍ら獨民の規定は頗る訴權の消滅時效に近きたるものと言ふべし(何となれば例へば給付の猶豫中は消滅時效停止するが如し)

## 第四十三節　消滅時效の開始

一、消滅時效は原則として請求權の成立と同時に開始す、請求權が不作爲を目的とする時は消滅時效は違反行爲ありたる時に開始す(一九八條)

請求權は

(a) 排他的效力ある物權に於ては其の權利の內容に反する行爲ありたる時例へばAがBの牛を盜みたるときは之に因りてAはBの所有權を侵害するなり。

(b) 特定人にのみ對する債權に於ては通常本權の成立したる時に已に成立す。

二、右の原則に對する例外(但し義務違反行爲ありたるときに始めて消滅時效の進行する不作爲義務は之を除外す)

(a) 多くの場合に於て消滅時效は特別規定により請求權成立の以後に於て始めて進行す、例へば二年及四年の消滅時效期間は請求權の生ずたる年の終了の時より進行す(二〇一條第一項參照)從て時效期間の第一日は翌年一月一日なり。

(b) 消滅時效は請求權が權利者の委任により成立せざる場合には其の成立前より進行す、即ち次の二個の場合之れなり。

(A) 權利者が義務者に豫告して始めて給付を請求することを得る場合に於ては消滅時效は豫告をなすことを得る時より進行す、義務者が豫告の後一定の期間を經過したる後始めて給付をなす可き場合に於ては消滅時效の開始はこの期間の繼續中停止せらるる(一九九條)

(B) 權利者が其の取消權を行使したる時に請求權が發生する場合に於ては消滅時效は其の取消をなし得べ

き時より既に進行するものにして取消しありたる時より進行するものにあらず、但し取消が親族法上の關係に關する時は此の限りにあらず(二〇〇條)

(c) 從たる請求權例へば利息請求權は之に適用す可き特別の消滅時效が未だ完成せざるときと雖も、主たる請求權(元本請求權)と共に時效によりて消滅す(二二四條)

## 第四十四節　消滅時效の完成

一、消滅時效の期間は(例へば消費貸借に於て)原則として三十年とす(一九五條)然し乍ら日常生活上の請求權例へば商人間の請求權に於ては二年及四年(後者は給付が債權者の營業のためになされたる場合に於ける消費時效なり一九六條參照)の期間を以て消滅す、後者は就中定期給付に於て亦然りとす(例へば扶助料若くは利子一九六條、一九七條參照)更に五年、三年(八五二條參照)一年(請負契約に於て六三八條)及六ケ月(例へば賣買の解除及減額の訴は不動產にありては一年動產にありては六ケ月の時效によりて消滅す)及六週間(家畜の瑕疵に於て)の消滅時效あり、然し乍ら判決によりて確定したる請求權は短期の時效を定めたる場合と雖も三十年の時效によりて消滅す執行し得べきや和解又は執行し得べき證書より生ずる請求權並に破產手續きに於て確定したることにより執行し得べきものとなりたる請求權に付ても亦同じ、然し確定が定期に復歸し且つ將來に滿期となる可き給付に關する時は短期の時效に從ふ條件付判決も亦確定判決と看做す(二一八條、二一九條)(例へば手形訴訟に於ては「被告は訴の申立に從て裁判せらるれども其の權利の實力は正式の訴訟に留保せらる」)乍然判決を求めずして尙三十年の長期消滅時效を確保す可き頗る簡單なる方法あり、即ち債務原因の變更例へば賣買による負擔せる金錢を消費貸借となす約束をなすことあり(六〇七條第二項)然るときは消滅時效は新債務原因によりて定まるなり。

二、權利者若くは義務者の人に變更を生ずるも請求權自體には影響なきが故に消滅時效の完成を妨ぐることなし物上請求權は嚴格に云へば權利の承繼に依り新らしき請求權を生ずるものなれど、此の場合に於ても同樣なり物上請求權が存する權利承繼によりて第三者の占有に歸したる時は被承繼人の占有中に經過したる消滅時效は繼承人之を繼續す(二一一條)所謂占有の添附(accessio possessionis)を生ず、例へば人あり指環を拾得し其の所有者を知れるに拘らず、二十七年間之を占有し後之をAに賣りたるにAは更に五年間之を占有したり、此の場合に於てAは二十七年及五年の期間を援用する事を得るが故にAに對する所有權に基く訴は時效により消滅したることゝなるなり。

三、消滅時效の停止。

時效の停止は消滅時效が停止せらるゝ間の時間は之を時效期間に算入せずとの意義を有す(二〇五條)

停止事由

(a) 抗辯權固より單に延期的抗辯權に止まり、繼續的絕對的抗辯權を云ふにあらず(例へば八二一條)

(b) 消滅時效は給付が猶豫せられ又は債務者が他の事由によりて一時(永久的にあらずB參照)給付を拒絕することを得る間は停止す、この規定は留置權、契約不履行、擔保提供の欠缺若くに豫訴の抗辯並に第七七〇條に從ひ保證人の有する抗辯及第二〇一四條第二〇一五條に從ひ相續人の有する抗辯に付ては之を適用せず(二〇二條)

（B）永續的抗辯によりて既に效力を失ひたる請求權が尙時效によりて消滅する事を得とは一見異樣に見ゆれども債務者が永續的抗辯權の要件を證明すること困難なる場合に於て重要なる意義を有す、卽ちこの場合に消滅時效の容易に證明することを得る抗辯が助となるなり。

（b）裁判の休止（所謂instituum）及不可抗力

權利者が裁判の休止により時效期間の最終の六ケ月內に訴追を妨げらるゝ時は消滅時效は停止す、斯くの如き訴追か不可抗力により他の方法に於て妨げらるゝ時亦同じ（二〇三條）

（c）其他の停止事由。

（A）夫婦間の請求權の消滅時效は結婚繼續中は之を停止す、子が未成年なる間に於ける親子間の請求權及後見關係繼續中に於ける後見人及び被後見人間の請求權に付ても亦同じ（二〇四條）

凡てこれ等の場合に於ける停止事由は畏敬關係の存在にあり。

（B）無能力者若くは制限能力者が法定代理人を有せざる時は之れによりて消滅時效は停止することなし、生然是れ等の者に對して進行する消滅時效はこの者が完全なる能力者となり、又は代理人の欠缺か止みたるときより六ケ月內は完成せず、時效の期間が六ケ月より短き時は消滅時效につき定めたる期間を以て六ケ月に代ふ、但しこの規定は制限能力者が訴訟能力を有するときは之を適用せず（二〇六條、尙一一三條參照）

（C）遺產に屬する請求權又は之に對する請求權は遺產が相續人に依りて受諾せられ若くは遺產につきて破產が開始せられたるとき又は代理人より若くは代理に對して請求權か主張せられたる時より六ケ月內は時效完成せず、效時期間が六ケ月より短きときは消滅時效につき定めたる期間を以て六ケ月に代ふ（二〇七條）

四、消滅時效の中斷。

消滅時效が中斷せられたるときは、中斷前に經過したる時間は之を算入せず、新なる消滅時效が中斷の終了したる時より更に進行を始む（二一七條）從て中斷は停止とは本質上の差異あり卽ち後者は爾後の進行を止むるに過ぎざるに反し、前者は全進行を破壞するものなり。

中斷事由は催告若くは郵便委任（註）の如きものにあらずして單に次の如き事實に過きず。

（註）郵便委任とは債務者が郵便局の補助を得てなす私的行爲にして債權者の申立により裁判上許されたる支拂命令と混同せざることを要す。

（a）義務者が權利者に對し一部の辨濟、利子の支拂、擔保の提供又は其の他の方法により債務を承認すること（二〇八條）從てこの場合は無式の承認を云ふものにして七八一條による書面上の方式を要する承認を包含せず。

（b）確定の滿足、執行文の附與又は外國判決若くは仲裁判決に於て執行判決の下附を求むる爲め起訴すること。

起訴と同一の效力を有するもの。

（イ）督促手續に於ける支拂命令の送達。

（ロ）破產に於ける請求權の申立。

（ハ）訴訟に於ける請求權の相殺の主張。

（ニ）請求權が訴訟の結果に依りて定まる可き場合に於て訴訟中に訴訟告知をなすこと。

（ホ）執行々爲の着手及び强制執行が裁判所若くは其の他の官廳に依りて命ぜらるゝ場合に於て强制執行の申立（二〇九條）

（ヘ）賣買に於て證據保全の申立（四七七條）も亦消滅時效を中斷す。

中斷は

（A）起訴にありては訴訟が確定判決又は其の他の方法例へば和解に因り終結するまで繼續す、訴訟が合意により又は訴訟行爲をなさゞりしことに因りて休止したる時は中斷は當事者若くは裁判の最終の訴訟行爲の時を以て終了し、當該請求權の通常の消滅時效が新に進行を始む、中斷の終了後新に進行を始めたる消滅時效は當事者の一方が訴訟を續行することに因りて起訴によると同一の方法に於て中斷す（二一一條）起訴による中斷は訴訟が取下げられたる時又は訴訟事件を決定せざる判決により確定的に却下せられたるとき（例へばグーニゲスベルヒの區裁判所が土地の管理違なりとして訴を却下したるが如し）は中斷なかりしものと見做す、權利者が六ケ月內に管轄區裁判所に新に訴を提起したる時は消滅時效は第一の起訴によりて中斷せられたるものと見做す（二一二條）

（B）支拂命令にありては督促手續に於ける支拂命令の到達による中斷は權利拘束の效力が消滅する時は中斷なかりしものと看做す（二一條、何時に權利拘束が消滅するかは民訴七〇一條に規定す）

（C）破產手續に於ける申立にありては破產手續終了の迄時繼續す、申立の撤回したるときは中斷なかりしものと看做し債權調査の時申立たる異議により訴訟に繫りたる債權に對し破產終結の時或金額を殘したる場合に於ては中斷は破產終結の後尙繼續すこの中斷の終結に付ては二一一條の規定によりて之を定む（二一四條參照）

（D）訴訟に於ける相殺又は告知にありては訴訟が確定判決又は其他の方法に因り終結するに至るまで繼續すこの場合には二一一條第二項（b）の規定の適用あり、中斷は訴訟の終結後六ケ月內に請求權の履行若くは確定を求むる訴を提起せざるときは中斷なかりしものと看做す、其の他相殺にありては更新せる訴訟は相殺請求權が相殺のため用ひられざる場合にのみ意味を有す、蓋し相殺を行使したるときは其の基本たる請求權は之に因り消滅するが故に其の消滅時效の中斷は無意味となる可ければなり（三八九條、二一五條）

（E）執行々爲の着手、執行々爲の着手に因る中斷は執行處分が權利者の申立又は法定要件の欠缺に依り取消されたる時は中斷なかりしものと見做す、强制執行の申立に依る中斷は申立が許されざるか又は申立が執行々爲着手前に取下げられたるか、又は實施せられたる執行處分が取消されたるときは中斷なかりしものと見做す（二一六條）

裁判上の手段による消滅時效の中斷に關する規定は請求權が仲裁々判所、特別裁判所又は行政裁判所又は行政官廳に於て主張す可き場合に於て之を準用す、仲裁契約に於て仲裁々判官の指定なきか又は仲裁々判官の指定が他の理由により必要なるか又は仲裁々判が他の要件を具備したる後始めて開廷することを得る場合には消滅時效は權利者が事件完結の爲め自己の爲す可き要件をなす事によりて既に中斷す（二二〇條）

## 第四十五節　時效により消滅せざる請求權

請求權は原則として時效によりて消滅す。

例外

（1）親族法上の關係に基く請求權は將來この關係に相當する狀態を回復することを目的とするときは時效によりて消滅せず（一九四條第二項）例へば夫が妻に對して婚姻上の同居を回復することを目的とする權利は時效によりて消滅することなし、過去の關係に關しては消滅時效の適用あれども時效は婚姻の解消後始めて進行するなり（二〇四條）

（2）物上請求權は動產に關する場合に於てのみ時效によりて消滅す、不動產に關する物上請求權は原則として時效によりて消滅せず。

（a）登記濟の權利に基くものは常に然り、然らざるものは。

（b）定期給付の延滯又は損害賠償を目的とする請求權（九〇二條）

（c）地役權者の有する地役權侵害狀態除去の請求權は地役權が土地登記簿に登記せられたるときと雖も時效によりて消滅す、此の請求權が時效によりて消滅したる場合に於ては地役權は其の侵害狀態の存在と一致せざるときは消滅す（其の消滅は職權を以て調査す可きものとす）土地登記簿の公信力は此の場合に善意取得者を保護せず（一〇二八條）

（d）尙土地登記簿訂正の請求權彊界樹木の除去界標設置及彊界確定危險狀態の除去及發掘等の相隣權に基く請求權も時效に因りて消滅せず（八九八條、九二四條、一一三八條參照）

（3）共同廢止の請求權は時效によりて消滅することなし（七五八條）

## 第四十六節　請求權消滅時效の效力

一、之の效力は義務者が消滅時效を援用する時に於てのみ生ず（二二二條）義務者はこの場合給付を拒絶するの權利を有す、從て消滅時效は一の抗辯權を與ふるに過ぎざれども其の抗辯權たるや固より永續的のものなり、被告が期日に出頭せざるときは裁判官は消滅時效の完成せるにも拘らず缺席裁判をなすことを要す、消滅時效は職權を以て調査すべきものにあらず。

消滅時效の效力に關しては次の二者を區別することを要す。

（a）物的請求權この場合に於ては消滅時效は權利侵害者に對する請求權に對してのみ適用あり、請求權のみが消滅時效の抗辯により停止するものにして本權其のものは存續するなり、從て指環の拾得者が三十二年間占有したる後之を拋棄しAが之を拾得したるときは圓滿なる所有權よりAに對し指環の引渡を目的とする所有者の新なる未だ消滅時效に罹らざる請求權を生ずるなり。

（b）人的請求權、普通法は之より單に訴權を除去し、尙履行し得べき所謂自然債務（obligatio naturalis債權法參照）として存續せしめたるが獨民は之を單一なる法制としては繼受せずして唯僅かに次の規定が之を想

起せしむるのみ、債權は消滅時效の抗辯によりて之を起訴する權利は停止せらるゝと雖も時效により絕對的に消滅するものにあらず、蓋し。

(c) 時效に罹りたる請求權に對しては辨濟をなしたる場合には其の返還を請求することを得ず。

(d) 請求權は債務承認若くは擔保の基礎となることを得。

(e) 請求權保全のためにする抵當權、質權及權利讓渡は履行により侵害せらるゝ事を得、之は利子其の他定期給付の延滯に對する請求權の消滅時效に適用せず(一二三條)其の他保證人は主たる債務者の抗辯權を有するが故に、主たる債務者に對して消滅時效が完成したるときは其の債務を免る(七六八條)

(f) 時效によりて消滅したる債權が反對債權と相殺し得たる時に未だ時效によりて消滅せざりし場合には相殺することを得(三九〇條)

二、消滅時效を主張するの權利は債務者が時效完成の後之を拋棄することを得、消滅時效は法律行爲によりて之を延長することを得ず(賣買及請負契約に於ける例外四七七條、六二八條)消滅時效の輕減殊に其の期間の短縮は之をなすことを得(一二五條)

三、一九〇〇年一月一日に進行する消滅時效に對しては次の如き規定を適用す。

獨民の消滅時效に關する規定は獨民施行前に發生し、未だ時效によりて消滅せざる請求權に適用す、乍併消滅時效の開始並に停止及中斷に付ては獨民施行前の時に對しては從來の法律によりて之を定む、消滅時效期間が獨民によれば從來の法律によるよりも短きときは獨民施行後は短期々間を以て算ふ、乍併從來の法律に於て定められたる長期の期間が獨民に於て定められたる短期の期間より先きに進行を始めたるときは消滅時效は長期々間の經過によりて完成す(施行法一六九條)

## 權利の行使及擔保の提供

(註) 邦民に於ては斯る項目を設くることとし殊に自助に關する規定を設けず。

### 第四十七節 自衞及自助

一、權利は權利者が權利の內容に從ひ、あることをなし要求し又はなさるることによりて行使せらる、例へば所有權者として土地を耕作し、果實を收穫し、第三者に土地の侵入を禁じ或は債權者として債權を取り立て之を第三者に讓渡し又は反對債權と相殺するが如し、權利行使の一の態樣は裁判上の行使にして訴權及抗辯權、强制執行假差押及假處分又は破產の申立による權利の實行なり、權利行使の種類は原則として權利者の好む所に據て定るものとす、權利者は其の所有物若くは權利を其の欲するが儘に處分することを得るなり、例へば所有權者は所有物を拋棄することを妨げず。

(a) 乍併權利の自由なる行使に對しては第一に優越又は同等なる他の權利の存在することにより一つの制限あり。

所有權者は通行權者に對して其の土地の通行を禁ずることを得ず、質入せられたる債權の債權者は單獨に

之を抛棄し、又は取立つることを得ず、數個の同等の權利にありては通常時の前後に因りて決す、例へば數個の抵當權にありては登記の順位によりて決するが如し、數個の同時の權利が凡ての權利者により共同にのみ行使せらるることを得ること勿からず、例へば數人の共同相續人に不可分的に歸屬する相續權の如し（二〇三二條以下）抽籤によりて之を定むるは例外の場合に限る、例へば不可分の賞品を有する懸賞廣告に於て數人の應募者が懸賞廣告の要件を同樣に完了したる場合の如し（六五九條）

（b）權利行使は一般人の利益を顧慮する點に於て更に制限を受く、權利行使の斯くの如き制限は主として公法に屬す、例へば建築及保安警察上の制限を有する規定の如し、公共の利益の爲め特別の權利々益を犧牲に共す可きことは損害に對してのみ主張することを得との普魯西法の原則（普魯西洲法序四五九條）は固より獨逸民法に於ては繼受せられずして唯洲法上の規定として存續するのみ（施行法一〇九條）

（c）第三の制限は善意の保護に關する規定及取引上の慣習の顧慮並に利益若くは重大なる利益を有せざる權利行使を除斥したる多くの個々の規定より生ず。

例へば些少なる瑕疵は交換又は減額の權利を生せず（四五九條尙六三四條第三項參照）

所有權者は其の土地の上空に他人が立ち入りたる場合に於ても若し其の利益を害せざる時は之を禁止することを得ず、同樣に所有者は相隣權より生ずる所有權の制限を忍容するの義務あり（九〇六條以下）

賃借人の殘存物が賃貸人の擔保に充分なること明かなるときは賃貸人は賃借人が持ち去らんとする他の物に對して留置權を行使することを得ず（五六〇條）

（d）最後に利益の濫用（Schikane）は之を禁ず。

「單に他人に損害を加ふることのみのみを目的となし得る權利の行使は之を許さず」（二二六條）この法律上の禁示に牴觸する行爲は無效なるのみならず（一三四條）尙更に故意の良俗違反として八二六條により損害賠償の義務を生ず。

この國會委員會（R T K＝Reichs tags kommission）に依り挿入せられたる規定の筆法は權利濫用禁止そのの物を以て權利の濫用をなすことを得ざることを充分に保護するものなり、即ち二二六條に依れば權利の行使は其の行使が「單に」他人を害する目的のみを有し「得る」場合、即ち其以外の合理的なる目的を有することは全然不可能なる場合に於てのみ之を許す事を得ざるなり、行爲者が敵意を有することは未だ合理的利益を除斥するに足らず（判例二十二輯一七四頁）單に主觀的目的にては足らずして行爲の目的が凡ての事情を考慮して客觀的に表はれたることを要するなり、二二六條は思想上の利益をも亦之を保護す（帝國裁判所判決錄七十二輯二五四頁）

例へば所謂羨望、築造、井水の堀り移し隣家の蜜蜂を殺さんがため自家の樹花に毒を注ぐが如き之なり、架空の權利に對する訴訟手續の濫用（帝判錄五二輯二三七頁）破產に對して殘餘の見込なきに拘らず抵當權者を害する管財人の保險證券の賣却（帝判錄五八輯一三七頁）債權法に於ては既に一五七條、二四二條に於て信義の原則及取引上の慣習に充分なる考慮を確保せるを以て權利濫用禁止を適用すべき機會少し、債務者不幸に遭遇して一時窮乏に陷れる際に故意に債權の取立をなすは無情不當の非難はあるべきも二二六條を適用することを得ず、蓋しこの取立請求は結局債務者に損害を與ふる目的を有せざるが故なり、他の目的若くは利益にして可能なれば二二六條を適用することを得ざるなり。

（e） 一般的詐欺の抗辯(exceptio doli generalis)は明文の規定なきも尚民法を支配する觀念なるが（帝判錄五八輯三五六頁）二二六條を以て間接に法文上の根據となすことを得べし、然し此の抗辯は二二六條の規定よりも其範圍廣くして原告の正直なる行爲に於て主張し又はこの抗辯を以て主張することを得ざる凡ての請求權に對して適用あるなり、例へばこの抗辯は正直なる人の風習に反し又は法律上命ぜられたる信義の原則及取引上の慣習を度外視せる行爲に對して之を主張することを得るなり、從てこの抗辯は其れ自身正當の理由ある權利の實行に對してすら尚主張し得べく、其の形式的に存在する權利の效力を禁止するに至るなり、詐欺に基く損害賠償義務は賠償義務者がその形式的權利を行使せざることに依り履行せらる可きものなり、例へば子が自ら消費貸借をなし、同時に父の業務代理人として自己の債務の保證をなしたるが如し、父は詐欺の抗辯權を有す。

二、斯くの如くそれ自身適法なる行爲と雖も其の目的が不當なるため許す可からざるものあるが如く次の二の場合に於ては其の反對に違法なる行爲が其の目的の正當なるが爲めに適法とせらるるなり、之れ自衞及び自助の場合とす。

（a） 正當防衞　不法の侵害に對しては其の現在の侵害を自己又は第三者より免れしむるために必要なる防衞をなす事を得、正當防衞に基く行爲は不法行爲とならず(二二七條)

（b） 對物防衞　他人の物に因り危險を受くる場合に對しては同樣の防衞權を認めらる「物より生ずる」危險を自己又は第三者をして免れしむるために之を破壞し又は毀損するも其の物に對する干渉が危險防止の爲め必要にして且つ其の損害が危險に對し不相當ならざるときは之を不法行爲となさず、行爲者が危險の發生につき自ら責に任ず可き場合に於てのみ損害賠償の責に任ず(二二八條)

例へば(1)正當防衞は身體及生命の侵害に對して許す可きのみならず財產權の保護に對しても之を許す、AがBの有する花瓶を破壞せんとしたるをBが其の腕を捕へ其の際Aの衣服を裂きたりとするもBは其の損害に對して賠償することを要せず(2)喉首に飛びかかれる犬は之を射殺すことを得るも、自ら犬を怒らしめたる場合には犬の價格を賠償せざるべからず。

其の損害は物に「因りて」惹起せられたること、卽ち其の物より生じたることを要するなり、土地所有者が其の所有地の浸水を妨げんがため堤防に穴を穿ちたるに水は炭坑に注入したり、此の場合二二八條は彼を保護することなし(帝大判錄七一輯二四〇頁)

（c） 緊急狀態　二二八條は防止す可き危險か物自體より生じたるものなることを豫定す、乍併尚その他防止す可き危險には何等の關係なき他人の物に對しても現在の危險を防止するが爲め干渉することを得るなり、卽ち現在の危險が他人のものにつき生ず可き損害に比して著しく大なるときは、他人の物を使用し毀損し若しくは破壞することを得、併し乍ら此の場合に於ては(二二八條を離れて)其のものの所有者に對し常に其の損害を賠償することを要す(九〇四條)

例へば牛車きが往來に一臺の通じ馬車の來るを見損害を免れんがため牛を避けしめて往來の傍の耕地に逐ひ入れたり、耕地の所有者は之を忍容する義務あれども蹂躙せられたる果實に對しては賠償を請求することを得、之に反し軍艦が暴風襲來のため坐礁を免れんとして位置を轉換し其の結果龔に石炭受取のため擊留せる艀は激浪に遭ひて沈沒したり、この場合に於ては軍艦は艀に對して何等積極的干涉を與へたるにあらずし

て唯軍艦の巨礮が與へたる風避けを失はしめたるに過ぎず（帝判錄七五輯八〇項）とす、石炭供給契約より國庫が艀の監視に對し如何なる範圍の義務を負可きやは其の際說明する所なし。

（d）自助　法の強制力は原則として國家に留保せらる、私力は之を許さず、私力は不法行爲として損害賠償の義務を生じ、且つ刑法上の效果を伴ふ、乍然正當の時期に官の救助を求むることを得ず、且つ即時侵犯をなすに非らざれば請求權の實行を無效ならしめ若くは著しく困難ならしむる虞ある場合に於ては自助は適法なりとす。

（註）故に假差押の原因が實在する時は自助をなすことを得るなり（民訴九一八、九一九條）例へば債務者が外國に逃走の疑ある時之を檢束するためには請求權が現實に存在することを要す、單に請求權を有すと信じたるのみにては足らざるなり。

此の條件を具備する時は自助は次の三種の方法を以て之をなすことを得、卽ち物件を押收破壞又は毀損し逃走の疑有る義務者を檢束し又は義務者が忍容の義務ある行爲に對して抵抗をなしたる時は、强力を以て之を除去すること之なり（二二九條）自助行爲は危險の除去に必要なる限度を超ゆることを得ず（二三〇條第一項）從て自助手段は通常の强制執行手段以外に出ることを得ざれども此の場合には官廳の許可を受けずして之をなす事を得るなり。

乍併自助行爲は之に對し尙事後の裁判手續により適法のものとなさざる可らず、卽ち押收物件は事後に差押をなすか、又は執行名義なき場合に於ては遲滯なく物件假差押の申請をなす事を要す（民訴九一六條）檢束したる義務者は身體保全の假差押をなすため之を遲滯なく裁判所に引渡すことを要す、正當の時期に其の申請をなさず又は裁判所が申請を却下したる時は遲滯なく押收物を返還し又は被檢束者を卽時に釋放する事を要す（二三〇條）

自助を行使するものは其の危險を負擔す、自助者は自助の法定條件の存せざる場合には相手方に損害を賠償せさる可らす、然して自己の過失なくして條件の存在を誤認したる場合に於ても固より然り（二三一條）

二三特別の場合に自助權は擴張せらる、是等の場合に於ては二二九條の條件を存せざる場合に於ても自助をなす事を得るのみならず、事後裁判所に訴ふることなくして自己の質權に服するものを確保し賃借人が立ち去りたるときは之を占有することを得（五六一條第一項）用益賃貸人及旅店の主人に付きても亦同じ（五八一、七〇四）

（B）物の占有者は占有を保護するが爲め禁せられたる私力を以て腕力的に防衞することを得るのみならず、違法に物を奪ひたるものある時は行爲者を現場に於て又は卽時に追跡して腕力を以て之を奪還することを得（占有自助八五九、八六〇條）

土地及其の產出物の保護の爲め殊に他人の牛羊が侵入したる場合に之に對する所謂差押權は州法の規定によりて之を定む（施行法八九條）一八八〇年四月一日の普魯西林野警察法參照、この規定によれば差押をなしたる時は二十四時間以內に警察官廳に之を屆出する事を要す。權利者は損害賠償に替へて一定額の「賠償金」を要求することを得。

他人の土地に侵入したるものの拘束に關する州法の規定は（普州法第一部一四章四一三條以下）物權取戻に關しては施行法八九條に依り同樣に維持することを得、人の身體檢束の權限は今日にては專ら民法二二九條

の規定に依り、又は犯罪行爲が問題となる場合には刑訴一二七條の規定に依りて定まる。

## 第四十八節　擔保の提供

一、權利者は法律行爲の內容により又は特別規定による場合に限り擔保の提供を求むる權利を有す。

故に過失により他人の身體を傷け其の業務能力を害したるものは「事情に從ひ」之に支拂ふ可き年金の擔保を提供することを要す(八四三條)用益權者は適當なる經濟の限度を超え又は其の處置が所有者の權利を著しく害する虞あらしむる時は所有者に對して擔保の提供をなす事を要す(一〇三九、一〇五一條)次位相續人は先順位相續人の處置又は其の不利なる財產狀態に依り自己の權利を害せらるゝ虞あるときは擔保を要求することを得(二一二八條)擔保提供により法律上の不利益を免るゝことを辭からず、例へば相手方の留置權(二七五條)賃貸人の差押權(五六二條)

二、提供す可き擔保の額は擔保す可き權利の價格に從て之を定む、民法は擔保提供の手段として第一に一定の物件及權利に對して質入のみを認む、擔保が此の方法によりて提供すること能はざるときは例外として適當なる保證を立つる事を認む。

(a)　金錢及有價證券擔保に供す可き有價證券は市場價格を有し無記名にして且つ後見保險料を附する事を要す、有價證券其の市場價格の四分の三以內に於てのみ擔保に供することを得(二三四條)金錢及有價證券は公の供託所に供託することを要す、之に因り權利者は質權を取得す(二三三條)

普魯西に於ては供託せられたる金錢は國家の所有に移るが故に供託者はその償還請求權を有するに過ぎず(普共託法(一八七九年三月十四日(第七條)この償還請求權は權利者に對して金錢に代るなり(二三三條末段)之に反し有價證券及び貴重品は普魯西の供託所に於ては其の儘保管せらる(供託法三六條)

(b)　帝國又は聯邦に對する記入債權は帝國又は聯邦公債と同一に看做し之に代へて登記することを得、是等の記入債權は其の消滅に對し權利者が交付を請求することを得る有價證券の市場價格の四分の三の額に於てのみ擔保に供することを得、擔保は帝國又は聯邦の公債記入簿に質入の登記をなすことによりて行はる(二三六條、二三七條、一九一〇年五月三十日の帝國公債記入簿に關する帝國裁判所の判決及び一九一〇年五月二十七日の聯邦公債記入濟に關する普魯西裁判所の判決參照)

(c)　動產は其の評定價格の三分の二迄を擔保に供することを得、動產は其の物の引渡しにより又は他人が所有者の爲めに占有するときは間接占有を質權者に引渡すことにより質入することを要す(一二〇五條)腐敗の虞あるか又は其の保存は特に困難なるものは之を拒絕することを得(二三七條)

(d)　內地抵當權の設定又は斯の如き抵當權並に土地債務若くは定期土地債務の質入により之に後見保險料を附することを得ると同一の條件の下に於て擔保に供することを得(二三八條)

義務者に關する擔保抵當は本權の質入による擔保抵當に適せず蓋しこの本權は概算價格によりて登記せらるゝが故に其の眞の價格は登記簿上にては明かならざればなり(二三八條第二項)

(e)　擔保として保證人を立つることを得るはa乃至dに揭げたる方法を以て擔保に供すること能はざる場合に限る保證人は內國に普通裁判籍從て殊に住所を有し且つ相當額の財產を有するものなることを要す、保證

人は土地を所有することを要せざれども保證人は保證の表示に於て先訴抗辯を抛棄することを要す（二三九條）

擔保が權利者の過失に依らずして不足を生じたるとき、例へば有價證券の市場價格が低下し又は擔保に供したる請求權が損害の附加により費用若しくは利子を增したるときは提供せられたる擔保を補足し又は他の擔保を供するものとす（二四〇條）

# 獨逸民法總則 終

146
184
20

580
6